

法學叢書之一

# 民訴認法論

陳允棟 著

上册

上海法學編譯出版社

會文堂新記書記局總發行



3 0646 8073 3

華英大字典

卷一

586.1  
384  
201

# 民事訴訟法論上册目錄

## 緒論

第一章	民事訴訟之意義	一
第二章	民事訴訟之本旨	三
第三章	民事訴訟之方法	四
第四章	民事訴訟之標的	五
第五章	民事訴訟之範圍	五
第六章	民事訴訟之種類	九
第七章	民事訴訟之法律關係(訴訟關係)	一〇
第八章	民事訴訟法之意義	一二

## 目錄



第九章	民事訴訟法之性質	一三
第十章	民事訴訟法之效力	一四
第十一章	民事訴訟法之主義	一六
第十二章	訴及訴權	二七
第十三章	訴訟行爲	三四

## 第一編 總則

第一章	法院	四五
第一節	司法權 民事審判權	四五
第二節	法院之編制	四七
第三節	法院之職員	四九
第一款	職員	四九

第一項	推事	五〇
第二項	書記官與執達員	五一
第二款	職員之迴避	五三
第一項	由推事自行迴避者	五三
第二項	由當事人聲請迴避者	五六
第四節	法院之管轄	六〇
第一款	法定管轄	六一
第二款	法定以外之管轄	七七
第一項	合意管轄	七七
第二項	指定管轄	七九
第三款	專屬管轄	八二
第四款	管轄之效力	八三

第五款 法律上之輔助	八三
第二章 當事人	八五
第一節 當事人之意義	八五
第二節 當事人能力及訴訟能力	八七
第三節 共同訴訟	九八
第四節 訴訟參加	一〇七
第五節 訴訟代理	一二六
第六節 訴訟輔佐人	一三六
第三章 訴訟標的之價額及其費用	一三八
第一節 訴訟標的之價額	一三八
第二節 訴訟費用	一四三
第三節 訴訟擔保	一五五

第四節	訴訟救助·····	一六〇
第四章	訴訟程序·····	一六五
第一節	當事人書狀·····	一六六
第二節	送達·····	一七二
第三節	訴訟行爲之時期·····	一八五
第一款	期日·····	一八七
第二款	期間·····	一八九
第四節	訴訟程序之停止·····	一九六
第一款	訴訟程序之中斷·····	一九六
第二款	訴訟程序之中止·····	一九九
第三款	訴訟程序之休止·····	二〇四
第四款	中斷中止及休止之效力·····	二〇五

第五節 言詞辯論	二〇七
第一款 言詞辯論之意義	二〇八
第二款 言詞辯論之進行	二〇九
第三款 言詞辯論筆錄	二二七
第六節 裁判	二三二
第一款 判決	二三四
第二款 裁定	二四九
第三款 訴訟卷宗	二五四
第二編 第一審程序	
第一章 通常訴訟程序	二五七
第一節 訴	二五七

第一款	訴之意義及要件	二五八
第二款	訴之種類	二五八
第三款	訴之提起	二六四
第四款	訴之合併	二七六
第五款	訴之變更或追加	二八〇
第六款	反訴	二八八
第七款	訴之撤回	二九一
第二節	答辯	二九五
第一款	形式上答辯	二九六
第二款	本案上答辯	二九七
第三節	言詞辯論之準備	二九九
第四節	證據	三一

第一款 通則·····	三一
第二款 人證·····	三三〇
第三款 鑑定·····	三五四

# 民事訴訟法論上冊

陳允康煥棟 著

## 緒論

### 第一章 民事訴訟之意義

民事訴訟之意義。學者見解不同。或指訴而言。或指係爭狀態而言。或指訴訟程序而言。其實諸說均非。蓋民事訴訟者。適用私法。以保護危害現存之私權之審判上程序也。茲更本此意義。析言於左。

第一 民事訴訟者。保護私權之程序也。自來保護私權之方法有二。一曰自力救濟。一曰法律保護。自力救濟者。私人以自己固有之腕力。救護自己之權利也。法律保護者。國家以其權力。保全私人之權利也。幼稚時代。制度不備。私人之受害者。惟有自力救濟而已。

。不知保護私權之事業。委之於私人。適足以起紛擾而害安全。操之於國家。方足以保公平而明曲直。故今日制度完備之國家。大抵禁止自力救濟。而以法律保護爲必要焉。惟國家對於私人。欲行法律保護之方法。應先有一定程序。以爲之設備。所謂一定程序。卽民事訴訟是也。故民事訴訟。乃保護私權之程序。

第二 民事訴訟者。保護危害現存之私權之程序也。人類共同生存間。若相處於安全之狀態。而永無利害之抵觸。則國家對於私人。無庸爲保護私權之設備。私權之保護。於私權受危害時。乃爲必要。申言之。卽私權因他人之行爲或不行爲而受侵奪。或陷於不滿足狀態時。國家應以權力。依法宣示其結果。卽所謂保護危害現存之私權是也。故民事訴訟。乃保護危害現存之私權之程序

第三 民事訴訟者。適用私法。以保護危害現存之私權之程序也。古昔之時。先助法而後主法。故訴訟事件。無實體法可據。而保護私權之道。未能周至。夫國家欲保共同秩序。而謀人民利益。應據私法。以爲保護私權之準則。私人以爲權利受危害。而於私法上無危

害可言者。則依私法排斥之。私人以爲權利受危害。而於私法上亦有危害情形者。則依私法保護之。如此方足以免妄斷之弊。而杜健訟之風。故民事訴訟。乃適用私法。以保護危害現存之私權之程序。

第四 民事訴訟者。適用私法。以保護危害現存之私權之審判上程序也。國家欲適用私法。以保護人民之私權。國家自己不能對於人民。而一一供給之。於是法院之一種機關，不可不設焉。願法院代表國家。實行保護私權之事業。必與私人間。有相牽連之行爲。而後目的始能達。所謂審判上之程序是也。故民事訴訟。乃適用私法。以保護危害現存之私權之審判上程序。

## 第二章 民事訴訟之本旨

民事訴訟之本旨。保護私權而已矣。私權之保護。非僅保護一造之權利。乃國家對兩造當事人。盡其保護之任務。例如於判決程序。認許原告之請求。則受保護者原告。若排斥原告之

請求。則受保護者乃被告矣。

民事訴訟之本旨。自國家一面觀之。固在盡私權保護之任務。自訴訟當事人一面觀之。又在求國家之保護。惟是兩造當事人之利害關係常相反。而國家則與權利正當者之本旨相一致。與不正當者之本旨相背馳。故不問訴訟勝敗如何。苟審判既公平且正確。則國家於民事訴訟之本旨乃達矣。

民事訴訟之本旨。與制定訴訟程序之本旨。二者不可混同。蓋前者在保護私權。而後者欲就保護私權之事業。除去弊害。易言之。即欲使法律之適用。歸於公平精密。且使訴訟當事人。不至有空費金錢勞力及時間之弊也。

## 第三章 民事訴訟之方法

民事訴訟之方法。即保護私權之手段也。保護私權之手段。裁判而已矣。裁判云者。國家適用法律於事實。而宣示其結果之行為也。此項行為。有確定私權之是否存在者。有確認法律

關係之是否成立者。有變更法律關係者。論其形式。分爲判決裁定二種。至事件經由公斷或和解者。不得謂爲民事訴訟之方法。

## 第四章 民事訴訟之標的

民事訴訟之本旨。在保護私權。前述之矣。故民事訴訟之標的。乃私法上之請求權。或法律關係。私法上之請求權云者。一私人得要求他人作爲或給付之效力也。私法上之法律關係（卽私法關係）云者。人與人或人與物之私法上關係也。此二種標的。大抵因訴訟之種類而定。訴訟而在確定私權之是否存在。則其標的爲請求權。如求借款償還之訴是已。訴訟而在確認法律關係之是否或立。則其標的爲私法關係。如求確認所有權成立之訴是已。又民事訴訟之標的。本法略稱訴訟標的。

## 第五章 民事訴訟之範圍

民事刑事。歸通常審判衙門審判。此法院編制法第二條所規定也。然所謂民事者。法律既無特別明文。學者亦無一定見解。故民事訴訟之範圍。頗難明瞭。茲惟將民事訴訟與其他訴訟。并類乎訴訟者。一一比較論之。以定其範圍而已。

### 第一 民事訴訟與行政訴訟

民事訴訟與行政訴訟。二者頗多差異。(一)訴訟之標的差異。前者為私法關係。後者乃公法關係。(二)適用之法律差異。前者適用私法。後者適用行政法規。(三)判斷之事項差異。前者判斷私權及私法關係。後者判斷行政處分。至於審判機關。二者亦不相同。前者屬於司法機關。後者屬於行政法院。然如英美以行政裁判與司法裁判。屬於同一法院。我國則限於法律有特別規定者。司法衙門始有審理行政事件之職權。例如選舉訴訟是也。

### 第二 民事訴訟與刑事訴訟

民事訴訟與刑事訴訟之異點不一。(一)本旨不同。前者在適用私法。以保護私權。後者在適用公法。以保護國權。(二)標的不同。前者為私法關係。後者乃刑罰關係。(三)主義不同。

前者以不干涉主義爲原則。後者以干涉主義爲原則。此外更有言者。附帶民事訴訟是也。刑事訴訟內之附帶民事訴訟。學者每謂屬於民事訴訟範圍。顧二者頗有差異。(一)附帶民事訴訟之程序。依刑事訴訟法。於審判時。有檢察官蒞庭。民事訴訟。無檢察官蒞庭。(二)附帶民事訴訟。通常歸刑事法院管轄。民事訴訟。則依法院管轄之規定。(三)附帶民事訴訟。應與刑事訴訟同時判決。民事訴訟之判決則不然。由此以觀。是附帶民事訴訟。自不得與民事訴訟並論。然而附帶民事訴訟者。刑事訴訟其形式。民事訴訟其實質也。

### 第三 民事訴訟與非訟事件

民事訴訟與非訟事件。二者皆民事也。然則無以異乎。曰、有以異也。蓋二者雖均在保護私權。實則性質不同。或以民事訴訟爲係爭事件。非訟事件爲無爭事件。然爭之有無。非訟之要件也。(三七)或以民事訴訟。乃保護已被侵害之私權。非訟事件。乃預防私權之受害。然民事訴訟中。如保全程序。亦預防私權受害也。又或謂非訟事件。所以明確私法關係。民事訴訟則不然。然民事訴訟之確認判決。亦未嘗不使法律關係。歸於明確也。余謂以最適當之

分界而論。甯謂民事訴訟。為保護現被侵害或將被侵害之私權之審判上程序。非訟事件。乃因預防私權受侵害。而使私權發生消滅或變更之國家助力。且二者之管轄機關。亦不一致。民事訴訟。無歸行政公署審判者。非訟事件。除司法衙門外。有時歸行政公署辦理。例如登記事務。雖歸法院管轄。而著作權之登錄。則屬行政公署管轄也。

#### 第四 民事訴訟與和解

和解者。當事人互相讓步。而停止爭執之行爲也。有審判上和解。有審判外和解。審判外和解。即民法上之契約。無容與民事訴訟比較。所與民事訴訟比較者。審判上和解而已。審判上和解者。由受訴法院、及受命推事、或受託推事試行而成立。(三七條)其程序亦訴訟程序之一部。願訴訟藉乎國家之權力。和解本乎當事人之合意。二者之程序。頗難一致。(1)訴訟、當事人不必讓步。和解、則非兩造互相讓步。不能成立。(2)訴訟之裁判。可以拘束當事人。和解則法院不能以命令拘束當事人。惟當事人受自己契約上之拘束而已。(3)訴訟應依言詞辯論及其他一定程式。和解則除記載筆錄(三七條)外。無復程式也。(4)民事訴訟之標的

。不問當事人是否可以自由處分。和解之標的。大抵以當事人可以自由處分者爲要。然其程序之由審判機關而成立者。則二者同一也。

## 第六章 民事訴訟之種類

✓ 民事訴訟。可分廣義狹義二種。廣義之民事訴訟。指審判程序及強制執行程序而言。狹義之民事訴訟。單指審判程序而言。德日兩國民事訴訟法。取廣義。奧國民事訴訟法及本法。則取狹義。故茲所謂訴訟程序。專就審判程序說明之。審判程序。有普通訴訟程序。與特別訴訟程序、二種。本法規定特別訴訟之程序種類如左。

第一 督促程序。(四七三條以下) 法院因債權人聲請。本於書狀審理。使債權人速得債務名義之程序。曰督促程序。蓋債權債務關係。遇債務人無爭議。而因無資力或怠慢。致不履行義務時。與其由債權人用普通程序以起訴。不如依督促程序。使債權人速得強制執行之爲愈也。

第二 保全程序。(四八八條以下) 保全程序。即假扣押及假處分程序。所以暫時保全強制執行。並

緒論 第六章 民事訴訟之種類 第七章 民事訴訟之法律關係九

非確定<sup>0</sup>當事人之請求權也。其程序之開始。祇須聲請。不須起訴。其保全之原因。祇須釋明。不須證明。願保全程序。究屬執行程序。抑為訴訟程序。各國立法例不同。德日民法。均列入執行程序內。本法則作為特別訴訟之一種。

第三 公示催告程序。(五〇五條以下) 公示催告程序云者。第一審法院催告不分明之相對人或關係人。於一定期日前。申報權利或提出證券。而該相對人或關係人。不為申報或提出時。因而宣示其失權或證券無效之程序也。第公示催告。祇宣示失權或證券之無效。並非審判權利關係之是否成立。故嚴格論之。此項程序。應屬非訴事件。不得謂為民事訴訟。

第四 人事訴訟程序。(五三五條以下) 人事訴訟者。關於婚姻親子等事件之訴訟也。此種訴訟。較普通程序為嚴重。

## 第七章 民事訴訟之法律關係(訴訟關係)

民事訴訟之法律關係。謂具備訴訟要件而發生之三面的公法關係也。析述如左。

(一) 訴訟關係者。因訴訟要件之具備而後發生也。訴訟要件。謂發生訴訟關係所必要之事項。例如法院之管轄權。當事人之訴訟能力是也。

(二) 訴訟關係者。法院與當事人間及當事人與當事人間之三面關係也。訴訟主體。有法院與原告被告三者。故民事訴訟之法律關係。乃國家機關與兩造當事人間。及當事人相互間之三面關係。或謂僅係原被告各與法院之二面關係。而原被告相互間。不生關係云云。不知訴訟之變更或追加。訴及上訴之撤回。以得相對人同意為必要。(二四五條二五二條四一二條四二條六)且一造當事人行為之效力。及於他造當事人。(五三條)自不得謂當事人間。無法律關係存在也。又或謂訴訟關係。乃原被告間之關係。法院不過指揮監督當事人之訴訟。非與當事人有法律關係云云。然法院與當事人間。有權利義務關係。甚為明瞭。此說亦殊不妥。

(三) 訴訟關係者。公法上之關係也。民事訴訟法。係屬公法之一種。故由民事訴訟法而生之法律關係。當然為公法關係。

訴訟關係。於訴訟合併時。是否發生多數。抑係單一。此學者聚訟之點也。主單一說者。謂訴訟所包含之私法關係。雖為多數。而訴訟關係。則因起訴而發生。因訴之消滅而終了。故常歸於單一。主複數說者。以一訴主張數項標的時。法院得命令分別辯論。(一九六條)至有多數當事人時。則各當事人各獨立發生權利義務。(五二條)故訴訟關係。常按訴訟標的。或當事人之數而為複數也。今日學者。大抵贊同後說。

## 第八章 民事訴訟法之意義

民事訴訟法。為規定民事訴訟行動之法律。易言之。即保護私權程序之法律也。蓋民事訴訟之本旨。在保護私權。而保護私權之設備。在設立司法機關。以便當事人之利用。故民事訴訟。由司法機關。與訴訟當事人之行動而成立。顧司法機關與當事人之行動。互相牽連。而兩造當事人之利害。又相抵觸。相牽連。則司法機關之處置。易流於不公平。相抵觸。則當事人之行為。易趨於不正當。而欲防遏斯弊。非有一定之法則。以束縛之。限制之不為功。

所謂一定之法則。卽民事訴訟法是也。故曰民事訴訟法。乃規定民事訴訟行動之法律。民事訴訟法。雖係規定民事訴訟行動之法律。而代表國家之司法機關之組織。及其行動規則。除訴訟法外。尚有法院編制法之規定。

## 第九章 民事訴訟法之性質

第一 民事訴訟法者。助法也。英美法系。分法律爲主法助法二種。主法爲規定實體權利義務之法律。助法謂運動主法之程序法。由此區別言之。可見民事訴訟法。屬於助法之類。蓋民事訴訟法。乃規定適用私法之程序法也。

第二 民事訴訟法者。形式法也。法律有實體法與形式法之別。規定個人之權利者。曰實體法。以實行實體法爲宗旨而規定者。曰形式法。由此區別言之。可知民事訴訟法。又屬形式法之類。何則。因其爲實行私法而規定者也。

第三 民事訴訟法者。公法也。民事訴訟法。究爲公法。抑係私法。學者見解不同。德國學

者。僉謂爲公法。法國學者。僉謂爲私法。更有唱折衷說者。謂爲半公半私法。然就實際上論之。民事訴訟法。實公法而非私法。又非半公半私法也。蓋公法私法之區別。自羅馬法以來。議論不一。然據最普通之學說。大抵以規定人民相互間之關係者爲私法。規定國家相互間。或國家與人民間之關係者爲公法。民事訴訟法。乃規定代表國家之司法機關。與訴訟當事人間之關係。其屬於公法。可無疑義。或謂民事訴訟法。係適用私法之法律。其主法既係私法。適用主法之法律。當然屬於私法。或謂民事訴訟法之規定。屬於任意者居多。故有私法之性質。又或謂民事訴訟法。乃解決私法關係。應屬私法之類。不知此等學說。匪特視國家之審判權爲私權。且置代表國家之司法機關於不問。至於折衷說。亦屬不當。蓋公法中之規定。屬於私法者頗多。私法中之規定。屬於公法者亦不少。誠如折衷說所云。則法律將無由區別爲公私矣。

## 第十章 民事訴訟法之效力

### 第一 關於時之效力

法律關於時之效力。在新舊兩法過度時代。有研究之必要。大抵法律之效力。在實體法。以不溯既往爲原則。在形式法。則可溯諸既往。蓋新法實行。而舊法失效時。司法機關。自應依新法審判。然新法施行前提起之訴訟。其訴訟程序。在新法施行前者。仍依舊法辦理。惟將新法施行後之程序。依新法終結之而已。

### 第二 關於人之效力

凡受司法權之支配者。不論內國人。外國人。均受民事訴訟法之適用。然據國法學及國際法學之原則。主權者及有治外法權者。(外國之元首  
公使大使等)均不在司法權之下。故民事訴訟。於此等人不適用之。

### 第三 關於地之效力

民事訴訟法適用之區域。與司法權施行之區域同。而司法權施行之區域。乃本國版圖內。及在海洋之本國船舶。與內國人有治外法權之外國是也。故民事訴訟法之效力。不惟及於本國

版圖內。并及於在本國外之本國船舶。與內國人有治外法權之外國。

#### 第四 關於事物之效力

民事訴訟法。以適用於民事訴訟為原則。然法律有特別規定者。雖其他事件。亦可適用。例如關於附帶民訴之訴訟費用。訴訟參加。訴訟救助等。與行政訴訟之證人鑑定人及評事迴避。均依民事訴訟法之規定是也。

## 第十一章 民事訴訟法之主義

### 第一 本人訴訟主義與代理訴訟主義

由當事人自己或其法定代理人。為訴訟行為者。曰本人訴訟主義。當事人自己或其法定代理人。不為訴訟行為。而使有訴訟能力之人代為者。曰代理訴訟主義。此兩主義。利弊互見。得失惟均。由前之主義。則可得事實之真相。然因本人之學識或經驗不足。致錯誤訴訟行為。或因本人不能到場。而受不利益者。此其弊也失也。由後之主義。則可免訴訟行為之舛錯。

並遲誤。然因代理人不明案情。或本人增重負擔而受不利益者。此其弊也失也。今日各國法律。大抵並用此兩主義。如德與民事訴訟法。（法國民訴法亦設代訟人制度）關於合議制以上事件。用律師訴訟主義。初級法院事件。用本人訴訟主義。本法則採本人訴訟主義為原則。採代理訴訟主義為例外。且代理訴訟。尤不以律師訴訟主義為限。故不論審級如何。又不論本人有無事故。均得以有訴訟能力之人為訴訟代理人。而其人之是否為律師。並無限制。但非律師為訴訟代理人時。法院得以裁定禁止之。（六六條）

## 第二 兩造審理主義與一造審理主義

審問兩造而後裁判者。曰兩造審理主義。祇據一造之主張而裁判者。曰一造審理主義。凡民事訴訟。非審問兩造而後判斷。不足以成信讞而保私權。是以羅馬法上絕對採用對審制度。然一切事件。若必盡用兩造審理。則因一造之遲誤。而不能速結者有之。或本可簡單了結。而反致拖累者有之。故今日各國民訴法。於兩造審理主義外。更採一造審理主義焉。一造審理主義之適用有二。一為判決程序。一為裁定程序。各國均採缺席審判制度。惟

其救濟方法。則有用聲明窒礙者。如德日民訴法是。有用聲請回復原狀並得上訴者。如奧民訴法（奧民訴一四六條一四七條一五二條四七一條等）是。至裁定程序。大抵無關私權。或關私權。而程序貴乎簡易。前者如中止訴訟程序之裁定。後者如支付命令及假扣押假處分之裁定是也。此等裁定。無庸經過辯論。故採一造審理主義。頗為得當。但法院認為有經言詞辯論之必要者。仍宜用兩造審理主義。

### 第三 兩造對等主義及兩造不對等主義

當事人於訴訟上所有之權利義務同等者。曰兩造對等主義。其不同等者。曰兩造不對等主義。查今日立法例。不對等主義。係刑事訴訟所採用。民事訴訟。則採對等主義。或謂兩造對等主義。與兩造審理主義同。其實不然。蓋兩造對等主義。謂法院對當事人之待遇。及當事人對法院所處之地位相等。兩造審理主義。謂法院聽當事人陳述。求得事實之真相。故一則關於當事人之權利義務。一則關於裁判之本旨也。

### 第四 言詞審理主義與書狀審理主義

言詞審理主義。謂法院直接聽當事人陳述。并審問其他關係人。而以其所陳述者爲裁判資料也。書狀審理主義。謂當事人主張之事實並證據。必提出書狀。且法院依據書狀而審判者也。此兩主義絕對相反。而得失亦互相見。然權衡利弊。言詞審理主義（一）可明確當事人之意思。（二）易發見事實之真相。（三）可防避程序之複雜。故各國民訴法。若奧若德若日。均以言詞審理主義爲原則。本法採此主義於第二一二條。業有明文。然苟絕對採用。則於訴訟程序之進行。不無窒礙。且因當事人之誤述。致受不利益者有之。因法官之誤聽。或失於記憶。致裁判謬誤者亦有之。故書狀審理主義。又宜兼用焉。書狀審理主義。有用於裁定程序者。如支付命令之聲請是。（四七）有用於判決程序者。如訴狀答辯狀其他準備書狀。（一六）（以下二三五條二五五條二五六條三七七條四〇五條）及關於聲明或陳述之筆錄（一二）是。顧裁定程序之用書狀審理者。爲使訴訟程序簡易起見。故當事人。除提出書狀外。不必別以言詞陳述。判決程序之用書狀審理者。係爲準備言詞辯論起見。故無論書狀有無記載。法院仍應以辯論中所得資料。爲裁判之根據。但裁定程序。除有明文不審問當事人者（本條第四）外。法院仍得於裁定前。命關係人

以言詞陳述。(二二五條)判決程序。經法律明定為不經言詞辯論者。(四四〇條)仍得專據書狀而審理之。

#### 第五 直接審理主義與間接審理主義

法院本於自己蒐集之訴訟資料而裁判者。曰直接審理主義。本於他人蒐集之訴訟資料而裁判者。曰間接審理主義。或謂直接審理主義。即言詞審理主義之別名。間接審理主義。即書狀審理主義之代稱。謬也。蓋言詞審理主義。與書狀審理主義。以發現訴訟資料為標準。而直接審理主義。與間接審理主義。以調查訴訟資料與裁判。是否出諸一人為標準。例如受訴法院。自己調查證據。本於其調查之結果而裁判者。是為直接審理。若使受命推事。或受託推事。調查證據。本於該推事調查之結果而裁判。則為間接審理矣。(二九一條及二九三條三一)又如計算事件。財產分析事件。法院不嫌煩瑣。自行審判者。固為直接審理。若令受命推事。先行準備程序。而後裁判。則為間接審理矣。(二五五條至二六三條)考今日各國民事訴訟法。俱以直接審理主義為原則。間接審理主義為例外。本法亦然。

## 第六 法定順序主義與自由順序主義

就當事人之訴訟行爲。設一定順序者。曰法定順序主義。其不設順序者。曰自由順序主義。前之主義。隨書狀審理主義而發達。後之主義。與言詞審理主義相連繫。德國舊普通法。以書狀審理主義爲原則。故採前之主義。法國民訴法及德日現行民訴法。以言詞審理主義爲原則。故採後之主義。本法許當事人於言詞辯論終結前。隨時提出攻擊防禦方法者。(一八條)是亦採自由順序主義也。惟是兩主義各有利弊。由法定順序主義。可使訴訟之進行。有條不紊。然因當事人偶失時機。易致訴訟行爲。流於無效。由自由順序主義。可使訴訟之資料。完全集合。然因法院不加拘束。易致訴訟拖延或錯雜。本法既採自由順序主義。而復設各種規定。(一八九條後段一九六條一九八條三三四條至三三五條等)以救濟之。限制之。良有以也。

## 第七 自由心證主義與法定證據主義

關於調查證據。法院本自由之確信。以定取捨。毫不受法律之拘束者。曰自由心證主義。其不能自由取捨。而爲一定之證據所拘束者。曰法定證據主義。前主義易得事實之真相。然難

免法官之徇私偏斷。後主義可防推事之專橫。然易受當事人之欺弄。二者得失均。利弊等。故各國立法例。有採前者。即德奧日民訴法是。(德民訴法二八六條奧民訴法二七二條日民訴法二一七條)亦有採後者。即法國法系諸國是。(法民訴法二三四一條)然苟以法官之學識經驗并道德為前提。則自由心證主義。當較法定證據主義為妥。是以本法除少數例外規定。如言詞辯論程式之遵守。(二〇九條)合式之公文書。(三四四條)業經簽名或認證之私文書。(三四七條)外。純採自由心證主義也。(三一三條)自由心證主義。一名實體證據主義。法定證據主義。一名形式證據主義。

#### 第八 公開審理主義與秘密審理主義

訴訟之審理。許訴訟關係人以外之人傍聽者。曰公開審理主義。不許其傍聽者。曰秘密審理主義。比較二者。應以公開審理主義為妥。(1)可使裁判之信用不失。(2)可使法官之行為公正。(3)可使訴訟關係人。不敢為不實之供詞。(4)可使律師及代訟人。熱心代理事務。是以我國現行法例。採此主義焉。(法院編制法五五條)然如事件之性質。一經公開。即足以失威信。或害公序者。仍以禁止公開。而用秘密審理為妥。例如判斷之評議。及禁治產程序之不許公

行是也。但禁止公開。易使法官濫用職權。此秘密審理主義。法律所以更有限制之規定也。

（法院編制法八五條  
五九條七五條但書）

公開審理主義。與言詞審理主義相牽連。秘密審理主義。與書狀審理主義相類似。然書狀審理主義。就審理之方法而言。秘密審理主義。就不令外人知審理之狀態而言。不可混同也。

### 第九 干涉主義與不干涉主義

訴訟程序。不待當事人要求。而開始或進行者。曰干涉主義。必待當事人要求。而後開始或進行者。曰不干涉主義。前者以公益為主。又名職權主義。後者以私益為主。又名處分權主義。查今日各國立法例。刑事訴訟。大都採干涉主義。民事訴訟。則採不干涉主義。本法亦然。（一八六條）然如訴訟費用之裁判。（九一）假執行之宣示。（三八）及其他職權調查事項（二六條一七四條二七一條）（三三九條三八八條三項）或關公益。或宜速結。若必盡用不干涉主義。反足以害公安而滋訟累。此本法所以於不干涉主義外。又採干涉主義為例外規定。

不干涉主義之適用。約有三點。（一）起訴及其他聲請。以當事人意思為準。未經當事人起訴

或聲請。或雖已起訴或聲請。而欲休止程序者。法院即不得將程序開始或進行。(2)事實及證據之提出。悉聽當事人自便。當事人未提出者。雖係法院所知。亦不得採為訴訟資料。

(3)法院不得就當事人未聲明之事項為裁判。(三八)例如原告祇請求原本。法院不得判令被告支付利息是已。此外如請求之捨棄認諾及事實之自認。法院均不得以命令變更之。(二六七

條八)

更有與不干涉主義相似而非者。曰當事人專行主義。與干涉主義相似而非者。曰職權專行主義。前主義謂訴訟行為。憑當事人意思定之。後主義謂訴訟行為。依法院職權行之。此二者之區別。就訴訟開始或進行後之行為而言。不若干涉主義與不干涉主義之區別。就訴訟之開始與進行而言也。民事訴訟法上。為維持不干涉主義起見。故採當事人專行主義。例如中斷及休止之訴訟程序。因當事人承受或續行訴訟而後進行(一七三條一八)是也。為防避訴訟拖累起見。又採職權專行主義。例如送達(一二四條)指定期日(一八五條)中止訴訟程序(一七七條)辯論之分別

(一九六條)合併(一九七條)與再開(二〇一條)是也。

## 第十 數級審理主義與單級審理主義

同一訴訟事件。經數級法院審判者。曰數級審理主義。祇經一法院審判者。曰單級審理主義。考羅馬古代法律。專用單級審理主義。故其時無上訴之制度。亦無審級之區別。至共和時代。始以國民會或執政官爲上訴機關。至帝政時代。又以皇帝或元老院爲上訴機關。然審級之制度。仍未備也。夫國家設立法院。原爲保護人民之權利。縱令法官富有學識經驗。亦難保無偏頗之裁判。而受此偏頗之裁判者。設不與以平反之途。則權利保護之道仍未周。而民事訴訟之本旨不能達。是以今日文明各國。一洗羅馬舊制。不論民事刑事。均採數級審理主義。惟其所設審級之多寡。略有差異而已。如法國採三級三審制。其機關凡三。一大理院。審理全國終審事件。次高等法院。一切訴訟。以地方法院爲初審。經高等法院至大理院爲終審。此外尚有治安法院。商事法院。職工法院。三種。要皆爲特別司法衙門。不直隸於司法審級。故爲三級三審。如德採四級三審制。其機關有四。一曰大理院。審理全國終審事件。二曰高等法院。審理第二審第三審事件。三曰地方法院。審理第二審事件。及初審事件。四

曰初級法院。審理初審輕微事件。凡訴訟以初級法院爲初審者。經地方法院至高等法院爲終審。以地方法院爲初審者。經高等法院至大理院爲終審。審判機關之階級有四。而審判則祇經三級爲止。故爲四級三審。如意大利採五級三審制。其機關有五。一大理院。二高等法院。三地方法院。四初級法院。五治安法院。以治安法院爲初審者。經初級法院至地方法院爲終審。以初級法院爲初審者。經地方法院至高等法院爲終審。以地方法院爲初審者。經高等法院至大理院爲終審。審判機關之階級有五。而審判之階級惟三。故爲五級三審。又如奧國採用三級二審制。其高級曰大理院。次曰高等法院。又次曰初級法院。凡訴訟事件。不論以高等法院或初級法院爲初審者。皆可直至大理院上訴爲終審。審判機關之階級有三。而審判之階級僅二。故爲三級二審。至於英美審級制度。殊未完備。惟重大刑事。始有二審。而民事之受司法機關審判者。大抵只一級而已。日本之審級制度。取法德國。別無足述。若在我國。則自古已有上訴之方法。及審級之規定。或上書代罪。或叩關鳴冤。所謂上訴之方法非歟。前漢書刑法志云。「縣道官獄疑者。各讞所屬二千石官。二千石官。以其罪名當報之。」

所不能決者。皆移廷尉。廷尉亦當報之。廷尉所不能決。謹具爲奏。傅所當。比律令以聞。一所謂審級之規定非歟。自是而後。訴訟事件之上控者。每由縣而府而省。以至於中央。仿之德日之四級三審。頗亦相似。祇以制度不良。常有涉訟至數年不結者。至清季頒行法院編制法。審級制度。全仿德日。然迄今則又須改用三級三審制矣。

## 第十二章 訴及訴權

### 第一 訴

關於訴之說明。讓諸本法第二編。茲但就（一）訴之意義。（二）訴之要件。（三）訴之種類。（四）訴之合併四者。簡單說明於左。

（一）訴之意義 訴有廣狹二義。以狹義言。訴乃當事人求法院開始判決程序。以保護私權之行爲。以廣義言。訴乃當事人求法院開始判決程序。或督促程序。及保全程序。以保護私權之行爲。但通常所謂訴者。概指狹義而言。

(二)訴之要件 要件有二。一形式上要件。一實體上要件。前者即訴訟成立所必要之事項。故又名訴訟成立要件。或略言訴訟要件。後者即私權保護請求權(即訴權)發生所必要之事項。故又名權利保護要件。

(甲)訴之形式上要件。

1 關於法院之要件。此即法院須有權限並管轄權(以下)之謂也。但許為合意管轄者。不在此限。(二三)條

2 關於當事人之要件。此即須有當事人能力。訴訟能力。或有法定代理權。訴訟代理權之謂也。如欠缺此項能力或代理權。則其訴訟行為不生效力。但於訴訟中經承認(四二條四五)條四六條)或因此程序中斷者。(一六八條)不在此限。又特種訴訟。更以當事人之合格為要件。例如承當訴訟之人(六一)條)及人事訴訟之當事人(五三六條五五〇條五五四條五七二條五八〇條)是也。

3 關於程式之要件。此即起訴須合程式。及備其他要件之謂也。(二四)條)起訴程式

。有言詞起訴。與書狀起訴二種。(但四八五條之起訴不在內)以書狀起訴者。應提出訴狀。並表

明一定事項。(二三) (五條)以言詞起訴者。雖不必提出訴狀。亦須合法。(三九四條三九) (五條三九九條)至

其他要件。如貼用司法印紙。及訴之變更追加。(二四) (五條)或反訴之要件(二四) (九條)是也。

4 關於訴訟事件之要件。當事人不得就訴訟拘束中之事件。更行起訴。(二四) (五條)故

同一訴訟。必別無訴訟拘束者。方為合法。

右述形式上要件。若法院在言詞辯論期日指定前。發見原告之訴。欠缺此等要件之一者。除應定期間命其補正者外。應不定期日以裁定駁回之。(二四) (〇條)此外尚有特種要件

。如原告於裁定所定供擔保之期間內。不供擔保者。即視為已經撤回其訴。(一〇) (四條)至

特別訴訟程序。除應具備上述普通形式要件外。尚須具備特別訴訟要件。參照本法第

五編規定可也。

(乙) 訴之實體上要件。訴之實體上要件。本法並無包括之規定。故除據本法說明外

。尚須參酌其他現行例及學理。而列述於左。

(1) 訴訟標的。未經確定判決者。蓋業經確定判決者。當事人不得就該事件更行起訴或主張也。(三八八條)

(2) 訴訟標的。未經兩造和解者。蓋訴訟事件業已和解成立者。當事人不得就該事件更行起訴也。(二三七條)

(3) 訴訟標的。可受法律之保護者。例如債權未罹時效。或債務已屆履行期間。或原告所爭執者。並非自然債務是也。

(4) 原告有告爭權者。凡於訟爭事項無利害關係者。不能有告爭權。

右四者中。前二者若法院於指定辯論期日前。認原告之訴有欠缺者。應不定期日以裁定駁回之。(二四〇條之七) 至欠缺後二要件時。雖本法無明文規定。亦應依此辦理。若在給付之訴與確認之訴。除右三要件外。尚各有一要件。即預行提起給付之訴者。須有被告到期不履行之虞。(二七三條) 提起確認之訴者。須原告即受確認判決之利益是也。(二

八條) 至於再審及特別訴訟更有特別要件。亦參照各條文可也。(四六一條四七三條四八八條四九八條五〇八條五二五條

(三) 訴之種類。種類有三。曰給付之訴。(一名履行之訴)曰確認之訴。(一名確定之訴)曰創設之訴。

(一名權利變更之訴)

(甲) 給付之訴。給付之訴。謂求法院以判決確定私權。並命被告履行義務之訴也。凡私權業受危害。或現受危害者。固可提起給付之訴。而將來有受危害之虞者。則非具有前述之要件。不得提起之。(參照二三七條)

(乙) 確認之訴。確認之訴。謂求法院以判決確認法律關係成立或不成立。或確認文書之真偽之訴也。此項訴訟。既應具前述之要件。亦得與給付之訴。合併提起。(二三八條二二三條六)蓋一則恐程序歸於無用。一則為原告減少煩累耳。

