

呈繳

法律叢書

考試必備

民事訴訟法

包榮

一九二



北平好望書店出版

586.1
840

2



3 0646 8113 7

民事訴訟法目錄

緒論

第一章 民事訴訟之必要及訴訟法之沿革

第二章 民事訴訟

第三章 民事訴訟之種別

第四章 民事訴訟法之定義及效力

第五章 民事訴訟法中之重要觀念及其用語

第六章 訴行認爲之方式用語場所及時間

第七章 訴訟主義

本論

第一編 總則

第一章 法院

民事訴訟法目錄

一 一
一 一
一 一
一 一
一 一
一 一
一 一
一 一
一 一
一 一
一 一
一 一

41735

民事訴訟法目錄

二

第一節 管轄

二八

第二節 法院職員之迴避

二五

第二章 當事人

二八

第一節 當事人能力及訴訟能力

二八

第二節 共同訴訟

三〇

第三節 訴訟參加

三三

第四節 訴訟代理人及輔佐人

三九

第三章 訴訟標的之價額及訴訟費用

四四

第一節 訴訟標的之價額

四四

第二節 訴訟費用

四七

第三節 訴訟担保

五一

第四節 訴訟救助

五三

第四章 訴訟程序

五六

第一節	當事人書狀	五六
第二節	送達	六〇
第三節	期日及期間	七四
第四節	訴訟程序之休止	八一
第五節	言詞辯論	九三
第六節	裁判	一〇六
第七節	訴訟卷宗	一一二
第二編	第一審程序	一一五
第一章	通常訴訟程序	一一五
第一節	起訴	一二五
第二節	言詞辯論之準備	一三五
第一款	準備書狀	一三六
第二款	準備程序	一三六

民事訴訟法目錄

四

第三節 證據

一四一

第一款 通則

一四二

第一項 證據之種類

一四二

第二項 舉証責任之分配

一四三

第三項 調查證據程序

一四七

第二款 人証

一五二

第三款 鑑定

一六九

第四款 書証

一七八

第五款 勘驗

一九一

第六款 證據保全

一九三

第四節 和解

一九九

第五節 判決

二〇二

第一款 判決

二〇二

第二款 判決中假執行之宣示

二二九

第二章 簡易訴訟程序

二三四

第一節 起訴方法

二三四

第二節 辯論程序

二三五

第三節 適用簡易訴訟程序之事件

二三六

第三編 上訴審程序

二四〇

第一章 第二審程序

二四〇

第一節 第二審上訴之意義

二四〇

第二節 第二審上訴之要件

二四二

第三節 向原第一審法院提起上訴之程序

二五四

第四節 訴訟卷宗送發之程序

二五四

第五節 上訴之效力

二五五

第六節 附帶上訴

二五六

民事訴訟法目錄

五

第七節	第二審上訴提起後之調查	二六〇
第八節	第二審之辯論	二六一
第九節	第二審之判決	二六五
第十節	第二審關於假執行之審判	二七一
第二章	第三審程序	二七二
第一節	第三審上訴之意義	二七三
第二節	第三審上訴之要件	二七四
第三節	第三審上訴之效力	二七七
第四節	第三審上訴之程式	二七七
第五節	第三審上訴之調查	二七八
第六節	第三審上訴之審理	二七九
第七節	第三審上訴之判決	二八三
第三章	抗告程序	二八五

第一節	抗告之意義	二八五
第二節	抗告之要件	二八七
第三節	抗告之期間及種類	二九二
第四節	抗告之程式	二九三
第五節	抗告之效力	二九四
第六節	抗告審之審理	二九五
第七節	抗告審之裁定	二九六
第八節	抗抗卷宗之移送	二九八
第四編	再審程序	二九九
第一章	再審之意義	二九九
第二章	再審之訴之要件	三〇〇
第三章	再審之訴之管轄法院	三〇三
第四章	再審之訴之程序	三〇三

第五章 再審之訴之審理及裁判	三〇四
第五編 特別訴訟程序	三〇八
第一章 督促程序	三〇八
第二章 保全程序	三一四
第一節 假扣押	三一五
第二節 假處分	三一九
第三章 公示催告程序	三二二
第一節 關於公示催告之一般程序	三二二
第二節 關於公示催告之特別程序	三二七
第四章 人事訴訟程序	三三〇
第一節 總論	三三一
第二節 婚姻事件程序	三三一
第三節 親子關係事件程序	三三七

第四節 禁治產事件程序

三四〇

第五節 宣告死亡事件程序

三五—

民事訴訟法目錄

民事訴訟法

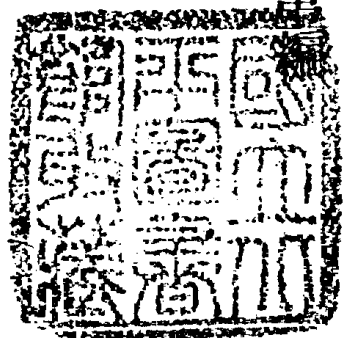
包榮第

緒論

第一章 民事訴訟之必要及訴訟法之沿革

民事訴訟之
必要

保護私權之方法大別之爲自力救濟及國家保護二種自力救濟者自以其力強制履行義務之謂國家保護者權利者倚賴國家之力以得其權利救濟之謂自力救濟乃團體生活幼稚私權保護制度不存在之時代所生之權利救濟方法其弊害頗大制度完備之國家決不容認之因此種方法(自力救濟)對弱者易生強力之濫用對強者則無實效欲期其公平適當不可得也從而團體生活求能安全保秩序則私權保護之事不可不爲國家之任務以是文明諸國定私權保護之程序均使國家機關審理訴訟私權保護之手段以裁判及強制執行之二者爲其重要也然此二者之私權保護手段既依國家機關行之則其機關之組織權限及其機關行政由國家附與之職權均不可不定應遵守之法則否則專斷橫議之弊生而私權保護之良果不可爲而期矣又關於請求保護權利者之行動



亦須定一定之準則否則其行動無秩序進退將不得其宜情不通于上理不徹於下對權利不能受充分之保護且又啓健訟濫訴之弊爲情勢之所不免是整備訴訟程序之所以有其必要而制定其程序之訴訟法之所以不可缺也

助法先於主
法而發達

調查法律之沿革各國助法皆先于主法而發達是爲歷史法學家共認之事實如日本先頒行訴訟法而後始施行實體法我國民事訴訟條例先于民法頒行卽其例也

我民事訴訟
法之沿革

我國周禮秋官有兩造兩劑之制漢有嗇夫聽訟之律然其詳細程序不可得而聞迄於魏代始有告劾斷獄專律北齊隋唐稱爲鬪訟明清又析鬪訟爲二曰鬪毆曰訴訟但實體程序兩點迄未畫分前清光緒卅二年修訂法律大臣提出訴訟法草案始有獨立之訴訟法然猶民刑不分規定不備宣統二年十二月刑事訴訟法草案與民事訴訟法草案相繼告成於是民刑分立之訴訟法乃出至民國十年七月又由修訂法律館編訂民事訴訟法改正案十年十一月十四日奉令將民事訴訟法改稱民事訴訟條例十一年一月六日又奉令於十一年七月一日全國一律施行至國民政府成立立法院制定民事訴訟法業經國民政府於十九年十二月廿六日公布將來實施後卽爲中華民國現行之民事訴訟法

第二章 民事訴訟

民事訴訟之
意義

民事訴訟之名詞法學上有種種之意義或有請求保護私權（即訴）之意或有係爭狀態之意或有法院基於私權保護之請求而開始進程序（即訴訟程序）之意學者所爲民事訴訟之定義謂民事訴訟者乃於法院以保護私權爲直接目的之程序也或謂爲保護現存危害之私權適用私法之審判上程序也或謂出於適用私法之目的國家及私人相牽連之行爲也民事訴訟以狹義言乃依審判及其他方法確定私法關係之請求權且生執行名義之程序以廣義言乃基於右之程序及執行名義使用國家公力之程序（即含有強制執行之意義）

民事訴訟之
目的

民事訴訟之目的者私權之保護是也由訴訟當事人方面言之在受國家之保護而得私權之滿足由國家方面言之乃明確權利義務之所在而使權利者得滿足且與之以保護至訴訟中原被告之目的通例雖爲相反然國家之目的與正當權利者之目的的一致與不正者之目的均相背馳事屬當然則公平精確審判之結果縱使當事人一方生利益他方生不利益亦可謂達民事訴訟之國家目的矣

民事訴訟之目的與制定訴訟程序之目的不可混同前者在私權之保護後者在除去關於私權保護之弊害而生保護私權之好結果詳言之設精密之程序規定保持訴訟進行之秩序抑審判官之專橫防當事人之詭計期費用不致濫費時日不致遷延以得審判之正鵠同時於經濟上使勝訴者得名實相副之結果敗訴者受訴訟費用之負擔更進而言之實行訴訟之目的在欲對私權實現法律之保護制定訴訟程序之目的在使法律之適用既公平且精密又使當事人無空費金錢勞力之弊也

民事訴訟之方法

民事訴訟之方法即保護私權手段之裁判及強制執行也於法院之和解雖依國家機關之調介而成立然非國家命令之結果乃基于當事人之合意而成立故此非私權保護之手段即非民事訴訟之方法於法院成立之拋棄認諾亦然惟基于拋棄認諾而下裁判時則其裁判乃依國家機關之命令應為民事訴訟之方法也

一 裁判 裁判云者有為單純確定私權存否之國家命令者有為確定私權存在及為強制執行名義之國家命令者有為創設或消滅法律關係之國家命令者概括言之裁判者乃命令私權存否債務履行及法律關係之創設消滅或以前述命令為前提而命

令訴訟程序上必要事項之國家機關之權力的行爲也從而裁判有強制執行力判決爲裁判之一種裁定命令亦同又裁判有拘束力縱令不適於真理或事實之認定有顯著之錯誤時而法院不能變更之受裁判者亦不能爲相反之主張是裁判爲權力的行爲即因其爲國家之命令也

二 強制執行 強制執行云者乃爲欲使權利者得其滿足而施強制處分於義務者之意思，自由，財產，上之國家權力的行爲也受判決之義務者頑強而不服從不履行其義務時則權利者未能依判決得其權利之滿足故法律於此情形應設保護權利者之相當方法因而制定強制執行程序使權利者對於不服從判決之義務者可依此而得其權利之滿足又強制執行與裁判乃兩立之民事訴訟之方法裁判常爲強制執行之準備的方法也

民事訴訟之
目的物

民事訴訟之目的物者乃訴訟程序之客體即依訴訟而爲解決之私法關係也民事法院有依法律之特定而以公法關係爲審理之目的物者例如國會議員之選舉訴訟然此不過爲民事法院依立法上之便宜而爲審理至其事件之本質則非民事訴訟至以公法

關係爲民事訴訟之目的物者例如執行文附與訴訟求執行判決之訴訟及執行異議之訴訟是卽如執行異議之訴訟執行法院執達員或付與執行文之法院書記官等雖非訴訟之當事人而訴訟之目的物存于此等國家機關所施處分之當否或其所下命令效力之有無卽其訴訟之目的物應謂爲公法關係也（但有持異說者）

訴訟之目的物有稱爲係爭物或訴訟物者卽以原告一定之聲明所限定之請求權或法律關係也而訴訟之目的物與請求之目的物其意義不同請求之目的物者乃對原告請求權之被告給付及其他行爲之謂例如租金請求訴訟之訴訟物爲原告之請求權其請求之目的物則爲被告給付之一定金額是也

民事訴訟與
行政訴訟

民事訴訟以私法上之法律關係爲目的物行政訴訟以行政上即公法上之法律關係爲目的物民事訴訟適用私法行政訴訟適用行政法規行政訴訟之目的物爲行政處分民事訴訟之目的物爲私法關係前者應判定之事項爲行政處分之當否後者應判定之事項爲私權之存否學者中有以其審判機關之差異而爲此兩訴訟區別之標準者然司法機關與行政機關理論上非全不相容以行政訴訟使司法機關審判各團不乏其例且

亦無何種之弊害也

民事訴訟與 刑事訴訟

民事訴訟以私法之適用及私權之保護爲目的，刑事訴訟則以刑罰法之適用及國權之保護爲目的。爲民事訴訟目的之物之法律關係，乃私法關係；其訴訟程序法規定訴訟當事人均從平等觀察。刑事訴訟之目的物爲刑罰關係，其訴訟程序法規定國家與被告均從不平等觀察。民事訴訟以處分權主義爲原則，刑事訴訟以職權專行主義爲原則。從實質的觀察，民事訴訟之法律關係雖爲原告被告國家之三面關係，而刑事訴訟之法律關係則止爲國家與被告之二面關係。換言之，國家一面爲求刑罰法適用之權利者，同時又對刑罰適用之請求而爲裁判及執行之義務者，是皆民事訴訟與刑事訴訟之差異也。然依現行法制，公訴有附帶民事訴訟者，其審判屬於刑事法院，至應遵據之程序法非民事訴訟法，而爲刑事訴訟法。是民事訴訟爲刑事訴訟之一部，其與本來之民事訴訟其差異點如何，應分別說明之。

一 民事訴訟於司法院之民事庭審判之附帶民事訴訟於刑事庭而爲審判，刑事法院無檢察官蒞場，則其組織爲不合法，故附帶民事訴訟之審判常須檢察官蒞場反之。

民事訴訟之審判則無須檢察官之蒞場也

二 附帶民事訴訟屬於公訴係屬之法院管轄不從民事訴訟法規定事物及土地之管轄故附帶民事訴訟其訴訟物之價額有雖為十元而於地方法院管轄者千元以上之訴訟價額有於簡易法庭管轄者

三 當提起民事訴訟時須從民事訴訟印紙法貼用印紙反之關於附帶民事訴訟之提起無從同法貼用印紙者

四 民事訴訟關於訴狀之形式就審期間答辯書提出期間雖規定于民事訴訟法中而于刑事訴訟法則無如右之規定

五 民事訴訟權利拘束後無相對人之承諾則不能變更訴之原因又在第二審雖有相對人之承諾亦不許變更訴之原因至附帶民事訴訟則無如右之制限

六 民事訴訟未經第一審之裁判不許逕向第二審法院提起至附帶民事訴訟則未經第一審判決者亦得逕向公訴之第二審法院提起之也

第三章 民事訴訟之種別

廣義與狹義

民事訴訟得區別之爲種種以行使請求權爲本旨而觀察之則爲廣義之訴訟程序與狹義之訴訟程序廣義之訴訟程序謂（一）受判決之程序（二）執行基于判決及其他執行名義之請求權之程序（三）保全請求權之程序至狹義之訴訟程序則謂受判決之程序及受可代判決之裁判之程序也

通常與特別

狹義之訴訟程序即求判決或代判決之裁判之訴訟程序此可區別之爲通常訴訟程序與特別訴訟程序之二種

第一 通常訴訟程序者規定於民事訴訟法第二編之地方法院之訴訟程序是也

第二 特別訴訟程序者從民訴法中特別規定之訴訟程序之謂

次就實體法上觀察訴訟換言之即基于請求權內容而爲區別分述如左

給付訴訟
確定訴訟
創設
訴訟

一 給付訴訟 給付訴訟云者以確定被告之行爲不行爲或忍耐爲目的之請求權對此求被告履行之訴訟程序也

二 確定訴訟 確定訴訟云者以確定法律關係之成立或不成立爲目的之訴訟程序有獨立的確定訴訟與附隨的確定訴訟之二種

三 創設訴訟 創設訴訟云者以變更消滅既存之法律關係或發生法律關係爲目的之訴訟程序也

第四章 民事訴訟法之定義及效力

民事訴訟法乃定保護私權程序之公法也至民事訴訟法從其實行之時對於在中華民國領土內無分內外國人之民事訴訟事件均有其適用是其效力與他之法律從同無或少異也

第五章 民事訴訟法中之重要觀念及其用語

民事訴訟從民事訴訟法而行保護私權之程序也詳言之爲保護私權適用法規之裁判上程序也程序云者謂行爲之牽連裁判上之程序者謂國家司法機關與個人之行爲之牽連也

民事訴訟關係

民事訴訟關係（卽訴訟的法律關係）云者因提起保護私權之請求而生之訴訟法上之法律關係也此關係爲三面的權利義務之關係所謂三面關係云者原告與法院之關係被告與法院之關係及原告與被告之關係是也

訴權

訴權云者乃使訴訟關係成立及就本案請求保護之權利也

訴訟條件及其種類

訴訟條件云者謂訴訟關係成立之必要事項也故訴訟條件云者非訴權成立之原因乃訴訟關係具體的成立之條件也訴訟條件有絕對的條件與相對的條件之別前者如有欠缺則訴訟當然不成立後者因當事人之主張訴訟即不成立

請求原因及聲明

請求之原因又謂為訴之原因即組成因請求權所生之法律關係之事實也請求之聲明云者原告求判決事項之謂也

訴訟物及請求權

訴訟物或謂為訴訟之目的物即組成訴之內容之法律關係或請求權也法律關係之一面為權利他之一面為義務故法律關係云者權利義務之關係之謂也請求權云者為從私法關係所生之效力得要求行為不行為之謂

權利拘束

權利拘束云者謂法院與當事人間所生之訴訟關係也訴之適法時發生實質的權利拘束如訴訟條件有欠缺僅為形式上之調查即為駁回其訴之裁判時則此種情形僅有形式的權利拘束也

本訴與反訴

本訴云者訴訟當事人首先以保護私權之意思表示提出於法院之謂反訴云者受訴

之被告已爲本訴之權利拘束後對原告所爲之訴之謂

本案

本案之文字或用以對附帶請求而謂主請求者或用以對各個之攻擊防禦方法或訴訟費用而指稱訴訟固有之目的者或有對於假執行而用者或有對於訴訟上爭執或中間爭執而用者或有對於假扣押假處分而用者

辯論與審訊

辯論云者訴訟主體於法庭內所爲之言詞辯論之訴訟行爲而爲判決及裁定之基本者之謂而審訊則爲釋明或補充既存之訴訟資料使當事人陳述之之謂辯論雖爲判決之基礎而審訊則否

攻擊及防禦方法

攻擊方法乃原告之武器詳言之原告爲維持自己之聲明使被告得不利益裁判所使用訴訟之資料也防禦方法爲被告之武器卽爲排斥原告要求所使用之訴訟資料也

當事人

當事人云者以狹義言卽指對於法院之訴訟關係之主體如原告被告及主參加人是以廣義言則爲原告被告及得行使原被告權利之人之總稱

異議

異議云者乃以裁判機關或執行機關之行爲爲不當而求其更正之意思表示也

裁判與處分

裁判云者乃法院所爲意思表示之謂分判決裁定命令之三種處分云者稱法院書記

官或執行機關之行爲之謂也

證明及釋明

當事人提出證據使法院得極強之心證信爲確係如此者謂之證明當事人提出證據使法院得較弱之心證信爲大概如此者謂之釋明

職權調查

職權調查者言法院於當事人所未主張之事項亦應斟酌之且雖當事人間無爭執之事項亦須得有心證始可認定也

訴訟資料

訴訟資料云者爲使法院判斷成立之基礎也卽如聲明，事實，證據，法律上之推定，法律，擬制，判例，經驗上之法則是

第六章 訴訟行爲之方式用語場所及時間

訴訟行爲之方式

民訴訟以言詞辯論主義爲訴訟行爲之原則故訴訟行爲之方式亦以言詞陳述爲原則然於例外訴訟行爲之方式亦有以用書面爲必要者亦有必要書面與言詞陳述之二種者更有僅許用書面者

訴訟行爲之用語

用語不問言詞陳述與文書須以中國語言爲準如訴訟當事人及證人鑑定人不通中國語言者得由通譯傳譯至法院筆錄須用中國文字記載但有備參考之必要時應附錄

訴訟當事人或其他關係人所用外國言語或該方土語

訴訟行為之場所

訴訟行為原則應依司法行政上所定法院之公庭爲之若無正當理由而於上之場所以外所爲之訴訟行為應認爲有瑕疵然如檢証則性質上於法院以外爲之爲通例又如證人鑑定人當事人本人有疾病不能到場時則應就其所在訊問之是爲例外耳

期日及期間

訴訟行為有隨時得爲之者有非於一定時期內不得爲之者就訴狀之提出卽全無時期之限制其他之準備書狀於訴訟係屬中無論何時均得提出之辯論行為則非于期日不得爲之上訴行為非于一定期間內爲之則爲不適法應遭駁回且期日云者乃爲訴訟關係人集合爲訴訟行為由法院或推事所定之時間如言詞辯論期日調查證據期日其最要者也期間云者乃爲訴訟關係人單獨爲訴訟行為所定之時間有始期與終期如答辯書提出期間上訴期間是而期間又可別爲數種舉其要者有法定期間裁定期間及不變期間與非不變期間之別

第七章 訴訟主義

訴訟主義云者關於訴訟之審理裁判應適用之原則之謂也今於次說明民事訴訟中

本人訴訟主義及代理人訴訟主義

雙方審理主義及一方審理主義

言詞審理主義及書面審理主義

法定序列主義及辯論一貫主義

干涉主義及不干涉主義

主要主義之要點

本人訴訟主義者原則上以有訴訟能力之當事人得自爲訴訟行爲者也但此主義非禁止使用訴訟代理人至代理訴訟主義者當事人不得自爲訴訟行爲使具備法律所定之資格者代爲訴訟上行爲之謂於此主義當事人本人雖受法院之訊問而不能自行使用攻擊防禦方法故此稱爲強制代理主義

雙方審理主義者對訴訟當事人雙方而爲審理裁判之主義也一方審理主義者基于當事人一方之主張而爲裁判之主義也

言詞審理主義又簡稱爲言詞主義即訴訟主體以言詞交換而爲其行爲也書面審理主義又簡稱爲書面主義即訴訟主體藉文書交換而爲其行爲也

法定序列主義者法律定訴訟行爲之順序反此順序而爲之訴訟行爲爲法所不許之謂也辯論一貫主義者雖反于法定順序所爲之訴訟行爲亦有法律上效力之謂也

干涉主義者又稱職權進行主義如訴訟之進行及終局必要之行爲法院以職權爲之不問當事人意思如何之主義也不干涉主義者又稱當事人進行主義即訴訟之進行及

終局皆委諸當事人意思法院不加干涉訴訟材料俟當事人提出之主義也

處分權主義
及不變更主義

處分權主義云者訴訟物之處分完全委諸當事人自由之主義也不變更主義云者就訴訟物不認當事人處分之主義也

直接審理主義
及間接審理主義

直接審理主義者法院與訴訟材料間有直接關係之主義間接審理主義者法院依某種媒介而審查訴訟材料之主義也

自由心証主義
及法定証據主義

自由心証主義者證據之判斷一委諸審判官之心証即證據無拘束審判官之效力之主義也法定証據主義者法律特定証據之效力不得反于証據所表示而為事實認定之主義也

實體的真實
發見主義及
形式的事實
確定主義
單級審判主
義及複級審
判主義

實體的真實發見主義者不問當事人之主張如何以發見訴訟內容事實之真正為目的之主義也形式的事實確定主義者確定當事人所提出之事實之主義也
單級審判主義者訴訟上關於事實及法律之審理僅一審級無覆審之上級法院之存在也複級審判主義者置上下數級法院就同一事件由下級法院順次繫屬于上級法院而為審判也

公開審理主義及秘密審理主義

裁判有償主義及裁判無償主義

公開審理主義者乃使訴訟當事人以外之人自由旁聽訴訟之審理裁判之謂秘密審理主義者秘密審理裁判對訴訟當事人以外之人不許旁聽之謂

裁判有償主義者乃關於裁判機關及執行機關之行爲征收一定之程序費及其他必要費用之主義也無償主義者依裁判及強制執行而與私權以保護不征收何等費用之主義也

本論

第一編 總則

第一章 法院

第一節 管轄

管轄之意義

民事訴訟中法院之管轄者乃審判一定訴訟之國家機關職務之範圍也司法審判權由民事審判權與刑事審判權而成民事審判權於通常法院之民事庭行之管轄一語通例用於審判事務而不用於執行事務管轄有事物管轄職務管轄土地管轄專屬管轄指定管轄合意管轄等順次說明之於左

事物管轄

1 事物管轄 事物管轄者法院對於訴訟之權限因訴訟物之價額或訴訟物之性質而定之謂也

甲 左列事件之事物管轄權可用簡易程序（民訴法第三百九十三條）

一 不超過八百元之金額或不超過價值八百元之物之訴訟

二 左列各款不拘價額亦適用簡易程序之訴訟

1 出租人或承租人因接收房屋或遷讓使用修繕或因扣留承租人之家俱物品
涉訟者

2 雇用人與受雇人因雇傭契約涉訟其雇傭期間在一年以下者

3 旅客與旅館主人飲食店主人或運送人因關於食宿運送費或因寄存行李財
物涉訟者

4 因請求保護占有涉訟者

5 因定不動產之界線或設置界標涉訟者

6 其他訴訟經當事人合意聲請適用簡易程序者

乙 地方法院就左之事件有管轄權

第一審不屬於簡易程序之訴訟即如訴訟物之價額在八百元以上及離婚等之人事
訴訟是

職務管轄

2 職務管轄 職務管轄者乃依訴訟程序之種類及法院之審級而定管轄之謂

民事訴訟法

甲 地方法院爲第一審就不屬高等法院管轄第一審之訴訟及非訟事件有管轄權又就裁定事件亦有第一審之管轄權（法組法草案第十條）

乙 高等法院爲第二審就不服地方法院及其分院第一審判決而上訴之民事訴訟案件及不服地方法院及其分院裁定而抗告之案件有管轄權（法組法草案第十六條）

丙 最高法院爲終審就不服高等法院及其分院第二審判決而上訴之民事訴訟案件及不服高等法院及其分院裁定而抗告之案件有管轄權（法組法草案第二十四條）

土地管轄
3 土地管轄 土地管轄有普通審判籍及特別審判籍二種審判籍乃土地管轄之別名也

甲 普通審判籍云者乃依被告之住所而定管轄之謂（民訴法第二條）被告普通審判籍所在地之第一審法院對於被告之一切訴訟有管轄權但屬於專屬管轄之訴訟則不在此限

乙 特別審判籍云者乃依被告住所以外之特別事情而定之謂分述如左

- 一 依永住之事實而生之審判籍（民訴法第五條）
- 二 依有營業所或依利用土地而生之審判籍（民訴法第七條）
- 三 對內國無住所之債務者依財產所在地而生之審判籍（民訴法第四條）
- 四 依契約履行地而生之審判籍（民訴法第一四條）
- 五 依團體所在地而生之審判籍（民訴法第十條）
- 六 依不法行為而生之審判籍（民訴法第十三條）
- 七 由係屬他之訴訟之事實而生之審判籍（民訴法第十八條）
- 八 依之動產所在地而生之審判籍（民訴法第十一條十二條）
- 九 繼承審判籍（民訴法第十六條十七條）
- 十 對於軍人軍屬或海員之審判籍（民訴法第六條）
- 十一 關於船舶之審判籍（民訴法第八條第九條）
- 十二 關於登記或註冊事件之審判籍（民訴法第十五條）

以上之特別審判籍雖規定于民訴法第一編第一章第一節然于他處亦非無之如反

訴之審判籍是此卽學者所謂屬於牽連事件之審判籍也

專屬管轄

4 專屬管轄 專屬管轄云者依律規定而定之審判管轄不能因訴訟當事人之合意或其他之事由而變更之之謂屬於專屬管轄之訴訟如左

一 不動產上之訴 關於不動產物權之訴屬於不動產所在地法院之專屬管轄其
主要者本權訴訟分割訴訟占有訴訟經界訴訟是也

二 再審之訴

三 關於強制執行之訴

四 不服公示催告除權判決之訴

五 人事訴訟

合意管轄

5 合意管轄 合意管轄者乃以訴訟當事人之合意而于法定以外之法院定管轄法院也惟須具備左之條件（民訴法第二十三條）

一 該管轄法院須爲第一審法院 故關於第二審法院管轄之合意無效

二 法院須爲特定 若出訴于任何法院之合意亦爲無效

三 合意須以一定法律關係及由其法律關係所生之訴訟爲限 故於當事者間所生一切之訴訟 定審判管轄之合意無效

四 須爲財產上之訴訟而不屬於專屬管轄者

五 須以書面爲之

有與管轄合意生同一效力者即受管轄違誤訴訟之被告不爲管轄違誤之聲明而爲本案之答辯是也但此非就一切之訴訟均生右之效力即須爲財產權上訴訟且非專屬管轄者始可（民訴法第二十四條）

指定管轄

6 指定管轄 指定管轄者依法院之指定而定審判管轄之謂（民訴法第二十二條）得聲請指定管轄之情形如左

- 一 管轄法院因法律上理由或特別情事不能行使審判權時
- 二 法院管轄區域境界不明就其權限生有疑問時
- 三 二以上之法院從法律互有審判權又二以上之法院因確定判決互有審判權時
- 四 二以上之法院爲無權限之確定判決時 此爲消極的權限爭議之情形前項後

段則爲積極的權限爭議也

五 應于不動產上審判籍起訴而該不動產跨於數法院之管轄或散在各管轄內時指定管轄之聲請須向受訴法院或各關係法院之上級法院提出之指定之聲請得以書面或言詞爲之定管轄法院之裁判以裁定爲之此裁定不得聲明不服

管轄之職權
調查

法院應以職權調查管轄權之有無然第二十三條第二十四條之情形雖本來無管轄權而應爲本案裁判此外如管轄不當或無管轄權而爲裁判則當事人得以上訴聲明不服

移送之裁定

管轄違誤而法院認爲無管轄權時應爲移送該事件於管轄法院之裁定並應依聲請爲急速處分（民訴法第二十八條）

移送之裁定羈束受移送之法院但須爲確定若確定前得以即時抗告攻擊之（民訴法第三十條）

移送之裁定確定時該訴訟視與已係屬於受移送之法院同該法院不得以該訴訟更移送於他法院（民訴法第二十九條）

移送訴訟之裁定確定後法院書記官應逕將該裁定之正本附入訴訟卷宗送交受移送之法院俾該法院得據以續行訴訟程序（民訴法第三十一條）

第二節 法院職員之迴避

法院之組織

法院之組織謂行使審判權職員職務上之配合也地方法院爲第一審以推事一人高等法院爲第二審以推事三人最高法院爲第三審以推事五人組織之而民事於開始言詞辯論及推事於法庭外爲訊問時必須書記官到場如上所述高等法院以上多數推事合同執務且依合議而行使審判權故稱爲合議體又民事稱民事庭刑事稱刑事庭至合議體則以推事中之一人爲審判長司訊問之主席及訴訟之指揮

法院職員之 避力

法院職員之能力 法院職員苟不休職退職則於其所屬之法院應其職務上之資格有辦理民事訴訟及非訟事件之職責此卽事件處理之能力也而此能力於現職者有因特定事由就特定事件而爲禁止者此禁止也乃出於保維審判公正及威信之必要法律就現職者禁其爲職務上行動之原因有自行迴避與因聲請而迴避之二種如有自行迴避之原因則法院職員依法律當然不能執行職務無須何種之裁判至聲請迴避之原因

與自行迴避之原因要不盡同也

自行迴避

自行迴避 自行迴避之原因依民事訴訟法說明之如左

甲 關於推事自行迴避之原因如左（民訴法第三十二條）

1 推事或其配偶為該訴訟事件當事人者

2 推事為該訴訟事件當事人七親等內之血親或五親等內之姻親或曾有此姻

親關係者

3 推事或其配偶就該訴訟事件與當事人有共同權利人共同義務人償還義務

人之關係者

4 推事為該訴訟事件當事人之法定代理人或曾為法定代理人者

5 推事於該訴訟事件為訴訟代理人或輔佐人或曾為訴訟代理人或輔佐人者

6 推事於該訴訟事件曾為證人或鑑定人者

7 推事曾參與該訴訟事件之前審裁判或公斷者 但為前審裁判之受命推事

受託推事則得執行職務

聲請迴避

乙 關於書記官通譯自行迴避之原因與推事則爲同一（民訴法第四〇條）

聲請迴避 聲請迴避者由訴訟當事人請求禁止推事書記官執行職務之意思表示也因聲請而迴避之原因卽前揭甲第一乃至第七之自行迴避原因及足迴避認其執行職務有偏頗之虞是也（民訴法第三十三條）

聲請迴避如基於偏頗之原因訴訟當事人不爲相當主張而向應迴避之職員爲關於事件之聲明或對相對人之聲明已爲陳述時則失其聲請之權利（民訴法第三十四條第二項）反之基於自行迴避之原因而聲請迴避時則不問其訴訟至何程度均得爲之（民訴法第三十四條第一項）聲請迴避經裁定准許則被禁止執行職務之職員不得聲明不服聲請迴避經裁定駁回則聲請者得以卽時抗告攻擊之如以聲請爲正當者不得聲明不服（民訴法第三十七條）

聲請迴避應釋明其原因向該職員所屬法院爲之被聲請之職員對於該聲請提出意見書後由其所屬法院裁定之惟被聲請之職員如以其聲請爲正當者卽無庸裁定（民訴法第三十五條第三十六條）

第二章 當事人

第一節 當事人能力及訴訟能力

當事人之意
義

欲知當事人能力及訴訟能力之爲何須先說明訴訟當事人之意義訴訟當事人云者乃指訴訟關係之主體而言當事人有二種卽主當事人及從當事人是也主當事人云者以自己之名進行訴訟者之謂詳言之以自己之名求私權之保護者及爲其相對人者之謂以自己之名爲訴訟者則訴訟行爲之效果卽歸於其本人從而法定代理人及訴訟代理人不能受訴訟之效果故非當事人主參加人及執行參加人卽主當事人之一種也從當事人又稱之爲從參加人就他人間訴訟有利害關係爲自己利益輔助他人而爲訴訟行爲者是也訴訟當事人之行動發生訴訟法上特殊之效果例如當事人於自己訴訟不能爲證人鑑定人是

當事人能力

當事人能力云者訴訟主體之適格亦卽於訴訟上得爲當事人之能力也訴訟能力云者得爲有效訴訟行爲之權能也換言之卽指爲訴訟行爲之適格而言故此兩者間顯有區別有無訴訟能力而有當事人能力者然無無當事人能力而有訴訟能力者

訟能力

訴訟能力區別之爲本人之訴訟能力與法定代理人之訴訟能力本人之訴訟能力云者本人爲訴訟行爲或委任訴訟代理人使之爲訴訟行爲之能力之謂法定代理人之訴訟能力云者代表本人自爲訴訟行爲或委任訴訟代理人使之爲訴訟行爲之能力之謂無訴訟能力者稱爲訴訟上之無能力者此有二種一全然無訴訟能力二非具備法定條件不能爲有效之訴訟行爲也

訴訟能力與法定代理權及受必要允許均爲訴訟行爲有效之前提要件若有欠缺則其所爲之訴訟行爲不生效力但行爲時無訴訟能力或無代理權及未受必要之允許至訴訟中取得訴訟能力或法定代理權及取得允許而爲明示或默示之追認或由法定代理人或有代理權之人或由有允許權之人追認者則均以本有效力論（民訴訟第四十五條第四十六條第四十七條）

訴訟能力及法定代理權與受必要允許之有無法院應以職權隨時調查之調查之結果認有欠缺則其訴訟應爲駁回如其欠缺可以補正者得定相當期限命其補正若悉久延時日致受損害得命當事人暫行訴訟（民訴法第四十八條）

對於無訴訟能力人爲訴訟行爲因其無法定代理人或其法定代理人不能行使代理權恐致久延而受損害者受訴訟院之審判長得因聲請選任特別代理人（民訴法第四十九條第一項）

受訴法院之審判長就選任特別代理人之聲請以裁定之形式裁判此種裁定應送達於特別代理人至選任所需費用及特別代理人代行訴訟所需費用得命聲請人先行墊付（民訴法第四十九條第二項第四項）

特別代理人代表無訴訟能力之人係依審判長之裁定非本於當事人之委任故特別代理人於法定代理人或本人承當訴訟以前代理當事人爲一切訴訟行爲惟關於捨棄認諾或和解則於當事人之利害關係較大特別代理人不得爲之（民訴法第四十九條第三項）

第二節 共同訴訟

共同訴訟之
意義

共同訴訟云者同一之訴訟中有多數當事人之謂故於一個訴訟原告有數人或被告有數人又或原告被告同有數人時均稱之爲共同訴訟學者以共同訴訟爲主觀的訴之

通常共同訴訟

併合至客觀的訴之併合乃以請求爲基本而觀察者也共同訴訟制之利益既可省時間訴訟費用並訴訟關係人及訴訟機關之勞力又可防裁判之抵觸以是我民訴法做歐洲各國之例亦採用之共同訴訟分爲通常共同訴訟及必要的共同訴訟

通常共同訴訟乃共同訴訟依民事訴訟中之通則的規定而支配之者此種訴訟之適法條件說明如左（民訴法第五十條）

一 須依同一種類之訴訟程序 故若共同訴訟中之一人依證書訴訟程序其他依通常訴訟程序則不可也

二 受訴法院須就該數事件有事物及土地管轄權

三 須起訴當時爲共同訴訟 若于起訴後原告縱得被告之承諾亦無成立共同訴訟之權利

四 訴訟標的之權利義務爲數人所共同或本於同種之事實上及法律上之原因又或係同種類而本於事實上及法律上同種類之原因者

通常共同訴訟之效力爲民訴法第五十二條所規定其效力即各自獨立換言之共同訴

認人行爲獨立對於相對人生效力故法院得分離共同訴訟而使之辨論別爲裁判也數法定代理人爲同一之單數當事人提起訴訟時非共同訴訟反之一人爲數法人之代表者而爲訴訟行爲時則爲共同訴訟也

必要共同訴訟

必要共同訴訟或稱特別共同訴訟或稱實體的共同訴訟或稱不可分離之共同訴訟此種訴訟之定義見民訴法第五十三條卽必要共同訴訟者乃關於訴訟之法律關係對於共同訴訟之各人必須合一確定之謂合一確定者法律上歸於一也必要共同訴訟有二種實體法上之必要共同訴訟與形式法上之必要共同訴訟是實體法上之必要共同訴訟者得依原告意思成立必要共同訴訟之謂形式法上之必要共同訴訟者卽原告不合併起訴或被告不合併被訴時則爲訴不適法之謂

甲，實體法上必要共同訴訟之成立要件（1）依同一之訴訟程序（2）受訴法院有管轄權（3）由起訴當時卽爲共同訴訟（4）訴訟之法律關係應合一確定

乙，形式法上必要共同訴訟之成立應具備前項要件之點與實體法上之必要共同訴訟

訟毫無所異其不同者即應爲共同訴訟人者非合併爲之不爲訴之適法是也

以上二種必要共同訴訟之成立訴訟法上發生特別之效力說明於左（民訴法第五十

三條）

一，共同訴訟人中之一人所爲攻擊防禦之方法於他共同訴訟人有益時視與全體所爲者同

二，共同訴訟人中之一人有爭執或不認諾之情形視與全體有爭執或不認諾同

三，他造對於共同訴訟人中一人所爲之行為視與對全體所爲者同

四，共同訴訟人中之一人所生訴訟中斷或中止之原因視與就全體所生者同

五，共同訴訟人各得依其一人之意思以促訴訟之進行但法院指定期日時應傳

喚各共同訴訟人到場以期其訴訟程序之始終合併也（民訴法第五十四條）

第三節 訴訟參加

訴訟參加之
意義

訴訟參加云者第三人于與已成立之訴訟之謂訴訟參加有四種主參加從參加告知參加及指名參加是也（一）主參加云者就他人間訴訟物之全部或一部爲自己有所

請求之訴訟也。主參加之與他種訴訟參加異者，其主要點則在主參加之意思表示依訴之方式爲之。他種參加之意思表示依聲請之方式爲之。又主參加人乃對於己爲權利拘束之訴訟物以己爲原告而爲請求。至他種訴訟參加僅輔助當事人而爲請求也。民法以主參加爲共同訴訟之一種，定入共同訴訟節內，不在本節規定之列。(二)從參加云者，於他人間訴訟爲自己利益以輔助當事人之一方面而爲訴訟行爲之謂也。爲此訴訟行爲者稱從參加人。輔助當事人雙方之從參加人，法律所不許也。(三)告知參加云者，乃訴訟當事人之一方以訴訟之存在通知第三人，使第三人于與此訴訟之謂也。通知訴訟稱爲訴訟告知。(四)指名參加云者，爲第三人占有某物之人，因占有被訴時以己脫退訴訟爲目的，通知訴訟之存在於第三人，使第三人擔當此訴訟之謂也。告知參加與指名參加之異點，則在告知參加第三人僅爲從參加人，而在指名參加則第三人得居被告之地位。又在告知參加原告或被告均得爲訴訟告知，而在指名參加則得通知訴訟者僅限於被告。原告無指名第三人而通知訴訟之權。

從參加

從參加者乃第三人對於己繫屬於法院之訴訟爲自己利益以輔助當事人

一方之目的而成立之程序也此第三人稱爲從參加人從參加人以自己之名爲訴訟行爲故與訴訟代理人不同又非於他人間之訴訟目的物爲自己有所請求者故法律上與主參加人異其性質又從參加人非以原告被告置于同等地位而爲訴訟行爲故與主參加人不能混同又從參加人雖爲輔助原告或被告者然爲防衛自己利益而輔助之並非以保護當事人利益爲目的且未受當事人委任故非輔佐人亦非訴訟代理人也設從參加制度之理由其一部與主參加同即爲省勞力節費用也其他從參加人有得依他人訴訟保護自己利益之便又主當事人有受從參加人援助之利亦此制度設定理由之一也

從參加之要件如左（民訴法第五十五條）

一 須爲他人之訴訟拘束中

二 從參加人就當事人一方之勝訴須有利害關係

從參加以聲請向本訴係屬之法院爲之其聲請應表明（一）訴訟當事人及其訴訟之表示（二）從參加人所有之利害關係（三）參加訴訟之陳述（民訴法第五十六條

原告或被告就從參加得聲明異議有異議聲明時法院訊問當事人及從參加人後以裁定裁判參加之許否此裁定得爲即時抗告（民訴法第五十七條）從參加之聲請得與上訴或抗告合併爲之（民訴法第五十五條二項）

從參加之效力由從參加聲請適法而受理時發生其效力如左

力從參加之效

一 關於訴訟行爲之範圍 從參加人得以不妨害訴訟程度且不抵觸當事人行爲爲要件而爲訴訟行爲其重要者如於言詞辯論中攻擊防禦方法之使用對支付命令之異議及上訴是也從參加人得爲自己委任訴訟代理人從而得使當事人之訴訟代理人兼爲自己訴訟行爲之代理然不能代當事人選任訴訟代理人又不能爲撤回訴訟及變更訴訟等（民訴法第五十八條）

二 關於訴訟費用之請求權 主當事人勝訴則從參加人對敗訴者得請求自己之訴訟費用

三 關於訴訟之担任 從參加人得代其所輔助之當事人承當訴訟但須得原告被告之同意此情形當事人之地位發生變更法院應依所輔助當事人之聲明爲使該

當事人脫離訴訟之裁定（民訴法第六十一條）

四 關於裁判之效果 從參加人承當訴訟時勿論也單就參加時而言其所輔助之原告或被告之關係從參加人不能主張該訴訟之確定裁判不當（民訴法第六十條）

告知參加

告知參加指名參加有特殊之程序茲先就告知參加述之

告知參加從參加之變體也詳言之由訴訟當事人之告知或由已受告知者之告知而第三人參加于他人間之訴訟而輔助原告或被告也至第三人參加訴訟適用從參加之規定故關於其以後之程序依前之所述自明而特殊程序則為訴訟告知是也訴訟拘束中之原告或被告欲告知訴訟時應向訴訟係屬之法院提出記載訴訟告知理由及訴訟程度（訴訟告知之理由即因自己敗訴而第三人有利害關係之情形訴訟之程度即係屬於第一審或第二審中訴訟行為進行之狀態也）之書狀由法院送達於第三人（民訴法第六十三條）

訴訟告知受訴訟告知者更得向代之第三人為之（民訴法第六十二條）訴訟不問為訴

認告知或續行訴訟而第三人參加時應從從參加之規定決其許否又訴訟告知之效力不問第三人之參加與否不能主張本訴訟之裁判不當（民訴法第六十四條）

指名參加

指名參加其要件如左

一 須被告以第三人之名占有其物 故爲原告者無指名第三人而使其參加之權利至指名參加之情形如以承租人受寄人之資格而占有不動產動產者受所有權回復之訴時是（民法第四百二十七條第六百零四條二項）

二 須爲物之占有者而受訴 故承租人於承租人之資格而受訴時則得指名所有者使之參加若以承租人爲所有人而被訴時則無指名第三人之必要

三 第三人之指名須於本案之辯論終結前爲之

第三人認被告之主張爲正當時則得被告承諾代之承擔訴訟惟無須原告之承諾此種情形被告得脫離該訴訟脫離應以法院之裁定命之脫離被告之訴訟費用應使原告負擔之至後原告如勝訴則應由承擔訴訟之第三人負擔此費用及原告之訴訟費用至脫離後所下之判決對脫離者仍有效力從而基於此判決可對脫離被告而爲強制執行也

訴訟代理與 輔佐之比較

（民訴法第六十五條）

第四節 訴訟代理人及輔佐人

訴訟代理者代訴訟當事人爲訴訟行爲之謂也而訴訟代理人之行爲直接對訴訟當事人或爲訴訟當事人發生效力訴訟輔佐者於言詞辯論中援助訴訟當事人而爲攻擊或防禦之行爲之謂訴訟代理人依訴訟當事人直接或間接之委任對相對人以本人之名義及責任而爲訴訟行爲者也間接委任云者經法院或審判長委任之謂輔佐人乃與當事人本人或其法定代理人共於言詞辯論期日到場行攻擊或防禦之方法者也此兩者間之差異如左

一 訴訟代理人縱無本人到場亦得爲訴訟行爲其行爲爲本人或對本人生效輔佐人則非本人到場時不能爲訴訟行爲

二 訴訟代理人於言詞辯論以外得爲訴訟行爲例如聲請假扣押是輔佐人則僅於言詞辯論得爲訴訟行爲

三 訴訟代理人原則上須爲律師輔佐人則無此制限

訴訟代理與
民法上代理
之差異

訴訟代理與民法上之代理須爲區別卽訴訟代理乃有爲發生訴訟法上（卽公法上）效力之行爲之權限也民法上之代理乃有爲發生私法上效力之行爲之權限也法定代理人得爲本人爲民法上之行爲同時得爲訴訟上之行爲法定代理人可謂以一人兼有私法行爲及訴訟行爲之代理也又訴訟代理人有爲特定私法行爲之代理者例如受領相對人之清償但清償之受領不包含于訴訟委任中

