

臺灣通史
卷之七

清國通商條約

卷之七

清國通商條約



書 叢 學 法

論 法 訟 訴 事 民

著 棟 煥 康 允 陳

冊 下

(17)

內政部註冊
執照註冊著作號五九九一第字警有執

中華民國二十二年四月(叢書本)出版

著作權

總發行所
分發行所

上海
北三河南路
漢口
永漢北路
廣州
永漢北路
漢口
永漢北路

著者
出版者
印刷者
總發行者

陳煥
上海法學編譯社
上海會文堂新記書局
上海會文堂新記書局

會文堂新記書局
會文堂新記書局
會文堂新記書局

民事訴訟法論

全書
二精裝
冊裝書

定價大洋四元八角

外埠
寄費
加半

民事訴訟法論下冊目錄

第四款	書證	三六五
第五款	勘驗	三八一
第六款	證據保全	三八五
第五節	和解	三九二
第六節	判決	三九六
第一款	判決之種類	三九六
第二款	判決之範圍	四二〇
第三款	判決之確定	四二一
第一章	簡易訴訟程序	四三四
第一節	訴之提起	四三七

第二節 言詞辯論之準備及其判決……………四三八

第三編 上訴審程序

第一章 第二審程序……………四四四

第一節 上訴之要件……………四四四

第二節 上訴權之捨棄及上訴之撤回……………四五三

第三節 答辯及附帶上訴……………四五七

第四節 上訴審之言詞辯論……………四六三

第五節 上訴審之裁判……………四七三

第六節 上訴之效力……………四八四

第二章 第二審程序……………四八六

第一節 上訴之要件……………四八七

第二節	上訴權之捨棄及上訴之撤回	四九九
第三節	上訴之答辯	四九九
第四節	上訴審之裁判	五〇一
第五節	關於其他上訴程序	五〇九
第六節	上訴之效力	五一〇
第二章	抗告程序	五一一
第一節	抗告之要件	五一三
第二節	抗告審之裁判	五二〇
第三節	再抗告	五二六
第四節	抗告之效力	五二七

第四編 再審程序

第一章	再審之要件	五三一
第二章	再審訴權之捨棄及再審之訴之撤回	五四六
第三章	再審之辯論	五四六
第四章	再審之裁判	五五〇
第五章	再審之效力	五五二

第五編 特別訴訟程序

第一章	督促程序	五五六
第一節	督促程序之要件	五五八
第二節	支付命令聲請之裁判	五六二
第三節	支付命令之送達	五六五
第四節	支付命令之執行	五六八

第五節	對於支付命令聲明不服之方法	五七一
第二章	保全程序	五七五
第一節	假扣押程序	五七七
第一款	假扣押之要件	五七七
第二款	關於假扣押之聲明及關於假扣押聲請之裁判	五八二
第三款	假扣押裁定之撤銷	五八七
第二節	假處分程序	五九二
第一款	假處分之要件	五九三
第二款	關於假處分之聲明及關於假處分聲請之裁判	五九九
第三款	假處分裁定	六〇二
第三節	假扣押與假處分之異點	六〇四
第三章	公示催告程序	六〇七

第一節 宣示失權之一般程序	六〇八
第一款 管轄法院	六〇九
第二款 公示催告	六一〇
第三款 申報權利	六一三
第四款 除權判決	六一四
第二節 宣示證券無效之特別程序	六二三
第一款 管轄法院	六二四
第二款 公示催告	六二五
第三款 除權判決	六二七
第四款 禁止支付之命令	六二九
第四章 人事訴訟程序	六三一
第一節 總論	六三一

第二節	婚姻事件程序	六三二
第三節	親子關係事件程序	六四七
第四節	禁治產事件程序	六五七
第一款	禁治產之宣告程序	六五八
第二款	撤銷禁治產宣告之訴之程序	六六六
第三款	禁治產撤銷之程序	六七三
第四款	撤銷駁回撤銷禁治產聲請之訴之程序	六七七
第五節	宣告死亡事件程序	六八〇
第一款	死亡宣告之程序	六八一
第二款	撤銷死亡宣告之訴之程序	六八六

民事訴訟法論 下冊

民專訴訟法論下冊

陳允康煥棟著

第四款 書證

書證者。關於文書之證據方法也。此項文書。其材料不問爲紙箋。爲布帛。爲金石土木。其作成之目的。不問其是否供證據之用。（例如新聞廣告等。本非供證據之用。）其使用之符號。不問爲寫錄。爲印刷。爲文字。爲其他記號。（例如電碼）如爲文字。并不問其爲古文。爲小文。爲內國文。爲外國文。如爲其他記號。并不問其爲普通記號。爲特別記號。總之。用文字或其他符號。表示人類思想。而經視官。可以領會者。在法律上均可爲證明原因之文書。是故此項文書。第一須爲人類思想之所表示。第二須爲經視官可領會其意義。若非思想所表示者。雖經視官可以領會。非書證之文書。如通常使用之照相是也。（但有特別形狀者不在此限）若經視官不能領會其意義者。雖思想之所表示。亦非書證之文書。如蓄音器。川域之

界標。商品之號碼。及商人使用之符號是也。惟依三五五條。則前述蓄音器等。如有與文書相同之效力。亦可準用書證之規定。

判斷書證。若僅着眼於文書。而不着眼於文書內所表示之思想。則文書將與勘驗物混同（例如檢查文書之外形是。）若僅置重於思想。而不置重於文書。則文書將與證言混同。或與自認亦混同。德國學者。謂書證乃有形物上之符號。與此符號所表示之思想之關係。信然。

第一 文書之種類

一 公文書與私文書。公務員或公署按程式作成之文書。謂之公文書。由私人作成。而無一定程式之文書。謂之私文書。（三四四條三）
（四六條參照）

二 處分文書。與報告文書。文書以發生法律上效果為目的者。曰處分文書。如契約遺囑是。以報告事實為目的者。曰報告文書。如日記。信函。商業帳簿。法院筆錄。及醫師之診斷書是。此項分類。係德國學者之所唱也。

三 一等文書。與二等文書。文書之內容。是有證據力者。曰一等文書。如契約原本是。以一等文書為基礎而作成者。曰二等文書。如依原本或繕本作成之備忘錄是。此項分

類。係英法學者所唱。本法乃採自由心證主義。無此適用。

四 自認文書。與證言文書。此係日本舊民法上之分類。今日多不採用。前者即記明自認之事實。後者係由公吏作成。所以證明一定事項也。文書更分原本繕本二類。原有之文書。曰原本。依原本作成之文書。曰繕本。惟原本祇一。而繕本則有正本。單純繕本。認證繕本。節本。繙譯本之別。正本者。由公務員作成。而與原有同一效力之公文書繕本也。單純繕本者。由公務員或私人作成。而未經認證之通常繕本也。認證繕本者。由公務員或公署。證明其與原本無異之繕本也。節本者。摘錄原本重要部分之繕本也。(但節本亦有認證節本。與單純節本。前者即公務員或公署。證明其與原有同一效力之節本。後者無此證明也。)至於繙譯本。乃以他國語言。表示原本之內容者。故亦為一種繕本。

第二 文書之證據力

文書之證據力。有形式與實質之別。文書之外觀。足認為真正成立者。謂之形式上證據力。文書之內容。足為證明原因者。謂之實質上證據力。大抵文書不論公文書與私文書必有形式

上證據力。兼實質上證據力。而後證據力。乃完全而無缺。但必先有形式上證據力。始惹起實質上證據力之問題。故法院審查文書之證據力。應先審查形式上證據力。而後審查實質上證據力。方為適當。

文書之證據力。除有特別規定（例如二三條及二〇九條）外。法院應不問其為公文書。為私文書。均依自由心證判斷之。但左列二者。應認其有證據力。

一 文書依其程式及意旨。得認作公文書者。推定為真正。（三四條）此關於公文書之形式上證據力之規定。

此項公文書。不論對於何人。亦不問是否為中國公務員或公署所作成。除其真偽有可疑者外。即有形式上之證據力。至實質上證據力之有無。係屬另一問題。此宜注意者也。凡有形式上證據力之公文書。法院應受該證據力之拘束。不得適用自由心證判斷之。右述公文書。必為公務員或公署所作成。且必為其於職務權限內。依法定程式所作成。方見適用。如有欠缺此等要件者。不能遽認有證據力。應另行確定文書真偽之程序。或

認爲公文書。或認爲私文書。以定其真偽。(三四四條至三五一條)

二 私文書有左列情形之一者。應推定爲真正。亦有形式上之證據力。(三四七條)

(1) 經本人或其代理人。簽名、按指印、蓋章、或畫押者。簽名等手續。如有其一。即爲已足。

(2) 有法院或公證人之認證者。茲所謂認證者。如法院書記官。或公證人。證明私文書之繕本。與原本相符。或證明私文書原本內所簽之名。所按之指印。所蓋之章。或所畫之押。係當事人在其面前爲之。或曾經當事人自認是也。

私文書本無何等證據力。然經本人或其代理人簽名按指印蓋章或畫押。或經認證者。足證作成。實會爲證書所載事項之陳述。故不問該文書係由本人自作。或令他人代書。而就本人或其代理人。曾爲文書內所揭陳述一層。應有證據力。惟此項證據力。亦係指形式上證據力而言。其實質上證據力。不能併爲一談。故法院所受拘束。仍祇在該文書之形式。而不在實質也。

公文書私文書。有右述情形者。法院本應受其證據力之拘束。然該文書如有增刪文字。或其瑕疵。仍依自由心證。判斷其證據力。(三五條)至本無證據力之文書。有瑕疵者。其應適用此項規定。更不待言。但公文書如言詞辯論筆錄。調查證據筆錄。於改竄文字處。經蓋印。並記明字數者。(二〇八條 二七六條)仍應受其證據力之拘束。

第三 提出文書之義務

提出文書之義務。謂當事人或第三人。依法律規定。應提出文書於受訴法院。或受命推事。受託推事前也。此項義務。亦為公法上義務之一種。而其範圍。則較證人之義務為狹。惟限於左列情形。當事人或第三人。有提出文書之義務而已。

一 當事人有提出之義務者。左列各款文書。當事人有提出之義務。(三三條)

(1) 於準備書狀。或言詞辯論。引用為證據之文書。

(2) 他造當事人。依法律規定。得求交付或閱覽之文書。法律規定。指私法規定而言。例如舉證人對文書執有人。主張文書之所有權。請求交還是也。

(3) 爲舉證人利益而作之文書。例如舉證人爲受遺人。或繼承人。則遺囑書。係爲其利益而作也。此類證書。如與對造有共通關係者。應屬於次款範圍。

(4) 就當事人間。法律關係所作之文書。此即當事人間。有共通關係之文書。例如契約、商業賬簿、及收據存摺等是也。

二 第三人有提出之義務者。左列各款文書。第三人有提出之義務。(三三)

(1) 當事人於準備書狀或言詞辯論。引用爲證據之文書。

(2) 當事人依法律規定。得向第三人請求交付或閱覽之文書。

(3) 爲當事人利益而作之文書。

(4) 就當事人與第三人間。法律關係所作之文書。

查奧國民事訴訟法(三〇)規定。文書之怠旨。關於家族生活事務。或提出文書。足致當事人或第三人受恥辱。或招刑事上訴追。及當事人提出文書。足犯國法上之祕密義務。或洩漏其技術或職業之祕密者。均得拒絕提出。本法並無此項規定。似乎能否拒絕。尙屬疑問。余謂

法律許當事人或第三人拒絕文書之提出。實與許證人拒絕證言同一意旨。故有特別情形者。雖法無規定。亦應免其提出義務。

第四 書證之聲明

聲明書證。若文書爲舉證人所執者。應提出該文書爲之。(三二)如於準備書狀內。引用該文書。並應依一一九條一二〇條規定。添具文書原本或繕本。并按他造人數。提出繕本。於書記科。至文書爲他造或第三人所執時。依左列法則行之。

一 文書爲他造當事人所執者。聲明書證。使用他造當事人所執之文書者。應聲請法院。命該當事人提出文書。並應於此項聲請。表明左列各款事項。(三二)
(九條)

- (1) 請求命其提出之文書。例如表明爲借款證書。抑租賃契約。或商業賬簿。
- (2) 據該文書所證之事實。此即表明係爭事實。所以備法院之調查也。
- (3) 文書之內容。祇須表明與應證事實有關之部分。但得以繕本代之。
- (4) 文書爲他造所執之事由。例如使用商業賬簿時。表明他造爲司賬人是。

(5) 他造有提出文書義務之原因。例如基於法律規定。或有共通關係是。惟請求提

出此項文書者。應釋明其原因。

舉證人聲請。不備右述要件者。法院得以中間判決。或於終局判決理由駁回之。

二 文書爲第三人所執者。聲明書證。使用第三人所執之文書者。應聲請法院。命第三

人提出文書。或定舉證人自行提出文書之期間。(三三四條)茲所謂第三人。不論爲自然人。

爲法人。亦不論爲私人。爲公務員。或公署。凡不爲訴訟之他造當事人者。皆屬之。故

脫離訴訟之他造當事人。及他造之代理人。與從參加人。亦均在第三人之列。聲請命第

三人提出文書。除應表明(1)請求命其提出之文書。(2)據該文書應證之事實。(3)文

書之內容。(4)文書爲第三人所執之事由。(5)第三人有提出文書義務之原因等。與聲

請命他造提出文書。同一情形外。並應依二七二條規定。釋明文書爲第三人所執之事由

。(三三四條
次項末項)如其聲請不備此項要件者。法院得以中間判決。或於終局判決理由駁回之。

第五 文書之提出

第二編 第一審程序 第一章 通常訴訟程序

當事人聲明書證。應提出文書。前述之矣。如其文書。即時提出者。法院得即行調查。如不能即時提出者。法院得酌量情形。延展期日。至聲明書證。使用他造當事人所執之文書時。除他造即行提出該文書外。如法院認應證之事實重要。且舉證人之聲請正當者。應以裁定。命他造當事人提出文書。(三三〇條)聲明書證。使用第三人所執之文書時。如法院認應證之事實重要。且舉證人之聲請正當者。應以裁定命第三人提出文書。或定舉證人提出文書之期間。(三三三條)此等裁定。如於言詞辯論外爲之者。應送達於當事人及第三人。(三三七條)又命第三人提出文書之裁定。亦得指定其期間。定舉證人提出文書期間之裁定。應酌留取到文書之時期。尤應注意者。當事人聲明書證。使用第三人所執之文書時。如因提出文書。將致遲滯訴訟。且法院認舉證人確因過失或故意。不速聲明書證者。雖經裁定命第三人提出文書後。亦得撤銷該裁定。並將聲明駁回之。(一八九條次項)蓋防舉證人藉口文書在第三人手中。致有延滯訴訟之弊也。提出文書。通常雖由當事人聲明書證爲之。然亦有無待聲明。而由法院依職權。命當事人提出。或自行調取者。如左

一 法院因確定訴訟關係。得依職權命當事人提出文書。(三三) 此時命當事人提出文書

。以依當事人之陳述。(不問以言詞陳述。或以準備書狀陳述者。)或調查證據之結果

。(不問依聲明所調查。或依職權所調查者。)知該文書爲其所執者爲限。(三三) 至其

有無提出之義務。可不問也。但圖案表冊。雖非其所執。或尙待作制。亦得命其提出。

(一九)
五條

二 公署所保管。或公務員所執掌之文書。不問其有無提出之義務。法院因確定訴訟關係

。得依職權調取之。(三三) 所謂調取。依囑託之方法行之。至當事人因不能直接求公

署交付文書之正本或節本。而聲請法院調取者。法院得囑託公署送交該文書。更不待言。

法院命當事人或第三人提出文書。而不從命者。得依左列方法。分別加以制裁。但向公署或

公務員調取文書時。不適用之。

(一) 當事人無正當理由。不從提出文書之命者。法院依其自由心證。判斷他造關於該文

書之主張是否正當。(三三) 法院認當事人不從文書提出之命。係因妨害他造使用。故意

將文書隱匿毀壞。或致令不攜使用者。得認他造關於該文書性質及內容之主張爲正當。
(三五) 如以爲不應如此辦理者。自不妨別求裁判之資料。以斷定應證事實之真偽。

(2) 第三人無正當理由。不從提出文書之命者。法院得以裁定。科五十元以下之罰鍰。

於必要時。並得命爲強制處分。(三八) 蓋第三人^(三八)不提出文書時。爲使其人知所警懼。並

迅速取到文書起見。自以科罰並命強制處分爲妥也。惟法院以裁定命第三人提出文書者

。應先訊問第三人。此項裁定。得爲即時抗告。(三三) 至科第三人罰鍰之裁定亦得爲即

時抗告。抗告中并應停止執行。(三三八) 文書應提出原本。但僅因文書之效力或解釋有

爭執者。得提出繕本。(三四) 當事人或第三人。不能提出文書之原本者。法院得命釋明

不能提出之理由。(三四二) 如有不從此項命令者。法院依其自由心證。斷定該繕本之證

據力。(三四二)
條次項)

文書不論由當事人提出。或第三人提出。均應提出於受訴法院。但有左列情形之一者。受訴
法院得命其將文書。在受命推事或受託推事前提出。(三四)
條)

(1) 因恐散失毀損。不能提出於受訴法院者。例如恐途中爲盜所劫之類是。

(2) 因有重大窒礙。不能於言詞辯論時提出者。例如自遠方提出日常使用之商業賬簿。致礙營業。或因文書之分量過重。不便運送至受訴法院是也。

依右列情形。法院得命當事人或第三人。於受命推事。或受託推事前提出文書。該推事應依調查證據之通則。將文書之性質內容。並其他因判斷文書真偽及證據力。所須斟酌之一切情形。命書記官記明筆錄。或更作文書之繕本節本。附於筆錄。送交受訴法院。(二七)但受訴法院。亦得預定筆錄內應記明之事項。通知受命推事。或受託推事。並使其將文書之繕本或節本。附於筆錄。(三四三)條次項)

第六 檢查文書真偽之程序

公文書合於三四四條規定。私文書合於三四七條規定者。均有形式上證據力。前述之矣。有形式上證據力之文書。法院不得更行檢查真偽之程序。茲稱檢查真偽者。係就本無證據力之文書而言。分公文書私文書說明於左。

一 公文書。文書依其程式及意旨。得認作公文書者。推定爲真正。(三四四條首項)既推定爲真正之文書。舉證人毋庸更證其真正。但法院如就文書之真僞。有疑義者。得求作成名義之公務員或公署。陳述其真僞。(三四四條次項)

以上係就中國之公文書而言。至於外國公文書之真僞。法院應斟酌一切情形斷定之。(三四五條)故法院酌量情形。本於自己所知。或調查之結果。信爲真正者。即得斷定爲真正成立之文書。否則文書是否真正。應由引用該文書之當事人。提出他項證據證明之。(二六條)但經駐在該國之中國大使公使或領事證明者。推定其爲真正。(三四五條但書)毋庸當事人更行證明。

二 私文書。私文書應由舉證人證其真正。但經他造認爲真正者。不在此限。(三四六條)由此規定。故私文書之舉證人。於他造就該文書之真僞。有爭執時。應負證其真正之責。若他造依訴訟上之明示自認。或法律上之推定自認。(二六七條二六八條)認該文書爲真正。並無爭執者。舉證人即毋庸以他項證據。證其真正矣。

證明私文書之真偽。本可用他項證據。但亦得依核對筆跡爲之。(三四八條)核對筆跡。不限於文書本文。卽簽名畫押。亦可核對。總之核對同一人在他文書內之筆跡。是否與文書內之筆跡相符而已。又核對筆跡。得單獨行之。亦得與他項證據方法並用。論其性質。與勘驗同。茲舉核對程序。並適用勘驗程序之處於左。

(1) 核對筆跡。本應由舉證人提出供核對用之文書。但亦得由法院命他造或第三人提出。對於不從法院提出文書之命者。如係他造。準用三三三條規定。如係第三人。

準用三三八條規定。(三六〇條)

(2) 供核對用之文書。如爲公署所保管。或公務員所執掌者。法院亦得依第三三九條規定。依職權調取之。在當事人聲請調取時。亦得照辦。

(3) 依前二種方法。無適當之筆跡。可供核對用者。審判長。受命推事。得指定文字。命該文書之作成名義人書寫。以供核對。如文書之作成名義人。無正當理由。不從書寫文字之命者。準用三三三條及三三八條規定。(三四九條)

(4) 核對筆跡。非必由於聲請。亦得由法院依職權命之。至供核對筆跡之文書。應將原本繕本或節本。附於筆錄。(三五條)此爲防日後筆跡異同之爭。並備查考也。故該文書由於文書作成。書寫文字者。應將該文字附之。如爲其他文書。應將原本繕本或節本附之。於必要時。並得代以照片。(三五條)

(5) 受訴法院。依其自由心證。斷定核對筆跡之結果。但於必要時。得命鑑定。(三五條參照)茲稱斷定。係宣示其結果於終局判決理由中之意。非獨立之裁判也。但當事人提起確認文書真偽之訴時。(二三條)應獨立以判決爲之。

(6) 核對筆跡之異同。易惹起刑事問題。如法院於核對後。認有犯罪之嫌疑。牽涉其裁判者。得命於刑事訴訟終結前。中止本訴訟程序。(一七條)但通知檢察官蒞場。陳述意見。則不必於核對筆跡時爲之也。

第七 文書之發還。

當事人或第三人提出之文書。經法院調查完畢後。應將原物發還。毋庸留存法院。然法院疑

爲偽造或變造者。於訴訟未終結前。應由書記科保管之。此爲防湮滅變更證據起見也。但應交付他公署者。毋庸保管。(三五)所謂應交付他公署。例如因治罪。將文書移送檢察處。或更正公文書。而移送其他行政公署是也。

第八 第三人請求提出文書之費用。

第三人提出文書於法院者。得向法院請求因提出文書所生之費用。(三四)此項費用。應按實數計算。惟須於提出文書後十日內聲明。關於此項聲明之裁判。得爲即時抗告。如第三人於提出文書。所需費用。有預給之必要者。法院因第三人聲請。得預行支給相當之額。(四三)提出文書之費用。在公務員或公署移送文書時。亦得請求。又提出文書於受命推事。受託推事前者。亦得向該推事爲此請求。右述第三人請求。係公法上之權利。雖當事人未將費用預納。法院亦不得拒絕之。

第五款 勘驗

法院或推事。檢查某物體。以觀察事實之行為。曰勘驗。勘驗於法院內或法院外。均得行之。於法院外。由法院或受命推事受託推事行勘驗者。曰履勘。

勘驗有直接爲之者。亦有間接爲之者。觀察應證事實之自體。而行勘驗者。謂之直接勘驗。例如就損害賠償之訴。檢查被損之房屋或器具是也。觀察他項事實。以推斷應證事實之真偽。而行勘驗者。謂之間接勘驗。例如檢查不法行爲之處所。或檢查供不法行爲用之物件。以判定不法行爲之主體是也。

行勘驗時所檢查之物體。謂之勘驗之標的物。或略稱勘驗物。勘驗物係具備形體之動產或不動產。故以廣義言。則文書亦爲勘驗物之一種。然同一文書。以其內容爲證明原因者。曰書證。以其外觀（如紙色新舊之類）爲證明原因者。曰勘驗。故勘驗物云者。又應除去有書證意義之有體物而言。惟此項有體物。非以物爲限。卽人亦包括在內。例如檢查某人之身體或舉動。是以其人爲勘驗之標的物也。

勘驗非必盡依視官而認識。卽依五官之其他作用。亦可爲之。例如嗅其氣味。聽其聲音。皆

可以行勘驗。此亦勘驗與書證不同之處也。

第一 提出勘驗物及受勘驗之義務。

舉證人自己執有勘驗物。或應受勘驗時。其有提出該物。或受勘驗之義務。可不待言。至他造當事人。及第三人之在中國法律之支配下者。亦負有此項義務。如當事人（即舉證人及他造當事人）無正當理由。違背義務者。法院依其自由心證。判斷他造關於勘驗物之主張是否正當。如當事人違背提出勘驗物之義務。係因妨礙他造使用。故意將勘驗物隱匿毀壞。或致令不堪使用者。法院得視為已得他造所主張之勘驗結果。又如第三人無正當理由。違背義務者。法院更得以裁定科第三人五十元以下之罰鍰。於必要時。並得命為強制處分。此項裁定。得為即時抗告。抗告中應停止執行。（三六）
○條

提出勘驗物。及受勘驗之義務。本法並不規定其範圍。是可見此項義務。與為證人之公法上義務同。而與鑑定及提出文書之義務之有一定範圍者異也。

第二 第三人請求勘驗費之權利。

第三人提出勘驗物。或受勘驗時。得請求因此所生之費用。此項請求。應於提出勘驗物或受勘驗後十日內。向受訴法院。受命推事。受託推事聲明。關於此項聲明之裁定。得爲即時抗告。或向推事所屬法院異議。如第三人於提出勘驗物。或受勘驗。所需費用。有預給之必要者。法院因第三人聲請。得預行支給相當之額。(三六條)

前述費用。本應由當事人預納。(三一條)然未經預納時。法院亦不得拒絕第三人請求。

第三 勘驗之聲請。

當事人聲請勘驗。不論提出勘驗物與否。應表明下列兩款。方爲合法。(三五條)

一 勘驗之標的物。如求法院就人行勘驗者。則表明其人可也。

二 應勘之事項。此即應證事實也。如爲間接勘驗。並應表明他項事實。

第四 勘驗之處所。

勘驗物提出於法院。或受勘驗之人到庭者。受訴法院固得在法院內自行勘驗。然因勘驗物之性質。或有障礙。不能於受訴法院行勘驗者。法院得使受命推事。或受託推事行之。(三五條)

受訴法院。受命推事。或受託推事。於勘驗時。得命鑑定人參與。(三五)受訴法院。命鑑定人參與勘驗。得與命行勘驗。同時裁定。亦得於其後。以裁定爲之。受命推事。或受託推事。命鑑定人參與勘驗。由該推事自行裁定。其鑑定人亦得自行選任。均勿庸受訴法院之指示也。(三一)
(四)

第五 勘驗之筆錄。

勘驗不論記入其結果於言詞辯論筆錄。(二〇)或另作勘驗筆錄。(二七)於有必要時。均應製作圖畫。或照片黏附之。(三五)如訴訟卷宗內。已有圖畫或照片附入者。應與該勘驗物。核對是否相符。其有不符者。應記明其旨於筆錄。或該圖畫照片。

第六款 證據保全

調查證據。通常於起訴後。且有調查之必要時行之。在起訴前。或雖已起訴。而未達調查證據之程度前。是否必須此項證據。尚在未定之狀態。故法院於此時期。當無調查之必要。然

竟不為調查。又不免因證據之滅失。致當事人不能以調查之結果。利用以日後之訴訟。於是證據保全程序尙焉。證據保全云者。當事人所欲使用之證據。於起訴前。或已起訴而未達調查證據程度前。聲請預行調查。以保全其證據之行爲也。此項聲請。不獨在第一審得行之。卽上級審所得使用之證據。亦得向下級審法院。或該上級審法院。聲請證據保全。

證據保全。在起訴後。而未達調查證據程度前行之者。雖多由於當事人之聲請。然法院認爲必要時。亦得依職權爲證據保全之裁定。(三六) 五條

第一 證據保全之要件。不論何種證據。均許聲請證據保全。但必具有左列要件之一者。

法院方得准其聲請。(三六) 一條

(1) 證據有滅失或礙難使用之虞者。有滅失之虞。如證人、鑑定人。患病垂死之類是。有礙難使用之虞。如證人將遠適異國。或勘驗物將變態之類是。

(2) 經他造當事人同意者。若經他造同意。雖證據並無滅失或礙難使用之虞。亦許證據保全。此不干涉主義之作用。且亦得使訴訟速結也。

第二 聲請證據保全之程式。聲請證據保全。得以書狀或言詞爲之。以書狀聲請者。應依

當事人書狀之規定。以言詞聲請者。於辯論中聲請。亦得於辯論外。求書記官作成筆錄。而爲聲請。惟不論如何聲請。均應表明左列各款事項。(三六)

一 他造當事人。若不能指定該當事人者。其不能指定之理由。不能指定他造當事人。例如擬向加害人。請求賠償。尙不知加害人爲何人是也。

二 應保全證據之事實。此款殆與聲明人證。應表明訊問事項。(二八)聲請鑑定。應表明鑑定事項。(三一)聲明書證。使用他造或第三人所執之文書者應表明依該文書應證之事實。(三九)及聲請勘驗。應表明應勘驗之事項。(三五)等。同一規定。

三 應保全之證據。此即表明證人、鑑定人、文書及勘驗物是也。或謂鑑定人應由法院選任。或由法院委受命推事受託推事選任。不能由當事人表明。說似近理。然證據保全。既由聲請。不依職權。則鑑定人自非當事人於聲請時指定不可。

四 求證據保全之理由。此即表明證據恐將滅失。或礙難使用。或經他造同意等事實是

也。

聲請證據保全除表明右列四款外。於必要時。並應釋明不能指定他造當事人之理由。及求證據保全之理由。(三六三條次項) 又若聲請保全。係求他造或第三人所執之文書者。更應依三二九條

三三四條。表明其他事項。並釋明之。(三三六條首項)

第三 證據保全之管轄法院。聲請證據保全。在起訴後。向受訴法院爲之。在起訴前。向受訊問人住居地。或證物所在地之第一審法院爲之。但遇有急迫情形者。雖起訴後。亦得向該第一審法院。聲請證據保全。(三六二條) 此爲聲請人之便利起見也。是否有急迫情形。由法院之意見定之。

於起訴後聲請證據保全。如該訴訟已繫屬於上級審者。應向上級法院爲之。但下級審判決後。而當事人尙未上訴前。雖該判決已送達。應仍向下級審聲請。

第四 關於證據保全之裁判。證據保全之聲請。由受聲請之法院裁定之。(三六四條) 受聲請之法院。如以經言詞辯論爲必要者。得傳喚他造當事人。令其到場辯論。否則徑行裁定可也

。(二二) (五條) 惟不問有否經過言詞辯論。凡在裁定前。應就證據保全之要件。聲請之程式。與法院之管轄權。(俱見前)一一調查。以定准駁。法院准許保全證據之裁定。應表明證據。及應保全證據之事實。當事人對於此項裁定。不得聲明不服。(三六四條次項末項後段) 因聲請人既如願以償。而他造當事人。亦非必因證據保全而受不利也。然駁回證據保全聲請之裁定。得為即時抗告。(三六四條末項前段) 故法院書記官。不問該裁定曾否宣示。應依職權送達於聲請人。(二二七條次項) 但對於他造。則勿庸送達。

准許保全證據之裁定。未經宣示者。應送達於兩造。(二二七條首項) 此項裁定。雖不得聲明不服。然為裁定之法院。得另以裁定。自行撤消。對於撤消之裁定。得為抗告。

第五 關於證據保全之調查證據程序。調查證據。依本法二六五條至三六〇條規定行之。

(三六六條首項) 故本節第一款所述調查證據之通則。及第二款至第五款所述各項證據之特別規定。於證據保全之調查程序。均可適用。茲惟將關於證據保全之特別調查程序。說明於左。

一 調查證據期日。應傳喚聲請人。並於該期日前。送達聲請書。或筆錄之繕本。及准許

保全證據之裁定於他造當事人。而傳喚之。(三六六條)但已將裁定宣示。並同時面向當事人告知期日。命其到場者。得不送達裁定及傳票。(一五八條) (二二七條)

調查證據。法院認有急迫情形者。該期日亦得不傳喚他造當事人。又他造當事人不明者。更不必傳喚。蓋調查證據。原不以兩造到場爲必要也。(三六六條) (二八一條)

二 他造當事人不明。或調查證據期日。不及傳喚他造當事人者。法院得因保護該當事人。關於調查證據之權利。爲選任特別代理人。(三六七條) (七條)選任特別代理人之裁定。應送達於該代理人。特別代理人。爲防衛他造關於調查證據之權利起見。得於他造承當訴訟前。

代理一切行爲。(四九條) (參照)

前款所述對於他造當事人之送達。及傳喚。於特別代理人。亦適用之。

三 調查證據筆錄應由准許保全證據之法院保管。(三六八條) (首項)其由受命或受託推事調查證據者。於調查畢後。應將筆錄。送交命其調查之法院。此項筆錄。當事人得向書記官。聲請閱覽或抄錄。(二三三條) (三條)亦得於訴訟。作爲證據之用。

調查證據筆錄。有時本即係言詞辯論筆錄。(二〇)但於起訴前。聲請證據保全者。關於證據保全之調查證據筆錄。應由書記官另作之。

四 聲請人及他造當事人。均得於訴訟利用調查證據之結果。(三六八)受訴法院。於當事人利用後。認該證據有補充或再行調查之必要者。得於訴訟程序中。命補充或再行調查證據。

他造利用調查證據之結果時。雖於調查證據期日。未受傳喚。或於聲請時。未被表明者。亦得爲之。又當事人既得利用調查證據之結果。亦得對於該證據之調查。聲明異議。(參照二七七條)但以不備證據保全之要件。或聲請不合程式爲異議理由者。殊不正當。蓋已調查之證據。不應因此項理由。使歸無效也。

五 保全證據之費用。應作訴訟費用之一部。定其負擔。(三六九)所謂保全證據之費用。指證據保全程序之一切費用而言。故不獨證人鑑定人之日費旅費。或第三人提出文書或勘驗物所需之費用。即如聲請費用。選任特別代理人之費用。及證據保全程序之其他費用

。亦均在內。所謂應作訴訟費用之一部。定其負擔者。謂此等費用。非可於證據保全程序裁判之。而應與現在繫屬或後將繫屬之訴訟之其他費用。一併裁判。依一般法則。以定負擔之人也。故由一造支出或預納、或墊付之證據保全程序費用。應由日後敗訴之他造賠償。然其訴訟。後未繫屬者。則惟有作為損害賠償問題。另案起訴請求而已。

第五節 和解

兩造當事人。互相讓步。而停止爭執之行為。謂之和解。和解有於訴訟外為之者。有於訴訟上為之者。本節所述。乃指訴訟上和解而言。訴訟上和解。謂於受訴法院或受命推事。受託推事前所為之和解也。

法院不問訴訟程度如何。得於言詞辯論。或使受命推事。或受託推事。試行和解。(三七)受訴法院於言詞辯論。試行和解者。得隨時相機行之。非必另為裁定。然使受命推事。受託推事為之者。應以裁定命行和解。此項裁定。不得抗告。所謂不問訴訟程度如何。乃辯論終結

前之意。如至辯論終結後和解。應再開辯論試行之。又如至判決後和解。則爲訴訟外和解。無訴訟上之效力。如欲發生效力。非另爲訴之撤回。或附上诉于審法院。表示意思不可。(參照參

二五二條四三
〇條四四八條)

第一 和解之成立要件。和解必須具備一定要件。方克成立。茲將要件。列舉於左。

(1) 須當事人兩造到場。互相讓步者。和解應由當事人兩造到場陳述。不得單用書狀表示。故欲和解之成立。自非兩造到場不可。然即兩造到場。如一造堅不讓步。仍難成立。故尤以兩造有互相讓步之合意爲要。

(2) 須向法院或受命推事受託推事前。表示意思者。和解應由兩造到場。固已。然所謂到場。係於受訴法院之辯論期日。或受命推事受託推事前到場之意。若在法院書記官或執達員前和解。仍不合法。

(3) 須其訴訟或爭點爲可以和解者。關於財產權之訴訟。及婚姻訴訟。固許和解。在刑事訴訟之附帶民事訴訟亦然。然如確認文書真僞之訴。(二三)不得隨意試行和解。蓋

足以惹起刑事問題。又如業經和解。或判決確定之事件。為維持其效力起見。(參照三七二條三八條)亦不應再有訴訟上和解。

(4) 須和解之當事人。有訴訟能力者。訴訟之和解。亦係一種訴訟行為。若由無訴訟能力之人為和解。則除有承認者外。決不生訴訟上之效力。(四五條)

(5) 須由有權和解之人。為和解者。和解應由當事人自己。或其法定代理人到場。陳述意旨。至若特別代理人。及普通訴訟代理人。則無此項權限。(四九條第三項)但普通訴訟代理人。經本人特別委任者。仍得代為和解。(六八條)

(6) 須關於和解之訴訟。業已合法成立者。若法院因訴訟不合法。未經辯論而以裁定駁回者。(二四條)則無和解之餘地矣。當事人所持爭點。被駁回時。亦然。

第二 關於和解之筆錄。關於和解之筆錄。可分二種說明如左。

(1) 法院於言詞辯論。試行和解而成立者。應記明於言詞辯論筆錄。(三七一條首項)所謂試行和解而成立者。即和解具備前述之要件是也。此時法院書記官。應將和解成立

之意旨。及其內容。記明言詞辯論筆錄。令其明確。(二〇四條首)
項第三款

(2) 由受命推事。受託推事。試行和解而成立者。法院書記官應作和解筆錄。(三七一條末項)

此項筆錄。由受命推事受託推事所屬法院之書記官作成。移送受訴法院。且準用二〇三條至二一一條關於言詞辯論筆錄之規定。(三七一條末項)

右二種筆錄。均有形式上證據力。且可爲有執行力之債務名義。

第三 和解之效力。和解已成立者。當事人不得就同一法律關係。更行起訴。(三七一條)和解

已成立者。不獨該訴訟即時終結。且與經確定判決。有同一之效力。故不能就同一法律關係。更行起訴。此亦適用一事不再理之原則也。但欲適用此項原則。應備左列要件。

一 前後之法律關係相同。例如前爲租借關係。後亦爲租借關係。且必後之租借關係全部或一部。亦爲前經和解之租借關係全部或一部也。

二 前後法律關係之主體客體俱相同。例如前之租借關係。其標的物係房屋。其當事人係甲乙二人。後之租借關係。亦必爲房屋及甲乙二人是也。至甲乙二人前後地位相反。

例如前之原告爲甲。後之原告爲乙。仍屬無礙。

三 前後請求之目的相同。若前經和解者。係屬租借房屋之租金問題。後之起訴者。係屬關於租借房屋之遷讓問題。即不得適用此項規定矣。

右列三者。經法院調查後。如認爲無此情形。或欠缺此項情形之一者。應准其更行起訴。如認爲具備此項情形者。應不開言詞辯論。徑行駁回其訴。(二四〇條首項第七款) 訴訟上和解。除不得更行起訴外。並不得對之提起上訴。亦不得主張無效或撤銷之。

第六節 判決

第一款 判決之種類

判決之種類。前已述之矣。本款所述。係就第一審程序之各種判決而言。

第一 終局判決。

訴訟事件。除因撤回、(二五二條)和解、(三七條)或訴訟關係人死亡。(五四五條五五一條)不待裁判而終結。或雖應裁判而得用裁定。(二一條)或中間判決(見後)者外。法院均應以終局判決爲之。惟是終局判決。有全部判決。與一部判決。茲將可爲全部或一部終局判決之情形述左。至終局判決之意義。已見前編。

一 全部終局判決。左列情形。法院應爲終局判決。(三七條)此卽全部終局判決也。

(1) 訴訟達於可爲裁判之程度者。訴訟達於可爲裁判之程度。謂該事件全部之事實關係。已臻明瞭。毋庸再行言詞辯論。而可終結本審級之程序也。惟是否達於可爲裁判之程度。由法院自行評決。非當事人所得過問。

(2) 命合併辯論之數宗訴訟。其一達於可爲裁判之程度者。所謂命合併辯論。係指法院依一九七條規定。命將分別提起之數宗訴訟之辯論合併而言。此合併之數宗訴訟。有一達於可爲裁判之程度者。亦應爲終局判決。至由當事人合併之數宗訴訟。則依

三七四條規定。由法院之意見。以一部終局判決之。(見後)終局判決。即因訴無理由而為駁回其訴之判決。及有理由而為被告敗訴之判決是。又終局判決。除就本案及費用為裁判外。尚有特種宣示者。如宣示假執行是也。(三八四條次項)

二 一部終局判決。左列情形。法院得為一部終局判決。(三七四條)

(1) 訴訟標的之一部。達於可為裁判之程度者。此指一訴訟標的中之一部。達於可為裁判之程度者而言。例如就請求償還借款一千元之訴。先就其五百元而為判決是也。

(2) 以一訴主張之數項標的。其一達於可為裁判之程度者。以一訴主張之數項標的。指由原告合併提起。或於起訴後合併之數宗訴訟之標的而言。(參照五〇條二三九條二四五條二四六條等)

(3) 本訴或反訴。有一達於可為裁判之程度者。反訴雖得提起於本訴繫屬之法院。

(二四九條)然法院仍得分別二者之辯論。(六一九條)故二者有一可爲裁判。亦得爲一部判決。右三情形。應否爲一部終局判決。由法院自行酌奪。非當事人所能強求。故法院如以一部判決爲不便。例如現可裁判。僅係極微細之一部者。仍得俟訴訟全部可爲裁判時。併爲全部終局判決。但原告依二、三、六條合併提起之訴。如法院命被告報告計算。及原告或被告於訴訟標的之一部。或數項標的之一。爲捨棄或認諾者。(三七六條)法院應卽爲一部判決。絕無酌量之餘地。

第二 中間判決。

中間判決。謂就訴訟進行中之爭執所爲之判決也。左列各款情形。可爲中間判決。

- 一 各種獨立之攻擊防禦方法。或中間之爭點。達於可爲裁判之程度者。(三七五條)何謂獨立之攻擊防禦方法。見前第一編。第此項方法。與中間爭點。二者固自不同。蓋獨立之攻擊防禦方法。不論實體上與程序上。均可主張。而中間之爭點。係就程序上之爭執。不屬於獨立之攻擊防禦方法。且應經言詞辯論者而言。例如訴有無變更之爭執。文書有無

提出義務之爭執。及證據是否真偽之爭執等。皆係中間之爭點。非屬實體上之爭點也。各種獨立之攻擊防禦方法。或中間之爭點。可爲裁判時。法院得依自己意見。先爲中間判決。惟就各種獨立之攻擊防禦方法。爲中間判決者。以該方法之無理由時爲限。蓋攻擊方法有理由。則被告必受敗訴之宣示。防禦方法有理由。則原告之訴必被駁回。二者均得以終局判決爲之也。又就中間之爭點。爲中間判決者。亦必該訴訟未至可爲終局判決之時機而後可。例如訴訟以一次辯論。即行終結者。則當事人於該辯論中。所提出之中間爭點。法院即應於終局判決理由中裁判之。不容更有中間判決矣。

右述中間判決。不問法院會否限制其辯論。(一八九條)均得爲之。惟法院既爲中間判決。則以後之終局判決。應受其拘束。因其爲終局判決之前提裁判也。故對於此項中間判決。不得獨立上訴。亦不得經行聲請再審。

二 請求之原因及數額。俱有爭執。法院以其原因爲正當者。(三七五條末項)請求之原因及數額。俱有爭執時。若法院就原因與數額。同時裁判。匪特使訴訟程序。趨於繁雜。且關於

數額之辯論及裁判。不免歸於無用。故權衡利弊。不如由法院先就原因裁判之爲便。如法院認爲無原因。或有原因而不當者。以終局判決駁回原告之訴。如認原因爲正當。則以中間判決行之。因此後尙須爲數額之裁判也。此項中間判決。依民訴條例。關於上訴及再審。視與終局判決同。本法無此規定。則亦爲普通中間判決矣。

右列二者。法院得爲中間判決。如不爲中間判決。得於終局判決理由中。爲此裁判。

第三 捨棄判決。

捨棄判決。謂原告於言詞辯論。捨棄其關於訴訟標的之主張時。法院本於捨棄爲原告敗訴之判決也。(三七六條)原告捨棄訴訟標的之主張。本法有時單稱爲捨棄。如四九條六八條二〇四條等是已。但人證書證。及上訴權之捨棄。(三四〇三條)不得同論。

法院對原告爲捨棄判決。必其捨棄爲訴訟上捨棄而後可。訴訟上捨棄。須具備左列要件、方可發生效力。(本款所稱原告係包括反訴原告而言)

一 須於言詞辯論中爲捨棄者。捨棄不問被告是否到場。亦不問訴訟在如何程度。均得

爲之。惟須於法院之言詞辯論爲捨棄。方可有效。若在準備程序爲捨棄者。亦必須嗣後受訴法院之言詞辯論。依筆錄陳述捨棄之意旨。(二六條)又若在辯論終結後捨棄者。須於辯論再開時爲之。但在第三審。不得爲捨棄。

二 須由有捨棄權之人爲捨棄者。捨棄應由原告。或其法定代理人本人爲之。若由訴訟代理人爲捨棄。須該代理人曾受特別之委任。(六八條)至於特別代理人。則無代本人爲捨棄之權。(四九條及三六七條)

三 須由有訴訟能力之人。爲捨棄者。訴訟上捨棄。係一種訴訟行爲。故若由無訴訟能力之人爲之者。除經承認外。不能發生捨棄之效力。(四五條)

四 須訴訟標的得爲捨棄者。如就爲訴訟標的之親屬關係爲捨棄。不能有效。

五 須就合法之訴訟爲捨棄者。蓋訴訟不合法。當然受駁回之裁判矣。(二四條)

原告之捨棄。如備右列要件者。除由書記官記明於筆錄(二〇條)外。法院應爲原告敗訴之判決。並命負擔費用。(八一條)如原告就訴訟標的一部。或數項標的之一爲捨棄者。應爲一部敗訴