(丙) 創設之訴。創設之訴。謂求法院以判決宣示權利發生消滅或變更之訴也。例如分拆共有物之訴。離婚之訴。收養關係之訴等是。

更比較三者。可得異點二。(一) 給付之訴。判決後可以執行。確認之訴與創設之訴。判

決定後。即生效力。但不能實施執行行為。(二)確認之訴。不論理由如何。常可得確認判決。而給付之訴與創設之訴。限於有理由時。可得給付判決與創設判決。若被駁回。則均為確認判決矣。

(四)訴之合併。訴之合併。謂依同一訴訟程序。合併多數之訴也。有主觀合併。有客觀合併。主觀合併。即多數當事人合併之謂。本法所規定之共同訴訟。(五〇條)及追加當事人(二四六條之四)是也。客觀合併。即訴訟標的合併之謂。訴訟標的之合併。(甲)有由原告對同一被告。提起數宗訴訟而合併者。(二三九條)(乙)有由法院合併數宗訴訟之辯論與裁判而合併者。(一九七條)(丙)有由被告提起反訴而合併者。(二四九條)(丁)有由原告追加新訴而合併者。(二四五條二四六條之五及二四七條)主觀合併及客觀合併中之(乙)。俟後說明。至(甲)(丙)(丁)三種。在本法第二編範圍內。茲姑不述。總之訴之合併。無論主觀合併與客觀合併。均可節省訴訟程序。并免裁判抵觸。此今日各國民訴法。所以均設規定也。

訴者。不外訴權之行使也。故欲起訴。必先有訴權。訴權乃私人求國家保護權利之公權。彼謂爲私權或半公半私之權利者。謬也。

考羅馬法。規定訴權之種類頗多。嗣法蘭西訴訟法出。分訴權爲對人訴權。對物訴權。混合訴權三種。對人訴權。卽債權之效力。對物訴權。卽物權之效力。至混合訴權。則以物權債權並存爲原因。而請求某事物之謂。例如土地所有人。與他人相約。於土地上。設定一種物權後。因土地所有人違約。而提起契約履行之訴是也。茲就本法及其他現行例。述訴之分類。

(一)人事訴權。非人事訴權。(1)前者關於婚姻親子禁治產等人事。後者關係財產權上之請求。(2)前者以專屬管轄爲原則。後者以專屬管轄爲例外。

(二)對物訴權。對人訴權。前者分本權訴權。與占有訴權。後者常基於本權而來。無占有訴權存在。前者分不動產訴權。與動產訴權。不動產訴權。有專屬管轄規定。動產訴權。大抵屬於法定管轄或合意管轄。後者則無此區別。

(三)普通訴權。特別訴權。訴權依普通訴訟程序而行使者。曰普通訴權。依特別訴訟程序而行使者。曰特別訴權。普通訴權之行使。應具備普通訴訟要件。特別訴權之行使。應具備訴訟之普通要件。並特別要件。

(四)本訴權。擴張訴權。反訴權。原告獨立起訴之權利。曰本訴權。原告擴張聲明之權利。曰擴張訴權。被告提起反訴之權利。曰反訴權。此三種訴權之區別。以有無他項訴訟繫屬於法院爲準。本訴權之行使。不附屬於他項訴訟。而擴張訴權及反訴權之行使。則以他項訴訟存在爲前提。此觀諸原告擴張應受判決事項之聲明。及追加其他新訴。(

二四五條二四  
六條之二與五)與被告得向本訴繫屬之法院提起反訴(二四九條)等規定。即可瞭如指掌矣。

要之訴權。就訴訟標的之內容而論。不外乎給付訴權。確認訴權。創設訴權三種。

## 第十三章 訴訟行爲

訴訟行爲者。訴訟關係人與法院。就訴訟程序之開始進行或完結所爲之行爲也。有一方行爲

與雙方行爲。證據之聲明。攻擊防禦方法之提出。一方行爲也。管轄之合意。訴訟程序休止之合意。雙方行爲也。更有審判上行爲與審判外行爲。訴之提起。言詞辯論之開始。審判上行爲也。訴訟代理權之授與。管轄合意之契約。審判外行爲也。此外尚有積極行爲分消極行爲之別。要之訴訟行爲。不外三種。曰當事人之訴訟行爲。曰法院之訴訟行爲。曰第三人之訴訟行爲。

訴訟行爲。與法律行爲不同。法律行爲。發生私法上之效果。訴訟行爲。發生訴訟法上之效果。故私法上法律行爲。於訴訟法不生效力。

#### 第一 當事人之訴訟行爲

(一) 訴訟之追行。當事人促進訴訟程序之行爲。曰訴訟之追行。例如聲請法院預定調查證據之期間。及命他造或第三人之提出書證是也。

(二) 訴訟資料之供給。當事人使法院獲得訴訟資料之行爲。曰訴訟資料之供給。惟此項資料。係指可爲裁判之基本者而言。析而論之。大約如左。

1 聲明。聲明謂當事人對法院表示一定之意思。間亦有稱爲聲請者。例如聲明人證。則曰聲明。(二八條)聲請鑑定。(三一條)聲請假扣押假處分。(四八八條)則曰聲請是已。惟茲所謂聲明者。係指聲明應受裁判之事項而言。(一八條)聲明應受裁判之事項。謂當事人就訴訟上。或本案上。表示願受如何裁判。並該裁判有如何內容之意。凡法院之裁判。除得以職權行之者外。(如關於費用及假執行之裁判)不問實體上事項。或訴訟上事項。皆應以當事人聲明範圍爲準。(三八條)

2 事實。事實指可爲裁判根據之事項而言。此等事實。除關於訴訟要件。應由法院職權調查。(二六條二七一條)及於法院顯著。或爲其職務上所已知。(二六條)或經法律上或事實上所推定(二六九條)者外。法院如欲採爲訴訟上之資料。不問當事人有無爭執。悉應以其所主張或陳述者爲準。

3 舉證。當事人於事實上有爭執者。應提出證據方法證明之。(二六五條)而法院之探證。亦以其所提出者爲準。但證據屬於職權調查(七七條三)及人事訴訟(五四一條)。

者。不在此限。

4 法律。法律之規定及其解釋。應為法官所熟知。無容當事人陳述意見。然如習慣法自治法及外國之現行法。法官不能一一知悉。應由當事人舉證。但不問舉證與否。法院仍得以職權調查之。(二七一條)

(三) 攻擊及防禦。原告求有利益裁判之行爲。曰攻擊。被告防有不利利益裁判之行爲。曰防禦。訴之提起。聲明之擴張。(二三五條)原告之攻擊行爲也。抗辯及再抗辯之提出。被告之防禦行爲也。但提出反訴時。則被告立於攻擊之地位。而原告立於防禦之地位矣。又從參加人之行爲。如不抵觸其所輔助之當事人行爲。且不礙訴訟進行之程度者。亦得盡其攻擊防禦之能事。(五八條)攻擊方法。與防禦方法。有廣狹二義。原告欲維持自己之聲明。所提出之一切事項。曰廣義之攻擊方法。被告欲排斥原告之聲明。所提出一切事項。曰廣義之防禦方法。自廣義之攻擊方法或防禦方法中。除去證據及證據抗辯者。曰狹義之攻擊方法或防禦方法。(六〇條)攻擊防禦方法。以狹義言。尙

有獨立之攻擊防禦方法。凡提出一事項。足以原告之聲明爲正常者。曰獨立之攻擊方法。凡提出一事項。足以原告之聲明爲不當者。曰獨立之防禦方法。例如離婚之訴。以重婚并受不堪同居之虐待爲原因者。其重婚與虐待。各爲獨立之攻擊方法。又如債務履行之訴。被告提出抵銷并更改之抗辯者。其抵銷與更改。各爲獨立之防禦方法。總之獨立之攻擊防禦方法。無須他項事實存在。可以獨立發生法律上之效力也。

〔四〕 攻擊防禦之捨棄 分類凡四。曰關於訴訟標的之捨棄與認諾。曰自認。曰和解。曰訴之撤回。茲分別說明於左。

1 關於訴訟標的之捨棄或認諾。 關於訴訟標的之捨棄。謂原告或反訴原告。於言詞辯論。向法院表示不行使實體上權利全部或一部之意思也。關於訴訟標的之認諾。謂被告或反诉被告。於言詞辯論。向法院承認原告或反訴原告所主張之權利全部或一部爲有理由之意思表示也。二者均對法院爲之。而相對人之有無在場。有無同意。俱非所問。

捨棄及認諾。須各具備要件。方可生訴訟上之效力。此層俟第二編說明。

2 自認。自認者。謂當事人一造主張之事實。於他造不利。而他造於準備書狀。或言詞辯論。或在受命推事受託推事前。承認該事實為真實也。(二六七條)此項自認。謂之明示自認。尚有當事人未明示自認之意思。而法律上視之。與自認同者。曰推定自認。即本法第二六八條規定是也。

自認亦毋須相對人之在場或同意。惟具備自認之要件。即可發生訴訟上之效力。此層亦俟本法第二編說明。

考日本舊民法。及日本刑訴法。曾以自認為證據之一種。然學說上。則有證據說。與非證據說二派。證據說。係法法系學者所唱。謂證據乃認定事實之資料。自認亦然。故與證據無異。非證據說。為德法系學者所唱。謂證據須經法院判斷。自認則法院受其拘束。故與證據不同。要之從自由心證主義而論。當以非證據說為然。

自認與認諾。驟視相似。實則不同。(一)認諾乃承認相對人主張之權利。自認則承認

相對人主張之事實。(二)認諾可終結訴訟。(參照三七六條)自認則不然。(三)自認有經法律推定者。認諾則無之。

3 和解。和解云者。當事人就訴訟標的。或訴訟上爭點。因法院介紹。互相讓步。而停止爭執之行爲也。(三七〇條)此種和解。謂之審判上和解。較之民法上和解。有兩種絕大效力。(一)當事人不得就既經和解成立之法律關係。更行起訴。(三七二條)但得爲再審之原因。(四六一條)(二)記明和解之筆錄。可爲債務名義。

欲審判上和解之成立。應具備和解之要件。此層亦俟本法第二編說明。

4 訴之撤回。訴之撤回。謂原告表示不求法院判決之意思也。不論撤回訴訟之一部或全部。必須具備下列要件。即具備(一)爲審判上之撤回。(二)須在判決確定前。(三)如在被告已爲本案之言詞辯論後。須得其同意。(二二五條)(四)原告或其訴訟代理人。須有訴訟能力。或特別權限(六八條)各項要件者。方有撤回之效力。撤回之效力有二。即(一)視與未起訴同。但反訴不因本訴之撤回而失效力。(二五三條)(二)原告應負擔費用

(八五)是也。

以上四種。均有審判上與審判外之別。茲所論者。專就審判上行爲而言。且前三者。均應記入言詞辯論筆錄。令其明確。(二〇三條)至(四)則應否記明於言詞辯論筆錄。未能一定也。(二五二)條後段

(五) 遲誤及故意過失。於一定時期內。所應爲之訴訟行爲而不爲者。謂之遲誤。遲誤有在法院方面者。有在當事人方面者。法院方面之遲誤。其制裁方法。或由司法監督官加以儆告。或依司法官懲戒法加以懲戒。然於訴訟法上毫不發生效果。茲所說明者。惟當事人方面之遲誤而已。例如受合法之傳喚。而不到場。及不於法定期間內。聲明上訴是也。

故意與過失。亦有在法院方面者。有在當事人方面者。在法院方面。亦依其他法令。加以儆告或懲戒。不生訴訟法上之效果。惟法院書記官執達員。有故意或過失時。不免受負擔費用之裁定(八九)而已。至當事人之故意與過失。訴訟法上。必加以制裁。例如令

其負擔費用。(八四)或駁回其攻擊防禦方法。(一八)或認他造關於文書性質及內容之主張爲正當(三五)是也。

## 第二 法院之訴訟行爲

法院之訴訟行爲。有受訴法院行爲。有受命推事受託推事行爲。有書記官執達員行爲。要之此等行爲。均爲保護私權所必要。今將主要者列左。

(一) 訴訟之追行。此卽法院促進訴訟程序之行爲。例如言詞辯論期日之指定。當事人之傳喚。發問權之行使是也。

(二) 訴訟資料之蒐集。訴訟資料。非當事人所供給者。不得爲裁判之根據。故法院蒐集訴訟資料。除得依職權採用。及事實已顯著。或爲職務上所已知。或經當事人自認者外。仍應適用不干涉主義之原則行之。

(三) 訴訟之指揮。指揮訴訟。乃法院整理訴訟程序所必要之行爲。例如開閉法庭。及命辯論分別或合併之裁定是也。(一五六條)(一六七條)

(四) 認證。由推事書記官或執達員作成公文書。承認而證明之行爲。謂之認證。例如作判決原本而簽名。或附記事由者。(八二條)推事之認證行爲也。作判決正本或節本而簽名並蓋印者。(二二條)書記官之認證行爲也。作送達證書而簽名或記明事由者。(二四條)送達人之認證行爲也。

(五) 送達。送達。謂送達機關。以書狀通知某事項於訴訟關係人之行爲也。有執達員送達。有付郵送達。有囑託送達。有公示送達。俟後詳細說明。茲不贅。

(六) 裁判。法院或推事。適用法律於事實。向訴訟關係人宣示其結果者。曰裁判。裁判之形式。分判決裁定二類。判決者。法院或於言詞辯論。或依書狀審理。循定式作成文書之宣言也。裁定者。法院或推事。於書狀審理。或言詞辯論。不作文書。或作無定式文書之宣言也。考德日民訴法。判決必經言詞辯論。本法則規定於第三審之判決。依書狀審理之。(四四條)

### 第三 第三人之訴訟行爲

#### 緒論 第十三章 訴訟行爲

訴訟行爲。非僅由當事人與法院之行爲而成。尙有第三人之行爲。介在其間。第三人之行爲。有爲保全自己利益起見者。有因當事人或法院要求而來者。

(一) 爲保全自己利益。參與他人訴訟。爲訴訟行爲者。此卽第五五條以下所規定之參加之是也。但參加人承當訴訟時。則有當事人之資格矣。

(二) 非爲保全自己利益。單因當事人或法院之要求。就他人訴訟。爲訴訟行爲者。此更可大別爲二。一則法律上有行爲義務。所謂證人鑑定人是也(二八九條三一五條)。一則法律上無行爲義務。而參與他人訴訟。如訴訟代理人。輔佐人是也。

# 第一編 總則

## 第一章 法院

### 第一節 司法權 民事審判權

司法權有廣狹二義。狹義之司法權。指民事刑事之審判權而言。廣義之司法權。指審判權及司法行政權而言。審判權者。以國家權力適用法律之權也。司法行政權者。就審判權之實行。得爲必要或便宜行爲之權也（例如任命推事補缺。必要之行爲也。事務之分配。執務時間之指定等。便宜之行爲也。）審判權行使之機關。唯法院。司法行政權行使之機關。則有司法院。司法行政部。最高法院院長。各法院院長。及最高法院檢察長。各法院首席檢察官。

（法院編制法一五  
七條以下參照）

司法權乃統治權之一部。故司法權之主體。即統治權之主體。所謂國家是也。然國家雖係司法權之主體。要非實行司法權之機關。實行司法權（狹義之司法權）之機關。法院而已。願法院實行司法權。一以法律為準。並非服從國家之命令。亦不受他項之干涉。此之謂審判權之獨立。

狹義之司法權。又可分為刑事審判權。與民事審判權。刑事審判權。姑置不論。民事審判權。謂法院辯理民事訴訟所有之權限也。舉其種類。約如左端。

（一）命令權。命令權者。法院就民事訴訟發命令之權力也。更可分裁判權與指揮權。適用法律。以解決事實之權力。曰裁判權。就事件得為準備或補助行為之權。曰指揮權。例如開閉法庭。及審問訴訟之指揮是也。

（二）懲罰權。（或名取締權。）懲罰權云者。為維持法庭秩序。或制裁違背義務者所行使之權力也。為維持法庭秩序起見。如法院編制法五七條以下情形是。為制裁違背義務者起見。如對於證人鑑定人科罰鍰是。（二九〇條）  
（三一一條）

(三)認證權。記載訴訟上事項於書狀。能使其有公正信憑力者。曰認證權。例如裁判正本。言詞辯論筆錄等。得有公文書之證據力者。均由認證權而來也。

## 第二節 法院之編制

司法機關。有普通法院。與特別法院之別。此二者之編制。以法律定之。普通法院之編制。規定於法院編制法。凡民事刑事。歸其審判。至民刑以外之事件。限於法律有特別規定者。得為審判而已。特別法院之編制。規定於特別法。此種法院。各國編制不同。

普通法院之編制。有內部編制與外部編制之別。內部編制。指法院內部之組織而言。外部編制。指法院之職務範圍而言。其詳細情形。俟本章第三節及第四節說明。茲但就內部編制。與外部編制之大概述之。

第一 法院之內部編制。法院可分狹義廣義而言。以狹義言。則法院為由推事組織之機關。以廣義言。則法院係由推事書記官與執達員組織之機關。法院編制法取廣義。本法則取

狹義也。

普通法院之編制。分爲獨任制。合議制，折衷制。以推事一員組織者。曰獨任制之法院。地方法院之簡易庭是也。以推事三員或五員組織者。曰合議制之法院。高等法院及最高法院是也。第一審案件。以推事一員組織。第二審案件。及第一審繁雜案件。以推事三員組織者。曰折衷制。地方法院是也。

法院辦理審判事務者。曰受訴法院。或判決法院。辦理執行事務者。曰執行法院。凡法院皆可爲受訴法院。而爲執行法院者。就民事言。原則上由第一審受訴法院充之。至最高法院。則祇爲受訴法院。無爲執行法院者。

第二 法院之外部編制。一國內之訴訟事件。若僅由一法院辦理。匪特職務上有種種困難。且於訴訟當事人。亦大不便。故今日各國。無不設立多數法院。以分配事務。其事務分配之方法有二。一以訴訟事件之數量爲標準。一以訴訟事件之性質爲標準。以訴訟事件之數量爲標準。而定事務之分配。於是設立多數同級法院。同級法院審理之事件。以審判管

轄定之。又以訴訟事件之性質爲標準。而定事務之分配。於是更設審級制度。審級制度。各國規定不同。我國向取法於德日。爲四級三審制。現在中央執行委員會政治會議議決法院組織之原則。改爲三級三審制。凡訴訟事件。必起訴於第一審法院。不服其裁判。則上訴於第二審法院。更不服其裁判。則上訴於第三審法院而止。但第二審法院。審理事實及法律。而第三審法院。則爲法律上之審理。故曰終審。又曰法律審。尤有一言。審級制度之設立。祇爲維持裁判公平。及法律統一起見。其間法院雖分上下級。而上級法院。不能干涉下級法院之審判事務。非如下級行政公署之應遵上級行政公署命令也。但法律別有規定者。不在此限。(參照四四五條)

## 第三節 法院之職員

### 第一款 職員

#### 第一編總則 第一章 法院

古昔之時。法院職員。惟審判官書記官二者而已。自法蘭西創設檢察官執達員之制度以來。各國均奉爲表率。於是法院職員。遂有檢察官、推事、書記官、執達員之分。大抵職務重要且困難者。歸推事司之。其簡易且有機械之性質者。命書記官執達員行之。至檢察官非民事法院編制之人員。以前特定訴訟。令檢察官蒞場。或形式上使檢察官代爲訴訟當事人。依本法規定。則民事案件。無檢察官參與者。今將推事書記官執達員分述於左。

第一項 推事

推事在法院所行使之職務。不外（一）裁判。（二）試行和解。（三）辦理登記及其他非訟事件。（四）（法院編制法三條）願同一推事。其名稱既異。至其職務亦不同。試分述於左。

（一）審判長。審判長惟設於合議制之法院。所以代表合議體。一面又爲編制合議體之一員。例如言詞辯論之指揮。調查證據之囑託。及其他法庭內之指揮監督。皆審判長爲合議體之代表。而參與裁判之評議。則爲合議體之一員也。（一九一條至一九三條二七五條二八〇條及法院編制法五六條至六四條）然審判長依法律規定。更有獨立之職務。若選任特別代理人。（四九條）若指定辯論期日。（一九條）若

指定受命推事。(二五)皆法律特定為審判長之固有職務。非代表合議體。亦非為合議體之一員也。

(二)陪席推事。陪席推事。合議體之一員也。凡訴訟之審理。裁判之評議。均得參與。且對於審判長。有獨立職務。如為主任推事之陪席推事。得作判決原本。如為受命推事之陪席推事。得行準備程序。或調查證據。然對於當事人之發問。或曉諭。應告明審判長。(一九二)因陪席推事。非如審判長之有指揮權也。

(三)受命推事。受命推事。亦合議體之一員。且為合議體之代表。其人應否選任。由合議體議決。而指定何人為受命推事。則為審判長之職權。審判長可指定參與審理之陪席推事為之。亦可指定其他推事為之。總之自庭員中指定一人而已。至受命推事之職務。凡分四種。(1)試行和解。(三七)(2)施行準備程序。(三五)(3)調查證據。(二六七)以下(4)訊問人事訴訟當事人本人(五四)

(四)受託推事。受託推事。即一法院之推事。受他法院囑託。而行職務者也。此項推事職

務之範圍。除準備程序外。與受命推事之職務同。

(五)獨任推事。獨任推事。即地方法院簡易庭。及地方法院適用通常程序第一審案件之推事也。其由獨任推事行使審判權者。無所謂審判長。亦無所謂受命推事。及陪席推事。惟得用受託推事。且得行使審判長職權。(法院編制法八條)而已。

### 第二項 書記官與執達員

書記官與執達員。以廣義之法院論。亦係編制法院之人員。且有獨立職務。

第一書記官。書記官可分司法行政上與訴訟上而言。在司法行政上。如地方高等兩院。及最高法院。除置書記官掌錄供編案會計文牘。及其他一切庶務外。並置書記官長。以監督其餘各員之事務。(法院編制法一二八條至一三一條)茲說明者。係就訴訟上而言。訴訟上之書記官。無所謂書記官長。其掌管職務。為(1)作成傳票。(一五八條)(2)調查費用計算書。(九四條)(3)作言詞辯論筆錄。及他項筆錄。(二〇三條至二〇四條)(4)送達訴訟文件。(一二四條以下)(5)記明收領判決原本期日。(二一九條)(6)作裁判正本或節本。(二二一條)(7)付與不變期內未經提起上訴之證明書

○(三九)凡此者。雖有時須得法院或法官之命。(參照九四條及法院編制法一三七條)然一般情形。則係書記官於訴訟上所有之獨立職務也。

第二 執達員。執達員果爲官吏。抑係公吏。學說既異。各國法制亦不同。法蘭西以執達員與公證人同爲公吏。日本則以執達員爲官吏。我國法院編制法。規定執達員由司法部或高等法院長派充。似亦採官吏主義。至執達員之職務。則在(1)發送文書。(2)執行判決及沒收之物件。(3)向當事人通知催傳。其所屬法院。限於地方法院。(法院編制法一四四條)其地位則較書記官爲低。

## 第二款 職員之迴避

訴訟之審理。貴乎公平。若有徇私偏斷情弊。或令當事人疑有此項情弊者。必不足以保審判之威信。而符私權保護之宗旨。此法律所以設職員迴避之規定也。

第一項 由推事自行迴避者

第一編總則 第一章 法院

迴避云者。法院職員。據法律規定。當然無辦理訴訟事件之能力也。依本法凡推事有左列各款情形之一者。應自行迴避。不得執行職務。(三二)條)

第一 推事或其配偶為該事件當事人者。推事或其配偶為當事人。包含為參加人而言。

第二 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。何謂七親等內之血親。或五親等內之姻親。應從民法之規定。

第三 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。共同權利人。如連帶債權人。土地共有人是。共同義務人。如連帶債務人是。償還義務人。如就物件返還之訴。為物件之讓與人。或如就公司與公司之訴訟。為原告公司。或被告公司之無限責任股東是。

第四 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。何謂法定代理人。以民法之規定為準。

第五 推事於該事件為訴訟代理人。或輔佐人。或曾為以上各項人者。推事為訴訟代理人。

大抵見諸任命律師爲推事時。輔佐人。亦多選任或委任律師爲之。所謂該事件。指同一事件。且不分審級而言。

第六 推事於該訴訟事件。曾爲證人鑑定人者。推事曾爲證人鑑定人者。雖可熟知事實真相。然不免以得諸職務外之事實。爲審判之資料。此則大背不干涉主義。故應迴避。惟法文祇曰曾爲證人鑑定人。其現在被傳喚或指名爲證人鑑定人者。是否亦在迴避之列。不無可議。至該事件之意義。與前款同。

第七 推事曾參與該事件之前審裁判或公斷者。前審指同一事件之下級審而言。其自上級審發回更審事件。不在內。故推事既參與下級審裁判者。嗣後不得復在上級審。審理該事件。而上級審發回更審時。則從前參與下級審裁判之推事。仍得參與。且應迴避者。以參與前審裁判者爲限。在前審參與言詞辯論。調查證據。準備程序。及其他程序者。無庸迴避。至推事於公斷程序。曾爲公斷人。參與判斷者。則於撤銷公斷人判斷之訴。提起以後之訴訟程序。亦應自行迴避。以免抱定成見也。

推事有右列情形之一者。不俟當事人聲請。亦不俟法院裁判。當然就該事件。應自迴避。否則其程序爲廢棄之原因。(四三六條之二四六一條之二)如法院知推事有應行迴避之原因者。亦應依職權裁定之。(三九條)

第二項 由當事人聲請迴避者

查前清民訴律草案。當事人聲請推事迴避。謂之拒却。本法於此。不予採用。而獨於聲請鑑定人之迴避。仍用拒却二字。(三一八條)實無何種理由。茲將聲請推事迴避之原因、時期、程式。管轄法院、裁判、及效果。分別說明之。

(甲)原因。 遇有左列各款情形。當事人得聲請推事迴避。(三三條)

(一)推事有前七種迴避原因。而仍執行職務者。 推事有迴避原因者。當然應自迴避。然因推事自己。或法院。不知或忘却此項原因。或別具見解。信爲無此原因。而仍干預訴訟者有之。自應許當事人聲請迴避。以維威信。

(二)推事雖無前七種迴避原因。而依其他情形。足認執行職務。有偏頗之虞者。如何情

形。虞有偏頗。純係事實問題。總之足令當事人。疑其有不公平之裁判者近是。例如推事與當事人。有友誼或嫌隙是已。

(乙)時期。推事有前七種迴避原因。而仍執行職務者。不問訴訟程度如何。得隨時聲請迴避。依其他情形。足認其執行職務。有偏頗之虞者。當事人就該事件。已為聲明。或向相對人之聲明。已為陳述後。不得聲請迴避。但聲請迴避之原因。發生於聲明或陳述之後。(例如推事在審理該案後。始與當事人一造有親友關係。)或先不知有此原因者。仍許當事人於聲明或陳述後。聲請推事迴避。(三四條)

(丙)程式。聲請推事迴避。應舉其原因。向推事所屬法院為之。(三五條一項)其必向推事所屬法院聲請者。一則可使該推事。先自引避。無煩管轄法院裁判。二則可使該推事之意見書。有所參考。故裁判雖有時屬於其他法院。(參照三六條)而聲請必向推事所屬法院為之。至聲請迴避之原因。當事人應為釋明。其在就該事件已為聲明。或向相對人之聲明已為陳述後。聲請迴避者。並應釋明迴避原因。至日後始發生。或先不知有此原因之事實

。其被聲請迴避之推事。對於聲請。得提出意見書。(三五)條

(丁)管轄法院。關於聲請迴避之裁定。由推事所屬法院行之。但被聲請迴避之推事。不

得參與該裁定。(三六)條此為保公平而杜流弊也。惟既不許該推事參與。則應有代理推事

。以符合議之制。苟一時竟無代理人。致不能為裁定者。應由直接上級法院裁定之。

右述被聲請迴避之推事。如以聲請為正當者。毋庸裁定。

(戊)裁判。管轄法院。就迴避之聲請為裁判時。以裁定行之。此項裁定。不經言詞辯論

。蓋推事祇應提出意見書。非有辯論之義務也。管轄法院之裁定。以聲請為正當者。不

得聲明不服。其駁回聲請者。得於裁定送達後。即時抗告。(三七)條所以不許聲明不服者

。因聲請人已如願以償。其相對人。亦無利害關係也。所以許即時抗告者。為保護聲請

人之利益。並防訴訟之遲延也。

(己)效果。推事被聲請迴避者。在該聲請事件終結前。不得為一切行為。但應急速處分

者。不在此限。(三八)條法律所以設此規定。緣推事有迴避原因。或其執行職務。有偏頗

之虞。致被當事人聲請迴避者。自應停止其一切行爲。以保審判之威信。然絕對停止。反令當事人。得藉此以礙訴訟之進行。或開取巧之門徑。故行爲之應急速處分者。仍得於聲請事件終結前爲之。例如訊問垂死之證人是也。倘推事於聲請事件終結前。爲非應急速處分之行爲。則當事人得與終局判決。一併聲明上訴。(四〇二條)但急速處分行爲。須係中間行爲。非終結訴訟之行爲。又所謂聲請事件終結前。即關於聲請之裁定確定前之謂也。

迴避之聲請。經管轄法院裁定。認爲正當。而該推事仍參與裁判。其裁判非必當然無效。惟得藉上訴或再審之訴。求廢棄之。(四三六條之二四六一條之二)

前述七種迴避原因。及當事人聲請迴避。與法院依職權爲迴避之裁定。準用於法院書記官及通譯。但其裁定。由書記官或通譯所屬法院行之。(四〇三條)所謂通譯。係指首都或商埠地方法院以上法院。所特置之繙譯官而言。(法院編制法一四二條)蓋由繙譯官以外之人。充通譯者。得依鑑定人之規定拒却之。無庸準用推事迴避之規定(一九九條三二八條以下)也。至關於執達員之迴避。則另

訂有章程。於推事迴避規定。亦不準用。

## 第四節 法院之管轄

法院之管轄。謂一法院審理特定地域內事件之範圍也。此項範圍。以法律定之。是曰法定管轄。然法定管轄之法院。不能行審判權。或管轄之標準。未能明確者。應指定管轄法院。是曰指定管轄。且管轄之規定。有關於私益者。有關於公益者。前者許當事人合意變更。是曰合意管轄。後者非法律許其管轄之法院。無審判權。并不許當事人合意變更。是曰專屬管轄。

法院之管轄。與法院之權限不同。管轄就普通法院相互間之職務範圍而言。權限就普通法院。與特別法院。及民事與刑事之分界而言。(參照法院編制法二條)又管轄與法律上輔助不同。管轄係分配各法院事務之標準。法律上輔助。乃各法院。或各職員。於辦理訴訟事宜。互相輔助之意義。

(法院編制法一五四條至一五六條)

## 第一款 法定管轄

依民事訴訟條例。所謂法定管轄。包含事物管轄與土地管轄兩種。凡以事件之性質為標準者。曰事物管轄。(一名分職制)以地域為標準者。曰土地管轄。(一名分地制)本法以事物管轄內之關於訴訟標的之性質者。規定於簡易程序章中。且以關於訴訟標的之額數者。列為專章。故僅有土地管轄一項。並不存土地管轄之名。

管轄自被告一方面言之。曰審判籍。但審判籍有普通與特別之分。普通審判籍。不拘訴訟性質若何。依被告與法院管轄區域之關係定之。特別審判籍。依訴訟標的。與法院管轄區域之關係。或依被告與訴訟標的。並法院管轄區域之三面關係定之。前者為保護被告之利益而設。後者為保護原被告兩方之利益。並圖程序之便利而設。

### 第一 普通審判籍

普通審判籍云者。法院就除有專屬管轄規定外之一切訴訟。對被告所有之審判範圍也。但被

告有自然人法人之別。故其普通審判籍。亦有差異。今分述如左。

(甲) 自然人之普通審判籍。訴訟除有專屬管轄規定外。由被告普通審判籍所在地之法

院管轄。(一) 普通審判籍。依住所定之。(二) 住所意義。據民法定之。但民事訴訟

法。更有依左列特別規定。以定普通審判籍者。

(一) 於中國現無住所。或住所不明者。其普通審判籍。依居所定之。無居所。或居所不明者。以其在中國最後之住所。視為其住所。(二) 民訴條例十五條。於中國下。

有及外國三字。實係衍文。蓋於內國無住所。或住所不明。而於外國有住所之內國人。雖不能謂無普通審判籍。然其審判籍地。究在外國。若係爭權利關係。發生於外國者。可向外國法院起訴。內國固無規定其普通審判籍之必要。然苟發生於內國。則應訴之於內國法院。此時內國即應定其普通審判籍。俾原告不致無地起訴。然則所謂最後住所。實非對於在外國有住所。在中國無住所或住所不明之中國人。亦應規定哉。本法刪去此三字。較為得當。

(二) 在外國享有治外法權之中華民國人。其普通審判籍。不能依前項定之者。以外交部所在地定之。(二條末項) 在外國享有治外法權之人。例如中國駐外公使。及其家屬隨從等是也。此等人既不受外國之審判。即應使其在中國有普通審判籍。俾原告不致呼籲無門。此本項規定之理由也。

(乙) 法人之普通審判籍。分公法人私法人普通審判籍言之。

(一) 國庫之普通審判籍。依代表國庫為訴訟之公署所在地定之。國庫外一切公法人之普通審判籍。依其公務所所在地定之。(三條) 前者例如因國有鐵道受損害時。得向鐵路局所在地之法院。提起賠償之訴。後者例如省道侵害人民私權時。受害人得向省道局所在地之法院。提起賠償之訴。

(二) 私法人及其他得為訴訟當事人之一切團體。其普通審判籍。依主事務所所在地定之。但外國私法人之普通審判籍。依其在中華民國之事務所所在地定之。(三條) 私法人。謂經營私事業之法人。(詳見實體法) 得為訴訟當事人之一切團體。謂實體法上無

私法人資格。而訴訟法上。却認爲有當事人能力之社團財團。如合夥營業之類是。主事務所。係對分事務所而言。故無分事務所者。依事務所所在地。有分事務所者。方依主事務所所在地。蓋主事務所。係立於最高指揮之地位也。余謂分事務所所在地。發生之訴訟。必至主事務所所在地之法院起訴。當事人頗多不便。本項規定。似欠允當。至外國私法人之在中國者。既應爲中國國權所支配。其普通審判籍。自當以中華民國之事務所所在地定之。不問其在外國。有無主事務所也。

## 第二 特別審判籍

特別審判籍者。以被告與訴訟標的。並法院管轄區域之關係。或訴訟標的。與法院管轄區域之關係爲標準。而定之管轄也。此項審判籍。依本法規定如左。

(一) 財產所在地之審判籍。對於在中國現無住所。或住所不明者。因財產權涉訟。得由請求之標的所在地。擔保之標的所在地。或被告可扣押之財產所在地之法院管轄。

(四條  
一項) 此項審判籍之適用。應具備左列要件。

(1) 被告在中國現無住所。或住所不明者。法文雖僅曰在中國無住所。或住所不明。實則兼以在中國并無最後住所為要件。蓋在中國無住所。或住所不明之被告。若於中國有最後住所。尚可依第二條規定。據普通審判籍起訴也。至被告在外國有無住所。可置不問。

(2) 因財產權涉訟者。若既因財產權涉訟。則不問被告之財產。或原告之請求標的。或擔保標的。是否為被告占有。并不問該財產。是否可副原告之請求。皆適用之。但該財產或該請求標的。或擔保標的。必現時存在。自不待言。

(3) 被告之財產。係可扣押者。蓋被告之財產。如為禁止扣押者。原告雖向財產所在地之法院起訴。並得勝訴判決。究不能收實行私權之效果。且反多費訴訟上之金錢勞力與時間也。至何種財產。可以扣押。應依執行法定之。

(二) 寄寓地之審判籍。對於生徒受雇人或其他寄寓人。因財產權涉訟者。得由寄寓地之法院管轄。(五) 寄寓人。謂久留某地之人。寄寓地。必須有永久寄寓之事實。非現

在該地之意。故此項審判籍之適用。須具備左列要件。

(1) 因財產權涉訟者。人事訴訟。不適用寄寓地之審判籍。可適用者。厥惟財產權之訴訟。至其請求原因。是否發生於寄寓中。可不必問。

(2) 寄寓有永久性質者。例如遊人經宵即去者。不適用之。必也永久寄寓。且寄寓已開始者。方為合法。至寄寓至何時為止。及現在是否寓在該地。均可不問。例如學生假期回里時。亦可適用。然對於永久離去寄寓之人。例如對於業已離去母校之畢業生起訴者。仍不適用此項審判籍。

(三) 軍人軍屬海員之審判籍。對於軍人軍屬或海員。因財產權涉訟者。得由其公務所或船籍所在地之法院管轄。(條六)軍人。即軍官兵卒是。軍屬。即海陸等軍中之文官是。海員。即海船中之船長以下均是。此項審判籍之適用。應具備左列要件。

(1) 因財產權涉訟者。此項訴訟。亦以財產權為限。至其請求原因。是否發生於公務所或船籍地。可不必問。

(2) 須現在公務所或海船中服務者。如軍人軍屬已辭職或退伍。海員已解除契約後。雖其請求原因。發生於公務所或船籍所在地。則仍應據普通審判籍起訴。而不適用此特別審判籍之規定。

