

民事訴訟法改正ノ要旨ト
其批評

THE MAIN POINTS IN THE REVISION OF THE
CODE OF CIVIL PROCEDURE AND
THEIR CRITICISM

IV.

教 授

中 村 宗 雄

PROF. M. NAKAMURA

1931

目 次

第八章 證據並ニ證據調手續	264						
第一節 證據調ノ總則	264						
I. 新法規定ノ概觀	II. 證據ノ申出ト要證事實	III. 證據調ノ限度	IV. 證據調ト職權主義(證據決定ノ廢止)	V. 證據調ノ施行	VI. 口頭辯論開始前ニ於ケル證據調ノ準備	VII. 疏明及ビ疏明ニ代フル保證金ノ供託並ニ宣誓	VIII. 證據調ノ費用
第二節 證人訊問	293						
I. 總 說	II. 訴訟法上ノ證人義務	III. 證人訊問手續	IV. 受命判事又ハ受託判事ニ依ル證人訊問				
第三節 鑑 定	309						
I. 總 說	II. 鑑定人ノ義務	III. 鑑定人ノ指定並ニ鑑定ノ囑託	IV. 鑑定人ノ忌避	V. 鑑定手續	VI. 鑑定證人		
第四節 書 證	314						
I. 總 說	II. 書證ノ申出	III. 文書提出義務	IV. 文書ノ提出、送付並ニ證據調	V. 文書ノ真正	VI. 文書ノ眞否確定ノ特別手續	VII. 制 裁	
第五節 檢 證	330						
I. 總 說	II. 檢證手續	III. 檢證ノ目的	IV. 檢證調書				
第六節 當事者訊問	333						

第八章 證據並ニ證據調手續

第一節 證據調ノ總則

I. 新法規定ノ概觀

新法ハ證據方法ナル用語ヲ避ケテ單ニ證據ト云フ。蓋シ「證據方法」ト云フ用語自體ガ意味ヲ爲サルガ故ナラムモ、今日迄慣用セラレシコトナレバ、學術語トシテ必ズシモ之レヲ避クル必要ナカリシモノト考ヘル。^{〔註一〕}次ニ證據ノ種類ニ就テハ全ク舊法ト同ジク、人證、鑑定、書證、檢證並ニ當事者訊問ノ五種類トスル。

〔註一〕 舊法ノ證據方法トハ、獨法ノ Beweismittel ノ譯語ニシテ、正確ニハ、「證明方法」ト云フヲ該レリトスル。而シテ「證明方法」即チ證據デアルガ、此兩者ハ觀念上區別スベキモノナレバ、講學上ニハ、「證明方法」ト云フ新用語ヲ創作セザル限り、從來ノ「證據方法」ナル用語ヲ存置スル必要ガアル。

次ニ證據調ニ付キ、新法ハ新タニ裁判所ノ職權ヲ著シク擴大シ、證據調ニ關スル裁判所中心主義ヲ愈々露骨ニ表示シタ。即チ證據調ヲ爲スト爲サルトニ付キ別段ニ裁判ヲ爲スノ必要ナキモノト爲シ（從クテ新法ニハ、舊法ニ定ムル證據決定ナルモノナシ）、又、凡ベテノ要證事項ニ付キ職權證據調ヲ許シ、當事者辯論主義ノ一角ヲ崩壞セシメタル（新二六一、二六二條）等ノ如シ。

尙、證據調ノ施行ニ關シ、受訴裁判所ニ在リテハ特ニ證據調期日ナルモノヲ設ケズ、從ツテ舊法二八七條一項ニ該ル規定ヲ

削除シ、口頭辯論期日ニ於テ、便宜證據調ヲ爲サシムルコト、ナシ、又、疏明ニ關シ、保證金ノ供託若クハ眞實ナルコトノ宣誓ヲ以テ疏明ニ代ヘシムル規定<sup>(新二六
七條)</sup>ヲ置キタル等ノ點モ、亦、新法ノ新ナル企テトシテ擧ゲナケレバナラス。

II. 證據ノ申出ト要證事實

新法ハ常ニ「證據ノ申出」ト云ヒ、舊法ノ如ク申立トハ云フテ居ラス。即チ新法ニ依レバ、受訴裁判所ハ、申出ノ證據中適當ノモノヲ取調べ、之レガ爲メ別段ニ舊法ノ如ク裁判（證據決定）ヲ爲サルヲ以テ、從ツテ證據ノ申出ハ單ニ裁判所ニ證據方法ヲ提出スルノ行爲ニ止マリ、裁判ヲ求ムルニ非ズト云フニ在ル。證據ノ申出ハ、證スベキ事實ヲ表示シ、鑑定ノ場合ヲ除キ具體的ニ證據方法ヲ提出スベキコト、舊法ト同ジ<sup>(新二五八
條一項、
二七五、三〇四、三一
一、三三三、三三六條)</sup>。

素ヨリ新法ニ依ルモ、當事者ハ、ソノ主張シタル凡ベテノ事實ニ付キ證據ノ申出ヲ爲ス必要ナク、其立證責任ハ所謂「要證事實」ニ限ラレル。而シテ當事者ガ自白シタル事實及ビ裁判所ニ於テ顯著ナル事實ガ、證據ヲ必要トセザルコトハ、新二五七條ノ規定スル所ナルモ、是レ少クトモ現在ノ民事訴訟ノ構成上當然ノ事理ニ屬シ、敢ヘテ此規定ヲ待タザルモノデアル。^[註一]要之、當事者ハ、裁判所ニ顯著ナル事實ヲ除キ、相手方ニ依リテ争ハレタル事實ニ限り、原則トシテ證據ノ申出ヲ爲ス必要アルコト、新舊法共ニ渝リナシ。唯、爰ニ問題トスベキハ、新法ニ

ハ、舊二一九條前段ニ該ル規定ヲ缺クガ故ニ、「地方慣習法、商慣習及ビ規約又ハ外國ノ現行法」等ニ付キ、果シテ當事者ガ要證事項トシテ舉證ノ責任ヲ負フカ否カデアアル。新法ノ起草委員ハ、此等ヲ以テ、當然當事者ノ立證責任ノ範圍トナセルモノノ如ク、〔註二〕而シテ訴訟運用ノ上ヨリ觀ルモ、ソノ孰レニ對シテモ裁判所ノ調査義務 Forschungspflicht ヲ免除シ、當事者ニ立證責任ヲ負ハシムルコトノ至當ナルハ言フ俟タヌ。併シナガラ地方並ニ商慣習法、自治體法規、外國ノ現行法等ハ、素ヨリ單純ナル「事實」ニ非ズ、廣義ノ法令ニ包含セラルベキモノナレバ、〔註三〕規定ナクシテ當然、裁判所ノ調査義務ガ免除セラル、モノトハ言ヒ難イ。調査委員間ニ於テ異論アリシニモ拘ラズ、〔註四〕單ニ裁判所ノ職權的方面ヨリ觀テ、新二六一、二六二條ヲ置クニ止メ、此點ノ規定ヲ缺キタルハ、起草委員ノ偏見ヲ貫徹シタルモノト云ハナケレバナラス。

〔註一〕 新二五七條ハ、不要證事實トシテ「當事者ガ自白シタル事實」ヲ舉グルモ、カハル確認の規定ヨリモ、寧ロ自白ノ取消ニ關スル規定ガ望マシカツタ。獨民訴訟法二九〇條ニハ「裁判上ノ自白ハ、其當事者ニ於テ自白ガ眞實ニ適セズ、及ビ錯誤ニ依リテ生ジタルコトヲ立證シタル場合ニ限り、取消ニ因リ其效力ニ影響ヲ及ボス。此場合ニハ自白ハ其效力ヲ失フ」ト規定セラレ、我舊法ニハ、カハル規定ナキモ此趣旨ノ判例ガアル。例之、大判集民七卷八一五頁。併シナガラ學說トシテハ從來必ズシモ一定セシニ非ザルガ故ニ、新法ニ於テ明確ナル規定ヲ設ク可カリシモノデアアル。從來ノ學說ニ就テハ、加藤博士、民訴法判例批評集一卷二三六頁以下、雉本博士、判例批評錄一卷二二〇頁以下、四五四頁以下、山田博士、判例批評民訴法二卷六二四頁以下等參照。

〔註二〕 司法省藏版、民訴法改正調査委員會速記録五二四頁以下、同上續卷一四六頁松岡委員説明参照。

〔註三〕 此點ニ付キ同上速記録五二六頁松岡委員答辯ニ「法規ハ矢張り法規アアル」トアル。尤モ自治體ノ法規ニ就テハ、法令ニ非ズシテ純然タル法律行為ト觀ル説アルモ、Vgl. Stein-Jonas:—Komm. Bd. I. zu § 293. II. (S. 77 2) 之レニ對シテハ有力ナル反對説ガアル。Hellwig:—Lehrb. Bd. II: S. 138; Danz:—Auslegung. S. 4 ff.

〔註四〕 前掲速記録同所参照。

證據ノ申出ハ、舊法ト同ジク口頭辯論ノ終結ニ至ル迄、自由ニ之レヲ爲シ得ルノ規定トナツテ居ル^(新一三、七條)。併シナガラ新法ニ依レバ、地方裁判所手續ニ在リテハ原則トシテ準備手續ヲ經ベク、而シテ此手續ニ於テ當事者ハ豫メ證據ノ申出ヲ爲ス必要アルコト既ニ述ブルガ如クナレバ^(新二四九、二五〇條)、口頭辯論ニ於テ新タナル證據ノ申出ヲ爲スニハ、新二五五條ノ制限ヲ蒙ラザルヲ得ズ、更ニ事情ニ因リテハ、新一三九條ノ適用ヲ受クルコト、ナル。證據ノ申出ハ期日ニ於テ之レヲ爲スヲ原則トスルモ、尙、期日前ニモ之レヲ許スコト舊法ト同ジ^(新二五八、條三項)。但シ新法ハ、此場合、相手方ニ對シ證據抗辯ヲ提出スルノ機會ヲ與フルノ規定ヲ設ケテ居ラヌ^(舊二七七條、二項参照)。

III. 證據調ノ限度

證據調ノ限度ハ、裁判所之レヲ定ムベキコト、新舊法共ニ同ジ。併シナガラ舊法ニ在リテハ、裁判所ハ、當事者ノ申出デタル證據ニ付キ其取調ノ限度ヲ定ムル外ナカリシモ、新法ハ、更

ニ裁判所ニ對シ、當事者ノ申出デザル證據ノ取調ヲモ許スコトト爲シタ。以下述ブルガ如シ。

證據調ハ先ヅ當事者ノ申出デタル證據ニ付キ之レヲ爲スベキコト、新法ニ於テモ渝リナシ。而シテ其取調ノ限度ハ、素ヨリ裁判所之レヲ定ムベキモノニシテ、「當事者ノ申出デタル證據ニシテ裁判所ニ於テ不必要ト認ムルモノハ之ヲ取調ブルコトヲ要セズ」(新二五九條)。(註一)又、假令、取調ノ必要アリト認ムルモ、「證據調ニ付キ不定期間ノ障礙アルトキハ、證據調ヲ爲サルコトヲ得」(新二六〇條)。而カモ此場合、舊法ト異ナリ必ズシモ相當期間ヲ定ムル必要ナキモノデアル(舊二七五條參照)。(註二)

〔註一〕 新二五九條ハ、舊二七四條一項「當事者ノ申立テタル數多ノ證據中其調ベキ限度ハ裁判所之ヲ定ム」ト其趣旨ニ於テ同一デアル。併シナガラ其規定ノ形式ガ、餘リニ露骨ニ裁判所ノ自由裁量權ヲ表示シ、爲メニ證據調ニ付キ裁判ヲ不必要ト爲シタルト相待チテ、證據調ノ限度ガ全ク裁判所ノ專斷ニ委セラレタルカノ感アラシムル。

〔註二〕 證據調ニ付キ不定期間ノ障礙アル場合、相當期間ヲ定ムルコトノ無意味ナルコトナキニ非ザルガ故ニ、新法ガ必ズシモ相當期間ヲ定メズシテ證據調ヲ爲サルコトヲ得シメタルハ適當デアル。併シナガラ此規定アルガ故ニ、新法ニテハ、不定期間ノ障礙アレバ、直チニ當該證據調ヲ省略シ得ルモノト解シテハナラヌ。

以上ハ、舊法ト異ナル所ナキモ、新法ハ、更ニ進ムデ、裁判所ガ、職權ヲ以テ當事者ノ申出デザル證據ノ取調ヲ爲スコトヲ許シタ(新二六一、二六二條)。即チ證據ニ關シテハ、カノ當事者辯論主義ノ一角ヲ緩和シ、從來、人事訴訟手續ニ於テ認メラレタル職權

證據調ガ^(人訴法一)_(四條參照)、一般ノ通常訴訟手續ニ於テモ行ハル、コトトナツタノデアル。其場合ヲ分チテニトスル。

第一、裁判所ハ、當事者ノ申出デタル證據ニ依リテ心證ヲ得ルコト能ハザルトキ、其他必要アリト認ムルトキハ、職權ヲ以テ證據調ヲ爲スコトヲ得^(新二六)_(一條)。

此規定ニ依リ、裁判所ハ、凡ベテノ訴訟ニ付キ、當事者ノ申出ニ拘ルコトナク、職權ヲ以テソノ必要ト認ムル證據ノ取調ヲ爲シ得ルコト、ナツタ。^[註一]而シテ條文ニハ「其他必要アリト認ムルトキハ」トアルガ故ニ、裁判所ガ必要アリト認ムルトキハ何時ニテモ本條ニ依ル證據調ヲ爲シ得ベク、畢ニ新法ハ、裁判所ガ當事者ト相竝ムデ探證スルコトノ自由ヲ許シタルカノ感アラシムル。

[註一] 舊法ニハ、證據調ノ補充ニ付キ、本條ニ似タル規定アリシモ(舊二八五條)、同條ガ果シテ職權ニ依ル證據調ヲ許シタルモノナリキ頗ル疑問デアツタ。

併シナガラ當事者辯論主義ノ行ハル、所、當事者即チ舉證ノ責任ヲ負擔シ、裁判所先ヅ當事者ノ申出デタル證據ノ取調ヲ爲スベキコト素ヨリ當然デアル。然ルニ本條ハ、裁判所ノ職權ヲ規定シタルモノニシテ、職責規定ニ非ズ。之レニ依リ當事者ノ負擔スル立證責任ノ一部ガ裁判所ニ轉換セラル、ニ非ザルハ言ヲ俟タザル所ナレバ、未ダ俄カニ本條ニ依リ證據ニ關シテ當事者辯論主義ガ根柢ヨリ覆サレタリトナシ能ハヌ。

畢竟スルニ本條ハ、第二次的採證方法トシテ、裁判所ニ對シ職權證據調ノ權限ヲ與ヘタルモノト看ルベク、果シテ然ラバ裁判所ガ本條ニ依リ證據調ヲ爲スニ當リテハ、常ニ慎重ノ態度ヲ持シ、證據ノ不足ハ先ヅ釋明權ノ行使ニ依リ（新二七條一項）、當事者ヲシテ補ハシムル態度ニ出デナケレバナラス。當事者ヲ差措キテ裁判所自ラ證據ヲ聚集スルガ如キハ、既ニ職權範圍ノ逸脫デアアル。併シナガラ之レニハ例外ノ場合モアル。〔註一〕

〔註一〕 例之、慣合訴訟ノ防止デアアル。當事者ノ一方ガ、故意ヲ以テ、甚シキハ相手方ト通謀シテ訴訟資料ノ提出ヲ怠リ、敗訴ノ判決ヲ受クルコトハ、純然タル私益ヲ内容トスル係争事件ニ於テモ觀過シ得ザル場合ガアル。況ンヤ公益ト交渉アル事件ニ在リテハ宥スベカラザルコト、スル。此場合、人事訴訟ニ屬スルナラバ、同法一四條其他ノ規定アリテ問題ナキモ、通常訴訟手續ニ依ルモノニ就テハ、本條ノ活用ヲ待ツ外ナシ。例之、相續回復請求訴訟、身分關係確定ノ訴等ノ如シ。

第二、裁判所ハ、必要ナル調査ヲ官廳若クハ公署、外國ノ官廳若クハ公署又ハ學校、商業會議所、取引所其他ノ團體ニ囑託スルコトヲ得（新二六條二條）。

本條ハ、其成立ノ過程ヨリ云ヘバ、舊二一九條（殊ニ後段）ノ修正セラレシモノナルモ、其規定ノ重心、全ク舊法ノ夫レヲ離レ、裁判所ガ、凡ベテノ要證事項ニ付キ、判斷ノ資料ヲ得ルガ爲メ必要ナル調査ヲ官廳其他ニ囑託シ得ルノ規定トナツタ。〔註一〕即チ本條ニ依リ、舊法ニ在リテハ、舊二一九條ニ

列舉スル事項ニ就テノ外許サレザリシ取調ノ一方法（調査ノ囑託）ガ、其他一般ノ要證事實ニ付キ許サル、コト、ナツタノデアル。

〔註一〕 舊二一九條後段ハ、地方慣習法、商慣習及ビ規約又ハ外國ノ現行法ニ付キ、裁判所ノ職權取調ヲ許シタルデアルガ、職權證據調ニ就テハ、新二六一條アリ、而シテ此等事項ニ關スル證據調手續ニ依ラザル裁判所ノ取調ハ、裁判所ノ當然爲シ得ル所トシテ、新法ニ其規定ヲ設ケナカツタノデアル。而シテ本條ハ、本文ニ云フガ如ク規定ノ立場ヲ改メ、一般ノ要證事實ニ付キ、官廳其他ニ必要ナル調査ヲ囑託スルコトニ依リ、證據材料ヲ聚集スルノ途ヲ拓イタルデアル。

斯ク本條ハ、舊二一九條ノ職權取調ノ方法（其方法ヲ限定シタルモノ）ヲ一般要證事實ニ及ボシタルモノナレバ、本條ニ依ル證據資料ノ聚集ハ、證據調ノ一般手續ニ遵フコトヲ要セズ、〔註一〕裁判所ガ、適當ナル方法ヲ以テ此調査ノ囑託ヲ爲シ（新二三〇條二項）、其調査ノ結果ハ、或ハ書證トシテ、鑑定トシテ、又、時トシテ人證トシテ證據資料トナルモノト考ヘル。要之、本條ハ、特種ノ職權證據調手續ヲ規定シタルモノニ外ナラス。

〔註一〕 Vgl. Stein-Jonas:—Komm. Ed. I. zu § 293. III. (S. 772).

爰ニ問題ナルハ本條ト前條（新二六一條）トノ關係デアル。余ハ、上述ノ如ク、本條ヲ以テ特種ノ職權證據調手續ヲ規定シタルモノト解スルガ故ニ、本條ニ依ル調査ノ囑託ハ、素ヨリ前條ニ定ムル職權證據調ニ關スル一般的制限ニ遵フモノト看ル。即チ裁判所ハ、當事者ノ申出デタル證據ニ依リテ心證ヲ得ルコト能ハザルトキ其他必要アリト認ムルトキニ限り、本條ニ

依ル調査ノ囑託ヲ爲シ得ルモノト解スル。

職權證據調ニ關スル規定、以上ノ如シ。而シテ此等職權證據調ニハ、當事者ノ訴訟資料提出ヲ制限スル新二五五條並ニ新二六〇條ノ規定ノ直接適用ナキハ勿論ナルモ、裁判所ガ其職權ヲ行使スルニ際シ、此等條文ノ趣旨ヲ尊重スルノ義務アリト云ハザルヲ得ス。即チ著シク訴訟ヲ遲滯セシムルノ虞レアリ、若クハ又、不定期間ノ障碍アリ、當該證據調ヲ爲サルヲ至當ト爲スニモ拘ラズ、尙、強テ其取調ヲ爲スガ如キハ、既ニ職權ノ範圍ヲ逸脱セルモノニシテ、其間、裁判所ナルト、當事者ナルトニ依リ差別アル可カラザル理デアル。

IV. 證據調ト職權主義(證據決定ノ廢止)

舊法ハ、當事者ノ演述ニ引續キ直チニ證據調ヲ爲ス場合ノ外、證據調ノ前提並ニ準備トシテ證據決定ヲ爲スベキモノト定ム(舊二七四條二項)。然ルニ新法ニハ此證據決定ニ關スル規定ガ全ク缺ケテ居ル。是レ他ナシ。新法ノ起草委員ハ、裁判所ガ、當事者ノ申出デタル證據ヲ取調ブルト取調べザルト、更ニ又、職權ニ依リ證據調ヲ爲ス場合ト雖モ、凡ベテ其裁判ヲ爲ス必要ナシトノ方針ヲ樹テ、此方針ノ下ニ其規定ガ設ケラレシ故デアル(新二五九、二六一條)。
 [註一] 詳言スレバ、新法ニ在リテハ、裁判所ハ、當事者ノ申出デタル證據ヲ取調べ、又、職權ニ依リ適當ノ證據調ヲ爲スニ當リ、證據決定ヲ以テ之レヲ命ズルノ要ナク、直チニ證據調ノ囑託、證人ノ呼出等ノ準備行爲ヲ爲シ、證據調ヲ施行スベク、更

ニ又、當事者ノ申出デタル證據ヲ取調べザル場合ニ於テ、其却下ノ裁判ヲ必要トセス。

〔註一〕 司法省藏版、民訴法改正調査委員會速記録、五二二頁以下、松岡委員説明参照。

吾人ハ、新法ノ此規定方針ノ下ニ、證據聚集ニ關スル訴訟主義ノ重要ナル推移ヲ認メナケレバラス。舊法ニ在リテハ、裁判所ガ證據調ノ限度ヲ定ムルコト新法ト渝リナキモ^(舊二七四條一項)、證據聚集ノ基本權ハ、尙、當事者ニ在リ、裁判所ハ、當事者ノ申出デタル證據ニ付キ、其取調ノ許否ヲ決スルニ過ギナカツタ。此意味ニ於テ、當事者辯論主義即チ獨乙普通法以來ノ傳統タル當事者中心主義ガ〔註一〕證據調手續ヲ支配シタノデアアル。然ルニ新法ニ於テ、裁判所ハ、當事者ノ申出デタル證據ニ付キ、其取調ノ許否ヲ裁判スルノ必要ナキニ至リ、而カモ尙、第二次的ナガラ當事者ノ申出デザル證據ヲモ職權取調ヲ爲シ得ルコト、ナリタルヲ以テ、當事者ハ、證據聚集ニ關シテ法律上ノ直接連鎖ヲ失ヒ、唯、僅カニ第一次的證據ヲ裁判所ニ供給スルノ地位ヲ與ヘラルハ、ニ止マル。是レ畢竟スルニ、證據聚集ノ中心勢力ガ、殆ンド全ク裁判所ノ手ニ移リタルコトヲ示スモノニシテ、カノ當事者辯論主義ハ、證據聚集ニ關シテハ、當事者ニ第一次的證據提供ノ權能ヲ與フルニ因リ、僅カ其餘喘ヲ保ツニ過ギヌ。

