

大學用書

民權新法

吳學編

臺灣省立臺中圖書館



31120003453189

正中書局印行

37.1
P. 1
d

國立公共資訊圖書館典藏
由國家圖書館數位化

特藏

586.1

2678

a/

大 學 用 書

民 事 訴 訟 法 要 論

吳 學 義 編 著

分類	428.2
編	228
號	6



正 中 書 局 印 行

1316

目次

緒論

第一章 民事訴訟……

第一節 民事訴訟之觀念……

第二節 民事訴訟之法律關係……

第三節 民事訴訟之界限……

第四節 民事訴訟之種類……

第二章 民事訴訟法……

第一節 民事訴訟法之觀念……

第二節 民事訴訟法之效力……

第三節 我國民事訴訟法之沿革……

本論

第一編 總則……

目

次

一三

一〇七七七五四二一

前編 訴訟主體

第一章 法院

第一節 法院之內部組織

第二節 法院之外部編制(管轄)

第二章 當事人代理人輔佐人

第一節 當事人之意義及種類

第二節 當事人能力

第三節 訴訟能力

第四節 代理人

第五節 輔佐人

中編 訴訟行為

第一章 訴訟行為之立法主義

第二章 訴訟行為之種類

第一節 當事人之訴訟行為

第二節 法院之訴訟行為

第三章 訴訟行為之用語處所及時期

一三

一三

一三

一八

三六

三六

三八

四〇

四二

五一

五三

五三

六〇

六〇

七〇

七二

第一節	訴訟行為之用語	七二
第二節	訴訟行為之處所	七三
第三節	訴訟行為之時期	七三

後編 訴訟程序通則 七八

第一章	當事人書狀	七八
-----	-------	----

第二章	送達	八〇
-----	----	----

第一節	總說	八〇
-----	----	----

第二節	送達之種類	八〇
-----	-------	----

第三節	實施送達之日時	八六
-----	---------	----

第四節	送達證書	八七
-----	------	----

第三章	訴訟程序之停止	八八
-----	---------	----

第一節	訴訟程序之中斷	八八
-----	---------	----

第二節	訴訟程序之中止	九二
-----	---------	----

第三節	訴訟程序中斷中止之效力	九三
-----	-------------	----

第四節	訴訟程序之休止	九三
-----	---------	----

第四章	言詞辯論	九四
-----	------	----

第一節	言詞辯論	九四
-----	------	----

目次

第二節 言詞辯論筆錄

九九

第五章 裁判

一〇三

第一節 判決

一〇三

第二節 裁定

一〇八

第六章 訴訟費用

一一〇

第一節 訴訟費用之負擔

一一〇

第二節 訴訟費用之擔保

一一五

第三節 訴訟救助

一一八

第七章 訴訟卷宗

一二〇

第二編 第一審程序

一二三

第一章 通常訴訟程序

一二三

第一節 訴之自由與訴權

一二三

第二節 訴之種類

一二五

第三節 訴權之消滅及移轉

一三一

第四節 起訴

一三二

第五節 訴之合併

一三四

第六節 反訴 …… : 一五一

第七節 起訴之效果(訴訟繫屬之效果) …… : 一五四

第八節 訴之變更追加 …… : 一五五

第九節 言詞辯論之準備 …… : 一五八

第十節 證據 …… : 一六二

第十一節 判決 …… : 一九三

第二章 簡易訴訟程序 …… : 二〇八

第一節 訴訟標的 …… : 二〇八

第二節 調解(起訴前) …… : 二一一

第三節 簡易程序 …… : 二一四

第三編 上訴審程序 …… : 二一七

第一章 總說 …… : 二一七

第二章 第二審程序 …… : 二二〇

第一節 意義 …… : 二二〇

第二節 要件 …… : 二二一

第三節 上訴權之喪失 …… : 二二五

第四節 附帶上訴 …… : 二二七

第五節 上訴之調查與處分 二二八

第六節 第二審之辯論 二二九

第七節 第二審之判決 二二九

第三章 第三審程序 二三三

第一節 意義 二三三

第二節 要件 二三四

第三節 第三審之判決 二三七

第四編 抗告程序 二四一

第一章 總說 二四一

第二章 對於抗告之處分 二四三

第五編 再審程序 二四五

第一章 再審之意義及事由 二四五

第二章 再審之訴之手續 二四七

第六編 督促程序 二五一

第七編 保全程序 二五七

緒論

第一章 民事訴訟

第一節 民事訴訟之觀念

民事訴訟，爲私人要求國家司法機關，保護私法上之權利或利益之手續。

第一 民事訴訟，以保護私法上之權利或利益爲目的。

一 保護之作用，可大別爲確定與實現。民事訴訟，屬於前者；民事執行，屬於後者。

二 民事訴訟所保護者，不僅限於權利，且及於一般私法上之利益——簡稱曰權益。例如消極的確認判決，爲確定權利或法律關係不存在，故不得謂爲保護權利或法律關係。然民事訴訟所保護之利益，以私法上之利益爲原則。例外，公法上之利益，得爲民事訴訟之標的者，例如選舉訴訟。又民事訴訟所保護者，須爲法律上之利益，其單純之事實上利益，不在保護之列。



第二 民事訴訟，爲私權受不利益之特定人，對於國家司法機關之法院，要求有利於己保護行爲之法律上手續。

一 民事訴訟，爲對於特定人間，保護其一方之權利或利益。故雙方當事人之利害，必係互相反對，但並不須爲相爭（參考民事訴訟法第八〇條，以後只舉條文數字者，係指民事訴訟法）。又受保護之一方，非僅限於原告，被告於民事訴訟，亦有受保護之時。例如駁回原告請求之判決，確定原告所主張之權利或法律關係不存在時，被告之權益，至受保護。

二 民事訴訟，爲要求有利於己之保護行爲。即私人對於國家之法院，主張有權利保護請求權，且應受有利於己保護行爲之權利。而基於民事訴訟之性質，保護私權手續之民事訴訟，須私人向國家要求時，方開始進行，是爲不告不理之原則。

三 民事訴訟，爲私人對於國家之法院，要求有利於己保護行爲之手續。故對於法院以外之國家機關爲之者，非民事訴訟，於茲所云之私人，乃對等關係之義，國家或其他之公法人，爲民事訴訟之當事人時，亦包含於上述私人之內。手續云者，乃因一定目的，從一定計畫，連貫數多行爲之全體。民事訴訟之手續，係依民事訴訟法之規定而發展，進行，故爲法律上之手續。

第二節 民事訴訟之法律關係

民事訴訟之法律關係，爲當事人雙方，各與國家間之公法上法律關係，非當事人相互間之法律關係。關於民事訴訟之法律關係，學說凡分爲三。

一 一面關係說 爲 Kohler 一派所主張。以民事訴訟之法律關係，只爲當事人相互間之關係，當事人與法院之間，並無何等法律關係。其理由謂：訴訟本體，爲權利之鬥爭，國家之法院，不過立於第三者之地位，監視、指導其鬥爭，就其結果，而爲判斷，並非自行加入於當事人之鬥爭，故民事訴訟，僅爲當事人間之一面關係。然權利之鬥爭，以獲結果爲目的。近代法制極端限制自力救濟之結果，鬥爭以不得於當事人間直接爲之爲原則（例外參看民法一五一條，一五二條），須對法院請求保護，以維持社會秩序。故民事訴訟之法律關係，非當事人間之一面關係，而爲當事人雙方各對於法院之二面關係。

二 三面關係說 *Bilow* 以民事訴訟之法律關係，爲各當事人與法院，當事人相互間之法律關係。而主張此說之理由，又分爲兩派。*Max* 謂因訴訟，而原告被告間，生訴訟上之權利義務，故發生法律關係。*Debenkoll* 謂因原告之起訴，對於被告發生羈束力，不問被告之意思如何，應加入訴訟關係，此羈束力，卽爲當事人間發生法律關係之結果。

然民事訴訟，因當事人一造之起訴，他造之應訴，乃對於法院之義務，起訴之一造，並無要求他造應訴之權利，只可向法院要求對於他造之行動，從而他造亦對之不負此項義務。於此等現象，可見當事人相互間，並無法

律關係。

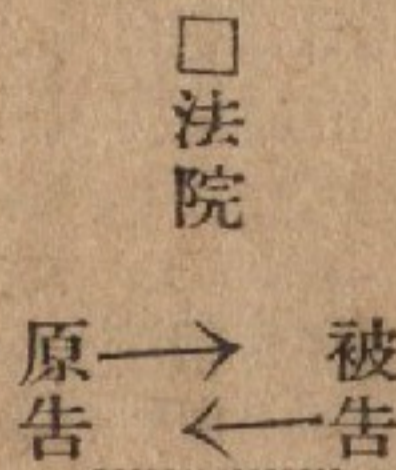
三 二面關係說 Planch 謂民事訴訟之法律關係，為國家與當事人，即法院與原告，法院與被告之二面關係。既非原告與被告間之一面關係，亦非原告被告法院間之三面關係。蓋民事訴訟，為對於法院要求保護行為之手續，並非對於私人為之。而法院對於當事人之訴訟法上權利義務，兼及於原告被告。原告之權利保護請求權，為對於法院，非對於被告；被告之權利保護請求權，亦為對於法院，非對於原告。故原告對被告無何等訴訟法上之權利，同時，被告對原告亦不負何等訴訟法上之義務。民事訴訟之法律關係，為法院與當事人雙方之關係——二面關係，是為現代之多數說。

茲圖解民事訴訟法律關係之學說如左：

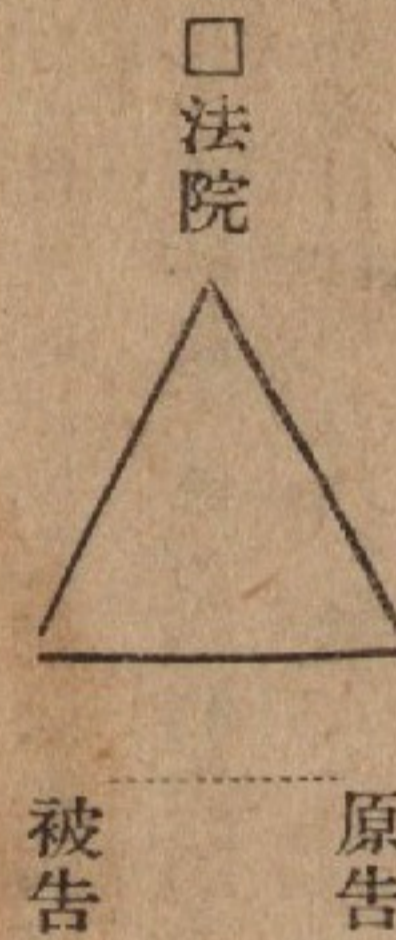
——表示訴訟法上之關係

……表示私法上之關係

一 面關係說



三 面關係說



二 面關係說



第三節 民事訴訟之界限

欲說明民事訴訟之界限，當比較研究與其類似之法律上制度。

第一 民事訴訟與刑事訴訟 民事訴訟，以民事事件為客體，保護私益為目的；刑事訴訟，則以刑事事件為客體，實行國家之刑罰權為目的。兩者之根本既異，故訴訟程序之進行主義，亦有下列之異點：（1）民事訴訟，採處分權主義，訴訟之開始、終了，一任私人之自由意思；刑事訴訟，則採職權主義，訴訟之開始、終了，以屬於國家之職權為原則。因之，（2）關於確定事實之主義，在民事訴訟，一依當事人之主張，除人事訴訟程序外，以由當事人提出證據為原則。在刑事訴訟，則依職權調查之。

第二 民事訴訟與行政訴訟 民事訴訟所處置之事項，主要為私法上之權利或法律關係；行政訴訟，則主要為公法上之權利或法律關係。從而民事訴訟之使命，為審判訴之當否；行政訴訟，則為判決行政作用之合法性與否。

第三 民事訴訟與非訟事件程序 民事訴訟，為保護既發生之權利；非訟事件程序，則為國家機關干與權利或法律關係之形成。非訟事件，除（1）非訟事件法所規定者外（我國尙未制定是項法律），（2）民事訴訟法所規定之公示催告程序，及（3）人事訴訟程序中之禁治產事件程序，宣告死亡事件程序，（4）登記程序；實質上均屬於非訟事件。

第四節 民事訴訟之種類

我國民事訴訟法，採取較新之立法主義，將民事訴訟與民事執行析而為二，故於茲說明之民事訴訟種類，

亦僅限於民事訴訟法所規定之範圍。學者稱不包含民事執行者，為狹義之民事訴訟；兼規定民事執行者，為廣義之民事訴訟。我國民事訴訟法，屬於前者；德、日民事訴訟法，屬於後者。

民事訴訟，依現行法之規定，可大別為左列程序。

第一 第一審程序 又分為通常訴訟程序與簡易訴訟程序。

第二 上訴審程序 又分為第二審程序、第三審程序。

第三 抗告程序

第四 再審程序

第五 督促程序

第六 保全程序

第七 公示催告程序

第八 人事訴訟程序 又可分為婚姻事件程序、親子關係事件程序、禁治產事件程序、宣告死亡事件程序。

上列各種程序中，公示催告程序、禁治產事件程序、宣告死亡事件程序，其性質本屬於非訟事件程序，唯因便利起見，規定於民事訴訟法中，故為形式上之民事訴訟程序。

第二章 民事訴訟法

第一節 民事訴訟法之觀念

第一 民事訴訟法之意義 可分爲實質的意義及形式的意義。實質的民事訴訟法，指包含民事訴訟本質之一切法規，除民事訴訟法外，尚有法院組織法、破產法等。形式的民事訴訟法，則專指民事訴訟法典。實質的民事訴訟法，固非形式的民事訴訟法所能包括，形式的民事訴訟法中，亦有不屬於實質的民事訴訟法之規定。稱前者爲廣義之民事訴訟法，後者爲狹義之民事訴訟法。

第二 民事訴訟法之性質 民事訴訟法，爲關於國家司法權之規定，以維持法規爲目的，規定法院與訴訟當事人之關係，即與統治權有直接關係（司法權爲統治權之一），故爲公法。唯因其目的，在實行實體法之私法，故多稱爲私法之助法，而屬於程序法。

第二節 民事訴訟法之效力

第一款 關於時之效力

法令由實施時起，至廢止時止，方有效力，不能遡及於實施以前，追行於廢止以後，發生效力，是爲羅馬法以來法律適用之原則。然此原則，僅爲法律適用之原則，而不能羈束立法者，爲立法上之原則。

民事訴訟，係包含數多之手續，以達一定之目的。在新舊兩法過渡時代，爲防止衝突，特設經過規定，以資調和。茲將本法施行法之規定，列舉如左。

- 一 本法稱舊法者，謂民事訴訟法施行前關於民事訴訟或民事調解之法令（施行法第一條）。
- 二 除本法別有規定外，民事訴訟法於其施行前發生之事項，亦適用之。但依舊法所生之效力，不因此而受影響（施行法第二條）。
- 三 在法院組織法施行前，民事訴訟法所定適用簡易程序之事件，以地方法院合議庭爲管轄第二審之法院（施行法第三條）。
- 四 民事訴訟法施行前繫屬之事件，其法院依民事訴訟法或舊法有管轄權者，爲有管轄權（施行法第四條）。
- 五 民事訴訟法新定期間之訴訟行爲，而應於其施行之際爲之者，其期間自民事訴訟法施行之日起算。但民事訴訟法施行前，審判長依舊法裁定之期間已進行者，依其期間（施行法第五條）。
- 六 民事訴訟法施行前，依舊法法定期間已進行者，其期間依舊法之所定（施行法第六條）。
- 七 民事訴訟法施行前，追復不變期間內應爲之訴訟行爲，而未經裁判者，視爲回復原狀之聲請（施行法第七條）。

八 民事訴訟法施行前所爲行爲，以依舊法得科罰鍰者爲限，得依民事訴訟法科以罰鍰。但其數額不得超過舊法之所定（施行法第八條）。

九 民事訴訟法施行前，已提出上訴狀於上訴法院者，仍適用舊民事訴訟法第四百〇八條之規定（施行法第九條）。

十 民事訴訟法施行前所爲之裁判，依民事訴訟法不許上訴或抗告而依舊法許之者，仍得上訴或抗告（施行法第十條一項）。

民事訴訟法第四百六十三條所定不得上訴之額數，於民事訴訟法施行後有增加時，準用前項之規定（同條二項）。

十一 上訴人有律師爲代理人，或依書狀上之記載，可認其明知上訴要件有欠缺者，法院得不行民事訴訟法第四百三十九條第二項及第四百四十一條但書之程序（施行法第十一條）。

十二 民事訴訟法施行前所爲特許上訴之聲請，於民事訴訟法施行時失其效力（施行法第十二條）。

十三 對於民事訴訟法施行前確定之判決，不得以舊法所不認之再審理由，依民事訴訟法提起再審之訴。民事訴訟法施行前確定之裁定，依舊法不許聲請再審者，不得依民事訴訟法聲請再審（施行法第十三條）。

十四 民事調解法，自民事訴訟法施行之日廢止之（施行法第十四條）。

第二款 關於地之效力

民事訴訟法，爲規定司法權行動之法規，以施行於本國司法權所達之區域內爲原則，故本國法院及當事人之行爲，均依本國民事訴訟法定之。但囑託外國官署調查證據或爲送達，雖違背該國法律，如於中華民國之法律無違背者，仍有效力（二九五條二項）。

第三款 關於人之效力

民事訴訟法，爲規定司法權行動之法規，凡受我國法權之支配者，均應適用之爲原則。我民事訴訟法，對於左列之人，爲有效力。

- 一 本國人 不問其在國內或國外，均應服從本國法律。
- 二 外國人 住居於中國之期間內，亦應服從中國法律。
- 三 法人 非法人之團體，亦有當事人能力，受民事訴訟法之適用（四〇條三項）。外國法人、團體，如在我國已取得人格或經登記者亦同（參看民法總則施行法第十二條）。

第三節 我國民事訴訟法之沿革

清末變法，模倣歐制，於光緒三十二年由修律大臣沈家本、伍廷芳提出訴訟律草案，是爲我國有系統的訴訟法之始。然此案民刑不分，尙非純粹之民事訴訟法。迨宣統二年十二月，民事訴訟律草案告成，乃爲獨立之民

事訴訟法。以上兩案，除後者關於管轄及迴避部分，曾經民國成立後之司法部呈准暫行援用外，均未見諸公布施行。

民國十年七月二十二日，公布修訂法律館編訂之民事訴訟條例，並自十年九月一日先就東省特別法院區域施行。嗣於十一年一月七日，又令自同年七月一日全國一律施行。是為北京政府之民事訴訟法立法沿革。他方，廣州軍政府，於十年三月二日公布修正民事訴訟律，自同年五月施行。致國民政府成立後，有適用修正民事訴訟律與民事訴訟條例之分歧。

國民政府司法行政部有鑒於此，乃着手修訂民事訴訟律與民事訴訟條例，兼採各國最新學說，於十七年七月提出民事訴訟法草案（見原草案說明書總說明一）。法制局又從而增刪之，名為民事訴訟法修正案。未幾，立法院成立，將司法行政部與法制局兩案，加以審查修正，十九年十二月二十六日及二十年二月十三日國民政府公布，計全法凡六百條。二十一年五月十四日國民政府公布民事訴訟法施行法十三條，同年五月十八日國民政府命令，民事訴訟法及施行法，自同年五月二十日起施行。二十三年司法行政部發表修正民事訴訟法草案，立法院加以審查修正，二十四年國民政府公布，凡六三六條。同年五月十日公布施行法十五條。同日命令，民事訴訟法自同年七月一日施行。又依民事訴訟法施行法第十五條：本法自民事訴訟法施行之日施行。是為現行之民事訴訟法及其施行法。民國三十四年為簡化訴訟程序，部分的修正其中之條文計三十八條，同年

民事訴訟法要論

十二月二十六日國民政府公布施行。

本論

第一編 總則

前編 訴訟主體

第一章 法院

法院有廣狹兩義，廣義之法院，為行使民事審判權機關之總稱，包含狹義之法院，書記官、通譯、執達員；狹義之法院，係指合議制之合議庭，或獨任制之獨任推事（法院組織法第三條）。

第一節 法院之內部組織

第一款 概說

依修正法院組織法立法原則之規定：「地方法院審判案件，原則取獨任制，遇特別重大之案件，亦得斟酌情形，以三人之合議行之。高等法院審判案件用三人合議制，但對準備及調查程序，得以推事一人為之。最高法院用三人或五人合議制」（同原則第四則，同法第三條），即民事第一審適用簡易訴訟程序者，最高法院得

用三人合議制。與改四級三審制爲三級三審制（同原則第三項）同爲法院組織法之重大改革。其理由可參考同原則之說明。

組織法院之職員，即推事、書記官、通譯、執達員之任用資格、待遇及推事地位之保障，均屬於法院組織法之範圍，茲僅就本法所規定法院職員之迴避，加以論述。

第二款 法院職員之迴避

第一項 迴避之原因

法庭爲正義之殿堂，法官職司衡平，理宜公平無私，方足以折服人民，而保持法院之威信。然均屬血性動物之人類，即不免無感情作用。法律爲預防人類之弱點，增進國民對裁判之信用，故特設迴避之規定，使推事就該訴訟事件不得執行職務。而因情形之不同，可大別迴避之原因爲二。

第一 法定迴避（第三十二條）

一 推事或其配偶個人，就該訴訟事件有直接關係時。

a 推事或其配偶，前配偶或未婚配偶，爲該訴訟事件當事人者。

b 推事或其配偶，前配偶或未婚配偶，就該訴訟事件與當事人有共同權利人、共同義務人、或償還義務人之關係者。

二 推事與訴訟當事人有密切關係時。

推事爲該訴訟事件當事人七親等內之血親，或五親等之姻親，或曾有此親屬關係者。

d 推事現爲或曾爲該訴訟事件當事人之法定代理人，或家長家屬者。

c 推事於該訴訟事件現爲或曾爲當事人之訴訟代理人或輔佐人者。

三 推事就以前訴訟之經過，有一定之關係時。

a 推事於該訴訟事件，曾爲證人或鑑定人者。

d 推事曾參與該訴訟事件之前審裁判或公斷者。

第二 裁定迴避

(甲)本於聲請時 推事有左列各款情形之一，當事人得聲請推事迴避（第三十三條）。

一 有前條（第三十二條）所定之情形（第一所列舉者）而不自行迴避者。

二 足認其執行職務有偏頗之虞者。

此亦爲期審判之公正，故先除不公平之原因。然足認其有偏頗之虞與否，必基於客觀的具體的事實關係而爲斷定，若僅當事人主觀的推測，如駁回其聲請，則尙不足認爲偏頗之論據。

(乙)本於法院職權時 管轄聲請迴避之法院或院長，如認推事有應自行迴避之原因者，應依職權爲迴避。

之裁定（三八條）。

第三 自行迴避 推事有第三十三條第一項第二款之情形者，經院長許可，得迴避之。（三八條二項）。

第二項 迴避之程序

第一 總說 由迴避原因之不同，從而其手續亦有差異。法定迴避，又稱當然迴避，推事應自行迴避，不得執行職務。即推事有自動的迴避之義務，不須待當事人之聲請及法院之裁定，是為與聲請迴避之出於被動者不同。

聲請迴避為（1）推事應迴避而不自行迴避，或（2）足認為有偏頗之虞。前者本屬於法定迴避之範圍，唯以推事不自行迴避（不知，所見不同）特聲請法院裁定之，以決其原因存在與否。並非若後者（偏頗之虞）之情形，必經法院裁定是認之，始生迴避之效力。故有法定迴避之原因時，推事自始不得執行職務。至以偏頗之虞為理由，聲請迴避則須於裁定時起，乃生迴避之效力。是為基於兩者性質不同而生之差異。

第二 聲請之時期 是亦可分為二；（1）有法定迴避之情形，而推事不自行迴避時，不問訴訟在如何程度，當事人得隨時聲請推事迴避，並無時期之限制。（2）反之，如當事人以推事有偏頗之虞為理由而聲請迴避時，則為防當事人濫用此權利，拖延訴訟起見，附有一定之限制。即當事人如已就該訴訟有所聲明或陳述後，不得聲請推事迴避（三三條二項前段）。蓋當事人既知有迴避之原因，而不及時行使聲請迴避之權利，則不問其

有拋棄此權利之意思與否（甚至於審問後變更態度，信任推事），皆應賦與失權之效果。但迴避之原因發生在後，或知悉在後時，不在此限（三三條二項後段）。

第三 聲請之理由 聲請推事迴避，應舉其原因，向推事所屬法院爲之（三四條一項）。聲請得以書面或口頭爲之。聲請之原因，及其原因發生在後，或知悉在後之事實，應自爲聲請之日起於三日內釋明之（同條二項）。

被聲請迴避之推事，對於當事人之聲請，得提出意見書，以備法院裁定之參考（同條三項）。

第四 聲請之裁定 聲請推事迴避，由該推事所屬法院以合議審判裁定之。其因不足法定人數不能行合議者，由院長裁定之。如並不能由院長裁定者，由直接上級法院裁定之（三五條一項）。前項裁定，被聲請迴避之推事，不得參與（同條二項）。被聲請迴避之推事，如其聲請爲正當者，視爲已有應迴避之裁定（三五條三項）。當事人對駁回聲請之裁定，固得於五日內抗告；其以聲請爲正當者，無論聲請人與他造當事人，均不得聲明不服（三六條）。蓋無論何人，皆無受特定推事審判之權，故他造對於迴避之聲請，不得陳述異議。

第五 聲請迴避之效果 推事被聲請迴避者，除因有急迫情形，應爲必要之處分或以第三十三條第一項第二款爲理由者外，在該聲請事件終結前應即停止訴訟程序（三七條一項前段）。其立法理由，則因聲請迴避之有理由與否，必待裁定後方知。若於聲請後裁定前縱有急迫情形，亦不爲適當之處分，則一旦坐失機宜，嗣

後裁定結果，如駁回聲請，將無從挽回，故特設除外規定，以資救濟。但其後若裁定為有法定迴避原因時，則所為之處分，自始無效。

聲請迴避，係以排斥推事執行職務為目的。其行為雖向法院為之，然其客體則為法院之職員——推事。故雖對組織法院之全體職員為之時，亦非聲請法院（機關）迴避，而係以法院之職員即構成機關之分子為目標。

第三項 書記官及通譯之迴避

法院書記官及通譯，雖不關與審判，其地位不若推事之重要；然一為公證機關，掌理訴訟案卷，一司通傳語文，為法院之補助機關，其執行職務，公正與否，均與審判有重大影響。故本法特將上述迴避之規定，準用於書記官通譯（三九條）。

第二節 法院之外部編制（管轄）

關於各法院相互間事務分配，以明其職務範圍之規定，謂之管轄。區分管轄之標準有二。

- 一 依法院職務之種類而定者 謂之職務管轄。
- 二 同種類之職務管轄，依土地之區畫，定法院之支配範圍者 謂之土地管轄。

第一款 職務管轄

第一 審級制度 新法院組織法，實行三級制度，以三審爲原則，二審爲例外（同法立法原則第三項，本法第四六三條）。其審級及管轄如左。

一 第一審法院 爲地方法院。管轄民事第一審訴訟案件（組織法第十條一款），是爲起訴法院。

二 第二審法院 爲高等法院。管轄不服地方法院及其分院第一審判決而上訴或裁定而抗告之民事

訴訟案件（組織法第十七條二三款）。是爲控訴法院或抗告法院。

三 第三審法院 爲最高法院。管轄不服高等法院及其分院第二審判決而上訴或裁定而抗告（再抗

告）之民事訴訟案件（組織法第二十二條二三款）。是爲上告法院或再抗告法院。

第二 特別職務管轄 裁判程序之外，尚有督促程序，保全程序，公示催告程序，執行程序，破產程序，均爲法

院之特別職務管轄，統由地方法院管轄第一審。

第二款 土地管轄

第一項 總說

第一 意義 同種類職務管轄之訴訟事件，依土地之區畫，分配於數多同等之法院間，使隸屬於一定法院

之管轄，是爲土地管轄。因分配一定之結果，各法院各有土地管轄區域，區域內之事件，皆屬其管轄。學者稱此審判管轄區域爲審判籍，或管轄原因。

第二種類 由定土地管轄之標準，即管轄區域與訴訟事件關係之差異，可區別土地管轄為三類：

一 普通審判籍與特別審判籍 依被告於法院管轄區域內有住所或居所為定管轄之標準，原則上就

一般訴訟有土地管轄，不問訴訟標的為如何者，謂之普通審判籍。依為訴訟標的之權利或法律關係，與法院管轄區域之關係，為定管轄之標準，只就特定訴訟有土地管轄者，謂之特別審判籍。

二 屬人的管轄與屬物的管轄 專依當事人與土地之關係而定之管轄，謂之屬人的管轄。專依為訴訟標的之權利或法律關係，與土地之關係而定之管轄，謂之屬物的管轄。如上述之普通審判籍，某法院對某被告管轄一般訴訟事件者，常為屬人的。至特別審判籍，則依當事人或訴訟標的而定，故為屬人的或屬物的。

三 非專屬審判籍與專屬審判籍 前者就同一訴訟事件，於數法院有審判籍，後者則只於某特定法院有審判籍。

第二項 普通審判籍

普通審判籍云者，除有專屬管轄之規定外，由某法院管轄對於某被告之一般訴訟（第一條）。

第一 自然人之普通審判籍 （1）被告有住所者，依住所定之（一條一項）。（2）在中華民國現無住所

或住所不明者，以其在中華民國之居所視為住所。（3）無居所或居所不明者，以其在中華民國最後之住所視為其住所（一條二項）。由此順位觀之，可知自然人之普通審判籍，首依住所，次依居所，再次方依最後之住所。

一 依住所之普通審判籍 住所之意義，本法未設明文規定。爲期與民法之規定相聯絡，亦應解爲「以久住之意思，住於一定之地域者，卽爲設定其住所於該地」（民法第二十條一項）。又顧慮無行爲能力及限制行爲能力人，因無意思能力，或其意思能力不完全，不能或不易推定久住之意思，用特設法定住所之規定，以其法定代理人之住所爲住所（民法二十一條）。是爲前條第一項採意思主義之補充規定。德國民法，是認一人同時有數個住所（德民法第七條二項）。我國民法，與之相反，明文規定：「一人同時不得有兩住所」（二十條二項）。因之，依住所之普通審判籍，亦一人同時不得有兩個以上。

二 依居所之普通審判籍 居所之意義，本法及民法雖均無直接規定，然居所與住所相對待，應參照民法之住所規定，以定居所之意義，卽無久住之意思，而於相當時間繼續居住之場所。前者與住所相對待，後者則所以別於一時的停留之所在地（刑事訴訟法第五條一項）。

三 依最後住所之普通審判籍 本法於最後住所之上，加中華民國四字，可杜解釋上之爭議（日本民訴法第二條參照）。

四 在外國享有治外法權者之普通審判籍 駐在外國之我國大使、公使及其他享有治外法權之中華民國人，既不服駐在國之審判權，而在國內又不能依前二項規定定管轄法院者，爲免除起訴困難，以首都所在地視爲其住所地（第一條三項）。

第二 法人或其他團體之普通審判籍 法人可先分爲公法人與私法人，私法人則有中國私法人與外國私法人之別。私法人之外，尚有得爲訴訟當事人之團體。

一 公法人之普通審判籍 對於公法之訴訟，由其公務所所在地之法院管轄（二條一項）。

二 私法人或其他得爲訴訟當事人之團體 對於私法人或其他得爲訴訟當事人之團體之訴訟，由其

主事務所或主管營業所所在地之法院管轄（二條二項）。

三 外國私法人或其他團體之普通審判籍 對於外國法人或其他得爲訴訟當事人之團體之訴訟，由

其在中華民國之主事務所或主營業所所在地之法院管轄（二條三項）。

第三項 特別審判籍

特別審判籍，爲就特種訴訟事件所生之審判籍。非若普通審判籍，管轄對於某被告之一般訴訟。此乃其兩者區別之要點。本法所規定之特別審判籍，有依訴訟標的之種類者（第三條至十九條），有依訴訟手續之關係者（二十條至二十二條）。

第一目 依訴訟標的種類之特別審判籍

依訴訟標的種類之特別審判籍，由訴訟標的之各異，得更爲左之區分。

第一 財產權上訴訟之包括的特別審判籍

一 財產所在地之審判籍 本條（三條）所規定之特別審判籍有二：（1）由被告可扣押之財產所在

地，（2）請求標的所在地之法院管轄。而其要件，則為「對於在中華民國現無住所或住所不明之人」，且「因財產權涉訟者」。被告之財產或請求標的，如為債權，以債務人住所或該債權擔保之標的所在地，視為被告財產或請求標的之所在地。

二 寄寓地之審判籍 寄寓地乃對於原籍地而言。發生此種審判籍之要件，為（1）對於生徒受僱人或
其他寄寓人，（2）被告有寄寓之事實，即於相當時日滯留於一定地方，（3）因財產權涉訟（四條）。

三 對於軍人軍屬或海員之財產權上特別審判籍 對於軍人軍屬或海員因財產權涉訟者，得由其公務所軍艦本籍或船籍所在地之法院管轄（五條）。軍人軍屬或海員，均須現服軍務或現為船舶之海員。軍人軍屬之意義，依陸海空軍刑法之規定；海員有海長與船員之分，詳海商法第三章第三十九條以下。

第二 不動產訴訟之特別審判籍 本法復歸於舊民訴條例，分不動產訴訟之特別審判籍為二：（1）本來之不動產審判籍，即因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄（十條一項舊條例二十五條，德民訴二十四條，日舊民訴二十二條一項）。因有就地調查之必要也。（2）其他因不動產涉訟者，為非專屬得由不動產所在地之法院管轄（十條二項，舊條例二十七條，德民訴二十六條，日舊民訴二十三條二項）。對於同一被告因債權及擔保該債權之不動產物權涉訟者，得由不動產所在地之法院合併管轄

(十一條)。

第三 特種債權之特別審判籍

一 關於業務涉訟之特別審判籍 對於設有事務所或營業所之人，因關於其事務所或營業所之業務涉訟者，得由該事務所或營業所所在地之法院管轄（六條）。住所爲一般私法上生活關係之中心點，事務所或營業所則僅爲業務之中心點，而成職業上之本據。其兩者之範圍，雖有全體與一部分之分；然事務所及營業所亦須具獨立、繼續、固定之性質，方足與住所相對立。從而吾人可依此標準，以決定能否適用本條之特別審判籍。

二 關於船舶涉訟之特別審判籍 此又可分爲二。

1 船籍所在地之審判籍 對於船舶所有人或利用船舶人，因船舶或航行涉訟者，得由船籍所在地之法院管轄（七條）。蓋船籍所在地，爲航海交易之中心，其對於船舶之關係，有若事務所、營業所，故基於生活一部之重要中心點，以定特別審判籍。

2 船舶所在地之審判籍 因船舶債權或以船舶擔保之債權涉訟者，得由船舶所在地之法院管轄（八條）。船舶所在地云者，乃提起訴訟時船舶現在地之謂。起訴後，船舶之所在地縱有變動，亦與訴訟繫屬不生影響。

三 社團關係之特別審判籍 爲求蒐集訴訟資料之便利、迅速、正確，因規定社團關係之特別審判籍。凡

基於左列之資格、事務，而涉訟者，得由該團體主事務所或主營業所所在地之法院管轄（九條）。

1 公司或其他團體或其債權人，對於社員；或社員對於社員，於其社員之資格有所請求而涉訟者

此項訴訟標的之權利或法律關係，限定基於爲社員之資格而生者，則此項訴訟標的之權利或法律關係，當屬因團體關係所生之事務，蓋其兩者有因果關係也。既係公司或其他團體，則解散後亦適用之。

2 團體或其債權人，或社員對於團體職員或已退社員有所請求而涉訟者 準用前項之規定。

四 侵權行爲之特別審判籍 因侵權行爲涉訟者，得由行爲地之法院管轄（十五條一項）。侵權行爲

之意義，詳民法一八四條以下。因侵權行爲涉訟者，謂基於侵權行爲之損害賠償請求權爲物體之確認或給付訴訟。行爲地云者，指構成侵權行爲成立要件之法律事實全部或一部存在地，從而侵權行爲之實行地，與結果地，均爲侵權行爲之行爲地。行爲地之審判籍，有時因數多而生競合。

五 船舶碰撞或其他海上事故之特別審判籍 因船舶碰撞或其他海上事故請求損害賠償而涉訟者，

得由受損害之船舶最初到達地，或加害船舶被扣押地之法院管轄（十五條二項參看海商法一二〇條）。

六 海難救助之特別審判籍 因海難救助涉訟者，得由救助地或被救助之船舶最初到達地之法院管

轄（十六條）。

七 航空事故之特別審判籍 因航空器飛航失事或其他空中事故，請求損害賠償而涉訟者，得由受損害航空器最初降落地或加害航空器被扣留地之法院管轄（一五條三項）。

八 契約之特別審判籍 因契約涉訟者，如經當事人定有債務履行地，得由該履行地之法院管轄（十二條）。舊條例對於契約之特別審判籍，作列舉的規定（舊條例第二十條）。本法則為概括的規定，且以經當事人定有債務履行地為要件。債權人或債務人何方為原被告，提起何種類之訴訟，均所不問。然法文既明定為債務履行地，足見係以債權關係為前提，以所有權或其他絕對權為訴訟標的時，不生此種審判籍。

九 票據之特別審判籍 本於票據有所請求而涉訟者，得由票據付款地之法院管轄（十三條）。

十 財產管理之特別審判籍 因關於財產管理有所請求而涉訟者，得由管理地之法院管轄（十四條）。

十一 登記之特別審判籍 因登記涉訟者，得由登記地之法院管轄（十七條）。此種特別審判籍，應注意之點有二：（1）訴訟標的，係以登記義務者為被告，就權利之設定、移轉、變更，或處分之限制、消滅，請求命為登記手續。（2）除外第七條、第十條、第十二條與權利本身有關係之登記。其他如法人、公司之登記、專利權、礦業權、著作權、商標權之註冊，均屬於本條規定之範圍。登記地，依特別法令之規定。

第四 繼承事件之特別審判籍

一 關於繼承訴訟之特別審判籍 因遺產之繼承、分割、特留分，或因遺贈，或其他因死亡而生效力之行

爲涉訟者，得由繼承開始時被繼承人住所地之法院管轄（十八條一項）。被繼承人爲中華民國人，於繼承開始時在中華民國無住所或住所不明者，定前項管轄法院時，準用第一條第二項及第三項之規定（同條二項）。繼承財產，通常多存在於繼承開始時被繼承人之住所地或居所地，且因此種訴訟，與被繼承人有密切關係，故爲便宜計，以被繼承人之住所地或居所地爲繼承事件之特別審判籍。至各項訴訟標的之意義，卽實體的規定，詳民法第五編繼承第一、二章。

二 關於遺產債權訴訟之特別審判籍 因遺產上之負擔涉訟，如其遺產之全部或一部，在前條所定法院管轄區域內者，得由該法院管轄（十九條）。由遺產債權人對被繼承人（遺產者）或繼承人提起之訴訟，得依遺產訴訟之特別審判籍。但遺產之全部或一部，必須於開始繼承時存在於其法院管轄區域內。繼承人有數人時，並限於在尙未分割以前。一經分割，或賣於他人（縱令再買回時亦然），卽失繼承財產之性質。又本條之立法理由，亦與前條相似。以爲通常情形，繼承人多住居於被繼承人之住所地或居所地，故不唯對被繼承人之遺產債權訴訟，卽對繼承人者，亦得由被繼承人住所地或居所地之法院管轄。

第二目 依訴訟手續關係之特別審判籍

第一 共同訴訟之被告數人，其住所不在一法院管轄區域內者，各該住所地之法院，俱有管轄權，但有第四條至前條所定之共同管轄法院者，不在此限（二十條）。是爲主觀的牽連事件之特別審判籍。其要件爲：

1 在被告二人以上之共同訴訟 如為被告一人原告數人之共同訴訟，則不生此問題。

2 其住所不在一法院管轄區域內 若均屬同一法院管轄，則可依各被告之普通審判籍，毋須援用特別審判籍之規定。

3 無共同管轄法院 否則如數被告有共同之特別審判籍，原告應向該審判籍所在地之法院起訴，不得任意向某一被告普通審判籍所在地之法院起訴，以免被告感遠道應訴之不便。

第二 被告住所，不動產所在地，侵權行為地，或其他據以定管轄法院之地，跨連或散在數法院管轄區域內者，各該法院俱有管轄權（二十一條）。是為請求之客觀的併合。此種情形，並非真正之管轄區域境界不明（二十三條二款參照），而事實上又跨連或散在數處，則為免除起訴時逐一指定管轄之煩，使其原來有管轄權之任一法院，併合管轄，於被告既不致蒙不測之損害，於原告則有容易起訴之便利。此本條之立法理由也。

同一訴訟，數法院有管轄權者，原告得向其中之一法院起訴（二十二條）。是為規定前二條請求之主觀的或客觀的併合方法。其要件為：

1 同一訴訟 若非同一訴訟，則不能適用本條之規定。

2 數法院有管轄權 因主觀或客觀的牽連，即發生此種情形。

第三款 指定管轄

本法雖規定普通，特別審判籍，及是認當事人之合意管轄，以定具體的訴訟事件之審判籍，然技術的規定，常不足適應實際上之變動，因特設指定管轄之規定，以補法定管轄及合意管轄之不備。

第一 指定管轄之情形

一 有管轄權之法院，因法律或事實不能行審判權者（二十三條一款） 於茲所稱之法院，非狹義之法院，乃指構成法院之全體推事而言。因法律上之理由，不能行使審判權者，例如構成法院之推事全體迴避，或雖未全體迴避，然因一部分缺員之結果，致不能組織合議庭（法院組織法第三條二款參照）。至事實上之理由，例如因戰爭災變或推事之疾病死亡，不能行使審判權之類是也。

二 因管轄區域境界不明，致不能辨別有管轄權之法院者（二十三條二款） 所謂管轄區域境界不明，即定土地管轄之事實不明，致不能辨別管轄區域之界線及其權限。此項情形，多發生於海上漁場及山林訴訟。

管轄區域境界不明，為本款所定指定管轄之要件。故如法院之管轄區域明確，僅其管轄原因之事實，跨連或散在數法院管轄區域內者，則不得請求指定管轄。本法為杜爭議計，特設明文規定，各該法院均有管轄權，原告得任向其中一法院起訴（二十一條二十二條）。

第二 指定管轄之手續

一 當事人之聲請或受訴法院之請求 指定管轄非法院之職權行爲，應依當事人之聲請或受訴法院之請求爲之（二十三條一項）。

二 有指定權之法院 爲有關係法院共通之直接上級法院（二十三條一項），但當事人之聲請，得向受訴法院或直接上級法院爲之（二十三條二項）。

指定以裁定爲之。既毋庸經過言詞辯論，亦不必訊問他造當事人。對於指定管轄之裁定，不得聲明不服（二十三條三項）。然對於駁回聲請之裁定，則得爲抗告（參看四七九條）。此乃基於本項規定反對解釋之結果。

第四款 合意管轄

民事訴訟法之管轄規定，須兼顧公益與私益。其以公益時重要者，有專屬管轄之規定。否則若僅爲圖法院相互間事務分配之勻稱，與法益無重大關係，依民事訴訟法探處分權主義之原則，寧以尊重當事人之意思，保護其私益爲主要。故依當事人明示或默示之合意而定管轄時，本法與一般立法例同，明認其爲合意管轄。

第一 合意管轄之種類 依本法之規定，合意管轄，計有兩種：（1）明示的合意管轄，亦稱契約的合意，爲第二十四條所規定者。（2）默示的合意管轄，亦稱擬制的合意，應訴的管轄，爲第二十五條所規定者。

第二 合意管轄之要件。

一 一般要件 爲明示合意與默示合意所共通者。

1 限於第一審管轄法院（二十四條一項） 從而第二三審管轄法院，不得爲合意管轄。又在第一

審管轄法院，亦不得就其中之某庭或某推事而為合意管轄。

2 須不屬於其他法院之專屬管轄（二十六條） 是為公益大於私益之結果。

二 明示的合意管轄之特別要件 明示的合意管轄，為當事人間直接發生法院管轄之訴訟法上契約，此種契約，係以訴訟上之關係為內容。其行為，乃屬於訴訟行為。故其要件與效力等，亦應依訴訟法而決。茲先述其要件。

1 須當事人雙方有訴訟能力 合意管轄，既為訴訟法上之契約，是合意為訴訟行為，故必須有訴訟能力。至訴訟能力之意義，容於當事人部分述之。

2 須為關於由一定法律關係而生之訴訟（二十四條一項） 合意之標的，限於由一定法律關係而生之訴訟，故其法律關係，必須一定。所謂一定之法律關係，雖以非屬客觀的不定或廣泛之一般的法律關係為必要，然亦並不限於唯一之法律關係，且不問其訴訟種類及標的如何。

3 一定之法院 於此所謂一定之法院，亦不限於為唯一之法院，得競合的指定數法院，又指定之方法，只須可得特定已足，並不必指名為某某地方法院。即以某某高等法院管轄區域內之地方法院為範圍，亦猶不失為一定。

4 應以文書證之（二十四條二項） 德國民訴法之合意管轄，只規定為「明示或默示之合意」

(同法第三十八條)。本法爲期明確簡便，特定合意契約爲要式的訴訟行爲，應以文書證之。

三 默示的合意管轄之特別要件(二十五條)

1 原告向無管轄權之法院起訴

2 被告不抗辯法院無管轄權而爲本案之言詞辯論 (a)如被告已抗辯法院無管轄權，則雖爲本案之言詞辯論，亦不能謂爲默示之合意。蓋被告既經抗辯，固明示有爭也。(b)本案之言詞辯論云者，就

訴訟標的之權利或法律關係而爲言詞辯論之謂。從而被告未到庭，或雖經到庭，而僅就訴訟成立要件爲辯論時，不生默示之合意管轄。

第三 合意管轄之效力

一 明示的合意管轄之效力 依當事人之合意，直接發生合意管轄之效力，並不須經法院之許可。

以關於一定法律關係爲訴訟標的之合意管轄，爲屬物的，故合意之效力，及於一般繼承人，暨特定繼承人。然合意契約，畢竟爲訴訟行爲，不生實體法上關係之物權的效力。故其合意，雖爲關於某物或由物所生之訴訟，亦不及效力於物之取得者。又合意管轄，既屬當事人間之契約，故不能拘束第三人，同時第三人亦不得對之陳述異議。