判決。捨棄判決。多有終局性質。且多適用於捨棄請求權之時。然原告就爲先決問題之法律關係爲捨棄者。亦應本於捨棄爲該法律關係成立或不成立之判決。

原告於捨棄後。不得主張捨棄無效。或撤銷之。惟得對於捨棄判決。提起上訴而已。

第四 認諾判決。

認諾判決。謂被告於言詞辯論。認諾原告關於訴訟標的之主張時。法院本於認諾。爲被告敗訴之判決也。(三七六條)被告認諾原告關於訴訟標的之主張。本法有時單稱認諾。如四九條六八條二〇四條是已。

法院對被告爲認諾判決。必其認諾爲訴訟上認諾而後可。訴訟上認諾。須具備左列要件。方可發生效力。(本款所稱被告係包括反訴被告而言)

- 一 須於言詞辯論中爲認諾者。認諾不問原告是否在場。亦不問訴訟上在如何程度。均得爲之。惟須於法院之言詞辯論。或在準備程序爲認諾。方可有效。若在辯論終結後。須於再開辯論時爲之。但在第三審。不得爲認諾。

二 須由有認諾權之人爲認諾者。有認諾權者。卽被告或其法定代理人本人。及曾受特別委任之訴訟代理人是也。至特別代理人。則無代行認諾之權。(四九條)

三 須由有訴訟能力之人爲認諾者。因認諾亦係訴訟行爲故也。(參照四五條)

四 須訴訟標的得爲認諾者。所認諾之訴訟標的。須被告得自由處分。若就人事訴訟爲認諾。未克有效。

五 須就合法之訴訟爲認諾者。不合法之訴訟。必受駁回之裁判。自無認諾之餘地也。[被告認諾原告關於訴訟標的之主張。如備右列要件。除由書記官記明於筆錄外。(二〇條)法院應爲被告敗訴之判決。並命其負擔費用。(八一條)如被告爲一部之認諾者。應爲一部敗訴判決。又如被告就爲先決問題之法律關係。認諾原告之主張者。應本於認諾。爲該法律關係是否成立之判決。]

被告於認諾後。不得主張認諾無效。或撤銷之。惟得對於認諾判決。提起上訴而已。

第五 一造辯論之判決。

一造辯論之判決者。法院因一造於言詞辯論期日不到場。或到場不爲辯論。許到場當事人一造之辯論。而爲判決也。攷羅馬法。及德國之舊法。凡審理訴訟。以兩造到場爲必要。然必待兩造到場。而後開始訴訟程序。則未到場人。得藉此以礙訴訟之進行。而案件將無終局之一日。是以近世各國訴訟法。均採缺席審判制度。本法亦依一般通例。遇備左列要件者。得爲一造辯論之判決。

一 當事人之一造於言詞辯論期日不到場者。(三七七條首項)言詞辯論期日。指必要之言詞辯論期日而言。任意之言詞辯論期日。裁判之宣示期日。準備程序期日。與言詞辯論期日分離之調查證據期日等。均不在內。故一造遲誤此等期日者。不得爲一造辯論之判決。凡得爲一造辯論之判決者。以一造遲誤必要之言詞辯論期日爲要。其爲最初辯論期日。或續行辯論期日。非所問也。

所謂不到場。非僅指實際至期日終了不到場者而言。即該期日到場。不爲辯論者。亦在內。(三七七條)所謂到場不爲辯論。謂至期日終了在場。或任意退庭而不爲辯論也。所謂不

爲辯論。謂不爲判決基礎之辯論也。故當事人至辯論期日終了在場。或任意退庭。不爲判決基礎之辯論者。得爲一造辯論之判決。若已爲判決基礎之辯論者。則雖該辯論不完足。不明瞭。或雖對他造主張之事實。不爲陳述。或對法官之發問曉諭。不爲答辯。或有任意退庭情事者。亦不得對之爲一造辯論之判決。惟得使其受遲誤之特別效果。例如受合意管轄。或自認之推定。(二四條三)及一九〇條二四五條二六〇條五一六條等情形是已。又當事人有拒絕辯論之權。而不爲辯論者。(九九條)亦不得適用一造辯論之判決。

二 無第三七八條各款情形之一者。說明見後。

具備二要件者。法院應許到場之當事人一造辯論。而爲判決。(三七七條首項)如被告於辯論期日不到場。由到場之原告。獨爲辯論後。即行判決。原告仍應依一般規定。爲應受裁判事項之聲明。并提出事實及證據。原告於辯論期日不到場。由到場之被告。獨爲辯論後。即行判決。被告仍應按原告訴狀陳述訴之標的與聲明。而爲自己應受裁判事項之聲明。并提出防禦方法。

。然法院爲判決。則不僅應審酌該期日到場當事人所爲辯論之結果。如被告雖不到場。而被
告答辯狀并其他準備書狀。所記載之事項。應視爲其所陳述。予以審酌。原告雖不到場。而
原告訴狀并其他準備書狀。所記載之事項。亦應視爲其所陳述。予以審酌。蓋當事人於辯論
期日到場。爲訴訟行爲。乃所以維持自己之利益。今雖不到場。爲其應爲之訴訟行爲。以供
法院審酌。在法院究應依固有之訴訟資料。以爲判決。所謂依固有之訴訟資料。亦有應爲有
利益於不到場人之判決者。與他國缺席判決制度。專對於缺席人生不利益之效果者不同。故
法院認到場人之主張爲有理由者。應爲不到場人敗訴之判決。認到場人之主張爲無理由者。
應爲到場人敗訴之判決。此所以於不到場人提出之訴狀答辯狀并其準備書狀。不得不審酌之
也。但依本法三三七條二項之規定。在被告方面。未經提出答辯狀。如於最初辯論期日後之
辯論期日。仍不到場者。亦許適用一造辯論之判決。

各國對於缺席判決之救濟。所採方法不同。德日民法規定。聲明窒礙。奧民法規定。聲
請回復原狀。前者不問缺席之理由如何。一經聲明。即使訴訟回復缺席前之程度。後者必其

遲誤。由於不能豫見。或不可避之事故。方許原狀回復。爲杜流弊起見。以後者爲安。我國從前係與德日同制。至民訴條例頒行。則不到之場當事人。除任於遲誤期日判決前或其後。聲請回復原狀外。更得提起上訴。二者并許同時或先後爲之。在對席判決之救濟。僅能上訴。而一造辯論之判決之救濟。反有二途。是待遇不到場之一造。較對席判決爲優。此種辦法。固屬不妥。且既向第一審法院聲請回復原狀。復向第二審法院提起上訴。此時上訴之效力。須由回復原狀之准許與否決之。故民訴條例第五一〇條一項規定第二審法院應變更延展上訴之言詞辯論期日。至回復原狀程序終結爲止。同條二項規定。准許回復原狀者。關於該部分原判決之上訴。視與已撤回同。若第二審法院。已爲判決者。當然失其效力。夫變更延展上訴之言詞辯論期日。不過拖累而已。准許回復原狀。上訴自不能存在。視爲撤回。不過枉費訴訟行爲而已。至第二審法院判決。因第一審准許回復原狀而失效。是上級審之判決。竟爲下級審所左右。未免顛倒審級制度矣。本法對於遲誤辯論期日。而受一造辯論之判決者。依四一八條二款。惟有以並無遲誤爲理由。對於所受判決。提起上訴。其上訴有理由者。

由上級審法院。將該事件發回原審法院。舍此則別無救濟方法之規定也。

以上說明。乃就本案而言。然於反訴及中間訴訟。亦適用之。故一造於反訴或中間訴訟之辯論期日。不到場。亦得因到場人一造辯論而爲判決。或中間判決。

一造不於辯論期日到場。或到場不爲辯論時。法院雖得許到場當事人之一造辯論而爲判決。然有左列情形之一者。不適用之。(三七
八條)

一 不到場之當事人。未於相當時期。受合法之傳喚者。相當時期。如在途期間。就審期間是。合法傳喚。謂傳喚依送達(一二四條以下)及傳票(二四三條)等規定爲之。並留相當時期也。當事人全未受傳喚。或受傳喚而不合法者。無到場義務。無到場義務。而不到場者。不應使其受遲誤之效果。但已向告知期日者。不在此限。

二 當事人之不到場。可認爲係因天災或其他不可避之事故者。是否爲不可避之事故。純係事實問題。若法院認其事實爲真實。不能歸責於當事人。自不應使其受遲誤之效果。例如因洪水、瘟疫、或戰爭。斷絕交通。不能至法院是已。

三 到場之當事人。於法院應以職權調查之事項。不能爲必要之證明者。應依職權調查之事項。係指訴訟要件而言。本款規定。惟到場人就本案求爲一造辯論之判決時可適用。而就中間爭點求爲一造辯論之判決時。不適用之。蓋本案之判決。以原告之訴合法爲前提。故無論到場人爲原告。爲被告。如求本案一造辯論之判決。卽有證明訴訟要件存在之責任。若不能證明。法院自不得爲此判決。例如到場人不能證明訴訟標的之未經確定判決。縱使他造不到場。亦不應使其受遲誤之效果是也。惟所謂不能證明者。係當時不能證明。而尙有待於日後證明之意。若訴訟要件。明明欠缺。無待證明者。應卽以裁定駁回原告之訴矣。

四 到場之當事人。所提出之聲明、事實、或證據。未於相當時期。通知他造者。聲明、指應受判決事項之聲明(二二三條)而言。訴訟上之聲明不在內。事實、及證據。指可爲本案判決之資料者而言。關於訴訟要件。及其他訴訟事項之事實或證據。不在內。此項聲明、或事實、或證據。既經記明訴狀或答辯狀者。應送達該書狀之繕本於他造。若未經

記明於該書狀。而認他造非有準備。不能陳述者。應於辯論前。提出準備書狀。以便送達於他造。(二五)如未依此等程序。使未到場人。知其所提出之聲明、或事實、或證據。則未到場人。未得防禦機會。自不應使其受遲誤之效果。

如右所述。法院如認為有此等情形之一者。自不能為一造辯論之判決。此時惟有新定期日。再行辯論。

第六 宣示假執行之判決。

法院就未確定之判決。許為強制執行者。曰假執行。凡判決必待確定後。方可執行。此原則也。但經法院宣示假執行者。雖未確定。亦可執行之。茲更分述其意義於左。

一 宣示假執行。由法院為之。假執行。通常由為該判決之法院宣示。例外亦有由第二審或第三審法院。以裁定宣示假執行者。(四二四條 四四八條)

二 宣示假執行。由法院就判決為之。裁定、除有特別規定。應停止執行(二九〇條 二九八條 二九九條 三三三條)者外。本有執行力。故毋庸宣示假執行。可宣示假執行者。厥惟判決。且惟可執行

之判決。如人事訴訟之判決。不得宣示假執行。又如假執行之補充判決。雖可執行。亦毋庸更爲宣示。(三八五條)

三 宣示假執行。由法院就未確定之判決爲之。確定判決之適於執行者。已有執行力。

無再宣示假執行之必要。假執行之宣示。因債權人既需迅速執行。而對於債務人。又有保護方法。(三八三條三項)特於判決確定前爲之也。

假執行之宣示。法院有依職權爲之者。亦有因當事人聲請爲之者。左列各款判決。法院應依職權宣示假執行。(三八一條)此三八〇條之一例外情形也。

一 命履行扶養義務之判決。扶養、包括法律上扶養。契約上扶養。及因遺囑所生之扶養而言。凡請求扶養者。其日常生活。必無餘裕。故命履行扶養義務之判決。應宣示假執行。但其範圍。以起訴前最近六個月分。或訴訟中履行期已到者爲限。蓋一時請求永久延滯之養費。或請求將來之養費者。無假執行之必要也。

二 就左列各款訴訟。所爲被告敗訴之判決。

(1) 出租人或承租人。因接收房屋、或遷讓、使用、修繕。或因扣留承租人之家具物品涉訟者。

(2) 雇用人與受雇人。因雇傭契約涉訟。其雇傭期間在一年以下者。

(3) 旅客、與旅館主人。飲食店主人。或運送人。因關於食宿運送費。或因寄存行李財物涉訟者。

(4) 因求保護占有涉訟者。此指因占有訴權涉訟者而言。關於本權之訴訟。不在內。

(5) 因定不動產之界線。或設置界標涉訟者。

右列各款訴訟。或則單簡。被告受不當之敗訴判決極少。而原告又希望迅速執行。或則輕微。縱令其判決。被上級審廢棄。影響亦小。故應依職權宣示假執行。惟第五款訴訟。論其性質。既無迅速執行之必要。且非詳細勸諭。不易得正確之裁判。乃本法亦許法院依職權宣示假執行。殊欠斟酌。

假執行之宣示。除法院應依職權爲之者外。尙有依債權人之聲請爲之者。即三八二條規定債權人釋明在判決確定前。不爲執行。忍受難於抵償。或難於計算之損害。法院得依其聲請。宣示假執行是也。難於抵償之損害。謂損害雖非不能抵償。要亦不易求償。例如關於商號權、商標權、著作權、發明特許權之訴訟是也。難於計算之損害。謂損害雖非不能知其範圍。要亦不易確知其範圍。例如關於礦業權漁業權之訴訟是也。債權人如釋明在判決確定前。不爲執行。將受此項損害。而法院認定其主張爲真實者。應依其聲請。宣示假執行。毋庸債權人另供擔保。

假執行之宣示。原爲保護債權人之利益起見。然置債務人之利益於不顧。又不足以維法律之平。故於左列情形。債務人得聲請假執行之免除。

- 一 債務人釋明。因假執行。忍受不能回復之損害者。(三八三條首項)不能回復之損害。例如因執行將影響於債務人之營業。或阻礙債務人之著作或發明是也。債務人如釋明因假執行。將受此項損害者。在依職權宣示假執行之情形。法院應依其聲請。宣示不准假執行。

在依債權人聲請宣示假執行之情形。應宣示駁回債權人之聲請。但債權人亦稱不爲執行。將受損害時。應斟酌之。

二 債務人聲請准許其預供擔保。或提存請求之標的物。而免除假執行者。(三八三條次項) 不論依職權宣示假執行。或依聲請宣示假執行時。債權人亦均得爲此項聲請。惟應否准許。亦由法院酌奪。法院准許其聲請。而宣示免除假執行者。並非不得執行。但至債務人爲現實之擔保。或提存後。應不許假執行。或將假執行停止之。此項辦法。於債務人上訴後。在上級審聲請時。亦可準用。

次述關於假執行之聲請及裁判。假執行之效力。與上級審之假執行程序。

甲 關於假執行之聲請。茲所謂聲請。非僅指債權人聲請假執行而言。即債務人聲請假執行之免除亦在內。此項聲請。均應於言詞辯論終結前爲之。(三八四條首項) 因關於該聲請之裁判。必與本案判決。一同宣示也。(參照本條次項) 若在辯論外。單以書狀聲請。並不能爲辯論之準備者。即屬不合。但辯論終結。有再開機會者。仍得於該辯論。爲此項聲

請。

假執行之聲請。不以第一審爲限。卽在第二審。第三審。亦得爲之。(四二三條_{之二}四條四四八條)因此事於實際。甚爲必要。且亦不至如本案之越級審理者。有礙審級制度也。

乙 關於假執行之裁判。茲所謂裁判。不僅指法院依職權。或依聲請。爲假執行之宣示而言。卽關於不許假執行。或駁回假執行之聲請。及免除假執行等裁判。亦均在內。此等裁判。應記明於判決主文(三八四條次項)因判決爲債務名義時。祇就其主文所載事項。而執行之也。如法院應依職權宣示假執行。而遺漏其裁判。或忽視關於假執行之聲請者。準用第二二四條規定。於判決送達後十日內。聲請補充判決。(三八五條)若債權人遲誤此項期間。不得更爲聲請。惟得對於判決。在上訴後。更向第二審爲假執行之聲請。茲應注意者。法院忽視債務人關於假執行免除之聲請者。祇得依上訴聲明不服。不得求補充判決。蓋恐惹起判決之變更。致與二二二條規定抵觸也。故三八五條所稱忽視關於假執行之聲請者。應專指忽視債權人宣示假執行之聲請而言。方爲適當。

判決中關於假執行之裁判。得依一般原則。以上訴聲明不服。但仍不停止執行。

丙 假執行宣示之失效。假執行之宣示。一俟判決確定。當然失效。因此時假執行。已變為強制執行也。尙有左列情形。假執行亦失其效力。(三八六條首項)

一 本案判決。於上訴後。被上級法院廢棄或變更者。

二 假執行之宣示。於上訴後。被上級法院。廢棄或變更者。此指單廢棄或變更假執行之宣示。而不廢棄變更本案判決者而言。

法院依右列情形。以判決廢棄變更本案判決。或假執行之宣示者。自該判決宣示時始。假執行之宣示。於所廢棄或變更之範圍內。失其效力。無待該判決之確定。亦無待該判決中另行宣示假執行。此為保護債務人之利益也。

單廢棄假執行之宣示者。一俟本案判決確定後。仍得強制執行。單變更假執行之宣示者。如由上級法院命債務人供擔保。或提存請求之標的物。以免除假執行。則於供擔保。或提存前。尙可為假執行。至宣示假執行之本案判決。經廢棄或變更者。該判決中。關

於本案及假執行之裁判。均於所廢棄所變更之限度。失其效力。其限度以內。無復假執行可言。故被告因假執行。或因免假執行。所爲給付及所受損害。原告有返還及賠償之義務。給付不論由於強制執行。或出於任意。損害不論爲支出之費用。或失去之利息。或其他財產上損害。如原告不爲返還或賠償。被告可不問訴訟在何審級。亦可不另行起訴。或反訴。而於現在繫屬之訴訟。聲明其請求。(三八六條女項)惟被告爲此聲明。應在該訴訟之言詞辯論中。法院就其聲明。所爲之裁判。亦應於該訴訟之判決爲之。如裁判有遺漏者。得依二二四條規定。於判決送達後十日內。聲請補充判決。

右述被告之請求。因訴訟繫屬於第三審。而向該審級聲明者。是否可自爲裁判。學者論點不同。德國學者。主積極說。另一派學者。主消極說。余謂二者皆一偏之見。應就案情酌量辦理。如關於被告之請求。須爲事實上審理者。應將事件發回第二審。如可據執行筆錄審理者。應由第三審自行裁判。

至上級審之假執行程序。係規定於本法第三編。(四二三條四二四條四二五條)俟後說明。茲略。

第七 定有履行期間之判決。

原告提起給付之訴。通常在履行期已屆後。故法院所爲之給付判決。常無履行期間之宣示。然有左列情形之一者。法院得於判決。定相當之履行期間。(三八七) (條首項)

一 判決所命之給付。其性質非長期間不能履行者。其性質非長期間不能履行者。如包造房屋、橋梁、道路。及其他勞務之給付是也。

二 經原告同意者。若經原告同意。雖履行無須長期間者。亦得定相當之履行期間。若其給付有可分之性質。法院並得定分次履行之期間。如扶養費。及其他金錢之給付是也。但分次履行之期間。被告如有一次遲誤者。其後之期間。視與已屆滿同。(三八七) (條次項) 故以後之履行期間雖未到。亦得就各次給付。爲強制執行。

法院依右情形所定之履行期間。應記明於判決主文。既經記明而宣示者。爲該判決之法院。不得依職權將該期間延展或縮短。(二三三) (條) 履行期間。自判決確定時起算。若判決經宣示假執行者。自該判決送達時起算。(三八七) (條末項) 但本於該判決之執行。除遲誤分次履行期間之一次履

行者外。應在履行期間已滿後。不應於判決確定。或送達時。遽就期間內應爲之給付而執行也。其詳應參照強制執行律。

右述履行期間。與一六一條以下所規定之期間不同。故既不扣除在途期間。亦不得聲請延展或縮短之。

第二款 判決之範圍

法院之判決。應本於當事人之聲明。(二三五條參照)如其聲明。有不明瞭。不完足者。應令敘明或

補充之。(二九條)至未經當事人聲明之事項。法院不得予以判決。(三八條)例如原告提起婚姻無

效之訴。不得爲撤銷婚姻之裁判。原告聲明借款之請求。不得爲租金之裁判。原告請求償還借款千元。不得爲千元以上之裁判。此外如證據、證據抗辯。除得依職權調查外。凡未經當事人提供者。亦不得爲判決之資料。此不干涉主義之適用。不獨第一審爲然。即在第二審第三審。亦適用之。(四一六條四四一條)然於當事人聲明範圍內之事項。仍得以其所請求利益之一部。

歸諸當事人。或於其所請求者。加以限制。例如法院認原告千元請求中之五百元爲有理由。得僅以五百元歸諸原告。而排斥其餘五百元之請求。又如原告請求法院。判令被告即時清償債款。而法院認爲非長期間。不能履行者。得定履行之期間(三八七條)是也。

法院之判決。雖應以當事人之聲明爲標準。但法律有特別規定者。雖無當事人聲明。亦得判決。(三八〇條前段)如訴訟費用之裁判。(九一條)假執行之宣示(三八一條)是也。

第三款 判決之確定

判決之效力。有證據力。羈束力。確定力。執行力四種。前已述矣。茲惟說明判決之確定力。確定力之範圍。與外國法院之確定判決。

一 判決之確定力。判決之確定力。謂不能變更該判決之效力也。(但判決之更正及補充不得謂變更判決)申言之。即當事人對該判決。不能再事攻擊。亦不能就既經判決之事件。更行起訴之效力也。故判決之確定力。可分形式上與實質上二種。如左。

甲 形式上確定力。形式上確定力。謂判決非上訴所能攻擊之效力也。此項確定力。於上訴期間屆滿時。或宣示或送達判決時發生。試分述之。

(1) 許上訴之判決。許上訴之判決。即第一審及第二審之終局判決(四〇二條)是也。此項判決。於上訴期間屆滿。而無上訴時確定。(三八九條首項)上訴期間。指判決送達後二十日之不變期間。(四〇四條)及應扣除之在途期間(一六三條)而言。若當事人已於此期間內。有上訴者。阻其確定。(三八九條首項)故上訴期間。雖於訴訟進行中屆滿。其判決尚不生確定力。必待上訴審判決確定。或上訴撤回。而後發生確定力也。提起上訴。有阻判決全部確定之效力。故不服全部判決。提起上訴者。無論已。即使對第一審判決之一部上訴。亦可阻其判決全部之確定。因上訴人得於第二審辯論終結前。擴張聲明不服之範圍故也。(四二條)但在第三審不得擴張聲明(四三條)又上訴對於上訴人。就第一審判決勝訴之部分。有阻其確定之效力。因被上訴人。得就此部分。爲附帶上訴故也。(四二條七款)

當事人捨棄其上訴權。或將上訴撤回者。不得更行上訴。故不論上訴期間。有無屆滿。該判決因而確定。但得附帶上訴者。不在此限。(四〇三條四二六條) 又必要共同訴訟人中。一人提起上訴時。該判決對於各共同訴訟人。均不生確定力。(五三條第一款)

(2) 不得上訴之判決。不得上訴之判決。即第三審判決。四二〇條之第一審判決。四三二條及四三三條之第二審判決。五一八條之除權判決。以及本法規定不得聲明不服之判決(例如二四八條)等是也。此等判決。經言詞辯論者。於宣示時確定。不經言詞辯論者。(即不宣示是)於送達時確定。(三八九條次項) 即其形式上確定力。因判決之宣示或送達而生也。

有形式上確定力之判決。不得再有變更。但因遲誤上訴期間。而准許追復遲誤。(六一條五) 或提起再審之訴。合法且有理由者。(四六一條以下) 不在此限。

右述形式上確定力。於裁定準用之。故許抗告之裁定。於抗告期間屆滿時確定。不許抗告者。於宣示時確定。不宣示者。於送達時確定。但不許抗告之裁定。隨同判決。

併受上訴法院之審判者。(四〇二條)(四四八條)不因該裁定之宣示或送達。而遂確定也。

乙 實質上確定力。 實質上確定力。乃形式上確定力之結果。使當事人不得就業經裁判之同一事件。更行起訴。並使法院不得更爲審判之效力也。所謂既判力。即指此而言。又一事不再理之原則。亦由此而來。茲據本法規定。法院就業經確定判決之事件。適用一事不再理之原則者。應俱備左列要件。

(1) 前後之法律關係相同。 說明見前第五節和解

(2) 前後法律關係之主體客體俱相同。 說明見前第五節和解。

(3) 前後請求之目的相同。 說明亦見前第五節和解。

(4) 前訴經中國法院判決確定者。如爲外國法院之確定判決。須無三九二條各款情形。 查前大理院判例。當事人不依外國確定判決。求爲執行判決。自願在中國法院。另案起訴者。不得遽認該確定判決。爲有一事不再理之效力。而駁斥其請求。

(民國四年前大理院上字七七三號)又兩造中國人。雖在外國。曾受該國法院。免除債務之宣告。而在

中國法院。不過認爲一種經過事實。自不能援一事不再理之原則。以相繩。(民國四年上字

一八〇號)又上海會審公廨判決之案。當事人如復向他處法院起訴。依法應予受理。未

便繩以一事不再理之說。(民國六年抗字五四號)依此等判例。是所謂一事不再理者。自以前

案經中國法院之確定判決爲要。至民訴條例頒行。認外國法院之確定判決。與中國

法院之判決。有同一效力。本法亦未變更。但有三九二條各款情形之一者。不在此

限。(說明見後)

當事人受確定判決後。再行起訴。而具有右列情形者。法院應不經言詞辯論。以裁定

駁回之。(二四〇條)因其訴訟標的。於前訴之確定終局判決中。已經裁判。自不得就該法

律關係。更行起訴。所謂一事不再理是也。(三八八條首項)更行起訴。不僅指獨立起訴而言

。即合併起訴亦在內。故當事人就業經確定終局判決之事件。更提起反訴。或爲新訴

之追加者。法院亦應駁回之。

判決是否限於主文所包含者。有既判力。學說有三。甲說謂惟判決主文。有既判力。

其理由無之。乙說謂惟判決主文所判斷之訴訟標的。有既判力。其理由及主文本文則無之。(查更正判決。雖在確定後。亦得爲之。故主文之本文。無既判力。)丙說謂判決主文。由判決理由而來。非合二者。不能定判決全部之效力。故既判力。不僅存於主文。並及於理由。惟理由之有既判力者。就該理由直接爲主文之根據者而言。非謂理由所表示之一切事項。均有既判力。例如本於所有權。提起物件返還之訴者。關於返還物件之理由。有既判力。而關於所有權本體之理由則否。又如本於債權爲利息之請求者。關於給付利息之理由。有既判力。而關於債權本體之理由則否。三說中以丙說爲當。查前大理院判例。訴訟事件。一經判決確定。執行衙門。應本該判決之內容。

- 依法執行。不僅以主文所載爲範圍。卽主文有遺漏。或不明瞭。而據其所附理由。
- 苟已判斷明晰。與主文不相抵觸者。亦應依照執行。(民國五年前大理院抗字一七一號)定亦採丙說也。

判決既限於主文。及主文所直接根據之理由。有既判力。則關於各項攻擊防禦方法之

判斷。及其他事實上及法律上之判斷之無既判力。可無疑義。然以抵消抗辯所主張之對待請求。其成立與否。已經裁判者。以其主張抵消之額爲限。使該裁判有既判力。(三八八條次項)蓋被告之抗辯。若合抵消條件(見民法債編)而原告之請求。又屬成立者。因被告並非以反訴主張。法院即應於判決理由中。就該對待請求之是否成立。予以裁判。此項裁判。雖不宣示於主文。亦應適用一事不再理之原則。不許其就主張抵消之額。更行主張。例如甲對於乙。請求償還借款一千五百元。乙稱對於甲有五百元之債權。主張抵消。而法院認該債權成立。業已裁判確定者。乙不得再對甲主張五百元之債權而起訴。又如甲對於乙。請求償還借款五百元。乙稱對於甲有一千五百元之債權。主張抵消。而法院認該債權不成立。業已裁判確定者。乙不得再對甲就曾經主張抵消之五百元。而起訴是也。

查日本民訴法。一事是否再理。由當事人提出抗辯。而後調查之。本法則採羅馬法主義。專由法院依職權調查。蓋爲維持國家公安。並鞏固法律生活起見也。故當事人是

否業經確定判決之訴訟標的。或抵消抗辯。更行起訴。或主張者。應將前述之要件。詳予審查。無待當事人之聲明也。(三八八條末項)

案經判決確定者。其確定部分。有拘束法院及該當事人之效力。但該確定判決。有合法再審原因者。(四六一條以下)當事人仍得再行起訴。法院亦應重為裁判。又當事人於判決確定後。以他項私法行為。變更該判決之內容者。揆之干涉主義。當亦非法律所禁也。

判決之既判力。係就業經判決之事項而言。其本於言詞辯論終結後。始知悉或始發生之事實。而更行起訴者。不得以抵觸既判力論。例如離婚之訴。因無理由。經判決駁回者。如於該判決前之言詞辯論終結以後。再發生可為請求離婚原因之事實者。雖前判決已確定。仍應許其起訴。

從廣義解釋。既判力。可包含羈束力。與執行力而言。然判決之有確定力者。不得謂其即有執行力。又無確定力者。不得謂其即無執行力。(如宣示假執行之判決是)至羈

束力。亦與確定力不同。羈束力。生於判決宣示或送達後。(二二條)確定力。則惟不得上訴之判決。生於宣示或送達後。其得上訴者。則生於確定後。

形式上確定力。無論何種判決。皆可發生。至實質上確定力。則以終局判決爲限。如關於發回及發交事件之判決。(四一八條四一九條四四五條四四六條)以原因爲正當之判決(三七條)等。祇有形式上確定力。而無實質上確定力。

二 確定判決之效力。 確定判決。惟對於當事人爲有效力。當事人係指狹義而言。法定代理人。訴訟代理人。不在內。因此等代理人。係以被代理人之名義。爲訴訟行爲。並非自己爲當事人也。但左列各人。亦受確定判決之效力。(三九條一條)

(一) 於訴訟拘束發生後。爲當事人之繼承人者。 繼承人。包含一般繼承人。特定繼承人而言。一般繼承人。即包括繼承權利義務之人。常於自然人死亡。或法人消滅時見之。特定繼承人。不問由法律行爲而來。(如受遺人)或由法律規定而來。(如限定繼承人)或由國家處分而來。(如土地收用人)一併在內。確定判決之效力。及於一般

繼承人。亦及於特定繼承人。且其繼承。祇須在訴訟拘束發生後。不必定在訴訟拘束中。故至判決確定後。始行繼承者。其效力亦擴張及之。但該繼承人。若因程序中斷。承受訴訟。(一六條)或經當事人同意。承當訴訟者。(六一條)因其取得當事人地位。自應受確定判決之效力。並非其效力之擴張也。

(2) 於訴訟拘束發生後。為當事人或其繼承人占有請求之標的物者。此指第二人。於訴訟拘束發生後。取得請求標的物之占有。為其直接占有人。而當事人或其繼承人。反為間接占有人而言。例如當事人。或其繼承人。以該標的物向第三人為寄託。或典質出借是也。但其占有。亦不必定在訴訟拘束中。

判決效力之所及者。不獨本案之裁判為然。即關於費用之裁判。其效力亦及之。又判決之執行力。除假執行外。由確定力而來。故對於右列之人。不獨有判決之既判力。且可對之請求賠償費用。並為強制執行。(但強制執行律。有特別規定者。不在此限。)確定判決效力所及之人。除右列各人外。尚有從參加人。(六〇條)告知參加人。(六四條)

脫離訴訟之當事人。(六一條)及受移送之法院。(四二條)并其他機關。(如登記所戶籍

吏等)但對於從參加人。告知參加人。及脫離訴訟之當事人。雖在確定前。亦有效力。

三 外國法院之確定判決。外國法院之確定判決。依外國法業已確定之判決也。此項判

決。其效力本不及於我國。但無左列各款之情形者。仍與中國法院所爲之判決。有同一

效力。(三九條)

(1) 依中華民國之法律。外國法院無管轄權者。就訴訟程序。依訴訟地法之原則而

論。外國法院。有無管轄權。固應依該外國法爲斷。然爲尊重我國司法權起見。要非

依中華民國法律。有管轄權不可。例如外國法院。所判決之事件。在該國領土內。無

審判籍而當事人又無管轄之合意者。應不認該判決爲有效也。

(2) 敗訴之一造。爲中華民國人。而未到場應訴者。中華民國人。因未應訴。而受

外國法院之敗訴判決者。爲保護中國人起見。雖該判決確定。亦不認其效力。但已受

開始訴訟所需之傳喚或命令。而仍不應訴。致受敗訴判決者。是由本人之遲誤使然。

應仍認該判決之效力。(本款但書)依民訴條例四七五條規定。須在該國送達本人。或依中國法律上之輔助送達。在該國送達本人。係指法院所在國不依補充送達而言。依中國法律上之輔助送達。係指送達應由外國法院囑託中國法院或其他公署爲之。雖不必爲本人送達。要亦不能爲公示送達而言。故對於受敗訴判決之中國人。如用補充送達。或公示送達者。雖曾送達。仍以未經送達論。然敗訴人如願服從外國判決。縱未經送達。亦毋庸排斥該判決之效力。

未應訴者。謂本人、或其代理人。對於原告之訴。未經到場。爲訴訟上或本案之防禦行爲也。但在探書狀審理主義之國。指未經以書狀爲防禦行爲而言。不以到場爲必要。又查外國訴訟法。(如德國訴訟法)傳喚程序。有不用審判長命令。而由當事人之一造。自行傳喚他造者。本款於命令外。更加傳喚二字。職此故也。

(3) 外國法院之判決。有背公共秩序。或善良風俗者。公共秩序。即國家之秩序。善良風俗。即人民道德上之習慣。例如犯罪、及民事不法行爲。係背公共秩序。不孝

、不敬、不嫁娶。係背善良風俗。二者用語雖異。而關於公安之觀念則同。外國判決之效力。有背此項公安者。無論其所背者。爲國際公安。（例如畜奴多妻及認許外國之土地所有權）爲國內公安。（例如婚姻繼承及親子等關係）我國均不認之。

（4）無國際相互之承認者。相互承認。謂該外國以自國法令。或依國際條約。或慣例。認我國判決之效力者。我國亦認該國判決之效力也。其相互承認之條件。雖不必盡相同。而其重要之原則。須不大相懸殊而後可。

是否有相互承認。應由利用外國判決之當事人。負舉證之責。並由法院依職權調查之。
（二七條）

外國判決。有無右列各款情形。法院應爲必要之調查。至該判決之程式。是否合法。內容有無錯誤。均可不問。所問者。惟曾否確定而已。按外國判決之確定。應由利用該判決之當事人證明。（見日民訴法五一五條）然不問其證明與否。法院仍應調查之。（二七條）經調查後。如認有右列各款情形之一者。雖經確定。不認其效力。如認爲無此等情形。且經確定

者。該判決即與我國法院之判決。有同一效力。但外國之中間判決。及假扣押假處分裁定。不在此限。因前者尚有本案之終局判決。後者不為本案之裁判故也。

外國判決。業經確定。且無右述情形者。不但有既判力。且有執行力。惟本於該判決為強制執行者。應先經中國法院准許。

第二章 簡易訴訟程序

簡易訴訟程序者。即第一審法院。就輕微之訴訟事件。所適用之程序也。其法院之編制。由獨任推事行審判權。無審判長。又無受命推事。凡關於受命推事。及合議庭（例如陪席推事之發問等）之各項規定。於簡易程序。均不適用。亦不得準用。此簡易訴訟程序。所以與通常訴訟程序。未能盡同也。

依本法規定。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。適用簡易程序（三九三條首項）則額數在八百以上者。應適用通常訴訟程序。毫無疑義。至額數正為八百元。似在

兩可之間。然前民訴條例規定。額數八百元以下者。由初級法院管轄第一審。八百元以上者。由地方法院管轄第一審。正爲八百元者。仍由初級法院管轄第一審。依本法。正爲八百元者。亦必適用簡易程序。又民訴條例規定。八百元額數。得因地方情形。減爲六百元。或增爲一千元。本法已廢除之。左列各款訴訟。其標的之金額或價額。逾八百元者。亦適用簡易程序。(三九三條次項)

(1) 出租人或承租人。因接收房屋。或遷讓、使用、修繕。或因扣留承租人之家具物品。涉訟者。此等事項。以因租借關係而生者爲限。例如原告因租借期間已滿。訴求房屋之遷讓者。固可適用本款規定。如因所有權關係。訴求遷讓。或因毀損房屋。訴求賠償。或因積欠租金。訴求給付。或因租借關係之成立與否有爭議。訴求確認者。均不適用矣。

(2) 雇用人與受雇人。因雇傭契約涉訟。其雇傭期間在一年以下者。例如請求確認雇傭關係或工金是。其必在一年以下者。因權利關係頗微耳。

(3) 旅客、與旅館主人。飲食店主人。或運送人。因關於食宿運送費。或因寄存行李財物涉訟者。此等事項。其原因須生於旅行中。其一造須爲旅客。且又在旅行中。若既停止旅行。而居住一定處所者。雖旅行中發生之請求。不適用之。何者。此已無急速結案之必要矣。

(4) 因請求保護占有涉訟者。此即民法上所謂收回占有之訴。保全占有之訴。保持占有之訴等是。均宜迅速斷結。以保護占有人。

(5) 因定不動產界線。或設置界標涉訟者。此可分確定不動產界線之訴。與設置不動產界標之訴而言。前者例如鄰地疆界不明。求定其界線之所在。並非求定不動產所有權之範圍也。後者即界線本明。並無爭執。但求命被告協同設立界址之訴是也。

(6) 其他訴訟。經當事人合意。聲請適用簡易程序者。所謂其他訴訟。即指上列各款以外之訴訟而言。以嚴格論。本應適用通常訴訟程序。然既經當事人合意聲請。則亦不必泥守法定程序。反與不干涉主義相背馳矣。

第一節 訴之提起

起訴及其他聲明或陳述。得於言詞辯論外提出者。除準用通常訴訟程序。以訴狀及其他準備書狀爲之（二三五條）外更得以言詞爲之。（三九四條）茲分述於次。

- 一 當事人在推事前。以言詞起訴者。以言詞起訴者。應於推事前爲之。由書記官作成筆錄。并向原告朗讀。或交令閱覽。此爲保護無法律知識者起見。故當事人起訴時。該推事應就當事人所應陳述。或應聲明之事項。爲相當之指示。所謂聲明或陳述之事項。卽訴狀及當事人書狀。所應表明或記明之事項是也。推事就此等事項爲指示者。係屬曉諭之性質。故除依一二二條規定。命原告補正欠缺外。勿庸用裁定之形式。（三七五條）（首項次項）
 - 二 當事人兩造。於法院通常開庭之日。自行到場起訴者。通常開庭之日。除指星期日及其他休息日外。照例審理訴訟之期日而言。（一五七條）（參照）
- 當事人間之訴訟。雖未指定某日爲辯論期日。然其日爲法院通常開庭之日。則兩造得不

待傳喚。自行到場。爲訴訟之言詞辯論。(三九九條)但以得法院之許可者爲限。(三九九條末項)蓋恐非辦公時間。或妨礙其他事件之期日也。

依右兩款起訴者。其訴訟拘束。自以言詞陳述起訴之意旨時始。又第一款所述推事指示之規定。於第二款亦適用之。

第二節 言詞辯論之準備及其判決

當事人於法院通常開庭之日。自行到場起訴者。得由兩造。卽爲言詞辯論。自無準備之必要。然在推事前。以言詞起訴者。應依左列辦法爲之。

- 一 應將筆錄。與言詞辯論期日之傳票。一併送達於被告。(三九六條首項)此與適用通常訴訟程序之事件。應將訴狀與言詞辯論期日之傳票。一併送達於被告者相同。(二二四條)
 - 二 就審期間。至少應留三日。但遇有急迫情形者。得留三日較少之就審期間。(三九六條次項)
- 適用簡易程序之事件。既屬輕微。又須迅速。故其就審期間。較適用通常程序之事件之

就審期間爲短。但被告居住法院所在地者。更得留較短之就審期間。(參照二)(四二條)

三 言詞辯論期日之傳票。除依二四三條規定。記明到場之日時處所。及不到場時之法定效果外。並應記明當事人。務於辯論期日。攜帶所用證物。及偕同所舉證人到場。(三)

七) 此爲圖調查證據之迅速起見也。但不過爲訓示規定。雖法院有違背。或當事人不遵行。亦於起訴無何等影響。

四 言詞辯論。得以書狀或筆錄準備之。(三九)(八條)適用簡易程序之事件。雖在以訴狀起訴。

及於推事前以言詞起訴者。亦無準備言詞辯論之必要。故原告既毋庸將準備事項。表明於訴狀。或以言詞陳述。被告亦不必提出答辯狀。及其他準備書狀。(參照二五五)(二五六條)至於準備程序。更不適用。然當事人如爲言詞辯論之準備者。仍聽其便。

五 判決書內之事實及理由。得祇記明要領。(四〇〇)(條首項)判決書。本應將當事人、主文、事實、理由。分欄記載。且事實欄內。應記明當事人。於言詞辯論所爲之聲明。及其提出之攻擊防禦方法。理由欄內。應記明關於攻擊防禦方法之意見。及法律意見。(七一)並

心證之理由。(二)然在簡易程序。得祇記明事實及理由之要領。不必詳敘全文。但全不記載。仍屬違背程序。

第三編 上訴審程序

上訴者。當事人及法定代理人。或其繼承人。或從參加人。對於下級法院未確定之判決。向上級法院聲明不服。求其廢棄或變更該判決之行爲也。提起上訴之人。曰上訴人。其相對人。曰被上訴人。被上訴人提起附帶上訴者。又曰附帶上訴人。更分述上訴之意義。

一 上訴者。向上級法院聲明不服也。對於判決聲明不服之方法。不外乎上訴。提起撤銷之訴。(五一八條)再審之訴。(四六一條)支付命令異議之聲明。(四八一條)後三者。係向原法院爲之。(五一八條五九七條)均與上訴不同。上訴者。向上級法院聲明不服之方法也。且上級法院。尤須與原法院有從屬關係。既不許越級上訴。亦不許向無從屬關係之上級法院上訴。

二 上訴者。對於下級法院未確定之判決聲明不服也。考德國舊普通法。再審之訴。亦稱上訴。謂之非常上訴。本法稱上訴者。以對於未確定之判決聲明不服時爲限。又民訴

條例。抗告程序。另立一編。本法探德日奧等國立法例。將抗告程序。規定於上訴程序之內。是認抗告爲上訴之一種。然抗告係對於未確定之裁定聲明不服之方法。究以與上訴區分之爲便。

三 上訴者。爲求上級法院廢棄或變更下級審判決聲明不服之謂也。當事人對於判決。得聲請更正或補充。(三三三條)(三四條)上訴則係請求上級法院廢棄或變更下級審判決。自非聲請更正或補充判決可比。查前大理院歷來判例。當事人所受判決。若並無不利益。即無聲明上訴之餘地(民國五年上字一三號)(及七年以上字八二〇號)等語。亦以既受有利益之判決者。不應更許其請求上級法院廢棄或變更原判決也。

提起上訴。不外乎上訴權之行使。上訴權有形式與實質之分。提起上訴而合法者。謂之有形式上上訴權。提起上訴。可請求上級法院判斷上訴之有無理由者。謂之有實質上上訴權。實質上上訴權之有無。以形式上上訴權之有無爲斷。故上級法院。辦理上訴案件。應先審查上訴人是否有形式上上訴權。方於程序不亂。

自各級審觀之。上訴審似各自爲一程序。故學者有謂上級審。祇在評論下級審判決之是否正當。不許當事人另提出新訴訟資料。亦有謂上級審。不必顧及下級審之判決如何。惟將上訴作爲新事件而覆審之。其實二說皆誤。蓋就事件全體而論。第二審及第三審。實爲訴訟程序之一部。並非新生之訴訟。不過第三審祇就法律之點。審查第二審判決之是否正當。第二審則就法律及事實兩方面。審查第一審之判決是否正當。故當事人在第三審。不得提出新事實新證據。(四四二條)而在第二審則得提出之。(四一三條首項)

考德日與各國民事訴訟法。對於第一審判決之上訴。曰控告。(或稱控訴)對於第二審判決之上訴。曰上告。我國從前。亦用此名稱。民訴條例。與本法屏而不用。統稱之曰上訴。遇有必須表示對於第一審判決上訴。或第二審判決上訴時。則稱之曰對於第一審判決上訴。或對於第二審判決上訴。遇有應稱控告審衙門。或上告審衙門時。則稱之曰第二審法院。或第三審法院。終就上訴之效力言之。當事人提起上訴而合法者。發生移審之效力。及停止之效力。移審之效力。謂訴訟自下級審脫離。而繫屬於上級審也。停止之效力。謂停止原判決之確

定力。並執行力也。其詳俟後說明。

第一章 第二審程序

第二審程序。除本章有特別規定外。準用第一審通常訴訟程序之規定。(四三〇條)至本法第一編規定。於第二審程序。當然適用。茲惟述第二審程序之特別規定。

第一節 上訴之要件

當事人或從參加人。對於第一審判決。提起上訴。必具備左列三種要件。方為合法。

第一 上訴須為法律上所應准許。

上訴須由有上訴權者。對於被上訴人之人為之。是為上訴之主觀要件。且須對於得為獨立之判決為之。是為上訴之客觀要件。此二者。如無欠缺。即為法律所應准許之上訴。茲將其主觀要件及客觀要件。分述如左。

