



一之書叢義釋律法行現

# 義釋法訟訴事民

---

著 覺 元 衛 郭

冊 下

國立臺灣大學圖書館典藏  
社 譯 編 學 法 海 上  
由 國 家 圖 書 館 數 位 化

行 發 局 書 記 新 堂 文 會

國立臺灣大學圖書館



0477912

586-1  
0721

# 民事訴訟法釋義下冊目錄

## 第三節 證據

第一目 通則

第二目 人證

第三目 鑑定

第四目 書證

第五目 勘驗

第六目 證據保全

## 第四節 和解

## 第五節 判決

## 第一章 簡易訴訟程序

目錄

一  
二  
二五  
二一  
一一二  
一〇八  
七八  
六三  
二五  
一六二

第三編 上訴審程序……………一七一

第一章 第二審程序……………一七二

第二章 第三審程序……………二一八

第三章 抗告程序……………二四九

第四編 再審程序……………二七〇

第五編 特別訴訟程序……………二九三

第一章 督促程序……………二九四

第二章 保全程序……………三二三

第三章 公示催告程序……………三三六

第四章	人事訴訟程序	三六五
第一節	婚姻事件程序	三六五
第二節	親子關係事件程序	三八二
第三節	禁治產事件程序	三九五
第四節	宣告死亡事件程序	四一八

民事訴訟法釋義 下冊

# 民事訴訟法釋義 下冊

郭衛 元覺 著

## 第三節 證據

證據者。證明其所主張之事實之根據也。事實有須證明方能認為真實者。亦有不須證明即能認為真實者。例如當事人所主張之事實為某日因患重病在家不能外出。若不提出證據。便係空言主張。不能認為真實。此須提出證據方能認為真實者也。又如當事人所主張之事實為某日因係星期日。銀行未開門營業。故未向銀行取款。則不必提出證據。即可認為真實。此不須提出證據即可認為真實者也。證據之種類不一。要不外以物為證或以人之言為證。物之足為證據者。有時尚須鑑定。或須勘驗。方能明其內容及真偽。而證據之提舉與採用。不可無一定準則。證據有滅失或礙難使用之虞時。不可不為保全。故本節分為通則、人證、鑑定、書證、勘驗。證據保全六目。各有所規定也。



第一目 通則

本節所規定者。爲關於證據之如何提舉與採用。

第二百六十五條 當事人主張有利於己之事實者。就其事實。有舉證之責任。

本條規定提舉證據之責任。卽對於事實之需要證據以爲證明者。究應由何人負擔舉此證據之責任也。現代訴訟法多採舉證責任分擔主義。所謂舉證責任分擔主義者。係不單責令原告或被告一方面負主舉證之責。而令各負舉證之責任也。本條特定爲主張有利於己之事實者。就該事實有舉證之責任。卽係採此主義而爲規定。所謂有利於己之事實者。卽其事實之存在。於自己爲有利益也。例如原告主張之事實爲被告借款千元。如此事實存在。則被告應償還其款項。而是否有此事實存在。則原告應負提舉證據之責任。若原告提出借約以作證據。則原告初步之責任已了。被告如對於該項借約加以否認。則否認該事實亦須提舉證據。提舉此項證據（卽反證）之責任又屬之被告矣。惟本條所謂有舉證之責任者。不過

謂當事人有此責任而已。若當事人不盡此種責任。或無須盡此種責任而事實已臻明瞭。（參閱本法第二六六條）皆可由法院斟酌以爲裁判。如前例原告若不盡舉證之責而不提出借約。法院亦不必強其提出。可逕爲原告敗訴之判決。或原告雖不提出借約。而被告業已自認。（參閱本法第二六七條及第二六八條）亦可爲原告勝訴之判決。他如法律上推定之事實無反證者。亦無庸舉證。（參閱本法第二六九條）至法院應依職權調查之事項。（參閱本法第二六條及第三八八條）不必待當事人之舉證。而逕以職權調查之也。

**第二百六十六條** 事實於法院已顯著或爲其職務上所已知者。無庸舉證。前項事實。雖非經當事人提出者。亦得審酌之。但裁判前應令當事人就其事實有辯論之機會。

本條規定已顯著或已知之事實無庸舉證。但須就法院已顯著。或爲其職務上所已知者爲限。否則仍須舉證也。所謂法院已顯著之事實者。即其事實已爲社會上一般人所知悉。（不必全社會上之人皆知悉）法院亦當然在知悉之列。例如謂民國二十年九月十八日日軍有占

領遼寧之事實。二十一年一月二十八日。中日軍有在上海開北作戰之事實。此爲社會上一般人所知悉。法院亦當然知悉。卽所謂法院已顯著之事實。若當事人利用此等事實以爲有利之陳述。則無庸舉證矣。所謂法院爲其職務上所已知之事實者。卽其事實雖不爲社會上一般人所知悉。而法院因職務上之關係已得知悉也。例如某處房屋因火災而皆被焚毀。法院迭次受理此同樣案件。業經因勘驗而已知悉其全部皆已焚毀屬實。則當事人主張對於房屋被焚毀之事實。無庸另行舉證。又如對於某人法院已有通緝。如當事人主張該人業已逃走。亦無庸舉證。

前項事實經當事人提出者。法院固無庸令其舉證。若當事人未曾提出。而法院既經知悉。亦得就該事實予以審酌。惟該事實未經當事人提出。若法院不提示而引用之。則當事人對於該事實將無辯論之機會。亦與言詞辯論主義不合。故法院於裁判前應令當事人就該事實有辯論之機會。卽使其對於該事實之意見。得於言詞辯論時盡量予以陳述也。

**第二百六十七條** 當事人主張之事實。經他造於準備書狀內或言詞辯論時

或在受命推事受託推事前自認者。無庸舉證。

當事人於自認有所附加或限制者。應否視爲自認。及當事人撤消自認及於自認效力之影響。由法院審酌情形定之。

本條規定屬於自認之事實無庸舉證。當事人對於主張有利益於己之事實。本負有舉證之責任。（本法第二六五條）若不提舉證據。法院卽未便認其主張爲真實。但有時他造對於該事實不待舉證而已爲承認者。則無庸舉證。亦足認爲真實。依本條第一項之規定。凡對於他造所主張之事實。已於準備書狀內承認。或於言詞辯論時承認。或於受命推事或受託推事前承認者。皆認爲有自認之表示。不必令主張該事實之人再行舉證。此種自認又稱爲審判上之自認。其效力最強。除其自認顯然與事實相反。法院應予以審酌外。皆得本於自認之事實以爲判決之基礎。但關於人事訴訟之自認。如於婚姻之撤銷、無效、不成立、離婚、或拒絕同居之原因事實有自認者。法院仍須調查證據。不得專憑自認以爲判決。（參閱本法第五〇條第二項）又如關於親子關係事件。（參閱本法第五五六條）關於禁治產事

件。(參閱本法第五七六條)關於宣告死亡事件。(參閱本法第五九九條)亦不適用自認之規定也。

參加人所爲之自認。若被輔助者本人不承認時。(參閱本法第五八條)應不生效。訴訟代理人所爲之自認。到場之本人或法定代理人如即時撤消。應不生效。(參閱本法第七〇條)輔佐人所爲之自認亦同。(參閱本法第七六條)

當事人若對於所自認之事實有所附加者。例如原告請求被告交付買定之物。被告雖自認有買賣之事實。但同時主張其物業已交付。或對於自認之事實有所限制者。如前例。被告主張其物之數量與請求不符。此等自認。其效如何。法院應審酌其情形。以爲判斷。未能完全以其自認爲據。又有於自認後請求撤消其自認者。例如原告請求被告償還借款千元。被告承認有借款事實。後詢及其妻。謂被告於遠出時雖言定借款千元給其家用。迨被告遠出後。并未實行交付。則前項自認係出於錯誤。因而請求撤消自認。法院對於此種撤消自認之效力。究竟如何。亦應加以審酌。此皆就審判上之自認而言也。若當事人在審判外有自

認之事實。亦非無效。但他造應負舉證之責或舉出證人。或提示書證。必待證明確有此事實方能採用之。

依次條之規定。視同自認者。亦無庸舉證。

第二百六十八條 當事人對於他造主張之事實。已命其應爲陳述而不爭執。並不能因他項陳述表現其爭執意思者。視同自認。

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。法院應審酌情形定之。

本條爲視同自認之規定。當事人對於他造提出之事實。應爲陳述。（見本法第一八八條第二項）審判長應曉諭當事人爲必要之陳述。（見本法第一九二條第二項）皆爲本法所規定。若對於他造所主張之事實已受應爲陳述之曉諭。而不爲爭執之陳述。例如原告謂被告於某日向之借洋千元。并陳述當時借貸之情形。而被告對於其陳述。未即反對。經審判長命爲陳述。對於該項事實亦不爭執。則可視該被告爲有自認。但對於陳述之當時雖未爭執。

若於他項陳述中表現其爭執之意思者。不在此限耳。蓋於他項陳述既已表現爭執之意思。則對於他造所主張之事實。可知其未曾自認也。

當事人對於他造所主張之事實。既不承認。又不否認。但謂對於該項事實不會知悉或不會記憶者。此際法院應就其情形予以審酌。有應為當事人所知或記憶者。若當事人故作不知或不記憶。則可視為自認。有不應為當事人所知或記憶者。則亦可不視為自認。蓋事實情形千狀萬態。法律未知預為斷定。祇得以認定之權付之法院。法院得本自由心證之原則以為審酌而認定之也。（參閱本法第二一三條）

本條所規定之視為自認。與前條之明白自認。雖皆得為判決之基礎。而其效力則微有不同。在前條之明白自認。一經自認之後。不容日後再行翻異。本條之視同自認。當事人既無明白之表示。除於本審言詞辯論終結前得提出爭執外。（參閱本法第一八九條）於第二審亦得追復之。（參閱本法第四一三條）

第二百六十九條 法律上推定之事實。無反證者。無庸舉證。

本條規定法律上所推定之事實無庸舉證。凡由法律規定有甲事實即可推定爲有乙事實者。謂之法律上之推定。此種推定。以法律上有明文者爲限。始無庸舉證。例如依民法第十一條之規定。二人以上同時遇難。不能證明其死亡之先後時。推定其爲同時死亡。同時遇難爲甲事實。同時死亡爲乙事實。祇要對於同時遇難之甲事實已經確實認定。則對於同時死亡之乙事實。無庸舉證。卽能推定爲真實。但若有反證能證明兩人之死亡確有先後時。亦能推翻此種法律上之推定。法律上之推定既被推翻後。如仍欲維持其主張。則非另行提出證據不可。惟法律上之所推定之事實有時不容以反證推翻者。例如依民法第七條之規定。胎兒以將來非死產者爲限。關於其個人利益之保護。視爲既已出生。則祇要有將來非死產之事實。雖明知未曾出生。却應視爲既已出生。此皆就實體法上之推定而言也。而在程序法上亦有推定之例。例如依本法第三百四十四條之規定。文書依其程式及意旨得認作公文書者。推定爲真正。又依本法第三百四十七條之規定。私文書經其本人或代理人簽名捺指印蓋章或畫押。或有法院或公證人之認證者。推定爲真正。此皆爲法律上推定之事實。若



無反證。則無庸當事人另爲舉證者也。

## 第二百七十條 法院得依已明瞭之他事實推定應證事實之真偽。

本條規定由已明瞭之事實以推定應證事實之真偽。所謂事實上之推定是也。卽法院對於甲事實已臻明瞭。由該甲事實即可推定乙事實之真偽。例如某甲於九月一日因違警羈押於蘇州公安局。爲已明瞭之事實。若有人指甲於同日在上海行竊。則可由羈押於蘇州公安局之甲事實。以推定在上海行竊之乙事實爲偽。此因兩事實之存在實不相容。而得以推定者也。又如夫不承認其子爲其所生。祇要證明夫妻於相當期內曾有同居之事實。則可由此事實以推定其妻主張子爲所生之事實爲真。此因兩事實之存在實係相因。而得以推定者也。至所謂已明瞭之事實。無論係出於當事人之自認。或視同自認。或因證據而認定。或其事實於法院已顯著。或爲其職務上所已知。皆所不問也。

## 第二百七十一條 習慣、地方制定之法規、或外國之現行法、爲法院所不知者。當事人有舉證之責任。但法院得依職權調查之。

本條規定當事人對於習慣、地方法規或外國法有舉證之責。蓋適用於本國全體之法令。為法院所應知。法院卽一時未知。亦應依職權以為調查。（無須踐調查之程序）雖當事人得本自己之意見以為陳述。（參閱本法第一八七條）而非有舉證之責任也。惟習慣地方法規與外國法。法院雖有時因職務而已知悉。但若法院未知悉時。除得依職權調查外。當事人如認為有利於己。卽應負舉證之責。蓋當事人既知其有利於己。卽應盡其責任。否則。除當事人不免調查曾經請求法院調查而不予調查外。（例如須向外交部調查之事項。非法院行文。恐外交部不理之類是）卽不得以原審未予調查為上訴之理由。但在第二審仍得為調查之請求耳。在法院方面。既據當事人之引用。亦得自行依職權以為調查。例如當事人主張引用商事習慣。得行文商會調查。主張引用地方法規。得行文地方政府或自治機關調查。主張引用外國法。得行文外交部轉行駐外使領調查。皆得依職權行之也。

**第二百七十二條** 釋明事實上之主張者。得用可使法院信其主張為真實之證據。但不能卽時調查者。不在此限。

本條規定事實之釋明。卽當事人對於所主張之事實。不適用證據方法以爲證明。但用可使法院信其主張爲真實之證據足矣。釋明與證明不同者。在證明應舉出強有力之確實證據。必使反對者毫無推諉之餘地。方有其效力。於釋明則祇要有相當之證據可使法院信其主張爲真實足矣。但其證據以能使卽時調查者爲限耳。所謂能卽時調查者。卽其證據無論爲書證或人證。須卽時得提供於法院者也。如爲書證。須卽時提出。如爲人證。須卽時偕其到庭陳述。大抵凡須釋明之事實。非關於實體法上之主張。而爲程序法上所需要。故以迅速解決爲宜。依本法須釋明者。例如關於推事迴避之原因。(第三五條)訴訟費用額之確定。(第九四條)第三人請求鈔閱卷宗之同意。(第二三三條)不能於準備程序提出之事項。(第二六三條)拒絕證言之原因事實。(第二九七條)拒絕鑑定之原因。(第三一九條)文書爲第三人所執之事由。(第三三四條)不能提出文書原本之事由。(第三四二條)聲請保全證據之事項。(第三六三條)聲請宣示假執行之原因。(第三八二條)聲請不准假執行之原因。(第三八三條)請求假扣押之原因。(第四九二條)請求假處分之原因。

(第四九九條)聲請公示催告之原因。(第五二六條)皆係關於程序上之規定也。

## 第二百七十三條 當事人聲明之證據中。法院認爲不必要者。得不爲調查。

本條規定法院對於當事人所聲明之證據。得不爲調查。蓋當事人所聲明之證據。未必皆屬必要。往往於該事件并無關係。或已有他證據足以證明者。若當事人一經聲明。法院不問爲必要與否。均爲之調查。不僅法院不勝其煩。且於該訴訟無實益。而徒增訴訟程序之延滯。故法院認爲不必要時。得不爲調查。但於第二審仍得提出請爲調查。(參閱本法第四一三條)又民事訴訟條例於第三百八十八條設有證據裁決之規定。凡證據調查非於當事人辯論後即時爲之者。或使受命推事或受託推事調查證據。或應於外國調查證據者。法院應爲證據裁決。本法認爲證據之如何調查及應否繼續調查。由法院隨時爲之。無裁定之必要。故不設與該條同一之規定。

第二百七十四條 因有障礙。不能預定調查證據之時期。或應於外國調查者。法院得依聲請定其期間。但期間已滿而不致延滯訴訟者。仍得爲調查。

本條爲關於定調查證據期間之規定。蓋證據有時不能即時調查者。例如因證人一時不知其所在。尚須設法探聽。或因證物遺置遠方。一時不及取回。或因證人證物所在之處。現已發生戰事或天災。遇有此類障礙情形。自難預行確定調查之時期。其應於外國調查者。亦同具此類情形。若法院便不顧及而逕爲判決。將來或須請求再審。或判決失其公平。反致增其糾紛。故不如定以相當期間。俾於期間內設法提供。冀得公平之判決。庶符訴訟之目的。至期滿以後。若仍無法提供。爲結束訴訟起見。則不得不就已提供之證據。而以自由心證爲之判決。但雖已滿期。在辯論終結前。如能提供。尚不致延滯訴訟。仍應予以調查。(參閱本法第一八九條第二項)否則。若能在第二審提供。依本法第四百一十三條之規定。仍有適用之餘地也。此外本法第三百三十四條及第三百三十五條。尚有關於第三人提出或定舉證人提出證據期間之規定。可資參閱。

第二百七十五條 由受命推事調查證據者。準用第二百五十八條第二項之規定。

由受託推事調查證據者。由審判長囑託之。

調查證據之期日及處所。由受命推事或受託推事定之。

本條爲關於由受命推事調查證據之規定。調查證據本可由受訴法院於言詞辯論爲之。（參閱本法第一九五條第四款第二〇四條第一項第四款第二八三條第一項）但因法律上或事實上之原因不能由受訴法院直接調查者。例如依本法第二百九十一條及第二百九十二條之規定。國民政府委員爲證人者。由受命推事受託推事就其所在訊問之。國民政府各部會長官及地方最高行政長官爲證人者。應於其公署所在地訊問之。他如依本法第二百九十三條、第三百一十一條、第三百四十三條、及第三百五十七條之規定。亦得使受命推事或受託推事爲之。故本條有受命推事受託推事調查證據之規定。凡由受命推事調查證據者。由審判長於庭員中指定之。該推事如有窒礙應另行指定。（此係準用本法第二五八條第二項之規定）其由受託推事調查者。應由審判長囑託之。（此係本條第二項規定）受囑託之推事。應本法院互相協助之旨。非有正當理由。不得辭其任務。（參閱法院組織法第八四條）至

調查之期日及處所。因既非受訴法院自行調查。則由該受命推事或受託推事自行指定。（此係本條第三項規定）

按本法凡稱受訴法院係指合議庭而言。若爲獨任推事。則由該獨任推事行之。該獨任推事自行調查證據。則無受命之名稱。而受託推事卽由該獨任推事囑託之。

**第二百七十六條** 受訴法院於言詞辯論前調查證據或由受命推事受託推事調查證據者。書記官應作調查證據筆錄。

**第二百零三條至第二百一十條之規定於前項筆錄準用之。**

本條爲關於調查證據筆錄之規定。受訴法院（參閱前條釋義第二段）於言詞辯論時調查證據者。自有依法所作之言詞辯論筆錄。（本法第二〇三條）由該筆錄記明證據事項。（本法第二〇四條第一項第四款）其於言詞辯論前調查者。或由受命推事受託推事調查者。則應由書記官另作調查證據筆錄。以備查考而資證明。（參閱本法第二〇九條）關於本項筆錄之記載方法。及如何簽名與增刪。以及筆錄之效力等等。皆適用本法第二百零三條至第

二百一十條之規定。以省條文之繁複。此本條第三項之所由設也。

**第二百七十七條** 受命推事或受託推事調查證據時。如生爭議。致不得續行調查。并不能自行裁判其爭議者。受訴法院應就該爭議爲裁判。

本條爲關於受命推事受託推事調查證據時生有爭議之規定。此之所謂爭議。指當事人間或與第三人所生之爭議而言。蓋當事人間或與第三人生有爭議時。在爭議未解決以前。自不能續行調查。其爭議得由該受命推事受託推事自行裁定者。應自行裁定。以便繼續爲調查之進行。而免訴訟之延滯。若其所爭議之點非受命推事受託推事之權限所能裁判者。則不得不由受訴法院就該爭議爲裁判。如依本法第三百零九條之規定。受命推事受託推事於訊問證人時雖得行法院及審判長之職務。但裁判拒絕證言之當否。不在此限。則凡遇有拒絕證言者。於其當否。自非求受訴法院之裁判不可也。

**第二百七十八條** 受命推事或受託推事如其後應由他法院調查證據者。得囑託該法院調查之。



前項情形。受命推事或受託推事應通知其事由於受訴法院及當事人。

本條規定受命推事或受託推事得直接囑託他法院調查證據。蓋依本法第二百七十五條第二項之規定。由受託推事調查證據者。由審判長囑託之。可知囑託行爲應由審判長爲之。本條爲免因程序之周轉致生訴訟之延滯起見。特以明文規定。凡受命推事或受託推事。若知其後應由他法院調查證據者。得逕行囑託該法院。不必轉由審判長爲之。例如於調查證據時發見證人爲國民政府委員。依法（本法第二九一條）應就其所在訊問之。即可逕行囑託該委員所在地之法院訊問。不必轉請審判長囑託。但若於外國調查證據時。則應依本法第二百八十條之規定。由法院囑託之。又依本條第二項之規定。該受命推事或受託推事應將已囑託他法院之事由通知受訴法院（即合議庭）及當事人。以便得悉其事由而知所準備也。

第二百七十九條 受訴法院於必要時得於管轄區域外調查證據。但應通知

其事由於調查地之法院。

前項規定。於受命推事或受託推事準用之。

本條爲於管轄區域外調查證據之規定。法院之行使職權以在管轄區域內爲原則。如於必要時須於管轄區域行之者。又以囑託該管法院爲之爲原則。本條因圖執行職務之便利而免訴訟之延滯起見。以有必要情形時爲限。特設於管轄區域外調查證據之規定。凡有於管轄區域外調查證據之必要時。無論爲受訴法院（即合議庭）或受命推事受託推事。均得於管轄區域外行之。例如應爲勘驗之情形恐經久生變。須即時爲之者。又或對於應調查之事項。因情事急迫。應即時調查者。均屬必要也。但既於他法院之管轄區域內行其職務。應通知調查地之法院。以便該法院知悉其事由。此本條第一項但書之所由設也。

第二百八十條 應於外國調查證據者。由法院囑託該國管轄官署。或駐在該國之中華民國大使公使或領事調查之。

外國官署調查證據。雖違背該國法律。如於中華民國之法律無違背者。仍有效力。

本條爲於外國調查證據之規定。蓋證據之在外國者。未便因調查之不便而舍棄之。亦當設法爲之調查。惟應否直接向該國管轄官署爲之。或由駐在該國之本國使領代爲調查。則當審酌該項證據之性質。及該國情形以及與本國條約上之關係。以爲定奪之標準。其認爲由本國駐外使領即能調查者。自可無庸直接向外國官署調查。否則。對於外國官署爲調查時。是否便於直接囑託。抑須由外交部轉行。亦應斟酌之。按依慣例。應由外交部轉行。或由駐外使領轉行者。即囑託駐外使領。依本法第一百四十八條之規定。亦應由外交部轉爲送達也。至以何種名義囑託。在國內囑託其他法院調查證據時。原可由受命推事受託推事爲調查之囑託。此則應以法院名義囑託之。與本法第一百五十條所規定之囑託送達相同。但該條稱受訴法院。而本條祇稱法院。依本法一般文例。凡稱受訴法院者係指合議庭而言。本條祇稱法院。似應以法院之名義或法院長官之名義行之。其實第一百五十條所稱之受訴法院。亦應作如此之解釋。惟頗嫌用語之不一致耳。

本條第二項規定外國官署調查證據之效力。祇要其所爲證據之調查與我國法律無所違背。

不問與該國法律有違背與否。均應有效。既認爲有效。則不容當事人對於該項證據妄生異議。或藉口請爲再行調查。且若同時違背我國法律關於調查證據之規定時。雖不能不許當事人聲明異議。但仍得由法院以自由心證斟酌之。至若僅違背本國法而合於該調查地之外國法時。是否有效。則屬另一問題也。

## 第二百八十一條 調查證據於當事人之一造或兩造不到場時亦得爲之。

本條規定當事人不於調查證據時到場之效果。證據之調查。或由受訴法院於言詞辯論前爲之。或由受命推事受託推事爲之。(本法第二七六條)或由受訴法院於開始言詞辯論後爲之。(本法第二八三條)均無不可。而當事人之到場與否皆得爲之。蓋訊問證人施行鑑定。若因當事人不到場。而即延展期日。於證人鑑定人殊多不利。他如實行履勘。亦不能因當事人之不到場而另定期日。致增法院方面之煩累。且於當事人不到場時爲之亦無妨害。不過當事人自失其辯論及主張之機會耳。調查證據期日。一造不到場。原不生一造辯論判決之問題。(參閱本法第三七八條第四款)若當事人兩造均不到場。於言詞辯論前及於受

命推事受託推事調查證據之時。除自失其辯論及主張之機會外，亦別無問題。但若係於開始言詞辯論後調查證據。即該期日應屬於言詞辯論期日。與單獨調查證據之期日不同。法院適用本法第一百八十五條之規定。認為訴訟程序之默示休止。應不為辯論期日之延展。如一造不到場。而又不合於本法第三百七十八條第四款之規定者。亦得適用本法第三百七十七條之規定。因他造之聲請而為一造辯論判決。不可不注意也。

### 第二百八十二條 法院認為必要時得命補充或再行調查證據。

本條規定證據之補充或調查之再行。證據經調查後。法院本得依自由心證以為判斷。（參閱本法第二一三條）但若於審查之結果尚有疑點。或尚有未完足或未盡明瞭之處。自不便含糊認定。本條特設得命補充或再行調查之規定。祇要法院認為有補充或再行調查之必要。無論何時皆得依職權或聲請而為之。即因而再開已閉之言詞辯論。（參閱本法第二〇一條）亦為法所許也。

### 第二百八十三條 受訴法院於開始言詞辯論後。因調查證據延展期日者。審

判長應指定其期日。爲言詞辯論之續行期日。

由受命推事或受託推事調查證據。或向外國調查證據者。受訴法院之審判長應指定言詞辯論之續行期日。

本條規定於言詞辯論調查證據後。續行言詞辯論期日之指定。一爲受訴法院於開始言詞辯論後。因調查證據而延展期日。爲言詞辯論之續行。應由審判長指定續行之期日。一爲開始言詞辯論後由受命推事或受託推事調查證據者。對於指定言詞辯論之期日。爲言詞辯論之續行。亦應由受訴法院審判長指定。而不由該推事指定。此二者皆係就開始言詞辯論後調查證據者而言。若在開始言詞辯論前調查證據。或係使受命推事或受託推事爲之者。於調查證據未完畢時。固應由審判長指定續行調查證據之期日。或併以該期日爲言詞辯論期日。亦無不可。（參閱本法第二八四條）如係由受命推事或受託推事調查者。則續行調查之期日。應由該推事指定之。而不由審判長指定。又於開始言詞辯論後向外國調查證據者。依本條第二項之規定。受訴法院之審判長固應指定言詞辯論之續行期日。以便爲言詞辯

論之續行。可省另行傳喚之勞。但若不能預料至何時方能得調查之結果者。則俟得到調查之結果後再行指定言詞辯論期日。當亦非法所不許也。

第二百八十四條 調查證據之結果。應曉諭當事人令爲辯論。

於受訴法院外調查證據者。當事人應依調查筆錄。陳述其結果。  
第二百六十二條但書之規定。於前項情形準用之。

本條規定對於調查證據後之處置。證據調查後。該項證據是否可用。法院固有自由審酌之權。但當事人對於其結果。因利害關係之不同。或認爲尚未滿足。或認爲另有反證足以推翻。除當事人自行遲誤期日外。法院應使當事人對於該項結果有表示意見之機會。故本條第一項有應曉諭當事人爲辯論之規定。以便當事人就其結果而予以辯論也。其於受訴法院外調查證據者。無論爲受命推事受託推事所調查。或爲外國所調查。均應由當事人依調查筆錄陳述其結果。蓋本法既係採直接的言詞辯論主義。所有一切陳述均應當審判長及陪席推事之前爲之。其爲言詞辯論中由受訴法院調查者。則因已由調查而知悉。故無由當事人

更爲陳述之必要。但審判長認爲必要時。不令當事人陳述。而命書記官朗讀調查筆錄（參閱本法第二七六條）以代當事人之陳述。亦無不可。至當事人之陳述若有不明瞭或不完足之處。審判長應令其叙明或補充之。已爲本法第一百九十二條所規定。於本條之情形。應得適用之也。

## 第二目 人證

人證者。以人之所言爲證據之資料也。凡能陳述自己所經驗之事實以供證據之用者。皆得爲證人。其人之年齡身分與精神狀態如何皆所不問。是無論何人皆有爲證人之資格。但未滿十六歲人或因精神障礙不能了解具結意義及其效果之人爲證人者。不得令其具結耳。（見本法第三〇二條）而證人之陳述亦不以親見者爲限。卽陳述傳聞之事實。亦不失爲證言。蓋人證之效力不及物證之強。雖證言有時得爲判決之基礎。然是否適用。一任審判官之自由心證定之。故不妨多所採擇以爲裁判之資料也。



## 第二百八十五條 聲明人證。應表明證人及訊問之事項。

本條規定人證之聲明。凡聲請訊問證人者。第一應由該聲請者表明應訊問之證人爲如何人。并將其年齡籍貫職業住居所詳細呈明。以便傳喚。其因有障礙而不能即時傳喚或須就其所在地或公署訊問者。亦應表明。以便分別定其調查期間。（參閱本法第二七四條）或爲訊問之囑託。（參閱本法第二九一條第二九二條）第二應由該聲請者表明所應訊問事項。即其所能證明爲何種事項。該事項與本案訴訟上有何關係。以便有所準備。或於傳喚或囑託訊問時預爲記明（參閱次條二項）或告知。且使法院知其有無本法第二百九十三條各款所列之情形。而預爲適當之處置也。惟法院對於證人之訊問。不受當事人所舉訊問事項之限制耳。