二 默示的合意管轄之效力 爲法律上當然以其法院爲有管轄權之法院(二十五條)。其生此管轄，

乃基於被告之應訴（合意之擬制），非因被告喪失抗辯權之結果。故被告知悉與否，及有無過失，均所不問。於此有一應注意之點，即全部排除本國法院管轄，使發生外國法院管轄之合意，須以該外國法院依其合意發生管轄權，及本國訴訟法承認該外國法院確定判決之效力為要件（第四〇一條參照）。否則其合意為反於公益，應歸無效。

第五款 管轄權之有無及其效果

第一項 管轄之調查

第一 管轄為分配國家司法事務之標準，區畫法院職權之範圍。法院有無管轄權，在在與公益有關，故應依職權調查之。所謂職權調查，除為勘驗或鑑定外，並得為一切之證據調查，但如係明示或默示之合意管轄者（二十四條，二十五條），不在此限。又案件已繫屬於上訴審時，除違背專屬管轄之規定者外，第二審法院不得以第一審法院無管轄權而廢棄原判決（四四九條、四七八條）。蓋案件既繫屬於上訴審，則管轄權之欠缺，已依第一審判決而被補正，上訴法院，不得更為調查也。

第二 定法院之管轄，以起訴時為準（二十七條）。起訴應以訴狀或得以言詞向法院為之（二四四條、四二六條）。故向法院提出訴狀，或以言詞起訴時，即為決定法院有無管轄權之標準時期，亦即為發生訴訟繫屬之時期。其後，定管轄之事情，縱有變更，亦與法院之管轄不生影響。所謂定法院管轄之事情者，如被告之住所、居所、

及其他定特別審判籍之原因事實等是也。

於此有一解釋上之問題，即起訴時，雖無管轄權，然其後因事情變更，至裁判時，具備發生管轄權之要件，應認該受訴法院有管轄權。蓋第二十七條之法意，不過爲使起訴時存在之法院管轄，不因其後之事情變更而喪失管轄權，並非排斥起訴後裁判前之補正欠缺。必如是解釋，方足顧全當事人之實益，避免不當之移送且所以適合立法之精神（第一及四四九條、四七八條參照）。

第二項 訴訟之移送

第一 序說 訴訟之移送，爲舊法倣照日本改正民訴法而設之規定。新法仍之，而略加修正（二十八條至三十一條，日本改正民訴法三十條至三十四條）。蓋無是種規定，法院於管轄錯誤時，以訴不合法爲理由，用判決駁回原告之訴，不但徒費無益之手續與費用，有背訴訟經濟之原則，且足影響私權之實體，如時效完成，除斥期間屆滿之效果，殊非所以保護私權及便利當事人之道。本法有鑒於此，用闢救濟之方，設移送之規定，不得逕爲駁回之判決。

第二 移送之要件 （1）訴訟之全部或一部，法院認爲無管轄權（二十八條一項前段）。是爲移送之基本要件。蓋如法院有管轄權，則不生移送問題。（2）依原告申請或依職權以裁定移送於其管轄法院。又法院組織法，採用三級三審制之結果，本法亦刪除事物管轄之規定。因之，法院於調查管轄權時，只發生有無土地管轄

權問題，從而訴訟之移送，亦僅限於無土地管轄權一端。

第三 移送之手續 依二八條一、二項之規定，受訴法院以裁定，移送於管轄法院。移送訴訟前，如有急迫情形，應依原告聲請為必要之處分（二十九條）。移送訴訟之聲請被駁回者，不得聲明不服（二八條二項）。

第四 移送裁定之效力

一 移送訴訟之裁定確定時，受移送之法院受其羈束（三十條一項）。受移送之法院，不得以移送裁定為不當而拒絕其移送。從而不得以該訴訟更移送於他法院（同條二項）。蓋不如是，則移送重移送，殊有背移送規定之本旨也。

二 移送訴訟之裁定確定時，視為物訴訟自始即繫屬於受移送之法院（三十一條一項）。前條之規定，為訴訟法上之效果；本條之規定，則為私法上之效果，與保護當事人之私權最為切要（本項第一參照）。裁定法院之書記官，應速將裁定正本，附入卷宗，送交受移送之法院（三十一條二項）。

研習問題

- 一、法定迴避與聲請迴避之原因、程序、及效果。
- 二、普通審判籍與特別審判籍，非專屬審判籍與專屬審判籍之關係。
- 三、論不動產訴訟之特別審判籍。

- 四、客觀的牽連事件之特別審判籍與指定管轄之異點。
- 五、合意管轄之種類與要件、效力。
- 六、「一定法院之管轄，以起訴時爲準」之效果。
- 七、訴訟移送制度之實益與移送裁定之效力。

第一章 當事人代理人輔佐人

民事訴訟之主體，可大別爲兩類：一爲司保護權益行爲之職責者；他爲要求保護權益行爲者及其對造。前者爲法院，已於第一章述之，後者總稱之曰當事人，茲分述於左。

第一節 當事人之意義及種類

第一 當事人之意義 當事人云者，爲特定訴訟關係之主體，用自己之名，請求法院保護權益者及其對造。

一 特定訴訟關係之主體 關於當事人之問題，有屬於抽象的一般者如當事人能力，訴訟能力，可就任何人一般的決定之；有屬於具體的事件者，即何人爲當事人，應依特定之訴訟關係而定。本節所言，乃屬後者。

二 請求保護權益者及其對造 當事人雖與法院同爲訴訟主體之一，然於請求保護權益及其對造一端，則與法院之司保護權益之職責者，適成相反。

三 用自己之名 當事人須爲用自己之名，要求保護權益者及其對造。否則，若用他人之名，爲訴訟行爲者，係代理人或代表人（未成年人之法定代理人，法人之代表者），而須當事人爲輔助一造起見，參加訴訟之參加人（五八條一項），雖就兩造之訴訟有法律上之利害關係，然非獨立用自己之名，要求保護權益行爲，唯因其附隨於當事人一方，參預訴訟，立於輔助的當事人之地位，故稱原來之當事人爲主當事人，參加人爲從當事人。

然當事人並不須自己卽爲訴訟標的權利或法律關係之主體，亦毋庸自爲訴訟行爲或有訴訟能力（只須具當事人能力已足）。於通常情形，當事人雖多就爲訴訟標的之權利或法律關係有利害關係，然此並非其要件。如失踪人之財產管理人（民法第十條）及破產財團之破產管理人（破產法七五條、九十條、九二條），雖非爲訴訟標的之權利或法律關係之主體，然因其負特種任務，有訴訟實施權，用自己之名，立於當事人之地位，故爲當事人。財產之主體，雖有利害關係，然非用自己之名，故非當事人。又財產本身，並未具法人格，故財產管理人，亦非其代表。

第二 當事人之種類 當事人雙方，互立於對峙之關係，其名稱，依訴訟程序種類之不同而各異。於判決程

序中之第一審程序，稱積極的當事人（起訴者）為原告，消極的當事人為被告；於判決程序中之上訴審程序，稱為上訴人，被上訴人；於抗告程序，稱為抗告人，再抗告人；於再審程序，稱為再審原告，再審被告；於督促程序，保全程序，公示催告程序，禁治產事件程序，宣告死亡事件程序之積極的當事人，均稱為聲請人。

第二節 當事人能力

第一 當事人能力之意義 當事人能力云者，謂得為訴訟上法律關係即權利義務主體之能力，即得用自已之名，要求保護權益行為（起訴）或為其對造（被訴）之能力。

第二 有當事人能力者 當事人能力，為訴訟上之權利能力。本法規定有權利能力者，有當事人能力（第四十條一項）但兩者之觀念並非同一，蓋民事訴訟之當事人為就私法上之權益要求保護或為其對造，故具享有私權能力者，常有當事人能力。然當事人能力問題，乃訴訟法上之問題，並非民法或其他實體法上之問題，故有當事人能力與否，應依民事訴訟法之規定決定之。唯為適用上之便利，可先依民法或其他實體法之規定，以判別有無權利能力，有權利能力者，有當事人能力，是為本法第四十條一項之原則規定。例外，有無權利能力而有當事人能力者，如第四十條三項之規定是（參考民法第二十五條以下）；有有權利能力而無消極的當事人能力者，如駐在我國之享有治外法權者（參考第一條第三項）。

由上所述，可將有當事人能力者，分為三類。

一 實質的當事人能力者 有實體法上權利能力者，有訴訟法上之當事人能力，是為實質的當事人能力。如自然人（民法第六條）、胎兒（本法第四十條二項、民法第七條）、法人（民法第二十六條）是。

二 形式的當事人能力者 無實體法上之人格，而依民事訴訟法之規定，認其有當事人之資格者，是為形式的當事人能力。依本法規定：非法人之團體，而設有代表人或管理人者，有當事人能力（四十條三項，參考民法第二十五條）。

所謂非法人之團體，包括社團與財團。其意義，本法及實體法，均未規定，茲依據理論而為推斷，應具備左之要件：

a 有團體之名稱；

b 有獨立、確定之團體組織及固有之目的；

c 有關於團體財產之規定；

d 設有代表人或管理人。

三 代表的當事人能力者 多數有共同利益之人，不合於前二類者，得由其中選定一人或數人，為全體起訴或被訴（四一條一項）。訴訟繫屬後，經選定前項之訴訟當事人者，其他當事人脫離訴訟（同條二項）。前二項被選定之人，得更換或增減之，但非通知他造，不生效力（同條三項）。訴訟當事人之選定及其更

換增減，應以文書證之（四二條）。被選定人中，有因死亡或其他事由喪失其資格者，他被選定人得為全體為訴訟行為（四三條）。被選定人非得全體之同意，不得為捨棄、認諾、撤回或和解（四四條）。

第三節 訴訟能力

第一 訴訟能力之意義 訴訟能力云者，乃訴訟法上之行為能力，即有效得為或受訴訟行為之能力。

一 為訴訟行為之能力 非有訴訟能力，則不得有效為或受訴訟行為，受訴訟行為。

二 訴訟法上之行為能力 訴訟能力，有若實體法上之行為能力，唯有意思能力者，方得有之。能獨立以法律行為為義務之自然人，固有訴訟能力；法人為社會的組織體，董事為其機關，機關之行為即法人之行為，故法人者行為能力，從而有訴訟能力。

第二 訴訟能力之要件 能獨立以法律行為為義務者，有訴訟能力（四五條）。即實體法上有法律行為能力者，於訴訟法上有訴訟能力。至本法四五條規定「能獨立以法律行為為義務者」之「負義務」用語，乃為欲排除民法第七七條但書「純護法律上之利益……不在此限」之適用，使限制行為能力人，於同條但書之情形，亦不得為訴訟行為，即無訴訟能力。至為訴訟能力前提之法律行為能力存在與否，雖應依民法之規定決之。然訴訟能力與法律行為能力兩者，其性質觀念，則不相同。例如民法上之行為能力，有限制行為能力之規定（民法七七條）；而在訴訟法上，則絕無限制訴訟能力之規定。故無行為能力人，固為無訴訟能力人；限制行

爲能力人，亦爲無訴訟能力人，其訴訟行爲，均爲當然無效。

外國人依其本國法律無訴訟能力，而依中華民國法律有訴訟能力者，視爲有訴訟能力（四六條）。

第三 訴訟能力者與無訴訟能力者

一 訴訟能力者 成年人（除禁治產者）、未成年人已結婚者（民法第十三條三項）、法定代理人允許限制行爲能力人獨立營業者，關於其營業（民法八十五條）。法人，有行爲能力。有行爲能力人者，有訴訟能力。故成年人，未成年人已結婚者，限制行爲人關於其獨立營業之範圍，法人，四十條三項之團體，爲訴訟能力者。

二 無訴訟能力者 未滿七歲之未成年人（民法十三條一項）、禁治產人（民法十五條）。無行爲能力，滿七歲以上之未成年人，有限制行爲能力（民法十三條二項）。無行爲能力人及限制行爲能力人，均無訴訟能力（參看第二之說明），故爲無訴訟能力者。無訴訟能力人之訴訟行爲，由法定代理人代理。關於訴訟之法定代理及爲訴訟所必要之允許，依民法及其他法令之規定（四七條）。

第四 訴訟能力之調查，欠缺之補正

一 訴訟能力之調查 訴訟能力，爲訴訟行爲發生效力之絕對必要要件。無訴訟能力者及對於無訴訟能力者之訴訟行爲，均屬無效。法院不問訴訟在如何程度，當事人之主張如何，皆應以職權而爲調查。

二 無訴訟能力者訴訟行爲之補正 於能力法定代理權或爲訴訟所必要之允許有欠缺之人所爲之訴訟行爲，雖不生效力，但亦有補正之方法。即於訴訟中取得訴訟能力（例如本法第六〇八條規定，撤銷禁治產宣告之訴，受宣告人有訴訟能力），經取得能力之本人或有允許權人之承認，溯及於行爲時發生效力（四八條）。承認乃追認之意，須全部爲之。若僅屬一部之承認，視爲無承認。蓋訴訟行爲，爲達獨立單一之目的，須全部一貫也。但有數個請求，或係共同訴訟時，得僅就其中的一個而爲承認。法院於能力或爲訴訟所必要之允許，認爲有欠缺而可以補正者，應定期間命其補正。如恐久延致當事人受損時，得許其暫爲訴訟行爲（四九條）。

第四節 代理人

第一款 總說

第一 意義 訴訟上之代理人云者，謂代當事人一方，用當事人之名，爲訴訟行爲，或受訴訟行爲之第三人。被代理之當事人，稱爲本人。

一 自爲訴訟行爲 如僅屬傳達當事人之訴訟行爲，爲使者，非代理人。

二 用當事人之名 故如參加人，及其他利害關係人，用自己之名爲訴訟者，爲從當事人，而非代理人。又訴訟上之代理，只有直接代理，不認間接代理。

三代當事人一方 不問何種代理及在如何情形，均不得同時，於同一訴訟，為當事人雙方之代理人，代理人更不得為該訴訟之他造當事人。

第二款 代理權 代理人之訴訟行為，直接對於本人發生效力，以有代理權為必要。故因代理權之有無，而異其效力。

一 有代理權時 代理人代本人所為之訴訟行為，以直接對於本人發生效力為原則；但例外如因代理人之故意或重大過失，致生無益之訴訟費用者，法院得依聲請或依職權以裁定命該代理人負擔（八九條）。

二 無代理權時 無權代理人之訴訟行為，不生效力。無權代理人所提起之訴，及其他保護權利之請求，應以為不合法而予駁回。如法院誤為判決時，構成上訴或再審之理由。但於訴訟中，取得代理權，而對其行為為明示或默示之承認，或由本人或有代理權之人承認者，遡及於行為時發生效力（四八條、七五條二項）。無權代理人之訴訟行為，既得依承認而補正，故法院於代理權，認為有欠缺而可以補正者，應定期間，命其補正，如恐久延致當事人受損害時，並得許其暫為訴訟行為（四九條七五條一項）。

第三款 代理之種類 由代理權發生之原因而為區別分為法定代理與訴訟代理。

第二款 法定代理

第一款 意義 法定代理云者，其代理權之發生原因，不基於本人之意思。即只須由本人意思以外之原因而

發生者，則不問其為直接依法律規定，或依法院及其他官署之選任（參看五一條），均不失為法定代理。反之，代理權之發生原因，若係基於本人之意思，則縱令代理人之選任，法律上為絕對必要，其代理權之範圍，依法律所定，本人不得加以限制，亦非法定代理而為訴訟代理。

第二 法定代理人

一 無訴訟能力人之法定代理 無訴訟能力人，不得自為訴訟行為或受訴訟行為，故應由法定代理人代為訴訟行為或受訴訟行為。至何人為法定代理人，除本法別有規定外，依民法及其他法令之規定（四七條，參見民法一〇八六條、一〇九八條）。

二 特別代理人 詳後第五

此外，本法關於法定代理之規定，於第四十條第三項之代表人或管理人，及依法令得為訴訟上行為之代理人準用之（五二條）。

第三 法定代理人之權限 關於法定代理人之權限，本法不設一般的規定，應依民法及其他法令之規定（四七條）。然民法及其他法令，對於法定代理人之代理權範圍，多未設直接明文規定，應依法定代理之性質而決。法定代理人，原為代理無訴訟能力之未成年人及禁治產人為訴訟行為，故其代理權之範圍，原則上為此等無訴訟能力者，有訴訟能力時本來有效得為之一切訴訟行為。從而一般法定代理人之權限，比次款所述訴

認代理人之代理權範圍爲廣；但僅限於特定訴訟行爲者，如代受送達，則因代理權被限定之結果，故其範圍甚爲狹小（一二九條、一三〇條、一三一條）。

第四 法定代理人之訴訟上地位 法定代理人，爲代理人，非當事人，故關於訴訟管轄、推事之迴避、訴訟繫屬、判決之既判力等問題，均應以本人爲標準而取決，非可以法定代理人爲標準。然法定代理人，於管理無訴訟能力人之財產時，完全獨立，不受本人意思之拘束，故雖名爲代理，實則於訴訟程序上，常與當事人本人有同等之資格，受同一之待遇。例如當事人本人得爲或應爲之行爲，法定代理人之行爲不行爲，與本人之行爲不行爲，發生同一之效果。又以法定代理人，終非當事人本人，法院爲確定訴訟關係，得隨時命當事人本人到場（二〇三條一項）。但法定代理人之陳述，並不因到場本人之即時撤銷或更正而失效，此爲與訴訟代理人之異點，亦基於其本質使然也。

第五 特別代理人 法定代理，爲必要代理，依法律之直接規定，或本人意思以外之原因而發生，不問訴訟存在與否，常基於訴訟外之事實而存在。如無訴訟能力人無法定代理人，或法定代理人不能行代理權時，則對於無訴訟能力人，將不能開始或續行訴訟行爲。本法恐致久延而受損害，爲應一時之需要，規定受訴法院之審判長，得因聲請，選任特別代理人（五一條一項）無訴訟能力人，有無爲訴訟行爲之必要時，其親屬或利害關係人亦得爲前項聲請（同條二項）使代理現實繫屬或將來繫屬之訴訟。選任特別代理人之裁定，並應送達於特別

代理人（同條三項）選任特別代理人所需費用，及特別代理人代為訴訟所需費用，得命聲請人墊付（同條五項）。
一般法定代理人與特別代理人之重要異點。即代理權之發生，前者源於訴訟以外之事實，如基於法律之直接規定，或本人意思以外之原因，不問訴訟開始與否，常時存在；後者乃基於該訴訟或將來提起訴訟管轄法院審判長之選任，從而特別代理人，只於被選任代理之訴訟，與法定代理人有同一之權限，在法定代理人或本人承當訴訟以前，代理當事人為一切訴訟行為，但不得為捨棄、認諾、或和解（五一條四項）。蓋特別代理人，不過為一時的制度，至法定代理人或本人得自為訴訟行為時，已無必要，故應歸於消滅。

第三款 訴訟代理

第一 意義 訴訟代理云者，代理權之發生，基於本人之意思，此為與法定代理根本不同之點，因其代理權之發生，由於本人之自由意思，故又稱訴訟代理為意定代理。

第二 訴訟代理人

一 依私法上之意定代理 此為與私法上之意定代理，出於同一源流，因其為私法上之意定代理，故同時於訴訟法上兼具訴訟代理之資格。如經理人（民法第五五五條），船舶在船籍港外時之船長（海商法第五十二條一項），有代表商號或船舶所有人為原告或被告其他一切訴訟上行為之權。因經理人或船長之代理權，係基於本人之意思所授與（民法第五五三條二項、海商法第三九條一項），故屬於意定代理，訴

認代理。至爲訴訟行爲之權限（兼有訴訟外行爲之權限），即代理權之範圍，依法律所定，則並無妨礙其爲訴訟代理（第一款法定代理，第一參照）而區別上述依私法上之意定代理與次述訴訟委任代理之實益，亦在於決定代理權範圍不同一點。即前者之代理權範圍，一依法律所定；後者則本於授權行爲，授權人得加以限制（七十條）。

二 依訴訟委任之代理 是爲由於本人之授權，而爲訴訟行爲者。此種訴訟代理人，由其資格之不同，可分爲律師與非律師兩類。本法爲杜絕流弊計，特規定：「非律師而爲訴訟代理人者，法院得以裁定禁止之。」「前項裁定，應送達於爲訴訟委任之人」（六八條）。

第三 授權行爲 授權行爲云者，謂就一定訴訟事件，授與代理權之行爲。自授權之性質言之，授權爲本人對於法院之一方訴訟行爲，不須法院或他造之允許或同意，即可發生效力。訴訟代理人，應於最初爲訴訟行爲時，提出委任書；但由當事人以言詞委任，經法院書記官記明筆錄者，得不提出委任書（六九條）。得爲授權行爲者，爲當事人，其法定代理人，法人之代表機關等有包括的代理權或代表權者。

第四 訴訟代理權之範圍

一 各個訴訟行爲之代理權 代理權，受一定之限制，其範圍，依授權行爲所定者，如只授與起訴或上訴之代理權。代理權有限制者，應於委任書或筆錄內表明（七十條二項）。

二 訴訟代理權 關於特定訴訟事件，包括的授與代理權時，有爲一切訴訟行爲之權（七〇條一項）。其代理權之範圍，包括（1）依授權行爲所定代理之客體，訴訟主體，訴訟程序之種類爲基礎，及（2）法律所定一定範圍之行爲。

三 特別代理權 上述兩種，爲通常訴訟代理權。此外關於爲捨棄、認諾、撤回、和解、提起上訴、或再審之訴及關於強制執行之行爲或領取所爭物或選任代理人尙須受特別委任，是爲特別代理權（七一條一項但書）。

第五 訴訟代理人有數人時之代理權 一當事人得有數訴訟代理人。數代理人之代理權，不須同時授與，得各別授與。訴訟代理人有二人以上者，均得單獨代理當事人（七一條一項），亦得共同代理。當事人違反前項之規定而爲委任者，對於他造不生效力（同條二項），只於本人及代理人間之內部關係，發生效力。

第六 訴訟代理之效力 訴訟代理，亦代理之一種，故應適用代理之一般原則。

一 代理人行爲之效力 依代理人而爲之行爲，雖爲代理人之行爲，非本人之行爲，然其行爲，係基於代理權，用本人之名而爲時，不問其爲積極代理與消滅代理，均直接對於本人發生效力。

因訴訟代理之行爲，爲代理人之行爲，故關於意思欠缺，是否知悉事實，有無錯誤，均應以代理人爲標準而決。

二 代理人之行爲與本人行爲之關係 當事人本人，無論何時，均得撤回訴訟代理之授權。當事人本人，

雖經委任訴訟代理人，但並非因之喪失爲訴訟行爲之權，故當事人本人於訴訟代理人存在時，亦得自爲訴

訟行爲。然訴訟代理人之行爲，乃直接對於本人發生效力，從而代理人之行爲與本人之行爲互相矛盾時，並不因其爲代理行爲而當然須受排斥，只限於事實上之陳述，經到場之當事人本人即時撤銷或更正者，不生效力（七二條）。「事實上之陳述」云者，爲自認，或其他關於事實之陳述，不包含本案之請求，訴訟上之聲請，及法律上之意見。然所謂事實上之陳述，亦非純粹關於事實上陳述之義，其陳述縱同時具體的示明法律上之效果，亦仍不失爲事實上之陳述。「即時」云者，乃代理人陳述後，不遲延之謂，並不限於代理人陳述完畢，同時爲之，從而在該期日無撤銷或更正陳述之機會時，得於次度期日爲之。

第四款 代理權之消滅

第一 法定代理權之消滅

一 法定代理權之消滅原因 法定代理權，因左列事由而消滅。

1 本人成年，或撤銷禁治產宣告；

2 代理人死亡、破產、喪失能力、資格（參看民法一一〇六、一一一三條）。

二 法定代理權消滅之時期 法定代理權，雖依右述原因發生而應歸於消滅，但其效力，則發生於由本

人或法定代理人通知於他造之時（參考七四條）。

第二 訴訟代理權之消滅

一 訴訟代理權之消滅原因 訴訟代理權，因左列事由而消滅。

- 1 事件之終了 訴訟事件終了時，代理之客體，既不存在，斯訴訟代理權亦失其目的，而應歸於消滅。
- 2 委任之解除 本人或法定代理人，無論何時，均得撤回授權行為，從而解除訴訟代理委任時，訴訟代理權應歸於消滅（七四條一項）。

3 訴訟代理人之辭任（七四條三項）。

- 4 代理人死亡，或喪失能力資格 代理權有專屬性，從而代理人死亡或喪失訴訟能力（如為律師，則喪失律師資格）時，訴訟代理權，亦歸於消滅。

唯於此有宜注意者，即訴訟代理權，不因本人死亡、破產，或訴訟能力喪失而消滅，法定代理人有變更者亦同（七三條）。

二 訴訟代理權消滅之時期

- 1 依事件之終了而消滅者，於其事由發生時，當然消滅。
- 2 基於解除訴訟代理之委任者，非通知他造，不生效力（七四條一項）。前項通知，應以書狀提出於法院，由法院送達於他造（同條二項）。即於他造收到送達時，訴訟代理權方歸於消滅。蓋委任訴訟代理人，既須提出委任書於法院或記明於筆錄（六九條），故解除委任時，亦須經同一之程序。

3 由訴訟代理人辭任即向本人通知解除者，自爲解除之意思表示之日起，十五日內仍應爲防衛本人權利所必要之行爲（七四條三項）。

第五節 輔佐人

第一 輔佐人之意義 輔佐人云者，經法院之許可，與當事人或訴訟代理人，同於期日到場，依言詞陳述，補助當事人或訴訟代理人，主張或防衛當事人權利之第三人（七六條一項）。

一 經法院之許可 此項許可，法院得隨時撤銷之（七六條二項）。

二 於期日 輔佐人只得在辯論期日爲訴訟行爲，在辯論期日以外，輔佐人不能存在。

三 與當事人或訴訟代理人共同到場 若非與當事人或訴訟代理人共同到場，則不得爲輔佐人。從而當事人或訴訟代理人退庭時，即失卻輔佐人之資格，不得單獨爲有效之陳述。

四 補助當事人或訴訟代理人 依本法規定，只限於當事人或訴訟代理人，得偕同輔佐人到場。

第二 輔佐人之資格 何人得爲輔佐人，法無明文規定。依理論言，只須有訴訟能力者，皆得爲之，並不以律師爲必要（參考德民訴法第九十條一項），但以得法院之許可爲要件（七六條一項）。

第三 輔佐人之權限及其行爲之效力 輔佐人於期日與當事人或訴訟代理人共同到場時，得爲當事人或訴訟代理人所得爲之一切陳述。輔佐人所爲之陳述，當事人或訴訟代理人不即時撤銷或更正者，視爲其所

述。自爲（七七條）。卽時之解釋，可參考第七二條訴訟代理之說明。撤銷或更正之範圍，得及於輔佐人之一切陳述。

研習問題

- 一、當事人能力與權利能力，訴訟能力與行爲能力之異點。
- 二、法定代理與訴訟代理之區別。
- 三、輔佐人之特點。

中編 訴訟行爲

第一章 訴訟行爲之立法主義

第一 處分權主義與職權主義

此兩主義，均爲關於訴訟之開始、進行、終了及訴訟材料之提出者。在處分權主義，一任當事人之自由提出、處分，國家不加干涉；在職權主義，則不待當事人之請求，由國家自動爲之；故又名前者爲職權不干涉主義，後者爲職權干涉主義。民事訴訟法，以採用處分權主義爲原則，職權主義爲例外。以下試分述之。

一 當事人開始主義

是爲關於訴訟開始之區別。民事訴訟，以保護私法上之利益爲目的，故其開始，須待當事人請求，且其權利保護請求之範圍，亦由當事人定之，法院應受其拘束。本法，原則採處分權主義（二四四、三八八），但有例外，即訴訟費用，宣告假執行，當事人雖未請求，法院亦應依職權而爲裁判（八七、三八九）是也。

二 辯論主義

爲裁判基礎之事實及其證據方法，悉聽當事人提出，法院不得自動蒐集訴訟材料。蓋當事人既有所請求，則因維持其請求爲有理由，自應陳述事實（主張責任），於必要時，並須證明之（舉證責任）。法院只依當事人所提出之訴訟材料而爲裁判，不得依闡明權爲反對之認定。舉其最著之例，如自認

(二七九及二八〇條一項)捨棄或認諾(二八四)但此項原則規定於婚姻事件程序及親子關係事件程序不適用之(五七〇、五九〇)法院得依職權調查證據斟酌當事人所未提出之事實(五七一、五九一)本法爲闡明訴訟關係特兼採職權主義賦與法院相當廣泛之闡明權(二〇三、二八三)是蓋鑒於極端的辯論主義之流弊故設此例外規定以資調和。

三 職權進行主義 於審級內之訴訟進行一依當事人之意思者爲當事人進行主義反之法院依職權進行訴訟者爲職權進行主義由當事人處分權主義言之於訴訟進行本應採當事人進行主義然此主義每因當事人之無法律知識及怠慢易致訴訟遲延及程序混亂故本法爲顧慮公益上之必要以採職權進行主義爲原則由法院指揮訴訟進行(一五四條、一六〇條)。

第二 言詞主義與書面主義

一 意義 此爲關於訴訟主體尤其當事人所爲訴訟行爲之方式而生之區別。在言詞主義當事人之訴訟行爲皆應依言詞爲之不依言詞而爲之行爲不生何等效力。故言詞主義常爲直接審理主義審判公開主義書面主義常爲間接審理主義秘密主義因此兩主義係依言詞或書面所爲之訴訟行爲爲基礎而審理裁判故又名前者爲言詞審理主義後者爲書面審理主義。

二 兩主義之利弊 言詞主義之長處爲(1)易了解當事人之意思明瞭事件之真相(2)多數推事或

旁聽人，得同時聽聞當事人之訴訟行爲及證人鑑定人之陳述，適於合議制及審判公開主義；（3）訴訟得以迅速進行，且可免書面主義下由同時提出主義而生之失權效果及其流弊，至其短處，爲（1）記憶困難，訴訟材料不易正確保存；（2）不適於覆審制度。

書面主義之長處，爲（1）爲裁判基礎之訴訟材料，一一記載於書面，既獲明確，且無遺漏；（2）適於覆審。其短處爲：（1）難明瞭事件之真相；（2）易致訴訟遲延；（3）推事各別閱覽書面，不堪煩雜，不適於合議制及審判公開主義。

三 本法所採之主義及其範圍 本法於判決程序，除第三審（四七一）外，以採用必要的言詞辯論爲原則（一九三、二二一、二二二），例外亦有不須經言詞辯論而得爲判決者（三八五）。法院之訴訟行爲，除與當事人之言詞辯論相交叉者外，亦有須依言詞爲之者（三一九、二二三、二三五）。證人之陳述，除經審判長許可者，不得朗讀文件或用筆記代之（三一八）。凡此，皆採用言詞主義之結果也。

裁定，得不經言詞辯論爲之。但得訊問一造或兩造，或命關係人以書狀或言詞爲陳述（二三四）。在裁定程序，用言詞訊問與否，一任法院之自由裁量，是爲任意的言詞主義。

此外，其訴訟行爲之本質非辯論行爲，而應依書面爲之者，如起訴（二四四）、上訴（四三八、四六七），但簡易訴訟程序之起訴或聲請調解，得以言詞爲之（四二七）。

第三 兩造審理主義與一造審理主義

法院爲判決，尤其爲本案判決之前，須審問兩造，至少亦應予以陳述之機會，是爲兩造審理主義。反之，爲一造審理主義，於發見事實真相，調查證據，均不克盡能事，故難得裁判之公平正確。本法於判決程序，以採用兩造審理主義爲原則，蓋因其多與實體上之權利，發生直接影響也。但爲期訴訟經濟及迅速進行訴訟起見，於裁定程序，則以採一造審理主義爲原則（二三四前段），因此種程序，多爲關於訴訟程序或須急速處置之事件也（參考五〇八、五二二及五二四條一項）。

第四 直接審理主義與間接審理主義

是爲關於審理訴訟方法之區別。直接審理主義，爲使推事直接認識訴訟材料，爲判決基礎之言詞辯論，均須於推事之面前爲之。其結果，推事可直接依當事人、證人、鑑定人等之供述，明瞭事實關係之真相，適於發見真實，此爲其長處。但如中途更迭推事時，則必須更新審理，前功盡棄，有增加法院及當事人負擔之弊。

反之，間接審理主義，推事不直接接觸當事人及其他訴訟關係人，係依訴訟卷宗、筆錄及書證等，審查當事人之主張及證據方法。此主義，因與當事人及其他訴訟關係人，無直接交通之機會，不能直覺事實之真相，不適於發見真實，雖爲其短處，但推事縱中途變更，亦可依書面審理，不須重複審訊，則較合於訴訟經濟之原則。

直接審理主義，常與言詞主義相一致；間接審理主義，常爲書面主義。本法於判決程序，既採言詞主義，同時亦以直接審理主義爲原則（二二一條二項）。但對於調查證據，則兼採間接審理主義，得由受命推事、受託推

事（二九〇條）或外國官署，駐在外國之我國大使、公使、領事爲之（二九五）。

第五 公開主義與秘密主義 此爲關於訴訟程序審理狀況之區別。公開主義，將訴訟程序之審理狀況，公

諸無訴訟關係之第三者，而任一般人之自由傍聽，秘密主義，則適與之相反。

公開主義，予公衆咸知訴訟程序進行狀況之機會，俾明瞭審判之公平無私，既足增進國民對於司法之信仰心，又可灌輸其法律知識，他方使當事人、證人於大庭廣衆之前爲陳述，知有所戒懼，亦足防止其虛偽矇混，有裨於發見真實。

公開主義，常與言詞主義、直接審理主義相一貫；秘密主義常爲書面主義、間接審理主義。本法既以採言詞主義，直接審理主義爲原則，故本於同一精神，原則上採用公開主義，訴訟之辯論及判決之宣示，應公開法庭行之（法院組織法第六五條前半）。至其例外，採秘密主義者，爲：

a 有妨害公共秩序或善良風俗之虞時，經法院之決議，得不公開（法院組織法六五條但書）。

b 禁治產之程序，不得公開行之（五九六）。

c 書面審理。

d 裁判之評議（法院組織法第八十條）。

前兩者爲基於公益上之理由，後二者則訴訟行爲之性質使然也。

第六 法定順序主義與自由順序主義

此爲關於訴訟行爲順序之主義。法定順序主義，當事人之訴訟行爲，應依法律所定之順序，否則不生效力。自由順序主義，不定若何順序，一任當事人自由前後爲訴訟行爲，以達訴訟之目的。

法定順序主義，又可分爲證據分離主義與同時提出主義。證據分離主義，將爲裁判基礎之事實主張與證據方法，截然分爲兩階段，須事實主張全部完畢後，方開始調查證據程序，一經調查證據，即不得再爲事實上之陳述。同時提出主義，爲達到同一目的之當事人主張或證據，須同時或於一定期間內提出，否則不生效力。

法定順序主義，雖可整齊迅速，防訴訟之遲延，然因發生失權之結果，馴至遺漏減少訴訟材料，有妨真實之發見。自由順序主義，當事人在訴訟進行中，不問其時機如何，得自由提出訴訟材料，其主張，立證之時期，無何等限制，故適於發見真實；但因無一定順序，易生訴訟遲延與混雜之弊。故在書面主義之立法，多採用法定順序主義，如一六五四年以前之德國普通法是；在言詞主義之立法，多採自由順序主義，如我國及日本民事訴訟法是（中一九六條一項，日一三七條）。但我國民事訴訟法，爲避免自由順序主義所生之弊害，特設左之限制規定：

a 當事人意圖遲滯訴訟，提出攻擊或防禦方法者，法院得駁回之（一九六條二項）。

b 於準備程序未陳述之事實，證據，或未提出之主義，以不得於言詞辯論時追補爲原則（二七六條）；但應依職權調查之事項，或主張該事項不甚遲延，或經釋明非因重大過失不能及時提出者，不

在此限（同條但書）。

c. 被告已爲本案之言詞辯論者，不得抗辯法院無管轄權（二五）或聲請法院命原告供訴訟擔保（九七條前半），或提出訴訟程序上之異議（一九七條一項但書），但係專屬管轄（二六），或應供擔保之原因知悉在後（九七條但書），或非僅爲當事人之利益而設者（一九七條二項），不在此限。

第七 自由心證主義與法定證據主義 前者又名實質證據主義，後者又名形式證據主義。均爲關於一定之證據方法，有如何證據力者。自由心證主義，判斷證據及事實，一任推事之自由認定，如推事富於學識經驗，固可依理論上之法則及經驗法則，以自由心證，正確判斷各種證據力，使事實認定，不致錯誤。否則如推事不得其人，則名爲自由心證，實足以召偏矯武斷之危險。

反之，法定證據主義，法律上一一確定證據力，雖足以防止推事放縱誤認事實之危險，然極端行之，若法定證據存在，則縱令推事確信爲非真實，亦不得不據以認定事實，殊有違反真實及不能斟酌裁量之弊。此僅於古昔人事簡單，法官幼稚時代用之。降至後世，社會情形日趨複雜，推事之學識經驗，亦比前進步，各國民事訴訟法，已捨棄法定證據主義，而採用自由心證主義。我國亦然，第二二二條：法院爲判決時，應斟酌全辯論意旨，及調查證據之結果，依自由心證，判斷事實之真偽。得心證之理由，應記明於判決。其例外規定，足爲兼採用法定證據主義之例，殊不多見（參看二一九條）。

研習問題

- 一、論處分權主義與職權主義。
- 二、言詞主義、直接審理主義、公開主義、自由順序主義與書面主義、間接審理主義、祕密主義、法定順序主義之關係。

第一章 訴訟行為之種類

第一節 當事人之訴訟行為

第一款 訴訟程序開始前之訴訟行為

訴訟關係，雖尙未現實發生，然預定將來發生訴訟關係，因將來開始之訴訟，爲某種訴訟行為時，訴訟法上亦承認其效力。舉其著者，說明如左：

一 管轄之合意 是爲基於當事人雙方之合意，而定法院之管轄（參考前編一章二節四款）。此合意，通

常於訴訟程序開始前爲之，即因將來發生之訴訟而爲之訴訟行為（二四）。但就已繫屬之訴訟而爲管轄之合意者，其合意之訴訟行為，亦有效力。

二 保全證據 訴訟尙未繫屬於法院以前，或訴訟雖已繫屬，但未開始調查證據，如證據有滅失或礙難

使用之虞，或經他造同意者，得向法院聲請保全（二二六八）稱爲證據保全。保全證據之訴訟行爲，一方爲訴訟當事人之行爲，同時爲法院之行爲，因聲請雖由當事人爲之（一造或兩造），而保全行爲，則須藉法院之力也。

三 聲請假扣押及假處分 假扣押及假處分，爲強制執行程序開始前之訴訟行爲，所以保全將來之執行物體者（五一八條以下）。聲請行爲，由債權人爲之，至准許與否，則由法院裁定之，此與保全證據之一方爲當事人之行爲，同時爲法院之行爲者相同。

第二款 訴訟程序開始後之訴訟行爲

民事訴訟爲保護私權之制度，以採處分權主義爲原則，訴訟之開始，胥由當事人向法院爲之（參看第一章第一之一）。此項以開始訴訟爲目的之訴訟行爲，稱爲起訴，其詳容於第一審程序中說明之，茲先述訴訟程序開始後之訴訟行爲。

訴訟程序之開始，固由於當事人之起訴，而其發展，因本法採用辯論主義之結果，亦猶俟當事人之訴訟行爲（參看一章第一之二）。其主要者，如請求、聲請、主張（陳述）、自認等，分述於次。

第一項 請求聲請及聲明

第一 請求之種類 請求及聲請，均爲當事人對於法院要求一定審判之意思表示。由其內容，直接關於本案與否，可區別爲應受判決事項之請求（亦稱本案之請求，二四四條三款稱爲「聲明」），與訴訟上之請求。

一 應受判決事項之請求 卽以訴向法院表示欲受如何內容之判決。蓋民事訴訟，因採處分權主義之結果，權利保護請求之範圍及其手段，均應由當事人定之，法院據其請求而爲裁判。故此項請求，乃屬於應受判決事項之請求，專爲原告對於法院之行爲。至若被告之請求，不過對於原告之請求向法院表示允否之行爲，不屬於應受判決事項之請求（參看二四四條三款）。

二 訴訟上之聲請 其請求裁判之客體，非關於訴訟標的之權利或法律關係，而爲關於訴訟程序之開始、進行、終了者。例如聲請調查證據，反訴中間確認之訴。

第二 請求以不得附條件爲原則 訴訟行爲得附條件與否，法無明文規定，當視其訴訟行爲之性質及訴訟制度之本旨而決。關於起訴之訴訟行爲，法律因其起訴之事實，賦與訴訟繫屬之一定效果，故權利保護之請求，必須爲確定的，從而應受判決事項之請求，以不得附條件爲原則。其依特種理由，許容附條件者，如第三九五條二項之規定是。本項之請求原告返還及賠償被告因假執行或因免假執行所爲給付及所受損害，係以第一項假執行之宣告被廢棄或變更爲條件，而此種條件之成就與否，在該訴訟程序中，可以確定，故雖許容之，亦無流弊此例外規定之理由也。

於此有宜注意者，卽預備的請求，並非可謂爲附條件請求，一般學說及判例，均主張應予許容是也。預備的請求，乃二個以上之請求，順序的存在，先依第一位之請求，要求權利保護，若第一位之請求被許容時，斯請求之

目的已達，第二位以下之請求，即可不予審查；否則，如第一位之請求被認為無理由時，方依次就第二位以下之請求而為判決。因其請求有順序的關係，故又名為順位的來求。

第三 請求及聲請之撤回 請求及聲請，以得自由撤回其全部或一部為本則，是亦基於採用處分權主義之當然結果。然一經撤回，則不得更行撤銷。蓋撤回為單獨行為，即生物權之效力，故除其撤回之發生效力，繫於其他條件，在該條件未成就以前，得撤銷其撤回行為外，（參考二六二條一項但書）以不得撤銷為原則。

關於訴之撤回，如被告已為言詞辯論者，應得其同意（二六二條一項）。撤回本以不得附條件為原則，然為保護被告得利用訴訟程序之利益，故特設明文規定，訴之撤回，認其附法定停止條件。

第二項 主張（陳述）

第一 意義 當事人之陳述，為供述法律上之意見（又稱法律狀態），或現存，已往（曾經存在）之事實狀態（一九三）。蓋請求之目的，在要求法院為一定之裁判；而主張之目的，則為維持請求，以充實請求之理由，屬於提出訴訟材料之觀念通知。故主張常以有請求為前提，其性質不過為觀念通知（知識報告）與請求，聲請之為意思表示者不同。

第二 主張之種類 可分為法律上之主張與事實上之主張。

一 法律上之主張 當事人因欲實現其請求為有理由，應供述關於該事件法文之適用及解釋上意見。

唯法律之適用及解釋，法院有應知之職責，不問當事人主張與否，故當事人之法律上主張，其效果遠不若事實上主張之重大。

二 事實上之主張 爲於特定訴訟事件，演述爲請求理由之事實現存或曾經存在。故當事人之事實上主張，乃構成裁判之基礎資料，所以決定其請求有無理由。

第三 主張不得附條件 此與請求相似。當事人之主張，爲關於法律關係或事實之存在或不存在，其性質，爲觀念通知，即知識報告。若法律關係或事實之真實存在與否，得附條件，則觀念上已屬矛盾。故當事人之主張，不得附條件；如附條件，則不生主張之效力。然其數多主張，選擇的主張其一，亦屬無妨。唯於選擇時，應依事實之理論關係而審查其順序，不得任意爲之。

第四 主張之撤回 民事訴訟法採用辯論主義之結果，爲裁判基礎之訴訟材料，應斟酌全辯論之意旨及調查證據之結果（二二二二）而依第一項第三所述，當事人之請求，既以得撤回爲原則，則構成請求理由之主張，亦應解爲得自由撤回。一經撤回，法院即應受其拘束，不得據爲訴訟材料。其主張之種類，及爲何造（原告之主張被告之答辯），均在所不問。但撤回之結果，有關他造之利益時，則應得其同意（參考二六二一條一項但書）。

第三項 自認

第一 自認之意義及性質 自認云者，謂於現在之訴訟，就他造所主張不利益於自己之事實，於準備書狀

內，言詞辯論時，或在受命推事、受託推事前，陳述爲真實之觀念表示也（二七九條一項）。

一 就現在之訴訟，於準備書狀內言詞辯論時或在受命推事、受託推事之前爲之

若非現在之訴訟，而

係於他訴訟事件曾爲之陳述，則與現在之意義不合。又非於法院，或受命推事、受託推事之前爲之，而係於書記官等之前所爲之陳述，亦非審判上之自認。但於任意的言詞辯論程序，或於準備程序所爲之陳述，仍不失爲審判上之自認，且自認亦不須於他造之前爲之。

二 就他造所主張不利益於自己之事實，陳述爲真實

只須爲他造所主張，不問主張與自認孰爲先後。

自認之物體（目的），須爲單純之事實，不包含由實驗法則，或事實連鎖而爲之判斷，乃至權利或法律關係之主張（權利或法律關係之主張，構成請求之捨棄或認諾）。不利益於自己，爲自認本來之意義，亦即認自認效力之所以。是否不利益，應依客觀的決定，自認者主觀方面知悉與否，在所不問。陳述爲真實云者，非僅不爭他造主張之事實（此與準自認不同），且陳述其事實爲真實。

三 觀念表示

自認之性質，爲觀念表示，非意思表示。

第二 自認之效力

自認，限於辯論主義所及之範圍內，拘束法院，發生「無庸舉證」之效力（二七九條

一項）。此外，屬於法院職權調查之事實，如訴訟成立要件，關於人事訴訟之事實，均爲公益大於私益，故不適用自認之法則。又不能之事實，或與顯著之事實相反之自認，乃顯明反於真實，法院無受其拘束之理，亦無認其發

生效力之餘地（參考二七八條一項）。

當事人於自認有所附加或限制者，應否視為自認，及當事人撤銷自認所及於自認效力之影響，由法院斟酌情形定之（二七九條二項，參看二一三條）。

第三 自認之撤銷 撤銷自認之結果，為消滅因自認所生之確定事實效力。其得為撤銷之情形如左：

- 1 自認者，證明其所為之自認不合於真實時；
- 2 自認，因他人之刑事上應罰行為而為時（參看四九二條六款）；
- 3 參加人、訴訟代理人、輔佐人所為之自認，當事人得即時撤銷或更正之（參看六一條但書，七二條，七七條）。