〔註一〕 當事者辯論主義トハ、訴訟審理ニ關スル當事者中心主義 Prinzip der Partei-herrschaft ニ外ナラス。拙著、改正民訴法要論、二一九頁以下参照。

新法ノ此改正ニ對シテハ、吾人ハ、或ル程度ノ賛成ヲ爲スニ躊躇セヌ。元來、證據調ニ依リテ心證ヲ得ル者ハ、當事者ニ非ズシテ裁判所ナリ。然ラバ此手續ニ於テ裁判所ヲ主ト爲スハ當然ノ事理ニシテ、且ツ又、證據調ハ訴訟ノ全體ヨリ觀察シテ、裁判所ガ心證ヲ得ルノ手段タル寧ロ附隨ノ手續ナルヲ以テ、可成、簡明ナルヲ可トスベク、新法ハ此趣旨ヲ徹底セシモノト考ヘラレル。即チ新法ニ依レバ、裁判所ハ、當事者ノ申出タル各證據ニ付キ許否ノ裁判ヲ爲スノ要ナク、唯、ソノ必要ト認ムルモノヲ取調ブレバ足り、從ツテ當事者ノ申出ニ引摺ラレ、不必要トハ認メナガラモ其取調ヲ已ムナクセラル、從來ノ弊ヲ避ケ得ベク、更ニ又、證據決定ト云フガ如キ形式手續ヲ不必要ト做シタルガ故ニ、手續ガ簡捷ニ取運バレ得ル。

斯クシテ證據調手續ガ、簡明、簡捷ナルコトハ素ヨリ望マシキ所ナルモ、之レガ爲メ斷ジテ取調ノ正鴻ヲ犠牲ニ供シテハナラヌ。而シテ審理ノ正鴻ヲ得ルガ爲メニハ、裁判所ノ專斷ヲ矯ムベキモノナルニ、新法ハ、手續ノ簡捷ト裁判所ノ職權ヲ規定スルトニ急ニシテ他ヲ顧ミズ、證據調ニ付キ裁判所ノ專斷ヲ許シ、
〔註一〕或ハ此專斷ニ依リ手續ノ進捗ヲ計ルコトガ新法ノ目的ナルカノ如キ感アラシムル。新法起草者ノ眞意此邊ニ在リシヤモ知レザルモ、斯クテハ訴訟審理ノ破壊ナリ、吾人ハ之レニ對シ斷々乎トシテ反對シナケレバナラヌ。新法ノ改正調査委員會並ニ帝國議會ノ特別委員會ニ於ケル反對モ、主トシテ此點ニ集中

セラレタ。〔註二〕

〔註一〕 裁判所ノ職權の方面ノミヨリ規定ヲ設クルコトハ、新法ノ通弊デア
ルガ、證據調ニ付テ殊ニ甚ク、新二五九乃至二六三條ハ、悉ク職權規定ニシ
テ、殊ニ新二五九條ハ、舊二七四條一項ニ「其調アベキ限度ハ裁判所之ヲ定ム」
トアルヲ「裁判所ニ於テ不必要ト認ムルモノハ之レヲ取調ブルコトヲ要セズ」
ト規定シ、如何ニモ裁判所ノ主觀の見解ヲ以テ證據調ノ限界ヲ定メ得ルガ如
キ口吻ヲ洩シ、加之、證據決定ヲ廢止シタルト、又其反面トシテ、證據申出
却下ノ裁判ヲ不必要ト做シタルトニ因リ、裁判所ガ當事者ヲ無視シタル專斷
的橫暴ヲ爲スモ、規定トシテハ當事者ニ對シ不服申立ノ途ガ斷タレテ居ル。
例之、裁判所ガ故意又ハ過失ニ因リ當事者ノ證據申出ヲ握リ潰シテ結審シ、
又、當事者ノ準備ノ有無ヲ問ハズ、口頭辯論期日ニ突然證據調ヲ爲シ、若ク
ハ受託判事ヨリ證據調ニ關スル記録ノ到着シタルヲ通知セズシテ突如、口頭
辯論期日ヲ開クガ如シ。

〔註二〕 司法省藏版、新民訴法改正調査委員會速記録五二七頁以下、同上、第
五十一回帝國議會ニ於ケル委員會速記録八六五頁以下參照。

斯ク論ジ來レバ、證據調手續ノ圓滿ナル進捗ハ、懸ツテ裁判
所ノ双肩ニ在ル。舊法ノ下、裁判所ガ專斷ヲ行ヒ得ザリシニ非
ズ、新法ノ下、裁判所ノ處置如何ニ因リ舊法ニ優ル結果ヲ舉ゲ
得ラレザルニ非ズ。按ズルニ新法ハ證據決定並ニ證據ノ申出却
下ノ裁判ヲ不必要ト做シタルモ、之レヲ禁ジタルニ非ズ。然ラ
バ裁判所ガ、必要ニ應ジ證據決定ヲ以テ證據調ノ準備ヲ爲シ、
又、證據ノ申出却下ノ裁判ヲ爲シテ其却下ノ理由ヲ明カニスル
コトハ、〔註一〕屢々、望マシキコトナルベク、假令、カ、ル方法
ニ出デザルモ、當事者ニ對シ必要ナル事項ヲ告知スルコトハ、
〔註二〕 訴訟ノ審理ニ於テ裁判所ニ課セラレタル當然ノ責務ト做

サナケレバナラヌ。斯クシテ裁判所ガ、適當ニ證據調ノ施行ヲ計ルナラバ、新法ハ、舊法ニ比シ其規定ニ彈力性アルノ點ニ於テ優レリトスル。唯、條文ガ裁判所ノ職權規定ニ終始スルガ爲メ、有識、無識ニ裁判所ノ專斷ノ弊ヲ助長セザレバ幸デアル。

〔註一〕 裁判所ガ此却下ノ裁判ヲ爲サルモ、其申出テタル證據ガ必要ノモノナル限り(例之、唯一證據)、審理不盡ノ上旨理由トナル。

〔註二〕 例之、特定證據ノ取調期日ヲ通知シ、又、受託判事ヨリ證據調ニ關スル記録ノ到着セル旨ヲ通知スルガ如シ。此等ハ新法ニ其規定ナキモ、裁判所ガ其通知ノ勞ヲ執ルナ至當ト考ヘル。

V. 證據調ノ施行

證據調ノ施行ガ、裁判所ノ職權ニ屬スルコト舊法ト同ジ。新法ニハ舊二七七條三項ノ如キ直接規定ヲ缺クモ、證據調ニ關スル規定全體ノ構成ヨリ觀テ當然デアラネバナラヌ。而シテ新法ガ證據調ノ施行ニ付キ證據決定ヲ不必要ト做シタルコト前陳ノ如クナレバ、裁判所ハ、ソノ必要ト認ムル證據ニ付キ、直チニ取調ノ準備行爲ヲ爲スノデアル。例之、證人、鑑定人ノ呼出(新二七六、三〇一條)、文書提出命令、同上送付ノ囑託(新三一四、三一九條)等、又、受訴裁判所外ニ於テ證據調ヲ爲ス場合ニ於テハ受命判事ノ指定、受託判事ニ對スル囑託等ノ如シ。〔註一〕

〔註一〕 裁判所ガ、此等ノ準備行爲ヲ爲スニ當リ、便宜上、證據決定ヲ爲スコトハ新法ノ禁ズル所ニ非ズト考ヘル(前段參照)。而シテ證據決定ヲ爲シタル場合ニハ、之レヲ當事者ニ告知スベキハ素ヨリ當然ナルモ(新二〇四條)、假令、證據決定ヲ爲サル場合ト雖モ、必要ナル程度ニ於テ、ソノ爲シタル準備行爲ヲ當事者ニ告知スルコトハ、訴訟審理ニ於ケル裁判所ノ當然ノ責務ナ

リト信ズル。

證據調ハ、受訴裁判所ニ於テ施行スルヲ原則トシ、裁判所ガ相當ト認ムルトキハ、特ニ裁判所外ニ於テ之レヲ爲スコトヲ得ル(新二六五條一項前段)。而シテ受訴裁判所外ニ於テ證據調ヲ爲ス場合ニハ、受命判事ヲ指定シ、又ハ區裁判所ニ囑託シ得ルモ(新二六五條一項後段)、尙、受訴裁判所ノ全員ガ出張シテ之レヲ爲スコトモ可能デアル。〔註一〕受託判事ハ、ソノ囑託ヲ受ケタル證據調ヲ他ノ區裁判所ニ於テ爲サシムルヲ相當ト認ムルトキハ、當該區裁判所ニ轉囑シ得ル。此場合ニハ其旨ヲ受訴裁判所並ニ當事者ニ通知シナケレバナラヌ(新二六五條二項)。新法ハ、此權限ヲ受命判事ニ與ヘテ居ラヌ(舊二八二條參照)。蓋シ受命判事ハ受訴裁判所ノ構成員ナルヲ以テ、必要アルトキハ直チニ受訴裁判所ノ處置ヲ仰ギ得ト云フニ在ル。

〔註二〕

〔註一〕 新二六五條一項前段ニ「裁判所外」トアルハ受訴裁判所ヲ指スコト、舊二七三條一項ト照合シテ明瞭デアル。然ラバ同項ノ規定ヨリ推シテ、受訴裁判所ノ全員ガ裁判所(裁構法一〇三條)外ニ於テ證據調ヲ爲スコトヲ妨グルコト非ラザルモ、問題ハ、當該裁判所ノ管轄區域外ニテモ、尙、之レヲ爲シ得ルヤニ在ル。刑事訴訟ニアリテハ、刑訴一條ノ明文アリテ、ソノ可能ナルコト疑問ノ餘地ナキモ、民訴法ニハ此規定ヲ缺ク。併シナガラ元來、裁判所ノ管轄トハ、當該裁判所ニ分配セラレタル事件ノ範圍ニ外ナラザルヲ以テ(拙著、改正民訴法要論七一頁參照)、管轄區域外ト雖モ、證據調ノ如キ職務執行ヲ妨ゲザルモノト信ズル。同説、長島、森田兩氏共著「改正民訴訴訟法解釋」第二六五條(三一六頁)。

〔註二〕 司法省藏版、改正民訴法調査委員會速記録五三一頁參照。併シナガラ受命判事モ亦、其所屬裁判所ノ管轄區域外ニ於テ證據調等ノ職務執行ヲ爲シ

得ベキヲ以テ〔前段〔註一〕參照〕、遠隔ノ地ニ出張シタル場合ヲ考慮スルナラバ、新法ガ、受命判事ヲ除キタルハ、受託判事ト權衡ヲ失シ、不都合ナリト考ヘル。是レモ起草委員間ノ推敲不足ノ一例デアル。

新法ニハ、舊二七八條一項、二八〇條ノ如ク、證據調ニ付キ期日ヲ定ムベキ旨ノ規定ナキモ、期日ニ於テ之レヲ爲スベキハ當然デアリ、且ツ又、新二六三條ニ依リテモ間接ニ之レヲ推シ得。而シテ新法ハ、受訴裁判所ノ證據調ニハ特ニ期日ヲ設ケザル趣旨ニテ舊二八七條一項ノ規定ヲ削除シタルモノナレバ、口頭辯論期日ニ於テ、適宜、證據調ヲ施行スベク、從ツテ特ニ證據調期日ノ通知ヲ必要トセス。併シナガラ受訴裁判所ト雖モ、他ノ場所ニ於テ證據調ヲ爲シ、又、受命判事若クハ受託判事ガ證據調ヲ施行スル場合ニハ、當事者ニ其期日並ニ場所ヲ通知スベキハ素ヨリ當然デアル^(新一五)_(四條)。

證據調ノ施行ハ、裁判所ノ職權ニ屬スルヲ以テ、當事者ガ期日ニ出頭セザルモ、尙、之レヲ爲スコトヲ妨ゲヌ^(新二六)_(三條)。此場合、新法ハ、任意規定トシテ裁判所ニ自由裁量ノ餘地ヲ與ヘタル點ニ於テ、舊二八四條一項ト異ナル。蓋シ新法ノ規定ヲ以テ至當ト考ヘル。受託判事ガ證據調ヲ爲シタルトキハ、其記録ヲ受訴裁判所ニ送付シナケレバナラヌ^(新二六)_(六條)。而シテ新法ノ規定ニ依レバ、受訴裁判所ノ書記ハ、記録ヲ受領シタルコトヲ當事者ニ通知スルノ義務ナキモ、相當ナル方法ヲ以テ告知スルノ手續ヲ執ラシムル必要ガアル。〔註一〕

〔註一〕 新法ノ起草委員ハ、記録ノ送付アレバ、裁判所ガ職權ヲ以テ次回期日

ヲ指定スルガ故ニ、之レニ依リ當事者ハ記錄ノ到達ヲ推知シ得ベシト云フモ、殊更ニ當事者ニ對シ記錄到達ノ通知ヲ省略スル理由那邊ニ在リヤ。況ンヤ記錄ガ到達シタルモ、裁判所ノ都合ニ依リ日期ノ指定ヲ爲サル間ハ、畢ニ當事者ハ、裁判所ニ問合スノ外、其到着ヲ知ル由ガナイ。カ、ル當事者ヲ無視シタル官僚思想コソ、吾人ガ絶對排撃セムトスルモノデアアル。司法省藏版、前掲速記録五三二頁松岡委員説明參照。長島、森田兩氏ハ「受託判事ノ證據調期日ニ出頭セザルコトハ其者ノ懈怠ナルガ故ニ」、カ、ル當事者ニ對シテハ通知ヲ爲ス必要ナシトノ見解ヲ擧ゲラル、モ〔兩氏共著前掲書第二六六條（三一八頁）〕、然ラバ出頭セル當事者ニ就テハ如何。書記ノ調書作成ノ頗ル杜撰ナルコト稀レニ非ザル今日、證據調期日ニ出頭シタル場合ニモ、尙、一刻モ早ク調書閲覽ノ必要アルコトハ、實務家ノ均シク感ズル所デアロウ。前掲書第二六六條（三一八頁）參照。

次ニ外國ニ於テ爲スベキ證據調ハ、我民訴法ノ證據調手續ニ據リ得ザルコト論ヲ俟タザルガ故ニ、此場合ニハ、舊法ト同ジク其國ノ官廳又ハ其國ニ駐在スル日本ノ大使、公使若クハ領事ニ之レヲ囑託スベキモノト定ム（新二六四條一項）。而シテ新法ハ、外國ニ於テ爲シタル證據調ガ其國ノ法律ニ違背スルモ、本法ニ違背セザルトキハ其效力ヲ有スルモノト爲シタ（新二六四條二項）。我舊法並ニ獨民訴法ニ此規定ナキモ、澳民訴法二九〇條ニアリ。蓋シ至當デアアル。

VI. 口頭辯論開始前ニ於ケル證據調ノ準備

新法ハ、口頭辯論ニ先立ち、原則トシテ準備手續ヲ爲スモノトシ、此手續ニ於テ當事者ヲシテ證據ノ申出ヲモ爲サシムル。故ニ裁判所ハ、之レニ基キ口頭辯論ノ開始前、豫メ證據調ノ準備行爲、例之、證人、鑑定人ノ呼出、官廳其他ニ對スル調査ノ

囑託<sup>(新二六
二條)</sup>、區裁判所ニ對スル證據調ノ囑託<sup>(新二六五
條一項)</sup>等ヲ爲スコト、敢ヘテ不可能ニ非ラズ。否、屢々、之レニ依リテ訴訟ノ進捗ヲ策シ得ル。併シナガラ準備手續ハ口頭辯論ノ一部ヲ構成スルモノニ非ザルガ故ニ、此手續ニ於ケル證據ノ申出ニ基キ、裁判所ガ口頭辯論ノ開始ニ先立チテ證據調ノ準備ヲ爲スコト、果シテ許サルベキカ否カ。直接ノ明文ナキ以上、一應、疑問ト做サナケレバナラス。

此點ニ付キ、一九二四年ノ獨逸民訴改正律令ハ充分ノ考慮ヲ拂ヒ、我準備手續ニ該ル「單獨判事ノ面前ニ於ケル手續」ヲシテ口頭辯論ノ一部ヲ構成セシムルト同時ニ、〔註一〕之レニ引續ク合議裁判所ニ於ケル口頭辯論ヲ、可成一回ニテ完結セシムルガ爲メ、其開始前、證據調ノ準備其他必要ナル處置ヲ爲スベキモノト定ムル<sup>(同二七
二條b)</sup>。〔註二〕此種ノ規定ハ、我新法ニ於テモ、準備手續ヲ設ケタル以上、當然、之レトノ連絡上其必要アルニモ拘ラズ、我新法ノ起草者ニハ、畢ニ此點ニ迄、其考慮ヲ及ボシ得ナカツタノデアル。〔註三〕

〔註一〕本稿一八八頁〔註一〕參照。

〔註二〕一九二四年、獨逸民訴改正律令ハ、區裁判所ノ訴訟手續ニ關スル五〇一條ヲ修正シテ二七二條bト爲シ、地方裁判所ノ訴訟手續規定ヲラシメタ。即チ修正以前ニハ、口頭辯論開始前ノ準備行爲ヲ區裁判所手續ノミニ許シタルヲ、地方裁判所手續ニ迄、之レヲ及ボシタノデアル。

參考ノ爲メ、其全文ヲ掲ケル。

第二七二條b 裁判長若クハ其指定シタル受訴裁判所ノ判事ハ、口頭辯論ノ

開始ニ先立ち、訴訟ヲシテ可成一回ノ口頭辯論ニテ完結セシムルニ適當ト認メラル、凡ベテノ處置ヲ爲スベシ。

此目的ノ爲メ、特ニ次ニ掲グル處置ヲ爲スコトヲ得。

1. 當事者ニ對シ準備書面ノ補充若シクハ説明、又ハ、文書、系圖、設計圖、製圖、見取書ノ提出ヲ命ズルコト。
2. 官廳若クハ官吏ニ對シ、文書ニ關スル通報若クハ公ノ調査ノ回答ヲ求ムルコト。
3. 當事者本人ノ出頭ヲ命ズルコト。
4. 當事者ノ申立テタル證人ヲ口頭辯論ニ呼出シ、又ハ第三七七條三、四項ノ規定ニ遵ヒ、文書ニ依ル回答ヲ求ムルコト。
5. 檢證若クハ鑑定ニ依ル鑑定ヲ命ジ、之レヲ實施シ、若クハ鑑定人ヲ口頭辯論ニ呼出スコト。

第四號並ニ第五號ニ定メタル處置ハ、被告ガ原告ノ請求ニ對シ豫メ異議ヲ述べタル場合ニ限り、之レヲ爲スベシ。前項ノ處置ヲ爲スニ付キ期日ヲ關ク必要アルトキハ、可成、其期日ヲ口頭辯論期日ト連絡セシムベシ。

當事者ニ對シテハ、凡ベテノ處置ヲ通知スベシ。但シ裁判長若クハ當該受命判事が、此通知ヲ爲サザルモ當事者ノ權利確保ニ妨ゲナシト認ムルトキハ、其通知ヲ爲サルコトヲ得。當事者本人ノ出頭ヲ命セラレタル場合ニハ、第一四一條二、三項ノ規定ヲ適用ス。

〔註三〕 斯ク起草委員ノ考慮ノ及バザリシハ、既述セシ如ク確定草案ノ完成間近ニ至リテ、準備手續ニ關スル基本方針ニ變更ヲ生ジタルガ爲テメアロウ。即チ原案ノ如ク口頭辯論開始後ニ準備手續ヲ開クモノトセバ、カ、ル問題ハ生ジナイノテアル。本稿一九〇頁參照。

或ハ云フ。考慮ノ及バザリシニ非ズ。新一二八、一三一、二五八條二項並ニ二六二條ノ規定ハ、口頭辯論ノ開始前ニ夫等行爲ヲ爲スコトヲ禁ズルニ非ザルガ故ニ、裁判所ヲシテ口頭辯論ノ開始前適當ナル準備ヲ爲サシムルニハ此等規定ヲ以テ足レリトスル。併シナガラ口頭辯論ニ先立ち準備手續ニ依リ訴訟資料ノ整備ヲ爲サシムルナラバ、他面裁判所ヲシテ此準備手續ノ結果ニ基キ同シク口頭辯論ノ開始前、審理促進ノ爲メ必要ナル準備ヲ爲サシムル

ハ當然ニシテ、彼此相待チテ口頭辯論ノ簡捷ヲ來シ得ルノテアル。即チ前記獨民訴法二七二bハ此趣旨ニテ設ケラレ、特ニ「可成一回ノ口頭辯論ニテ完結セシムルニ適當ト認メラル、凡ベテノ處置ヲ爲スベシ」ト規定スル。然ラバ我新法ノ起草ニ當リテモ、口頭辯論ニ先立チ準備手續ヲ爲スベキモノト改メタル以上、之レト同時ニ裁判所ヲシテ口頭辯論ノ開始前、必要ナル準備ヲ爲サシムル積極の規定ヲ設ク可カリシモノニシテ、畢竟、解釋論トシテハ前記所論ノ如ク説ク外ナシトスルモ、規定ノ足ラザルノ事實ハ、之レヲ否定シ能ハス。

併シナガラ我新法ニ其規定ナシト雖モ、解釋ヲ以テ之レヲ補フ餘地ナシトセヌ。即チ證據調ニ關シテハ、新二五八條二項ニ「證據ノ申出ハ期日前ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得」トアリ、準備手續ニ於ケル證據ノ申出、即チ此期日前ニ於ケル證據ノ申出ニ該ルヲ以テ、〔註一〕裁判所ガ、此準備手續ニ於ケル證據ノ申出ニ基キ、豫メ證據調ノ準備ヲ爲スニ當リテハ、敢ヘテ口頭辯論ノ開始ヲ待ツ必要ナシ。〔註二〕何トナレバ唯、其準備ニ止マルガ故デアル。新二六二條ニ依ル官廳其他ニ對スル調査ノ囑託モ亦、同ジク證據聚集ノ準備ニ止マルヲ以テ、口頭辯論ノ開始前ト雖モ之レヲ爲シ得ナケレバナラス。或ハ、裁判所ヲシテ口頭辯論ノ開始前ニ證據調ノ準備ヲ爲サシムルコト、既ニ當事者辯論主義ノ原則ニ反ストノ批難アルベキモ、此場合、裁判所ハ、準備手續ニ依リ準備セラレシ結果ニ基キ、證據調ノ準備ヲ爲スニ止マリ、而カモ之レニ依リテ爲ス證據調ノ結果ハ、受訴裁判所自ラ證據調ヲ爲ス場合ハ勿論、他ニ囑託シタル場合ト雖モ、常ニ口頭辯論ヲ經テ初メテ訴訟資料トナルモノナレバ、〔註三〕強チ口

