

朝陽大學法律科講義

民事訴訟法目錄

民事訴訟法入文前之要論

緒論

第一章 實體法與程序法之關係

第二章 民事訴訟之發達

第三章 民事訴訟之意義

第四章 民事訴訟之目的

第五章 私權保護之請求

第六章 訴訟的法律關係

第七章 民事訴訟法之意義

第八章 民事訴訟法之地位

第九章 民事訴訟法適用之範圍

第十章 民事訴訟法之效力

第一編 訴訟主體

第一部 法院

民事訴訟法目錄

一
一三
一三
一五
一七
二一
二一
二二
二二
二五
二六
二八
三〇
三三
三三

第一章	司法權	三三
第二章	法院之地位	三四
第三章	法院關於民事訴訟之權限	三六
第四章	法院內部之編制	三九
第一節	審判官廳	三九
第二節	法院之職員	四二
第三節	法院職員之能力	四八
第五章	法院外部之編制	五九
第一節	事物管轄	六〇
第一款	職分管轄	六〇
第二款	訴訟標的之管轄	六四
第二節	土地管轄	七七
第一款	普通審判籍	七八
第二款	特別物的審判籍	八一
第三款	特別人的審判籍	九二

第四款 專屬審判籍與選擇審判籍

第三節 指定管轄

九五

第四節 合意管轄

一〇〇

第二部 當事人

一〇五

第一章 當事人之意義

一〇五

第二章 能力

一〇八

第一節 當事人能力

一〇八

第二節 訴訟能力

一一二

第三章 訴訟代理人

一二二

第四章 訴訟輔佐人

一三六

第三部 訴訟程序

一三八

第一章 訴訟程序之意義

一三八

第二章 訴訟主義

一四〇

第三章 當事人書狀

一四九

第四章 送達

一五二

第五章 日期及期限

一七一

第六章 訴訟行爲之遲誤

一八一

第七章 訴訟程序之停止

一八九

第八章 言詞辯論

二〇〇

第九章 裁判

二一四

第十章 訴訟卷宗

二三四

民事訴訟法

李懷亮述 章一之疏

民事訴訟法入文前之要論

一 民事訴訟法之研究 民事訴訟法。索然無味。學者間多不願研究之。其故有三。

1 法學學者多好推闡法理。訴訟法多著重實務之規定。易致聽者厭倦。此其不願研究者一。

2 訴訟法爲實體法之手續法。本極瑣瑣。微論描寫不易。即能描寫極工。亦無甚趣味。此其不願研究者二。

3 吾國人向無訴訟法之觀念。以無訴訟法觀念之人。遽聽訴訟法之講述。殊多隔膜。此其不願研究者三。

據上所述。訴訟法雖爲學者所不願研究。但亦有不能不研究之者。其理由有四。

1 文明各國。三權鼎立。訴訟法乃實體法之助法。無訴訟法。何言司法。

2 法儒有言。實體法不良。良民不受其害。訴訟法不良。良民先受其害。爲平均保護人民起見。自應先研究訴訟法。

3 實體法無論如何妥善完備。非訴訟法不能實現。

4 若訴訟法不先事研究。瞭然於胸。將來實司其事。（如做律師法官是）如水一片汪洋。

幾無定舶之所矣。

二民事訴訟法之成分。

1 以保護私權之程序區分之。

A 通常訴訟程序。

B 特別訴訟程序。

2 以保護私權之方法區分之。

A 判決程序（一稱訴之程序）

B 督促程序。

C 保全程序。

3 以訴訟之性質區分之。

A 通常訴訟。

B 特別訴訟（簡易程序，慎重程序）

三民事訴訟之沿革。世界最早發生民訴法爲法國。次爲德國。又次爲日本。再次爲中國。

故德國之民訴法以法國法爲母法。日本又以德國法爲母法。我條例則以日法爲母法。不過間雜以匈奧之法而已。

四民事訴訟法之習見用語

1 訴訟主體。(當事人、法院)

2 訴訟客體。即兩造當事人所爭之法律關係有稱爲權利或法律關係者。有簡稱法律關係者。但簡稱法律關係之時。概包括權利在內。有稱爲請求標的者。有稱爲請求者。有稱爲訴訟標的者。且有稱爲訴訟物或訴訟目的物者。皆爲同一意義。

3 原告對被告提起之訴。謂之本訴。被告利用同一訴訟程序。在本案內向原告提起之訴。謂之反訴。同時稱本訴之原告謂之反訴被告。

4 原告主張「攻擊」再抗辯。被告

被告答辯「防禦」再抗辯。認諾。自認

此主張二字。依日本及法國訴訟法言。均用請求字樣。現在吾國大理院因民訴條例內。多用原告以訴主張字樣。故現在大理院判決書。凡訴不合法時。不用原告請求駁斥字樣。而用原告之主張或原告所訴之主張駁斥字樣。此因現在既已成爲判例。故不能不用主張二字。但我條例中亦有用請求字樣者。如四五四條二八五條等是。

五民事訴訟之規定。訴訟法上發生訴訟者爲人。故民事訴訟法首先規定何者得爲當事人。然發生訴訟之人。應如何進行其訴訟。是又不可不規定者。故其次又規定訴訟程

序。訴訟程序者。即規定爲訴訟行爲之程序也。所謂訴訟行爲。如當事人行爲與法院行爲是也。而法院之行爲。又分職權行爲與聲請行爲兩種。職權行爲。即法院自動之行爲。聲請行爲。即法院被動之行爲。凡法院明定可以職權行爲之時。概爲不待當事人之聲請。由法院逕爲一切訴訟行爲。如明定須依聲請之時。則非經聲請不可。若法院不待聲請。逕爲訴訟行爲。即爲違法。當事人可據以聲明不服。蓋民事訴訟法。本爲保護私權之法律。其法規中雖多關於公益之規定。（即關於強行之規定）但關於任意之規定亦屬不少。凡關於任意規定之時。多由當事人任意以爲取捨。此即民事訴訟法採用不告不理主義之明徵。

總括全部民事訴訟之規定。約有三種。

- 1 強行規定。
- 2 任意規定。
- 3 訓示規定。

訓示規定中。多關於法院之訴訟行爲。所謂訓示者。法院可遵可不遵之意也。法律既如此規定。法院本應依法定辦理。但法院有時疏忽。不依法定辦理者。亦所多有。如關於訓示之規定。縱令法院未遵照辦理。當事人亦不得據此爲不服之理由。

法院之訴訟行爲中。又分(1)言詞辯論。(2)調查證據。(3)裁判。(裁判、判決、判決) 裁判與判決二者謂之裁判之形式。依我條例言將裁判分爲裁判、判決、二者依德日訴訟法言。係將裁判之形式分爲判決、決定、命令三者。我條例將德日民訴中之決定命令歸納爲一種裁判。

六立法例之異同。德日民訴法。向第二審提起上訴謂之控告。一稱控訴。我條例逕稱提起第二審上訴。德日民訴法向第三審提起上訴謂之上告。我條例逕稱提起第三審上訴。又德日將強制執行法規定於民事訴訟法內。與民事訴訟合成一法典。奧地利將法院內外之編制規定於管轄法。民訴程序規定於民訴法。強制執行規定於強制執行法。我國將強制執行法亦劃爲一種單行法。與民訴法分立。係步奧之後塵也。

七訴訟的法律關係。民商法上之法律關係爲對等的。(私人間平等的)縱令有時國家與人民定約。國家亦係立於私人地位。並無公權可言。(民商法之法律關係。即係民事訴訟之訴訟標的。)而訴訟法執行法上之法律關係爲不對等的。國家與私人之關係。縱有時國家亦爲原告或被告。該居於原告或被告地位之國家。應受行使司法權之國家法院支配。(即受法院裁判之謂)

法院
原告
被告

民事訴訟法

一經起訴。此三方面即發生一種關係。謂之訴訟的法律關係。學者有簡名爲訴訟關係者。其義同。抑如私法上契約當事人與對造締結法律行爲之時。發生一種法律關係同。因有訴訟的法律關係之故。法院所以對於原告之訴。有不能不裁判之義務。如無訴訟的法律關係。法院對於原告之訴。可置之不理。

八訴之是否合法與有無理由。凡當事人向法院所爲之意思表示。概分爲是否合法與有無理由兩層。故法院應先調查其訴是否合法。然後始審理其訴有無理由。茲分述之。

A 訴之是否合法。法院調查當事人之訴是否合法。須以職權爲之。以其有關公益故也。至於對造是否以此爲攻擊則非所問。換言之。縱令對造不以此爲攻擊時。法院亦應以職權行之。是爲職權行爲。至其調查之標準。(1)當事人能力之有無。(2)訴訟能力之有無。(3)法院管轄權之有無。(4)訴訟之記載是否合法。(5)已否貼用司法印紙。(何種訴訟。何種聲請。何種聲明。應貼印紙若干。係規定於修正訴訟費用規則內。此規則在日本名爲民律訴訟費用印紙法)。(6)由代理人起訴或聲請之時。其代理權之有無欠缺。(7)訴訟事件從前已否起訴或已否經過判決確定。

以上七者。乃訴訟法上之問題。與實體法無涉。

B 訴之有無理由。法院審理訴之有無理由。係實體法之問題。然審理訴有無理由之

時。不以訴訟法爲限。亦不以實體法爲限也。例如(1)有無證據及其證據是否充足。(2)依實體法之適用或解釋。能否有利益於該當事人。皆爲審理訴訟有無理由之標準。然1之證據。乃訴訟法上問題。2之適用實體法或解釋法律。係實體法上之問題。是兩者兼而並用也。

九民事訴訟進行之順序。

1 原告起訴。原告提起訴訟。須用訴狀。但亦有用言詞起訴者。如第四七八條第四七九條第四八二條是。茲分述之。

A 用訴狀起訴者。例如因欠債涉訟。則其訴狀之記載得如下式。

爲欠債不償。請求判令給付事。竊某於某年某月某日借與被告某甲現洋若干元。比曾寫立借票爲憑。由某乙交付。約定一年爲期。一分二厘起息。現過期已久。延不償還。應懇傳訊被告到案。判令償還本利。不勝沾感。此呈。

某某審判廳 鈞鑒

某某某月某日 具

訴訟面書 原告人 某某 年齡 籍貫 職業

被告人 某甲 年齡 籍貫 職業

證人 某乙

訴訟面貼司法用紙

B 以言詞起訴者。又分二種。

(甲)原告一造於審判廳開庭審判完結後。向推事或書記官前爲之。如四七八條是。

(乙)原被兩造自行到庭前。爲言詞辯論者。如四八二條是。

甲乙兩項之起訴方法。均以筆錄代訴狀。

2 法院將訴狀或筆錄送達於被告。(所謂筆錄者。即指前甲欸用言詞起訴時所記載之筆錄而言。蓋所以代訴狀也。至於乙欸之情形。無須將筆錄送達。因被告已同時在場故也。

3 由審判長指定言詞辯論日期。送達傳票。但審判長認爲無庸傳訊(如訴不適法之類是。所謂訴不適法者。如未貼司法印紙或貼不足額。或當事人未成年等。均其顯著之例)者。得不定日期。求法院爲駁斥之判決。(五)八條參照)

開庭審判之日期。自非指定不可。但此係審判長之職權。他推事不得過問。因此係司法行政事項故也。(推事只於審判事項。有獨立之權限)此項指定。須以裁決爲之。如

係獨任制之法院。則由獨任推事行使審判長之職權。再由書記官根據此項裁決作製傳票。交承發吏執行傳票。

4 被告爲準備言詞辯論。應提出答辯狀。

5 至言詞辯論日期。由法定推事（有一員、三員、五員之別）開始審理。但人事訴訟。應請檢察官臨場。法定推事之數有二。

（甲）須推事有推事之資格。（資格云云。即形式上係推事（如着法服）實質上亦係推事是。至於書記官而法服者非推事也。）

（乙）推事之員數（依法院編制法定之）

6 由庭丁引導當事人到庭。

7 訊問兩造姓名籍貫。

8 原告陳述起訴旨意。

9 被告陳述答辯旨意。（因採直接審理主義。如陳述與訴狀有異時。應以陳述爲準。）

就事實上言之。訴狀內之記載。無論係當事人自作。或由第三人代作。均難信以爲真。故應以言詞爲主。雖口頭言語亦非真實。但審判者察言觀色。實有可採導真相之地步。

10 有證人時。傳喚證人到庭。

11 有證據時。調查證據。

12 就訟爭之物。須由有特別智識技能之人鑑定時。選定鑑定人鑑定。

13 須就訟爭物勘驗者。在法庭內或在法庭外勘驗。

14 當事人繼續言詞辯論。至辯論已盡。調查證據完畢。應宣告辯論終結。

此點就一般情形言之也。若當事人無證據或雖有證據而法院認為無庸調查者。自無所謂調查證據完畢。乃屬當然之事。

15 宣告判決。依我國條例言。凡對於不合法之訴所為駁斥其訴之判決。毋庸宣告。逕因送達發生效力。如訴合法以後。就其訴在實體法而為有無理由之判決時。非經宣告不得認為合法成立。宣告以後。更須送達判決。反之。依德日民訴法言。無論為訴不合法之判決。抑或為訴有無理由之判決。概須經過宣告程序。方得認為該判決合法成立。又我條例所有判決。概須依職權送達。在德日民訴法。僅人事訴訟判決。須依職權送達。其他通常訴訟之判決。則須經當事人聲請後。始為送達。毋庸依職權逕行送達也。

16 第一審判決。當事人如有不服。得向第二審上訴。

17 第二審判決。當事人如有不服。得向第三審上訴。

所謂「得」上訴云。因有時有永不許聲言不服。或已逾上訴期限不許上訴者。故非凡不服判決無論何時事均可上訴也。

18 判決確定後。得依職權或聲請爲強制執行。當事人如再有不服。尙得提起再審之訴。十既判力。既判力者有謂爲實質上之確定力也。概言之。法院就該訴訟事件已就實體法上爲判決。且該判決在訴訟法上已經確定。而發生確定力者是也。（判決經過上訴期限不上訴。或已上訴經上訴審裁決者。謂之確定。此項確定。亦謂之確定力。此種確定力。學者名之爲形式的確定力。）

判決分訴訟法上之判決。如一九一五。五。八條之判決。與實體法上之判決（民商法上之判決）兩種。發生既判力之判決。概係民商法上之判決。訴訟法上之判決。（一名訴訟上之判決。一名訴訟程序上之判決。一名訴訟上之理由爲判決者。其義均同。）無既判力可言。

十一 期限期間。我條例凡於當事人應爲訴訟行爲之時期。概定期限字樣。絕無用期間者。至用期間之處。多係「帶於期限中而用之也。例如在途期間。係附帶於上訴期限。就審期間。係附帶於言詞辯論日期。凡獨立之時期。而用期間者。則無之。且期間既不爲獨立之時期。則凡所謂不於該期間內不爲訴訟行爲。即生遲誤。（日民法用懈怠字樣。我

國舊民訴草案用濡滯字樣。新條例則用遲誤。其義均同。之效果一層。於期間不適用。僅於期限有此情形。

第一章 實體法與程序法之關係

實體法者。規定權利義務之所在及其範圍者也。程序法者。規定運用實體法之程式者也。前者如民商刑法是。後者如訴訟法是。凡欲求一國司法制度之良善。實有完全之實體法。尤貴於完全之程序法。此有不備。則彼不免為空文。如民事上擴張民法之規定。權利人則有權利。而實行無法。則權利無由完成。如刑事上據刑法之規定。犯罪與刑罰適當。而施行不妥。則無罪者無辜受累。有罪者反逃出法網之外。故孟子曰。徒法不能以自行。法備曰。訴訟法不善。病及良民。

疏

憲法。行政法。刑法。商法。民法。規定權利義務之所在及其範圍。為實體法。國會組織法。議員選舉法。會計法。為運用憲法之程序法。刑事訴訟法。民事訴訟法。執行法。登記法。為運用民商法之程序法。實體法與程序法。均為共同生活之法律。及發達所不可缺少之法律也。然與其無程序法。毋寧無實體法。蓋無實體法時。尚可探用整理辦理。若無程序法時。則其方法及事務無從進行。困難滋甚。且於共同生活發生轉瞬時。欲保持實體法上之權利。則程序法是賴。故程序法較實體法尤為重要。實體法不善。不致病及良民。何哉。因其有法可避也。譬如印皮圖。對於竊盜者處罰甚嚴。罪至於死。顧其法雖嚴。然於不犯竊盜之良民。則毫無受其害也。又如古代羅馬法。因欲保護貴族。法律規定。凡負債不履行者。可由債權人自由處分。或因法或廢。自當保其大體。然其法雖嚴。然若人民不與貴族發生債務關係。或即令發生而到期即行清償者。則其自由權。固自若也。故曰。實體法不良。不足為病。至於訴訟法不善。則必發生不願逮捕者逮捕。不願處刑者處刑。有權利者不能享受其權利。無義務者亦使之擔負義務。貽害人民。實非淺鮮。故曰。訴訟法不善。害及良民。

自法律本體言之。訴訟法為運用實體法之用。當先有實體法。然後有訴訟法。而自法律進化之實例觀之。則適與相反。此不獨羅馬十二銅表。是在各國法學歷史。多有可證之事實。

疏

現今法律。多淵源於羅馬。十二銅表。乃羅馬之最古者。羅馬十二銅表。製定於西歷紀元前四百五十年至四百四十八年。(即羅馬共和第三百零三年至三百零五年。)分爲三製成。每次編布。其第一表規定傳喚被告。第二表規定傳喚證人及對席判決。第三表以下。規定關於負債償及其他實體的關係。此實體法也。於第二第三年製成之。據此可知程序法之發達。在實體法之先矣。此外如日本。即先頒行訴訟法。迨後施行實體法。吾國民課條例。先於民商法頒行。亦其例也。

東西各國。初無分於民事與刑事。而總稱爲訴訟。學者著書。亦往往於民事訴訟之中。兼論刑事訴訟。自最近百餘年以來。德意志首先提倡。各國仿而效之。二種訴訟。乃分離而獨立。二種訴訟法。乃劃然而並存。

疏

我國昔日之立法。多注重於刑事。不惟實體法如是。即程序法亦然。如明律大清律等。關於刑事。規定獨多。而於民事之規定甚少。且有時當事人本欲爲民事之請求。而國家往往以刑事處之。使當事人負一種刑事上責任。所有關於訴訟法之規定。大抵皆係着眼於刑事訴訟而定。而以之準用於民事訴訟。迨至宣統年間。民刑訴訟法始各分立焉。

攷諸我國周禮秋官。有兩造兩劑之制。漢有鬻夫聽訟。然其詳細程序皆不可得而聞。及於魏代。始有告劾斷獄專律。晉改告劾爲告劾擊訊。與魏無異。北齊隋唐。稱爲兩訟。明清又析門訟爲二。曰門毆。曰訴訟。而並以附於刑法。實體程序。迄未區分。自前清光緒三十二年。修律大臣提出訴訟法草案。始有獨立之訴訟法。然猶民刑不分。規定不備。至宣統二年十二月。刑事訴訟法與民事訴訟法草案相繼告成。於是民刑分立之訴訟法。乃出現於我國法界。十年七月。又由修訂法律館編訂民事訴訟法改正案。並奉令改爲條例。自十一年七月一日起。全國一律施行。

疏

周禮秋官司寇。以兩造禁民訟。入束矢於朝。然後聽之。以兩劑禁民獄。入鈞金三日。乃致於朝。然後聽之。造。至也。兩造。兩至也。束矢之數爲百。即百矢也。入矢。取其直也。劑。券書也。鈞金三十斤。

取其堅也。若不兩造或無兩劑。是自服不直者。可以不理。依現行法制言之。即所謂訴訟成立要件欠缺。不為受理是也。又訟者。關於財貨之爭。即民事也。獄者。關於罪刑之事。即刑事也。民事訴訟。必須具備(1)兩造。(2)東矢兩條件。然後入官聽。始受理。預防人民之健訟也。刑事訴訟亦須具備(1)兩劑。(2)鈞金兩條件。然後入官聽。始受理。

光緒三十二年修律大臣。提出訴訟法案。係伍廷芳起草。伍為英美法派。偏於英美法之規定。如採用陪審制度是。陪審與陪席不同。陪席者。在合議制。除審判長外。其餘審判官。均為陪席推事。陪審制度。則於審判官外。尚有陪審之人。陪審者之資格。以該地方有特別身分之人為之。現今西洋各國。多採用之。日本則否。此種制度。以英國發達最早。蓋英久有此習慣也。

民訴條例草案為優。約有三點。(1)偏重於職權主義。因我國訴訟當事人。往往不知主張權利。即知法者以及律師亦然。故以採用職權主義為宜。(2)使訴訟案件易於迅速了結。若案件了結延遲。則訴訟當事人之一造。自知理屈時。往往故為拖延。使權利者受累不小。而自己反得便宜。不當殊甚。(3)在法院處理事務較為便宜。因修訂法律者。多為曾作法官多年之人故也。但有一流弊。蓋法院處理事務固屬便利。而在當事人方面則因之不利矣。

第二章 民事訴訟之發達

古昔國家之組織。尙未成立。保護私權之制度亦未設備。各國人對於外界之侵害。往往以自己固有之腕力。為排斥之要具。此稱為自主救濟。及其究也。強者以其強力不僅保全自己之私權。且超過私權之範圍而侵害弱者。弱者則求保全本有之權利而亦不可得。遂至各人相互之間。日起爭競。國家社會之秩序擾亂而不可收拾。故在古代法律。亦設種種規定。冀以除其弊害。如使自主救濟者公行其救濟。或國家機關監督救濟。或對於濫用者處以刑罰是。

洎國家之組織成立。機關整備。於是自主救濟之方法。不得不為之禁止。自主救濟既欲禁止。則保持私權之任務。國家不可不擔負。保護私權之方法。國家不可不設備。此法律保護所以必要。而民

事訴訟所以發達。

國家爲保護私權。設民事訴訟之制度。然當其始也。猶民事訴訟與自主救濟二者並用。及國家社會日益發達。自主救濟之範圍。乃日益縮小。至於今日。除急迫之情事以外。殆無自主救濟行使之餘地矣。

疏

民事訴訟之發達。約可分爲三時代。(1)自主救濟時代。無論何種民族。皆經過此時代。蓋當時國家之權力薄弱。機關尚未設備。私人之權利受侵害時。僅能私人以自力自主救濟而已。(2)民事訴訟萌芽時代。國家機關已有設備。但未十分完全。此時自主救濟與民事訴訟並存。由人民之自擇。(3)民事訴訟發達時代。此時代又可分爲三期。(A)執行程序發達時期。現今所謂執行者。係以判決確定爲基礎。而實施強制執行也。故必先經判決程序。而後始有執行程序。各國之立法與理論。固相一致者也。(B)現行法保護私權分爲二(1)確定私權。(2)裁判適用訴訟法。(3)實行私權。(即執行)適用強制執行法。(C)但從歷史上觀察則異是。因判決乃國家機關一種宣言。而當時文化初開。人民對於國家機關宣言之信任心。非常薄弱。故有爭執時。往往以宣誓。(西洋古代迷信神權。以宣誓可解決私權。)決鬥。(訴之曲直。以武力之勝敗爲斷。)之方法解決之。但於執行時。因事實上之困難。仍不能不藉於國家之公力。所以執行程序發達在先。(B)判決程序發達時期。此時人民漸知國家之宣言。遇有爭執時。乃不樂依宣誓。決鬥。之方法解決矣。(C)特別訴訟程序發達時期。原來訴訟程序分爲兩種。即通常程序與特別程序是也。所謂普通訴訟程序者。即每一案件。必須經過傳原被告兩造到場。開庭訊問兩造。於言詞辯論終結後。下判書等程序是也。特別程序。有較普通程序爲簡易者。稱爲簡易程序。如督促程序。不須訊問兩造。因債權人一造之聲請。即可爲判決。又如證書訴訟。其證據以證書爲限。不得引用其他證據方法是也。然亦有較普通程序爲慎重者。稱爲慎重程序。如人事訴訟程序。以干涉主義。須須檢察官到場陳述意見。因其訴訟之結果。於國家公益有關故也。特別程序之發達。在最近五十年間。現今各國民事訴訟法。未有不設此規定者。

註一 大理院民國三年判例謂國家關於民事訴訟已有設備則個人關於私權上之爭執。儘

可請求國家機關以公力救濟。若非有急迫之情事。無須個人自爲保全之行為。又民國三年判例謂債權人遇急迫情形。致其債權有不能受償之虞者。於必要限度內。得以自力扣取

債務人所占有之財產而保留之。以保衛其債權。又民國三年判例謂現行律違禁取利門規定豪勢之人不告官司。以私債強奪人孳畜產業者處罰。若估價過不利者。計多餘之物坐贓論。依數追還等說。尋繹立法本意。債權人恃強奪人財產。於法雖應嚴禁。但債務人苟違約不爲清償。而債權人不能藉自力以救濟之。亦失情理之平。故凡債權人奪取債務人財產。而將其事告於官司。既爲適法行爲。則推而廣之。其時其地在實際上已無官司可告。爲保全債權起見。有不能不自力救濟者。雖債權人以私債取人財產。亦不得謂爲違法。又民國三年判例謂對於他人不法之侵害。爲防衛自己或第三人權利急迫不得已而爲加害行爲者。不負賠償損害之責。

註二 日本民法第七百二十條。關於正常防衛急迫狀態設有規定。德意志民法第二百二十六條至第二百三十一條。瑞士債務法第五十二條。就正常防衛急迫狀態及自助之責任設有規定。我國民法草案第三百十二條至第三百十七條規定權利之行使。大體從德國法。

第三章 民事訴訟之意義

民事訴訟者。爲保護私權。適用私法之審判上程序也。分別言之如左。

疏 程序日名手續。我國以手續二字不雅馴。故易名程序。程序者。卽向一定目的。並依一定計畫而爲之多數行爲。依其全體而言之謂也。民事訴訟。爲多數行爲連貫而成之程序。例如判決程序。自原告起訴開始。以至判決爲止。其間如送達。答辯。言詞辯論。調查證據等各種行爲。皆依法律所定。向同一之目的而行之程序也。由此多數行爲連貫而成之程序。卽爲民事訴訟。

第一 民事訴訟者，保護私權之程序也。民事訴訟之發達，在禁止自主救濟，認有法律保護之時。而法律保護之必要，在私權受有侵害之時。故因他人之作爲不作爲，致私權將受侵害或已受侵害，可以利用民事訴訟之設備而請求國家保護。國家即以其權力確定私權之存在，排斥反對之主張，使受有侵害之權利人，得私權實行之效果。

疏 保護私權之程序。非以民事訴訟爲限。強制執行。亦爲保護私權之程序也。但此二者之目的各不同耳。蓋強制執行保護之目的。在使私權得收實行之效果。而民事訴訟保護之目的。則在確定私權之效果。故非以確定私權爲目的者。非民事訴訟也。但我現行法上。亦有本非民事訴訟性質之程序。視爲民事訴訟而設規定者。乃爲便宜上。使得適用或準用民事訴訟法之規定也。德國學者。認強制執行爲民事訴訟。其所下之定義。凡保護私權及實行私權之效力。皆爲民事訴訟。蓋德國之立法例。將強制執行與民事訴訟合併規定故也。我國採何奧之立法例。認強制執行爲單行法。使其與民事訴訟法分別規定。故關於民事訴訟之定義。不能皆德國學者之廣泛也。所謂因他人作爲受侵害者。如房屋或土地被人占有是。不作爲之侵害者。如債務人到期不履行債務是。將受侵害者。如恐債務人將有到期不能履行或執行困難之虞。而提起將來給付之訴訟。

第二 民事訴訟者，適用私法之程序也。國家爲維持社會之秩序，制定私法，以限定私人權義之範圍，使不得互相侵害。苟有違背私法超越一定之範圍者，國家不得不適用私法，而盡保護私權之任務。民事訴訟，即爲盡此任務而設備者。

疏 民事訴訟之目的。在保護私權。已如前述。然私權之根據。乃在私法。若欲實行保護私權。即不得不適用私法。故曰民事訴訟者。適用私法之程序也。

第三 民事訴訟者，審判上之程序也。即民事訴訟者，國家機關干與之程序也。蓋國家保護私權。不可不設備適用私法之機關，以使其干與。此機關即所謂法院是。凡不屬法院干與之事件。

雖有保護私權之宗旨亦不能謂爲民事訴訟。而法院之實行干與。往往對於二人以上之當事人。有數多牽連之行爲。是等行爲皆爲達保護私權之宗旨而牽連者。即所謂程序是也。

疏 以保護私權爲宗旨。不以民事訴訟爲限。如公斷程序亦然。(商事公斷。民事公斷。但公斷程序。其干與者。國家之司法機關。乃公斷人本於其所委任契約之旨而行其職務。純係私人與私人間之程序。非由國家司法機關干與之審判上之程序也。故民事訴訟。以審判上之程序爲限。否則非民事訴訟也。

抑民事訴訟。雖爲國家機關干與之程序。而其干與範圍。依文化之程度與其他之情事。不能無異。在德國古法。審判官之審判案件。視當事人依次鬪。宣誓等方法所決之勝負如何。而與其勝者以利益之裁判。不須適用法律。亦不須調查事實。至近世立法。則法律之適用與事實之調查。皆法院應盡之職務。

疏 近世之立法例。適用法律及調查事實。皆爲法院應盡之職務。此原則也。然可細別爲二。(1)法院只得就當事人提出事實及證據而爲斟酌。如德日民訴之立法例。原則探此主義。(2)法院所斟酌者。並不以當事人所提出爲限。其未提出部分。亦應以職權調查之。奧匈探此立法例。以上兩者。我民訴條例兼而用之。蓋我國人士。法律知識薄弱。應主張之事實往往不知主張。故有探奧匈立法例之必要。適用法律。乃法院應盡之職務。無分於審級也。若調查事實。則以第一第二兩審爲限。第三審並無此職務。蓋第三審爲法律審。專以解釋法律或適用法律爲職務也。其理由(1)已經過二審調查。事實必已明顯。毋庸重複爲之。(2)第三審法院設置較少。如調查事實。必須履勘。殊爲困難。(3)法律解釋不易。恐有錯誤。故須第二審。以昭鄭重。(4)法律解釋不宜參差或矛盾。應由最高法院爲之。以歸統一。

註 關於民事訴訟之意義學說不一。有謂民事訴訟係以保護私權爲直接標的之法院之程序者。有謂民事訴訟係以適用私法爲目的。多數相牽連之國家及私人之行爲者。有謂民事訴訟係爲保護私權適用私法之審判上程序者。有謂民事訴訟有廣狹二義。由狹義言之。係

依裁判或其他方法確定私法關係之請求權，使其發生執行名義之程序。由廣義言之。為求上述程序及請求權之滿足。本執行名義。而使用國家公力之程序者。據余所信。以第三說為當。

註二 學者有就性質上不屬民事訴訟。而形式上依民事訴訟之程序以行之者。稱為形式的民事訴訟。例如選舉訴訟。當選訴訟。及經界訴訟。共有物分析之訴訟等是。

第四章 民事訴訟之目的

民事訴訟之目的。直接在適用私法。必私法之適用得其當。而私人之私權乃可因而保護。故保護私權。由國家方面觀之。不過其間接之目的也。何也。國家制定私法。不得不自為保護。欲自為保護。不得不講求完全適用之方法。利用私法為私人之手段。適用私法。保護私法。為國家之任務。即為國家設備民事訴訟之目的也。

疏 民事訴訟之目的。直接在適用私法。故民事訴訟法為私法之助法。以其所定者為私法之運用程序。所以維持私法之效力者也。其間接之目的則為保護私權。但所為保護私權者。包括保護特定之私權及一般之私權狀態而言。所謂保護特定之私權者。例如甲有房屋一所。被乙侵占。甲本於所有權提起訴訟。請求返還。此時受保護者。乃該訴訟標的之房屋。即所謂特定之私權是也。又一般私權之狀態受保護者。例如甲對於乙本無債務。而乙對甲宣言。謂甲欠伊千元債務。於是甲提起確認之訴。否認此項債務存在。而得有益之判決。此時受保護者。非甲與乙間之特定私權。即否認訴訟標的之存在之債務。乃甲之一般私權狀態受保護。又被告私權受保護時。多半屬於一般私權之狀態受保護。因其非開始請求。乃審判之結果而受保護故也。

民事訴訟之目的。在適用私法。於有反對利益之人之間。保護其一造之私權。而當事人利用民事

訴訟之目的。則因利害殊異。各欲得利益於自己之結果。在保護各自一造之私權。故民事訴訟。各當事人間。必須有爭執之事項。

疏

民事訴訟。係就某一人之私權。對於其他人而保護之。故在民事訴訟。必有利害相反之兩造。是為訴訟之當事人。在各當事人間。必有爭執之事項。此為各欲得利益於自己之結果。否則即無所謂訴訟發生矣。但此不過就大部分情形而言之耳。有時當事人在訴訟之開始前或進行中。並無何等爭執。而亦有民事訴存在者。例如債務人。不爭債權之存在。而債權人仍對之起訴。又如被告於訴訟中已認原告之主張。此際尚有民事訴訟是也。德國學者稱民事訴訟為爭執事件。其用語雖其不當。惟不能包括一切耳。

第五章 私權保護之請求

私人依民事訴訟對於國家要求保護私權之權利。稱為私權保護之請求權。學者有謂私權保護之請求為私權之效力。凡享有私權者。得依其效力而對於國家求為保護之行為。然私權者。實為私人相互間之權利。不能有要求國家行為之效力。此種請求既係以國家之保護行為為目的。應本諸公法上之規定。自應為公法上之權利。

疏

私權保護之請求權者。當事人於權利保護要件具備時。對於國家有請求其保護私權之權利也。所謂權利保護要件者。如民事訴訟。須有當事人之適格及應受保護之利益是也。蓋民事訴訟之保護私權。非一經起訴。即受保護之謂。尚須以是否具備權利保護要件以定應否保護之標準。私權保護之請求權。為一種公權。所謂爭執者。即此種請求權之一種也。原告被告均有此種權利。私權保護之請求權。又可依保護之手段及其必要之先後而分為數種。一曰權利保全請求權。即請保全其主張權利之手段。以為日後能得保護之地步也。法律為此權利設有證據保全及公證催告二程序。二曰執行保全請求權。即求得執行名義以前。而請求保全強制執行之目的物也。法律為此權利設有假扣押假處分二程序。三曰權利確定請求權。即請求以裁判確定私權之存否也。為此請求之時。通常係用訴之形式。得為此訴訟之權利。稱曰訴訟程序。法律為此權利所設之程序稱曰判決程序。然確定權利之手段不僅判決程序也。如抗告程序。督促程序。亦為確定權利之手段。四曰強制執行請求權。即請求施行程序。而使私權得實行之

效果也。法律爲此權利所設之程序。曰執行程序。

私人不其保護私權之請求權。就其法律關係請求國家機關裁判或處分之時。其法律關係。即爲民事訴訟之標的。所謂法律關係者。依法律規定而生之關係也。變詞言之。卽人與人在法律上之關係也。無論給付之訴。確認之訴。權利變更之訴。莫不以法律關係爲其訴訟之標的。

疏 裁判者。法院之意。表示也。不問其內容如何。亦不問其爲裁判或爲判決。概稱之曰裁判。處分者。係法院爲命令行爲。禁止行爲。所爲之一種命令。或使發生法律上某種結果之行爲是也。例如對造對於他造所主張之請求而爲清償之行爲。宣告離婚。扣押債務人之財產等屬之。又訴之種類有三。(1)給付之訴。即求認原告之請求存在。而命被告履行其請求之謂也。(2)確認之訴。即請求法院確認法律關係存在或不存在及其範圍如何之訴是也。(3)權利變更之訴(又曰創設之訴)。即請求法院變更權利狀態之訴。如離婚之訴。其適例也。以上三種訴之性質。當於第二編起訴章內詳爲說明。此處不過附帶說及而已。

訴訟標的。指當事人以訴或反訴所主張或否認之法律關係。請求法院加以判決者而言。法律關係者。實言之。即權利義務之關係是也。法律上適於爲訴訟標的者。通常爲私法上之法律關係。爲民事訴訟之標的。既爲法律關係。故(1)如事實。雖法律上甚重要者。亦不得爲其標的。(由二一八七條之規定則爲例外。)(2)爲民事訴訟標的之法律關係。不必以爲受保護之法律關係。例如原告提起確認某法律關係不存在之訴。而受有利益之判決時。該原告之私權雖因而受保護。然爲訴訟標的之法律關係。並未受有保護也。(3)爲訴訟標的之法律關係。不必以訴訟當事人間之法律關係爲限。例如第二人以他人間之婚姻爲標的。對於該夫妻提起確定婚姻不成立之訴是。(4)公法上之法律關係。亦得爲訴訟之標的。例如執行異議之訴。係以對於國家得爲異議之權利。爲民事訴訟之標的也。(執行異議之訴。詳強制執行法。)

第六章 訴訟的法律關係

人與人發生法律上效果之關係。謂爲法律關係。當人事與法院發生訴訟法上效果之關係。謂爲訴訟的法律關係。亦謂爲訴訟關係。茲與訴訟關係之性質言之如左。

疏 訴訟法上之訴訟行爲。非當事人即爲法院。故當事人一經起訴。即與法院發生訴訟關係。然有時證人或鑑定人亦有爲訴訟行爲之時。但此係附屬於訴訟主體之行爲。乃一種附屬關係。並非真正訴訟主體。(訴訟

主體。有權利。負義務。只限於法院與當事人。故訴訟主體以外之第三人。不能與法院發生訴訟的法律關係。

第一 訴訟關係爲公法上之關係。私法之適用。雖屬國家之任務。然國家非就各個事件自爲適用。必待當事人請求而後乃爲適用。蓋國家認當事人有適用私法之請求權。自己擔負適用私法之義務。其施行固如是也。此種權利義務之關係。即訴訟關係。與私法上之法律關係。其根底殊異。私法關係之有無。與此關係之成立無何影響。

疏 民事訴訟。因某人對於他人向國家請求確定私權而開始。此採不告不理之結果。亦即民事訴訟之原則也。蓋人民之私權。得由私人自由處分。即使私權受有侵害時。苟私人不求國家保護。國家決無必爲保護之理。但有關公益者。不在此限。

私法上之法律關係。僅能發生私法上之效果。訴訟關係。則發生訴訟法上之效果。此其根底殊異之點也。所以私法上之法律關係。乃爲民事訴訟之標的。而訴訟關係。乃國家與當事人間發生一種權利義務之關係也。無私法關係。仍可成立訴訟關係。蓋私法關係之有無。非經判決確定後。不能斷定。一經判決程序。即成立訴訟關係。不然。若謂私法關係之有無與訴訟關係之成立有影響。則爲原告者。決無敗訴之理矣。

第二 訴訟關係爲二面之法律關係。訴訟關係與他法律關係不同。其主體間有複雜之關係發生。至其關係若何。則學說不一。有一面說。有二面說。有三面說。依一面說言之。僅原告與被告發生關係。或僅原告與法院發生關係。此說不足取。何也。訴訟主體之間。固明明有二面之關係發生。如原告與法院發生關係。被告與法院發生關係是也。然依三面說言之。不獨原告被告與法院發生關係。即當事人相互間亦生關係。此說雖較一面說爲優。亦非吾輩之所贊同。何也。當事人相互間。在訴訟上雖不無權利義務之發生。然非一定發生者。即使發生。亦不過附屬關係。

而已。故據余所信以二面說爲當。

疏 訴訟關係若何。有三學說。(1)一面關係說。更可分爲二。(A)僅原告與被告發生關係。法院無涉焉。其所持理由。國家設法院乃公之關係。人民權利受侵害。利用民事訴訟以伸其曲。法院不過爲訴訟之指揮監督。與當事人間並無何等關係也。此說不當。蓋所謂權義關係。非獨私的有之。即公的亦有權義之關係也。法院爲保護人權而適用法律。當然負有一層義務。不僅以原被告兩造發生權義關係也。(B)僅原告與法院發生關係。法院對於起訴。負有一種義務。而起訴之請求權屬於原告。故僅原告與法院發生關係。至於被告無請求權。因亦無關係焉。此說亦不當。蓋起訴雖在原告。但提起訴訟後。被告亦有追究事實真相之請求權。以及反訴之請求權。故此請求權。不僅原告有之。即被告亦有之。(參照前第五章之疏) 被告被告無請求權者。焉得爲當。(2)三面關係說。一爲原告與法院之關係。二爲被告與法院之關係。三爲原被告間發生之關係。所謂原被告間發生之關係者。如準備書狀是。但此不過一種附屬關係。並非獨立的一種權義關係發生也。變詞言之。即法院欲充分盡其對於原告之義務。不能不有被告之準備書狀以爲言詞辯論之準備。若法院欲充分盡其對於被告之義務。不能不有原告之準備書狀以爲被告辯論之準備也。當事人相互間在訴訟上發生附屬關係。爲兩造主張事。得易明白了解耳。並非權義關係也。既非權義關係。此三面說解釋訴訟關係。所以亦爲不當也。

第三 訴訟關係之創設須一造之行爲 各種法律關係其創設時。必須法律上之特定行爲。訴

訟關係之創設亦然。其行爲若何。則學說不一。有謂須一造之行爲者。有謂須兩造之行爲者。據余所信。則祇須一造之行爲。如原告與法院之訴訟關係。祇須原告之起訴即以創設。不須被告與法院之協力。與法院之協力被告與法院之訴訟關係亦祇須被告之應訴即以創設。不須原告與法院之協力。

疏 持兩造說者。謂有起訴之原告與應訴之被告。然後法院始能審理。此說殊屬不當。何則。就原告之起訴言。法院只須調查其訴係屬合法。(二一九)即應進行訴訟行爲。(如將訴訟事實通知被告)並非被告應訴後。始發生訴訟關係也。蓋原告有請求審判衙門裁判之權利。審判衙門亦有審判之義務。有此權義。其關係即以創設。故只須一造之行爲。按諸事實。昭彰可見。若必謂被告應訴始能創設訴訟關係。則遇被

告不應訴時。法院將再辦法矣。然此時法院仍能進行訴訟。（如據一造之辯論而爲裁判是。）益可信其爲一造行爲。即能創設訴訟關係矣。

第四 在訴訟關係擔負履行之義務者爲法院。在民事訴訟當事人一造對於法院與相對人無爲訴訟行爲之義務。祇有爲訴訟行爲之權利。故當事人雖有應爲行爲之機會而不利用。亦不過法律上之地位有不利利益。非可得而強制也。至於法院則不然。無論訴訟指揮之行爲。與訴訟判斷之行爲。對於當事人皆有應爲之義務。但此種義務。非財產權上之義務。乃公法上國家之義務。故對於法院亦無所謂強制履行。不過向上級官廳得以請求救濟而已。

疏 私權可以自由處分。故私權受侵害時。請求法院保護可也。即拋棄而不請求保護亦可也。甚至於提起訴訟之後。在訴訟進行中。而爲拋棄亦未嘗不可也。此乃與刑罰最大不同之點。故曰當事人只有爲訴訟之行爲之權利。而無爲訴訟行爲之義務。所謂法律上之地位有不利利益云者。如上訴期間經過。不能再行上訴。遲誤言詞辯論日期。受有不利利益之判決是。蓋此爲策訴訟迅速了結。並欲其早爲確定。以保護相對人之利益計也。

訴訟關係。因各個人要求訴訟之開始而成立。與訴訟之進行同時發展。與訴訟之終了同時消滅。**疏** 判決確定。和解。撤回訴或上訴。爲訴訟終了之原因。又如當事人一造死亡而無繼承人承繼之時。（即絕後之謂也）爲訴訟自然終了之原因。

第七章 民事訴訟法之意義

民事訴訟法者。規定民事訴訟行動之法規全體也。即規定干與民事訴訟之司法機關。與請求適用私法之當事人。及訴訟進行之程序者也。蓋以國家擔負保護私權之任務。而不能自爲行動。非有適當之機關善爲處理。則國家之宗旨不可得而達。故關於司法機關之組織及權限。不可以不

規定。然機關規定矣。而利用民事訴訟之設備者。非有一定之資格。在民事訴訟得以現實行動者。非有一定之能力。則其宗旨仍不可得而達。故關於當事人能力及訴訟能力。又不可以不規定。然當事人規定矣。而訴訟之事。自開始以至終局。層折繁複。非有法定之準繩。不能為一致之進行。故關於通常訴訟程序。又不可以不規定。然通常訴訟。在求其確當。不必期其簡速。而特種事件。有一或遲延。受損實多者。且通常訴訟重在當事人之意思。而人事問題。關於公益。苟不格外慎重。殊失所以維持之道。故關於特別訴訟程序。又不可以不規定。

疏

關於民事訴訟之一切規定。無論其為通常訴訟。抑為特別訴訟。總稱之曰民事訴訟法。所謂關於民事訴訟之規定者。即關於訴訟行為之程式。條件。與其內容。效力等。以及關於司法機關之組織及權限之各規定。皆屬於民事訴訟法。關於司法機關之組織及權限。就審判事務言。其組織(一)推事。及其人數。(二)書記官。(三)承發吏。廳長不與焉。因廳長只執掌司法行政。不能干涉審判上之事務。否則即為違法。又庭長管轄一庭之行政事務。亦為推事之一。不過在審判時。不用庭長名義而用審判長名義。就其權限言。如初級與地方廳管理第一審之案件。地方與高等廳管理第二審之案件。高等與大理院管理終審案件是。當事人能力者。即得為訴訟主體能力之謂也。自自然人。法人。以及胎兒均有之。其範圍甚廣。訴訟能力者。即得為訴訟行為能力之謂也。如禁治產人。未成年。則無訴訟能力。其範圍較狹。詳言之。當事人能力。指為訴訟權利主體之資格而言。訴訟能力。指為訴訟行為主體之資格而言。故有訴訟能力者。必有當事人能力。有當事人能力者。未必盡有訴訟能力。(關於訴訟能力。及當事人能力。以後尚須詳為說明)又通常訴訟程序與特別訴訟程序。前已略為明說。茲從略。(參照第二章民事訴訟之發達疏)

第八章 民事訴訟法之地位

民事訴訟法。為一種獨立之法律。與民商刑法等。同立於獨立之地位。非附屬於他之法律者。此近來一般學者所公認也。至其法律上之地位若何。則學者議論不一。茲分述於次。

疏 從前學者。謂法律無實體。去程序法之分。而程序法之規定。亦多附入於實體法中。迨後法理昌明。始認有此區別。訴訟法遂成獨立之法律矣。

第一 民事訴訟法是否公法 公法者。規定直接關於國家之法律關係。私法者。規定間接關於國家之法律關係也。民事訴訟法為公法抑為私法。學者之主張不一。有謂為公法者。有謂為私法者。亦有謂為公私混合之法者。據余所信。則以公法說為當。何也。民事訴訟適用私法以保護私權。實國家團體直接所為之行爲。非一私人所能為之行爲。民事訴訟法所以規定國家團體之力者。其為公法。自不待論。

疏 法律就應有公法私法之區別否。學說甚多。今將其最重要者略言之。(1)凡法律皆公法說。其理由蓋謂一切法律。均為國家所制定。且無不與公益有關。故皆為公法。(2)法律皆私法說。此說謂一切法律。皆因人民而制定。故皆為私法。(3)主張法律有公法私法之別。而其區別之標準。亦不一致。(A)以標的分公法私法者。(B)以性質分公法私法者。(C)以關係之主體分公法私法者。據余所信。以(C)之標準為當。蓋法律乃國家所制定。實行法律。亦必賴國家之實力。故法律與國家皆有關係。然其關係亦有直接與間接之分。故以關係之為直接或為間接。而定法律之為公法或為私法。以此為標準。實較妥當。主張民事訴訟為私法者。其立論亦有種種。舉其重要者如下。(1)民事訴訟乃保護私人權利之法律。其宗旨既在保護私權。故應認為私法。此為法國學者所主張。(2)民事訴訟乃適用私法之法律。其主法既為私法。助法當然亦為私法。故應認為私法。此亦為法國學者所主張。(3)民事訴訟乃任意法。故應認為私法。主張民事訴訟為公私混合之法律者。以為民事訴訟法與私人及國家均有關係。保護私權。乃私的性質也。由國家制定施行。乃公的性質也。以上兩種主張。吾人均不能贊同。蓋民事訴訟法上之規定。乃國家關於民事訴訟行統治權之關係。故應以認為公法為宜。德國學者。均一致主張民事訴訟為公法。

第二 民事訴訟法是否程序法 德國學者。分法律為實體法。Materiell Recht 程序法。Formell Recht 其意義前已言之矣。民事訴訟法為實體法抑為程序法。學者之主張亦不一。有謂

為實體法者。有謂為程序法者。據余所信。則以程序法說為當。何也。民事訴訟法。不規定實質上

之權利義務。其所以規定訴訟上之權利義務者。乃所以運用實體法也。

疏 日本學者橫田氏。主張民訴乃實體法。其理由謂實體法云者。規定權利義務之法也。民訴係規定法院與當事人間一種權義關係。故應認為實體法。(此說主張者甚少。)此說實有不當。因法院與當事人間之權義關係。乃形式的。與實體法上之實質權義。迥然不同。實體法重在實質權義。民訴規定。既非實質權義。焉得謂為實體法乎。

第九章 民事訴訟法適用之範圍

民事者。對於行政事件及刑事而言。欲定民事之範圍。不可不先知民事訴訟與行政訴訟及刑事訴訟之區別。不寧惟是。民事法院之事務。不惟訴訟事件。非訟事件亦為其職務之一。故又不可不知訴訟事件與非訴訟事件之區別。不寧惟是。私法關係之判斷。不必盡由國家。委於一私人者亦有之。所謂公斷程序者是。故又不可不知民事訴訟與公斷程序之區別。茲分別言之如左。

第一 民事訴訟與行政訴訟 民事訴訟屬於法院。行政訴訟屬於行政審判衙門或行政官廳。

民事訴訟適用私法行政訴訟適用行政法規。民事訴訟判斷之事項為私法上之法律關係。行政訴訟判斷之事項為行政處分之當否。

疏 此外如提起行政訴訟之結果。若認行政處分為違法者。即以裁判撤銷其行政處分。而關於被侵害之權利。則不許由行政訴訟衙門為損害賠償之裁判。此亦與民訴不同之點也。然行政訴訟之必須適用法律。則為與民訴相同之點。又行政訴訟與民事訴訟。在外國立法例。有使同一機關辦理者。如英國是。有使分兩機關各別辦理者。如奧國是。我國從前係從奧國立法例。由行政法院管理行政訴訟。但依十二年憲法之規定。使同一機關辦理。故行政訴訟亦有適用民事訴訟之規定。然兩者究屬不問。不能因此混為一談。

第二 民事訴訟與刑事訴訟 民事訴訟屬於法院。刑事訴訟屬於法院。刑事訴訟屬於法院。民事訴訟

訟適用私法。刑事訴訟適用刑事法。民事訴訟判斷之事項爲私法關係。其訴訟程序法。就訴訟當事人爲平等之觀察而爲規定。刑事訴訟判斷之事項爲公法關係。其訴訟程序法。就國家與被告人爲不平等之觀察而爲規定。民事訴訟發生原告與國家及被告與國家之二面關係。刑事訴訟發生被告與國家之一面關係。

疏 民事訴訟與刑事訴訟亦有目的上不同之點。蓋民訴以確定私權爲目的。而刑訴則以處罰犯罪爲目的。因其目的不同。而性質亦各異。故民事訴訟探不干涉主義。原被告造得爲拋棄・認諾・和解之行爲。而法院常不得斟酌當事人所提出之事實及證據方法。並無加調查當事人所不爭執之事項。而在刑事訴訟。則適與相反。又民訴之被告。到案與否。本可自由。如不到案。僅受不利益之裁判而已。(如缺席判決)若刑訴之被告。則非到案不可。否則即行逮捕或拘押。故理想上雖希望兩造地位平等。而事實上恒爲代表國家之檢察官處於優勝之地位也。

依現行法制有所謂的帶民事訴訟。其審判由刑事庭爲之爲原則。惟此種訴訟。係不於私法上之請求權。在形式上雖與民事訴訟有種種之差異。而其請求權之實質則無不同。

第三 民事訴訟與非訴訟事件。非訟事件者。以明示私權之創設・變更・消滅爲宗旨之行爲也。其保護私權與訴訟事件相同。惟訴訟事件係私權將受侵害或已受侵害時所爲之保護方法。故須適用私法以確定私權。非訟事件。則恐私權將來有受侵害時所爲之預防方法。故祇須明示私權之所在。

疏 非訟事件。如登記是也。就登記言之。某甲將新建房屋一所而爲登記時。即私權創設之例也。某甲將原有之房屋。擴充其範圍而爲登記時。即私權變更之例也。某甲將房屋賣於乙後而爲登記時。即私權消滅之例也。關於民事訴訟與非訟事件區別之所在。則從來學說紛歧。莫衷一是。或謂有爭執者爲民事訴訟。無爭執者爲非訟事件。然在民事訴訟。決不以有爭執爲要素。(參前第四章疏二)有謂民事訴訟有強制