## 第二百八十六條 傳喚證人。應於傳票記明左列各款事項。

一 證人及當事人。

二 證人應到場之日時或處所。

三 證人不到場時應受之制裁。

四 證人請求旅費及日費之權利。

五 法院。

審判長如認證人非有準備不能爲證言者。應於傳票記明訊問事項之概要。

本條規定傳喚證人之傳票所應記載事項。對於言詞辯論期日之傳票如何記載。本法第三百四十三條已有規定。而傳喚證人之傳票因有特殊關係。故本條另有規定。茲分款說明之。

(一) 證人及當事人 證人即指該被傳喚之人而言。除應記明其姓名住址。係屬當然之事外。於本案之當事人爲何人。亦應記明。因而附帶記明其案由。亦屬當然之事。

(二) 證人應到場之日時及處所 所謂應到場之日時。即某月某日某時。所謂到場之處所。即訊問之處所。在法院內者記明爲法院內之第幾庭。在法院外者。(參閱法院組織法第六三條第六四條)亦應詳細記載。以便證人到場時易於尋覓。而免誤投。

(三) 證人不到場時應受之制裁 所謂不到場應受之制裁。即本法第二百九十條之所規定

者。應記明於傳票內。以便證人知其利害關係。免致因不知法律而受制裁。

(四) 證人請求旅費及日費之權利 證人之得請求旅費及日費。即係依本法第三百一十條所規定之權利。亦宜使其知悉。免致受無故之損失。

(五) 法院 即係發傳票之法院。

除以上各點均逐款記明外。審判長如認證人非有準備不能為證言者。尚應記明訊問事項之概要。例如關於帳款事項之涉訟。應命證人提出其所記簿帳及其收支情形以為證明者。若不預為告知。則臨時不及提出。勢非另定期日。不能得調查之結果。殊足增訴訟之延滯。故應於傳票上予以記明。俾其知所預備也。

第二百八十七條 傳喚現役之軍人或軍屬為證人者。審判長應通知該管長官。令其到場。

被傳者如礙難到場。該長官應通知其事由於法院。

本條為關於傳喚現役軍人軍屬之規定。蓋現役之軍人軍屬各有其長官。於長官監督之中。

不能自由行動。於其到場之有無礙難情形。亦應由長官決定。故本條特規定傳喚現役之軍人軍屬爲證人者。應通知該管長官。令其到場。對於通知手續。係受訴法院訊問證人者。由審判長爲之。其係受命推事受託推事訊問證人者。依本條第一項之規定。似亦由審判長爲之。然依本法第三百零九條之規定。受命推事受託推事於訊問證人時得行法院及審判長之職務。則該推事亦有行通知之權。至關於傳票之制送。則與傳喚一般證人相同也。該管長官接受通知後。於無礙難情形時。卽應命其到場爲證人。以盡法定義務。（參閱本法第百二十九條）否則亦應將礙難到場之事由通知法院。以免法院之延候。

**第二百八十八條** 傳喚在監所人爲證人者。審判長應通知該監所長官。提送到場。

前條第二項之規定。於前項情形準用之。

本條爲關於傳喚在監人之規定。在監所人者。因執行徒刑而留於監獄。或因案羈押於看守所者也。民事訴訟條例僅稱在監人。殊不足包括在看守所之人。本條於監字下加一所字。

方足包括在看守所之人。蓋因案羈押於看守所者。有時亦須提送到場爲證人。亦不可不適用本條之規定也。本條第二項謂準用前條第二項之規定。因提送在監所人。有時亦不無礙難情形。該監所長官如不能提送。亦應以其事由通知於法院。至關於傳票之制送。則與傳喚一般人相同。

## 第二百八十九條 除法律別有規定外。不問何人。於他人之訴訟有爲證人之義務。

本條規定無論何人有爲證人之義務。所謂證人之義務。卽係到場陳述證言并具結是也。此種義務非對於訴訟人之義務。乃係對於國家之義務。蓋法院爲國家機關。法院行使審判權係本乎國家之權力。傳喚證人亦係行使其權力之一種。故無正當理由而不遵傳喚到場爲證人者。卽係違背對於國家之義務。法院得科罰鍰以爲制裁也。外國人雖非處於一般國權下之人。但除有治外法權者外。應服從駐在國之法權。爲國際法上所公認。故亦有爲證人之義務。是爲證人之義務。不徒無能力之限制。且亦無國籍之區分。至本條謂除法律有別

有規定外。按我國現行法律。尚無准許何人得免除爲證人之規定。即國民政府委員。依本法第二百九十一條之規定。亦有爲證人之義務。不過係就其所在訊問之。而無到場之義務耳。余意本條應於有字下加到場二字。較爲恰當。

第二百九十條 證人受合法之傳喚。無正當理由而不到場者。法院得以裁定科五十元以下之罰鍰。

證人已受前項裁定。仍不遵傳到場者。得再科百元以下之罰鍰。應受前項裁定之證人。得拘提之。但現役之軍人或軍屬。應囑託該管長官執行。

前三項裁定。得爲即時抗告。抗告中應停止執行。

本條規定對於證人不遵傳到場者之處置。蓋依本法第二百八十九條之規定。不問何人於他人之訴訟有爲證人之義務。除依本法第二百九十一條及第二百九十二條之規定。證人無須到場者外。凡經受合法之傳喚無正當理由而不到場者。本條特設制裁并強制到場之方法。

茲分別說明之。

(一) 初科五十元以下之罰鍰 罰鍰爲屬於行政處分之性質。故與刑罰上之罰金特異其名稱。證人抗傳不到。與違反刑法之犯罪行爲不同。故本條第一項規定科以罰鍰。以示制裁。但以受合法之傳喚無正當理由而不到場者爲限。若未經合法傳喚。例如該項傳票未經合法送達。或未依法制送傳票之類。固不能以抗傳論而科罰。其雖受有合法傳喚。而有正當理由不能到場者。例如適患重病。或因天災地變不便往來之類。亦不能遽予科罰。其無到場義務之證人。(即本法第二九一條及第二九二條所規定者)無本項之適用。自不待言也。

(二) 再科百元以下之罰鍰 已受科罰而仍不到場者。則不免有藐視法令之意。應再度加重科罰。以待其醒悟。故本條第二項規定再科百元以下之罰鍰。再度科罰時。并不必問前次罰鍰已執行與否。蓋將來得合併執行之也。

(三) 拘提到場 拘提爲強制到場之方法。凡已受本條第一項之科罰而仍不到場者。除得

科以百元以下之罰鍰外。依本條第三項之規定。并得以拘提方法強其到場。(到場而拒絕證言者本法第二九九條另有處罰之規定)祇要已受科罰之裁定後仍不到場者。即得命拘提。是否已依本條第二項之規定再科以罰鍰。在所不問。是再度科罰與拘提得並行之也。但對於現役軍人或軍屬應囑託該管長官執行耳。

(四) 准許即時抗告 前三項裁定。(即初罰、再罰、拘提、)對於證人之利害關係甚巨。如有不服。自應准其抗告。以示慎重。但為免訴訟程序之延滯起見。祇許為即時抗告耳。(七日)按為前三項裁定者。係由受訴法院訊問證人時。應由受訴法院為之。若係受命推事或受託推事訊問證人者。依本法第三百零九條之規定。受命推事受託推事於訊問證人時得行法院及審判長之職務。則該推事等亦有裁定之權。若由該推事裁定者。依本法第四百五十一條第一項之規定。不得抗告。祇能向受訴法院提出異議。提起抗告依法本應提出書狀。但依本法第四百五十四條第二項之規定。證人提起抗告。得以言詞為之。此屬例外也。



(五) 抗告中應停止執行 抗告中以不停止執行爲原則。(參閱本法第四五八條)本條第四項既有特別規定。故應停止執行。蓋若經抗告而廢棄原裁定時。卽不應執行。在裁定未確定以前。不如停止執行之爲愈也。

按民事訴訟條例第三百五十九條有撤消科罰之規定。本條既許證人以抗告聲明不服。則證人能辯明係有正當理由而不到場者。原裁定自得因抗告而廢棄。故無另設撤消條文之必要也。

第二百九十一條 國民政府委員爲證人者。由受命推事或受託推事就其所  
在訊問之。

本條爲免除證人到場義務之規定。蓋以國民政府委員處於國家最高機關之地位。故雖不能免其爲證人之義務。而特免其到場之義務。以示尊崇也。本條所稱國民政府委員。國民政府主席自應包括在內。或謂免證人應傳到場之義務。無非爲特示尊崇之故。受本條待遇者。應以國家元首爲限。現在之主席制後或不免變更。不如定爲「元首爲證人」云云。(見

石志泉新民事訴訟法評論第一五一頁）此說不爲無見。但國民政府委員不能以元首二字代替之耳。

第二百九十二條 國民政府各部會長官及地方最高行政長官爲證人者。應於其公署所在地訊問之。如駐在他處時。於其所駐地訊問之。

本條亦爲免除證人到場義務之規定。但須於其公署所在地或於其所駐地訊問之。而不能就其所在訊問之耳。前條殆因國民政府委員不必常在國民政府。故就其所在訊問之。各長官則必在公署或所駐地。故於其公署或所駐地訊問之。但本條僅云各部會長官而未及五院長。殆因本法最初起草時。尙未設五院之故。抑係以其皆兼任國民政府委員之故。則不可知。惟各院院長現均不能兼任國民政府委員矣。余意不如改用易於包括之名稱爲安。

第二百九十三條 有左列各款情形之一者。受訴法院得使受命推事或受託推事訊問之。

一 因發見真實有當場訊問證人之必要者。

二 於受訴法院訊問證人有重大之障礙者。

三 證人不能到受訴法院者。

四 證人如到受訴法院須多費時間及費用者。

本條爲關於使受命推事或受託推事訊問證人之規定。卽係不將該證人傳到受訴法院。而使受命推事或受託推事訊問之也。但以本條所列四款情形爲限耳。茲分別說明之。

(一) 因發見真實有當場訊問證人之必要者 有時證人之陳述須憑事實之指證者。如傳喚到場。憑其口頭陳述。殊難發見事實之真象。若由受命推事或受託推事喚往該待證事實之地點。聆其指述。則易明瞭。

(二) 於受訴法院訊問證人有重大障礙者 證人就一般情形。固無不可到法院陳述。但社會情形甚爲複雜。證人必須在受訴法院外方能爲真實之陳述者。亦爲事所必有。例如因該證人之真實陳述而不利益之當事人。在受訴法院所在地有特殊不正當之勢力。若證人至其所在地爲真實之陳述。必受重大之危險。爲發見真實起見。祇得由受命推事或受託

推事訊問之。

(三) 證人不能到受訴法院者 此與前款之重大障礙者不同。前款係因有重大障礙而不能到受訴法院。此則因證人本身之關係。於事實上無到受訊法院之可能。例如因患重病不能行動。或因負重大責任不能離其職守。皆足爲不能到場之原因也。

(四) 證人如到受訊法院須多費時間及費用者 此非因到法院爲證人有重大障礙。又非有不能到之情形。不過因節省費用與時間計。權衡輕重。以由受命推事或受託推事訊問爲適當。例如受訴法院在上海。而應訊問之證人在新疆。則應由上海法院囑託新疆法院爲之。較爲便利。

合乎上述情形。是否使受命推事或囑受託推事訊問證人。受訴法院有自由酌量之權。并非謂凡有上述情形之一者非如此辦理不可。而受訊法院認其情形不甚重要時。雖有當事人之聲請。得拒不接受。否則雖無當事人之聲請。亦得以職權爲之也。

第二百九十四條 以曾任或現任公務員之人爲證人。而就其職務上應祕密

之事項爲訊問者。應得該監督長官之允許。

以曾任或現任國民政府委員之人爲證人而就其職務上應祕密之事項爲訊問者。應得國民政府之允許。

前二項允許由受訴法院請求之。并通知證人。

本條爲訊問公務員關於職務上祕密之規定。按證人就其職務上或業務上有祕密義務之事項受訊問者。依次條第一項第三款之規定。本得拒絕證言。其拒絕與否之權在本人。惟對於曾任或現任公務員者。若就其職務上應祕密之事項有所訊問。非先求得該管監督長官之允許。不得訊問。對於曾任或現任國民政府委員則須先行求得國民政府之允許。方能訊問。此爲本條第一二兩項所規定者。惟已得有該管監督長官或國民政府之允許後。其祕密責任即已免除。若證人根據次條第一項第三款之規定而仍拒絕證言。是否有效。或謂本條係法院方面對於訊問證人之限制。必須得有允許而解除。證人不過因此得爲不拒絕證言之原因。而究竟拒絕與否。其權應仍在本人。即本人若認爲應予拒絕。縱已有該管長官或國民政

府之允許。僅法院方面得就其應秘密之事項爲訊問。而本人仍得予以拒絕。但本法第九十六條第二項有不得拒絕之明文規定。自當依其規定也。

至允許既係法院爲解除其訊問上之限制而設。自應由法院方面請求。受訊法院於請求允許時。依本條第三項之規定。應直接向有允許權者爲之。其請求文件究應用受訴法院之名義或用法院長官之名義。應以事實上之便利爲斷。當均無不可。若係受命推事或受託推事訊問證人時。得行法院之職權。（參閱本法第三〇九條）自亦準用之也。

本條第三項所謂通知證人者。應係於求得允許後將已得有允許之情形告知之。若於請求後未得允許。自無庸通知證人。

## 第二百九十五條 證人有左列各款情形之一者得拒絕證言。

一 證人爲當事人之配偶。七親等內之血親。或五親等內之姻親。或曾有此姻親關係者。

二 證人所爲證言。於證人或與證人有前款關係或有監護關係之人足生

財產上直接損害。或致受刑事上訴追或蒙恥辱者。其在親屬關係或監護關係消滅後亦同。

三 證人就其職務上或業務上有祕密義務之事項受訊問者。

四 證人非洩漏其技術上或職業上之祕密不能爲證言者。

得拒絕證言者。審判長應於訊問前或知有前項情形時告知之。

本條規定得拒絕證言之情形。人人本有被傳爲證人之義務（見本法第二八九條）然有時因特別情形。得許其爲證言之拒絕。證言之拒絕。祇要與本條第一項各款所列情形有一相當。除合於次條情形外。即得提出。不問在到場之前後或訊問之前後。皆得爲之也。茲將本條第一項各款得拒絕證言之情形分別說明之。

（一）證人爲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 此指當事人與證人現有此親屬關係或曾有此姻親關係者而言。蓋有此關係者。得本乎親屬相容忍之義而拒絕證言也。所謂七親等內之血親者。包括直系血親及旁系血親在內。其範

圍及計算方法應依民法第九百六十七條及第九百六十八條之規定。所謂五親等內之姻親者。其範圍及計算方法應依民法第九百六十九條及第九百七十條之規定。所謂曾有此姻親關係者。係指婚姻關係消滅後之姻親而言。依民法第九百七十一條之規定。姻親關係因離婚而消滅。夫死妻再嫁或妻死贅夫再婚時亦同。姻親關係在法律上雖已消滅。而實際上不能謂無關係。故本款仍定爲會有此關係而得爲拒絕證言之原因也。至未婚配偶。本條既未規定在得拒絕證言之列。(民事訴訟條例第三六四條有未婚配偶之規定)自不得拒絕證言。殆以未婚配偶無關係可言乎。否則。應屬疏漏。此外對於已離婚之配偶。本款未曾提及。依民法之規定。應不能包括於姻親之內。殆以既已離婚便無情誼可言乎。然既已傷感情。亦難保其爲不公允之證言。自不應爲證人。又本款末句僅云會有此姻親關係者。可知曾有此血親關係者不在此限。其所以不將曾有此血親關係者並列於內。當係以血親關係依法無可消滅之故。但真正之血親關係雖不能消滅。而準血親之養父母與養子女關係。依民法第一千零七十七條之規定。亦係血親關係。不能以姻親關係論。



倘於解除收養關係後而爲證人時。其親疏當亦不亞於曾經消滅之姻親關係。應亦在得拒絕證言之列。而本款無此規定。殆與不規定會爲配偶者同一理由耶。

(二) 證人所爲證言於證人或與證人有前款關係或有監護關係之人足生財產上直接損害或致受刑事上訴追或蒙恥辱者其在姻親關係或監護關係消滅後亦同。此係因證言與本人及其姻親等有損害關係者。本乎法律不強人以難能之原則。特許其爲證言之拒絕。計其損害以所列三種爲限。其他之損害在所不計也。一爲足生財產上直接之損害。所謂直接損害者。別乎間接損害而言也。其損害究爲直接或間接。應由法院斟酌認定之。二爲受刑事上訴追。所謂受刑事上訴追者。即係因而暴露其犯罪將爲刑事被告也。三爲蒙恥辱。即係因而暴露其醜行將蒙不名譽之指摘也。計受其損害者亦以所列三種人爲限。一爲所爲證言之本人。二爲與證人有前款關係之人。三爲與證人有監護關係之人。凡其證言與此三種人之一有損害時。即得爲拒絕。在前款必其所列舉之人爲當事人時始得拒絕。此則祇問於其人有無損害耳。本款末句謂親屬關係或監護關係消滅後亦同。按會有姻親關

係者已包括於前款之內。此處又提及親屬關係之消滅。不知此之所以加入親屬關係四字。是否因須包括準血親之養子女關係及已離婚之配偶在內而設。立法之意旨何在。殊足爲研究之問題。而配偶既非姻親。又非血親。民法無認爲親屬之明文。（刑法第十一條則列夫妻於親屬之內）應否包括於親屬二字之內。亦不能以私臆而肯定也。

（三）證人就其職務或業務上有祕密義務之事項受訊問者 此指證人對於有祕密義務之事項。得爲拒絕陳述之規定。所謂職務上之有祕密義務者。例如公務員對於刑法第一百一十四條所規定之應守祕密者是。所謂業務上之有祕密義務者。例如律師醫師藥師等對於刑法第三百三十四條所規定之應守祕密者是。遇有此等情形。在證人既有守祕密之義務。法院自不應強其爲證言。否則。僞言固有犯刑章。直言亦違背義務。殊不合法律不強人以難能之旨。但公務員因職務上應守之祕密。若已由法院依前條之規定求得允許。則其祕密義務得以免除。雖因爲證言而洩漏。卽不能以違背義務論矣。其因業務上應守祕密義務者。若能得被洩漏者之允許。其祕密之責卽已免除。當亦不得爲證言之拒絕。（

參閱本法第二九六條第二項

(四) 證人非洩漏其技術上或職業上之義務不能爲證言者。此係指證人爲證言時須洩漏其本人之祕密而言。本人因技術上或職業上保有祕密者。例如關於專利事業之技術。或關於經營其業務之特別方法。或其進貨價格等。皆爲應守之祕密。除本人自願暴露外。法院不得強爲訊問。

上列四款均爲得拒絕證言之情形。除一二三款合於次條所列情形外。證人皆有拒絕證言之權利。法院爲保護證人之利益起見。無論於訊問前後。在得知其情形時。雖本人未予拒絕。亦應將依法得爲拒絕之規定告知之。蓋恐本人或因不明法律而不知享受法律上所規定之利益也。

第二百九十六條 證人有前條第一項第一款或第二款情形者。關於左列各款事項。仍不得拒絕證言。

一 同居或曾同居人之出生死亡婚姻。或其身分上之事項。

二 因親屬關係所生財產上之事項。

三 爲證人而與聞之法律行爲之成立或意旨。

四 爲當事人之前權利人或代理人。而就相爭之法律關係所爲之行爲。

證人雖有前條第一項第三款情形。如其祕密之責任已經免除者。不得拒絕證言。

本條規定拒絕證言之例外。卽雖有得拒絕證言之原因。而仍不許拒絕也。本條所規定不得拒絕者計分兩項。茲分別說明之。

第一項所規定者。爲前條第一項第一二兩款之例外。卽雖爲親屬關係或雖於本人或其親屬有所損害。若涉於左列情形。亦不得爲證言之拒絕。蓋或係有證明之義務。或因關於所證明之事項非他人所能證明也。

(一) 同居或會同居人之出生死亡婚姻或其身分上事項 關於此等事項。惟同居者知之甚悉。除同居或會同居者之外。難覓有力之證據。故雖爲親屬或有損害關係。亦不許其避

免爲證言之義務。所謂同居。凡同屋共居者皆是。有謂同居指營共同生活者而言。如同屋居住而各自獨立成戶者不在此限。（見石志泉民事訴訟條例釋義第三六五條）余意不必問其爲營共同生活與否。雖各自獨立成戶。祇要係同出入於同一大門之內者。即可認爲同居。必非出入於同一大門之內。始不得謂爲同居。蓋立法之意係因其同居一宅。關於此等事項。其知悉應較宅外人爲稔。并非以其營共同生活之故也。

(二) 因親屬關係所生財產之事項 此指關於財產之分析及繼承扶養等事項而言。此等事項。除有親屬關係外不易覓適當之證人。故雖爲親屬或有損害關係。亦不許其避免爲證人之義務。本款親屬二字是否包括配偶在內。應與前條第一項第二款所稱親屬同。（參閱前條第一項第二款釋義）若配偶不包括在內。則應如民事訴訟條例第三百六十五條之例。加入或婚姻關係五字爲當。

(三) 爲證人而與聞之法律行爲之成立或意旨 此指對於該法律行爲會爲證人者而言。在法律行爲之會爲證人者。於其成立或意旨。不徒有證明之義務。且除該與聞其行爲之證

人外。難覓相當之證人。故爲親屬或有損害關係。亦不許其避免爲證人之義務。至該項法律行爲之是否爲文書。應在所不問也。

(四) 爲證人之前權利人或代理人而就相爭之法律關係所爲之行爲 關於法律關係之爭執。其前權利人或代理人。知之較稔。應爲最適當之證人。故雖爲親屬或有損害關係。亦不許其避免爲證人之義務。茲之所謂前權利人者。凡曾爲該法律關係之權利人。不問是否爲其權利之直接被繼承人否皆屬之。所謂代理人者。不問其爲法定代理人或委任代理或事實上之輔佐人皆屬之。

第二項所規定者。爲前條第一項第三款之例外。卽雖依該款規定有守祕密之責任。若其責任已有合法之免除。則其拒絕證言之權利認爲消滅。自不得再爲證言之拒絕矣。所謂合法之免除者。在公務人員。須由法院依本法第二百九十四條之規定求得允許。其因業務關係者。須由被洩漏者爲免除責任之表示。否則不得謂有合法之免除也。

第二百九十七條 證人拒絕證言。應陳明拒絕之原因事實。並釋明之。但法院

得命證人具結以代釋明。

證人於訊問期日前拒絕證言者。無庸於期日到場。法院書記官應將拒絕證言之事由通知當事人。

本條規定證人拒絕證言之程序。證人有本法第二百九十五條所規定得拒絕證言之原因。而無第二百九十六條之情形者。得向法院爲證言之拒絕。除將該原因事實陳明外。并應予以釋明。（參閱本法第二七二條釋義）所謂釋明者。以大約可信之證據方法爲之也。但證人不及釋明。法院（或受命推事受託推事）亦得命其具結以代之耳。

證人受合法之傳喚後。本應於期日到場。若已爲全部證言之拒絕。無論法院已准許與否。而該次到場之義務即可免除。故屆期不必到場。蓋法院若認其拒絕爲不當。即應爲之裁定。證人對於該項裁定。且得爲即時抗告。抗告中且應停止執行。（參閱次條之規定）如認其拒絕爲當。則命當事人另提他項證據。亦不再命該證人到場也。但若非拒絕全部之證言。而僅係對於證言一部有所拒絕者。例如依本法第二百九十六條之規定。關於應爲證言之

出生死亡婚姻事項。未予拒絕。僅對於其他事項爲拒絕之陳明者。仍應屆期到場。否則。法院仍得依本法第二百九十九條之規定科以罰鍰。

拒絕證言已向法院陳明後。法院書記官即應將其事由通知當事人。以便當事人認其拒絕爲當時。另提其他證據。或認爲不當時。亦便爲訊問時提出反對之預備也。

## 第二百九十八條 拒絕證言之當否。由受訴法院於訊問當事人後裁定之。

前項裁定得爲即時抗告。抗告中應停止執行。

本條爲法院對於證人拒絕證言之處置。及證人不服處置之規定。證人既爲拒絕證言之陳明。法院即應審查其拒絕是否有理由。即是否有本法第二百九十五條之原因而無第二百九十六條之情形。如認爲當。則應命當事人另提證據。否則便應訊問當事人。使其陳述意見。爲准否拒絕之裁定。但如何裁定不受當事人意見之拘束。且當事人若於期日不到場。亦得不待其陳述而裁定之。（參閱本法第二八一條）爲此項裁定者。爲受訴法院或獨任推事之職權。受命推事受託推事不得爲之。（參閱本法第三〇九條）



證人不服前項不許拒絕之裁定時。得爲即時抗告。(七日)此項抗告之提出。依本法第四百五十四條第二項之規定。如不用書狀。亦得用言詞爲之。於抗告中。該裁定尙未確定。證言之究應拒絕與否。尙不可知。故本條第二項有應停止執行之規定。(參閱本法第四五八條)所謂停止執行者。對於該證人不爲訊問也。

**第二百九十九條** 證人不陳明拒絕之原因事實而拒絕證言。或以拒絕爲不當之裁定已確定後。而仍拒絕證言者。法院得以裁定科五十圓以下之罰鍰。**前項**裁定得爲即時抗告。抗告中應停止執行。

本條爲關於證人因拒絕證言而科罰之規定。證人無故不遵傳喚到場者。本法第二百九十條已有科罰之規定。其因拒絕證言者。依本法第二百九十八條有免其到場之義務。若到場而不爲證言之陳述。又未陳明拒絕之原因事實而爲拒絕證言之表示。則與不到場等耳。故本條有科以罰鍰(參閱本法第二九〇條釋義)之規定。惟證人不到場者。除科罰外。得用拘提。而拒絕證言者。除科罰外。依本法則無別種制裁方法矣。(在民事訴訟條例有第三六

八條之規定。除科罰外並命賠償因拒絕證言所生之費用。至已陳明拒絕之原因事實者。雖得暫許不爲證言之陳述。以待裁定。若法院以其不當之裁定已確定者。則暫許之原因以此而消滅。陳述證言之義務（參閱本法第二八九條）以此而確定。若證人仍予拒絕陳述時。亦應以裁定科以罰鍰。與不陳明拒絕原因事實而拒絕證言者同視矣。

證人不服前項科罰之裁定時。得爲即時抗告。（七日）此項抗告之提出。依本法第四百五十四條第二項之規定。如不用書狀。亦得用言詞爲之。於抗告中。該裁定尙未確定。故本條第二項有應停止執行之規定。（參閱本法第四五八條）

**第三百條** 審判長於訊問前。應命證人各別具結。但其應否具結有疑義者。得於訊問後行之。

審判長於證人具結前。應諭知以僞證之罰。

本條規定訊問證人應命具結。且除於具結有疑義外。應於訊問前爲之。欲使其負陳述真實之義務耳。蓋依次條之規定。結文內應記明爲真實陳述無匿飾增損等語也。茲之所謂訊問

前。應係指訊問事實而言。蓋具結之前當先訊問姓名年籍。以免有所錯誤。故必在訊問姓名年籍後也。至應各別具結者。以示各別負責之意耳。但有時因應否具結尚有疑問。例如似覺其人或有精神病。或疑其有次條第二項各款情形。而應先爲問明者。亦得於訊問後爲之。審判長（或獨任推事受命受託推事）得以職權斟酌之也。

證人非盡知法律。未必皆知具結之責任。故於具結前應告以偽證之刑。以免因輕視具結之責任而不爲真述之陳述。

第二百零一條 證人具結結文內應記明爲真實之陳述。無匿飾增損等語。前項結語。法院書記官應朗讀之。於必要時並應說明其意義。證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。

本條規定證人具結之程式。卽結文內應記明本條所規定之語句。恐證人不識文字或不解文字之意義。應由書記官朗讀其語。或並說明其意義。總之。須使具結者知悉結文之內容而

已。

本條第三項規定證人應簽名或按指印。此乃文書上所應有之程式。惟云證人不能簽名或按指印時。書記官應記明其事由。以事實論。不能簽名者有之。而不能按指印者。除雙手皆已被鋸斷外。無不能爲之者也。

第三百零二條 以未滿十六歲或因精神障礙不解具結意義及其效果之人爲證人者。不得令其具結。

以左列各款之人爲證人者。得不令其具結。

- 一 有第二百九十五條第一項第一款第二款情形而不拒絕證言者。
- 二 當事人之受僱人或同居人。
- 三 就訴訟結果有直接利害關係者。

本條爲關於具結之規定。因具結須負爲證言之責任。凡未滿十六歲之人。智識程度不及。自不解具結意義及效果。卽已滿十六歲而有患精神障礙之病者。如已達不解具結意義及效

果之程度時。雖均得以其爲證人而訊問之。不過用作調查證據之參考耳。故不得令其具結。

左列各款之人。雖有特殊關係。亦不妨使爲證人而訊問之。如認爲有具結之必要者。亦得令其具結。因其并非不解具結之意義及效果。不過有特殊關係耳。

(一) 第二百九十六條第一項第一款第二款情形而不拒絕證言者 凡有上列各款情形者。本得爲證言之拒絕。(參閱該條釋義)然若自願不拒絕證言時。亦得令其陳述。應令具結與否。因其係自願陳述。故由審判長(參閱本法第三〇九條)斟酌之。

(二) 當事人之受僱人或同居人 上列各人與當事人或涉賓主之情。或有朋友之誼。在事實上有時因其見聞較切。非令其爲證人。而殊無他項證人足以替代之。但得不令其具結耳。至所謂受僱人者。通常係指受當事人繼續僱用之人而言。所謂同居人者。或謂以同居一家營共同生活者而言。(見石志泉民事訴訟條例釋義第三七一條註)余意祇係同出入於一門戶者。即可認爲同居。