頭辯論主義ニ背反セリトハ言ヒ能ハヌ。若シ口頭辯論主義ヲ徹底セシメテ、口頭辯論開始前ノ證據調準備ヲ許サズトセバ、第一回口頭辯論期日ハ、唯、準備手續ノ結果ノ陳述ト證據調ノ準備トノ爲メニノミ開カル、コト、ナリ、斯クテハ一回ノ期日ヲ無意義ニ畢ラシメ、審理促進ノ理想ニ悖ラザルヲ得ヌ。要之、準備手續ノ效果ヲ全ウセシメムガ爲メニハ、裁判所ヲシテ、口頭辯論ノ開始前、適當ノ準備ヲ爲サシムル必要アルモ、他面、之レヲ最少限度ニ制シナケレバナラヌ。蓋シ口頭辯論ノ開始前、證據調ノ準備、殊ニ證據調ノ囑託ヲ爲スガ如キハ、訴訟審理ノ常態ニ非ザルガ故デアル。〔註四〕

〔註一〕 新二五八條二項ニ云フ「期日前」トハ口頭辯論期日前ヲ指スコトニ疑問ナシ。唯、準備手續ハ、口頭辯論ニ於テ聚集セラル、訴訟資料ノ整備ヲ爲ス手續ナルヲ以テ、此手續ニ於ケル證據ノ申出ガ、直チニ證據ノ申出トシテノ效力ヲ有スルヤノ點ニ付キ、一應ノ考察ヲ必要トスル。余ハ、同ジク攻撃、防禦ノ方法ト云フモ、準備手續ニ於ケル證據ノ申出ハ事實ノ主張ト些カ異ナリ、當事者ハ、此手續ニ於テ口頭辯論ノ準備トシテ證據ノ申出夫レ自體ヲ爲スモノニシテ、後日、口頭辯論ニ際シ證據ヲ申出ヅベキ豫告ヲ爲スニ非ズト解スル。然ラバ裁判所ガ、其申出ノ證據ヲ取調ブルニ付キ、改メテ口頭辯論ニ於ケル其申出（若クハ新二五四條ニ依ル準備手續ノ結果ノ陳述）ヲ待ツ必要ナルベキ理デアル。

〔註二〕 同説、長島、森田兩氏共著、改正民事訴訟法解釋第二五八條（三〇五頁以下）。

〔註三〕 新法ニハ、舊二一六條二項ノ如キ規定ヲ缺クモ、受命判事又ハ受託判事ニ依ル證據調ノ結果並ニ官廳其他ノ爲シタル調査ノ結果（新二六二、二六五條二項）ハ、孰レモ口頭辯論ニ顯出セラレテ初メテ訴訟資料トナルコト、口

口頭辯論主義ニ立脚シタル現在民事訴訟制度（新一二五條）トシテ、當然ノ事柄ニ屬スル。

〔註四〕 獨民訴改正律令ハ、此點ニモ注意ヲ拂ヒ、口頭辯論開始前ニ於ケル證據調ノ準備ニ制限ヲ設ケ、被告ガ原告ノ請求ヲ豫メ否認セシ場合ニ非ザレバ、證人ノ呼出並ニ檢證若クハ鑑定ノ命ヲ發シ得ザルモノトシ（前掲、同法二七二條ト二項）、又、一般ニ證據調ノ囑託ヲ許シテ居ラス。

我新法ノ運用ニ當リテモ、參考トスベキ規定デアアル。

以上ハ、準備手續ヲ經タル場合ノ説明デアアルガ、準備手續ガ省略セラレタルカ、若クハ準備手續ヲ不必要トスル區裁判所手續ニ於テ、尙、裁判所ハ、口頭辯論開始前豫メ適當ナル準備ヲ爲シ得ベキカ。此場合、純理論トシテハ、準備手續ヲ經タルト、經ザルトニ因リ結論ヲ異ニスルノ理ナク、從ツテ之レヲ肯定スベキモノトスル。〔註一〕唯、準備手續ヲ經ザル場合ニハ、未ダ裁判所ハ、争點ノ那邊ニ在リヤヲ知り能ハザルモノナレバ、可成、消極的態度ヲ執ルガ當然ト考ヘラレル。

〔註一〕 長島、森田兩氏モ亦同説ナルガ如シ。前掲書。第二五八條（三〇五頁以下）。

VII. 疏明及ヒ疏明ニ代フル保證金ノ供託並ニ宣誓

疏明ノ方法ニ就テハ新舊法共ニ渝リナク、新法ハ「疏明ハ即時ニ取調ブルコトヲ得ベキ證據ニ依リテ之ヲ爲スコヲ要ス」（新二六七條一）ト簡明ニ規定シ、舊二二〇條ノ冗長曖昧ナルニ代ラシメタ。

新法ノ新ナル試ミハ、疏明ニ代ヘ、當事者若クハ法定代理人ヲシテ保證金ヲ供託セシメ、又ハ申述ノ眞實ナルコトヲ宣誓セシメ得ルノ途ヲ拓キタルコトデアアル（新二六七條二項）。即チ疏明ハ主

トシテ訴訟手續上ノ事項ニ付キ之レヲ爲サシムルノデアルガ、屢々、疏明ノ困難ナル場合アリ、又、必ズシモ疏明ノ方法ニ依ラズシテ、其眞實ヲ擔保シ得ル場合アルヲ以テ、此等ノ事情ニ應ゼシムルガ爲メ、新法ハ疏明ニ代フル方法ヲ設ケタノデアル。故ニ簡易疏明方法トモ云フベキデアル。獨民訴法ハ、疏明ノ一方法トシテ「宣誓ニ代ル眞實保證」Versicherung der Wahrheit an Eidesstatt ヲ許スモ（同法二九四條一項）、是レハ當事者本人宣誓（同法四四五條以下）ガ、疏明方法トシテ不適當デアリ、且ツ當事者ニ對シ過重ノ負擔ヲ課スルガ故ニ「保證」ト改メシモノニシテ、他ノ疏明方法ニ比シ、寧ロ尙、重キニ在ル。〔註一〕我新法ノ規定ハ、之レニ暗示ヲ得タリトスルモ、必ズシモ其模倣デハナイ。以下單簡ニ説明スル。

〔註一〕獨民訴法ノ定ムル「宣誓ニ代フル保證」ハ、申立ニ依リ若クハ職權ヲ以テ之レヲ命ズルモノニシテ、疏明ノ一方法ナルヲ以テ、當事者ノミナラズ、證人、鑑定人等モ亦、之レヲ爲シ得ル。Vgl. Stein-Jonas:-Komm. Bd, I. zu § 294. IV. 3. (S. 775); zu § 386. I. (S. 984)、但シ「保證」ヲ以テ疏明セシムルコトノ不適法ナル、例之、忌避ノ原因ヲ疏明スルガ如キ場合ニ付テハ、別ニ夫々、之レヲ許サル規定ガアル（同法四四條二項、四〇六條三項、五一一條a三項、五四六條三項等）。虚偽ノ保證ヲ爲シタル者ニ對シテハ、刑事罰ヲ以テ臨ミ、一月以上三年以下ノ懲役ニ處スル（刑法一五六條）。因ミニ虚偽宣誓ヲ制裁ハ十年以下ノ懲役ニテ、遙カ之レニ比シテ重イ（刑法一五三條）。

疏明ニ代ヘ保證金ヲ供託セシメ、若クハ眞實ナルコトヲ宣誓セシムベキカ否カハ、裁判所ノ自由裁量ニ屬シ、當事者ニハ之レヲ申立ツル權ナシ。尙、受命判事若クハ受託判事ニ對シテ疏

明ヲ爲スベキ場合ニハ、當該判事ニ此自由裁量權アリト看ルベキモ（例之、二八二、二九三、三）、裁判所書記ニ付テハ、新三〇〇條ノ如キ規定ナキヲ以テ、此權限ナシト做サナケレバナラス（例之、一五一條二項ノ場合ノ如シ）

保證金ヲ供託シ、若クハ申述ノ眞實ナルコトヲ宣誓シ得ル者ハ、新二六七條二項ニ定ムルガ如ク、當事者若クハ其法定代理人ニシテ、法定代理人中ニハ、法人並ニ法人格ナキ社團又ハ財團ノ代表者又ハ管理人ヲ包含スル（新五八條）。證人、鑑定人等ハ、自ラ疏明ヲ爲ス場合アルモ（例之、二八三、二九三、三〇一條）、同條ニハ「當事者若クハ法定代理人」ト限定セラル、ヲ以テ、疏明ニ代ヘ、保證金ノ供託若クハ眞實ナルコトノ宣誓ヲ爲シ得ザルモノト解スル。尤モ同條ニ云フ當事者ヲ「疏明ノ當事者」ト解スルナラバ、〔註一〕疏明ヲ爲スベキ證人、鑑定人等ヲモ之レニ包括シ得ベキモ、甚ダ苦シキ解釋ト云ハナケレバナラス。

〔註一〕長島、森田兩氏ハ此說ヲ探ルモノ、如ク、「證人、鑑定人、文書、檢證物ノ所持人等ハ本條ノ當事者ニ該ル」ト明言セラレル。兩氏共著前掲書第二六七條（三一九頁）。併シナガラ民訴ノ慣用トシテ、「當事者」ナル觀念中ニ、證人、鑑定人等ヲ包含セシムルコト絶對ニナシ。何トナレバ、訴訟ノ構成ニ於テ、證人、鑑定人ハ、全ク當事者ト別個ノ地位ニ在ルガ故デアアル。從ツデ民訴法典ガ、當事者ト云ヒテ、參加人、訴訟代理人等ヲ包括スル場合トハ同一ニ論ズルコトハ出來ヌ。元來、當事者ト云ヘバ、「訴訟ノ當事者」ヲ指スコト民訴ノ通用ニシテ、斯ク既定マレル意義ヲ有スル術語ニ對シ、同一法典中ノ一條文ニ於テ、更ニ別個ノ意義ヲ附スルガ如キコトハ、立法技術ノ上ヨリ觀テ宥スベカラザル所ニ屬スル。

立法論トシテハ、余ハ、獨民訴法ノ「宣誓ニ代ハル保證」ト同ジク、此場合、證人、鑑定人ヲ除外スル必要ナシト考フ（刑訴一八九條參照）。畢竟、前掲、長島、森田兩氏ノ所説ハ、起草者ノ手落ヲ補ハムトスル苦シキ解釋ト看ル外ナシ。

當事者若クハ法定代理人ヲシテ、疏明ニ代ヘ宣誓ヲ爲サシムルニ就テハ、證人ノ宣誓ニ關スル、新二八六條乃至二八九條ノ規定ガ準用セラレル（新二六七條三項）。從ツテ其者ガ十六年未滿ナルカ、又ハ宣誓ノ趣旨ヲ理解シ能ハザル狀況ニ在ルトキハ、此宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得ズ（新二八九條）。又、宣誓ヲ爲サシムルニハ、證人宣誓ノ方式ニ據ル（新二八六乃至二八八條）。但シ口頭辯論期日外ニ於テ疏明ヲ爲スベキ場合ニハ、此宣誓モ期日外ニ於テ爲サシメ得ルモノト考ヘル。〔註一〕保證金ノ供託ニ就テハ、宣誓ニ關スル新二八九條ノ如キ制限ナシ。其金額ハ、裁判所ガ事案ニ依リ適當ニ決スベキモノナルモ、大體ニ於テ虚偽宣誓ノ場合ニ於ケル過料額ヲ基準トスルガ妥當デアロウ。

新法ニハ、如何ナル場合ニ於テ、保證金ノ供託若クハ眞實ナルコトノ宣誓ヲ以テ疏明ニ代ヘシメ得ルカノ規定ヲ缺ク。併シナガラ此場合、裁判所ハ、心證ヲ得ルニ必要ナル訴訟資料ノ聚集ヲ拋棄シ、當事者（又ハ法定代理人）ノ主張ニ人格の信賴ヲ措クモノナレバ、自ラ相當ノ制限ガナケレバナラヌ。〔註一〕余ニ言ハシムレバ、此方法ハ當事者ノ主張ニ全人格の信賴ヲ措クモノナルヲ以テ、當然、其者ノ行爲ニ屬スル事實又ハ其者ノ實驗シタル事實ニ限定スベク、更ニ此等ノ事實ト雖モ、相手方ニ著

シキ利害關係アル事項ナルカ、若クハ疏明ノ方法ニ困難セザル場合ニハ、之レヲ爲サシムベキニ非ズト考ヘル。〔註二〕從ツテ其者ノ關知セザル他人ノ行爲ニ關スル事實 *facta aliena* ノ如キニ就テハ、素ヨリ之レヲ許スベキニ非ズ。例之、忌避ノ原因アリトノ疏明ヲ爲ス場合ノ如シ（新三八條二項、三〇六條二項）。〔註三〕其他、各場合ニ就テハ、裁判所ノ認定ヲ待ツ外ナシ。〔註四〕

〔註一〕 斯ク云ヘバ甚ダ曖昧ノ感アルモ、規定ヲ缺ク爲メナレバ如何トモ爲シ難イ。

獨民訴訟ニハ、「宣誓ニ代ル保證」ヲ許サル場合ニ付キ、夫々、其旨ノ規定ガアル（同法四四條二項、四〇六條三項、五一一條^a三項、五四六條三項）。併シナガラ爰ニ注意スベキハ、獨民訴訟ノ夫レハ、我新法ノ規定スル「保證金ノ供託若クハ眞實ナルコトノ宣誓」ト凡ベテノ點ニ於テ異ナリ、當事者ハ裁判所ノ命令ナシト雖モ之レヲ爲シ得ベク、裁判所ハ、當事者ノ「保證」ニ因リ其心證ヲ束縛セラレヌ。又、虚偽保證ノ制裁ハ甚ダ重ク、刑事罰トナツテ居ル。從ツテ彼ノ制限ヲ以テ、直チニ我制限ト做スコトヲ得ザル事情ガアル。

〔註二〕 後述スルガ如ク、當事者ガ保證金ヲ供託シ、若クハ眞實ナルコトノ宣誓ヲ爲シタル場合ニハ、裁判所ハ其主張事實ヲ眞正ト做ス外ナク、而カモソノ虚偽ナリシコト後日判明スルモ、輕微ノ制裁ヲ課スルニ止マルヲ以テ、假令、其者ノ實驗シタル事實ナリト主張スルモ、相手方ニ著シキ利害關係アル事項ナラバ、疏明ノ外、之レヲ許サルガ至當デアル。例之、忌避ノ原因タル事實ヲ自ら實驗シタリト主張スル場合ノ如シ。又、當事者ガ疏明ノ方法ニ困難セザルニモ拘ラズ、裁判所ガ進ンテ疏明ニ代ル方法ヲ執ラシムル必要ナキ理デアル。

〔註三〕 尙、訴七〇六條二項、七二〇條一項第一、七八〇條第二等ノ場合モ亦、疏明ノミヲ爲サシムベキモノト考フル。

長島、森田兩氏ハ、補助參加ノ理由（新六六條）並ニ訴訟費用額（新一〇〇、一〇一條）ニ付テモ、保證金ノ供託若クハ宣誓ヲ以テ代ヘシメザルヲ相當ト

スト説明セラレル。兩氏共著前掲書第二六七條註一(三二〇頁)。或ハ補助參加ノ理由ニ就テハ、*facta aliena* 若クハ相手方ニ著シキ利害關係アル事項トシテ、説明ノミヲ許スヲ適當トスル場合歎ナシトモズトモ考ヘラレル。併シナガラ訴訟費用額ニ付テハ、説明ノ外之レヲ許サルノ理由ヲ發見シ能ハヌ。否、費用項目ニ依リテハ、説明ニ代ヘ殊ニ眞實ナルコトノ宣誓ヲ爲サシムルガ、反ツテ適切ナル場合多キト、信ズル。

〔註四〕 保證金ノ供託若クハ眞實ナルコトノ宣誓ヲ以テ、説明ニ代ヘシメ得ル場合トシテハ、新五六條一項、一〇〇條二項、一〇一條一項、一一九條二項、二五五條一項、二八二條、(二九三條)、三四五條、第六編以下ニテハ第五〇〇條二項、五四七條二項、五六五條二項、八〇三條等ヲ擧ゲ得ル。此等ノ場合ト雖モ、當事者が説明ノ方法ニ困難モザル場合ニハ、之レヲ爲サシムベキニ非ザルヤ勿論デアル。

當事者(又ハ法定代理人)ガ、裁判所ノ命ニ依リ、説明ニ代ヘ保證金ヲ供託シ、若クハ眞實ナルコトノ宣誓ヲ爲シタルトキハ、裁判所ハ其者ノ申述ヲ眞實ト看做スベク、措信セザルノ自由ナキハ當然デアル。〔註一〕併シナガラ當事者ハ、裁判所ヨリ、説明ニ代ヘ保證金ノ供託若クハ眞實ナルコトノ宣誓ヲ命ゼラレタル場合ト雖モ、尙、適當ナル證據ヲ以テ説明スル事ヲ妨ゲラルモノニ非ズシテ、此場合、裁判所ハ、當事者ガ其命ニ應ゼザルノ故ヲ以テ、直チニ否定的心證ヲ有ツ可カラザルモノト信ズル。

〔註一〕 獨民訴法ノ「宣誓ニ代ル保證」ニ就テハ、裁判所ノ心證ヲ束縛セズトノ説ガアル。Vgl. Seuffert:—Kommentar. Bd. I. zu § 294. 1e (S. 477). 是レ蓋シ獨民訴法ノ「宣誓ニ代ル保證」ハ、前述ノ如ク説明ノ一方法ニシテ、且ツ裁判所ノ職權ニ依ルノ外、當事者自ラノ申出ニ依リ、之レヲ爲シ得ルモノナルガ故デアル。然ルニ我新法ノ規定スル「保證金ノ供託若クハ眞實ナルコトノ宣誓」ハ、説明ニ代ヘ、裁判所ガ其自由裁量ニ依ル職權ヲ以テ之

レヲ命ズルモノニシテ、當事者ニハ、自發的ニ申出ヅル權ナシトスル。然ラバ當事者が、裁判所ノ命ニ違ヒ之レヲ爲シタル以上、裁判所ハ其申述ヲ眞實ト看做ス義務アリト云ハナケレバナラヌ。

當事者（又ハ法定代理人）ヲシテ、疏明ニ代ヘ保證金ヲ供託セシメ、若クハ眞實ナルコトノ宣誓ヲ爲サシメテ其者ノ申述ヲ眞實ト認ムル所以ノモノハ、其者ニ對スル人格の信賴ヲ基礎ト爲スコト既述ノ如シ。然ラバ萬一其申述ガ虛偽ナリシ場合ニハ、相當ノ制裁ヲ課スベキコト素ヨリ當然ニシテ、獨民訴法ハ虛偽保證ニ對シ刑事罰ヲ以テ之レニ臨ムモ、〔註一〕我新法ハ、簡易疏明手續トシテ、比較的輕微ナル秩序罰ヲ課スルニ止ムル。即チ保證金ヲ供託セシメタル場合ニハ其保證金ヲ沒收シ、宣誓ヲ爲サシメタル場合ニハ五百圓以下ノ過料ニ處スル（新二六八、二六九條）。〔註二〕此制裁ハ、訴訟手續ニ於ケル秩序罰ニ外ナラザルヲ以テ、事件ガ裁判所ヲ離脱シタル後、即チ訴訟繫屬ノ終了後ニハ原則トシテ之レヲ課シ得ザルモノデアル。〔註三〕併シナガラ事件ガ、尙、裁判所ニ繫屬スル限りハ、既ニ上級裁判所ニ移審セラレタル後ト雖モ、素ヨリ此裁判ヲ爲スニ妨ゲナク、而シテ其裁判ハ、宣誓若クハ保證金ノ供託ヲ爲サシメタル裁判所、決定ヲ以テ之レヲ爲スノデアル。〔註四〕此決定ニ對シテハ、即時抗告ガ許サレル（新二七〇條）。

〔註一〕 本項前段二八五頁〔註一〕參照。

〔註二〕 改正調査委員會ニ於テ、原嘉道博士ハ、虛偽宣誓ノ場合ノ過料額ガ低キニ過グルコトヲ批難セラレ、刑事罰ニ改ムルモノ可ナリト主張セラレタ。吾人ハ、之レニ同感デアル。其結果トシテ、原案ノ五百圓ガ確定草案ニ於テ千

圓ト改メラレシニ、貴族院ニ於テ再ビ五百圓ニ還元セラレタノデアアル。前掲速記録五三九頁以下参照。

此虚偽宣誓ニ對スル過料額ハ、一面、供託セシムベキ保證金ノ額ニ付キ標準トモナルモノニシテ、其最高五百圓ハ、證人義務ニ遵守ノ場合ノ過料最高額ト同ジク（新二七七、二八四、二九三條）、虚偽ノ陳述ヲ爲シタル當事者ニ對スル制裁トシテハ、輕微ニ失スル嫌ヒガアル。斯ク新法ガ、輕微ナル制裁ニ止メタルハ、總テ此方法ガ、簡易疏明方法タルニ過ギザルコトヲ示スモノト云フベク、然ラバ裁判所ハ、之レニ多大ノ信頼ヲ措カザルヲ以テ至當トスル（例之、既述ノ如ク、相手方ニ著シキ利害關係アル事項ニ就テハ疏明ノ外許サマルガ如シ）。

斯ク新法ガ、餘リニ重要視セザル事項ニ「宣誓」ナル用語ヲ使用シタルコトハ、新法ガ、宣誓義務ヲ高調シ、宣誓ノ儀式ヲ嚴肅ニ行ハシムベク特ニ一條（二八六條）ヲ設ケタルト對比シテ、權衡ヲ失スル。須ラク他ニ緩和シタル適當ノ用語ヲ索ムルカ、或ハ又、斷然、刑事罰ヲ以テ之レニ臨ムベカリシモノト考ヘル。獨民訴法ガ、刑事罰ノ制裁ヲ以テ臨ムニモ拘ラズ、夫レガ疏明方法ニ代ル比較の輕微ノモノナルノ故ヲ以テ、「宣誓」Eidノ用語ヲ避ケテ、特ニ「宣誓ニ代ル眞實ノ保證」Versicherung der Wahrheit an Eidesstattト稱セシノ用意ハ、洵ニ推賞ニ値スル。

