

中央政治學校

法官訓練班法律叢書

謝冠生 主編
王建今
余覺 編著

民事訴訟法實用

中卷

大東書局印行

中華民國三十六年三月三版

中央政治學校
法官訓練班法律叢書

民事訴訟法實用（中卷）

每冊實價國幣八元一角

（外埠酌加郵運包裝費）

編著者 余

冠生 覺

主編者

謝冠生 王 建 今

發行人

陶百川

印刷者

大東書局

發行者

大東書局

發行所

大東書局

上海福州路及各省市

上海福州路三一〇號

民事訴訟法實用中卷目錄

第二編 第一審程序……………一

第一章 通常訴訟程序……………一

第一節 起訴……………一

第二節 言詞辯論之準備……………一〇五

第三節 證據……………一一九

第一目 通則……………一一九

第二目 人證……………一七一

第三目 鑑定……………一二七

第四目 書證……………一三五

第五目 勘驗……………二七〇

第六目 證據保全·····	二七六
第四節 和解·····	二八五
第五節 判決·····	二九八
第一章 簡易訴訟程序·····	三八四

民事訴訟法實用 (中卷)

余 覺 編 著

第二編 第一審程序

本法因法院組織法係採三級三審制，故有第一審程序與第二審第三審程序之規定。行第一審程序之法院，謂之第一審法院。第一審法院與所謂受訴法院不同，法文內之稱受訴法院者，有時爲上訴法院，不專指第一審法院而言。

第一章 通常訴訟程序

通常訴訟程序，爲適用於第一審之訴訟程序，其標明爲通常者，因第一審程序中另有簡易訴訟程序之規定也。

第一節 起訴

訴者，當事人求爲利己判決之聲明，因以開始判決程序者也。所謂判決程序，指於其程序爲確定私權之裁判、應用判決之形式者而言。當事人向法院求爲利己判決，謂之起訴，該當事人爲原告，其相對人爲被告。原告以訴所爲應受判決事項之聲明，爲訴之聲明，其請求法院加以判決之法律關係，爲訴之標的，原告被告與訴之聲明及訴之標的，皆爲訴之要素，訴之是否同一，以此爲區別之標準。又訴之要素有一變更，卽生訴之變更，有一追加，卽生訴之追加（二五五條至二五七條）。

被告在依原告之訴所生訴訟程序中，對於原告提起之訴，謂之反訴。對於反訴，稱原告之訴曰本訴，反訴除有特別規定外，應適用關於訴之一般規定。（二五九條二六〇條）

起訴後，卽發生訴訟繫屬，民事訴訟律，民事訴訟條例，及舊民事訴訟法，均稱爲訴訟拘束。訴訟繫屬有自提出訴狀於法院而發生者（二四四條），有自法院書記官作成筆錄時發生者（四二六條一二二條），有自以言詞起訴之時發生者（二六一條四三〇條），均與訴狀或筆錄之送達無關。訴訟繫屬發生後，該受訴法院，卽不可不爲完結訴訟

之行為，其要屬，又因下列事由而消滅，即一、以終結訴訟爲目的之裁判確定（三八一八二三條條三九七條二四九條一〇一條），二、終局判決脫漏，未於法定期間內聲請補充判決（二三三條），三、當事人無訴訟標的爲訴訟上之和解（三七七條），四、當事人撤回其訴或視爲撤回（二六二條一九〇條），五、其他如第四百二十四條第二項，第四百二十五條第二項，第五百七十六條，第六百十條等所規定之事由是。訴訟繫屬之全部或一部消滅，即訴訟全部或一部之終結也。

訴因原告所求判決之內容不同，可分爲左列三種：

一、給付之訴 即求爲給付判決之訴，給付判決者，認原告之請求存在，而命被告爲一定給付之判決也。求爲此項判決之訴，乃以原告對於被告之請求確爲訴之標的。

以給付之訴爲有理由，而命被告爲一定給付之判決，雖爲給付判決，然以其訴爲無理由而駁回之判決，則爲確認判決，因此判決，乃確定原告無求給付判決之權也。

二、確認之訴 即求爲確認判決之訴，確認判決者，止於確定法律關係成立或不成立之判決也。求爲此項判決之訴，乃以請求權或其他法律關係爲訴訟標的。

原告求以判決命被告承認某法律關係之存否者，其訴乃為給付之訴，而非確認之訴，以其意旨非僅在確定某法律關係之存否也。

以確認之訴為有理由，從原告之主張所為確定法律關係成立與否之判決，固為確認判決，以確認之訴為無理由，而駁回之判決，亦為確認判決，因此判決乃確定原告，無求確認判決之權也。

三、形成之訴（變更權利之訴或創設之訴）即求為形成判決之訴，形成判決者，認原告之形成權存在，而使某法律關係發生變更或消滅之判決也。求為此項判決之訴，乃以形成權為訴之標的。

形成之訴為其標的之權利，有為私法上之權利者，有為訴訟法上之權利者。前者如撤銷婚姻之訴、離婚之訴、終止收養關係之訴是也；後者如再審之訴、撤銷禁治產宣告之訴、對於強制執行異議之訴是也。

以形成之訴為有理由，認其為標的之權利存在，而使生法律上效果之判決，雖為形成判決，然以其訴為無理由而駁回之判決，則為確認判決，因此判決乃確定原告無求形

成判決之權也。

原告依訴得求利已判決之權利，謂之訴權。訴權與訴之自由有別，凡私人有向法院起訴之自由，即謂訴之自由。訴權之成立，須具備訴訟成立要件（訴訟事件），及權利保護要件（訴權存在要件）。

甲、訴訟成立要件 即法院開始本案訴訟之必要條件，其事項如左：

一、訴訟事件屬普通法院之權限。

二、訴訟事件屬爭訟法院管轄（二七條）。

三、原告及被告有當事人能力（四〇條）。

四、原告及被告有訴訟能力，無訴訟能力者，由其法定代理人合法代理（四五條四七條）。

五、由訴訟代理人起訴者，其代理權無欠缺（七五條）。

六、起訴合於程式及備其他要件（二四四條二五五條至二五七條二五九條至二六一條四二六條修正司法狀紙規則一條修正司法印紙規則六條一款）。

七、同一事件別無訴訟繫屬（二五三條）。

八、非於本案經終局判決後撤回，復提起同一之訴（二六三條二項）。

九、訴訟標的未經確定判決裁判及和解（三八〇條三九九條）。

十、依法律應經調解之事件，於起訴前曾經調解而未成立（四〇九條四二四條五七三條五八三條）。

原告之訴，是否具有訴訟成立要件，法院應依職權調查。若訴訟成立之要件欠缺，而其情形可以補正者，法院應定期間先命補正，如無可補正，或命其補正，而逾期未遵行者，應以裁定駁回其訴（二四九條）。對於此項裁定，得為抗告（四七九條），其起訴欠缺調解未成立之要件者，應視調解之聲請，未可駁回其訴（四二四條二項五七三條二項）。除上述為訴訟成立要件之事項外，尚有所謂訴訟障礙之事項。其事項如左：

一、有供訴訟費用擔保義務之原告，不仕擔保（九六條一〇一條）。

二、訴訟標的之法律關係當事人間有公斷契約 民事訴訟法，雖未以公斷契約之存在為妨訴抗辯事由（參照德民事訴訟法二七四條二項三款），然此乃法律認公斷契約為有

效之當然結果。(民事公斷暫行條例一條)

三、因當事人間適用簡易訴訟程序之合意，而應經調解之事件，於起訴前未經調解(四二五條一項)。

訴訟障礙存在時，法院固不得開始本案訴訟，但訴訟障礙之事項，法院不得依職權調查，須被告主張乃成爲本案訴訟之障礙，法院應認其訴爲不合法而駁回之，如係未經調解應爲調解之聲請(四二五條二項)。

乙、權利保護要件 卽當事人受有利於己之本案判決之必要條件。其事項如左：

一、關於保護之對象卽關於爲訴訟標的之法律關係之要件 在給付之訴，須私法上之給付請求權存在；在積極確認之訴，須原告所主張之法律關係存在；在消極確認之訴，須原告所否認之法律關係不存在；在形成之訴，須法律所認之形成權存在。

二、關於保護之必要，卽關於法律上利益之要件 在給付之訴，須原告之請求已到期履行期，或雖未到期履行期，而被告有到期不履行之虞(二四六條)，本於雙務契

約之私法上請求權，他造當事人得為同時履行之抗辯時，如已屆履行期，則雖原告未為對待給付之提出，亦應認為已備此要件。在確認之訴，須原告有即受確認判決之法律上利益（二四七條），在形成之訴，則於法律所認之形成權存在時，當然有受形成判決之法律上利益。

三、關於當事人適格之要件 即須原告及被告俱為正當之當事人，而就為訴訟標的之法律關係，有為訴訟之權能，在給付之訴，係在私法上有請求權之人為原告，以其義務人為被告；在確認之訴，係有即受確認判決利益之人為原告，以對其人有確認判決，即可除去其所受法律上之不利者為被告；在形成之訴，其為原告或被告者，係依法律規定（如撤銷婚姻之訴之原告及被告），或理論上得為原告及被告之人。

權利保護要件，須於言詞辯論終結時存在，至起訴時具備與否，在所不問。此等要件中，關於為訴訟標的之法律關係之存否者，法院不得依職權調查，而應依當事人之辯論定之。至其他要件，即關於保護之必要與關於當事人之適格，法院應依職權調查之。

原告有訴權，即權利保護要件皆備者，其訴爲有理由，法院應依訴之聲明爲有利於原告之判決，以保護原告之私權。若原告無訴權，即權利保護要件有欠缺者，則其訴爲無理由，法院應爲駁回其訴之判決，以保護被告之私權。

判例 上訴入爲第一審之原告，其對被上訴人起訴，是否有訴訟實施權，即當事人適格之要件是否具備，爲法院應依職權調查之事項。（最高法院民二九上字一二三七號）

最高法院二十七年四月二十日民庭庭長會議決議錄

扶養義務人，撥給扶養權利人收益之膳產，其所有權仍屬於扶養義務人，如因扶養義務人負債，致被查封，扶養權利人，不得提起執行異議之訴。

最高法院三十一年十一月十九日民事庭總會決議

(十) 訴權存在之要件，分爲三種：一、爲關於訴訟標的之法律關係之要件，二、爲關於保護之必要之要件，三、爲關於當事人適格之要件。某甲就非其所有之土地，主張爲其所有，提起確認所有權存在之訴，僅爲第一要件之欠缺。該訴訟既以某

甲主張之土地所有權爲訴訟標的，某甲就爲訴訟標的之所有權，即非無爲訴訟之權能，自不得謂第三要件有欠缺。若積極確認之訴，必原告主張之權利存在，原告始爲適格，則消極確認之訴，被告主張之權利不存在時，被告即非適格，法院勢必駁回原告之訴，不得爲原告勝訴之判決矣。張三以某地係李四所有，向王大提起確認所有權之訴時，如張三有民法第二百四十二條之代位權，提起所有權屬於李四之訴，第三要件，固無欠缺，即張三無故提起確認所有權屬李四之訴，亦當以其無即受確認判決之法律上利益，認爲第二要件有欠缺，不得謂第三要件有欠缺。蓋就他人間法律關係之存否，提起確認之訴，如有即受確認判決之法律上利益，不能以其非該法律關係之主體，即謂第三要件有欠缺也。至張三無故提起確認李四之地，爲自己所有之訴時，其事實上之陳述，與其應受判決事項之聲明，雖屬矛盾，而就其聲明解釋之，應認其已主張所有權，屬於自己，該訴訟仍不外以張三之所有權爲訴訟標的，自僅欠缺第一要件，而非欠缺第三要件。又某子主張某丑對伊負有債務，而向某寅提起請求清償之訴時，其事實上之陳述，與其

應受判決事項之聲明，雖屬矛盾，而就其聲明解釋之，應認其已主張對於某寅有給付請求權，該訴訟仍不外以某子對於某寅之給付請求權為訴訟標的，自僅欠缺第一要件，而非欠缺第三要件。（對於本款問題有反對見解）

（十三）民法第一百三十一條規定：時效因起訴而中斷者，若撤回其訴，或因不合法而受駁回之判決，其判決確定視為不中斷。此所謂不合法，非專指不合於法律上之訴訟成立要件而言，其不合於法律上之訴權存在要件者，亦包含之，故訴因當事人不適格而受駁回之判決，其判決確定者，時效亦視為不中斷。甲乙丙丁共同共有之山場被戊侵奪後，雖曾於時效期間內，由甲一人為全體提起請求返還之訴，但既因當事人不適格，而受駁回之判決，且其判決早經確定，即無中斷時效之效力。

第二百四十四條 起訴應以訴狀，表明左列各款事項，提出於法院為之：

一 當事人及法定代理人。

二 訴訟標的。

三 應受判決事項之聲明。

訴狀內宜記載因定法院管轄，及其適用程序所必要之事項。

第二百六十五條所定準備言詞辯論之事項，宜於訴狀內記載之。

起訴通常應以訴狀提出於法院爲之，訴狀提出於法院之時，卽爲訴訟法律關係開始之時。起訴行爲，係以確定訴之基礎（卽訴訟主體及物件）爲其本旨，故如何之當事人間，就如何之法律關係，要求法院爲如何之判決，均須使其明確，從而左列各款事項，應表明於訴狀：

一、當事人及法定代理人 當事人卽原告與被告也。關於當事人之表明，須據其記載，足以知該當事人爲何人，如僅記載其姓名（或法人名稱），不足以示區別者，應並記載其住所（或事務所營業所），職業身分，及其他特徵。當事人爲胎兒者，記

載其爲其人之胎兒。當事人爲無訴訟能力人時，除表明當事人外，並應表明其法定代理人。蓋以原告無訴訟能力，應由其法定代理人於訴狀內簽名，被告無訴訟能力，應向其法定代理人送達訴狀，當事人爲法人或其他團體時亦同。

二、訴訟標的 訴訟標的，爲請求權或其他法律關係，原告所要求法院判決者爲如何之法律關係，應於可與他法律關係區別之程度內表明之。其表明之方法，因法律關係之種類而不同：其訴訟標的，爲請求與債權者，須將其主體與給付之種類內容，及其發生之原因事實記載之；若爲物權及其他對世權，則須記載其主體與權利種類及其客體（標的物）；若爲形成權，則須記載其主體與所應形成之法律上效果，及其發生之原因事實。

三、應受判決之事項之聲明 表明應受判決事項之聲明，應將原告對於被告就爲訴訟標的之法律關係，所求判決之種類並範圍記載之。在給付之訴，聲明求爲判決命被告向原告給付某物若干，在確認之訴聲明，求爲判決確定其法律關係全部或一部存在或不存，在形成之訴，求爲判決使其法律關係發生變更或消滅之法律上

效果是也。其聲明須確定不得附以條件，但爲預備聲明，自無不可（參照二四八條說明）。所請聲明，附以條件，乃指其聲明對於法院所負審理裁判義務之發生或消滅，附以停止或解除條件也。

以訴狀記載上列各事項，提出於法院，是爲起訴之法定程式，違者無起訴之效力。惟此種事項，祇須訴狀內有記載，分別或籠統爲之均可。起訴違背程式者，法院應以其訴爲不合法而駁回之。但原告亦得補正。

法院之管轄，有依住所而定者。有依其他關係而定者（三條以下），因定法院管轄所必要法之事項，訴狀內均宜記載。又第一審程序，有通常訴訟程序與簡易訴訟程序之別。對於某訴訟究依何種程序辦理，須依訴訟標的之金額價額或其他性質定之（四〇二條以下）。此種因定其適用之程序所必要之事項，亦以記載於訴狀爲宜，其餘準備言詞辯論之事項，即原告擬在言詞辯論提出之事實及證據等，亦宜在訴狀內記載，以作準備書狀之用。此外，訴狀實須依照第一百十六條以下關於書狀之規定。惟僅違背以上種種規定者，於起訴之效力，並無影響，與違背本條第一項規定者迥異。

日民事訴訟法第二百二十四條第一項規定，訴狀應記載當事者、法定代理人，並請求之趣旨及原因，其用語較為明晰。

判例 訴權之存在，以當事人適格為要件，所謂當事人適格者，即指特定事件之當事人，就其訴訟標的有實行訴訟之權能者而言。故在受訴訟者，並有為訴訟之責任，即有法律上之必要，始為適格。（最高法院民二一上字一〇〇三號）

判例 訴訟事件，其當事人有無主張權利之資格即當事人適格，係為訴權之存在要件。若並無此項資格，而貿為當事人起訴者，應予駁斥。（最高法院民一九上字九四一號）

判例 民事訴訟制度，原為保護私權而設，所謂私權者，係指當事人應受之利益，在私法上可以認為權利而言。若其利益係由於不法行為之結果，是尚不得認為權利，而以之為訴訟上之請求，即屬不當。（最高法院民一九上字一〇八七號）

判例 訴狀表明原告某某書局經理人某某字樣者，如就該書局之法律關係起訴，即係以該書局為原告，而以經理人為民事訴訟法第五十二條所稱之代理人。（最高法

院民二九上字一六三九號)

判例 訴狀內表明之原告，將上訴人之姓名與某堂名並列，雖似上訴人與該堂名為共同原告，惟該堂名既為上訴人用以置產之名義，而非他人之名稱，自僅上訴人為原告。(最高法院院民二九上字二〇一九號)

判例 訴訟須有一定之當事人，與一定之聲明，如原告起訴，本係以父子數人為被告，則雖其父未到案，而由其子代為陳述一切，該訴訟之當事人，亦不能因此有所變更。(大理院民三上字九九三號)

判例 關於損害賠償之訴，當事人既經聲明，係以賠償金錢為請求目的，則雖未明示賠償數額，審判衙門儘可以相當方法，予以核定，而不容因此拒絕受理。(大理院民五上字九六〇號)

判例 法律行為，無効，非有利害關係之人，不得濫行主張。(大理院民五上字一〇四七號)

判例 凡無承繼資格之人，不許告爭繼嗣及遺產。(大理院民七上字三四三號)

判例 不合法之承繼，惟有承繼權之人，或其直系宗親，始有告爭之權。（大理院
民七上字六八一號）

德判例 在確認之訴，於訴狀內表示一定之聲明，祇須記載所爭之法律關係，及求
加以確認之旨。（R. G. 12, 391u, 21, 387）

日判例 依民事訴訟法第一百九十條，應備載於訴狀之要件，無一定之記載方式。
（明治三二年日大審院）

日判例 添附於訴狀之委任內，記明全體原告之姓名住址者，得視為已全揭載於訴
狀。（明治二八年日大審院）

日判例 訴訟當事人之表示，形式上最應明確。（明治二八年日大審院）

日判例 形式上未經表出之當事人，裁判所本不過問，自毋庸調查其人之訴訟代理
與訴訟委任。（明治二八年日大審院）

日判例 訴訟並不因列有不必要之當事人，而妨其成立。（明治三〇年日大審院）

日判例 當事人之表示，祇須據其表示得知當事人為何人，即以商號店名等表示之

，亦屬無妨。（明治四三年日東京控訴院）

日判例 破產財團起訴，或被訴時，不得僅揭破產管財人之姓名爲當事人之表示，須據其掲載，得知破產者爲何人。（明治三七年日大審院）

日判例 依民事訴訟法第一百九十條第一款表示當事人之程度，須據該項表示，足知當事人爲何人，及有如何之資格，且須據此得爲送達。（明治三七年日大審院）

日判例 依民事訴訟法第一百九十條第一款表示當事人及裁判所，苟據該項表示，足免其當事人或裁判所，與他當事人他裁判所相混，或無不知當事人爲何人，裁判所爲何廳之處，自無妨於適當之程度，省略其記載。（明治三九年日大審院）

日判例 以數人爲被告，而稱非請求於彼，則請求於此，否則向全體爲請求云云，即係不定之請求。（明治二六年日大審院）

日判例 原告以其對於共同被告之請求金額，合併記載於訴狀者，就其對於各被告之請求目的物言之，雖有不精確之嫌，然尙非欠缺目的物之表示，自不得遽指爲違背民事訴訟法第一百九十條之規定。（明治三六年日大審院）

日判例 訟爭物屬於礦石或砂土之類者，苟依其存在處所，或管理占有之狀態表示，其不與他物混同，即與民事訴訟法所謂一定之目的物相當。（明治三八年日大審院）

日判例 訴訟內就請求之一定原因，與一定聲明，雖非分別為記載，然據其內容，苟足顯明二者之區別，即不能不謂其已備民事訴訟法第一百九十條第二項之要件。（明治三〇年日大審院）

日判例 民事訴訟法第一百九十條第二項，所謂請求之一定原因，指請求即權利所由以生之事實而言。即凡為一定之請求，必須說明發生該項請求之一定事實，苟為一定之事實，則關於該種適應事實之法律意見，雖有數個主張，俱不外為維持同一請求之攻擊方法，並無害於原因之一定。（明治三〇年日大審院）

日判例 貸貸人請求交還貸貨物，而主張數個理由者，雖併以此為請求之原因，然其理由若不互相抵觸，即不得增為違法。（明治四〇年日大審院）

日判例 民事訴訟法所謂請求之原因，指法律關係成立之基本事實而言。（明治四

二年日大審院

日判例 起訴人於訴狀內記載請求之原因，只須載明其請求之權利，所由以生之事實已足，故以不法行為爲請求原因者，苟已舉其行為，本於加害人之故意或過失之事實，則雖未于故意過失二者之中，確指其一，仍非違法。（明治四三年日大審院）

日判例 請求權個別性之標準，應求之主體內容及原因，三者俱同，則爲同一之請求權，有一不同，則爲別異之請求權，彼生命被害者之父，對於加害人請求財產上及精神上之損害賠償者，自其爲賠償請求權之原因之法律要件觀之，其財產上之損害賠償請求權，係以財產權受損害之事實爲要件之一，而不以精神或痛苦之事實爲要件，反是。其精神上之損害賠償請求權，係以精神上苦痛爲要件之一，而不以財產上損害爲要件，故雖其他要件皆同，而法律要件不同，原因互異，卽不得不謂爲兩個別異之請求權。（大正三年日大審院）

日判例 訴訟內已記載請求之目的物者，則記載一定聲明之程度，只須據其記載，

得知其對於目的物，係求如何之判決而已足，故一定之聲明中，毋庸再行列記請求之目的物。（明治三〇日大審院）

日判例 於一定之聲明，已求撤銷買賣契約者，得認爲其聲明中含有求還已付價金之趣旨。（明治三十一年日大審院）

日判例 一定之聲明，祇須以書狀明確表示其請求事項，其表示並無一定必要之程式，故起訴人於訴狀中，詳舉一定之目的物，而對於該目的物聲明求爲權利之確認者，卽爲明確之一定聲明，裁判所當然得採用之。（明治三五年日大審院）

日判例 訴狀中關於一定之聲明，苟有相當之記載，則雖未特立一定聲明之標目，或於該標目項下，未經十分記明，亦不得謂其不備要件，而指爲不法。（明治三六年日大審院）

日判例 對於甲乙及乙丙並非獨立求債務之履行，僅稱甲乙如不履行，合向乙丙訴追云云，而爲附條件之聲明者，乃法所不許。（明治三八年日大審院）

日判例 原告所爲一定之聲明，以二者擇一之權，與於相對人，而請求履行其一者

，並非違法。（明治三〇年日大審院）

日判例 起訴人聲明先求某物件之給付，如債務人不爲該項給付，則求支付該物件價額相等之金錢者，其請求之旨越明確，並非不一定之聲明。（明治四〇年日大審院）

日判例 債權之目的，於判決執行上有得代損害賠償，而求強制執行之性質者，債權人最初即得於物件給付之請求外，同時聲明，如不爲給付之履行，即應賠償損害，以此爲一定之聲明而起訴。際此情形，起訴人苟已表明請求物件給付之原因，則就損害賠償，雖未另行表明原因，亦無欠缺請求原因之不法。（明治四一年日大審院）

日判例 當事人之聲明，究爲如何之意義，應探其真意，而爲解釋，不可拘泥於其使用之文字。（明治四三年日東京控訴院）

日判例 起訴人就其請求如何之判決，專依一定之聲明，以爲表示意思之具。苟其請求之趣旨明確，則即令字句之間，稍有脫漏，仍不得以其聲明爲不合法。（明治

四三年日東京控訴院

日判例 起訴人實際上雖有必致受害之事實關係，然就法律上並不認爲權利之事項，終不得依民事訴訟，以資救濟。（明治三六年日大審院）

日判例 起訴人預期將來之私權被害，而其預期甚屬顯著者，應視爲廣義之權利侵害，認其訴爲有理由。（明治三九年日大審院）

日判例 血自己本無親屬關係之人，本於不肖之身分登記，而爲親屬應有之行動者，即令於自己之財產無其直接利害關係，亦屬侵害親族權，故對於其人得請求確認親屬關係不存在，並爲身分登記之撤銷或變更。（明治四〇年日大審院）

日判例 關於不動產之強制拍賣，於執行終竣以前，雖未提起異議之訴或抗告，然關於其執行，如果有實體法上之無效原因，則主張該不動產所有權之第三人，尙得起訴請求回復權利。（明治四〇年日大審院）

解釋 律師公會改選會長，其參與選舉人，主張選舉舞弊，以該當選人及選舉時之主席爲被告，提起選舉無效之訴，得認爲當事人適格。（民二三院字一一三三號）

解釋 舖東甲乙，以執行業務之舖東丙丁，侵占舖款，先以民事起訴，雖其後又以刑事起訴，究不能謂其民事部份為附帶之民事訴訟，刑事庭之移送民事庭，雖誤認為附帶民事訴訟，而在民事庭仍應認為獨立之民事訴訟，令其納繳審判費用。（民二六院字一六四二號）

參攷法條 民訴律三〇三 民訴條例二八四 舊民訴二三五

第二百四十五條 以一訴請求計算，及被告因該法律關係所應為之給付者，得於被告為計算之報告前，保留關於給付範圍之聲明。

原告請求給付，有非被告為計算之報告後，不能明其所應為之給付，或給付之範圍者，則於起訴時，即無從為應受判決事項之聲明。例如股東於退股後，請求公司分拆財產，或商號向經理人請求交付所管理之財產，即有此種情形，此際原告必先對被告提起請求計算之訴，俟其為計算之報告後，始可再對之提起他訴。再次起訴，殊不便利，故本條特規定此二種請求合併起訴時，許其就第二請求，保留關於給付範圍

之聲明。

法院就其第一請求爲裁判時，如係命被告報告計算，應以一部判決行之（三八二條）。至其第二請求，則俟被告爲計算之報告後，原告補爲所求判決範圍之聲明，再指定期日，續行辯論，而爲判決。

民事訴訟條例第二百八十五條，更規定：與請求計算合併提起確認被告所負給付義務之訴者，亦得於被告爲計算之報告前，保留關於給付範圍之聲明，本法雖無此規定，亦可類推適用本條規定辦理。

德判例 民事訴訟法第二百五十四條規定，不僅適用於請求就財產管理爲計算之訴訟，於請求報告其他事實之訴訟，亦適用之。（R. G. 53 352）

德判例 以一訴請求計算，及被告因該法律關係所應爲之給付者，應就被告爲計算之義務，先爲一部判決，俟被告履行該判決所命之義務（於必要時依強制執行之方法），再由原告聲明給付之範圍，而就之爲辯論。（R. G. 58 59. U. L. G. 555）

德判例 就原告所請求之計算，及被告依計算結果所應爲之給付，不得同時判決

之，此際不得準用民事訴訟法第三百零四條（中民訴三八三條），及五百二十八條第三款（中民訴條例五二〇條四款）之規定。（R.G. 36 116）

德判例 於被告爲計算後，就其因該法律關係所應爲之給付爲聲明時，不限定以被

告之計算爲據，原告亦得提出自己認爲正常之計算，請求給付。（R.G. 56 44）

解釋 甲以乙丙爲共同被告，提起訴訟，請求乙交付所管帳簿，丙交出該帳簿所載

物品者：與民事訴訟條例第二百八十五條所定情形不合。如在乙交帳以前，甲不能爲給付範圍之聲明，則其對丙之訴，爲不合同條例第二百八十四條所定之程式，應認爲不合法而駁回之，俟乙交帳後，再行對丙起訴。（二〇院字第六二三號）

參考法條 民訴條例二八五 舊民訴二三六

第二百四十六條 於履行期未到期，請求將求給付之訴，非被告有到期不履行之虞者，不得提起。

將來給付之訴者，乃於履行期未到期，預行提起給付之訴也。其所求之判決，在命被告於將來到期時，卽爲給付，將來給付之訴，須被告有到期不履行之虞者，始得

爲之。因非有此種情形，則原告無受保護之必要，即無受給付判決之法律上利益也。所謂有到期不履行之虞，須客觀的認所慮爲有理由者而後可。如被告曾經明示或默示不履行請求之意思者，自可認爲有到期不履行之虞，若僅被告爭執其請求或有難於執行之虞，則不爲括之，但亦有反對說。

本條所定者，僅爲將來給付之訴，關於保護必要之要件，與其他權利保護之要件無涉。提起此訴，除合於本條規定外，尚須具備其他要件，始可受訴有理由之判決。

民事訴訟律第三〇四條規定，給付之訴，雖條件未成就前，亦得提起之，爲本法所不採。

判例 回贖典物當事人約定，應於每年十二月間爲之者，固非至十二月間，不得回贖。惟典權人有到期不放棄之虞者，出典人自得提起將來給付之訴。（最高法院民二七下字二三七五號）

總判例 附條件之請求，如證明有屆時不履行之虞者，亦得預行提起給付之訴（R. G. 51. 213 NO. L.G. 5,57）

德判例 預行提起給付之訴，並不以請求已經成立，僅係目前不能主張時爲限，故女在結婚前，亦許對於其父提起將來給付虛資之訴。(R.G. 58, 129)

德判例 票據承受(承兌)人，曾爲不付款之言者，得對之提起將來給付之訴。(O. L.G. 57)

參考法條 民訴律三〇四 民訴條例二八六 舊民訴二二七

第二百四十七條 確認法律關係成立、或不成立之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。確認證書真偽之訴亦同。

確認之訴之訴訟標的，以法律關係爲限。例外得以文書之真偽爲訴訟標的，故關於事實之真偽，或法文之解釋，均不得爲其標的，法律關係，得爲此訴之標的者，通常須爲私法上之法律關係，若公法上之法律關係，則必有特別規定，始得爲其標的。又以現在之法律關係爲限，過去或將來應發生之法律關係，亦均不得爲其標的（關於此點有異說）。現在之法律關係，並不以在訴訟當事人間存在者爲必要，例如債權人

得依間接訴權，以屬於債務人之債權為標的，對於第三債務人提起確認之訴是。

確認之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益，無保護之必要，具備左列要件時，始可認原告有即受確認判決之法律上利益：

一、須法律關係之存否或文書之真偽不明確 當事人主觀的認為不明確已足，毋庸為客觀之不明確，例如權利之存否，文書之真偽，當事人間有爭執，即為不明確。

二、須因不明確致原告之權利或經濟上之地位等有受侵害之危險 例如原告之權利，因被告有所爭執，致妨礙原告處分之自由，或其信用有毀損之虞是。

三、須上流危險即時有以確認判決除去之必要 必其危險，現時存在，且依社會一般觀念認為有即時除去之必要，而依確認判決之既判力，可以除去者。

本條所定者，僅為確認之訴，關於保護必要之要件，與其他權利保護之要件無涉，提起此訴，除合于本條規定外，尚須具備其他要件，始可受訴有理由之判決。

判例 妾之身分，既為民法所不認，則妾不願繼續為妾時，自得自由脫離，本無須訴請法院為准許脫離之形成判決，惟其訴訟如由男方不許脫離而起，可認為確認同

居義務不存此之訴者，其請求確認，非無法行上之利益，自應予以確認。（最高法院民二八上字二〇三一號）

判例 民事訴訟法第二百四十七條，所謂即受確認判決之法律上利益，須因法律關係之存否不明，確致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險，得以對於被告之確認判決除去之者，始為存在。本件上訴人主張被上訴人曾以某處房院一所作抵，向其揭借鉅款，被上訴人始終未嘗爭執，是其法律關係之存在，當事人間非不明確，縱令被上訴人之債權人某甲，曾經否認上訴人之抵押權，致上訴人在私法上之地位有受侵害之危險，然上訴人僅對於被上訴人提起確認抵押權存在之訴，其判決之效力，無從及於某甲，此項危險，非以對於被上訴人之確認判決，所謂除去，仍不能認其有即受確認判決之法律上利益。（最高法院民二七上字三一六號）

判例 他債權人未依補訂民事執行辦法第二十五條第一項，第二十六條第一項聲明參與分配者，既不能與聲請查封之債權人同受分配，其向聲請查封之債權人，訴請確認其債權之數額，即無法律上之利益。（最高法院民二七上字一四二一號）

判例 法律關係之存否，雖不明確，而原告在私法上之地位，並不因此而受侵害之危險者，不得謂原告有即受確認判決之法律上利益，本件被上訴人甲立被上訴人乙爲其嗣孫，是否有效力成立，兩造雖有爭執，但此項法律關係之存否不明確，並無何種情事，可認上訴人在私法上之地位，將因此而有受侵害之危險，自無從認上訴人有即受確認判決之法律上利益，第一審判決駁回上訴人之訴，原審亦駁回其上訴，於法並無違背，上訴人雖以伊等均爲被上訴人甲之近族，對於此項違法之立嗣，當然有請求確認其不成立之權等情，爲不服論據，然上訴人既未主張其因立嗣之無效，而享特定之權利，或免特定之義務，自不能僅以其與立嗣之當事人有親屬關係，即謂其有受確認判決之法律上利益。（最高法院民二九上字四七三號）

判例 上訴人之族叔某甲，現尙生存，其收養被上訴人爲子，無論是否合法成立，與上訴人在私法上之地位，並無何等影響，上訴人提起確認收養不成立之訴，無從認其有即受確認判決之法律上利益。（最高法院民二九上字九九七號）

判例 被上訴人所提起者，雖爲確認繼承權存在之訴，然被上訴人所有繼承回復請

求權之消滅時效，如已完成，則經上訴人就此抗辯後，被上訴人自無即受確認判決之法律上利益。（最高法院民二九上字一三四〇號）

德判例 單就法律問題，不得提起確認之訴。（R.G. 6 387）

德判例 已過去之法律關係，若其以前之存在為現在某請求之構成基礎者，亦得為確認之訴之標的。（R.G. 27, 05）

德判例 無論何種利益，苟以某種情形與原告之法律關係相關，即可認為有法律上利益，而得提起確認之訴。（R.G. 35, 393）

德判例 共同承繼人於分受遺產前，亦得對於自稱為遺產債權人之人，提起確認其債權不存在之訴。（R.G. 44, 183）

德判例 已定婚之女，得對於拒絕給與奩資之父，提起確認其有此項義務之訴。（R.G. 49, 390）

德判例 能徑提起給付之訴時，通常難認其有即受確認之利益。（R.G. 4, 438, 148）

德判例 確認之訴之要件，是否具備，法院應依職權調查。（R.G. 53, 80）

德判例 駁斥訴之判決，以確認之訴之要件不備，而同時又於實體上宣示原告所主

張之請求無理由者，於上訴審及關於既判力問題，應祇以訴訟上之駁斥理由為標準

。(R.G. 41, 369 391)

德判例 原告所提起者為給付之訴，抑為確認之訴，應不拘泥於聲明之文字，而依

其意義決之。(R.G. 10, 335)

德判例 損害賠償之訴，保留賠償額之確定者，須原告證明其就被告賠償義務之存

在，有先受裁判之法律上利益，始准許之。(R.G. 21, 382 U. 58, 60)

日判例 確定身分(例如親子關係)之訴，乃確定法律關係之訴訟，並非確定單純事

實之訴訟，自應許其提起。(明治三三年日大審院)

日判例 在民法施行以後，不動產物權，非經登記對於第三人無效力，自不許提起

物權確認之訴，然在民法施行以前，則雖未經登記，對於第三人仍有效力，故此項

確認之訴，應許其提起之。(明治三三年日大審院)

日判例 原告人雖本得為給付之請求，然於即時僅確定其權利關係，有法律上之利

益，且因此毋庸更爲給付之請求者，自應許其提起確認之訴。（明治三十三年日大審院）

日判例 債務人因避強制執行，而以公證書就其所有財產，假立賣買契約者，其債權人於強制執行開始以前，得對於債務人及讓受人，提起確認契約無效之訴。（明治三八年日大審院）

日判例 在確認之訴，毋庸爲權利之執行，必其僅以法律關係之確定，卽足完全達其目的，或僅以法律關係之確定，雖不足達其目的，而因尙未達執行權利之時機，懼其在萬歲月，或致喪失權利，必須以裁判卽時確定其權利者，方許提起，此項訴訟。（明治四一年日大審院）

日判例 甲對於乙約定，自己發明之新案特許機器，由乙一手製造販賣，並約定乙不得處分其關於機器之一切權利者，嗣後甲若無端通知解約，否認契約之存在，則乙於卽時確定該契約之存在，卽有法律上之利益。（明治四一年日大審院）

日判例 當事人主張借據內載之金額中，有一部已經約定毋庸清償，據爲毋庸清償

之確認者，於權利關係之即時確定，有法律上之利益，應認其訴爲合法。（明治四五年日大審院）

日判例 在事實上，本無某項法律關係，而某人必主張其關係之成立，致使吾人之私權，受有一種危害，且其危害至爲判決之時，尙繼續存在，而有以判決確認其不成立之必要者，卽係於即時確定該項法律關係之不成立，有法律上之利益，應許其提起消極確認之訴。（明治四五年日東京控訴院）

日判例 在確認所有權之訴，並毋庸被告，於其訴訟，主張一種與原告之權利不相容之權利，祇須原告於即時確定其權利關係，有法律之利益已足，故被告於訴訟，雖不主張自己之所有權，然若主張第三人之所有權，以爭原告之權利，且將來或至藉口第三人之所有，於其與第三人之關係上，視同自己之權利而利用之，致有侵害原告權利之危險繼續存在者，其原告當然得提起確認之訴，卽依確認判決，除去被告以上之行動，而使自己之權利，得脫危險狀態，以完其法律上之利益。（大正元年日長崎控訴院）

日判例 法律行為無效之確認請求，非於即時確定權利關係有法律上之利益，即不許其提起。（明治三十九年日大審院）

日判例 提起確認之訴，苟於當事人有利，即應許其提起，至其是否本得提起直接履行，或損害賠償之訴，則毋庸過問。（明治三十三年日大審院）

日判例 起訴人本得為給付之請求，乃捨此項請求而不為，而僅為確認權利關係之請求者，不能謂為常無法律上之利益，故此項確認之訴，有時亦應准許之。（大正二年日大審院）

日判例 原告本得逕為給付之請求，乃先僅提起確認之訴，而於權利關係已確定後，尚須就同一權利提起給付之訴者。此項確認之訴，徒耗無益之勞費，法律上亦不認為必要，故不許其提起。（明治三十四年日大審院）

日判例 取得股份公司之股份者，本得逕向公司要求記入股東名簿，及改書或發行股票，且記名股份之讓與，非以讓受人之姓名住址記入股東名簿，並以其姓名記入股票，不足與公司及其他第三人抗對，故僅請求該公司確認其股東者，為法律上所

不許。(明治四一年日大審院)

日判例 第三人於自己之不動產上，爲債務人，設定抵押權者，其債務人對於抵押

權人，無請求確認抵押權無效之權。(明治四二年日大審院)

日判例 起訴人得逕爲抹消抵押權登記之請求者，即令得有抵押權無效之確認，仍

非爲登記之抹消後，不能完全達其目的，故此項確認之訴，不應許其提起。(明治

四三年日大審院)

日判例 確認之訴，惟起訴人於確定現在權利關係，有法律上之利益者，許提起之

，故如請求確定過去事實關係之存否，乃法律所不許。(明治四二年日大審院)

日判例 確認之訴，惟起訴人於確定現在權利關係有法律上之利益者，許其提起之

，故如請求確定過去之法律關係者，爲法所不許。(大正二年日大審院)

日判例 原告以一訴併爲確認之請求，與給付之請求者，如其確認之請求，非係給

付請求之前提，且事實上有必須解決之必要，則即令駁回其給付之請求，而對於確

認請求，尙應予以判決。(明治三八年日大審院)

日判例 以確定權利關係爲目的之訴，與給付之訴異，毋庸有判決之執行，僅依確定權利關係之判決，卽足舉其保護權利之實。故在此種訴訟，必須起訴人於卽時確定其權利關係，有法律上之利益，且其法律上之利益，尤必須存於該項權利關係本身，查已經登記之抵押權人，不論以後抵押物入于何人之手，均得追及實行其抵押權，且抵押權在法律上，並無妨止買賣其目的物之效力，換言之，卽抵押物之買賣行爲，在法律上本無害於抵押權，而抵押人關於此項買賣行爲之存否，亦無干涉之權利，故抵押權人，就因買賣抵押物而生之權利關係，當然無何等法律上之利益。

(大正三年日長崎控訴院)

日判例 確認之訴之目的法律關係，本毋庸必須對於被告發生給付請求權，且確認之訴，亦毋庸必爲對於被告實行給付請求權之準備，可見此項法律關係，爲毋庸對於被告之權利關係，故原告於爲確認之請求，苟有法律上之利益者，雖係對於第三人之法律關係爲目的，仍應許其起訴。(大正三年日東京控訴院)

日判例 凡提起確認之訴，而無卽時確定權利關係之利益者，裁判所應駁斥其請求

，不得以訴爲不合法而駁回之。（明治四三年日大審院）

日判例 提起確認訴訟，須有即時確定權利關係之利益一事，僅爲請求保護權利之必要事項，並非訴訟之成立要件，故此項利益之有無，與訴之成立合法與否無關，全爲關於請求權當否之問題。（大正二年日大審院）

日判例 所謂僅關於不動產經界之訴，與通常所謂確認之訴不同。蓋僅關於不動產經界之訴，乃不動產之經界，主觀的或客觀的不明確時，而求新爲確定其經界之一種訴訟，自其性質言之，毋甯爲創設之訴之一種。（大正二年日東京控訴院）

參考法條 民訴律三〇五 民訴條例二八七 舊民訴二三八

第二百四十八條 對於同一被告之數宗訴訟，屬於同一法院管轄，並得行同種之訴訟程序者，得合併提起之。

訴之合併，有主觀合併與客觀合併之別。本條所規定者，爲訴之客觀合併。訴之客觀合併，就廣義言，凡當事人相同之數訴合併，不問其合併係出於當事人或法院之行爲，係同時提起，或由訴之追加，或被告提起反訴而生皆屬之（參照第一編第二章

第二節說明），不以同一原告對於同一被告，同時提起數訴所生之合併爲限，茲乃專指狹義之客觀合併而言。訴之客觀合併，祇須當事人兩造相同，毋庸各造祇爲一人，不過一造有二人以上者，卽屬客觀合併，與主觀合併同時併存。又其爲訴訟標的之法律關係，通常爲二宗以上，此二宗以上之法律關係，不必互相牽連，且毋庸屬於一人。

訴之客觀合併，有左列數種情形：

一、單純之合併 單純合併，有爲訴訟標的之數宗法律關係，其間有牽連關係者，例如本於同一租賃契約，合併提起支付租金之訴，及返還租賃物之訴，是亦有爲訴訟標的數宗法律關係，其間並無何項關係者。例如合併提起償還數宗借款之訴，或將償還借款之訴，與支付租金之訴合併提起是。

二、預備之合併（或稱假定合併） 原告慮其所提起之某訴，難達勝訴之目的，因而同時合併提起他訴，以備某訴無理由時，可就他訴得有理由之判決者，謂之預備合併。例如原告提起履行買賣契約之訴，恐法院認其契約無效，因而合併提起返還不當得利之訴是。

三、選擇之合併 原告合併起訴，主張數宗請求，祇由被告履行其一而可滿足者，謂之選擇合併。例如原告起訴求命被告交馬一匹或羊一羣，或起訴求命被告交機器一架，並命被告不交機器，即賠償萬元是。

四、重疊之合併或稱競合之合併 原告合併起訴，主張數宗請求，而其數宗請求為同一目的者。例如本於租賃契約，及所有權提起返還房屋之訴；本於數種原因，提起離婚之訴是。

此外尚有數訴合併，而以同一請求權為標的者，如原告提起履行其請求之訴，同時合併提起他訴，求法院于駁回履行請求之訴時，須為確定請求權存在之判決是。此種情形，亦屬訴之客觀合併。

訴之客觀合併，須備左列各要件：

一、受訴法院就該數訴有管轄權 其有管轄權，不問係依法律之規定或依當事人之合意。

二、數訴許行同種之訴訟程序 如應依一般訴訟程序之訴，與應依人事訴訟程序之訴

，應依通常訴訟程序之訴，與應依簡易訴訟程序之訴，除有特別規定外（五六八條二項五八四條五九二條一項），不得合併。

訴之客觀合併，是否合於本條規定，法院應依職權調查之。若兩造當事人不相同，或不備上述之二要件，應將各訴分別辦理，與辦理分別提起之訴同。

訴之合併適法時，法院應就各訴，調查其一般訴訟成立要件是否具備。如皆具備訴訟成立要件，應就各訴同時為本案之辯論及判決。倘認數訴均無理由，應一律諭示原告敗訴，即將其各訴，全行駁回，若各訴均有理由，則應依原告之聲明，諭示原告勝訴。其一部有理由，一部無理由者，則於判決內分別諭示原告勝訴或敗訴。惟就實際情形言之，在重疊之合併，其各訴均有理由者，祇須于判決主文中為一裁判。其一訴有理由，一訴無理由者，亦祇於主文內為原告勝訴之判決，其無理由部分，則於理由內裁判之。在預備之合併，須第一位之訴無理由，始就第二位之訴為裁判，若第一位之訴有理由，毋庸就第二位之訴為裁判，其就第一位之訴所為之裁判確定時，第二位之訴即認為業已撤回，而歸於消滅。又合併之數訴，亦得命分別辯論，其中有一訴

先達於可爲裁判之程度者，亦得爲一部判決（二〇四條三八二條）。惟除單純之合併外，均以合併裁判爲宜，在重疊之合併，如已就一訴爲原告勝訴之一部判決，繼續就他訴判決，而仍認爲有理由者，在給付之訴，應諭示本於原告之他一請求，被告亦應爲第一判決所命之給付，若先爲之一部判決已確定，應將他訴駁回，以無再受給付判決之法律上利益也。

德判例 合併提起他訴，以爲第一位之訴之預備，乃民事訴訟法第二百六十條所許。
○（R.G.27 385）

德判例 應依證書訴訟程序之訴，不得與依通常訴訟程序提起之訴合併，財產權上請求之訴，不得與離婚之訴合併。（R.G.5 5,67）

日判例 民事訴訟法第一百九十一條所定訴訟之合併，專就目的物之合併而言。至訴訟主體，即當事人之合併（同第四十八條），並不在該條規定之列。換言之，即於第一百九十一條所定訴訟之合併，除裁判所須有管轄權及訴訟程序，須爲同種類外，尚有一條件在，即須對於同一被告是也。（明治二八年日大審院）

日判例 請求撤去地上工作物，而交出其地，原許以一訴爲之，且其性質上亦宜以一訴爲之。（明治三十四年日大審院）

參考法條 民訴律三〇六 民訴條例二八八 舊民訴二三九

第二百四十九條 原告之訴有左列各款情形之一者，法院應以裁定

駁回之，但其情形可以補正者，審判長應定期間，先命補正：

一 訴訟事件，不屬普通法院之權限者。

二 訴訟事件，不屬受訴法院管轄，而不能爲第二十八條之裁定者。

三 原告或被告無當事人能力者。

四 原告或被告無訴訟能力，未由法院代理人合法代理者。

五 由訴訟代理人起訴，而其代理權有欠缺者。

六 起訴不合程式，或不備其他要件者。

七 起訴違背第二百五十三條、第二百六十三條第二項、第三百

八十條或第二百九十九條之規定者。

法院對於訴訟成立要件之事項，其存在與否，應依職權調查之，原告之訴不備訴訟成立要件，而其欠缺可以補正者，法院應定期間，先命補正，如其欠缺無可補正，或命其補正而逾期未遵行者，應認其訴為不合法，以裁定駁回之。即已為本案言詞辯論，而查明有此情形者亦然。對此裁定，得為抗告，本條各款所揭情形，皆屬不備訴訟成立要件。

一、訴訟事件不屬普通法院之權限 民事法院，僅就民事事件有審判權。所謂民事事件，指以私法上之法律關係為訴訟標的之事件而言。非民事事件，有因法律之特別規定，屬於普通民事法院之權限者，如自治職員之選舉訴訟、及罷免訴訟是。訴訟事件，是否為民事事件，應依原告起訴之意旨定之，被告主張之抗辯事實如何，在所不問。

二、訴訟事件不屬受訴法院管轄，而不能為移送之裁定 受訴法院就訴訟之全部或一部，無管轄權，如原告不聲請移送，或不指定管轄法院，或所指定之法院為無管

轉權之法院，此際即無從爲移送之裁定（二八）。

三、原告或被告無當事人能力 無當事人能力者之訴訟行爲，不生效力，若原告或被告於起訴時，無當事人能力，其訴即爲不合法，但其欠缺已補正者，視爲自始不欠缺（四〇條至四九條）。

四、原告或被告無訴訟能力未由法定代理人合法代理 無訴訟能力者之訴訟行爲，不生效力，若原告或被告於起訴時，無訴訟能力，即應由法定代理人合法代理，否則其訴爲不合法。但訴訟能力或法定代理權之欠缺已補正者，視爲自始不欠缺（四五條至四九條）。

五、由訴訟代理人起訴而其代理權有欠缺 無訴訟代理權者之訴訟行爲，不生效力，故由訴訟代理人起訴者，若其代理權有欠缺，其訴即爲不合法，但訴訟代理權之欠缺已補正者，視爲自始不欠缺（七五）。

六、起訴不合法式或不備其他要件 起訴之程式，通常爲以起訴狀（修正訴訟狀紙規則一），表明當事人及法定代理人訴訟標的，及訴之聲明，提出於法院爲之（二

四四條)。其他要件，如訴狀須貼定額之司法印紙（修正訴訟印紙規則六條一款）是。黏貼司法印紙亦有認為起訴程式者。此外關於起訴要件，尚有第二百五十五條至第二百五十七條，第二百五十九條至第二百六十一條，第四百二十六條等規定，起訴合於程式及備其他要件，亦屬于訴訟成立要件，違者其訴為不合法，但其欠缺已補正者，視為自始不欠缺。

七、同一事件已有訴訟繫屬 當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中，在同一法院或他法院更行起訴，所謂訴訟繫屬中，即在訴訟已經開始，而尙未終納之聞（二五一）。

八、於已有本案終局判決後將訴撤回復提起同一之訴 原告於判決確定前，固得隨時撤回其訴之全部或一部，但於本案經終局判決後，將訴撤回者，不得復提起同一之訴（二六三條二項）。

九、訴訟標的曾經和解或確定判決裁判 訴訟標的，曾經訴訟上和解，或確定之終局判決裁判，當事人不得就該法律關係，更行起訴，所謂和解，兼指調解而言（三

八〇條四二一條一項三九九條）。

判例 訴願，爲人民對於行政處分聲明不服之救濟方法，若國家經營私經濟事業與私人間發生之私法關係，顯屬民事事件，因此而有爭執，當然受法院之裁判。（最高法院民二〇上字二二一二號）

判例 官廳與人民所爲之買賣行爲，純屬私法上之權義關係，其由此發生之爭執，屬於民事訴訟範圍，應受普通法院之審判。（最高法院民二〇上字一七一二號）

判例 行政機關對於人民，就一定土地設定權利者，固爲行政處分，惟此項行政處分，若係由當事人呈請而發生，致侵害第三人之權利者，第三人對於呈請人，可因其權利被侵害之故，以民事訴訟請法院審判。如判決結果，第三人勝訴，該呈請人卽有向行政機關請求撤銷該行政處分之義務。（最高法院民二〇上字四三七號）

判例 按行政處分與司法裁判，其性質顯屬不同，在兼理司法事務之行政機關，自應就其所處置之事項，審查性質屬於何者而定。若不於行政權之作用，則其行爲，自屬行政處分，如就人民訟爭私權之事項，加以裁斷，則不問其係命令一造作爲或

不作爲（給付判決），或對當事人間私權關係予以確認（確認判決），抑或變更當事人間私權關係，而創設新私權關係（創設判決），均爲司法裁判。（最高法院民一八抗字三五八號）

判例 國家以行政處分，對於人民爲一種處置者，無論該處分正當與否，其撤銷或廢止之權，自在上級官署，或行政訴訟法院，普通司法審判機關，固無干涉之餘地。惟人民所有權，被不法侵害訴請確認者，無論其相對人爲私人或爲官廳，既爲解決私法上法律關係，自屬民事訴訟，受訴法院即應予以受理。（最高法院民一九上字一二三號）

判例 處分官產之行政公署，誤認人民所有之土地爲官產，以之標賣與人，其不生物權移轉之效力，與私人之處分他人所有物無異，故人民以行政公署之處分無效爲原因，提起確認所有權存在之訴，不得謂非屬於普通法院權限之民事事件。（最高法院民二七上字四三三號）

判例 民事訴訟法第二十八條第一項，規定訴訟之全部或一部，法院認爲無管轄權

者，應依原告聲請以裁定移送於其管轄法院。並未認被告有聲請移送訴訟之權，同條第三項所稱駁回移送訴訟之聲請，自係指駁回原告移送訴訟之聲請而言，至被告抗辯法院無管轄權時，縱令合為移送訴訟之聲請，而法院認其抗辯為正當者，如原告不聲請移送，且於受問條第二項之訊問後，仍不聲請移送，即應依同法第二百四十九條第二款之規定，以裁定駁回原告之訴，不得據被告之聲請，予以移送，若法院認被告之抗辯為不當，則祇須以中間判決，或於終局判決理由內宣示其旨，亦毋庸為駁回被告聲請之裁定。（最高法院民二六渝抗字一四八號）

判例 當事人能力，即得為民事訴訟當事人，而起訴或受訴之能力，此項能力之有無，專依當事人本身之屬性定之，當事人之適格，則指當事人就特定訴訟標的，有實施訴訟之權能而言。此項權能之有無，應依當事人與特定訴訟標的之關係定之，兩者迥不相同，本件上訴人為生存中之自然人，依民法第六條之規定，既有權利能力，依民事訴訟法第四十條第一項之規定，即有當事人能力，縱令上訴人就認爭之債權無實施訴訟之權利，亦屬當事人不適格，究不得謂無當事人能力，原判決認上

訴人無當事人能力，適用同法第二百四十九條第三款之規定，駁回其訴，自屬違法。（最高法院民二六滄上字六三九號）

判例 國家在法律上原有兩種關係，一爲公法上之關係，一爲私法上之關係。在公法關係之國家，對於人民爲權力服從關係，於一定限度內，固可用其強力，而私法關係之國家，則與普通人民同，其與人民之權利義務，本屬對等關係，不容以強權侵害人民之利益。至行政處分，乃國家本於其行政權（公法上之權力）之作用，對於人民命其作爲不作爲，或對於人民爲一種許可或免除，或付與一種權利或剝奪，其所與之權利。純爲國家在公法上之地位，始能爲之。本件大清銀行清理處，卽假定在公法上可認爲國家所設之機關，而其對於人民履行票據上之義務（開付票存），亦純屬私法關係，並無行使權利以行政處分或命令強行處理之餘地，故因此項關係發生爭執，卽屬司法事項，應由通常法院受理，依據有效之法令審判。（大理院民九上字六八一號）

判例 地方公益之特定財產，被管理人侵害該地方人民團體，因有利害關係，得公

舉代表，提起民事訴訟，請求保護。（大理院民一一抗字一六五號）

判例 丈放地畝，固屬行政處分，而一經丈放之後，其所有權即已移轉於承領之人

，除依法別有根據外，管理丈放之官署人員，當然不得重行放給他人，即其重行丈放之處分，於法不能發生物權得喪之效力，而於二重丈放時，其前後承領人，如有應由何人取得所有權之爭執，亦即屬於普通司法裁判之範圍。（大理院民九上字一六九號）

判例 原告起訴之本旨，若在令被告設法退出報領之地，或判令被告履行請求更正

行政處分之義務，並非要求司法衙門直接取銷行政處分，則該項訴訟，自係回復侵害之民事訴訟，司法衙門，應予受理。（大理院民八上字七八八號）

判例 錄事對於縣知事補發薪金，如果其薪金確曾約定數額，且國家已將公費發足，而為縣知事自身所拖欠者，自得提起民事訴訟。至薪金數額，無論根據於行政官廳之章程，抑由縣知事所核准，凡曾定有一定數額，而為發給薪金之標準者，均屬約定數額。（大理院民九抗字二二六號）

日判例 訴之合法與否，固屬裁判所之職業調查事項，然除當事人間，就其合法與

否有爭執者外，如裁判所以其訴爲合法，即毋庸特別說明其理由，故未說明理由，而徑爲本案之裁判者，不得遽以未下判斷爲詞，而指爲違法。（明治四四年日大審院）

日判例 請求私權救濟之訴，或其訴中之請求經裁判所排斥著，無論對席判決或缺席判決，應諭知駁回其訴或請求。（明治三六年日大審院）

日判例 民事訴訟之書狀，貼補印紙不足額者，法院得命補貼足額，俾歸有效。補貼印紙，在訴訟繫屬中，不問何時，即至上級裁判所後，亦得爲之。（大正六年日大審院）

解釋 來電所稱某甲訴訟標的，既係請減糧賦，另定分配方法，自屬行政範圍，普通法院，未便受理。惟如以首事假行政處分侵害私權爲理由，請求損害賠償，則仍屬民事訴訟。（民一八院字二〇號）