(三) 就訴訟結果有直接利害關係者 此因有於本訴訟之結果有直接利害關係。本乎法律不強人以難能之原則。殊不能強其爲據實之直述。然有時非以之爲證人而不能得其他替代之人作證。亦不能不訊問之。但酌量情形得不令其具結耳。至所謂有直接利害關係者。其利害關係要以係直接者爲限。究爲法律上或事實上之利害關係。在所不問也。

### 第二百零二條 第二百九十九條之規定於證人拒絕具結者準用之。

本條規定對於拒絕具結者之處置。本法對於有到場爲證人義務之證人。受合法傳喚無正當理由而不到場者。其處置之法。已於第二百九十條有所規定。其無拒絕證言之理由到場而拒絕證言者。爲第二百零九條所規定。法院得以裁定科五十元以下之罰鍰。(如有不服得爲即時抗告)本條規定證人拒絕具結者亦準用之。即準用此項條文爲罰鍰之科處也。所謂拒絕具結者。自係指無拒絕之理由者而言。若爲前條第一項之人爲證人。依法不得令其具結。自得拒絕之。但前條第二項情形。如審判長(參閱本法第三〇九條)認爲應具結時。仍不得拒絕。對於拒絕者亦得爲本條之適用。

第三百零四條 訊問證人應於他證人隔別行之。但陳述互異者。得命其對質。證人在期日終了前。非經審判長許可。不得離去訊問之處所。

本條規定對於證人之訊問。凡證人有二人以上者。如係證明同一事實。因欲驗其彼此所述是否矛盾。自不宜令其同時在場。而以隔別行之爲當。例如訊問第一證人時。不使第二證人在場。俟第一證人訊畢後。方使第二證人到場。但此時第一證人既已陳述完畢。則不必再使隔離。而令其聆受第二證人之陳述。若彼此發生矛盾。便可當面質對。以明其言之真僞。此本條第一項之所由設也。至證人於訊問後。若尙未屆退庭之時。則期日尙未終了。往往因原被告之互爲攻擊防禦。而有須更問證人之必要。故本條第二項規定證人於期日終了前。非經審判長（參閱本法第三〇九條）許可不得離去訊問之處所。若證人因尙有他事。必須先行離去。亦得陳明其事由而求得其許可。或向審判長詢問有無更須訊問之處。亦得因審判長認爲無他訊問而許其先行離去也。

第三百零五條 證人之陳述不得朗讀文件。或用筆記代之。但經審判長許可

者不在此限。

本條規定證人陳述之方法。當事人於言詞辯論時。除以文詞爲必要外。不得引用文件以代言詞。本法第一百八十七條已有規定。本條對於證人陳述之規定。仿當事人陳述之例。亦不得朗讀文件以代言詞。庶與言詞辯論主義相合。其有以筆記代言詞者。仍應將該筆記之內容用中國語言陳述之。如證人不通中國語言。或推事不明其方言。則用通譯。（參閱本法第一九九條）但若審判長（參閱本法第三〇九條）認爲得不用言詞之處。亦得許其朗讀文件或筆記。例如係陳述關於契約上之文字。得朗讀該契約中有關係之一片段或全文。又如陳述某處之形勢。亦得以筆記其實狀。或繪圖以明之。此皆就事實上之必要。得由審判長之許可而除去其限制。由此可知證言之效力以到場陳述者爲限。其於事前或事後以言詞爲準備或補充者。皆不能採爲證據也。

第二百零六條 審判長因使證人之陳述明瞭完足。或推究證人得知事實之原因。得爲必要之發問。



本條規定審判長（參閱本法第三〇九條）對於證人之發問。依本條之規定。審判長因使證人之陳述明瞭充足。或推究證人得知事實之原因。得爲必要之發問。余意此乃當然之事。無庸特設規定。本法已將民事訴訟條例第三百七十四條及第三百七十五條第一項所規定者予以刪除。而本條似亦應在刪除之列也。

第三百零七條 當事人得聲請審判長對於證人爲必要之發問。審判長亦得許可當事人直接對於證人發問。

關於發問之應否許可有異議者。法院應就其異議爲裁定。前項裁定不得聲明不服。

本條爲關於當事人詢問證人之規定。審判長對證人得爲必要之發問。前條已有規定。當事人本無直接向證人發問之權。但有時因有詢問證人之必要。應將所欲問之事項轉請審判長就其事項予以訊問。若認爲轉請訊問尚不足以盡其詞或有不便者。亦得將欲直接發問之意思對審判長陳明。審判長得酌量情形許其對證人爲直接之發問。惟許可與否。審判長有自

由裁量之權。蓋若認其所欲問者與本案無關。或爲證人所得拒絕陳述之事項。（參閱本法第二九五條）亦得不爲發問或不許其直接發問。

當事人對於所聲請發問之事項。審判長否認其聲請。或不許其爲直接之發問。不得抗告。祇得向法院提出異議。法院就其異議應爲裁定。對於法院之裁定若仍有不服。不徒不許抗告。且不許於上訴中爲不服之聲明。蓋此項不許可權行使之當否。既經法院裁定。無庸再許聲明不服。但於上訴審中仍得爲原請求耳。

第二百零八條 法院如認證人在當事人前不能盡其陳述者。得命當事人退庭。但證人陳述畢後。審判長應就其陳述訊問當事人。

本條規定證人與當事人之隔別訊問。訊問證人本無庸與當事人隔別。且應使當事人在場。惟證人有時因有不利於當事人之事實。於當事人前不能盡情陳述者。必令其與當事人隔別。方能罄所欲言。故本條有於訊問證人時得命當事人退庭之規定也。然調查證據之結果應令當事人就其證據予以辯論。（參閱本法第二八四條）故又規定於證人陳述後仍應就其陳

述訊問當事人。以便當事人對於其陳述之當否有辯論之機會。又依本條之文義。命當事人退庭係由法院裁定。命當事人入庭係由審判長裁定。余意不如悉由審判長裁定爲當。蓋在受命推事受託推事訊問證人時。尚有次條規定足以援用。若係獨任推事。依法（法院組織法第四條第二項）祇能行審判長之職權。不能行法院之職權。則命其退庭。似無根據矣。至對於此項裁定能否抗告。本條無特別規定。（在民事訴訟條例有第五一條之概括規定。本法無之）當在准許之列。

**第二百零九條** 受命推事或受託推事於訊問證人時。得行法院及審判長之職務。但裁判拒絕證言之當否。不在此限。

本條規定受命推事受託推事關於訊問證人之權限。除獨任推事依法法院組織法第四條第二項有審判長之職權外。其由受命推事受託推事人訊問證人時。亦應使其有審判長之職權。本條規定得行法院及審判長之職務。以期其便捷也。依本條之規定。凡本法第二百八十七條、第二百八十八條、第二百九十條、第二百九十三條、第二百九十四條、第二百九十五條

第二項、第二百九十七條、第二百九十九條、第三百條、第三百零三條至第三百零八條、第三百一十條、應由法院或審判長所爲之職務。皆得由受命推事受託推事爲之。惟裁判證言之當否。以其與訴訟之關係過於重要。則應依本法第二百九十八條之規定。由受訴法院裁定之。

### 第三百一十條 證人得請求法定之日費及旅費。

前項請求。應於訊問畢後十日內爲之。  
關於前項請求之裁定。得爲即時抗告。

證人所需之旅費。得依其聲請預行酌給之。

本條爲關於證人請求日費及旅費之規定。證人雖有到場之義務。（本法第二八九條）然非爲自己之利害關係而到場。未便令其再行負擔費用上之義務。故對法院得爲日費及旅費之請求。所謂日費者。因到場作證所費時日應支出之金錢也。所謂旅費者。由出發日起至事畢日止所應支在途之食宿舟車費也。此項費用之支給。雖間接係由當事人所繳納。但非證

人對當事人所主張之權利。乃係證人對國家所主張之權利。蓋到場之義務亦係對國家有之也。故證人對於日費及旅費應逕向法院請求。而不得向當事人請求。至日費及旅費之計算標準。應依修正民事訴訟費用規則第十五條之規定。該條無日費之名義。祇有到庭費每次五角。其滯留一日以上者。每日滯留費五角。在途旅費則應按實數計算。

證人對於日費及旅費雖有請求給付之權。然若不行使其權利。自任其便。其欲行使此項權利者。不可不有期間之限制。以便訴訟費用之確定。故本條第二項定為應於訊問畢後十日內為之。經過十日期間後。其請求權即因而喪失。於期內請求者。法院自應為裁定其數目。即可依據裁定而請求支付。如對於該項裁定有不服時。依本條第三項之規定。許其即時抗告。(七日)

又證人有非預給旅費無力到場者。例如該證人為一極貧苦之人。而距離法院有數日之程途。其舟車費之支出無從墊付。自非由法院預為酌給。不能成行。故本條第四項有得依其聲請預為酌給之規定。然在習慣上證人之到場。大半係由舉證之當事人所邀請。此項規定之

適用。在實際上不多見也。

### 第三目 鑑定

鑑定者。對於法院（或受命推事受託推事）所指示之訴訟資料。就其知識技能所及而予以認定也。例如法院對於呈案藥品之性質不明。以藥劑師為鑑定人。該藥劑師就其知識所及認定為含有毒質之品。或認定為毫無毒質之品。法院得據以為判斷該項訴訟資料之根據。其與證人不同者。在證人祇能就其見聞或身歷之特定事實向法院陳述。不能憑其知識技能以為陳述之根據。故鑑定人不以特定之人為限。凡有特別知識技能者皆得為之。證人則以就該特定事實有所見聞或經身歷者為限。始得為之。惟有時證人兼有鑑定之知識。或鑑定人就所鑑定之資料曾有所見聞或經身歷。則當以證人視之。適用關於證人之規定。例如該鑑定藥品之藥劑師。對於所鑑定之藥品。係曾受當事人之委託所配合者是。此際則當以該藥劑師為證人矣。

**第二百一十一條 鑑定除本目別有規定外。準用關於人證之規定。**

本條規定鑑定之準用條文。因鑑定人與證人同爲對於法院陳述意見之人。相同之處甚多。故除其不同之點本目特別予以規定外。凡未經本目特別規定者。皆可適用關於人證一目之條文。首列本條。以明其旨。且以作援用之根據也。

## 第二百一十二條 聲請鑑定。應表明鑑定之事項。

本條規定鑑定之聲請。按鑑定人應由法院選任。（見次條第一項）不過法院得命當事人指定足以勝任之人以供法院之參考耳。（見次條第二項）本條之所謂聲請鑑定者。係將所主張應行鑑定之事項陳報於法院。請求法院選任鑑定人爲之鑑定。至鑑定之爲何人。不能由當事人於聲請鑑定時自行指定。此與聲請傳喚人證大異也。惟若從抽象方面指定何種類之鑑定人。則無不可。例如於聲請鑑定時。附帶聲明希望法院指定一有經驗之著名醫生爲鑑定人。自屬可行。又法院對於應行鑑定之事項。不以當事人所聲請者爲限。且對於當事人所聲請者若認爲無庸鑑定時。亦得不爲指定鑑定人鑑定。而自行鑑定。例如對於筆跡之真偽。已有甚明顯之認識。當事人雖有鑑定之聲請。亦得不接受。總之。非有特種之知識技

能不辨者。始應命鑑定。以通常知識技能能認定之事項。無須鑑定也。

### 第三百一十三條 鑑定人由受訴法院選任。并定其人數。

法院得命當事人指定應選任之鑑定人。

已選任之鑑定人法院得撤換之。

本條規定鑑定人之選任及撤換。選任鑑定人本屬於法院之職權。其人數之多寡。亦應由法院定之。但若法院對於勝任之鑑定人不易覓得。亦得命當事人就其所知而指定之。惟此項指定既非當事人之權利。當事人於指定後。法院之採用與否。不能過問。故若法院認為所指定之人足以勝任。固得選任為鑑定人。否則認為不勝任時。仍得另行尋覓或再命當事人另行指定。均無不可。又已選任之鑑定人。如中途發見其不能勝任。或有迴避之原因。（參閱本法第三一八條）或因鑑定人自行拒絕鑑定。（參閱本法第三一七條）法院得隨時撤換。不受已選任之拘束。而當事人對於鑑定人認為不當時。亦得聲請法院撤換之。（參閱本法第三一八條）



第三百一十四條 受命推事或受託推事因鑑定爲調查者得選任鑑定人。

本條規定受命推事或受託推事之選任鑑定人。凡受命推事受託推事須據鑑定以爲證據之調查者。應許其自行選任鑑定人。以資便利。按民事訴訟條例第三百八十七條之規定。受訴法院使受命推事或受託推事依鑑定爲調查者。得委該推事選任鑑定人。則該推事之選任鑑定人尚須得受訴法院之委命。本條既明定受命推事或受託推事有此職權。自無須受訴法院之委命。而得逕行爲鑑定人之選任也。但若受訴法院已選任鑑定人。該受命推事或受託推事應無撤換之權。如於原鑑定人外。加選一人或數人爲鑑定人。當非法所不許也。

第三百一十五條 從事於鑑定所需之學術技藝或職業。或經公署委任爲鑑定人者。應負鑑定義務。

本條規定爲鑑定人之義務。其義務係對於國家而非對於當事人者。除經公署委任之鑑定人有當然之義務外。凡因其有特別學術技藝或職業。而能鑑定該事項者。雖非公署所委任。亦有被法院選任爲鑑定人之義務。與爲證人之義務不同者。在證人以對於該事項有所見聞

或經身歷者爲限。始有爲證言之義務。此則祇要從事鑑定所需之學術技藝或職業。卽有其義務也。至所謂因公署委任者。如法醫是。所謂從事鑑定所需之學術技藝或職業。不問爲何種學術技藝職業。係以該鑑定事項所需者爲準也。

### 第二百一十六條 鑑定人不得拘提。

本條規定對於處置鑑定人適用人證規定之例外。蓋依本法第三百一十一條之規定。鑑定除本目有特別規定外。準用關於人證之規定。按前目於人證規定內。對於證人因受合法之傳喚不到場已科以罰鍰後。如仍不遵傳到場。除再科以罰鍰外。得拘提之。（見本法第二九〇條）本法以對於鑑定人不應援用。故予以特別規定。蓋證人爲特定之人。除強其到場作證外。不易覓得足以替代之人。而鑑定人爲非特定之人。祇要從事於鑑定所需之學術技藝或職業者。卽得選任。故被選者既已受罰鍰之處分而不肯到場時。尙得另選他人爲之。殊無再行以拘提方法強其到場之必要也。

### 第二百一十七條 拒絕鑑定有正當理由者。法院得免除其鑑定義務。

鑑定人由受命推事或受託推事選任者。其拒絕鑑定之當否。由該推事裁定。本條爲關於鑑定人拒絕鑑定之規定。依本法第三百一十一條之規定。鑑定既準用關於人證之規定。則凡有拒絕證言之理由者。（見本法第二九五條）自得拒絕鑑定。惟鑑定人爲非特定之人。如被選者不願鑑定。尙得另選他人爲之。似不必如該條之嚴格。故除適用該條規定外。本條特規定祇要有正當理由即得免除其義務。是不僅以該條（第二九五條）所列理由爲限。凡有正當理由者。即得拒絕。例如該被選之鑑定人自以其技術不足勝任。或非負有鑑定義務者。（參閱本法第三一五條）皆足爲拒絕鑑定之理由。又受命推事受託推事於訊問證人時得行法院及審判長之職務。惟對於拒絕證言之當否無裁判之權。（見本法第三〇九條）則受命推事受託推事於訊問鑑定人時。依援用關於人證規定之結果。亦應無此權限。但鑑定人既因其非特定之人。與證人不同。故本條特予以變通之規定。凡鑑定人由受命推事或受託推事選任者。其拒絕鑑定之當否。由該推事裁定。即係以該拒絕鑑定者係由該推事所選任（參閱本法第三一四條）者爲限。於其拒絕之當否。由該推事裁定。其

係由受訴法院選任者。(參閱本法第三一三條)仍應由受訴法院裁定。不能由受命推事或受託推事裁定。

第三百一十八條 當事人得依聲請推事迴避之原因拒却鑑定人。但不得以

鑑定人對於該事件曾爲證人或鑑定人爲拒却之原因。

鑑定人已就鑑定事項有所陳述。或已提出鑑定書後。不得聲請拒却。但拒却之原因經釋明其發生在後或知悉在後者。不在此限。

本條規定當事人對於鑑定人之拒却。本法准許當事人對於推事得聲請迴避。(見本法第三三條)以防裁判之不公平也。當事人對於鑑定人之鑑定。若預有知其將受不公平之結果者。亦應許其聲請拒却。以昭平允。按本法對於聲請推事迴避之原因。除認其執行職務有偏頗之虞者外。應以第三十二條各款所列之原因爲限。依該條第六款之規定。推事於該訴訟事件曾爲證人或鑑定人者。亦爲得聲請迴避原因之一。以之適用於無裁判權之鑑定人。似無實益。故本條第一項但書特爲除外之規定。卽該鑑定人雖對於該訴訟事件曾爲證人或鑑

定人。當事人亦不得以之爲理由而聲請拒却。但若有其他情形足認其鑑定有偏頗之虞者。仍得依本法第三十三條第二款之規定爲拒却之聲請。

聲請拒却鑑定。依本條第二項之規定。有左列之限制。如在左列限制範圍外。其聲請應認爲不合法而駁回。惟一面予以駁回。而一面以職權將鑑定人撤換。(參閱本法第三一三條第三項)亦爲法所許也。

(一) 須在就該鑑定事項尙無陳述并尙未提出鑑定書之前。蓋在既經對於鑑定事項有所陳述後。或已提出鑑定書後。則其聲明未免以其所鑑定之利害爲轉移。不必其係就該鑑定人根本上有所疑慮也。且於陳述或提出鑑定書前既未聲明拒却。是對於該鑑定人并無疑慮之心。既於事前無所疑慮。而許其於因鑑定不利時爲拒却之聲請。徒滋訴訟程序之紊亂耳。故以不許其聲請爲宜。

(二) 雖在已就該鑑定事項有所陳述或已提出鑑定書後而拒却之原因發生或知悉在後者。其得拒却之原因發生在後。或其原因雖早已存在。而當事人知悉在後者。則係陷於不知

或不能。此時若亦不許爲拒却之聲請。則於當事人未免不利。故於有此項情形時。仍許聲請拒却。但對於其原因發生在後或知悉在後之情形。應有所釋明耳。如不能釋明。而僅屬空言主張。對於其聲請仍應予以駁回。以利訴訟程序之進行。

### 第三百一十九條 聲請拒却鑑定人者。應釋明其原因。向選任鑑定人之法院或推事爲之。

本條規定當事人拒却鑑定之程序。凡由受訴法院選任并訊問者。自應向受訴法院爲拒却之聲請。其由受訴法院選任而由受命推事或受託推事訊問者。亦應向受訴法院爲之。若由受命推事或受託推事所訊問之鑑定人係該推事自行選任者。則聲請拒却亦應向該推事爲之。但均應釋明（參閱本法第二七二條釋義）其得拒却之原因。即前條所規定者是也。至對於聲請拒却之裁判。凡向受訴法院爲之者。自係由受訴法院裁判之。其向受命推事或受託推事爲之者。則由該推事裁判之。不過對於受訴法院之裁定得提起抗告。而對於受命推事或受託推事之裁定祇得向受訴法院提出異議耳。（參閱本法第四五〇條）

第三百二十條 法院以拒却爲不當之裁定。得爲即時抗告。其以拒却爲正當者。不得聲明不服。

前項裁定由推事爲之者。得向受訴法院提出異議。

本條規定關於拒却鑑定人之裁定。其不服之方法。除以拒却爲正當者不得聲明不服外。（既不許聲明不服。卽於上訴時亦不能以爲上訴理由）其以拒却爲不正當者。如爲受訴法院所裁定。自得向受訴法院爲即時抗告。（七日）若爲受命推事或受託推事所裁定。則不得提起抗告。祇得向受訴法院提出異議。受訴法院若以其異議爲不當。應以裁定駁回之。對於該項裁定。不得提起抗告。（參閱本法第四五〇條第二項）

第三百二十一條 鑑定人於鑑定前應具結記明必爲公正誠實之鑑定。

本條規定鑑定人之具結。鑑定人應爲真實之鑑定。與證人應爲真實之證言相同。否則皆足構成刑法上之偽證罪。（參閱刑法第一七九條）依本條之規定應令鑑定人具結。與本法第三百條應令證人具結同其意義。惟證人之結文係記明爲真實之陳述無匿飾增損等語。鑑定

人結內則記明爲公正誠實之鑑定。證人之具結得於訊問後行之。（參閱本法第三〇〇條）對於鑑定人則無此規定。又本法第三百零一條第二項及第三項。對於證人之結文有朗讀并說明意義及簽印等規定。鑑定人既準用關於人證之規定。（見本法第三一一條）自亦得準用之也。

### 第三百二十二條 受訴法院受命推事或受託推事得命鑑定人具鑑定書陳述意見。

鑑定書須說明者。得命鑑定人到場說明。

本條爲關於法院適用鑑定之規定。法院及推事均得命鑑定人提出鑑定書。及到場說明其鑑定書之內容。按訊問鑑定人本準用前目關於訊問證人之規定。惟證人之陳述。除經審判長許可外。不得朗讀文件或用筆記代之。（見本法第三〇五條）而訊問鑑定人。依本條第一項之規定。法院或推事得命鑑定人具鑑定書陳述意見。而第二項規定鑑定書須說明者得命鑑定人到場說明。可知鑑定人不必以言詞爲陳述。除具結及須說明鑑定書外。且不必



命其到場。(依前條之規定。鑑定人於鑑定前應具結)但除具結及說明鑑定書須到場外。若無庸提出鑑定書而須陳述其鑑定意見者。則仍應到場也。

### 第二百二十三條 鑑定人有數人者。得命其共同或各別陳述意見。

本條規定訊問多數鑑定人之方法。在證人有多人時。依本法第三百零四條之規定。應隔別訊問之。本條規定訊問多數鑑定人得命其共同陳述。或各別陳述。不必使之隔離。蓋證人係訊問其所見聞或身歷之情形。故不可使數人共同陳述。以覘其有無矛盾虛捏之處。而鑑定人係各本其技術或職業上之觀感而陳述其心得。故不妨使多數人共同陳述。俾獲互相考證。以求得其真象。

### 第二百二十四條 鑑定所需資料在法院者。應告明鑑定人准其利用。

鑑定人因行鑑定。得聲請調取證物或訊問證人或當事人。經許可後。并得對於證人或當事人直接發問。

本條規定鑑定人實施鑑定之規定。爲使鑑定人實施鑑定。并盡量使之爲鑑定事項之研究起

見。應隨時予以便利。故關於鑑定所需之資料有在法院者。例如訴訟卷宗及存於法院之證物足供查閱者是。應告以准其利用。其尚需調取他項證物。或訊問本案證人或當事人後方能得正確之意見者。依本條第二項之規定。均得因其聲請而爲之。於必要時。如欲對於證人或當事人直接發問。亦得許可。（參閱本法第一九三條）此皆爲便利鑑定而設也。

### 第三百二十五條 鑑定人於法定之日費旅費外得請求相當之報酬。 鑑定所需費用得依鑑定人之聲請預行酌給之。

本條規定關於鑑定及鑑定人之費用。按證人依本法第三百一十條之規定雖得請求法定之日費及旅費。而無許請求報酬之規定。本條以鑑定人之性質與證人不同。故除准其請求法定之日費及旅費（依修正訴訟費用規則第十五條之規定。到庭費每次五角以上五元以下。由法院酌定之。滯留一日以上者。於到庭費外每日給以滯留費五角以上五元以下。由法院酌定之。在途旅費應按實數計算。）尚得請求相當之報酬。蓋在證人祇須陳述其與本案有關之見聞及身歷情形足矣。而鑑定人則與本案無關。并須本其技藝而爲勞力之供給。故許其

請求相當之報酬。至其請求程序及限制。本目既無特別規定。應準用本法第三百一十條第二項第三項之規定。此外對於鑑定所需費用。例如需用化學藥品之類是。應得依其聲請預行酌給。與證人預支旅費同一意義。而關於證人預支旅費之規定。（本法第三〇〇條第四項）鑑定人當亦準用之也。

### 第三百二十六條 訊問依特別知識得知已往事實之人者。適用關於人證之規定。

本條規定有鑑定知識之證人。此係依其特別知識得知已往之事實者。即其得知已往事實之原因係因其有特別知識而來。故就有特別知識一點觀之。似為鑑定人。而其實仍係證人。故不許適用關於鑑定之規定。而適用關於人證之規定。蓋此種人既負有為證人之義務。非他人所能替代。如無故不到場。得用拘提。（參閱本法第二九〇條第三項）其他關於具結及拒絕陳述請求費用等均不宜與鑑定人同視也。例如因毆傷前之病狀有所爭執。其曾為當事人施醫之醫生。當然得知已往之病狀。若欲明瞭已往之病狀。自非由該醫生出而陳述不

可。則該醫生之陳述雖係因特別知識所得之事實。仍當以證人論。而適用關於人證之規定。至若就其毆傷後之病狀加以程度上之鑑定。則非由於已往事實之所得。應以鑑定人論。而不能以證人論也。

### 第三百二十七條 法院得依職權囑託相當之公署或法人陳述鑑定意見。或審查之。

本條規定以公署或法人之意見代鑑定之實施。此種鑑定方法。頗近於書證。不能適用本日關於鑑定之規定。然其效力有時與一般鑑定相等。例如囑託中央研究院鑑定呈案之某種藥品是否含有毒質。若經該院鑑定。應與由法院直接鑑定者有同等之效力。又有尚須加以斟酌者。例如囑託商會調查習慣。則其調查之結果是否可採。法院仍應斟酌之。惟此又涉於書證之性質。亦可適用本法關於書證之規定。故本條不曰鑑定。而曰陳述鑑定之意見或審查。至所謂委託相當之公署或法人者。應以所需鑑定事項之種類為標準。例如涉於醫藥者。則囑託有醫藥經驗或研究之公署或法人為之。涉於工程材料者。則囑託有工程材料經驗

或研究之公署或法人爲之。否則應不能認爲相當也。

#### 第四目 書證

書證者。以文書爲證據之資料也。凡文書足以證明某事項之真僞或有無者。皆得謂之書證。此項作書證用之文書。不問其爲文字爲符號爲中國文爲外國文。亦不問其作成之目的原來是。否以供證據之用者。皆足供書證之用。若爲文書以外之物。則以其與文書有相同之效力者爲限。始得適用書證之規定。（參閱本法第三五五條）

#### 第二百二十八條 聲明書證應提出文書爲之。

本條規定用作書證之資料。凡聲明書證者。自應提出文書以爲證明之資料。如不提出文書。則爲空言主張。無證據之效力也。此之所謂文書者。既不必爲文字。且不必爲數字。凡一切符號足以作證明事實之用者。皆得謂之文書。其以文字作成契約者。固不問其爲中國文或外國文。或出自手寫。或出自印刷。皆足爲書證之資料。如爲數字。有時亦足利用以

爲書證之資料。例如原告謂不知被告之電話號碼。若被告能提出原告於其所用作記載電話號碼之紙牌上書有被告之電話號碼數字。亦足證明原告實已知其電話號碼。此利用數字以爲證據之資料也。又依本法第三百五十五條之規定。文書以外之物有與文書相同之效用者。亦準用文書之規定。例如相片留音片等類是也。至文書之種類有公私之別。凡由公署依一定程式所製作之文書謂之公文書。（參閱本法第三四四條）由私人作成者。不問是否依一定之程式。皆謂之私文書。（參閱本法第三四六條）在書證上無論爲公文書或私文書雖均有證據力。但於審查時。應先察閱其形式。而後察閱其實質。例如對於公文書應先察其作成是否依一定之程式。及所用印章之真僞。如非依一定之程式所作成。或其印章顯屬僞造。卽無庸察閱其內容矣。又如對於私文書應先察其有無簽名或押印。若無簽名或押印。則非有他種方法足以證明其爲真實者。亦無庸察閱其內容。惟簽名或押印之真僞。非有對造之攻擊不必予以審察也。

### 第二百一十九條 聲明書證係使用他造所執之文書者。應聲請法院命他造

提出。

前項聲請。應表明左列各款事項。

- 一 請求命其提出之文書。
- 二 據該文書所證之事實。
- 三 文書之內容。
- 四 文書爲他造所執之事由。
- 五 他造有提出文書義務之原因其原應釋明之。

本條爲關於聲請他造提出文書之規定。依前條之規定。聲明書證應提出文書。若該應提出之文書係由他造所執。該聲明書證人無從提出。則非藉法院之力爲之不可。故本條特許其聲請法院轉命他造提出。但他造應否執有該項文書。及有無提出該項文書之義務。應由聲請人於聲請時據實聲明。故本條第二項有表明左列各款事項之規定。

(一) 請求命其提出之文書 卽該足爲書證之文書究係何種文書。應予以明確之聲明。且

以足以證明自己所主張之事項之文書爲限。若爲足以證明他造之主張者。則係他造所負舉證之責任也。例如請求對造提出帳簿以證明自己與對造之往來情形是。

(二) 據該文書所證之事實 對造所執文書。究係用以作何種事實之證明。應予表明。以便法院知其是否有令其提出之必要。如與所證明之事實無關。法院對於其聲請亦得駁回之。

(三) 文書之內容 該項文書內容係如何記載。亦爲法院所應知悉。故亦應表明。

(四) 文書爲他造所執之理由 卽該文書何以爲他造所執。應表明其執有該文書之理由。

(五) 他造當事人有提出文書義務之原因其原因應釋明之 卽該項文書雖確爲他造當事人所執有。法院對於他造有無提出之義務亦應審查之。故須表明他造有無提出義務。如認爲有提出之義務。并應表明其有此義務之原因。而予以釋明。(參閱本法第二七二條釋義)