執行力。而非訟事件則無之。然在民事訴訟。亦非無不加強制於吾人者。有謂民事訴訟以私權之保持為目的。而非訟事件則以私權之形成為目的。(形成者。即使某權利義務之創設。變更。消滅是也。)有謂民事訴訟以排除現在之私權受侵害為目的。而非訟事件以預防將來之私權受侵害為目的。有謂民事訴訟以私法關係之確定或實行為目的。而非訟事件以法律關係之明示為目的。最後三說。乃為本講義所兼而採取者也。然最近又有主張學者。謂積極不足以說明民事與非訟事件之區別。乃從消極方面說明。謂凡屬國家施行私法之程序。而非民事訴訟者。即為非訟事件云。

第四 民事訴訟與公斷程序 公斷程序者一公斷人或數公斷人從公斷契約之意旨以判斷

當事人間私法上爭議之程序也。其以私法上爭議之判斷為宗旨。與民事訴訟相類。惟公斷程序係捨棄國家之保護而以私法關係之判斷任於一私人。故由形式上實質上觀察。均不能無區別。由形式上言之。民事訴訟為國家所為之保護私權方法。公斷程序為一私人所有之保護私權方法。由實質上言之。民事訴訟重在適用私法。故不可不求私法適用之正當。公斷判決可由公斷人之自由意思。而私法之適用非其所重。

疏 公斷一語。與日本仲裁之義同。以息爭和解為宗旨。有民事公斷與商事公斷二種。並有民事公斷暫行條例與商事公斷章程二種規定。我國商事公斷。先於民事公斷而設。其商事習慣。因地而異。最貴敏捷了結。以商人之公斷人公斷之。可奏其效故也。凡對於民・商・事發生變態時。在未起訴前。由兩造合意聲請公斷人公斷。若公斷結果。如有不服。可以另行起訴。若兩造均無不服。而請求執行時。必須經法院之宣告。

第十章 民事訴訟法之效力

民事訴訟法之效力。有關於人者。有關於事者。有關於土地者。茲分別言之如左。

第一 關於人之效力 民事訴訟法。所以規定司法權行動之程式者。苟為本國司法權可以支

配之人民。皆不可不受民事訴訟法之適用。

疏 外國人在中國。除有治外法權之人外。(如公使是)本應受中國司法權之支配。但以領事裁判權尚未實行撤廢。故外國人在中國有不受中國司法權之支配者。然有領事裁判權之外國人。如願拋棄其權利。向中國法院起訴時。中國法院自應受理之。此係就外國人與外國人之訴訟。或外國人爲原告以中國人爲被告之訴訟而言。若中國人爲原告。而以有領事裁判權之外國人爲被告。原告向中國法院起訴時。除該被告甘願投審者外。中國法院不能受理之。

第二 關於時之效力 民事訴訟法。由其實施之時起。對於民事訴訟有效。惟依施行條例第一

條。在民事訴訟條例施行前提起之訴訟。其以後之訴訟程序。亦應依民事訴訟條例終結之。

疏 依施行條例第一條之規定。類似溯及既往。其理由有二。(1) 訴訟法乃程序之規定。與實體本身無關。(2) 新法必良於舊法。較適會社現狀故也。因之關於時之效力。有兩種情形。(1) 民事訴訟之開始在舊法時代。然於新法施行之際。若尚未終結。爾後亦應從新法。此乃國家施行新法所生當然之結果也。(2) 民事訴訟條例一至三。(2) 舊法時代之民事訴訟。屬於舊法規定之範圍。一切均應依舊法規定辦理。雖該訴訟行爲足以及其影響於新法時代之訴訟行爲者亦然。

第三 關於土地之效力 民事訴訟法爲規定司法權行動之程式。故其適用之區域。與本國司

法權可以行動之區域相同。至其區域之範圍若何。則本國領土與在海洋之本國船舶及本國人有治外法權之外國是。

疏 民事訴訟因適用行爲地法之故。發生以下三種之結果。(1) 在中國之民事訴訟。所有訴訟行爲之程式。條件。內容。及效力。應依中國之民事訴訟法定之。雖該訴訟標的之法律關係。應適用外國法。或當事人爲外國人時亦同。但外國人有無訴訟能力。原則上應依其本國法定之。然亦有依中國之規定者。(參見民事條例五六條)(2) 訴訟事件在外國。而訴訟行爲在中國。如中國司法機關於有外國之民事訴訟。受外國官廳之囑託調查證據或爲送達時是。應從中國民法之規定。蓋按統治權之原則。一國之司法權。只能行於一國之境內。不能行之於外國。否則即爲侵害他國之主權。(3) 中國之民事訴訟。囑託外國官

廳調查證據或爲送達時。或當事人援引外國判決時。依上述之理由。自應適用外國民事訴訟法。故其調查證據。若合於該國法律者。則雖不合於中國法。亦應認其有效。惟其調查之結果。在訴訟上有如何之證據力。仍依中國法律定之。若外國官廳調查證據。雖違背該國法律。若合乎中國法律者。視與合法同。(三四七)以免再行囑託之繁。

第一編 訴訟主體

第一部 法院

第一章 司法權

關於民事刑事行政及其他一切訴訟。維持法規。而定其適用之行為。稱爲司法。行此司法之國權。稱爲司法權。攷諸古昔。有以司法權屬於寺院或其他之自治團體者。至於近世。則皆謂國權。應專屬於國家。

疏 考英國古時人民。對於寺院有一種迷信魔力。利用寺院以判斷是非曲直。故以寺院爲司法機關。迨後科學發達。此種迷信遂破。又司法權乃國權之一種。應專屬於國家。地方自治團。不宜享有之。因國權爲唯一不可分故也。

保護人民之權利。欲求其確當。司法事務。不可不求其公正。欲司法事務之公正。非與行政事務分離對立。使別異之機關。別爲處理。不可得而期。故現今文明各國。皆於司法機關與行政機關之間。嚴設區別。使各分掌其事務。而互不相犯。司法機關之行使司法權。一準據於法律。非他權力之所得而干涉。變詞言之。即司法機關行使司法權。在法律以外。全爲獨立也。此之謂審判獨立。此之謂司法獨立。

疏 司法機關與行政機關。彼此分離獨立。各分掌其事務。而互不相犯。此近世各國立法之大原則也。但亦有二例外焉。(1)性質上雖屬司法事務。而由行政官署處理者。如違警罪是。(2)性質上雖屬行政事務。而仍由司法官署處理者。如登記及其他非訟事件是。蓋國家之機關。其關係甚形複雜。欲令司法·立法·行政·三權完全獨立。實不可能。且有時亦感不便。故不得不認有此例外也。

據我國臨時約法第四十九條之規定。行政訴訟。不屬通常審判衙門。故於通常審判衙門外。又有平政院之設施。十二年憲法則不認平政院之制度。而以行政訴訟及其他一切訴訟。均歸於通常審判衙門審判。茲附帶說明行政訴訟與普通民刑訴訟分立之原因。以及十二年憲法改正而合併之理由如次。各國立法先例。將行政訴訟與普通訴訟分立之原因有二。(一)發達之先後不同。故將後發達之行政訴訟。不歸普通審判衙門審判。(二)審理行政訴訟之權限裁判。與司法獨立之精神不符。十二年憲法改正而合併之理由。蓋因民國乃共和政體。共和國之人民。應一律待遇。不得因官廳之身分不同。與普通人民之受處分而有差異。關於此點。十二年憲法改正之理由。未始不當。但以我國之實際情形言之。則有不當者。蓋自民國成立以來。行政官吏。靡不公然私肥。弊害叢生。雖司法官署。能盡其毫無貪污之行爲。然與行政官署比較之。則清廉多矣。今法定合併。恐徒滋混。結果。將司法事務亦混入政治漩渦中矣。三權分立。自陸克肇端。然該氏所云。尚有倚輕倚重之分。迨孟德斯鳩。乃更彰明。但細究其立論主旨。不過欲凡有權力之大。不得濫用其權力。故分立三權。令權力相制。其效乃彰。分立者。濟救權力之誤用也。後之立法例上。雖採用其說。然與其立言初意。均略加變更矣。我國舊日之學者。亦早知司法有獨立之必要。不過未專成一說耳。例如孟子所謂舜爲天子。舜懷殺人。亦必執之云云。此其一例也。明末陳開元所謂大臣有罪。宜付之法司云云者。又其一例也。據上結論。可知司法行政有獨立之必要矣。今僅顧新思潮。而毫不兼及實際。故新憲法之改正合併。余實未敢首肯也。

第二章 法院之地位

行使司法權之機關。稱爲法院。在法律以外。全立於獨立之地位。至其獨立地位之擔保。據各國通例。於憲法上設有規定。茲依我國憲法言之如左。

第一 法院之編制及法官之資格。以法律規定(憲法九八條) 即法院之組織權限及爲法官之資格。均以法律規定。非命令所能左右。此蓋以維持審判之公平。訴訟程序。固須一定。而審判機關及組織審判機關之人。尤須一定。否則不能完全獨立。無由確實行使審判權也。

疏 訴訟程序。若不一定。則有甲案甲種程序。乙案乙種程序。同一案件。無同一之程序。可遵守等弊。實發生。審判機關及組織審判機關之人。若不一定。則同一案件。亦必有相異之審理。均難得司法之公平也。

第二 法官獨立審判。無論何人。不得干涉。(憲法百〇一條) 此蓋司法官之審判。若可以容人之干涉。無論如何。不能得公平之裁判也。

疏

法官之獨立。不僅對於審判衙門外爲獨立。即在審判衙門內。亦彼此各自獨立。故廳長亦不得干涉之。

第三 法官在任中。非依法律。不得減俸。停職。或轉職。非受刑法宣告或懲戒處分。不得免職。但改定法院編制及法官資格時。不在此限。(憲法百〇二條) 即法官之地位。不支配於他種勢力。此蓋以維持審判之公平。不獨須有一定之審判機關。且須有不受各種勢力支配之法官。否則法官之地位不能獨立。即審判不能獨立。欲求公平。不可得也。

註一 法院依現行制度。有專理與兼理二種。專理訴訟事件之法院。如大理院。高等審判廳。地方審判廳。及熱河。歸綏。察哈爾。各都統署審判處。暨新疆司法籌備處。阿爾泰審判所是。兼理訴訟事件之法院。則未設審判廳地方之縣知事署爲最著者。他如雲南縣佐。由司法部於民國四年二月五日呈准暫兼訴訟。雲南井檜等處行政委員。及河口。麻栗坡等處。對汎督辦暨所管汎長。由司法部於民國八年六月八日呈准暫兼訴訟。四川撫邊等處屯務委員。由司法部於民國六年二月二十四日呈准暫行兼理訴訟。大沽口海防委員。原准兼理初級民刑事件。嗣後設爲縣佐。仍准暫行兼理。又庫倫辦事大員公署章程第七條。秘書廳一二三等秘書分任文牘。商務。詞訟。俄文。蒙文等事件。烏里雅蘇台。科布多。恰克圖。佐理專員公署章程第九

條。秘書廳設二三等秘書。亦分任文牘、商務、詞訟、俄文、蒙文等事件。至關於外國人爲原告之民事事件。雖在已設審判廳地方。而縣知事署及特派交涉員署亦受理之。

疏 依現行法。法院分爲兩種。一爲專行司法權之法院。一爲兼行司法權之法院。而專行司法權之法院。更分依法院編制法而編制者。與非依法院編制法而編制者兩種。前者如依法院編制法第一條所規定之各級審判廳是。後者如熱河、歸綏、察哈爾、各部統署審判處、及新疆司法籌備處。阿爾泰審判所是。本講義所說明之事項。以關於依法院編制法而編制者爲主。

註二 法院編制法第一條。原定審判衙門爲四。(一)初級審判廳。(二)地方審判廳。(三)高等審判廳。(四)大理院。至民國二年四月三十日奉教令准政治會議議決。廢除初級審判廳。

第三章 法院關於民事訴訟之權限

法院以司法機關行使審判權。故凡爲民事訴訟事件當事人。即有向法院請求審判之權利。法院即有進行審判之義務。

原告以訴向法院求爲審判之權利稱爲形式的訴權。以訴向法院求爲利益於己之審判之權利。獨爲實質的訴權。凡原告無形式的訴權。被告亦無請求法院審判之權利。法院即應認其訴爲不適法。而爲駁斥之判決。

疏 求爲利益於己之審判。必具備保護私權之要件。例如因承繼涉訟。必爲有承繼資格(如爲直系卑幼是)者是否則爲欠缺實質的訴權。

形式的訴權。須合形式的要件。(依訴訟法規定)即訴之是否合法問題。實質的訴權。須具實質的要件。(依實體法規定)即訴有無理由問題。法院受理民事訴訟時。首先調查其訴是否合法。(即就形式審理之謂)一依調查之結果。如係合法。始進而審理其訴有無理由。(即就本案審理之謂)如係不合法。法院逕可以不適法爲理由。予以駁斥。至於訴之有無理由。則可不問也。

法院關於民事訴訟有種種之權限茲舉於次

第一 訴訟指揮權 即法院或審判長指揮辯論及使當事人提出訴訟資料之權也如闡明權

及日期變更辯論延期辯論續行等權是

疏

訴訟必有訴訟之事實。此項事實。必待審理。訴訟指揮。於審理訴訟時行使之。故訴訟指揮權。即不外所謂審理權也。進而言之。直謂為審理權亦無不可。

訴訟指揮權。有由法院行使之者。(參三二四六條以下之規定。)亦有由審判長行使之者。(參照二四二條以下之規定。)一獨任。二審判時。屬於獨任審事。(參照法院編制法八條二項。六七條。)受命推事受托推事有時亦有受命法院或審判長之權限。如依三七九條規定。選問諸人。其適例也。訴訟指揮權之屬於法院者。須經合議議決。始可行使之。(如有三人。由三人會議。有五人。則由五人會議。若意見參差時。則以多數為準。蓋多數之意思。即法院之意旨也。)其屬於審判長者。由審判長單獨行使之。此種分別之立法理由。前者為鄭重計。後者為迅速計也。

闡明(舊草案為釋明)云者。將訴訟事實。剖釋明晰之謂。就法院方面言之。稱為闡明。就當事人方面言之。稱為聲叙。故法院欲明事實真相。曰闡明。當事人對於法院主張事實。曰聲叙。聲叙與證明相對。證明與聲請相對。但聲叙係舊案用語。新條例則改為證明。證明則以闡明代替之。依余之意。此種改正未見妥當。徒致混入腦海。故不如不易釋明之原意。而將聲叙才與證明聲請有差異。改為叙明之為愈也。

日期變更云者。即將已定之辯論日期。於未開始辯論前變更之謂。此項變更之原因。如推事忽病。於某日十二點鐘開庭。改為其翌日十二點鐘開庭是。

辯論延展云者。即日期已開始。延至他日而為辯論是。此項延期之原因。如重要當事人於日期中尙未到庭。不能辯論是。

辯論續行云者。即已經開始。一次不能終結。須開第二次之辯論是。此項續行之原因。如證據尙未調查或未完畢是。

第二 訴訟判斷權 即對於訴訟事件。適用法令之權也。或以判決為之。或以裁決為之。

疏

判決與裁決不同。(一)判決須按正式作成文書。裁決則有不成文書者。即作成文書。亦無必循之程式。(2)判決除第三審外。(參照五四(修)以經過言詞辯論為原則。申言之。判決須本諸必要之言詞辯論

○(即判決之基礎資料。乃由言詞辯論所得者也。) 裁決則本諸書狀或任意之言詞辯論爲之。申言之。即裁決不以經過言詞辯論爲必要。逕可依據書狀爲裁決之基礎資料也。(3) 判決必須由法院爲之。此爲不變之定例。裁決有由法院爲之者。亦有由審判長。受命推事。受託推事爲之者。(4) 不服判決。得以提起上訴。(四九五) 不服裁決。得以提起抗告。凡判決均得提起上訴。而裁決有得提起抗告。亦有不得提起抗告者。(五五二) 且對受命推事受託推事所爲之裁決。不得抗告。僅得向受訴法院提出異議而已。(五五三)

第三 懲罰權。即以訴訟上管理爲宗旨之權也。有以維持法庭內秩序爲宗旨之懲罰權。有以制裁義務違反人爲宗旨之懲罰權。前者如審判長命旁聽之婦孺及服裝不正者退出法庭是。後者如法院對於違反義務之訴訟關係人處以罰鍰是。

疏 命婦女出庭者。因婦女富於感情也。命儒子出庭者。恐增長其惡性也。禁止服裝不正者。所以保持法庭之威嚴也。違反義務之訴訟關係人。例如依三五二條之規定。不問何人於他人之訴訟有爲證人之義務。苟證人違背義務。法院即當行使懲罰權。科以罰鍰。(參照三五八、三二八、三七二等條) 但云處以罰鍰。而不名罰金者。因其非刑罰也。蓋罰金乃以侵害法益爲前提。此則不過違反一種義務耳。

第四 公證權。即以書狀認證訴訟上各種事項之權。如作成筆錄付與判決確定之證明書等是。

疏 作成筆錄之理由有二。(1) 免遺忘。(2) 爲確定之證明是也。法院於職務上按定式作成之證書。謂之公證書。依第四百條之規定。有完全之證據力。

此外有執行權。亦屬於法院。因不在本條例範圍之內。故未列及。又有司法行政權。係以審判權之行使可能或監督其行使爲標的。如法院之組織。職員之任命。事務之分配。辦公時間之訂定。及事務執行之監督等均是。有屬於法院者。有屬於司法行政衙門者。

疏 我國以強制執行法。認爲單行法。故未將執行權列入。所謂屬於司法行政衙門云者。如我國之司法部是。但全屬於司法部。亦有所不便。故又有屬於法院者。如事務分配。及其最顯著之。所謂屬於法院云者。

乃謂屬於法院之院長（指大理院）各廳之廳長及庭之庭長也。非謂屬於推事全體及其他各員也。

註一 學者有謂審判權不分爲一個之原素惟其應用分爲（一）審理（二）訴訟進行（三）訴訟指揮（四）法庭警察（五）裁判（六）認證（七）強制。牧倉氏刑事訴訟法講義八二七頁以下。及雉本氏民事訴訟法講義上卷六一頁參照。

註二 審判權有種種區別（一）原始的審判權與傳來的審判權之別。（二）訴訟審判權與非訴訟審判權之別。（三）民事審判權與刑事審判權及行政事件審判權之別。

疏

（一）司法權。乃國家統治權之一。自應屬於國家。惟國家不能自爲行使。故以付與於審判衙門。前者爲原始的審判權。後者爲傳來的審判權。（二）訴訟有訴訟事件與非訴訟事件兩種。（如登記是。）故有訴訟審判權與非訴訟審判權之別。（三）此種區別。乃就訴訟事件而細爲分別也。

第四章 法院內部之編制

法院之編制者。法院之組織權限也。有內外之區別。內部之編制者。法院及其職員之組織也。

第一節 審判官廳

在一定範圍內。處理國家事務之機關。稱爲官廳。法院爲處理國家審判事務之機關。故亦一官廳也。然官廳有以一人組織者。有以數人組織者。有折衷於一人數人之間而爲組織者。即所謂單獨制。合議制。折衷制是。我國法院。兼此三者用之。故有單獨制法院。有合議制法院。有折衷制法院。第一 單獨制法院。凡初級審判廳爲單獨制。以推事一員行使審判權。（法編原四條）所謂

推事一員者。非謂全衙門之推事祇有一員。其事務較繁之處亦無妨斟酌情形。設置二員以上。(法編原一四條)但審判案件時。祇用一員耳。

就單獨制有應當注意者。一即審判案件之推事。就該案件。代表初級審判廳是也。

疏 單獨制之法院。無受命推事。蓋因受命推事者。受審判長之命而為特種之訴訟行為也。單獨制法院。不容另有審判長。故單獨制法院無受命推事。

註 初級審判廳。雖已於民國三年廢除。然訴訟事件仍有初級管轄與地方管轄之分。初級管轄事件。由地方審判廳之簡易庭或地方分庭受理審判。至高等審判廳為終審不得上訴於大理院是。初級審判廳之廢除。亦不過其名義已耳。實質上並無變更。本講義據現行條例講授。仍稱初級審判廳。

疏 初級審判廳既經廢除。其訴訟程序仍存之者。其原因有二。(一)初級廳乃管轄第一審之輕微案件。其程序與地方審判廳第一審案件者有繁簡之分。而在初級廳者。貴於迅速了結。故又有司法公署簡易庭云。(二)我國幅員甚廣。訴訟事件亦極繁多。而最高法院僅一。不有初級地方之分。其第三審將必盡上訴於大理院。大理院將有日不暇給之勢矣。本條例仍存其程序。亦為將來之計云耳。

第二 折衷制法院。凡地方審判廳為折衷制。其審判廳視案件之審級與其繁簡如何。或以推

事一員單獨行之。或以推事三員合議行之。(法編五條)此蓋以合議制處理事務。雖有慎重周密之利。而難免遲延不敏活之弊。在案件之複雜要慎重者。固以合議制處理為宜。而在簡易要迅速者。仍以單獨制處理為當也。

疏 單獨制與合議制互有長短。在單獨制可以獨斷獨行。辦事敏捷而迅速。是其長也。但一人之心思才力有限。難免不無疏漏之虞。在合議制自較慎重而密。固可收集思廣益之效。但意見分歧。遂生拖延之弊。

責任不專。又存推委之心。(四)利害不爲故也。(五)是亦其害短也。卽是言之。單獨制之所長。卽合議制之所短。合議制之所長。單獨制之所短。於是又有折衷制焉。折衷制者。折衷於單獨合議之間。或以單獨制行之。或以合議制行之。亦以事之繁簡爲斷。蓋欲捨二者之短。而取其所長也。此種制度。於地方廳爲多。

第三 合議制法院 凡高等審判廳大理院爲合議制其審判權。高等審判廳以推事三員行之。

大理院以五員行之。(法編六條七條)考歐西各國制度。有以五員。七員。或五員七員以上之推事組織。而我國法院編制法。則規定爲三員。或五員。蓋(一)以名義言。增加數員似格外慎重。而其實不然何也。審理案件。以全副精神注意於全案者。惟審判長一人。陪席推事二人。故以一員審問。二員陪席足矣。即大理院審判第三審案件。其判例爲一國之模範。本祇增加爲五員足矣。再增加數員。亦爲無益之慎重。(二)無論大理院與高等審判廳。審判上告案件。適用法令不能妥定。必據先例。無先例。則開總會而共同審判之。(法編三二條三三條三七條)故與其多設推事。不如多開總會之爲得也。

疏 據赴歐西各國調查司法部調查書。法國合議制法院。有多至十五員推事者。故攷其內容。大有精神難振。若寢者職之態。此因十五員之排列。而極已爲不小。言語聲色。已難互相了解矣。安寧其他。所以推事過多。亦屬無益之舉也。

就此合議制有應當注意者三。(一)法院爲處理審判事務之機關。與組織此機關之審判官自體不同。(二)法院爲一體活動者。其意思亦爲單一決。不能以推事各個人之意思。而視爲法院之意思。(三)審理一定案件之庭。就該案件代表合議制之法院。

註 縣知事署之審判權。由縣知事或承審員行之。（縣知事兼理司法條例二變通承審員審理權限節）熱河、綏遠、察哈爾各都統署審判處之審判權。由審理員行之。（審判處規則八）概爲單獨制。惟縣知事審理案件。由承審員助理者。承審員與縣知事同負責任。（縣知事兼理司法條例二）其他兼理訴訟事件之衙門。行使審判權者。其名稱無一定。概爲單獨制。

第二節 法院之職員

攷德意志舊普通法法院。由審判官總攬一切。書記不過司掌審判官所委任之事務。而德意志現行民事訴訟法。則採用法蘭西法系主義。於法院置推事、書記、承發吏等職員。各有獨立之職務權限。不能相侵。日本民事訴訟法。繼承德國法我國條例。則採用德日制度。而略加變通。茲舉法院之職員言之如左。

疏 法院之職員。（除審判官外。）若由審判官自由委任。則聲言易主。例如就書記官言之。書記官有錄供之職務。其書寫之筆錄。關係甚重。乃據其判決之基礎。設書記官係由審判官所委任。則不免有恩義關係。而唯審判官之命令是聽。即此一端。其弊已有不可勝道者。故本條例定爲法院之職員。各有獨立不羈之權限焉。而各職員獨立行使職權。方可以免營私受賄之弊矣。

第一 推事 掌一切審判事務

第二 書記官 法院編制法第一百二十八條規定審判衙門書記官司掌錄供編案會計文牘及其他一切庶務。茲就本條例規定言之。其職務有十。

疏 錄供編案。乃訴訟程序上必有之事項。故在本條例上規定之。會計、文牘及其他庶務。與訴訟程序無甚關係。且爲他之機關所同有。不過在法院中。屬於書記官之職務而已。又審理裁判之前後。當然文件

大多。此所謂文牘云云。指審理外之文件而言。例如甲乙兩法院間之調遣人員等是。

1 作製言詞辯論筆錄調查證據筆錄（二五二條三四二條）

疏 筆錄云者。即法院編制法所謂錄供是也。至調查證據。無論在法院內。抑在法院外。均須作成筆錄。

2 將應行保存之文書編爲卷宗（二八一條）

疏 卷宗。即法院編制法所謂編案是也。此項編案。必待案件已經完結之後。

3 送達訴訟文書（二四九條一五二條）

疏 訴訟文書。如訴狀（原告之訴狀。應送達於被告。）傳票。判決書等是。

4 所謂處分。依送達或其他方法通知於關係人（二八二條）

疏 所謂處分。例如原告被告請求閱卷。應許可或不應許可。或指定日期令其來閱是也。在德法律亦謂爲裁判。我條例謂此爲處分。

5 於判決原本記明收領日期並簽名（二六八條）

作製判決之正本。節本。繕本。並於正本。節本簽名（二七二條）

疏 原本。正本。節本。繕本之意義及其區別。原本者。原底也。底稿也。（基本訴狀。）正本者。依法定程式作成。載有原本上全文。而與原本有同一之效力者也。節本者。節錄原本內容之一部者也。繕本者。繕錄原本全文。而非與原本有同一之效力者也。

原本乃一底稿。恐生毀失之虞。故宜善爲保全。且只有一份。若原被告有數人時。即不敷使用。故於原本之外。尚須有其他各種之本。應用原本。而原本不能常時利用。故用正本以代替之。其爲鄭重時。乃用原本。不須鄭重時。則用繕本。至於強制執行。及當事人收受作爲證據者。則非用正本不可。

若因本案牽涉他案。當事人欲閱他案之裁判書。則用繕本或節本焉。

7 付與判決確定或不變期限內未經上訴之證明書(四七三條)

8 送交訴訟卷宗及書狀(五五條五、六條五、二九條五、四七條)

9 證人拒絕證言時將其事由通知當事人(三六六條四項)

疏 證人之義務。非證人對於當事人所負擔之義務。乃在公法上對於國家所負擔之義務。此因國家為求公平之裁判。有時舍人無以為證。而下判決。又非證據不可。故使人民負擔此種義務也。應為證人而拒絕證言。本為法所不許。但亦非絕對不得拒絕。故設遇證人拒絕證言時。法院對於舉出該證人之當事人一造。因其喪失此種權利。故應通知。以便該當事人為其他之準備。唯此種職務。既不須審理裁判。故屬於書記官。而不屬於推事。

絕證言。因其喪失此種權利。故應通知。以便該當事人為其他之準備。唯此種職務。既不須審理裁判。故屬於書記官。而不屬於推事。

10 支付命令送達債務人後通知債權人(六四條二項)

疏 支付命令者。命債務人向債權人支付之之裁判也。此命令乃裁判而非判決。不過通常之裁判。多為程序法上之問題。而此種裁判。乃與實體法上有關係者。於裁判中。亦鮮見之也。

支付命令之適用。在債務人就其債務無爭執時。方得適用支付命令。否則仍須依通常訴訟程序起訴。蓋債務人既與所負債務無所爭執。則債權人所要求者。非訴訟問題。乃執行問題。唯因執行。須有執行名義。而後執行衙門乃有所依據。此項支付命令。即所以代執行名義者也。其須通知債權人者。因其經過法定期間。可據為執行之故也。

此外因法院之命令。尚有管理之事務和調查費用計算書內之計算是(一一六條一項)

疏 前述之十項。乃書記官之法定職務。一此種情形。即應為之。又所謂調查費用云云。本為審判上推事之職務。不過有時推事因避免重複。亦得命書記官為之。抑因此種事項。純為機械事項。故令書記官為之。命其為機械作用耳。

第三 承發吏。考德國法律。承發吏為獨立之送達機關。而在日本律。則承發吏之送達。由於書記書委任。不過與郵務局。郵差。同為一送達吏。不能謂為獨立之送達機關。我國條例。係採用日

記書委任。不過與郵務局。郵差。同為一送達吏。不能謂為獨立之送達機關。我國條例。係採用日

制。(一五) 條)

疏

德國採用律師主義。律師知悉法律。不致錯誤手續。故以承發吏爲獨立之送達機關。我國與日本。皆採用本人訴訟主義。本人不識法律。手續易致錯誤。故亦須庭之送達。由法官或官之委任。

承發吏之職務有二。(一)送達。(二)執行。我國將強制執行另爲規定。認爲一簡單行法。故承發吏之執行職務。應於強制執行法內說明。此處僅言其執行職務而已。按亦發二字。尙不如日本名詞用執達二字較爲妥當。蓋因其在訴訟法上。只有送達之責。而於強制執行達。承發云云。只有送達之意義。並無達之意義也。

此外如(一)檢察官爲公益之代表。民事爲當事人自行訴訟或濶場陳述意見。(六七)一條六八三條六八五條六八六條六九二條六九六條六九七條三項七 四條七 九條七一六條一項七二二條七二七條七三五條二項七三六條七三九條七四六條七五 條七五四條)(二)庭丁於法庭開審時。引喚當事人及其他訴訟關係人到庭。(法編八二條)(三)在京師及商埠地方審判廳以上之法院。得特置通譯官掌繙譯語言文字。(法編一四條)

註一 檢察官爲公益之代表。不獨刑事干與。即民事亦應干與。其所以謂爲公益之代表。則其說爲法國學者所倡。道其源出於法國法。而法國法之所以採用此制度。則爲拿破崙之政略。蓋法國法院。在中古時代。有非常之權力。雖政府亦不能抑制。至拿破崙即位。乃公置檢察官於各法院。以實行其一己之意思。道拿破崙之勢力。實而檢察官之權限亦因以縮小。其初實行拿破崙之意思者。遂變而實行國家之意思。參與民刑事件。以圖公益爲其職務。而與前此辦法。迥乎不相同矣。

疏

羅馬及德意志之法原。無僉察官之制度。因爾時無須此項人員故也。考羅馬法處罰犯罪。分爲三時代。(1)國事犯時代。以國事犯始認爲犯罪。其餘之犯法不認爲犯罪焉。犯罪者。由議會集議之後。交國家之機關執行處罰。(2)國事犯與殺人犯時代。此時代於國事犯外。凡殺人者。亦認爲犯罪。凡有犯罪事實。由特設之委員調查。調查後。報告議會。集議應否處罰。(3)國事犯。殺人犯。及普通犯罪時代。此時認爲犯罪者。範圍較廣。除國事犯殺人犯外。凡侵害人之名譽。自由。財產等。均認爲犯罪。若有犯罪者。准由人民告訴。告訴後。由特設之委員調查。調查後。再由國家機關處罰。德國在會族時代之法律。分爲政府法及人民法二種。政府法與人民法無涉。不發生問題。凡違反人民法時。由人民公衆意志判斷。判斷後。由國家機關執行。當時所謂法院。即指此執行機關而言。其後法院並有判斷權。但其所重者。仍在執行。內裁判之勝敗。以兩造宣誓決斷之結果爲斷。決斷勝者。予以有利利益之判決。敗者予以不利利益之判決。

採用檢察官制度者。則凡檢察官應參與之訴訟事件。若不得其參與。則其所下判決之效力若何。此亦一大疑問也。關於此點。學說有二。(1)無效說。此說謂檢察官應參與案件之規定。乃公益之規定。不得以當事人或法院之意思變更之。故有違背此項規定者。其判決即應無效。我國審判廳試辦章程採取之。(2)撤銷說。(即得爲撤銷之意)此說謂此項規定。雖關公益。不能直謂無效。不過得爲撤銷之原因耳。(3)不得假毀說。即講義內之註三云云是也。

以上三說。究應孰去而孰從耶。若僅就純理言。日本判例。甚爲正當。(參看講義註三)蓋檢察官之陳述。法院不受其拘束。故不以其未陳述。爲判決無效之原因。再就實際言之。試辦章程因採無效說。每於已經三審之案件。敗訴人主張第一審檢察官未出庭。應根本無效。實際雖仍應如其原判。但爲此種規定所拘束。又不能不假毀原判決。豈非空費時間。經濟。勞力。而與訴訟之本旨相背謬乎。

註二 檢察官關於民事訴訟之共力。各國立法。頗不一致。就法國法律言之。(一)檢察官於民

事訴訟直接有關公益時。立於主當事人之地位。例如婚姻事件。及禁治產事件是。(二)於民

事訴訟間接有關公益時。以附帶當事人而爲參與。例如未成年人或妻之訴訟事件是。(三)

爲監督機關。監督審判廳。有報告其過失於司法部長。次就德國法律言之。(一)檢察官於婚

姻無效事件。禁治產事件。及亡政宜不撤銷事件。代表國家爲主當事人。(二)於其他之人事

訴訟。例如親子關係確定事件。參與於該訴訟陳述意見。復次就日本法律言之。(一)檢察官就下列各項訴訟。得於言詞辯論時。蒞場陳述意見。1 關於公之法人之訴訟。2 關於婚姻之訴訟。3 關於夫婦財產之訴訟。4 關於親子養親子之分限。及其他一切人之分限之訴訟。5 關於無能力人之訴訟。6 關於扶養之訴訟。7 關於失踪人及承繼人欠缺之遺產之訴訟。8 關於證書偽造或變造之訴訟。9 關於再審。此外檢察官認爲必須蒞場之事件。無論何時。得要求審判衙門通知。就其訴訟而陳述意見。若於人事訴訟。除陳述意見外。並有時得自行提出證據或爲上訴。(二)檢察官就下列各項訴訟。得爲訴訟當事人。例如1 對於禁治產或準禁治產宣告不服之訴。2 婚姻撤銷之訴。3 隱居撤銷之訴。4 親權喪失或管理財產權喪失之訴。檢察官得爲原告提起訴訟。又如1 婚姻之訴。2 養子緣組之訴。3 對於禁治產或準禁治產宣告與聲請撤銷被駁不服之訴。4 對於失踪宣告不服之訴。檢察官得爲被告。或繼受其訴訟。至當事人已經起訴。而檢察官得爲其訴之當事人之時。檢察官得進行訴訟。或提起上訴。

附 檢察官之性質。本與獨立之審判廳有異。若依法國制度。監督法官。必用司法獨立之精神。且審檢並立。常起無益之爭。而無監督之實益。此其缺點一。所謂直接間接有關公益之區別。實屬漫無標準。此其缺點二。再就日本之檢察制度言之。檢察官之範圍甚廣。余亦不敢贊同。蓋檢察官多爲戶位。未必能盡其應有之職務也。據余之見。爲免弊害計。檢察官之權限範圍。廣不如狹也。

註三 日本大審院大正六年判例謂。檢察官之蒞場於法院之組織無關。法院不待其蒞場而

爲判決。亦不爲破毀之理由。

第三節 法院職員之能力

法院職員之能力。可分爲二。(一)國法上之能力。即得爲法院職員之能力也。(二)訴訟法上之能力。即就各種事件。得執行其職務之能力也。國法上能力之研究。屬於國法學之範圍。茲所述者。惟訴訟法上之能力而已。然我國條例。僅就推事及書記官通譯爲之規定。故此節所述。亦僅限於推事及書記官通譯。

推事就訴訟事件不能執行其職務之時。依其原因。可分爲二。

第一 因法律規定之時。本條例稱爲迴避。迴避者。推事就特種訴訟事件。法律上當然不得執行其職務也。蓋以審判不可不公平。苟有不公平之嫌疑。則當事人必不安心受其審判。而法院之威信。亦必不能維持。然欲保其全無嫌疑。須於法律上特設規定。凡有嫌疑之推事。不應使其干與審判。至嫌疑情形若何。則本條例所規定者有七。(四二條)

疏

此種迴避。與公益有關。有無迴避原因。法院應依職權調查之。而當事人之聲請與否。則可不問也。

一 推事或其配偶。爲該事件當事人。或就該事件與當事人有共同權利人。共同義務人。擔保義務人。償還義務人之關係者。推事之配偶爲當事人者。雖婚姻消滅後亦同。此蓋以推事或其配偶爲訴訟當事人。即使代理人代爲訴訟行爲。亦難免不爲偏頗之審判。推事或其配

偶與當事人有利害關係。則無論如何公正。難免不爲自己之利益。至推事與其配偶婚姻消滅後。而其配偶人爲訴訟當事人。則即使真能公正。亦不無嫌疑也。

疏 共同權利。如不可分債權之共有物是。共同義務人。如連帶債務人是。擔保義務人。如保證債務人是。償還義務人。如物件取還之訴。而推事爲該案物件之議受人。或如對於他人所受損害。有填補義務之人是。所謂婚姻消滅。如死亡與離異是。蓋妻死之時。或遺有子孫。離異之時。其感情常爲惡劣。故亦爲迴避之原因。

二 推事與該事件當事人爲親屬。或有養親養子之關係者。其親屬或養親養子之關係消滅後亦同。此蓋以推事與當事人有身分上之關係。即使真能不偏。亦難免無嫌疑也。

疏 親屬之範圍。及養親養子之意義。依民法之規定。在民法未頒布前。關於親屬之範圍。暫依刑律第八十二條之規定。(民訴施行條例第八條參照。)據余所見。此親屬二字。不如刑律第八十二條其義之狹。實包括親族姻族而言。凡親屬法中所規定者。均應屬之。

三 推事爲該事件當事人之未婚配偶者。此蓋以其審判。不無嫌疑也。
疏 所謂未婚配偶者。即已定婚而未結婚之人也。

四 推事爲該事件當事人之法定代理人。監督監護人。保佐人。或親屬會員。或曾爲以上各項人者。此蓋以是等人。與當事人一造有特別之關係。特別之感情。使其爲推事審判訴訟事件。難保無偏袒一造之虞也。

疏 所謂法定代理人。監督監護人。保佐人。及親屬會員。均從民法規定。

五 推事於該事件爲訴訟代理人。特別代理人。或輔佐人。或曾爲以上各項人者。此亦以其

審判有偏袒一造之處也。

疏 必推事於該事件。而於同一訴訟為訴訟代理人。(此乃由當事人之委任者。第八十二條參照。)特別代理人。(此由法院選任者。參照第六十一、一六六、四四二、六九一等條。)或訴訟輔佐人。(此亦由當事人之委任關係而生。參照九四條。)或曾為以上各員人者。始為應自行迴避之原因。苟屬同一事件。則雖審級不同。亦應自行迴避。如如推事在第二審曾為該事件之訴訟代理人者。在上訴審。不得參與其審判是也。如為新開始之訴訟程序。則雖訴訟標的相同。毋庸自行迴避。所謂新開始之訴訟程序。如送達書狀等程序。推事尙未至裁判之時機。故毋庸自行迴避。但當事人得聲請迴避耳。

六 推事於該事件會為證人或鑑定人者。此蓋以推事就為證人鑑定人之訴訟而進行審判。不免以職務外所知之事實為審判之資料。非所以維持公正也。

疏 以推事於該事件會為證人。或鑑定人者為限。始為自行迴避之原因。若僅被指名為證人。或鑑定人。或僅經定為應作證人或鑑定人詢問者。則尚不為自行迴避之原因。於該事件之意思。與前款同。

七 推事曾參與該事件前審裁判或公斷者。此蓋以在下級審審判之推事得於上級審再為裁判。則設立審級制度之標的不可得而達。曾經公斷之公斷人。就對於其公斷之訴訟得為審判官。則公平之希望。不可得而期也。推事公斷人既先參與其事件往往至第二次審判。不僅憑法庭之言詞辯論而以先入之意見加入。若其法院為合議制。則他推事多置重此推事之意見。而言詞審理尤不免有疏忽之處也。

疏 謂推事於該事件之下級審。曾以獨任推事。或合議庭之一員。參與判決。或於公斷程序參與公斷者。於當事人對該裁判或判斷聲明不服後之訴訟程序。不得復有職務。故推事若來參與前審裁判。而僅為其他訴訟行為。如參與言詞辯論。調查證據。宣告判決。或準備程序者。不為自行迴避之原因。又事件經上級審發回原法院後。曾參與原裁判之推事。於更為審判之程序。毋庸自行迴避。

註一 大理院民國四年解釋例謂各級審判應試辦章程第十條所稱前審官係指同一推

事在下級審會參與其審判者而言。發還更審之案。當然不能包括惟爲維持公平起見。此種案件之分配。應更庭並易人辦理。較爲妥善。此本於司法行政上之經驗言之。與該章程所稱迴避原因。併不相涉。又民國六年解釋例謂審判廳試辦章程第十條第五款規定。原防前審官在上訴審固執成見。有妨裁判之公平。而設故於前審實施更新審理。或因聲明窒礙重爲審理之時。該推事併未參與。自不能以前審官論。又民國六年解釋例謂原上告審推事。於聲請再審後之抗告。不得謂爲前審官。

疏發還更審之案件。以第三審發還第二審之案件爲多。至第二審發還第一審之案件較少。因第三審爲法律審。非事實審。而發還案件。多於事實不明時行之故也。更新審理者。審理開始後。忽然發見法官有迴避之情形。乃另換一人。更爲審理之謂。再審爲另一訴訟。故稱曰前訴訟程序。不曰前審。其審判官當然不在迴避之列。

註二 日本大審院。明治三十二年判例。謂第一審言詞辯論曾經列席之推事。而未參與其判決者。在第二審毋庸迴避。又明治三十八年判例。謂就與民事訴訟關係同一之事實。曾爲預審推事。或刑事庭之推事。而參與預審決定或刑事裁判者。不爲迴避原因。又明治三十八年判例。謂推事在第一審曾經參與假處分決定。而就其現有不服聲明之本案裁判。未經參與者。其本案訴訟至第二審時。毋庸迴避。又日本大阪控訴院。明治三十八年判例。謂判決之諭知。非形成判決之實體者。在前審級參與裁判之推事。於其上級審諭知判決之時列席。不爲違法。

疏 迴避之精神。在審時審級。既於審級。則其位。亦於發遣。故可以不迴避也。刑事在審定犯罪事實而處罰。民事在判決。故其位。亦於判決。故亦於發遣。故亦可以不迴避焉。假處分爲保全訴訟程序。與本案無異。故亦不爲迴避之原因。愈知判決。並非參與評議及作製判決。不過官判決時曾列席耳。於判決內。並無參與評議。故曰。爲之法。

第二 因裁判斷定之時

一 本於當事人聲請之時。有特別情形。當事人得聲請推事迴避。其特別情形若何。據不條

例所規定者有二四三條。

疏 舊草案用拒絕二字。現在條文。改用聲請。蓋聲明可分廣狹二義。廣義聲明。係當事人要求法院行爲發動之意。狹義聲明。係當事人要求法院經過審判論而爲裁判之意。表示聲請。係當事人要求法院不爲裁判。而爲和解之意。表示。以廣義解釋。聲明可以包括聲請。訴之意義。亦包括入之。以狹義解釋。聲明與聲請不同。現行條文。將二者誤用時。亦所在甚多。此因用語不慎故也。

(甲) 推事有第四十二條所揭情形。而不自行迴避者。著以推事有法定迴避之原因。即當然不能執行其職務。倘仍參與訴訟。是屬違背法律故許當事人聲請迴避。而使其別受公平之審判。

疏 所謂有第四十二條情形。而不迴避者。如推事具有第四十二條應自行迴避之原因而未知之。或具有特別見解。信爲不應自行迴避之時。且應由當事人得爲迴避之聲請。

(乙) 推事有第四十二條所揭以外情形。足認其執行職務有偏頗之虞者。如推事於當事人一造。有親密友誼。或有疾病。當事人之意思。而參與訴訟。是不免有偏頗之虞。故亦許當事人聲請迴避。而使其別受公平之審判。

疏

如推事本無第四十二條應自行迴避之原因。而有其他情形。足以認其執行職務有偏頗之虞者。亦應准當事人聲請迴避。以保審判之公平。法院經當事人聲請推事迴避後。除被聲請之推事自認其聲請為正當者外。應即下裁決。以定其應否。有偏頗之虞。指推事於訴訟之結果有利害關係。或與當事人有交誼或嫌怨等。足使人疑其為不公平之審判者而言。故不必實際上有一種偏頗之事實。只須足以引起審判上偏頗之疑慮者。即可聲請迴避。

註一 大理院民國二年判例謂推事應行迴避之事由與被拒却之事由不盡相同。其有應

迴避之事由而仍參與審判或已被拒却且有以拒却為正當之裁判。而仍參與審判者。均屬顯然違法。得為上告之理由。唯上告人在原審並未有何主張。至上告審始以原審推事有單純拒却原因。即非同時為應行迴避之事由者。為上告理由者。不能認為正當。

註二 日本大審院明治三十五年判例謂為刑事事件之審判長。已認貸金證書為偽造。而為有罪之判決。他一面雖就其以證書為證據之貸金請求事件再為審判長。亦不得即謂其有偏頗之虞。又明治三十七年判例謂當事人提出之證據。縱令推事於判決另案民刑事件時。曾有採用或排斥之事。然若無其他特別情形。不得以此即謂其有偏頗之虞。又明治三十七年判例。謂法院就當事人所聲明之惟一證據。雖為排斥。然不得以此即謂其推事有偏頗之虞。又大正三年判例謂法院不為調查證據而終結辯論。係本諸該法院之自由判斷。不得以此即謂其推事有偏頗之虞。

本第四十三條第一款情形所為之聲請與本第二款情形所為之聲請。其異點有二。

子 本第一款情形所爲之聲請。不問訴訟在如何程度。皆得隨時爲之。本第二款情形所爲之聲請。則須在未就該事件有所聲明。或對於他造聲明有所陳述之前。此蓋以本法定迴避之原因而生者。其事關於公益。有此原因之推事。不許其參與審判。爲法律上當然之結果。當事人之拒絕權利。不應任其捨棄。本審判有偏頗情形而生者。其事僅關私益。有此原因之推事。許其參與審判與否。可任當事人之選擇。法律上毋庸干涉。若當事人知有拒絕原因而不主張。已於推事前有所聲明。或對於他造之聲明有所陳述。是自願捨棄其拒絕權。自願受此推事之審判也。但聲請迴避之原因發生在後。或當事人未知有此項原因者。則不在此限。

疏 所謂不問訴訟在如何程度。皆得隨時爲之云云。其間亦非毫無限制。如訴訟在該法院業經終結。推事已無應爲之行為者。自不得更爲迴避之聲請。惟得於終結訴訟之裁判。聲明不服而已。又茲所謂聲明或陳述。不問其爲關於本案者。或關於其他問題者。亦不問其以言詞而爲者。或以書狀而爲者。但以係向該推事所爲。而依此聲明或陳述。足認當事人並無求該推事迴避之意思者爲限。故如僅以書狀向法院爲延展日期之聲請者。不在此例。

丑 本第一款情形而聲請迴避。其聲請迴避之原因。由當事人自行釋明。並得由法院以職權調查證據。本第二款情形而聲請迴避。其原因發生在後。或未知有此原因之事實。均應由當事人自行釋明。此亦以前者關於公益。後者僅關於私益故也。（四五條二項）

凡聲請推事迴避。不問其原因若何。均應舉其原因。以書狀或言詞向推事所屬之法院爲之。

而被聲請迴避之推事。得提出意見書。並得作前項釋明之證據方法用之。(四五條一項三項)

初級審判廳爲單獨制。其推事有被聲請迴避者。由該管地方審判廳裁決之。地方審判廳以上之法院。則因爲合議制。其審判權由合議庭行之。凡推事被聲請迴避。即由該法院裁決。被聲請迴避之推事。不得參與以示公平。而杜弊竇。倘地方以上法院。因推事被聲請迴避。又無代理推事以符合議之制。則其裁決。由直接上級法院行之。但無論何法院之推事。若以迴避之聲請爲正當者。即毋庸裁決。以省程序。(四六條)

疏 初級審判廳爲單獨任制。遇當事人對於推事聲請迴避時。若使單獨任推事。裁判關於他獨任推事一身之事項。殊屬不妥。故應送由該管地方審判廳裁決。現行法上地方審判廳爲裁判。雖得用獨任制。然關於聲請推事迴避之裁決。應依合議制行之。此依初級審判廳推事被聲請時。應由該管地方審判廳裁決之立法理由。甚爲明瞭。

推事被聲請迴避者。除應急速處分外。在該聲請事件終結以前。不得爲一切行爲。惟此項聲請事件。無關實體上之權利義務。以裁決之形式裁判。不須經過言詞辯論。其經裁判駁斥者。得於裁決送達後五日之不變期限內。聲明抗告。其以聲請爲正當者。則不得聲明不服。蓋聲請人既如願以償。自無不服之理。即在他一造亦祇論審判之如何。而推事之已被迴避與否。毋庸過問也。(四七條)

疏 所謂應急速處分者。如調查將滅失之證據方法是也。故此時該推事無論依何理由被聲請迴避後。皆得爲此行爲。縱令該聲請後經裁決認爲正當者。其行爲仍不爲違法。維應急速處分之行爲。須係中間行

爲。始得爲之。其意蓋在使當事人。不致因此中間行爲之延遲。而受不利益故耳。但該推事於聲請事件終結前。決不能爲訴訟終結之行爲。或爲非應急速處分之行爲。否則其行爲即爲違法。當事人得以聲明不服。(四九六·五四九等條參照)抗告之不變期限。依我條例五五五條規定爲十日。而此處只定爲五日。所以設此較短期限者。蓋恐期限過長。訴訟不免因之有延滯之弊也。

註一 本條例第四十六條。係採德意志民事訴訟法第四十五條及日本民事訴訟法第三

十六條設爲規定。其立法上之理由若何。爲應行研究之點。據余所信。蓋初級審判廳爲單獨制官廳。其所屬各推事雖各爲其審判廳之代表。然就一定訴訟事件。代表初級審判廳者。爲擔任其事件之推事。至其他推事。就該事件並無代表之權限。故該擔任推事若被聲請迴避。則就該事件已無代表初級審判廳而行使其職務之人。(在擔任推事更任之時。該更任推事。因就其事件而爲初級審判廳之代表。惟有無迴避原因。尙在未定之間。即行更任推事。在程序上實屬不當。)此初級審判廳推事被聲請迴避。所以由該管地方審判廳裁決之也。反之而合議法院。則各庭各爲其法院之代表。雖就一定訴訟事件代表合議法院者。限於審理其事件之庭。與初級審判廳之擔任推事無有差異。然合議法院之庭。與組織此庭之推事。其人不同。縱令所屬之推事全被聲請迴避。而就其事件代表合議法院之庭。依然存在。苟有其他推事足以補充法定之員數。自得依法組織。而聲請迴避事件。論其性質。並非必須經過上級法院判斷之鄭重程序。此地方審判廳法院之推事被聲請迴避。所以由該推事所屬法院裁決爲原則也。

二 本於推事請求之時 推事於應否迴避有疑義者。得以書狀或言詞向管轄聲請迴避之。法院或爲迴避之裁決。此種裁決於當事人之利害無關。不訊問當事人。亦不送達。(四九

條一項五條)

疏 所謂迴避者。有疑義者。如惑於法律解釋時是。得書狀或言詞者。以此項請求。法律並未規定其程式。之任。以何方裁之。均可也。管轄聲請迴避之法院者。即依第四十六條規定。就迴避之聲請。得爲裁決之法院是也。此種裁決。按其性質言之。乃屬司法行政事項。(即司法事務分配之事項也。)對於當事人。則無甚當事人自行聲請迴避。則當事人之主觀見解。由甲推事或乙推事審理之。均無區別。故云與當事人利害無關。

三 本於法官職權之時 管轄聲請迴避之法院。知推事有應行迴避之情形者。應以職權爲

迴避之裁決。該推事自知應行迴避。則毋庸裁決。以省程序。至此種裁決。亦不訊問當事人。不

爲送達(四九條二項五條)

疏 法院因他推事之報告。或由其他原因知推事有自行迴避之原因者。雖無當事人之聲請。及該推事之請求。均應依職權爲迴避之裁決。但推事只有第四三條第二款之迴避原因。法院不得依職權爲迴避之裁決。依裁判以外監督權之作用。本於推事請求或經其同意。將該訴訟事件。改分他推事或使他推事代理。固屬無妨。此種裁決。與(二)述同。亦爲司法行政事項。故曰不須送達。