〔註三〕 尤モ訴訟繫屬終了後ト雖モ、尙、保證金ヲ還付セザル間ハ、少クトモ其保證金ニ關シテハ、尙、裁判所ノ繫屬ヲ離脱セザルモノナルヲ以テ、沒收スルヲ妨ゲザル筋合デアアル。併シナガラ既ニ還付シタル後ハ、假令、未ダ事件ノ終了ニ至ラザルモ、沒收不可能トナル。

長島、森田兩氏ハ、上記新二六九條ニ依ル虚偽宣誓ニ對スル裁判ヲ爲シ得ル時期ニ付キ「第三三九條ノ説明ヲ参照セヨ」ト云ヒ、同條下ニ於テ、新四二〇條一項七號ニ依リ再審ノ訴ヲ提起シ得ル期間、即チ本訴判決確定後五ヶ年間、此裁判ヲ爲シ得ルモノト説明セラル。之レニ對スル反駁ハ、經メテ後述スル。本章第六節三三六頁〔註一〕参照。

〔註四〕 虚偽宣誓ニ對スル過料ノ裁判ハ、新二六九條ニ「宣誓ヲ爲サシメタル裁判所」トアリ、疑問ノ餘地ナキモ、問題ハ、保證金沒收ノ場合ニシテ、新

二六八條ニハ、單ニ裁判所トアルヲ以テ、或ハ現ニ事件ノ繫屬スル裁判所(即チ申述ノ虛偽ナリシコトヲ發見シタル當時ノ)ガ沒收ノ裁判ヲ爲スベキモノトモ解セラレド。併シナガラ保證金沒收ノ場合チ、虛偽宣誓ニ依ル過料ノ裁判ト特ニ其取扱ヒテ異ニスル理由ナキノミナラズ、新二六八條ニ特ニ裁判所ヲ指定セザリシハ、或ハ手續規則上、沒收手續ヲ爲スベキ裁判所ヲ暗黙ニ指示シタルモノトモ考ヘラレド。然ラバ結局ニ於テ、保證金ノ供託ヲ命ジタル裁判所ガ、沒收ノ裁判ヲ爲スコト、ナル。長島、森田兩氏共著前掲書、第二六八條ノ説明參照。

尙、受命判事ガ、保證金ノ供託又ハ宣誓ヲ爲サシメタル場合ニハ、其判事所屬ノ裁判所、此裁判ヲ爲スベキモノトス。同説、長島、森田兩氏共著前掲書三二二頁、並ニ三二四頁參照。

VIII. 證據調ノ費用

新法ハ、證據調費用ノ豫納ニ關スル舊二八八條ヲ訴訟費用ニ關スル一般的規定ニ改メ、第三章第三節「訴訟費用ノ負擔」ノ節下ニ之レヲ移シタ。訴訟費用ノ豫納ハ、證據調ノ費用ノミニ限ラザル問題ナルヲ以テ新法ノ修正ヲ相當トスル。

證據調ノ費用ハ、裁判所ノ命ニ依リ當事者(新法ハ特ニ舉訟者ト云ハザルモ、舉訟者ナルベキコト當然デアル)ニ於テ豫納スベキコト舊法ト同ジ(新一〇六條一項舊二八八條)。但シ新法ハ、當事者ガ命ゼラレタル費用ノ豫納ヲ爲サル場合ニ付キ、當該證據調ヲ爲スト爲サルトフ、裁判所ノ自由裁量ニ委シタ(新一〇六條二項)。元來ガ費用ノ假支出ニシテ、結局ノ負擔者ハ結局判決ヲ待チテ決スベキモノナレバ(新八條九條)、或ハ相手方ニテ豫納スルコトアルベク、又、裁判所トシテモ、後日之レヲ取立ツル方法ナキニ非ザルガ故ニ(民訴費用法一八條)、カ、ル餘地ヲ與ヘタルハ洵

ニ適當デアル。

問題ハ、職權ニ依ル調査ノ囑託並ニ職權證據調ノ場合デアルガ(新三六一、二)(六二條)、此場合、其費用ヲ必ズシモ原告ニ負擔セシムベキニ非ズ、其事項ニ付キ舉證責任アル當事者ニ對シ費用ノ豫納ヲ命ズベキモノト考ヘル。若シ當事者ニ於テ其費用ヲ豫納セズ、而カモ裁判所ガ其調査若クハ證據調ヲ爲ス必要アリト認メタルトキハ、民訴費用法ノ規定ニ基キ、後日、訴訟費用ノ負擔者ヨリ取立ツル外ナシ(同法一八條參照)。

第二節 證人訊問

I. 總 說

新法ハ、舊法ノ「人證」ヲ「證人訊問」ト改メ、第二七一條以下ニ其規定ヲ設クル。新法ノ重ナル改正ハ、證人忌避ノ制度(舊三〇條)ヲ廢止シタルト、證言拒絶ノ範圍ヲ縮少シタルトニアル。此等ハ、裁判所ノ自由心證ニ信賴シテ、證人訊問ニ依ル採證ノ範圍ヲ擴張シタルモノニ外ナラス。

證人ノ意義ニ就テハ、本書ニ述ブル暇ナシ。新法ハ、證人義務ヲ以テ、何人モ當然負擔スル公法上ノ義務ト做スモノ、如ク、舊二八九條ノ規定ヲ改メテ、「裁判所ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外何人ト雖證人トシテ訊問スルコトヲ得」ト、裁判所ノ職權規定ノ形式ヲ執ツタ。〔註一〕而シテ新法ハ、其「別段ノ規定」ト

シテ、官吏、議員等ヲ證人トシテ訊問スル場合ニ付キ、舊法ニ比シ詳細ナル規定ヲ設クル。即チ次ノ如シ。

〔註一〕 長島、森田兩氏ハ、「國民證言ノ義務ヲ高潮スル主旨ニ於テ、舊法ノ如ク義務（國民ノ）ノ方面ヨリ規定スルヲ適當ナリトスベシ」ト説カレル。兩氏共著前掲書第二七一條（三二五頁）。併シナガラ新法ノ起草者ハ、本法ヲ訴訟法規トシテ終始モシムルノ趣旨ニテ、本法中ニ、訴法關係以外ニ互ル事項、若クハ又裁判機關以外ノ官廳、官吏ノ行爲等ヲ直接ニ規定スルコトヲ避ケタルノ態度顯然タルモノガアル。例之、舊二九〇條二項、二九三條後段等ノ規定形式ハ、新法ニ於テ之レヲ發見シ能ハヌ。然ラバ新法ガ、證人義務（訴訟法上ノ義務タル出頭、證言、宣誓ノ義務ト區別スベシ）ヲ以テ國民ノ一般的義務トシテ本法中ニ直接ノ規定ヲ設ケザリシハ、此趣旨ヲ一貫セシモノト云フベク、強チニ批難シ能ハヌ。余ハ既ニ新法ノ規定スラモ當然ノ事理トシテ不必要ナリト考フ。因ミニ獨、塊、匈ノ民訴法ニハ、舊二八九條ニ該ル規定ハ勿論、新二七一條ニ該ル規定モ亦存シテ居ラヌ。

第一、官吏又ハ官吏タリシ者ヲ證人トシテ職務上ノ祕密ニ付キ訊問スル場合ニ於テハ、裁判所ハ當該官廳ノ承認ヲ得ルコトヲ要ス（新二七二條一項）。

本條ハ舊二九〇條ニ該ル。舊法ハ、所屬廳ノ證言不許可ヲ「國家ノ安寧ヲ害スル恐アルトキ」ニ限定セルモ（舊二九〇條三項）、〔註一〕其限定ノ範圍餘リ狹少ニ失スルヲ以テ、此規定ヲ削除シ、職務上ノ祕密事項ナラバ、凡ベテ訊問ヲ拒絕シ得ルコト、爲シタ。而シテ職務上ノ祕密ニ屬スルヤ否ヤノ認定ハ、素ヨリ承認ヲ與フル官廳ノ裁量ニ在ル。〔註二〕斯ク新法ガ、職務上ノ祕密事項ナリヤ否ヤノ認定ノ標準ヲ除去シタルコトハ、刑訴法ガ依然トシテ「帝國ノ安寧ヲ害スル場合ヲ除クノ外承認ヲ

拒ムコトヲ得ズ」(舊法一八五條一項)ト規定セルニ比較シ、嘗ニ其權衡ヲ失スルニ止マラズ、是レガ爲メ民事訴訟ニ就テハ徒ラニ官吏ノ證言ヲ疏止セムトスル官僚的傾向ヲ助長發達セシメズムハ幸デアル。

〔註一〕 舊二九〇條三項ニ云フ「國家ノ安寧」ハ、恐ラク同項ニ該ル獨民法三七六條(舊三四一條)ニ項ノ Wohle des Reichs ノ譯語ナラムモ、寧ロ帝國ノ「福祉」若クハ「利福」ト譯スルガ可ナラムカ。「安寧」トハ、語勢強キニ失スル。尤モ刑訴一八五條一項ニハ、依然トシテ「帝國ノ安寧ヲ害スル場合ヲ除クノ外」トアル。

〔註二〕 Stein-Jonas:—Kommentar, Bd. I. zu 376. I. (S. 965)、

尙、此規定ハ、公務員ニモ準用セラレル(新二七二條二項)。

第二、國務大臣、宮内大臣、内大臣、樞密院議長、樞密院副議長、樞密顧問官、會計検査院長、元帥、參謀總長、海軍軍令部長、教育總監若クハ軍事參議官又ハ此等ノ職ニ在リタル者ヲ證人トシテ職務上ノ祕密ニ付訊問スル場合ニ於テハ、裁判所ハ勅許ヲ得ルコトヲ要ス(新二七三條)。

舊法ハ、大臣ニ就テノミ勅許ヲ得ベキ旨ノ規定ヲ設ケタルモ(舊二九〇條一項後段)、大臣以外ニ、尙、其監督官應ナキ者アルヲ以テ、新法ハ、親任官ニシテ而カモ之レガ職務上ノ監督官應ナキ者ヲ列擧シ、勅許ヲ得ベキモノト定メタノデアル。

第三、貴族院若クハ衆議院ノ議員又ハ議員タリシ者ヲ證人トシテ職務上ノ祕密ニ付訊問スル場合ニ於テハ、裁判所ハ其ノ院ノ承認ヲ得ルコトヲ要ス(新二七四條)。

本條ハ、舊法ニ缺ケタルヲ、新法ガ新タニ設ケシモノニシテ、至當ノ規定デアル。夙ニ獨民訴法ニハ、此規定ガアツタ(獨舊三四七條三項、
現三八二條三項)。

訴訟法ノ規定ニ依リ、證人訊問ニ勅許又ハ承認ヲ必要トスル場合、以上ノ如シ。〔註一〕而シテ裁判所ガ、必要ナル勅許又ハ承認ヲ得タル場合ニハ、其旨ヲ證人ニ通知スベキコト、新法ニ規定ナシト雖モ當然ト云ハナケレバナラス(舊二九〇條
三項參照)。

〔註一〕 訴訟法以外ニ、證人トシテ訊問スルニ付キ勅許又ハ承認ヲ必要トスル規定ナシトセヌ。例之、皇族ニ關スル皇室典範五一條ノ如シ。

II. 訴訟法上ノ證人義務

訴訟法ガ、證人ニ對シ課スル義務ヲ分チテ、出頭ノ義務、證言ノ義務、宣誓ノ義務ノ三トスル。此義務ニ關スル新法規定ノ大要次ノ如シ。

第一、出頭ノ義務

證人ハ、凡ベテ事件ノ繫屬スル受訴裁判所ニ出頭ノ義務アルモ、次ニ掲グル場合ニハ、出頭義務ノ全部又ハ一部ヲ免除セラレル(新二七
九條)。即チ其所在ニ於テ訊問ヲ受ケ、若クハ所在地ノ區裁判所ニ出頭スレバ足ル。

1. 證人ガ受訴裁判所ニ出頭スル義務ナキトキ、又ハ正當ノ事由ニ因リ出頭スルコト能ハザルトキ。

證人トシテ全然、出頭ノ義務ヲ負擔セザル者ハ、皇族ヲ除キテ他ニナシ。〔註一〕國務大臣ガ、其官廳ノ所在地、其他職務

執行ノ地ニ在リ、又、帝國議會ノ議員ガ、開會期間中、其議會ノ所在地ニ滞在スル場合ノ如キハ、後段「正當ノ事由ニ因リ出頭スルコト能ハザルトキ」ニ該當スルモノトシテ、其地以外ノ受訴裁判所ニ出頭ノ義務ヲ免除セラレル（舊二九六條_{二、三項}參照）。其他ノ者ト雖モ、之レニ該當スルモノトシテ、受訴裁判所ニ出頭スルノ義務ヲ免除セラル、コトガアリ得ル。例之、特別ナル事情ニ依リ其職務若クハ業務執行地ヲ離レ得ザルカ、或ハ又、疾病其他ノ事由ノ爲メ受訴裁判所ニ出頭スル能ハザル場合ノ如シ（舊三一八條_{第二參照}）。

〔註一〕 舊法ニハ、皇族ノ出頭義務ヲ免除スルノ規定アリシモ（舊二九六條一項）、新法ハ之レヲ皇室ノ自治規定ニ讓ツタ。即チ皇室裁判令第二九條ニ「皇族證人トナルトキハ其ノ所在ニ就テ訊問ヲ爲スベシ」トアル。

以上、皇族ノ場合ヲ除キ、新法ハ、證人ガ果シテ正當ノ事由ニ因リ出頭スルコト能ハザルヤ否ヤヲ受訴裁判所ノ認定ニ委シ、舊法ノ如ク個別的ニ其規定ヲ設ケナカツタノdeal。

2 證人ガ受訴裁判所ニ出頭スルニ付キ、不相當ノ費用又ハ時間ヲ要スルトキ。

是レハ、舊法三一八條第三ニ該ル。

以上、1. 2. ニ該當スルトキハ、受命判事若クハ受託判事ヲシテ其所在ニ就キ、又ハ其地ノ區裁判所ニ於テ訊問セシムルノdealガ、新二六五條一項前段ニ依リ、受訴裁判所自ラ之レヲ爲スコトヲ妨ゲヌ。〔註一〕又、證人ヲ檢證ノ場所ニテ訊

問スル必要アルガ如キ場合ニハ<sup>(舊三一八條
第一參照)</sup>、同ジク新二六五
條一項ニ依リ、證人ヲ其場所ニ出頭セシメ得ル。

〔註一〕 前節 V. 二七七頁〔註一〕參照。

新法ハ證人不出頭ノ制裁ヲ、稍々嚴ナラシメタ。即チ證人
ガ正當ノ事由ナクシテ出頭セザルトキハ、決定ヲ以テ、之レ
ニ因リテ生ジタル費用ノ負擔ヲ命ジ、且ツ五百圓以下ノ過料
ニ處スル<sup>(新二七
七條)</sup>。舊法ト對照スルニ、罰金ヲ過料ト改メタル
モ、其額著シク昂マリ、舊法ノ定ムル最高額二十圓ニ對シテハ
勿論、刑訴法ノ定ムル制裁、即チ百圓以下ノ過料<sup>(同法二
一〇條)</sup>ト比
較シテ著シク高額デアル。蓋シ民事訴訟ニ在リテハ、一般ニ
證人義務ヲ輕視スルノ傾向アルヲ以テ、之レヲ矯メムトセシ
モノデアロウ。尙、此裁判ニ對シ、新法ハ即時抗告ノミヲ許
シ、舊法ノ如ク、原裁判所ガ自ラ其決定ヲ取消シ得ルノ途ヲ
設ケテ居ラヌ<sup>(舊二九五
條參照)</sup>〔註一〕。

〔註一〕 斯ク新法ニテハ、過料ノ額ノ昂メラレタルノミナラズ、原裁判所ノ裁
判取消ヲ認メザルヲ以テ、須ラク此裁判ヲ爲スニハ慎重ノ態度ヲ持シ、不參
屆ナシト雖モ、尙、事情ヲ調査スルノ手續ヲ執ルガ至當デアル。

尙、證人ガ正當ノ事由ナクシテ出頭セザルトキハ、勾引ヲ
命ズルコトヲ得ベク、此勾引ニ付キ、新法ハ刑事訴訟法中勾
引ニ關スル規定ヲ準用スルコト、爲シタ<sup>(新二七
八條)</sup>。此處ニ準用
セラル、刑訴法ノ規定ハ、同法一九三條(一〇〇條乃至一〇五
條及ビ一〇九條)並ニ一九四條一項ニシテ、之レニ依レバ、裁

判所ハ再度不出頭ノ場合ニ非ズト雖モ勾引ヲ命ジ得ベク、而カモ舊法ト異ナリ、抗告ニ依リ其執行ヲ停止セヌ（舊二九四條_{三項參照}）。又、勾引狀ノ執行ハ、司法警察官吏之レヲ爲シ（刑訴一〇〇條）、執達吏ノ手ヲ借リザルコト、ナツタ。

第二、證言ノ義務

證言ノ義務ハ、證人義務ノ核心ヲ爲スモノニシテ、新法ハ採證ノ範圍ヲ擴ムルガ爲メ、舊二七九條ノ定ムル全部的證言拒絶ヲ許サルコト、爲シ、同條ヲ削除シタ。但シ證人ノ立場ヲモ顧慮シ、別ニ宣誓拒絶ノ途ヲ拓キシコト後述スルガ如シ（新二九一條）。證言ノ一部拒絶ハ新法ト雖モ之ヲ認メ、證人又ハ其周圍ノ者ノ身上ノ事由ニ基ク場合ト、然ラザル一般的事由ニ基ク場合トニ分チテ規定ヲ設クル。即チ次ノ如シ。

イ、身上ノ事由ニ基ク證言ノ拒絶 證言ノ内容タル事項ガ證人又ハ 1. 證人ノ配偶者、四親等内ノ血族若ハ三親等内ノ姻族又ハ證人ノ家ノ戸主（但シ親族ニ付テハ親族關係ノ止ミタル後亦同シ） 2. 證人ノ後見人又ハ證人ノ後見ヲ受クル者、 3. 證人が主人トシテ仕フル者 ノ刑事上ノ訴追又ハ處罰ヲ招ク虞レアルカ、又ハ此等ノ者ノ恥辱ニ歸スベキ場合ニハ、其事項ニ限り證言ヲ拒絶シ得ル（新二八〇條）。

此規定ハ、舊二九八條第三ヲ修正シタルモノニシテ、證人が後見人タル場合ヲ加ヘ、單純ナル同居者ヲ除キタル點ニ於テ異ナル。序ナガラ新法ハ、同條（舊二九八條）第四ヲ削除シ、證言

事項ガ、證人又ハ上記ノ者ノ爲メ直接ニ財産權上ノ損害ヲ生ゼシムルコトヲ以テ、證言拒絶ノ事由ト爲サバリシコトニ注意ヲ要スル（但シ此場合ニモ新二九一條ニ依ル宣誓拒絶ガ許サレル）。

□、黙秘義務ニ基ク證言ノ拒絶　證人ニ黙秘ノ義務アルガ爲メ、新法ガ、其事項ニ付キ證言ノ拒絶ヲ許シタル場合ハ、新二八一條ニ列舉セラレル。即チ

1. 第二七二條乃至第二七四條ノ場合、即チ此等條文ニ列舉ノ者ガ證人トシテ訊問セラレシ際、其訊問ガ、偶々、職務上ノ祕密事項ニ及ビシトキ
2. 醫師、齒科醫師、藥劑師、藥種商、産婆、辯護士、辨理士、辯護人、公證人、宗教又ハ禱祀ノ職ニ在ル者又ハ此等ノ職ニ在リタル者ガ、職務上知リタル事實ニシテ、黙秘スベキモノニ付キ訊問ヲ受クルトキ
3. 技術又ハ職業ノ祕密ニ關スル事項ニ付キ、訊問ヲ受クルトキ

是レデアル。但シ此等ノ場合ト雖モ、黙秘ノ義務ヲ免ゼラレタル場合ニハ、證言ヲ拒絶シ得ヌ（新二八一條二項）。

以上新法ノ規定ハ、舊二九八條第一、第二並ニ二九九條二項ニ若干ノ修正ヲ加ヘシニ止マリ、特ニ説明スベキ點ナシ。

〔註一〕

〔註一〕 一言附加ノ要アルハ、市町村會議員等、地方自治體ノ議員ガ職務上知リタル黙秘事項ニ付キ證言拒絶ノ規定ヲ缺クコトデアル。此點ニ就テハ、既

ニ改正調査委員會ニテ議論アリ、起草委員ニ於テモ反對ノ意見アリシニ非ザルガ如クナルニ、尙其規定ヲ設ケザリシハ何故デアアルカ（司法省藏版、前掲速記録五四四頁以下、同上續卷一四八頁參照）。規定ナキ以上、新二八一條三號ニ依リ「職業ノ祕密ニ關スル事項」ト看做ス外ナカルベキモ、甚ク苦シキ解釋ト云ハナケレバナラヌ。

證言拒絶ノ理由ハ、之レヲ疏明シナケレバナラヌ（新二八
二條）。

期日前ニ證言ノ拒絶ヲ爲シタル場合、新法ニハ當該期日ニ出頭ノ義務ナキ旨ノ規定ヲ存セザルモ（舊三〇〇條
二項參照）、尙、其不出頭ニ付キ正當ノ事由アルモノト云ハナケレバナラヌ。證言ノ拒絶アリタルトキハ、受訴裁判所ハ、當事者ヲ審訊シタル上、其當否ヲ裁判スベク、此裁判ニ對シテハ、當事者及ビ證人ヨリ即時抗告ヲ爲シ得ル（新二八
三條）。尤モ官吏、議員等ノ職務上ノ祕密事項ニ付テハ、第二七二條乃至第二七四條ノ規定ニ依リ、勅許若クハ承認ヲ得ルノ手續ヲ執ルベク、裁判所自ラ其拒絶ノ當否ヲ裁判スベキニ非ザルヤ勿論デアアル（新二八三條
一項前段）。

證言拒絶ヲ理由ナシトスル裁判確定シタル後、尙、證人が故ナク證言ヲ拒ムトキハ、不出頭ノ場合ト同ジク、決定ヲ以テ之レニ因リテ生ジタル費用ノ負擔ヲ命ジ、且ツ五百圓以下ノ過料ニ處スル（新二八四、
二七七條）。新法ハ此裁判ニ對シ即時抗告ヲ許シ、從ツテ舊法ニ於ケルト同ジク執行ヲ停止スルノ效力ヲ有スル（新四一八
條一項）。