(四) 營業所或事務所之審判籍。對於設有營業所或事務所之人。因關於營業所或事務所之業務涉訟者。得由營業所或事務所所在地之法院管轄。(七) 一人於數法院管轄區域內。設有管轄不同之數處營業所。或事務所者。則營業所或事務所之審判籍。按營業所或事務所之數而發生。又若營業所或事務所所在地。與營業人住所一致者。則有普通審判籍存在。即無適用特別審判籍之必要。故適用營業所或事務所審判籍者。應具備左列要件。

(1) 被告營業所或事務所所在地。與其住所不在同一法院管轄區域內者。

(2) 係關於營業所或事務所之業務涉訟者。人事之爭無論已。即令財產權之爭。亦須與該業務有關。至其發生訟爭之業務。是否在營業所或事務所內。抑在其外。可置不

問。

(五) 船舶所有人。或利用船舶人之審判籍。船舶所有人或利用船舶人。因關於船舶或航行涉訟者。得由船籍所在地之法院管轄。(八) 船舶所有人。即取得船舶所有權之人。利用人。即利用不屬於自己所有之船舶之人。蓋船籍爲船舶之營業根據地。如因船舶或航行涉訟。自當以此定其審判籍。所以圖原被兩造之利益。並訴訟程序之便利計也。

(六) 關於船舶債權之審判籍。因船舶債權。或以船舶擔保之債權涉訟者。得由船舶所在地之法院管轄。(九) 船舶債權。即關於船舶海損之各種債權。以船舶擔保之債權。即以船舶供質權或抵押權之債權。此種債權。爲圖程序上便利計。自不能不以船舶所在地定其管轄。

(七) 公司或其他團體之審判籍。公司或其他團體。對於職員社員已退社員。或社員對於職員社員已退社員。因團體關係所生之事務涉訟者。得由該團體普通審判籍所在地之法院管轄。(十) 所謂公司或其他團體。對於職員社員已退社員涉訟。例如股份公司。

要求股東繳納股金。無限公司。要求社員已退社員交出應繳資本是。所謂社員對於職員社員已退社員涉訟。例如有連帶無限責任之社員。對其他同此責任之職員社員已退社員。主張求償權之訴是。此等訴訟。所以屬該團體普通審判籍所在地之法院管轄者。因該法院調查便利。可期審判之適當也。但必具備左列要件。方可適用。

(1) 團體對於職員社員已退社員。或社員對於職員社員已退社員涉訟者。團體或職員社員已退社員。對於與團體無關之人涉訟。不適用之。

(2) 公司或其他團體。不為被告。而由職員社員已退社員為被告者。若以公司或其他團體為被告。則其審判籍。係普通審判籍。而非特別審判籍矣。(參照三條二項)

(3) 因團體關係所生之事務涉訟者。所生事務。各職員社員及已退社員中。無論其為法律行為。或不法律行為。均須與團體有關。否則即不得依此項審判籍起訴。

(八) 不動產訴訟之審判籍。關於不動產涉訟者。得由不動產所在地之法院管轄。(十一條)關於不動產涉訟。其原因有由於物權者。有由於債權者。其由於債權者。本法既另

有規定。(詳次項)此所謂不動產涉訟。當係僅指關於不動產之物權而言。惟關於不動產物權之涉訟。民訴條例。係就各種物權分別規定。(如不動產之分析或經界及地上權地役權永佃權占有等)而本法則以不動產一語概括之。庶無掛漏之虞。至此等訴訟。得由於不動產所在地之法院管轄者。因該法院便於調查也。

(九) 債權訴訟之審判籍。對於同一被告。因債權及擔保該債權之不動產物權涉訟者。得由不動產所在地之法院合併管轄。(十二)例如甲對於乙有債權百元。且有擔保此項債權之抵押權時。甲得將請求履行債務之訴。附帶於確認抵押權之訴。向不動產所在地之法院。合併提起是也。此項債權訴訟。固得向不動產所在地之法院提起。惟宜注意者。必具備(一)附帶於擔保物權之訴。(二)對同一被告之兩要件。方可合併提起於不動產所在地之法院。若對被告之一人。提起擔保物權之訴。而以其他被告為共同被告。提起債權確認。或債務履行之訴者。則不許焉。

(十) 不法行為之審判籍。因不法行為。有所請求而涉訟者。得由行為地之法院管轄。

(一三) 法律設此規定者。亦便證據之蒐集也。不法行爲。依實體法之規定。不法行爲地。有不法行爲實行地。與不法行爲結果發生地。惟不法行爲之證明。在實行地證明者。在結果發生地證明者難。故所謂行爲地者。應釋爲不法行爲實行地之意義。又不法行爲。如牽連數處法院管轄區域者。則發生多數特別審判籍矣。(二〇) 但關於附帶民訴者。不適用之。

(十一) 關於契約或票據之審判籍。本於契約或票據有所請求而涉訟者。得由義務履行地之法院管轄。(一四) 契約應從民法之規定。票據應從票據法之規定。所謂履行地。有契約上與法律上之分。茲所謂義務履行地。當係包括兩者而言。惟此項審判籍之適用。第一。履行地須不與被告住所地符合。第二。原告之請求。必本於契約或票據而來。其他因契約以外之法律行爲。或其他證書之請求。不適用之。至被告係一人。或係多數。均無問題。

(十二) 關於登記註冊之審判籍。因登記或註冊而涉訟者。得由登記或註冊地之法院管

轄。(一五)登記註冊。依各該法所定。悉應以其事務所所在地之該管公署爲其管轄區域。如因此發生訴訟。爲圖便利調查計。亦自應以其地之法院。定其審判籍。

(十三) 關於繼承之審判籍

(甲) 性質上的繼承審判籍。因遺產之繼承分析。或遺贈。或其他因死亡而生效力之行爲涉訟者。得由繼承開始時。被繼承人普通審判籍所在地之法院管轄。(一六)因繼承遺產涉訟。謂遺產應由何人繼承。而有爭執之訴。因分析遺產涉訟。謂繼承人間請求分析繼承財產之訴。因遺贈涉訟。例如受遺贈人。對於繼承人。請求交付遺贈財產之訴。或繼承人。對於受遺贈人。提起撤銷遺贈之訴。因死亡而生效力之行爲涉訟。例如受死亡後發生效力之贈與者。對於繼承人。請求交付贈與物。或繼承人。對於受死亡後發生效力之贈與者。提起撤銷贈與之訴。此等訴訟。皆與繼承有關。使原告提起於繼承開始時。被繼承人住所所在地之法院。匪特程序易於入手。且可不抵觸繼承問題之裁判。至何時爲繼承開始之時。依民法繼承編之規定。

(乙) 擴張的繼承審判籍。因遺產所負擔之債務涉訟者。如遺產之全部或一部。有在前條所定之法院管轄區域內者。得由該法院管轄。(一七) 所謂因遺產之負擔債務涉訟。謂被繼承債權人。因被繼承人生存時。所負義務。或其死亡後。繼承人就繼承財產。所負義務。對繼承人提起之訴訟。故原告必為被繼承債權人。被告必為繼承人。例如因被繼承人之葬費。或執行遺囑費用。遺產等管理費用而涉訟是也。

以上甲乙二者。在甲不問遺產有否在該法院管轄地內。並會否分析。均於審判籍。絕無影響。不過訴訟標的為不動產時。應照第一一條之管轄辦理而已。在乙則遺產之全部或一部。必於起訴時。在該法院管轄地內。此因遺產之負擔。應由遺產中支付故也。若其遺產。業經繼承人。讓與於他人。或業經多數繼承人間分析。致失遺產之性質者。則該審判籍。歸於消滅焉。

(十四) 主參加訴訟之審判籍。就他人間之訴訟標的全部或一部。為自己有所請求。而涉訟者。得由本訴訟之第一審法院管轄。(一八) 此項訴訟。即主參加訴訟。例如甲於乙

丙兩人互爭爲所有人之際。聲明自己乃真正所有人。以乙丙爲共同被告。求法院駁回其主張是也。本訴訟。卽他人間之訴訟。本訴訟之第一審法院。包括本訴訟所繫屬或會繫屬之法院而言。故本訴訟繫屬於第一審者無論已。卽已繫屬於上訴審。而主參加訴訟。亦得向該第一審法院提起。然本訴訟之訴訟拘束。因判決確定。訴訟撤回等事由而銷滅者。則無從提起矣。故此項審判籍之適用。以本訴訟之訴訟拘束。既發生而未消滅爲要件。(一八條但書)

(十五) 選擇審判籍

(甲) 共同訴訟之審判籍。共同訴訟之被告數人。其普通審判籍。不在一法院管轄區域內者。得由其中一人普通審判籍所在地之法院管轄。(一九條)查各國立法例。各被告普通審判籍。分屬於數處法院管轄地內者。適用指定管轄之規定。(日本民訴第三一條) (德民訴第三六條)然此項辦法。不免多費程序。本法於此。所以改指定管轄。爲選擇審判籍。例如執票人爲原告。而發票人。票據背書人。爲共同被告時。若無票據支付地之法院。則執票

人。得任向發票人。或票據背書人住所地之法院起訴是也。但選擇審判籍之適用。應具備左列要件。至何謂共同訴訟。可參照本法第五〇條第五一條第五三條之規定。

(1) 各被告普通審判籍。不在同一法院管轄區域內者。蓋在同一法院管轄區域內。則無選擇之必要矣。

(2) 訴訟標的。非係同種類。且本於事實上及法律上同種類之原因者。蓋訴訟標的。如係同種類。且本於事實上及法律上同種類之原因者。各被告之普通審判籍相同。固不妨提起共同訴訟。非然者。原告儘可對於各被告分別起訴。俟共同訴訟一節。再詳細說明。

(乙) 數處關係之審判籍。定審判籍之住所。不動產所在地。不法行為地。或其他關係審判籍之地。跨連或散在數處法院之管轄區域內者。得由任何一處之法院管轄。(二〇) 所謂住所跨連數處法院管轄區域內。例如被告住所恰在數法院管轄區域界線上是。所謂不動產所在地。跨連或散在數處法院管轄區域內。例如山場糾葛。其山橫亘

於數法院管轄區域。或以數處山場爲擔保物。各山分屬於數法院管轄區域是。所謂不法行爲地。跨連或散在數處法院管轄區域內。例如在火車中繼續毀損他人物件是。所謂其他關係審判籍之地。跨連或散在數處法院管轄區域內。則於被告有數處之寄寓地。或營業所。財產所在地(俱見前)時見之。以上各項情形。前清民訴律草案均定爲指定管轄之原因。(草案三) (七條) 德日民訴法。除就不動產散在數處法院管轄區域內一情形。規定得聲請指定管轄外。(德民訴三六條) (日民訴二六條) 其餘均無規定。本法則一併定爲選擇審判籍。立法固屬完備。原告亦稱便利。且原告於多數專屬審判籍。有選擇權。亦可見矣。

前述普通與特別兩種審判籍。有多數普通審判籍。互相存在者。有多數特別審判籍。互相存在者。亦有普通審判籍。與特別審判籍。同時並存者。原告於前兩情形。各得選擇一處起訴。已於前選擇審判籍處說明矣。至於後一情形。則徵諸「同一訴訟。數處法院有管轄權者。原告得向其中之一法院起訴」之條文。(二二條) 亦可行使選擇權。例如第七條之訴訟。原告向被告住所地。抑其營業所所在地之法院起訴。聽其自由選擇。法院不得強定其管轄是也。選

擇管轄。與合意管轄。均為尊重當事人之意思而設。惟合意須兩造意思一致。而選擇則聽原告之便而已。

## 第二款 法定以外之管轄

### 第一項 合意管轄

合意管轄者。因當事人之合意。使法律上無管轄權之法院。發生管轄權之訴訟上契約也。蓋民事訴訟法。本取不干涉主義。凡無關公益之事項。不妨任當事人自由處分。故管轄得因當事人意思之合致。左右法律之規定。例如訴訟本屬甲法院管轄者。得合意赴乙法院涉訟。又如依訴訟標的之額數。本在八百元以上者。得合意聲請適用簡易程序是也。

管轄權之有無。法院應依職權調查之。(二六)至當事人有變更管轄之合意時。應併調查左列合意管轄之要件。

第一 關於財產權上之訴訟。并不隸於專屬管轄者。(二五)非財產權上之訴訟。及雖為財

產權上之訴訟。而隸於專屬管轄者。皆與公益有關。自不許有合意也。

第二 其合意就第一審法院爲之者。(二三條) 當事人變更管轄。以第一審爲限。至第二審以上之管轄。不得以合意變更之。此爲保護審級起見也。

第三 其合意應以文書證明之。(二三條末項) 查各國立法例。合意管轄。有以文書爲據者。(請

民請 制草案與國法院編) 有以默示爲已可者。(德民訴三九條) 顧爲利訴訟之進行。而杜案外之爭執起見。

與其以默示爲憑。孰若以文書證明之爲愈也。

第四 其合意就一定訴訟。或自一定法律關係而生之訴訟爲之者。(二三條次項) 一定訴訟。例

如關於租借之訴訟是。自一定法律關係而生之訴訟。例如因租借關係。提起損害賠償之訴訟。是。法律設此限制者。不欲當事人濫行合意也。

第五 合意之當事人。有訴訟能力者。管轄之合意。非私法行爲。乃訴訟行爲也。故無訴訟能力者所爲之合意。除事後承認外。不生效力。(四五條)

以上就明示之合意管轄而言。尙有默示之合意管轄。即被告不抗辯法院無管轄權。而爲本案

之言詞辯論。或於準備程序爲陳述者。以其法院爲有管轄權法院<sup>(二四)</sup>是也。依此規定。則被告業爲本案辯論或陳述後。雖能釋明自己並無合意。亦不得提出管轄錯誤之抗辯。至此項默示合意。雖不必以文書證明。然其他合意要件之宜具備。則與明示合意無異。合意之效力。及於當事人之繼承人。而不及於特定繼承人。故被繼承人。以合意所定之法院。繼承人亦可赴訴。而債權人於合意後。以權利讓與他人者。該讓受人。不受合意管轄之拘束。此因合意係訴訟行爲。非私法行爲之效果也。

## 第二項 指定管轄

訴訟事件。因法律或事實之窒礙。或所定管轄關係之未能明瞭。當事人不知向何處法院起訴時。自非指定管轄法院。不足以保護其利益。此法律所以於法定管轄外。更設指定管轄之一種。指定管轄者。上級法院。因當事人之聲請。指定某處下級法院爲管轄法院之謂也。管轄之指定。於左列情形爲之。<sup>(二五)</sup>

第一 有管轄權之法院。因法律或事實。不能行審判權者。有管轄權。謂有法定管轄權。

因法律不能行審判權。例如全體推事迴避是。因事實不能行審判權。例如法院所在地。有戰爭水火。或推事(代理推事在內)有疾病等是。此項情形。發生於第一審者無論已。就令發生於第二審。亦可適用指定管轄之規定。然在第三審。則絕對不爲被指定之法院。如發生此項情形。不適用之。

第二 因管轄區域。境界不明。致不辨有管轄權之法院者。管轄區域。境界是否明瞭。全係事實問題。例如關於海上之漁場爭執。及深山中之土地訟爭。其漁場與土地。屬於何處法院管轄。頗難辨別。故遇此項情形。可聲請管轄之指定。然境界本明。而因關係審判籍之地。恰在界綫上。致管轄法院有數處者。得由原告選擇一處起訴。(二〇)毋庸聲請指定也。

當事人遇有上二種情形者。得向受訴法院。或直接上級法院。聲請指定管轄。(二三條)直接上級法院。未必與下級法院。定有從屬關係。例如指定之原因。發生於同一高等法院管轄之下。則向該高等法院聲請。若並不在同一高等法院管轄之下。則聲請指定。向最高法院爲之

。然徑向上級法院聲請。或向受訴法院聲請。由該法院轉送上級法院。仍聽當事人之便。法律並無限制也。

聲請指定管轄。多由原告爲之。然起訴以後。有前述第一情形者。被告、上訴人、及參加人。亦得聲請。聲請之程式。得以書狀或言詞爲之。以書狀聲請者。應依當事人書狀之規定。

（一六）以言詞聲請者。得於辯論中爲之。亦得於辯論外。在法院書記官前爲之。（二二）

指定管轄之裁判。以裁定爲之。對此裁定。不得聲明不服。（二二）但對於駁回聲請之裁定

。仍得依一般規定。聲明抗告。

被指定之下級法院。有本有法定管轄權者。亦有本無法定管轄權。而由指定以創設管轄權者。但不論其本有法定管轄權與否。均應受指定之拘束。或謂上級法院之裁判。除法律有特別規定（參照四四五條）外。無拘束下級法院之效力。指定管轄之裁定。並不在特別規定內。故被指定之法院。仍得爲無管轄權之判決。余謂如此解說。不特使指定全無效果。卽指定管轄之規定。亦成贅文矣。

### 第二款 專屬管轄

因訴訟關於公益。限定一處法院管轄。而其他法院無管轄權者。謂之專屬管轄。凡事件隸於專屬管轄者。有各種效力。(1)當事人不得以合意變更該管轄。(2)原告若向無專屬管轄權之法院。提起有專屬規定之訴訟者。法院應駁回之。雖被告捨棄抗辯。亦歸無效。(3)普通審判籍與特別審判籍並存。及多數普通或特別審判籍。各自存在時。其中有一係專屬審判籍者。原告不得選擇他處法院起訴。但不動產所在地。跨連或散在數處法院管轄區域內者。仍得選擇。茲將本法規定隸於專屬管轄之訴訟事件列舉左端。

(一) 不動產上之訴。(一一條)

(二) 督促程序。(四七條)

(三) 再審之訴。(四六條)

(四) 人事訴訟。(五三五條五四八條五五三條五五九條五八一條五八七條)

#### 第四款 管轄之效力

法院關於管轄權之有無。應依職權調查。(二六)蓋法院之管轄。除得依法選擇。或合意外。不容當事人任意變更也。茲將管轄之效力述左。

第一 訴訟之全部或一部。法院認為無管轄權者。應以裁定移送於管轄法院。並應依聲請。

為急速處分。(二八)此項規定。為免原告另行起訴之勞。並不致因時效喪失請求權也。

第二 移送之裁定確定者。受移送之法院。受其羈束。不得以該訴訟更移送於他法院。(九二

條)此為防各法院就管轄有互相抵觸之裁判。且發生管轄之消極爭議也。

#### 第五款 法律上之輔助

第一 國內之法律上輔助

法院行使職務。應在自己管轄區域以內。不得涉及他處法院所管之範圍。此原則也。然如(

1) 和解。(2) 送達。(3) 調查證據等事項。非藉他處法院輔助。辦事不無掣肘。查法院編制法規定。法院辦理訴訟事宜。及書記官執達員於權限內之事務。均應互相輔助。在法院間。大抵由受託推事行之。在書記官執達員間。以自己之名義及責任行之。推事書記官執達員。既受輔助之委託。即不得無故拒絕。但所託非自己權限內之事務。或依法應迴避者。仍得拒絕之。

法律上之輔助。不獨普通法院間。認為必要。即對於其他機關或人員。亦宜行之。例如求監獄長官解送在監之證人。(二八條) 囑託相當之公署。審查鑑定意見。(三二條) 囑託外交部軍事機關或長官送達。(一四六條一四七條) 是也。

## 第二 國際之法律上輔助

內國法院之訴訟行爲。求外國官署輔助者有之。即訴訟文件之送達。(一四條) 及調查證據(二八條) 兩情形是已。此等行爲。受訴訟法院。得囑託外國管轄官署爲之。然該外國管轄官署。應否輔助。仍照條約或慣例辦理。

內國法院。亦有受外國法院囑託。與以法律上之輔助者。但左列情形。得拒絕之。

- 一 受託事項。依內國法不許施行者。
- 二 受託事項、不屬受託法院管轄。且於內國無可管轄之法院者。
- 三 無相互條約者。

## 第二章 當事人

### 第一節 當事人之意義

當事人有廣狹二義。狹義之當事人。指以自己名義。請求保護私權之人。及其相對人而言。廣義之當事人。包括狹義之當事人。並代理人。從參加人（五五條）而言。前者如一一七條一款一一八條一三四條二一七條等情形。後者如二二三條三二五條一項一款等情形是已。且當事人更有主從之分。主當事人。即狹義之當事人。而主參加人。（一八條）執行參加人。亦在其

內。從當事人。即從參加人是已。本章所稱當事人。專就主當事人。且專就狹義之當事人而言。

或謂當事人。即以自己名義。實行訴訟。而於訴訟結果。有直接利害關係之人。苟於訴訟結果。無利害關係。雖實施訴訟行爲。亦非當事人。而爲代理人矣。苟不以自己名義。實行訴訟。雖於訴訟結果。有利害關係。亦非當事人。例如未曾共同起訴之共有人。或未曾共同被訴之連帶債務人是也。余謂此說頗當。或謂當事人。即爲訴訟標的之私法關係之主體。例如甲乙結約。嗣因解約。或不履行契約涉訟。則原被告即係甲乙是也。余謂此說。殊屬不合。蓋人事訴訟。得由第三人提起者頗多。何能斷定其必爲私法關係之主體耶。

當事人有因訴之變更追加。或訴訟之承受。及承當。於訴訟中變更者。

(六一條一六八條一七二條二四五條二四六條)

惟不論有無變更。其人數至少必在二人以上。蓋民事訴訟。由保護私權之請求人。與被請求人而成立。在第一審判決程序。稱請求保護私權者。曰原告。其相對人。曰被告。在上訴審。稱提起上訴者。曰上訴人。其相對人。曰被上訴人。在抗告程序。概稱抗告人。在聲請程

序。曰聲請人。在督促程序。保全程序。稱請求程序之開始者。曰債權人。其相對人。曰債務人。

當事人之資格。有特殊效果。例如法官迴避。(三二) 證言拒絕。(二九) 判決確定。(三八) 及不得爲自己訴訟之證人鑑定人(二八九條) 等情形是已。

## 第二節 當事人能力及訴訟能力

### 第一 當事人能力

當事人能力。與訴訟能力不同。當事人能力。係得爲訴訟主體之能力。訴訟能力。係得爲訴訟行爲之能力。故有訴訟能力者。必有當事人能力。而有當事人能力者。未必有訴訟能力。又與訴訟當事人之合格有別。當事人能力。係就一般訴訟而存在。當事人之合格。係就特種訴訟而存在。(如六一條六五條所謂參加人。讓受人。承當訴訟之規定。及五三六條五五〇條五五四條五七二條五八〇條五八五條五九六條關於人事訴訟當事人之各項規定。即所謂當事人之合格也。) 故有當事人之合格者。必有當事人能力。而有當事人能力者。非必有當事人之合格也。

當事人能力之有無。以私法上權利能力之有無為準。在私法上有權利能力者。即有當事人能力。無權利能力者。即無當事人能力。(四一條一項)故凡自然人與法人。在私法上有權利能力者。訴訟法上。皆認其有當事人能力。蓋有權利能力之人。如無當事人能力。則祇可與他人為私法上之行爲。轉不能因他人之違背義務。或其他事由。而提起訴訟。此則非民事訴訟保護私權之道也。但左列二者。如具一定條件。訴訟法上。亦認其有當事人能力。(四一條二項三項)

一 胎兒。自然人之權利能力。自出生始(參照民法六條)故自出生以迄死亡。有當事人能力。

若胎兒則係母體之一部。本無當事人能力。然關於繼承權。受遺權。及賠償請求權。自羅馬法以來至今日。各國私法。大抵視胎兒與既生兒同。故本於此等權利之訴訟。應認胎兒有當事人能力。本法謂胎兒關於其可享之利益。有當事人能力。意即在此。

二 非法人之團體。法人不論公法人私法人。均有得享之私權。故於其權利能力之範圍內。有當事人能力。至若非法人之團體。無論社團財團。均無權利能力。故亦無當事人能力。然一概視為無當事人能力。似又不能貫徹保護私權之本旨。故此項團體。依特別

規定。得爲訴訟當事人者。仍有當事人能力。查德國商法。認合名公司合資公司等。爲非法人。而要皆得爲訴訟當事人。他如營業合夥亦然。我國現行法上。惟本法於審判籍及送達各節。有此項團體之規定。(三條二項及一二八條)然何種團體。得爲訴訟當事人。則尙無具體之特別規定也。

權利能力消滅。則當事人能力亦消滅。故死亡之人。及解散之法人。均無當事人能力。但有繼承人。或包括繼承其權利義務之人。承受訴訟者。訴訟程序。仍不終竣。(一六八條)又商業公司。在清算範圍內。視爲尙未解散者。故尙有當事人能力。

## 第二 訴訟能力

訴訟能力。謂所爲之訴訟行爲。可生訴訟法上效果之能力也。此項能力之有無。以其人能否獨立以法律行爲負擔義務爲準。(四三條)而能否獨立以法律行爲負擔義務。以私法之規定爲據。故左列各人。在訴訟法上。不得謂有訴訟能力。

一 未成年人。未滿七歲之未成年人。(羅馬法稱爲幼孩認爲全無行爲能力者。)全無訴訟能力。(參照民法一三條)

至滿七歲以上者。除已結婚者。認為有行為能力外。謂之有限制行為能力。(參照民法一三條二項三項)又未成年人。訴訟行為。得法定代理人同意者。應否認為有訴訟能力。學者有積極消極二說。余謂自無訴訟能力者之訴訟行為。得經法定代理人承認。而生效力一層觀之。甯以積極說為然。

二 禁治產人。依民法規定。禁治產人無行為能力。(民法一五條)即全不能獨立以法律行為負擔義務者也。故禁治產人。在訴訟法上。全無訴訟能力。

三 法人。法人有無行為能力。學者解說不同。但其無事實上之行為能力。事甚明瞭。而訴訟能力。又根據事實上之行為能力而來。故法人在訴訟法上。不得謂有訴訟能力。其所有訴訟。應依代表法人之董事為之。(參照民法二七條)

### 第三 法定代理及必要允許

甲 法定代理。關於民事訴訟之法定代理。含有二種意義。一代表當事人資格。一代表當事人訴訟行為。代表當事人資格者。通常係自然人。而亦不盡然。例如關於省縣所管

事務之訴訟。由省縣代表國家之資格是也。惟訴訟非由自然人代表者。祇代表當事人資格。而由自然人代表者。不獨代表當事人資格。並代表當事人之訴訟行爲。本法所稱法定代理。概指自然人而言。故法定代理人云者。即非由當事人本人意思。而代表當事人資格。並訴訟行爲之自然人。易言之。即依法令規定。或由其他選任。而有代理權之自然人也。民事訴訟。所以規定此項法定代理。無非爲保護無訴訟能力起見。故無訴訟能力人。或爲自己訴訟。或參加他人訴訟。以及審判上與審判外各項訴訟行爲。一切均應由法定代理人代爲。而其相對人及法院。對於該無訴訟能力之訴訟行爲。亦應向其法定代理人爲之。

法定代理人之資格。依民法及其他法令之規定。(四四) 條

法定代理人以外。尚有特別代理人。特別代理人云者。法院或審判長所選任特種法定代理人也。審判長如何情形。得選任此項代理人。法律各有明文規定。(一)有因對無訴訟能力人。爲訴訟行爲而選任者。(四九) 條(二)有因證據保全而選任者。(三六) 條(七)後者茲從略

。但就(1)情形說明於左。

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。受訴法院之審判長。或獨任推事。(參照法院編制法八條)得因聲請。

選任特別代理人。(四九條首項)蓋對於無訴訟能力人爲訴訟行爲者。應向其法定代理人爲之

。若本人既無訴訟能力。而法定代理人又不存在。或不能行使代理權。則相對人不能對之爲訴訟行爲。卽爲之亦歸無效。是以法律特設此規定。以保護相對人之利益也。但必具備左列要件。方爲合法。

1 無法定代理人。或有之而不能行使代理權者。無法定代理人。係實際無法定代理人之意。例加本無代理人。或代理人業已亡故。喪失權限。此外別無代理人。或有之而無查考之類是。不能行使代理權。如代理人住居遠方或礙難爲訴訟行爲者是。

2 恐訴訟久延。致受損害者。久延。謂待其有法定代理人。則時日過長之意。損害指不可回復之損害而言。例如原告之債權。將罹時效而消滅是也。

對於無訴訟能力人爲訴訟行爲者。聲請選任特別代理人。如備右二要件。審判長應即選任之。此項聲請。不論起訴前。或訴訟進行中。或程序中斷時。均可爲之。關於聲請之裁判。不論准駁。由審判長以裁定爲之。對此裁定。得爲抗告。(四四九條)又允准聲請之裁定。應送達於聲請人。(參照二二七條)並特別代理人。(四九九條次項)

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。但不得爲捨棄認諾或和解。(四九九條三項)所謂承當訴訟。乃法定代理人或本人。親赴法院。加入訴訟之意。在未加入以前。雖法定代理人。已可查考。或本人已取得訴訟能力。而特別代理人。尚須行其職務。必待其加入訴訟。而後職務方得告竣。又所謂代理一切訴訟行爲。係代表該無訴訟能力人。爲審判上與審判外。以及其他各種訴訟行爲之意。此等訴訟行爲。至日後法定代理人或本人。承當訴訟時。均不能否認或翻改之。惟捨棄認諾和解三者。均於本人不利。而特別代理人之於本人。又不如法定代理人之親切。故法律於此三者。不許特別代理人代爲。然則特別代理人之權限。不及法定代理人之包括。亦可見

矣。

選任特別代理人。所需費用。及特別代理人代行訴訟。所需費用。得命聲請人墊付。(

四九條末項)蓋其時未知何造敗訴也。但日後得求敗訴人賠償。自不待言。

乙 必要允許。無訴訟能力人之訴訟行為。有無須法定代理人代為。而經第三人允許。

仍得自為者。所謂為訴訟所必要之允許是也。此項允許。依民法及其他法令之規定。(

四四條)

#### 第四 訴訟行為之無效

前述當事人能力。訴訟能力。法定代理。必要允許。均於訴訟行為。有絕大影響如左。

- 一 無當事人能力者之訴訟行為。不生效力。但於訴訟中。取得當事人能力。而為明示或默示之承認者。視為有效力之行為。(四二條)無當事人能力者之訴訟行為。例如以死者之名起訴。或就本非胎兒可享之利益。以胎兒之名起訴是也。於訴訟中取得當事人能力。例如胎兒於訴訟進行中出生是也。

二 無訴訟能力者之訴訟行爲。不生效力。但於訴訟中。取得訴訟能力。而爲明示或默示之承認。或由其法定代理人承認者。視爲有效力之行爲。(四五條)無訴訟能力者之訴訟行爲。例如禁治產人或法人。徑由自己。出而訴訟。不由法定代理人代表是也。於訴訟中取得訴訟能力。例如禁治產人。於訴訟中受撤銷是也。

三 無法定代理權者之訴訟行爲。不生效力。但於訴訟中取得法定代理權。而爲明示或默示之承認。或由本人或有代理權之人承認者。視爲有效力之行爲。(四六條)於訴訟中。取得代理權。例如本非監護人。而於訴訟中。被選任爲監護人。或本非股份有限公司之董事。而於訴訟中。取得董事資格是也。

四 未受爲訴訟所必要之允許者。其訴訟行爲。不生效力。但於訴訟中。取得允許。而爲明示或默示之承認。或由有允許權之人承認者。視爲有效力之行爲。(四七條)於訴訟中取得允許。例如限制行爲能力人。未得法定代理人允許。出而爲原告。後得其允許是也。

總之訴訟行爲。不論起訴前後。亦不論自己訴訟。或參加他人訴訟。又不論在審判上或在審

判外。凡有能力法定代理權及受必要允許者。皆可有效。否則一概無效。即不獨自己之行爲無效。并他造當事人。對於其所爲之行爲。亦歸無效。故法院遇有無能力。無法定代理權。或未受允許者。參與訴訟時。應爲無效之宣示。或酌量情形。處以適當辦法。如對於無能力無法定代理權者。則將訴訟駁回。(二四〇條首項二款三款)或將程序中斷。(一七〇條)或命補正欠缺。(四二〇條)又對於未受必要允許者。則因主動受動而有分別。如係主動。應駁回或禁止其行爲。或命補正欠缺。如係受動。應認許其行爲。並得對之送達各項文件。至法院對於無能力。無法定代理權。及未受允許者。未能發見。聽其參與訴訟。以致裁判。或裁判確定者。除無當事人能力一情形外。該裁判均非常然無效。惟得依上訴或再審(四三六條四款四六一條三款)廢棄之而已。前述之辦法。於經當事人本人。或法定代理人。及有代理權或允許權之人。合法承認者。不適用之。蓋一經承認。則其訴訟行爲。可溯至最初而有效也。

第五 欠缺之補正

當事人能力。訴訟能力。法定代理權。及爲訴訟所必要之允許。均屬訴訟成立之要件。法院

如認有欠缺。本可宣示訴訟行爲之無效。然因欠缺而概爲無效之宣示。匪特當事人。日後有再爲同一訴訟行爲之累。且因訴訟久延。致受損害者。(以不可回復之損害爲限)有之。例如上訴人。因經過上訴期間。致失上訴權。或如證據保全。及保全程序。因逾時不能爲急速處分是也。故法院於能力。法定代理權。或必要允許。認爲欠缺。可以補正者。得定期間。命其補正。(四八條首項)一面將此項訴訟。從緩辦理。若恐訴訟久延。致當事人受損害。並得命其暫爲訴訟行爲。(四八條次項)此等命令。均以裁定爲之。既經補正之裁定後。無論期間有否伸縮。(參照一六四條)均應遵期補正。補正之方法有二。卽證明最初本無欠缺。或最初欠缺。而證明訴訟中已不欠缺。並承認以前之訴訟行爲是也。

能力。法定代理權。及必要允許之欠缺。經補正者。視與最初不欠缺同。若不補正。法院應卽宣示其訴訟行爲之無效。且暫爲訴訟行爲之人。不補正者。應負擔暫爲訴訟行爲所生之費用。(九條)

### 第三節 共同訴訟

共同訴訟者。有多數原告。或多數被告。或原被告均係多數之訴訟也。此項訴訟。一可省時間。二可節費用。三可減勞力。四可避裁判之抵觸。此四者。學者稱爲共同訴訟之利益。於合併訴訟亦見之。

共同訴訟。與合併訴訟有關。合併訴訟。有主觀合併。客觀合併二種。客觀合併。係訴訟標的合併。其種類不一。（參照一九七條二四五條二四六條二四九條）主觀合併。係多數當事人合併。即共同訴訟是也。故共同訴訟。乃合併訴訟之一種。而合併訴訟。不皆爲共同訴訟。惟合併訴訟。亦有主觀合併兼客觀合併者。故共同訴訟。有時包括客觀合併訴訟在內。例如多數被告。對於同一原告。或多數原告。提起反訴是已。

共同訴訟。有因多數當事人。一同起訴。或一同被訴而來者。有於起訴後。因當事人之追加。（二四六條）或繼承人之多數（一八六條）而來者。茲所說明。惟前之情形。

共同訴訟。分通常共同訴訟與必要共同訴訟。此二者關係不同。效力亦異。

### 第一 通常共同訴訟

通常共同訴訟。謂為共同訴訟通則所支配之訴訟也。其特有之訴訟要件如左。

(1) 其訴訟程序種類相同者。對各共同訴訟人提起共同訴訟。其訴之種類可不問是否相同。(例如同為給付之訴或一為給付之訴一為確認之訴皆無不可)而其訴訟程序之種類。要皆相同。若一訴用普通程序。一訴用特別程序。則不許之。因無共同訴訟之利益也。

(2) 受訴法院。就該訴訟。均有管轄權者。管轄據審判籍而定。多數被告。有共同特別審判籍者。該審判籍地之法院。有管轄權。多數被告之普通審判籍。不在同一法院管轄區域內者。各該審判籍地之法院。均有管轄權。而原告得選擇其一處起訴。(一九條)但因訴訟標的。係同種類。且本於事實上及法律上同種類之原因。提起共同訴訟者。不適用之(五〇條三)蓋此項共同訴訟。其共同關係較疏。原告不妨對各被告分別起訴也。

右兩要件。不獨通常共同訴訟應具備。即必要共同訴訟。亦應具備。法院如認該要件有欠缺者。應分別辦理。不得徑行駁回。如訴訟程序種類不同。則就一訴進行程序。如無管轄權。與有管轄權之訴。合併提起。則進行有管轄權之訴。將無管轄權之訴移送管轄法院。（但許爲合意管轄者不在此限）然各訴訟均無管轄權時。法院除定期命補正外。應以裁定移送於管轄法院（二八條）

通常共同訴訟。除應具備普通並特有之訴訟要件外。尚有實質要件。即本法五〇條所謂二人以上。於左列各款情形。得爲共同訴訟人。一同起訴或一同被訴是也。

（1） 訴訟標的之權利或義務。爲數人共同者。何謂共同。依實體法定之。例如數人爲共有人。或連帶債權人。或不可分債權人。或共同繼承人。一同起訴。又如數共有人。或受票人與發票人。或主債務人與保證人。一同被訴是已。

（2） 訴訟標的之權利或義務。本於同一之事實上及法律上之原因者。此不必有共同權利義務。唯數人本於同一事實或法律。而共有權利。或共負義務即可。例如數原告。本

於共同不法行爲。請求賠償。或數承攬人。對同一定作人。請求承攬款項是已。

(3) 訴訟標的之權利或義務。係同種類。而本於事實上及法律上同種類之原因者。此不必有共同權利義務。亦不必本於事實上及法律上之同一原因。唯數人本於同種類之事實或法律。而共有權利。或共負義務即可。例如保險公司。對多數被保險人。本於同種類之保險契約。請求保險金。或業主對多數租戶。本於同種類之租借契約。請求租金。或店主對多數欠戶。本於同種類之簿據。請求賬款是已。