第四 準自認 又稱擬制的自認，即依法律而擬制之自認。據二八〇條一項規定，應具備左列要件：

- 1 對於他造主張之事實 自認，乃以他造所主張不利益於自己之事實為客體，故於準自認，亦須具備此基本要件。

- 2 於言詞辯論時不爭執 此為準自認之特質。自認須「陳述」為真實，準自認則只須應為陳述而不爭執，並不能因他項陳述可認為爭執者，便視同自認。

當事人對於他造主張之事實，為不知或不記憶之陳述者，應否視同自認，法院應審酌情形斷定之（二八條

○二項，參看日民訴訟一四〇條二項及一項但書。

第四項 責問權之拋棄及喪失

第一 凡法律規定，有強行的規定與訓示的規定之分。民事訴訟法亦然。訴訟行為之違反強行的規定者，無論訴訟在如何程度，法院皆應以職權調查之，不問當事人主張該訴訟行為之無效與否。反之，訴訟行為之違背訓示的規定者，則當事人得有效拋棄其責問權。

第二 我民事訴訟法中，屬於強行的規定，如關於法定迴避（三十二條）專屬管轄之規定（第十條，五六四、五七九、五九三、六二一）。當事人能力（四〇）、訴訟能力（四五）、法定代理權（四七）、訴訟代理權（七〇）、上訴、抗告期間（四三七、四八四）等；屬於訓示的規定，如送達、告知之期間，提起訴訟之方式等。前者多直接與公益有重大關係，非僅為當事人之利益而設，故訴訟行為違背其規定時，應歸無效，不問當事人要求遵守與否。（一九七條二項）；後者不過為訴訟程序之規定，當事人雖得提出異議，但為訴訟經濟起見，如當事人已表示無異議，或知其違背，或可得知其違背，並無異議而為本案辯論者，不在此限（一九七條一項）。使無庸重複為訴訟行為，兼杜訴訟遲延之弊。

第五項 訴之撤回

第一 訴之撤回云者，謂原告對法院表示拋棄依起訴而生之效力。撤回訴訟，為對於法院之行為，並非消滅實體上之權利，與捨棄關於訴訟標的之主張不同（參考二八四），故以不妨再訴為原則（例外詳第四之（三））。

第二 撤回訴訟之要件，爲：(1)須於判決確定前爲之。良以判決一經確定，則訴訟業已終結而不復存在，故無撤回可言。(2)被告已爲本案之言詞辯論者，應得其同意(二六二條一項但書)。蓋被告因應訴之結果，對於訴訟標的，亦取得要求法院判決之權利，如原告可不經被告同意，而自由撤回訴訟，則被告不但因應訴而取得之權利，將受原告任意行爲所侵害，且同一訴訟標的，有再三受訴之煩，致權利關係，陷於不確定狀態，故以同意爲要件，用保護被告。但反訴爲因有本訴而提起，故本訴撤回後，反訴得任意撤回，不須得原告之同意(二六四條)，雖反訴被告對於反訴爲應訴後亦然。(3)得撤回訴之全部或一部(二六二條一項前段)。

第三 撤回訴訟之方式，應以書狀爲之。但在言詞辯論時，得以言詞爲之。於言詞辯論時所爲之撤回，應記載於言詞辯論筆錄。如他造不在場，應將筆錄送達(二六二條二、三項)。

第四 訴經撤回，有下列效力。(1)視同未起訴，其效力遡及於起訴之時。但反訴不因本訴撤回而失效力(二六三條一項)。(2)訴訟費用由撤回之人負擔(八三條一項)。(3)於本案經終局判決撤回者，不得復提起同一之訴(二六三條二項)。因此種情形，可視爲捨棄私權保護之請求權也。

第六項 訴訟上之和解

第一 和解可分爲訴訟外之和解與訴訟上之和解(亦稱爲審判外之和解與審判上之和解)。訴訟外之和解，謂當事人約定互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約(民法七三六條)。其和解成就，雖成立和解契

約，然僅屬私法上之行爲，不發生民事訴訟法上之效力。反之，訴訟上之和解，則與成立和解契約，同時發生民事訴訟法上之效力。

第二 訴訟上之和解，爲當事人向法院表示，就訴訟標的或訴訟上之爭點，以終止全部或一部爭執爲目的之訴訟行爲。和解之本質，與訴訟外之和解相似，爲當事人互相讓步，終止爭執。和解之行爲，係基於雙方之合意，故以相對立意思表示之合致爲必要，且須雙方有訴訟能力。和解之客體，爲訴訟標的或訴訟上之爭點，不問其爲全部或一部。和解之主體，爲當事人間之合意，而非法院與當事人之合意。然既屬訴訟上之和解，故其合意之意思表示，應直接向法院爲之。至和解之時期，則不加限制，法院不問訴訟程度如何，如認有成立和解之望者，得於言詞辯論時，或使受命推事、或受託推事，試行和解（三七七條）。

第三 因試行和解得命當事人或法定代理人到場（三七八）。於言詞辯論時試行和解而成立者，應記載於筆錄；由受命推事或受託推事，試行和解而成立者，應作和解筆錄（三七九條一項）。前項筆錄，準用第二一二條至二一九條之規定，並應送達於當事人（同條二、三項）。其結果，有左列效力。

1 形式的確定力 和解成立，記明於筆錄後，不得依上訴或其他方法，聲明不服，是爲和解之形式的確定力。

2 既判力 和解成立者，與確定判決有同一之效力（三八〇條一項）。即當事人不得就和解之事項，再於訴訟上爲與和解內容相異之主張。

3 執行力 和解筆錄，爲債務名義之一，得據以請求強制執行。

4 和解費用及訴訟費用 當事人各自負擔之。但別有特約者不在此限（八四）。

第四 和解有無效或得撤銷之原因者，當事人得請求繼續審判（三八〇條二項）第四九六條及四九八條之規定，於前項情形準用之（同條三項）。

第二節 法院之訴訟行爲

法院之訴訟行爲，由其內容係意思表示與否，可大別爲裁判與裁判以外之訴訟行爲。前者容於後編第五章裁判論之，茲僅述裁判以外之訴訟行爲。

第一 訴訟材料之蒐集 本法雖以採處分權主義（辯論主義，參看第一九三條至一九五條）爲原則，爲裁判基礎之事實及其證據方法，以由當事人提出爲原則；但如訴訟事件，有關公益或爲闡明確定訴訟關係（人事訴訟程序，五七一、五九一、二〇三、二八三），法院得斟酌當事人所未提出之事實。又法院因認識，審查訴訟材料，而聽視當事人或證人、鑑定人之言詞，書面陳述（一九三以下），是爲裁判以外之訴訟行爲。

第二 指揮訴訟 爲促進訴訟進行，或蒐集訴訟材料之行爲。其關於訴訟進行者，謂之形式的指揮訴訟；其關於訴訟材料者，謂之實質的指揮訴訟。前者爲單純促進訴訟程序之進行，如指定或變更期日（一五四），傳喚訴訟關係人（一五六）；後者則因促進訴訟進行，同時影響於訴訟材料，如一九九、二〇四至二〇六條之規定是。指揮訴訟之行爲，可分爲法院指揮訴訟之行爲與審判長指揮訴訟之行爲。

一 法院指揮訴訟之行爲 如爲受訴訟救助人選任律師，代理訴訟（一一〇條四款），因闡明訴訟關係（二一〇三），命分別辯論（二一〇四），合併辯論（二一〇五），限制辯論（二一〇六），命中止訴訟程序（一八一至一八五），撤銷中止訴訟程序之裁定（一八六），命試行和解（二七七），禁止欠缺陳述能力之當事人，訴訟代理人，輔佐人爲陳述（二一〇八），命再開已閉之言詞辯論（二一〇）等。

二 審判長指揮訴訟之行爲 如定期日（一五四），指揮言詞辯論（一九八、一九九），許可當事人自行發問（二百條，三二〇），於筆錄內簽名（二一七），命證人具結（三一一），許可證人朗讀文件或用筆記，以代陳述（三二一八條二項），訊問證人（三一九），爲使證人能盡其陳述，命當事人暫時退庭（三二二）。

第三 送達及公證 送達，爲以一定方式之書面，通知（報告，告知）其趣旨於當事人或第三人。公證，乃將訴訟程序中，在法院所爲之行爲，作成書面（筆錄），保存於法院，以期明確，並備公證，故以附具公證力爲必要。

送達及公證，均爲屬於法院官員即書記官，執達員之行爲（一二三、一二四、二一二），容於後編訴訟程序通則中詳述之。

研習問題

- 一、請求聲請聲明與主張。
- 二、自認與準自認。

三、訴訟上之和解與訴訟外之和解。

第二章 訴訟行爲之用語處所及時期

第一節 訴訟行爲之用語

無論爲訴訟當事人，或法院之訴訟行爲，如係用言詞爲之者，均以中國語言爲準（法院組織法第七四條），法院筆錄，用中國文字記載（同法第七六條）。是爲關於訴訟行爲用語之原則規定，但對於特別情形，復設左之例外。

一 參與辯論人，如不通中國語言，法院應用通譯（本法二〇七條一項，法院組織法七五條）。此爲兼顧外國人或生長外國之華僑爲當事人，訴訟關係人，不通中國語言而設者。

二 推事不通參與辯論人所用之方言者，亦同（條文同前）。是因國語不普遍，方言互歧，乃我國特有情形所生之規定也。

三 參與辯論人爲聾啞人，不能用文字達意思者，法院應用通譯（本法二〇七條二項）。故聾啞人雖不能言聽，但如能用文字達意思，則可直接表示本人之意思，無用通譯之必要。

前二項通譯，準用鑑定人之規定（本法二〇七條三項）。鑑定人之說明，詳第二編第一審程序，第一章通常訴

訟程序。

第二節 訴訟行爲之處所

訴訟行爲之處所，可別爲二。

一 審判之處所 期日，以於法庭開之爲原則。法庭設於法院內；但有特別規定者，不在此限（一五七條

前段）法院組織法第六三條。蓋訴訟行爲，通常於受訴法院爲之，其例外情形，在受訴法院外爲之者，約有二稱：（1）法律有特別規定者，如第三〇五條。（2）遇有應爲之行爲在法院內不能或或爲之而不適當者，如勘驗不動產（一五七條後段）。

二 送達之處所 詳後篇訴訟程序通則關於送達之說明。

第三節 訴訟行爲之時期

第一款 總說

訴訟行爲之時期，爲就各個訴訟行爲所定之期日或期間，與法院之執務時間有別。訴訟行爲之時期，乃有效得爲訴訟行爲之時期，只於其時期內爲之，方發生效力；法院之執務時間，爲行政上之規則並無訴訟法上之意義。不過訴訟行爲，通常須於法院之執務時間內爲之，故可稱執務時間，即有效得爲訴訟行爲之時期（參看一五五條）。

時期有期日與期間之分，訴訟法設期日與期間之理由：為維持訴訟程序之秩序，及使當事人在適當時間會合為訴訟行為，用設期日之制度，為欲使當事人蒐集訴訟材料，準備訴訟行為，故予以適當之期間。

第二款 期日

第一期日之意義 期日云者，乃法院與當事人及其他訴訟關係人，會合而為訴訟行為之時期。即定有期日者，訴訟行為，須於該期日為之，方發生效力。

期日，依訴訟行為之種類，可分為言詞辯論期日，調查證據期日，和解期日，宣示判決期日。

第二期日之指定與告知 期日，除別有規定外，由審判長依職權定之（一五四條、一九八條三項）。如係於受命推事、或受託推事之前為訴訟行為者，則由受命推事、或受託推事定之，並準用第一五四條至一五九條之規定（一六七）。期日，限於在法院之執務時間內，且須預先指定，除有不得已之情形外，不得於星期日或其他休息日定之（一五五條）。其告知方法，為由書記官作成傳票，送達於訴訟關係人，令其到場。但經審判長面告以所定之期日，命其到場，或訴訟關係人，曾以書狀陳明屆期到場者，與送達傳票有同一之效力（一五六）。由審判長面告期日者，應記載於筆錄，以資公證。

第三期日之始終 期日，非因所定日時之到來，而當然開始，乃以該事件之點呼為始（一五八）。點呼，必須於日時到來後為之，在到來前之點呼，不發生效力。同一期日，有數多訴訟事件時，其點呼之順序，依審判長之意

見定之。點呼，由審判長爲之爲本則，但亦得使書記官或庭丁爲之。

期日，因審判長宣示閉庭（一九八條一項），如指定續行辯論期日（一九八條三項）延展辯論期日（二〇八條一項、二項），或因當事人之行爲，如和解，請求之捨棄，認諾而終結。並非因當事人完結於期日應爲之訴訟行爲，卽爲期日之終結。

第四 期日之變更 期日之變更，謂於期日開始前，廢止原定之期日，而指定替代之新期日。期日如有重大理由，得變更或延展之。變更或延展期日，除別有規定外，由審判長裁定（二五九條）。是爲圖訴訟迅速進行，故特限制法院之職權及當事人之處分。

延展辯論期日，乃於事件點呼，期日開始後，尙未辯論前，延期辯論。續行辯論期日，則爲期日開始。且經辯論後，未能完結，一時中止，再指定期日，繼續辯論之謂。延展，續行辯論期日，亦爲廢止期日之全部或一部，廣義言之，均爲期日之變更。

第三款 期間

期間云者，謂當事人得爲訴訟行爲之期限。有一定期間之訴訟行爲，原則上，只在其期間內得有效爲之，且在其期間中，何時皆得爲之。

期間可大別爲法定期間與裁定期間。

第一 法定期間 法定期間云者，謂以法律規定所定之期間。除法律有特別規定外，由其事項發生時，期間開始進行，當事人不在法院所在地住居者，計算法定期間，應扣除其在途之期間。但有訴訟代理人住居法院所在地得為期間內應為之訴訟行為者，不在此限。前項應扣除之在途期間，由司法行政最高官署定之（一六二二）。此項在途期間，係附加在法定期間外者，故又名附加期間。法定期間中，有所謂不變期間，法文中特標明其名稱（如一六四條二項、四三七條、四八四條、四九六條一項），除中斷或中止訴訟程序外，無論如何情事，皆不能影響不變期間之進行（一八九條一項），亦不得延展或縮短之（一六三條一項但書）。但當事人或代理人，因天災或其他不應歸責於己之事由，遲誤不變期間者，於其原因消滅後十日內，如該不變期間少於十日者，於相等之日數內，得聲請回復原狀。前項期間，不得伸長或縮短之。遲誤不變期間已逾一年者，不得聲請回復原狀（一六四參考四八四條二項）。不變與回復，均為其他法定期間所無，蓋基於不變期間之性質而生之差異也。

第二 聲請回復原狀之程序 因遲誤上訴或抗告期間而聲請回復原狀者，應以書狀向為裁判之原法院為之；遲誤其他期間者，向管轄該期間內應為訴訟行為之法院為之。遲誤期間之原因及其消滅時期，應於書狀內表明並釋明之。聲請回復原狀，應同時補行期間內應為之訴訟行為（一六五）。

回復原狀之聲請，由受聲請之法院與補行之訴訟行為合併裁判之。但原法院認其聲請應行許可，而將該上訴或抗告事件送交上級法院者，應送由上級法院合併裁判（一六六）。

第三 裁定期間 裁定期間云者，謂由法院或審判長，於各個具體的事項，酌量情形定之（一六〇條一項）。如係於受命推事，或受託推事之前為訴訟行為者，則由受命推事，或受託推事定之，並準用第一六〇條及一六三條之規定（一六七）。裁定期間，除別定起算方法者，自送達定期間之文書時起算，無庸送達者，自宣示定期間之裁判時起算（一六〇條二項）。

第四 間期之計算、伸縮、停止 期間之計算，依民法之規定（一六一條，適用民法第一一九條至一二三條）。除不變期間外，如有重大理由，法院得以裁定延展或縮短之。但期間係審判長所定者，由審判長裁定（一六三條）。

訴訟程序中斷或中止者，期間停止進行。自中斷或中止終竣時起，其期間更始進行（一八八條二項）。

研習問題

- 一、 期日之種類。
- 二、 期間之種類。

後編 訴訟程序通則

第一章 當事人書狀

第一 訴訟行爲之方式

民事訴訟法採當事人處分權主義，凡爲裁判所必要之基礎材料，以由當事人提出爲原則。其提出之方法，有言詞與書狀之別。於言詞辯論外，關於訴訟所爲之聲明或陳述，除依本法應用書狀者外，得於法院書記官前，以言詞爲之（一二二條一項）。用言詞爲聲明或陳述者，法院書記官應作筆錄，並於筆錄上簽名，及準用以下所述（一一六條，及第一一八至一二〇條）之規定（同條二、三項）。

第二 書狀之程式及內容

當事人書狀，除別有規定外，應記載左列各款事項（一一六）。

- 一 當事人姓名、年齡、職業及住所或居所。當事人爲法人或其他團體者，其名稱及事務所或營業所。
- 二 有法定代理人、訴訟代理人者，其姓名、年齡、職業及住所或居所。
- 三 訴訟之標的。
- 四 應爲之聲明或陳述。
- 五 供證明或釋明用之證據。
- 六 附屬文件及其件數。

七 法院。

八 年月日。

當事人或代理人，應於書狀內簽名。其不能簽名者，得使他人代書姓名，由當事人或代理人畫押蓋章或按指印。前項代書人，應記明其事由並簽名（一一七）。當事人於書狀內引用所執之文書者，應添具該文書原本或繕本。其僅引用一部分者，得祇具節本，摘錄該部分及其所載年月日並名押印記。如文書係他造所知或浩繁難於備錄者，得祇表明該文書（一一八條一項）。當事人於書狀內引用非其所執之文書或其他證物者，應表明執有人姓名及住居所或保管之公署。引用證人者，應表明該證人姓名及住居所（同條二項）。

第三 書狀之提出 書狀及其附屬文件，除提出於法院者外，應按應受送達之他造人數，提出繕本於書記科（一一九條一項）。前項書狀有不符時，以提出於法院者為準（同條二項）。

第四 書狀之閱覽 當事人提出於法院之附屬文件原本，他造得請求閱覽。所執原本未經提出者，經他造催告，應於五日內提出於書記科，並通知他造（一二〇條一項）。他造接到前項通知後，得於三日內閱覽原本，並作製繕本（同條二項）。

第五 書狀之補正 書狀不合程式，或有其他欠缺者，審判長應定期間，命其補正。因命補正欠缺，得將書狀發還。如當事人住居法院所在地者，得命其到場補正（一二一條一項）。書狀之欠缺，經於期間內補正者，視其

補正之書狀，與最初提出同（同條二項）。

第一章 送達

第一節 總說

第一 送達之意義 送達云者，謂法院依法定方式，用書面通知一定事項於訴訟關係人之行為。分析言之：（1）為法院之訴訟行為。當事人間所為之通知行為，非訴訟法上之送達。（2）應依法定之方式。（3）交付書面。（4）通知一定事項。（5）對訴訟關係人為之。

第二 送達之機關 送達，除別有規定外，由法院書記官依職權為之（一二三）。而直接實施送達者，則以由法院書記官交執達員或郵務局行之為原則（一二四條一項）。例外，法院書記官，得於法院內，將文書付與應受送達人，以為送達（一二六）。由郵務局行送達者，以郵差為送達人（一二四條一項）。

第三 送達之文書 除別有規定外，付與該文書之繕本（一三五）。所謂別有規定，如判決、裁定，應送達正本（二二九、二三九條）。

第二節 送達之種類

送達，依其方法之不同，可以為次述五種。

第一款 交付送達

第一 送達之處所 送達於應受送達人之住居所、事務所、或營業所行之（一三六條一項前段）。法文列舉之住居所、事務所、營業所，並未定有順序，故送達人可依文件所書之地址任意爲之。是爲原則上之送達處所。此外，本法尚有左之例外規定。

一 在他處會晤應受送達人時，得於會晤處所行之（一三六條一項但書）。

二 對於法定代理人之送達，亦得於當事人本人之事務所或營業所行之（一三六條二項）。

三 法院書記官，得於法院內將文書交付於應受送達人（一二六條）。名曰簡易送達。

四 對於在軍隊或軍艦服役之軍人，軍屬爲送達者，應向該管長官，即於軍署或軍艦所在處所爲之（二九）。

五 對於在監所人爲送達者，應向該監所長官，即於監所爲之（一三〇）。

第二 應受送達人 以當事人本人爲原則。例外規定，爲：

一 對於無訴訟能力人爲送達者，應向其法定代理人爲之（一二七條一項）。蓋無訴訟能力人，不能領受訴訟行爲，故須向其法定代理人爲之。法定代理人有二人以上者，送達得僅向其中一人爲之（同條二項）。

二 對於在中華民國有事務所或營業所之外國法人或團體爲送達者，應向其在中華民國之代表人或代理人爲之。並準用前條二項之規定（一二八）。

三 對於在軍隊或軍艦服役之軍人或軍屬爲送達者，應向該管長官爲之（一二九）。

四 對於在監所人爲送達者，應向該監所長官爲之（一二三〇）。

五 關於商業之訴訟事件送達，得向經理人爲之（一二三一）。

六 訴訟代理人有受送達之權限者，送達應向該代理人爲之。但審判長認爲必要時，得命送達於當事人本人（一二三二）。如一造有二人以上之訴訟代理人時，得僅向其中一人送達（參考一二七條二項，七一條，日民

訴法一六六條）。

七 代收送達人 可分爲兩種。其代收之範圍，不問爲送達全部，或限於特定送達。代收送達人經指定陳明後，其效力及於同地之各級法院。但該當事人或代理人別有陳明者，不在此限（一二三四）。

a 任意的指定代收送達人 當事人或代理人，雖於受訴法院所在地有住居所、事務所或營業所，爲便利計，亦得指定代收送達人。當事人或代理人，經指定代收送達人向受訴法院陳明者，應向該代收人爲送達（一二三三條一項）。

b. 強行的指定代收送達人 當事人或代理人，於受訴法院所在地，無住居所、事務所及營業所者，審判長得命其於一定期間內指定代收送達人（一二三三條二項）。此爲圖法院及當事人之便利，故課當事人或代理人以指定代收送達人之義務。如當事人或代理人怠惰此義務，不於前項期間內指定代收送達人而陳明者，則發生違背義務之不利益制裁——法院書記官得將應送達之文書，註明該當

事人或代理人之住居所、事務所或營業所、交付郵務局、以交付文書時視為送達之時（一三三條三項）。交付方法，應作為掛號郵件。

第二款 補充送達

送達之目的，在交付文書於應受送達人，故原則上，應對於應受送達人本人為之。然有時在送達處所不獲會晤應受送達人時，法典特設補充規定，得對於在送達處所與本人有一定密切關係者為之，以期間接達交付於應受送達人本人之目的，是為補充送達。依第一三七條規定，其要件如左。

一 送達於住居所、事務所或營業所，不獲會晤應受送達人 只須有不獲會晤之事實已足，不問其理由如何。但不獲會晤之處所，限於住居所、事務所或營業所；且送達之行爲，必須由送達機關之執達員或郵差行之，不得使用使者。

二 將文書付與有辨別事理能力之同居人，或受僱人 在住居所之送達，應交付於住居所之同居人、受僱人；在事務所之送達，應交付於事務所之受僱人；在營業所之送達，應交付於營業所之受僱人。其處所與人，不得互易。

三 如同居人或受僱人為他造當事人者，不適用前項之規定 本項情形，乃雙方利害關係相反，為保護本人之利益，故不得施行補充送達。

具備上述要件，而為補充送達時，其送達即為完畢，嗣後本人收到轉交之文書與否，在所不問。

第三款 告知送達

送達不能依交付送達或補充送達為之者，得將文書寄存送達地之自治或警察機關，並作送達通知書，黏貼於應受送達人住居所，事務所或營業所門首，以為送達（一三三八條）。

第四款 留置送達

無論為交付送達或補充送達，應受送達人拒絕受領而無法律上理由者，送達機關應將文書置於送達處所，以為送達（一三三九）。一經留置送達，其送達即為完畢。

第五款 囑託送達

- 一 法院書記官，得向送達地地方法院之書記官，為送達之囑託（一二二五）。
- 二 於有治外法權人之住居所或事務所為送達者，得囑託外交部為之（一四四）。
- 三 於外國為送達者，應囑託該國管轄官署或駐在該國之中華民國大使、公使或領事為之（一四五）。
- 四 對於駐在外國之中華民國大使、公使或領事為送達者，應囑託外交部為之（一四六）。
- 五 對於出戰或駐在外國之軍隊或軍艦之軍人、軍屬為送達者，得囑託該管軍事機關或長官為之（一四七）。
- 六 受囑託之官署或公務員，經通知已為送達或不能為送達者，法院書記官應將通知書附卷；其不能為送

達者，並應將其事由通知使爲送達之當事人（一四八）。

第六款 公示送達

應送達之文書，不能交付於應受送達之當事人，又不能用補充、囑託送達時，爲保護他造當事人之權利計，於是採用公示送達制度。

第一 得爲公示送達之情形 對於當事人之送達，有左列各款情形之一者，受訴法院得依聲請，准爲公示送達（一四九一項）。

一 應爲送達之處所不明者 如代表人、管理人、經理人等代理訴訟者之住居所明白時，應向之爲送達，不得適用本條。其當事人雖明滯留於一定城市內，然其所在無由知悉時，則可適用本條。當事人在敵人占領之戰爭區域內有住居所，亦可解爲不明。但對於出戰者在戰地時，則不可即解爲送達之處所不明，應適用第一四七條之規定，爲囑託送達。

二 於有治外法權人之住居所或事務所爲送達而無效者。

三 於外國爲送達，不能依一四五條之規定辦理，或預知雖依該條規定辦理而無效者。

原告或曾受送達之被告，變更應爲送達之處所，不向受訴法院陳明，致有第一項第一款情形者，受訴法院得依職權命爲公示送達（同條三項）。

第二 公示送達之手續 公示送達受訴法院因當事人之聲請認爲有必要時爲之，原則上非職權行爲，是爲送達採用職權主義之例外（一四九條一項，參看一二三條）駁回聲請公示送達之裁定，得爲抗告（一四九條

二項)。但爲公示送達後，對於同一當事人之公示送達，得依職權爲之（一五〇條），是又返於職權主義之原則。

第三 公示送達之方法 公示送達，應由法院書記官保管應送達之文書，而於法院之牌示處，黏貼布告，曉

示應受送達人，得隨時向其領取。但應送達者如係傳票，應將該傳票黏貼於牌示處（一五一條一項）。如法院認爲必要時，得命將文書之繕本或節本登載於公報，或新聞紙，或用其他方法通知或布告之（同條二項）。

第四 公示送達之發生效力時期 公示送達，自將布告或傳票黏貼牌示處之日起，其登載公報或新聞紙

者，自最後登載之日起，經二十日發生效力（一五二條前段）。蓋公示送達，非交付送達可比，當事人不能立刻知悉，故不能於送達後即生效力，必須經相當時間，方爲公允。但第一五〇條即第二次以後之公示送達，自黏貼牌示處之翌日起，發生效力（同條但書）。

第五 公示送達之證明 爲公示送達者，法院書記官應作記載該事由及年月日時之證書附卷（一五三）。

第三節 實施送達之日時

第一 送達，除依第一三三條三項之規定交付郵務局外，非經審判長或受命推事、受託推事，或送達地地方法院推事之許可，不得於星期日或其他休息日，或日出前日沒後爲之（一四〇條一項前段）。前項許可，法院書記官應於送達之文書內記明（同條二項）。

關於實施送達日時之限制，乃爲使應受送達人能與一般人同等休息，以不害其安靜之社會生活爲目的。

故如執達員於法定日時外爲送達，而應受送達人不拒絕收領者，其送達仍屬有效（一四〇條一項但書）。

第四節 送達證書

送達人應作送達證書，記載左列各款事項，並簽名（一四一條一項）。

- 一 交送達之法院；
- 二 應受送達人；
- 三 應送達之文書；
- 四 送達處所及年月日時；
- 五 送達方法。

送達證書，應於作就後，交收領人簽名、畫押、蓋章，或按指印。如拒絕或不能簽名、畫押、蓋章，或按指印者，送達人應記明其事由（同條二項）。然後送達人將送達證書提出於法院書記科，由書記科附卷（同條三項）。

不能爲送達者，送達人應作記載該事由之報告書，提出於法院書記科附卷，並繳回應送達之文書（一四二條一項）。法院書記官應將不能送達之事由，通知使爲送達之當事人（同條二項）。

法院書記官於法院內將文書交付於應受送達人者，應命受送達人提出收據附卷（一四三條一項）。依第一三三條三項之規定，交付郵務局爲送達者，法院書記官應作記載該事由及年月日時之證書附卷（同條

二項)。

研習問題

一、送達之種類及關係。

第三章 訴訟程序之停止

訴訟程序，一經開始，本應繼續進行，以期早日終結。然事實上，如當事人不能為訴訟行為；或法院當事人遇意外事故，甚難進行；因當事人雙方之合意，不願繼續進行時，訴訟程序，唯有暫行停止。因其情形，可分為訴訟程序之中斷、中止、休止。

第一節 訴訟程序之中斷

第一 訴訟程序中斷之立法理由 在當然發生訴訟承受之情形，如不問應承受人知悉與否，毫無間斷，進行訴訟程序，不但應承受人將受無辜之損失，且若必強其立即承受，如繼承人於法定期間內拋棄繼承權（民法一一七四條），則在拋棄前所為之訴訟行為，徒增訴訟關係之複雜，故法律對於得繼受之訴訟關係（其專屬當事人一身之權利或法律關係，不能繼承者，不發生訴訟承受問題，從而無中斷之必要），特設中斷之規定，以除上述之不便。

第二 訴訟程序中斷之原因

一 當事人死亡者 在有繼承人、遺產管理人，或其他依法令應續行訴訟之人承受其訴訟以前，中斷（一六八）。本法雖只規定當事人死亡時，然死亡宣告，推定其為死亡（民法第九條一項），故應解為與死亡相同，構成訴訟程序中斷之原因。

二 法人因合併而消滅者 在因合併而設立或合併後存續之法人承受其訴訟以前，中斷（一六九條一項）。因法人合併之訴訟程序中斷，以有訴訟之承受為前提。如其合併不得對抗他造者（公司法第四九條）。則根本上不得主張承受訴訟，故不適用訴訟程序中斷（一六九條二項）。

非法人之團體，設有代表人或管理人者，依本法規定，亦有當事人能力（四十條三項）。如其當事人能力消滅時，有時發生訴訟承受問題，故亦可解為訴訟程序中斷原因之一。

三 當事人喪失訴訟能力，或法定代理人死亡，或其代理權消滅者 在有法定代理人或取得訴訟能力之本人承受其訴訟以前，中斷（一七〇條）。當事人喪失訴訟能力，例如受禁治產宣告（民法十五條），或限制行為能力人，關於獨立營業之允許，被撤銷時（民法八五條），致喪失訴訟能力。法定代理人死亡，或其代理權消滅時，因本人無訴訟能力，故均有停止訴訟程序之必要，為構成中斷之原因。但如一當事人有數法定代理人，除死亡或代理權消滅者外，尚有他法定代理人，而依法律規定或章程，又不以共同代理為必要時，則

不成爲訴訟程序中斷之原因（破產管理人有數人時，除得法院許可外，常以共同行使職權爲必要）。

四 受託人之信託任務終了者 在新受託人承受其訴訟以前，中斷（一七一條）。蓋因信託任務終了

之結果，須移轉訴訟實施權，發生訴訟承受問題，從而在新受託人承受其訴訟以前，有中斷訴訟程序之必要。但如前受託人之信託任務，雖已終了，然其權利義務，仍尙餘存之間，或受託人有數人，除終了者外，猶有他受託人時，均無認中斷之必要。

五 本於一定資格，以自己名義，爲他人任訴訟當事人之人，喪失其資格或死亡，或多數有共同利益者所選定爲訴訟當事人之人全體喪失其資格者 在有同一資格之人，或該有共同利益人全體，或所被選定爲

訴訟當事人之人承受其訴訟以前，中斷（一七二）。

前四條規定，於有訴訟代理人時，不適用之；但法院得酌量情形，命中止其訴訟程序（一七三）。蓋依七二條規定，訴訟代理權，不因本人死亡、破產，或訴訟能力喪失，法定代理人變更而消滅，故原則上無認訴訟程序中斷之必要。

六 當事人受破產之宣告者，關於破產財團之訴訟程序 在依破產法有承受訴訟人或破產程序終結

以前，中斷（一七四條）。是因當事人受破產宣告之結果，喪失訴訟實施權，依破產法，應移轉於破產管理人在破產管理人承受訴訟以前，應中斷訴訟程序。

七 法院因天災或其他事故，不能執行職務者 在該事故終竣以前，中斷。前項事故終竣時，法院應布告

之（一八〇）。

第三 訴訟程序之承受 上述之承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明。他造當事人，亦得聲明承受訴訟（一七五）。由他造為聲明時，須表示在可續行訴訟之情形，及指明應承受訴訟人。聲明承受訴訟程序時，訴訟程序之中斷，歸於解除，仍回復停止以前之狀態，繼續進行訴訟程序。聲明承受訴訟，應提出書狀於受訴法院，由法院送達於他造（一七六）。

承受訴訟程序之聲明，須為有承受之聲明權者，且須訴訟在可承受之狀態，方發生效力。法院即據此為要件，以斷定其聲明有無理由，並應依職權調查之（一七七條一項）。法院認其聲明為無理由者，應以裁定駁回之（同條二項）。訴訟程序，於裁判送達後中斷者，其承受訴訟之聲明，由為裁判之原法院裁定之（同條三項）。

第四 法院命令承受訴訟程序 本法於訴訟進行，以採職權進行主義為原則。將此原則，適用於訴訟程序中斷之情形，如中斷原因，業已消滅，而當事人仍不聲明承受訴訟程序時，是為應承受而延不承受，法院為促進訴訟進行，有解除其中斷，使續行訴訟程序之必要，故得依職權，以裁定命其續行訴訟（一七八條）。訴訟程序之中斷，因之而被解除。前條及本條之裁定，均得為抗告（一七九）。

第二節 訴訟程序之中止

第一 訴訟程序中止之立法理由 當事人因意外事故，或基於其他原因，不能或甚困難為訴訟行為者，依本法規定，停止訴訟程序，是為訴訟程序之中止。

第二 訴訟程序中止之原因

一 當事人於戰時服兵役，或因天災，其他事故，與法院交通隔絕者 法院得命在障礙消滅以前，中止訴訟程序（一八一）。

二 訴訟全部或一部之裁判，以他訴訟之法律關係是否成立為據，或其法律關係，應由行政官署確定其是否成立者 法院得命在他訴訟終結以前，中止訴訟程序（一八二條）。

三 訴訟中，有犯罪嫌疑牽涉其裁判者，法院得命在刑事訴訟終結以前，中止訴訟程序（一八三條）。

四 依第五四條之規定，提起訴訟，或依六十五條之規定，告知訴訟，法院如認受告知人能為參加者 法院得命在該訴訟終結以前，或受告知人參加以前，中止訴訟程序（一八四、一八五）。

第三 訴訟程序中止之手續 訴訟程序之中止，須依法院之裁定為之。此與訴訟程序之中斷，因法定事實發生而當然停止進行者不同。中止訴訟程序之裁定，法院得撤銷之（一六八）。關於中止訴訟程序及關於撤銷中止之裁定，得為抗告（一八七）。

第三節 訴訟程序中斷中止之效力

訴訟程序中斷及中止之效力如左：

一 停止期間之進行

此為訴訟程序中斷、中止效力之最重要者（一八八條二項前半）。其期間，不問為法定期間，裁定期間，不變期間（參考一八九條一項但書）。然除斥期間，非真正之期間，不因中斷、中止而受影響，如第四九六條三項關於再審之除斥期間。一六四條三項關於回復原狀之除斥期間。中斷或中止終竣時起，其期間更始進行（一八八條二項後半）。

二 法院及當事人，不得為關於本案之訴訟行為

訴訟程序中斷或中止間，訴訟在停止之狀態，故無論法院及當事人，均不得為關於本案之訴訟行為（一八八條一項前半）。但中斷生於言詞辯論終結後者，本於其辯論之裁判，得宣示之（同條一項但書）。

第四節 訴訟程序之休止

如第一節所述，本法於訴訟程序之中斷、中止外，兼設訴訟程序休止之規定。休止訴訟程序之情形如左。

一 合意休止

當事人得以合意，休止訴訟程序。但不變期間之進行，不因休止而受影響。前項合意，應由兩造向受訴法院陳明（一八九）。蓋訴訟程序之休止，非若中斷中止之由於天災事故及其他特別原因，故其效力，亦遜於中斷、中止（參考前節一）。

休止訴訟程序之當事人，自陳明休止時起，如於四個月內，不續行訴訟者，視為撤回其訴或上訴（一九〇條一項）。前項規定之效力，法院應於其效力發生前十日，通知當事人（同條二項）。

二 事實上之休止 當事人兩造遲誤言詞辯論期日者，除別有規定外，視為休止訴訟程序。但法院於認為必要時，得依職權續行訴訟（一九一）。

研習問題

一、訴訟程序中斷與中止、休止之異點。

第四章 言詞辯論

第一節 言詞辯論

第一 言詞辯論之意義 本法採用言詞主義之結果，法院及當事人之訴訟行為，原則上應以言詞為之。於茲所述之言詞辯論，即為實現言詞主義者。

第二 言詞辯論之開始及方法 言詞辯論，以當事人聲明應受裁判之事項為始（一九二）。所謂應受裁判之事項，即請求為如何之裁判，是為訴訟之基本問題，故應於言詞辯論開始之初，加以聲明，雖已於訴狀或準備程序中陳述之者亦然。當事人為欲使其聲明應受裁判之事項為有理由，應就訴訟關係，為事實上或法律上

之陳述（一九三條一項）。當事人不得引用文件，以代言詞陳述。但以舉文件之辭句為必要時，得朗讀其必要之部分（同條二項），藉明確文字上所記載之趣旨。言詞辯論，以由雙方為之為原則，他造當事人，亦應陳述事實上之理由及法律上之意見。故本法一方規定當事人應依第二編第一章第三節之規定，聲明所用之證據（一九四）；同時規定各當事人對於他造提出之事實及證據，應為陳述（一九五）。

第三 言詞辯論之種類 言詞辯論，可分為訴訟成立要件之辯論與本案之辯論。

一 訴訟成立要件之辯論 為關於訴合法與否之辯論，即為訴訟成立要件事項之辯論。其內容：如當事人能力、訴訟能力、法定代理權、訴訟代理權、受訴法院之管轄、訴訟繫屬、及起訴方式等。

原告如欲得勝訴之判決，首須陳述請求之趣旨，次則證明其請求為有理由。反之，被告欲得勝訴之判決，可先陳述原告之訴為不合法，是為形式上之抗辯；其次方及於請求有無理由問題，是為事實上之抗辯。故訴之合法與否，為本案辯論之前提；訴訟成立要件之辯論，以先於本案之辯論為原則，但經留保，或可與本案辯論同時為之者，不在此限。

二 本案之辯論 為關於請求有無理由之辯論，即原告以訴主張之實體法上請求權或法律關係存否之辯論。其內容：如當事人之請求、主張、證據方法之提出及證據抗辯、調查證據結果之辯論。

第四 言詞辯論之方法及其時期 言詞辯論之方法，為攻擊與防禦。前者為當事人積極的要求利益裁判

之行為，後者為消極的避免受不利益裁判之行為。攻擊，為維持其訴或反訴而主張之事實或證據方法；防禦，為排斥訴或反訴而提出之抗辯，證據方法，證據抗辯等。攻擊或防禦方法，得於言詞辯論終結前提出之（一九六條一項）。只須在言詞辯論終結前，無論何時皆得自由提出為原則，且其順序亦在所不問，是為本法採自由順序主義之結果。當事人意圖延滯訴訟，提出攻擊或防禦方法者，法院得駁回之。但不致延滯訴訟者，不在此限（一九六條二項）。所謂「意圖」，不限於故意，並包含重大過失（參考日民訴法一三九條一項）。「延遲」云者，後於時機之謂。如具備此要件時，法院得依聲請或以職權而駁回之。

當事人對於訴訟程序規定之違背，得提出異議，但已表示異議，或知其違背，或可知其違背，並無異議而為本案辯論者，不在此限（一九七條一項）。前項但書規定，於該訴訟程序之規定，非僅為當事人之利益而設者，不適用之（同條二項）。

第五 言詞辯論之指揮

一 審判長開閉及指揮言詞辯論，並宣示法院之裁判（一九八條一項）。對於不從其命者，得禁止發言（同條二項）。許可或禁止發言，均為指揮訴訟之必要行為，屬於審判長之職權。禁止發言，只限於該期日，不及於以後之期日。

二 審判長應注意令當事人得為適當完全之辯論（一九九條一項），為明瞭訴訟關係，應就關於事實上

及法律上之事項，向當事人發問，或曉諭令其陳述事實聲明證據或為其他必要之聲明及陳述。其所聲明或陳述，有不明瞭或不足者，應令其敘明或補充之（同條二項）。為尊重審判長之職權，陪席推事告明審判長後，得向當事人發問或曉諭（同條三項）。凡此，均為審判長或陪席推事之闡明權。當行使闡明權時，如有尚須闡明之事項，應指示當事人，命預為準備，於下次言詞辯論時陳述之（參考日民訴法一二八條）。

當事人得聲請審判長為必要之發問，經審判長許可後，並得自行發問（二百條一項）。前者為引起審判長行使闡明權，後者則所以收質訊之實，以全言詞辯論之功用。審判長認為當事人聲請之發問或經許可之自行發問有不當者，得不為發問或禁止之（同條二項）。

言詞辯論須續行者，審判長應速定其期日（一九八條三項）。

三 凡依本法使受命推事為行為者，由審判長指定該推事。法院應為之囑託，除別有規定外，由審判長行之（二〇二）。

第六 法院因闡明或確定訴訟關係，得為左列各款之處置（二〇三）。

- 一 命當事人或法定代理人本人到場。
- 二 命當事人提出圖案表冊，外國文文書之譯本，或其他文書物件。
- 三 將當事人或第三人提出之文書，暫留置於法院。

四 依第二編第一章第三節之規定，行勘驗鑑定，或囑託公署團體為調查。

第七 言詞辯論之分別、合併、限制

一 言詞辯論之分別 當事人以一訴主張之數項標的，法院得命分別辯論。本訴及反訴亦同（二〇四）。原告以一個訴訟，主張數項標的，或本訴與反訴相並立時，為避訴訟之煩雜錯綜，便利進行起見，法院得命分別辯論。至命分別與否，乃屬於法院之職權，當事人雖得陳述意見，然僅足供法院之參考，誘引分別辯論之命令而已。

分別辯論之結果，如數項標的中之某項，已達到為判決之程度時，得即為判決。

二 言詞辯論之合併 分別提起之數宗訴訟，法院以合併為便利者，得命合併辯論。命合併辯論之數宗訴訟，其當事人兩造相同者，得合併裁判之（二〇五條一、二項）。合併之要件：（1）數宗訴訟，均繫屬於該法院。（2）其數宗訴訟標的之權利或法律關係，本來得以一訴訟主張者（參考日舊民訴法一二〇條）。（3）於辯論終結前為之。第五十四條所定之訴訟，如係向本訴訟現在繫屬之法院提起，而在其辯論未終結以前者，應與本訴訟合併辯論及裁判之。但法院認為無合併之必要，或應適用第一百八十四條之規定者，不在此限（二〇五條三項）。

三 言詞辯論之限制 當事人關於同一訴訟標的，提出數種獨立之攻擊或防禦方法者，法院得命限制

辯論（二〇六）。數種獨立之攻擊或防禦方法，既爲關於同一訴訟標的，則一種之攻擊或防禦方法，被認爲有理由時，已可爲終局判決，故爲訴訟經濟起見，無全部同時辯論之必要。

法院命言詞辯論之分別、合併、限制，爲關於指揮訴訟之行爲，如情事變更，法院認爲相當時，得隨時撤銷，變更之（參考二三八條但書、日民訴法一三二條後段）。

第八 言詞辯論之延展、再開、更新 當事人欠缺陳述能力者，法院得禁止其陳述（二〇八條一項）。前項情形，除有訴訟代理人，或輔佐人同時到場者外，應延展辯論期日。如新期日到場之人，再經禁止陳述者，得視與任意退庭同（同條二項）。前二項之規定，於訴訟代理人或輔佐人欠缺陳述能力者，準用之（同條三項）。

法院調查證據，除別有規定外，於言詞辯論期日行之（二〇九）。

法院於宣示裁判前，得命再開已閉之言詞辯論（二一〇）。

參與言詞辯論之推事有變更者，當事人應陳述以前辯論之結果。但審判長得令庭員或書記官朗讀以前筆錄代之（二一一）。

第九 對於指揮訴訟之異議 參與辯論人，如以審判長關於指揮訴訟之裁定，或審判長及陪席推事之發問或曉諭爲違法而提出異議者，法院應就其異議爲裁定（二〇一）。

第二節 言詞辯論筆錄

言詞辯論筆錄，爲訴訟程序中重要之要式行爲，無論爲必要的言詞辯論，抑任意的言詞辯論，均應由法院書記官，作製筆錄，以證明辯論之經過，賦與筆錄以公證力。除筆錄歸於燬滅外，關於言詞辯論所定程式之遵守，專以筆錄證之（二一九）。

第一 筆錄之製作 法院書記官，應作言詞辯論筆錄（二一二條一項前段）。言詞辯論筆錄，應於每期日分別製作，否則如合併各期日而製作時，有遺忘及難期正確之虞。辯論雖歷數日，然其期日爲同一者，其筆錄仍屬一次。由數書記官更迭記錄者，各自製作其負擔部分之筆錄。

第二 筆錄之內容 筆錄內應記載左列各款事項（二一二條一項後段）：

- 一 辯論之處所及年月日。
 - 二 推事、書記官及通譯姓名。
 - 三 訴訟事件。
 - 四 到場當事人、法定代理人、訴訟代理人、及輔佐人姓名。
- 當事人雙方均未到場時，亦應製作筆錄。蓋於此情形，雖無辯論，然爲經過一次言詞辯論期日，故須製作筆錄，以資公證。