訴訟法上關於推事能力之規定。法院之書記官及通譯準用之。但其裁決應由該書記官或通譯所屬法院行之。(五一條)此著以書記官有獨立之職權。通譯有通傳語文之關係。苟有不公平。則於當事人之利害有重大影響。而審判之威信亦不可得而維持也。

疏 蓋所謂通譯者。專指法院之翻譯官而言。(參照二五〇條及法院編制法一四二條)由翻譯官以外之人充通譯者。關於其拒却。準用鑑定人之規定。(二五〇五・三九〇以下)

註一 (Cass.) 氏有言。德國民事訴訟法關於迴避及聲請迴避之規定。對於書記官以其職務之性質上所許爲限。應爲適用。但第四十一條第六號。僅有書記官曾爲推事參與前審。或執行與推事同一之職務。例如曾爲訟費確定。或曾發執行命令之時。(德國訴訟法關於訟費確定決定及執行命令依一九零九年之改正移歸書記官辦理) 可以準用。

註二 Sautter 氏有言。書記官不問有迴避之原因。或迴避之聲請有效。而仍參與於訴訟程序。則與有同一原由之推事參與訴訟發生同一之效果。惟不絕對的爲上訴之理由。及再審之理由。

註三 日本大審院大正三年判例。謂民事訴訟法第三十二條。關於推事迴避之規定。依第四十一條。雖準用於法院書記官。然以書記官在前審曾充書記參與訴訟之一事。不足爲迴避之原因。蓋書記官在前審。僅係以書記官之資格參與。並非爲裁判之人故也。

註四 板倉氏有言。承發吏之職務與推事書記官之職務。其性質殊異。苟許其聲請迴避。債務人必藉迴避爲名。而妨礙執行。故對於承發吏不得聲請迴避。

疏 板倉氏之說。固屬正當。然承發吏於送達時。雖無聲請之慮。而於執行時。則難保其不有損於債務人或債權人之行爲。是亦非無許其聲請迴避之必要也。惟日本民事訴訟法有承發吏負擔賠償責任之規定。故可如此主張之。

註五 修正承發吏職務章程第二十三條規定。承發吏有下列情事。不得行其職務。(一) 本身

或其家屬爲當事人時。(二)與當事人有本案外溯之親屬關係時。(三)與當事人有同一之權利或義務時。(四)於本案爲訴訟代理人或曾爲訴訟代理人時。(五)於本案爲中證或鑑定人受訊問時。

第五章 法院外部之編制

地廣人衆。文化日進。人事極其複雜。訴訟事件。自必加多。欲以惟一之審判機關處理一切之訴訟事件。到底不可能。故現今文明各國。皆設數多法院。分置於國中。以分理各種事件。亦事勢之當然也。然法院既有數多。其相互之關係。不可以不明。所謂法院外部之編制者。即定各法院職務權限之範圍。以明相互之關係者也。

疏 管轄之有無。我條例規定於合意管轄中。(二八條參照)據余所見。此乃對於一切管轄而言。不應位置於合意管轄節中。且此種之應以職權調查。亦屬解釋上當然之結果。甚無規定之必要。本講義提前說明。即爲此意。

法院之職務權限。在訴訟法上稱爲管轄。管轄權之有無。於訴訟成立之條件有關。法院應依職權調查之。(二八條)至管轄權與審判權。則其主要之異點有二。(一)審判權爲抽象的權能。而管轄權則就具體的訴訟事件。在一定範圍內。得以行使審判之權能。故無審判權時。不得有管轄權。而無管轄權時。尚得有審判權。(二)審判權之問題。因法院與行政官廳或其他審判衙門之關係而生。而管轄權之問題。則因法院相互間之關係而生。

疏

管轄與權限之用語。其實質意義。雖相差。不遠。唯權限字樣。無論何人何機關。均可應用。其範圍廣。管字樣。僅言法院之權限耳。其範圍狹。

管轄錯誤之裁判。亦審判之一也。故曰無管轄權。尙得有審判權。此即其適例。

凡以法令定官廳之職務權限。有二方法。一爲分職制。一爲分地制。前者就訴訟之標的以定官廳之職務權限。後者就土地之區域以定官廳之職務權限。法院兼此二者用之。故有事物管轄。有土地管轄。

第一節 事物管轄

事物管轄者。謂一定之事件。或一定之程序。限於一種法院。得以行使審判之權能也。考各國立法。關於民事訴訟之事物管轄。多規定於法院編制法。而我國爲便利起見。則多規定於訴訟條例。統觀法院編制法與本條例事物管轄。在性質上得分爲二。即一。職分管轄。二。訴訟標的之管轄是。

疏

我條例對於事物管轄。乃以訴訟事件爲主而爲之規定。非以法院編制爲主而爲規定。故多規定於訴訟律中。

第一款 職分管轄

職分管轄者。依法院之審級或訴訟程序之種類而定之管轄也。再區分爲二。

疏

關於審級制度。有單級制複級制之二說。(甲)單級制說。主是說者。謂複級制之主旨。不過恐裁判之有誤。然人爲事件。決無絕對無誤之事。故與複數審級而有誤。不如單級制之一次定之。而免受訴累之虞。

(乙)複級制說。主甲說者。既謂多級終有錯誤。然多經一次之審判。其錯誤必較爲減少。又其所謂恐受訴累之虞。則因不累而受不公平之裁判。與受累而得比較公平之裁判。其利害相權。則大有差異矣。現在單級制之學者。殆已絕跡。無有採取之者。

第一 審級管轄 即第一審法院與上訴法院、抗告法院管轄之區別。因經過一審法院審理之

訴訟恐有不當須使階級不同之法院再爲審理。故有審級制度。此種制度之所以設備者。一以保裁判之公正。一以期一國裁判之統一也。現今文明各國皆於上級法院之下置數多之下級法院。以上級法院審查下級法院之裁判。我國現行法律亦認審判有三審級。最初審理訴訟事件者爲第一審級之法院。凡有訴訟事件必須先由第一審法院審理。對於第一審裁判有所不服。乃能向第二審級之法院求其審理。對於第二審裁判再有所不服。乃能向第三審級之法院再求審理。此審級制度之大凡也。茲且進言審級管轄。

一 第一審法院 有二。爲初級審判廳及地方審判廳。（法編原一六條一九條）

疏 訴訟事件。有輕微而應迅速者。有應慎重將事者。前者應適用簡易之程序。後者則否。故審判衙門。亦應分別之。所以第一審法院有初級地方之分。

二 第二審法院 亦有二。對於初級審判廳判決之上訴。及對於初級審判廳裁決之抗告。爲地方審判廳（法編一九條）。對於地方審判廳判決之上訴。及對於地方審判廳裁決之抗告。爲高等審判廳（法編二七條）。

三 第三審法院 即終審法院。亦有二。對於地方審判廳第二審判決之上訴。及對於地方審判廳裁決之抗告。爲高等審判廳（法編二七條）。對於高等審判廳第二審判決之上訴。及對於高等審判廳裁決之抗告。爲大理院（法編三六條）。

第二 本案訴訟外附隨之職務管轄 本案訴訟繫屬之法院。稱爲本案法院。亦稱受訴法院。判決法院。各法院本以審理本案訴訟爲原則。其他尙有管轄者。爲便宜計也。所謂其他職務若何。茲舉於次。

疏 本案者。訴訟標的之謂也。(即原告之主張也。)法院判決書所常用之本案上訴人原告。被告等云云之本案二字。乃此案之義。非本案應有之意義。故現今大理院於用此本案之時。改用本件二字。

甲 特別代理人之選任

疏 此種選任。既非審理。亦非裁判。故與本案無關。就訴訟法言之。代理人有四種。(1)法定代理人。(例如未成年人之父母是。)(2)訴訟代理人。(基於委任關係而生。無論是否律師均可。)(3)法定委任代理人。(如商號之經理是。)(4)特別代理人。(因被告無訴訟能力。又無法定代理人。故由受訴法院代行選任代理人。六二條參照。)上述四種代理人。1。2。3。三種之取得代理資格。均與法院無關。其與法院有關者。僅爲特別代理人耳。故於此僅述特別代理人之選任。

乙 證據保全

疏 證據保全之時期有二。(1)未起訴以前。因有證據調查之必要。而預爲保全者。例如證人將往外國。或病在垂危之時。若不先行訊問。爾後對於該證人即不能訊問。該當事。即有不能利用該證據方法之虞。故許以保全程序。於起訴前。先聲請訊問該證人是。(2)起訴以後。尙未至調查證據之程度。而爲證據保全者。例如因證據方法有滅失之虞。而於言詞辯論前。調查證據是也。此兩種時期之證據保全。均非本案訴訟。故亦屬於法院管轄之其他職務。

丙 和解

疏 和解有審判上之和解(即試行和解。分爲二種。(1)已起訴而試行和解。(2)未起訴而當事人兩造同到法庭試行和解者。)(與審判外之和解之分。此處所謂和解。應僅指審判上之和解而言。因此乃與法院有關。而又與審理裁判相異也。

丁 督促程序

疏 督促程序者。不審問債務人。以使債權人速得執行名義為標的之簡易程序也。簡言之。即監督催促債務人向債權人履行之程序。此程序亦非審判事件。故亦屬其他職務。

戊 假扣押假處分

疏 此為保全債權之程序。假扣押假處分。蓋恐執行時。有執行不能之虞也。例如因債務人浪費財產。增加負擔。或毀損財產。或不利債權人。恐其成為無實力所為之假扣押。又如因債務人所應給付之物毀失或失其所。在。或不能強制執行。或難以執行之虞所為之假處分是也。此種程序。非為審判程序。自亦屬其他職務。

己 公示催告

疏 公示催告者。其公示方法。於一定期限內。催告不分明之利害關係人。使其務為權利之聲明也。此於有某標的存在。而權利主體不分明時用之。既非審判。當然又係其他職務。

庚 禁治產及進禁治產

註一。初級審判廳及地方審判廳之職分管轄在末設初級及地方審判廳地方而有縣知事署者。屬外縣知事署。凡縣知事署。以管轄第一審事件為原則。惟因交通不便等情形。亦許以鄰縣或從前府治之首縣署為第二審或抗告審衙門。不服該鄰縣署或首縣署之裁判者。以高等審判廳為終審衙門。準指各該縣為初訴機關部電。申明上級管轄及地方管轄各支系部節。其在新疆及熱河等特別區域。所有縣知事署之裁判。統以司法籌備處或都統署審判處為第二審或抗告審衙門。屬於地方管轄事件得上訴於大理院。在地方審判處設置較少之省分亦准準照此種特別辦法。統以高等審判廳為縣知事署所為裁判之第二

審或抗告審衙門。縣知事審理訴訟章程三六。審判處規則四。至察哈爾及綏遠都統署審判處。附設有地方庭。其縣知事署所為裁判屬於初級管轄者。以地方庭為第二審或抗告審衙門。而以都統署審判處為終審衙門。（察哈爾審判處附設地方庭辦事章程二。准綏遠審判處變通地方廳管轄令）

註二 外國人為原告之事件。經該外國要求觀審者。雖在已設審判廳地方。亦由地方官衙門受理。如該當事人有不服之時。以外交部特派交涉員署為上訴終審機關。不適用三審制度。（華洋訴訟辦法二。華洋訴訟不適用三審判令）

第二款 訴訟標的之管轄

訴訟標的之管轄者。依訴訟標的之性質及價額而定之管轄也。茲分別言之。

疏

原草案用訴訟物。現行民訴條例。改用訴訟標的。因訴訟之係爭標的。不以有體物為限。其他身分上之權利。無形之權利。亦應包括之故也。

第一 依訴訟標的之性質而定管轄者。

一 依訴訟標的之性質。屬初級審判廳管轄第一審者有五。（二條）

疏

應屬於初級審判廳管轄事件。大要基於下列三種理由。（1）輕微事件。（2）應迅速了結。（3）調查便利是也。

（子）業主與租戶因接收房屋。或遷讓。使用修繕。或因業主扣留租戶之家具物品涉訟者。業主或租戶與轉租人。因以上情事涉訟者。亦同。即業主與租戶或業主租戶與轉租人。

因租賃關係所生之訴訟。以其事件輕微。故屬初級審判廳管轄。

疏

扣留字樣。本與留置同義。唯因留置二字。在民法上。各有一定之意義。故改用扣留二字。又此類訴訟。原告須以房屋。租借關係為其原因。故以租期已滿為原因。提起遷讓房屋之訴者。固屬本款之訴訟。若單以所有權為原因。對於不占有有人提起遷讓房屋之訴。則不在本款規定之列。又不款之訴訟。以關於房屋之買收。遷讓。使用。修繕。或扣留租戶家其物品者為限。故如確定租借關係是否存在之訴。請求租金之訴。及因租戶毀壞房屋而請求賠償損害之訴。均無本款之適用。

(丑) 雇主與雇人因雇傭契約涉訟。其雇傭期限在一年以下者。其契約關係存續之時。

固不待論。即契約關係消滅以後。凡因雇傭所發生之請求權。皆屬此類。蓋以期限在一年以下。則其事件多屬輕微。故亦屬初級審判廳管轄。

疏

例如確定雇傭關係是否存在之訴。請求履行雇傭契約上義務之訴。及因不履行雇傭契約上之義務。而請求損害賠償之訴等。行於雇主雇人之間。而未定有超過一年之雇傭期限者。皆屬之。

(寅) 旅客與旅館酒飯館主人。或水陸運送人。因關於食宿運送所負義務。或寄放行李財物涉訟者。所謂旅客者。限於旅行中之客。若已非旅行。而在一定地方定有居址。則非此所謂旅客也。此蓋以旅客關於其旅行中所提起之訴。苟不迅速斷結。殊多不便。故亦屬初級審判廳管轄。

疏

水上運送人。如船戶是。陸上運送人。如鐵路局。或汽車車票車等皆是。以本款於旅行中所發生之法律關係而涉訟者。不能不迅速了結。以免旅客長途途中。致受訟累。故應屬初級審判廳管轄。蓋初級審判廳。由獨任推事行之。其訴訟程序自較為便捷也。

(卯) 因保護占有狀態涉訟者。即民法物權編所規定之占有訴權。其標的在使相對人

承認其占有。或防止其權利之侵害也。有占有保持之訴。有占有保全之訴。有占有回收之訴。此蓋以就有體物之占有發生訴訟。若關於不動產。則須使附近之法院審理。方為便利。若關於動產。則多有輾轉不明其所在之慮。尤須迅速斷結。方能完全保護占有人之權利。故亦屬初級審判廳管轄。

疏 原告於訴上主張占有權。而不主張本權者。始適用之。占有保持之訴者。謂占有有現受侵害。求法院下排除侵害之裁判是也。占有保全之訴者。謂占有有被侵害之虞。求法院下預防將來受侵害之裁判是也。占有收回之訴者。謂占有已被侵害。(例如已被第三人不法占有是。求法院下收回占有權之判決是也。關於以上三種占有而涉訟者。若不迅速解決。非所以保護占有之道也。故屬初級審判廳管轄。

(辰) 因不動產之界線或設置界標涉訟者。即以所有權、地上權、永佃權為基本。而確定不動產經界之訴訟也。此蓋以確定不動產之經界。多須實地踏勘。且從來之習慣與其狀況。亦唯最近之法院調查便利。故亦屬初級審判廳管轄。

疏 所謂不動產界線之訴訟。指不動產之經界不明。或就經界有爭執時。而未定其界綫所在之訴訟而言。如某段土地。原告有百畝。被告有五十畝。其所有權之範圍已經明確。並無爭執。惟因其界線不明。原告主張自東至西為界。被告主張自南至北為界。或原告主張以某河為界。被告主張以某溝為界。以致兩造發生爭執時是也。故若確定不動產之所有權。如原告求確定某土地主一定之界線為止。屬於自己所有者。不得解為本款之訴訟。所謂設置界標之訴訟。指不動產之經界不明。兩造並無爭執。而求命被告協同設置界標之訴訟而言。故若以負擔設置界標之費用而為訴訟之標的者。不在本款之列矣。

以上六種訴訟。不問其訴訟標的之金額或價額如何。屬初級審判廳管轄。但此非專屬管轄。

以當事人之合意變更亦可。

二 依訴訟標的之性質。屬地方審判廳管轄第一審者有四。此皆事件之應慎重周密者也。

(A) 不服除權判決之訴(六四八條)

疏 既經公示催告。(參前第一款已字疏)而經過一定期限。無人聲明權利時。對其權利不分明之標的物所爲之裁判。即除權判決。但此種判決。真正權利人。若對之不服時。仍得提起不服除權判決之訴。遂有如六四八條之規定焉。

(B) 關於婚姻事件之訴(六六八條)

(C) 關於嗣續事件之訴(六八九條)

(D) 關於親子關係事件之訴(六九三條)

以上四種訴訟。除第一種外。本條例特定爲專屬管轄。自不得以當事人之意思而有所變更也。

此外凡不屬初級審判廳管轄之訴訟。由地方審判廳管轄第一審(二條)

疏 法律於應屬地方審判廳事物管轄之訴訟。有設積極之規定者。如上述自A至D之四種規定是也。第三條乃消極之規定耳。凡非財產權上之訴訟。以及財產權上之訴訟。其標的不合第二條所定性質。而金額或價額又超過第一條所定額數者。皆屬於本條規定之列。應歸地方審判廳管轄第一審。

註 日本東京地方裁判所明治三十五年判例謂房屋之賃貸借契約解除後。請求回復原

狀之訴。依裁判所構成法第十四條第二款第一號規定。屬於區裁判所管轄。又大阪控訴

院明治四十二年判例謂裁判所構成法第十四條第二款第一號之規定。係就本諸賃貸借關係請求遷讓房屋而言。若以所有權爲原因。對於不法占據人請求遷讓房屋及賠償損害。則不在該條規定之列。又東京地方裁判所大正六年判例謂僅關於占有之訴訟。係指以民法所定占有事實爲原因之訴訟。若請求履行寄託物返還義務之訴。不包含在內。又東京地方裁判所大正五年判例謂境界確定之訴。係鄰家因真正境界主觀的或客觀的不明之時。請求以判決明晰現在之境界線而非全然爲新境界線之創設形成爲標的。第二 依訴訟標的之價額而管轄者 凡關於財產權之訴訟。其標的之金額或價額在八百元以下者。由初級審判廳管轄。第一審。此若以八百元以上之事件雖屬重大。而八百元以下之事件多屬輕微故也。但我國幅員廣大。各地經濟狀況不同。故本條例又明定前項所定額數。得因地方情形。以司法部命令減爲六百元或增爲一千元。(一條)

疏

所謂財產權者。對於親屬關係。及身分上之權利而言。凡由財產上之關係所生之權利。(如物權依物權法上之規定而生。債權依債權法上之規定而生者是。)皆稱之爲財產權。至於親權或夫權。皆爲親屬法上之關係。依此關係所生之權利。不得謂爲財產權。但依親屬法上規定之扶養義務。本係一種財產權之性質。不過爲立法上之便利計。乃規入於親屬法中。故以扶養義務爲訴訟標的者。亦爲關於財產權之訴訟。準用第一條之規定焉。

凡以財產法上之請求權。或其他法律關係爲訴訟標的者。皆屬關於財產權之訴訟。此等訴訟不問其訴之種類如何。(給付之訴。或確認之訴。或變更權利之訴。)若其爲訴訟標的之法律關係。關於一定之金額者。(如雇傭向雇主索取工資之訴是。)應依其金額以定應否由初級審判廳管轄。若不關於金額者。(如以房屋之所有權爲訴訟標的。雖無金額之可言。然得以房屋之價額定其管轄是。)則應依其金錢上之價額。以定其應否由初級審判廳管轄。凡財產法上之法律關係。必有金錢上之價額可計算也。自不待言。

我國幅員廣大。經濟狀況因之不一。於是交易上所定之金額價額。相差甚遠。如以八百元爲固定之標準。恐於辦理訴訟。多所窒礙。倘某地之生活程度低。則八百元以下之案件甚多。初級廳之事務。將不勝其繁。反之。若某地之生活程度高。則八百元以上之案件甚多。而地方廳之事務。又不勝其繁矣。若事務分配。既不均勻。則案件之壓積。勢所難免。是以有第二項之規定。冀得平均事務之分配。庶乎訴訟可望敏捷。不致延滯。此亦一調濟之方法也。

訴訟之管轄。既應依訴訟標的之價額而定。則關於價額算定之方法。法律上不可以無明文。據本條例第四條。係適用第五條至第十三條之規定。茲分述於次。

一 訴訟標的之價額。由法院酌量核定。蓋以訴訟標的之種類。不一而足。立法者欲就各種情形。預定適當之法。則不可得而能。故以酌量核定之權。畀諸法院也。但法院之核定。亦不可毫無標準。故本條例又明定。應依交易價額。無交易價額者。依原告就訴訟標的所有之利益計算。至法院因核定價額。以職權或依當事人聲明調查一切證據。自無不可。(五條)

疏 訴訟標的之價額。指權利義務及法律關係之價額而言。法院核定訴訟標的之價額。應以訴訟標的之法律關係之客觀價額爲準。不得以其主觀價額爲準。主觀價額者。指當事人就訴訟標的之利益。專由當事人主觀認定之價額而言。客觀價額者。指當事人就訴訟標的之利益。由一般人一般認定之價額而言。交易價額。乃客觀價額之一種。即指爲訴訟標的之法律關係。於某日。時。處所。在交易上所有一般之價額而言。例如銀行股票。於某時某地。在一般交易上。能售得價額若干是也。凡財產法上之法律關係。必有客觀之價額。但亦有無交易價額者。如祖先之畫像。墳墓。宗譜。及設祖先之牌位等。涉訟是也。故法定以原告所有之利益爲準。但所謂原告之利益。指原告所受之利益而言。而原告就訴訟標的所有之利益。仍須依一般人認爲客觀價額爲準。如以推事於一般人之地位。而依事實上經驗爲核對之標準。若推事不能照普通之事實上經驗而核定者。自應由鑑定人鑑定之。原告與被告關於訴訟標的所有之利益不同者。應以原告所有之利益。以定其客觀之價額。至由當事人一己之感情或其他特別情形。如原告性素嗜好某物。或原告與被告素有惡感。因之對於訴訟標的之利益。認有極大之價額。以欲達其勝訴之目的者。自不能以之爲核定價額之標準。

註一 Conn. 氏有言訴訟標的之評價原則上以一般交易上之價額為準。不可依據買受價金對待給付及純粹之主觀的對人的價額（即所謂感情價額）

註二 Sweeney 氏有言依訴之趣旨。若係請求感情價額或因該訴訟標的與當事人之關係有一般價額以上之特別價額則可以此為評計之準據。

二 訴訟標的之價額以起訴時之價額為準（六條）蓋不如此則起訴以後訴訟繫屬之中而訴訟標的之價額猶不免有變動也。

疏 訴訟標的之價額。既以起訴之時為準。故至起訴後。訴訟標的之價額。縱有增減。於法院之管轄無影響焉。例如起訴時。訴訟標的之價額在八百元以下。應歸初級審判廳管轄。於訴訟繫屬中。雖增加其價額超過八百元以上。仍不失為初級審判廳管轄。若訴訟標的在起訴時。其價額為八百元以上。應歸地方廳管轄者。於起訴後。雖其價格下落至八百元以下。仍不失為地方審判廳管轄是。

三 不問原告為一人或數人若以一訴主張數項標的者將其價額合併計算。但以一訴將利息或其他滋息損害賠償違約金或費用附帶於主訴而主張者則價額不為計算（七條）所謂訴訟標的之價額者在原告主張之範圍內。其訴訟標的的全部之價額也。故以一訴為數項之主張不必問其主張之原因有異與否。亦不必問其原告為一人為數人。可合算其價額而定管轄。但主訴與附帶之訴務必屬於同一法院。庶可免裁判之矛盾。故以一訴將利息其他滋息或損害賠償違約金或費用附帶於主訴而主張者則其各宗價額不為計算。

疏 第七條之不為計算云云。乃絕對不為計算也。換言之。即既不合併計算。又不分別計算也。蓋合併計算。則主訴為初級審判廳管轄者。恒因合併計算之結果。而屬於地方廳管轄。然主訴之管轄。不應因附帶

之訴而受應響也。反之。若分別計算。於均屬初級或地方應管轄時。固無差異。設因主訴與附帶之訴以價額計算之結果。一應屬初級應管轄。一應屬地方應管轄時。則於當事人既多不便。且又恐判決彼此矛盾。故第七條第二項之規定。遂有不為計算云云。

原告一人或數人對於被告一人或數人。以一或數宗訴訟標的者。論其實質雖為數訴。而形式則為一訴。依法律上之規定。將各訴訟標的之價額合併計算。以定其管轄權。惟此項規定。限於應以訴訟標的之金額或價額為定管轄之標準者。始有其適用。故合併提起之數訴中。如有不問訴訟標的之金額或價額應屬初級應管轄者。(此即依舊標準之性質。以爲標準。而管轄者。參照第七條之規定。)不得將其金額或價額合併計算之也。又合併計算之數宗訴訟標的。必在經濟上各自獨立。且其間並無主從之關係者而後可。否則應適用第七條第二項第八條第九條第二項之規定也。

所謂附帶於主訴而主張之者。例如由其爲主訴標的之原本請求所生之滋息。或因債務人不履行其爲主訴標的之債務所生之損害賠償或違約金。或係由關於主訴標的之訴訟所生之費用等是也。

此外有一牽連問題應行解決者。即徵收審判費用是也。依我修正訴訟費用規則規定。凡應合併計算訴訟標的之附帶請求。即應據爲徵收審判費之率。不合併計算以定管轄之附帶請求。即不得據爲徵收審判費之率。此時在第一審時有附帶於主訴之請求未爲計算。經判決後。當事人僅就附帶部分聲明不服。

提起上訴。則其上訴費用究應如何辦理。乃一問題也。若因其第一審不爲計算。遂不徵收。則上訴審全無訟費矣。是奚可者。上訴審雖不能就未經上訴部分徵收費用。但依訴訟費用規則之規定。又不能全不收者。故此時亦得按上訴之附帶部分徵收費用。

註 日本大阪區裁判所大正元年判例謂客觀的訴之併合。其各請求皆係因訴訟物價額而定管轄者。依民事訴訟法第四條之原則。固應合算其價額以定管轄之有無。若其請求

中之一係因價額而定管轄。而其他則僅因訴訟標的之性質而定管轄者。則合算價額之

原因不能適用。祇須受訴法院。就各個請求有管轄權即爲已足。又東京控訴院明治四十

二年判例謂返還定銀與損害賠償之請求均係因債務不履行而發生。其間並無主從之

關係。不得適用民事訴訟法第三條第二項之規定。

四 以一訴主張之數項標的互相競合或應爲選擇者。應依其中價額最高者定訴訟標的之價額。(八條) 所謂數項標的互相競合者。例如使用貸借。貸主對於借主提起訴訟。本於貸借契約請其返還借用之物。同時又恐此項主張無效。復以所有權爲理由。請其返還。或連帶債權人爲共同原告。連帶債務人爲共同被告。提起給付或確認之訴。是所謂數項標的應爲選擇者。例如原告提起訴訟。請判令被告於價值一千圓之房屋或地皮給付其一。是以一訴主張之標的雖有數項。而既互相競合或應爲選擇。是原告並不能全受各項標的之利益。故其訴訟標的之價額。不應合併計算。而依其中最高者定之。至原告應負擔之反對給付。與原告確定權利提起訴訟之事。並無關涉。不能從訴訟標的之價額中扣除。惟原告就反對給付。並求確定其額數者。則此反對給付之義務同爲其訴訟標的。應依給付中價額最高者。以定其訴訟標的之價額。(九條)

以一訴主張之數個訴訟標的。非屬在經濟上各自獨立之法律關係。而互相競合或應爲選擇者。原告在經濟上只能受某一法律關係之利益。故不應依第七條第一項規定。合併計算其價額或金額。以定管轄。而應依其中一訴訟標的之價額或金額定之。若其訴訟標的之價額或金額不等。則應依其最高者以定其管轄焉。

訴訟標的之價額。爲原告所主張或不認之法律關係之價額。非可以原告實際應受之利益爲核定價額之標準。故原告對於被告所負擔之反對給付。於該定價額時。不得從訴訟標的之價額中扣除。例如買主對於賣主。以訴請求交付所買物品時。不得由該請求之價額中。扣除買主所應支付之代價。而以除額爲訴訟標的之價額是也。若原告併求確定反對給付之額數。則原告關於反對給付之義務。與其對於被告之請求。同爲訴訟標的。自不得分別論其價額。惟以兩種訴訟標的。居於對待之關係。不應依第七條第一項規定合併計算其價額。而應以其中價額最高者定訴訟標的之價額。學者宜注意之。

四 因擔保債權涉訟者。其訴訟標的之價額。以債權之額爲準。但以物權爲擔保者。若其物之價額少於債權之額。則以其物之價額爲準。(十條) 債權之擔保本所以確保債權之額。故其訴訟標的之價額。應以債權之額爲準。惟訴訟之標的爲擔保物權而物之價額比債權額爲少。自應依其物之價額以爲算定。蓋以原告就擔保物權所有之利益。僅與其標的物之價額相當故也。

疏 因擔保債權涉訟。指以保證債務・擔保物權。或以應立保證人。或設定擔保物權之義務爲訴訟標的者而言。故如確定保證債務。或擔保物權有在與否之訴。容許擔保物權之訴。請求履行立保證人。或設定擔保物權之義務之訴。及確定此義務存在或不存在之訴。皆所謂因擔保債權涉訟也。此等訴訟。應依該債權之金額。債權非係金錢者。應依該債權之價額。以定訴訟標的之價額。因原告就擔保所有之利益。不能逾於所擔保之債權額故也。若擔保僅關於債權之一部者。其訴訟標的之價額。自應依債權金額之一部或債權一部之價額定之。計算債權之價額時。應準用第五條第六條及第七條第二項之規定。又計算債權價額時。不得斟酌其因擔保所增加之價額。以擔保物權爲訴訟標的時。原則上雖應依債權之額定訴訟標的之價額。但物權之標的物之價額。若少於債權之金額或價額者。則應如講義內云云辦理。若爲訴訟標的之擔保物權。其標的物上有在優先順位之其他擔保物權者。則其價額爲扣除他擔保物權所擔保之債權金額或價額後之餘額。故應以此餘額爲訴訟標的之價額。

註 日本大阪控訴院大正二年判例。謂詐害行爲撤銷訴訟之價額。應依債權人請求撤銷之利益之程度。若依請求撤銷之法律行爲。而爲讓與之標的物之價額。比債權人之債權額爲多。應依其債權之額。反之而其標的物之價額。比債權額爲少。則應依標的物之價額。因地役權涉訟者。其訴訟標的之價額。以需役地因所增之價額爲準。但供役地所減價額

多於需役地之所增者。以所減價額爲準。(十一條) 地役權者。爲利用自己土地而使用他人土地之權利也。凡訴訟標的爲地役權之時。必有二種之土地存在。本條例所以如此規定者。蓋以此時於土地所有權並無關係。惟就地役權之存否廣狹互相爭訟。若需役地因設定地役所增加之價額爲多。則此增加額爲需役地所有人之利益額。與供役地所有人無關。以爲標準可也。若供役地所減少之價額爲多。則此減少額爲供役地所有人之損失額。此時之訴訟。必係因供役地所有人欲行拒絕。需役地所有人欲爲設定。故於損益之關係上。以其爭額之多額爲標準也。

疏

因地役權涉訟者。如確定地役權存在或不存在之訴。或確定有無設定地役權之義務之訴。及請求設定地役權之訴皆屬之。此等訴訟。其訴訟標的之價額。以需役地因地役所增之價額爲準。例如需役地之價額。原爲二千元。因設定地役權增至二千二百元。則以其增加之二百元爲訴訟標的之價額。若供役地因設定地役權所減少之價額。比需役地所加之價額爲多。則以其減額爲訴訟標的之價額。例如供役地之價額。原爲二千元。因設定地役權減至一千五百元。則其減額爲五百元。比需役地所增加之二百元爲多。即以其減額爲訴訟標的之價額。故不問由需役地所有人起訴。或由供役地所有人起訴。均應於需役地所增價額及供役地所減價額中。依其多者以定訴訟標的之價額。第五條第二項所定核定訴訟標的之價額。應以原告所有利益爲準之原則。於此受一限制矣。

六 因地上權、永佃權或其他賃借權涉訟者。其訴訟標的之價額。以一年租息額之二十倍爲準。但爭執期內之總額少於二十倍者。以其總額爲準。(十二條) 地上權、永佃權、爲物權。賃借權爲債權。凡因此等權利涉訟。其價額以一年租息之二十倍爲準者。蓋以各國法律上所規定之利率。以每年五釐爲適中。地租賃費之性質。與利息相同。利息二十倍。既視與元本之

價額相當。則租息額二十倍。亦與使用土地之價額賃借物件之價額相當也。惟爭執期內之總額少於二十倍者。則原訴訟標的所有之利益。僅可認為與期內租息之總額相當。故須依其總額以定訴訟標的之價額。

疏

所謂因地上權。永佃權。或其他賃借權涉訟。凡訴訟之求就此等權利存在與否為裁判者皆屬之。故除確定此等權利存在或不存之點而外。如請求容許使用。接收或遷讓賃借物之訴。以賃借權之存在或不存為其請求之基礎者。亦在本條規定之列。所謂租息者。非專指以金錢為限。即如非金錢之租穀等。亦應包括在內。草案用租金二字。新條例改為租息二字。實較為妥善。

地上權者。於他人土地上建造工作物。或種植竹木而使用其土地之權利也。永佃權者。支付佃租人於他人土地上為耕作或牧畜。而利用其地之權利也。賃借權者。當事人之一造。約定使相對人使用某種物件或收取利益。而相對人約定支付其報酬之權利也。爭執期者。即依原告以訴所主張者定之。並不以被告有爭執為必要也。所謂在爭執期內之總額少於二十倍者。例如賃借合同。以十五年為限。則合計權利人應得之數。不及一年之二十倍。顯然可見。假令權利人絕未受取租息。則應以十五年之額為訴訟物之價額。或已受取若干。則以其餘額所應得之數為訴訟之價額是也。

以一年租息額之二十倍為準。就管轄言。固無所謂不當。惟準此以定訟費。則有不利於原告者矣。例如房屋之租息額每月五元。以一年之二十倍為準。即為一千二百元。依此徵收訟費。則三審之費用。必達百元以上。房主所入之租金甚微。而訴訟之所費不貲。非合於訴訟救助之條件者。不能適用訴訟救助之辦法。是一困難也。因與大理院於租房未定期間。房主限期另遷之情形。有依預告期內之租金定其管轄之解釋。所以輕訟費蘇民困也。此條規定。仿自德國立法。在德國已因事實上發生上述之困難。故德國學者 Heilmann 亦有與我大理院相同之解釋。

註

大理院民國十年解釋例謂房屋租賃契約有承租之性質。或訂有期限尙未滿期。而業主聲明解約。訴請遷讓者。應依呈准暫行撥用之民訴律草案第十一條定其管轄。並徵收審判費用。其未訂期限而於解約無爭。或已訂期限而業經滿期。業主聲明解約。訴求遷讓者。應依該草案第二條第二款定其管轄。依第五條由審判衙門酌量徵收審判費用。其未

訂期限而於解約有爭。業主聲明解約訴求遷讓者，應依預告期限之租金定其管轄。並徵收審判費用。蓋該草案第十一條既規定預告期內遷讓人收入之租金總額若少於二十倍。以其總額爲準。則租賃契約未訂期限。又非有永租之性質者。即係就預告期限之能否遷讓以爲爭執。自應以該期限內租金總額定之。至所謂預告期限。如各該方有慣例。應以慣例爲準。

七 因定期給付或定期收益之權利涉訟者。其訴訟標的之價額。以一年收入之二十倍爲準。但其權利存續期內。將來應收入之總額少於二十倍者。以其總額爲準。(十二條)定期給付者。終身定期金。及法律上。契約上之扶養費等是也。定期收益者。定期伐木。定期採礦等是也。若就其給付或收入已經到期之額而訴求履行。則不在本條規定之例。

疏 定期給付者。言本於同一法律關係。應經時逐次而爲之同種給付也。定期收益者。言本於同一之法律關係。應經時逐次而爲之收益是也。因定期給付或定期收益之權利涉訟。指約定此等權利存在或不存。在及請求履行將來之定期給付。或對於定期收益之給付等訴訟而言。推定期給付或收益之額。與爲給付或收益之時期大體已一定者。始得適用之。否則。無從計算一年之收入額故也。

所謂就其給付或收入已經到期之額而訴求履行不在本條規定之列者。因給付或收入既已到期。則其給付或收入之價額當有一定。而當事人僅就此到期之分部訴求履行。此時應適用第五條之規定。自無本條規定之適用也。

註 日本東京地方裁判所大正六年判例。謂關於請求異議之訴。係以排除強制執行爲宗旨。其訴訟標的之價額。應依得爲執行之請求金額定之。非可依現實受執行之扣押物之

價額定之又東京區裁判所大正三年判例謂恩給證書非財產的物體在證明恩給權人有受恩給之公資格。故凡請求返還恩給證書訴訟不能認財產權上之請求。其訴訟標的之價額應視為百元又東京區裁判所大正六年判例謂當事人請求一定給付。若給付不能即請求其物之價額之時。其訴訟標的之價額應依給付之價額定之。

第二節 土地管轄

土地管轄者因土地區域而定之法律之管轄也。即依事物管轄得有審判權之同級法院中。從土地區域而限定行使審判權之範圍也。蓋以確定事物之管轄。則多數訴訟尙不能為圓滿之分配。故法院之土地管轄不可以不定。此種管轄由法院觀之。為一種權限。由人與物之服從於土地審判權觀之。則可謂為一種屬籍。此訴訟上所具有審判籍之名稱也。

疏

就我條例言之。管轄共分四項。(1)事物管轄。(2)土地管轄。(3)指定管轄。(4)合意管轄。就此四種管轄中。(3)。(4)之規定。均係以事物管轄土地管轄為基本。所為之規定。但土地管轄之規定。又係

基於事物管轄之標準而來。蓋因事物管轄之規定。僅指明何者應以地方為管第一審。何者應以初級廳管第一審。而某某案件應以於某處初級廳管轄。某某案件應屬於某處地方廳管轄。尙未有規定。故於事物管轄之次。設土地管轄之規定焉。

考各國立法例。尙有以事物管轄之一部分規定於法院編制法中者。前已言之矣。但土地管轄。則全係規定於訴訟法中。蓋因事物管轄。尙與法院之編制關係甚切。而土地管轄。則與法院之編制無關故也。

民事訴訟法所規定之土地管轄。本其所由而生之原因。可分為三。

第一 管轄原因本於被告與法院管轄區域之關係者。由此關係所生之土地管轄。稱為普通審

判籍。亦稱普通人的審判籍。

第二 管轄原因不於訴訟標的與法院管轄區域之關係者。由此關係所生之土地管轄。稱爲特別物的審判籍。

第三 管轄原因本於被告與訴訟標的及法院管轄區域之關係者。由此關係所生之土地管轄。稱爲特別人的審判籍。

第一款 普通審判籍

普通審判籍。即普通人的審判籍。其轄被告普通訴訟事件之區域也。凡一切訴訟。除有專屬管轄之規定外。均由被告普通審判籍所在地之法院管轄。(一四條)此所以保護被告之利益也。茲區分自然人與法人說明於次。

疏 就民事訴訟法中之原被告言之。原告可謂爲積極之當事人。被告可謂爲消極之當事人。因民事訴訟由原告而發動故也。則此則不能不令原告多費時間勞力矣。訴訟中固有因被告之侵害權利而起訴者。唯起訴之際。尚難確定原告之必勝訴。因之普通審判籍。應依被告之所在地爲準。而其所以設此規定者。蓋防原告有濫訴之弊。並保護被告有奔走之勞也。專屬審判籍者。限於唯一之法院。專爲管轄之審判籍也。其詳俟後論之。

第一 自然人之普通審判籍。 自然人之普通審判籍。依住址定之。(一五條一項)凡被告住址之所在。即其普通審判籍之所在。此普通審判籍。所以必據被告住址而定者。蓋以據原告之住址。則原告不免常以不必要之訴訟對於被告提起。被告將不勝其煩。且無論何人。在未受審判

以前。對於他人無何等之負擔。此為原則。若當曲直未定之先。原告得呼喚被告於彼住址所在之法院而來受訴。亦甚非公平之道也。至住址何在。依民法或其他法令之規定而定。如有爭議。應由法院決之。但關於疑難之情形。訴訟法上亦就可以視為住址之地所特設規定。

疏

住址之主義有二。(1)一住址主義。(2)數住址主義。一住址主義較當。本案採之。住址之意義約分為二。(1)以生活本據之地為住址。法·意·日本·立法例採之。(2)以有永住之意思。住於一定之處。即為住址。德國·瑞士·英·美·之立法例採用之。羅馬法。住址須具備二條件。即(A)居住之事實。(B)永住之意思是。至其居住之暫久。在所不問。第二說之意義。乃繼受羅馬法而稍變更之者。我大理院判例採用之。

按各國立法例。關於住址之規定。既有採一住址主義及數住址之別矣。然不論其採用何種主義。亦不問其人之住址在中國抑在外國。均應以住址之所在地為其普通審判權之所在地。若被告無住址或住址不明時。則民法上所定之補充住址。(參民法草案四十四條)在訴訟法上亦同視為住址。

甲 於中國及外國現無住址或住址不明之人之住址 於中國及外國現無住址或住址不明者。以其在中國最後之住址視為其住址。(一五條二項)蓋以此等人既無住址可據。苟不特設規定。則欲為原告者。將無提起訴訟之地也。

疏第十五條第二項之規定。以最後住址補充住址不明之窮。唯並無最後之住址時則將如何。不無疑義。考他國之立法例。於此種情形。則由法院指定住址為其住址。其條例於此並無規定。蓋因指定亦漫無標準故也。

乙 在外國不服從該國審判權之中國人之住址 在外國不服從該國審判權之中國人。於中國現無住址或住址不明者。以在中國最後住址視為其住址。無最後之住址。或最後之住址不明者。以外交部所在地視為其住址。(一五條三項)蓋以訴訟法既就現時各人之住址

以定審判籍。則現在外國供職而無住址可據或住址不明之人。自不可無特別之規定也。

疏 對於在外國不服從該國審判權之中國人。如中國駐外公使及其家屬等。既不能向外國法院起訴。自不可不使其在中國有普通審判籍也。於中國現無住址或住址不明者。如生長於外國之中國人。後經任命為公使或公使館之辦事員者是。

第二 法人普通審判籍

子 公法人 公法人之重大者為國庫。凡國庫之普通審判籍。依代表國庫為訴訟之衙門所在地定之。(一六條一項前段)所謂國庫者。國家為財產權主體活動之一方面也。凡國家為財產權主體之時。即不免為被告。故不可不規定其普通審判籍。以使欲為原告者有起訴之地。至國庫外一切公法人之普通審判籍。則依其公務所在地定之。(一六條一項後段)所謂國庫外之公法人者。如自治團體等是。

疏 國家有公的資格。有私的資格。公的資格。指行使公權而言。私的資格。指行使權利而言。以公的資格活動。則其力無與比倫。以私的資格活動。則為權利之主體。與私人無異。故為公法人之國家。於經濟上亦為私權之主體。受私法之支配。國之即有時不為民事訴訟之當事人矣。例如建築官署。因建築費或工程與承攬人有所爭執。即由國家為原告或被告是也。國庫以外之公法人。如各自治團體是。此等公法人。以私權之主體被訴時。其普通審判籍。依其公務所在地定之。

丑 私法人 私法人及其他得為訴訟當事人之一切團體。其普通審判籍。依總事務所所在地定之。(一六條二項)私法人者。不論其標的在營利與否。法律特認為法人者是。凡民法上之社團法人與財團法人。其得為訴訟當事人固毫無疑義。惟社團財團之不成為法人者。則

須法律有明文規定。方得爲訴訟當事人。此私法人及他得爲訴訟當事人之團體。與公法人不同。其普通審判籍不可不別爲規定也。

疏 私法人。如民法上之財團法人。社團法人是。其他得爲訴訟當事人之一切團體。如在法律上不認爲法人。而實際上有其團體存在者是。其普通審判籍。在實體法上無人格。而在訴訟法上則有人格。故學者主張此種團體爲形式上有人格。而實體上無人格者。無論其爲私法人。及雖非法人而依法律之規定得爲訴訟當事人之一切團體。其普通審判籍。均依其總事務所所在地定之。總事務所者。謂其爲主之事務所。於此爲最高之指揮者也。

註 在德國法律。關於商事公司。例如合資公司。有無人格而得爲訴訟當事人之規定。

第二款 特別物的審判籍

特別物的審判籍與人的審判籍不同。非以被告入爲標準。係因各訴訟標的與法院管轄區域之關係而定者也。茲分別言之。

疏 規定特別審判籍之理由果何在耶。約言之。不外下列二理由而已。即(1)便於原告起訴。(2)便於法院調查是也。

第一 不動產之審判籍

甲 因不動產之物權或其分析或經界涉訟者。專由不動產所在地之法院管轄。(二五條一項) 所謂因不動產之物權涉訟者。如關於不動產本權之訴與占有之訴是。所謂因不動產之分析涉訟者。如關於共有物分析之訴是。所謂因經界涉訟者。如關於鄰接地間之設置境界及支出負擔之訴是。此等訴訟。所以專由不動產所在地之法院管轄者。蓋以其與不動產

所在地之法院。有不可分離之關係故也。

疏

不動產之審判籍。專由不動產所在地之法院管轄者。其理由(上)因不動產所在地之法院。就關於不動產之訴訟便於調查一切情形。(2)因事關構成中國領土之不動產。其審判權常應保留於中國法院。

。不可使外國法院干預之也。

關於不動產上物權之訴。凡主張不動產所有權或占有權。或主張不動產物之擔負。·(如主張地役權地上權實權抵當權定)或主張不動產物之擔負消滅之訴者皆是。不動產分析之訴。依民事審判分析共有不動產之訴是。又境界之訴。從民律乃以確定土地疆界為宗旨之訴也。支出擔負。指因設界標所負擔之費用。以訴命其支出是也。

註 日本大審院明治三十六年判例。謂民事訴訟法第二十二條所謂不動產上之訴者。係

指關於不動產物權之訴訟而言。因土地收用請求補還金之訴。不包含在內。又東京地方裁判所明治四十五年判例。謂不動產上之訴者。係因物上請求權之行使之訴。非為債權效果之請求權之行使之訴也。

乙

因地役權涉訟者。專由供役地所在地之法院管轄。因所有權界限涉訟者。專由負擔地所在地之法院管轄。(二五條二項)前者如就地役權之存廢有無有所爭執。而提起訴訟之時。是後者如為限制所有權之內容。而提起訴訟之時。是前者因供役地之利害關係較多。故專屬供役地所在地之法院管轄。後者因負擔地所有人之利害關係較重。故專屬負擔地所在地之法院管轄。

疏

所謂為限制所有權之內容而提起訴訟云者。如求定界線。或設置界標之訴訟。及關於使用。或通行鄰地。放水。設堰。與關於設置圍障。或剷除竹木之訴訟是也。

本款規定。乃指管地之供地及管地人所有地不在同一法院管轄區域內者。始適用之。若管地之供地及管地人所有地不在同一法院管轄區域內者。始適用之。

註 德國民事訴訟法第二十二條。關於管地之主張。所有權或物件之負擔。或其負擔之解除之訴。經界之訴。分界之訴。及管地之訴。以關於不動產為限。專由其物所在地之法院管轄。關於地役或土地負擔。或管地之訴。依供役地或負擔地之位置而定。

丙 對於同一被告。以債權及擔保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。(二六條) 例如債權人對其債務人有金錢債權。且有擔保此債權之抵押權。當其因請求履行債務涉訟。並以抵押物之保存方法不良而牽連及之之時。是此所以得合併於不動產所在地之法院管轄之。善以其訴訟標的既有主從關係。應使合併法訴於同一之法院。庶管理款項。為便利也。

疏 限於同一被告者。不可對其供地及管地一人提起關於擔保物權之訴訟。而以他人為共同被告。對之提起確實債權或金錢債權之訴訟。其訴即不合法。應使合併提起者。即言不可單就債權在不動產所在地之法院管轄。是也。例如甲借乙一千元。乙以房屋作抵押。甲因乙不履行債務。得將請求履行債務之訴。及抵押管轄之訴。合併向不動產所在地之法院提起之也。

丁 因不動產所有。或占有人分應負擔之債務。或不動產所受損害之賠償。或收用。與使用土地之補償涉訟者。得由不動產所在地之法院管轄。(二七條) 所謂因不動產所有人或占有人分應負擔之債務涉訟者。如因不動產之設置保存不良。致他人受有損害。其被害人對於所有人或占有人請求賠償之訴。是所謂因不動產所受損害之賠償涉訟者。如因故意

或過失毀損他人建築物，其被害人對於加害人請求賠償之訴是。所謂因收用與使用土地之補償涉訟者，如興辦工事收用或使用他人之土地致生損害，其土地所有人對於興工人請求補償之訴是。此等訴訟與不動產上之權利，非有直接之關係。論其本來性質，似不應以不動產所在地而定其審判籍。但此等訴訟與不動產上之權利有牽連之關係，由不動產所在地之法院管轄，其調查較為容易，其執行亦較為便利也。

〔疏〕

不動產所有人或占有八分應負擔之債務。因所有人或占有有人，以其所有人或占有人之資格。而後始有此種債務。若喪失其資格，即無此種債務矣。如租戶（占有有人）對於房屋所加必要修繕之費用。向房主（所有人）請求償還。則所有人對於占有有人，即有償還之義務。此義務係本於所有人之資格而生。如所有人將房屋轉讓，則租戶與地租所有人請求償還費用。

註 日本大審院大正二年判例。謂採伐木材之運搬扣留及損害防止之訴，得於不動產之審判籍提起。

第二 債務關係之審判籍

子 契約之審判籍。因確認契約是否成立或因契約之履行或解除，或因不履行請求損害賠償違約金減價或補充瑕疵涉訟者。若當事人曾經訂定債務之履行地，得由該履行地之法院管轄。（一一條）所謂因確認契約是否成立涉訟者，即請求法院宣告契約成立不成立之訴是。所謂因契約之履行涉訟者，即債權人據契約之本旨請求履行債務之訴是。所謂因契約之解除涉訟者，即解除契約而請求回復原狀之訴是。所謂因不履行契約請求損害

賠償或違約金涉訟者。即債權人因債務人違背契約而請求賠償損害。與請求違約金而提起之訴。是所謂因減價或補充瑕疵涉訟者。即債權人因為契約標的之財產權有一部欠缺。請求減少價額之訴。與因契約標的物有瑕疵。請求補充之訴。是此等訴訟。於履行債務地之法院行之。實際上較爲便利。惟此債務履行地。須當事人間曾有訂定。此所以保護債權人也。

疏

債務之履行地。有二立法例。(1)以債務人之住址爲履行地。(2)以債權人之住址爲履行地。於此有應注意者。即(1)債務之履行地。以當事人曾經訂定者爲限。至法律上之履行地。(即民法

上規定當事人無特別訂定時之債務履行地。(參民律三四五條)不得據以認爲本條之審判籍。在雙務契約。若就各當事人負擔之債務。訂定互異之債務履行地者。即有兩處之履行地。審判籍。(2)關於

於其契約標的之法律。行爲所生債務關係。無本條之適用。所謂確認契約是否成立涉訟者。並非指有無締結契約之事實之謂。蓋因僅求確認此項事實。決不能提起訴訟。以爲實問題。不能以訴訟標的依也。所謂因契約之解除而涉訟者。並非指求確定當事人所爲之意思。示是已生效力之訴而言。因此訴應解爲確認契約是否成立之列故也。

註一 SCHEFFER 氏有言契約之撤銷無效及因解除條件成就結果所生返還請求之訴。亦

適用本條。

註二 日本大審院大正二年判例。謂民事訴訟法第十八條所稱訟爭義務之履行地。在因契約不履行而請求賠償之訴。即係指該契約上義務之履行地而言。其因買主不付價金而提起賠償之訴者。若其交付賣品之地與支付價金之地不同。則應以支付價金之地爲特別審判籍所在地。蓋在此項雙務契約。其各債務之履行地不同者。依民事訴訟法第十八條規定。固得有二個之特別審判籍。然以不付價金爲訴訟之原因者。其訟爭之義務既

僅爲支付價金而非交付賣品則依該條規定自祇得向支付價金地之法院起訴。又大阪控訴院大正二年判例謂民事訴訟法第十八條規定因不履行契約而請求賠償之訴得於訟爭義務履行地之法院提起。所謂訟爭義務後之履行地仍係指契約上義務之履行地而言並非於本來契約上義務之履行地以外別認賠償義務之履行地爲特別審判籍。蓋此項賠償義務與本來契約上之義務原非別種獨立之義務決無別生一審判籍之理。且若互異其管轄法院則法院與當事人均須耗費無益之時間費用甚爲不便。