通常共同訴訟。具有右列要件之一者。即可成立。不必如訴訟要件之必全體具備也。且法院調查此項要件。亦必待當事人責問。毋庸依職權行之。若當事人並不責問。雖有欠缺。亦得將數訴合併辦理。但認爲有分別辦理之必要者。仍得分別辯論及裁判。(一九六條) 又若當事人責問亦應將各訴分別辦理。但認爲有合併辦理之必要者。仍得合併辯論及裁判。(一九七條) 通常共同訴訟。不過訴訟程序。單一進行。而各當事人間訴訟關係。仍各自獨立存在。申言之。即通常共同訴訟。非合數訴爲一訴。唯依同一程序。合併數訴之辯論與裁判而已。故共

同訴訟人內一人之行爲。及他造當事人。對於共同訴訟人內一人之行爲。或關係於其一人所生之事項。其利害不及於他共同訴訟人。(五二)所謂行爲。包括積極行爲。消極行爲而言。所謂事項。指期間之進行伸縮。訴訟程序中斷中止休止之原因。訴訟成立要件之存否。及裁判之效力等而言。此等行爲與事項。各共同訴訟人間。獨自存在。且相對人對於其一人之行爲。亦獨立發生效力。故(1)共同訴訟人內一人提出之攻擊防禦方法。法院應分別判斷。不得視爲有利於他共同訴訟人。(但他共同訴訟人自己引用者。不在此限。)(2)一人陳述。他人雖無異議。不得謂其承認。(3)一人上訴。或追復遲誤。不得對於不上訴。或不爲追復之他人。加以裁判。(4)一人不到場。雖他人到場。仍得對於不到場者。爲第三七七條之判決。(5)一人所爲之捨棄認諾和解。不得拘束他人。(6)期間及程序停止等事項。應就各人分別審定。(7)就一人所爲之判決。係一部判決。(8)判決之確定力。羈束力。執行力。對共同訴訟人。各別發生。故對於一人宣示勝訴時。仍得對於他人。宣示敗訴。此數者。皆通常共同訴訟之效力也。其他行爲與事項。皆可依此類推。但本法及他項法令。有特別規定者。

不在此限。例如一共同訴訟人。不得就利己之事實。爲他共同訴訟人之證人。或共同訴訟人之陳述。互相抵觸。法院得依自由心證之原則。以一人之陳述或自認。爲判斷其他共同訴訟人事實上主張真僞之資料。(參照二一三條)是已。

就他人間訴訟標的之全部或一部。爲自己有所請求。向本訴訟之第一審法院起訴者。得以本訴訟之兩造爲共同被告。(一八條五二條)此卽主參加訴訟。乃共同訴訟之一種。惟爲通常共同訴訟。抑爲必要共同訴訟。則學者見解不同。本法亦無明文規定。余謂主參加宗旨。在對於本訴訟兩造。求得同一判決。且本訴訟兩造。又須一同被訴。自此一點觀察。似屬於必要共同訴訟。至主參加之要件及效力。俟後訴訟參加一節。更詳述之。

尤有一言。數法定代理人。共同代爲訴訟行爲者。非共同訴訟也。蓋共同訴訟。就狹義之當事人有多數時而言。然一自然人爲數法人之代表者。仍成立共同訴訟。

## 第二 必要共同訴訟

必要共同訴訟云者。訴訟標的。對於全體共同訴訟人。必須合一確定之訴訟也。(五三條)。所謂

必須合一確定者。即法院對各共同訴訟人所爲之裁判。內容不得互異之意。例如需役地共有人。因主張地役權。對供役地所有人起訴時。法院對各共有人。或判有地役權。或判無地役權。均無不可。但不得判甲某有地役權。乙某無地役權也。訴訟標的。既於法律上必須合一確定者。則各共同訴訟人一同起訴或被訴時無論已。即非一同起訴或被訴。亦可成立共同訴訟。例如無限公司之多數股東。爲共同原告。請求解散公司之訴。或數人共同提起婚姻無效撤銷婚姻及確認婚姻成立不成立之訴<sup>(五四七條)</sup>時。法院之裁判。對於未起訴或未被訴之共同訴訟人。亦有效力也。

必要共同訴訟。除應具備通常共同訴訟之訴訟要件外。并以訴訟標的合一確定爲要件。已如上述。茲更述其效力於次。<sup>(五三條五九條)</sup>

(I) 共同訴訟人內一人所爲之行爲。若有利益於共同訴訟人。視與全體所爲同。若不利益於共同訴訟人。視與全體未爲同。<sup>(五三條一款)</sup>前者例如共同原告內一人提出攻擊。或共同被告內一人提出防禦。雖其他原告或被告。未曾提出。亦與提出無異。後者例如共同

原告內一人。將訴撤回。或捨棄、和解自認。或共同被告內一人。不爭執原告之主張。或認諾。或將上訴撤回。或和解。如其他原告或被告。未爲此等行爲。則其行爲。對於全體不生效力是已。惟此等情形。係就各共同訴訟人行爲互異時而言。若各人之行爲。互相一致。可不問其有無利益於全體。當然得以該行爲爲裁判之資料。至其行爲並非互異。而結果不能相容者。例如一人提出之證據。與他人提出之證據。經調查後而不相容者。法院祇可以自由心證之原則。定其取捨。不得以一人行爲。視與全體所爲或未爲同。

共同訴訟人內。有人遲誤期日或期間時。未遲誤之他共同訴訟人。於該期日或期間所爲之行爲。亦應以有無利益於他人爲準。視與全體所爲或未爲同。

(2) 他造當事人。對於共同訴訟人內一人所爲之行爲。視與對全體所爲者同。(五三條二款)  
此不問他造對於共同訴訟人內一人之行爲。有無利益於他人。均視與對全體所爲同。例如他造對共同訴訟內一人爲捨棄、認諾、自認撤回訴訟等行爲。固視對全體所爲同。即

他造對一人上訴。亦視與對全體上訴同是也。

(3) 共同訴訟人內。一人所生訴訟中斷或中止之原因。視與就全體所生者同。(五三條三款)  
故共同訴訟人內一人。有訴訟中斷或中止之原因者。即發生共同訴訟全體停止之效力。

(參照一六八條以下) 至中斷中止之原因。俟後說明。

右三種規定。爲圖訴訟進行一致。並防裁判衝突起見。此外尚有未經規定。而可類推者。如共同訴訟人內一人。欠缺訴訟成立要件。與全體欠缺同是也。

尤有言者。共同訴訟。不問爲通常爲必要。尙有二種共通之規定如左。(五四條)

一 共同訴訟人。各有續行訴訟之權。此即共同訴訟人。各得不顧他人。依自己意思。以促訴訟程序進行之謂也。

二 法院指定期日者。應於其期日。傳喚各共同訴訟人到場。此不問各共同訴訟人。從前有無遲誤期日或期間。凡以後指定之期日。應一律通知。俾訴訟得始終合併。但法院分別辯論與裁判者。不在此限。

## 第四節 訴訟參加

既成立之訴訟。由第三人參與者。謂之訴訟參加。其參與該訴訟之第三人。曰參加人。茲將參加之種類。分述於次。

### 第一 主參加

依本法編制。主參加本列入共同訴訟。不在本節範圍內。茲爲便利計。姑說明之。第主參加之意義。已述於前節。及特別審判籍之處。不贅。單就其要件及效力述左。

甲 主參加之要件。 主參加。係由第三人就他人間之訴訟標的全部或一部。爲自己有所請求。於本訴訟之訴訟拘束未消滅前。向本訴訟之第一審法院。以本訴訟兩造爲共同被告。而提起之訴。故其要件如左。(一八條  
五一條)

(1) 參加之形式。應依一般程序。以訴爲之。此因主參加人。爲自己有所請求。並非如從參加人之單以輔助一造當事人爲目的故也。

(2) 以本訴訟之兩造爲共同被告。若以其一造爲被告。則爲普通之訴矣。

(3) 應向本訴訟之第一審法院起訴。本訴訟繫屬於第一審法院時。自應向該法院起訴。就令本訴訟繫屬於第二審或第三審。亦應向第一審法院起訴。

(4) 就本訴訟之標的全部或一部。爲自己有所請求。主參加訴訟之標的。與本訴訟之標的。往往同一內容。而亦有不相同者。例如本訴訟原告。對被告主張所有權。而請求物之交付。主參加原告。則主張質權。而請求物之交付是也。總之主參加原告。必爲自己有所請求。且與本訴訟原告之請求。兩相抵觸。而後主參加乃成立。至主參加訴訟。爲給付之訴。爲確認之訴。則可不問。

(5) 本訴訟之訴訟拘束。尙未消滅。訴訟拘束。因和解撤回判決確定等事由而消滅。故主參加訴訟。應提起於本訴訟撤回和解或判決確定以前。蓋必如此。方得享共同訴訟之利益也。

主參加訴訟。不問普通程序。特別程序。均可爲之。惟於督促程序參加者。應在債務

人對支付命令聲明異議時或異議後。(四八)又保全程序。及人事訴訟。無主參加可言。蓋前者不為實體上裁判。後者兩原告請求不相抵觸也。

乙 主參加之效力。主參加訴訟。係必要共同訴訟。前已述矣。(但亦有謂為通常共同訴訟者有謂應依訴訟標的之性質而定其為通常共同訴訟或為必要共同訴訟者)故該訴訟之判決。對各共同被告。有一致效力。其辯論與裁判。亦不得就各共同被告分別行之。惟本訴訟與主參加訴訟之訴訟關係。各自存在。訴訟程序。亦各分離。故更有左列效力。

- (1) 本訴訟未判決。而主參加訴訟先判決者。該判決確定後。對於本訴訟兩造當事人。亦生執行力。又本訴訟當事人。並得將該確定判決。利用於本訴訟。
- (2) 主參加訴訟未判決。而本訴訟先判決者。該判決確定後。亦生執行力。但主參加人。得依強制執行法規定。聲明執行異議之訴。(或作執行參加之訴)
- (3) 本訴訟先主參加訴訟辦理時。嗣後主參加訴訟之判決。易致與本訴訟之判決抵觸

。故法院得命於主參加訴訟終結前。中止本訴訟程序。(一七七)然法院若認主參加訴訟之裁判。以本訴訟之法律關係是否成立為根據者。仍得先辦理本訴訟。而於本訴訟終結前。將主參加訴訟程序中止之。(一七八)

## 第二 從參加

就兩造之訴訟。有法律上利害關係之第三人。為輔助一造起見。而參與該訴訟者。曰從參加。此第三人曰從參加人。法律設此規定。為節勞省費。並便利從參加人及當事人起見。蓋從參加人。得依他人訴訟。以保護自己利益。當事人又得依從參加人而受援助也。惟從參加人。以自己名義。為訴訟行為。與訴訟代理人不同。非就他人訴訟。為自己有所請求。與主參加不同。不與原被告立同等地位。與共同訴訟人不同。從參加人與訴訟輔佐人。雖皆為輔助一造起見。然從參加人。於訴訟有利害關係。而訴訟輔佐人不然。故又與訴訟輔佐人不同。從參加人。與法定代理人。雖皆希望被輔助與被代理之當事人。得勝訴判決。然從參加人。受該判決之效力。而法定代理人不然。故又與法定代理人不同。總之從參加人。非起訴者。

亦非被訴者。唯以自己名義。參與他人之訴訟。故不得謂該訴訟之當事人。祇可謂從當事人。

甲 從參加之要件。(五五條)

(1) 爲輔助原告或被告。蓋若不輔助原告或被告。則必爲自己有所請求。而爲主參加人。或與其他當事人一同起訴。或一同被訴。而爲共同訴訟人矣。

(2) 就他人訴訟爲參加。一人不得同時爲當事人。又爲從參加人。故代理人所爲之訴訟。本人不得爲從參加。必也所參加者。爲他人間之訴訟。而後可。然從參加人承當訴訟時。脫離之原當事人。仍得參加於該訴訟。(參照六一條)又在通常共同訴訟。某訴之當事人。得輔助他訴之當事人而參加之。

(3) 就他人訴訟。有法律上利害關係。法律上利害關係。卽從參加人。因受輔助之當事人勝訴。則直接或間接受得利益。敗訴則受得不利益之謂。例如保證人受債務履行之訴。則主債務人。得爲從參加。買主受追奪之訴。則賣主得爲從參加。票據背書

人。受票金支付之訴。則發票人。得爲從參加。夫或妻受婚姻無效之訴。則與妻或夫。更爲婚姻之第三人。得爲從參加是也。總之如何有利害關係。以私法規定爲準。若係公法上關係。(例如受刑事之訴追)或僅有道德上友誼上名譽上及親屬間之關係者。不適用之。但於親屬關係。有利害影響者。仍許參加。例如父子涉訟。則與父意見不同之母。得爲其子之從參加人是已。

(4) 於訴訟拘束中爲之。 訴訟拘束中。謂訴訟拘束發生而未消滅也。故不問於第一審參加。於上級審參加。要必在原告起訴後。(參照二)至判決確定。訴訟撤回。或和解之前。若於此時參加。則不問普通程序。特別程序。皆得爲之。惟督促程序參加者。應在債務人對支付命令。聲明異議時。或異議後。不應在債權人聲請支付命令時。或聲請後。(四八)於公示催告程序參加者。應在撤銷除權判決之訴提起時。或提起後。(五一)於禁治產程序參加者。應在撤銷宣告之訴。或撤銷駁回撤銷禁治產聲請之裁定之訴提起時。或提起後。(五七一)於保全程序參加者。應在言詞辯論開始後。(五八五)

且在本案訴訟之訴訟拘束發生。或其後爲之。

從參加具備右四要件。卽屬合法。至聲明參加。通常係由從參加人獨立爲之。然亦得與上訴或抗告合併爲之。(五五條次項)卽得以一書狀。同時聲明從參加。並爲受其輔助之當事人。聲明上訴或抗告是也。此項規定。無非爲圖從參加人之便利起見。然則從參加得與追復遲誤及對支付命令之異議。同時合併聲明。亦可類推矣。

## 乙 從參加之程序

(1) 關於參加之程式。從參加係參與他人訴訟。並非獨立起訴。故聲明參加。毋庸依訴之形式。然爲明瞭其意旨起見。仍應用參加書狀。不得單以言詞聲明。(但依簡易程序時。仍得用言詞。)(三九四條)至參加書狀。應表明左列事項。

- 一 本訴訟及其當事人。
- 二 參加人於本訴訟之利害關係。
- 三 參加訴訟之陳述。此卽參加意旨。或參加理由。

參加書狀。應向本訴訟繫屬之法院提出之。故本訴訟繫屬於第一審。則向第一審提出。本訴訟繫屬於上級審。則向上級審提出。此點與主參加之應歸第一審法院管轄情形不同。但與上訴或抗告合併爲之者。即使本訴訟。繫屬於下級審。亦得向上級法院。提出參加書狀。(五六條首項但書)蓋上訴與抗告。本得向上級法院爲之也。尤有言者。參加書狀。非必記載參加字樣。亦不必依訴狀格式。然仍應依當事人書狀之規定作成。(一一七條以下)若聲明參加。與他項訴訟行爲(例如上訴異議抗告)合併行之者。則關於該行爲。並應遵守一般規定。

參加書狀之繕本。法院應送達於兩造。(五六條末項)蓋參加自提出書狀而生效力也。

(2) 關於參加之聲請及裁判。當事人無論是否受從參加人之輔助。皆得提出異議。聲請法院將參加駁回之。例如主張參加不合程式。或無法律上利害關係。或對於從參加人。主張當事人能力。訴訟能力。或其代理人之代理權。有欠缺等情形是已。(七五條首項)此項聲請。於辯論中以言詞。於辯論外以書狀爲之。(六一條)但依簡易程序聲請

者。不論在辯論中。或辯論外。常得用言詞。(三九四條)

當事人提出異議後。法院應就應否許爲參加裁判之。此項裁判。德民訴法(七一條)用中

間判決。奧民訴法。用裁決。(奧民訴一八條)本法於此點。係採奧民訴立法主義。用裁定。

得不經言詞辯論爲之。惟法院於裁定前。命從參加人以書狀或言詞陳述時。(二二五條)從

參加人。如有反對主張。應負舉證之責。(二六五條)

關於參加之裁定。不論准駁。得即時抗告。(五七次項)且爲此裁定時應將費用併予裁判

之。(九六條)惟駁回參加之裁定。未確定時。從參加人得參加該訴訟。(五七末項)故法院

對於從參加人。應仍行傳喚及送達之程序。蓋恐從參加人。失訴訟行爲之機會也。如

至日後該裁定變更。則從參加人之行爲。自始有效。否則一經確定。其以前行爲。當

然失其效力。但爲當事人援用者。不在此限。

當事人對於從參加無異議時。法院應即許爲參加。毋庸另行裁判。蓋參加之應否允許

。係屬當事人責問權之範圍。非法院職權調查事項也。故雖參加不合程式。或從參加

人無法律上利害關係。祇得定期間。命其補正。(一二條)不得逕予駁回。此外關於參加之管轄法院。或從參加人之能力。及其代理人之代理權等事項。均應依照一般規定辦理。自不待言。

丙 從參加之效力。 從參加自聲明參加時為始。發生效力。此由送達參加書狀之規定而知也。茲將其效力。更分述於左。

(1) 關於訴訟行為之效力。從參加人得輔助當事人之一造。為一切訴訟行為。故如上訴。抗告。追復遲誤。對支付命令之異議。及其他一切攻擊或防禦方法。均得為之。其所為訴訟行為之效力。及於受其輔助之當事人。與該當事人自為者同。然以狹義言。從參加人。究非當事人。故其行為。應受左列限制。(五八條)

一 須受參加時訴訟程度之拘束。 例如於一部判決。或中間判決後參加者。不得在同審攻擊該判決。或參加時。本訴訟已繫屬於第三審者。不得陳述事實(四三四條四四二條首項)是也。此外凡已終結之程序。或業經當事人使用之事項。及當事人已不能為之行

爲。從參加人皆不得爲之。蓋恐妨礙訴訟程度耳。

二 須與受其輔助之當事人行爲不相抵觸。如有抵觸。以受輔助之當事人行爲爲準。即以當事人之行爲爲有效。而從參加人之行爲。不生效力。例如當事人業經捨棄認諾和解或自認。而從參加人有所爭執者。法院應依當事人之意思表示。予以裁判。不得採用從參加人之主張。更爲審理是已。惟不相抵觸。係就明示行爲而言。若當事人所未爲之行爲。而從參加人爲之者。不得以抵觸論。故當事人雖未上訴。或聲明異議。仍可由從參加人上訴或聲明。且從參加人到場。而受其輔助之當事人。不到場時。從參加人得爲該當事人代行辯論。法院不得依第三七七條規定。據一造辯論而爲判決。

參加人行爲。不得與受輔助之當事人行爲抵觸者。係就通常從參加而言。若在特別從參加。又未可一律而論。蓋係爭法律關係。依法律規定。參加人與受其輔助之當事人間。有必須合一確定者。例如無限公司之某股東。提起解散公司之訴。他股東

出而爲參加是已。此種從參加人。學者稱爲特別從參加人。特別從參加人。與受其輔助之當事人間之關係。頗與必要共同訴訟人相似。本法第五三條。關於必要共同訴訟之三種規定。自應準用。(五九條)故受輔助之當事人行爲。有不利益於從參加人者。雖從參加人之行爲。與之抵觸。亦得發生效力。例如當事人爲捨棄認諾和解自認。或撤回上訴。而從參加人爭執或否認者。法院不得以當事人之行爲。爲裁判之基礎是也。此外他造當事人。對於受從參加人輔助之當事人。所爲之行爲。對於從參加人。亦有效力。且從參加人。有中斷中止之原因(例如從參加人死亡)者。應停止本訴訟之進行。此皆與通常從參加人不同之點也。然特別從參加人。仍處參加地位。究與主當事人不同。故他造當事人之行爲。應對於受從參加人輔助之當事人爲之者。(例如上訴和解反訴及聲明之擴張減縮)仍不得對於從參加人爲之。又法院之裁判。雖對從參加人。亦有效力。然除訴訟費用外。亦不得對於從參加人爲之。尙有數種行爲。不論通常從參加人。與特別從參加人。均不得爲之者。即(1)訴訟標

的本體之處分行爲。(即和解捨棄及認諾)(2)非當事人不能爲之行爲。(反訴及再審之訴之提起訴及上訴之撤回聲明之擴張或減縮訴之變更或追加)(3)強制執行行爲。

(4)領收所爭物件之行爲是也。

從參加人得爲自認。又得爲自己選任訴訟代理人。并得使受其輔助之當事人之訴訟代理人。兼理自己之訴訟行爲。但不能代當事人。選任訴訟代理人。

(2) 關於裁判之效力。本訴訟之裁判。除駁回參加之裁定確定一情形外。不問當事人有無異議。亦不問從參加人。有無承當訴訟。一律對於從參加人。發生效力。故從參加人。對於受其輔助之當事人，不得主張本訴訟之裁判不當。(六〇條)例如受從參加人輔助之當事人。於本訴訟完結後。引用該判決。對於從參加人提起損害賠償之請求者。從參加人不得致擊該判決是已。但有左列情形之一者。從參加人對於該當事人。仍得主張本訴訟之裁判不當。(六〇條但書)

一 因參加時訴訟之程度。不能用攻擊或防禦方法者。例如參加時。本訴訟已繫屬

於第三審。不能由從參加人。主張事實。或提出證據是已。

二 因受輔助之當事人行爲。不能用攻擊或防禦方法者。例如從參加人。因該當事人之捨棄認諾或撤回。從參加人之上訴。不能爲有力之主張是已。

三 當事人因故意或重大過失。不用參加人所知之攻擊或防禦方法者。例如受輔助之原告。明知可對被告抗辯。提出反證。乃不提出。因而敗訴是已。

除右三情形外。從參加人。應對其所輔助之當事人。受本訴訟裁判之拘束。惟此項裁判。日本民法。以業已確定者爲限。(日民法五五條) 德民法。則不問其會否確定。(德

新六八條) 本法於此點。係採德民法之立法主義。故本訴訟之裁判。已確定者無論已。即未確定前從參加人。亦不得主張該裁判之不當。然則從參加人。雖可對於他造當事人。爲受其輔助之當事人。聲明上訴或抗告。要不能對於受其輔助之當事人。聲明上訴或抗告。夫固顯而易見矣。

(3) 關於承當訴訟之效力。從參加人。經兩造同意時。得代其所輔助之當事人。承

當訴訟。(六一條首項)承當訴訟者。即從參加人。喪失從當事人資格。承受該訴訟。而為主當事人之謂也。從參加人承當訴訟時。法院應依其所輔助之當事人聲明。經過言詞辯論。以裁定許該當事人脫離訴訟。(六一條次項)民訴條例。就此點係用判決。其判決含有二種性質。對於前當事人。係終局判決。對於他造當事人。與承當訴訟之從參加人。係中間判決。惟既一面為終局判決。故應為訴訟費用之裁判。本法雖用裁定。於訴訟費用。似亦應予以裁判。而負擔此項費用者。則為他造當事人。蓋此時可視他造當事人為敗訴人也。但日後承當訴訟之從參加人。如果敗訴。他造當事人。仍得求其賠償。(八一條)脫離之裁定。應俟該當事人聲明。固已。然則不為聲明時。應如何辦法。一問題也。解之者分二說。一說脫離之裁定。祇令當事人。明確無誤。並非程序上所必要。一說當事人之脫離。應以裁定宣示之。單言擔任訴訟。不生當事人變更之效力。  
。二說中余採前說。

從參加人承當訴訟後。所為本案判決。對於脫離之當事人。仍有效力。(六一條次項後段)故該判決確定後。該當事人與他造當事人間。不得更行起訴。(三八條)並得本於該判決。

對於當事人。爲強制執行。惟按執行律之規定。此時執行正本。非有審判長命令。不得付與之。(參照強制執行律草案一六條但  
現行民訴執行規則無此規定)

尤有言者。訴訟拘束中。訴訟標的之權利義務。已移轉於第三人。當事人本不致遺失訴訟上之權利義務。例如甲乙因爭經界涉訟。在訴訟拘束中。甲或乙將其訴訟標的之土地。讓與於丙。甲或乙仍得居當事人地位。續行訴訟行爲。但此時甲或乙如欲脫離訴訟。聲請命丙承當。法院應以裁定准許之。惟爲裁定前。須訊問當事人及第三人而已。至第三人承當訴訟之效力。則準用從參加人承當訴訟之規定。(六五條)

(4) 關於參加費用之效力。因參加訴訟所生之費用。如係他造當事人敗訴。應命他造當事人負擔。如係受從參加人輔助之當事人敗訴。應命從參加人負擔。該當事人。則祇負擔本案之訴訟費用而已。故本訴訟之判決。應將參加費用。一併裁判之。至關於特別從參加人之費用。準用共同訴訟人費用負擔之法則。(八七條  
八八條)其詳俟後訴訟費用一節說明。

### 第三 告知參加

第三人因當事人之告知。或遞行告知。於訴訟拘束中。參與他人訴訟。以輔助當事人一造者。曰告知參加。此第三人。曰告知參加人。或受告知人。

(甲) 訴訟告知之要件。(六二)

(1) 於本訴訟之訴訟拘束中告知。本訴訟之訴訟拘束中。不論訴訟程度如何。常得告知之。

(2) 受告知人。因告知人敗訴。有法律上利害關係。如何有法律上利害關係。亦依私法之規定為準。例如債權人。對保證人。提起保證債務履行之訴。則保證人。得告知其事於主債務人。或執票人對受票人請求票金。則受票人得告知訴訟於發票人。或背書人是已。至道德上友誼上等關係。不適用之。

具備右二要件者。當事人得將訴訟。告知第三人。受告知之第三人。若亦具備二要件。並得遞行告知於他人。例如買主受追奪之訴時。告知訴訟於賣主。賣主又告知該訴訟於

前賣主是已。惟第三人遞行告知。應否在訴訟參加後。德國學者。有消極積極二說。本法亦無明文可據。然尋繹法意。似參加前。亦得告知之。

(乙) 訴訟告知之程式。告知訴訟。應以表明左列各款之書狀。提出於法院。由法院送達於第三人。(六三條)

(1) 告知理由。即受告知人。因告知人敗訴。所有之法律上利害關係。

(2) 訴訟程度。此即訴訟進行狀態。例如正在調查證據是。

除右二款外。並應依當事人書狀之規定(一一七條)作成。若該書狀不合程式。或有其他欠缺。審判長得定期間。命其補正。(一一二條)但依簡易程序。得以言詞聲明。非必提出告知之書狀。(三九四條)

告知人應將告知書狀之繕本。交付他造當事人。(六三條次項)此不過使他造知有告知事實。並與以準備機會。而於告知之效力。無何等關係。故或自行遣人交付。或由郵局寄交。均無不可。非必如向第三人送達之必經由法院也。

(丙) 訴訟告知之效力。

(1) 受告知人。參加訴訟者。適用從參加之規定。告知參加。係從參加之變體。不過從參加係自進而參與訴訟。告知參加。則必待當事人之通知而已。然通知後。既聲明應行參加之意旨者。仍與從參加無異。故前述從參加之要件程序及效力。(即五五條至六一條)

(2) 受告知人不參加訴訟者。於受告知後。得行參加時。視與已參加同。並對於告知人。不得主張本訴訟之裁判不當。(六四條) 不參加訴訟。係指始終不參加。或參加逾時而言。受告知人。有此情形。必視與已參加同。方足以貫徹法律設立告知規定之本旨。然因其不參加訴訟。又不能適用從參加之各項規定。惟得依第六〇條。以受告知人。對於告知人。不得主張本訴訟之裁判不當拘束之而已。但告知人如違背前述告知之要件或程式者。應作別論。

(3) 法院於受告知人參加前。得命中止本訴訟程序。於參加前中止本訴訟程序。以

法院認受告知人能爲參加時爲限。(九條)若受告知人。延不參加者。不如進行本訴訟程序爲妥。蓋當事人之告知。本不影響於本訴訟之進行。若一律中止。以待其參加。

匪特第三人未必參加。恐反爲遲延訴訟者之所玩弄矣。

上述告知之效力。於遞行告知人與遞受告知人間。亦準用之。

## 第五節 訴訟代理人

訴訟代理人云者。因當事人本人或其法定代理人之授權。或因法院或審判長選任。代本人爲訴訟行爲之人也。由法院選任之訴訟代理人。於訴訟救助見之(〇條)茲暫不述。所述者。惟因當事人本人。或其法定代理人。所委任之訴訟代理人而已。

考德奧法律。在合議制法院以上。採用強制律師訴訟主義。在獨任制法院。以本人訴訟爲原則。又查日本民訴法在地方裁判所以上之代理訴訟。以律師代理爲原則。以有訴訟能力之親屬雇人代理爲例外。在區裁判所之代理訴訟。雖有律師。通常由有訴訟能力之親屬雇人代理

。無親屬雇人。則由其他有訴訟能力之人代理。(日民訴六三條)本法不論合議制與獨任制。不採強制律師訴訟主義。又以代理訴訟爲例外。頗與日本民訴法。同一主義。惟於訴訟代理人。則不設何等限制也。

英法意諸國律師制度。有代訟人與代言之別。代訟係代當事人起訴。代言則代當事人陳述法律上意見。然德日諸國制度。律師爲當事人。行其代理人輔佐人及辯護人之職務。無代訟與代言之區別。我國現行法亦然。

### 第一 訴訟代理之程式

當事人或其法定代理人。得以有訴訟能力之人爲訴訟代理人。使爲訴訟行爲。此卽本法於本人訴訟主義外。兼採代理訴訟主義也。惟充訴訟代理人者。或爲律師。或非律師。均無不可。惟必有訴訟能力之人爲限。不過非律師而爲訴訟代理人者。法院得以裁定禁止之。(六六條首)例如其人無訴訟能力。或不勝代理之任。或以代理爲營業者。隨時得以裁定禁止其代理是已。禁止之裁定。應送達於本人。以便其另行委任代理。或自爲訴訟。(六六條次項但已向本人宣示者不必送)

達)又禁止代理時。法院認有延展期日之必要者。應依第二〇〇條辦理。

訴訟代理人。於最初爲訴訟行爲時。應提出訴訟委任狀。(六七條前段)蓋訴訟委任。究爲契約。抑係單獨行爲。雖學者見解不同。要之必有一種程式。方足以證明代理權之存在。此委任狀所以不可不於最初爲訴訟行爲時提出也。

訴訟委任。本無一定程式。故除提出委任狀外。又可以言詞爲之。其以言詞爲訴訟委任。經法院書記官記明筆錄者。毋庸提出委任狀。(六七〇條次項)總之訴訟代理人。必提出委任狀。或以言詞委任之。方爲合法。否則即屬代理權有欠缺。

## 第二 訴訟代理之權限

訴訟代理人。關於訴訟事件。有爲一切行爲之權。但捨棄。認諾。撤回。和解。提起上訴。或再審之訴。或領收所爭之物者。非受特別委任。不得爲之。(六八條)蓋訴訟委任。有普通委任。特別委任二類。受任人得爲一切訴訟行爲者。曰普通委任。受任人就一定訴訟行爲。非特別授權。不得代爲者。曰特別委任。考各國法律。惟日本民訴法(六五條)有此分類。而德奧

民訴法無之。有此分類。則代理之權限小。無此分類。則代理之權限大。權限大。則訴訟代理人不勝任時。於本人頗多危險。權限小。則訴訟代理人。礙於特別授權。而訴訟不易進行。然權衡利弊。與其使本人危險。不如使訴訟遲延。是以本法於此點。獨採日本之立法主義。而於第六八條。特規定曰。訴訟代理人。除其代理權受有限制外。有代為一切訴訟行為之權。即普通委任之權限也。其所謂限制者。即特別委任之權限也。故受普通委任之代理人。除本人加以限制外。凡關於訴訟。及與該訴訟相牽連之他訴訟（即反訴。參加訴訟。保全程序。及訴之變更與追加等。）之行為。皆得為之。且有受他造當事人與法院所為訴訟行為之權。然該條所載。捨棄認諾各項行為。於本人較有重大利害關係。自非經本人特別提明。授與代理權。不足以保障其利益也。惟此項特別委任。如與普通委任。同時為之者。可於普通委任之書狀。或言詞中合併委任。如異時為之者。亦須分別提出書狀。或以言詞委任之。訴訟委任。尚有限制委任。特定委任二類。於普通委任中。附加某種消極訴訟行為者。曰限制委任。限定訴訟行為。而委任其代理者。曰特定委任。（例如委任代收送達之文件）當事人

或其法定代理人。於訴訟代理權之範圍。爲限制委任。或特定委任。應於提出法院之書狀或筆錄內表明。並送達於他造當事人。(六八條)蓋爲防發生代理權之爭執。並期訴訟之進行起見也。若不表明或送達。則此項限制委任。或特定委任。對於法院或他造當事人。不生效力。惟於本人與代理人間。發生私法關係而已。

### 第三 訴訟委任之效力

訴訟委任。雖可依民法之規定。然究係訴訟行爲。不得與民法上之委任契約同論。故訴訟委任之效力。除依民法之規定外。本法尙有特別規定如左。

(1) 訴訟代理人。若有二人以上者。均得單獨代理。(六九條首項)訴訟代理人。由當事人委任者。其人數亦由當事人指定。故一當事人。得委任一代理人。或數代理人。(惟利害相反之兩造。不得委任同一之人代理。)且委任數代理人者。得同時委任。或異時委任。又不問委任同時異時。更得單獨代理行爲。對於本人。均有效力。即法院及相對人之訴訟行爲。亦得任向訴訟代理人全體中。之一人爲之。故言詞辯論期日。多數代理人

不到場。而有一代理人到場者。仍以本人到場論。其他訴訟行爲亦然。至數代理人之陳述。有互相抵觸時。法院不得概視爲無效。應斟酌情形判斷之。但關於聲明。及其他意思表示。有抵觸者。不生效力。

訴訟委任。違背上述規定。例如本人對於數代理人加以不得單獨代理之限制者。對於法院及他造當事人。不生效力。(六九條次項)蓋恐發生代理權之爭執也。然當事人與代理人間。仍可發生私法關係。

(2) 訴訟代理人之事實上陳述。經一同到場之本人或其法定代理人。即時撤銷或更正者。失其效力。(七〇條次項)蓋代理人之陳述。與本人之陳述有齟齬時。應以本人之陳述爲準也。但以即時爲之爲要件。

本人得即時撤銷更正者。既就代理人之事實上陳述而言。則代理人所爲之捨棄認諾撤回和解等行爲。似不在內。余謂此等行爲。未經本人特別委任者。固不必論。即經特別委任。而於本人之利害極大。自應許其即時撤銷更正爲妥。

(3) 無訴訟代理權者之訴訟行爲。不生效力。但於訴訟中取得訴訟代理權。而對其行爲。爲明示或默示之承認。或由本人。或有代理權之人承認者。視爲有效之行爲。(七一) 無訴訟代理權。卽未經本人或法定代理人提出委任狀。或以言詞爲普通委任。或特別委任。及訴訟代理人爲限制委任。或特定委任以外行爲之意。於訴訟中。取得訴訟代理權。卽訴訟進行中。補受委任。或能證明權限之意。有代理權之人。卽指有法定或訴訟代理權之人而言。訴訟代理人。所爲行爲。須在其權限以內。若出權限之外。卽屬無權代理。不獨自己行爲無效。並他造或法院。對其所爲之行爲。亦無效。故法院遇有無訴訟代理權者。參與訴訟時。應卽爲訴訟行爲無效之宣示。或酌量辦法。將訴駁回。或命補正。然經該代理人取得代理權後。承認從前行爲。或經本人。或有法定或訴訟代理權之人承認者。則該代理人之行爲。可溯至最初而有效。此爲保障其利益。並免行爲之重複起見也。至法院對無訴訟代理權者。未能發見。以致裁判。或判裁確定者。並非當然無效。惟得聲明不服。求廢棄之。(四三六條四款)(四六一條四款)

#### 第四 訴訟代理權之消滅

(1) 依民法之一般規定而消滅者。此即訴訟代理權。因代理人死亡。或訴訟能力喪失。或委任職務終結而消滅也。至本人死亡。破產。或訴訟能力變更。及法定代理人變更時。據日本民訴法。(六九)亦為訴訟委任消滅之原因。本法則規定訴訟代理權。不因此等情形而消滅。(七二)蓋保護當事人利益。並防訴訟遲延也。故訴訟代理人。仍可照常為訴訟行為。更分述之。

一 本人死亡時。本人死亡。如已有訴訟代理人。代為訴訟者。不獨訴訟代理權不消滅。即訴訟程序亦不中斷。(一七)故除有中止訴訟程序之裁定(一七)外。代理人不論以繼承人名義。或死亡人名義。仍可照常為訴訟行為。

二 本人破產時。此時惟無關於破產財團之訴訟程序。代理人仍得續為訴訟行為。其關於破產財團者。雖代理權不消滅。而程序則應中斷。(二七)