訴訟委任之
性質及種類

訴訟委任爲單獨行爲乎抑契約乎是爲學者議論之所存也余則以單獨行爲說爲當先就法文以言民訴法第六十六條以下文義上無以訴訟委任爲契約之根據次則訴訟程序貴簡易且迅速以訴訟委任爲單獨行爲適合於此訴訟程序之本旨若以訴訟委任爲契約時則受任者非對委任者表示承諾之意思後不能爲有效之訴訟行爲反之若以訴訟委任爲單獨行爲時則代理人對委任者無須爲承諾之意思表示卽得爲有效之訴訟行爲也

訴訟委任有二種普通委任及特別委任是也普通委任乃僅以爲訴訟委任之旨之意思表示而委任者之謂其委任之範圍如左

一 包含第一審一切訴訟行爲之委任

二 包含強制執行並由此所生訴訟行爲之授權

特別委任對普通委任而言惟須特爲意思表示耳屬於特別委任之事項如左（民訴法

第六十八條三項）

一 關於上訴之行爲

二 關於再審之行爲

三 和解

四 捨棄

五 認諾

六 撤回

七 領收所爭物

得爲訴訟代理人者

得爲訴訟代理人以律師爲原則而以其他之有訴訟能力者爲代理人爲例外（民訴法第六十六條）於同一事件同時或異時得委任二人以上之訴訟代理人訴訟委任

應以書面證明之惟對書面委任亦有例外即於言詞辯論中或於受命推事受託推事前得以言詞爲訴訟委任此言詞委任法院書記官記明於筆錄與書面委任有同一之效力也訴訟代理人已受適法之委任與否法院應以職權調查之無適法委任之訴訟代理人應定期日命其補正但於未補正前得許其暫爲訴訟行爲（民訴法第七十四條）若期間滿了而委任之欠缺仍未補正則代理人所爲之行爲應受無效之判決但雖於期間滿了後而在言詞辯論終結前仍得許其補正也（民訴法第七十一條）

訴訟委任之效力

訴訟代理人之行爲與本人行爲有同一之效力而有多數訴訟代理人時則得各自獨立代理本人（民訴法第六十九條）詳言之 1, 委任範圍內訴訟代理人所爲訴訟上之行爲不行爲與本人之行爲不行爲同一但訴訟代理人所爲事實上之陳述經與代理人同時到場之本人取消或更正之時則不生效力（民訴法七十條）本人陳述某種事實後代理人如反本人陳述而陳述事實本人並無取消或更正之意思表示時則應採用何種事實乎是應由法院以職權定之又二人以上之代理人同時爲抵觸之陳述時則應採用何種陳述亦在法院之自由酌量也 2, 複數訴訟代理人各代理人有獨立代理本人之

權限縱令代理人全體有合同爲訴訟行爲之特約而本人對相對人不得主張一代理人所爲之行爲無效也（民訴法第六十九條二項）

訴訟委任之消滅

訴訟委任之消滅 本人死亡破產訴訟能力變更或法定代理人變更均不爲訴訟代理權消滅之原因所以保護當事人之利益並防訴訟之延滯也（民訴法第七十二條）以此可知爲訴訟委任消滅之原因者僅下列各種

- 一 委任之解除
- 二 代理之謝絕
- 三 代理人之死亡
- 四 代理人行爲能力之喪失
- 五 委任事件終了

訴訟委任之消滅非與其原因發生同時卽對於相對人發生效力必對相對人爲適法之通知後始生效力也苟爲適法之通知相對人之已知與否則非所問適法之通知者原告或被告提出通知書由法院送達於相對人從而直接對相對人之通知非爲有效又訴訟

代理人於謝絕代理以後本人未以他種方法防衛自己權利之前代理人得爲爲防衛本人權利所必要之行爲（民訴法第七十三條）

輔佐人行爲之範圍

輔佐人僅須爲訴訟能力者故雖非律師亦得爲輔佐人以律師爲輔佐人雖無須法院之許可而以通常人爲輔佐人時則須法院之允許法院無論何時得取消其允許（民訴法第七十六條一項）是一則爲免訴訟程序之障害二則爲使跋扈者流不能容於其間也輔佐人爲本人之輔助機關非代理人非從參加人於訴訟法上無獨立之人格輔佐人於言詞辯論期日得爲本人爲一切訴訟行爲然非與本人同時到場不可又其行爲或陳述原告或被告不爲即時取消或更正時則視爲其所自爲（民訴法第七十六條二項）

第三章 訴訟標的之價額及訴訟費用

第一節 訴訟標的之價額

訴訟標的價額之計算

訴訟標的之價額應由法院依其自由意見核定故原告當起訴時雖應自行計算訴訟標的之價額以定適用何種訴訟程序並將其計算之價額記明於訴狀然此非可拘束法

院又法院核定價額之自由亦有種種制限（民訴法第七十七條一項前段）

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主觀價額者就當事人關於訴訟標的之利益專由當事人認有之價額也客觀價額則指就當事人關於訴訟標的之利益由世人一般認有之價額而言所謂交易價額乃客觀價額之一種卽爲訴訟標的之法律關係於某日時處所在交易上所有之一般價額也有交易價額者以交易價額爲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爲準若原告與被告關於訴訟標的所有之利益不同者應依原告所有利益以定其客觀之價額（民訴法第七十七條第二項）

法院因核定價額於必要時不惟得依當事人之聲明調查證據並得依職權調查證據（民訴法第七十七條一項後段）

合併數訴之
標的價額之
計算

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上則爲一訴故法律定爲應將各訴訟標的之價額合併計算以定其應適

用何種訴訟程序雖各訴訟標的之價額俱在八百元以下應適用簡易程序者若合併計算其價額超過八百元之數即不應適用簡易程序其訴訟標的之關於一定金額者亦須合併計算之惟此項規定限於應以訴訟標的之金額或價額爲定適用訴訟程序之標準者始有其適用故合併提起之數訴中如有不問訴訟標的之金額或價額應適用簡易程序者不得將其金額或價額合併計算之也又合併計算其金額或價額之數宗訴訟標的必在經濟上各自獨立且其間並無主從之關係者而後可否則不得計算其價額也（民訴法第七十八條）

數項標的競
合或應選擇
其訴訟標的
價額之算定

以一訴主張之數個訴訟標的非屬在經濟上各自獨立之法律關係而互相競合或應爲選擇者原告在經濟上祇受某一法律關係之利益故應依其中一訴訟標的之價額或金額定其應適用之訴訟程序若其訴訟標的之價額或金額不等則應依其最高者以定（民訴法第七十九條）

對待給付訴
認標的價額
之計算

訴訟標的之價額爲原告所主張或不認之法律關係之價額非可以原告實際應受之利益爲核定價額之標準故原告對於被告所負擔之對待給付於核定價額時不得從訴

訟標的之價額中扣除（民訴法第八十條）若原告併求確定對待給付之額數則原告關於對待給付之義務與其對於被告之請求同為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不應合併計算其價額故使依其中價額最高者定訴訟標的之價額（民訴法第八十條一項）

第二節 訴訟費用

訴訟當事人
負擔之意義

訴訟當事人之負擔乃訴訟法課訴訟當事人之財產的負擔也財產的負擔包括費用與關於費用之担保負擔而言至訴訟費用有廣狹二義最廣義之訴訟費用者謂裁判及強制執行必要之費用而所謂為裁判必要之費用者非僅謂于下裁判時所生之費用乃於取得裁判目的所須之費用也故訴訟用印紙國庫之墊款及支付執達員公証人之費用是

訴訟費用負
担之性質

訴訟費用負擔之性質 在昔以負擔訴訟費用之義務為損害賠償義務之一種然訴訟費用乃由公法上之行爲而生非以不法行爲為原因故不能以私法上損害賠償之法理說明此義務之性質現今之學說均以訴訟費用負擔義務為公法的義務

訴訟費用之請求權非普通私法的請求權乃訴訟法上之請求權故非依訴訟法所定之特定形式不能主張之所謂特定之形式者須附隨于主事物而爲其主張是也換言之卽僅以獨立之訴請求訴訟費用爲法之所不許也法院縱無當事人之聲請而與裁判主事物同時有就訴訟費用爲裁判之責任以訴訟費用之請求權非私法上之請求權也

訴訟費用負擔之法則

訴訟費用負擔之法則 訴訟費用敗訴者負擔之詳言之卽自己主張不正當者應負擔主張正當之相對人之訴訟費用基此理論並斟酌正理與實際之便宜而于訴訟法中設左之規定

敗訴之原告或被告負擔自己之訴訟費用且相對人所支出之必要費用亦須清償之必要之費用云者乃指爲伸張或防衛權利所必要者而言果爲必要與否以法院之意見定之（民訴法第八十一條）

從訴訟法規定之原則有左之制限

甲 被告對原告之請求逕行認諾並能證明其無庸起訴者則勝訴之原告亦應負擔訴訟費用（民訴法第八十三條）

乙 遲誤期日或期間或因自己之過失而生期日變更辯論延期辯論續行以及其
他訴訟之遲滯則該原告或被告縱爲勝訴其因此所生之費用亦應負擔（民訴
法第八十四條）

二 當事人互有勝敗時則相銷其費用或使之以比例分担（民訴法第八十二條）

三 和解之費用或依和解完結之訴訟費用視爲相銷但當事人就費用之負擔特有
訂定時不在此限（民訴法第八十六條）

四 共同訴訟人對相對人平等負擔訴訟費用但有下列之例外（民訴法第八十七
條）

甲 依法律關於費用由共同訴訟人之連帶義務所生時則不能平等負擔應各自
負擔全部 主義務爲連帶時則訴訟費用之負擔義務亦爲連帶（民訴法第八
十七條二項）

乙 於訴訟中共同訴訟人之利害關係顯有差異時則法院準其比例之折合得命
爲不平等之費用負擔（民訴法第八十七條一項）

丙 共同訴訟人之一人主張特別攻擊防禦方法而敗訴時因此所生之訴訟費用他共同訴訟人無負擔之義務（民訴法第八十七條三項）

五 因法院法書記官執達員法定代理人或訴訟代理人之過失或遲滯所生之費用法院得基於聲請或以職權命此等人償還訴訟費用（民訴法第八十九條）

六 因參加訴訟所生之費用指當事人及從參加人因參加之聲明及因從參加人與于訴訟所支出之費用而言此種費用悉由從參加人負擔惟訴訟標的於法律上對于從參加人與其所輔助之當事人必須合一確定者關於訴訟費用之負擔應以從參加人視作共同訴訟人準用前述四款之規定（民訴法第八十八條）

訴訟之費用
裁判

訴訟不經裁判而終結者須經常事人于訴訟終結後三十日內聲請始為訴訟費用之裁判因此際通常無依職權裁判訴訟費用之必要故也其裁判以法院之裁定行之對此裁定得為即時抗告（民訴法第九十三條）

聲請確定訴訟費用額者應于聲請時提出列記各費用額之計算書並交付于他造之計算書繕本及釋明各費用額之証書法院得命書記官就其計算書予以調查（民訴法第

九十四條)

第三節 訴訟擔保

訴訟擔保之
意義

當事人或參與訴訟之第三人于法律有特別規定時應就訴訟費用或因訴訟而生之損害供擔保謂之訴訟上之擔保略稱訴訟擔保如外國人爲原告者應依被告之聲明供費用之擔保爲假扣押假處分或宣示假執行之聲請者有時應供損害之擔保無訴訟代理權人暫爲訴訟行爲者有時應供費用及損害之擔保

得聲請擔保
之人及其情
形

原告于訴訟中在中華民國無住所事務所及營業所者法院因被告之聲請得爲命原告供訴訟費用擔保之裁定又于訴訟中發生擔保不足額或不確實之情事者亦同被告聲請命原告提供擔保而于其聲請被駁回或原告供擔保前得拒絕本案辯論惟除應供擔保之原因知悉在後者外被告已爲本案辯論或于準備程序爲陳述者即不得聲請法院命原告供擔保（民訴法第九十七條九十八條九十九條）

提供擔保之
方法

供擔保者應提存現金或法院認爲相當之有價証券倘不能依此規定爲提存者得由該管區域內有資產人具保證書代之惟此須得法院之允許（民訴法第百〇二條）

法院命原告提供擔保者應于裁定中定担保額及供担保之期間此項担保額不得超過被告於第一審所應支出之費用總額（民訴法第一百條）原告於裁定所定供担保之期間內不供担保者視為撤回其訴（民訴法第一百〇四條）

提供担保之效力

應供訴訟担保之人提存担保物後受担保利益人就該担保物取得質權法院並可依供担保人之聲請或兩造合意許其變換担保物若以第三人之保證書供訴訟担保者具保證書人于本人不履行其所負賠償費用或損害之義務時有就保證金額履行之責任其責任與民法上保證人之責任相同（民訴法第一百〇三條）

訴訟担保物之返還

供担保人或具保證書人於有左列情形時得聲請命供担保之法院以裁定准將担保物或保證書返還

一 應供担保之原因消滅者

二 受担保利益之人同意返還者

法院之裁定無論准許聲請或駁回聲請均得對之提起即時抗告其抗告有停止執行之效力（民訴法第一百〇五條）

第四節 訴訟救助

訴訟救助之意義

對於因無資力而不能伸張或防衛其權利之人不可不有救助之法故民事訴訟法於無資力人具備一定條件時准其暫免支出某種費用而為訴訟謂之訴訟救助

訴訟救助之要件

訴訟救助之要件如左

- 一 該當事人無支出訴訟費用之資力者
- 二 該訴訟非顯無勝訴之望者

當事人無論何造均有受訴訟救助之權又從參加人亦得受訴訟之救助惟救助方法于法人無其適用因法人無窘於生活之可言故也准予訴訟救助應依聲請以法院之裁定行之若不應准予救助則為駁回聲請之裁定（民訴法第百〇七條）

對於外國人之訴訟救助探相互主義必依條約或該外國人之本國法中國人在其國得受訴訟救助者始能對於其人准予救助（民訴法第百〇八條）

聲請訴訟救助之程序

聲請訴訟救助應向該訴訟現在係屬之法院為之並應同時釋明請求救助之事由（民訴法第百〇九條）

訴訟救助之效力

關於訴訟救助之效力民訴法中以明文定其範圍法院不得擴張或限制之但當事人爲聲請時固得於此數種救助中捨棄某種救助也救助效力之範圍如左（民訴法第一百條第一百十一條）

一 暫免審判費用

二 免供訴訟費用之担保

三 暫免執達員之規費及墊款

四 法院得爲受救助人選任律師代理訴訟暫行免付酬金

五 於假扣押假處分上訴及抗告亦有效力

訴訟救助之撤銷

受訴訟救助人雖備應受救助之要件而其承繼人則非必備此要件故受救助人亡故者訴訟救助之效力對於將來當然消滅如其繼承人亦須受救助時非另爲救助之聲請不可（民訴法第一百十二條）

救助撤銷後之補交費用

當事人並非無支出訴訟費用之資力而受訴訟救助或至後有支出之資力者就暫免之審判費用等均有補交之義務雖至訴訟終結後亦然此等費用之補交由法院依聲請

或依職權以裁定命之若無此項裁定則國庫等對於受救助人不能行其請求權也補交費用之裁定於訴訟中或訴訟已終結後俱得爲之在訴訟中屬於訴訟現在係屬之法院管轄在訴訟終結後則屬於第一審受訴法院管轄（民訴法第一百十三條）

訴訟救助後之取償程序

他造當事人依確定裁判或和解應負擔訴訟費用者對於受救助人有賠償費用之義務彼受救助人本應支出之費用因訴訟救助而暫免支出者如使有請求權之人直接取償於他造實爲至便之事故民訴法規定因訴訟救助暫行免交之審判費用許國庫逕行對於他造當事人徵收又暫行免交之執達員或律師之規費及墊款許執達員及律師逕行對於他造當事人請求歸還且向他造當事人爲徵收或歸還請求者得逕本于受救助人所有有執行力之債務名義爲確定賠償額之聲請及強制執行（民訴法第一百四條）

駁回訴訟救助之聲請聲請人對於該裁定得爲即時抗告其撤銷救助或命補納費用者受救助人對於該裁定得爲即時抗告至准予救助之裁定則不得以抗告或隨同上訴聲明不服（民訴法第一百五條）

第四章 訴訟程序

第一節 當事人書狀

書狀之必要

民事訴訟者當事人對於法院請求為保護私權之裁判之方法也故凡為裁判所必要之材料當事人不可不為提出而提出之方法有二一為書狀一為言詞

當事人之聲明或陳述依民事訴訟法之規定有應以書狀為之者有應以言詞為之者亦有以書狀與言詞任聽當事人選擇者民事訴訟法中當事人書狀之規定乃當事人以書狀為聲明或陳述時所應遵守之一般辦法無論何種書狀均適用之

書狀之種類及其準據法則

當事人所用書狀有基本書狀有準備書狀基本書狀者為訴之基礎之書狀也如訴狀是準備書狀者為準備言詞辯論之書狀也如辯訴書狀是茲將當事人作製書狀所應行準據之法則說明如次

書狀適用之時機

第一 書狀適用之時機 在言詞辯論中關於訴訟所為之聲明或陳述固應以言詞為之若在言詞辯論外除依本法得以言詞為之者外應以書狀為之（民訴法第一百六條）

書狀之程式及內容

第二 書狀之程式及內容 當事人應行作製之書狀若法律別有規定固當先從其規定外（如訴狀上訴狀再審訴狀）若別無規定則應將左列各款情形記明由當事人或代理人簽名（民訴法第一百七十七條第一百八條）

（一） 當事人之姓名身分職業及住所或居所若當事人爲法人或其他團體則記其名稱及事務所

（二） 代理人之姓名年齡職業及住所或居所 包含法定代理人訴訟代理人而言

（三） 訴訟之標的 祇爲約略之記載已足如因請求履行債務事件確認所有權存在事件是但於聲敘事實時仍應詳爲記載

（四） 應爲之聲明或陳述

（五） 供證明或釋明用之證據方法即舉示以加何之材料供證據之用是

（六） 附屬文件及其件數

（七） 法院

(八) 年月日

當事人或代理人應於書狀簽名其不能自行簽名者得使他人代書姓名以代簽名但代書人應記明其事由並簽名此時祇須簽名毋庸蓋章亦不得以蓋章代簽名書狀之程式及內容加此若當事人於此書狀內引用自己所執證書者應添具該證書之原本或繕本由其代理人為訴訟者無論法定代理人與訴訟代理人均應添具證明代理權書狀之繕本俾法院及對手人預知其內容此等書狀繕本原則上須繕寫原本之全部若僅引用其一部者祇添具節本摘錄所用部分及其所載年月日並名押印記為已足若證書已為對手人所知或浩繁難於備錄者得祇表明該證書並附記其得任對手人閱覽之旨(民訴法第一百十九條)

當事人於書狀內引用非其所執之證書或其他証物者應表明執有人姓名及住所或保管之官署公署引用証人者應表明該証人姓名及住所或居所所以備法院之調取或傳喚(民法第一百十九條)

書狀之提出

第三 書狀之提出

(一) 當事人應以書狀及其附屬文件提出於法院以便作製訴訟筆錄並應接受送達之對手人人數提出繕本於書記科請其送達若書狀及繕本有異同則以提出於法院者為準(民訴法第二百零二條)

(二) 當事人提出之書狀內引用自己所執書狀者如已提出原本相對人得請求閱覽如未經提出相對人於相當時期得催告提出該書狀原本當事人即應於催告後七日內提出於法院書記科並通知相對人任聽相對人閱覽而相對人接到提出原本之通知後得於五日內閱覽原本並作製繕本此所以定為七日五日之期限者無非欲使該訴訟事件迅速了結但此項期限非絕對不可變動之期限如有重大理由時在合議法院得由審判長以裁定酌量伸縮在獨任法院以裁定由該承審推事酌量伸縮並得由當事人合意縮短期限至當事人於受催告後不提出原本或提出逾時者亦不至因此失其使用之權(民訴法第二百零一條)

書狀之補正

第四 書狀之補正 書狀不合程式或有其他欠缺者法院或審判長得定期限命其補正 正因命補正得將書狀發還若當事人居住法院所在地者得因補正命其到場如於期

間內已遵命補正其補正之書狀視與最初提出同（民訴法第二百二十二條）

狀以言詞代書

第五 以言詞代書狀之程式及內容 在言詞辯論外依本法以言詞爲聲明或陳述者 法院書記官應作筆錄以代書狀此項筆錄除適用上開第二至第四之說明外並應由 法院書記官簽名（民訴法第二百二十三條）蓋在言詞辯論中所爲言詞聲明或陳述 由書記官記明於筆錄本係適用關於言詞辯論筆錄之規定辦理此則專指代書狀之 言詞之程式及內容而言此筆錄如有欠缺亦得命其補正

第二節送達

送達之意義

送達者以書狀通知某事項於訴訟關係人之行爲也送達以交付書狀爲之其目的不外出於使受送達人知其記載於書狀之事項至其所應交付之書狀須依訴訟法規定之程式由國家一定之機關製作之且須有證明已交付之手續即所謂送達證書是也茲就關於送達各要點分述如左

送達主義

第一 送達主義

（一）當事人送達主義職權送達主義 當事人送達主義者本當事人之意思而

爲送達之主義也職權送達主義者不問當事人之意思如何法院以職權送達之主義也民訴法第一百二十四條規定送達由法院書記官依職權爲之此係採用職權送達主義之明徵也

(二) 直接送達主義間接送達主義 直接送達主義者當事人直接委託送達機關而爲送達之主義也間接送達主義者當事人經法院書記官之媒介而委託送達機關送達之主義也民訴法第一百二十五條規定書狀之送達由法院書記官以職權辦理則當事人應將書狀提出於法院不得直接交付於送達機關是亦採用間接送達主義也

送達機關

第二 送達機關

(一) 法院書記官 法院書記官雖有送達書狀之職權而其自行實施者甚少多委託執達員行之惟應受送達之人現在法院內者則該法院書記官得將書狀交付以代送達(民訴法第二百二十七條)此外如公示送達書記官亦自爲送達機關

(二) 送達員 送達應由法院書記官交執達員或郵務局行之(民訴法第一百二

十五條二項）故送達員有二

甲 執達員 執達員爲兼任執行行爲與送達行爲之機關其爲執達員實施送達行爲時由法院書記官委託而法院書記官又得將由執達員送達之書件囑託送達地第一審法院之書記官爲之（民訴法第二百二十六條）

乙 郵務局郵差 法院書記官交郵務局郵差爲送達者以郵務局郵差爲送達員（民訴法第二百五條二項）令負其責

應受送達人

第三 應受送達人 送達以對於應受送達之本人爲之是爲原則然亦有多數例外茲述於次

（一） 送達於無訴訟能力人應向其法定代理人爲之對於非法人之團體爲送達者應向其代表人爲之以保護其利益若法定代理人或代表人有二人以上則祇須向其中之一人送達以節省勞費時間（民訴法第二百二十八條）

（二） 送達於在中國設有分店之外國公司應向該公司在中國之代表人爲之若其代表人有二人以上亦祇須向其中之一人送達（民訴法第二百二十九條）

(三) 送達於軍士以下之現役軍人或現役軍屬應向該軍人軍屬之該管長官爲之(民訴法第三百十條)蓋以此等軍人軍屬在長官指揮監督之下若直接送達不無紊亂軍紀之虞也

(四) 送達於在監人應向該監所長官爲之(民訴法第三百十一條)蓋以在監人屬於監獄長官指揮監督之下若直接送達不無紊亂獄規之虞也

(五) 送達關於商業上訴訟事件除可逕向主人送達外並得向經理人爲之(民訴法第三百十二條)蓋以經理人在營業所關於商業之一切行爲無論審判上審判外均得代表其主人故也

(六) 訴訟代理人依委任之意旨有受送達之權限者送達應向訴訟代理人爲之蓋以訴訟代理人有代行訴訟行爲之權但以有受送達之權限者乃能送達(民訴法第三百十三條)

(七) 當事人或代理人指定送達代收人向受訴法院陳明者送達應向其所指定之代收人爲之此時既經其有權收受之人指定代收人則爲策訴訟迅速進行起見

自不妨送達代收之人收領（民訴法第三百三十四條一項）

當事人或代理人於受訴法院所在地無居所住所及事務所者審判長得依職權或依他造當事人之聲明以裁定命該當事人或代理人於一定期間內指定居住該法院所在地之人爲送達代收人陳報法院若當事人或代理人不於此項期間內陳明送達代收人者法院書記官得將應行送達之文書註明該當事人或代理人之居所或事務所交付郵務局以交付文書之時視爲送達之時（民訴法第三百三十四條第二項第三項）

若當事人將送達代收人指定陳明之後則於同地之各級法院皆有效力該各級法院皆得使其收受送達但經特別陳明者不在此限（民訴法第三百三十五條）

應行送達之文件

第四 應行送達之文件 交付該書狀之繕本以爲送達乃爲通例但民事訴訟法有特別規定應交付正本時則應從其規定（民訴法第三百三十六條）若有特別規定應交付正本之時而交付繕本則其送達無效蓋其送達違法於收受人有不利益故也若無特別規定應交付繕本之時而交付正本則其送達仍屬有效蓋此種送達既用較鄭重

之正本以爲送達於收受人並無不利益可言也

送達之方法

第五 送達之方法 送達有本人送達有補充送達有留置送達本人送達者對於應受

送達之本人而爲送達之謂也補充送達者對於與本人有關係之人而爲送達之謂也留置送達者將送達文件留置於送達處所而爲送達之謂也茲分別說明於次

(一) 本人送達 送達應於住居所或事務所爲之若在應受送達人之住居所或事務所所在地以外會晤應受送達人者得於會晤處所行之(民訴法第三百三十七條)茲所謂應受送達人指應受送達之本人及本人以外依第二百二十八條至第三百三十五條規定應受送達之人而言住居所者謂應受送達人當送達時供住居用之處所而言其係作生活之本據或僅供一時住居之用則在所不問但僅暫行逗遛者不在此限且不問其爲房屋或爲舟車如係以供住居之用均可認其爲住居所又住居所不必爲獨立之宅舍即旅館或宿舍中之一室亦是事務所者謂應受送達人當送達時照例在此執行職務或業務之處所例如官署商店工廠公証人或律師之事務所是也又雖僅一時執行職務或業務之所如博覽會開會中之臨時商店亦得認

其爲事務所

(二) 補充送達

甲 住居所補充送達 送達於住居所不獲會晤應受送達人者得將文書付與其同居之有辨別事理能力者或學徒或受雇人蓋以應受送達人既在住居所不獲會晤即不得爲本人送達故設此補充方法至其不獲會晤之原因爲何可以不問若有此等之人且得其承諾亦可以交付但上開同居之人如即係應受送達人之相對人則屬利害相反恐其匿不轉交自不得爲此補充送達（民訴法第三百零八條）

丙 告知補充送達 不能依前述情形而爲補充送達者得將送達文書寄存管轄送達地之第一審法院書記科公安局或閭鄰長處作送達通告書黏貼於應受送達人住居所或事務所門首以爲送達（民訴法第三百二十九條）蓋以此時既不能爲本人送達又不能爲住居所補充送達惟有出此一途可使本人知有送達之事且容易收取送達文書也

(三) 留置送達 應收送達人皆有收受送達之義務苟無法律上理由而拒絕收受者則送達吏不得送達之途得將送達文書留置於送達之處所以爲送達（民訴法第四百十條）

送達之時日

第六 送達之時日 送達除交郵務局外非有受訴法院審判長之許可者不得於星期日或其他休息日及日出前日歿後爲之蓋以不宜妨害人之安息故有此規定也法院書記官將送達文書交付郵務局者以交付之時作爲施行送達之時仍以其郵便達到之日時爲斷故不須有此限制但有限制時如違反限制而送達該應受送達人仍甘願收受亦可聽其人之便法律無視爲無效之理故法律規定若違反時日之送達爲應受送達人所不拒絕收領者仍可送達（民訴法第四百十一條）

受前項許可而爲送達者法院書記官應於送達之文書內記明（民訴法第四百十一條）

送達証書

第七 送達証書 送達不可不作証書以證明之其証書因送達之程序不同不能無異（一） 執達員送達時 此時應由執達員作製送達証書將左列事宜記明由執達

員簽名並提出於法院書記科法院書記官應將其提出之送達証書附卷（民訴法第四百二十二條第四百十三條）

（子） 命行送達之法院 送達必由法院書記官交執達員施行該書記官所屬法院之名稱應記載於証書

（丑） 應受送達人

（寅） 應送達之文書 在不至與他文書相混之程度為相當之記載

（卯） 送達處所及年月日時 記載在何地何時施行送達是也

（辰） 送達方法 文書付與於應受送達人或付與於應受補充送達之人應於証書內記載之

送達証書應於作就後交收領送達人簽名按指印或蓋章以証明其業已收領若收領人拒絕或不能簽名按指印或蓋章者執達員應記明其事由

二 書記官交付時 送達依本法第二百二十七條規定由書記官交付者應命應受送達人提出收據附卷（民訴法第四百十五條）

三 郵便送達時 依本法第三百二十四條第三項規定交郵務局爲送達者法院書記

官應作交郵務局送達之事由及年月日時之証書附卷（民訴法第一百四十五條）

四 囑託送達時 法院書記官應將受囑託之官廳或官吏通知已爲送達或不能送

達之文書附卷以爲已爲送達或不能送達之証此通知書爲公証書就其所記事項
有完全之証據力但仍許反証若受不能送達之通知者法院書記官應將其事由通

知使爲送達之當事人（民訴法第一百五十一條）

送達之不能

第八 送達之不能 依關於送達規定各方法不能爲送達者執達員應將文書繳還於

法院書記科並作報告書記明不能送達之事由提出於書記科以爲不能送達之証
此報告書內應將應受送達人及應送達之文書一併記明

法院書記官應將不能送達之報告書附卷如此時之送達發動於當事人之行爲書記
官應將不能送達之事由通知該當事人（民訴法第一百四十四條）

囑託送達

第九 囑託送達 囑託送達者囑託官署或官吏而爲送達之謂也受囑託之官廳或官

吏將應行送達之文書交付於應受送達人其送達即爲終了

(一) 對於在中國有治外法權人之住居所或事務所爲送達者得囑託外交部爲之(民訴法第一百四十六條)此蓋有治外法權人之住居所或事務所非可與普通人民之住居所或事務所一體同視故也例如在外國公使之住居所或事務所施行送達者不問係對於該有治外法權人爲送達抑係對於他人爲送達均應由外交部爲之較易達送達之目的

(二) 對於外國爲送達者囑託該國之管轄官署或駐札該國之中國大使公使或領事爲之(民訴法第一百四十七條)此蓋以本國司法權不能及於外國不能由本國執達吏依本國法規定在外國施行送達故應行囑託送達至法院得否直接囑託該國之管轄官署應依國際條約及慣例決之不應囑託外國官署者則囑託中國駐札該國之中國公使或領事爲之中國公使或領事在該國爲送達時亦有須轉求外國官署輔助者外國官署關於送達之事應否對我與以輔助亦依國際條約及慣例或該國之法令定之

(三) 對於駐紮外國之中國大使公使或領事爲送達者應囑託外交部爲之(民

訴法第一百四十八條。此亦以本國司法權不能行於外國而大使公使領事又在外交部監督之下囑託外交部送達甚爲便利至對於大使公使領事之家屬或隨從爲送達者則依第一百四十七條規定辦理

(四) 對於出戰或駐在外國軍隊之軍人軍屬或軍艦服務人員爲送達者得囑託該管軍事機關或長官爲之(民訴法第一百四十九條)對於此等人員送達於國內施行者本可依一般規定辦理於國外施行者亦可依第一四七條規定辦理茲規定此種囑託送達辦法蓋以是等軍人軍屬與軍艦服務人員在該管軍事機關長官監督之下囑託上級司令官應送達甚爲便利故也

右列四種囑託由受訴法院爲之(民訴法第一百五十條)然因對外鄭重及依吾國行政慣例此項囑託文書亦無防以法院或法院長官之名義行之又囑託送達文書如依法令或慣例應經司法部或其他機關轉行者仍須遵照辦理

第十 公示送達 公示送達者依一定之程式將應行送達之文書以公示之方法送達經過一定期間雖未交付於本人(並非實有送達)而法律上亦視爲已經交付者也

(一) 得以公示送達之情形 對於當事人之送達遇有左列情形之一得爲公示送達（民訴法第一百五十二條）

甲 應受送達人之住居所或其他應爲送達之處所不明者

公示送達應以對於當事人之送達爲限故應受送達之當事人或其代理人所在不明即不知其人之現在地者得行公示送達雖該應受送達人有住居所或事務所時亦同關於商店之訴訟事件必本人及經理人之所在俱不明者始許公示送達

應受送達人之所在不明應由公示送達之聲請人盡釋明之義務釋明之後由法院之自由心証決定之是否所在不明不得專以聲請人之主觀不知爲準

乙 于有治外法權人之住居所或事務所送達而無效者 例如經有治外法權人拒絕在其住居所或事務所爲送達是也

丙 於外國爲送達不能依第一百四十七條之規定辦理者 例如因外國官署不爲輔助及中國並無大使公使或領事駐紮該國而不能送達或因該國已有革

命或該國已與中國斷絕國交而預知囑託之無效者是也

(二) 實施公示送達之方法 公示送達應由法院書記官將應送達之文書或其繕本黏貼於法院之牌示處行之除公示外受訴法院得酌量情形依自由意見以裁定命將應行送達之文書之繕本或節本登載於公報新聞紙或依其他相當方法通知或布告之(民訴法第一百五十三條)例如送達起訴狀及同時送達之傳票則宜以裁定使其登載新聞紙

公示送達之 發生效力

第十一 公示送達之發生效力

(一) 公示送達自黏貼牌示處之日起其登載公報新聞紙者自最後登載之日起經過二十日發生效力(民訴法第一百五十四條)

(二) 公示送達之証書 為公示送達者法院書記官應作証書附于訴訟卷宗為據其証書應記明曾為公示送達之事由及將文書粘貼牌示處與登載公報新聞紙之年月日(民訴法第一百五十五條)

第十二 關於前述送達之權限受命推事受託推事及送達地第一審法院之推事與受

受命或受託
推事等關於
送達之權限

民事訴訟法

訴法院之審判長同（民訴法第一百五十六條）

第三節 期日及期間

時期規定之
必要

在民事訴訟為謀訴訟秩序的進行則為訴訟行為時期不可不有一定否則不獨當事人何時為訴訟行為不能明瞭即法院分配事件亦甚屬困難勢必至訴訟之標的不可得而達然定此時期苟從民事訴訟之根本主義一任當事人之自由法院處理事務將有種種不便訴訟進行亦不免因而遲延此訴訟行為之時期原則上所以必須在法律內規定或法律委由審判官定之也

時期之種別

民事訴訟就當事人及其他訴訟關係人等應為訴訟行為之時期設有種種規定其訴訟行為有應於一定時期為之者有應於一定時期未滿以前為之者如訴訟關係不按時期為其應為之訴訟行為法律上有一定之制裁此等時期即期日與期間是也

期日

第一期日

（一）期日之類別 期日有言詞辯論期日調查證據期日宣告裁判期日和解期日
施行準備程序期日及訊問當事人期日等期日乃指訴訟關係人與法院會合為訴

訟行爲之時期而言

(二) 期日之指定 期日須斟酌事務之繁簡與實際之便宜除法律有特別規定使受命推事或受託推事指定外由受訴法院審判長以職權定之(民訴法第一百五十七條)由獨任推事行審判權時即由獨任推事指定蓋期日不能在法律上預定亦不得專由當事人聲請(恐其遲延)故規定由審判長職權指定但亦有由當事人聲請而指定者又指定日期雖爲審判長或受命推事受託推事之自由但非有不得已之情形不得以星期日或其他休息日定爲期日(民訴法第一百五十七條)此等期日爲吾人安養休息之時故不得指定但有不得已(因延滯而受損害)之情形不在此限

爲訴訟行爲之期日通常應預行指定然在簡易訴訟程序當事人得於法院通常開庭之日自行到場爲訴訟之言詞辯論(民訴法第三百九十九條)指定期日應指定日與時(鐘點)宜指定於何日何時法院應酌定事務狀況及其他各種情形決之有時依法律之規定應於日期前留相當之時期者自須遵照辦理對

於審判長等指定日期之裁定不得抗告（民訴法第六十六條）此裁定既不宣告亦毋庸以其正本送達惟送達傳票爲已足

（三）期日之傳喚 期日之傳喚者命當事人或其他關係人於指定之期日到法院之一種催告也在德國民事訴訟法期日之傳喚爲當事人之行爲蓋德國關於訴訟之進行亦係採不干涉主義故期日之傳喚亦應隨當事人之意思而定爲尊重當事人之意思也在日本民事訴訟法期日之指定則爲法院之職權爲圖訴訟迅速進行計也我國民訴法與日制同審判長以職權定期日後應由書記官作製傳票除記明到場之日時及處所外併應記明當事人訴訟事件法院及傳喚之目的等初次言辯論期日之當事人傳票及証人鑑定人傳票又設有特別規定送達於訴訟關係人令其到場但審判長面向訴訟關係人告知期日令其到場或訴訟關係人曾以書狀呈明期日到場者與已送達傳票有同一之效力（民訴法第一百五十八條）

（四）期日之開始及終了 期日以該事件之點呼爲始（民訴法第五十九條）無點呼雖已至所定之時期亦不得謂爲開始

審判長於其所指定期日之時（鐘點）屆到後雖應注意於事件之點呼然期日並非以指定之時屆到為開始而以事件之點呼為開始點呼者於指定之時屆到後向訴訟關係人告知以開始期日之謂也或由審判長自為之或命法院書記官或庭丁為之均可同一期日有多數事件者其點呼之順序依審判長之意見定之

在期日應為之行為完結期日固為終了但行為雖未完結而審判長或受命推事受託推事明示或默示閉鎖即表示期日終了之意思時期日亦以終了

（五）期日之移動 期日除本法有特別規定外若有重大理由由法院得依聲請或依職權以裁定變更或延展之故期日移動之時有二（民訴法第六十條）

一 期日之變更 謂於期日開始以前將曾經指定之期日廢棄而更定新期日以代之也例如因推事有急病或遇其他不可避之障礙而變更期日者是也

二 期日之延展 謂期日開始後辯論未開始前或辯論開始後因其尙未完結更定新辯論期日或續行辯論期日以代之也例如因調查證據或因事件繁雜不能於是日終竣辯論而延展期日者是也

聲請變更或延展期日得以書狀或言詞爲之若法院命其釋明理由者聲請人應卽遵行命其釋明理由以裁定爲之此項裁定並不得抗告（民訴法第六十條）以書狀爲之依書狀之規定辦理以言詞爲之由書記官作成筆錄附卷

期間

第二期間

（一）期間之種別 期間有法定期間（亦稱法律上期間）有裁定期間（亦稱裁判上期間）法定期間者以法律定之之期間也裁定期間者由法院或審判長酌量情形於適當之限度內以裁判所設定之期間也如補正代理權欠缺之期間供訴訴担保之期間命令補繳訟費之期間是（民訴法第六十一條）

甲 法定期間 又分爲不變期間與普通法定期間不變期間者於民事訴訟法上附有不變期間之名稱除依訴訟程序之中斷或中止外不能因其他事情依聲請或職權以伸縮或停止之期間也如聲請回復原狀之期間提起上訴之期間（民訴法第四百零四條第四百四十八條）提起抗告之期間（民訴法第四百五十三條）提起再審之訴之期間（民訴法第四百六十四條）提起不服除權判決之

訴之期間（民訴法第五百十九條）等是普通法定期間者不變期間以外之法定期間也如催告提出附屬文件原本及閱覽原本並作製繕本之期間（民訴法第二百一十一條）聲請補充判決之期間（民訴法第二百廿四條）等是普通法定期間法院若有重大理由得依聲請或依職權以裁定伸長或縮短之（民訴法第一百六十四條）民事訴訟法中就法院之訴訟行為亦有設期間之規定者即宣告裁判自辯論終結時起應於五日內爲之（民訴法第二百十四條三項）是也此類期間學者稱之曰類似期間就法院之訴訟行為設有期間之規定者法院亦應於期間內爲該訴訟行為雖與當事人爲訴訟行為之期間相類然當事人遲誤期間之時通常不得再爲訴訟行為而法院遲誤期間則無此種效果惟生曠廢職務之問題而已此二者不同之點也

乙 裁定期間 此係不由法律規定之期間其時期之長短一任法院或審判長斟酌定之（民訴法第六十一條）惟過於伸長期限足致訴訟遲延終結如過於縮短期限又恐當事人不能爲訴訟行為受意外之不利故本法又規定法院（亦

有予審判長以裁定之權者）有重大理由時得依聲請或職權以裁定伸長或縮短之（民訴法第六十四條）如當事人能力訴訟能力代理權或必要之允許權欠缺補正之期間起訴及上訴程式之補正期間就訟費計算書命相對人陳述意見之期間當事人按照比例分担訟費時命他造當事人提出計算書之期間等是伸長期限及駁斥縮短期限之聲請之裁定不得聲明不服（民訴法第六十六條）反之縮短期限之裁定駁斥伸長期限之聲請之裁定係訴訟進行中之指揮裁判故亦不許當事人抗告

（二）期間之起算 法定期間之起算由法律定之（民訴法第六十二條）而法院或審判長所定之期間則自送達定此期間之文書時起算若毋庸送達文書者自宣告定此期間之裁判時起算但別定起算方法者不在此限（民訴法第六十一條二項）

（三）期間之伸張 法定期間不問其為不變期間與普通法定期間若當事人不在法院所在地居住者當計算之時應扣除其在途之期間但當事人有訴訟代理人居

民法三行在地者則得代當事人爲訴訟行爲無扣除在途期間之必要且不適用此
規定應扣除之在途期間以司法院命令定之（民訴法第六十三條）

當事人之誤期

第三 當事人之誤期

當事人或代理人因天災或其他不應歸責于己之事由遲誤不變期間者得使之追復
其所遲誤之訴訟行爲即回復原狀者是蓋以不變期間雖不應許其輕易伸縮然苟非
因當事人之故意過失以致不能遵守倘亦使其受遲誤之效果未免過酷故法律上爲
遲誤之當事人謀救濟方法而設此回復原狀之程序（民訴法第六十五條一項）
回復原狀須于其事由終止時起十四日之不變期間內且自遲誤時起未逾一年者爲
之始可（民訴法第六十五條二項二項）

受命或受託 推事所定之 時期

第四 受命或受託推事所定之期日及期間 本章所論期日及期間於受命推事或受
託推事定期日及期間者準用之是法院或審判長所有之權限由受命推事或受託推
事行之也（民訴法百六十七條）

第四節 訴訟程序之停止

民事訴訟法

停止之必要
與其種別

在民事訴訟欲使私權得完全之保護固須審理詳慎裁判公正然結案迅速一層亦為必要之圖苟稍近拖延則不但使當事人受累即保護私權之標的將亦不可得而達故法院於訴訟繫屬以後以迅速進行為宜且亦應使訴訟進行不絕然訴訟因有特種原因亦有應使其進行停止者若不能進行之訴訟亦強其進行反有害當事人之利益且與民事訴訟之不干涉主義亦相背馳於是民事訴訟法認訴訟程序之中斷中止及休止

中斷之意義
及其原因

第一 訴訟程序之中斷 訴訟程序之中斷者因法定之某事實發生當然致訴訟程序停止進行之謂也即一有此項事實發生不待法院或當事人之行為亦不問法院或當事人之知否訴訟程序當然停止其進行也其法定之事實如次

(一) 當事人死亡 當事人死亡本應由一般承繼人代為訴訟行為惟承繼人於當事人死亡之後未必即能續為訴訟甚至承繼人之有無有時且不明瞭此時訴訟程序於其承繼人之承受訴訟前中斷之但有訴訟代理人代理本人為訴訟行為者則雖當事人死亡後其訴訟程序仍不中斷(民訴法第六十八條)此蓋以訴訟代理與普通代理不同雖本人死亡其訴訟代理權仍不銷滅也但此所謂代理人係指

包括委任之代理人而言若係特定委任之代理人仍應爲訴訟程序中斷之原因且縱爲包括代理亦仍得命其中止訴訟程序（民訴法第一百七十一條）

此所謂承繼人者因當事人死亡而承繼其法律關係之人也即當事人之一般承繼人（包括承繼其權利義務之人）及遺產管理人或其他依法令應續行訴訟人是此所謂承受訴訟者謂繼續已停止之訴訟之意思表示也

爲當事人之法人銷滅而有包括繼其權利及義務之人者則消滅者與承繼者之法律關係類於因自然人之死亡而爲承繼故準用因當事人死亡而訴訟程序中斷之規定（民訴法第一百六十九條）亦爲訴訟程序中斷之原因

（二）當事人受破產之宣告 此時關於該破產財團之訴訟程序依破產法規定於有訴訟之承受前或破產程序完竣前中斷之（民訴法第七十二條）此蓋以破產人因受破產宣告於破產程序繼續之中就自己之財產失其占有管理及處分之權故也此時雖有訴訟代理人爲訴訟者亦須中斷又所謂關於破產財團之訴訟程序指訴訟之結果足以影響於破產財團之範圍者而言若訴訟標的與破產財團

無涉則當事人雖受破產宣告訴訟程序並不中斷

(三) 當事人喪失訴訟能力 此時訴訟程序於本人訴訟能力回復或其法定代理人通知他造當事人或他造當事人通知法定代理人續行訴訟程序以前中斷之蓋此時當事人不能自為訴訟行為亦不能新使訴訟代理人為之故也但本有包括委任之訴訟代理人代本人為訴訟行為者則雖當事人喪失訴訟能力其訴訟程序仍不中斷(民訴法第七十一條)惟法院仍得依聲請或依職權命行中止訴訟程序