第三百三十條 法院認所證之事實重要。且舉證人之聲請正當者。應以裁定



### 命他造提出文書。

本條爲法院依聲請命他造提出文書之規定。法院對於前條舉證人之聲請。應先就其聲請是否正當及所證事實是否重要。予以審查。除認爲所證并非重要。或與本案無關。或認他造無提出之義務。或對於他造有無提出之義務未予釋明。（參閱本法第二七二條釋義）或他造否認執有該項文書。其理由正當者。均不接受其聲請外。（法院不接受其聲請者。祇須於終局判決或中間判決中記明其旨。不以裁定駁回）若認他造應依聲請而提出該文書時。即當以裁定命他造提出之。他造當事人如不服此項裁定。得提起抗告。（參閱本法第四四九條）至若命第三人提出文書者。應適用本法第三三十四條之規定。又當事人有提出文書之義務者。適用本法第三三十二條。併宜注意。

第三百三十一條 法院因確定訴訟關係。依職權命當事人提出文書者。以知該文書爲其所執者爲限。

本條爲法院依職權命當事人提出文書之規定。法院除依前二條之規定因當事人之聲請命他

造提出文書外。依本法第一百九十五條第二款之規定。法院爲確定訴訟關係。雖無當事人之聲請。亦得依職權命當事人提出各項文書。又依次條之規定。當事人對於次條各款之文書有提出之義務。而本條所謂命當事人提出者。應不以依該各款之規定有提出之義務者爲限。凡法院爲確定訴訟關係。知該當事人執有該文書者。卽得命其提出。其得知之原因。除由於當事人之自行陳述。或出自調查證據之結果外。其因他項原因得知者。亦得命其提出。但非知爲該當事人所執有者。則不得命其提出。至本法第一百九十五條第二款係稱圖案表冊或外國文文書之譯本。或其他文書物件。應均包括於文書二字之內。惟圖案表冊。有時雖未爲當事人所執有。若確知其能臨時作成者。應亦在得命其提出之列也。

### 第二百三十二條 左列各款文書。當事人有提出之義務。

- 一 於準備書狀或言詞辯論引用爲證據者。
- 二 他造依法律規定得請求交付或閱覽者。
- 三 爲舉證人之利益而作者。

#### 四 就當事人間法律關係所作者。

本條規定當事人有提出義務之各項文書。當事人之提出文書。除法院因確定訴訟關係已知有爲其所執之文書。法院依職權而命其提出。（參閱前條）或經他造釋明有提出之義務經法院以裁定命其提出者（參閱本法第三二九條及第三三〇條）外。凡本條各款所列文書。當事人當然有提出之義務。（按依本法第一九五條第二款之規定。法院得隨時命當事人提出文書）依本條有提出義務之文書計有左列四種。茲分款說明之。

(一) 於準備書狀或言詞辯論引用爲證據者 此項文書既經當事人自行引作證據。其執有此項文書當無疑義。既自認執有此項文書。自有提出之義務。雖嗣後自願將該項證據捨而不用。其提出文書之義務。不能因而免除。蓋有時此項文書或足闡明一種訴訟關係也。

(二) 他造依法律規定得請求交付或閱覽者 此係指該項文書爲法律規定所應有者。雖未曾於書狀或言詞中引用。亦有提出之義務。例如依民法第七百六十條之規定。不動產物

權之移轉或設定。應以書面爲之。是即關於不動產物權之主張者。依法律應提出文書。他造并得請求交付或閱覽。當然有提出之義務。

(三) 爲舉證人之利益而作者 此係指該項文書雖爲舉證人之利益而作。但不在舉證人手中。故對於執有此文書者。應負提出之義務。至其文書之利益若爲舉證人及執有人所共有。當亦準用本款之規定。而不以舉證人專有其利益爲限。例如舉證人受遺囑之指定而有繼承遺產之權。而該項遺囑在執有人手中。不問執有人對於該項遺產有共同利益與否。執有人均有提出之義務。

(四) 就當事人間法律關係所作者 此係指當事人間所以發生法律關係之一切契約而言。無論何種契約。皆屬於此款之內。當事人皆有提出之義務。又按民事訴訟條例第四百零七條第五款尚有商業帳簿一項。亦以明文規定當事人有提出之義務。本法雖未以之列入本條。然就商業帳簿之性質論。雖非專爲當事人之法律關係而作。但不能不認爲與繫爭事項之法律關係無關。應可包括於本款之內也。

第三百三十三條 當事人無正當理由。不從提出文書之命者。法院得依自由心證判斷他造關於該文書之主張是否正當。

本條規定對於當事人不提出文書之處置方法。依本法第一百九十五條第二款之規定。法院因確定訴訟關係得命當事人提出各項文書。依本法第三百三十條之規定。法院認所證之事實重要。且舉證人之聲請正當者。得以裁定命他造提出文書。又前條各款所列之文書。當事人有提出之義務。此皆爲當事人應提出文書之規定。若當事人不服從上述各條規定而提出時。法院亦殊不必用強制處分。（按第三人無正當理由不遵從提出文書之命者。其制裁方法。見本法第三三八條）祇得予以不利益之處置。所謂不利益之處置者。即本條後段之所規定。法院得依自由心證判斷他造關於該文書之主張是否正當。換言之。此造當事人既不遵命提出應提出之文書。則他造對於該文書之主張是否正當雖不得知。但法院得依自由心證以推定他造所主張者爲正當。例如甲造主張曾經交付款項若干於乙造。當經面見乙造已登載於其記帳之冊內。此時若乙造不肯將該帳冊提出。即得推事確有登入帳冊之事實。

惟仍應以自由心證衡度其不提出之情形。及有無不提出之正當理由。如有正當理由而不能提出。例如該帳冊業已遺失。或有其他原因不能提出。亦不能以不遵命提出爲理由。而逕認他造對於該文書之主張確屬正當。有謂本條之適用。以有提出證書之義務者爲限。（即前條各款所列舉之文書）否則不能予以本條不利益之處置。（見石志泉民事訴訟條例釋義第四百零八條註）余意若爲已得知該文書爲其所執而不提出者。亦能適用本條之處置。蓋本條僅以有無不提出之正當理由爲標準。而未以有無提出義務爲標準也。

**第三百二十四條** 聲明書證係使用第三人所執之文書者。應聲請法院命第三人提出。或定舉證人自行提出之期間。

**第三百二十九條** 第二項之規定。於前項聲請準用之。  
文書爲第三人所執之事由應釋明之。

本條爲關於聲請第三人提出文書之規定。依本法第三百二十八條之規定。聲明書證應提出文書。若該應提出之文書不在該聲明人之手中。除爲他造所執有者。得依本法第三百二十

九條聲請法院命他造提出外。其爲第三人所執有者。自不易逕行提出。依本條之規定。亦應聲請法院命該第三人提出。或一時不易提出。而自行限定從第三人手中取到提出於法院之期間。以作書證之聲明。此之所謂第三人者。別乎他造而言也。無論爲自然人或爲法人。皆以第三人論。(但對於公署或公務員應依本法第三三九條之規定)例如該文書爲其友人所執有。而能從其友人手中取到以提出於法院者。祇定相當期間以自行提出。無庸向法院爲轉命提出之聲請。若爲國家所屬之公署所執有。私人不易取到。則應聲請法院調取之。(如能自行取到。亦不必聲請法院爲之)向法院爲聲請時。則應適用聲請法院命他造提出文書之程式。表明本法第三百二十九條第二項所列各款事項。且因第三人與他造之地位不同。對於爲第三人所執之事由。并應予以釋明。(參閱本法第二七二條釋義)

**第三百三十五條** 法院認所證之事實重要。且舉證人之聲請正當者。應以裁定命第三人提出文書。或定舉證人提出文書之期間。

本條爲法院依聲請命第三人提出文書。或定舉證人提出文書期間之規定。法院對於前條舉

證人之聲請。應先就其聲請是否正當及所證事實是否重要。予以審查。除認為所證并非重要。或與本案無關。或認第三人無提出之義務。或於第三人有無提出義務。及文書為第三人所執之理由未予釋明。（參閱本法第二七二條釋義）或第三人否認執有該項文書其理由正當者。均不接受其聲請外。（法院不接受其聲請者。祇須於終局判決或中間判決中記明其旨。不以裁定駁回）若認第三人應依聲請而提出該文書時。即當以裁定命該第三人提出之。（第三人如不服此項裁定。得提起抗告。（參閱本法第四四九條）或定舉證人自行提出文書之期間。（參閱本法第一六一條）使舉證人自行取到證書提出於法院。均酌量情形定之。

### 第三百三十六條 關於第三人提出文書之義務。準用第三百三十二條之規定。

本條規定第三人提出文書之義務。按當事人對於提出文書之義務。已規定於本法第三百三十二條。第三人有無提出文書之義務。不可不有規定。故本條特規定準用第三百三十二條



。按該條對於提出文書之義務。以四種文書爲限。除第一款係屬於當事人所獨有者似無從準用外。其第二款爲他造依法律規定得請求交付或閱覽者。於準用時。凡兩造當事人依法律規定得請求交付或閱覽者皆屬之。第三款爲爲舉證人之利益而作者。第四款爲就當事人間法律關係而作者。均可準用也。至其意義。已見本法第三百二十條。

### 第三百三十七條 法院以裁定命第三人提出文書者。應先訊問第三人。 前項裁定得爲即時抗告。

本條規定命第三人提出文書前應踐之程序。蓋因第三人之地位與對造人不同。於其裁定前。應先行訊問。以便知其究竟有無此文書。及有無不能提出之正當理由。然後裁定。較爲慎重。但依本法第三百三十四條第二項及第三項之規定。當事人於聲請命第三人提出文書時。既須釋明第三人有提出文書義務之原因。又須釋明文書爲第三人所執之事由。已較對造爲慎重。似已無應先訊第三人之必要。本條應字似以改用得字爲宜。以便於不必要時可不訊問而逕予裁定。庶免訴訟程序之延滯。故民事訴訟條例不設本條之規定也。

依本條第二項之規定。第三人對於本條第一項之裁定。得爲即時抗告。其期間較他造爲短。殆係因既經訊問而後裁定。故祇許即時抗告。在命他造提出文書之裁定。(本法第三三〇條)無不許抗告及即時抗告之明文。應許其爲通常抗告也。

第三百三十八條 第三人無正當理由不從提出文書之命者。法院得以裁定科五十元以下之罰鍰。於必要時并得爲強制處分。

前項裁定得爲即時抗告。抗告中應停止執行。

本條規定對於第三人不提出文書之處置方法。按法院對於當事人無正當理由不從提出文書之命者。其處置方法已規定於本法第三百三十三條。依本法第三百三十五條之規定。法院認所證之事實重要。且舉證人之聲請正當者。應以裁定命第三人提出文書。第三人除有不能提出之正當理由外。對於上述裁定不得違抗。否則。法院亦應有處置之方法。本條卽處置第三人不從命之方法。除得科以五十元以下之罰鍰外。於必要時并得爲強制處分。所謂強制處分者。不外以扣押之方法強令將文書提出於法院也。蓋此種提出文書之義務係對國

家而生。與證人之義務無異。故與處置證人不到場作證之方法相同。在民事訴訟條例。於此種方法外。尚得依該條例第四百一十三條之規定。法院依聲請許舉證人對第三人起訴。其起訴之結果。亦不過得許強制執行耳。徒足生訴訟程序之延滯而已。且依法既得由法院施行強制處分。更無依訴訟之結果以求強制執行之必要也。

本條第二項規定。對於前項裁定得爲即時抗告。抗告中應停止執行。與本法第二百九十九條第四項規定之意義相同。可參照之。

### 第三百三十九條 公署所保管或公務員所執之文書。不問其有無提出之義務。法院得依職權調取之。

本條規定對於調取公署或公務員所執管之文書。按公署及公務員本可包括於第三人之內。但與普通第三人之情形不同。故本條特設規定。無庸依照一般對待第三人之程序。而逕由法院向之調取。蓋公署及公務員與法院同係爲國家服務。而提出文書亦係對國家之義務。祇適用調取之程序足矣。至如何調取。當不外用囑託之方式。自不待言。但若公署或公務

員認爲應法院之調取有困難情形時。亦不妨敘述理由予以拒絕。法院不能用強制處分方式爲之。此又爲與對待普通第三人不同之點也。

### 第三百四十條 第三人得請求提出文書之費用。

### 第三百一十條第二項至第四項之規定。於前項情形準用之。

本條規定第三人得請求因提出文書之費用。凡因提出文書而生之費用。得向法院請求。蓋第三人對於國家有提出文書之義務。亦有請求費用之權利。此項費用雖間接係由當事人負擔。而直接係向法院請求。法院并得命當事人預納。（參閱本法第九五條第一一四條）但此項費用。以因提出文書而真正生有費用者爲限。若提出文書時無費用可言。則不得請求也。

本條第二項謂準用第三百一十條第二項至第四項之規定。卽係關於請求費用之時期與抗告及預請酌給等規定。皆準用之也。

### 第三百四十一條 文書應提出其原本。但僅因文書之效力或解釋有爭執者。

### 得提出繕本。

本條規定文書之提出原本或繕本。提出文書以作證明之用者。自應提出原本。方足資憑信。惟有時對於文書之真偽并無爭執。其所爭執之點僅在該文書之效力。或在該文書之如何解釋。例如關於原告提出買賣契約。被告於其契約之內容并無異議。祇就其效力之有無及文字之解釋有所爭執。則無須提出原本。僅就繕本上之文字研究之足矣。如被告對於原告所提出之契約認為偽造。則非研究其原本不可。又有時除提出原本外尚須附提譯本者。例如當事人以外國文字訂約。提出作證。則應附提中文譯本。

### 第三百四十二條 不能提出文書之原本者。法院得命釋明其不能之理由。不從前項之命者。該繕本之證據力。法院得依自由心證定之。

本條規定法院對於不能提出原本者之處置。依前條之規定。除僅因文書之效力或解釋有爭執外。文書應提出其原本。若係因文書本身之真偽有所爭執。而當事人僅提出繕本。殊不能作為證據之用。惟有時因有特別原因。無從提出原本。亦非事實所無。例如因住宅失火

。文書連帶被焚。或因被盜致將文書遺失。皆足爲不能提出之事由。若遇有此種情形。法院自不能強其提出原本。但得命其對於此種事由予以釋明。（參閱本法第二七二條）當事人於釋明之後。雖不能認爲與提出原本有相等之效力。亦可依其他證據以認定其文書之非無根據。至若既不能提出原本。而對於不能提出之事由亦不能釋明。則該繕本之證據力更行薄弱。法院祇得依自由心證定之。例如對於婚約涉訟。若該婚約因故遺失。而不能釋明如何遺失之事由。則法院除依其他可憑信之證據（如媒證之類）以爲判斷之根據外。對於該婚約繕本之效力如何。得依自由心證定之。（參閱本法第二一三條）

**第三百四十三條** 文書因恐散失毀損。或有重大障礙。不能於言詞辯論時提出者。法院得命在受命推事或受託推事前提出。或以照片代之。前項情形。法院得定受命推事或受託推事於筆錄內應記明之事項。并得命將文書之繕本或節本附於筆錄。

本條爲關於保全文書之規定。文書之提作證據者。本應於言詞辯論時提出於法院。方能有

效。若僅於受命推事或受託推事前提出。而未由法院於言詞辯論時審閱。殊不能生證據之完全效力。此就提舉證據之原則而言也。若該項文書因有散失毀損之虞。或因其有重大障礙。不能提至於院內。僅能於受命推事或受託推事調查證據時提供者。法院爲顧全事實起見。得命其即在受命推事或受託推事前提出。由該受命推事或受託推事審查之。或作成照片。以備於言詞辯論時提出該項照片作爲審查之資料。

於受命推事或受託推事前提出文書時。自應由書記官記明其事項於筆錄內。其筆錄內應如何記明。除由該受命推事或受託推事指揮書記官爲之外。法院對於應如何記明及應記明之事項有意見時。亦得預爲擬定。交由該受命推事或受託推事及書記官注意記明。以免有所遺誤。同時并得命其將該文書之繕本或節本附於筆錄之內。以備查考。

又按本條第一項末句所謂「或以照片代之」。自係一種不提出於受命推事或受託推事前之替代辦法。若照此替代辦法爲之。自亦有效。有對於此種替代辦法認爲殊欠妥當者。謂文書因恐散失毀損或有重大障礙不能提出於受訴法院。當然指證書之原本而言。此項證書須

查閱其原本。而乃有不能提出於受訴法院之情形。故使受命推事或受託推事調查之。仍係調查其原本也。須查閱原本時。自不能以照片代之。照片之性質爲繕本。關於證據力祇可依前二條規定辦理。斷不容因證書之原本不能提出遂認其提出照片與原本有同一之效力。本條第一項末句務宜刪去。（見石志泉新民事訴訟法評論第一六九頁）余亦頗贊同其說。蓋照片祇能附之筆錄內。不能代原本之提出也。

### 第三百四十四條 文書依其程式及意旨得認作公文書者推定爲真正。

前項文書之真偽有可疑者。法院得請求所載作成名義之公務員或公署。陳述其真偽。

本條規定確認公文書真偽之方法。按確認文書之效力。有公私之不同。除確認私文書之方法。須依本法第三百四十六條至第三百四十九條之規定外。對於公文之效力。祇須依其程式及意旨得認作公文書者。卽得推定爲真正。便有證據之效力。換言之。其證據力之有無。祇問其是否爲公文書而已。所謂程式者。指公文之程式而言。蓋公文書之制作皆有一定



程式。依文書之種類。而各有一定之式樣。而於署名蓋印亦各有其定程。其依程式作成者。則形式已無問題。若進而察閱其內容。亦無背乎公文書之意旨。就此兩者觀之。均足認作公文書時。則其文字之所述者。即可確認為真正。而有完全之證據效力矣。此係依其程式及意旨得認作公文書者而言。若就其程式及意旨已足認作公文書。而其真偽仍有可疑者。則非另行調查不可。調查之法。惟有請求該公文書署名之公務員或出名之公署陳述其真偽。以為確認之標準。至請求陳述。可以便利之方法為之。不必依訊問證人之方式也。

**第三百四十五條** 外國之公文書其真偽由法院審酌情形定之。但經駐在該國之中華民國大使公使或領事證明者推定為真正。

本條規定確認外國公文書之方法。對於外國公文書。欲確認其真偽。自較本國公文書為難。蓋其程式非我國法院所應知也。自不易依前條第一項之規定辦理。又其公務員及公署係在外國。又不易依前條第二項之規定辦理。祇得由法院審酌情形。予以認定。或由舉證人另提足以確認為真正之證據。惟駐在該國之我國使領。常與外國公署有公文往返。且既駐

在該國。自必熟悉該國公文書之情形。若經其證明爲真正時。則法院無庸審酌情形。或另行調查旁證。而應逕行推定其爲真正也。

### 第三百四十六條 私人書應由舉證人證其真正。但他造已認爲真正者不在此限。

本條規定私人書之應否舉證。私人書與公文書不同。原無一定程式。不能依其程式以爲確認真僞之方法。除他造不否認其爲真正者外。舉證人應有證明其爲真正之責任。蓋既不能如公文書之依其程式及意旨以爲認定。則法院殊無確認之標準。故其爲真正與否。須由舉證人證明之。按當事人對於他造提出之證據。應爲陳述。（見本法第一八八條第二項）審判長亦應曉諭當事人爲必要之陳述。（見本法第一九二條第二項）則當私人書提出之時。如他造認爲真正。或不予否認。即應認爲真正。（參閱本法第二六八條）舉證人當無庸另行舉證。否則不能免除舉證之責也。

### 第三百四十七條 私人書經本人或其代理人簽名按指印蓋章或畫押。或由

### 法院或公證人之認證者。推定爲真正。

本條規定推定私文書爲真正之方法。在公文書祇要依其程式及意旨得認作公文書者推定爲真正。而私文書因無一定程式之足據。則應以簽名按指印蓋章或畫押爲確認之根據。（參閱民法第三條及本法第一一八條）其係由本人爲之或係由代理人爲之。皆所不問。故文書中凡有本人或代理人簽名按指印蓋章或畫押者。不問其本文是否本人或代理人所書寫。即推定爲真正。除對造能提出反證。足以證明其簽名按指印蓋章或畫押爲出自偽造外。其本文雖爲別人所書或係印刷。在法律上有完全之證據力。此外凡有法院或公證人之認證者。亦推定爲真正。自亦有完全之證據力也。私文書既僅須本人或代理人爲上述行爲。即能生效。故前大理院四年上字第二八九號謂中人畫押僅足證明契據屬實之具。而非立契要件。如已因他項方法認明屬實。則中人雖不認到場畫押之事。於該契據之證明力無涉。

### 第二百四十八條 私文書之真偽得依核對筆跡證之。

本條規定鑑別私文書真偽之方法。依前條之規定。私文書經本人或代理人簽名按指印蓋章

或畫押者。即足推定爲真正。惟該項簽名或畫押是否爲本人或代理人所爲。應有鑑別之方法。方足以資證明。本條特規定以核對筆跡行之。即凡簽名或畫押於該文書內之筆跡如與本人或代理人之筆跡相符。即可認爲真正。核對筆跡。依次條之規定。雖得指定文字。命該文書之作成名義人書寫。以供核對。但不應以當庭書寫者爲限。在當庭核對筆跡固屬審認證據之一種方法。若已有當事人尋常之筆跡或其他事實及證據足資證明者。則難專憑當庭所核對之筆跡。以爲認定事實之根據。蓋以當事人於法庭所書之字。其所表現於字跡者。與平日自難一致。況當事人利害攸關。亦難免於故意做作。使其不符。而其所畫之押若爲十字者。其筆畫簡單。核對尤難。（參閱最高法院判例二十一年上字第一六二五號）至核對之結果。是否相同。法院本應依自由心證認定之。但於必要時。得命行鑑定。（參閱本法第三五一條）

本條所謂核對筆跡。不問爲文書本文之筆跡。或爲簽押之筆跡。皆屬之。至本條僅謂私文書之真僞得依核對筆跡證之。則公文書應不在適用之列。且公文書以依其程式及意旨爲推

定之標準。無筆跡之真偽可言。自亦無筆跡之可核對。有謂本條起首之私字宜刪去。俾公文書亦同可適用者。并引外國法爲例。（見石志泉新民事訴訟法評論第一七〇頁）又謂法文雖舉私證書。然此等規定於公證書亦得準用。（見石志泉民事訴訟條例第四二三條註）余意頗不謂然。縱云外國有此法例。蓋在外國之公文書。不純係以蓋印章爲憑。而兼有簽押之方式者。當可適用。而我國公署及公務員對外之公文書均係以蓋印章爲憑。不兼採簽押之方式。應無準用核對筆跡之餘地。卽有不用印章如訴訟筆錄及條諭之類。亦不應以核對筆跡爲證明之方法。又本條僅云筆跡。從文理解釋。對於印章指印之核對難於包括。有謂宜於筆跡下加或印跡三字者。（見石志泉新民事訴訟法評論第一七一頁）似屬確論。余亦贊同之。

第三百四十九條 無適當之筆跡可供核對者。審判長受命推事或受託推事得指定文字。命該文書之作成名義人書寫。以供核對。

前項作成名義人無正當理由不遵命書寫者。準用第三百三十三條及第三

## 百二十八條之規定。

本條規定核對筆跡之實施及不遵命之效果。核對筆跡固不以當庭書寫者爲限。亦不以尋常書寫者爲限。故本條規定無適當之筆跡可供核對時。審判長受命推事或受託推事皆有權指定文字。命該文書之作成名義人（即作該文書之人）當庭書寫。以供核對。所謂指定文字者。係指定該書寫人應書寫如何文字及何種字體。當以所提出之文書爲依歸。所提出之文書爲草書者。應命其用草書鈔錄該文書中之文字一段或全部。所提出之文書爲楷書者。則應命其以楷書爲之。如該文書非作成名義人所親書。而其簽押爲作成名義人所書寫者。即應命其書寫簽押。無論爲全文爲一部或爲簽押。皆得適用本條之規定也。至核對之結果及其效力。可參閱前條釋義。

作成名義人無正當理由（例如因手患瘋症不能書寫。即屬正當理由。）不遵命書寫者。應與無正當理由不從提出文書之命者受同一之處制。在當事人爲作成該文書名義人。無正當理由而不遵命書寫者。準用本法第三百三十三條當事人不遵命提出文書之規定。法院得依

自由心證判斷他造關於該文書之主張是否正當。（參閱該條釋義）若第三人爲作成該文書名義人。無正當理由而不遵命書寫者。準用本法第三百三十八條第三人不遵命提出文書之規定。得以裁定科五十元以下之罰鍰。惟對強制處分則較難實施耳。

### 第三百五十條 供核對筆跡之文書。應將原本繕本或節本附於筆錄。

本條規定供核對筆跡文書之附存。即凡供核對筆跡之文書。即該文書之是否爲作成名義人所書寫有疑義者。縱於核對筆跡之後。仍應將其原本繕本或節本附於筆錄。以備查考。不得遽予發還。

### 第三百五十一條 法院依其自由心證斷定核對筆跡之結果。但於必要時得命行鑑定。

本條規定核對筆跡結果之處置。其所核對之筆跡是否與作成文書名義人之筆跡相符。法院本得依其自由心證以爲判斷。（參閱本法第二一三條）但有時因須有專家鑑定之必要。亦得命依鑑定程序而行鑑定。惟此係法院之職權。如法院認爲無須鑑定時。當事人無權聲

請。

第三百五十二條 文書有增加刪除及其他瑕疵者。其證據力。法院得依自由心證定之。

本條規定對於文書有增刪及其他瑕疵者之處置。文書之有增加刪除及其他瑕疵者。則有時因而與該文書之真意不符。除增刪處係由作成名義人自行增刪或經蓋章外。其增刪之文字如係不利於作成名義人者。則當推定其不真實。其有其他瑕疵者。亦當就其瑕疵之程度及種類而推定之。惟上述推定非由於法律上之推定。不過法院得依自由心證以推定之耳。是可知文書雖有增刪及其他瑕疵。要不能謂其完全無證據力。但其證據力之有無。得由法院依自由心證定之。

第三百五十三條 提出之文書。法院疑爲偽造或變造者。於訴訟未終結前。應由書記科保管。但應交付他公署者。不在此限。

本條規定對於有文書有偽造變造嫌疑者之處置。文書於審閱後。本應發還。惟經法院疑爲



偽造或變造者。若遽予發還。恐難免有湮沒變更之虞。爲防其湮滅或變更起見。應交由書記科保管。以待訴訟之終結。但若於訴訟未終結前。或已終結後。遇有他公署調取時。卽應交付。例如其偽造變造之嫌疑已經人向檢察官告訴或告發。若檢察官調取該項文書者。自應交付之。

**第三百五十四條** 當事人因妨礙他造使用。故意將文書隱匿毀壞或致不堪使用者。法院得認他造關於該文書之主張爲正當。

本條規定對於當事人故意隱毀文書之處置。當事人對於可作訴訟上證據之文書。依法有提出之義務。（見本法第三三二條）如無正當理由而不提出者。法院得依自由心證判斷他造對於該文書之主張是否正當。（見本法第三三三條）若不徒不遵命提出。且因妨礙他造使用。故意將文書隱匿毀壞或致不堪使用者。法院得依本條之規定。直認他造關於該文書之主張爲正當。無庸依自由心證以判斷他造對於該文書之主張是否正當。蓋該條當事人僅係不遵提出文書之命而已。故對於他造對於該文書之主張是否正當。尙須依自由心證定之。

本條係進一步而故意將文書隱匿毀壞或致不堪使用。以妨礙他造使用。其文書內容之不利於該當事人已昭然若揭。故毋庸再加揣度考慮。當已知他造對於該文書之主張爲正當矣。但適用本條之規定須具備二要素。一爲當事人有妨礙他造使用之故意。一爲有隱匿毀壞或致不堪使用之故意。若非出於故意。僅係因無意或過失而將文書毀壞或致不堪使用。（例如以舊帳簿無用而毀棄之）或係因該項文書之提出有犯刑事嫌疑。（例如係販賣煙土之帳簿）雖其結果致妨礙他造使用。而非有毀壞或妨礙他造使用之故意。尙難有本條之適用也。

**第三百五十五條** 本目規定於文書外之物件有與文書相同之效用者準用之。

本條規定本目之準用。本目所規定者原係著眼於文書。但有時不能稱爲文書之物件。亦有證明之力足與文書相等者。在訴訟上亦應認爲證據。例如指紋并非文書。在訴訟上亦足提爲證據。雖得依本法關於勘驗之規定予以勘驗。然又不能不適用文書之規定也。

## 第五目 勘驗

勘驗者。法院施用檢查方法以確認某事物之真象也。有直接之勘驗。即係對於其事物予以檢查。有間接之勘驗。即係對於其事物以外之事物予以檢查。因而得推定其事物之真象。前者如直接檢查被損害之物體是。後者如檢查加損害之器具是。又人有時亦爲勘驗之標的物。例如因離婚涉訟。而以夫不能人道爲理由者。法院得命檢查其人之身體。此即對於人而行勘驗也。

### 第三百五十六條 聲請勘驗。應表明勘驗之標的物及應勘驗之事項。

本條規定勘驗之聲請。聲請勘驗。係請求法院就某事物爲檢查之行爲。自應先表明應受勘驗之標的物。對於該項標的物是否可以提出於法院。或須法院提取。或須於法院外履勘。皆有詳細表明之必要。而對於就該事物行如何之勘驗。亦應表明。即其所欲勘明之事項也。例如欲勘驗某處房屋是否受有損害。即係以房屋爲勘驗標的物。以該房屋之損害爲勘驗

事項。惟其勘驗標的爲房屋。無從提取到院。則非於院外履勘不可。次即對於該房屋受有如何損害。亦應同時指明。以便依其所指示者而爲勘驗。又如欲檢驗其人之生殖機能是否具在。卽係以人爲勘驗標的物。以人之生殖機能爲勘驗事項。須將該人傳喚到庭。若該人爲被告。而不肯到庭受驗。得依本法第三百三十三條之規定判斷之。（見本法第三六〇條）如該人爲第三人。而不肯到庭受驗。得依本法第三百三十八條之規定處置之。（見本法第三六〇條）