一 上訴之主觀要件。上訴非左列各人。不得提起。

(I) 當事人。當事人。指受第一審之原被告。及承受或承當訴訟之繼承人(六一條六
五條一六

八條一
七二條)而言。主參加人。即係當事人。法定代理人。在第一審代理起訴。當然得以上

訴。如當事人於訴訟中。而失訴訟能力者。法定代理人。亦得繼受訴訟程序。提起上訴。若在第一審未為當事人者。縱於訴訟有利害關係。不得提起上訴。例如有其人。未受第一審判決。不能加入上訴審之訴訟也。又訴訟代理人。代行上訴時。應受本人特別委任。(六八
條)

受第一審判決之當事人。如係多數。則提起上訴。因訴訟之性質而情形不同。在通常共同訴訟人。各有獨立之上訴權。其中一人提起之上訴。不影響於他人。在必要共同訴訟人。如其中一人。提起上訴。雖他人未經提起。亦皆為上訴人。但必要共同訴訟人中之一人。撤回其他一人之上訴者。不生效力。

當事人有上訴權。已述矣。顧此項當事人。是否專指敗訴人而言。雖學者見解不同。

然查日本大審院判例。上訴非受不利益之裁判者。不得爲之。(見日本大審院判決錄三輯第一卷第一七頁)我國前大理院判例亦然。蓋第二審上訴之目的。係請求第二審法院。糾正第一審錯誤之判決。而爲利益於己之裁判。如在第一審全部勝訴。於原判並無不服。而提起上訴。顯與國家設立上訴制度之目的相背。故應爲法律所不許。

(2) 從參加人。從參加人。承當訴訟。而爲當事人時。其有上訴權。已甚明顯。卽在未經承當訴訟者。亦有上訴權。因得輔助當事人爲一切訴訟行爲也。(第七條) 惟其上訴。除由特別從參加人提起外。須備左列二件。方爲法律所許。

甲 須於受其輔助之當事人。所應遵守之上訴期間內。提起上訴。

乙 須受其輔助之當事人。並不捨棄上訴權。或對於上訴無異議。(五八條)

(但書)

至於應爲被上訴人者。須爲受第一審判決之他造當事人。或其繼承人。若在從參加人。無論輔助何造。不得以其爲被上訴人。亦不得以所輔助之當事人。爲被上訴人。(第六條) 又在通常共同訴訟。得以其中一人或數人爲被上訴人。在必要共同訴訟。對於其中一人

。提起上訴。他人亦皆爲被上訴人。(五二三條)

二 上訴之客觀要件。上訴於第二審法院者。須對於第一審之終局判決爲之。(四〇條)此

上訴之客觀條件也。第一審之終局判決。凡有終局之性質者。不論爲全部判決。或一部判決。爲對席判決。或一造辯論之判決。亦不論爲本案判決。或關於假執行之判決。均可對之提起上訴。但左列終局判決。不在此限。

甲 訴訟費用之裁判。此惟得與本案裁判。一同聲明不服。不得獨立上訴。

乙 除權判決。及宣告死亡之判決。二者不許上訴。(五一八條)(五九六條)

此外對於一部判決上訴者。其未判決之部分。不得一同上訴。又第一審之判決。有脫漏者。其脫漏之部分。非待此後有補充判決。亦不得上訴。

此外所有終局判決前之裁判。不問爲裁定。爲中間判決。均不得對之獨立上訴。然該裁判。如牽涉終局判決(四〇條)(二條)者。併受第二審法院之審判。故當事人對於終局判決。提起上訴時。對於該裁判。亦得隨同聲明不服。因該裁判係爲該終局判決之基礎。或前提條

件故也。但左列二者。雖牽涉該終局判決。仍不受第二審法院之審判。(四〇) (二條)

(1) 依本法不得聲明不服之裁判。此即指定管轄之裁定。(三三) 以聲請推事迴避或

拒却鑑定人爲正當之裁定。(三七條及三三〇條) 准予救助之裁定。(五一) 及(一六六條二四八條三〇

四五〇) 裁判是也。

(2) 得以抗告聲明不服之裁判。此指許爲抗告之裁定而言。(四四) 法律既許其抗告

。自不得更隨其後之判決。聲明不服。至是否實有抗告。則非所問。

上訴如爲法律上所應准許。除備右述主觀及客觀條件外。尤須上訴人未經捨棄上訴權。或撤回上訴。蓋捨棄上訴權。及撤回上訴者。不得再行上訴也。(四〇三條四〇六條)

第二 上訴須遵守法定期間。

提起上訴。應於第一審判決送達後。二十日之不變期間內爲之。(四〇) 試析述如左。

一 上訴應於第一審判決送達後提起。上訴期間。自第一審判決送達時起算。判決之送達。應以判決正本。依送達程序爲之。(二二) 若不以正本送達。或以正本。而不依送達

程序送達者。均無上訴期間開始進行之效力。考德國民訴法規定。(二二二條)凡法定期

間之自送達起算者。對於使爲送達之當事人。亦自送達時起算。故上訴期間。可對兩造一致進行。本法則採職權送達主義。對於兩造送達之時期。不能常歸一致。因而兩造上訴期間之進行。亦不能無先後也。此外對於共同訴訟人之上訴期間。自判決送達於各人時。各別起算。對於從參加人之上訴期間。自判決送達於受其補助之當事人時起算。

二 上訴應於第一審判決後。二十日之不變期間內提起。上訴期間。以二十日爲準。不得依職權或因兩造合意而延展或縮短(一六四條)亦不得因程序休止而停止進行。(一八三條)惟得酌留在途期間(一六三條)而已。

提起上訴。應在右列期間內爲之。但上訴期間開始以前。若第一審判決。業已宣示者。亦得提起上訴。(四〇四條但書)且左列各項情形。雖上訴期間屆滿後。仍許爲之。

(1) 因追復遲誤上訴期間者。

(2) 有補充判決者。有補充判決者。前判決之上訴期間。亦隨補充判決計算。故前判決

之上訴期間雖滿。仍得於補充判決之上訴期間內。對於前判決提起上訴。前大理院曾有此判例。而本法并未規定。

第三 上訴須遵守法定程式。

提起上訴。應提出上訴狀於原第一審法院。或第二審法院爲之。並應於上訴狀。表明左列各款事項。(四〇五)
(條首項)

一 當事人及法定代理人。此指上訴人被上訴人而言。如係共同訴訟。則由一人或全體上訴。抑對於他造一人。或全體上訴。均須表明。在從參加人。並須表明爲何造而上訴。

二 第一審判決。及對於該判決上訴之陳述。所以必表明原判決者。爲使法院得知原判決。是否可對之上訴起見。但添附原判全文於上訴狀。或不詳錄全文。而於上訴狀。祇敘明其要點。均無不可。至與原判決相牽涉之前提裁判。即令對之聲明不服。毋庸於上訴狀內。特別表明。(四〇)
(二條)又表明對於判決上訴之陳述。非必填載上訴字樣。凡實際足

以知其爲上訴之陳述者。卽或誤用其他名稱。亦屬無礙。但附有條件之陳述。例如法院若副上訴人之希望。變更原判。則上訴。否則不上訴云云者。不得有效也。

三 對於第一審判決不服之程度。及請求如何廢棄或變更之聲明。不服之程度。例如不服原判之全部或一部是也。請求將原判如何廢棄或變更之聲明。係指上訴之聲明而言。

此項聲明。所以定第二審辯論之界限。(四一) 一條亦以定變更原判之範圍。(四一) 六條

四 有新事實者。其事實及證據。上訴狀所以確定訴訟之基礎。惟其能確定訴訟之基礎。故。有新事實者。應將新事實及證據表明之。

五 其他準備言詞辯論之事項。上訴狀不特確定訴訟之基礎。並有準備書狀之性質。故其他準備言詞辯論之一切事項。亦應記明。

右列五者。係上訴狀之法定程式。如有欠缺。卽屬不合。但審判長仍得定期間。命其補正。(一二三條及四〇九條二項)若當事人依期補正。而最初上訴。又未逾期者。雖提出補正書狀。已在上訴期間屆滿後。仍應予以受理。

此外更應依一一七條以下之規定。記明當事人及代理人之姓名、年齡、職業、住所或居所。由該當事人或代理人簽名按指印或蓋章。並添具引用所執之文書。惟此等準備事項。縱有遺漏。亦不得謂其違背程式。不過有時上訴人。應負擔特別費用。(八四)或不得求為一造辯論之判決(三七)而已。上訴狀除右述事項外。並應貼司法印紙。但未貼或貼不足額者。不得徑視該上訴狀為無效。仍應算明應貼或未貼之印紙額數。令其補貼。

依右作成之上訴狀。本應於上訴期間內提出。但該期間內。如已向原審或其他機關。聲明不服原判之旨。無論其形式如何。應以有合法之聲明論。前大理院久著為判例。然則上訴狀亦得於上訴期滿後補遞。可瞭然矣。

上述上訴要件。第二審法院。如認為無欠缺。並不違背專屬管轄之規定。即應進而就上訴之有無理由。予以辯論及裁判。如認為欠缺。除得命補正外。應以為不合法而為駁回上訴之裁定。(九〇)此項裁定。得為即時抗告。至上訴向原第一審法院提起者。其有無逾上訴期間一層。該法院亦應調查。如認為已逾期間。應以裁定駁回之。(四〇)因上訴期間。較

其他要件爲易調查。且少疑義。故以駁回之權。予諸原第一審法院也。此項裁定。亦得爲即時抗告。

第二節 上訴權之捨棄及上訴之撤回

上訴權之捨棄。謂表示對於原判決全部或一部。並無不服之意思也。但必具備左列各項要件。方能於訴訟法上。發生捨棄上訴權之效力。

一 其捨棄須經明確之意思表示者。當事人對於原判決。若係出自自由意思。明晰表示遵斷。或於判決送達後。確曾具狀。表示全部或一部捨棄上訴權之意思。或於判決後。已遵判履行義務。行使權利者。均應認爲已有上訴權之捨棄。不得再行聲明不服。若徒具遵斷完案之甘結。或具結承認判決之內容。不能卽認其對於原判。確已輸服。而有捨棄上訴權之效力。此前大理院歷來之判例也。

二 其捨棄須於第一審判決宣示。或送達後爲之者。(四〇三條首項) 捨棄上訴權。須在原判決

宣示後。不宜示者。須在其送達後爲之。方可有效。至有無經他造同意。可不問也。若在判決宣示前。或不宜示之判決送達前。爲捨棄者。祇生私法上之問題。無訴訟上之效力。但他造得於上訴審提出捨棄之抗辯。自不待言。

三 其捨棄須記明於筆錄。於宣示判決時。以言詞捨棄上訴權者。應記明於筆錄。(參照

二〇四條首項第三款) 若他造當事人不在場。應將該筆錄之繕本送達。俾得免有防禦之勞。(四〇三條次項

) 又在判決宣示或送達後。捨棄上訴權者。應依一一六條以下之規定。以書狀爲之。

四 其捨棄須由有訴訟能力。且有捨棄權之人爲之者。捨棄上訴權。係一種訴訟行爲。

故必須由有訴訟能力者爲之。(四五條) 且須由本人、或其法定代理人、或受特別委任之訴

訟代理人爲之。至特別代理人。不得代爲捨棄。(六八條四九條)

捨棄上訴權。具備右列要件者。卽喪失其上訴權。不得再行上訴。其捨棄一部之上訴權者。亦不容至上訴審。忽生翻異。若再行上訴或翻異者。法院應以其爲不合法而駁回之。(四〇九條) 故第一審判決。雖在上訴期間內。亦因此發生確定力。但於他造上訴時。提起附帶

上訴者。不在此限。(四二七條)
(四二八條)

於提起上訴後。捨棄上訴權者。即爲撤回上訴。撤回上訴。謂上訴人表示撤消上訴。不送上級法院判決之意思也。不論撤回上訴之全部或一部。均須具備左列要件。

一 須向法院表示意思者。在訴訟外。與被上訴人爲撤消上訴之契約者。祇發生私法上之問題。不生訴訟上之效力。欲生訴訟上之效力。應向法院撤回之。

二 須提起上訴而合法者。若提起上訴。不備上訴之要件。則第二審之法院。應以裁定駁回之。(四〇九條)雖經撤回。亦不生撤回之效果。

三 須由有訴訟能力。且由上訴人本人、或其他有權限之人撤回者。撤回亦係一種訴訟行爲。故必有訴訟能力者爲之。(四五條)且必由上訴人本人、或其法定代理人爲之。若由訴訟代理人撤回。則非曾受特別委任不可。(六一條)

四 須於第二審終局判決前撤回者。(四二六條首項)民訴條例五二六條規定。上訴人撤回上訴

。須在第二審言詞辯論終結前。然該條例三〇六條規定。原告於判決確定前。又得撤回

其訴。如此則原告爲上訴人時。雖不得於第二審辯論終結後。判決前。撤回上訴。仍得於此時。撤回第一審之訴。前後條文。似欠貫徹。故本法改爲在第二審終局判決前。得將上訴撤回。以期與二五二條規定撤回其訴者一致。

五 須將撤回。記明筆錄。或具書狀表示意思者。撤回上訴。得任意於言詞辯論。或言詞辯論外爲之。於言詞辯論。以言詞撤回上訴者。應記明於筆錄。(參照二〇四條) 首項第三款) 若他造當事人不在場。應將該筆錄之繕本送達。俾得知有撤回之事。(四二六條末項) 至在言詞辯論外。撤回上訴者。應以書狀爲之。(一一六條以下)

撤回上訴。具備右列要件者。即喪失其上訴權。(四二六條末項) 並應由上訴人負擔上訴費用。(八五條) 且上訴期間經過後。所提起之附帶上訴。亦失其效力。(四二八條) 以後第二審法院。不得就上訴更爲辯論及裁判。上訴人亦不得更行提起上訴。若更行提起。法院應駁回之。(四〇九條) 故第一審判決。雖在上訴期間內。亦因此發生確定力。但於他造上訴時。提起附帶上訴者。不在此限。(四二七條四二八條)

第三節 答辯及附帶上訴

上訴向原第一審法院提起。如該法院認為未逾期間。或雖認為逾期。而駁回上訴之裁定。經廢棄者。(參照四〇六條)該法院書記官。應速將上訴狀繕本。(參照四〇五條)送達於被上訴人。(四〇七條首項)被上訴人受送達後。得將上訴答辯狀。及其他書狀。提出於原第一審法院。亦得待第二審言詞辯論期日之傳票送達後。提出於第二審法院。又上訴向第二審法院提起者。除法院依四〇九條規定。以裁定駁回外。第二審法院書記官。應依二四三條規定。作成傳票。送達於上訴人。並將傳票與上訴狀繕本。一併送達於被上訴人。(二五八條二四二條)被上訴人。受送達後。為準備言詞辯論起見。應向第二審法院。提出上訴答辯狀。(二五五條四三〇條)被上訴人提出之答辯狀。亦係準備書狀之一種。故祇須依當事人書狀之規定辦理。(二七條以下)毋庸如上訴狀之具備一定方式。但有左列情形者。不在此限。

一 有新事實或新證據提出者。被上訴人。在第一審。未經主張之事實及證據。而突然

提出於第二審者。必爲上訴人所不知。自應記載於答辯狀。由法院書記官。送達於上訴人。俾其得爲必要之準備。

二 有附帶上訴提起者。答辯狀。本勿庸記載聲明不服之意旨。然被上訴人如於該狀內。聲明附帶上訴。應即表明附帶上訴之陳述。並對於原判之不服程度。及請求如何廢棄變更原判之聲明。(參照四〇五條)以便法院書記官。送達於上訴人。

答辯狀、提出於第二審法院者。不問其有無記載右列事項。應於未逾就審期間以前提出之。若於此期間內。不提出者。亦應於言詞辯論前之相當時期提出該答辯狀。或記明右列事項之其他準備書狀。若始終不爲提出。或逾時始行提出者。應由被上訴人負擔因此所生之費用。(八四條)且不得請求法院。對於上訴人爲一造辯論之判決。(三七八條)然本案之訴訟。非必因此而受不利益也。

次述附帶上訴。附帶上訴者。當事人一造。提起上訴時。他造對於同一判決。附隨該上訴聲明不服之行爲也。本來兩造當事人。對於第一審判決。各得於自己上訴期間內。分別提

起獨立之上訴。願與其分別上訴。致程序流於重複。不如附帶聲明。於兩造較為便利。此附帶上訴。法律所以有明文焉。附帶上訴與獨立上訴。雖皆請求廢棄或變更原判。而實則不同。獨立上訴。由上訴人提起。附帶上訴。由被上訴人提起。獨立上訴。應在上訴人之上訴期間內提起。附帶上訴。雖在被上訴人之上訴期間滿後。亦得提起。獨立上訴。如上訴人已捨棄上訴權。或撤回上訴。不得再行提起。附帶上訴。雖被上訴人曾捨棄上訴權。或撤回上訴後。仍得提起。(四二七條次項)查前大理院判例。獨立上訴。與附帶上訴之區別。並非僅以聲明上訴之先後為標準。而以聲明在後之一造。是否知他造之先經上訴。而始附帶聲明為斷。(民國四年前大理院上字二二三一號)然則上訴之為獨立。抑係附帶。可得而知矣。更述附帶上訴之要件。

一 須由被上訴人提起。附帶上訴。應由被上訴人。或其繼承人提起。但從參加人。雖不為被上訴人。仍得為受其輔助之被上訴人。提起附帶上訴。(五八條)至附帶上訴之他造。須為上訴人。即有上訴權之人。此附帶上訴之主觀要件也。

上訴人對於被上訴人之附帶上訴。不得更爲附帶上訴。因恐兩造循環駁詰。致程序愈趨複雜也。但附帶上訴。因上訴已被駁回。或經撤回。視與獨立之上訴同者。不在此限。

(說明見後)

二 須對於既經上訴之第一審判決提起。此附帶上訴之客觀要件也。所謂既經上訴。非指業已提起上訴而言。謂上訴提起而合法存在也。若上訴已經撤回。或駁回後。不得更爲附帶上訴。又所謂既經上訴之第一審判決。非專指上訴人聲明不服之判決部分而言。卽未經上訴人聲明不服之部分亦在內。蓋上訴事件。因移審之效力。凡經第一審裁判者。皆得爲附帶上訴。故上訴人僅對於第一審判決之本案裁判一部而上訴者。被上訴人得對於該部分。或其他部分。爲附帶上訴。上訴人對於第一審判決之本案裁判全部而上訴者。被上訴人得對於該全部或一部。亦得單對於第一審判決之假執行宣示。或費用之裁判。爲附帶上訴。(但費用之裁判不得獨立上訴前已述之矣)且法律許爲訴之變更追加。或提起反訴者(四一)亦得以附帶上訴爲之。但上訴人對於第一審所爲前後兩判決中

之某判決。聲明上訴者。被上訴人不得就他判決爲附帶上訴。例如多數一部判決。或補充判決與前判決。之關係是也。又前次上訴人提起上訴時。被上訴人並未附帶上訴。嗣後原審於發回更審後所爲之判決。如與前判無殊。不能更爲附帶上訴。(民國四年前大理院上字二一六〇號)

三 須於言詞辯論終結前提起。(四二七條首項) 附帶上訴。在辯論終結前。雖上級審發回更審後。亦得提起。此各國法律僉同也。

四 須記明於筆錄或以書狀提起者。 附帶上訴。得於言詞辯論。以言詞爲之。亦得於言詞辯論外。在答辯狀內。或以其他書狀爲之。於言詞辯論。以言詞爲附帶上訴者。法院書記官。應記明於筆錄。(參照二〇四條首項第三款) 若他造當事人不在場。並應將筆錄之繕本送達。俾得爲相當之防禦。(四二七條末項) 又於言詞辯論外。以書狀爲附帶上訴者。該書狀除依當事人書狀之規定。(一一七條以下) 作製外。並應依上訴狀。表明不服程度等。前已述之矣。此項書狀。亦應送達於他造。

關於附帶上訴之辯論期日。上訴人不到場者。得許到場附帶上訴人爲一造辯論之判決。(

民國四年前大理院抗字一二二號）然於右述筆錄或書狀送達前。不適用之。（三七）

附帶上訴。如備右列要件。即可成立。然究屬附隨提起。與上訴之存在。同其運命。若上訴有右列各款情形之一者。附帶上訴。失其效力。（四二）

（1）上訴因不合法被駁回者。此指因上訴不合法。以裁定駁回之者而言。（四〇）至上訴因無理由被駁回者。該附帶上訴之效力。仍然存在。（民國六年前大理院上字五六一號）

（2）上訴經撤回者。撤回上訴。可視與未提起上訴同。故其所附隨之附帶上訴。亦失效力

右列情形。係就上訴期間滿後提起之附帶上訴而言。若附帶上訴。在上訴期間內提起者。雖上訴因不合法被駁回。或經撤回。而該附帶上訴。視與獨立之上訴同。（四二八）蓋附帶上訴。分普通附帶上訴。與獨立附帶上訴。前者係被上訴人於自己上訴期間滿後提起。應與上訴同其運命。後者係被上訴人於自己上訴期間內提起。本可以獨立上訴之形式爲之。設令其受上訴之影響。未免害及被上訴人之利益。是故上訴因不合法被駁回。或經撤回時。如已有附

帶上訴提起者。第二審應按其性質。以定處置。如認為普通附帶上訴。則與上訴隨同消滅。毋庸更爲審理。若認為獨立附帶上訴。則上訴雖不存在。仍應就該附帶上訴之聲明範圍內。予以辯論及裁判。而撤回上訴及被駁回之上訴人。亦可對該附帶上訴。更爲附帶上訴。惟因其視與獨立之上訴同。自應具備獨立上訴之要件。如被上訴人曾捨棄上訴權。或撤回上訴。或僅就第一審關於費用之裁判聲明不服者。仍應駁回之。(九二)

第四節 上訴審之言詞辯論

第一 言詞辯論期日之指定。

當事人。及法定代理人。或其繼承人。或從參加人。提起上訴後。法院書記官。應如左列方法行之。

甲 向原第一審法院提起上訴者。除該法院因上訴已逾期間。以裁定駁回外。第一審法院書記官。俟各當事人之上訴期間均滿。或雖未滿而已各提起上訴後。應速將上訴狀。連

同訴訟卷宗。送交第二審法院。(四〇七條)各當事人之上訴期間。指兩造及共同上訴人之上訴期間而言。各人之期間均滿後。雖被上訴人未經提出答辯狀。亦應送卷。但通常共同訴訟人中各人之上訴期間。有一未滿。亦未上訴者。應審酌之。

乙 向第二審法院。提起上訴者。該法院書記官。應速通知第一審法院書記官。送交訴訟卷宗。(四〇八條)查德日民訴法規定。(德民訴五四四條)第二審法院書記官。通知原審書記官。送交卷宗。應自上訴狀提出後二十四小時內爲之。本法雖無時間之限制。然不可過於遲緩。文義已甚明鮮。蓋恐第一審。將本於原判決。而付與不變期間內未經提起上訴之證明書或許強制執行也。況第二審應否定言詞辯論期日。並應否通知被上訴人之答辯。除上訴狀外。更須該卷宗辦理耶。(說明見後)

右兩情形。第一審法院書記官。應速將卷宗。送交第二審。如卷宗爲第一審所需用者。並應自備該卷宗之繕本或節本。(四〇七條末項)卷宗爲第一審所需用。例如聲請補充判決。或對一部判決而上訴者是也。第二審法院。接受第一審卷宗之送交後。該法院應定言詞辯論期日。

並將上訴狀繕本。(除已由原審送達者^(四〇七條首項)外)與期日之傳票。一併送達於被上訴人。但據上訴狀及卷宗。認有左列情形之一者。應以裁定駁回之。毋庸指定言詞辯論期日。亦毋庸送達上訴狀繕本於他造。^(四〇九條)

一 上訴不合程式。或已逾上訴期間。或法律上不應准許者。此時法院。應為駁回上訴之裁定。^(四〇九條)但其情形。可以補正者。應由審判長定期間。先命補正。例如上訴狀未貼印紙。或由訴訟代理人提起上訴時。未受特別委任是也。俟期間滿後。並不補正者。再行駁回。

二 對於無關本案之判決上訴。而顯無理由者。第二審如認此項上訴顯無理由。應為駁回上訴之裁定。^(四〇九條)但亦得由審判長定期間先命補正。如認為有理由。應為發回判決。發回判決。於辯論後。亦得為之。^(四一八條)

上訴無右列兩款情形。或雖有此情形。而法院認為應開言詞辯論者。仍應定言詞辯論期日。由法院書記官作傳票。送達於上訴人。並將上訴狀繕本與傳票。一併送達於被上訴人。其就

審期間。至少應留十日。但有急迫情形。不在此限。

既指定之辯論期日。非有重大理由。不能變更或延展。(一六條)但有左列各款情形之一者。不

在此限。(四一條)

- 一 對於一部判決上訴。或第二百二十四條之補充程序。現繫屬於第一審法院者。對於一部判決上訴者。本不受他部訴訟之牽制。然第二審法院。爲合併辯論之利益起見。得依聲請。將上訴之言詞辯論期日。延展至他部判決確定。或對於他部判決。上訴已到第二審法院爲止。又對於補充程序前之判決上訴者。就以後之補充判決論。亦與對於一部判決上訴者無異。故第二審法院亦得依聲請。將上訴之言詞辯論期日。延展至補充判決確定。或對於補充判決上訴已到第二審法院爲止。(四一〇條首項)

- 二 於言詞辯論期日。被上訴人之上訴期間未滿。或其上訴未到第二審法院者。兩造各自獨立提起上訴時。應同時爲辯論及裁判。若一造先行上訴。而於所定之辯論期日。被上訴人之上訴期間未滿。或其上訴未由第一審轉送第二審者。應依被上訴人之聲請。將

上訴之言詞辯論期日。延展至期滿。或其上訴已到期爲止。(四一〇條次項)俾得將兩宗上訴。同時爲辯論及裁判。

第二 言詞辯論之程式。

屬於第二審之上訴事件。除依四〇九條之規定駁回外。應於判決前。開言詞辯論爲之。(二二條)此項辯論。適用第一編關於言詞辯論之規定。(一八六條以下)並準用第二編第一章通常訴訟程序之言詞辯論程序。(二五五條以下四三〇條)惟第二審之言詞辯論。究係接續第一審終結之辯論爲之。故除準用第二編第一章通常訴訟程序之言詞辯論程序外。又有左列特別規定。

一 當事人應於上訴聲明之範圍內。更爲辯論。(四一條)上訴之聲明。卽上訴人或附帶上訴人。請求如何廢棄或變更原判之聲明也。此項聲明。應表明於上訴狀。(四〇條)並應於言詞辯論。以言詞爲之。所謂辯論。指就第一審判決之當否。及關於訴訟標的。或某爭點所爲之辯論而言。卽關於上訴有無理由之辯論是也。此項辯論。通常於認上訴合法後行之。如法院於此辯論進行中。發現上訴不合法者。應仍駁回上訴。毋庸更爲辯論。此大

理院歷來之判例也。（民國四年前大理院上字五七一號及同年上字二四九號）

此項辯論。應由上訴人或附帶上訴人。於上訴聲明之範圍內爲之。故對第一審判決全部聲明不服者。應就其全部爲辯論。對其一部聲明不服者。應就該部分爲辯論。

二 當事人得提出新攻擊防禦方法。（四一三條）第二審審查上訴有無理由。應以當事人所陳述

之第一審訴訟資料爲據。此通例也。顧第二審既爲續審衙門。則除審查法律之點外。又須爲事實上之審理。若徒審酌原有之舊訴訟資料。恐仍不能得事實之真相。此法律所以許當事人於陳述第一審訴訟資料外。更提出新攻擊防禦方法也。此項新攻擊防禦方法。

須於第二審辯論終結前提出。（一八九條）或於該事件經第三審發回更審。而重開第二審之辯

論時提出。若逾時始行主張。致訴訟之終結延滯者。第二審法院得駁回之。並得命該當事人負擔費用全部或一部。又如在第一審已得提出之攻擊防禦方法。至第二審始行提出者。法院亦得命其負擔費用。（八四條一八）（九條次項）

攻擊防禦方法之意義。已見第一編。茲稱新攻擊防禦方法。指在第一審未經提出。而提

出於第二審，不致惹起訴訟標的之變動者而言。故新請求及新發生之法律關係。均不在內。其最著者。莫如未提出於第一審之新事實及新證據。新事實。不論其生於第一審辯論終結前或其後。亦不問其不提出於第一審。是否因自己過失。均可向第二審提出之。但左列三者。不在此限。

(1) 與在第一審所爲之訴訟行爲相抵觸者。當事人在第一審所爲之訴訟行爲。於第二審有效力。其在第一審所爲之準備程序亦同(四條)所謂訴訟行爲。如捨棄認諾自認皆是。凡在第一審爲捨棄認諾自認者。不得以與該行爲相反之事實。向第二審法院提出。

(2) 當事人已喪失其責問權者。例如在第一審被告。不抗辯法院無管轄權。(二條)或不責問訴之變更追加。(二五條)或當事人對於訴訟程序規定之違背。並無異議(一九〇條)者。以後即失其責問之權。自不得更向第二審主張之。

(3) 因時機已過。致喪失攻擊防禦之權利者。例如訴訟能力之欠缺。不於第一審

逾期補正者。不得在第二審主張補正之事實是已。

至新證據不問其發見於第一審辯論終結前。或其後。亦不問其因何不提出於第一審。均得在第一審提出之。雖如書證及勘驗物。因不提出。已在第一審受一定之制裁者。(照參

三三三條三四九條
三五四條三六〇條

亦得提出。以排除其制裁。當事人得提出於第二審之新事實新證據。不

以在第一審未經提出者為限。即在第一審。業已提出。而被駁回。或自己捨棄。或受特定之效果者。亦得提出之。所謂在第一審就事實或證據。所未為之陳述。得在第二審追

復之者(四二三條次項)是也。追復關於事實之陳述。凡在第一審不得追補。(二六三條)及已受推定

自認。(二六八條)或其他遲誤之效果者。(例如三七七條)均得為之。追復關於證據之陳述。

凡在第一審已被駁回。(二七三條)及因逾期致證據不能利用。(二七四條)或如人證。鑑定書證。

由當事人自行捨棄者。均得為之。當事人既於第二審追復其在第一審所未為之陳述者。

其在第一審。因不為陳述所生之效果。均可除去。如至第二審。仍不追復。則其效果。

繼續存在。

當事人在第二審爲補充或更正事實上或法律上之陳述。如不變更訴訟標的。又不抵觸在第一審所爲明示自認之事實者。亦應許之。(參照民國六年前大理院上字第一二四七號)

三 訴之變更追加。或提起反訴。非經他造同意。不得爲之。(四一條)當事人在第二審能否

提出新請求。或變更訴訟原因。各國立法例不同。在日本民訴法(四一六條)及前大理院

判例(民國二年上字三五八號四年上字一六二二號六年上字四四四號等)不論他造有無同意。均不允許。在德國民訴法(德民訴法五二

七條五二九條)限於經他造同意時許之。前者爲維持審級制度起見。後者以審級制度。不必反乎

當事人之意思而維持之也。本法於此點。係採德民訴法之立法主義。故經他造同意時。

雖在第二審。亦得爲訴之變更追加。或提起反訴。他造之同意。不限於言詞辯論中爲之

。即提出同意書亦可。又不必以明示爲之。即爲默示同意亦可。(參照二四一條次項)若無此項同

意者。雖備在第一審變更追加或反訴之其他要件。(俱見前第二編第一章第一節)第二審

法院。亦應以新訴或反訴爲不合法而駁回之。但關於婚姻事件。及親子關係事件。在第二

審爲訴之變更追加或提起反訴者。毋庸得他造同意。(五三八條五五八條)

當事人在第二審爲訴之變更追加或反訴者。第二審之管轄權。不受影響。但其新訴反訴須在第一審未經聲明。或已聲明而未經裁判。(如撤回或裁判脫漏)若業經裁判駁回者。祇得對該裁判。聲明不服。不得在第二審作爲新訴反訴。而提起之。又須於新訴反訴外。對於第一審判決。有上訴之提起。若專爲因變更追加或提起反訴。而上訴者。應駁回之。(但以新訴反訴作爲附帶上訴者仍屬無礙。)

四 未經第一審辯論或裁判之爭點。若依上訴之聲明。認爲必要者。應爲辯論。(四一)茲稱爭點。係指不爲訴訟標的。而與該標的有關之一切訴訟資料而言。所有事實上之主張。關於證據之陳述。及其他一切攻擊防禦方法均屬之。第二審審理此項爭點。本應以業經第一審辯論及裁判。並經當事人在第二審以言詞陳述者。方可採爲裁判之基礎。誠以未經第一審判決之係爭事項。不容第二審逕予越級審判也。(參照民國三年前大理院上字七九一號)願爲訴訟標的之請求。或法律關係。除依前款說明。得在第二審爲主張者外。固須第一審業以判決認許或排斥之者。第二審始得就該請求或法律關係爲辯論及裁判。至不爲訴訟標的。

而僅與該標的有關之訴訟資料。當事人既得從新提出。(四一)第二審自不能不從新審理。且即從新審理。亦不害當事人審級之利益。故未經第一審辯論或裁判之爭點。不問其不為辯論或裁判。由於當事人之不提出。或由自己怠置不理。或由訴不合法。不開言詞辯論。(二四)或由限制辯論。而置某爭點於不顧。如依上訴之聲明。該爭點至第二審。有辯論之必要者。應為辯論。例如被告提出甲乙兩抗辯。第一審置乙抗辯於不理。祇憑甲抗辯。為原告敗訴之判決。原告對該判決提起上訴後。第二審如據甲抗辯認原告之請求為無理由。應再就第一審所不理之乙抗辯。加以審理也。

五 一造不到場時之辯論。當事人於第二審言詞辯論期日不到場。依四百三十條自應準用三百七十七條三百七十九條之規定。

此外尚有關於假執行之第二審辯論(四二)俟後節說明。(三條)

第五節 上訴審之裁判

第二審之裁判。均準用第二編第一章通常訴訟程序之裁判程序。(四三) 茲惟述其特別規定於左。

第一 關於上訴是否合法之裁判。

上訴是否合式。有無逾期。及是否為法律上所應准許為上訴之要件。前已述矣。法院如認上訴不備要件。除其情形可以補正者。先命補正外。應以為不合法而為駁回上訴之裁定。(四〇)

但(九)因第一審法院無管轄權。而撤銷原判決者。應以判決將該事件移送於有管轄權之第一審法院。(四二)

認上訴為合法者。應進而調查上訴有無理由。但於此調查中。發見上訴不合法者。仍得駁回上訴。又第二審以上訴為合法時。得為中間判決。(三七)或於終局判決理由中。宣示上訴合法之旨。但兩造若無爭執。毋庸為此項裁判。

第二 關於上訴有無理由之判決。

第二審法院。調查上訴有無理由。應依上訴聲明之範圍為之。(四一)並應審酌第一審及第二

審之訴訟資料。與未經第一審辯論或裁判之重要爭點。(四一二條至四一四條及四一七條)如當事人對於判決前

之裁判。隨同聲明不服者。(四〇二條)則該裁判之當否。亦應加以查核。法院如認上訴無理由。

應為駁回上訴之判決。(四〇一條)並令其負擔上訴費用。此時無論上訴審判決之理由。是否與第

一審判決之理由相同。除駁回上訴。並命負擔上訴費用外。不得更為不利益於上訴人之裁判

。但被上訴人亦提起上訴。或提起附帶上訴時。不在此限。(參照民國六年前大理院上字六〇三號)

第二審法院。認上訴為有理由者。以當事人求變更之部分為限。應為變更第一審判決之判決

。(四一六條)所謂變更第一審判決之判決。即廢棄第一審判決。而就事件自為裁判之意。故為此

判決時。應併為訴訟總費用之裁判。(九一條)惟既依當事人求變更之部分。以變更第一審判決

。則除為訴訟總費用之裁判外。不得越上訴聲明之範圍。使更有利益於上訴人。又除被上訴

人提起上訴。或附帶上訴者外。亦不得為更不利於上訴人之裁判。

第三 發回事件之判決。(略稱發回判決)

上訴有無理由。第二審法院。本應就事件自為裁判。但事件以經第一審之辯論為必要。或第

一審之訴訟程序有重要瑕疵者。應將事件發回原第一審法院。使其更爲辯論及裁判。發回事
件。應以判決爲之。所謂發回事件之判決。卽發回判決是也。

一 以經第一審辯論爲必要者。有左列各款情形之一者。應爲發回判決。(四一)
(八條)

(1) 對於無關本案之判決上訴而有理由者。說明已見前。

(2) 第一審言詞辯論期日未到場之當事人。以並無遲誤爲理由。對於所受判決上訴而
有理由者。說明亦見前。

(3) 請求之原因及數額。俱有爭執時。對於以原因爲不當之判決。上訴而有理由者。
緣數額之爭執。尙未經第一審之辯論及裁判。故應將事件發回。

左列三者以上訴合法且有理由時爲限。均有經第一審辯論之必要。故應將事件發回。以
維持審級。

二 第一審之訴訟程序有重大瑕疵者。何謂重大瑕疵。已見前。第二審認第一審之訴訟
程序。有此瑕疵者。得廢棄第一審判決。及訴訟程序有瑕疵之部分。將該事件發回原第

一審法院。但以因維持審級制度。有發回必要時爲限。(四一九條)故如第一審判決有脫漏。或於程序休止中。不開辯論。逕予判決者。可謂有發回原因。若其瑕疵。得由第二審糾正。(例如改行調查證據)並不害當事人審級之利益。則與其發回。致訴訟延滯。不如第二審自行裁判之爲便。前大理院判例如左列情形。均不得將事件率予發回。

(1) 第一審僅於係爭事實。調查草率。或認定謬誤者。(民國四年上字二〇三五號)

(2) 第一審就數種獨立案件。合併辦理。而未依法分別審理者。(民國四年抗字一六號)

(3) 第一審就當事人間之權義關係。於判決理由。業已明予解決。僅所爲主文。未依式列入者。(同前)

(4) 第一審已踐行相當程序。而惟判決之形式。有違誤者。(民國四年抗字一四三號)

(5) 訴訟事件。在下級審雖未爲終局判決。而原告在上級審。已將請求捨棄。或進而表明退讓之意思者。自可卽予結案。毋庸發回更審。(民國三年上字九八九號)

(6) 下級審程序。雖有未合。而其判決。在法律上並非無效者。(民國七年抗字一四四號)

此外尚有未經第一審辯論。或裁判之爭點。而第二審依上訴之聲明。認有自爲裁判之必要者。應爲辯論及裁判。此則前大理院既有判例。(民國三年上字十號)而本法亦有明文。(四一七條)故第二審不得因此項爭點。逕將事件發回更審。

以上二者。前者謂之必要發回判決。即第二審法院。應不問當事人意思如何。必須將事件發回原第一審也。後者謂之權能發回判決。究竟應否發回。由法院自由酌辦。如兩造當事人有不願發回之合意者。即其瑕疵有害於審級制度。亦應就事件自爲判決。(四一九條次項)蓋審級制度。不必反乎當事人意思。而維持之。前已述矣。至訴訟程序規定之違背。因當事人不責問。可視爲補正者。當然毋庸發回更審。

發回判決之性質。學者論點不同。或謂發回判決。非以終結訴訟全體爲目的。應視爲中間判決。或謂發回判決乃終結第二審之訴訟。應視爲終局判決。日本大審院。採用前說。余謂採用前說。有不合者二點。(1)對於發回判決不得獨立提起上訴。(2)第一審受發回後所爲之辯論。將爲第二審辯論之繼續。而本於此項辯論之判決。亦變爲第二審判決矣。故

就此二點觀之。毋庸視爲終局判決。但該判決不得爲訴訟費用之裁判。似與通常終局判決又不同。(訴訟費用。應由第一審受發回後。與本案合併裁判之。)

發回判決之效力如何。本法無特別明文。故該判決能否羈束第一審法院。頗屬疑問。然按四一八條四一九條。一則強制第二審爲發回之判決。一則付與第二審以發回之權能。足見第一審法院。應受該判決之羈束。惟其受羈束者。以第二審所裁判之範圍爲限。例如第二審僅就原因爲裁判者。則關於數額之判斷。不受其羈束是也。除第二審裁判之事項外。第一審得自由爲辯論。當事人亦得提出新事實新證據。並得依法爲訴之變更追加。及提起反訴。(但須依二四五條以下之規定爲之。不得適用四一二條。)其本於新辯論所爲之第一審判決。亦得較前次判決。更不利於上訴人。至廢棄第一審有重要瑕疵之程序者。於廢棄範圍內之前項訴訟行爲。(例如自認)均失效力。

第四 一造辯論之判決及判決之程式。

第二審之所爲一造辯論之判決準用三七七條規定。法院應加審酌者。不僅指其在第二審者而

言。即其在第一審提出之訴訟資料。亦應審酌之。

第二審判決之程式。不論何種判決。應依二一七條規定。將當事人（有代理人則併載代理人）主文、事實、理由、法院各款。分欄記載。惟其應記載之事實。如與第一審判決所載相符。得引用之。（四二）此乃程序上一種便宜方法。非如判決不備理由者可為上訴之原因也。（三四）
（六）但第一審判決所載事實不合法。或當事人有異議者。不在此限。

第五 關於假執行之第二審裁判。

一 就關於假執行之上訴為辯論及裁判者。第一審判決。關於假執行之裁判。得依一般原則。以上訴聲明不服。故該判決不准假執行者。債權人得為上訴。該判決准許假執行。或駁回假執行免除者。債務人得為上訴。但第一審遺漏假執行之宣示。或忽視關於假執行之聲請時。（三八）在債權人上訴。應俟第一審有補充判決後為之。在債務人上訴。得隨同本案裁判。聲明不服。不應向第一審。求補充判決。

關於假執行之上訴。得僅對第一審判決關於假執行之裁判為之。亦得對第一審本案裁判

同時爲之。其對本案裁判。同時上訴者。第二審法院。應先就假執行爲辯論及裁判。但爲辯論裁判前。以經聲請爲必要。(四二條)聲請不限於上訴人。即被上訴人。亦得聲請。聲請之形式。非必用言詞。即於辯論外。用書狀聲請亦可。(六一條)有聲請。第二審於認上訴爲合法後。應即就假執行爲辯論及裁判。至第一審本案裁判之是否正當。及強制執行之有無開始。應暫不問。

第二審就關於假執行之上訴。先爲辯論及裁判時。無論其上訴是否對於第一審本案裁判。同時提起。不適用四一〇條關於延展期日之規定。(四二三條次項)蓋關於假執行上訴之辯論期日。如可延展。匪特有背提先辯論裁判之法意。抑且不能迅速保護債權人及債務人之利益矣。

第二審於本案裁判前。先就假執行所爲之裁判。究爲一部判決。抑係中間判決。此德國訴訟法以來聚訟之問題也。本法於此層。亦無明文規定。故該裁判之形式如何。頗堪研究。余謂就四二五條不得聲明不服之法文而論。似係中間判決。其實該條所謂不得聲明

不服者。因假執行事件。貴乎迅速結案。非謂關於假執行之裁判。具有中間性質。不然。何以解於第一審之假執行裁判。當事人得對之獨立上訴乎。故第二審先就假執行所爲之裁判。甯解爲一部判決。惟此項一部判決。雖即時確定。而其效力。乃視以後第二審之本案判決定之。

二 就未經聲明不服之第一審判決部分。宣示假執行者。對第一審判決一部上訴者。阻其全部之確定。故第一審判決。未經聲明不服之部分。仍無執行力。如就該部分爲強制執行。應由第二審宣示假執行。此上級法院就下級審判決所宣示之假執行也。但非備左列要件者。第二審不得爲此宣示。(四二四條)

(1) 第一審判決未宣示假執行者。未宣示假執行。不問其應依職權宣示者而未爲宣示。與因忽視債權人假執行之聲請。或將聲請駁回。或債權人並不聲請而未爲宣示。均包在內。

(2) 經當事人於第二審言詞辯論中。聲請假執行者。第一審判決。雖未宣示假執行

。若當事人在第二審。不爲假執行之聲請。法院仍不得爲單純之假執行宣示。此不干涉主義之適用也。聲請不論何造。皆得爲之，但須在言詞辯論進行中。若在辯論外。單以書狀爲之者。卽屬不合。

具備右二要件者。第二審法院。應卽就第一審判決。未經以上訴聲明不服之部分。宣示單純之假執行。此項宣示。應以裁定爲之。但裁定後當事人依擴張聲明或附帶上訴之方法。對於前未聲明不服之第一審判決部分。而聲明不服者。第二審法院應撤銷該裁定。

(四二四)
條次項

三 第二審法院。就自己所爲之第二審判決。爲關於假執行之裁判者。第二審得依職權。就自己所爲判決。爲假執行之宣示。債權人債務人。亦得聲請第二審就自己所爲判決。爲關於假執行之裁判。因假執行一事。雖由第二審越級裁判。亦不致害及審級制度也。至其程序則準用三八一條以下之規定。(四三〇條)

第二審法院。關於假執行之裁判。不得聲明不服。(四二五條)故不問該裁判。係就自己之第二審

判決所爲者。抑就第一審判決所爲者。亦不問其裁判之形式。以判決爲之者。(三八四條)抑以裁定爲之者(四二條)一律不許爲上訴或抗告。亦不許隨同本案判決，併受第三審之審判。然則第三審不準用四二三條之規定。從可知矣。