五 辯論之公開或不公開。如不公開者，其事由（參考法院組織法第六五條及第六八條）。

六 辯論進行之要領 茲另款述之。

第三 辯論進行之要領 前條第六款內，應記明左列各款事項（二一三）：

一 訴訟標的之捨棄、認諾、及自認。

二 證據之聲明或捨棄，及對於違背訴訟程序規定之異議。

三 依本法規定應記載筆錄之其他聲明或陳述。

四 證人或鑑定人之陳述，及勘驗所得之結果 勘驗之結果，為直接由五官感覺所得之印象，應依其印

象，為原原本本之記載。如推事數人對於勘驗目的物之感覺各異時，應分別記載其結果，不得取多數決之方法而為記載，以留真像。

五 不作裁判書附卷之裁判。

六 裁判之宣示。

除前項所例外，當事人所為重要聲明或陳述及經曉諭而不為聲明或陳述之情形，審判長得命記明於筆錄。

第四 筆錄內附件之效力 當事人將在言詞辯論時所為之聲明或陳述，記載於書狀，當場提出，經審判長認為適當者，得命書記官以該書狀附於筆錄，並於筆錄內記載其事由（二一四）。

筆錄內引用附卷之文書，或表示將該文書作為附件者，其文書所記載之事項，與記載筆錄者有同一效力

(二一五)。此雖非筆錄本體之記載，然係筆錄內引用之文書，或表示將該文書作為附件者，其內容，在法律上構成筆錄之一部，故與記明筆錄者有同一之效力。

第五 筆錄之閱覽 筆錄或前條文書內所記第二一三條第一項第一款至第四款事項(詳第三)，應依聲請，於法庭向關係人朗讀或令其閱覽，並於筆錄內附記其事由。關係人對於筆錄所記有異議者，法院書記官得更正或補充之。如以異議為不當，應於筆錄內附記其異議(二一六)。

第六 筆錄之簽名 審判長及法院書記官，應於筆錄內簽名。審判長因故不能簽名者，由資深陪席推事簽名，併記明其事由。獨任推事因故不能簽名者，僅由書記官簽名，併附記其事由(二一七)。陪席推事代簽之順序，依其席次定之。合議庭推事全體因故不能簽名時，亦得僅由書記官簽名，並附記其事由(參看旧民訴法一四三條一項但書)。

第七 筆錄之增刪 筆錄不得挖補或塗改文字。如有增加刪除，應蓋章並記明字數。其刪除處，應留存字跡，俾得辨認(二一八)。

研習問題

- 一、言詞辯論之種類及關係。
- 二、言詞辯論之分別、合併、限制。

三、言詞辯論之延展、再開、更新。

第五章 裁判

裁判云者，謂依其內容，拘束的發生法律上一定效果之法院意思表示。因形式之不同，又可分爲判決與裁定兩種。裁判，除依本法應用判決者外，以裁定行之（二二〇）。

第一節 判決

第一 判決之種類 判決爲認定訴合法與否或權利、法律關係之存否，其種類如左。

一 本案前之判決與本案判決 此爲基於判決之目的而生之區別。本案前之判決，爲關於訴合法與否之判決，又名訴訟判決、形式判決；本案判決，爲關於請求有無理由之判決，亦稱實體判決。

二 中間判決與終局判決 此爲因判決與訴訟程序之關係而生之區別。中間判決，爲就訴訟程序進行中之爭點而爲判決；終局判決，以終結訴訟程序之全部或一部爲目的。故中間判決，可解爲終局判決之準備。

三 給付判決、確認判決與形式判決 此爲因判決之內容而生之區別。其詳容後述之。

第二 判決之要件

一 形式上之要件 除別有規定外，應本於當事人之言詞辯論爲之（二二一條一項）。即以經言詞辯

論爲原則，不經言詞辯論爲例外。例外規定，如第四七一條等。

推事非參與爲判決基礎之辯論者，不得參與判決（二二一條二項，參考第二一一條）。是爲本法採言詞主義，直接審理主義原則之當然結果。所謂參與判決，乃參預評議，作成判決書之意。至宣示判決，則與判決之基礎無涉，雖非參與辯論之推事，亦得爲之。

二 實質上之要件 除須具備三八一條至三八八條之要件外（容於第二編第一審程序第一章通常訴訟程序述之），法院爲判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。得心證之理由，應記明於判決（二二二條）。

第三 判決之內容 判決，應作判決書，記明左列各款事項（二二六）。

一 當事人姓名、住所或居所 當事人爲法人或其他團體者，其名稱及事務所或營業所。
二 有法定代理人及訴訟代理人者，其姓名、住所或居所 一二兩款，所以表示當事人、法定代理人、訴訟代理人之爲何人，只須達可得特定之程度已足。如有必要時，可附記其年齡、身分、職業。參加人爲從當事人，本條雖無明文規定，亦應記載。

三 主文 爲由判決事實及理由所生之結論，即最後之判斷表示。主文之記載，爲表示在如何範圍，認許或駁回當事人之請求，乃判決內容中最重要之事項，而不可或缺者。主文之文字，應簡單明瞭，且其位置，通常

多記載於事實及理由之前。

四 事實 摘示當事人在言詞辯論陳述之要旨，以爲判決之基礎。應記載言詞辯論時當事人之聲明及其提出之攻擊或防禦方法（二二六條二項）。

五 理由 根據事實，而說明產生主文之理由。應記載關於攻擊或防禦方法之意見及法律上之意見（同條三項）。其範圍，只限於判決之標的，不得附記假定的理由。

六 法院 卽表示爲判決之法院。如係合議庭時，並應記明爲民事庭或民事第幾庭。判決必須用法院之名義，不得由審判長、受命推事或受托推事之名爲之。

對於判決得上訴者，應於送達當事人之正本內，記載其期間及提出上訴狀之法院，以指示當事人之上訴途徑（二二九條三項）。爲判決之推事，應於判決書內簽名。推事中有因故不能簽名者，由審判長附記其事由。審判長因故不能簽名者，由資深陪席推事附記之（二二七）。

第四 判決之宣示

一 意義 宣示爲向當事人告知判決，卽將內部成立之判決，向外部發表之方法。故判決應存在於宣示之先，否則如判決既不存在，斯無可宣示。又應宣示之判決，以經言詞辯論者爲原則（二二三條一項）。

二 時期 宣示判決，應於辯論終結之期日，或辯論終結時指定之期日爲之（二二三條二項）。前項指

定之宣示期日，自辯論終結時起，不得逾五日（同條三項）。此規定，為訓示的規定，故雖逾期宣示，亦與判決之效力不生影響。

三 方法 宣示判決，應朗讀主文。判決理由，如認為須告知者，應朗讀或口述其要領（二二四）。且不問當事人是否到場，均有效力（二二五條一項）。

四 效力 宣示判決，為對外發表判決之方法，亦即發生效力之要件。判決宣示後，發生下列結果：（1）為該判決之法院，受其羈束（二三一條前段）。從而除再審外，不得自行撤銷或變更之，此與關於指揮訴訟之裁定，得自行撤銷或變更者不同（二三八條但書）。（2）當事人得不待送達，本於該判決為訴訟行為（二二五條二項）。

第五 判決之交付及送達 判決原本，應自宣示判決之日起，於五日內交付法院書記官。書記官應於判決原本內，記明收領期日並簽名（二二八）。

書記官收領判決原本後，應作正本，於十日內送達於當事人（二二〇）。判決不宣示者，經送達後，為該判決之法院，受其羈束（二三一條後段）。判決之正本或節本，應分別記明之，由書記官簽名，並蓋法院印（二三〇）。

第六 判決之更正 判決經宣示或送達後，法院雖受其羈束（二三〇），不得自行撤銷或變更，然判決如

有誤寫、誤算，或其他類此之顯然錯誤者，法院得隨時以裁定更正之，其正本與原本不符者亦同（二三二條一項）。蓋判決之更正，非變更判決之實質，乃不過訂正其錯誤，故應由原法院爲之，較爲便利。錯誤，謂法院之意思與表示不一致，且須顯著者。至其錯誤爲主文、事實、或理由，則在所不問。

更正，因當事人之聲請或以職權，無論何時均得爲之。在送達判決前更正者，更正之裁定，附記於判決原本及正本。其已經送達不能附記者，應作該裁定之正本送達（二三二條二項）。得爲更正之法院，固須爲判決之原法院；然更正之推事，則不必須爲同一推事。

更正之裁定，非自更正時起發生效力，其效力溯及於判決之時。對於駁回更正聲請之裁定，不得抗告（二三二條三項）。對於更正之裁定，得爲即時抗告，但已經合法上訴時則否，蓋既經上訴，則可由上訴審程序中解決之也（參考舊民訴法一九四條三項）。

第七 判決之補充 訴訟標的之一部或訴訟費用裁判有脫漏者，法院應依聲請，以判決補充之（二三三條一項）。判決之脫漏，爲主文之脫漏，即應於判決主文記載事項之脫漏。至爲本訴或反訴，則在所不問。脫漏假執行之宣示，即法院應依職權宣告假執行而未爲宣告，或忽視假執行之聲請者，準用二三三條之規定（三九四條），得聲請爲補充判決。

補充判決（又名追加判決），應依聲請爲之，此與判決之更正，得以職權爲之者不同。又補充判決，以判決

爲之，此與判決之更正，以裁定爲之者有異。聲請補充判決，應於判決送達後二十日之不變期間內爲之。當事人就脫漏部分聲明不服者，以聲請補充判決論（二二三三條二項）。脫漏之部分，已經辯論終結者，應即爲判決。未終結者，審判長應速定言詞辯論期日（同條三項）。駁回補充判決之聲請，以裁定爲之（同條四項）。

第二節 裁定

裁定與判決不同之點，爲（1）非關於認定訴合法與否或權利、法律關係之存否，多爲關於訴訟程序，訴訟指揮（2）以不經言詞辯論爲原則（二三四）；（3）除法院外，審判長、受命推事、受託推事亦得爲之（4）經言詞辯論者，應宣示之（二三五）。已宣示之裁定得抗告者，應爲送達（二三六條二項）。不宣示者，則只須爲送達（二三六條一項）；（5）關於指揮訴訟之裁定或別有規定者，得隨時撤銷，變更之（二三八條但書，參看一八一條）。

第一 裁定與辯論 裁定得不經言詞辯論爲之。裁定前不行言詞辯論者，除別有規定外，得命關係人以書狀或言詞爲陳述（二三四）。裁定以不經言詞辯論爲原則，如須命關係人以書狀或言詞爲陳述時，法院應定期間，促當事人或關係人提出訴訟材料。若法院已定期間，予當事人以陳述意見及提出訴訟材料之機會而不遵從時，法院得參酌一造之陳述及已存之材料而爲裁定。

第二 裁定之形式 裁定與判決不同，非必須作裁定書（參看二二六條一項）。其不作裁定書者，只須記

載於筆錄（二一三條一項五款）。裁定，非若判決，於法律上規定一定形式（參看二二六條），記載理由與否，亦悉聽法院之自由。但駁回聲明或就有爭執之聲明所為裁定，則因得抗告之故，為便上級法院之審查，應附理由（二三七）。

第三 裁定之效力 裁定因宣示或送達而生效力，不若判決之須待確定。對於裁定之抗告，除別有規定外，無停止執行之效力（四八八條一項）。所謂別有規定，例如同條（四八八條）二、三項是也。

裁定經宣示或送達後，為該裁定之法院、審判長、受命推事、或受託推事，受其羈束。但關於指揮訴訟，或別有規定者，不在此限（二三八）。指揮訴訟以外之裁定，多有判決的內容，如解決訴訟上之爭點，亦有類似於判決之形成力執行力（詳後第二編第一章通常訴訟程序），故本法規定，與判決相同，有羈束法院、審判長、受命推事、或受託推事之效力。所謂羈束力者，即為裁定之法院或審判長，不得自行撤銷或變更之意。關於指揮訴訟或別有規定無羈束力之裁定，如因事情變更，認為不合法或不當時，得自動的，或依抗告而撤銷或變更之。但須具左列要件。

- 1 事件尚繫屬於該法院 如已因判決而終結時，則已脫離審級，不得自行撤銷或變更之。
- 2 須尚在可撤銷或變更之狀態 如裁定之內容已實現時，自不得更為撤銷或變更。

第四 關於判決規定之準用 第二二一條二項、二二三條二項、三項、二二五條、二二七條至二三〇條、二三

二條、及二三三條之規定，於裁定準用之（二三九）。

第五 法院書記官之處分 法院書記官所爲之宣言，名曰處分，應依送達或其他方法，通知關係人。對於法院書記官之處分，得提出異議，由其所屬法院裁定（二四〇）。

研習問題

- 一、判決之種類、要件、內容、宣示、交付及送達。
- 二、判決之更正、補充。
- 三、裁定與判決之異點。

第六章 訴訟費用

第一節 訴訟費用之負擔

第一 訴訟費用之性質 爲防止濫訴，及達公平利用之目的，民事訴訟，採訴訟有償主義。凡要求國家爲某行爲，就特定訴訟，利用其設備者，應向之徵收手續費。此手續費，名曰訴訟費用。

訴訟費用，非指當事人於民事訴訟所支出之一切費用，乃法律特認爲必要之費用。因其性質不同，可大別爲兩類。（1）審判費 如民事訴訟費用法、司法印紙規則、司法狀紙規則所定之費用是；（2）審判費以外之費用

如證人、鑑定人之日費、旅費、及公告費等是。當事人對於律師之報酬，除第五十一條所規定，由受訴法院選任律師為特別代理人外，不包含於訴訟費用之內。

第二 訴訟費用之負擔 訴訟費用，應由使發生民事訴訟之必要或為無益之訴訟行為者負擔之。負擔訴訟費用之性質，雖有云為基於侵權行為之損害賠償義務者，然當事人之起訴或應訴，乃法所許容，今以其行為為侵權行為，謂訴訟費用為基於侵權行為之損害，殊屬不當。既非基於侵權行為之損害賠償義務，故訴訟費用之負擔原因，併不限於故意或過失。

依本法規定，負擔訴訟費用之法則如左。

一 訴訟費用，由敗訴之當事人負擔（七八條）。是為原則規定，尚有左之例外。

二 各當事人一部勝訴一部敗訴者，各負擔其支出之訴訟費用。但法院得酌量情形，命兩造以比例分擔或命一造負擔（七九）。於此情形，訴訟費用，以各自料理為原則，但當事人雖一部敗訴，然費用甚少或並不生特別費用時，則可命兩造比例分擔或命一造負擔。

三 被告對於原告關於訴訟標的之主張，逕行認諾，併能證明其無庸起訴者，訴訟費用，由原告負擔（八二）。此時原告既由被告之逕行認諾而勝訴，且其起訴，又經被告證明為不必要，故因而發生之訴訟費用，應歸原告負擔。

本
論
一一一

四 因左列行爲所生之費用，法院得酌量情形，命勝訴之當事人負擔其全部或一部（八一條）。

1 勝訴人之行爲，非爲伸張或防衛權利所必要者 有必要與否，由法院斟酌事情及訴訟之程度定

之。蓋勝訴人所主張之攻擊防禦方法，由勝訴之結果觀之，雖均似必要，然具體的詳察，亦有無益者，故因而發生之訴訟費用，不能悉歸敗訴人負擔。法院應酌量情形，將由不必要行爲所發生之訴訟費用全部或一部，判令勝訴人負擔。

2 敗訴人之行爲，按當時之訴訟程度，爲伸張或防衛權利所必要者 例如原告提起請求清償債務

之訴訟後，因被告在訴訟中途爲任意清償之結果，致原告敗訴，則在清償以前之原告訴訟行爲，乃爲伸張權利所必要者。

五 當事人不於適當時期提出攻擊或防禦方法，或遲誤期日或期間，或因其他應歸責於己之事由而致訴訟延滯者，雖該當事人勝訴，其因延滯而生之費用，法院得命其負擔全部或一部（八二）。

六 原告撤回其訴，當事人撤回上訴或抗告者，應負擔訴訟費用（八三）。於此情形，與一所述之敗訴當事人同樣處置，故使負擔訴訟費用。

七 當事人爲和解者，其和解費用及訴訟費用，各自負擔之。但別有約定者，不在此限（八四）。

八 共同訴訟人，按其人數，平均負擔訴訟費用。但共同訴訟人於訴訟之利害關係顯有差異者，法院得酌量

其利害關係之比例，命分別負擔（八五條一項）。共同訴訟人，因連帶或不可分之債敗訴者，應連帶負擔訴訟費用（同條二項）。共同訴訟人中，有專爲自己之利益而爲訴訟行爲者，因此所生之費用，應由該當事人負擔（同條三項）。第三項之情形，例如共同訴訟人中之一人，專爲自己之利益，而主張特別之攻擊防禦方法，則因而所生之費用，其他共同訴訟人，自不負擔。

訴訟標的對於參加人與其所輔助之當事人，必須合一確定者，其間負擔訴訟費用之法則，準用共同訴訟人之規定（八六二項）。

九 因參加訴訟所生之費用，由參加人負擔。但他造當事人依第七十八條至八十四條規定應負擔之訴訟費用，仍由該當事人負擔（八六條一項）。

十 法院書記官、執達員、法定代理人，或訴訟代理人，因故意或重大過失，致生無益之訴訟費用者，法院應依聲請或依職權，以裁定命該官員或代理人負擔（八九條一項）。

十一 依第四十九條或第七十五條一項規定，暫爲訴訟行爲之人，不補正其欠缺者，因其訴訟行爲所生之費用，法院得依職權，以裁定命其負擔（八九條二項）。

前二項裁定，得爲抗告（同條三項）。蓋法定代理人、訴訟代理人，於其代理權或所爲之訴訟行爲，既不能證明必要之授權，又未獲本人之追認，則因而發生之訴訟費用，無使當事人本人負擔之理，應由自稱代理人者

負責。

第三 訴訟費用之裁判 法院爲終局判決時，應依職權爲訴訟費用之裁判。上級法院廢棄下級法院之判決，而就該事件爲裁判，或變更下級法院之判決者，應爲訴訟總費用之裁判。受發回或發交之法院，爲終局之判決者亦同（七八條）。訴訟費用之裁判，非對於本案裁判有上訴時，不得聲明不服（八八）。

訴訟不經裁判而終結（係和解者，須未約定訴訟費用）者（如和解、訴之撤回、請求之捨棄、認諾），法院應依聲請以裁定爲訴訟費用之裁判（九十條一項）。前項聲請，應於訴訟終結後三十日內爲之（同條二項）。

第四 訴訟費用額之確定 訴訟費用之裁判，只定其負擔者及應負擔之標準，而不定其數額。此於簡單之事件，雖容易算定；然較複雜之訟費，法院未於訴訟費用之裁判，確定其費用額者，第一審受訴法院於該裁判有執行力後，應依聲請以裁判確定之。聲請確定訴訟費用額者，應提出費用計算書，交付他造之計算書繕本，及釋明費用額之證書（九一條）。當事人分擔訴訟費用者，法院應於裁判前命他造於一定期間內，提出費用計算書，及釋明費用額之證書（九二條一項）。他造遲誤前項期間者，法院得僅就聲請人一造之費用裁判之。但他造嗣後仍得聲請確定其訴訟費用額（同條二項）。法院得命書記官，計算訴訟費用額（九四條一項）。

當事人分擔訴訟費用者，法院爲確定費用額之裁判，除前條第二項情形外，應視爲各當事人應負擔之費用，已就相等之額抵銷，而確定其一造應賠償他造之差額（九三條）。

第五 訴訟費用之預納 訴訟行爲須支出費用者，得命當事人預納之（九四條二項）。

第六 訴訟費用規定之準用 本節之規定，於法院以裁定終結本案，或與本案無涉之爭點者，準用之（九五）。

第二節 訴訟費用之擔保

第一 訴訟費用擔保之意義 訴訟費用，應由何人負擔，於訴訟開始時，雖不能預定，然法律設特別規定，對於合法要件者，爲確保其將來應負擔訴訟費用時，於履行義務，不生困難起見，預令供訴訟費用之擔保，此本制度所由設也。

第二 訴訟費用擔保之要件 原告於中華民國無住所、事務所及營業所者，法院應依被告聲請，以裁定命原告供訴訟費用之擔保（九六條一項）即：

一 原告於中華民國無住所、事務所及營業所 應供訴訟費用之擔保者，只限於原告，爲對於當事人平等主義之例外。蓋原告爲積極的提起訴訟之人，被告則立於受動的地位，故不負此義務。只須原告於中華民國國內無住所、事務所及營業所，不問其爲中國人或外國人，亦不問其在外國有住所、事務所及營業所與否。至本項規定之立法理由，則以此等人既在中華民國無住所、事務所及營業所，將來發生負擔訴訟費用之義務時，難保不執行困難也。

二 因被告之聲請 供訴訟費用擔保之裁定，應依聲請爲之。如被告不聲請時，無令原告供擔保之必要。

蓋訴訟費用之擔保，乃以確保原告發生負擔訴訟費用時，履行義務爲目的。如被告信任原告之資力，不爲聲請，自無令原告供擔保之必要。

爲防被告藉詞拖延訴訟起見，此項聲請，須及時爲之。如被告已爲本案之言詞辯論者，不得聲請命原告供擔保。但應供擔保之事由知悉在後者，不在此限（九七）。被告聲請命原告供擔保者，於其聲請被駁回或原告供擔保前，得拒絕本案辯論（九八）。拒絕本案辯論，即拒絕應訴，拒絕就本案爲言詞辯論之謂。

三 法院之裁定 關於許可訴訟費用擔保之聲請與否，法院應以裁定爲之。法院命原告供擔保者，應於裁定中定擔保額及供擔保之期間（九九條一項）。定擔保額，以被告於各審應支出之費用總額爲準（同條二項）。爲迅速解決爭點，促進本案訴訟進行，關於聲請命供擔保之裁定，得於五日內抗告（一百條）。

訴訟中發生擔保不足額或不確實之情事時，得依上述規定，使追加擔保（九六條一項後段）。雖具備前列要件，但如原告請求中，被告無爭執之部分足以賠償訴訟費用時，不適用之（九六條二項）。

第三 訴訟費用擔保之種類及其效力 供擔保，應提存現金或法院認爲相當之有價證券。但當事人別有約定者，不在此限（一〇二條一項）。所謂有價證券，須非市價變動無常之股票，或發票人、付款人信用薄弱之匯票、本票及支票。究竟相當與否，由法院認定之。提存與預納不同，非必向法院爲之。但在未設獨立之提存所以前，應解爲提存於法院。提存現金或有價證券，不過爲供擔保，如應供擔保之原告，不能依前項規定爲提存者，法院

得許由該管區域內有資產之人具保證書代之（一〇二條二項）。具保證書人，於原告不履行其所負義務時，就保證金額履行之責任（一〇三條二項）。受擔保利益之被告，就提存物，與質權人有同一之權利（一〇三條一項）。即被告取得法定質權，於訴訟完結後，有優先受清償之權利。

第四 擔保物之返還及變換 有左列各款情形之一者，法院應依供擔保人之聲請，以裁定命返還其提存物或保證書（一〇四條）。

一 應供擔保之原因消滅者 擔保原因之消滅，為其後原告於中華民國有住所、事務所或營業所，此應

由供擔保人證明之。或依確定判決，訴訟費用應歸被告負擔。

二 受擔保利益之人同意返還者 訴訟費用之擔保，乃因受擔保利益人而提存者，今既經其同意返還，

自應許可。此與命原告供擔保之裁定，須因被告聲請之立法理由相同（參考第二之二）。

為便利供擔保人，於不損害供擔保利益人之限度內，供擔保之提存物或保證書，除得由當事人約定變換外，法院得依供擔保人之聲請，以裁定許其變換（一〇五條一項）。關於前二項聲請之裁定，得為抗告，抗告中應停止執行（一〇四條二項，一〇五條二項）。

第五 訴訟擔保規定之效力及其準用 原告於裁定所定供擔保之期間內不供擔保者，法院應以裁定駁

回其訴。但在裁定前已供擔保者，不在此限（一〇一條）。

第一〇二條至一〇五條之規定，於其他依法令供訴訟上之擔保者準用之。其應就起訴供擔保者，並準用九八、九九條一項，一百及一〇一之規定（一〇六）。如公司法第一五〇條規定，股東為公司對董事提起訴訟時，法院因監察人之聲請，得命起訴之股東，提供相當之擔保，即其一例。

第三節 訴訟救助

第一 訴訟救助之意義 訴訟救助，為對無資力支付訴訟費用者，於法定範圍內，准予暫緩繳納，以全保護私權之途。

第二 訴訟救助之要件 當事人無資力支出訴訟費用者，法院應依聲請，以裁定准予訴訟救助，但顯無勝訴之望者，不在此限（一〇七）。

一 無資力支出訴訟費用 否則，若為有資力，則根本上無准予救助之必要。

二 非顯無勝訴之望 即不至敗訴之意。其認定，依法院之自由意思決之。蓋所以杜獎勵濫訴之弊也。

三 依當事人之聲請 聲請之當事人，不問為自然人、法人、團體，原告抑被告（通常情形，多為原告）。但必以經聲請為前提，法院不得依職權為之。

四 對於外國人准予訴訟救助，以依條約或該外國人之本國法，中華民國人在其國得受訴訟救助者為限（一〇八）。是為採法律相互主義。

聲請訴訟救助，應向受訴訟法院爲之（一〇九條一項）。請求救助之事由，應釋明之（同條二項）。前項釋明，得由受訴法院管轄區域內有資力之人，出具保證書代之（同條三項）。

第三 訴訟救助之效力 准予訴訟救助，有左列各款之效力（一一〇）。

一 暫免審判費用。

二 免供訴訟費用之擔保。

三 暫行免付執達員之費用及墊款。

四 法院得爲受救助人選任律師代理訴訟，暫行免付酬金。

准予訴訟救助，於假扣押、假處分、上訴及抗告，亦有效力（一一一）。此與日本民訴法第一一九條規定，各審級分別准許，即限於每一審級爲有效者，大相差異。又准予救助之效力，因受救助人死亡而消滅（一一二），訴訟承受人，將來應繳納暫免之訴訟費用。

第五 訴訟費用救助之撤銷 當事人力能支出訴訟費用而受訴訟救助，或其後力能支出者，法院應以裁定，撤銷救助，並命其補交暫免之費用（一一三條一項）。前項裁定，在訴訟未結前，由訴訟繫屬之法院，在訴訟已結後，由第一審受訴法院爲之（同條二項）。

第六 訴訟費用之徵收 因訴訟救助暫免之審判費用，如受訴訟救助之他造，被命負擔訴訟費用時，得直接向負擔訴訟費用之他造徵收之（一一四條一項）。執達員或爲受訴訟救助人選任之律師，得對於負擔訴訟

費用之他造，請求歸還其應收之費用及酬金墊款（同條二項）。依前項規定為請求者，為便宜計，得據受救助人有執行力之債務名義，聲請確定費用額及強制執行，並得為第九十條之聲請（同條三項）。

本節所定之各裁定，得於五日內抗告（一一五）。

研習問題

- 一、訴訟費用之性質、種類。
- 二、訴訟費用之負擔。
- 三、訴訟費用擔保之要件、效力。
- 四、訴訟救助之要件、效力。

第七章 訴訟卷宗

第一 訴訟卷宗之意義 訴訟卷宗，有廣狹兩義。廣義之訴訟卷宗，為關於訴訟文書之總稱，包含由法院保存者及送達於當事人者；狹義之訴訟卷宗，則僅指應由書記官編製，法院保存之當事人書狀、筆錄、裁判書及其他關於訴訟事件之文書（二四一）。於茲所述係指後者。

第二 訴訟卷宗之利用 當事人得向法院書記官請求閱覽或抄錄卷內文書，或預納費用，請求付與繕本

或節本（二四二條一項）第三人經當事人同意，或釋明有法律上之利害關係，經法院長官許可者，亦得為前項之請求（同條二項）。但裁判草案及其準備或評議文件，不得交當事人或第三人閱覽抄錄或付與繕本或節本。裁判書在宣示前或未經推事簽名者亦同（二四三）。

民事訴訟法要論

第二編 第一審程序

第一章 通常訴訟程序

第一節 訴之自由與訴權

第一款 訴之自由

爲實體法之私法，不過規定吾人財產上、身分上之法律關係，即權利義務關係；至實現權利之要求，預防其危害，則有賴於國家之保護。而有要求保護權利之自由，稱爲訴之自由。爲人格權中所包含自由之一種，無論何人均有之。

第二款 形式的訴權（訴訟合法成立要件）

基於訴之自由，雖有要求國家保護權利之自由；但爲期保護之適當及維持秩序之必要，凡就一定之法律關係起訴者，應遵守法定之方式、方法，即須具備合法要件，方有請求國家審理及判決之權利，稱此權利爲形式的訴權。蓋訴之自由，爲行使形式的訴權之前提要件；而形式的訴權，又爲次款所述實質的訴權之前提要件。否

則，如無形式的訴權，即未具備請求保護私權之合法要件時，即以訴訟為不合法而駁回之，毋庸進而為訴訟內容（有無理由）即實質的訴權之審查。

形式的訴權，即請求保護私權之合法要件，為具體的訴訟事件合法成立所不可或缺者（此與訴之自由，於向法院請求保護私權以前已存在者不同），故亦稱訴訟合法成立要件，訴訟上之請求要件。例如受訴法院有無管轄權，訴狀是否具備法定方式，當事人有無當事人能力，訴訟能力，代理人有無代理權等。

第三款 實質的訴權（權利保護要件）

具備形式的訴權，即訴訟合法成立後，法院乃進而審查其內容，即請求有無理由問題。此問題，為關於實質上之請求要件，必具備此要件，方能受權利保護之利益，達訴訟本來之目的。故稱此要件為權利保護要件，如此要件存在時，即有實質的訴訟。

權利保護要件，由原告與被告兩方觀察，正全相反對。如原告欠缺權利保護要件之一時，被告得請求為有利益於己之判決，即為被告具備權利保護要件。故以下僅述原告之權利保護要件，便可由其反面推知被告之權利保護要件。

原告之權利保護要件事項如左。

甲 關於保護對象之要件 又可分為：

1 關於對象存否之要件 給付之訴，必須私法上之給付請求權存在；積極的確認之訴，必須原告所主張之權利或法律關係存在；消極的確認之訴，必須其主張存在之權利或法律關係不存在；形成之訴，必須形成權存在。

2 關於可受保護資格之要件 須私法上之權利或法律關係，為審判上得主張者。否則如超過最高利率之超過部分利息（民法二〇五條），無受保護之資格。

乙 關於權利保護之必要，即權利保護有法律上利益之要件 如無權利保護之法律上必要，則國家非可採取保護之行爲。蓋私法上之權利或法律關係，如無應受保護之利益，則無論如何，均不得請求為有利於己之判決，初不問其為給付之訴，確認之訴，或形成之訴。

權利保護要件，非因具體的訴訟而發生，為於訴訟外成立者。此要件，須於言詞辯論終結前具備之。本法雖未設明文規定，但可依一九六條一項之解釋而間接推知。權利保護要件存在與否，因本法採處分權主義為原則，職權主義為例外之結果，應依當事人之辯論定之；例外情形，法院方為職權調查（應依職權調查者，如可受保護資格之要件）。

第二節 訴之種類

第一款 給付之訴

本

論

第一 給付之訴之性質 給付之訴，爲要求給付判決，即要求以判決確定私法上之請求權存在，且命被告給付之訴。命被告給付，爲給付之訴判決之特色，乃與他種訴訟判決之區別要點。蓋私法上之請求權，雖受抽象的私法規定之保護，然具體的命被告給付，並得依此判決，爲強制執行，則有賴於民事訴訟制度之保護。故給付之訴，因確定給付請求權而生既判力，因判令給付，而有執行力。

第二 給付之訴之種類

一 現在給付之訴 由現在之給付判決，即於言詞辯論終結時觀之，請求命被告即時向原告爲一定給付判決之訴。通常給付之訴，均屬此類。

二 將來給付之訴 由將來之給付判決，即於言詞辯論終結時觀之，請求命被告於將來履行期到來，或關於履行之條件成就時，爲一定給付判決之訴。認此訴之實際上理由，爲便於將來履行期到來，或履行之條件成就時，得即依判決爲強制執行，以期迅速保護私權。而不作爲之給付，因均屬於將來之給付，故此種訴訟，尤爲必要。

第三 給付訴訟之權利保護要件

一 現在給付訴訟之權利保護要件 本法無明文規定。通常有私法上請求權者，雖當然得於審判上行使之；然權利保護請求權爲公權，非私法上權利之效果，故除私法上之權利存在外，更須具備權利保護要件。

即：

- 1 關於訴訟標的（保護對象）之要件 須私法上之給付請求權存在，此已於第一節之三述及。
- 2 關於保護必要之要件 須私法上之請求權，已到履行期。所謂已到履行期者，只須被告尚未履行，不必須無履行之意思，或拒絕履行之請求。

- 3 關於正當當事人之要件 有私法上請求權者，須以其義務者為被告而提起訴訟。

於原告提起之給付訴訟，被告請求駁回原告之請求時，由被告方面觀察，則此訴訟常為確認訴訟。

二 將來給付訴訟之權利保護要件 二四六條規定，於履行期未到前，請求將來給付之訴，非被告有到期不履行之虞者，不得為之。本法之規定，比日本民訴法第二二六條抽象的明「限於有必要時」者為確。茲更析為：

- 1 關於訴訟標的之要件 履行期雖不必到來，但私法上之請求權則須存在。
- 2 關於保護必要之要件 須被告有到期不履行之虞。故債務人雖不爭其債務之存在，但有到期不履行之虞，例如明無履行之意思時，應認為有保護之必要。
- 3 關於正當當事人之要件 與一之情形同。

第二款 確認訴訟

本

論

第一 確認訴訟之性質 確認訴訟云者，爲請求確認法律關係成立或不成立之訴訟。從而法院所爲之確認判決，乃宣言法律關係成立或不成立之判決，非命他造承認之判決。

第二 確認訴訟之種類 確認訴訟，可大別爲兩類。請求確認法律關係成立者，稱爲積極的確認訴訟；請求確認其不成立者，稱爲消極的確認訴訟。此外，本法倣德日立法例，兼規定確認證書真偽之訴（二四七條後段）。於是，除法律關係外，並於特定標的容許請求確認單純事實之訴訟。

第三 確認訴訟之權利保護要件 確認法律關係成立或不成立之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。確認證書真偽之訴亦同（二四七條）。

一 關於訴訟標的之要件 限於請求確認法律關係之成立與否，證書之真偽。且須爲現存之法律關係，其已過去者，不得爲確認訴訟之標的。證書之真偽，須有權利義務關係者，卽用以證明私法上權利義務或法律關係者。積極的確認訴訟，以成立爲必要；消極的確認訴訟，以不成立爲必要。

二 關於保護必要之要件 須原告有即受確認判決之利益。此利益，爲通常所謂即時確定之法律上利益。卽當事人間之私法上法律關係不明確，其危險程度，有以判決除去之必要。

1 不明確 非客觀的意義，應依當事人主觀的觀察。蓋法律關係，雖客觀上甚爲明確，然當事人間不明確時，仍有保護之必要。例如被告故意爭執，否認原告之主張是也。

2 因不明確而發生危險

由法律關係之不明確，原告之私法上地位，有被侵害之危險，故有除去其

不安之必要。

三 關於正當當事人之要件

確認訴訟之正當當事人，須有即受確認判決之法律上利益者。在積極的

確認訴訟，須就受確認之法律關係有所有權、管理權，或依本法規定，有為訴訟之權能者。在消極的確認訴訟，須因被告之不當爭執，有侵害其私法上地位之危險。

四 關於得受保護資格之要件

即私法上之權利或法律關係，為審判上可得主張者。否則如超過最高

利率部分之利息，無受保護之資格（參考第一節之三）。

第三款 形成訴訟（權利變更訴訟）

第一 形成訴訟之性質

形成訴訟云者，為請求以形成判決，宣言私法上形成權存在，且變更現在之私法

上地位，賦與形成效果之訴訟。

賦與形成效果之形成判決，為直接形成法律上之效果。故於判決之外，須附加他種行為，方能實現法律上之效果（例如給付判決之猶需強制執行），或以確認判決，給付判決之存在為要件，方能構成法律上之效果者（例如以判決代債務人為意思表示），為給付判決或確認判決，非可稱為形成判決。

形成判決，為宣言形成權存在，於賦與形成效果，即變更法律上狀態之範圍，發生既判力及創設力。既判力，

依一般原則，僅限於當事人間有效；反之，創設力則為國家之處分行為，故原則上對於第三人亦生效力。

第二 形成訴訟之種類 形成訴訟，有形成實體法上之效果者與形成訴訟法上之效果者。稱前者為實體

法上之形成訴訟，後者為訴訟法上之形成訴訟。

一 實體法上之形成訴訟 略舉其要者如左。

1 向將來形成實體法上之效果者 例如撤銷婚姻訴訟（民法九八九條至九九九條，本法五六四條至五七八條）。離婚訴訟（民法一〇五二條至一〇五八條，本法五六四條至五七八條）。

2 溯及既往形成實體法上之效果者 例如子女之認領或否認或認領無效或撤銷之訴訟（本法五七九條以下），聲請法院宣告股東會決議無效之訴訟（公司法第一三七條），債權人聲請法院撤銷債務人詐害行為之訴訟（民法第二四四條）。

二 訴訟法上之形成訴訟 例如請求撤銷確定終局判決之再審之訴（本法四九二條以下），關於強制執行異議之訴，付與執行文異議之訴，第三人異議之訴，關於分配異議之訴。

對第一、二審判決，聲明不服時，雖為行使形成權，請求賦與形成之效果，然上訴不過為對於判決聲明不服，並非訴訟之一種，故不得稱為形成訴訟。

第三 形成訴訟之權利保護要件 如前項所述，形成訴訟，限於法律有明文規定時，方得認許，其權利保護

要件，亦應依各規定而分別定之。但亦與給付，確認之訴訟相同，互有共通之點。

一 關於訴訟標的之要件 必須形成權存在。此徵諸前項是認形成訴訟之規定，皆為關於形成權者，便可證明。

二 關於保護必要之要件 如前項所述，法律有明文規定時，當然有保護之必要。

三 關於正當當事人之要件 應依法律之規定，分別決定。

第三節 訴權之消滅及移轉

第一 訴權之消滅 訴權者，謂得請求有利益於已判決之權利也。如前節所述，具備權利保護要件時，方認訴權之存在。否則如權利保護要件缺一時，訴權歸於消滅。

為訴權之實體上要件，即主張之權利，法律關係已不存在，或否定之權利，法律關係至於存在時，訴權歸於消滅。前者例如給付訴訟，他造已經清償；後者例如消極的確認訴訟，其後發生法律關係之情形是。

喪失權利保護之法律上利益時，訴權亦歸於消滅。但訴權為訴訟法上之權利，原則上不適用消滅時效或拋棄之規定，唯構成訴權內容之實體上權利關係，如因除斥期間屆滿而消滅時，訴權亦間接歸於消滅。

第二 訴權之移轉 訴權，原則上移轉於構成實體法上權利或法律關係之一般繼承人或特定繼承人；例外，專屬於一身之權利，則法律上不認私權之繼承，從而訴權亦不能移轉。又權利或法律關係之本體，雖不發生

繼承問題，然其處分權及管理權，與主體分離而改屬於他人時，或改屬於他人後，再復歸於主體時，均發生訴權之移轉。前者例如就私法上之權利或法律關係有訴權後，受破產之宣告時，其訴權移轉於破產財團；後者例如破產程序終結時，訴權移轉於原主體是（參考一七四條）。

於此有宜注意者，即訴權之移轉，因私法上之權利，法律關係，或其處分權管理權之移轉。當然發生，原則上非必須經移轉訴權之行爲，方發生移轉之效果。良以移轉私法上權利，法律關係時，或未遑顧及移轉訴權苟不如此解_{不若}，則讓受人無由行使訴權，其結果，將等於拋棄訴權。故爲根本上防止此等不合理及矛盾，訴權之移轉，行使，原則上不得離私法上之權利或法律關係而單獨爲之。例外情形，如第四一條規定：多數有共同利益之人，得由其中選定一人或數人，爲全體起訴或被訴。此爲依法律規定，承認單獨移轉訴訟實施權之例。

第四節 起訴

第一款 起訴之方法

第一項 起訴之通常方法

第一 訴狀之提出 起訴，應以訴狀提出於法院爲之（二四四條一項），是爲起訴之通常方法。應以訴狀提出於法院云者，謂依法院之處務規程所定，於法院內交付於有收受權限者。法院之收狀處，通常爲有外受權限之機關。交付行爲，由原告親自爲之，或由使者、郵遞，均可。唯起訴行爲，爲訴訟行爲，如原告無訴訟能力時，應依

法定代理人或法定代理人所委任之訴訟代理人爲之。

第二 訴狀之要素 訴狀，應表明左列各款事項（二四四條）。

一 當事人及法定代理人 表明當事人爲何人，須依不生錯誤之同一認識標準爲之。至應如何記載，因情形而各異。自然人除姓名外，爲便於認識，有時須附記年齡、職業、住所。胎兒因尙無姓名，只得表示爲何人之胎兒。法人須表明名稱及住址。商號因可讓與，須註明其主人及住址。當事人雖爲無訴訟能力人時，亦應於訴狀表明之，蓋所以特定訴訟也。

當事人爲無訴訟能力人時，既不能實施訴訟行爲，又不能受領訴訟行爲，故除當事人外，應兼表明法定代理人，使知何人爲訴訟行爲者，以期便利。如當事人爲法人或非法人之團體時，並須表明其代表人，或管理人員。（參考日本民訴法第五十八條）。

二 訴訟標的 訴訟標的，指原告請求之權利或法律關係，即訴訟上之請求。此項記載，爲表明就如何之私法上權利或法律關係，請求如何之判決，以區別於其他事件。故其表明程度，亦以能資區別已足。

表明當事人，所以定訴訟繫屬及既判力之主觀的範圍；特定訴訟標的，則爲明瞭訴訟繫屬及既判力之客觀的範圍，其目的，皆爲期認識訴訟之同一。

三 應受判決事項之聲明 爲表明訴訟標的之權利或法律關係，就如何部分，請求如何之判決。是乃訴

狀要素中之要素，亦即為請求之焦點，應受判決事項之聲明。必須一定的確，不得附加任何條件。但預備的請求，則在所不妨。蓋預備的請求，不過為慮第一位請求無理由時之第二位請求，如第一位請求有理由時，則不考慮第二位以下之請求，僅有順序的關係，並非附條件之請求也。

訴狀內宜記載因定法院管轄及其適用程序所必要之事項。第二百六十五條所定準備言詞辯論之事項，宜於訴狀內記載之。

其他事項，適用第一一六條至一二一條之規定。

第二項 起訴之特別方法

通常之起訴方法，雖應以訴狀提出於法院為之；但例外情形，法律有明文規定時，得以言詞起訴，是為起訴之特別方法。例如簡易訴訟程序得以言詞在推事前為之（四二六、四〇八）；訴之變更，追加及提起反訴（二六一），中間確認之訴亦然。

第五節 訴之合併

第一款 總說

第一 訴之合併之意義及種類

就單一之權利或法律關係，於單獨之原告及被告間開始之訴訟，是為單

一之訴。反之，多數之原告，對於多數之被告，合併多數之訴（請求）而主張者，是為訴之合併。訴之合併，有種種

分類。

甲 同一之單獨原告，對同一之單獨被告，於同一之訴訟程序，主張多數之請求者，法典上稱爲訴之合併，學術上稱爲客觀的訴之合併，亦即爲狹義的訴之合併。

乙 多數原告，共同起訴，或多數被告，共同被訴者，法典上稱爲共同訴訟，學術上稱爲主觀的訴之合併，乃屬於廣義的訴之合併（但通常只稱爲共同訴訟）。

客觀的訴之合併與主觀的訴之合併，有於同一訴訟程序混合爲之者，例如債權人就多數之請求，對主債務人及保證人起訴是。

訴之合併，又可分爲依當事人之行爲而爲者及依法院之命令而爲者。

甲 依當事人之行爲者 復可分爲依起訴之行爲而爲者與於訴訟進行中爲之者。前者爲於起訴時主張數宗之請求，或共同起訴，共同被訴，後者例如原告於訴訟進行中，附加其他之請求，或當事人一方死亡時，多數繼承人承受其訴訟程序之情形。

乙 依法院之命令者 同一或相異之當事人間，繫屬於同一法院同種訴訟程序之數宗訴訟，法院以合併爲便利者，得命合併辯論，其當事人兩造相同者，得合併裁判之（二〇五條）。

第二 訴之合併之目的及效果 無論爲客觀的訴之合併或主觀的訴之合併，其相互間之關係，既屬相通，

爲免途往返陳述，重複提出同一證據方法之煩，不唯當事人可節省訴訟費用及時間，而國家亦可減輕負擔，殊合於訴訟經濟之原則。故不但當事人可利用之（二四八），法院並得依職權爲之（二〇五）。訴之合併中，又以主觀的訴之合併，效用最廣，本法特設一節，規定共同訴訟，以擴大其範圍（本法第二編第二章第二節）。

以一訴主張數項標的者，與單一者相同，其價額合併計算之（四〇五條一項）。其終局判決，原則上須同時爲之，但如數項標的中之某項，已達於可爲裁判之程度者，法院得爲一部之終局判決（三八二）。唯於主觀的訴之合併，對於共同訴訟人之各人，必須合一確定者（五六），則應對於共同訴訟人全體，爲同一之判決，不得分離而爲一部判決。蓋不如是，則分離之結果，不唯其他共同訴訟人，夫正當當事人之資格，且其判決確定之時期互異，殊有背合一確定之本旨也。

第二款 客觀的訴之合併

第一 客觀的訴之合併之意義 對於同一被告之數宗訴訟，除定有專屬管轄者外，得向就其中一訴訟有管轄權之法院，合併提起之，但不得行同種訴訟程序者不在此限（二四八）。是爲客觀的訴之合併。僅限於合併數宗之訴（請求），故如非訴之督促程序，公示催告程序，強制執行程序，均不得列入訴之合併。其假扣押假處分之聲請，雖可與訴同時爲之，然因假扣押假處分並非獨立之訴，故亦非可謂爲訴之合併。