三 本人訴訟能力變更時。此即有訴訟能力之本人。被宣告禁治產。或無訴訟能力之

本人。已達成年。或撤銷禁治產是也。前者不獨訴訟代理權不消滅。即訴訟程序亦不中斷。(一七〇條)後者則前此法定代理人之委任。繼續有效。

四 法定代理人變更時。此即法定代理人死亡或失代理權是也。在此情形。如已有訴訟代理人代為訴訟。不惟其代理權不消滅。即訴訟程序亦不中斷。(一七〇條)故該代理人。仍得續行訴訟行為。但有中止程序之裁定時。不在此限。

(2) 依委任之解除而消滅者。訴訟委任之解除。即訴訟代理人撤任或辭任之意。訴訟代理人。經解除委任者。其代理權因而消滅。但此係就訴訟代理人與本人間之關係而言。至對於他造當事人。不問其曾否知悉解除之事實。非經本人或法定代理人通知解除委任。不生效力。(七三條首項)對於法院亦然。

向他造當事人通知解除委任。應提出書狀。由法院送達之。(七三條次項)如以言詞通知。或雖提出書狀。而未送達者。對於他造。均不生代理權消滅之效力。但在簡易程序。亦得以言詞陳述。由書記官作成筆錄送達之。(三九四條)

解除委任之訴訟代理人。在通知解除後。十五日內。應仍爲防衛本人權利所必要之行爲。  
○（七三條末項）此項規定。無非爲保護本人利益而設。如本人業於十五日內。依其他方法。能防衛自己之權利者。訴訟代理人。自亦得從此時起。卸其責任。無待十五日期滿後也。  
○且此時之解除。應就訴訟代理人。自行辭任者而言。若由本人撤任。則訴訟代理人。可即時免除爲本人防衛權利之責任。其理至顯。

#### 第五 訴訟代理權之欠缺

訴訟代理權。亦屬訴訟成立要件之一種。法院如爲有欠缺。本可不經言詞辯論。由法院以裁定駁回原告之訴。○（二四〇條一項四款）然因欠缺而概予駁回。則當事人不免有再爲同一訴訟之累。故法院認訴訟代理權之欠缺。可以補正者。得定期間。命其補正。並得斟酌情形。許該代理人暫爲訴訟行爲。○（七四條）此項命令。均以裁定爲之。既爲補正之裁定後。無論期間有否伸縮。○（參照一六四條）自應遵期補正。補正之方法有二。卽證明訴訟代理權。自始本無欠缺。或自始欠缺。而證明訴訟中。已取得代理權。並承認從前之訴訟行爲是也。又經暫爲訴訟行爲之裁定後

。該代理人與法院間。自得照常爲言詞辯論。及其他程序。

訴訟代理權之欠缺。經補正者。視與最初不欠缺同。如不補正。法院應卽宣示該代理人行爲之無效。且該代理人。於暫爲訴訟行爲後。如不補正欠缺者。應負擔暫爲訴訟行爲所生之費用。(九〇條)

尤有言者。訴訟代理權之欠缺。謂訴訟法上委任之欠缺。其實體法上之委任契約。有無成立。在所不問。此項欠缺。如第一審未曾注意。經第二審發見者。得廢棄原判決。並將事件發還。又若第二審。未曾注意。經第三審發見者。除廢棄原判決。將事件發回原審。或發交其他同級法院外。並廢棄其違背代理規定部分之訴訟程序。(四四四條四四五條)但無權代理人。在下級審之訴訟行爲。經本人或法定代理人在上級審承認者。不在此限。

## 第六節 訴訟輔佐人

訴訟輔佐人云者。辯論期日。偕同當事人或法定代理人到場。盡其攻擊或防禦能事。以輔助

當事人之訴訟關係人也。此項訴訟關係人。雖為輔助當事人起見。然在訴訟法上。無獨立之資格。亦無法律上利害關係。故與訴訟代理人不同。又與從參加人有別。凡具備左列各件者。即可謂合法之輔佐人。(七六條)

(1) 有訴訟能力。訴訟輔佐人。如無訴訟能力。則其行為無效。

(2) 由當事人或法定代理人選任。并須得法院允許。

(3) 偕同當事人或法定代理人到場。若祇訴訟輔佐人到場。或同到場之當事人。或其法定代理人。已退庭者。訴訟輔佐人。即不得為訴訟行為。

(4) 於辯論期日到場。期日以外。不能有輔佐人。故期日外之訴訟行為。例如聲請假扣押。(四九條)聲請支付命令。(四七條)聲請證據保全。(三六條)輔佐人不得為之。即為之。亦屬無效。因無從知其是否偕同當事人到場也。

輔佐人以輔助本人之陳述為本旨。故辯論期日。輔佐人所為之陳述與當事人或法定代理人自為者同。但經當事人或法定代理人。即時撤銷或更正者。不在此限。(七六條次項)選任輔佐人之

費用。於必要範圍內。得使敗訴之他造當事人負擔。(參照八條一)

## 第三章 訴訟標的之價額及其費用

### 第一節 訴訟標的之價額

訴訟標的之價額。即訴訟標的之財產上額數。而為分別適用通常或簡易程序所必要也。且與貼用司法印紙。能否提起第三審上訴。(四三條三)均有關係故必先有計算方法。庶可免辦事上之掣肘。但同一額數。在金額可一見明瞭。在價額則未易確定。茲依本法所規定。詳述於次。

(一) 訴訟標的之價額。由法院核定。(七七條)訴訟標的之價額。原告起訴時。應即自行計算。並記明於訴狀。(二三條五)然其計算之價額。不能拘束法院。故仍應由法院核定。若法院核定價額。發生困難。或當事人有爭執者。並得依職權調查證據。而後核定之。(七七條)但其核定。應依下述方法。及第七八條以下各條辦理。自不待言。

訴訟標的之價額。即該標的之財產上價額也。財產上價額。即一般交易價額也。一般交易價額。即在交易上。為一般世人所認有之價額也。大抵財產權訴訟之標的。除有金額者外。無不有價額。但不能必其有交易價額。例如原告以勳章寶星家譜。或祖宗肖像墳墓之所有權為標的者。即無交易價額可言矣。法院核定價額。有交易價額者。依交易價額。無交易價額者。依原告就訴訟標的所有之利益計算。(七七條次項)茲曰依原告。不依被告者。緣價額之核定。仍應準據原告之主張也。

(二) 訴訟標的之價額。以起訴時之交易價額為準。(七七條次項)訴訟標的之價額。常有於訴訟繫屬中變更者。苟不定計算價額之時期。則適用程序問題。及貼用印紙等。均無標準。此本法所以定起訴時之交易價額為準也。茲所謂起訴之時。指提出訴狀。及言詞起訴。與債權人聲請支付命令之時日而言。起訴時。其價額為八百元以下者。其後雖因物價騰貴。或原告擴張聲明。增至八百元以上。仍適用簡易程序。起訴時其價額逾八百元者。其後雖因物價低廉。或原告減少聲明。跌至八百元以下。仍適用通常程序。

(三) 以一訴將利息。或其他孳息。損害賠償。違約金。或費用。附帶於主訴訟標的而主張者。不計算其價額。(七八條次項) 孳息、損害賠償、違約金等。以民法規金爲準。費用以民事訴訟法訴訟費用規則之規定爲準。此項附帶主張。所以不算入價額中者。因其爲主訴訟標的之效果。非別項獨立之標的也。但必具備左列各件。始不計算其價額。

(1) 以一訴主張者。所謂一訴。乃同一訴訟程序之意。且所謂同一訴訟程序者。非必起訴時。合利息原本請求之。卽先請求原本。後請求利息亦可。蓋此二宗請求。亦以同一訴訟主張也。是故起訴時。請求原本。於訴訟進行中。附加利息之請求。或於第一審請求原本。至第二審附加利息之請求者。均於訴訟標的之價額。不生變動。

(2) 自同一原告。對同一被告主張者。設原告以甲借款原本。向共同被告中一人主張。以其利息。向他一人主張者。仍合算兩項價額。

(3) 附帶於主訴訟標的而主張者。利息孳息等。若與主訴訟標的。無主從關係。例

如以一訴主張甲借款之原本。與乙借款之利息者。仍合算其價額。

附帶主張。具備以上三件者。則其額數。少於主訴訟標的之額者。無論已。即令超過主訴訟標的之額時。亦依主訴訟標的之額數。以計算訴訟標的之價額。而附帶主張之額數。不算入也。

(四) 不問原告爲一人或數人。若以一訴主張數項標的者。將其價額。合併計算。(七八條一項)

訴訟標的。有由當事人合併者。有由法院合併者。茲所謂以一訴主張數項標的者。乃指原告於起訴時。自行合併者而言。其被合併之數項標的。各有獨立之性質。故應合算價額。至其數項主張。是否同一原因。在所不問。即其中有關於一定金額者。亦須合算。但左列情形。不適用之。

- (1) 訴訟標的。係附帶主張者。(即前款情形)
- (2) 不拘訴訟標的之金額或價額。應適用簡易程序者。(三九三條二項)
- (3) 數項標的。互相競合。或應爲選擇者。(七九條見後說明)
- (4) 原告併求確定對待給付之額數者。(八〇條見後說明)

- (5) 原告於訴訟拘束發生後。追加新訴者。(二四) (五條)
- (6) 當事人純然擴張聲明。及提起中間確認之訴者。(二四六條) (之二與五)
- (7) 被告提起反訴者。(二四) (九條)
- (8) 法院依第一九七條規定合併其訴者。
- (五) 以一訴主張之數項標的。互相競合。或應為選擇者。應依其中價額最高者。定訴訟標的之價額。(七九) (九條) 以一訴主張之數項標的。並無各自獨立之性質。而互相競合。或應為選擇者。原告祇受一種請求之利益。自應依其中一種標的之價額計算。故數項標的之價額。如相等。則任依一種定之。如不相等。則應依其中價額最高者定之。所謂數項標的。互相競合。例如共同原告。或共同被告。為連帶債權人。或連帶債務人。或共同訴訟之一造為債務人。及該債務之保證人是。所謂訴訟標的。應為選擇。例如原告聲明曰。不交付米百石。則交付麥百石時。若由原告選擇。則或令交米或令交麥。聽原告之便。若由被告選擇。則或願交米。或願交麥。聽被告之便。但不問選擇權。在原告。或在被告。

告。而程序是否適用通常或簡易。則常依其價額最高者定之也。

(六) 原告應負擔之對待給付。不得從訴訟標的之價額中扣除。(八〇條一項) 例如買賣房產事件。賣主尚未交產。而買主祇須付產價之一部時。由買主為原告。訴求法院命被告(即賣主)交出房產者。不得由該房屋之價額中。扣除原告所應給付之一部產價。而以其餘額計算。此無他。訴訟標的之價額。依原告之主張而定。今原告既主張交產。自應依全部產價定之也。又原告如併求確定對待給付之額數者。應依給付中價額最高者。定訴訟標的之價額。(八〇條次項) 如上例。買主既訴求法院判令賣主交產。同時又訴請法院判定其所應給付之一部產價額數。則應依該房產之價額計算不應將二者合併計算。蓋此時兩宗標的。雖似各自獨立。實則有對銷性。所謂二而一也。

## 第二節 訴訟費用

### 第一 訴訟費用之意義及性質

#### 第一編 總則 第三章 訴訟標的之價額及其費用

訴訟費用。謂關於訴訟所必要之一切費用也。有審判上費用。與審判外費用。前者即國家徵收之費用。如印紙費。送達費。鈔錄費。繙譯費等是。後者即當事人間所需之費用。如當事人之旅費。證人鑑定人之旅費日費等是。又有起訴前費用。與起訴後費用。前者如證據保全費用。指定管轄費用之類是。後者則種類繁多。如印紙費。公示送達費之類是。至律師與輔佐人之報酬。不在訴訟費用範圍內。然於必要時。（即訴訟救助）亦得視為訴訟費用。總之訴訟費用。非指訴訟關係人支出之一切費用而言。係指法令章程規則所規定之費用而言。且即經法令章程規則之規定。而逾定額者。仍非訴訟費用。

考羅馬法。有科當事人以訴訟罰者。近世法律。則祇有訴訟費用。不採訴訟罰之法則。惟訴訟費用。究具如何性質。學說歧出。一說謂係國家科敗訴人之刑罰。一說謂係私法上之損害賠償。一說謂負擔費用。係公法上之義務。願以費用為刑罰。則民事與刑事混同。以費用為損害賠償。則視民事訴訟與民事不法行為無異。此二說均屬不合。至以負擔費用。係屬公法上義務。可謂獨得真銓。

## 第二 訴訟費用負擔之法則

民事訴訟費用。通常由敗訴人負擔。然亦有由訴勝人負擔者。通常由當事人負擔。然亦有由第三人負擔者。茲將訴訟費用負擔之法則。分述於左。

(1) 由敗訴人負擔者。敗訴人應負擔自己支出之訴訟費用。並應賠償勝訴當事人。因伸張或防衛權利所必要而支出之費用。(八一條)如何費用。係伸張或防衛權利所必要。由法院詳審一切情形。就事實上審定。不必調查證據。例如印紙費。送達費。郵費。公告費。可謂必要。律師之酬金。則非必要也。

原告捨棄其請求。或被告認諾原告之請求者。皆須受敗訴之判決。(三七六條)故訴訟費用。歸其負擔。但就訴訟標的之一部為捨棄或認諾者。其未捨棄或未認諾部分之訴訟費用。仍應依訴訟結果以定負擔之人。

(2) 由勝訴人負擔者。

一 被告對於原告之請求。徑行認諾。并能證明其毋庸起訴者。訴訟費用。由原告負擔

。(八三)例如所有人甲。對於善意占有人乙。不先催告交還物件。遽行起訴時。乙於第二回辯論。立即認諾甲之請求。並證明甲如於起訴前。先行催告。必可將該物返還者。其訴訟費用。縱甲勝訴。應歸甲負擔。蓋以該訴訟。並非被告乙所釀成也。但必具備徑行認諾。且能證明毋庸起訴之要件。若被告爭執後。始認諾。或雖徑行認諾。而有遲滯之責者。不適用之。

二 當事人不於適當時期。提出攻擊或防禦方法。或遲誤期日或期間。或因其他應歸責於己之事由。而致訴訟延滯者。縱該當事人勝訴。其因延滯而生之費用。法院得命其負擔全部或一部。(八四)不於適當時期。提出攻擊或防禦方法。例如原告於中間判決後。再提出中間之爭點。(三七)或被告於本案辯論開始後。提出無管轄權之抗辯(參照二四條)是。遲誤期日或期間。如當事人不於期日到場。或到場而不為辯論。或不於期間內。為應為之訴訟行為者是。其他應歸責於己之事由。如因當事人應提出準備書狀而不提出。(參照二五五)或所選訴訟代理人無陳述能力(參照二〇〇條)者是。若以此等情形

。致訴訟延滯。其因此所生費用。縱令該當事人勝訴。法院得命其負擔全部或一部。蓋以防他造當事人受意外之損失也。

三 原告撤回其訴者訴訟費用由原告負擔（八五條一項）原告撤回訴之一部者。縱令就未撤回

之一部及反訴部分（參照二五二條二五三條）受勝訴之判決。而關於撤回部分之費用。應仍由原告

負擔。蓋關於該部分之訴訟。可視原告為敗訴人也。至原告撤回訴之全部。則與完全

敗訴無異。自應負擔全部費用。右法則於當事人撤回上訴抗告者。準用之。（八五條次項）

（3）由兩造負擔者。各當事人一部勝訴。一部敗訴者。各負擔其支出之費用。但法院

得酌量情形。命兩造以比例。或命其一造。負擔訴訟費用。（八二條）各負擔其支出之費用

。即兩造支出之費用。互相抵銷。不得請求賠償之意。例如本訴反訴。合併裁判。而原

告就本訴勝訴。被告就反訴勝訴時。法院可判令兩造各負擔支出之費用。但法院仍得酌

量兩造勝敗之程度。繳納費用之額數。及兩造之行爲。或命兩造以比例負擔。或命一造

負擔。命兩造以比例負擔者。例如原告對被告。求償借款一千元。法院判令被告償還五

百元。而駁回原告一半請求。則訴訟費用。由兩造負擔二分之一。若判令被告償還七百元。而駁回原告三百元請求。則訴訟費用。由原告負擔十分之三。被告負擔十分之七是也。命一造負擔者。例如原告求被告償金一千元。而其勝訴部分。實爲九百九十元。或原告提起損害賠償請求。而得勝訴時。其損害額祇可約略計算。縱使逾額請求。亦不能斷定其出於故意或過失等情形。法院得將全部訴訟費用。判令被告負擔是也。

當事人相和解者。其訴訟費用。及和解費用。視與各自負擔同。蓋和解時兩造互相讓步。卽兩造互有勝敗也。但有特別約定者。依其約定。(八六)又本於和解。將訴或上訴撤回者。其訴訟費用之負擔。亦依此項法則定之。惟和解時所爲費用之裁判。無論有無撤回其訴或上訴。均應依聲請。以裁定爲之。(九三)

(四) 由共同訴訟人負擔者。共同訴訟人。對於他造當事人之訴訟費用。應按其人數。平均負擔。左列情形。應屬例外。(八七)

一、共同訴訟人。於訴訟之利害關係。顯有差異者。法院得視其利害關係之比例。命分

別負擔。例如甲乙兩共同訴訟人。甲負債一千元。乙祇負百元時是。

二、共同訴訟人。以負連帶債務。或不可分債務敗訴者。應連帶負擔訴訟費用。

三、共同訴訟人內。有專爲自己。爲訴訟行爲者。因此所生之費用。應由該當事人負擔。例如甲乙兩共同被告。甲認諾原告請求。而乙獨有爭執。則關於認諾之費用。乙不負擔也。至其行爲有無影響於他共同訴訟人。可以不問

以上就共同訴訟人。對他造之關係而言。至各人相互間關係。應依私法之規定辦理。

(5) 由第三人負擔者。第三人負擔費用情形不一。茲說明如左。

一 因參加訴訟所生之費用。由參加人負擔。但他造當事人。依第八一條至第八六條規定。應負擔之訴訟費用。仍由該當事人負擔。(八八條)因參加訴訟所生之費用。指聲明從參加。及對於從參加人所需費用。(例如對參加人之送達費)與從參加人所支出之費用而言。至從參加人。爲受其輔助之當事人。提出上訴抗告。及其他攻擊或防禦方法所生之費用。係本案費用。不在其內。凡訴訟費用。因從參加而生者。除依前(1)(

2) (3)情形。應歸他造負擔者外。均由參加人負擔。故參加費用。如係他造當事人敗訴。或雖勝訴而依前(2)(3)兩情形。應由其負擔者。則從參加人得求他造賠償。如係受其輔助之當事人敗訴。則應命從參加人負擔。而受其輔助之當事人。祇負擔本案費用。

從參加費用之裁判。在許為參加。或當事人無異議時。於本案判決為之。如有異議。則應於就駁回參加之聲請為裁定時。與聲請費用。一併裁判之。

訴訟標的。依法律規定。從參加人與受輔助之當事人間。必須合一確定者。應將從參加人。為共同訴訟人。依前(4)情形。以定費用之負擔。(八八條次項)故特別從參加人。於他造勝訴時。不惟負擔參加費用。並應平均負擔一般費用。

二 法院書記官。執達員。法定代理人。或訴訟代理人。因故意或重大過失。致生無益之訴訟費用者。法院得命該官員。或代理人償還。(八九條)例如律師代理訴訟。對於依法不得聲明不服之裁判。聲明不服。則可使該律師負擔費用。此項規定。為使此等第

三人。忠於職務起見。故命其負擔。含有懲戒性質。與因民事不法行為。賠償損害者有別。若當事人求其賠償損害。應另行起訴。

### 第三 關於訴訟費用之裁判

訴訟費用之負擔。應由法院。以裁判宣示之。茲將裁判之情形。分述於左。

(1) 由第一審裁判者。法院為終局判決時。應依職權為訴訟費用之裁判。(首項)蓋訴訟既至終局。則當事人之勝負分也。然法院為一部終局判決時。就全部訴訟而論。尚不能斷定何造為敗訴之人。故其時訴訟費用。應待此後有應宣示之判決。再行裁判。民訴條例。曾有規定。本法無之。

(2) 由上級審裁判者。上級法院。以判決駁回上訴時。所裁判者。惟上訴費用。然變更廢棄下級審判決。而就事件自為裁判者。應為訴訟總費用之裁判。(九一條)所謂變更廢棄下級審判決。不論變更廢棄其全部或一部。均在內。所謂就事件自為裁判。係上級審就本案為終局判決之意。且以判決將事件發回原審或發交其他同級法院者。(四一九條)

（四四五條）雖該判決有終局性質。不得爲費用之裁判。應俟受發回或受發交之法院。於以後終局判決。將全部費用裁判之。因發回或發交時。尙未定何造敗訴。且此後尙有費用發生也。

依上兩情形。訴訟費用。法院應依職權。於終局判決。予以裁判。倘有脫漏。當事人不得獨立請求。應於判決送達後十日。聲請補充判決。（四三二條）且訴訟費用之裁判。除對本案提起上訴。或附帶上訴者外。不得聲明不服。（九二條）蓋恐不如是。則費用上再加費用。既易釀健訟之風。且本案裁判。是否適當。又須予以審理也。但左列情形。訴訟費用之裁判。應以裁定爲之。且得聲明不服。

甲 命暫爲訴訟行爲之第三人負擔費用。（九〇條）及命法院書記官。執達員。法定代理人。或訴訟代理人。負擔費用（八九條）者。此時訴訟費用之裁判。法院應依職權。以裁定爲之。因此等第三人。不受本案判決之效力也。

乙 訴訟不經裁判而終結者。訴訟因撤回、和解、或當事人死亡。不待裁判而終結者。

其費用本亦無庸裁判。然關係人如有聲請。法院仍應以裁定。予以裁判。此項聲請。應

於訴訟終結後三十日內爲之。(九三條)

右兩情形。得於裁定前。命關係人以書狀或言詞陳述。(二二五條次項)其不服此項裁定者。得爲即

時抗告。(九三條末項)尤有一言。抗告被裁定駁回者。應於該裁定。爲抗告費用之裁判。至若認

抗告有理由之裁定。則抗告費用。不應加以裁判。蓋此後本案終局判決。關於訴訟費用之裁判。已包括抗告費用在內矣。

法院以裁定終結本案。或與本案無涉之爭點者。亦應於該裁定。爲訴訟費用之裁判。(九六條)

所謂終結本案之裁定。如關於支付命令之裁判。(四七七條四七八條四八二條)關於更正判決或更正裁定之裁

定。(二二三條二三〇條)等是。所謂終結與本案無涉之爭點之裁定。如就聲請駁回參加所爲之裁定。(

五七條)就聲請訴訟擔保所爲之裁定。(九七條)等是。前者與終局判決無異。故費用之裁判。應於

該裁定爲之。後者以關於該爭點之費用。與本案費用劃分。較爲清晰。故亦於該裁定宣示之爲妥。

第四 確定訴訟費用額之程序

當事人聲請確定費用額者。應一併提出左列各件。(九四條)

(1) 費用計算書。即列記各項訴訟費用支出之證書。

(2) 交付他造當事人之計算書繕本。若他造有數人。則繕本應按其人數提出。

(3) 釋明各費用額之證書。但該證書在法院者。得引用之。以代提出。

前述費用計算書內之計算。法院得命書記官調查之。(九四條末項)蓋確定費用額之資料。多在訴

訟卷宗。自應歸書記官之職務。毋庸推事干預也。

計算書內列記之費用額。雖可命書記官調查。並由聲請人釋明。然該費用。是否為伸張或防

衛權利所必要。應仍由法院判斷。且法院得不調查證據。詳審一切情形定之。

蓋費用負擔之裁判。法院本可採職權主義也。

第五 前述訴訟費用之支出及負擔之法則。雖就判決程序而言。然於法院以裁定終結本案。

或與本案無涉之爭點者。準用之。(九六條)

## 第三節 訴訟擔保

訴訟關係人。就訴訟費用。或由訴訟發生之損害供擔保者。曰訴訟擔保。此項擔保。為預防濫訴。並保護他造利益起見。依本法規定。以裁定命供擔保者。(1)原告於中華民國無住所事務所及營業所者其在(2)訴訟中發生擔保不足額或不確實亦同時(九七條首項)(3)聲請假扣押或假處分時。(四九九條)(1)項所謂於中華民國無住所事務所及營業所者。當係包括內國人及外國人而言。與民訴條例專就外國人為原告規定者不同。今正厲行廢除一切不平等條約。則此等牽強區分內外國人之法。不復令其存在。誠屬至當。

### 第一 關於擔保之方法

訴訟上之擔保。應提存現金。或經法院認為相當之有價證券。此乃擔保之通則。不論何種情形。一律適用。蓋如此辦法。較諸對人或對物擔保。實有緩急繁簡之分也。但當事人有特別約定者。應依其約定辦理。非必提存現金。或有價證券為之。(一〇二條一項)提存者。交提存所保

管之意。關於提存事宜。依特別法令之規定。有價證券者。有市場價格。且非占有。不能行使權利之證書。例如股票公債票之類是。

應供擔保之人。若不能提存現金。或有價證券者。法院得許由該管區域內有資產之人具保證書代之。(一〇二條次項)又關於聲請命供擔保之裁定得爲即時抗告。(一一〇條)

## 第二 關於擔保之效力。

考奧國民訴法第五六條第三項規定。訴訟擔保。發生質權之效力。而據日本民訴法。則無此規定。本法第一〇三條第一項曰。受擔保利益之人。於擔保物上。取得質權人所得行使之權利。是與奧國民訴法同一立法主義也。故供擔保人。如不履行其所負義務。則受擔保利益人。依民法規定。有就質權標的。優先受償之權利。此之謂訴訟上質權。或審判上質權。

前項擔保物。法院得依供擔保人之聲請。或兩造之合意。許其變換。(一〇三條次項)若具保證書人

。於本人不履行義務時。有就保證金額履行之責任。(一〇三條末項)

## 第三 關於擔保之返還。

命供擔保之法院。於左列情形。應依聲請。以裁定命返還擔保物或保證書。(一〇五條)

(1) 應供擔保之原因消滅者。

(2) 受擔保利益人同意返還者。

經聲請後。法院應就聲請為裁判。此項裁判。以裁定為之。此項裁定。不論准駁。均可不經言詞辯論。(三二五條)亦均得為即時抗告。抗告中應停止執行。(一〇五條)

#### 第四 應供擔保之義務

依本法規定。應供擔保者。有兩種情形。已述之矣。茲但就為原告者應供擔保之義務。說明於左。

關於外國人為原告。應否供擔保。及與內國人有無區分。各國立法例有三。(1)凡外國人與訟。除在內國置有不動產。或本居住內國外。均應供擔保。此例英法德美諸國採之；(2)適用內外人權利平等主義。無論原告為內國人。為外國人。均無庸供擔保。此例伊葡瑞典那威諸國採之。(3)內國無住址之人。向內國法院起訴。不問其國籍如何。法院應據被告聲請。命供擔保。此例瑞士各州多用之。民訴條例採第一主義。本法則採第三主義。無論內外國人

。凡在中華民國無住所事務所營業所而爲原告者。均有供訴訟費用擔保之義務。但必具備左列二件。(九七條首項)

(1) 須爲原告者。訴訟中之被告。無擔保義務。雖至上級審。該被告爲上訴人亦然。其應供擔保者。以爲原告時爲限。既爲原告。不問本訴原告。反訴原告。主參加原告。又不問該原告至上級審。爲被上訴人。均受適用。至爲原告之從參加人時。關於因參加所生費用。亦應供擔保。蓋恐被告支出之費用無着也。

外國之君主。或外交官。爲原告時。應免除其擔保義務。此一派學說也。姑採之。

(2) 須經被告聲請者。被告如不聲請。法院卽無命供擔保之必要。且聲請者必係被告。若被告之從參加人。則無聲請之權。聲請之時期。應在被告已爲本案之言詞辯論。或於準備程序爲陳述前。否則不得聲請法院命原告供擔保。但供擔保之原因。知悉在後者。仍得聲請之。(九八條)至被告於其聲請被駁回前。或原告供擔保前。得拒絕本案辯論。

(九九條)但被告如不拒絕。亦聽其便。

具備右二件者。法院得以裁定命原告供訴訟費用之擔保。惟此項裁定。尙有應行記明之事項二種。(一〇條)

(一) 定擔保額。法院應於命供擔保之裁定。定擔保額。此項額數。以被告於各審應支出之費用總額爲限。(一〇條)但反訴費用。不應算入。蓋被告之反訴。係爲保護自己利益起見也。又再審訴訟之費用。亦不應列入擔保額內。

(二) 定供擔保之期間。法院爲命供擔保之裁定者。並應於該裁定。定原告應供擔保之期間。(一〇條)此項期間由法院裁奪。並依一般原則伸縮之。(一六條)原告於此期間內。不供擔保者。法院即視爲撤回其訴。費用亦應由原告負擔。(八五條)然被告之聲請。

被駁回時。法院應爲中間判決。(三七條五條)

訴訟中發生擔保不足額。或不確實之情形。例如因聲明擴張。致多費用。或有價證券跌價。或具保證書人。減少資力時。被告得聲請法院。命原告補供擔保。訴訟中三字。係包括下級審上級審而言。故被告至上級審。聲請補供擔保。亦不得謂非合法。但原告請

求中。被告無爭執之部分。足以賠償訴訟費用者。不在此限。(九七條末項)

## 第四節 訴訟救助

國家對於無力繳納訴訟費用之人。於一定範圍內。准予暫緩繳納者。謂之訴訟救助。蓋民事訴訟。爲防濫訴起見。原有繳納訴訟費用之必要。然苟不問其有無資力。一律令其繳納。則有資力者。可以申訴。而無資力者。不免向隅。殊於保護私權之道。未能周至。此訴訟救助。法律所以有規定也。惟救助太濫。又滋流弊。故除聲請救助者。應具備下述要件外。尚有數種限制。(一) 訴訟救助。於賠償他造費用之義務無涉。(德民訴一一七條。日民訴九八條。本法雖無明文。然依解釋論。亦應如是。)

(2) 救助以審判費用。執達員規費及墊款。訴訟擔保。律師酬金爲限。(〇條)非就全部費用而言。(3) 救助非永遠免除繳納費用之義務。不過准其支出之猶豫而已。

訴訟救助。不問普通程序。與特別程序。亦不問當事人與參加人。如係當事人。並不問原告與被告。均適用之。

## 第一 訴訟救助之要件

當事人無資力支出訴訟費用者。法院應依聲請。以裁定准予訴訟救助。但其訴訟顯無勝訴之望者。不在此限。(一〇七條) 依此規定。故訴訟救助之要件。可得而述諸左。

(1) 因當事人無資力。支出訴訟費用者。本法以訴訟救助於無資力之法人亦應適用。故刪去民訴條例。當事人自己或家族窮於生活一語。統稱為無資力。至當事人是否確無資力。全憑法院就事實上酌量認定。

(2) 非於其訴訟。顯無勝訴之望者。顯無勝訴之望。例如由無權告爭之人起訴。或就經過時效之債權起訴是。總之於勝訴。有無可望。亦全憑法院之意見裁斷之。

外國人爲當事人。聲請救助者。除應具備右二要件外。更以依國際條約。或該外國人之本國法。中國人在其國。得受訴訟救助者爲要。(一〇八條) 此等法則。德奧日諸國民訴法均有規定。

(德民訴一一四條次項日民訴  
九二條奧民訴六三條次項) 我國採之。頗屬允當。

## 第二 聲請訴訟救助之程式

### 第一編 總則 第三章 訴訟標的之價額及其費用

聲請訴訟救助。應向受訴法院爲之。(一〇九條)聲請時。無論以言詞或書狀均可。但應將請求救助之事由釋明之。(一〇九條次項)所謂釋明救助之事由。不外將第一〇七條所定要件。舉示證據。或添具文書。使法院得信其真實而已。

### 第三 訴訟救助之效力

准予訴訟救助。有左列各款效力。(一一〇條)此項效力。除第四款外。法院不得左右之。

- 一 審判費用。暫行免交。 審判費用。即訴訟印紙費。鈔錄費。證據調查費之類。
- 二 執達員規費及墊款。暫行免交。 規費墊款。即送達費。食宿費。舟車費之類。
- 三 免供訴訟之擔保。 即因聲請假扣押。假處分。或在中華民國無住所事務所及營業所。而爲原告。應供擔保者。於准予救助後。可免除此項擔保之義務是也。
- 四 法院得爲受救助人。選任律師。代理訴訟。暫行免付酬金。 律師酬金。本不在訴訟費用範圍內。故免付與否。法院無庸過問。然律師被法院選任時。其酬金亦係訴訟費用之一部。故依救助之效力。自應有暫行免付之規定。至被選任之律師。非有正當理由。

不得拒絕。亦毋庸依六七條規定。提出委任狀。蓋此項委任狀無非證明代理權限。今既由法院選任。則其代理權限不必由當事人證明也。

考各國民訴法。訴訟救助之效力。有祇及於一審級者。德日民訴法是也。（德民訴一一九條）有及於各審級者。匈牙利民訴法（匈民訴草案一一八條）是也。前者為防濫行上訴起見。後者為節省勞力起見。似乎各有長處。未可軒輊。但就法院得以裁定撤銷救助一層而論。應以後者為妥。本法一一一條。曰准予訴訟救助。於假扣押假處分上訴及抗告。亦有效力。是採後之主義。頗屬允當。又查德日民訴法規定。（德民訴一一九條）（日民訴九四條）在第一審法院訴訟救助之效力。併及於強制執行。乃本法於此點。並無明文。則強制執行。自不受救助之效力矣。次述救助效力之消滅。

一 自然消滅者。准予救助之效力。因受救助人死亡而消滅。（一一條）蓋救助之規定。祇為保護受救助人而設。如其繼承人。須受救助。應另為救助之聲請。

二 因法院裁定而消滅者。當事人力能支出訴訟費用。而受訴訟救助。或其後力能支出

者。法院應以裁定。撤銷救助。或命其補納費用。(一一三條)當事人力能支出費用。或至後力能支出者。即無受救助之必要。自應補納訴訟費用。此不獨在訴訟中爲然。即訴訟已結後亦然。惟在訴訟中。由該訴訟繫屬之法院裁定。在訴訟已結後。由第一審受訴法院裁定。(一一三條末項)

受救助人。因確定裁判。或和解。應負擔費用時。除仍應賠償他造支出之費用外。所有第一〇條規定範圍內之款項。均得暫免。至他造當事人。因確定裁判。或和解。應負擔費用時。國庫得向其徵收。因訴訟救助暫免之審判費用。爲受救助人辦事之執達員或律師。亦得向該當事人請求歸還規費及墊款。且爲此項徵收及歸還之請求者。並得據受救助人所有執行力之債務名義。爲確定賠償額之聲請。及強制執行。(一一四條)

第四 關於訴訟救助之裁判。

訴訟救助之允准與撤銷。暫免費用之補納。法院均以裁定爲之。前已述矣。故應否經過言詞辯論。聽憑法院酌奪。其不服此項裁定者。依左列方法辦理。

一 訴訟救助之聲請。被駁回者。聲請人得爲即時抗告。(一一五條)訴訟救助被駁回。於聲請人有利害關係。自應許其抗告。

二 法院撤銷救助。或命補納費用者。受救助人對於該項裁定。得爲即時抗告。(一一五條)此亦因於受救助人有利害關係。故許其抗告。前民訴條例第一百四十四條規定。駁回撤銷訴訟救助之聲請者。并得抗告。不知駁回撤銷救助之聲請。與准予救助兩種。裁定雖不同。而對於兩造當事人之關係則一致。乃於此許爲抗告。於彼不許聲明不服。(見後)立法上難免矛盾之嫌。本法修正。實屬允當。

三 准予救助裁定。他造不得聲明不服。(一一五條未項)此項裁定。於受救助人既如願以償。於他造當事人。亦無何等不利。均無許其聲明不服之理由。

## 第四章 訴訟程序

茲所說明者。乃訴訟程序之通則不論何審級何訴訟均適用之。

## 第一節 當事人書狀

本法係採言詞審理主義。兼書狀審理主義。前述之矣。故當事人之訴訟行爲。除經言詞辯論外。又有使用書狀之必要。茲分述於左。

一 以書狀爲聲明或陳述。聲明謂當事人對法院表示一定之意思。有本案上聲明。有訴訟上聲明。前者如應受判決事項之聲明。(二二三條)後者如證據之聲明是也。惟聲明二字。間有稱爲聲請者。如聲請延展或變更日期或伸縮期間(一六〇條一六四條)之類是也。陳述謂當事人對法院或關係人通知自己之意見。如爲自認或爭執及事實上法律上之主張。卽對於法院之陳述也。如告知訴訟。通知委任解除。卽對於關係人之陳述也。當事人所爲之聲明或陳述有以書狀爲之者。有以言詞爲之者。有以書狀或言詞任意爲之者。以書狀爲聲明或陳述。不論何種書狀。應依下列之一般規定。以言詞爲聲明或陳述。如在辯論中。應