(四) 法定代理人死亡或失其代理權者 無訴訟能力人之法定代理人死亡或失其代理權者其訴訟程序於新法定代理人通知他造當事人或他造當事人通知新法定代理人續行訴訟程序前中斷之但有訴訟代理人代本人為訴訟行為或本人已得自為訴訟行為者其訴訟程序仍不中斷(民訴法第七十條)所謂訴訟代理人者指受包括委任之代理人而言若僅有受特定委任之訴訟代理人者仍生訴訟程序中斷之原因

中斷後之繼續訴訟

中斷之原因如上所述中斷後繼續訴訟之程序即承受中斷之訴訟程序應提出陳述承受之書狀於受訴法院由法院送達於他造當事人此項書狀適用第一百一十六條以下之規定且此書狀之欠缺可因他造當事人之不責問而視為補正茲就承受訴訟之程序分項說明於左

一 訴訟程序於判決宣告前因當事人死亡或法人銷滅中斷者其承繼人承受訴訟應向訴訟繫屬之法院提出陳述承受之訴狀由法院送達於他造當事人如該法院以後尙開本案之言詞辯論者應於言詞辯論中調查承受訴訟之是否有效即關於有無承繼為調查也如調查之結果認為承受無效應為駁回之裁定於此裁定中命承繼人負擔因承受訴訟所生之費用如認為承受有效應於本案終局判決之理由中宣示其旨但就承受若無爭執則毋庸就承受為裁判關於承繼之有無應由承繼人負舉証之責若當事人有遲誤期日者他造當事人得聲請由其一造辯論而為關於承受或本案之判決

二 訴訟程序於判決宣告後因當事人死亡或法人銷滅中斷者其承繼人承受訴

訟應向爲該判決之法院提出陳述承受之書狀由法院送達於他造當事人若承繼人於承受訴訟後提起上訴或聲請回復原狀者應由就該上訴或聲請爲裁判之法院調查承受訴訟之是否有效如調查之結果認爲承受無效應以上訴或回復原狀之聲請爲不合法爲駁斥聲請承受之終局判決而於其理由中宣示承受無效之旨如認爲承受有效則於關於上訴或聲請回復原狀之終局判決理由中宣示其旨或先爲宣示有效之中間判決承繼人延不承受訴訟者他造當事人得催促其承受如仍延不承受者法院得依職權命其承受至延不承受訴訟云者該承繼人已知自己爲承繼人且知訴訟繫屬之事並無正當理由而不出而承受訴訟之謂也故在其得以捨棄承繼之間雖不爲訴訟之承受亦不得以延不承受論

(民訴法第一百七十五條)

中止之意義
及其原因

第二 訴訟程序之中止 訴訟程序之中止者因有法定原因由法院依當事人聲請或以職權而以裁判停止訴訟程序之進行也法院爲中止之裁判後不問其裁判之當否訴訟即時停止進行故訴訟程序實際雖未進行而未經此裁判宣告停止仍不能爲訴

訟程序之中止茲示其原因如次

(一) 法院因天災或其他事故不能辦理事務者 此時訴訟程序於其得以辦理事務前中止之(民訴法第一百七十六條)如發生洪水，地震，惡疫流行，戰爭開始等是也

(二) 當事人於戰時服兵役或依法令(如防疫令)或因天災(洪水)或其他事故(戰爭)致與法院交通斷絕者 此時法院於障礙銷滅前得命中止訴訟程序(民訴法第一百七十七條)即一造有此種障礙亦得中止之

(三) 依第十八條提起訴訟者 此時法院得命於主參加訴訟終結前中止本訴訟之程序(民訴法第一百七十九條)

本訴訟與主參加訴訟各為獨立之訴訟其進行兩不相妨毋庸必命中止本訴訟之程序然因避裁判之矛盾起見不問本訴訟現繫屬於第一審或上級審法院得依本訴訟之當事人或主參加人之聲請或依職權以裁定命行中止

(四) 訴訟全部或一部之裁判以他項訴訟之法律關係是否成立為據者此時法院於

他項訴訟終結前得命中止訴訟程序其法律關係應由行政衙門確定其是否成立者亦準用此項規定（民訴法第一百七十八條）

此時指爲他訴訟標的之法律關係其存在與否對於爲本訴訟之法律關係或在本案訴訟所主張之抗辯再抗辯對於他訴訟之訴訟標的爲其應先解決之問題者而言不問兩訴訟之當事人是否相同亦不問兩訴訟繫屬之法院是否相同關於該法律關係之他訴訟裁判或則對於本訴訟有既判力或則理論上及影響於本訴訟故得
以中止之

- （五）訴訟中有犯罪嫌疑牽涉該訴訟之審判者 此時法院於刑事訴訟終結前得命中止訴訟程序（民訴法第一百七十八條二項）例如詐欺恐嚇偽造文書或偽証等因該犯罪足以及其影響於訴訟之裁判者不問爲當事人或第三人犯罪亦不問刑事訴訟已否繫屬者均得中止之惟刑事訴訟有不能開始或續行之情形者不得中止
- （六）依六十二條告知訴訟若受告知人能爲參加者 依第六十二條規定告知訴訟若法院認受告知人能爲參加者得于參加前命中止訴訟程序（民訴法第七十

九條二項)

(七)有訴訟代理人者 第一百六十八條第一百六十九條及第一百七十條情形有訴訟代理人者法院得命其中止訴訟程序(民訴法第七十一條)此時雖有訴訟代理人但該訴訟代理人須與當事人之承繼人或其新法定代理人協商進行訴訟故法院仍得斟酌情形命中止訴訟程序予以協商之猶預時期也中止之原因如此茲將關於中止之他種程序分別言之

中止之程序

甲 聲請中止之程序與裁判 聲請中止訴訟程序得以書狀或言詞向受訴法院爲之法院就此聲請以裁定之形式裁判之

乙 聲請撤銷中止之程式與裁判 聲請撤銷訴訟程序中止之程式得以書狀或言詞爲之法院就此聲請亦以裁定之形式裁判之

丙 中止程序之裁定 中止訴訟程序之裁定法院得依聲請或依職權撤銷之(民訴法第一百八十一條)

丁 訴訟程序之續行 中止之訴訟程序於受訴法院撤銷中止之裁定後得續行之

戊 對於中止裁判之聲明不服 關於中止訴訟程序之裁定及關於撤銷中止之裁定得爲即時抗告（民訴法第八十二條）

休止之意義

第三 訴訟程序之休止 訴訟程序之休止者不問訴訟程度如何因當事人之合意或兩造遲誤言詞辯論期日致訴訟程序停止進行之謂也試分別言之

（一） 當事人合意時 此種合意應表示停止訴訟程序之意旨並應由兩造以書狀或言詞向受訴法院呈明（民訴法第八十三條）再此種合意不問訴訟在如何程度均得爲之並不須定休止之期限

（二） 當事人兩造遲誤言詞辯論期日時 此不僅指當事人兩造全未於言辯論期日到場之時而言卽有一造到場而未爲言詞辯論者亦包含在內此所謂詞期辯論期日者乃爲當事人言詞辯論所定之期日如宣告裁判期日單純調查證據言日則不在此內再此項休止非因推定其有休止之合意乃法律上當然之效力故法文規定當事人兩造遲誤言詞辯論期日除本法有特別規定（如宣告判決單純調查證據雖兩造未到場法院亦得爲之）外與呈明休止訴訟程序有同一之效力（

休止終竣及
訴訟程序之
續行

民訴法第八十五條

休止之原因如此茲就休止終竣及訴訟程序之續行分別言之

甲 當事人定休止之期限而為休止訴訟程序之合意者則休止因期限屆滿而終竣
訴訟程序即為續行

乙 當事人未定休止之期限而為休止訴訟程序之合意者則訴訟程序因當事人一
造表示續行訴訟程序之意思而終竣本案訴訟程序亦即為續行表示此項意思之
方法不一如聲請指定日期亦為一種續行訴訟之表示唯休止訴訟程序之當事人
自呈明休止時起若於三個月內不續行訴訟者視為撤回其訴（反訴準用）或上
訴同（民訴法第八十四條）

停止之效力

第四 訴訟程序停止之效力

（一） 訴訟程序中斷或中止之效力 此二者效力相同即如左述

甲 訴訟程序中斷或中止間法院及當事人均不得為關於本案之訴訟行為違此
規定者則當事人之行為為無效法院之行為則為有法律上之瑕疵但中斷發生

在言詞辯論終結後者本於其辯論之裁判仍得予以宣告此蓋因中斷之制原在使當事人不失參與訴訟之機會若裁判之宣告本不須當事人之行為故並無使當事人參與之必要（民訴法第一百八十一條一項）至中止生於辯論終結後者本於其辯論之裁判不得宣告因中止出於法院之命既發其命於宣告之前自可斷定法院有不為宣告之意

乙 訴訟程序中斷或中止者停止一切期間之進行即不問其為法定期間或裁定期間亦不問其為不變期間或普通法定期間均停止其進行而中斷或中止終竣之時其期間全部更行開始進行（民訴法第一百八十二條二項）

（二） 訴訟程序休止之效力 休止之效力亦與中斷或中止之效力同法院與當事人均不得為訴訟行為休止生於言詞辯論終結後者本於其辯論所為之裁判得宣告之惟有後述之例外（民訴法第一百八十三條）

甲 訴訟程序之休止於不變期間之進行無涉即此期間仍不因休止而停止進行故當事人不遵守此期間仍生遲誤之效果而為遵守此期間所為必要之行為則

仍屬有效

乙 當事人之合意別有訂定者應從其訂定但甲項期間不得以合意變更

第五節 言詞辯論

言詞辯論之意義

言詞辯論有廣義有狹義有最狹義三者之分廣義之言詞辯論指法院及當事人於期日所爲之一切訴訟行爲而言於當事人之辯論訴訟之指揮證據之調查裁判之宣告等皆包含在內狹義之言詞辯論指證據調查裁判宣告以外之訴訟行爲而言最狹義之言詞辯論則僅指當事人之辯論而言通常所謂言詞辯論者固指最狹義而言本節所述不包含證據調查在內蓋亦係一種狹義之言詞辯論

在判決程序中所爲之裁判通常必須過言詞辯論是爲辯論主義之適用此種言詞辯論爲必要之言詞辯論在其他訴訟程序中所爲之裁判則得不經言詞辯論或應不經言詞辯論其不須經言詞辯論而由法院之自由意見命行言詞辯論者則非辯論主義之適用此種言詞辯論稱爲任意之言詞辯論

此爲關於言詞辯論之一般規定於必要之言詞辯論及任意之言詞辯論均適用之

民訴法關於言詞辯論之規定固係着眼於必要之言詞辯論但雖係任意之言詞辯論程序既經言詞辯論即須依言詞辯論之規定茲分別說明如左

第一 當事人關於言詞辯論之行爲

當事人關於
言詞辯論之
行爲

(一) 判決除本條例有特別規定外應本於當事人之言詞辯論爲之此即標明採用言詞辯論主義也

(二) 言詞辯論因當事人之聲明開始(民訴法第一百八十六條)所謂聲明者應受裁判事項之聲明也當事人不知聲明者審判長應依第一九二條規定令其聲明並應令他造亦爲此項聲明

(三) 當事人應就訴訟關係爲事實上及法律上之陳述且當事人不得引用文件以代言詞陳述此亦係標明採用言詞辯論主義不獨本案辯論爲然即關於訴訟成立要件之辯論亦然但亦有例外如以朗誦文詞爲必要者得朗讀文件例如就文件一部分之文辭有所爭執或就金錢物品之數額而爲陳述時得朗讀文件以代之(民訴法第一百八十七條)

(四) 各當事人對於相對人所提出之事實及證據方法應爲陳述（民訴法第百八十八條）此項陳述不外左列四種

1 承認他造所陳述之事實卽自認是也

2 爭執他造所陳述之事實其爭執有爲單純之否認者卽指他造之陳述爲虛僞是也有依他造就事實上爲積極之陳述而否認之者例如甲稱乙曾借去銀數百元時乙稱係由甲受數百元之贈與是也

3 對於他造當事人事實上之陳述爲抗辯卽自己所爲一種事實上之陳述依此事實可使他造陳述之事實應生之法律上效果停止或消滅者例如原告謂被告曾向其借債被告謂此銀業經清償是也他造當事人對於抗辯事實亦應爲陳述對於抗辯之抗辯謂之再抗辯

4 對於他造當事人事實上陳述答以不知或不記憶此際有可視與不爲陳述同者

(五) 當事人有舉証之責任者應依本法第二編第一章第三節規定聲明所用之

證據方法（民訴法第八十八條一項）有舉証責任之當事人應於言詞辯論中以言詞表明其所用之證據方法求為調查即所謂證據聲明是也雖當事人先於提出法院之書狀中已為證據聲明者仍須於言詞辯論中更聲明之

（六）當事人於言詞辯論終結前得提出攻擊或防禦之方法攻擊方法者原告為維持其聲明所提出之一切訴訟材料也防禦方法者被告為維持其聲明所提出之一切訴訟材料也若當事人因重大過失或意圖延滯訴訟逾時始行提出攻擊或防禦方法者法院得指為不適當而駁回之但不致延滯訴訟者（在辯論終結以前不問訴訟程度如何隨時皆得提出之）不在此限（民訴法第八十九條）

審判長關於
言詞辯論之
行為

第二 審判長關於言詞辯論之行為 審判長關於言詞辯論之行為有訴訟指揮權有
法庭警察權

（一） 審判長之訴訟指揮權

甲 審判長開閉及指揮言詞辯論並宣示法院之裁判（民訴法第九十一條一項）故由辯論開始以至終結其訴訟指揮之職權皆屬於審判長

乙 審判長得許可發言或對於不從其命者禁止發言（民訴法第九十一條二項）故有爲不必要之陳述或陳述無關係之事實者審判長得命其停止若不從其命則無論當事人律師輔佐人或証人鑑定人皆得禁止其發言惟與第二百零條之禁止陳述不同被禁止之人仍得隨時許其發言

丙 言詞辯論須於下次期日續行者審判長應速定其期日（民訴法第九十一條三項）

丁 審判長應注意當事人得爲完全適當之辯論審判長應向當事人發問或曉諭令爲因定訴訟關係所必要之聲明或令陳述其所聲明或陳述有不明瞭者得令其叙明有不足者得令其補充至應依職權調查之事項如訴訟能力欠缺等項有疑義者應令當事人注意陪席推事雖不能逕自發問然告明審判長後亦得向當事人發問或爲曉諭當事人得請求審判長爲必要之發問經審判長許可後並得自行發問（民訴法第九十二條第九十三條）

（二） 審判長之法庭警察權 審判長於開庭時有維持秩序之職權（法組法草

案第八十三條）審判長就法庭警察有左之權限

甲 旁聽人有妨害法庭秩序之虞者審判長得禁其入庭旁聽或命退出法庭（法組法草案第八十六條）

乙 訴訟當事人証人鑑定人通譯旁聽人有妨害法庭執務或其他不當行為者審判長得酌量輕重分別處分命看管至閉庭時或處以五日以下之拘留或十元以下之罰鍰（法組法草案第八十七條）

丙 律師或非律師在法庭代理訴訟其言論如有不常者審判長得加以警告或禁止其代理（法組法草案第八十九條）

審判長行使其警察權之時應詳記其事由於筆錄（法組法草案第九十條）

法院關於言
辯詞論之行
為

第三 法院關於言詞辯論之行爲 法院關於言詞辯論之行爲亦有訴訟指揮權與法庭警察權

(一) 法院之訴訟指揮權

甲 法院因闡明訴訟關係或確定訴訟關係得爲左列各款事宜（民訴法第百九

十五條)此種指揮訴訟之行爲須由法院爲之審判長無此權限命爲此等行爲以裁定行之並係不得抗告

I 命當事人本人到場 在代理人代爲訴訟行爲之時須由當事人本人陳述始能確定事實之真僞者往往有之此時法院得命當事人本人到場法院欲將訴訟關係臻於明瞭(例如因糾正訴訟代理人辯論之遺漏含混矛盾)或因補充法院之自由心証得命本人到場本人不遵命到場法院得依自由心証斷定其不到場及於本案之影響

2 命當事人提出圖案表冊或外國文文書之譯本或其他文書物件 非閱覽當事人所執之書狀不能使訴訟關係明顯者往往有之此時法院得令其提出圖案表冊或譯本俾資審核

3 命當事人將提出之文書或其他物件於一定期間內留置於書記科 非詳究當事人提出之文書或其他物件不能使訴訟關係明顯者往往有之此時法院得命於一定期間內留置於書記科

4 依本法第二編第一章第二節及第三節規定逕以職權蒐集或調查其他證據 例如已經提出之證據物法院須就其真偽爲之判斷至爲其判斷方法之材料得命爲勘驗或爲鑑定（如以職權翻譯外國語言文書之類亦爲鑑定之一）如未提出之證據物法院應予蒐集從事調查上述法院指揮訴訟之行爲均於言詞辯論中爲之應爲此 行爲與否一任法院之意見定之當事人不得就此爲上訴之理由

乙 分離辯論 當事人以一訴主張之數項標的法院得命其分離辯論本訴與反訴並爲存在時關於本訴與反訴之辯論亦得命其分離（民訴法第九十六條）但此分離之裁定法院得自行廢棄變更之並係不得抗告

丙 限制辯論 當事人關於同一訴訟標的提出數種獨立之攻擊或防禦方法者法院得限制其辯論（民訴法第九十八條）但此限制之裁定法院亦得自行廢棄變更之並係不得抗告茲所謂獨立之攻擊或防禦方法者指當事人因攻擊或防禦上主張之事項獨立可生某法律上之效果者而言故凡使某法律關係發生

變更消滅爲原告或被告所主張者皆屬獨立之攻擊或防禦方法至證據方法証據抗辯及單純之法律問題則不得爲獨立之攻擊或防禦方法若對於訴訟標之法律關係提出數種獨立之攻擊或防禦方法者法院因防訴訟程序之混雜及遲滯起見得限制其辯論卽限制其先就某項攻擊或防禦方法爲辯論之謂也

丁 合併辯論 分別提起之數宗訴訟不問當事人相同與否若法院以合併辯論爲便利者得命合併辯論命合併辯論之數宗訴訟其當事人兩造相同者得合併裁判之（民訴法第九十七條）合併辯論之裁定爲訴訟指揮之裁定爲該裁定之法院不受其羈束可以自行廢棄變更並係不得抗告

戊 選任通譯 參與辯論人不通中國語言法院應用通譯推事不通參與辯論人所用中國方言者亦同參與辯論人爲聾啞人不能用文字達意者法院亦應用通譯通譯爲疏通意思之機關與鑑定人相類故凡通譯之選任具結迴避日費旅費等悉準用關於鑑定人之規定（民訴法第九十九條）

己 審判異議 參與辯論人若以審判長關於指揮訴訟之裁定爲違法或審判長

及陪席推事之發問或曉諭爲違法提出異議者法院應就其異議爲裁定（民訴法第百九十四條）

庚 禁止陳述 當事人無相當之陳述能力者法院得禁止陳述延展辯論期日命當事人委任相當之訴訟代理人到場辯論若新期日到場之人再經禁止陳述者得視與任意退庭同

前項規定於訴訟代理人或輔佐人無相當之陳述能力者準用之但同時到場之本人有陳述能力者毋庸延展期日（民訴法第百條）

辛 再開辯論 已經停閉之辯論法院得於宣示裁判前隨時以職權再開（民訴法第百〇一條）不受當事人之聲請所拘束再開辯論當事人得提出新攻擊防禦方法並得藉此除去其遲誤效果

（三）法院之法庭警察權

甲 法院得於必要時命參與辯論人退庭以維持程序

乙 法院得命以辯論爲營業之訴訟代理人或輔佐人退庭以防止不正行爲與唆

訟之弊對於此種裁定亦不得聲明不服所謂以辯論爲營業者指律師以外之人而言若爲律師自不適用此規定

言詞辯論筆錄

第四 言詞辯論筆錄 言詞辯論所生之事項須作爲證據而保存之不可不由蒞席於

辯論之法院書記官作成言詞辯論筆錄（民訴法第二百零三條）

（一） 筆錄內應行記明之事項 言詞辯論筆錄內應行記明之事項有形式與實

體二種

甲形式的記明事項 筆錄內應記明左列各款事項

- I 辯論處所及年月日
- 2 推事書記官及通譯姓名
- 3 訴訟事件
- 4 到場當事人法定代理人訴訟代理人輔佐人及其他訴訟關係人之姓名
- 5 辯論之公開或不公開如不公開者其事由
- 6 辯論進行之要領

乙 實體的記明事項 筆錄內得祇記明辯論進行之要領但左列各款事項則不可不明確記載（民訴法第二百〇四條）

1 訴訟標的之認諾捨棄及自認

2 證據之聲明或捨棄及對於違背訴訟程序規定之異議

3 依本法定為應記明筆錄之聲明或陳述 應記明筆錄之情形例如第二五一條之二第二五二條之三第二五九條第三七一條第三九五條之一第四〇三條之二第四二六條之三第四二七條之三第四四八條等是

4 証人鑑定人之陳述及勘驗所得之結果

5 不作裁判書附卷之裁判及裁判之宣告 例如指定續行辯論期日之裁判諭令提証之裁判是

除上開五款所揭外當事人所為重要之聲明或陳述及經曉諭而不為陳述或聲明之情形審判長得命記明於筆錄

右實體的事項雖僅記載於筆錄內引用附卷之文件中或經筆錄表示將該文件作

爲別錄或附件者其文件所記明之事項與記明筆錄者有同一之效力（民訴法第二百零五條）

凡筆錄或與筆錄有同一效力之文件所記事項受訴法院應依職權斟酌之以保當事人利益並以策訴訟之進行

（二）筆錄作成之程序 筆錄內所記第二百零四條第一款至第四款之事項法院書記官應於法庭內向關係人朗誦或使關係人閱覽以期其無誤且筆錄內應將履行此種程序之事由記明若關係人對於筆錄所記有異議者受訴法院書記官得更正或補充之若以異議爲不當應於筆錄內附記其異議苟法院書記官不履行此種程序則爲違背法律其筆錄應不生公正之效力（民訴法第二百零六條）又筆錄本由書記官以自己之責任作之然應服從審判長之命令其應記筆錄之事項審判長得口授之命其照書並得命將所作筆錄更正

（三）筆錄內之簽名 合議法院審判長及法院書記官應於筆錄內簽名若審判長有故得由資深陪席推事代行簽名若獨任推事有故得僅由書記官於筆錄內簽

名此所以證明筆錄之公正也苟不簽名則無論如何完備其筆錄不生公正之效力（民訴法第二百零七條）依法院組織法規定獨任推事有審判長之權限及職務法文規定審判長者獨任推事當然準用

（四）筆錄記載之方法 法院書記官作成言詞辯論筆錄不得挖補或改竄文字若有增加刪除應爲蓋印並記明字數其刪除處並應留存字迹俾得辨認此所以昭慎重也但此規定僅係對於書記官之一種訓示的規定若書記官不爲遵守其筆錄亦非當然無效（民訴法第二百零八條）

（五）筆錄之證據力 法院書記官依法定程式作成之筆錄爲公正證書有完全之證據力如言詞辯論程式之遵守專以筆錄證明不得用其他之證據方法（民訴法第二百零九條）

第六節 裁判

裁判之意義

裁判者不問關於訴訟上之程序與當事人權利上之爭點法院或審判官對於當事人或第三人所爲之宣言也在德國民事訴訟法法院書記官對於當事人或第三人所爲之

宣言亦謂爲裁判我國民法則以法院書記官所爲之宣言稱爲處分（民訴法第二百三十一條）故在德國民事訴訟法審判機關爲法院及審判官並法院書記官在我國民訴法則僅法院及審判官而已

裁判之種類

第一 裁判之種類 裁判之種類有二一判決二裁定（由決定命令二者改成前民事訴訟條例中稱爲裁決）判決除本法有特別規定外第一審第二審必由法院本於當事人之言詞辯論爲之（民訴法第二百十二條）易言之判決者即法院本必要之言詞辯論所爲之宣言也其宣言之內容不問其係關於當事人實體上之權利與訴訟上之事項裁定則法院得不經言詞辯論爲之（民訴法第二百二十五條）有毋庸作成文書者即作成文書亦無必循之定式易言之裁定者即法院或審判官（包含審判長受命推事受託推事）本書狀審理或任意言詞辯論所爲之宣言也其宣言之內容亦不問其係關於當事人實體上之權利與訴訟上之事項依本法規定法院裁判除依本法應以判決行之者外以裁定行之蓋用判決之形式以法院之裁判爲限而法院之裁判則又不以判決爲限故法院裁判除依民事訴訟法應以判決行之者外以裁定行之至

審判長或受託推事或受命推事之裁判則概以裁定行之無用判決之形式者

法文於法院之意思表示有稱之爲命令或處分者如稱支付命令及第五百四十四條第五百六十八條第五百七十七條等規定之處分是也

判決程序

第二 判決程序 詳第二編第一章第五節中茲從略

裁定程序

第三 裁定程序 外國立法例有所謂決定者有所謂命令者各爲一種裁判之形式決定由法院爲之命令則由審判長或受命推事受託推事爲之我國民訴法合決定命令二者爲裁定蓋以決定與命令論其性質並無截然之區別不過當裁判之任者不同然當裁判之任者不同亦非徒依決定命令之名稱所能表示其區別此外又無適當之他種名稱可用故不如廢此區別統名二者曰裁定以與判決對立遇其應由法院爲之者即逕書由法院裁定應由審判長等爲之者即逕書由審判長等裁定事實上亦毫無不便可言此民訴法所以將決定命令改爲裁定也

法院爲裁定之程序 裁定得不經言詞辯論爲之

除本法有特別規定外法院於爲裁定以前得命關係人以書狀或言詞陳述（民訴

法第二百二十五條）此法文明示其裁定係採用任意言詞辯論主義也依法院或審判長受命推事受託推事之意見認為適當時亦得於裁定前命行言詞辯論既命行言詞辯論即應遵言詞辯論之規定辦理此以命行言詞辯論者目的僅在補充或闡明卷宗內已有之資料故當事人雖於言詞辯論期日不到場或到場而不為辯論時法院仍得專據卷宗而為裁定且雖兩造遲誤言詞辯論期日亦不生休止訴訟程序之效果

2 裁定之宣示 經言詞辯論之裁定應宣示之（民訴法第二百二十六條）不宣示雖送達亦不生效惟不經辯論之裁定毋庸宣示

3 裁定之送達 不宣示之裁定因送達而始成立固應以職權送達即已宣示之裁定如依法得為抗告者亦應於宣示外以職權送達俾資訴訟迅速進行（民訴法第二百二十七條）

裁定之送達通常應向當事人兩造為之然亦有應僅向當事人一造送達者如起訴前關於聲請指定管轄之裁定駁斥訴訟救助之聲請或命補交費用之裁定駁回証

據保全之聲請之裁定駁回假扣押假處分之聲請或命債權人供担保之裁定是也
又裁定有全不送達者如推事請求或法院依職權所為迴避之裁定許可休息日或
日出前日歿後為送達之裁定及指定期日之裁定是也

4 裁定之羈束力 此種羈束力應參照第二編第一章第五節判決程序中關於羈束
力之說明茲就裁定程序之特別規定者說明之

裁定須經過一定程序後始有羈束為該裁定之（1）法院（2）審判長（3）
受命推事（4）受託推事之效力所謂一定程序如左（民訴法第二百二十九條

1 應宣示之裁定已經踐行宣示程序者

2 毋庸宣示之裁定已經踐行送達程序者

認裁定有羈束力之立法理由無非保法院之威信防濫下裁判之弊也

不發生羈束力之裁定如左

未經踐行宣示或送達程序之裁定 因此時既難謂裁定已完全成立亦難謂已

對外發生效力故毋庸認其有羈束力

b 關於指揮訴訟之裁定 例如法院所爲關於分離合併及限制辯論之裁定法院所爲之證據裁定皆爲指揮訴訟之裁定無羈束力爲裁定之法院得以自由廢棄變更或不爲施行因此係隨訴訟狀況所爲之裁判爲策訴訟進行計所以不能不許法院自爲變更廢棄

c 本法有特別規定之裁定 例如第六十四條第八十一條之裁定實有不能不許原法院自有廢棄裁定之權許自行廢棄變更無非爲期裁判適於訴訟之狀況俾資進行但仍有左之限制

- 一 發生該裁定之事件業經終結無復有撤銷變更之餘地者
- 二 該裁定已經抗告法院裁定其當否或其內容已經施行終了者

5 判決程序之準用 第二百十二條第二項第二百十四條第二項第三項第二百十六條第二百十八條第二百二十一條第二百二十三條及第二百二十四條規定於裁定程序準用之（民訴法第二百三十條）

6 裁定書之程式 依本法起草者之意凡裁定書毋庸依判決書之程式爲之僅將其記入言詞辯論筆錄爲已足即作裁定書亦祇須記明其裁判之內容故第二百十七條關於判決程式之規定不準用於裁定惟一切裁定概可不附理由亦欠妥當故特明定凡爲駁回聲明之裁定或就有爭執之聲明所爲之裁定應於裁定內附記其裁定所由以生之理由（民訴法第二百二十八條）

處分

第四 處分 法院書記官關於民事訴訟有爲處分之時例如付與裁判之正本付與判決確定之證明書施行送達卷內文書之閱覽抄錄或付與繕本節本是此時應依送達或其他方法通知關係人（民訴法第二百三十一條）

第七節 訴訟卷宗

訴訟卷宗之意義

訴訟卷宗亦稱訴訟記錄惟訴訟記錄一語義較卷宗爲廣蓋關於訴訟事件之文書惟由法院保存者始可謂爲訴訟卷宗而訴訟記錄則並包含當事人手中之文書在內故凡涉及訴訟之書狀而存於法院及因送達而爲當事人所持者皆可謂之訴訟記錄例如訴狀答辯書聲請書言詞辯論筆錄訊問筆錄送達証書裁判原本及其他訴訟關係人提出

於法院或依準備書狀交換之法則而爲送達之一切書狀是也惟民訴法稱訴訟記錄之處均係指存在於法院之卷宗而言關於訴訟事件之一切文書由法院彙齊而保存之者是也故仍沿用我國卷宗之語較爲妥洽（第一百四十三條至百四十五條第一百五條第一百五十五條第二百零四條第二百三十三條）

當事人等之利用

訴訟卷宗當事人（包含從參加人在內）得向法院書記官聲請閱覽或抄錄卷內文書或預納費用求付節本或繕本（民訴法第二百三十三條）故訴訟卷宗不惟法院得以利用當事人及第三人亦得利用之但裁判草案及其準備文件評議文件則不當交當事人或第三人閱覽抄錄或付與節本繕本裁判書在宣告前或未經推事簽名者亦同蓋以此等書狀不宜公示故也（民訴法第二百三十四條）

卷宗之保存

當事人書狀筆錄裁判書被聲請迴避之推事所提出之意見送達證書不能送達之報告書應受送達人提出之收據及付郵務局之送達之證書公示送達之證書及其他關於訴訟事件之文書如法院認爲應行保存者應由書記官編爲卷宗（民訴法第二百三十二條）以便移送保存

第三人釋明有當事人同意或有法律上之利害關係並經審判長許可亦得與當事人同
向法院書記官聲請（以書狀或以言詞）閱覽或抄錄卷內文書或預納費用求付節本
繕本（民訴法第二百三十三條）

第二編 第一審程序

第一章 通常訴訟程序

第一節 起訴

訴之意義

訴者原告請求有利益於自己之判決之聲明而開始判決程序者是也詳言之即原告於其私權受有危害時對於被告之管轄法院請求依判決程序以爲保護其私權之判決訴乃因其要素不同故不能無異原告被告及訴訟標的並應受判決事項之聲明均訴之要素也訴之同一與否以其要素之同一與否爲斷

訴有理由之時受訴法院應從訴之聲明爲有利益於原告之判決訴無理由之時則應爲被告之利益認爲無理由而爲駁回原告之訴之判決

訴之有無理由須視言詞辯論終結時之訴訟材料定之

訴之有無理由業已明瞭之時則訴訟可以終結一稱審判時機業已成熟此際法院應就該訴訟爲終局判決

訴之種類

訴之種類有三曰給付之訴曰確認之訴曰形成之訴（創設之訴或稱權利變更之訴

）民事訴訟法雖多從給付之訴着眼設規定但於確認之訴及創設之訴仍準用之

在羅馬法及德國普通法時代以給付之訴為原則確認之訴為例外近世立法例則係三
種（給付確認形成）並重我國訴訟法亦認給付之訴確認之訴創設之訴試說明其性
質如左

給付之訴之 性質及其種 類

給付之訴者求為給付之判決即求為確定私法上請求權之存在且命被告給付之判
決之訴也判決中所為給付之命令係給付判決之特色而與他種訴訟之判決比較其區
別亦即在是私法上之請求權雖皆得依私法規定受保護但非具體的命令被告向原告
履行自非可得逕求強制執行必須提起給付之訴求為判決待其確定給付請求權之後
始有既判力依判決中所示之給付命令始有執行力給付之訴又分現在給付之訴與將
來給付之訴

甲 現在給付之訴

現在給付之訴者即原告於言詞辯論終結為止即時可以請求命被告為一定給付之

判決之訴也通常給付之訴皆係現在給付之訴

乙 將來給付之訴

將來給付之訴即原告於言詞辯論終結時為止求命被告於將來履行期到來或日後履行條件成就時互為一定給付之判決之訴也實際上所以認此訴之必要者因預先許其起訴一俟將來履行期到來或履行條件成就可直依其判決請求執行期可迅速保護私權也

確認之訴之 性質及其種類

確認之訴求為確認權利或法律關係存在與否之判決之訴也故確認判決不外宣示權利或法律關係存在不存在之判決請求確認權利或法律關係存在之訴謂之積極的確認之訴請求確認權利或法律關係不存在之訴謂之消極的確認之訴
確認之訴又可分為獨立確認之訴與附帶確認之訴前者為獨立提起之訴後者附帶於他訴於他訴進行中提起之訴也第二四六條第五款之規定即附帶確認之訴之適例
確認之訴因其有理由而宣告原告勝訴之判決及因其無理由而宣告被告勝訴之判決均為確認判決蓋此二項判決均係確定權利或法律關係之存否故也

形成之訴

形成之訴者請求以形成判決確定私法上形成權之存在且變更現在私法上之地位付與以形成效果之訴也近世法典尊重私權多依私法上之意思表示以行使形成權故有因私人間重要之自由意思業已存在再以裁判付與以形成之效果者

因其有理由而宣告應發生某種法律上之效果之判決爲形成判決因其無理由駁回形成之訴之判決爲確認判決蓋後者係以判決確認原告請求發生某種法律上之效果之權利不存在故也形成判決唯確認形成權存在之點生既判力法律上狀態變更（卽生形成效果）之範圍內發生創設力至既判力就一般原則言雖僅於當事人間生其效力但創設力係國家之處分行爲故形成判決有時對於第三者亦有效力（民訴法第五四七條第五五八條）

訴之效力

訴之效力有二一形式上之效力一實體上之效力試分別說明之

第一 形式上之效力

訴訟因起訴而開始之後欲其完結須爲判決而判決在原則上須經言詞辯論爲之但第三審程序則爲例外故訴訟一經起訴而開始之時不問其爲本案之審理與否均須

爲辯論及判決此即爲訴之形式上效力亦稱訴之廣義之效力

第二 實體上之效力

訴訟因訴開始之後若具備法定要件則須就本案爲辯論及判決此爲訴之實體上之效力亦稱訴之狹義之效力通常稱訴之效力者即專指此效力而言凡經過本案之辯論爲有利益於原告或被告之本案判決以保護原告或被告之私權即爲訴之實體上之效力訴之效力中以此種效力爲最強

訴之合法

訴之是否合法與訴之有無理由二者大有區別前者就形式審理之結果也後者就本案審理之結果也訴雖經提起若不合於法則不發生效力此際應即以不合法爲理由而爲駁回其訴之裁判不應爲本案之辯論及判決故審判訴之有無理由必以該訴合法爲前提訴欲其合法必具備左列要件

第一 須具備訴訟要件

訴訟要件於爲本案之辯論及判決所不可缺之事項也一稱訴訟成立要件訴訟要件有一欠缺則不待當事人之主張即不得爲本案之辯論及判決其有無欠缺屬於法院

職權調查之事項訴訟要件爲何卽如左列（民訴法第二百四十條）

（一）須訴訟事件之法律關係屬於受訴法院之權限並受訴法院有管轄權此卽爲該訴訟事件之訴訟標的於法律上適於爲民事訴訟之標的並應屬於該法院管轄者是

（二）須原告及被告於起訴時判決時有當事人能力

（三）須原告於起訴判決時有訴訟能力或其法定代理人係合法代理

（四）原告有訴訟代理人時須代理人於起訴時判決時有訴訟代理權

（五）須非於訴訟拘束中就同一訴訟標的更行起訴

（六）該訴訟標的須未經確定判決或和解者

（七）須起訴程式合法貼用印紙亦無缺額並其訴爲法律所許

第二 須無訴訟障礙

訴訟障礙者待被告之主張（聲明）爾後卽不得爲本案之辯論及判決之事項也其與訴訟要件異者則此種事項必待被告之主張不得由法院以職權調查而其證明之

責任亦在被告訴訟障礙爲何即如原告應提存担保而不提存者是（民訴法第二百零四條）

訴之提起

訴之提起分左列各項述之

第一 起訴方法

起訴之方法有二有以書狀爲之者有以言詞爲之者在通常訴訟程序起訴原則上須以書狀爲之僅法律有特別明文者始得以言詞爲之

以書狀起訴之時又有二立法例有僅須提出訴狀於法院者（我民訴法第二百三十五條）有須送達訴狀於相對人者（德民訴二五三）

訴爲對於國家要求保護私權之行爲在理論上一經對於國家爲此要求即應認爲已有起訴如以必須送達書狀於相對人方爲起訴即自此時始生訴訟拘束之效力不惟與訴之性質不合且有時因司法機關送達遲延致原告受不利益如時效完成即其適例故民訴法規定一經提出書狀於法院卽爲起訴

第二 起訴程式

起訴應提出書狀爲之訴狀者表示起訴之意思而請求開始判決程序之書狀也訴狀之標的有二一以供起訴之用訴之基礎即由此而定爲此標的所記載之事項稱曰必要記載事項二以供準備言詞辯論之用即原告所主張之事項預知相對人非有準備不能陳述者以在訴狀內記載較爲便宜爲此標的所記載之事項稱曰準備記載事項依民訴法第二百三十五條之規定訴狀中應行記載之事項如左

甲 必須記載事項 必須記載事項者乃訴狀中不可缺之要件若有欠缺則爲不合程式（不合法之一）試將此種事項說明如左

當事人及法定代理人 即當事人爲何人應在不與他人相混之程度內就訴狀中記明如僅表明當事人係自然人通常祇須舉示其人之姓名住所然亦有非舉示其他事項尙不足以明其與他人有別者不宜限定只記姓名與住所應參照第一百十七條之總括規定辦理若係胎兒因係無姓名則須記明某之胎兒無訴訟能力人爲當事人之時固須逕行記明其人即令不能逕由其人爲訴訟行爲亦仍須記其人爲訴訟當事人旁註法定代理人某至法人則記其名稱及事務所已足

2 訴訟標的及原因 我舊草案及日本民訴法均用請求字樣一稱訴訟物前大理院判例亦間有沿襲學術上之用語稱之曰係爭物或係爭標的者即實體法上請求權之標的之意也本法改爲訴訟標的字樣俾可包括無形之權利或法律關係在內不以民法上之有體物爲限在法文雖僅規定訴訟標的四字但不問爲形成之訴確認之訴給付之訴就我民訴法言祇記載爲訴訟標的之權利或法律關係已足

3 應受判決事項之聲明 爲訴訟標的之權利或法律關係就如何部分求爲如何內容之判決之表示即係應受判決事項之聲明所謂訴狀之要素係以此爲主眼如當事人之表示訴訟標的之表示爲完成訴之行爲起見所應行記載而此則爲訴訟上所最緊要不可缺者此項聲明並須確定（求法院爲一定判決之意）若游移不定則國家對之無法施以保護也

4 證據

5 法院

乙 準備記載事項 準備記載事項並非訴狀之絕對要件雖有欠缺固於訴狀之效力無影響然為訴訟進行之便利起見亦得於訴狀中並行記載之

第三 傳訊程序及就審期間

原告提出訴狀後審判長應速指定言詞辯論期日令書記官將原告於起訴時提出之訴狀繕本與指定言詞辯論日期之傳票交付執達員一並送達於被告俾被告準備防禦其傳票並應送達於原告（民訴法第二百四十一條第二百四十二條）

送達訴狀與言詞辯論期日之間自訴狀送達時起算至少應留十日之就審期間此無非使被告得有熟思深慮之地步為保護被告利益計也但遇有急迫情形不在此限若被告居住法院所在地者得留較短之就審期間（民訴法第二百四十二條）

第四 傳票之記載 最初言詞辯論期日之傳票除記明到場之日時及處所外並應記明不到場時之法定效果此無非為保護無法律知識人之利益也但此為一種訓示規定雖未照辦法院仍得進行審判至向律師為送達者可不記效果（民訴法第二百四

十三條）

訴訟拘束

訴訟拘束者乃訴訟係屬於法院發生法院與當事人之訴訟關係訴訟關係一經發生則法院有就訴訟事件為審理判決之權利義務當事人有為言詞辯論及使訴訟程序進行之權利義務也

第一 訴訟拘束之發生 其發生之時有二

(一) 據民訴法規定提出訴狀於法院即為起訴訴訟拘束自其起訴之時即發生效力(民訴法第二百四十四條)

(二) 若以言詞陳述起訴之時其訴訟拘束係在法院以言詞陳述請求時即發生效力

第二 訴訟拘束之效力

訴訟拘束有實體法上之效力有訴訟法上之效力前者如時效之中斷與債務人之遲滯責任等是後者則民訴法第二百四十五條以下設有規定茲述於次

訴訟拘束發生後不得將訴變更或追加他訴(民訴法第二百四十五條前段)訴之變更或追加者訴之要素變更或追加也即將當事人訴之聲明(即應受判決事項之聲明

○及訴訟標的之變更是也其所以不許變更者蓋以保護被告防禦之利益也但亦有例外四（民訴法第二百四十五條後段及第二項）

甲 經被告同意時可以變更

乙 被告對於訴之變更或追加不述異議而為本案之言詞辯論者視與同意變更或追加同可以變更追加

丙 不甚妨碍被告之防禦時可以變更追加 是否有碍防禦依法院之自由意見定之

丁 不致延滯訴訟之終結者可以變更追加 是否延滯訴訟依法院之自由意見定之

右四例外之所以規定蓋以此時許其變更追加並無害於被告之利益也此外原告若不變更其訴而為左列各款行為亦為無礙被告不得申述異議（民訴法第二百四十六條）

I 不變更訴訟標的而為補充或更正事實上法律上之陳述 例如主張債權之原

告更正或補充關於締結契約時期及處所與締結契約者是否本人或代理人之

陳述又例如先稱爲委任契約後稱爲雇傭契約者之陳述是也

2 擴張或減縮應受判決事項之聲明 此擴張與減縮有實質上與數理上之別

3 因情事變更以他項聲明代最初之聲明

4 該訴訟標的於法律上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

5 訴訟進行中關於某法律關係之成立或不成立互有爭執而訴訟全部或一部之裁判應以該法律關係爲據者併求爲確定其法律關係之判決

第三 訴訟拘束之消滅 有全部或一部消滅之別

(一) 判決確定時 以終結訴訟爲目的之終局判決確定者訴訟拘束消滅若因

管轄錯誤而將事件移送於他法院之判決雖經確定訴訟拘束亦不消滅因

該事件視與係屬於受移送之法院同故也非以終結訴訟爲目的之中間判

決或其他裁判確定之時僅其爲目的之爭點終結訴訟拘束亦不因之消滅

(二) 終局判決於訴訟標的之一部脫漏裁判 此時當事人若不於法定期限內

聲請補充裁判該部分訴訟標的之訴訟拘束即因期限終了消滅

(三) 和解此係指有訴訟上之和解時而言

(四) 訴之撤回時

(五) 訴當然終結時 提起訴訟以後當事人兩造死亡無人承繼之時其訴當然

歸於終結毋庸加以裁判訴訟當然終結訴訟拘束亦即歸於消滅即當事人

一造死亡亦有當然歸於終結之時惟所謂訴訟當然終結之情形如第五百

四十五條第五百五十一條第五百五十二條第五百七十五條之規定是也

訴之變更及
追加

原告將某訴易以他訴謂之變更訴之要素為當事人訴訟標的及訴之聲明即應受判決事項之聲明若此三者變更其一即為訴之變更於原有之訴外更加一訴謂之訴之追加於訴之要素有所追加即係訴之追加茲將各要點分述於次

第一 第二百四十五條之訴之變更或追加

第二 訴訟進行中關於某法律關係之成立或不成立互有爭執而訴訟全部或一部之

裁判應以該法律關係爲據者併求爲確定其法律關係之判決 按此原爲原告所爲一種先決確認之訴惟按其性質實即係一種新訴之追加（民訴法第二百四十六條五款）

第三 訴之變更或追加若其所變更或追加之新訴於受訴法院無管轄權者不得爲之但按其情形當事人得以合意變更其管轄者不在此限

追加新訴非新訴與原有之訴得行同種之訴訟程序者不得爲之（民訴法第二百四十七條）

第四 據民訴法規定原訴無變更追加或因不甚碍被告之防禦訴訟之終結許其爲訴之變更追加之裁判無論何時不得聲明不服（民訴法第二百四十八條）

第五 第二百四十六條第二款第三款所述情形在學理上亦係一種訴之變更起訴是否合於程式以及關於訴訟成立要件之規定法院應以職權調查之

審判長於定言詞辯論期日前認原告之訴有左列各款情形之一者應不定期日求法院爲駁回之裁定但其情形可以補正者審判長應以裁定定期限先命補正

I 訴訟事件不屬於普通法院之權限者

2 原告或被告無當事人能力者

3 原告或被告無訴訟能力未由法定代理人代理者

4 由訴訟代理人起訴而其代理權有欠缺者

5 起訴不合程式或不備其他要件者

6 訴訟事件別有訴訟拘束者

7 該訴訟標的曾經確定判決或和解者

如原告之訴無上述各款情形法院認為應行言詞辯論者應即指定言詞辯論期日（民訴法第二百四十一條）

訴之撤回

訴之撤回者原告於起訴後就訴之全部或一部捨棄其受裁判之意思表示也此意思表示本為原告之單獨行為但有時須得被告之同意又訴之一部之撤回僅限於原告合併數宗訴訟標的或訴訟標的可分之時始得為之訴之撤回必於訴訟上（審判上）向法院為之始能發生訴訟法上之效力若於訴訟外向被告為之者則僅負擔撤回之私法