**第三百五十七條** 因標的物之性質。或有重大障礙。不能於受訴法院行勘驗者。得由受命推事或受託推事行之。

本條爲不能在受訴法院行勘驗者之規定。勘驗以在法院行之爲原則。但有時因標的物之性質不能在法院行之者。例如標的物爲房屋或土地。或爲不能提取之物。或爲笨重之物。不便運送到院者是。有因標的物有重大障礙不能在院行之者。例如標的物爲人。而其人適患重病不能行動是。遇有上述各情形。受訴法院得使受命推事或受託推事就近勘驗。以資便

利。該推事於勘驗後。應將勘驗筆錄送受訴法院。

### 第二百五十八條 法院受命推事或受託推事於勘驗時得命鑑定人參與。

本條規定勘驗時得命鑑定人參與。按勘驗與鑑定本有相連之關係。蓋有時對於勘驗事項。非有專門技藝者之鑑定難於確認。例如勘驗房屋損壞之程度。應有工程師到場鑑定。方能得準確之結果。又如檢查身體。應有醫生到場鑑定。方能知其實際情形。此本條之所以於勘驗時有得命鑑定人參與之規定也。受訴法院或受命推事受託推事之應命鑑定人參與否。依職權或依聲請爲之。皆無不可。關於鑑定人之指定撤換。及受命推事受託推事關於鑑定人之選任。皆得適用本節第三目之規定。

### 第二百五十九條 勘驗於必要時應以圖畫或照片附於筆錄。

本條規定勘驗筆錄之附件。依本法第二百零四條第一項第四款之規定。對於勘驗之結果。應記明筆錄。依本法第二百七十六條之規定。受訴法院於言詞辯論前調查證據。或由受命推事或受託推事調查證據者。書記官應作調查證據筆錄。本條所謂筆錄。應兼指上述兩項

筆錄而言。蓋在言詞辯論時爲勘驗者。應將勘驗之結果記入言詞辯論筆錄。此外書記官應專作調查證據筆錄。圖畫或相片。或爲勘驗之根據。或足資勘驗之參考。或係勘驗之結果。均與勘驗有關。故應附於筆錄也。

第三百六十條 第三百三十三條、第三百二十八條、第三百四十條及第二百五十四條之規定。於勘驗準用之。

本條規定勘驗準用書證之各條文。當事人無正當理由不從勘驗之命。或拒絕勘驗者。準用本法第三百三十三條之規定。法院得依自由心證判斷他造關於勘驗事項之主張是否正當。第三人無正當理由不從勘驗之命。或拒絕勘驗者。準用本法第三百二十八條之規定。科以罰鍰。并得強行勘驗。但第三人得準用本法第三百四十條之規定。請求關於勘驗之費用。又當事人因妨礙他造之利用勘驗。故意將應勘驗之事物隱匿毀壞或致不堪勘驗者。法院得準用本法第三百五十四條之規定。認他造關於聲請勘驗事項之主張爲正當。

## 第六目 證據保全

證據保全者。爲保全證據起見。恐證據因調查遲延致滅失或礙難使用。而於未屆調查時期前先行予以調查也。凡證據有滅失或礙難使用之虞。或經他造同意。無論在起訴前或起訴時。皆得向法院爲保全之聲請。

### 第二百六十一條 證據有滅失或礙難使用之虞或經他造同意者。得向法院聲請保全。

本條規定聲請保全證據之條件。調查證據。依通常程序。應於言詞辯論時或起訴後另定期日爲之。但在未達調查證據之程度以前。若當事人認爲所應調查之證據有滅失或礙難使用之虞者。或經他造同意者。依本條之規定。得預行調查。此種預爲調查證據之程序。卽本條所謂保全證據。所謂有滅失之虞者。例如證人已患重病。恐其死亡是。所謂礙難使用之虞者。例如所應調查之證物將攜往外國是。所謂經他造同意者。例如車船相撞。雙方欲確

定其相撞之程度是。凡有上述情形之一。無論在起訴前。或在起訴後。均得聲請法院爲之。法院除依聲請爲保全證據之裁定外。并得依職權爲之。（參閱本法第三六五條）

第三百六十二條 保全證據之聲請。在起訴後向受訴法院爲之。在起訴前向受訊問人住居地或證物所在地之第一審法院爲之。雖在起訴後而有急迫情形者亦同。

本條規定聲請保全證據之法院。保全證據之聲請。既不問起訴前後皆得爲之。除在起訴後者當然向受訴法院聲請外。其在起訴前者。則當視所保全之證據爲證物抑爲證言而定。所保全之證據爲證物者。應向該證物所在地之第一審法院聲請。其所保全之證據爲證言者。應向該證人住居地之第一審法院聲請。此原則也。若有急迫情形。雖在起訴後。如不及向受訴法院聲請時。亦得向該證人住居地或證物所在地之第一審法院爲之。至起訴後之受訴法院。無論爲上級法院（在上訴中）或爲下級法院。應皆得向之聲請。則不以第一審法院爲限。惟在判決後上訴前爲聲請時。因其尙未繫屬於上級法院。仍應向原審法院聲請爲宜。



第三百六十三條 保全證據之聲請。應表明左列各款事項。

一 他造當事人。如他造當事人不能指定者。其不能指定之理由。

二 應保全證據之事實。

三 應保全之證據。

四 請求保全證據之理由。

前項第一款及第四款理由。於必要時。應釋明之。

本條規定聲請保全證據之程式。凡爲保全證據之聲請者。應用書狀爲之。（參閱本法第一一六條）自無待言。書狀內應表明之事項。依本條第一項之規定。計有五點。茲分別說明之。

（一）他造當事人 此指現在或將來起訴之對手而言。惟在起訴前者。有時於聲請保全證據時尙不知對手爲何人。即不知他造當事人爲何人。例如於車船被撞時聲請證據保全。

此時尙未查得加害者爲何人。自屬無從指定。則對於他造當事人祇得缺而不表。但應表明不能指定之理由。依本條第二項之規定。於必要時。對於其理由并應釋明之。（參閱本法第二七二條釋義）

（二）應保全證據之事實 此即指本案事實之如何發生及經過情形而言。蓋既聲請保全證據。自應將本案情形先爲表明。以便法院得知其內容。

（三）應保全之證據 此即指該聲請人所欲爲保全以待日後應用之證據也。例如於車船被撞時。欲將因被撞所受損害之程序確定之是。此種因被撞所受損害之程度。即應保全之證據也。

（四）請求保全證據之理由 證據何以須保全。應以有無本法第三百六十一條所規定之理由爲斷。如無該條所規定之理由。雖有前三款之表明。法院決不爲准許保全之裁定。故於聲請狀中應表明其何以須保全證據之理由。依本條第二項之規定。於必要時。對於其理由并應釋明之。（參閱本法第二七二條釋義）

第三百六十四條 保全證據之聲請。由受聲請之法院裁定之。

准許保全證據之裁定。應表明證據及應保全證據之事實。

駁回保全證據聲請之裁定。得爲即時抗告。准許保全證據之裁定。不得聲明不服。

本條規定關於聲請保全證據之裁定。依本條第一項之規定。此項裁定應由受聲請之法院爲之。其由受命推事或受託推事調查者。（參閱本法第三六六條第一項之規定。）自應由該推事爲之。爲此裁定前。雖不必經言詞辯論。（參閱本法第二二五條）但應審查該聲請是否合於本法第三百六十一條之要件。及是否合於前條之程式。分別爲准許或駁回之裁定。若爲准許聲請裁定時。依一般程序雖不必附理由。然依本條第二項之規定。應表明證據及應保全證據之事實。又依本條第三項之規定。對於此種裁定不得聲請不服。如爲駁回聲請之裁定時。依一般程序。應附理由。（參閱本法第二二八條）依本條第三項之規定。得爲即時抗告。

第三百六十五條 法院認爲必要時，得於訴訟拘束中依職權爲保全證據之裁定。

本條規定法院得以職權爲保全證據之裁定。依本法第三百六十一條之規定。保全證據得向法院聲請。若法院認爲必要時。依本條之規定。於訴訟拘束中。雖無當事人之聲請。亦得依職權爲之。此就該案在訴訟拘束中而言。法院既發見有保全證據之必要。若必待當事人之聲請。始爲保全之處置。有時因聲請遲延。或當事人竟不知聲請保全。以致證據滅失。或礙難使用。於訴訟之進行殊感困難。且非保護當事人權利之道。故本條特予法院以職權爲保全證據之裁定。於進行訴訟殊有裨益。

第三百六十六條 因保全證據而爲調查者。依本節第一目至第五目規定爲之。

調查證據期日應傳喚聲請人。除有急迫情形外。并應於期日前送達聲請書或筆錄繕本及裁定於他造當事人而傳喚之。

本條爲因保全證據而爲調查之規定。蓋保全證據即係於未屆調查證據程度以前而爲調查證據之行爲也。既在未達調查證據程度以前所爲之調查行爲。除依通常調查證據之規定外。本條第二項特設特別規定。以補通常調查程序之不足。故依本條第一項之規定。關於調查程序。以適用本節第一目至第五目之規定爲原則。即係適用本節第一目至第五目關於調查證據之規定也。第二項爲特別規定。蓋適用通常程序時。調查證據應傳喚兩造當事人到場。（但兩造或一造不到場者亦得爲之）此則如遇有急迫情形。祇傳聲請人到場足矣。（但依次條規定得由法院爲之選任特別代理人）若無急迫情形。仍應於期日前送達聲請書或筆錄繕本及裁定於他造當事人。并傳喚到場。所謂聲請書及筆錄繕本者。指聲請書之繕本及筆錄之繕本而言。惟本法對於聲請保全證據。須用書狀。不許用言詞爲之。（參閱本法第一一六條）似祇送聲請書繕本。而無送達筆錄繕本之必要。（如能用言詞聲請者。法院書記官應將關於聲請之陳述記明筆錄。以代聲請狀之提出。故須將筆錄繕本送達。）至若聲請人亦不到場。仍得爲調查。不待言也。（參閱本法第二八一條）

第三百六十七條 他造當事人不明。或調查證據期日不及傳喚他造當事人者。法院因保護該當事人關於保全證據之權利。得爲選任特別代理人。

本條爲因保全證據選任特別代理人之規定。關於保全證據之調查。如遇有急迫情形。於調查期日得祇傳喚聲請人。而不傳喚他造當事人。（見前條第二項）或因他造當事人不明。未經聲請人指定他造當事人之姓名。致無從傳喚者。（參閱本法第三六三條第一項第一款釋義）此際僅一造到場。未免有漠視他造關於保全證據權利之虞。而事實上對於他造又無從傳喚。或不及傳喚到場。（例如因他造遠在外埠一時不及傳喚）本條特設救濟之法。如法院因保護他造當事人關於保全證據之權利。得爲選任特別代理人。使其到場參加。（參閱本法第四九條）惟應選任特別代理人與否。法院有自由酌量之權。一依法院之自由意見定之。他造當事人日後不得以法院未曾代選特別代理人爲違法。亦不得以此爲上訴之理由也。

### 第三百六十八條 調查證據筆錄。應由准許保全證據之法院保管。

### 保全證據所調查之結果。當事人得於訴訟時利用之。

本條規定保全證據筆錄之保管及調查結果之效力。調查筆錄爲日後利用之根據。自應妥爲保管。本條第一項特明定由准許保全證據之法院保管之。（由法院依職權爲保全證據之裁定者。其筆錄應由該法院保管）如在訴訟繫屬後爲保全程序者。係由受訴法院爲之。（見本法第三六二條）其筆錄當然存於該受訴法院。若在起訴前爲保全程序者。係由證人住居地或證物所在地之第一審法院爲之。（見本法第三六二條）其筆錄當然存於該第一審法院。將來如訴訟不繫屬於該法院時。雖暫由該法院保管。仍須移送受訴法院。乃屬當然之事。至當事人對於調查證據之結果。於訴訟時自得利用以作證據。惟於利用之時。仍應依法第二百八十四條之規定。除法院對於其結果應曉諭當事人令爲辯論外。於受訴法院外所調查者。當事人應就其結果而陳述之。（或由書記官朗讀筆錄代陳述）

### 第三百六十九條 保全證據之費用。應作爲訴訟費用之一部。定其負擔。

本條規定保全證據之費用。按保全證據程序雖與通常調查證據程序稍異。要亦一種調查證

據之程序也。其因此所生之費用。自亦屬調查證據費用。在通常調查證據費用既爲訴訟費用之一部。則此項費用亦應作訴訟費用之一部。其如何負擔。自應適用本法第一編第三章第二節之規定。以定其標準。故於本程序不爲費用之裁判也。但若於調查後不起訴時。其費用應如何處置。本條雖未曾提及。當能適用本法第九十三條之規定。

## 第四節 和解

和解者。經雙方同意以解決其所爭執之事件也。或因雙方讓步而成立。或因一方屈服而成立。皆謂之和解。惟有屬於訴訟上及訴訟外者之分。本法所謂和解。指屬於訴訟上之和解而言。即其和解係於訴訟繫屬中在法院或受命推事受託推事前之所爲也。此種和解係適用訴訟法上之規定。和解成立後。當事人即不得就同一法律關係更行起訴。（見本法第三七二條）且可依民事訴訟執行規則爲強制執行。若爲訴訟外之和解。雖亦能解決其爭執。然除於和解中有撤回訴訟之訂定并實行爲訴訟之撤回外。無終結訴訟之效力。且不能由法院爲之強制執行



。惟依民事調解法所爲之調解。依該法第十三條之規定。調解成立者。與法院判決有同一之效力。并得爲強制執行。

### 第二百七十條 法院不問訴訟程度如何。得於言詞辯論或使受命推事或受託推事試行和解。

本條規定訴訟上之和解。凡於訴訟繫屬中。於法院或受命推事受託推事前所爲之和解。皆爲訴訟上之和解。依本條之規定。受訴法院不問訴訟程序已達如何程度。均得於開庭時試行和解。但除使受命推事或受託推事試行和解。應由該推事定期召集兩造當事人爲和解外。無庸以和解爲事由而傳喚當事人。惟在民事訴訟條例。對於初級管轄案件。當事人於起訴前。得聲請傳喚他造當事人試行和解。（見民事訴訟條例第四九三條）本法因已有民事調解。故無此規定也。至本條既謂不問訴訟程度如何。均得試行和解。則無論訴訟繫屬於第二審或第三審。均得爲和解之試行。惟第三審係以書面審理爲原則。在事實上不易行之耳。又法院除於言詞辯論時爲和解外。既得使受命推事或受託推事爲之。若受命推事或受

託推事自行爲和解之試行。當亦爲法所許。但據大理院十五年抗字第二十八號判例。則謂訴訟上和解由受命推事或受託推事爲之者。須本諸受訴法院之指定或囑託。依此判例則又所不許也。此外於案經判決後。在本審已無和解之機會。若於執行時。由執行推事爲之和解。則仍屬審判外之和解。不得據以爲強制執行之名義。如債務人不照和解履行。仍應就確定判決聲請繼續執行。（見二十一年院字第八二六號解釋）至在辯論終結後未宣告判決前。法院若欲試行和解。雖得重開已閉之言詞辯論。（參閱本法第二〇一條）但不得以試行和解爲理由而重開也。

**第二百七十一條** 於言詞辯論試行和解而成立者。應記明於筆錄。由受命推事或受託推事試行和解而成立者。應作和解筆錄。  
**第二百零三條至第二百一十條之規定。於前項筆錄準用之。**

本條規定關於和解成立之記載。計分兩種。一爲由法院於言詞辯論時和解成立者。則祇將其內容記明於筆錄。一爲受命推事或受託推事和解成立者。則應另作和解筆錄。記明其內

容。兩者皆足爲強制執行之根據。其效力則一也。又其記明於言詞辯論筆錄者。當然係適用本法第二百零三條關於言詞辯論筆錄之規定。本條無庸特別爲引用之規定。故本條第二項僅對於和解筆錄。有準用本法第二百零三條至二百一十條之明文。

### 第二百七十二條 和解已成立者當事人不得就同一法律關係更行起訴。

本條規定和解之效力。和解一經成立。其訴訟或爭點應立時終結。與確定判決有同一情形。不徒不能對之提起上訴。且不許當事人就同一法律關係更行起訴。否則法院應將其訴駁回。惟當事人若主張該項和解未經合法成立。得向試行和解之法院聲請繼續審判。該法院如認和解實未合法成立時。先以中間判決宣示其旨。就該事件繼續審判。或逕就該事件繼續審判。而於終局判決理由中宣示其旨。亦無不可。否則法院認該事件之和解已合法成立。并無瑕疵。則應以終局判決宣示該事件已因和解而終結。當事人對於此項終局判決。則許其依上訴方法而聲明不服。故對於和解筆錄無許其聲明不服之必要也。（參閱二十一年抗字第七〇九號判例）又共同訴訟中之到場當事人。經未到場之當事人授權而爲訴訟之和

解者。應認其和解爲合法。該當事人等均應受和解之拘束。（參閱二十一年上字第二〇〇六號判例）若未到場之當事人并未授權於該到場之當事人。而僅由該到場當事人簽字和解者。其效力當不能及於未到場之當事人也。

## 第五節 判決

本節對於判決之規定。祇規定關於第一審訴訟可達於判決之程度時應如何判決。并爲何種類之判決。（如終局判決中間判決一造辯論判決等）及關於宣示假執行等等。其餘如判決之程式及判決之宣告送達等。已於第一編第四章第六節裁判中規定矣。

**第三百七十三條** 訴訟達於可爲裁判之程度者。法院應爲終局判決。  
合併辯論之數宗訴訟。其一達於可爲裁判之程度者。亦同。

本條爲全部終局判決之規定。除關於一部之終局判決屬於次條之規定外。凡訴訟達於可爲裁判之程度時。即應爲終局判決。所謂終局判決者。別乎中間判決而言也。依本法第三百

七十五條之規定。各種獨立之攻擊防禦方法或中間之爭點達於可爲裁判之程度者。法院得爲中間判決。請求之原因及數額俱有爭執者。法院亦得就其原因爲中間判決。則全部之攻擊防禦方法或全部之爭點達於可爲裁判之程度者。法院自得爲終局判決。所謂達於可爲裁判之程度者。指該訴訟關係已臻明瞭者而言。不問當事人是否尚有所辯論。縱當事人尚有所辯論。如認該項辯論爲非判決所需。或就所爲之辯論已足供判決之基礎。或對於訴訟標的已有捨棄或認諾者。（參閱本法第三七六條）均可認爲已達可爲判決之程度。而逕行判決。惟所應注意者。對於該訴訟之程序有無欠缺。及有欠缺者是否已有補正。如發見該訴訟有本法第二百四十條第一項所列各款之欠缺。而無可補正。應以裁定駁回。無庸爲之判決。其能補正者。若而補正之期已滿猶未補正。仍應依該條之規定以裁定駁回。亦無庸爲之判決。

至合併辯論之數宗訴訟。（參閱本法第一七九條）原來本係數宗獨立訴訟。不過因便利計而使之合併辯論耳。如其中一宗已達可爲裁判之程度者。則不必再候其他各宗訴訟之辯論

終結。應即爲終局判決。故亦應適用第一項之規定也。

第三百七十四條 訴訟標的之一部。或以一訴主張之數項標的。其一達於可爲裁判之程度者。法院得爲一部之終局判決。本訴或反訴達於可爲裁判之程度者。亦同。

本條爲一部終局判決之規定。何爲終局判決。已於前條釋義說明之。本條所謂一部之終局判決。指對全訴訟中之一部分爲終局判決而言。其由法院命將數宗訴訟合併辯論者。（參閱本法第一七九條）仍係數宗訴訟。若就其中一宗先爲終局判決。（參閱前條第二項）仍係屬於全部終局判決。不得謂之一部之終局判決。然在實際上雖爲數宗訴訟。而當事人於提起時已先爲合併。例如共同訴訟及追加之訴等是。則訴訟標的雖有數個。而法院仍認爲一宗訴訟。若先就其中一訴訟爲終局判決。仍稱爲一部之終局判決。并適用本條之規定爲之。至該一部應否先爲終局判決。由法院斟酌情形辦理。縱該一部已達可爲裁判之程度時。若法院認爲無先行判決之必要。亦得待全部各標的皆達可爲裁判之程度時而合併判決。

又本訴及反訴雖屬於同一訴訟中。若反訴先達可爲裁判之程度時。可將反訴先行判決。否則。亦得將本訴先行判決。是均視爲全訴訟中之一部也。至如何程度爲已達可爲裁判之程度。及判決時應行注意之點。已於前條釋義中說明之。茲不贅述。

**第三百七十五條** 各種獨立之攻擊防禦方法。或中間之爭點。達於可爲裁判之程度者。法院得爲中間判決。請求之原因及數額俱有爭執者。法院亦得就其原因爲中間判決。

本條爲關於中間判決之規定。中間判決與終局判決不同之點。一爲就訴訟中一爭點所爲之裁判。一爲就訴訟全部爭點所爲之裁判。與一部判決不同之點。一僅係就訴訟中一爭點所爲之裁判。一係就該訴訟數宗標的中之一所爲之判決。本條規定得爲中間判決者。計有左列三種。

(一) 各種獨立之攻擊防禦方法已達於可爲裁判之程度者 何謂獨立之攻擊防禦方法。已於本法第一百九十八條釋義中予以說明。惟該條所謂數種獨立之攻擊防禦方法。係包括

中間之爭點在內。而本條所稱各種獨立之攻擊防禦方法。應除去中間之爭點而言。所謂中間爭點者。係指訴訟程序上所生之爭點而言也。如對於訴訟程序之是否合法有所爭執是。此項爭點既係指中間爭點以外之爭點而言。則應屬關於本案之爭點。（即實體法上之爭點）故若當事人對於本案之爭點。提出數種獨立之攻擊防禦方法時。除適用本法第一百九十八條之限制外。法院得將其達於可爲裁判程度者先爲中間判決。例如所爭者不僅爲該權利之是否設定。并及該權利之是否移轉。法院得先就其是否設定而爲中間判決是也。

(二) 中間之爭點達於可爲裁判之程度者 中間爭點係指訴訟程序上之爭點而言。前項業已述及。凡對於程序上之爭點。例如對於訴訟程序之是否合法。或對於證據之真僞有所爭執。皆爲實體法上之爭點。即係非關於本案之爭點。法院得依自己之意見爲中間判決。但爲此中間判決時。必該訴訟尚有繼續審理之必要。并一時不及審理完畢者始得爲之。若因下此中間判決後。該訴訟已無繼續審理之必要。例如已認定所繫爭之證據爲僞造



。則應逕爲終局判決。而於判決中宣示其旨。不必先下中間判決矣。又若於下此中間判決時。其他事件亦將審理完畢。則亦不必先下此中間判決。而逕以終局判決將該訴訟終結之也。

(三) 請求之原因及數額俱有爭執者 所謂請求之原因及數額均有爭執者。例如原告請求分析遺產。而被告不僅對於原告所主張之數額有所爭執。而且不承認原告有繼承該項遺產之權。則係對於爲請求原因之繼承權及所請求分析之數額皆有爭執。法院得就遺產繼承權之有無先行辯論。而先爲中間判決。然後再就數額部分審理之。以免趨於繁複。但若法院認其無繼承權時。則不必先下中間判決。而逕以終局判決駁回原告之訴。蓋既認原告無繼承權。不應對於數額有所辯論矣。

按依本法第四百零一條及四百三十一條之規定。得爲獨立上訴者。以對於終局判決爲限。則對於中間判決自不能獨立上訴。又依本法第四百六十一條之規定。請求再審亦以對於終局判決爲限。則又不得請求再審。(在民事訴訟條例。對於上述第三項之中間判決認爲與

終局判決同。見該條例第四五四條第二項）祇能依本法第四百零二條及四百四十八條之規定。得與終局判決同時上訴耳。此外依本法第二百二十二條之規定。判決於宣示或送達後。法院應受其羈束。則法院於爲終局判決時。不得爲與中間判決相反之裁判。依本法第一百八十九條之規定。當事人對於攻擊或防禦方法。祇限於言詞辯論終結前得爲之。則於中間判決後。當事人對於已爲中間判決之事項不得再行提出攻擊或防禦方法矣。

**第三百七十六條** 當事人於言詞辯論。捨棄其關於訴訟標的之主張。或認諾他造之主張者。應本於捨棄或認諾。爲該當事人敗訴之判決。

本條規定因當事人之捨棄或認諾而爲敗訴之判決。捨棄者。原告對於訴訟標的主張。於已提出法院後。而復向法院爲拋棄之陳述也。認諾者。被告對於原告所請求之訴訟標的。而向法院爲不反對之陳述也。關於訴訟標的之主張。原告既願捨棄。則除依該訴訟標的之性質不得捨棄外。（例如父子兄弟關係不能捨棄是。）法院即應對之爲敗訴之判決。但若原告僅捨棄該訴訟標的中一部分者。雖得對於該部分爲一部判決。對於其他部分仍不得爲敗

訴之判決。例如原告請求交還房屋并清償所欠租金。若對於租金部分已有捨棄之表示。而對於交還房屋部分不得為敗訴之判決。

法院於本於捨棄為判決時。應注意左列條件。是否具備。

- (一) 該為捨棄之陳述者是否有捨棄之權 捨棄由原告本人為之者。應注意該原告是否有訴訟能力。若係無訴訟能力者。除有法定代理人之同意外。不得本其捨棄而為判決。(參閱本法第四五條) 捨棄由訴訟代理人為之者。應注意該代理人是否受有特別委任。若未受有特別委任。除有原告本人之同意外。不得本其捨棄而為判決。(參閱本法第四六條及第六八條第三項) 其捨棄由特別代理人為之。亦屬無效。(參閱本法第四九條第三項但書)

- (二) 該捨棄之標的其性質上是否得為捨棄 例如父子兄弟之關係。不得為捨棄之標的。

- (三) 捨棄之陳述是否於言詞辯論時為之 捨棄時雖不問被告是否到場。但須於法院之言詞辯論時為之。方能有效。(見本條首段) 若在準備程序為捨棄者。亦須於嗣後行言詞

辯論時。依筆錄而陳述其主旨。（參閱本法第二六二條）其在辯論終結後爲捨棄者。須俟言詞辯論之再開時爲之。（參閱本法第二〇一條）但第三審雖開言詞辯論。亦不得爲捨棄之陳述。蓋第三審不爲新訴訟資料之斟酌也。

（四）該訴訟是否合法 本於捨棄爲判決者。係就該訴訟係合法者而言。若該訴訟程序已另有不合法之原因。則應本於該項原因而爲裁判。（參閱本法第二四〇條）

法院於本於認諾爲判決時。亦應注意上列條件是否具備。但更應注意者。依本法第五百四十條第一項之規定。關於認諾之效力。於婚姻事件不適用之。又依第五百五十六條第五百七十六條及第五百九十九條之規定。於親子關係事件禁治產事件及宣告死亡事件。皆不適用關於認諾之規定。

當事人於捨棄或認諾後。不得主張撤銷或無效。但對於該項判決。仍得上訴耳。

第三百七十七條 當事人之一造。於最初之言詞辯論期日不到場者。得以其訴狀或答辯狀並其他準備書狀所記載之事項。視爲其所陳述。許到場之當

事人一造辯論而爲判決。

被告雖未提出答辯狀。如於前項期日後之辯論期日仍不到場者。準用前項之規定。

本條爲一造辯論判決之規定。當事人之一造若不於言詞辯論期日到場。在民事訴訟條例。依該條例第四百五十七條之規定。雖得依到場當事人之聲請。由其一造辯論而爲判決。但應斟酌以前辯論及調查證據之結果。并未到場人準備書狀之陳述。從嚴格解釋之。若該未到場人以前未曾答辯。而置諸不理。則無從爲一造辯論而爲判決。則一造辯論判決之制度豈非等於虛設。否則。於第一次不到場。便不問有無書狀之提出。遽許爲一造辯論判決。亦似嫌輕率。況同條例又有第二百零五條之規定。當事人或代理人因不能預見或不可避之事故。遲誤必要之言詞辯論日期或不變期限。致不得爲其應爲之訴訟行爲者。法院應依聲請准許回復原狀。(依本法不許回復原狀。但依次條第二款之規定。不得爲一造辯論判決)則雖有已爲一造辯論之判決。仍屬無效。本法既不許有回復原狀之聲請。而對於遲誤言

詞辯論期日者特設折衷之辦法。殊屬妥當。依本條第一項之規定。當事人於最初之言詞辯論期日不到場者。（指最狹義之言詞辯論期日不到場者而言）得以訴狀或答辯狀並其他準備書狀所記載之事項。視爲其所陳述。許到場之當事人一造辯論而爲判決。此係就最初之言詞辯論期日不到場者而言。必以有書狀視爲其所陳述。方能爲一造辯論判決。此雖與民事訴訟條例之規定大致相同。（參閱該條例第四五七條）但依本條第二項之規定。被告雖未提出答辯狀。如於前項期日後之辯論期日仍不到場者。即得逕許到場當事人一造辯論而爲判決。故至第二次該缺席之當事人仍未到場。則不問有無書狀足據。均得爲一造辯論判決。如此庶能使訴訟易於終結。而欲故意遲誤訴訟行爲者。乃無從利用法律以爲延滯訴訟之手段矣。至第一項所謂訴狀或答辯狀並其他準備書狀記載之事項視爲其所陳述者。在原告不到場時。則以其訴狀或其他準備書狀爲根據。在被告不到場時。則以其答辯狀或其他準備書狀爲根據。并非所列各書狀皆須全有。對於原告不到。祇要有訴狀之提出。對於被告不到。祇要有答辯狀之提出。便能爲一造辯論判決。但若兩造均不到場者。則當適用本