丑 票據之審判籍 因票據有所請求而涉訟者得由票據支付地之法院管轄。(二二條)
 此即因請求履行票據義務而提起之訴訟是若票據義務人有數人之時得爲共同被告而一併起訴。其所以定支付票據地之法院爲管轄法院者蓋該法院審理此種訴訟調查較爲容易可以迅速了結也。

〔疏〕所謂支付地者包括票據上所記載之支付地及票據上無記載時法律上之支付地兩種而言。以票據上之債務爲標的之訴訟。若其備證書訴訟之條件者亦得依證書訴訟程序提起。但無論其爲通常訴訟程序。抑爲證書訴訟程序。均由其債務支付地之法院管轄。
 票據乃流通之物。自應迅速了結。方合於票據之效用。故由票據支付地之法院管轄。以期其迅速了結也。

寅 社團之審判籍 公司或其他團體對於團體員或團體員對於團體員於其團體員之資格有所請求而涉訟者得由該團體普通審判籍所在地之法院管轄。(二二條一項) 此種

特別審判籍之所由生。其時有二。(一)由公司或其他團體對於團體員之時。(二)團體員相互之時。但無論何時。須於其團體員之資格有所請求。此則其共通之條件也。此等訴訟。惟該團體普通審判籍所在地之法院調查一切。較爲便利。故該法院爲管轄法院。其團體或團體員對於團體辦事員。或曾爲團體員之人有所請求而涉訟者。與此等情形相同。亦應準用此項規定。使其利用此種特別審判籍。(二三條二項)

釋 寅款所述。乃以有團體員之資格。並使團體員之資格爲限。苟非以團體員資格有所請求。則不適用于本條。因是另一法律關係故也。例如甲團體員之財產貸與團體。此係私人間之借貸行爲。與此情形迥異。又如因特別之法律行爲或不法行爲所負之義務。非本於其團體員之資格所負者。亦不得就該義務。在該團體普通審判籍所在地之法院起訴是也。又爲訴訟之被告者。以團體員(或其繼承人)爲限。若以團體爲被告。則無本條之適用。所謂團體之普通審判籍。見第十六條規定。所謂由公司或其他團體對於團體員之時云者。如請求繳納股金之訴是。所謂團體員相互之時云者。如將某團體員除名之訴是也。團體員有對於團體員連帶責任。而不以所出之資爲限者。則團體員一人。有對於債權人支出全部債款之時。其支出債款之團體員。對於其他負連帶責任之團體員。得以求償。而其他團體員既亦係負連帶責任。則雖脫離團體之後。亦不免有受人求償之時。此對於曾爲團體員之人有所請求之例也。又如股分公司要求辦事員交出報告營業書。即對於辦事員有所請求而涉訟之例也。

卯 管理財產之審判籍。 管理人對於本人。或本人對於管理人。因管理財產上之請求涉訟者。得由管理地之法院管轄。(二三條)此即管理人因委任契約管理事務。或其他法律上之規定。管理本人財產。以致發生訴訟之時。是此種訴訟。於管理地之法院行之。較爲便利。所謂管理地者。實施管理行爲之地也。

疏

因財產管理上之請求而涉訟者。指以本於財產管理所生法律關係爲標的之訴訟而言。如請求計算報告書。請求償還費用。(管理人因管理財產所支出之費用。得向本人請求償還。)或請求解除管理關係之訴(如本人不願管理人管理其財產。或管理人自願辭去管理是。)是也。不問其管理之原因本於契約者。(如因旅行遠地。不能自理其財產。而以委任契約委任他人管理是。)或不於法律上之規定者。(如父對於子。或夫對於妻之財產。於法律上有管理之義務是。)亦不問其管理之繼續中或業經終竣。均得由管理地之法院管轄其訴訟。然其爲訴訟之當事人。則須一爲本人他遺爲管理人。(或管理人本人之繼承人。)如有一遺爲第三人時。即不能適用之矣。

所謂管理地者。指實行管理。即管理行爲之中心地而言。不問其是否財產所在地。或是否管理人住址地也。例如本人之財產不只一處。有在甲地者。有在乙地者。如爲一人管理財。則以其實行管理行爲之中心地爲其管理地。至管理人之住址或本人之財產。縱在某地。但非實行管理之中心地。即非管理地也。

辰 不法行爲之審判籍 因不法行爲有所請求而涉訟者。得由行爲地之法院管轄。(二四

條) 此即因民法所謂不法行爲所生之損害賠償而提起訴訟是。凡以故意侵害他人權

利之行爲。固不待論。即以過失侵害他人權利之行爲。亦包含在內。其所以定行爲地之法院爲管轄法院者。蓋該法院調查證據。有種種之便利也。

疏

所謂不法行爲地者。例如甲之住址。原在北京。因往西山行獵。偶因誤人爲獸。將人打死。此時原告應向在西山之法院起訴。不必赴北京法院起訴是也。

行爲地包括實施行爲地及行爲效果發生地而言。例如某甲作製文書。毀壞乙之名譽。在A地著作印刷。而在B地發行時。則A地爲實施行爲地。B地爲行爲效果發生地是也。其行爲地有數處者。即有數

個之審判籍。(三三條參照)

在刑事責任。故意過失之行爲。有輕重處分之差異。而在民事責任。則二者之負責相同也。此外有應

注意者二點。(一)所謂不法行爲。不包括不履行債務在內。蓋不履行債務。以廣義言之。亦爲不法行爲之一種。而於此處竟不包括在內者。因不履行債務。另有特別審判權辦理。且就債權編觀之。不履

行債務規定於債權之效力章中。而不法行爲。乃規定於侵權行爲章中故也。(2)如不法行爲有牽連刑事責任者。於刑訴中附帶提起私訴。本爲法所許可。惟此時則應以公訴之管轄定之。不能適用本條之

第三 承繼事件之審判籍

A 因確認承繼、回復承繼、分析或分離遺產、或因遺留遺贈及其他因死亡而生效力之行為涉訟者。得於由承繼開始時。被繼人普通審判籍所在地之法院管轄（二八條一項）所謂因確認承繼涉訟者。如請求法院以裁判確定其為承繼人之訴是。所謂因回復承繼涉訟者。如請求法院確定其為承繼人且對於自稱承繼人所占有之遺產。令其交付於己之訴是。所謂因分析遺產涉訟者。如請以遺產分授於數承繼人之訴是。所謂因分離遺產涉訟者。如請求分離承繼人自有財產與被繼人所遺財產。由承繼人之債權人或被繼人之債權人或受遺人所提起之訴是。所謂因遺留涉訟者。如承繼人請求遺留財產時所發生之訴是。所謂因遺贈涉訟者。如受遺人請求遺贈實施之訴與承繼人請求撤銷遺贈之訴是。所謂其他因死亡而生效力之行為涉訟者。如因遺贈以外之遺囑而為提起之訴是。此等訴訟。所以由承繼開始時被繼人普通審判籍所在地之法院行之者。蓋以其調查較為便利也。

疏

回復繼承者。即自己所有繼承權已被他人侵占。而請求回復其繼承權之謂也。若確認繼承。不過就未開始之繼承事件。有所爭執。而請求確認耳。故二者不同。請求分離遺產者。為保護雙方債權人之利益計也。蓋承繼人所負債務。係以承繼人之財產作擔保。被繼人所負之債務。係以被繼人之財產作擔保。若承繼人之財產較被繼人之財產為多時。不使分離。則於承繼人之債權人不利。反之。若較被繼人之財產為少時。則又於被繼人之債權人不利矣。有時被繼人之財產雖不少於承繼人之財產。或反較承繼人為多。然其所負之債務。超過其所有之財產。苟為合併。於承繼人之債權人亦不利也。反之。

則又於被繼承人之債權人不利矣。故應使其分離。而予雙方債權人以起訴之權也。

被繼承人爲中國人。當承繼開始時。於中國無住址。或住址不明者。以其在中國最後之住址。視爲其住址。無最後住址。或最後住址不明者。以外交部所在地。視爲其住址。（二八條二項）此蓋以被繼承人既爲中國人。且須據中國法律以審判其法律關係。苟不別定審判籍。則無提起訴訟之地也。

疏

既非外交事項。何以應以外交部所在地定管轄耶。因此時與外人涉訟。應歸外交部管理故也。

B

因遺產之負擔涉訟。其遺產若有在前條所揭法院管轄區域之內。得由該法院管轄。（二九條）此即被繼承人死亡後。承繼人與遺產債權人。就遺產所生法律關係。而提起之訴是。凡被繼承人所遺財產之負擔。當由所遺財產中支付。故以其遺產有在前條所揭法院管轄區域之內爲限。得於該法院起訴。其所以限於此者。蓋以此種特別審判籍之所由設。係因與遺產有關係之事物。多在被繼承人普通審判籍所在地。使其地之法院審理。有特別之便利也。

疏

因遺產之負擔涉訟。指關於被繼承人在繼承開始前所負義務。或因被繼承人之喪葬及因管理遺產或執行遺囑所生債務或費用等。以承繼人爲被告之訴訟而言。此等訴訟。亦得向承繼開始時被繼承人普通審判籍所在地之法院提起。但有一條件。即須遺產全部或有一部在該法院管轄區內是也。在管轄區內之遺產。若經承繼人讓與於人。或承繼人有數人已將遺產分析。即失其遺產之性質。此審判籍當歸於消滅。

第四

牽連事件之審判籍

即就一訴訟事件有管轄權之法院。管轄與其事件相牽連之訴訟

事件也。

一 訴訟代理人、輔佐人、特別代理人、送達代收人、或承辦吏、因規費或墊款有所請求而涉訟者。不問其訴訟標的之金額或價額、得由本訴訟之第一審法院管轄。(三)條) 規費者、訴訟人應當給付之報酬費也。墊款者、墊付訴訟程序上所必要之款項也。規費與墊款均由本訴訟而生。以本訴訟之第一審法院審理、調查一切較爲便利也。

疏

訴訟代理人者。由當事人或其法定代理人委任有訴訟能力之人。他爲訴訟行爲之人也。(八二條參照) 輔助人者。輔助當事人爲訴訟行爲之人也。(九四條參照) 特別代理人者。由法院選任之代理人也。(六二·一八六·四四二·六九一·等條參照) 送達代收人。參照一五九條之規定。承發吏爲送達兼執行之機關。因規費或墊款有所請求而涉訟者。不問其訴訟標的之金額或價額。故本訴訟之第一審法院爲地方審判廳時。雖依規費或墊款之金額。本應屬於初級審判廳之事物管轄者。亦得向該地方廳起訴。茲所謂本訴訟者。指該代理人輔佐人等。曾代理或輔佐爲訴訟行爲。及承發吏爲送達或執行行爲之訴訟而言。不問其本訴現繫屬於第一審。或繫屬於上級審。或已不在繫屬中。均有本條之適用。亦不問其主張之規費及墊款係生於訴訟之第一審或生於其上級審也。

二 就他人間之訴訟標的全部或一部、爲自己有所請求而涉訟者。得由本訴訟之第一審法院管轄。(三二條前段) 此即對於他人間已爲訴訟拘束之訴訟標的全部或一部、以爲自己請求之標的。對於該當事人兩造所提起之主參加訴訟也。此種訴訟與本訴訟有牽連之關係。以本訴訟第一審法院爲管轄法院、可免彼此之衝突。但本訴訟之訴訟拘束已經消滅。則不得依本條之規定提起此訴。(三二條後段)

疏

就他人間訴訟標之全部或一部、爲自己有所請求而涉訟者。指第三人對於本訴訟之兩造起訴。主張某項權利與爲本訴訟標的之權利相抵觸者而言。例如甲對於乙因主張某物之所有權涉訟時。丙出而主張該物之所在權屬於自己。因而對於甲乙二人爲共同被告起訴。是又甲對於乙因求其交還租借物涉訟者。丙出而主張自己已有求交付該物之物上請求權。因而以甲乙二人爲共同被告對之提起訴訟是也。

。其對於本訴訟兩造之二訴。不必爲同種。例如對於本訴之原告提起給付之訴。而對於本訴訟之被告提起否認之訴。亦屬無妨。但此處必須以該兩造爲共同被告。始有其適用耳。又所謂本訴之第一審法院。包括本訴訟(坤他人間之訴訟)現在繫屬或前曾繫屬之第一審法院而言。故本訴訟雖已至上級審。亦得向其原第一審法院起訴。所謂本訴訟之拘束已經消滅者。如本訴訟已因確定裁判。和解。或撤回等而終結時是也。

第三款 特別人的審判籍

特別人的審判籍與普通人的審判籍同。亦以被告人爲基礎。但彼係管轄被告之一切訴訟。此則僅限於特種之訴訟物。其差異之點也。茲分別言之。

第一 久寓人之審判籍 此審判籍之所由生。因被告爲生徒、雇人或其他寄寓人。性質上久寓於一定之土地也。久寓地與住址之差異無他。在久寓地僅係以一定之標的寓在於一定之處。而住址則凡其人一切之利害均以此一定之處所爲本據。凡對於久寓人提起財產權上之訴。得由其寄寓地之法院管轄。(一七條)蓋以寄寓地法院爲此種訴訟之管轄法院。於被告固無妨礙。於原告甚爲便利也。

疏

久寓人者。例如養病避暑之人。於一定之地方有長久居住之情形者屬之。又如監獄中受自由刑之犯人。及在軍營中服役之軍人亦在其列。此等軍人。在他國恒有明文定爲久寓人者。我國雖無明文規定。而解釋上乃當然如此也。

於此有應注意者。(1)生徒·雇人。不過法律上所舉示之例。並非僅以生徒雇人爲限也。(2)寄寓人無訴訟能力。而其法定代理人又不寄寓地者。不適用之。此六十三條設有明文規定者也。(3)起訴時必在寄寓已經開始之時。至於前此是否已經多日滯留。或是否尚須多日滯留。均可不問。即其滯留有一時中斷之事。亦屬無妨。如於寄寓人暑假歸省時。亦得在寄寓地對之起訴是也。(4)既以財產權上之訴訟爲限。則其關於身分權者。當然不能適用之。

凡於久宥審判籍得以提起之訴。須具備二條件。即（一）被告須有寄寓之事實。（二）訴訟標的須爲財產權上之主張。是被告有寄寓之事實。則其爲本國人與否。可以不問。訴訟標的爲財產權上之主張。則其發生在寄寓之時與否。亦可以不問。

註 大理院民國七年判例。謂國會議員於開會期中。居於國會所在地者。即屬寄寓地之一種。

第二 營業人之審判籍。此審判籍之所由生。因被告爲從事商業製造或其他營業人。就其製造營業設有營業所也。凡因財產權涉訟。而關於營業所之營業者。得由該營業所所在地之法院管轄。（一八條一項）蓋以營業所爲營業上之中心地。關於其營業。殆與住址無異。以營業所所在地之法院爲關係該營業所營業事件之管轄法院。起訴與調查。甚爲便利也。若營業所所在地與住址同一。則祇認普通審判籍。而不認特別審判籍。

凡因財產權涉訟而關於營業所之營業者。如如因營業事項而買賣及雇人等事涉訟者是也。營業所乃於住址或法人之總事務所等而言。即被告以自己名義及計等。於從事商業製造或其他營業者也。若一人在數法院之管轄區內有數處營業所者。即按其營業所之數。有數個營業所所在地之審判籍。如於本店之外。尚有數處支店。而各支店以本店又不在同一法院之管轄區內者是也。向營業所所在地之法院起訴。須其被告現係在營業所從事商業製造或其他營業之人。故其營業所若已關閉或停止營業。則無本條之適用矣。又此項訴訟。以財產權上之訴訟而關於該營業所之營業者爲限。即必須爲由該項營業關係所生財產權上之訴訟也。

註一 氏有言此所謂直接交易之營業所者。營業所於一定範圍內有獨立爲營業上交
易之機能之謂也。若一一待他之指揮命令而爲交易。則非此所謂營業所。

註二 日本神戶地方裁判所大正四年判例。謂對於公司破產之聲明。應於管轄主營業所。即本店所在地之法院爲之。所謂本店所在地者。即事實上營業之一般支配力所在也。若登記簿上之本店所在地。事實上並非營業主腦之所在。則不得認爲此之所謂本店所在地。

第三 土地利用人之審判籍。此審判籍之所由生。因被告爲所有人或賃借人等。利用備有住宅或農業用建築物之土地而從事農業也。凡因財產權涉訟而關於利用土地之事件者。得由該土地所在地之法院管轄。(一八條二項)蓋以農業利用地。關於其利用。始與住址地無異。以該土地所在地之法院爲關係利用該土地事件之管轄法院。起訴與調查。均爲便利也。

疏 向利用土地之審判籍所在地之法院起訴。其爲被告者。須係以自己名義及費用利用備有住宅或農業用建築物而從事農業之人。不問其爲土地之所有人。永佃權人。不動產典質權或賃借人也。其涉訟之法律關係。以財產上之法律關係而關於土地之利用者爲限。

第四 在中國無住址而有財產之人之審判籍。此審判籍之所由生。因中國現無住址或住址不明之被告。其財產或原告主張之標的存在於中國也。凡因財產權涉訟。得由其可扣押之財產或主張標的所在地之法院管轄。(一九條)蓋以被告既在國內無住址。而其訴訟標的又存在國內。使不定有審判籍。則爲原告者。將無起訴之地。而欲定審判籍。惟有以可扣押之財產或請求標的所在地之法院爲管轄法院。起訴與調查。均甚便利也。

疏 無論被告爲中國人外國人。亦無論其在外國有無住址。苟在中國現無住址或住址不明者。皆得對之向本條審判籍所在地之法院起訴。茲所謂住址。包括充之住址而言。故有第十五條二項或三項住址之人。不

適用之。又爲被告之法人。在中國無普通審判籍者。(十六條參照)亦應解爲有本條之適用。此項訴訟。以財產權上之訴訟爲限。而其財產必須可以扣押者始可。否則將無起訴之實益故也。

被告之財產或主張標的若爲債權。則所謂所在地者果指何地而言不能無疑。故本條例又明定以債務人之住址視爲其所在地。若債權有物上之擔保。則不論債務人之住址如何。以擔保物所在地視爲其所在地。(一九條)

疏 若被告之財產或主張標的爲物權時。又將如何辦理耶。此時則可依其標的物所在地以定物權之所在地。此層法律上雖無明文。而解釋上則固應如此也。

第四款 專屬審判籍與選擇審判籍

法律上既認有數多之審判籍。則其相互之關係。不可以不定。所謂專屬審判籍與選擇審判籍之區別。即因此數多審判籍之關係而生者也。茲分別言之。

第一 專屬審判籍。專屬審判籍者。限於唯一之法院。專爲管轄之審判籍也。至法律上所以定此審判籍。則有不於公益上之理由者。亦有圖審理或當事人之便利者。

疏 專屬審判籍者。換言之。即不容他審判籍之審判籍也。如就某訴有專屬審判籍。則唯某法院就該訴訟有土地管轄權。凡專屬審判籍。法律俱以明文定之。(二五，六六八，六八九，六九三，七二二等條參照)未經法律明定爲專屬審判籍者。悉爲選擇審判籍。若就某訴有數個選擇審判籍時。原告於該處管轄法院中。得任選擇一處起訴。(三四條參照)

凡訴訟法有專屬管轄之規定者。固無所謂選擇。亦不得因當事人之合意而於專屬法院以外提起訴訟(四一條)倘有提起者。該法院須以職權駁斥之。至專屬管轄之審判籍爲何。茲舉於次。

一 因不動產物權或其分析或經界涉訟之審判籍。因地役權涉訟之審判籍。因所有權界限涉訟之審判籍。(二五條)

二 再審之訴之審判籍。(五七一條)

三 聲請支付命令之審判籍。(五九八條)

四 人事訴訟之審判籍。(六六八條六八九條六九三條六九八條七〇五條七一一條七三

二條七四 條)

〔疏〕於專屬法院以外提起訴訟。而法院並未以職權駁斥。及判決確定。始發見其錯誤。其判決仍係有效。蓋管轄錯誤。雖可以撤銷其判決。然在可撤銷之期間內並未撤銷。而判決既已確定。自不能謂其為無效也。

第二 選擇審判籍。選擇審判籍者。不排斥他審判籍之謂也。即就同一訴訟。同時有數審判籍之時。原告得於此數審判籍之中。選擇其一而為起訴也。此蓋以土地管轄有普通審判籍。又有數多之特別審判籍。則就同一訴訟。有二以上之審判籍存在。亦屬常有。為原告計。祇有任意選擇。最為便利也。

凡法律不以明文特示專屬管轄之旨者。皆為選擇審判籍。

此外因管轄法院有數處。為原告便利及節省勞費起見。本條例尚有特設之規定。三。

1 共同訴訟之被告數人。其普通審判籍不在一法院管轄區域內者。得由任何一人普通審

判籍所在地之法院管轄。但其被告有共同之特別審判籍者。不在此限。(三三一條)

〔疏〕

日本民訴法。關於共同訴訟之被告數人。其普通審判籍不屬同一法院管轄之時。能否提起訴訟。未有明文規定。故學者間大有爭論。有謂在此情形。不得提起共同訴訟者。有謂得以提起者。又謂僅特別共同訴訟可以提起。而普通共同訴訟則不得提起者。至德國民事訴訟法。則規定應聲請指定管轄。然徒費手續。不若我條例三十二條之規定。較為節省程序也。

註 德意志民事訴訟法二二六條。日本民事訴訟法改正案二二一條參照。

2 定審判籍之住址。不動產所在地。不法行為地。或其他關係審判籍之地。跨連或散在數處

法院管轄區域內者。得由任何一處之法院管轄。(三三二條)

〔疏〕

德日民訴法。單就不動產所在地規定。由上級法院指定管轄。日改正案。就不動產所在地。不法行為地。或其他關係審判籍之地等。均設有指定管轄之規定。上述兩立法例。自以日改正案為優。然以簡便迅速而論。猶不如本條例三十三條規定之為善也。所謂跨連者。如被告之住址。恰在兩法院管轄區域之界線上。或涉訟為一山之所有權。其山橫互於兩法院區域內等情形是也。

註 奧地利管轄法八四條。匈牙利訴訟法三九條參照。

3 同一訴訟。數處法院有管轄權者。無論選擇審判籍或專屬審判籍。原告得選擇其一處。(三四條)

三四條)

〔疏〕

選擇審判籍有數處之情形。例如因不法行為而涉訟者。依第十四條及第二十四條之規定。被告住址及不法行為地之法院均有管轄權。若不法行為地非即被告之住址地。則既可向被告住址地之法院起訴。亦可向不法行為地之法院起訴是也。專屬審判籍有數處之情形。例如因不動產物權涉訟。其不動產跨兩法院之管轄區域內者。依第二五條及第三十三條之規定。該兩法院均有管轄權。原告得任向其一處起訴是也。

註 德意志民事訴訟法三五條。日本民事訴訟法二五條。改正案三〇條參照。

第三節 指定管轄

訴訟事件之管轄。依事物之異同。土地之區劃而定。既如上所述矣。然有時就其事件尙須指定一管轄法院。方足以保護當事人。茲據本條例所定分別言之。三五條一項。

疏 依法律之規定。就某訴訟有管轄權之法院。有實際不能行審判權者。又因某種情事不能確知何處法院爲有管轄權者。或數處法院之間於管轄權有爭議者。遇有此等情形時。法律若不規定救濟辦法。原告將無起訴餘地矣。此指定管轄之所由設也。

第一 有管轄權之法院。因法律或事實不能行使審判權者。所謂因法律不能行使審判權者。如推事因迴避不能執行職務之時是。所謂因事實不能行使審判權者。如推事有病。或該法院所在地發生戰事致不能執行職務之時是。

疏 所謂有管轄權之法院。指依關於管轄之規定。應管轄該事件之法院而言。同一訴訟。數處法院有管轄權。除此法院外。原告尙得向他法院起訴時。亦得因該法院有指定原因而爲指定管轄。而其指定管轄之情形。是否發生於第一審法院或第二審法院。則非所問也。

第二 因管轄區域境界不明致不辨有管轄權之法院者。即法院之管轄區域界線不明致就其權限發生疑問之時是。如關於海上漁場及山林訴訟等。往往有之。

疏 此專就因管轄區域之境界不明時。始適用之。若其界線本明。而因關係審判籍之地恰在界線之上。致管轄權生疑義者。應適用第三十三條之規定辦理。

第三 有管轄權之法院經裁判確定已無管轄權。此外並無他法院管轄該訴訟者。即本來之

管轄法院因確定裁判失其管轄權。而他法院又不能管轄該案件之時是。此時應在何法院起訴。不可無以定之。

疏 例如某甲將在乙地之訴訟標的向乙地法院起訴。是乙地法院本有管轄權之法院也。無奈乙地法院誤認為就該訴訟無管轄權而為管轄錯誤之判決。其判決已經確定。而又無他法院可以管轄該案者。則非指定管轄不可。若同一訴訟。數處法院有管轄權時。其中雖某法院經確定裁判無管轄。而尚有他法院管轄該訴訟者。即無指定管轄之必要。故不許之。

第四 就同一訴訟標的。在數處法院起訴。因不明其起訴之先後。致不能為訴訟拘束之裁判者。訴訟拘束中之事件當事人不得更行起訴。惟既不能為訴訟拘束之裁判。則應由何法院管轄。不可無以定之。

疏 訴訟拘束云者。即訴訟繫屬於法院之謂也。訟生拘束後。不能再向他法院起訴。乃為訴訟成立之要件。(一九四條一九五條參照)所以保司法之威信。而免裁判之衝突無從執行也。當事人同時在數處法院起訴。不明其起訴之先後者。既不能為訴訟拘束之裁判。則惟有指定管轄而已。蓋為防裁判抵觸及節省勞費時間計。決不宜使數處法院並皆受理各為裁判也。

有上述情形之一。當事人得向受訴法院。或併有關係之各法院而為管轄之直接上級法院。以書狀或言詞聲請指定。(三五條二項)受訴法院亦得請求直接上級法院指定。(三六條)至直接上級法院。就此項事件。不須經過言詞辯論以裁決之形式裁判。當事人對於指定管轄之裁決。不得聲明不服。(三七條)蓋以此種裁決。直接無關於訴訟當事人之權利。論其性質。不過為司法行政之一處分而已。

疏 併有關係之各法院。為管轄之直接上級法院云云。以初級廳為第一審時。其各級法院得有三種情形。(一)二以上之初級廳。若在同一地方廳管轄內者。以該地方廳為直接上級法院。(二)二以上之初級廳。不

在同一地方廳管轄內。而在同一高等廳管轄內者。則以該高等廳爲直後上級法院。(3)·二以上之初級廳。既不在同一地方廳管轄內。又不在同一高等廳管轄內時。則以大理院爲其直接上級法院。其以地方廳爲第一審時。依此類推。所謂不得聲明不服者。乃指准許指定管轄之裁決而言。(他造之當事人亦同。)若係駁斥其聲請之裁決。當然可對之不服也。

註 關於指定裁判之性質。有創定說。有選定說。據余所信。以創定說爲當。(板倉氏民事訴訟法綱要一二七頁。若田氏民事訴訟法原論一)三頁。橫田氏民事訴訟法講義一一三頁。參照)

疏 主選定說者。謂係原有管轄權之多數法院。由另一法院選擇以定管轄也。主創定說者。謂係原無管轄權之二以上法院。由上級法院新行創定其一定之管轄也。採選定說。則於有管轄權之法院以外而爲指定時(如指定管轄中之第一第三兩種情形)將無以說明之。故余採創定說。

第四節 合意管轄

合意管轄者。依當事人之契約。於法定管轄法院以外。而別定管轄法院也。夫審判管轄。所以確定審判權行使之範圍。爲關於公共秩序之規定。依當事人之契約得以變更。似不無紊亂法理之嫌。惟民事訴訟之精神。尤在圖當事人之便益。以期私法適用之周到。如審判管轄之規定。固亦以當事人之便益爲主。若當事人兩造均以法定之管轄爲不便。而有欲受他法院審判之意。苟於公共秩序無礙。使依其意思得以變更。亦可謂適合於民事訴訟之精神。故本條例採用德日立法例。許當事人以合意選定管轄法院。由此所生之審判籍。謂爲契約上之審判籍。亦謂爲任意審判籍。

疏

合意管轄。乃訴訟上之契約也。因其為契約。故須要約及承諾之意思表示一致時。始能成立。因其為訴訟上之契約。故應依民事訴訟之規定辦理。

因分配法院事務而設之管轄規定。雖亦有礙於當事人之利益。然其規定。實際不便於當事人者不少。故法律於一定之範圍內。許當事人以合意知法院之管轄。雖某法院於法行上本無管轄權者。得依當事人之合意而有管轄權。可知關於法院管轄之規定。因不盡為強行規定也。

第一 合意管轄之要件

一 以第一審法院為限。(三九條一項) 即依當事人之契約。以屬於初級審判廳管轄之事件。屬於地方審判廳。以屬於地方審判廳管轄之事件。屬於初級審判廳可也。或以屬於此初級審判廳。此地方審判廳管轄之事件。屬於他初級審判廳。他地方審判廳亦可也。至第二審法院以上。所以不能以合意變更者。蓋第二審以上亦許其變更。則與立法上創設審級制度之意旨。不無背戾也。

疏

因其以第一審法院為限。故如上訴法院之管轄及其他職務管轄。不得以當事人合意變更之。以屬於初級審判廳之事件。屬於地方廳。是變更其事件管轄也。以甲地方廳之事件。屬於乙地方廳。是變更其土地管轄也。其第一審之法院。既經合意變更。而應管轄其上訴之法院。則亦隨之而定矣。

法之所以許以合意變更事件管轄者。因初級案件。程序較簡。而結果不免疏忽。設當事人願為慎重計。請其以合意變更。歸地方廳辦理。地方案件。程序雖較繁重。結果不免多費時間經濟。設當事人有認為有迅速了結之必要時。許其以合意變更。歸初級廳辦理。

二 以關於一定訴訟。或由一定法律關係所生之訴訟為限。(三九條二項) 所謂一定訴訟者。訴訟所本之權利關係須為特定也。若約定以其所有之一切訴訟。或凡因某項關係所生訴訟。概屬某法院管轄。則所不許。所謂由一定法律關係所生之訴訟者。如由一定交易所生之

損害賠償是。

疏 當事人關於變更管轄之合意。任就現在之訴訟或將來之訴訟為之均可。惟其合意須以關於特定訴訟或由特定法律關係而生之訴訟為限。所以設此限制者。不欲使當事人擴充合意之範圍也。故當事人若就其間一切訴訟或就本於以種類稱之法律關係所生訴訟為合意者。其合意為無效。

三 須屬於財產權上請求。或非專屬管轄之訴訟。(四一條)專屬管轄。前已言之。限於唯一之法院。專為管轄。自不容當事人以契約變更。至請求之不屬於財產權者。即關於人身體上之事件也。凡人身體上事件。均於公益有重大之關係。概為專屬管轄。

第二 合意管轄之種類

甲 因當事人兩造之契約而生者。考各國立法。關於管轄之合意。有以默示為足者。日本民事訴訟法改正案。與德意志民事訴訟法是。我國條例則為確實起見。採用日本現行民事訴訟法。及奧地利法院編制法所用主義。須以文書證之。但經法院將其合意記明於筆錄者。不在此限。(四一條一項)

疏 合意管轄之分類。本可以明示默示區分之。而我條例分為由契約而生與由應訴而生者。蓋免當事人對於合意。作無益之爭論。而致於已進行之程序歸於無益故也。所以關於管轄之合意。雖以言詞為之。亦屬無妨。惟欲證明合意。則只限以文書證之。不許用書證以外之證據方法也。

明示之合意。有二方法。(一)專屬的於法定管轄法院以外限定一管轄法院。(二)任意的於法定管轄法院以外選定一管轄法院。是依第一方法時。原告不得於契約以外之法院起

訴。依第二方法時。原告雖於契約以外之法院起訴。亦屬無妨。

疏 法定管轄。既有專屬與非專屬之分。而合意管轄之由契約而生者。亦有專屬與任意之別。二者規定之方法雖同。其立法之旨實異。蓋法定管轄之屬專屬管轄。法院應以職權查調之。而合意管轄則否。因前者乃本於公法上之理由所爲之分類。而合意管轄之規定。純爲當事人之便利計也。

乙 因被告之應訴而生者。任意審判籍。除本諸當事人之契約外。亦有因被告事實上之應訴而生者。如原告向無管轄權之法院起訴。被告不抗辯無管轄權而爲本案之言詞辯論。則其法院發生管轄權。與合意管轄有同一之效力。(四〇條二項)

疏 言詞辯論可分兩大部分。(一)關於訴訟成立要件之辯論。(如訴訟能力・代理權等之抗辯是)(二)關於本案之言詞辯論。(本案云者。訴訟標的也。本案之言詞辯論。乃指原告所主張之訴訟標的而爲辯論而言。與言之。而就原告所主張之權利或法律關係而爲辯論也。)被告僅爲關於訴訟程序問題之辯論。而未爲本案之言詞辯論時。不以有管轄之合意論。因被告之應訴即現有變更管轄之合意者。蓋因被告不提出管轄錯誤之抗辯而爲本案之辯論者。有時有願受該法院裁判之意也。且不問是否實願受該法院裁判。若至已爲本案之辯論後。仍許提出管轄錯誤之抗辯。則易生無益之本案辯論。而有延滯訴訟之虞矣。

註1 Sewitt氏有言。關於法院內某庭管轄之合意。不能有效。

疏 合意管轄之規定。乃便宜之規定。故僅能就二以上之法院言之。不能於同一法院中二以上之庭言之也。

註11 Camp有言。被告於辯論日期不到場。或到場而不爲本案之辯論。不適用第三十九條。(本條例第四十條二項)

註12 仁井田氏有言。管轄合意。因當事人之契約得以撤銷。惟非所論於訴訟拘束發生之後。

註四 關於第四十條二項之解釋有二學說。即（一）擬制說。（二）推定說是。依擬制說言之。此條之規定。係因被告有就本案爲言詞辯論之行爲。使其與管轄合意發生同一之效力。故被告於本案之言詞辯論以後。不得爲意思欠缺未經合意之主張。依推定說言之。此條之規定。係法律推定被告之意。視被告爲已經合意而認此法院之管轄也。故此管轄之效果。非因被告爲本案之言詞辯論而生。乃因被告不提出管轄錯誤之抗辯而生也。在我國條例應以擬制說爲當。

註五 大理院民國三年判例謂。審檢所有審判初級與地方兩審判廳第一審案件之權。當原告向審檢所起訴時。原無事物管轄之爭議發生。非至提起上訴後。不能知其有變更管轄之意思。故訴訟案件。依法定管轄。不應屬地方審判廳。而經審檢所判決後。當事人一造向地方審判廳控告。他一造亦不聲明異議。則其在審檢所已有作爲初級管轄之合意。實甚明顯。高等審判廳即係該案件之上告衙門。而就民事訴訟法草案立法之精神上。審究實爲當然之解釋。又民國四年判例謂。未設審判廳之區。非不能適用合意管轄之規定。不過因地方管轄與初級管轄之案件。同屬於該審判衙門。不得僅以不爲抗辯。推定具有管轄之合意。若當事人當時已明白表示。其有變更管轄之合意。或於事後可認爲有變更意思者。自應仍適用合意管轄之規定。以斷定審級之關係。又民國十年判例。謂查民事簡易程序暫行條例第二條

第二項規定前項以外之案件。當事人得依關於合意管轄之規定。受簡易庭之審判。是依訴訟物性質或金額。價額不應屬地方管轄之案件。而除法令有特別規定外。得依當事人兩造之合意而為變。至此種條例雖自民國十年一月一日施行。但施行以前未依舊法確定之事項。自應據為裁判。

註六 日本東京地方裁判所大正二年判例。謂就債權關係有合意管轄者。於債權讓與之時。其合意之效果。亦應附隨移轉。又大阪控訴院明治三十八年判例。謂於原告闕席時所為闕席判決之聲明。不能斷定其對於原告之請求自體有所爭執。即不能謂為本案之辯論而視為默示之合意。又大審院大正五年判例。謂當事人就外國第一審法院為管轄之合意。因此合意而欲脫離內國法院之管轄。此在日民事訴訟法亦不在禁止之列。

第二部 當事人

第一章 當事人之意義

當事人者。以自己名義。對於法院請求適用私法之人也。請求之當事人與被請求之法院間。有訴訟上之法律關係發生。故當事人與法院相並。而為訴訟關係之主體。

疏

法律關係之當事者。為當事人。不獨訴訟法上有之。即私法關係上亦有之。茲所謂當事人者。專就民事訴訟之當事人而言。民事訴訟上之當事人。有廣狹二義。廣義之當事人。除原被告外。並將代理人。輔佐人。參加入等。皆包括在內。狹義之當事人。僅指原告。被告。上訴人。被上訴人。抗告人。被抗告人而言。又訴訟關係成立後。所謂當事人。即有兩方面之人。(一)積極當事人。即請求適用私法保護私權之原告

也。(2)消滅當事人。因適用私法而受動之被告也。以自己之名義對於法院請求適用私法之人。乃狹義之當事人也。既以自己之名而為訴訟。則不問是否實際自為訴訟行爲。或由法定代理人或訴訟代理人爲之。均不失為訴訟當事人。如以自己之名為訴訟。則雖係爲他人而爲者。仍係自己為當事人。例如夫本於自己之權利。關於妻之財產。以自己之名為訴訟。又如破產管財人。關於破產財團以自己之名為訴訟時。雖係爲他人而爲。仍以夫及破產管財人爲當事人是也。

民事訴訟。因私人所有之私權受有侵害。請求國家適用私法以爲保護而後存。則請求適用私法之主動者。與使服從於適用私法之受動者皆民事訴訟之成立所必要不可缺者。故民事訴訟之當事人必爲兩造。至少亦須有二人。

民事訴訟之當事人不必與私法關係之當事人相同。凡以自己名義請求私法之適用者。即非私法關係之當事人。在民事訴訟亦得爲當事人。否則即爲私法關係之當事人。而在民事訴訟不能認有當事人之資格。

疏 非私法關係之當事人。亦得爲訴訟之當事人。例如第三人提起婚姻撤銷或無效之訴時。婚姻之當事人爲夫與妻。而該第三人。此時仍不失爲民事訴訟之當事人。又如執行程序。債權人請求扣押債務人之債權而涉訟者。此時私法關係之當事人。當爲債務人與債權人之債務人。而原債權人亦爲訴訟之當事人是也。反之雖爲私法關係之當事人。亦不能爲訴訟之當事人。例如不可分債權人中。僅具一人對於債務人起訴。或連帶債務人中。僅具一人由債權人被訴時。他不可分債權人或連帶債務人。並非訴訟上之當事人也。

民事訴訟上正當之當事人。亦稱爲當事人之適格。須有所謂實行訴訟之權利。此種權利之有無。依特定之訴訟事件而決。與當事人能力之一般存在者不同。蓋正當之當事人屬於保護私權之條件也。

疏

正當之當事人。乃對一般之當事人而言。故一般之當事人與正當事人有別。得為訴訟法上當事人云云。乃一般當事人之問題。得為某特定訴訟之當事人。乃正當當事人之問題。凡自然人均有一般訴訟當事人之能力。若法人則以法來成立之公司。尚不能認其有當事人能力之存在。此一般當事人之大概也。進一步而研究之。某訴訟案件(特指)發生。得為該特定案件之當事人與否。尚有正當與否之問題也。例如某甲因爭繼遺產。其於法定範圍內無告權者。則非正當之當事人。因其不合於繼承法之規定而有權利者也。於此有應注意者。就繼承之例言。僅於有爭告權否乃正當當事人之問題。至於被繼承人應否立繼。被告之入繼是否合法。又非此時所範圍及也。

保護私權之條件與訴訟之成立條件異。訴訟成立條件。乃解決訴之是否適法問題。如當事人能力。訴訟能力。代理權等。見定於訴訟法中者是。保護私權之條件。乃解決訴之請求是否正當之問題。即言就其訴訟標的。有為訴訟之權利。規定於實體法中者是。不合訴之成立條件。即為訴不適法。不備保護私權之條件。即為訴之請求不正當。訴不適法。則其所提起之訴。於法律上根本不能成立。此時法院不問其所主張之權利或法律關係有無理由。就此一點即應予以駁斥。訴之請求不正當。乃訴已成立以後之問題。換言之。法院於訴係適法成立後。始審究其內容當與不當也。前者例如未成年入提起訴訟。既無合法之代理人。則法院應駁斥其訴。反之。提起訴訟為已成年之人。或雖未成年而有法定代理人。而其訴又無其他不適法之原因者。則當進行審究其所主張之內容。例如因債權債務關係涉訟。其所主張之債權並非事實。或屬事實而時效已完成。或經債權人表示捨棄者。是其內容為無理由。即訴之請求不當也。此時應以訴無理由而駁斥之。(即原告敗訴)。訴因不適法被駁斥時。仍可再提起訴訟。訴因無理由被駁斥時。不得再行提起。蓋一事不再理也。

註 日本大阪控訴院大正五年判例。謂民事原告無為原告之適格者。其對於國家不得以訴

為保護權利之請求。該原告之請求。即應認為無理由。蓋以此時之原告。非無當事人能力。無訴訟能力。乃就其訴訟標的而無為訴訟之權利。故其所為之訴訟行為。尚非無效。祇就其訴訟標的而不能受有利之判決已耳。故非其提起之訴為不適法。乃其所訴之請求不當也。

民事訴訟之當事人。訴訟法上附以種種之名稱如次。

第一 在判決程序。提起訴訟之當事人稱為原告。其相對人稱為被告。此原告或被告。提起上訴

之時。稱為上訴人。其相對人稱為被上訴人。

疏

舊草案稱第二審之當事人為控告人被控告人。第二審之當事人稱為上告人與被上告人。蓋舊草案分上訴為三。(1)控告。(2)抗告。(3)上告。新條例合控告上告而稱上訴。

第二 在督促程序聲請支付命令之當事人。稱為債權人。其相對人稱為債務人。

疏

在訴訟程序中。其權義關係尚未確定。且亦未必盡為權義關係。故在未判決前。不能即稱為權利人義務人。而應如上所述第一之稱謂。但督促程序。乃訴訟程序例外之執行程序。其權義關係業已確定。(例如支付命令。乃其債權關係並無爭執時用之是。)故稱權利人及義務人。

第三 在保全程序。聲請假扣押假處分之當事人。稱為債權人。其相對人稱為債務人。

疏

保全程序。乃保全訴訟結果後之執行。以免將來之難於執行或不能執行也。因其為執行程序。自應依執行辦法之稱謂。而對當事人稱權利人及義務人。

第四 當事人對於裁判提起抗告再抗告之時。稱為抗告人。或再抗告人。

疏

在訴訟程序中。又有聲請人之名稱者。此應分別言之。聲請人對於判決不服者。適用判決程序之稱。謂對於裁決不服者。則稱抗告人或再抗告人。

第二章 能力

第一節 當事人能力

當事人能力者。得為訴訟當事人之能力也。變詞言之。即得為訴訟主體之能力也。考德國民事訴訟法。關於當事人能力設有明文規定。而日本民事訴訟法則不設規定。我國條例係採用德制。

疏

日本立法例。不以明文規定當事人之能力。其理由有二。(1)當事人能力當然明了。在法律上無庸規定。(2)民法有權利能力之規定。訴訟法上又有訴訟能力之規定。不規定當事人能力。亦未見實用上甚有困難。

難。應制則是。設有明文規定。自較日制為優。蓋當事人關係。乃訴訟之基本。關係甚為重要。且甚複雜。安得謂為當然明了。此第一理由之不當也。有時有當事人能力者。未必有訴訟能力。例如未成年人是

。故訴訟能力。不必盡與當事人能力相符合也。若謂適用並無困難云云。所見實非。又如民法上有權利能力者。固得有當事人能力。然民法上無權利能力者。未必盡無當事人能力。如不成法人之團體是。(十六條參照) 此其第二理由之不當也。

國家於一面制定私法。以定私人享有私權之範圍。於他一面制定民事訴訟法。以保護對此範圍之侵害。故私權享有人遇其權利被害。即得請求法院適用私法。惟然。則私法上之權利能力人。固有當事人能力。苟無當事人能力。則其權利被害。不得救濟之途。此本條例第五十二條第一項所以有有權利能力人有當事人能力之規定也。然私法上有權利能力人爲自然人與法人。則自然人與法人在訴訟法上。固當然有當事人能力。無可疑也。

疏 當事人之能力。既以權利能力之有無爲準矣。則權利能力受限制者。當事人能力亦受限制。所謂權利能力指私法上享受權利之能力而言。即得有私權之能力也。現行法凡自然人皆認有權利能力。故自然人皆有當事人之能力。又法人於依其目的所定之範圍內。有權利能力。故亦於此範圍內有當事人能力。當事人能力所以應依權利能力之有無而定者。因民事訴訟之宗旨。在保護私權。惟對於享有私權能力之人。始有與以當事人能力之必要故也。

本條例第十六條第二項及第二十二條就無法人資格之團體規定其審判籍。此等團體。在私法上非權利之主體。不能爲權利能力人。而在訴訟法上。依特別規定。得爲訴訟當事人。自有當事人能力。(五二條三項) 考德儒 *Wacht* 氏曾分當事人之種類爲二。一爲實體的當事人。一爲形式的當事人。形式的當事人。僅在訴訟上有人格。

疏 此外關於當事人之能力。尚須附帶說明者二點。(一)外國人當事人能力之有無。應依其本國法爲據。然蓄奴之國。因爲奴隸被限制自由權無權利能力者。不能從其本國法。以其有害中國之公益也。至法人及外國會

社之權利能力與當事人能力。亦均依其本國法爲準。惟在中國不許成立之外國法人。縱其本國法許其有權利能力。當事人能力。而中國仍視之與無當事人能力同。若以條約別定外國人及外國法人之權利能力及當事人能力範圍者。則應以條約爲據。當事人能力。因權利能力之消滅而消滅。故自然人死亡。即喪失當事人能力。若其人已死。仍以死者姓名所爲之訴訟決爲無效。又商事會社及他法人。則於清算完結後或破產程序完結後喪失當事人能力。故法人於清算或破產之際。仍爲原告或被告也。

註 日本前橋地方裁判所。明治四十一年判例。謂合夥在私法上非享有人格者。其對於外部。

不可不以總合夥員之名義行之。若僅表示合夥清算人某人之訴訟。則爲不適法。又大阪地方裁判所。明治三十七年判例。謂破產管財人。得代表破產財團。而不得爲各破產人自身之代表。故關於破產財團之訴訟。破產管財人以破產財團代表之資格。得爲訴訟當事人。又大阪控訴院。明治三十九年判例。謂就破產人所爲契約及清償。主張其爲無效之訴。屬於破產管財人之職務。不得由債權人提起。

有權利能力人有當事人能力。故自然人自出生以迄死亡。有當事人能力。至於胎兒爲母體之一部。非獨立之人格。其無權利能力。似屬當然。既無權利能力。自亦無當事人能力。但各國民法爲保護胎兒之利益起見。就法律上一定之權利。如損害賠償權。及承繼權等。雖屬胎兒。亦視爲已經出生。而認其有權利能力。故本條例規定關於其可享之利益。亦有當事人能力（五二一條二項）。

疏

當事人之權利能力。雖因當事人之死亡而消滅。然訴訟程序。並不因當事人之死亡而終竣。因依第二百十三條之規定。當事人於訴訟進行中亡故者。其承繼人當然代之爲當事人故也。法人消滅。而有包括承繼其權利義務之人者亦同。（參照二二三條一項二項）

當事人能力。爲訴訟關係成立之前提要件。無此能力。則其所爲之訴訟行爲不生效力。法院關於其訴訟所爲之判決。不生效力。但行爲時無此能力。至訴訟中取得此能力而爲明示或默示之追認者。則以本有效力論。此蓋以前省新爲行爲之程序。使不至空費無益之費用時間也。(五三條)

疏 無當事人能力者之訴訟行爲。例如他人以死者或非法人之團體之名義所代爲之訴訟行爲是也。無當事人能力者於訴訟中取得當事人能力。例如胎兒於訴訟中生出。或正在組織尚未成立之公司。於訴訟中成立是也。○訴訟法上應有追認之制度。乃問也。按追認之制度。在民法上一般之立法例。均承認而明定之。在訴訟法上則有相異之見解。有規定之者。亦有不然者。衡情言之。似應規定爲宜。蓋追認乃其本人之願意。與其新爲重複之行爲。不如先承認之。可節約時間經濟與勞力也。反對之者。以謂訴訟關係已極複雜。若認追認之制。則愈趨於複雜矣。實則此制萬不可少。蓋認之。於當事人之關係毫無妨害。不認。徒生二重訴訟之煩。而於當事人之私權確定。與初無二致故也。

當事人能力。既於訴訟行爲之效力有如斯之關係。則其有無欠缺。不問訴訟在如何程度。法院應以職權隨時調查。(六一條一項)其調查也。在須經言詞辯論之程序。於言詞辯論爲之。在不經言詞辯論之程序。於書狀審理爲之。至法律上所以規定用職權調查者。蓋以此等條件欠缺。則其訴訟行爲無效。防止無效之訴訟行爲。係關於公益之問題。非當事人所得而處分也。

疏 當事人之能力有無欠缺。法院應以職權調查之。即在第二審或第三審亦應爲此調查。關於其欠缺之有無有疑義時。應由以無欠缺爲有利益之當事人。就無欠缺負舉證之責。(三二八條參照)

於此有一問題。在第一審之欠缺能力。至第二審或第三審始發現而補正者。其前已爲之訴訟行爲是否有效。○關於此點。自來有二主張。即無效說與有效說是也。依無效說之理由。謂訴經一審。已有一結束。已結束之行爲。不因無效而變爲有效。(書依此說。則其訴訟仍無結果。)主有效說者。謂此說不當。其言曰。○訴經第一審以至終審。均可謂爲訴訟進行中。在此中補正者。不得認爲無效。且法律之所以許其補正者。○乃爲法院及當事人節省訴訟程序起見。認其有效。方與立法本旨相合。且認補正之有效與否。與當事人起訴最後之結果。並無私毫變更也。依吾人之見解。亦以有效說爲當。(此種情形。試舉例以明之。如公

司本應註冊。公同於起訴時並未註冊。第二審令其補正註冊是也。）

法院調查之結果。認為無當事人能力。則其訴訟應為駁斥。認有欠缺。而可以補正者。得定相當期限。命其補正。若恐久延時日。致受損害。得命當事人或法定代理人暫行訴訟。而令其從速補正。惟既許補正。則終局判決。非俟欠缺補正或補正期限已滿之後不得為之。其暫行訴訟之人。於終局判決前。不補正欠缺者。應負擔暫為訴訟行為所生之費用。並賠償因此所生之損害。（六一條二項三項）

疏 命其補正。所以免更為同一訴訟行為之煩也。相當期限（一九四條參照）得依一般原則伸長。（一九八條參照）補正及命其暫為訴訟行為之命令。俱以法院之裁決為之。對此裁決。不得抗告。於補正以前或補正期限未滿以前。不能為終局判決。蓋既許其補正而又期下終局判決。是衝突也。是與不認補正無所異也。

第二節 訴訟能力

訴訟能力者。在訴訟程序。得為有效訴訟行為之能力也。變詞言之。即得自為訴訟行為。或使訴訟代理人代為訴訟行為之能力也。有訴訟能力者。固有當事人能力。而為當事人能力者。不必有訴訟能力。訴訟能力與當事人能力不必一致。蓋當事人能力者。訴訟法上之權利能力。而訴訟能力者。訴訟法上之行為能力也。

疏 有訴訟能力與否。乃法律上之問題。實際上當事人訴訟能力之有無。究與法律上之規定相符與否。非所計也。但訴訟能力。仍以事實上之行為能力為基礎。非有事實上之行為能力者。無從有訴訟能力也。有訴訟能力者。即有當事人能力云云。乃就自然人言之耳。法人不包在內。蓋法人恆依自然人代為行為。無訴訟能力（與當事人能力）之問題也。

代理人之種類。說分爲二。有將代理人分爲三種者。即(1)一般之法定代理人(2)特別之法定代理人(3)委任代理人。(此說謂一般之法定代理人。乃直接基於法律上之規定而有代理權。特別之法定代理人。乃基於審判長之選任而有代理權。其產生之原因不同。故分述之。)(A)一般之法定代理人。(B)特別之法定代理人。(C)委任代理人。法定代理人中。又分爲二。(A)一般之法定代理人。(B)特別之法定代理人。前者指直接基於法律之規定而言。後者指基於法律之規定而由審判長之選任而言。兩說以二分說爲當。蓋一般之法定代理人及特別之法定代理人。其同爲基於法律上之規定之點則一。且在我條例上。仍以解爲僅有法定代理人(統言之)及委任代理人二者爲當。

第一 有訴訟能力人。 凡人於獨立能以法律行爲負義務之限度。有訴訟能力(五四條後段)

茲將有訴訟能力之人。列舉於次。

【疏】於此有一例外情形。即關於人事訴訟之當事人。雖不能獨立以法律行爲負義務者。亦得有訴訟能力。(參看六七〇・六九二・七〇四・七二四・七三七等條)