上義務此之所謂訴之撤回者乃專指訴訟上之撤回而言

第一 撤回之要件 依民訴法第二百五十二條規定如左

(一) 須在判決確定以前 在日本舊民事訴訟法規定訴之撤回須在第一審之言詞辯論終結以前日本新民訴法與我民訴法則規定在判決確定以前雖在第二審判決以後苟經當事人向第三審上訴者於第三審判決前尙得爲訴之撤回

(二) 被告已爲本案之言詞辯論者須得其同意 所謂被告爲本案之言詞辯論者即被告已就原告所主張之訴訟標的陳述認否之謂也易言之即被告業已應訴之謂被告一經應訴即就原告所主張之訴訟標的有請求判決之權利不得由原告任意撤回其訴致被告受判決之權利受其侵害

(三) 被告未爲本案之言詞辯論以前原告得不經被告同意而爲撤回 蓋以此時被告既未應訴則就原告所主張之訴訟標的尙未取得請求爲判決之權利故得由原告任意撤回

第二 撤回之程序

民事訴訟法

撤回於言詞辯論時或於言詞辯論外爲之均可（民訴法第二百五十二條二項）茲分別述之

一 於言詞辯論中撤回之時 原告須以言詞陳述此旨書記官應將原告之陳述明確記入筆錄其須得被告同意者被告於言詞辯論中所爲之同意亦應記入筆錄被告未於言詞辯論到場或雖到場而未爲同意者則應將筆錄送達待被告於日後言詞辯論中陳述同意之旨或於言詞辯論外提出書狀表示此旨斯原告之撤回始能有效

二 於言詞辯論外撤回之時 須由原告以表示撤回之書狀提出於法院且按應受送達之被告數人提出繕本於書記科若其書狀有所異同則以提出於法院者爲憑此項書狀應送達於被告其須得被告之同意者則須由被告在撤回書狀署名以表示同意或於撤回書內添具同意書或於日後更提出同意書或於言詞辯論中陳述同意始爲有效

第三 撤回之效力

(一) 訴訟法上之效力

- 甲 訴之撤回視與未起訴同 即訴訟拘束之效力自始消滅反訴即不得提起從參加程序亦歸消滅訴訟拘束抗辯之標的亦歸於喪失唯原告日後仍得再行起訴但反訴若經提起者並不因本訴撤回而受影響（民訴法第二百五十三條）
- 乙 本訴撤回後反訴可無須得原告同意而為撤回（民訴法第二百五十三條二項）
- 丙 終局判決後將訴撤回者不得復提起與本案同一訴訟（民訴法第二百五十四條）

(二) 實體法上之效力 如因起訴而中斷時效之效力因以消滅是

反訴

反訴者被告所提起之訴而併合於原告之本訴中以爲進行訴訟之程序也易言之即於一訴之訴訟拘束中被告對於原告向同一法院於同一訴訟程序所提起之訴也凡反訴本爲獨立之訴須本訴被告乃得提起至法律上之所以認有此種制度者蓋以合併審理而省略時間費用也

第一 反訴之要件

子 須由本訴之被告對於本訴之原告提起 僅本訴之當事人得爲反訴之當事人 若本訴被告必須與訴外第三人爲共同原告而起訴或本訴被告必須以本訴原告與訴外第三人爲共同被告使其受訴則不得謂爲反訴他如從參加人不過以輔助當事人之一起爲標的亦無獨立提起反訴之權能且亦不能對於參加人提起反訴

丑 須本訴之訴訟拘束已經發生 即本訴之訴訟拘束適法發生之時得以得起反訴若本訴未經適法發生訴訟拘束即不得提起反訴

寅 須本訴之訴訟拘束在反訴提起時尙爲存續 即自本訴之訴訟拘束發生時起至其訴訟拘束消滅時止得以提起反訴若其訴訟拘束已經消滅則無從利用本訴之程序自不得提起反訴但反訴一經提起亦毋庸本訴之訴訟拘束繼續存在故本訴縱因訴訟成立要件欠缺而被駁回或經原告撤回亦無碍其反訴之存在

卯 須於傳票送達後提起 民訴法許在言詞辯論期日之傳票送達後以書狀提起反訴因依第二百四十條規定本訴有時不經言詞辯論即予駁回故也

辰 須本訴繫屬之法院有管轄權 反訴若於本訴繫屬之法院無管轄權不得提起

（民訴法第二百四十九條第二百五十條一項）

已 須與本訴依同種之訴訟程序 若本訴依通常訴訟程序反訴須依特別訴訟程

序則不許提起反訴（民訴法第二百五十條二項）

午 須非對於反訴復行提起 原告對於反訴不得復行提起反訴（民訴法第二百

四十九條二項）

右述七種爲反訴之要件亦即爲提起反訴之方法反訴是否具備此項要件法院應以職權調查若反訴不應准許者應以其爲不合法而駁回之

訴之變更追
加及提起反
訴之程式及
效力

訴之變更追加及提起反訴得於言詞辯論中以言詞爲之亦得以書狀爲之其變更或追加之新訴或反訴若以書狀提起則以書狀提出於法院時始若以言詞提起則以言詞陳述起訴所應表明之事項始發生訴訟拘束在言詞辯論中爲訴之變更追加或反訴應記明於言詞辯論筆錄若他造當事人不在場並應將筆錄送達（民訴法第二百五十一條）

第二節 言詞辯論之準備

民事訴訟法

準備程序之
種別

準備程序中又分準備書狀與準備程序二者茲分述於左

第一款 準備書狀

準備書狀

爲言詞辯論準備之書狀稱爲準備書狀當事人將言詞辯論時所欲陳述之事項及證據方法預行記載於書狀呈由法院而互爲送達者稱爲準備書狀之交換法律上使當事人提出準備書狀意在謀訴訟迅速進行全言詞辯論之利益民訴法既使原告於訴狀內記明準備辯論之事項故被告因準備言詞辯論亦應提出答辯狀凡當事人就未經記明訴狀或答辯狀之聲明或事實或證據方法預料相對人非有準備不能陳述者應於言詞辯論前相當之時期將記明其聲明事實或證據方法之準備書狀提出於法院由法院書記官送達於相對人（民訴法第二百五十五條第二百五十六條）法院於言詞辯論開始後若以準備尙未充足得命延展言詞辯論期日並定相當期限命當事人提出必要之準備書狀送達於相對人再爲繼續辯論

第二款 準備程序

準備程序

準備程序者使受訴法院之言詞辯論簡易先以書狀記載俾事實關係臻於明確再由

受命推事根據書狀一一審查而爲言詞辯論之準備之程序也此蓋以避訴訟程序之煩雜與遲滯雖得由法院將該訴訟限制辯論分離辯論或爲中間判決然依此等方法亦有不得充分達其迅速進行訴訟目的之時故法律又有準備程序之規定茲將準備程序之要件進行及終結後之程序說明於次

要件

(一) 準備程序之要件 法院命爲準備程序須具備左列要件

甲 須關於計算或分析之訴訟及其他類此之訴訟並其爭執涉於多端者例如關於合夥虧損分配之訴訟關於管理財產人所提出計算書是否正當之訴訟關於財產分析之訴訟及關於多數物品供給之訴訟等是

乙 須在當事人兩造就本案開始言詞辯論之後 即準備程序須原告之訴合法在當事人就本案開始辯論而有爭議發生之後始命爲之若在本案之言詞辯論開始以前原告之訴合法與否並其果有爭議與否尙難確悉故不得命爲準備程序如本案之言詞辯論已開始後不問訴訟在如何程度得隨時依聲請或職權行之第二審亦得命行準備程序

進行

(二) 準備程序之進行

甲 準備程序由受命推事爲之施行準備程序之受命推事由審判長於庭員中指定之若受命推事有窒碍由審判長另行指定至施行準備程序之期日則由受命推事指定（民訴法第二百五十八條）

乙 準備程序應以筆錄記明左列各款事項（民訴法第二百五十九條）此無非將受訴法院審判訴訟之基礎事項明確記載而使言詞辯論之容易終結也如當事人不陳述受命推事可令陳述

I 當事人攻擊或防禦方法

2 對於攻擊或防禦方法有無爭執 倘不全爲承認即爲有爭

3 關於攻擊或防禦方法所有之聲明並當事人所表示之證據方法所主張之證據

抗辯及對於證據方法並證據抗辯之陳述

訴之變更追加及提起反訴均得於準備程序中之但應否許可仍應由受訴法院

裁判

丙 準備程序於本案或中間之爭點可爲判決或證據裁定以前應繼續行之此所以明定準備程序終結之時期一至可爲判決或可爲證據裁定之程度受命推事即應終結準備程序

丁 當事人一造不於施行準備程序之期日到場受命推事應將到場當事人之陳述依第三百十五條規定記明於筆錄並另定期日將筆錄繕本送達於未到場之當事人（民訴法第二百六十條一項）其所以如此規定而不爲遲誤言詞辯論期日之判決者蓋不但受命推事無判決之權且法文明定於施行準備程序期日未到場之當事人不得爲回復原狀之聲請既不得爲回復原狀之聲請亦即係受命推事不得爲一種未到場制裁之裁判（遲誤期日之判決）之明証若令報告於受訴法院由受訴法院判決亦不過徒費程序毫無實益故此時受命推事自須另定新期日未到場之當事人若於新期日仍不到場受命推事得終結準備程序仍不得遽爲判決（民訴法第二百六十條二項）誠以當事人一造不到場雖得另定期日苟再三另定則準備程序之終結無期故設此制限也

戊 當事人兩造在準備程序期日皆不到場則與當事人兩造遲誤言詞辯論之期日同亦依第一百八十五條發生訴訟程序休止之效力

己 受命推事之職務權限 施行準備程序之受命推事有第一百八十九條第二項第一百九十條第一百九十三條第一百九十五條第一百九十九條第二百零七條及第二百零六十八條法院或審判長之權限或職務

受命推事認當事人引用之証物為受訴法院所應調查者得命其提出或調取之

(三) 準備程序終結後之程序 準備程序終結時受命推事應將卷宗及証物速提出於審判長由審判長定言詞辯論期日傳喚當事人兩造辯論(民訴法第二百零六十一條)此為訴訟進行所必要之程序該項期日並得以職權指定如法院認準備程序尚未成熟且得命再開準備程序至準備程序後之言詞辯論當事人應依筆錄陳述準備程序之結果但有必要情形時審判長得令庭員或書記官朗誦筆錄代之(民訴法第二百零六十二條)因準備程序所確定之資料為言詞辯論之基礎故也若於辯論期日當事人一造不到場法院就其在準備程序中所不爭之法律關係得

準備終結後之程序

爲一部判決並就其他法律關係而爲遲誤言詞辯論期日之判決（民訴法第二百七十七條第一項參照）當事人於準備程序之期日已由受命推事命其陳述而不就事實或證據爲陳述或拒絕陳述者不得於言詞辯論時追補之至法律關係攻擊防禦方法證據方法或證據抗辯未經記明於準備程序之筆錄者以經他造當事人同意或釋明發生在後或知悉在後爲限得於言詞辯論中主張之（民訴法第二百六十三條）此即明示準備程序之效果也是等效果乃爲達準備程序之目的而爲規定雖有當事人兩造之合意亦不得違反爲冀訴訟迅速且有秩序之進行計也

第三節 證據

證據之必要

民事訴訟不但確定私權之存否並使其得以實行私權爲目的私權本係一種法律事實賴判決程序確定其存在詳言之原告以訴主張之事實法院先決其合法與否果係合法然後再決其事實是否真實若原告主張之事實先不適法即可不認其有私權存在自毋庸更進而調查原告主張之事實是否真實已應予以駁回原告私權保護之請求反之若原告主張之事實係屬合法則其主張之事實是否真實不可不進而爲詳密之調查惟

原告主張之事實適法與否應由法院以職權判斷蓋知悉法律本爲審判官職務上之義務故原告主張之事實究竟適法與否原告不負證明責任如果其主張之事實係屬適法（具備訴訟要件）即應進而確定其事實是否真實苟以普通知識可以判斷之事項原毋須蒐集證據之程序若其主張之事實係一種特殊之事項法院依實驗上理論上之法則所不得知悉者則在該訴訟不得不蒐集其確定事實之資料因欲蒐集確定事實之資料所以民事訴訟法上有證據之規定

第一款 通則

民事訴訟法所設之通則係規定舉証責任及調查證據問題茲分別說明之

第一項 證據之種類

本証反証

第一 本証反証

本証者有舉証責任之當事人所爲之證據方法也例如原告就自己之主張被告就自己之抗辯而爲舉証者是也反証者對於對造之主張證明其反對事實之證據也反証得與本証同時爲之

直接證據間
接證據

第二 直接證據間接證據

直接證據者直接證明係爭之法律關係所由以生之事實之證據也間接證據者當事人就係爭之法律關係存否問題先主張他項事實並證明之以使審判官據此取得直接事實之心証爲證明該他項事實提出之證據即係一種間接證據也

完全證據不
完全證據

第三 完全證據不完全證據 依調查證據結果法院得因此取得確實心証之原因者謂之完全證據審判官不能得完全之心証而爲真實之憑信者謂之不完全證據此二者不過程度上之區別已耳

第二項 舉証責任之分配

舉証責任之
意義及其分
担

舉証責任者就自己主張之事實必須舉証證明之謂也蓋當事人就訴訟事件所主張之事實不使法院確信爲真實則法院不能採用其事實勢必至受不利益之結果當事人就利己之事實上主張有舉証之必要此舉証之必要即所謂舉証責任也至何人應負舉証之責任因訴訟法立法之趣旨不同頗不一致以辯論主義爲原則之民訴法舉証責任則在當事人而當事人中孰有舉証責任則應由主張事實之當事人負擔故訴訟法上有

所謂主張事實者應負立証責任之語蓋主張利己事實之人若不證明自己主張之事實爲真實使法院確信則不能達勝訴之目的故也古代訴訟法舉証責任往往在於當事人之一造對造不負舉証之責近世立法例舉証責任概由當事人間相互分担即所謂舉証責任分担之法則是也例如原告之起訴原因事實若爲被告所爭執原告應證明其所主張之事實此時被告無舉証之責惟原告證明其主張之事實以後被告就其抗辯事實亦有舉証責任且舉証責任常在主張利己事實之一造民訴法第二百六十五條已有明文規定不問其爲原告或被告亦不問其主張積極事實抑係主張消極事實凡主張有利於己之事實者終應負舉証之責乃係不可移易之大原則也

無庸舉証之情形

以下就我民事訴訟法所定在訴訟程序上無庸舉証情形分別言之

第一 在法院已經顯著之事實或爲法院職務上已知之事實毋庸舉証（民訴法第二百六十六條）

其是否爲顯著或爲職務上已知之事實由合議法院多數推事認定爲已足且此事實雖非經當事人提出者法院亦得審酌及之但裁判前應留當事人就其事實有辯論之

機會以免草率認定之弊

第二 當事人主張之事實經他造於準備書狀或言詞辯論或在受命推事或受託推事前自認者毋庸舉証（民訴法第二百六十七條一項）自認有審判上自認與審判外自認之別免舉証責任之自認係審判上之自認蓋既有對造審判上自認之事實自可認為真正之事實不須更行立証惟此自認亦有二種情形可以撤銷許其撤銷之時即斷其自認為無效

（子）當事人能證明其自認反於真正事實並出於錯誤者

（丑）得相對人之同意者 因自認係承認相對人主張之事實茲相對人既許其撤銷即係表示毋庸對造之承認此時法院自可不必為過分之干涉故可聽其撤銷

當事人於自認之陳述有所附加或限制者則應否視有自認之效力及其自認之範圍如何固應由法院詳酌情形妥為判定即撤銷自認之時及於自認效力之影響如何亦應由法院詳審一切情形定之（民訴法第二百六十七條二項）

此外關於自認又有所謂明示之自認與默示之自認明示之自認固須有積極行為即

默示自認亦須有消極行爲苟僅係一種靜默之狀態不能遽指爲默示當事人對於他造主張之事實已受應爲陳述之曉諭而仍不爲爭執亦並不能因他項陳述顯其有爭執之意思者視與自認同（民訴法第二百六十八條一項）

當事人對於他造主張之事實爲不知或不記憶之陳述者應否視同自認法院應詳審一切情形定之（民訴法第二百六十八條二項）

第三 法律問題毋庸舉証蓋法律之有無並其解釋法院職務上有應知之義務故當事人不負舉証之責然當事人以便法院注意爲目的陳述相當之意見亦非不許此時當事人陳述之意見止供法院之參考無拘束法院之效力但法律之中法院職務上應知之法律止以本國通行之法律爲限且必須爲一級所通行者而後可若僅通行於一方之法令或外國法究爲法院所不能知自不在職務上應知之範圍以內因而地方慣習法自治法（地方自治團體制定之條例規則）及外國之現行法爲法院所不知者當事人仍有舉証之責若法院已知此法律之有無者當事人仍不負舉証之責且法院不問當事人能舉証與否概得依職權爲必要之調查（民訴法第二百七十一條）

第四 法律上之推定毋庸立証法律上推定之事實當事人無舉証之責任惟推定有時得爲反証若經一方提出反証對其推定而爲爭執之時他方當事人仍應負舉証責任也

第三項 調查證據程序

調查證據者法院調查當事人提出之證據方法而求證明之行爲也茲分別言之

調查證據之意義 調查之法院

第一 調查證據之法院 調查證據原則由受訴法院爲之蓋調查證據本爲審理程序

之一部依直接審理之原則故通常由受訴法院調查之然依法律特別規定亦得使受命推事受託推事爲之亦得在外國爲之一任受訴法院之意見定之

應在外國調查證據者由法院囑託該國管轄官署或駐紮該國之中國大使公使或領事爲之（民訴法第二百八十條一項）前者對於外國人在外國調查時行之後者則對於中國人在外國調查時行之

調查證據之限度

第二 調查證據之限度 調查證據之第一着首在由當事人聲明證據方法惟當事人所聲明多數之證據方法中在如何之限度內應予調查則由受訴法院之意見定之故

法文明定當事人聲明之證據方法中認爲不必要者得駁回之（民訴法第二百七十三條）至法院認爲必要與否之標準則應以其所證明之事實是否屬於係爭之範圍爲斷且卽係證明係爭之事實而法院亦仍有斟酌其有調查之必要與否之權若明係與係爭事實無涉之證據方法自可不待斟酌逕予駁回又爲證明同一事實當事人聲明多數證據方法是否悉應調查尙係滋疑不定者亦得從前開原則由法院取捨之

調查之程序

第三 受訴法院調查證據之程序 受訴法院調查證據除民訴法有特別規定外應於言詞辯論中行之受訴法院於當事人言詞辯論後能卽爲調查證據者應卽爲證據調查例如當事人攜帶證書或與証人偕行到場時是也

調查之窒碍

第四 調查證據之窒碍 因有窒碍不能預定調查證據之時期或應在外國調查證據者例如當事人所指定之証人現尙一時不能到場往外國調查證據不能確定其程期之類法院應依聲請定其期限在此期限內得爲調查者卽予調查若不能調查卽可毋庸調查意在保護相對人之利益而防訴訟之遲延也但期限已滿而不致延滯訴訟者（逾期以後辯論終結以前）仍准用該證據方法予以調查（民訴法第二百七十四

條）所謂不致延滯訴訟者係指當事人非因重大過失或非意圖延滯訴訟者始得適用之此項逾期聲明之證據方法一經准許調查縱因實行調查證據將致訴訟延滯亦不得駁回

受命或受託推事之指定

第五 受命推事受託推事之指定 使受命推事調查證據者由審判長於庭員中指定該推事指定之受命推事若有窒礙由審判長另行指定受託推事調查證據者由審判長囑託（民訴法第二百七十五條一項二項）

受命或受託推事之調查

第六 受命推事受託推事之調查證據 受命推事受託推事調查證據應由該推事自定調查證據之期日及處所（民訴法第二百七十五條三條）

受命推事或受託推事以自行調查證據為原則但逆料此後由其他法院調查較為便利者亦得逕行囑託該法院行之此時受命推事或受託推事應將事由通知受訴法院俾便準備訴訟之進行並應告知當事人俾得於調查期日到場（民訴法第二百七十八條）

受命推事或受託推事調查證據時當事人間或當事人與第三人間若生爭議致不得

續行調查如此等推事就該爭議有裁判權（例如第三百零九條前段之裁判權）固應逕以裁定自為解決如並不能自行裁判其爭議者應將其事由通知受訴法院由受訴法院就該爭議為裁判（民訴法第二百七十七條）

調查之筆錄

第七 調查證據之筆錄 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不言詞辯論中調查證據則有言詞辯論筆錄可據

第二百零三條至第二百一〇條規定於前項筆錄準用之（民訴法第二百七十六條）

調查之方法

第八 調查證據之方法 受訴法院認為適當時得於管轄區域外調查證據為圖實際上之便利也例如事情切迫非速行調查證據不可應履勘之不動產跨連兩法院之管轄區域是也

受命推事或受託推事由受訴法院之命令所囑託或自認為適當時亦得於管轄區域外調查證據

凡於管轄區域外調查證據之時應將其事由通知於該管法院以爲臨時請求補助之預備（民訴法第二百七十九條）

外國官署所爲之證據調查能適合於該國法律固爲妥當即使違背該國法律而不違背中國法律仍屬無害應認爲合法成立不許當事人主張異議以免重複調查之弊（民訴法第二百八十條二項）

法院認爲必要時得就該證據方法命行補充調查或再行調查以冀纖悉靡遺（民訴法第二百八十二條）是否必要由法院之意見定之凡調查之結果不完足不明瞭或法院所不記憶者應認爲有更行調查之必要

當事人不到
場時之調查

第九 調查證據當事人不到場者 調查證據於當事人之一造或兩造不到場時亦應爲之以免訴訟延滯（民訴法第二百八十一條）其因當事人不到不能爲全部或一部之調查者（例如確定証人是否錯誤及履勘時應指定地形界至之類）以不至遲延訴訟或經舉証人釋明非因過失不能到場爲限法院得依聲明（雖係受命推事受託推事調查證據亦應向受訴法院聲明）命爲追復或更爲補充調查

調查與言詞
辯論之關係

第十 證據調查與言詞辯論之關係 受訴法院於開始言詞辯論後因調查證據延展
期日者審判長於調查證據後應指定其期日即爲言詞辯論續行之期日如調查證據
期日與續行言詞辯論期日同一一經調查證據完畢即得移而爲言詞辯論續行期日
此旣免指定續行言詞辯論期日之煩又可不必須別爲傳喚當事人（民訴法第二百八
十三條一項）

受命推事或受託推事調查證據或於外國調查證據者審判長應指定續行言詞辯論
之期日（民訴法第二百八十三條二項）

第二款 人証

人証之意義

以証人之証言供證明之用謂爲人証故証人者依法院之命報告其所實驗（不以目
擊爲限於訴訟程序報告傳聞之事實亦不失爲証人）事實之結果之第三人也因其爲
第三人故當事人及可與當事人同視之法定代理人不得爲証人因其爲報告實驗事實
之結果之第三人故本確定之事實而判斷他事實之存否者則非証人乃鑑定人也
各共同訴訟人就有利於己之共同事實不得爲他共同訴訟人之証人至已由訴訟脫離

之當事人及從參加人仍得對其訴訟爲証人爲証人之第三人於事實之實驗是否須特別之智識又其所實驗之事實究爲既往抑爲現在均非所問

茲更關於証人之程序分別言之

証人之能力

第一 証人之能力 民事訴訟法不認証人無能力之制度故無論何人關於民事訴訟皆有爲証人之能力此蓋以民訴法既採用自由心証主義即無限制之必要也所謂採用自由心証主義者法院訊問証人之後得就証言之內容及証言之信憑力而自由判斷其真偽故也爲當事人及可與當事人同視之法定代理人因其曾干與於訴訟故無爲証人之能力自不待論

証人之義務

第二 証人之義務 証人義務爲一種公法上之義務對於國家而存在非對於訴訟當事人而發生凡服從中國法權之人無論內國人與外國人除法律有特別規定及有治外法權者外於他人之訴訟皆有爲証人之義務（民法第二百八十九條）至當事人與第三人約定應作証人係私法上之義務苟義務人不履行義務時雖得對之起訴及強制執行然與民訴法上之証人義務無涉茲將其義務內容分別說明於次

到場

(一) 到場之義務 被命爲証人者受法院之傳喚負有到場之義務此原則也但亦有例外

甲 國民政府委員爲証人時 現任國民政府委員爲証人者應由受命推事或受託推事就其所在訊問之否則恐礙國務之進行也(民訴法第二百九十一條)

乙 國民政府各部會長官及地方最高行政長官爲証人時 此時應於其公署所在地訊問若証人住在他處應於其所駐地訊問之因國民政府各部會長官及地方長官係掌一部或地方之樞要若傳喚於法院則公務不免有障礙也(民訴法

第二百九十二條)

丙 有當場訊問証人之必要時 爲發見真實有當場訊問証人之必要者例如應以實地或實物舉示証人方能爲真確之証言時是也又該証人須與不能到法院之証人對質者亦同此時受訴法院得命受命推事或受託推事訊問之(民訴法第二百九十三條一項一欸)

丁 証人不能到受訴法院時 例如証人有病老衰或爲官吏公吏不能到受訴法

院時是也但其不能到場之原因須有繼續之性質者此時受訴法院亦得命受命推事或受託推事訊問之（民法訴第二百九十三條一項三款）

戊 証人若到受訴法院有重大窒礙時 例如証人因正常事故不能到受訴法院受訊又如問証人時須將帳簿交給查閱而其賬簿極爲浩繁或就其事件須問多數之証人或証人患精神病不宜在法院訊問此時受訴法院亦得命受命推事或受託推事訊問之（民訴法第二百九十三條一項二款）

己 証人如到受訴法院須多費時間及費用時 例如証人所在地距離受訴法院所在地遙遠之時其到案之時間及費用與訴訟事件比較其輕重不相稱者得使受命推事或受託推事訊問之（民訴法第二百九十三條一項四款）

庚 於訊問日期前拒絕証言時 於訊問日期前以書狀或言詞釋明拒絕証言之原因者毋庸於期日到場（民訴法第二百九十七條二項）

陳述
（二） 陳述之義務 証人受合法之傳喚而到場就訊問事項有陳述之義務但亦有例外六

甲 以曾任或現任公務員之人爲証人而就其職務上應秘密之事項訊問者應得該監督長官之允許若以曾任或現任國民政府委員之人爲証人必須就其職務上應秘密之事項訊問者應得國民政府之允許此項允許由受訴法院請求之並通知証人令其受允許而爲証人者不外爲期裁判之正確也（民訴法第二百九十四條）

乙 証人就其職務上或業務上有秘密義務之事項受訊問者 所謂職務上業務上之秘密義務如公務員律師公証人僧道醫師藥劑師藥材商產婆等或曾居此等地位之人依法令之規定委託之意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証人就其應守秘密之事項受訊問若非許其拒絕証言無異強令証人違背秘密之義務於法於情均屬不合故設本款規定（民訴法第二百九十五條一項三款）惟本應秘密之事業已公然暴露或其秘密義務已經免除者証人不得拒絕証言

丙 証人非洩漏其技術上或職業上之秘密不能爲証言者 此爲保護技術或職

業而設所謂技術上或職業上之秘密如關於製造方法之秘密與關於貨物來源或買進價額之秘密是也雖所漏洩者非屬自己之秘密而爲使用人對於主人應守秘密者亦同（民訴法第二百九十五條一項四款）

丁 當事人之配偶七親等內之血親或五親等內之姻親或曾有此姻親關係者得拒絕証言 此蓋以親屬間而爲不利益之証言爲人情所不忍故法律上即先推定其不可信即不令其爲証且若勉強令其陳述亦屬有背乎倫紀以致家室不得安寧故法律上不強令其爲証（民訴法第二百九十五條一項一款）

戊 証人所爲証言於証人自己或與証人有前款關係或有監護關係之人足生財產上之直接損害者在親屬關係或監護關係消滅後亦同（民訴法第二百九十五條一項二款）蓋既與証人或証人之親屬有利害關係不能爲真實之陳述不如不許其爲証但亦有例外情形如第二百九十六條所定之事項仍應作証

己 証人所爲証言足致証人自己或與証人有前款關係或有監護關係之人將受刑事上之訴追或蒙恥辱者在親屬關係或監護關係消滅後亦同（民訴法第二

百九十五條一項二款）蓋証人所陳述事實如將遺親族以恥辱或招刑事上之訴追而仍強其為証實戾於人情故許其得以拒絕証言

以上六者係說明証人得以拒絕証言之情形若有特別情形雖証人與當事人為親屬配偶或足致証人自身及証人之配偶親屬發生財產上之直接損害者（參照第二九五條一項一款二款）亦不得拒絕証言（民訴法第二百九十六條）所謂特別情形維何

1 同居（指營共同生活者而言同屋居住各自獨立成戶者不在此限）或會同居人之出生婚姻亡故或其他身分上之事項 蓋以此等事項惟一家人知之真言之切舍此而求證明於他人殊屬困難

2 因親屬關係所生之財產上事項 蓋以此種事項亦不能求證明於他人故也例如承繼之承認捨棄夫婦財產之協定扶養之權利義務等是也

3 曾以証人資格參與之法律行為之成立或意旨 蓋以此時使與聞其事之証人證明較為確實且此等人本係預備後日作証之用故也如於他人之契約曾為中

証或見証人者是也

4 爲當事人之前權利人或代理人而就相爭之法律關係所爲之行爲 蓋以此時

使爲其行爲之前權利人（不以直接前主爲限）或代理人證明容易明確故也

5 証人雖有第二百九十五條第一項第三款情形而其秘密之責任已經免除者

具結

（三）具結之義務 審判長於訊問前應命証人各別具結法律上所以使其負此義

務者欲其爲真實之証言也故審判長於証人具結前應諭以偽証之罰（民訴法

第三百條）但亦有例外三此例外情形法院爲參考之用雖亦得以爲証人而訊

問之但不得令其具結（民訴法第三百零二條）而法院除左開甲至丙之情形

外亦不得以其他原因免除其具結之義務當事人亦不得捨棄其具結之義務應

具結之証人未具結法院不得採用其証言否則當事人得以之爲上訴之理由

甲 未滿十六歲人免除具結之義務 蓋以未滿十六歲人知能尙未發達多不了

解具結之意義倘因其具結而科以責罰未免失之苛酷不得令其具結

乙 因精神障礙不解具結意義及效果之人免除具結之義務 蓋以精神上之發

達既有欠缺不宜使其負此義務故不得令其具結

丙 法院以左列各款之人爲証人而訊問之者得不令其具結

1 當事人之雇人或同居一家之人 蓋以此等人之於當事人本有特別關係令其爲証勢必袒護因袒護自己有特別關係之人必須令其具結而處以責罰未免失之苛酷但所謂雇人指其被雇有繼續之性質者而言所謂同居一家指營共同生活者而言

2 就訴訟之結果有直接利害關係者 蓋以此種人爲証每爲利益於自己之証言情所難免若必使其具結之後乃爲陳述亦未免失之苛酷

3 有第二百九十五條第一項第一款第二款情形而不拒絕証言者

丙項各款所列之人非無具結之能力惟因其有利害關係故具結與否法文規定得字予法院以隨時隨案斟酌之權而與甲乙兩款法文明定不得令其具結者有別又甲乙丙三款証人所陳述之証言其証據力如何概由法院自由心証判斷之

証人之義務如上所述凡違背義務者應科以制裁茲分述於次

違反義務之
制裁

一 証人有遵傳到場之義務（民訴第二百九十條）對於違背到場之義務者雖無當事人聲明法院應依職權以裁定科以五十元以下之罰鍰若証人受前項裁定（此裁定不以已執行爲要件）仍不遵傳到場者應再以裁定科以百元以下之罰鍰並得將証人拘提強令到場此等裁定關係於証人之利害頗爲重大如有不服得爲抗告抗告中應停止執行

由受命推事受託推事訊問者由受命推事或受託推事裁定之對此裁定不得抗告唯得向受訴法院提出異議

拘提現役軍人或軍屬爲証人應囑託該管長官執行以期不損現役軍人及軍屬之威嚴

二 証人不呈明拒絕之原因事實而拒絕証言或拒絕具結或以拒絕爲不當之裁定已確定後仍拒絕証言或拒絕具結者法院應以裁定科五十元以下之罰鍰証人對於裁定如有不服得爲抗告抗告中應停止執行（民訴法第二百九十九條第三百零三條）

証人之權利

第三 証人之權利 証人雖經當事人捨棄或証人拒絕証言並未受法院之訊問者亦

有請求法院之日費及旅費之權利故受訴法院令舉証人預納之調查証據費用此時須爲給付若預納額有所不足受訴法院應以職權取之於舉証人若舉証人不能補納則應由國庫墊付至証人對於當事人無所謂權利雖受有損害亦不能向當事人請求賠償蓋以証人義務爲一種公法上之義務與當事人不發生何等私權關係故也此項請求應於訊問畢後十日內聲明之逾期卽失其聲明之權蓋恐其訴訟辦結舉証人業已離法院所在地無從令其補繳也關於前項聲請之裁定得爲即時抗告（民訴法第三百十條一項至三項）

証人所需旅費得依証人之聲請預行支給相當之額恐証人無力墊付也（民訴法第三百一十條四項）

傳審証人之程序

第四 証人傳審之程序

（一）聲明之程序 聲明人証應將証人及訊問事項表示之所謂將証人表示者不獨姓名即其住所身分職業等亦均應表示之（民訴法第二百八十五條）以免與

他人相混

(二)傳喚之程序 舉証人聲明之証人若與舉証人偕同到場則法院可繼續當事人之陳述卽行訊問若不偕同到場則應另定新期日而傳喚訊問之茲將此傳喚程序分述如左

甲 傳票之作製 証人除當事人偕其到場者外法院書記官應依審判長或受命推事受託推事之命作製傳票送達於証人証人傳票不許公示送達傳喚証人之傳票甚屬簡易但應記明左列各款事項(民訴法第二百八十六條)

1 証人及當事人 此所以使受傳喚者知道自己受傳喚爲証人及就何人之訴訟事件而爲証人也

2 証人應到場之日時及處所 此所以使受傳喚者知何日何時應到法院或實地勘驗時應到何處所也

3 証人不到場時應受之制裁 此所以使受傳喚者知不遵傳到場則有應受之制裁使其注意也

4 証人請求旅費及日費之權利 此蓋恐証人因賠累而畏縮不前也

5 法院 此所以使受傳喚者知發行傳票之法院也

此外審判長若認証人非有準備不能爲証言者應於傳票記明訊問事項以免訴訟之遲延但訊問時仍不因此記載而受限制受命推事受託推事訊問時應記載之事項由受命推事受託推事決之

乙 現役軍人軍屬爲証人之傳喚 傳喚現役軍人或軍屬爲証人者除囑託該管長官傳喚外審判長應併通知該管長官求其允許到場若被傳之人碍難到場該長官應通知其事由於法院（民訴法第二百八十七條）此所以應囑託長官傳喚者蓋以日期雖由法院指定而於軍務有妨碍與否非法院可得而知也

丙 在監人爲証人之傳喚 傳喚在監人爲証人者審判長應併通知該監獄長官求其解送到場第二百八十七條第二項之規定於傳喚在監人爲証人時準用之（民訴法第二百八十八條）

（三）具結之程序

甲 具結之時期 審判長於証人到場確驗其無錯誤之後應命其於訊問前具結若証人有數人時應命其各別具結此蓋以証人有數人不各別具結則一証人之具結有不當其影響必及於他証人之具結故也但應否具結有疑義者得俟訊明其疑義後再令具結（民訴法第三百條一項）

乙 具結之程式 具結之程式即審判長令証人具結結文內應記明為真實之陳述無匿飾增損等語此項結文法院書記官應朗讀之於必要時並應說明其意義証人應於結文內簽名或按指印不能簽名或按指印者由書記官代書姓名並記明其事由（民訴法第三百零一條）而審判長則無論何時應於具結前將偽証之罰示知証人以其注意（民訴法第三百條二項）

（四） 訊問之程序

甲 多數証人之訊問 証人有數人時其訊問應隔別為之但應與他証人對質（如証言與証言抵觸）者不在此限又証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（民訴法第三百〇四條）此蓋以一同訊問則後

証人前証人之陳述不無雷同隱匿之虞故以隔別訊問爲原則而各証人之証言以何者爲真實應由審判官參同一切証言以爲酌核故以對質爲例外又証人若許其得以擅離法院或訊問處所則法院須復訊續訊之時勢不能不予再傳訴訟因以遲滯故法文規定須得法院審判長之許可

乙 訊問之順序

1 審判長對於証人應先訊問其姓名年齡身分職業及居住此所以確驗其人
之有無錯誤並且思想知識之是否完具也若有必要情形應並訊問証人與當事人之關係及其他關於証言信用之事項所謂關於証言信用之事項者如証人與當事人交際之親疏是否戚友是否被雇或同居訴訟事件利害之有無等是也蓋以是等事項於証言之信憑力甚有關係也

2 審判長就証人之身分等項訊問後應命証人連續陳述關於訊問事項所知之始末而其陳述不得以朗讀文件或用筆記代之蓋証人之陳述係將實驗事實之結果報告於法院若濫許其得以書狀或筆記代之則恐其非以自己實驗

之事實爲報告或非其自己所記憶之事實爲報告其影響於証言之信憑力甚非淺少但受審判長許可者如關於數額及年月日等之陳述則得用書狀或筆記代之以防誤解（民訴法第三百零五條）

丙 審判長與訊問証人之關係 訊問証人由審判長爲之是爲原則故審判長因

使証人之陳述明瞭完足或推究証人得知事實之原因得爲必要之發問若陪席推事雖亦得訊問証人然必須告明審判長始得對於証人而爲發問（民訴法第三百零六條）此蓋以審判長有訴訟指揮權爲維持法庭秩序計也

訴訟當事人原則上不得對於証人自爲發問惟求証人之陳述明瞭完足起見得聲請審判長爲必要之發問審判長亦得許可當事人直接對於証人發問蓋以當事人任意自爲發問勢必至於喧擾有紊亂審理之秩序也至若當事人有數人就發問應否許可發生異議者則法院應就其異議爲裁定以策訴訟進行此種裁定屬於訴訟指揮不得聲明不服（民訴法第三百零七條）

法院認爲証人在當事人前不能盡情陳述者得於其陳述中命當事人退庭但

証人陳述畢後審判長仍命當事人入庭告以陳述之事項（民訴法第三百零八條）俾知始末而為辯論

（五） 拒絕証言之程序

甲 拒絕証言之程序及其效果 証人拒絕証言者應於訊問日期前或於訊問期日以書狀或言詞陳明拒絕之原因事實拒絕証言之原因事實應釋明之但法院酌量情形得命証人具結以代釋明蓋拒絕証言之原因事實有極難釋明者故准以其結代之若於訊問期日前已陳明拒絕者毋庸再於訊問期日到場而法院書記官應將拒絕証言之事由通知當事人使為相當之準備（民訴法第二百九十七條）

乙 關於應否許可拒絕証言之裁判 當事人得法院書記官通知之後若以証人拒絕証言之理由為正當而捨棄其所聲明之人証則該事項即以完結就拒絕之當否可毋須別為裁判若不捨棄其所聲明之人証則應否許其拒絕受訴法院應於訊問到場當事人後以裁定裁判之此所以限於受訴法院為裁判者蓋因受命

推事受託推事調查證據之時而其關於應否許可拒絕証言爲裁判與訴訟事件有至大之影響故仍應認爲屬於受訴法院之權限也（民訴法第二百九十八條）若証人與當事人對於此種裁定有所不服得爲即時抗告抗告中應停止執行（民訴法第二百九十八條二項）

丙 審判長對於得拒絕証言之人之告知 得拒絕証言之人審判長應於訊問前或知有第二百九十五條第一項情形時告知之使爲相當之注意（民訴法第二百九十五條二項）

（六） 受命推事或受託推事訊問証人之程序 受命推事受託推事訊問証人有受訴法院或審判長同一之權限及職務蓋以無此職權則其執行職務多所不便但應否許其拒絕証言之裁判有涉及訴訟事件之本案裁判其審判權仍由受訴法院行之（民訴法第三百〇九條）

第三款 鑑定

以鑑定人之陳述供證明之用謂爲鑑定故鑑定人者依法院之命陳述關於法規或經

鑑定之意義
及其準用之
法則

驗上法則之意見之第三人也因其爲第三人故當事人及可與當事人同視之人如訴訟代理人及法定代理人等不得爲鑑定人因其爲陳述意見提供自己智識於法院之第三人故報告實驗事實結果之人縱使其實驗事實本諸特別之智識而亦爲証人非鑑定人凡鑑定人陳述意見必有抽象及具體二方法抽象之陳述者僅抽象就法規或經驗上法則而陳述其意見也例如報告物理學醫學之原則報告地方商習慣與某商品之市價報告外國法與地方習慣法之規定等是具體之陳述者以法規或經驗上之法則適用於某種事實而陳述其所得之判斷例如報告筆跡之同一與否報告某人之病狀能否醫治是凡証人皆係具體報告實驗事實之結果無所謂抽象之陳述此亦鑑定人與証人重要差異之點也

鑑定人之意見有無證據力由法院察其可否信用以自由心証判斷之

鑑定除鑑定程序中有特別規定外準用關於人証之規定（民訴訟第三百十一條）

茲將關於鑑定之程序分別說明於左

第一 鑑定人之義務 鑑定人之義務與証人之義務同如到場之義務陳述之義務及

鑑定人之義務

具結之義務鑑定人皆有之此種義務係對於國家存在故亦爲公法上之義務也惟証人義務凡屬法律所支配之人民皆有此種義務而鑑定人義務則僅限於特定之人有之此爲一異點以鑑定人須本其特別之智識而報告其意見也至應負鑑定義務之特定人應爲如何之人據民訴法第三百十五條所定（一）從事於鑑定所需之學術技藝職業者（二）經公署委任爲鑑定人者所謂從事於鑑定所需之學術技藝職業建即係以此種學術技藝職業爲生計之人是也如刀劍之鑑定可命刀劍營業之商人建築物之鑑定可命建築營業之技師是所謂經公署委任者如檢驗吏技士等是也至鑑定人義務之內容及違背義務之制裁均與証人無異故鑑定人不遵傳到場或拒絕鑑定或拒絕具結者應準用關於証人之規定科以罰鍰惟証人再傳不到場可以拘提而鑑定人則不得拘提（民訴法第三百十六條）又鑑定人原得據拒絕証言之理由以拒絕鑑定然有時縱係不得爲拒絕証言之理由（例如謂爲不勝鑑定之任）法院亦得斟酌情形免除其鑑定之義務（民訴法第三百十七條）此皆與証人不同之點誠以証人係報告實驗事實之結果苟實驗其事實者不爲証言則其事件終不可得

而明故有強制之必要若鑑定人則係陳述自己之意見凡有特別智識而能陳述意見者無論何人均可爲鑑定人故無強制之必要且不惟無強制必要並係不可強制蓋鑑定人之鑑定係報告意見苟不任其自由意思而爲報告彼必不願表示充分意見仍與選任鑑定之初衷有背不能完全達到鑑定之目的故法院對於鑑定人不得加以強制如該鑑定人由受命推事受託推事選任者其拒絕鑑定之當否得由該推事裁定（民訴法第三百十七條二項）

鑑定人之權利

第二 鑑定人之權利 鑑定人與証人同得請求法定之日費旅費並得求相當之報酬其所應得之鑑定費卽係一種報酬且鑑定人所需鑑定費用得聲請預行支給相當之額（民訴法第三百二十五條）此權利並係對於國家存在雖當事人未曾預納國家亦應支給之

鑑定人之拒却

第三 鑑定人之拒却 我民訴法採用德制對於鑑定人得與推事同視許其拒却重當事人意思也茲據民訴法所定分別言之

（一）拒却之事由 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

人於該事件曾爲証人或鑑定人爲拒却之原因（民訴法第三百十八條一項）蓋鑑定人不能以其曾爲証人或鑑定人卽指其有偏頗之虞也

（二）拒却之制限 當事人於鑑定人就鑑定事項已陳述意見或已交出鑑定書後不得聲明拒却蓋以當事人之拒却鑑定人苟漫無限制則訴訟之進行必因而遲延也但拒却之原因發生在後或當事人從前不知有此原因者不在此限（民訴法第三百十八條二項）

（三）拒却之聲請 聲明拒却鑑定人應以書狀或言詞舉其原因向選任鑑定人之法院或推事爲之以便迅速裁判至拒却之原因及第三一八條第二項但書之事實則應爲釋明以防訴訟遲延（民訴法第三百十九條）

（四）拒却之裁判 拒却鑑定人之聲明由選任鑑定人之法院或推事以裁定裁判之蓋以有拒却之理由與否最易明晰無須審判當事人故得以不經言詞辯論之裁定行之如法院之裁定認拒却爲正當者於當事人無重大之利害關係不許聲明不服但仍適用第四百五十條規定如法院之裁定認拒却爲不當者則於當事人之

關係頗大得於裁定送達後聲明即時抗告（民訴法第三百二十條）

鑑定之程序

第四 關於鑑定之程序

（一） 鑑定之聲請 聲請鑑定與聲請調查人証不同不須聲明鑑定人爲何人惟鑑定事項則必須表明（民訴法第三百十二條）蓋以鑑定非如人証係徵求有特別智識人之意見無論何人苟有特別知識而能陳述意見者即可爲鑑定人故不須由當事人指定爲何人惟應鑑定之事項若不表明則有鑑定之必要與否難以斷定故必須表明鑑定事項