解釋 （一）承領官荒人，訴請排除他人侵害，而被告抗辯該地實係民業，法院自應就被告所提出之證據，審究該地是否民業，不能僅依承領執照爲依據。（二）查安徽省墾荒條例第八條所載各節，係規定已放官荒清理之標準，若原業主對於承領官荒

人，出而告爭，提出營業確實證據，自應依照普通民事訴訟之證據法則辦理，不受該條戊項之拘束。(三)已淤成之荒地，經人民開墾成熟，完納廬銀，輾轉買賣，且築有圩堤，久安無異，僅未報官升科，如行政官廳依職權收爲官荒，另行發放，乃係行政處分正當與否之問題，法院不得認爲民事訴訟受理。(民一八院字四六號)

解釋 所稱情形，應以乙說爲是。(乙說略稱：國家於必要之際，停止銀行之鈔票兌現，各國俱有先例。此基於國家權力作用所爲之行政處分，銀行與持券人雙方均應遵守，在命令未取消以前，銀行之兌現義務，絕對免除，至整理命令，經國務會議議決，於公債條例上註明用途，尤爲最顯明之行政處分。如果持券人對於政府命令，或有不滿，可提起行政訴訟或訴願，以爲救濟，決不能置政府命令於不顧，而由普通之司法衙門受理。(民一八院字一〇七號)

解釋 普通民事案件，應由普通法院審判執行，若無戒嚴條例第七條之情形，則軍事機關另行審判執行，顯非合法，卽令無壓迫行爲，亦屬無效，其被告人除請求執行法院，仍照原判執行外，並得提起賠償損害之訴。(民一九院字二一號)

解釋 銀行在漢口所發行之鈔票，除在民國十七年金融長期公債條例所定整理範圍

內者，應認為行政處分，依院字第一〇七號解釋辦理外，其不在該條例整理範圍內，持票人所受損害，自得向該管法院訴請賠償。（民一九院字三三三號）

解釋 公會團體係公益法人，其退社社員，應適用民法總則第五十五條規定，如因款涉訟，自屬民事訴訟範圍，應由管轄法院受理。（民二〇院字四一七號）

解釋 給領官地之處分，固屬行政官署之職權，而甲乙兩造，就該管地究應由誰承領，爭執涉訟者，即應專中司法機關行其審判權，故行政官署雖已將該官地發交於甲承領，而法院如果判決確定認應歸乙之所有，儘可依法執行。（民二〇院字四六一號）

解釋 兩岸中間新淤成之洲地，誰應優先承領，兩造如有爭執，係屬私法上權利之訟爭，自應由法院受理。（民二〇院字五八〇號）

解釋 當事人起訴未遵章繳納訴訟費用，即屬程式不備，依民事訴訟法第二四零條第一項，既應由法院限期定期間命其補正，自得以裁定行之。（民二二院字八七三

號)

解釋 (一) 乙村歷年代甲村看青，後因乙村欲請求增加看青費，甲村不允，因而步訟，並請求分圈。如其請求分圈，即係請求收回自行看青，自屬民事訴訟，應歸司法裁判。(二) 兼理司法之縣政府，如將確屬行政處分之事件，誤用民事判決，除上級法院得因上訴予以改判糾正外，其為判決之縣政府，不得自行改判，即其上級行政機關，亦不得令飭撤銷。但行政官署仍得依法就該事件另為行政處分，其上述錯誤之判決，若與行政處分有所抵觸，自無從執行。(民二三院字一〇五六號)

解釋 來呈所述情形，應屬民事法律關係(來呈略稱兩村地畝之中間，有河溝一道，地勢較高之一村，在河旁築堤，致地勢較低之一村，積水無處發洩，因而發生爭執，此項爭執，是否為民事法律關係)。(民二三院字一一〇三號)

解釋 法院對於行政官署之處分或其決定，雖不能逕行撤銷，惟私權之確認，應屬

於法院之權限，倘當事人系爭標的，關於私權受侵害，非單純國家公權之發動，不同係當事人假行政官署之處分為侵權行為之手段，抑係行政官署自動之處分，侵害

人民私權，法院自得依受害人之請求，而爲回復原狀或賠償損失之裁判。（民二三
院字一一六九號）

解釋 行政官署，本於其職權放領之官產地畝，其所有權卽已移轉於承領人，該管
行政官署，固不得任意變更。惟發現該項地畝，依法令不應屬於私有者（如名勝古
蹟之類），該管上級官署，自得依照監督權之行使而撤銷之。若該項地畝確爲人民
私產，行政官署誤爲官產，而放領原所有人，除得向司法機關提起民事訴訟外，並
得提起行政訴訟，在未訴訟以前，該管上級官署，不得徑行撤銷。（民二六院字一
六五九號）（本院解釋已經院字一九一六號變更）

解釋 甲與乙丙等因撥糧膠轄，經政府爲行政處分後，提起民事訴訟，如其訴之聲
明 係請求他方履行契約上、或慣例上關於撥糧之某種義務，而並不涉及行政處分
，則無論其請求之當否，均應就實體上予以裁判。如係請求以判決變更行政處分，
或確認納糧義務之誰屬，則不屬於普通法院之權限，應依民事訴訟法第二百四十九
條第一款之規定，以裁定駁回之。（民二七院字一七六七號）

解釋 未入竊業公會之鄉民，以在車站及碼頭有起卸貨物之權，對於已入竊業公會之工友，訴請確認，司法機關即應就其訴之有無理由，予以裁判。（民二七院字一七九三號）

解釋 刑事訴訟法第五百零八條第二項，所謂前項移送案件，免納審判費用，係指被移送之本審級而言，並不以第一審為限。（民二八院字一八五三號）

解釋 行政官署放領官產，雖係基於公法，為國家處理公務，而其所為放領之行為，則係代表國庫與承領人訂立私法上之買賣契約。所賣官產，如為土地法第八條所列不得私有之土地，其因履行買賣契約而訂立之物權契約，法律上當然無效，無待於上級行政官署之撤銷。至物權契約，是否無效，及物權契約無效時其債權關係如何，官署與承領人間有爭執者，應向法院提起民事訴訟以求解決。再人民對於行政官署，認為官有而放領之產業，主張係其私有，祇得提起民事訴訟請求確認或回復其所有權，不得提起訴願請求撤銷領案，院字第一六五九號解釋關於上述兩點，應予變更。（民二八院字一九一六號）

解釋 行政訴訟法第二條之規定，於訴願或再訴願不能準用，故提起訴願或再訴願，不得附帶請求損害賠償。至官署之處分經受理訴願或再訴願之官署決定撤銷者，人民因該處分所受之損害，如有私法上之賠償請求權，自得以賠償義務人爲被告，向法院提起損害賠償之訴。（民二九院字二〇六一號）

解釋 依土地法規定，應由土地裁判所裁判之事件，本係法院組織法第一條所稱之民事案件，如未就此種案件，另設民事特別法院，當然屬於普通法院之權限，故在土地裁判所未設立以前，仍應由普通法院審判。普通法院審判此種案件，除土地法有特別規定外，自應適用關於民事訴訟程序之法令。至原代電所稱情形：某甲聲請爲第一次土地所有權之登記，經地政機關公告後，如於公告期滿前無人提出異議，依土地法第一百零三條第一項之規定，地政機關，應即爲所有權之登記。某乙於公告期滿後，再就該土地聲請爲第一次所有權登記時，地政機關應依土地法第七十六條第一項第二款，予以駁回，即使該土地確爲某乙所有，亦須由某乙對於某甲提起塗銷登記之訴，得有勝訴之確定判決後，始得由地政機關，聲請爲所有權登記。（

民二九院字二一〇六號

解釋 遺產依民法第一千一百八十五條規定，歸屬國庫時，遺產管理人依民法第一千一百七十九條第一項第五款，應向國庫爲遺產之移交。此項私法上之義務，如不履行，國庫自得向法院提起請求履行之訴。（民三二院字二二九五號）

解釋 優待出征抗敵軍人家屬條例第三十條，既規定出征抗敵軍人在服務期內，其妻無論持何理由，不得離婚，則出征抗敵軍人之妻，在其夫服役期內，雖有民法第一千零五十二條所定之離婚理由，亦不得行使其離婚請求權。如提起離婚之訴，自屬欠缺權利保護事件，應認其訴爲無理由，以判決駁回之。民事訴訟法第二百四十九條第六款所稱之要件，係屬訴訟成立要件，同款之規定，於此情形不適用之。

（民三二院字二四三六號）

解釋 市政廳撥補街地，係屬行政處分，無論該處分是否違法，並有無侵害人民權利，只准受害人向該管上級行政官廳訴願，以資救濟，司法機關不得認爲民事訴訟受理。（解字三九號）

解釋 庚代電悉，所述包商稅收無着，無論是否因人民反對所致，皆屬於行政範圍，列舉兩說，應以第一說是。（第一說謂：商人承包稅款，係受國家之委託，代國家本於其行政權（公法之效力）之作用，對於人民命其履行一種特定義務，並非私法上之權利，縱令被人侵害，僅能向主管行政衙門聲請救濟，自不能依民事訴訟程序，以求賠償。）（解字一四九號）

解釋 省議會有議決省決算之權，惟省議會收支，應否核銷，及核銷是否有效，係屬行政，應由該管官署依法辦理。至會計官員，關於收支請求確認，無對於省議會支付賠償義務，依民事消極確認之訴，得依法受理。（統字五五七號）

解釋 國家因與人民有抵押關係，將其田地收為官產，純屬私法行為，不得認為行政處分，如他人就該土地主張權利之時，審判衙門，自應依法受理，通知該收產機關，代表國家，出而應訴。（統字七二四號）

解釋 議員兼差，候補議員要其辭職，未遂興訟。查此種情形，既不合於選舉訴訟，又非侵害私權之訴，審判衙門，自不能予以受理。（統字七四六號）

解釋 對於官產，人民爭執爲其私有者，係屬私權關係，審判衙門自應受理，該管

衙門，應代表國家應訴。（統字八四九號）

解釋 縣知事因執行清丈章程，限制人民之買賣，無論其是否正當；既非本於何人呈請，即無利用官廳處分，不法侵害之人，則該人民對於處分，如有不服，自應依訴訟法向上級行政衙門訴願，或更依行政訴訟法，提出訴訟於平政院，普通司法衙門，無庸予以受理。（統字一〇九七號）

解釋 權運局招商包銷，法律既別無規定，即無論契約內容如何，當然爲普通民事契約，其因退包發生爭執，自係民事訴訟，應予受理。（按來電略稱：外省權運局，與包商包鹽訂約，經詳鹽署後，因退包發生糾葛，如存鹽處置滲耗角兩緝私隊軍裝等，是否可作民訴受理。）（統字一一四三號）

解釋 官公吏應否支薪，並非私權關係，則關於此之爭執，自非司法衙門所能予以受理。（統字一七四二號）

解釋 律師公會，爲選舉會長涉訟，自係普通民事案件，應由法院受理。（統字一

參考法條 民訴條例二九〇 舊民訴二四〇

第二百五十條 原告之訴，除應依前條之規定，逕行駁回，或依第二十八條之規定移送他法院者外，審判長應速定言詞辯論期日。

原告之訴，除有第二百四十九條情形，得逕以裁定駁回，或合於第二十八條規定，移送於他法院管轄外，審判長（或獨任推事）應即指定言詞辯論期日，以便傳喚當事人兩造到場，爲言詞辯論。

參考法條 民訴律三〇七 舊民訴二四一

第二百五十一條 訴狀應與言詞辯論期日之傳票，一併送達於被告。

前項送達，距言詞辯論之期日，至少應有十日爲就審期間，但有急迫情形者，不在此限。

訴狀提出於法院，固即生起訴之效力，而有訴訟繫屬，但爲使被告便於準備起見，原告起訴時，應作訴狀繕本，提出於書記科（一一九條），由法院書記官，送達於被告。又審判長（或獨任推事）定言詞辯論期日後，法院書記官，應作傳票送達於當事人兩造，命其到場，送達訴狀應與辯論期日傳票之送達，一併行之。

訴狀送達，與言詞辯論期日，其中應留相當之期間，此期間，謂之就審期間。除簡易訴訟另有第四百二十七條第二項規定外，通常應在十日以上，但遇有急迫情形，亦可不受此限制。例如某訴訟若不迅速辦結，將使訴訟物之價格減少，而生重大之損害，即可謂有此情形，定就審期間時，對於準備辯論之難易，及法院所在地，與被告居住地交通之狀況，須加以斟酌。並因此期間，自訴狀送達時起算，尤須預計被告可受送達之時日，俾有準備辯論之時間。

因辯論之期日之指定不當，或送達遲滯，致被告未得適法之就審期間者，則於辯論期日雖不到場，不得依原告之聲請，由其一造辯論而爲判決。（三八六條一款）

判例 依民事訴訟法第二百四十二條第二項（現行民事訴訟法二五一條二項），所應

留之就審期間，係使被告準備辯論及到場辯論之期間，且限於初次辯論期日，始有適用，此觀同條第一項之規定自明。（最高法院民二二三上字二六七八號）

●考法條

民訴律三〇七

三〇八

民訴條例二九一

舊民訴二四二

第二百五十一條 言詞辯論期日之傳票，除記載到場之日時及處所外，並應記載不到場時之法定效果，但向律師為送達者，不在此限。

言詞辯論期日之傳票，乃使當事人於辯論期日到場之文書，傳票內除記載到場之日時及處所（在法院內者該法院之法庭）外，並應記載被傳人不到場之法定效果，以促其注意。如記載被傳人不到場，得依他造聲請，由其一造辯論而為判決。惟此僅為訓示規定，雖未記載當事人，亦不得責問，且無妨依第三百八十五條之規定，而為判決，傳票若係向代理訴訟之律師為送達者，並無庸為此記載。

此外，傳票內並應記載當事人訴訟事件，及傳喚之目的等，自不待言。

日判例 傳票無一定之程式，故其記載事項，若足使訴訟人知其係因訴訟而被傳喚，即生傳喚之效力。（明治三四年日大審院）

參考法條 民訴條例二九二 舊民訴二四三

第二百五十三條 當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中，更行起訴。

訴經提起，而繫屬於法院（參照本節總說明），在未終結以前，該訴訟之原告或被告，不得更以他造為被告，就同一訴訟標的，提起新訴或反訴。如係就已起訴之事件更行起訴，則認後訴為不合法，以裁定駁回之，不得為本案之辯論及裁判，所謂一事不再理是也。

後訴依本條認為不合法者，須有左列情形：

一、須前訴在訴訟繫屬中 只係在訴訟繫屬中，其在第一審第二審或第三審，並是否在同一法院，均非所問，惟其繫屬之法院，若為外國法院，則無本條之適用，因

外國法院判決之效力，與內國法院之判決，各有不同也（四〇一）。

二、須前後兩訴之當事人相同 後訴之原告，無論為前訴之原告或被告，但後訴之被告，須係前訴之他造當事人，至後訴為本訴或反訴，均非所問。

三、須兩訴之訴訟標的相同 為訴訟標的之法律關係，是否相同，應依訴訟標的區別之標準定之（參照二四四條說明），在為後訴標的之法律關係，於前訴僅係作為抗辯主張，其標的固不相同，即前後兩訴為標的之法律關係，彼此互有因果關係。如此法律關係之存否，以他法律關係之存否為據，或前後兩訴為標的之法律關係，各為同一法律關係之一部。如前訴以法律關係之此部分為標的，而後訴以其他部份為標的，均不得謂為訴訟標的相同。

四、須兩訴所求判決之內容相同或正相反對或可以代用 所求判決之內容相同，如前訴就某請求求為給付判決，後訴亦就某請求求為給付判決，或前訴就某法律關係求為積極或消極之確認判決，後訴亦就該法律關係求為積極或消極之確認判決是也。所求判決之內容，正相反對，如前訴就某法律關係求為積極之確認判決，而

該訴之被告，又於後訴就該法律關係求為消極之確認判決，或前訴就某法律關係求為消極之確認判決。而該訴之被告，又於後訴就該法律關係求為積極之確認判決是也。所求判決之內容，可以代用，如前訴就某請求求為給付判決，而後訴就該請求求為積極或消極之確認判決，或前訴就某形成權求為形成判決，而後訴就該形成權求為積極或消極之確認判決是也。至若前訴係就某請求求為積極或消極之確認判決，而後訴求為給付判決，或前訴係就某形成權為積極或消極之確認判決，而後訴求為形成判決，則非可以代用。

起訴有無本條情形，法院應依職權調查之。

判例 當事人就已訴之事件，於訴訟繫屬中，更行起訴時，僅其後訴應依民事訴訟

法第二百四十九條第七款之規定予以駁回，若未予駁回，則除後訴在前訴之第二審言詞辯論終結前，已有本案之確定判決外，前訴並不受其影響，不得僅以後訴先經

第一審判決，即謂前訴無另為判決之必要。（最高法院民二九上字一五四五號）

判決 上訴人於被上訴人對之提起本件消極確認之訴後，亦以反訴主張該法律關係

成立，求爲積極確認之判決，不得謂非違背民事訴訟法第二百五十三條之規定。（最高法院民二九上字一〇三〇號）

判例 被上訴請求上訴人履行契約之本件訴訟，與上訴人請求確認該契約已因解除而消滅之訴訟，並非同一事件，被上訴人提起本訴件訴訟，固不在民事訴訟法第二百五十三條禁止重訴之列。惟上訴人所提起之訴訟，如已獲有勝訴之確定判決，則關於契約之已消滅，在當事人間自有既判力，被上訴人提起之本件訴訟，仍不能不予駁回。（最高法院民二九上字九七五號）

判例 抵銷抗辯，並不使對待債權發生訴訟拘束，故對待債權，雖另在訴訟拘束中，仍無妨以之供抵銷之用。（最高法院民二二上字六二七號）

判例 主張抵銷之對待請求，雖爲在訴訟繫屬中，仍不妨以之供抵銷，業經本院於舊民事訴訟法時代，著有判例，在現行民事訴訟法，亦應爲同一之解釋，本件上訴人既在事實審主張對於被上訴人有一萬餘元紅利之債權，已足抵銷所欠被上訴人之款項而有餘，則無論上訴人曾否就其主張之紅利債權，另行起訴，而其在本案訴訟所

爲之抵銷抗辯，是否正當，要不能不予審究。（最高法院民二九上字一二三二號）

德判例 訴訟拘束之抗辯，以前後訴之當事人之訴訟事件，同一爲要件。（R. G. 26, 398, U. 47, 405）

德判例 如訴之事實上及法律上原因不同，則雖以訴所爲之請求相同，亦不得提出

訴訟拘束之抗辯。（R. G. 21, 389）

德判例 前後兩訴之事件關係相同，而以訴所爲請求不同者，如各就債權之一部份

求爲清償之判決時，不得提出訴訟拘束之抗辯。（R. G. 40 362, 47: 406 U 45, 49）

德判例 本於在外國繫屬之訴訟，必該外國判決在內國，應認其有判決之效力者，

始能爲訴訟拘束之抗辯。（R. G. 49, 340）

日判例 許爲權利拘束抗辯之理由趣旨，與許既判力之抗辯同。蓋因就同一之私權

保護請求權，無與以兩重保護之必要也。合法之權利拘束抗辯，須新舊兩訴之當事

人請求原因及訴訟物俱同。（大正三年日東京控訴院）

參考法條 民訴律三一〇 民訴條例二九五 舊民訴二四〇一項六款 二四四

參考法條 民訴律三一〇 民訴條例二九五 舊民訴二四〇一項六款 二四四

第二百五十四條 訴訟繫屬中，爲訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響。

第三人如經訴訟之他造同意，得代當事人承當訴訟，或依第五十四條之規定起訴。

訴訟繫屬中，對於爲訴訟標的之法律關係，雖不禁止移轉，但其移轉，於訴訟不生影響。至對於移轉前之當事人所爲之判決，其效力亦應及於受移轉之第三人（四〇〇）。所謂移轉，除狹義之繼承外，本於法律行爲之移轉，依法令規定（如保證人清償債務時，債權人對於主債務人之債權移轉於保證人），或國家行爲（如公用征收）之移轉皆屬之。且不問其爲權利之移轉，爲義務之移轉，即請求標的物之占有移轉，亦包括之。所謂於訴訟無影響者，即原告或被告，雖有訴訟標的之移轉，並不失其爲訴訟之權能，而仍得爲正當之當事人，繼續其訴訟。但其移轉，既於實體上有效，法院爲判決時，自不能不認其效力。例如原告將爲訴訟標的之債權讓與於第三人，若被告對於該第三人有可抵銷之債權，自得而爲抵銷抗辯。故此所謂於訴訟無影響，僅以不

失當事人之適格爲限。

第三人得代原當事人承當訴訟，但以經訴訟之他造同意爲限。至原當事人，則毋庸得其同意，亦非第三人承當訴訟，如備上述要件，即自表示擔當訴訟之意時，始替原當事人而爲當事人。惟訴訟繫屬，則仍自最初存在，而原當事人前此所爲之訴訟行爲，亦不失其效力，法院於第三人承當訴訟後，所爲本案及關於全部訴訟費用之裁判，均應對第三人爲之。

第三人經訴訟之他造同意，亦得於本訴訟繫屬中，以其當事人兩造爲共同被告，提起主參加之訴。

舊民事訴訟法第六十三條第一項規定，訴訟拘束中，訴訟標的之權利義務移轉於第三人者，法院因當事人之聲請，得以裁定命第三人承當訴訟，乃認受移轉人有承當訴訟之權利及義務，謂之訴訟繼承主義，本條之規定不同，蓋採當事人恆定主義也。

本條規定第三人提起主參加之訴，亦須經訴訟之他造同意，殊有斟酌餘地。

裁判例 民事訴訟法第二百六十五條，所謂係爭物之讓與，其出於強制拍賣、公用

征收者，亦在其內。(R. G. 40, 39)

德判例 所謂請求之讓與，不問其依契約而生，抑依法律之規定而生。(R. G. 202, 49)

德判例 依強制執行而移轉權利，亦有民事訴訟法第二百六十五條之適用。(R. G. 20, 249)

德判例 民事訴訟法第二百六十五條第一項規定：訴訟拘束，於當事人讓與係爭物或請求之權利無礙，第二項規定，讓與於訴訟無影響。依第一項規定，原告將其所訴之債權，讓與於人時，此後讓受人，為真正之債權人，僅彼以債權人資格，得就訴訟標的為實體法上之處分行為。但依第二項規定，仍係讓與人為形式上之訴訟當事人，惟彼有權為純粹之訴訟行為，不過在實體上，則僅係代讓受人為訴訟耳。(R. G. 40, 340)

德判例 讓與請求之後，原告將其訴之聲明變更，請判令被告向讓受人給付。(R. G. 40, 340 347 U. 56, 301)

德判例 於前權利人及對手人之間所爲之裁判，其既判力及執行力，關於本案（即不關於費用），擴張及於承繼人。（R. G. T. 332 U. 40 340）

德判例 第二百六十五條第二項規定，於督促程序，亦適用之。（R. G. 58, 98）

德判例 他造當事人，對於讓受人之擔當訴訟，或提起主參加訴訟所與同意，得明示或默示爲之。（R. G. 35, 381）

德判例 權利承繼人，經他造當事人同意，擔當訴訟時，原當事人由訴訟脫離，此後該訴訟於承繼人，及他造當事人之間行之。（R. G. 21, 396）

德判例 由原告讓受權利之人，無被告之同意，即出而爲原告時，法院應駁斥其新訴，而命新原告負擔因此所生之費用。至原來之訴訟，仍存於原來之原告與被告之間，關於其餘費用，與對於新原告所下之裁判無涉。（R. G. 4, 320 U. 5, 598）

參考法條 民訴律三一二 民訴條例二九七 舊民訴六五

第二百五十五條 訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但經被告同意，或不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者，不在此

限。

被告於訴之變更或追加無異議，而爲本案之言詞辯論者，視爲同意變更或追加。

原告於起訴後，提起新訴，以代替原有之訴，謂之訴之變更。訴依其要素之變更而生變更，故當事人訴訟標的及訴之聲明，於訴訟進行中有一變更，卽生訴之變更。例如起訴時自己爲原告，嗣後改以其子爲原告，自己爲法定代理人而爲訴訟，乃爲當事人變更。至因當事人之選定或變換，及訴訟之承受或承常所生當事人之變更，則非此所謂當事人變更。又訴訟標的之變更，卽爲訴訟標的之法律關係，與他法律關係區別之標準事項有變更。例如請求償還銀千元之訴，起訴時係本於消費借貸契約，嗣後變爲本於不當得利，則爲變更訴訟標的。至確認所有權之訴，始而主張其物因買賣而取得，嗣後主張因贈與而取得，不得謂爲變更訴訟標的，訴之聲明之變更，例如當初求爲確認判決，嗣後變更求爲給付判決。

原告於起訴後，提起新訴，以合併於原有之訴者，謂之訴之追加。學者或稱爲請求之遞次合併，原訴變更時，如新訴合法，原告無維持原訴之意思，此則始終有維持原訴之意思，凡訴之要素追加，卽生訴之追加。

訴狀送達於被告後，原則上不許原告將訴變更追加，但有左列情形之一者，得爲變更追加：

一、被告同意訴之變更或追加者 被告以言詞或書面表示同意均可。至於對於訴之變更，或追加並無異議，而於言詞辯論期日，就新訴爲關於訴訟標的之辯論者，不問其是否同意，視與同意變更追加同。

二、訴之變更或追加不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者 是否不甚礙被告之防禦及訴訟之終結，由法院自由裁量。

此外，合於第二百五十六條及第五百六十八條等規定，亦得爲訴之變更或追加。至在第二審爲訴之變更追加，通常非經他造當事人同意，不得爲之（四四三）。

判例 訴之同一與否，以當事人訴訟標的及訴之聲明三者是否同一爲斷。如在訴訟

進行中，二者有一變更，即應認原訴已有變更。（最高法院民二六論上字二八六號）

判例 以請求分割共有財產之訴，代替請求支付生活費用之原訴，不得謂非訴之變更。（最高法院民二九上字一七七七號）

判例 被上訴人係主張兩造在離婚前所生之子女，依法應由其監護，故向上訴人爲交還兩女之請求，不得以其供狀或稱監護子女，或稱交還子女，指爲訴之變更。（最高法院民二七上字二七〇九號）

判例 原告將原訴變更時，如有以訴之變更合法爲條件，撤回原訴之意思，而其訴之變更不合法者，除駁回新訴外，固應仍就原訴予以裁判。若其訴之變更合法，而其原訴可認爲已因撤回而終結者，自應專就新訴裁判。（最高法院民二九上字一七二號）

德判例 原告初本係爲自己主張某請求，後乃稱係代理他人起訴者，應認爲其訴有變更。（R.G. 58, 248）

德判例 原告初主張被告違反甲契約，而請求違約金，後改以被告違反乙契約爲請

求之原因者，即係訴有變更。(R. G. 53, 258)

日判例 當事人之變更，爲訴之變更之一，除法律上有明文，認其承繼，認其脫退者外，不得爲之。(明治三四年日大審院)

日判例 當事人須於起訴之初定之，除別有法律規定者外，不許日後變更，即如對於判決之聲明窒礙上訴，除如法律認許之參加人外，亦必受該判決之人，方得爲之，且控告裁判所，就第一審判決內所表示之當事人，決不得依當事主張之闡明等，而有所左右。(明治二九年日大審院)

日判例 初以相對人違約之理由，請求加倍返還定銀，後又稱原約已經解除，據此主張返還定銀，即係訴之原因有變更(變契約不履行爲不當利得)。(明治三二二年日大審院)

日判例 民法內關於地上權之租金，雖有准用貸貸借規定之明定，然地上權與貸貸借，在法律上究非一物，故初以貸貸借關係爲訴之原因，後又變更其原因爲地上權關係者，不得不謂爲訴之變更。(明治三四年日大審院)

日判例 一定聲明之變更，除民事訴訟法第一百九十六條規定事項外，與一定原因之變更同，皆爲同法第四百十三條所謂訴之變更。（明治三十七年日大審院）

日判例 債務人當提起民事訴訟法第五百四十五條所定異議之訴時，卽有數個異議，可以同時主張，乃當時並不主張，至訴訟中始追加之者，因其有變更原因之嫌，固屬不屬許可，然被告若對之並無異議，則尙應許其追加。（明治四三年日大審院）

參考法條 民訴律三一三 民訴條例二九八 舊民訴二四五

第二百五十六條 前條規定，於左列各款行爲無礙。

- 一 不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述。
- 二 擴張或減縮，應受判決事項之聲明。
- 三 因情事變更，而以他項聲明代最初之聲明。
- 四 該訴訟標的，對於數人必須合一確定者，追加其原非當事人

之人爲當事人。

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

本條各款行爲，除第一款所規定者外，亦均生訴之變更或追加，但皆許原告任意爲之，不受前條之限制。

第一款所謂不變更訴訟標的，而補充更正事實上或法律上之陳述者，卽其補充或更正之陳述，非屬訴狀內因表明訴訟標的所應舉示之事項（參照二四四條說明）如主張債權之原告，補充說明其貸借關係，非因交付現款於被告而發生，乃因對於被告之損害賠償請求權更改而發生，或先誤稱其契約爲承攬，後稱該契約之性質爲雇傭，又如主張物權之原告，更正或補充說明關於物權取得之原因，或關於物權種類以外之法律意見，均非變更訴訟標的也。

第二款所謂擴張或減縮應受判決事項之聲明，乃指其擴張或縮減，僅生訴之聲明之變更追加，並不同時生訴訟標的變更追加者而言。聲明之擴張及減縮，有爲數量者，如原告初求爲判決命被告賠償損害費三百元，後乃擴張爲五百元；或初求判決命被告賠償損害費五百元，後減縮爲三百元是。有爲實質者，如原告初求爲判決止於確認請求權存在，後乃擴張求命被告履行；或初求給付判決後，乃減縮爲求確認判決是也，應受判決事項聲明之擴張或減縮，雖亦因而生訴之變更追加，然於被告之利益，無甚妨礙。

第三款所謂因情事變更，而以他項聲明代最初之聲明，如原告初求判決，命被告交付房屋，後因房屋焚毀，給付不能，改求命被告賠償損害是。其情事不問發生于起訴後，或於起訴後始知者，均得爲之。蓋爲實際上之便利也。此種行爲，於訴之聲明及訴訟標的，均有變更，自屬訴之變更。

第四款所謂訴訟標的，對於數人必須合一確定，卽爲訴訟標的之法律關係，對於數人必須合一確定者而言（參照五六條說明），其得爲共同原告或共同被告之人，當

起訴時，未爲原告或未以爲被告，而於事後亦許追加爲原告，或以爲被告，此種行爲，自因當事人之追加，而生訴之追加。

第五款所謂裁判，以某法律關係爲據，指某法律關係之存否，爲本訴訟裁判之先決問題者而言。此等法律關係，有由原告主張，或否認之者。例如原告提起交付遺產之訴，所主張之遺產繼承權，提起返還不當得利之訴，所否認之契約關係是也。有由被告作爲抗辯主張者，例如原告提起交付房屋之訴，被告所主張之典權或租賃權是也。所有此等應先解決之法律關係，如於訴訟進行中有所爭執，原告或被告，爲併得一有既判力之裁判計，皆得於此訴訟程序，以訴求判決確定其法律關係之存否。學者稱此訴爲中間確認之訴（或稱先決確認之訴，或稱隨時確認之訴，或稱從屬確認之訴），其由被告提起者，卽屬反訴，應依關於反訴之規定辦理，由原告提起者，則因訴訟標的及訴之聲明，均有追加，而爲訴之追加。

判例 訴訟標的既未變更，在當事人僅就其事實上或法律上之陳述，有所更正，應認爲無礙。（最高法院一九上字七八六號）

判例 當事人在第二審本可為擴張利息之請求，不得以其在第一審未曾請求，遽認其已捨棄。（最高法院民一八上字一六二八號）

判例 被上訴人係就上訴人幫助某甲發掘之被上訴人祖先墳墓，請求回復原狀，其所指發掘之墳墓，本已特定初時主張發掘之墳墓，為其祖先乙之墳墓，嗣又稱發掘者，實是祖先丙之墳墓。前之陳述，係屬錯誤云云，不過更正事實上之陳述，於訴訟標的，並未有所變更。（最高法院民二九上字九一八號）

判例 被上訴人在第一審誤認甲之遺產繼承人有四人，應按四人平均繼承，主張其代位繼承之應繼分為四分之一，嗣知乙丙無繼承權，在第二審主張，其應繼分為二分之一，不過擴張應受判決事項之聲明，自為民事訴訟法第二百五十六條第二款之所許。（最高法院民二六上字二八六號）

判例 上訴人在第一審起訴，僅請求判令被上訴人返還元金，並未請求確認買賣契約業已解除，及在第二審，除仍請求判令被上訴人返還定金外，復請求確認買賣契約業已解除，自不得謂非訴之追加，其追加之新訴，係以其所稱業已消滅之買賣關係

爲訴訟標的，與原訴之以定命返還請求權，爲訴訟標的者不同，縱可認爲民事訴訟法第二百五十六條第五款之中間確認之訴，要非同條第二款所謂擴張應受判決事項之聲明，原審以其訴之追加，未經被上訴人之同意，依民事訴訟法第四百四十三條第一項之規定，認爲不合法，予以駁回，於法並無不合。（最高法院民二七滬上字九六號）

判例 第三人主張就執行標的物，有足以排除強制執行之權利提起異議之訴時，執行程序尙未終結，而在訴訟進行中，執行程序已終結者，如該第三人，未依民事訴訟法第二百五十六條第三款，第四百四十三條第一項之規定，以他項聲明代最初之聲明，自不能不將其訴駁回。（最高法院民法二六滬上字八二三號）

判例 當事人於金錢數額上之主張，當以在第一審中最後聲明者爲確實，故其最後聲明之數額，如較其訴狀所請求者爲多，應視爲當事人所補正；如較其訴狀所主張者爲少，當視爲當事人所拋棄。若無顯著之瑕疵，即不得以其前後不同之故，認爲虛偽。（大理院民三三上字八四二號）

德判例 於事實上之主張，並無變更，僅係就該主張新附以法律上之意見者，不能謂其訴有變更。(R. G. 210, 4342 U. 291)

德判例 起訴時，祇稱爲金錢貸借關係；後始稱其金錢貸借債權，係由本於侵權行爲之債權更改而來者，不爲訴之變更。(R. G. 0 395)

德判例 最初之聲明，在確定賠償義務後，乃求命被告支付定額之賠償金，其聲明之主張，反是最初之聲明，在判令支付賠償金，後乃祇求確定賠償義務，爲聲明之減縮。(R. G. 28, 349 U. 419)

德判例 初作爲破產債權主張之請求，後作爲財團之債務請求清償，並非訴有變更。(R. G. 323)

德判例 初係請求報告計算，後因被告於訴訟進行中，已爲計算報告，乃改求命被告爲給付者，應認爲聲明之擴張。(R. G. 41, 7 U. 9)

德判例 第二百六十八條第三款，所謂後口情事有變更，並不限定其變更，係起訴後所發生者，只須原告自己並無過失，至起訴後，始得知其變更。(R. G. 26 86)

德判例 原告在第一審知情事變更後，縱未立即爲聲明之變更，至第二審尙得爲之

。(R.G.G. 39 428)

德判例 提起中間確認之訴，須該爲先決問題之法律關係，未經民事訴訟法第三百

零三條之中間判決。(R.G.G. 30 403)

德判例 中間確認之訴，毋庸另審 究其有無即受確認判決之法律上利益，即以該

法律關係，對於本訴訟之先決的關係，代此要件。(R.G. (92361))

日判例 以金錢之貸借關係，爲請求原因者，其關係之所由以生之事實，並不屬於

請求原因之範圍，故在起訴人之主張中，毋庸特定明示之，且於後之辯論，得隨時

爲該項事實之附加或更正。(明治四十二年日大審院)

日判例 本於贈與契約請求不動產之移轉登記，及交付該不動產之訴訟，苟係始終

主張單純之贈與契約以爲訴之原因，則雖先稱該契約係在當事人間直接成立，後稱

係由原告先人與被告之間成立，原告後乃承繼此項權利，關於贈與契約之成立事實

，並無何等變更，故此項事實主張之變更，乃屬民事訴訟法第一百九十六條第一款

所謂事實上陳述之補充更正，非變更訴之原因。（大正五年日大審院）

日判例 民事訴訟法第一百九十六條第二款，所謂聲明之擴張，乃將關於本案或附帶請求之訴之聲明，爲數量的或品質的擴張之謂也。（明治三五年日東京控訴院）

日判例 民事訴訟法第二百十一條，許當事人就訴訟進行中，互有爭執之權利關係，求爲成立或不成立之確認者 蓋以此項權利關係，卽令說明於判決理由中，並不認爲包含之主文，非特以判決爲之不能生確定力，故在以買賣爲原因而請求所有權移轉登記程序之訴訟，就代金已否支付之點，互有爭執，而經受訴裁判所認爲已支付者，其爭執之點，固爲足及其影響於訴訟裁判之權利關係，然在命爲判決之主文內，並不包含代金已經支付之事實。（大正元年日大審院）

解釋 債之關係發生後，給付不能者，無論不對之事由如何，債權人均不得請求債務人爲原定之給付。此觀民法第二百二十五條第二百二十六條之規定自明。物之交付請求權發生後，其物經法律禁止交易，致爲不融通物者，給付卽因法律之規定而不能，其禁止交易在訴訟繫屬中，爲原告之債權人，如因此而有金錢之支付請求

權，得依民事訴訟法第二百五十六條第三款、第四百四十三條第一項但書，變更其訴，若仍求為命被告交付該物之判決，應認其訴為無理由予以駁回，其禁止交易，在命被告交付該物之判決確定後者，該判決自屬不能執行。（民三〇院字二一八二號）

解釋（一）因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權雖仍存在，而其內容則已變為損害賠償，請求權不復以原定之給付為標的，故債務人僅得依民法第二百二十六條第一項規定，請求賠償損害，不得請求為原定之給付。如債權人起訴請求為原定之給付，而未依民事訴訟法第二百五十六條第三款變更為請求賠償損害之訴者，應認其訴為無理由而駁回之。（民三二院字二四七八號）

參考法條 民訴律三一四 三二二 民訴條例二九九 舊民訴二四六

第二百五十七條 訴之變更或追加，如新訴於受訴法院無管轄權，不得為之，但前條第五款之訴，不專屬他法院管轄者不在此限。

追加新訴，非新訴與原訴得行同種之訴訟程序者，不得爲之。

訴之變更追加，必依起訴時之情事，受訴法院，就其新訴有管轄權者，始准爲之，原告以訴狀爲訴之變更追加者，其所變更或追加之新訴，以提出訴狀於法院時爲起訴之時；於言詞辯論以言詞爲之者，則以言詞陳述時爲起訴之時。變更追加之新訴，若受訴法院無管轄權者，應認爲不備起訴要件（二四九條六款），以裁定駁回之。惟中間確認之訴，除專屬管轄外，不受此種限制。又其訴之變更追加，曾經被告同意者，有時自可認爲已有變更管轄之合意，或擬制合意（二四條二五條二六條），故亦不可執一而論。

追加之新訴，須與原有之訴，得行同種之訴訟程序，始得爲之，故對於依一般訴訟程序之訴，不得追加，應依人事訴訟程序之訴，對於依通常訴訟程序之訴，不得追加，應依簡易訴訟程序之訴。但人事訴訟程序之有特別規定，准許其追加某訴者（五六八條二項五八四條五九二條一項），簡易訴訟程序之依訴訟標的之金額，或價額而定其適用者（四三三條），不在此限。原告追加，不能行同種訴訟程序之訴者，法院

應認爲不備起訴要件，以裁定駁回之（二四九條六款），法律更有絕對禁止於某訴訟程序追加新訴者，如第六百零九條第六百二十條第三項，及第六百三十五條之規定是，其不得爲訴之追加，更不待言。

本條第二項之規定，於訴之變更無涉，與第一項規定不同。

參考法條 民訴法三二三 民訴條例三〇〇 舊民訴二四七

第二百五十八條 法院因不甚礙被告之防禦，及訴訟之終結，而許

訴之變更或追加，或以訴爲非變更或無追加之裁判，不得聲明不服。

訴有無變更追加，及變更追加應否准許，法院應依職權調查之。變更追加，應准許時，法院應就新訴爲辯論及裁判，在訴之變更，係以新訴代替原有之訴，其原有之訴，可視爲撤回，在訴之追加，係以新訴合併於原有之訴，則應就新訴與原有之訴，依關於共同訴訟之客觀合併之一般原則辦理（參照第一編第二章第二節總說明）。訴

(二四九條六款)，仍就原有之訴爲辯論及裁判，但原告爲訴之變更，其原有之訴，已明白表示撤回者，自無更爲辯論及裁判之餘地。

訴之有無變更追加，或變更追加應否准許，當事人有爭執時，屬於所謂中間之爭點，如法院認爲訴無變更追加，或變更追加應予准許者，應以中間判決(三八三)，或於終局判決之理由中諭示之。此項裁判，不得對之聲明不服，上級法院亦不得就其當否，加以審判(四三五)。至認訴之變更追加不應准許者，應以裁定駁回新訴，當事人對於駁回之裁定，得依一般規定，提起抗告(四七九)。

德判例 訴有變更之抗辯，一被駁斥後，即不再審查，此問題雖其聲明不服，非以獨立之上訴而爲之者，亦然。(R.G.117,412)

德判例 第二審法院，認訴無變更，並就本案爲裁判者，於第三審法院，依實體上理由，將事件發回後，不得更認訴有變更。(R.E.53,379)

日判例 原告爲訴之變更者，即係於舊訴之外，提起一新訴，故其新訴之提起，如

爲法律上所許，固得視爲舊訴已被撤回而消滅；若新訴爲法律上所不許，則除原告得被告之承諾，特行撤回舊訴者外，其舊訴依然存在。（明治三六年日大審院）

日判例 訴之變更不應許可者，裁判所不得逕行終結訴訟，全體應先以判決駁回新訴，次就原有之訴，另踐相當之程序，而爲判決。（明治三六年日大審院）

日判例 訴無變更之裁判，依民事訴訟法第一百九十七條，以一審級而確定，不容爾後更爲審查。故第一審裁判所判爲訴無變更之件，第二審裁判所，更認爲訴有變更，本此駁回其訴者，實違背民事訴訟法第一百九十七條之規定。（明治三〇年日大審院）

參考法條 民訴律三一五 民訴條例三〇一 舊民訴二四八

第二百五十九條 被告於言詞辯論終結以前，得在本訴繫屬之法院，提起反訴。

原告對於反訴，不得復行提起反訴。

被告於原告起訴後，其訴訟程序中，對於原告提起之訴，謂之反訴。此際稱原告之訴曰本訴，反訴除有特別規定外，應適用關於訴之一般規定。茲僅就反訴之特別要件，述之於左：

- 一、提起反訴時，須本訴已繫屬於法院。苟在本訴繫屬中提起，不問本訴合法與否。又本訴縱因不合法而駁回，反訴亦不失其效力。
- 二、於本訴之言詞辯論終結前提起。（並參照四四三條）
- 三、反訴之當事人，與本訴之當事人相同，而易其原被告之地位。
- 四、非對於反訴之反訴。
- 五、反訴之標的，非專屬他法院管轄（二六〇條一項）。
- 六、反訴之標的，與本訴之標的及防禦方法相牽連（二六〇條一項）。
- 七、反訴與本訴，得行同種之訴訟程序（二六〇條二項）。
- 八、本訴之訴訟程序，不禁止提起反訴（六〇九）。
- 九、非意圖延滯訴訟，或因重大過失，逾時始提起反訴，可致訴訟延滯者（二六〇條）

三項)。

反訴是否具備上列各要件，法院應依職權調查之。若反訴之要件欠缺，應認為不備起訴要件，以裁定駁回之(二四九條六款)。

本訴與反訴，應合併其辯論及裁判，但法院斟酌情形，亦得將辯論分別行之。若其中有一訴可先為裁判者，法院亦得為一部之裁判(二〇四條三八二條)。

判例 反訴原對本訴而言，應向原告本人提起；若僅對於原告之訴訟代理人有所主張，自係另一當事人間之法律關係，應由被告另行起訴。(最高法院民一九上字一六七七號)

判例 對於原告提起反訴，惟被告始得為之，參加人雖得輔助被告為一切訴訟行為，但提起反訴，則已出於輔助之目的以外，自非法之所許。(最高法院民二三抗字一〇六六號)

判例 被告提起反訴，僅得對於原告為之，不得對於原告之法定代理人，提起反訴。(最高法院民二一上字九五〇號)

判例 民事訴訟之反訴與本訴，雖係各別之訴訟，然法律特許本訴之被告，在本訴繫屬第一審中，對於原告得以提起者，蓋在節省時間費用及程序，而藉以保護當事人兩造之利益也。故爲貫徹此項法意而言，卽外國人依據條約爲民事被告，應不受我國之審判，而於反訴之時，解釋上不應以其通爲被告論。（大理院民四上字二〇三五號）

判例 附帶私訴之被告人，應以公訴被告人爲限，因之，私訴被告人對於私訴原告人，不得提起反訴。（大理院民一一上字二二號）

德判例 反訴之要件，全與訴同，其應表明之事項，須依民事訴訟法第二百五十三條規定。（R.G.40 381）

德判例 訴撤回後，不許提起反訴。（R.G.43,366）

日判例 彈制執行上之訴，其訴訟程序，既係通常訴訟程序，自得於該訴訟程序，提起反訴。（大正四年日大審院）

參考法條 民訴律三一八 三二〇 民訴條例三〇二 舊民訴二四九

第二百六十條 反訴之標的，如專屬他法院管轄，或與本訴之標的及其防禦方法，不相牽連者，不得提起。

反訴非與本訴得行同種之訴訟程序者，不得提起。

第一百九十六條第二項之規定，於提起反訴準用之。

提起反訴，不以本訴繫屬之法院，就反訴之標的，有管轄權為要件。但反訴之標的，專屬他法院管轄者，不在此限。又反訴之標的，非與為本訴標的之法律關係，或與對於本訴標的之防禦方法相牽連者，不得提起反訴。所謂相牽連之情形，有下列數種：（一）法律關係同一者。例如對於確認請求權不存在之本訴，主張請求權存在，提起給付之反訴。又如對於請求交付某房屋之本訴，主張對於該房屋有典權，以為防禦方法，並提起確認典權存在之反訴是。（二）雖理由同一法律關係發生者。例如對於請求交付買賣標的之本訴，提起請求支付價金之反訴，對於請求返還租賃物之反訴，提起請求償還修繕費用，或有益費用之反訴是。（三）數形成權屬於同一目的者。例如對於離婚之本訴，提起離婚之反訴，此時反訴標的與本訴標的之形成權，雖因一體

不同，而各爲一形成權，俱皆以形成同一婚姻關係爲目的。(四)兩者均爲條例，或其中之一爲先決問題者。例如原告提起確認某房屋爲自己所有之本訴，被告亦提起確認該房屋爲自己所有之反訴。又如原告提起請求返還某物之本訴，被告主張對於該物有留置權，拒絕返還，並提起反訴請求清償該留置權所擔保之債權是。

反訴若非與本訴得行同種之訴訟程序，則無合併訴訟程序之利益，不許提起。例如本訴爲依一般訴訟程序之訴者，不得提起依婚姻訴訟程序之反訴；本訴爲通常訴訟程序之訴者，其提起反訴，除爲第四百零二條第一項之訴外，不得爲其他簡易訴訟程序之訴。(參照二五七條說明)

反訴雖於本訴之言詞辯論終結前，得隨時提起，但依法院之意見，如認被告係意圖延滯訴訟，或因重大過失，早不提起反訴，且此時許其提起，即致訴訟延滯者，亦得以其反訴爲不備起訴要件，以裁定駁回之(二四九條六款)。不過反訴因此被駁回者，尙得依第四百四十三條規定，在第二審提起。

判例 被告在本訴繫屬之法院，雖得提起反訴，但本訴之管轄，不因反訴而變更。

(最高法院民二二抗字一四八六號)

判例 本件反判係於民國十九年五月十日提起，依當時適用之舊民事訴訟律，提起反訴，本不必其反訴之標的，其本訴之標的及其防禦方法相牽連。嗣後施行之新舊民事訴訟法，雖以反訴之標的與本訴之標的及其防禦方法相牽連，為提起反訴之要件，但舊民事訴訟法施行法第十二條規定：新法施行前繫屬之訴訟事件，依新法所定程序終結之，不過定明施行後之訴訟行為，應依新法辦理，非謂施行前已依舊法發生效力之訴訟行為，應依新法定其有效與否。是本件反訴，在舊民事訴訟法施行後，仍不失其效力，依新民事訴訟法施行法第二條但書之規定，即不得以其不合新民事訴訟法所定，提起反訴之要件，認為不應准許，原判以上訴人提起之反訴，其標的與本法之標的及其防禦方法，不相牽連，遂援引舊民事訴訟法施行法第十二條，及新舊民事訴訟法關於反訴要件之規定，認為不合法，予以駁回，於法殊有未合。

(最高法院民二八上字一二四七號)

判例 被上訴人在第一審起訴，請求別居及給付扶養費，係屬應依一般訴訟程序之

辭，上訴人提起反訴，請求離婚，既不得與本訴行同種之訴訟程序，揆諸民事訴訟法第二百六十條第二項規定，自在不應准許之列。（最高法院民二七上字一一三號）

判例 本訴標的之金額或價額，在八百以下，反訴標的之金額或價額，逾八百元，而以本訴與之合併辯論及裁判者，除尋常事人合意外，不得依簡易訴訟程序之規定，仍適用通常訴訟程序，此觀民事訴訟法第四百三十三條後段之規定自明。是本訴與反訴，均係應依訴訟標的之金額或價額，定其適用之程序者，於簡易訴訟程序提起，應依通常訴訟程序之反訴，不得依同法第二百六十條第二項之規定，認為不應准許。（最高法院民二九上字六三八號）

解釋 （一）原告否認被告有某項給付請求權，提起消極確認之訴，被告主張有該項給付請求權，提起請求給付之反訴時，本訴與反訴均以被告之某項給付請求權為訴訟標的，即屬民事訴訟費用法第十三條，所謂本訴與反訴之訴訟標的相同之情形。（民三一院字二三五〇號）

解釋 （一）原告提起確認某地為其所有之訴，被告亦提起確認該地為其所有之反訴

者，本訴之訴訟標的爲原告之所有權，反訴之訴訟標的爲被告之所有權。所有權之主體既異，訴訟標的即非相同，本訴與反訴自應各按所有權之價額，徵收裁判費。

(民三〇院字二二三三號)(全文見四〇六條本號解釋)

參考法條 民訴律三一九 三二〇 民訴條例三〇三 三〇四 舊民訴二五〇

第二百六十一條 訴之變更或追加，及提起反訴，得於言詞辯論時爲之。

於言詞辯論時，所爲訴之變更追加或反訴，應記載於言詞辯論筆錄，如他造不在場，應將筆錄送達。

起訴通常應以書狀爲之，但於言詞辯論時，爲訴之變更追加與提起，反訴亦許以言詞爲之，此爲起訴程式之例外規定，故於言詞辯論外，爲此等行爲，仍須依第二百四十四條規定，以書狀行之，並應將其書狀繕本，送達於他造當事人。

於言詞辯論爲訴之變更追加或提起反訴者，法院書記官應將其關於起訴之陳述，

明確記載于言詞辯論筆錄，他造當事人不在場者，並應將辯論筆錄中所載關於起訴之陳述，制作繕本，送達於他造當事人，使其知有變更追加或提起反訴之事。

參考法條 民訴律三一八 三二四 民訴條例三〇五 舊民訴二五一

第二百六十二條 原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部，但被告已爲本案之言詞辯論者，應得其同意。

訴之撤回，應以書狀爲之，但在言詞辯論時，得以言詞爲之。

於言詞辯論時所爲之撤回，應記載於言詞辯論筆錄，如他造不在場，應將筆錄送達。

原告對於其訴向法院表示不求判決之意思，謂之訴之撤回。數訴合併提起，及訴訟標的之可分者，俱得撤回，其一部撤回之表示，須向法院爲之，始生撤回之效果。

訴之撤回，因原告一造之意思表示而成立，原告一經對於法院表示撤回之意思，法律即從其意思，予以撤回之效果，毋庸經法院之許可撤回行爲。苟在判決確定前，

隨時皆可爲之，雖至上訴審，亦得將訴撤回，惟其撤回，若在被告就其訴有無理由已辯言詞辯論後，則非經被告以言詞或書面表示同意，不生撤回之效力，因被告有求爲本案辯論及裁判之權利也。

原告於言詞辯論外，撤回其訴者，應依關於書狀之一般規定（一一六條以下），以書狀爲之。書狀之繕本，亦應由法院書記官，送達於被告，但訴狀若尚未送達於被告，則撤回之書狀，毋庸送達，其於言詞辯論時，以言詞撤回者，法院書記官應明確記載于言詞辯論筆錄，若他造當事人不在場，並應將筆錄中關於撤回之陳述，制作繕本，送達被告，使其知有撤回之事。

撤回之意思表示，性質上不許任意撤回（參照第一編第四章總說明）。

判例 僅由調處爭議之第三人，以書狀陳明當事人已成立和解者，不生撤回訴或上訴之效果，其訴訟關係，不能因此終結。（最高法院民二九上字九三五號）

判例 被告對於撤回訴之同意，無一定之方式，並得依情況，推定其同意。（R.