一 有行爲能力之當事人。 凡成年人在民法上有行爲能力者。有訴訟能力。

二 無訴訟能力人及法人之法定代理人。 此種法定代理人。除民法及他項法令有特別規定外。有爲本人代行一切訴訟行爲之權。

三 審判長選任之特別代理人。 特別代理人。就其訴訟行爲。有一般法定代理人之權利。負法定代理人之義務。故特別代理人所爲之訴訟行爲。與一般法定代理人所爲者。有同一之效力。

四 妻。 妻之有無訴訟能力。各國立法例不一。法國民法(一一五條)日本民法(一四條)規定無訴訟能力。瑞西民法(一九一條)德國民事訴訟法(五〇條二項)規定有訴訟能力。我

國條例。則以妻有此能力。便於伸張其權利。故規定妻關於應受允許之法律行為。亦有訴訟能力。(五四條但書)

疏 日本民法爲維持家庭和平計。使妻無訴訟能力。非得夫之許可不能起訴。我條例則認爲妻亦有訴訟能力。蓋訴訟行爲。以行權利之伸張及防禦方法爲宗旨。使妻有訴訟能力。得自爲訴訟行爲。必不至因此而害夫婦間之關係也。但有一限制。即以關於應受允許之法律行爲爲限是也。

第二 無訴訟能力人。無訴訟能力之人如次。

甲 未成年人。未成年人知能尙未發達。不能辨識利害得失。是不能獨立以法律行爲負義務。故無訴訟能力。

乙 禁治產人。禁治產人常有精神喪失之狀況。是亦不能獨立以法律行爲負義務。故亦無訴訟能力。至關於準禁治產人。各國立法例不一。法國民法(五二二條)日本民法(一一一條)規定無訴訟能力。日本民事訴訟法改正案(四九條二項)規定有訴訟能力。我國條例則以準治產人之訴訟能力。應視其在民法上能獨立負義務之限度定之。

疏

未成年入禁治產人。僅有當事人能力。而不認有訴訟能力者。皆所以保護其私權之利益也。蓋若不認其有當事人能力。則其權利受侵害時。勢將不能利用民訴請求保護矣。若認其有訴訟能力。則未成年人之知能尙未發達。禁治產人之精神常有喪失之狀況。使其伸張或防禦權利。必難完全達到也。準禁治產人。如聾人。啞人。浪費人等是。或屬機能有缺。或屬性情獨異。故其知能與普通人必異。此法民法之所以定爲無訴訟能力也。且民訴改正案之理由。則謂聾啞人亦得受相當之教育。浪費人之知能。則不能謂其與衆人有異。此日本民訴改正案之所以仍定爲有訴訟能力也。然就我國情勢觀之。聾啞人等之教育尙未能普及。浪費人之知能。究遜於衆人與否。不能持絕對論調。故折衷其間。而以民法上之能獨立負義務之限度內。爲有訴訟能力。其立法亦正當也。

丙 法人。法人不得自爲訴訟行爲。須由法定代理人代行之。故亦無訴訟能力。

疏

古之學者。謂法人亦有訴訟能力。其說曰。自然人依其頭腦發表意思。法人依其機關發表意思。自然人有訴訟能力。法人亦應有之也。晚近學者。則反對之。謂自然人之頭腦。仍爲自然人身體之一部。法人之機關。乃自然人之組織。其實際發表意思者。仍自然人也。故法人無訴訟能力。然其中又分二說。(1)絕對無訴訟能力說。(2)謂法人之無訴訟能力者。乃法人之不得自爲訴訟行爲耳。法人有無事實上之行爲能力。雖有極極消極兩說。然吾人與信爲法人無事實上之行爲能力。亦當然不能有所謂能力。因訴訟能力。乃以事實上之行爲能力爲基礎。非有事實上之行爲能力者。無從有所謂能力也。

丁 不在人。不在人之訴訟。由管理人代行者關於該訴訟。本人不能自爲行爲。故以該訴訟

爲限。其本人以無訴訟能力論(五五條)

疏

雖平日之住所或居所而他適者。民法上謂之不在人。而在人之財產。通常皆設置管理人。當管理代人不在人爲訴訟行爲之時。不在人當有訴訟能力。而關於該訴訟行爲。故應以此項訴訟爲限。視不在人爲無訴訟能力人。準其無訴訟能力之規定。使管理人得與無訴訟能力人之法定代理人有同一範圍之權限。

第三 外國人之訴訟能力。外國自然及無法人資格之團體依其本國法律無訴訟

能力。而依中國法律有訴訟能力者。以有訴訟能力論。此等以省調查之困難而使外國人所爲之訴訟行爲與對於外國人所爲之訴訟行爲不至因外國法律而歸於無效也。但該外國人既依其本國法律無訴訟能力。則必有法定代理人。由其代理人代爲訴訟行爲。當然有效。(五六條)

疏

本國法之製定。乃以斟酌本國人之智能情形爲根據。而智能發達之遲早。及因欠缺所設之限制。國與國殊。即成年之年齡一層。各國規定不一。是其明證。所以本國人適用本國法律。於特於理。自屬至當。

訴訟能力之有無。以智能之發達為準。故外國人之訴訟能力。應依其本國法定之。若其本國法認有訴訟能力者。在中國亦應認其有訴訟能力。固無疑義。但我條例進一步規定。依其本國法無訴訟能力而依中國法有訴訟能力者。以有訴訟能力論。此為謀外國人之便利計。並免調查之繁也。但外國人之法定代理人。應依其本國法定之乎。抑依中國法定之乎。不無疑問。據余所見。則以應依其本國法定之為當。蓋外國人之法定代理人。應由其本國法之所定。且法定代理人與本人須有密切之關係。故得為法定代理人與否。自因情形之不同而有差異。因此外國人之法定代理人。不宜以中國法支配之。

第四 無訴訟能力人之法定代理人 無訴訟能力人及法人。非依法定代理人不得為訴訟行為。所謂法定代理人者。不由本人意思。依法令規定代本人而為訴訟行為之人也。如未成人之親權人、監護人、股分公司之董事等。是凡法定代理及行訴訟所必要之允許。依民法及其他法令之規定。(五七條)

疏

法定代理人。乃因本人無完全之意思能力而設。故此時對於本人無意思之可言。一切本於法律之規定。監護人之行為。須由監督監護人之允許。監督監護人之機關。各國不一。有由國家設一監督監護人之機關者。有由法院代為之者。亦有由親屬會任之者。法定代理人有數人時。各法定代理人能否單獨代表當事人。與應否共同代表之。應依民法或其他法令之規定。法定代理人。雖就一切訴訟行為。得代表當事人。但其為訴訟行為時。有應受第三人之允許者。如監護人代被監護人為訴訟行為時。應得親屬會(即監督監護機關)之同意是也。關於如何之訴訟。應受何人之允許。亦依民法或其他法令之規定。

法定代理人為代理當事人本人之人。並非當事人本人。故關於訴之管轄、推事之迴避、訴訟之訴訟拘束、判決之既判力及參加之許否等問題。均不以法定代理人為標準而決。但法定代理人對於無能力之本人有身上支配權。就其財產之管理。亦不拘束於本人之意思。故雖名為代理。而在訴訟程序上。實與當事人本人相同。當事人本人所得為之訴訟行為。法定代理人均得

爲之所應爲之訴訟行爲。法定代理人均應爲之。其行爲不行爲之結果。與本人無以異也。

疏

訴之管轄。由訴訟標的定之。訴訟標的之結果。即本人勝訴敗訴之結果。故訴之管轄。應由本人爲準而定。推事之迴避。乃因訴之本人有親切關係而防其阿庇。故於代理人雖無迴避之原因。而於本人有之。

○則其阿庇。仍所難免。故應迴避與否。概依本人爲準。○又代理人之行爲。直接對於本人生效力。既判力云云。即發生已判之效力之謂。其爲本人之關係。更無待論。

訴訟參加之准否。依訴訟標的之利害關係定之。訴訟標的乃屬於本人者。自應以本人爲準。○以上所述。其主要理由。即因訴之勝負。係由本人承受之也。代理人代本人在訴訟上之行爲。雖與本人盡同。而因標的究係屬於本人。故曰應以本人爲準。而不得以代理人爲準也。

註 大理院民國四年判例。謂凡法人爲訴訟行爲者。以其理事爲法律上代理人。若由理事

以外之人代爲訴訟行爲。則須有理事之委任。又日本大審院大正四年判例。謂法人之代表有數名。而各有單獨代表之權限者。雖甲代表代爲第一審之訴訟行爲。則乙代表得代爲提起控告。

第五 無訴訟能力人。無法定代理權人。及未受必要允許之人之訴訟行爲。訴訟能力與法定代理權及必要允許。均爲訴訟行爲有效之前提要件。若有欠缺。則其所爲之訴訟行爲。不生效力。法院對其所爲之訴訟行爲。亦有不生效力者。但行爲時無訴訟能力。至訴訟中取得訴訟能力。而爲明示或默示之追認。或由本人或有代理權之人追認者。與行爲時未受允許。至訴訟中取得允許。而爲明示或默示之追認。或由有允許權之人追認者。則均以本有效力論。不必更新爲同一之訴訟行爲。以省程序。(五八條五九條六〇條)

疏

至訴訟中取得訴訟能力云者。如起訴時未成年。但因將屆成年。適於訴訟進行中即已成年是也。默示之追認。如無訴訟能力人。於取得訴訟能力後。或由其法定代理人續為訴訟行為是。無法定代理權者。於取得代理權後。或由本人或有代理權之人續為訴訟行為是。未受必要允許者。於取得允許後。續行其訴訟行為是。以上三者。皆默示之追認也。所謂未受必要之允許之人。如準禁治產人為訴訟行為時。未受保佐人之允許。或監護人代表監護人為訴訟行為時。未得親屬監督之允許是。此三人為訴訟行為時。法院應駁斥之。法院不駁斥。則其本於此等人之訴訟行為所為之裁判。亦非當然無效。當事人惟得對之聲明不報。求撤銷之。參照五三三五。五三六八。七一。

註

日本東京控訴院。明治四十五年判例謂在第一審起訴當時尚未成年。而又無法定代理人為之代理其所為之訴訟行為為不適法然在提起控訴當時若已有訴訟能力而

追認其以前所為之訴訟行為則自始即為適法之行為。又大審院明治三十七年判例謂在下級審雖未提出關於法定代理之資格之證明書。而至上級審始行提出。然法定代理人在下級審所為之訴訟行為。既無視為無效之規定。即不得不認為有效。

第六 訴訟能力。法定代理權。及有無必要允許之調查。就訴訟能力及法定代理權與必要允

許之有無。法院應不問訴訟在如何程度。以職權隨時調查。調查之結果。認有欠缺。則其訴訟應為駁斥。認有欠缺而可以補正者。得定相當期限。命其補正。若恐久延時日。致受損害。得命當事人或代理人。暫行訴訟。至終局判決。則非待欠缺補正。或補正期限已滿之後。不得為之。其暫行訴訟之人。於終局判決前不補正欠缺者。應負擔暫為訴訟行為所生之費用。並賠償因此所生

之損害(六一條)

疏 本款規定所為調查之各項。乃屬於訴訟成立之要件。故依調查之結果。如有欠缺。即應駁斥其訴。然其駁斥。不生實體上之確定。(即非判定實體上之權義關係。)故得再行起訴。不受一事辦理之拘束。(其理由。在訴訟法上言之。因其未就本案判決(即未為訴訟標的之判決)故也。)法院為此調查。既不問在如何程度均應為之。故即在第二章第三節亦應為此調查也。至於終局判決。非待欠缺補正或補正期限已滿後不得為之云云。乃屬當然之事。否則一面應駁斥其訴。一面又有該訴之終局判決。其判決將何所據耶。所謂久延時日之損害。乃就標的言之也。例如以易於腐壞之物為訴訟標的時是。

註 因法定代理人之代理權限或為訴訟所必要之允許欠缺而為駁斥其訴之判決。以法

定代理人之名義宣告乎。抑以當事人之名義宣告乎。學者之議論亦不一致。主張應以法定代理人之名義宣告者。置重在訴訟費用而主張應以當事人之名義宣告者。則置重在

訴訟程序之規定據余所信以後說得當

疏 此種情形。係訴不適法。故應駁斥。至宣告該項判決時。主張以代理人之名義宣告者。謂基於代理權所進行之訴訟費用。本人尚不知之。而令本人負擔繳納訴訟費之義務。不唯於本人之意旨未符。於情理亦所不可。故不能以本人(即當事人)之名義宣告。然主張以當事人之名義宣告者。則曰有代理人之訴訟。其訴訟乃就本人而進行。非就代理人而為進行也。況該項訴訟之記載。必於原告(或被告)之下而明寫代理人某某。其訴訟仍屬本人之訴訟。故仍應以當事人之名義宣告。以上兩說。余以後說為當。蓋代理人之有無代理權。非以本人為準而調查。則無從審究。以無代理權而駁斥時。仍基於本人之結果。故應以本人之名義宣告。至訴訟費用之問題。可依第百〇八條之規定以為救濟。不足慮也。

第七 特別代理人之選任。對於無訴訟能力人為訴訟行為。若其法定代理人因死亡辭任。或

其他情事不能受訴者。為保護原告得由受訴法院之審判長選任特別代理人。以代表被告。但此時之選任。有二必要之條件。即(一)恐其久延致受損害。(二)因原告之聲請是。(六一條一

項)

〔疏〕

無訴訟能力人而無法定代理人者。因其不能委任訴訟代理人。法不得已。乃於第六十二條規定審判長於一定條件之下。得選任特別代理人。(此項特別代理人。既非如法定代理人之多與當事人有特別關係。又非如委任代理人之基於本人之授權之意思表示。故云乃不得已之規定也。)既係不得已時之救濟規定。故非恰當情形。不得適用。免與當事人之利害相反也。所謂久延致受損害者。指將受不能回復或難於抵償之損害而言。因基於保護原告利益所設之規定。故應由原告聲請。且因非由原告聲請。縱有受損害之虞。亦無保護之必要。此為不干涉主義之結果也。原告為此聲請時。於起訴前為之可也。(如欲無訴訟能力人起訴是。)於訴訟進行中為之亦可也。(如因為續行訴訟是。)即該訴訟程序。因當事人失訴訟能力。或其法定代理人亡故。或失代理權而中斷時為之。亦無不可也。其聲請之方法。於言詞辯論中。得以言詞為之。於言詞辯論外。應以書狀為之。(一四一)若在初級廳。於言詞辯論外。亦得以言詞為之。(四七七條參照)

受訴法院之審判長選任特別代理人之聲請。以裁決之形式裁判。此種裁決。應送達於聲請人。若准許其聲請之時。並應送達於被選任之特別代理人。至選任所需費用。及特別代理人代行訴訟所需費用。得命聲請人先行墊付。(六一條二項四項)

〔疏〕

審判事項。乃法院就兩造之主張而為裁判。特別代理人選任之聲請。非就兩造主張而為裁判。自非審判事項。(學者有主張為非訟事件之一者。)故只應以裁決之形式為裁判。至此種裁決之送達。則應因或准或駁而異。故如講義內云云。無論為准許之裁決。抑為駁斥之裁決。均由審判長為之。對此裁決。得為抗告。但於訴訟進行中所為者。不在此限。(五五〇、五五二)所謂選任費用及特別代理人代行訴訟所需之費用者。如應交法院審判費用。及應給予特別代理人之報酬是也。其所墊之費用。如應由無訴訟能力人負擔。而墊付人得向之請求賠償者。日後得對之為賠償之請求。自不待言。

特別代理人之代表無訴訟能力人。係依審判長之裁決。非本當事人之委任。其在訴訟上所有之權利所負之義務。與一般法定代理人無異。故特別代理人於法定代理人或本人擔當訴訟以前。代理當事人一切訴訟行為。但關於捨棄、認諾、或和解。則於當事人之利害關係較大。特別

代理人不得爲之。(六二條三項)

疏 捨棄者。捨棄其關於訴訟標的之主張之謂也。即謂原告(或被告)就其依訴(或反訴)之聲明。所爲關於某法律關係之主張後。不復維持之。而向法院陳述拋棄其主張也。認諾者。認諾原告關於訴訟標的之主張之謂也。即謂對於原告(或被告)依訴(或反訴)之聲明所爲關於某法律關係之主張。被告(或原告)不反對之。而向法院陳述認諾其主張也。和解即兩造爲息訟之行爲。其意前已言之。茲不贅。

對於無訴訟能力人得向寄寓地法院起訴之時。在原草案採用德日立法例亦認受訴法院之審判長得選任特別代理人以代表被告。本條例則以此時選任特別代理人。非所以保護無訴訟能力人之道。故明定關於寄寓審判籍之規定。於寄寓人無訴訟能力而法定代理人不在寄寓地者。不適用之。(六三條)

疏 德日立法例之理由。爲保護原告並避送訴狀之不便也。依本條例規定。此時原告並非無起訴之地。不過寄寓地之審判籍不適用耳。爲保護被告計。選任特別代理人。究不若法定代理人爲妥。因法定代理人殆皆與本人有特別之關係故也。對於無訴訟能力人之保護周至。當以本條例之立法爲優。至華治產人之保佐人。雖不在寄寓地。仍得向寄寓地法院起訴。因法文僅稱法定代理人故也。

註一 大理院民國六年判例。謂法人之董事有缺額時。若因選補遲延。於訴訟上慮生損害者。審判衙門應依利害關係人之聲請。而選任暫行執行代理職務之人。

註二 司法部民國六年部令。謂對於不在人起訴。其不在人無代理人者。得由審判衙門爲之選任特別代理人。

註三 學者有謂民事訴訟法上之代理。爲法定代理及任意代理之二種。法定代理者。其代理權之發源。非基於本人之意思。而其爲法律所規定。抑爲法院或其他官廳所選任。在所

不問。故依此說言之。法定代理人及特別代理人。均屬於法定代理。(雉本氏民事訴訟法講義一九二頁以下參照)

註四 攷歐西各國。如法蘭西、德意志等。不採本人訴訟主義。在合議法院以上。法國須依代訟人 (Avoué) 德國須依律師 (Rechtsanwalt) 始得爲訴訟行爲。所謂訴訟能力人。尙無於法庭自爲訴訟行爲之權。此代訟人或律師。用本人之名義。爲本人利益。以與本人同一效力。至法庭而爲訴訟之能力。稱爲辯論能力 (Postulations)

第三章 訴訟代理人

訴訟代理人者。由有訴訟能力之當事人本人。或無訴訟能力人之法定代理人得代理之委任。而代爲訴訟行爲之人也。蓋以法律生活極其複雜。有時必須代理。方能達其圓滿之目的。而在民事訴訟尤爲必要。何也。民事訴訟程序甚爲煩雜。非有法律上之學識及經驗者。不能無有錯誤。即無錯誤。亦難望爲秩序之進行故也。

疏

凡爲訴訟行爲。必須先有訴訟能力。前已說明之矣。訴訟委任。乃廣義之訴訟行爲也。故本人爲訴訟委任時。以本人訴訟有能力的者爲限。若本人爲無訴訟能力之人。則須由其法定代理人委任之。否則其委任行爲不能生效力也。委任代理人之意義。訴訟法上之委任代理人。即訴訟代理人。由當事人之意思。自由選任之。訴訟代理人也。於此有一疑問焉。即法定之委任代理人。是否亦屬委任代理人。抑應歸入於法定代理人之列是也。所謂法定之委任代理人者。如經理、船長等。依法律之規定。有於權限內得爲本人爲訴訟上及訴訟外之一切行爲。換言之。就訴訟事件之發生。不須臨時特加委任。亦有訴訟之代理權人是也。此種代理人。仍以認爲委任代理人爲宜。因法律上之所以規定其有代理訴訟之權者。乃基於推定當事人之意思。而然。(即當事人之意思。於經理人及船長等之代理訴訟。又必須另加委任。有時亦或不便也) 法律上推定當事

人之意思。即爲當事人之意思。故此項代理人。仍與委任代理人之性質相同。法定代理與委任代理之根本異點。即法定代理人以合於法定之情形爲標準。不問本人之意思如何也。委任代理人。則以本人之意思爲標準。若本人無意思表示。法律尙須推定本人之意思爲如何。此法定委任代理人之所以非爲法定代理人也。

各國立法及從來學者之主張。有本人訴訟主義及律師訴訟主義。本人訴訟主義者。不論審判上與審判外。本人得自爲一切訴訟行爲。其主義與律師訴訟主義者。律師代爲訴訟行爲之主義也。採用前主義者。其理由有三。(一)訴訟之事係本人欲伸張或防禦其權利。本人自行訴訟最爲相宜。若必強用代理人未免束縛其自由。(二)起訴之原因與事實。惟本人知之最明。言之最切。改用律師。則易致錯誤。倘欲詳細調查。又須多數之時日。(三)本人自行訴訟。多願迅速了結。以省費用。不若律師代理之故。延時日。藉索報酬。採用後主義者。其理由有二。(一)本人不如律師之熟悉法律。當此社會關係複雜。訴訟關係亦自複雜。本人欲伸張其權利。非藉富於法學慣於經驗之律師不能達其目的。(二)本人自行訴訟。則素無經驗。不諳方法。往往多費時日。訴訟不能速結。致國家經濟亦因而受損。

疏

關於訴訟事件。除本人訴訟主義及律師訴訟主義外。尙有代書人訴訟主義。南歐洲各國行之。即訴狀答辯狀等。均須代書人爲之是也。此雖微之南歐洲各國。行之無有不當之處。但依中國之情形習慣。則所謂代書人者。智識品行均極卑劣。實難採用。故略而不論。

採用本人訴訟主義之理由。其第一理由乃就訴訟事件之本體着想也。其第二理由。乃就訴訟原因與事實着想也。此理由較第一理由爲尤當。蓋事實真相如何。爲第一第二兩審最重要之職責。審判官不就本人之辯論察言觀色。實無從着手也。其第三理由。乃就訴訟終結及本人之經濟着想也。蓋因律師之善爲保障人權。實不多見。本人訴訟主義。爲我國所採用者。故較詳言之。律師訴訟主義與本人訴訟主義。在立法上各有存在之理由。決不能以單純之理由以判斷其優劣。究應採用何者爲宜。或應否兼而採之。均須按照國

情爲斷。

現今各國立法。如德意志、奧地利等。在合議法院以上。非律師不得爲訴訟行爲。蓋採用強制律師主義也。日本法律。則以本人訴訟爲原則。惟地方審判廳以上。使訴訟代理人代爲訴訟之時。須委任律師。蓋採用任意本人主義也。我國制度。亦以本人訴訟爲主。凡當事人本人與法定代理人。皆得自爲訴訟行爲。惟不自爲行爲而使訴訟代理人代爲之。亦無不可。此訴訟代理人。以有訴訟能力之人充之。若非律師而充訴訟代理人者。法院得以裁決禁止。此項裁決。並應送達於本人。此所以慎代理之選。而防唆訟之弊也。至訴訟委任及訴訟代理。論其性質。爲一種法律關係。除本條例有特別規定外。應依民法之規定辦理。(八一條八三條)

〔疏〕

德奧之立法。定爲在初級法院。非律師亦得爲訴訟行爲者。其理由有二。(一)初級事件輕微。必用律師。則須律師之報酬。事輕而酬大。恐得不償失矣。(二)初級程序較簡。本人之智識。亦非絕對不可以完成。訴訟行爲也。謂德奧乃採用強制律師主義之根據。因德奧之訴訟法上有曰。非律師而爲訴訟行爲。審判官應任監督指導之責。若審判官未盡此項責任時。基此一點。即可以破毀原判。故曰德奧乃採強制律師訴訟主義也。其初級案件。不必以律師而得爲訴訟行爲。乃例外之規定耳。非律師之人。雖亦得被委任爲訴訟代理人。但其人有不適於代理訴訟時。如其人爲無訴訟能力或不勝任代理行爲。或爲積慣訟棍等。法院得隨時以職權下裁決禁止之。審判官無爲此裁決之權。當事人對此裁決不得抗告。應將此項裁決送達於本人者。以便本人另行委任相當之訴訟代理人。或自爲訴訟行爲也。訴訟委任。既爲訴訟行爲。同時亦爲私法上之法律行爲。故使有依私法規定之適用。訴訟代理。雖與私法上之代理不同。然關於復代理人之選任及訴訟代理權之消滅。亦使應依法民法之規定。所以補充民訴法之不足也。

註 Gump 氏及 Sauer 氏

有言訴訟委任與管轄之合意相同。係發生訴訟法上之效果。即廣

義之訴訟行爲也。不能與私法上之代理同一而視。蓋訴訟委任。係付與權限。使其爲公法上

之行為。而私法上代理。則係付與爲私法上行爲之權限。凡民法上關於詐欺錯誤等規定。應不適用於訴訟委任。若有此等瑕疵。祇得適用關於訴訟行爲之原則。而判定其效力。

第一 訴訟代理權之證明。訴訟代理。欲其在訴訟上完全成立。不可無證明之方法。據本條例規定。其方法有二。(一)於最初爲訴訟行爲時。提出委任證書附卷。(二)當事人以言詞爲訴訟委任。由法院書記官記明於筆錄。(八四條一項前段二項)

疏 訴訟代理權者。訴訟代理人因當事人之委任。以當事人之名爲訴訟行爲及受訴行爲之權限也。訴訟代理權之有無欠缺。影響於訴訟甚大。(參八九條)故訴訟代理人應負證明之責。訴訟委任。並無一定應遵之程式。無論訂立契約或以言詞爲之均可。因委任之程式不同。而其證明方法亦異。故有講義內(一)(二)兩種方法云云。

以私證書證明訴訟代理權之時。不問訴訟在如何程度。法院得令其受該官吏員之認證。蓋以訴訟代理權之欠缺。影響及於訴訟程序。甚爲重大故也。(八四條一項後段)

第二 訴訟代理之範圍。有一般之訴訟代理。有一部分之訴訟代理。一部分之訴訟代理。僅就所委任之特定行爲有代理權。而一般之訴訟代理。則不限於特定之行爲。在法定範圍以內有代理權。茲將法定範圍。分別說明於次。

疏 一部分之代理。於委任當時。本人可以自由指定其範圍。法律無規定之必要。若關於一般之訴訟代理。則不可無一定之範圍。以謀種種之利益。故各國訴訟法皆規定之。其利益不外二種。(一)由當事人一方而觀察。不致因代理之範圍發生爭議。(二)由審判衙門一方面觀察。可免調查之繁。

一 普通代理之範圍。普通委任訴訟代理人之時。關於訴訟事件。得爲左之行爲。

甲 民事訴訟法上。不須特別委任之一切訴訟行爲（八五條前段）例如起訴、答辯、言詞辯論、及訴訟之告知、指明等一切行爲。皆得爲之。又如本訴存在之時。關於變更擴張之行爲。亦得爲之。

乙 關於反訴、主參加、假扣押、假處分之訴訟行爲。是等行爲。非爲本訴訟之行爲。以與本訴訟有牽連關係。故亦得爲之。

〔疏〕假扣押假處分之聲請。乃欲執行有效果之保持行爲。期緝爲有益無損之訴訟行爲。故通說皆承認得由代理人爲之。惟主參加與反訴二者。因一爲獨立之訴。一爲訴之一種。頗有利害關係。謂代理人得當然爲之。則有反對說。然因有本訴而後有反訴。有他造之訴訟存在而後有主參加。不認委任代理人得爲之。恐於當事人亦不利。故本條例不採反對說。

普通代理之範圍如此。當事人或法定代理人加以限制或僅委任特定之行爲。應於提出法院之證書或筆錄內表明。並送達於他造當事人。使其明確。而促訴訟之進行。（八六條）考原草案第九十八條第二項。採用日本民事訴訟法第六十六條第一項。明定委任人就法定範圍所爲之限制。對於相對人不生效力。而本條例則以其與委任特定行爲之規定難免抵觸。不爲採用。

二 特別代理之範圍。凡訴訟行爲屬於特別代理之範圍者。欲使訴訟代理人代理。必須特別委任。蓋以是等行爲。關係於當事人之權利甚爲重大。苟無所限制。包含於普通代理之中。則當事人不免有受害之時也。所謂特別代理之範圍如何。茲述於次。（八五條但書）

疏 如應特別委任之事項。未經特別委任。而代理人逕自爲之。則不發生效力。(八九)故關於特別委任事項。法院應以職權調查其代理權有無欠缺。(九二)若怠於調查而下判決時。當事人得據爲請求再審之原因。(五六八條四項)

子 捨棄。

丑 認諾。

疏 認諾之意義。前已言之矣。此外又應注意者。即自認與認諾不同是也。蓋前者爲承認其事實。後者乃承認其權利。認其權利存在。自應負相當之義務。故認諾非特別委任不可。

寅 撤回。

卯 和解。

疏 此之和解。指訴訟上之和解而言。其須特別委任之理由。(一)訴訟上之和解。與確定判決有同一之效力。(得據和解筆錄以爲強制執行。)關係至鉅。(二)和解有互相讓步之事實。與原來主張必有出入故也。

辰 提起上訴。

疏 在第二審之上訴。相對人可以附帶提起上訴。恐上訴結果。有反勝爲敗之虞。第三審雖不得附帶上訴。但敗訴人多有訴訟費用之負擔。其關係均極重大。故定爲須特別委任。唯須注意者。法文明定爲上訴。則關於抗告是否須特別委任。不無疑義。但抗告乃對於裁判爲之。多爲訴訟進行中之事項。且期限較短。尤貴迅速。不如上訴之重要。故無特別委任之必要也。

巳 提起再審之訴。

疏 再審之訴者。當事人對法院已經確定之判決。因其有法律上之疵累。而請求撤銷原判之謂也。故再審之訴。乃確定判決後獨立之訴。關係甚大。故非特別委任不可。

午 關於強制執行之訴訟行爲。

未領收所爭之物。

凡特別代理以其範圍內之一種行為委任代理。或以其範圍內之數種行為委任代理。或以其範圍內之一切行為委任代理。皆屬委任人之隨意。

攷德國新舊民事訴訟法不設普通代理與特別代理之區別。凡當事人委任代理人以訴訟行為之時。當然包含所謂普通代理與特別代理。此為原則。特限於一定之行為如和解捨棄認諾等。則依委任人之意思得為有效之限制。至其他行為則委任人不須為特別之委任。即限制其代理權。亦對於相對人不生效力。蓋訴訟代理之範圍甚為廣大也。（奧地利民訴法第三一條第三二條大體相同）而日本民事訴訟法則區分普通代理與特別代理。凡屬特別代理之行為。必須特別委任。蓋訴訟代理之範圍較為狹小也。我國條例大體採用日制。（日本民訴法第六五條參照）

〔疏〕

德奧民訴法。地方以上採用強制律師主義。其律師制度。施行多年。頗得一般人民之信任。故不設普通代理與特別代理之區別。未始不可。而中日之律師制度。施行未久。人民對於律師之信任心極為薄弱。則不得不設區別。以保護當事人之利益。蓋訴訟代理權之範圍廣。則訴訟代理人可以不求本人為特別委任。而訴訟固得迅速了結。然為訴訟代理人若有不能勝任之時。則本人之危險甚大。訴訟之代理權範圍狹。則訴訟代理人非求本人為特別委任不可。訴訟雖不能迅速了結。然為訴訟代理人縱有不能勝任之時。則本人之危險亦可較少。與其使訴訟迅速了結。不如使當事人危險較少。故我條例採用日制。為保護當事人之利益也。

註一 訴訟代理人得為私法上之行為與否。為一問題。有積極說。謂訴訟代理人。既得為本

人提出攻擊防禦之方法。則雖屬私法上之意思表示。而關於該案件。苟爲其權利之伸張。或防禦所可以利用。當然得以爲之者。有消極說。謂訴訟委任不過爲訴訟行爲之授權。訴訟代理人無代當事人爲私法上意思表示或受私法上意思表示之權限。但限於捨棄認諾審判上之和解等。一面雖爲有私法上效力之行爲。而依法律之規定。屬於訴訟代理人之範圍者。前說爲 *Quint* 氏所主張。後說爲 *Holmes* 氏所主張。據余所信。以前說爲當。

註二 大理院民國三年判例。謂訴訟代理人。本於委任權限。得爲一切訴訟行爲。於判決確定後。當然亦得請求執行。惟執行衙門認代理權限不甚明瞭。爲職權上應爲相當之處置時。自可以職權。將執行所得金額。令訴訟當事人親自具領。又民國四年判例。謂各級審判廳試辦章程第五十五條規定。代訴人承認被告之請求。須經本人許可。其所謂許可者。不必限於事前之特別委任。即承認以後經本人追認者。亦生同一之效力。至追認之方法。依通常意思表示之通則。無論明示或默示皆可。

〔編〕民事訴訟條例。以強制執行屬於特別委任之範圍。而大理院民國三年判例。及是。立法上之理由。究以何者爲正當乎。以法理言。民事訴訟與執行程序。雖然分離。代理人雖本於委任權限。得爲一切訴訟行爲。非必當然得爲關於執行程序之行爲也。以事實言。代理人於訴訟中。舞弊較難。而於執行時。舞弊較易。往往有不利於本人者。是不可不有本人之特別委任也。究竟訴訟中之代理人。能否即爲執行中之代理人。不可以無規定。故本條例之規定。甚爲適當。

註三 日本大審院大正六年判例。謂以損害賠償之請求。代最初請求之事。其訴訟代理人。

不須更爲特別之授權。又大審院明治四十五年判例。謂訴訟事件。不問一旦脫離其審級與否。苟屬於其審級。即得不諸其委任而行使權限。故於上級審發還之後。舊訴訟代理人。就其審級之訴訟行爲。仍得爲之。又大阪控訴院大正七年判例。謂訴之撤回。其標的在終結訴訟。即係處分訴訟法上之權利與和解除棄及認諾。其性質殊異。故以此類推。不得謂爲應屬特別委任之事項。

第三 數人之訴訟代理人。 凡委任訴訟代理人代爲訴訟行爲。得同時或順次委任數人。此數訴訟代理人。共同代爲行爲可也。單獨代爲行爲亦可也。（八七條一項）因其得以單獨代理。故言詞辯論日期。有一代理人到場即可進行。對席辯論。又如數代理人中之一人。爲明示之自認或暗默之自認。即他代理人皆不自認。亦完全有自認之效力。若委任數人而別訂契約。不許單獨代理。則對於他造當事人。不生效力。（八七條二項）

疏 訴訟代理人有數人者。得共同或單獨代理。所以防訴訟之濫濫也。故法院及他造當事人之訴訟行爲。亦得任向訴訟代理人全體或向其中一人爲之。而各訴訟代理人單獨所爲之訴訟行爲。無論其行爲爲意思表示或爲事實上之陳述。一律對於本人有代理之效力。故某代理人之行爲。必係本人得自撤銷或撤回者。他代理人始得從後撤銷或撤回之。所謂默示之自認者。即不明爲爭辯。亦不由他陳述表示欲爲爭辯之意。而法院視爲自認之謂也。自認之效力。即法院認相對人主張之事實爲真實。而得據以爲裁判之基礎也。又法院於數代理人中。僅傳喚其一人者。是否合法。亦一問題。依德日多數學說。均不以違法視之。

註 數訴訟代理人。同時所爲聲明並事實上之陳述。若互相抵觸。應依如何而決。亦爲一問題。有謂此時恰與本人自身陳述或一代理人之陳述。前後矛盾無異。應由法院以自由心

證取捨者。有謂同時所爲訴訟行爲互相抵觸。其行爲皆爲無效。若一訴訟行爲與其後所爲之訴訟行爲相抵觸。則第二之行爲無效。但第一行爲在訴訟法上不生何等之拘束力。則不在此限者。有謂就聲明或聲請爲訴訟上意思表現之行爲。可謂無何等之表現。若關於事實上之陳述。則不可不依自由心證而決其取捨者。第一說爲板倉氏宍田氏所主張。第二說爲 *Hellwig* 氏所主張。第三說爲 *Chind* 氏所主張。據余所信。以第一說爲當。

第四 訴訟代理人之地位。訴訟代理人非自爲訴訟當事人。自爲訴訟行爲。乃以本人之名義。代本人而爲訴訟行爲也。故其代理之結果。直接及於本人。雖有時訴訟代理人之行爲不免有過失。然苟在代理之權限以內。對於他造當事人。仍與本人自己所爲者有同一之效力。（八八條一項）法院關於其訴訟事件之裁判。亦須以本人之名義爲之。非可對於代理人而爲裁判也。但有一例外。即原被告本人或法定代理人偕訴訟代理人到場。將代理人事實上之陳述。即時撤銷或更正。則代理人之陳述對於本人失其效力。茲將此例外規定之限制分別說明於次。

（八八條二項）

疏 於此有一附帶說明之點。即訴訟行爲之效力。若應因已知或得知某項情事而受影響者。（例如四四條一項但書。及二四一條規定之情形是也。）其是否已知或得知。應就訴訟代理人定之。但訴訟代理人係從本人之指示而爲訴訟行爲或不爲者。則應就本人定之是也。

一 本人或法定代理人須偕訴訟代理人同時到場。書狀上之陳述。不能適用也。

〔疏〕書狀上之陳述與言詞之陳述相異時。應以言詞陳述為準。所以防弊實易真相也。代理人之行爲。乃及於本人者。本人有無撤銷或更正之意思。亦應以言詞爲準。故不許其以書狀爲之。爲明確本人之真意也。

二 限於事實上之陳述。關於法律上之陳述。不許撤銷或更正也。

〔疏〕事實上之陳述。本人知之較詳且明。故許本人得撤銷或更正之。至法律上之陳述。應由審判官決之。故代理人於法律上之陳述。縱有錯誤。亦有救濟之道。無本人撤銷或更正之必要也。

三 須即時撤銷或更正。訴訟代理人在第一言詞辯論日期所陳述之事實。本人或法定代理人。於其後辯論續行日期爲之撤銷更正。不能發生效力也。

〔疏〕本人之撤銷或更正代理人事實上之陳述。限於即時者。蓋恐訴訟遲延。於本人及相對人之拖累。於法院之經濟時間勞力。均有影響故也。

註一 訴訟代理人所爲事實上之陳述。如爲原告主張原因之一切事實上陳述。及被告對此答辯之事實。與自認等。均包含在內。爲學者所不爭。又本案之聲明。訴訟上之聲明。並法律上之陳述。不包含在內。學者亦無異詞。惟主張之捨棄或認諾。究應包含在內與否。則議論不一。Camm 氏主張不包含在內。Soudart 氏主張應包含在內。據余所信。以 Camm 氏之說爲當。

〔疏〕本案之聲明者。即訴訟標的之聲明也。例如聲明被告欠原告千元債務是。訴訟上之聲明者。在訴訟上請求爲如何裁判之聲明也。例如求法院判令被告償還原告千元債務是。法律上之陳述者。例如主張金錢債權有期無期均應償還是。

捨棄認諾。關係至重。就我條而言之。爲此項行爲。若係代理人。須爲特別委任。其有特別委任者。本人不得任意撤銷。無特別委任者。則代理人當然無爲捨棄認諾行爲之權。

註二 代理人於本人陳述之後。爲與本人陳述事實相反之陳述。究竟有效與否。亦爲一問題。橫田氏主張。此時不能認爲當然無效。而德意志帝國法院判例。則認爲當然無效。據余所信。以橫田氏之說爲當。

〔疏〕就普通代理言。本人之利害關係。自代理人爲切。故本人與代理人之陳述相異時。似應以本人之陳述爲準。然訴訟時之陳述。必多虛偽。雖代理人之陳述相異。亦未始不可以供參考。况我條例三二七條之規定。法院又得自由心證乎。故以橫田氏之說爲當。

第五 無訴訟代理權人所爲訴訟行爲之追認。無訴訟代理權人之訴訟行爲。與無法律上代

理權人之訴訟行爲同。不能發生效力。但訴訟中取得訴訟代理權而爲明示或默示之追認。或經本人或有代理權之人追認者。則以本有效力之行爲論。不必更新爲同一之訴訟行爲。

第六 訴訟代理之消滅。訴訟代理與普通代理不同。雖本人亡故破產或訴訟能力變更。仍不消滅。代當事人本人委任之法定代理人變更亦不消滅。(九〇條)此所以防訴訟之遲延。而保護他一造之利益也。但訴訟代理非全不消滅者。其消滅之原因若何。茲舉於次。

〔疏〕本人之訴訟能力變更。如有訴訟能力之本人。因禁治產而失訴訟能力。或無訴訟能力之本人。因成年或撤銷禁治產而取得訴訟能力是也。法定代理人變更。如法定代理人亡故。或喪失能力。原法定代理人撤換。或代理權終竣是也。於有此等情形時。訴訟代理。並不因之消滅。其訴訟程序。亦不因之中斷。(二二五・二二六)故除有中止訴訟程序之裁決外。(二二三)訴訟代理人自得照常續行訴訟。惟當事人破產時。則以無關於破產財團之訴訟程序爲限。代理人始得續行訴訟耳。所謂無關於破產財團之訴訟程序者。指該訴訟之結果。不足以影響於破產財團之範圍而言。即該訴訟之訴訟標的。與破產財團不相涉之謂也。

一 授權之終了。授權之事件終了。代理權當然歸於消滅。至如何而後爲事件終了。須斟酌授權行爲之內容而爲判斷。

〔疏〕例如委任某甲單純作狀。於訴狀已遞呈時。或委任某乙出庭。於言詞辯論已終了時。或委任某丁爲第二審之代理人。於法院已下裁判時。其授權當然因之終了是也。

二 訴訟委任之解除。訴訟委任因本人之解任。或代理人之辭任而解除。但非通知他造當事人。不能發生效力。故至通知之時止。對於他造當事人所爲之訴訟行爲。與由他造當事人所爲之訴訟行爲。皆屬有效。此所以保護他一造之利益也。至通知之程序若何。則本條例規定。應以書狀提出於法院。由法院送達於他造當事人。(九一條一項二項)

訴訟代理人解除訴訟委任之後。非全不爲訴訟行爲。在通知後十五日之期限以內。屬於防禦本人權利所必要之行爲。仍應爲之。(九一條三項)此所以防訴訟之遲延。而保護本人之利益也。

〔疏〕此項義務。以訴訟代理人辭任者爲限。若由本人解任。則訴訟代理人。絕不負擔此種義務也。所謂十五日之期限。不過定其最長之限度耳。並非必須經過十五日之謂也。故在期限內。本人已依其他方法能防禦其權利者。訴訟代理人自是時起。雖未經過十五日。自亦卸其責任也。

三 訴訟代理人亡故。訴訟代理人之代理權。非承繼人當然可以承繼者。故代理人亡故。即行消滅。

四 訴訟代理人之訴訟能力喪失。訴訟代理人。須有訴訟能力。其能力喪失。訴訟代理自應

消滅。

五 訴訟代理人之資格喪失。以律師資格而爲訴訟代理人者。其資格喪失。訴訟代理自應消滅。

疏

律師之外。他之有訴訟能力人亦可代理。則是律師資格雖喪失。而其普通人之訴訟能力依然在也。何以言其消滅耶。曰。普通人除一部代理外。須得審判衙門之許可。故欲再爲代理人。尙須得法院之許可故也。

第七 訴訟代理權之欠缺。訴訟代理權有無欠缺。法院應不問訴訟在如何程度。以職權隨時

調查。(九二條一項)苟有欠缺。則其所爲之訴訟行爲。全屬無效。他造當事人。對其所爲之訴訟行爲亦然。故欠缺人提起訴訟之時。法院應即駁斥其訴。若在起訴之後始行發見欠缺。則縱使此欠缺之代理人。在言詞辯論日期到場。亦不得進行對席之辯論。至法院所爲之裁判。並非當然無效。惟當事人得以上訴或再審之訴請求廢棄而已。

法院雖以職權調查。認訴訟代理確有欠缺。然苟可以補正者。得定相當期限命其補正。並得使供費用及損害之擔保。或不使供擔保而命其暫爲訴訟行爲。至於終局判決。則非俟其欠缺補正。或補正期限滿了之後。不得爲之。(九二條二項)蓋以此時。不論其可以補正與否即爲駁斥。則空費勞力費用時間。不適於訴訟之目的也。

訴訟代理人。就代理權之欠缺加以補正。自初即視爲適法。其所爲之訴訟行爲。自初即爲有效。

若就代理權之欠缺，於終局判決前不加補正，則其所爲之行爲，全屬無效。經法院許可暫爲訴訟行爲所生之費用，應爲負擔。其所生之損害，應爲賠償。（九二條三項）

第八 法定之委任代理人 法定委任代理人者，依據法律，有代本人爲一切訴訟行爲之權者也。如經理人、船長等是。此與法定代理人甚相類似。故法定委任代理人，準用關於法定代理人之規定。（九三條）

疏 法定之委任代理人。就法律言。乃據商人通例之規定。有代理本人爲裁判上及裁判外一切行爲之權。但尙不能謂其爲法定代理人者。因法定代理人。不必本於本人之意見而爲行爲。且本人有不能表示意思者。如未成年人之父母。公司之董事。未成年人之意見自不完全。公司之本體不能表示意思是也。若法定之委任代理人。則推定本人之意思而規定者也。故如經理船長。乃由本人之意思。自由選任也。

第四章 訴訟輔佐人

訴訟輔佐人者，輔佐當事人之人也。即於言詞辯論或受命推事受託推事面前。因當事人本人或法定代理人之委任。偕同到場而補充當事人本人或代理人不周到之訴訟行爲者也。故輔佐人與訴訟代理人不同。若當事人不存在。輔佐人即無獨立存在之理。又輔佐人須爲有訴訟能力人。若非律師而爲輔佐人者，法院得以裁決禁止。（九四條）

疏 訴訟輔佐人及代理人。均爲本人爲訴訟行爲。而必於代理人之外。尚有訴訟輔佐人者。因有訴訟代理人。本人即可不自爲訴訟行爲。若僅有訴訟輔佐人。而本人尙不能不自爲訴訟行爲也。此二者之重要區別也。餘如代理人之代本人爲訴訟行爲。不限於言詞。而訴訟輔佐人。則限於言詞之補助。亦其區別之點。然限言詞輔助云云。亦原則耳。若在第三審之書面審理。亦未嘗不可以書面輔助也。

第一 訴訟輔佐人與本人之關係 輔佐人受本人或代理人委任偕同到場之後，其爲輔佐不

獨事實上之行爲。凡爲本人伸張權利、防禦權利所必要。而本人或代理人在辯論日期所得自爲者。佐輔人皆得爲之。（九五條一項）

本人與輔佐人之關係。雖依委任契約而定。然訴訟上輔佐人之行爲。即當事人本人之行爲。不如訴訟代理人僅其行爲之效力及於本人也。但當事人本人或法定代理人。將輔佐人之行爲即時撤銷或更正。則其行爲不生何等之效力。（九五條二項）蓋以本人即時撤銷或更正。則其行爲與本人之意思不相符合也。

疏 代理人於代理權上有獨立之行爲。輔助人之行爲。乃非時獨立爲行爲者。故輔助人之行爲即本人之行爲。因之當事人與訴訟輔佐人及訴訟代理人偕同本人到場者。若輔佐人事實上之陳述與訴訟代理人之陳述相矛盾時。依八十八條二項規定。應以輔佐人之陳述爲準。

第二 訴訟輔佐人之性質 輔佐人在法律上之性質若何。爲一問題。據余所信。輔佐人者。蓋本人之機關也。夫輔佐人無自己固有之目的。在訴訟法上無獨立之人格。其目的即本人之目的。其行爲即本人之行爲。稱爲本人之機關不得謂其非常也。

疏

訴訟輔佐人與輔助參加人之性質不同。後者尙有固有之目的。人格。乃從參加人。非即如訴訟輔佐人乃本人之機關。而純無己身之利害關係也。

關於輔佐人之地位。學者僅謂爲輔助當事人本人之人。至其性質如何。說明之者甚少。但爲與輔助參加人有所區別。亦不能不一言及之也。

註 橫田氏有言。當事人本人。得與訴訟代理人及輔佐人同時到場辯論。若代理人事實上

陳述與輔佐人事實上陳述互相抵觸之時。以得依第八十八條二項。認代理人之陳述已

即時撤銷或更正爲限。代理人事實上之陳述。失其效力。否則應依法院之自由心證。以爲判斷。

第三部 訴訟程序

第一章 訴訟程序之意義

出於一定目的。多數行爲之集合總體。稱爲程序。民事訴訟。由一面觀之。爲法院與當事人間之訴訟關係。而由他一面觀之。則以適用私法保護私權爲目的。多數行爲之集合也。故民事訴訟亦稱訴訟程序。

訴訟程序。質而言之。即多數之訴訟行爲也。訴訟行爲者。訴訟主體。以發生訴訟法上效果爲目的。所爲之意思表示也。故第三人之行爲。由嚴格的言之。非訴訟行爲。不過爲訴訟主體所爲行爲之目的而已。

疏 在訴訟上爲訴訟行爲。不獨審判衙門與當事人已也。即第三人亦有在訴訟上爲訴訟行爲之時。例如證人鑑定人之陳述是。但此就廣義言之耳。若就狹義言。第三人不能包括在內。蓋因第三人不過爲訴訟主體所爲行爲之目的。並無所謂另有獨立之目的也。

法院之訴訟行爲。爲國家之命令的行爲。其與私法上之法律行爲有異。固不待論。即當事人之訴訟行爲。亦非私法上之法律行爲何也。法律所以附當事人之訴訟行爲以效力者。非必常應當事人之希望而使其發生結果。亦有反其希望者。即如管轄之合意等。法律上雖應當事人之希望而

附以效力。然亦非以私法上之效果爲目的。乃以訴訟法上之效果爲目的。故訴訟行爲應依訴訟法定之。非可依民法之規定而定之也。

審判衙門與當事人之訴訟行爲。是否與私法上之法律行爲有差異。學說有三。(1) 訴訟主體之訴訟行爲與法律行爲。並無差異。(2) 審判衙門之訴訟行爲。爲非法行爲。至當事人之訴訟行爲。與法律行爲不能謂有差異。(3) 訴訟行爲。無論審判衙門所爲者。或當事人所爲者。均與法律行爲有差異。余以第三說爲當。蓋私法上之法律行爲。係當事人以發生私法上之效果爲標的。其所爲之行爲。法律上即應其希望而與以效果。然訴訟行爲則有反其希望者。如當事人提出證書。本欲希望得勝訴之結果。而經審判衙門調查。以該證書不足以證明其主張。反是以證明相反人之主張。因爲不利於該當事人之判決是也。

法院之訴訟行爲。有廣狹二義。狹義之法院訴訟行爲。雖至爲繁夥。然依其目的大致可分爲訴訟材料之蒐集。裁判及處分三種。廣義之法院訴訟行爲。則法院書記官。承發更等。亦有爲訴訟行爲之時。其中最重

要者爲公證。送達。執行三種。當事人之訴訟行爲。較法院之訴訟行爲尤爲繁夥。蓋民事訴訟。以當事人之行動爲主故也。而法院之裁判。既必須依據當事人所提出之訴訟材料爲基礎。則提出訴訟材料之行爲。自爲當事人訴訟行爲中之最重要者矣。所謂提出訴訟材料者何。即爲一定聲明或聲請。事實上及法律上之陳述。(二二五)爲對於他造提出事實之陳述。(二二八)提出證據方法及爲證據抗辯等是也。聲請與陳述

之意義。容後詳爲說明。訴訟行爲。又有爲意思表示者與非意思表示者之別。爲意思表示之訴訟行爲。自法院之訴訟行爲言之。則裁判其顯著者。自當事人之訴訟行爲言之。則提起訴訟。撤回訴訟。訴訟上之和解。關於訴訟標的之主張之捨棄。或承諾等。其最著者。此等行爲。有其性質得稱爲訴訟法上之法律行爲者。(如休止訴訟之合意)即其意思表示。本欲發生一定訴訟法上之效果。而法律亦從而與之者是也。訴訟法上之法律行爲。與民法上之法律行爲不同。其爲有效。則爲無效。乃爲原則。至於許其撤銷。則以法律有特別明文規定者爲限。唯該行爲若係因於當事人之代理人或他造或其代理人之犯罪。並經確立判決。其犯罪成立者。則自得許其撤銷。又當事人該項法律行爲。亦有其性質本爲私法上之意思表示。而其影響及於訴訟行爲之結果者。如於言詞辯論爲抵銷。撤銷。解除。此係私法上之意思表示。而爲訴訟行爲之內容。除其效果發生要件。應依私法規定外。其應依民事訴訟法之規定。非意思表示之訴訟行爲。自法院之訴訟行爲言之。則查閱書狀。聽當事人。證人。鑑定人之陳述。勘驗等。行爲。均屬於此。自當事人之訴訟行爲言之。則提出準備書狀。證據抗辯。對於相對人之通知事實。及法律上之主張。及對於他造提出事實之陳述等行爲均屬於此。

此外訴訟行爲。又有審判上與審判外之分。與一方行爲與雙方行爲之別。提起訴訟。在言詞辯論之陳述等

。審判上之訴訟行為也。訴訟代理權之授與。管轄之合意等。審判外之訴訟行為也。調查證據。撤回訴或上訴。提出攻擊或防禦方法等行為。乃一方訴訟行為。管轄之合意。訴訟行為休止之合意等。乃雙方訴訟行為也。