（二） 職權選任鑑定人之情形 受訴法院因闡明或確定訴訟關係得依職權命行鑑定

（三） 鑑定人之選任 鑑定人由受訴法院選任故受訴法院應選任適當之鑑定人視事件之難易並應指定其人數多寡如已選任之鑑定人若有不適當者法院並得撤換之蓋以選任鑑定人應任法院之自由意見行之即令選任之後有不適當或不勝任應解其任而改任他人亦應任法院之自由意見爲之較爲適當但當事人如

知有適當之鑑定人者法院仍得命當事人指定應選任之鑑定人（民訴法第三百十三條）

（四）鑑定人之具結 鑑定人與証人不同証人有訊問前具結者有訊問後具結者而鑑定人則必於鑑定前具結文內應記明必為公正誠實之鑑定（民訴法第三百二十一條）蓋以証人應否具結或不免有疑義之時而鑑定人則無疑義之可言也

（五）鑑定人之訊問

甲 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（民訴法第三百二十二條）

乙 鑑定人所提出之鑑定書有不分明或相抵觸須令其說明者法院得命鑑定人到場說明（民訴法第三百二十二條二項）

丙 鑑定人有數人者法院得命其共同或各別陳述意見（民訴法第三百二十三條）例如選任數人為鑑定人而數人之意見一致可命其共同陳述若不一致命

其各別陳述

丁 鑑定所需資料（如證據卷宗之類）在法院者應告明鑑定人並准其利用鑑定人因行鑑定聲請法院調取証物或聲請法院訊問証人當事人鑑定人得法院許可後並得對於証人或當事人直接發問（民訴法第三百二十四條）以冀訴訟迅速進行

（六）受命推事或受託推事依鑑定調查證據 受訴法院使受命推事或受託推事依鑑定程序調查證據者則由受訴法院自行選任鑑定人例外亦得委（授權）該推事選任鑑定人其選任也應視事件之難易指定其人數多寡若選任之鑑定人有不當得為撤換或當事人知有適當之鑑定人亦得命其指定（民訴法第三百二十四條）

鑑定之特別規定

第五 關於鑑定之特別規定 民訴法第三百二十六條云訊問依特別之智識得知已往事實之人者適用關於人証之規定此即學者所謂鑑定証人也其與鑑定人相同者即在陳述以特別智識就事實所為之判斷也其與証人相同者即非如普通鑑定人係

陳述現在事實之意見乃依自己之官能就已往之事實以爲證明例如以曾經診視病人之醫生爲証人訊問病狀又如以曾經檢查房屋工程之技師爲証人訊問該房屋倒塌前之建築狀況本爲一種証人性質倘法院令其報告實驗事實之結果外更使其陳述鑑定意見例如醫師報告死者患病情形後更詢以此種情形在當時是否不可救治技師報告房屋建築狀況後更詢以此項建築是否合於建築規程而令其陳述意見者則該一人既爲証人同時并兼爲鑑定人此時除適用人証之規定外應適用鑑定之規定即依証人之例具結外並應依鑑定人之例具結日費旅費因鑑定人待遇較厚應依鑑定人之例支給之

法院得依職權囑託相當之公署或法人陳述鑑定意見以冀訴訟迅速進行免得選任鑑定人之煩且亦可使公署或法人審查他人已鑑定之鑑定意見以免鑑定錯誤（民訴法第三百二十七條）此種審查與鑑定人之行爲不同所有鑑定人關於訊問具結等規定均不適用法院斟酌公署或法人所答復之意見應依書証規定辦理惟此亦可謂爲廣義之鑑定與狹義之鑑定本屬不同究應適用此項廣義之鑑定抑應適用狹義

之鑑定依法院之意見定之

第四款 書証

書証之意義

以文書之記載供證明之用謂爲書証故文書者依其內容可以供証據之用之書狀也因其爲書狀故必爲記載一定意旨之物體唯不僅限於文字卽符號亦可唯必爲通用於一般人或特定人間之符號而後可又其物質爲紙爲皮爲金石竹木均所不問至作成方法如爲筆寫爲印刷爲雕刻亦所不問

証書之區別

文書有原本與正本繕本節本之分此項區別係以書面相互之關係而定原本者最初作制之書狀亦即基本書狀也正本者依法定程式作制之書狀與原本同其內容且與原本有同一效力者也繕本者照原本謄寫之書狀而無原本同一之效力也節本者摘錄原本要點之書狀也

茲將關於書証程序分別言之

証書之種類

第一 文書之種類

(一) 公文書私文書 公文書與私文書概係以書狀作製者公文書一稱公正文書

即公署或有作製一定文書職權之公務員按照法定程式在其職權內所作制之書狀也私文書一稱私署文書凡非公文書之文書均為私文書

(二)勘驗文書報告文書 文書所記載之事項係作製人之一種意思表示或為其一種陳述者曰勘驗文書即作製人之意思表示或陳述對於應証事項適有記載法院憑據此項記載自行觀察(查驗)乃與勘驗無異故有是名文書內記載之事項若為作製文書人一種實驗事實之報告者謂之報告文書例如收據日記商業賬簿法庭筆錄及向他人報告事實之信件是也在勘驗事實法院得依証書自行實驗(查驗)應証之事實報告文書則應証之事項係由文書作製人實驗而記載其結果於文書唯法院得依此文書知作製文書人實驗之結果而已並非自行直接實驗事實也

証書之證據

第二 文書之證據力 文書之證據力有形式的有實質的之分前者文書真正成立時所存之證據力也後者文書所記事項得據為判斷材料時所存之證據力也苟文書之成立非真正縱使所記事項有關於爭執之事實則其文書並無形式的證據力即或文

書之成立爲真正苟所記事項無關於爭執之事實亦不過僅有形式的證據力仍無實質的證據力故文書欲有完全證據力非其真正成立並其所記事項有關於爭執事實不可

第三 關於文書提供之程序

証書提供程序
舉証人提出所執証書之程序

(一) 舉証人提出所執文書之程序

甲 書証之聲明 聲明書証應由舉証人於言詞辯論前或言詞辯論中提出書狀以供法院及相對人察覽否則法院無由判斷該文書之證據力相對人亦無由提出適當之防禦方法於訴訟之進行與判斷甚有妨碍也(民訴法第三百二十八條)

乙 文書之提出 文書提出之方法應提出其原本但祇因文書之效力或解釋有爭執者則提出繕本亦可此蓋以文書以提出原本爲原則惟關於文書之真否如相對人毫無異議僅就其效力及解釋有所爭論則僅提出繕本已足供察覽之用

(民訴法第三百四十一條)

抑文書有非閱覽原本不能確定其證據力者故民訴法又規定法院得命舉証人提出文書之原本如不能提出者得命其釋明不能提出之事由若舉証人不遵命提出或釋明事由亦非可將其證據方法全行否認仍應由法院以自由心証斷其所提出繕本之證據力（民訴法第三百四十二條）

丙 於受命推事或受託推事面前之提出文書 舉証人所執文書本以言詞辯論時提出於受訴法院者爲原則但亦有不能提出於受訴法院者爲保護舉証人之利益計當有例外規定所謂不能提出於受訴法院之情形若何茲述於次

I 舉証人因防散佚毀損不能於言詞辯論時提出文書 此如古書或可珍貴之書狀欲致送於遠離之受訴法院恐有散佚毀損之慮是

舉証人因重大障礙不能於言詞辯論時提出文書 此如日常需用之商業帳簿欲提出於遠離之受訴法院則營業上不無障礙之慮是

如有前項情形受訴法院得命向受命推事或受託推事前提出文書或以照片代之並得同時指定受命推事或受託推事受命推事受託推事察閱該文書後應作筆

錄受訴法院於筆錄內應行記明之事項得預行告知受命推事或受託推事如需文書之全部得命其將文書之繕本附於筆錄如祇需文書之一部者得命其將節本附於筆錄（民訴法第三百四十三條）移送於受訴法院

（二）法院職權命令提出文書情形

（甲）法院得以職權命令提出之文書 法院得依職權命令當事人（包含舉証人及他造當事人）提出文書之情形如右（民訴法第三百三十一條）

1 因闡明訴訟關係所必要者

2 因確定訴訟關係所必要者

但上開情形以依當事人之陳述或調查證據之結果知該文書為該當事人所執者為限否則文書之有無尙未確定即不能遽以職權令其提出

（乙）當事人有提出義務之文書

各當事人在訴訟法上並不負擔提出一切文書之義務必其所執文書有左列各款所揭情形之一者始有提出於法院之義務（民訴法第三百三十二條）

法院命令提出証書之情形

I 於準備書狀或於言詞辯論引用爲證據方法之文書此既明言引爲證據方法故當事人有提出之義務否則雖執有文書而非引用爲證據方法者不生提出之義務一經引用雖將該證據方法捨棄該當事人仍有提出之義務

2 他造當事人依法律規定得求交付或閱覽之文書 所謂法律規定通常指私法上之規定而言他造當事人依私法規定得求交付或閱覽之權利不問爲物權或債權均可如本於所有權占有權或因股份寄託委任等所生之權利是也

3 爲舉證人之利益所作之文書 且爲他造當事人或第三人共同之利益而作者亦在其內此類文書如遺囑書委任書（證明與舉證人爲交易者有代理權之類）等是也

4 就當事人間之法律關係所作之文書 此項法律關係不以現時有效成立爲必要亦不以能證明全體法律關係爲限祇須其所証之事實屬於法律關係之要件者已足如收據單帳借券存摺及一切契約文書皆屬之

（丙）當事人不提出文書之效果 當事人無正理由不從第三三三〇條第三三一

條之規定（民訴法第三百三十三條）提出文書者

1 法院依其自由心証判斷及於裁判之影響如何

2 法院依其自由心証定舉証人就該文書之主張是否正當

依1、2所述情形法院得以他造提出之繕本即視與原本相符其未提出繕本得以舉証人關於文書性質及內容之主張為正當認其應証之事實為真實然欲為此項一造不利益之認定必該一造有第三三二條之義務者而後可並須於判決中宣示其理由

（三）舉証人欲使用相對人所執文書之程序

舉証人使用
相對人所執
文書之程序

文書提出之聲請 舉証人欲使用他造當事人所執之文書應於言詞辯論時聲請法院命他造當事人提出該文書然此以聲明書証時為訴訟之他造者為限其聲請書內應表明左列各款（民訴法第三百二十九條）

（1）求命提出之文書 文書表面上之事項如標目及署名之姓名年月日等須為表明俾得知其為何種文書

(2) 依該文書應証之事實 欲就該文書證明之事實須為表明以便審判
該事實有調查證據之必要與否

(3) 文書之內容 文書之內容須為表明以便審查該文書有無調查之必
要

(4) 文書為他造所執之事由 例如數人共有之文書因作製受領之故歸
相對人經理置存於相對人手中之類之事由須為表明以引起相對人之記憶

(5) 他造有提出文書義務之原因其應因應釋明之

(四) 舉証人欲使用第三人所執文書之程序

甲 提出文書之聲明 舉証人聲明書証使用第三人所執之文書者應於言詞辯

論時準用第三百二十九條第二項聲請法院命第三人提出或定舉証人自行提
出之期間令其自行提到法院茲所謂第三人者不問為自然人法人亦不問為私
人或公署凡非第三二九條之他造當事人皆屬之

文書為第三人所執之事由及第三人有提出義務之原因應釋明之(民訴法第

三百三十四條

乙 第三人提出之文書 第三人所執之文書雖得請其提出然非無論何種文書均可請其提出蓋第三人之担負提出義務亦限於一定之書狀所謂一定之書狀若何準用第三百三十二條之規定（民訴法第三百三十六條）

丙 命令提出文書之程序 聲請命第三人提出文書或請定由其（舉証人）自行提出文書之期間其聲請備法律上之要件（三三四條之要件）者法院應調查依該文書應証之事實是否重要若認應証之事實為重要且舉証人之聲請正當者則應進而調查如認第三人執有文書並有提出之義務則應以裁定命第三人提出文書或定舉証人自行提出文書之期間（民訴法第三百三十五條）

丁 職權指定第三人提出文書 法院本不得依職權命第三人提出文書但若明知其與本訴訟事件有關係之文書為第三人所執者法院得依職權以裁定命第三人提出文書惟應先行訊問第三人且第三人對此裁定得為即時抗告（民訴法第三百三十七條）法院為裁定前毋庸調查該第三人有無提出文書之義務

且法院得依職權調取公署或公務員所執之文書（民訴法第三百三十九條）

戊 第三人任意不提出文書之救濟方法 第三人無正當理由不從提出文書之命以其文書供舉証人使用者法院得以裁定科以五十圓以下之罰鍰於認為必要時並得命為強制處分此項科罰裁定得為即時抗告抗告中應停止執行（民訴法第三百三十八條）

巳 第三人提出文書時準用之程序 第三人提出文書之方法及向受命推事受託推事面前提出等程序均準用第三百四十一條至第三百四十三條之規定

庚 第三人因提出文書可以取得之權利 第三人得請求提出文書之費用第三百十條第二項至第四項規定於第三人請求文書費用之情形準用之（民訴法第三百四十條）

（五）舉証人欲使用公署或公務員所執文書之程序

舉証人使用公署或公務員所執文書之程序
公署或公務員所執之文書不問其有無提出之義務法院因闡明訴訟關係或確定訴訟關係得依職權調取之（民訴法第三百三十九條）至舉証人亦得請求

調取然固屬當之事不待贅述

公署或公務員若係居於他造當事人地位則應依使用他造當事人所執文書之一般規定若係居於第三人地位則應依使用第三人所執文書之一般規定

(六) 確定文書真偽之程序

確定文書真偽之程序

(甲) 公文書

在中國所作之公文書 在中國所作之文書按其程式及意旨得認為公務員於職務所作成者為公文書在無反証以前應推定其為真正蓋以此等書狀在實際上常為真正故也但文書之真偽有可疑者法院得因聲請或職權求作成名義之公務員或公署陳述其真偽(民訴法第三百四十四條)

2 在外國所作之公文書 外國所作之公文書其真偽應由受訴法院斟酌一切情形以為定斷蓋以中國審判官不能盡知外國公文書之法制也但經駐紮該國之中國大使公使或領事證明者自可與中國所作之公文書同論應推定其為真正(民訴法第三百四十五條)

(乙) 私文書 私文書之憑信力不如公文書之強除他造自認其為真正或經本人或其代理人簽名按指印蓋章或畫押或有法院或公証人之認証推定為真正者外應由舉証人証明其為真正(民訴法第三百四十六條)若私文書之真偽有可疑者得依人証鑑定等通常証據方法以為印証並得核對筆跡以証明之又文書有增加刪除及其他瑕疵者法院對於其証據力如何得依自由心証定之至核對筆跡之性質本係一種勘驗(檢証)程序即係一種通常証據方法其提出核對之筆跡當然適用提出勘驗標的物之規定倘核對之筆跡苟不易取得適當之筆跡則受訴法院得指定文字命証書之作成名義人(包含當事人及第三人)書寫証書之作成名義人無正當理由不從書寫文字之命者準用第三三三條及第三三八條之規定辦理若作成名義人有不能到受訴法院或到受訴法院須多費時間及費用者宜使其得於受命推事或受託推事面前書寫供核對用之文字又供核對筆跡之文書應將原本繕本或節本附於筆錄以防日後紛爭(民訴法第三百四十六條至第三百五十二條)

核對筆跡之結果受訴法院應以自由心証爲之判斷若僅憑審判官之智識不能得充分之判斷者得因職權而命鑑定（民訴法第三百五十一條）

交還書狀之程序

（七）交還書狀之程序 不論公文書私文書亦不論有爭執之文書與無爭執之文書凡爲調查証據所提出之書狀一經察閱之後應即交還蓋以提出之書狀既經察閱無留存之必要苟必留存於法院不無遺失毀損之慮也但若疑爲偽造或變造之文書則於訴訟未結以前應由法院書記科保管以防湮沒變更之弊其應交付他公署者即應交付之（民訴法第三百五十三條）

當事人隱匿毀壞或致不堪使用時之制裁

（八）當事人隱匿毀壞文書或致不堪使用時之制裁 當事人因妨害相對人之使用故意將文書隱匿毀壞或致不堪使用之行爲者不問其行爲在訴訟中或訴訟前亦不問當事人自爲或唆使他人爲之法院得認相對人關於文書性質及內容之主張爲正當（民訴法第三百五十四條）蓋以當事人一造有不正之行爲則爲保護他一造之利益計不可不加以制裁也但（一）須有上述之故意妨害行爲（二）須有妨害他造使用之故意（三）須其行爲係屬違法

文書外之物
件

(九) 文書外之物件 文書外之物件而有文書之效用者如紀念碑界標等雖與

文書不同而亦足以傳吾人之意思或思想極與文書相類若用以爲證據方法自當準用關於書証之規定(民訴法第三百五十五條)

第五款 勘驗

勘驗之意義

勘驗者係審判官依實驗察得訴訟上事實之證據方法也變詞言之即係法院爲審查某種事實而檢閱某物件之行爲是也有在法院內檢閱者有在法院外檢閱者在法院外檢閱者稱爲臨檢

勘驗係由推事依五官之作用爲之本不以視覺力爲限惟以視覺力視物以爲勘驗者爲通常勘驗之標的即係勘驗標的物勘驗之標的物不獨限於物法院爲考驗人之健康或傷痍而檢閱其人之身體者即以人爲勘驗標的物也

勘驗與他種
證據方法之
比較

勘驗與他之證據方法比較異點有二(一)以他證據方法探爲判斷事實之基礎者出於他動至勘驗則係出自法院之自動(二)他種證據方法在法院內調查者爲原則至勘驗在法院內檢閱者半在法院外檢閱者亦半

茲將關於勘驗程序分別言之

勘驗之聲請
及法院之實
行

第一 勘驗之聲請及法院之實行勘驗 法院爲闡明訴訟關係或確定訴訟關係得以職權命行勘驗例如當事人兩造就事實上之爭議雖曾調查證據但未得十分明確尙須就現實物件而爲觀察之時又如當事人兩造雖無爭議而其所主張之事項不甚分明之時皆得以職權爲勘驗但法院若不用此職權則可由當事人聲請以期完全達到保護私權之標的至聲請之程式如何依民訴法規定應表明勘驗之標的物及應勘驗之事項（民訴法第三百五十六條）

受命或受託
推事之勘驗

第二 受命推事或受託推事之勘驗 勘驗物因其性質有不能於言詞辯論時提出於受訴法院行勘驗者或提出而有重大障礙者或於法院內行勘驗不適當者受訴法院得命受命推事或受託推事就其物之所在地而爲勘驗（民訴法第三百五十七條）

勘驗中之鑑
定

第三 勘驗中之鑑定 勘驗物之性質不一有僅依審判官之意見不能爲確當之判斷者此時受訴法院或逕由受命推事受託推事選任鑑定人參與勘驗（民訴法第三百

五十八條）

勘驗之結果

第四 勘驗之結果 勘檢之後如有必要時應以圖畫或照片附於筆錄（民訴法第三百五十九條）以爲言詞辯論及判決之準備

第五 書證程序之準用 凡應服從中國法權之人無論爲當事人或第三人均有提出勘驗物及容受勘驗之義務此義務乃公法上一般之義務與爲証人之義務同非若提出文書之義務有一定範圍也

第三三三條第三三八條第三四〇條及第三五四條規定於勘驗準用之（民訴法第三百六十條）

第六款 證據保全

證據保全之意義

證據保全者當事人於訴訟上欲利用之證據方法恐日後有滅失或碍難使用之虞預爲調查而保全之之謂也此種保全之行爲在訴訟繫屬前或訴訟未達證據調查之程度以前均得爲之蓋以此時有調查之必要與否雖屬未定然苟以其未定之故不爲保全則至後日必須調查之時其證據或已滅失以致不得利用則當事人所受之損害殊非淺鮮故訴訟法特設證據保全之程序此際調查證據毋庸問其應証之事實是否重要在上級

審所可使用之證據方法亦得向下級法院請求調查

要件

第一 證據保全之要件（民訴法第三百六十一條）即證據方法須有滅失或碍難使用之虞或有他造當事人之同意始得爲之所謂有滅失之虞者例如証人鑑定人因衰老疾病恐有死亡或鑑定勘驗之物件將因天然或因他造當事人之行爲有銷滅變更之虞是所謂有碍難使用之虞者例如証人鑑定人有遠行外國之虞（有無此虞由法院核定）是所謂有他造當事人之同意者例如船舶衝突當事人兩造欲確定其損害之程度及其他欲在訴訟外取得息爭之材料均得依他造同意爲此項聲請如經同意縱無滅失或碍難使用之虞亦許證據保全此項程序意在副當事人迅速終結訴訟之望耳

法院

第二 聲請證據保全之管轄法院（民訴法第三百六十二條）

（一）在起訴後爲受訴法院故訴訟繫屬於第一審時聲請保全證據者向第一審法院爲之屬於上訴審時向上訴審法院爲之在下級審已審判未提起上訴時無論其判決已否送達應由下級法院管轄受訴法院在保全證據程序中調查證據亦得

使受命推事受託推事爲之（民訴法第三百六十六條一項）

（二） 在起訴前爲管轄受訊問人住居地或証物所在地之第一審法院

（三） 遇有急迫情形於起訴後亦爲管轄受訊問人住居地或証物所在地之第一審法院

所謂急迫情形者例如証人即將遠行外國或爲證據之物件容易腐壞不能遲緩之類是是否急迫依法院之意見定之

程序

第三 聲請證據保全之程序 聲請證據保全得以書狀或言詞（此時須作筆錄）爲之其聲請應表明左列各款事宜（民訴法第三百六十三條）

（一） 他造當事人 即現時所提之訴訟或將欲提起之訴訟之相對人是也不能指定他造當事人者其不能指定之理由應表明之

（二） 應保全證據之事實 此時不問證據是否重要均可爲證據調查爲保全計也故不須爲事實上之証明祇須表明應証事實足矣

（三） 應保全之證據

(四) 求證據保全之理由 卽證據方法恐其滅失或礙難使用或有相對人同意均應表明

裁判

第四 關於聲請證據保全之裁判 證據保全之聲請甚屬簡易由受聲請之法院以裁定裁判之爲裁定前應就保全證據之要件(三六一)管轄之有無(三六二)聲請是否合於程式(三六三)加以調查至應証事實是否重要不得查究而以裁定命爲證據保全者應表明證據方法及應保全證據之事實俾當事人得知證據保全之範圍駁回證據保全聲請之裁定得爲卽時抗告與聲請人有至大之利害關係故也若係命行保全證據之裁定不得聲明不服蓋法院爲保全一造之證據方法所爲之行爲與他造並無損害可言故毋庸許他造聲明不服以免訴訟遲延(民訴法第三百六十四條)

調查證據

第五 調查證據

(一) 特別代理人之選任 他造當事人不明其所在或調查證據期日不及傳喚他造當事人者法院得因保護該當事人關於保全證據之權利以裁定爲其選任特

別代理人但應否選任仍依法院自由意見定之（民訴法第三百六十七條）

第四十九條第二項至第四項規定於前項情形準用之

（二）證據調查期日之傳喚 法院准許保全證據應以職權指定（或由受命推繕受託推事指定）調查證據之期日傳喚聲請人並應於期日前將聲請書或筆錄事本及裁定送達於相對人或其特別代理人而傳喚之以保護相對人之利益且使相對人有若何之意見可以同時陳述不至他日猶有異議之聲明也但以急迫情形無傳喚相對人之時間（特別代理人自應選任其易於到場者雖有急迫情形仍當傳喚）即不傳喚本人送達繕本及裁定而調查證據亦不因此而無效（民訴法第三百六十六條二項）如他造當事人不明其所在者更無傳喚之可言又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調查證據仍應照行（民訴法第三百六十六條一項第二百八十一條）

（三）調查證據之法則 因保全證據而為調查者亦與一般之調查證據同應依一般調查證據通則及關於人証書証鑑定勘驗之法則行之故應準用民訴法第二

編第一章第三節之規定（民訴法第三百六十六條一項）詳言之即調查證據期日當事人雖不到場亦應行之於有特別規定時得使或應使受命推事或受託推事調查證據且可囑託外國官署或駐在外國之中國大使公使領事調查證據聲請人不遵命預納費用者亦得不為調查證據

（四）調查筆錄之保管 因保全證據而為調查事項記載於筆錄而由命為調查之法院保管以免變更之弊（民訴法第三百六十八條一項）受命或受託推事調查者亦同當事人等依第二百三十三條規定得向法院書記官聲請閱覽或抄錄該筆錄且得預納費用求付繕本或節本

利用證據保全之結果

第六 當事人利用證據保全之結果

聲請證據保全之人及他造當事人均得於訴訟程序利用調查證據之結果他造當事人雖於調查證據期日未受傳喚或於聲請時未經表明者亦同其利用調查證據之結果時應於受訴法院之言詞辯論本於筆錄陳述其結果（民訴法第三百六十八條二項）

費用

第七 保全證據之費用

茲所謂保全證據之費用應解爲包括證據保全程序之一切費用而言故如聲請費用及選任特別代理人之費用等亦在其內此等費用非可於證據保全程序裁定之而應於現在繫屬或後應繫屬之訴訟作爲訴訟費用之一部依一般原則定其應由何人負擔（民訴法第三百六十九條）當事人所支出之此等費用如係爲伸張或防衛權利所必要者應於本案判決上宣示之由其負擔訴訟費用之一造賠償於勝訴之一造雖其調查證據之結果未經訴訟利用亦然

第四節 和解

和解之意義及其種別

和解者當事人互相讓步就某項法律關係彼此停止爭執或除去不明確之狀態或罷去實行某請求權不確實之狀態之契約也有將全案訴訟而爲和解者亦有將訴訟中之某爭點而爲和解者又和解有訴訟外（審判外）和解與訴訟上（審判上）和解二種訴訟外之和解者當事人於訴訟外所結之和解契約也此種和解契約純爲私法上之一種法律行爲雖亦得於訴訟上主張以爲訴訟資料然究不能直接發生訴訟上之效力命

訟上之和解者當事人於訴訟上所結之和解契約也必於受訴法院或試行和解之受仍推事受託推事面前爲之始生效力此種和解一面仍爲私法上之法律行爲故其效力之應適用私法法規而一面則爲訴訟法上之訴訟行爲故其效力又足以直接完結兩造訴訟或某爭點訴訟上之和解必在受訴法院或受命推事受託推事前爲之否則僅能成立民法上之和解不能成立訴訟上之和解單純民法上之和解不生終結訴訟或某爭點之效果故當事人於訴訟外就爲訴訟標的之法律關係或訴訟之某爭點爲和解後如欲使訴訟或該爭點終結非從其合意之內容更爲訴訟上之和解或訴訟之撤回不可

訴訟之和解爲當事人兩造之合意並非法院與當事人之合意在受訴法院或受命推事受託推事前所爲之和解者即當事人間有此合意將其事當面呈明於法院之意也

茲就訴訟上之和解程序說明之

訴訟上和解之程序

(一) 訴訟上和解之程序

甲 受訴法院（三級審法院）不問訴訟程度如何得依聲請或依職權於言詞辯論時就訴訟或訴訟之某爭點試行和解

乙 受命推事或受託推事亦不問訴訟程度如何得依受訴法院（三級審法院）

之命令或囑託試行和解

丙 於言詞辯論時試行和解成立者應記明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法院書記官應作和解筆錄第二百零三條至二百一十條規定於作製和解筆錄準用之

和解之強制執行即本於言詞辯論筆錄或和解筆錄爲之

訴訟上和解之效力

（二） 訴訟上和解之效力

甲 訴訟上之和解成立有使訴訟或爭點終結之效力詳言之即該和解若係關於訴訟者則訴訟不待裁判而終結若係關於訴訟之中間爭執或訴訟之某爭點者則中間爭執及爭點不待裁判而終結其效果完全與已經裁判確定同當事人於裁判後爲訴訟上之和解者則裁判失其效力當事人間之關係即依和解之趣旨辦理

乙 訴訟上之和解若適於強制執行者則有執行力

丙 當事人於爲訴訟上和解除後應按其趣旨或依法律之規定以負擔訴訟費用（參照八六）

丁 關於訴訟標的之和解有無與既判力相類之效力學者間頗多爭議有謂和解非判決之代替無既判力者民訴法特以明文規定和解既與判決同爲一種終結訴訟或爭點之表示則應認爲與判決同有既判力故當事人關於訴訟標的之和解成立者就該法律關係不得更行起訴以免解釋上之紛爭若更行起訴法院應依職權駁回（民訴法第三百七十二條）

第五節 判決

第一款 判決

判決之意義及其適用

判決者法院對於訴訟當事人所爲之宣言變詞言之即係法院對於當事人所爲之一種意思表示也法院之訴訟行爲有意思表示與其他行爲之別其行爲之屬於意思表示者固多而非意思表示者亦不少例如聽當事人陳述及調查證據皆非意思表示之行爲也其宣言之內容有關於訴訟程序上之爭點者有關於當事人私權上之爭點者要之終

結訴訟程序脫離該審級之時適用之也

裁判依各國立法例言多分判決決定命令三者惟我民訴法則僅將裁判分爲判決裁定二種判決係法院對於當事人爲之而裁定則法院或審判長受命推事受託推事對於當事人或第三人所爲之宣言也

裁定不經言詞辯論爲之而判決則除法有明文外概須經言詞辯論爲之

關於裁判之基礎程式宣示送達更正補充及其羈束力等民訴法以其爲各審級之判決所共通適用故於第一編總則中設總括規定民訴法第二編第一章中所規定之判決爲第一審程序之各種判決及判決之宣示假執行與其確定力等至第一審程序所應爲及得爲之裁定則散見於各條茲編爲便於檢查及易於明瞭起見凡關於判決之形式及實質問題概彙聚於本節中述之

茲將判決程序分別言之

判決之時機

第一 判決之時機

終局判決

一 應爲終局判決之時

民事訴訟法

甲 應爲全部終局判決之時

1 訴訟可爲裁判時法院應爲終局判決（民訴法第三百七十三條一項）如調查證據完畢言詞辯論終結熟於爲判決之時是也

2 合併辯論之數宗訴訟其一可以裁判者法院亦應爲終局判決（民訴法第三百七十三條二項）例如合併辯論之訴訟有四僅其一訴可以裁判其他三訴或言詞辯論尙未終了或證據調查尙未完結法院就可以裁判之一訴應先爲終局判決此等以數宗訴訟之所以合併辯論不過爲審理之便宜計其中一訴既至可以裁判之程度自不得因他訴不能裁判之故而妨止其終結也

乙 應爲一部終局判決之時

1 訴訟標的之一部或以一訴主張之數項標的中其一可爲裁判者法院得爲一部之終局判決（民訴法第三百七十四條前段）所謂訴訟標的之一部可以終結者如提起消費貸借之訴請求千元僅其中五百元互有爭議則就其他無爭議之五百元可以裁判者是所謂一訴主張之數項標的中其一可爲裁判

者如提起共同訴訟或合併訴訟有一訴訟標的可以裁判者是此時法院斟酌情形得爲一部之終局判決

2 提起反訴時本訴或反訴有可爲裁判者法院亦得爲一部之終局判決（民訴法第三百七十四條後段）

凡爲一部之終局判決亦與就訴訟全部爲終局判決無異得獨立提起上訴再審及請求強制執行當事人無強法院先爲一部判決或不爲一部判決之權

丙 應爲捨棄判決之時 原告於言詞辯論中捨棄其關於訴訟標的之主張不爲維持者法院應本其捨棄爲駁回原告請求之判決（民訴法第三百七十六條）
夫原告捨棄其訴訟標的之主張時（捨棄請求）由法院書記官載於筆錄而訴訟即以完結本無須更爲判決惟此所以規定應爲駁回之判決者蓋恐原告日後再向被告就同一訴訟標的更爲起訴也

丁 應爲認諾判決之時 被告於言詞辯論認諾原告關於訴訟標的之主張不爲反對者法院應本其認諾爲被告敗訴之判決（民訴法第三百七十六條）夫被

告認諾原告訴訟標的之主張時（認諾原告之請求）由法院書記官記載於筆錄而訴訟即以完結本無須更爲判決惟此所以規定應爲被告敗訴之判決者蓋恐被告不履行義務將來原告請求強制執行以便有所依據免得再爲判決故也

中間判決

（二）應爲中間判決之時

甲 各種獨立之攻擊或防禦方法或中間之爭點如可爲裁判者法院得爲中間判決（民訴法第三百七十五條）所謂獨立之攻擊或防禦方法者原告或被告所主張之事實不待他之事實補助逕能發生法律上之效果者是也苟各種獨立之攻擊或防禦方法可以裁判而不裁判則其結果勢必生訴訟錯綜之弊

乙 請求之原因及數額有爭執者法院得先就其原因爲中間判決（民訴法第三百七十五條）此在請求原因與請求數額併有爭執時適用之此種爭執在損害賠償之訴共有物分割之訴及公司損益分配之訴等見之此時法院得先就其原因爲判決若判決其原因爲不當則就數額無辯論裁判之必要是終局判決也若判決其原因爲正當則不得不再就數額進行辯論裁判是中間判決也

判決之範圍

第二 判決之範圍

法院應就聲明之事項爲判決是爲原則但有特別規定者得不待聲請逕以職權爲裁判（民訴法第三百八十條）蓋民事訴訟法係採用不干涉審理主義法院不得涉及當事人聲明之範圍外而爲判決故設此原則此原則於各程序各審級均適用之所謂特別規定如左

一 法院不待當事人之聲明應於終局判決爲訴訟費用之裁判（九一）

二 法院不待當事人之聲明應於具備一定條件之判決爲假執行之宣示（三八一）

判決之資料

第三 判決之資料

民事訴訟法採用言詞主義法院於判決前須令當事人以言詞辯論（民訴法第二百十二條）以辯論所得及調查證據之結果爲判決之基礎所有當事人之聲明及陳述以提供判決資料爲目的者必於言詞辯論中以言詞爲之始爲有效其以言詞提供之資料雖未見於該當事人提出之書狀者法院亦應斟酌及之如未以言詞提供而僅於當事人辯論前或辯論後提出之書狀中表明之者則不得以爲判決之基礎故法院應斟酌全辯論之意旨及調查證據之結果依其自由心証判斷事實

之真偽耳但依特別規定第三審法院之判決通常不經言詞辯論爲之

判決之種類

第四 判決之種類

(甲) 對席判決遲誤言詞辯論期日之判決 對席判決者就訴訟事件經常事人兩造之言詞辯論所爲之判決也經兩造言詞辯論所爲之判決無論對於原告爲勝訴之宣示或對於被告爲勝訴之宣示概爲對席判決遲誤言詞辯論期日之判決者不本遲誤言詞辯論期日之效果所爲之判決也此雖僅經一造言詞辯論所爲之判決而對於不到場不爲辯論之一造不使受遲誤之效果與德國訴訟法上之缺席判決有異此可稱通常判決亦可稱準對席判決

(乙) 終局判決中間判決 終局判決者對於當事人兩造或一造使訴訟事件在該審級終結之判決也例如關於上訴之判決或當事人由訴訟脫離之判決是中間判決者非使訴訟事件在該審級終結之判決也不過爲終結判決之準備就訴訟進行中所生之爭點而爲之判決也故有中間判決時不能謂法院就訴訟事件已脫離關係

(丙) 全部判決一部判決 終局判決中以完結訴訟事件之全部為標的者全部判決也就訴訟標的之一部或數項標的之一部而為判決者一部判決也

(丁) 給付判決確認判決創設判決 給付判決者確定原告之私法上請求權且對於被告命令其履行義務之判決也確認判決者確認法律關係存在不存在之判決也創設判決一稱形成判決一稱權利變更之判決權利變更之判決者即係變動法律上效果之判決也

(戊) 棄捨判決認諾判決發回判決 捨棄判決及認諾判決均已述之于前至發回判決者上級法院依照民訴法規定發回下級審更審之判決也

遲誤言詞辯
論期日之判
決程序

第五 為遲誤言詞辯論期日之判決之程序 據民訴法規定言詞辯論期日當事人之
一造不到場者許到場當事人由其一造辯論而為判決

前項判決應斟酌當事人未到場以前辯論及調查證據之結果並未到場人訴狀或答辯狀並其他準備書狀之陳述未到場人以前聲明之證據方法其必要者應調查之被告雖未提出答辯狀如于前開言詞辯論期日後之辯論期日仍不到場者亦准

依一造辯論而爲判決（民訴法第三百七十七條）

以上所述者爲遲誤期日之終局判決若法院專因應爲中間判決標的之事項特行指定言詞辯論期日者亦得依第三七七條爲遲誤期日之中間判決言詞辯論期日當事人之一造不到場者由其一造辯論而爲判決但有左列各款情形之一者法院應駁回其聲請並延展辯論期日（民訴法第三百七十八條）

1 不到場之當事人未於相當時期受合法之傳喚者

當事人未受傳喚或其傳喚未於相當時期爲之或送達不合法者雖該當事人屆期未到場不得認爲遲誤故不得使生不到場之效果

2 可認當事人因天災或其他不可避之事故不能到場者

不可避之事故無論係一般周知或係法院依當事人之書狀得知苟係因此不能到場即不宜對之爲遲誤期日之判決

3 到場之當事人於法院應依職權調查之事項不能爲必要之證明者

所謂法院應依職權調查之事項指爲訴訟要件之事項而言此唯限於到場之當事人

求爲本案之判決時適用之蓋本案之判決必原告之訴合法者始得爲之故無論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其舉証之責若不能証明其存在法院自不能爲本案之遲誤期日判決

4 到場當事人所提出之聲明事實或證據未於相當時期通知他造者當事人有過失不到場固得依第三百七十七條辦理當事人於言詞辯論期日雖經到場而不爲辯論或任意退庭者亦視與不到場同（民訴第三百七十九條）應適用第三百七十七條之規定爲終局判決

判決之推事

第六 判決之推事 非參與基礎辯論之推事不得參與判決（民訴法第二百十二條二項）此指判決基礎之辯論而言若調查証據不在此限凡常人提供判決資料之辯論皆爲判決基礎之辯論不以最後期日之辯論爲限故於當事人基礎辯論期日臨席之推事若因疾病或轉官等有所變更則不得不再開辯論蓋以民事訴訟係採用言詞審理主義直接審理主義爲原則非以言詞提供僅於書狀中提供之資料不得爲判決之資料苟無此種限制則不得達言詞及直接審理主義之目的故應以最終參與辯論

之推事爲判決之推事

判決之宣示

第七 判決之宣示 宣示者法院告知當事人以判斷意旨之謂也即由法定員數之推事列席公開法庭由審判長朗讀判決主文爲之也除不經言詞辯論之判決外應爲宣示以期對於外部完全成立（民訴法第二百十四條一項）否則雖合議法院爲如何判決之評議決議獨任法院爲如何判決之意思確定而其判決尙不能謂爲成立蓋合議雖已決議單獨推事之意見雖已確定在未爲宣示以前尙得更爲協議或任意變更故以宣示爲必要

1 宣示判決應於言詞辯論終結之期日或辯論終結時指定之期日爲之指定宣示期日自辯論終結時起不得逾五日（民訴法第二百十四條二項三項）

2 宣示判決應朗讀主文爲之以使確實明晰並以担保其宣示之判決與記載於判決書者相符故非先作成判決書或判決主文不可但捨棄判決及認諾判決則較爲簡單得於未作主文前宣示之至判決理由應宣示與否可由審判長酌定若認爲應諭知判決理由者並應朗誦理由或口述其要領（民訴法第二百五條）

3 宣示判決不問當事人是否到場均有效力於宣示時不到場之當事人不得聲請回復原狀（民訴法第二百十六條）蓋宣示判決不須當事人行爲不論當事人是否在庭亦不待判決書之送達依其宣示即可發生效力

4 判決應宣示者經宣示後成立不宣示者經送達後成立（民訴法第二百二十二條）

5 當事人於判決宣示後得不待送達本於該判決爲訴訟行爲（民訴法第二百十六條二項）以使訴訟迅速進行例如爲中間判決時即得本此判決請求續行訴訟又對於第一審或第二審判決得於判決送達前向第二審或第三審提出上訴（四〇四，四四八）者皆其適例

6 宣示判決書記官應作宣判筆錄（民訴法第二百零四條一項五款）

判決書

第八 判決書

（子） 判決書應記明之事項 判決應作判決書記明左列各款事項（民訴法第二百零十七條）

1 當事人姓名年齡住所或居所當事人爲法人或其他團體則記其名稱及事務所此種規定意在表明當事人爲何人俾不至與他人相混故僅須記明當事人之姓名住所或其名稱及事務所若尙不足以示區別者則並應記明其職業及身分等此等事項應以訴狀所載爲據然至起訴後若其事項有所更正或當事人有變更或追加者於判決書內表明當事人時不可不斟酌之又當事人之從參加人（從當事人）亦不可不於判決書內表明如判決書內未將當事人表明其判決爲有法律上之疵累得爲上訴之理由且其判決即爲確定亦無確定之效力但所記載稍欠正確得依判決之內容或訴訟卷宗更正者不在此限

2 當事人之法定代理人及訴訟代理人姓名住所或居所 未經記明之效果與前款同其記載有欠缺或錯誤得依第二二三條更正之

3 主人 主文者對於當事人所爲之裁判也易言之卽在如何範圍內認許當事人之聲明或排斥當事人之聲明之表示也主文宜以簡明概括之語揭明若判決書所揭主文與宣示之主文不符得爲上訴理由如主文有缺漏則與未爲判決同

4事實 法院所爲之判決係就事實而適用法律故應記載爲裁判基礎之事實如當事人在言詞辯論中之聲明及其提出之攻擊或防禦方法並調查證據所得結果（如証人鑑定人之陳述証書之內容勘驗之所得）之要領不可不爲記明此外如當事人之變更及依職權命行證據調查等事亦應於事實項下記明記載事實務須扼要

5理由 判決之理由者指判決主文所由以生之理由卽係認許當事人之聲明或排斥當事人之聲明之論據也理由項下應記明論究當事人攻擊或防禦方法之意見及法律上意見若理由矛盾或不明瞭則爲不附理由之判決得以此爲上訴理由又得心証之理由亦應記明於判決

6法院 不記明法院得爲上訴之理由且其判決確定亦無確定之效力此外如年月日及判決之得爲上訴者其上訴期間及上訴法院均應記明

（丑）判決書之簽名 判決書應由判決之推事簽名以擔負其責任若推事中有因故不能簽名者由審判長附記其事由審判長有事故者由資深陪席推事附記之

(民訴法第二百一八條)否則得爲上訴之理由如因推事有故不得於判決書簽名且亦無由行附記之補充辦法或並不能作判決書者如其判決已宣示即屬已經成立不得自行廢棄其裁判更爲辯論(二二二)惟當事人得以判決有法律上之疵累提起上訴而已

(實)判決原本與正本繕本節本之交付 審判長應自宣示判決之日始五日以內將判決原本交付書記官以防訴訟之遲延而書記官應於判決原本記明領收日期並簽名(民訴法第二百十九條)正本繕本節本均爲原本外另作之本繕本照原本抄錄之本正本全錄原本內容而對於外部與原本有同一之效力節本係節錄原本之內容之一部者也

判決未經宣告或判決書未經推事簽名者其正本繕本節本均不得交付請求人(二三四)蓋以判決之原本雖已作製而在宣示判決以前對於外部尙不發生效力卽或已經宣示而未經推事簽名其判決書尙不能謂爲成立又判決之正本節本應記明其爲正本節本字樣由書記官簽名並蓋法院之印以爲認證(民訴

法第二百二十一條

判決之送達

第九 判決之送達 判決雖因宣示而成立然其他重要效力如強制執行開始之效力回復原狀及上訴期間進行之效力等則尙待送達而後始能發生此種判決正本之送達應以職權爲之即不問通常訴訟特別訴訟之判決書記官收領判決原本後應于十日內作成正本送達（民訴法第二百二十條）

判決之更正

第十 判決之更正 判決如有誤寫誤算或其他類此之顯然錯誤者法院隨時得以裁定更正之判決正本與原本不符者亦同所謂其他顯然錯誤者如添註文字之類一見即甚明瞭者是也蓋更正判決事屬簡易得不經言詞辯論逕以裁定之形式裁判之惟更正之裁定應附記於判決原本及正本若正本已經送達不能附記者應作制裁定正本送達當事人駁回聲請更正之裁定不許當事人聲明抗告（民訴法第二百二十三條）

判決之補充

第十一 判決之補充 判決之補充之時有二
（一）於主請求或從請求之判決有脫漏時 法院之判決係判斷當事人訴訟標的

之全部是爲原則若就主請求或從請求有脫漏不爲判決者應依聲請以判決補充之

(二)於費用全部或一部之判決有脫漏時 訴訟費用之担負雖無當事人聲明亦應依法判決若就費用有脫漏不爲判決者仍應依聲請以判決補充之

右列情形由法院以補充判決補充但不得以職權爲之蓋民事訴訟係採用不干涉審理主義也當事人聲請補充判決應在判決送達後十日以內爲之法院本其聲請就脫漏之部分如已辯論終結者應不行辯論即爲判決如未經辯論終結或參與前判決之推事已有變更者審判長應即指定辯論期日予以審判補充判決得依通常上訴程序提起上訴駁回補充聲請以裁定爲之(民訴法第二百二十四條)

判決之確定

第十二 判決之確定

判決處於不能變動之狀態即不能變更判決之內容時謂之判決確定判決於上訴期限屆滿時確定但於上訴期限內有上訴者阻其確定不得上訴之判決於宣示時確定不宜示者於送達時確定(民訴法第三百八十九條)一經確定凡應受該判決之羈

束者即應受此判決之拘束此判決之羈束力學者又謂爲形式的確定力

判決確定之始期如左

I 不得提起上訴之判決因左之情形而確定

a 因宣示而確定者如第二審法院關於假執行之判決

b 因送達而確定者如第三審不經言詞辯論之判決是

2 得以提起上訴之判決因左之情形而確定

a 上訴期間屆滿時 但亦有例外如當事人以不能預見或不可避之事故請求回

復原狀爲法院所准許者其判決仍不確定

b 當事人捨棄上訴權或撤回上訴之時雖未經過上訴期間亦生形式的確定力

判決之已否確定法院應以職權調查

法院書記官得依聲請付與判決確定或不變期間內未經提起上訴證明書至判決確定之證明書由第一審法院書記官因聲請付與之是爲通例但卷宗在上級法院時爲便利計不變期間內未提起上訴之證明書即由上級法院書記官付與之（民訴法第