第六 第二審判決以後之程序。

第二審法院爲判決後。當事人上訴於第三審法院。應將卷宗送交該法院。(四四八條四〇)者當事人未經上訴。或不得上訴於第三審者。應於判決確定後速將判決正本。附入卷宗。送交第一審法院。(四二九條)因已毋庸留存卷宗於第二審。且第一審於強制執行。及付與判決繕本。(三三三條)與未經提起上訴之證明書(三九〇條)又以此項卷宗爲必要也。卷宗指第一審及第二審之卷宗而言。

上訴不因判決。而因撤回和解等情終結者。亦應速將卷宗送交第一審。(四二九條次項)

第六節 上訴之效力

對第一審判決而上訴者有二種效力。即移審之效力。及停止之效力是也。

第一 移審之效力。 移審之效力。惟上訴合法時發生上訴不合法者。第一審之訴訟。外觀上雖似繫屬於第二審。實則上訴被第二審駁回。絕不生移審之效力。因移審之效力。在使第一審。業已裁判之訴訟標的。全部繫屬於第二審也。但第二審之辯論及裁判。仍限於上訴及附帶上訴聲明之範圍內爲之。

第二 停止之效力。 上訴能停止第一審判決之確定力。並其執行力。

一 上訴能停止第一審判決之確定力。 於上訴期間內。有上訴者。阻原判決之確定。(三八九條) 此即停止其確定力之謂也。停止第一審判決之確定力。雖上訴不合法時亦有之。至其停止之範圍。則及於第一審判決之全部。

二 上訴能停止第一審判決之執行力。 判決非有確定力者。不得執行。故判決之確定力停止者。並同時停止其執行。但宣示假執行者。不在此限。

移審及停止之效力。因上訴撤回和解。或第二審判決確定。或上訴於第三審而消滅。然經當

事人提起再審之訴。或追復遲誤。則停止之效力復生。又經第三審將事件發回原第二審。或發交同級審者。則移審之效力亦復生。

第二章 第三審程序

當事人對於第一審判決。上訴於第二審。與第二審判決。上訴於第三審。均為對下級審判決。向上級法院聲明不服之行為。惟上訴於第二審。得以違背法令及錯誤事實為理由。而上訴於第三審。祇以違背法令為理由。此因第三審乃繼承第二審應為判決之程度。非續行第二審之辯論。易言之。即第三審祇審查第二審判決所適用之法規不審查其所認定之事實也。德國學者稱第三審曰法律審。誠然。

第三審之目的。在統一法律。法院採四級三審制。對高等法院之第二審判決上訴者。以最高法院為第三審。對地方法院之第二審判決上訴者。以高等法院為第三審。仍難收統一法律之效如採三級三審制。則為第三審法院者。惟最高法院。而統一法律之目的乃能達。

第一節 上訴人要件

第三審上訴。須具備左列四種要件。方爲合法。

第一 上訴須爲法律上所應准許。

對第二審判決之上訴。須具主觀及客觀之要件。試分述之。

一 上訴之主觀要件。提起上訴。須由有上訴權者爲之。(民國七年前大理院上字一六號)所謂有上訴權

者。卽第二審當事人法定代理人。及其繼承人。(包一般繼承人及特定繼承人而言。)與

從參加人。(五八條)曾受特別委任之訴訟代理人(六八條)是也。但在第二審未受不利益判決

之當事人。不得謂有上訴權。(民國三年前大理院上字七三號)至於應爲被上訴人者。須爲第二審之他造

當事人。或其繼承人。第二審。由當事人上訴者。至第三審。得由其從參加人上訴。第

二番由從參加人上訴者。至第三審亦得由當事人上訴。故兩審之上訴人。非必常歸一致

二 上訴之客觀要件。上訴於第三審者。須對於第二審之終局判決爲之。(四三)至該判決前之裁判。牽涉該判決者。除依法律規定。不得聲明不服或得以抗告聲明不服者外。如以裁判違背法令爲理由。亦得受第三審之審判。(四四八條)但左列第二審終局判決。不得上訴。

(1) 關於訴訟費用之第二審裁判。此項裁判。不得獨立提起上訴。(九二)條

(2) 關於假執行之第二審裁判。此項裁判。絕對不得聲明不服。理由見前。

(3) 關於財產權上訴訟之第二審判決。查奧國民訴法五〇二條。輕微事件不得對第二審判決上訴。德國民訴五四六條。關於財產權訴訟。非就上訴之標的價額。超過二千五百馬克者。不許上訴於第三審。蓋皆爲減少訟累起見也。依本法規定。限於具備左列要件者。亦以第二審爲終審。(四三)條

甲 第二審就財產權上訴訟而判決者。蓋非財產權上訴訟。及非財產權與財產權之

合併訴訟。關於非財產權部分。均得上訴至第三審也。

乙 因上訴所得受之利益。不逾三百元者。雖第二審就財產權上訴訟而判決。若對於該判決之上訴所得受之利益。超過三百元者。仍得上訴於第三審。上訴所得受之利益。依上訴聲明之範圍而定。依該範圍。其上訴利益。不逾三百元。或上訴提起時雖在三百元以上。而因上訴人減縮聲明。致上訴利益。不逾三百元者。均不得對第二審判決。上訴於第三審。至由從參加人上訴時。其利益應就受其輔助之當事人定之。由共同訴訟人中一人。或對於其中一人上訴時。其利益應視共同訴訟之可分或不可分。就該訴訟一部或全部定之。又對於數個一部判決。或對於補充判決與前判決先後上訴者。應分別計算其利益。

計算上訴利益。應以訴訟標的之金額或價額為準。其就價額計算者。準用第七七條至第八〇條規定。(四三三條次項)依第七七條之準用。第三審法院核定價額。得依自己意見。並不為下級審核定之價額。及上訴人記明上訴狀之利益額(四三七條次項)所拘束。至

準用第七七條以下之規定。有應注意者二點。

(1) 上訴利益之價額。應以上訴提起時為準。(2) 上訴人單就利息。或其他孳息。損害賠償。違約金。或費用。有所爭執而上訴者。應依其價額以定上訴之利益額。按當事人審級之利益。本不可率予剝奪。然具有右列要件者。則當事人權利關係較輕。且於公益亦無甚礙。故不許其對第二審判決。更行上訴。但法院因法律上有疑義。或其他必要。得依聲請。以裁定特許上訴。當事人之聲請。自判決送達日起。不得逾十日。對於前項裁定。并不得聲明不服。

(4) 對於第一審判決全部或一部。未經向第二審法院上訴或附帶上訴之當事人。對於維持該判決之第二審判決。當事人之一造。對於第一審判決全部或一部。聲明不服。而他造並未上訴或附帶上訴者。對於維持該判決之第二審判決。亦惟向第二審聲明不服之一造。得更上訴於第三審。其未曾對第一審判決上訴或附帶上訴之他造。不得上訴。(四三二條及民國四年前大理院上字五二九號) 蓋他造對第一審判決。既無不服。則對內容相同之第二

審判決。亦應無不服也。

當事人對第一審判決。業經捨棄上訴權。而經他造上訴後。第二審又為維持第一審判決之判決者。該當事人不得對第二審判決上訴。(民國四年前大理院上字一九一六號)又前次上訴人。上訴於第三審。被上訴人並未聲明不服。嗣第二審於發回更審後。所為之判決。與前判無殊者。該被上訴人。不得對更審判決。更行上訴。(民國四年前大理院上字二一六〇號)此雖前大理院均有判例。要亦可本於四三二條類推解釋之。

此外尚有未經第二審判決之事件。更不得越級上訴於第二審。(民國四年前大理院聲字二八號七年擊字一二號)但經第二審判決者。雖有時未經第一審判決。(四一) (二條)仍得向第三審上訴。

上訴如為法律上所應准許。更須上訴人。未曾捨棄上訴權。或撤回上訴而後可。

第二 上訴須遵守法定期間。

上訴應於第二審判決送達後。二十日之不變期間內提起。(四四) (八條)此二十日之上訴期間。屆滿後。不得提起上訴。其詳與第二審規定同。

第二審判決。於上訴期間屆滿。而無上訴時確定。若上訴期間內。有上訴提起者。阻其確定。(三八)但在第三審上訴人。不得變更擴張上訴之聲明。(四三)故對第二審判決一部之上訴。無阻該判決全體確定之效力。

第三 上訴須遵守法定程式。

提起上訴。應提出上訴狀於原第二審法院。或第三審法院爲之。言詞聲明。法所不許。且上訴狀。並應表明左列各款事項。(四三七)

一 當事人。及法定代理人。即上訴人被上訴人之姓名、年齡、職業、及住所或居所等是也。餘參看前章。

二 第二審判決。及對於該判決上訴之陳述。對於第二審判決上訴之陳述。如或誤稱爲抗告。或聲請再審。亦應以上訴論。(民國六年前大理院上字七三二號)

三 對於第二審判決不服之程度。及請求如何廢棄或變更之聲明。上訴人不服之聲明。不得變更擴張。故此項記載。須審慎而行。免致日後無從救濟也。

四 上訴理由。及關於上訴理由之證據。上訴理由。大抵在違背法令之一點。惟主張第一審判決違背法令。須有具體之表明。不得以混括之詞。僅稱原判違法。或不當。或稱其判斷錯誤也。其違背法令。牽及事實問題者。並須具體表明其事實。例如上訴人稱第二審法院。違背法律之推定。或解釋。或違背證據法則。準備程序法則。而逕行認定其事實。即應將事實表明以供第三審法院之調查是也。

至關於上訴理由之證據。除表明於上訴狀外。如可即時提出者。應添具於上訴狀。而提出之。如無應行聲明之證據。雖不表明。亦屬無礙。

上訴狀。不論初次上訴。或發回更審後。再行上訴。除表明右四者外。並應貼相當司法印紙。此五者。有一欠缺。即屬違式。但仍許上訴人。日後補正。(二條)補正欠缺。雖不以上訴期間內為限。然亦須在適當時期內。若久不補正。法院應視上訴不合法而駁回之。(四四八條四〇九條)又久不補具上訴理由書者。第三審法院。得逕以職權調查原判。有無違法。以為判斷。

民國六年前大理
院上字二五〇號

上訴狀內。應併記明依第四三三條規定所得受上訴之利益。(四三七條次項)又須依一一七條以下規定。記明準備事項。惟此等記載。與上訴狀之法定程式無關。

第四 上訴須以原裁判違背法令爲理由。

法令。謂國法之全體也。不論爲實體法、或程序法、爲成文法、或習慣法、爲公法、或私法、爲內國法、或外國法、(但外國法專指我國應適用者而言參照第二七一條及法律適用條例)又不論爲法律、或命令、一切包括在內。違背法令。謂第二審判決不適用或適用不當也。(三四

五條)例如占有問題。不適用占有之規定。或誤用所有權之法規。是爲違背實體法。如婚姻事件。本於自認或認諾而爲判決。是爲違背程序法。如甲國人之能力問題。不適用甲國法。或誤用乙國法。而解決之。是爲違背證據之外國法。(參照法律適用條例)其他法規之不適用。或適用不當。皆可同樣解釋。但法令中之任意規定。或訓示規定。法院無適用義務者。雖不適用。不得以違背法令論。例如可合併辯論裁判之數宗訴訟。法院不合併其辯論與裁判。

(一九七條)是已。

對第二審判決上訴。須以其裁判違背法令爲理由。且其違背法令。又須與當事人之實體上權利。即本案判決內容有影響。若法規之不適用。或適用不當。僅涉無關緊要之點。例如關於證據。未盡調查職責。或於判決內之措詞未當。而與其裁判。並無直接因果關係者。均不得爲上訴理由。（民國四年前大理院上字四九號三年上字三三三號三年上字四八一號）因第三審制度。雖爲統一法律起見。亦爲保護私權而設也。然同一違背法令。違背實體法者。固多影響於實體上權利。而違背程序法者。則未必與實體上權利有關。倘盡不能上訴。其如統一法律之謂何。其又如法院應遵守訴訟程序規定之謂何。是以法律於第二審訴訟程序。有左列各款情形之一者。不問是否影響於實體上權利。亦不待當事人證明其違背與判決內容有關。當然以其裁判違背法令論。（四三）

一 判決法院之組織不合法者。例如不以法定員數之推事參與辯論。（法廷編制法五條及六條）或以未經參與辯論之推事參與判決（二條）是已。又書記官雖非判決法院人員。如不列席。究屬違背訴訟程序。

二 依法律或裁判。應迴避之推事。參與裁判者。依法律應迴避。即推事依第三二條規

定。應自行迴避之謂也。依裁判應迴避。即推事依第三三條規定。經當事人聲請。而受管轄聲請迴避法院迴避之裁定之謂也。其以違背法令論者。以該推事參與裁判時爲限。若僅參與準備程序、證據程序、及宣示判決、或雖參與裁判、而經聲請迴避已無效者。均不在內。

三 違背專屬管轄之規定者。依民訴條例。凡管轄一有錯誤。即爲違背法令。然管轄錯誤。當事人有實不知者。有明知而藉端拖延者。若一律許其上訴。則即管轄一端。已可數年不結矣。故本法限於違背專屬管轄之規定者。方爲違背法令謂爲上訴之理由。以杜訟累。蓋專屬管轄。多因公益而設也。

四 當事人之訴訟。代理不合法者。代理不合法。指無訴訟能力之當事人。未由法定代理人代理。或其法定代理人無代理權。或未受必要允許。又或當事人之訴訟代理人。無代理權。而言。此等欠缺，不問見於何造。亦不問存於訴訟之如何程度。皆以違背法令論。但以後業經補正者。不在此限。（四六條至四八條
七一條及七四條）

五 違背言詞辯論公開之規定者。此指言詞辯論宣示判決等程序。依法應公開者。未會公開。或將禁止公開者。而公開之也。惟查前大理院判例辯論業已公開。而其後宣示判決。未經公開者。雖亦違背程序。然於本案判決內容。無何等影響。不得爲上訴理由。

(民國四年上
字三三九號)

六 裁判不備理由。或理由矛盾者。不備理由。非僅指理由全缺而言。卽其所記理由。不明瞭。或內容全虛者。亦屬之。例如法院未就自己之法律意見。加以說明。或未就當事人提出之攻擊防禦方法。或中間爭點。加以判斷。而遽爲判斷是也。(但中間爭點。以影響於本案裁判爲要。)理由矛盾。卽其所記理由。前後抵觸之謂。例如審酌當事人提出之某攻擊防禦方法。斷定某事實爲真。忽又稱審酌該方法。應斷定某事實爲僞是也。然法院因限制辯論。致獨立之攻擊防禦方法。有未判斷。(一九)或理由中之文句。或數目有誤寫誤算。可以更正者。(三三)均不得謂不備理由。或理由矛盾。總之理由係主文之根據。如有欠缺或矛盾。致無從知主文所以發生之理由。或足使人不解於主文。究

據何種理由而作成者。應以違背法令論。又因判決未經敘明事實。或所認事實兩歧。致影響於判決理由者。雖非直接不備理由。或理由矛盾。要亦間接不備理由。或理由矛盾也。

第二審訴訟程序。有右列情形之一者。當然得爲上訴理由。易言之。卽當然以第二審判決爲不當。所謂當然以第二審判決爲不當者。卽不得適用四四三條規定。依其他理由。而視該判決爲正當也。至訴訟程序。違背法令。不合於右列情形者。必認其違背與判決內容有影響者。方得以該判決爲不當。而廢棄之。

訴訟程序。違背法令。非專就得爲獨立上訴之第二審判決而言。卽該判決前之裁判。有違背法令。致影響於該判決。或第一審判決。有違背法令。而第二審忽視其違背。以致本於違法程序而判決者。亦皆得爲上訴之理由。

上述四種上訴要件。第三審法院如認爲無欠缺。應進行而爲上訴有無理由之判斷。如認有欠缺。除得命補正外。應以上訴爲不合法而爲駁回之裁定。(四四八條)(四四九條)且上訴向原第二審

提起者。如逾上訴期間。第二審亦應以裁定駁回。(四四八條
四〇六條)

第二節 上訴權之捨棄及上訴之撤回

上訴權之捨棄。及上訴之撤回。準用第二審上訴權捨棄及上訴撤回之規定。(四四四條)且撤回上訴。除第三審法院。命爲言詞辯論外。應於第三審判決前。以書狀爲之。(四四〇條並參
照四二六條)

第三節 上訴之答辯

上訴向原第二審法院提起。如該法院認爲未逾期間。或認爲逾期。而駁回上訴之裁定經廢棄者。該法院書記官。應速將上訴狀。送達於被上訴人。被上訴人受送達後。得將上訴答辯狀。提出於原第二審法院。亦得向第三審法院提出之。又上訴向第三審法院提起者。上訴狀由該法院書記官。送達於被上訴人。被上訴人受送達後。應提出上訴答辯狀於第三審法院。(四四八條四〇
七條四〇八條)惟被上訴人在第三審。不得提出新事實及新證據。故其答辯狀之程式。祇須依

當事人書狀之規定（一二七條以下）辦理。毋庸遵上訴狀之程式爲之。

不問上訴狀由第三審送達。抑由第二審送達。被上訴人之答辯狀。得由審判長定期間命其提出。（四三九條）與民訴條例規定。於上訴狀送達後十五日內提出者不同。提出答辯狀得由審判長

定期者。蓋以當事人之距離遠近不一。其交通亦有便有不便。不能不伸縮也。（一六四條）期間由審判長酌定後。當事人自當於其期間內提出答辯狀。如於其期間內不提出者。尙得於判決前之相當時期提出之。在提出其他準備書狀時亦然。若提出過遲。或始終不提出者。雖本案非必敗訴。然除法院不審酌該書狀外。並應由被上訴人負擔因此所生之費用。（八四條）但因日後

上訴狀之補正。而於補正書狀送達後之相當時期提出答辯狀者。不在此限。

查德日民訴法。（德民訴法五五六條
日民訴法四四二條）均許被上訴人。在第三審。提起附帶上訴。我國前大理院

從前判例亦然。（民國二年上
字一二〇號）但民訴條例。則惟許被上訴人之附帶上訴。提起於第二審。而

不許提起於第三審。（參照民訴條例
五三九條次項）此項限制。無非爲訴訟得速終結起見也。本法於此。不設

限制。蓋仍採德日立法例矣。

第四節 上訴審之裁判

自提出上訴狀。並自第二審依四〇七條四〇八條規定。送交訴訟卷宗後。不問被上訴人會否提出答辯狀。第三審法院應先審查上訴是否合式。有無逾期。及是否為法律所許。並是否以裁判違背法令為理由。(四四八條) 審查後認上訴不合法者。除得命其補正外。應即駁回上訴。(四四九條) 認上訴為合法者。應依左列規定。進而審查上訴之有無理由。但當事人就上訴合法一層。有爭執時。得先為中間判決。(三七五條)

一 上訴之聲明。不得變更或擴張之。(四三) 上訴之聲明。指請求如何廢棄或變更原判決之聲明而言。(四三七) 此項聲明。不問在書狀上或在辯論中。亦不問他造有無同意。且不問在前二審會否捨棄。或其情事變更。在上訴前後。一律不許在第三審變更或擴張之。因第三審判決。原則上。不經言詞辯論。(四四) 務使調查易於進行。訴訟得速終結故也。但減縮聲明。及補述意見。仍得在第三審為之。

二 法院應於上訴聲明之範圍內。調查之。(四四) 一條 第三審調查原判有無違法。應本於上訴人請求如何廢棄或變更原判之聲明範圍內爲之。不得越此範圍。而爲更有利或更不利於上訴人之判決。但被上訴人亦提起上訴時。不在此限。

第三審調查第二審裁判。有無違法。雖應本於上訴聲明之範圍。然不受其上訴理由之拘束。(四四一) 條次項 故第二審判決前之裁判之當否。及訴訟程序規定之有無違背。均得調查之。但因當事人無異議。可視爲補正者。不在此限。(一九) 條

三 法院應以第二審判決確定之事實。爲判決之基礎。(四四) 二條 第二審判決。確定之事實。不僅指其判決書內。直接記載之事實而言。即引用第一審判決及筆錄所載之事實。而間接確定者。亦在內。此等事實。足以拘束第三審法院。故第三審法院。不得本於第二審辯論之結果。自爲事實上之判斷。而當事人在第三審。亦不得提出新事實新證據。或主張新請求。(民國四年前大理院上字五六五號五年上字八二六號三年上字三〇六號五年上字八四〇號) 惟不得提出新事實。故商習慣及其他習慣。在第三審始行主張者。應認爲不合法。(民國三年前大理院上字四七八號上字八三〇號) 惟不得主張新請求

。故訴之變更追加。及被告之反訴。或抵銷抗辯。在第三審爲之者。應予駁回。(民國五年前大
理院上字
一九四號)蓋第三審之職務。專在審查法律問題。不及於事實故也。但當事人以第二審確定事實。係違背法令爲理由者。其所陳述之事實。第三審法院仍得調查之。(四四二條次項)此項事實之意義。已說明於前第一節。茲不贅述。

惟此項事實。當事人應於上訴理由中表明。並有舉證之責任。(四三七條一項四款)而第三審法院。調查此項事實。於必要時。亦得由自己。或使受命推事。或受託推事調查證據。此外尙有關於第三審程序之事實。(例如上訴期間。從何時進行。及訴訟在第三審有無中斷或承受等事實)及使訴訟始終有效之事實。(例如關於訴訟成立要件之事實)雖未經法律規定。亦得調查之。

第三審法院。審查上訴有無理由。卽審查第二審判決。是否不當時。如發見上訴不合法。雖前此認爲合法者。應仍駁回上訴。但以前曾經中間判決。宣示上訴合法者。不在此限。如並不發見上訴不合法。則應就上訴有無理由。分別爲左列之判決。

一 認上訴無理由者。應駁回上訴。(四四八條)(四一五條) 上訴無理由。非僅指全無理由者而言。即使第二審之裁判。依其所採理由。係屬違背法令。而依其他理由爲正當。亦應認上訴無理由。而爲駁回上訴之判決。(三四條) 蓋第二審判決。雖係違法。而由其他方面審查。仍爲正當之判決者。與其廢棄該判決。以維統一法律之精神。不如駁回上訴。可收速迅結案之利益。例如第二審於寄託關係。適用使用借貸之法規。雖不得謂無錯誤。然適用寄託之法規。如仍得同一之判決。卽應以上訴爲無理由。而駁回之也。但其違背法令。有四三六條情形者。不在此限。

二 認上訴有理由者。應就該部分。廢棄原判決。如因違背訴訟程序之規定。廢棄原判決者。應併廢棄其違背訴訟程序之部分。(四四條) 廢棄原判決者。應將事件發回原第二審法院。或發交其他同級法院。使其更爲辯論及裁判。(五四條) 蓋此項事件。事實上尙有審理之必要也。發回或發交事件。應以判決爲之。此項判決。雖有終局性質。然訴訟費用之裁判。應由受發回或發交之法院。於更審時一併宣示。不得於該發回或發交之判決爲之

。但左列二者。第三審法院。於廢棄原判決時。應就事件自爲判決。並應同時爲訴訟費用之裁判。(四四六條)
九一條)

(1) 因其於確定之事實。不適用法規。或適用不當。廢棄原判決。而事件已可爲裁判者。第二審確定事實之程序。並不違法。惟因其於確定之事實。適用法令有違背。致第三審廢棄其判決者。若該事件已可爲裁判。自無須第二審更爲事實上之審理。故不問其違背者。爲實體法。爲程序法。第三審法院。應就事件自爲判決。例如第二審於租賃之確定事實。誤用買賣之法規裁判者。第三審法院。應即廢棄原判決。適用租賃法規。予以改判。又如第二審誤解當事人所爲自認之效力。未予採用自認之事實者。第三審法院。應廢棄原判決。據其自認。予以改判。(民國四年前大理院
上字一五二五號)是已。但廢棄原判決時。若該事件。未可爲裁判者。仍應爲發回或發交之判決。

(2) 因事件不屬普通法院之權限而廢棄原判決者。第三審法院。認事件不屬普通法

院之權限。而廢棄原判決者。同時應自爲判決。以駁回之。因事件既無須第二審更爲審理。而原判決違法。尤屬顯然也。

以上兩情形。第三審法院。應就事件自爲判決。若認第一審判決爲正當。亦得廢棄原判決。而維持第一審判決。至認上訴有理由。而不合於右兩情形者。均應爲發回或發交之判決。其究應發回。抑發交。由第三審法院酌奪。大抵發回原審。恐其有不公平之裁判。或堅持原有之意見。或因主要憑證。均在其他同級法院管轄區域。非移歸該法院審判。不足以得事實之真相者。應將事件發交其他同級法院。(民國四年前大理院上字四六號)此外均應發回原法院。原法院受發回後。得由原庭或改由他庭。更爲辯論及裁判。又第三審就事件爲判決時。若應適用第四一八條規定者。應將事件發回第一審法院。例如第一審辯論期日未到場之當事人。以並無遲誤爲理由。對於所受判決上訴於第二審而被駁回者。若第二審認上訴爲有理由。廢棄第二審判決。將事件發回於第一審法院是已。至第一審違背訴

訟程序之規定。而第二審忽視者。若第三審認為有害當事人審級之利益。亦得依四一九條規定。將事件發回於第一審法院。此層法文雖無規定。解釋上固應如是也。

第二審判決。經第三審廢棄。將事件發回或發交後。該訴訟即回復原判決前之程度。故原第二審法院。應依第二審程序。更爲辯論及裁判。而當事人於該辯論中。亦得提出新攻擊防禦方法。(民國六年前大理院上字一三
五九號及七
年上字六〇五號)及依法爲訴之變更追加。或提起反訴。並得擴張上訴之聲明。或爲附帶上訴。(民國四年前大理院
上字一三二六號)因而發回或發交後之第二審判決。不免較前次判決。更不利於原被上訴人。至經第三審廢棄之訴訟程序部分。亦失效力。原法院均應改行之。

當事人對於發回或發交後之第二審判決上訴而有理由者。如第三審認為有發回之原因。得更將事件發回原法院。或發交其他同級法院。

受發回或發交之法院。應以第三審法院爲廢棄理由之法律上判斷。爲其判決之基礎。(四四五
條次項)此乃就裁判獨立之原則所設之例外。純爲統一法律之解釋起見也。然必其法律上

判斷。足爲廢棄原判決之理由者。方有拘束下級法院之效力。若僅爲附帶說明。下級法院。自不受其拘束。且所謂應拘束者。係祇就第三審判決已有判斷者而言。並非謂未經判斷者。而亦受限制。故下級法院。於受發回。或發交後。調查證據。雖在第三審判決所指示以外之點。亦得徑行調查。(民國五年前大理院上字九五九號)又本於新辯論。而確定新事實時。得適用他項法規。更不待言。爲發回或發交之判決者。第三審法院書記官。應速將判決正本。附入卷宗。送交受發回或發交之法院。(四四七條)但送交第一審者。由第二審轉行。

上述第三審各種判決。不論關於程序問題。或關於本案。均不經言詞辯論爲之。(四四〇條)查德日民訴法規定。(德民訴五五五條日民訴四四〇條)第三審判決以經言詞辯論爲必要與民訴法規定。(奧民訴法五〇九條)

則以不經言詞辯論爲原則。余謂爲貫徹言詞審理主義起見。自以德日之立法例爲是。然第三審所調查者。重在法律問題。似無經過辯論之必要。我從前第三審。本用書狀審理主義。本法於此點。雖仍舊制。實則係採奧國之立法例也。故原則不經言詞辯論。但法院認爲必要時。仍得於判決前命行言詞辯論。(四四〇條但書)此項辯論。係爲補助書狀審理主義之不足。與第一

審第二審所爲必要之言詞辯論不同。故當事人雖於辯論期日不到場。或到場而不辯論者。法院仍得專據卷宗。而爲判決。

第五節 關於其他上訴程序

第三審程序。除前各節所述特別規定外。準用第二審程序之規定。(四四八條)但第二審程序。如上訴權之捨棄。(四〇三條)上訴之撤回。(四二六條)原法院因逾期爲駁回上訴之裁定。(四〇六條)以裁定駁回不合法之上訴或以判決駁回無理由之上訴。(四〇九條四一五條)可以準用於第三審者。前已說明。此外可以準用者。尙有送交卷宗之程序。(四〇七條四〇八條四二九條)延展日期之規定。(四一〇條)關於言詞辯論之程式。(四一一條)關於判決引用事實之規定。(四二二條)至於左列各項。於第三審程序。不準用之。

- 一 訴之變更追加及提起反訴。(四一二條) 因當事人。不得在第三審提出新請求也。
- 二 追復未爲之陳述。(四一三條) 因當事人不得在第三審提出新事實也。

三 先就假執行爲辯論及裁判。(四三) 因第二審之假執行裁判。不得上訴故也。

四 就下級審判決。以裁定宣示假執行。(四二) 因第二審判決。未經聲明不服之部分。

不得依上訴聲明之擴張。聲明不服。(四三) 易言之。即第二審判決。未經上訴之部分。

業已確定。毋庸有假執行之宣示也。但就第二審判決。已經上訴之部分。第三審法院依聲請。補行關於假執行之裁判。似又不妨。蓋第三審於此層。亦可據卷宗而先自裁判。

非必須爲事實上之審理也。

尙有第一審通常訴訟程序之規定。於第三審程序。亦間接準用之。(四三〇條) 但與第三審制

度抵觸者。仍不準用。例如準備程序。證據保全程序是也。至於本法第一編總則規定之適用於第三審程序。更不待言。

第六節 上訴之效力

上訴之效力。亦分移審之效力。與停止之效力。移審之效力。即經第二審裁判之事件。繫屬

於第三審之效力也。但未經第二審判決。或雖經判決。而當事人並不以上訴聲明不服之部分。仍無移審之效力。移審之效力。因上訴撤回。及第三審終局判決（即駁回上訴及發回或發交事件之判決）而消滅。至於停止之效力。即停止第二審判決之確定力。及其執行之謂也。此項效力。亦因上訴撤回。及第三審終局判決而消滅。

第三章 抗告程序

抗告者。當事人或其他訴訟關係人。對於下級審未確定之裁定。向上級法院聲明不服。求其廢棄或變更該裁定之行為也。提起抗告之人。曰抗告人。其與抗告人有反對利害關係者。有時雖可指其為相對人。然無被抗告人之名稱。

判決前之裁判。牽涉該判決者。得隨同判決。併受上訴之審判。（四〇二條）（四四八條）前述之矣。然此等裁判。若使上訴審一一調查其是否正當。勢必致訴訟程序。流於複雜甚至歸於無用。例如法院以裁判駁回迴避之聲請。（參照三）（七條）而就本案為終局判決者。若令當事人隨同該判決。一

併聲明不服。則上級審廢棄其裁判時。必致下級審。空費本案之判決程序。故於上訴之外。應使其對於裁判。有特種聲明不服之方法。且裁判多有不屬判決前之裁判。（例如確定費用額之裁判）或雖在判決前。而與該判決不相牽涉。（例如命供擔保之裁判）更有對於第三人所爲。（例如對證人鑑定人書記官執達員代理人所爲之裁判）不得隨同判決聲明不服者。在此等裁定。尤不可無救濟方法。以盡保護私權之手段。而應訴訟關係人之要求。此抗告制度。法律所以別有規定也。

抗告有補充上訴之性質。且有使上訴程序簡易之目的。論其異點。不一而足。（1）上訴通常爲三級審。抗告則除得爲再抗告者外。均爲二級審。（2）上訴由上級法院裁判。抗告則得由原法院或審判長裁判。（四七條）（3）上訴除從參加外。由當事人提起。抗告則第三人提起者頗多。（4）上訴係對於相對人之攻擊。抗告則係對於下級法院或其審判長之抗議。然於上級審廢棄或變更原裁判則二者同也。

抗告有普通抗告。特別抗告。再抗告之分。普通抗告之期間。民訴條例原定十日本法改爲十

四日。(四四五)特別抗告之期間。民訴條例原定五日本法改爲七日。(三七條三三〇)再抗告。則係對於抗告法院之裁定所提起之抗告。其程序依一般抗告之規定辦理。故更包有普通抗告特別抗告在內。

抗告由直接上級法院裁定。(四五)故對於地方法院之裁定抗告者。以該管高等法院爲抗告法院。對於高等法院之裁定抗告者。以最高法院爲抗告法院。至對於最高法院之裁定不得再行抗告但對於其受命推事或受託推事所爲之裁定及其書記官之處分。仍得向最高法院提出異議。(四五)

第一節 抗告之要件

提起抗告應具備左列三種要件。方爲合法。

第一 抗告須爲法律上所應准許。

抗告須由有抗告權者提起之。是爲抗告之主觀條件。且須對於得爲抗告之裁定提起之。是爲

抗告之客觀條件。茲分述於左。

一 抗告之主觀條件、提起抗告。應由訴訟當事人。及有抗告權之第三人。如從參加人

。(五七條) 書記官。執達員。代理人。證人。鑑定人。及應提出證書或勘驗物之人爲之

。(八九條九〇條二九〇條二九八條二九九條三〇三條三〇
一〇條三一一條三三八條三四〇條三四九條三六〇條) 且此等人。提起抗告。以受有利益之

裁判爲要。故非案內之當事人。或雖爲案內當事人。而未經受有裁判者。均不得抗告(

民國六年前大理院抗字一四七號) 又訴訟代理人。代爲抗告時。毋須受特別委任。(六八條)

二 抗告之客觀條件。 抗告應對於裁定爲之。但本法別有規定者。不在此限。(四四條) 所

謂別有規定。卽左列各項之裁定是也。

(1) 受命推事。或受託推事所爲之裁定。對於受命推事。受託推事所爲之裁定。不

得徑行抗告。(四五條) 惟得向受訴法院提起異議。受訴法院就異議爲裁定後。并不得聲

明不服。又受命推事。受託推事所爲之裁定。得由該推事自行撤銷。

(2) 除前款外。本法另設不得抗告。或不得聲明不服明文之裁定。不得抗告之裁定

。即命補正書狀之裁定。(二二)駁回更正聲請之裁定(二二三條)是也。不得聲明不服之裁定。種類頗多。如指定管轄之裁定。(二二)以迴避聲請爲正當之裁定。(三七條)准予救助之裁定。(五一)變更延展期日之裁定。(一六)延展期間及縮短期間之裁定。(一六)以拒却鑑定人爲正當之裁定。(三二)准予保全證據之裁定。(三六)第二審就第一審判決。宣示假執行之裁定。(四二四條)駁回聲請支付命令之裁定(四七)是也。此等裁定。既不許聲明不服。自不得爲抗告。

右列各種裁定。均不得抗告。但依民訴條例。不得抗告者。尙有如左兩種。

(1) 訴訟程序進行中所爲之裁決。(民訴條例五五一條) 此項裁定。不問何種程序。并不問其有無經過言詞辯論。不許抗告。其最著者。如關於指揮訴訟之裁定。倘許抗告。必致訴訟拖累無窮。本法以凡在訴訟程序進行中之裁定。於許抗告者。如駁回聲請迴避之裁定。從參加應否准許之裁定。已有特別規定。則於不許抗告者。毋庸更設明文。

(2) 訴訟事件。終審法院。及訴訟標的金額或價額未逾五十元之事件。第二審法院所

爲之裁決。(民訴條例) 終審判決。不得上訴。第二審判決。依本法四三三條。因上訴所得受之利益。不逾三百元者。亦不得上訴。則屬於該事件之裁定。不得抗告。自不待言。

不得抗告。係不許獨立提起抗告之意。若在判決前之裁定。牽涉該判決者。除法律有不得聲明不服之明文者外。不論其爲法院。或審判長。或受命推事。或受託推事所爲之裁定。仍得隨同判決。受上級法院之審判。(四〇二條)(四四八條)

裁定得以抗告以外之方法。聲明不服。如得以異議(一九四條三〇)(七條四八一條)求撤銷或變更其裁定者。亦不得更爲抗告。

得爲抗告之裁定。不論其曾否抗告。均不得隨同判決。受上級法院之審判。(四〇二條)(四四八條)

抗告如爲法律上所應准許。除具備主觀及客觀條件外。尤須抗告人。未曾捨棄抗告權。或撤回抗告。蓋以前捨棄抗告權。或撤回抗告者。卽喪失其抗告權也。

第二 抗告須遵守法定期間。

提起抗告。應於裁定送達後十四日之不變期間內爲之。(四五)茲析述於左。

一 抗告應於裁定送達後提起。抗告期間。自裁定送達時起算。凡裁定得爲抗告者。不論會否宣示。均應送達。(七二)其送達以裁定正本。依送達程序爲之。(二三)若不以正本送達。或雖以正本。而不依法定程序送達者。均無使抗告期間。開始進行之效力。抗告期間。對於有抗告權之人。各別進行。但從參加之爲輔助當事人提起抗告者。(五八)其抗告期間。以裁定送達於該當事人時提算。

二 抗告應於裁定送達後十四日之不變期間內提起。抗告期間以十四日之不變期間爲準。但本法規定得爲即時抗告者。則期間僅七日。(三七條三二)此項期間。不得延展或縮短。(一六)亦不因程序休止而停止進行。(一八)惟得酌留在途期間(三六)而已。(四條)

提起抗告。必依右列法則行之。方爲合法。但送達前之抗告。亦有效力。(四五三條)所謂送達前之抗告。指裁定已宣示。而尙未送達間所提出之抗告而言。其在不宣示之裁定。不適用之。(參照二二七條)

尙有向抗告法院提出抗告狀。而該法院認爲並非情形急迫。將事件送交原法院或審判長者。雖送交時已逾抗告期間。如其提出抗告書狀在抗告期間內。仍應視爲遵守法定期間之抗告原法院或審判長。不得以爲逾期而駁回之。(四五)

第三 抗告須遵守法定程式。

提起抗告。應提出抗告狀。但左列情形。除用抗告狀外。亦得以言詞爲之。(四五)

一 關於第一審適用簡易程序之事件提起抗告者。其事件不問本來屬於簡易程序。抑由合意而適用簡易程序。(三九三條二項六款)其抗告不問由當事人提起。抑由第三人提起均得以言詞爲之。

二 關於訴訟救助提起抗告者。此即依一一五條規定所提起之抗告也。

三 由證人鑑定人或執有證物之第三人提起抗告者。此即證人鑑定人及執有證物之第三人。依二九〇條二九八條二九九條三〇三條三一〇條三一一條三三八條三四〇條三四九條三六〇條規定所提起之抗告也。

右列三者。事甚簡易。故不問爲初次抗告。爲再抗告。亦不問對於何審級之裁定抗告。均得以言詞。由法院書記官作成筆錄爲之。(二二條)此外之抗告。應以抗告狀提出於爲裁定之原法院。或原審判長。所屬法院。因原法院或審判長。得更正原裁判。或駁回其抗告。使事件可以速結故也。(四五條)但有急迫情形者。亦得徑向抗告法院。提出抗告狀。(但不得以言詞爲之)急迫情形。例如防強制執行之開始是已。然究竟急迫與否。由抗告法院酌量認定。抗告法院。認爲情形急迫者。應即就事件自爲裁判。若認爲並非急迫。則應將抗告事件。送交爲裁定之原法院。或審判長。使其得爲四五七條之處置。並將送交之事通知抗告人。(四五五條首項次項)此項通知不必依送達之程序。

抗告狀之程式如何。本法雖無明文規定。然(1)抗告人。(相對人不必舉出之)(2)原裁定及對該裁定之抗告陳述。(3)對於原裁定之不服程度及請求如何裁判之聲明。自應一一表明。惟表明抗告之陳述。即或誤用上訴之名稱。亦屬無礙。(民國三年前大理院抗字五號)至抗告理由。及關於抗告理由之證據。雖非必要條件。要亦表明爲妥。何也。因抗告事件。原則上不經言詞辯論

。且依當事人書狀之規定。(一一七條以下)亦有表明之必要也。抗告以言詞爲之者。亦應向法院書記官。陳述此等事項。

抗告狀。除表明前述事項外。並須貼相當司法印紙。

抗告狀應於抗告期間內提出。但不提出。而已於期間內。有不服之聲明者。仍應以有抗告論。(民國六年前大理院抗字一五四號)故應提出抗告狀。而未提出者。法院應令其補遞。至提出不合式之抗告狀。或漏貼印紙者。亦應先令補正。俟期滿不補正。然後駁回之。

抗告有對手人者。除原法院或審判長。因抗告不合法。卽予駁回者外。應將抗告狀或代抗告狀之筆錄。送達於對手人。至對手人應否提出答辯狀。則聽其便。

第二節 抗告審之裁判

抗告向爲裁定之原法院。或審判長所屬法院提起。(四五條)或由抗告法院送交(四五條)後。原法院或審判長。應就抗告之形式上及實質上。加以審查。於必要時。得命關係人。以書狀或以

言詞陳述。或命爲任意之言詞辯論。(二二條)並應審酌該關係人。所提出之新事實及新證據。

(四五條)新事實及新證據。指關係人於原裁定前。未經提出。或提出而被駁回。或自行捨棄。或生遲誤效果。致未經原法院或審判長斟酌之事實及證據而言。此項事實及證據。不問爲初次抗告。爲再抗告。均可提出。亦不問其提出。係記明於抗告狀或筆錄。或至以後補行提出。皆可有效。原法院或審判長。審查抗告後。應如左處置之。

一 認抗告爲有理由者。應更正原裁定。(四五七條首項)此項規定。爲期抗告事件。得速終結。

免致送交抗告法院起見。但以不受該裁定之羈束者爲限。申言之。卽原法院或審判長依二二九條但書規定。本得撤銷或變更原裁定者。始得更正也。

二 認抗告已逾期間。或係對於不得抗告之裁定。提起抗告者。應駁回之。(四五七條次項)抗告會否經過不變期間。及原裁定是否得爲抗告。調查較易。且少疑義。故以駁回之權。予諸原法院及審判長。俾得迅速終結抗告事件也。

以上二者。均以裁定爲之。在更正原裁定之裁定。相對人又得抗告。在駁回抗告之裁定。抗

告人更得依一般規定抗告。若原法院或審判長。不爲此等裁定者。應添具理由書。速將抗告事件。(即抗告狀、或筆錄、及相對人提出之書狀。)送交抗告法院。如認抗告法院。有調查訴訟卷宗之必要時。並應將卷宗送交。其應送交抗告法院之卷宗。若爲原法院之訴訟程序所需用者。應自備該卷宗之繕本或節本(四五七條三項四項)送交抗告事件。毋庸通知抗告人。且不問以抗告全無理由。或一部無理由時。均得爲之。

原法院或審判長。未添具理由書者。抗告法院得通知補送。亦得不通知補送。即行裁判。因此項理由書。頗與被告及被上訴人之答辯狀相似也。又原法院或審判長。將抗告事件。送交抗告法院。而未將訴訟卷宗送交。或抗告徑向抗告法院提起。而認爲情形急迫者。抗告法院得通知送交訴訟卷宗。

抗告法院。辦理抗告事件。不問由原法院送交。或係抗告人徑向抗告法院提起。應先調查抗告是否合於程式。未逾期間。及爲法律所應准許。若認抗告不備要件。應以其爲不合法。而爲駁回抗告之裁定。(四五九條首項)但其情形可以補正者。應定期間。命其補正。又若認抗告具備

要件。即應進而調查抗告有無理由。(即原裁定是否正當)此與審理上訴事件同一程序也。抗告法院審查抗告有無理由。雖爲抗告聲明之範圍所限制。然抗告人則得提出新事實及新證據。以爲抗告之資料。其被指定之相對人。亦得提出新事實及新證據。主張原裁定之正當。(四五)故抗告法院。應本於關係人提出之新訴訟資料。及提出於下級審之舊訴訟資料。而就事實上爲調查。以定抗告之有無理由。若認爲有調查證據之必要者。並應依一般規定。自行調查。或使受命推事或受託推事調查。此不獨高等法院以下法院。應如是辦理。即在最高法院。就抗告爲裁判時亦然。茲將抗告法院關於抗告有無理由之裁判。說明於左。

一 抗告法院認抗告爲無理由者。此時抗告雖係合法。應爲駁回抗告之裁定。(四五九)
條首項其裁定之理由。非必與原裁定之理由一致。若認抗告。已於抗告人毫無利益者。雖原裁定未能正當。仍應以抗告爲無理由而駁回之。例如對於駁回聲請程序中止之裁定抗告時。原法院已於抗告中就事件爲終局判決是已。

二 抗告法院認抗告爲有理由者。此時抗告法院。應廢棄原裁定。自爲裁定。或命原法

院或審判長更爲裁定。(四五九條次項)原裁定經廢棄後。究應爲裁定以代之。抑應將事件發回。命原法院或審判長。更爲裁定。由抗告法院。酌量情形辦理。大抵抗告事件。已可爲裁定者。以自行裁定爲妥。若尙須行其他程序。例如原裁定。尙未爲實質上之調查者。則以發回爲妥也。惟抗告法院。自爲裁定時。有祇須廢棄原裁定。已可達抗告之目的。毋庸另行裁定以代之者。例如證人鑑定人。對於科罰鍰之裁定。提起抗告時是也。又抗告法院。將抗告事件發回時。對原法院或審判長於受發回後所更爲之裁定。仍得提起抗告。不得謂爲再抗告。因該裁定係以原法院或審判長之名義所爲。並非抗告法院之裁定也。