第二章 訴訟主義

訴訟主義者。關於訴訟之審理裁判。應行適用之原則也。茲舉其主義言之如左。

第一 處分主義及職權主義。處分主義者。不於私人之要求。而開始訴訟之主義也。職權主義者。不問私人之要求與否。以職權開始訴訟之主義也。民事訴訟以適用私法保護私權為目的。處分主義與其性質甚相適合。而職權主義則不無違反。

東西各國自古至今凡屬民事訴訟。皆為不告不理之原則所支配。我國民事訴訟條例亦採用此主義。故訴訟之開始。必本於當事人之聲明。(二八四條、四七六條、五七四條、五九六條、六三六條。)上級審程序亦因當事人之聲明而開始。(四九五條、五三〇條、五五〇條。)

第二 當事人進行訴訟主義及職權進行訴訟主義。當事人進行訴訟主義者。當事人自為進行訴訟。或法院待當事人之聲明而進行訴訟之主義也。職權進行訴訟主義者。法院乘其職權進行訴訟。不問當事人意思之主義也。此二主義。皆有立法上之理由。何也。就訴訟之進行有主要之利益者為當事人。由當事人進行。不得謂為不宜。惟一旦開始之訴訟。使其迅速完結。亦為國家之利益。則關於進行之行為。亦可由法院為之。特於此二者中擇其一。則以當事人進行主

義爲至當也。

德國普通法。採用職權進行主義。法國民事訴訟法。採用當事人進行主義。而德日現行民事訴訟法。則並用二種主義。我國條例與德日民事訴訟法同。如訴訟程序之休止（二三一條、二三四條）、中斷休止後之再行（二二五條、二二六條、二二三條、二二四條）、採用當事人進行主義。如依職權爲送達（一四九條）、依職權指定日期（一八八條）、依職權中止訴訟程序、或撤銷中止（二一八條、至二二三條、二二八條）、於宣告裁判前、得令再開已閉之辯論（二五二條）、採用職權進行主義。

第三 不干涉審理主義及干涉審理主義。不干涉審理主義者。法院據當事人所蒐集之資料。以爲審判基礎之主義。變詞言之。即法院審判訴訟事件。拘束於當事人之聲明及其陳述之主義也。亦謂爲辯論主義。干涉審理主義者。法院秉其職權。蒐集資料。以爲審判基礎之主義。變詞言之。即法院審判訴訟事件。不拘束於當事人之聲明及其陳述之主義也。干涉主義。由其本來之性質言之。在關於公益之刑事訴訟甚爲相宜。而在民事訴訟則頗不適當。何也。刑事訴訟係國家爲自身之生存發達。對於犯罪人實行科刑權。故不應拘束於當事人之聲明。若夫民事訴訟。則係保護私人所有之私權。而私權者。私人得以隨意處分者也。藉訴訟而保護其私權。自亦不可不本於私人之意思。不惟原告之主張如此。即立於反對地位之被告。或爲防禦或爲認諾。

亦得以隨意處分。故訴訟之勝敗與攻擊防禦之方法。其利害得失。皆宜一任訴訟當事人之行為。國家機關無所用其干涉也。

疏 採用不干涉之結果。(1) 審判衙門不能就當事人不主張之利益。歸諸當事人。(2) 審判衙門只能就當事人所提出之事實與證據方法而為斟酌。(3) 當事人合法表示捨棄或承認之意思表示。法院不能反其意思而為判決。

現今各國。如德意志奧地利日本等。其民事訴訟法。皆採用不干涉主義為原則。干涉主義為例。我國條例亦然。如當事人應就訴訟關係為事實上及法律上之陳述。有舉證之責任者。應聲明所用之證據方法。對於他造提出之事實及證據方法。應為陳述。(二二六條至二三八條) 法院應斟酌全部辯論意旨及調查證據之結果。依其自由心證。判斷事實主張之真偽。(三二七條) 當事人主張有利於己之事實。有舉證責任。(三二八條) 法院不得就當事人未聲明之事項為判決。(四六一條) 皆規定不干涉主義之原則也。如法院為終局判決時。應依職權為訴訟費用之裁判。(一九條一一八條) 事實未經當事人提出者。亦得斟酌。(三二九條) 法院因闡明或確定訴訟關係。得為各種指揮訴訟之行為。及蒐集證據。(二四六條。三五四條。三八五條。四一六條。四一一條。四一五條。四三二條) 則係採用干涉主義。他如人事訴訟。兼採干涉主義之範圍。較為廣大。(六七四條。六七五條。六九二條。七〇二條。七〇三條。七一〇條。七三三條。七三七條。七四六條)。

第四 言詞審理主義及書狀審理主義。言詞審理主義者。法院直接審訊當事人。並直接調查證據。以口述所得之資料。爲審判基礎之主義也。亦謂爲直接審理主義。書狀審理主義者。法院據書狀所得之資料。以爲審判基礎之主義也。亦謂爲間接審理主義。採用前主義。能速知事實之內容。訴訟程序。得以迅速進行。甚爲有利。然當事人言詞辯論之結果。審判官不能永久記憶。則訴訟資料。因時日之經過。勢必至於不確實。且上級法院欲調查下級法院之審判。其基本材料。亦難查悉。是不能無弊。採用後主義。訴訟資料不至因時日之經過。而有不確實。且上級法院。欲爲調查。亦屬容易。不爲無利。然不能藉問答。以知事實之真相時。審判往往僅得皮毛。且以書狀記載事實。不能詳盡。而文字之間。亦不免常生誤解。是又不能無弊。此二主義。既各有利有弊。欲求一完全無缺。蓋不可得。故欲收截長補短之效。不可以不並用也。

附 採用言詞主義之結果。(1) 非曾在言詞辯論終結時。臨席之推事。不能參與審判。(2) 當事人口頭陳述。與書面陳述。有異。應以口頭陳述爲準。(3) 證人鑑定人。以書狀陳述意見。不能據爲判斷。

法國法律。採用言詞主義。德國中世法律。採用書狀主義。德日現行民事訴訟法。則以言詞主義爲原則。我國條例。於判決程序。採用言詞主義。(二六二條一項) 但第三審判決。除法院認爲必要外。不經言詞辯論爲之。(五四〇條) 第一審第二審。亦有兼用書狀主義。(二八四條三項。三〇九至三一一條。五〇二條二項。二〇七條三項。二五四條。二五五條。三二六條。三一五條。三二一條。四五七條) 或於定言詞辯論日期前。由法院爲駁斥之判決者。(二九〇條。五〇八

條，二〇八條，五七七條）至於裁決，不用言詞主義。（二七四條）本於書狀或任意之言詞辯論爲之。

第五 法定順序主義及辯論一貫主義。法定順序主義者，順次主義及假定主義之總稱也。何

謂順次主義，關於當事人之辯論，法律上定其順序，凡違反順序之陳述，不認有效之主義也。此主義所以發生者，蓋以當事人之辯論，往往反於自然之順序，不獨訴訟程序因而混雜，且訴訟了結亦必至於遲延，故法律上定其順序，使當事人有所遵循也。然此主義不能無弊，何也？反於一定順序之陳述，不能發生效力，則訴訟資料不能完全蒐集，且在採用言詞主義之國，此主義亦不可得而實行也。何謂假定主義，達其目的所應有之訴訟行爲，皆須同時爲之之主義，變詞言之。即當事人達其同一目的所有之事實與證據方法，皆須同時提出之主義也。因當事人提出之時，豫想某種事實某種證據方法，不足以達其目的，而以他種事實他種證據方法同時提出者，每多有之，故謂之假定。此主義所以發生者，蓋以當事人達其同一目的所應有之數種事實與證據方法，多可以同時提出，苟必順次數回，則訴訟程序必因而遲延，故令其同時爲之，以使訴訟速結也。然此主義，在採用言詞主義之國，尙非必要，且訴訟之資料，不能完全蒐集，其弊亦甚不少。

有所謂證據分離主義者，陳述事實之程序，與證據程序，劃然分離，在陳述事實之程序，不得有

舉證行爲而在證據程序亦不得更爲事實上之陳述蓋順次主義之一種也。

疏 從前採法定順序主義之國家。所謂法律上定有一定之順序者。即凡當事人辯論。須先就事實陳述。次就證據方法陳述。故就證據方法陳述後。不能再就事實而爲陳述也。又有一種。即先由一造就事實陳述之後。再就證據方法陳述。此造陳述完了。而後他一造始就事實及證據方法而爲陳述。此種順序主義。從前德國曾採用之。現今已無採用之矣。又證據分離主義者。亦爲法定順序主義之一種。此主義亦德國曾採用之。現今各國無有採用之者。

辯論一貫主義者。關於當事人之辯論。一任當事人之自由。法律上不定順序之主義也。此主義亦有利有弊。其利爲何。即不拘束當事人之辯論。得以完全蒐集訴訟之資料。是其弊爲何。即訴訟程序不免遲延混雜是。然此主義之弊。依他方法尙得以救濟也。

有所謂證據結合主義者。當事人陳述事實及提出證據。法律上無一定之順序。蓋辯論一貫主義之一種也。

疏 辯論一貫主義。亦稱自由順序主義。當事人先就事實辯論。再就證據方法辯論可也。反之。先就證據辯論。再就事實辯論亦可也。又一造就事實陳述。他一造再就事實陳述亦無不可也。又證據結合主義者。亦爲辯論一貫主義之一種。即關於事實之程序。與調查證據程序合併而不分離是也。此主義現今各國多採用之。

德國古法及其普通法。採用法定順序主義。德法日本現行訴訟法。則採用辯論一貫主義。我國條例亦以此主義爲原則。故當事人在言詞辯論終結以前。不論何時。得提出攻擊或防禦方法。
(二四)條一項)

本條例採用辯論一貫主義。然此主義不能無弊。既如上所言矣。故本條例又有第二百四十四

條第二項、第二百四十七條、第二百四十九條等規定。依其規定。當事人因重大過失或意圖延滯訴訟。逾時始行提出攻擊或防禦方法者。法院得駁斥之。但不致延滯訴訟者。不在此限。(二四一條二項)以一訴主張之數宗標的。或本訴及反訴者。法院得命分離辯論。(二四七條)關於同一訴訟標的。提出數種獨立之攻擊或防禦方法者。法院得令制限辯論。(二四九條)此皆所以救濟其弊也。

疏

以一訴主張數宗標的者。例如甲對乙主張須償還借款・寄款・墊款・三項。乃以一個訴訟提出三宗請求。是也。本訴者。乃原告所提起之訴。反訴者乃被告以同一之訴訟程序。在同一之審判衙門。對於原告所提起之訴也。一般之訴訟。皆為原告所提出者。惟有反訴時。對於反訴言。即曰本訴。以上二者。審判衙門得斟酌情形。命將辯論分離。即此審判衙門認為訴訟程序。不免遲延混雜。則得命其分離。非一定須分離也。

所謂獨立之攻擊方法防禦方法者。即審判衙門據其攻擊方法或防禦方法。得獨立為裁判也。例如甲對乙主張金錢債權。乙言此債務已經清償。或言雖未清償而時效已經完成。即獨立之防禦方法也。審判衙門據其方法。即可下裁判。此時若不限制其辯論。則訴訟程序。不免遲延混雜。

第六 兩造審理主義及一造審理主義 兩造審理主義者。據當事人兩造之陳述其提出之證

據參互斟酌。以為裁判之主義也。一造審理主義者。僅據一造之陳述。及其提出之證據。以為裁判之主義也。凡訴訟事件。求其迅速了結。自以一造主義為宜。惟民事訴訟。在保護私人之私權。欲其公平。仍非採用兩造主義不可也。當事人當其辯論之時。往往僅將利益於自己之訴訟資料。為之提出。而不顧其他。苟不與他一造以陳述之機會。甚不利益也。

近世立法。如德意志日本等。原則上採用兩造主義。例外亦採用一造主義。我國條例。於裁決程

序用一造主義於判決程序。在經過言詞辯論爲必要者。需兩造主義。在不須經過言詞辯論者。用一造主義。

第七 當事人同等主義及當事人不同等主義 當事人同等主義者。當事人在訴訟上之權利義務不設等差。關於攻擊防禦。有同一之便利之主義也。當事人不同等主義者。當事人在訴訟上之權利義務。設有等差之主義也。凡民事訴訟。以公平爲主。採用前主義爲宜。惟權利已確定。實施執行程序之時。則用後主義亦可。

近世立法。如德意志日本等。其民事訴訟法。皆於規定訴訟關係外。兼規定執行關係。而我國條例。則以訴訟關係與執行關係。旨趣程序。均各不同。仿奧地利立法例。析而爲二。故民事訴訟法。獨採用當事人同等主義。凡兩造所享訴訟上之利益及行使上訴權之要件。皆不設等差。

第八 自由心證主義及法定證據主義 自由心證主義者。法院不拘束於當事人之舉證。而專以得自己心證爲目的之主義。變詞言之。即法院以原被告事實上之主張。認爲真實與否。不拘束於其所提出之證據方法。得本自己所確信以爲審判之主義也。法定證據主義者。當事人依法定程式而舉證。則法院不可不確認其證明之事實爲真實之主義。變詞言之。即關於證據方法。證據力之有無。法律上特設規定。法院被其拘束之主義也。採用前主義。事實上之真相得以明晰。甚爲有利。然審判官無所防閑。難免專橫。則法律關係之安全。不能維持。是不能無弊。採用

後主義。法律關係之安全得以維持，當爲有利。然依一定之準則，以決定證據力之有無，到底不可能。則事實之真相，到底不可得而明。是又不能無弊。

疏 法定程式。古時歐西法律。皆採用之。如法律規定有二人以上之證人。法律上當然認其陳述爲有證據之效力。又有探湯法。其法使當事人探手沸水中。傷則曲。否則直。

歐西往古立法，採用法定主義。近世立法，則二種並用。我國條例與近世立法例同。以前主義爲原則。如第三百二十七條，明爲規定。以後主義爲例外。如關於言詞辯論程式之遵守，專以筆錄證明（二五九條）官吏公吏於職務上按定式作成之文書，在法定範圍內，就其所記事項，有完全之證據力（四〇〇條）私證書，經作成文書之人簽名，或有法院或公證人之認證者，就作成證書爲該文書內所揭陳述，有完全之證據力（四〇二條）是蓋以二種主義，既有利有弊，非併爲採用，不足以收截長補短之效也。

第九 審判公開主義及審判密行主義 審判公開主義者，公開法庭，使訴訟上無關係之人，得旁聽一切辯論，及裁判之宣告之主義也。審判密行主義者，關於訴訟辯論及裁判之宣告，不使無關係之人知悉之主義也。審判公開，法院之行使其職務，必爲相當之注意。審判之信用，得以維持。且當事人、證人、鑑定人等，可望其不爲虛僞之陳述。代理人之代爲訴訟行爲，亦可期其誠實。是公開主義，實爲適當之制度。然特種事件，有不宜與公衆以共見者，苟亦公行審判，殊失所以維持之道。是密行主義，亦不應全爲排斥。

德意志各邦古法及其普通法。採用密行主義。法蘭西治罪法。及德意志日本現行法。則採用公開主義爲原則。密行主義爲例外。我國亦然。於法院編制法規定法院之審判須爲公開。（法編五五）於本條例亦規定違背言詞辯論公開之規定而爲裁判者以違背法令論（五三五條）但禁治產程序。準禁治產程序不得公行。（七二八條。七二六條。七二七條）

疏 禁治產準禁治產事件。不許公開者。因此等人之精神狀態。與一般人異。若使人目覩。則日後雖愈。人仍日爲癡狂。不肯與之交易。與本人之利益。頗有妨碍也。又關於公開審理。德國學者有謂有種種之流弊。以刑事方面居多。民事方面居少。其主張之理由有三。（1）子一般人學習犯罪之機會。加搶劫罪及誘略罪。其犯罪方法。審判官必詳細審問。若許一般人旁聽。則是誘導有心犯罪之人。而資助以犯罪之方法也。（2）增長犯罪之惡性。犯罪人犯罪後。應養其羞恥。以冀其自新。如使人人知之。則廉恥已破。更不復悛過。而惡心愈重。（3）使一般人以有用光陰。消磨於無用之地。前者均關於刑事。後者則民刑兩方面共通之流弊也。

第三章 當事人書狀

訴訟者。當事人對於法院。請求適用私法。保護私權之方法也。故凡審判所必需之材料。當事人不可不爲提出。而提出之方法。不外書狀與言詞二者。據本條例第四百十一條規定。於言詞辯論外。關於訴訟所爲之聲明或陳述。除依本條例得以言詞爲之者外。應以書狀爲之。

疏 當事人之訴訟行爲。有聲明與陳述之區別。聲明爲對於法院請求一定行爲之意思表示。法文有時亦稱之曰聲請。其中有關於本案者。有無關於本案者。關於本案者爲事項之聲明。如訴之聲明。變更或追加訴之聲明。反訴之聲明是也。無關於本案者爲訴訟上之聲明。如延展或變更日期之聲請。中止訴訟之聲請。本於一造辯論而爲判決之聲請。證據之聲明。撤回訴或上訴之聲明是也。至於當事人之陳述。則爲觀念之通知。陳述有向法院爲之者。如事實上或法律上之主張及對於他造主張之承認或爭執是也。有向訴訟關係人爲之者。如告知訴訟。通知訴訟。委任之解除。於訴訟程序中斷後。通知續行訴訟是也。

當事人所用書狀有基本書狀。有準備書狀。基本書狀者。為訴之基礎者也。如訴狀上訴狀參加書狀是。準備書狀者。為言詞辯論之準備者也。如答辯狀。抗辯狀。再抗辯狀是。茲將作製書狀。應行準據之法則。說明於左。

第一 書狀之程式及內容。當事人應行作製之書狀。若法律別有規定。固當從其規定。若別無規定。則應將左列各款事項記明。(一四二條)

一 當事人之姓名、身分、職業、及住址。若當事人為法人或其他團體。則其名稱、及事務所。

疏

所以使知某人對於某人提起訴訟也。如當事人之姓名身分等有與他人同一者。尚須舉他之特徵以示分別。

二 代理人之姓名、身分、職業、及住址。(如無代理人則可不必記明此款)

三 訴訟之標的。

四 應為之聲明或陳述。

五 供證據或證明之證據方法。

六 附屬文件及其件數。(附屬文件。如委任狀以及添具於書狀之證書原本繕本或節本是)。

七 年月日。(此應記該書狀提出於法院之年月日)。

八 法院。此即謂該書狀應向其提出之法院也。只記其名稱已足。

疏

無論何種書狀。除有特別規定外。均應依此辦理。蓋此為書狀通則之規定也。惟其記載以上各款事項。不必定分數欄。更無庸從以上之次序。如各項中有無可記載者。儘可不必記載。

書狀之程式及內容如此。當事人於書狀內引用所執證書者，應添具該證書原本或繕本。若僅引用一部，得祇添具節本。摘錄該部分及其所載年月日，並名押印記。若證書已爲他造所知，或浩繁難於備錄，得祇表明該證書附記任聽他造閱覽。至當事人於書狀內引用非其所執之證書或其他證物者，應表明執有人姓名住址，或保管之官署公署。引用證人者，應表明該證人姓名住址。（一四四條）

當事人或代理人，應於書狀簽名。其不能自簽者，得由他人代書。但代書人應記明其事由，並簽名（一四三條）。（此時祇須簽名，無庸蓋章，亦不得以蓋章代簽名。）

第二 書狀之提出

一 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，以便送達。若書狀及繕本，不免異同，則以提出於法院者爲準。（一四五條）

二 當事人提出於法院之附屬文件原本，他造當事人得請求閱覽。若所執原本未經提出，而經他造催告，即應於催告後五日內提出於書記科，並通知其事由於他造。而他造接到此項通知後，得於三日以內閱覽原本，並作製繕本。此所以定爲三日之期限者，蓋使該事件迅速了結也。但此項期限，非不可變動之期限。若有重大之理由，審判長得依聲請伸縮之。（一四六條）

等三 書狀欠缺之補正。書狀不合程式，或有其他欠缺，在法律上為一種之疵累，且有影響及於該訴訟行為之效力者，故凡有欠缺，均許當事人於事後補正。法院或審判長亦得酌定期限，命其補正。此項命其補正之裁決，不得抗告。若於期限內補正，即視與最初無欠缺同。（一四七條一項三項四項）

疏 書狀不合程式。如應記載之事項未之記載。或未經合法簽名是也。其他欠缺。如應添具之證書未添具於書狀。或未提出相當數通之繕本是也。書狀有此等欠缺者。生如何之效果。因其欠缺之事項與書狀之種類而異。在特別書狀。若依條例規定為必須表明之事項未經表明。或必須添具之證書未經添具者。該訴訟行為不生效力。若僅違背第四百二十二條至四百四十五條之規定者則否。在準備書狀。其不合程式或有其他欠缺者。至多祇與不提出準備書狀生同一之效果。決不因比而失其為該聲明或陳述之權。又無論何種書狀。僅違背第四百十三條規定未合法簽名者。並無特別之效果。

法院或審判長，因命當事人補正欠缺，得將書狀發還，或命其另行提出書狀。若當事人居住法院所在地者，並得因補正而命其到場。（一四七條二項）

第四 代書狀之筆錄。於言詞辯論外，依本條例以言詞為聲明或陳述者，法院書記官應作筆錄。即以筆錄代書狀。上述第四百四十二條至第四百四十七條之規定，於此項筆錄準用之。但筆錄內應由法院書記官簽名。此為必須具備之程式。（一四八條）

疏 既以筆錄代書狀。故於書狀內應記明之事項。均應記明於筆錄。即應添具於書狀之證書。亦應添具於筆錄。送達則以筆錄之繕本為之。如筆錄有欠缺者。亦得命補正之。

第四章 送達

送達者。以訴訟上必要事項。通知於訴訟關係人之行為也。即依訴訟法所規定之程式。以書狀之

正本或繕本交付於訴訟關係人。以使其明悉。各種訴訟事項之方法也。訴訟上之送達。影響及於訴訟關係甚為重大。故現今文明各國。皆有詳細之規定。

疏

訴訟法送達一節。規定極為嚴重。因有多數訴訟行為。均始自送達。例如被告之辯訴。須待原告起訴狀之送達。言詞辯論之開始及再開。須待傳票之送達。當事人之上訴。須待判決之送達。判決之形式的確定力。

（經過上訴期間不上訴之論也）亦須送達而確定。故送達一節。不可漠視也。

所謂送達以書狀通知某事項於訴訟關係人。而不用訴訟當事人者。因送達有對於證人鑑定人爲之之時。證人鑑定人。非訴訟當事人也。若用訴訟當事人。則證人鑑定人不能包括在內矣。故不曰訴訟當事人。而曰訴訟關係人。

送達有二主義。有當事人送達主義。有職權送達主義。前者本當事人之意思而爲送達。後者則不問當事人意思如何。由法院以職權而爲送達也。前主義又分爲二。有當事人直接委託送達機關爲送達者。稱爲直接送達主義。有經法院書記官之媒介。而委託送達機關送達者。稱爲間接送達主義。凡訴訟之進行。欲求其迅速。以職權送達爲宜。惟當事人所不必要之文書。苟必反其意思。而強爲送達。徒費無益之程序與費用。殊與訴訟之目的不相適合。至直接送達主義與間接送達主義。在訴訟法上均有存在之理由。應視其國爲訴訟行爲之主義若何。以定採用之標準。苟其國用律師訴訟或代書人訴訟。則直接送達可也。若用本人訴訟。則非間接送達。難免錯誤。現今文明各國。如英吉利法蘭西。凡送達文件由代書人直接使承發吏爲之。如德意志奧地利。亦以直接送達主義爲主。惟日本則原則上採用職權送達主義。我國條例第一百四十九條。規定送達由法院書記官依職權爲之。蓋全採職權送達主義也。

第一 送達機關

一 法院書記官。法院書記官雖有送達書狀之職權。而其自行實施者甚少。多委託送達吏爲之。惟應受送達之人現在法院以內則該法院書記官得將文書付與以代送達。(一五二條) 此外如公示送達。書記官亦爲送達機關。

二 送達吏。送達應由法院書記官交承發吏、庭丁、或郵務局爲之。(一五、條一項) 故送達吏有三。

〔疏〕承發吏爲送達之通常機關。庭丁・郵務局・則補充機關也。送達以交何種機關施行爲宜。依書記官之意見定之。

(甲) 承發吏。承發吏爲兼任執行行爲與送達行爲之機關。其爲送達吏實施送達行爲時。由法院書記官委託。而法院書記官。又得將由承發吏送達之文書。囑託管轄送達地之初級審察廳之書記官爲之。(一五一條)

〔疏〕法院書記官於權限內之事務。應互相輔助。(法院編制法一五六) 故送達之事。得囑託於他法院之書記官。請其交送送達機關施行。但受囑託者。以管轄送達地初級廳之書記官爲限。其囑託即以書記官之名義行之。

(乙) 庭丁。法院書記官交庭丁爲送達者。該庭丁爲送達吏。(一五、條二項) 令負其責。

(丙) 郵差。法院書記官交郵務局爲送達者。以郵差爲送達吏。(一五、條二項) 令負

其責

第二 應受送達人 送達，在原則上，應對於應受送達之本人爲之。茲依本條例所定，分別說明於次。

一 送達於訴訟無能力人，應向其法定代理人爲之。送達於非法人之團體，應向其代表人爲之。此均所以保護其利益也。若法定代理人或代表人有二人以上，則祇向其中之一人送達。以節省勞費時間。（一五三條）

疏 無訴訟能力人。乃包括法人而言。向無訴訟能力人本人所爲之送達。無送達之效力。所以保護無訴訟能力人之利益也。故對無訴訟能力人爲送達者。應向其法定代理人爲之。無法定代理人者。則向其特別代理人爲之。（五七，六二條參照）

二 送達於在中國設有分店之外國公司，應向其公司在中國之代表人爲之。若其代表人有二人以上，亦祇須向其中之一人送達。（一五四條）

三 送達於軍士以下之現役軍人，或現役軍屬，應向該管官長爲之。（一五五條） 蓋以此等軍人軍屬在官長指揮監督之下，若直接送達，不無紊亂軍紀之虞也。

疏 軍士以下現役海陸軍人或軍屬。不問其爲當事人或第三人。所有對於其人之送達。應向該管官長爲之。一送達於該管官長後。即生送達之效力。不問其轉交於應受送達之人與否也。

四 送達於在監人，應向該監獄長官爲之。（一五六條） 蓋以在監人，屬監獄長官之指揮監督。若直接送達，不無紊亂獄則之虞也。

疏 對於在監人爲送達者。不問其爲已決爲未決。亦不問其爲當事人或第三人。均應向該監獄長官爲之。一送達於監獄長官後。卽生送達之效力。至于該長官是否已將送達之文書轉交于應受送達人。則亦可不問。又對於在看守所人爲送達時。亦應如此辦理。是看守所應解爲監獄故也。

五 送達關於商業上訴訟事件。除逕向主人送達外。並得向經理人爲之。(一五七條)蓋以經理人關於商業上一切行爲。無論審判上與審判外。均得代理其主人故也。

疏 商業經理人。關於營業有爲審判上及審判外一切行爲之權。(商人通例三三)故以關於商業之訴訟事件爲限。送達得向經理人爲之。向經理人所爲之送達。與向本人所爲者有同一之效力。但法院書記官依其意見。亦得不向經理人送達。而向本人或其他有代理權之人爲之。

六 送達在有訴訟代理人之時。若該訴訟代理人。依委任意旨有受送達之權限。應向該代理人爲之。(一五八條)凡一般之訴訟代理。在其所代理之審級。常有收受送達之權限。

疏 訴訟代理人。依委任之意旨。可解爲有受送達之權限者。送達不得向本人爲之。而應向訴訟代理人爲之。違者無送達之效力。因訴訟代理人。既受訴訟委任而爲訴訟行爲。則送達向訴訟代理人爲之。較送達於本人爲適當故也。

七 送達在當事人或代理人指定送達代收人之時。應向該代收人爲之。不問當事人或代理人在受訴法院所在地有無居住。苟經依法指定向受訴法院呈明。即應向該代收人送達。(一五九條一項)

疏 送達代收人者。依當事人或其法定代理人或訴訟代理人之特定委任。專有代收送達之權限者也。送達代收人。雖亦爲訴訟代理人。而僅有代收送達之權限。故無用律師之必要。且雖無訴訟能力者。亦得充代收人。

當事人或代理人。於受訴法院所在地無居住地事務所者。審判長得依職權或聲明。命令於一定期限內。指定居住該地之人爲送達代收人。呈報法院。若當事人或代理人不於期限內呈明。則法院書記官得將應送達之文書注明該當事人或代理人之居住或事務所交付郵務局。以交付之時。視爲送達之時。(一五九條二項三項)此時郵務局郵差。非行使送達吏之職務。稱爲郵便送達。與交郵務局送達不同。又送達代收人經指定呈明之後。其效力即及於同地之各級法院。但經特別呈明者。不在此限。(一六條)

疏

命當事人指定送達代收人。須審判長依其意見認爲必要時始可爲之。例如送達不能交郵務局施行。或由郵務局施行難期確實。或多費時日是也。對此命令。不得抗告。當事人由法定代理人或訴訟代理人爲訴訟者。居住所或事務所之有無。應就該代理人定之。

郵便送達與交郵務局送達不同之點。(1)交郵務局送達時。郵務局配置人。執行送達吏職務。且負其責任。而郵便送達則否。(2)交郵務局送達時。應有送達證書。而郵便送達則不須此。

送達代收人一經委任呈明於法院後。於各審級皆有效力。但以同地之法院爲限。例如第一審之法院爲某省城之地方審判廳。若於訴訟繫屬該廳時。曾經呈明送達代收人。則第二審之同地法院。即同在該省城之高等審判廳。亦應向該代收人爲送達是也。所以設此規定者。爲免另行呈明之勞也。

註 大理院民國五年判例謂。所謂合法傳喚。指依照送達程序。送達傳票於當事人或其代

理人者而言。故當事人委任有代理人者。即應傳喚其代理人到庭辯論。若未經委任代理人而其本人聲明暫行居住之處所。在訴訟中又有變更或暫行離去者。自應隨時向審判衙門聲報。審判衙門亦應加以注意。論其聲報或更指定代收送達人。若未經聲報。又未及指定代收送達人。而審判衙門可知其現在處所者。則應依囑託或郵送方法。直接送達於

應受送達人

第三 應行送達之文書 付與文書之繕本以爲送達。此爲原則。但本條例有特別規定。應送達正本時。則應從其規定。(二六九條一項二七九條)若規定應送達正本。而違反其規定付與繕本。則其送達無效。何也。其送達違法。於收受人有不利益之處故也。若并未規定送達正本而以正本付與。則其送達仍爲有效。何也。其送達不過多費鄭重之程序。於收受人並無不利益之處故也。

疏 在應行送達之文書。不外審判衙門之文書(如判決書等是)與當事人之文書。(如訴狀等是)但其文書有四。即原本・正本・繕本・節本是也。惟送達文書。只有正本繕本兩種。蓋原本須爲保存。不可常時利用。節本不須依送達之程序而爲送達。亦可利用。故均不須送達也。所謂特別規定者。依二六九條一項及二七九條之規定。關於判決及裁決。應以正本送達是也。否則其送達爲無效。

向當事人數人之代理人或代理人數人內之一人送達者。得祇付與文書一通。以省勞費。若當事人有數人。而代收送達人祇一人者。則其付與文書之數。應以當事人之人數爲準。以便迅速分送。(一六一條)

疏 向當事人之代理人(二五三・二五四・一五七・一五八)爲送達時。雖當事人有數人或代理人有數人。皆祇須付與文書一通爲已足。不必按其人數而付與數通也。然向送達代收人爲送達時。若當事人有數人。則付與文書之數。應依當事人之數爲準。俾可迅速分別轉交於各當事人也。

第四 送達之方法 送達對於應受送達之本人爲之者。稱本人送達。對於與本人有關係之人

爲之者。稱補充送達。將送達文書留置於送達處所者。稱留置送達。茲分別說明於次。

一 本人送達 送達應於應受送達人之居住或事務所爲之。但於居住或事務所外會晤應受送達人者。得於會晤處所爲之。(一六三條)此蓋以文書之送達。以在應受送達人一定之居住或事務所付與爲原則。惟在居住或事務所外會晤應受送達人。在該會晤地付與。於應受送達人亦無不便。自不得拒絕收受。

疏 茲所謂應受送達之人。不僅以應受送達之本人爲限。兼指本人以外。依第一五三條至一六〇條規定應受送達之人而言。居住所者。謂應受送達人當送達時供居住用之處也。不問其係作生活之本據。或僅供一時居所之用均可。但僅暫行逗留者。不在此限。且不問其爲房屋爲舟車。如係以供居所之用。均可認其爲居所。不必爲獨立之宅舍。即旅館或宿舍中之一室亦可。

事務所者。謂應受送達人當送達時照例在此執行職務或業務之處所也。例如官衙・商店・工廠・公證人或律師之事務所是也。雖擬一時執行職務或業務之所。如博覽會開會中之臨時商店。亦得認其爲事務所。

二 補充送達

(甲) 居住補充送達 送達於居住不獲會晤應受送達人者。得將文書付與其成長之同居親屬或雇人。蓋以應受送達人。既在居住不獲會晤。則不得爲本人送達。故設此補充之方法也。至其不獲會晤之原因爲何。可以不問。所謂成長者。不須成年。能辨別事理足矣。若無成長之同居親屬或雇人。而有成長之同居東主或該所首長。則得其承諾。亦可以付與。(一六四條)但同居親屬等。若於應受送達人爲他造當事人。則有重大之利害關係。不得

爲此補充送達(一六七條)

不獲會晤之原因。如因應受送達人出外或病臥等事是也。成長云者。言依其身體之發育。已可認爲成人。不問是否成年。亦不問是否可信其能將文書妥爲轉交也。親屬必限於同居。而雇人則不須同居者。因雖有親屬關係。而不同居者有之。若在雇人。既有雇傭關係。雖不同居。亦必常相接近也。但所謂雇人。須其被雇有繼續之性質而後可。是不待言。親屬及雇人。於補充送達時。有領收文書之義務。故無須得其承諾之必要。文書付與此等人時。與付與應受送達人有同一之效力。故以此種送達爲第一次之補充送達。

若無成長之同居親屬或雇人。而有成長之同居雇主。(例如本人爲雇人時是)貸主。(如本人借寓其宅時是)或住居該地之首長者。(例如向寄宿舍之學生爲送達。則首長乃此校之校長或舍監。向病院中病人爲送達。則首長乃醫院之院長是也。)依送達吏之意見。亦得將文書付與。惟向此等人交付文書。須經其承諾。不得強其領收。蓋此等人於法律上無領收之義務故也。此種送達爲第二次之補充送達。

(乙) 事務所補充送達 送達於事務所不獲會晤應受送達人者。得將文書付與該事務所成長之襄理人、習業人、或其他辦事人。例如經理、夥友、學徒、及律師事務所之書記等是。

(一六五條)此亦以其不得爲本人送達。故設此補充之方法也。但襄理人、習業人或其他辦事人。若於應受送達人爲他造當事人。則亦有重大之利害關係。不得爲此補充送達。(一六七條)至法人或其他團體有事務所者。對於其代理人或代表人之送達。以不能依

第一百六十五條規定於該事務所送達者爲限。適用第一百六十四條之規定。(一六六條)

〔疏〕

第一百六十四條及第一百六十五條規定。應受補充送達之人。若於送達之本人爲訴訟之他造當事人者。不得向之交付文書。因其利害相反。恐有阻不轉交之事故也。至此等人爲他造當事人之親屬者。不在禁止之列。

關於事務所之送達。在居住所不獲會晤應受送達人者。不得遽依第一百六十四條規定。於其居住所

爲補充送達。必已送達於事務所不獲會晤應受送達人。而又不能依第六十五條規定於該事務所爲補充送達時。始得依第六十四條規定辦理。因其送達係關於團體之事務。使團體之辦事人收受較爲適當故也。

(丙) 告知補充送達 不能依第六十三條而爲本人送達。亦不能依第六十四條至

第六十六條而爲補充送達者。得將送達文書。寄存管轄送達地之初級審判廳之書記科或警察署或城鎮鄉總董處。並作送達通告書。黏貼於應受送達人居住或事務所之門首以爲送達。該送達吏若獲會晤鄰近居住之人。並應將寄存情形。以言詞告知。(一六八條) 蓋以是時既不能爲本人送達。又不能爲居住補充送達。事務所補充送達。惟有如此之一法。尙可使本人知有送達之事。且容易收取送達文書也。

疏

依條文之規定。其補充送達之處所有三。送達吏宜就其最便於應受送達人之領受者擇定之。送達吏向該三種處所存寄文書時。該處所即有領受保管之義務。以後應受送達人前往領取。即有迅速付與之義務。

送達通知書內。須將文書寄存之處所記明。寄存與通告二者爲必須遵守之程序。此兩行爲完畢。始生送達之效力。至以言詞告之鄰近居住之人。非送達發生效力之條件也。

三 置存送達 應受送達人。提有收受送達之義務。苟無法律上理由而拒絕收受。則送達吏

不得送達之途。應將送達文書置存於送達之處。所以爲送達。(一七條)

疏

茲所謂應受送達人者。除應受送達之本人及依第五十三條至第六十條規定應受送達之人外。並包括第六十四條至第六十九條規定應受補充送達之人而言。若此等人無法律上理由拒絕領取。可以留置送達。一經將文書置於送達之處所。即與付與文書生同一之效力。所謂法律上理由者。例如第六十四條至第六十九條所定得爲補充送達之條件不備。或送達吏未受

許可於夜間爲送達時。應受送達人得爲拒絕收領是也。日本司法省民刑局復豆田區裁判所函謂。依民事訴訟法規定。將應送達之文書寄存於市町村長辦公所。該市町村長因非辦公時間而拒絕之者。應於翌日之辦公時間再往寄存。不得準用留置送達之規定。

四 訴狀及傳票之送達、訴狀及同時送達之傳票於被告甚有重大之利害關係凡向第百

六十四條所揭之人爲送達者。應以詢明其人即能轉交應受送達人者爲限。若不能依此項規定爲送達。該送達吏即應酌量情形。指定日時。往通知書。交由第百六十四條及第百六十五條所揭之人。轉交應受送達人。若無第百六十四條及第百六十五條所揭之人。以通告書黏貼於應受送達人之居住或事務所門首。命其屆時守候。再次送達。或先期自向法院書記科領取應送達之文書。但知應受送達人在附近處所。則送達吏應轉赴該處或召喚使歸。即爲送達。應受送達人不從命守候。再次送達者。應依第百六十四條及第百六十五條之規定辦理。至第百六十八條之規定。於訴狀及傳票之送達。不適用之。(一六九條)

疏 查各國立法例。關於訴狀。或代訴狀之筆錄。及同時送達之傳票。其送達鮮有設規定者。即我民訴舊草案亦未設有此種規定。本條例採何奧之立法例。奧一〇六條。匈一六三條。參照。而設此嚴重之規定。蓋爲保護被告之利益也。

第五 送達之時日 送達除交郵務局外。非經受訴法院審判長或管轄送達地初級審判廳之

推事或受命推事受託推事之許可者。不得於星期日。慶祝日或其他普通休息日。及日出前日。沒後爲之。蓋以人民之安息。不宜妨害故也。至法院書記官。將送達文書交付郵務局者。以交付

之時。視爲業經送達之時。其郵便達到之日時爲何。可以不問。故不須爲此制限。有審判長或推事之許可者。必因送達遲延。不免於危害。故亦不須爲此制限。但違反制限。而應受送達人並不拒絕收受。亦由其人之便宜。法律上無認爲無效之理。(一七一條一項)

疏 所謂慶祝日及其他普通休息日。依法令及習慣定之。例如植樹節。雙十節。孔子誕日等是也。不許於休息日及夜間爲送達者。在不害應受送達人之利益也。若應受送達人拋棄其利益。願於休息日及夜間領受送達。則其送達仍爲有效。蓋送達行爲。非常事人不得捨棄其遵守之行爲故也。不得捨棄其遵守之用語。見本條例二四一條二項。

許可云者。由受訴法院之審判長。管轄送達地初級審判廳之推事。受命推事。受托推事。以職權或因當事人。法院書記官。及送達吏之聲請而爲許可之裁決也。按訴之聲明。本以當事人爲限。此處規定法院書記官及送達吏均得爲許可之聲請。則爲特別之規定也。

受審判長或推事之許可而爲送達者。若經應受送達人請求。應將許可裁決書交其閱覽。使明悉送達之合法。至關於此項許可之裁決。不得聲明不服。(一七一條二項三項)

疏 推事許可爲送達者。應將許可之裁決書交送達吏收執。當施行送達時。如經應受送達人請求。應將裁決書交給閱覽。故此裁決。毋庸送達於應受送達人。(一七六條一項參照)又許可送達及駁斥聲請之裁決。俱不得以抗告或其他方法聲明不服者。因其屬於審判指揮故也。

第六 囑託送達 囑託送達者。囑託送達官廳或官吏而爲送達之謂也。受囑託之官廳或官吏。

將應行送達之文書付與應受送達人。其送達始行終了。

疏 前述對於軍人或在監人送達時。送達於所屬之長官隊長或監獄長。即發生送達之效力。此處須受囑託之官吏。將應行送達之文書付與應受送達人。始可發生效力。此二者之異點也。

一 對於在中國有治外法權人之居住或事務所爲送達者。得囑託外交部爲之。(一七六條)

蓋以有治外法權之人，非可與普通人民一體相視故也。

疏 例如在外國公使之居住所或事務所施行送達者。不問係對於該有治外法權人爲送達。抑係對於他人爲送達。均應由外交部爲之。較易送達之目的。

二 對於外國爲送達者。應囑託該國管轄官廳。或駐扎該國之中國公使。或領事爲之。(一七

七條) 蓋以本國司法權不能及於外國故也。至何時應囑託該國之管轄官廳。何時應囑託

駐扎該國之中國公使或領事。依受訴法院審判長之意見定之。

疏 向外國爲送達時。能否囑託外國之管轄官廳。一以國際條約之所定爲憑。(參照千八百九十六年十一月十四日海牙國際會議決議) 而駐扎外國之本國公使或領事。得直接或間接爲送達。所謂間接者。如

依外國官廳之媒介是。又對於外國之政府。以交涉爲必要者。託公使。不必交涉者。託領事。此通例也。

應否直接囑託外國官廳。應依國際條約或慣例決之。而外國官廳關於送達之事。應否對我以輔助。亦依國際條約。慣例。或該國之法令定之。又外國官廳爲送達行爲。應依該國之法令辦理。自不待言。在督促程序。有不許於外國爲送達之特別規定(五九七條參照)者。蓋督促程序。爲保護債權人之利益。須迅速進行。若須在外國送達。則保護債權人利益之目的不可得而達。故禁止之。以省無益之勞費。否則即應駁斥債權人之聲請。或令其改用通常訴訟程序起訴。不得適用督促程序也。

三 對於駐扎外國之中國公使或領事爲送達者。應囑託外交部爲之。(一七八條) 此亦以

本國司法權不能行於外國。而公使領事在外交部監督之下。囑託外交部送達。甚爲便利故也。

疏 本條明定囑託外交部送達。以駐扎外國之中國公使或領事爲限。若對公使或領事之家屬或隨從等爲送達者。則應依第一百七十七條之規定辦理。不得適用本條。

四 對於出征或駐扎外國軍隊之軍人。軍屬。或軍艦服務人員。爲送達者。得囑託陸軍部。海軍

部或該管長官爲之。(一七九條)蓋以是等軍人軍屬與軍艦人員。在陸海軍部或該管長官監督之下。囑其送達。甚爲便利故也。

疏 所謂軍艦服務人員者。指現在軍艦服務之人而言。不問其爲服戰役與服練習上之服務。亦不別其在解纜前與在解纜後也。

對於此等人員爲送達。於國內施行者。本可依第一百五十五條及其他一般規定辦理。於外國施行者。亦可依第一百七十七條規定辦理。茲爲便於送達計。更定本條囑託送達之辦法。

右列各囑託。由受訴法院之審判長爲之。(一八〇條)受囑託者。應爲相當之程序。以其送達文書付與本人。

疏 若在獨任推事行使審判權時。則其囑託權屬於該獨任推事。(法院編制法第八條二項參照)然因對外之關係。此項文書。亦無妨以法院或法院長官之名義行之。

第七 公示送達 即將應行送達之文件。以公示之方法送達。雖未付與本人。而視爲已經付與也。

疏 公示送達。本僅對於當事人之送達始得爲之。從參加人。亦係廣義之當事人。故如訴訟告知。(七八條)亦得行公示送達。但對於證人或鑑定人之傳票或裁決。則不得行公示送達。又督促程序。亦不許行公示送達。(五九七條參照)

一 得爲公示送達之情形 遇有左列情形之一。對於當事人得爲公示送達。(一八二條)

(甲) 應受送達人之所在不明者。

疏 即令應受送達之人。雖有居住所或事務所時。而因全家出外。不知其所在者。亦得用公示送達。關於商業之訴訟事件。必本人及經理人之所在俱不明時。始許公示送達。(二五七條參照)

(乙) 於有治外法權人之居住或務所送達而無效者。

〔疏〕

例如因有治外法權人。拒絕在其居住所或事務所爲送達是也。(參照百七十六條)

(丙) 不能依送達於外國之規定辦理。或雖照辦而預知無效者。

〔疏〕

例如因外國官廳不爲輔助。及中國並無公使或領事駐札該國而不能送達。或因已與中國斷絕國交。或在革命中而預知囑託之無效是也。(參照百七十七條)

公示送達之情形如此。依當事人之聲請。經受訴法院判決准許後。始得爲之。其得爲公示送達之事由。應由該當事人釋明。卒駁斥聲請之判決。得爲抗告。(一八三條)

〔疏〕

公示送達。須經受訴法院判決准許後。始得爲之。否則不生效力。而法院准許公示送達。須本於當事人之聲請。不得逕以職權爲之。當事人爲此聲請時。除於言詞辯論爲之者外。應以書狀爲之。(一四一條)但在初級廳。於言詞辯論外。亦得以言詞爲之。(四七七)所謂公示送達。事實上甚爲罕聞。於應受送達人未免太酷。故法院須調查事實。調查證據。以自由心證決定之。不能專以聲請人主觀不知爲準。而貿然行之也。若認爲有應公示送達之情形。而爲公示送達之判決時。則本此判決所爲公示送達之效力。不得以其認爲存在之情形實不存在。或後已消滅爲理由而推翻之。例如今日下公示送達。決。明日應受送達人到案。爭執伊之所在並非不明。請求將此判決推翻是也。於此有一問題。即既謂言詞辯論中。何以又有公示送達之聲請。似與通常觀念不合。蓋言詞辯論。不必須兩造到場爲限。凡法院傳喚當事人之時。在民事訴訟法上計有四種。(1)言詞辯論。(2)不問是否兩造到場。即可點呼案件。開始日期。爲言詞辯論。(3)施行調查證據程序。(4)傳喚當事人訊問。此四種情形。究爲施行何種程序。以傳喚時之傳票內所記載者爲準。故傳票記載爲言詞辯論者。不問當事人是否兩造到場。應以言詞辯論行之。例如被告在開始言詞辯論時。或繼續言詞辯論中不到場。原告爲自己之利益。即得爲公示送達之聲請。

註 Hillwig 氏有言。公示送達之許可。應就各個訴訟行爲。各以特別之判決爲之。若就一審

級或訴訟全部許得公示送達。則爲違法之判決。不能有效。

二 實施公示送達之方法。公示送達。由法院書記官將應送達之文書或繕本。黏貼於法院

之牌示處如受訴法院認為必要時。並得命將文書之繕本或節本登載於一種或數種新聞紙。或依其他相當之方法通知或布告之。至當事人對於此項裁決不得聲明不服。(一八四條)

疏

公示送達之聲請。經法院裁決准許者。法院書記官應依職權施行。其施行方法。規定於法律中者。所以防止失於鄭重。或失於粗疏之弊也。

應命登載何種新聞紙。與其應登載之次數。及其他方法為通知或布告者。應採用何種方法。亦均由法院酌量情形定之。其他方法。例如任意由郵局通知。或於相當地點黏貼廣告是也。

三 公示送達效力之發生 公示送達。自黏貼牌示處之日起。其登載新聞紙者。自最後登載

之日起。經過二十日。發生效力。此項期限。受訴法院認為必要時。得於准許公示送達之裁決。

酌予延長。(一八五條)

疏

黏貼牌示處之日。與最後登載之日。須與同日為之。否則發生兩個期間之起算點矣。又第一審有第二審之不變期間隨之。第二審有第三審之不變期間隨之。第三審亦有再審之期間隨之。此處之二十日。

究將不變期間除外乎。抑遇有不變期間。(如送達期間二十日)則合併計算為四十日乎。若合併計算為四十日。則法律上規定此二十日之理由。又安在乎。蓋不變期間之二十日。仍為二十日。而此二十日為送

達期間。即視為送達吏經過之日期。換言之。即抽象的規定。作為在途期間也。送達有單為某事項之通知者。如準備書狀之送達是。有並發生法律上之效力者。如訴狀之送達是。又如判決書之送達。上

訴期間以之開始進行。在普通送達。送達完了之時即生效力。而在公示送達。因送達之方法不同。故發生效力之時期亦異。認為必要延長者。例如應送達之文書。若為訴狀及同時送達之傳票。宜將其期

間延長是也。延長期間。應於為准許公示送達之裁決時行之。不得事後補為延長之裁決。倘事後得補

延長之裁決。則審判長一人可以左右該案件之確定期限。法律上規定之公示送達二十日期限及不變期

限。均受動搖。有時幾等於虛設矣。故法律禁止嗣後補予延長。又此二十日之期間。法文雖稱之曰期限。然性質上並非期限可比。故不適用於期限之規定。惟其期間之計算。仍應準用百九十六條之規定。為便利計也。

民事訴訟法

達。在此二十日期內。縱該文書有由膠示處脫落或除去之事。於送達之效力無影響。

註 *Seuffert* 氏有言。文書黏貼後。法定期限滿了以前。雖應受送達人之所在地已經分明。

得爲公示送達之條件。已經消滅而因該期限之滿了。仍無妨於送達效力之發生。(Cunin

氏 *Hilwig* 氏之言相同)

四 特別代理人之選任 訴狀及同時送達之傳票應行公示送達者。受訴法院審判長爲保護被告。應依職權爲被告選任特別代理人。將其事由一併公示。第六十二條第二項至第四項規定。於此項情形準用之。又訴狀及傳票。除公示送達外。並應向特別代理人另爲送達。(

一八六條)

疏 特別代理人於被告出而辯當訴訟前。關於該訴訟。代理被告爲一切訴訟行爲。但不得爲捨棄・認諾或和解。選任特別代理人所需費用。及特別代理人代行訴訟所需費用。得命原告墊付。故第六十二條第二項至四項之規定。於此項情形準用之。法院依職權爲被告選任特別代理人之裁決。依第六十二條二項之規定。應送達於特別代理人。依二十七條之規定。應送達於原告。又依第八十六條之規定。並應以訴狀及傳票之公示送達一併公示。

第八 送達證書 送達不可不作證書以證明之。其證書因送達之程式不同。亦不能無異。

一 送達吏送達時 此時應由送達吏作製送達證書。記明左列事項並簽名。(一七二條一項)

(子) 使行送達之法院

〔疏〕送達必由法院書記官交送達吏施行。該書記官所屬法院之名稱。應記載於證書。

(丑) 應受送達人

〔疏〕即應受送達之本人。或依百五十三條至百六十條規定應受送達之人也。除記明姓名外。於必要時。並應記載其職業及身分等。

(寅) 應送達之文書

〔疏〕應於不至與他文書相混之程度。為相當之記載。

(卯) 送達處所及年月日時

(辰) 送達方法

〔疏〕文書係付與應受送達人。抑係付與應受補充送達之人。應於證書內記載之。依第六十八條至百七十條所規定之方法為送達者。應記載其方法。

送達證書。應於作就後。交收領送達人簽名或蓋印。或拒絕或不能簽名等印者。送達吏應記明其事由。(二七一條二項)至已作製之送達證書。應提出於法院書記科。由書記官附卷。(一七三條)

〔疏〕送達吏於送達證書內。只須簽名。無庸蓋章。亦不許以蓋章代簽名。而領受該文書之人。則得任以簽名或蓋章也。送達證書。不過一種證據方法。故送達未作送達證書。或其證書不合上述之程式者。不得

即謂其無送達之效力。未記明於送達證書之事項。亦得以其他證據方法為證。又送達證書雖為公證書。就其所記事項有完全之證據力。然仍許反證。(四〇〇條)

初級審判廳之書記官。受他法院之囑託。交送達吏為送達者。(一五一)送達證書。應提出於該初級審判廳之書記官。由其轉送於囑託法院之書記官。此乃當然之事。不待有明文也。

二 法院內送達時 此時法院書記官應命受送達人提出收據附卷(一七五條一項)