三百九十條

判決之效力

第十三 判決之效力分述如左

羈束力

(一) 判決之羈束力 羈束力一稱形式的確定力即支配人之行為之效力也詳

言之受判決羈束者如判決係命令其行為則不可不遵判決為某行為如判決係禁止其行為則不能為與判決意旨相反之行為

羈束力可分為五種說明之

1 對於為判決法院之羈束力

2 對於其他法院之羈束力

3 對於行政機關之羈束力

4 對於當事人之羈束力

5 對於第三人之羈束力

1 對於為判決法院之羈束力 民訴法第二百二十二條所定判決之法院受判決之羈束云云係包含終局判決及中間判決而言且此種羈束效力一經判決宣示

或送達贖即發生縱其不變期間尙未屆滿即判決尙未確定爲判決法院亦應受該羈束力所拘束發生羈束力後爲判決之法院即不得廢棄變更原判決亦不得爲與原判決意旨相反之判決此原則也但該原則於左之情形不適用之

a 遲誤言詞辯論期日之判決 爲此項判決以後如當事人對該判決聲請回復原狀則須由原審法院重爲審判此時不適用羈束之限制

b 更審判決 由上級審發回更審之時從前所爲之原判決已由上級審以判決廢棄故可不受其羈束得基於新訴訟資料而另爲裁判

c 再審判決 再審係就已終了之訴訟程序重開審理就已確定之判決重爲裁判故再審程序不受從前確定判決所羈束

2 對於其他法院之羈束力 不問通常訴訟程序特別訴訟程序關於認定事實問題原則上本不受其他法院裁判之羈束蓋事實之認定係事實審之專權也然此原則（一）不能擴張於其他事項祇以認定事實問題爲限（二）因審級制度或其他理由有時甲法院之審判應以乙法院認定之事實爲基礎此二種情形可

謂對於上開原則發生例外此例外情形某法院之裁判有時得以羈束他法院據
民刑訴訟法規定一法院之判決對於其他法院有羈束力之情形如左

a 宣示管轄錯誤之判決 此判決確定時其後應行受訴之法院即受其羈束其
在為確定判決之法院固不得自為審判而其後所應係屬之法院亦不得拒不
受理（民訴法第二十八條）

b 發回之判決 上級法院廢棄或變更原判決將事件為發回更審之判決者受
發回之法院不可不受理該事件又第三審所為法律上之判斷受發回之法院
審判該事件應受第三審之意見所羈束此於民訴法第四百四十五條已有明
文規定惟第二審法院之法律上判斷有無羈束受發回之第一審法院之效力
法文未有規定因而學者間議論紛歧但按之條理不能不認為有羈束第一審
法院之效力

c 創設判決 創設判決者非確定已存之事實或法律關係係一種變更權利之
裁判也創設判決原則有羈束其他法院之效力例如民事法院所為之離婚判

決確定後妻與人通姦提起公訴刑事法院不能忽視離婚判決誤認爲有夫之婦爲有罪之判決

d 附帶民事訴訟之判決 刑訴法第五百十三條曰刑事判決所認定之事實以關於犯罪之證明及責任者爲限有拘束附帶民事訴訟或獨立民事訴訟之效力

3 對於行政機關之羈束力 司法權與行政權其間本無從屬的關係各各獨立互相對峙行政權之效力不能及於司法權之上亦猶法院不能以民事裁判左右行政處分惟此原則法律上則有例外故有時行政機關不可不從民事裁判之趣旨以爲行動其應從民事裁判行動之情形約舉如左

a 關於登記權利之民事判決 登記官吏應從民事判決決定之意旨而爲登記即其例也此時登記官吏不得以確定判決違法亦不得以判決不適於事實真相爲原因拒絕登記若登記官吏違法拒絕則利害關係人得向該管法院聲明抗告

b 關於人事裁判 關於人事之判決或關於人事之其他裁判戶籍吏應受其羈束本諸婚姻無效撤銷婚姻與離婚之確定裁判撤銷戶主承繼之確定裁判宣示亡故與撤銷宣示亡故之確定裁判等聲請登記者戶籍吏不得以裁判不合法裁判不當爲理由拒絕登記

c 關於確定權利之裁判 凡國家行政上之處置應以私法上之權義存否爲前提者苟有爭執均應以民事裁判爲根據此卽行政機關應受民事訴訟判決羈束之情形

4 對於當事人之羈束力 訴訟當事人就法院對於自己所爲之確定判決有不能不服從之義務若不服從判決權利人得依強制執行法之規定請求強制執行縱因事物之性質上不能爲強制執行而法律上仍視爲與執行有同一之效力此外如訴訟當事人不能違反確定判決之趣旨而爲主張時亦係依羈束力發生之效果

5 對於第三人之羈束力 判決之效力止及於訴訟當事人不及於第三人乃爲原

則然此原則法律上亦有例外

a 判決對於從參加人有羈束力 參加人除有特別情形外對於其所輔助之當事人不得主張本訴訟之裁判不當民訴法第六十條已有規定此即係羈束力之效果

b 判決對於脫退之當事人有羈束力 參加人經兩造同意時得代其所輔助之當事人擔當訴訟參加人擔當訴訟者法院應依其所輔助之當事人之聲明以判決許該當事人脫離訴訟但本案之判決對於脫離之當事人仍有效力此民訴法第六十一條本有規定對於脫離之當事人有效力即係對於第三人有羈束力有羈束力即有執行力故此時確定判決仍得對於脫離之當事人強制執行

c 人事訴訟判決對於第三人有羈束力 人事訴訟之判決於人事訴訟程序中有特別規定對於第三人有羈束力此民訴法第五百四十七條第五百五十八條所明定

既判力

(二) 判決之既判力 既判力亦稱實質的確定力即判決對於新訴訟有拘束法院及當事人之效力也詳言之即為原訴訟標的之法律關係依此判決已確定其存否以後在新訴訟當事人不得更為反對之主張法院亦不得更為審判者是也

判決之既判力(一)限於判決主文所包含者故判決之理由無既判力(二)限於本案之終局判決故中間判決及不關本案之終局判決無既判力(三)限於判決確定之時故未確定之時即無既判力

既判力有主觀範圍客觀範圍之分

既判力之效力依民法規定約舉如左

甲 確定之終局判決中以本訴或反訴所主張之訴訟標的已經裁判者即有既判力當事人不得就該法律關係更行起訴(民法第三百八十八條一項)

乙 以抵銷抗辯所主張之反對請求其成立或不成立已經裁判者該裁判以主張抵銷之額為限有既判力不得更行主張(民法第三百八十八條二項)例如甲對於乙訴求履行一千元之金錢債務乙稱對於甲亦有五百元之金錢債權法

院裁判乙之五百元債權成立則以其五百元之債權爲限有既判力之類是

甲乙兩項情形法院應依職權調查之（民訴法第三百八十八條三項）

丙 確定判決對於當事人及訴訟拘束發生後爲當事人之承繼人者均有效力對於爲當事人或其承繼人占有請求之標的物者亦有效力此所以使同一訴訟標的不至屢生訴訟（民訴法第三百九十一條）

創設力

（三） 判決之創設力 創設力亦稱形成力卽判決有變動法律上效果之效力是也法律關係因判決而發生變更或消滅者卽判決之創設力也

判決之創設力（一）限於創設判決蓋唯此種判決始有使法律上效果變動之效力也（二）限於判決確定之時（三）該法律上效果若其性質上對於第三人亦發生效力者（五四七，五五八）則判決之創設力對於第三人亦屬存在

執行力

（四） 判決之執行力 此卽得據判決以請求強制執行之效力是也
判決之執行力（一）限於給付判決蓋以此種判決始適於強制執行（二）判決確定時或有假執行之宣示時

判決之執行一語如以廣義解之除強制執行外國家機關本其裁判而爲其他之行為以及裁判依其效力當然發生某法律上之效果者亦得稱爲執行判決之形成力亦執行力也

外國法院之
確定判決

第十四 外國法院之確定判決 外國法院之確定判決與內國法院之確定判決有同一效力可免反覆審判之煩甚爲利益但遇有左列各款情形則於中國或中國人不無妨害故民訴法不認有效（民訴法第三百九十二條）

一 依中國法外國法院無管轄權者

二 敗訴之一造爲中國人而未到場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輔助送達者不在此限

三 認外國法院判決之效力有背公共秩序或善良風俗者

四 無國際相互之承認者

附期間之判
決

第十五 附期間之判決 判決中所命之給付其性質非長時期不能履行（如勞務之給付）或經原告應允將來履行（無論何種給付）法院得依職權於判決主文中定

相當之履行期間

經原告同意（應允）並係可分之給付者法院得依職權定分次履行之期間如金錢之給付是也但被告遲誤一次履行者其後之期間視與曾經屆滿同蓋被告既先違背判決不如期給付則此後之期間利益自可毋庸予以保護

判決中所定之履行期間自判決確定或宣示假執行之判決送達時起算（民訴法第三百八十七條）

第二款 判決中假執行之宣示

假執行宣示
之意義及其
必要

假執行之宣示者判決未曾確定而許其執行之審判上宣示也本宣示假執行之判決而為執行係強制執行非如假扣押而為保全執行之程序蓋其效力與確定判決同夫未確定之判決不能執行是為原則而所以認有此種制度者無非為保護債權人之利益也假執行之宣示通常由為該判決之法院為之然亦有於上訴後由上級法院為之者（三八四，四二四）

凡判決經宣示假執行者其效力並及於該判決中關於訴訟費用之裁判

假執行宣示
之情形

第一 關於假執行宣示之情形 據民訴法規定關於假執行之宣示有因職權者有因

債權人聲請者亦有因債務人之聲請而宣示不許假執行或駁回聲請假執行者茲分別說明於次

(一) 因職權宣示假執行 法院於左列各判決應依職權爲假執行之宣示(民訴法第三百八十一條)

一 命履行扶養義務之判決 扶養通常爲權利人所亟需應使義務人迅速履行故其判決應宣示假執行但其範圍以起訴前最近六個月分或訴訟中履行期已到者爲限因此已足應權利人之亟需也其扶養之義務無論係本於法律之規定而生或係本於契約或遺囑而生者均屬之

二 就民訴法第三百九十三條第二項第一款至第五款訴訟所爲被告敗訴之判決此等訴訟或則單簡其命被告敗訴之判決不當者較少或則經徵縱令其判決被上級審廢棄影響亦非甚大且其訴訟之原告往往希望迅速執行故應予宣示假執行

(二) 因聲請宣示假執行 法院於債權人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時得依其聲請而爲假執行之宣示（民訴法第三百八十二條）

（三）因債務人之聲明宣示不許假執行或駁回假執行之聲請，債務人釋明因假執行恐受不能回復之損害者若係第三百八十一條之情形則法院應依其聲請爲不准假執行之宣示若係第三百八十二條之情形則應駁回債權人假執行宣示之聲請又法院得依債務人之聲請准債務人預供担保或將請求之標的物提存而免假執行（民訴法第三百八十三條二項）蓋以假執行之制原爲保護債權人之利益而設自係利益於債權人但若僅顧債權人一造將債務人之利益置之度外亦非公平之道故法律設此規定以保護債務人也

第二 宣示假執行之程序

假執行宣示之程序

（一）假執行之聲請 關於假執行之聲請可視爲訴訟標的之一部故須於言詞辯論終結前爲之（民訴法第三百八十四條一項）

（二）關於假執行之裁判 關於假執行之聲請既可視爲訴訟標的之一部則關

於假執行之裁判亦可視為本案判決之一部雖非實體上之請求亦應記明於主文（民訴法第三百八十四條二項）

法院為判決時依法律之規定應宣示假執行而未為此項宣示或債權人已聲請宣示假執行而未就其聲請為裁判者雖與第二百二十四條所謂判決有脫漏不同然依第三八五條規定准債權人聲請補充判決關於該聲請及其裁判之程序均準用第二百二十四條規定如債權人遲誤聲請補充判決之期間者即已不得為此聲請得俟對於判決有上訴後更於第二審為宣示假執行之聲請又依聲請回復原狀如已回復本案之辯論者亦得於其辯論更為宣示假執行之聲請然債權人就法院忽視假執行聲請之點不得以上訴聲明不服也

假執行效力之喪失

第三 假執行效力之喪失（民訴法第三百八十六條）

宣示假執行之本案判決或該宣示於上訴後經上訴審廢棄或變更之者其假執行之宣示於所廢棄及變更之限度內失其效力本案判決或該宣示於聲請回復原狀後由原法院廢棄或變更之者亦同宣示假執行之本案判決被廢棄或變更者被告得向原

告請求返還給付併賠償損害此以本案判決被廢棄或變更者爲限故僅假執行之宣示被廢棄或變更者不在此限被告向原告所爲之給付無論係因強制執行而爲者或係任意所爲者但以因有假執行之宣示而爲者爲限債務人所受之損害如其支出之費用失去之利息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皆屬之其請求權之成立不問原告有無過失雖由原告之法定代理人或訴訟代理人爲關於假執行之行為受給付者原告亦應負其責任被告所有返還給付及賠償損失之請求不待廢棄或變更原判決之判決確定或宣示假執行即得主張之其主張此項請求固得依一般規定另行起訴或提起反訴而法律爲被告之便利計更許其不依反訴之規定且不問訴訟在何審級得於現在繫屬之訴訟中主張之其於現在訴訟主張此項請求之聲明卽係一種事項之聲明應於爲廢棄或變更原判決之判決前於其言詞辯論中爲之在第二審爲此聲明毋庸經他造當事人同意在第三審亦得爲此聲明爲聲明時雖不必他造當事人在場但非預行通知原告不得求爲一造辯論之判決（二五一三七八）

第二章 簡易訴訟程序

簡易訴訟程序之意義及其必要

簡易訴訟程序者以審判簡易事件或急速事件為主之訴訟程序也其編制純為獨任制故其程序亦不可不較為簡易雖與地方法院同為第一審法院但地方法院之第一審程序因編制之制度審理之程序不同於簡易訴訟程序不能全然適用故簡易訴訟程序不能無特別之規定所謂特別之規定如何於下列各節分論之

第一節 起訴方法

起訴方法

通常訴訟程序之起訴原則上須以訴狀提出於法院為之（二三五）而簡易訴訟程序之起訴雖亦得用書狀但亦得依左之方法行之

起訴及其他聲明或陳述得以言詞為之以期簡捷（民訴法第三百九十四條）其訴訟拘束即適用通常訴訟程序自訴之提起始

以言詞起訴者必須於推事前為之以便不明法律者可受推事之指導並由書記官作成筆錄向原告朗讀或交令閱覽又推事就當事人應陳述之事項若其陳述有疵累應為必要之指示如經指示以後當事人仍求將其陳述記明於筆錄者推事不得拒絕以保存當

事人之真意（民訴法第三百九十五條）

第二節 辯論程序

言詞辯論前
之準備

第一 言詞辯論前之準備 以言詞起訴者應將筆錄繕本與言詞辯論期日之傳票一併送達於被告俾被告得知原告起訴之意旨以便有所準備（民訴法第三百九十六條）

就審期間至少應留三日但遇有急迫情形並可縮短（民訴法第三百九十六條）蓋簡易訴訟程序事件既係簡單又多應急速處分者故就審期間亦較短俾訴訟得以迅速完結人民權利得以迅速確定耳言詞辯論期日之傳票應記明當事人務於辯論期日攜帶所用証書之原本或勘驗之標的物及偕同所舉証人到場（民訴法第三百九十七條）意在使辯論迅速終結但此為訓示的規定耳

言詞辯論得以書狀或筆錄準備之（民訴法第三百九十八條）

第二 言詞辯論之簡易程序

通常開庭之日（指法院平時預定之日照例應於此日開庭審理民事訴訟事件者而

言詞辯論之
簡易程序

言)當事人間之訴訟雖未指定其日爲言詞辯論期日然是日如爲法院通常開庭之日則當事人兩造自行到場就該訴訟爲辯論時應即聽其辯論但其辯論應在法院平時辦公時間以內且得法院之許可者始得爲之自不待言(民訴法第三百九十九條)

第三節 適用簡易訴訟程序之事件

第一 依訴訟標的之性質適用簡易程序者

依訴訟標的之性質屬簡易訴訟程序者有六(民訴法第三百九十三條二項)此則或爲輕微事件或爲簡單事件或爲應迅速辦結事件故不問金額價額如何概適用簡易程序故曰依訴訟標的之性質而定也

子 出租人或承租人因接收房屋或遷讓使用修繕或因扣留承租人之家具物品涉訟者 此須以房屋之租借關係爲其訴之原因故以租期已滿提起遷讓房屋之訴者固屬本款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不在本款規定之列又本款之訴訟以關於遷讓使用修繕或扣留家

其物品者爲限若確定租借關係是否存在請求給付租金損害房屋請求賠償之訴概不得適用本款

丑 雇用人與受雇人因雇傭契約涉訟其雇傭期間在一年以下者 其期間在一年以下之事件即係輕微事件其契約關係存續之時固不待論即契約關係消滅後凡因雇傭所發生之請求權皆屬本款規定之內故如確定雇傭關係是否存在之訴請求履行雇傭契約上義務之訴及因不履行雇傭契約上之義務請求賠償之訴於雇用人與受雇人之間發生訟爭而未定有超過一年之雇傭期間者皆屬之

寅 旅客與旅館或飯店主人或運送人因關於食宿運送費或因寄存行李財物涉訟者 此必須旅客爲當事人之一造所謂旅客者以現在旅行中之人爲限若已停其旅行而在一定之地寄寓者即非本款所謂旅客又本款訴訟以關於旅行中所發生之法律關係爲限此歸簡易程序者爲求可以迅速斷結也

卯 因求保護占有涉訟者 占有之訴乃對於本權之訴而言即占有被害或有

被害之虞時依民法上保護占有之規定所提起維持占有之訴保全占有之訴收回占有之訴等皆屬之其訴之目的在使相對人承認其占有或防止其占有權利之侵害也此歸簡易程序者亦爲須迅速處理計也

辰 因定不動產之界綫或設置界標訴訟者 即以所有權地上權永佃權爲基本而確定不動產經界之訴訟故本款係指不動產之經界不明或就經界有爭而求定其界綫之訴訟而言與以境界爲訴之理由而求確定所有權範圍之訴訟有別故原告請求確定某土地至一定之界線爲止屬於自己所有者不得解爲本款之訴訟（乃爲所有權之訟爭）所謂設置界標之訴指不動產之境界本屬明確而求命被告協同設置界標之訴而言此須實地踏勘且須查明從來之習慣與其狀況故亦應用簡易程序便於調查計也

巳 其他訴訟經當事人合意聲請適用簡易程序者

第二 依訴訟標的之金額或價額應適用簡易程序者

凡關於財產權上之訴訟或以金額定之或以價額定之必有金錢上之利益可以計

依訴訟標的
金額或價額
適用簡易程
序者

算其標的之金額或價額在八百元以下者均應適用簡易程序此蓋以八百元以上之事件多屬重大而八百元以下之事件概屬輕微故也（民訴法第三百九十三條一項）

第三編 上訴審程序

第一章 第二審程序

第一節 第二審上訴之意義

上訴者不服第一審判決之當事人向上級法院求就事實之認定與法律之適用審查其判決之當否且爲自己之利益求廢棄或變更其判決之聲明也茲分別說明於次

第一 在第二審之上訴係當事人所爲之聲明 故第二審上訴程序因當事人具備一定條件提起上訴而後開始上級法院不能先自爲之此蓋以民事訴訟採用處分權主義故也

第二 上訴係不服第一審判決之當事人所爲之聲明 向第二審提起上訴不過於同一訴訟中所設之第二審級聲請覆審故上訴乃請求開始新訴訟程序並非提起新訴訟詳言之卽第二審法院欲求爲第二審判決程序之訴訟材料藉以斷定第一審判決之當否因而當事人在第二審得提起新訴訟材料第二審之辯論及裁判亦全爲更新但形式雖爲更新其實質仍係續行第一審之辯論故第一審之訴訟行爲於一定範圍

第二審上訴
之意義

內在第二審亦爲有效第一審之訴訟材料亦得爲第二審之訴訟材料惟得斟酌情形予以補充變更之是已

第三 上訴係向上級法院所爲之聲明 若向原審法院聲明不服則爲回復原狀之聲請或再審之訴之提起或對於支付命令聲明異議而非所謂上訴

第四 上訴係對於判決所爲不服之聲明 若對於裁定聲明不服則爲抗告而非所謂上訴

第五 上訴係就事實之認定與法律之適用審查其判決是否適當之聲明 若就法律之適用請求審查第二審判決之當否則係向第三審上訴而非向第二審上訴

第六 上訴係當事人爲自己之利益求廢棄或變更其判決之聲明 向第二審上訴之標的在求審查第一審判決廢棄其不當判決之效力而爲利益于己之裁判故必須第一審判決不利益於上訴人始得提起在第一審判決完全勝訴之人得以提起上訴與否學說上頗有爭執積極說謂在上訴審原得擴張請求故雖勝訴仍得提起上訴消極說則謂第一審判決不利益於上訴人乃爲上訴之合法要件故勝訴人不得提起上訴

但擴張請求與對於第一審已判決而上訴者有別自以後說爲當又向第二審上訴之標的既在請求第二審法院審核廢棄第一審不當之判決而再爲自己利益之裁判則自須陳述第一審辯論之結果且須繼續新爲辯論卽以其新辯論之趨旨爲基本而判斷第一審判決之當否

第二節 第二審上訴之要件

第二審上訴
之要件
管轄
法院

第一 管轄法院 上訴應向有管轄權之法院提起分說如次

一 事務管轄 不服地方法院及其分院第一審判決應向高等法院提起上訴
(法組法草案第十六條)

(二) 土地管轄 不服第一審判決應向管轄第一審法院之直接上級法院提起上訴例如不服北平地方法院之第一審判決者不能向河北高等法院上訴是

當事人

第二 當事人 得爲上訴人及被上訴人者均有一定分說之如次

(一) 上訴人

甲 第一審之當事人 第一審之當事人得以提起上訴自屬當然但必限於敗訴

者已如前述

乙 當事人之一般承繼人及包括受遺人。即當事人亡故之時其一般承繼人及包括受遺人得依受繼程序以提起上訴（民訴法第一百六十八條）其特定承繼人及擔當訴訟人亦同

丙 破產管財人 即當事人受破產宣告之時其破產管財人得依受繼程序提起上訴（民訴法第一百七十二條）

丁 法定代理人 即當事人喪失訴訟能力之時其法定代理人得依受繼程序提起上訴（民訴法第一百七十條）

戊 第一審之訴訟代理人 第一審訴訟代理人提起上訴須有特別委任

己 從參加人 從參加人無論其在第一審已爲從參加人與否均得於當事人之上訴期間內獨立對於相對人提起上訴唯須未經主當事人捨棄上訴或聲明異議者而後可

庚 普通共同訴訟人 普通共同訴訟人獨立提起上訴自屬當然此時上訴期間

應各別起算其上诉之效力亦不及於他共同訴訟人

辛 必要共同訴訟人 必要共同訴訟人一人提起上诉其他共同訴訟人雖未提起亦爲上訴人（民訴法第五十三條）

（二） 被上訴人

甲 第一審之相對人 在第一審爲相對人之當事人自得以爲被上訴人

乙 相對人之一般繼承人或包括受遺人 卽在第一審爲相對人之當事人死亡之時其繼承人或受遺人得依受繼承程序繼受訴訟故可由他造對之提起上诉

丙 普通共同訴訟人 對之得獨立或共同提起上诉但因分離辯論而其中一人別受有判決者則不得對之與其他共同訴訟人一同提起上诉

丁 必要共同訴訟人 必須以其全體爲共同被上訴人不得對於其中一人單獨提起上诉

第三 許爲上诉之判決 許爲上诉之判決如左

許爲上诉之
判決

（一） 第一審之終局判決 卽須爲地方法院在第一審所爲之終局判決民訴法

第四百〇一條苟爲終局判決則不問其爲全部判決或一部判決爲本案判決或訴訟判決爲對席判決或一造辯論之判決均可提起上訴但若判決有脫漏者則對於脫漏部分須有補充判決始得提起上訴若因遲誤聲請補充判決期間而不能獲得補充判決者則遺漏部分卽爲未經第一審判決不得提起上訴

第一審之終局判決亦有例外不許提起上訴者卽如左例

甲 訴訟費用之裁判 訴訟費用之裁判依民訴法規定原則上不許離本案獨立聲明不服（民訴法第九十二條）

乙 公示催告程序之除權判決 在公示催告程序中所爲之除權判決不許提起上訴以聲請公示催告之人無聲請不服之理由至受除權判決之人又非當事人且得提起不服除權判決之訴故也（民訴法第五百十八條）

丙 宣示死亡之判決 許提起不服宣示死亡之訴故也（民訴法第五百八十六條）

（二） 第一審關於上訴視爲終局判決之中間判決 第一審之中間判決本不許

獨立提起上訴但第一審中間判決之中有關於上訴視為終局判決者則得獨立提起上訴如以請求原因為正當之中間判決是（民訴法第四百零二條）

（三）第一審終局判決前之判決 第一審之終局判決一經提起上訴則該終局判決前之裁判如普通中間判決及牽涉於該判決之裁定應受第二審法院之判斷此為原則（民訴法第四百零二條）蓋以此等裁判本為終局判決之前題或理由雖不得獨立提起上訴但皆與終局判決有影響該終局判決既經聲明不服若該裁判仍不許其聲明不服則殊有害當事人之利益也又對於此等裁判聲明不服並須遵守特定之程式亦不須於上訴狀特為指明如依其明示或默示可認為有不服意思者即可受第二審法院之判斷但終局判決前之裁判亦有例外不應受第二審法院之判斷者如左

甲 不得聲明不服者（民訴法第四〇二條但書） 例如民訴法第二十二條二項第三十七條第一百十五條第一百六十六條第二百四十八條第三百六十四條第四百二十五條第四百七十八條等有明文規定者是其所以禁止聲明不服

者蓋均有特別理由在

乙 得以抗告聲明不服者（民訴法第四〇二條但書） 既得以抗告聲明不服即得依抗告程序請求救濟俾得迅速終結自不得更於上訴審聲明不服至當事人曾否聲明抗告則在所不問

丙 關於上訴視為終局判決之中間判決 此種中間判決既得獨立提起上訴自不得與終局判決更許聲明不服

（四） 遲誤言詞辯論期日之判決 第一次遲誤言詞辯論期日之判決既許其向原審聲請回復原狀亦許其同時或先後向上訴審提起上訴此與外國立法例祇許聲明窒礙之缺席判決有別

須未喪失上訴權

第四 須未喪失上訴權 喪失第二審上訴權之原因如左

一 上訴期間之遲誤

提起上訴應遵守上訴期間依民訴法規定為二十日（民訴法第四百零四條）凡此期經過後所提起之上訴為不合法此項期間應由法院以職權調查之

當事人不於上訴期間以內提起上訴者即喪失上訴權許其回復原狀外不得提起上訴當事人因其他情形以上訴不合法而被駁回者苟在上訴期間之內更得提起合法之上訴

上訴期間爲不變期間（四〇四條）故關於不變期間之規定應行適用

上訴期間係自送達判決之翌日進行（一六二）送達應由書記官依職權行之（一二四）送達若不合法則上訴期間不爲進行但第一審判決宣告後送達前之上訴亦有效力（民訴法第四百零四條但書）

上訴期間對於當事人係各別進行故兩造之送達若有先後則期間之屆滿亦必各有早遲非兩造上訴期間均行經過則判決不確定而在必要共同訴訟則非共同訴訟人全體均經合法送達且最後受送達之共同訴訟人並未經過上訴期間判決亦不確定再對於從參加人雖亦應送達判決而主當事人之上訴期間並不因之進行

於上訴期間內有補充判決時其對於補充判決之上訴期間固應自送達該判決之翌日起進行但其對於最初判決之上訴期間仍應於其上訴期間內爲之不因補充判決

而受影響此就民訴法之規定應如此解釋也

二 上訴權之捨棄 上訴權之捨棄係訴訟法上之一方法律行為若言捨棄上訴權之時期則有三

甲 判決宣告前之捨棄 應認為無效蓋當事人於第一審判決前為不上訴之契約者僅生私法上之效力故也

乙 上訴提起前之捨棄 民訴法所謂捨棄者即指此種當事人於第一審判決宣示或送達後不問有無他造同意均得捨棄其上訴權若宣示判決時以言詞捨棄上訴權者應記明於言詞辯論筆錄若他造當事人不在場應將筆錄送達若以書狀捨棄上訴權者一經提出書狀於法院即生捨棄之效力至其書狀應將繕本送達（民訴法第四百零三條）

其效力係喪失第二審上訴權一經捨棄即不得更行上訴第一審判決即因捨棄而確定唯於他造上訴時得提起附帶上訴

丙 上訴提起後之捨棄 此種捨棄通常皆稱為撤回上訴為訴訟法上之一種法

律行爲有撤回上訴之全部者有撤回上訴之一部者茲將其要件程序效力說明於次（民訴法第四百二十六條）

一 上訴撤回之要件 上訴人於終局判決以前得將上訴撤回撤回須向法院爲之若僅與對造約定則僅發生私法上之效力

二 上訴撤回之程式 撤回上訴或於言詞辯論時爲之或送達書狀於他造當事人爲之均無不可惟於言詞辯論中所爲上訴之撤回應記明於言詞辯論筆錄若他造當事人不在場應將筆錄送達以書狀撤回上訴者一經提出書狀於法院即生撤回之效力其書狀應將繕本送達（民訴法第四百二十六條三項）

三 上訴撤回之效力 上訴撤回發生之效力有二

甲 喪失上訴權 上訴適法撤回之時上訴人即喪失上訴權如再提起上訴即爲不合法第一審判決因以確定但不適法之上訴雖經撤回亦不喪失上訴權得更從適法之程式而再爲提起此蓋以不適法之上訴本不能完全發生提起

上訴之效力雖經撤回亦不得謂爲適法上訴之撤回

乙 担負上訴費用 即撤回上訴之當事人因提起上訴所生之費用須自爲負擔此蓋以上訴撤回則其提起上訴之費用爲無益費用不能使他造當事人担負（民訴法第八十五條）

須因其判決受有不利

第五 須因其判決受有不利 凡得爲上訴者必因判決受有不利之人若受勝訴判決之當事人則不能對該判決提起上訴縱使判決之理由有不滿足而其影響不及於主文仍不得謂爲不利益而獨立爲上訴之提起

須遵守上訴之程式

第六 須遵守上訴之程式 即如左述

（一）提起上訴向原第一審法院或第二審法院爲之（民訴法第四百零五條一項）
（二）一經提出上訴狀於法院即生上訴之效力民訴法不用送達主義在地方法院第一審事件之上訴絕對不許以言詞提起

上訴狀者表示請求第二審上訴法院廢棄或變更第一審判決之意思之書狀也一面有確定上訴基礎之性質一面有準備言詞辯論之性質故其記載事項有必要記

載事項與準備記載事項二種

甲 必要記載事項 此為發生上訴效力所不可缺之事項法院應以職權調查之有欠缺時則應認上訴為不合法而駁回之依 訴法規定為左列之各項（民訴法第四百零五條一項）

1 當事人及法定代理人 以不與他人相混為己足即足知其何人對於何人提起為己足

2 第一審判決及對於該判決上訴之陳述 使法院知其對於何項判決提起上訴為己足其上訴之陳述不可附以條件如稱他造當事人若上訴時自己亦上訴者應以其不合法而駁回之也

3 對於第一審判決不服之程度及求如何廢棄或變更之聲明 所謂聲明不服之程度即表示對於判決全部不服抑係一部不服對於判決得聲明一部不服者僅限於判決內容得以分割之時適用之所謂求為廢棄變更之聲明者即以表示上訴審辯論之界限及變更第一審判決之界限也此項聲明以不反訴之

變更之規定（四一二）爲限得於第二審言詞辯論終結以前將其範圍擴張縮小或變更

變更云者廢棄原裁判而代以他裁判之謂也

右列三款若有欠缺核其情形如可補正審判長應定期先命補正屆期如不遵行可以裁定駁回（民訴法第四百零九條）以終結訴訟對此裁定得爲即時抗告

乙 準備記載事項 此即爲準備言詞辯論而記載之事項雖有欠缺上訴不因之爲不合法此種事項記載之方法應準用準備書狀之規定而依民訴法規定除前述外尙應記載左列各項（民訴法第四百零五條一項四款五款）此種事項本爲上訴辯論準備之提起非上訴之要素事項即不記明亦不能謂爲違式

I 有新事實者其事實及證據

2 其他準備言詞辯論之事項

（二）上訴狀應貼用相當之印紙未貼之時上訴亦爲不合法唯得定相當期間使其

補正

第三節 向原第一審法院提起上訴之程序

向原審法院
提起上訴之
程序

向原第一審法院提起上訴若逾上訴期間者即由第一審法院代第二審法院以裁定駁回俾得迅速終結以免拖延對此裁定得為即時抗告（民訴法第四百零六條）

向原第一審法院提起上訴若未逾期第一審法院書記官應速將上訴狀送達於被上訴人俾訴訟得以迅速進行被上訴人亦得以有所籌備（民訴法第四百零七條一項）或為答辯或提起附帶上訴

第四節 訴訟卷宗送發之程序

訴訟卷宗之
送發

各當事人之上訴期間均滿或均提起上訴後第一審法院書記官應速將上訴狀及被上訴人提出之書狀連同訴訟卷宗（第一審卷宗應裝訂齊全）送交第二審法院（民訴法第四百零七條二項）

應送交第二審法院之卷宗若為續行第一審之辯論所需者（如第一審先為一部判決或為三七五條之中間判決之時）應自備該卷宗之繕本或節本（民訴法第四百零七

條三項)

上訴向管轄第二審之法院提起者法院書記官應速通知第一審法院之書記官送交訴訟卷宗（民訴法第四百零八條一項）

上訴因判決而終結者第二審法院書記官應於判決確定後速將判決正本附入卷宗裝釘齊全發還第一審法院此項規定於上訴之非因判決而終結者亦準用之（民訴法第四百二十九條）

第五節 上訴之效力

上訴之效力

上訴之效力有二

移審效力

第一 移審效力

即訴訟事件之繫屬由第一審移轉於第二審之效力也訴訟事件全部雖均移轉其繫屬於第二審而第二審之辯論及判決則僅限於提起上訴及附帶上訴之範圍以內移審之效力係因上訴之捨棄或第二審之終局判決而消滅但該終局判決若為第三審廢棄將訴訟事件發回者則前經消滅之移審效力因以復活

停止效力

第二 停止效力 又可爲二

(一) 阻斷第一審判決確定之效力(民訴法第三百八十九條)

即第一審判決雖經過上訴期間仍不確定之效力也。上訴人僅對於第一審判決之一部聲明不服者，阻斷確定之效果及於其判決之全部。因上訴人於第二審之言詞辯論終結前得任意擴張其不服之聲明而被上訴人亦得爲附帶上訴故也。

(二) 停止執行之效力

就判決爲強制執行通常必須爲確定判決。判決經提起上訴其確定力即經斷絕。自不得爲強制執行。故停止執行之範圍與斷絕確定之範圍相同。宣示假執行之判決則因其不待判決確定即可執行。故雖提起上訴亦不爲停止執行。又雖於適當時期提起上訴，若因其他要件不備經上級法院認爲不合法而駁回之者，於駁回裁判確定後下級法院之判決仍應認爲自上訴期間屆滿時確定。

第六節 附帶上訴

附帶上訴之意義

第一 附帶上訴之意義

附帶上訴者被上訴人於上訴之言詞辯論程序中求廢棄或變更第一審判決之聲明也。蓋第一審判決自上訴人提起上訴以後對於兩造均係斷絕確定該訴訟事件之全部均已移轉其繫屬於第二審法院。此際上訴人既得隨時擴張或變更其不服之聲明。若不許被上訴人亦得附隨於上訴以聲明不服則非所以保護被上訴人之道。此法律所以設此制度也。

附帶上訴有獨立附帶上訴與從屬附帶上訴二種。前者被上訴人於其上訴期間內所聲明後者於其上訴期間外所聲明其效力之差異僅於上訴因不合法被駁回或經撤回之時見之。即一則失其效力一則尙能獨立存續與獨立之上訴同（民訴法第四百二十八條）。

附帶上訴之要件

第二 附帶上訴之要件

- (一) 管轄法院 附帶上訴既係附隨於上訴而提起其管轄自應從上訴之管轄
- (二) 得提起附帶上訴之人

得提起附帶上訴者僅限於被上訴人及其繼承人受遺人此等人雖因經過上訴期

聞捨棄上訴或撤回上訴而喪失獨立上訴權仍得提起附帶上訴（民訴法第四百二十七條）蓋以訴訟事件經他造當事人提起上訴之後對於兩造均斷絕其確定力故也

上訴人不得更行提起附帶上訴蓋以上訴人得於第二審言詞辯論終結以前除任意變更或擴張其上訴之聲明外如經他造當事人同意本得為訴之變更或追加或提起反訴（民訴法第四百十二條）故毋庸更許其提起附帶上訴但亦有例外即於附帶上訴視為獨立上訴之時則最初之上訴人變為被上訴人自得更行提起附帶上訴

（三）許為附帶上訴之判決

甲 須與上訴人聲明上訴者係同一判決 苟為同一判決則上訴人雖僅對該判決一部聲明上訴被上訴人亦得對其全部提起附帶上訴但若該判決係一部判決之時則僅對於此一部判決得以提起附帶上訴對於其他之一部判決則不得聲明不服以其他之一部判決為另一判決而未經上訴人提起上訴故也

乙 須為被上訴人得獨立提起上訴之判決 此可參照上述上訴要件中許為上

訴之判決欄內之說明

附帶上訴之 程式

第三 附帶上訴之程式

提起附帶上訴不須如上訴必以上訴狀提起僅在言詞辯論中以言詞聲明亦非違法
唯他造當事人不在場時則須將筆錄送達（民訴法第四百二十七條三項）

附帶上訴之 時期

第四 附帶上訴之時期

被上訴人得於第二審言詞辯論終結以前隨時提起附帶上訴即於上訴期間已滿後
或捨棄上訴權或撤回上訴後亦得爲之（民訴法第四百二十七條一項二項）又第
二審判決經第三審廢棄將事件發回更審之時亦然

附帶上訴之 消滅

第五 附帶上訴之消滅

附帶上訴亦因終局判決而消滅與上訴無異唯因附隨於上訴之關係又有消滅之事
由二（民訴法第四百二十八條）
（一）因上訴不合法而被駁回之時 此即指上訴因欠缺形式要件（合法要件）
而被駁回之時而言若因欠缺實體要件即上訴無理由而被駁回之時不在此限

(二) 上訴人撤回上訴之時 上訴一經撤回則回復提起上訴前之狀態若此時被上訴人已喪失其上訴權其附帶上訴之效力不能存續自屬當然但獨立附帶上訴不因上訴不合法而駁回或經撤回而失效也(民訴法第四百二十八條但書)

附帶上訴與
上訴之異同

第六 附帶上訴與上訴之異同 提起附帶上訴亦須主張原判決於被上訴人不利且屬不當此與獨立上訴同然於法律准許範圍內得專為訴之變更追加或提起反訴而為附帶上訴且得僅以附帶上訴聲請就第一審判決為假執行之宣示又附帶上訴得僅對於訴訟費用之裁判為之此與獨立上訴不同之點

第七節 第二審上訴提起後之調查

第二審上訴
提起後之調
查

第一 提起上訴後由第二審法院書記官應速求第一審法院書記官送交訴訟卷宗此蓋以第二審法院調查上訴是否合法即調查形式要件之時得依書狀審理有調取訴訟卷宗之必要故也應送交第二審法院之卷宗若為續行第一審之辯論所需者應自備卷宗之繕本或節本

第二 上訴審法院應以職權調查上訴是否合法此時第二審法院得依書狀審理即就

上訴狀及訴訟卷宗調查上訴之是否合法

第三 不應准許或不遵程式或不遵期間之上訴應認為不合法此係上訴要件應由法院以職權調查如明係不合法即以裁定駁回之至法律上應准許之上訴須具備左之

要件

一係就可以獨立上訴之判決提起上訴者

二係主張原判決於上訴人不利且屬不當者

三係由有上訴權之人對於應為被上訴人之人提起上訴者

四上訴人如無訴訟能力人提起上訴係由其法定代理人合法代理理由訴訟代理人上訴者其代理權不欠缺

五上訴狀已貼定額之司法印紙

六上訴人未經捨棄上訴權或撤回上訴

第四 對於前項駁回上訴之裁定得為即時抗告蓋以保護上訴人之利益也

第八節 第二審之辯論

民事訴訟法

二六一

指定辯論期
日前之程序

第一 指定辯論期日前之程序 法院於定言詞辯論期日前認為有左列各款情形之

一者應即以裁定駁回之（民訴法第四百零九條一項二項）

一 上訴不合程式或已逾期間或法律上不應准許者但其情形可以補正者審判長應定期間先命補正 如當事人不從補正之命或不能補正者應以上訴為不合法

二 對於無關本案之判決上訴而顯無理由者

辯論期日之
指定

第二 辯論期日之指定 上訴無前項各款情形或法院認為應開言詞辯論者即應以職權指定言詞辯論期日傳喚當事人到場進行訴訟至送達傳票與言詞辯論期日之間應準用第二百四十二條留有就審期間以使其準備

兩造上訴成立之時其辯論及裁判應合併為之是為通例但依第四百零四條規定上訴期間由判決送達之後起算則期間之起算點各當事人間不能無有差異縱使兩造均欲提起上訴而一造以期間將滿即行提起他一造以期間尚長稍為遲延者往往有之故民訴法規定於言詞辯論期日被上訴人之上訴期間未滿或其上訴未到第二審法院者應依聲請延展上訴之言詞辯論期日至期滿或被上訴人上訴到第二審法院

爲止（民訴法第四百十條二項）

對於一部判決聲明上訴或因踐行第二百二十四條之補充程序該案現尙有一部繫屬於第一審法院者得依聲請延展上訴之言詞辯論期日至他部判決或補充判決確定或有上訴到第二審法院爲止（民訴法第四百十條一項）

上述各變更及延遲期日究竟有無變更或延遲期日之必要應以有無合併辯論之利益及有無裁判抵觸之虞等情形決之

辯論之範圍

第三 辯論之範圍 第二審辯論之範圍如次

一 當事人在第二審不須就第一審之訴訟標的及其爭執事實而一一更爲辯論祇須於要求變更第一審判決之範圍即聲明上訴之範圍內更爲辯論（民訴法第四百十一條）例如當事人以數宗請求合併提起訴訟僅對於其中之一訴提起上訴則第二審僅於其不服之一宗訴訟範圍內更爲辯論已足

二 在第一審程序經被告同意固得將訴訟變更或追加他訴而在上訴審依民訴法規定將訴變更或追加他訴或提起反訴已經他造當事人同意者亦得爲之（民訴

法第四百十二條）蓋以審級制度不必反於當事人之意思而維持之也爲變更追加之原告及提起反訴之被告無論在二審爲上訴人或被上訴人均得爲之其變更追加之新訴或反訴須在第一審未經聲明或已聲明而未經裁判者若已經第一審依訴訟上實體上之理由爲裁判者僅得對之提起上訴第二審之管轄權亦不因變更追加或反訴而有變更

三當事人在第二審於不背續審性質之範圍內得提出一切之訴訟資料茲舉於次

甲 第一審法院之訴訟資料 當事人在第一審所提出之訴訟資料第二審亦有效力

乙 新攻擊或防禦方法 當事人在第二審得提出新攻擊或防禦方法（民訴法第四百十三條）蓋以第二審爲審理事實與法律之上訴審自當許其提出新攻擊或防禦方法而後第二審法院就事實與法律乃能完全判定權利義務關係又證據方法雖在第一審已生第三百三十三條第三百四十九條第二項第三百五十四條或第三百六十條之結果者亦得在第二審提出以除去其不利益之結果

在第一審已得提出之攻擊防禦方法未經提出或因提出逾時未經第一審斟酌者亦得在第二審提出之但法院因此得命該當事人負擔訴訟費用全部或一部（八四）

丙 在第一審所未為或曾拒絕之陳述 當事人在第一審就事實或證據所未為之陳述得於第二審追復之（民訴法第四百十三條二項）蓋以在第一審所未為之陳述不過在第一審受不利益之結果而已至於第二審既同為事實審自應許其追復始能完全保護其利益故在第一審依第二百六十八條第二百六十條第二項及第三百四十六條但書規定所生之結果得在第二審依陳述之追復以除去之

四 在第一審所為之訴訟行為及準備程序於第二審亦有效力（民訴法第四百十四條）

第九節 第二審之判決

第一 訴訟之範圍依第一審而定故就其訴訟在第一審受有判決之限度以內因上訴

而繫屬於第二審法院者始得爲二審審理就第一審未受判決之請求於第二審不能新爲判決蓋第二審判決以審查第一審判決之當否爲本質故也

第二 第二審法院認上訴爲無理由者應爲駁回上訴之終局判決以終結其上訴（民訴法第四百十五條）

第三 第二審法院認上訴爲有理由者以當事人求變更之部分爲限應爲變更第一審判決之判決（民訴法第四百十六條）此規定第二審辯論或裁判之外界範圍若非請求變更部分無論爲上訴人利益與否第二審法院均無變更判決之權蓋以民事訴訟應於當事人聲明之範圍內而爲裁判故也更分述如下

一 第二審法院亦有不依當事人之聲明而爲裁判者如訴訟費用之裁判宣示假執行之裁判及因訴訟成立要件或應依職權調查之訴權存在要件有欠缺而爲駁回之判決者是也

二 第二審法院不得變更第一審判決使於上訴人不利但被上訴人亦爲上訴或附帶上訴者不在此限因此際依被上訴人之聲明而爲變更第一審判決之判決

自不免於上訴人不利也

第四 因定上訴有無理由雖未經第一審辯論或裁判之爭點若依上訴之聲明認為必要者仍應予以辯論及裁判（民訴法第四百十七條）此規定第二審辯論或裁判之內界範圍即第一審法院認為不必要之攻擊或防禦方法或其他事實上之資料（即事實上之主張證據聲明對於事實或證據方法之陳述）第二審法院為明悉其事件之關係起見認為必要者仍應為辯論或裁判之蓋欲使事實關係十分明晰狡猾者不至掩飾理直者不至冤屈耳