抗告法院。因抗告不合法。或無理由。所爲駁回之裁定。應附理由。(二二八條)並應爲抗告費用之裁判。然因抗告有理由。而廢棄原裁定之裁定。以相對人有爭執時爲限。應附理由。(二二八條)至抗告費用。則不論有無爭執。應作爲訴訟總費用之一部。不應於該裁定中裁判之。但其裁定。如係終結本案。(例如更正判決之裁定是)或終結與本案無涉之爭點(例如關於訴訟

擔保之裁定是)者。除將事件發回外。應就抗告費用爲裁判。(九六)

抗告法院之裁定。不問其種類若何。均得不經言詞辯論爲之。但於裁定前。仍得命關係人以書狀或以言詞陳述。並得命爲言詞辯論。(二二) (五條) 惟關係人之陳述。不論以書狀。或以言詞。均非其義務。故違法院之命而陳述者。固得以其陳述事項。爲抗告之資料。如不爲陳述。亦不生遲誤之效果。至命爲言詞辯論時。雖得傳喚抗告人。及其相對人到場。然此究係任意之言詞辯論。即使一造不到場。或到場不爲辯論。抗告法院。仍得專據他造之陳述。並書狀內之資料。而爲裁定。且即兩造均不到場。亦不休止訴訟程序。蓋抗告法院。原有終結抗告事件之任務也。

關於抗告之裁定。經言詞辯論者。應宣示之。不經言詞辯論者。毋庸宣示。但應送達。其已宣示之裁定。得爲再抗告者。亦應送達於關係人。(二二六條) (二二七條)

抗告法院爲裁定後。不問爲駁回抗告之裁定。抑爲廢棄原裁定。而自爲裁判。或將事件發回之裁定。亦不問其裁定。是否得爲再抗告。書記官應速將該裁定正本。附入卷宗。送交原法

院。或原審判長所屬法院。蓋俾下級審得知原裁定。是否可以執行也。此項程序。於抗告事件之非因裁定而終結者（例如抗告撤回）準用之。（四六〇條）

第三節 再抗告

抗告事件。除由原法院或審判長。依四五七條首項及次項規定。更正原裁定。或駁回抗告。未將事件送交抗告法院外。均由直接上級法院裁定。（四五條）直接上級法院。即與原法院。或原審判長所屬法院。有從屬關係之法院是也。抗告程序。採二級審制。故對於抗告法院之裁定。再為抗告。民訴條例與本法。均有限制。民訴條例五五四條。以抗告為不合法而駁斥之。或以抗告為有理由而變更原裁決者。得再為抗告。其以抗告為無理由而駁斥之者則否。本法四五二條。必以違背法令為理由。始得再為抗告。所謂違背法令。如抗告法院組織不合法。其裁定即違背訴訟程序之規定。自不能剝奪關係人訴訟上之權利。而不許再抗告也。至再抗告法院。就再抗告所為之裁定。不問內容如何。不得更為抗告。與第三審判決不得更行上

訴同。

第四節 抗告之效力

提起抗告。有二種效力。即移審之效力。與停止之效力是也。分述於次。

一 移審之效力。提起抗告。非即生移審之效力。必待原法院或審判長。認抗告爲無理由。將事件送交抗告法院辦理。方可發生。又因情形急迫。徑向抗告法院提出抗告狀者。亦必待抗告法院。認爲真正急迫時。方生移審之效力。移審之效力發生後。原法院或審判長。業經裁判之訴訟事件。繫屬於抗告法院。然抗告法院之審理。應於抗告聲明之範圍內爲之。故抗告人對原裁定一部聲明不服者。祇就該部分。審查原裁判。是否正當。其未經聲明不服部分。不得變更原裁判。至移審效力之消滅原因有二。一撤回抗告。二抗告法院之裁定確定是也。

二 停止之效力。停止之效力。即停止原裁定確定及執行之效力也。凡裁定之不得抗告

者。即時確定。其得抗告者。俟抗告期間屆滿時確定。然於此期間內。有抗告者。則阻其確定。所謂停止原裁定確定之效力是也。此項效力。至抗告人撤回抗告。或抗告法院之裁判確定。則歸於消滅矣。抑抗告事件。多涉訴訟程序。雖於抗告程序終結前。照原裁定執行。而身受之者。亦不致有不可回復之損害。故提起抗告。雖得停止原裁定之確定。而無停止執行之效力。但法律有特別規定。如二九〇條二九八條二九九條三〇三條三一一條。認抗告有停止執行之效力者。不在此限。(四五八條首項)惟其停止執行之效力。因抗告之提起而生。故在抗告提起前。仍得執行。

停止執行。以法律有特別規定者為限。似於保護利害關係人之道。仍未周至。故即抗告無停止執行之效力者。原法院或審判長。得於抗告法院之裁定前。停止原裁定之執行。又抗告法院。亦得於裁定前。停止原裁定之執行。或為其他必要之處分。(四一八條次項末項)此等情形。由法院或審判長。以裁定行之。此等裁定。並無假處分之性質。(四九八條五〇四條)故不服該裁定者。得依一般之規定。提起抗告。(四四九條)

第四編 再審程序

於裁判確定後。再開訴訟程序而審理者。謂之再審。蓋民事訴訟。本採一事不再理之原則。願絕對採此原則。則訴訟程序。或判決基礎。有重大瑕疵者。將無救濟之途。而保護私權之目的。仍未能達。此法律所以於一事不再理之原則外。更設再審制度也。

再審之訴。雖通常對確定判決提起。但對於得為即時抗告之裁定。已經確定。而有再審之原因者。亦許其聲請再審。(四七)
(二條)

再審之訴。因訴訟程序。有重大瑕疵而提起者。即四六一條第一款至第三款情形是。因判決基礎。有重大瑕疵而提起者。即同條第四款至第十款情形是。

當事人得同時提起數宗再審之訴。然不得以再審之訴。合併於他訴而提起。又再審相對人。亦得獨立提起再審之訴。然不得以再審之訴。作為反訴提起。亦不得為附帶再審之訴。但至再開本案辯論時。仍得對於原有之訴。提起反訴。

再審之訴。應由受原判決之當事人提起。至案外之第三人。本不得對於他人間之確定判決。聲請再審。但該確定判決。若係出於原被告之通謀。故意敗訴。或以詐害第三人之債權者。即應準用再審制度。許第三人提起再審之訴。是曰準再審。(第三人如於判決確定前起訴。則曰主參加。)準用再審之制。日本民訴法曾有規定。我國附大理院歷來判例亦認之。(民國三年抗字三一號四年聲字四一號六年上字四九一號)今本法不採此制。然則具有準再審情形者。惟有提起執行異議之訴而已。

對確定判決。請求救濟者。尚有追復遲誤之一法。惟追復遲誤。係追復不變期間。其目的與原因及期間。均與再審之訴不同。(參照一六五條)

判決不論有何瑕疵。並非當然無效。此證之上訴再審等規定。而自明者也。但其性質上應認為無效。或經明文規定為無效者。不在此限。性質上應認為無效者。例如判決命其為絕對不可能之事項。或以無當事人能力之人為當事人是。經明文規定為無效者。例如法院就權限外之事件。所為判決。或對法律上毫無關係之第三人。所為判決是。此等判決。自始即不生何

等效力。

普通訴訟程序。除本編有特別規定外。於再審之訴訟程序。準用之。(四七〇條)再審之訴訟程序。包括提起再審之訴。及其後之一切程序而言。普通訴訟程序。指就再審。可為辯論及裁判之法院之訴訟程序規定而言。故再審之訴。由第一審或第二審管轄者。應經言詞辯論。內第三審管轄者。得依書狀審理。又確定判決。成立於普通程序者。再審程序。應依管轄再審之法院之普通程序規定。確定判決。成立於特別程序者。再審程序。應依管轄再審之法院之特別程序規定。但前者不問本案辯論。或就再審之訴。是否合法。及有無再審理由之辯論。均依普通程序辦理。後者則惟於本案之審理。應依特別訴訟程序規定。而關於再審之訴。是否合法。及有無再審理由之審理則否。茲將再審程序之特別規定。分述於左。

第一章 再審之要件

再審之訴。除應具備一般訴訟要件外。並須具備左列要件。

第四編 再審程序 第一章 再審之要件

第一 再審之訴。須爲法律上所應准許。

再審之訴。應由有再審訴權之人。對於應爲再審被告之人提起之。是爲再審之訴之主觀條件。又須對於確定判決提起之。是爲再審之訴之客觀條件。試分述之。

一 再審之訴之主觀條件。再審之訴。應由受原判決之當事人。法定代理人。及其繼承人（包括特定繼承人一般繼承人而言）提起之。（民國三年前大理院上字九二三號及四年聲字四一號）其由共同訴訟人。提起再審之訴者。在通常共同訴訟人。得分別提起。在必要共同訴訟人。則非共同不得提起。要之提起再審之訴。必須主張自己受有不利之原裁判。又由訴訟代理人。提起再審之訴。以曾受特別委任爲必要。（六八）條至從參加人。則無提起再審之訴權。蓋再審之訴。爲聲明不服之一種非常手段。且係一種新訴。故原訴訟之從參加人。不能行使此權也。

應爲再審被告之人。即受原判決之他造當事人。及其繼承人是也。

二 再審之訴之客觀條件。再審之訴。須對確定之終局判決提起之。（四六）條凡判決業已

確定。且又終局者。不問爲全部判決。或一部判決。爲對席判決。或一造辯論之判決。亦不問爲何審級之判決。皆可對之提起再審之訴。判決法院。或下級法院。在終局判決前所爲之裁判。爲該判決之基礎。而有再審之事由者。其裁判不問爲判決。或裁定。亦不問是否可以抗告。或是否不得聲明不服。均得本此事由。對於判決。提起再審之訴。

(四六)
二條

再審之訴。如不以左列各款情形之一。爲訴之理由。則雖對於確定之終局判決提起。仍不得謂爲合法。(四六)
一條

1 判決法院之組織不合法者。

2 依法律或裁判。應迴避之推事。參與裁判者。

3 當事人之訴訟代理不合法者。

右三者在判決確定前。得爲上訴理由。前已述矣。(四三)
六條)茲不贅。

4 參與裁判之推事。關於該訴訟。違背職務。犯刑事上之罪者。推事之犯罪。例如

就前訴訟收受賄賂。或偽造公文書是也。此項犯罪行為。不問他造有無知情。均得爲再審理由。但推事僅有應付懲戒之行為者。不在其內。

5 當事人之代理人。或他造。及其代理人。對於訴訟。有刑事上應罰之行為。影響於判決者。代理人。不僅指法定代理人。訴訟代理人而言。即特別代理人。亦在內。刑事上應罰行為。例如於前訴訟偽造文書。或教唆證人爲偽證。及脅迫他造爲自認捨棄等是已。當事人自己之代理人。或相對人。或其代理人。有此行為者。皆應許爲再審之訴。但其行爲與判決無涉者。不在此限。

6 爲判決基礎之證物。係偽造或變造者。此種證物。不問係由何人提出。並不問爲物件。或公私文書。其偽造變造。不問由他造所爲。或第三人所爲。亦不問舉證人知情與否。總之爲判決基礎之證物。日後發見其係偽造或變造者。皆得爲再審理由。但該判決。若係以當事人之自認爲惟一基礎。則雖相對人所持證物。確係偽造。亦不足爲聲請再審之原因。

7 證人、鑑定人、或通譯。就爲判決基礎之證言、鑑定、或通譯。被處僞證之刑者。證人、鑑定人、通譯。有虛僞之陳述者。不問其本自己之意思。或因相對人之授意而爲陳述。或由法院依職權訊問而爲陳述。皆得爲再審理由。但須具二要件。卽(1)其人已被處僞證之刑。(2)其虛僞之陳述。已爲判決基礎是也。

8 爲判決基礎之刑事上判決。及其他裁判。依其後之確定判決。已變更者。刑事判決。不問其能否拘束民事裁判。苟民事審判官。依自由心證。採用刑事判決。爲民事判決之基礎者。其後刑事判決。若因上訴或再審(刑事再審)致被變更。則於民事判決。許爲再審。自覺正當。且可免審判之抵觸也。其他裁判。指商事民事之非訟事件。及行政訴訟而言。

9 當事人發見就同一訴訟標的。在前已有確定判決。或和解。或得使用該判決或和解者。發見云者。謂於前訴訟。不知從前已有確定判決或和解。至前訴訟之判決確定後始知也。得使用之云者。謂在前訴訟。雖知從前已有確定判決或和解。而因相對人

之詐術。或事實上之重大障礙。致不能利用。至前訴訟之判決確定後。始得利用之也。凡同一訴訟標的。其從前已有確定判決或和解。經當事人於原判決確定後。發見或得使用之者。不問原當事人。或原判決之確定力所及之人。(三九一條)均得對原判決。提起再審之訴。例如被繼承人。受借款償還之訴。提出抗辯。而得勝訴判決。於該判決確定後。其繼承人更受借款償還之訴。因不知從前之勝訴。致受敗訴判決。而於此判決確定後。發見從前之勝訴判決者。即得爲再審之理由是也。惟其所發見或得使用之者。如爲外國之確定判決。則必該判決。因我國有既判力而後可。(三九二條)

10 當事人發見在裁判上。可受利益之新證物。或得使用該證物者。發見云者。謂在前訴訟。不知有此證物。至原判決確定後始知也。得使用之云者。謂在前訴訟。雖知有此證物。因相對人或第三人之行爲。或其他障礙。致不能提出。至原判決確定後。始能提出也。當事人於原判決確定後。始發見新證物或得使用之者。即得對原判決。提起再審之訴。但以在裁判上可受利益者爲要。故其證物如在前訴訟已認爲不必要。

或不足以證明原判決之基礎事實。或至前訴訟程序終結後。始發生此項證物或僅證明前訴訟程序終結後新發生之事實者。均不得以爲再審理由。又民訴條例五六八條十二款。當事人發見未經斟酌之證據。得爲再審理由。所謂未經斟酌。卽會主張而未經審酌之證據亦屬之。(前大理院判例亦如此)所謂證據。卽證人亦包含在內。本法刪去未經斟酌一語。則曾經主張之證物。不許聲請再審。且改證據爲證物。則除物證書證而外。人證不在其內。此可減省無數糾紛也。

再審之訴。以右列各項情形之一爲理由者。可稱合法。但祇須主張有此情形已足。至其情形是否屬實。則爲關於再審之訴有無理由之問題。

再審之訴。雖係主張右列各項情形爲理由。更須受左列之限制。蓋法律於再審之訴。規定甚嚴。不容當事人輕易動搖確定判決之效力也。

甲 右列各款情形。當事人已依上訴。主張其事由。或知其事由。而不爲主張者。不得提起再審之訴。(四六一條
首項但書) 例如第十款情形。當事人已依上訴將證物提出或早知有

此證物。而於前訴訟之言詞辯論或上訴時。已可主張。而不主張者。不得更爲再審之訴是也。其因自己或繼承人過失。致證物遺失。不能早爲主張者。亦然。然因證物爲相對人、或第三人所執。不能在前訴訟提出。至聲請再審時。又能證明爲相對人、或第三人所執之事由者。雖不卽行提出。法院應爲相當處置。不得駁回其聲請。(國民

六年前大理院
抗字三一號)

乙 右列四至七各款情形。若非宣告有罪之判決已確定。或其刑事訴訟。非因證據不足

以外之理由。不能開始或續行者。不得提起再審之訴。(四六一條次項) 例如第四款情形。

推事犯刑事上之受賄罪。尙無有罪之判決。或雖經判決。而尙未確定者。不得提起再審之訴是也。據證不足以外之理由。指犯人死亡、大赦、或時效等情形而言。因此等情形。致刑事訴訟不能開始、或續行者。雖有犯罪之事實。亦決不能有刑事判決。故許其本於犯罪事實。提起再審之訴。若因證據欠缺。致檢察官不提起公訴。或刑事法院。爲無罪之判決者。不得提起之。

再審之訴。如爲法律所准許。除具備右述主觀及客觀條件外。尙須當事人。未曾捨棄再審訴權。或撤回再審之訴。此層俟次節說明。應參看。

第二 再審之訴。須遵守法定期間。

再審之訴。應自判決確定時起。三十日之不變期間內提起之。(四六四條)析述於左。

一 再審之訴。須於三十日之不變期間內提起。再審期間。定爲三十日。且係不變期間

。故不得延展或縮短。(一六四條)亦不因程序休止而停止進行。(一八三條)惟得酌留在途期間而

已。(一六三條)

二 再審之訴。應自判決確定時起。三十日之不變期間內提起。再審期間。自判決確定

時起算。故當事人於判決確定前。已知有再審事由。或得主張者。須俟判決確定。方可

提起再審之訴。但以前訴訟。已將事由於辯論中。或上訴中主張。或本可主張。而因自

己過失。未爲主張者。仍不得提起之。(四六一條首項但書)至其事由。於判決確定後。始發生。

或當事人於判決確定後。始知悉者。其再審期間。自發生或知悉時起算。(四六四條次項)故當

事人。應自此時始。於三十日之不變期間內。提起再審之訴。所謂知再審事由。必須有確實之根據。例如以推事犯受賄罪。爲再審理由者。須確知其犯罪事實。且已知宣示有罪之判決確定是也。所謂得主張之者。卽從前雖知有再審理由。而不能主張。至判決確定後。始得主張之意。例如已知新文書之內容。而因在第三人手中。不能使用。至判決確定後。始得利用此項文書是也。

不問當事人。何時知有再審理由。或得主張之。若自判決確定後。已逾五年者。雖未逾再審期間。亦不得提起再審之訴。因恐訴訟關係。永不確定也。所謂五年。係預定期間。不因中斷中止等事由而停止進行。但以當事人於訴訟。未經合法代理。爲再審理由者。雖判決確定後。已逾五年。仍許其於再審期間內。提起再審之訴。(四六四條三項)蓋有此等情形者。往往於五年後。始知再審理由。自不可不特別保護之也。

再審之訴。依右期間提起者。方爲合法。若在判決確定前。不得提起。此點與上訴得提起於

上訴期間開始者不同。(四〇四條四三三條)

第三 再審之訴。須遵守法定程式。

提起再審之訴。應以訴狀表明左列各款事項。提出於管轄法院爲之。（四六）
（五條）

一 當事人或法定代理人。即原告及被告是也。若爲共同訴訟人。亦須一一表明。

二 聲明不服之判決。及提起再審之訴之陳述。所以必表明原判決。爲使法院得查考有無管轄權。並該判決。是否可爲再審起見。但不必黏附。或記載全文。祇須表明其爲如何判決已足。至提起再審之訴之陳述。祇須實際足知其爲此訴。即誤用名稱。亦屬無礙

。（民國四年前大理院上字三〇四號）

三 請求廢棄原判決。及就本案如何判決之聲明。法院審理再審之訴。亦應本於不干涉主義。依聲明之範圍內爲之。故應將本款表明。

四 再審之理由。再審理由。即四六一條各款所揭情形是也。

右列四者。是爲再審訴狀之要件。以訴狀表明右列四者。向法院提出。是爲再審之訴之法定程式。雖依簡易程序。提起再審之訴者。亦應如此辦理。不得以言詞爲之。但再審之訴

。如有變更追加。應依二四五條以下辦理。

再審訴狀。亦具有準備書狀之性質。故除表明右列四者外。應併記明準備本案言詞辯論之事項。(四六五條次項)此外尚應依一一七條以下之一般規定。由當事人及代理人簽名按指印或蓋章。並添具其所引用之文書。惟此等事項。並非訴狀之要件。縱有違背。亦與起訴之效力無關。且原告於本案。亦非必因此受特別之不利益。

再審訴狀。除應遵守本法四六五條所定程式外。更應貼相當之司法印紙。方為合法。如有未貼或貼不足額者。法院應令其補貼。

第四 再審之訴。應提起於有管轄權之法院。

再審之訴。專屬為判決之原法院管轄。但(1)對同一事件之第一審及第二審判決。同時聲明不服。(2)對於第三審法院之判決。本於第四六一條第六款至第十款事由。聲明不服者。專屬原第二審法院管轄(四六三條)。依此規定。故再審之管轄法院。不能一定。茲分述於左。但均係專屬管轄。不許當事人以合意變更之。此應注意者。

一 對未經上訴之第一審確定判決。或未經抗告之第一審所爲待爲即時抗告之裁定而確定者。提起再審之訴。由原第一審法院管轄。

二 對第二審之判決。或得爲即時抗告之裁定。提起再審之訴者。其管轄應分別如左。

(1) 第二審法院因上訴不合法而爲駁回之裁定者。如就本案。主張再審理由。應由第一審法院管轄。如就駁回上訴。主張再審理由。應由第二審法院管轄。但對第一審及第二審法院。同時提起再審之訴者。不問其再審理由。是否相同。應由第二審法院管轄。因時間勞費既可省。而裁判又可不致抵觸也。

(2) 第二審法院以上訴無理由。而爲駁回之判決。或以爲有理由。而廢棄原裁判者。再審之訴。應由第二審法院管轄。至第一審判決。有一部未經上訴時。對於該部分之再審之訴。本應由第一審法院管轄。但對第一審判決一部。及第二審判決一部。同時提起再審之訴者。應由第二審法院管轄。仍與前款情形同。

(3) 對第二審之發回判決。提起再審之訴。由第二審管轄。對於第一審之更審判決。

提起再審之訴者。由第一審管轄。但對於兩判決。同時提起再審之訴時。不問再審理由相同與否。應由第二審管轄。與前二款情形亦同。

三 對第三審之判決或裁定。提起再審之訴者。其管轄應分別如左。

(1) 第三審以上訴不合法。而為駁回之裁定者。如就本案。主張再審理由。應由第二審管轄。如就駁回上訴。主張再審理由。應由第三審管轄。與第二審駁回上訴時。同一情形。至對於第二審及第三審判決。同時提起再審之訴者。應由何審級管轄。並無特別明文。故該兩訴。似應由兩審法院分別辦理。

(2) 第三審以上訴無理由。而為駁回之判決者。再審之訴。應由第三審管轄。但原第二審判決。有再審理由時。亦得向該第二審法院。獨立提起再審之訴。至對於第二審及第三審判決。同時提起再審之訴者。其管轄與前款說明同。

(3) 對第三審之發回或發交判決。提起再審之訴者。由第三審管轄。對第二審受發回或發交後之更審判決。提起再審之訴者。由第二審管轄。至對於兩判決。同時提起再

審之訴者。其管轄亦與前二款說明同。

(4) 對第三審就事件自爲之判決。提起再審之訴。應由該第三審管轄。但其訴若以四六一條第六款至第十款情形爲理由者。應由原第二審管轄。因第三審判決。係以第二審所確定之事實爲標準也。至再審理由。係主張四六一條其他各款情形。則均由第三審管轄。

以上所述再審要件。法院如認爲有欠缺。卽屬不合法。或顯無再審理由者。應以裁定駁回之。(四六六條)但雖有理由。法院如認原判決爲正當者。亦應以判決駁回之。(四六七條)

第二章 再審訴權之捨棄及再審之訴之撤回

再審訴權。可分形式上與實體上二種。形式上再審訴權。卽原告就自己主張之再審理由。請求法院審查之權利。實體上再審訴權。乃請求法院廢棄確定判決之權利。此二者。其喪失之原因。亦有二。卽不變期間之經過。及訴權之捨棄是也。因經過不變期間喪失再審訴權者。

第四編再審程序第二章再審訴權之捨棄及再審之訴之撤回五四五

徵諸四六四條。即可明瞭。至捨棄再審訴權。是否爲訴權喪失之原因。應以再審訴權。是否可以捨棄爲斷。查捨棄再審訴權一層。本法並無明文規定。惟就學理上而論。凡民事訴權。均可捨棄。決無再審訴權。不得捨棄之理。不過於原判決宣示或送達前。單純捨棄。或附有條件而捨棄者。應無效力。因此種意思表示。實甘受不法之審判。而大背公益之規定也。然於原判決宣示。或送達後。知有再審理由。而捨棄者。如具備捨棄三要件。（見第三編第一章第二節）則雖在該判決確定前。亦屬有效。故再審訴權。因而喪失。如更以同一理由。提起再審之訴者。應認爲不合法而駁回之。查前大理院判例。關於業經捨棄上訴權之訴爭部分。不得復行聲請再審。（民國四年抗字一一九號）然則再審訴權。亦有因上訴權之捨棄。而受影響者矣。

再審訴權。捨棄於起訴後者。是爲撤回再審之訴。撤回再審之訴。是否爲訴權喪失之原因。雖學者見解不同。然確定判決。不可輕易動搖。當事人既已撤回再審之訴。自應有使再審訴權喪失之效力。不許更行提起。但撤回應否得被告同意。仍依訴撤回之規定爲宜。（參照二五二條）

第三章 再審之辯論

第一 言詞辯論期日之指定。

再審之訴。由原第一審、或第二審法院管轄者。關於該訴之判決。本應經言詞辯論爲之。（四七〇條）然法院如認再審之訴不合法。或顯無再審理由者。除其情形得命補正者外。應不開言詞辯論。卽以裁定駁回之。（四六六條）所謂顯無再審理由。指原告所主張之四六一條各款情形不實在。且有同條首項但書之情形。或不合於同條次項之規定而言。若原告並不以同條各款情形爲理由。祇稱再審之訴不合法。

右述規定。爲節省時間勞費起見。故辯論既可不開。訴狀及傳票。亦毋庸送達。若在獨任制法院。並得由獨任推事駁回再審之訴。然法院如就再審之訴是否合法。及有無再審理由。認爲須開辯論時。得與本案之辯論同時行之。被告不得主張再審之訴不合法。或無理由。藉以拒絕本案之辯論。但法院亦得於本案辯論前。命先爲關於再審之訴。是否合法。及有無理由

之辯論。且得命最先爲關於再審之訴。是否合法之辯論。(四六八條次項)

法院認再審之訴合法。且有理由。或依其他理由。認爲應開辯論者。審判長應定言詞辯論期日。並應由法院書記官。作傳票。送達於原告。且將訴狀繕本與傳票。一併送達於被告。其就審期間。至少應留十日。在簡易程序。則至少應留三日。但遇有急迫情形。或被告居住法院所在地者。得留較短之就審期間。(四七〇條一五七條一五八條二四二條三九六條) 被告受送達後。應即提出答辯狀

。(四七〇條二五五條) 然在簡易程序。毋庸提出。(四七〇條三九八條)

再審之訴。由第三審法院管轄者。關於該訴之判決。本不經言詞辯論爲之。(四七〇條四四〇條) 故其訴如不合法。或顯無再審理由者。法院得即爲駁回之裁定。(四六條) 如其訴合法。且有再審理由。審判長得定期日。命被上訴人提出答辯狀。(四七〇條四三九條)

第二 言詞辯論之程式。

關於再審之辯論。可分三級。卽關於再審之訴。是否合法之辯論。關於有無再審理由之辯論。及本案之辯論是也。關於再審之訴。是否合法之辯論。爲審查再審要件有無欠缺起見。若

法院認該要件。並無欠缺者。應就有無再審理由一層。更爲辯論。有無再審理由。係指原告所主張之四六一條各款情形。是否屬實而言。屢述之矣。法院若以爲有再審理由者。應進而就原判決如何廢棄。及就本案應爲如何裁判之處。更爲辯論。所謂本案之辯論是也。本案之辯論中。當事人得提出新攻擊防禦方法。(但在第三審不在此限)及依一般規定。爲訴之變更追加。或提起反訴。且得爲自認、捨棄、認諾等行爲。惟是本案之辯論。以有再審理由之部分爲限。(四六八條首項)故當事人提出新訴訟資料。應限於該部分爲之。其前訴訟程序。與再審理由無關者。不因新訴訟資料而受影響。例如當事人在前訴訟程序。所爲之自認、捨棄、或認諾。其因他造脅迫所爲之部分。(參照四六一條第五款)應廢棄之。其以外之部分。則仍繼續有效是也。此外辯論程式。應依一般規定。

再審之訴。由第三審法院管轄者。本可不開辯論。亦不調查事實。然第三審法院。因定再審之訴。是否合法。及有無再審理由。於必要時。仍應審判所爭之事實。(四六九條)因關於再審之訴。是否合法。及有無再審理由之爭點。非調查再審原因之事實。不能從事於裁判也。但關

於本案之程序。或將事件。發回、或發交。或自爲判決。或自行斟酌事實。仍依第三審程序之普通規定辦理。(參照四四二條以下)

第四章 再審之裁判

管轄再審之法院。應調查再審之訴。是否合於程式。未逾期間。及爲法律上所應准許。並有無再審之理由。爲此項調查時。即使被告不到場。或到場不爲辯論者。亦必行此程序。且不得對於被告遽爲一造辯論之判決。俟調查後。認再審之訴不合法。即再審要件有欠缺者。應以裁定駁回之。其認爲合法者。應進而審查再審理由之有無。若無再審理由。仍以裁定駁回之。若認爲既合法。且有理由。則廢棄原判決。更進而入於本案之程序。其廢棄原判決得先以中間判決爲之。(三七五條)亦得宣示於本案之終局判決理由中。

法院行本案之程序時。如認事件可爲裁判。應爲本案之終局判決。此項判決。以有再審理由之部分爲限。(四六八條首項)故再審理由。涉於訴訟全部者。應就全部爲裁判。再審理由。祇關訴

訟一部者。應限於該部爲裁判。例如在前訴訟。於原告起訴。已無合法之代理。則應廢棄全部程序。而爲駁回原告之訴之終局判決。若祇就調查證據。或準備程序之部分。未經合法代理。則應廢棄該部分之程序。而承認其他訴訟程序之效力也。本案之終局判決。無論與原判決之內容。是否相同。均應廢棄原判決。另爲新判決以代之。即使內容相同。亦不應爲維持原判決之宣示。又變更原判決。致不利益於再審原告者。非相對人對於同一確定判決。亦獨立提起再審之訴時。不得爲之。

再審之訴被駁回者。訴訟費用。應由原告負擔。若因其訴合法且有理由。而廢棄原判決者。應依八一條以下之規定。於新判決。就新舊兩訴訟總費用裁判之。

關於再審之訴之判決。尙有特別規定如左。

- 一 得依一般規定。提起上訴。(四七條)再審之訴。準用普通訴訟程序。故關於再審之訴之判決。不問其種類如何。內容如何。應准當事人對之提起上訴也。但其判決。須係得爲上訴之判決。自不待言。(四〇一條)故再審判決。係第三審所爲。或與其他不許上訴之

判決相當者。皆不得上訴。

二 於起訴前。第三人以善意取得之權利。無影響。(四七) 一條再審法院。廢棄原判決者。其效力溯及既往。而第三人亦有時受影響。設無保護之道。不免害法律生活之安全。此法律所以規定再審之訴之判決。不影響於第三人取得之權利也。惟第三人受此保護。以其權利係善意取得。且取得在提起再審之訴前為要件。例如甲乙因土地所有權涉訟。經判決歸乙所有。嗣丙於該判決確定後。甲提起再審之訴前。以善意自乙買受該土地時。雖再審法院。廢棄原判決。認為甲所有。甲亦不能向丙請求土地之返還是已。但甲得向乙請求損害賠償。自不待言。

三 再審之訴之判決。業經確定。如有再審理由者。當事人得對於該判決。更提起再審之訴。(民國四年前大理院上字八六八號)

第五章 再審之效力

再審之訴。與上訴不同。故上訴審之移審效力。與停止效力。於再審均無適用。惟其不生移審效力。故原管轄法院。認再審之訴合法。且有再審理由者。應由該法院。就其訴為辯論及裁判。且經原判決之訴訟標的。亦另生訴訟拘束。其訴訟拘束之效力。尤與一般情形無異。惟其不生停止效力。故原確定判決。不因提起再審之訴。而停止執行。不過當事人提出確實保證。或法院認為必要時。得命將執行停止而已。（民事訴訟執行規則第五條民國四年前大理院抗字一七二號四年聲字二四號）

【注意】 本法再審編。與民訴條例大不同者有二。（1）依民訴條例。再審之訴。僅為對於確定判決聲明不服之方法。其已確定之判決。如有再審之原因。祇能於提起再審之訴之不變期限內。提起抗告。所謂再審抗告是也。（民訴條例五五五條次項）再審抗告。同屬抗告之性質。應依抗告之一般規定辦理。本法則於得為即時抗告之裁定。已經確定。而有再審之原因者。亦許其聲請再審。故抗告程序內。刪除再審抗告。（2）依民訴條例。訴訟上之和解。得聲請再審。本法不採用之。蓋本法四六一條各款情形。除三款外。其餘於訴訟上之和解。均不適用。且此後民訴之趨勢。和

解必日多一日。而訴訟上之和解。亦不能無被詐欺強迫。及因錯誤而成立者。故應另謀聲明不服之方法。非可僅依再審。以資救濟也。

第五編 特別訴訟程序

民事訴訟有廣狹二義。德日民訴法取廣義。而本法則取狹義。前第一編已詳述之矣。惟是狹義之民事訴訟。更分普通訴訟程序。與特別訴訟程序。普通訴訟程序。即前第二編至第四編所述第一審程序內之通常訴訟程序。與簡易訴訟程序。及上訴審程序。抗告程序再審程序是也。至特別訴訟程序。依本法規定。計分左列四種。

一 督促程序。

二 保全程序。

三 公示催告程序。

四 人事訴訟程序。

右列各種程序中。如保全程序。公示催告程序。及人事訴訟程序中之禁治產事件程序。宣告死亡事件程序等。其性質係非訟事件。非屬民事訴訟。特以民事訴訟法之一般規定。亦適用

或準用於此等程序。故本法一併規定之。

特別訴訟程序。有較普通程序簡易者。如督促程序是。亦有較普通程序慎重者。爲人事訴訟程序中之婚姻事件程序。親子關係事件程序是。

民訴條例。特別訴訟程序。尙有證書訴訟程序。與嗣續事件程序。我國要式證書。現不發達。證書訴訟。不及普通民事千分之一。且此種訴訟。原告既可隨時變更爲普通訴訟。法院之保留判決。被告亦可用普通訴訟。主張其權利。結果有名無實。徒因程序複雜。使當事人與法院均感不便而已。故本法刪除證書訴訟程序。如持有證書者。按照督促程序辦理。不患權利之不易實行也。又民法繼承編。不承認宗祧繼承。所明定者。惟遺產繼承。而遺產繼承之爭執。儘可用普通程序。故本法將嗣續事件程序。亦刪除之。

第一章 督促程序

督促程序云者。僅因債權人之聲請。本於書狀審理。使該債權人速得債務名義所用之特別訴

訟程序也。蓋債權債務之關係。債務人常有自承其債務。而任意不履行。或因無資力致不能履行者。在此情形。因債務人既已自承。毋庸更仰司法機關之判決。又因債務人自承而不履行。仍有實施執行之必要。故與其使債權人依普通程序起訴。徒費時間勞力及費用。不如使債權人依特別簡易方法。以速收實行權利之效果。此督促程序之所由設也。

督促程序。本無強行之性質。債權人之請求。得依督促程序主張者。亦得依普通程序而起訴。且債權人即依督促程序主張權利。如債務人對支付命令於法定時期提出合法之異議。則視開始督促程序之聲請與起訴同。(四百五條)

普通訴訟程序。必須經過言詞辯論。使兩造互盡攻擊防禦之能事。乃能判決。在督促程序則不然。即有時訊問當事人。其目的不在辯論事項。而在補充書狀內記載之不明確或不完備。亦非普通程序之言詞辯論所可比也。

在普通程序中之當事人。稱爲原告被告。在督促程序中之當事人。權利義務關係。較爲明確。故不稱爲原告被告。而徑稱爲債權人或債務人。

督促程序本與普通程序不同。但關於普通程序之規定。不與督促程序抵觸者。於督促程序準用之。至本法第一編總則規定之可以適用更無疑義。

第一節 督促程序之要件

債權人依督促程序聲請發支付命令者。除應具備訴訟之一般要件（見第一編第一部第一二章外。並應具備左列特別要件。（四七三條至四七六條）

一 其請求須關於給付一定數量之可代替物或有價證券者。可代替物謂於一般法律行為得
以同種類同品質者互相代之有體動產。例如金錢穀米油鹽等類是也。有價證券。謂有
市場價格且非占有不能行使權利之證券。例如股票公債票之類是也。一定數量。非必指
明全數量幾何。即由某數量而可推知其全數量者亦謂之一定數量。凡債權人之請求。如
關於給付可代替物或有價證券。且其數量一定者。不問其原因本於契約。或不法行為。
均可依督促程序主張之。因權利關係及計算上已極明確。毋庸多事審理也。（四七三條）可

代替物。債務人易於履行。有價證券。應使其易於流通。故法律許債權人聲請法院發支付命令。除此二者外。債務人履行較爲困難。與簡易目的不合。故不能爲督促程序中支付命令之客體。

民訴條例五九六條規定。限於依普通訴訟。應由初級法院管轄者。始能聲請支付命令。然督促程序。本爲簡易訴訟。祇問其標的是否爲可代替物。或有價證券。其內容是否爲一定數量。卽爲已足。不必問其請求數額之多寡。而定爲得行督促程序與否之條件也。故本法許債權人聲請支付命令者。不以其普通訴訟。應適用簡易程序者爲限。

二 聲請人須無對待給付之義務者。債務人應於債權人爲對待給付後。始行給付。或應與其對待給付。同時給付者。債權人不得行督促程序。因此時不能迅速執行。且背簡易程序之目的也。故債權人如本於雙務契約。依督促程序。主張權利者。應於自己已爲對待給付。或應由債務人先爲給付而後可。(四七條)

三 支付命令。須不向外國送達或毋庸依公示送達爲之者。法院依債權人之聲請。發支

付命令。本不訊問債務人。(四七七條)倘支付命令。須向外國送達。或依公示送達爲之者。則債務人不知送達之故。無從於法定時期內提出異議。(四七七條)且債權人因多費時日。亦不易速得債務名義。自應不許行督促程序。(四四七條)若至已發支付命令後。始知須向外國送達。或依公示送達爲之者。應不爲送達。而由書記官。將不能送達之事由。通知聲請人。(一四四條)

四 支付命令。須向債務人普通審判籍所在地。或依本法第七條規定之第一審法院聲請者。督促程序。須力求簡易。民訴條例規定。專屬於債務人普通審判籍所在地法院管轄。本法因此種程序。更以在債務人營業所事務所所在地法院爲便。故增入之。惟此項管轄。有專屬性質。雖當事人合意。亦不許變更。(四七五條)

五 聲請支付命令須表明一定之事項。督促程序。依債權人之聲請而開始。債權人依督促程序。聲請發支付命令。應表明左列各款事項。(四七六條)

(1) 當事人或法定代理人。此指債權人債務人或其法定代理人而言。須將姓名年齡

職業及住所或居所表明。免與他人相混。(參照一
一七條)

(2) 請求之標的並其數量及請求之原因事實。此項意義前已述矣。督促程序。惟債權人於請求給付一定數量之可代替物或有價證券時適用之。故應表明請求之標的及其數量。以便法院之審核。所謂請求之原因事實。如本於契約或不法行為及票據而為請求者是。

(3) 請求發支付命令之陳述。債權人不起訴。而請求發支付命令。故請求發支付命令之陳述。應即表明。以免法院誤解為起訴而行普通程序也。

(4) 法院。即債務人普通審判籍所在地。或依第七條規定之第一審法院是也。依右四者。可見支付命令之聲請。頗與訴狀內容相似。(參照二
三五條)此因債務人對支付命令

提出異議時。即視聲請與起訴同。毋庸債權人另行起訴故也。此外如債權人自己無對待給付之義務。及支付命令無須向外國送達或為公示送達等事項。為期達聲請之目的起見。亦以表明為宜。至有訴訟代理人時。應提出委任狀。訴訟要件。應證明其無欠缺。更

無論已。

右列五者。前三者係督促程序之權利保護要件。如不欠缺。法院方得依督促程序。發支付命令。後二者乃督促程序之訴訟要件。如有欠缺。必遭法院之駁回。(四七三條至四七六條四七七八條)但其情形可以補正者。法院應定期間命其補正。(一二二條)

第二節 支付命令聲請之裁判

債權人聲請發支付命令後。法院應先就訴之普通要件。如能力代理權及其請求。有無經確定判決或和解等事項。調查之。如認為有欠缺此項要件。應以裁定駁回其聲請。如認為無欠缺者。即進而調查督促程序之要件有無具備。及其請求有無理由。如有左列情形者。仍應為駁回聲請之裁定。(四七八條首項)

甲 支付命令之聲請。不合於第四七三條至第四七六條之規定者。即督促程序之權利保護要件或訴訟要件有欠缺是也。詳見前。

乙 依聲請意旨認爲無理由者。聲請無理由。謂其請求之主張。於法律上不存在。或不正當是也。

有右列情形者。法院應不發支付命令。而以裁定駁回債權人之聲請。且就請求之一部。不得發支付命令（即同一請求之一部有理由。其他部分無理由。）者。亦應爲駁回全部聲請之裁定。

- （四七八條）（首項後段） 恐同一請求。分兩種程序辦理。不免有裁判牴觸之弊也。然就獨立之數請求中。
- 認其一爲無理由。其他請求爲有理由者。限於有理由之請求。得發支付命令。其無理由者。
- 則駁回之。又如聲請之程式不合。（即四七六條之規定。）或其他欠缺可以補正者。爲債權人之利益計。法院應爲先定期間命其補正。

駁回支付命令之聲請之裁定。不問因何駁回。又不問是否就請求之全部駁回。均不得聲明不服。（四七八條次項）故督促程序。即因此終結。而其訴訟拘束亦無由發生也。但受駁回之債權人。仍得依普通程序另行起訴。可不待言。

法院認支付命令之聲請不應駁回。申言之。即其聲請具備訴之普通要件。且無前述甲乙之情

形者。應發支付命令。惟駁回聲請之裁定。應附理由。(二二八條)而支付命令可不附理由。但應記明左列各款事項。(四七九條)

一 第四七六條第一款第二款及第四款所定事項。即(1)當事人及法定代理人。(2)請求之標的。並其數量。及其請求之原因事實。(3)法院是也。

二 債務人如欲免假執行。應於支付命令送達後。十五日內。向債權人清償其請求。並賠償程序費用。請求、即關於一定數量之可代替物或有價證券之請求。程序費用。謂督促程序之費用。兩者均以債權人之陳述為準。若債權人事前不呈明程序費用。法院得不記明於支付命令。但仍得於聲請假執行時呈明。(四八二條二項)至十五日之期間。於必要時得延展或縮短之。(一六四條)例如關於票據之請求。及債務人住居法院所在地者。得將該期間縮短至適當限度是也。(參照二四二條)

三 債務人不為前款之清償及賠償。應於十五日內。向發支付命令之法院。提出異議。法院發支付命令。專依債權人之聲請。自應使債務人亦能行使防禦權。故許其提出異議

。且督促程序。法院係就兩造於權利義務無爭執時爲之者。債權人所主張之權利。是否確實可信。法院本未審查。如不許債務人提出異議。則不足以保護債務人之利益也。至其提出異議之期間。亦得延展或縮短之。

支付命令。如於右列三者有錯誤或脫漏。不得就該命令宣示假執行。(參照四八二條)但仍得準用第二二三條及第二二四條之規定。更正或補充之。

法院就支付命令之聲請。所爲裁判。不論准駁。均以裁定爲之。裁定以前。無須訊問債務人。(四七條)因督促程序貴乎迅速。即使債權人請求不確實。而債務人尙得聲明異議。實言之。即法院爲債權人發支付命令。尙須依異議之訴以解決之也。惟既無須訊問債務人。則不得命其以書狀或言詞陳述。並不得開言詞辯論。更不待言。(參照二二五條)但債務人尙向法院陳述時。亦不妨審酌之。以供參攷。至債權人之應否訊問。則由法院酌量辦理。

第三節 支付命令之送達

支付命令。應速送達於債務人。其送達應用正本。且不得向外國或依公示送達爲之。蓋在送達支付命令以前。債務人尙不知債權人有此聲請。故不能不依職權送達。予債務人以聲明異議之機會。且關於此之訴訟拘束。亦以自送達時爲始。爲債務人之利益計。自不能不有此規定也。

關於支付命令之訴訟拘束。有採聲請主義者。有採送達主義者。我國民訴條例。係採聲請主義。自聲請始發生訴訟拘束。本法則採送達主義。其拘束力。自送達於債務人時始發生。蓋取日本立法例也。

關於支付命令之訴訟拘束。自送達時始發生。已如前述。至其消滅。在嗣後之普通程序。則判決確定、撤回訴訟、及和解等。爲其原因。若無嗣後程序。則(1)債權人撤回支付命令之聲請。(2)支付命令之聲請被駁回。(四七條)(3)發支付命令後一個月內不能送達於債務人。(四八條三項)(4)債權人於支付命令所載期間已滿後一個月內不爲假執行之聲請。或其聲請被駁回。(四八條六條)則皆爲支付命令之訴訟拘束消滅之原因也。

支付命令。既送達於債務人後。應由法院書記官。將其事由。通知債權人。此項通知。不必依送達程序。(四八〇條)至支付命令。應否送達於債權人。法文雖無規定。但亦以送達爲宜。因支付命令。有錯誤或脫漏。債權人得有聲請更正或補充之機會也。