第三、宣誓ノ義務

宣誓ノ義務ハ、證言ノ義務ニ當然附隨スベキモノナルモ、

尙、是レガ例外タル場合モアル。新法ハ、分チテ宣誓ヲ爲サシメ得ザル場合ト、證人ニ對シ宣誓拒絶ノ權利ヲ與フル場合ト爲ス。

證人トシテ訊問スルニ際シ、宣誓ヲ爲サシメ得ザル者ハ、

1. 十六年未滿ノ者
2. 宣誓ノ趣旨ヲ理解スルコト能ハザル者

ニシテ(新二八
九條)、舊三一〇條第一、二ニ定ムル處ト同ジ。同條第三「刑事上ノ判決ニ因リ公權ヲ剝奪又ハ停止セラレタル者」ハ、新法ニ在リテハ、其他一般ノ證人ト異ナル取扱ヲ爲サヌ。蓋シ至當ト云ハナケレバナラヌ。

次ニ舊法ニ依レバ、身上ノ事由ニ因リ、證言ノ拒絶ヲ爲シ得ベクシテ拒絶セザリシ者竝ニ訴訟ノ成績ニ直接利害關係ヲ有スル者ヲ訊問スルニ當リテモ、同ジク宣誓ヲ爲サシメ得ナカッタ(舊三一〇條第四、五)。然ルニ新法ハ、新二八九條ニ列舉セラレタル以外ノ者ヲ訊問スルニハ、凡ベテ宣誓ヲ爲サシムルヲ原則トシ、例外トシテ、證人又ハ證人ト新二八〇條ニ掲グル關係アル者ニ、著シキ利害關係アル事項ニ付キ訊問ヲ爲ス場合ニハ、證人ニ於テ宣誓ヲ拒絶シ得ルモノト爲シ(新二九
一條)、更ニ證人ガ新二八〇條ニ列舉ノ身上ノ事由ニ基キ證言ヲ拒絶シ得ルニモ拘ラズ證言ヲ拒絶セザリシ場合ニハ、裁判所ガ進ムデ宣誓ヲ爲サシメザルコトヲ得ルモノト定メタ(新二九
〇條)。斯ク證言ニ對シ宣誓ヲ爲サシムルヲ原則トシ、是レガ例外トシテ、段階的

ニ宣誓義務ヲ緩和スルコトハ、趣旨トシテ反對スルニ非ザルモ、如何ニ自由心證主義ヲ執ルトハ云ヘ、宣誓ヲ拒絕シテ證言ヲ爲スコトヲ許スガ如キハ、證言ノ本旨ニ悖リ、經驗的ニモ頗ル危險ナル探證方法ト云ハナケレバナラス。^{〔註一〕}寧ロ舊法ノ如ク宣誓ヲ爲サシメザルヲ以テ優レリトスル。

〔註一〕 司法省藏版、前掲速記録續卷一五五頁、原嘉道博士質問參照。

宣誓拒絕ノ手續ニ付テハ、舊法ト同ジク證言拒絕ノ規定ヲ準用スルモノトシ、宣誓拒絕ヲ理由ナシトスル裁判確定シタルニモ拘ラズ、尙、證人ガ故ナク宣誓ヲ拒ムトキハ、證人不出頭ノ場合ノ規定ヲ準用シ、費用ノ負擔ト五百圓以下ノ過料ニ處スル^(新二九)_(三條)。

III. 證人訊問手續

第一、證人訊問ノ申出竝ニ證人ノ呼出

證人訊問ノ申出ニハ證人ヲ指定スベク^(新二七)_(五條)、且ツ新二五八條ニ云フ「證スベキ事實」トハ、舊法ニ云フ「訊問ヲ受クベキ事實」ニ外ナラズシテ、之レヲモ表示シナケレバナラス。此等、凡ベテ舊法ト異ナル所ナシ^(舊二九一)_(條參照)。

次ニ證人ノ期日呼出ハ、呼出狀ヲ送達シテ之レヲ爲スベク^(新一五〇條)_(舊一六一條)、此呼出狀ニハ、次ノ事項ヲ記載シナケレバナラス^(新二七)_(六條)。

1. 當事者ノ表示
2. 訊問事項ノ要領

3. 出頭セザル場合ニ於ケル法律上ノ制裁

以上ハ、證人ノ呼出狀トシテ其記載ヲ缺クコトヲ得ヌ。舊法ハ、尙、他ニ記載事項ヲ定メタルモ(新二九二條第
三、五參照)、證人ノ出頭スベキ場所及ビ日時、裁判所名等ハ當然ニ記載セラルベキ事項ナルヲ以テ、新法ニハ記載要件ヨリ之レヲ除イタ。

第二、訊問開始前ノ手續

證人ノ訊問前、適當ノ方法ヲ以テ、人違ナラザルコトヲ判然ナラシムベキハ當然ノ事柄ニ屬スルヲ以テ、新法ハ、唯、訊問前宣誓ヲ爲サシムベキ旨ノ規定ヲ置クニ止メタ(新二八五條舊
三〇六條一項)。

宣誓ハ、裁判長之レヲ爲サシムルモノニシテ、新法ハ宣誓ノ效果ヲ擧グルガ爲メ、宣誓前、偽證ノ罰ヲ警告スルニ止マラズ、特ニ宣誓ノ趣旨ヲ諭示スベキモノト定メ(新二八七條、
舊三〇八條)、而カモ特ニ「宣誓ハ起立シテ嚴肅ニ行フコトヲ要ス」(新二八
六條)トノ一ケ條ヲ設ケタ。

次ニ新法ハ宣誓ノ方法ニ付キ規定ヲ設ケ、證人自ラ宣誓書ヲ朗讀スルコトヲ以テ原則トシタ(新二八八
條一項)。宣誓書ノ文言ハ舊法ト同ジ(新二八八條二項、
舊三〇七條)。尙、宣誓ヲ爲サシメズシテ證人ヲ訊問シタルトキハ、其旨及ビ事由ヲ調書ニ記載シナケレバナラヌ(新二九
二條)。

宣誓ハ、新法ニ在リテモ、特別ノ事由アルトキハ、訊問後ニ之レヲ爲サシメ得ル(新二八五
條但書)。

第三、訊問ノ方法

訊問ノ順序、内容等ニ就テハ、新法ハ、舊法三一二、三一三條ノ如キ規定ヲ設ケズ、凡ベテ裁判長ノ自由裁量ニ之レヲ委シ、訊問ノ方法ニ付キ、舊法ノ規定ヲ改メタルノ外、尙、若干新タナル規定ヲ加ヘタ。即チ次ノ如シ。

證人相互ノ對質ハ、新舊法共ニ認ムル所デアルガ、新法ハ舊法ノ如ク證人ノ供述互ニ齟齬シタル場合ト云ハズ、凡ベテ裁判長ガ必要アリト認ムルトキハ對質ヲ命ジ得ル(新二九四條舊三一一條ニ)。而シテ此對質ニ備ヘムガ爲メ、裁判長ガ必要アリト認ムルトキハ、後ニ訊問スベキ證人ニ在廷ヲ許シ得ル(新二九六條)。全ク舊法トハ反對ノ規定トナツタ(舊三一一條一項參照)。

次ニ舊法ハ、算數ノ關係ニ限り、證人ニ覺書ヲ用キルコトヲ許シタルモ、新法ハ、裁判長ノ許可アレバ、事項ニ制限ナク書類ニ依リ陳述ヲ爲シ得ル(新二九七條但書)。〔註一〕

〔註一〕 條文ニハ裁判長ノ許可トアルモ、場合ニ依リテハ、積極的ニ書類ノ使用ヲ命ズルヲ便宜ト做ス場合アルベク、實際問題トシテハ、同條並ニ前條(其必要ナル行爲ノ命)ノ運用ニ依リ其目的ヲ達シ得ベキモ、條文ノ體裁些カ妥當ヲ失スル。

立法論トシテハ、嘗ニ證人ニ對シ書類ノ使用ヲ許可スルニ止マラズ、事情ニ因リテハ其使用ヲ命ジ、更ニ進ムテハ、獨民訴法三七七條三、四項(一九二四年ノ獨民訴法改正律令ニ依ル)ノ如ク書類ノ提出ヲ以テ證人ノ出頭ニ代ヘシムルモ可ナリト信ズル。

新法ガ新タニ規定ヲ設ケタルハ、則チ裁判長ガ必要アリト認ムルトキハ、證人ヲシテ文字ノ手記、其他必要ナル行爲ヲ爲

サシメ得ルコトデアル<sup>(新二九
五條)</sup>。本條ニ依リ證人ヲシテ爲サシ
メ得ル行爲ハ、當然、證言ニ附隨シテ必要ナル程度ノ行爲ナ
ルベク、然リトセバ、證人ガ命ゼラレタル行爲ヲ爲サル場
合ニハ、證言拒絶ノ規定ニ依リ強制シ得ルモノト解セラレル。
〔註一〕

〔註一〕 同説、長島、森田兩氏共著前掲書第二九五條(三四一頁)。

更ニ新法ハ、當事者ニ對シ、裁判長ノ許可ニ依ル直接發問
ノ權ヲ與ヘタ。即チ「當事者ハ裁判長ニ對シ必要ナル發言ヲ求
メ又ハ其ノ許可ヲ得テ問ヲ發スルコトヲ得」<sup>(新二九九
條一項)</sup>。舊法
ガ母法タル獨民訴法ト離レ、當事者ノ裁判長ニ對スル發問ノ
要求ノミヲ許シテ、此直接發問權ヲ與ヘザリシハ、當時ノ官僚
思想ガ此處ニモ暴露セラレシモノト云フベク、新法ニ之レヲ
許シタルハ當然過ギル程ノ當然デアル。然ルニ新法ノ起草者
ハ此規定ヲ設クルニ些カ大膽ヲ缺キ、訴訟代理人タル辯護士
ノ發問モ、尙、裁判長ノ自由裁量ニ依ル許可ニ懸カラシムル。

〔註一〕 吾人ハ、カ、ル立法態度ト舊來ノ傳統ト相待チ、折角、
當事者ニ與ヘラレシ直接發問權ガ著シク其運用ヲ疎害セラレ
ザルカヲ虞レル。〔註二〕 須ラク裁判長トシテハ、當事者ニ對シ
直接發問ヲ許スニ吝ナラズ、特ニ辯護士ニ對シテハ無條件ニ
之レヲ許スノ雅量アルベク、又、當事者、就中、代理人タル辯
護士ニ於テハ、直接發問ヲ爲スニ就テノ充分ナル研究ト準備
トヲ怠ラザル發奮ガ望マシイ。斯クシテこそ初メテ直接發問

權ノ活用ニ依ル證據資料ノ満足ナル聚集ガ期待シ得ラレル。

〔註一〕 獨民法ニハ「裁判長ハ、證人ニ對シ直接ニ問テ發スルコトヲ當事者ニ許スコトヲ得、又、其辯護士ニハ求メニ因リ之レヲ許スベシ」(同法三九七條一項)トアリ、辯護士ニハ無條件ニ發問ノ許可ヲ與フベキモノトセラレル
Vgl. Stein-Jonas-Kommentar, Bd. I. zu § 397. I.(S. 996).

〔註二〕 長島、森田兩氏共著ニ曰ク「但シ其ノ許可ハ訊問スベキ事項ヲ示シ一問毎ニ之ヲ求ムベシ。概括的ニ訊問ノ許可ヲ與フルガ如キハ法廷ノ秩序維持上法律ノ許サザル所ナリ」ト。前掲書第二九九條(三四二頁)。併シナガラ一問毎ニ裁判長ノ許可ヲ受クルトセバ、前段ニ規定セラレタル(又舊法ニモ規定セラレタル)「必要ナル發問ヲ求ム」ルト幾許ノ差異アリヤ。直接發問ハ、事情ヲ知悉スル當事者ガ證人ニ對シ、縱横、各方面ヨリ問テ發シ、裁判所ノ訊問ヲ補ヒテ事物ノ真相ヲ摺マシムル點ニ其價値ガアル。獨民法ヲ解釋トシテモ、裁判長ニ對シ問ノ内容ヲ告グル必要ナシト云フガ通説デアル。 Stein-Jonas:-a. a. O. zu. § 397. II.(S. 996). 當事者ノ發問常規ヲ失スルナラバ、裁判長ノ訴訟指揮權ヲ以テ之レヲ制スレバ足ル(新一二六條)。如何ナル理由アリテ、一問毎ニ裁判長ノ許可ヲ必要トスルカ、又、「概括的ニ訊問ノ許可ヲ與フルコト」ガ、「法廷ノ秩序維持上、法律ノ許サザル處」ト做ス根據那邊ニ在リヤ。曰ク舊來ノ傳統タル官僚的思想以外ニハ存シナイデアル。

以上ト關聯シテ、辯護士ノ直接發問ニ關スル研究ト準備トヲ期待シナケレバナラス。裁判所ノ意ヲ迎ヘテ直接發問ヲ差控ユルガ如キハ、證據聚集ニ於ケル當事者ノ立場ヲ忘レタルモノ、則チ舊法時代ノ傳統ニ捉ハレ、自ラヲ賤ムルモノ、更ニ又、直接發問ノ眞價ハ、裁判所ヲシテ争點ノ判斷ニ必要ナル程度ニ於テ事物ノ真相ヲ摺マシムルニ在ルガ故ニ、不必要ナル事項ノ究明ニ没頭シ、又徒ラニ證人ヲ追及シテ困惑セシムルガ如キハ、甚ダシク目的ヲ失シタル行爲ト云ハナケレバナラス。カヽル行爲並ニ訴訟正義ニ反スル露骨ナル誘導訊問等ハ、孰レモ裁判長ノ訴訟指揮權ニ依リ制シナケレバナラス。

新法ハ、證人忌避ノ制度ヲ廢止シタ(舊三〇三乃至三〇五條參照)。此制度ハ、法定證據主義ノ下ナラバ知ラズ、自由心證主義ヲ執レル舊法

ノ下ニ於テ既ニ存スベカラザリシモノトスル。〔註一〕新法ガ之レヲ廢止シタルハ至當デアル。但シ是レガ爲メ、判事ノ心證判斷ノ責任更ニ加重セラレシコトヲ一言シナケレバナラス。

〔註一〕 證人忌避ノ制度ハ、母法タル獨民訴訟ニ存セズ、從ツテ舊法ノ「テヒヨ一」原案ニモ此規定ガナカクタ。然ルニ法律取調委員會ガ、如何ナル理由カ、此規定ヲ挿入シタノデアル。

最後ニ、新法ハ證人再訊問ノ規定ヲ削除シタ（舊三一七條）。蓋シ新二六一條ノ規定ヲ以テ充分ト做セシガ故デアル。

IV. 受命判事又ハ受託判事ニ依ル證人訊問

受命判事又ハ受託判事ガ證人訊問ヲ爲ス場合ニ於テハ、裁判所及ビ裁判長ノ職務ハ其ノ判事之ヲ行フ（新三〇〇條）。即チ受命判事並ニ受託判事ハ、證人訊問ニ關スル一切ノ職務ヲ行フモノニシテ、舊法三一九條二項ノ如キ制限ナキヲ以テ、當然、證言並ニ宣誓拒絕ノ當否ヲモ裁判スル。而シテ此裁判ニ對シ、當事者ハ受訴裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲シ得ル（新四一〇條）。

例外トシテ、證人ニ對スル當事者ノ發問ノ許否ニ付キ異議ノ申立アリタル場合ニハ、當該受命判事又ハ受託判事ニ裁判權ナク、受訴裁判所ガ其異議ニ付キ裁判ヲ爲ス（新二九九條但書）。蓋シ受命判事又ハ受託判事ノ爲シタル發問ノ許否ニ對シテハ、當事者ハ新四一二條一項ニ依リ受訴裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲シ得ザルヲ以テ、此特例ヲ設ケテ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルノ途ヲ拓イタノデアル。

第三節 鑑 定

I. 總 說

新法ガ、鑑定ニ付キ舊法ノ規定ヲ改メタル主要ノ點ヲ舉grenバ、鑑定義務ヲ負擔スル者ノ範圍ヲ擴大シタルコト、特定ノ鑑定事項ニ付キ鑑定ヲ爲シ得ザル缺格者ノ規定ヲ設ケタルコト、官廳、公署、法人等ニ鑑定ヲ囑託シ得ルモノト爲シタルコト等デアル。

新法ハ、舊法ト同ジク、鑑定ニハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外、證人訊問ノ規定ヲ準用スル(新三〇一條
舊三二二條)。則チ別段ノ規定ナクシテ證人訊問ノ規定ヲ準用スベキ事項並ニ其準用條文、凡ソ次ノ如シ。

1. 鑑定人ノ呼出(新二七
六條)
2. 不出頭ノ制裁(新二七
七條)
3. 受命判事又ハ受託判事ニ依ル鑑定手續(新二七九、
三〇〇條)
4. 鑑定ノ拒絕並ニ其當否ノ裁判(新二八一條乃
至二八四條)
5. 宣誓手續(新二八五條乃至二八七
條並ニ二八八條一項)
6. 鑑定ニ附隨シテ必要ナル行爲ノ命(新二九
五條)
7. 陪席判事並ニ當事者ノ發問(新二九八、
二九九條)
8. 鑑定ノ命又ハ囑託ヲ受ケタル受命判事又ハ受託判事ノ職務範圍(新三〇
〇條)

II. 鑑定人ノ義務

新法ニ依レバ、鑑定ニ必要ナル學識經驗アル者ハ、鑑定ヲ爲スノ義務ヲ負フ^(新三〇二條一項)。即チ舊法ノ如ク更ニ一定ノ資格アルコトヲ要件ト爲サズ、唯、鑑定ニ必要ナル學識經驗アルコトノミヲ以テ足レリト做シタノデアアル。

斯ク新法ハ鑑定義務ヲ負擔スル者ノ範圍ヲ擴張シタルト同時ニ、他方、特定ノ鑑定ヲ爲シ得ザル缺格者ノ規定ヲ設ケタ。詳言スレバ、鑑定事項ニ付キ、證言拒絶ニ關スル新二八〇條又ハ其宣誓拒絶ニ關スル新二九一條ノ關係ヲ有スル者ハ、其事項ニ付キ鑑定人タルコトヲ得ヌ^(新三〇二條二項)。蓋シ此等ノ者ハ、鑑定事項ニ個人的利害關係ヲ有スルモノナレバ、寧ロ他ノ者ヲ鑑定人ト爲スニ如カズト云フニ在ル。

反之、鑑定事項ニ付キ、同ジク證言拒絶ニ關スル新二八一條ノ關係アル場合ハ、鑑定人ノ個人的利害關係アルニ非ザルガ故ニ、鑑定人タルコトヲ妨ゲザルモノト做シ、^{〔註一〕}同條ノ準用ニ依リ鑑定ノ拒絶ヲ爲スノ途ヲ拓クニ止ムル。

〔註一〕 新二八一條一項三號ノ「技術又ハ職業ノ祕密ニ關スル事項」ハ、此場合、鑑定人ニ個人的利害關係ナキモノニ限ラレル。若シ證人又ハ證人ト新二八〇條ニ掲グル關係アル者ニ著シキ利害關係アルトキハ、鑑定人トナリ得ザルモノニシテ、新二八一條ニ依ル鑑定拒絶ノ問題ヲ生ゼヌ。

尙、新法ハ、新二八九條ニ掲グル者、即チ 1. 十六年未滿ノ者 2. 宣誓ノ趣旨ヲ理解スルコト能ハザル者 モ亦鑑定人タリ得ザル旨ヲ規定スル。併シナガラ此等宣誓能力ナキ者ガ、

鑑定人タリ得ザルコトハ素ヨリ當然ニシテ、舊法ニハ其規定ナカリシモ、同様ニ解セラレタ。

鑑定人ノ義務ハ、證人義務ト同様、分レテ出頭ノ義務、鑑定ノ義務並ニ宣誓ノ義務トナリ、此等義務ノ履行並ニ強制ニ就テハ凡ベテ證人訊問ノ規定ガ準用セラレル。但シ鑑定人ハ之レヲ勾引シ得ザルト(新三〇、
三條)、鑑定人トシテ宣誓義務ヲ免除セラル、コトナキ點ニ注意ヲ要スル。

III. 鑑定人ノ指定並ニ鑑定ノ囑託

鑑定人ハ、受訴裁判所、受命判事又ハ受託判事之レヲ指定スルモノニシテ(新三〇、
四條)、當事者ハ唯、證スベキ事實ヲ表示シテ鑑定ノ申出ヲ爲スニ止マル(新二五八、
條一項)。尤モ裁判所ガ、當事者ニ對シ鑑定人トシテ適當ナル者ヲ指名スベキ旨ヲ催告スルコトハ、新法ニ其規定ナキモ、當然、爲シ得ル所ト考ヘル。但シ當事者双方ガ一定ノ者ヲ鑑定人ニ爲スコトニ合意スルモ、舊法ニ於ケルト異ナリ裁判所ヲ羈束セヌ(舊三二四條、
三項參照)。

新法ハ、舊三二五條ノ規定ヲ削除シタ。即チ外國人ト雖モ鑑定人ニ指定シ得ザル理由ナク、而シテ内國人ヲ優先的ニ鑑定人ニ指定スルコトハ、望マシキ方法ナルモ、特ニ法律ニ規定スル迄ノ必要ヲ認メザリシガ故デアル。

新法ハ、鑑定ヲ爲サシムル者ヲ自然人ニ限定セズ、新タナル試ミトシテ、裁判所ガ必要アリト認ムルトキハ、官廳若クハ公署又ハ相當ノ設備アル法人ニ鑑定ヲ囑託シ得ルモノト爲シタ

(新三〇一條一項)。而シテ此鑑定ノ囑託ヲ爲シタル場合ニハ、宣誓ニ關スル規定ヲ除キ、凡ベテ鑑定手續ノ規定ニ遵フ(新三〇一條一項後段)。併シナガラ鑑定ノ囑託ハ裁判所ノ命令行爲ニ非ズ、之レニ因リ囑託ヲ受ケタル官廳、公署、法人ニ鑑定ノ義務發生スルモノトハ云ヒ得ザルベキヲ以テ、此囑託ニ應ゼザルモ、裁判所ハ之レヲ強制スルノ方法ヲ有セヌ。從ツテ出頭並ニ鑑定ノ義務履行ニ關スル規定モ亦準用ナキ理デアル。