疏

法院書記官。依第一百五十二條規定。在法院內應將送達之文書。付與應受送達人以代送達者。應命應受送達人提出收據。附於訴訟卷宗。以爲送達之證。

三 郵便送達時 此時法院書記官應作記明該事由及年月日時之證書附卷（一七五條

二項）

四 囑託送達時 此時法院書記官應將受囑託之官廳或官吏。記明已爲送達或不能送達

之通知書附卷（一八一條前段）

五 公示送達時 此時法院書記官應作記明該事由及年月日時之證書附卷（一八七條）

關於送達證書之規定如此。若不能送達者。送達吏應作記明該事由之報告書。連同文書提出於法院書記科。而法院書記官應將此項報告書附入訴訟卷宗。並將不能送達之事由。通知使爲送達之當事人（一七四條）在受囑託之官廳或官吏不能送達者。以其不能送達之通知書附卷亦應將其事由通知使爲送達之當事人（一八一條後段）

疏

所謂並將不能送達之事由。通知使爲送達之當事人者。例如當事人之書狀不能送達者。通知提出書狀之人。證人之傳票不能送達者。通知聲明人證之人。又當事人曾爲送達判決之特別聲明者。不能送達時。

通知該聲請人是也。其通知無一定之程式。任以何方法行之均可。

凡訴訟法上關於送達一節之規定。許多條文所用送達二字。究係指收受送達（即送到之謂）而言。抑係指

施行送達而言。須就逐條文理及理論解釋之。不能概括論定。要之。送達二字。有指收受而言。亦有指

發行送達而言。（即書記官將文件交於送達吏之謂。）此在訴訟行爲中。有重大效果。務須注意。又送達

合法。則上訴期間開始進行。如不合法。則上訴期間不能開始進行。故上訴期間雖已逾期。尚須注意其

送達合法與否。蓋不合法之送達。根本上無上訴期間存在。更無所謂逾期矣。故上訴期間之開始。與送達合法與否有重大之關係。是亦送達中之宜注意者也。

註一 Cump 氏有言。送達自體。非獨立之訴訟行爲。不過爲訴訟行爲之一方法。送達之無效。是否因責問權舍棄或喪失而爲有效。全視因送達成立之行爲。或因送達而爲開始。或遵守之期限之性質而定。如訴之提起及普通期限之遵守。因責問權喪失。其送達可爲適法。反之如不變期限之開始或遵守等。不屬於當事人處分權範圍以內。則不能因責問權消滅而爲適法之送達。

註二 日本大審院大正三年判例謂。送達程序雖不免有瑕疵。而收受者苟已收受。並本此而爲訴訟行爲。則他造當事人。即不得主張其送達之無效。

第五章 日期及期限

在民事訴訟。其爲訴訟行爲之時期。不可不有一定。否則不獨當事人何時爲訴訟行爲不能明瞭。即法院分配事件。亦甚屬困難。勢必至訴訟之目的。不可得而達。然定此時期。苟從民事訴訟之根本主義。任諸當事人自由。則審判事務。有種種之不便。訴訟進行。不免因而遲延。此日期及期限原則上所以須由法律定之。或審判官定之也。

疏 所謂根本主義者。指處分權主義而言。又審判官三字。指代表法院之合議庭推事及審判長。並受命推事。受託推事等而言。

民事訴訟法規定之時期有二。一爲日期。一爲期限。日期者。在審判上爲訴訟行爲之時期也。變詞言之。即須在法院或受命推事受託推事面前。而爲訴訟行爲之時期也。期限者。在審判外爲訴訟

行為之時期也。變詞言之。即不須在法院或受命推事受託推事面前。而為訴訟行為之時期也。

疏

日期者。訴訟關係人與法院會合為訴訟行為之時期也。如言詞辯論日期。調查證據日期。宣告判決日期。和解日期。及訊問當事人日期是也。期限者。訴訟關係人單獨為訴訟行為之時期也。如抗告期限。上訴期限是也。在期限於其時期繼續之間。任於何時。皆可為該訴訟行為。在日期則於其時間開始以後。終竣以前。應繼續為訴訟行為。

日期與期限區別之點。略述如下。(1)期限。有法定與裁定二種。日期。則恒為法定。(2)期限。有不變期限。日期無之。(3)期限。有始期與終期。日期。則僅有始期。法律上不定終期。其理由。以謂訴訟完畢或將來另指定日期為之。應由法官斟酌情形為準。法律不能預為規定其終期也。(4)日期為訴訟關係人會合而為訴訟行為之時期。原則應以言詞辯論為之。例如言詞辯論調查證據是也。期限則為訴訟關係人單獨為訴訟行為之時期。原則上以書狀為之。例如提起上訴。聲請再審是也。(5)日期。於開始前即已存在。欲行開始。尚須司法機關特別之行動。例如點呼案件或訊問是。期限。則期限進行前。尚未存在。一經發生。即可時進行。(6)日期一經開始。則必有訴訟行為發生。即如辯論延遲之時。除開始之行為外。尚有延期裁決之訴訟行為。期限則雖進行。不須即有訴訟行為。例如不上訴而經過上訴期限是。(7)日期之遲誤。多為負擔訴訟費用之原因。以期限之遲誤為負擔訟費之原因者甚少。(8)日期係以時。日定之。期限則以月。日或時定之。(9)日期非有通知不得開始。期限則雖無通知。亦能進行。例如上訴期限是。

第一 日期

一 日期之指定 審判日期。須斟酌事務之繁簡。與實際上之便宜。故除本條例有特別規定。使受命推事受託推事指定外。由受訴法院審判長。依職權定之。(一八八條)苟非有不得已情形。不得以星期日慶祝日。或其他休息日。指定為日期。(一八九條)

疏

由受命推事受託推事指定日期之時。參照第二百零一條。第三百十四條三項。第三百四十一條三項之規定說明。指定日期。通常依職權為之。然依第九十三條及第二百三十三條之規定。亦有以當事人之聲請而指定者。為訴訟行為之日期。通常應預行指定。但初級廳管轄案件。不在此限。(參四八二條)指定日期。應指定其日與時。(即鐘點)宜於何日何時。指定日期。應酌量法院事務之狀況及其他

各種情形決之。又指定日期以裁決之形式行之。對此裁決。不得抗告。(五五一，五五三條參照)所謂不得已之形情者。指恐當事人因遲延而受損。或因之有發生不可回復之狀態而言。是否有不得已之情形。由指定日期之審判長定之。

二 日期之傳喚 在德國民事訴訟法。日期之傳喚。為當事人之行為。而日本民事訴訟法。則為法院之職權行為。我國條例與日制同。凡審判長指定日期後。應由書記官作製傳票。送達於訴訟關係人。令其到場。但審判長面向訴訟關係人告知日期。命其到場。或訴訟關係人曾以書狀呈明於日期到場者。則不須送達傳票。亦有同一之效力。(一九一條)

疏 傳票者。催告訴訟當事人或其他訴訟關係人。(例如證人鑑定人)於日期到場之文書也。其傳票除記明到場之時日及處所外。並應記明當事人。訴訟事件。法院。及傳喚之目的。關於初次言詞辯論日期之當事人傳票及證人鑑定人之傳票。則其應記明之事項。應照第二百九十二條。第三百五十五條。及第三百八十二條之規定辦理。所謂審判長面向訴訟關係人告知日期命其到場者。如審判長指定續行辯論之日期。當庭向當事人告知是也。

三 日期開始之處所 日期於法院內開始。是為原則。但法院內所不能為或為之而不適當者。則在法院外開始亦可。(一九一條)

疏 所謂法院內所不能為。或為之而不適當者。例如訊問無到法院之義務。或不能到法院之證人。或有當場訊問證人或檢驗之必要。又如言詞辯論。非在他處所行之。難於收效是也。在法院外開始日期。應以裁決行之。對此裁決。不得抗告。(五五一)至於有無在法院內所不能為或為之而不適當之情形。依法院之自由意見定之。

四 日期之開始及終了 日期以該事件之點呼為始。(一九二條)若無點呼。則雖有定日期之時期到來。亦不得謂為開始。

疏 日期並非以指定之時屆到爲始。而以事件之點呼爲始。故日期未經點呼。縱令其所指定之時（即鐘點）到來。亦不能謂爲開始。點呼者。於指定日期屆到後。向訴訟關係人告知日期開始之謂也。或由審判長自爲之。或命書記官或庭丁爲之。均無不可。至於點呼在立法上之理由。因非點呼後。不生訴訟法上遲誤之效果。故一到指定之時期。法院隨時可以點呼。不問訴訟關係人是否全數到案或僅一部到案也。如法院職務甚忙。儘可於指定時間以後或竟至夜間點呼。均無不可。律師等不能就此質問。

在日期應爲之行為完結。日期終了。又行爲雖未完結。而審判長或受命推事受託推事表示日期終了之時。日期亦以終了。

疏

日期之終了。無一定之標準可循。約計之有二種情形。（1）應爲之訴訟行爲完畢。（2）審判長明示或默示鎖閉言詞辯論之意思而終竣。故法律上只規定日期之始期。而不規定其終期也。

註一 事件之點呼。有謂屬於庭丁之職務者。有謂屬於有指揮權之審判長。書記官或庭丁得不審判長之委任而爲之者。前說爲今村氏所主張。後說爲（三三）氏所主張。據余所信。以後說爲當。

註二 大理院民國四年判例謂。審判日期指定時刻者。亦不必於該時刻點呼。依事件之繁簡。於該時刻經過後點呼。亦非違法。

五 日期之移動。日期之移動。其時有二（一九三條）

（甲）日期之變更 謂日期開始以前。將曾爲指定之日期廢棄。而更定新日期也。

疏

日期變更者。例如因審判官患病。或另有重大窒礙。或當事人於事前聲請變更之時。即法院依職權或聲請。變更前所指定之日期之謂也。惟變更日期。須於日期開始前爲限。若在日期開始後。即爲日期之延展。而不得爲日期之變更矣。

(乙) 日期之延展。謂日期開始後。將其所爲之訴訟行爲。延展至他日也。日期除本條例有特別規定外。若有重大之理由。法院得依聲請或職權以裁決變更或延展之。其聲請變更或延展。得以書狀或言詞爲之。若法院命釋明理由者。應即遵行。至變更或延展日期之裁決。不得聲明不服。(一九二條)

疏 日期之延展。約有三種情形。(1)證據尚未調查完畢。須待更施調查程序。故不能進行辯論。(2)證據尚未調到。(3)辯論材料甚多。一日不能終了。尚須更行繼續辯論。此三種情形。皆爲延展日期之重大理由也。又如延展日期。民事訴訟法設有特別之規定者。仍從其特別規定。如第二百五十一條及第三百十八條是也。

以書狀聲請變更或延展日期者。應遵關於當事人書狀之規定。(二四二條以下)以言詞爲聲請者。或於言詞辯論爲之。或於言詞辯論外。在法院書記官前爲之。由其作成筆錄均可。(二四八條參照)若法院命聲請人釋明理由者。對於釋明理由之裁決。不得抗告。(五五一條)變更或延展日期之裁決。無論依職權而爲者。或依聲請而爲者。俱不得以抗告或其他方法聲明不服。因此爲指揮訴訟之行爲。不許獨立聲明不服。此爲謀訴訟迅速進行計也。駁斥聲請之裁決。僅不得抗告而已。(五五一條)

變更或延展日期之裁決。應由法院爲之。審判長無爲此裁決之權。惟其所變更或延展之他日期。依第八十八條之規定。仍由審判長指定之也。此外又應附帶說明者三點。(1)本條例稱延展日期。係包括民事草案所謂辯論延展及指定續行辯論日期二者而言。(2)變更或延展日期。必須有重大理由。始得爲之。且俱須由法院以裁決行之者。蓋恐其任意延展。足致訴訟之終結遲延故也。(3)舊草案採用德日立法例。設有日期廢止之規定。即當事人得以合意廢止日期。本條例則採奧例之立法例。將此除去。在德日立法例之理由。以謂民事訴訟係保護私權。應尊重當事人之意思。如當事人廢止日期。係自願放棄其權利。故不必爲過分之干涉。而本條例以謂因此恐有遲延訴訟之弊。法院應有相當干涉之必要也。

註一 Gamp 氏有言。因訴訟法捨棄所謂同時提出主義之結會延期與續行。已無區別之實益矣。

註二 Grand 氏有言。日期之變更與延展均由法院命之。而不屬於審判長之職權。至辯論續行。則依第三百三十六條之規定。得由審判長命之。

註三 大理院民國四年判例謂。當事人聲請變更日期或展期辯論而爲許駁之決定。係屬指揮辯論之一種。不得聲明不服。

第二期限

一 期限之種別 期限有法定期限。有裁定期限。法定期限。以法律豫爲定之之期限也。裁定期限者。由法院或審判長就各種情形。以裁判定之之期限也。

疏 不變期限者。於民事訴訟法上。附有不變期限之名稱。因其有關公益之故。除依訴訟程序之中斷或中止之外。不能依職權或聲請以伸縮或停止之期限也。普通期限。又名普通(或通常)法定期限。法院若有重大理由。得依聲請或職權。以裁決伸長或縮短之期限也。(參照第九十八條一項之規定)

(子) 法定期限 又分爲不變期限與普通期限。不變期限者。除法律所定以外。依聲明或職權。不能伸縮或停止之期限也。如聲請回復原狀之期限。(二〇六條) 提起上訴之期限。(五〇〇條五三六條) 提起抗告之期限。(五五五條) 提起再審之訴之期限。(五七三條) 提起不服除權判決之訴之期限。(六四九條) 因確定亡故日時不當。提起不服之訴之期限。(七五二條) 等是。普通期限者。不變期限外。法定期限也。如就審期限。(二九一條二項四七九條二項) 指定宣告判決日期之期限。(二六三條二項) 送達效力

發生之期限（一八五條）等是。

（丑）裁定期限 法律上不定最長期最短期其時期之長短。一依法院或審判長酌量情形。依適當之限度而定。（一九四條）如當事人能力、訴訟能力、代理權欠缺補正之期限。（六一條二項九二條二項）命他造當事人陳述費用意見之期限。（一一六條二項）按比例負擔訟費時。命他造當事人提出費用計算書之期限（一一七條一項）等是。

疏 法院或審判長（獨任推事行審判權者。由該獨任推事。）裁定期限時。務須酌量情形。設適當之限度。既不可失之過長。致訴訟之終結延滯。亦不可失之過短。致訴訟關係人不能為訴訟行為。就訴訟標的之金額或價額未逾五十元事件設定期限者。應注意令訴訟得迅速終結。（四八三條四八四條參照）裁定期限。亦有由受命推事或受託推事定之者。（參照第二百零一條之規定）

註 仁井田氏有言。某訴訟行為與某日期間所存之時限。例如送達訴狀與言詞辯論日期間所存之時限。及拍賣公告與其日期間所存之時限。非就訴訟上行爲而制限於一定之時期內。非期限也。雖有以爲期限之一種。而稱爲中間期限者。然其性質非期限。在現行法上。亦不認爲期限。

二 期限之計算 法定期限之起算。由法律定之。法院或審判長所定之期限。則自送達定此期限之文書時起算。若毋庸送達文書者。自宣告定此期限之裁判時起算。但別定起算方法者不在此限。（一九五條）

疏 裁定期限。以何事由開始進行。依我條例之規定。即凡裁定期限。自送達定期限之裁判書時開始進行。毋庸送達裁判書者。（依第二百零七十六條之規定。指已宣告並不得抗告者而言）自宣告該裁決時進行。

期限以時計者。即時起算。以日月或年計者。第一日不算入。但其期限自午前零時起者。不在此限。(一九六條一項)

疏關於即時二字。有二學說。(1)以時為定位。如由午前十時三十分起算者。須至翌日午前十時為一日。(2)謂有即刻之意。如由午前十時三十分起算者。須至翌日午前三十分為一日。以上兩說。似以其第二說為當。

期限以月或年計者。依歷以最後之月或年。與起算日數目相當之前日。為期限之末日。但最後之月無數目相當日者。以其月之末日為期限之末日。若期限之末日係星期日。慶祝日。或其他普通休息日。則不得算入。(一九六條二項三項)當事人不在法院所在地居住者。計算法定期限。應扣除其在途之期間。但當事人為訴訟代理人。居住法院所在地。則得代當事人為訴訟行為。不在此限。至應扣除之在途期間。以司法部命令定之。(一九七條)

疏所謂與起算日數目相當之前日。為期限之末日者。例如期限為五個月。自二月十八日起算。(十八日即為起算日)至六月十七日為期限之末日。蓋十七日。即起算日之前日也。又最後之月無數目相當日者。以其月之末日為期限之末日。例如期限為一個月。自正月三十一日起算。應以二月三十日為期限之末日。但二月係小月。只有二十八日。此時應以二月二十八日為期限之末日。其間缺少二日。不得添補。

扣除在途期間。以法定期限為限。裁定期限毋庸更許扣除。蓋裁定期限。由法院或審判長酌量情形。於適當之期限內定之。(一九四條)自始即應酌量在途期間在內故也。扣除在途期間。民國十年八月二十六日司法部令。定有一般標準。即應依當事人住居地與法院所在地距離之遠近。每水陸路五十里。扣除一日。其不滿五十里而在十里以上者亦同。海路每一海里。作三里半計算。在通行火車輪船之地。應依車行或船行期間。定其全部或一部之在途期間。其車行或船行不滿一日者。亦作一日計算。

註 大理院民國十四年判例謂。查民事訴訟條例第九十七條。當事人不在法院所在地

居住者。計算法定期限。應扣除其在途之期間。雖其但書規定當事人有訴訟代理人居住法院所在地者。不在此限。但細繹立法意旨。原以有代理人居住法院所在地。即得代當事人本人而為訴訟行為。於訴訟之進行甚為便宜。而於當事人之利益亦無防礙。至於提起上訴。依民事訴訟條例第八十五條。非受本人之特別委任。代理人不得為之。而代理人將收受之判決書。轉致於本人。又須若干時日。苟不扣除在途期間。則當事人本人雖欲提起上訴。而亦難免發生不合法之結果。殊非所以保護當事人之道。故除本人於普通委任之時。已將提起上訴事項並行委任外。凡有訴訟代理人。而當事人本人不在法院所在地居住者。其計算上訴期限。於應適用第九十七條前段。扣除其在途之期間。而該條但書。即解為就於訴訟代理人。得代其訴訟行為之時所設規定。

三 期限之伸縮。期限除本條例定為不變期限者外。若有重大之理由。法院得依聲請或職權。以裁決伸長或縮短之。第九十三條第二項規定。於此項聲請準用之。至伸長期限及駁斥縮短期限之聲請之裁決。不得聲明不服。(一九八條)

疏 如欲伸縮期限。無論在期限開始進行以前。或進行以後。均得為之。又無論法定期限或裁定期限。均得伸縮。但不變期限。不在此限。伸縮期限之裁決。應由法院為之。但民事訴訟中。亦有與審判長以裁決之權者。(一四六條二項參照)伸縮期限。得以職權或聲請為之。而聲請之方法。亦得任以言詞或書狀為之。前已說明。茲不贅述。(參照第六章乙款疏之二段。)

考德國民事訴訟法第二百二十四條第一項日本民事訴訟法第七十條第一項。凡期限

除不變期限外依當事人之合意。得以伸長縮短。惟奧地利民事訴訟法第二百二十八條。不許依當事人合意伸長期限。若有期限利益之當事人。有不可避之事故。或因顯著事由。不得於期限內爲其應爲之訴訟行爲。非伸長期限。將受不可回復之損害。則得依當事人之聲明。由法院許其伸長。我國條例爲防止訴訟延滯起見。酌用奧例於第九十九條規定。除不變期限外。當事人得合意縮短。此項合意。應由兩造以書狀或言詞向法院呈明。

疏

我民訴草案。採用德日立法例。於第二百五條規定。期限除不變期限外。當事人得以合意伸縮。其理由以謂不變期限。乃關公益之規定。故不許當事人以合意伸縮之。至其他法定期限或裁定期限。

即許當事人以合意伸縮之。因係採用干涉審判主義故也。我新條例乃採用奧國立法例。於第九十九條規定。僅許當事人以合意縮短期限。而不許以其合意伸長之。其理由蓋恐有遲延訴訟之弊也。合意縮短。應由兩造向法院呈明。一經呈明。即生效力。毋庸法院有准許縮短之裁決也。其呈明之方法。參照前段之疏明辦理。

註 *Suffert* 氏有言。當事人關於期限伸縮之合意。爲一種訴訟法上之契約。得於期限開始之前後。由當事人或其代理人以言詞或書狀明示或默示訂結之。至於呈明法院。非其有效之條件。*(Civ. D.)* 氏之說相同。

第三 日期及期限共通之規定。

一 當事人因自己之過失。致日期變更。延展。或期限伸長者。縱爲勝訴人。亦應負擔因此所生之費用。*(一一〇條)*

疏

此種規定。乃所以限止第九十七條關於費用負擔之原則也。無論其變更。延展。或伸長。係依職權而爲。抑係該當事人或他造當事人之聲請而爲。均可如此辦理。是否因當事人之過失所致。法院應酌量

情形。依其自由意見定之。如當事人未提出準備書狀。(三〇)九條至三一一條)或因其訴訟代理人無陳述能力。(二五)致變更或延展日期者。應認為該當事人有過失也。

二 受命推事或受託推事定日期及期限者。準用上述關於日期及期限之規定。法院或審判長所有之權限。即由該受命推事或受託推事行之。(二二)一條)

第六章 訴訟行為之遲誤

凡欲達訴訟之標的。不可不使當事人於一定之時期為訴訟行為。此訴訟法上所以有日期及期限之規定。然當事人於一定時期不為行為。苟不與以何等之制裁。勢必任意遲誤。與不定日期期限發生同一之結果。故訴訟法又有遲誤之規定。

疏 本條例之遲誤。即舊草案之滯滯。日民訴之懈怠。所謂訴訟行為之遲誤者。訴訟當事人在一定之時間內。應為之訴訟行為而不為。或不完全為之之謂也。當事人於應為訴訟行為之期間而有所遲誤。則附以一定之效果。謂為遲誤之效果。

第一 遲誤之種別 訴訟行為之遲誤。本不獨當事人一面。即法院亦有遲誤之時。惟法院遲誤。應由行使監督權之上官施以警戒。或依法懲戒。無所謂失權之結果。亦無所謂回復原狀。故茲所述者。僅限於當事人之遲誤。

疏 當事人為訴訟行為。本為一種權利。若當事人遲誤不為一定之訴訟行為。無論事實上法律上。無強制之必要。惟剝奪其權利而已。至法院為訴訟行為。係一種義務。無論為判決為訴訟指揮。均處於不得不為之狀態。若法院不踐行此種義務。不得不強制其為之。(上級監督機關負監督之責)但法院有此種義務。非財產權上之義務。係國家法律上之義務。故只得令其負擔公法上曠廢職務之責而已。並不發生訴訟法上之效果也。所以法院之遲誤不適用之。而僅以當事人為限也。

當事人之遲誤分爲遲誤日期與遲誤期限二種。前者如當事人不於日期到場或到場而不爲辯論是。後者如當事人不於期限內完結其應爲之訴訟行爲是。(一一、一二條)

疏 當事人之遲誤。又有全部遲誤與一部遲誤之別。不於日期或期限內爲其應爲之一般訴訟行爲。此全部遲誤也。不於日期或期限內爲其一部應爲之訴訟行爲。或不於某訴訟程度爲其應爲之各個訴訟行爲。此一部之遲誤也。

第二 遲誤之結果。訴訟行爲遲誤之當事人。除本條例有特別規定外。其爲該訴訟行爲之權利。以此喪失。(一、三條)此所謂特別規定者。如第二百一十五條、第二百四十條第二項、第三百四十條但書、第六百零七條第一項等是。

疏 訴訟行爲之遲誤。發生一定之效果。其效果有二種。(1)一般的效果。(2)特別的效果是也。遲誤之一般之效果。在使訴訟行爲爲之人。失其爲該訴訟行爲之權。所以認此效果者。因防訴訟程序之滯滯也。○不論何種遲誤。均發生此效果。遲誤之特別效果者。就某種遲誤發生特別之效果也。例如對於他造所主張之事實不陳述者。視與自認同。(三三一)當事人不從提出證書之命者。得認他造關於該證書之主張正當。(四〇八)當事人之造不於言詞辯論日期到場者。得依到場人一造之辯論而爲判決。(四五七)此外如第四十條二項、第二百二十八條二項、第二百五十九條三項、第二百三十四條、第二百四十條二項、第二百四十一條、第二百九十八條二項、第三百零八條二項、第三百十八條、第三百六十條、第六百二十一條、及第六百四十五條等。皆規定遲誤之特別效果者也。

訴訟行爲之遲誤除本條例有特別規定。須由法院曉示外。當然發生效力。此所謂特別規定者。如第六百零二條第二款、第六百三十七條第三款、第七百四十二條第一款等是。至因聲明而生遲誤之效力者。爲保護當事人之利益。得於未經聲明或關於聲明之言詞辯論未終結以前。追復遲誤之訴訟行爲。(二、四條)

疏

遲誤訴訟行為之效果。無論一般效果或特別效果。皆依法律之規定當然發生。毋庸法院預向當事人曉示。但依特別規定。法院方面亦有時須負相當之義務者。(1)有須預行曉示者。如講義內列舉各條之規定是也。(2)審判長於有必要時。應於言詞辯論時向當事人諭知遲誤之效果者。如第三百二十條之規定是也。又遲誤訴訟行為之效果當然發生。故無礙於他造當事人之聲明。但依特別規定。有須聲明始生效果者。如第二百零八條第二項、第三百零六條第二項、第四百五十七條第一項、第六百零六條第一項規定是也。凡因聲明始生效果者。於未經聲明或關於其聲明之言詞辯論未經終結前。得追復遲誤之訴訟行為。以除去遲誤之效果。此外民事訴訟法中。尚有准予追復訴訟行為之種種規定。第二百零四條第二項及第二百零五十二條、第三百四十條但書、及第六百零七條第一規是。

第三 回復原狀 回復原狀者。除却遲誤結果之方法也。法以必要之言詞辯論日期。與不變期限。雖為必須遵守之規定。然苟非因當事人之過失致於不能遵守。而亦使其受遲誤之結果。未免過於苛酷。故為救濟方法而設此回復原狀之程序。

一 回復原狀之條件 當事人或代理人。遲誤必要之言詞辯論日期或不變期限。致不得為其應為之訴訟行為者。法院應依聲請。准許回復原狀。惟此項聲請。須因不能預見或不可避之事故。為必須具備之條件。否則漫無制限。於訴訟之標的。不相適合。(二、五條)

疏 所謂不可預見或不可避之事故。如天災或其他不可抗力。自不待言。此外凡吾人已十分注意。猶不能預見或不可避之事故皆屬之。例如突患重病。致不能於言詞辯論日期到場。又不及委任代理人。或已於適當時期聲請訴訟救助。而因法院延不裁決。至不能於上訴期間內提出上訴是也。如其遲誤係由於自己之過失者。不得為回復原狀之原因。亦不得准許回復原狀。此外尚有應行言及之問題數點。述之如下。(1)法文所謂必要言詞辯論日期者。係指判決程序中。凡在第一審第二審。因三審係書面審理故不在內。判決前之辯論日期。皆謂之必要言詞辯論日期。凡遲誤言詞辯論日期。並非一經遲誤。即可回復原狀。故(A)暫時遲誤。旋可依照第二〇四條二項追復者。不適用回復原狀之程序。(B)縱令遲誤尚未生遲誤之效果者。(未為遲誤日期之判決。不得聲請回復原狀。據此論斷。可知回復原狀。必於有遲誤之事實。並其遲誤已生遲誤之效果者。而後始可適用之。(2)有法文規定不許回復原狀之聲請者。如本條例第三一〇條。第三一八條三項。第三四八條三項是也。(3)凡對席判決經過上訴期間

。遲誤日期之判決經過上訴及回復原狀之期間。(遲誤言詞辯論之判決。既可回復原狀。又可提起上訴。)即為確定。一經確定以後。不因有回復原狀之聲請而阻止其確定。又判決一經確定。即須付諸強制執行。不因回復原狀之聲請而阻止其執行也。回復原狀程序。只適用於遲誤不變期限及必要之辯論日期。至遲誤其他日期。期限。概不得適用之。立法理由。以謂不變期限及必要辯論日期。乃法律上之規定。法完無自斟酌更動之餘地。不得不設此回復原狀之救濟方法也。若其他日期期限。法院有斟酌考慮之餘地。若當事人期誤此等日期。期限。乃當事人之過失。毋庸有許其回復原狀之聲請矣。

考德國日本民事訴訟法。聲請回復原狀。以遲誤不變期限者為限。其遲誤必要之言詞辯論而受闕席裁判者。則許其聲明窒碍。我國條例係採用奧匈立法例。(奧一四六甸四五—)

疏

德日民訴及我舊草案。受缺席判決者。許其聲明窒碍。我新條例遲誤言詞辯論日期。得聲請回復原狀或提起上訴。此其不同之點也。

註一 大理院民國三年判例謂。各級審判廳試辦章程所稱意外事變。當指意外事故。其發生非出於當事人之預見及過失而不能祛避者而言。疾病雖非絕對不可避之事故。然實際若已陷於不能為訴訟行為之情形。例如絕對無代理人可以委任者。則亦可認為意外事故之一種。至當事人渾稱患病。或雖屬患病。而並未陷於不能為訴訟行為之情形者。實際上既無不可祛避之障礙可言。其聲請回復原狀自難予以准許。又民國六年判例。謂被押為意外事變之一。應准為回復原狀之理由。

註二 大理院民國十一年解釋例謂。查民事訴訟條例第二百零三條規定。遲誤訴訟行為者。除本條例有特別規定外。不得為該訴訟行為。至於回復原狀依民事訴訟條例第二百零五條。以遲誤必要之言詞辯論日期或不變期限者為限。來函所述情形。(即當事人不

繳訟費。經法院裁判限期補正。當事人逾限仍不遵繳。由法院以判決駁斥其訴或上訴。該被駁斥之當事人。於收受判決後二十日內。繳納訟費或聲請救助。請求回復原狀。既在民事訴訟條例另有規定。後由審判長定期補正。第此項期限。又得依聲請或職權以裁決伸長。自不能再予准用回復原狀之規定。以爲救濟本院前此判例解釋於二十日內繳納訟費。仍應受理。係斟酌當時情形。認爲適當之條理採用。現行民事訴訟條例既有明文。前例即應廢止。惟審判長定期補正時。不宜過短。應斟酌訟費數額及該地方之經濟狀況。并應將法律上之效果（即以判決駁斥其訴或上訴）明予示知。以促其注意。

二 聲請回復原狀之期限 聲請回復原狀。應自其障礙停止時起。於二十日之不變期限內爲之。若自遲誤時起已逾一年者。則不得聲請。蓋以回復原狀聲請之時期。不設何等制限。則訴訟關係永遠不能確定矣（二一六條）

疏 所謂應自其障礙停止時起者。即自該不能預見或不可避之事故。所可及於訴訟行爲之影響消滅時開始進行。其障礙停止之日。不算入期限內。（一九六）若當事人不在法院所在地居住者。應扣除其在途之期間。若因遲誤必要之言詞辯論而聲請回復原狀者。無論在第四百五十七條之判決前或判決後。均得爲之。且無妨與對於該判決之上訴同時爲之。又自遲誤時起。經過一年後。縱其障礙未經停止。亦不得待其將來停止之時於二十日內聲請回復原狀。換言之。若經過一年之後。無論具有若何原因。概不許聲請回復原狀也。聲請回復原狀之始點爲二十日。終點爲一年。與聲請再審之有始點終點。其性質相類似。蓋再審之始點爲三十日。終點爲五年也。

聲請回復原狀之期限。雖爲不變期限。然遲誤此期限者。不得更行聲請回復原狀。此所以防

訴訟之延滯也。(一一)條)

註一 Camp 氏有言。回復原狀之期限。雖為法定期限之一種。然非不變期限。故遲誤此項期限者。不得更為回復原狀之聲明。

註二 Holme 氏有言。回復原狀期限之進行開始以後。雖其回復之聲明。因相對人之脅迫而有妨礙。亦不得對之而為回復之聲明。但依第五百八十條第四號請求再審。則無不可。

三 聲請回復原狀之程式 聲請回復原狀。應提出書狀於有權審判遲誤之訴訟行為之法院為之。但遲誤上訴或抗告之期限者。得向原法院提出書狀。(一一七條一項)此種書狀。應表明左列各款事項。(一)七條二項)

疏 聲請回復原狀。應以書狀為之。其書狀應向有權審判遲誤之訴訟行為之法院提出。故遲誤言詞辯論日期者。應向行辯論之原法院提出。遲誤上訴或抗告之期限者。應向上述法院或抗告法院提出。遲誤再審之期限者。應向再審管轄法院提出。上訴或抗告之期限者。亦許向原法院提出書狀。因上訴或抗告狀。得向原法院提出故也。(五〇二，五三七，五五六)在初級審判廳。得以言詞為聲請。求法院書記官作成筆錄。以代提出書狀。(四七七，一四八)

(甲) 聲請回復原狀之原因事實。

疏 即足以明其回復原狀應行准許之事實也。足以明其遵守不變期限之事實。亦應釋明之。

(乙) 釋明原因事實及遵守不變期限之證書。

疏 供釋明用之證據方法。雖無庸於聲請時即行提出。而於後日提出之。然非將其證據方法表示不可。

(丙) 追復遲誤之訴訟行爲。

疏

此處惟遲誤不變期限內應爲之訴訟行爲者。有其適用。即追復遲誤之行爲。應與回復原狀之聲請合併爲之。例如遲誤上訴期限者。於回復原狀之書狀中。記載提起上訴。應表明之事項是也。如應追復之訟行爲。已於聲請前爲之。則只於聲請書狀或筆錄中表明其旨已足。至若遲誤言詞辯論日期者。其所遲誤之訴訟行爲。應於後之辯論日期追復。無由於聲請時追復之也。

若遲誤言詞辯論日期者。應將準備言詞辯論之事項。並記明於聲請書狀。(二)七條三項)

疏 即其後日擬於言詞辯論提出之聲明或事實及證據方法等。一併記載於聲請書狀。或求書記官載於代書狀之筆錄。俾法院及他造當事人得爲辯論之準備也。

四 關於回復原狀之審理及裁判 回復原狀之聲請應否准許。由法院以職權調查。若就其

聲請應經過言詞辯論之程序。而審判長於定言詞辯論日期前。已認有顯然不應准許之情形者。即應不定日期。求法院爲駁斥聲請之裁判。但其情形可以補正者。應定期限先命補正。

(二)八條)

疏

回復原狀之聲請應否准許。法院應依職權調查之。其不應准許之情形如下。(1)顯然已逾第二百零六條規定之二十日期限。(2)不合第二百零七條第一項第二項規定之程式。或不繳訟費。(3)無遲誤之情形。而當事人誤信爲遲誤。(如送達不合法。當事人不知送達不合法。信爲逾期之類。)或其遲誤之訴訟行爲。不依回復原狀已可追復者。(4)由代理人聲請回復原狀。其代理權顯有欠缺者。以上四種情形。有不可補正者。如第一款之逾期是。有可以補正者。如第二款、第四款。所述之情形是也。法院已定期限先命補正。而當事人不於期限內補正者。此時法院即應駁斥其聲請。是不待言。又審判長求法院爲駁斥聲請之裁判。而法院之意見(即合審制之決議)認爲應經言詞辯論者。審判長仍應指定言詞辯論日期。

聲請回復原狀之程序及遲誤之訴訟行爲之程序。如法院斟酌情形。認爲可以合併者。即合併行之。以圖節省。如認爲不宜合併。即應先就回復原狀之聲請命其辯論。並爲裁判。至當事

人一造遲誤言詞辯論日期。經法院依第四百五十七條之規定而爲判決者。若該當事人聲請回復原狀。經法院予以准許。則應回復遲誤前之訴訟程度。就該訴訟更爲辯論判決。此新爲之判決。如與遲誤日期之判決相符。應於新判決宣示維持之。如與該判決不符。應宣示廢棄之。(二一)九條)

疏 聲請回復原狀之程序。指以裁判該聲請之應否准許(是否合法及有無理由)爲目的之程序而言。遲誤之訴訟行爲之程序。乃指本案之訴訟程序而言。當事人聲請回復原狀時。爲訴訟程序明斷起見。本得先就回復原狀之聲請。爲辯論。並爲裁判。以免與遲誤之訴訟行爲混淆。但法院認爲便利或爲策謀。進行迅速計。亦得命合併行之。例如因遲誤言詞辯論日期而聲請回復原狀者。關於該聲請應否准許之辯論。得與關於本案之辯論合併之。又如因遲誤上訴或再審之訴之期限而聲請回復原狀者。關於該聲請應否准許之辯論。得與關於上訴或再審之訴之辯論合併之是也。

於言詞辯論日期未到場之當事人。因受依第四百五十七條規定之判決而聲請回復原狀時。若法院予以准許。(即其聲請係合法並有理由之謂。)自須進而審理遲誤之訴訟行爲。審理之結果。予以裁判。則於爲新判決時。自應將從前所爲遲誤言詞辯論日期之判決。宣示維持或廢棄之也。故若新判決與前判決一部相符一部不相符者。即應於新判決一部宣示維持一部廢棄。

關於聲請回復原狀之裁判。及不服裁判之聲明。除本節有特別規定外。準用關於追復之訴訟行爲之規定。(二二)一條。故就抗告期限爲回復原狀之聲請。毋庸經過言詞辯論。以裁判之形式裁判。而就上訴期限。再審之訴之期限。聲請回復原狀。則除第三審法院外。(參照五四)條五七二條)均應經過言詞辯論。以判決之形式裁判。其遲誤必要之言詞辯論日期。或不服除權判決。或禁治產宣示之訴之期限。而聲請回復原狀者亦同。其以判決駁斥回復原狀之聲請者。爲終局判決。准許回復原狀之聲請者。爲中間判決。對於駁斥之判決。得獨立

以上訴聲明不服。對於准許之判決。不得獨立聲明不服。卒關於聲請之言詞辯論日期。聲請人若有遲誤。並不許更行聲請回復原狀。(一一)條)其裁決由原法院爲之者。得以提起抗告。法院爲之者。應依第五百五十四條之規定。

疏 就抗告期限爲回復原狀之聲請。毋庸經過言詞辯論者。因關於抗告應以裁決爲裁判。而裁決依第二百七十四條之規定。得不經言詞辯論爲之故也。因遲誤上訴期限。再審之訴之期限。或不服除權判決或禁治產宣示之訴之期限。而聲請回復原狀者。關於其聲請之裁判。均應以言詞辯論爲之。以其追復之上訴。再審之訴。及不服除權判決或禁治產宣示之訴。均應經過言詞辯論而爲裁判故也。但向第三審提起之上訴。或再審之訴。例外得不經言詞辯論爲之。因第三審之裁判。本以不經言詞辯論爲原則故也。何以言准許回復原狀之聲請者爲中間判決。因此時並非解決本案全部之爭點。僅係解決本案先決之爭點耳。故以中間判決行之。此種中間判決。就民訴條例言。係中間爭點之中間判決。(四五三條參照)雖不許獨立提起上訴。得俟終局判決後與終局判決一併提起上訴。

聲請回復原狀之期限。雖亦爲不變期限。(一一)六條參照。然遲誤此期限者。不許聲請回復原狀。所以設此規定者。因防訴訟之延滯也。故關於其聲請之言詞辯論日期。縱爲必要之言詞辯論日期。若聲請人遲誤此日期者。不許再聲請回復原狀。僅得提起上訴而已。然在他造當事人。則於遲誤日期後。固仍得聲請回復原狀也。

因誤遲日期或期限及聲請回復原狀所生之費用。應由遲誤之當事人負擔。但因他造當事人不當之異議。例如因提出無益之攻擊或防禦方法。致生別種之費用。則不在此限。(一一)二條)

疏 遲誤日期或期限之當事人。應負擔因此所生之費用。而其遲誤之是否出於故意。則非所尚也。聲請回復原狀之當事人。則應負擔因該程序所生之費用。而其聲請之准許與否。亦非所問也。至該當事人爲勝訴人時亦同。此亦所以限制第九十七條規定之原則也。但因他造當事人不當之異議所生之費用。則不在此限。

第七章 訴訟程序之停止

訴訟開始以後。固應使其迅速了結。但因某種事實發生。實際上不能進行者有之。又或強為進行。而反不如暫行停止之適當者。亦有之。故訴訟有訴訟程序停止之規定。有本於法律之規定而為停止者。有本於法院之裁判而為停止者。有本於當事人之意思而為停止者。茲分別言之。

疏 所謂因某種事實發生。實際上不能進行訴訟之情形。例如當事人自為訴訟行為時。忽於訴訟進行中喪失訴訟能力是也。所謂強為進行。而反不如暫行停止為適當之情形。例如訴訟全部或一部之裁判。以他訴訟之法律關係是否成立為根據時是也。(此例詳後中止之說明)本於法律之規定而為停止者。稱為中斷。本於法院之裁判而為停止者。稱為中止。本於當事人之意思而為停止者。稱為休止。故訴訟程序之停止。乃指中斷・中止及休止三種情形而言。

第一 中斷 中斷者。因某種事實發生。法律上當然生訴訟程序之停止也。其原因如次。

疏 某種事實發生。訴訟程序當然因之停止。無待當事人之行為或法院之行為也。更可不用法院或當事人已知與否也。此之謂訴訟之中斷。

一 當事人亡故 此時訴訟程序。於其承繼人承受訴訟之前中斷。但有訴訟代理人代為訴訟者。不在此限。(二一三條一項) 此蓋以訴訟代理與普通代理不同。雖本人亡故。仍不消滅故也。

疏 所謂承繼人者。因當事人死亡而承繼其法律關係之人也。即當事人之一般承繼人(包括承繼其權利義務之人)及包括受遺人是。所謂承受訴訟者。謂繼續已停止之訴訟之意思表示也。通常承繼人于當事人亡故之後。未必即能續為訴訟。甚至承繼人之有無。有時且不明瞭。故定為於其承受訴訟前。中斷訴訟程序。當事人受亡故之宣告者亦同。(當事人受亡故之宣告。規定於特別訴訟程序中。)本人亡故。非代理權消滅之原因。故有訴訟代理人時。縱令本人亡故。不得中斷訴訟程序。所以設此規定者。為促訴訟進行。以保護相對人之利益也。但此所謂訴訟代理人者。指受包括委任之代理人而言。若僅有受特定委任之訴訟代理人者。仍生訴訟程序之中止。

共同訴訟中當事人有數人時。如有一人死亡。則應如何辦理。不無疑問。此時應以共同之性質定之。如係普通共同訴訟。則一人死亡。不影響於他共同訴訟人。即不得中斷訴訟程序。若係必要共同訴訟時。因必須合一確定之故。二六十七條參照。如死亡一人。必影響於他共同訴訟人。此時則應中斷訴訟程序。

從參加人死亡。應中斷訴訟程序否。亦應解決之問題。從參加人死亡者。除依第七十四條規定之特別從參加人（學者稱爲獨立之從參加人）亡故時。應中斷訴訟程序外。不生訴訟程序之中斷。但從參加人之地位。應許由其承繼人承受。如承受人不能即參加於訴訟時。法院自應因此延展言詞辯論日期。

（共同訴訟及訴訟參加。於第二編內詳爲說明。）
訴訟有因當事人亡故即行終結者。例如他造當事人爲亡故當事人之承繼人是也。又凡訴訟因當事人一造亡故。即不能達其目的者皆然。（六八〇・六九二・六九五・七〇〇・七二六・七三六・七三七等條參照）

爲當事人之法人消滅。而有包括承繼其權利義務之人。則消滅者與承繼者之法律關係。類於亡故而有繼承。當事人與其承繼人之法律關係。亦應準用因當事人亡故而訴訟程序中斷之規定。（一一三條二項）

註 大理院民國十三年解釋例謂。訴訟的法律關係。係原告與國家及被告與國家之二面關係。祇須當事人一造之行爲。即以簡設。並不必二面之關係。並行存在。而後始能成立。故如積極的當事人（原告或上訴人）亡故。無合法之承繼人承受訴訟。其與國家之訴訟關係。即歸於消滅。而同時以世關係存在爲前提之訴訟關係。即國家與消極的當事人承受訴訟。則該積極的當事人與國家之訴訟關係。尙屬存在。不過法院得以當事人欠缺爲理由。認其訴爲不適法。予以駁斥。須有相對立之當事人爲訴訟之適法

要件) 來函所謂他之一造。如係第一審原告。因其訴訟被駁斥。受有不利之裁判。而聲明上訴。則上訴法院。應認其上訴為無理由。予以駁斥。并將訴訟費用。由該上訴人負擔。如係第一審被告。因其受有不利之裁判。而聲明上訴。則上訴法院。應依法予以糾正。惟訴訟費用。因該上訴人既已勝訴。而一造又係亡故。故殊無從為何人負擔之裁判。

二 當事人受破產宣告 此時關於該破產財團之訴訟程序。於依破產法有訴訟之承受或破產程序終結前中斷。(二二四條)

疏 當事人受破產之宣告者。關於破產財團之訴訟程序。因破產宣告而中斷。即為訴訟之標的物。因宣告破產。而歸於破產財團。破產人依破產法之規定。已喪失其占有。管理及處分權。故也。所以無論有無訴訟代理人。均應停止訴訟程序。但既云關於破產財團之訴訟程序云云。自應以其訴訟之結果。足以及其影響於破產財團之範圍者為限。若其訴訟標的與破產財團無涉者。是無中斷之必要矣。

三 當事人喪失訴訟能力 此時訴訟程序。於其法定代理人通知他造當事人。或他造當事人通知法定代理人。續行訴訟前中斷。但有訴訟代理人代為訴訟者。不在此限。(二二五條) 此蓋以訴訟代理權。不因本人之訴訟能力變更而為消滅故也。

疏 無訴訟能力之當事人。既不能自為訴訟行為。亦不能委任訴訟代理人。使其代為訴訟行為。前已說明之矣。(參閱前條) 故此時應中斷訴訟程序。以待其法定代理人出而承受訴訟。但當事人能力之變更。非為代理權消滅之原因。故喪失訴訟能力之當事人。若有訴訟代理人時。仍得由訴訟代理人續行訴訟。惟法院得依聲請。或依職權。命中止訴訟程序。(二三三條參照) 又此所謂訴訟代理人者。亦專指包括委任之代理人。自不待言。此通知。即所以承受訴訟也。其通知應依第二百二十六條規定行之。若當事人於法定代理人承受訴訟前。回復訴訟能力者。其中斷即於此時終竣矣。當事人喪失訴訟能力者。如於訴訟進行中受禁治產之宣告是也。法律規定於此情形中斷訴訟程序者。

無非爲保護當事人之利益也。惟當事人僅受準禁治產之宣告時。並不中斷訴訟程序。因準禁治產人。本無法定代理人爲之代行訴訟故也。

四 法定代理人亡故或喪失代理之權限 此時訴訟程序。於新法定代理人通知他造當事人。或他造當事人通知新法定代理人續行訴訟程序前中斷。但有訴訟代理人代爲訴訟。或本人已得自爲訴訟行爲者。不在此限（二一六條一項）

疏 當事人本人。因無訴訟能力。故須法定代理人代爲訴訟。若法定代理人於訴訟進行中亡故或喪失代理權。（如法定代理人宣告禁治產或解任辭任等是）因本人不能自爲訴訟之故。自應中斷訴訟程序。但訴訟久延。於相對人頗不利益。故應由新法定代理人續行之。其續行之前。亦應經通知之程序。且法定代理人亡故或失代理權時。如當事人已取得或回復訴訟能力。得自爲訴訟者。並不中斷。再當事人若有數法定代理人。俱得代表當事人者。雖代爲訴訟之法定代理人亡故或失代理權。訴訟程序亦不中斷。又有訴訟代理人云云。與前同。茲不贅。

法定代理人代有訴訟能力之當事人。及法定委任代理人代本人爲訴訟者。若有亡故或喪失代理權等情事。亦準用前項規定。中斷訴訟（二一六條二項）

疏 所謂代有訴訟能力人爲訴訟之法定代理人者。例如遺囑執行人。代因遺囑負義務享權利之有訴訟能力人。應訴或起訴時是也。若此等代理人亡故或失其代理權時。雖當事人本人本爲有訴訟能力人。亦應中斷其訴訟程序。

五 法院因天災或其他事故不能辦理事務 此時訴訟程序。於其辦理事務前中斷（二一七條）

七條）

疏 法院因天災或其他事故。不能辦理事務時。勢不能不中斷訴訟程序。其爲中斷原因之一事故。須爲一般之事故。如瘟疫・洪水・戰爭等是也。至若初級廳祇有推事一員。而該推事亡故者。不爲中斷之原因。此際如無代理之推事。當事人得聲請指定管轄。（三五條參照）

註 *Camp* 氏有言。民事訴訟係以非財產的請求權為標的。如婚姻事件、親權事件等。又或雖

為財產權而不可屬於破產財團。又或以侵害占有或商標之使用停止等為標的。均不在應行中斷之列。

中斷之原因如此。茲就中斷程序之續行言之。

(甲) 因當事人亡故或法人消滅而為中斷之訴訟程序。若有承受者。應提出陳述承受之書狀於受訴法院。由法院送達於他造當事人。若承繼人遲延不承受訴訟。他造當事人得因承受訴訟及本案之辯論。向受訴法院聲請傳喚承繼人。第六十九條及第八十六條規定。於此項傳票之送達準用之。(二二五條)

疏 訴訟程序。因當事人亡故或法人消滅而中斷後。其承繼人出而承受訴訟者。應提出陳述承受書狀於法院。其書狀適用第一百四十二條以下之規定。必須以書狀提出於法院者。(1) 為使明確。(2) 便於送達也。但在初級廳之訴訟案件。仍得以言詞行之。又必須送達者。使他造當事人知有承受訴訟之事實也。此種書狀有欠缺時。可因他造當事人之不書問而為補正。因係屬於一種可得捨棄之訴訟行為故也。

承繼人遲延不承受訴訟云者。該承繼人已知自己為承繼人。且知訴訟繫屬之事。並無正當理由而不出而承受訴訟之謂也。但在其得捨棄承繼之間。雖不為訴訟之承受。不得以遲延不承受論。他造當事人因承受訴訟及本案之辯論。向受訴法院聲請傳喚承繼人。此之傳喚。乃對於承繼人最初之傳喚。故其傳票之送達。應準用第六十九條及第八十六條之規定。

(乙) 因當事人破產或喪失訴訟能力。與法定代理人亡故或喪失代理權而為中斷之訴訟程序。若有承受者。應提出續行訴訟之通知書於受訴法院。由法院送達於他造當事人。(第

二百二十六條

疏 此之所謂承受人。乃指破產管理人。法定代理人。或新代理人而言。如因當事人破產而中斷訴訟程序者。其承受人爲破產管理人。因當事人喪失訴訟能力而中斷訴訟程序者。其承受人爲法定代理人。因法定代理人亡故或喪失代理權而中斷訴訟程序者。其承受人爲新代理人。此等承受人出而續行訴訟時。與前段之承繼人同一辦理。其餘一概參照前段之疏。

(丙) 因天災或其他事故而爲中斷之訴訟程序於受訴法院辦理事務時當然終竣。惟法院書記官應將中斷終竣之事由布告。以使訴訟關係人知悉。第百八十四條規定。此項布告準用之。(二二七條)

疏 在前(甲)(乙)兩項須提出通知書者。因中斷事由發生於當事人。而此則發生於法院。故只須布告。不須通知。然此種布告。僅在促當事人之注意。並非中斷終竣之要件也。

第二 中止 中止者。本法律上一定之原因。依法律之裁判而停止訴訟行爲也。其原因如次。

疏 中止與中斷不同。在中斷。只法律上規定之原因發生。當然中斷訴訟程序。在中止。則既須法律上規定之原因發生。又須由法院加以裁判。始能中止訴訟程序。此兩者之區別也。

法院爲中止之裁判後。不問其裁判之當否。訴訟即時停止進行。故訴訟程序實際雖未進行。而未經此裁判宣告中止者。仍不能謂爲訴訟程序之中止。

一 當事人於戰時服兵役。或依法令。或因天災。或其他事故。致與法院交通斷絕時。此時法院得依聲請或職權。命於障礙消滅前中止訴訟程序。(二二八條)

疏 於戰時服兵役者。不問其現在地是否與法院斷絕交通。均應中止訴訟程序。至其他爲中止原因之障礙。則須當事人之現在地。因此與受訴法院交通斷絕。障礙之依法令而生者。如防疫之法令是也。因天災而生者。如洪水是也。因其他事故而生者。如戰事是也。當事人之一造或兩造遇有此種障礙。法院得依聲請或職權爲中止之裁判。此乃保護有障礙之當事人之利益也。有無中止訴訟程序之必要。由法院依其意見定之。