發支付命令後。一個月內。不能送達於債務人者。支付命令失其效力。(四八〇條三項)民訴條例六〇四條。支付命令。三個月不能送達。方失效力。本法改爲一個月。蓋督促程序之性質。貴乎迅速終結。不應聽其久延也。又民訴條例同條。有支付命令。及訴訟拘束。失其效力一語。本法以命令失效。拘束當然失效。故毋須明文規定也。所謂不能送達。雖不必問其原因如何。但法院書記官。應將不能送達事由。通知債權人。

關於訴訟程序中斷之規定。(一六八條以下)於督促程序準用之。故債權人或債務人。於支付命令送達前或其後。有死亡或失訴訟能力。或其法定代理人死亡或失代理權者。卽爲督促程序中斷之原因。但有訴訟代理人代理其行爲者。不在此限。又債務人於支付命令送達前死亡者。債權人得聲請法院命債務人之繼承人承受。

第四節 支付命令之執行

支付命令。所載期間已滿後。除經債務人提出異議外。發該命令之法院。應依債權人之聲請宣示假執行。(四八二條首項)依此規定。故支付命令之執行。應先經法院宣示。而法院就支付命令宣示假執行。非於具備左列諸要件時。不得爲之。

一 法院須有管轄權。宣示支付命令。得爲假執行。應由發該命令之第一審法院爲之。法院宣示假執行前。須調查該支付命令。是否由其所發。毋庸追問前此發支付命令時之管轄權之有無也。

二 支付命令所載期間須已屆滿。該期間未滿前。債務人對支付命令得提出異議。自不得宣示假執行。但債務人已捨棄異議權。或撤回異議者。不在此限。

三 須經債權人之聲請。假執行。除依三八一條情形外。非經債權人聲請。不得開始或續行。故支付命令之執行。應以債權人之聲請爲準。

四 須未經債務人提出異議。支付命令所載期間未滿前。無論債務人有無異議。不得宣示假執行。如至宣示假執行後。債務人始提出異議。應依四八三條規定辦理。茲稱異議。係指債務人。於支付命令所載期間已滿後。法院宣示支付命令。得為假執行前。所提出之異議而言。經此異議。法院即不得宣示假執行。

債權人聲請支付命令之執行。得就該命令所載請求及程序費用之全部為之。亦得專就請求之全部或一部為之。但必具備右列四者。法院方得就支付命令宣示假執行。此項宣示。以裁定為之。此外如支付命令。是否合法作成。並合法送達。及債權人有無訴訟能力。其代理人有無代理權。法院亦應審查。如有欠缺此等要件者。即使具備右列四件。尚不得宣示假執行。但其情形可以補正者。應先命補正。

查德國法律債權人於聲請執行前死亡者。其繼承人不得即行聲請支付命令之執行。然依本法規定。則此項執行。債權人之繼承人。固得聲請。亦得對於債務人之繼承人宣示之。惟必踐行承受訴訟之程序。(參照一七三條)方為合法。至執行由繼承人聲請。或對繼承人宣示者。該宣示

中應記明繼承人姓名。可不待言。

法院依右述情形爲宣示假執行之裁定者。應併記明債權人所計算之程序費用命債務人賠償。
(四八二條次項) 此項費用。得與支付命令之內容同時執行。但程序費用已經載明於支付命令者。不得再行記明。

債權人聲請支付命令之執行。被法院以裁定駁回者。不問因何駁回。債權人得對該裁定即時抗告。(四八二條三項) 如抗告法院認抗告有理由。仍得宣示假執行。

債權人於支付命令所裁之期間已滿後。一個月內不聲請宣示假執行。或聲請假執行。而被駁回者。支付命令失其效力。(四八六條) 惟因駁回聲請而失此效力者。以駁回之裁定確定爲要。又一個月之期間。得依一般規定延展或縮短之。但不必扣除在途期間。

支付命令。依右述情形。而失其效力者。督促程序即因此終結。以後即不得更宣示支付命令之執行。但債權人仍得依普通程序而起訴。

第五節 對於支付命令聲明不服之方法

債務人對於支付命令不服之方法無他。曰異議而已。試述於次。

債務人對支付命令提出異議。不論在宣示支付命令之執行前或其後。均得爲之。亦得由自己或代理人從參加人爲之。但自己須有訴訟能力。代理人須有代理權。其他訴訟要件。亦皆不可欠缺。否則法院得駁回之。

甲 於支付命令送達後宣示假執行前提出異議者。債務人於支付命令送達後。十五日內。得向發該命令之法院。提出異議。其異議雖應表明當事人及法院與原支付命令。但得不附理由。(四七九條第二項)所謂不附理由者。即毋庸攻擊支付命令有不當或違法之處。或債權人之請求無理由是也。又十五日並非不變期間。故逾此期間者。不得追復遲誤。但得聲請延展。

債務人於法定時期。就請求之一部。提出異議者。其效力及於請求全部。(四八一條二項)此規

定於債務人專就程序費用。提出異議時。則無適用。又法院合併數種獨立之請求。而發一支付命令者。如債務人專就某一請求提出異議。其效力亦祇及於該請求。不及於其他請求。

債務人向法院書記官聲請付與法定時期提出異議之證明書者。該書記官不必問其因何需用。亦不必問其異議之範圍何若。應付與之。(四八一) 如不付與。債務人得向書記官所屬法院提出異議。但不得抗告。(四五) 〇條

債務人對支付命令於法定時期提出異議者。不論其異議涉於請求之全部。或僅在其一部。視債權人支付命令之聲請。與起訴同。(四八五) 故因逕達支付命令所生之訴訟拘束。仍繼續存在。嗣後債權人更無另行起訴之必要。但其審判費仍應徵收之。

依普通訴訟程序。裁判失其效力。為當然之事。惟督促程序與普通程序不同。若因不須附理由之異議聲明。而訴訟拘束之效力。即以喪失。則影響將及於時效中斷。於債權人之利益。不無妨礙。故債務人於法定時期內提出異議者。視債權

人支付命令之聲請。與起訴同。使其訴訟拘束之效力。仍然繼續存在。

支付命令之聲請。既視與起訴同。則督促程序。即行終結。而普通程序同時成立。故債權人債務人立於原被告地位。各得依法爲訴之變更追加或提起反訴。即在第三人亦得爲訴訟之參加。在法院方面。應依普通程序。就訴訟爲判決。其判決應宣示維持或廢棄支付命令。至爲費用之裁判時。應依一般費用負擔之法則。將督促程序費用併予裁判之。(四八五條次項)因普通訴訟。仍爲督促程序之繼續。並非各別之訴訟也。但債務人如至十五日後。提出異議者。雖就本案得勝訴判決。亦得依八四條規定。命其負擔費用全部或一部。

乙 於宣示支付命令得爲假執行後提出異議者。債務人對支付命令所爲之異議。不但得於該命令送達後十五日內。或於此十五日後宣示支付命令之執行前提出。(參照四八二條但書)即至宣示支付命令之假執行後。尙得提出之。惟於宣示支付命令之假執行後提出異議者。以在宣示假執行之裁定送達後十五日內爲要。此十五日係屬不變期間。(四八三條次項)不得延

展或縮短之。(四一六)但遲誤此期間者。得聲請追復遲誤。(五一六)

宣示假執行之裁定正本。送達於債務人時。應記明提出異議之不變期間。(四八三)此與

判決正本記明上訴期間者。(二一七)同爲訓示規定也。

債務人於宣示假執行之裁定送達後十五日不變期間內。如就請求之一部提出異議者。其效力亦及於請求全部。又異議後。視支付命令之聲請。與起訴同。及法院應於該訴之判決。宣示維持或廢棄支付命令。並應將督促程序費用一併裁判等事項。則與前甲之情形無異。毋庸贅敘。惟此項異議之效力。雖足阻止支付命令之確定。要非當然可以停止支付命令之執行。

右兩異議。如不合法。例如訴訟能力或代理權有欠缺者。法院應以裁定駁回之。又乙之異議。如逾不變期間。亦應駁回。(四八四)駁回異議之裁定。得爲即時抗告。(四八四)支付命令。於左列情形。有確定判決之效力。(七八)卽該命令發生實質上確定力也。

甲 債務人於宣示假執行之裁定送達後。十五日內。未經提出異議者。

乙 債務人於前款不變期間內。提出異議。被駁回者。債務人於宣示假執行之裁定送達後。十五日內。提出異議。被駁回者。不問因何駁回。本得抗告。(說明見前)似不得謂支付命令。即有確定判決之效力。然駁回異議之裁定。業已確定。且債務人又未於不變期間內。另提出合法之異議者。則此後失其異議之權利。因而支付命令。有確定判決之效力矣。又債務人於宣示假執行之裁定後。捨棄異議權。或撤回異議者。雖在不變期間內。亦足使支付命令生確定力。

第二章 保全程序

依強制執行法之原則。強制執行。應本於判決。及他項債務名義爲之。願債權人求得債務名義。非一朝一夕之事。迨求得此項名義開始執行。而因債務人財產之喪失。請求標的之變更。及他項原因。嘗有執行甚感困難。或歸於不能者。此保全程序。法律所以亟應規定也。保全程序。指保全強制執行之程序而言。此項程序。分假扣押與假處分二種。假扣押係就金錢

請求（即金錢債權）或得易為金錢請求之請求。保全其強制執行。易言之。即保全其價額也。假處分係就金錢請求外之請求。保全其強制執行。易言之。即保全特定物之給付。及就係爭法律關係定其暫時狀態也。此二者在訴訟尚未繫屬於法院前或於訴訟繫屬中或繫屬後。均得為之。迨至債權人已可強制執行。或強制執行業已着手後。則無適用之餘地矣。

假扣押及假處分程序。究為訴訟程序。抑係執行程序。外國學者。頗有爭論。實則二種程序。應分兩段。關於假扣押假處分之聲請。與裁判之程序。係其訴訟程序。準用訴訟程序之普通規定。關於執行假扣押及假處分裁判之程序。乃其執行程序。準用強制執行程序之規定。本法係專就其訴訟程序設立明文。而以其執行程序讓諸強制執行法。故本章所述。不及於假扣押假處分之執行程序也。

假扣押及假處分程序。所以保全強制執行。並非確定當事人之權利關係。且其程序之開始。祇須聲請。毋庸起訴。其保全之原因。祇須釋明。毋庸證明。（四九一條四九二條四九三條四九四條四九五條五〇〇條）故除準用普通規定外。又須有特別規定。以下所述。即其特別規定也。

第一節 假扣押程序

第一款 假扣押之要件

假扣押程序。必待債權人聲請而後開始。債權人之聲請。不論在起訴前或其後。除具備普通訴訟要件外。並應具備左列要件。方為合法。且有理由。

一 就金錢請求。或得易為金錢請求之請求。聲請假扣押者。(四八條) 金錢請求。謂其請求目的在給付種類不特定之貨幣。不論實體上請求。或訴訟上請求。(例如訟費賠償請求)均有適用。若在給付特定貨幣。則惟有適用假處分程序而已。得易為金錢請求之請求。謂債務人不依債務本旨履行時。可改為請求金錢上損害賠償。故請求本不在給付金錢。例如請求債務人之行為或不行為者。如可代以金錢請求。皆得為假扣押之原因。而請求債務人之意思表示者則否。

強制執行。本應在請求已到期後。然假扣押係爲保全強制執行起見。雖金錢請求或得易爲金錢請求之請求。未到履行期前亦得爲之。(四八八條二項)

二 有日後不能強制執行。或在外國爲強制執行。或其他難於執行之虞者。有不能強制執行之虞。例如債務人過於揮霍。將致家產傾蕩是也。在外國爲強制執行。例如債務人預備逃往外國爲本國法權所不及是也。有難於執行之虞。例如債務人將閉歇營業或與他人串通爲假典假賣是也。此三者皆係假扣押之原因。其原因之有無。憑法院意見判斷之。

三 向有管轄權之法院聲請假扣押者。假扣押之聲請。由本案第一審管轄法院或假扣押標的所在地之第一審法院管轄。(四九〇條前段)此爲事實上調查之便利起見也。故債權人聲請假扣押。應向左列之法院爲之。方爲合法。

甲 本案管轄法院。本案管轄法院。指訴訟後應繫屬或現在繫屬或前曾繫屬之法院而言。此項法院。原則上爲第一審法院。但本案繫屬於第二審者。以第二審法院爲管轄

法院。(四九〇條後段)依此規定。故債權人於訴訟未繫屬前聲請假扣押者。由訴訟後應繫屬之第一審法院管轄。其管轄權依法律規定而發生。抑由合意而來。可置不問。若數處法院有管轄權者。債權人並得選擇一處聲請之。(第二一條)至債權人於訴訟現繫屬中或繫屬後。聲請假扣押者。本案管轄法院未能一致。在訴訟繫屬於第一審或第三審時。以第一審法院爲管轄法院。若訴訟繫屬於第二審。則假扣押之聲請。應由第二審法院管轄矣。債權人向本案管轄法院聲請。而該法院已命爲假扣押者。嗣後雖法院認本案無管轄權駁回原告之訴。亦與假扣押之效力無影響。

乙 假扣押標的所在地之第一審法院。假扣押標的。指債務人所有之動產不動產及財產權而言。債務人之身體及其行爲或不行爲。均不在內。即使爲債務人之財產。若強制執行法上禁止扣押者。亦不得爲假扣押標的。(第三人之所有物不得爲其標的。更不待言。)

假扣押標的。如爲不動產。其所在他極易明瞭。如爲動產。以其現在地爲準。如爲

財產權。則未可一概而論。本法第四九〇條次項曰假扣押之標的。如係債權以債務人住居所或擔保物所在地爲假扣押標的所在地。此專就債權而言。與第四條關於特別審判籍之規定。同一意旨也。至債權以外之財產權爲其標的者。法文雖無規定。但就學理而論。在著作權應以著作物發行所爲其所在地。在特許權商標權等。應以註冊地爲其所在地。(參照第十五條)至物權爲假扣押之標的時。其所在地即爲物權之標的所在地。更不待言。

右二者中。應向何者聲請假扣押。任債權人選擇之。惟其聲請。得本案管轄法院允許者。以後不得更爲假扣押之聲請。而由假扣押標的所在地之第一審法院允許者。以後得更向本案管轄法院。或其他財產所在地之第一審法院聲請之。因前者之效力。及於債務人一切財產。後者則惟及於其特定財產也。

四 依法定之程式聲請假扣押者。債權人向有管轄權之法院聲請假扣押。其聲請應表明左列各款事項。(四九一條)

(1) 當事人及法定代理人。當事人即指債權人與債務人而言。表明債權人與債務人。應舉示其姓名年齡職業及住所或居所。不致與他人相混。如由法定代理人。亦應將其姓名年齡職業及住所表明。(參照一
一七條)

(2) 請求。此指金錢請求。或得易為金錢請求之請求而言。表明請求。應舉示為標的之給付。及請求之原因事實。其請求如係一定金額者。則舉示該金額。如非係一定金額者。應舉示其價額。因法院定本案適用通常程序或適用簡易程序及四九三條之擔保額。非先知此項金額或價額不可也。又假扣押向本案管轄法院聲請者。因其效力及於債務人之一切財產。固無庸表明假扣押之標的。然向假扣押標的所在地之第一審法院聲請者。因其效力祇及於債務人之特定財產。自應將假扣押之標的及其所在地表明之。(四九一條
二項三項)

(3) 假扣押之原因。此即日後不能強制執行。或在外國為強制執行。或其他難於強制執行是也。

(4) 法院。即本案管轄法院或假扣押標的所在地之第一審法院是也。

右四者中。請求及假扣押之原因。除表明外。並應釋明之。(四九二條首項)釋明之方法。依二

七二條規定辦理。但前項原因。不問已否釋明。法院得命債權人供相當之擔保。(四九二條二項)

以上四者。前二者係假扣押之權利保護要件。後二者乃假扣押之訴訟要件。如有欠缺。法院得以裁定駁回其聲請。但其情形可以補正者。應定期間。先命補正。又假扣押雖在起訴前後。均可聲請。要必在本案判決確定前。或宣示假執行之判決宣示前聲請。方為合法。蓋至確定或宣示後。已無保全執行之必要矣。

第二款 關於假扣押之聲明及關於假扣押聲請之裁判

關於假扣押之聲明。指假扣押之聲請(四九一條)命債權人於一定期間內起訴之聲請。(四九一條)及撤銷假扣押裁定之聲請。(四九五條二項)(四九六條首項)等而言。不贅。

關於假扣押聲請之裁判。指命爲假扣押。(四九二條三項)及駁回假扣押之聲請。或命債權人供擔保。(四九條)等裁判而言。此等裁判。以裁定爲之。因其程序貴乎迅速。且無關於請求之實體也。故依二二五條規定。得不經言詞辯論。亦毋庸訊問債務人。惟法院就假扣押之聲請爲裁判前。應調查其聲請是否合法。及有無理由。如認其聲請有左列甲乙情形之一者。應爲駁回聲請之裁定。

甲 未具備普通訴訟要件者。假扣押之訴訟要件。除關於管轄及聲請程式另有規定外。(見前)其餘如能力與代理權等要件亦須具備。前已述之矣。

乙 未具備假扣押之要件者。債權人聲請假扣押。未具備假扣押之權利保護要件。或訴訟要件者。除得命補正外。法院應以裁定駁回之。亦已述之矣。惟債權人雖未釋明其請求及假扣押之原因。若就債務人因假扣押所應受之損害。已供法院所定之擔保者。仍得命爲假扣押。不駁回其聲請。(四九二條三項)因債權人既供擔保。已足保護債務人之利益。且可補救債權人釋明之困難也。債權人之供擔保。通常應在假扣押裁定前。易言之。即應

由債權人先供擔保。而後法院始爲假扣押裁定。此爲使債權人得速執行起見也。至債權人供擔保之方法。應依一〇二條規定爲之。

法院依右情形之一。以裁定駁回假扣押之聲請者。該裁定應附理由。(二二)並應令債權人負擔程序費用。(第九六條)如認爲無右列甲乙情形者。應即以裁定命爲假扣押。所謂假扣押裁定是也。假扣押裁定。應記明左列各款事項。

一 當事人。即記明債權人債務人姓名年齡職業住居所是也。(由法定代理人時其姓名等亦應記明)

二 請求之原因及其數額。本款與前款之應記載。事理極明。無待法文規定。

三 假扣押之標的。但由本案管轄法院爲假扣押裁定者。似毋庸記明假扣押之標的。因該裁定之效力。及於債務人之總財產故也。

四 債權人所供之擔保。法院爲假扣押裁定時。得憑自己意見。命債權人供擔保。不但債權人未將請求及假扣押之原因釋明時。得命其爲之。即使業經釋明。亦得命供擔保。

而爲假扣押裁定。法院於債權人供擔保後。命爲假扣押者。應將其已供擔保之事。及擔保方法。記明於假扣押裁定。(四九二條末項)如以擔保爲條件者。亦應記明其意旨。

五 債務人因停止或撤銷假扣押應供擔保之金額。假扣押原爲保全執行起見。如債務人提存相當金額。以擔保債權人之請求者。自不妨將假扣押停止或撤銷之。債務人因停止或撤銷假扣押應供擔保之金額。應記明於假扣押裁定。(四九三條)如不記明。債務人得聲請補充裁判。(二〇三條)亦得即時抗告。(四九四條次項)惟所記金額。應以請求之數額爲標準。不應以假扣押之標的爲標準。此宜注意者。

六 爲裁定之法院。假扣押裁定。應記明爲該裁定之法院。亦無待法文規定。

記明右列各款之假扣押裁定。不論曾否宣示。均應送達於債權人及債務人。(二二七條)至駁回假扣押聲請。及於假扣押裁定前命債權人供擔保之裁定。祇須送達於債權人。毋庸送達於債務人。(四九四條後段)因此等裁定。並不礙債務人之利益也。惟法文僅曰不在此限。仍不妨依送達程序或其他方法通知債務人。以下就關於假扣押聲請之裁定之攻擊方法。及假扣押之效力說明

之。

一 關於假扣押聲請之裁定之攻擊方法。查日本民法。關於假扣押之裁判。得以裁定或判決爲之。故對於該裁判之攻擊方法。有抗告控訴上告之分。本法祇許用裁定。故不服該裁定者。祇得提起抗告。(四九四條二項)

甲 命爲假扣押之裁定。此裁定不論有無宣示擔保之條件。或債權人曾否供擔保。債務人如有不服得爲抗告。其抗告理由。或稱假扣押之要件不備。或稱該裁定應記明之事項有漏載。或不當。均無不可。又該裁定所定債務人因停止或撤銷假扣押應供擔保之金額過少者。債權人得爲抗告。至漏載債權人已供擔保之事者。雖債權人亦得爲抗告。但不如聲請補充裁判爲便。

乙 駁回假扣押聲請或命債權人供擔保之裁定。此等裁定債權人得爲抗告。亦得更聲請假扣押。又假扣押裁定附有擔保裁定者。債權人亦得抗告。

二 假扣押之效力。假扣押裁定。毋庸俟其確定。亦毋庸有假執行之宣示。直可本於該

裁定。實施強制執行。因該裁定之本體。已有執行力也。若債權人之請求權業已確定而得通常債務名義者。則假扣押變為扣押。債權人既得求擔保物之返還。並得實施強制換價之方法。至詳細說明。應讓諸強制執行法。茲不贅。

第三款 假扣押裁定之撤銷

假扣押裁定。除經當事人提起抗告而撤銷外。遇有左列情形者。亦應撤銷。

- 一 債權人不於一定期間內起訴者。債權人於本案未繫屬前聲請假扣押。經法院准許為假扣押裁定者。不論該裁定會否確定。並有無附擔保。債務人得向命假扣押之法院。聲請命債權人起訴。如法院認其聲請為不當者。應為駁回聲請之裁定。債務人對該裁定得為抗告。(四九四條)如認其聲請為正當者。應定適當期間命債權人於該期間內起訴。(四九五條首項)
- 此項期間。得延展或縮短之。(一六四條)
- 法院所定之期間內。如果債權人起訴。不問其起訴。依普通程序。或依特別程序。亦不

問其訴爲給付之訴。爲確認之訴。均無不可。例如關於一定數量之請求。則可提起給付之訴。又如關於附有期間之請求。則可提起確認之訴。且本案繫屬於第一審管轄者。更不妨以督促程序之聲請。生起訴之效力也。(參照四八五條)債權人既起訴後。如其訴合法者。固可使假扣押不失效力。即使不合法。而被駁回。如於期間內更提起合法之訴者。亦可維持假扣押之效力。但起訴之事實。債權人應向法院釋明之。(如命假扣押之法院卽爲本案法院似無釋明之必要。)

債權人不於法院所定期間內起訴者。債務人得向命假扣押之法院聲請撤銷假扣押裁定。(四九五條次項)所謂不於期間內起訴。指債權人於期間內始終不起訴。或起訴而自行撤回。不於期間內更行起訴。或其訴不合法被法院駁回。不於期間內更提起合法之訴者而言。債務人因此爲撤銷之聲請。認其聲請爲正當。應撤銷假扣押裁定。但有左列情形之一者。不應撤銷。

(1) 命起訴之裁定不合法送達於債權人者。

(2) 債權人雖不於期間內起訴。而於債務人聲請撤銷假扣押裁定前業已起訴者。

(3) 債權人雖不於期間內起訴。且不於債務人聲請撤銷假扣押裁定前起訴。而於法院就撤銷之聲請爲裁判前業已起訴者。

假扣押裁定撤銷後。如有假扣押之新理由者。債權人仍得聲請假扣押。

二 命假扣押之原因消滅或其他情事變更者。假扣押裁定。本得由債務人抗告。(四九四條次項)

然命假扣押之原因消滅或其他情事變更者。除抗告外。債務人並得聲請法院撤銷假扣押裁定。(四九六條首項)此項聲請。雖在假扣押裁定確定後。亦得爲之。茲舉原因消滅或情事變更之例於左。

(1) 假扣押之原因消滅者。例如應在外國所爲之強制執行。已得於內國爲之是也。

(2) 本案之請求消滅者。例如債權人之請求。已因清償或和解而消滅也。

(3) 本案之請求被法院駁回者。法院認債權人之請求無理由。以判決駁回之。如逆料不至爲上級審所變更者。雖在該判決確定前。亦得撤銷假扣押裁定。但因請求未到

期而駁回者。不應撤銷。因到期非假扣押要件也。(四八八條)

(4) 其他情事變更者。例如債務人信用不良。財產減少。已因信用回復。財產充裕是也。

債務人依右列情形聲請撤銷假扣押裁定。應向命假扣押之法院爲之。若在起訴後。應向受訴法院爲之。(四九六條次項) 至本案繫屬於第三審時。則由四九〇條本案管轄法院爲第一審法院之規定。應向本案前曾繫屬之第一審法院聲請。如法院認債務人之聲請爲正當者。應撤銷假扣押裁定。或謂右(2)(3)兩情形係屬假扣押根本要件之消滅。似毋庸更有撤銷程序。然不撤銷。則假扣押之效力依然存在。而債務人亦不得就假扣押標的行使其權利。故爲保護債務人利益計。仍非撤銷不可。但對於債務人開始破產程序時。不爲撤銷假扣押裁定之原因。蓋破產程序之開始。雖足以禁止強制執行。却有保全執行之必要也。

三 債務人陳明願供擔保者。債務人陳明可供法院所定之擔保。聲請撤銷假扣押裁定者

。如法院認其聲請爲正當。亦應將假扣押裁定撤銷。(四九六條首項後條)因債務人既供擔保。已不害債權人之利益也。至其擔保之方法及數額。與夫債務人供擔保後。始撤銷假扣押裁定。或以供擔保爲條件。均由法院酌奪。

債務人陳明供擔保。聲請撤銷假扣押裁定者。其聲請之管轄法院。與前款所述同。(四九六條次項)因供擔保。亦屬原因消滅或情事變更之一。不過此係出諸債務人之意思。與自然消滅或變更者有別。故法文雖分別規定。而管轄法院則同也。

債權人慮假扣押之理由淺薄。冀免日後之損害賠償者。(參照四九七條)亦得向法院聲請撤銷假扣押裁定。此項聲請。毋庸經債務人同意。

假扣押裁定之撤銷。與假扣押執行之撤銷。均使債務人免財產上之拘束。二者似無甚區別。然撤銷假扣押裁定。並使假扣押之執行。同時失其效力。而撤銷假扣押之執行。則於假扣押裁定。無何等影響。易言之。即得本於該裁定。更爲執行也。

假扣押之裁定。因應歸責於債權人之事由而撤銷者。債務人因假扣押或供擔保所受之損害。

不問其爲支出之費用。或其他財產上之損失。皆可對於債權人請求賠償。(四九)其請求賠償(七條)之方法。在本案繫屬前。應獨立起訴。請求在本案已繫屬後。得於本案訴訟中。主張請求權。但其請求應在撤銷假扣押裁定之裁定確定後。方爲正當。

第二節 假處分程序

保全金錢請求之強制執行。既有假扣押程序。保全金錢請求以外之請求之強制執行。更有假處分程序。按本法四九八條及五〇四條規定。假處分之種類有二。一曰關於請求之假處分。一曰關於係爭法律關係之假處分。前者在預防現狀之變更。而保全特定物之給付。例如於確認土地所有權之判決前。禁止當事人建築房屋於該地是也。後者在使現狀之變更。而排除一時之障礙。例如於宣告喪失親權之判決前。暫令濫用親權者。不得行使其親權是也。此二者其狀態相反。而其爲保全執行之方法則同。或謂關於係爭法律關係之假處分。爲防避重大之損害。或急迫之強暴。及其他必要情形而設。所以保護權利之範圍。並非保全權利之執行。

余謂此種假處分。就身分關係爲之者。因其不得強制執行。固無保全之可言。而就財產關係爲之者。仍須強制執行。自以保全爲目的也。

聲請假處分者通常爲主張請求之原告。(即債權人)然關於係爭法律關係之假處分。除原告外。有時由被告聲請之。至假處分之被聲請人。不獨爲訴訟當事人之一造。有時却爲第三人。如第三人爲被告占有請求標的之時是也。

假處分除本法有特別規定。(即第五〇〇條)外。準用關於假扣押之規定。(四九) (至五〇三條) (九條)

第一款 假處分之要件

假處分程序。必待聲請而後開始。非法院所得依職權爲之。聲請假處分。不論在起訴前或其後。除應具備普通訴訟要件外。尚有假處分之要件。亦不可欠缺。

甲 關於請求之假處分。此項假處分。應具左列權利保護要件。(四九) (八條)

一 須就金錢請求以外之請求聲請假處分者。金錢請求以外之請求。謂其請求之目的

。不在支付金錢。而在給付特定物也。特定物不獨指動產不動產而言。即一切財產權及行爲不行爲亦在內。既爲金錢請求以外之請求。不以財產上之請求爲限。即在身分上之請求。亦得爲假處分。例如關於命扶養或監護子女之假處分是也。(參照五四四條)但其請求如得易爲金錢請求者。債權人爲保全強制執行起見。除聲請假處分外。並得聲請假扣押。

金錢請求以外之請求。雖未到履行期前。亦得爲假處分。(四九條)

二 因請求標的之現狀變更。有日後不能強制執行。或在外國爲強制執行。或其他難於執行之虞者。請求標的。指爲假處分標的之物而言。此物必須特定。(包括(1)有體物(2)權利(3)行爲不行爲(4)人而言)不得以債務人之全部財產爲其標的。又強制執行法上禁止扣押之物。雖不得爲假扣押之標的。要不妨爲假處分之標的。蓋依假處分保全執行之請求。不在支付金錢。雖法律上^二不許換價之物。亦無礙於爲假處分也。但以不受法律保護之物爲假處分之標的者。不得謂假處分之聲請爲合法。

因請求標的之現狀變更。致日後有不能執行之虞。例如債務人所應給付之物。將有毀壞或滅失之危險是也。因請求標的之現狀變更。致在外國為強制執行。例如占有他人之物。行將攜往外國。不為假處分。必難令其回復是也。因請求標的之現狀變更。致有難於執行之虞。例如債務人應為某種行為。而其人有意逃匿之情形是也。此三者皆係假處分之原因。其原因之有無。全屬事實問題。由法院之意見判斷之。但此等原因。祇須存於為假處分標的之特定物。不必存於債務人之一切財產上。

乙 關於係爭法律關係之假處分。此項假處分。應具左列權利保護要件。(五〇條)

一 須就有爭執之法律關係聲請假處分者。法律關係。指財產上及身分上一切私法關係而言。但必有爭執且特定者為假處分之標的。至該法律關係。是否附有期間。並期間是否到來。皆可不問。(四九九條)
(五〇四條)

二 於爭執之法律關係有定暫時狀態之必要者。就爭執之法律關係定其暫時狀態。例如就占有關係。使當事人一造暫時占有物件。或就親子關係令行親權人暫時養育子女

• 或就商標權之關係。禁其暫時發行附有該商標之物是也。惟依假處分以定暫時狀態。以有必要情形者爲限。此必要情形。即假處分之原因。至究竟是否必要。由法院之意見判斷之。例如不爲假處分。則財產上將受重大之損害。或身體上精神上。將感急迫之痛苦者。即可謂有必要情形也。此種假處分。即係爲避重大之損害。防急迫之痛苦而設。避重大之損害。例如原告以虐待或浪費爲理由提起離婚或宣告喪失親權之訴。並求爲夫妻別居。或禁止行親權人處理財產之假處分是。防急迫之痛苦。例如兩村爲地役權存否涉訟。其一造請求爲認某村可以通行之假處分是。

以上二種假處分。除應分別具備右述之權利保護要件外。尙有二者共通之訴訟要件。不可欠缺。茲更說明於下。

一 假處分應向有管轄權之法院聲請者。(五〇〇條)(五〇四條)假處分之聲請。由本案管轄法院管轄。本案管轄法院。爲第一審法院。至本案繫屬於第二審時。乃以第二審法院爲本案法院。(四九九條)(四九〇條)故聲請假處分。在本案未繫屬時。應向本案後應繫屬之第一審法院

爲之。在本案已繫屬時。應向本案現在繫屬或前曾繫屬之法院爲之。但本案如繫屬於第三審。則應向第一審法院聲請假處分。

假扣押向本案管轄法院聲請。抑或向假扣押標的所在地之第一審法院聲請。任債權人自由選擇。前已述之矣。然聲請假處分。原則上由本案法院管轄。惟有急迫情形時。方得由請求標的所在地之第一審法院管轄。(五〇條)因假處分就係爭之請求。或法律關係。爲種種處分時。頗多困難問題。自非由熟知訴訟關係之本案法院辦理。不足以定聲請之准駁也。但有急迫情形者。爲當事人便利計。應准其向請求標的所在地之第一審法院聲請。其請求標的。若爲債權。應准其向債務人住居所或擔保物所在地之第一審法院聲請。(四九九條四)(九〇條次項)又若爲物權或其他財產權。則依前節第一款之說明。以定其管轄法院可也。

二 假處分應依法定之程式聲請者。向有管轄權之法院聲請假處分。應表明左列各款事項。(四九九條)(四九一條)

(1) 當事人及法定代理人。如以第三人為被聲請人者。應表明該第三人之姓名住址居所等。

(2) 請求或法律關係。即金錢請求以外之請求或爭執之法律關係是也。

(3) 假處分之原因。即因請求標的之現狀變更。致日後有不能強制執行。或在外國為強制執行。或其他難於執行之虞。或於爭執之法律關係。有定暫時狀態之必要情形是也。

(4) 法院。即本案法院是也。在急迫情形。則為標的所在地之第一審法院。

右四者中。(2)與(3)兩者應釋明之。(四九九條)又聲請假處分之書狀。或代書狀之

筆錄。應黏貼相當司法印紙。

假處分之聲請。如欠缺右列要件。法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者。應定期間先命補正。又假處分限於本案判決確定前。或宣示假執行之判決宣示前方可許之。此亦其訴訟要件之一。與假扣押相同者也。

第二款 關於假處分之聲明及關於假處分聲請之裁判

關於假處分之聲明。指假處分之聲請。命債權人起訴之聲請。及撤銷假處分之聲請而言。此項聲請準用關於假扣押之規定。(四九八條四九九條五〇三條五〇四條)毋庸再贅。茲應說明者。惟假處分之聲請。於他人間已爲假處分者。得更聲請之。例如甲乙間已被假處分之物。由丙提起主參加之訴。對於該物更求假處分是也。

關於假處分聲請之裁判。以裁定爲之。裁定以前。須調查假處分之聲請是否合法。及有無理由。如認聲請未備普通訴訟要件。或雖備普通訴訟要件。而假處分之要件有欠缺者。應附理由。(八三條)而爲駁回聲請。並令聲請人負擔費用之裁定。(九六條)但債權人若就債務人因假處分所應受之損害。已供法院所定之擔保者。雖未將請求及假處分之原因釋明。仍得命爲假處分。又若法院認假處分之聲請。並不欠缺要件者。本應命爲假處分。毋庸令債權人供擔保。然亦得使其供擔保後。命爲假處分。(四九九條四九二條)法院命爲假處分之裁判。以裁定爲之。是爲

假處分裁定。假處分裁定。除應記明(1)當事人及法定代理人。(2)法院。(3)請求或法律關係。(4)債權人所供擔保外。並應於該裁定內定假處分所必要之方法。此項方法。雖為保全執行起見。然因情形不同。其方法亦不一致。舉例示之。約如左端。(五〇) (一條)

一 選任管理人。不論請求標的為何法院。於必要時。得選任管理人。令管理之。但應先調查其是否有管理實力。並能否為公平之管理。

二 命令或禁止債務人為某行為。命令債務人為某行為。例如令債務人養育幼者是也。禁止債務人為某行為。例如禁債務人建築房舍或通行是也。此二者亦得同時處分。例如令債務人除去建築物。並禁其以後之建築是也。

命令或禁止為某行為。有時對於第三債務人為之者。例如就定期金之請求。令第三債務人。支付定期金於假處分之聲請人是也。

三 假處分裁定。如對於不動產上之權利。禁止其設定移轉或變更者。法院應囑託登記機關。將該裁定。登記於不動產登記簿。此項方法。係假處分執行時所適用。即假處分

之執行程序也。查德日民訴法（德民訴九三二條）（日民訴七五一條）對於不動產假扣押之執行。亦有登記辦法。本法之保全程序。係就假扣押處分之訴訟程序而言。故於假扣押程序並無登記之規定。諒以事關執行。自毋庸設立明文也。乃於不動產之假處分。又設此項執行程序。顯此失彼。似欠斟酌。

右列各種方法。以何者爲妥。由法院就係爭之請求。或法律關係。酌量情形。以自己之意見定之。絕不受當事人聲請範圍之拘束也。定假處分方法。全係事實問題。故第三審法院。無審查其當否之職權。但審理事實法院所定之方法。如有害公共秩序。或於法不合者。第三審法院。仍得撤銷其假處分裁定。

假處分裁定。不論有無宣示。應送達於債權人及債務人。因兩造對該裁定。均得抗告（但有例外見後）也。至駁回假處分聲請。及於假處分裁定前命債權人供擔保之裁定。雖債權人得抗告。而於債務人則無利害關係。故祇須送達於債權人。毋庸送達於債務人。（二二七條四九條九四條四九條）

第三款 假處分裁定之撤銷

假處分裁定。有因當事人提起抗告而撤銷者。有因債權人不於一定期間內起訴而撤銷者。有因命假處分之原因消滅或情事變更而撤銷者。此與假扣押裁定之撤銷同一情形也。(四九九條)

(四九六條) 尚有左列情形。法院亦應撤銷假處分裁定。

- 一 因有特別事情法院許債務人供擔保者。假處分本不能如假扣押之使債務人供擔保而撤銷。何者。以依假處分標的發生之損害。不能以金錢賠償也。故關於因供擔保而撤銷假扣押之規定。(四九六條) 於假處分無可準用。然債權人因撤銷假處分裁定所受之損害。得由債務人以金錢賠償者。即許債務人供擔保而撤銷假處分裁定。亦於債權人無何等不利。惟因假處分方法不同。不能一律以金錢擔保債權人之損失。例如就財產關係所為之假處分。雖可由債務人供擔保。而就身分上或精神上所為之假處分。殆無供擔保之適用。故法院許債務人。供擔保而撤銷假處分時。非有特別情事不得為之。(五〇二條)

二 債權人逾一定期間。不求本案管轄法院之裁定者。債權人於急迫情形。向請求標的所在地之第一審法院。聲請假處分。經該法院准許爲假處分裁定者。同時應於該裁定內。定適當期間。命債權人於期間內向本案管轄法院。求就假處分之當否爲裁定。(五〇三條)

項首)

債權人於期間內聲請本案管轄法院。就第一審法院所爲假處分裁定之當否。加以裁判時。本案管轄法院。應調查該裁定現在是否正當。若因原因消滅或情事變更認現在毋庸爲假處分者。應廢棄該裁定。又若以假處分爲必要者。雖認當初第一審法院。不應爲假處分裁定。亦應將該裁定維持之。

債權人不於期間內。求本案管轄法院之裁定者。債務人得聲請第一審法院撤銷假處分裁定。該第一審法院。如認債務人之聲請爲不當。應以裁定駁回之。如認其聲請爲正當。應爲撤銷假處分裁定之裁定。(五〇三條次項)但債權人於債務人聲請撤銷前。或於第一審法院。就債務人撤銷之聲請爲裁定前。已向本案管轄法院。求其裁定。且能向第一審法院釋

明求裁定之事實者。雖在期間後。第一審法院。亦不應撤銷假處分裁定。因此項期間。本可延展。(一六四條)且債權人又得追復其從前遲誤之訴訟行為故也。(一六五條)

假處分裁定。因不當而撤銷。或因債權人不於法院所定期間內起訴而撤銷者。債權人對於債務人因假處分所受之損害。應負賠償之責。(四九九條)

第三節 假扣押與假處分之異點

甲 實體上之異點。(1)請求不同。依假扣押保全執行之請求。係金錢請求。或得易為金錢請求之請求。依假處分保全執行之請求。不以支付金錢為目的。(2)標的不同。假扣押標的。係有體物及財產權。假處分標的。除有體物財產權外。尚有人行為與不行為。且前者有時毋庸特定。後者則非特定不可。(3)方法不同。假扣押之方法。唯在禁止債務人為某行為。假處分的方法。在命令或禁止債務人為某行為。且有時對同一債務人。同時命令並禁止其為某行為。(4)當事人不同。假扣押常由債權人聲請。假處分則除債權人外。債

務人亦有聲請權。

乙 程序上之異點。(1)假扣押之聲請。由本案法院。或假扣押標之所在地之第一審法院管轄。此兩者立於同等地位。假處分之聲請。原則上由本案法院管轄惟於急迫情形。方許請求標之所在地之第一審法院有管轄權。(2)管轄第一審法院所爲之假扣押裁定。與本案法院所爲者。有同一效力。管轄第一審法院所爲之假處分裁定。與本案法院所爲者。效力不同。故前者毋庸更經本案法院審理。而後者尙須受本案法院之裁判。(三條)(3)假扣押裁定。應記明債務人因停止或撤銷假扣押應供擔保之金額。假處分裁定。則絕不載此等事項。(4)假扣押裁定。單由債務人陳明可供法院所定之擔保。即可撤銷。(四九六條次項)假處分裁定。如欲撤銷。除債務人供擔保外。更非有特別情事不可。(五〇條)以下更就假執行假扣押假處分之異點略述之。

按假執行、假扣押、假處分。同爲保全執行之程序。而其不同者。則爲左之四點。

一 假執行、規定於判決編及第二審程序中。而假扣押假處分。則於特別程序中之保全訴

訟程序中定之。此三者關於法典規定之部位不同也。

二 假執行、於終局判決中。（因假執行與訴或上訴得同時提起）以判決裁定（於判決主文中宣示）爲之。於假扣押、假處分。則須與本訴分離另行聲請。以裁定裁判。此三者關於裁判形式之不同也。

三 假執行、祇許於第一第二兩審中裁判之。關於假執行之判決。本不許向第三審聲請不服。（第四三五條）且亦不許徑向第三審聲請。故第三審永無管轄假執行之權。至假扣押假處分。則於本訴訟繫屬於第一第二第三審時。均得爲之。惟訴訟繫屬於第三審時。因第三審爲法律審。故應向第一審聲請。由第一審代行管轄權而已。此三者關於聲請時機之不同也。

四 假扣押假處分。均係查封財產之程序。故於判決確定後。再行拍賣。若假執行一經宣示。即須實施執行。踐行查封拍賣之程序。乃真正之執行也。所謂假者。不過因其在判決確定前。姑予或先予實施強制執行之意耳。此三者關於效力之不同也。

第三章 公示催告程序

公示催告程序者。法院催告不分明之相對人。或其他關係人。於一定期間內申報權利。或提出證券。而該相對人不爲申報或提出。因而宣示失權或證券無效之程序也。凡訴訟事件。以有特定相對人爲必要。斷未有相對人不分明。而法律關係可以確定者。然而相對人不分明。竟使法律關係永不確定。又不足以保護生活之安全。而排除私權之危險。公示催告程序之設立。職是故耳。

公示催告程序。應由法院行之。若催告由當事人自己所爲。或由其他公曆行之者。無公示催告之效力。(即無失權或證書無效之效力)且即法院所爲之公示催告。如相對人曾確定或分明者。亦不生效力。因相對人既已確定或分明。自可對之提起確認之訴。求法院確認法律關係之是否存在。自無適用公示催告程序之必要也。

公示催告之目的。祇在宣示失權。或證券無效。並非判斷法律關係之是否存在。故嚴格論之

。此項程序。應屬於非訟事件。不得謂爲民事訴訟。然民事訴訟之一般法則。於公示催告程序可準用者不少。是以德、日、匈之民事訴訟法。均列入此項程序。本法亦從通例。視其爲民事訴訟。而分爲宣示失權及證券無效之兩種程序。

第一節 宣示失權之一般程序

申報權利之公示催告。以法律有規定者爲限。(五〇五條首項)故如何情形。可用公示催告。何人有聲請公示催告之權利。皆依法律之規定。法律無規定者。即不得適用公示催告程序。因該催告對於被催告人發生重大之效果故也。

依法律可適用公示催告者。例如宣告死亡事件。對於失蹤人之催告(五八六條)強制執行事件。對於應受分配而三個月內不明之債權人之催告。及塗銷登記事件。對於蹤跡不明之登記義務人之公示告知。(不動產登記條例第一一七條)是也。此外因公司解散或繼承人不明等事由催告債權人及受遺人申報權利者。如用公示催告程序。亦頗適當。

公示催告。於催告申報權利而不申報之人。生法律上不利利益之效果。(五〇五) 條次項所謂不利利益之效果。即失權是也。其失權之範圍。或喪失權利本體。或以後難於主張權利。皆依法律而定。但在宣示證券無效之公示催告。應於除權判決宣示之。

數宗公示催告程序。法院得合併之。(五二) 條次項辦法。爲省時節費起見。不問該數宗程序。由一人合併聲請。或數人分別聲請。亦不問其標的是否相牽連。或同種類。(參照五〇條一九) 條及二五〇條若法院以合併爲便利者。均得合併辦理。

第一款 管轄法院

公示催告。由第一審法院管轄。(五〇) 條爲期迅速計也。但一國之內。爲第一審法院者多數。究由某地第一審法院管轄。則應根據各關係法律之規定以解決之。宣示證券無效之公示催告。其管轄另有明文規定。(五二) 條四條說明見後。公示催告之聲請。爲一方面之行為。并無相對人。故無合意管轄。