法第一百八十五條之規定。視爲休止訴訟程序。（參閱本法第一八五條釋義）

第三百七十八條 前條規定於有左列各款情形之一時。不適用之。

一 不到場之當事人。未於相當時期受合法之傳喚者。

二 當事人之不到場。可認爲係因天災或其他不可避之事故者。

三 到場之當事人。於法院應依職權調查之事項不能爲必要之證明者。

四 到場之當事人所提出之聲明事實或證據。未於相當時期通知他造者。

本條爲關於不得爲一造辯論判決之例外規定。凡合乎前條規定得許爲一造辯論判決之條件者。若更有本條各款所列各情形之一者。仍不許爲一造辯論判決。茲分款說明之。

(一) 不到場之當事人未於相當時期受合法之傳喚者 傳喚當事人依本法第二百四十二條之規定。除有急迫情形外。至少應有十日爲就審期間。（以言詞起訴者爲三日。見本法

第三九六條）即所謂相當時期也。又依本法第一百三十七條至一百四十一條之規定。對於傳票之送達應依一定程序辦理。即所謂合法之傳喚也。（但依本法第一五八條第二項

之規定。則不必依送達之程序辦理。）如於上述二點有所違背。即不能有前條之適用。

(二) 當事人之不到場可認為係因天災或其他不可避免之事故者。當事人因天災或其他不可避免之事實。致不能到場者。自不宜令其負遲誤之責任。其因上述情事遲誤不變期間者。(例如因天災不及於二十日內聲明上訴是)尚得依本法第一百六十五條之規定而追復之。故於因此而遲誤言詞辯論期日者。應認為有重大理由。而為言詞辯論期日之延展。(參閱本法第一六〇條第一項)或續定言詞辯論期日。(參閱本法第一九一條第三項)

(三) 到場之當事人於法院應依職權調查之事項不能為必要之證明者。依前條規定而為一造辯論判決者。當以其訴訟程序係合法者為限。若其程序原不合法。法院應依本法第二百四十條之規定。除認其情形可以補正者先命其補正外。應以裁定駁回之。若當事人請求為一造辯論判決。自不得准許。但該訴訟是否合法。尚須調查證據時。自得延展辯論期日。(參閱本法第一六〇條第二項)於新辯論期日。似仍應傳喚未到場之當事人。至



所謂應依職權調查之事項。例如本法第二十六條及第三百八十八條所規定者是。

(四) 到場之當事人所提出之聲明事實或證據未於相當時期通知他造者。傳喚被告時。依法本應以訴狀及傳票同時送達於被告。(參閱本法第二四二條) 被告對於原告之聲明事實或證據。當可見及。但若原告於呈遞訴狀後更有準備書狀之提出時。若被告對於準備書狀中所提出之聲請事實或證據未曾見及。則尚無答辯之機會。此際法院不能於被告未見及前。而因其未到場。遽許原告爲一造辯論判決。(按被告之欲延滯訴訟者。轉可因此而遂其延滯之計。) 反之。若被告於答辯狀有聲明事實或證據之提出。原告未曾見及。原告如於言詞辯論期日不到場。法院亦不能許被告爲一造辯論判決。至所謂聲明事實或證據。當係指關於本案之聲明事實或證據而言。若爲非關本案。而爲屬於訴訟程序者。則除必要外。不必通知他造也。

### 第三百七十九條 當事人於辯論期日到場不爲辯論者。視同不到場。

本條爲當事人到場不爲辯論之規定。傳喚當事人到場。係以辯論爲目的。若當事人到場而

不爲辯論者。則與不到場相等。依本法第一百八十七條第一項之規定。當事人應就訴訟關係爲事實上及法律上之陳述。依同條第二項之規定。當事人不得引用文件以代言詞陳述。依本法第一百八十八條第一項之規定。當事人應聲明所用之證據。依同條第二項之規定。當事人對於他造提出之事實及證據應爲陳述。此皆爲本法採言詞辯論主義之結果。辯論非用言詞不能有效。惟本法第三百七十七條對於適用一造辯論而爲判決時。當事人於言詞辯論期日不到場者。始得以其訴狀或答辯狀並其他準備書狀所記載之事項視爲所陳述。所謂視爲所陳述者。卽係視作言詞之陳述。其效力與言詞陳述相等。故能以之爲判決之基礎。否則非經兩次不到場不能爲判決也。至當事人既經到場者。則不能有該條之適用。換言之。卽不能以其所提出之書狀視作陳述。惟若到場之當事人不爲辯論時。究無法強其爲辯論。而既經到場。又不能以其所提出之書狀視爲陳述。於此種情形之下。法院頗感困難。本法爲預防此種困難起見。特設本條之規定。對於到場不爲辯論者。視同不到場。則得援用本法第三百七十七條而爲一造辯論判決。此本條設立之實益也。

### 第二百八十條 除別有規定外。法院不得就當事人未聲明之事項爲判決。

本條規定法院對於判決之範圍。法院對於應爲判決之事項。有依聲明者。有依職權者。本法係採不告不理主義。故對於應受判決之範圍。以有當事人之聲明者爲原則。法院祇能就有聲明之範圍內爲之判決。其未受聲明之事項。法院雖明知應爲判決。而不能以職權爲之。例如原告提出給付之訴。祇請求判決被告清償原本洋一萬元。雖法院明知被告應附帶清償利息。若原告未爲利息部分之聲明時。法院不得判令被告附帶清償利息。又如原告請求確認某項債務契約爲有效。其債務雖已到期。法院不得判令債務人給付。此不徒在第一審爲然。即在第二審或第三審。亦同受此種限制。查本法第四百一十六條規定云。第二審法院認上訴爲有理由者。以當事人請求變更之部分爲限。應爲變更原判決之判決。第四百四十一條規定云。第三審法院應於上訴聲明之範圍內調查之。又關於再審之訴。依本法第四百四十七條之規定。對於本條之限制亦適用之。

至本條所謂別有規定者。其例外也。例如依本法第九十一條之規定。法院爲終局判決時。

應依職權爲訴訟費用之裁判。上級法院變更或廢棄下級法院之判決。而就該事件爲裁判者。應爲訴訟總費用之裁判。又依次條之規定。對於該條所列各款之判決。法院應依職權宣示假執行。此皆法院應依職權爲判決之事項。爲本條之例外者也。此外本法對於訴之不合者。（本法第二四〇條）第二審或第三審上訴之不合程式。或已逾上訴期間。或法律上不應准許。或對於無關本案之判決（按此已爲本法所無）上訴而顯無理由者。法院應以裁定駁回之。（本法第四〇九條及第四四八條）亦係應依職權所爲之裁判。不過不以判決行之耳。

又依本法第三百八十七條之規定。判決所命之給付。其性質非長時間不能履行者。法院得於判決定相當之履行期間。此種判決事項亦係依職權爲之。亦本條之例外規定也。

### 第三百八十一條 左列各款之判決。法院應依職權宣示假執行。

一 命履行扶養義務之判決。但以起訴前最近六個月分或訴訟中履行期已到者爲限。

二 就第三百九十三條第二項第一款至第五款訴訟。爲被告敗訴之判決。本條爲法院應依職權宣示假執行之規定。假執行爲判決確定前之執行也。除因聲請而爲之者外。（見次條）爲左列各事項之判決時。法院無待聲請而應依職權爲之。如在第一審判決時。未經依職權爲宣示者。於第二審或第三審法院得因聲請而爲之。（參閱本法第四二四條及四四八條）茲將本條應依職權宣示者分款說明之。

（一） 命履行扶養義務之判決 扶養費用爲受扶養人之生活費用。所需甚亟。與普通債務不同。故既經判令給付。雖判決未經確定。要不能與全無義務者可比。自應即時執行。以維受扶養人之生活。但既係爲維持受扶養人之生活起見而即時執行。祇要能達到其生活現時所需要爲已足。故本條第一款但書又特定以起訴前最近六個月。或訴訟中履行期已到者爲限。所謂起訴前最近六個月者。當係指扶養費用之給付已應在訴訟前開始者而言。所謂訴訟中履行期已到者。當係指扶養費用至此時始屆給付之期者而言。至扶養義務之如何產生。皆所不問。有由於法定者。（民法第一一四條）有由於契約之訂定者

。有由於遺囑之指定者。皆得適用之。

(二) 就第三百九十三條第二項第一款至第五款訴訟爲被告敗訴之判決。按此等訴訟。或係房屋之遷繕。或屬僱傭之契約。或係旅舍之食宿費用。或屬占有之保護。或屬經界之爭執。太抵數目輕微。或情節簡易。而利於速決者。故宜先予執行。雖上訴後有所變更。亦不致生重大之影響也。

宣示假執行之判決。不必待其確定。債權人即可據以聲請執行。(見十七年抗字第三八號)又假執行之宣示。與保全程序之假扣押不同。假扣押之執行。祇須就假扣押之標的實施扣押。而假執行之執行。則應依照宣示假執行之裁判主旨強制債務人遵判履行。非債務人提供擔保所可免其義務。(見二十一年抗字第四九九號)此皆應注意者也。

按在民事訴訟條例。對於認諾判決及輕微給付。均應依職權爲假執行之宣示。(參閱該條例第四六二條)而在修正民事訴訟律亦有同樣之規定。(參閱該律第五〇九條)甚爲妥當。而本法無故不予採用。殊感缺憾。

第三百八十二條 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者。法院得依其聲請。宣示假執行。

本條爲法院得依聲請宣示假執行之規定。假執行爲在判決確定前之執行。除依前條之規定。法院應依職權爲假執行之宣示外。本條特准法院依聲請而爲之。但須債權人以恐受難於抵償或難於計算之損害爲理由。而爲聲請。并能對於其理由予以釋明者（參閱本法第二七二條釋義）爲限。法院得斟酌其情形而准許之。否則。法院若認其聲請爲無理由。或雖有理由而不能予以釋明。亦得駁回其聲請也。所謂恐受難於抵償或計算之損害者。例如因侵害商標或著作權涉訟。若任其繼續侵害。則其損害不獨難於抵償。且難於計算其數額也。按在民事訴訟條例。尙有准債權人提供擔保而准許宣示假執行之規定。（見民事訴訟條例第四六三條第二項）本法未予採用。

第三百八十三條 債務人釋明因假執行恐受不能回復之損害者。法院得依其聲請宣示不准假執行。或駁回債權人之聲請。

法院得依債務人之聲請。准其預供擔保。或將標的物提存。而免爲假執行。

本條爲不准假執行或免其假執行之規定。假執行雖爲保全債權人之利益而設。然同時不能不顧及債務人之損害。若債務人因假執行有不可回復之損害時。如經債務人爲不准假執行之聲請。并能釋明者。（參閱本法第二七二條釋義）法院亦得准許。而爲不准假執行之宣示。或駁回債權人對於假執行之聲請。所謂不能回復之損害。凡因執行所受損害無從回復者。或雖能回復。恐債權人無回復之資力者。皆屬之。例如原告請求禁止被告之營業。若因假執行而令被告停止營業。被告因停止營業而失其信譽與時機。設於上訴審得勝訴。而其營業已因失其時機與信譽。勢難再振。所受損害。卽無從回復。又如原告請求禁止被告爲某書之出版。其因遲延出版所受損失。原告無力賠償。其損失亦無從回復。此本條第一項所由設也。

本條第二項所以設免除假執行之規定者。蓋以債權之所以要求假執行者。無非本於本法第三百八十一條及前條之理由。若債務人能預供擔保。或將標的物提存。足爲日後賠償或執



行之保障。法院自得准許。而免爲假執行之宣示。但若有前條之情形。而徒供擔保或將標的物提存。尙不足爲日後依判執行之保障者。法院亦得不准許其免除假執行之聲請。又本項係指法院爲假執行之判決時。得依債務人之聲請。同時爲免予假執行之宣示。若法院於判決時未爲免假執行之宣示。於判決後雖提出擔保或將標的物提存。亦不能爲假執行之免除。

### 第二百八十四條 關於假執行之聲請。應於言詞辯論終結前爲之。 關於假執行之裁判。應記明於判決主文。

本條規定關於假執行之聲請時期及裁判之應記明於判決主文。茲分兩點說明之。

(一) 關於假執行之聲請時期應於言詞辯論終結前爲之。此之所謂關於假執行之聲請。不僅以聲請假執行爲限。凡不准假執行之聲請及免除假執行之聲請皆屬之。蓋本條第一項係指關於假執行之聲請而言也。因關於此項聲請須經言詞辯論。故應於言詞辯論終結前爲之。祇要在言詞辯論終結前。無論爲最初之言詞辯論期日。或爲續行之言詞辯論期日。

皆得爲之。於言詞辯論終結後。除再開已閉之言詞辯論外。（參閱本法第二〇一條）則無聲請之機會。但至上訴審時。仍得爲之。惟假執行已宣示後。不能因上訴而失其執行力耳。

（二）關於假執行之裁判應記於判決主文 此之所謂關於假執行之裁判。不僅指准許假執行之裁判而言。凡駁回假執行之裁判。以及宣示不准假執行或准免假執行之裁判皆屬之。蓋本條第二項係指關於假執行之裁判而言也。因關於此項裁判。皆因以判決宣示而發生效力。故應於判決主文中記明。否則。若僅記明於判決理由內。而未宣示於判決主文中。則不生判決之效力也。

第三百八十五條 法院應依職權宣示假執行而未爲宣示。或忽視關於假執行之聲請者。準用第二百二十四條之規定。

本條規定假執行之補充判決。假執行之判決。應記明於判決主文。前條已有規定。若法院對於應依職權宣示假執行之判決。（參閱本法第三八一條）未爲假執行之宣示。或對於假

執行之聲請有所忽略者。應有補救之法。故本條特准其援用本法第二百二十四條關於補充判決之規定。即在判決送達後十日內。當事人得聲請補充判決。法院對於此項聲請。如係應依職權爲之者。即應爲補充判決以宣示假執行。自不待言。其係出於當事人之聲請者。仍得斟酌情形是否准許。若不應准許。亦得將該聲請以裁定駁回之。（參閱本法第二二四條第四項）至從本條之文義解釋之。既謂忽視關於假執行之聲請。則凡關於假執行之聲請。無論係聲請假執行。或聲請不准假執行。或聲請免予假執行。皆包括在內。皆得請求補充判決。或謂本條所謂關於假執行之聲請。應解爲專指債權人宣示假執行之聲請而言。至債務人關於假執行之聲請。（按即不准假執行及免予假執行之聲請）法院爲判決時雖經忽視。該債務人不得聲請補充判決。蓋此際如爲補充判決。實即原判之變更也。（見石志泉民事訴訟條例釋義第四百六十六條註）

第三百八十六條 假執行之宣示。因就本案判決或該宣示有廢棄或變更之判決。自該判決宣示時起。於其所廢棄或變更之範圍內失其效力。

宣示假執行之本案判決經廢棄或變更者。被告因假執行或因免假執行所爲給付及所受損害。得於現所繫屬之訴訟。請求原告返還及賠償。

本條規定假執行之失效及被告之請求返還與賠償。假執行自宣示後。本不因上訴而失其效力。但上訴審得將該宣示廢棄或變更。上訴審如將假執行之宣示廢棄或變更者。不待此項判決之確定。而在原審所宣示之假執行即時失其效力。但此不過假執行失其效力。而本案之原判既未廢棄或變更。亦僅於判決確定前不執行而已。其本案（即本訴訟之標的與假執行無關。）若被廢棄或變更者。假執行亦因而於其廢棄或變更之範圍內失其效力。所不待言。亦不待此項判決之確定而始失效。此本條第一項之所規定也。

惟本案之判決既被廢棄或變更。則非與僅廢棄或變更假執行可比。在僅廢棄或變更假執行之宣示。而本案既未被廢棄或變更。不過在判決確定前不爲依判執行耳。而判決之效力（指本案言）依然存在。故僅假執行失其效力而已。若本案既被廢棄或變更。無論已否確定。不徒假執行宣示之效力因而消滅。即原判決之效力已根本不存在。則被告不僅對於因假

執行或免假執行所爲之給付得向原告請求返還。而所受之損害。亦得向原告請求賠償。所謂給付。無論爲何項給付。凡係因假執行或免假執行所給付者皆屬之。所謂損害。亦無論爲何項損害。凡係因假執行或免假執行所生者皆屬之。爲此項請求時。既不問該判決已否確定。亦不問該訴訟繫何審級。即時得於現繫屬之訴訟主張之。而不必另行起訴或以提起反訴之程序爲之也。惟既於現繫屬之訴訟主張。則應在該訴訟未終結以前預爲聲明。以便於本案判決時得同時判決之。此項聲明并非爲訴之變更與追加。無論於第二審或第三審爲之。皆無庸得他造當事人之同意。

第三百八十七條 判決所命之給付。其性質非長期間不能履行。或經原告同意者。法院得於判決決定相當之履行期間。

經原告同意者。法院得定分次履行之期間。但被告遲誤一次履行者。其後之期間視爲亦已到期。

履行期間自判決確定或宣示假執行之判決送達時起算。

本條規定法院得於判決定給付期間。被告之給付。依其性質有不能於短期間內爲給付者。若判決即時給付。勢所難能。則執行殊感困難。不如於判決時酌量情形。預定相當履行期間。較爲適當。法院爲此項期間之判決時。得依職權爲之。不必徵求當事人之同意。僅從性質上酌量之可耳。例如原告爲定作人。被告爲承攬人。依定作物之性質非即時或短期內所能作成者。得判令於一年或半年之期間爲給付。若其性質上無不能即時給付之情形者。則除經原告同意外。不得定給付之期間。其經原告同意者。不徒不問給付爲何種性質。得定相當履行之期間。且得定分次履行之期間。但被告若對於此項分次履行之期間遲誤一次者。則以後之期間皆視爲已到期。換言之。卽當然取銷其所定分次之期間也。此種當然之取銷。無待法院之更爲裁判。祇要有取銷之情事發生。執行法院卽有命將全部給付之權。上述履行期間之計算。應依民法之規定。（參閱民法第一一九條至一二三條）但其起算點。則依本條第三項之規定。未宣示假執行者。應自判決確定之日起。有假執行之宣示者。應自該判決之送達時起。

第三百八十八條 訴訟標的於確定終局判決中已經裁判者。當事人不得就同一法律關係更行起訴。

主張抵銷之對待請求。其成立與否已經裁判者。以其主張抵銷之額爲限。不得更行主張。

前二項情形。法院應依職權調查之。

本條規定確定終局判決之效力。案經終局判決確定者。（參閱次條規定）則已生既判力。除合於再審之條件得提起再審外。（參閱本法第四六一條）對於此種既判力。無論用何種方法不得動搖。此不徒當事人應受此既判力之羈束。而法院亦同應受此羈束也。故法院對於訴訟標的之有無上述情形。爲保既判力之效果。而免耗無益之程序起見。應以職權調查之。其應調查之事項如左。

（一）該訴訟標的是否已有確定之終局判決 訴訟標的之已有中間判決者。該終局判決應受其羈束。（見本法第二二二條）即於該終局判決前之辯論中不得更以該中間判決所判

決之事項。更作攻擊防禦之理由。（參閱本法第三七五條釋義）於終局判決後將訴撤回者。不得復行提起與本案同一之訴。（見本法第二五四條）已有確定之終局判決者。不得就同一法律關係更行起訴。（本條第一項）故對於該訴訟標的已否有確定之終局判決。應予以調查也。

(二) 該訴訟標的是否於已確定之終局判決中已有裁判 此之所謂裁判。指於判決主文中已有宣示者而言。若僅於判決事實或理由中雖曾有所記述或判斷。或已於判決中理由中述及對於該標的之法律上意見。皆不得謂之裁判。例如於請求確定抵押權之判決書中。雖曾對於債權效力有所論列。并未於主文中有所宣示。則該項抵押權雖有認為不成立之裁判。而於債權之存在與否。并無影響。日後仍得以該債權為標的而更行起訴。故對於該訴訟標的是否於已確定之終局判決中已有裁判。應予以調查也。

(三) 該訴訟標的是否與確定終局判決所已裁判者為同一法律關係 此就該已確定之終局判決。是否為同一法律關係所為之裁判。例如前者係以侵權行為為理由請求為五千元之



給付。後者係以不當得利爲理由而請求五千元之給付。則前後所主張之法律關係不同。仍得更行起訴。故對該訴訟標的是否與確定終局判決已裁判者爲同一法律關係。應予以調查也。

(四) 對於前經主張抵銷之對待請求是否已有裁判 所謂抵銷之對待請求者。例如原告請求清償所欠房租洋一千元。而被告以所墊修繕費中之一千元。應爲對待給付。即主張與房租應爲抵銷之反訴。如此案經終局判決不准抵銷。被告復於該終局判決已經確定後。認爲除以前所主張之修繕費一千元外。尙有修繕費五百元。另行起訴。請求原告爲一千五百元之給付。則前之一千元應不能主張。故對於前經主張抵銷之對待請求是否已有裁判。應予以調查也。

於調查之結果。如認當事人所主張之訴訟標的曾於已確定之終局判決中已有裁判。其請求之理由。且係同一法律關係。即應認爲不合法。而駁回其訴。(參閱本法第二四〇條第一項第七款)此外如對於確認之訴。已有確認其法律關係之成立或存在之確定判決。不得更

行提起確認其法律關係不成立或不存在之訴。反之如已有確認其法律關係不成立或不存在之確定判決。不得更行提起確認其法律關係成立或存在之訴。

### 第三百八十九條

判決於上訴期間屆滿而無上訴時確定。

不得上訴之判決。於宣示時確定。不宣示者於送達時確定。

本條規定判決之確定。判決至何時認為確定。其情形不一。茲依本條之規定。分述如左。

(一) 上訴期間屆滿而無上訴時確定 按上訴期間自判決送達後起算為二十日。(見本法第四〇四條及四四八條)此二十日之期間為不變期間。不能由法院自由伸縮。凡屆滿此二十日之期間而無上訴之聲明者。則該判決認為確定。但於上訴期內若雙方捨棄上訴權者。(參閱本法第四〇三條)亦不必待上訴期屆滿。即可認為判決確定。至已有一方提出上訴後。對於未提起上訴之部分。理應認為確定。惟因於第二審上訴後仍得擴充上訴之範圍。(見本法第四一二條)及第二三審他造均得於上訴期滿後附帶上訴。故對於未上訴之部分亦不能認為確定。又已捨棄上訴權之一方。仍得於他造上訴時而附帶上訴。

亦應注意及之。

有時於上訴期間屆滿後仍不能確定者。則屬例外。例如依本法第一百六十五條之規定。當事人或代理人因天災或其他不能歸責於己之事由。遲誤不變期間者。（上訴期間亦不變期間之一。見本法第四〇四條）自其事由終止時起。十四日內得追復其遲誤之訴訟行為。（上訴亦訴訟行為之一）則遇有此種情形發生時。雖上訴期間已屆滿而無上訴時。尚不能絕對的認為確定。（但依法以已經確定論。不過事後仍有上訴之可能耳）惟若自遲誤時起已屆滿一年者。則無論持何理由均不得上訴矣。

(二) 不得上訴之判決於宣示時確定 按依法不得上訴之判決應係指終審之判決及除權判決（見本法第五一八條）宣告死亡之判決（見本法第五八六條及五一八條）而言。至依本法第四百三十三條之規定。對於財產權訴訟之第二審判決。如因上訴所受之利益不逾三百元者。雖亦不得上訴。但原法院因法律上有疑義或其他必要。得以裁定特許上訴。此種判決雖係第二審為終審。然不能於宣示判決時即已認為確定。

(三) 不得上訴之判決不宣示者於送達時確定。按此係指第三審之判決而言。蓋依本法第二百一十四條之規定。不經言詞辯論之判決不須宣示。而依本法第四百四十條之規定。第三審之判決不經言詞辯論爲之。(但法院認爲必要者亦得經言詞辯論)故第三審之判決既不須宣示。則應以送達時爲確定之時也。

此外對於中間判決雖不許上訴。然得隨終局判決以上訴。仍不能認爲確定。(按在民事訴訟條例有視爲終局判決之中間判決。如該條例第四五四條之判決是。并許其獨立上訴。)至對於裁定。應至何時爲確定。依本條之文義上解釋之。雖不能包括於本條之內。然從類推解釋。亦應有本條之適用也。

### 第三百九十條 法院書記官得依聲請付與不變期間內未經提起上訴之證明書。

本條規定不變期間未經提起上訴之證明書之付與。當事人及其他利害關係人。有對於判決之是否確定有需用證明之必要者。例如關於離婚之訴。經判決准予離異者。於與他訂定結

婚契約時。須提出判決確定之證明是。判決之是否確定。本以在上訴之不變期間內已否有上訴之提起爲準。故欲求判決確定與否之證明。得向法院書記官請求給予不變期間內未經提起上訴之證明書。法院書記官接受當事人或關係人之聲請後。應先查明在上訴之不變期間內有無上訴之提起。必查明確無上訴之提起者始能付與。惟上訴依法得向原判決法院或上訴法院提起。其中一法院接受聲請時。又須向他法院調查後。方能確定。此爲法院書記官付與證明書時所應注意者也。

第二百九十一條 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有效力。

前項規定。於爲當事人或其承繼人占有請求之標的物者準用之。

本條規定確定判決效力之追及。確定判決之效力。本以及於以自己之名而爲訴訟行爲之當事人者爲限。對於當事人之代理人。無論爲法定代理人或訴訟代理人皆無影響。故關於判決所應享之權利。惟當事人始能享受。關於判決所負之義務。惟當事人始令負擔。（但代

他人處理事務而以自己之名代他人爲訴訟行爲者。雖其權義之主體係他人。而其權義之享負應與當事人同。依本條之規定。則判決之效力不僅及於當事人。凡於訴訟拘束發生後（參閱本法第二四四條）爲當事人之承繼人者。及爲當事人或其繼承人占有請求之標的物者。皆有其效力。此之所謂當事人之繼承人。應包括一般繼承人及特定繼承人在內。一般繼承人爲繼承一切權利義務之人。例如自然人死亡。其子卽爲其一般繼承人。法人消滅。繼承該法人者卽爲其一般繼承人。特定繼承人爲繼承特定之權利義務者。例如受遺贈人。祇繼承遺囑所指定之部分是。其於訴訟終結後始繼承之。應亦包括在內。而爲其效力所及。至由承受訴訟而自爲當事人者。（見本法第一六八條）或經當事人同意而承當訴訟者。（見本法第六一條）既已取得當事人之地位。應本於當事人之資格而有其效力。所謂爲當事人或其繼承人占有請求之標的物者。係指第三人取得請求標的物之占有。爲其物之直接占有人者而言。（當事人及其繼承人已退爲間接占有人）例如第三人因受該物之寄託或設定質權而占有者是。但其占有以在該訴訟拘束發生後爲限耳。又所謂有其效力者。不獨關於

本案之裁判爲然。即關於訴訟費用之裁判亦爲其效力之所及也。

此外如從參加人。（見本法第六〇條）告知參加人（見本法第六四條）脫離訴訟之當事人（見本法第六一條及六五條）及受移送之法院。及其有關係之機關。（如登記處是）亦皆有其一部分之效力也。

第二百九十二條 外國法院之確定判決。有左列各款情形之一者。不生效力。

一 依中華民國之法律。外國法院無管轄權者。

二 敗訴之一造爲中華民國人而未到場應訴者。但已受開始訴訟所需之傳喚或命令之送達者。不在此限。

三 外國法院之判決。有背公共秩序或善良風俗者。

四 無國際相互之承認者。

本條規定外國法院判決之效力。外國法院之確定判決。本法於原則上認爲有效。所謂認爲有效力。認其有既判力也。既認其有既判力。則對於同一法律關係在外國法院已有確定之

終局判決者。即不能再向中國法院更行起訴。（參閱本法第三八八條）此外在中國法院並得認爲有執行力。則其關係不能不謂爲重大。故本條特嚴定有效之限制。以保護當事人之利益。依本條之規定。凡外國法院之判決有左列情形之一者。不生效力。此之所謂不生效力。即根本上認爲無效。與未受判決等也。茲分別說明如次。

（一）依中華民國之法律外國法院無管轄權者 此係謂該外國法院受理之案件。若以中國法律衡之應無管轄權而言。非謂依中國法律所定而外國法院無管轄。蓋依中國法律有管轄訴訟之法院自以中國法院爲限。外國法院當然無依中國法律管轄訴訟之權也。

（二）敗訴之一造爲中華民國人而未到場應訴而又未受開始訴訟所需之傳喚或命令之送達者 當事人既未受開始訴訟所需之傳喚。又無命令之送達。以致未到場應訴。即中國法所謂未受合法之傳喚者相當。依中國法凡未受合法之傳喚者。不得爲一造辯論判決。若該外國法院對於中國當事人未予以合法之傳喚。而逕行爲敗訴之判決。應以不認其判決有效爲宜。所以保護中國當事人之利益也。惟依中國法所謂合法之傳喚。包括補充送達



及公示送達在內。本款之所謂未受開始訴訟之傳喚或命令之送達。應不包括補充送達及公示送達之內。所應注意者也。

(三) 外國法院之判決有違背公共秩序或善良風俗者 此係指該外國法院所爲之判決。有背中國之公共秩序或善良風俗而言。在該國是否認有背公共秩序或善良風俗所不問也。例如該判決確定重婚爲有效。或本於賭博契約所應爲之給付而判令給付。皆爲中國所認爲有背公序良俗者。應不認其判決爲有效也。

(四) 無國際間相互之承認者 此係指爲此判決之外國無承認中國法院判決之效力者而言。此種事實之調查。依本法第二百七十一條之規定。當事人應負舉證之責。但法院得依職權調查之。

## 第二章 簡易訴訟程序

本章所稱簡易程序。亦係第一審程序。別乎第一審程序中之通常程序而言也。其所異於通常

程序者。其程序中有數種較通常程序爲簡耳。并非所有各種程序皆另有所規定。例如起訴及其他聲明皆得用言詞爲之。以及就審期間之縮短。判決書之簡略等等。皆爲其特點。而其審級之適用。仍與通常程序無異。在民事訴訟條例於初級審判廳訴訟程序內。有除特別規定外準用地方審判廳訴訟程序之規定。本章似亦應加準用通常程序之規定。以資準用之根據。較爲適當。但雖無此條。於實際上仍當準用之也。