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根據時。此時法院得依聲請或職權。命於該訴訟終結前中止訴訟程序。其法律關係應由行政衙門確定其是否成立者。亦準用之。(一一九條)

疏 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。指為他訴訟標的之法律關係。其存在與否。對於本訴訟標的之法律關係。或在本訴訟所主張之抗辯再抗辯等。為其應先解決之問題者而言。例如本訴訟為請求履行扶養義務之訴。而關於其間親屬關係之存否。現為他訴訟標的在繫屬中。又如當事人是否相同。亦不問兩繫屬之法院是否相同。現為他訴訟之標的在繫屬中是也。不問兩訴訟之有既判力。或則理論上及其影響於本訴訟。故得以中止之。

為先決問題之法律關係。應由行政衙門確定其是否成立。例如在行政訴訟或訴願中者。法院亦得依聲請或依職權。命於該事件終結前。中止訴訟程序。俾得參考其確定之結果。

三 訴訟中有犯罪嫌疑牽涉該訴訟之裁判時。此時法院得依聲請或職權命於刑事訴訟終結前中止訴訟程序。(一二一條)

疏 有犯罪之嫌疑。牽涉其裁判。指該犯罪。於民事訴訟之判決有影響者而言。法院於訴訟中認有犯罪之嫌疑。例如欺詐。恐嚇。而該犯罪足以及其影響於訴訟之裁判者。不問犯罪者為當事人為第三人。亦不問刑事訴訟已否繫屬。得依聲請或職權以判決命於刑事訴訟終結(刑事判決確定。不起訴。撤回私訴等)前中止訴訟程序。俾得參考刑事裁判之結果。

依刑事訴訟條例第七條第八條之規定。刑事判決所認之事實。以關於犯罪之證明及責任者為限。拘束民事訴訟之效力。因犯罪發生民事訴訟。由民事法院受理者。於刑事起訴後判決確定前。應中止其訴訟程序。

註 大理院民國三年判例謂。訴訟中若有犯罪嫌疑牽涉該案審判。至其犯罪嫌疑已在偵查中者。自可據以中止其訴訟程序。又民國五年判例謂。訴訟條理所謂犯罪嫌疑。牽涉訴

訟之審判者。係指該嫌疑事項。確有影響於該訴訟之審判。即非俟刑事訴訟解決。而民事訴訟無由判斷者。方有中止之必要。

四 依第三十一條規定提起訴訟時。此時法院得依聲請或職權命於該訴訟終結前。中止

本訴訟之程序。(三二一條)

疏 本訴訟與主參加。(第三十一條之規定)各為獨立之訴訟。其進行兩不相妨。毋請必命中止。本訴訟之程序。然因避裁判之矛盾起見。不問本訴訟屬於第一審法院或上級審法院。該法院得依本訴訟當事人之聲請。或主參加人之聲請。或以自己職權。以裁決命於主參加訴訟終結前。中止本訴訟之程序。(主參加之意義。於第二編內詳為說明。)

五 依第七十七條規定告知訴訟。法院已認受告知人能為參加時。此時法院得依聲請或

職權命於參加前。中止訴訟程序。(三二二一條)

疏 從參加。於從參加人及其所輔助之當事人均有利益。故於告知訴訟後。若法院認受告知人能為參加者。因顧全告知人及受告知人之利益起見。得依聲請或依職權。以裁決命於參加前中止訴訟程序。應否為中止之裁決。應並斟酌他造當事人之利益定之。

六 當事人亡故或喪失訴訟能力。與法定代理人亡故或喪失代理權。而有代為訴訟行為之

訴訟代理人時。此時法院得依聲請或職權命中止訴訟程序。(三二三一條)

疏 遇有講義內所述之情形時。訴訟程序並不中斷。應由訴訟代理人。照常續行訴訟。但此際法院得依聲請或依職權以裁決命中止訴訟程序。俾該訴訟代理人。有與新當事人或新法定代理人等接洽之機會。其有無中止訴訟程序之必要。由法院斟酌情形。依其自由意見定之。

中止之原因如此。茲將關於中止之他種規定分別言之。

(子) 聲請之程序 聲請中止訴訟程序及聲請撤銷中止之裁決。得以書狀或言詞爲之。

一三一九條)

(丑) 中止裁決之撤銷 中止訴訟程序之裁決。法院得依聲請或職權撤銷之。(一三二八條)

疏

中止訴訟程序之裁決。得由爲該裁決之法院隨時撤銷。在中止應終竣之法定事由發生時。固不可不爲撤銷中止之裁決。即在此等事由發生前。如法院依其意見認爲必要時。亦得撤銷其裁決。訴訟程序之中止。因此裁決之宣告或送達而終竣。若無撤銷之裁決。則雖法定應終竣之事由發生。並不因而當然終竣。且當事人亦不得依訴訟之承受。使中止終竣也。

(寅) 對於裁決之不服 關於中止訴訟程序及關於撤銷中止之裁決。均於當事人有利害

關係。得爲抗告。(一三三〇條)

第三 休止 休止者。依當事人之合意而停止進行之訴訟行爲也。言之如次。

一 當事人以明示之合意而休止訴訟程序時 此時之合意。應由兩造以書狀或言詞向受訴法院呈明。(一三三一條)

二 當事人兩造遲誤言詞辯論之日期時 此時除本條例有特別規定外。與呈明休止訴訟程序。有同一之效果。(一三三四條)

疏

所謂本條例有特別規定云者。例如依二百六十五條第一項之規定。宣告判決。不問當事人是否到場。均爲有效力。又如依第三百四十八條之規定。調查證據。於當事人之一造或兩造不到場時。亦應爲之是也。

在中斷中止。因一定事實發生。或因審判衙門之裁判而爲停止。休止則與二者無關。純依當事人之合意或其他事故而停止之。又因當事人之合意休止訴訟程序者。有當事人之行爲(合意之訴訟行爲)在內。屬於積極之狀態。因兩造遲誤言詞辯論日期而休止訴訟程序者。無當事人之行爲在內。屬於消極之

狀態也。所以設休止之規定者。蓋民事訴訟。係採處分權主義。當事人兩造既無訴訟行為。法院自無進行訴訟之必要也。

第四 停止之效力

一 訴訟程序停止間。法院及當事人均不得為關於本案之訴訟行為。但中斷原因在言詞辯論終結後始行發生。則無當事人應為之訴訟行為。法院不於其辯論所為之裁判。得宣告之。

(二三四條一項三三三條)

疏

茲所謂本案者。乃對於使中斷或中止終竣之行為。及就中止之裁決聲明不服之行為而言。故當事人或法院。於訴訟程序中斷或中止間。不為關於本案之訴訟行為。僅為因使中斷或中止終竣之訴訟行為。

及關於不服中止之聲明而為之訴訟行為。仍屬有效。

中斷生於言詞辯論後者。本於其辯論之裁判。得宣告之。此因中斷之制。原在使當事人不失參與訴訟之機會。若判決之宣告。則無使當事人參與之必要故也。至中止生於言詞辯論後者。本於其辯論之裁判。則不得宣告。因中止係由於法院所命。既發其命於宣告之前。即有不為宣告之意故也。

二 訴訟程序停止間。各期限之進行。概為停止。自中斷中止或休止完竣之時。更開始進行。但依當事人之意思而為訴訟程序之休止時。即與中斷中止不同。於不變期限之進行。不受影響。(三三四條一項三三三條但書)又休止訴訟之當事人。自呈明休止時起。兩個月內不得續行訴訟。若自呈明休止時起。六個月內不續行訴訟者。並視與撤回其訴或上訴同。其訴訟關係即以完結。(三三三條)

疏

訴訟程序中斷或中止者。停止一切期限之進行。即不問其為法定期限或裁定期限。亦不問其為不變期限或普通期限也。而中斷或中止終竣之時。其期限全部更行開始進行。例如第一審判決。於一月十日送達。一月二十日中斷。至三月十五日有訴訟之承受時。應視作三月十五日送達判決。計算上訴期限是也。休止之效果。與中斷。中止同。故依第二百二十四條之準用。法院與當事人。均不得為關於本

案之訴訟行為。即辯論終結後之裁判。亦不得宣告之。前已言之矣。而訴訟程序休止後。一切期限。亦概停止進行。自休止終竣時。其全部期限更始進行。但不變期限之進行。仍不因休止而生影響。故當事人不遵守此期限。仍生遲誤之效果。而遵守此等期限所必要之行為。如提起上訴。抗告或聲請回復原狀等。在訴訟程序休止間。亦得有效爲之。當事人未定休止之期限。而爲休止訴訟程序之合意者。則訴訟程序。因當事人一造表示續行訴訟程序之意思而終竣。本案訴訟程序。亦即爲續行。表示此項意思之方法不一。如依條例第二百二十六條規定。爲續行訴訟程序之通知。或聲請送達判決。再依聲請指定日期。亦爲一種續行訴訟之表示。唯休止訴訟之當事人聲請續行訴訟。自呈明休止時起。兩個月內。不得爲之。又因清理法院事務起見。規定當事人自呈明休止時起。六個月內。不續行訴訟者。視與撤回其訴及反訴同。若在上訴審。則視與撤回上訴同。

註 司法部民國四年通飭謂。民事訴訟程序。因法定原因而中斷中止者。於發見停止原因消滅後。應由法官催告當事人繼續進行。其有合意請求休止訴訟程序者。命其聲叙休止期限。限滿不復聲請指定日期。亦應由法官催告進行。催告滿三個月。當事人仍不進行訴訟。即將該案撤銷。至判決確定案件滿六個月。而勝訴人並不聲請執行或聲明別經解決者。即由執行衙門催告。受催告三個月。當事人仍不聲請聲明者。應認爲執行終結。

第八章 言詞辯論

言詞辯論。有廣義有狹義。有最狹義。廣義之言詞辯論。指法院及當事人。於日期所爲一切之訴訟行為而言。如當事人之辯論訴訟之指揮。證據之調查裁判之宣告等。皆包含在內。狹義之言詞辯論。指證據調查。裁判宣告以外之訴訟行為而言。最狹義之言詞辯論。則指當事人之辯論而言。本章所述。不包含證據調查。蓋其義亦爲狹也。至民事訴訟。何時用言詞主義。何時不用言詞主義。則

非通觀訴訟法規定之全體。不能詳悉。茲舉德儒 *von Bar* 氏所主張之原則言之。則大別爲二。(一)採用強制言詞主義者。如爲判決基本之事實。必須於言詞辯論提出是。(二)不用強制言詞主義者。又分爲三。(甲)訴訟中關於正當事人與第三人之爭執之時。乙)法院不依判決程序行動。及當事人於書記官或其他相當官吏前而爲訴訟行爲之時。(丙)指揮訴訟及因當事人一造之聲請。應先本案裁判而判斷該事務與性質上本爲行政事務之一部。而以委諸法院行之之時是。

疏

在從前歐洲各國。除法國外。(法國爲民事訴訟發達最早之國。各國之民事訴訟法。皆係以法國法爲母法。多採用書狀主義。而尤以德國爲最。故德國古代有無書狀者亦無言詞之格言。其意謂凡訴訟行爲。必以書狀爲之。如無書狀。不能發生效力。近代各國。則並用二種主義。然多以採言詞爲原則。以書狀爲例外。我國條例從之。(草案亦然)。故我條例有二主義。就法院方面審理言之。方法有二。(1)言詞審理。(2)書狀審理。就當事人方面辯論言之。方法亦有二。(1)言詞辯論。(2)書面辯論。至何時用言詞主義。在判決程序中。所爲之裁判。通常必須經過言詞辯論。是爲辯論主義之適用。此種言詞辯論。爲必要之言詞辯論。在其他訴訟程序中。所爲之裁判。則得不經言詞辯論。或應不經言詞辯論。其不須言詞辯論。而由法院之自由意見。命行言詞辯論者。則非辯論主義之適用。此種言詞辯論。稱爲任意之言詞辯論。本章程規定言詞辯論之總綱。而爲普通之規定。於必要之言詞辯論及任意之言詞辯論均適用之。地方廳第一審程序中。之言詞辯論。係一種特別規定。凡適用之時。先特別而後普通。特別中未設規定者。適用普通規定以爲補充。

第一 當事人關於言詞辯論之行爲

一 言詞辯論以當事人聲明應受裁判之事項爲始。(二三五條)所謂應受裁判之事項者。願受如何裁判。其裁判應有如何之謂也。

言詞辯論。既以當事人聲明受裁判之事項爲始。故當事人於言詞辯論首。應以言詞聲明應受裁判之事項。若當事人不知爲此聲明者。審判長應依第二百四十二條規定。令其聲明。此聲明爲言詞辯論之始。

。故即屬於辯論之一部。

二 當事人應就訴訟關係爲事實上及法律上之陳述。並不得引用文件以代言詞。此本諸直接審理主義之精神也。若以文辭爲必要。例如就文件一部分之文辭有所爭執。或就金錢物品之數額而爲陳述之類。得朗讀文件。以求明確。(二二六條)

疏 所謂事實上之陳述者。例如原告言某時曾借與被告千元是也。所爲法律上之陳述者。例如原告主張其債權之契約關係。在法律上完全成立。現在時期已到。應當償還是也。金錢物品之數額。得朗讀文件以代陳述者。恐記憶易有錯誤之陳述故也。
舊草案於第二百六十五條第二項規定。當事人經審判長之許可。得引用文件以代陳述云云。係採日本之立法例也。新條例乃採與國立法例而刪去之。恐審判長濫用許可權。以致與法律採用言詞辯論主義相背馳。其立法實較草案爲優。

三 當事人有舉證之責任者。應依本條例第二編第一章第三節規定聲明所用之證據方法。以求法院依法調查。(二二七條)

疏 何謂舉證。及舉證責任由何當事人負擔。於第二編舉證節詳爲說明。茲從略。(參照三二六條三三四條) 有舉證責任之當事人。以言詞表明其所用之證據方法求爲調查。即所謂證據聲明是也。雖當事人先於提出法院之書狀中。已爲證據聲明者。仍須於言詞辯論時更聲明之。

四 各當事人對於他造提出之事實及證據方法。或爲承認。或爲爭執。或自行提出。要不可不爲陳述。(二二八條) 若有故意陳述虛僞之事實。或對於他造提出之事實或證據方法。而故意妄爲爭執者。法院爲強制當事人履行誠實之義務。得以裁決科三百圓以下之罰鍰。此項裁判。於當事人有利害關係。應許其提起抗告。抗告中應停止執行。(二二九條)

疏 承認者。承認他造所陳述之事實。即自認是也。爭執者。對於他造所陳述之事實。有所爭執之謂也。其爭執有爲單純之否認者。即指他造之陳述虛偽是也。有依他事實之積極陳述而否認之者。例如甲稱乙曾借去三百元時。乙稱係由甲受三百元之贈與是也。對於他造所陳述之事實不爲陳述者。生遲誤之效果。除使當事人失其陳述之權外。應認爲已爲自認同。

註一 *Quid* 有言當事人間約定某種事實於訴訟上不爲爭執之契約。在訴訟上不生何等之效力。但可與審判之自認同視。由法院以其自由心證取捨之。

註二 大理院民國四年判例謂當事人不知抗辯原因之事實而不主張者不能遽認其爲捨棄抗辯權。若已明知其事。則雖囿於法律未曾主張。亦不得以不知爲理由。而避法律之適用。

五 當事人於言詞辯論終結前得提出攻擊或防禦之方法。攻擊方法者。原告爲維持其聲明。使被告受不利裁判所提出之訴訟資料也。防禦方法者。被告爲排斥原告之主張所提出之訴訟資料也。若當事人因重大過失或意圖延滯訴訟。逾時始行提出攻擊或防禦之方法。則法院得指爲不當而駁斥之。其不致延滯訴訟者。不在此限。(二四條)

疏 言詞辯論終結以後。不得提出攻擊或防禦方法。全部判決前之言詞辯論終結者。一切攻擊或防禦方法。皆不得提出之。一部判決或中間判決前之言詞辯論終結者。關於此等判決標的事項之攻擊或防禦方法。不得提出之。此等未經提出之攻擊或防禦方法。當事人仍得於再開言詞辯論時提出。或上訴時。向上訴法院提出之。

駁斥攻擊防禦方法。於終局判決之理由中爲之。如其攻擊防禦方法。關於中間判決之標的事項者。則於中間判決之理由中爲之。因判時不斟酌某攻擊防禦方法。其事屬於判決理由故也。

六 當事人對於違背訴訟程序之規定。得提出異議。但當事人已經表示無異議之意思。或既

知其違背或可知其違背並無異議。而爲本案之辯論或續行本案辯論者。不在此限其訴訟程序。仍得安全進行。若該訴訟程序之規定。非當事人所得捨棄其遵守。如應由法院以職權調查及其他有關公益規定之類。則無論何時得就其違背規定。提出異議。(二四一條)

疏 所謂訴訟程序之規定云者。乃指其規定僅關於訴訟行爲之程式。條件或順序。而無涉於其內容。實質者而言。如當事人對於此等規定之違背。已經明示或依積極之行爲默示其無異議之意思者。即係已捨棄其責問權。以後不許再行責問。所以設此規定者。爲謀訴訟進行迅速及安全計也。惟所謂無異議。乃就對於已存在之概累所表示者言之耳。若於尚未有違背規定之訴訟行爲以前。預捨責問權或爲捨棄之合意者。則又不在此範圍之內矣。

第二 審判長關於言詞辯論之行爲

一 審判長開閉及指揮言詞辯論。並宣告法院之裁判。(二四二條一項)故由言詞辯論開始以至終結。其訴訟指揮之職權。皆屬於審判長。

疏 言詞辯論之開始。由審判長司之。審判長開言詞辯論。須在已爲事件點呼之後。閉言詞辯論。須於事件已可爲裁判。或應中止訴訟程序。或延展日期時。及因訴訟程序中斷。休止。或因撤回和解等。不得更行辯論時爲之。審判長之閉言詞辯論。毋庸明示其意思。即默示之亦可。例如審判長退庭。宣告判決。證據裁決。或日期之延展。或就其他訴訟事件開其言詞辯論。是即默示意思。以閉言詞辯論也。如於裁判前最後之言詞辯論日期閉其言詞辯論。即爲辯論終結。

二 審判長得許可發言。對於不從其命者。禁止發言。(二四二條二項)故有陳述無關係之事實。或認爲不必要者。審判長得命其停止。若不從其命。則無論當事人本人。代理人。輔佐人。證人。鑑定人。皆得禁止發言。至言詞辯論一次不能了結。須於下次日期續行者。審判長並應速

定其日期。以便進行。(二四二條三項)

疏 禁止發言。與第二百五十一條之禁止陳述不同。禁止發言者。審判長遇有不從其關於指揮訴訟或維持秩序之命令之訴訟關係人。不許其發言之謂也。禁止陳述者。對於無訴訟能力之當事人。代理人或輔佐人等。法院禁止其陳述之謂也。審判長對於被禁止之人。仍得隨時許其發言。惟禁止發言。亦得生訴訟行為一部遲誤或全部遲誤之效果。

註 Group 氏有言審判長之禁止發言。不過於該辯論日期不得發言而已。與法院對於

無相當演述之能力之人之禁止演述。其情形不同。惟在該辯論日期。即不得發言即與任意不為辯論發生同一之結果。因他造當事人之聲明。得為缺席判決。(仁井田氏民訴法要論二七一頁參照)

三 審判長應注意令當事人得為完全適當之辯論。並應向當事人發問或曉諭。令為確定訴訟關係所須之聲明或陳述。有不明瞭不完足者。令其叙明或補正之。若於應依職權調查之事項有疑義。應令當事人注意。(二四三條一項二項三項)

疏 為求裁判合于真實及訴訟得速終結。當事人之辯論。應期其詳盡。而又不宜生於支離重複之故。審判長應本其指揮權。注意令當事人為完全適當之辯論。

發問或曉諭。應指當事人所應為之特定聲明或陳述。故如僅以概括之詞。訊當事人是否更有聲明或陳述。不得謂已盡闡明之義務。但發問或曉諭。亦只可於辯論主義之限度以內行之。故如勸令當事人為訴之變更。追加或改用他種攻擊防禦方法。俱非審判長分內之事。與闡明之義務無關。審判長違背闡明之義務者。其訴訟程序。即屬有重要之疵累。而其判決亦為違背法令。既為重要之疵累。則依第一百五十一條之規定。得為向第二審法院上訴之理由。

陪席推事告明審判長後。得向當事人發問或曉諭。當事人亦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。(二四三條四項二四四條)

註 C. G. M. 氏有言。闡明爲審判長之權利。亦爲其義務。故闡明權之不行使。在訴訟程序

上爲有重大之瑕疵。本此所爲判決。即有背於法律。自得爲上訴適法之理由。

四 審判長關於指揮訴訟之裁決。及審判長或陪席推事之發問或曉諭。若有違法參與辯論人。得向該法院提出異議。此項異議。爲訴訟進行迅速起見。即由該法院以裁決裁判之。對此裁決。不許提起抗告。(二四五條)

疏 所謂關於指揮訴訟之裁決。指審判長指揮言詞辯論之命令而言。禁止發言。拒絕發問等亦屬之。但關於維持秩序之命令。及言詞辯論外指揮訴訟之命令。則不在此範圍之內。又所謂參與辯論人。指以當事人。代理人。輔佐人。從參加人。證人。鑑定人資格。參與言詞辯論者而言。參與辯論人。對於審判長指揮言詞辯論之命令。或審判長及陪席推事之發問或曉諭。不得抗告。而得提起異議。但僅得以違法爲異議之理由。不得以其不當或不必妥爲理由。蓋法云者。言爲法所不許也。至於獨任推事所爲關於指揮辯論之裁決。及其發問或曉諭。當事人不得對之抗告。亦不得提出異議。

第三 法院關於言詞辯論之行爲

一 法院因闡明或確定訴訟關係。得爲左列各款事宜。(二四六條)

1 命當事人本人到場。在代理人爲訴訟行爲之時。尙須聽當事人本人陳述而定事實之眞否者有之。此時法院得命當事人本人到場。

註一 Schifano 氏有言。本人無故不到場。在法律上亦非常然受不利益。但法院應就本人不到場之意義。及其於本案判斷上之影響如何。以自由心證決之。

註二 大理院民國三年判例謂當事人本人受命抗不到庭者。在各級審判廳試辦章程。雖無發生若何結果之規定。惟依訴訟之通例。審判衙門得以心證認相對人主張之事實爲正當。而爲該當事人不利之推定。至闕席裁判之程序。則不能適用。

2 命當事人提出圖案、表冊或外國語文書之譯本。圖案、表冊與其他證書不同。無論是。否爲當事人所執。法院得命其提出。至外國語所作成之文書。固得準用關於鑑定之規定。由法院命人繙譯。然亦得命當事人提出譯本。

3 命將當事人提出之文書或其他物件。於一定期限。留置於書記科。當事人提出之文書物件。如須詳爲查驗。法院得命其於一定期限。留置於書記科。

4 依本條例第二編第一章第二節及第三節規定。蒐集或調查證據。爲發見真實。關於證據之蒐集及調查。不僅本諸當事人之聲明。法院於法律所許之範圍內。得逕以職權爲之。

註一 *Scout* 氏有言。法院因使訴訟關係顯命爲檢證及鑑定之時。與所謂證據方法有異。僅以了解當事人演述或判斷當事人主張之真相者。當事人所不主張之事實。不許以此補充。因其由於法院之職權。故反於當事人之意思。亦得爲之。至當事人一面不得以法院已命爲檢證及鑑定。而謂自己舉證之責任。即可以免。

註二 大理院民國四年判例謂。審判衙門調查當事人之證據。已得確實之信憑者。固可無事旁求。若猶有疑義。則不能不由該審判衙門另為職權上之調查。以期案情臻於明確。

二 分別辯論 以一訴主張數項標的時。就各主張之辯論。法院得命其分別為之。本訴與反訴併為存在時。關於本訴與反訴之辯論。亦得命其分別為之。(二四七條)此因本條例採用辯論一貫主義。不能無弊。故設此規定。冀以救濟其弊也。

疏 原告如以形式上之一訴。主張數宗法律關係。而為訴之合併。無論其為主觀之合併。或客觀之合併。亦無論其合併以最初起訴而生。或因訴之追加而生。應就為訴訟標的之法律關係。合併其辯論及裁判。而對於被告所提起之反訴。亦得與本訴合併辯論及裁判。然就數宗同時為辯論及裁判。往往有致訴訟程序混雜或遲滯之弊。若不與法院以分別辯論之權。訴訟往往不易進行。故設此分別辯論之規定。所以彌其缺點也。

訴訟主體之合併。即原告或被告之合併。謂之主觀之合併。訴訟標的之合併。謂之客觀之合併。關於訴之合併。以後尚須詳為說明。茲從略。凡訴訟分別辯論者。即應分別裁判。自不待言。但必須合一確定之必要。共同訴訟。及皆負反對給付之債權。則不可分別辯論及裁判也。(按德國於反對給付。不許分別辯論。法有明文規定。日本雖無明文規定。但彼判例。根據德國民法。謂雙務契約不得分別辯論。我大理院判例與日本同。)

三 合併辯論 分別提起之數宗訴訟。不問當事人是否相同。法院以合併辯論為便利者。得命其合併辯論。此合併辯論之數宗訴訟。若當事人兩造相同。並得合併裁判之。(二四八條)此亦所以救濟辯論一貫主義之流弊也。

疏 分別提起之數宗訴訟。法院如認為合併辯論有節省勞費。時間與妨礙裁判之便利者。不問其辯論是否分配在同一庭內。得為合併辯論。但數宗訴訟不能行同種訴訟程序時。(例如一為普通程序。一為

特別程序。則無合併辯論之便利可言。故不得命合併辯論。此外又應注意者。無論訴之合併辯論或分別辯論。於法院之管轄。均不受影響是也。

四 限制辯論 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。(二四九條)所謂獨立之攻擊防禦方法。即獨立得以爲裁判者。此亦所以救濟辯論一貫主義之流弊也。

疏 茲所謂獨立之攻擊或防禦方法。指當事人因攻擊或防禦所主張之事項。獨立可生某法律上之效果者而言。故凡是使某法律關係發生・變更・消滅。或足防其發生之事實。爲原告或被告所主張者皆屬之。至證據方法・證據抗辯及單純之法律問題。則不得爲獨立之攻擊或防禦方法。所以設限制辯論之規定者。爲防訴訟程序之混雜及遲滯也。所謂限制辯論。即依法院之意見。命專就其攻擊或防禦方法先爲辯論之謂也。例如原告主張借銀與被告。及該債務已到清償期以爲請求之原因。被告主張業經清償。及該債權已罹消滅時效。或並主張訴訟成立要件之欠缺以爲抗辯時。法院得於此等攻擊或防禦方法中。先命就其一種或二種爲辯論是也。

五 選用通譯 參與辯論人。不通中國語言。或爲聾啞人。不能用文字傳達意思。又或推事不通參與辯論人所用之中國方言者。法院均應用通譯。此通譯爲流通意思之機關。與鑑定人相類。故鑑定人規定。於此項通譯準用之。(二五)條)

六 禁止陳述 當事人應有相當之陳述能力。方無礙於訴訟之進行。訴訟代理人或輔佐人。若無相當之陳述能力。則不能辯論而達到其伸張權利之標的。故法院對於無相當陳述能力之當事人。得以裁決禁止其陳述。並依職權延展其辯論日期。命其委任相當之訴訟代理人代爲訴訟。若至新日期到場之人再經禁止陳述。則得視與任意退庭同。依他造當事人之

聲請。由其一造辯論而爲判決可也。此項規定。於訴訟代理人或輔佐人無相當之陳述能力者。準用之。但與代理人或輔佐人同時到場之本人有陳述能力者。仍得進行訴訟。毋庸延展日期。(二五二條)

疏 無陳述之能力者。不問係一般無能力。或僅於該言詞辯論缺乏陳述能力。(例如因一時泥醉。)均得禁止其續爲陳述。若並非無陳述之能力。僅係不善於陳述者。審判長應本於其闡明之義務以啓導之。不得遽禁止其陳述。又當事人等不通語言或爲聾啞者。應用通譯。亦不應禁止其陳述。

七 再開辯論 已經停閉之辯論。法院於宣告裁判前。得隨時再開。(二五二條)

疏 命再開辯論。以法院之裁決爲之。有此裁決後。已閉之言詞辯論。應行全部再開。雖非屬再開理由之點。於再開後亦得更爲辯論。故雖新攻擊或防禦方法。亦得提出之。其以前遲誤訴訟行爲之當事人。得於辯論再開後。到場除去其遲誤之效果。但法院不得單爲當事人提出新攻擊或防禦方法。或除去遲誤效果。而命再開辯論。

註 Seuffert 氏有言。辯論終結之後。發見事實調查有不充分之時。爲履行闡明義務。得再開辯論。此辯論再開之裁決。由審判官以職權爲之。至當事人之聲明。僅有促成該裁決之力。法院對於此項聲明。無爲許否決定之必要。

第四 言詞辯論筆錄 言詞辯論所生事項之證據。欲求其保存。不可不由法院書記官作成言

詞辯論筆錄。(二五三條一項)

一 筆錄應行記明之事項 言詞辯論筆錄應行記明之事項。有形式的。有實體的。

(甲) 形式的記明事項 筆錄內除法律上有特別規定外。應記明左列各款事項。(二五

三條二項)

疏 所謂法律上有特別之規定。如人事訴訟程序。於筆錄內尚須記明蒞場檢察官之姓名是也。人事訴訟。於特別程序詳為說明。

- 1 辯論處所及年月日。
- 2 推事、書記官及通譯姓名。
- 3 訴訟事件。
- 4 到場當事人、法定代理人、訴訟人及輔佐人姓名。
- 5 辯論之公開或不公開。

(乙) 實體的記明事項。筆錄內得祇記明辯論進行之要領。但左列各款事項。不可不為記入。令其明確。(二五四條一項)

- 1 訴訟標的之捨棄或認諾及自認。
- 2 證據方法之聲請或捨棄。及對於違背訴訟程序規定之異議。
- 3 本條例定為應記明筆錄之聲明或陳述。
疏 本條例定為應記明筆錄之聲明或陳述。參看第三百零五條三項。第三百零六條二項。第三百十五條。第四百八十一條一項。第四百八十二條第二項。第四百九十八條二項。第五百二十六條三項。第五百二十七條三項。第五百四十九條等之規定。

- 4 證人或鑑定人之陳述及勘驗所得之結果。

5 不作裁判書附卷之裁判及裁判之宣告。

除前項所揭外。當事人所為重要之聲明或陳述。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。(二五四條二項)至筆錄內引用附卷之文件。或表示將該文件作為別錄或附件者。其文件所記明之事項與記明筆錄者。有同一之效力。(二五五條)

疏 引用附卷之文件。如引用當事人書狀。或準備程序筆錄中所記載之事項是也。表示將附卷之文件作為別錄或附件。如將鑑定人之鑑定書或另作之調查證據筆錄。或和解筆錄作為別錄或附件。而於筆錄內表示之是。

二 筆錄所記事項明確之方法 筆錄所記第二百五十四條第一款至第四款事項。須求其明確。故法院書記官應於法庭內向關係人朗誦。或令其閱覽。並於筆錄內附記其事由。至關係人對於筆錄所記有異議。法院書記官得更正或補充之。若以異議為不當。應於筆錄內附記其異議。(二五六條)

疏 應向關係人朗誦或交給閱覽者。以第二百五十四條第一款至第四款之事項為限。若此等事項未踐朗誦或交給閱覽之程序者。其筆錄即為有法律上之瑕疵。然言詞辯論。並不因之無效。且其筆錄亦非絕對無證據力。其證據力如何。法院應自由斷定之。

註一 (Crim) 氏有言。未向關係人朗誦其筆錄。亦非不生效力。由法院以自由心證斷定其證據力。

註二 Scudder 氏有言。對於不遵守六二條規定之責問權。因他造當事人怠慢。可以至於喪

失。又依筆錄所爲法律行爲的意思表示。例如捨棄認諾和解等。縱令不爲朗誦或令其閱覽。亦於其效力無關。(三) 氏持反對說。

三 筆錄之簽名 審判長及書記官。應於筆錄內簽名。以期其公正。若審判長有故。即由資深陪席推事代簽名。獨任推事有故。得僅由書記官簽名。(二五七條)

註 Seuffert 氏有言。推事書記之簽名。爲筆錄形式的效力。最爲重要之事項。如違背此種規定。即無法定之證據力。

四 筆錄之塗改 法院書記官作製言詞辯論筆錄。不得挖補或竄改。文字若有增加刪除。應爲蓋印。並記明字數。其刪除處。應留存字迹。使其得以辨認。(二五八條) 但此種規定。係對於書記官之訓示。書記官不爲遵守。亦非言詞辯論無效。其筆錄之證據力。應由法院以其自由心證斷定之。

五 筆錄之證據力 法院書記官。依法定程序作製之筆錄。爲公正證書。有完全之證據力。如言詞辯論程式之遵守。專以筆錄證明。不得用其他之證據方法。(二五九條)

〔疏〕關於言詞辯論程式之問題。舉之如下。(1) 法院是否依法組織。(2) 當事人是否到場。(據此證明遲誤之效果。)(3) 是否依法院編制法公開辯論。(4) 是否踐行宣告判決程序。依本條例規定。經過言詞辯論之判決。待宣告而成立。(5) 已否當庭朗誦筆錄是也。所謂專以筆錄證明者。即不能以他種證據方法排斥筆錄之效力之謂也。但其筆錄本身有偽造變形。仍得排斥其證據力。

註 Seuffert 氏有言。關於言詞辯論程式之證據。有二制限。即(一) 程式之是否遵守。僅以筆

錄證明。不許用其他之證據方法。(二)就記載於筆錄之事項。在證明其爲偽造之時。雖爲例外。而一般的言之。不許反證。(Camp 氏謂此條例規定爲自由心證主義之例外。)

六 筆錄之斟酌 筆錄或與筆錄有同一效力之文件所記事項。雖未經當事人引用。法院應依職權斟酌。以爲裁判。(二六〇條)

疏 所謂與筆錄有同一效力之文件。包括第二百五十五條之文件及第三百二十六條之書狀而言。應依職權斟酌云云。須不肯於言詞辯論之精神而後可。故如因推事變更而更新辯論時。雖已記明筆錄之事項。亦應更新其辯論是也。

第九章 裁判

裁判者。不問關於訴訟上之程序與當事人權利上之爭點。法院或審判官對於當事人或第三人所爲之宣言也。在德意志民事訴訟法。法院書記官對於當事人或第三人所爲之宣言。亦謂爲裁判。而我國條例則書記官所爲之宣言。稱爲處分。(二一八條)

疏 裁判者。簡言之。即將其適用法律於事實上之意思。表示於當事人或第三人之謂也。所謂向第三人所爲之宣言者。例如對於證人。鑑定人爲裁判是也。關於裁判之範圍。各國立法例互異。德國將書記官之宣言亦包括在內。其範圍廣。而其理由。以爲書記官所爲之宣言。與法院或審判官所爲之宣言無異。皆係關於訴訟之事件之處理也。日本不包括書記官之宣言在內。其範圍狹。而其理由。以爲書記官非審判官。不過爲組織審判廳之一員而已。其所爲之宣言。亦較法院或審判官所爲宣言之力爲弱也。我國採用日本之立法例。

第一 裁判之種別 裁判之種別有二。一判決。一裁決。判決係以本於言詞辯論爲原則。由法院所爲之宣言。裁決則得不經言詞辯論。由法院或審判長或受命推事受託推事所爲之宣言。判

決須按照定式作製文書。裁決則無一定之程式。且有毋庸作製文書者。故判決與裁決之差異。不能求之於裁判目的之事項。祇能求之於程序及裁判之效力也。

裁判之形式既有兩種。據不條例規定。除本條例應以判決行之者外。概以裁決行之。(二六一條)

第二 判決

一 判決之種別

(甲) 終局判決及中間判決 終局判決者。使訴訟事件。在其審級終了之判決也。故有終局判決時。該法院就其訴訟事件脫離關係。中間判決者。非使訴訟事件在其審級終了之判決。即為終局判決之準備。就訴訟進行中所生爭點而為之判決也。故有中間判決時。該法院尚不能就其事件脫離關係。

疏 中間判決。可分三種。即(1)獨立攻擊或防禦方法之中間判決。(2)請求原因是否正當之中間判決。(3)中間爭點之中間判決是也。

(乙) 全部判決及一部判決 終局判決中。以完結訴訟事件之全部為目的者。全部判決也。就一主張之一部或數主張之一部而為判斷者。一部判決也。

(丙) 給付判決確認判決及權利變更之判決 給付判決者。確定原告之私法請求權。且對於被告而令其履行作為或不作為之義務之判決也。確認判決者。確定法律關係成立

不成立與其內容之判決也。權利變更之判決者。形成法律上效果之判決也。

疏 訴之種類。既有給付之訴。確認之訴。形成之訴之分。因之而有給付判決。確認判決。權利變更之判決之別。給付判決。如法院確認原告有對於被告請求千元之權利。而判決被告支付千元之判決是也。確認判決者。如判定某土地為原告或被告所有之判決是也。權利變更之判決。亦稱創設判決。例如法院判定原告與被告離婚之判決是也。

(丁) 本案判決及訴訟判決 本案判決者。關於訴訟標的之判決也。訴訟判決者。就訴訟上問題而為之判決也。

(戊) 主判決及先決判決 主判決者。就訴訟標的或訴訟關係之成立不成立而為終結之判決也。先決判決者。就其先決問題而為之判決也。

(己) 闕席判決及對席判決 闕席判決者。當事人一造遲誤言詞辯論日期。專本一造辯論所為之判決也。對席判決者。本諸兩造辯論所為之判決也。

疏 依一般學者之主張。闕席判決與對席判決之區別。以是否經過言詞辯論為標準。殊不妥當。因有時即僅經過一造之言詞辯論。而不使他造受遲誤之結果。亦為對席判決。例如法院認原告之訴。因訴訟條件不完備而為駁斥時。雖被告不到場不為辯論。僅經原告之辯論。亦為對席判決。在對席判決。只可以抗告或上訴方法聲明不服。在闕席判決。則除得以上訴外。尚得聲請回復原狀。

二 判決之基本 判決應本於當事人之言詞辯論為之。(二六二條一項)故凡為判決基礎之訴訟資料。必須於言詞辯論提出。當事人言詞所為之陳述。有為書狀所未及記載者。得據為判決。若言詞陳述與書狀上之陳述。有所不符。亦以言詞陳述為準。此民事訴訟法上採用言詞主義之原則也。但依特別規定。第三審法院之判決。通常不經言詞辯論。第一審第二審

法院之判決。亦有不經言詞辯論者。(二二)八條二九(一)條五(一)八條五四(一)條五七七條參照)

民事訴訟法上既採用言詞審理主義。故推事非與於爲判決基礎之辯論者。不得與於判決。(二六二條一項)所謂爲判決基礎之辯論。係指當事人提出判決資料之辯論而言。並不以最終日期之辯論爲限。若與於言詞辯論之推事。於判決前因疾病轉官等有所變動。即應更新其辯論。

註 所謂爲判決基礎之辯論。其意思若何。從來學者之主張不一。

板倉氏主張僅接着於判決之言詞辯論。即僅最終之辯論。可謂爲判決基礎之辯論。而仁井田氏若田氏則謂關於爲判決基礎之訴訟資料一切辯論例如就當事人之聲明主張之原因。被告之抗辯。證據調查之結果辯論等皆是。

三 判決之宣告 宣告者。法院告知當事人或其他訴訟關係人以裁判之謂也。凡經過言詞辯論之判決。應以宣告向外發表始爲成立。否則合議法院如何判決之評議決議。單獨推事如何判決之意思確定。而其判決尙不能謂爲成立。何也。合議雖已決議。單獨推事之意思雖已確定。而在未爲宣告以前。尙得更以協議或任意的而爲變更故也。但不經言詞辯論之判決。不在此限。應以送達向外發表其判決。即由送達而成立。(二六三條一項)茲將關於宣告

之程序。分別說明於次。

子 宣告判決。應於言詞辯論終結之日期。或終結時指定之日期爲之。而指定日期。自辯論終結之時起。不得逾五日。(二六三條二項)蓋以訴訟應行迅速。而時期過長。審判官於辯論之結果。亦恐有所遺忘也。但此爲訓示的規定。法院如有違背。亦無妨於判決之效力。且不爲上訴之理由。

丑 宣告判決。應朗誦主文。以使確實明晰。但捨棄判決及認諾判決。則較爲簡單。於作製主文前宣告亦可。至判決之理由。則其宣告與否。可由審判長酌定。若認爲應行諭知者。並應朗誦理由。或口述其要領。(二六四條)

寅 宣告判決。不問當事人是否到場。均有效力。蓋以宣告判決。不須當事人之行爲。故不論當事人是否到場。均可發生效力。至宣告判決日期。雖亦爲必要之言詞辯論日期。然宣告時未經到場之當事人。不得聲請回復原狀。(二六五條一項)

卯 當事人於判決宣告後。得不待送達。本於該判決爲訴訟行爲。(二六五條二項)例如中間判決宣告後。得藉以續行訴訟。終局判決宣告後。得以提起上訴是。

四 判決書之作製 判決應作判決書。記明左列各款事項。(二六六條)

1 當事人姓名住址。若當事人爲法人或其他團體。則其名稱及事務所。

2 當事人之法定代理人及訴訟代理人姓名住址。

3 判決主文。

疏 主文。即就爲判決標的之事項所爲之裁判。而宣示本於判決事實及理由所生最後之結果者也。主文宜以簡明之語句。將法院所爲裁判之內容揭出在主文中。不宜引用其他文件。又判決書中所揭主文。須與宣告之主文相符。若判決書中未揭主文。或所揭主文之意旨不明者。不能認有判決。所揭主文與宣告之主文不符者。足爲上訴之理由。

4 事實 應記明當事人在言詞辯論所爲之聲明及其提出之攻擊防禦方法。並調查證據所得結果之要領。

5 理由 應記明關於攻擊防禦方法之意見及法律意見。

6 法院。

註 大理院民國六年判例。謂審判衙門就訟爭事項。於其判決理由已明確表示判斷之意旨者。雖未揭示於主文。亦應認其就該項訟爭已有裁判。

爲判決之推事。應於判決書內簽名。以負擔責任。推事有因故不能簽名者。由審判長附記其事由。審判長有故。由資深陪席推事附記之。(二六七條)

判決書原本。應由宣告判決之日起。於五日內交付法院書記官。以防訴訟之延滯。該書記官應於原本記明收領日期並簽名。(二六八條)但此條規定。爲訓示的性質。如有違背。於判決之效力無關。亦不爲上訴之理由。至原本以外。尙有正本節本。正本係繕錄原本全文。與原本

有同一之效力。而節本則節錄原本之一部分。凡判決之正本節本均應記明其為正本節本。由法院書記官簽名並蓋法院之印以爲認證。(二七)條)

五 判決之送達 判決之重要效力。如上訴期限之進行。強制執行之開始等。均須送達而後發生。故不待訴訟關係人之聲明。應由法院書記官依職權以正本送達之。(一四九條二六九條一項) 查德國民事訴訟法第三百十七條規定。判決之送達。依當事人之行爲爲之。日本民事訴訟法第二百三十條。亦規定當事人聲明之時。應送達判決正本。我國條例蓋酌採奧匈立法例也。(奧四一四條勾三九九條參照)

對於判決得爲上訴或聲請回復原狀者。審判長應於送達之正本記明其期限及提出上訴狀或聲請書之法院。(一六九條二項)但此亦爲訓示的規定。如有違背。於判決及送達之效力均無影響。亦不爲聲請回復原狀之理由。

六 判決之羈束力 判決經宣告後。爲該判決之法院。受其羈束。不宣告者。經送達後受其羈束。(二七一條)所謂羈束者。不得自爲變更或撤銷之謂。所以保持法院之威信也。但其判決爲保留判決。或當事人聲請回復原狀或提起再審之訴時。則爲例外。

疏 保留判決者。原告因主張權利而依證據訴訟程序。向法院提起給付之訴時。被告爭執原告之主張。而受敗訴之判決時。法院應爲被告保留其得於通常訴訟程序行使之權利。即法院應於其所爲之判決內。宣告被告得於嗣後之通常訴訟。提出任何妨礙方法之謂也。(參照五百九十四條)原告依證據訴訟程序所得利益之判決。往往因被告提起通常訴訟程序而受變更。他如聲請回復原狀及提起再審之訴時。

(再審之訴。參照五七一條五七八條。)亦往往撤銷或變更其以前所爲之判決。故曰此爲判決羈束力之例外。即不受判決之羈束力。而有自爲變更或撤銷之時之謂也。

註 Scuttell 氏有言羈束力之範圍不及於裁判之理由。故法院先爲中間判決。復以與其理由殊異之見解。而爲終局判決。亦不得謂爲違法。

七 判決之更正 判決書如有誤寫誤算或其他顯然錯誤者。無論已否上訴或確定。法院隨時得依聲請或職權以判決更正之。判決正本有錯誤與原本不符者亦同。(二七二條一項)所謂其他顯然錯誤。係指誤寫誤算以外之一切錯誤。足生與法院真意相反之結果者而言。法院爲更正之裁決。應附記於判決原本及正本。其正本已經送達不能附記者。應作該裁決之正本送達。又更正之裁判。當事人得以提起抗告。而駁斥更正聲請之裁決。則不得抗告。(二七二條二項三項)

註 Scuttell 氏有言。凡認爲顯著之錯誤者。其原因於法院之過失。抑原因於當事人自身之表示錯誤在所不問。蓋更正裁決之許否。係客觀的視其是否誤寫或其他之顯然誤錯而定。無當事人過失問題參入之餘地故也。

八 判決之補充 有左列情形之一。法院應依聲請以判決補充之。(二七三條一項)

A 於上請求或從請求之判決有暇漏時。法院之裁判。係判斷當事人請求之全部爲原則。若就上請求或從請求有不爲裁判之部分。自應爲補充。

B 於訴訟費用全部或一部之判決有脫漏時。訴訟費用之負擔。雖無當事人聲明。亦應依法裁判。若有未裁判之部分。自亦應為補充。

補充判決。應本諸當事人之聲請。而當事人聲請。應於判決送達後十日之期限內為之。若經過此期限。除新行提起訴訟之外。無他方法。至脫漏之部分。已經辯論終結者。應不行辯論。由參與前判之推事即為判決未經終結者。審判長應即定言詞辯論日期。以便進行。其駁斥補充之聲請。則以裁決為之。(二七三條二項三項四項)

疏 補充之聲請。應否准許。法院應依職權調查之。惟其聲請者。應以判決補充前之判決。駁斥其聲請者。則以裁決為之。除講義內所述之應不行辯論。為補充判決之情形外。此等裁決。雖未與於原判決之推事。亦得為之。對於補充判決。得依一般規定上訴。關於上訴。與前判決並無關係。對於駁斥聲請之裁決。得以抗告。

當事人不得依上訴或附帶上訴求為補充判決。以未經為下級審判決標之事項。上級審不得就之為判決故也。但當事人就未經為第一審判決標之事項。本得求第二審之判決者。不在此限。(五一三)

第三 裁決 裁決得不經言詞辯論為之。惟僅憑書狀不能明瞭之時。亦得命行言詞辯論。即所謂任意之言詞辯論是。除本條例有特別規定外。並得於裁決前命關係人以書狀或言詞陳述。

(二七四條) 其不經言詞辯論之裁決。毋庸宣告已經言詞辯論之裁決。應為宣告。(二七五條) 不宣告之裁決。應為送達。已宣告之裁決。得抗告者。亦應為送達。(二七六條)

疏 裁決雖亦得以言詞辯論為之。但非言詞辯論主義之適用。其所以命行言詞辯論者。目的僅在補充或闡明卷內已有之資料。故當事人雖於言詞辯論日期不到場。或到場而不為辯論時。法院仍得專據卷宗而為裁決。且當事人兩造均遲誤此言詞辯論之日期時。亦不生未行訴訟程序之效果。所謂特別規定者。即法律以明文規定法院為裁決前。絕對不許經過言詞辯論。或命關係人以書狀或言詞陳述之謂也。例如法院以職權

爲推事迴避之裁決時。則於爲裁決前。不訊問當事人是也。(第五十條參照)又如債權人聲請支付命令時。○法院應專以該聲請之意旨及附屬文件爲裁決之基礎。即於裁判前。不得訊問債務人。亦不得開言詞辯論是也。(第六百零一條參照)何謂支付命令。於第六編督促程序內詳爲說明。茲從略。

裁決不僅關於程序法上之問題。亦有就私法及其他實體法上之法律關係而爲裁判者。如支付命令等是。至裁決書之作製。在法律上無一定之程式。惟駁斥聲明或就有爭執之聲明所爲之裁決。應附理由。(二七七條)

裁決經宣告或送達後。爲該裁決之法院或審判長。受命推事受託推事應受其羈束。不得自爲變更或撤銷。但關於指揮訴訟。或本條例有特別規定者。不在此限。(二七八條)至所謂特別規定。如第九十三條。第九十八條。第二百二十八條。第三百二十九條。第三百五十九條等是。

疏 經宣告或送達之裁決。除講義所述各條之特別規定。得以自行撤銷或變更外。其關於訴訟指揮之裁決。亦許其自行撤銷或變更之。因指揮訴訟。應隨訴訟之狀態而爲。若不許爲指揮者自行撤銷或變更其裁決。則無由達指揮訴訟之目的也。惟自行撤銷或變更裁決。仍有下列之限制。即(一)該裁決所關之事件。業經終結。例如訴訟已因判決而終結後。於其事件程序而爲之裁決。無復爲撤銷或變更之餘地。(二)該裁決如已爲原告法院裁判其當否。或其內容業經實現後。不得更撤銷或變更之是也。又不受羈束之裁決。若經提起抗告後。原法院或審判長認抗告爲有理由者。應自行撤銷或變更之。(參照五五九條一項)

裁決有得以提起抗告者。有不得抗告者。其抗告之期限有十日。有五日。

第二百六十二條第二項。第二百六十三條第二項。第二百六十五條。第二百六十七條第二

六十九條、第二百七十條、第二百七十二條、及第二百七十三條規定。於裁決準用之。(二七九條)

〔疏〕

依第二百六十二條第二項之準用。裁決經言詞辯論而為者。非與其辯論之推事。不得與於裁決。依第二百六十三條第二項之準用。宣告裁決。應於言詞辯論終結之日期。或自辯論終結日起。五日內為之。依第二百六十五條之準用。宣告裁決。不問當事人是否到場。均有效力。當事人於裁決宣告後。得不待送達。本於該裁決為訴訟行為。依第二百六十七條之準用。為裁決之推事。應於裁決書內簽名。若有因故不能簽名者。應附記其事由。如裁決記入言詞辯論筆錄者。推事毋庸簽名。依第二百六十九條之準用。裁決之送達。應以正本為之。對於裁決得為抗告者。應於送達之正本。記明其期限及提出抗告之法院。依第二百七十條之準用。裁決之正本或節本。應記明其正本節本。由法院書記官簽名。並蓋法院之印。依第二百七十二條之準用。裁決如有顯然錯誤。正本與原本(裁決書或言詞辯論筆錄)不符者。隨時得依聲請或職權以裁決更正之。更正之裁決。應附記於原裁決之原本或正本。依第二百七十三條之準用。裁決有脫漏者。應依聲請以裁決補充之。補充之裁決。亦不經言詞辯論。聲請補充裁決。應於裁決送達後十日內為之。不送達者。於宣告後十日內為之。

四 處分 法院書記官關於民事訴訟有為處分之時。例如付與判決確定或未經上訴之證明書。與關於卷內文書之閱覽抄錄。或付與繕本節本等是。此時應依送達或其他方法通知於關係人。(一一條)

第十章 訴訟卷宗

訴訟卷宗者。關於訴訟之一切文書也。凡當事人書狀筆錄。裁判書及其他關於訴訟事件之文書。法院應保存者。應由書記官編為卷宗。當事人如欲利用卷宗。得向法院書記官聲請閱覽或抄錄。或預納費用求付繕本節本。第三人釋明有當事人同意或法律上利害關係之事實。而經審判長

許可者。亦與當事人同。(二八二條)惟裁判草案及其準備文件、評議文件。則不宜公示。不得交與當事人或第三人閱覽抄錄。或付與繕本節本。裁判書在宣告前。或未經推事簽名者亦同。(二八二條)

疏

關於訴訟事件之一切文書。由法院彙齊而保存之者。曰訴訟卷宗。亦有單稱之曰卷者。但應返還當事人之文件。則不得訂入卷宗。(參照第二百四十六條及第四百二十八條)

訴訟卷宗。不惟法院得利用之。當事人及第三人亦得利用之也。惟第三人以經審判長或獨任推事之許可為限。始得閱覽或抄錄卷內文書。或預納費用求書記官付與文書繕本或節本也。法院書記官不准閱覽或抄錄卷內文書。或拒絕付與繕本節本者。得對於其處分向法院提出異議。審判長或獨任推事不為許可者。得對於其裁決抗告。

第十
示者。關