德判例 訴經撤回者，不僅訴訟拘束效果也，即依起訴所生之民法上之效果，亦歸消滅，與未曾起訴同。(R. G. 83, 385)

日判例 以一訴爲二宗以上獨立之請求後，全然撤回其一宗者，即所謂訴之一部撤回。(明治三十七年日大審院)

參考法條 民訴律三一六 民訴條例三〇六 舊民訴二五二

第二百六十三條 訴經撤回者，視同未起訴，但反訴不因本訴撤回而失效力。

於本案經終局判決後，將訴撤回者，不得復提起同一之訴。

訴經撤回者，視同未起訴，其因起訴所生之效力，概溯及既往而消滅，於判決後撤回者，該判決亦當然失其效力，但本訴之撤回，於反訴之效力無影響，蓋反訴之提起，雖以本訴已繫屬於法院爲要件，而反訴之存續則否。又訴經撤回者，其訴訟費用，由原告負擔，法院應依聲請爲訴訟費用之規定。(八三條九〇條)

訴之撤回，不過就該訴訟所爲判決之要求撤回之而已，並不喪失起訴之自由，其訴權亦不消滅，故撤回以後，不妨就同一訴訟標的，更行起訴。惟於本案經終局判決

後將訴撤回者，不得復提起同一之訴，此乃法律就訴之撤回所特附之效力，雖當事人排除此種效力，而為訴之撤回，其排除亦屬無效。惟茲所謂終局判決，應解為係為訴訟標的之法律關係存在與否，加以裁判之終局判決而言，故以原告于訴之提起，無法律上之利益，或當事人於該訴訟無實行訴訟之權能（即當事人不適格）為理由，而駁回原告之訴之判決，非茲所謂終局判決，從而有此判決後，將訴撤回者，仍得提起，與本案同一之訴。又此種制裁規定，僅在禁止原告再行起訴，其實體上之權利，不生影響，故原告仍得於訴訟上或訴訟外，以其請求供抵銷之用，若被告任意清償，更非不當得利。

當事人就訴之撤回是否合法，生中間之爭執時，法院應就其爭點加以調查，裁判如認為有合法之撤回，應以裁定駁回其聲明。此種裁判，亦有解為應以判決行之者，倘認為無合法之撤回，則以中間判決或於該訴訟之理由中，諭示其旨。

判例 反訴一經利用本訴之訴訟拘束提起以後，即自行發生訴訟拘束，故本訴之訴訟拘束，雖因撤回本訴而溯及的消滅，反訴之訴訟拘束，亦不隨之消滅，法院仍有就反訴為調查裁判之義務，且本訴與反訴法院得命分別辯論，或先就其一為一部判

決，在民事訴訟法（舊民事訴訟法）第一百九十六條及第三百七十四條，均有明文規定，是反訴不因本訴已經判決而失其存在，尤為明顯，絕無本訴已經判決，即不得更就反訴辯論判決之理（最高法院民二二抗字三〇三號）

參考法條

民訴律三一七

三二一

民訴條例三〇七

三〇八

舊民訴二五二二

五四

第二百六十四條 本訴撤回後，反訴之撤回，不須得原告之同意。

反訴之撤回，亦應適用第二百六十二條第一項之規定，如原告（即反诉被告）已就反訴為本案之言詞辯論者，應得其同意，但反訴之撤回，若在本訴撤回以後，則無得其同意之必要。

參考法條

舊民訴二五三

第二節 言詞辯論之準備

本節係規定當事人及法院為準備言詞辯論所應為之行爲，原告起訴以後，除依第

二百四十九條規定，逕以裁定駁回其訴外，須行言詞辯論。言詞辯論有爲本案之言詞辯論者，有爲無關本案之言詞辯論者。前者乃關於訴訟標的之辯論，卽就訴有無理由所爲之辯論。後者乃關於其他問題之辯論，如就訴之是否合法所爲之言詞辯論是。法院之行本案言詞辯論，係以訴之合法爲前提，故開始言詞辯論後，若就訴之是否合法，尙有疑義或發生爭執，卽應先爲關於訴是否合法之辯論，必訴合法矣，始可進而爲本案之辯論。

第一百六十五條 各當事人因準備言詞辯論，應以書狀記載其所用之攻擊或防禦方法，及對於他造之聲明，並攻擊或防禦方法之陳述，提出於法院，由法院送達於他造。

本法於當事人在判決程序之辯論，雖採言詞主義，然當事人於言詞辯論時，提出如何之訴訟資料，爲期法院便於訴訟指揮，他造得爲適當之陳述，有使他造及法院預知之必要，故各當事人，擬在言詞辯論所用之攻擊或防禦方法（參照一九六條說明）及

對於他造之聲明，並攻擊或防禦方法之陳述，應記載於書狀，提出於法院，由法院送達於他造，以爲言詞辯論之準備。當事人不提出準備書狀，或不於適當之時期提出，或提出書狀不完全，有時因此受訴訟上之不利益（參照第八二條第三八六條第四款）。又準備書狀內所記載之事項，未經於言詞辯論提出者，通常雖不釋以爲裁判之基礎，然法院本于到場當事人一造之辯論而爲判決時，其未到場人準備書狀之陳述，應加以斟酌（三八五）。又準備書狀中之自認，亦有審判上自認之效力（二七九）。

準備書狀，當然適用關於當事人書狀之一般規定（一一六條以下）。

參考法條 舊民訴二五五 二五七

第二百六十六條 原告準備言詞辯論之書狀，依第二百四十四條第三項之規定。

被告因準備言詞辯論，宜於未逾就審期間二分之一以前，提出答辯狀。

原告宜於訴狀內併行記載準備言詞辯論之事項，已見第二百四十四條第三項規定，故起訴狀同時又供準備書狀之用，至被告準備言詞辯論，亦須於受言詞辯論期日傳票之送達後，未逾就審期間（二五一）二分之一以前，提出答辯狀。此答辯狀即被告之準備書狀，應依第一百十六條以下關於書狀之規定作成，並提出繕本，以備法院書記官送達於原告。

當事人未依本條規定，提出準備言詞辯論之書狀者，尙得依次條規定提出之。

日判例 關於準備書狀之規定，縱有未遵守之處，不得以此輒謂其書狀爲無效。（明治三十三年日大審院）

參考法條 民訴條例三〇九

第二百六十七條 應通知他造使爲準備之事項，有未記載於訴狀或答辯狀者，當事人應於言詞辯論前相當之時期，提出該事項之準備書狀。

準備言詞辯論之事項，有未記載於訴狀或答辯狀者，如認為他造非有準備，不歸於言詞辯論時為陳述，應於言詞辯論前相當之時期，提出該事項之準備書狀。所謂言詞辯論前相當之時期，指提出書狀後尙有時日可送達于他造，使為相當之準備也。

當事人對於未記載於準備書狀之事項，仍不妨於言詞辯論提出之，法院亦不可不加以斟酌。惟有時不免因此受訴訟法上之不利益（參照第八二條第三八六條四款）。

參考法條 民訴律三二五 民訴條例三一〇 舊民訴二五六

第二百六十八條 法院如認言詞辯論之準備尙未充足，得延展辯論期日，並定期間命當事人提出必要之準備書狀。

法院於言詞辯論期日開始後，若認為言詞辯論之準備尙未充足，仍有準備之必要者，得以裁定延展言詞辯論期日。此項裁定，不得對之提起抗告（四八〇）。因言詞辯論之準備未充足，而延展辯論期日者，應同時定相當之期間，命當事人提出必要之準備書狀。

參考法條 民訴律三二六 民訴條例三一

第二百六十九條 法院因使辯論易於終結，認為必要時，得於言詞辯論前為左列各款之處置：

- 一 命當事人或法定代理人本人到場。
- 二 命當事人提出文書物件。
- 三 傳喚證人或鑑定人，及調取或命第三人提出文書物件。
- 四 行勘驗鑑定，或囑託公署團體為調查。
- 五 使受命推事或受託推事調查證據。

本條各款行為，本應在言詞辯論為之，但法院因使辯論易于終結，亦得命於言詞辯論前行之。所謂言詞辯論者，包括初次辯論期日前及續行辯論期日前而言。

第一款及第二款，參照第二百零三條說明。

第三款之證人、鑑定人及文書物件，不以當事人所聲明者為限，祇稱傳喚調取或

命第三人提出，不包括調查在內，故除鑑定及勘驗，第四款另有規定外，餘如證人之訊問、文書之察閱等，仍應在言詞辯論期日行之。

第四款係謂在言詞辯論期日前，亦得為證據之調查。質言之，即得先定期日，專行勘驗或訊問鑑定人，或先囑公署團體為調查也。

第五款凡證據適於受命推事或受託推事調查者，皆得於言詞辯論前，使其調查之。

法院為本條處置，應將裁定送達於當事人、或第三人，此種裁定，不得抗告（四八〇）。其於言詞辯論前調查證據者，並應向當事人送達傳票，以便當事人於調查證據期日到場。

參考法條 民訴條例三一二

第二百七十條 行合議審判之訴訟事件，法院得隨時以庭員一人為受命推事，使行準備程序。

準備程序，以闡明訴訟關係為止，但另經法院命於準備程序調查證據者，不在此限。

準備程序者：因準備言詞辯論，使當事人在受命推事前陳述，藉以闡明訴訟關係之程序也。訴訟事件，不問在如何程度，法院得隨時以庭員一人為受命推事，使行準備程序。惟以行合議審判之案件為限，第一審審判案件，原則上以推事一人獨任行之（法院組織法三條一項），行準備程序之時自少。

受命推事所行之準備程序，其任務以闡明訴訟關係為止，非經法院命其調查證據，無調查證據之權。惟依本法第二百零三條第四款之準用，受命推事為闡明訴訟關係，尚得命行勘驗、鑑定，或囑託公署團體為調查。

命行準備程序，以法院之裁定為之。此裁定屬於訴訟指揮，為裁定之法院，不受其羈束（二三八條但書），受命推事，由審判長於庭員或其代理推事中指定之，審判長亦得指定自己為受命推事（二〇二條一項）。

依舊民事訴訟法第二百六十四條規定，在準備程序，不僅得命當事人提出或調取證物，其於受訴法院言詞辯論時，所不能或不適於調查之證據，得由該受命推事調查之，且專為調查此等證據，亦可行準備程序，其規定較為適當。

第二百七十一條 準備程序筆錄，應將各當事人所用之攻擊或防禦方法，及對於他造之聲明，並攻擊或防禦方法之陳述，記載明確。

準備程序期日，各當事人應就其所用之攻擊或防禦方法（參照一九六條說明），及他造之聲明，並攻擊或防禦方法為陳述，若當事人不為陳述，或其陳述有不明瞭或不完足者，受命推事應令其陳述或述明補充之（一九九條）。當事人此項陳述，應由法院書記官作制準備程序筆錄，明確記載之，準備程序之筆錄，亦為言詞辯論筆錄。

準備程序，為言詞辯論之一部，所有關於言詞辯論之規定，非於準備程序不合者，皆適用之，當事人在言詞辯論所得為之訴訟行為，亦得於準備程序為之。如為訴訟標的捨棄或認諾，準備程序即因之而終結，為和解或撤回訴訟，即因之而終結，至為訴之變更追加及提起反訴，關於其應否准許，雖仍由受訴法院裁判，但受命推事應併

就新訴，行準備程序。

參考法條 民訴律三三一 民訴條例三一五 舊民訴二五九

第二百七十二條 第一百九十八條至第二百條、第二百零三條、第二百零七條、第二百零八條、第二百十三條第二項、第二百十四條、第二百十七條及第二百六十八條，關於法院或審判長權限之規定，於受命推事行準備程序時準用之。

本條所揭各條，關於法院或審判長指揮訴訟權限等規定，受命推事行準備程序時，亦準用之。因受命推事非有此權限，不能達準備程序之目的。至第二百十二條、第二百十三條第一項、第二百五條、第二百十六條，關於言詞辯論筆錄之規定，當然適用於準備程序，本條未列入者，非排除其適用也。

判例 參與辯論之推事，於判決前有變更者，依民事訴訟法(舊民事訴訟法)第二百零

零二條第一項之規定，雖應更新辯論，但同條項之規定，於準備程序並不準用，觀

同法第二百六十四條之規定自明。故行準備程序之受命推事，在準備程序終結前變更者，無更新其程序之必要。（參最高法院民二二三上字二四七三號）

參考法條 民訴條例三一六 舊民訴二六四

第二百七十三條 當事人之一造，於準備程序之期日不到場者，應對於到場之一造，行準備程序，將筆錄送達於未到場人，並定新期日，傳喚兩造。

未到場之當事人，於新期日仍不到場者，受命推事得終結準備程序。

準備程序期日，當事人兩造遲誤者，亦生訴訟程序之休止（一九一條）。若僅一造遲誤，受命推事應令到場之當事人，獨爲陳述，將其陳述依第二百七十一條規定，記明筆錄，另定一新日期，由法院書記官作制傳票，連同筆錄之繕本，送達於遲誤期日之當事人，對於到場之當事人，則由受命推事而告以新期日，命其到場（一五六）。

前次遲誤期日之當事人，又遲誤新期日者，受命推事得即終結準備程序。其遲誤者，若為前次到場之當事人，而此次到場者，除承認或否認他造前次之陳述外，又無其他主張，亦以終結準備程序為宜。

參考法條

民訴律三三三

民訴條例三一八

舊民訴二六〇

第二百七十四條 法院得命再開已終結之準備程序。

受命推事行準備程序，闡明訴訟關係，集合訴訟資料，認為已可調查證據或為裁判者，應即終結準備程序。惟終結準備程序，有使當事人失權之效果（二七六），須慎重為之。如未達此程度，即不妨一再延展期日，繼續行之。又準備程序雖已終結，若法院認為準備尚未充足者，得以裁定命再開已終結之準備程序，對此裁定，不得抗告（四八〇條四八二條）。

受命推事於已為終結準備程序之裁定後，在未將訴訟卷宗，送交受訴法院前，亦得撤銷該裁定（參照二三八條但書），再開準備程序。

參考法條

民訴條例三一九

第二百七十五條 於準備程序後行言詞辯論時，當事人應陳述準備程序之結果，但審判長得令庭員或書記官，朗讀準備程序筆錄代之。

於準備程序後行言詞辯論時，當事人應以言詞陳述準備程序之結果，因本法係採言詞主義及直接審理主義。此項陳述得任由兩造或一造爲之，陳述與筆錄不符時，審判長及陪席推事，應注意令其更正或補充之（一九九條）。又於必要時，亦得朗讀準備程序筆錄，以代當事人之陳述，至朗讀則由審判長令庭員或書記官爲之均可。

參考法條 民訴律三三五 民訴條例三二〇 舊民訴二六二

第二百七十六條 未記載於準備程序筆錄之事項，於準備程序後，行言詞辯論時，不得主張之，但法院應依職權調查之事項，或主張該事項不甚延滯訴訟，或經釋明非因重大過失不能在準備程序

提出者，不在此限。

當事人所得主張之攻擊或防禦方法，未經於準備程序之期日陳述，記載於準備程序筆錄者，嗣後不得於言詞辯論主張之。此乃準備程序之效果，但法院應依職權調查之事項（如屬於訴訟要件之事項等），或於言詞辯論主張該事項，而於訴訟進行不甚延滯，或經釋明（二八四）不能於準備程序提出，非因重大過失者，不在此限。

準備程序筆錄內所未記載之事項，若已記載於當事人提出之準備書狀中，而其書狀係在準備程序前或進行中提出者，於準備程序後之言詞辯論中，應解為得主張之，以當事人並未怠於辯論之準備也。

當事人在第一審依本條規定，所受失權之效果，至第二審不復存續，故於第二審仍得就其任第一審言詞辯論，不得主張之事項主張之，至因在準備程序不為陳述或拒絕陳述所生遲誤之效果（二八〇條三五七條），則依一般原則，得於準備程序後之言詞辯論中，追復爭執，以除去之。

日判例 民事訴訟法第二百七十一條規定，僅于訴訟繫屬於命行準備程序之裁判所

時，應適用之，至其繫屬上級審時，不得適用。（明治三七年日大審院）

參考法條 民訴律三三六 民訴條例三二一 舊民訴二六三

第三節 證據

第一目 通則

民事訴訟律及民事訴訟條例，關於證據之規定，分別用證據與證據方法兩語。所謂證據者，指使事理顯明之原因而言，至可供證據之材料，及發見證據之手段，則稱之曰證據方法，本法於條例之稱爲證據方法者，亦稱之曰證據，故證據一語，兼有數義，有時並指調查證據之結果而言。

法院爲發見證據，調查可供證據之材料，謂之調查證據，即訊問證人或鑑定人，察問文書及查驗勘驗物等行爲是也。法院由調查證據所得證人之陳述、鑑定人之意見、文書之旨旨、及勘驗物之狀況等，謂之調查證據之結果。證據之對象（亦曰證據之標的物），通常爲事實，但法規及經驗法則（二八三），亦有時爲證據之對象，法院本

於證據，致其事理明顯，所生心理上之作用，謂之心證，法院之心證，毋庸爲絕對之真實，不過依普通之經驗主觀，得信爲真實而已。法院之心證，更有強弱之差，若法院就某事理，懷一強固之觀念，認爲確係如此者，則其心證強，若就某事理，懷一薄弱之觀念，認爲大抵如此者，則其心證弱。當事人提出證據，使法院得生強固心證之行爲，謂之證明。若提出證據，僅使法院得生薄弱心證之行爲，謂之釋明。當事人就其主張之事實，通常有證明之責，其得僅爲釋明者，以有特別規定爲限，乃其例外也。證據有直接證明待證之事實者，有先證明其他事實，再由該事實推定待證之事實者，前者謂之直接證據，如以借券證明金錢借貸之事是；後者謂之間接證據，如以象牙而證明象大於犬是。

有舉證責任之當事人，所舉出之證據，謂之本證。例如原告就訴之原因事實，或被告就抗辯事實，所舉之證據是也。當事人爲推翻他造主張，而證明與他造相反之事實所舉之證據，謂之反證。反證與所謂證據抗辯不同，對於他造之證據聲明，主張其聲明不合法，或其證據不足信用者，謂之證據抗辯。

舉證責任，乃當事人求利己裁判，法律上有提出證據，證明某事實之責任，舉證責任之分担，乃法律上將舉證責任人分配於原被兩造，分別負擔。至因特別情事轉換分担之舉證責任，則為舉證責任之轉換。舉證責任之轉換，其情形如下：

(一)他造故意使舉證責任之一造，不能舉證，或舉證有顯著之困難者，此在有反對事實以前，推定有舉證責任人之主張為真實，他造否認其主張，須提出反訴。

(二)依經驗法則推定其存在之事實，苟他造主張其不存在之特別事由，應由他造就該事由，負舉證責任。

證據聲明得由聲明人自行撤回，即所謂證據之捨棄(二二三條一項二款)，捨棄證據，須於調查尙未完畢前為之，若已調查完畢，法院即可斟酌其調查之結果，以為判斷，自屬不能捨棄證據，經捨棄後，若所捨棄之證據為證人，而已到場，為證書而已提出，應解為他造當事人，有請求即予調查之權，毋庸另為證據之聲明。

本法所列各種證據，其間並無等差，至證據力如何，則由法院依其自由意見判斷之。所謂證據力，乃證據材料，得為證據之價值。有形式的證據力，與實質的證據力

之分。

民事訴訟條例第三百三十八條，規定調查證據非于當事人辯論後，即時爲之，或使受命推事或受託推事調查證據，或照于外國調查證據者，法院應爲證據裁決。證據裁決，應表明當事人證據方法，及應證之事實，本法無此規定，但有解爲遇此情形仍應爲關於施行調查之裁定，向當事人宣示，或送達於當事人者（二二六條一項二三五條）。

第二百七十七條 當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。

本法因採辯論主義之結果，當事人爲得有利於己之裁判計，須主張必要之事實，並聲明必要之證據，即主張事實之責任與舉證責任是已。此種責任，不可解爲義務，即當事人如不主張事實或舉證，他造當事人固非有請求之權利，而法院亦不得以此相強。關於主張事實及舉證之責任如何分配，學說紛紜，茲依通說述之於左：

法律關係發生所需之事實，有爲其特別要件者，有爲其一般要件者，必此等要件

具備，而又無妨礙其發生之事實，該法律關係，始能發生，何種事實，爲其特別要件，或爲其一般要件，應依法律關係發生各規定之內容定之，例如在買賣價金支付請求權，出賣人約定將一定之財產權移轉於買受人，而買受人對之約定支付價金之事實，習其請求權發生之特別要件。至若足以表示當事人有行爲能力之事實，則其一般要件也，妨礙法律關係發生之事實，例如違反公共秩序善良風俗，及意表示虛僞，或有錯誤是也。再法律關係已發生後，必無使其消滅或變更之事實，其效果始能存續，在上例所舉之請求權，如消滅時效完成，清償、提存、抵銷、免除、混同及債務更新等，皆使其請求權消滅，或變更之事實也。其分配之標準，在主張法律關係存在之當事人，僅使其就彼屬於法律關係發生之特別要件之事實存在，負主張及舉證責任，至屬于一般要件之事實存在，與妨礙法律關係發生及使其消滅或變更之事實不存在，該當事人無主張及舉證之責任，故在積極確認之訴，給付之訴與形成之訴之原告，消極確認之訴之被告，係主張爲訴訟標的之法律關係存在，即應依此定其主張及舉證之責任。反是，在主張法律關係不存在之當事人，轉應就彼屬于一般要件之事實不存在，或妨

礙法律關係發生與使其消滅或變更之事實存在，負主張及舉證之責任，故在積極確認之訴、給付之訴、與形成之訴之被告、消極確認之訴之原告，係主張為訴訟標的之法律關係不存在，即應依此定其主張及舉證之責任。以上所述，乃訴權存在要件中，關於法律關係存在或不存在之舉證責任。至關於有保護之必要，及當事人適格之要件，自應由原告負舉證責任。

屬於訴訟要件之事項，其存在，通常應由原告負舉證責任，惟若原告缺席，被告求為駁回其訴之本案判決，被告即不可不就訴訟要件之具備，舉證證明，屬於訴訟障礙之事項，應由被告就障礙之存在，負舉證責任。

此外凡訴訟上重要之事項，其舉證責任，皆應由就其存在有利益之當事人負之。

凡本法規定，依職權調查證據者，法院固得依職權調查證據，惟當事人之舉證責任，並不因此而減輕，亦未可以法院未依職權調查證據，為上訴之理由。所謂依職權調查證據，乃指未經當事人聲明之證據，法院自動調查而言，與所謂職權調查不同。職權調查者，係謂某事項雖未經當事人主張，法院亦應斟酌之，且此種事項，當事人

雖無爭執，亦須得有心證，始可認定，故雖屬應依職權調查之事項，非有特別規定，亦不得依職權調查證據也。

當事人雖分別負擔主張事實及負舉證之責任，而法院為裁判之際，則須綜合當事人所主張之事實，及所舉證據，一律加以斟酌，不問其主張事實及聲明證據之人，係屬何造，並有無主張事實及舉證責任，此即所謂事實共通，證據共通也。

判例 確認不動產所有權歸屬之訴，應由原告提出確實證據，證明所有權歸屬于己，若原告不能為切當之證明，而依法院調查，復不能得相當之憑信者，則無論被告能否舉反證，及所舉反證是否可信，均可不問。（最高法院民一九上字一〇三九號）

判例 確認法律關係不成立之訴，原告如僅否認被告于訴訟前，所主張法律關係成立原因之事實，以求法律關係不成立之確認，應由被告就法律關係成立原因之事實，負舉證之責。（最高法院民二〇上字七〇九號）

判例 原告於起訴原因，已有相當之證明，而被告就抗辯事實並無確切證明方法，

僅以空言爭執者，當然認定其抗辯事實之非真正，而應為被告不利益之裁判。（最高法院民二四上字一七四六號）

判例 上訴人主張繫爭房屋所有權之讓與，於被上訴人係與被上訴人通謀，而為之虛偽行為，應由該上訴人負舉證責任。（最高法院民二一上字一六二二號）

判例 當事人主張其意思表示，係因被詐欺或脅迫而為之者，應就其被詐欺或脅迫之事實，負舉證之責任。（最高法院民二七上字二〇一二號）

判例 非債清償之不當得利返還請求權，以債務不存在為其成立要件之一。主張此項請求權成立之原告，應就債務不存在之事實，負舉證之責任，本件被上訴人為原告，主張伊父生前並無向上訴人借用銀兩之事，上訴人歷年收取伊家所付之利息，均屬不當得利，請求返還，除須證明其已為給付之事實外，自應就債務不存在之事實，負舉證之責任。原審僅以上訴人不能證明其債權之存在，即認其歷年收取之利息，為不當得利，於法殊有未合。（最高法院民二八上字一七三九號）

判例 受有報酬之受寄人，對於寄託物之滅失，非證明自己於善良管理人之注意，

無所欠缺，不能免其賠償責任。（最高法院民二九上字一一三九號）

判例 給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，當然負遲延責任，其因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人雖不負遲延責任，但不可歸責於債務人之事由，應由債務人負舉證之責。（最高法院民二一上字一九三號）

判例 遲延後之給付，於債權人無利益者，債權人雖得拒絕其給付，但遲延後之給付，於債權人無利益之事實，應由債權人負舉證之責。（最高法院民二二上字二四五六號）

判例 債權人對於已提出之給付，拒絕受領者，固自提出時起負遲延責任，但主張債權人應負遲延責任之債務人，就債權人拒絕受領給付之事實，有舉證之責任。（最高法院民二一上字八二四號）

判例 請求履行債務之訴，原告就其所主張發生原因之事，固有舉證之責任，若被告自認此項事實，而主張該債權已因清償而消滅，則清償之事實，應由被告負舉證之責任，此觀民事訴訟法第二百七十七條之規定自明。本件上訴人自民國二十三

年起，對於被上訴人有每年請求支付租穀十九石之債權，既為被上訴人之所自認，則被上訴人主張，祇於民國二十五年欠租十五石一斗，其餘每年均已如數支付，自應由被上訴人就支付之事實，負舉證之責任。原審以上訴人所提出之收租簿，不足證明被上訴人欠租數額，遂認定被上訴人僅欠田租十五石一斗，將上訴人其餘支付田租之請求，概予駁回，於法殊有未合。（最高法院民二八上字一九二號）

判例 合夥人分配損益之成數，曾經約定者，固當從其約定，惟主張有此約定者，有舉證之責任。（最高法院民二一上字一五九八號）

判例 民法第六百八十一條規定，合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任，是合夥財產不足清償合夥之債務，為各合夥人連帶責任之發生要件，債權人請求命各合夥人對於不足之額，連帶清償，自應就此項要件之存在，負主張並舉證之責任。（最高法院民二九上字一四〇〇號）

判例 上訴人係否認曾與被上訴人訂立買賣某號股份之契約，提起消極確認之訴，按照舉證責任分配之原則，應由主張買賣契約存在之被上訴人，就訂立買賣契約之

事實，負舉證之責。（最高法院民二八上字一一號）

判例 上訴人承租被上訴人之房屋，因上訴人店內失火，焚毀其一部，雖為不爭之事實，然被上訴人請求上訴人賠償其損害，尙須證明上訴人係因重大過失而失火。

（最高法院民二六鄂上字四〇〇號）

判例 確認法律關係不成立之訴，其舉證責任何在，應視原告所持法律關係不成立之理由如何而定，若原告主張妨礙法律關係成立，或使法律關係消滅之事實，而本於此項事實之法律上效果，以求法律關係不成立之確認，固應就其主張之事實，負舉證之責。若僅否認被告於訴訟前所主張法律關係成立原因之事實，以求法律關係不成立之確認，則應由被告就法律關係成立原因之事實，負舉證之責。（大理院民一一上字三〇八號）

判例 被選舉人，於其所得票數，從何而來，並無舉證之義務。（大理院民八上字一二七七號）

德判例 舉證責任，應依實體法定之。（R. G. 7 46）

德判例 原告作爲訴之原因所主張之契約，被告主張其附有解除條件，並其條件已

成就者，應由被告證明其事實。(R. G. 28 145)

德判例 原告作爲訴之原因所主張之契約，被告主張其附有停止條件或期限者，應

由原告證明其無條件，無期限，但原告祇證明不能認當時曾有何種保留之經過事實
已足。(R. G. 13, 157 U. 20 119)

德判例 在消極確認之訴，須由被告證明法律關係之成立。(R. G. 9, 339)

日判例 主張契約無效者，應就此事舉證。(明治二九年日大審院)

日判例 請求交還地畝者，如不能立證該地畝爲自己所有，則雖能證明他造之主張

虛僞，亦不能認其有請求交還之權。(明治三〇年日大審院)

日判例 主張異常之事實，或反於既存狀態之事實者，有舉證之責任。(明治三一

年日大審院)

日判例 請求返還不當利得之人，就對手人無法律上之原因，而得利益之事實，並

自己因此受損失之事實，有立證之責任。(明治三二年日大審院)

日判例 主張債務消滅者，有證明其主張真實之責任。（明治三二年日大審院）

日判例 關於拒絕證書，是否在拒絕人之營業所或住所以外作成，有爭執時，應由

被拒絕人證明，作成處所，在拒絕人之營業所或住所。（明治三四年日大審院）

日判例 主張給付出於不法之原因者，須證明其事實。（明治三四年日大審院）

日判例 主張監護人之某行為，在其權限外者，應立證其主張。（明治三五年日大

審院）

日判例 爲認知私生子之請求者，除證明甲男與乙女通情之事實外，並須證明其懷

胎時，乙女未與他男子通姦之事實。（明治四五年日大審院）

日判例 初在某銀行存款之人，不問其曾親見貸借對照表之公告與否，其係信賴因

該公告所生之信用聲價等，至於與爲交易，乃普通之狀態，故主張反對之情事者，

應負立證責任。（明治四五年日大審院）

日判例 原告本於某契約不成立之事實，求消極之確認判決時，應由該契約成立之

被告，就其成立、立證之責任。（大正五年日大審院）

日判例 條件已成就之事實，應由主張依此取得權利之人，負立證之責任。（大正五年日大審院）

日判例 主張變更法院管轄之合意有效存在者，與主張一般之契約無異，應由爲此主張之人，立證其事實。

日判例 謂未成年人所爲法律之行爲，係關於法定代理人所許可之營業，而爲主張其不得撤銷者，應就其營業受許可之事實，負立證之責。（大正六年日大審院）

日判例 在他人所有之山林，肆行採伐樹株，應推定其採伐行爲，係出於故意或過失，若該採伐人主張其不然，須證明其事實。（大正七年日大審院）

日判例 以不常利得爲原因，而請求返還者，固須主張其原則的原因事實，並爲立證。至例外的原因事實之不存在，則無主張及立證之必要。（大正七年日大審院）

日判例 債務人別無清償債務之他項資產，而將其所有之不動產賣去，變爲易於消費之金錢者，不問賣價是否相當，應推定係知其有害於債權人，而爲之法律行爲，

欲打破此推定，須由對手人主張其事由，並證明之。（大正七年日大審院）

日判例

主張法律行爲，因錯誤而無效者，祇須證明該項錯誤，並其關於法律行爲之要素，至表意人有重大過失，則應由對手人立證。（大正七年日大審院）

解釋

原告提起土地所有權確認之訴，依民事訴訟法第二百七十七條規定。自應就其主張負舉證責任，其所提證據，果能證明其有權利，並不以地契爲限。至對造所提之契據，原告雖得引用，但法院非必以該契據爲判決之基礎。（民二五院字一五八七號）

解釋

事實爲法律關係發生之特別要件者，在消極確認之訴，應由被告就其存在負舉證之責任；在其他之訴，應由原告就其存在負舉證之責任。非債清償之不當得利返還請求權，以對於不存在之債務，而爲清償之事實，爲其發生之特別要件，自應由主張此項請求權存在之原告，就該事實之存在，負舉證之責任。而該事實之存在，係以所清償之債務不存在爲前提，故該原告就其所清償之債務不存在之事實，有舉證責任，最高法院二十八年度上字第一七三九號民事判決，不過本此理由，而爲同

一之論斷，與消極確認之訴之舉證責任，毫無關涉。（民三〇院字二二六九號）

參考法條

民訴律三四〇

民訴條例三二八

舊民訴二六五

第二百七十八條 事實於法院已顯著，或爲其職務上所已知者，毋庸舉證。

前項事實，雖非當事人提出者，亦得斟酌之，但裁判前，應令當事人就其事實有辯論之機會。

凡爲社會全部或一部所周知之事實，而推事現亦知之，即所謂於法院已顯著之事實，如代、地名、重大之天災事變、及歷史上之事實等是也。推事知此事實，係在何時，並係得之傳聞，或見之報章公牘書籍，均非所問，事實於法院已顯著，在合議庭行審判時，祇須多數推事知其事實，毋庸全體知之。在第一審認爲於法院已顯著之實事，雖爲上訴法院所不知，上訴審亦得以之爲裁判之基礎。不過上訴法院如不認爲顯著者，仍須本於證據認定之。至所謂事實，爲法院職務上所已知，指其事實爲推事於

職務上所認識，而現尙記憶者而言。例如推事因辦理某事件，知某人曾宣告禁治產，某物曾被扣押是也。推事之知此事實，雖不問其係因辦理何案，並爲刑事事件，或非民事事件，但須非以私人資格所知之事實，至以檢察官資格所知之事實，有解爲非職務上所知之事實者。又知此事實，以不閱案卷，即知悉其事實者爲限，若僅知某案卷內，有此事實之記載，不得謂爲已知之事實，在合議庭行審判時，亦只須多數推事知其事實。

事實於法院已顯著，或爲其職務上所已知者，縱當事人有爭執，法院亦應不待證據，認其事實爲真正，而採爲裁判基礎。但當事人仍得提出反證以推翻之。又此等事實，未經當事人主張者，法院亦得採爲裁判基礎，此乃辯論主義之例外規定。不過在裁判前，須令當事人就此事實，有辯論之機會，否則其裁判爲有瑕疵，得爲上訴之理由。

判例 民事訴訟法第二百七十八條第一項所謂事實，於法院已顯著者，係指某事實爲一般所周知，而推事現時亦知之者而言。（最高法院民二八上字二三七九號）

裁判例 在官廳登記之事實，並非以登記而顯著，因法院之推事，實際知其事實，始爲顯著。(R. G. 13 371)

裁判例 如流行病之流行迅速，並極劇烈之事實，即民事訴訟法第二百十八條所稱顯著之事實是也。(明治二五年日大審院)

裁判例 銀行之貸金利率，性質上應依各銀行與各承借人間，各自所訂契約而定，原非一定不易之物，故不得謂係不待證明之顯著事實。(明治三四年日大審院)

裁判例 買賣目的物之交付，與價金之支付，同時履行，並不互換收條之事實，非民事訴訟法第二百十八條所謂顯著之事實。(明治三七年日大審院)

裁判例 某事實是否於裁判所顯著之事實，係事實裁判所得以專權認定之事項，與法則之適用無關。(明治四〇年日大審院)

裁判例 事實裁判所，認五月在冬作收穫夏作着手之前，謂爲顯著之事實，是即明認其爲公知無疑之事實，自不得非難之以爲上告理由。(明治四一年日大審院)

參考法條 民訴律三四〇 民訴條例三二九 舊民訴二六六

第二百七十九條 當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時，或在受命推事受託推事前自認者，毋庸舉證。

當事人於自認有所附加或限制者，應否視有自認，及當事人撤銷自認所及於自認效力之影響，由法院審酌情形斷定之。

當事人一造，在訴訟中對於他造所主張不利於己之事實而為承認之陳述者，謂之訴訟上自認（亦稱審判上之自認），自認之標的為事實，與認諾（三八四）不同，諾認乃承認他造關於法律上效果之主張也。又自認通常雖由當事人之一造承認，他造所為不利於己之主張而成立，先主張有利於他造之事實，他造再從而主張之者，亦不失為自認。訴訟上之自認，須於現在之訴訟為之，即必於言詞辯論時，或在受命推事受託推事前，以言詞陳述，或記載於提出法院之準備書狀中，始能成立。

訴訟上之自認，有拘束法院之效力，經當事人自認之事實，他造不負舉證責任，法院亦不待證據，且不問其心證如何，應認該事實為真正，而以之為裁判之基礎，即未

經當事人援用者亦然。惟此種效力，在法院應依職權調查之事項，及人事訴訟中之有特別規定者（五七〇條五八四條五九〇條六一一條六二〇條三項六三五條）不認之。又自認之事實，如係不可能，或其不實於法院顯著者，其自認亦應解為不生效力。

當事人承認他造所主張之事實，同時於其承認有所附加或限制者，應否認為已有訴訟上之自認及自認，之程度如何，應由法院詳審一切情形判斷之。例如被告一面承認有曾向原告借銀萬元之事，而同時主張業已清償，此乃於承認他造所主張之事實時，附加以獨立之防禦方法，應認為完全之訴訟上自認。又如被告對於原告所主張借銀萬元之事，祇承認曾借銀五千元，此乃對於他造主張之事實，承認其一部，則祇應認為於所承認之限度內，有訴訟上之自認是也。

訴訟上之自認，除當事人法定代理人外，訴訟代理人輔佐人及參加人亦得為之。訴訟代理人或輔佐人所為之自認，得由偕同到場之當事人本人，或法定代理人即時撤銷之，第七十二條及第七十七條，已有規定。又參加人所為之自認，依第六十一條規定，其所輔助之當事人或其代理人，亦得即時撤銷之。此外，當事人及其法定代理人

於錯所爲之自認，民事訴訟律第三百四十二條曾規定，當事人若立證，其所認反於事實，並出誤或相對人之同意者，得撤銷之，本法雖無此種規定，亦應解爲遇此情形得爲撤銷。惟法院仍得以該當事人忽自認忽撤銷之態度，採爲判斷事實真僞之資料（二二二）。

當事人在訴訟外所爲陳述承認不利於己之事實者，爲訴訟外之自認，亦稱審判外之自認。例如于往來書信中，所爲不利于己之陳述，及於他訴訟程序所爲之訴訟上自認是也。訴訟外之自認，僅供證據之用，法院有自由取捨之權，且通常非經當事人援用，不得以爲裁判基礎。

判例 當事人在第一審供認之事實，未經合法撤銷，自不能更爲反對之主張。（最高法院民一七上字七五五號）

判例 兩造主張一致者，法院應卽以一致之主張，爲裁判之基礎，勿庸更爲何項之調查。（最高法院民一九上字三三〇二號）

判例 當事人於訴訟上所爲之自認，於辯論主義所行之範圍內，有拘束法院之效力

，法院自應認當事人自認之事實爲真，以之爲裁判之基礎。（最高法院民二六上字八〇五號）

判例 當事人之一造，在別一訴訟事件，所爲不利於己之陳述，縱使與他造主張之事實相符，亦僅可爲法院依自由心證認定事實之資料，究未可與民事訴訟法第二百七十九條所稱之自認同視。（最高法院民二八上字二一七一號）

判例 關於事實點，有所謂自認，至關於法律點，實無自認之可言。（大理院民二上字四四號）

判例 當事人於審判上所爲之自認，雖足以拘束審判衙門，然審判衙門辨別當事人之辯論是否爲自認，當就其陳述之全體以觀，決不能截取其一言，謂爲自認，而害當事人之本意。（大理院民三上字八〇四號）

判例 自認固有相當之拘束力，但其所自認，必卽他造所主張之事實，不能截然兩事併爲一談。（大理院民四上字二九八號）

判例 當事人於審判上所爲之自認，應認爲有拘束當事人之效力者，原以當事人以

自由意思所爲之自認爲限，若審判衙門施以脅迫，致當事人失表意之自由，則自不得據因其脅迫所爲自認，以爲裁判之基礎。（大理院民四上字二三四七號）

判例 凡當事人於裁判上已有自認者，即有拘束當事人及審判衙門之效力，除確實

證明出於錯誤，或得相對人之同意外，不得無故撤銷。（大理院民四上字一一四號）

判例 撤銷自承，須於控告審辯論終結前，提出證明錯誤之方法爲之，本院上告審

職權，在糾正第二審裁判之違法，上告人於本院聲明撤銷自承，殊非合法。（大理

院四上字一二二九號）

判例 在執行衙門所爲之陳述，於另件訴訟，不得以審判上之自認論。（大理院民

四上字四〇一號）

判例 審判衙門，發見當事人於他案訴訟曾爲合法之自認者，若其自認之事項，與

本案係爭之事項係涉同一事物，審判衙門，自可依據其於他案所爲之自認（即裁判

外之自認）而爲本案之裁判。（大理院民五上字六二號）

德判例 當事人稱不欲爭執某事實者，亦可解爲自認。（R. G. S. 270）

德判例 被告自認原告所主張之契約，實經締結，但稱係以他人之名所爲，此際原告須證明該契約，係被告以自己之名所締結，惟祇證明此項行爲，係行於原告與被告之間，不能認爲係以他人之名締結契約可也。(R. G. 2, 16 U. 8 122)

德判例 以錯誤爲理由，撤銷自認，不問生此錯誤，是否由於自認人之過失，亦不問事實上或法律上之錯誤。(R. G. 11 408)

日判例 裁判上之自白(自認)，係指當事人之一造，於訴訟上對於他造所主張之事實於自己不利者，而認其爲真實之積極的行爲而言。(大正四年日大審院)

日判例 自白與捨棄認諾相類，似對於他造關於事實之陳述而承認之者，爲自白；對於他造關於請求，即權利主張之陳述而承諾之者，爲捨棄或認諾。(大正元年日東京控訴院)

日判例 當事人因錯誤而爲自白時，苟無反對規定，自應許其撤銷。(明治四九年日大審院)

日判例 當事人於言詞辯論，雖主張前此自白之事實與真相不符，及其自白係出錯

誤，並證明之者，雖未明言撤銷，亦得認為默示撤銷。（大正四年日大審院）

日判例 自白，惟在同一事件法庭，或其第二審有效力，在他事件或他裁判，無效力。（明治二十九年日大審院）

日判例 訴訟當事人之一造，在他訴訟對於訴外人所為事實上之陳述，對於他造無裁判上自白之效力。（明治二十九年日大審院）

參考法條 民訴律三四一 民訴條例三三〇 舊民訴二六七

第二百八十條 當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執者，視同自認；但因他項陳述可認為爭執者，不在此限。

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

凡當事人對於他造主張之事實，應為陳述而不陳述，或雖陳述而並不爭執他造主張之事實者，視同自認，即所謂擬制之自認。但因他項陳述，足認其有爭執之意思

者，不在此限。他項陳述，是否足認其有爭執之意思，應就該當事人之陳述全體觀之。

當事人對於他造主張之事實，爲不知或不記憶之陳述時，按其情形，有應視同自認者，有不然者，法院應詳審一切情形，依其自由心證判斷之。例如當事人就其自己所爲之行爲，而佯爲不知，或不記憶，則應視同自認；若係對於非其所經歷之事，而答以不知或不記憶，則不得視同自認也。

擬制之自認，其效力，固與訴訟上之自認（參照前條說明）無異，但其間亦有大不相同者，即事實一經自認，該當事人不得再行爭執。若係擬制自認，則於言詞辯論終結前，尙得隨時爲爭執之陳述，即至第二審亦然（一九六條四四四條），在有爭執以後，其自認之擬制，即因而推翻，他造對於該項事實，仍有舉證之責任。

判例 當事人不爭之事實，視與自認同。此種擬制自認，在言詞辯論終結前，固可爲追復爭執之陳述，撤銷其效力；但在言詞辯論中，始終並不爲爭執之陳述，而法院根據其擬制自認之事實所爲判決確定後，自不許當事人再以錯誤爲理由，對該確

定事實，主張推翻。（最高法院民一八上字一五號）

日判例 對手人之陳述，有反對或相異之點，而不對之為抗辯者，應視與不爭執其事實同。（明治二十九年日大審院）

日判例 對手人對於起訴人主張之事實無爭執，而仍認起訴人有立證之責者，其判決為違法。（明治三十八年日大審院）

參考法條 民訴律二六六 民訴條例三三一 舊民訴二六八

第二百八十一條 法律上推定之事實，無反證者，毋庸舉證。

法律上之推定者，指本於某事實，以認定他事實之法律規定而言。實體法及訴訟法中，均有此類規定（民法九條、一一條、八一七條二項、九四三條、九四四條、一〇六三條二項，民事訴訟法三五五條一項、三五六條、三五八條）。法院於有此規定時，應從其規定，本於某事實（間接事實）而認定他事實，此際當事人只就間接事實負舉證之責，而就推定之事實，毋庸舉證。但其推定，經他造當事人以反證推翻後，仍應舉證。

法律所爲擬制事實之規定（民法七條、一五九條二項、一六〇條一項、一〇六四條、一〇六五條一項，民事訴訟法二五條、一九一條、二五五條二項、二八〇條），乃係將甲事實視作乙事實，使其與乙事實生同一之法律上效果，自與本條之規定無關。

判例 確認土地所有權存在之訴，原告就所有權存在之事實，固有舉證之責任，惟原告如爲占有該土地，而行使所有權之人，則民法第九百四十三條，已推定其適法有所有權，依民事訴訟法第二百八十一條之規定，除被告有反證外，原告即毋庸舉證。（最高法院民二九年度上字三七八號）

日判例 在撤銷詐害行爲之訴，因法律上推定受益人或轉得人爲惡意，毋庸債權人之立證，故須由受益人或轉得人證明自己之善意。（明治三十六年日大審院）

參考法條 民訴條例三三二 舊民訴二六九

第二百八十二條 法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真僞。

法院得本於已明瞭之事實，以推定他事實之真僞。此項推定，可稱之曰事實上之

推定，蓋某事實與他事實有互爲因果者，有彼此參商者。其互爲因果者，如其原因事實存在，自可推定其爲結果之事實存在，如其結果事實存在，亦可推定其爲原因之事實存在；其彼此參商者，如某事實存在，即可推定他事實之不存在。法院遇此情形，得依已明瞭之事實（間接事實），本於自由心證，以判斷他事實之虛僞，當事人毋庸就他事實直接舉證。所謂已明瞭之事實，無論其爲當事人間無爭執之事實，或於法院已顯著，或爲其職務上所已知，或依證據而確定之事實，至證明間接事實之證據，就應證事實言之，則爲間接證據。

判例 主張契約關係之存在者，雖不能證明其契約締結之事實，但依契約履行之事實，足以推定其契約關係之存在時，自不容契約當事人無端否認。（最高法院民二一七字三〇四六號）

判例 合夥之退夥人，如已領回出資及分配利益，并繳銷合夥憑證，自得推定其與他合夥人間已爲結算。（最高法院民二二上字二七六號）

判例 甲之女婿乙及女丙，將甲之田業向丁設定抵押權，交有甲所執管之紅契，原

法院因推定乙丙設定抵押權，已得甲之同意，不得謂爲違反經驗法則。（最高法院民二九上字一三六八號）

判例 甲無親生子，於民國十三年身故前，將年幼之族姪乙抱養在家，自可推定其係立以爲嗣。（最高法院民二六上字五三四號）

判例 夫離家未與妻同居，已有十六個月之久，妻乃產一女，依民事訴訟法第二百八十二條之規定，法院自得依此事實推定，妻有與人通姦情形。（最高法院民二七上字三〇五號）

日判例 裁判所本得由一事實以推定他事實，故證人之證言，雖其關於當事人間爭執事實以外之事項者，有時亦得採爲判斷訟爭事實之資料。（明治三五年日大審院）

日判例 依顯著之事實而認惡意，非推測惡意。（明治二五年日大審院）

日判例 據人生普通狀態，推定人之壽命（即生存期），並非不法。（明治二九年日大審院）

日判例 暴風以同一程度之力，同時吹過數里（日本每里合中國六里），乃常有之事，故為證明甲地之風力，得以附近乙地之被害事實為據，不必專以甲地之被害事實為據。（明治三八年日大審院）

參考法條 民訴條例三三三 舊民訴二七〇

第二百八十三條 習慣地方制定之法規，及外國之現行法為法院所不知者，當事人有舉證之責任，但法院得依職權調查之。

法院適用法律，本無待當事人主張及舉證，當事人雖得就法律之適用，及其效力解釋等為陳述（一九三），以促法院之注意，然並非有陳述之責任。推事對於法律有不知者，應自於訴訟外求之，此乃當然之事。惟習慣地方制定之法規，及外國之現行法，勢非法院所能盡知，其為法院所知者，固應依職權逕行適用，若為法院所不知，則應使其適用為有利益之當事人，負陳述並舉證之責任。不過法院仍得依職權調查，或於訴訟外自行探討，其調查得依訴訟上之程序，命行鑑定或調查其他證據。至當事

人未盡舉證責任者，無論法院曾否爲職權上之調查，對於該法院之判決，不許以未適用習慣地方制定之法規，或外國現行法爲上訴之理由。本條所謂習慣，應解爲與民事訴訟律第三百四十三條、民事訴訟條例第三百三十四條所稱之習慣法同。所謂地方之法規，如地方政府及自治團體所制定之法規是；關於外國現行法之適用，須參照法律適用條例。

判例 習慣法則之成立，必先有習慣事實存在，故法院認定習慣法則，與認定事實，同應依法爲種種之調查，以資認定，不得憑空臆斷。（最高法院民一八上字二二五九號）

德判例 關於外國法等，法院應自行調查之，但得命當事人提出證據。（R.G. 39, 376）

日判例 除有普偏遵守義務之法令外，若地方官廳之令語，或地方習慣法等，當事人不可不證明之。（明治三五年日大審院）

日判例 民事訴訟法規定，裁判所得調查外國法，僅係定其有此職權，並非定其有

此義務。(明治三八年日大審院)

日判例 台灣之所謂公司，在台灣商習慣上，是否爲權利義務之主體，即係商習慣存否之問題，故應由當事人負證明責任，裁判所並無調查之職責。(明治四一年日大審院)

參考法條 民訴律三四三 民訴條例三三四 舊民訴二七一

第二百八十四條 釋明事實上之主張者，得用可使法院信其主張爲真實之一切證據，但不能即時調查者，不在此限。

釋明與證明，同爲當事人提出證據，使法院得心證之行爲。其不同者，釋明之目的，僅在使法院得生薄弱之心證，信爲大概如此，非若證明之在使法院生強固之心證，信爲確係如此也，當事人就其事實上之主張，得僅爲釋明者，以法律上有特別規定者爲限(三四條二項、九二條一項、一六五條二項、二四二條二項、二七六條、三〇九條一項、三三二條二項、三四六條三項、三七〇條二項、三九〇條一項、三九一條

、五二二條一項、五五五條），否則應證明之。凡依特別規定，應證明之事實，法院祇須得薄弱之心證，即應證其事實為真。

凡可使法院信其主張為真實之一切證據，皆可供釋明之，但不能即時調查之證據，不許用為釋明方法，是否可以即時調查，依法院之意見判斷之。例如已偕同到場之證人鑑定人，可即提出之證書鑑定書，及證人所作之供狀等，均可用為釋明方法。而尙待傳喚之證人鑑定人，與尙待調取之證書，則不得用為釋明方法。供釋明用之證據，其調查，毋庸遵用形式上之證據程序。

判例 他造當事人提出於受訴法院之審狀，非不能即時調查之證據，自可供釋明之用。（最高法院民二一九抗字八三號）

判例 以人證為釋明方法，必偕同到場而後可，若尙待傳喚之證人，既不能即時訊問，自不足供釋明之用。（最高法院民二六渝抗字三〇三號）

德判例 調查釋明方法，毋庸依證據程序之形式規定，故如證人雖未經宣誓，其證言亦無妨供釋明之用。（R. (1.30 37)）

德判例 依釋明方法信某事實爲真實，毋庸附以理由，其認定原則上不服第三審之

審核。(R.G.75 326)

德判例 以證人爲釋明方法，其證人現在場者而後可。(R.G.14.438)

日判例 聲請傳訊證人，以爲回復原狀之釋明方法者，因該證據方法，非可即時調查，故不應許可之。(明治三三年日大審院)

參考法條 民訴律三四四 民訴條例三三五 舊民訴二七二

第二百八十五條 聲明證據，於言詞辯論期日前，亦得爲之。

當事人本應於言詞辯論時聲明所用之證據(參照一九四條)，但亦得於言詞辯論期日前聲明，以便法院爲調證據之準備。聲明證據，以書狀或言詞(一一二)爲之均可。

第二百八十六條 當事人聲明之證據中，法院認爲不必要者，得不爲調查。

當事人聲明之證據，固非實際加以調查，無由知其證據力如何。惟依法院之意見

，認為不必要者，亦得不為調查。例如證據，依其聲明，顯與應證之事實毫無關係，或某事項，已臻明瞭，而當事人仍就該事項聲明證據，法院即得不為調查而駁回其聲明。駁回聲明應於終局判決之理由中說明之，因判決時不斟酌某證據，亦屬法院對於攻擊防禦方法之意見也（二二六條三項）。其生中間之爭執者，亦得以中間判決裁判之，此項不為調查之證據，於第二審仍可提出（四四四條一項）。

判例 認爭事實，已臻明瞭，對於其他證據，認為不重要者，不予調查，為法院應有之職權。（最高法院民一八上字一九九六號）

判例 法院對於係爭事物，以有特別知識技能可以鑑別者為限，得實施鑑定。至若父子之血統，在現行醫術上尚無精確之方法足資鑑別，自無須實施鑑定，致遲延訴訟之進行。（最高法院民一九上字七五〇號）

判例 審判衙門，體察當事人辯論之旨趣，及調查證據，得本其所確信者以判斷事實關係之如何，故審判衙門審理案件，本於當事人提出之證據，於事實已得確鑿之證明者，此外證據自可衡情捨棄，初不因當事人曾有聲明，而受其拘束。（大理院

民三上字二一九號)

判例 凡當事人所提出之證據，於所證明之事實毫無關係，或於釋明事實已無必要，或顯然不能得預期結果者，審判衙門，無須用其審究。(大理院民三上字六〇一號)

判例 對於具同一證明力之證人，審判衙門雖可不全數傳喚，然於釋明事實關係有必要時(即直接可收互相印證之效時)，即應傳喚。(大理院民二上字一八號)

判例 證據之取捨，審判衙門於法律所許範圍內，固有衡情酌定之權，然當事人所提出者，若係唯一之證據，或於釋明事實有重大關係，或與他證據有互相發明之用者，仍應予以調查。(大理院民三上字五五一號)

判例 第一審已經傳訊之證人，如其證言與舉證者之主張，並不能有何利益，而第一審之訊問，又已盡其能事者，第二審本可不再傳訊。(大理院民三上字一〇九五號)

判例 審判衙門採用證言，固以直接訊問為原則，但經第一審訊問之證人，控告審

認為毋庸再行傳訊者，該審判衙門，自得即以原第一審訴訟記錄為根據。（大理院民六上字一六七號）

德判例 待證事實重要，而所聲明之證據方法又非顯無可信之價值者，不得拒絕調查證據。（R. G. 5 29）

德判例 當事人就外國法習慣法等，雖聲明證據，但該法若為法院所已知，或所聲明之證據方法，縱行調查，不能得結果者，得駁斥其聲明。（R. G. 8, 150 U. 10, 172）

日判例 當事人指作證人之人，於當事人間係爭事實，有利害關係，其證言顯難憑信者，裁判所自可駁斥傳訊該證人之聲明。（明治二八年日大審院）

日判例 傳訊證人之聲請，係在確定證書之解釋，而該證書之意義，已經裁判官據其字句認為明確無疑者，自得以職權駁斥之。（明治二七年日大審院）

日判例 當事人聲請之證據，於事實認定上毫不生影響者，事實承審官得自由駁斥之。（明治二八年日大審院）

日判例 因確定不必要之證據之真否，而聲請傳訊證人者，裁判所當然得拒絕之。
(明治二九年日大審院)

日判例 卽令證人出庭爲供述，如聲請人之所云，仍不能得聲請人勝訴之心證者，無論其是否唯一之證據方法，得駁斥其聲請。(明治二九年日大審院)

日判例 謂以祖孫之關係，必無與對手人共謀僞作負責之證據，此擯斥人證及鑑定之聲明 乃係以法理上非必無之事，確定爲必無，不爲違法之裁判。(明治三二年日大審院)

日判例 偏信一造之證據，預斷他造之證據爲難信，因而擯斥該證據方法之聲明者，有背探證上之法則。(明治三三年日大審院)

日判例 裁判所於當事人聲明之多數證據中，雖得定其調查之限度，然當事人聲明之唯一證據方法，除其聲明不合法者外，不得駁斥之，而以無證據爲理由，對於該聲明人爲敗訴之裁判。(明治三五年日大審院)

日判例 僅解決法律上之問題，足定其事件之勝敗，或無須當事人所欲立證之事實

，據其他事實理由，得定其事件之勝敗者，此際聲明之證據方法，即所謂不必要者，裁判所得以職權駁斥其聲明。（明治三六年日大審院）

日判例 當事人兩造已舉出多數證據而為辯論之後，更由其一造主張新事實而聲請勘驗者，如裁判所認為雖採用該新證據方法，而為證據調查，仍不足推翻其既得之心證，即得駁斥該項聲請。（明治三六年日大審院）

日判例 雖係唯一證據之方法，如非直接與係爭事實相關，裁判所仍得拒絕調查，且於拒絕之後，更得認定與其立證趣旨相反之事實。（明治三九年日大審院）

日判例 事實裁判所，一面雖以當事人聲明之證據方法為不必要而駁斥之，一面仍無妨否認該當事人所欲證之事實。（明治四三年日大審院）

參考法條 民訴律三四六 民訴條例三三六 舊民訴二七三

第二百八十七條 因有窒礙，不能預定調查證據之時期，或應於外國調查者，法院得依聲請定其期間但期間已滿，而不致延滯訴訟

者，仍應爲調查。

當事人所聲明應調查之證據，若因某種窒礙，不能預定調查證據之時期，或應於外國調查者，法院得依舉證人或他造當事人之聲請，以裁定定調查證據之相當期間。所謂因有窒礙不能預定調查證據之時期，例如因證人之所在不明，或證物尙未取得，不能預知何時可以調查是。調查證據，經定期間後，法院於該期間未滿前，自不得捨該證據予不問，而遽爲判決；卽至期間已滿後，若不至延滯訴訟，例如在言詞辯論終結前，證人到場，或提出證物者，仍應加以調查，定期間之聲請，應向受訴法院爲之，關於其聲請之裁定，不得抗告（四八〇）。

因本條規定未能利用之證據，在第二審仍得利用之。

日判例 民事訴訟法第二百七十五條所謂時間不定之障礙，係指如證人遠居外國等，不無逕行調查證據之情形而言，如鑑定人之報告遲滯，不在該條規定之列。（明治三五年日大審院）

參考法條 民訴律三五三 民訴條例三四〇 舊民訴二七四

第二百八十八條 法院不能依當事人聲明之證據，而得心證或因其他情形，認爲必要時，得依職權調查證據。

調查證據，在辯論主義之下，雖應依當事人之聲明行之，然法院於不能依當事人聲明之證據，而得心證，或依其他情形，認爲必要時，爲求裁判之正確，亦使其得依職權調查一切證據。依職權調查證據與否，應由法院自由裁量，當事人不得以法院未行使此職權，而爲上訴之理由。

參考法條 民訴條例三五四 三八五 四〇六 四一一 四一五 四三二 舊民訴
一九五 日民訴二六一

第二百八十九條 法院得囑託公署、學校、商會、交易所，或其他相當之團體，爲必要之調查。

法院得囑託公署或團體爲一切必要之調查，而將其調查報告，採爲裁判資料，此乃調查證據之特別方法。例如囑託行政官署，調查有無行政處分，警察局調查戶籍，

銀行調查賬目，商會調查商事習慣，交易所調查證券行市是。囑託調查其被囑託者，以公署或團體爲限，不得向一自一人爲之。本國之公署或團體，有受囑託而爲調查之義務，如該公署或團體，不爲調查報告，或不能依其報告而得心證，尙須以該公署或團體之自然人，爲證人或鑑定人，而訊問之。

第二百九十條 法院於認爲適當時，得使庭員一人，爲受命推事，或囑他法院之推事，調查證據。

於如何情形，得使受命推事、受託推事調查證據，民事訴訟律、民事訴訟條例、日民事訴訟法，均一一爲之規定。本法則只設概括之規定，苟法院認爲適當時，卽得使庭員一人爲受命推事，或囑託他法院之推事調查證據，在使受命推事調查，於合議庭有節省勞力時間之利益，固不妨從寬爲之。

使受命推事或受託推事調查證據，由法院裁定之，對此裁定，不得抗告（四八〇）。

判例 因標的物之性質，不能於受訴法院行勘驗者，固得由受託推事行之。然標的物所在地，如由縣長兼理司法者，僅該縣長或承審員得行受託推事之職務，不得由縣委任書記員行之。（最高法院民二二上字三四三四號）

判例 採用錄事所為調查報告，為不合法。（大理院民三上字六三三五號）

判例 審理事實衙門調查事實關係，應依證據法則，為直接之調查，或按一定程序，為調查之囑託，其採取之訴訟資料，苟非合法，如以承發吏之勘驗報告，而據以為判決之基礎者，即有破毀之原因。（大理院民三上字七八二號）

參考法條， 民訴律三五四 三五五 三八一 三八二 三八三 四二一 四二八
四三六 四四八 民訴條例三四一 三六〇 三六一 三六二 四一九 四三三
舊民訴二七五 二九一 二九三 三四三 三五七

第二百九十一條 囑託他法院推事調查證據者，審判長應告知當事人，如於受託推事調查證據之期日到場，應即赴該法院所在地，

指定應受送達之處所，或委任住居該地之人爲訴訟代理人，陳報受囑託之法院。

受託推事調查證據之期日，僅傳喚已爲前項陳報之當事人，或訴訟代理人。

受命推事、受託推事，調查證據，均應傳喚當事人到場（一五六條一六七條）。爲謀傳喚便利起見，于使受託推事調查證據時，審判長須告知當事人，如欲于調查期日到場，應即赴受囑託之法院所在地，指定受傳票送達之處所，或委任住居該地之人，爲調查證據期日到場之訴訟代理人，並陳報受囑託之該法院。經審判長告知，而不爲前項陳報者，受託推事，調查證據之期日，得不傳喚該當事人，僅傳喚已爲陳報之當事人或訴訟代理人。又審判長雖未爲告知當事人，亦得陳報，即不得以未爲告知，而指受託推事所爲之證據調查，爲有瑕疵。