第五 凡形式上無欠缺之上訴由第二審法院完結其事件乃為原則但亦有例外三應仍將該事件發回第一審法院審理判決不得由第二審法院逕為實體上之判決此無非為維持當事人審級之利益也

甲 就該事件尚應為第一審之辯論者 第二審法院對於左列判決之有上訴者應將該事件發回第一審法院（民訟法第四百十八條）蓋此等事件多未經第一審辯論或第一審辯論尚未成熟必須由第一審更為辯論方克保持當事人審級之利

益者由第二審逕予辯論判決則其形式雖為第二審判決而其實質仍不免為第一審之裁判以故第二審不得逕行完結其程序逕就該事件為實體上之判決列舉如下

一 對於不關本案內容之判決上訴而有理由者 如第一審法院以無管轄權或以不合法為理由而為駁回其訴之判決其他如宣示承受訴訟無效或無承受之判決亦為不關本案之判決若當事人對該判決提起上訴而第二審法院認該上訴為有理由者應以判決廢棄第一審判決將該事件發回第一審法院

二 第一審言詞辯論期日未到場之當事人以並無遲誤期日為理由對於所受判決上訴而有理由者 如第一審判決僅據一造辯論而為之判決第二審法院如認其對該判決之上訴為有理由例如不到場之當事人未受合法傳喚其開辯論期日之處所及時間不合法於訴訟程序休止之際開言詞辯論認為不到場之當事人實曾到場辯論並未缺席等則應將該事件發回第一審法院蓋此時當事人兩造在第一審尚未就本案為完全之辯論故應將該事件發回第一審法院俾得

更爲辯論完全受第一審法院之審理但以該上訴爲無理由而爲駁回之判決則不須發回蓋既爲駁斥之判決則其事件完全終結不須更爲辯論也

三 請求之原因及數額俱有爭執時對於以原因爲不正當之判決上訴而有理由者 在第一審就請求之原因及數額均有爭執者第一審法院得先就原因爲判決此時得以提起上訴固不待論然第二審法院若以請求之原因爲正當則應將該事件發回第一審法院蓋既以請求原因爲正當則就其數額尙須經過第一審之辯論及裁判故也若以請求之原因爲不正當即不須發回蓋其原因既屬不當則第二審法院應以終局判決完結其事件無須重爲第一審之辯論也

乙 第一審訴訟程序有重大之瑕疵者 第一審訴訟程序若有重大之瑕疵第二審法院得將第一審判決及程序中瑕疵之部分廢棄之將該事件發回第一審法院俾得重爲依法踐行但此等規定無非爲保護當事人審級之利益也泛言瑕疵並無相當之限制又恐第二審法院濫用法文必致當事人受拖延訴訟之弊故民法特以明文規定凡以訴訟程序之瑕疵發回第一審者則因維持審級制度認爲必要時爲

限（民訴法第四百十九條一項）且第一審訴訟程序縱有重大之瑕疵並有維持審級之必要但經兩造合意受第二審審判者第二審法院仍應將該事件自爲判決不得更行發回第一審審判（民訴法第四百十九條二項）其意以爲審級制度不必反於當事人之意思而維持之立法時採用此種見解仍不外欲免除當事人之訟累耳至所謂訴訟程序有重大之瑕疵者指第一審違背訴訟程序之規定與判決之內容有因果關係或因其訴訟程序違背法律規定不適於爲第二審辯論及判決之基礎者而言

第六 當事人於第二審之言詞辯論期日不到場 當事人於第二審之言詞辯論期日不到場者準用第三百七十七條第三百七十九條之規定辦理此可由第四百三十條之規定推究而得也

第七 第二審判決之資料 第一審辯論之意旨及調查證據之結果第二審固應斟酌及之是故第二審判決之資料得引用第一審審理之結果並第二審自行繼續辯論所得之資料以爲資料

第八 第二審判決記載事實時引用第一審判決內之事實行之（民訴法第四百二十

二條）俾省程序但必第一審判決所記載之事實與第二審判決之事實相同若第一

審判決所記載之事實在上訴審有所變更或有新事實附加則不可不別為記載

第九 移送之判決 第二審法院因第一審法院無管轄權而撤銷原判決者應以判決

將該事件移送於有管轄權之第一審法院（民訴法第四百二十一條）

第十節 第二審關於假執行之審判

第一 對於有假執行宣示之第一審判決聲明上訴 若就該假執行宣示之裁判有不

服者第二審法院因聲請先就假執行為辯論及裁判此蓋以假執行最宜迅速於債權

人及債務人均有利害關係故也又因其宜於迅速第四百十條關於延展辯論期日之

規定此時不得適用（民訴法第四百二十三條）

第一審判決關於假執行所為之裁判（三八一以下）依一般之原則得以上訴聲明

不服其聲明不服得單對於第一審判決中關於假執行之裁判為之亦得對於本案裁

判及關於假執行之裁判同時為之第一審判決不准假執行或宣示附條件之假執行

對於有假執行宣示之第一審判決聲明上訴

第一審判決
未宣示假執
行者

第二審關於
假執行之裁
判不得聲明
不服

者債權人得聲明不服第一審判決准假執行或宣示不附條件之假執行者債務人得聲明不服又債權人或債務人以第一審判決所定之担保額為不當者亦得聲明不服

第二 第一審判決未宣示假執行者 第二審法院遇第一審為此等判決時其未經聲明不服之部分第二審法院應於言詞辯論中依聲請以裁定宣示假執行此蓋以未經聲明不服之部分於其確定前為假執行在債務人無所謂損害而在債權人則甚有利益也但以裁定宣示之後其未經聲明不服部分嗣因擴張聲明上訴或因附帶上訴至有聲明不服者則可以宣示假執行之要件全歸於消滅為理由法院得不待聲明逕以職權或依聲請撤銷裁定（民訴法第四百二十四條）

第三 第二審法院關於假執行之裁判不得聲明不服 此於民訴法第四百二十五條業有明文規定不問其就第一審假執行判決所為之判決或第二審自為假執行之判決且不問其係與本案裁判同時為之或先於本案裁判為之一律不許以上訴抗告或隨同本案判決聲明不服

第二章 第三審程序

第三審上訴 之意義

第一節 第三審上訴之意義

第三審上訴者不服第二審判決之當事人對於第三審法院求就法律之適用調查其判決之當否且爲自己之利益求廢棄或變更其判決之聲明也茲分別說明於次

第一 第三審上訴係不服第二審判決之當事人所爲之聲明

依第二審判決受有不利之當事人得有第三審上訴權第三審上訴程序因有上訴權之當事人聲明上訴而後開始

第二 第三審上訴係對於第三審法院求就法律之適用調查其判決當否之聲明

第三審爲法律審以審查原判是否違法爲職掌故其審理僅祇調查第二審判決之是否違法爲止至於事實則以第二審法院所認定者爲準第三審非續行第二審法院之言詞辯論乃繼承第二審法院所判決之程度

第三 第三審上訴係當事人爲自己利益求廢棄或變更第二審判決之聲明

第三審上訴之標的在求第三審法院調查第二審判決廢棄其不當判決之效力而再爲自己利益之判決故第三審法院須就第二審法院所蒐集之訴訟資料調查其法律

適用之當否而再為判斷

第三審上訴

之要件
管轄法院

第二節 第三審上訴之要件

第一 管轄法院

一 事務管轄 不服高等法院及其分院第二審判決而上訴者應屬最高法院管轄

(法組法草案第二十四條)

二 土地管轄 不服各高等法院第二審判決而上訴者應向管轄該高等法院之直接上級法院提起上訴

當事人

第二 當事人 在第三審得為上訴人及被上訴人者與第二審之當事人項下所說明者同

須有許其上訴之判決

第三 須有許其上訴之判決 第三審上訴係對於第二審判決聲明不服前已言之然第二審判決亦非均得提起上訴必其對於第二審之終局判決或視作終局判決之中間判決始得上訴於管轄第三審之法院(民訴法第四百三十一條)反之對於第一審判決或普通中間判決皆不得提起第三審上訴

第二審終局判決前所爲之裁判若係爲終局判決之準備者亦應受第三審法院之判斷惟不得聲明不服及得以抗告聲明不服者不在此限（民訴法第四百四十八條第四百零二條）

須因其判決受有不利

第四 須因第二審判決受有不利 凡第三審上訴惟因第二審判決受有不利之人乃能提起若勝訴之當事人則對其判決不得提起上訴

須未撤回上訴捨棄上訴

第五 須未撤回上訴捨棄上訴 撤回上訴或捨棄上訴準用關於撤回第二審上訴或捨棄第二審上訴之規定（民訴法第四百四十八條）

須遵守上訴之期間

第六 須遵守上訴之期間 提起上訴須遵守不變期間上訴之不變期間爲二十日由判決送達之翌日起算但第二審判決宣告後送達前之上訴亦有效力期間過後之上訴爲不合法（民訴法第四百四十八條第四百零四條）

須因上訴所受利益超過三百元

第七 須因上訴所應受之利益超過三百元 對於財產權上訴訟（非財產權上之訴訟）一律可以上訴之第二審判決若因上訴所應受之利益不逾三百元者不得爲第三審上訴此蓋以關於財產權上請求之判決若不限定款項數目概許上訴反於經濟

上有損不惟個人無益即國家亦不利益至此利益如何計算則準用第七十七條至第八十條之規定（民訴法第四百二十三條）但原法院因法律上有疑義或其他必要得以裁定特許爲第三審之上訴此項特許如係由當事人聲請者則自判決送達之日起十日內爲之且對於特許之裁定不得聲明不服（民訴法第四百三十三條一項但書三項四項）

不得提起第三審上訴者

第八 對於第一審判決全部或其一部未經向第二審法院上訴或附帶上訴之當事人對於維持原判決之第二審判決不得上訴（民訴法第四百三十二條）換言之未經提起第二審上訴者即不得提起第三審上訴此蓋以第二審既無不服抑何庸許其在第三審重行聲明不服爲使免拖延翻悔耳

第三審上訴之主張

第九 第三審上訴之主張 在第二審得本於事實上法律上之一切理由而請求廢棄或變更第一審之判決在第三審祇能以原判決之違背法令爲理由而請求廢棄變更此爲對於第三審上訴合法要件之一如不備此要件亦應認上訴爲不合法而駁回之故對於第二審判決上訴非以其判決違背法令爲理由者不得爲之（民訴法第四百

三十四條）即其上訴須主張第二審判決係違背法令而不當也

第三節 第三審上訴之效力

第三審上訴之效力

第三審上訴提起之效力與第二審上訴同有移審之效力及斷絕判決確定並停止執行之效力（民訴法第四百四十八條）但對於第二審判決向第三審法院上訴者其不服之聲明於上訴後不得擴張故僅對於上訴聲明之範圍內阻斷第二審判決之確定此則與第二審不同之點也

第四節 第三審上訴之程式

第三審上訴之程式

凡提起上訴應以上訴狀表明左列各款事項提出於原第二審法院或第三審法院爲之（民訴法第四百三十七條）民訴法不採送達主義一經提出上訴狀於法院即生上訴之效力

- 一 當事人及法定代理人
- 二 第二審判決及對於該判決上訴之陳述
- 三 對於第二審判決不服之程度及求如何廢棄或變更之聲請

四 上訴之理由及關於上訴理由之證據

以上四款爲必須記載之事項倘有違式經限令補正亦不遵行者自可逕以裁定駁回上訴

右列四款之外上訴狀內應併記明依第四百三十三條規定得爲上訴之利益

上訴狀內所應記入之其他事項當然適用民訴法第一百七條規定辦理

上訴理由應抄送（或令當事人自備繕本）被上訴人答辯審判長得定期間命被上訴人提出答辯狀（民訴法第四百三十九條）

第五節 第三審上訴之調查

第三審上訴之調查

上訴人提起上訴後第三審法院以職權調查其上訴是否合法認爲不合法者應以裁定駁回以終結其上訴至不合法之上訴如次（民訴法第四百四十八條第四百零九條）

第一 不應許可之上訴

第二 不遵程式之上訴 卽不合第四百三十七條所定程式而提起之上訴是但應先

定期責令補正如屆期不遵行始可駁回

第三 不遵期間之上訴 即經過二十日不變期間提起之上訴是

第六節 第三審上訴之審理

第三審上訴之審理

第一 第三審之判決不經言詞辯論爲之

法院認爲必要時得於判決前命當事人以書狀或以言詞陳述並得命行言詞辯論（民訴法第四百四十條）此時雖應遵照言詞辯論之規定而爲辯論但非必要之言詞辯論主義之適用所謂任意之言詞辯論是也其所以命行辯論之目的僅在補充或闡明卷宗內已有之資料故雖當事人於期日不到場或到場不爲辯論法院仍得據卷宗而爲判決遲誤期日之當事人不得聲請回復原狀兩造均不到亦不生訴訟程序休止之效果

第三審專審查法律問題通常無行言詞辯論之必要故民訴法定爲得以書狀審理行之且以此爲原則

第二 第三審法院首應調查上訴之是否合法須於上訴聲明之範圍內調查之（民訴

法第四百四十一條）例如第二審合併本訴與反訴而為判決之時當事人僅對本訴之判決聲明不服則未經聲明之反訴部分不在調查之限此蓋以民事訴訟採用不干涉審理主義其結果應如是也

第三審調查之範圍雖因當事人之聲明而定然就其聲明之原因及應以職權調查之事項則不為當事人之主張所拘束得以自由調查故民訴法以明文規定第三審法院調查第二審之裁判有無違背法令不受上訴理由之拘束（民訴法第四百四十一條二項）

第三 上訴之聲明（即求將第二審判決如何廢棄或變更之聲明）不得變更或擴張之（民訴法第四百三十八條）恐其有礙訴訟之終結惟減縮則得任意為之

第四 第三審係繼承第二審所為判決之程度故就其訴訟在第二審受有判決之限度以內因上訴而係屬於第三審法院者始得受理若在第二審未為判決之請求第三審自不得新為審理判決

第五 第三審為法律之上訴審法院對於原審判決僅就其是否違背法令而為審查至

於事實則應以第二審判決所確定之事實爲第三審判決之基礎惟以違背法令爲上訴理由者應表明其法令其以違背訴訟程序爲上訴理由者應表明其違背程序之事實例如應具結後再行訊問之証人不使其具結逕行訊問之事實是也又以違背法令確定其事實或遺漏其事實或視作其主張之事實爲上訴理由者應表示其事實並爲立証以供審判官之參攷法院認爲必要時亦得調查證據例如第二審違背證據法證明一種事實或不爲證明竟行確定或當事人於言詞辯論時所未陳述之事實竟視作已經陳述之事實是也（民訴法第四百四十二條）第三審法院遇當事人以此等事實爲上訴理由時須予斟酌及之不得諉爲事實問題不爲過問

提起上訴固須以違背法令爲理由然所謂違背法令者爲何據民訴法規定不適用法規或適用不當之裁判爲違背法令（民訴法第四百三十五條）所謂法規者其意最廣凡國內之成文法習慣法實體法訴訟法公法私法國際法固稱爲法規卽一般之經驗上法則亦包含於此內故違背此等法規卽爲違背法令有左述各類情形之一者卽應認爲違背法令予以廢棄

第一 判決法院之組織不合法者 如以無推事資格之人組織或為合議制而無法定之員數列席或非參與該訴訟評議之推事而為判決是書記官非組織判決法院之人員故雖未在言詞辯論時列席亦非違背組織

第二 依法律或裁判應迴避之推事參與裁判者 如應迴避之推事僅參與調查證據不成為上訴之理由但經當事人聲請迴避而無效者仍不在此限

第三 違背專屬管轄之規定者

第四 當事人之訴訟代理不合法者 如法定代理訴訟代理必要之允許不合法是

第五 違背言詞辯論公開之規定者 宣告判決亦同如應公開而不公開或不應公

開而公開之類

第六 判決不備理由或理由矛盾者 如全無理由或有理由而不明瞭不完備或其所附之理由與判決之主文適相抵觸或全無關係之類是

有本條各款情形之一者毋庸證明其判決有其他疵累即足認其有致判決不當之因果關係存在此項情形亦不許為反證於法律上當然視其判決為不當為二審終局判

第三審上訴之判決

決前所爲與終局判決有影響之裁判如違背法令者該判決亦爲違背法令又第一審之訴訟程序違背法令而第二審以該訴訟程序爲判決基礎者其判決亦爲違背法令

第七節 第三審上訴之判決

第一 第三審法院認上訴爲無理由者應爲駁回上訴之判決以終結其上訴原判決之理由雖係違背法令而依其他理由可認該裁判爲正當者仍應爲駁回上訴之判決（民訴法第四百四十三條）

第二 上訴審法院認上訴爲有理由者以該部分爲限廢棄原判決若因違背訴訟程序之一定廢棄原判決者其違背之訴訟程序部分并予廢棄（民訴法第四百四十四條）該第二審終局判決如係牽涉判決前所爲之裁判者（民訴法第四百四十八條第四百零二條）並應廢棄該判決前所爲之裁判

第三 第三審法院廢棄第二審判決之目的不在第三審自爲判決蓋第三審裁判之終局目的尙在將該事件更爲正當之判決仍有確定事實之必要故第三審判決結果多將該事件發回第二審更爲審判茲分別言之

一左列各款情形第三審法院應就該事件自爲判決（民訴法第四百四十六條）

（一）因其於確定之事實不適用法規或適用不當廢棄原判決而事件已可爲裁判者

（二）因事件不屬普通法院之權限而廢棄原判決者

第三審法院就事件爲判決時若應適用第四百十八條規定者應將事件發回第一

審法院

二第三審法院除上述情形就該事件自爲判決之外其原判決經廢棄者應將該事件發回原第二審法院或發交其他同級法院（民訴法第四百四十五條一項）茲就發回後之程序言之

甲 第三審上訴事件爲發回或發交之判決後第三審法院書記官應速將判決正本附入卷宗送交受發回或發交之法院（民訴法第四百四十七條）

乙 原第二審法院就發回之部分回復移審之效力應更爲新辯論及裁判

丙 當事人得爲新聲明訴之變更訴之追加或提起反訴並得提出新事實新證據

方法及擴張上訴之聲明新附帶上訴並得撤回第二審上訴附帶上訴

丁 第二審法院應以第三審法院之法律上判斷爲判決之基礎（民訴法第四百

四十五條二項）

戊 當事人對於新第二審判決得更爲第三審上訴

己 第三審法院爲發回或發交之終局判決時不得裁判訴訟費用應由受發回或

發交之法院於其判決爲訴訟總費用之裁判（民訴法第九十一條）

三 第三審法院認第二審訴訟程序有重大之瑕疵因維持審級制度有將事件發回原第一審法院之必要者亦得依第四百十九條規定廢棄第一審判決及訴訟程序有瑕疵之部分而將事件發回原第一審法院

等三章 抗告程序

第一節 抗告之意義

抗告者當事人或其他利害關係人對於下級法院所爲一定之裁定向上級法院求審查其裁定之當否且爲自己之利益求廢棄或變更其裁定之聲明也夫終局判決前之裁

抗告之意義
及其必要

判本應受第二審或第三審法院之判斷因之對於裁定（四〇二條四四八條參照）似無特設聲明不服方法之必要然第二審或第三審法院若就一切裁定必須一一審查其當否則其訴訟程序勢必至於複雜訴訟之進行因以遲延故必別籌辦法一面使當事人或其他利害關係人對於特定之裁定得以抗告之方法聲明不服一面使第二審第三審法院不須就其得以抗告之裁定審查其當否以省程序不惟於當事人之伸張權利甚有利益即於法院之進行訴訟亦甚為便宜且當事人亦有不及待至上訴逕欲上級法院先就某裁定之當否予以審查者故於上訴之外對於裁定宜有特種之聲明不服方法况裁定多有非屬判決前之裁定或與判決無牽涉更有係對於第三人所為不得隨同判決聲明不服者在此等裁定尤不可無特種之聲明不服方法此法律上所以特認抗告之制也

提起抗告之當事人或其他訴訟關係人曰抗告人抗告通常亦有對手人但無被抗告人之稱

抗告程序之
用語

抗告係對於裁定向上級法院聲明不服之方法故與向原法院提出異義（一九四，四五〇，四八一）及聲請更正或補充裁定（二三〇）不同

管轄抗告或受理抗告之法院曰抗告法院因抗告而開始之程序曰抗告程序對於抗告法院之裁定向上級法院抗告曰再抗告

抗告除經原法院或審判長認為有理由自行更正其裁定或因其已逾期間或係對於不得抗告之裁定提起抗告經原法院或審判長駁回者外應由抗告法院調查裁定之抗告法院首調查抗告是否合法如抗告合法者則應進而調查其有無理由予以裁判即就原裁定及裁定前之程序加以審查判斷也又合法之抗告足阻原裁定之確定但無停止執行之效力如民訴法有特別規定者不在此限

抗告之要件

須有許其抗告之裁定

第二節 抗告之要件

第一 須有許其抗告之裁定 對於裁定得為抗告但民訴法有反對規定者不在此限

（民訴法第四百四十九條）

關於反對之規定如左

（甲）訴訟程序進行中所為之裁定除民訴法有特別規定外不得抗告 於訴訟程序進行中所為之裁定就中如關於指揮訴訟之裁定不許獨立抗告不問其為何種

之訴訟程序亦不問其裁定已經言詞辯論與否概係不得抗告但此等裁定亦有以特別規定許為即時抗告者茲舉民訴法中設有得以抗告之明文如左

- 1 駁斥聲請迴避之裁定（三七，四〇）
- 2 關於從參加應否准許之裁定（五七）
- 3 訴訟不經裁判而終結時關於訴訟費用依聲請所為之裁定（九三）
- 4 關於應否准許返還担保之裁定（一〇五）
- 5 命原告供担保之裁定（一〇一）
- 6 除准許救助或選任律師外其他關於訴訟救助之各裁定（一一五）
- 7 關於中止訴訟程序及撤銷中止之裁定（一八二）
- 8 對於違背証人及鑑定義務科以罰鍰及命賠償費用或命拘提之裁定（二九〇，二九九，三〇三，三一）
- 9 以拒却鑑定人為不當之裁定（三二〇）
- 10 關於拒絕証言或拒絕鑑定當否之裁定（二九八，三一）

11 因第三人提出證書或勘驗物而科以罰鍰及命賠償費用或命強制處分之裁定（三三八，三四九，三六〇）。

12 關於証人鑑定人或提出證書之第三人請求費用之裁定（三二〇，三二一，三四〇）。

13 駁回聲請證據保全之裁定（三六四）。

14 駁回對於支付命令之異議之裁定（四八四）。

15 駁回聲請宣示支付命令為得假執行之裁定（四八二）。

16 關於假扣押或假處分聲請之裁定（四九四，四九九）。

17 除權判決所附之保留（五二一）。

（乙）受命推事或受託推事所為之裁定不得抗告（民訴法第四百五十條）。

（丙）抗告法院之裁定除以違背法令為理由者外不許再抗告（民訴法第四百五十二條）。

（丁）除上述外民訴法中尚有於各本條不得抗告或不得聲明不服之規定者茲列

舉之如左

a 不得抗告者

I 命補正書狀之裁定（一二二）

2 駁回聲請更正裁判之裁定（二二二二三三〇）

3 宣示禁治產之裁定（五七一）

b 不得聲明不服者

I 指定管轄之裁定（二二）

2 以迴避之聲請爲正當之裁定（三七，四〇）

3 准予救助之裁定（一一五）

4 變更或延展期日之裁定（一六六）

5 伸長期間及駁回聲請縮短期間之裁定（一六六）

6 以拒却鑑定人爲正當之裁定（三二〇）

7 准許保全證據之裁定（三六四）

8 第二審就第一審判決宣示假執行之裁定（四二五）

9 受訴法院對於異議所爲之裁定（四五〇）

10 駁回聲請支付命令之裁定（四七八）

不許抗告之裁定雖不得以獨立之抗告對之聲明不服然其在判決前所爲若於判決有影響者除法律明定爲不得聲明不服者外得隨同該裁定受上訴法院之審判至許抗告之裁定則爲得以抗告程序聲明不服無論已爲抗告與否不得再隨同判決受上訴法院之裁判又裁定有得以異議聲請或不服之訴等求廢棄或變更之者（一八一，一九四，二二九・三〇七四五〇，四八一，五〇三，五七一，五八〇，五八五）

凡得爲上訴之人皆得提起抗告而因裁定受不利益之第三人亦有抗告之權（五七二九〇）抗告之目的原在對於他訴訟關係人維持自己之利益故在抗告程序亦自有對手人而其對手人並非爲裁定之下級法院或推事也但第三人提起之抗告不能謂概有對手人也表明抗告之對手人非提起抗告之要件無訴訟能力之人提起抗告

應由其法定代理人合法代理理由訴訟代理人提起抗告者須其代理權無欠缺

以上皆屬准許抗告之要件違者應以其抗告為不合法而駁回之

須因其裁定受有不利

第二 須因其裁定受有不利 得為抗告者須為受有不利益裁定之當事人或其他利害關係人就其不利益之點而言與對於判決聲明上訴者同

須未曾撤回或捨棄抗告須遵守抗告之期間

第三 須未曾撤回或捨棄抗告 撤回抗告或捨棄抗告後自不得再為抗告是不待言
第四 須遵守抗告之期間 民訴法將抗告期間概定為不變期間逾期即不得提起抗告又因訴訟終了或其他事由而得以抗告之裁定失其效力或抗告利益銷滅者亦不得聲明抗告

抗告之期間及種類

第三節 抗告之期間及種類

提起抗告應於裁定送達後十四日之不變期間內為之依民訴法得為即時抗告者其不變期間為七日在途期間應准扣除遲誤抗告期間若具備要件（一六五）仍許回復原狀但裁定後送達前之抗告亦有效力（民訴法第四百五十三條）
抗告有抗告與再抗告之分再抗告者對於抗告法院所為之裁定而提起之抗告也據民

訴法規定抗告法院之裁定如係違背法令者對於該裁定得爲再抗告（民訴法第四百五十二條）再抗告亦屬抗告之性質一切應依關於抗告之一般規定辦理

抗告之程式

第四節 抗告之程式

提起抗告應向爲裁定之原法院或原審判長所屬法院提出抗告狀爲之（民訴法第四百五十四條一項）此亦抗告與第二三審上訴差異之點所以應向原法院或原審判長所屬法院提出者因欲使其得依第四百五十七條規定更正原裁定或駁回其抗告免經抗告法院之裁判也但有急迫情形時亦許逕向抗告法院提出抗告狀（民訴法第四百五十五條一項）

左列情形其提起抗告亦得以言詞爲之即得求法院書記官依其陳述作成筆錄以代提出抗告狀也（民訴法第四百五十四條二項）

- 一關於現繫屬第一審適用簡易訴訟程序之事件提起抗告者
- 二關於訴訟救助提起抗告者
- 三由証人鑑定人或執有証物之第三人提起抗告者

向抗告法院提出抗告狀經認為有急迫情形者抗告法院即應就抗告為裁判若認為無急迫之情形者則應將抗告事件送交為裁判之原法院或審判長使其為第四百五十七條之處置並將送交之事由通知抗告人其通知任何方法行之此際抗告法院不可以抗告為不合法而駁回之（民訴法第四百五十五條二項）

抗告之效力

第五節 抗告之效力

移審之效力

第一 移審之效力 凡提起抗告若原法院或原審判長認抗告為有理由者應更正原裁定（四五七條一項）則抗告失其效力若以抗告為無理由而附加理由書將抗告送於抗告法院審核者則其事件移於抗告法院即生移審之效力此移審之效力因抗告之撤回或抗告法院所為裁定之確定而消滅

停止之效力

第二 停止之效力 停止之效力又分為二

- （一）停止裁定確定之效力 抗告原係定有期間經過期間原裁定即為確定故在期間內提起之抗告有停止裁定確定之效力此與第二三審上訴同
- （二）停止執行之效力 抗告無停止執行之效力是為原則但亦有例外（民訴法

第四百五十八條

(甲) 民訴法有特別規定者停止裁定之執行(一〇五條二項二九〇條四項)
(乙) 原法院或原審判長因聲明或以職權認停止為適當時得於抗告法院之裁定前停止原裁定之執行

(丙) 抗告法院因聲明或以職權得於裁定前停止原裁定之執行或為其他必要處分

第六節 抗告審之審理

抗告審之審理

第一 無論抗告與再抗告均得提出新事實及證據(民訴法第四百五十六條)故抗告法院所應為調查者不獨原法院原審判長所據為憑之事實及證據即新為提出者亦應查明而為裁斷又抗告及再抗告法院均須就事實與法律予以審查故判決程序雖有事實審與法律審之分而裁定程序則無此區別
抗告人之對手人亦得於抗告程序提出新事實及證據

第二 抗告審之審理依書狀或任意的言詞辯論為之

第三 抗告事件多無關於實體上之權義且須迅速了結故有時僅據抗告狀及參酌原法院或原審判長所具之理由書即可裁定不必移送卷宗

抗告審之裁定

第七節 抗告審之裁定

第一 抗告須由直接上級法院裁定（民訴法第四百五十一條）抗告法院之管轄就職務管轄言對於地方法院及其分院裁定之抗告屬高等法院管轄對於高等法院及其分院裁定之抗告屬最高法院管轄（法院組織法草案一六，二四）就土地管轄言直接上級法院有抗告之管轄權若為抗告之法院或為裁定之審判長所屬法院對於某法院處下級地位而又在其管轄區域內者該法院即其直接上級之法院也凡提起抗告後除經原法院或審判長依第四百五十七條規定自行更正原裁定或因抗告已逾期間或係對於不得抗告之裁定抗告而駁回之者外應由抗告法院調查裁定之

第二 抗告是否合於程式未逾期間及為法律所准許法院應依職權調查之關於抗告是否未逾期間及所抗告者是否可以抗告之裁定原法院或原審判長應加以調查提起抗告已逾期間或係對於不得抗告之裁定聲明抗告者原法院或原審判長應為駁

回之裁定（民訴法第四百五十七條二項）以期備捷抗告合法要件之欠缺其可以補正者於就抗告為裁定前得補正之但不得因對手人之不責問而視為補正

抗告之有效要件者其所抗告之裁定實與抗告人不利且屬法律上不當者是也合法要件之存否以提起抗告時為準有效要件之存否以抗告法院裁定之時為準

第三 抗告法院首應調查抗告是否合於程式未逾期間及為法律上所應准許並該法院有無管轄權若抗告之形式上要件皆備且法院有管轄權其抗告為（不合法者應為駁回之裁定）合法者則應進而就實質上調查其有無理由事實上及法律上調查原裁定是否於抗告人不利且屬不當也抗告有無理由依辯論主義之一般原則應於抗告聲明之範圍內為之其範圍以裁判時為準因抗告人於裁判前得擴張減縮或變更其聲明也抗告法院之裁判除原裁定所確定之訴訟資料外並應斟酌新事實及證據故抗告法院依裁定時之一切訴訟資料認原裁定於抗告人並無不利或並無不當者即以抗告為無理由而駁回之（民訴法第四百五十九條）依日後訴訟之進行或終結抗告已失其目的者亦應以抗告無理由論若抗告法院以抗告為有理由即認原

裁定於抗告人不利並屬不當者則應爲廢棄原裁定之裁定同時自爲裁定或將事件發回令原法院或原審判長更爲裁定然亦有祇將原裁定廢棄已足毋庸另爲裁定者

抗告卷宗之移送

第八節 抗告卷宗之移送

第一 送卷 下級審認爲必要時應並將訴訟卷宗送交抗告法院（民訴法第四百五十七條三項後段）應送交抗告法院之卷宗若爲下級審之訴訟程序所需者應自備該卷宗之繕本或節本（同條四項）

第二 調卷 抗告法院認爲必須調閱卷宗者亦得求下級審送交訴訟卷宗

第三 發卷 抗告法院爲裁定後書記官應速將裁定正本附入卷宗發還原法院或原審判長所屬法院其抗告事件非因裁定而終結者亦準用之（民訴法第四百六十條）

第四編 再審程序

第一章 再審之意義

再審之意義
及其必要

再審者對於確定之終局判決而再施訴訟之程序也夫法院所爲之判決一經確定卽不得依聲請回復原狀或上訴之方法請求廢棄或變更故一事不得再理爲訴訟法上不可移易之大原則然確定判決亦由於人爲凡人爲之事不能絕無瑕疵苟不別設救濟方法勢必至正當之權利不得保護之道故東西各國民訴法均設再審之制

再審與上訴
有別

再審之訴亦係對於判決聲明不服由此點觀之與上訴甚相類似然由其他方面觀之實與上訴顯然有別蓋上訴方法係求變更確定前之判決而再審則求變更已確定之判決上訴方法係向上級法院聲明不服而再審則對於原法院請求再爲審理也故再審之訴非如上訴生移審及停止之效力

再審訴權

提起再審之訴爲當事人之權利稱曰再審訴權有形式與實體二種前者求法院就再審原因審查其是否合法之權利也後者求就本案爲審判而廢棄原確定判決之權利也再審亦訴爲之一種故提起再審之訴之人爲再審原告其對造爲再審被告

再審之訴得對於判決爲之對於已確定之裁定亦得聲請再審（四七二）

再審之要件

第二章 再審之訴之要件

再審之當事人

第一 再審之當事人 提起再審之訴如欲求其當事人之適格必須受原判決之當事人或當事人之一般承繼人而後可

須有許其再審之判決

第二 須有許其再審之判決 再審之訴對於確定之終局判決或得爲即時抗告之裁定得以提起（民訴法第四百六十一條）故有確定之終局判決時不問其爲第一審判決與上級審判決亦不問其爲全部判決與一部判決並不問其爲對席判決與一造辯論之判決均得提起再審之訴

須因其確定判決受有不利

爲確定判決之法院或下級法院於爲確定判決前所爲之裁判有再審之理由者得本此理由對於判決提起再審之訴但以判決係本於該裁判而爲者爲限（四六二）

第三 須因其確定判決受有不利 提起再審之訴者須因其確定判決受有利益若僅因該判決中關於訴訟費用之部分受有不利則不得提起再審之訴

須有再審情形

第四 須有再審情形 再審之訴不惟須對於確定之終局判決或得爲即時抗告之裁

定尙須有左列各款之情形乃得提起（民訴法第四百六十一條第四百七十二條）

一 判決法院之組織不合法者

二 依法律或裁判應迴避之推事仍參與裁判者

三 當事人之訴訟代理不合法者

四 參與裁判之推事關於該訴訟違背職務犯刑事上之罪者

五 當事人之代理人或他造及其代理人對於該訴訟有刑事上應罰之行為影響於

判決者

六 爲判決基礎之證書係偽造或變造者

七 証人鑑定人或通譯就爲判決基礎之証言鑑定或通譯被處偽証之刑者

八 爲判決基礎之刑事判決及其他裁判因其後之確定裁判已變更者

九 當事人發見就同一訴訟標的在前已有確定判決或和解或得以使用之者

十 當事人發見在裁判上可受利益之新証物或得以使用之者

提起再審之訴若非主張第四六一條各款所定情形以爲訴之理由者固應以其爲不

合法而駁回之惟再審之訴備此要件祇須主張此種情形爲已足至其情形是否果屬存在則爲關於其訴有無理由之問題

第四百六十一條各款情形若當事人已依上訴主張其事由或知事由而不爲主張者不能提起再審之訴（民訴法第四百六十一條一項）故當事人若確知其証據存在於前訴訟程序之言詞辯論中或依上訴或聲請回復原狀等已能主張而不主張之者應不准其提起再審之訴不知有此情形或不能主張係出於該當事人之過失者亦同第四百六十一條第四款至第七款情形若非宣告有罪之判決確定或因証據不足以外之理由（如大赦被告身故公訴時效消滅等情形）致刑事訴訟不能開始或續行者不得提起再審之訴（民訴法第四百六十一條二項）

須在法定期間內提起

第五 須在法定期間內提起 再審之訴應於三十日之不變期間內提起此項期間自判決確定時起算若該事由於判決確定後方發生或當事人始知悉者則自發生時或知悉時起算除以第四百六十一條第三款情形爲理由者外若判決確定後已逾五年者則不得提起再審之訴（民訴法第四百六十四條）

再審之訴之
管轄法院

第三章 再審之訴之管轄法院

再審之訴專屬爲判決之原法院管轄若有左列各款情形之一者專屬原第二審法院管轄（民訴法第四百六十三條）不許當事人以合意變更

- 一 對於同一事件之第一審及第二審判決同時聲明不服者
- 二 對於第三審法院之判決本於第四百六十一條第六款至第十款事由聲明不服者

第四章 再審之訴之程序

再審之訴之
程序

再審雖非上訴方法然亦爲變更前判決之程序故關於再審之訴之規定有類似上訴之規定者再審以前審判決爲基礎而爲審理判決上訴亦以前審判決爲基礎而爲審理裁判故曰亦有類於上訴之規定也

提起再審之訴應以訴狀表明左列各款事項提出管轄法院爲之（民訴法第四百六十五條）訴狀內必須表明左列各款事項

一 當事人及法定代理人

民 事 訴 訟 法

三〇三

二聲明不服之判決及提起再審之訴之陳述 其以再審之訴聲明不服者係如何之判決應於可與他裁判區別之程度內在訴狀中表明之苟足據以知其所不服者係如何之判決則其記載雖稍欠正確亦不得指為瑕疵其提起再審之訴之陳述毋庸必用再審之訴字樣祇須據以知其係提起此訴之意思已足

三求廢棄原判決及就本案如何判決之聲明 再審之訴係求廢棄原判決之全部或係求廢棄其某一部於廢棄原判決後係求另為如何之判決訴狀內不可不表明之

四再審之理由 再審理由者即第四百六十一條各款所揭情形原告據以提起再審之訴者也

第五章 再審之訴之審理及裁判

再審之訴之
審理及裁判

第一 法院受理再審之訴應以職權調查其是否合法並其有無再審之理由審判長於言詞辯論期日前認再審之訴為不合法或顯無再審理由者應不定期日求法院以裁定駁回再審之訴（民訴法第四百六十六條）所謂不合法之再審之訴如次

（子）不應許可者

(丑)不遵程式者

(寅)不遵期間者

第二 關於再審之訴之辯論程序即

一 法院首應調查再審之訴是否合法再審之訴須備本編所規定之合法要件即須其訴合於程式未逾期間且爲法律上所應准許並須備一般之訴訟要件且無爲訴訟障礙之事項始得認爲合法再審之訴不合法者應即認爲不合法而以裁定駁回之

二 再審之訴合法者法院應進而調查其有無再審之理由卽關於其有效要件之調查也再審理由者指關於訴訟程序或判決基礎之重大瑕疵經法律認其爲再審理由之情形而言

三 再審之訴雖有理由法院如認原判決爲正當者應以判決駁回之(民訴法第四百六十七條)

關於再審之訴之辯論原可分爲三部一應否許其再審之辯論二有無再審理由之辯論三本案之辯論已如上述而本案之辯論以有再審理由之部分爲限本案之裁判亦

以有再審理由之部分爲限本案之辯論應與再審之訴是否合法及有無再審理由之辯論同時行之以節省訴訟程序但法院得於本案辯論前就再審之訴是否合法及有無再審理由先命爲辯論（民訴法第四百六十八條）

第三 第三審法院本以不就事實辯論爲原則惟管轄再審時因定再審有無理由及再審之訴是否合法起見於必要時亦應審判所爭之事實此依再審性質下當然所生之結果（民訴法第四百六十九條）

第四 再審法院廢棄原判決者該裁判之效力溯及既往故當事人間之法律關係於原判決廢棄後應復歸於未爲判決前之狀態而第三人之法律關係亦因而受其影響惟絕對守此原則使善意取得權利之第三人亦因而失其權利殊於條理不合且害交易之安全故法律特於第四七一條規定再審之訴之判決於第三人在起訴前以善意取得之權利無影響

第五 訴訟程序之通常規定除本編有特別規定外於再審之訴準用之（民訴法第四百七十條）所謂訴訟程序之通常規定者應視再審之訴係向何法院提起以該法院

之程序所應遵行者爲準再審之訴訟程序云者包括關於提起再審之訴及其以後之一切程序而言關於起訴程式及就審期間等如再審之訴向原第一審法院之地方法院提起應依第二百三十五條以下之規定向原審第二或第三審法院提起者亦然（四三〇，四四八）

第五編 特別訴訟程序

第一章 督促程序

督促程序之
意義及其必
要

督促程序者不用言詞審理之原則不審訊債務人惟依債權人之聲請而即發條件附之支付命令之略式程序也夫訴訟事件雖多原因複雜然其中權義關係明確無絲毫之疑義者亦多有之債務人對於此項明確之債務或任意不為履行或因無資力而怠於履行此時既不須確定債權人債權之存否則債權人之所欲者惟在速得強制執行之名義耳故不須依通常訴訟程序辦理而以簡易方法完結其事件在當事人固甚為利益而法院亦甚為便利此民訴法所以採用德日立法例而規定督促程序

督促程序之
管轄法院

第一 督促程序之管轄法院 支付命令之聲請甚為簡易專屬債務人普通審判籍所在地或依第七條規定之第一審法院管轄（民訴法第四百七十五條）

督促程序之
要件

第二 督促程序之要件

甲 債權人之請求須以給付可代替物或有價証券之一定數量為標的者始可聲請
法院依督促程序發支付命令（民訴法第四百七十三條）至其請求之原因或本

於契約或本於侵權行為或本於票據行為皆所不問

乙 債權人須不為反對給付而得主張其請求 若債權人須為反對給付是不得即

行強制其履行債務（民訴法第四百七十四條）

丙 支付命令之送達須非於外國為之或毋庸依公示送達之為 若須於外國送達

支付命令或須依公示送達者則債權人不能速得執行名義債務人亦不易聲明異

議（民訴法第四百七十四條）

支付命令聲請之程式

第三 支付命令聲請之程式 支付命令之聲請向管轄法院為之須記明左列各款事

項（民訴法第四百七十六條）

一 當事人及法定代理人

二 請求之標的並其數量及請求之原因事實

三 請求發支付命令之陳述

四 法院

第四 聲請支付命令之訴訟拘束 支付命令之聲請自送達於債務人時起發生訴訟

聲請支付命令之訴訟拘束

民事訴訟法

拘束（民訴法第四百八十條）而此效力未行消滅之際債權人就支付命令所主張之請求固不得即依通常程序起訴債務人亦非對於支付命令聲明異議後不得提起反訴

聲請支付命令之裁判

第五 關於聲請支付命令之裁判 債權人聲請支付命令時法院就支付命令之聲請為裁定祇須調查其是否合法（包括一般訴訟要件在內）至債權人之主張在法律上有無理由不須就其所主張之請求而為實體上之調查且督促程序以迅速為宜故就支付命令之聲請為裁定毋庸預訊債務人（民訴法第四百七十七條）

聲請支付命令不合第四百七十三條至第四百七十六條之規定或依聲請之意旨其請求認為無理由者法院應以裁定駁回其聲請就請求之一部不得發支付命令者亦應以裁定駁回其全部之聲請因恐將其請求分兩種程序辦理裁判矛盾此二種裁定均不得聲明不服（民訴法第四百七十八條）蓋以債權人得再聲請發支付命令或依通常程序別以訴主張請求也

上文所謂一部不得發支付命令應駁回其全部者係指出於同一原因之請求而言若

支付命令應
記明之事項
及其效力

本係數個獨立之請求僅一請求有理由仍不妨就該請求發支付命令

第六 支付命令應行記明之事項及其效力 法院若認支付命令之聲請為合法且有

理由者應發支付命令其所應記明之事項如左（民訴法第四百七十九條）

I 當事人及法定代理人

2 請求之標的並其數量及請求之原因事實

3 法院

4 若債務人圖免假執行應於支付命令送達後十五日內向債權人清償其請求並

賠償程序費用否則應向發支付命令之法院提出異議惟此項期間有應伸縮之者

可依通常規定辦理

支付命令法院以職權送達於債務人第百三十九條規定於支付命令之送達準用

之（民訴法第四百八十條）此因於債務人有利害關係且並不得於外國為送達

或行公示送達

支付命令送達於債務人後法院書記官應速通知債權人（同條二項）此際並應

自以送達之日俾債權人得知異議期間之屆滿

發交付命令後一個月內不能送達於債務人者交付命令及訴訟拘束失其效力（三項）

駁回交付命令之聲請之裁定毋庸送達於債務人專屬當然因此時與債務人無涉故也

聲明異議之程序

第七 聲明異議之程序 債務人於交付命令記明之期間內以迄宣示假執行之裁定止對於該命令得不附理由向發該命令之法院提出異議不獨對於請求之全部即對於其一部債務人亦得於適當之時期提出異議且其一部異議之效力及於請求全部並督促程序之費用若債務人就數個獨立之請求中僅就某請求提出異議者則其效力不及於他請求並關於他請求之程序費用法院書記官應依債務人之聲請付與已於適當時期提出異議之證明書（民訴法第四百八十一條）其異議不合法（如未貼相當司法印紙代理人異議時其代理權不存在之類）者以裁定駁回之債務人對於駁回之裁定得為即時抗告（民訴法第四百八十四條）債務人提出異議之權利

得捨棄之並得撤回異議

聲明異議之效力

第八 聲明異議之效力

子 債務人對於支付命令之全部或一部於適當時期提出異議者視債權人支付命令之聲請與起訴同法院應於通常訴訟之判決內宣示維持支付命令或廢棄之（民訴法第四百八十五條）

丑 聲明異議合法者督促程序與此後之訴訟程序應視作一體如有民訴法第四百八十五條第一項情形督促程序之費用視作債權人起訴後關於訴訟所生之費用（民訴法第四百八十五條二項）

第九 債權人於支付命令所揭期間已滿後之聲請

（甲）債權人之聲請 支付命令所揭期間已滿後發該命令之法院應依債權人之聲請宣示支付命令得爲假執行之裁定但宣示前經債務人提出異議者不在此限（民訴法第四百八十二條一項）未經宣示假執行之裁定不得逕據支付命令爲假執行宣示假執行之裁定應併記明債權人所計算之程序費用命令債務人賠償（二項）