依言詞辯論之規定。如在辯論外。應由書記官作成筆錄。

依本法第一一六條規定。於言詞辯論外。關於訴訟行為之聲明或陳述。應以書狀爲之。所謂以書狀爲之者。即應將書狀提出於法院。或交付他造之意。例如訴及上訴之提起。

(二三五條四〇) 抗告及再審之訴之提起。(四五四條) 被告答辯及兩造準備事項之聲明。

(五條四三七條) 訴訟之參加或告知。(五六條) 承受訴訟之聲請(一七條) 等是也。但依本法特別規定

。得於言詞辯論外。以言詞爲聲明或陳述者。除用書狀外。並得以言詞爲之。此項特別規定。不遑枚舉。

二 書狀之程式。書狀除本法有特別規定外。應記明左列各款事項。(七一七條)

1 當事人姓名、年齡、職業、及住所、或居所。若爲法人。或其他團體。則其名稱及事務所。

2 法定代理人。或訴訟代理人之姓名、年齡、職業、住所、或居所。若代理人爲律師。則僅記姓名可也。

- 3 訴訟之標的。此項祇須約略記載。不必如訴狀之詳為表明也。
  - 4 應為之聲明或陳述。聲明及陳述之意義。已見前。
  - 5 供證明或釋明用之證據。證明及釋明之意義。亦見前。
  - 6 附屬文件及其件數。例如載明提出所引用為證據之文書。及其件數是。
  - 7 法院。祇須記載法院名稱。不必記明何庭何審判長。
  - 8 年月日。此不論書狀作成之年月日。或提出之年月日均可。
- 上列八項。不必依次記載。亦不必定分數欄。如其中有無可記載者。不妨從略。即有可記載。而得於言詞辯論聲明或陳述者。亦不妨從略。總之各項記載。均須簡明。至事實關係之說明。及法律上之討論。(除習慣法等外見第二七一條)不載為妥。
- 以上乃書狀之一般程式。若法律有特別規定者。並應依該規定辦理。蓋書狀可分準備書狀。特定書狀二類。準備書狀。祇須依上列程式作成。如答辯狀。上訴答辯狀。(四三九條)及其他為準備辯論所必要之書狀(二五五條)是也。特定書狀。有特定之形式。除記載上列各

項外。並應記載特定事項。如訴狀上訴狀（二三五條四〇）再審訴狀。（四六）參加書狀。（五六）訴訟告知書狀。（六三）及聲請迴避。（三五）聲請救助。（九〇）聲明證據。（二八五條三三九條三三四條三五六條）拒却鑑定人。（三一）聲請證據保全。（三六）聲請支付命令。及假扣押假處分（四七六條四九）之各項書狀是也。

上述之書狀。應由當事人或代理人。簽名按指印或蓋章。其不能簽名按指印或蓋章者。得使他人代書姓名。代書人並應記明其事由並簽名。（八一）惟既曰簽名按指印或蓋章。有一於此。即為已足。

三 書狀所應添具之文書。當事人於書狀內。引用所執之文書者。應添具該文書原本或繕本。但僅引用其一部分者。得祇添具節本。摘錄該部分及其所載年月日。並名押印記。若文書係他造所知。或浩繁難於備錄者。得祇表明該文書。又當事人引用非其所執之文書。或其他證物者。應表明執有人姓名及住所。或保管之公署。引用證人者。應表明該證人姓名及住所或居所。（一一）

四 書狀及其附屬文件之提出。書狀及其附屬文件。除提出於法院者外。應接受送達之他造人數。提出繕本於書記科。若送達他造之書狀。互有異同。或與提出於法院之書狀有異同者。以提出於法院之書狀為準。(一〇二條)

當事人提出於法院之附屬文件。他造當事人。得請求閱覽。所執原本。未經提出者。若他造催告提出。應於催告後七日內。提出於書記科。並通知其事由於他造。(一二一條)茲所謂催告及通知。無一定程式。故不必定依送達爲之也。他造接到前述通知後。得於五日內閱覽原本。並作製繕本。(一二二條末項)又期間雖已經過。而原本尙未發還當事人者。他造仍不失閱覽及作製繕本之權。

五 書狀之補正。書狀不合程式。或有其他欠缺者。審判長應以裁定指定期間補正。(一二三條一項)所謂書狀不合程式。如應載事項未載。或未經簽名等是。所謂其他欠缺。如應添具之文書未添具。或未按他造人數。而提出繕本是。書狀有此項欠缺。或不合程式者。其於該書狀所爲之聲明或陳述。是否有效。以書狀之性質。及欠缺之事項爲準。在特定

書狀。如訴狀。上訴狀。再審訴狀。參加書狀。訴訟告知書狀。及聲請迴避、救助、支  
付命令、假扣押、假處分、之各項書狀。依本法應表明之特種事項。未經表明。或應添  
具之文書。未經添具者。其聲明或陳述。不生效力。若僅欠缺前述關於程式八款事項。  
或未簽名按指印或蓋章。或未按他造人數。提出文書繕本。則無此項效力。至於準備書  
狀。祇供他造辯論之準備。非定訴訟之基礎。即使全不提出。亦不過有時負擔因遲誤所  
生之費用。或聲請致遭駁回（參看三七  
八條四款）決不生訴訟上失權之效果。況僅僅不合程式或有  
其他欠缺而已耶。然此尙就通常訴訟程序而言。若依簡易訴訟程序。則更無提出準備書  
狀之必要。（參看第三  
九四條）

書狀不問爲特定書狀。爲準備書狀。亦不問所欠缺者爲何種事項。審判長均得定相當期  
間。命當事人補正。因命補正。並得將書狀發還。對於命補正書狀之裁定。不得抗告。  
如於相當期間內。有補正者。視該補正之書狀。與最初無欠缺同。（一二二條次  
項至末項）

更有一言。於言詞辯論外。依本法得以言詞爲聲明或陳述者。法院書記官。應作筆錄。此項

筆錄。準用上述書狀之各項規定。但應由書記官簽名。(一二三條)

## 第二節 送達

送達謂送達機關。以文書通知某事項於訴訟關係人之行為也。凡法院或法官之裁判。書記官之處分。及其作成之筆錄。與當事人提出之書狀等。依本法應為送達者。均應照本節所述送達之程序行之。又條文中僅曰通知或交付。而無送達字樣者。亦可不用送達程序。而用他方法。(例如九四條一二一條等)

送達違背法律之規定者。如受送達人無異議。仍可有效。(一九條)但關於定不變期間之起算點者。不在此限。

### 第一 送達之立法主義

送達有職權送達主義。有當事人送達主義。而當事人送達主義。又分直接送達。間接送達二類。直接送達。由當事人直接委託送達機關為之。間接送達。由當事人求法院書記官介紹。

而後委託送達機關爲之。德國舊民訴法。係採職權送達主義。法國民訴法。係採當事人送達主義。德日現行民訴法。則採職權送達兼當事人送達主義。本法第一二四條曰。送達由法院書記官依職權爲之。是採職權送達主義也。故法院或法官之裁判。書記官之處分及筆錄。當事人提出之書狀等。依本法應爲送達者。均屬書記官之權限。不待法院命令。或訴訟關係人聲明也。

## 第二 送達機關

送達機關。凡三。一執達員。二郵務局。三法院書記官。由執達員及郵務局爲送達者。以該執達員及郵差爲送達人。(一二五條)各送達人施行送達。應依同一之程序。惟執達員及郵務局二種機關中。應交何種機關送達。純由法院書記官之意見定之。(一二五條一項)但除交郵務局送達外。有時須經審判長之許可。(一二四條)至書記官自爲送達機關者。則惟於法院內將文書直接付與應受送達人。(一二七條)及爲公示送達(一二五條三條)之二者而已矣。

送達機關。除右三者外。尚有特種機關。如外交部。軍事機關等是。(一二四六條至一二四九條)

第三 應受送達之人

送達應對於受送達之本人爲之。但左列情形。得向本人以外之人爲送達。

(1) 對於無訴訟能力人爲送達者。應向其法定代理人爲之。對於非法人之團體爲送達者。應向其代表人或管理人爲之。(一二八條)

右述代理人。或代表人。或管理人。若有二人以上。得僅向其中一人送達。(一二八條三項)

(2) 對於在中華民國有事務所之外國公司爲送達者。應向其中華民國之代表人爲之。該代表人。若有二人以上。得僅向其中一人送達。(一二九條)

(3) 對於現役軍人或軍屬爲送達者。應向該管長官爲之。(一三〇條)此項送達。與送達於本人無異。故該管長官。倘不向本人轉交。本人亦不得主張送達無效。又現役軍人軍屬。不問陸軍海軍。亦不問爲當事人。或第三人。均可適用。但非現役軍人軍屬。不適用之。

(4) 對於在監所人爲送達者。應向該監所長官爲之。(一三一條)此項送達。亦與送達於本人

無異。故既向監所長官爲送達者。不論有否轉交。在監所人均不得主張送達無效。

(5) 關於商業之訴訟事件送達。得向經理人爲之。(二三條)蓋以經理人。關於營業。有代主人爲審判上及審判外一切行爲之權也。此項送達。亦與送達於本人無異。但得兼送達於本人。或專送達於本人。或其他有代理權人。

(6) 訴訟代理人。有受送達之權限者。送達應向該訴訟代理人爲之。(一三三條)但此時送達於本人。亦未始不生送達之效力。(參照日民訴法一四二條次項)

(7) 當事人或代理人。已向受訴法院指定送達代收人者。應向該代收人爲之。(一三四條一項)此項代收人。不論是否律師。均可。送達代收人。經向法院指定後。其效力及於同地之各級法院。但經特別聲明者。不在此限。(一三五條五條)法文既限於同地。則各級法院如不同在一地者。當事人或代理人。即須另行聲明。又特別聲明。即聲明由自己收受。或另指定代收人之意。

#### 第四 應送達之文書

### 第一編 總則 第四章 訴訟程序

送達以應送達之文書。交付應受送達人爲之。文書有原本繕本二類。原有之文書。曰原本。依原本作成之文書。曰繕本。惟原本祇一。而繕本則更有通常繕本。與正本。節本。翻譯本之別。通常繕本。由公務員或私人作成。而與原本同一內容也。正本由公務員作成。而與原本有同一效力也。節本。係摘錄原本重要部分之繕本也。翻譯本。乃以他國語言文字。表示原本之內容也。送達除本法有特別規定外。應付與該文書之繕本。(一三六條)所謂繕本。指通常繕本而言。所謂特別規定。如判決裁定應送達正本之類是。(二二〇條)應送達正本而付與繕本者。無送達之效力。若應送達繕本而交付正本。則送達仍可有效。又應送達之繕本。由當事人提出者。當事人應接受送達之他造人數。提出該繕本於書記科。(一二〇條)

#### 第五 送達之種類

送達可分四類。曰送達人送達。曰付郵送達。曰囑託送達。曰公示送達。分述於左。

一 送達人送達。此卽執達員郵務局所爲之送達也。執達員所爲之送達。祇在其所屬地方法院管轄區域內。郵務局所爲之送達。由法院書記官交該局。轉由該局交郵差行之。

茲將送達之處所及時日。述之於左。

甲 送達之處所。應受送達人如在法院內。書記官得將應送達之文書付與之。以代送達。並命其提出收據。(一二七條) 否則依左列方法行之。(一四五條)

(1) 送達應於應受送達人之住居所。營業所。或事務所行之。但於住居所營業所或事務所外。會晤應受送達人者。得於會晤處所行之。(一三三條) 住居所不問爲房屋爲舟車。如爲房屋。並不問爲旅舍。爲住宅。又不問其是否爲生活之本據。凡送達時供居住用之處所皆是。營業所。事務所。指執行職務或業務之處所而言。如公署商店工廠公證人或律師之事務所等皆是。又所謂得於會晤處所行之者。不問應受送達人。有否拒絕收受。皆可生送達之效力。

(2) 送達於住居所。營業所。或事務所。不獲會晤應受送達人者。得將文書交付有辨別事理能力之同居人學徒或受雇人。(一三八條一項) 此乃補充送達。所以補前款本人送達之不足也。辨別事理。乃指了解送達事理而言。不獲會晤。非必本人他出。即因

疾病及其他事由。未與會面者。亦在內。雇人。應除一二日之臨時雇人而言。

應受送達人不獲會晤時。雖可將其文書。交付於有辨別事理之同居人學徒或受雇人

。但必詢明其人係能轉交者。方得爲之。否則仍不能交付。(一三八) 條二項

右述受交付之人。如爲他造當事人。不得向之送達。(一三八) 條末項

(3) 送達不能依前(1)(2)等情形辦理者。得將文書寄存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、營業所、或

事務所門首。以爲送達。(一三三) 條九項此亦補充送達也。所以得爲寄存及通告者。以其爲

送達效力發生之要件也。

(4) 應受送達人。拒絕收領。而無法律上理由者。得將文書置於送達之處所。以爲

送達。(一四〇) 條此之謂留置送達。與實際付與文書。有同一效力。應受送達人。除前

述本人、代理人、代表人、管理人、代收人、經理人、及軍人軍屬之長官、與監所

長官外。並包括應受送達人之同居人學徒、雇人等而言。

乙 送達之時日。送達除交郵務局行之者外，非經審判長許可，不得於星期日。或其  
他休息日。或日出前日沒後爲之。但應受送達人。不拒絕收領者。不在此限。(一四)  
蓋星期日等。乃各人休息之時。不應有送達之事也。

前述許可。法院書記官。應於送達之文書內記明。(一四一)  
條末項

二 付郵送達。當事人或代理人。於受訴法院所在地。無住居所。營業所。及事務所者。  
審判長得命其於裁定期間內。指定代收人。(一三四)  
條二項)此項辦法。惟審判長認爲必要時。  
方可爲之。例如不能交郵務局送達。或交郵務局送達。多費時日是也。至當事人由代  
理人(法定代理人訴訟代理人)代爲訴訟者。住居所營業所或事務所之有無。就該代理人  
定之。

當事人或代理人不於右述期間內。指定送達代收人者。法院書記官。得將應送達之文書  
。註明該當事人或代理人之住居所。營業所。或事務所。交付郵務局。以交付文書之時  
。視爲送達之時。(一三四)  
條三項)所謂付郵送達是也。付郵送達。亦必通郵之地。方可適用。

三 囑託送達。 法院書記官得向管轄送達地第一審法院之書記官。爲送達之囑託。(二)

(六條)此由法律上輔助而來也。至受訴法院。於左列情形。亦得爲囑託。

(1) 於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。(一四六條)有治外法權人。即在中國之外國元首公使大使等是。於此等人之住居所。或事務所爲送達者。不問對其本人。或對於他人。均可囑託外交部爲之。

(2) 於外國爲送達者。應囑託該國管轄官署。或駐在該國之中國大使公使或領事爲之。(一四七條)惟囑託外國官署時。如無國際條約。恐被拒絕。

(3) 對於駐在外國之中國大使公使或領事爲送達者。應囑託外交部爲之。(一四八條)法文僅曰大使公使領事。則對於其家屬隨從送達者。應照前(2)情形辦理。

(4) 對於出戰。或駐在外國之軍隊或軍艦之軍人軍屬爲送達者。得囑託該管軍事機關或長官爲之。(一四九條)對於此等軍人軍屬。爲送達者。如在國內。本可照第一三〇條。及其他一般規定辦理。如在國外。亦可照前(2)情形辦理。乃本法更設此項規定。蓋

爲便於送達起見也。

右列四種囑託。由受訴法院爲之。(一五)條但依法令應由司法院或司法行政部轉行者。自應遵辦。

四 公示送達。公示送達。謂將應送達之文書。公告於一定處所。並非實有送達。而與送達有同一效力之送達也。凡有左列情形之一者。得爲公示送達。(二五)條

(1) 應受送達人之住居所。或其他應爲送達之處所不明者。如有代理人者。必代理人與本人之住居所等均不明方可。(民國七年前大理院抗字七號)然兩造住居所等均不明。則無從爲公

示送達矣。(十三年前大理院統字一八六九號)

(2) 於有治外法權人之住居所。或事務所。爲送達而無效者。例如對於有治外法權人之住居所爲送達。而被其拒絕是也。

(3) 於外國爲送達。不能依第一百四十七條規定辦理者。例如無國際互相條約。或與該外國宣戰是也。

公示送達。惟對於當事人參加人之送達爲之。證人鑑定人之傳喚。不得用公示送達。又在督促程序之支付命令。亦不適用公示送達之規定。(四七)

甲 公示送達之程序。 公示送達。應由法院書記官。將送達之文書。或其繕本。黏貼於法院之牌示處行之。黏貼以外。受訴法院。並得命將文書之繕本或節本。登載於公報新聞紙。或依其他相當方法。通知或布告之。(一五)  
地點。黏貼廣告是已。(三條)

乙 公示送達之效力。 公示送達。自黏貼牌示處之日起。其登載新聞紙者。自最後登載之日起。經二十日發生效力。(一五)  
知與不知。並不問黏貼後。有無揭去。均於送達之效力無影響。(四條)

公示送達。是否合法。係法律問題。日後如能證明不合法。自可主張送達無效。

## 第六 送達證書。

送達應作製送達證書。此項證書。因送達之種類不同。其程式亦不一致。分述於左。

一在送達人送達。應由送達人作送達證書。記明左列各項並簽名。(一四) (二條)

1 命行送達之法院。即交送達人送達之書記官所屬法院

2 應受送達人。姓名。必須記明。至職業身分等。於必要時。亦應記載之。

3 應送達之文書。如為裁判。則載明正本。此外則載明何種繕本可也。

4 送達處所及年月日時。此與當事人有重大利害關係。須明確記載之。

5 送達方法。此即本人送達。補充送達。或留置送達之程序。

送達證書作就後。應交收領送達人簽名按指印或蓋章。若拒絕。或不能簽名按指印或蓋章者

。送達人應記明其事由。(一四二) (條末項)

送達證書。應提出於法院書記科。法院書記官。應將送達證書附卷。(一四三) (三條) 不能為送達者。

送達人應作記明該事由之報告書。連同應送達之交書。提出於法院書記科。法院書記官。應

將此報告書附卷。以為不能送達之證。如其送達。由乎當事人之行為而生者。書記官並應將

不能送達之事由。通知使為送達之當事人。例如證人之傳票。不能送達者。通知聲明人證之

人。或當事人之書狀。不能送達者。通知提出書狀之人是也。(一四四條)此項通知。不必依送達之程序。

二在付郵送達。法院書記官。應作記明該事由及年月日時之證書附卷。(一四四條)

三在囑託送達。法院書記官。應將受囑託之官署。或公務員。通知已為送達。或不能送達之文書附卷。其不能送達者。並將事由通知使為送達之當事人。(一四五條)

四在公示送達。法院書記官。應作記明該事由及年月日時之證書附卷。(一四五條)

### 第七 關於送達之效力。

送達之效力。於當事人之權利義務。有極大之影響。茲將其效力之主要者述左。

一 送達傳票。如受送達之當事人。不到場。將受一造辯論之判決。(三七七條)如保證人鑑定

人不到場。將受罰鍰之裁定。且證人將被拘提。(二九〇條)

二 送達判決裁定。支付命令。則開始不變期間。及其他法定期間(四〇四條四三三條四五三條  
二三四條四七九條四八三條

等)送達指定期間之文書。則起算裁定期間。(一六六條)

右述效力。於送達不合法或無效時無之。例如送達於未成年人。不送達於法定代理人是也。然如準備書狀之送達。祇為通知某種事項。決無如此重大之效力。

第八 推事送達之權限。受命推事。受託推事。及送達地第一審法院之推事。關於送達之權限。與受訴法院之審判長同。(一五六條)

## 第二節 訴訟行為之時期

訴訟行為。除以書狀或言詞起訴外。大抵應受一定時期之限制。(但再審之訴撤銷除權判決之訴等不在其內見四六四條五一九條)此項時期有二。一日期日。一日期間。

關於期日及期間之定義。學說不一。一說當事人向法院為訴訟行為之時期。日期日。當事人得自為訴訟行為之時期。日期間。一說在法院內為訴訟行為之時期。日期日。在法院外為訴訟行為之時期。日期間。不知期日之開始。有時在法院外。(例如證據調查期日)期間之行為。亦有時向法院實施。(例如補正欠缺及供擔保)兩說之不當。無待深辯。於是有最後學說。

日期日乃法院與訴訟關係人會合爲訴訟行爲之時期。期間乃法院或訴訟關係人單獨爲訴訟行爲之時期。此說較前二說爲安。

訴訟行爲之時期。有積極規定者。如辯論期日。上訴期間是也。亦有消極規定者。如送達不得在星期日。是也。

期日與期間。頗多異點。(1)期間分法定裁定兩種(見後)期日則常歸於裁定。(2)期間有稱爲不變者。期日則可變更。(3)期間有始期終期。期日則有始期。而不定終期。(4)期日須因行爲始能開始并終結。期間則自一定時點當然進行。至一定時點當然終結。

期日及期間。訴訟上更有重大效果。(1)兩造遲誤期日。則視爲程序休止。(一八五條)(2)一造

遲誤期日則本於他造辯論而爲判決。(三七七條)(3)證人鑑定人遲誤期日則受罰鍰之裁判。(二九〇條)

(三一一條)(4)遲誤期間者。喪失訴訟上之權利。(四〇六條)(四四八條)或受法院之駁回。(四〇九條四四八條)(四五九條四六六條)

或不得再爲該訴訟行爲。(一〇四條一三四條末項)(四九五條五一六條等)(5)因自己之過失。致期日變更延展。或期間

伸長者。縱使勝訴。應負擔因此所生之費用。(八四條)

## 第一款 期日

期日有言詞辯論期日。證據調查期日。裁判宣示期日。準備程序期日。和解期日。訊問期日。判決收領期日<sup>(二一九條)</sup>等。除判決收領期日外。依左列規定行之。

一 期日之指定。 期日除本法有特別規定外。審判長依職權定之。<sup>(七一五條)</sup>

所謂特別規定。即證據調查期日。準備程序期日。得由受命推事或受託推事指定之。<sup>(二一五條)</sup>

<sup>(八條二七五條)</sup>是也。又在獨任制之法院期日。由獨任推事指定。<sup>(法院編制法第八條)</sup>

指定期日。應指定日與時。但除有不得已之情形外。不得於星期日或其他休息日定之。

<sup>(一五七條次項)</sup>若依法律規定。應酌留被告之就審期間。並應遵照辦理。<sup>(二四二條三九六條)</sup>

期日有因當事人之聲請而後指定者。<sup>(一六〇條一八四條)</sup>亦有毋須指定者。<sup>(三九九條)</sup>

二期日之傳喚。 審判長定期日後。法院書記官。應作傳票。送達於訴訟關係人。令其到場。但審判長面向訴訟關係人告知期日。命其到場。或訴訟關係人。曾以書狀陳明屆

期到場者。與已送達傳票。有同一之效力。(一五八條)

傳票應記明(1)當事人。(2)訴訟事件。(3)傳喚事由。(4)到場之時日及處所。(5)法院等。至言詞辯論期日。及證人鑑定人之傳票。尚須記載特別事項。(二四三條二八六條)

三期日之開始。期日以該事件之點呼爲始。(一五九條)非以指定之時屆到爲始。故期日之

開始。在指定之時以前或其後。均無不可。(民國四年前大理院上字五八三號)惟在指定之時以前開始者。應得訴訟關係人同意。其在法院職務時間開始前點呼者亦然。

點呼卽向訴訟關係人。告知期日開始之意。未經點呼前。雖指定之時已到。尚不得謂期日之開始。若業經點呼。則於指定之時。雖曾報到。而於點呼時。如不在場。仍與自始不到場者同。然僅以點呼時之不在。尚不能謂遲誤期日。必待該期日終竣。終不到場者。方可謂其遲誤。

期日之開始。與辯論之開始不同。蓋辯論之開始。必在事件點呼後(卽期日開始後)也。

四 期日之變更或延展。期日除本法有特別規定外。非有重大理由。法院不得變更或延

展之。(一六〇條首項)何謂期日之變更或延展。前已說明。不贅。特別規定。例如使同時到場

之本人陳述。(二〇〇條)將準備程序終結。(二六〇條)或許到場當事人之一造辯論而為判決(七三

七條)者。均依該規定辦理。不必為期日之變更或延展是也。重大理由。例如推事抱病。

或禁止陳述。或因未受合法傳喚。及天災或不可避之事故。致不能屆期到場是也。(參照

三七八條)因重大理由而變更或延展期日者。應由法院以裁定行之。至上訴審變更或延展期

日。尚有四一〇條四四八條之規定。

前項情形。若當事人以合意聲請變更或延展期日者。法院仍得允許之。但以最初之言詞

辯論期日為限。(一六〇條末項)

變更或延展日期之裁定。不論由於聲請。抑依職權。均不得聲明不服。(一六六條)

## 第二款 期間

期間有法定期間。裁定期間。前者即法律規定之期間。後者即法院或審判長。以裁判所定之

期間。惟法定期間。更有不變期間。與非不變期間之分。不變期間。指法律特加不變期間名稱。除訴訟程序中斷中止外。不受變動者而言。如追復遲誤期間。(一六) 上訴期間。(四〇四條) 抗告期間。(四五) 再審期間。(四六) 對宣示假執行之裁定。提出異議之期間。(四八) 撤銷除權判決禁治產宣示之訴之期間(五一九條) 是也。非不變期間。係法律許為伸縮之法定期間。(一六) 如聲請費用裁判之期間。(九三) 催告提出附屬文件原本及閱覽原本並製作繕本之期間。(一二) 聲請補充判決或裁定之期間。(二二四條二三) 證人鑑定人請求日費旅費之期間。(三一〇條) 程序休止後續行訴訟之期間。(三八) 支付命令所揭期間。及本於支付命令聲請假執行之期間。(四七九條) 關於公示催告之期間(五一六條) 是也。至裁定期間則見諸四八條七四條一〇四條一二二條一三四條二四〇條二七四條二八三條三三四條三三五條三八七條四〇九條四四八條四九五條五三〇條等。

右述期間。為訴訟關係人之訴訟行為(兼消極行為而言)而規定。更有就法院之訴訟行為。規定期間者。如宣示判決或裁定。(二一四條) 交付判決原本(二一九條) 均不得逾五日是也。學者稱

此項期間。曰職務上期間。以示與訴訟上期間不同。遲誤訴訟上期間者。除許爲追復外。不得更爲該訴訟行爲。(一六五條)遲誤職務上期間者。則無此效果。惟生廢弛職務之問題。且職務上期間。不適用下列各項規定。然應於期間內爲訴訟行爲。及期間之計算。則兩種期間一致也。

一 期間之設定。 法院或審判長定期間。應酌量情形定之。(一六一條首段)既不可過長。致訴訟流於淹滯。亦不可過短。致關係人失其機會。然此係就裁定期間而言。至法定期間。法律已明定其限度。(例如定追復遲誤及上訴之期間爲十四日或二十日是)更無酌量設定之餘地。但非不變期間。依法得爲伸縮者。仍應酌量情形定之。

二 期間之始期。 法定期間之始期。法律業有明文。毋庸另行規定。(例如上訴及聲請補充判決之期間自送達判決時起算)至裁定期間。自送達定此期間之文書時起算。若毋庸送達文書者。自宣示定此期間之裁判時起算。但別定起算方法者。不在此限。(一六一條次段)  
(例如自供擔保之日起。三日內云云。則期間從是日起算是也。)

三 期間之計算。 期間不論法定裁定。以日與時計者居多。然亦有以月計者。(四八四條五二條五一六)有以年計者。(四六四條五一九條)其計算方法。民訴條例規定於一九六條。本法則悉依民法之規定。(二六)茲不贅。

若當事人不在法院所在地住居者。計算法定期間。應扣除其在途之期間。此不論不變期間。與非不變期間。均應一律照辦。但當事人有訴訟代理人。住居法院所在地者。不在此限。(一六三)至由法定代理人代為訴訟時。應以該代理人是否住居法院所在地為準。定在途期間之應否扣除。

應扣除之在途期間。以司法院命令定之。(一六三)查民國十年八月二十六日。前司法部令。在途期間。應依當事人住居地。與法院所在地距離之遠近。每水陸路五十里。扣除一日。其不滿五十里。而在十里以上者亦同。海路每一海里。作三里半計算。在通行火車輪船之地。應依車行或船行期間。定其全部或一部之在途期間。其車行或船行期間。不滿一日者。亦作一日計算。

至裁定期間。法院或審判長。儘可保留在途期間。自無庸更有扣除之辦法。

四 期間之伸縮。不變期間。除酌留在途期間外。法院不得依聲請或職權。予以伸縮。當事人亦不得因合意而縮短。至非不變期間。與裁定期間。於左列情形。得伸長或縮短之。(一六四條)

1 有重大理由者。有重大理由時。得依聲請以裁定延展或縮短之。(一六四條) 延展期間之裁定。及駁回聲請縮短期間之裁定。不得聲明不服。(一六六條)

2 經當事人合意者。法院因聲請延展或縮短期間者。非訊問他造。不得爲之。(一六六條) 依民訴條例規定。凡當事人欲縮短訴訟期間者。必由兩造合意呈明。本法則經當事人一造聲請後。即由法院訊問他造爲之。且民訴條例關於期間。祇許當事人合意聲請縮短。不得延展。而本法則無論縮短與延展。均得聲請。其有便利於當事人。更不少矣。

五 遲誤期間之追復。遲誤期間者。即訴訟當事人或代理人。於一定期間。所應爲之訴

認行爲而不爲者之謂。民訴條例分遲誤必要言詞辯論日期。與遲誤不變期限。規定甚詳。  
○（二〇二）謂之訴訟行爲之遲誤。且遲誤前二者。均得聲請回復原狀。本法則僅以遲誤  
不變期間。於期日及期間一節內。爲概括之規定。所謂追復者。亦僅限於遲誤不變期間  
始得爲之。與民訴條例規定不同。茲依本法所定。凡追復遲誤期間者。必備左列要件  
○（一五六）  
五條

- 1 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。例如當事  
人被押。或未受判決送達。（民國四年前大理院  
上字一七〇〇號）或因洪水斷絕交通。或因急病不能到場  
。又不及委任代理人。（民國三年前大理  
院抗字四一號）均准予追復。若單純以疾病老幼。或鄉間託人  
爲難。與回籍措資等爲理由。以及遲誤由於過失者。不許追復。（民國二年前大理院上字  
七六號三年抗字九二號）  
又障礙原因生於不變期間滿後者。亦不得爲追復之理由。（民國三年前大理  
院抗字二五號）
- 2 須遵守法定期間。追復遲誤應於左列期間內爲之。（一六五）  
條次段）

甲 自其事由終止時起。於十四日之不變期間內爲之。事由即因天災或其他不應歸

責於已之事由。終止卽此項事由消滅之意。其必以事由終止爲不變期間之起算點者。因未終止時。雖當事人欲追復遲誤之行爲。尙不可能也。

十四日之不變期間。不得伸縮。惟扣除在途期間而已。(一六條)若在十四日期間內。隨時得以追復。

乙 自遲誤時起。一年內爲之。前述事由。若長此存在。則追復不免在數年之後。而訴訟關係。亦將流於不確定之狀態。此法律所以又規定自遲誤時起。不得逾一年也。其他如再審之訴。(四六條)撤銷除權判決之訴(五一條)其期間之以年計者。皆本此法意規定之。

六 期間進行之停止。不論法定期間。裁定期間。訴訟程序有中斷或中止者。均停止其進行。俟中斷或中止終竣時。其進行更新開始。(一八條)至訴訟程序之休止。則惟停止不變期間以外之期間之進行。(一八條)其詳俟後更述。

本節之說明。於受命推事或受託推事。定期日及期間者準用之。(一六條)

## 第四節 訴訟程序之停止

訴訟程序之進行。本不停止。停止乃例外也。停止分中斷中止休止三種。分述如左。

### 第一款 訴訟程序之中斷

凡訴訟程序。不論判決程序。或其他程序。除有特別規定外。遇左列情形則中斷。

- 一 當事人死亡。當事人死亡。訴訟程序。於其繼承人。遺產管理人。或其他依法令應續行訴訟人。承受其訴訟以前中斷。(一六八條)死亡指自然死亡。及宣告死亡而言繼承人。遺產管理人。及其他依法令應續行訴訟之人。均依民法規定。當事人死亡時。本可由繼承人等承受其訴訟上之地位。惟繼承人等之有無。有時不易明瞭。即使明瞭。亦未必即可承受訴訟。故法律規定繼承人等承受訴訟前爲中斷之時期。但有訴訟代理人。可以代爲一切訴訟行爲者。仍不中斷。(一七二條)此因訴訟代理權。不因本人死亡而消滅也。(一七二條)

二 法人消滅。法人因合併而消滅者。訴訟程序。在因合併而設立，或合併後存續之法人。承受其訴訟以前中斷。（一六九條）法人因合併後而存續。如已成立之甲乙丙三公司。因甲乙兩公司解散。而合併於丙公司。商法謂之吸收合併者是。法人因合併而設立。如已成立之甲乙丙三公司。俱行解散。而新設立丁公司。商法謂之設立合併者是。此兩種合併。既以被解散公司之權利義務。移轉於吸收公司。或新設立之公司。藉省清算之煩。則被解散公司以前之訴訟。應由吸收公司。或新設立之公司承受。在未承受以前。程序自必中斷。惟其合併不得對抗他造者。仍不得中斷之。蓋以保護各債權人之利益也。

三 當事人失訴訟能力。或法定代理人死亡。或失代理權者。當事人失訴訟能力。或其法定代理人死亡。或失代理權時。訴訟程序。在本人訴訟能力回復。或有法定代理人。承受其訴訟以前中斷。（一七〇條）蓋當事人於訴訟中喪失訴訟能力。或其法定代理人死亡。或失其代理權。既不能自為訴訟行為。亦不能使訴訟代理人代為。自應將程序中斷。以

待訴訟能力回復。或有法定代理人承受訴訟。但本有訴訟代理人代為訴訟行為者。仍得由該代理人續行訴訟。不為中斷之原因。(一七條)蓋訴訟代理權。亦不因此而受影響也。

(七二條)

前項規定。於受託人信託任務終了。而未有新受託人時準用之。(一七一條末項)

當事人三字無法人在內。因法人本無訴訟能力者。(見前)失訴訟能力。如於訴訟受禁治產之宣告是。

四 當事人受破產之宣告者。當事人受破產之宣告者。關於破產財團之訴訟程序。在依破產法。有承受訴訟人。或破產程序終結以前中斷。(一七二條)蓋既受破產之宣告者。在破產中。就自己財產。已失占有管理及處分之權。殆與死亡喪失訴訟能力等情形無異。此所以為程序中斷之原因也。此項中斷。不因破產程序之停止而終止。亦不因有訴訟代理人。代為訴訟而受影響。但必以關於破產財團之訴訟程序為要件。若訴訟標的。於破產財團無涉。則當事人雖受破產之宣告。仍不生訴訟程序之中斷。

前項規定。依破產法承受破產財團之訴訟程序者。在破產程序終結時準用之。(一七二條末項)

以上四種中斷何時終止。自應呈明法院。並通知他造當事人。以便程序之進行。是故承受訴訟程序之聲請者。應向受訴法院。提出承受之書狀。受訴法院。並應送達於他造當事人。(一七三條)但在簡易程序。得於言詞辯論外。向書記官。以言詞為陳述或通知。求其作成筆錄。以代書狀。(三九四條一三三條)

承受訴訟程序之聲請。有無理由。法院得依職權調查之。(一七四條)蓋以防濫為聲請之弊。法院認其聲請為無理由者。即以裁定駁回之。(一七四條次項)惟前項裁定。得為即時抗告。(一七四條末項)

上列各項訴訟承受。應在適當時期。不可過於遲延。若應為訴訟之承受。而延不承受者。法院得以職權命其承受。(一七五條)

## 第二款 訴訟程序之中止

訴訟程序。不問判決程序。與其他程序。除有特別規定外。遇左列情形則中止。

一 有天災或其他事故者。法院因天災或其他事故。不能執行職務時。在該事故終止以前。其訴訟程序中止。(一七六條)天災及其他事故。如水火。瘟疫、死亡。戰爭等是。因此等事故。致程序中止者。以法院不能執行職務為要件。若前項事故終止時。法院應布告之。(一七六條末項)然中止之理由。若長此存在。則既不便於當事人。且有礙職務之進行。惟有依指定管轄辦理而已。(二二二條一、二款)

二 當事人於戰時服兵役。或因天災。或其他事故。致與法院交通隔絕者。法院得命在障礙消滅以前。中止訴訟程序。(一七七條)於戰時服兵役。係指當事人因兵役義務。或自己志願於出征。或動員中服海陸空軍役者而言。天災及其他事故。例見前。法院因此等障礙。得命中止訴訟程序者。在戰時服兵役之當事人。不必問其現在地。是否與法院交通隔絕。而在受其他障礙之當事人。則以與法院交通隔絕為要件。至障礙生於當事人兩造間。或祇生於一造。可置不問。惟程序應中止與否。全憑法院之意見。若法院認為不必

中止者。仍得照常進行程序。

三 訴訟全部或一部之裁判。以他訴訟之法律關係。是否成立爲據者。法院得命在他訴訟終結前。中止訴訟程序。(一七八條) 訴訟之裁判。以他訴訟之法律關係是否成立爲據。卽以他訴訟爲先決問題之意。至他訴訟是否同一受訴法院。並是否同一當事人。均可不問。例如甲對於乙提起給付房租之訴。而他訴訟則以甲是否有房屋所有權爲標的是也。法院於此情形。命中止訴訟程序。純爲避裁判衝突起見。並非謂受他訴訟裁判之拘束。故應否中止。仍憑法院意見定之。