第二百九十三條 關於財產權之訴訟。其標的之金額或價額在八百元以下者。適用本章所定之簡易程序。

左列各款訴訟。縱其標的之金額或價額逾八百元者。亦適用簡易程序。

一 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。

二 僱用人與受僱人因僱傭契約涉訟。其僱傭期間在一年以下者。

三 旅客與旅館主人飲食店主人或運送人。因關於食宿運送費。或因寄存

行李財物涉訟者。

四 因請求保護占有涉訟者。

五 因定不動產之界線或設置界標涉訟者。

六 其他訴訟經當事人合意聲請適用簡易程序者。

本條規定得適用簡易程序之訴訟標的。得適用簡易程序者。除經當事人合意聲請適用者外（但本法定有專屬管轄者不適用）。則以其標的之金額或價額及訴訟標的之性質定之。以標的金額或價額定之者。係以八百元爲限。所謂在八百元以下者。應連八百元在內。從一元以至八百元。皆得適用。必逾八百元者始不適用也。其以訴訟標的之性質定之者。依本法第二項之規定。計分五類。太抵事屬輕微。或內容簡單。而利於速結者。茲分別說明之。

(一) 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 此指訴訟之原因係因租賃關係而生者。不徒其原被告應以出租人及承租人爲限。而其所爭執之標的。要係因租賃關係而接收房屋或遷讓使用修繕。或扣留物品。

(二) 僱用人與受僱人因僱傭契約涉訟。其期間在一年以下者。此指因一年以下之僱傭契約所生之爭執而言。不徒其原被告應以僱用人及受僱人爲限。而其所爭執之標的。要係因僱傭契約所生者。例如對於僱傭契約之是否存在。及就僱傭契約之內容有所爭執是。

(三) 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物品涉訟者。此指上述各人間因費用之支付及寄存物有所爭執而言。不徒其原被告應以上述各人爲限。而其所爭執之標的。要係關於上述之費用及寄存物。

(四) 因請求保護占有涉訟者。此指僅係因占有被侵害起訴者而言。其原告要爲占有人。其被告要爲侵害占有之人。若係因所有權被侵害而起訴。則不在本款之列。至所謂因保護占有者。係指民法上關於保護占有之規定而言也。(參閱民法第九六二條)

(五) 因定不動產之界線或設置界標涉訟者。此指僅係請求確定不動產之經界或關於界標之設置而言。若對於該不動產之所有權之誰屬有所爭執。則無本款之適用也。

### 第三百九十四條 起訴及其他聲明或陳述。得以言詞爲之。

本條規定簡易程序之起訴及其他聲明或陳述得用言詞。爲專用書狀之例外。蓋依本法第一百十六條之規定。於言詞辯論外。關於訴訟所爲之聲明或陳述。除依本法得用言詞者外。應以書狀爲之。是依本法以用書狀爲原則。本條規定得用言詞。卽其例外也。能適用此種例外者。祇限於簡易程序之起訴及其他聲明或陳述。（指適用言詞辯論外之一切聲明或陳述而言。若在言詞辯論中之聲明或陳述卽在通常程序亦係用言詞）於適用通常程序時。則非用書狀不可。（但本法第四五四條第二項後段所列舉之事項得用言詞）適用本條之規定。雖得用言詞。若不用言詞而用書狀。亦任其便。惟不用書狀時。法院書記官應將其聲明或陳述作成筆錄。以備查考。（參閱本法第一二三條）

第三百九十五條 以言詞起訴者。應在推事前爲之。由法院書記官作成筆錄。並向原告朗讀或交令閱覽。

前項情形。推事就原告所應聲明或應陳述之事項。應爲相當之指示。

本條爲關於簡易程序適用言詞起訴之規定。原告依據前條規定而以言詞起訴者。應在推事

前爲之。(在民事訴訟條例之規定。如由律師代爲起訴者。得在書記官前爲之。)以便有所指示也。法院書記官應就其起訴之陳述作成筆錄。以備依次條之規定而爲送達之用。此種筆錄於作成後。并應交由原告閱覽。以審其所記有無錯誤。原告如不識文義。或認爲以朗讀爲便。則由書記官將筆錄朗讀。如當事人認爲其中有誤。自得即時請求更正。

推事於原告爲起訴之陳述後。應審其陳述是否與本法第二百五十三條第二項及一百一十七條之規定相合。如有不合之處。卽應予以指示。若原告不聽其指示。或雖受其指示而仍有欠缺。認其起訴有本法第二百四十條第二項所列各款情形而無由補正時。得依該條第一項之規定。以裁定駁回之。

**第二百九十六條** 以言詞起訴者。應將前條筆錄繕本與言詞辯論期日之傳票一併送達被告。就審期間至少應有三日。但有急迫情形者不在此限。

本條爲簡易程序送達傳票筆錄及就審期間之規定。在通常訴訟程序。係用書狀起訴。於送達言詞辯論期日之傳票時。應將訴狀一併送達。(見本法第二四二條第一項)簡易程序之

以書狀起訴者。應亦相同。惟以言詞起訴者。既無訴狀之提出。祇得附送筆錄繕本。至就審期間之預備。在通常訴訟程序。除有急迫情形外。至少須有十日。（見本法第二四二條第二項）簡易程序之就審期間。不問是否用書狀起訴。除有急迫情形外。至少須留三日。此亦簡易程序之特點也。

**第三百九十七條** 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證物及偕同所舉證人到場。

本條規定簡易程序傳票所應特別記載之事項。在通常程序。對於言詞辯論期日之傳票。祇應記明到場之時日及處所。及不到場時之法定效果。（見本法第二四三條）簡易程序之傳票。除應爲上述之記載外。尚應記明當事人務於辯論期日攜帶所用證物及偕同所舉證人到場。蓋以利速結。而免爲調查證據而延展期日也。

**第三九十八條** 言詞辯論得以書狀或筆錄準備之。

本條規定簡易程序言詞辯論之準備。在通常程序之言詞辯論。各當事人應提出準備書狀。

(見本法第二五五條)而關於準備書狀所記載之事項。如他造非有準備不能陳述者。其準備書狀應於言詞辯論前相當期間提出。由法院送達他造。簡易程序原以迅速結案為主。故依本條之規定。得以書狀或筆錄準備之。即係以書狀起訴或辯訴者。則以該項書狀作爲準備書狀。其以言詞起訴者。則以依其陳述所作之筆錄作爲準備書狀。但當事人若另行提出準備書狀。亦爲法所許也。

**第二百九十九條** 當事人兩造於法院通常開庭之日。得不待傳喚。自行到場爲言詞辯論。但以得法院之許可者爲限。

本條爲當事人自行到場爲言詞辯論之規定。在通常程序。必先經以書狀起訴。由法院指定期日。傳知兩造到場。再爲言詞辯論。簡易程序原爲求程序之簡便而設。故於通常開庭之日。准當事人兩造偕同到場爲言詞辯論。不必待法院之傳喚。所謂法院通常開庭之日。應係指除星期日休假日外法院辦公之日而言。不必已因他案開庭方稱爲開庭之日。但在事實上。法院如不專爲此種案件之受理而開庭。或不爲接受此種案件之預備。當事人殊不易有



自行到場爲言詞辯論之機會。蓋推事因他案而開庭時。未必能於預定之案件審理外能兼顧之也。又依民事調解法第二條之規定。對於適用簡易程序之案件。非經調解不成立後。不得起訴。則當事人兩造依本條之規定而自行到場者。尚須先行經過民事調解方能起訴。亦應注意及之。至本條但書尚有須得法院許可之規定。殆因當事人自行到場時。法院或因該日之推事不足分配。或該日之法庭不敷應用。特不爲許可。否則。應無不許可之情形可言也。

#### 第四百條 判決書內之事實及理由得祇記明要領。

本條規定簡易程序判決書內容之記載。在通常程序之判決書。應記明當事人姓名、年齡、住所或居所。(當事人爲法人或其他團體者其名稱及事務所)當事人之法定代理人及訴訟代理人姓名、住所或居所。并主文、事實、理由及法院。簡易程序亦應記載。惟在通常程序依本法第二百一十七條第二項及第三項之規定。尚應於事實欄內記明言詞辯論時當事人之聲明及其攻擊或防禦之方法。并調查證據所得結果之要領。於理由欄內記明關於攻擊或

防禦方法之意見及法律上之意見。簡易程序則祇記明事實及理由之要領足矣。至關於其他記載。如上訴期間及上訴法院之應記明。及推事之應簽名等類。當與通常程序判決書內所應記明者無異也。

## 第三編 上訴審程序

上訴爲對於判決及裁定聲明不服之方法。對於第一審或第二審之終局判決不服者。除本法有特別規定外。（參閱本法第四三三條及五一八條）均得向上級法院提起上訴。對於裁定不服者。除本法有不許抗告之明文外。均得向上級法院提起抗告。抗告亦係一種上訴程序。故本法對於抗告程序亦列於上訴程序之內。特於上訴程序內將第二審程序第三審程序及抗告程序並列爲三章。此三種程序皆上訴程序也。（按民事訴訟條例祇認第二審程序及第三審程序爲上訴程序。故將抗告程序另列一編。而修正民事訴訟律則與本法同。）

在修正民事訴訟律對於上訴之名稱與本法不同。該律稱向第二審上訴者爲控告。稱向第三審

上訴者曰上告。本法則統稱上訴。在第二審者爲第二審程序。在第三審者爲第三審程序。

## 第一章 第二審程序

第二審程序爲對於不服第一審判決所爲之上訴程序也。雖與第三審程序同爲上訴審程序之一。但第三審祇審查法律點。而第二審仍得審理事實。調查證據。當事人於第二審得提出新訴訟資料以求斟酌。於法律之限制內并得爲訴之變更追加或提起反訴。（參閱本法第四一三條四一四條）在形式上雖爲一種新程序。而實際上不啻爲第一審程序之續行也。

### 第四百零一條 對於第一審之終局判決得上訴於管轄第二審之法院。

本條規定第二審所受理之上訴。以對於第一審之終局判決爲限。即不徒係對於第一審之判決不服。且須係對於第一審之終局判決不服。方能上訴於管轄第二審之法院。（所謂管轄第二審之法院者。指該法院對於原判決之法院有第二審管轄權者而言也。）若係對於第一審之中間判決不服。不得獨立向第二審上訴。須待該案件有終局判決後。再隨終局判決而

聲明不服。方能行第二審程序。惟在民事訴訟條例。對於中間判決亦有准其上訴者。（參閱民事訴訟條例第四五四條）本法則無此規定也。至終局判決原有一部終局判決及全部終局判決之分。（參閱本法第三七三條及三七四條）本條既祇云對於第一審之終局判決。則對於一部之終局判決不服。自亦得提起上訴。惟若本法有不許上訴之特別規定者。雖屬終局判決亦不得上訴。例如除權判決雖為第一審之終局判決。依本法第五百一十八條之規定不得上訴。又宣告死亡之判決。亦係第一審之終局判決。依本法第五百八十二條之規定亦不得上訴。此外尚有訴訟費用之裁判。依本法第九十二條之規定。非對於本案裁判有上訴時不得聲明不服。此皆為對於終局判決許為上訴之例外也。

在民事訴訟條例有所謂對席判決與闕席判決。及視為終局判決之中間判決。以及關於本案之判決及非關於本案之判決等項名稱。本法因不採闕席判決之制度。祇有一造辯論判決。亦許上訴。視為終局判決之中間判決。為本法所不採。惟無關本案之判決雖存其名。（參閱本法第四〇九條及第四一八條第一款）而本法在實際上對於無關本案之裁判均係用裁定

而不用判決。是名存而實亡也。

依本條之規定得爲上訴者。當係指不服第一審之判決而言。無論係對全部不服。或僅係對其中一部不服。皆得爲之。但以不服判決主文中所宣示之裁判爲限。若僅係不服其裁判之理由。則不得上訴。又提起上訴應爲有上訴權之人。若爲無權上訴之人。亦不得提起上訴。所謂有權上訴者。除當事人外。應爲承受其訴訟之人。（參閱本法第六一條第一六八條至第一七〇條）或爲參加人。（但不得與被輔助者本人之行為相牴觸。參閱本法第五八條）或爲必須合一確定之共同訴訟人。（參閱本法第六六條）其無上訴權或無獨立上訴權者。（參加人無獨立上訴權）皆不得上訴。此雖在本條無限制之明文。而依本條以外各條推定所應得之結果也。

第四百零二條 前條判決前之裁判牽涉該判決者。得並受第一審法院之審判。但依本法不得聲明不服。或得以抗告聲明不服者。不在此限。

本條規定第二審法院對於牽涉現所上訴之判決之裁判。得並受審判。此卽判決前之裁判。

有牽涉於現所上訴之判決者。凡於未爲現所上訴之終局判決前。所爲之中間判決或裁定。凡與該判決有牽涉者皆屬之。本法對於中間判決既不許其獨立上訴。對於裁定亦有不許抗告者。故於不服終局判決而上訴時。特許其聲明不服。而與該終局判決合併審判。第二審法院於審判該上訴案時。不問上訴人已於上訴狀內表示不服之旨否。皆得並予審判。但其所牽涉之裁判。若僅係對於未上訴之一部分判決有關。而與現所上訴部分之判決無關係者。則不得並予審判也。又左列各種裁判。雖與該判決有牽涉。亦無本條第一項之適用。試分別說明之。

(一) 依法得以抗告聲明不服之裁判 此指本法無不許抗告及不許聲明異議之明文者而言。蓋依本法第四百四十九條之規定。對於裁定。除本法別有規定外。皆得抗告。又依本法第四百五十條之規定。對於受命推事或受託推事之裁定雖不得抗告。然得向受訴法院提出異議。是皆早已有獨立聲明不服之方法。如不於當時爲不服之聲明。則其聲明不服之機會早已認爲拋棄。自不得於上訴審再求追復。

(二) 依法不得聲明不服之裁判。此指本法有不得聲明不服之規定者而言。此種裁判。不徒不許獨立聲明不服。且不得隨同終局判決而於上訴審聲明不服。例如依本法第二十二條第三項之規定。對於該條第一項指定管轄之裁判不得聲明不服。依本法第三十七條之規定。准許聲請推事迴避之裁定不得聲明不服。依本法第一百一十五條第三項之規定。准予訴訟救助之裁定。他造不得聲明不服。依本法第一百六十六條之規定。對於期日及期間之裁定不得聲明不服。依本法第二百四十八條之規定。對於准許變更追加或認為非變更無追加之中間判決。不得聲明不服。依本法第二百零七條關於許否對證人發問之裁定不得聲明不服。依本法第三百六十四條第三項之規定。准許保全證據之裁定不得聲明不服。依本法第四百二十五條之規定。第二審法院關於假執行之裁判不得聲明不服。依本法第四百七十八條第二項之規定。對於駁回支付命令之聲請之裁定不得聲明不服。此皆不許適用本條第一項之規定而求並予審判者也。

此外對於一部判決。本法已許其獨立上訴。其裁判雖在現所上訴之終局判決前。如已逾上

訴期間而未上訴。此時亦不得並予審判。

第四百零三條 當事人於判決宣示或送達後。得捨棄上訴權。

當事人於宣示判決時以言詞捨棄上訴權者。應記明於筆錄。如他造不在場。應將筆錄繕本送達。

本條爲關於捨棄上訴權之規定。係指對於第一審判決之上訴權予以捨棄而言。上訴本爲當事人之權利。若當事人爲求判決之迅速確定起見。而爲不願上訴之意思表示。當爲法所許。此卽謂之上訴權之捨棄。本條規定捨棄上訴權之時期與方式。依第一項之規定。捨棄上訴權須於判決宣示或送達後爲之。可知在判決宣示前不得預爲捨棄。縱有捨棄之表示亦屬無效。於判決送達後表示捨棄者。係屬一種言詞辯論外之聲明。依本法第一百一十六條之規定。自應以書狀爲之。故本條第二項規定以在宣示判決時聲明捨棄者爲限。得以言詞爲之。但應記明於筆錄。此之所謂筆錄。當係指言詞辯論筆錄而言。（參閱本法第二〇四條第一項第五款）蓋宣示判決亦廣義的言詞辯論也。他造如不在場。（參閱本法第二一六條



（應將該筆錄之繕本送達於他造。以便使他造知有捨棄上訴權之事實。上訴權既經捨棄後。雖不得再行提起上訴。但本案尚不能認為確定。必他造亦有捨棄之聲明。或已逾上訴期間而未聲明上訴。始能認為確定。蓋他造若提起上訴。則本案又將繫屬於第二審。自不能將原判確定。且已捨棄上訴權者。於他造上訴後言詞辯論終結前。仍得附帶上訴。（參閱本法第四二七條及四二八條）

第四百零四條 提起上訴。應於第一審判決送達後二十日之不變期間內爲之。但送達前之上訴亦有效力。

本條規定上訴之法定期間。此種法定期間爲不變期間。（參閱本法第一編第四章第三節釋義）從判決之送達之次日起算爲二十日。例如判決係本月三日送達者。即應從本月四日起算。至本月二十三日爲最後之一日。二十四日以後。除因他造上訴而爲附帶上訴外。不能再行獨立上訴。但二十日之期間雖爲不變期間。於其中應扣除在途期間若干日。（參閱本法第一六三條）設在途期間爲五日。如前例即應於四日至二十三日之間扣除五日。則至二

十三日尙祇十五日。須再延五日。至二十八日方爲最後之日。此係就於判決送達後爲上訴之聲明而言。若於判決送達前判決宣示後已經提起上訴。自亦有效。且無計算上訴期間問題之發生。至本條既云應於上訴期間內提起上訴。自應依次條之規定。提出上訴狀爲之。若僅於宣示判決時有言詞之聲明。當屬無效。因提起上訴以提出書狀爲要件也。但祇要於上訴期內有表明上訴之書狀提出。而該書狀縱不合於次條所規定之程式。不能謂其聲明爲無效。僅得限期補正耳。（參閱本法第四〇九條第二項）此外依本法第一百六十五條之規定。當事人或代理人因天災或其他不應歸責於己之事由。遲誤不變期間者。自其事由終止時起。十四日內。得追復其遲誤之訴訟行爲。本條之上訴期間既屬不變期間之一。若合於該條所規定之情事。雖已逾上訴期間。仍有追復之餘地。此亦應注意者也。

又共同訴訟人。對於上訴期間應各自進行。以其收受送達之遲早不同。其屆滿之期間亦異。惟於必須合一確定之共同訴訟。依本法第五十三條第一款之規定。既云共同訴訟中一人所爲之行爲如有利益於共同訴訟人。視與全體所爲同。則祇要其中一人所爲上訴之聲明在

上訴期內。而其他各人之上訴權亦因而存在矣。

第四百零五條 提起上訴。應以上訴狀表明左列各款事項。提出於原第一審法院或第二審法院爲之。

一 當事人及法定代理人。

二 第一審判決。及對於該判決上訴之陳述。

三 對於第一審判決不服之程度。及請求如何廢棄或變更之聲明。

四 有新事實者。其事實及證據。

五 其他準備言詞辯論之事項。

本條規定上訴狀之程式。提起上訴。應具書狀。若不以書狀爲之。雖於宣示判決時已有言詞之聲明。亦屬無效。（在民事訴訟條例。對於初級審判廳之判決提起上訴。得於原第一審法院以言詞爲之。見該條例第五〇三條）蓋有背於本條之規定也。在刑事訴訟。依刑事訴訟法之規定。上訴狀應向原審法院提出。依本條之規定。或向原審法院提出。或向第二

審法院提出。均無不可。茲將上訴狀內應表明之事項分別說明之。

(一) 當事人 上訴狀內之當事人係指上訴人及被上訴人而言。上訴人係指不服第一審判決者而言。被上訴人即為第一審之對造當事人。如係共同訴訟。對造當事人不止一人。若僅為一部之上訴時。則有時不必將對造當事人全體列為被上訴人。故於此應表明被上訴人為何人。又有上訴權者。除當事人外。尚有參加人及承受其訴訟之人。而為必須合一確定之共同訴訟人亦得獨立上訴。故於上訴人為何人亦應表明之。

(二) 第一審判決及對於該判決上訴之陳述 此即係表明所對之上訴者為何時何院何案之第一審判決。例如表明所不服者為民國二十二年十二月十八日上海地方法院對於上訴人與張陳氏為確定抵押權所為之第一審判決是也。於表明該判決之後。并應表明對於該判決不服而提起上訴之意。此最為重要。蓋若未於上訴期間內聲明上訴之意旨。則該第一審判決即當認為確定。不許再行上訴。否則。雖上訴欠缺其他要件。尚有由法院命令補正之機會也。(參閱本法第四〇九條第二項)

(三) 對於第一審判決不服之程度及請求如何廢棄或變更之聲明 對於何種判決而上訴。若依照前款之規定已有所表明。次應聲明不服之程度。即是否對該判決全部不服。或僅係對該判決中之一部不服。又其請求之目的如何。(在辯論終結前。尚得請求變更追加或提起反訴。見本法第四一二條)或請求將該判決全部廢棄、或請求將該判決全部如何變更、或請求廢棄或變更該判決之一部。均應就此聲明。(參閱本法第四一一條及四一六條)所謂廢棄者。僅將原判決之效力消滅而已。所謂變更者。除將原判決之效力消滅外。更須代以新事項之判決也。

(四) 有新事實者其事實及證據 依本法第四百一十三條之規定。當事人於上訴審尚得提出新攻擊或防禦方法。故有新事實者。尚得繼續提出。既提出新事實。自應連同提出新證據以爲證明。

(五) 其他準備言詞辯論之事項 依本法第四百三十一條之規定。對於第二編第一章之規定。亦準用之。則該章關於言詞辯論之準備程序亦應準用。即不行準備程序。亦當將準

備言詞辯論之事項預爲提出也。

關於上訴狀之程式。除依本條之特別規定外。尚應注意本法第一百一十六條關於一般書狀之規定。

第四百零六條 向原第一審法院提起上訴。如逾上訴期間者。第一審法院應以裁定駁回之。

前項裁定得爲即時抗告。

本條爲第一審法院駁回上訴之規定。上訴之駁回本應由第二審法院爲之。但上訴時如已經過法定上訴期間。不如由第一審法院於接受上訴狀後逕以裁定駁回。以免周折。故本條規定以已逾上訴期間爲限由第一審法院以裁定駁回之。若因上訴不合程序或其他理由而應駁回者。仍應送由第二審法院爲之。（參閱本法第四〇九條）第一審法院無駁回之權。縱顯見有應補正之欠缺。亦僅能對上訴人予以指示。而不能以裁定限期令其補正。他如不向第一審法院提起上訴。而逕向第二審法院提起。則第一審法院對於上訴之是否逾期亦無權過

問。即對於因逾期而駁回上訴之裁判亦應由第二審爲之。總之。如非以其已逾上訴期間。即應依次條之規定。從速辦理。

上訴之是否逾期雖爲極顯明之事實。然第一審法院爲該項駁回之裁定時。不能必其毫無錯誤。故本條第二項特許對於駁回上訴之裁定。得爲即時抗告。(七日)

第四百零七條 向原第一審法院提起上訴。未逾上訴期間者。第一審法院書記官應速將上訴狀繕本送達被上訴人。

當事人提起上訴後。第一審法院書記官應速將上訴狀連同卷宗。送交第二審法院。

前項應送交之卷宗。如爲第一審所需用者。應自備繕本或節本。

本條規定第一審法院接收上訴狀後之處置。上訴人於上訴期滿後提出上訴狀者。依前條之規定。應以裁定駁回其上訴。其提出上訴狀并未逾上訴期間者。無論以何理由。或認爲顯然不合程式。除得以通知之方式指示上訴人外。不能予以駁回。自應由書記官速將上訴狀

繕本送達於被上訴人。并同時將所提出之上訴狀連同卷宗送交第二審法院。（第二審法院接受上訴狀後應通知第一審法院書記官送交卷宗。次條另有規定）不得無故遲延。縱第一審法院對於該項卷宗尚有需用之處。祇能將所需用之部分本另作繕本或節本存留備用。不得將該卷宗扣留。以免訴訟因而延滯也。在民事訴訟條例。對於第一審法院送交卷宗之時期。尚有一種限制。即須各當事人均已提起上訴。（指共同訴訟而言）或上訴期間已滿後。始將卷宗送交第二審法院。（見該條例第五〇五條第二項）蓋以當事人既不止一人。恐於上訴期間未屆滿前。尚有他人提出上訴。若已將卷宗送交。則對於他人之上訴是否逾越上訴期間。將無從查考。故須各當事人均已提起上訴。或上訴期間已屆滿後始送卷宗。余意此非必要。縱於送卷後再有他人提起上訴。可將該上訴狀轉送第二審法院。由第二審法院自爲處置。亦無不可也。

第四百零八條 上訴向第二審法院提起者。該法院書記官應速通知第一審法院書記官送交訴訟卷宗。



第一審法院書記官接收前項通知後。應速送交訴訟卷宗。并得準用前條第三項之規定。

本條規定第二審法院接收上訴狀後之處置。上訴狀向第一審提出者。第一審法院接收上訴狀後如何處置。已於前條及第四百零六條有所規定。其向第二審法院提出者。第二審法院接收上訴狀後。該法院書記官應速通知第一審法院將訴訟卷宗送交。俟訴訟卷宗送到後。再行查照次條之規定分別辦理。蓋在訴訟卷宗未由第一審法院送到以前。無從爲次條之處置也。此項卷宗既爲第二審法院所急於需要。第一審法院書記官接到送卷之通知後。自應速將該項卷宗檢送第二審法院。以備應用。縱第一審法院尚有需用該項卷宗之處。亦祇能依照前條第三項所規定之辦法。另作該卷宗之繕本或節本存留備用。

第四百零九條 上訴不合程式。或已逾上訴期間。或法律上不應准許。或對於無關本案之判決上訴而顯無理由者。法院應以裁定駁回之。前項情形。如有可以補正者。審判長應定期間。先命補正。

## 第一項之裁定得爲即時抗告。

本條規定第二審法院接到上訴狀并訴訟卷宗後之處置。第二審法院僅接收上訴狀後。尙不能爲本條之處置。祇由書記官通知第一審法院調取卷宗。俟該項卷宗送到後。卽應審查該上訴是否合乎程式。及是否已逾上訴期間。并法律上有無其他不應准許之情形。分別准駁。准則進行上訴程序。否則除有可以補正者應定期間先命補正外。應以裁定駁回之。其對於無關本案之判決上訴而顯無理由者。亦應以裁定駁回。所謂不合程式者。指本法第四百零五條所規定上訴狀之程式。及本法第一百一十六條所規定書狀之程式而言。所謂已逾上訴期間者。指本法第四百零四條之不變期間而言。所謂法律上不應准許者。指依本法不許上訴者而言。例如依本法第四百零一條之規定。上訴以不服第一審之終局判決爲限。若對中間判決而獨立上訴。卽係不應准許。依本法第五百一十八條及第五百八十六條之規定。對於除權判決及宣告死亡之判決不得上訴。若對除權判決或宣告死亡之判決上訴。卽屬不應准許。依本法第四百零三條之規定。當事人得捨棄上訴權。若對於已捨棄上訴權之判決

上訴。即屬不應准許（但得附帶上訴）。依本法第四十三條之規定。無訴訟能力者之訴訟行為不生效力。若無訴訟能力者提起上訴。如無法定代理人之承認。即屬不應准許。依本法第四十六條之規定。無訴訟代理權者之訴訟行為不生效力。若無訴訟代理權者提起上訴。即屬不應准許。依本法第五十八條之規定。參加人所爲之訴訟行為與被輔助者本人之行為抵觸者不生效力。若參加人反其被輔助者本人之意思而上訴。即屬不應准許。他如非當事人之第三人提起上訴。或不依訴訟費用規則繳納訟費者。皆所不許也。至所謂無關本案之判決。係指其判決與訴訟標的無關者而言。在民事訴訟條例頗有適用之情形。例如依該條例第二百二十九條之規定。因訴之不合法而爲駁斥之判決。即屬無關本案之判決。而依本法之規定。對於無關本案之裁判。均係以裁定爲之。例如本法第一百七十四條及第二百四十條之裁判。均係無關本案之裁判。而均係以裁定爲之。而非以判決爲之。就本法各條檢查之所及。似無無關本案之判決也。

本條第二項謂第一項情形有可以補正者。審判長應定期間先命補正。例如上訴不合程式。

或未繳訴訟費用。或因無訴訟能力或無訴訟代理權而應不准許者。皆得由法院酌定期間命其補正。如逾期不爲補正。仍應以裁定駁回之。

依本條第三項之規定。對於第一項之裁定得爲即時抗告。即時抗告之期間爲七日。逾期即屬確定。

第四百一十條 對於一部判決上訴。或第二百二十四條之補充程序。現繫屬第一審法院者。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上訴已到第二審法院時爲止。

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。至期滿或其上訴已到時爲止。

本條規定上訴辯論期日之延展。上訴之言詞辯論期日。依本法第四百三十條之規定。亦應有本法第一百六十條第一項之適用。依該條之規定。期日除別有規定外。非有重大理由。法院不得延展或變更之。本條之得依聲請延展辯論期日者。一爲對於一部判決上訴而其他

一部尙繫屬於第一審者。一爲尙有依第一百二十四條之補充繫屬於第一審法院者。前者有待他部判決確定或已上訴法院之必要。蓋他部在判決未確定以前。如有上訴情事。應與本案合併辯論。較爲便利。若其判決業經確定。既已不能上訴。自無合併可言。如已提起上訴。亦應俟其到院而合併辯論之。後者雖爲補充判決。而從補充判決與前判決視之。亦係一部判決。故亦應適用一部判決之規定。此均可依當事人之聲請而延展上訴之辯論期日也。至若於上訴之言詞辯論期日到達時。而被上訴人之上訴期間尙未屆滿者。亦有待被上訴人上訴期滿或已上訴到院之必要。蓋上訴期間既未屆滿。則被上訴人尙有提起上訴之機會。不能令其失去。若已屆期尙未上訴。自能專就上訴人之上訴審理。或其上訴業經提起到院。則可將雙方之上訴合併辯論之。故應依當事人之聲請。延展上訴之言詞辯論期日。至上訴期滿或已上訴到院爲止。