第二款 公示催告

公示催告程序。因當事人聲請而開始。非法院所得依職權爲之。茲分述於左。

第一 公示催告之聲請。

公示催告之聲請。應將(1)聲請人。(2)法院。(3)求公示催告之陳述。(4)許行公示催告之事項。表明之。所謂許可公示催告之事項。如關於宣示證券無效之公示催告。則表明證券要旨及足以辨認證券之必要事項。(五二)關於宣告死亡之公示催告。則表明其原因事實及證據。(五八)關於強制執行應分配之債權人之公示催告。若知其有繼承人者。并應表明其繼承人是也。

關於公示催告聲請之裁判。以裁定爲之。(五〇七)其裁定程序。依二二五條以下之規定。應否經言詞辯論。由法院之意見酌奪。在開言詞辯論時。如聲請人於期日到場。應專據聲請人之陳述而爲裁判。(因相對人不分明之故)如不到場。不得對聲請人爲闕席裁判。惟不論有

否開言詞辯論。而在裁定以前。法院應調查是否具備普通訴訟要件。並依法是否可行公示催告。如認為不應准許聲請者。應以裁定駁回之。對此裁定。得為抗告。(四九條)但其情形可以補正者。法院應定期間先命補正。

第二 公示催告。

法院准許公示催告之聲請者。應為公示催告。(五〇七條次項)公示催告。以裁定為之。但應記明一定事項。並應依一定之方法而布告之。茲分別說明於左。

甲 公示催告應記明之事項。催告之意旨。因情形而不同。總之審酌法律之規定。及聲請人之利益定之而已。但左列各款事項。一般公示催告。均應記明。(五〇八條)

一 聲請人。此指公示催告聲請人之姓名年齡職業住居所而言。

二 呈報權利之期間。此項期間。自公示催告黏貼牌示處之日起。其登載公報或新聞紙者。自最後登載之日起。應有二個月以上。(五〇九條五〇條)所謂二個月。係最短之期間。究竟期間為若干日。仍由法院酌量情形。於適當之限度定之。(一一六條)總之使利害關

係人。咸得聞知。用副公示催告之本旨。以定其期間可也。但法律有特別規定者。應依特別規定。如關於宣示證券無效。及宣告死亡之公示催告。其期間均應有六個月以上是也。(五二九條
五九〇條)

三 利害關係人。應於前項期間內。申報權利之催告。

四 因不申報權利而生失權之效果。此項記載。不得出諸聲請之範圍外。

右列四者。爲一般公示催告所應記載之事項。若法律有特別規定者。應依其規定辦理。例如五二七條五八九條是也。

乙 布告。 公示催告。應布告之。布告方法。準用關於公示送達之規定。故法院書記官應將公示催告正本黏貼於法院牌示處。除黏貼外。法院並應命將公示催告之繕本或節本。登載於公報或新聞紙。或依其他方法通知或布告之。惟黏貼牌示處。係布告之要件。而登載公報或新聞紙。及依其他方法之通知或布告。則爲補充方法。當事人對之不得聲明不服。但法律有特別規定者。應依其規定。例如關於宣示證券無效。除依上述方法布

告外。並應黏貼於交易所。(五二八條)關於宣示出生閱百年以上之人之死亡。得祇黏貼於法

院牌示處(五九〇條)是也。

布告有違法律之規定者。可為對於除權判決之攻擊理由。又布告期間。即為申報權利之期間。此期間如不存在。不得為除權判決。(五一八條次項第三款)

第三款 申報權利

受公示催告之人。因恐受失權之效果。得向為公示催告之法院。申報權利。此項申報。單為權利存在之意思表示。非求法院確定其權利之存在。故不必載明理由。亦毋庸提出證據。惟依左列方法行之。即可發生訴訟上之效力。

一 申報權利。須向法院為之。公示催告係屬審判上程序之一種。故受催告人。欲主張權利。應向法院申報。若僅向公示催告聲請人通知權利者。不生效力。

二 申報權利。應在申報權利之期間內。或在未為除權判決前。申報權利如在申報期間

以內。固屬合法。然於未爲除權判決以前申報者。即使已逾申報期間。仍視與在適當期間申報者同。(五一條)蓋務使受催告人。不處受失權之效果也。未爲除權判決以前。指除權判決未宣示前而言。故受催告人於該判決前之言詞辯論期日。或其新期日。(參照五一條)或該期日終了後。判決宣示前。均得申報其權利。

受催告人。依右列方法申報權利時。可受法律上多種之利益。如(1)聲請人因申報意旨。不聲請除權判決。而程序遂以終結。(2)法院訊問申報人。而駁回除權判決之聲請。(五一條)(3)法院中止公示催告程序。或於除權判決保留其權利(五一條)是也。(四條)

第四款 除權判決

第一 除權判決之聲請。

除權判決者。非判斷實體上爭執。唯對於受公示催告人宣示其失權所爲之裁判也。此項裁判必待公示催告聲請人之聲請。非法院所得依職權爲之。公示催告聲請人。聲請除權判決。得

在申報權利之期間未滿時。亦得在該期間已滿後爲之。在期間未滿前聲請除權判決者。雖與公示催告同時聲請亦可。至期間已滿後聲請者。應在該期間滿後三個月內。若聲請人遲誤三個月之期間者。公示催告程序。卽行終結。不得復爲除權判決之聲請。（五一二條首項）

第二 除權判決前之程序。

除權判決。雖與普通訴訟之判決有異。然因其亦爲判決之一種。仍須依二一二條以下規定。本於言詞辯論爲之。其言詞辯論期日。法院應傳喚聲請人到場。至受催告人之是否到場。本可不問。因受催告人不到場。亦得進行其程序也。但受催告人如已申報權利。應於該期日一併傳喚之。以保護其利益。（五一二條次項）

除權判決前之言詞辯論期日。如兩造到場。自可經過正式之辯論。如聲請人到場。而受催告人不到場。亦得專據聲請人一造之辯論而爲裁判。然聲請人於該期日不到場。易言之。卽聲請人遲誤辯論期日者。法院卽不能進行公示催告程序。祇可照普通訴訟程序休止之情形辦理。故聲請人得向法院聲請另定新期日。毋庸聲請追復遲誤。法院依其聲請另定新期日者。應

仍傳喚聲請人及已申報權利之受催告人。惟聲請另定新期日。應在遲誤初次期日時起二個月內爲之。逾二個月不聲請者。公示催告程序歸於消滅。不得更行聲請。(五一六條) 猶之不續行已休止之訴訟者。視與撤回其訴同也。(一八四條) 至聲請人遲誤新期日者。尤不得聲請更定新

期日。(五一六條三項)

另定新期日。除前述一情形外。如中止公示催告程序。及期日變更時亦見必要

法院就公示催告之聲請。雖以裁定准許公示催告。(五七條) 然此項裁定。不能羈束關於除權判

決聲請之裁判。故法院於爲除權判決前。得依職權爲必要之調查。(五一三條) 所謂必要調查。不

獨調查除權判決之要件。即聲請人有無聲請公示催告之權利。及公示催告與布告之有無合法

。亦應調查及之。且不獨就聲請人之一面調查。若受催告人已申報權利者。並應就其申報調

查之。惟除權判決程序。單爲形式上程序。(頗似支付命令及執行判決) 故法院之調查。不

得及於權利之實體。此應注意者。

第三 關於除權判決聲請之裁判。

法院依右述情形。爲必要之調查後。或駁回除權判決之聲請。或中止公示催告程序。或爲除權判決。均可酌量辦理。惟不得就權利之實體加以裁判而已。

一 駁回除權判決之聲請者。 法院於受催告人申報權利。或公示催告不合法。及無管轄權等情形。應駁回除權判決之聲請。其駁回以裁定爲之。(五一條) 對此裁定。得爲抗告。

(四四條) 但聲請人不爲抗告。而更爲公示催告之聲請亦可。

二 於除權判決附以保留者。 除權判決所附之保留。視申報權利人申報之意旨爲準。假使申報意旨。爭執聲請人主張之權利。例如就證券爲公示催告時。申報人稱自己爲證券之真正債權人者。法院應酌量情形。於就申報之權利有確定裁判前中止公示催告程序。或於除權判決保留申報人所申報之權利。(五一條) 蓋申報人既爭執聲請人之權利。自非待實體上裁判。不足以明真相。而成信讞。故法院應於實體爭之裁判確定前。中止公示催告程序。不得徑行形式上之除權判決。然認申報人之爭執。明明無理由或不合法者。

不問如何申報。仍得以除權判決行之。惟必須於該判決保留申報人之權利。所謂保留者。即許申報人得由普通訴訟以主張權利之謂也。

對於除權判決所附之保留。得爲即時抗告。因此項保留。與駁回除權判決聲請之一部無異。不足以完全副聲請人之目的故也。

中止公示催告程序。以裁定爲之。對此裁定。得爲即時抗告。(一八)如抗告法院廢棄中止之裁定者。仍得另定期日。以除權判決行之。

就申報之權利。所爲實體上裁判。由有管轄權之法院爲之。該法院於中止程序後所爲之裁判。如認申報人之主張無理由者。應仍爲除權判決。(此時不必待聲請人聲請)於保留後所爲之裁判。如否認其申報之權利者。其保留應失效力。

三 宣示除權判決者。無申報權利。或其申報之權利。顯然與公示申報之目的不同者。法院得爲除權判決。除權判決之宣示。應依普通程序公開法庭爲之。

除權判決宣示外。法院得依相當方法。將其要旨布告之。(五一)此與普通判決不同之點(七條)

也。相當方法。加黏貼牌示處。或登載公報。或新聞紙是。應否依此方法布告。由法院意見定之。但宣示證券無效之除權判決。則非布告不可。(五三一條)

除權判決之目的。在使受催告之一切利害關係人生失權之效果。故既受除權判決者。除提起撤銷之訴外。不問其曾否申報權利。不得對於聲請人復為權利之主張。且於公示催告後。自受催告人讓受權利者。亦不得對抗聲請人。

尤有言者。公示催告程序之費用。應於完結公示催告程序之裁判。(即駁回除權判決聲請之裁定及除權判決是)一併裁判之。(九一條九六條)此項費用。常由公示催告聲請人負擔。因公示催告程序。形式上無立於被告地位之人故也。但因相對人之異議而生者。不在此限。

第四 撤銷除權判決之訴。

對於除權判決。所附之保留。雖得抗告。而對於除權判決。不得上訴。故此項判決。一經宣示。即生確定力也。然法律為保護利害關係人起見。雖不許其上訴。仍許其以公示催告聲請人為被告。於左列情形提起撤銷除權判決之訴。(五一八條)

一 法律不許行公示催告程序者。此指不顧法律不許行公示催告程序。而誤認爲有許行該程序之法律。即其行公示催告程序。無法律上之根據者而言。其於除權判決中所表示之失權之效果。爲法律所不許者。亦適用之。然因法院誤認事實。以致違背法律（例如違背證據程序）者。不得爲撤銷理由。

二 未爲公示催告之布告。或不依法定方法布告者。未爲公示催告之布告。指全未布告。及公示催告之重要事項。（如受催告人應受失權之效果）未經記明者而言。至除權判決主文所載之失權事項。與公示催告所記明之失權事項不符者。亦可爲撤銷理由。因該判決主文所載事項。與未經公示催告之布告同也。未依法定之方法爲布告。指其布告不依五〇九條五二八條之規定者而言。

三 不遵守公示催告之布告期間者。此指違背五一〇條所規定二個月以上之期間。及違背五二九條所規定六個月以上之期間者而言。

四 爲除權判決之推事應迴避者。此指推事有第三二條所規定之迴避原因。而仍參與除

權判決者而言。至參與該判決之推事。僅有審判偏頗之虞。或祇參與公示催告裁定之推事。有法定迴避原因者。均不得為撤銷理由。

五 已經申報權利而不依法律於判決中審酌之者。此指申報人已申報權利。而法院絕不認其申報。或不於除權判決附以保留者而言。

六 有第四百六十一條第四款至第八款之再審理由者。除權判決。既有此種得據為再審之理由存在時。自非正當之判決。故得為撤銷理由。

撤銷除權判決之訴。其理由以右列六種為限。受訴法院不得就此以外之事項。認為撤銷理由。故因法院組織不合法提起撤銷除權判決之訴者。應認為無理由而駁回之。以下說明此訴之期間。及其他程序。

(I) 期間。撤銷除權判決之訴。應於三十日之不變期間內提起。此不變期間。自原告知除權判決時起算。所謂知除權判決者。指原告確知該判決而言。若實際有所未知者。雖該判決之要旨。業經布告。亦不起算。不變期間。但應於五一八條第四款或第六款。

所定事由。提起撤銷除權判決之訴者。若原告於知有除權判決時。尚不知其事由者。則其期間自原告告知其事由時起算。因原告常不能依除權判決。即時發見此事由也。(五一九首條項)

(項次)

宣示除權判決後。已逾五年者。不問其理由如何。又不問會否逾不變期間。均不許提起撤銷除權判決之訴。(五一九條末項)此規定與四六四條第三項同一理由。

(2) 其他程序。撤銷除權判決之訴。本與再審之訴不同。前者係攻擊形式上之非訟事件判決。且非必由原事件之當事人提起。後者係攻擊實體上之普通判決。且須由原判決之當事人提起。然對於確定判決聲明不服。則二者相同。故關於再審之訴之規定。有可準用於撤銷除權判決之訴者如左。(五二〇條)

甲 依四六五條之準用。提起撤銷除權判決之訴。應以訴狀表明。(1)當事人及法定代理人。(2)聲明不服之判決及提起撤銷之訴之陳述。(3)如何廢棄除權判決之聲明。

(4)撤銷之理由等四項外。並應於訴狀內記明準備言詞辯論之事項。

乙 依四六六條之準用。法院如認撤銷除權判決之訴爲不合法。或顯無理由者。應以裁定駁回其訴。

關於撤銷除權判決之訴之規定。除右所述外。可依訴訟程序之普通規定辦理。故法院就撤銷除權判決之訴所爲判決。得爲上訴或再審之訴。且關於撤銷除權判決之訴之言詞辯論期日。有遲誤者。得依三七七條規定。據到場一造之辯論而爲判決。惟與普通訴訟程序不同者有二點。即（1）就撤銷除權判決之訴。所爲判決撤銷證券無效之宣示者。於該判決確定後。應依聲請布告之。（五三一）
條末項（2）法院不必顧及一九七條所定合併之要件。得將數宗撤銷除權判決之訴合併審理裁判。（五二）
二條是也。

第二節 宣示證券無效之特別程序

證券如票據提貨單及當票等。其自體雖非權利。然因持有證券。即得爲權利之主張。故該證券如因盜劫遺失等事由而亡失者。恐不正當之占有人。因持有證券而受意外之給付。其正當

之占有人。因亡失證券。而受意外之損害。今欲防遏斯弊。莫如宣示證券之無效。此關於宣示證券無效之公示催告程序。法律所以更有規定也。惟亡失如何證券。可依公示催告宣示無效。及何人得聲請公示催告。除本法五二五條有特別規定外。依其他法律之規定。例如證明債權人所必要之證券不提出時。得依公示催告程序宣示無效是也。

宣示證券無效之公示催告程序。適用以下各款所述之特別規定。除此等特別規定外。仍適用前節所述之一般規定。茲述其特別規定於下。(五二)
(三條)

第一款 管轄法院

宣示證券無效之公示催告程序。亦屬於第一審法院管轄。(五〇)
(六條)至應由某地第一審法院管轄則依左列之特別規定辦理。(五二)
(四條)

第一 證券所載履行地之法院。證券明示履行地者。該地之法院固有管轄權。即未明示履行地。而依證券上所記事項。可以認定某地為履行地者。某地之法院亦有管轄權。至載有多

數履行地時。各地之法院皆有管轄權。此有管轄權之數法院中。任公示催告聲請人選擇一處聲請之。(第二條)

第二 證券發行人普通審判籍所在地之法院。若證券未載履行地。即無前述法院者。由聲請公示催告時。證券發行人普通審判籍所在地之法院管轄。

第三 證券發行人發行時普通審判籍所在地之法院。若無第二之管轄法院者。由證券發行人普通審判籍所在地之法院管轄。若證券係由普通審判籍不同之數人發行者。各該普通審判籍所在地之法院。均有管轄權。亦適用選擇管轄之規定。(第二條)

右述管轄。雖無專屬性質。然聲請公示催告。本無相對人。故亦無以合意變更者。

第二款 公示催告

第一 公示催告之聲請。聲請宜示證券無效之公示催告。除應表明(1)聲請人。(2)法院。(3)求公示催告之陳述外。並應行左列各項程序。(五二條)

一 提出證券繕本。或開示證券要旨。及足以辨認證券之事項。證券繕本。不論有無經過認證。均可提出。如聲請人未曾執有該繕本。則惟開示證券要旨及足以辨認證券之事項。亦無不可。

二 釋明證券遺失被盜或滅失及有聲請權之原因事實。證券遺失被盜或滅失等事實。聲請人應依二七二條規定釋明之。又依五二五條規定。無記名證券。或空白背書之指示證券。得由最後之持有人聲請公示催告。此外之證券。得由能據證券主張權利之人聲請公示催告。茲所謂有聲請權之原因事實。係指此等事項而言。故聲請人應向法院將最後持有人。或能據證券主張權利之事實。依二七二條規定釋明之。最後持有人。即持有證券而自其手中亡失之人。又如何情形。能據證券主張權利。依實體法之規定。

聲請宣示證券無效之公示催告。如有欠缺右列程序者。法院應以裁定駁回其聲請。對此裁定。得為抗告。(四九條)但其情形可以補正者。應定期間先命補正。

第二 公示催告。法院准許宣示證券無效之公示催告之聲請者。應以裁定為公示催告。其

公示催告。除應記明(1)聲請人。(2)申報權利之期間外。並應記明左列各款事項。(五二)七條

一 命持有證券人於期間內申報權利並提出證券。申報權利之期間。自公示催告最後登載公報或新聞紙之日起。應有六個月以上。(五二)九條)持有證券人。申報權利並提出證券。即在此六個月以上之期間內爲之可也。

二 告以若不於右述期間內申報權利並提出證券。即宣示證券無效。宣示證券無效。即所謂生失權之效果是也。(參照五〇)五條次項)

右述公示催告。應布告之。其布告方法。除黏貼於法院牌示處外。並應登載公報或新聞紙。若爲公示催告之法院所在地有交易所者。並應將公示催告黏貼於該交易所。(五二)八條)H此可見布告方法。較一般公示催告爲嚴也。至布告期間。在六個月以上。亦較一般公示催告之布告期間爲長。(參照五〇)條)此期間如不遵守。得提起撤銷除權判決之訴。(參照五一)八條)次項三款)

第三款 除權判決

持有證券人。於申報權利之期間內已經申報權利並提出證券者。法院應將其事由通知公示催告聲請人。並酌定相當期間。使該聲請人於期間內閱覽證券。(五三〇條)

公示催告聲請人閱覽證券後。如認該證券係自己所遺失者。公示催告程序。即於此終結。毋庸更爲除權判決之聲請。蓋公示催告之目的。不過欲探知證券何在。並非求確認證券之真偽。今目的已達。則程序自可終結也。若聲請人更聲請除權判決。法院應以裁定駁回之。至其聲請不備普通訴訟要件。或公示催告不合法時。法院應駁回除權判決之聲請。更無論已。然受催告人與聲請人就提出之證券有爭執者。仍得聲請除權判決。不過法院爲除權判決時。應依五一五條規定辦理。中止公示催告程序。或於除權判決附以保留。對於除權判決所附之保留。得爲即時抗告。(五一一條)

於相當期間內。無申報權利及提出證券之人。而公示催告聲請人又爲除權判決之聲請者。法院應爲除權判決。除權判決。應宣示證券無效。其在該判決附以保留時亦同。(五三一條首項)宣示證券無效。爲使持有證券人。不能據證券主張權利。並使聲請人與占有證券無異。故有除權

判決後。聲請人對於依證券負義務之人。得主張證券上之權利。若義務人已因除權判決向聲請人爲清償者。其後除權判決雖經撤銷。亦得以其清償對抗債權人。（即提起撤銷除權判決之訴之原告）或第三人。此爲免義務人有二次清償起見也。但清償時已知除權判決撤銷者。不在此限。（五三二條）

證券無效之宣示。因撤銷除權判決之訴而撤銷者。爲公示催告之法院。於撤銷除權判決之判決確定後。應依聲請以相當方法布告之。（五三一條次項）此與布告除權判決同一理由。且應同一布告方法。務使一切利害關係人周知也。

第四款 禁止支付之命令

公示催告之目的。在宣示無記名證券之無效者。法院除爲公示催告外。並應對於證券發行人發禁止支付之命令。但非具備左列條件者。不得爲之。（五三三條）

一 因宣示無記名證券之無效。聲請公示催告者。關於無記名證券之權利。祇憑據證券

。不憑持有證券之人。故發行證券人。不問證券持有人爲誰。祇據證券而爲清償。而遺失證券之人。對於發行證券人。反不得主張證券之權利。自應准其向法院聲請發禁止支付之命令。以保護其利益也。

二 經法院准許公示催告之聲請者。公示催告之聲請。必經法院准許。而後遺失無記名證券之人。於該證券所有之權利。始有保護必要。故應對於發行人發禁止支付之命令。若聲請被駁回。則前提已失。自毋庸更有此項命令矣。

此項禁止支付命令之效果。在禁止不正當取得證券之人。請求支付。蓋此時證券在何人手中。尙不明瞭。無從涉訟。且亦無從施以假扣押假處分程序。以保全其權利之執行。惟有依其聲請。不經言詞辯論。對於發行人發禁止支付之命令。以保護遺失無記名證券人之利益。(五三三條
首項末段)

公示催告程序。如因(1)提出證券。(2)或其他原因。未爲除權判決而終結者。則禁止支付之命令。不必存續。法院應以職權爲撤銷禁止支付命令之裁定。(五三三
四條)

第四章 人事訴訟程序

第一節 總論

人事訴訟者。關於人之身分能力之訴訟也。其性質與財產關係之訴訟。迥乎不同。在財產關係之訴訟。其影響僅及於私人之私益。而人事訴訟則影響於國家之公益。故前者可任當事人之自由處分。而後者不得任當事人之自由處分。

人事訴訟。亦民事訴訟之一種。普通訴訟程序之規定。可以適用。固不待言。惟因其性質究有不同。於普通民事訴訟法規之外。而又特設關於人事訴訟之規定。蓋以人事訴訟事件。均於公益大有關係。不宜專據放任主義。故在普通訴訟程序。採用不干涉審理主義。而人事訴訟。則參以干涉審理主義。（如普通訴訟程序。法院不得認定當事人所不主張之事實而為裁判。而人事訴訟程序。則雖當事人所不主張之事實法院亦得自由認定之。）在普通訴訟程序

。採用當事人進行主義。而人事訴訟。則參以職權進行主義。（如普通訴訟程序。依職權調查證據者。除有明文外。非由當事人聲明不得爲之。而人事訴訟程序。則法院雖於當事人所不聲明之證據亦得審酌及之。）且我國從前民訴條例。以及德日立法例。關於人事訴訟程序。並使檢察官爲公益代表。蒞庭陳述意見。或爲訴訟當事人。而本法於此類程序。均不使檢察官參與其間。此與條例大異之點也。

所謂人事訴訟事件。卽概括婚姻事件。親子關係事件。禁治產事件。宣告死亡事件之總稱。茲依本法規定分述於後。

第二節 婚姻事件程序

婚姻事件者。以婚姻無效、撤銷婚姻與確認婚姻成立或不成立、及離婚。或夫妻同居爲標的事件也。夫婚姻事件。亦爲民事訴訟之一種。則凡關於民事訴訟法所規定之普通程序。自無不可以適用。然以婚姻之道。人倫之始。小之爲室家之起源。大之卽國家之基礎。其制度

之良否。國家之盛衰繫焉。故各國爲保護公益起見。對於社會生活上必要不可缺之婚姻事件。無不於適用普通程序外。更設有特別之規定。以下先就關於婚姻事件之性質分述之。然後再及於其程序。

一 婚姻事件之性質。婚姻事件之性質。依本法規定有下列數種。試述於次。

(1) 婚姻無效之訴。婚姻無效之訴者。即本於民法所定婚姻無效之原因。而求法院以變更權利之判決。確定婚姻爲無效所提起之訴也。民法所定婚姻無效之原因有二。(甲)即不具備九八二條所定結婚應有公開之儀式及二人以上之證人之方式者是。(乙)即違反第九八三條所定與直系血親及直系姻親旁系血親及旁系姻親結婚之限制者是。(民法第九八八條)蓋以婚姻本爲男女共同生活而成之結合。而法律所公認者。即以雙方要式的法律行爲。爲夫婦關係構成之要件。若不具備上述(甲)之原因而結婚者。自當訴求法院確定婚姻無效。至違反(乙)之原因者。與一國血統及禮教極有關係。尤不能不以判決變更之。使之無效也。

(2) 撤銷婚姻之訴。撤銷婚姻之訴者。即本於民法所定撤銷婚姻之原因。而求法院爲除去婚姻將來效力之判決之訴也。其原因即民法第九八九條至第九九七條所規定者是。蓋凡業經有效成立之婚姻。在公益上本應使之維持。毋庸除去其效力。然有時以維持之故。反於公益有害者。法律不能不爲之限定其事由。同時並限定非依訴不得主張之。是即撤銷婚姻之訴之所由設也。

(3) 確認婚姻成立或不成立之訴。確認婚姻成立或不成立之訴者。即求確定其二人之間。有無婚姻關係之訴。易言之、即指確定婚姻之法律關係成立不成立之訴而言也。此訴爲確認之訴。其要件以原告有即受確認判決。有法律上之利益爲限。(照參二三八條) 與婚姻無效之訴不同。

(4) 離婚之訴。離婚之訴者。即本於民法所定離婚之原因。而求宣示婚姻消滅之訴也。此訴爲創設之訴。蓋即夫妻生前因請求消滅婚姻所提起之變更權利之訴。其原因

爲(甲)重婚者。(乙)與人通姦者。(丙)夫妻之一方。受他方不堪同居之虐待者。(丁)妻對於夫之直系尊親屬爲虐待。或受夫之直系尊親屬之虐待。致不堪爲共同生活者。(戊)夫妻之一方。以惡意遺棄他方。在繼續狀態中者。(己)夫妻之一方。意圖殺害他方者。(庚)有不治之惡疾者。(辛)有重大不治之精神病者。(壬)生死不明已逾三年者。(癸)被處三年以上之徒刑。或因犯不名譽之罪被處徒刑者。(民法第一〇五二條)

(5) 夫妻同居之訴。 夫妻同居之訴者。即本於民法上夫妻同居之義務。而求命他造履行義務之訴也。(民法第一〇〇一條) 蓋夫妻互負有同居義務。若一方不履行此義務時。他方即得以履行爲標的。提起同居之訴。但此種訴訟。原告雖得勝訴判決。不能實施強制執行。因文明法律不許強制制人身故也。

二 婚姻事件之訴訟標的。 婚姻事件中。如婚姻撤銷或離婚之訴。非以婚姻關係爲訴訟標的。係以撤銷權。或離婚請求權之和法上形成權。爲訴訟標的。形成權因主體或發生

事實不同。而有差異。故原告或被告往往同時有數個形成權存在。原告之形成權。與被告之形成權。得爲競合。(合併)被告於原告提起離婚之訴後。自己亦得提起離婚之反訴。此時法院一面可以駁回原告之離婚請求。一面仍可認許被告之離婚請求。又原告基於數種理由。(即離婚請求權發生事實)請求離婚時。謂之請求合併。爾時訴訟標的。隨其相異理由(發生事實)之數而存在。易言之。理由有幾。即訴訟標的有幾也。

三、婚姻事件之管轄法院。婚姻之無效。撤銷。確認其成立不成立。離婚。或夫妻同居之訴。專屬夫之普通審判籍所在地。或其死亡時普通審判籍所在地之第一審法院管轄。若夫於中華民國現無住所或居所不明者。其普通審判籍依居所定之。無居所或居所不明者。依其在中華民國最後之住所定之。若無最後之住所或住所不明者。則以司法院命令定之。(五三條)蓋專屬第一審法院管轄者。爲便於調查證據。且不許當事人合意變更故也。必以夫之所在地爲準者。以一般情形。妻多居於夫家也。

四 婚姻事件之當事人。婚姻事件之當事人。與普通訴訟之當事人。其觀念無異。故由夫或妻起訴者。以其配偶爲被告。由第三人起訴者。以夫妻同爲被告。此即第五十三條之必要共同訴訟之一種。夫或妻有死亡者。以生存者爲被告。(五三六條一項二項)所謂第三人起訴之情形。如未經有同意權人同意之婚姻。由有同意權人出而爲原告之類是。所謂必要的共同訴訟者。於第三人起訴時。不能僅以夫或妻爲相對人。必以夫妻並爲相對人。而後乃能合一確定。是即謂之必要的共同訴訟。夫或妻有死亡。而以生存人爲被告者。蓋以其生存人就婚姻維持有重大之利害關係故也。

五 婚姻事件之訴訟能力。普通民事訴訟。須能獨立以法律行爲負義務者。始有訴訟能力。此通例也。(三四三條)至於婚姻事件。是否必須依此原則。依民訴條例第六七〇條規定。『婚姻事件。夫或妻。雖不能獨立以法律行爲負義務者。亦有訴訟能力。』此殆爲貫徹保護公益起見。以婚姻專屬當事人之一身。不能以其無訴訟能力。遂爲代理人之意思所左右。故特以明文許其有訴訟能力。本法雖無此規定。然既同一注重公益。自當取同一

解釋也。惟本來無訴訟能力之人。而強使其為訴訟行為。實際上亦必與保護公益之旨有背。故夫或妻為禁治產人時。應由其監護人。代為訴訟行為。如監護人即為其配偶者。則夫妻間之訴訟。彼此利害。必屬相反。故此時不能由監護人代理。應由親屬會議。另選訴訟代理人。代為訴訟行為。(五三七條首項)若由監護人提起訴訟者。並應得親屬會議之同意。(五三七條次項)此項規定。蓋恐監護人意存偏私。或力難勝任。均於不能獨立以法律行為義務之夫或妻。有極大之利害關係故也。

六 婚姻事件之訴訟程序。關於婚姻事件之訴訟程序。與一般通例略異。

(1) 起訴。婚姻事件之起訴。本可適用關於普通訴訟起訴之規定。然以婚姻事件。悉關公益。使不有所區別。則一般當事人。難免不多方涉訟。故意拖延。其結果往往致夫妻關係之狀態。求久不能確定。而訴訟之手續。亦將層出無已。法律為維持公益。及減少此等訴訟起見。故又設左之特別規定。茲分述之。

(甲) 關於婚姻事件者。訴之合併變更追加或提起反訴。非依法定要件不得行之。

然此乃關於普通訴訟之規定。非可加於關乎公益之婚姻事件。故本法規定婚姻之無效、撤銷、確認其成立或不成立、離婚、或夫妻同居之訴。得合併提起。或於第一審或第二審言詞辯論終結前。爲訴之變更追加或提起反訴。(五三)蓋以此等訴訟。雖其標的。與事實上之前提要件不同。而亦得合併提起者。無非爲減少婚姻訴訟計也。依普通訴訟程序。原則上在第一審訴訟拘束發生後。不得爲訴之變更或追加他訴。(二四)在第一審言詞辯論終結後。不得提起反訴。(二四)但例外有時雖得將訴變更、追加、或提起反訴。則必以經他造當事人同意爲要件。而在婚姻訴訟。爲訴之變更、追加、或提起反訴。祇要在第一審或第二審言詞辯論終結前。無論何時皆得爲之。

(乙) 關於非婚姻事件者。非婚姻事件之訴。原則上本不能與婚姻事件之訴。用同種之訴訟程序行之。並不許於婚姻事件之訴訟程序。以新訴或反訴提起非婚姻事件之訴。(參照五〇條二三九條二四七條二五〇條)但依本法規定。限於交付子女、返還財物、或扶養之請

求。或由訴之原因事實所生之損害賠償之請求。得與上述之婚姻事件之訴。合併提起、或追加、或以反訴主張之。(五三八條次項)蓋以上述各種請求之訴。其性質雖多屬於財產權上之請求。然以其與婚姻事件。有密切之關係。若令其分別提起。自必分別審判。則程序固趨複雜。時間亦不免遲滯。故不問其具備訴之合併追加或得以反訴主張之要件與否。而仍許其與婚姻訴訟合併提起、或追加、或以反訴主張之。亦一減少婚姻訴訟之一道也。惟此項規定。其目的雖在維持公益。減少訴訟。然使毫無限制。而一任當事人之自由起訴。仍不免與公益有害。故又設左之規定以限制之。

(子) 對於原告之限制。原告提起婚姻無效撤銷或離婚之訴。因無理由被駁回者。不得援以前依訴之合併變更或追加所得主張之事實。提起獨立之訴。(五三九條首項)

蓋以同一婚姻事件。許其合併變更或追加提起者。無非為維持公益。並防止訴訟增加起見。若原告提起婚姻無效撤銷或離婚之訴。既經法院以無理由駁回。苟因其所得主張之事實。雖未經同時提出。僅得以援用以前依訴之合併變更或追加之

故。竟許其再行提起獨立之訴。則於國家減少訴訟之目的。終不能達矣。況所謂以前。當係指第二審辯論終結以前而言。既爲以前可以主張之事實。而不於是時主張之。是則自己怠於行使其方法。法律無更保護之必要。故不許其再行提起獨立之訴也。

(丑) 對於被告之限制。被告以反訴提起婚姻無效撤銷或離婚之訴。因無理由被駁回者。不得援以前得作反訴原因主張之事實。提起獨立之訴。(五三九條次項)其理由

與前同。不贅。惟依本條規定。旣以婚姻無效、撤銷婚姻、或離婚之訴爲限。則對於確認婚姻之成立或不成立。或夫妻同居之訴。當然不能適用。蓋以此訴之駁回及准許。於婚姻無效、撤銷、或離婚之訴。不及何等影響故也。又法文旣限於援用以前所得主張之事實。則其事實若發生在後。或雖在前。而當事人未及知悉。或雖知之而未能證明者。仍不妨提起獨立之訴。且即使事實發生在前。當事人早經知悉。並能證明。而其所提起之婚姻無效、撤銷、或離婚之訴。並未經法院

以無理由駁回。仍可不受此條規定之限制也。

(?) 言詞辯論。關於婚姻事件之言詞辯論。與普通訴訟程序不同。更分述之。

(甲) 自由處分主義之限制。關於認諾效力之規定。無論何種婚姻事件。均不適用之。且關於審判上自認及不爭執事實之效力之規定。於婚姻撤銷、無效、不成立、離婚、或拒絕同居之原因事實。亦不能適用。(五四條) 蓋依普通訴訟程序。於當事人一造承認他造之主張或請求時。則法院及當事人。均應受其拘束。即可就此以為判斷之基礎。而自認與不爭執。亦可免除對造舉證之責任。惟特別程序中之婚姻事件則不然。因此種事件。純屬身分。本於當事人自由處分主義各法則。當然不能適用。此固為限制當事人處分權之規定。而亦即言詞辯論之例外。雖有時法院對於認諾、自認、及不爭執。不妨作為自由心證之資料。然究不得僅據此而為當事人敗訴之判決也。

(乙) 職權進行主義之參用。法院因維持婚姻。得依職權調查證據。並審酌當事人

所未提出之事實。(五四一條)在普通訴訟程序。調查證據。原則必本於聲請。審酌事實

。依法必待其提出。而獨於婚姻事件不然者。蓋法院所以維持婚姻。正所以維持公益。故當審理此種事件時。得依職權調查雙方證據。並審酌當事人所未提出之事實。此亦言詞辯論之例外也。惟法院既經調查證據之結果及事實。應於判決前訊問當事人。(五四一條次項)予以辯論之機會。否則當事人即可據此以為上訴之理由。

(丙) 當事人之不到場。當事人本人不能到場。或在遠方者。法院得命受命推事或受託推事訊問之。(五四二條)蓋以法院因使訴訟關係臻於明確。或因補充法院之自由心證。不能不令當事人本人到場。以探求其事實之真相。惟有時當事人本人不能到場或在遠方者。依普通訴訟程序。除由法院依自由心證以斷定其不到場所及之影響外。別無強制方法以救濟之。茲以事關公益。非鞠訊真情。未由判斷。斯時惟有使受命推事或受託推事訊問之。以昭慎重。俾得與發見真實主義之旨相符合。

(丁) 訴訟程序之中止。離婚之訴。或夫妻同居之訴。法院認當事人有和諧之望者

。得於六個月以下之期間內。中止訴訟程序。(五四三條前段)蓋以提起離婚或同居之訴。大抵出於夫妻間之不幸。苟提起後當事人仍復可望和諧。或有可以同居之希望者。法院既以維持婚姻爲目的。自不能不於一定期間內。中止其訴訟程序。並可以節勞力而省費用。但以一次爲限。(五四三條但書)恐當事人長此反覆。反於節勞省費之旨不符。以此推論。在下級法院曾經中止之事件。上級法院不得就該事件再行中止之。所有關於中止之效力。抗告及撤銷等。均適用總則之一般規定。(參照一八〇條至一八二條)

七 婚姻事件之假處分。 法院得依聲請於婚姻事件訴訟拘束中。命扶養或監護子女。或爲其他假處分。(五四四條)此項假處分。與第五〇四條規定正同。亦於訴訟有爭執。爲定暫時狀態之必要時。始得爲之。蓋亦爲避顯著之損害。或防急迫之強暴也。故其方法。爲命扶養或監護子女。或其他假處分。所謂其他假處分。如令夫妻暫時別居是。至其要件則爲(1)須由當事人聲請。其聲請方法。與普通訴訟程序同。向本案管轄法院爲之。(2)須在訴訟拘束中。如已判決確定。毋庸爲此假處分。但在婚姻訴訟開始前亦得爲之。

。所宜注意者。此項假處分。與婚姻事件之本案。係爲兩事。如因婚姻訴訟之繫屬中。當事人之配偶人。雖已死亡。究不因本案視爲終結。而失其效力。此不可不知也。

八 婚姻事件之判決。關於婚姻事件之判決。與普通訴訟程序亦有特異之點。試述於次

(1) 判決之停止。夫或妻於判決確定前死亡者。本案訴訟。視爲終結。(五四五條前段)蓋

以提起婚姻事件之訴之夫或妻。於確定判決前。死亡其一。則是婚姻訴訟之標的已失。或已無復續行訴訟之必要。若不停止程序之進行。甯非空費手續乎。故不如視爲終結之爲愈。不特此也。卽就該事件合併主張。或以新訴反訴主張之他項請求。亦應視爲終結。至所謂視爲終結者。卽對於提起之訴。此後毋庸更爲判決。且以前既爲之判決。亦毋庸上訴。當然失其效力也。然此係就夫妻間所提起婚姻事件之訴。於判決確定前。死亡其一者而言。若以夫妻同爲被告之訴。僅夫或妻死亡者。仍不得終結之。

(五四五條但書)以夫妻中僅死亡其一人。尚得對於生存之一人起訴也。(參照五三六條次項)又所謂終

結者。係以本案爲限。如關於負擔訴訟費用之部分。一俟有繼承人承受訴訟時。仍當依普通規定。依其聲請。而爲訴訟費用之裁定。(參照第九三條)

如右所述。夫或妻於判決確定前死亡者。本案訴訟視爲終結。係指夫或妻死亡後無人承受訴訟。或死亡者爲婚姻事件之被告而言。若婚姻事件之原告。於判決確定前死亡者。有權提起同一訴訟之他人。得於其死亡後三個月內承受訴訟。(五四條)本案仍不終結。亦以爲節省程序計也。惟他人不於此三個月之法定期間內。承受訴訟者。此後雖不得再行承受。而其固有之起訴權。究不因之而喪失。仍得對之提起獨立之訴。

(2) 判決之效力。就婚姻無效撤銷或確認其成立或不成立之訴所爲之判決。於夫妻生存時確定者。對於第三人亦有效力。(五四條)蓋以關於婚姻事件之判決。有屬於形成者。與非形成者。屬於形成判決者。如撤銷婚姻之判決。與離婚判決。依其性質。當然對於當事人以外之第三人。均應有其效力。反之非屬於形成者。如確定婚姻無效之判決。確定婚姻成立或不成立之判決。駁回婚姻無效、撤銷、確認婚姻成立或不成立之

訴之判決。其效力依第三九一條規定。本不應對於一切第三人存在。特以婚姻關係。極關公益。假使同一婚姻。對於甲有效。而對於乙則無效。反足以妨礙婚姻之本質。是以特設本條。以擴充三九一條之範圍。使此等判決之效力。及於一切第三人。惟必該判決於夫妻生存時確定者。始有效力。否則仍不能發生也。然此更有一例外焉。如以重婚爲理由。請求撤銷婚姻之訴被駁回者。其判決對於當事人之前配偶。以已參加訴訟爲限。始有效力。(五四七條次項)如後配偶人。或其他第三人。以重婚爲理由。提起撤銷婚姻之訴。經法院以非屬重婚。而爲駁回之判決者。苟對於未曾參加訴訟之前配偶人。亦有效力。是使前配偶人。對於後婚。無復主張撤銷之機會。其待遇前配偶人。未免過於嚴酷矣。故又設此項以保護之。

第三節 親子關係事件程序

親子關係事件者。即概括子女之認領、或否認。或認領無效、或撤銷。或就母再婚後所生子

女確認其父之訴訟事件之總稱也。此種事件。亦爲人事訴訟之一種。與前所述之婚姻事件無異。關係公益。至爲重大。故除本節特設規定外。不特適用普通訴訟程序一般之規定。並適用關於婚姻事件程序之規定。(五四) (八條)

一 親子關係事件之性質。親子關係事件之訴。依本法規定。則有數種如次。

- (1) 認領子女之訴。認領子女之訴者。即非婚生子女之生母或其法定代理人。對非婚生子女之父。請求法院命其承認爲非婚生子女之父母之訴也。(日本謂之私生子認知)我民法一〇六七條所謂非婚生子女者。即非由婚姻關係受胎而生之子女。(民法一〇六一條)此種子女經其生父與生母結婚。或經其生父認領者。視爲婚生子。(民法一〇六四條)倘其生父任意不爲認領。則其父子間在法律上之親子關係。終不能確定。故非婚生子女之生母及其法定代理人爲保護其利益計。得請求法院命其生父認領之。是之謂認領子女之訴。

- (2) 否認子女之訴。否認子女之訴者。乃就自己之妻所生子女。求爲確定非其婚生

子女之訴也。所謂婚生子女。如前所述。係由婚姻關係受胎而生之子女。(民法第一〇六一條)即不然。亦必妻之受胎。係在婚姻關係存續中所生子女。為婚生子女。(民法第一〇六三條)然此不過法律之推定而已。如夫能證明於受胎期間內未曾與妻同居。仍得請求法院否認之。是之謂否認子女之訴。

(3) 認領無效之訴。認領無效之訴者。乃就他人認領子女之意思表示。求為宣示其無效之訴也。所謂無效。如當認領時。其父為禁治產人。而無為認領之意思能力者是也。此時各利害關係人。無論何時。皆得請求宣示其認領無效。是之謂認領無效之訴。

(4) 撤銷認領之訴。撤銷認領之訴者。乃就他人認領子女之意思表示。求除去其效力之訴也。蓋所謂認領。不過由其父一方之意思表示而發生效力。假使認領者。故意將他人之子女。認為自己子女。此不特損害非婚生子女之利益。有時於其利害關係人之利益。亦不無損害。故法律對於認領。果與事實相反時。特與非婚生子女。及其利

害關係人以撤銷權。許其舉出反對之事實。請求撤銷其認領。是之謂撤銷認領之訴。

(5) 就母再婚後所生子女確定其父之訴。此訴於母之現配偶人。及前配偶人中。求爲確定何人爲其父之訴也。依民法一〇六二條規定。從子女出生日。回遡第一百八十一日起。至第三百〇二日止。爲受胎期間。苟有一女。違反民法第九八七條規定。從前婚消滅之日起。未逾六個月而再婚。自其再婚之日起。一百八十一日以後。從前婚消滅之日起。三百〇二日以內。所生子女。究竟其父仍屬前夫。抑爲後夫。有時頗難斷定。使於此不有以確定之。則於其子女之利益。不免有所損害。故法律許其於前後兩配偶人中。確定何人爲父。是爲確定其父之訴。

於茲有宜說明者。卽收養關係是也。所謂收養關係者。乃收養他人子女爲自己子女之謂也。此種事件。在吾國唐律。以收養男子懸爲例禁。(收養異姓男子者徒一年)逮及前清以至民國。雖養女之風。久爲習慣上及法律上所公認。而對於收養男子。仍無認許之明

文。今新民法親屬編既將收養子女詳爲規定。並視養子女與養父母間之關係。除法律另有規定外。與婚生子女同。（民法第一〇七七條）故本法亦於親子關係事件中。特設收養關係之訴之規定。（五五三條至五五五條）以下當併述之。

二 親子關係事件之管轄法院。子女之認領或否認。或認領無效、或撤銷。或就母再婚後所生子女確定其父之訴。專屬子女之普通審判籍所在地。或其死亡時普通審判籍所在地之第一審法院管轄。（五四八條）所以定爲子女之普通審判籍所在地之第一審法院有管轄權者。爲其便於調查也。既爲專屬。當然不許當事人合意變更之。