囑託ヲ受ケタル官廳、公署又ハ法人ハ、其名ニ於テ鑑定書ヲ作成スベク、而シテ裁判所ガ其鑑定書ニ付キ説明ノ必要アリト認ムルトキハ、適當ノ者ヲ指定セシメ、其者ニ説明ヲ爲サシメ得ル(新三〇一條二項)。

IV. 鑑定人ノ忌避

新法ハ、證人ニ付キ忌避ノ制度ヲ廢止シタルニモ拘ラズ、鑑定人ニハ之レヲ存置シ、其規定ヲ設ケタ。是レ他ナシ。鑑定人ハ證人ト異ナリ、特定人ニ限定セラレザルヲ以テ、問題アル鑑定人ニ鑑定セシメ、其鑑定ノ結果ニ付キ信憑力ノ有無程度ヲ判斷スルヨリモ、寧ロ問題ナキ鑑定人ニ鑑定セシムルヲ適當トナスガ故デアル。

當事者ハ、鑑定人ニ付キ誠實ニ鑑定ヲ爲スコトヲ妨グベキ事情アリト認ムルトキハ、忌避ノ申立ヲ爲シ得ル(新三〇五條)。此申立ハ、原則トシテ鑑定人ガ鑑定事項ニ付キ陳述ヲ爲ス前ナルコトヲ必要トシ、其申立ノ手續、裁判等ニ就テハ、判事忌避ノ場合

ト略、同様ナル規定ガ設ケラレテアル<sup>(新三〇五、
三〇六條)</sup>。

鑑定人ノ忌避ハ、適法ニ指定セラレタル鑑定人ニ對シテ之レヲ爲スモノニシテ、前記、鑑定人タルコトノ缺格者<sup>(新三〇二
條二項)</sup>ガ鑑定人ニ指定セラレタル場合ニハ、當事者ハ忌避ノ手續ニ依ラズシテ、其缺格者ナルコトヲ主張シ得ル。〔註一〕

〔註一〕 同説、長島、森田兩氏共著前掲書第三〇五條(三四八頁)。

V. 鑑定手續

鑑定人ノ呼出並ニ出頭シタル鑑定人ヲシテ宜誓セシムルノ手續ハ、凡ベテ證人訊問ノ場合ニ準ズル<sup>(新三〇
一條)</sup>。但シ宣誓書ノ文言ハ、素ヨリ證人ノ夫レト異ナリ、良心ニ從ヒ誠實ニ鑑定ヲ爲スコトヲ誓フ旨ガ記載セラレル<sup>(新三〇
七條)</sup>。

鑑定ヲ爲サシムル方法ハ、舊法ト異ナリ、裁判長之レヲ定ムルモノニシテ、裁判長ハ其自由裁量ニ依リ、鑑定人ヲシテ書面又ハ口頭ヲ以テ、共同ニテ又ハ各別ニ意見ヲ述ベシムルコトヲ得ル<sup>(新三〇
八條)</sup>。〔註一〕受命判事又ハ受託判事が鑑定ヲ爲サシムル場合ニハ、其判事が此職務ヲ行フ<sup>(新三〇一、
三〇〇條)</sup>。

〔註一〕 新法ハ、舊三三〇條ノ如ク場合ヲ分チテ規定ヲ設ケズ、凡ベテ裁判長ノ自由裁量ニ委シタ。但シ同條第四ノ再鑑定ハ、新二六一條ニ依リ、受訴裁判所ノ職權ニ屬スル。

其他、鑑定人ノ對質、陪席判事又ハ當事者ノ發問等ハ、凡ベテ證人訊問ノ規定ニ依ル<sup>(新三〇
一條)</sup>。

VI. 鑑定證人

爰ニ鑑定證人トハ、其者ノ有スル特別ノ學識、經驗ニ依リテ

知り得タル過去ノ事實ヲ陳述スル者ヲ云ヒ、新法ハ、舊法ト同じク、此鑑定證人ノ訊問ニ付テハ、凡ベテ證人訊問ニ關スル規定ニ依ラシムル<sup>(新三〇
九條)</sup>。元來、鑑定證人ノ陳述ハ、内容ニ於テ鑑定事項ヲ包含スルモ、證據トシテノ地位ハ人證ニ外ナラザルヲ以テ、鑑定ノ規定ニ依ラシメザリシハ相當デアル。新法草案ニ對スル修正意見トシテ、鑑定證人ノ訊問ヲ鑑定ノ規定ニ依ラシムベシトスル辯護士會ノ答申アリシヤニ記憶スル。恐ラク此意見ハ専門家ヲ遇スルニ證人ノ規定ヲ以テスルハ妥當ニ非ズト云フニ在ラムモ、問題ノ核心ハ、寧ロ、現在、裁判所ガ證人ヲ遇スル態度、所置並ニ設備ノ凡ベテガ、餘リニ官僚的ナルニ在ル。此點ニ付キ在朝法曹ノ一考ヲ要ムベキモノト考ヘル。

第四節 書 證

I 總 說

書證ニ關スル新法ノ重ナル改正ハ、第三者ニ對シテモ文書提出命令ヲ發シ得ルモノト爲シタルコト、文書ノ眞否ニ關シ推定規定ヲ設ケタルコト、檢眞手續ヲ廢止シ、筆跡又ハ印影ヲ對照スルノ手續ヲ規定スルノ程度ニ止メタルコト等デアル。

新法ハ、書證タルベキモノヲ文書ト云フ。蓋シ一般ノ文書ハ、凡ベテ書證タリ得ベク、之レヲ舊法ノ如ク證書ト稱スルハ、名

稱些カ狹キニ失スルガ故デアル。

文書ノ意義ニ就テハ、爰ニ其説明ヲ省ク。文書ニ非ザルモ、尙、下足札、引換券ノ如ク、其用途、四圍ノ状況等ニ因リ一定ノ趣旨ヲ表現スル物件ハ、之レヲ證據ト爲スニ當リ、檢證手續ニ據ラシムルヨリ、寧ロ書證ニ準ジテ取扱フヲ便トスル。此意味ニ於テ、新法モ亦、證徴ノ爲メ作りタル物件ニシテ、文書ニ非ザルモノニ付キ、書證ノ規定ヲ準用スルモノト爲シタ(新三三二條、舊三五六條)。

II. 書證ノ申出

書證ノ申出ハ、舉證者自ラ文書ヲ所持スル場合ニハ其文書ヲ提出シテ之レヲ爲スベク、自ラ所持セザル場合ニハ、裁判所ガ之レヲ所持スル者ニ其ノ提出ヲ命ゼムコトヲ申立ツルカ、又ハ其送付ヲ囑託セムコトヲ申立テ之レヲ爲スノデアル(新三一・三一九條)。

舉證者自ラ文書ヲ所持スル場合ニハ、之レヲ提出スレバ足ル。然ルニ自ラ文書ヲ所持セズシテ、之レヲ所持スル者ニ其ノ提出ヲ命ゼムコトヲ申立ツル場合、即チ新法ニ云フ文書提出ノ申立ヲ以テ書證ノ申出ヲ爲ス場合ニハ、其所持者ガ相手方ナルト第三者ナルトヲ問ハズ、文書提出ノ義務アルコトヲ必要トシ、此義務アル場合ニ限り、裁判所ハ、決定ヲ以テ文書ノ所持者ニ對シ其提出ヲ命ズル(新三一・四一條一項)。文書提出義務ニ就テハ、次項ニ詳述スル。此場合ノ文書提出ノ申立〔註一〕ニハ、

1. 文書ノ表示
2. 文書ノ趣旨
3. 文書ノ所持者
4. 證スベキ事實
- 5.

文書提出義務ノ原因 ヲ記載シナケレバナラヌ(新三一
三條)。

〔註一〕 驚クベキ不熟ノ用語デアル。何故ニ「文書ノ提出ヲ命ゼラレムコトノ申立」トセザリシカ。假名ノ少キガ莊重ナリ、法文ノ用語トシテ適當ナリトスル時代ハ既ニ去レリト信ズル。

反之、文書ノ所持者ニ其ノ文書ノ送付ヲ囑託セムコトヲ申立ツル場合ニハ、其ノ者ニ提出ノ義務アルコトヲ必要トセズ、而カモ此場合、新法ハ、文書ノ所持者ヲ舊法ノ如ク官廳又ハ公吏ニ限定セザルガ故ニ(舊三四六條
二項參照)、私人ガ所持スル場合ニモ此申立ヲ爲シ得ル。但シ新法ハ、文書ノ所持者ヲ官廳又ハ公吏ニ限定セズシテ、尙且ツ囑託ト稱スルモノナレバ、文書ノ所持者ガ第三者ナル場合ニ限り、此申立ヲ爲シ得ルモノト解スル。〔註一〕

〔註一〕 舊法ハ官僚ノ思想ニ映ヒセラレ、證書ノ所持者ガ官廳又ハ公吏ナルトキハ、訴訟ノ當事者ナルト第三者ナルトヲ問ハズ、囑託ト稱セシモ(舊三四六條)、新法ハ、文書ノ所持者ヲ限定セザルモノナレバ、囑託ト云フ字義ヨリ推シテ、訴訟外ノ第三者ガ文書ノ所持者ナル場合デアラネバナラヌ。

要之、新法ニ依レバ、第三者ガ文書ヲ所持スル場合、假令其者ニ提出義務ナシト雖モ、當事者ハ、其送付ヲ囑託セムコトヲ申立テ得バク、裁判所ハ此申立ニ依リ、所持者ニ對シ其囑託ヲ爲サナケレバナラヌ。尤モ當事者ガ、法令ニ依リテ文書ノ正本又ハ謄本ノ交付ヲ求ムルコトヲ得ル場合ヲ除クコト、舊法ト同シ(新三一
九條但書)。此囑託ハ、裁判所ノ命令行爲ニ非ザルヲ以テ、所持者ガ之レニ應ゼザルモ強制方法ナシ。但シ所持者ニ文書提出義務アレバ、改メテ當事者ハ文書提出ノ申立ヲ爲シ得ルコト勿

論デアル。

斯ク新法ニ於テ、當事者ガ、文書提出義務ナキ第三者ニ對シ、裁判所ヲ通ジテ文書ノ任意提出ヲ求メ得ルノ途ヲ拓キタルハ、訴訟實際上ノ便宜ヲ慮リタルモノニシテ、洵ニ適切ナル規定ト云ハナケレバナラス。此規定ハ、原嘉道博士ノ力説ニ因リ、調査委員會ニ於ケル最後ノ修正ニ於テ挿入セラレタノデアル。〔註一〕

〔註一〕 司法省藏版、前掲速記録、六二七頁、同上續卷一六八頁以下参照。

III. 文書提出義務

新法ガ、相手方又ハ第三者ニ對シ、文書提出義務ヲ負ハシムル場合ヲ舉グレバ次ノ如ク、大體ニ於テ舊法ト同ジ^(新三一)_(二條)。

第一、當事者ガ訴訟ニ於テ引用シタル文書ヲ自ラ所持スルトキ

本號ハ、舊三三七條ニ該リ、當事者タル相手方ノミニ關スル規定デアル。

第二、舉證者ガ文書ノ所持者ニ對シ其ノ引渡又ハ閱覽ヲ求ムルコトヲ得ルトキ。

本號ハ、舊三三六條第一(三四三條)ニ該リ、相手方並ニ第三者ニ通ズル規定デアル。舉證者ガ文書ノ引渡又ハ閱覽ヲ求メ得ルノ根據、民法、商法等ノ法令中ノ規定ニ存スルト、又關係者間ノ契約ニ依ルトヲ問ハヌ。唯、問題ハ、當事者ニ對シ商業帳簿ノ提出ヲ命ズル場合ニ於ケル商法二七條ノ二トノ關係デアル。此點ハ、改正調査委員會ニ於テモ議論ヲ醸シタノデアルガ、結局、上記商法ノ規定ヲ以テ當事者ノ商業帳簿提出義

務ヲ實體的ニ規定シタルモノト做シ、同條ノ規定ガ、即チ舉證者ガ、相手方ノ商業帳簿ニ付キ、本號ニ云フ「閱覽ヲ求ムルコトヲ得ル」根據トナルト云フニ一致セシモノノ如クデアル。

〔註一〕 要之、當事者ノ商業帳簿ハ、商法二七條ノ二ノ規定ニ基キ、民訴法三一・二條以下ノ規定ニ依リ、其提出ヲ強制セラルト解スルノデアル。〔註二〕

〔註一〕 司法省藏版前掲速記録六二〇頁以下参照。

〔註二〕 斯ク解スルニ非ザレバ、當事者ニ對スル商業帳簿ノ提出命令ハ、直接商法二七條ノ二ノ規定ニ依リ發スルノ外ナク、從ツテ、新三一・三條以下ノ規定ト關係ナキコト、ナリ、所持者ガ其命ニ應セザルモ、新三一・六、三一・七條ニ依リ強制シ得ザルニ至ル。

併シナガラ上記商法二七條ノ二ノ規定ガ、商業帳簿ノ提出ヲ命ズル訴訟手續規定ナルコトニ疑ヒナシ。如カズ、何故ニ新三一・二條第四トシテ「舉證者ガ商法二七條ノ二ニ依リ相手方ノ商業帳簿ノ提出ヲ申立テタルトキ」ノ一項ヲ挿入セザリシカ。概括的規定ノミヲ設ケテ、極力個別的规定ヲ避ケムトスル我國起草者ノ態度ハ、吾人ノ賛成シ得ザル所デアル。

第三、文書ガ舉證者ノ利益ノ爲メニ作成セラレ、又ハ舉證者ト文書ノ所持者トノ間ノ法律關係ニ付キ作成セラレタルトキ。

本號ハ、舊三三六條第二(三四三條)ニ該リ、文書ノ所持者ガ當事者ナルト第三者ナルトヲ問ハヌ。舊法ハ證據共通ノ場合ニ限定シタルモ、斯ク限定スルハ狹キニ失スルガ故ニ、新法ハ舉證者ノ利益ノ爲メニノミ作成セラレタル場合ニモ、尙、所持者ニ提出義務ヲ負ハシムル。

文書ノ所持者ニ提出義務アル場合、以上ノ如シ。新法ハ、文

書ヲ所持スル第三者ガ官廳公署ナル場合ニモ、尙、此提出義務ヲ認ムルコトニ注意ヲ要スル。而シテ舉證者ガ文書提出ノ申立ヲ爲シタルトキハ、裁判所ハ、所持ノ有無並ニ提出義務ノ存否ヲ審査シ、申立ヲ理由アリト認メタルトキハ、決定ヲ以テ文書ノ所持者ニ對シ其ノ提出ヲ命ジ(新三一四條一項)、其文書ノ所持者ガ當事者ナルト第三者ナルトヲ問ハヌ。舊法ハ、文書ノ所持者ガ第三者ナル場合ニハ、舉證者ヲシテ其文書ガ第三者ノ手ニ存スルコトヲ疏明セシメタルモ(舊三四條四條)、新法ハ、第三者ニ對シ文書ノ提出ヲ命ズル場合ニ於テハ、其ノ第三者ヲ審訊スルコトヲ要スルモノト爲シ(新三一四條三項)、舉證者ノ疏明責任ヲ免除シタ。尙、舉證者ヨリ文書提出ノ申立アルモ、證據調ノ限度ハ裁判所之レヲ定ムルモノナルヲ以テ(新二五條九條)、裁判所ガ其文書ヲ不必要ト認ムルトキハ、申立ニ付キ理由ノ有無ヲ審査セザルコトヲ得ベク、又、文書ノ所持ノ有無並ニ提出義務ノ存否ニ付キ爭ヒヲ生ジタルトキハ、當事者ノ申出ナシト雖モ、職權ヲ以テ必要ナル證據調ヲ爲シ得ベキヲ以テ(新二六條一條)、新法ニハ舊三三九條並ニ三四〇條ノ如キ特別ノ規定ヲ設ケテ居ラス。

文書提出ノ申立ニ關スル決定、即チ此申立ヲ却下スル決定、文書ノ所持者ニ對シ提出ヲ命ズル決定ニ對シテハ、凡ベテ即時抗告ガ許サレル(新三一五條)。此規定ハ、舊法ニ於テ必要ナリシモ拘ラズ之レヲ缺キ、新法ニ於テ新タニ設ケラレタノデアアル。

文書ノ所持者ガ、文書提出ノ命ニ從ハザル場合ニ於テ、新法

モ亦、直接強制ヲ許サズシテ間接強制ノ途ヲ設クル。但シ第三者ニ對シテモ間接強制ヲ課スル點ニ於テ舊法ト異ナル。

第一、當事者　　ガ文書提出ノ命ニ從ハザルトキハ、裁判所ハ、文書ニ關スル相手方ノ主張ヲ眞實ト認ムルコトヲ得^(新三一)_(六條)。但シ正當ノ事由ニ依リ、文書ヲ提出セザル場合ヲ除クコト、勿論デアル。又、當事者ガ相手方ノ使用ヲ妨グル目的ヲ以テ提出ノ義務アル文書ヲ毀滅シ、其ノ他之レヲ使用スルコト能ハザルニ至ラシメタルトキハ、裁判所ハ、其ノ文書ニ關スル相手方ノ主張ヲ眞實ト認ムルコトヲ得^(新三一)_(七條)。〔註一〕但シ此等ノ事實ニ就テハ、文書提出ノ申立ヲ爲シタル者ニ立證責任ガアル。

〔註一〕 文書提出ノ命ハ、文書ノ所持者ニ對シテ之レヲ發スルモノナレバ、文書ノ毀滅セラレタル後ニハ、此命ヲ發シ得ザルベク、又、假令毀滅セズト雖モ、文書提出ノ命ニ從ヒ提出セラレタル文書ガ、證據トシテ使用スルコト能ハザルモノナラバ、之レニ依リ探證ノ目的ヲ達シ能ハザルガ故ニ、新三一六條ノ規定ヲ補充スベク本條(新三一七條)ノ規定ガ置カレテアル。從ツテ本條ニ依リ文書ニ關スル相手方ノ主張ヲ眞實ト認ムルニ付キ、既ニ文書提出ノ命ノ發セラレシコトヲ要件トセザルモ、舉證者ヨリ文書提出ノ申立アリシコトヲ必要トスル。尙、新二六一條ニ依リ職權證據調ヲ爲ス場合ニハ、本條ノ適用ナシト考ヘル。

序ナガラ文書ノ所持者ガ第三者ナル場合ニ付キ、本條ニ該ル規定ナキコトニ注意ヲ要スル。

此等ノ點、凡ベテ舊法ト渝リナシ^(舊三四一)_(條參照)。而シテ新法モ亦、文書ニ關スル相手方ノ主張ヲ眞實ト認ムルニ付キ、裁判所ノ自由裁量ヲ許シタルヲ以テ、所持者ガ文書ヲ提出セザル

ノ事情、殊ニ文書ニ關スル相手方ノ主張ヲ一應眞實ト認メ得ル根據アリヤ等ノ點ヲ充分ニ考慮シナケレバナラス。〔註一〕併シナガラ何等ノ理由ナクシテ、文書ニ關スル相手方ノ主張ヲ排斥スルコトハ、正當ナル職權ノ行使ニ非ズト考ヘル。

〔註一〕 此點ニ付キ、獨民訴法四二七條ニ「舉證者ガ文書ノ謄本ヲ提出シタルトキハ其謄本ヲ正當ナルモノト看做ス。其謄本ヲ差出サレタルトキハ、文書ノ性質及ビ趣旨ニ付テノ舉證者ノ主張ヲ證明セラレタルモノト看做スコトヲ得」ト二段ニ規定セラレタルハ、參考ニ價スル。

第二、第三者　　ガ文書提出ノ命ニ從ハザルトキハ、裁判所ハ決定ヲ以テ五百圓以下ノ過料ニ處スル。但シ此決定ニ對シテハ即時抗告ガ許サレル（新三一八條）。然ルニ第三者ガ文書ノ所持者ナル場合ニ付キ、上記、新三一七條ニ該ル規定ヲ缺クガ爲メ、第三者ガ同條ニ舉グルガ如キ行爲ヲ爲スモ、裁判所トシテ奈何トモ爲シ難イ。尙、亦、新法ニ依レバ、文書ヲ所持スル第三者ガ官廳、公署ナル場合ニモ、文書提出ノ命ヲ發シ得ルノデアルガ、此命ニ從ハザル官廳、公署ニ對シ、果シテ過料ノ制裁ヲ課シ得ルカ？ 之レヲ課シ得ザルハ當然ナルベキモ、然ラバ何故ニ起草委員草案二七四條二項「第二六七條（新法三一二條ニ該ル）ニ掲グル場合ニ於テハ、官廳又ハ公署ハ文書ノ送付ヲ拒ムコトヲ得ズ」ノ規定ヲ削除シタルカ？ 第三者ニ對スル間接強制ノ規定ハ、改正調査委員會ニ於ケル審議ノ結果挿入セラレシモノニシテ、〔註一〕此等ノ點ニ付キ充分ノ推敲ヲ缺キタルハ、洵ニ遺憾トセザルヲ得ヌ。

〔註一〕 司法省藏版前掲速記録續卷一六四頁參照。

IV. 文書ノ提出、送付並ニ證據調

舉證者又ハ文書ノ所持者ヨリ提出又ハ送付スベキ文書ハ、原本ノ外、正本又ハ認證アル謄本ナルコトヲ妨ゲザルモ、裁判所ガ特ニ原本ノ提出又ハ送付ヲ命ジタル場合ハ此限りデナイ（新三二條一・二項）。而シテ正本ナルモノハ公正ノ文書ニ付テノミ存シ、認證アル謄本モ亦、私文書ニ付テ存スルコト稀レナルガ故ニ、書證トシテ提出又ハ送付セラル、私文書ハ、原則トシテ原本デナケレバナラヌ。〔註一〕尤モ新法ニハ、舊三四九條二項ノ如キ規定ヲ缺クモ、書證トシテ申出デラレタル私文書ノ真正ナルコトニ付キ當事者間ニ争ヒナキトキハ、原本ニ代ヘ單ニ謄本ノミヲ提出又ハ送付スルコトヲ必ズシモ拒ムベキニ非ズト考ヘル。蓋シ書證ノ證據力ハ、證書夫レ自體ニ非ズシテ、其記載ノ内容ニ存スルガ故デアル。〔註二〕

〔註一〕 新法ニハ、舊三四九條三項ニ該ル規定ヲ缺クガ故ニ、舉證者ガ、真正ニ付キ争アルニモ拘ラズ、私文書ノ謄本ノミヲ提出シテ原本ヲ提出セザル場合ニハ、書證ノ申出ナカリシモノト看做スコト亦可能ナリト考ヘル。