第二百九十二條 受託推事，如知應由他法院調查證據者，得代爲

囑託該法院。

前項情形，受託推事應通知其事由於受訴法院及當事人。

使受託推事調查證據者，該推事固有施行調查之義務。惟受託推事，如認為調查證據，應由他法院行之者，不問其原因生于受託之前後，自應將其事由，通知受訴法院，俾向他法院囑託調查，但亦得逕行囑託，以免訴訟延滯。受託推事所得囑託者，以內國之法院為限，至受命推事調查證據，不得為此囑託。

受託推事，為本條之囑託，應通知受訴法院及當事人，俾便準備訴訟之進行，其通知得任以何種方法行之。

參考法條 民訴律三五六 民訴條例三四四 舊民訴二七八

第二百九十三條 受訴法院受命推事或受託推事，於必要時得在管轄區域外，調查證據。

調查證據之行爲，既須在管轄區域外爲之，自應囑託該管法院調查，然有時亦有以

使受訴法院或受命推事、受託推事於管轄區域外，調查證據爲宜者。例如因情事迫切，須急速調查該證據。又如應履勘之不動產，跨連或散在數法院之管轄區域內是也。

於他法院之管轄區域內調查證據，受訴法院之審判長（或獨任推事）、受命推事或受託推事，應通知該法院。本法雖未如民事訴訟條例第三四五條三項、舊民事訴訟法第二七九條以明文規定，但此乃當然之程序。

參考法條 民訴條例三四五 舊民訴二七九

第二百九十四條 受訴法院於言詞辯論前，調查證據，或由受命推事、受託推事調查證據者，法院書記官應作調查證據筆錄

第二百十二條、第二百十三條、及第二百十五條至第二百十九條之規定，於前項筆錄準用之。

受託推事調查證據筆錄，應送交受訴法院。

於言詞辯論調查證據者，所有調查之結果，應記載于言詞辯論筆錄（二二三）。至

由受訴法院於言詞辯論前調查證據，或由受命推事、受託推事調查證據者，亦應由法院書記官作成調查筆錄。此筆錄應準用第二百十二條、第二百十三條、及第二百五十五條至二百十九條，關於言詞辯論筆錄之規定。受託推事調查證據完畢後，應將調查筆錄，移送受訴法院，受命推事則應將其筆錄，提交于審判長。

參考法條 民訴律二九三 民訴條例三四二 齊民訴二七六

第二百九十五條 應於外國調查證據者，囑託該國管轄官署，或駐在該國之中華民國大使、公使、或領事爲之。

外國官署調查證據，雖違背該國法律，如於中華民國之法律無違背者，仍有效力。

證據在外國者，中國法院自無從調查，應囑託該國管轄官署，或駐在該國之中國大使、公使、領事代爲調查。其得直接囑託外國官署者，以爲國際條約或慣例所許者爲限。中國大使、公使、或領事調查證據，得以任何方法行之，亦得請求外國官署

協助。本條之囑託，依第二〇二條第二項，應由審判長行之，然因對外之關係，囑託之文書，無妨用法院或法院長官之名義，其依法令或慣例，應經司法行政部或外交部轉行者，自須遵照。

訴訟行為之程式，依行為地之法律，故由外國官署調查證據者，其合法與否，應依該國法律定之。如其調查證據合於該國法律者，則雖不合中國法律，亦應認其效力。惟依本條第二項規定，其調查證據之違背外國法律，而合于中國法律者，仍應認其效力。至調查證據之結果，於訴訟上有如何之效力，即其證據力如何，概應依中國法律定之。

外國官署調查證據，若按之中國及外國法律，均有未合者，除為積極之證據規定所拘束外，法院應就其調查證據之結果，以自由心證判斷之（二二二）。

德判例 外國官廳調查證據，合於外國法律者，雖不合於內國法律，亦應認其效力

。(R.G. 2, 373)

參考法條 民訴律三六一—三六二 民訴條例三四六—三四七 舊民訴二八〇

第二百九十六條 調查證據，於當事人之一造或兩造不到場時，亦得爲之。

調查證據，應令當事人到場，使其得知調查證據之結果，並聲請爲必要之發問（三二〇），由受命推事或受託推事，調查證據亦然。故於調查證據期日，未經告知或送達傳票於兩造當事人令其到場者（參照二九一條說明），其調查證據爲不合法，一經當事人責問（一九七條一項），不得以其調查結果，爲裁判資料。惟當事人之一造或兩造已受合法之傳喚而不到場者，仍得調查證據，以免訴訟之遲延。因之在受訴法院調查證據，雖於言詞辯論期日行之，若僅調查證據時兩造不到場者，不得視爲休止，一造不到場時，亦不得遽爲缺席判決。至在調查證據完畢後，行言詞辯論時，當事人不到場者，當然仍有第一百九十一條及第三百八十五條之適用。

民事訴訟條例第三百四十八條第二項規定，因當事人不到場，不能爲全部或一部之調查證據，不致遲滯訴訟，或經舉證人釋明非因過失能列到場爲限，法院得依聲明命追復或補充調查（民事訴訟律第三五九條二項同）。本法雖無規定，然就第一百九十

六條第二項推之，亦可得同一之結果。

判例 調查證據未命當事人到場者，雖屬違背訴訟程序之規定，但得因該當事人之不責問而視為補正。（最高法院民二七上字三一五二號）

德判例 不僅受命推事或受託推事之調查證據，即於受訴法院調查證據時，亦有民事訴訟法第三百六十七條之適用。（R.G.1,238

參攷法條 民訴律三五九 民訴條例三四八 舊民訴二八一

第二百九十七條 調查證據之結果，應曉諭當事人為辯論。

於受訴法院外，調查證據者，當事人應於言詞辯論時，陳述其調查之結果，但審判長得令庭員或書記官，朗讀調查證據筆錄代之。

當事人對於調查證據之結果，有為辯論之權，如說明其應採用或不可採用是也。故調查證據，無論係依聲請而為者，或依職權而為者，關於調查之結果，審判長（或

獨任推事）應與當事人以辯論之機會，令爲辯論。其結果爲當事人所不知者，應分別告以證人之陳述，勘驗所認識之事項，或示以證書鑑定書，俾知調查之結果。當事人除遲誤期日者外，如不與以辯論之機會，即行斟酌該調查證據之結果者，其判決爲有瑕疵。

調查證據，係由受訴法院行之者，當事人固毋庸陳述其結果。若係由受命推事或受託推事行之，或係於外國調查證據者，則應令當事人於言詞辯論時，本於調查證據筆錄，陳述其結果，必經其陳述後，判決始得斟酌之，否則爲有瑕疵。陳述調查證據之結果，不問由何造當事人爲之均可，其陳述若與筆錄不符者，審判長（或獨任推事）及陪席推事，應注意令其更正或補充之（一九九）。於有必要情形時，審判長並得令庭員（審判長亦得爲之）或書記官，朗誦調查證據筆錄，以代當事人之陳述。如主言詞辯論終結後，發見其陳述與筆錄不符，法院得命再開辯論。

判例 法院探爲裁判基礎之證據，應使當事人就該證據及其調查之結果，爲言詞辯論，使得盡其攻擊防禦之能事。（最高法院民一八上字一六一號）

判例 調查證據，由受命推事行之者，依民事訴訟法第二百九十七條第二項規定，

應由當事人於言詞辯論時，陳述其調查之結果，或由審判長令庭員或書記官，朗讀調查證據筆錄，以代當事人之陳述。若未行此程序，逕以此項調查之結果，爲判決基礎，其判決卽有法律上之瑕疵。（最高法院民二九上字一五四六號）

德判例

調查證據，非於受訴法院行之者，當事人若未陳述其結果，法院之判決不

得斟酌之。（R.G. 8, 925）

日判例

當事人聲請調查證據者，原係以調查證據之結果，爲證明主張事實之資料

，其就調查證據之結果，演述與否，本聽當事人之意思，毋庸由裁判所強使之演述，故裁判所已因當事人之聲請而爲證據調查後，卽令當事人未就結果爲演述，亦無妨以之供判斷資料。再調查證據之結果，前已向當事人宣示者，後雖更新辯論，毋庸再宣示之。（大正二年日大審院）

參考法條

民訴律三三八

民訴條例三二四

舊民訴二八四

第二目 人證

證人，爲於訴訟上陳述自己觀察事實結果之第三人，不問何人，除法律有特別規

定外，於他人之訴訟，有爲證人之義務（三〇二）。

第三人皆得爲證人，故參加人，訴訟代理人、輔佐人，及已由訴訟脫離之當事人，均可爲證人。至當事人及應與當事人同視之法定代理人，關於該訴訟則不得爲證人。又各共同訴訟人，就於自己有利益之共同事實，亦不得爲他共同訴訟人之證人。

證人在就自己觀察事實之結果爲陳述，俾法院得藉以確定事實，其觀察是否須用特別智識，及係何時所觀察，均所不問，觀察並不以目擊爲限。

無論何人皆有爲證人之能力，其人之年齡、智識、精神狀態，及與當事人之關係等如何，均與得爲證人之能力無關。故未成年人心神發育不完全之人，及當事人之親屬，皆得爲證人。因證人之陳述，是否可信，法院原有裁量之自由。本法不許當事人拒却證人，亦未設減削證言信用之規定，不過應具結之證人未具結者，非當事人已表示無異議，或知其違背，或可知其無違背而無異議（一九七），其證言不得採爲裁判之基礎。

證人之陳述有無證據力，應斟酌左列情事定之：

一、證言與待證事實之關係 證言在確定待證事實之真偽，若與待證之事實並無何等關係，自不能謂有證據力。

、證言信用之有無 證言雖與待證之事實有關，若不足憑信，亦無證據力。至于證言之可否憑信，應依下列情事而定：

(1) 證人之觀察是否正確 證人之觀察須正確，其證言始可憑信，若證人本乏觀察力，或觀察事實未加注意，其觀察多不正確，故聾者之聽，盲者之視，泥醉中之見聞，通常難於信用。

(2) 證人之報告是否正確 證人之報告須正確，其證言始足信用。所謂報告正確，指證人觀察之結果，與其報告實際相符而言，若證人對於其觀察之結果記憶不全，或陳述錯誤，或故為不真實之陳述，其報告即非正確，法律為強制證人為真實之陳述，故有命證人具結之辦法。

第二百九十八條 聲明人證，應表明證人及訊問之事項。

聲明人證，即聲請訊問證人（參照第一九四條說明）。關於證人之表明，須求其不

與他人相混，且使法院得依其所表明者，以爲傳喚，故除姓名外，尙應舉其居住職業等。如證人之所在不明者，應依第二百八十七條聲請定調查證據之期間，表明訊問之事項，應使法院本此得知該事項與訴訟標的之關係，而便于訊問，惟法院訊問證人，並不受其表明之限制。

日判例 若知證人之姓名，聲明人證時，固應將其姓名記明，若不知其姓名，則祇

揭載足以表示其人之事項，亦有聲明人證之效力。（明治三五年日大審院）

參攷法條 民訴律三六五 民訴條例三五三 舊民訴二八五

第二百九十九條 傳喚證人，應於傳票記載左列各款事項：

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

審判長如認證人非有準備不能爲證言者，應於傳票記載訊問事項之概要。

證人除當事人偕同到場者外，法院書記官應作制傳票，送達於證人（一五六條一六七條）。其送達依一般之規定辦理，惟公示送達，在所不許。

傳票內記載證人及當事人，應表明其爲如何之人，俾不至與他人相混，記載證人應到場之日時及處所，依審判長（或獨任推事）受命推事或受託推事等之所指定者記載之（一五四條一五七條一六七條）。至記載證人不到場時，應受之制裁及請求旅費日費之權利，應參照第三百零三條及第三百二十三條規定。

應訊問證人之事項，審判長（或獨任推事）若認證人非預知其事，加以準備，不能爲證言者，應令書記官或自己於傳票內記其概要，由受命推事或受託推事訊問證人時，其應否爲此記載，則由受命推事或受託推事決定。此項記載，訊問證人時，並不受其限制。

參攷法條 民訴律三六六 民訴條例三五五 舊民訴二八六

第二百零二條 傳喚現服勤務之軍人或軍屬爲證人者，審判長應併通知該管長官，令其到場。

被傳者，如礙難到場，該長官應通知其事由於法院。

傳喚現服勤務之軍人或軍屬爲證人者，除應作制傳票送達於證人外，同時應將其事由通知該管長官，令其到場，此爲訓示規定，其通知由審判長（或獨任推事）爲之。如係受命推事或受託推事訊問證人者（三二二），由該受命推事或受託推事爲之，但因對外之關係，實際上均係用法院或法院長官之名義，被傳之證人礙難到場者，該管長官有通知法院之義務。何謂軍人軍屬及該管長官，見第五條、第一百二十九條，並一百四十七條說明。

參攷法條 民訴律三六八 民訴條例三五六 舊民訴二八七

第二百零三條 傳喚在監所人爲證人者，審判長應併通知該監所長

官，提送到場。

前條第二項之規定，於前項情形準用之。

傳喚在監獄或看守所之人爲證人，除依第一百三十條規定送達傳票外，同時審判長（或獨任推事）應將其事由通知該監所長官，提送到場。由受命推事或受託推事訊問證人時，則由受命推事或受託推事通知被傳之證人，若礙難到場，該監所長官，有通知法院之義務。

參考法條 民訴條例三五七 舊民訴二八八

第二百零二條 除法律別有規定外，不問何人，於他人之訴訟有爲證人之義務。

凡住居中國之人，不問其國籍如何，除有治外法權者外，對於他人之訴訟，皆有爲證人之義務；至中國人而住居外國者，亦有此義務。

爲證人之義務，乃公法上之義務，得責令證人履行此種義務者，爲國家，而非訴訟當事人。如當事人間約定有作證人之義務者，雖於義務人不履行時，得對之起訴及

請求強制執行，然此種私法上作證之義務，與民事訴訟法上之證人義務無涉。

所謂爲證人之義務、包括到場之義務、陳述之義務，及具結之義務而言，但有例外之規定。

判例 現行法上並無當事人之親屬，不得爲證人，及當事人得聲請拒絕證人發言之規定。上訴人謂證人甲爲被上訴人之舅父，證人乙爲被上訴人之姨丈，原審未依上訴人聲請，拒絕該證人發言，係屬不合云云，殊難認爲正當。（最高法院民二九上字六九五號）

判例 當事人四親等內之血親，非無證人能力，事實審法院，依自由心證，認此項證人之證言爲可採者，自非不得採取。（最高法院民二九上字三三七號）

判例 民事訴訟法第三百十四條第二項第二款，僅規定以當事人之受僱人爲證人者，得不令其具結，并未規定當事人之受僱人不得爲證人，此項證人之證言，可否採用，自應依事實審法院之自由心證決之。（最高法院民二六上字九四〇號）

判例 上訴人雖謂甲係被上訴人之學生，且未成年，其言不足爲證云云，然查現行法上並無學生及未成年人不得爲證人之規定，原審本其取捨證據之職權，依自由心

證，認甲之證言爲可採，於法並無不合。（最再法院民二九上字八二七號）

判例 共同訴訟人，除就有利於己之共同事實，不得爲證人外，就他共同訴訟人所主張之事實，非無證人能力。（最高法院民二二上字三九九二號）

判例 訴訟代理人非無證人能力，故以之爲證人而訊問，並以其證言供判斷之資料，並不違法。（最高法院民二九滬上字七三號）

德判例 訴訟當事人，及無訴訟能力當事人之法定代理人，均不得爲證人。（R. G. 12,188 U.46,319）

德判例 在無限公司爲當事人之訴訟，其股東雖不爲代理人或清算人者，亦不得爲證人。（R. G. 7,365）

德判例 兩合公司之有限責任股東，在該公司爲當事人之訴訟，不得爲證人。（R. G. 321,393）

德判例 共同訴訟人不得爲證人，雖應證之事實，專關於他共同人者亦然。（R. G. 29,370）

德判例 妻爲當事人之訴訟，夫出而爲訴訟輔佐人者，雖夫已捨棄其管理權，亦不得爲其妻作證人。(R. G. 34, 23)

德判例 當事人有法定代理人數人者，無論何代理人，均不得作爲證人訊問之。其各代理人均無單獨之完全代理權，而應共同代理時亦然。(45, 421, U. 46, 318)

德判例 從參加人，除依民事訴訟法第六十九條視作共同訴訟人者外，得爲證人。
(R. G. 20, 396 U. 46, 405)

德判例 在第一審之共同訴訟人，於其訴訟已裁判確定後，在上訴審，得爲他共同訴訟人之證人。(R. G. 29, 310)

德判例 訴訟代理人，及已脫離訴訟之當事人，或法定代理人，得爲證人。(R. G. A. 13, 416 U 39 370)

德判例 某人能否作爲證人訊問，應依訊問時之情形定之。(R. G. 45 427)

德判例 證人已爲證言之後，加入爲當事人或爲從參加人，或法定代理人者，於其

已爲之證言無影響。(R. G. 29 343)

日判例 證人與鑑定人異，應陳述自己見聞之事實，非應陳述意見，證人之意見，非可供裁判所判斷之資料。（明治三二年日大審院）

日判例 公司董事在其不自為公司代表之訴訟，原有為證人之資格。（明治三八年日大審院）

日判例 兩合公司與代表公司之股東，各別有其人格；故應代表公司之股東，在其不自代表公司之訴訟，得作為證人訊問之。（大正七年日大審院）

日判例 訴訟代理人於為證人之資格，毫無所缺，自無妨作為證人訊問之，而以其證言供判斷之資料。（大正七年日大審院）

參考法條 民訴律三六四 民訴條例三五二 舊民訴二八五

第二百零三條 證人受合法之傳喚，無正當理由而不到場者，法院得以裁定科五十圓以下之罰鍰。

證人已受前項裁定，仍不遵傳到場者，再科一百圓以下之罰鍰，

並得拘提之。

拘提證人，準用刑事訴訟法關於拘提被告之規定。證人爲現服勤務之軍人軍屬者，應以拘票囑託該管長官執行。

科證人罰鍰之裁定，得爲抗告，抗告中應停止執行。

證人如已受合法之傳喚，並無正當理由而不到場者，法院得依職權，科以罰鍰，雖該人證嗣後已經當事人捨棄，或已無訊問之必要時，亦同。惟證人本無到場之義務者（三〇四條三〇九條二項），自不得對之科以罰鍰，所謂受合法之傳喚，指其傳票之制作及送達均合法者（二九九條一二三條以下）而言。正當理由云者，乃謂依此理由，可認其不到場，爲非違背義務。例如證人患病出外，或非因過失不知送達，或雖有傳票之送達，而無相當可以到場之時間，致不能到場是也。至證人不知訊問事項，或誤信傳喚錯誤，不能爲免除制裁之原因。所謂不到場者，包括行點呼時，證人未到，或證人於期日終竣前，離去訊問處所；又或因妨害法庭秩序，受法院之命令退庭而言（一五八條三一六條二項法院組織法六九條）。但在行點呼時未到，而于期日終

較前已到場者，不得科以罰鍰。

證人曾受科罰之裁定，經再次傳喚仍不到場者，無論第一次科罰鍰之裁決曾否執行，除再科罰鍰外，並得拘提之。拘提證人準用刑事訴訟法關於拘提之規定（刑訴法七七條至八二條）。若為現服勤務之軍人或軍屬，則應以拘票囑託該管長官執行（參照第五條刑訴法八三條），藉維軍中紀律。科罰證人之裁定，均由法院為之，由受命推事或受託推事訊問證人者，則由該受命或受託推事為之。證人對於此等裁定，得為抗告，其抗告，有停止執行之效力（四八八）。如由受命推事或受託推事為裁定者，不得抗告，惟得向受訴法院提出異議（四八二）。罰鍰之裁定，不得超過二次。罰鍰之性質，為強制罰，其執行應依強制執行法辦理。

民事訴訟律（三七〇一條）、民事訴訟條例（三五九條），尚規定證人若聲敘或辯明係有正當理由而不到場者，得聲請撤銷，或由法院或受命推事、受託推事，撤銷罰鍰之裁定，本法不採，似有未妥。

日判例 證人於調查證據日期，雖已到裁判所，而因代理律師未到，遂即回家，於

點呼事件時未在场者，不能認爲保有正當理由而不到場。（大正七年日大審院）

參考法條 民訴律三六七 三六九 民訴條例三五八 舊民訴二九〇

第二百零四條 元首，中央各院部會長官，及地方最高行政長官爲證人者，應於公署所在地，或公務員駐在地訊問之。

元首，中央各院部會長官，及地方最高行政長官爲證人者，因恐妨害國家重要公務，免其於公署所在地，或證人駐在地外到場之義務。所謂所在地、駐在地，指其所在或所駐之城鎮鄉村而言。又對於此等人爲證人，僅免其於公署所在地或證人駐在地外到場之義務，並非免其應傳到場之義務，故公署所在地，或證人駐在地與受訴法院所在地相同者，應傳至法院內訊問之。因兩地不同，而由受託推事在公署所在地，或該公務員駐在地行訊問時亦然。惟若證人所在地無法院，或於法院內訊問而不適當者，自應由受訴法院或受命推事、受託推事，就其所在訊問之。（一五七條三〇五條）

參考法條 民訴律三八一 三八二 民訴條例三六〇 三六一 舊民訴二九一 二

九二

第三百零五條 遇證人不能到場，或有其他必要情形時，得就其所
在訊問之。

訊問證人，於有本條情形時，受訴法院或受命推事、受託推事，得不傳證人到場，就證人之所在而為訊問。所謂證人不能到場，如證人因患病衰老，或有其他原因，致不能到場是。所謂有其他必要情形，如因發見真實，有就證人之所訊問之必要是。

判例 證人因疾病不到場者，可就其所在地訊問之。（最高法院民一八上字一九七一號）

判例 審判衙門，對於當事人請傳之證人，遇有必要情形，得為囑託調查，惟應就證人所得知事實之範圍，預將應訊各點，逐條開送，以為調查之準備。（大理院民二上字三九號）

參考法條 民訴律三八三 民訴條例三六二 舊民訴三九三

第二百零六條 以公務員或曾爲公務員之人爲證人，而就其職務上應守祕密之事項訊問者，應得該監督長官之承諾。

以公務員，或曾爲公務員之人爲證人，而就其職務上應守祕密之事項爲訊問者，法院於訊問前，應依職權求得該監督長官之承諾。承諾與否，應由有承諾權者，斟酌情形決定之，法院無審查其當否之權。對於外國公務員，無本條規定之適用，公務員就如何事項，有應守祕密之義務，有承諾權之監督長官爲何人，及當事人對於承諾之拒絕有無請求救濟之法，概依國法及行政法之規定。

未得本條承諾，而就證人職務上應守祕密之事項爲訊問者，該證人得拒絕證言。

本條乃爲保公務上之祕密而設，訊問證人違背本條之規定者，其證言不得採爲裁判之基礎，即當事人不責問亦然（一九七條二項）。

參考法條 民訴律三八五 民訴條例三六三 舊民訴二九四

第三百零七條 證人有左列各款情形之一者，得拒絕證言：

一、證人爲當事人之配偶、前配偶、未婚配偶、或四親等內之血親、三親等內之姻親、或曾有此親屬關係者。

二、證人所爲證言，於證人或與證人有前款關係之人，足生財產上之直接損害者。

三、證人所爲證言，足致證人或與證人有第一款關係，或有監護關係之人受刑事訴追，或蒙恥辱者。

四、證人就其職務上或業務上，有秘密義務之事項，受訊問者。

五、證人非洩漏其技術上或職業上之祕密，不能爲證言者。

得拒絕證言者，審判長應於訊問前，或知有前項情形時告知之。

證人有本條各款所揭情形之一者，許其拒絕證言，即對於訊問事項，得不爲陳述，此乃陳述義務之例外。有此情形，拒絕證言與否，屬于證人之自由，其拒絕於訊問前或訊問中，隨時皆得爲之，在訊問期日未終結前，亦得撤銷之。

第一款所謂血親、姻親之意義，及親屬之計算，依民法之規定（參照第三二條說明），證人與當事人有本款之關係者，除次條所規定者外，對於一切訊問事項，皆得拒絕證言。此乃本於親屬容隱之義而設，故如破產管理人，係以自己之名，爲他人行訴訟，雖證人與爲當事人之破產管理人有本款之關係，亦不得拒絕證言。

第二款之規定，意在順乎人情，其得依本款規定拒絕證言者，以關於特定之訊問事項爲限，並須受次條之限制。所謂財產上之損害，須爲依該證言直接發生之結果，若僅依該訴訟之裁判，足生損害者，不在此限。例如依其證言，足認該證人或與證人有前項關係之人爲連帶債務人，或共同侵權行爲人，因而有受人請求履行債務或賠償損害之虞者，固可謂爲足生直接之損害。至若陳述之結果，將致自己營業受有何種不利益，或當事人某造勝訴，則自己之債權難受清償，不得謂有直接之損害也。又僅於

他人所代理之人，足生財產上之損害者，亦無本款之適用。

第三款所謂監護，依民法規定（民法一〇九一條至一〇九四條一一一條），所謂受刑事訴追，不限於依其證言，必受刑事訴追，即有受訴追之虞，或使刑事訴訟易於施行者，均包括之。恥辱云者，即名譽毀損之謂。

第四款乃爲保護證人及對於證人有秘密權利之人而設。所謂職務上或業務上之秘密義務，如公務員、律師、會計師、宗教師、辯護人、公證人、醫師藥師等，或會居此等地位之人，依法令之規定，委託之旨，或交易上之慣例，對於當事人或第三人所負之秘密義務是也。證人於其應守秘密之事項，受問訊時，許其拒絕證言，不過其秘密之事項，若已公然暴露，或其秘密之責任已經免除，仍不得拒絕證言（三〇八條二項）。

第五款乃爲保護技術及職業而設。所謂技術上或職業上之秘密，不僅關於製造生產之秘密，凡在技術上、職業上，以不告人爲利益者皆屬之。又雖非自己之秘密，而爲受僱人所知，僱用人之秘密，亦在拒絕之列。

證人依本條規定，得拒絕證言，爲審判長（或獨任推事）所知者，應向證人告知之。受命推事或受託推事，訊問證人時亦然（三二二）。未爲此告知，而訊問證人者，其證言仍可採用，當事人不得以未告知爲上訴之理由。

本條所許證人拒絕證言之範圍，較舊民事訴訟法第三百九十五條規定之範圍爲狹，蓋恐于法院之發見真實，有礙也。

德判例 證人依其證言，縱將致權利人迫其履行已成立之義務，然不爲拒絕證言之理由。（R.G. 32 382）

德判例 所謂證言，足致刑事上之訴追，並無須證人之答詞，可逕行必然的招實際
上之處刑。（R.G. 23 184）

德判例 律師因業務上有祕密之義務，而得拒絕證言者，不僅關於其爲訴訟代理人時，由當事人報告於彼之事項爲然。（R.G. 30 382）

德判例 律師拒絕證言之權，不因其就該事件，亦曾爲對手人謀畫，或曾受兩造之信賴而除外。（R.G. 50 858）

德判例 當事人雖未明囑其應守祕密，律師亦得拒絕證言。(R.G.30,388 D.50)

德判例 公證人因某種理由拒絕為公證行為時，亦有守祕密之義務，公證人之助手

，視與公證人同。(R.G.14,350)

德判例 醫師就其診病時，所知病人之惡疾，得於離婚訴訟，拒絕證言。(R.G.5

8,315)

德判例 所謂職業上之祕密，不僅關於製造或生產之祕密也，凡性質上可認為營業

人，以不告人為有利益者皆屬之。須洩露職業上之祕密時，不僅該管業人有拒絕證言之權，即知此祕密之使用人，亦得拒絕證言。(R.G.53,40)

德判例 商人買進貨物之價格，亦屬於所謂職業之祕密。(R.G.5 323)

德判例 賣出製造品之價格，非屬職業上之祕密，雖所定價格，因顧客而異者亦然

。(R.G.53 40)

日判例 苟與原告或被告無親屬等關係，則雖證人與從參加人之間，有此種關係，

亦不為拒絕證言之原因。(明治四一年日大審院)

日判例 直接可生財產權上之損害，例如證人之答辯，應就尙未確定之債務，承認爲自己債務之類是也。（明治三五年日大審院）

日判例 尋繹民事訴訟法第二百九十八條第四款之法意，必知就本訴訟當事人間之權利關係，與其當事人之一造居於權利共通或義務共通之地位，或爲其一造之保證人等，依本訴訟之裁判，直接可生損害時，始適用之。若僅間接生利害之關係者，不在適用該條之列。（明治三六年日大審院）

日判例 民事訴訟法第二百九十八條第四款，係指僅因對於訊問事項之證言，當然可生損害者而言。（大正二年日大審院）

日判例 律師因業務上受委任而得知之事實，苟未於委任之訴訟表明者，以委任者本人之利害言之，對於對手人，卽屬應祕密者。（明治四四年日長崎控訴院）

參考法條 民訴律三八四 三八六至三九〇 民訴條例三六四 舊民訴二九五

第二百零八條 證人有前條第一項第一款或第二款情形者，關於左列各款事項，仍不得拒絕證言：

- 一 同居或曾同居人之出生、死亡、婚姻或其他身分上之事項。
- 二 因親屬關係所生財產上之事項。
- 三 爲證人而與聞之法律行爲之成立及意旨。
- 四 爲當事人之前權利人或代理人，而就相爭之法律關係所爲之行爲，證人雖有前條第一項第四款情形，如其祕密之責任已經免除者，不得拒絕證言。

本條第一項第一款所謂同居，乃指營共同生活而言，若同屋居住，而各自獨立者不包括之。第二款之事項，如繼承之拋棄，及關於扶養之權利義務是，證人雖有前條第一款或第二款情形，對於此兩款事項，亦不許其拒絕證言，因舍此難求證明于他人也。第三款與聞之法律行爲，乃指以證人資格，與聞其事者而言，如爲中證或見證是也。此等證人，本係預期後日作證之用，故不許其拒絕證言。第四款所謂前權利人，不以前接前主爲限，即前前主亦在其內，所謂代理人，不僅指法定代理人、意定代理人

而言，無權代理人亦包括之。所謂就相爭之法律關係，所爲之行爲，乃泛指所爲之一切行爲而言，不使該法律關係發生之行爲爲限。此等證人，亦須使其作證，始易明確，故不許其拒絕證言。

證人有前條第一項第四款情形者，若已免除其應守祕密之責任，自不許其拒絕證言。免除祕密責任，應由有免除權之人爲之，在公務員應由監督長官承認，若律師會計師等，應由委任人承認。免除責任，得於訴訟前，或訴訟中任，向證人當事人或法院爲之。如由有免除權之人聲明，其爲人證者，即可謂其祕密責任已經免除。

判例 民事訴訟法第三百零八條第一項各款，不過規定證人不得拒絕證言之情形，

非謂此項證人，關於同條項所列各款事項之證言，不可不予採取，故其證言是否可採，審理事實之法院，仍得依其自由心證判斷之。（最高法院民二九上字一二六一號）

德判例 對於女之嫁奩約定，屬於所謂因親屬關係所生財產上之事項。（R.G. 408

44）

德判例 父母關於遺產之處分，應認爲因親屬關係所生財產上之事項。（R.G. 117

德判例 就相爭之法律關係，所爲行爲，不爲成立新法律關係之行爲，凡其行爲與所爭之法律關係，有關係者均屬之。(R. G. 47, 480)

德判例 須係證人就相爭之法律關係所爲之行爲，單純之觀察不在其內。(R. G. 53, 11)

德判例 以前之法定代理人，屬於民事訴訟法第三百八十五條第四款所謂代理人。(R. G. 2 400)

日判例 可以關於因家族關係所生財產事件，證人即不得拒絕證言，毋庸該證人與當事人之間有家族關係。(大正五年日大審院)

日判例 適用民事訴訟法第二百九十九條第一項第二款，祇須訊問證人之目的事項，爲因家族關係所生之財產關係，毋庸該訴訟事件，爲因家族關係所生之財產關係。(大正六年日大審院)

日判例 民事訴訟法第二百九十九條第一項第二款，所謂關於因家族關係所生財產

事件之事實、係指關於法律上特因家族關係所生財產關係之事實而言。至若在無家族關係者之間，普通得成立之財產上事實關係，偶生於家族之間，並不在該款規定之列。（明治四〇年日長崎控訴院）

日判例 民事訴訟法第二百九十九條第一項第四款，所謂前主，係指權利義務之被承繼人而言，主債務人，於其對於保證人之關係，不在前主之列。（明治四〇年日大審院）

日判例 雖係前主，關於係爭權利關係實驗之事實，苟非於其為前主所為之行爲有關，即與民事訴訟法第二百九十九條第一項第四款所定之事項不合，故不得適用該條規定。（明治四五年日大審院）

日判例 民事訴訟法第二百九十九條第一項第四款，所謂前主，在權利經數人遞次承繼，而移轉於當事人之時，不僅直接移轉於當事人者所有，遞為前主之各被承繼人，皆賅括在內。（明治四五年日大審院）

日判例 所謂前主，並不限定當事人之前主其人，若前主為未成年人，可解為係

據其法定代理人而言。(明治四五年日大審院)

日判例 民事訴訟法第二百九十九條第一項第四款，所謂代理人，係指會代當事人爲某行爲之人而言，並不以會代理法律行爲者爲限。(大正三年日大審院)

日判例 所謂代理行爲，不限於使係爭權利關係成立與否之行爲，即於事後關於係爭權利關係所爲之行爲，亦在其內。(大正三年日大審院)

參考法條 民訴律三八六 三八八 三八四 民訴條例三六五 舊民訴二九六

第二百零九條 證人拒絕證言，應陳明拒絕之原因事實，並釋明之；但法院酌量情形，得令具結，以代釋明。

證人於訊問期日前，拒絕證言者，毋庸於期日到場。

前項情形，法院書記官應將拒絕證言之事由，通知當事人。

證人拒絕證言，應向傳喚證人之法院(或受命推事、受託推事)陳明拒絕之原因事實，並舉證釋明之(二八四)。但關於釋明一事，法院(或受命推事、受託推事)酌量

情形，得命證人具結，担保真實，以代釋明。具結之證人，其所陳拒絕之原因事實，如有不實，得依刑法論以偽證之罪（刑法一六八條）。

證人陳明拒絕證言之原因事實，得于訊問期日前，或訊問期日爲之，其於訊問期日前，依第一項規定拒絕證言者，免其於該期日到場之義務。惟其拒絕證言，亦屬全部訊問事項，而僅關於訊問事項之一部者，則仍須于訊問期日到場，若不於該期日到場，亦有第三百零三條規定之適用。

證人於訊問期日前拒絕證言者，法院書記官於收到拒絕證言之書狀，或就其拒絕之陳述作成筆錄後，應通知當事人，俾其得爲相當之準備，通知任以送達，或其他方法爲之均可。

參考法條 民訴律三九一 民訴條例三六六 舊民訴二九七

第三百十條 拒絕證言之當否，由受訴法院於訊問到場之當事人後，裁定之。

前項規定，得爲抗告，抗告中應停止執行。

證人拒絕證言，應由受訴法院裁判其當否，係受命推事、受託推事訊問證人者，依第三百二十二條規定，應解爲由受命推事、受託推事自行裁判。此裁判應以裁定行之。在裁定前，應於言詞辯論期日、調查證據期日，或特別指定之訊問期日，訊問到場之當事人。如當事人於期日不到場者，無須待其陳述，卽爲裁定。但亦得使當事人，以書狀或在書記官前，以言詞爲陳述（一二三）。

裁定以拒絕證言爲正當者，當事人得對之抗告，以拒絕證言爲不當者，證人得對之抗告，其抗告均有停止之效力，對於受命推事或受託推事之裁定，祇得向受訴法院，提出異議（四八二）。

舉證人以拒絕證言爲正當，或到場而不爭執者，應認爲已有人證之捨棄，無須爲本條之裁定。但他造當事人請求訊問該證人，或法院認爲應依職權訊問者，仍須裁定。

本法第三百二十二條，雖未如舊民事訴訟法第三百零九條，規定受命推事或受託推事無裁判拒絕證言當否之權，而本條法院之上，仍冠以受訴二字，曷滋疑義。

日判例 民事訴訟法第三百一條規定之訊問，當事人係關於本案之受訴裁判所所爲

裁判時之程序，非抗告裁判所爲裁判時之程序。（明治三六年日大審院）

日判例 原裁判所，雖未依民事訴訟法第三百一條盡訊問當事人之程序，但上告人當時既未越何異議，即係拋棄其責問權，後自不得以爲上告理由。（明治四一年日大審院）

日判例 關於拒絕證言之決定，其得爲抗告者，須爲就其拒絕證言之當否，有利害關係之人，即須爲聲請訊問之該事件當事人及指名作爲證人之人。（明治三五年日大審院）

參考法條 民訴律三九二 民訴條例三六七 舊民訴二九八

第三百十一條 證人不陳明拒絕之原因事實，而拒絕證言，或以拒絕爲不當之裁定已確定，而仍拒絕證言者，法院得以裁定，科五十元以下之罰鍰。

前項裁定，得爲抗告，抗告中應停止執行。

證人拒絕證言，而未經依第三百零九條陳明拒絕之原因事實者，應科以罰鍰，若僅未釋明其事實者，不在此限。又證人雖已陳明拒絕之原因事實，然經法院依第三百一十條規定，以其拒絕爲不當，而裁定已確定者，若該證人仍不於此項原因事實，拒絕證言，亦應科以罰鍰。倘證人主張新原因事實，以拒絕證言，則應更爲拒絕當否之裁定。

本條之制裁與第三百零三條之制裁，劃然各別，已命爲第三百零三條之制裁後，仍得爲本條之裁定。至證人離去訊問處所，通常緝以第三百零三條規定。但于訊問中離去，按其情形，亦有應解爲拒絕證言者。

本條之科罰，亦由法院裁定之，如係受命推事或受託推事訊問證人者，由該推事裁定之，證人對於此項裁定，得爲抗告，其抗告有停止執行之效力。如係受命推事或受託推事所爲之裁定，不得抗告，惟得向受訴法院提出異議（四八二），其餘參照第三百零三條說明。

日判例 民事訴訟法第三百二條，所謂不呈明原因而拒絕證言，係毫不陳述拒絕證

言之事由，而拒絕證言之謂。苟已陳述拒絕之事由，則雖其原因不正當，亦不得以不呈明原因，拒絕證言論。（明治六年日大審院）

參攷法條

民訴律三九三

民訴條例三六八

舊民訴二九九

第三百十二條 審判長於訊問前，應命證人各別具結，但其應否具結有疑義者，於訊問後行之。

審判長於證人具結前，應告以具結之義務及偽證之處罰。

審判長（或獨任推事）於證人到場，調查其有無錯誤之後，通常應於開始訊問前，令其具結。如其應否具結有疑義者，亦得於訊問後行之。證人有數人者，應令其分別具結，不許同具一結。具結之目的，在強制證人爲真實之陳述，除適用第三百十四條規定外，法院不得以其他原因免除之。若應具結之證人未曾具結者，其證言不得斟酌，如以之爲裁判基礎，得爲上訴理由。惟當事人當時知其違背，並無異議，而爲本案之辯論者，應認其責問權業已喪失（一九七條一項），不得以此爲不服原判決之論

據。

審判長（或獨任推事）於證人具結前，應告以證人具結之義務，及刑法所定僞證之處罰（刑法一六八），俾知有所警惕，惟此僅爲訓示之規定。

受命推事或受託推事訊問證人，亦應依本條規定辦理。

判例 第一案於訊問證人甲乙兩人之前，未命其具結，雖於訴訟程序之規定不無違背，然當時上訴人知其違背，而爲本條之辯論，依民事訴訟法第一百九十七條第一項但書，應認其責問權業已喪失，何能以此爲不服原判決之論據。（最高法院民二一八上字一五四七號）

德判例 應宣誓之證人，未宣誓者，其證言不得爲裁判之基礎。（R.G. 8, 408. 0, 415 U. 15, 32）

日判例 民事訴訟法第三百六條第一項，所謂應命證人各別宣誓，法意謂應命各別履踐宣誓之方式，非謂其宣誓，應於他證人不在之處所行之，而於宣誓以前，對於證人，所謂因防錯誤之審訊，告知僞證之罰等，非可稱爲證人之訊問，在法文上亦

毫無可疑之餘地。茲查各證人之宣誓書，皆經各別署名蓋印，其各別履踐宣誓方式，甚屬明瞭，毫無不法。（明治三九年日大審院）

日判例 於同一之事項，應繼續訊問同一證人者，若於最初之日，曾使宣誓，其效力應及於以後之訊問，毋庸每次訊問，俱命宣誓。（明治三五年日大審院）

日判例 於證人宣示前，雖未盡告知偽證之罰之程序，但其所為之證言自體，不能因之歸於無效。（明治三五年日大審院）

解釋 民刑訴訟法，既於證人具結前，應告以具結之義務及偽證之處罰等程序，規定甚詳。若未履行此等程序而命其具結，縱其陳述虛偽，不能依刑法第一百六十八條偽證罪論科。（民二七院字一七四九號）

參考法條 民訴律三七一 民訴條例三六九 舊民訴三〇〇

第三百十三條 證人具結，應於結文內記載：當據實陳述，決無匿飾增減等語。其於訊問後具結者，結文內應記載係據實陳述，並

無匿飾增減等語。

證人應朗讀結文，如證人不通文字者，由審判長朗讀，並說明其意義。

結文應命證人簽名，其不能簽名者，由書記官代書姓名，並記明其事由，命證人畫押、蓋章或按指印。

本條所規定者，爲證人具結之方式，凡證人具結，均應依此方式。

參考法條 民訴律三七二 民訴條例三七〇 舊民訴三〇一

第三百十四條 以未滿十六歲，或因精神障礙不解具結意義及其效果之人爲證人者，不得令其具結。

以左列各款之人爲證人者，不得令其具結。

一 有第三百零七條第一項第一款至第四款情形，而不拒絕證言

者。

二 當事人之受僱人或同居人。

三 就訴訟結果，有直接利害關係者。

未滿十六歲，及因精神障不解礙具結意義及效果之人，固非不得以之爲證人，然因其無具結之能力，應免其具結之義務。

本條第二項各款所揭之人，審判長或推事，得不令其具結。惟如令其具結，仍有具結之義務，其第一款所揭之人，乃係就該訊問事項，有拒絕證言之權，而不拒絕證言者。第二款所謂受僱人，指其被雇有繼續之性質者而言。所謂同居，指營共同生活者而言。第四款所謂利害關係，限於法律上之利害關係，在爲訴訟標的之法律關係，於證人有共同之權利義務者，即可謂爲就訴訟之結果，有直接之利害關係。

證人有無本條情形，審判長或推事，應依職權調查之，對於不應具結之證人，誤令具結而訊問之，固於其證言之證據力不生影響，即未令具結之證人，所爲證言，亦

非絕無證據力，是否可採，仍由法院自由判斷之。

判例 證人即令爲當事人一造之雇人，法院亦僅得不令其具結，要未便遽指其證言爲無採用之餘地。（大理院民一一上字一二五二號）

日判例 所謂雇人，係指與當事人之雇傭關係上，從屬的服其役使之勞務人而言。
（明治四〇年日大審院）

日判例 所謂雇人，係指因有繼續性質之雇傭契約，而服雇主之勞務者而言，不問其雇主之爲自然人抑爲法人。（明治二八年日東京控訴院）

日判例 公司與其監事之法律關係，非雇傭關係，故非民事訴訟法第二百九十六條所謂雇人。（明治三八年日東京控訴院）

日判例 當事人之一造，爲無形人者，該當事人與證人之間，無由生同居之關係，故雖證人寄留於當事公司之營業所，亦非民事訴訟法第二百九十七條所謂與原告或被告同居。（明治三八年日東京控訴院）

日判例 股分公司之監事，雖有當董事有事故時爲其代理，且對於董事之訴訟代表

公司之事，然於公司之訴訟結果，非有直接之利害關係。(明治三三年日大審院)

日判例 民事訴訟法第三百十條第五款，所謂於訴訟之結果，有直接之利害關係者

，雖得依該條之規定，不使宣誓，因供參考而訊問之，然其詞爲證人，固與應使宣誓而訊問之者，無擇，且自辯言之效力言之，二者之間，於法律上無何等輕重之別，其取捨一屬於事實裁判所之權能。(明治三九年日大審院)

參考法條 民訴律三七四 民訴條例三七二 舊民訴三〇二

第三百十五條 第三百十一條之規定，於證人拒絕具結者，準用之。

證人拒絕具結，並無前條所定之情形，經令其具結而仍拒絕者，法院應以裁定科以五十元以下之罰鍰。對於此項裁定，得爲抗告，其抗告有停止執行之效力，訊問證人之受命推事或受託推事，亦得爲此裁定。

參考法條 民訴律三七三 民訴條例三七二 舊民訴三〇三

第三百十六條 訊問證人，應與他證人隔別行之，但審判長認爲必

要時，得命其對質。

證人在期日終竣前，非經審判長許可，不得離去法院，或其他訊問之處所。

訊問多數證人，應隔別行之，以免附和雷同。故訊問此證人時，不可使他證人在側。惟於必要時，亦得命其對質，如兩證人之陳述，互相齟齬是也。訊問證人之受命推事或受託推事，亦得命證人對質。

證人已受訊問，如期日尚未終竣，非經審判長或推事許可，不得離去訊問之處所，因恐更有訊問之必要也。

判例 審判衙門，就同一事項訊問數證人，其證人若互有抵觸，而證明力並無厚薄，致使審判衙門，無從決定其必證者，則為釋明事實關係，自可命其對質，藉以審定各證言之證明力。（大理院民二上字二二九號）

參考法條 民訴律三七五 民訴條例三七三 舊民訴三〇四

第三百十七條 審判長對於證人，應先訊問其姓名、年齡、職業及住居，於必要時，並應訊問證人與當事人之關係，及其他關於證言信用之事項。

訊問證人，對於證人之姓名、年齡、職業及住居，應於訊問事項之前訊問之，以調查其人之有無錯誤，並不妨於具結前訊問之。至關於證言信用之事項，則惟認為有必要時，始訊問之。如訊問證人與當事人是否親友，是否被雇或同居，及就訴訟有無利害關係等是也。訊問此等事項時，於證人之身分地位，應加注意。

參考法條 民訴律三七六 民訴條例三三四

第三百十八條 審判長應命證人，就訊問事項之始末，連續陳述。證人之陳述，不得朗讀文件或用筆記代之，但經審判長許可者，不在此限。

命證人就關於待證之事實，陳述其觀察之結果，應令證人於訊問事項之始末，連續陳述，不可縷舉各點，問以是否如此，以免證人信口答復，難期證言之正確。

證人之陳述，應以言詞爲之，不得朗誦文件，或提出書面以代言詞陳述。但經審判長或推事許可時，不在此限。例如關於數量或年月日之陳述，應准朗誦文件爲之。又證人已爲言詞陳述後，當場製作親供狀，附於筆錄，更無不可。至證人事後提出書狀，以補充或更正其陳述，自不得斟酌之。

判例 法院採用證言，應命證人到場，以言詞陳述所知事實，並須於訊問前，命其具結，始能就所爲證言，斟酌其能否採用。若證人僅提出書面，並未經法院訊問者，自不得採爲合法之憑證。（最高法院民二〇上字二四九〇號）

參考法條 民訴律三七七 民訴條例三七五 舊民訴三〇五

第三百十九條 審判長因使證人之陳述明瞭完足，或推究證人得知事實之原因，得爲必要之發問。

陪席推事告明審判長後，得對於證人發問。

本條規定：法院對於證人之發問權，雖傳票曾記載訊問事項之概要，而對於未經

表明於傳票之事項，亦得發問。審判長（或獨任推事）爲使證人之陳述明瞭完足，或推究證人得知事實之原因，於必要時，應卽行使其發問權。

陪席推事之發問，祇須告明審判長，毋庸經其許可，亦毋庸說明其發問之事項。訴訟關係人以審判長之發問爲違法者，得提出異議（參照二〇一條說明）。

判例 關於證人所述未經親歷之事實，依法應推究其得知事實之原因，並參核其全部之陳述，以爲衡情取捨之標準。（最高法院民二一上字三〇四三號）

參考法條 民訴律三七八 民訴條例三七六 舊民訴三〇六

第三百二十條 當事人得聲請審判長，對於證人爲必要之發問，審判長亦得許可當事人，自行對於證人發問。

第二百條第二項之規定，於前項情形準用之。

關於發問之應否許可，或禁止有異議者，法院應就其異議爲裁定。

當事人對於證人，如有發問之必要，應將事實告知審判長，求審判長（或獨任推事）間接發問，不得自行發問。惟審判長認為適當時，亦得許當事人直接發問。審判長認為當事人聲請之間接發問，或經許可之直接發問有不當者，得不為發問或禁止之（參照二〇〇條第二項說明）。

審判長對於當事人間接發問之聲請，無論准駁，或對於當事人之發問，加以禁止，如訴訟關係人對之有異議者，法院應就其異議，以裁定裁判之。對此裁定，不得抗告（四八〇）。係獨任推事訊問證人時，由該推事自行裁定，亦不得抗告。由受命推事或受託推事訊問證人時，亦然（三三二）。並不得向受訴法院提出異議（四八一）。

關於證人之訊問，向有大陸系與英美系之分。大陸系之訊問證人，由審判官為之，當事人不得自行訊問，故可謂之審判官訊問證人主義。英美系則與此相反，凡當事人所舉之證人，先由舉證人向之詰問，是為原問，次由相對人詰問，是為反問，最後又由舉證人對反問再行詰問，是為覆問。審判官僅于認為尚未明瞭時，自行發問，故可謂之當事人訊問證人主義。本法蓋採大陸主義而加以折衷者也。

參考法條 民訴律三七九 民訴條例三七七 舊民訴三〇七

第三百二十一條 法院如認證人在當事人前，不能盡其陳述者，得於其陳述時，命當事人退庭，但證人陳述畢後，審判長應命當事人入庭，告以陳述之事項。

訊問證人，就第二百九十六條觀之，本應令當事人在場，然當事人在場，證人往往有所顧忌，不能盡情陳述。法院遇此情形，即得命當事人一造或兩造暫行退庭。但證人陳述完畢後，審判長或推事，應仍命當事人入庭，告以證人所陳述之事項，俾得知其陳述之內容。

命當事人退庭，由法院裁定之，命當事人入庭，由審判長裁定之。此等裁定，均不許抗告（四八〇）。

由受命推事或受託推事訊問證人時，命退庭及入庭，由受命推事或受託推事裁定，亦均不許提起異議（四八二）。

參考法條 民訴條例三七八 舊民訴三〇八

第三百二十二條 受命推事或受託推事訊問證人時，與法院及審判長有同一之權限。

受命推事或受託推事訊問證人時，均使其有法院及審判長同一之權限。依本條規定之結果，第二百九十九條至第三百零一條、第三百零三條、第三百零六條、第三百零七條、第三百零九條至第三百二十一條所定之權限，受命推事及受託推事皆有之。此外尚有給與證人日費旅費之權（三二三），及維持法庭秩序之權。

參考法條 民訴律三九五 民訴條例三七九 舊民訴三〇九

第三百二十三條 證人得請求法定之日費及旅費。

前項請求，應於訊問完畢時，或完畢後十日內爲之。

關於第一項請求之裁定，得爲抗告。

證人所需之旅費，得依其請求預行酌給之。

證人到場者，得依民事訴訟費用法第二十三條所定額數，請求給與日費及旅費，即該到場之證人，已因拒絕證言或當事人捨棄，並未受訊問者，亦然。此種請求權，非對於當事人之權利，而為對於國家之權利，縱國家按法定額數所支給者，不敷實用之數，或證人因逾本條第二項期間，不能向國家請求時，亦不能請求賠償於當事人。國家支給證人之旅費，應向當事人徵收，並得命其預納。但命當事人預納而未遵命預納，國家仍須墊付。日費及旅費，應於訊問完畢之時或完畢後十日以內，向調查證據之法院，或受命推事、受託推事請求，逾期即失其請求之權。此項期間，應適用關於法定期間之一般規定，其請求不拘何種程式，以書面請求者，亦無須購用狀紙。

關於日費及旅費之請求，應就各證人分別定之，就其請求所為之裁定，許為抗告，但關於受命推事受託推事之裁定，祇得向受訴法院提出異議（四八二）。

證人旅費，本應於訊問完畢時支給，本條第四項規定，乃為無力墊付旅費之證人而設。

德判例 關於證人日費旅費之確定及拒絕，僅得以抗告聲明不服，不得對於國庫

起訴。(R.G. 48, 47)

參考法條 民訴律三九七 民訴條例三八一 舊民訴三一〇

第三目 鑑定

鑑定人，爲依法院命令，於訴訟程序陳述關於法律或特別經驗法則之意見之第三人。其性質如何，學者間頗有爭論，有謂爲證據方法者，有謂爲裁判官之補助機關者，本法既以鑑定爲證據之一，即係認其爲證據方法，而非裁判官之補助機關也。

鑑定人必爲第三人，故當事人及應與當事人同視之法定代理人，不得爲鑑定人，其他凡不得爲證人者，亦不得爲鑑定人。又鑑定人以自然人爲限，法院雖得依職權囑託相當之公署或團體，陳述鑑定意見(三四〇)，然亦非認公署或團體爲純然之鑑定人，故學者稱之爲廣義之鑑定人。

職務，法院依其職務，本應熟知法律，然如習慣法及地方制定之法規，或外國之現行法，不能責法院以盡知，有時須詢鑑定人之意見。至通常之經驗法則，凡有常識之人皆能知之，自亦爲法院職務上所應知。惟若特別之經驗法則，非有特別經驗之人

不能知之。例如科學或技藝上之法則等是。遇有訴訟上須用此項法則時，應由就此受利益之當事人證明之，此際亦有用鑑定人之必要。

鑑定人陳述鑑定意見，有為抽象之陳述者，如陳述化學上或醫學上之原則，或某外國法之內容是也；亦有為具體之陳述者，即以法律或特別經驗法則，應用於某事實，就其應得之結果，而為陳述也。鑑定人之陳述，其關於事實上之判斷者，與證人之陳述同，不過一在以自己特別之知識，提供于法院，一在以自己觀察事實之結果，報告于法院，其目的不同而已。

鑑定人對於為鑑定基礎之事實，有依法院之命，自行觀察而知者；有為其平日觀察所知者；亦有因法院告知或閱覽筆錄調查證據時在場而知之者。鑑定人對於依法院之命代為觀察之事實，或其平日觀察之事實，應用特別經驗法則，而為事實上之判斷時，並以之報告于法院時，兼有證人之性質。惟鑑定人依法院之命，代為觀察事實，亦係鑑定人任務之一，故其報告觀察之事實，只須以鑑定人之資格具結。

鑑定人之意見，是否可採，亦由法院自由判斷之。

判例 鑑定爲一種調查證據之方法，法院對於係爭之物，認有鑑定鑑定人鑑定之必要，自可依法實施鑑定。若對於通常書據之真偽，認爲自行核對筆跡，已足爲判別時，則爲程序簡便起見，自行核對筆跡，卽以所得心證，據爲判斷，而未予實施鑑定程序，亦難指爲違法。（最高法院民一九上字二一八九號）

判例 凡以通常之智識技能，不能認定之事實，審判衙門，應依法令人鑑定。（大理院民五上字六六九號）

判例 物產時價究值若干，兩造協議未調，請求審判衙門爲鑑定者，自可實施鑑定程序，爲其鑑定額數。（大理院民四上字二二三號）

第三百二十四條 鑑定除本目別有規定外，準用關於人證之規定。

鑑定與人證，同係以第三人之陳述爲證據，故除有特別規定外，關於人證之規定，於鑑定準用之。

德判例 若無爲鑑定人之義務，縱不於日期到場，不得處罰，雖鑑定人事前怠於爲拒絕之陳述時，亦然。（R.G. 23, 333）

參考法條 民訴律三九九 民訴條例三八二 舊民訴三一

第三百二十五條 聲請鑑定，應表明鑑定之事項。

當事人聲請鑑定，祇須表明應行鑑定之事項，毋庸指定鑑定人，因鑑定人原應由法院選定，並定其人數，但當事人亦得指定適當之鑑定人，以供法院參考。至法院命行鑑定，並不以當事人所表明之鑑定事項爲限。

日判例 鑑定，不過補助判事心證之具，故雖有當事人之聲明，裁判所毋庸必命行之。(明治三二年日大審院)

日判例 裁判所，不假鑑定人之智識，得自判斷印章之異同者，毋庸命行鑑定。(明治三二年日大審院)

日判例 裁判所依民事訴訟法第一百十七條，本得以職權命爲鑑定，故在依當事人之聲明而爲鑑定時，就其聲明以外之事項，亦得爲鑑定。(明治三五年日大審院)

參考法條 民訴律四〇〇 民訴條例三八四 舊民訴三一

第三百二十六條 鑑定人由受訴法院選任，並定其人數。

法院得命當事人，指定應選任之鑑定人。

已選任之鑑定人，法院得撤換之。

選任何人爲鑑定人，及鑑定人應用一人或數人，均由受訴法院自行裁量，毋庸訊問當事人。惟鑑定人必須記明於命行鑑定之裁定內，以便當事人，行使拒却權（三三三—）。

法院於必要時，得命當事人指定應行選任之人，以備參考。

已選任之鑑定人，有不勝任或其他情形，法院得自由撤換之。

參考法條 民訴律四〇一 民訴條例三八六 舊民訴三一三

第三百二十七條 受命推事或受託推事，依鑑定調查證據者，有前條所定法院之權限，但經受訴法院選任鑑定人者，不在此限。

受命或受託推事，依鑑定爲證據調查者，得自行選任鑑定人，並定其人數，及命當事人指定鑑定人。於鑑定人有不勝任或其他情形時，亦得撤換之。惟若受訴法院，

已選定鑑定人，即不得另以他人為鑑定人。

受命或受託 事行勘驗時，得自行選任鑑定人，命其參與，第三百六十五條另有規定。

參考法條 民訴律四〇七 民訴條例三八七 舊民訴三一四

第三百二十八條 從事於鑑定所需之學術技藝，或職業，或經公署委任，有鑑定職務者，於他人之訴訟，有為鑑定人之義務。

為鑑定人之義務，與為證人之義務不同，非一般人皆有之，其有鑑定義務者，僅以本條所規定之人為限，從事於鑑定所需之學術技藝或職業。如學者、醫師、會計師、技正、技士是也。經公署委任有鑑定職務者，如法醫師、檢驗員是也。

為鑑定人之義務，亦包含到場之義務、陳述之義務及具結之義務。其義務為公法上之義務，與證人之義務同。

參考法條 民訴律三九八 民訴條例三八三 舊民訴三一五

第三百二十九條 鑑定人不得拘提。

鑑定人不準傳到場拒絕鑑定，或拒絕具結者，應適用第三百零三條、第三百十一條及第三百十五條關於證人之規定，科以罰鍰。惟得爲鑑定人者，並不以特定之人爲限，故對於再傳不到之鑑定人，無拘捕之必要。

參考法條 民訴律四〇二 民訴條例三八八 舊民訴三一六

第三百三十條 鑑定人拒絕鑑定，雖其理由不合於第三百零七條第一項之規定，如法院認爲正當者，亦得免除其鑑定義務。

鑑定人有第三百零七條第一項所定拒絕證言之理由者，固得拒絕鑑定，即有其他正當理由，例如被選任爲鑑定人，而並無爲鑑定人之義務；或對於命行鑑定之事，不勝鑑定之任時，亦得拒絕鑑定。惟此種理由，且否正當，須由法院判斷之。關於拒絕鑑定之程序，應依第三百零九條、第三百一十條及第三百二十二條辦理，至鑑定人爲受訴法院所選任，而由受命推事或受託推事訊問之者，其拒絕鑑定之當否，亦應由受命推事或受託推事訊問之。

參考法條 民訴律四〇八 民訴條例三八九 舊民訴三一七

第三百三十一條 當事人得依聲請推事迴避之原因，拒却鑑定人，但不得以鑑定人於該訴訟事件，曾爲證人或鑑定人，爲拒却之原因。

鑑定人已就鑑定事項，有所陳述，或已提出鑑定書後，不得聲明拒却，但拒却之原因發生在後，或知悉在後者，不在此限。

當事人對於鑑定人之選任，雖不得抗告，然于鑑定人有第三十二條各款所揭情形之一，或有其他情形，足認其鑑定有偏頗之虞時，准其向受訴法院或受命推事、受託推事聲明拒却請求，不以此人爲鑑定人，但鑑定人僅於該事件曾爲證人或鑑定人者，不得據爲拒却之原因。

拒却原因之有無，一律須經當事人主張後，由法院受命推事或受託推事自由判斷之。至鑑定人已就鑑定事項有所陳述，或提出鑑定書後，不得聲明拒却，但能釋明

(二八四)拒却之原因，發生在後，或知悉在後者，仍得爲之。其聲明經法院受命審事、受託推事認爲正當者，所有鑑定人已爲之陳述，及其提出之鑑定書，均不得斟酌之。倘不能爲此聲明，則無論依何原因聲明拒却，應以其聲明爲不當而駁回之。

拒却鑑定人之聲明，經駁回確定後，法院有時仍須依第三百二十六條第三項規定，撤換該鑑定人，且當事人亦無妨本于其拒却之原因，主張鑑定之不可採信。

判例 鑑定人與訴訟當事人，雖有同業之誼，他造亦不得據此，即謂其鑑定有偏頗之虞，聲明拒却。(最高法院民二二抗字八八號)

德判例 鑑定人已爲鑑定後，縱有再訊問鑑定人，或提出補充鑑定書之事，亦不容更聲明拒却，但當事人得作爲拒却理由，主張之一切事實，在緊接判決之言詞辯論終結以前，自無妨提出之，以明其鑑定之不足信用。(R. G. 48, 899)

參考法條 民訴律四〇九 民訴條例三九〇 舊民訴三一八

第三百三十二條 聲明拒却鑑定人，應舉其原因，向選任鑑定人之法院或推事爲之。

前項原因及前條第二項但書之事實，應釋明之。

聲明拒却鑑定人，得任以書狀或言詞爲之，鑑定人由受訴法院選任者，應向該法院聲明，雖係受命推事或受託推事訊問鑑定人亦然。不過其聲明得由受命推事或受託推事轉送於受訴法院，若鑑定人係由受命推事、受託推事選任者，其聲明應向該受命推事或受託推事爲之。

聲明拒却，無論依何原因，應舉其事實而釋明之（二八四），原因發生或知悉在後之事實，亦應釋明。

參考法條 民訴律四一〇 民訴條例三九一 舊民訴三一九

第三百三十三條 拒却鑑定人之聲明，經裁定爲不當者，得於五日內抗告，其以聲明爲正當者，不得聲明不服。

拒却鑑定人之聲明，是否正當，應由受訴法院或受命推事、受託推事，以裁定裁判之，不得僅以對於該鑑定人進行訊問，或不訊問，默示其以拒却爲不當或正當也。

受訴法院以拒却爲不當之裁定，聲明拒却之當事人，得對之抗告。至由受命推事或受託推事所爲者，不得抗告，僅得向受訴法院提出異議（四八二）。如受訴法院以其異議爲不當時，仍得對於受訴法院之裁定抗告，此等抗告，均無停止執行之效力（四八八），故不待抗告事件終結，即行訊問鑑定人，並爲本案之終局判決，亦屬無妨。惟因防抗告法院爲相反之裁定，以致搖動本案判決起見，在本裁定確定前，究以暫不判決爲宜，至以拒却爲正常之裁定，則絕對不得聲明不服，故其裁定於宣示或送達後，即時確定。

參考法條 民訴律四一一 民訴條例三九二 舊民訴三二〇

第三百三十四條 鑑定人應於鑑定前具結於結文內，記載必爲公正誠實之鑑定等語。

鑑定人之具結，須在鑑定前行之，不得于鑑定後具結。其結文應記載必爲公正誠實之鑑定等語。此外準用第三百十二條及第三百十三條規定。

德判例 鑑定人雖就訴訟之結果，有直接之利害關係，亦須於鑑定前宣誓。(R.G.