終結非必指判決確定後而言。卽訴訟繫屬之審級。程序業已完竣者亦在內。又他訴訟。指民事訴訟而言。但爲先決問題之法律關係。應由行政公署。確定其是否成立(卽在行政訴訟或訴願中)者。準用前述法則。中止訴訟程序。(一七八條次項)

四 訴訟中有犯罪嫌疑。牽涉其裁判者。法院得命於刑事訴訟終結前。中止訴訟程序。(一七八條末項) 訴訟中有犯罪嫌疑。例如發見偽證。偽造文書之類是。但必以該犯罪有影響於

民事裁判者爲限。至犯罪人爲當事人。或爲第三人。可以不問。刑事訴訟終結。卽刑事判決確定。或檢察官不起訴是也。

依刑事訴訟法第五百十三條規定。似乎民事裁判。有時應受刑事裁判之拘束。然本法所謂於刑事訴訟終結前。中止訴訟程序者。無非爲避裁判之衝突。並民事訴訟有所參考起見。究竟應否中止。仍由法院意見定之。故法院認該當事人。有犯罪嫌疑。而刑事訴訟不能開始或續行者。儘可進行民事訴訟程序。毋庸宣示中止。如已宣示。亦得撤銷。

(一八)  
條

五 提起主參加訴訟者。法院得命於該訴訟終結以前。中止本訴訟程序。(一七)主參加訴訟。與本訴訟本可分別辦理。故爲避裁判之衝突起見。不問本訴訟繫屬於本審級。或上級審。法院得命於主參加訴訟終結前。中止本訴訟程序。惟究應中止與否。仍由法院意見定之。若命於前三之情形者。亦得中止主參加程序。

六 當事人於訴訟拘束中。將訴訟告知於因自己敗訴。而有法律上利害關係之第三人者。

若法院認受告知人。能爲參加。得命於參加前。中止訴訟程序。(一七九條末項)此項中止。

純爲顧全告知人與受告知人之利益起見。若受告知人。延不參加。而亦中止之。則當事人將故意告知。藉圖遲延其訴訟。故法院宣示中止。以受告知人能爲參加時爲限。且卽受告知人。能爲參加。亦非必須中止。蓋告知訴訟。與訴訟之進行本無影響也。

法院命中止訴訟程序。以裁定爲之。中止訴訟程序之裁定。法院得撤銷之。(一八條)撤銷裁定。在中止應終止之事由發生時。可不必論。卽在此等事由發生以前。法院於必要時。亦得爲之。例如依上六之情形。以裁定命爲中止後。如認受告知人。延不參加者。卽在參加前。亦得撤銷該裁定是也。撤銷中止之裁定。亦以裁定爲之。此裁定一經宣示。或送達。中止卽於茲終止。

關於中止訴訟程序之裁定。及關於撤銷中止之裁定。得爲卽時抗告。(二八條)故此等裁定。雖經宣示。亦應送達。(二七條)但前之裁定。非僅指命爲中止者言。卽駁回中止之聲請者亦在內。後之裁定。不僅指撤銷中止者言。卽駁回撤銷之聲請者。亦在內。

### 第三款 訴訟程序之休止

訴訟程序。不問普通程序。與特別程序。除有特別規定外。遇左列情形則休止。

一 當事人有休止之合意者。(一八) (三條)不問訴訟在如何程序。(即不問審級上下或辯論是否終結裁判會否宣告)當事人兩造。得合意休止訴訟程序。此項合意。非必定有休止期間。此純本乎不干涉主義。並契約自由之原則而來也。惟定有期間者。休止因期間經過而終竣。不定期間者。休止因一造聲請指定期日。或為其他訴訟追行行為而終止。且期間並得變更。但不得逾三個月。(一八) (四條)

二 當事人兩造。遲誤言詞辯論期日者。(一八) (五條)此時訴訟程序之休止。係法律上之效力。並非推定當事人有休止之合意。何者。兩造不到場。非必皆由乎契約。亦有由天災或其他事故使然也。惟既兩造不到。不問其因何事由。均視為休止訴訟程序。至一造聲請指定期日為止。但本法有特別規定者。仍不休止。例如判決或裁定之宣示期日。及證據調

查期日（二一六條二三〇條二八一條）是也。

訴訟程序之休止。以三個月為限。若當事人自法院許其休止。或遲誤時起。三個月內不續行訴訟者。視為撤回其訴。如在上級審。亦視與撤回上訴同。（一八四條一八五條）此項規定。純為法院得以清理事件起見。並非為圖當事人之便利而設。故計算三個月之期間。祇須依民法之規定。而在途期間。則不必扣除也。

#### 第四款 中斷中止及休止之效力

##### 一 中斷及中止之效力。

（1） 訴訟程序。中斷或中止者。停止期間之進行。自告知承受訴訟。或續行時起。其期間更始進行。（一八〇條末項）例如第一審判決。於一月二十日送達。二月五日中午中斷。至五月十日。新當事人。方出而承受訴訟。則應視為五月十日送達判決。計算上訴期間。或聲請補充判決之期間是也。又期間係指法定與裁定之一切期間而言。然不變期間中。如再審

期間之進行。不適用之。蓋中斷以訴訟繫屬於法院爲前提也。

(2) 訴訟程序中斷或中止間。法院及當事人。不得爲關於本案之訴訟行爲。(一八〇條首項)例

如中斷中所爲之送達。或審判。或上訴。不生效力是也。然有責問權之人。如不就中斷或中止中所爲之訴訟行爲。主張無效。則視爲欠缺已經補正。仍可保有其效力。(參看一九〇條)

又曰關於本案。則與本案無涉。而爲續行訴訟所必要之行爲。仍得於中斷中止間爲之。例如聲請撤銷中止是也。

(3) 中斷生於言詞辯論終結後者。本於其辯論之裁判。得宣示之。(一八〇條次項但書)蓋因此時之辯論。已完全有效。且裁判之宣示。本無庸當事人到場(二二六條三三〇條)故也。惟送達裁判。應待新當事人出而承受訴訟後爲之。至中斷生於判決送達後。確定前者。其承受訴訟之程序。應以中斷前有無提起上訴爲準。或歸原法院辦理。或歸上級法院辦理。何則。上訴提起而合法者。發生移審之效力也。

中止生於辯論終結後者。本於該辯論之裁判。不得宣示。蓋中止係由法院所命。法院既

命爲中止。即應停止各項訴訟行爲也。

(4) 中斷後如無人出而承受訴訟。則訴訟程序。永久停止。

## 二 休止之效力。

(1) 關於停止期間進行之效力。休止與中斷中止無異。惟不變期間。休止後依然進行。

(一八三條但書) 因此項期間。純本於公益而設。不許當事人以合意左右之也。故下級審判決送

達後。雖有休止。而於不變期間內。聲請追復遲誤或提起上訴抗告或提起撤銷除權判決之訴禁治產宣告之訴者。皆可有效也。

(2) 除不變期間內應爲之訴訟行爲外。關於本案之一切訴訟行爲。法院及當事人。不得於程序休止後爲之。休止生於辯論終結後者。并不得宣示裁判。(一八三條)

(3) 休止後。三個月內。不續行訴訟者。視爲撤回其訴。(一八四條)

## 第五節 言詞辯論

本節係關於言詞辯論之一般規定。不問判決程序。與裁定程序。均適用之。

### 第一款 言詞辯論之意義

言詞辯論。為法院蒐集訴訟資料所必要之程序。其意義有廣狹二種。以廣義言。則言詞辯論。包括訴訟關係人。及法院與法官。於辯論期日所為之一切訴訟行為而言。故辯論期日。所有當事人之聲明及陳述。證人鑑定人與其他關係人之陳述。推事之發問。及法院與受命推事受託推事所為之證據程序。準備程序。並宣示裁判。皆屬於言詞辯論之範圍。以狹義言。則言詞辯論。自廣義中。除去證據程序。準備程序。並宣示裁判。而尚有最狹義之言詞辯論。則自狹義中。并除去第三人及法院與法官之行為而言。總之言詞辯論。由訴訟主體之行為而成立。而當事人兩造到場。抑一造到場。可不必問也。(參看三七七條)又言詞辯論。簡稱之曰辯論。

言詞辯論。有必要者。有任意者。必要之言詞辯論。係判決前之程序。(參照二一二條)任意之言詞

辯論。係裁定前。及第三審判決前之程序。(參照二二五條四四〇條)又有關於訴訟事項者。有關於本案者。前者如被告提出訴訟要件欠缺之抗辯是。後者如抵銷之抗辯是。

## 第二款 言詞辯論之進行

本款說明言詞辯論。有言詞辯論之指揮。與言詞辯論之實質。前者為整理訴訟程序起見。後者為蒐集裁判之資料起見。二者不可混同也。茲將言詞辯論之進程序。分當事人。審判長。及法院三方面。說明於左。

### 第一 關於當事人方面者。

言詞辯論期日。以事件之點呼為始。既述矣。言詞辯論。則因當事人聲明應受裁判之事項而開始。(一八六條)至宣示辯論終結而完畢。其間復經過事實上法律上之陳述。與關於攻擊防禦方法。證據。及證據抗辯之辯論。此言詞辯論進行之程序也。聲明應受裁判之事項。即當事人就訴訟上。或實體上。聲明願受如何裁判。並該裁判應有如何內容之意。兩造到場時。兩造

均應聲明。一造到場時。由到場者聲明。以定辯論之開始。(參照三七七條)若到場者。不知爲此聲明。審判長應爲發問或曉諭之。(二一九條)又辯論分數次期日行之者。如推事未經易人。毋庸於以後期日。更新聲明應受裁判之事項。至法院之裁判。應以當事人於辯論中。最後聲明應受裁判之事項爲據。不應以書狀上所聲明者爲準。(民國三年前大理院上字四〇九號)茲將辯論開始後之程序。說明之。

(1) 當事人應就訴訟關係。爲事實上及法律上之陳述。(一七八條)事實上訴訟關係。例如原告於某年月日。借給被告銀若干。何地交付。利息幾何。並何年月日歸還是。法律上訴訟關係。例如外國人聲請訴訟救助時。應將中國人在其國得受救助之條約。或其本國法。陳述之是。(一八〇條)事實上及法律上之陳述。應以言詞爲之。不得引用文件以代言詞。但以文辭爲必要。得朗讀文件。(一八七條次項)

(2) 當事人應依本法規定。聲明所用之證據。(一八八條)當事人有舉證責任者。應於辯論中以言詞聲明所用之證據。雖以前於書狀業已表明者。仍須於辯論中聲明之。

(3) 各當事人對於他造提出之事實。及證據書。應為陳述。(一八條)本法係採兩造審理主義。故辯論期日。兩造到場者。一造對於他造提出之事實及證據。有陳述之義務。對於他造提出事實之陳述。不外自認與爭執二類。自認分明示自認。與推定自認。前述之矣。爭執則有單純否認者。有提出抗辯者。有答以不知或不記憶者。惟答以不知或不記憶。經法院視與自認同者。則為推定自認矣。(二六條)至於對於他造提出證據之陳述。亦不外承認與爭執二種。承認他造提出之證據者。他造毋庸更證明其真正。(三四條)爭執他造提出之證據者。或主張該證據不合法。或無證明力。是為證據抗辯。或自己提出證據。以證明他造所證之反對事項。是為反證。總之不論自認、承認、或爭執。必須於適當時機。對之而自為陳述。或因審判長之發問或曉諭。而為陳述。否則將受遲誤之效果。

(4) 當事人得於言詞辯論終結前。提出攻擊方法及防禦方法。(一八條)茲所謂攻擊方法。防禦方法。係就廣義而言。故證據及證據抗辯。亦包括在內。此等攻擊與防禦方法。得於辯論終結前提出者。蓋本於自由順序主義(或稱辯論一貫主義)之原則而來。故不問訴

認在如何程序。亦不問辯論在第幾次期日。凡在終結前。得隨時將此項方法提出之。若當事人不為提出。審判長應加以曉諭。(一九條)又若審判長終結辯論失當。應令再開。使當事人得追加提出之。(二〇條)然竟許當事人自由提出。而毫不加以限制。則因行使權利之不當。反致辯論趨於錯雜。而訴訟不易速結。故當事人因意圖延滯訴訟。逾時始行提出攻擊方法。防禦方法者。法院得駁回之。(一八九條次項)關於駁回之裁判。或宣示於判決理由中。(攻擊或防禦方法。關於中間判決之標的事項者。則宣示於中間判決理由中。關於終局判決之標的事項者。則宣示於終局判決理由中。)或另以中間裁判為之。均無不可。但被駁回之攻擊及防禦方法。仍得提出於上訴審。不過應負擔費用而已。(一三四條四一三條)

(5) 當事人對於訴訟程序規定之違背。得提出異議。(一九條)訴訟程序之規定。指關於訴訟行為之程式條件或順序等規定而言。有違背此項規定者。不問出諸法院。或出諸他造當事人。或第三人。皆可提出異議。但當事人業經表示無異議之意思。或既知其違背。

或可知其違背。並無異議。而爲本案辯論者。不得再有異議。(一九〇條但書)因當事人既不責問。可視爲其違背已經補正也。所謂業經表示無異議之意思。就當事人以書狀或言詞。明示其無異議者而言。所謂既知其違背。或可知其違背。並無異議。指當事人默示其無異議者而言。例如明明未受傳票送達。而於辯論期日。到案陳述。是爲既知法院之違背而無異議。又如律師爲訴訟代理人。對於無法律上利害關係之從參加人。並不聲請駁回參加。是爲可知第三人之違背而無異議。凡已明示或默示無異議者。不問他造當事人。或關係訴訟之第三人。於辯論期日。曾否到場。嗣後均不得再有異議。蓋非如此。不足以謀訴訟進行之迅速也。惟訴訟程序。關於法院應依職權調查之事項。則不適用此項規定。(一九〇條末項)所謂職權調查事項。例如管轄權之有無。(除合意管轄言)是也。

第二 關於審判長方面者。(獨任推事準用之見法院編制法八條六七條)

審判長爲進程序。並確定訴訟關係。有訴訟指揮權。爲維持秩序。有法庭警察權。

甲 審判長之訴訟指揮權。

(1) 審判長開閉及指揮言詞辯論。(一九一) 審判長居法庭首席。于開閉法庭。及審問訴訟。均有指揮之權。(法院編制法五六條) 故言詞辯論。由審判長開閉並指揮之。審判長開言詞辯論。應在事件點呼後。或因當事人聲明應受裁判事項而開始。或因續行辯論而開始。閉言詞辯論。有辯論因而終結者。有尚須續行辯論者。前者如事件可為裁判。或和解成立時是。後者如中止程序。或延展期日時是。指揮辯論。例如先令原告或被生陳述。或先令證人陳述等情形是已。

(2) 審判長宣示法院之裁判。(一九一) 法院之判決裁定。何者應宣示。及宣示應在何時。俟後說明。此項裁判。所以由審判長宣示者。因審判長係合議體之代表也。至審判長之裁定。由審判長自己宣示。更不待言。余謂宣示判決。不過朗讀業已成立之主文。(二一) 即由陪席推事。或其他推事宣示。亦不致有何流弊。(五條)

(3) 審判長對於不從其命者。得禁止發言。(一九一) 審判長得許可當事人。及其他訴訟關係人發言。如有不從其關於訴訟指揮之命令者。得禁止發言。禁止發言。並非完

全禁止其辯論。對於被禁止者。仍得隨時許其發言。故與禁止無相當陳述能力之當事人。訴訟代理人。或輔佐人之陳述者。(二〇〇條)不可同日而語也。

(4) 審判長應速定辯論續行期日。(一九一條末項)言詞辯論一次終結者。審判長可即日宣示

裁判。或於終結後。五日內宣示之。(二二四條二二〇條)自毋再定辯論期日之必要。然須於下

次期日續行者。應速定其期日。且以即定期日。當場告知為妥。(一八五條)

(5) 審判長應注意令當事人。得為完全適當之辯論。(一九二條首項)此項規定。為期裁判合於事實。並訴訟得速終結也。

(6) 審判長應向當事人。發問或曉諭。令其為必要之聲明或陳述。(一九二條次項)所謂必要之聲明。例如證據。或應受裁判事項之聲明是。所謂必要之陳述。即關於事實及證據之陳述是。審判長審問訴訟。應向當事人發問曉諭。令為此等聲明或陳述。如其聲明或陳述。有不明瞭。不充足者。應令敘明或補充之。

陪席推事。亦得向當事人發問。或為曉諭。惟必須告明審判長而行之。(一九二條末項)其必

須告明審判長者。爲防紊亂其指揮權起見。非謂應受審判長之許可也。

審判長或陪席推事之發問與曉諭。無須當事人聲請。似背不干涉主義之原則。然實際仍依當事人意思而行。並非加以職權干涉。故如事實之自認。訴之變更或追加等。審判長或陪席推事。不得向當事人。有所勸諭。又如當事人絕無主張。或不願更有聲明或陳述者。審判長或陪席推事。亦毋庸再爲發問。或曉諭。蓋發問曉諭二者。純爲確定訴訟關係起見。不可多求也。

當事人經發問曉諭後。不爲陳述者。應依自由心證判斷。或視爲自認。(二六八條)

(7) 當事人得聲請審判長。爲必要之發問。經審判長許可。並得自行發問。(一九三條) 茲稱當事人。包括代理人而言。當事人或其代理人。若直接向他造發問。則彼此詰責。易使秩序紊亂。又若絕對不許向他造發問。則有懷莫白。反致事實不明。故法律許其求審判長間接發問。或經審判長許可。由自己直接發問。如直接發問後。有紊亂辯論。或不必要直接發問之情形者。審判得即時撤銷許可。

當事人對於他造之直接發問。不為陳述者。法院亦依自由心證判斷之可也。

(8) 參與辯論人。若以審判長關於訴訟指揮之裁定。或審判長及陪席推事之發問或曉諭為違法。聲明異議者。法院應就其異議為裁定。(四一九) 參與辯論人。指參與辯論之當事人。及其他訴訟關係人而言。關於訴訟指揮之裁定。指審判長禁止發言。拒絕發問之聲請。及其他指揮言詞辯論等命令而言。至關於維持法庭秩序之命令。及辯論外指揮訴訟之命令。(例如指定期日)不在其內。審判長及陪席推事之發問或曉諭。已見前。參與辯論人。對於此項裁定。與發問或曉諭者。聲明異議。須具備左列諸件。方為合法。

- 一 以裁定或發問曉諭為違法者。例如當事人聲請發問。而審判長無故拒絕者。得為異議之理由。若僅以不得當或不必要為理由。仍不許異議。
- 二 其異議應於言詞辯論中聲明。因其為參與辯論人所聲明之異議也。
- 三 其異議應問審判長或陪席推事所屬之法院聲明。

法院就該異議爲裁判時。不論准駁以裁定爲之。對此裁定。不得聲明不服。(一九四條末項)

乙 審判長之法庭警察權。

- (1) 審判長對於不從維持法庭秩序之命令者。得禁止其發言。(一九一條次項)
- (2) 法庭應停止公開者。審判長得指定尙無妨礙之人。特許旁聽。(法院編制法五九條)
- (3) 審判長得命旁聽之婦孺。及服裝不當者。退出法庭。(法院編制法六〇條)
- (4) 有妨害法庭職務。或其他不當行爲者。審判長得酌量情形。命退出法庭。或命看管至閉庭時。或至閉庭時。更處十日以下拘留。或十元以下罰金。(法院編制法六一條)
- (5) 原被告被退出法庭。或被看管至閉庭時者。應聽在庭當事人之供述。行其審判。原被告受十日以下拘留。或十元以下罰金之處分者。該處分應與本案分別宣示。證人鑑定人翻譯等得不待閉庭。處以此等拘留或罰金。(法院編制法六二條)
- (6) 律師在法庭。言語舉動。如有不當。審判長得禁止其代理。並請付懲戒處分。非律師之訴訟代理人。言語舉動。有不當者。亦得禁止代理。(法院編制法六四條六六條)

### 第三 關於法院方面者。

#### 甲 法院關於言詞辯論之訴訟指揮權。

(1) 辯論之分別。當事人以一訴主張之項數標的。或本訴及反訴。法院得命分別辯論。(一六條)以一訴主張之數項標的。不問由主觀合併。(但必要共同訴訟不在內)或客觀合併(一九七條二三九條二四五條二四六條)而來。亦不問由最初合併起訴。(二三條)或以後追加新訴(二五條四)而來。法院本應合併辯論與裁判。至被告對原告之本訴。提起反訴者。(二四九條一)亦如此辦理。然合併而反致支離複雜。不易速結者。法院仍得將數宗訴訟之辯論分別行之。辯論既經分別。除撤銷分別之命令外。并應分別裁判。

辯論應否分別。全憑法院意見。但如通常共同訴訟。及其他合併訴訟。不備合併之要件。(參照五〇條及二三九條)或反訴之標的。專屬他法院管轄。而本訴法院無管轄權(二五條)者。非分別辯論不可。

(2) 辯論之合併。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。(七一九條)此爲節勞省費。並防裁判抵觸起見也。辯論合併以後。並得合併裁判。然當事人兩造或一造不同者。雖可合併辯論。而裁判仍須分別行之。(一九七條次項)但訴訟標的相同。以合併裁判爲便利時。當事人即有不同。法院亦得酌量情形。合併裁判。(參照民國四年前大理院上字二〇五九號)

辯論應否合併。亦憑法院意見。大抵合併之可免程序重複。或不致裁判抵觸者。雖數宗訴訟。無法律上牽連關係。亦以合併辯論爲宜。但數項請求。本不得以一訴主張。例如數訴非可用同種訴訟程序。或其中一訴專屬他法院管轄者。(參照五〇條二三九條二五〇條等)不得合併辯論。

(3) 辯論之限制。當事人關於同一訴訟標的。提出數種獨立之攻擊或防禦方法者。法院得命限制辯論。(一九八條)蓋此項方法。如有理由。即祇提出一二。亦足以貫徹其主張。例如離婚之訴。以重婚並姦通爲原因者。法院祇就重婚一層。限制其辯論。已足副原告之請求。或如債務履行之訴。被告以消滅時效。及償還。並欠缺訴訟成立要件

爲抗辯者。法院祇就訴訟要件。及消滅時效。限制其辯論。已足達被告之目的是也。至獨立之攻擊或防禦方法之意義。已見前。不贅。

限制辯論。純爲防遏訴訟遲延。並辯論混雜起見。法院並非必須加以限制。當事人亦非必須遵守其限制。惟限制後。就某攻擊或防禦方法爲裁判者。如認爲有理由。以終局判決爲之。否則用中間判決。或宣示於終局判決理由中。

限制辯論。除法院有此職務外。審判長亦可於指揮言詞辯論(一九條)時命之。

(4) 辯論之再開。法院於宣示裁判前。得命再開已閉之辯論。(二〇條)茲稱已閉。係業已終結之意。業已終結之辯論之再開。必於裁判宣示前爲之者。因一經宣示。法院即受其羈束。(二二二條)決無再開之機會故也。惟應否再開。全憑法院意見。大抵訴訟關係。尙未明瞭。或有他重要疑義者。方有再開之必要。既再開後。與未閉辯論同。故不獨不明之點。應予辯論。即新攻擊防禦方法。亦可提出。(一九條)其以前遲誤訴訟行爲之人。亦可到場。以除去遲誤之效果。

(B) 辯論之更新參與辯論之推事。於判決前。有變更者。應更新辯論。(二〇條) 判決前。謂在爲判決內容之行爲前。非指宣示判決之期日而言。更新辯論。謂令當事人。就前此業已辯論之事項。更爲辯論。參與言詞辯論之推事。指推事參與爲判決基礎之辯論者而言。其參與關於調查證據。及準備程序之辯論者不在內。參與言詞辯論之推事。判決前。如有變更。應更新辯論者。因推事非參與爲判決基礎之辯論者。不得參與判決故也。(參照二一二條) 但當事人以前所爲辯論。經記明於言詞辯論筆錄者。雖更新後。仍不失其效力。(二〇二條但書) 故如訴訟標的之捨棄。認諾。及自認。證據之聲明。或捨棄等。仍應於更新後斟酌之。

更新辯論。除應由當事人更爲辯論外。審判長並得令書記官朗讀以前筆錄。(二〇二條次項) 蓋期後之辯論。與前之辯論相符也。

以上五種命令。由法院以裁定爲之。且前三種命令。得隨時以裁定撤銷之。此外尙有關於中止辯論之指揮權。願中止辯論。即中止訴訟程序。參看前節可也。

乙 法院之其他訴訟指揮權。

(1) 法院因確定訴訟關係。得隨時爲左列各款之處置。(一九五條)

一 命當事人本人到場。當事人本人到場。情形不一。如辯論期日。本人本已到場。或由其法定代理人到場者。則命其下次期日。親自到場。或仍由法定代理人到場。如由當事人。或其法定代理人。委任訴訟代理人。代行訴訟者。則命當事人本人。或其法定代理人本人到場。法院命本人到場。而本人不遵命者。本無強制到場之辦法。惟得命其負擔一定訴訟費用。(八四條)並依自由心證判斷而已。

二 命當事人提出圖案表冊。或外國文書之譯本。或其他文書物件。圖案表冊之性質。與他項文書有別。雖當事人無提出義務。(參看三三二條)或尙待編製者。法院亦得命其於一定期間內提出。或於受命推事受託推事前提出之。(三三四條)如法院命其提出。而當事人不遵命者。亦無強制提出之辦法。惟有依自由心證。判斷他造關於該文書之主張是否正當。(參看三三三條)至用外國文作成之文書。法院亦得命其提出譯本。或將

譯本提出於受命推事受託推事前。如當事人不遵命提出者。法院得酌量情形。不調查該文書。或依職權命人翻譯之。

三 命當事人提出之文書。或其他物件。於一定期間。留置於書記科。當事人提出之文書。不問其是否為證據之用。均包在內。其他物件。如勘驗標的物。(三五)及

前述圖案表冊是也。此項文書及物件。由當事人提出者。除法院書記官應編入卷宗(參照二  
三三條)者外。當事人本可隨時請求領還。但法院認為必要時。亦得命其於一定時期內。留置書記科。且關於文書。尚有應由書記科保管者。(三五)

四 蒐集或調查其他證據。調查證據。通常依當事人聲明證據為之。此不干涉主義之適用也。但法院因確定訴訟關係。於證據亦得依職權蒐集或調查之。

上列四者。均於言詞辯論為之。然法院因使辯論易於終結。認為必要。或於行裁定程序時。亦得於辯論前。行使此等指揮權。

(2) 法院於左列情形。應用通譯。(一九  
九條)

一 參與辯論人。不通中國語言者。法院行審判時。應用中國語言。若參與辯論之當事人。代理人。參加人。輔佐人。及證人。鑑定人。有不通中國語言者。不問其爲中國人。爲外國人。亦不問參與辯論人之聲明陳述。或法院之發問曉諭。及裁判。法院應用通譯。（一九九條首項並法院編制法六九條七〇條首項）

二 推事不通參與辯論人所用中國方言者。中國語言。各處不同。故推事審問訴訟。難免有不通參與辯論人之方言者。此時自應許用通曉方言之人。到場翻譯。以免隔閡。（一九九條首項後段）至參與辯論人。不通推事所用中國語言者。亦應用通譯傳譯之。（法院編制法七〇條次項）

三 參與辯論人。爲聾啞人。不能用文字達意思者。參與辯論人。爲聾或啞。或聾且啞。於辯論必多窒礙。自應許用通譯。但以不能用文字達意者爲限。（一九九條次項）蓋能以文字達意思者。其辯論得以文字爲之。卽無通譯之必要也。

右列通譯。係指首都或商埠地方法院以上法院。所置翻譯官以外之人。充通譯者而言

。 (參照法院編制) 若無此項通譯。而法院執事各員。有能通參與辯論人所用語言者。亦得委令傳譯。 (法院編制法) 惟通譯之職務。與鑑定無異。故鑑定人之規定。例如關於具結、拒却。及科以罰鍰等規定。於上述三種通譯準用之。 (一九九條末項)

(3) 法院於左列情形。得禁止參與辯論人之陳述。並延展期日。 (二〇〇條)

一 當事人無相當之陳述能力者。無陳述能力。有一般無能力者。例如口吃或因精神衰弱。不能發言是。有特定無能力者。例如於辯論期日。因昏醉或急病。不能陳述是。無此等陳述能力之當事人。或其法定代理人。法院得禁止其陳述。延展辯論期日。命當事人委任訴訟代理人。 (二〇〇條首項)

當事人因口啞或不通中國語言。不能陳述。或因短於口才。或少辨別力。不能陳述者。不適用禁止陳述之規定。蓋前者應用通譯。後者應加曉諭 (二〇九條) 也。

二 訴訟代理人。或輔佐人。無陳述能力者。訴訟代理人或輔佐人。無前述之一般或特定陳述能力者。不論其為律師。抑非律師。法院亦得禁止其陳述。延展辯論期

日命當事人另委相當之訴訟代理人或輔佐人。(二〇〇條次項)

依上第二情形。禁止訴訟代理人或輔佐人之陳述者。若一同到場之本人。有陳述能力。毋庸延展期日。(二〇〇條末項但書)

### 第三款 言詞辯論筆錄

關於辯論進行。及辯論進行所作之證書。謂之言詞辯論筆錄。此項筆錄之製作。係法院書記官之獨立職務。然亦應遵審判長之命令爲之。故審判長命其記錄某項口供。或命其更正者。書記官自應遵辦。如以審判長命令爲不當。應於筆錄內。附記其意見。(法院編制法一三七條)又關於言詞辯論之實質。爲審判長或陪席推事所記憶。而書記官於筆錄遺漏未載。或不遵審判長之命而記入者。亦得爲裁判之資料。但裁判書所載。與筆錄所載。有相牴觸者。應以筆錄內所載之事項爲準。

言詞辯論筆錄。應行記載之事項。有形式上事項。與實質上事項二類。形式上事項。得祇記

明辯論進行之要領。毋庸詳載辯論之內容及結果。實質上事項。應明確記載。非祇記明要領。可以了事也。(二〇三條)(二〇四條)茲將二者分別說明之。

(甲) 言詞辯論筆錄。應行記載之形式上事項如左。(二〇三條)(二〇四條)

一 辯論之處所及年月日。

二 推事書記官及通譯姓名。

三 訴訟事件。即兩造因何糾葛之案由是也。

四 到場之當事人。法定代理人。訴訟代理人。輔佐人。及其他訴訟關係人之姓名。

五 辯論之公開或不公開。(參照法院編制法五五條五八條)

六 辯論進行之要領。

(乙) 言詞筆錄應行明確記載之實質上事項如左。(二〇四條)

一 訴訟標的之自認、捨棄、或認諾。(二六七條)(二七六條)

二 證據之聲明。或捨棄。及對於違背訴訟程序規定之異議。(二八八條)(二九〇條)

三 本法規定應記明之聲明或陳述。(二五一條二五二條二五九條三七一條四〇三條四二六條四二七條四四八條)

四 證人鑑定人之陳述。及勘驗所得之結果。證人鑑定人之陳述。或詳細記載。或祇記要領。均無不可。但鑑定人具鑑定書。陳述意見時。則無記入筆錄之必要。(參看三二二條)  
至勘驗所得之結果。謂就勘驗所得之事項。非謂依勘驗所生之裁判。

五 不作裁判書附卷之裁判。及裁判之宣示。不作裁判書附卷之裁判。指關於指揮辯論之裁定而言。裁判之宣示。指宣示判決或裁定而言。且在裁定。不問其會否作成裁判書附卷。皆應將業已宣示之事由。記入言詞辯論筆錄。

實質上事項。除右所揭外。當事人所為其他重要之聲明或陳述。及經曉諭而不為聲明或陳述之情形。審判長得命書記官記明於筆錄。(二〇四條末項)

言詞辯論筆錄。除記明形式上及實質上事項外。應由審判長。及法院書記官簽名。蓋審判長有指揮辯論。並命書記官記錄之權。而書記官又為筆錄之作成人也。審判長有故者。由資深陪席推事簽名。若獨任推事有故。得僅由書記官簽名。(二〇七條)又筆錄所載右述一至四之實質

上事項。書記官應於法庭向關係人朗誦。或令其閱覽。並於筆錄內。附記朗誦。或交給閱覽之事由。(二〇六條首項) 依此各種規定。可見審判長不必於筆錄內蓋印。而關係人併簽名亦可不必

。故筆錄既經朗誦或閱覽者。關係人如有異議。須於當時主張。不得俟事後以空言否認。(

民國五年前大理院上字一〇五八號) 亦不得徒以未經簽名蓋章。為否認筆錄所記事實之理由。(民國五年前大理院上字一二三號) 且

即未經朗誦。如法院已再三訊問。當事人始終陳述一致者。亦不得謂筆錄之記載有誤。(國民

六年前大理院上字七九號)

言詞辯論筆錄。應就各次辯論。分別作成。若須更新辯論者。並應記明以前辯論之內容。且於左列情形。除簽名及附記朗誦或閱覽之事由外。並須記明特種事項。

(1) 關係人有異議者。關係人對於筆錄所記。有異議者。書記官如以異議為正當。得將筆錄更正或補充。若以異議為不當。應於筆錄內。附記其異議。(二〇六條末項)

右之異議。如審判長認為正當。亦得命書記官更正或補充。(法院編制法一三七條)

(2) 筆錄有增加或刪除文字者。筆錄不得挖補或塗改。如有增加刪除。應由法院書記官

蓋章。並記明字數。其刪除處。留存字跡。俾得辨認。(二〇八條)

筆錄有違背右述規定者。其證據力如何。法院依自由心證判斷之。(參看三五二條)

筆錄內引用附卷之文件。或表示將該文件作為附件者。其文件所記明之事項。與記明筆錄者。有同一效力。(二〇五條)引用附卷之文件。如引用當事人書狀。或準備程序筆錄中所載事項是也。表示將附卷之文件。作為附件者。如將鑑定書。或另作之證人訊問筆錄。或和解筆錄。作為附件。而於辯論筆錄內表示之是也。記明於此等文件之事項。與記明筆錄者同。故勿庸更記於筆錄。

言詞辯論程式之有無遵守。專以筆錄為證。(二〇九條)不容有他項證據方法。此實自由心證主義之一例外也。所謂言詞辯論程式。例如推事書記官有無列席。辯論是否公開。當事人是否兩造均到等情形是。此等情形。亦得專以與筆錄有同一效力之文件證之。

筆錄或與筆錄有同一效力之文件。所記事項。法院應依職權審酌之。(二一〇條)所謂應依職權審酌者。即當事人雖不引用。法院亦應審酌之意。例如辯論應否公開。或應否更新。及應否令

當事人陳述下級審之辯論。均依職權審酌辦理是也。

## 第六節 裁判

本節係裁判之一般規定。不論何審級。何訴訟。均適用之。分述於左。

第一 裁判之意義。司法機關。辦理訴訟。有表示意思者。有爲其他行爲者。表示意思。

以裁判爲之。是故裁判者。係司法機關。對於訴訟關係人之意思表示。申言之。卽司法機關。適用法律於事實。對訴訟關係人宣示其效果之意。

裁判由法院。或審判長。或受命推事。受託推事。以職權爲之。(參看一六七條三〇九條三一七條四五〇條)至法

院書記官。對訴訟關係人之意思表示。則曰處分。不曰裁判。此項處分。應依送達或其他方法。通知關係人。(二三條)

第二 裁判之形式。裁判之形式。分判決裁定二類。判決者。法院依定式作成文書之意思表示也。裁定者。法院或法官。不作文書。或作成無定式文書之意思表示也。此外雖有用

命令。(例如支付命令)或依慣例用批諭者。然不過名稱之區別。實則皆係裁定之性質。故除有特別規定外。準用裁定程序之規定。

法院之意思表示。亦有稱爲處分者。(參照五四四條五  
六八條五七七條)然此項處分。仍以裁判爲之。或於本案裁判宣示之。故與法院書記官之處分不同。

第三 判決與裁定之異點。茲就二者之實質、形式、效力。說明其異點於左。

一 實質不同。判決就實體事項判斷者居多。裁定就訴訟事項判斷者居多。

二 形式不同。(1)判決由法院爲之。裁定由法院及審判長或受命推事受託推事爲之。

(2)判決除有特別規定外。應經言詞辯論。(二二條)裁定可不經言詞辯論。(二三條)(3)判決應照法定程式。作成文書。(七二條)裁定可記明筆錄。不作文書。(二四條)即作文書。亦

無定式。(4)判決應依職權送達。(二二條)裁定有可不送達者。(二二條)(5)不服判決者。

提起上訴。不服裁定者。提起抗告或異議。且判決除有特別規定外。均可聲明不服。裁定有不許聲明不服者。(見後)(6)判決應載理由。裁定惟於駁回聲明。及就有爭執之聲

明裁判者。應附理由(二二八條)而已。但二者亦有共通之處。(二二三條)俟後說明。

三 效力不同。判決經宣示或送達後。為該判決之法院。受其羈束。(二二二條)裁定關於指揮訴訟。或有特別規定者。為該裁定之法院或法官。不受羈束。(二二九條)