第二 客觀的訴之合併之種類

甲 依單一之起訴行爲而合併者

1 於起訴時包含數宗之請求者。

2 被告於反訴時爲數宗之請求者。

乙 於起訴後爲訴之合併者

1 原告在起訴後，訴訟進行中，於第一次之訴外，續爲其他之訴（請求）。

2 被告於提起第一次反訴後，更提起第二次之反訴，亦爲訴之合併。

丙 法院就分別提起之數宗訴訟，命合併辯論及合併裁判時（二〇五）。

因數宗請求之合併關係不同，又可分爲左之區別。

甲 單純的訴之合併

1 數宗請求，基於各異之原因，相互間無法律上之關係者 例如請求給付價金與返還書籍之合併。

2 數宗請求，法律上有牽連關係者 爲基於第一之法律關係，發生第二之法律關係，第二種之請求

正當與否，繫於第一種之請求是否正當。例如利息之與原本，應繼分之與繼承權，常有主從的牽連關係

（有時爲併立的關係）。

乙 選擇的訴之合併（競合的訴之合併）

1 於選擇債權，債務人有選擇權時，債權人得將數宗標的，提起合併之訴。債權人有選擇權而不行使選擇權時亦然。

2 債權人請求給付，同時請求給付不能時之損害賠償，亦屬於訴之合併。
以上兩類，其請求均為併立，故非次述預備的合併，而為選擇的合併。

丙 預備的訴之合併 兩宗以上之請求，第一位請求無理由時，則請求第二位，依次類推，是為預備的訴之合併。就同一事實，有種種之法律上效果時，常可得預備的請求。例如消費借貸契約，貸與人第一位請求借用人依契約返還，第二位如契約無效時，依不當得利之規定，請求返還。

第三 客觀的訴之合併之要件 須其數宗請求，係由同一原告，對同一被告，且屬於同一法院管轄（二四八）。只須屬於同一法院，不限於法院中之同一庭。其數項請求，須屬於同一種類之訴訟程序。故就通常訴訟程序與人事訴訟程序，不得為訴之合併。

第三款 主觀的訴之合併（共同訴訟）

第一 共同訴訟之意義及發生 共同訴訟云者，謂原告、被告，或原被告雙方各有二人以上之訴訟。共同訴訟之發生，有源於起訴者，有於訴訟進行中發生者。前者為通常之情形，後者又可分為：（1）出於當事人之原因者，例如起訴後，原告或被告死亡，由數繼承人承受訴訟時。（2）由於法院之行爲者，例如法院對分別提起，原被

告相異之數宗訴訟，命合併辯論時，由客觀的合併訴訟，兼成爲主觀的訴之合併（二〇五）。

第二 共同訴訟之要件 共同訴訟，當事人之一方或雙方，須爲複數。依本法規定：二人以上，於左列各款情形，得爲共同訴訟人，一同起訴，或一同被訴（五三條）。

一 爲訴訟標的之權利或義務，爲其所共同者 例如數人爲共有人，共同繼承人，合夥人，不可分債權人，或不可分債務人，共同享有權利，或負擔義務時。

二 爲訴訟標的之權利或義務，本於同一之事實上及法律上原因者 不唯發生事實，須爲同一，且其法律上之原因，亦須本於同一。例如由一個契約所生之部分的權利者，部分的義務者，因數人之共同侵權行爲所生之損害賠償請求權；數人對同一公司之同一決議，請求撤銷或宣告無效等訴訟是。

三 爲訴訟標的之權利或義務，係同種類，而本於事實上及法律上同種類之原因者 此與前款不同，訴訟標的之權利或義務，其事實上及法律之原因不必「同一」，只須同種類已足。例如基於同樣保險契約之訴，第三人提起異議之訴。但以被告之住所在同一法院管轄區域內或有第四至第十九條所定之共同管轄法院者爲限。

共同訴訟之被告數人，其住所不在一法院管轄區域內者。各該住所地之法院，俱有管轄權。但有第四條至前條所定之共同管轄法院者，不在此限（二十條）。即如被告有共同之特別審判籍者，原告應向該審判籍所在地之法院起訴，以免被告感遠道應訴之不便。

第三 共同訴訟之種類 共同訴訟，可分爲通常共同訴訟與必要的共同訴訟。通常共同訴訟，原告依單獨訴訟抑共同訴訟，得自由選擇。反之，必要的共同訴訟，則訴訟標的，對於共同訴訟之各人，必須合一確定（五六條一項）。必要的共同訴訟，又可分爲固有的必要共同訴訟與類似的必要共同訴訟。

甲 固有的必要共同訴訟 固有的必要共同訴訟云者，原告欲得本案之勝訴判決，須數人一同起訴或一同被訴之謂。否則其訴因此一端，卽爲無理由而被駁回。至於如何情形，以此種共同訴訟爲必要，應依實體法及訴訟法之規定。卽數人或對於數人，非合一爲法律上之活動時，不能行使請求權或其他之權利。其情形爲：（1）須依判決形成法律上之效果，應由數人共同行使形成權，或只對於共同之數人得行使時；（2）財產之處分權或管理權，實際上屬於數人共同行使，從而只其數人共同，方得爲訴訟行爲時。例如關於全部債權關係之訴訟；共有權之訴訟；遺產繼承人有數人時，於分析遺產前，因遺產之訴訟，均爲固有的必要共同訴訟，訴訟標的，對於共同訴訟之各人，必須合一確定。若原告不具備前段所述共同訴訟之要件時，應以訴爲無理由而駁回之。蓋此項要件，有關原告之訴訟實施權，非與他人一同行使或對於被告一同起訴，則不得謂爲具權利保護要件也。

乙 類似的必要共同訴訟 非若固有的必要共同訴訟，必須一同起訴，或一同被訴，但對於共同訴訟人一人之判決，其效力及於未一同起訴或一同被訴之人。例如股東聲請法院，宣告股東會之召集或決議爲無

效（公司法第一三七條）。其宣告決議爲無效之判決，不唯對聲請之股東，發生效力，且對於其他之股東亦生既判力，嗣後不能爲相異之判決，以合於法典所規定之「合一確定」。

第四 共同訴訟人之訴訟上地位

一 通常共同訴訟人之訴訟上地位 共同訴訟中一人之行爲，或他造對於共同訴訟人中一人之行爲，及關於其所生之事項，除別有規定外，其利害不及於他共同訴訟人（五五）。由此原則，產生下列結果。

1 各共同訴訟人，各自獨立發展訴訟。蓋在通常共同訴訟，因當事人或法院之訴訟行爲，合併之結果其訴訟的法律關係，雖至於相互爲共同的發展，然各共同訴訟人，仍得不影響於其他共同訴訟人，獨立爲訴訟行爲。

2 各共同訴訟人之作爲或不作爲，以不及利害關係於其他共同訴訟人爲原則。從而共同訴訟人之一人，爲其他共同訴訟人之代理人，或爲其他共同訴訟人之輔助參加人時，因自己之訴訟法律關係，與爲其他共同訴訟人之代理人或輔助參加人，應各別爲訴訟行爲，對於同一事實關係之陳述亦然，以其爲兩種資格也。

3 因各共同訴訟人，各自獨立發展訴訟，其攻擊或防禦方法，只對於共同訴訟人各自方有效力。其判決，不須同時爲之（三八一條二項）。判決之內容，亦不須互相一致。

二 必要的共同訴訟人之訴訟上地位

1 固有的必要共同訴訟 除關於訴訟成立要件之訴訟行為，共同訴訟人，各別獨立有效外，關於實

質上之訴訟行為，適用左列各款之規定（五六）。

a 共同訴訟人中一人之行為，有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力

共同訴訟人之訴訟行為，如相一致時，不問是否利益於共同訴訟人，均屬有效。否則，如不相一致時，限於有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體。至其他共同訴訟人之主張如何，在所不問。例如共同訴訟人之一人，爭他造之主張，或提出證據方法，攻擊防禦方法，提起上訴時，其他之共同訴訟人，雖自認他造之主張，或捨棄，認諾其請求，乃至不為任何行為，然一人中爭他造之主張，或提出證據方法，攻擊防禦方法，提起上訴之效力，及於全體共同訴訟人，共同訴訟人一人所為利益之訴訟行為，恰與全體共同訴訟人所自為者相同。

b 他造對於共同訴訟人中一人之行為，其效力及於全體 為圖統一訴訟材料及便利訴訟進行，如共同訴訟人中有缺席者時，他造對於共同訴訟人中一人所為之行為，對於全體之共同訴訟人，均生效力。又為求統一訴訟材料，達合一確定之目的，他造對抗共同訴訟人中一人之攻擊或防禦方法，或提起上訴，其效力及於全體。

c 共同訴訟人中之一人發生有訴訟中斷或中止之原因者，其中斷或中止之效力及於全體。此亦爲統一訴訟材料及謀訴訟同時進行，故共同訴訟人中一人所生中斷或中止之原因，其效力及於全體。即一人發生訴訟中斷或中止之原因時，全體之訴訟，均應中斷或中止。無其原因之共同訴訟人，係以有其原因共同訴訟人之中斷，中止發生存在爲前提條件，從而其原因之共同訴訟人，因承受訴訟或其他原因而解除中斷，中止時，無其原因共同訴訟人之中斷，中止效力，亦當然歸於解除。此外，共同訴訟人，各有續行訴訟之權，法院對於共同訴訟人中一人之行爲，對於其他共同訴訟人，不生效力。法院指定期日者，應傳喚各共同訴訟人到場（五七）。

2 類似的必要共同訴訟 在類似的必要共同訴訟共同訴訟人，本得各別獨立起訴或被訴，故其訴權，無何等之限制，於訴訟之發展，亦得各自爲訴訟行爲，是爲本則。然對於共同訴訟人中一人之判決，既判力，因可相互及於其他共同訴訟人，如共同訴訟人各自之訴訟行爲，互相一致時，固可到達於同一結果；若若相反對時，共同訴訟人，將各種受相異之裁判，其結果，遂引起裁判之衝突。故於類似的必要共同訴訟關於訴訟標的之權利或法律關係之裁判對於未一同起訴或一同被訴之人，亦生效力（參考第三之乙）。

第五 主參加之共同訴訟 就他人間之訴訟標的全部或一部，爲自己有所請求或主張——例如主張本

訴訟之兩造，係串通起訴，藉以侵害自己之債權或物權，因其訴訟之結果，自己之權利將被侵害——者，得於本訴訟繫屬中，以其當事人兩造為共同被告，向該第一審法院起訴如本訴訟繫屬於第二審法院者，亦得於其言詞辯論終結前，向該第二審法院起訴（五四）。此種訴訟，非參加於他人間之訴訟，而係為自己有所請求提起之獨立訴訟。故既非固有的必要共同訴訟，亦非參加訴訟。唯以本訴訟在存續中，為圖當事人之便宜及防止裁判之矛盾，許其於本訴訟繫屬中，以本訴訟之兩造為共同被告，向第一審法院或第二審法院起訴。因參加而發生共同訴訟，故稱為主參加之共同訴訟，又名共同訴訟的參加。

主參加之共同訴訟，應具備左列要件。

一 本訴訟之訴訟繫屬存續中 如本訴訟之訴訟繫屬已消滅者，不得提起此種訴訟。所謂訴訟繫屬，不問其為本案與否，縱令訴訟標的業已終結，唯訴訟費用，尚在繫屬中時，亦得提起。又一旦有效提起此種訴訟之後，本訴訟之訴訟繫屬，即使歸於消滅，亦不生影響。

二 就他人間之訴訟標的全部或一部，為自己有所請求或主張 故如本訴訟當事人間之裁判範圍，與主參加共同訴訟之原告主張，不相反對時無認許此種訴訟之理由。又訴訟繫屬中，為訴訟標的之法律關係，移轉於第三人時，第三人亦得依第五四條之規定起訴（二五四條二項）。

三 向本訴訟之第一審法院或第二審法院為之

如訴訟已繫屬於第三審時，不得提起此種訴訟。

依第五十四條提起之主參加共同訴訟，適用左列規定。

一 視爲其訴訟標的，對於共同被告必須合一確定（五六條二項）。即主參加訴訟之共同被告，應視爲必要之共同訴訟人。

二 法院得命在該訴訟終結以前，中止本訴訟之程序（一八四）。

三 如係向本訴訟現在繫屬之法院提起，而在其辯論未終結以前者，應與本訴訟合併辯論及裁判之，但法院認爲無合併之必要或應適用第一八四條之規定者，不在此限（二〇五條三項）。

第四款 輔助參加（從參加）

第一 輔助參加之意義 輔助參加云者，就兩造之訴訟，有法律上利害關係之第三人，爲輔助一造起見，於該訴訟繫屬中，參加其訴訟之謂（五八條一項）。輔助參加人，非基於自己所有之權利保護請求權，請求保護（與獨立之訴不同），不過因輔助一造之結果，間接保護自己之利益，故學術上稱被輔助之一造，爲主當事人，輔助參加爲從當事人。

第二 輔助參加之要件 輔助參加，除一般要件——須有當事人能力，自爲行爲時須有訴訟能力外，尙須具備左之特別要件。

一 須兩造間之訴訟在訴訟繫屬中， 輔助參加，爲附隨於他人之訴訟而輔助一造，如兩造間之訴訟在

訴訟繫屬中，不問訴訟在如何程度，均得爲輔助參加。從而在第二審、第三審或抗告程序亦然。唯如主當事人尙未提起上訴或抗告時，欲爲輔助參加者，應與上訴或抗告合併爲之（五八條二項）。又輔助參加只須於訴訟繫屬中，均得爲之，所謂訴訟繫屬本法規定之一切訴訟程序皆可發生。

二 只得於他人間之訴訟爲之。蓋主當事人不得同時爲從當事人，故於自己之訴訟，無許爲輔助參加之必要也。

三 輔助參加人就兩造之訴訟，有法律上利害關係。他人間判決之既判力，本以只及於當事人及其繼承人爲原則，惟例外如形成判決及法律有特別規定者，則判決之效力及於第三人。故爲明瞭事實關係之真相，期得正確之判決，有予法律上利害關係人以參加訴訟之機會，使輔助主當事人提出充分訴訟資料之必要，此輔助參加制度之存在理由也。至本法規定爲有法律上利害關係者，乃對於單純之經濟上利害關係暨感情上之利益而言。

第三 輔助參加之程序。應提出參加書狀於本訴訟繫屬之法院爲之（五九條一項）。參加書狀，應表明左列各款事項（同條二項）。

- 一 本訴訟及當事人。
- 二 參加人於本訴訟之利害關係。

三 參加訴訟之陳述。

法院應將參加書狀之繕本送達於兩造（同條三項）。

第四 關於許否輔助參加之爭議

許容輔助參加，雖可增加訴訟資料，便於發現真實，但同時足妨礙訴訟

進行，致生訴訟遲延之弊。故既不能輒加排斥，亦不能毫無限制，即以當事人（主當事人）不述異議為條件。若當事人不述異議時，固應許容，否則如當事人雙方或一方，對於第三人之參加，聲請法院駁回時，法院應為許否之裁定。但當事人對於參加未提出異議而已為言詞辯論者，不得為是項聲請。對此裁定，得為抗告（六十條一項二項）。得為抗告者，不許輔助參加時，固為輔助參加人，許容輔助參加時，則除聲請駁回之當事人外，並包含其他未拋棄異議權之當事人。

不許輔助參加之裁定確定時，輔助參加人固不得以同一法律上之利害關係為理由，為輔助參加，蓋對於抗告之裁定，有拘束力也。但於裁定後如發生新原因時，得重新參加。在駁回參加之裁定未確定前，參加人得為訴訟行為（六十七條三項）。

第五 輔助參加人之地位

參加人得按參加時之訴訟程度，輔助當事人為一切訴訟行為，即參加人只得

於不妨參加時訴訟之程度，提供訴訟材料，輔助主當事人，是謂輔助參加之從屬性（六一條前段）。參加人得為之行為，限於訴訟行為，即攻擊或防禦方法及陳述等，並無為私法上行為之權限，如受領清償等。

輔助參加人，固以得爲一切訴訟行爲爲本則，但其行爲，與該當事人之行爲抵觸者，不生效力（六一條後段）。所謂抵觸，不問當事人之行爲與參加人之行爲，孰先孰後。但參加人之行爲在前時，當事人如有反對之意思，應從速表示之。

第六 判決之效力及於輔助參加人

參加人對於其所輔助之當事人，不得主張本訴訟之裁判不當（六

三條前段）。即判決既判力之主觀的範圍，除關於強制執行者外，對於參加人亦有效力。但左列情形，不在此限（六三條但書）。

一 參加人因參加時訴訟之程度，不得爲訴訟行爲

例如參加人欲就訴之原因爲中間之爭，然於參加

以前已有中間判決。

二 因該當事人之行爲，不能用攻擊或防禦方法

例如該當事人遲誤時機，致不能提出攻擊或防禦方

法。

三 當事人因故意或重大過失，不用參加人所不知之攻擊或防禦方法。

上述情形，均因非可歸責於參加人之法律上或事實上事由，致不能提供必要之訴訟材料，故不能使參加人受不利益裁判之效果，從而判決之效力，不及於參加人，參加人得主張本訴訟之裁判不當。

第七 準用必要共同訴訟之規定

訴訟標的，對於參加人及其所輔助之當事人，必須合一確定者，準用第

五十六條之規定（六二條）。

第八 輔助參加之消滅 輔助參加消滅原因如左。

一 駁回參加之裁判已確定時（參看第二、第四及第六十條）。

二 撤回參加時 此項消滅原因，本法雖無明文規定，但輔助參加亦為一種保護私益之制度，故應解為得撤回之，並準用第二六二條之規定。但以輔助參加之本質，非獨立之訴，故與訴之撤回，有如左之差異。

1 撤回參加，不須得當事人之同意 蓋撤回參加，並不害何方當事人之消極的確定利益（參看六四條二項但書），故得自由為之（即不適用二六二條一項但書之規定）。

2 撤回參加之效果，不遡及既往 參加人既為之訴訟行為，仍繼續有效（參看二六一條一項前段）。

3 撤回參加後，不唯得更為參加，且得舍此就彼，改而為他造之輔助參加人（參看二六三條）。

第九 輔助參加之中斷與承受 輔助參加人有中斷之原因時，得準用一六八條以下之規定為承受。

第十 輔助參加人承當訴訟與判決之效力 參加人經兩造同意時，得代其所輔助之當事人承當訴訟（六四條一項）。參加人承當訴訟者，其所輔助之當事人脫離訴訟。但本案之判決，對於脫離之當事人仍然有效力（同條二項）。

第五款 訴訟告知

第一 訴訟告知之意義 訴訟告知云者，當事人於訴訟繫屬中，將訴訟告知於因自己敗訴而有法律上利害關係之第三人，予以參加訴訟之機會，期擴張判決之效力於第三人也（六五條一項）。

第二 訴訟告知之要件：

一 須在訴訟繫屬中。

二 須第三人因自己敗訴而有法律上利害關係 其說明，參看第四款第二之三。

三 須由有告知權者爲之 當事人固得爲告知，受訴訟之告知者，得遞行告知（六五條二項）。

四 告知訴訟之書狀繕本，須合法送達於第三人（參看第三）。

第三 訴訟告知之程式 告知訴訟，應以書狀表明左之事項，提出於法院，由法院送達於第三人（六六條

二項）。

一 爲訴訟告知及其理由 卽基於具體的事實關係，表明本訴訟之結果，與被告知人有法律上之利害

關係。

二 訴訟程度 使知訴訟告知時之訴訟程度，俾被告知人便於參加爲訴訟行爲。此項表明，只須摘要已

足，並不須抄送筆錄或訴狀。蓋僅以使知訴訟程度爲目的也。

前項書狀，並應送達於他造（六六條二項）。

第四 訴訟告知之效果 受告知人參加訴訟時，是為參加人，屬於判決既判力之主觀的範圍（參看第四款第六）。否則若不為參加或參加逾時者，如已具備訴訟告知之要件（參看第二），視為於得行參加時，已參加於訴訟，準用第六三條之規定（六七條）。即判決之效力，及於受告知人（參看第四款第六）。

第六節 反訴

第一 反訴之意義及要件 反訴云者，本訴之被告，以原告為對造，在本訴繫屬之法院，就與本訴之標的及其防禦方法有牽連關係，所提起同種程序之訴也。依此定義，可分析其要件如左。

一 本訴繫屬於法院 只須本訴尚繫屬於法院，至其繫屬之原因，則在所不問。故本案爭點，雖已判決，僅訴訟費用問題尚繫屬於法院時，亦得提起反訴。提起反訴，必須於言詞辯論終結前為之，如言詞辯論業已終結，則本訴雖尚繫屬於法院，亦不得提起反訴（二五九條一項）。於第二審提起反訴，非經他造同意，不得為之，但擴張、減縮、變更應受判決事項之聲明時，不在此限。所謂同意，不限於明示的同意，並包含默示的同意。故如反訴被告無異議而為本案之言詞辯論者，視為同意（四四三）。認第二審反訴之結果，致失第一審程序，故以經反訴被告同意為要件。且本法規定之反訴，以與本訴有牽連關係為必要，因之，反訴被告，不致蒙重大之損害。至第三審為法律審，當然不得提起反訴。

於本訴繫屬中，提起反訴之後，本訴雖因不具備訴訟成立要件而被駁回，亦與反訴不生影響。蓋法院之管轄及訴訟繫屬，均以起訴時為準定之（二七）。

二 不專屬他法院管轄 反訴之標的，如專屬他法院管轄者，不得提起（二六〇條一項）。蓋專屬管轄，有關公益，不得任意左右之也。

三 與本訴之標的及其防禦方法相牽連（二六〇條一項後段） 所謂相牽連，應解為法律上之牽連關係。如僅屬事實上之牽連關係，則恐因偶然之事實牽連，擴大範圍，致與反訴之立法意旨不合。反訴之標的與本訴之標的有法律上牽連關係之情形為：

1 反訴與本訴之標的，基於同一事實關係之法律上結果，或由同一法律關係所生之數項標的 例 如本訴為給付之訴，反訴為請求確定其給付標的之法律關係存在之訴（確認之訴）；本訴為確定契約無效之訴，反訴為履行契約之訴；本訴為所有權之訴，反訴為占有之訴；均得提起反訴。至如何情形，為同一事實或同一法律上之結果，應依經濟上之目的，而發見其同一性。

2 由多數不獨立之事實關係所生之法律上關係，互成有效或無效之條件關係時；或本訴之標的與反訴之標的，相互間有排他不兩立之關係時 均可謂為法律上有牽連關係，得提起反訴。

3 對於本訴之防禦方法與反訴請求，有法律上之牽連關係 防禦方法，為對於本訴標的之請求所

主張者。如與反訴請求有法律上之牽連關係，即得提起反訴。例如主張抵銷權或留置權為防禦方法，得就其餘之部分，提起反訴。

於此有宜注意者，即法律上不許可之防禦方法，如一九六條二項遲延提出之情形，雖有牽連關係，亦不得提起反訴。但不致延滯訴訟者，不在此限（二六〇條三項）。又防禦方法，須依其方法，法律上有防禦方法之性質，否則不能據而提起反訴。蓋反訴為剝奪法律所定原告之一般管轄利益，於本訴訟法院，認有管轄權，苟無若何正當之根據，則不得剝奪其利益。

四 反訴與本訴，屬於同種之訴訟程序 因本訴與反訴，須合併辯論及裁判，故須屬於同種之訴訟程序。否則如不得行同種之程序者，不得提起（二六〇條二項）。

五 法律不禁止提起反訴 故原告對於反訴不得復行提起反訴，因法律有明文禁止也（二五九條二項）。

第二 反訴之訴訟程序 反訴，原則依關於本訴之訴訟程序而審理裁判。反訴，違反專屬管轄之規定，或與本訴之標的，不相牽連，法院應依職權或於他造行使責問權時，以裁定移送於管轄法院（二十八條），或分別進行訴訟，不得以反訴為不合法而駁回之。合法提起之反訴，法院亦得命與本訴分別辯論（二〇四條後半）。反訴之變更，除受一般訴之變更之支配外，因變更之結果，仍須反訴之標的與本訴之標的及其防禦方法

有牽連關係。

提起反訴，得於言詞辯論時爲之（二六一條一項）。於言詞辯論時所爲之反訴，應記載於言詞辯論筆錄。如他造不在場，應將筆錄送達（同條二項）。提起反訴後，不因不訴撤回而失效力（二六三條一項但書）。本訴撤回後，反訴之撤回，不須得原告（反訴被告）之同意（二六四參看四二頁後半，二六二條一項但書）。

反訴之訴訟標的，如與本訴相同時，毋庸另繳訟費訴訟費（民事訴訟費用法第十三條）。

第七節 起訴之效果（訴訟繫屬之效果）

第一款 訴訟法上之效果

第一 發生訴訟繫屬 訴訟繫屬，自何時起，爲學者間甚有爭論之一問題。（1）有主張送達訴狀於他造時發生者；（2）有分別觀察，原告之訴訟繫屬，於起訴時發生，被告之訴訟繫屬，於送達訴狀時發生者；（3）有主張於起訴時發生者。本法第二七條規定：「定法院之管轄，以起訴時爲準」。即表示訴訟繫屬，於起訴時發生。訴訟繫屬發生後，當事人不得就同一標的，更行起訴（二五三）。

第二 法院管轄之恆定 訴訟繫屬發生後，受訴法院之管轄，即依其時之情形定之，起訴時受訴法院如有管轄權，則其後雖定管轄之事實發生變動（例如被告之住所變更），亦不受任何影響（二十七條）反之，起訴時雖受訴法院無管轄權，然其後因定管轄之事實發生變動，至判決前之言詞辯論終結止，發生受訴法院有

管轄權之事實時，爲便宜計，無否認之實益，故仍應認爲有管轄權。

第二款 私法上之效果

第一 訴訟標的移轉之情形 羅馬法，於訴訟繫屬中，禁止訴訟標的之讓與。德國法，雖無若羅馬法之限制，然訴訟繫屬中，縱移轉訴訟標的，當事人亦不因之喪失正當當事人之資格，仍與未移轉前之狀態相同，繼續履行訴訟（德民訴法第二六五條二項）。從而對於讓與人之判決，對於其讓受人亦當然發生效力（同法三二五條一項）。我國新民訴法第二五四條，訴訟繫屬中，爲訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響。第三人如經訴訟之他造同意，得代當事人承當訴訟，或依第五十四條之規定起訴。

第二 起訴與時效中斷，或法律上期間之遵守 實體法上之時效中斷，或法律上期間之遵守，亦有繫於起訴者（參看民法第一二九條）。

第八節 訴之變更追加

前節第一款所述起訴之訴訟法上效果，除禁止二重起訴，法院管轄之恆定外，尚有關於訴訟參加、訴訟告知、反訴、訴之變更、追加等效果。前三者業於第五節，第六節述及，茲特另節說明後者。

第一 訴之變更，追加之意義 本法第二四四條，規定訴狀應表明之事項，以爲裁判之基礎，由之而產生既判力。如訴訟應表明之要素，發生變動時，斯爲訴之變更。訴之變更，可分爲當事人之變更，訴訟標的及原因之變

更，應受判決事項聲明之變更。訴之追加，則為關於訴訟標的及應受判決事項之追加。

第二 訴之變更之種類 訴，為原告向特定法院，對於被告，就權利或法律關係之特定範圍，要求特定判決之行為。故此等要素發生變動時，即為訴之變更。

一 因當事人之變更 法院之變更，即法律規定之訴訟移送（第二十八條），雖為訴訟主體之變更，但不發生訴之變更問題。訴訟當事人，則同時為訴訟標的之權利或法律關係之主體，訴訟當事人變更時，常發生訴訟標的原因之變更，故當事人變更，亦為訴之變更。

二 因訴訟標的原因之變更 訴訟標的之原因，即為請求標的之具體的法律關係。為訴訟標的之權利或法律關係之同一認識標準發生變更時，斯為訴訟標的原因之變更。例如債權變為物權或其他權利，依主體及權利之內容，為同一認識標準，故發生變更時，為訴訟標的原因之變更。其發生事實，不屬於同一認識標準，雖有變更，亦不發生訴之變更。然如私法上之請求權或形成權為訴訟標的時，則主體、權利內容及發生事實均為同一認識標準，故變更時，發生訴之變更。至發生事實之日時，則於通常情形，非關於請求權同一認識之重要事項，故縱加訂正，亦非可謂為訴之變更。

三 因應受判決事項聲明之變更 應受判決事項之聲明，即所謂請求。故變更應受判決事項之種類，內容，或變更履行地時，均為訴之變更。例如初要求給付判決，繼變更為形成判決；初要求將來給付判決，繼改為

現在給付判決，初請求在上海履行，繼改爲在漢口履行是。

第三 訴之變更、追加之許容 訴之變更、追加，如無限制許可時，則新訴可不依起訴之方式，而於言詞辯論

時提起，使被告發生防禦之困難，致陷於不利益之地位。且在採用準備程序之新民事訴訟法，如許依訴之變更爲簡易之起訴方法，則將使該制度成爲有名無實，而他造之利益，亦被漠視（參看二七六條），故本法規定，訴狀送達後，原告不得將訴變更、追加爲原則（二五五條一項前段）。限於具體左列條件，方許容訴之變更、追加。即：

一 經被告同意或不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者（二五五條一項但書）。被告於訴之變更或追加無異議而爲本案之言詞辯論者，視爲同意變更或追加（同條一項）。

二 受訴法院有管轄權。否則如新訴專屬他法院管轄者不得爲之。（二五七條前段）。

三 須與原訴得行同種之訴訟程序者，否則如不得行同種之訴訟程序者，不得爲之（二五七條後段）。

上述情形，或爲被告所容忍，或係弊害較少，故足爲許容訴之變更。追加之理由，例外於訴訟繫屬發生後，原告亦得將原訴變更或追加他訴（二五五條一項前段）。但左列各款行爲，則不受前條規定之限制（二五六條）。

一 不變更訴訟標的而補充或更正事實上或法律上之陳述。

二 擴張或減縮應受判決事項之聲明。

三 因情事變更，而以他項聲明代最初之聲明。

四 該訴訟標的，對於數人必須合一確定者，追加其原非當事人之人爲當事人。

五 訴訟進行中，於某法律關係之成立與否有爭執，而其裁判，應以該法律關係爲據者，並求對於被告確定其法律關係之判決。

第四 訴之變更、追加之程序 訴之變更或追加，得於言詞辯論時爲之。於言詞辯論時所爲訴之變更、追加，

應記載於言詞辯論筆錄，如他造不在場，應將筆錄送達（二六一）。

第五 訴之變更、追加之裁判 訴之變更、追加，爲不合法時，法院應以裁定駁回；如係合法時，則被告雖聲明

異議，亦可照常進行訴訟。唯後者之情形，應於終局判決中，或用中間判決說明其理由。法院因不甚礙被告之防禦及訴訟之終結，而許訴之變更或追加，或以訴爲非變更或無追加（即二五六條之情形）之裁判，不得聲明不服（二五八條）。

第九節 言詞辯論之準備

第一款 準備書狀

第一 準備書狀之觀念 本法以採言詞主義爲原則，當事人將於言詞辯論，爲如何之陳述，如非預知其要領，則法院既不獲充分理解其趣旨，他造當事人亦不能對之卽爲答辯，致有妨訴訟之迅速進行。爲預防是弊，用

設準備書狀制度，使當事人將欲陳述之事項，記載於書狀，提出於法院，並送達於他造當事人，以便利訴訟之迅速進行。

第二 準備書狀之提出及其記載 各當事人因準備言詞辯論之必要，應以書狀記載其所用之攻擊或防禦方法及對於他造之聲明並攻擊或防禦方法之陳述，提出於法院，由法院送達於他造（二六五）。原告準備言詞辯論之書狀，依第二四四條第三項之規定。被告因準備言詞辯論，宜於未逾就審期間二分之一以前，提出答辯狀（二六六）。

應通知他造使為準備之事項，有未記載於訴狀或答辯狀者，當事人應於言詞辯論前相當之時期提出記載該事項之準備書狀（二六七）。

法院如認言詞辯論之準備尙未充足，得延展辯論期日，並定期命當事人提出必要之準備書狀（二六八）。

第二款 準備程序

第一 準備程序之觀念 準備程序，為受訴法院使受命推事行言詞辯論準備行為之總稱。蓋錯綜之訴訟關係，常包含數多複雜之事實與爭點，如須於言詞辯論時一一加以審查，殊有妨訴訟之迅速進行，且於合議制法院，亦甚浪費推事之時間及勞力（參看法院組織法第二條二項但書），致有背迅速、經費之原則。故為欲預知複雜之訴訟關係，明瞭當事人於言詞辯論前所提出之訴訟資料，以便解決其爭點，用設準備程序之規定。

第二 準備程序之施行 行合議審判之訴訟事件。法院得隨時以庭員一人爲受命推事，使行準備程序。準備程序，以闡明訴訟關係爲止。但另經法院命於準備程序調查證據者，不在此限（二七〇）。行準備程序之時期，得「隨時」爲之，故雖經開始言詞辯論後，如法院認爲有必要時，亦得中止言詞辯論，命施行準備程序。但通常情形，以於言詞辯論前行之爲原則。蓋準備程序，乃爲言詞辯論之準備，卽言詞辯論之先行程序也。

準備程序筆錄，應明確記載左列各款事項（二七一）。

一 各當事人所用之攻擊或防禦方法。

二 各當事人對於他造之聲明並攻擊或防禦方法之陳述。

第一九八條至第二〇〇條、第二〇三條、第二〇七條、第二〇八條、第二一三條第二項、第二一四條第二一七條及第二六八條關於法院或審判長權限之規定，於受命推事行準備程序時準用之（二七二）。

當事人之一造，於準備程序之期日不到場者，應對於到場之一造行準備程序。將筆錄送達於未到場人（二七三條一項）。前項情形除有另定新期日之必要者外，受命推事得終結準備程序（同條二項）。法院得命再開已終結之準備程序（二七四）。

第三 準備程序之效果

一 於準備程序後行言詞辯論時，當事人應陳述準備程序之結果。但審判長得令庭員或書記官朗讀準備

程序筆錄代之（二七五）。

二 未記載於準備程序筆錄之事項，於準備程序後行言詞辯論時不得主張之（二七六條前段）。蓋準備程序，為準備受訴法院言詞辯論之程序，以達辯論集中與訴訟經濟之目的，故採取同時提出主義，當事人於準備程序未提出之訴訟材料，不得於言詞辯論追補或主張之。此種當事人懈怠訴訟行為之效果，稱為失權之效果，為期準備程序之收實效，故不得不課以一定之制裁。然法律對此原則，復設左之例外（同條但書）。

1 法院應依職權調查之事項 此種事項，不屬於當事人之處分權範圍，法院不問訴訟在如何程度，均應以職權調查之，當事人亦不論何時，得協助法院，引誘其調查行動，以維公益（法院應以職權調查之事項，多屬有關公益）。

2 主張該事項不甚延滯訴訟，或經釋明，非因重大過失，不能在準備程序提出者 此項情形，或不致發生流弊，或非可歸責於當事人，故為增加訴訟資料，有利於發見真實，無拒絕其提出之理由。

法院為使辯論易於終結，認為必要時，得於言詞辯論前，為左列各款之處置（二六九條）。

- 一 命當事人或法定代理人本人到場。
- 二 命當事人提出文書物件。
- 三 傳喚證人或鑑定人及調取或命第三人提出文書物件。

- 四 行勘驗鑑定，或囑託公署團體為調查。
- 五 使受命推事或受託推事調查證據。

第十節 證據

第一款 總說

第一 證據之意義 證據一語，其意義不一：（1）有稱為證據方法者，謂以使法官得心證為目的所指定之一切手段；（2）有稱為證據調查者，謂法院為明確證據方法有無證據價值之訴訟行為；（3）有稱為證據結果者，為就應證明之事項，使法院確信其為真實與否。法典所稱之證據多屬此義。至提出證據，為證據方法之指定，即為證明一定事項，對法院表示欲利用某人或某物。蓋依民事訴訟法之立法主義，證據以由當事人提出為原則，故當事提出證據與否，於訴訟資料頗關重要。

第二 證據之種類

一 證明與釋明 證明，為就某事實之真實與否，使法院得確信為目的。法律如無特別規定，當事人應舉證之事實，應依證明之方法為之。證明方法，與次述之釋明不同，應遵守訴訟法規定之形式。釋明，為就某事實之真實與否，非使法院得確信為目的，只須使得大致真實之心證已足，即屬於輕微之證據，此與證明之異點一。釋明，須於法律有特別規定時方適用之（例如第二七六條），此與證明之異點二。釋明，

不須遵守訴訟法規定之調查證據形式，此與證明之異點三。釋明方法，雖得用可使法院信其主張爲真實之一切證據方法，但不能即時調查者，不在此限（二八四），此與證明之異點四。良以民事訴訟法規定得用釋明方法之情形，大抵爲非關本案（訴訟標的）之事實，且屬要急速者，故特定簡易之證據手續。

二 本證與反證

本證云者，謂有立證責任之當事人所爲之證據方法。例如原告就訴訟標的及應受判決事項聲明之舉證（參看二四四條二、三款），被告就抗辯之舉證。反證云者，爲推翻他造所主張之事實，證明相反對事實之證據方法。就某事實之存否，有法律上之推定時，因否定之所提出之證據，亦爲反證。

三 直接證據與間接證據

直接證據云者，謂當事人直接證明其主張之係爭法律關係所生之事實。間接證據云者，謂當事人就係爭法律關係之存否，主張與直接事實有牽連之其他間接事實，使得直接事實之心證構成間接證據之間接事實，於定直接事實之真否，果有如何之價值，屬於法院之自由判斷，應依一般經驗法則定之。

法律定爲「推定」時，如無反對事實之證明，可推定其事實爲真實，以爲裁判資料。又法律規定爲「視爲……」時，不得以反證推翻之，應視其事實爲真實。

第二款 舉證責任

第一，舉證責任之意義

爲期得適合於真實之裁判，以達民事訴訟之目的，不問當事人何方陳述之事實，

法院均得採爲裁判之資料，是謂事實共通。又不問當事人何方提出之證據方法，法院均應就其重要者爲證據調查，基於調查證據之結果，及斟酌全辯論之意旨，依自由心證而爲判斷（參看第二二二條），是謂證據共通。

又在辯論主義，原則只依當事人所主張之事實及提出之證據，確定事實關係。如當事人不主張之事實，不得據爲裁判之基礎。故當事人負主張之責任。如不證明有爭之事實爲真實時，法院不得認定其事實，故當事人就其事實認定，應負擔危險，稱此負擔危險曰舉證責任。舉證責任，原則應由有主張責任者負擔之。依當事人主張責任之分配，其舉證責任，亦分配於當事人間，是爲舉證責任之分配。

主張責任，舉證責任，及其分配，均爲訴訟法上之原則，非私法上之原則。蓋此原則，爲定如何判斷適當之主張與舉證之原則，即責任分配之原則。在訴訟法與私法之區別幼稚時代，因其關係就裁判之法律關係，根據一定之事實發生如何之效果，多主張爲私法上之原則。降至現代，則通說均解爲訴訟法上之原則。我民事訴訟法，且更進一步，設明文規定焉（二七七條）。

第二 舉證責任之分配 當事人間舉證責任分配之法則如左。

一 原告主張權利時。

甲 關於私法上法律關係之主張 例如於給付訴訟、積極的確認訴訟、形成訴訟、主張請求權、所有權、

形成權成立者，應證明具備訴訟成立要件及其所主張之具體的法律關係事實之成立。於消極的確認訴訟

訟，則應證明其不成立。

乙 訴訟上之主張 卽應就有請求爲一定內容判決之權利——訴訟上之重要事項、主張、舉證。

二 被告對原告之主張除認諾之外，如表示爭執時。

甲 爭形式的訴權 例如主張原告非正當之當事人，受訴法院無管轄權，欠缺其他之訴訟成立要件；

主張訴訟上之抗辯，如已經和解成立，均須負舉證之責。

乙 爭實質的訴權 卽(1)否認原告所主張爲訴訟標的之私法上權利或法律關係，主張其不具備

權利保護要件。(2)就爲訴訟標的之私法上法律關係，主張私法上之反對權，均應負舉證之責。

總之，原告如欲勝訴，必須證明其主張；被告如欲勝訴，亦須證明其主張。兩者立於反對之地位，故其勝負，亦互相對立，而適成其各自主張，舉證結果之反映。

第三 舉證責任之例外

一 他造故意使舉證責任者不能舉證，或使顯著發生困難時，舉證責任，由他造負之。例如樣本買賣，他造毀滅樣本時，或侵權行爲之損害賠償，被害人拒絕醫生診察等調查損害之情形。

二 經法律上推定時 法律上之推定，爲推定一定之事實，在未證明有反對事實以前，則推定爲真實。故推定爲一證據規則，他造如欲推翻此推定，應提出反證（參考第一款之末）。

三 基於一般經驗法則而為推定時 一定事實之存否，發生爭議時，除法律設例外之情形，法院常應適用經驗法則而判定之。故某事實之存在與否，一經依經驗法則承認時，當事人雖有主張之責任，但不負舉證之責任。例如在消極的確認之訴，應有一定行為，方發生締結契約之事實，故不證明有其行為時，應推定為不存在。通行之道路，如不證明其不通行時，應推定為通行。

第三款 證據之目的物

當事人所為主張之真實與否，足使法院得心訟者，皆得為證據之目的物。然有時因特種關係，無庸舉證，便可知當事人之主張事實者，是為例外，不為證據之目的物。以下分別述之。

第一 得為證據之目的物者 原則為單純之事實，即關於具體的法律關係之發生、變更、消滅之過去事實。其中，包含關與此事實之吾人內部狀態，例如知悉某事實與否，故意過失，善意惡意。又以具體的法律關係效果之發生，存續為必要時，例如占有之訴，占有之現存事實，亦為證據之目的物。

此外，當事人所主張之事實，真實與否，於裁判時必須確定，且當事人間有爭者，乃法律上重要之事實，均得為證據之目的物。即：

- 一 關於訴訟程序之事實 例如管轄原因之事實，訴訟程序停止之事實。
- 二 關於正當當事人或權利保護之事實 例如當事人受破產宣告與否，基於同一訴訟之抗辯，其他之

訴訟繫屬與否。

三 關於本案之事實，或關於本案先決的法律關係之事實。前者，例如請求還返貸金之事件，其貸借關係即消費貸借契約存在之事實；後者，例如請求遷讓房屋事件，取得房屋所有權之事實。

四 關於證據方法之證據力事實。例如證明證人，鑑定人與當事人有特別關係，以影響其證明力。

第二 不得為證據之目的物者。無庸舉證之事實，不得為證據之目的物。依本法規定，為：

一 於法院已顯著，或為其職務上所已知之事實（二七八條一項）。此項事實，於法院業已明確，縱當事人間尚屬有爭，亦足信為真實，據為訴訟資料。且並不以當事人援用為必要，故雖非當事人提出者，亦得斟酌之。但為期盡調查之能事，於裁判前，應令當事人就其事實有辯論之機會（同條二項）。

於法院已顯著，或為其職務上所已知之事實云者，謂一定事實，於構成該法院之多數推事，其事實之存否，業已明確者。至明確之原因，則有種種。

1 因推事職務上經驗者。即推事於其職務上知悉之事實。只須於職務上知悉者，至在係爭訴訟，其他訴訟，或非訟事件知悉，則非所問。

2 一般公知者。因係一般公知之事實，而為推事所知悉者。其與1之異點，乃於世界、國家、地方一般的顯著之事實，故推事亦認識之。所謂一般公知之事實，並不以各人悉知為必要，只須一般的即不定之

多數人通常知悉已足。雖屬一般公知之事實，但非爲推事所知悉者，仍不得即據爲裁判之資料。例如歷史上之事項、地理、地名、習慣等是。至推事如何知悉，自始已知，於訴訟中方知，間接由他人聞知，直接實驗得知，均在所不問。其所以知悉之理由，亦不須表示之。唯推事因私交上經驗所知悉之事實，則不包含在內。蓋推事於訴訟判斷係爭事實，應毫無成見，不得據私經驗之事實，先入爲主，遽加豫斷，否則將陷於自提證據，自行判斷之誤謬也。

於此有宜附帶說明者，第一審法院認爲顯著之事實，如第二審法院完全信用之時，可依此事實而爲裁判資料，否則須更經證明，從而爲證據之目的物。第三審對於第二審所確定之事實亦然，如信用之時，可斟酌該事實，採爲裁判資料。

二 經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命推事，受託推事前自認或準自認者 無庸舉證。其說明詳中編訴訟行爲第二章第二款第三項（第二七九條，二八〇條）。

三 法律上推定者 法律上推定之事實無反證者，無庸舉證（第二八一條，參看第二款第三）。又推定之方法，法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽（二八二條）。

第三 例外得爲證據之目的物者 習慣、地方制定之法規，及外國之現行法，爲法院所不知者，當事人有舉證之責任（三八三條前段）。蓋法官只有知悉本國一般現行法之義務，不能強其悉知習慣、地方法規及外國

之現行法，故當事人有舉證之責任。但法院仍得依職權調查之（同條但書）。

第四款 證據程序

第一 證據之提出 我民事訴訟法，以採自由順序主義為原則，不採法定順序主義，故聲明證據，得於言詞辯論終結前為之，亦得於言詞辯論期日前為之（二八五）。於訴訟進行中，以證據為必要時，得基於當事人所提出之證據，即行調查。如當事人聲明之證據中，法院認為不必要者，得不為調查（二八六）。不須先就其必要與否，何方有舉證責任，豫為裁定。提出證據，為表示應證之事實，希予調查，採取為目的之訴訟上聲明。故基於一般原則，於證據調查未完以前，得撤回其未調查之部分，一經撤回，即不得更進行調查，蓋理論上，民事訴訟法固無所謂證據方法之共通也（參考第二款第一）。

【註】日本舊民事訴訟法第三二〇條，第三五〇條，證據方法之拋棄，以經他造同意為要件。我國及日本新民事訴訟法，因無明文規定，故於理論上，不得不作上述之解釋。唯為補救計，於此方拋棄之後，他造得另行聲明為證據方法。唯如此，則就同一證據方法，須重複聲明，徒費手續與費用。故為謀訴訟迅速進行，於立法論上，不若保留日本舊民訴法之規定，加以限制之為得計。

當事人提出之證據，為不合法或於訴訟為不必要者，法院固得不為調查（二八六）。否則雖因確定同一事實，提出多數之證據方法，於調查時，亦不得任意取捨。蓋法院於確定事實之真否，判斷調查證據之結果，固得

依自由心證爲之（二二二二）；至當事人提出之多數證據方法，則不得豫斷其某種不能得結果，遽行予以排斥。良以法官不能以自己之豫斷爲訴訟資料也（參看第三款第二之2）。爲訴訟經濟起見，法院雖得定應調查之限度，但非經調查之後，則不知何者已足證明，何者爲不必要。從而不能於未調查之先去彼留此。僅能於調查證據之結果，就其主張事實，已得心證之後，不再調查其他證據。因之，於唯一之證據方法，不發生不必要問題，只有證明力強弱之差。

證據之提出，於起訴後，言詞辯論終結前爲之（一九六）。新民訴法，爲期訴訟迅速進行及免除誤解，特規定：「聲明證據，於言詞辯論期日前亦得爲之」（二八五條，參看日本民訴法第二五八條二項）。