）以免再為費用確定之裁判

駁回假執行聲請之裁定得為即時抗告（三項）

（乙）債權人不為聲請 債權人於支付命令所揭之期間已滿後一個月內不為宣

示假執行裁定之聲請者支付命令及訴訟拘束失其效力其於適當之時期所為宣示

假執行之聲請被駁回者亦同（民訴法第四百八十六條）

第十 宣示假執行裁定後之程序 宣示假執行之裁定送達後十五日內債務人仍得

宣示假執行
裁定後之程
序

對於支付命令提出異議此十五日之期間為不變期間逾此期間者法院應以裁定駁

回之惟送達於債務人之宣示假執行裁定正本內應將此不變期間記明俾其注意（

民訴法第四百八十三條四百八十四條）

假執行之裁定於第四百八十三條之期間內債務人未經提出異議或該期間內提出

第二章 保全程序

保全程序之
必要及其種
別

強制執行須依已確定之終局判決或有假執行宣示之終局判決致私權確定之時始

得爲之然審判上私權之確定往往須經過長久之時日待至執行要件完備而因債務人之故意或情事之變更致事實上不能執行者有之或雖能執行而生顯著之困難者有之苟非設簡易程序以保全執行則其權利將終歸於烏有此民法所以採用多數立法例於訴訟之開始前或進行中爲保全強制執行計而規定假扣押假處分之特別程序

第一節 假扣押

假扣押之意義

假扣押者就支付金錢之請求或得易爲金錢請求之請求對於債務人之動產或不動產而保全執行之方法也

管轄法院

第一 假扣押之管轄法院 假扣押之聲請專屬本案管轄法院或管轄假扣押之標的所在地之第一審法院管轄此所謂本案管轄法院者爲第一審法院但本案繫屬於第二審者則以第二審法院爲管轄法院以使假扣押之裁定與本案之裁判不至於矛盾至假扣押之標的若係債權則以債務人住居所或担保物之所在地爲假扣押標的所在地（民訴法第四百九十條）

要件

第二 假扣押之要件

民事訴訟法

甲 須就支付金錢之請求或得易爲金錢請求之請求 支付金錢之請求或得易爲金錢請求之請求雖未至履行期或條件（不問解除條件停止條件）未成就前亦得因保全執行聲請假扣押以保護債權人之利益（民訴法第四百八十八條）

乙 須非有日後不能強制執行或在外國爲強制執行或甚難執行之虞 即聲請假扣押須有假扣押之原因至其原因之存在與否由法院裁定之（民訴法第四百八十九條）

丙 須在本案判決確定前或有假執行宣示之判決宣示前 若有此等判決則本其判決得爲強制執行無保全執行之必要

聲請程式

第三 聲請假扣押之程式 聲請假扣押向管轄法院爲之其聲請應記明左列各款事項（民訴法第四百九十一條一項）

- 一 當事人及法定代理人
- 二 請求 應舉示爲標的之給付及請求之原因事實
- 三 假扣押之原因 卽恐日後不能強制執行或甚難執行之情形是也

四 法院

本案之請求非請求給付一定金額者應記明其價額依假扣押之標的所在地以定管轄法院者應記明假扣押之標的及其所在地其請求及假扣押之原因並應釋明之（民訴法第四百九十一條二項三項第四百九十二條一項）

審判程序

第四 審判假扣押之程序 法院就假扣押之聲請須調查其管轄權及聲請之程式與釋明之方法如何然後調查其聲請之當否至關於假扣押之裁判則各國立法例頗不一致據民訴法所定不須經過言詞辯論得以裁定之形式裁判之假扣押裁定應記明法院債權人債務人及請求之原因金額或價額

假扣押之聲請雖應由債權人釋明其請求及假扣押之原因然苟未經釋明而法院若就債務人因假扣押所應受之損害已命債權人供有法院所定之担保者（其担保是否足補釋明之欠缺由法院之意見定之若担保不足代釋明者應駁回之）則以担保代釋明得命為假扣押惟請求假扣押之原因雖經債權人釋明法院仍得察核情形使其提供担保後再命為假扣押（民訴法第四百九十二條二項）

假扣押之裁定爲預防強制執行之危險而設苟債務人提出担保可以使執行不至於危險則不必強爲假扣押故若就債務人提供担保者應即停止或撤銷並應於裁定記明債務人因停止或撤銷假扣押應供担保之金額（民訴法第四百九十三條）

使債權人提供担保後命爲假扣押者亦應將其担保記明於假扣押之裁定以使債務人確知（民訴法第四百九十二條三項）假扣押之裁定應依職權送達於債務人惟駁回聲請假扣押之裁定或命債權人提供担保之裁定則於債務人無利害關係無庸送達於債務人（民訴法第四百九十四條）

撤銷程序

第五 撤銷假扣押裁定之程序 在本案尙未繫屬之時爲假扣押之法院應依債務人之聲請命債權人於一定期間內起訴以使權利狀態不致久不確定若債權人不於此期間內起訴則假扣押法院得因債務人之聲請以裁定撤銷假扣押之裁定以保護債務人之利益（民訴法第四百九十五條）

債務人之聲請撤銷假扣押之裁定不僅在債權人不於一定期間內起訴之時可得爲之即假扣押原因銷滅以後或其他命假扣押之情事變更（如本案請求已消滅本案

請求已經判決否認債權人已捨棄假扣押之權利者亦得聲請撤銷在債務人並得陳明可供法院所定之担保聲請撤銷假扣押之裁定蓋以假扣押原因已經消滅則假扣押之裁定自無繼續存在之必要至債務人之聲請撤銷無論因何理由應向假扣押法院爲之在起訴以後本案已繫屬者向本案受訴法院爲之（民訴法第四百九十六條）

假扣押之裁定因歸責於債權人之事由而撤銷者債權人應賠償債務人因假扣押或提出担保所受之損害以防濫用假扣押之流弊（民訴法第四百九十七條）

第二節 假處分

假處分之意義

假處分者金錢以外之權利之保全方法也（民訴法第四百九十八條一項）故就金錢請求以外之請求保全強制執行時得聲請爲假處分至假處分非如假扣押扣押債務人之財產惟就其權利之標的而爲相當之保全使權利實行不至於困難而已

管轄法院

第一 假處分之管轄法院 假處分之聲請由本案之管轄法院管轄如有急迫情形時得由請求標的所在地之第一審法院管轄所謂本案之管轄法院爲第一審法院但

本案係屬於第二審時則以第二審法院爲管轄法院（民訴法第五百條）

要件

第二 假處分之二要件

假處分實質的要件如左

子 須因請求標的之現狀變更且日後不能強制執行或在外國爲強制執行或有難于執行之虞者始得爲之（民訴法第四百九十八條二項）

丑 就爭執之法律關係而定假狀態者亦得聲請假處分然此時以避重大之損害或防急迫之強暴及其他理由有定暫時狀態之必要者始得爲之（民訴法第五百零四條）

假處分形式的要件如左

一 聲請須形式上適法

二 爲假處分原因之請求須法律上應爲保護之權利

三 適用假處分須爲達其請求目的所必要者 若假處分與請求並無何等關連則不許爲假處分

四須有假處分之理由 茲請求標的爲假處分時爲請求標的之權利將來有不能實行或其實行困難之危險者始適用之

程序

第三 假處分之程序 關於假扣押之規定於假處分準用之但因第五百條至第五百零三條規定而不同者不在此限（民訴法第四百九十九條）茲將不同之規定分別說明於次

一 法院就假處分事件得依自由意見選任管理人及命令或禁止債務人爲某行爲此外凡因假處分所必要之方法由法院酌量定之（民訴法第五百零一條一項二項）蓋以假處分之爲用至廣不能一一預設一定之規定也

二 以假處分之裁定禁止設定移動或變更不動產上之權利者法院應囑託登記機關將該裁定登記於不動產登記簿（民訴法第五百零一條三項）此係假處分法院以職權囑託不須債權人之聲明爲欲使其發生明確之效力故也

三 法院非有特別情事不得許債務人供担保而撤銷假處分（民訴法第五百零二條）蓋以假處分與金錢債權之保全方法不同僅命債務人提供担保有時尚不足

以完全保其無危險故以有特別情事爲限

四 由請求標的所在地之第一審法院爲假處分之裁定者同時應定期間命債權人向本案管轄法院求就假處分之當否爲裁定俾本案管轄法院得以復核其假處分是否與本案案情相適（民訴法第五百零三條一項）

債權人逾前項期間不求本案管轄法院爲裁定者第一審法院應依聲明撤銷假處分之裁定蓋債權人既自懈怠法院亦毋庸爲過分之保護也（民訴法第五百零三條二項）

第三章 公示催告程序

公示催告者法院用公示方法附以失權之效力催告不分明之利害關係人使務爲權利之申報之審判上程序也依一般原則言之必有特定之相對人乃能提起訴訟惟法律關係有須速爲確定者即不須速爲確定而因相對人不明至永遠不能確定亦於公益有害此民訴法所以採用多數立法例而規定公示催告程序

公示催告之
一般程序

第一節 關於公示催告之一般程序

管轄法院

第一 管轄法院 公示催告聲請之事物管轄屬第一審法院（民訴法第五百零六條

）至關於土地管轄則訴訟法不為規定應於各關係法律中定之

聲請及效力

第二 公示催告之聲請及效力 申報權利之公示催告於法律有規定時始得為之苟

權利人不隨公示催告申報權利因公示催告結果即生法律上不利利益之效果（民訴法第五百零五條）

聲請及裁判

第三 公示催告之聲請及裁判 公示催告因聲請而開始非可由法院以職權施行法院應就公示催告之聲請為裁定若法院准許聲請者即應為公示催告（民訴法第五百零七條）

公示催告程序雖一般訴訟併合要件不備法院亦得合併一聲請人或各聲請人所為之數宗公示催告程序行之以圖節省費用時間（民訴法第五百二十二條）

應記明事項

第四 公示催告應行記明左列各款事項 公示催告應行記明之事項其大體如左（

民訴法第五百零八條）

一 聲請人

民事訴訟法

二 申報權利之期間及應於期間內申報權利之催告

三 因不申報權利而生失權之效果

四 法院

布告及申報權利之期間

第五 公示催告之布告及申報權利之期間 公示催告之布告應粘貼於法院之牌示處並登載于公報或新聞紙（民訴法第五百零九條）

申報權利之期間公示催告登載公報或新聞紙者自最後登載之日起應有二個月以上以便不分明之利害關係人周知（民訴法第五百一十條）

權利之申報

第六 權利之申報 申報權利應在期間內爲之是爲原則惟此項期間非不變期間故雖在期間已終竣後而在未爲除權利決以前者視與在適當時期申報者同（民訴法第五百十一條）

若申報權利時爭執公示催告聲請人所主張之權利者即申報人主張自己爲証券之真正債權人是也此時法院應斟酌情形於就申報之權利有確定裁判前中止公示催告程序或於除權利決保留其權利不得爲絕對之失權宣告（民訴法第五百十五條）

除權判決

第七 除權判決 公示催告之聲請人得於申報權利之期間已滿後三個月內或該期

間未滿前聲請爲除權判決以確定申報滯滯所得不利益之結果（民訴法第五百十二條一項）若逾限不聲請則公示催告程序當然終結至法院爲除權判決前仍須以職權調查其訴訟之要件及實體之要件並應從通常規定調查證據（民訴法第五百十三條）除權判決前之言詞辯論期日應併傳喚已申報權利之人（民訴法第五百十二條二項）若駁回除權判決之聲請以裁定爲之（民訴法第五百十四條）公示催告之聲請人不於言詞辯論期日到場或到場不爲辯論者法院應依聲請指定新期日惟此項聲請自有遲誤時起逾二個月後不得爲之若逾限不聲請則公示催告程序即以終結聲請人遲誤新期日者不得聲請更指定新期日（民訴法第五百十六條）

法院調查之結果認除權判決之聲請爲合法且有理由應宣言因不聲明權利所生不利益之結果而爲除權判決其判決之要旨得依法院之意見以相當之方法（例如登

載於公報）將除權判決之要旨布告之，以便利利害關係人周知（民訴法第五百十七條）

除權判決應因送達而確定，是為原則。惟對於除權判決所附之保留，得為即時抗告（民訴法第五百二十一條）。蓋除權判決既附有保留，不能副聲請人所欲達之目的，故許聲請人對此部分抗告。

對於除權判決之聲明不服

第八 對於除權判決之聲明不服，對於除權判決不得上訴。一經宣告，即生形式上確定力（民訴法第五百十八條一項）。且關於公示催告及除權判決之准許，與其所為法律上之利益，之宣示，有實質上之確定力。但有左列各款情形之一者，得以此公示催告聲請人為被告，提起撤銷除權判決之訴（民訴法第五百十八條二項）。

- 1 法律不許行公示催告程序者
- 2 未為公示催告之布告，或不依法定方法為布告者
- 3 不遵守公示催告之布告期間者
- 4 為除權判決之推事，應迴避者

5 已經申報權利而不依法律於判決中斟酌之者

6 有第四百六十一條第四款至第八款之再審理由者

撤銷除權判決之訴由爲公示催告之原法院管轄（民訴法第五百十八條）

撤銷除權判決之訴應於三十日之不變期間內提起此項期間自原告知有除權判決時起算但依第五百一十八條第四款或第六款所揭事由起訴而原告祇知有除權判決不知其事由者則自知其事由時起算以保護原告之利益惟除權判決宣示已逾五年者則無論如何情形絕對不許提起撤銷除權判決之訴（民訴法第五百十九條）

第四百六十五條及第四百六十六條關於再審程序之規定於撤銷除權判決之訴準用之（民訴法第五百二十條）

第二節 關於公示催告之特別程序

宣示證券無效之公示催告程序適用第五百二十四條至五百三十四條規定辦理（民訴法第五百二十三條）茲述於次

管轄法院

一 管轄法院 公示催告由證券所載履行地之法院管轄若未載履行地者由證券發

行人普通審判籍所在地之法院管轄如無此審判籍者由發行人發行時普通審判籍所在地之法院管轄（民訴法第五百二十四條）

聲請人及聲請之程序

二 聲請人及聲請之程序 無記名證券或空白背書之指示證券得由最後之持有人為公示催告之聲請至此外之證券須能據證券主張權利之人始能為公示催告之聲請（民訴法第五百二十五條）

聲請人之聲請除適用一般規定外尚應履行左開二種程序

- （一）應提出證券繕本或開示證券要旨及足以辨認證券之必要事項
- （二）應釋明證券遺失被盜或滅失及其聲請權之原因事實（民訴法第五百二十六條）

公示催告應記明事項

三 公示催告應行記明之事項 此項特別公示催告應行記明之事項如左（民訴法第五百二十七條）

- （一）命持有證券人於期間內申報權利及提出證券
- （二）告以若不申報權利及提出證券即應宣示證券無效

公示催告之
公告及期間

四 公示催告之公告及期間 宣示証券無效之公示催告須格外鄭重除黏貼於法院之牌示處外應登載公報或新聞紙爲公示催告之法院所在地有交易所者並應將公示催告黏貼於交易所（民訴法第五百二十八條）至申報權利之期間亦較一般期間爲長自公示催告最後登載新聞紙或公報之日起應有六個月以上（民訴法第五百二十九條）

聲請人之閱覽証券

五 聲請人之閱覽証券 持有証券於申報權利之期間內申報權利並提出証券者法院應將其事由通知聲請人並於相當期間內使聲請人閱覽証券（民訴法第五百三十條）

除權判決

六 除權判決 此時除權判決應宣示証券無效並應由法院以其職權將除權判決之要旨以相當之方法布告之俾利害關係人週知（民訴法第五百三十一條一項）
証券無效之宣示因撤銷除權判決之訴經以判決撤銷者爲公示催告之法院於該判決確定後應依聲請以相當之方法布告之俾利害關係人週知（民訴法第五百三十一條二項）

以除權判決宣示証券無效時其聲請人得對於担負証券義務之人主張証券上之權利與持有該証券無異（民訴法第五百三十二條一項）

担負証券義務之人因除權判決而為清償者於除權判決撤銷後亦得以其清償對抗債權人或第三人但清償時已知除權判決撤銷者則無庸加以保護自不在此限（民訴法第五百三十二條二項）

命令 禁止支付命

七 為喪失無記名証券所發禁止支付之命令 因宣示無記名証券之無效聲請公示催告法院認聲請為有理由准許其聲請者應依聲請不經言詞辯論對於發行人發禁止支付之命令以保護喪失無記名証券人之利益此項命令並應附記已為公示催告之事由（民訴法第五百三十三條）俾發行人得以知悉已為公示催告之程序 公示催告程序因（一）提出証券（二）撤回公示催告之聲請（三）聲請人死亡無承繼人（四）其他原因未為除權判決而終結者則禁止支付之命令不必存續法院應依職權為撤銷禁止支付命令之裁定（民訴法第五百三十四條）

第四章 人事訴訟程序

人事訴訟之
意義及與財
產訴訟之不
同並其種別

第一節 總論

人事訴訟者關於人之身分能力之訴訟也與財產關係之訴訟其性質不同在財產關係之訴訟其影響僅及於私人之私益而人事訴訟則影響於國家之公益故前者可任當事人之自由處分後者不得任當事人之自由處分

人事訴訟為婚姻事件親子關係事件禁治產事件宣告死亡事件等茲據民訴法所定分別言之

第二節 婚姻事件程序

婚姻事件程
序
婚姻事件之
性質

第一 婚姻事件之性質 婚姻事件者以婚姻無效撤銷婚姻與確認婚姻成立或不成立及離婚或夫妻同居為標的之事件也凡婚姻事件亦為民事訴訟之一種民事訴訟法所規定之通常程序似無不可以適用惟婚姻為社會生活上必要之制度婚姻訴訟之結果其影響必及於國家之公益故關於婚姻事件不可不設特別之程序與此特別程序不相抵觸之限度以內適用通常民事訴訟程序至其特別程序若何概括言之即限制當事人進行訴訟主義而參以職權進行主義

一 婚姻無效之訴 即本於民法所定婚姻無效之原因而求宣示其無效之訴視其無效之原因如何或屬確認之訴或屬形成之訴

二 撤銷婚姻之訴 即本於民法所定撤銷婚姻之原因而求除去婚姻效力之訴也此訴屬於形成之訴

三 確認婚姻成立或不成立之訴 即求確定其二人之間有無夫妻關係之訴此為確認之訴

四 離婚之訴 即本於民法所定離婚之原因而求宣示婚姻消滅之訴也此屬形成之訴

五 夫妻同居之訴 即本於民法上夫妻同居之義務而求命他造履行義務之訴此訴屬於給付之訴

管轄法院

第二 管轄法院 婚姻無效撤銷婚姻確認婚姻成立或不成立及離婚或夫妻同居之訴專屬夫之普通審判籍所在地之第一審法院或其死亡時普通審判籍所在地之第一審法院管轄若其夫在中國無住所或住所不明者以居所定之無居所或居所不明

當事人

者依其最後之住所視爲其住所無最後之住所或最後之住所不明者以司法院命令所指定之地視爲其住所（民訴法第五百三十五條）

第三 當事人 由夫或妻起訴者以其配偶人爲被告由第三人起訴者以夫及妻爲共同被告此即必要共同訴訟之一種夫或妻有死亡者以其生存者爲被告（民訴法第五百三十六條）

訴訟能力

第四 訴訟能力 婚姻事件夫或妻雖不能獨立以法律行爲負義務者亦有訴訟能力蓋以婚姻專屬當事人之一身若爲代理人之意思所左右殊與公益有害也然本來無訴訟能力之人而使其爲訴訟行爲實際上亦有不適當之時故夫或妻若爲禁治產人無意思能力者應由其監護人代爲訴訟行爲若係禁治產人之配偶人爲監護人者就夫妻間之訴訟彼此利益相反故不使監護人代理應由親屬會議另選訴訟代理人代爲訴訟行爲此爲救濟禁治產人欠缺意思能力所設之規定（民訴法第五百三十七條）

訴訟程序

第五 訴訟程序

民事訴訟法

婚姻訴訟屢次發生則夫婦關係常有不確定之狀態不惟有損一家之平和且公益上亦不無弊害故法律爲防止此等訴訟事件之增加特設左之規定

(甲) 婚姻無效撤銷婚姻與確認婚姻成立或不成立及離婚並夫妻同居之訴雖其標的與事實上之前提要件均有殊異亦得合併提起或於第一審第二審之言詞辯論終結前爲訴之變更追加或提起反訴

非婚姻事件之訴以扶養之請求交付子女之請求返還財禮之請求及由婚姻之訴之原因事實所生損害賠償之請求爲限雖其標的與婚姻事件不同然爲便宜計亦得與婚姻事件所揭之訴合併提起或於其訴訟程序追加新訴或以反訴主張之(民訴法第五百三十八條)

(乙) 關於婚姻無效撤銷婚姻或離婚之訴之請求因無理由經駁回者受此判決之原告不得本於當初由訴之合併變更或追加所得主張之事實更獨立提起離婚或撤銷婚姻或婚姻無效之訴以反訴提起婚姻無效撤銷婚姻或離婚之訴因無理由被駁回者受此判決之被告不得本於當初得作反訴原因主張之事實

更獨立提起此項訴訟（民訴法第五百三十九條）

二 婚姻訴訟之結果其影響必及於國家之公益故法律爲參用職權進行主義又設左之規定

（子）法院爲維持婚姻得依職權調查證據並審酌當事人所未提出之事實惟就調查證據之結果及事實應於判決前訊問當事人（民訴法第五百四十一條）予以辯論之機會

（丑）本於當事人處分主義各法則如關於認諾效力之規定無論何種婚姻事件皆不得適用關於審判上自認及不爭執事實之效力之規定則在離婚婚姻撤銷無效不成立或拒絕同居之原因事實不得適用（民訴法第五百四十條）

（寅）法院得命當事人本人到場就當事人所提出之事實而爲訊問若當事人不能到場或在遠方者得命受命推事或受託推事訊問之（民訴法第五百四十二條）

（卯）離婚之訴及夫妻同居之訴法院認當事人有和諧之望者得於六個月以下

之期間內命中止訴訟程序但以一次爲限至中止效力則依一般之法則辦理（民訴法第五百四十三條）

第六 假處分及判決

假處分及判決

（一）法院於婚姻訴訟事件得依聲請於訴訟拘束中命爲扶養或監護子女及其他假處分以防顯著之損害與急迫之強暴（民訴法第五百四十四條）

（二）就婚姻無效撤銷婚姻及確認婚姻成立或不成立之訴所爲之判決若於夫妻生存時確定者對於第三人亦有效力其以重婚爲理由提起撤銷婚姻之訴因無理由被駁回者其判決對於當事人之前配偶人以已參加訴訟爲限對之始有效力（民訴法第五百四十七條）

（三）夫或妻於判決確定前死亡者關於本案訴訟視與已終結同但第三人以夫及妻同爲被告之訴訟僅夫或妻死亡者不在此限（民訴法第五百四十五條）

（四）婚姻事件之原告於判決確定前死亡者有權提起同一訴訟之他人得於其死亡後三個月內承受訴訟（民訴法第五百四十六條）可以節省程序倘不依期承受

其固有之起訴權並不因而消滅仍得獨立提起訴訟

第三節 親子關係事件程序

親子關係事件程序性質

第一 親子關係事件之性質 親子關係事件者認領子女或否認與撤銷認領或認領無效之訴及就母再婚後所生子女確定其父之訴訟事件是也此等事件其性質與婚姻事件無異於國家公益甚有關係故亦應參用職權主義

一認領子女之訴 求命私生子女之父或母表示意思承認自己為該私生子女父母之訴此為給付之訴

二否認子女之訴 卽就自己妻妾所生子女求為確定非其子女之訴此為確認之訴
三認領無效之訴 就他人認領子女之意思表示求為宣示其無效之訴此訴視無效之原因如何或為確認之訴或為形成之訴

四撤銷認領之訴 就他人認領子女之意思表示求除去其效果之訴此為形成之訴
五就母再婚後所生子女確定其父之訴 此於母之現配偶人及前配偶人中求為確定何人為父之訴乃一種確認之訴

六收養關係之訴 就養親養子間之關係發生爭執請求確定其收養關係是否存在之訴亦爲確認之訴

管轄法院

第二 管轄法院 上開第一所謂自一至五各訴專屬子女之普通審判籍所在地或其死亡時普通審判籍所在地之第一審法院管轄（民訴法第五百四十八條）

收養關係之訴專屬養父母之普通審判籍所在地或其死亡時普通審判籍所在地之第一審法院管轄（民訴法第五百五十三條）

當事人

第三 當事人 夫若於子女之出生前不提起否認之訴而夫在民法所定之起訴期間內死亡者繼承權被侵害之人得提起否認之訴惟自夫之死亡日起應於六個月內提起其夫若於提起否認之訴後死亡者上揭各人得承受其訴否則子女之身分永不確定殊於公益有害（民訴法第五百四十九條）

否認子女之訴若子女於判決確定前死亡者本案訴訟視與已終結同（民訴法第五百五十一條）蓋否認子女之訴由夫或其他依民法規定有原告適格之人對於子女提起其子女訴訟中死亡者即無行此種訴訟之必要故視與終結同

認領子女或認領無效或撤銷之訴若爲認領或應爲認領之人在判決確定前死亡者
本案訴訟亦視與已終結同（民訴法第五百五十二條）

收養關係之訴得由養父母中之一人爲原告或爲被告養父母有死亡者由生存者爲
之（民訴法第五百五十四條）

就母再婚後所生子女確定其父之訴得由子女母之現配偶人或前配偶人提起之其
由母之現配偶人提起者應以母之前配偶人爲被告由母之前配偶人提起者應以母
之現配偶人爲被告故第五百五十條第一項明定之曰就母再婚後所生子女確定其
父之訴母之配偶及前配偶互爲被告

若由子女或母提起者則應以母之現配偶人及前配偶人爲必要共同被告此係一種
必要共同訴訟也但其中如有一人死亡者得僅以其生存者爲被告（民訴法第五百
五十條二項）

養子女之訴 訟能力

第四 養子女之訴訟能力 收養關係事件養子女雖不能獨立以法律行爲負義務者
亦有訴訟能力但受訴法院之審判長得選任律師爲其訴訟代理人或命其自行選任

選任之裁定應送達於該訴訟代理人（民訴法第五百五十五條）

參用職權進行主義

第五 參用職權進行主義 因參用職權進行主義故關於認諾之效力及關於審判上

自認並不爭執事實之效力之規定於本節所揭訴訟不適用之（民訴法第五百五十六條）

本節所定訴訟法院得依職權調查證據並審酌當事人所未提出之事實但就調查證據之結果及該事實應於判決前訊問當事人（民訴法第五百五十七條）

準用之規定

第六 婚姻事件程序之準用 第五百三十七條第五百三十八條第二項第五百四十二條第五百四十四條第五百四十七條第一項之規定於本節訴訟準用之（民訴法

第五百五十八條第一項）

第五百三十八條第一項及第五百三十九條之規定於認領無效或撤銷之訴準用之（民訴法第五百五十八條二項）

禁治產事件程序

第四節 禁治產事件程序

禁治產事件之意義

第一 禁治產事件之意義 禁治產事件者禁治產之宣告與撤銷禁治產宣告之訴之

程序也禁治產事件爲訴訟事件抑爲非訟事件學說及立法例頗不一致吾國民訴法以禁治產程序多依民事訴訟程序辦理故視爲訴訟事件

民法爲保護精神發達不完全人之利益定有禁治產之制度故禁治產之原因及效力規定於民法中至本節係規定宣告禁治產之程序

禁治產之宣告關於人之行爲能力範圍故禁治產事件與公益有關（被宣告之人即其行爲能力受限制）須用職權進行主義及干涉審理主義不得任當事人之意思而自己處分

管轄法院

第二 宣告禁治產之管轄法院 禁治產之聲請專屬應禁治產人普通審判籍所在地之第一審法院管轄（民訴法第五百五十九條）

聲請程式

第三 禁治產聲請之程式 其聲請時應表明請求宣告禁治產之原因事實及證據（民訴法第五百六十條）惟此爲訓示規定苟法院依其他方法得知其事實者雖聲請人未經表明亦不得駁回其聲請

辦理之程序

第四 辦理禁治產之程序

民事訴訟法

一關於禁治產事件法院不爲當事人之聲請所拘束爲通常訴訟程序之例外因事關公益不得以職權從事搜查故於禁治產之程序開始前無論何時得命聲請人提出診斷書（民訴法第五百六十一條）

二禁治產之程序不得公行（公開審理之例外）

若公行之則其狀態爲衆目所共覩不無流弊（民訴法第五百六十二條）若提起撤銷之訴後關於該訴之判決程序仍應公開

三宣告禁治產之原因因法院應審酌聲請人所表明之事實及證據並依職權爲必要之調查其調查費用聲請人未預行繳納者應由國庫暫行墊付（因事關公益此亦爲通常程序之一例外）以使禁治產程序得速進行（民訴法第五百六十三條）

四法院應於鑑定人前詰問應禁治產之人蓋訊問心神喪失之人非有特別技能之鑑定人在前反復推勘不易得其真相但有碍難訊問之情形或恐有害其人之健康者得使受託推事就訊（民訴法第五百六十四條）

裁判及費用

第五 禁治產之裁判及費用

(甲) 裁判 關於禁治產之聲請法院應以裁定之形式裁判之（此時非就實質上之權義爲之裁判）其裁定得分爲二

一 聲請禁治產不合法（例如無管轄權或無聲請權之類）或無理由（審查結果認爲不應宣告禁治產）者得爲駁回其聲請之裁定此項裁定法院應以職權送達於聲請人此程序之結果被聲請人亦頗願聞其詳而亦以送達爲宜

聲請人對於駁回禁治產聲請之裁定得爲即時抗告第五六一條至第五六三條之規定於抗告法院之程序進用之（民訴法第五百六十九條）至第五百六十四條第五百六十五條法雖無準用明文然依法律精神抗告法院若爲禁治產之宣告亦仍應準用之也

二 法院非就應禁治產人之心神狀況訊問鑑定人後不得爲禁治產之宣告且不得以醫師之診斷書代鑑定人之訊問非切實履行訊問程序不可但法院仍不受鑑定人之陳述所拘束（民訴法第五百六十五條）宣告禁治產之裁定應附理由此項裁定應送達於聲請人及禁治產人之法定代理人或依法應爲監護人之人

（民訴法第五百六十六條）將裁定送達於聲請人者爲使其得以確知聲請禁治產之結果送達於法定代理人者爲使其得以注意保護禁治產人之利益也。惟此項裁定既向多數關係人送達而其效力應於何時發生不可無明文規定以防無益之爭論。依民訴法規定若有禁治產人之法定代理人或依法律應爲監護人之人者由其接受宣告禁治產之裁定送達時發生效力所以以此等人之收受送達爲標準者因此時始有人防護禁治產人之利益也（民訴法第五百六十七條一項）宣告禁治產之裁定送達後法院應依相當之方法將其要旨布告之（民訴法第五百六十七條二項）蓋一經宣告禁治產則禁治產人爲無能力人故應將該裁定公告使第三人不至受意外之損害至公告方法因法院所在地情形不同應由法院之意見定之至布告縱有欠缺於裁定之效力無影響。

（乙）費用 關於禁治產聲請之程序費用若准予宣告禁治產者由禁治產人負擔。除此項情形外之程序費用由聲請人負擔（民訴法第五百七十條）宣告禁治產之制度原爲保護受宣告人之利益而設故准予宣告時應由禁治產人負擔若

未准予宣告則應據負擔訴訟費用之一般法則（凡爲無益之訴訟行爲者應由行爲人負擔訴訟費用）由聲請人担負

禁治產人之處分

第六 禁治產人之處分

法院於爲禁治產之宣告前因保護應禁治產人之身體或財產得命爲必要之處分於已宣告禁治產後認其有處分之必要時亦同（民訴法第五百六十八條）例如命入相當病院乃爲保護其身體之處分財產管理人乃爲保護其財產之處分第五百零一條第三項規定於前項情形準用之（民訴法當五百六十八條二項）爲使禁治產得以完全發生效力也

撤銷禁治產宣告之訴之聲明

第七 撤銷禁治產宣告之訴之聲明

一 宣告禁治產之裁定不得抗告

依民法規定得聲請禁治產之人對於禁治產之宣告得提起撤銷之訴（民訴法第五百七十一條）不許抗告祇許起訴者爲欲求鄭重審理故也此訴以除去宣告禁治產之裁定爲目的故屬於形成之訴法院爲撤銷宣示禁治產之裁定則該裁定自

始即爲不當其撤銷之效力遡及既往

二撤銷禁治產宣告之訴以聲請禁治產人爲被告因聲請人必能洞悉禁治產之原因也若原聲請人死亡時以禁治產人之法定代理人爲被告（民訴法第五百七十二條）

三撤銷禁治產宣告之訴應於三十日之不變期間內提起在該期間前提起之訴應解爲有效此項期間於禁治產人自其知禁治產宣告時起算於他人自該裁定發生效力時起算（民訴法第五百七十一條）蓋宣告禁治產之裁定對於禁治產人不爲送達故禁治產人於宣告時有不知其裁判者亦有因心神喪失在宣告時不能知其裁判者故以明文規定自其知（領會宣告之旨）有禁治產宣告之時起算對於他人係送達裁定故自其裁定發生效力時起算此項裁定雖係不得抗告亦仍係因送達而生效力也若他造當事人主張禁治產人起訴逾期者應負舉証之責

撤銷禁治產宣告之訴若許其隨時可以提起則該宣告將永久不能確定不免妨害公益故有不變期間之限制

四撤銷禁治產宣告之訴不得合併提起他訴亦不得於其訴訟程序追加新訴或反訴（民訴法第五百七十四條）蓋許其與程序不同之訴合併提起或提起新訴反訴絕無節省費用勞力之利益也

五撤銷禁治產宣告之訴受該宣告之人有訴訟能力此時許其有訴訟能力本為例外情形否則受宣告人不能獨立起訴及為其他訴訟行為窒礙良多故法律上特認其有訴訟能力然事實上受宣告人若不能起訴或不能為其他訴訟行為或有不能委任訴訟代理之窒礙時應使受訴法院之審判長於起訴前或起訴時因禁治產人之聲請或依其意見或逕以職權為其選任律師代理訴訟既可以策訴之進行又可以保禁治產人之利益故第五百五十五條之規定於受禁治產宣告之人為訴訟行為者準用之（民訴法第五百七十三條）

第八 撤銷禁治產宣告之訴之審判

一禁治產人死亡之情形 受禁治產宣告之人於提起撤銷之訴以前死亡則因目的欠缺之故自不得提起此項訴訟在提起該訴後判決確定前死亡者亦應依同一理

撤銷禁治產
宣告之訴之
審判

由於本案訴訟以已經完結結論固當然之理（民訴法第五百七十五條）

二婚姻及宣告禁治產事件程序之準用

第五百四十條第五百四十一條第五百四十六條第五百六十四條及第五百六十

五條規定於撤銷禁治產宣告之訴準用之（民訴法第五百七十六條）

三撤銷禁治產宣告之訴之判決 撤銷禁治產宣告之訴乃係斷定禁治產宣告之當

否爲目的故法院詳細調查後如認該訴爲無理由固應以終局判決駁回其訴若認

該訴爲有理由則應以終局判決撤銷禁治產宣告之裁定亦當然之理而此判決必

須確定後始能發生效力故於判決確定以前爲保護禁治產人之身體及財產起見

仍得施以必要之處分以保全禁治產人之利益（民訴法第五百七十七條）

四判決之結果 撤銷禁治產宣告之判決本屬形成判決一經確定有遡及既往之效

力與自始未宣告禁治產同且其判決對於一切人皆有效力故禁治產人在撤銷禁

治產宣告前所爲之法律行爲均完全有效該曾受禁治產宣告之人或第三人不得

本於宣告禁治產之裁定而撤銷其所爲之法律行爲惟宣告禁治產之效力若許其

推行於監護人所爲之行爲則將害及第三人之利益而碍社會交易之安全故監護人以法定代理人之資格在撤銷禁治產宣告前所爲之法律行爲仍不失其效力（民訴法第五百七十八條）

法院爲維持公益起見應依職權將撤銷禁治產裁定之判決送達於當事人使該判決得以迅速確定且撤銷禁治產宣告之判決確定後應由第一審受訴法院依布告禁治產宣告之方法布告之（民訴法第五百七十九條）

撤銷禁治產 裁定之程序

第九 撤銷禁治產裁定之程序

一 聲請人 禁治產之原因消滅後則其宣告自無許其繼續存在之理故依民法規定得聲請禁治產之人於禁治產之原因消滅後得聲請撤銷禁治產（民訴法第五百八十條）此蓋使聲請人得依簡便程序撤銷禁治產之宣告以維公益

二 管轄法院 撤銷禁治產之聲請通常應向禁治產人普通審判籍所在地之第一審法院管轄且因關於公益此項管轄爲專屬管轄不許以當事人之意思所左右外國法院所宣告之禁治產亦得依此規定向中國法院爲撤銷之聲請

法律爲擴張管轄且爲保護禁治產人之利益起見若禁治產人在中國無普通審判籍者許其向就禁治產之聲請曾爲宣告之法院聲請撤銷（民訴法第五百八十一條）

三 審查程序 禁治產宣告之應撤銷與否與應宣告禁治產與否同爲有關公益故第五百六十條至第五百六十五條關於宣告禁治產程序之規定應於撤銷禁治產之程序中準用之（民訴法第五百八十二條）

四 費用 關於撤銷禁治產之聲請之程序費用若撤銷禁治產者由禁治產人擔負以其聲請撤銷乃爲保護禁治產人之利益故也至此外情形之程序費用自應依負擔訴訟費用之原則使聲請人擔負之（民訴法第五百八十三條）

五 裁判 撤銷禁治產以裁定行之該裁定應附理由並以職權送達於聲請人及禁治產人（民訴法第五百八十四條一項二項）送達於聲請人禁治產人者爲使其得以知悉撤銷之事實又第五百七十九條之規定於本項情形準用之（同條三項）駁回撤銷禁治產之聲請亦以裁定行之此裁定祇須送達於聲請人（民訴法第五

百八十五條一項）俾其得以知悉所以被駁回之理由

六對於裁定不服之方法 得聲請撤銷禁治產之人對於以無理由駁回聲請撤銷禁

治產之裁定得提起撤銷之訴（民訴法第五百八十五條二項）俾得鄭重審理

第五百七十二條至第五百七十九條規定於本項之訴準用之（同條三項）

撤銷禁治產之聲請因不合法被駁回者聲請人得爲即時抗告（民訴法第五百八十五條二項但書）

第五節 宣告死亡事件程序

宣告死亡事件程序
宣告死亡之必要

凡人財產上及親屬上之關係於生死相關者甚大故人之生死既不明則其人財產上及親屬上之關係亦瀕於不確定之情形非第有害利害關係人之利益並害及公益對於生死不明之人經過一定期間應宣告其死亡以免永不確定故法律上有宣告死亡之制度

應爲宣告死亡之情形及宣告死亡之效力概在民法中規定至實行此宣告之詳細程序在民事訴訟法中規定茲就宣告死亡之程序分別言之

宣告死亡事件之性質

一 宣告死亡事件之性質 失蹤人（去從來之住所或居所者）及遭遇危難人（如臨戰地或在已沉沒船舶中者）之生死歷久不明者則依適當之程序宣告死亡免失蹤人之法律關係永不確定是為公益計也

適用之程序

二 適用之程序 法院得依公示催告程序為死亡之宣告故民訴法規定宣告死亡事件程序除本節有特別規定外準用第五百零七條至第五百二十條關於公示催告程序之規定（民訴法第五百八十六條）

管轄法院

三 管轄法院 宣告死亡之聲請專屬失蹤人住所地之第一審法院管轄此蓋為調查其事件較為便利故專屬之

聲請程式

四 聲請之程式 宣告死亡之聲請乃依民法規定有聲請權之人於法定原因存在時為之故聲請人應表明聲請原因之事實及證據（民訴法第五百八十八條）以防聲請人濫行聲請

宣告死亡之原因事實民訴法祇定為應於聲請時表明毋庸釋明法院就宣告死亡之聲請依職權調查其聲請權代理權管轄權若此等要件有欠缺應以裁定駁回聲請若

此等要件具備則應准許聲請而爲公示催告

公示之程式

五 公示之程式 公示催告應記明左列各款事項（民訴法第五百八十九條）

1 失踪人應於期間內陳報其生存如不陳報即應受死亡之宣告

2 凡知失踪人之生死者應於期間內將其所知陳報法院此蓋爲欲達公示之目的不能不使其聲明適當之事項以免將來宣告錯誤

公示之方法

六 公示之方法 公示催告應有一定之公示方法以省無益之爭執故公示催告須有布告及布告之期間至此項布告應準用第五百零九條之規定辦理至其陳報期間應自公示催告最後登載公報或新聞紙之日起六個月以上若失踪人自出生時起算閱百年以上者可以推定其已死亡故此種公示催告之布告祇黏貼於法院之牌示處其已足其公示催告之布告期間自布告之日起得祇留二個月以省無益之程序而使爲可以迅速完結（民訴法第五百九十條）

程序之併合

七 程序之合併 凡有聲請宣告之聲請權（依民法規定凡有利害關係之人皆有聲請權）人得同時共同聲請或先後聲請加入程序或因先之聲請人死亡（或其他事

由)不得續行聲請時可由其他有聲請權之人續行該項程序(民訴法第五百九十一條)以策進行而維公益

調查

八 調查 死亡之宣告有重大之效力故法院應斟酌聲請人所表明之事實及證據方法依職權爲必要之調查俾失蹤人之生死事實得臻明確惟聲請人居於當事人地位而又有法律上利害關係故不得作爲証人訊問至其調查費用若聲請人不豫納應訟國庫墊付免致將生存之人宣告爲死亡(民訴法第五百九十二條)此爲通常訴由程序之一例外因不僅關於失蹤人一身之利益故也

判決

九 判決 公示催告程序中不能審判失蹤人是否生存之事實故失蹤人陳報生存而聲請人不認其事實(如是認其事實程序當然終結)者則至失蹤人與陳報人是否同爲一人之裁判確定時爲止須中止宣告死亡之公示催告程序(民訴法第五百九十三條)

法院調查之結果認有証憑可據足以宣告其死亡者即應以判決爲死亡之宣告又死亡之日時與因死亡所應確定之法律關係大有影響(權利主體宣告死亡則有繼續

取得權利資格之人即由其死亡時取得故死亡之期日與法律關係之確定甚有影響

（不能不於宣告死亡之判決內確定其死亡期日與尋常死亡時同（民訴法第五百九十四條）又宣告死亡之判決屬於形成判決對於一切人皆有效力

費用

十 費用 關於宣告死亡程序之費用若宣告死亡者由遺產負擔若不予宣告者應由聲請人負擔（民訴法第五百九十五條）

撤銷宣告死亡之訴

十一 撤銷宣告死亡之訴 宣告死亡之判決不許聲明上訴如係不服死亡之宣告則應由有法律上利害關係之人對於聲請宣告死亡之人提起撤銷宣告死亡之訴（民訴法第五百九十六條）此訴以除去或變更宣告死亡之判決爲目的屬於形成之訴如失蹤人之配偶人及因其死亡而應支付保險金之保險公司等皆有提起此訴之權宣告死亡之聲請人亦得因更正死亡日時提起撤銷死亡宣告之訴又尙生存之失權人爲除去宣告死亡之判決亦得提起此訴

撤銷宣告死亡之訴應以聲請宣告死亡之人爲被告（民訴法第五百九十七條第五百九十八條二項）

此項訴訟各利害關係人得以共同提起固屬當然即各利害關係人分別提起數個之訴時法院亦得予以合併進行訴訟蓋此訴本為必要的共同訴訟免致裁判矛盾故民法規定對於死亡宣告有數宗撤銷之訴者法院應合併之適用第五十三條規定辦理（民訴法第五百九十八條）

程序之準用

十二 程序之準用 撤銷宣告死亡之訴之程序本為人事訴訟之一種故關於其他人事訴訟程序第五百四十條第五百四十一條第五百四十六條及第五百七十四條之規定於撤銷死亡宣告之訴亦準用之（民訴法第五百九十九條）

提起撤銷死亡宣告之訴依第五百九十七條之規定本應適用第五百一十九條於三十日之不變期間內提起之以保交易之安全然以失踪人之生存為原因提起撤銷宣告之訴者則無論何時均可提起以免違反真正事實之裁判永久存續故以失踪人生存為理由起訴者不適用第五百十九條之規定（民訴法第五百九十七條）

撤銷宣告死亡之判決之效力

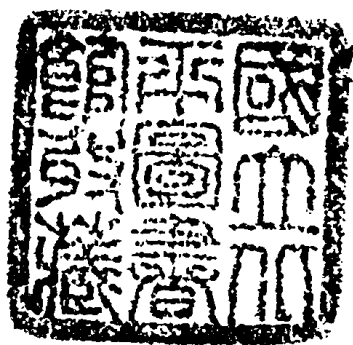
十三 撤銷宣告死亡之判決之效力 法院從通常訴訟程序之規定應就撤銷死亡宣告之訴為判決若以該訴訟為正當有應為撤銷死亡之宣告或更正死亡日時之判宣

其判決係關於身分之裁判故效力不祇及於當事人不問對於何人均有效力且其效力係遡及既往惟當事人兩造於判決確定前以善意所爲行爲之效力則仍須許其存續以保善意交易之安全（民訴法第六百條一項）例如失踪人之配偶人與他人更爲婚姻其承繼人售賣承繼財產者如雙方均係善意並不失效力是也

又因死亡之宣告取得財產之人（如承繼人）因前項判決失其權利（如承繼權）自須返還財產惟祇須返還當時現存之財產以保護其利益（民訴法第六百條二項）例如承繼人受遺人雖因該判決而失其權利祇須於返還義務發生時現受利益之限度返還該財產於本人至以前已消費之財產毋庸返還

民事訴訟法

三五八



好望書店出版目錄

比較勞動法大綱

白鵬飛著

法律叢書 票據法

余燦昌著

法律叢書 民事訴訟法

包榮第著

預告

經濟學原理十講

陳豹隱著

法律叢書 比較憲法

黃公覺著

不日出版



中華民國二十年八月初版

定價大洋七角五分

外埠加郵費五分

著 作 人 包 榮 第

出 版 處 好 望 書 店

發 行 所 好 望 書 店

和平門內松樹胡同四號
電話南局三九二

分 售 處 各 大 書 店

權 所 有 翻 印 必 究