20,394)

德判例 由鑑定人視察為鑑定基礎之事實，而報告於法院者，祇須以鑑定人宣誓已

足。(R.G.9,870)

德判例 鑑定人之宣誓，不得以證人之宣誓代之。(R.G.61)

參考法條 民訴律四〇三 民訴條例三九三 舊民訴三二一

第三百二十五條 受訴法院受命推事或受託推事，得命鑑定人具鑑定書，陳述意見。

鑑定書須說明者，得命鑑定人到場說明。

鑑定人應令其以言詞陳述，此乃第三百十六條至第三百二十二條準用之當然結果，但受訴法院受命推事或受託推事于認為適當時，亦得以裁定命鑑定人具鑑定書，陳述意見。惟此項裁定，有解為仍須鑑定人到場具結，並為相當之訊問後，始得為之者。

鑑定書須由鑑定人作成文書，不可以法院書記官之筆錄代之，受訴法院受命推事或受託推事，如認其鑑定書有說明之必要時，得以裁定命鑑定人到場，以言詞說明，或仍命其以書狀說明，命鑑定人到場，當然準用第二百九十條規定。

本條裁定，均得依職權爲之，對此裁定，不得抗告（四八〇）。

德判例 命鑑定人說明鑑定書，毋庸令其引用以前之宣誓。（R.C.9377）

參考法條 民訴律四〇四 民訴條例三九四 舊民三二二

第三百二十六條 鑑定人有數人者，得命其共同或各別陳述意見。

鑑定人有數人者，不問其陳述意見係以言詞或書狀爲之，受訴法院受命推事或受託推事，得依職權命其各別陳述，或共同陳述，其意見一致者，宜于共同陳述，不一致者，宜于各別陳述。關於隔別訊問證人之規定（三一六條一項），不在準用之列。

本條裁定，亦不得抗告（四八〇）。

德判例 第三百九十四條隔別訊問證人之規定，不準用於鑑定人之訊問。（R.C.8,845）

8,845)

參考法條 民訴律四〇五 民訴條例三九五 舊民訴三二三

第三百三十七條 鑑定所需資料，在法院者，應告知鑑定人，准其利用。

鑑定人因行鑑定，得請求調取證物或訊問證人或當事人，經許可後，並得對於證人或當事人，自行發問。

鑑定人實施鑑定，須深知為鑑定基礎之事實，故調查證據時，得命鑑定人參與所有訴訟審宗，及在法院之其他資料，應由審判長等告知鑑定人，並准其利用。又鑑定人因準備鑑定起見，亦得請求法院調取證物、或訊問證人或當事人。如經審判長等許可，並得對於證人或當事人自行發問。此項請求，不拘何種形式，以書面為之者，亦無須購用狀紙。

參考法條 民訴條例三九六 舊民訴三二四

第三百三十八條 鑑定人於法定之日費旅費外，得請求相當報酬。

鑑定所需費用，得依鑑定人之請求，預行酌給之。

鑑定人除得依民事訴訟費用法第二十三條所定額數，請求給予日費及旅費外，並得請求報酬。其報酬額數，則由受訴法院受命推事或受託推事酌量定之。至鑑定所需之費用，亦得依其請求預行支給。此等請求，俱非對於當事人之權利，而為對於國家之權利。當事人雖未預納，國家亦應支給之。關於鑑定人各請求準用第三百二十三條第二項至第三項規定，應參照該條說明。

解釋 法院選任會計師，或其他有計算技能之人清算賬目，即係命行鑑定，因此所需費用，自應適用關於鑑定之規定。其囑託公署或團體，陳述此項鑑定意見或審查之者，亦應依民事訴訟法第三百四十條辦理。（民二九院字二〇一二號）

參考法條 民訴律四一三 民訴條例三九七 舊民訴三二五

第三百三十九條 訊問依特別智識得知已往事實之人者，適用關於人證之規定。

鑑定人之任務，在陳述關於法律或特別經驗法則之意見；若依特別智識，得知已往之事實，應法院之訊問，於訴訟程序陳述其事實者，其性質乃為證人，自須適用關於人證之規定。

依特別之智識，得知已往事實之證人，學者稱之曰鑑定證人。例如以曾經診視病人之醫師為證人，而訊問其病狀是。訊問此種證人，完全適用關於證人之規定，故其具結、及請求日費旅費，一依證人之規定。當事人對於其為陳述，亦不得拒却。惟此類證人，除令報告觀察事實之結果外，若更使其陳述鑑定意見，例如於醫師報告死者之病狀後，更詢以此種情形，在當時是否不可救治，則是一人同時兼有證人及鑑定人兩種資格。此際應併適用關於證人及鑑定人之規定，故不僅應依證人之例具結，並應依鑑定人之例具結。至於日費及旅費等，則應依鑑定人之例支給之，以鑑定人應得之數較多。

法院因觀察某種事實，須用特別智識，命鑑定人代為觀察者，此際鑑定人除陳述鑑定意見外，並應報告觀察事實之結果，故亦兼有證人之性質。惟鑑定人依法院之命

，代爲觀察事實，乃鑑定人任務之一，與鑑定有不可分離之關係，其報告此種觀察事實之結果，亦祇須以鑑定人之資格具結。

日判例 核定從前商品之市價如何，非可適用關於鑑定之規定，應依民事訴訟法第三百三十三條，適用關於人證之規定。（明治三十七年日大審院）

日判例 在某時日，曾否有某項習慣，即民事訴訟法第三百三十三條所謂過去之事實，故因訊問、實驗此項事實之人，而證明之者，應依該條適用關於人證之規定。

（明治三十八年日大審院）

日判例 對於應作鑑定人訊問之人，而適用關於人證之規定訊問之，雖屬違背訴訟程序，然當事人對之，若未述何異議，即不得以爲上告理由。（大正三年日大審院）

參考法條 民訴律四一四 民訴條例三九八 舊民訴三二六

第三百四十條 法院依第二百八十九條之規定，囑託公署或團體，
陳述鑑定意見或審查之者，準用第三百二十五條至第三百三十八

條之規定，其鑑定書之說明，由該公署或團體所指定之人爲之。

法院因調查法律或特別經驗法則，亦得依第二百八十九條之規定，囑託公署或團體，陳述鑑定意見，或審查鑑定人之鑑定意見，而以其回復之意見書，作爲證據之用。例如囑託國立醫院或醫學所陳述醫學上之法則，囑託商會陳述商事習慣是也。此種調查，與以所謂鑑定不同，所有關於鑑定之一般規定，如訊問具結等，均不適用，惟第三百三十五條至第三百三十八條之規定，仍有準用之必要，公署或團體所具之鑑定書，須說明者，應由該公署或團體指定人員到場說明，亦得提出說明書以代之。指定到場說明之人，非可認爲鑑定人，乃被囑託者之代表。

本條程序，可謂爲廣義之鑑定，法院於有行鑑定之必要時，究依本條程序辦理，抑命行狹義之鑑定，由其自由裁量。

法院亦得囑託公署或團體，指定鑑定人，由法院選任之，訊問此項鑑定人，仍適用關於狹義鑑定之規定。

判例 法院囑託公署或團體陳述鑑定意見或審查之者，毋庸踐行具結之程序，此觀

民事訴訟法第三百三十四條之規定，未爲同法第三百四十條所準用，即可明瞭。（最高法院院民二八滬抗字一〇四號）

解釋 法院選任會計師或其他有計算技能之人清算賬目，即係命行鑑定，因此所需費用，自應適用關於鑑定之規定；其囑託公費或團體陳述此項鑑定意見，或審查之者，亦應依民事訴訟法第三百四十條辦理。（民二九院字二〇一二號）

參考法條 民訴條例三九九 舊民訴三二七

第四目 書證

凡以文書爲材料之證據，謂之書證。文書者，記載文字，以表現吾人意思或思想之物件也。不問其物件爲竹木爲金石，其文字爲書寫爲印刷，且所謂文字，不僅指古今中外之文字而言；普通代文字用之記號，如速記符號電報符號之類，亦包含之。惟物件上所載之記號，全非他人所能了解。例如附於商品之價碼，或其物件全無記號，例如昇標對牌者，雖亦表現吾人之意思，不得謂爲文書。不過此種物件，既足以表現吾人之意思，即有與文書相同之效用，故關於書證之規定，於此種物件準用之（三六

三)。

文書非依其內容爲證據，而依其外形爲證據時，係屬勘驗之標的物，不適用關於證書之規定，如文書之筆跡是。

無論何種文書，皆可供證據之用，即皆具有爲證據之能力，雖訴訟繫屬中作成之文書亦然。至文書之證據力如何，乃證據價值之問題，非證據能力之問題，是不可以不辨。

文書得分類如左：

一、公文書與私文書

公署或公務員，於職務上按定式制作之文書，謂之公文書，非公文書之文書，謂之私文書。

二、勘驗文書與報告文書

文書所記載之事項，爲文書制作人之意思表示，或其他陳述者曰勘驗文書。如命令、契約、遺囑、票據及表示情感之信函是也。此種文書，于文書制作人之意思表示

，或其他陳述，現屬待證事實時，法院卽得據該文書自行觀察之，其事與勘驗無異，故名之曰勘驗文書。

文書所記載之事項，爲文書制作者關於觀察事實結果之報告者，曰報告文書。例如法院筆錄日記商業帳簿及報告事實之信函是也。在勘驗文書，法院得據以自行觀察，待證之事實，在報告文書，則待證之事實，係由文書制作者觀察，而記載其結果於文書，法院惟得依此文書，得知他人觀察之結果，並非自行觀察待證之事實也。

文書有原本、繕本、節本、認證本等名目，以表現吾人之意思或思想。爲目的所作成之文書，曰原本。依照原本所作成，而與原有同一之內容者，曰繕本。繕本，對於外部與原有同一之效力者，曰正本。節錄原有文書內容之一部者，曰節本。於文書之原本，附一公證書，證明其表示制作原本之人，實係原本作成之人者，曰認證原本，於文書之繕本或節本，附一公證書，證明其內容，與原本所載無異者，曰認證繕本，或認證節本。

文書之證據力，有形式上證據力，與實質上證據力之別，文書必其成立，真正足

以證明所稱制作文書之人，實曾爲文書內所記載之陳述或報告，乃有形式上證據力。如其文書之內容，更足以證明待證之事實，則爲有實質上之證據力。文書之證據力如何，除法律有特別規定外，法院應依自由心證判斷之。

文書之爲勘驗文書，載有待證之某人陳述，而其成立真正者，即有證明其陳述存在之證據力。如爲報告文書，雖其成立真正，而其內容是否可信，尙須斟酌文書制作人之觀察及報告是否正確定之。利害關係人制作之報告文書，於自己有利益者，通常無實質上證據力，而于自己不利益者，通常有實質上證據力。

判例 證書雖屬真正，亦祇能認其有形式的證據力，若其實質的證據力之有無，即其內容是否足以證明待證之事實，仍應由事實審法院，依其自由心證判斷之。（最高法院民二六上字五八五號）

判例 法院書記官，依法定格式所作之筆錄，除有反證足以證明其記載爲失實外，就其所記事項，有完全之證據力。（最高法院民二六上字四六一號）

判例 當事人提出書狀，必真正而無瑕疵者，始有訴訟法上形式的證據力。此形式

上的證據力具備，然後審判衙門就其中之所記載，查其是否於係爭事項確有關係，於是乃有實質的證據力之可言。若其書狀，業於事實審認為有增改或添入之瑕疵者，則是形式的證據力已失，無論實質如何，在與證人一面，自屬不能據為可受利益之裁判之書狀，而持為再審之理由。（大理院民三上字一〇五八號）

判例 稅契原為裕賦起見，民間白契，雖未過印、投稅，若依其他憑證，可證為真實者，仍不失其證明力。（大理院民三上字一一七六號）

判例 驗契條例之規定，原係對於隱匿者之一種制裁，意在促起人民注意，以防其隱匿，故一經呈驗之後，即無論其為時遲早，倘該契確係真實，自可予以採用。（大理院民五上字一〇三一號）

判例 土地價值之高下，本隨時勢為轉移，且民間為省稅起見，常有於契據內故意少載價額者，故契載價額之多寡，決不足為鑑別該契真偽之資料。（大理院民四上字六四二號）

判例 當事人提出之書證，有增加刪除及其他之疵累者，審判衙門，可依自由心證

，判斷該書證之證據力。（大理院民四上字七七號）

判例 契約之確實，既經證明者，決不僅因添註塗改，而有妨其效力。（大理院民

三上字九三八號）

判例 凡以商業賬簿爲事實之證明者，必其記載詳明，首尾銜接，毫無改造捏寫之疑竇，方可引爲判斷之基礎。若其記載錯亂，塗改模糊，且有撕去張頁者，審判衙門，自難憑信。（大理院民四上字一九〇〇號）

解釋 原告提起土地所有權確認之訴，依民事訴訟法第二百七十七條規定，自應就其主張負舉證責任。其所提之證據，果能證明其權利，並不以地契爲限，至對遺所提之契據，原告雖得引用，但法院非必以該契據爲判決之基礎。（民二五院字一五八七號）

第三百四十一條 聲明書證，應提出文書爲之。

聲請法院調查文書，謂之聲明書證（參照一九四條二八五條），除文書爲他造當事人或第三人所執者，以下各條另有規定外，若文書在舉證人手中，聲明書證，應提

出文書爲之，卽於聲明時，將該文書提出於法院，有時亦可向受命推事或受託推事提出（參照三五四條說明）。若聲明書證，而不提出文書，法院應不斟酌其聲明，舉證人於言詞辯論期日，不能卽時提出文書者，法院得命延展期日，但非舉證人所能強求（一九五）。

德判例 提出商業帳簿，或其他成冊文書，舉證人須指明其作證據用之部分。（R.

G. 1, 43）

參考法條 民訴律四一八 民訴條例四〇三 舊民訴三二八

第三百四十二條 聲明書證，係使用他造所執之文書者，應聲請法院命他造提出。

前項聲請，應表明左列各款事項：

一 應命其提出之文書。

二 依該文書應證之事實。

三 文書之內容。

四 文書爲他造所執之事由。

五 他造有提出文書義務之原因。

文書在他造手中，舉證人欲使用之者，其聲明書證，應聲請法院，命他造提出文書。所謂他造，以聲明書證時爲訴訟之他造者爲限。故他造之代理人（法定代理人亦同）及從參加人，皆爲第三人，而非他造，其原爲他造當事人，而已脫離訴訟者，亦然。至他造之共同訴訟人，則凡與待證之爭點有關者，皆他造也。

聲請命他造提出文書，所應表明之事項（一）表明文書 須使他造得知係應提出者，爲如何之文書。（二）表明應證之事實 以便法院審訊其事實是否重要。（三）表明文書之內容 其須表明者，爲與應證事實有關之部分，若執有該證書之繕本，自得提出繕本以代之。（四）表明文書爲他造所執之事由 須表明該文書現爲他造所執之根據。（五）表明他造有提出文書義務之原因 提出文書之義務，見第三百四十四條規

定，須表明其原因事實。

聲請命他造提出文書，不備上述要件者，法院應於終局判決之理由中，駁回其聲請，遇有爭執時，亦得以中間判決駁回之（三八三）。

判例 當事人之立證方法，除自己提出證據外，本得使用相對人或第三人所執之書證。（最高法院民一八上字二三四三號）

參考法條 民訴律四二三 四二四 民訴條例四〇四 舊民三二九

第三百四十三條 法院認應證之事實重要，且舉證人之聲請正當者，應以裁定命他造提出文書。

聲請命他造提出文書，其聲請合于前條規定者，法院應調查其應證之事實，是否重要，若認為非重要，應即駁回舉證人之聲請，而於終局判決之理由中，諭示其旨。倘認為重要，則應分別為左之處置：

一 他造承認執有該文書，並有提出之義務者，法院應以裁定，命他造提出文書，毋

庸別爲聲請正當之裁判。

二 他造否認執有該文書，或提出之義務者，經法院調查之結果，如認其執有文書，並有提出之義務，應以裁定命他造當事人提出文書。如認其未執有文書，或無提出之義務，則應駁回舉證人之聲請，而於終局判決之理由中，或以中間判決，諭示其旨。

三 他造對於舉證人之聲請不爭執，除有他項陳述可認爲爭執者外，視爲自認，執有該文書及有提出義務之原因，但不得視爲已承認有提出文書之義務。此際法院仍應調查其有無此項義務，而爲前款所述之裁判。

命他造提出文書之裁定，不得抗告，嗣後對於判決上訴時，得一併聲明不服（四八〇條四三五條）。

參考法條 民訴律四二六 民訴條例 〇五 舊民訴三三〇

第三百四十四條 左列各款文書，當事人有提出之義務：

一 該當事人於準備書狀內，或言詞辯論時，曾經引用者。

二 他造依法律規定，得請求交付或閱覽者。

三 爲他造之利益而作者。

四 就當事人間法律關係所作者。

五 商業帳簿。

各當事人並非負擔提出一切文書之義務，必其所執文書，有本條各款所揭情形之者，始有提出之義務。

第一款文書，一經引用，嗣後雖已捨棄該證據，該當事人仍有提出之義務。

第二款指依法律之規定，有求交付或閱覽之權利。如本於所有權質權寄託委任等所生之交付請求權，本於隱名合夥所生之查閱帳簿請求權是也。

第三款之文書，不以專爲舉證人之利益而作者爲限，其爲舉證人與文書執有人，或第三人共有之利益而作者，亦包括之，如遺囑書、委任書是也。

第四款記載之法律關係，不以現時有效存在爲必要，且亦不須所載爲法律關係之

全部，如收據、提單、借券、存摺及一切契約文書，皆屬此類。

第五款所謂商業帳簿，其意義依商事法規規定之商業帳簿內之各筆記載，足以證明當事人間之法律關係者，雖亦屬於第四款之文書，然茲乃就整個帳簿而言。

德判例 他造所執商業帳簿，若於確定當事人間營業之關係無涉者，無提出作證之

義務，故如因確定他造之財產狀況，不得請求其提出帳簿。(R.G. 20, 42)

參考法條 民訴律四二五 民訴條例四〇七 舊民訴三三二

第三百四十五條 當事人無正當理由，不從提出文書之命者，法院得認他造，關於該文書之主張爲正當。

法院依聲請(三四二條三四三條或依職權(二八八)，命當事人提出文書，而不遵

命提出者，縱認其不提出無正當理由，亦無強制方法。惟得依其自由心證，斷定他造關於該文書之主張爲正當，故在他造已提出繕本時，得以其提出之繕本，認爲與原本相符，其未提出繕本者，得以他造關於文書之性質及內容，並成立真正之主張爲正

當，而依一般原則，據以判斷應證事實之真偽。且法院按其情形，逕行判斷應證事實之真偽，亦無不可。但法院如以為不應如是辦理者，仍可另求裁判之資料，自無待言。

對於不提出文書之當事人，加以本條所規定之不利益，須其不提出無正常理由，且於必要言詞辯論終結時，尙不提出，始能生此效果，其於第一審不提出者，至第二審仍得將該文書補行提出，以除去此不利益之效果，加以本條所規定之不利益，應于判決理由中諭示之。

判例 當事人欲使用相對人所執書據，爲自己利益之證書，並能證明該書據，確爲相對人所執，而相對人不能提出，又別無反對之證明，則審判衙門，對於該舉證人之當事人，自得爲利益之推定。（大理院民九上字一二三三七號）

參考法條 民訴律四二七 民訴條例四〇八 舊民訴三三三

第三百四十六條 聲明書證，係使用第三人所執之文書者，應聲請

法院，命第三人提出，或定由舉證人提出之期間。

第三百四十二條第二項之規定，於前項聲請準用之。

文書爲第三人所執之事由，及第三人有提出義務之原因，應釋明之。

文書在第三人手中，舉證人欲使用之者，其聲明書證，得聲請法院命第三人提出文書於法院，或定期間限其向第三人取出，自行提出。所謂第三人，凡不可認爲第三百四十二條之他造皆屬之，不問爲自然人或法人，亦不問爲私人或公署（參照三四二條說明）。

本條聲請所應表明之事項，與聲請命他造提出文書所應表明者同，即（一）所欲使用之文書。（二）依該文書應證之事實。（三）文書之內容。（四）文書爲第三人所執之事由。（五）第三人有提出文書義務之原因是也。文書爲第三人所執之理由，及第三人有提出義務之原因，並應依第二百八十四條規定，於聲明時釋明之。不過法院認爲適當

時，亦得令第三人於言詞辯論日期到場訊問，或于言詞辯論外，以書狀或言詞爲陳述（二三四）。聲請不備上述要件者，法院應於終局判決之理由中，或以中間判決，駁回其聲請（參照三四二條說明）。

奧民事訴訟法及日本改正民事訴訟法，對於文書爲第三人所執之事由，及其有提出義務之原因，不責令舉證人釋明，反定爲裁定前，應訊問第三人（奧民訴三〇八日改正民訴三一四）。我舊民事訴訟法，則就釋明與訊問，並爲規定（舊民訴三三四條三項三三七條），有議其不當者。要之，改定爲得先訊問第三人，殊無不可。

參考法條 民訴律四二九 四三〇 民訴條例四〇九 舊民訴三三四

第三百四十七條 法院認應證之事實重要，且舉證人之聲請正當者，應以裁定命第三人提出文書，或定由舉證人提出文書之期間。

聲請命第三人提出文書，或定自行提出文書之期間，其聲請合於前條規定者，法院應調查其應證之事實是否重要，若認爲非重要，即應駁回其聲請，而於終局判決之理由中，諭示其旨。其認爲重要者，則應遽而調查該文書是否爲第三人所執，並有無

提出之義務。如調查之結果，認為非該第三人所執，或無提出之義務，即應駁回舉證人之聲請，而於終局判決之理由中，或以中間判決，諭示其旨。如認該第三人執有文書，並有提出之義務，即以舉證人之聲請為正當，而以裁定命第三人提出文書，或定舉證人自行提出文書之期間，命第三人提出文書之裁定，亦得定其提出文書之期間，此裁定並應送達予第三人。他造當事人，如有爭執，並應為舉證人聲請正常之裁判，於終局判決之理由中，或以中間判決諭示其旨。至定舉證人自行提出文書之期間，應使舉證人有取到文書提出於法院之時間，法院為本條之裁定後，當然應停止以後之辯論。

對於本條裁定，不得抗告（四八〇）。但第三人不遵命提出文書時，得主張其有正當理由，以排斥第三四九條之適用。

參考法條 民訴律四三一 民訴條例四一〇 舊民訴三三五 三三七

第三百四十八條 關於第三人提出文書之義務，準用第三百四十四條第二款至第四款之規定。

第三人所執之文書，須係當事人依法律之規定，得向該第三人請求交付或閱覽者，或該文書係爲當事人之利益而作者，或就當事人與第三人間之法律關係所作者，始有提出之義務，參照第四百四十四條說明。

參考法條

民訴律四三〇

民訴條例四一二

舊民訴三三六

第三百四十九條 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，並得爲強制處分。
前項裁定，得爲抗告，抗告中應停止執行。

法院依聲請(三四六)或依職權(二八八)，命第三人提出文書，如無正當理由，而不遵命提出者，法院得依其意見，加以本條之處分，所謂正當理由，例如第三人未執有文書，或無提出之義務，或有不能提出文書之障礙，或非因過失，不知命其提出之裁定是也，所謂強制處分，如命執達員扣押其文書是。

第三人對於科罰及命強制處分之裁定，均得抗告，其抗告有停止執行之效力(四

八八條參照)。其餘參照第三百零三條說明。

參考法條 民訴律四三二 民訴條例四一四 舊民訴三三八

第三百五十條 公署保管或公務員執掌之文書，不問其有無提出之義務，法院得調取之。

公署所保管，或公務員所執掌之文書，其有提出之義務者，法院固得依上述各條規定，令其提出於法院，或交當事人提出，但亦得不適用該規定，而依本條辦理，又該文書公署或公務員，雖無提出之義務，法院亦得依本條規定調取之，一經調取，如非於其職務有礙，該公署或公務員，自須將該文書送交法院，以盡協助之義務，惟此義務與訴訟法上提出文書之義務不同，於不提出時，不得強制之。

調取文書，應由受訴法院裁定，並由審判長或獨任推事，依囑託之方法爲之（參照二〇二條說明）。

參考法條 民訴律四三三至四三五 民訴條例四一五 舊民訴三三九

第三百五十一條 第二人得請求提出文書之費用。

第二百二十三條第二項至第四項之規定，於前項情形準用之。

第三人提出文書於法院，其因此所生之費用，得請求法院支給之，法院就此費用，雖得向當事人徵收，並得命其預納，但不得以當事人未繳納為拒絕支付之理由，因此種請求，乃對於國家之權利。

本條請求，應於提出文書後十日內為之，逾限即失其請求之權，關於此項請求之裁定，得為抗告。又第三人於提出文書前，尚得聲請預行支給費用，參照第三百二十三條說明，公署或公務員依法院之囑託，而提出文書者，亦適用本條規定，至第三人在受命推事或受託推事前，提出文書者，亦得向該受命推事或受託推事，請求支給費用。

參考法條 民訴條例四一六 舊民訴三四〇

第三百五十二條 公文書應提出其原本，或經認證之繕本。

私文書，應提出其原本，但僅因文書之效力，或解釋有爭執者，

得提出繕本。

文書不問由何人提出，在公文書提出其原本，或經認證之繕本均可，有時並得提出必要部分之節本，在私文書則應提出原本，惟于文書之成立，並無爭執，祇就文書之效力或解釋有爭執時，得提出其繕本，原本繕本及認證繕本之意義，見本目總說明，又公署保管或公務員執掌之文書，經調取時，其復文內敘明所送文書，係照原本抄錄者，亦應解為經認證之繕本。

判例 當事人以文書內容為證明方法者，應提出原文，不得僅以繕本為證。（大理院民四上字一三五號）

判例 文契原本，已經遺失，呈驗抄本，經證明確係從原本謄出者，審判衙門自可予以採用。（大理院民三上字一三八號）

日判例 官吏作成之報告書，現已提出於裁判所者，舉證人祇援用之已足，毋庸依民事訴訟法第三百四十六條，聲請囑託送付證書。（明治三十九年日大審院）

第三百五十三條 法院得命提出文書之原本。

不從前項之命，提出原本，或不能提出者，法院依其自由心證，斷定該文書繕本之證據力。

當事人或第三人，依前條規定，雖行提出之公文書之認證繕本，或私文書之繕本，但法院認爲有疑，或其他必要時，仍得命提出公文書或私文書之原本，若當事人或第三人提出原本者，法院應斟酌一切情形，依其自由心證，判斷該文書之證據力。

命提出文書原本，以法院之裁定爲之，對此裁定，不得抗告（四八〇）。

參考法條 民訴律四二〇 四二八 四三六 民訴條例四一八 舊民訴三四二

第三百五十四條 使受命推事或受託推事，就文書調查證據者，受訴法院得定其筆錄內應記載之事項。

文書因恐散失毀損，或有重大窒礙，不能提出于受訴法院者，受訴法院得以裁定，命在受命推事或受託推事前提出，由該推事調查之（二九〇）。受命推事或受託推事

察閱文書，應作成筆錄，將該文書之性質內容，並其他因判斷文書真偽及證據力，所須斟酌之一切情形，記載明確，有時更須附以文書之繕本節本，以此移送於受訴法院，又舊民事訴訟法第三百四十三條第二項，曾定為受訴法院得定受命推事或受託推事，于筆錄內應記載之事項，並得命將文書之繕本或節本附於筆錄，本法無此規定，蓋認為當然之事。

參考法條 民訴律四二一 四二八 四三六 民訴條例四一九 舊民訴三四三

第二百五十五條 文書依其程式及意旨，得認作公文書者，推定為真正。

公文書之真偽有可疑者，法院得請求作成名義之公署或公務員，陳述其真偽。

文書依其程式及意旨，得認為係公署或公務員，於職權上所作成者，推定其為真正，即毋庸由舉證人證其真正，若他造當事人對之有爭執，應由他造反證其非真正，在有反證以前，必須觀該文書為真正也（二八一），惟法院如就文書之真偽，有疑義時

，不問當事人間有無爭執，得依職權請求作成名義之公署或公務員，陳述其真偽，行此程序之裁定，由法院爲之，而由審判長執行，對此裁定，不得抗告，公署或公務員就文書之真偽，有陳述之義務，但求其陳述，毋庸依訊問證人之規定辦理，卽以其回復之文書，作爲證據之用，其回復，兩造當事人均得利用之，若行此程序不得結果者在有反證前，仍受本條推定之拘束。

本條僅適用於內國之公文書，關於外國之公文書，應依次條辦理。

民事訴訟條例第四百條（民事訴訟律第四百十五條同）載：官吏或公吏於職務上按定式作成之文書，從左列各款，就其所記事項，有完全之證據力，但仍許反證：（一）記明官吏公吏之命令處分，或裁判之文書，證其有此命令處分或裁判。（二）記明在官吏公吏前陳述之文書，證其有此陳述。（三）記明前二款以外事項之文書，以官吏公吏直接所知者爲限，證其爲真實等語，本法無此規定，然在依自由心證判斷時，仍不失爲一種經驗法則。

判例 契據於投稅時，經公署蓋有公印，不過爲完納契稅之表示，該契據並不因此

而變爲公文書。(最高法院民二九上字一〇八號)

判例 選舉人名冊，亦僅有普通公證書之效力，不能謂係判斷之惟一證據，故於名冊所記而外，仍有他種公文書，或其他確實證據者，亦得援引爲判決基礎。(大理院民二上字一三六號)

判例 審判衙門依法製成之筆錄，爲公文書之一種，苟非有確據，證明其記載不足憑信，斷不容空言爭執，指爲錯誤。(大理院民七上字一四一五號)

判例 旗署之僕丁冊，係屬公文書，非有確實反證，按照訴訟法例，應有完全之證明力。(大理院民六上字七六八號)

判例 縣券爲一種公文書，非當事人僅以空言指稱爲改造，卽足顛覆其證明力。(大理院民六上字一一七五號)

判例 公證書雖應推定其有相當之證據力，而相對人仍得舉出反證，且依該證書作成之情形，有難於憑信者，審判衙門應以職權爲相當之調查，或命立證之人，更舉其他證據，以資印證。(大理院民三上字一二六二號)

日判例 縣廳之訓令，或戶長之證明書，雖當事人否認，於其效力，不生影響。(

明治二九年日大審院)

解釋 縣政府發給各小學校之領米執據，爲縣長糧食科長職務上制作之文書，自屬

公文書之一種。(民三三院字二六三三號)

參考法條 民訴律四三七 民訴條例四二一 舊民訴三四一四

第二百五十六條 外國之公文書，其真僞由法院審酌情形斷定之，但經駐在該國之中華民國大使公使或領事證明者，推定爲真正。

外國法制及其公文書，作制方法，非我法院所能盡悉，故除該公文書，經駐在該國之中國大使公使或領事證明者，推定其爲真正外，其餘公文書之真僞，應由法院審酌一切情形，依其自由意見斷定之，如法院本其所知或調查之結果，信爲真正者，得斷定其爲真正，此際不問當事人之陳述如何，否則利用該書證之當事人，仍有舉證之責。

參考法條 民訴律四三八 民訴條例四二二 舊民訴三四五

第三百五十七條 私文書應由舉證人，證其真正，但他造於其真正無爭執者，不在此限。

凡非公文書之文書，皆爲私文書，故本應屬於公文書，而因欠缺法律所規定之條件，不能認爲公文書者，皆應認爲私文書，私文書之真正，本應由舉證人負證明之責，惟他造自認該文書爲真正者（二七九），舉證人固毋庸其真正，即他造不爭執真正，而不能依他項陳述，可認爲爭執者，亦應視同自認（二八〇），而免舉證人證明之責，蓋以舉證人提出私文書，必明示或默示該文書爲真正，即屬事實上之主張。他造對之自不可不爲陳述也（一九五）。

關於證書之真僞有爭執，法院得查驗其紙色墨跡或記載之形式，以爲判斷資料，此乃屬於勘驗之性質，勘驗固得依職權爲之也。

判例 當事人提出之私文書，必先證其真正，始有形式上之證據，更須其內容與待證事實有關，始有實質上之證據力。（最高法院民二二上字二五三六號）

德判例 證書之真偽，得依法律所許之一切證據方法證之。(R. G. Jn Grischot 32)

432)

日判例 一造提出之私證書，他造雖否認之，然若有證據，足以證其成立之真正，法院自得作為證據採用之。(明治三五年日大審院)

日判例 當事人提出某證書，主張係他造所作成，而他造否認之者，法院如採用其證書，自不可不說明其成立真正之理由。(大正六年日大審院)

日判例 舉證人，自己為訴訟所作成之文書，雖無證據力，然如發送他人之信函，於訴訟無關係者，苟可認其記載為真實，自無妨以之供認事實之資料。(大正七年

日大審院)

日判例 第三人作成之證書，苟當事人答稱不知，即視與己爭執其成立同，如非可認其成立之真正，不得採為裁判資料。(大正四年日大審院)

日判例 公司清算人，於職務上作成之定期總會報告書，經商法附以制裁，強要其內容之真正，與私人得任意作成之文書，性質不同，故不因他造之陳稱不知，即失

其證據力。(大正四年日大審院)

日判例 第三人於訴提起後，作成之文書，苟非係為證明在訴訟所爭之事實而作者，雖他造當事人陳稱不知，並不當然失其證據力。(大正七年日大審院)

參考法條

民訴律四三九

民訴條例四二三

舊民訴三四六

第三百五十八條 私文書經本人或其代理人簽名畫押蓋章，或按指印，或有法院或公證人之認證者，推定為真正。

私文書係以某人之名義作成，而該文書內本人或其代理人之簽名畫押蓋章，或按指印，當事人間並無爭執，或經證明屬實者，以及私文書經法院或公證人認證，即於該文書內記明，係為作成名義人所作者（依公證法規定，公證事務係由地方法院設公證處辦理之），其私文書所載之內容，在有反證以前，推定其為真正，雖文書本文，係由他人代書，或用外國文，為作制人或代理人所不通曉者，亦然，此為法律特設之證據規定，故法院判斷證據力時，應受此規定之拘束，無行自由心證之餘地，惟該文

書實質上證據力如何，則屬另一問題，與此項規定無涉，對於本條推定之反證，如證明本文有變造情事，或係自己簽名於空白用紙，而由他人違反其意思，爲本文之記載是也。

私文書不備本條之條件者，其證據力如何，全由法院依其自由心證判斷之。

判例 民事訴訟法第三百五十八條，關於私文書經本人或其代理人簽名畫押蓋章，或按指印者，推定爲真正之規定，須其簽名畫押蓋章或按指印，係本人或其代理人爲之，在當事人間，已無爭執，或經舉證人證明者，始得適用。（最高法院民二八上字一〇號）

判例 畫押不爲證明同意之一方法，苟依其他事實，足以證明當時實已同意，或事後已經追認，卽不能藉口其未畫押，而希圖翻異。（大理院民一〇上字五一七號）

參考法條 民訴律四一六 民訴條例四〇一 舊民訴三四七

第三百五十九條 文書之真僞，得依核對筆跡或印跡證之。

核對筆跡或印跡，適用關於勘驗之規定。

證明文書之真偽。一切證據，皆得用之，核對筆跡或印跡，不過爲其證據方法之一，故雖特設規定，仍許用其他證據方法，所謂印跡，包括證書內所蓋之圖章，及所按指印而言。

核對筆跡或印跡者言，將文書內之筆跡或印跡，與同一人在他文書內所書之筆跡或所蓋之印跡比較，其是否相符，論其性質，本爲勘驗，故適用下節關於勘驗之規定，供核對之筆跡，或印跡須無爭執，或經證明其爲真正者，始可用之，舉證人應主張供核對用之筆跡或印跡，爲真正而爲他造有爭執時，負證明其真正之責。

判例 供核對之筆跡，是在與文書上之筆跡相符，法院本得依其自由心判斷之，如認爲無命鑑定之必要，無論當事人有無鑑定之聲請，法院均得不命鑑定，自爲判斷。（最高法院民二八上字一九〇五號）

判例 民事訴訟法第三百五十九條第一項，不過規定文書之真偽，得依核對筆跡或印跡證之，並非不許用其他證據方法，證明之意。（最高法院民二八上字六八四號）

參考法條 民訴律四四〇 四四三 民訴條例四二四 舊民訴三四八 三五—

第三百六十條 無適當之筆跡，可供核對者，法院得指定文字，命該文書之作成名義人書寫，以供核對。

文書之作成名義人，無正常理由，不從前項之命者，準用第三百四十五條或第三百四十九條規定。

因供核對所書寫之文字，應附於筆錄，其他供核對之文件，不須發還者，亦同。

供核對筆跡用之文書，通常因由舉證人提出，而亦得由法院依聲請或職權，命當事人或第三人提出，法院對於不從提出之命者，準用第三百四十五條及第三百四十九條之規定，如供核對筆跡用之文書，爲公署所保管，或公務員所執筆者，亦得準用第三百五十條規定，依職權調取之。

如無適當之筆跡，可供核對用者，法院得指定文字，命作成文書之當事人，或第三人書寫，以供核對，其書寫，通常自應在受訴法院前爲之，民事訴訟條例第四百二

十五條第二項，並規定法院得命在受命推事或受託推事前書寫供核對用之文字，本條雖無此項規定，亦應爲同一之解釋（二九〇）。

命書寫文字，應以法院之裁定行之，若無正當理由，不從書寫文字之命，在當事人，應準用第三百四十五條之規定，在第三人，應準用第三百四十九條之規定。

因供核對筆跡所書寫之文字，應附於言詞辯論或調查證據筆錄，以備查考，至其他供核對之文件，應將原本附於筆錄，如原本須發還者，則將其照片繕本或節本，附於筆錄（三六六）。

筆跡核對，是否相符，由受訴法院依自由心證判斷之（二二二），即當事人有鑑定之聲請，亦得不爲鑑定，自行判斷，惟遇有必要時，仍須選人鑑定。

本條所載之文書作成名義人，不如改爲文書內有其文字之人，較爲賅括，又關於無適當之指印，可供核對時，亦應類推適用本條之規定。

判例 法院當庭核對筆跡，固屬審認證據之一種方法，但已有當事人尋常之筆跡，或其他事實及證據足資證明者，亦不能專憑當庭所核對之筆跡，以爲憑定事實之根

據，蓋當事人在法庭所書，其所表現於字跡者，與平日自難一致，况當事人利害攸關，亦難免不故意做作，使其不符，若所畫之押，爲一十字，其筆畫簡單，核對尤難。（最高法院民二一上字二六一五號）

日判例 可定筆跡或印章真否之對照物，必須爲當事人無異議，或經裁判所判斷爲適當者，而後可。（明治二九年日大審院）

日判例 書證係以其文旨供證據之用，故因證他證書之真正，而以某書類供其筆跡或印章之對照者，因其非以文旨爲證據，故不得視爲證書。（大正四年日大審院）

參考法條 民訴律四四一 四四二 民訴條例四二五 四二六 舊民訴 三四九

三五〇

第三百六十一條 提出之文書原本，須發還者，應將其繕本或節本附卷。提出之文書原本，如疑爲偽造或變造者，於訴訟終結前，應由書記科保管之，但應交付他公署者，不在此限。

提出之文書原本（正本亦同），於調查完畢後，須發還者，應將其繕本或節本，附於卷宗，其未提出繕本或節本者，得命當事人提出，或由書記官自作。

提出之文書原本，法院如疑為偽造或變造者，於訴訟未終結前，應交由書記科保管之，免有湮滅變更之事，但應交付他官署者，則交付之，例如因刑事訴追，應交付于檢察官是也，至此項文書，不應交付他官署者，於訴訟終結後，仍應發還。

本條規定，不問文書係由當事人提出，或第三人提出，均適用之。

關於暫行留置當事人或第三人提出之文書，于法院第二百零三條第三款，另有規定。

日判例 民事訴訟上，當事人提出之證書，通常應即發還於提出人，當發還時，不
必定以繕本附於訴訟記錄。（明治三三年日大審院）

參考法條 民訴律四四四 民訴條例四二八 舊民訴三五三

第三百六十二條 當事人因妨礙他造使用，故意將文書隱匿毀壞，或致不堪使用者，法院得認他造關於該文書之主張，為正當。

當事人有不正行爲，則以他造之主張爲正當（參照三四五條說明），而制裁之，其須具備之要件如左：

一、須將文書隱匿毀壞或致不堪使用 無論其文書爲何人所執，苟係他造所可使用，而隱匿之毀壞之，或致不堪使用者，皆有本條之適用，其隱匿毀壞等行爲，不必該當事人自爲，且不限于訴訟中爲之。

二、須有妨礙他造使用之故意 如係出於過失者，無本條之適用。

本條規定，並準用於勘驗物（三六七），至當事人意圖妨礙他造使用，而使證人鑑定人不到場，或致不能訊問，或駁唆其爲虛僞之陳述，亦應解爲有本條之適用。

判例 凡立證人使用相對人所執書證，經審判衙門命其提出，而不提出時，苟非相對人已自認其執有之事實，或由立證人證明其確有故匿不現等項情事，審判衙門，即不得認立證人，關於該書證之主張爲真實。（大理院民五上字九六八號）

參攷法條 民訴律四四五 四四六 民訴條例四二九 舊民訴三五四

第二百六十三條 本目規定於文書外之物件，有與文書相同之效用

者，準用之。

非文書之物件，其足傳示吾人之意思或思想者，如商品上之價碼，及界標對牌等，雖不能認爲文書，而與文書相似，若於訴訟程序用爲證據，應準用關於書證之規定。

參攷法條 民訴條例四三〇 舊民訴三五五

第五目 勘驗

勘驗爲調查證據之方法，卽法院於訴訟程序，因觀察事實，而查驗物體之行爲，民事訴訟律稱之曰檢證，勘驗之標的物，原不以物爲限，人亦可爲其標的物，又法院因自行觀察某人之陳述，而察閱文書，本屬勘驗之性質，該文書卽勘驗之標的物，惟民事訴訟法別有關於書證之規定，其所謂勘驗之標的物，乃除去文書而言。

勘驗非必概依視覺，可任依五官之某作用爲之，例如嗅某物之氣味，聽某人之聲音，皆勘驗也。

法院之行勘驗，有藉以徑行觀察待證之事實者，例如就某地之形式有爭執，卽勘驗該地，因以明其形式是也，亦有藉以觀察其他事實，俾得由該事實推定應證之事實

者，例如勘驗溝路之方向，因以知其灌溉之來源是也。

勘驗物有無證據力，應斟酌左列情事定之：

一、勘驗物是否真正 法院所勘驗者必為真正之勘驗物，乃能認其證據力，若當事人對於勘驗物之真否，有爭執，應由舉證人就其真正負證明之責（二七七）。

二、勘驗物之性質與待證之事實有無關係 勘驗物之性質，如與待證之事實，並無關係，自無證據力可言。

判例 履勘程序，應以受命推事或其他有審判權限之人（如兼理司法之縣知事或承審員）為之，并須於履勘後為言詞辯論，予當事人以攻擊或防禦之機會，否則不能採為判決基礎。（最高法院民一八上字一〇三一號）

判例 委託無審判權之承發吏，所為之查勘，根本不能援以為據。（最高法院民一九上字二四一七號）

判例 遇有應施行不動產檢證時，得指定受命推事實施程序，如係檢證物坐落遼遠，並認為無逕自派員檢證之必要者，自得囑託該管審判衙門，代為檢證。（大理院

民六上字三九五號)

第三百六十四條 聲請勘驗應表明勘驗之標的物，及應勘驗之事項。

當事人聲請勘驗，(一)應表明勘驗之標的物，如舉證人能提出該物者，當聲請時，可即提出(三六七條三四一條)，否則舉示其物及其物爲何人所執，並聲請命執有人提出，或容許勘驗，或定舉證人提出之期間(三六七條三四二條一項三四六條一項)，如係就人行勘驗者，則舉示其人。(二)表明應勘驗之事項，若應勘驗之事項，非待證之事實，尙須表明應證之事實，當事人於言詞辯論爲此聲請，曾經提出勘驗物者，法院得卽行調查。

判例 因標的物之性質，不能於受訴法院行勘驗者，固得由受託推事行之，然標的物所在地，如係由縣長兼理司法者，僅該縣長或承審員，得爲受託推事而行勘驗，不得由縣長委任書記員行之。(最高法院民二二上字三四三四號)

日判例 勘驗裁判所，得依職權爲之，但若認爲不必要，雖當事人聲請勘驗，毋庸照行，至是否惟一之證據方法，在所不問。（明治四十一年日大審院）

參攷法條 民訴律四四七 民訴條例四三一 舊民訴三五六

第三百六十五條 受訴法院受命推事或受託推事，於勘驗時，得命鑑定人參與。

受訴法院行勘驗時，得依聲請或依職權，命鑑定人參與，俾得提供勘驗所需之智識，或知悉爲鑑定基礎之事實，使受命推事或受託推事行勘驗，受訴法院得爲之選任鑑定人，亦得使該推事選任之（三二六條三二七條），受命推事或受託推事，於認爲必要時，並得自行選任鑑定人，參與勘驗。

日判例 受託推事，因使受託之履勘，項明確起見，認爲必要時，無妨於履勘中，以職權命鑑定。（明治三十七年日大審院）

參攷法條 民訴律四四七 四四八 民訴條例四三三 四三四 舊民訴四五七 四

五八

第三百六十六條 勘驗於必要時，應以圖畫或照片，附於筆錄。

勘驗所得之結果，應明確記入筆錄（二二三條一項四款二九四條），於必要時，並應附以圖畫或照片，如卷宗內已附有圖畫或照片者，即無庸再行附入，惟須以之與勘驗之標的物核對，視其是否相符，而於筆錄或該圖畫照片上記明之。

判例 勘驗依法製作之筆錄，及所附勘圖，均有完全之證據力。（最高法院民一九

上字一二四四號）

參考法條 民訴條例四三五 舊民訴三五九

第三百六十七條 第三百四十一條、第三百四十二條第一項、第三百四十三條、第三百四十五條、第三百四十六條第一項、第三百四十七條、第三百四十九條至第三百五十一條、第三百五十四條及第三百六十二條之規定，於勘驗準用之。

依本條之規定，凡應服從中國法權之人，無論為當事人或第三人，均有提出勘驗物及容許勘驗之義務，此義務乃公法上之一般義務，與為證人之義務同，非若提出文

實之義務，有一定之範圍，故對於第三百四十四條及第三百四十八條，無應用之明文，如係第三人，準用第三百四十九條規定。

違背提出勘驗物，或容許勘驗之義務者，如係當事人，準用第三百四十五條規定，依第三百五十一條之準用，第三人得請求因提出勘驗物，或容許勘驗所生之費用，依第三百六十二條之準用，當事人因妨礙他造使用，故將勘驗物隱匿毀壞，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。

依第三百五十條之準，公用署保管或公務員執掌之勘驗物，法院得調取之。

裁判例 因行勘驗，不得對當事人施以強制，但拒絕勘驗之情形，得依自由心證，加以斟酌。(R. G. iuj. W. 1897, 166)

參攷法條 民訴條例四三六 舊民訴三六〇

第六目 證據保全

調查證據，本應於訴訟繫屬中，且有調查之必要時爲之，惟爲保全證據，即訴訟

尙未繫屬，或雖已繫屬，而未達應行調查之程度時，亦得預行調查，此際不問應證之事實，是否重要，其在上級審所可使用之證據，亦得向下級法院，求為調查。

第三百六十八條 證據有滅失或礙難使用之虞，或經他造同意者，得向法院聲請保全。

無論何種證據，均得聲請保全，但必須合於左列情形之一：

一、證據有滅失或礙難使用之虞 例如證人或鑑定人老病垂危，或其人將有遠行，又如船舶碰撞，逾時，不能確定其損害程度是。

二、經他造當事人同意 如經他造同意，雖證據並無滅失或礙難使用之虞，亦許證據保全，有時可藉此促成訴訟外之和解。

判例 凡係惟一之證據，或於該案有重要關係，即於判斷有直接影響之證據，控告審並未予以調查，而上告審認為違法，應予發還，更為審判者，為當事人利益計，應認其可利用保全證據程序，以便上告審或為發還判決時，原控告審猶得有所憑依，而無坐觀之弊，惟此種保全之證據，若上告審認為控告審並不違法，毋庸發還更

審，仍不能發生何等效力。（大理院民三聲字一號）

日判例 證據保全之聲請，具備要件時，裁判所即應准許之。（大正三年日東京地方裁判所）

參考法條 民訴律四四九 四五二 民訴條例四三七 舊民訴三六一

第二百六十九條 保全證據之聲請，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地方法院爲之。遇有急迫情形時，於起訴後，亦得向前項地方法院，聲請保全證據。

證據保全之管轄法院，因訴訟已否繫屬而不同，於訴訟已繫屬後，爲證據保全之聲請者，應由受訴法院管轄，所謂受訴法院，即訴訟現在繫屬之法院，訴訟繫屬於第一審時，以第一審法院爲管轄法院，繫屬於上訴審時，即以上訴法院爲管轄法院，在下級法院已判決後，尙未提起上訴以前，無論其判決已否送達，應以下級法院爲管轄

法院，惟訴訟繫屬於第三審時，應解為仍由第一審法院管轄之，受訴法院依證據保全之聲請，而調查證據，亦得使受命推事或受託推事行之（二九〇）。於訴訟繫屬前，聲請證據保全者，應由該證人鑑定人住居地或文書勘驗物所在地之法院管轄，遇有急迫情形，雖在訴訟繫屬後，亦得以此地方法院為管轄法院，是否情形急迫，依法院之意見定之。

參攷法條 民訴律四五〇 四五二 民訴條例四三八 舊民訴三六一

第二百七十條 保全證據之聲請，應表明左列各款事項。

一 他造當事人，如他造當事人不能指定者，其不能指定之理由。

二 應保全之證據。

三 依該證據應證之事實。

四 應保全證據之理由。

前項第一款及第四款理由，於必要時應釋明之。

聲請證據保全，得任以書狀或言詞（一二二）爲之，聲請所應表明之事項，其第一款之他造當事人，指現在繫屬之訴訟，或將來繫屬之訴訟，其爲相對人者而言，所謂不能指定他造，如擬請求損害賠償，尙不知加害人爲何人是也，第二款應保全之證據，祇舉示其爲如何之證據，如保全之證據爲人證者，其姓名第三款應證之事實，即依保全證據所應證明之事實，第四款應表明之理由，即證據恐將滅失或礙難使用之情形，或經他造當事人同意之事項。

不能指定他造當事人之理由，以及應保全證據之理由，於必要時，聲請人應依第二百六十四條規定釋明之，聲請人不知釋明者，法院得指示其釋明。

聲請保全證據係請求調查他人所執之文書者，尙應表明第三百四十二條或第三百四十六條之事項，並釋明之。

德判例 證據保全程序，法院必須訊問當事人所聲明之鑑定人，第四百零四條由法院選任鑑定人之規定，於此程序，不適用之。（R. G. 49. 383）

參考法條 民訴律四五一 四五四 民訴條例四三九 舊民訴三六三

第三百七十一條 保全證據之聲請，由受聲請之法院裁定之。

准許保全證據之裁定，應表明該證據及應證之事實。

駁回保全證據聲請之裁定，得爲抗告，准許保全證據之裁定，不得聲明不服。

保全證據之聲請，應由受聲請之法院裁定之，爲裁定前，應就保全證據之要件（三六八），管轄權之有無（三六九），以及聲請之是否，合於程式（三七〇）等，逐一加以調查，至應證之事實，是否重要，則不在審究之列。