第二 證據之調查 證據調查云者，謂以發見證據內容確定係爭事實是否真實爲目的之法院訴訟行爲。施行調查證據之機關爲：

一 於本國施行調查證據時，理論上以由受訴法院行之爲原則，是蓋基於本法採直接審理主義自由心證主義之結果。例外，法院於認爲適當時，得使庭員一人爲受命推事或囑託他法院之推事調查證據（二一九〇）。囑託他法院之推事調查證據者，審判長應告知當事人，如於受託推事調查證據之期日到場，應即赴該法院所在地，指定應受送達之處所，或委任住居該地之人爲訴訟代理人，陳報受囑託之法院。受託推事調查證據之期日，僅傳喚已爲前項陳報之當事人或訴訟代理人（二九一）。

受託推事如知應由他法院調查證據者，得代爲囑託該法院。前項情形，受託推事應通知其事由於受訴法院及當事人（二九二）。

二 應於外國調查證據者，囑託該國管轄官署或駐在該國之中華民國大使、公使或領事爲之（二九五條一項）。囑託須用受訴法院之名義爲之。外國官署調查證據，雖違背該國法律，如於中華民國之法律無違背者，仍有效力（二九五條二項）。

受訴法院、受命推事或受託推事，於必要時，得在管轄區域外調查證據（二九三條）。調查證據之期日及處所，於受訴法院調查證據時，由審判長定之；於受命推事、受託推事之前爲之時，由此等推事定之（參看舊法二七五條三項）。因有窒礙，不能豫定調查證據之時期，或應於外國調查者，法院得依聲請，定其期間。但期間已滿而不致延滯訴訟者，仍應爲調查（二八七）。調查證據之期日，須通知當事人，並依職權傳喚證人、鑑定人等。蓋調查證據，與當事人有利害關係，故當事人有到場之權利，法院應予以到場之機會。但當事人拋棄此權利，一造或兩造不到場時，仍得進行調查證據（二九六）。蓋依民事訴訟制度之精神，只須予以到場之機會已足也。

受訴法院，於言詞辯論前調查證據，或由受命推事、受託推事調查證據者，書記官應作調查證據筆錄。筆錄之作製，準用第二一二條、第二一三條及第二一五條至二一九條之規定（二九四條一、二項）。受託推事調查證據筆錄，應送交受訴法院（同條三項）。

調查證據之結果，應曉諭當事人爲辯論。於受訴法院外調查證據者，當事人應于言詞辯論時陳述其調查之結果。但審判長得命庭員或書記官朗讀調查證據筆錄代之（二九七條）。

第三 職權調查證據 法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形，認爲必要時，得依職權調查證據（二八八）。

法院得囑託公署、學校、商會、交易所或其他相當之團體，爲必要之調查（二八九）。

第五款 證據方法

證據方法，可大別爲人的證據方法與物的證據方法。本法所規定之證據方法有四：人證、鑑定屬於前者；書證、勘驗，屬於後者。

第一項 人證

第一 證人之意義及能力 證人云者，謂就具體的過去事實，報告觀察之結果者。是與鑑定人陳述關於特別經驗上法則之意見者不同。證人之能力，法律雖無直接規定，但應解爲當事人及代理當事人爲訴訟之法定代理人以外之第三人。從而不代理當事人爲訴訟之法定代理人等，亦得爲證人。共同訴訟，無論爲通常的共同訴訟，必要的共同訴訟，均有共同的利害關係，故共同訴訟人，不得互爲證人。但已脫離訴訟者，回復證人能力。

第二 證人之義務 包含到場之義務，陳述之義務，具結之義務。此義務，爲因維持司法制度之利益而設者，

乃屬公法上之義務。凡服從中國司法權者，即中國人民（無論居住於國內或國外），及在中國之外國人（除享有治外法權者），除法律別有規定外，均有為證人之義務（三〇二）。

一 到場之義務 證人有應法院之傳喚，到場之義務（三〇二、三〇三）。證人雖不知訊問之事項時亦然。但有左之例外。

1 元首、中央各院部會長官及地方最高行政長官為證人者，應於公署所在地或公務員駐在地訊問之（三〇四）。

2 遇證人不能到場或有其他必要情形時，得就其所在訊問之（三〇五）。

3 證人於訊問期日前拒絕證言者，毋庸於期日到場。法院書記官應將拒絕證言之事由，通知當事人（三〇九條二項三項）。

證人受合法之傳喚，無正當理由而不到場者，法院得以裁定科五十元以下之罰鍰。證人已受前項裁定，仍不遵傳到場者，得再科百元以下之罰鍰，並得拘提之。拘提證人準用，刑事訴訟法關於拘提被告之規定。證人為現服勤務之軍人軍屬者，應以拘票囑託該管長官執行。科證人罰鍰之裁定，得為抗告。抗告中應停止執行（三〇三）。

二 陳述之義務 證人對於法院之訊問，負陳述之義務。此義務，包含證人於訊問前應就訊問事項準備

及整理之義務。因之，審判長如認證人非有準備不能為證言者，應於傳票記明訊問事項之概要（二九六條二項）。然本法對於左列之人，特設例外規定。

甲 以承諾為必要者 以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該監督長官之承諾（三〇六條）。

請求承諾，應於傳喚前為之。應守秘密與否，由該監督長官決定之。雖不予承諾時，亦毋庸明示其理由。受訴法院或當事人，均不得爭其決定為不當。唯舉證之當事人，得依行政法規，請求行政救濟。

乙 得拒絕證言者 證人有左列各款情形之一者，得拒絕證言（三〇七）。

1 證人為當事人之配偶、前配偶、未婚配偶或四親等內之血親，或三親等內之姻親，或曾有此親屬關係者。

2 證人所為證言，於證人或與證人有前款關係之人，足生財產上之直接損害者。

3 證人所為證言，足致證人或與證人有第一款關係或有監護關係之人受刑事訴追或蒙恥辱者。

4 證人就其職務上或業務上，有秘密義務之事項受訊問者。

5 證人非洩漏其技術上或職業上之秘密，不能為證言者。

得拒絕證言者，審判長應於訊問前或知有前項情形時告知之。

甲之情形，以維持國家公益爲目的，故對於有害國家安寧秩序或利益之虞者，原則均爲應祕密之事項，例外以得承諾爲要件。乙之情形，1至2爲證人與當事人有親屬關係，或將受不利益之結果；4、5，乃職務上或技術上有應祕密之義務或必要；均爲顧慮證人之利害關係，即僅屬有關私益。故在1、2，款或4款之情形，關於左列各款事項，仍不得拒絕證言（三〇八），以完成司法制度之使命。

1 同居或會同居人之出生、死亡、婚姻，或其他身分上之事項。

2 因親屬關係所生財產上之事項。

3 爲證人而與聞之法律行爲之成立及意旨。

4 爲當事人之前權利人或代理人，而就相爭之法律關係，所爲之行爲。

5 職務上或業務上之祕密責任，已經免除者。

證人拒絕證言，應陳明拒絕之原因事實，並釋明之。但法院酌量情形，得令具結，以代釋明（三〇九條一項）。證人之拒絕證言權，在陳述完畢以前，無論何時，均得行使之。拒絕證言前所陳述之部分，不因而喪失效力。行使拒絕證言權之後，得取消之。拒絕證言之當否，由受訴法院於訊問到場之當事人後裁定之。前項裁定，得爲抗告。抗告中應停止執行（三一〇）。

證人不陳明拒絕之原因事實而拒絕證言，或以拒絕爲不當之裁定已確定而仍拒絕證言者，法院得以裁定

科五十元以下之罪鍰。前項裁定，得爲抗告。抗告中應停止執行（三一—）。

三 具結之義務 審判長於訊問前，應命證人各別具結。具結所以使證人爲真實之證言，發生法律上之

效力，負證言之責任。但其應否具結有疑義者，於詢問後行之。審判長於證人具結前，應告以具結之義務及偽證之處罰（三一—二條）。證人具結，應於結文內記載當據實陳述，決無匿飾增減等語。證人應朗讀結文。如證人不通文字者，由審判長朗讀，並說明其意義。結文應命證人簽名，其不能簽名者，由書記官代書姓名，並記明其事由，命證人畫押蓋章或按指印（三一—三）。

具結之義務，因證人之能力，或有特別關係，對左列之人，設例外規定。

1 無具結能力者 以未滿十六歲，或因精神障礙，不解具結意義及其效果之人爲證人者，不得令其具結（三一—四條一項）。此等人因無具結之能力，故不能令其負具結之義務。雖自願具結時亦然。縱輕具結，其證言亦不生法律上之效力。

2 得不令其具結者 以左列各款之人爲證人者，得不令其具結（三一—四條二項）。

a 有第三百〇七條第一項第一款至第三款情形（詳二乙1、2、3）而不拒絕證言者。

b 當事人之受僱人或同居人。

c 就訴訟結果有直接利害關係者。

上列之人，均與當事人有特別關係，或自身有直接利害關係，如必強令具結，或以偽證之刑罰，冀獲真實之證言，殊不合於人情。故令其具結與否，由法院斟酌情形，自由裁量之。

第三百十一條之規定（即關於不當拒絕證言之處罰及抗告），於證人拒絕具結者準用之（三一五）。

第三 證人訊問之手續 聲明人證，應表明證人及訊問之事項（二九八）。傳喚證人，應於傳票記載左列

各款事項（二九九）。

- 一 證人及當事人。
- 二 證人應到場之日時及處所。
- 三 證人不到場時應受之制裁。
- 四 證人請求日費及旅費之權利。
- 五 法院。

審判長如認證人非有準備不能為證言者，應於傳票記載訊問事項之概要。此為俾證人就訊問事項，豫為準備，調查，以資陳述，並使知得行使拒絕證言權。

傳喚現服勤務之軍人或軍屬為證人者，審判長應併通知該管長官，令其到場。被傳者如礙難到場，該長官應通知其事由於法院（三百條）。傳喚在監所人為證人者，審判長應併通知該監所長官，提送到場。前條第二

項之規定，於前項情形準用之（三〇一）。

證人於調查證據期日到場時，審判長應先訊問其姓名、年齡、職業及住居，於必要時，並應訊問證人與當事人之關係及其他關於證言信用之事項（三一七）。以調查是否本人及有無拒絕證言之權利。次命證人具結；然後方進而訊問應證之事項。訊問證人應與他證人隔別行之。但審判長認為必要時，得命其對質。證人在期日終竣前，非經審判長許可，不得離去法院或其他訊問之處所（三一六）。審判長應命證人就訊問事項之始末，連續陳述。證人之陳述，不得朗讀文件或用筆記代之。但經審判長許可者，不在此限（三一八）。審判長因使證人之陳述明瞭完足，或推究證人得知事實之原因，得為必要之發問。陪席推事告明審判長後，得對於證人發問（三一九）。當事人得聲請審判長，對於證人為必要之發問。審判長亦得許可當事人自行對於證人發問。審判長認為當事人聲請之發問或經許可之自行發問有不當者，得不為發問或禁止之。關於發問之應否許可或禁止有異議者，法院應就其異議為裁定（三二〇）。法院如認證人在當事人前不能盡其陳述時，得令當事人退庭。但證人非述畢後，審判長應命當事人入庭告以陳述之事項（三二一）。受命推事或受託推事，訊問證人時，與法院及審判長有同一之權限（三二二）。證人得請求法定之日費及旅費。前項請求，應於訊問完畢時或完畢後十日內為之。關於第一項請求之裁定，得為抗告。證人所需之旅費，得依其請求，預行酌給之（三二三）。

第二項 鑑定

第一 鑑定之意義

鑑定云者，基於特別之知識經驗上法則，適用於現在具體的事實，將其判斷，報告於法院而補助法院之謂。因法院調者事實，缺乏特別之知識或經驗，故有命鑑定人代法院審查之必要。可知鑑定有補助法院之性質，本法以爲證據方法之一，除別有規定外，準用關於人證之規定（三二四）。

依特別智識，得知已往事實之人，是爲兼具鑑定人與證人之性質，稱曰鑑定證人，適用關於人人證之規定（三三九）。

第二 鑑定人之資格及義務

鑑定人之資格，除與前項所述證人之能力相同，須非當事人，或代表當事人爲訴訟之法定代理人外，並不須爲特定人。基此根本上之差異，發生與證人顯著不同之點，即（1）鑑定人不得拘提（三二九條比照三〇三條）；（2）有法定原因時，當事人得拒卻之（三三一條）。

從事於鑑定所需之學術、技藝或職業，或經公署委任有鑑定職務者，於他人訴訟，有爲鑑定人之義務（三二八）。此義務爲對於國家之義務，凡服從我國司法權者，均有爲鑑定人之義務，是與證人相同。

鑑定人之義務，亦可分爲陳述之義務，具結之義務。又拒絕鑑定，雖其理由，不合於第三〇七條一項之規定，如法院認爲正當者，亦得免除其鑑定義務（三三〇）。

第三 鑑定人之拒卻及其手續 鑑定人，須爲公正誠實之鑑定，故一方嚴定鑑定人之資格，同時復顧慮鑑定

人與當事人之關係及其他情形，如有妨公正誠實之虞時，當事人得拒卻之。又以鑑定人之性質，爲補充法院

之知識、經驗，故應用推事迴避之法理，當事人得依聲請推事迴避之原因，拒卻鑑定人。但不得以鑑定人於該訴訟事件曾為證人或鑑定人，為拒却之原因（第三三二條一項，參考第三十三條）。又拒卻鑑定人，為對將來有妨公正誠實鑑定之虞者，預行聲請拒卻。若鑑定人已就鑑定事項有所陳述，或已提出鑑定書後，不得聲明拒卻。但拒卻之原因發生在後，或知悉在後者，不在此限（三三一條二項）。

有聲明拒卻權者，為當事人雙方。蓋依訴訟制度之精神，無論何方當事人，均得避免受有妨公正誠實之鑑定，及基此結果而為裁判。

聲明拒卻鑑定人，應與其原因，向選任鑑定人之法院或推事為之。拒却之原因，及原因發生在後或知悉在後之事實，應釋明之（三三二）。拒卻鑑定人之聲明，經裁定為不當者，得於五日內抗告。其以聲明為正當者，不得聲明不服（三三三）。

第四 鑑定之手續 鑑定，得依職權，或由當事人聲請為之。聲請鑑定，應表明鑑定之事項（三二五）。鑑定人，由受訴法院選任，並定其人數。蓋鑑定人之選定及其人數，均以屬於受訴法院之權限為原則，唯例外法院得命當事人指定應選任之鑑定人。已選任之鑑定人，法院得撤換之（三二六）。受命推事或受託推事依鑑定調查證據者，有前條所定法院之權限。但經受訴法院選任鑑定人者，不在此限（三二七）。

鑑定人應於鑑定前具結。於結文內記載：必為公正誠實之鑑定等語（三三四）。受訴法院受命推事或受

託推事，得命鑑定人具鑑定書，陳述意見。鑑定書須說明者，得命鑑定人到場說明（三三五）。鑑定人有數人者，得命其共同或各別陳述意見（三三六）。鑑定人所需資料在法院者，應告知鑑定人准其利用。鑑定人因行鑑定，得請求調取證物或訊問證人或當事人，經許可後，並得對於證人或當事人自行發問（三三七）。

鑑定人所爲之鑑定，如法院受命推事，受託推事，認爲不甚明確，或違反手續時，得命原鑑定人，或另命他人，重行鑑定。此點雖無明文規定，但爲求明確，於實際上甚屬必要。

第五 囑託鑑定 由鑑定之性質與目的言，並不限於自然人始得爲之，即法人亦得爲鑑定人。從來之立法例，皆以鑑定人只限於自然人，故雖有囑託官廳或其他機關用書面鑑定者，亦不認爲鑑定，而以爲書證。迄於近世，匈牙利民事訴訟法第三六七條，以此種書面鑑定之方法，規定於鑑定中，始承認爲鑑定之一種。日本新民事訴訟法亦於第三一〇條設囑託鑑定之規定，於是遂創設一新立法例焉。

良以鑑定常需種種之設備，自然人之個人，每無此財力，甚感設備之不足或不能。又某類鑑定，有需各種專門家協力之必要，爲免除指定多數鑑定人之困難，於財力人力兩方立論，均不若委諸擁有相當設備及包含各種專門家之公署或法人鑑定之爲善，此囑託鑑定之立法理由也。

本法第三四〇條：法院依第二八九條之規定，囑託公署或團體，陳述鑑定意見或審查之者，準用第三三五條至三三八條之規定。其鑑定書之說明，由該公署或團體所指定之人爲之（三四〇）。陳述鑑定意見，爲自行直

接鑑定，審查則為審查他人鑑定之結果，而批評其當否，受囑託者，為公署或團體。公署為國家之機關，有協助同為國家機關——法院之公法上責任；其他在我國之團體，與自然人同，應服從我國之司法權，故有為鑑定人之公法上義務。

第三項 書證

第一 文書之意義 文書有廣狹兩義。廣義之文書，包含吾人表示一定思想之一切方法，故除書面之外，尚有符號、界標、圖畫等。狹義之文書，僅為用文字表示思想之書面。本法所稱之文書，專指後者。

文書，只須用文字表示思想，便可依其內容所載之趣旨，為證據方法。至用以表示之材料，為紙、帛、或木、石，則非所問。其表示之方法，為手書或印刷；其文字為漢文或其他文字；乃至用號碼或世界語，均不妨其為文書。反之，若非依文字內容所載之趣旨為證據方法，而其目的，係在對比簽名、印鑑，或其他外觀狀態，使用為證據方法者，則非文書，乃為勘驗。

第二 文書之種類

一 公文書、私文書 是為依作成文書者而生之區別。公文書，為官廳或有作成某種類文書職權之公署、官吏、公吏，於其權限內作成之文書。公文書以外之文書，均為私文書。

二 處分證書、報告證書 是為依證書之內容而生之區別。處分證書，為包含法律上行為發生法律上效

果之證書，例如契約、遺囑、票據、債權讓與通知書等。報告證書，乃報告觀察事實結果之證書，例如商業賬簿、收據等。

三 原本、正本、謄本、節本 是為基於文書相互關係之區別。原本為原製作人作成之文書。正本乃與原本

具同一內容，有同一效力之謄本。謄本完全記載原本之內容；節本則為節錄原本內容一部分。

第三 文書之證據力 文書之得利用為證據方法，必以真正成立為前提。然後方就其內容，檢查應賦與證

據力與否。故因文書真正成立之事實，發生訴訟法上證據之效力，稱此效力為形式上之證據力。其文書內容之效力，稱為實質上之證據力。文書兼具形式的證據力及實質的證據力時，方達證據方法之目的。

一 文書之形式上證據力

1 公文書 文書之存在無爭，且依其程式及意旨，得認為係官吏，其他公務員職務上作成者，通常非

可推定為偽造或變造之文書，故如無其他反證，應推定為真正（三五五條一項）。公文書之真偽有可疑者，法院得請求作成名義之公署或公務員，陳述其真偽（三五五條二項）。外國之公文書，其真偽由法院審酌情形斷定之。但經駐在該國之中華民國大使、公使、或領事證明者，推定為真正（三五六條）。

2 私文書 私文書，不問其作成名義為當事人抑第三人，應經由舉證人證其真正，否則無形式的證

據力。但他造於其真正無爭執者，不在此限（三五七條）。

證明私文書爲真正成立之事實，得以一切證據方法爲之，例如商業賬簿，確爲本人者，且其內容形式，秩序整然，其經本人或其代理人簽名、畫押、蓋章，或按指印，或有法院或公證人之認證者，推定爲真正（二二五八）。蓋既經簽名、畫押、蓋章，或按指印，足徵係基於本人之意思。且簽名等手續，通常於作成文書後爲之，可知已了解文書記載之內容。故法典根據一般經驗法則，爲事實之推定。

爲調查私文書之真偽，得依核對筆跡或印跡證之。核對筆跡或印跡，適用關於勘驗之規定（三五九）。無適當之筆跡可供核對者，法院得指定文字，命該文書之作成名義人書寫，以供核對。文書之作成名義人無正當理由，不遵命書寫者，法院得實施間接強制，即（一）對於當事人，依自由心證，認他造關於該文書之主張爲正當。（二）對於第三人，得以裁定科五十元以下之罰鍰。於必要時，並得爲強制處分。前項裁定，得爲抗告，抗告中應停止執行。因供核對所書寫之文字，應附於筆錄，其他供核對之文件不發還者亦同（三六〇）。

二 文書之實質的證據力 文書真正成立，即具備形式上之證據力後，則進而爲發生如何之實質的效力問題。依文書之種類而異。

1 處分證書，其證書本體，包含意思表示及其他表示，法院不過檢查意思表示等而與以證據力。從而文書之實質的證據力，依其證書之內容定之。故真正成立之處分證書，除主張得係無權作成，或欠缺意思，

有撤銷之原因，發生效果之全部或一部事實已滅卻時，性質上不許爲其他之反證。

2 報告證書，乃爲報告吾人觀察事實之結果，除文書真正成立外，尙須作成證書者之觀察與報告均屬正確，方有實質的證據力。在報告證書，作成證書者注意力之大小，知識之程度，及報告事實與作成者有無利害關係，均足左右文書之實質的證據力。故報告證書之證據力，常比處分證書爲薄弱。

第四 提出文書之義務 左列各款文書，當事人有提出之義務（三四四）。

一 該當事人於準備書狀內或言詞辯論時曾經引用者 只須曾於準備書狀或言詞辯論引用爲證據，便負提出之義務。

二 他造依法律規定，得請求交付或閱覽者 是爲他造依實體法或程序法之規定，有請求交付或閱覽之權利，故所執該文書者，負提出之義務。

三 爲他造之利益而作者 只須爲他造之利益而作成之文書，不問其單爲他造之利益，抑與他人之共同利益而作成者。爲他造之利益云者，乃使發生權利義務，或爲日後證據之謂。例如因爲第三人之契約、遺囑、證明代理權之授權證書等。

四 就當事人間法律關係所作者 只須爲就舉證人與執有文書人間之法律關係所作者，不問其爲共同作成與否，乃至法律關係之成立時期，存續、消滅，暨其效力之及於何人。其文書，不必關於法律關係之全部，

亦不問其爲雙務契約抑單獨行爲。其僅屬爲自己使用而作成者，則不包含在內。例如日記簿、家用簿。

五 商業賬簿。

第五 聲請或命令提出文書之手續 聲明書證，係使用他造所執之文書者，應聲請法院命他造提出。前項

聲請，應表明左列各款事項（三四二）。

- 一 應命其提出之文書。
- 二 依該文書應證之事實。
- 三 文書之內容。
- 四 文書爲他造所執之事由。
- 五 他造有提出文書義務之原因。

法院認應證之事實重要，且舉證人之聲請正當者，應以裁定，命他造提出文書（三四三）。聲明書證，係使用第三人所執之文書者，應表明上列事項（三四六條二項，準用三四二條二項）。聲請法院，命第三人提出，或定由舉證人提出之期間（三四六條一項）。文書爲第三人所執之事由，及第三人有提出義務之原因，應釋明之（同條二項）。關於第三人提出文書之義務，準用第三四四條第二款至第四款之規定（三四八條，詳第四之說明）。法院認應證之事實重要，且舉證人之聲請正當者，應以裁定，命第三人提出文書，或定由舉證人提出文書。

之期間（三四七）。第三人得請求提出文書之費用，並得聲請預行酌給（三五一條，準用三二三條二項至四項）。

第六 對於違反提出文書命令者之制裁 無正當理由，不從提出文書之命者，因資格之不同，法院得對之分別爲左列制裁。

一 對於當事人 法院得依自由心證，認他造關於該文書之主張爲正當（三四五）。

二 對於第三人 法院得以裁定科五十元以下之罰鍰。於必要時，並得爲強制處分。前項裁定，得爲抗告。拮据中應停止執行（三四九）。

第七 對於故意妨害他造使用文書者之制裁 當事人因妨害他造使用，故意將文書隱匿、毀壞，或致不堪使用者，法院得認他造關於該文書之主張爲正當（三六二）。

第八 依職權調取之文書 公署保管或公務員執掌之文書，不問其有無提出之義務，法院得調取之（三五〇）。舉證人所欲使用之文書，如由公署保管或公務員執掌時，與歸私人所執者不同，不問其有無提出之義務，法院得依職權調取。蓋公署或公務員，在不妨其職務範圍，對於同屬國家機關之法院，爲助長、完成民事訴訟制度，有應其囑託，予以協助之義務也。

第九 提出及判斷文書之手續 公文書應提出其原本或經認證之繕本。私文書應提出其原本。但僅因文

書之效力或解釋有爭執者，得提出繕本（三五二）。法院得命提出文書之原本，不遵命或不能提出原本者，法院得依自由心證斷定該文書繕本之證據力（三五四）。文書因恐散失毀損，或有重大障礙，不能於言詞辯論時提出者，法院得命在受命推事或受託推事前提出，或以照片代之。使受命推事或受託推事就文書調查證據者，受訴法院得定其筆錄內應記載之事項（三五四）。提出之文書原本須發還者，應將其繕本或節本附卷提出之文書原本，如疑為偽造或變造者，於訴訟未終結前，由書記科保管之。但應交付他公署者，不在此限（三六一）。

第十 書證規定之準用 以上所述之規定，於文書外之物件，有與文書相同之效用者，準用之（三六三）。

第四項 勘驗

第一 勘驗之意義 勘驗云者，法官直接依五官之感應，自行檢閱應證明事實之行為也。從而法官得依五官之感應，直接檢閱者，均得為勘驗。其勘驗之標的，不問為物或人。稱此標的為勘驗標的。

第二 勘驗之標的與證據力 勘驗標的，為供法官依直覺的檢閱之證據方法，故其有證據力，須具備二要件：（1）勘驗標的為真正而非偽造或變造；（2）勘驗標的本身含蓄應證明之事實。

第三 勘驗之手續 聲請勘驗，應表明勘驗之標的物及應勘驗之事項（三六四）。例如關於係爭之目的物，

以供勘驗標的之物或人。前者如由通路以測量山、田，後者如檢驗傷之程度。因標的之性質或因有重大障礙，不

能由受訴訟法院行勘驗者，得由受命推事或受託推事行之。受訴法院、受命推事，或受託推事於勘驗時，得命鑑定人參與（三六五）。命鑑定人參與，其目的在補助推事之檢閱或使鑑定人爲鑑定之準備。蓋勘驗之目的物，推事不能自行勘驗，必須有特別技能者方能爲之時，斯有命鑑定人檢閱之必要。此時鑑定人檢閱之結果，非記載於筆錄，應提出鑑定書。

勘驗之結果，除由鑑定人檢閱者，應提出鑑定書外，普通應記載於筆錄。於必要時，爲明確起見，應以圖畫或照片附於筆錄（三六六）。

關於聲請勘驗之手續，當事人或第三人不提出勘驗物，當事人妨害他造使用勘驗之制裁，第三人得請求提出勘驗物之費用，使受命推事或受託推事行勘驗時，受訴法院得定其筆錄內應記載之事項，準用第三四一條、第三四二條一項、第三四三條、第三四五條、第三四六條一項、第三四七條、第三四九條至第三五一條、第三五四條及第三六二條之規定（三六七）。

第六款 證據保全

第一 證據保全之意義 證據保全云者，在訴訟未繫屬於法院以前，或訴訟雖已繫屬於法院，但尙未開始調查證據以前所爲之證據調查也。起訴前之證據保全，乃訴訟外所行之證據調查，以備將來發生訴訟時之援用爲目的，故非獨立之權利保護方法，僅爲補助的方法。起訴後之證據保全，則法院認爲必要時，得依職權爲保

全證據之裁定，是爲證據保全原則須經當事人聲請之例外（三七二）。

第二 證據保全之必要 在訴訟未繫屬於法院，或雖已繫屬，而尙未達調查證據之程度以前，其證據爲必要與否，尙屬未定之問題，故以不行證據調查爲原則。然若在此時期，其證據方法有滅失，或礙難使用之虞，或經他造同意者，則爲應將來使用之需求，有豫先調查證據之必要，此本法做德、日立法例，採用證據保全制度之所以也（三六八）。

第三 證據保全之要件

一 證據保全之標的 本法所規定之證據方法有四，卽：人證、鑑定、書證、勘驗，均得爲保全證據之標的。

二 有保全證據之必要 卽須證據有滅失或礙難使用之虞，方能謂爲有保全之利益。例如證人或有特殊技能之鑑定人將死或將往外國，書證或勘驗物有滅失或毀損之虞，均有加以保全之必要，其經他造同意者，更不待論。

三 原則須指定他造當事人 如不能指定者，應表明其不能指定之理由（三七〇條一款）。此爲保護他造當事人，予以拒卻鑑定人（三三一）或使獲出席於保全證據程序之機會，俾得防禦其權利，期合於當事人對等主義。同時使證人鑑定人知他造當事人之爲何人，俾得拒絕證言或鑑定（三〇七、三二四）。但如不能指定他造當事人者，例如損害賠償訴訟，加害者不明時，經表明其理由，例外得許可之。他造當事人不明，

或調查證據期日不及傳喚他造者，法院因保護該當事人關於調查證據之權利，得為選任特別代理人。特別或理人，準用第五一條二項至四項之規定（三七四）。

第四 保全證據之手續

一 管轄法院 保全證據之聲請，在起訴後，向受訴法院為之。所謂受訴法院，即應使用其證據之繫屬法院，不只為地方法院，有時為高等法院，在起訴前，向受訊問人住居地或證物所在地之地方法院為之。遇有急迫情形時，於起訴後亦得向前項地方法院聲請保全證據（三六九）。是因地方法院之管轄區域較狹，乃為調查之便利計也。

二 聲請方法 除法院認為必要時，得於訴訟繫屬中，依職權為保全證據之裁定外（三七二）。不問其在起訴前或起訴後，均以由當事人聲請為原則。保全證據之聲請，應表明左列各款事項（三七〇）。

1 他造當事人。如他造當事人不能指定者，其不能指定之理由（其說明已詳第三之三）。

2 應保全之證據 即證據方法，為人證、鑑定、書證、勘驗。

3 依該證據應證之事實 是為豫想日後必要證明之事實。

4 應保全證據之理由

1 及 4 之理由，於必要時應釋明之。

三 聲請之裁定

保全證據之聲請，由受聲請之法院裁定之。准許保全證據之裁定，應表明該證據及應證之事。實駁回保全證據聲請之裁定，得為抗告准許保全證據之裁定，不得聲明不服（三七一）。

四 保全證據之調查

准許保全證據，因保全證據而為調查者，依證據之規定為之。調查證據期日，應傳喚聲請人。除有急迫情形外，並應於期日前送達聲請書狀或筆錄及裁定於他造當事人而傳喚之（二七二）。本項規定，所以使雙方當事人，均有主張或防禦權利之機會。而後半段之規定，於保護他造當事人，尤屬必要。若法院不履行此手續而調查證據時，聲請人於訴訟上無利用保全證據結果之權利。關於此點，本法雖未做德國民事訴訟第四九三條二項，設有明文規定，然為杜當事人利用不當之證據，固應如是解釋也。

五 保全證據程序之費用

保全證據程序之費用，應作為訴訟費用之一部，定其負責（三七六）。即於為保全證據之裁定時，不須為定其費用之負擔；於將來為本訴訟之裁判時，一併定其負擔。但為實施保全證據之必要，聲請人須豫繳費用。

六 保全證據之筆錄

調查證據筆錄，由命保全證據之法院保管。但訴訟繫屬他法院者，應送交該法院（三七五）。

第五 保全證據之效果

保全證據所調查之結果，當事人得於訴訟時利用之。當事人，包含雙方當事人，即保全證據之聲請人及他造當事人，均於有受訴法院之言詞辯論，使用保全證據結果之權利。使用之時，與於訴

訟程序所爲之調查證據，有同一之效力。

第十一節 判決

第一款 判決之種類

判決之種類，已於第一編後編第五章第一節言及之，茲復依法典之規定（第二編第一章第五節）加以論述。

第一 終局判決與中間判決

一 終局判決 又可分爲全部判決與一部判決。全部判決云者，乃終結訴訟程序全部之謂；一部判決云者，則爲就訴訟標的之一部而爲之判決。

1 全部判決 訴訟達於可爲裁判之程度或合併辯論之數宗訴訟，其一達於可爲裁判之程度者，法院應爲終局判決。但應適用第二〇五條第三項之規定者，不在此限（三八一）。

2 一部判決 訴訟標的之一部，或以一訴主張之數項標的，本訴或反訴，其一達於可爲裁判之程度者，法院得爲一部之終局判決（三八二）。但必要的共同訴訟，豫備的訴之合併。關於人事訴訟程序中，之婚姻事件及其反訴，其性質上，均應解爲不得爲一部判決。

許爲一部判決者，所以分離獨立訴訟之一部分，使訴訟程序化成簡單，俾當事人速得執行爲目的也。法文規

定爲「得爲一部之終局判決者」，乃予法院以斟酌之權，此與全部判決之「應爲」即必爲者不同。當事人雖得請求爲一部判決，但不得對之聲明不服。又一部判決，於上訴時，與全部判決立於同一之地位。唯關於訴訟費用之負擔，於全部之終局判決，固應依職權裁判之（八七）；在一部之終局判決，則得待於全部判決時爲之。

二 中間判決 左列情形，法院均得爲中間判決（三八三）。

1 各種獨立之攻擊防禦方法，或中間之爭點，達於可爲裁判之程度者 獨立之攻擊防禦方法，達於可爲裁判之程度時，本可爲終局判決，於茲所以規定得爲中間判決者，因其程度，尙未能爲終局判決，即通常爲駁回攻擊防禦方法之情形。又所謂獨立之攻擊防禦方法者，乃指不俟其他事實之存在，獨立得爲裁判之實體上攻擊防禦方法。例如被告於主張係爭債權之消滅，以清償、抵銷、免除及時效等爲禦防方法。均爲獨立之防禦方法，與次述中間之爭爲關於手續上之爭者不同。中間之爭，乃訴訟上之前提問題，即關於手續上之爭。例如以訴或上訴爲合法，非訴之變更，許容訴之變更，否定訴之撤回，認訴訟繼受等，在未達於終局判決之程度，均得爲中間判決。否則如中間之爭，已達於爲終局判決之程度時，應即爲終局判決，不得爲中間判決，此法文所以規定爲「得爲」，予法院以斟酌之權限也。

2 請求之原因及數額俱有爭執者，法院亦得就其原因爲中間判決 請求之原因與數額，本互有牽

連不可分之關係，並非獨立之攻擊防禦方法。然原因常為數額之前提，非先解決前提問題，每使訴訟進行，發生困難，故法律特許得分別之，先判決原因，而保留數額之確定，委諸其後之手續。請求之原因云者，為足認當事人一方所主張之請求存在，即有理由之謂。故必須請求之原因存在，且無變更消滅之事由時，方得謂為有請求之原因，其請求為有理由。

法院為中間判決後，應受其羈束，須據為基礎而為終局判決。關於其標的之爭點，當事人不得更提出攻擊防禦方法。是為中間判決之實益。唯於中間判決後，言詞辯論終結以前，如發現與中間判決確定之事實不一致時，例外得以此新事實為裁判之材料。對於中間判決，不得獨立聲明不服，僅得隨終局判決而共同上訴。蓋本法既規定「得為」即非必為中間判決，故無認其獨立上訴之必要。

第二 給付判決，確認判決，形成判決。

一 給付判決 給付判決云者，謂確定私法上之請求權存在，命被告對原告為給付（作為不作為）之判決，在給付判決，先須確定原告之私法上請求權存在，使被告不得更作有效之爭執，稱此效力為判決之既判力。若被告不遵判決而履行時，原告得藉國家之公力，依直接或間接之強制而實行之，稱此效力為判決之執行力。但給付判決無形成力。

二 確認判決

確認判決云者，謂確認私法上之法律關係存否之判決。確認法律關係存在者，謂之積極

的確認判決；確認其不存在者，謂之消極的確認判決。在給付訴訟所為原告敗訴之判決，乃確認原告所主張之法律關係不存在，以其請求為無理由，故其判決，屬於確認判決。確認判決，只有既判力，而無執行力，形成力。三 形成判決 又稱創設判決，權利變更之判決。為確定私法上之形成權存在，以判決形成權利或法律關係，即使其發生變更消滅。原告因此判決，確定其私法上之形成權存在，且當然得受其形成之效果。故形成判決，有確定私法上形成權存在之效力，即判決之既判力，及形成私法上之權利或法律關係之效力，即判決之形成力。但無執行力。

第三 捨棄或認諾之判決 當事人於言詞辯論時，為訴訟標的之捨棄或認諾者，應本於其捨棄或認諾，為該當事人敗訴之判決（三八四）。茲分別說明於左。

一 捨棄或認諾之意義 捨棄或認諾云者，謂捨棄或認諾關於訴訟標的之權利或法律關係存在不存

在之訴訟上主張。捨棄云者，為原告或反訴原告於訴訟陳述不維持關於訴訟標的之權利或法律關係之主張；認諾云者，乃被告或反訴被告於訴訟承認原告關於訴訟標的之權利或法律關係之主張。關於捨棄或認諾之規定，通用於給付之訴、確認之訴、形成之訴。又捨棄或認諾，乃捨棄或認諾為訴訟標的之權利或法律關係，非以處分為目的之意思表示，即私法上之法律行為。故捨棄或認諾，不過為報告事實之訴訟行為，屬於非意思表示之觀念表示，只可依民事訴訟法之規定，定其效果，不得準用民法之規定。

二 得爲捨棄或認諾之場合 關於訴訟標的之捨棄或認諾，構成爲判決基本之訴訟資料，故須於言詞

辯論或實行準備程序之受命推事前爲之，方發生效力。捨棄或認諾，固不問訴訟在如何程度，均得爲之，即於第二審程序亦然，但於第三審程序則否。蓋第三審爲法律審且爲書面審理，只調查原判決之違背法令與否，不得就其他之新訴訟資料而爲案理也。又捨棄或認諾，並不以他造之承認爲要件，亦不須對於他造爲之，故雖於他造闕席時爲之，亦發生效力。但一經捨棄或認諾，除基於再審之事由外，非得他造之承諾，不得撤銷之。蓋捨棄或認諾，有關他造之利益，且唯他造有利益，故有同意撤銷與否之權限也。

三 捨棄或認諾之判決 此爲關於捨棄或認諾之效力。原告爲捨棄時，法院就爲訴訟標的之權利或法律關係，不必加以調查，即可認其主張爲不存在；反之，被告爲認諾時，法院亦不必對之施行任何調查，便可認其存在。但關於下列事項之認諾，例外不發生效力。即（1）當事人不得處分之訴訟標的（例如人事訴訟事件——五七〇條、五九〇條）；（2）爲訴訟標的之權利或法律關係，法律上不存在者。捨棄或認諾，一經合法發生效力，斯無庸對於訴訟標的之主張施行辯論，法院應本於其捨棄或認諾，爲該當事人敗訴之判決。比項判決，應依職權爲之，不須待當事人之聲請。

第二款 一造辯論之判決

第一 總說 關於當事人一造於言詞辯論期日不到場時法院應爲之處置，有二種立法例：（1）採闕席判

決主義，德、日舊法及我國舊民訴律草案屬之；（2）一造辯論主義，德、日、中新法及奧、匈民訴法屬之。在闕席判決制度，如原告闕席，擬制為捨棄請求；被告闕席，則擬制為自認原告主張之事實，以其闕席（懈怠）之效果為基礎，予以敗訴之判決。此於簡速終結訴訟，固甚便利，但於闕席判決同時認廣汎之聲明窒礙，若當事人惡用之，反致訴訟遲延，有背保護權利之本旨，故新法特廢除闕席判決，採用一造辯論主義。

第二 得許一造辯論而為判決之情形 新法修正如下：言詞辯論期日，當事人之一造不到場者，得依到場當事人之聲請，由其一造辯論而為判決。不到場之當事人經再傳而仍不到場者，並得依職權由一造辯論而為判決（三八五條一項）。不問缺席人為原告，為被告，不問為最初期日，為續行期日。如以前已為辯論或證據調查，或未到場人有準備書狀之陳述者，為前項判決時，應斟酌之。未到場人以前聲明之證據，其必要者並應調查之（同條二項）。

第三 應延展辯論期日之情形 有左列各款情形之一者，法院應以裁定，駁回前條聲請，並延展辯論期日（三八六）。

- 一 不到場之當事人，未於相當時期受合法之傳喚者。
- 二 當事人之不到場，可認為係因天災或其他不可避之事故者。
- 三 到場之當事人，於法院應依職權調查之事項不能為必要之證明者。
- 四 到場之當事人所提出之聲明，事實或證據，未於相當時期通知他造者。

當事人於辯論期日到場不為辯論者，視同不到場（三八七）。

除別有規定外，法院不得就當事人未聲明之事項為判決（三八八）。

第三款 宣告假執行

第一 宣告假執行之意義 凡判決以於確定後執行為原則。然必固持此原則，有時不能達保護債權人之

目的，故於必要情形，例外得於終局判決，宣告假執行，使得據以為債務名義，實施強制執行。

宣告假執行云者，於判決尚未發生確定力時，許可執行之法院宣言，而構成判決之一部也。

一 宣告假執行，乃判決之構成部分 即應於言詞辯論終結前聲請，與本案判決相同，經過言詞辯論，且

記載於判決主文（三九三）。故關於假執行之規定，與其謂為強制執行之規定，毋寧以為關於判決之規定，

本法規定之於判決節中，誠屬得當。

二 須對於未確定之判決為之 如係已確定之判決，則毋庸宣告假執行。至若裁定，原則上即發生執行

力，亦無宣告假執行之必要。故本法規定之宣告假執行，只限於判決時為之（參考三八九、三九〇、三九三）。

三 假執行之宣告，原則與確定判決之效力相同 故其執行，非若假扣押、假處分之僅為保全執行且得

為一切之執行行為。唯例外基於宣告假執行之本質，其效力不免受一定之限制（詳後第五宣告假執行之

效力）。

第二 宣告假執行之要件

一 限於財產上請求之給付判決 蓋強制執行之本來意義，為依強制方法，使當事人一方，得實行私法

上請求權之法院訴訟行為，從而確認判決，形成判決，或非財產上請求之判決，其性質上不能宣告假執行，駁回原告之訴，或廢棄原告勝訴之判決亦然。

二 須有必要時 即第三八九條規定之情形，法院應依職權宣告假執行，第三九〇條之情形，法院應依原告聲請，宣告假執行。在判決確定前不為執行，債務人之財產，有發生變動或隱匿之虞，致債權人恐受難於抵償或難於計算之損害，致將來不能達強制執行之目的者。

第三 宣告假執行之種類

一 應依職權為之者 左列各款之判決，法院應依職權宣告假執行（三八九）。

- 1 本於被告認諾所為之判決。
- 2 命履行扶養義務之判決。但以起訴前最近六個月分及訴訟中履行期已到者為限。
- 3 就第四百零二條第二項訴訟，所為被告敗訴之判決。
- 4 命清償票據上債務之判決。
- 5 所命給付之金額或價額，未逾五百元之判決。計算價額，準用第四百零四條至第四百零七條之規定。

上列145之規定，均爲新法之新規定。其擴充之理由，謂：我國登記公證等制度，一時尙難普遍施行。對於他人負義務者，又不免有拖延之弊。權利人提起訴訟，每至閱時甚久，始能結案。迨判決確定後，開始強制執行，則義務人已將其財產處分殆盡，甚至人亦逃避，以致權利人毫無所得者，事所恆見。故宣告假執行之制度，在我國實爲必要。舊法所定得宣告之範圍過狹，不足以資保護，故新法增訂之。其擴張假執行之規定，除上述者外，尙有三九〇條二項、四三九條二項、四五三條、四五四條及依四七八條，並準用於第三審程序。

二 基於當事人之聲請者 關於財產權之訴訟，原告釋明在判決確定前不爲執行，恐受難於抵償或難於計算之損害者，法院應依其聲請，宣告假執行（三九〇條一項）。

第四 宣告假執行之程序 被告釋明因假執行恐受不能回復之損害者，如係第三八九條情形，法院應依其聲請，宣告不准假執行；如係第三九〇條情形，應宣告駁回原告假執行之聲請（三九一）。

法院得宣告非經原告預供擔保，不得爲假執行；或准被告預供擔保，或將請求之標的物提存，而免爲假執行（三九二）。准其預供擔保或將標的物提存與否，乃至供擔保之額數，均由法院自由裁量之。

宣告假執行，基於當事人之聲請者，法院准許與否，固有自由裁量之權；其應依職權爲之者，則不待當事人之聲請，於合於三八九條規定之要件時，法院應自動爲之。法院應依職權宣告假執行，而未爲宣告，或忽視假執行之聲請者，準用第二百三十三條之規定（三九四），得聲請爲補充判決。

關於假執行之聲請，應於言詞辯論終結前爲之。關於假執行之裁判，應記載於主文（三九三）。

第五 宣告假執行之效力 假執行之宣告，因就本案判決或該宣告有廢棄或變更之判決，自該判決宣示時起，於其廢棄或變更之範圍內，失其效力（三九五條一項）。所謂「自該判決宣示時起……失其效力」者，即不待判決確定，便得將此判決，提出於執行機關，請求撤銷假執行。

第六 宣告假執行之救濟 法院廢棄或變更宣告假執行之本案判決者，應依被告之聲明，將其因假執行或因免假執行所爲給付及所受損害，於判決內命原告返還及賠償，被告未聲明者，應告以得爲聲明（三九五條二項）。僅廢棄或變更假執行之宣告者，前項規定，於其後廢棄或變更本案判決適用之（同條三項）。

第七 採用分期履行之制度 判決所命之給付，其性質非長期間不能履行，或經原告同意者，法院得於判決內定相當之履行期間。經原告同意者，法院得定分次履行之期間。但被告遲誤一次履行者，其後之期間，視爲亦已到期。履行期間，自判決確定或定宣告假執行之判決送達於被告時起算（三九六）。