#### 第四百二十一條 當事人在第二審應於上訴聲明之範圍內更爲辯論。

本條規定當事人在第二審辯論之範圍。第二審法院接受上訴後。除認不合法而以裁定駁回

者外。認爲應行準備程序者。亦得依本法第二百五十八條之規定。（參閱本法第四三〇條）命行準備程序。否則。卽應爲言詞辯論。此種言詞辯論。其性質與第一審言詞辯論之續行相等。除得提出新攻擊或防禦方法。及追復在第一審就事實或證據所未爲之陳述外。（參閱本法第四一三條）如經他造同意。并得爲訴之變更追加或提起反訴。（參閱次條之規定）但其辯論範圍以上訴時所聲明者爲限。如上訴時祇就原判決之一部爲不服之聲明。則對於未聲明不服之一部分已認爲確定。不得更爲辯論。雖對於該部分有新證據。亦不能於第二審提出。對於該部分縱有不服。祇能另案爲再審之請求而已。又第二審之辯論。固應限於就已聲明上訴之部分爲之。而其所聲明亦僅限於第一審已判決之事項。如在第一審對於該事項并未予以判決。縱已對於該事項有上訴之聲明。除依法許爲訴之變更或追加外。亦不得提出辯論。此第二審所爲辯論之範圍也。至本條所謂更爲辯論者。當然係指已爲辯論之事項更爲辯論而言。此之所謂已辯論。係指在第一審已爲辯論者。在第一審既已辯論。至第二審又何爲而須更爲辯論。蓋因本法係採直接言詞辯論主義。對於在第一審所已辯

論事項。有書狀可據者。雖第二審仍得援用。但應於第二審言詞辯論時提出而更爲陳述。方能採爲判決之資料。故本條有更爲辯論之規定也。按在民事訴訟條例。於第五百十二條。本有更明顯之規定。謂第二審言詞辯論時。當事人應陳述第一審之辯論及裁判。本法因已有更爲辯論之規定。故不另設此項條文矣。

**第四百一十二條 訴之變更。追加或提起反訴。非經他造同意。不得爲之。但他造無異議而爲本案之言詞辯論者。視爲同意。**

本條規定在第二審爲訴之變更追加或提起反訴。關於訴之變更追加。前於第一審通常訴訟程序中已有規定。（見本法第二四五條）依本法第四百三十條之規定。本可援用。不必於第二審程序中更爲規定。惟查第二百四十五條第一項但書中。有或不甚妨礙被告之防禦及訴訟之終結者不在此限之規定。爲本條所無。其第二項亦與本條但書之意義相同。又提起反訴在第一審程序中原無限制。（見本法第二四九條）此則亦須得他造當事人之同意。或有視爲同意之情形。否則不得提起。亦一異點也。至何謂訴之變更追加及提起反訴。并本

條但書之意義。可參閱本法第二百四十五條釋義。茲不贅述。

又對於婚姻事件及親子關係事件之訴訟。依本法第五百三十八條及第五百五十八條之規定。於第二審言詞辯論終結前。得爲訴之變更追加或提起反訴。不適用本條之規定。所宜注意也。

#### 第四百一十三條 當事人得提出新攻擊或防禦方法。

在第一審就事實或證據所未爲之陳述。得於第二審追復之。

本條爲在第二審提出新攻擊防禦方法之規定。按第二審與第一審同爲事實審。同有審查事實之職權。不僅以審查原判法律點之當否爲限。對於第一審所審查之事實證據。第二審固得再行審查。而對於第一審所未曾審查之新事實新證據。第二審法院亦有審查之職權。故本條有當事人得提出新攻擊或防禦方法之規定。所謂新攻擊或防禦方法者。不問其發生在第一審言詞辯論終結前或在終結後。凡在第二審提出者皆屬之。依本法第三百三十三條之規定。當事人無正當理由不從提出文書之命者。法院得依自由心證判斷他造關於該文書之



主張是否正當。若因未將該文書提出之故。已爲第一審以自由心證認定該當事人關於該文書之主張爲不正當。則於此時將該文書提出。足證明該當事人關於該文書之主張爲正當時。仍得變更原審之心證方法。他如依本法第三百五十四條及第三百六十條之規定。亦可得上述之結果。又如第一審依本法第一百八十九條第二項之規定而駁回之攻擊防禦方法。及依本法第二百七十三條之規定。第一審未予調查之證據。皆得於第二審重行提出以求斟酌。但皆以在第二審言詞辯論終結前提出爲限。（參閱本法第四三〇條及第一八九條）至辯論終結後。則除上訴經第三審發回更審外。無提出之機會矣。

又在第一審未就事實及證據所爲之陳述。不問其未陳述之原因。係由於應爲陳述而不陳述者。（例如依本法第一八八條第二項所規定是）抑係由於不遵命陳述者。（例如依本法第二六三條所規定者是）以及對於他造主張之事實會命其陳述而不爭執者。（例如依本法第二六八條第一項所規定者是）皆得於第二審追復之。即得於第二審補行陳述也。

第四百一十四條 在第一審所爲之訴訟行爲。除別有規定外。於第二審有效

力。其在第一審所爲之準備程序亦同。

本條規定第一審所爲訴訟行爲之效力。凡在第一審所爲之訴訟行爲。如捨棄認諾自認及證據調查等是。若在第一審已經自認者。（參閱本法第二六七條）至第二審即不得再行主張。但若係推定之自認。（參閱本法第二六八條）則仍得依前條之規定追復之。在第一審已經捨棄或認諾之事項。（參閱本法第三七六條）至第二審即不得予以否認。（但關於人事訴訟事件。有不適用認諾自認之規定。見本法第五四〇條及第五五六條第五七六條第五九九條）他如證人在第一審所爲之證言。於第二審亦得採用。至所謂別有規定者。例如依本法第四百一十一條之規定。當事人在第二審應於上訴之聲明範圍內更爲辯論。可知在第一審所爲之辯論。於第二審認爲無效。於第二審須更爲辯論始有效力也。

準備程序係使受命推事爲之。（見本法第二五八條）在第一審除行三人之合議庭外。本條從適用。但第一審若係由合議庭審判者。則其所爲之準備程序於第二審亦有效力也。

第四百一十五條 第二審法院認上訴爲無理由者。應爲駁回之判決。

本條規定對於上訴無理由者之處置。上訴不合程式。或已逾上訴期間。或法律上不應准許。或對於無關本案之判決上訴而顯無理由者。均應以裁定駁回。（參閱本法第四〇九條第一項）而不用判決之形式。本條所謂認上訴爲無理由者。係指關於本案之上訴無理由者而言。本案上訴之是否有理由。應從實體上予以審究。無論爲第一審所爭執之事實及證據。抑爲在第二審所提出之新事實及證據。均當切實調查。但以上訴人所聲明上訴之範圍爲限。縱上訴人所持以攻擊第一審判決不當之處確有理由。而依第二審調查事實及證據所審究之結果。若認原判決確屬妥當。亦應認其上訴爲無理由而爲駁回之判決。

第四百一十六條 第二審法院認上訴爲有理由者。以當事人請求變更之部分爲限。應爲變更原判決之判決。

本條規定對於上訴有理由者之處置。對於上訴之不合法及無理由者。其如何處置。已於第四百零九條及前條所有規定。本條所謂上訴有理由者。係指關於本案之上訴有理由者而言。此之所謂有理由者。應就在原審所提出之事實及證據。并新提出之事實及證據。合併審

究之結果而認爲有理由者也。縱就原審所提出之事實及證據觀之認爲無理由。而依新事實及證據認爲有理由。亦當以上訴有理由論。既認上訴爲有理由。卽當就當事人所請求變更之範圍內。（包括上訴人之請求及被上訴人所爲附帶上訴之請求）變更原判決而爲新判決。爲此項新判決之時。并應將原判決不當之部分指明廢棄。（因判決未經廢棄以前仍有效力）以免有所衝突。至對於上訴人所未請求廢棄或變更之部分。雖明知原判決爲無理由。亦不得予以廢棄或變更。蓋該未請求廢棄或變更之部分。早已因未聲明上訴而確定矣。又或於上訴時未曾聲明之事件。在第二審辯論終結前。因訴之變更追加而致變更原聲明之範圍者。如未爲被上訴人所反對。或已得其同意。亦得於原聲明之範圍外而爲新判決。其認爲有理由而不應自爲新判決者。則當依本法第四百一十八條及第四百一十九條之規定辦理。

第四百一十七條 因定上訴有無理由。雖未經第一審辯論或裁判之爭點。如依上訴之聲明認爲必要者。應爲辯論及裁判。

本條規定對於未經裁判及辯論之事點。第二審仍得予以辯論及裁判。依本法第四百一十一條之規定。第二審之辯論應於上訴聲明之範圍內爲之。其裁判自應以本於該項辯論者爲限。其未經辯論之事項。自不得予以裁判。惟有時僅就上訴所聲明之範圍內以爲辯論。或僅兼就原審所辯論之範圍內以爲辯論。尙不足以解決本案之爭點。卽不能定上訴之是否有理由。勢非另從原審所未經辯論之事項提出辯論。不足爲裁判之根據。則不能不就未經辯論及裁判之爭點而爲辯論及裁判矣。其原審所未爲辯論及裁判者。太抵係因當事人未曾提作攻擊或防禦之方法。或法院僅就一種獨立之攻擊或防禦之方法而爲限制辯論。（參閱本法第一九八條）遂置他項方法於未顧。例如因抵押權涉訟。原審所辯論者爲抵押權之有否設定。而雙方當事人亦僅就此點爲辯論。因而專就此點予以裁判。至第二審如已發見該項抵押權之時效業已消滅。則對於抵押權存在與否之問題雖未經原審爲辯論及裁判。第二審就此點爲辯論及裁判。此亦卽依上訴之聲明認爲必要者也。

第四百一十八條 有左列各款情形之一者。應將該事件發回原第一審法院。

一 對於無關本案之判決上訴而有理由者。

二 第一審辯論期日未到場之當事人，以並無遲誤爲理由。對於所受判決上訴而有理由者。

三 請求之原因及數額俱有爭執時。對於以原因爲不當之判決。上訴而有理由者。

本條爲應將事件發回第一審之規定。第一審與第二審同爲事實審。同有審理事實之權。本無庸將事件發回第一審。惟有時因該事件在第一審未曾就本案之訴訟標的予以審判。或僅審判其中之一部分。本法爲維持當事人對於審級之利益起見。不便將未經第一審實行審判之事件逕受第二審之審判。（審而未判者亦同）除上訴因不合法及無理由者而應予以駁回外。均應將該事件發回第一審更爲審判。本條所規定者爲絕對的發回。即非發回則屬違法。次條之規定爲相對的發回。發回與否。第二審法院有自由裁量之權。縱不發回。亦非違法。茲將本條所規定應予發回第一審之情形分別說明之。

(一) 對於無關本案之判決上訴而有理由者 所謂無關本案之判決者。指其判決未曾將訴訟標的予以裁判。僅係從訴訟程序方面所下之裁判也。例如以訴之不合法而予以駁回之判決是。第二審如認其上訴為有理由。原審之駁回確屬不當。本可為新判決以代之。惟因該項訴訟標的未曾受第一審之審判。為使該事件之當事人仍有受二次事實審審級之利益起見。故發回第一審更為審判。以便不服第一審之判決時尚有上訴第二審為繼續審判事實之機會。否則。若由第二審逕為判決。則以後祇能向第三審上訴。不能再為事實之審查矣。惟本法對於無關本案之裁判。(參閱第二四〇條及第一七四條)均係用裁定為之。於本款之規定。似無所適用也。

(二) 第一審辯論期日未到場之當事人以並無遲誤為理由對於所受判決上訴而有理由者 依本法第一百六十五條之規定。以遲誤不變期間為限。得請求追復其遲誤之訴訟行為。對於遲誤言詞辯論期日者。無得為追復之程序。(在民事訴訟條例有准予回復原狀之規定。見該條例第二〇五條)故依本法第三百七十七條之規定。許到場之當事人一造辯論

而爲判決。但依本法第三百七十八條之規定。不到場之當事人未於相當時期受合法之傳喚者。仍應續定言詞辯論期日。不得逕許一造辯論而爲判決。如第一審法院不依此種規定而逕許當事人爲一造辯論判決。則受不利益之當事人自得本此理由而提起上訴。如第二審認其理由爲正當時。即可適用本款之規定。而發回第一審法院更爲審判。蓋對於第一審之判決。該未到場之當事人未曾受到場爲辯論之利益也。

(三) 請求之原因及數額俱有爭執時對於以原因爲不當之判決上訴而有理由者 按對於請求之原因及數額俱有爭執時。如認請求之原因爲正當者。法院本得就其原因爲中間判決。若認請求之原因爲不當者。即得以終局判決行之。對於數額部分不予審判矣。第二審如以請求之原因爲正當。即係認該項上訴爲有理由。本得就其數額爲新判決。但對於數額部分未曾受第一審之審判。與本條第一款之情形相同。(參閱本條第一款說明)故爲維持當事人對於審級之利益起見。應以發回第一審更爲審判爲當。此即本款之所由設也。合乎以上三款情形而應發回第一審者。應先將原判決廢棄。原判決既經廢棄。則已恢復第



一審未判決以前之狀態。當事人無須另納訟費。第一審法院自應適用第一審之程序繼續審判。除對於該發回判決已廢棄之部分應受該判決之羈束外。仍應自由裁判。惟第二審於爲發回判決時。應不爲訴訟費用之裁判。第一審法院於爲此裁判時。則應爲訴訟總費用之裁判。（參閱本法第九一條第二項）

第四百一十九條 第一審之訴訟程序有重大之瑕疵者。得廢棄原判決及訴訟程序有瑕疵之部分。將該事件發回原法院。但以因維持審級制度認爲必要時爲限。

前項情形。如經兩造合意。願受第二審之裁判者。應卽自爲判決。

本條規定對於第一審訴訟程序有瑕疵者之處置。此之所謂訴訟程序之瑕疵者。係指違背本法之強行規定者而言。若僅違背本法之訓示規定。尙不能指爲瑕疵。依本條之規定。以第一審於訴訟程序有重大之瑕疵爲限。得廢棄原判決及訴訟程序有瑕疵之部分。將該事件發回原法院更爲審理。原法院於更爲審理時。於其認爲有瑕疵之部分應更新其程序。惟於判

決之結果是否與上訴人有利。仍得自由斟酌。不受何種限制。至第二審法院認爲無庸發回者。亦得不爲發回。非若前條之規定。以不發回爲違法也。茲將本條適用之要件分別說明之。

(一) 須第一審之訴訟程序有重大之瑕疵。所謂重大之瑕疵者。其瑕疵之存在與本案之判決有所影響也。若其訴訟程序雖有違背本法之規定。而其結果與判決并無影響。則不能以重大之瑕疵論。例如依本法第一百六十條之規定。期日除別有規定外。非有重大事由。法院不得變更或延展之。若法院無故任意變更期日。雖爲法所不許。但不能認爲重大之瑕疵。又如依本法第二百零七條之規定。審判長及法院書記官應於筆錄內簽名。若未簽名。雖不能謂無瑕疵。但於判決不生影響。亦不能以重大之瑕疵論。其認爲有重大之瑕疵而爲本法所明定者。則爲本法第四百三十六條所列之情形。有該條各款所列情形之一者。自應認爲重大瑕疵。惟雖足認爲有重大瑕疵。并非應將該事件予以發回。其應發回與否。仍應由第二審法院審酌其情形。是否合於次款之條件爲斷也。

(二) 因維持審級制度認爲必要者 所謂因維持審級制度有必要者。即係因該項訴訟程序之有瑕疵。以致未能受第一審之實際審判也。若其訴訟程序雖有重大瑕疵。而已受第一審之實際審判者。則當事人對於第一審之審級已算經過。不必將事件發回更審矣。

(三) 兩造無合意受第二審裁判之表示者 具備前二款所述情形。本得由第二審法院予以發回之判決。但若兩造當事人認爲無須發回。且願受第二審之裁判。以免生訴訟上之延滯。而多費時間與費用。則第二審法院不得違背兩造當事人之意思而發回。應即自爲判決。

第二審法院認該事件之第一審訴訟程序有重大之瑕疵。且爲維持審級所必要。又未經兩造表示願受第二審裁判之合意者。除以判決廢棄第一審之判決外。並應同時廢棄其訴訟程序有瑕疵之部分。而發回第一審法院更爲審判。(如有瑕疵之部分與無瑕疵之部分無從分別者。則應將全部廢棄)其不發回而自行審判者。於第一審有瑕疵之程序雖未以判決廢棄。亦應更爲行之。例如原審對於調查證據未依法定程序。此時應依法定調查程序再爲調查。

第四百二十條 當事人在第二審不得主張第一審法院無管轄權。但對於違背專屬管轄之規定者。不在此限。

本條規定在第二審對於管轄權之主張。民事訴訟之管轄。除合意管轄（見本法第二三條及第二四條）及指定管轄（見本法第二二條）外。則爲法定之土地管轄（見本法第二條至第一九條）及專屬管轄。（見本法第四七五條第四六三條第五三五條第五四八條第五九條第五八一條第五八七條）管轄權之有無。第一審應依職權調查之。（見本法第二六條）故對於管轄之爭議應在第一審解決。至第二審則不得再行主張第一審無管轄權。蓋管轄雖有錯誤。該事件既經第一審判決。不宜因管轄問題而致延滯訴訟。惟專屬管轄與一般之法定管轄不同。違背一般法定管轄之規定者雖不能在第二審再行所有主張。而違背專屬管轄之規定者。則得爲上訴理由。依次條之規定。第二審法院因第一審無專屬管轄權而撤銷原判者。并應以判決將該事件移送於有管轄權之法院。

第四百二十一條 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。

本條規定第二審對於管轄錯誤之處置。所謂因第一審法院無管轄權而撤銷原判決者。係指依前條但書規定所爲之判決而言。蓋依前條之規定。當事人在第二審不得主張第一審無管轄權。則第一審對於管轄雖有錯誤。亦不能爲上訴理由。卽第二審不得以第一審管轄錯誤爲理由而撤銷原判決。故本條所謂撤銷原判決者。自係以對於前條但書所稱之專屬管轄有錯誤者而言。撤銷原判決係用判決行之。本條已有明文規定。蓋不能以裁定撤銷判決也。(按在第一審對於管轄錯誤。係以裁定移送於管轄法院。見本法第二八條)以判決撤銷後。并應即時將該事件移送於有管轄權之第一審法院。以便更行審理。其實此亦與發回第一審相似。不過發回係發與原審。此則係移送其他法院耳。至何謂專屬管轄。可參閱第一編第一章第一節釋義。

### 第四百二十二條 判決書內應記載之事實得引用第一審判決。

本條規定第一審事實之引用。依本法第四百三十條及第二百一十七條之規定。第二審判決

書亦應記載事實。惟第一審判決書內之事實如可引用。則不必再爲事實之記載。而引用第一審判決書之事實以代之。但所可引用者。以第一審判決書內之事實爲上訴人及被上訴人所不爭執。或第一審係合法認定而第二審亦認爲確實者爲限。否則仍不得引用也。

第四百二十三條 第二審法院應依聲請。就關於假執行之上訴。先爲辯論及裁判。

第四百一十條之規定於前項情形不適用之。

本條規定對於假執行上訴之辯論及裁判。第一審以判決宣示假執行後。本不待該判決之確定。即得執行。雖提起上訴亦不能停止執行。但雖不能停止執行。如依上訴方法上訴後。經第二審將該假執行之宣示廢棄或變更者。於其所廢棄或變更之範圍內。當失其效力。（參閱本法第三八六條）故第二審就關於假執行之上訴。有迅速審判之必要。無論其上訴係專就假執行不服。或對本案及假執行一併不服。除其訴爲不合法應以裁定駁回外。如經當事人聲請。均應先將假執行部分先行辯論及裁判。此種裁判。係屬一部終局判決。於判決

後即發生效力。且不得再行聲明不服。（參閱本法第四二五條）又第二審依聲請對於假執行之上訴先爲辯論及裁判時。不問是否一部判決。及在第一審有無補充判決之繫屬。以及被上訴人之上訴期間已否屆滿。祇要有對於假執行不服之上訴。即得依聲請而爲之。故本條第二項有不適用本法第四百一十條之規定也。

第四百二十四條 第一審判決未宣示假執行者。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。

爲前項裁定後。其未經聲明不服部分已有不服之聲明者。法院應撤銷其裁定。

本條規定第二審之宣示假執行。假執行有應依職權爲之者。如本法第三百八十一條所規定者。有得依聲請爲之者。如本法第三百八十二條所規定者是。該兩條所規定之假執行。如第一審法院未爲宣示。或忽視其聲請者。依本法第三百八十五條之規定。得以補充判決宣示之。若該項判決之性質既不能依職權爲假執行之宣示。又不合聲請假執行之條件。或未

經當事人爲假執行合法之聲請。自不能適用補充判決之規定。則關於假執行無再請求之餘地。祇得待該本案判決確定後。以求執行。如該判決因已提起上訴。致不能確定。（參閱本法第三八九條）其未經聲明不服之部分。亦未能單獨執行時。依本條第一項之規定。若當事人於第二審言詞辯論中聲請對於該未聲明不服之部分爲假執行之宣示。第二審法院應以裁定爲假執行之宣示。但依本條第二項之規定。如於裁定後。其未經聲明不服之部分已有不服之聲明者。仍應撤銷之。蓋既經聲明不服。則該部分仍不能認爲確定。自不能不撤銷已准爲假執行之裁定。撤銷此項裁定仍以裁定爲之。此爲本法第二百二十二條之例外也。至在上訴時既未聲明不服。於有宣示假執行之裁定後。何以復能聲明不服。通常係由於上訴之擴張或附帶上訴而來。其實除因附帶上訴外。其依上訴之擴張而來者則甚少。蓋依本法第四百一十二條之規定。訴之變更追加非經他造同意不得爲之。若他造既已對於不服之部分有假執行之聲請。且已爲假執行之宣示。斷不致同意其訴之變更或追加也。

#### 第四百二十五條 第二審法院關於假執行之裁判。不得聲明不服。



本條規定第二審關於假執行裁判之效力。所謂第二審對於假執行之裁判。有由於不服第一審之宣示假執行（參閱本法第三八一條及第三八二條）而上訴者。有由於第一審不准宣示假執行。或宣示不准假執行。或免為假執行。（參閱本法第三八三條）而上訴者。不問是否為駁回之裁定。有由於第二審始宣示假執行者。（見前條）不問係以裁定或判決為之。皆不得聲明不服。蓋假執行為暫時的裁判。不宜延不確定也。

第四百二十六條 上訴人於終局判決前得將上訴撤回。

撤回上訴者喪失其上訴權。

第二百五十二條第二項及第三項之規定。於上訴之撤回準用之。

本條為關於撤回上訴之規定。依本法第二百五十二條第一項之規定。原告於判決確定前得撤回訴之全部或一部。但被告已為言詞辯論者應得其同意。上訴於終局判決前亦准上訴人自由撤回。并不須有被上訴人之同意。蓋上訴人既自願拋棄關於上訴之主張。不妨准其無條件而撤回。從此點觀之。似較訴之撤回為寬。但訴之撤回得在判決確定前為之。即於終

局判決後。仍許撤回。上訴既限於終局判決前撤回。（於言詞辯論終結後尙得撤回）則於終局判決後雖未確定。便不許撤回矣。似又較訴之撤回爲嚴。至上訴何以不許在終局判決後撤回。蓋上訴人於提起上訴後。被上訴人得爲附帶上訴。（見次條第一項之規定）若因附帶上訴而致上訴人受較原判決之更不利益。此時仍許上訴人撤回上訴。則殊影響於判決之效力。且不利於被上訴人。故不應准許。然被上訴人若係於上訴期內所爲之附帶上訴。依本法第三百二十八條之規定應視爲獨立上訴。當然與上訴之撤回無影響。是上訴人於終局判決前撤回上訴者。於被上訴人并無不利益可言。故於上訴人撤回上訴時不必得被上訴人之同意也。（在民事訴訟條例則以被上訴人已爲附帶上訴者爲限。對於上訴人之撤回上訴。須得被上訴人之同意。見該條例第五二六條第一項但書）本條第二項謂上訴經撤回後。卽喪失其上訴權。蓋上訴既經撤回。自不許復行上訴。但祇云喪失上訴權。而未云失去附帶上訴權。若上訴撤回時尙在上訴期內。他造於上訴撤回後。而提起上訴。當爲法所許。此時則原撤回上訴之人已變爲被上訴人。依法（次條）仍得附帶上訴。其附帶上訴權自

不喪失也。至撤回上訴之程式。應以書狀爲之。其於言詞辯論中撤回者。則得以言詞爲之。但應記明其撤回之言詞於筆錄。且他造不在場時。尙須以該筆錄之繕本送達。以便知其上訴已經撤回。此與訴之撤回相同。故本條第三項有準用第二百五十二條第二項及第三項之規定。又本法第一百八十四條對於休止訴訟之不續行。視爲撤回其訴。上訴亦適用之。

#### 第四百二十七條 被上訴人於言詞辯論終結前得爲附帶上訴。

附帶上訴。雖在被上訴人之上訴期間已滿或曾捨棄上訴權或撤回上訴後。亦得爲之。

於言詞辯論所爲之附帶上訴。應記明於筆錄。如他造不在場。應將筆錄繕本送達。

本條爲關於附帶上訴之規定。所謂附帶上訴者。對獨立上訴而言也。上訴人所提起之上訴爲獨立上訴。上訴人上訴後。被上訴人因而附帶有所不服者。爲附帶上訴。於第一審宣示判決後。兩造均得於上訴期內獨立提起上訴。（參閱本法第四〇四條）且一造已上訴後。

他造於上訴期內仍得獨立上訴。但他造所提起之附帶上訴如在上訴期內。且具備上訴之其他要件者。仍以獨立上訴論。（見次條但書之規定）本法所以許被上訴人附帶上訴者。蓋以上訴人既經提起上訴。該事件因而入於第二審之程序。第二審程序本與第一審程序之續行無異。則對於被上訴人不能因其未提起獨立之上訴。而便喪失其不服原判決之權。故被上訴人於上訴人提起上訴後。得隨時爲附帶上訴之聲明。無論所聲明者係不服原判決之一部或全部。又不問不服者爲上訴人所不服之一部或爲上訴人所未聲明不服之一部。均得爲附帶上訴之聲明。而其聲明之時期雖不問是否在上訴期內。但須在第二審言詞辯論終結前。（本法對於第三審無禁止附帶上訴之規定。自亦得上訴）不過於上訴期間所爲而合法者。不問上訴撤回與否。皆有效力耳。否則。上訴一經撤回。或因不合法被駁回。則無效矣。於言詞辯論終結後終局判決前。上訴人雖得撤回上訴。（參閱前條第一項）而被上訴人若爲附帶上訴之聲明則不應准許。因已無辯論之機會矣。至被上訴人已依本法第四百零三條之規定捨棄上訴權者。或先本爲上訴人。已依前條之規定將上訴撤回者。依本條第二項

之規定。仍得附帶上訴。蓋他造既經提起上訴。則原判決已因而未能確定。爲維持拋棄上訴權者之利益起見。自不能不許其爲附帶上訴也。又附帶上訴除須合乎上述各情形外。尙有左列兩點之限制。

(一) 非被上訴人對於上訴人不得提起附帶上訴 除必須合一確定之共同訴訟外。一共同訴訟人所提起之上訴。與他未提起上訴之各共同訴訟人無連帶關係。則他共同訴訟人雖在原審係共同原告或共同被告。但在第二審非共同上訴人。既非共同上訴人。若被上訴人對於該部分之判決有所不服。祇得提起獨立上訴。不得對之提起附帶上訴。又參加人雖得爲被輔助者本人對上訴人提起附帶上訴。但不得對被輔助者本人提起附帶上訴。

(二) 上訴人對於被上訴人之附帶上訴不得更行提起附帶上訴 上訴人提起上訴後。對於原判決不服之點。已得任其聲明不服。故對於被上訴人之附帶上訴。無附帶之必要。惟該上訴人若已撤回上訴。嗣因被上訴人之附帶上訴係在上訴期間內所爲。不因該上訴之撤回而失其效力時。此時上訴人退而居於被上訴人之地位。仍得爲附帶上訴之提起。

附帶上訴本應以書狀爲之。但在言詞辯論中所爲者。應得以言詞爲之。（參閱本法第一百十六條）該項言詞自應記明於筆錄。以備考證。若爲該項言詞時他造當事人不在場。無從得知。則應將筆錄繕本送達之。

第四百二十八條 上訴經撤回或因不合法而駁回者。附帶上訴失其效力。但附帶上訴具備上訴要件者。視爲獨立之上訴。

本條規定附帶上訴之效力。附帶上訴之效力本與上訴同。蓋能在上訴審中與上訴能受同等之審判也。惟因附帶時期之關係。能生地位之動搖。卽上訴期滿後所爲之附帶上訴。其上訴經撤回者。或因不合法而駁回者。附帶上訴亦失其效力。所謂上訴經撤回者。卽上訴人因不願繼續上訴程序而自動撤回之。（參閱本法第四二六條）在民事訴訟條例。上訴人撤回上訴時。如被上訴人已提起附帶上訴者。原須得被上訴人之同意。方能撤回。（見該條例第五二六條第一項）本法以便於上訴人之易於撤回起見。不設該項限制。自得任意撤回。附帶上訴之地位亦隨之動搖。所謂因不合法而被駁回者。卽係依本法第四百零九條之規