關於保全證據之裁定，得不經言詞辯論爲之，其駁回聲請者，不問已宣示與否，應送達於聲請人（二三六條二項），至他造當事人，則毋庸爲送達，該聲請人對此裁定，得爲抗告，准許保全證據之裁定，即法院以聲請爲正當，命爲證據調查之裁定，其裁定內，應表明該證據及應證之事實，此種裁定以不宜示者爲限，應爲送達（二三六條一項），並應向兩造爲之，當事人對之，均不得聲明不服，惟以後法院認定其聲

請不應准許者，得將其裁定撤銷或變更之（二三八），撤銷或變更原裁判之裁定，仍許對之抗告。

判例 證據保全程序，應先以決定裁判保全之聲請，如認聲請為正當，命為證據調查者，即適用一般證據法則，實施調查記明記錄，而保管之，以備採用，然不能即以之拘束審理事實審判衙門，強其必採用之。（大理院民三聲字一號）

參考法條 民訴律四五三 民訴條例四四〇 舊民訴三六四

第三百七十二條 法院認為必要時，得於訴訟繫屬中，依職權為保全證據之裁定。

法院認為必要時，得依職權為保全證據之裁定，但以訴訟已繫屬於法院者為限，如何情形，始認為必要，由法院自由裁量，此種裁定，其應記載之事項，與依聲請而為之裁定同，當事人亦不得對之聲明不服。

參考法條 舊民訴三五六

第三百七十三條 調查證據期日，應傳喚聲請人，除有急迫情形外

，並應於期日前，送達聲請書狀或筆錄及裁定，於他造當事人，而傳喚之。

調查證據期日，經審判長獨任推事或受命受託推事指定後，應傳喚聲請人到場，且應於該期日前相當之時期送達，保全證據聲請書或筆錄繕本，及准許保全證據之裁定，于他造當事人而傳喚之，俾得防衛其權利（例如對於證人發問拒却鑑定人等），如可傳喚他造，而不傳喚，經他造責問後，聲請人即不得利用其調查證據之結果。

依法院之意見，認為情形急迫（如證人或鑑定人病已垂危）者，調查證據期日，亦得不傳喚他造當事人，至他造當事人不明者，更無傳喚之可言。

聲請人或他造當事人，於調查證據期日不到場，或兩造均不到場時，依第二百零九十六條規定調查證據，亦得為之。

舊民事訴訟法第三百六十六條第一項（民事訴訟律四五六條一項民事訴訟條例四四三條一項同），曾規定因保全證據，而為調查者，依本條第一目至第五目規定為之，本法雖無此規定，當為同一之解釋。

參考法條 民訴律四五五 民訴條例四四一 舊民訴三六六

第三百七十四條 他造當事人不明，或調查證據期日，不及傳喚他造者，法院因保護該當事人，關於調查證據之權利，得爲選任特別代理人。

第五十一條第二項至第四項之規定，於前項特別代理人準用之。
調查證據期日，不能傳喚他造當事人者，法院依其意見，得爲他造選任特別代理人，此種裁定，不得對之抗告，前條規定，於特別代理人亦應適用。

選任特別代理人之裁定，應送達於該特別代理人，特別代理人，因防衛他造關於調查證據之權利，得爲一切行爲，其因此所需費用，法院得命辯論人墊付。

參考法條 民訴律四五四 民訴條例四四二 舊民訴三六七

第三百七十五條 調查證據筆錄，由命保全證據之法院保管，但訴訟繫屬他法院者，應送交該法院。

調查證據之筆錄，應由命保全證據之法院保管之，由受命推事或受託推事調查證據者，於調查畢後，即移送於該法院，但訴訟繫屬於他法院者，命保全證據之法院，應將筆錄送交于訴訟繫屬之法院。

保全證據程序，調查證據之結果，聲請保全證據之人，及他造當事人均得利用之。受訴法院亦得依聲請或依職權，命補充或再行調查，民事訴訟條例第四百四十四條，定有明文，本法雖無此規定，應為同一之解釋，又當事人于言詞辯論時，對於保全證據程序之調查，及此種證據方法之准許，固仍得主張異議，但不得以保全證據之聲請，不備要件或管轄錯誤為異議之理由。

參考法條 民訴律四五六 民訴條例四四三 舊民訴三六八

第三百七十六條 保全證據程序之費用，應作為訴訟費用之一部，定其負擔。

保全證據程序之費用，應於現在繫屬或將來繫屬之訴訟，作為訴訟費用之一部，依一般原則，定其應由何人負擔，不可于保全證據程序裁判之，當事人所支出之此等

費用，如係伸張或防衛權利所必要者，雖其調查證據之結果，於訴訟未經利用，亦應由負擔訴訟費用之他造當事人賠償，若其訴訟後未繫屬者，則欲他造賠償此等費用，惟有作為損害賠償，另行起訴，至保全證據之聲請被駁回者，其程序費用，即應於該程序裁判之（九五），但有反對說，所謂保全證據程序之費用，即聲請及調查證據，並選任特別代理人各費用是也。

參考法條 民訴條例四四五 舊民訴三六九

第四節 和解

當事人於訴訟繫屬中，在受訴法院或受命推事受託推事前，為和解者，謂之訴訟上之和解，亦稱審判上之和解，此種和解，其目的一而在就私法上之法律關係，止息爭執，同時又在終結訴訟之某爭點，既為私法上之法律行為，又為訴訟行為，和解之非在受訴法院或受命推事受託推事前為之者，僅成立民法上之和解，不生終結訴訟，或訴訟某爭點之效果。

訴訟上之和解成立，須兩造互相讓步，但其讓步，不以關於爭執之事項為限，對於其他事項，讓步亦無不可，例如當事人約定為訴訟標的以外之給付，亦得認為讓步是也，又當事人為終結訴訟之合意，雖非就為訴訟標的之法律關係，互相讓步成立和解，而其一造讓步（例如為承認債務或免除債務之意思表示），與終結訴訟之意思表示，合而為一者，或並未就為訴訟標的之法律關係，成立和解契約，僅合意終結訴訟者，均應準訴訟上和解之例辦理。

舊民事訴訟條件，規定對於訴訟上和解，聲明不服，準用再審程序之規定，提起再審之訴，現行法未設此規定，當事人如以和解有私法無效或得撤銷之原因，或依民事訴訟法之規定，其行為應認為不生效力（如無訴訟能力人或無代理人所為之和解），而欲主張和解無效或撤銷之者，應向原法院聲請指定言詞辯論期日，為和解無效之主張，或將其撤銷，此際法院若認為無效或得撤銷之原因，則應以裁定諭示訴訟已因和解而終結，駁回當事人就訴求為辯論及裁判之聲明，如認為有無效或得撤銷之原因，則應以中間判決，諭示訴訟未因和解而終結，或俟就訴為終局判決時，於其

由中諭示之（三八三條二二六條三項），惟依現行事例，關於駁回聲請之裁判，係以判決爲之。

和解有私法上解除之原因，有解爲得解除之者，其說殊難贊同，蓋以訴訟上之和解，不僥爲私法上行爲，而且與確定判決，有同一之效力者也。

判例 和解，以當事人間之意思合致而成立。（最高法院民一八抗字一三九號）

判例 當事人在縣署所具遵判不敢纏訟之甘結，不發生和解之效力。（最高法院民二〇上字四〇六號）

判例 和解契約，一經當事人間合意卽爲成立，其未經向訴訟繫屬衙門遞狀聲明者，雖不得謂其已有審判上之和解，而當事人間之和約，固應發生效力，各受拘束審判衙門，亦應依當事人之聲明，以爲判斷，原爭執事項之準據，關於和解之內容如另發生爭執，當然予以審斷俾資解決。（大理院民七上字二〇號）

判例 審判衙門，因顧全當事人雙方之利益，於訴訟進行中，得命令兩造邀中理處，並得對於當事人直接爲息訟之勸告（不以命令形式爲之），如其邀中理處之命令

有不法時，是否可以抗告，本無明文規定，惟以條理言之，自與審判衙門因訴訟指揮所爲之裁判，不能同論，應準其上訴，以資救濟，而期速結。（大理院民三抗字一〇一號）

判例 未經成立之和解契約，在和解進行中，當事人所爲讓步之主張，及中人調處之方法，均難採爲裁判之根據。（大理院民九上字一〇九一號）

日判例 訴訟上之和解，固爲單一契約，然同時爲私法上之行爲，及訴訟法上之行爲，即一面爲當事人互相讓步，而生私法上效果之法律行爲，而他面爲使訴訟或某爭點終結之訴訟上行爲也。（大正六年日地方裁判所）

日判例 裁判上之和解，一面爲私法上契約，而他面同時爲訴訟行爲，與確定判決有同一之效力，故債務人於和解契約之履行，縱有遲延，亦不得解除之。（大正七年日大阪地方裁判所）

解釋 就訴訟上之和解，而有爭議，應由當事人向受訴法院，爲和解應行撤銷，或未合法成立之聲明，請求依試行和解未成立之普通程序，繼續審判，受訴法院本於

當事人言詞辯論之結果，如認其和解不得撤銷，或業已合法成立，得以終局判決（參照民事訴訟法第二百十一條第二百十二條），宣示該事件已由和解而終結，如認其和解，應行撤銷，或未合法成立，而他造有爭執時，應依民事訴訟法第三百七十五條，為中間判決。（民二二院字八四三號）

解釋 當事人對於訴訟上之和解，聲明不服，如具有撤銷之原因，應向受訴法院，聲請繼續審判。（民二二院字八七三號）

解釋 （一）訴訟上之和解，有無效或撤銷之原因，應依試行和解未成立之普通程序，向受訴法院聲請繼續審判，業經本院解釋有案（參閱院字第八四三號及第八七三號解釋）。（民二三號字一一四八號）

解釋 審判上之和解，如已合法成立，訴訟即因之而終結，當事人自不得有所不服，執行法院，並得依聲請實施強制執行，倘有無效或得撤銷之原因，現行法律就此未設何制限，自得隨時聲請繼續審判。（民二四院字一二二〇號）

解釋 （一）審判上和解，如有無效或得撤銷之原因，得聲請繼續審判（參照院字

八四三號解釋)。(二)委任狀上祇有「悉依法定」或「進行訴訟」等字樣，並非特別委任，自不得認有代為和解之權。(三)無訴訟代理權者所為之和解，自不生效。(四)和解無效之聲明，法律上並無期間之限制(參照院字等一二二〇號解釋)。(五)無訴訟代理權者之訴訟行為，於審判終結或和解成立後，因本人之承認，視為有效力之行為。(六)和解因代理權欠缺而撤銷，因此所生之訴訟費用，應依民事訴訟法第八十九條辦理。(民二四院字一二五八號)

第三百七十七條 法院不問訴訟程度如何，如認有成立和解之望者，得於言詞辯論時，或使受命推事或受託推事試行和解。

受訴法院，得於言詞辯論時，就訴訟或訴訟之某爭點，試行和解，其試行和解，即於言詞辯論隨時相機為之，毋庸特為裁定，言詞辯論已結束後，亦得再開辯論，試行和解。

試行和解，亦得使受命推事或受託推事行之，試行和解之期日，當事人一造或兩

遺不到場者，即爲和解不能，其不到場之當事人，並不因此而受特別之不利益，受命或受託推事，於行準備程序或調查證據時，雖未受試行和解之命令，或囑託，而於當事人兩造在場時，亦得試行和解。

受訴法院試行和解，或使受命推事受託推事試行和解，不問訴訟在如何程度皆得爲之，第二審及第三審法院亦然（四六〇條四七八條）。

判例 審判上試行和解，固不問訴訟事件在如何程度，即至第二審第三審，亦得試行，但應由受訴審判衙門，或其受命推事受託推事爲之，本件原審衙門，於抗告人聲明控告當時，並非管轄該案之第二審衙門，亦非依法受有囑託，乃竟就該項控告案件，試行和解，自不能認爲合法。（大理院抗字二五八號）

參考法條 民訴律二八四 二八六 民訴訟條例四四六 舊民訴三七〇

第二百七十八條 因試行和解，得命當事人或法定代理人本人到場

受訴法院因試行和解，得命當事人或法定代理人本人，於言詞辯論期日，或於受命推事受託推事前，親自到場，受命或受託試行和解之推事，亦得命當事人或法定代理人，於試行和解期日，親自到場，命本人到場之期日，除面向當事人或代理人告知外，應另送達傳票（一五六），本人不遵命到場時，並不因此而受特別之不利益。

參考法條 民訴律二八四 二八六 民訴條例四四七

第三百七十九條 於言詞辯論時，試行和解而成立，應記載於言詞辯論筆錄。

由受命推事或受託推事，試行和解而成立者，應作和解筆錄。

第二百十二條至二百十九條之規定，於前項筆錄準用之。

第一項及第二項筆錄，應送達於當事人。

於言詞辯論試行和解而成立者，法院書記官，應將和解成立之旨，及其內容明確

記載於言詞辯論筆錄（二二三條一項三款）。

由受命推事或受託推事試行和解而成立者，其試行和解，不問是否受命令囑託而爲，應由法院書記官，作成和解筆錄，記載和解成立之旨，及其內容，送交受訴法院，此項筆錄，準用第二百十二條至第二百十九條，關於言詞辯論筆錄之規定，和解之強制執行，即本於言詞辯論筆錄，或和解筆錄爲之，此項筆錄，應送達於當事人，其記載于言詞辯論筆錄者，僅將其關於和解之部份，制作繕本送達之（一三五）。

判例 法院如係於言詞辯論中，試行和解而成立，則和解當時，有無繕具和息狀，殊於和解不生何等影響。（最高法院民一九上字一九三六號）

判例 上訴或抗告，係對於法院裁判聲明不服之方法，法院之書記官，作成之和解筆錄，並非法院之裁判，自不能對之提起上訴或抗告，如當事人對於訴訟上之和解，主張未經合法成立，本可向試行和解之法院，聲請繼續審判，如該法院認爲和解實未合法成立，他造尙有爭執時，即應以中間判決，宣示其旨，就該事件繼續審判，或逕就該事件繼續審判，而於終局判決理由中，宣示其旨，反之，如該法院認爲和解已合法成立時，應以終局判決，宣示訴訟已因和解而終結，此項終局判決，當

事人既得依上訴方法聲明不服，即無許其對於和解筆錄聲明不服之必要。（最高法院民二一抗字七〇九號）

解釋（甲）關於和解者：（一）當事人提起上訴後，法院僅據調解人所具之和解狀或當事人之結狀所載和解內容，填發和解筆錄，核與民法第三百七十一條第一第二兩項不符，自不得認為訴訟上之和解。（二）前項和解，既在訴訟繫屬於上訴法院所為，則當事人之一造，如主張和解尚未合法成立，或有撤銷之原因時，自應向該法院聲請裁判（參照院字第八四三號解釋）。（三）不變期間之規定，係專就裁判終結之事件而設，其以和解尚未合法成立，或有撤銷之原因為理由，聲請裁判，應不受不變期間之拘束。（民二二院字九六六號）

解釋：和解筆錄，如有誤寫誤算或其他類此之顯然錯誤者，法院雖無得為更正之明文，而由民事訴訟法第三百八十條，強制執行法第四條第三款等規定觀之，訴訟上之和解，與確定判決有同一之效力，關於判決書更正錯誤之規定，於和解筆錄有同一之法律理由，自應類推適用，惟民事訴訟法第二百三十二條，以判決書為法院所作，故規定判決書錯誤之更正，以法院之裁定為之，和解筆錄則為法院書記官所作

，其錯誤之更正，自以法院書記官之處分爲之，對於此項處分，提出異議時，依同法第二百四十條第二項之規定，始由其所屬法院裁定。（民三二院字二五一五號）

參考法條

民訴律二八五

二八六

二九三

民訴條例四四八

舊民訴三七一

第二百八十條

和解成立者，當事人不得就該法律關係更行起訴。

和解成立者，訴訟即時終結，而當事人間，關於該法律關係之爭執，同時亦得解決，與經本案之確定終局判決同，故不許當事人，以原訴訟之他造爲被告，就該法律關係更行起訴，若更行起訴，法院應依職權以後訴爲不合法而駁回之，參看第二百四十九條說明。

和解于裁判後成立者，該裁判即因而失其效力，和解僅關於訴訟其爭點者，法院即毋庸就該爭點爲調查，而當事人亦不得爲反于和解意旨之主張。

訴訟上之和解，其效力所及之人，依第四百條之規定之，和解之內容，適于強制執行者，亦有執行力。

判例 審判外之和解，除實際上，當事人應受拘束外，在訴訟上並無何種效力，不

生一事再理之問題，故關於其內容所有爭執，當然可以再行起訴。（最高法院民二〇上字一五八六號）

判例 審判上之和解，一經合法成立，其訴訟即歸於消滅，非證明和解本身，有無效或得撤銷之原因，當事人自應絕對受和解之拘束，縱令事後發見可受利益裁判之證據，亦不得就同一事件，更行主張。（最高法院民一七上字四號）

判例 共同訴訟人中到場之當事人，經未到場之當事人授權，而為訴訟上之和解者，關於和解，即為未到場當事人之訴訟代理人，其所為之和解，對於未到場之當事人，亦有效力。（最高法院民二一上字二〇〇六號）

判例 民事訴訟法第三百八十條所謂和解，係指依同法第三百七十七條至第三百七十九條成立之訴訟上和解而言，當事人間縱於訴訟進行中成立和解，而非於言詞辯論時，或受命推事或受託推事前為之者，仍屬訴訟外之和解，自無同條之適用。（最高法院民二八上字二〇四〇號）

判例 被上訴人，如果曾以時受上訴人打罵為原因，向兼理司法之某縣政府提起離

婚之訴，並經成立訴訟上之和解，即不得再以和解前時被打罵之事實，為請求離婚之理由。（最高法院民二九上字二五五號）

判例 訴訟上之和解，一經成立，該訴訟即行終結，除該和解係無效或經撤銷者外，法院不得就其事件，再為審判。（最高法院民二三上字八九九號）

判例 當事人間，經黨部之調處，成立互相讓步以終止爭執之合意者，祇可認為民法上之和解契約，不能與訴訟上之和解發生同一之效力。（最高法院民二八上字一八四號）

判例 訟爭事項，因審判上之和解而終結者，除該和解契約，係當然無效，或經會法撤銷外，當事人固不得就同一事項，更行訟爭，惟於和解成立後，如因當事人之行為，與和解契約相抵觸，另啓訟爭，而並非關於和解之執行者，其訟爭關係，與業經和解而終結者，既不能視為一事，又非執行原和解契約，可以解決，則審判衙門，即不得作為新訴訟，予以受理。（大理院民四抗字五五號）

參考法條 民訴條例四五〇 舊民訴三七二

第五節 判決

本節所規定者，爲第一審程序之判決，及判決之宣告假執行（三八九條至三九三條），與其確定力（三九九條至四百條）等，若裁定，則隨時規定於本編及前編各節，至關於裁判之程式、官示、送達、更正補充及其羈束力等，則在前編第四章第六節，已有總括之規定。

判例 審判衙門，認爲係無效之法律行爲時，得不待當事人之主張，逕以職權調查其事實關係，而爲判決。（大理院民二上字七七號）

判例 商店貿易，均以其股東爲債權債務之主體，故除有特別法文，及當事人意思合致或習慣法則外，凡債務之強制執行，不論對於債務人何部分，或坐落何處之財產，依法均得爲之，至應先儘債務人何部分之財產，或應於何時執行，本非審判衙門裁判範圍內，應及之事。（大理院民三上字六四六號）

判例 審判衙門，就兩造權義之爭執，經過言詞辯論所爲之裁判，雖未悉依判決方

式，而經當事人提起上訴後，爲謀其便利起見，應以已經判決論。（大理院民四抗字四八二號）

判例 司法機關之訴訟行爲，以原則論，無論法律上有如何之瑕疵，若在未經依法撤銷以前，不能不認爲有效，蓋以司法權之作用，與一般行政權之作用相等，法律上若有瑕疵，自有救濟之法，而爲維持國家威信起見，亦斷不能視當然無效，此證之訴訟法則上訴再審，及其他救濟方法等之規定，而自明者也。然對於此原則，亦不能絕對無例外，例如國家司法機關受理，顯然屬於權限外之訴訟事件，其訴訟行爲，自不能認爲司法權之作用，即認爲當然無效，亦毫無不可，又或司法機關之訴訟行爲，並無法律上之根據，而欲對於法律上毫無關係之第三人，爲裁判效力之拘束，則亦不能不認爲當然無效，蓋此種行爲，已失其法權行使之條件，亦不能視爲國家司法權之作用，故其效力自無由而發生也。（大理院民二上字一三七號）

日判例 訴訟中訴訟之標的發生變更者，判決不依起訴時之狀態爲之，而應依判決時之狀態爲之。（明治四二年日大審院）

日判例 當起訴之初，原告之請求，雖屬有理由，然于訴訟進行中，訴訟之目的物滅失，或被告已應原告之請求履行，而原告仍堅持其最初之請求者，該請求結局非當。(明治三四年日大審院)

日判例 當起訴時，雖履行期未到，若判決時已到期者，不得不認其請求為正當。

(明治三十一年日大審院)

日判例 原告請求債務之連帶清償，經裁判所認定不應連帶，而應分担者，應認該請求之一部，即其屬於分担之部分，為有理由。(明治三十八年日大審院)

日判例 原告所主張之私法上權利，若可分者，雖對於其全部，未能十分證明，然裁判所就其已證明之部分，固應為原告勝訴之判決，不得就全部權利，宣告其敗訴。(明治四五年日大審院)

日判例 適用法律於其所認定之事實，專屬裁判所之職權，故其應適用之法律，無論當事人引用與否，不可不逕行適用。(明治三六年日大審院)

日判例 司法部之指令內訓等，非可拘束裁判所之法令解釋。(明治三五年日大審院)

解釋 原告之請求，既無理由，則其判決主文，自應載明原告之訴駁回。（來函說謂應載明原告之請求駁回）（民二六院字一六二四號）

第三百八十一條 訴訟達於可為裁判之程度者，法院應為終局判決。

命合併辯論之數宗訴訟，其一達於可為裁判之程度者，應先為終局判決，但應適用第二百零五條第三項之規定者，不在此限。

訴訟達於可為裁判之程度時，應即為終局判決，詳言之，即依實體上或訴訟上之理由，認其訴訟已毋庸更行辯論，而應與以保護權利之行爲，或拒絕保護者，應即以判決終結該審級之訴訟程序，惟依現行法律，依訴訟上之理由，而為終結訴訟程序之裁判者，通常應以裁定行之（六四條二項一〇一條一七七條二四九條），此際均可不問當事人是否欲更為辯論，並訴訟中所為之裁定，是否尙在抗告中。

合併辯論之數宗訴訟，除依第二百零五條第三項規定，主參加訴訟與本訴訟，應合併裁判者外，其一達於可為裁判之程度時，亦應即為終局判決，此乃全部判決，而

非一部判決，與由當事人合併之數宗訴訟，依次條規定，先就一部所爲之終局判決不同。

終局判決，除依次條規定，就訴訟標的之一部，或於當事人合併之數宗訴訟，就其一宗而爲者外，皆就訴訟之全部爲之，卽爲全部判決，第一審之終局判決，應分別爲左之宣告。

訴權之存在要件，有欠缺者，應以訴爲無理由，而爲駁回，其訴之終局判決，訴有理由者，應從其訴之聲明，爲被告敗訴之判決。

判例 原告起訴，於當事人適格有欠缺者，係屬訴無理由，法院應以判決駁回之，不得認爲不合法，以裁定形式，予以裁判。（最高法院民二九抗字三四七號）

判例 舊日州縣衙門之批判，若確已解決當事人間係爭之點，及當事人已知其內容者，自應以終局判決論，一經確定，卽不得再就該事件復爲爭訟。（大理院民字四

二〇五號）

判例 被告承認原告之請求原因，而提出抗辯事實時，審判衙門應就其抗辯事實之

能否成立，予以審認裁判，不得以被告之抗辯事實，未經調查明晰，遽先依原告之請求判決，而令被告再行起訴。（大理院民九上字七三二號）

德判例

終局判決，爲全部的或一部分的，於該審級終結訴訟之判決。（R.G. 7, 427 U. 1, 7350, 359）

日判例

以代表資格爲原因，而爲一定之請求者，其認爲無代表資格之裁判，足以終結本案全體，故爲終局判決。（明治二九年日大審院）

日判例

當事人提出之數個獨立攻擊或防禦方法中，經裁判所限制其一者，依同法第二百二十七條，雖得爲中間判決，然其限制之論點，若爲足使本案終局之事項，

且經認爲裁判之時機已至者，仍無妨經爲本案之終局判決。（明治三二年日大審院）

解釋

民事訴訟法第八七及第三八一至三八三各條規定，係就訴訟情形，分別應爲何種判決之指示，法院判決，如合於某條所示之情形，卽爲適法，至上述條文除書

事人有爭執者，宜於理由中諭示外，其餘引用與否，均可斟酌情形定之。（民二六

院字一六七五號）

參考法條 民訴律四五八 民訴條例四五— 舊民訴三七三

第三百八十二條 訴訟標的之一部，或以一訴主張之數項標的，其一達於可為裁判之程度者，法院得為一部之終局判決。本訴或反訴，達於可為裁判之程度者，亦同。

可分之訴訟標的，其一部達於可為裁判之程度，或由原告合併之數宗訴訟（五三條二四八條二五五條）中，有一訴可為裁判，又或被告提起反訴後，僅本訴或反訴可為裁判者，法院得就其可為裁判之部分，先為終局判決，此判決為一部判決，因其不能終結訴訟之全部也（參照前條說明）。一部判決，關於上訴再審及強制執行等，與全部終局判決無異。

訴訟雖有本條情形，若法院認為不相宜者，亦得不為一部判決，例如他部訴訟，去可為裁判之程度不遠，或現可裁判者，僅其極小之一部，即得不為一部判決，法院為一部判決與否，由其自由裁量，當事人不得強求。

依第二百四十五條所為訴之合併，如法院命被告報告計算，即非以一部判決為之

不可。又當事人就訴訟標的之一部或合併訴訟之數項標的其中之一項爲捨棄或認諾（三八四）者，亦以爲一部之捨棄或認諾判決爲宜（三八四）。

判例 反訴一經利用，本訴之訴訟拘束，提起以後，即自行發生訴訟拘束。故本訴之訴訟拘束，雖因撤回本訴，而溯及的消滅反訴之訴訟拘束，亦不隨之消滅，法院仍有就反訴爲調查裁判之義務。且本訴與反訴，法院得命分別辯論，或先就其一爲一部判決，在民事訴訟法（舊民事訴訟法）第一百九十六條，及第三百七十四條，均有明文規定，是反訴不因本訴已經判決，而失其存在，尤爲明顯，絕無本訴已經判決即不得更就反訴辯論判決之理。（最高法院民二二抗字三〇三號）

判例 當事人，以一訴主張之數項標的，法院認其一項，達於可爲裁判之程度，而爲一部之終局判決者，不得謂判決有脫漏。其未經判決之部分，應由該法院另爲判決，不適用民事訴訟法關於補充判決之規定。（最高法院民二二上字三八八七號）

判例 第一審就兩項認爭合併判決之案件，當事人聲明全部不服者，控告審依法固

應爲全部之審理，不能恣置一部於不問，但因訴訟關係之複雜，爲使明晰起見，先爲一部判決者，亦爲現行訴訟法例所認許。（大理院民四上字一五七〇號）

判例 審判衙門就本訴與反訴之請求，審核情形，可分別爲一部分之終局判決。（

大理院民五上字一五一七號）

德判例 在一訴爲被告之共同債務人中，得對於其一人爲一部判決。（R. G. 512 48）

德判例 就一請求主張數個事實上之理由者，駁斥其中之一理由，不得以一部判決爲之，而應以中間判決爲之。（R. G. 50 272）

德判例 在婚姻事件，本訴及反訴，均僅請求離婚者，不許爲一部判決。（R. G. 45, 40 U. 58. 307）

德判例 先判決之訴訟標的，或其一部須依其原因及數額，已客觀的一定，而適於對之爲是認或否認之判斷。（R. G. 6. 57 i16 423 U. 22 405）

參考法條 民訴律四五九 民訴條例四五二 舊民訴三七四

第三百八十三條 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，法院得爲中間判決。請求之原因及數額，俱有爭執時，法院以其原因爲正當者，亦同。

凡當事人因攻擊或防禦所主張之事項，獨立可生某法律上之效果者，皆所謂獨立之攻擊或防禦方法，已於第二百零六條說明。然本條所謂獨立之攻擊或防禦方法，應解爲係除去中間之爭點而言。中間之爭點者，乃訴訟中所生程序之爭執，如訴是否合法，或有無變更之爭執，及承受訴訟應否許可之爭執是。爭執之無關於訴訟程序者，則屬本案之爭點，非中間之爭點。原告或被告所主張之事實，獨立可生某法律上效果，而非屬中間之爭點者，卽爲獨立之攻擊或防禦方法。

各種獨立之攻擊防禦方法或中間之爭點，可爲裁判者，固得依法院之意見，先爲中間判決。惟若訴訟亦已達于可爲裁判之程度，則應逕爲終局判決，不得爲中間判決。爲訴訟標的之請求，有須定其數額者，如當事人就其請求之原因及數額，俱有爭

執時，法院得依其意見，先為請求原因正當之中間判決。茲所謂請求，係指為本訴或反訴標的之請求而言，被告作為抗辯主張之請求，不包括之。惟請求並不以為給付之訴之標的為限；所謂請求之原因，係指認其請求成立之理由而言。凡請求須有其發生之原因，並無妨其發生，及致其權利消滅，或不能行使之事實，始可認其請求成立。故以請求原因為正當之中間判決，須斟酌足以明其請求原因成立之一切攻擊防禦方法為之。

原告之訴不合法者，應以其訴為不合法而駁回之，固不生為中間判決問題，即認其訴為合法。而就其所爭執之請求原因為中間判決，亦必認有請求之原因，即以其原因為正當時，始得為之。若認為無請求之原因，則應以其訴為無理由而為駁回之終局判決，自無可為中間判決之理。以原因為正當之判決，僅宣告其請求有成立之原因，非予以保護私權之終局行為，此其所以為中間判決也。

以請求原因為正當，而為中間判決者。如辯論後，毫不能認有請求之數額，仍應為駁回原告之訴之終局判決。若可認有請求之數額，則應為被告敗訴之終局判決。

中間判決所裁判之事項，法院爲終局判決時，應受其羈束，不得更爲相反之裁判（二三一）。當事人就其所裁判之事項，在該審級，亦不得再行提出攻擊防禦方法，惟在中間判決之言詞辯論終結後，所發生之新事實，仍得提出之（一九六）。至對於中間判決，不得獨立上訴，僅得隨其後之終局判決，受上訴法院之審判（四三五）。又此判決雖有再審之理由，亦僅得對於終局判決，提起再審之訴（四九四）。

法院爲終局判決時，對於中間判決所裁判之事項，應受其羈束。故爲中間判決，須特別慎重，以免作繭自縛。

判例 被告主張原告之法定代理人，欠缺法定代理權，以爲獨立之防禦方法時，法院如認該防禦方法爲無理由，先爲駁斥之裁判，應中間判決行之。對此中間判決，不得獨立提起上訴，應俟將來對於終局判決，提起上訴時，併受上訴法院之審判。（最高法院民一八抗字一二三號）

判例 所謂得爲中間判決，不過法律賦予法院以自由斟酌之權限，並非強制其必爲中間判決。故法院如認請求原因爲正當，同時即就爭執之數額爲辯論，而爲終局判

決，要難謂爲違法。（最高法院民二〇上字六〇〇號）

判例 民事訴訟法第三百八十三條，係規定各種獨立之攻擊或防禦方法，達於可爲裁判之程度者，法院得爲中間判決是。遇有此種情形時，爲中間判決與否，應依法院之意見定之，並非必須爲中間判決。若獨立之攻擊或防禦方法，達於可爲裁判之程度，同時訴訟亦已可爲裁判者，卽應逕爲終局裁判，決不得復爲中間判決，尤不許當事人以未爲中間判決，爲上訴理由。（最高法院民二七上字一〇四五號）

判例 民事訴訟法第二十八條第一項，規定訴訟之全部或一部，法院認爲無管轄權者，應依原告聲請，以裁定移送於管轄法院，並未認被告有聲請移送訴訟之權，同條第三項所稱駁回移送訴訟之聲請，自係指駁回原告移送訴訟之聲請而言，至被告抗辯法院無管轄權時，縱令曾爲移送訴訟之聲請，而法院認其抗辯爲正當者。如原告不聲請移送，且於受同條第二項之訊問後，仍不聲請移送，卽應依同法第二百四十九條第二款之規定，以裁定駁回原告之訴，不得據被告之聲請，予以移送。若法院認被告之抗辯爲不當，則祇須以中間判決，或於終局判決理由內，宣示其旨，亦毋

庸爲駁回被告聲請之裁定。(最高法院民二六渝抗字一四八號)。

判例 當事人於撤回上訴後，以撤回有無效之原因，聲請繼續審判者，如法院認其聲請爲正當，准予繼續審判，應以中間判決裁判，或於終局判決理由中，宣示其旨，不得以裁定裁判之。(最高法院民二九抗字三〇六號)

判例 當事人主張各種獨立之攻擊或防衛方法，可提前裁判者，審判衙門得爲中間判決。此項中間判決，爲便利當事人免訴訟拖延起見，不能視爲與終局判決同。雖屬違法，亦應於終局判決後，有不服時，依法上訴。不得於未經終局判決以前，遽行聲明不服。(大理院民四抗字八七號)

德判例 對於無當事人適格之抗辯，得爲中間判決。(R. G. 11, 389)

德判例 就原告訴之原因，得保留被告之某抗辯，而爲中間裁判。(R. G. in Gru chot 28)

德判例 數個再抗辯中，得先就其一爲中間判決。(R. G. imJ. w. 1892, 346)

德判例 民事訴訟法第三百〇四條規定，於確認之訴，就義務之原因及數額，有爭

執時，亦適用之。(R. G. 8, 862)

德判例 被告抗辯已清償者，須認其抗辯為不當時，始得就原告請求之原因，為中間判決。(R. G. 31 861)

德判例 以請求之原因為正當時，得為中間判決，所謂以請求之原因為正當，非僅以原告之主張為正當之謂。須依所確定之事實，必定生請求存在之結果。(R. G. 16 887. u. inl. w. 1900, 411)

德判例 中間判決之性質，不僅依法院之表示或意見決之，而應依判決之內容及客觀之訴訟情形決之。(R. G. 42, 846)

日判例 對於一個爭點之判決，不能使事件終局者，為單純之中間判決。(明治三十四年日大審院)

日判例 許可承受訴訟之裁判，乃中間判決，非終局判決，故對於該裁判有不服者，雖得與本案之裁判，一並上訴，而不得獨立上訴。(明治三十一年日大審院)

日判例 訴無變更之裁判，乃就中間之爭，所為之中間判決。(大正二年日東京控

（訴院）

日判例 原告有無請求損害賠償之權利，若有此權利，得請求幾何之金額，兩造有爭執時，即係請求之原因及數額，俱有爭執。（大正五年日大審院）

日判例 就請求之原因及數額，有爭執時，裁判所認為無原因者，縱令會限制辯論，亦應以終局判決駁回請求。（明治三十七年日大審院）

日判例 關於請求原因之判決確定後，發見當事人無訴訟能力者，判決所並不受前確定判決拘束，得駁回其訴。（明治二十九年日大審院）

日判例 已為中間判決，認有請求原因者，爾後就其數額為裁判，雖受該中間判決之羈束，不得視其判決為無效，然亦不得謂既有原因存在之判決，即絕對不能不認其數額，有幾分存在。（明治三十六年日大審院）

解釋 民事訴訟法第二百四十九條第二款情形，僅屬程序問題，故得祇以裁定駁回原告之訴。至同法第三百八十三條，雖亦關於程序之裁判，但以本案尙繼續進行，如不服該裁判，須俟本案終局判決後，始得隨同上訴，故不能不以之為應用判決之

事件。是以法院認被告管轄之抗辯，為無理由時，如有予以裁判之必要，應以中間判決行之。（民二五院字一五二三號）

參考法條 民訴律四六三 四六四 民訴條例四五三 四五四 舊民訴三七五

第三百八十四條 當事人於言詞辯論時，為訴訟標的之捨棄或認諾者，應本於其捨棄或認諾，為該當事人敗訴之判決。

訴訟標的之捨棄，乃原告就其依訴之聲明，所為關於某法律關係之主張，向法院表示拋棄之謂也。有時單稱曰捨棄，訴訟標的之認諾，乃被告對於原告，依訴之聲明，所為關於某法律關係之主張，向法院表示承認之謂也。有時單稱曰認諾，捨棄認諾，並非以處分訴訟標的為目的之意思表示，不得認為私法上之法律行為。所有民法上關於法律行為無效或撤銷之規定，均不得適用或準用之。然如為訴訟標的之捨棄或認諾時，併將為訴訟標的之權利，表示捨棄或認諾之意思者，此際應認當事人于訴訟行為外，同時並為私法上之法律行為，因而私法上法律行為之效果，亦隨之發生矣。

捨棄認諾，在行準備程序之受命推事前，亦得爲之。然必於嗣後受訴法院爲言詞辯論時，陳述其結果，或朗讀筆錄後，始得以爲判決之基礎（參照二七五條說明）。又此種行爲，固須於言詞辯論時爲之。但爲對於法院之行爲，故於他造當事人不在場時，亦得爲捨棄認諾。

捨棄認諾，無論訴訟在如何程度，皆得爲之。在第二審，亦得爲捨棄或認諾。但在第三審，不得爲之，雖開言詞辯論時亦然。

原告爲訴訟標的之捨棄後，法院應不調查其訴權存在要件是否具備，即以捨棄爲基礎，認原告之訴無理由，而爲駁回其訴之判決（捨棄判決）。至被告爲訴訟標的之認諾後，法院應不調查爲訴訟標的之法律關係，是否果屬存在或不存在，即以認諾爲基礎，認原告之訴有理由，而爲被告敗訴之判決（認諾判決）。但此時法院對於其他訴權存在要件，即關於保護之必要，及當事人之資格，仍應依職權調查之。如此等要件欠缺，被告雖認諾，亦應爲原告敗訴之判決，非可爲認諾判決也。

合併訴訟所主張之數項標的，就其一項或標的之一部爲捨棄或認諾者，應即本於

捨棄或認諾，爲該當事人一部敗訴之判決。若該當事人僅就爲免決問題之法律關係，捨棄或認諾者，應解爲法院須應本於其捨棄或認諾，認該法律關係爲存在或不存在。捨棄或認諾判決，均應以職權爲之，無待當事人之聲明。且係本案判決，必訴合法，始得爲之。

訴訟標的，係當事人不得爲處分者，亦不得捨棄或認諾。縱爲捨棄認諾，亦不得採爲判決基礎。不過本法僅就認諾，設有特別規定（五七〇條一項五八四條五九〇條六一一條六二〇條三項六三五條）。

判例 當事人於言詞辯論時，爲訴訟標的之認諾者，應本於其認諾，爲該當事人敗訴之判決。雖爲民事訴訟法第三百八十四條所規定，但當事人之適格有欠缺，法院仍應依職權調查之。如有欠缺，即應駁回原告之訴，不得本於認諾，爲被告敗訴之判決。（最高法院民二六渝上字八七六號）

判例 於言詞辯論時，試行和解未成立者，當事人一造在試行和解時，所爲讓步之表示，並非訴訟標的一部之捨棄或認諾，不能以此爲判決之基礎。（最高法院民二

八上字一〇五八號)

判例 訴訟當事人就其訴爭之標的物，若已表示捨棄之意思者，審判衙門爲尊重當事人意思起見，即應本於其拋棄，而爲裁判，而該當事人亦不能將已經拋棄之事項，無故反悔。(大理院民四上字一七八六號)

判例 當事人於訴訟上表示捨棄之意思者，審判衙門應本於捨棄，爲該當事人敗訴之判決，惟採用捨棄之表示，爲判決基礎，必其表示確係出自本意，毫無誤會而後可。(大理院民六上字八五四號)

德判例 於法院所爲之捨棄，不僅得以言詞辯論筆錄爲據，亦得以他方法證明之。
(R. G. 10, 366)

德判例 認諾須無保留。(R. G. Ins. A. 54 Nr. 255)

會議錄 (十一)本無所有權之原告，提起所有物返還之訴，有所有權之被告，於言詞辯論時，認諾原告有所有物返還請求權者，應本於其認諾，爲該被告敗訴之判決。請求放贖典物之訴，依法已取得典物所有權之被告，於言詞辯論時，陳述情願受

倘原告之與價，而將典物返還原告者，亦應本於其認諾，為該被告敗訴之判決。（最高法院三十一年十一月十九日民事庭總會決議）

參考法條

民訴律四六〇 四六一

民訴條例四五五 四五六

舊民訴三七六

第三百八十五條 言詞辯論期日，當事人之一造不到場者，得依到場當事人之聲請，由其一造辯論為判決。

如以前已為辯論或證據調查，或未到場人有準備書狀之陳述者，為前項判決時，應斟酌之，未到場人以前聲明之證據，其必要者，並應調查之。

當事人於言詞辯論期日，不到場者，得依到場當事人之聲請，由其一造辯論而為判決。故當事人所遲誤者，當為受訴法院之言詞辯論期日，即不問其為初次期日，或續行期日，均得依本條規定，而為判決。倘所遲誤者，為準備程序期日，或言詞辯論前之調查證據期日，則無本條之適用（二七三條二九六條）。所謂不到場者，指於相

當時期，受合法之傳喚，而不到場者而言。至其不到場，是否出於該當事人之過失，則非所問，但可認為係因不可避之事故，不能到場者，不得即為判決（三八六條一款二款）。

當事人之一造，於言詞辯論期日不到場者，須經到場當事人之聲請，始得為缺席判決，故不得依職權為之。但當事人不知聲請者，亦得發問曉諭，促其聲請，此聲請為訴訟上之聲明，與應受判決事項之聲明別為一事。

被告於言詞辯論期日不到場者，由到場之原告，獨為辯論，此際原告仍應依一般規定，為應受裁判事項之聲明，並提出事實及證據，如係續行辯論，則其辯論應繼續以前之程度為之。如被告有準備書狀者，辯論之標的，並及於準備書狀中之陳述，證據之已命為調查者，及為被告以前所聲明，尚未命調查，而認為必要者，均應依一般規定調查之。關於得依職權調查證據之規定，亦有其適用，法院斟酌所有辯論及調查證據之結果，並被告準備書狀之陳述，如認原告之訴有理由者，應為被告敗訴之判決，如認為無理者，應為駁回其訴之判決。

原告於言詞辯論期日不到場者，由到場之被告，獨爲辯論，此際被告應按原告訴狀所述訴之標的與聲明，而爲自己應受裁判事項之聲明，並提出防禦方法，如係續行辯論，則其辯論，應繼續以前之程度爲之，如原告有準備書狀者，辯論之標的，應並及於準備書狀中之陳述，關於證據之調查，應依一般規定爲之，即原告以前所聲明，尙未命調查，而認爲必要者，亦應調查，法院斟酌所有辯論及調查證據之結果，並原告準備書狀中之陳述，如認原告之訴無理由者，應爲駁回其訴之判決，如認爲有理由者，應爲被告敗訴之判決。

主張事實及舉證之責任，並不因當事人之一造缺席而有，異如到場之他造，求爲本案判決，除就訴訟權存在要件之是否具備，應依一般原則，與未到場人，分配主張事實及舉證之責任外，並須由該到場人證明，爲訴訟要件之事項存在，如不能爲此證明，則應認訴爲不合法，以裁判駁回其訴，或駁回到場人之聲請，不得爲本案判決（參照三八六條三款）。

以前辯論之效力，不因以後當事人之一造缺席，而受影響，故因缺席人在前，辯

論不爭執所生之效力（二八〇條三五七條），仍繼續存在，而到場當事人以後之辯論，除爲一般原則所許者外，亦不得與以前之辯論相牴觸。

由當事人之一造辯論，而爲判決時，應斟酌未到場人準備書狀之陳述，其於準備書狀中所舉之證據，亦得調查之，此雖言詞主義之例外規定，然法院就其應斟酌之陳述，仍應于判決前，與到場當事人以辯論之機會，調查證據，亦應令到場之當事人在場。

本條判決，係當事人之一造，於言詞辯論期日不到場，本於其他一造之辯論而爲，故不問其判決係于何造不利，均得稱之爲缺席判決，至若當事人先已于前次期日到場，爲一部辯論，而于續行期日不到場者，應依他造聲請，爲缺席（實兼對席）判決，若當事人於前次期日未到場，而于最後期日已到場辯論者，仍應爲對席判決，此種缺席判決，與對席判決雖同應斟酌已爲之一部辯論，而準備書狀之陳述，則前者得斟酌之，後者除依第二百七十九條等規定外，不得斟酌之。

當事人之一造，於言詞辯論期日不到場，如經到場之他造聲請爲缺席判決，法院

除依後條規定駁回其聲請外，應即令該當事人辯論而為判決，不可依職權延展期日，惟該期日辯論，不能終結，例如調查證據未完，仍須延展期日，因此至延展之新期日，有解為應傳喚未到場之當事人者，然如當事人于其提出之準備之書狀中，多列事實與證據，即可避免缺席之不利效果，且新日期迫促，有時亦無法傳喚，未到場之當事人，以解為不傳喚為宜。

當事人之一造於言詞辯論期日不到場時，到場之他造，亦得不聲請缺席判決，而聲請延展期日，其聲請延展期日自應准許（一五九），倘不為缺席判決之聲請及辯論（三八七），而亦不聲請延展期日，訴訟程序，即視為休止。（一九一）

以上所述者，為缺席之終局判決，此項終局判決，其得依上訴程序聲明不服，與一般終局判決同，至法院傳喚，係就應為中間判決標的之事項，特行指定言詞辯論期日者，亦得依本條規定，為缺席之中間判決。

舊民事訴訟法第三百七十七條第一項，定為許到場之當事人一造辯論，而為判決云云，則雖未經到場人聲請，法院亦得命其一造辯論而為判決，實際上較為便利。

民事訴訟律（四九二條以下）關於缺席判決之規定，係於當事人之一造，於言詞辯論期日不到場時，依到場當事人之聲請，逕本於他造缺席之效果，為不利於缺席人之判決，至對於此種判決聲明不服之方法，則為聲明窒礙，均為本法所不採。

判例 前此指定之辯論日期，如無點呼開始之筆錄，應認其日期為已廢止，嗣後所定辯論日期，仍須合法傳喚後，當事人之一造不到場時，始得依到場當事人之聲請，由其一造辯論。而為判決。（最高法院民一八上字二六號）

判例 當事人到院投遞改期聲請書，不候法院核准，逕自離院，即不得謂非故意不到場。（最高法院民一八上字二七六一號）

判例 第一案由被上訴人一造辯論，而為判決，係依被上訴人之聲請為之，為第一審判決所明載，不能因言詞辯論筆錄內未載，有此項聲請，即謂係依職權為之。（最高法院民二七上字七八號）

判例 上訴人雖曾聲請中止訴訟程序，並對於駁回其聲請之裁定，提起抗告，但審判長指定之言詞辯論期日，不因此失其效力，原審因上訴人未於該期日到場，依被

上訴人之聲請，由其一造辯論，而爲判決，不得謂爲違背民事訴訟法第三百八十五條第一項之規定。（最高法院民二八上字一七號）

判例 民事訴訟法第三百八十五條第一項，僅規定言詞辯論期日。當事人之一造不到場者，得依到場當事人之聲請，由其一造辯論，而爲判決，並非謂當事人之一造不到場，即應本於其不到場之效果，而爲該當事人敗訴之判決，故被上訴人雖不到場，而上訴爲無理由者，仍應爲駁回上訴之判決。（最高法院民二七上字一三九號）

判例 言詞辯論期日，當事人之一造不到場時，第一審法院，如未經到場當事人之聲請，逕依職權，命一造辯論，而爲判決，其訴訟程序，即不得謂無民事訴訟法第四百四十八條第一項所稱之重大瑕疵。（最高法院民二九上字一七八五號）

判例 訴訟代理人，雖於辯論期日提出辭任書，裁判所毋庸對於本人，更發傳票，而得依到場當事人之聲明，即爲缺席判決。（明治二九年日大審院）

判例 當事人於緊接判決之言詞辯論期日不到場或到場不爲辯論者，縱令於以前

日期，曾到場辯論，仍應依他造聲明，爲缺席判決。（明治三〇年日大審院）

日判例 受合法傳喚之當事人：雖經聲請變更言詞辯論期日，若裁判所未予以變更，則該當事人之不到場，縱係受他造欺騙，亦不可謂非遲誤。（明治三六年日東京地方裁判所）

日判例 言詞辯論期日，業經兩造之代理人到場，各爲一定之聲明，並爲關於事實及證據之陳述者，即令一時合法停止辯論之後，經一造代理人到場，爲關於證據調查結果之辯論，亦不得以對手人之代理人爲遲誤期日，本此而爲缺席判決。（明治四二年日大審院）

解釋 依該省適用之民事訴訟條例，如經公示送達後，而被告仍不到者，依到場當事人之聲請，得由一造辯論，而爲判決。（民一九院字三八三號）

解釋 當事人一造聲請變更言詞辯論期日，除法院認爲有重理由予以裁定變更者外，當事人仍須於原定期日到場，否則即應依民事訴訟法第三七七條辦理。（應注意三七八條）（民二三院字一〇四七號）

參考法條

民訴律四九二至四九四 民訴條例四五七 舊民訴三七七

第三百八十六條 有左列各款情形之一者，法院應以裁定，駁回前條聲請，並延展辯論期日。

一 不到場之當事人，未於相當時期，受合法之傳喚者。

二 當事人之不到場，可認為係因天災，或其他不可避之事故者。

三 到場之當事人，於法院應依職權調查之事項，不能為必要之證明者。

四 到場之當事人，所提出之聲明事實或證據，未於相當時期，

通知他造者。

對於當事人之傳喚，未於相當時期爲之，或傳喚不合法者，雖該當事人於期日未到場，不得認爲遲誤，不應使生缺席之效果，至當事人全未受傳喚，更不待言，所謂傳喚未於相當時期爲之，如違背就審期間之規定是也（二五一條四二七條），傳喚不合法，如違背送達之規定是也（一二三條以下），至期日係常而告知者，不受本款之限制（一五六條但書）。

當事人之不到場，法院認爲係因不可避免之事故而不能到場者，自不宜對之爲缺席判決，此項事故，不問法院因何知之。

所謂法院應依職權調查之事項，指爲訴訟要件之事項而言，遇有當事人一造於言詞辯論期日不到場，不問其到場者爲原告，爲被告，如求爲本案判決，即應就訴訟要件之存在，盡舉證之責，苟未能證明其存在，法院自不能爲缺席判決，此際其不能證明，若已確定者，法院或爲其他處置，或以原告之訴爲不合法，而爲駁回其訴之裁定（二四九），若尙未確定，則應駁回缺席判決之聲請，延展辯論期日，故茲所謂不能證明，應解爲係有待於證明之意。

到場人所提出之聲明事實或證據，關於本案而為缺席判決之資料者，均應通知他造，若訴訟上之聲明，與訴是否合法之事實或證據，則無庸通知，此通知，應以準備書狀送達，所謂相當時期，乃他造於收受送達後，得為相當準備之時期，如他造曾於前次期日到場，而其聲明事實或證據，業於前次期日提出者，應以既經通知論。

以上形情之有無，法院應依職權調查之，若有此等情形之一，應以裁判駁回缺席判決之聲請，並延展辯論期日，否則應令到場之當事人，為辯論而不得延展期日，即法院依一般原則，所有延展期日之職權，應解為亦受本條規定之限制，但於該期日不能終結辯論時，仍得延展期日。

本條規定，依非常時期民事訴訟補充條例第十條，於當事人在言詞辯論期日不到場，係因戰爭而到場顯有困難者，不適用之。

本條裁定，乃訴訟程序進行中，所為之裁定，不得對之抗告（四八〇）

判例 應受送達人拒收傳票，送達人若未將傳票留置於送達處所，而隨將傳票帶回

，即不能謂已受合法之傳喚。（最高法院民一八上字一七六一號）

判例 對於不到場當事人所爲之傳喚，違背關於就審期間之規定者，該當事人，即係未於相當期受合法之傳喚。（最高法院民二九上字一五四五號）。

判例 第二審於有民事訴訟法第三百八十六條第一款情形時，依到場當事人之聲請，由其一造辯論，而爲未到場人敗訴之判決者，未到場人，自得以此爲上訴理由。（民二七上字三一九七號）

判例 當事人因患病，不能於言詞辯論期日到場者，如無可認爲不能委任訴訟代理人到場之情形，即非民事訴訟法第三百八十六條第二款，所謂因不可避之事故，而不到場。（最高法院民二八上字一五七四號）

判例 依民事訴訟條例第四百五十八條第一項，到場當事人所提出之聲明事實或證據方法，未於相當時期，通知他造者，法院應駁斥到場當事人之聲請，延展辯論期日，本件被上訴人所提出之聲明事實等，係影響於判決之重要事項，且有關於本案，乃原審未待於相當時期，通知上訴人，與上訴人以準備之時機，而即據被上訴之聲請，予以判決，殊屬不合。（大理院民一一上字一六三四號）

德判例 缺席判決之聲請，當然毋庸預行通知缺席當事人。(R.G. 31, 404)

日判例 既未指定開庭期日，則當事人之不到場，乃當然之事，自不許為缺席判決

。(明治四二年日大審院)

日判例 對於在心神喪失狀況之人，所為遺達無效，雖該當事人於辯論期日未到場

，不能謂其遲誤期日。(大正三年日大審院)

日判例 定期發航之輪船，因大霧而延期，至當事人失乘輪之機會，不能於言詞辯

論期日到場者，即係民事訴訟法第二百五十四條第二款，所謂不可避之事故。(明

治三〇年日大營院)

日判例 於一定之聲明訂正書，更正誤寫及減縮請求之一部者，雖未送達於被告。

得為缺席判決。(大正三年日大審院)

參考法條 民訴律四九六 四九七 民訴條例四五八 舊民訴三七八

第二百八十七條 當事人於辯論期日到場，不為辯論者，視同不到

場。

當事人於言詞辯論期日到場，而始終不為辯論，或不為辯論任意退庭，除該當事人本有拒絕抗辯之權者外（九八），亦許依他造當事人之聲請，而為缺席判決。

所謂不為辯論者，指未為可作判決基礎之陳述而言，故除應受判決事項之聲明外，非更就訴訟關係，為事實上法律上之陳述，不得謂其已為辯論。至已為辯論，而其辯論不完足，則僅生各訴訟行為遲誤之效果（二二二條二八〇條三五七條），此際法院應依一般規定，於已至可為裁判之程度時，為對席之判決。

當事人兩造于辯論期日到場，均不為辯論或一造不到場，而他造不為辯論者，視為休止訴訟程序。（一九一）。

參考法條 民訴律四九五 民訴條例四六〇 舊民訴三七九

第三百八十八條 除別有規定外，法院不得就當事人未聲明事項，為判決。

本法係採辯論主義，（見第一編第四章總說明），法院為判決時，應本於當事人之聲明為之，當事人之聲明，有不明瞭或不完足者，雖應令其敘明或補充之，（一九

九)然不可就未聲明之事項，或超過其聲明之範圍，而為有利益於當事人之判決，例如原告祇求命被告清償債務之一部，法院不得判決命其清償全部，原告只求撤銷婚姻，法院雖認其婚姻無效，或有離婚原因，不得為婚姻無效或離婚之判決，又若原告求為判決，確定其對於被告不負某債務，而被告並未提起反訴請求清償該債務，法院不得進而為命原告向被告清償債務之判決是也，此項原則，於各種程序，及各審級均適用之。(參照第四四七條及四七二條)但有左列之例外：

- 一 法院無待當事人之聲明，應於終局判決，為訴訟費用之裁判(八七)。
- 二 法院無待當事人之聲明，應於某種判決，為假執行之宣告(三八九)。
- 三 法院無待當事人之聲明，得於某種判決，定相當之履行期間(三九六)。
- 四 法院無待被告或被告上訴人之聲明，為駁回訴或上訴之判決。

法院之判決，雖應本於當事人之聲明為之，然於當事人聲明之範圍內，為一部准許一部駁回之裁判，則無不可。

本條之規定，判決有違背者，得為上訴之理由

判例 法院對於民事案件，應以當事人聲明之事項，爲判決之範圍，而當事人之聲明事項，則除有特別規定情形外，應以在第一審言詞辯論終結前，所聲明者爲準。
(最高法院民一九上字一六九九號)

判例 法院就當事人聲明之範圍內，本得爲一部准許，一部駁斥之裁判，基於分別准駁之故，雖不能與當事人之聲明一致，而其審則並非當事人所未聲明之事項。(最高法院民一九上字七九八號)

判例 原告起訴，以認爭產業爲其公有，請求被告交出，被告應訴後，雖以私有爲抗辯，但並未提起確認私有之反訴，則審究結果，如認爲並非公有，則僅駁回原告之請求即爲已足，倘主文內於駁回原告請求之外，另行認定認爭產業爲被告所有，即屬訴外裁判。(最高法院民一八上字一九四七號)

判例 金錢債權之利息，本可計算至判決執行之日爲止，惟法院不得將當事人未請求之利息判歸當事人，故利息之計算，自應以債權人合法請求者爲限。(最高法院民九上字一二八號)

判例 凡關於訴訟程序之指導，法院爲便利當事人計，固可以當事人某種錯誤之訴訟行爲，視爲他種訴訟行爲，（例如當事人對於判決提起抗告，法院應視爲上訴予以受理之類），但當事人所爲某種訴訟行爲，並未錯誤，法院即不能反於其意思，視爲他種訴訟行爲。（例如本係補正程式，另行起訴，不得視爲聲請回復原狀之類）。

○（最高法院民一八上字二一七號）

判例 人事訴訟雖與財產權上之訴訟不同，得參用干涉主義，然亦不過訴訟資料之蒐集，與訴訟之進行，擴張法院之職權行爲而已，非可超過當事人聲明之範圍，而爲過度之干涉。（最高法院民一九上字八七八號）