第四款 判決之確定

第一 判決確定之意義 判決，於不得對之上訴時確定。確定之原因，可分爲本來不得上訴與至於不得上訴。

第二 判決確定之原因及時期

一 得上訴之判決 於上訴期間屆滿時確定。但於上訴期間內有合法之上訴者，阻其確定（三九七條

一項）。又當事人捨棄上訴權或撤回上訴時，亦爲判決確定之原因（四三六條、四五六條、四七八條）。

二 不得上訴之判決 於宣示時確定；不宣示者，於送達時確定（三九七條二項）。前者例如第二審法

院關於假執行之判決（四五五條），後者例如不經言詞辯論之第三審判決（四七一條）。

第三 判決確定之效力 判決一經確定，發生形式的確定力，除提起再審之訴外，不得以上訴請求撤銷或

變更。

第四 判決確定之證明 當事人得請求法院書記官，付與判決確定證明書。判決確定證明書，由第一審法

院書記官付與之。但卷宗在上級法院者，由上級法院書記官付與之（三九八）。

第五款 判決之效力

第一項 判決之拘束力

判決經宣示後，爲該判決之法院受其羈束；不宣示者，經送達後，受其羈束（二二二條）。此判決，包含終局判決與中間判決，法院一經宣示或送達，即對外發生效力，縱未確定，亦應受其拘束，其後不得自行撤銷或變更，是謂判決之拘束力。但當事人提起再審之訴或由上訴審發回更審時，不在此限。

第二項 判決之既判力

第一 既判力之意義 判決之既判力云者，謂判決一經確定，對該訴訟標的，法院不得為相異之裁判，當事人不得為相反之主張，此效力，乃訴訟法上之效力，為關於確定判決之內容者，故又稱實質的確定力。

第二 既判力之客觀的範圍

一 訴訟標的，於確定之終局判決中經裁判者，當事人不得就該法律關係，更行起訴（三九九條一項）。既判力之範圍，限於同當事人間之同一權利或法律關係。至前後訴訟之訴訟種類，是否相同，原被告是否顛倒，均在所不問。但其效力，只及於請求部分；不包含訴之原因全部。

二 主張抵銷之對待請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷額為限，不得更行主張（同條二項）。

第三 既判力之主觀的範圍

一 確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼承人者，亦有效力（四百條一項前段）。

二 對於為當事人或其繼承人占有請求之標的物者，亦有效力（同項後段）。

三 參加人或第三人承當訴訟者，對於脫離之當事人，仍有效力（六四條二項）。

四 對於為他人而為原告或被告者之確定判決，對於該他人亦有效力（四百條二項，參看一七二條）。

以上四項，為原則規定既判力之範圍，只及於當事人及可與當事人同視之關係人，並於假執行之宣告準用之（四百條三項）。但關於人事訴訟程序之確定判決，則為顧全公益，使身分關係不致紛歧，對於第三人，亦有

效力，是爲例外。即：

- 一 就婚姻無效，撤銷婚姻或確認婚姻成立或不成立之訴所爲之判決（五七八條一項）。
- 二 否認或認領子女，與認領無效或撤銷認領，及就母再婚後所生子女確定其父之判決（五九二條一項）。

第三項 判決之形成力

第一 形成力之意義 判決之形成力云者，謂判決之效力，足使權利或法律關係發生，變更，消滅。此效力，亦稱創設力，惟形成判決有之。蓋形成判決，乃所以確定形成權存在，使發生上述形成之效果者也。

第二 形成力之要件及特質

- 一 只確定判決有之 判決之形成力，只於判決確定時發生，否則如判決尙未確定，不發生形成力。
- 二 對於第三人亦有效力 判決之形成力，其性質上有對於第三人亦發生效力者，例如五七八條第一項及五九二條一項所規定之情形是。

第四項 判決之執行力

第一 執行力之意義 判決之執行力云者，謂因判決之效力，得爲強制執行。即依強制執行機關之公力，實現判決所認許之權利保護請求權，是爲判決有執行力之效果。

第二 執行力之要件

- 一 只給付判決有之 判決，須有適於強制執行之內容者，方有執行力。故執行力唯給付判決有之。蓋給付判決為確定請求權，且命當事人給付之判決，故如當事人不履行時，得聲請法院強制執行。
- 二 於判決確定或宣告假執行時，有執行力 關於前者，參照第四款之說明；關於後者，參照第三款之說明。

第六款 外國法院判決之效力

為顧慮當事人之利益，及期國際交易之安全發達，既不能完全否認外國判決之效力，但為尊重本國之司法權，亦非當然發生效力。本法從反面規定其消極要件，外國法院之確定判決，有左列各款情形之一者，不認其效力（四〇一條）。

- 一 依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。
- 二 敗訴之一造，為中華民國人而未應訴者。但開始訴訟所需之傳喚或命令，已在該國送達本人或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限。
- 三 外國法院之判決，有背公共秩序或善良風俗者。
- 四 無國際相互之承認者。

研習問題

- 一、訴之種類及其權利保護要件
- 二、圖解訴之合併之種類
- 三、各種共同訴訟人之訴訟上地位
- 四、輔助參加之特點
- 五、反訴之要件
- 六、起訴之效果
- 七、訴之變更之種類
- 八、訴之變更追加之許容
- 九、準備程序之觀念與效果
- 十、證據之種類
- 十一、舉證責任之分配與例外
- 十二、證據之目的物
- 十三、證據方法之種類

十四、文書之種類與證據力

十五、得為中間判決之情形

十六、捨棄或認諾之判決

十七、一造辯論之判決

十八、宣告假執行之概要

十九、判決之效力

第一章 簡易訴訟程序

第一節 訴訟標的

新法院組織法，採用三級三審制，因而四級三審制下之初級審判廳（民國三年四月以後，廢初級審判廳之名，於第一審法院附設簡易庭），名實均不復存在。但對於輕微、簡單、或性質上應迅速終結，或經當事人合意聲請之事件，仍有特設簡便規定之必要，本章之簡易訴訟程序，即為實現此意旨者也。

簡易訴訟程序，在獨任推事前行之。除本章別有規定外，仍適用前章之規定（四〇八）。

第一 訴訟標的 限於財產權之訴訟，其屬於身分權者，不適用之。

一 依標的之金額或價額者 關於財產權之訴訟，其標的之金額或價額在二千元以下者，適用本竟所定之簡易程序（四〇二條一項）。

二 依標的之性質者 左列各款訴訟，不問其標的之金額或價額，一律適用簡易程序（同條二項）。

1 出租人與承租人間，因接收房屋，或遷讓、使用、修繕，或因留置承租人之家具、物品涉訟者。

2 僱用人與受僱人間，因僱傭契約涉訟，其僱傭期間在一年以下者。

3 旅客與旅館主人、飲食店主人，或運送人間，因食宿運送費，或因寄存行李、財物涉訟者。

4 因請求保護占有涉訟者。

5 因定不動產之界線或設置界標涉訟者。

不合於前二項規定之訴訟，得以當事人之合意，適用簡易程序（四〇二條三項）。

第二 訴訟標的之價額 訴訟標的之價額，為原告應受判決保護之直接客觀的利益。被告與訴訟標的之價額，不生關係。其利益多寡，爭執與否，均在所不問。縱將來被告因勝訴判決所得之利益比原告因勝訴判決所得之利益為大時，訴訟標的之價額，亦仍依原告應受判決保護之利益而定。所謂原告應受保護之利益，限於直接之利益，不包含間接之利益，即只指原告依訴所請求者，其將來可依請求而得之利益，不得算入於訴訟標的之價額。又其利益，須為客觀的，即可依一般交易價額而定者，不包含原告專有之特別價額及主觀的價額。

計算訴訟標的之價額，依第四〇四條至第四〇七條之規定（四〇三條）訴訟標的之價額，由法院核定，並得依職權調查證據（四〇四條一項）蓋凡一訴訟事件，屬於法院管轄與否，受訴法院，應依職權調查，訴訟標的之價額，在新法之下，雖不若舊民訴條例為定事物管轄之標準，即決定有無管轄權，然與決定訴訟成立要件之訴訟費用，有密切關係。故訴訟標的之價額，應由法院以自由意見核定之，於必要時，並得依職權調查證據。

第三 訴訟標的價額之核定時期 核定訴訟標的之價額，以起訴時之交易價額為準；無交易價額者，以原告就訴訟標的所有之利益為準（四〇四條二項）訴訟標的之價額，常隨市場而變動，為免煩雜及減少爭執（在舊民訴條例則並與事物管轄從而與審級發生影響）特以明文規定，以起訴時為準。因起訴方式，有訴狀與言詞之別，故核定訴訟標的價額之時期，於通常訴訟程序，以訴狀起訴者，為將訴狀提出於法院之時（二四四）；其在簡易訴訟程序，以言詞起訴者，則以依言詞起訴時為準（四二六）。

因訴訟標的價額之算定，以起訴時為準，發生次述結果。（1）起訴以後，訴訟標的之價額，雖有變動（騰貴或低落），亦與訟費之計算，不生影響（在舊四級三審制之下，則與事物管轄不生影響，故所關甚鉅）；（2）訴訟標的之增減，與訴訟標的價額之變動不同，影響於訟費之計算（在舊制之下，並影響於事物管轄）；訴訟標的之增加，如請求之擴張；訴訟標的之減少，如請求之縮減或撤回一部分之訴，均為關於訴訟標的本體之變動，與僅屬訴訟標的價額之變動者有別。

第四 訴訟標的價額之計算方法 以一訴主張數項標的者，其價額合併計算之（四〇五條一項）。其以一訴主張之數項標的，不問爲客觀的訴之合併或主觀的訴之合併，但其訴訟標的，須受訴法院有管轄權者。合併計算之數項標的，須經濟上各自獨立，相互間全然無牽連關係者；否則如係互相競合，或應爲選擇者（豫備的合併亦然），訴訟標的之價額，依其中價額最高者定之（四〇六）。以一訴附帶主張利息，或其他孳息，損害賠償，違約金或費用者，不併算其價額（四〇五條二項）。原告應負擔之對待給付，不得從訴訟標的之價額中扣除（四〇七條一項）。原告併求確定對待給付之額數者，其訴訟標的之價額，應依給付中價額最高者定之（同條二項）。本訴與反訴之訴訟標的價額，不得合併計算（民事訴訟費用法第十三條）。

第二節 調解（起訴前）

第一 沿革 二十四年七月一日施行新民事訴訟法，同時廢止二十年一月一日以來各地方法院施行之民事調解法，將民事調解法及其施行規則各條文酌予修改，容納於新民事訴訟法之中。

第二 調解事件 第四百零二條第一項及第二項所定之訴訟（詳第一節第一之一及二），於起訴前應經法院調解。但有左列各款情形之一者，不在此限（四〇九條）。

- 一 爲標的之法律關係，曾在法令所定之其他調解機關調解而未成立者。
- 二 因票據涉訟者。

三 係提起反訴者。

四 送達於被告之傳票，應於外國送達或爲公示送達者。

五 依法律關係之性質當事人之狀況或其他情事，可認爲調解顯無成立之望者。

自法院或其他調解機關調解不成立時起，已經過一年者，於起訴前應再經調解。

第四百〇二條第一項及第二項之訴訟，如逕向法院起訴者，宜於訴狀內表明其合於第四百零九條之規定，並添具關於其事實之必要證據（四二四條一項）。不合於第四百零二條第一項及第二項規定之訴訟當事人，亦得於起訴前聲請和解（四二五條一項）。

第三 調解之聲請與駁回 調解應依當事人之聲請行之。當事人聲請調解，應表明爲調解標的之法律關係及爭議之情形。聲請調解之管轄法院，準用第一編第一章第一節之規定（第四一〇條）。

起訴不合於第四〇九條之規定者，視爲調解之聲請（四二四條二項）。有適用簡易程序之合意，而當事人逕行起訴者，經他造抗辯後，視其起訴爲調解之聲請（四二五條一項）。有第四〇九條第一項但書各款所定情形之一（詳第一二）而聲請調解者，法院得以裁定駁回之。前項裁定，不得聲明不服（四一一條）。

第四 調解程序 法院除駁回調解之聲請外，應速定調解期日，將聲請書狀與期日之傳票，一併送達於他造。調解期日之傳票，除記載到場之日時及處所外，並應記載不到場時之法定效果（四一二條，準用一五二條）。

法院於必要時，得命當事人或法定代理人、本人於調解期日到場（四一三條）。當事人無正當理由不於調解期日到場者，法院得以裁定科五十元以下之罰鍰。其有代理人到場而本人無正當理由不從前條之命者亦同。前項裁定，得爲抗告，抗告中應停止執行（四一四條）。

調解程序得不公開行之（四一五條）。當事人兩造各得推舉一人爲調解人，於期日到場，協同調解。不問當事人有無推舉調解人，如法院認有第三人適於協同調解時，得選任爲調解人。法院選任之調解人，應通知其於期日到場；當事人選任之調解人，經預行陳明法院者亦同。法院選任之調解人，得請求法定之日費旅費，並得請求預行酌給旅費（四一六條，準用三二三條）。

就調解結果有利害關係之第三人，經法院之許可，得參加於調解程序。法院並得將事件通知之，命其參加（四一七條）。

行調解時，應審究事件關係及兩造爭議之所在。於必要時，得調查證據（四一八條）。

第五 調解之結果

一 調解成立者 與訴訟上和解有同一之效力（四二二條一項）。

二 調解不成立者 此又可分爲二。

1 當事人兩造於期日到場而調解不成立者 法院得依一造當事人之聲請，命卽爲訴訟之辯論。但

他造如聲請延展期日者，應許可之。前項情形，視為調解之聲請人自聲請時已經起訴（四一九條）。

2 當事人兩造或一造於期日不到場者，法院酌量情形，得視為調解不成立，或另定調解期日（四二〇條）。

調解不成立者，當事人得請求法院書記官付與證明書（四二二條二項）。

第六 調解筆錄 法院書記官應作調解程序筆錄，記載調解之成立不成立及期日之延展或訴訟之辯論

開始。調解筆錄，準用第二一二條至二一九條之規定（四二二條，參看第六三至六四頁）。

第七 調解費用 調解不成立後起訴者，其調解程序之費用，應作為訴訟費用之一部。不起訴者，由聲請人負擔（四二二條）。

等三節 簡易程序

第一 起訴之簡便方法 起訴聲請調解及其他期日外之聲明或陳述，概得以言詞為之（四二六條）。

第二 傳喚之簡便方法 以言詞起訴或聲請調解者，應將筆錄與言詞辯論或調解期日之傳票，一併送達他造。就審期間，至少應有五日的距離。調解期日之期間亦同。但有急迫情形者，不在此限（四二七條）。言詞辯論或調解期日之傳票，應記載當事人務於期日攜帶所用證物及偕同證人到場（四二八條）。

第三 準備書狀 當事人於其聲明或主張之事實或證據，以認為他造非有準備不能陳述者為限，應於期

日前提出準備書狀，並得直接通知他造。其以言詞爲陳述者，由法院書記官作成筆錄，送達於他造（四二一九）。

第四 辯論之簡便方法 當事人兩造，於法院通常開庭之日，得不待傳喚，自行到場，爲訴訟之辯論及進行

調解。其起訴或聲請調解，應記載於言詞辯論或調解程序筆錄（四三〇）。

第五 傳訊證人、鑑定人之簡便方法 傳喚證人或鑑定人，得不送達傳票，依法院認爲便宜之方法行之。但

證人或鑑定人如不遵傳到場，仍應送達傳票。法院得命證人或鑑定人於法院外以書狀爲陳述，但以預料其陳述可信者爲限。前項情形，應令證人或鑑定人具結，附於書狀提出（四三一）。

第六 判決之簡便方法 判決書內之事實及理由，得僅記載要領（四三二）。

第七 不適用簡易程序之情形 第四〇二條第一項之訴，因訴之變更，致訴訟標的之金額或價額逾二千元者，除經當事人合意外，其辯論及裁判，不得依簡易程序之規定。追加之新訴或反訴，其訴訟標的之金額或價額逾二千元，而以原訴與之合併辯論及裁判者亦同（四三三）。

研習問題

一、適用簡易訴訟程序之事件

二、訴訟標的價額之核定時期與計算方法

三、調解程序之概要

四、簡易程序之特點

第三編 上訴審程序

第一章 總說

第一 上訴制度之必要 上訴制度之存在理由，可由兩方面言之：（1）防止裁判之不正確，以期鄭重；（2）同時可因之而獲法律解釋之統一。爲欲達此目的，法院組織法乃採三級三審制，使上級法院覆審下級法院之裁判，並於國民政府所在地，設最高法院，爲全國最高之司法審判機關（新法院組織法第二條、第二十一條）。

第二 上訴之意義 上訴云者，受不利益裁判之當事人，訴訟關係人，對於上級法院，請求撤銷或變更下級法院所爲未確定之裁判也。

一 對於未確定之裁判 判決一經確定，發生形式的確定力，如有不服，只能提起再審，此爲上訴與再審之訴所不同者。因上訴爲對於未確定裁判之程序，故有繼續訴訟之性質。

二 請求撤銷或變更裁判之聲明不服方法 上訴爲對於裁判之聲明不服方法，對於書記官所爲之處

分，雖得向其所屬法院提出異議（二四〇條，參看日本新民訴法第二〇六條），但因處分並非裁判，故不得謂爲上訴。

三 對於上級法院爲之

上訴爲對於直接最近之上級法院，請求糾正下級法院所爲之裁判。否則例如對於受命推事或受託推事所爲裁定之異議，只得向受訴法院爲之（四八二條一項）。再審之訴，專屬爲判決之原法院或原第二審法院管轄（四九五條）。對於書記官所爲之處分提出異議，應向其所屬法院爲之。均與上訴之須對於上級法院爲之者有別。

四 由受不利益裁判之當事人，利害關係人爲之

除當事人外，訴訟關係人亦得對裁判聲明不服。但對於訴訟費用之裁判，以不得獨立聲明不服爲原則（第八八條，例外第八九條三項）。

第三 上訴之種類

本法所規定之上訴審程序，計有第二審程序、第三審程序，因之上訴亦可分爲二種。

一 對於第一審之終局判決

得上訴於管轄第二審之法院（四三四條）。此種上訴，爲對於原判決認定事實適用法律有所不服爲理由者，因第二審爲事實審及法律審也。

二 對於第二審之終局判決

得上訴於管轄第三審之法院（四六一條）。此種上訴，爲請求審查原判決關於違背法令爲理由者，因第三審爲法律審也（四六四條）。

第四 對於違式裁判之上訴

如前節所述，因原裁判種類之不同，上訴之種類亦各異。若原裁判爲違背程

式時，當事人應以原法院法律上本來應爲之裁判爲標準而提起上訴[？]抑以原法院事實上所爲之裁判爲標準而提起上訴[？]（前者爲實質說，後者爲形式說）。此問題有主張前說者（如日本以前之大審院判例），有採用後說者（日本新民訴訟法第四一一條，我大理院判例十三年上字三三二號），要以後說爲當。蓋無論於理論上實際上，均不能要求期待當事人比法官更爲豐富之法律智識，故自應許其以原法院事實上現存之裁判爲標準，不能專依法律上應爲之裁判而決定之也。

第五 上訴之效力 合法提起之上訴，發生左之效力。

一 移審之效力 移審之效力云者，訴訟脫離下級審，繫屬於上級審之謂。在聲明不服之範圍，上級審有爲裁判之職權職務（參看第四六〇條、四七八條、三八八條）。

二 停止之效力 此又可分爲二。

1 停止發生形式的確定力 得上訴之判決，一經上訴，爲阻斷判決確定之原因，停止發生形式的確定力。

2 停止執行力 得上訴之判決，一經上訴，爲阻斷判決確定之原因，停止發生執行力，但附有假執行之宣告者，以不停止執行力爲原則（參考日本民訴訟第四九七條，例外參考同法第五一二條及第五百條）。抗告則以無停止執行之效力爲原則，停止執行爲例外（四八八條）。

研習問題

- 一、上訴制度之目的
- 二、對於違式裁判之上訴方法
- 三、上訴之效力

第一章 第一審程序

第一節 意義

當事人向第二審法院聲明不服，請求覆審第一審判決之當否，並要求爲有利於已之廢棄、變更判決，是爲向第二審法院之上訴（四三四條）。

一 要求爲有利於已之廢棄、變更 民事訴訟，以保護私法上之利益爲目的，其開始，採當事人開始主義，故對法院之判決，如有不服，亦須由當事人提起上訴，法院不得依職權爲之。如具備上訴之法定要件時，法院有審查第一審判決及爲裁判之職權職務。此職務，由當事人方面觀之，則爲訴訟法上對於上訴法院所有之權利，稱爲上訴權。

二 請求覆審第一審判決之當否 由當事人請求法院保護私權訴訟之全體觀之，第一、二審，均爲同一

訴訟之一部。從而上訴並非提起新訴，不過爲同一訴訟之二階段。然當事人得於第二審法院提出新攻擊或防禦方法，追復在第一審所未爲之陳述（四四四條）。並應於上訴聲明之範圍內，爲言詞辯論（四四二條）。故第二審程序，非僅就事實上法律上之問題，批評第一審判決之當否，乃爲第一審之覆審，續審（參看第一章第一）。因之，每有於第一審判決時之訴訟資料，爲極正確之判決，至第二審程序，因情形變更，當事人得提出新攻擊或防禦方法，並追復第一審所未爲之陳述（四四四條）。致被廢棄或變更者。

三 向第二審法院爲之 第二審法院，依新法院組織法採用三級三審制，爲高等法院或其分院（新法院組織法第十七條第二款，第二十條前段）。所謂向第二審法院爲之者，因第二審法院爲第一審判決之法定上訴機關，至提起上訴之方法，則爲圖手續上之簡便，應將上訴狀提出於原第一審法院爲之（四三八、四六七，參照新刑事訴訟法三四二）。

第二節 要件

第一款 主觀的要件

主觀的要件云者，謂何人得對於何人向第二審法院提起上訴之要件也。

第一 得爲上訴人者 第一審之當事人，得向第二審法院提起上訴，是爲本則，但於次述情形，則應由下列之人爲上訴人。

1 當事人死亡時 其一般繼承人。

2 當事人受宣告破產時 為破產管理人。

3 當事人失蹤時 其財產管理人。

以上三種情形，因均發生訴訟程序之中斷，故於提起上訴時，必須經過承受手續。

4 訴訟參加人（輔助參加），得為上訴人（五八條二項）但因其行為不得與當事人之行為相抵觸

（六一條），故限於當事人不捨棄上訴權及不述異議時，始得為之。

5 共同訴訟，可分為通常共同訴訟與必要共同訴訟。在通常共同訴訟，固得各別獨立提起上訴；在必要共同訴訟，則因共同訴訟人中一人所為之行為，如有利益於共同訴訟人，視與全體所為者同（五六條一款上段），故一人提起上訴時，其效力及於全體。

第二 得為被上訴人者 應以於第一審之他造當事人為被上訴人。當事人對於第三人之參加，只得聲請法院以裁定駁回之（六〇條），不得提起上訴。參加人對於其輔助之當事人，不得主張本訴訟之裁判不當（六二條前段），亦不得對之提起上訴。

在通常共同訴訟，固得對各共同訴訟人，獨立提起上訴，在必要共同訴訟，則對於共同訴訟人中一人所提起之上訴，視與對全體所為者同（五六條二款）。

第二款 客觀的要件

客觀的要件云者，謂對於如何之判決得向第二審法院提起上訴之問題也。

第一 第一審之終局判決 此爲四三四條所規定者，只須爲第一審之終局判決，不問其爲全部判決，一部判決；本案前之判決，本案判決。但判決有脫漏者，須先聲請法院爲補充判決，始得對補充判決提起上訴（二二三條）。對於訴訟費用之裁判，雖爲終局判決，亦不得獨立提起上訴（八八條）。

第二 第一審終局判決前之裁判，牽涉該判決者 並受第二審法院之審判（四三五條前段）。於第一審終局判決前所爲之中間判決，裁定，或爲終局判決之前提要件，或爲其理由，雖不許獨立上訴，但如對終局判決提起上訴時，縱未特別對中間判決，裁定，聲明不服，或特加指明，亦並受第二審法院之審判。蓋一經提起上訴，當然包括於其中也。但依本法不得聲明不服或得以抗告聲明不服者，不在此限（四三五條但書）。蓋前者爲依特別之理由，禁止聲明不服；後者既得以抗告聲明不服，自不得再並受上訴審之審判。

第三 訴之變更追加或提起反訴，非經他造同意，不得爲之。但第二五六條二款至四款情形，不在此限（四四三條一項）第二五五條二項之規定，於提起反訴準用之（同條二項）。

第三款 上訴期間

第一 一般規定 提起上訴，應於第一審判決送達後二十日之不變期間內爲之。但宣示後送達前之上訴，亦有效力（四三七條）。上訴期間之進行，由當事人受送達之翌日起各別開始，故非雙方均經過上訴期間，判決不能確定。又不合法之送達，上訴期間不開始進行。

第二 共同訴訟人，參加人之上訴期間 無論爲通常共同訴訟與必要共同訴訟，上訴期間，均依判決之送達，各別進行。但在必要共同訴訟，非全體之上訴期間經過，判決不能確定。因最後受送達之人，尙得提起上訴，對於全體發生效力也（五六條一款前段）。

對於參加人與主當事人（被參加人），雖須分別送達判決，但上訴期間之進行，則一依主當事人爲準。

第四款 上訴之程式

第一 上訴狀之提出 提起上訴，應以上訴狀表明左列各款事項，提出於原第一審法院爲之（四二八條）。蓋上訴狀爲聲明上訴之基礎，對於第二審法院，請求變更第一審法院判決之意思表示，同時又有準備書狀之性質，故可分爲必要的記載事項與準備的記載事項。

甲 必要的記載事項。

一 當事人及法定代理人。

二 第一審判決及對於該判決上訴之陳述。

三 對於第一審判決不服之程度及應如何廢棄或變更之聲明。

上列記載，乃爲表明何人對於何人。對於如何判決，爲如何上訴。其程度，只須達於認識訴訟之同一已足。亦不必限於用上訴之文字，只須表明有此意思。又訴訟費用之繳納，亦屬於必要事項。

乙 準備的記載事項

- 一 有新事實者，其事實及證據。
- 二 其他準備言詞辯論之事項。

此外並須按照他造之人數，提出上訴狀謄本，以便送達於被上訴人。

第三 上訴程式之審查 提起上訴，如逾上訴期間，或係對於不得上訴之判決而上訴者，原第一審法院應以裁定駁回之。上訴有其他顯不合法之情形，法院應定期間，命其補正。如不於期間內補正，可認為係意圖延滯訴訟者，應依他造聲請，以裁定就原判決宣告假執行，並得酌量情形，依職權宣告之（四三九）。

第三節 上訴權之喪失

喪失第二審上訴權之原因如左。

第一 已逾上訴期間 上訴期間，為第一審判決送達後二十日之不變期間（第四三七條，參考前節第三款），如逾此期間而上訴者，原第一審法院應以裁定駁回之（四三九條一項）。但當事人或代理人，因天災或其他不應歸責於已之事由，遲誤不變期間者，尙有聲請回復原狀及其限制之規定（第一六四條）。

第二 捨棄上訴權 當事人於第一審判決宣示或送達後，得捨棄上訴權，當事人於宣示判決時以言詞捨棄上訴權者，應記載於言詞辯論筆錄。如他造不在場，應將筆錄送達（四三六條）。

第三 撤回上訴 撤回上訴云者，謂上訴人撤回曾經提起上訴之意思表示也。

一 撤回上訴之要件 上訴人於終局判決前，得將上訴撤回（四五六條一項）。撤回，限於終局判決前

爲之。蓋若承認於第二審終局判決後得撤回上訴，則當事人將對第一審判決與第二審判決得爲選擇。但第二審之判決，上訴之結果，經第三審廢棄，發回原第二審法院或發交其他同級法院時（四七五條一項），仍得撤回上訴。又撤回上訴，不問被上訴人已爲本案之言詞辯論與否，均得自由爲之，不以得其同意爲要件。是爲根據第四五六條三項，只準用第二六二條二項及三項之規定，而不準用同條一項規定之當然解釋。但被上訴人已爲附帶上訴者，應得其同意（四五六條一項但書）。

二 撤回上訴之方式 依四五六條三項準用二六二條二項、三項之結果：（1）應以書狀爲之，但在言詞辯論時，得以言詞爲之。（2）於言詞辯論時所爲上訴之撤回，應記載於言詞辯論筆錄。如他造不在場，應將筆錄繕本送達。

三 撤回上訴之效力 撤回上訴者，喪失其上訴權（四五六條二項）。故撤回上訴之結果：（1）上訴期間雖尙未屆滿，亦不得再提起上訴。（2）附帶上訴失其效力。但附帶上訴備上訴之要件者，視爲獨立之上訴（四五八條）。（3）如他造亦喪失上訴權時，第一審判決發生確定力。（4）撤回上訴人，負擔訴訟費用（第八三條二項準用第一項）。

第四節 附帶上訴

第一 附帶上訴之意義 附帶上訴云者，當事人一方提起上訴時，他方於言詞辯論終結前所為請求廢棄，變更第一審判決之聲明也（四五七條一項）。

第二 附帶上訴之要件

一 主觀的要件 附帶上訴，只被上訴人得為之（四五七條一項）。蓋上訴人無為附帶上訴之必要也。但被上訴人之附帶上訴，具備上訴要件，視為獨立之上訴時（四五八條但書，參看第四）。上訴人亦得對之為附帶上訴，因為對於獨立上訴之附帶上訴，並非對於附帶上訴之附帶上訴也。

二 客觀的要件 被上訴人，只得對第一審判決中敗訴之部分，為附帶上訴。

三 附帶上訴之方式 附帶上訴，得以訴狀或言詞為之。於言詞辯論所為之附帶上訴，應記載於言詞辯論筆錄，如他造不在場，應將筆錄送達（四五七條三項準用二六一條）。

四 附帶上訴之時期，應於言詞辯論終結前為之（四五七條一項）。雖在被上訴人之上訴期間已滿，或曾捨棄上訴權，或撤回上訴後，亦得為之（同條二項）。蓋此等情形，被上訴人之上訴權，雖已喪失，不得獨立提起上訴，但不妨為附帶上訴也。又第二審判決，經第三審發回或發交第二審法院時，亦得為附帶上訴。

第三 附帶上訴之失效 上訴經撤回或因不合法而被駁回者，附帶上訴，失其效力（四五八條前段）。上

訴人於終局判決前撤回上訴，被上訴人所爲之附帶上訴，因而失效。蓋撤回上訴，不以被上訴人同意爲要件，且本條既有明文規定，自不能準用二六二條一項及二六三條一項但書之規定也。又本條規定，限於撤回或不合法之情形，故如因上訴無理由，或上訴人捨棄其請求時，上訴仍合法存在，從而附帶上訴亦繼續有效。

第四 視爲獨立上訴 附帶上訴備上訴之要件者，視爲獨立之上訴（四五八條但書）。即：

一 須具備上訴要件 附帶上訴，須於上訴期間內提起（四三七條）。

二 於上訴經撤回或被駁回時方適用之 蓋本條但書與前段規定有連帶關係，必上訴經撤回或因不合法而被駁回，附帶上訴失效時，方有適用。否則如上訴未經撤回或被駁回，附帶上訴並未失效，自無視爲獨立上訴之必要，致湮滅附帶上訴之便益也。

第五節 上訴之調查與處分

第一 第一審法院之調查與處分

一 逾上訴期間或係對於不得上訴之判決而上訴者 原第一審法院，應以裁定駁回之（四三九條一項）。

二 上訴有其他顯不合法之情形而可以補正者 原第一審法院，應定期間命其補正。如不於期間內補正，可認爲係意圖延滯訴訟者，應依他造聲請，以裁定就原判決宣告假執行，並得酌量情形，依職權宣告之。

(四三九條二項)

三 未逾上訴期間且其判決得上訴者 第一審法院書記官，應爲左之處分(四四〇條)。

1 應速將上訴狀送達被上訴人(四四〇條一項)。

2 各當事人均提起上訴或其他各當事人之上訴期間已滿後，應速將訴訟卷宗連同上訴狀及其他有關文件送交第二審法院。前項應送交之卷宗，如爲第一審法院所需用者，應自備繕本或節本(四四〇條二、三項)。

第二 第二審法院之調查與處分

一 上訴不合程式，或已逾期間，或法律上不應准許者，第二審法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間，先命補正(四四一條一項)。

二 上訴不合法之情形，已經原第一審法院命其補正而未補正者，得不行前項但書之程序(同條二項)。

第六節 第二審之辯論

第一 辯論期日之指定 審判長就上訴之合法與否，爲調查後，如認爲合法時，應指定期日，傳喚雙方當事人到場。其程序，適用一九二條至二一九條之規定。

第二 辯論之範圍

一 限於聲明之範圍 言詞辯論，應於上訴聲明之範圍內爲之(四四二條一項)。蓋第二審上訴，爲請

求覆審第一審判決之當否。故第二審之辯論，應以第一審判決爲其外界之範圍；在其範圍內，以當事人聲明不服者爲限，是爲內部之範圍。

當事人應陳述第一審言詞辯論之結果。但審判長得令庭員或書記官朗讀第一審判決筆錄或其他卷內文書代之（同條二項）。

二 不得主張管轄錯誤。當事人在第二審不得主張第一審法院無管轄權。但對於違背專屬管轄之規定者，不在此限（參看四四九條一項）。

三 訴之變更、追加，或提起反訴，非經他造同意，不得爲之。但第二五六條二款及三款之情形，不在此限。又提起反訴時，他造無異議而爲本案之言詞辯論者，視爲同意（四四三條）。

四 當事人得提出新攻擊或防禦方法（四一三條一項）。

五 在第一審就事實或證據所未爲之陳述，得追復之（同條二項）。

第四 第一審訴訟資料之引用。在第一審所爲之訴訟行爲，於第二審有效力（四四五條）。判決書應記

載之事實以當事人未提出新攻擊或防禦方法者爲限，得引用第一審判決（四五一條）。蓋第二審爲第一審之續審也。

關於形式上之裁判，本法規定應以裁定爲之（四三九條、四四一條，參看第五節）；本節所述之判決，多爲實體上之判決。

第一 駁回之判決 第二審法院認上訴爲無理由者，應爲駁回之判決。原判決依其理由雖屬不當，而依其他理由認爲正當者，應以上訴爲無理由（四四六）。

第二 變更之判決 第二審法院認上訴爲有理由者，應於上訴聲明之範圍內，爲變更原判決之判決（四四七條）。故第二審法院之判決，不得超此範圍，爲當事人利益或不利益之變更。於此所謂上訴聲明之範圍，包含上訴人之上訴聲明，被上訴人之附帶上訴，獨立上訴之聲明。

第三 發回判決 上訴生移審之效力，因之訴訟繫屬之第二審法院，本有自行完結該事件之義務，惟第一審之訴訟程序有重大瑕疵者，第二審法院得廢棄原判決而將該事件發回原法院，但以因維持審級制度認爲必要時爲限（四四八條一項）。訴訟程序之瑕疵，爲違反訴訟法，非違反實體法。但因訴訟程序之瑕疵，與判決之內容，有因果關係——第一審訴訟程序之瑕疵，常足影響以其辯論爲基礎之第一審判決，故得將該事件發回原法院。所謂得發回者，發回與否，第二審法院有自由判斷之權限也。但如經兩造合意，願由第二審法院就該事件爲裁判者，應即自爲判決（同條二項）。依第一項之規定廢棄原判決者，其第一審訴訟程序有瑕疵之部分，視爲亦經廢棄（同條三項）。

第四 移送判決 第二審法院不得以第一審法院無管轄權而廢棄原判決。但違背專屬管轄之規定者，不在此限（四四九條一項）。因第一審法院無管轄權而廢棄原判決者，應以判決將該事件移送於管轄法院（同條二項）。

發回判決及移送判決，得不經言詞辯論爲之（四五〇）。

判決書內應記載之事實，以當事人未提出新攻擊或防禦方法者爲限，得引用第一審判決（四五一）。

第五 關於假執行之裁判

一 第一審判決已宣告假執行者 第二審法院，應依聲請，就關於假執行之上訴，先爲辯論及裁判（四五二條）。

二 第一審判決未宣告假執行或宣告附條件之假執行者 其未經聲明不服之部份，第二審法院應依當事人在言詞辯論時之聲請，以裁定宣告假執行（四五三條一項）。第二審法院認爲上訴人係意圖延滯訴訟而提起上訴者，應依被上訴人聲請，以裁定就第一審判決宣告假執行。其逾時始行提出攻擊或防禦方法，可認爲係意圖延滯訴訟者亦同（同條二項）。第二項之規定，爲新法鑑於實際上之需要而增訂者。

關於財產權之訴訟，第二審法院之判決維持第一審判決者，應於其範圍內依聲請宣告假執行（四五四條一項）。此亦爲新法所增加者。前項宣告假執行，如有必要，亦得以職權爲之（同條二項）。

第二審法院關於假執行之裁判，不得聲明不服（四五五）。

第六 第二審終結後之手續

一 上訴因判決而終結者，第二審法院書記官，應於判決確定後，速將判決正本附入卷宗，送交第一審法院（四五九條一項）。

二 上訴非因判決而終結者 準用前項規定（同條二項）。

第七 準用第一審程序 除本章別有規定外，第二編第一章之規定，於第二審程序準用之（四六〇條）。

研習問題

一、上訴之要件

二、上訴權之喪失原因

三、附帶上訴

四、第二審之判決種類

第二章 第二審程序

第一節 意義

當事人向第三審法院聲明不服，請求審查第二審終局判決適用法律之當否，並要求為有利於己之廢棄，變更判決，是為向第三審法院之上訴。

一 要求為有利益於己之廢棄，變更 是與第二審程序所述者同。

二 請求審查第二審判決適用法律之當否 第三審法院，應以第二審判決確定之事實為判決基礎

（四七三條一項）。對於第二審判決上訴，非以其違背法令為理由，不得為之（四六四條）。故新訴訟資料，不得在第三審提出，第三審程序，非第二審程序之續行，不過就第二審所為判決之程度而審查之。

三 向第三審法院為之 第三審法院，依新法院組織法採用三級三審制，一律為最高法院（新法院組織法二二條二款）。且因最高法院不設分院，最高法院為唯一之第三審上訴機關（同法二二條）。唯提起上訴之手續，則為圖簡便迅速，應以上訴狀提出於原第二審法院為之（四六七條一項）。

第二節 要件

第一款 主觀的要件

與第二審程序所述者同。

第二款 客觀的要件

第一 須對於第二審判決 此為四六一條所規定者。但左列情形，雖為第二審判決，亦不得提起上訴。

一 對於第一審判決或其一部未經向第二審法院上訴或附帶上訴之當事人，對於維持該判決之第二審判決不得上訴（四六二條）。

二 對於財產權上訴訟之第二審判決，如因上訴所得受之利益不逾五百元者，不得上訴。前項所定數額，得因地方情形以司法行政最高官署命令減為三百元或增至一千元。計算上訴利益，準用第四〇四條至第四〇七條之規定（四六三條）。本項判決，雖不得上訴於第三審法院，但有時得提起再審之訴（參看第五編第一章第二之十二）。

第二 須以違背法令為理由 對於第二審判決上訴，非以其違背法令為理由，不得為之（四六四條）。即須違背法令與第二審判決有因果關係，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令（四六五條）。所謂法令，乃指最廣之意義，包含本國之一般法規，不問其為實體法規、訴訟法規、制定法、習慣法、命令、條約。反之，如習慣、地方制定之法規、外國法、公司章程、特定之行政處分等，則法院無適用之義務，雖有違背，亦不得謂為違背法令（參考二八三條）。

有左列各款情形之一者，其判決當然為違背法令（四六六條）。

- 一 判決法院之組織不合法者。
- 二 依法律或裁判應迴避之推事參與裁判者。

三 法院於權限之有無，辨別不當，或違背專屬管轄之規定者。

四 當事人於訴訟未經合法代理人。

五 違背言詞辯論公開之規定者。

六 裁判不備理由或理由矛盾者。

第三款 上訴之程式，上訴後之手續

第一 上訴之程式 提起上訴，應以上訴狀提出於原第二審法院爲之（四六七條一項）。上訴狀內應表

明上訴理由，並添具關於上訴理由之必要證據（同條二項），及宜記明因上訴所得受之利益（同條三項）。此因與四六三條限制上訴之規定有關，故宜記明。

上訴狀內未表明上訴理由者，上訴人應於提起上訴後十五日內提出理由書於原第二審法院。未提出者，法院毋庸命其補正（四六八條一項），以防訴訟之延滯。

被上訴人得於上訴狀或前項理由書送達後十五日內提出答辯狀於原第二審法院（四六八條二項）。第二審法院書記官送交訴訟卷宗於第三審法院，應於收到答辯狀或前項期間已滿後爲之（同條三項）。

上訴之聲明，不得變更或擴張之（四七〇條一項）。此與第二審程序之承認附條件的變更，追加者不同（參考第四四三條）。被上訴人不得爲附帶上訴（同條二項）。

第二 上訴後之手續

上訴人及被上訴人在第三審法院未判決前，得提出上訴理由書答辯狀或其追加書狀於第三審法院。第三審法院以認為有必要時為限，得將前項書狀送達他造（四六九條）。第三審法院，應於上訴聲明之範圍內調查之（四七二條一項）。但第三審法院調查第二審判決有無違背法令，不受上訴理由之拘束（同條二項）。

第三節 第三審之判決

第一 總說 第三審之判決，以不經言詞辯論為原則，但法院認為必要時，不在此限（四七一條）。第三審法院，應以第二審判決確定之事實為判決基礎（四七三條一項）。故上訴人於第三審不得主張新事實，法院亦不得採用之。但以違背訴訟程序之規定為上訴理由時所舉違背之事實，及以違背法令確定事實遺漏事實或認作理由事實為上訴理由時所舉之該事實，第三審法院得斟酌之（同條二項）。

第二 駁回之判決 第三審法院認上訴為無理由或第二審裁判之理由，雖屬違背法令而其裁判依其他理由認為正當者，應為駁回上訴之判決（四七八條準用四四六條，參看舊法四四三條）。第二審裁判之理由，雖屬違背法令，然由他方面審查，雖適用正當之法令，結局亦應為同一之裁判——即僅屬法律上之理由，引用法條錯誤，於主文並無變更之必要者，仍應為駁回上訴之判決。

第三 廢棄原判決 第三審法院認上訴為有理由者，就該部分應廢棄原判決（四七四條一項）。因違背訴

訟程序之規定，廢棄原判決者，其違背之訴訟程序部分視為亦經廢棄（同條二項）。

一 發回或發交之判決 經廢棄原判決者，應將該事件發回原第二審法院或發交其他同級法院（四

七五條一項）。受發回或發交之法院，應以第三審法院為廢棄理由之法律上判斷為其判決之基礎（同條二項）。

為發回或發交之判決者，第三審法院書記官，應速將判決正本附入卷宗，送交受發回或發交之法院（四七七條）。

二 自為判決 左列各款情形，第三審法院應就該事件自為判決（四七六條）。

1 因其於確定之事實，不適用法規或適用不當，廢棄原判決，而事件已可依該事實為裁判者 即第二審確定事實之手續並非違法，唯於確定之事實，不適用法規或適用不當。其事實，不問為實體法上之事實與訴訟法上之事實，只須其確定之事實已可為裁判，便應基於其事實，自為判決。如實體上之事實確定時，應適用正當之法規，為實體上之判決；如係基於訴訟程序上之事實，則應自為形式上之判決。

2 因事件不屬普通法院之權限而廢棄原判決者

第四 準用第二審程序 除本章別有規定外，第二審程序之規定，於第三審程序準用之（四七八條）。

- 一、論上訴之限制
- 二、第三審之判決

本

論

民事訴訟法要論

第四編 抗告程序

第一章 總說

第一 抗告之意義 抗告云者，謂請求上級法院廢棄，變更下級法院所爲之裁定。抗告亦爲聲明不服之方

法，但係對於裁定爲之，與上訴之爲對於判決爲之者不同，故新法列爲第四編抗告程序。

第二 得爲抗告之裁定 對於裁定，得爲抗告，但別有不許抗告之規定者，不在此限（四七九條）。即：

一 對於法院或審判長所爲之裁定，以得抗告爲原則（參看四八二條一項，比照二）。但別有不得抗告之規定者，不在此限（例如四八〇條）。

二 受命推事或受託推事之裁定，不得抗告。但其裁定設爲受訴法院所爲得抗告者，得向受訴法院提出異議（四八二條一項）。前項異議，準用對於法院同種裁定抗告之規定。受訴法院就其異議所爲之裁定，得依本編之規定抗告（同條二、三項）。

三 關於財產權之訴訟，其標的之金額或價額，在第四六三條所定之上訴利益額數以下者，其第二審法院

所爲之裁定，不得抗告（四八一）。

第三 抗告期間

一 提起抗告，除別有規定外，應於裁定送達後十日之不變期間內爲之。但送達前之抗告亦有效力（四八四條一項）。

二 本法定爲應於五日內抗告者，亦爲不變期間，自該裁定送達時起算（同條二項）。

第四 抗告法院 抗告，由直接上級法院裁定（四八三條）。其系統爲：

一 高等法院及其分院 管轄不服地方法院及其分院裁定而抗告之案件（法院組織法第十七條三款，二十條）。

二 最高法院 管轄不服高等法院及其分院裁定而抗告之案件（法院組織法二十二條三款）。

第五 提起抗告之方法 應向爲裁定之原法院或原審判長所屬法院提出抗告狀爲之（四八五條一項）。第一審適用簡易訴訟程序之事件或關於訴訟救助提起抗告，及由證人鑑定人或執有證物之第三人提起抗告者，得以言詞爲之（同條二項）。抗告必須向原法院或審判長所屬法院爲之者，乃爲欲予以更正原裁定或添具理由書之機會也（參看四八七條一項、二項及第二節第一）。

抗告得提出新事實及證據（四八六條）。

第六 抗告之效力 抗告，除別有規定外，無停止執行之效力（四八八條一項）。蓋裁定與判決不同，一經告知，即生效力，不須以確定為要件。故雖經提起抗告，亦仍得基於裁定為強制執行或其他處分。但有左之例外（此例外為一般規定，其他尚有抗告中應停止執行之規定，例如一〇五條二項，三〇三條四項，三一一條二項等）。

- 一 原法院或審判長，得在抗告法院裁定前，停止原裁定之執行（四八八條二項）。
 - 二 抗告法院，得在裁定前，停止原裁定之執行，或為其他必要處分（同條三項）。
- 前二項之裁定，不得抗告（同條四項）。

第一章 對於抗告之處分

第一 原法院或審判長之處分

- 一 認抗告有理由者 應更正原裁定。（四八七條一項）。
- 二 提起抗告已逾抗告期間或係對於不得抗告之裁定而抗告者 應駁回之（同條二項）。
- 三 不為前二項裁定者 應速將抗告事件送交抗告法院。如認為必要時，並應送交訴訟卷宗並得添具