〔註二〕 同説、長島、森田兩氏共著前掲書、第三二一條註一（三六一頁）。

以上、大體ニ於テ舊法ノ規定ト異ナル處ナキモ（舊三四九條一・二項參照）、新法ニハ、公文書、私文書ノ區別ヲ設ケズシテ其規定ヲ設ケタルコトニ注意ヲ要スル。又、新法ニハ、「裁判所ハ當事者ヲシテ其ノ引用シタル文書ノ謄本又ハ抄本ヲ提出セシムルコトヲ得」（新三二一條三項）ト定メ、從來、當事者ヲシテ慣習的義務トシテ行ハシ

メ來ツタモノヲ規定ニ現ハスニ至ツタ。

提出又ハ送付セラレタル文書ニ付キ證據調ヲ爲スノハ、素ヨリ原則トシテ受訴裁判所デアルガ、〔註一〕新二六五條ノ規定ニ依リ、受命判事又ハ受託判事ヲシテ證據調ヲ爲サシムル場合ニハ、其調書ニ記載スベキ事項ヲ受訴裁判所ニ於テ定ムルコトガ出來ル（新三二一）。而シテ其調書ニハ、取調ベタル文書ノ謄本ヲ添付シナケレバナラヌ（新三二一）。

〔註一〕新法ハ、證據調ヲ受訴裁判所自ラ爲スベキヤ、或ハ受命判事若クハ受託判事ヲシテ爲サシムベキヤヲ、一般的ニ受訴裁判所ノ自由裁量ニ委シタルヲ以テ、受命判事若クハ受託判事ヲシテ、文書ノ取調ヲ爲サシムルニ付キ、舊三四八條ノ定ムルガ如キ事情ノ存スルコトヲ必ズシモ必要トセス。

提出又ハ送付セラレタル文書ハ、證據調ノ終了次第、謄本ノミヲ止メテ返付スベキヲ當然トスルモ、裁判所ガ必要アリト認ムルトキハ、之レヲ留置クコトガ出來ル（新三二）。即チ舊三五四條ト、結果ニ於テ大ナル相違ハナイ。

新法ニハ、舊三四七條ノ規定ヲ缺ク。即チ新法ニ依レバ、原告ナルト被告ナルトヲ問ハズ、時機ニ遲レテ提出シタル訴訟資料ノ却下ヲ爲シ得ルモノナレバ（新一三九）、特ニ書證ニ付キ、此種ノ規定ヲ必要トシナイノデアル。

V. 文書ノ眞正

文書ノ證據力ガ、其文書ノ眞正ナルコトヲ前提トシテ、裁判所ノ心證判斷ノ對象トナルコトハ、爰ニ云フ迄モナイ。而シテ文書ノ眞正ナリヤ否ヤモ、亦一ノ事實トシテ、當事者間ニ争ヒ

アルナラバ、裁判所ノ心證判斷ヲ必要トスルノデアルガ、文書トシテ或ル程度ノ形式ヲ具備スル場合ニハ、一應、眞正ナルモノト推定シテ、舉證者ノ立證責任ヲ緩和スルヲ妥當トスル。舊法ニハ、此點ニ關スル明確ナル規定ヲ缺キタルモ、新法ハ、公文書ト私文書トニ分チ、夫々、規定ヲ設ケタ。即チ次ノ如シ。

第一、公文書

公文書ハ、常ニ一應、眞正ナルモノト推定セラル、モノニシテ、尙、新法ハ、ソノ公文書ナリヤ否ヤノ争ヒヲモ同時ニ避クルガ爲メ、文書ノ方式及ビ趣旨ニ依リ、官吏其他ノ公務員ノ作成シタルモノト認ムベキトキハ、之レヲ眞正ナル公文書ト推定スルモノトナシタ(新三二三條一項)。

舊法ニハ、カヽル規定ヲ缺キタルモ、舊三五一條ニ基キ、同ジク公文書ニハ眞正ノ推定ヲ與ヘ來ツタノデアルカラ、新法ガ別段、新タナル原則ヲ採用シタ譯デハナイ。而シテ此推定ニ對シ、相手方ガ、反證ヲ舉ゲテ争フコトハ、素ヨリ新舊法共ニ禁ゼザル所ニシテ、更ニ新法ハ、裁判所ガ、公文書ノ眞否ニ付キ疑アリト認ムルトキハ、進ムデ職權ヲ以テ當該官廳又ハ公署ニ問合セラ爲シ得ルモノトナシタ(新三二三條二項)。

尙、新法ハ、外國ノ公文書ニモ眞正ノ推定ヲ與フルモノトナシ、以上述ブル新三二三條ノ規定ハ、外國ノ官廳又ハ公署ノ作成ニ係ルモノト認ムベキ文書ニ之レヲ準用スル(新三二四條)。

第二、私文書

私文書ハ、相手方之レヲ争フトキハ、舉證者ニ於テ其ノ眞正ナルコトヲ立證シナケレバナラヌ^(新三二六條)_(五條)。併シナガラ私文書ニ本人又ハ其代理人ノ署名又ハ捺印アルトキハ、當該私文書ハ眞正ナルモノト推定セラレル^(新三二六條)_(六條)。素ヨリ此推定ヲ受クルガ爲メニハ、署名又ハ捺印ノ眞正ナルコトヲ必要トシ、争ヒアルトキハ、舉證者ニ證明責任ガアル。〔註一〕

〔註一〕 同説、長島、森田兩氏共著、前掲書第三二六條（三六四頁）、二宮峯氏「私文書ノ立證責任」（法曹會雜誌第八卷第五號）。此點ニ就テハ、殆ンド異論ノ餘地ナシ。新三二六條ニ該ル獨民法四四〇條二項ニハ、「署名ノ眞正ナルコトガ確定セラレ、若クハ證書ノ末尾ニ存スル手記ガ、裁判上若クハ公證ニ依リ認證セラレタルトキハ、其署名若クハ手記ノ上位ニ在ル文辭ハ眞正ナルコトノ推定ヲ受ク」ト明確ニ規定セラレテアル。尙、私文書ノ眞正推定ニハ、本人又ハ其代理人ノ署名又ハ捺印ト認メラル、モノ、具備チ以テ足レリトスル説ナキニ非ザルモ、養成シ難イ。例之、西村一成氏、「民事訴訟法第三二六條に就て」（法曹會雜誌、第八卷第一號）同氏ノ所説ハ、餘リニ舉證者ノ立場ニ偏シタルモノト考ヘル。

私文書ノ眞正推定ニ關スル規定ハ、全ク舊法ニ缺ク。即チ新法ハ、本人又ハ其代理人ノ署名又ハ捺印アルコトニ依リ、私文書ノ眞正ヲ推定スルノ點ニ於テ、舊法ニ比シ舉證者ニ利益ナルモ、他面、舊法ノ下ニ在リテハ、第三者ノ作成ニカ、ル私文書ハ、相手方ノ否認シタル場合、必ズシモ舉證者ニ其眞正ナルコトノ證明責任ヲ負ハシメナカッタ。然ルニ新法ニ在リテハ、假令、第三者ノ作成ニカ、ル私文書ト雖モ、相手方ガ之レヲ否認スルナラバ、舉證者ハ、ソノ眞正ナルコトヲ

證明スルカ、少クトモ其文書ニ在ル本人又ハ其代理人ノ署名又ハ捺印ノ眞正ナルコトヲ證明シナケレバナラス。

VI. 文書ノ眞否確定ノ特別手續

書證トシテ提出セラレシ文書ノ眞正ナルコトニ付キ、當事者間ニ争ヒアルトキハ、素ヨリ一般ノ證據調手續ニ依リ其眞否ノ確定ヲ求メ得ルノデアルガ、舊法ニハ檢眞手續ト云ヒ、私文書ニ付キ、總ベテノ證據方法ノ外、手跡若クハ印影ノ對照ニ因リテ其眞否ヲ確定スル特別手續ガアツタ(舊三五二乃至三五四條)。新法ハ、檢眞手續ナル名稱ヲ廢止シタルモ、實質的ニハ此手續ヲ存置シ、更ニ其適用ノ範圍ヲ擴張シテ居ル(新三二七乃至三二九條)。

即チ新法ニ依レバ、凡ベテ文書ノ眞否ハ、筆跡又ハ印影ノ對照ニ依リテ之レヲ證シ得ルモノニシテ、ソノ公文書ナルト、私文書ナルトヲ問ハヌ(新三二七條)。公文書ト雖モ、其眞否ヲ確定スルニ當リ、筆跡又ハ印影ノ對照ヲ必要トスル場合ナキニ非ザルヲ以テ、新法ガ、舊法ノ如ク此手續ヲ私文書ニ限定セズシテ公文書ニ及ボシタルハ、蓋シ至當デアル。

次ニ新法ハ、當事者ガ筆跡又ハ印影ノ對照ヲ申出ヅルニ付キ、書證ノ申出ニ關スル規定ヲ準用シ(新三二八條一項三一條)、更ニ對照ノ用ニ供スベキ筆跡又ハ印影ヲ具フル文書其他ノ物件ガ、相手方又ハ第三者ノ手中ニ存スル場合ノ爲メ、文書提出ノ命ニ關スル規定ヲ準用シタルヲ以テ(新三二八條一項三一、四條乃至三一七條)、當事者ハ、此申出ヲ爲スニ當リ、自ラ對照ノ用ニ供スベキ文書其他ノ物件ヲ所持スル

ナラバ、同時ニ之レヲ提出スベク、若シ相手方又ハ第三者之レヲ所持スルナラバ、其ノ提出ヲ命ゼムコトノ申立ヲ爲スノデアアル。此場合、相手方又ハ第三者ハ、當該對照文書又ハ其他ノ物件ヲ所持スル限り、裁判所ノ提出ノ命ニ因リ之レヲ提出スベキ訴訟上ノ義務ヲ負ヒ、必ズシモ新三一・二條所定ノ文書提出義務ノ存スルコトヲ必要トセヌ。^{〔註一〕}故ニ裁判所ハ、對照ノ用ニ供スベキ文書其他ノ物件ガ相手方又ハ第三者ノ手中ニ存スルコトヲ認定シタルトキハ、其ノ提出ヲ命ズベク、此命ニ從ハザル相手方又ハ第三者ハ、文書提出ノ命ニ從ハザルト同様ノ制裁ヲ蒙ル。但シ第三者ニ限り、之レヲ提出セザルニ付キ正當ノ事由アレバ制裁ヲ免レル^(新三一・六、三一・七、三二・八條二項)尙、以上ノ外、文書ノ送付ノ囑託ニ關スル規定モ亦準用セラル、ヲ以テ^(新三二・八條一、三二・九條)、第三者ニ對シテハ、殊更ニ提出ノ命ヲ發スルコトナク、送付ノ囑託ヲ爲スノ途モアル。但シ此囑託ニ應ゼザル場合ニハ、改メテ提出ヲ命ジ得ルコト勿論デアアル。提出セラレタル文書其他ノ物件ハ、必要ニ依リ裁判所ニ留置クコトガ出來ル^(新三二・八條一、三二・〇條)。

〔註一〕 蓋シ、對照ノ用ニ供スベキ文書其他ノ物件ハ、其内容ガ證據トナル書證若クハ證徴トシテ提出セラル、ニ非ズ、一種ノ檢證物ニ外ナラザルモノニシテ、之レヲ聚集スルノ範圍ヲ宏カラシムル必要ガアル。因ツテ檢證ニ關スル規定ニ倣ヒ、新三一・二條ヲ準用セズ、從ツテ之レヲ所持スル相手方又ハ第三者ハ、裁判所ノ命ニ因リ提出スルノ義務アルモノト做シタノデアアル。

此クノ如ク、對照ノ用ニ供スベキ文書其他ノ物件ヲ、舉證者ノ外、相手方又ハ第三者ヲシテ提出セシムルコトハ、獨、墮民

訴法ニ其例ヲ看ルモ、我新法ニ於テ最モ徹底セラレタ。〔註一〕 舊法ニテハ、第三者ニ對シテハ勿論、相手方ニモ、カ、ル提出ノ義務ヲ負ハシメテ居ラヌ（舊三五三條二項）。斯ク新法ガ、對照文書又ハ其他ノ物件ヲ聚集スルノ範圍ヲ極度ニ擴張シタルコト、並ニ筆跡又ハ印影ノ對照ヲ爲サシムル文書ヲ、舊法ノ如ク私文書ニ限定セザリシコト（新三二七條、舊三五三條一項）等ヲ綜合スルナラバ、文書ハ、公文書ナルト、私文書ナルト、其作成者ノ何人ナルトヲ問ハズ、凡ベテ筆跡又ハ印影ノ對照ニ依リ其眞否ヲ證シ得ルモノト解スベク、舊法ニ於ケルガ如ク、舉證者ノ相手方ノ作成シタル私文書ニノミ之レヲ限定スベキニ非ズト考ヘル。獨、墺民訴法ノ解釋トシテモ、一切ノ文書ニ付キ之レヲ認ムル。〔註二〕

〔註一〕 獨民訴法ハ、相手方ニ對シ、墺民訴法ハ、相手方ノ外第三者ニ對シテモ、對照文書ノ提出義務ヲ認ムルノテアルガ、凡ベテ相手方並ニ第三者ハ書證トシテ提出義務アル場合ニノミ此義務ヲ負フ（獨民訴四四一、四二二、四二二條。墺民訴三一四條三項、三〇四、三〇八條）。

〔註二〕 獨民訴四四一條一項、墺民訴三一四條一項。

舉證者ガ、對照ニ適當ナル筆跡又ハ印影ヲ具フル文書其他ノ物件ヲ發見シ得ザリシトキハ、新タニ之レヲ作ルノ外ナキモノニシテ、新法ハ、夫レガ相手方ノ筆跡ナル場合ニ付キ、舊法ト同ジク、裁判所ガ、對照ノ用ニ供スベキ文字ノ手記ヲ相手方ニ命ジ得ルモノト爲シタ（新三二九條一項）。相手方ガ正當ノ事由ナクシテ此命ニ從ハズ、又ハ書様ヲ變ジテ手記シタルトキハ、裁判所ハ文書ノ眞否ニ關スル舉證者ノ主張ヲ眞實ト認メ得ル。此點、舊法

ト同ジ(新三二九條二項
舊三五三條三項)。其他第三者ノ筆跡ヲ必要トスルトキハ、其者ヲ證人トシテ呼出シ、對照ノ用ニ供スベキ文字ヲ手記セシムベク(新二九
五條)、又、相手方又ハ第三者ノ印影ナルトキハ、檢證ノ規定ニ從ヒ之レヲ提示若クハ送付セシムレバ足り(新三三五
條一項)、特別ノ規定ヲ必要トセヌ。

對照ノ用ニ供シタル書類ノ原本、謄本又ハ抄本ハ、之レヲ調書ニ添附シナケレバナラヌ(新三三
〇條)。尙、此對照手續ヲ受命判事又ハ受託判事ヲシテ爲サシムル場合ニハ、受訴裁判所ハ、其調書ニ記載スベキ事項ヲ定ムルコトヲ得(新三二八條一
項、三二一條)。

VII. 制 裁

舊法ハ、惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ、眞實ニ反キテ文書ノ眞正ナルコトヲ争ヒタル當事者ニ對シ、ソノ公文書ナルト私文書ナルトニ分チ、過料ノ制裁ヲ課シタルモ、概シテ低キニ失スル憾ミガアツタ(舊三五
五條)。新法ハ、此差別ヲ撤廢シ、總ベテ五百圓以下ノ過料ニ改ムルト同時ニ、文書ノ眞正ヲ争ヒタル當事者又ハ其代理人ガ、訴訟ノ繫屬中其ノ眞正ナルコトヲ認メタルトキハ、裁判所ハ、事情ニ依リ過料ノ裁判ヲ取消シ得ルモノト爲シタ(新三三
一條)。

此制裁ハ、新二六九條、三三九條ノ夫レト同ジク、訴訟手續ニ於ケル秩序罰ト看ルベキモノニシテ、從ツテ訴訟繫屬ノ終了後ハ、新タニ之レヲ課スルノ裁判ヲ爲シ得ザルモノト考ヘル。

〔註一〕 而シテ此裁判ヲ爲スベキ裁判所ハ、新二六九條ノ如ク特

ニソノ指定ナキヲ以テ、現ニ訴訟ノ繫屬スル裁判所ト解スルガ
妥當デアロウ。〔註二〕

〔註一〕 反對説、長島、森田兩氏共著前掲書第三三一條〔註一〕(三六八頁)。

〔註二〕 此裁判ハ、當事者又ハ代理人ガ訴訟ノ繫屬中、嚮ノ陳述ヲ取消シ、文
書ノ眞正ナルコトヲ認メタルトキハ、事情ニ因リ取消スコトアルモノナレバ
(新三三一條二項)、此點ヨリ看ルモ、現ニ訴訟ノ繫屬スル裁判所ニ爲サシム
ルヲ便宜トスル。

第五節 檢 證

I. 總 說

檢證ニ關スル新法ノ重要ナル改正ハ、舉證者ノ相手方又ハ第
三者ニ對シ、「檢證ノ目的」ノ提出義務ヲ負ハシメタルコトデア
ル(新三三條^{三五})。其他、舊法ニ云フ檢證物ヲ「檢證ノ目的」ト改メ、舊
三五九條ノ規定ヲ不必要トシテ削除シタル等、條文改廢ノ程度
ニ止マル。

II. 檢證手續

檢證ノ申出ハ、檢證ノ目的ト共ニ、證スベキ事實ヲ表示シテ
之レヲ爲スモノニシテ(新三三條^{三五}、^{三五八}條)、此點、舊法ト淦リナシ。次ニ
新法ニ在リテモ、檢證ヲ爲スニ際シ、必要アルナラバ鑑定人ヲ
立會ハシメ得ル。而シテ受訴裁判所自ラ檢證ヲ爲ス場合ニハ、
新二六一條ニ依リ職權ヲ以テ鑑定ヲ命ズレバ足り、特ニ規定ヲ
必要トセザルモ、單ニ檢證ノミノ命又ハ囑託ヲ受ケタル受命判

事又ハ受託判事ノ爲メ、特ニ其規定ヲ設ケタ(新三三
四條)。

受訴裁判所ガ其管轄區域外ニ於テ檢證ヲ爲シ得ルヤ。特ニ規定ナキガ爲メ、稍、疑問ノ觀アルモ、特ニ之レヲ禁ズベキ理由ナキコト既ニ述ブルガ如シ。〔註一〕

〔註一〕 本章第一節二七七頁〔註一〕參照

III. 檢證ノ目的

新法ハ、檢證ノ客體ヲ「檢證ノ目的」ト云フ。蓋シ必ズシモ有體物ニ限ラザルヲ以テ、舊法ノ如ク「檢證物」ト稱スルハ該ラズト云フニ在ル。

舉證者ガ檢證ノ目的ヲ所持若クハ支配スル場合ニハ、素ヨリ自ラ之レヲ裁判所ニ提出スベキデアルガ、新法ハ宏ク檢證ヲ可能ナラシムルガ爲メ、相手方又ハ第三者ニ對シテモ、檢證ノ目的ノ提示又ハ送付ヲ命ジ、若クハ囑託シ得ルモノト爲シタ。即チ文書提出ノ命竝ニ送付ノ囑託ニ關スル規定ヲ準用シタノデア(新三三五條一項三一、三
一四乃至三一七條、三一九條)。

即チ檢證ノ目的ガ、相手方又ハ第三者ノ所持又ハ支配ニ在ルトキハ、舉證者ハ、檢證ノ申出ニ際シ、其提示ヲ命ゼムコトノ申立ヲ爲スモノニシテ(新三三五條一
項、三一一條)、此場合、新三一二條ノ準用ナキヲ以テ、相手方又ハ第三者ハ、檢證ノ目的ヲ所持若クハ支配スル限り、裁判所ノ命ニ因リ之レヲ提示スベキ訴訟法上ノ義務ヲ負フ。因ツテ此命ニ從ハザル相手方又ハ第三者ハ、文書提出ノ命ニ從ハザルト同ジキ制裁ヲ蒙ル。但シ第三者ナルトキハ、

提示セザルニ付キ正當ノ事由アレバ、此制裁ヲ免レル（新三一六、三一七、三三五條二項）。〔註一〕相手方又ハ第三者ガ、提示ノ命ニ從ザルトキハ以上ノ制裁ヲ加ヘ得ルニ止マリ、強イテ檢證ヲ施行スル訴訟法上ノ權能ハ裁判所ニ與ヘラレテ居ラス。

〔註一〕 宏ク檢證ヲ可能ナラシムルガ爲メ、訴訟ノ第三者ニ檢證ノ目的ノ提示義務ヲ負擔セシムルコトハ、訴訟ノ公共性ヨリ看テ是認シ得ルノテアルガ、ソノ絶對的容認ハ、第三者ノ立場ヨリ看ルモ、更ニ遡クハ第三者ノ文書提出義務（新三一二條）ト比較スルモ不合理ナル。因ツテ第三者ガ提示セザルニ付キ正當ノ事由アルトキハ、當ニ不提出ノ制裁ヲ免レシムルニ止マラズ、進ムテ裁判所ガ、當事者ヨリ申立アルモ其ノ提出ノ命ヲ發セザルコトヲ得ルモノト解スルガ穩當ナル。

尙、檢證ノ目的ノ提示又ハ送付ニ付キ、文書ノ送付ノ囑託ニ關スル規定ガ準用セラル、ヲ以テ（新三三五條一項、三一九條）、〔註一〕裁判所ハ、第三者ニ對シテハ單ニ囑託ヲ爲スノ程度ニ止メ、自發的ノ提示又ハ送付ヲ促ガスコトモ出來ル。此場合、其囑託ニ應ゼザルモ、素ヨリ制裁ノ途ナシ。

〔註一〕 準用條文タル新三一九條ニハ、「文書ノ送付ノ囑託」トアル。檢證ノ目的ハ、當ニ必ズシモ送付シ得ルモノニ非ザルガ故ニ、本條ヲ其儘準用シタルハ穩當ヲ缺ク。元來、新三一九條ハ、舊三四六條ニ該ル草案二七四條、即チ官廳公署ニ對シ、其保管ニ屬スル文書ノ送付ヲ囑託スル旨ノ規定ヨリ轉化シタルモノニシテ、同條トシテ既ニ不穩當ナル。蓋シ第三者ガ、任意、文書ヲ書證トシテ裁判所ニ提出スルニ付キ、亦、必ズシモ送付ノ方法ニノミ依ルトハ限ラザルガ故ナル。爰ニモ、新法ノ條文ノ不整理が見出サレル。