判例 據被上訴人所述起訴原因之事實，上訴人與甲訂定之契約爲雙方通謀而爲之虛僞意思表示，其主張如果屬實，依民法第八十七條第一項之規定，本屬當然無效，被上訴人雖援用民法第二百四十四條之規定，請將該契約撤銷，然依民法第二百四十條之規定撤銷契約，亦使契約自始無效，法院就原告所主張起訴原因之事實，判斷其法律上之效果，不受原告所述法律上見解之拘束，原審確認該契約爲無效，

與被上訴人聲明之本旨，並無不符，不得謂爲就當事人未聲明之事項爲判決。（最高法院民二六渝上字三五九號）

判例 上訴人在原審僅維持第一審，駁回上訴人同居之訴之判決，並未以被上訴人於結婚時，不能人道爲原因，對被上訴人提起撤銷婚姻之反訴，在原法院自無從逾當事人聲明之範圍，就其婚姻之應否撤銷，予以裁判。（最高法院民二八上字二四六九號）

判例 判決對於案外之第三人，無拘束之效力。（最高法院民一九上字二二七八號）

判例 凡確定不動產所有權歸屬之訴，若兩造均無確實之證據可憑，而審判衙門，以職權調查之結果，不惟於兩造之所主張，均不能有所證明，反發見其所有權係屬第三人，而該第三人，又並不出而主張者，則依民事訴訟不告不理之原則，除暫聽現在占有該不動產之一造維持現狀外，不能遽爲確定該所有權屬於訴外第三人之判斷，否則不能認爲有效。（大理院民四上字三二號）

日判例 民事訴訟法第二百三十一條，所謂裁判所無以未經聲明之事物，歸之於原

告或被告之權，係謂不得以無請求之物，歸之於原告或被告之爲反訴原告者。（明治三五年日大審院）

日判例 原告以冒認販賣之侵權行爲，爲請求損害賠償之原因者，裁判所不得漫然以買賣不履行為原因，命被告賠償損害。（明治四〇年日大審院）

日判例 原告單請求交付某物時，裁判所乃判決被告有支付該物價額之義務者，係以未經聲明之事物，歸之於當事人。（明治三五年東京地方裁判所）

日判例 受金錢請求之被告，對於原告，雖同有金錢之請求權，然非由被告表示抵銷之意思後，裁判所仍不得自原告之請求金額中，扣除被告有請求權之金額。（明治四一年日大審院）

日判例 於確定境界之訴，就所有權之範圍有爭執者，苟未依此範圍，雖裁判所確定當事人所未指示之經界綫，亦非以未經聲明之事物歸之。（大正四年日大審院）

日判例 原告請求在法律上不正當之理由，不必待被告之抗辯，裁判所於其職權上，得判斷之。（大正六年日大審院）

日判例 原告主張兩造之所有地相毗連，提起確定境界之訴時，裁判所審理之結果，認該兩地不毗連，其中間隔有第三人之所有地者，因該訴失其目的，故應不為境界之確定，而駁斥其請求。（大正七年日大審院）

參考法條

民訴律四六五

民訴條例四六一

舊民訴三八〇

第三百八十九條 左列各款之判決，法院應依職權，宣告假執行。

一 本於被告認諾所為之判決。

二 命履行扶養義務之判決，但以起訴前最近六個月分，及訴訟中履行期已到者為限。

三 就第四百零二條第二項訴訟，所為被告敗訴之判決。

四 命清償票據上債務之判決。

五 所命給付之金額或價額，未逾一百元之判決。

計算前項第五款價額，準用第四百零四條至第四百零七條之規

定。

判決通常非確定後，不得執行，但經宣告假執行者，在確定前，亦可執行之，在所謂執行，應作廣義解釋，不以強制執行爲限，即國家機關本於判決，爲強制執行以外之行爲，以及判決依其效力當然發生某法律上之效果，亦皆執行也。

假執行之宣告，通常由爲該判決之法院爲之，但第一審法院之判決，亦有於上訴後，由第二審法院，爲假判行之宣告者（三九三條四三九條二項四五三條）。

假執行之宣告，有依職權爲之者，有依聲請爲者，其應依職權宣告假執行之判決如左。

一 本於認諾所爲之判決 此種判決縱令上訴亦少審變更，故應宣告假執行，其餘參照第三百八十四條說明。

二 命履行扶養義務之判決 扶養，通常爲權利人所急需，應使義務人早日履行，故不問其義務係本于法律之規定，或本于契約遺囑而生，此種判決，均應宣告假執行，但其範圍以起訴前最近六個月分，及訴訟中履行期已到者爲限。

三 就第四百零二條第二項訴訟所爲被告敗訴之判決 此等訴訟，或則簡單或甚輕微，其判決自應宣告假執行。

四 命清償票據上債務之判決 此種判決，係以票據爲裁判基礎，而票據債務，通常以迅速履行爲宜，故應宣告假執行，所謂票據，依票據法之規定。

五 所命給付之金額或價額未逾一百元之判決 判決所命之給付，其金額或價額在一百元以下者，即應宣告假執行不問訴訟標的之金額或價額若干，計算此款所定價額，準用第四百零四條至第四百零七條之規定。

凡判決經宣告假執行者，其效力並及于該判決中關於該費用之裁判。

本法第四百三十九條第二項，爲法院於判決後依職權以裁定，就其判決宣告假執行之情形。

日民事訴訟法第一百九十六條第二項規定，凡關於財產請求之判決，法院認爲必要時，得依聲明或依職權，宣示其得供担保，或不供担保，而爲假執行，其得宣告假行之範圍甚廣，較爲適宜。

判例 宣示假執行之判決，不必待其確定，債權人即可據以聲請執行。（最高法院民一七抗字三八號）

判例 判決宣告假執行者，除附有依担保後，得為假執行之條件外，自得即為執行。
。（最高法院民二八抗字五六號）

日判例 應為意思陳述之判決，係以判決之確定，視作已為意思陳述，故性質上非可宣示假執行。（明治四五年日大審院）

日判例 確認訴訟之判決，性質上不能假執行，故不得為執行之宣示。（大正六年東京地方裁判所）

日判例 第三人對於假扣押之異議之訴，非求假扣押命令之撤銷，故不得為假執行之宣示。（大正五三年日大阪地方裁判所）

解釋 不得上訴第三審之財產權訴訟，其第二審判決宣示或送達時，即屬確定，自無宣示假執行之必要。（民二七院字一七八四號）

參考法條 民訴律五〇九 民訴條例四六二 舊民訴三八一

第三百九十條 關於財產權之訴訟，原告釋明在判決確定前，不爲執行，恐受難於抵償，或難於計算之損害者，法院應依其聲請宣告假執行。

原告陳明在執行前，可供担保，而聲請宣告假執行者，雖無前項釋明，法院應定相當之担保額，宣告供担保後，得爲假執行。

本條規定爲依聲請宣告假執行之情形，其得爲此聲請者，以關於財產權之訴訟爲限，財產權之意義，見第三條說明，所難於抵償之損害，如請求交付某物之訴訟，而其物爲稀罕之物是，所謂難於計算之損害，在關於著作權專利權等訴訟，常有此種情形，此爲宣告，假執行所必要之條件，應由原告釋明之（二八四）。

原告聲請宣告假執行，未釋明宣告假執行之條件，而陳明可供担保者，法院應爲附條件之假執行，宣告其命供之担保，在担保宣告假執行之判決被廢棄或變更時，被告所有關於返還給付及賠償損害之請求權（三九二條二項）法院定担保額時，須斟酌

酌該給付之金額價額及其利息費用等，其宣告中，應載明供担保金若干後之條件。非原告已供此定額之担保，該判決尙不得執行，但其判決經上級審宣告無條件之假執行者，不在此限。

本法第四百三十九條第二項爲法院於判決後，依聲請以裁定就其判決宣告假執行之情形。

參攷法條 民訴律五一〇 民訴條例四六三 舊民訴三八二

第三百九十一條 被告釋明因假執行，恐受不能回復之損害者，如係第三百八十九條情形，法院應依其聲請，宣告不准假執行，如係前條情形，應宣告駁回原告假執行之聲請。

本條爲保護被告利益而設，因假執行，恐受不能回復之損害，例如判決之執行，將致被告之營業倒閉，或阻止其重要計劃之實行是也，至原告將來無賠償損害之資力，亦顯解爲不可回復之損害，此等情形，債務人應於言詞辯論終結前，依第二百八十

四條規定釋明之，如經釋明，法院即應依其聲請宣告不准假執行，或駁回假執行之聲請。

參攷法條

民訴律五一

民訴條例四六四

舊民訴三八三

第二百九十二條 法院得宣告：非經原告預供担保，不得爲假執行或准被告預供担保，或將請求之標的物提存，而免爲假執行。

法院爲假執行之宣告，無論係依職權，或依聲請爲之，如認原告有預供担保之必要者，應即於假執行之宣告，附以供担保金若干之條件，其担保額，應以被告之損害爲標準，故定担保額時，亦應斟酌被告應爲給付之金額價額，及其利息費用等。

法院於依職權或依聲請，宣告假執行時，得同時爲准被告預供担保金若干，免爲假執行之宣告，或爲被告提存請求標的物，免爲假執行之宣告，且得並爲被告預供担保金若干或提存請求之標的物，免爲假執行之宣告，定此担保額，應以請求之金額或價額爲標準，宣告假執行之判決雖有上述之宣告，其判決仍得假執行，但被告如已依法律之規定，而供担保（一〇六條一〇二條）或提存請求之標的物者，其判決不得爲

假執行，若假執行之宣告，附有供担保之條件同時爲上述之宣告者，則非原告已供担保。被告無供担保或提存請求標的物之必要。

本條宣告，法院得依職權爲之。

參攷法條 民訴條例四六四

第三百九十三條 關於假執行之聲請，應於言詞辯論終結前爲之。

關於假執行之裁判。應記載於判決主文。

假執行之聲請屬於所謂事項之聲明，必于言詞辯論，以言詞爲之，法院始得斟酌，惟在言詞辯論終結以前，隨時皆得爲之，所謂關於假執行之聲請，指第三百九十條及第三百九十一條所載之各聲請而言，並包括在執行前可供担保之陳明在內，此等聲請，在當事人之一造，於言詞辯論期日缺席時，若未于相當時期通知缺席人，不得於缺席判決內，就其聲請爲裁判（三八六條四款）。

關於假執行之裁判，指准假執行與否之各裁判而言（三八九條至三九二條）。宣

告假執行之裁判或不准假執行之裁判，駁回假執行聲請之裁判，及附條件而宣告假執行，或准免假執行之裁判，皆包括在內，此等裁判，應記明於判決之主文項下，當事人得依一般原則，以上訴聲明不服，惟宣告假執行之判決，雖有上訴，仍得執行。

除合於第四百五十三條之規定外，有解爲於第二審可就第一審判決，爲關於假執行之聲請，並第二審法院，就此聲請得爲一部判決（三八一）者，蓋爲實際上之便利。

判例 民事訴訟法（舊民事訴訟法第三百八十四條第二項，所謂關於假執行之裁判，不僅指宣示假執行之裁判而言，即不准假執行或免爲假執行，亦應包括在內。）
最高法院民二三抗字一五四三號）

參攷法條 民訴律五一二 民訴條例四六五 舊民訴三八四

第三百九十四條 法院應依職權宣告假執行，而未爲宣告，或忽視假執行之聲請者，準用第二百二十三條之規定。

法院爲判決時，依職權應宣告假執行而未爲宣告，或原告已聲請宣告假執行，而

未就其聲請爲裁判，雖與第二百三十三條所謂訴訟標的之一部，或訴訟費用裁判有脫漏者不同，然依本條規定，准原告聲請補充判決，關於聲請及裁判之程序，均準用第二百零三十三條規定，至原告遲誤聲請補充判決之期間者，亦得於判決上訴後，第二審爲宣告假執行之聲請。（前條說明參照）

法院爲判決時，忽視被告關於假執行之聲請者，被告不得聲請補充判決，但得依上訴，求將該判決變更之。

參攷法條 民訴律五一三 民訴條例四六六 舊民訴三八五

第三百九十五條 假執行之宣告，因就本案判決，或該宣告有廢棄或變更之判決，自該判決宣示時起，於其廢棄或變更之範圍內，失其效力。

法院廢棄或變更宣告假執行之本案判決者，應依被告之聲請，將其因假執行或因免假執行所爲給付，及所受損害於判決內，命原

告返還及賠償。

僅廢棄或變更假執行之宣告者，前項規定，於其後廢棄或變更本案判決之判決，適用之。

宣告假執行之本案判決，或該宣告經上訴審廢棄或變更之者，其假執行之宣告，於所廢棄或變更之限度內失其效力，茲所謂本案，別於假執行而言，所謂假執行宣告之變更，如將無條件之假執行宣告，改爲有條件，（以被告供担保或提存請求之標的物，爲解除條件，亦包括之，）或將假執行之宣告，改爲限於判決之某部分是，假執行之宣告，失效力者，該判決在確定前不得執行，或其執行應限制之（如附解除條件，於被告供担保或爲提存後應不執行）。其失效力，自廢棄或變更原判決之判決宣示時起，不待此判決確定，或有假執行之宣告。

宣告假執行之本案判決，被廢棄或變更者，無論其廢棄變更之理由，係本於實體法上之規定，抑係本於程序法上之規定，被告均得向原告請求返還給付，並賠償損害

。被告向原告所爲之給付，只須本于假執行之宣告所爲者其係任意或因強制執行而爲，在所不問，又被告所受之損害，凡因假執行或因免假執行而爲給付，或供担保，或爲提存所生之財產上損害，及失去之利息皆屬之，其請求權之成立，不問原告有無過失，被告爲此請求，固得依一般規定另行起訴或提起反訴，而法律更許其不俟反訴之規定，得於現在繫屬之訴訟主張之此項請求之聲明，屬於所謂事項之聲明，應於爲廢棄或變更原判決之判決前，於言詞辯論爲之，至在第三審，亦得以書狀爲此聲明，被告爲此聲明者，法院應于廢棄或變更原判決之判決內，命原告返還及賠償。

僅廢棄或變更假執行之宣告者，法院於其後廢棄或變更本案判決時，應依被告之聲明，將其因假執行或因免假執行所爲給付及所受損害，于其判決內命原告返還及賠償。

關於訴訟繫屬與辯論判決及判決之補充上訴，並確定等，均從一般之規定。

本條第二項之規定，與舊民事訴訟法第三百六十六條第二項（民事訴訟條例第四百六十七條第二項同）規定，爲宣示假執行之本案判決，經廢棄或變更者，被告因假執

行或免假執行，所爲給付，及所受損害，得于現在繫屬之訴訟，請求原告返還及賠償等語者不同，故就現行法而論，被告之爲此請求，得於未爲廢棄或變更本案判決時預爲主張。

判例 執行衙門爲假執行之際，扣除被告之財產，雖應以清償債額所必要之程度爲限，但其超過必要之程度者，該受執行人應對之聲明異議，而不得對於原告請求損害賠償。（大理院民三上字五四三號）

德判例 對於被告所給付之金額，支與利息，屬於民事訴訟法第七十七條所謂損害賠償。（R.G. 49.64）

德判例 本案判決，苟被廢棄，雖其廢棄之理由，非係認原告之訴，實體上無理由，而係依其他之理由，如認定法院無管轄權，而廢棄原判決者，被告亦得爲賠償損害之請求。（O.L.G. 6411）

德判例 關於被告請求之裁判，於終局判決中爲之，對於該裁判得爲上訴，與對於本案裁判同。（R.G. 25.428）

德判例 民事訴訟法第七十七條第二項之請求，亦得向第三審提出，雖宣示假執行之判決，在第二審廢棄時亦然。(R. G. 34.385)

德判例 向第三審聲明請求賠償損害，有確定事實之必要時，應將此點發回第二審法院。(R. G. 27.44)

德判例 在現繫屬之訴訟，不為請求賠償損害之聲明者，須另行起訴主張之。(R. G. 49,411)

日判例 民事訴訟法第五百十條，所謂宣示假執行之本案判決廢棄者，包含撤銷發還之情形而言。(明治四五年日大審院)

日判例 民事訴訟法第五百十條第二項之裁判，有脫漏者，當事人得聲請追加裁判，求以判決補充之，不得以為上告理由。(明治四二年日大審院)

參攷法條 民訴律五一四 五一五 民訴條例四六七 舊民訴三八六

第三百九十六條 判決所命之給付，其性質非長期不能履行，或經

原告同意者，法院得於判決內，定相當之履行期間。

經原告同意者，法院得定分次履行之期間，但被告遲誤一次履行者，其後之期間，視爲亦已到期。

履行期間，自判決確定或宣告假執行之判決送達於被告時起算。

判決所命之給付，其性質需長期間始能履行者（如勞務之給付）法院得斟酌一切情事，定被告履行給付之期間，若經原告同意者，無論何種給付皆得定之，至給付係可分者（爲金錢之給付），並得定分次履行之期間，法院定此期間，無待被告聲明，得依職權爲之。

定履行之期間，應記載於判決主文，在判決所定之履行期間未滿前，固不得就期間內應爲之給付執行，但分次履行之期間，被告如有一次遲誤者，其後之期間，視爲亦已到期，此種效果，依法律之規定而發生，判決內無須有此宣告。

履行期間、自判決確定時起算，若其判決宣告假執行者，自該判決送達於被告時

起算，至分次履行之期間其依此計算者，爲初次之期間，此期間雖與第一編第四章第三節所謂期間不同，然第一百六十一條規定，於其期間之計算，應準用之。

民法第三百十八條所爲分期給付緩期清償之規定，與本條各爲一事，但依該條爲判決者，亦適用本條第三項之規定。

參攷法條 民訴條例四六八 舊民訴三八七

第三百九十七條 判決於上訴期間屆滿時確定，但於上訴期間內，有合法之上訴者，阻其確定。

不得上訴之判決，於宣示時確定，不宣示者，於送達時確定。

判決之得上訴者，於上訴期間屆滿時確定，但當事人若在上訴期間內已爲合法之上訴，則足阻斷判決之確定，直至其上訴因無理由，經判決駁回而確定時始行確定，上訴因不合法經裁判而確定者，原判決仍溯及於上訴期間屆滿時確定。上訴僅就第一審判決之一部爲之者，亦有阻止其全部確定之效力，此際不問其他部份，是否于上訴

人有利，因上訴人更第二審言詞辯論終結爲止，得隨時擴張其不服之聲明，而被上訴人，雖其上訴期間已滿，或已捨棄上訴權，尙得就此部分，爲附帶上訴也。判決之允許上訴者，於宣示時確定，如除權利決是也，（五四七條一項）其不宣示者，則於送達時確定第三審之判決，均不經言詞辯論爲之，以不宣示爲原則，（二二三條一項四七一條）類皆于送達時確定判決之，于送達時確定，而其送達于當事人兩造不同時者，究以何時爲準，有解爲以最初送達之時爲準者，然按之本法第四百九十六條之規定，其結果不免有失公平。

當事人捨棄其上訴權或撤回上訴者，雖上訴期間未滿，亦不得更行上訴，故判決因之而確定。至撤回上訴，如在₁上訴期間已滿後，原判決仍溯及於上訴期間屆滿時確定，但該當事人尙得附帶上訴者，不在此限。（參照四三六條四五六條四五七條說明）客觀合併之數訴（二四八），經合併爲一判決者，對於其一部有上訴時，該判決之全部，均不確定，至主觀合併之數訴，（五三）除必要之共同訴訟外，其共同訴訟人係與造各別對立，故其判決在各共同訴訟人亦各別確定。

本條規定應準用於裁定，在得抗告之裁定，於抗告期間屆滿時，確定不得聲明不服之裁定，則於宣示時確定，不宣示者，於送達時確定，又捨棄抗告權，與撤回抗告，亦為裁定確定之原因，至不得抗告之裁定，雖亦於宣示時或送達時確定，但倘得隨同判決，受上訴法院之審判（四三五）。

判例 訴訟事件一經終審判決，即屬確定，該訴訟當事人不得更依通常程序聲明不服。（最高法院民一八抗字一〇號）

判例 當事人對於第一審或第二審之判決，雖於上訴期間內提起上訴但因上訴不合程式，致被駁回者與未提起上訴同，如非另有合法之上訴，其第一審或第二審判決，仍於上訴期間屆滿時確定。（最高法院民二三抗字三二四七號）

判例 當事人提起第二審上訴，應以上訴狀提出於原第一審法院或第二審法院為之，若誤向其他公署提出上訴狀，雖其提出之時，上訴期間尙未屆滿，亦無阻斷判決確定之效力。（最高法院民二一上字一〇四五號）

判例 對於第一審判決之一部，提起上訴時，該判決全部之確定，即被阻斷，嗣後上訴人得於言詞辯論終結前，任意擴張其聲明不受上訴期間之拘束。（最高法院民

二二抗字三五七號)

判例 前清定例凡奏交到院案件，一經奏結奉旨允准，即屬完結，以後不許更行審決。(大理院民三聲字四號)

判例 當事人如在第一審已有捨棄利息之意思表示，或雖未捨棄，而經審判衙門，判令讓免利息，並未向第二審衙門聲明不服者，以後在上訴審，即不得爭執。(大理院民三上字五一九號)

判例 前清府廳州縣及各級審判廳，判斷案件，均以批詞牌示爲之，並無送達判決之程序。此項批詞。實與判決同一性質，同一效力，一經確定，當事人即不得再聲明不服。(大理院民三上字一九九號)

德判例 雖對於原判決祇一部聲明不服時，因將來或至擴張其聲明，或附帶上訴，故應認爲判決全部阻斷確定。(R.G. 54.226)

德判例 第一審判決未經上訴之部分，以第二審言詞辯論之終結，而歸於確定。(R.G. 56.32)

參攷法條 民訴律四八〇 五三六 民訴條例四七二 舊民訴三八九

第三百九十八 當事人得請求法院書記官，付與判決確定證明書。判決確定證明書，由第一審法院書記官付與之，但卷宗在上級法院者，由上級法院付與之。

當事人須證明其判決確定時如提起再審之訴，聲請執行或聲請登記等，得請求法院書記官，付與判決確定之證明書，其證明書，須依訴訟卷宗，查明判決業已確定始能付與，判決本來不許上訴者，雖經當事人提起上訴，亦應付與確定之證明書，若判決係可上訴者，則必上訴期間內未提起上訴，或雖提起上訴，而已經裁判確定或業經撤回，又或當事人已捨棄其上訴權，始可付與之。

判決確定證明書，通常應由保存卷宗之第一審法院書記官付與之，如卷宗在上級法院，則由上級法院書記官付與之。

當事人請求付與判決確定之證明書法院書記官，毋庸問其因何需用，其請求亦不拘用何程式，若法院書記官拒絕付與，得向該書記官所屬之法院，提出異議（二四〇）

德判例 當事人或從參加人，聲請付與判決確定之證明書時，法院書記官不得以其無需此物為理由，而拒絕之。(R.G. 30 336)

參攷法條 民訴律四八六 民訴條例四七三 舊民訴三九〇

第三百九十九條 訴訟標的，於確定之終局判決中，經裁判者，當事人不得就該法律關係，更行起訴。

主張抵銷之對待請求，其成立與否，經裁判者，以主張抵銷之額為限，不得更行主張。

判決一經確定，當事人即不得以上訴方法，求將該判決廢棄或變更之，此種效力，為判決之形式上確定力，至為訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中，已經裁判者，在同一當事人間，不得更以該法律關係為標的，而提起訴訟，其于新訴訟用作攻擊防禦方法，亦不得為與確定判決意旨相反之主張，此種效力，為判決之實質上確

定力，亦曰既判力。

判決之有既判力者，以訴訟標的，即當事人以訴或反訴所主張或不認之法律關係，於該判決中，已經裁判者為限，是為既判力之客觀範圍，其審認之標準如左：

凡未為判決標的之法律關係，無既判力，例如原告起訴，本于某契約為給付千元之請求，雖因契約無效，而受駁回之確定判決，然尙得以不當得利為理由，另行起訴，更為給付千元之請求。

判決僅就某法律關係之一部為裁判者，其既判力不及於他部，例如原告起訴求命被告以其所負萬元債務，先償伍千元，雖因其請求權不存在，而受駁回之確定判決，尙然另行起訴，主張其餘伍千元之債權是也。

既判力不及於判決之理由，其為判決根據之事實上判斷，或法律上判斷，固不能既有既判力，即法院就其先決問題，所為之判斷，亦不生既判力，例如原告本于一定身分關係，提起給付扶養費之訴，法院認有此身分關係，而為給付之判決，或認無此身分關係，而為駁回之判決，此等判決，關於身分關係之有無並無，既判力是也，惟被

告主張抵銷之對待請求，雖非以反訴主張，而作為抗辯主張之者，依本條第二項之特別規定，關於該請求之成立或不成立，在判決理由中，所為之裁判，以其主張抵銷之額為限，有既判力，以後當事人就該請求之成立與否，既不得更行起訴，亦不得於新訴訟用作攻擊防禦方法，為反對之主張，如法院就對待請求之是否成立，為中間判決者，須俟終局判決之理由中，引該中間判決為准許抵銷，或駁回抗辯之裁判，於終局判決確定時，關於其對待請求之成立或不成立，始生既判力，至被告提出抵銷抗辯，如其對待請求，不合抵銷條件，或原告之請求不成立時，關於該對待請求之是否成立，既無庸加以裁判，自無既判力可言。

判決之既判力，係就為判決時之狀態而生，詳言之即僅對於其言詞辯論終結前所提出，或得提出，而未提出之攻擊防禦方法，有既判力，故本於其言詞辯論終結後所生之事實，就已為判決標之法律關係，提起新訴為反對之主張，自無抵觸既判力之可言，例如原告提起確認某房屋所有權之訴，雖因其所主張之取得原因不當，而受駁回之確定判決，然於其後取得所有權者，尚得提起新訴，主張該房屋之所有權 又在

履行債務之訴，被告雖受應行清償之確定判決，若以後生有債權消滅之原因，尙得提起新訴，主張該債權不存在是也。

既判力惟本案之終局判決有之，中間判決，固無既判力，即關於訴訟程序之終局判決，例如上訴法院，以訴爲不合法而駁回之之判決，亦無既判力。

就確定終局判決中，已經裁判之法律關係，提起新訴，或反訴，其當事人兩造，如爲既判力所及之人（四〇〇），即欠缺訴訟要件，法院應以其訴爲不合法，而以裁定駁回之，所謂一事不再理也（參照本章第一節總說明）。惟其新訴或反訴，所求判決之內容，必與確定判決之內容相同或正相反對，或可以代用，所謂內容相同，如就某法律關係，已有給付判決，復就該法律關係，求爲給付判決，或已有積極或消極之確認判決，更就該法律關係，求爲積極或消極之確認判決是也，內容正相反對，如就某法律關係，已有積極確認判決，被告又就該法律關係，求爲消極確認之判決，或就某法律關係，已有消極確認之判決，被告又就該法律關係，求爲積極之確認判決是也，內容可以代用，如就某法律關係，已有給付判決或形成判決，更就該法律關係，求

爲積極或消極之確認判決是也，就某法律關係，已有消極之確認判決，更就該法律關係，求爲給付判決或形成判決亦同，惟就某法律關係，先僅有積極之確認判決，而後後提起之訴，則求爲給付判決或形成判決，不得以後訴爲不合法，又確定判決，係以保護之必要，或當事人之適格有欠缺爲理由，駁回原告之訴者，關於該法律關係之有無，固無既判力，但提起新訴或反訴，有同一欠缺者，其訴亦爲不合法。

既判力之有無，法院應依職權調查之，惟既判力之認定，非確知判決之內容不可，若判決原本滅失，而又無其他法院知其判決內容者，雖當事人就同一事件，提起新訴，仍應對之爲本案之裁判，無本條之適用，非常時期民事訴訟補充條例第二十二條第三項已明白規定，判決確定後，若發見已有既判力之判決在前，得對於後之確定判決，提起再審之訴（四九二條一項十款），使失其效力，否則仍認後判決之既判力。

確定之本案終局判決，除既判力外，尙有生形成力或執行力者，形成力（亦曰創設力）者，依判決之宣告足生某法律上效果之力也，僅形成判決有之，執行力者，本於判決，得爲強制執行之力也，僅給付判決有之，惟關於假執行之執行一語，應作廣

義解釋，故形成力有時亦為執行力（參照第三百八十九條說明）。

關於確定判決之既判力，德日等國民事訴訟法，均認之，然其所認之內容，僅在拘束新訴訟繫屬之法院，不得為與確定判決意旨相反之裁判，於當事人就裁判確定事件提起新訴時，應認為無保護之必要，以其訴為無理由而駁回之，與本法規定不同。

判例 當事人對於曾經確定判決之訴訟標的，更行起訴，即係欠缺訴訟要件，應認其訴為不合法，予以駁回，若第一審法院，逕為本案判決，上訴法院自應依法糾正。（最高法院民一九上字二六三號）

判例 訴訟上所謂一事不再理之原則，乃指同一事件，已有確定之終局判決者而言，其所謂同一事件，必同一當事人，就同一法律關係，而為同一之請求，若此三者，有一不同，即不謂為同一事件，自不受確定判決之拘束。（最高法院民一九上字二七八號）

判例 從前州縣判結之民事訴訟案件，其在各縣幫審員辦事章程，及縣知事兼理司法事務暫行條例實行以前，固不受各法院所適用法令之拘束，但其判決之後，如已

經過相當期間，當事人並未表示不服，而訟爭關係，已在不爭之狀態者，該判決即為確定，非有合法再審原因，自不得就同一事件，再為訟爭，其判決有數次者，應以其最後之判決為準。（最高法院民一九上字一二四七號）

判例 離婚之訴，經判決確定後，如以後有請求離婚之事實發生，當事人自得據以起訴，不能以一事再理論。（最高法院民二〇上字二五三七號）

判例 就業經判定之贍養費，關於給付方法，應得變更，有所爭執，在不涉及贍養責任及給付額數之範圍內，無妨酌予判斷。（最高法院民一八上字一八九一號）

判例 民事訴訟當事人提起訴訟，因起訴程序不備，致被駁斥者，其關於訴訟標的之事項，根本上並未受一度裁判，嗣後自可踐行程式，更行起訴。（最高法院民一八上字二一七號）

判例 被上訴人請求上訴人履行契約之本件訴訟，與上訴人請求確認該契約已因解除而消滅之訴訟，並非同一事件，被上訴人提起本件訴訟，固不在民事訴訟法第二百五十三條禁止重訴之列，惟上訴人所提起之訴訟，如已獲有勝訴之確定判決，則

關於契約之已消滅，在當事人間，自有既判力，被上訴人提起之本件訴訟，仍不能不予駁回。（最高法院民二九上字九七五號）

判例 消極確認之訴，經確定判決認法律關係成立，予以駁回時，就該法律關係之成立，即有既判力。（最高法院民二二上字三八九五號）

判例 命債權人爲給付之確定判決，就給付請求權之存在，有既判力，依民事訴訟法第三百九十九條第一項之規定，債務人，不得對於債權人，更行提起確認該給付請求權不存在之訴。（最高法院民二六上字一一六一號）

判例 爲訴訟標的之權利，係多數人所共同共有，依歷來慣例，本得由其中少數人代表全體，以自己名義起訴，或應訴者，法院本於此少數人辯論，所爲之裁判，苟已確定其既判力，即及於全體，不許其他共同共有人，就同一訴訟標的，更行起訴。（最高法院民二二上字一七〇〇號）

判例 非屬訴訟標的之身分關係存在與否，因與爲訴訟標的之法律關係有影響，於判決理由中，予以判斷者，該判決雖經確定，亦不能認此項判斷，有既判力。（最

最高法院民二三上字二九四〇號)

判例 依刑事訴訟法第五百零七條第一項之規定，就附帶民事訴訟所為駁回原告之訴之確定判決，並未就訴訟標的為裁判，自無民事訴訟法第三百九十九條第一項之既判力。(最高法院民二七上字一〇六八號)

判例 確定判決，以程序上理由駁回原告之訴，並未就訴訟標的之法律關係，予以裁判者，無民事訴訟法第三百九十九條第一項之既判力。(最高法院民二七上字一六八八號)

判例 以訴為不合法而駁回之確定裁判，並非所謂關於訴訟標的之裁判，故因不繳審判費或繳不足額，致其訴被駁回者，無論其係由第一審駁回，抑由第二審駁回，均得更行起訴。(最高法院民二二抗字二〇三四號)

判例 前上訴人起訴，請求確認被上訴人無登記該地所有權之權利，雖經判決駁回在案，然查該事件之第二審判決，係因上訴人未依限補繳第一審審判費，認第一審就不合法之訴，為實體上之判決，為不當，不過以第一審判決主文，本係駁回原告

之訴，故予維持，是第一審關於訴訟標的之裁判，已因第二審更正其理由，而不存在，上訴人自得更行起訴，原審謂依民事訴訟法第三百九十九條第一項之規定，不得更行起訴，未免誤會。（最高法院民二八上字二一九三號）

判例 被上訴人於民國十九年，對於上訴人請求償還借款之訴訟，係以被上訴人之借款償還請求權為訴訟標的，上訴人主張此項借款，已於民國十五年償還，被上訴人不應再執行確定判決，取得上訴人之金錢等情，提起本件訴訟，請求判令被上訴人，將其因執行所得之金錢，返還上訴人，係以上訴人之不當得利，返還請求為訴訟標的，前後兩訴之訴訟標的，並不相同，原判決認為同一訴訟標的，適用民事訴訟法（舊民事訴訟法）第三百八十八條第一項之規定，將上訴人之訴訟駁回，其法律上之見解，殊有未當。（最高法院民二二上字三七七一號）

判例 甲以乙不履行買賣契約起訴，請求判令乙加倍返還定金，受敗訴之確定判決後，復以伊曾與乙成立和解，約明由乙返還定金，不料乙又事後食言等情，訴求判令乙履行和解契約，返還定金，其前後訴訟之法律關係，既不同一，自不在民事訴

訟法第三百九十九條第一項規定之列。（最高法院民二八抗字六三號）

判例 讓與房屋所有權，於被上訴人之某甲，前向上訴人終止租賃契約，請求遷讓房屋，固已經確定判決，認為不得終止，將其請求駁回，然此項判決確定後，被上訴人因已得終止契約，遂為終止之意思表示，請求遷讓房屋，並非此項確定判決之既判力所能及。（最高法院民二九上字一二四四號）

判例 從前州縣衙門，判結民事訴訟案件，雖無一定形式。然必傳集兩造，當堂質訊，就其事體上之認爭，為之剖判，後或經詳准定案，或當事人具結遵依後，經過相當期間不復爭執者，始能視為確定判決，而認其有既判力。（大理院民五上字四六〇五號）

判例 當事之一造，稟請准許立案，其性質不過登記或證據保全之一種方法者，與當事人之權義，毫不相涉，自不能以判決或審判上之和解論，故關於曾經立案之事實涉訟者，當然不為一事不再理之原則所拘束。（大理院民五上字四六〇號）

判例 民事案件，必須經終局判決確定，始應適用一事不再理之原則，而該訴訟，

係由當事人自行撤回，或因欠缺訴訟條件，而由審判衙門認為不適法，予以駁斥者，則仍得由當事人另行起訴。（大理院民九抗字一四七號）

判例 前訴訟中當事人所主張之事項，並未經過裁判，關於該事項，即無確定力之可言，嗣後該當事人復行主張，仍應依法審理裁判，不能以一事再理論。（大理院民九上字二七七號）

判例 判決理由中之敘述，如係補主文之不備，而確有裁判意旨者，固可謂為有裁判力，若僅以他種事實為本件裁判之理由，並非對於該項事實，為何種裁判，自不能就該項事實，而發生確定之效力，當事人即毋庸對之聲明不服。（大理院民一二上字七六三號）

德判例 裁判理由中所含之法律上或事實上判斷，無確定力。（R.G. 7356U. 11, 885）

德判例 說明判決主文之理由，就中如說明主文所判請求法律上性質者，關係於其主文，隨同確定。（R.G. 25, 214U. 32, 1）

德判例 經確定裁判所認之請求，爲他請求之前提者，對於其請求（即他請求），亦有確定力。（R.G.50,416）

德判例 爲一事不再理之抗辯，須後訴之請求，所由以生之事實，及法律上情狀，曾一度爲前訴之基礎，並該請求依其意向及內容，可視爲與前訴之請求同一者，而後可。（R.G.41,180）

德判例 積極確認之訴，因無實體上之權利，被駁斥者，其判決對於給付之訴，亦有確定力，若係因無法律上之利益，被駁斥時，尙許提起給付之訴，若二者均爲駁斥之理由，則關於其確定力，應視爲僅係因後之理由，而被駁斥，亦許提起給付之訴。（R.G.41866）

德判例 消極確認之訴，因實體上無理由，經裁判駁斥確定者，就原告所否認之法律關係，有確定力。（R.G.29,346;U.I.O.416）

德判例 勝訴之原告，雖曾受確定裁判，認其請求，但若有再受裁判之特別利益時（例如不能依以前之判決，作有執行力之正本，或被告爭執其債權之存續），尙得

再就其請求起訴。(R.G.1648,U.46306,OL. G 9138)

德判例 本於就請求之一部，所爲之裁判，對於就請求他部提起之給付之訴，不得

主張一事不再理之抗辯。(R.G.5841)

德判例 債權人，依其他之權利，提起撤銷之訴時，不得本於在以前之撤銷訴訟所

爲判決，爲一事不再理之抗辯。(R.G.391)

德判例 就特許權被侵害時，請求其不爲侵害之訴，所爲確定判決，關於特許權被

侵害之問題，對於因特許權被侵害而爲之賠償請求，並非有確定力。(R.G.49,

33)

德判例 本於確定判決所收取之金額，債務人起訴請求返還者，債權人得主張一事

不再理之抗辯，雖該確定判決，係由詐欺而取得者亦然，但爲損害賠償之請求時，

又當別論。(R.G.4675)

德判例 就主張抵銷之反對請求，所爲裁判，雖毋庸宣示於主文，然判決理由，須

有此項宣示。(O.J.G.3149)

日判例 縱令爲被告所有之正當抗辯方法，若係生於前訴訟，得主張事實之言詞辯論終結前者，在新訴訟以確定判決之效力，非可反於該判決之意旨，而提出其抗辯。
。（大正七年日大審院）

日判例 判決之既判力，於前判決之當事人，更提起同一訴訟時，有排其訴訟之效；又於前判決之原告以該判決確定之結果爲基礎，更主張自己之利益時，有使被告不爭之效。
。（明治四五年日東京控訴院）

日判例 訴無變更之中間判決，僅生形式上之確定力，於當事人間，並無實質上之確定力。
。（明治四〇年日大審院）

日判例 駁斥請求之判決，就事件雖生既判力，若以訴爲不合法，而駁斥之，判決無既判力。
。（明治四〇年日東京控訴院）

日判例 認判決之既判力，所以防止關於同一爭點屢次訴訟，俾權利關係，速歸於確定，係出於公益上之理由，故雖以當事人之合意，亦不得自由變更既判效力，或拋棄其利益。
。（大正七年日大阪控訴院）

日判例 裁判雖違背法律規定，除因對之聲明不服，經合法撤銷外，尙保有其形式上之效力，但不得以此謂裁判常有實質上之效力。（大正六年日大審院）

解釋 兼理司法之縣政府，如將確屬行政處分之事件，誤用民事判決，除上級法院得因上訴予以改判糾正外，其爲判決之縣政府，不得自行改判，而其上級行政機關，亦不得令飭撤銷，但行政官署，仍得依法就該事件另爲行政處分，其上述錯誤之判決，若與行政處分有所牴觸，自無從執行。（民二三院字一〇五六號）

解釋 院字第一〇五六號解釋，既謂誤用民事判決之事件，如經行政官署另爲處分，而該判決又與此處分相牴觸，該判決既無從執行云云，則此判決確定後，雖經當事人呈請執行，或並經上級法院督促進行，亦不應爲之執行，若該事件未另有行政處分，則該判決應依法執行，自不待論。（民二四院字一二五三號）

參考法條 民訴律四八一 四八二 四八五 民訴條例四七一 舊民訴三八八

第四百條 確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後，爲當事人之繼承人者，及爲當事人或其繼承人占有請求之標的物者，亦有效

力。

對於爲他人而爲原告或被告者之確定判決，對於該他人亦有效力。

前二項之規定，於假執行之宣告準用之。

判決係對於當事人而爲，其效力自應及於當事人，當事人者，以自己之名而爲訴訟之人，亦即判決中列其名爲當事人之人也，法定代理人或訴訟代理人，係以被代理人之名，而爲訴訟，非自己爲當事人，故其判決之效力，僅及於被代理之人，而不及於代理人。

判決之效力，應及於訴訟繫屬後當事人之一般繼承人，此包括繼承當然之結果也，包括繼承（狹義之繼承）者，全部財產或一部特別財產，包括權利義務，在法律上作爲一體而移轉於人也，如自然人死亡，或法人消滅時開始之繼承是，判決所確定之法律關係，無論其爲權利爲義務，效力皆及於一般繼承人，故繼承於訴訟中開始，繼

承人雖未承受訴訟，或至於判決確定後，開始繼承，均有本條第一項之適用。

判決之效力，並及於訴訟標的之特定承繼人，法律既認訴訟繫屬中，訴訟標的雖移轉，於訴訟無影響（二五四），原當事人仍得續行訴訟，故並認在該訴訟所爲之判決，其效力及於訴訟繫屬後（判決確定後亦然）之特定繼承人，其特定繼承，無論係因法律行爲，或由法律規定，抑或出於國家之處分，且無論爲權利之繼承或義務之繼承，均屬相同。

判決之效力，並及於訴訟繫屬後（判決確定後亦然）爲當事人或其繼承人占有請求標的物之人，請求標的物者，謂當事人對之主張權利之物，至占有請求標的物之人，乃指第三人如質權人承租人受借人等，取得該物之占有，爲直接占有人，而當事人或其繼承人，爲間接占有人者而言（民法九四一），若受當事人或其繼承人之指示，而管領該物之人，如受僱人學徒等，不得認爲占有人，判決之效力，亦毋庸擴張及之。

就他人爲主體之法律關係，有實體法上處分權或管理權之人，如遺產管理人（民法一七九），遺囑執行人（民法一二一五），破產管理人（破產法七五），以自己

之名，就該法律關係，爲訴訟者，係自己爲訴訟之當事人，故其判決之效力，仍及於該爲當事人之人，但除該當事人外，亦並及於爲法律關係主體之他人，被選定之訴訟當事人，爲全體有共同利益之人爲訴訟，其判決之效力，并及於其他有共同利益之人。

本條第一二項之規定，準用於假執行之宣告，即假執行之宣告，關於其效力所及之人，與確定判決同。

既判力之主觀範圍，應依本條定之，本於確定判決，爲強制執行時，其得請求執行及受執行之人，亦以本條所定者爲準，至判決之形成力，依其性質，當然對於一切之第三人存在，非以本條所定之人爲限。

關於判決效力所及之人，除本條外，本法中尙有其他規定，即第六十四五百七十八五百八十四五百九十二等條是也。至第六十三條及第六十七條所規定者，乃爲參加效力，屬於判決之特種效力。

判例 參加人對於其所輔助之當事人，雖不得主張本訴訟之裁判不當，但參加人非

民事訴訟法第三百九十一條第一項所謂當事人，其與他造當事人間之關係，自非確定判決之既判力所能及。（最高法院民二二三上字三六一八號）

判例 訴訟繫屬前，已將請求標之物之所有權，移轉於第三人者，依民事訴訟法第四百條第一項之規定，該訴訟之確定判決，對於該第三人，及為該第三人占有此項請求標之物之人，不生效力，即不能對於該第三人或為該第三人占有，此項請求標之物之人，為強制執行。（最高法院民二九抗字一二五號）

判例 繼承人對於被繼承人之債務，雖與他繼承人，負連帶責任，但連帶債務人中一人，所受之確定判決，除依民法第二百七十五條之規定，其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益，亦生效力外，對於他債務人不生效力，故債權人對於繼承人，未得有確定判決，或其他之執行名義時，不得依其與他繼承人間之確定判決，就該繼承人所有，或與他繼承人公同共有之財產，為強制執行。（最高法院民二六渝上字二四七號）

判例 確定判決，僅於訴訟當事人兩造相互間，有拘束之效力，若在公共訴訟當事

人一造之相互間，另成訴訟時，被告雖援用該確定判決，以爲防衛方法，審判衙門亦應就該案內容，詳予審究，不得僅援一事不再理之法則，逕行駁斥原告之請求。

（大理院民四抗字三號）

德判例 主債務人所受之確定裁判，其效力不及於保證人，故主債務人於其被訴時所主張之抗辯，雖被駁斥，而以後被訴之保證人，尙無妨主張此項抗辯。（R.G. 56, 109）

德判例 承繼當事人之權利，無論在訴訟繫屬中，或終結後，判決之效力，均及於繼承人。（O.L.G. 9, 136）

德判例 若承繼權利在起訴前者，無民事訴訟法第三百二十五條第一項之適用。（R.G. 57, 289）

德判例 依民事訴訟法第三百二十五條第一項規定，確定判決，對於讓受訟爭請求之人，亦有既判力。（R.G. 20, 420）

日判例 確定判決之判力，不及於未參與訴訟之人，故未參與訴訟之保證人，不受

主債務人應受判決之拘束。(明治二八年日大審院)

日判例 確定判決之效力，除訴訟之當事人及其承繼人外，不得直接推及於裁判外之人。(明治三八年日大審院)

日判例 以當事人而服確定判決之效力，不祇應在該判決中曾經作為當事人表示，並須實行曾經作為原告起訴，或作為被告被訴。(大正四年日大審院)

參考法條 民訴律四八四 民訴條例四七四 舊民訴三九一

第四百零一條 外國法院之確定判決，有左列各款情形之一者，不認其效力。

一 依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。

二 敗訴之一造，為中華民國人，而未應訴者，但開始訴訟所需之傳喚或命令，已在該國送達本人，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限。

三、外國法院之判決，有背公共秩序或善良風俗者。

四、無國際相互之承認者。

外國法院之確定判決，以認其與中國法院所為判決有同一之效力，是為原則，但有左列情形之一者，不認其效力：

一、依中華民國之法律外國法院無管轄權者 此指判決法院，所屬之國，須就該事件有審判權而言，故為判決之法院，縱無管轄權，然其事件如係可屬於其國他法院之管轄者，即不得謂為外國法院無管轄權也，外國法院是否有管轄權，應從中華民國法律定之，倘外國法院所判決之事件，按之中華民國法律，該國領土內之各法院，均無管轄權，而當事人間，又無管轄之合意者，即不得認其判決之效力，例如某事件專屬中國法院管轄，外國法院自無管轄權，因定外國法院是否有管轄權，對於外國法院所未斟酌之事實，亦應加以調查。

二、敗訴之一造為中華民國人而未應訴者但開始訴訟所需之傳喚或命令已在該國送達本人或依中國法律上之協助送達者不在此限 敗訴人只須于送達開始訴訟之傳喚

或命令時，爲中華民國人，故送達時，苟爲中華民國人，則其後雖喪失中華民國國籍，亦屬無妨，倘送達時，非中華民國人，則其後雖取得中華民國國籍，仍無本款之適用。所謂應訴者，凡對於訴之防禦行爲皆屬之，提出訴不合法或無理由之抗辯，均爲應訴，又應訴得由法定代理人或訴訟代理人爲之，但由外國法院所選任之特別代理人應訴者，不得以當事人已應訴論，送達開始訴訟所需之傳喚或命令，無論依聲請或依職權爲之，抑或由當事人自爲之，其在外國行送達者，須係送達於本人，公示送達、補充送達，固不適用，卽有法定代理人或訴訟代理人者，亦須向其本人爲之，若其送達係由外國法院囑託中國法院行之者，則雖非送達本人亦可，本款規定，乃爲保護本國人，不知外國法院，有此訴訟而受敗訴判決者而設，若敗訴人願服從外國判決，卽無保護之必要，則雖有本款情形，亦應認其效力。

三 外國法院之判決有背公共秩序或善良風俗者 有背公共秩序或善良風俗，指依我國普通之觀念，足以妨害共同生活之維持發達而言，外國判決所宣告之法律上效

果，有背公共秩序善良風俗，或本於有背公共秩序善良風俗之原因，而宣告法律上效果者，其判決皆爲有背公共秩序或善良風俗，不認其判決之效力，至違反國際上之善良風俗，例如依據對於外國間牒約定報酬之契約，請求給付其所爲之判決，本此規定，亦有解爲不得認爲有效者，又民事訴訟條例第四百七十五條第一項第三款，更規定外國法院之判決，有背內國法之本旨者，不認其效力，本法雖未規定及此，然于判決與我國公益上，應保守之立法原則相反時，亦應改爲包括在本款範圍之內。

四、無國際相互之承認者 本款規定，民事訴訟律第四百七十八條第四款，民事訴訟條例第四百七十五條第一項第四款，稱爲相互担保，即須外國認我國判決之效力，我國始可認彼國判決之效力，其互認判決效力之條件，不必全同，只須關於重要之原則，不相懸殊，此種承認以法令或條約，並慣例爲之，均無不可。

右列各款情形之有無，法院應依職權調查之，認爲有此情形之一者，應不認該外國判決之效力，若認爲並無此等情形，則應認其與我國法院所爲判決，有同一之效力

，我國法院就其裁判及訴訟程序之適法與否，均無調查之餘地，即再審亦應依外國法于外國法院行之，所謂效力，除既判力外，並應認其執行力及形成力，至其客觀及主觀範圍，應從外國法定之，又依強制執行法第四十三條之規定，依外國法院確定判決，聲請強制執行者，須經中國法院以判決，宣示其許可執行，始得強制執行。

認外國判決之效力，其外國之判決，祇須係由彼國行審判權之司法機關，按一定之程序，就民事上訴訟所爲之裁判，不問其程式及名稱如何，惟其裁判須爲終局判決之性質，且須依外國法已經確定，至所爲之假扣押假處分裁定等，不得認其效力。

民事訴訟條例第四百七十五條第二項規定，法院調查相互之担保，得徵司法部意見，該意見有羈束法院之效力，本條雖無此規定，然得依第三百四十條，詢司法行政部之意見。

判例 上海會審公廨，係根據前清同治七年洋涇浜設官會審章程，本爲因條約所生之特別制度，該公廨審理訴訟案件，依照條約，應在中國領土內，行使中國之司法權，則其裁判，不能視爲外國裁判，自無疑義，惟該公廨自辛亥以來，係由駐滬領

事團代行管理，其判案之適用法律，亦與原條約所定不能相符，該項條約之效力，即因事實上一時之阻礙而停止，此種阻礙事實，中國國家，既未明認，其於國際間為有效，則此事實上之判斷行為，不得即謂為條約上中國司法官署之裁判，亦無可疑，猶之中國國法上，毫無司法權限之機關或個人，縱使事實上處理司法案件，乃不能視為法律上有效之裁判，故現在會審公廨判決之案，當事人如復向他處審判衙門起訴，自未便執一事不再理之說，以相繩，依法應予受理。（大理院民六抗字五四號）

德判例 民事訴訟第三百二十八條第二款之訴訟被告，須當外國法院為開始訴訟之傳喚或命令時，為德國人，其住址在何處，則所不問。（R.G. 16, 427）

德判例 認外國判決效力之相互担保，須當內國法院為判決時存在。（R.G. 41, 424）

德判例 所謂相互担保，須外國認內國法院判決效力之條件，與內國認外國法院判決效力之條件，其重要之點相符，就中若外國所定者顯失之苛刻，則不得認為已有

相互担保。(R.G. 48, 873)

參考法條 民訴律四八七 民訴條例四七五 舊民訴三九二

第二章 簡易訴訟程序

簡易訴訟程序者，較普通程序爲簡易之第一審程序也，訴訟事件之輕微簡單，及應速辦者，其訴訟程序，以便捷爲要，故於規定通常訴訟程序外，復設簡易訴訟程序之規定，惟簡易程序之規定，不過就第一審通常程序中，之可從簡易者，設特別規定，故適用簡易程序之訴訟事件，除本章有規定者外，仍適用關於通常程序之規定，又簡易程序之規定，並不準用於上訴審(四六〇條四七八條) 故適用簡易程序之事件繫屬於上訴審時，與適用通常程序之事件，適用同一之上訴審程序。

適用簡易程序之訴訟事件，於起訴前，通常須先經調解，調解不成立，始得進行訴訟，其問題有不可分離之關係，故民事訴訟法將民國十九年調解法所定調解程序，收入本章之內。

調解論其性質，本非爲訴訟事件，惟本法既以此爲簡易訴訟程序之一部，故苟爲其性質所許者，自應適用民事訴訟法之規定。

修正辦理民事訴訟案件應行注意事項，關於調解，尙有補充之規定。

第四百零二條 關於財產權之訴訟，其標的之金額或價額，在八百元以下者，適用本章所定之簡易程序。

左列各款訴訟，不問其標的之金額或價額，一律適用簡易程序。

一 出租人與承租人間，因接收房屋，或遷讓使用修繕，或因留置承租人之家具物品涉訟者。

二 僱用人與受僱人間，因僱傭契約涉訟，其僱傭期間在一年以下者。

三 旅客與旅館主人，飲食店主人，或運送人間，因食宿運送費

，或因寄存行李財物涉訟者。

四 因請求保護占有涉訟者。

五 因定不動產之界線，或設置界標涉訟者。

不合於前二項規定之訴訟，得以當事人之合意，適用簡易程序。

凡以財產法上之請求權，或其他法律關係為訴訟標的者，皆屬關於財產權之訴訟（參照第三條說明），此等訴訟，不問為給付之訴或形成之訴，若其為訴訟標的之法律關係，與一定之金額有關，即應依其金額以定應否適用簡易程序，其無一定金額者，則應依其金錢上之價額，以定應否適用簡易程序，凡財產法上之法律關係，必有金錢上之價額可計算也，稱八百元以下者，連八百元之本數而言，金額恰為八百元者，亦應適用簡易程序。

左列各款訴訟，不問其訴訟標的之金額或價額若何，均適用簡易程序，以其或則輕微，或則簡單，或則須迅速辨結，應專依訴訟標的之性質，以定其適用之程序也。

第一款之訴訟原告，須以房屋之租賃關係，爲其訴之原因，故以租賃關係已消滅爲原因，對於承租人提起遷讓房屋之訴者，固屬本款之訴訟，若以所有權爲原因，對於不法占有人提起遷讓房屋之訴，則否，又本款之訴訟，以關於房屋之接收遷讓使用修繕，或留置承租人之家具物品者爲限，若爲確定租賃關係是否存在之訴，請求給付租金之訴，及因不履行租賃契約而請求賠償損害之訴，則縱與房屋有關，亦無本款之適用。

第二款之訴訟，如確定僱傭關係是否存在之訴，請求履行僱傭契約之訴，及因不履行僱傭契約，而賠償損害之訴等，凡發生於僱用人與受僱人之間，而其僱傭期間不超過一年者，皆屬之。

第三款之訴訟，必須旅客爲當事人之一造，並以關於旅行中所發生之法律關係爲限，所謂旅客，指現在旅行中之人而言，如已停止旅行，而寄寓於一定之地者，不得謂爲旅客。

第四款之訴訟，乃別於本權之訴訟而言（民法九五九），即占有被侵奪時，所提起

返還占有物之訴，占有被妨害時，提出除去妨害之訴，占有有被妨害之虞時，提起妨害妨害之訴是也（民法九六二）。

第五款所謂定不動產界線之訴訟，指不動產經界不明，或就經界有爭執時，而求定其界線所在之訴訟而言，與其訴訟在求確定不動產之所有權者有別，故若原告求確定一定界線內之土地，為其所有，不得解為本款之訴訟，所謂設置界標之訴訟，指不動產之經界本明，兩造並無爭執，而求命被告協同設置界標之訴訟而言，訴訟事件不合於本條第一項第二項之規定者，本應適用通常訴訟程序，但亦得以當事人之合意，適用簡易訴訟程序，此項合意，得任以何方法為之。

判例 訴請法院解除租約，勒令遷房，是兩造並非僅因接收房屋之故而涉訟，不得認為簡易訴訟程序。（最高法院民一八抗字一五三號）

判例 所謂因遷讓而涉訟者，乃指業士（即出租人）與租戶（即承租人）間，因遷讓房屋時，生有糾葛，以致涉訟者而言，若就賃借有所爭執，即應否解除租約，遷讓房屋之爭，不得謂之因遷讓而涉訟。（最高法院民一八抗字七九六號）

判例 民事訴訟律草案，所謂因遷讓者涉訟者，乃指業主與租戶間，因遷讓房屋時（即騰交房屋而於應行騰交並無爭執者），生有糾葛，以致成訟者而言，若就賃借權有所爭執，即應否解除租約，遷讓房屋之訟爭，則非該草案第二條第二款所謂因遷讓涉訟，應依該草案第十一條，以定其管轄。（大理院民六抗字一七六號）

判例 民事訴訟律草案第二條第七款，所謂因不動產經界涉訟者，乃指因在經界上生有膠葛，而致爭訟者而言，（即對於經界之本身並無爭執者），如僅因經界之設置，或關於負擔等涉訟之謂，業經本院著有前例，若係爭執地基，須經丈量，始能斷定誰屬者，則即所為有權之訟爭，不能謂為因經界涉訟。（大理院民六抗字二二八號）

判例 訴訟之標的在於財產，僅其原因涉及身分者，應專依財產之金額或價額，定其管轄。（大理院民一一上字九二七號）

判例 雇人對於雇主，曾經約定於一定之時期，不為營業競爭之事，後因雇人違背此項義務，而由雇主向之有所請求者，因該義務係雇傭關係外一種獨立之義務，

故其訴訟不得適用法院編制法第二十三條第二款之規定，不問價額，由初級審判廳管轄。(P.G. 13 341)