意見書（同條三項）前項應送交之卷宗，如為原法院所需用者，應自備繕本或節本（同條四項）。

第二 抗告法院之裁定

一 認抗告為不合法或無理由者 應為駁回抗告之裁定（四八九條一項）。

二 認抗告為有理由者 應廢棄原裁定，自為裁定，或令原法院或審判長更為裁定（同條二項）。

關於捨棄上訴權及撤回上訴之規定，於抗告準用之（四九〇條）。

抗告法院為裁定後，書記官應速將裁定正本，附入卷宗，送交原法院或原審判長所屬法院（四九一條一項）。前項規定，於抗告事件之非因裁定而終結者準用之（同條二項）。

研習問題

一、抗告與上訴之異點

第五編 再審程序

第一章 再審之意義及事由

第一 再審之意義 再審云者，因對於確定之終局判決聲明不服，就訴訟再為辯論及判決之謂（四九二條一項）。

一 對於確定判決聲明不服 是為與上訴之重大異點，故須有重大事由時始得為之（參看第二再審之事由）。

二 再為辯論及判決 因提起再審之訴，對於已終結之訴訟，新開始訴訟程序。故再審之訴，為一種特別之訴，屬於訴訟法上之形成訴訟。

三 為一種之聲明不服方法 此點雖與上訴程序相同，但提起再審之訴，須向原法院為之，又與上訴之向上級法院為之者有別（四九五條一項）。

第二 再審之事由 有左列各款情形之一者，得以再審之訴，對於確定終局判決聲明不服。但當事人已依

上訴主張其事由，或知其事由而不爲主張者，不在此限（四九二條）。

- 一 判決法院之組織不合法者。
 - 二 依法律或裁判應迴避之推事，參與裁判者。
 - 三 當事人於訴訟未經合法代理者。
 - 四 當事人知他造之任居所，指爲所在不明而與涉訟者，但他造已承認其訴訟程序者，不在此限。
 - 五 參與裁判之推事，關於該訴訟，違背職務，犯刑事上之罪者。
 - 六 當事人之代理人，或他造或其代理人，關於該訴訟，有刑事上應罰之行爲，影響於判決者。
 - 七 爲判決基礎之證物，係偽造或變造者。
 - 八 證人、鑑定人或通譯，就爲判決基礎之證言，鑑定或通譯，被處偽證之刑者。
 - 九 爲判決基礎之民事或刑事判決及其他裁判，或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更者。
 - 十 當事人發見就同一訴訟標的，在前已有確定判決或和解調解，或得使用該判決或和解調解者。
 - 十一 當事人發見未經斟酌之證物，或得使用該證物者。但以如經斟酌可受較有利益之裁判者爲限。
- 前項第五款至第八款情形，以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者爲限，得提起再審之訴。所謂不能開始或續行，例如因時效已滿期被告人死亡或大赦等是也（參看刑事訴訟

法第二三一條。

十二 依第四六三條不得上訴於第三審法院之事件，除前條規定外，其經第二審確定之判決，如就足影響於判決之重要證物漏未斟酌者，亦得提起再審之訴（四九二）為判決基礎之裁判，如有前二條所定之情形者，得據以對於該判決提起再審之訴（四九四條）。

第一章 再審之訴之手續

第一 管轄法院 再審之訴，專屬為判決之原法院管轄。但如有左列各款情形之一者，則專屬原第二審法院管轄（四九五條）。

一 對於同一事件之第一審及第二審判決，同時聲明不服者。

二 對於第三審法院之判決，本於第四百九十二條第一項第七款至第十一款事由，聲明不服者。

第二 提起再審之訴之期間 再審之訴，應於三十日之不變期間內提起（四九六條一項）。前項期間，自判決確定時起算。但再審之理由知悉在後者，自知悉時起算（同條二項）。再審之訴，自判決確定時起，其再審之理由發生於判決確定後者，自發生時起，如已逾五年者，不得提起（同條三項）。但以第四九二條一項三款四款或十款情形為再審之理由者，不在此限（同條三項但書）。

第三 再審之訴之程式 再審之訴，應表明左列各款事項，提出於管轄法院爲之（四九七條）。

一 當事人及法定代理人。

二 聲明不服之判決及提起再審之訴之陳述。

三 應於如何程度廢棄原判決及就本案如何判決之聲明。

四 再審理由及關於再審理由並遵守不變期間之證據。

再審訴狀內宜記載準備本案言詞辯論之事。

第四 辯論及裁判之範圍 本案之辯論及裁判，以聲明不服之部分爲限（四九九條）。

第五 再審之訴之裁判

一 不合法者 應以裁定駁回之（四九八條一項）。

二 顯無再審理由者 得不經言詞辯論，以判決駁回之（同條二項）。

三 雖有再審理由，法院如認原判決爲正當者 應以判決駁回之（五百條，參看第三編第三章第三節

第二）。

第六 再審之訴判決之對外的效力 再審之訴之判決，於第三人在起訴前以善意取得之權利無影響

（五〇二條）。

第七 準用各該審級訴訟程序 除本編別有規定外，再審之訴訟程序，準用關於各該審級訴訟程序之規定（五〇一條）。

第八 裁定亦得聲請再審 裁定已經確定而有第四百九十二條第一項或第四百九十三條之情形者，得準用本編之規定，聲請再審（五〇三條）。

研習問題

- 一、再審程序與上訴程序之異點

第六編 督促程序

第一 督促程序之意義 督促程序云者，謂債權人之請求，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定

數量為標的，聲請法院發附條件之支付命令，若債務人於法定時期內不提出異議，則法院應依債權人之聲請，宣告假執行之略式程序也（五〇四條，五一三條一項）。

一 債權人之請求，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的 督促程序之標的，須為財產上之請求。蓋此種標的，較為簡易，且不需多量之訴訟費用，故得適用略式程序。

二 聲請法院發附條件支付命令之略式程序 支付命令，為命令債務人如不於法定期間內提出異議，則應向債權人清償其請求並賠償其費用，否則將不免受假執行之宣告（五一〇條，五一三條一項）。故支付命令，有附條件之形式的確定力，又法院就支付命令之聲請為裁定，不須先就債權人之請求，為實體上之調查，亦無須訊問債務人（五〇八條）。依迅速之手續，宣告假執行，使債權人得有執行力之債務名義，故為一種民事上之略式程序（刑事上之略式程序，參考刑事訴訟法第四四二條以下，同法第七編標題曰簡易程

序)。

三 債務人於法定時期內不提出異議，則法院應依債權人之聲請，宣告假執行（參看第七）。

第二 督促程序之要件

一 實體的要件

依督促程序之請求，須以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的（五〇四條），且得即時主張者。否則如為期限未屆至（民法一〇二條一項）或條件未成就之請求（民法九九條一項），雖屬財產權上之請求，亦不得利用督促程序。聲請人所為之請求，須毋庸為對待給付，否則如聲請人應為對待給付者，不得行之（五〇五條）。

二 形式的要件

督促程序支付命令之送達，須於中華民國為之，且不依公示送達之方法。否則如應於外國為之或依公示送達為之者，不得行之（五〇五條）。

第三 督促程序之管轄法院

支付命令之聲請，專屬債務人為被告時依第一條，第二條或第六條規定有管轄權之法院管轄（五〇六條）。

第四 聲請支付命令之程式

支付命令之聲請，應表明左列各款事項（五〇七條）。

一 當事人及法定代理人。

二 請求之標的並其數量及請求之原因事實。

三 應發支付命令之陳述。

四 法院。

第五 聲請支付命令之裁判

一 駁回聲請之裁判

支付命令之聲請，不合於第五百零四條至第五百零七條之規定（即第二第三、第四所述者），或依聲請之意旨認債權人之請求為無理由者，法院應以裁定駁回之。就請求之一部不得發支付命令者亦同（五〇九條一項）。

對於駁回聲請之裁定，不得聲明不服（同條二項）。蓋此項裁定，不過駁回督促程序之訴訟的請求，乃一種之單純的處分，並未判斷債權人實體的請求之當否，從而無實體的確定力，雖經駁回聲請，債權人仍得提起訴訟，故無許聲明不服之必要。

二 許容聲請之裁判

法院認支付命令之聲請為合法且有理由時，發支付命令。支付命令，應記載左列各款事項（五一〇條）：

1 第五百零七條第一款、第二款及第四款所定事項（參看第四之一、二、四）。

2 債務人如欲免假執行，應於支付命令送達後十五日內，向債權人清償其請求，並賠償程序費用；否則應向發命令之法院提出異議。

第六 支付命令之效力 支付命令送達於債務人後，法院書記官應速通知債權人（五一〇條一項）。使債權人知提出異議之期間已否屆滿，俾得聲請宣告假執行（參看五一三條一項）。債務人於合法時期提出異議，發支付命令後三個月內，不能送達於債務人，或支付命令所載期間已滿後，債權人如於一個月內不為宣告假執行之聲請者，支付命令失其效力。駁回宣告假執行聲請之裁定已確定者亦同（五一〇條二項、五一六條）。

第七 債務人對於支付命令之異議

一 異議之提出 債務人對於支付命令，得不附理由向發命令之法院提出異議（五一二條一項）。提出異議之期間，法定為十五日（五一〇條二款）。

二 異議之效力 債務人就請求之一部提出異議者，其效力及於全部（五一二條二項）。法院書記官應依債務人之聲請，付與已於合法時期提出異議之證明書（同條三項）。債務人對於支付命令，於合法時期提出異議者，支付命令失其效力，以債權人支付命令之聲請，視同起訴或聲請調解（五一五條一項）。前項情形，督促程序費用應作為訴訟費用或調解程序費用之一部（同條二項）。

第八 宣告假執行

一 假執行之聲請及其裁定 支付命令所載期間已滿後，發命令之法院，應依債權人之聲請，宣告假執

行。但宣告前經債務人提出異議者，不在此限（五一三條一項）。宣告假執行之裁定，應並記載債權人所計算之程序費，用命債務人賠償（同條二項）。

二 對於宣告假執行之異議 宣告假執行之裁定送達後十五日內，債務人仍得提出異議（五一四條

一項）。前項期間，為不變期間。提出異議逾此期間者，法院應以裁定駁回之（同條二項）。

三 宣告假執行之效力 宣告假執行之裁定，於第五百十四條所定期間內未經提出異議，或駁回其異

議之裁定已確定者，與確定判決有同一之效力（五一七條）。

研習問題

一、督促程序之概要

第七編 保全程序

第一章 假扣押

第一 假扣押之意義 假扣押云者，就金錢請求或得易爲金錢請求之請求，保全強制執行之手段也（五一八條一項）。

第二 假扣押之要件

一 須以金錢請求或得易爲金錢請求之請求爲標的 如具備此要件時，則雖就尙未到期之請求亦得爲之（五一八條二項）。

二 非有日後不能強制執行或甚難執行之虞者，不得爲之（五一九條一項）。應在外國爲強制執行者，視爲有日後甚難執行之虞（同條二項）。

第三 假扣押之管轄

一 假扣押之聲請，由本案管轄法院，或假扣押標的所在地之地方法院管轄。本案管轄法院，爲訴訟已繫屬

或應繫屬之第一審法院。但訴訟現繫屬於第二審者，以第二審法院爲本案管轄法院（五二〇條一、二項）。
二 假扣押之標的，如係債權，以債務人住所或擔保之標的所在地爲假扣押標的所在地（同條三項）。

第四 假扣押之聲請 應表明左列各款事項（五二一條）。

一 當事人及法定代理人。

二 請求。

三 假扣押之原因。

四 法院。

請求非關於一定金額者，應記載其價額。

依假扣押之標的所在地定法院管轄者，應記明假扣押之標的及其所在地。

請求及假扣押之原因，應釋明之（五二二條一項）。債權人雖未爲前項釋明，如就債務人所應受之損害，已供法院所定之擔保者，得命爲假扣押（同條二項）。請求及假扣押之原因，雖經釋明，法院亦得使債權人供擔保後命爲假扣押（同條三項）。債權人供擔保後命爲假扣押者，應將其擔保記載於假扣押裁定內（同條四項）。

第五 假扣押之裁定

假扣押裁定內，應記載債務人供所定金額之擔保後，得停止或撤銷假扣押（五二二

三條。命債權人供擔保之裁定，毋庸送達於債務人（五二四條一項）。關於假扣押聲請之裁定，得為抗告（同條二項）。

第六 假扣押裁定之撤銷 有左列情形之一者，債務人得聲請撤銷假扣押之裁定。

一 本案尙未繫屬者 命假扣押之法院，應依債務人聲請，命債權人於一定期間內起訴。債權人不於前項期間內起訴者，債務人得聲請命假扣押之法院撤銷假扣押之裁定（五二五條）。

二 假扣押之原因消滅，或其他命假扣押之情事變更者（五二六條一項）。

三 債務人陳明可供法院所定之擔保或將請求之標的物提存者（五二六條二項）。前二項聲請，向命假扣押之法院為之。如本案已繫屬者，向本案法院為之（同條三項）。

假扣押裁定，因自始不當或債權人不於一定期間內起訴而撤銷者，債權人應賠償債務人因假扣押或供擔保所受之損害（五二七條）。

第一章 假處分

第一 假處分之意義 假處分云者，就金錢請求以外之請求，保全強制執行之手段也（五二八條一項）。

第二 假處分之要件 假處分，非因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行，或甚難於執行之虞者，不

得爲之（五二八條二項）。

第三 準用假扣押之規定 關於假扣押之規定，於假處分準用之。但因第五百三十條至五百三十三條之

規定而不同者，不在此限（五二九條）。以下述其不同之點。

第四 假處分之管轄 假處分之聲請，由本案管轄法院管轄。但有急迫情形時，得由請求標的所在地之地

方法院管轄（五三〇條）。

第五 假處分之方法 假處分所必要之方法，由法院酌量定之（五三一條一項）。假處分得選任管理人，及

命令或禁止債務人爲一定行爲（同條二項）。

第六 假處分裁定之撤銷 由請求標的所在地之地方法院爲假處分之裁定者，同時應定期間，命債權人

向本案管轄法院，聲請就假處分之當否爲裁定（五三二條一項）。債權人不於期間內爲前項聲請者，命假處分

之法院應依聲請，撤銷假處分之裁定（同條二項）。第一項本案管轄法院之裁定，不得抗告（同條三項）。

第七 撤銷假處分之限制 非有特別情事，法院不得許債務人供擔保而撤銷假處分（五三二條，比照五

二六條）。

第八 假處分規定之準用 關於假處分之規定，於爭執之法律關係，有定暫時狀態之必要者，準用之（五

三四條）。此係爭執法律關係，與假處分以金錢以外之物爲標的者不同，故特設準用之規定。

研習問題

一、假扣押與假處分之要件及其裁定之撤銷

民事訴訟法要論

第八編 公示催告程序

第一章 總說

第一 意義 公示催告程序云者謂，法院以公示方法，催告不明（有無不明，不確定，姓氏不明或居所不明）之利害關係人，申報權利，如不申報權利，則使生失權效果之程序也（五三五條二項）。

第二 制度之功用 利害關係人分明時，固得以特定之人為被告，提起確認之訴，請求確認權利之得喪變更；更否則如利害關係人不明時，則既無由提起確認之訴，為使權利關係早日確定，故強制利害關係人，於一定期間內申報權利，一經逾期，雖主張權利，亦不能使公示催告之聲請人蒙不利益之影響，以保障其安全之地位，此公示催告制度之功用也。

第三 要件

一 申報權利之公示催告，以得依背書轉讓之證券及其他法律有規定者為限（五三五條一項，例如民法一一五七條，一一七八條）。從而基於契約、章程等所為之公示催告，非民事訴訟法上之公示催告。

二 須利害關係人不明 否則可提起確認訴訟，不得濫用公示催告程序。

第一章 一般公示催告程序

第一 管轄 公示催告，由地方法院管轄（參看五四七條，舊法五〇六條及法院組織法第十條二款）。

第二 聲請及裁判 公示催告程序，為民事訴訟之特別程序，故應適用民事訴訟之一般規定，採當事人開始主義，一經當事人聲請公示催告，法院應對之為裁定（五三六條一項）。法院准許聲請者，應為公示催告（同條二項）。

第三 公示催告之方法 公示催告，應記載左列各款事項（五三七條）。

一 聲請人。

二 申報權利之期間及在期間內應為申報之催告。

三 因不申報權利而生之失權效果。

四 法院。

公示催告之布告，應黏貼於法院之牌示處，並登載於公報或新聞紙（五三八條）。

第四 權利之申報 申報權利之期間，自公示催告之布告最後登載公報或新聞紙之日起，應有二個月以

上(五三九條)申報權利在期間已滿後,而在未爲除權判決前者,與在期間內申報者有同一之效力(五四〇條)。

第五 除權判決

一 聲請 公示催告聲請人,得於申報權利之期間已滿後三個月內,聲請爲除權判決。但在期間未滿前之聲請亦有效力(五四一條一項)。

二 辯論與調查 除權判決前之言詞辯論期日,應並傳喚已申報權利之人(五四一條二項)。法院就除權判決之聲請爲裁判前,得依職權爲必要之調查(五四二條)。申報權利人,如對於公示催告聲請人所主張之權利有爭執者,法院應酌量情形,在就所報權利有確定裁判前,中止公示催告程序,或於除權判決保留其權利(五四四條)。公示催告聲請人,不於言詞辯論期日到場者,法院應依其聲請,另定新期日(五四五條一項)。前項聲請,自有遲誤時起逾二個月後,不得爲之(同條二項)。聲請人遲誤新期日者,不得聲請更定新期日(同條三項)。

三 裁判

- 1 駁回除權判決之聲請 以裁定爲之(五四三條)。
- 2 准許除權判決之聲請 法院得以相當之方法,將除權判決之要旨布告之(五四六條)。

四 撤銷除權判決之訴 對於除權判決，不得上訴（五四七條一項）。但有左列各款情形之一者，得以聲請人爲被告，向原法院提起撤銷除權判決之訴（同條二項）。

1 法律不許行公示催告程序者。

2 未爲公示催告之布告或不依法定方法爲布告者。

3 不遵守公示催告之布告期間者。

4 爲除權判決之推事應自行迴避者。

5 已經申報權利，而不依法律於判決中斟酌之者。

6 有第四百九十二條第一項第五款至第八款之再審理由者。

撤銷除權判決之訴應於三十日之不變期間內提起之（五四八條一項）。前項期間，自原告知悉除權判決時起算。但依第五百四十七條第四款或第六款所定事由提起撤銷除權判決之訴，如原告於知有除權判決時不知其事由者，自知悉其事由時起算（同條二項）。除權判決宣示後已逾五年者，不得提起撤銷之訴（同條三項）。

第四百九十七條及第四百九十八條之規定，於撤銷除權判決之訴準用之（五四九條）。對於除權判決所附之限制或保留，得爲抗告（五五〇條，參看五四四條）。

第六 公示催告程序之合併 數宗公示催告程序，法院得命合併之（五五一條）。

第二章 宣示證券無效之公示催告程序

宣示證券無效之公示催告程序，適用第五百五十三條至第五百六十三條之規定（第五五二條）。茲分述於左。

第一 管轄 公示催告，由證券所載履行地之法院管轄。如未載履行地者，由證券發行人為被告時依第一條或第二條規定有管轄權之法院管轄。如無此法院者，由發行人於發行之日為被告時依各規定有管轄權之法院管轄（五五三條）。

第二 聲請 無記名證券或空白背書之指示證券，得由最後之持有人為公示催告之聲請（五五四條一項）。前項以外之證券，得由能據證券主張權利之人，為公示催告之聲請（同條二項）。

聲請人應提出證券繕本，或開示證券要旨，及足以辨認證券之事項，並釋明證券被盜，遺失，或滅失，及有聲請權之原因事實（五五五條）。

第三 公示催告之方法 公示催告，應記載持有證券人應於期間內申報權利及提出證券，並曉示以如不申報及提出者，即宣告證券無效（五五六條）。

公示催告之布告，除依第五三八條之規定外（參看第二章第三）。如法院所在地有交易所者，並應黏貼於該交易所（五五七條）。

第四 權利之申報與閱覽證券 申報權利之期間，自公示催告之布告最後登載公報或新聞紙之日起，應有六個月以上（五五八條）。

持有證券人經申報權利並提出證券者，法院應通知聲請人，並酌定期間使其閱覽證券（五五九條）。

第五 除權判決及其撤銷 除權判決，應宣告證券無效（五六〇條一項）。除權判決之要旨，法院應依職權以相當方法布告之（同條二項）。有除權判決後，聲請人對於依證券負義務之人，得主張證券上之權利（五六一條一項）。

證券無效之宣告，因撤銷除權判決之訴而撤銷者，為公示催告之法院，於撤銷除權判決之判決確定後，應依聲請，以相當方法布告之（五六〇條三項）。因除權判決而為清償者，於除權判決撤銷後，仍得以其清償對抗債權人或第三人。但清償時已知除權判決撤銷者，不在此限（五六一條二項）。

第六 禁止支付命令及其撤銷 因宣告無記名證券之無效，聲請公示催告，法院准許其聲請者，應依聲請，不經言詞辯論，對於發行人為禁止支付之命令（五六二條一項）。前項命令，應附記已為公示催告之事由（同條二項）。第一項命令，應準用五五七條之規定布告之（同條三項）。

公 催告程序，因提出證券或其他原因，未為除權判決而終結者，法院應依職權，以裁定撤銷禁止支付之命令（五六三條一項）禁止支付命令之撤銷，應準用第五五七條之規定布告之（同條二項）。

研習問題

- 一、 公示催告制度之功用
- 二、 一般公示催告程序之概要
- 三、 宣示證券無效之公示催告程序概要

民事訴訟法要論

第九編 人事訴訟程序

第一章 婚姻事件程序

第一 意義 婚姻事件程序云者，關於婚姻無效或撤銷，與確認其成立或不成立，及離婚或夫妻同居之人
事訴訟程序也。

一 關於婚姻無效或撤銷，與確認其成立或不成立，及離婚或夫妻同居之訴訟。均屬於婚姻事件，例如夫妻間之財產權上訴訟，則不屬於上列非財產權上訴訟（但非婚姻事件之訴訟，有時得合併於婚姻事件程序——五六八條二項，參看第六之二）。又婚姻事件，並不限於夫妻間之訴訟，亦有由第三人提起者，例如民法第九八九條至第九九四條之規定是（參看第五六五條二項）。

二 人事訴訟程序 婚姻訴訟，有關公益，故規定為人事訴訟程序，限制一般訴訟程序之適用，採職權主義（職權干涉主義）而不採當事人處分權主義等（參看五七〇條、五七一條）。

第二 種類 屬於婚姻事件程序之訴訟，本法列舉的規定為：（1）婚姻無效，（2）撤銷婚姻，（3）確認婚姻

成立或不成立，(4)離婚，(5)夫妻同居，其詳可參看民法第四編親屬之規定。

第三 管轄 專屬夫之住所地或其死亡時住所地之法院管轄(五六四條一項)。夫在中華民國無住所或住所不明者，準用第一條第二項之規定。前項之住所地(同條二項)。夫或妻為中華民國人，不能依前二項規定定管轄之法院者，由首都所在地之法院管轄(同條三項)。婚姻事件之管轄法院，以夫之住所地為標準者，因普通情形，妻多與夫共住居所，故捨國籍主義而採屬地主義，無論中外人何方為原被告，均適用之。至第三項擴張補充管轄之規定，乃以防止無管轄法院之缺點，但以夫或妻係中華民國人者為限。否則如夫妻均非中國人，又向未住居於中國者，我國法院無須受理其訴訟。

第四 當事人 原告之資格，於民法第九八九條至九九五條及一〇五二條規定之。被告之資格，本法第五六五條規定如次：(1)由夫或妻起訴者，以其配偶為被告；(2)由第三人起訴者，以夫妻為共同被告，但撤銷婚姻之訴，其夫或妻死亡者，得以生存者為被告。

第五 訴訟能力 未成年之夫或妻，就婚姻無效或確認婚姻不成立之訴，亦有訴訟能力(五六六條)。此為新法所增訂者。又婚姻事件夫或妻為禁治產人者，應由其監護人代為訴訟行為。如監護人即係其配偶時，應由親屬會議所指定之人代為訴訟行為(五五七條一項)。監護人提起訴訟者，應得親屬會議之允許(同條二項)。

第六 訴之合併提起、變更、追加、反訴及其限制。

一 婚姻無效或撤銷，與認確其成立或不成立，及離婚或夫妻同居之訴，得合併提起，或於第一審或第二審言詞辯論終結前，為訴之變更，追加或提起反訴（五六八條一項）。

二 非婚姻事件之訴，以交付子女，返還財物，或扶養之請求，或由訴之原因事實所生損害賠償之請求為限，得與前項之訴合併提起，或於其程序為訴之追加，或提起反訴（同條二項）。

以上為是認訴之合併、變更、追加、反訴，但本法復設左列限制規定。

一 提起婚姻無效，撤銷或離婚之訴，因無理由被駁回者，受該判決之原告，不得援以前依訴之合併、變更，或追加所得主張之事實，提起獨立之訴（五六九條一項）。

二 以反訴提起前項之訴，因無理由被駁回者，受該判決之被告，不得援以前得作反訴原因主張之事實，提起獨立之訴（同條二項）。

第七 訴訟程序之特別規定

一 不適用認諾、自認之規定

1 關於認諾效力之規定，於婚姻事件不適用之（五七〇條一項）。

2 關於訴訟上自認及不爭執事實之效力之規定，在撤銷婚姻、離婚，或夫妻同居之訴，於撤銷婚姻、離婚或拒絕同居之原因事實，不適用之。在婚姻無效或確認婚姻成立或不成立之訴，於婚姻無效或不成立

及婚姻有效或成立之原因事實，不適用之。

二 得依職權調查 法院因維持婚姻或確定婚姻是否無效或不成立，得斟酌當事人所未提出之事實

(五七一條一項)。前項事實，於裁判前應令當事人有辯論之機會(同條二項)。

三 當事人或法定代理人本人不從法院之命到場者，準用第三〇三條之規定，但不得拘提之(五七二條一項)。此因婚姻事件，有關公益，遇有須本人到場時，對於抗傳不到者，宜有制裁之方法，故新法定為得依證人不到之例，科以罰鍰。

四 法院得使受命推事或受託推事訊問本人(五七二條二項)。

五 應先經法院調解 離婚之訴及夫妻同居之訴，於起訴前應經法院調解(五七三條)，準用四〇九至

四二四條之規定。

六 得命中止訴訟程序 離婚之訴及夫妻同居之訴，法院認當事人有和諧之望者，得於六個月以下之期間內，命中止訴訟程序，但以一次為限(五七四條)。

第八 訴訟繫屬中之假處分 法院得依聲請，命扶養或監護子女或為其他假處分(五七五條)。

第九 本案訴訟視為終結之情形 夫或妻於判決確定前死亡者，關於本案，視為訴訟終結。但第三人提起撤銷婚姻之訴後，僅夫或妻死亡者，不在此限(五七六條)。

第十 訴訟之承受 婚姻事件之原告，於判決確定前死亡者，有權提起同一訴訟之他人，得於其死亡後三個月內，承受訴訟（五七七條，參看民法第九八九條至九九四條）。

第十一 判決之效力

一 就婚姻無效、撤銷，或確認其成立或不成立之訴所為之判決，對於第三人亦有效力（五七八條一項）。宣告婚姻無效或撤銷婚姻之判決，為形成判決，當然對於第三人亦有效力。至確認婚姻成立或不成立之判決，則為確認判決，非形成判決，依確認判決之原則，只對於當事人發生效力。但本法鑑於婚姻之本質，由公益上着眼，身分關係，不容歧異，故特擴張判決既判力之主觀的範圍，對於第三人亦有效力。

二 以重婚為理由，提起撤銷婚姻之訴被駁回者，其判決對於當事人之前配偶，以已參加訴訟為限，始有效力（五七八條二項）。是為保護前配偶人，故不適用第一項之規定。

研習問題

一、婚姻事件程序之特點

第一章 親子關係事件程序

第一 意義及種類 親子關係事件程序，可分為三大類，即：（1）收養無效，或撤銷收養，與確認收養關係成

立或不成立及終止收養關係之訴（五七九）。（2）否認或認領子女，與認領無效或撤銷之訴，及就母再婚後所生子女確定其父之訴（五八五）。（3）宣告停止親權或撤銷其宣告之訴（五八八）。故非可謂親子間之一切訴訟，均為親子關係訴訟。例如親子間之財產權上訴訟（請求扶養之訴訟）請求交付子女之訴訟（五六八條二項，參看第一節），其親子關係，均已確定，應屬於一般訴訟程序，非本節之親子關係訴訟。

親子關係訴訟，與前節所述婚姻事件程序，同屬有關公益，故確定親子關係，不能全任當事人之自由，乃排斥一般訴訟程序所行之當事人處分權主義，而採職權干涉主義，並設其他之特別規定，是為親子關係事件程序。

第二 管轄

一 收養無效，或撤銷收養，與確認收養關係成立或不成立及終止收養關係之訴 專屬養父母之住所地或其死亡時住所地之法院管轄（五七九）。

二 否認或認領子女，與認領無效或撤銷認領之訴，及就母再婚後所生子女確定其父之訴 專屬子女住所地或其死亡時住所地之法院管轄（五八五）。

三 宣告停止親權或撤銷其宣告之訴 專屬行親權人或曾行親權人住所地之法院管轄（五八八）。此為新法所增訂，乃對民法第一〇九〇條而設者。

第三 當事人 關於親子關係事件之當事人，有左之特別規定。

一 否認子女之訴 夫於法定起訴期間內或期間開始前死亡者，繼承權被侵害之人，得提起之（五八

六條一項，參看民法一〇六三條二項）。依前項規定起訴者，應自夫死亡時起，於六個月內爲之（同條二項）。

夫於提起否認子女之訴後死亡者，繼承權被侵害之人，得承受其訴訟（同條三項）。

二 就母再婚後所生子女確定其父之訴 母之配偶及前配偶互爲被告（五八七條一項）。由子女或母

起訴者，以母之配偶及前配偶同爲被告。母之配偶或前配偶死亡者，以生存者爲被告（同條二項）。

三 撤銷、停止親權宣告之訴 以現行親權之人或監護人爲被告（五八九）。

第四 訴訟能力 收養關係之訴，養子女雖不能獨立以法律行爲負義務者，亦有訴訟能力（五八〇）。未成

年之養子女爲訴訟行爲者，受訴法院之審判長，應依聲請，選任律師爲其訴訟代理人。於認爲必要時，並得依職

權爲之選任。前項情形，審判長得命給與律師相當之報酬。選任訴訟代理人之裁定，並應送達於該訴訟代理人

（五八一條）。養父母與養子女間之訴訟，如養子女無行爲能力，而養父母爲其法定代理人者，應由本生父母；無

本生父母者，由親屬會議所指定之人，代養子女爲訴訟行爲（五八一）。

第五 終止收養關係之訴，於起訴前應經法院調解（五八三）。第五七九條收養關係之訴，除別有規定外，準用

婚姻事件程序之規定（五八四）。

第六 不適用認諾、自認之規定。關於認諾，及訴訟上自認或不爭執事實之效力之規定，於第五八五條及

第五八八條之訴，不適用之（五九〇條）。

第七 得依職權調查證據。第五八五條及第五八八條之訴，法院得斟酌當事人所未提出之事實（五九

一條一項）。前項事實，於裁判前應令當事人有辯論之機會（同條二項）。

第八 準用婚姻事件程序等之規定。

一 第五百六十四條二項及三項、第五百六十七條、第五百六十八條第二項、第五百七十二條、第五百七十五條至第五百七十七條，及第五百七十八條第一項之規定，於第五百八十五條及第五百八十八條之訴準用之（五九二條一項）。

二 第五百八十條至第五百八十二條之規定，於第五百八十五條之訴準用之。（同條二項）。

三 第五百六十八條第一項及第五百六十九條之規定，於認領無效或撤銷認領之訴準用之（同條二項）。

研習問題

一、親子關係事件程序之特點

第二章 禁治產事件程序

第一節 宣告禁治產程序

關於宣告禁治產之實質的要件（禁治產之原因事實）及形式的要件（聲請人），於民法第十四條一項規定之，茲僅述其宣告之程序。

第一 管轄 禁治產之聲請，專屬應禁治產人住所地之法院管轄。如在中華民國無住所或住所不明者，準用第一條第二項之規定，定前項之住所地（五九三條）。

第二 審理程序

一 禁治產之聲請，應表明其原因事實及證據（五九四條）。

二 法院得於禁治產之程序開始前，命聲請人提出診斷書（五九五條）。

三 不得公開行之（五九六條）。

四 職權調查 法院就禁治產之聲請，應斟酌聲請人所表明之事實及證據，依職權為必要之調查（五九七條一項）。調查費用，如聲請人未預納者，由國庫墊付（同條二項）。

五 訊問應禁治產人 法院應於鑑定人前訊問應禁治產人。但有礙難訊問之情形，或恐有害其健康者，不在此限（五九八條一項）。前項訊問，得使受託推事為之（同條二項）。

六 應訊問鑑定人 禁治產之宣告，非就應禁治產人之心神狀況訊問鑑定人後，不得為之（五九九條）。

第三 裁判程序

一 宣告禁治產之裁定 應附理由，並應送達於聲請人及禁治產人之法定代理人或依法應為監護人之人（六百條）。

前條裁定，自禁治產人之法定代理人或依法應為監護之人受送達時，發生效力（六〇一條一項）。前項裁定送達後，法院應以相當之方法，將該裁定要旨布告之（同條二項）。對於宣告禁治產之裁定，不得抗告。但得提起撤銷禁治產宣告之訴（六〇五條參看第一款）。

二 駁回禁治產聲請之裁定 得為抗告。第五百九十五條至第五百九十七條之規定（參看第二之二、三、四）。於抗告法院之程序準用之（六〇三條）。

三 費用之負擔 關於聲請禁治產程序之費用，如宣告禁治產時，由禁治產人負擔（六〇四條一項）。除前項情形外，其費用由聲請人負擔（同條二項）。

第四 得命為必要之處分 法院於宣告禁治產前，因保護應禁治產人之身體及財產，得命為必要之處分。於宣告後認為必要時亦同（六〇二條一項）。前項處分，得依聲請撤銷之（同條二項）。關於第一項處分及撤銷處分之裁定，得為抗告（同條三項）。

第二節 撤銷禁治產宣告程序

撤銷禁治產宣告程序，可分爲兩類（1）以宣告之裁定爲不當（包含不合法——原裁定法院無管轄權，裁定時聲請人無聲請權；無理由——裁定時無禁治產之原因）者，得對之提起撤銷禁治產宣告之訴（六〇五條）；（2）宣告時雖有禁治產之原因，於宣告後已消滅者，得聲請撤銷禁治產（六一五條）。茲分述之。

第一款 提起撤銷禁治產宣告之訴

第一 原告 宣告禁治產之裁定，不得抗告。但如以宣告之裁定爲不當時，依民法規定得聲請禁治產之人（參看民法第十四條）得向就禁治之聲請，曾爲裁判之地方法院提起撤銷禁治產宣告之訴（六〇五條）。前項不變期間之起算：於禁治產人，自知有宣告時起算；於他人，自該裁定發生效力時起算（同條二項）。

第二 被告 撤銷禁治產宣告之訴，以原聲請人爲被告（六〇六條一項）。由聲請禁治產人起訴或該聲請人死亡者，以禁治產人之法定代理人爲被告（同條二項）。

第三 起訴期間 撤銷禁治產宣告之訴，應於三十日之不變期間內提起之（六〇七條一項）。前項期間，於禁治產人，自其知悉禁治產宣告時起算；於他人，自該裁定發生效力時起算（同條二項）。

第四 訴訟能力 撤銷禁治產宣告之訴，受宣告人有訴訟能力。從而受宣告人亦得獨立爲原告，提起撤銷禁治宣告之訴（六〇八條一項，參看第一及民法第十四條）。受訴法院之審判長，應依聲請，選任律師爲其訴

訟代理人。於認為必要時，並得依職權為之選任。審判長得命給與律師相當之報酬。選任訴訟代理人之裁定，並應送達於該訴訟代理人（六〇八條二項準用五八一條）。

第五 禁止訴之合併、追加或反訴
撤銷禁治產宣告之訴，不得合併提起他訴，或於其程序為訴之追加，或提起反訴（六〇九條）。

第六 視為訴訟終結之情形
受禁治產宣告人於判決確定前死亡者，關於本案視為訴訟終結（六一〇條）。

第七 審理程序
第五百七十七條、第五百九十條、第五百九十一條、第五百九十八條及第五百九十九條之規定，於撤銷禁治產宣告之訴準用之（六一〇條，參看第一節婚姻事件程序，本節第一款第二之五、六）。

第八 裁判程序

一 判決
撤銷禁治產宣告之訴，法院認為有理由者，應以判決撤銷宣告禁治產之裁定（六一二條一項）。前項情形，法院於判決確定前，因保護禁治產人之身體或財產，得命為必要之處分（同條二項，參看本節第一款第四）。第六百零二條第二項及第三項之規定，於前項處分準用之（同條三項）。

二 判決之效力
在撤銷禁治產宣告前禁治產人所為之行為，不得本於宣告禁治產之裁定而主張無效（六三條二項）。蓋禁治產之宣告，一經撤銷，則宣告禁治產之裁定，已不存在，在禁治產中禁治產人所為之

行爲，未經撤銷者，自不得復援用禁治產之宣告而撤銷之。但在撤銷禁治產宣告前監護人所爲之行爲，則不受撤銷禁治產之影響，仍不失其效力（同條一項）。

三 布告判決 撤銷禁治產宣告之判決確定後，應由第一審受訴法院布告之（六一四條）。

第二款 聲請撤銷禁治產

第一 聲請人 依民法規定得聲請禁治產之人，於禁治產之原因消滅後，得聲請撤銷禁治產（六一五條）。

第二 管轄法院 撤銷禁治產之聲請，專屬禁治產人住所地之地方法院管轄。第五百六十四條第二項之規定，於前項聲請準用之。撤銷禁治產之聲請，不能依前二條規定定其管轄法院者，得向就禁治產之聲請，曾爲裁判之法院爲之（六一六條）。

第三 審理程序 準用第五百九十四條至第五百九十九條之規定（六一七條，參看本節第一項第二）。

第四 裁判程序

一 撤銷禁治產之裁定 應附理由，並應送達於聲請人及禁治產人，及應由受訴法院布告之（六一九條）。

二 駁回撤銷禁治產聲請之裁定 不得抗告（六一〇條一項）。得聲請撤銷禁治產之人，對於前項裁定，得向就該聲請曾爲裁判之地方法院，提起撤銷之訴（同條二項）。第六百〇六條六百〇八條至第六百十二

條六百十三條一項，及六百十四條之規定，於前項之訴準用之（同條三項，參看第一一項第二項至第七）。

第五 費用之負擔 關於聲請撤銷禁治產程序之費用，如撤銷禁治產者，由禁治產人負擔（六一八條一項）。除前項情形外，其費用由聲請人負擔（同條二項）。

研習問題

- 一、宣告禁治產事件程序之特點
- 二、撤銷禁治產宣告程序之種類及其異點

第四章 宣告死亡事件程序

第一節 聲請宣告死亡程序

第一 準用一般公示催告程序之規定 宣告死亡事件，除別有規定外，準用第五百三十六條至第五百四十九條之規定，以下述其特別規定。

第二 管轄法院 宣告死亡之聲請，專屬失蹤人住所地之法院管轄（六二二條一項）。第五百六十四條第一項及第三項之規定，於前項聲請準用之（同條二項）。

第三 聲請之要件 宣告死亡之聲請，應表明其原因事實及證據（六二二條）。

第四 公示催告 公示催告，應記載左列各款事項（六二四條）。

一 失蹤人應於期間內陳報其生存，如不陳報，即應受死亡之宣告。

二 凡知失蹤人之生死者，應於期間內將其所知陳報法院。

前條陳報期間，自公示催告最後登載公報或新聞紙之日起，應有六個月以上（六二五條一項）。失蹤人滿百歲者，公示催告得僅黏貼於法院之牌示處（同條二項）。且其陳報期間，得定為自黏貼牌示處之日起二個月以上（同條三項）。

第五 審理程序 準用第五百九十七條之規定（六二七條）。有聲請權之人，得為共同聲請人加入程序，或代聲請人續行程序（六二六條，參看民法第八條一項）。失蹤人陳報生存而聲請人否認其事實者，法院應於有確定裁判前中止程序（六二八條）。

第六 判決與費用之負擔 宣告死亡之判決，應確定死亡之時（六二九，參看民法第九條）。關於宣告死亡程序之費用，如宣告死亡時，由遺產負擔；其不宣告死亡者，由聲請人負擔（六三〇條）。

第二節 撤銷死亡宣告之訴

第一 原告 撤銷死亡宣告之訴，有法律上利害關係之人得提起之（六三一）。

第二 訴之原因事實 對於宣告死亡之判決，只得提起撤銷死亡宣告之訴，不得以上訴或其他方法聲明不服（參看五四七條一項）。撤銷死亡宣告之訴，除準用第五百四十七條第二項之規定外，如受死亡宣告人尙生存或確定死亡之時不當者，亦得提起之（六三二二）。第五百四十八條之規定，於以受宣告死亡人尙生存爲理由提起撤銷死亡宣告之訴者，不適用之，即無起訴期間之限制（六三三三條）。

第三 合併程序 撤銷死亡宣告之訴有數宗者，法院應合併之，適用第五十六條第一項之規定（六三四條）。

第四 準用婚姻親子，禁治產事件程序之規定 第五百七十七條第五百九十條及第六百〇九條之規定，於撤銷死亡宣告之訴準用之（六三二五條）。

第五 判決之效力 撤銷死亡宣告或更正死亡之時之判決，不問對於何人均有效力。但判決確定前之善意行爲不受影響（六三六條一項）。因宣告死亡取得財產者，如因前項判決失其權利，僅於現受利益之限度內，負歸還之責（同條二項）。

研習問題

- 一、聲請宣告死亡程序之概要
- 二、撤銷死亡宣告之訴之特點

主要參考書

Hellwrig-Oertmann, System des Deutschen Civilprocessrechts,

Wach, Handbuch des Deutschen Civilprocessrechts,

細野長良 民事訴訟法要義

勅使河原直三郎 改正民事訴訟法概論

山田正三 改正民事訴訟法

中島弘道 民事訴訟法要論

松岡義正 新民事訴訟法註釋

菊井維大 民事訴訟法（現代法學全集第15, 16, 17, 38。卷）

中村宗雄 改正民事訴訟法

同上 改正民事訴訟法評釋

山内確三郎 民事訴訟法之改正

岩本勇次郎

新民事訴訟法要論

三倉尻好人

司法省

民事訴訟法中改正法律案理由書

同上

歐洲各國民事訴訟法

雉本朗造

民事訴訟法論文集

同上

判例批評錄共三卷

加藤正治

民事訴訟法判例批評集共二卷

山田正三

判例批評民事訴訟法共二卷

法曹會

大審院民事判例要旨類纂

松岡義正

特別民事訴訟法論

同上

民事證據論

同上

保全訴訟論

柳川勝二

人事訴訟手續法論

石志泉

民事訴訟法釋義

同上

民事訴訟法評論

最高法院

民事判例要旨彙編

會文堂

中華民國六法理由判解

民國 61 年 8 月
 登記號碼 11316
 分類 488.5
 編號 2678

民國 72 年 7 月
 登記號碼 11316
 類 586.1
 號 2678
 C.1

民國 61 年 8 月
 11316

臺灣省立臺中圖書館

 31120003453189

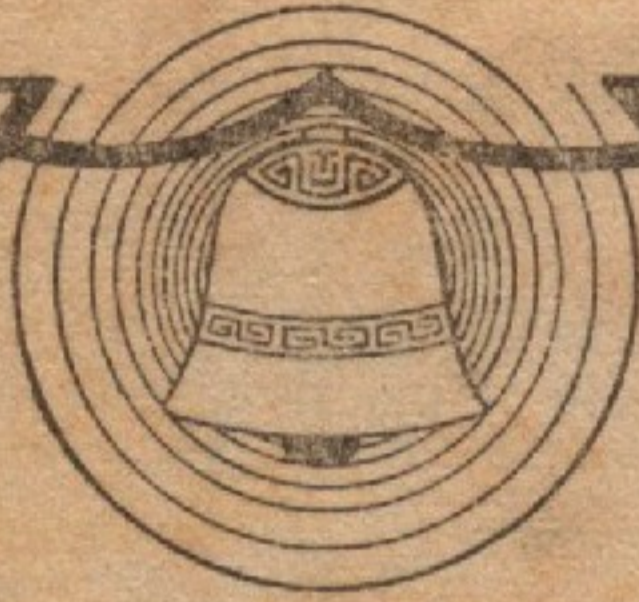
488.5
 2678
 6

31120003453189
 S 586.1 2678
 民事訴訟法要論
 PTL 國中圖

586.1
 類 ~~588.5~~
 號 2678
 C.1
 11316
 臺灣省立臺中圖書館
 61.7.20,000

民事訴訟法要論

二九〇



版權所有
翻印必究

中華民國三十一年十月渝初版
中華民國三十六年五月滬五版

民事訴訟法要論

全一册 定價國幣九元

(外埠酌加運費匯費)

編著者 吳學義

發行人 吳秉常

印刷所 正中書局

發行所 正中書局

(1446)

政治學、地方行政、憲法學

政治學

中國六大政治家

四權行使法

比較縣政府

省組織法論

縣自治法論

縣政機構之改造

新縣制之理論與實際

縣政實際問題之研究

各國地方政治制度

各國地方政治制度

各國地方政治制度

中國國民黨概史

近世西洋外交史

外交監督與外交機關

中華民國立法史

民法總則

民法親屬論

刑法與犯罪研究

陳之邁

梁啟超等

胡次威

王孟鄰

胡次威

胡次威

高亨庸

張遠謀

沈鵬等

劉迺誠

劉迺誠

樓邦彥

鄒魯

徐凌雲

周子亞

謝振民

李宜琛

趙鳳喈

余天民

公司法概論

保險法概論

中國行政法總論

國際公法

國際私法綱要

情勢變遷條款論

中華民國憲法草案說明書

中國憲政原理（增訂本）

五權憲法草案精義

五權憲法與各國憲法

人民之權利義務

全民政治與社會政治

權能劃分及均權政制

憲政與地方自治

憲政與國防

憲法與經濟

憲法與教育

縣各級民意機關

梅仲協

陳顧遠

林紀東

張道行

翟楚

鍾聖幾

立法院

劉靜文

陳長蘅

胡經明

章淵若

崔書琴

楊幼炯

李宗黃

楊勁支

伍啟元

程天放

陳念中

憲政叢書

1882
318

5.20



Reading & Learning
閱讀知識 · 學習成長