提示又ハ送付セラレタル檢證ノ目的ハ、必要ニ依リ、裁判所ニ留置クコトガ出來ル（新三三五條一項三二〇條）。是レハ舊法ニ存シナカツタ

規定デアル。

IV. 檢證調書

舊法ハ、檢證調書ノ作成ニ關シ特ニ一ケ條ヲ置キタルモ（舊三五九條）、新法ハ、調書ニ關スル總則規定ヲ以テ足レリト做シ（新一四四條三號、一四五、二四九條）、唯、三二一條ヲ準用スルニ止メ（新三三五條一項）、其他別段ニ規定ヲ設ケナカツタ。

第六節 當事者訊問

I. 總 說

新法ハ、舊法ニ「當事者本人ノ訊問」ト云ヘルヲ、「當事者訊問」ト改メタ。新法ノ主要ナル改正ハ、當事者訊問ヲ爲スニ際シ、裁判所ノ自由裁量ニ依リ宣誓ヲ爲サシメ、以テ其陳述ノ信憑力ヲ増加セシメムト試ミタル點ニアル。

當事者訊問ハ、新法ニ在リテモ、既ニ爲シタル證據調ニ依リ、裁判所ガ心證ヲ得ルコト能ハザル場合ニ限ラレル。即チ裁判所ガ、最後ノ證據方法トシテ、申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ、之レヲ爲スコト舊法ト同ジ（新三三六條、舊三六〇條）。

當事者ガ訴訟無能力者ナルトキハ、當該訴訟ニ於テ當事者ヲ代表スル法定代理人ハ、當事者訊問ノ規定ニ從ヒテ訊問スベク、證人トシテ訊問スルコトヲ得ヌ（新三四條）。法人ノ代表者、非法人社團又ハ財團ノ代表者又ハ管理人モ、亦、當該訴訟ニ於テ當事

者ヲ代表スル場合ニハ、同ジク當事者訊問ノ規定ニ依ル(新五八條)。此等當事者訊問ノ規定ニ依リ訊問スベキ者數人アルトキハ、其ノ何人ヲ訊問スベキカハ、裁判所ノ自由裁量ニ屬スルモノニシテ、尙、本人ト法定代理人トヲ共ニ訊問スルコトヲ妨ゲヌ(新三四條但書)。以上、舊法ト渝ルトコロナシ(舊三六四條參照)。

II. 當事者ノ宣誓

新法ハ、當事者訊問ニ依ル本人ノ陳述ニ、信憑力ヲ與フル一方法トシテ、裁判所ハ當事者ヲシテ宣誓ヲ爲サシメ得ル(新三三六條未段)。當事者ニ代リテ訊問スベキ法定代理人、法人ノ代表者、非法人社團又ハ財團ノ代表者又ハ管理人モ、亦、同様デアル。但シ當事者又ハ此等ノ者、十六年未滿ナルカ、又ハ宣誓ノ趣旨ヲ理解スルコト能ハザル者ナルトキハ、宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得ヌ(新三四二條二八九條)。

證人訊問ト異ナリ、當事者訊問ノ場合ニハ、宣誓ヲ爲サシムルト否トハ、裁判所ノ自由裁量ニ屬スル。蓋シ宣誓ニ依リテ眞實ナル陳述ヲ強制スルコト、屢々、酷ニ失スルコトアリ、又、斯クスルモ其陳述ガ必ズシモ眞實ナルコトヲ確保シ得ザル場合アルガ故デアル。去レバ裁判所トシテハ、宣誓ヲ爲サシムルト否ト、又、宣誓ヲ爲サシムルニ付テノ方法等、充分ノ考慮ヲ拂フ必要アルモノニシテ、此點ニ就テハ、澳民訴法ノ規定ハ、參考ニ値スル。〔註一〕

〔註一〕 澳民訴法ノ規定ニ依レバ、當事者ハ、先ヅ宣誓セシメズシテ訊問シ、

之レニ依リ、裁判所ガ、證スベキ事實ノ眞否ニ付キ充分ナル心證ヲ得ザル場合ニ限り、更ニ宣誓セシメテ之レヲ訊問シ得ル（同法三七六條一項、三七七條一項）。而シテ宣誓ヲ爲サシメズシテ訊問スル場合ニハ、同一事項ニ付キ當事者双方ヲ訊問スルモノトシ、之レニ依リ心證ヲ得ザルトキハ、更ニ一方ノミヲ宣誓セシメテ訊問スル（同法三七六條二項、三七七條二項）。是レ蓋シ當事者双方ヲ宣誓セシメテ訊問シ、其陳述ガ齟齬スルガ如キコトアラバ、當事者ノ孰レカヲ傷クルコト、ナルガ故デアアル。

當事者ノ孰レヲ宣誓セシメテ更ニ訊問スベキカハ、裁判所ガ、總ベテノ事情ヲ周到ニ考慮シテ決定スルモノト定ム（同法三七八條）。而シテ裁判所ハ、宣誓ヲ爲サシムルニ際シ、宣誓シテ陳述スベキ事項ヲ特定シ得ベク、又、訊問ニ先立テ其當事者ニ熟慮期間ヲ與フルヲ相當トスルトキハ、辯論ノ延期ヲ爲シ得ル（同法三七七條二項、三七九條）。

而シテ裁判所ガ、當事者訊問ニ當リ宣誓セシムベキモノト決シタルトキハ、證人ト同一ナル手續ニ依リテ宣誓セシムル（新三三條、二八五條乃至二八八條）。但シ當事者又ハ法定代理人ガ正當ノ事由ナクシテ宣誓ヲ拒ミタル場合、證人ト異ナリ過料ノ言渡ヲ爲シ得ザルモ、裁判所ハ、其自由裁量ニ依リ、訊問事項ニ關スル相手方ノ主張ヲ眞實ト認ムルコトガ出來ル（新三三八條）。

當事者訊問ヲ受ケタル當事者又ハ法定代理人ガ、虚偽ノ陳述ヲ爲シタル場合、其者ガ宣誓セザリシトキハ別段ノ制裁ヲ蒙ラザルコト舊法ト同ジ。反之、宣誓ヲ爲サシメタルトキハ、之レニ相當ノ制裁ヲ課スルコト素ヨリ當然デアアルガ、新法ハ、證人ト同ジク刑事罰ヲ課スルヲ以テ酷ナリト做シ、裁判所ノ決定ヲ以テ五百圓以下ノ過料ニ處スベキモノト定ムル（新三三九條一項）。〔註一〕

此裁判ニ對シテハ、即時抗告ガ許サレ(新三三九條一項)、又、其者ガ、訴訟ノ繫屬中、虚偽ノ陳述ヲ取消シタルトキハ、裁判所ハ、事情ニ因リ既ニ言渡シタル過料ノ裁判ヲ取消シ得ル(新三三九條二項、三三一條二項)。

〔註一〕 奥民訴訟法ニ依レバ、當事者ガ宣誓シテ虚偽ノ陳述ヲ爲シタルトキハ、虚偽宣誓ト同一ナル刑事上ノ處罰ヲ受クル(同法三七七條三項)。我新法モ、早晚、刑事罰ニ改ムル必要アリト考ヘル。

序テナガラ、宣誓シタル當事者ガ虚偽ノ陳述ヲ爲シタルニ對シ、單ニ秩序罰ヲ課スルニ止マルナラバ、宣誓ト稱セズシテ、他ニ適當ノ用語ヲ索ムベカリシコト、新二六九條ノ説明ニ於テ述ベタルガ如シ。本稿前段二九一頁參照。

宣誓シテ虚偽ノ陳述ヲ爲シタル當事者又ハ法定代理人ニ對スル新三三九條ノ制裁モ、亦、新二六九條、三三一條ノ夫レト同ジク、訴訟手續ニ於ケル秩序罰ト看ルベキモノナレバ、訴訟繫屬ノ終了後ハ、新タニ之レヲ課スルノ裁判ヲ爲シ得ザルモノト解スル。〔註一〕而シテ此裁判ヲ爲スベキ裁判所ニ就テハ、新二六九條ノ如ク特ニ之レヲ指定セザルヲ以テ、陳述ノ虚偽ナルコトヲ發見シタル裁判所、即チ事件ガ上級裁判所ニ移審セラレタル後、發見セラレタルトキハ、當該上級裁判所ガ、此裁判ヲ爲スベキモノト考ヘル。

〔註一〕 長島、森田兩氏ハ、新二六九、三三一、三三九條ニ依ル過料ノ裁判ハ事件ガ裁判所ノ繫屬ヲ離脱シタル後ト雖モ、之レヲ爲シ得ルモノト解シ、且ツ新二六九條並ニ三三九條ニ依リ當事者又ハ法定代理人ガ過料ニ處セラレ、其裁判ガ確定シタルトキハ、新四二〇條一項七號ニ依リ再審ノ訴ガ可能ナルベキヲ以テ、結局、再審ノ訴ノ提起期間タル判決確定後五ヶ年間ハ、此裁判ヲ爲シ得ベシト云フ。兩氏共著前掲書第二六九條並ニ第三三九條ノ説明參照。併シナガラ訴訟ノ完了後、新タニ其繫屬中ニ於ケル當事者又ハ法定代理人

ノ違反行爲ヲ發見シタリトテ、訴訟手續ノ秩序ヲ維持スベク設ケラレタル秩序罰ヲ改メテ課スルノ必要那邊ニ在ルカ？ 素ヨリ訴訟ノ繫屬中、既ニ違反行爲ニ付キ審査ノ開始セラレシガ如キ場合ニハ、本訴終了後ト雖モ引續キ過料ノ裁判ヲ爲スコトヲ認メテ然ルベキデアルガ、本訴完結後、新タニ違反行爲ヲ摘發シ、既ニ終了シタル訴訟手續ノ秩序ヲ維持スルガ爲メ之レニ秩序罰ヲ課スルニ至リテハ全ク無意味ト云ハナケレバナラヌ。又、實際問題トシテモ、訴訟繫屬ノ終了後ニモ、新二六九條三三九條ニ依リ過料ノ裁判ヲ爲シ、之レニ基キ再審ノ訴並ニ再審抗告（新四二九條）ヲ許スナラバ、殆ンド收拾シ難キ混亂ヲ來ス虞レガアル。

III. 呼出並ニ訊問ノ手續

當事者訊問ノ爲メ當事者又ハ法定代理人ヲ呼出スニハ之レニ證人ノ場合ト同一形式ノ期日呼出狀ヲ送達スル（新三四二條、二七〇條、一五四條）。尤モ訊問スベキ當事者又ハ法定代理人ガ在廷スルナラバ、素ヨリ之レニ呼出狀ヲ送達スルノ必要ナカルベク、從ツテ新三六一條ノ規定ハ、不必要トシテ新法ニハ削除セラレタ。

呼出ヲ受ケタル當事者又ハ法定代理人ガ、正當ノ事由ナクシテ出頭セザル場合、證人ト異ナリ之レニ過料ノ言渡ヲ爲シ得ザルモ、裁判所ハ、其自由裁量ニ依リ、訊問事項ニ關スル相手方ノ主張ヲ眞實ト認ムルコトガ出來ル（新三三〇條）。尙、出頭スルモ、正當ノ事由ナクシテ、裁判所ノ命ジタル宣誓ヲ拒ミ、若クハ爲スベキ陳述ヲ爲サルトキ、亦同ジ（同條）。以上、宣誓拒絕ノ場合ヲ除キ、舊法ノ規定ト淦リナシ（舊三六三條參照）。

當事者訊問ノ手續ニハ、證人訊問ノ規定ガ準用セラレル（新三四二條、二七九、二九五、二九七乃至三〇〇條）。而シテ對質ニ就テハ、特ニ「裁判長必要ア

リト認ムルトキハ、當事者相互又ハ當事者ト證人トノ對質ヲ命ズルコトヲ得^(新三三)_(七條)トノ規定ガ新設セラレタ。

當事者訊問ヲ爲シタルトキハ、素ヨリ調書ヲ作成スベク、其調書ニハ、當事者又ハ法定代理人ノ陳述並ニ宣誓ヲ爲サシメ、又ハ爲サシメザルコトヲ記載シナケレバナラヌ^(新三四)_(〇條)。

IV. 證人訊問ノ規定ノ準用セラル、事項

當事者訊問ニハ、證人訊問ノ規定十二ケ條ガ準用セラレル^(新三四)_(二條)。爰ニ證人訊問ノ規定ノ準用セラル、事項並ニ準用條文ヲ舉グレバ、次ノ如クデアル。

1. 當事者又ハ法定代理人ノ呼出^(新二七)_(六條)
2. 受命判事又ハ受託判事ニ依ル當事者訊問^(新二七)_(九條)
3. 宣誓手續^(新二八五條乃)_(至二八八條)
4. 宣誓ヲ爲サシメ得ザル者^(新二八)_(九條)
5. 文字ノ手記其他必要ナル行爲ヲ爲サシムル件^(新二九)_(五條)
6. 書類ニ依リテ陳述スルコトノ禁止^(新二九)_(七條)
7. 陪席判事ノ發問^(新二九)_(八條)
8. 當事者ノ發問^(新二九)_(九條)
9. 當事者訊問ヲ爲ス受命判事又ハ受託判事ノ職務範圍^(新三〇)_(〇條)

第七節 證據保全

I. 總 說

證據保全ニ關スル新法ノ主要ナル改正ハ、舊法ト異ナリ證據保全ヲ爲シ得ル證據ノ種類ヲ限定セザルコト、職權ニ依ル證據保全ヲ許シタルコト、並ニ舊三七一條ヲ削除シ相手方ノ同意アルモ證據保全ノ要件ヲ具備セザレバ、之レヲ許サルモノト爲シタルコト等デアル。

舊法ハ、證據保全ヲ爲シ得ル證據ノ種類ヲ、人證、鑑定並ニ檢證ニ限定シタルモ<sup>(舊三六
五條)</sup>、書證並ニ當事者訊問ニ付キ、理論上、證據保全ヲ許シ難キニ非ザルヲ以テ、^[註一]新法ガ、其種類ヲ限定セザリシコトハ、蓋シ至當デアル。唯、慎ムベキハ其亂用ニアルノミ。證據保全ヲ爲スニハ、裁判所ガ、豫メ證據調ヲ爲スニ非ザレバ、其證據ヲ使用スルニ困難ナル事情アリト認メタルコトヲ必要トス<sup>(新三四
三條)</sup>。此點、辭句ニ多少ノ相違アルモ、大體ニ於テ舊法ト異ナル所ナシ。但シ新法ニハ、舊三七一條ガ削除セラレタルヲ以テ、相手方ノ承諾アルコトノミニ依リ、證據保全ヲ爲スコトヲ許サレヌ。

〔註一〕 文書ガ、後ニ書證トシテ使用スルニ困難ナル事情アル場合、檢證ノ方法ニ依リ之レヲ保全シ得ザルニ非ズ、又、夫レガ法律關係ヲ證スル書面ナルトキハ、新二二五條ニ依リ眞否確定ノ訴ヲ提起スルノ途ナキニ非ズト雖モ、書證トシテ證據保全ヲ爲シ難キ理由更ニナシ。問題ハ當事者訊問アルガ、證據調ノ結果ヲ直チニ訴訟資料ト爲サル可カラザルノ理ナキヲ以テ、最後

ノ證據方法ト爲スベク、豫メ證據調(當事者訊問)ヲ爲スコト、強テ認メ得ザルニ非ズト考ヘル。

II. 證據保全ノ申立竝ニ其裁判

證據保全ノ申立ハ、訴提起前ニハ、證據調ヲ爲スベキ地ノ區裁判所、訴訟繫屬ノ開始後ハ、其證據ヲ使用スベキ審級ノ裁判所ニ之レヲ爲スヲ原則トシ、急迫ナル場合ニハ、訴ノ提起後ト雖モ、證據調ヲ爲スベキ地ノ區裁判所ニ此申立ヲ爲シ得ル^(新三四條)。以上、舊法ト異ナル處ナシ^(舊三六六條參照)。

證據保全ノ申立ニ記載スベキ事項ハ

1. 相手方ノ表示
2. 證スベキ事實
3. 證據
4. 證據保全ノ事由

ニシテ、證據保全ヲ爲ス必要アルノ事情ハ、申立人ニ於テ説明スベキコト、凡ベテ舊法ト同ジ<sup>(新三四五條
舊三六七條)</sup>。

訴ノ提起前、證據保全ヲ爲サストスルモ、相手方ノ不明ナル場合ニ付キ、新法モ、亦、相手方ヲ指定セズシテ證據保全ノ申立ヲ爲スコトヲ許シタルト同時ニ、尙、新法ハ、相手方ヲ指定シ能ハザル事情ノ説明ヲ不必要ト做シタ<sup>(新三四條
六條)</sup>。此點、舊法ニ比シ寛大デアル<sup>(舊三七二條
一項參照)</sup>。

證據保全ノ申立ニ對シテハ、書面審理又ハ任意的口頭辯論ニ依リ、決定ヲ以テ其許否ノ裁判ヲ爲スベク、而シテ證據保全ヲ

命ズルノ裁判ニ對シテハ不服ノ申立ヲ許サヌ<sup>(新三四八、一二
五條一項但書)</sup>。尙
相手方不明ノ場合、證據保全ヲ命ズル場合ニハ、裁判所ハ、其
者ノ爲メニ特別代理人ヲ選任シ得ル<sup>(新三四
六條)</sup>。以上、凡ベテ舊法
ト同ジ<sup>(舊三六八、三
七二條二項)</sup>

新法ノ創始ト看ルベキモノハ、新法ガ、第二次的證據聚集ノ
手段トシテ職權證據調ヲ許シタルト其趣旨ヲ同フシテ<sup>(新二六
一條)</sup>、
裁判所ガ必要アリト認ムルトキハ、訴訟ノ繫屬中、職權ヲ以テ
證據保全ヲ命ジ得ルモノト爲シタル點デア<sup>(新三四
七條)</sup>。同條ニハ
單ニ「必要アリト認ムルトキ」トアリ、別段ニ制限ヲ設ケザル
モ、新法ハ、「其ノ證據ヲ使用スルニ困難ナル事情アリト認ム
ル」ニ非ザレバ、假令、當事者間ニ異議ナシト雖モ證據保全ヲ
許サルコト前陳ノ如クナルヲ以テ、裁判所モ亦、同様ナル事
情ノ下ニ於テノミ、職權ヲ以テ證據保全ヲ命ジ得ルモノト解サ
ナケレバナラヌ。

III. 證據調ノ施行

證據保全ノ決定ニ依リテ爲ス證據調ニハ、別段ニ特別ノ手續
規定アルニ非ズ、各證據ニ付キ定メラレタル一般ノ手續規定ニ
從フ<sup>(新三四三條舊
七〇條一項)</sup>。素ヨリ證據保全ノ決定ヲ爲シタルトキハ、申
立人竝ニ相手方ニ對シ相當ノ方法ヲ以テ之レヲ告知スルト同時
ニ、更ニ證據調期日ヲ定メテ呼出サナケレバナラヌ<sup>(新二〇四、
三四九條)</sup>。
而シテ呼出ヲ受ケタル申立人又ハ相手方ガ期日ニ出頭セザル
モ、證據調ヲ爲シ得ルコト勿論デア<sup>(新二六
三條)</sup>、更ニ新法ハ、急

速ヲ要スル場合ニハ、呼出手續ヲ省略シテ直チニ證據調ヲ爲スコトヲ許シタ(新三四九條但書)。〔註一〕

〔註一〕 舊三六九條二項ハ、切迫ナル危險ノ場合ニ於テハ、同ジク呼出手續ヲ省略シ得ル意味ニ解スルノ餘地アルモ、瞬昧デアアル。新法ハ其趣旨ヲ明確ニ爲シタルモノニ外ナラヌ。但シ呼出手續ヲ省略シタル場合ニハ、證據保全ノ決定ヲ告知スルニ際シ、附記其他ノ方法ニ依リ、其旨ヲモ同時ニ告知スルノ方法ヲ執ルガ至當ト考ヘル。

急速ヲ要スル場合省略ノ許サル、ハ、呼出手續ノミナルヲ以テ、證據保全ノ決定ハ、素ヨリ之レヲ告知シナケレバナラヌ。而シテ決定ハ、告知ニ因リ其效力ヲ生ズルモノナレバ(新二〇四條)、急速ノ場合ト雖モ、證據保全ノ決定ヲ申立人並ニ相手方ニ告知シタル後、初メテ證據調ヲ爲シ得ル筋合デアアル。併シナガラ證據保全ノ決定ニ對シテハ不服ノ申立ヲ許サルモノナレバ、急速ヲ要シ、呼出手續ヲ省略スル場合ニハ、告知前ニテモ證據調ヲ爲シ得ルモノト解スルガ妥當デアロウ。此點ノ規定、些カ不備デアアル。

獨民訴訟ニ依レバ、事情ニ依リ、決定並ニ申立ノ謄本ノ送達及ビ期日呼出ヲ省略シ得ルノ規定アルガ故ニ、疑義ヲ生ズル餘地ガナイ。

證據保全ニ關スル記録ハ、本案訴訟ノ繫屬前ハ、證據調ヲ爲シタル裁判所ニ保存スル外ナキモ、訴訟繫屬後ハ、本訴訟ノ記録ノ存スル裁判所ニ送付スベキモノト定ム(新三五〇條)。即チ新法ハ、囑託ヲ待チ受訴裁判所ニ送付スベキ舊法ノ規定ヲ改メタノデアアル(舊三七〇條)。(二項参照)

新法ニハ、舊三七〇條四項ガ削除セラレタ。蓋シ新法ニ依レバ受訴裁判所ガ、證據保全ニ依ル證據調ヲ以テ不充分ト做ストキハ、證據調ノ總則規定ニ依リ、申立ナシト雖モ職權ヲ以テ證據調ヲ爲シ得ルガ故ニ(新二六一條)、特ニカ、ル規定ヲ必要トセス。

證據保全ニ關スル費用ハ、訴訟費用ノ一部トシテ算入セラレ
ル^(新三五)_(一條)。此點、舊法ニ規定ノ缺ケタルヲ、新法ニ於テ補充シ
タノデアルガ、素ヨリ當然ノ事理ニシテ、規定トシテ蛇足ノ觀
ガアル。〔註一〕

〔註一〕 獨民法ニモ、亦、此規定存シナイノデアルガ、同様ニ解釋セラレル。
Hellwig;-System. S. 742. 參考ノ價値アルハ獨民法ノ規定ニシテ、同法ニ
依レバ相手方が證據保全ニ依ル證據調ノ立會ニ要シタル費用ハ、申立人ニ於
テ、一應、辨償スベキモノト定ム（同法三八八條三項）。Vgl. Neumann:-
Kommentar, Bd. II. § 388 (S. 1212)。