德判例 民事訴訟不認財產法上之請求，有無價額可計算者。(P.G. 10 822)

日判例 裁判所構成法十四條第二款第一號之規定，係就本貸借關係，請求遷讓房屋而言，若以所有權為原因，對於不法占據人請求遷讓房屋，及賠償損害，則不在該條規定之列。(明治四十二年日大阪控訴院)

日判例 裁判所構成法第十四條，所謂關於不動產經界之訴訟，指相鄰地所有人間，關於所有權之範圍，俱無爭執，惟就兩地界線之所在，發生爭議，由其一造之所，有權人，對於他造請求確定界線之訴訟而言，至若一造之相鄰地所有人，對於不認自己之所有權，而主張其為全部所有人之他造，請求確認至一定界線之地，屬於自己所有之訴訟，當然不在該條規定之列，蓋以上二種訴訟，雖皆能發生確定不動產經界之效果，而在其後之訴訟，其認爭人所請求者，要在確定所爭部分之地，為其所有，即所謂本權之訴是也，因所有權確定之結果，其經界雖亦隨之確定，然究不

能謂其訴訟即爲經界之訴，試自民事訴訟法第二十二條觀之，該條稱不動產所在地之裁判所，專管一切不動產上之訴，例如本權並占有之訴，及分折之訴，並經界之訴云云，明以本權之訴與經界之訴對立，以示其爲各別之訴訟，從可知凡本權之訴，固可發生確定經界之效果，而與經界之訴，究屬有別，不可混爲一談，况裁判所構成法第十四條，表示經界之訴，故用狹義文字稱「僅關於不動產經界之訴訟」云云，尤見該條規定，必於經界而外，別無所爭者，乃能適用也。（大正元年日長崎控訴院）

日判例 裁判所構成法第十四條第二款第五號稱，旅客與旅館，或酒飯之主人及旅客，與水陸運送，就左列事項涉訟者，一房飯費云云，自其文義觀之，是關於房飯費請求權之訴訟，不問價額幾何，全應屬於區裁判所管轄者，乃專指其訴訟係發生於旅客與旅館或酒飯館主人之間者而言，故原告之請求，縱係本於旅館兼酒飯館主人與旅客間所生房飯費之債權，而其爲原告，即以訴向旅客請求履行者，若爲讓受該債權之第三人，非即該旅館兼酒飯館主人時，則該訴訟自不得不問價額，全歸區

裁判所管轄，換言之即應依訴訟物之價額，以決定其事物管轄如何也。（大正二年
日大阪地方裁判所）

參考法條 民訴律二 民訴條例二 舊民訴三九三

第四百零三條 計算訴訟標的之價額，依第四百零四條至第四百零七條之規定。

訴訟事件，應依其標的之價額，而定適用之程序者，關於其價額之計算，依第四百零四條至第四百零七條之規定，又依民事訴訟費用法計算裁判費用，除另有第四條至第十一條之規定外，亦適用此等規定（民事訴訟費用法三）。

會議錄 (三) 因定訴訟是否適用簡易程序，計算訴訟標的之價額時，除依民事訴訟法第四百零四條至第四百零七條之規定外，準用民事訴訟費用法第四條至第十一條之規定。（最高法院三十年四月十八日民庭總會決議錄）

參考法條 民訴律四 民訴條例四

第四百零四條 訴訟標的之價額，由法院核定。

核定訴訟標的之價額，以起訴時之交易價額爲準，無交易價額者，以原告就訴訟標的所有之利益爲準。

訴訟標的之價額，應由法院自由核定，故原告當起訴時，雖不能自行計算訴訟標的之價額，以定其訴訟適用之程序，並依第二百四十四條第二項規定，將其計算之價額記載於訴狀，然此非可拘束法院，而法院仍應依其自行核定之價額，以定應適用之程序，

法院核定訴訟標的之價額，應以爲訴訟標的之法律關係之客觀價額爲準，不得以其主觀價額爲準，且應依原告就訴訟標的所有之利益，以核定其價額，不問被告所有之利益如何，又應以起訴時之價額爲準，起訴後物價雖有漲落，與原核定之價額不生影響。主觀價額者，乃當事人就其訴訟標的之利益 所認有之價額也，客觀價額，則指一般人就當事人關於訴訟標的之利益，所認有之價額而言，所謂交易價額，乃客觀價額之一種，即爲訴訟標的之法律關係，於一定時日處所，在交易上所有之一般價額

也，凡財產法上之法律關係，必有客觀之價額，但亦有無交易價額者，如祖先之畫像神主牌，及宗譜等之所有權是也，核定訴訟標的之價額，其有交易價額者，以起訴時之交易價額為準，無交易價額者，亦以就當事人關於訴訟標的之利益，一般認有之客觀價額為準。

民事訴訟律第九條至第十二條，民事訴訟條例第十條至第十三條，就計算訴訟標的之方法，尙設有種種之規定，本法雖無此項條文，可參照訴訟費用法第四條至第十一條規定辦理。

判例 請求放贖典物之訴，係以典物之交付請求權爲訴訟標的，此項訴訟標的之價額，應以典物之價額為準。（最高法院民二九上字一二五八號）

判例 原告以典受被告之田畝，已逾三十年，被告迄未回贖，典權人依法即取得典物所有權爲理由，提起確認該田畝爲其所有之訴，其訴訟標的之價額，應依田畝之價額定之，不以原典價爲準。（最高法院民二九抗字一五四號）

判例 確認典權存在之訴，係以典權爲訴訟標的，此項訴訟標的之價額，應依典價

定之，非以與物之時價爲準。（最高法院民二九上字四九〇號）

判例 有價證券之給付請求權，爲訴訟標的時，其價額應依有價證券之時價定之，不以其券面額爲準，本件原判決命上訴人交付被上訴人之股票三股，依票面之記載，雖僅三百元，但經原審依起訴時之時價核定，爲六百元，自應以六百元爲其訴訟標的之價額。（最高法院民二九上字一七五二號）

判例 請求交付契據之訴，係以契據交付請求權爲訴訟標的，此項契據，僅爲一種證明文件，其交付請求權之價額，應斟酌原告因交付契據所受利益之客觀價額定之。（最高法院民二九上字七六九號）

判例 民事案件，因訴訟金額而定審判衙門之管轄權者，應以當事人起訴時請求之實數爲準。（大理院民五上字一五〇五號）

判例 訴訟物之價額，雖得由審判衙門酌量核定，然如果當事人顯有爭執者，審判衙門自應依法調查證據，或以職權分行檢勘或鑑定，而不能僅據一面之詞，率予認定。（大理院民七抗字一二九號）

德判例 原告所求之判決，其效力應併及於未參與訴訟之人者（如宣示股東會議無之訴），計算訴訟標的之價額，亦應以原告之利益為準。（R.G.2,423,U.48,831）

德判例 賣主單求買主提貨而起訴者，訴訟標的之價額，應依原告因騰出堆房所有之利益計算。（R.G.57,400）

德判例 因求解除雙務契約而起訴者，應依此際原告所有之利益，特別計算其訴訟標的之價額，在解除買賣契約之訴訟，可以貨物之賣買或時價，為計算之標準。

（R.G.407,U.52,427）

德判例 左分割共有物之訴，其訴訟標的之價額，應依原告於分割後所有之利益計算。（R.G.83,427）

德判例 被告對於訴之聲明如何，當核定訴訟標的之價額時，毋庸過問。（R.G. Inj. W. 1900, 47）

德判例 因担保債權涉訟，依債權額計算訴訟標的之價額時，應不計算其從請求之額。（R.G.101,346,U.86,412）

德判例 因担保債權涉訟不問，爲給付之訴或確認之訴，均應適用民事訴訟法第六條規定，故在確定保證債務之訴，其訴訟標的之價額，應依主債務之額定之。(G. 25,397)

德判例 第三人主張質權，而提起執行異議之訴者，其訴訟標的之價額，應依質權所担保之債權額定之，但以該債權額不低於質物之價物爲限。(R.G. 10,394)

德判例 民事訴訟法第八條，所謂因質借權之存否，或期間涉訟，係指質貸人與質借人間之訴訟，若他人因此質借權而爲爭執者，無該條規定之適用。(R.G. 8,424)

德判例 民事訴訟法第八條規定，不僅適用於確認之訴，質貸人提起遷讓質借物之訴時，若其所聲明之判決，同時應包含關於質借權存否或期間之裁判，而以質借權之存續期間已滿，爲訴之原因者，亦應適用該條規定。(R.G. 17,476 U. 38, 3)

德判例 質借關係得預告解約者，其預告之期間，即所謂爭執期。(R.G. Ind. W. 1895, 637, U. 1898, 500)

德判例 主張定期收益，或定期給付之權利，而起訴者，不問為給付之訴或確認之訴，均有民事訴訟法第九條之適用。(R.G. 57 411, U. Iud. w. 1834, 169)

德判例 若非主張定期收益，或定期給付之權利本身，而僅主張各個或各期之收益或給付者，無民事訴訟法第九條規定之適用，設原告於主張該權利本身而外，並請求起訴時已到期之收益或給付者，應合併計算其價額。(R.G. 19, 416 U. Iud. w. 189, 1821)

解釋 關於水利涉訟，曾於最高法院十七年解字第一二七號解釋在案，茲經會議議決變更，認為應以原告一年內，因水利可望增加之收益為準，不得以二十倍計算。(民一八院字七二號)

解釋 訴訟標的之價有須調查酌量核定者，有以法文明定其計算標準者，關於核定之訴訟標的，當事人曾有聲明異議之機會，而不為聲明，則上告審即毋庸再為核定，若計算顯已違反法定標準者，則否。(民一九院字二九二號)

解釋 先買權為財產之一種，其因此涉訟，自應就其爭買之標的物價額，計算審判

費用。(民二〇院字六二四號)

解釋 關於不動產經界訴訟，已明有訟爭之地界，自係財產權之訴，其訴訟價額，自然依原告所主張，其因被告人越占，致受損失之價值計算，若其價值不逾二百元，自不得上訴於第三審。(民二一院字七二一號)

解釋 同業公約：對於營業地點之距離，定有限制，在加入該公約者，固當遵守，然不能以之拘束他人，至關於此項訴訟標的之價額，應依民事訴訟法第七十七條第二項後半段之規定，由法院核定。(民二一院字七九四號)

解釋 訴訟標的之價額，在定有事物管轄之民事訴訟律及民事訴訟條例，原有分別規定，民事訴訟法施行後，除施行法第二條，關於管轄另定有適用辦法外，依民事訴訟法第七十七條，既規定由法院核定其價額，茲爲劃一起見，特解答如下：(一)有担保之債權，應以債權額爲準，若供担保之標的物，其價額少於債權額時，以担保物之價額爲準。(二)地上權永佃權之爭執，其價額以一年租金之二十倍爲準(無租金時，應以一年所獲利益之二十倍爲準)，如其一年租金，(或一年之利益)之

二十倍總額超過所有地之價額者，即以所有地之價額為準，至貸借權（即租賃）定有期間者，依民法第四四九條第一項之規定，不得逾二十年，如因此涉訟，即應以爭執期間內，所收入之租金總額為準。（三）地役權之爭執，如地役權人爲原告，應以需地役所增之價額爲準，若供地役所有人爲原告，即應以供地役所減之價額爲準。（四）定期給付或定期收益之權利，有爭執時，如定有期間，應以權利之存續期間內，權利人將來應收入之總額爲準，若期間爲不確定時，則應推定存續期間，因原告之請求，而依客觀的可受之利益爲準。（五）典產之回贖權，應就典物價額計算，如係典價數額之爭執，應就原告所主張之利益計算。（六）未定期間之租賃，而於解約無爭，訴請遷讓，應由法院核定其價額，其未訂期間，而於解約有爭，出租人（業主）聲明解約，訴請遷讓，即應以習慣上預告期間之租金爲準。（民二二院字八六三號）（本號解釋，於訴訟費用法中有規定者，應依該法規定）。

解釋 關於典產回贖訴訟標的之價額，應就典物價額計算，經院字第八六三號解釋

有案，至當事人已依典物價額，遵繳訟費，縱嗣後聲明不服抗告法院誤爲按照典價

之裁定，然並非徵收機關計算錯誤，依司法印紙規則第十一條規定，毋庸退還。

（民二二院字九五六號）

解釋 來文所稱之請求起遷墳墓事件，如係以妨害所有權為原因，即不得謂非財產權上之訴訟。（民二二院字一〇一一號）

解釋 關於田地山場園蕩等，不動產之租賃，未定期間者，其計算訴訟價額之標準，亦應適用院字第八六三號解釋。（民二三院字一一三四號）

解釋 來函所稱運送權，於現行法律未有根據，其訴訟標的之價額，應依民事訴訟法第七十七條規定，由該管法院核定之。（民二四院字一二二八號）

解釋 未定期間之租賃，而於解約無爭，訴請遷讓時，其價額之核定，應依原告就訴訟標的所主張之利益為準。（民二四院字一二五二號）

解釋 地畝房屋之文契，係證明不動產之文件，因請求返還該文契而起訴，應依民事訴訟法第七十七條，由法院核定其價額，不得即以其所載之地畝房產價額為準。

（民二四院字一二六七號）

解釋 (一) 因徵收裁判費，而核定訴訟標的之價額，應先明其爲原告要求如何判決之訴訟。(民三〇院字二一六六號)

解釋 原呈所稱一方請求地方履行契約上未撥足糧米之訴訟，當指原告請求被告，將其已賣土地所納糧米之稅額，撥入被告戶內完納之訴訟而言，此項訴訟，係以被告應撥去糧米稅額之請求權爲訴訟標的，原告就訴訟標的所有之利益，即在免其將來之納稅義務，其訴訟標的之價額，自應以原告將來所得免納之糧米總額爲準，查土地法所規定之地價稅，係照估定地價，定其稅率，依各省市地政施行程序大綱第二十八條之規定，業經舉辦地價稅之地方，自開始征稅之日起，原有土地負擔各項正雜賦稅，應一律取消，是土地之原所有人，因移轉所有權時，未依舊制撥足糧米，致仍由其完納者，自開始征地價稅之日起，當然免其納稅義務，故核定此項訴訟標的之價額，應斟酌該地方約在何時舉辦地價稅，以該時期前應納之糧米總額爲準。(民三〇院字二一七一號)

解釋 (一) 對於財產管理人之計算請求，爲債權之一種，請求計算之訴，既以此

種請求權爲訴訟標的，自屬財產權上之訴訟，核定此項訴訟標的之價額，應以原告就履行計算義務，所有利益之客觀價額爲準，惟其價額，通常祇能約計其最高最低之限度，不能核定其確數，自可依民事訴訟費用法第十一條辦理。（民三〇院字二一八六號）

解釋 請求於自己生存期內，按月給付生活費之訴訟，即係民事訴訟費用法第十條，所謂因定期給付涉訟，其訴訟標的之價額，應以可推知之原告生存期內收入總數爲準，可推知之原告生存期，長於十五年，類推同法第四條之法意，應以一年收入數之十五倍爲準，此項訴訟標的之價額，既已定有計算方法，即非不能核定，同法第十一條之規定，自屬無從適用。（民三〇院字二一八九號）

解釋 （一）原代電第一問頗所舉各例，皆爲關於財產權之訴訟，其訴訟標的之價額，除請求移交所管理之財產者，以請求移交之財產價額爲準外，應以原告就該法律關係，所受利益之客觀價額爲準，非依所管理之財產價額定之，爲其價額祇能約計其最高最低之限度，不能核定其確數者，依民事訴訟費用法第十一條辦理。（二）

(一) 共有物或共同共有物分割之訴，其訴訟標的之價額，以原告因分割所受利益之客觀價額為準，非依共有物共同共有物全部之價額定之。(民三三院字二五〇〇號)

(按原代電第一問題略稱，因財產管理權涉訟，如書產值理公司或合夥經理，因值理或經理權之爭執，而確認其職權，或因請求移交所管理之財產，涉訟應如何核定訴訟標的。)

解釋 兩幫力夫爭碼頭陸上運送權，或兩幫船戶爭碼頭水上運送權，應照當事人請求之損害賠償額，定其管轄。(統字一一一七號)

解釋 每年修堤經常費，自係定期給付之一種，應依民事訴訟律管轄。各第十二條規定，計算其訴訟物價額。(統字一七四五號)

最高法院三十年一月十四日民庭總會決議錄

(一) 從前以銀兩定給付額之債務，應依廢兩改元辦法，折合為銀幣，並照銀幣數額，以法幣給付之。

(二) 借用物為生金者，應按清償期國家銀行公定之牌價，折合法幣償還之，清償期未

約定者，應以訂約時之價值償還之，典價爲生金者，出典人回贖典物，應按回贖時國家銀行公定之牌價，折合法幣，返還典價。

(三)屍體得爲所有權之標的，確認屍體所有權之訴，爲財產權上之訴訟。

最高法院三十年四月十八日民庭總會決議錄

(一)司法院二十八年訓字第五五零號訓令，所謂當事人契約載明以法幣折合外幣給付，係指以外幣定給付額之債務，經當事人約定以法幣折合給付者而言，其僅以外幣定給付額而無此種約定者，自不包含在內，惟當事人約定以法幣折合給付者，除別有約定外，應按給付時給付地之市價折合，實與民法第二百零二條以法幣給付時無異，其給付地之外匯，由政府指定銀行傳給者，該銀行所定之匯率，卽爲給付地之市價，上開訓令，不過據此當然之事理爲具體之指示，初非就當事人約定以法幣折合給付之情形另定辦法，故凡以外幣定給付額之債務，按給付地市價以法幣給付時，無論其係依當事人之約定爲之，抑依民法第二百零二條之規定爲之，均應以政府指定傳給外匯之銀行所定匯率，爲其給付地之市價，至上開訓

令所敘財政部對於上海商會二十七年十月皓代電之批示，係因當時指定中央銀行售給外匯，故曰應以中央銀行掛牌之匯率為準，嗣後即已改由中國或交通銀行售給外匯，即應以各該銀行所定售給外匯之匯率，爲其給付地之市價。

(二)以外幣定給付額之債務，原告求爲命被告給付外幣之判決者，核定訴訟標的之價額及上訴利益，應以起訴時政府指定售給外匯銀行所定匯率爲準。

(五)確認墳墓所有權之訴訟，應認爲有民事訴訟費用法第十一條之適用。

參考法條 民訴律五 六 九至十二 民訴條例五 六 一〇至一三 舊民訴七七

第四百零五條 以一訴主張數項標的者，其價額合併計算之。

以一訴附帶主張利息，或其他孳息，損害賠償，違約金，或費用者，不併算其價額。

原告一人或數人，對於被告一人或數人起訴，合併主張數宗訴訟標的者，論其實質，雖爲數訴，而形式則爲一訴，故應合併計算其訴訟標的之價額，訴訟程序之適用

，係以訴訟標的之金額或價額為標準者，雖各訴訟標的之金額或價額，俱在八百元以下，而合併計算超過八百元之數時，即應適用通常程序，而不適用簡易程序，惟此項規定，於訴訟程序不以訴訟標的之金額或價額定其適用之標準者，不適用之，故若合併提起之數訴中，有不問其標的之金額，或價額，一律適用簡易程序者，不得合併計算其金額或價額。

以一訴附帶主張利息，或其他孳息，損害賠償，違約金，或費用者，毋庸計算該附帶請求之金額或價額，應專依主訴訟標的之金額或價額，定其適用之程序，若依主訴訟標的之金額或價額，應適用簡易程序時，則雖附帶請求單獨計算或與主訴訟標的合併計算之金額，或價額，超過適用簡易程序之範圍，仍應適用簡易程序，所謂孳息損害賠償，或違約金，依私法之規定（民法六九條，二二三條至二二六條，二五〇條等），所謂費用，如催告之費用，作成拒絕證書之費用是，訴訟費用，亦包括之，損害賠償違約金或費用之請求，必與其法律關係之為主訴訟標的者，有主從及牽連之關係，由原告以一訴附帶主張之者，始不計算其金額或價額，若附帶請求，與主訴訟標

的之間，無主從及牽連之關係，例如以一訴請求甲債權之原本，與乙債權之利息，或以一訴請求某債權未償之原本，及已償一部原本之利息，均無本項規定之適用，茲所謂以一訴主張不以起訴時與主訴訟標的同時主張為限，於起訴後追加主張亦包括之。

判例 被上訴人在第一審起訴，除請求令上訴人遷讓承租之房屋外，並請求追償該房屋之欠租，其追償欠租部分，係附帶主張孳息，依民事訴訟法第四百零五條第二項，於計算訴訟標的之價額時，欠租之數額，不應併算在內。（最高法院民二九上字九三五號）

判例 合算訴訟物價額，限於一原告或數原告，自行合併，以一訴請求數宗之時，若被告以反訴主張之訴訟物價額，及他原告獨立起訴之訴訟物價額，自不得合併計算。（大理院民五上字四一號）

德判例 從請求須與主請求有相牽連之關係，且非單獨主張，而係與主請求合併主張者，始有民事訴訟法第四條後段規定之適用。（R.G. 13 373, U. 55, 82）

德判例 對保證人提起履行保證債務之訴時，將對於主債務人之訴訟費用，附帶請

求償還者，應不計算其價額。(R. G. 56, 276)

德判例 已匯入原本之利息，不得認爲附帶請求。(R. G. 32, 377)

德判例 以一訴請已還原本之利息，與原本之餘額合併主張之者，應合併計算其價

額。(R. G. 32, 377)

日判例 返還定銀(買主交與賣主者)之請求，與損害賠償之請求，均係因不履行債務而發生，其間並無主從之關係。故不得適用民事訴訟法第三條第二項之規定。(

明治四二年日東京控訴院)

日判例 在訴之客觀合併，其各請求，皆係因訴訟物價額而定裁判所之管轄者，依民事訴訟法第四條之原則，故應合算價額，定其管轄之有無，至若其請求中之一係，因價額而定管轄，而其他則非因價額，僅因訴訟物之性質，而定管轄時，則合算價額之原則，當然不能適用，祇須受訴裁判所，就各請求有管轄權而已足。(大正元年日大阪區裁判所)

參考法條 民訴律七 民訴條例七 舊民訴七八

第四百零六條 以一訴主張之數項標的，互相競合，或應為選擇者，訴訟標的之價額，應依其中價額最高者定之。

以一訴主張之訴訟標的，雖有數個，而彼此互相競合，或應為選擇者，原告在經濟上，即僅受某一法律關係之利益，故不應依前條第一項規定，合併計算其價額（或金額），而應依其中一訴訟標的之價額（或金額）定之，若其訴訟標的之價額（或金額）不等，則應依其最高者定之。

訴訟標的互相競合，例如共同原告或共同被告，為連帶債權人或連帶債務人，或共同訴訟之一造為債務人，及其保證人，又如原告起訴主張某權利，慮其主張無效，同時以他權利合併主張之是也，訴訟標的應為選擇，例如原告主張數宗請求，而求命被告履行其一，或原告於第一位主張某請求，求命被告履行，同時並主張一補充之請求，求命被告於不能履行第一位請求時，即履行補充之請求是也。

判例 原告主張被告就某商號之債務，有清償責任，提起請求清償之訴，復主張被告為某商號之經理人，縱無清償責任，就該債務，亦有清理償還之責，因而為訴之

預備合併者，自係民事訴訟法第四百〇六條所謂以一訴主張之數項標的互相競合，應依同條之規定，定其訴訟標的之價額。（最高法院民二八上字二二一三號）

德判例

在訴之預備合併（即原告起訴主張某權利時，預慮其主張無效，同時以他權利合併主張之，以備先之權利主張無效時，可由後之權利主張得勝訴之判決者），應依其請求中價額最高者，定訴訟標的之價額。（R. G. in. T. w. 1893. 467）

解釋

以一訴請求終止租約，並追繳欠租，交讓田房者，其關於租約之終止，不過為交讓之訴之前提，法院徵收訟費，僅就追繳欠租及交讓田房兩項，合併計算，至計算方法，關於追繳欠租部分，應以租約終止前所欠之金額為準（租約終止後，則為附帶主張之損害賠償，依法不應併算）。關於交讓田房部分，參照院字第一二五二號解釋。（民二五院字一五五一號）（本院解釋關於追租讓房部分已經二五三六號解釋變更）

解釋

（二）以一訴請求計算及被告因該法律關係所應為之給付者，訴訟標的雖有兩項，而自經濟上觀之，其利益不能超出終局標的範圍，依民事訴訟法第四百〇六條

之規定，其訴訟標的之價額，應依其中價額最高者定之，原告依民事訴訟法第二百四十五條，於被告爲計算之報告前，保留關於給付範圍之聲明者，依民事訴訟費用法第十一條之規定，定其價額，惟法院就第一請求以一部判決，命被告爲計算之報告，原告於被告任意或依強制執行，爲此報告後，補爲關於給付範圍之聲明時，如其訴訟標的之價額，高於原定之價額，法院自應命原告補繳裁判費。（民三〇院字二二八六號）

解釋（一）原告提起確認某地爲其所有之訴，被告亦提起確認該地爲其所有之反訴者，本訴之訴訟標的，爲原告之所有權，反訴之訴訟標的，爲被告之所有權，所有權之主體既異，訴訟標的即非相同，本訴與反訴，自應各按所有權之價額，徵收裁判費。惟原告對於第一審駁回其訴，并確認該地爲被告所有之判決，提起上訴時，上訴如有理由，在經濟上僅受確認該地爲其所有之利益，依民事訴訟法第四百〇六條之本旨，祇須按本訴訴訟標的之價額繳納裁判費，至第一審判決，將本訴與反訴併予駁回，兩造各提起上訴時，在經濟上，各有確認該地爲其所有之利益，即應各

按本訴與反訴訴訟標的之價額，繳納裁判費，若第一審先為駁回本訴之一部判決，再為反訴有理由之判決時，原告對於該兩判決，提起之上訴，係各別之上訴，仍應各按本訴與反訴訴訟標的之價額，分別繳納裁判費，再原告提起請求給付六百元之訴，被告亦提起請求給付六百元之反訴，原告於本訴及反訴，均受敗訴判決時，其對於該判決提起上訴，在經濟上既有一千二百元之利益，即應按一千二百元之金額繳納裁判費，此與本問題情形不同，不能相提並論。（民三〇院字二二三三號）

解釋

民事訴訟費用法第九條，所謂因租賃權涉訟，係指以租賃權為訴訟標的之訴訟而言，其以租賃關係已經終止為原因，請求返還租賃物之訴，係以租賃物返還請求權為訴訟標的，非以租賃權為訴訟標的，其訴訟標的之價額，應以租賃物之價額為準，至出租人終止租賃契約，依民法第二百六十三條第二百五十八條第一項之規定，祇須向承租人以意思表示為之，不必請求法院為宣告終止之形成判決，自無所謂請求終止租賃契約之訴，原代電所稱請求終止租賃契約之訴，當即出租人主張終止之意思表示有效，所提起確認租賃權消滅之訴，其訴訟標的之價額，固應依民事

訴訟費用法第九條之規定計算之，惟此項訴訟，與請求返還租賃物之訴，合併提起時，訴訟標的雖有兩項，而自經濟上觀之，其利益不超出終局標的之範圍，依民事訴訟法第四百〇六條之規定，其訴訟標的之價額，應依其中價額最高者定之。（民三二院字二四六九號）

解釋 以一訴求返還租賃物，並附帶請求支付租金者，其訴訟標的之價額，專以租賃物之價額為準，不得將租金支付請求權之價額，併算在內，院字一五五一號解釋，應予變更。（民三二院字二五三六號）

參考法條 民訴律八 民訴條例八 舊民訴七九

第四百零七條 原告應負擔之對待給付，不得從訴訟標的之價額中扣除。

原告並求確定對待給付之額數者，其訴訟標的之價額，應依給付中價額最高者定之。

訴訟標的之價額，非以原告實際所享受之利益爲核定之標準，故原告對於被告所負擔之對待給付，於核定價額時，不得從訴訟標的之價額中扣除，例如買受人請求交付貨物，不得由該請求之價額中扣除，其應支付之價金，而其以餘額爲訴訟標的之價額。

原告對於對待給付之額數，並請求確定者，則原告關於對待給付之義務，與其對於被告之請求同爲訴訟標的，自不得不分別論其價額，惟此兩宗訴訟標的，居於對待之關係，應依其中價額最高者，定其價額。

傳判例 原告預將被告之反對給付抵銷扣除，而請求其餘額者，祇此餘額，爲訴訟標的。(R. G. J. n. J. m. 1887, 37)

日判例 訴訟物云者，謂訴訟之目的物，換言之，即原告求以判決確定其存否之權利或法律關係是也。訴訟物之價額，即指該項權利或法律關係之價額而言。至若原告依訴訟之結果，所得享有之經濟上利益，決不得爲計算訴訟物價額之標準。故例如在給付之訴，即令原告對於其所請求之給付，有爲反對給付之義務。而其訴訟物

之價額，固仍應以原告之給付請求權之價額為準，不得斟酌其反對給付之價額，若以此說爲不然，而謂訴訟物之價額，必以原告依訴訟之結果，所得享有之經濟上利益爲限。則在前例情形，其原告依勝訴之判決，所得享有之經濟上利益，既僅爲其所請求之給付，與反對給付之差額，自不得不以此項差額，爲其訴訟物之價額，果爾則反對給付之額，設與原告所請求之給付額相等，或大於其所請求之給付額，是毫無訴訟物之價額矣，其爲不當，自不待言。本此理論言之，是在撤銷詐害行爲之目的物價額是，否大於原告之債權額，其訴訟物之價額，當然應依該詐害行爲之目的物價額定之。決不得以原告之債權額爲計算標準。說者謂原告之債權額若少於該詐害行爲之目的物價額時，則依民事訴訟法第五條第一款規定，應依該債權額以定訴訟物之價額云云。不知該條規定，原僅適用於特定債權之特定担保，若在以債務人之總財產，供總債權人之共同担保時，當然無適用該條之餘地。（大正二年日京都地方裁判所）

參照法條 民訴律八、民訴條例九 舊民訴八〇

第四百零八條 簡易訴訟程序，在獨任推事前行之。

簡易訴訟程序，除本章別有規定外，仍適用前章之規定。

法院組織法第三條規定。地方法院審判案件，以推事一人獨任行之，但案情重者，得以三人之合議行之。簡易訴訟程序，僅適用於輕微簡單，及應迅速辦結之訴訟事件，故應在獨任推事前行之。

簡易程序為對於通常訴訟程序所設之特別規定。除此等特別規定外仍適用通常，訴訟程序之規定，又關於合議庭行審判時，審判長所有之權，限於獨任推事行審判時，由獨任推事行之。（法院組織法四條二項）

解釋（一）原係簡易事，經判決確定後，第一審再審法院，雖用合議制審理，其上訴審，仍屬於地方法院之合議庭。（二）應由獨任推事審理之事件，用三人合議制審理之，其程序既較為繁重，當事人自不得以此為上訴理由，提起上訴，上訴審，亦不得僅因此而廢棄原判決及訴訟程序。（民二四院字一二九一號）

參考法條 民訴律五一六 民訴條例四七六

第四百零九條 第四百零二條第一項、及第二項所定之訴訟，於起訴前，應經法院調解，但有左列各款情形之一者，不在此限。

一 爲標的之法律關係，曾在法令所定之其他調解機關調解，而未成立者。

二 因票據涉訟者。

三 係提起反訴者。

四 送達於被告之傳票，應於外國送達，或爲公示送達者。

五 依法律關係之性質，當事人之狀況，或其他情事，可認爲調解顯無成立之望者。

自法院或其他調解機關調解不成立時起，已經過一年者，於起訴

前，應再調經解。

調解爲訴訟繫屬前之程序，第四百零二條第一項及第二項所定之訴訟事件，除有本條但書各款所列情形之一者外，於起訴前，應先經法院調解，必經調解而不成立始得起訴，此爲訴訟要件之一（參看本編第一章總說明），如未經法院調解，而逕行起訴，應視其起訴爲調解之聲請（四二四），不得加以裁判，又離婚之訴，及夫妻同居之訴，並終止收養關係之訴。於起訴前，亦應先經法院調解，本法第五百七十三條及第五百八十三條，另有規定。

有本條但書各款情形者，或則調解不易收效，或則難達迅速之目的，故無庸先經調解，以免徒勞無益。

第一款所謂其他調解機關，如鄉鎮調解委員會組織規程，及勞資爭議處理法第三條所定各調解機關是。

第二款所謂因稟據涉訟者，乃指以稟據上之請求爲標的之訴訟而言。

第三款反訟，須於本訴繫屬中提起，故不便將反訴事件，單獨進行調解。

第四款被告傳票之送達，既須於外國，或以公示送達之方法行之，其送達甚不便利，且被告不易知曉，故亦無庸先經調解。

第五款包括一切不適用於調解之情形而言，所謂法律關係之性質，當事人之狀況，不過例示之規定，前者如爭執之權利或義務，關係他人之利益，後者如當事人兩造感情不相能是，所謂其他情事，如經親友調處，而無效是。

前項所舉訴訟事件，雖已經調解程序，若自調解不成立之時起，已經過一年者，於起訴前，仍應再經調解，蓋以時過境遷，或有調解成立之可能。

解釋 支付命令之聲請，係屬督促程序，毋須先經調解，惟債務人提出異議後，即適用通常訴訟程序，雖可視債權人之聲請為起訴，但其事件如合於民事調解法第二條之規定，自非過調解不成立後，不能進行訴訟。（民二〇院字四四六號）

解釋 假扣押假處分，係保全程序，祇須合於假扣押假處分之條件，即可依法聲請與，當事人間爭執之法律關係，別為一事，毋須先經調解程序。（民二〇院字四四

解釋 民事調解法第二條所載，非經民事調解處調解，不成立，不得起訴云云，原係第一審於受訴之時，應予注意之點，第一審未經注意，遽予受理，殊有未合。但該訴訟既已上訴，於第二審，由受命推事試行和解，不能成立。若於此種情形，仍然發交調解處，亦屬徒事拖延，雖望調解之成立。在第二審，自應仍予受理，爲實體上之審判。（民二〇院字五〇九號）

解釋 依商會法第三條之規定。關於工商業之調處事項，既爲商會職務之一，民事調解法第二條，所謂其他調解機關，自包含商會在內。（民二〇院字五二一號）

解釋 附帶民事訴訟，雖未經民事調解處調解，亦得提起。（民二〇院字五四九號）

參考法條 民事調解法二 民事調解法施行規則三

第四百十條 調解依當事人之聲請行之。

前項聲請，應表明爲調解的之法律關係，及爭議之情形。

聲請調解之管轄法院。準用第一編第一章第一節之規定。

民事調解，雖爲起訴前之程序，亦應依當事人之聲請爲之，惟有第四百二十四條第二項、及第四百二十五條第二項之情形者，應視其起訴爲調解之聲請。至爲此聲請，並不以起訴之一造爲限。

聲請調解，以書狀或言詞（四二六）爲之均可。其聲請除依第一百十六條至第一百二十二條規定外，並應表明爲調解標的之法律關係及爭議之情形，所謂爲調解標的之法律關係，即請求調解之權利或義務，其表明應與訴訟標的之表明相當（參照二四四條說明）。所謂爭議之情形，即彼此關於法律關係之主張。此外，應受判決事項之聲明，亦以表明爲宜。

調解不成立者，法院得依一造當事人之聲請，命爲訴訟之辯論（四一九）。而當事人之起訴，亦有視爲調解之聲請者。此兩種程序，既互相銜接，其管轄自以屬於同一法院爲便利，故第一編第一章第一節，關於管轄之規定，於聲請調解之管轄法院準用之。

第四百十一條 有第四百零九條第一項但書各款所定情形之一，而聲請調解者，法院得以裁定駁回之。

前項裁定，不得聲明不服。

聲請調解，而有第四百〇九條第一項但書各款所列情形之一者，法院得以裁定駁回其聲請，至調解之聲請不合法者。應依一般規定，以裁定駁回（二三七條說明參照），即不待言，駁回聲請之裁定，不得對之聲請不服。

民事訴訟調解法施行規則第三條第三款，尙規定其聲請調解，係出于不正當之目的者，認爲不能調解，本法雖無此規定，應解爲包轄于四百〇九條第一項第五款之內，故遇有意圖詐害第三人等情形，而聲請調解者，仍應以裁定駁回之。

第四百十二條 法院除駁回調解之聲請外，應速定調解期日，將聲請書狀與期日之傳票，一併送達於他造。

第二百五十二條之規定，於調解期日之傳票，準用之。

調解之聲請，除有不合法或第四百零九條第一項但書各款所列情形，得以裁定駁回者外，法院應速定調解期日，傳喚兩造到場調解（一五四條一五六條），並將聲請書狀繕本，或以言詞聲請之筆錄繕本（一一九條一二二條四二七條一項）與期日之傳票，一併送達於他造。

調解期日之傳票，其應記載之事項，除第四百二十八條另有規定外，並準用言詞辯論期日傳票之規定。至應記載之不到場之法定效果，即第四百第十四條所定，得科罰鍰之效果，此外辦理民事訴訟案件應行注意事項第六十九則，對於傳票內應記載之事項，尚有補充規定。

參考法條 民事調解法六

第四百十三條 法院於必要時，得命當事人或法定代理人本人，於調解期日到場。

調解期日，當事人或法定代理人，委任代理人到場亦可。惟法院爲闡明爭議事件之關係，或使調解易于成立。或認爲有其他必要情形，得以裁定命當事人或法定代理人本人，于調解期日到場。此項裁定，不得對之抗告（參照第二〇三條第一款說明）。

第四百十四條 當事人無正當理由，不於調解期日到場者，法院得以裁定，科五十元以下之罰鍰，其有代理人到場，而本人無正當理由，不從前條之命者亦同，前項裁定，得爲抗告，抗告中應停止執行。

當事人並無正當理由，而不於調解期日到場者，法院得科以罰鍰，其有代理人到場，而本人無正當理由，不從法院到場之命。於調解期日到場者亦同，所謂不到場，包括行點呼時不到（一五八），及於期日終竣前離去調解處所而言。所謂不到場之正當理由，如患病遠出，及遇天災事變或未受合法之傳喚是。

對於科罰之裁定，得爲抗告，抗告有停止執行之效力。（參照四八八條說明）

參考法條 民事調解法七

第四百十五條 調解程序得不公開行之。

調解程序與訴訟程序不同，本無必須公開之理由，且爲顧全雙方信用，亦以不公開爲宜，行調解之處所，須在特設之調解室，並須避去開庭之形式（辦理民事訴訟案件應行注意事項八八）。推事認爲適當時，亦得于法庭行之。（參照一五七條但書及民事調解法施行規則一六）

第四百十六條 當事人兩造各得推舉一人爲調解人，於期日到場，協同調解。

不問當事人有無推舉調解人，如法院認有第三人適於協同調解時，得選任爲調解人。

第三百二十三條之規定，於前項調解人準用之。

法院選任之調解人，應通知其於期日到場，當事人選任之調解人，經預行陳明法院者亦同。

當事人兩造爲調解進行便利計，各得推舉一人爲調解人，於調解期日到場，協同調解。調解期日之傳票，並宜記明此旨，若一造有多數人時，亦僅得共同推舉調解人一人（參照辦理民事訴訟案件應行注意事項七〇）。一造倘推舉數人，由法院指定一人，其僅一造推舉調解人者，亦應准其到場，協同調解。

不問當事人有無推舉調解人，苟法院認有第三人適於協同調解，例如第三人爲兩造之親友，或曾參與相爭法律關係發生之行爲，法院得選任其爲調解人，命其到場協同調解，此項調解人之人數，由法院斟酌定之。

法院選任之調解人，不問調解成立與否，均有請求日費及旅費之權利，第三百二十三條，關於證人請求日費及旅費之規定準用之，至其得請求之額數，及法院對於此項費用，是否得問當事人徵收，尙須另以法令定之。

法院選任之調解人，及經當事人選任，而預行陳明法院者，應通知其於調解期日

到場，通知無一定之程式，任以如何方法行之，均可。

辦理民事訴訟案件應行注意事項第六九條，對於調解人之資格，有所限制，即未成年者，充任律師者，禁治產者，受破產之宣告尚未復權者，及無正當職業者，不得推舉或選任為調解人，調解人之資格，如有欠缺，即不許其協同調解。

當事人未推舉調解人，而法院亦未選定調解人，或調解人全未到場時，推事仍得進行調解，如有調解人協同調解，推事亦得暫行退席，命調解人先行勸解，俟有結果，再行出席調解（辦理民事案件應行注意事項第七二第七五），當事人或其代理人，經法院之許可，亦得於調解日期，偕同輔佐人到場（七六）。

解釋 民事調解人，依民事調解法第三條之規定，既以兩造各得推舉一人為限，則一造之當事人，雖有多數，亦僅得推舉一人，應依民事調解法施行規則第三條規定，以協議行之，協議不諧，應如何推舉，法無明文，為便於調解進行起見，應由調解主任，就該當事人所主張推舉之人，指定一人。（民二〇院字五七六號）

第四百十七條 就調解結果，有利害關係之第三人，經法院之許可，得參加於調解程序，法院並得將事件通知之，命其參加。

第三人參加於調解程序，以就調解結果有利害關係者為限，且須聲請法院，得其許可，其聲請得任以書狀或言詞為之（四二六條一二三條）。法院認第三人就調解結果，有利害關係，且以其參加為適宜時，亦得命其參加，例如對於直接占有人，請求交付其占有物之調解事件，命其間接占有人，出而參加是，對於保證人請求履行保證債務之調解事件，命其主債務人出而參加是。

第三人於調解程序，得僅為輔助當事人一造而參加，亦得加入為當事人。

第四百十八條 行調解時，應審究事件關係，及兩造爭議之所在，於必要時，得調查證據。

調解之目的，在止息兩造之爭端，通常須擬具辦法，勸兩造互相讓步，自非就事件關係，及爭議之所在，審究明白，無從進行調解，故遇有必要時，得調查證據，以

明真相，關於調查證據之程序，準用本編第一章第三項之規定，又為闡明事件關係，亦得向當事人發問，或曉諭其為陳述（一一九條二項），或為第二百零三條之處置，至調解人協同調解，有時亦須擬具調解辦法（辦理民事訴訟案件應行注意事項第七四第七五），則為應闡明事件關係，自亦可請求推事發問曉諭，或調查證據。

當事人於調解期日所為讓步之陳述，不生捨棄或認諾之效果，其所為自認之陳述，亦僅為訴訟外之自認。

第四百十九條 當事人兩造於期日到場，而調解不成立者，法院得依一造當事人之聲請，命即為訴訟之辯論，但他造如聲請延展期日者，應許可之。

前項情形，視為調解聲請人，自聲請時已經起訴。

調解期日當事人兩造到場，而調解不成立者，雖該期日非辯論期日，法院得依任何一造當事人之聲請，命即為訴訟之辯論，但他造聲請延展期日者，應准許之，以便

該當事人爲辯論之準備，遇有重大理由時，法院亦得依職權延展期日。（一五九）

依聲請命爲訴訟辯論者，視調解之聲請人，自聲請調解時，已經起訴，其聲請與起訴發生同一之效力，此時調解聲請人，並應繳納裁判費。

第四百二十條 當事人兩造或一造，於期日不到場者，法院酌量情狀，得視爲調解不成立，或另定調解期日。

調解期日，當事人兩造或一造不到場者，究視爲調解不成立，以終結調解程序，抑或另定調解期日，施行調解，由法院酌量情形定之。

第四百二十一條 調解成立者，與訴訟上和解有同一之效力。

調解不成立者，當事人得請求法院書記官，付與證明書。

調解成立者，調解程序，即時終結，而當事人間，關於該法律關係之爭執，同時亦得解決，故本條第一項，定爲與訴訟上和解有同一之效力（參照第三八零條說明）。

。已成立之調解，有無效或得撤銷之原因，當事人得向原調解法院起訴，求其宣告無

效，或予以撤銷（參照辦理民事案件注意事項七八）。

調解不成立者，當事人得請求法院書記官，付與調解不成立證明書，以證明其爭執之法律關係，曾經調解程序，如法院書記官拒絕付與，得向其所屬之法院提出異議（二四〇）。

其他調解機關所爲之調解，除勞資爭議處理法第三十八條第二項另有規定外，僅有民法上和解之效力。

解釋 調解業已成立，一造若不遵行，其他一造應以送達之調解筆錄正本，爲執行名義，依普通程序，聲請實施執行。（民二〇院字五七六號）

解釋 調解當事人以外之人，不受調解之拘束。若調解當事人以外之人，以調解結果侵害其權利爲理由，提起訴訟，法院應依通常程序，予以受理。（民二一院字八〇三號）。

解釋 對於訴訟上之和解，聲明不服，在民事訴訟法，並無準用再審之規定，自不得提起再審之訴，惟當事人如以和解尙未合法成立，或有撤銷之原因，爲理由，向

受訴法院聲請繼續審判者，法院應指定言詞辯論期日，就其原因先予審理，如審理結果，認其聲請為無理由，即應以終局判決，宣示訴訟已因和解而終結，反是應就其本案繼續審判（或另為適法之和解）。如他造對於聲請之原因，有爭執時，即應先為中間判決，至調解事件，當事人如主張尙未合法成立，或有撤銷之原因時，應就此項爭執，向調解所繫屬之法院，訴請裁判。（民二二院字八七〇號）

參考法條 民事調解法一三

第四百二十二條 法院書記官，應作調解程序筆錄，記載調解之成立或不成立，及期日之延展，或訴訟之辯論開始。

第二百十二條至第二百十九條之規定，於前項筆錄準用之。

調解程序，應由法院書記官制作筆錄，調解成立者，記載調解成立之內容，其不成立及延展期日，或開始訴訟辯論者，亦應分別記明期日之延展，有係指定續行調解之期日者，有係命為訴訟之辯論，尙未開始，而延展期日者。關於訴訟之辯論開始，

祇記載辯論開始之事，至關於辯論事項，自應另作言詞辯筆錄。

第二百十二條至第二百十九條，關於言詞辯筆錄之規定，於此項筆錄準用之。

辦理民事訴訟案件應行注意事項第七十六則，載調解成立者，其條項須詳細記入調解程序筆錄，並應將該筆錄作成正本，送達於當事人，關於正本之程式，既別無規定，自祇須送達繕本（參照三七九條說明）。

解釋

調解雖可由當事人兩造同意爲之，但依法應經調解主任簽名，方能認爲成立，若兩造同意之結果，有妨害第三人之權利時，則調解主任，自可不予簽名。（民

二二院字一一五一號）

參考法條 民事調解法一一 一二

第四百二十三條 調解不成立後起訴者，其調解程序之費用，應作爲訴訟費用之一部，不起訴者，由聲請人負擔。

關於調解程序之費用，其調解不成立而起訴者，應作爲訴訟費用之一部，依訴訟

費用之一般原則，定其由何人負擔，此際不問係聲請人自行起訴，抑係他造提起消極確認之訴，至依第四百十九條規定，視調解聲請為起訴者，亦應同有本條之適用，若調解不成立，而不起訴者，由調解聲請人負擔，調解不成立時，他造即得為此請求。惟調解聲請人，在法院未裁判前，若已起訴，則應駁回其請求，依第九十條之規定，聲請者，並應於調解不成立後三十日內為之，至調解成立者，則因與訴訟上和解，有同一之效力，所有調解費用之負擔，應適用第八十四條關於和解費用負擔之規定。

解釋 依民事訴訟法第四百十九條第二項規定，視為調解時，已起訴者，既經訴訟費用暫行規則第二十條定明，仍依同規則第二條第十二條徵收裁判費，則在此項應徵之裁判費數額內，不得扣除聲請調解所徵收之裁判費，至為明顯。其調解不成立後起訴者，不許扣除。尤不待言，至民事訴訟法第四百二十三條之規定，不過將調解程序之費用，併入訴訟費用，定其負擔，不得據以扣除裁判費之一部。（民二九院字二〇三一號）

第四百二十四條 第四百零二條第一項及第二項之訴訟，如逕向法

院起訴者，宜於訴狀內表明其合於第四百零九條之規定，並添具關於其事實之必要證據，起訴不合於第四百零九條之規定者，視為調解之聲請。

對於第四百零二條第一項及第二項之訴訟，未經調解，而逕向法院起訴者，須具有第四百零九條但書各款所列情形之一，除該條第一項第二款及第三款情形，得依其起訴之內容定之外，宜於起訴狀內表明其情形，並添具關於該事實之必要證據，其為此主張而未表明事實及添具證據者，亦得命其補正，惟於不遵命補正時，不得以此為理由，駁回其訴，而應視為調解之聲請。

起訴不合於第四百零九條之規定者，不得以裁定駁回其訴，應視其起訴為調解之聲請，即第一審法院已作為訴受理，而在進行中發見者，亦應改行調解程序，惟若已為終局判決，則其欠缺，應視為已經補正，上訴審不得以此為理由，廢棄原判決。

起訴視為調解之聲請後，若進行調解程序，兩造於期日到場，而調解不成立，經

當事人聲請命爲訴訟之辯論者（四一九）。其應回復起訴之效力，固不待言。卽因當事人兩造或一造於期日不到場，而調解不成立時（四二〇），亦應爲同一之解釋，惟院字一四九〇號解釋，其見解微有不同。

解釋 民事訴訟法第四百零二條第一項及第二項所定之訴訟，未經法院調解而起訴者，法院依第四百二十四條第二項規定，視爲調解之聲請，如因對造不到場，視爲調解不成立後，該聲請人仍應依同法第二百四十四條第一項，或第四百二十六條規定，履行起訴行爲，其審判費前已繳納者，自無庸再繳。（民二五院字一四九〇號）

第四百二十五條 不合於第四百零二條第一項及第二項規定之訴訟當事人，亦得於起訴前，聲請調解。

有適用簡易程序之合意，而當事人逕行起訴者，經他造抗辯後，視其起訴爲調解之聲請。

不合於第四百零二條第一項及第二項規定之訴訟，本無庸於起訴前先經調解，不

過當事人亦得聲請法院施行調解，此乃任意調解，而非強制調解。

有適用簡易程序之合意，其訴訟並無得不經調解之情形（四〇九），乃不經調解，或調解不成立已逾一年，而徑行起訴，他造得為應先經調解之抗辯，有此抗辯後，視其起訴為調解之聲請，惟他造對於原告之訴，並無異議，而為本案之言詞辯論者，則有第一百九十七條第一項之適用，不得再提出此項抗辯。

第四百二十六條 起訴聲請調解，及其他期日外之聲明或陳述，概得以言詞為之。

簡易程序之起訴，及調解之聲請，並其他期日外之聲明或陳述，均准以書狀或言詞為之，於期日外以言詞起訴聲請調解，或為其他聲明陳述者，應於法院書記官前為之，由書記官作成筆錄（一二二）。

解釋 民事訴訟法第三九三條至第三九五條之規定，於縣知事審理訴訟暫行章程並無牴觸，依該章程第四十二條之規定，應於縣知事準用之，其所列得用言詞起訴各

事件，即該法施行前，屬於初級管轄之事件，依該章程第一條第二項規定，概歸承審員獨自審判，其以言詞起訴者，應向承審員爲之。並準用該法第三百九十五條之規定。（民二二院字九〇八號）

參考法條

民訴律五一七

民訴條例四七七

四七八

舊民訴三九四

三九五

第四百二十七條 以言詞起訴，或聲請調解者，應將筆錄與言詞辯論或調解期日之傳票，一併送達於他造。

就審期間，至少應有五日，距調解期之期間亦同，但有急迫情形者，不在此限。

以言詞起訴或聲請調解者，法院書記官所作之筆錄，即所以代起訴狀或聲請書狀，亦應將其繕本與言詞辯論或調解期日之傳票，一併送達於他造。（二五一條四一二條二項）

前項送達，距言詞辯論或調解之期日，至少應留五日，但有急迫情形時，尙得留少

於五日之期間，此項期間，較通常訴訟程序所定十日之就審期間爲短。（參照二五一條二項說明）

參考法條 民訴律五一七 五一八 民訴條例四九七 舊民訴三九六

第四百二十八條 言詞辯論或調解期日之傳票，應記載當事人務於期日攜帶所用證物，及偕同所舉證人到場。

言詞辯論或調解期日之傳票，所應記載之事項，除準用第二百五十二條規定外（四〇八條四一二條二項），並應記載當事人務於期日攜帶所用文書，或其他證物及偕同所舉證人到場，以免進行延滯，此僅爲訓示規定，雖有違背，當事人不得責問之，而當事人不遵行者，亦於其聲明證據之權，不生影響。

參考法條 民訴條例四八〇 舊民訴三九七

第四百二十九條 當事人，於其聲明或主張之事實或證據，以認爲他造非有準備不能陳述者爲限，應於期日前提出準備書狀，並得

直接通知他造，其以言詞爲陳述者，由法院書記官，作成筆錄，送達於他造。

在簡易或調解程序，除認他造非有準備不能陳述者外，當事人不負提出準備書狀之義務，非若通常訴訟程序，概須提出準備書狀，送達於他造（二六五至二六七），其提出準備書狀，並得不經法院送達，直接通知他造，例如自己遣人或由郵便通知是也，若係以言詞陳述者，由法院書記官作成筆錄，送達於他造。

第二百六十九條之規定，應適用於簡易訴訟程序言詞辯論之準備（四〇八條二項）。至準備調解亦得準用之。

參考法條 民訴律五二〇 民訴條例四八一 舊民訴三九八

第四百三十條 當事人兩造，於法院通常開庭之日，得不待傳喚，自行到場，爲訴訟之言詞辯論，或進行調解。

前項情形，其起訴或聲請調解，應記載於言詞辯論或調解程序筆

錄。

通常開庭之日，指法院平時預定開庭處理民事訴訟事件之日而言，如當事人兩造自行到場，就該訴訟為辯論或進行調解，應即命其辯論或為調解，但非在法院平時辦公時間以內，且於其他事件之期日終竣後，不得為之。

訴訟及調解事件，尙未繫屬於法院以前，當事人兩造，亦得於法院通常開庭之日，因辯論或調解而到場。即於推事前起訴或聲請調解，此際應將其起訴或聲請調解，記載於筆錄，縱是日已無時間，可為該事件之辯論或進行調解，亦應待當事人起訴，或為調解之聲請後，再行延展期日，因於當事人有時有中斷時效等關係也。

參考法條 民訴律五一九 民訴條例四八二 舊民訴三九九

第四百三十一條 傳喚證人或鑑定人，得不送達傳票，依法院認為便宜之方法行之，但證人或鑑定人如不遵傳到場，仍應送達傳票。法院得命證人或鑑定人，於法院外以書狀為陳述，但以預料其

陳述可信者爲限，前項情形，應令證人或鑑定人具結，附於書狀提出。

傳喚證人或鑑定人，應送達定式之傳票（一五六條二九九條三二四條），惟依本條規定，在簡易訴訟程序得不送達傳票，而依法院認爲便宜之方法行之，如由電話或令當事人邀約是也，不過對於抗不到場之人，如適用罰鍰等規定，仍應送達傳票，必須送達傳票，再不到場，始得加以第三百零三條第三百二十四條所定之制裁。

訊問證人或鑑定人，通常應令其在推事前具結，並在推事前以言詞爲之（三一二條三一八條三二四條），但在簡易訴訟程序，法院本諸證人或鑑定人之身分素行，並其他情形，預料其於法院外以書狀爲陳述而可信者，得命其以書狀爲陳述，並具結附於書狀，以提出於法院。

參考法條 民訴條例四八六 四八七

第四百三十二條 判決書內之事實及理由，得僅記明要領。

本條爲對於第二百二十六條之特別規定，蓋以適用簡易程序之訴訟事件，多屬輕微簡單，其判決書內之事實及理由，得只記載要領，但如訴之標的訴之聲明，及如何認其爲有理由或無理由，在判決書內，均應有相當記載。

參考法條 民訴條例四九〇 舊民訴四〇〇

第四百三十二條 第四百零二條第一項之訴，因訴之變更，致訴訟標的之金額或價額逾八百元者，除經當事人合意外，其辯論及裁判，不得依簡易程序之規定，追加之新訴或反訴，其訴訟標的之金額或價額逾八百元，而以原訴與之合併辯論及裁判者亦同。

原有之訴，爲第四百零二條第一項之訴，因原告變更其訴，其新訴標的之金額或價額逾八百元者，除經當事人合意外，其辯論及裁判，不得依簡易程序之規定，而應適用通常訴訟程序，又原有之訴，爲第四百零二條第一項之訴，原告追加之新訴，或被告提起之反訴，其訴訟標的之金額，或價額逾八百元（參照二五七條二六〇條說明

），而以原訴與之合併辯論及裁判者，亦不得依簡易程序規定，而應適用通常訴訟程序，倘分別為辯論及裁判，則一適用簡易程序，一適用通常程序，又追加之新訴或提起之反訴，其訴訟標的之金額或價額，未逾八百元者，雖就原有之訴與新訴，或反訴，合併其辯論及裁判，仍適用簡易程序之規定。

本條規定，限於第四百零二條第一項之訴，殊不可解。查草案第四百三十七條，原無此項限制，又依本條後段規定推之，追加之新訴，與原有之訴或反訴與本訴，均應依訴訟標的之金額或價額以定，其適用之程序者，則於通常訴訟程序，追加應依簡易程序之新訴，或提起應依簡易程序之反訴，自亦之法所許，此際如合併為辯論及裁判，其應適用通常訴訟程序，亦不待言。

判例 本訴標的之金額或價額，在八百元以下，反訴標的之金額或價額逾八百元，而以本訴與之合併辯論及裁判者，除經當事人合意外，不得依簡易訴訟程序之規定。仍應適用通常訴訟程序，此觀民事訴訟法第四百三十三條後段之規定自明。是本訴與反訴，均係應依訴訟標的之金額或價額，定其適用之程序者，於簡易訴訟程序

，提起應依通常訴訟程序之反訴，不得依同法第二百六十條第二項之規定，認爲不應准許。（最高法院民二九上字六八八號）

參考法條 民訴條例四九二