收養關係之訴。專屬養父母之普通審判籍所在地。或其死亡時普通審判籍所在地之第一審法院管轄。（五五三條）所以定爲養父母之普通審判籍所在地之第一審法院管轄者。亦以爲便於調查計也。定爲專屬。亦不許當事人合意變更。

三 親子關係事件之當事人。親子關係事件之訴訟當事人。因其訴訟之種類而各有不同。試述於下。（一）否認子女之訴。夫於一年內之法定起訴期間內（民法一〇六三條）死亡者。繼

承權被侵害之人。得提起否認之訴。(五四九條首項)因此與繼承權人有直接利害關係。法律不能不予以起訴權以保護之。然此權利。亦非毫無限制。自夫死亡之日起。應於六個月內提起之。(五四九條次項)否則即不得有起訴權。蓋恐親子關係久不確定。反致與維持公益之旨不符矣。惟此係指否認子女之訴。夫於法定起訴期間內死亡者而言。如夫於提起否認子女之訴後死亡者。斯時又當何如。須知上述之起訴權。既屬諸繼承權被侵害之人。而承受此訴訟者。自亦必以此人為限。此不易之理也。(五四九條三項)(2)就母再婚後所生子女確定其父之訴。母之配偶及前配偶。互為被告。(五五〇條首項)所謂互為被告者。蓋以此訴。無論子女、母、母之前配偶人或現配偶人均得提起。如由母之前配偶人起訴者。則以現配偶人為被告。由母之現配偶人起訴者。則以前配偶人為被告是。若由其子女或母起訴者。以母之配偶及前配偶為被告。母之配偶或前配偶死亡者。以生存者為被告。(五五〇條次項)是乃此訴之性質使然。與前所述之婚姻事件同。至提起收養關係之訴。得由養父母中之一人為原告或為被告。養父母有死亡者。由生存者為原告或被告。(五五一條)蓋以收養關係

之訴。依民法規定。養父母與養子女皆爲起訴適格之人。如具備民法一〇八一條之原因者。彼此均可提起終止收養關係之訴。故養父母中之一人得爲原告或被告。有死亡時。則以生存者爲原告或被告也。(3)否認子女之訴。子女於判決確定前死亡者。本案訴訟視爲終結。(一五五)又認領子女或認領無效或撤銷之訴。爲認領或應爲認領之人。於判決確定前死亡者。本案訴訟視爲終結。(二五五)所以視爲終結者。因上述各訴。均無續行之必要故也。

四 親子關係事件之訴訟能力。親子關係訴訟。亦人事訴訟之一種。其當事人雖不能以法律行爲負義務者。亦有訴訟能力。此當然之解釋。故當提起親子關係訴訟時。無論當事人有無訴訟能力。均以無須法定代理人爲之代理爲原則。惟對於本無訴訟能力之夫或子女。而必強之自爲訴訟行爲。殊不足以保護其利益。故夫或子女爲禁治產人時。應由其監護人代爲訴訟。如監護人與其被監護人之利益相反時。應由親屬會議另選訴訟代理人代爲訴訟。若由監護人提起訴訟者。並應得親屬會議之同意。此乃準用五三七條之結

果。而爲五五八條所明定者也。若夫收養關係之訴則不然。依本法第五五五條規定。「養子女雖不能獨立以法律行爲負義務者。亦有訴訟能力。」大抵以養子女中之本無訴訟能力者。較居多數。故特設此明文以保護之。但受訴法院之審判長。於有必須代理時。得選任律師。爲其訴訟代理人。或命其自行選任。此不特爲養子女之利益計。並所以注重公益也。至爲此項選任時。應即將其裁定送達於該訴訟代理人。蓋非是不足以明代理人之職責也。(參照第四九條)

五 親子關係事件之訴訟程序。關於親子關係之訴訟程序。亦須以特則行之。試述於左。

(1) 起訴。關於親子關係事件之起訴。與婚姻事件無異。本可適用普通訴訟起訴之規定。然以同關公益。自不能不依特則行之。茲述其特別規定如下。(甲)認領無效或撤銷之訴。對於同一親子關係事件。固無論其訴訟標的。與其事實上前提要件。是否相同。均得合併提起。或於第一審或第二審言詞辯論終結前。爲訴之變更追加或提起

反訴。即對於非親子關係事件之訴。如其請求認爲與親子關係事件。有密切之關係者。亦得合併提起、或追加、或以反訴主張之。亦以爲減少親子關係訴訟計也。惟於此仍有限制。如原告提起認領無效或撤銷之訴。因無理由被駁回者。不得援以前依訴之合併變更或追加所得主張之事實。提起獨立之訴。被告以反訴提起認領無效或撤銷之訴。因無理由被駁回者。不得援以前得作反訴原因主張之事實。提起獨立之訴。蓋非是無以達減少訴訟之目的也。(乙)在子女之認領、或否認、或確定其父之訴。不得援他訴與此訴合併。或爲訴之變更追加。而以他訴爲反訴而提起之。惟對於非親子關係事件之訴。如其請求與此等訴訟有密切關係者。爲減少訴訟計。亦得合併提起、或追加、或以反訴主張之。收養關係之訴亦然。(五五八條五三
八條五三九條)

(2) 言詞辯論。關於親子關係事件之言詞辯論。亦與婚姻事件相同。略述如下。(

甲)關於認諾審判上自認及不爭執事實之效力之規定。於本節所定訴訟不適用之。(五五
六條)此條規定。亦在限制當事人自由處分主義各法則之適用。與婚姻事件無異。所

異者。彼須區別事實。此則毫無區別耳。(參照五四) (〇條說明) (乙)本節所定訴訟。法院得依職權調查證據。並審酌當事人所未提出之事實。關於調查證據之結果及事實。應於判決前。訊問當事人。(七五) (七五條)此條規定。仍與五四一條同一參用職權審理主義。而爲言詞辯論之例外。惟彼條設有「維持婚姻」之限制。而此條則無限制耳。(參照五四) (一條說明) (丙)當事人本人不能到場或在遠方者。法院得命受命推事或受託推事訊問之。(五五) (八條)此爲符合真實主義之旨。故有此準用之規定。

六 親子關係事件之假處分。法院於親子關係訴訟拘束中。得依當事人之聲請。命爲假處分。(五五) (八條)此亦必限於定暫時狀態之必要時始得爲之。其詳參照前述第五四四條說明。

七 親子關係事件之判決。關於親子關係事件之判決。亦與婚姻事件同。其屬於形成判決者。如撤銷認領之判決。依其性質。當然對於第三人亦有效力。否則如否認子女之判決。認領子女之判決。認領無效之判決。確定其父之判決。以及收養關係之判決。或屬

確認判決。或屬給付判決。依第三九一條規定。本不能對於一切人皆有效力。惟法律爲維護公益起見。不應使同一親子關係。僅對於某甲有效。而對於某乙則無效。以破壞親子關係之本質。是以本法於第五八條特設準用五四七條第一項之規定。使此等判決效力。亦及於一切第三人。此其所以爲特別程序也。

第四節 禁治產事件程序

禁治產事件者。爲禁治產之宣告與撤銷禁治產宣告之訴。及撤銷禁治產之聲請之特別訴訟程序也。此制發源於羅馬。做行於法德意諸國。降及近世。幾於無不採用者。其目的悉不外乎保護心神喪失或精神耗弱者與第三人之利益。申言之。即在使心神喪失或精神耗弱者與第三人間利益之衝突。歸於調和。藉以圖交易之安全也。惟是此種事件。究屬訴訟事件。抑爲非訟事件。學說及立法例。頗不一致。法普奧等國法。認爲訴訟事件。德意志舊普通法。認爲非訟事件。德國民事訴訟法。與日本人事訴訟手續法。則折衷於兩者之間。本法以禁治產事

件程序。多依民事訴訟程序辦理。亦視為訴訟事件。然究其本質。禁治產事件。不過為確定其應否設置監護人之前提要件。並非以確定私權或實行私權為目的。要以認為非訟事件為當禁治產事件。既為調和禁治產人及第三人間利益之衝突。並以圖交易之安全。此不特有關係人利益。並於社會公益。極有關係。誠為重大之事項。故關於禁治產之原因及效力。於民法中詳為規定外。特於本法人事訴訟程序中。規定宣告及撤銷之程序。且此種程序。雖可適用本法之一般規定。然其對於一般規定之當事人進行主義及不干涉主義。仍不得適用。蓋以禁治產事件。有關公益。不容以當事人之意思自由處分。而特參以職權主義及干涉主義也。

第一款 禁治產之宣告程序

禁治產之宣告程序。為對於有心神喪失或精神耗弱情形之無行為能力者。以之為禁治產人之審判上程序也。（五五九條以下民法第十四條十五條）蓋以宣告禁治產。非特為本人及其親屬之利益。且為社會

之利益。苟不有公之信用之方法以處置之。實不足以達維護公私利益之目的。故法院於有禁治產之聲請時。不能不依法定程序以行之。茲述其宣告程序於次。

一 宣告禁治產之管轄法院。禁治產之聲請。專屬應禁治產人普通審判籍所在地之第一審法院管轄。(五五九條)所以定為由應禁治產人普通審判籍所在地之第一審法院管轄者。為審判上之便宜計也。所以定為專屬者。以事關公益。不容當事人以合意變更之也。

二 宣告禁治產之聲請。禁治產之聲請。不僅為開始禁治產程序之要件。且為宣告禁治產裁定之要件。蓋以法院對於禁治產事件。雖可參用職權進行主義。然究不得以職權開始禁治產之程序。是仍適用不告不理之原則也。茲就聲請之程式及得聲請之人分述之。

(1) 聲請之程式。禁治產之聲請。應表明其原因事實及證據。(五六〇條)所謂原因事實。即心神喪失或精神耗弱是。所謂證據。如心神喪失或精神耗弱之診斷書是。惟此為訓示的規定。不過有此表明。俾法院便於審查。即使無此表明。亦不得遽將聲請駁回也。

(2) 得聲請之人。何人有聲請宣告禁治產之權利。各國範圍不同。大率俱規定於民法中。茲依我國民法所定。列舉如左。

(子) 本人。應禁治產人。既已心神喪失。或精神耗弱。似無自爲聲請之理。然亦非絕無回復本心之一日者。若當回復之際。慮及自己利益將來受損。而向法院聲請者。亦事所恆有。故法律特予本人以聲請權。如本人不爲聲請時。則由下列之人聲請。

(丑) 配偶。配偶間關係至爲密切。且爲保護利益最適當之人。故亦予以聲請權。

(寅) 最近親屬。此亦爲應禁治產人關係最密切之人。使之保護利益而予以聲請權。亦最適當。但民法規定。此等人聲請時。至少須有二人。蓋恐聲請者有所偏私也。

如右所述。宣告禁治產。必須以聲請開始。不得純以職權爲之。固爲適用不告不理之原則。然亦非一有聲請。卽必准許。蓋以聲請禁治產。往往出於自己利慾之心者。所在多

有。是以法律一面限定聲請者。除本人外。必爲其關係最密切之人。一面仍須由法院審查其情形以決斷之。而定其准駁。非必盡容其請求也。

三 宣告禁治產審判前之程序。宣告禁治產程序。係採用干涉主義。排斥不干涉主義。已如前述。故法院爲確定真正事實起見。應審酌聲請人所表明之事實及證據。不得不依職權爲必要之調查。(五六三條)且於禁治產審判前。尚須行左之特則。試分述之。

(1) 得命提出診斷書。 法院得於禁治產之程序開始前。命聲請人提出診斷書。(五六三條)蓋以禁治產事件。有關公益。法院不應爲聲請人所拘束。是乃普通訴訟程序之例外。故在禁治產程序開始前。法院對於無論何人爲聲請人。皆得命之提出診斷書。以爲禁治產程序開始與否之依據。

(2) 密行禁治產程序。 禁治產之程序。不得公開行之。(五六二條)若公開之。殊於應禁治產人有害。因禁治產人。往往外觀不雅。不堪爲人瞻視。且將來即使禁治產被撤銷。人亦必目爲癲狂。不肯與之交易。故無論其爲裁定前之任意言詞辯論。及其他審理

。均不許公開。是爲民訴審理公開之例外。但若提起撤銷之訴後。關於該訴之判決程序。仍應公開。

(3) 調查禁治產之原因事實。禁治產事件。法院應審酌聲請人所表明之事實及證據。依職權爲必要之調查。(五六三條)此乃因禁治產事件。關乎公益。故法院必須採用職權主義及干涉主義。依此結果。不特對於聲請人所表明之事實及證據。得依職權調查之。卽聲請人所未表明之事實及證據。亦無不可以依職權爲必要之調查。此亦一普通程序之例外也。

(4) 應訊問應禁治產人於鑑定人前。法院應於鑑定人前。訊問應禁治產人。(五六四條前段)蓋欲審查應禁治產人心神喪失或精神耗弱之真實狀況若何。非就有特別智識技能之人而訊問之。不易得其真相。故法院於訊問應禁治產人時。自必使鑑定人參與其間。方不至有所假託。此項係規定法院辦理禁治產程序之義務。於裁判前。非履行此程序不可。但有礙難訊問之情形。或恐有害其健康者。得不訊問。(五六四條首項後段)所謂礙難

訊問。如言語猥褻。所謂有害健康。如舉動狂暴是。蓋當此際。其心神喪失之是否真偽。已不問可知。故不必再事訊問也。若應禁治產人。在其他法院管轄區域內。不能到場。或雖能到場。而有上述情形者。得使受託推事訊問之。(五六四條次項)此時應準用第二七五條規定。惟由受託推事訊問時。仍必就鑑定人前爲之。自不待論。

於茲有宜注意者。即關於禁治產程序。係採干涉主義。所有聲請人及應禁治產人。在形式上似居於當事人地位。但其性質。則與普通訴訟之所謂當事人大有區別。(實一種利害關係人)既對於禁治產事件無處分權。而又非就聲請人之權利爲裁判。故如認諾、自認、及遲誤期日等事。於程序之進行。毫無影響。而當事人不得爲證人之原則。又於此種程序。不得適用。且就應禁治產人之配偶或親屬爲證人而訊問時。亦並無拒絕證言之權。此不可不知也。

四 聲請禁治產之裁判。關於聲請禁治產之裁判。以裁定爲之。(五六六條至五七一條)其裁定分駁回禁治產聲請之裁定。與宣告禁治產之裁定兩種。分述於次。

- (1) 駁回禁治產聲請之裁定。法院經審查之結果。如認禁治產之聲請為不合法。(例如無管轄權或無聲請權之類)或無理由(審查結果認為不應宣告禁治產)者。應為駁回其聲請之裁定。(五六九條)惟此裁定。是否必須送達。本法無明文規定。(民訴條例明定應為送達)自當依據一般法則辦理。(參照二二五條至二二七條)至對此裁定不服之聲請人。得為即時抗告。(五六九條)其抗告法院程序。固當準用第五六一條至五六三條之規定。(五六九條次項)
- (2) 然本法既在維護公私利益。則第五六四條及第五六五條。似仍無不可以準用之也。
- (3) 宣告禁治產之裁定。禁治產之宣告。非就應禁治產人之心神狀況訊問鑑定人後不得為之。(五六九條)蓋以禁治產之宣告。關係應禁治產人之行為能力。一經裁定。即發生重大效力。非履行此鄭重程序不可。故此項裁定。須作成書狀。並應附理由。(五六九條次項)
- (4) 且應送達於聲請人及禁治產人之法定代理人。或依法應為監護人之人。(五六九條次項)
- (5) 所以應送達於聲請人者。為使其得以確知聲請禁治產之結果也。應送達於禁治產人之法定代理人者。為使其得以注意保護禁治產人之利益也。應送達於依法應為監護人

之人者。爲使其得知禁治產之宣告而爲適當之處置也。惟此項裁定。既向多數人送達。則其效力。究應何時發生。不可無明文以規定之。故本法規定。此項裁定。自禁治產人之法定代理人。或依法應爲監護人之人受送達時。發生效力。（五六七條首項）而之所以以此等人之受送達爲標準者。因於此時。始有人防護禁治產人之利益故也。且此項裁定送達後。法院並應速將該裁定要旨布告之。（五六七條次項）因禁治產之宣告。其效力不僅及於禁治產人。並且及於第三人。苟不將此裁定公告於衆。則善意之第三人。難免不因而受不測之損害。故設此條以維護之。然此仍不外爲訓示的規定。縱令宣告時缺此布告。於裁決之效力。仍無何等影響也。

五 關於禁治產聲請程序之費用。關於聲請禁治產程序之費用。如宣告禁治產時。由禁治產人負擔。除此情形外。其費用由聲請人負擔。（五七〇條一項二項）宣告禁治產之制。本爲保護應禁治產人之利益而設。若當准予宣告時。是其本人之目的已達。則此種程序費用。自應由禁治產人負擔。若當駁回之際。則應依負擔費用之一般規定。（參照八一條）由聲請人

負擔。所以防止濫行聲請之弊也。德國民訴法。於不宜告禁治產時之程序費用。雖由聲請人負擔。惟必以聲請人有過失者爲限。其意在防止聲請人恐負訟費。故意不爲聲請。本法係採日本立法例而不設此限制也。惟關於調查事實及證據之費用。如聲請人未預納者。由國庫墊付。(五六三條次項)爲使禁治產程序。得以從速進行也。

六 禁治產人之處分。 法院於宣告禁治產前。因保護應禁治產人之身體及財產。得命爲必要之處分。於宣告後。認爲必要時亦同。(五六八條首項)保護身體之處分。如命禁治產人入相當病院是。保護財產之處分。如命適當之親屬。管理財產是。蓋非如是不足以達保護禁治產人之目的。且法律爲使禁治產之效力完全發生。並保護第三人不至意外受損。故於第五〇一條第三項之規定。亦準用於此項處分。(五六八條次項)

第二款 撤銷禁治產宣告之訴之程序

撤銷禁治產宣告之訴者。即得爲聲請禁治產之人。對於宣告禁治產之裁定不服。請求法院撤

銷其宣告之裁定是也。惟此宣告禁治產之裁定。係本於必要之言詞辯論。以判決之形式裁判之。不許抗告。祇許向原法院提起撤銷之訴。(五七一條)此訴既以除去宣告禁治產之裁定為目的。屬於變更權利之訴。一經撤銷。則以前之裁定。自始即為不當。故其撤銷之效力遡及既往。與第五八〇條之聲請。及第五八五條之訴。撤銷禁治產。係以禁治產之原因已消滅為理由。不能遡及既往者不同。茲述其特則於次。

一 當事人。對於宣告禁治產之裁定。如有不服。其得提起撤銷之訴者。依民法規定。

厥為禁治產之本人、配偶、或最近親屬。(五七一一條民法二四條)以此等人皆為得聲請禁治產之人

。必能洞悉禁治產之原因故也。至其被告。則為原聲請人。若原聲請人死亡時。則以禁治產人之法定代理人為被告。(五七二條一項二項)依法理而論。禁治產事件。本無所謂當事人。

惟此撤銷禁治產宣告之訴。必須對席辯論。不能不有此被告之規定。若無法定代理人時。則惟有依第一七〇條規定辦理。

二 訴訟能力及代理。撤銷禁治產宣告之訴。受宣告人有訴訟能力。(五七三條首項)此為保護

受宣告禁治產人之權利計。特許其有訴訟能力。及爲其他訴訟行爲。本屬例外規定。否則應禁治產人不能獨立起訴。必致窒礙良多。然此既受禁治產宣告之人。法律上雖許其有訴訟能力。有時究未必真能爲訴訟行爲。故法於第五五條之規定。又許其準用之。
(五七三條次項) 即禁治產人實際上不能爲其行爲時。受訴法院之審判長。得選任律師。爲其訴訟代理人。或命其自行選任。其保護受禁治產宣告之人。可謂至矣。

三 撤銷禁治產宣告之訴之提起。提起撤銷禁治產宣告之訴。雖仍適用普通訴訟之一般規定。然尙有左之特則。試分述之。

(1) 起訴期間之限制。撤銷禁治產宣告之訴。得於三十日之不變期間內提起。(五七四條)蓋以撤銷禁治產宣告之訴。若許其隨時可以提起。則禁治產宣告之裁定。必至永久不能確定。不免有害公益。故設此不變期間之限制。此項不變期間。於禁治產人自知有宣告時起算。於他人自該裁定發生效力時起算。(五七一條次項)因宣告禁治產之裁定。僅送達於聲請人。及禁治產人之法定代理人。或依法應爲監護人之人。而不送達於禁

治產人。在禁治產人往往有不知其有此裁定。或於何時宣告者。若一律以三十日內繩之。未免不公。法律爲保護其權利計。故特定爲於其自知（即領會宣告之旨）有宣告時起算。至於他人。既經送達。自應從該裁定發生效力時（即受送達時）起算。惟是對於禁治產人之起訴期間。既定爲自知有宣告時起算。然其自知究始於何時。起訴是否逾期。未必不無爭議。此時惟有由法院依職權爲之調查。如他造主張起訴逾期者。仍不可不負舉證之責。

（2）訴之合併及提起反訴之限制。撤銷禁治產宣告之訴。不得合併提起他訴。或爲訴之追加或提起反訴。（四條）法律所以規定合併訴訟。或於訴訟繫屬中爲訴之追加或提起反訴者。無非爲節省費省時計也。撤銷禁治產宣告之訴。其程序與他訴訟程序不同。故於訴訟繫屬中。不許合併提起他訴。或爲訴之追加或提起反訴也。

四 撤銷禁治產宣告之訴之審理。審理撤銷禁治產宣告之訴。其程序亦與婚姻事件大致相同。茲略述其特則於左。

(1) 訴訟程序之停止。受宣告禁治產之人。於判決確定前死亡者。本案訴訟視為終結。(五七條)蓋宣告禁治產。本以應禁治產人爲標的。若受宣告人既於判決確定前死亡。是其標的已失。自無再爲進行訴訟程序之必要。故本案訴訟視為終結。此當然之理。至其死亡在提起撤銷之訴以前者。則更毋庸提起此項訴訟。自不待論。惟關於負擔訴訟費用部分。仍不能不裁判之。(參照九三條)

(2) 婚姻事件及禁治產宣告之程序之準用。關於撤銷禁治產宣告之訴。與婚姻事件及禁治產宣告之訴。同爲人事訴訟。同爲保護公益。其性質同。其程序亦必使之相同。故於第五百四十條第五百四十一條第五百四十六條第五百六十四條及第五百六十五條之規定。於撤銷禁治產宣告之訴準用之。(五七條)蓋所以省法文規定之煩。即在撤銷禁治產宣告之訴。與婚姻事件同。凡本於當事人處分主義各法則。如關於認諾效力之規定。及審判上自認及不爭執事實之效力之規定。皆不得適用。是乃第五四〇條之準用。又法院對於禁治產程序。係採取干涉主義。得依職權調查證據。並審酌聲請人所

未提出之事實。是乃第五四一條之準用。又爲節省程序起見。若提起撤銷禁治產宣告之訴之原告。於判決確定前死亡者。有權提起同一訴訟之他人。得於其死亡後三個月內承受訴訟。是乃第五四六條之準用。又與禁治產宣告之訴同。應在鑑定人前訊問受宣告之禁治產人。並得使受託推事爲訊問。但有礙難訊問情形。或恐有害其健康者。得免訊問。是乃第五六四條之準用。又禁治產宣告之撤銷。非就受宣告人之心神狀況。訊問鑑定人後不得爲之。是乃第五六五條之準用。

五 撤銷禁治產宣告之訴之判決。撤銷禁治產宣告之訴。其目的係在調查禁治產之宣告。是否適當。故經法院詳細調查後。如認該訴爲無理由。(例如起訴不合法者。或雖合法而法院無管轄權者。或起訴期間已滿後提起此訴者。及原告無提起此項之訴之權者是。)固應以判決駁回其訴。若認該訴爲有理由。(例如宣告禁治產之裁定欠缺訴訟上要件或實體上要件者是)則應以判決撤銷禁治產宣告之裁定。(五七條)此當然之理。惟是普通訴訟。凡撤銷裁定。亦必以裁定爲之。而此獨以判決爲之者何也。蓋以普通訴訟。對

於裁定不服。得聲明抗告。故抗告法院。亦以裁定爲之。而此撤銷禁治產宣告之訴。不許抗告。僅許起訴。故不得不以判決爲之也。且此項判決之效力。亦以確定後始能發生。故在判決確定以前。法院因保護禁治產人之身體及財產。仍得命爲必要之處分。(七五七條次項參照五六八條)以保護其利益。茲再述其效力及送達之特則於次。

(1) 撤銷禁治產宣告之判決之效力。撤銷禁治產宣告之判決。係變更權利之判決。一經確定。卽生遯及既往之效力。與自始未經宣告禁治產者無異。且其效力對於一切人皆應存在。故在撤銷禁治產宣告前。禁治產人所爲之行爲。無論爲禁治產人或第三人。不得本於宣告禁治產之裁定而撤銷之。(五七八條次項)蓋以該裁定之效力。至此已不復存續故也。但有一例外焉。卽在禁治產宣告前。監護人所爲之行爲。失其效力。(七七八條)是乃爲保第三人利益。而圖交易之安全。故有此規定也。

(2) 撤銷禁治產宣告之判決之送達。撤銷禁治產宣告之判決。應送達於聲請人。俾其判決得以從速確定。且此判決確定後。並應由第一審受訴法院布告之。(五七九條)所以

必須布告者。爲此與公益有關。務使一般人周知故也。必由第一審受訴法院布告者。爲其案卷存於該院。便於調查故也。

第二款 禁治產撤銷之程序

禁治產之撤銷者。卽前已宣告之禁治產。因其原因業已消滅。請求撤銷從前所爲禁治產宣告之特別程序也。夫禁治產之宣告。本爲保護禁治產人利益及社會公益而設。而禁治產之撤銷亦然。故法律明定依民法規定。得聲請禁治產之人。於禁治產之原因消滅後。（如心神喪失者今已回復常態是）得聲請撤銷禁治產。（五八）○條所有程序。在禁治產宣告之規定。於此亦多準用之。惟此與前所述撤銷禁治產宣告之訴不同者。彼則以禁治產宣告之裁定不當爲前提。此則以宣告禁治產之原因已消滅爲前提。茲將禁治產撤銷之程序。述之於次。

一 撤銷禁治產之管轄法院。 撤銷禁治產之聲請。專屬禁治產人普通審判籍所在地之第

一 審法院管轄。（五八一）條前段）其理由與前所述禁治產之宣告完全相同。惟法律爲擴張管轄起

見。若禁治產人在中華民國無普通審判籍者。得向曾爲禁治產宣告之法院爲之。(五八一條後段)
亦以爲保護禁治產人之利益計也。

二 撤銷禁治產之聲請。撤銷禁治產之程序。與禁治產之宣告。同爲適用不告不理之原則。而以聲請爲開始撤銷禁治產之要件。茲將聲請之程式及得聲請之人略述於次。

(1) 聲請之程式。撤銷禁治產之聲請。應表明其原因事實及證據。(五八二條參照五六〇條)即有得爲撤銷禁治產之證明書及診斷書是也。

(2) 得聲請之人。得聲請撤銷禁治產之人。仍不外依民法規定。爲得聲請禁治產之本人配偶及最近親屬。(五八〇條民法一四條)以此等人與禁治產人關係密切。且爲保護利益最

適當之人也。

三 撤銷禁治產審判前之程序。對於撤銷禁治產之聲請。法院亦應於審判前。依其職權爲必要之調查。其調查程序。悉準用關於聲請禁治產之規定。茲略分述於左。(五八二條)

(1) 得命提出診斷書。法院得於撤銷禁治產之程序開始前命聲請人提出診斷書。(五八二條)

五八二條參照五六一條）蓋以禁治產之應否撤銷。必須有真確之證據。故命其提出診斷書。亦審判前必要之程序也。

(2) 密行禁治產程序。撤銷禁治產之程序。不得公開行之。(五八二條參照五六二條)若公開之。亦與禁治產人有害。其詳見前款禁治產之聲請程序。

(3) 調查原因事實。禁治產之撤銷。法院亦應審酌聲請人所表明之事實及證據。依職權為必要之調查。(五八二條參照五六三條首項)此因撤銷禁治產。亦關公益。為法院採用職權主義。及干涉主義當然之結果也。其詳亦見前款。

(4) 應訊問禁治產人於鑑定人前。法院應於鑑定人前。訊問禁治產人。(五八二條參照五六四條)宜告禁治產。既必就有特別智識技能之鑑定人前訊問之。以冀得其真相。而撤銷之際。仍不能不使之參與其間。以明其禁治產之原因果否消滅。是乃法院為履行法定義務。不得不然。但有其他礙難訊問情形。或恐有害其健康者。得不訊問。(五六四條但書)此項訊問。並得使受託推事為之。(五六四條次項)均所以謀禁治產人之利益也。

四 撤銷禁治產之裁判。關於撤銷禁治產之裁判。亦以裁定爲之。(五八四條)其裁定與前宣告時同。亦分駁回撤銷禁治產聲請之裁定。與撤銷禁治產之裁定兩種。略述於次。

(1) 駁回撤銷禁治產聲請之裁定。法院經詳細調查後。如認撤銷禁治產之聲請爲不合法。或認禁治產原因未消滅時。則爲駁回撤銷禁治產聲請之裁定。此裁定並應送達於聲請人。(五八五條首項)俾其得以知悉所以被駁回之理由。以便對之提起撤銷之訴。但因不合法而被駁回者。僅得爲即時抗告。(五八五條次項)此乃對於依訴訟上理由。而駁回撤銷禁治產聲請之裁定。不得不然。法律所以特爲明定也。

(2) 撤銷禁治產之裁定。法院若認撤銷禁治產之聲請爲合法。或認禁治產原因。確已消滅時。則應爲撤銷禁治產之裁定。惟此裁定。非就禁治產人之心神狀況。訊問鑑定人後。不得爲之。(五八二條參照五八五條)亦所以昭鄭重也。故此種裁定。應附理由。並應送達於聲請人及禁治產人。(五八四條首項次項)應送達於聲請人者。固爲使之得知聲請撤銷禁治產之結果。更應送達於禁治產人者。俾得自知此後非復禁治產人也。且此裁定。並應準

用第五七九條之規定。由第一審受訴法院依法布告。以保護禁治產人之利益。(五八四條三項)

- 五 關於撤銷禁治產聲請之程序費用。撤銷禁治產程序之費用。如撤銷禁治產之宣告時。由禁治產人負擔。除此情形外。其費用由聲請人負擔。(五八三條首項次項)蓋以禁治產之宣告。既經准予撤銷。是其享受利益之保護者。直接在禁治產人。其費用自應由彼負擔。否則依一般法則。當然由聲請人負擔也。

第四款 撤銷駁回撤銷禁治產聲請之訴之程序

撤銷駁回撤銷禁治產聲請之訴者。即撤銷禁治產之聲請人。對於法院所為駁回撤銷禁治產聲請之裁定不服。提起撤銷其裁定之訴之程序也。此訴非以禁治產宣告之存續為不當。乃以禁治產之原因既已消滅。法院仍使之存續為不當。而請求其撤銷為標的。亦屬變更權利之訴。故與前述之撤銷禁治產宣告之訴。微有不同。在撤銷禁治產宣告之訴之判決。其效力能溯及

既往。而此訴之判決。則無此遡及力。在撤銷禁治產宣告之訴。設有不變期間之限制。而此訴則無此限制。且撤銷禁治產宣告之訴。不許抗告。而此訴若因不合法而被駁回者。得為即時抗告。此彼此性質上相異之點也。惟其程序。則凡關於撤銷禁治產宣告之訴之規定。於此皆準用之。茲略述於次。

一 當事人。撤銷駁回撤銷禁治產聲請之當事人。仍不外依民法規定。以禁治產人、配偶、及其最近親屬為原告。而其被告則為原聲請人。若原聲請人死亡時。則為禁治產人之法定代理人。(五八五條次項參照五七二條)此與第五七二條出於同一之法意也。

二 訴訟能力及代理。撤銷駁回撤銷禁治產聲請之訴。受宣告人有訴訟能力。(五八五條次項參照五七三條首項)蓋於此時。受禁治產宣告之人。實際上或已回復其行為能力。或未能完全回復。或雖回復而因其他情形不能為訴訟行為時。受訴法院之審判長。得選任律師為其訴訟代理人。或命其自行選任。(參照五七三條次項)殆無一不為禁治產人之利益計矣。

三 撤銷駁回撤銷禁治產聲請之訴之提起。提起撤銷駁回撤銷禁治產聲請之訴。其程序

除不受不變期間之限制外。仍不許合併提起他訴。或爲訴之追加。或提起反訴。(參照五八五條次項)

(參照五七四條)其詳宜參照本節第二款之四。

四 撤銷駁回撤銷禁治產聲請之訴之審理。此項審理。其程序不特與撤銷禁治產宣告之規定同。且與婚姻事件之規定。亦大致無異。前已屢述之。宜參照。茲不贅。(參照五七五條及五七六條)

五 撤銷駁回撤銷禁治產聲請之判決。對於此訴。法院如認爲仍無理由者。自應以判決再行駁回。反之若認爲有理由者。則應以判決撤銷駁回撤銷禁治產聲請之裁定。在此判決確定前。對於禁治產人之身體及財產。仍得命爲必要之處分。(參照五七七條)故在撤銷駁回撤銷禁治產聲請前。不特監護人所爲之行爲不失其效力。即禁治產人所爲之行爲。亦不得本於駁回撤銷禁治產聲請之裁定而撤銷之。(參照五七八條)是其效力使然也。至此判決確定後。應由法院依法布告。以保護其利益。(參照五七九條)

第五節 宣告死亡事件程序

宣告死亡事件程序者。即宣告死亡及撤銷死亡宣告之特別程序之總稱也。關於宣告死亡之制及其程序。創始於德意志普通法。盛行於十八世紀之半。而為羅馬法上所未規定。故近世各國。關於此制。其立法例頗不一致。有採用斯制者。（如德制是）有不採用斯制者。（如法制是）有以分生死不明之時期為三時期。第一期使其人受失蹤之推定。第二期使其人受失蹤之宣告。第三期即推定其人為死亡者。（如法制是此制不經宣告即生其人死亡之效力）有以失蹤人之生死不明。經過一定時期後。則對之即為宣告死亡者。（如德制是此制必經宣告始生其人死亡之效力）有認此事件為訴訟事件者。亦有認其為非訟事件者。（此因學說及立法例而異）且有將其程序認為公示催告之一種者。（如德國是）有認為人事訴訟之一種者。（如日本是）我國本法。雖採德制。而又不與之盡同。蓋以所有程序。與公示催告程序。異點頗多。亟與人事訴訟程序相近。故將此程序定入人事訴訟章內。依本法解釋。及其所探職權主義及

干涉主義之點觀之。既爲訴訟事件。且非公示催告程序之一種。不過準用而已。然本法既將此程序規定於人事訴訟章內。則除本章規定外。仍應適用或準用本法一般之規定自不待言。

第一款 死亡宣告之程序

死亡宣告之程序者。卽失蹤人、(去從來之住所或居所者)或失蹤人已滿七十歲以上、及其遭遇特別災難者(如臨戰地或在已沉沒船中者是)之生死不明。經過一定期間。依法定程序。宣告其死亡之謂也。蓋凡人之生死。所關於其財產及親屬者至爲重大。故人之生死既不明。則於其財產上及親屬上之關係。必致瀕於不能確定之情形。此不第有害利害關係人之利益。並且害及公益。故對於生死不明之人。經過一定期間。應卽宣告其死亡。以免其法律關係。永不確定。故設此死亡宣告之制。以爲保護公益之準則焉。所謂一定時期。依民法第八條規定有三種。(1)普通失蹤人爲失蹤滿十年後。(2)失蹤人滿七十歲以上者。爲失蹤滿五年後。(3)失蹤人爲遭遇特別災難者。於失蹤滿三年後。非經過此法定期間。不得爲死亡之

宣告也。茲據本法述其宣告程序於次。

一 宣告死亡之管轄法院。宣告死亡之聲請。專屬失蹤人住所地之第一審法院管轄。(五八七條)所以定為失蹤人住所地之第一審法院管轄者。仍為其便於調查故也。所以定為專屬者。其意在不許當事人以合意變更。恐其有妨公益也。

二 宣告死亡之聲請。宣告死亡之聲請。與聲請宣告禁治產同。不但為開始宣告死亡程序之要件。且為宣告死亡裁定之要件。法院對於此事件。雖仍採用職權主義及干涉主義。然究不得以職權開始之。是仍適用不告不理之原則。茲述其聲請之程式。及得聲請之人於次。

(1) 聲請之程式。宣告死亡之聲請。應表明其原因事實及證據。(五八八條)所謂原因事實及證據。如求將某人宣告死亡。須將其失蹤情形、時間、年歲、遇何災難、及繼續狀態。一一表明是。然此亦非必備要件。如缺而不備。法院仍可依其職權調查之。

(2) 得聲請之人。有聲請宣告死亡之聲請權人。依民法第八條規定。為其利害關係

人。即就死亡宣告在法律上有利害關係之人。如失蹤人之繼承人、配偶、管理財產人、法定代理人、債權人、等是。以此等人在法律上之權利義務。於宣告死亡不無多少影響故也。故本法規定。有此聲請權之人。得爲共同聲請人參加程序。或代聲請人續行程序。(五九)所以免裁判之重複。而節省再用同一程序之煩累。特設此規定也。

三 宣告死亡之公示催告。宣告死亡之制。本爲保護利害關係人之利益而設。然一經宣告。卽生失蹤人死亡之效力。自非以鄭重之方法行之不可。故當死亡宣告以前。法院應將其要旨。公示於失蹤人及利害關係人。俾其得有防禦利益之機會。至其宣告之目的。雖與公示催告不同。而其程序則與之極相類似。故關於宣告死亡事件程序。除本節別有規定外。準用本法第五〇七條至第五二〇條。關於公示催告程序之規定。(五八)茲更依據本法述其公示之程序及其方法於次。

(1) 公示之程序。宣告死亡。應將左列各款事項。於公示催告記明之。(五八)
甲 失蹤人應於期間內陳報其生存。如不陳報。卽受死亡之宣告。(九條)

乙 凡知失蹤人之生死者。應於期間內將其所知陳報法院。

右述規定。乃法院爲欲達公示之目的。故必使失蹤人利害關係人。及一般人。陳報其適當事項。以免將來宣告有所錯誤。並與第五〇八條之規定同出一轍也。

(2) 公示之方法。 公示催告。應有一定方法及一定期間。庶不致有所爭執。故本法

第五九〇條規定。前項陳報期間。自公示催告最後登載公報或新聞紙之日起。應有六個月以上。若失蹤人滿百歲者。公示催告。得僅黏貼於法院之牌示處。此項情形。其陳報期間。自黏貼牌示處之日起。得定爲二個月。(五九〇條一二三項) 蓋此第一項規定。以宣告死亡。與普通公示催告。關係較爲重大。故不能不將其期間特別伸長。二三兩項規定。則推定此種失蹤人實際上業經死亡者居其多數。故又不能不將其方法及期間較爲省略焉。

四 事實之調查。 宣告死亡事件法院應審酌聲請人所表明之事實及證據。依職權爲必要之調查。(五九二條參照五六三條) 蓋以死亡之宣告。效力極爲重大。此不特有關係人一身之利益

。且與公益有關。宣告前若不將聲請人所表明之事實及證據。調查明確。宣告時難免不發生錯誤。故有此準用之規定。至其調查費用。如聲請人未預納者。由國庫墊付(五九二條參照五六三條次項)此乃一般規定之例外。非是不足以達調查之目的也。

子 宣告死亡之判決。 法院經調查之結果。如認其證據可憑。足以宣告其死亡者。則應以判決爲死亡之宣告。否則即以裁定駁回之。此不易之理。惟當公示催告程序中。法院不能審判失蹤人是否生存之事實。若失蹤人陳報生存。而聲請人否認其事實者。法院應於有確定裁判前。中止其宣告程序。(五九三條)蓋以此時應就宣告死亡之聲請爲裁判之法院。無就此項爭執爲裁判之權限。惟有使陳報人或聲請人另起新訴。以待裁判之確定。故除中止其宣告程序外別無他法焉。又法院如認爲應予宣告死亡而爲判決時。其宣告死亡之判決。應確定死亡之時。(五九四條)此所謂時。即依民法規定。除有反證外。即以前所述法定期間之十年五年或三年最後日終止之時。推定其爲死亡之時。苟不將此確定之時記明於判決內。即足爲聲請人不服之理由。

六 關於宣告死亡程序之費用。此項程序費用。如宣告死亡時。由遺產負擔。其不宣告死亡者。由聲請人負擔。(五九條)此亦與宣告禁治產之法意相同。如准予宣告時。爲利害關係人之利益計。自應由遺產負擔。若不准予宣告時。則依一般法則辦理。由聲請人負擔。以防聲請人之濫爲聲請也。

第二款 撤銷死亡宣告之訴之程序

撤銷死亡宣告之訴者。即依第五一八條第二項所定各原因。聲請人對此不服。所爲提起撤銷之訴。又對於受宣告人現尚生存。或雖死亡而確定死亡時不當者。所爲提起撤銷之訴之程序也。(五九條)在對於前之原因得以提起撤銷之訴者。此乃準用公示催告程序當然之結果。自屬毫無疑義。若對於後之原因。亦得提起撤銷之訴者。以宣告死亡之判決。效力極大。若經確定後。即不許其動搖。則於公私利益。均將蒙其影響。故除準用第五百一十八條第二項之規定外。亦得對此提起撤銷之訴。以推翻其原判決。此訴不許上訴。無論對何原因提起。均以

除去或變更其宣告死亡之判決爲目的。至提起此訴之期間。本仍適用第五一九條之規定。惟其以生存爲理由而提起者。則不適用該條之規定。(五九七條後段)何也。蓋以死亡之宣告。若對於現尙生存之人。僅因其期間已滿。而亦以五一九條之規定限制之。以杜絕其聲明不服之途。是不啻以現尙生存之人。而強推定其爲死亡也。故設此以保護之。茲再依本法所定特別述之於左。

一 撤銷死亡宣告之訴之當事人。撤銷死亡宣告之訴。於有法律上利害關係者得提起之。(五九六條)此所謂利害關係人。如失蹤人之配偶人。及因其死亡而應支付保險金之保險公司等是。依此規定。提起斯訴者。若爲各利害關係人時。固以各利害關係人。居於原告地位。然提起斯訴者。若爲受宣告人時。則又以各利害關係人。居於被告之地位矣。故由各利害關係人中之一人。提起斯訴或聲請者。自應以其中之一人爲原告或被告。由各利害關係人中之數人。提起斯訴或聲請者。則應以其中之數人爲共同原告或共同被告。此當然之解釋也。惟受宣告人之法定代理人。其代理關係。已因死亡之宣告而終了。自

不能有此起訴權。但其人亦爲有法律上利害關係人之一者。則不妨以自己之名義。提起此訴。而仍有此之起訴權矣。

二 撤銷死亡宣告之訴及其他程序之準用。撤銷死亡宣告之訴。得由各利害關係人共同提起。此徵諸必要的共同訴訟之原則。自屬當然。使各利害關係人。分別提起數宗之訴。法院應如何審理之。此時惟有適用第五十三條之規定。合併確定之。(五九條)庶不致有數個裁判之矛盾。而手續亦多便利矣。故法院爲節省勞費起見。於此訴繫屬中。不得合併提起他訴。或爲訴之追加或提起反訴。(五七條)若提起此訴之原告。於判決確定前死亡者。有權提起同一訴訟之他人。得於其死亡後三個月內承受訴訟。(五四條)皆所以使訴訟之迅速進行也。且當審判前。爲發見真實計。得依職權調查證據。並審酌當事人所未提出之事實。(五四條)並不採取當事人處分主義。如關於認諾審判上自認及不爭執事實之效力之規定。均於此訴不適用之。(五四條)此乃以撤銷死亡宣告之訴。亦爲人事訴訟之一種。而爲準用婚姻事件及禁治產事件當然之結果也。(五九條)

三 撤銷死亡宣告之判決之效力。撤銷死亡宣告之訴。或更正死亡之時之訴。經法院調查結果。如認為正當者。自當依一般通則。予以判決。此判決有遡及力。應回復宣告死亡以前之原狀。且為變更權利之判決。其效力不僅及於當事人。無論對於何人。均應存在。(六〇條)故第三人因其宣告死亡所取得之財產。當然復歸於受宣告人。此不易之理。但於此有二例外焉。即(1)於判決確定前之善意行為不受影響。(六〇條但書)此為確保善意取引之安全而為此規定也。例如失蹤人之配偶人與他人更為婚姻。或其承繼人售賣承繼財產者。如雙方均係善意。並不使之喪失效力是。(2)因宣告死亡取得財產者。如因此項判決失其權利。僅於現受利益之限度內負歸還之責。(六〇條次項)蓋以此種取得財產之人。往往自信為正當權利人而消費之者。若仍令其歸還全部。未免過苛。故依不當利得之原則。使其僅於現受利益之限度內。負歸還之責。以保其利益。例如繼承人、受遺人。雖因該判決而失其權利。祇須於歸還責任發生時現存之利益限度內。歸還該財產於本人。至以前已消費之財產。勿庸歸還是也。

民事訴訟法論

六九〇

民事訴訟法論完