## 第一款 判決

### 第一 判決之種類。

- (1) 終局判決。與中間判決。法院之判決。就訴訟全部或一部。終結其程序者。曰終局判決。(三三七條)就訴訟進行中所生之爭點裁判者。曰中間判決。(三七四條)終結訴訟一部之程序者。更稱一部終局判決。(三七四條)
- (2) 對席判決。與缺席判決。法院之判決。經兩造言詞辯論者。曰對席判決。因一造遲誤辯論期日。(參看三七七條)本於到場一造之辯論而判決者。曰缺席判決。
- (3) 主判決與先決判決。不為他項判決之前提。而就訴訟所為之終局判決。曰主判決

。爲主判決之前提。而就先決事項所爲之判決。曰先決判決。大抵中間判決。皆具有先決之性質。然謂先決判決。卽中間判決。又大謬不然。例如被告提起反訴。求法院確認先決問題。則可爲先決判決之事項。亦得用終局判決。(三七四條)又原告於訴訟進行中。提起先決確認之訴(二四六條之五)時。亦得爲先決判決也。

(4) 給付判決。確認判決。創設判決。此項區別。由給付之訴。確認之訴。創設之訴而來。惟原告提起給付或創設之訴。限於有理由時。方可得給付或創設判決。否則爲確認判決矣。又給付判決。可爲有執行力之債務名義。餘二者則否。

此外尚有補充判決。(二二四條)確定判決。(三九一條)宣示假執行之判決。(三八一條)定履行期限之判決。(三八七條)除權判決(五二二條)等名稱。除補充判決。俟後說明外。餘從略。

## 第二 判決之條件。

判決之條件。有在實體上者。有在形式上者。實體上條件。卽訴訟可爲裁判也。(三七三條)其詳俟第二編說明。形式上條件。可分左列三種情形。

(1) 判決應本於言詞辯論爲之。(二二條)本法係採言詞審理主義。故法院於判決前。應與當事人以言詞辯論之機會。但有特別規定者。仍可不本於辯論而爲判決。如第三審之判決(四四條)是也。

(2) 推事非與於爲判決基礎之辯論者。不得與於判決。(二二條次項)本法係採直接審理主義。故必參與基本辯論之推事。方可與於判決。所謂與於判決。不僅指作成判決文而言。即合議庭判斷案件時。所爲之評議及決議。亦包在內。(法院編制法七二條以下)又所謂爲判決基礎之辯論。學者有指最後之辯論而言者。有指聲明後至判決前之全部辯論而言者。日本大審院判例。係採前說。乃本法則有與於言詞辯論之推事。判決前有變更者。應更新其辯論之規定。(二二條)似採後說。但關於調查證據及準備程序之辯論。顯然非爲判決基礎之辯論。故推事既與於判決基礎之辯論者。雖未參與證據程序或準備程序。仍得與於判決。

(3) 判決應作判決書。記明左列各款事項。(七二條)但依簡易程序。於左列四五兩款。得

祇記明其要領。(四〇條)

一 當事人姓名、年齡、住所、或居所。若爲法人。或其他團體。則其名稱及事務所。此所以表明何人爲當事人。且以便上訴審之審查。並日後之強制執行也。至當事人之職業身分。則無記載必要。如有從參加人時亦應將其姓名住所或居所載明。

二 當事人之法定代理人。及訴訟代理人。姓名。住所或居所。由代理人訴訟者。法院及他造當事人。皆得對於該代理人爲訴訟行爲。故應將其姓名住所或居所。記明於判決書。但由律師爲訴訟代理人者。得祇記明姓名。不記明住居所。

三 判決主文。主文係表明法院於如何限度。認許或排斥當事人之聲明。故應記載。但文句以簡明爲要。且須與宣示之主文。完全相符。

四 事實。事實爲判決理由之根據。故應記明。但須擇要揭載。勿失繁冗。如當事人辯論中之聲明。及其提出之攻擊防禦方法。並調查證據所得結果之要領。固應揭載。  
(二一七條次項) 然如當事人之法律上辯論。及無關訴訟原因之事項。或業經中間裁判之爭點。  
。均可從略。且第二審判決。得不重敘事實。(四二二條) 第三審判決。更無須有事實一項。

。 (民國十三年前大理院統字一八六七號)

五 理由。理由乃主文之根據。故亦應記明。所謂理由。指法院之法律意見。及關於攻擊防禦方法。並其他中間爭點。與先決事項之一切意見而言。至得心證之理由。更應記明於判決。 (三二條) 若判決不備理由。以違背法令論。 (四三條) (六條)

六 法院。此指為判決之法院而言。

右列各項。以分欄記載為妥。至分欄之順序。則由法院之意見定之。惟必將各項依次記明。如有欠缺。即為上訴之理由。但亦得酌量情形。由法院以裁定更正。或以判決補充之。 (三三條) (三四條) 非必須提起上訴也。

判決書除記明右列各項外。為判決之推事。並應於該判決簽名。若推事中。有故不能簽名者。由審判長附記其事由。審判長有故者。由資深陪席推事附記之。 (二一條) (八條) 所謂為判決之推事。即作成判決書之推事。及評判決斷之推事是也。

### 第三 判決之程式。

法院判斷當事人所主張之事實之真偽。應適用自由心證主義。所謂自由心證主義者。即審理事實。應斟酌辯論之意旨。及調查證據之結果。依自由心證以爲判決也。(三二條)茲就本法第二百一十三條所規定。分述如左。

(1) 辯論意旨 法院審理事實。雖憑證據。然亦不得專以調查證據之結果。爲判斷事實之資料。所有言詞辯論全體意旨。亦應加以斟酌。言詞辯論全體意旨。非僅就當事人所聲明或陳述之事實而言。即當事人不遵命到場。或到場而不爲答辯。或不遵命提出證物。或將證物隱匿毀壞(三三三條三四二條三五四條三六〇條)等事由。亦均在內。凡法院判斷事實。皆可以此等事由爲資料。但仍須循常則以行。方可免專橫偏袒之弊。常則云者。即習慣(例如商事習慣)及社會一般遵行之事項。(例如敬宗睦族)與科學上之法則(例如醫學數理化學上之法則)是也。

(2) 調查證據之結果 當事人提出之證據。固應由法院直接或間接調查。然雙方證據之取舍。應由法院。先令當事人陳述調查之結果。而後決定之。茲所謂斟酌調查證據之結

果者。卽此意也。若不加以斟酌。徑爲自由判斷。則證據力之有無既不辨。而事實之真相亦難明矣。

法院依自由心證。判斷事實。必將右列二者。先加斟酌。方爲合法。否則其判決卽有法律上之瑕疵。足爲上訴之理由。(四三)但法律別有規定者。例如證明辯論程式之筆錄。(二九)依程式及意旨得認作公文書之文書。(三四)經文書作成人簽名。或有法院或公證人認證之私文書。(三四)足有拘束法院之效力。卽不斟酌辯論意旨。及調查證據之結果。亦得援爲判斷之資料。(二二三)然則本法以自由心證主義爲原則。以法定證據主義爲例外。於此可見矣。

法院得心證之理由。應記明於判決。(二二三)此項規定。爲杜自由判斷之流弊。並使上級審。得審查其有無違背法則也。如不記明。亦足爲上訴理由。(四三六)

#### 第四 判決之宣示。

判決經言詞辯論者。不論中間判決。終局判決。均應宣示之。蓋判決必待宣示始對外發生效

力。在未宣示前。因判斷之評議。概不公開。(參照法院編制法七五條及七九條)故雖實際已作成判決書。亦不過法院內部之事務。而對外則尚未成立也。但不經言詞辯論之判決。對於外部。依送達發生效力。故勿庸宣示之。(二二四條首項)

(1) 宣示之期日。宣示判決。因案情之輕重繁簡。應於辯論終結期日宣示(亦得即時宣示)或於辯論終結之時。指定之期日宣示。審判長指定宣示期日。自辯論終結時起。不得逾五日。(二二四條次項)此項期間。為防推事曠廢職務起見。如有遲誤。不影響於判決之效力。亦不致受訴訟法上遲誤之效果。故雖逾五日後宣示者。仍可有效。惟為期過遲。法院應於宣示前再開辯論。(二二〇條)又變更或延展宣示期日。如無重大理由。則與於判決之推事。不免受監督機關之儆告。(參看一六〇條)

(2) 宣示之程式。宣示判決。應由法定員數之推事。列席公開法庭。由審判長(但不以審判長為限)朗讀主文為之。(一九一條二一五條首項及法院編制法五五條五八條)並由書記官將宣示之事。記明辯論筆錄。(二〇四條)至判決理由。本勿庸宣示。但法院若以論知理由為必要者。並應朗讀其

理由。或口述其要領。(二一五條次項)宣示判決。必朗讀主文者。因判決原本。於宣告後五日內作成。(二一九條)如不朗讀。不能擔保原本之主文。必與宣示之主文相符。宣示判決。如違上述辦法。不生效力。又若宣示之主文。與原本之主文不符。可爲上訴之理由。但判決理由不符者則否。

(3) 宣示之效力。宣示判決。不問當事人在場與否。均有效力。(二一六條)故當事人兩造或一造在場時。無論已。即使兩造均不在場。亦得宣示。蓋此時雖兩造遲誤期日。並不休止訴訟程序也。(參照一八五條)然實際無由對之告知。爲使判決對外成立起見。似仍以牌示爲宜。判決業經宣示後。當事人得不待送達。本於該判決爲訴訟行爲。(二一六條次項)例如認原因正當之中間判決宣示後。得不待送達。聲請數額之辯論。(三七五條)或終局判決宣示後。得不待送達而上訴。或聲請補充判決是也。

#### 第五 判決之送達。

判決原本。應自宣示判決之日起。五日內。交付法院書記官。書記官應於判決原本。記明收

領期日。並簽名。(二一九條)此等規定。亦爲防推事與書記官曠廢職務起見。如有違背。於判決之效力無關。

判決應由法院書記官依職權送達於當事人。(四一二條)其送達以正本交付之。(〇三三條)

對於判決得爲上訴者。送達於當事人之判決正本。(或節本)審判長(或獨任推事)應記明其期間。及提出上訴狀之法院。(二一七條末項)判決之正本節本。應分別記明其爲正本節本。由法院書記官簽名。並蓋法院之印。(二二一條)

#### 第六 判決之效力。

判決之效力。可分羈束力。證據力。確定力。執行力四類。一訴訟事件之判決。可以證明他訴訟之某事項者。曰判決之證據力。大抵法院依定式作成之判決書。除提出反證外。其證據力。本屬完全。(三四四條)當事人對於判決。不能再事攻擊。亦不能就既經判決之事件。更行起訴者。曰判決之確定力。(三八八條三八九條)確定力。有形式上確定力。與實質上確定力之別。俟第二編說明。茲姑從略。執行機關。得依判決之內容。實施強制執行之程序者。曰判決之執行

力。凡判決非必皆有執行力。有執行力者。惟給付判決。且惟確定判決。及宣示假執行之判決。(三八條)此外如上級審發回或發交事件之判決。皆無執行力可言。以下說明判決之羈束力。判決之羈束力。謂應服從該判決。不得有反對行動之效力也。羈束力與證據力不同。有證據力之判決。仍許反證。有羈束力之判決。法院應受其羈束。又與執行力確定力亦不同。羈束力生於判決宣示或送達後。執行力以生於確定後為原則。確定力則除第三審判決。不得上訴之判決。(四三條)與當事人捨棄上訴權。或撤回上訴外。皆生於確定後。無生於宣示或送達後者。

判決不論為終局判決。為中間判決。經宣示後。為該判決之法院。受其羈束。不宣示者經送達後。受其羈束。(二二條)此為保審判之威信起見也。故判決業已宣示或送達者。至確定後。無論已。即在確定前。原法院亦不得因判決之不當。自行撤銷。又同一推事。無論已。即使原法院之推事。有更動。新推事亦不得將舊推事已宣示之判決。予以變更。(宣示前舊推事因故不能作判決書者應再開辯論)惟左列兩情形。法院不受其羈束。

(1) 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。(二二三條首項) 依此規定。故更正判決。應備左列二件。

一 判決有誤寫誤算。或其他類此顯然之錯誤者。此不問判決書何欄。凡有此項錯誤者。皆可更正。例如當事人或代理人姓名。或法院名稱。有誤載或漏載。判決所記事實或理由。有矛盾。以及主文之句語或數目。有謬誤是也。因此項錯誤。與其使當事人提起上訴。以資救濟。不如由原法院更正。較多便利。但其錯誤。尙待思索。非一目瞭然者。不適用之。又主文有脫漏者。惟得聲請補充判決。

二 應以裁定更正者。更正判決。不問由乎聲請。或本於職權。均應以裁定爲之。至參與裁定之推事。非以與於原判決者爲限。既經裁定更正。應將該裁定。附記於判決原本及正本或節本。若已經送達。不能附記者。應作該裁定之正本送達。(二二三條次項) 經裁定更正之判決。視與最初無錯誤者同。

具備右二件。法院得隨時依職權將判決更正之。亦得因當事人之聲請而爲更正。當事人

聲請更正。應以書狀爲之。(六一條)但在簡易程序。得用言詞聲請。(三九條)當事人對於駁回更正聲請之裁定。不得抗告。(二三條末項)對於准許更正聲請。或依職權更正之裁定。得爲抗告。(四四條九條)蓋前者尙得藉上訴求爲更正。後者則於他造當事人。有重大利害關係也。至判決正本。與原本不符者。如更正其正本。亦依上述之程序。由法院裁定之。將該裁定附記於正本。(二三條首項後段)

(2) 判決之補充。主請求。從請求。及費用之全部或一部。判決有脫漏者。法院應依聲請。以判決補充。(二二條首項)依此規定。故補充判決。應備左列二件。

一 主請求。從請求。及費用之全部或一部。判決有脫漏者。判決有脫漏者。指法院應在主文裁判之事項。實際有未爲裁判者而言。既於主文有未經裁判。不問該事項。有無表示於判決理由。皆可爲補充判決。若主文業爲裁判。而有錯誤。或主文以外之各欄有漏未記載者。祇得更正。不得補充。

二 由當事人聲請補充者。補充判決。係就未經裁判之事項。而爲裁判。故仍適用不

干涉主義。本於當事人聲請爲之。雖應由法院職權裁判之費用亦然。(參照九條)當事人

聲請補充判決。得在判決宣示後。送達前聲請。已述矣。(二一六條次項)若在判決送達後聲

請者。應自送達時起。十日內爲之。(二二四條次項)此項期間。得爲伸長。(一六條)惟不論伸

長與否。如於期間內。不爲聲請。則未經裁判部分之訴訟拘束。歸於消滅。祇得另行

起訴。求爲裁判而已。如於期間內聲請。經法院允准。則脫漏之部分。辯論已經終結

者。法院應不行辯論。卽爲補充判決。未終結者。審判長應卽定言詞辯論期日。俟辯

論終結後。爲補充判決。(二二四條三項)

聲請補充判決。應以書狀爲之。但在簡易程序。得用言詞聲請。(三九條)又聲請補充判

決。本法尙有以明文規定者。(參照三八五條)

具備右列二件者。法院應依聲請。將脫漏部分。以判決補充之。否則應將聲請駁回。駁

回補充判決之聲請。以裁定爲之。(二二四條末項)此項裁定。雖未與於判決之推事。亦得參與

。當事人亦得對之爲抗告。(四四條九條)又對於補充判決。得爲上訴。判決之更正與補充。二

者頗多異點。(1)更正除聲請外。可用職權。補充則必由於聲請。(2)更正無一定時期。雖該判決確定後。亦得爲之。補充則必在判決送達後十日內。(3)更正以裁定爲之。故得不經辯論。補充以判決爲之。有時須經辯論。(4)更正之聲請被駁回者。得依上訴。求爲更正。補充之聲請被駁回者。准得抗告。或另行起訴。不得依上訴。或附帶上訴。求爲補充判決。(但未經第一審判決之事項。本得求第二審判決者。不在此限。)(參照三條)(四二條)(5)攻擊更正之裁判者以抗告。攻擊補充之裁判者以上訴。

判決宣示或送達後。除羈束爲判決之法院外。尙有其他羈束力。(1)羈束其他法院。如上級審發回或發交事件之判決。得羈束受發回或發交之法院(四一八條四一)是也。(2)羈束其他機關。如依判決聲請登記。或證明登記原因者。登記官吏應照判決辦理是也。(3)羈束訴訟關係人。如本訴訟判決。可羈束從參加人及告知參加人。(六〇條)(六四條)本案判決。可羈束脫離之當事人(六一條)(六五條)是也。

## 第二款 裁定

### 第一 裁定之種類。

- (1) 關於權利實質之裁定。與關於訴訟程序之裁定。前者如支付命令。(四七條)及命暫為訴訟行為之人。負擔費用之裁定。(九〇條)命法院書記官執達員等負擔費用之裁定。(八九條)命供擔保之裁定(一〇條)命補納費用之裁定。(一一條)科證人鑑定人及第三人罰鍰之裁定(二九〇條二九九條三一一條三三八條)是也。至後者則種類綦繁。不勝枚舉。
- (2) 關於指揮訴訟之裁定。與不關指揮訴訟之裁定。前者如中止訴訟。及撤消中止之裁定。(一七七條至一七九條又一八一條)關於指揮訴訟之各種裁定。(一九一條至二〇一條)是。後者如關於推事迴避之裁定。(三六條三九條)關於費用之裁定(九三條)是。
- (3) 作裁判書之裁定。與不作裁判書之裁定。大抵關於指揮辯論之裁定。多不作裁定書。惟由法院書記官。記入辯論筆錄而已。(一九條)此外之裁定。則作成裁定書者居多。

然亦無一定程式。非如判決之必將主文事實理由分欄記載之。

(4) 可聲明不服之裁定。與不許聲明不服之裁定。對裁定聲明不服之方法。不外乎抗告與異議。得為異議者。受命推事及受託推事之裁定是也。(四五條) 得為抗告者。除訴訟程序進行中之裁定。及本法有明文規定。不許抗告之裁定外。(四四條) 其餘裁定皆是。反言之。則訴訟進行中之裁定。及明文規定不許抗告之裁定。皆係不許聲明不服之裁定。例如指定管轄(三三條) 准許迴避(三七條) 是也。

(5) 應附理由之裁定。與不附理由之裁定。判決應附理由。裁定則不附理由者居多。惟有時記明一定事項。例如支付命令(四七條) 是已。然駁回聲明。或就有爭執之聲明。所為之裁定。應附理由。(三三條) 此不論有無作成裁判書。均應照此辦理。否則即屬違背程序。關係人得提出異議。

(6) 應送達之裁定。與不送達之裁定。不送達之裁定。有不送達於一造。而仍送達於他造者。有全不送達者。前者如駁回救助聲請之裁定。(五一條) 駁回證據保全聲請之裁定

。 (四<sup>三六</sup>條) 駁回支付命令聲請之裁定 (八<sup>四七</sup>條) 等是。後者如法院依職權所為迴避之裁定。 (三<sup>九</sup>條) 指定期日而向訴訟關係人告知之裁定 (八<sup>一五</sup>條) 等是也。至應送達之裁定。俟後說明。

## 第二 裁定之條件。

關於裁定程序。本法不採言詞審理主義。故一切裁定。得不經言詞辯論為之。 (五<sup>三二</sup>條) 惟法院或審判長。與受命推事。受託推事。認為適當者。除本法特別規定。不訊問關係人等情形。 (四<sup>七</sup>條) 外。亦得於裁定前。命行任意之言詞辯論。或命關係人。不依言詞辯論程式。而以書狀或言詞陳述。 (五<sup>二二</sup>條) 此等辦法。係為補充書狀審理主義起見。雖如關於指揮辯論之裁定。得利用判決前之言詞辯論者亦然。故當事人如遲誤辯論期日。或關係人不遵命以書狀或言詞陳述者。法院仍得專據訴訟卷宗而為裁定。絕無適用言詞審理主義之必要。且裁定程序之辯論期日。雖兩造當事人均有遲誤。亦不休止訴訟程序。 (參照一<sup>八五</sup>條) 準斯以論。是經過言詞辯論。決非裁定之條件。然則條件維何。曰 (一) 裁定經言詞辯論者。非與於該辯論之推事。不得

與於裁定。(2)爲裁定之推事。應於裁定書內簽名。若因故不能簽名者。應附記其事由。(

三一八條) (但將裁定記入辯論筆錄不另作裁判書者推事勿庸簽名)是也。

### 第三 裁定之宣示。

經言詞辯論之裁定。應宣示之(三二六條)蓋此項裁定。必待宣示始對外發生效力也。宣示裁定。

應於言詞辯論終結之期日。或自辯論終結時起。五日內爲之。宣示之時不問當事人是否到場。

均有效力。當事人於裁定宣示後得不待送達。本於該裁定爲訴訟行爲。(三三〇條)至於宣示之

程式。應公開法庭。由審判長朗誦該裁定。或口述要領爲之。(三一九條)並由法院書記官。將宣

示之事記入辯論筆錄。(三二〇條)

### 第四 裁定之送達。

不經言詞辯論之裁定。毋庸宣示不宣示之裁定。應由法院書記官。依職權送達之。(三二七條)

蓋裁定未經宣示者。究自何時對外成立。學者嘗分三說。一說自交付裁定原本於書記官時

成立。一說自作成裁定書時成立。又一說自送達於關係人時成立。余謂裁定既未宣示。又未

送達。則關係人無由對裁定爲訴訟行爲。卽不得謂該裁定自此時發生對外效力。故三說中。余以第三說爲當。本法規定。不宣示之裁定應爲送達。是亦採第三說。以該裁定因送達始對外成立也。

已宣示之裁定。得抗告者。亦應送達。(二二七條次項)蓋以便抗告期間之計算。並使抗告人得所參考也。至如何裁定。得爲抗告。依第四四九條以下之規定。

送達裁定。應以正本交付之。對於裁定。得爲抗告者。應於送達之正本。記明其期間。及提出抗告狀之法院。又裁定之正本節本。應記明其爲正本節本。由法院書記官簽名。並蓋法院之印。(二三〇條)但裁定未宣示前。或未經推事簽名者。不得送達。(二三四條)

#### 第五 裁定之效力。

裁定之效力。亦分羈束力。證據力。確定力。執行力四種。證據力與判決之證據力同。確定力。不論得抗告與不得抗告之裁定。均有之。執行力無待裁定確定。卽可發生。但法律規定。應停止執行者。(二九〇條二九八條二九九條三三八條)不在此限。

裁定之羈束力。謂裁定經宣示或送達後爲該裁判之法院。或審判長。受命推事。受託推事。不得自行撤消或變更也。但裁定關於指揮訴訟。或有特別規定。許其自行撤消或變更者。(一三條一六〇條一六四條一八一條四三四條)爲該裁定之法院。或審判長。受命推事。受託推事。不受其羈束。(二二條)且得於抗告後。自行更正之。(四五條七條)爲裁定之法院。或審判長。受命推事。受託推事。尙有不受其所爲裁定之羈束者二點。即可準用判決更正及補充之規定。而自行更正或補充其裁定是也。(二三條〇條)

### 第三款 訴訟卷宗

訴訟卷宗。由法院書記官。彙集訴訟事件之一切文書而編成。本法有單稱爲卷者。(一四三條至一五五條二〇四條二三三條)皆指此訴訟卷宗而言。凡裁定事件。皆據訴訟卷宗而爲裁定。故訴訟卷宗。實爲法院或推事之所利用。惟此項卷宗之編訂。係屬書記官之職務。(法院編制法第一二八條)書記官編訂卷宗時。應彙集左列各種文書爲之。

(二三條)

一 當事人書狀、筆錄、裁判書、及其他關於訴訟事件之文書。當事人書狀見前。(六一條)以下)筆錄。指記入以言詞所為聲明或陳述之筆錄。(一二三條)言詞辯論筆錄。(二〇三條)準備程序筆錄。(二二五條)調查證據筆錄。(二六七條)和解筆錄。(三二七條)及與筆錄有同一效力之文件(二〇)而言。裁判書。指判決及裁定之原本而言。其他關於訴訟事件之文書。如訴訟委任狀。(六七條)推事迴避之意見書。(三五條)抗告事件所添具之理由書。(四五條)及關於送達之證書(一四三條至一四五條)是也。

二 法院應保存之文書。前述各項文書。如為法院毋庸保存者。書記官不得編入卷內。例如當事人提出之文書。法院不疑為偽造者。應返還於舉證人是也。

訴訟卷宗。除為法院所利用外。當事人及第三人。亦得利用之。依本法規定。當事人或第三人。得向法院書記官。聲請閱覽或抄錄卷內文書。或預納費用。求付繕本或節本。惟為此項聲請。在當事人。(應包括代理人及從參加人言)無何等條件。而在第三人。則必經審判長許

可。並釋明已得當事人同意。或有法律上利害關係。方可爲之。(二三三條)

一 裁判草案。及其準備文件。評議文件。裁判之草稿。及準備裁判。或評議裁判所作之文件。均應嚴守秘密。(法院編制法七五條及七九條)故不論當事人聲請。或第三人聲請。書記官均不得交其閱覽抄錄。或付與繕本或節本。

二 裁判在宣示前。或未經推事簽名者。裁判書在宣示前。不論推事曾否簽名。亦不論爲草案。爲正式文書。均未對外成立。自不得交當事人及第三人閱覽抄錄。或付與繕本節本。在不宣示之判決與裁定。送達前(參照二二二條二二七條)亦同。至裁判書未經推事簽名者。無論該裁判應否宣示。應宣示者。並無論宣示與否。推事對於該裁判書。或不受羈束部分之裁判書。尙可增加刪除。故亦不得閱覽抄錄。或付與繕本節本。但業經宣示。而推事因故不能簽名者。不在此限。

法院書記官。對於當事人第三人之聲請。或拒絕或不拒絕。應依送達或其他方法通知之。

(二三三條)若書記官拒絕其聲請者。聲請人得向受訴法院。提出異議。(四五〇條)

## 第二編 第一審程序

我國法院編制法。採四級三審制。近雖經中央執行委員會。政治會議。議決法院組織之原則。改採三級三審制。然訴訟程序。仍有第一審第二審第三審之別。本編專言第一審程序。而第二審第三審。謂之上訴審。其程序規定於第三編。

舊民事訴訟條例規定事物管轄。第一審有時爲初級法院。有時爲地方法院。本法於本編就第一審程序。分爲通常訴訟程序。及簡易訴訟程序。蓋自初級法院裁撤後。地方法院內。卽設簡易庭。處理簡易案件。以代替初級法院。若本法施行。則適用簡易程序之案件。亦爲地方法院之固有案件矣。

### 第一章 通常訴訟程序

#### 第一節 訴

第二編 第一審程序 第一章 通常訴訟程序

## 第一款 訴之意義及要件

訴者。當事人求法院開始判決程序。以保護私權之行爲也。就廣義論。除求法院開始判決程序外。凡聲請法院開始督促程序。或保全程序之行爲。亦謂之訴。

當事人起訴。不外訴權之行使。訴權爲何種權利。學者見解不一。或稱爲私權。或稱爲公權。或謂有公法上訴權。與私權上訴權之別。此皆由解說民事訴訟法之性質。主張互異所致也。余謂民事訴訟法。係屬公法。故民事訴訟法上之訴權。應謂之公權。惟此項權利。有形式上與實體上之分。形式上訴權。卽向國家起訴之權利。實體上訴權。乃求法院就訴之有無理由。加以裁判之權利。前者凡人民皆享有之。後者則非起訴合法。不能發生。訴之要件。有形式上要件。與實體上要件二種。業已說明於第一編。茲不贅述。

## 第二款 訴之種類

訴之種類。凡三。一給付之訴。（或稱履行之訴）二確認之訴。三創設之訴。（或稱權利變更之訴又稱形成之訴）

### 第一 給付之訴

給付之訴。謂求給付判決之訴。給付判決。謂法院確定原告有給付請求權。被告有給付義務之判決。故給付之訴。即求法院以判決確定私權存在。並命被告履行義務之訴也。凡給付已屆或現屆履行期。而被告不履行者。原告當然得提起給付之訴。無待法律另有明文。至對於將來之給付。是否可以起訴。則學者有積極消極二說。本法係依照德國現行民法。（德民訴二五七條）

（至二五九條）採納積極主義。故原告於履行期未到期。亦得預行提起給付之訴。此蓋為原告之便利起見。因一達履行期。即得本於給付判決。聲請強制執行也。惟此項訴訟。除具備訴之通常要件外。更以被告有到期不履行之虞為要件。（二三七條）蓋必被告到期不履行。而後原告始有受保護之必要。例如被告應為定期給付。而預為不給付表示。或被告於一定期限後。應為消極行為。而仍有繼續積極行為之端兆是也。究之有無到期不履行之虞。以原告是否因此受害為

斷。若被告僅爭執其請求。則原告得爲確認之訴。或爲執行有困難之虞。則原告得聲請保全程序。均無庸預行提起給付之訴也。

給付之訴。限於該訴有理由時。可得給付判決。若被法院駁回。則爲確認判決矣。

## 第二 確認之訴

確認之訴。謂求確認判決之訴。確認判決。謂法院確認原告主張之法律關係成立或不成立之判決。故確認之訴。卽原告求法院以判決確認法律關係成立或不成立之訴也。其求法院以判決確認法律關係成立之訴。謂之積極確認之訴。例如原告求確認貸借關係存在之訴是。其求法院以判決確認法律關係不成立之訴。謂之消極確認之訴。例如原告求確認婚姻關係不成立之訴是。

確認之訴。又分獨立確認之訴。與先決確認之訴。（又稱中間確認之訴）茲分別說明於左。

一 獨立確認之訴。獨立確認之訴。因求確認判決獨立提起之訴也。此訴自羅馬法以來

。至今日德奧民訴法。均有明文規定。（德民訴二五六條）奧民訴二二八條）本法亦然。但非原告卽受確認判

決有法律上利益。不得提起之。(二三八條)故獨立確認之訴。除具備訴之通常要件外。必更備左列諸件。方得認該訴爲合法。且有理由。

甲 法律關係之存否不明確。法律關係。指債權、物權、特別財產權。及親屬繼承等一切私法關係而言。所謂不明確者。必此等私法關係之主體或客體之存否。現在不明確而後可。若將來應發生之法律關係。或非法律關係。而僅爲法律上之狀態(例如行爲能力之有無。習慣法之存否等。)者。均不得爲確認之訴之標的。(此層日本大審院曾有判例)至該法律關係之附有期限或條件與否。可不問也。

乙 原告有受危險之虞。此即原告因法律關係之存否不明確。致私法上地位。有瀕於危險之狀態。例如原告因被告之爭執。不得自由處分其權利。或原告之信用。有受被告毀壞之虞是也。

丙 即時確認法律關係之成立或不成立。則原告有法律上利益。法律上利益。謂原告受法律保護之利益。即時確認法律關係成立或不成立。則原告有法律上利益。謂原告

因受法院之確認判決。即得除去前述確危害。

以上三者。除甲情形外。於確認文書真偽之訴。亦進用之。故獨立確認之訴。除確認法律關係之存否外。尚有確認文書真偽之一種訴訟。(二三八條)大抵確認之訴之標的。係法律關係。而非事實。然今日德奧民訴法。關於確認文書真偽之事實問題。均係當事人獨立提起確認之訴。蓋為便利人民。減少訟累起見。(德民訴二五六條 奧民訴二二八條)故本法採之。

確認之訴。可獨立提起。亦得與給付之訴合併提起。(二三六條前段)然既達給付之訴之時期。不請求給付。惟獨立提起確認之訴。為其準備者。則為無用之訴訟矣。

確認之訴。不論原告之主張。有無理由。皆可得確認判決。

二 先決確認之訴。先決確認之訴。謂訴訟進行中。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。應以該法律關係為據時。當事人於辯論終結前。求法院先以判決。確定該法律關係成立與否。所提起之訴也。(二四六條之五)此係合併訴訟之一種。為節勞省費起見。但必具備左列諸件。方為合法。

1 起訴者須爲原訴之當事人。先決確認之訴。由原訴之原告提出者。係屬訴之追加。例如提起物件返還之訴時。併主張該物所有權是也。由原訴之被告提起者。卽爲反訴。例如原告訴求返還某物。而被告主張留置權是也。

2 訴之標的。須爲訴訟進行中所爭執之法律關係。蓋關於法律關係成立與否之爭議。如不發生於訴訟進行中。則爲獨立確認之訴矣。

3 所爭執之法律關係。須爲原訴全部或一部之裁判根據。所爭執之法律關係。成立與否。必影響於原訴之裁判。而爲其應先解決之問題。例如關於地役權之訴。發生所有權之爭。或請求借款利息時。爭執借貸關係是也。

4 須提起於原訴之第一審言詞辯論終結前。蓋不如是。則未經第一審之事件。亦將受上訴審之審理。而審級之秩序。於茲凌亂矣。

5 原訴之法院。就該訴有管轄權。但許合意變更者。不在此限。(二四七條首項)

6 該訴與原訴。必得行同種之訴訟程序。(二四七條次項二五〇條次項)說明見後。

### 第三 創設之訴

創設之訴。謂求創設判決之訴。創設判決。謂宣示權利變更之判決。申言之。卽以判決設定私權或令私權消滅也。故創設之訴。以設定當事人間本不存在之權利。或消滅當事人間本來存在之權利爲目的。非如給付之訴。求確定私權之存在。又非如確認之訴。求確認法律關係之成立或不成立。

創設之訴。因他人之行爲或不行爲而受侵害。或不滿足時。得提起之。如撤銷詐害行爲之訴。撤銷親屬會議決之訴。分析共有物之訴。宣示股東會議決無效之訴。撤銷婚姻或離婚之訴。撤銷除權判決。或死亡宣告。或禁治產宣告之訴。執行異議之訴再審之訴是也。

創設之訴。限於該訴有理由時。可得創設判決。若被法院駁回。則爲確認判決矣。

### 第三款 訴之提起

判決程序。因訴之提起而開始。訴之提起云者。原告求法院開始判決程序之意思表示也。此

項意思表示。常爲法院審判之標準。例如請求是否合併或全部。常因原告之意思定之。此不干涉主義之適用也。茲說明起訴之程式及效力。

### 第一 起訴之程式

起訴之程式。有書狀起訴。言詞起訴二種。以書狀起訴者。應向法院提出訴狀。以言詞起訴者。程式有三。(1)於推事前爲之。(三九) (2)於法院通常開庭之日。自行到場爲之。(九九)

(3)於言詞辯論中起訴。由書記官記明於筆錄爲之。(二五)前二者。祇適用於簡易程序。而(3)則爲簡易訴訟程序。與通常訴訟程序之共通程式。限於訴之變更追加。及提起反訴時。適用之。至聲請支付命令而發生起訴之效力者。(四八)則無書狀並無言詞之程式矣。

依通常訴訟程序起訴者。除訴之變更追加。及提起反訴外。(二五)應提出訴狀爲之。此項訴狀。乃原告表示判決程序開始之書狀。而爲確定訴訟之基礎所必要。故左列各款事項。並應於訴狀內表明。(二三) (五條)

一 當事人或法定代理人。此指原被告。及原被告之法定代理人而言。訴訟代理人及參

加人不在內。然訴狀又兼有準備書狀之內容。如有訴訟代理人。自以記明爲妥。(七一七條)  
至記載之程式。據本法規定。似乎祇表明原被告及法定代理人姓名(在法人則其名稱)已足。然依第一一七條規定。又應載明年齡、職業、及住所或居所。(在法人則其事務所)蓋恐同一姓名之人相混也。

二 訴訟標的及原因。 訴訟標的。係私法上之請求權。或法律關係。業於第一編說明。故在給付之訴。則爲表明某種給付。(例如物件返還之訴。則表明該物件。借款償還之訴。則表明該借款。要求被告爲某種行爲或不行爲之訴。則表明該行爲或不行爲。)在確認之訴。則表明某種法律關係。在創設之訴。則表明其應變更之權利。總之原告欲就如何之請求權。或法律關係。求法院之判決。應於可與其他請求權。或法律關係相區別之程度。在訴狀內表明。不得以含混不清之文句(例如非地上權則必爲所有權)記載之也。

爲請求權或法律關係之原因。亦應表明。如在給付之訴。則表明請求權所由發生之原因

。如在確認之訴。則表明法律關係之存在或不存在。及原告有法律上利益之原因。如在創設之訴。則表明權利關係如何變更之原因。然不為請求權或法律關係之基本事實。及法律上之意見。均勿庸表示於訴狀焉。

三 訴之聲明。 訴之聲明。即應受判決事項之聲明。(參照一八六條) 應受判決事項之聲明。即原告請求如何判決。並該判決有如何內容之意。故判決之種類若何。(求給付判決。抑求確認判決。或求創設判決。)及範圍若何。均應於本欄內明白記載。法律規定訴狀之程式。必於訴訟標的外。更設訴之聲明一款。實緣訴之聲明。非必與訴之標的。同一範圍之故。例如給付之訴之標的。為借款一千元。而原告祇求償還五百元之判決者。若非原告明白記載。則訴之聲明。將與訴訟標的混同矣。抑訴之聲明。關於訴訟之基礎者頗大。其記載既須明白。又須確定。不得附以條件。亦不得為柄鑿不相容之兩種聲明。然選擇聲明。如求法院判決。命被告交付米百石。或交付麥百石之類。仍可謂確定之聲明也。

應受判決之聲明。有實體上聲明。與訴訟上聲明。前者如求給付判決。或確認判決之聲明。後者如求訴訟判決之聲明是也。

訴之聲明。固應表明於訴狀。然原告於請求計算時。一併提起給付或確認之訴。而於被告爲計算之報告前。無由知其給付之範圍者。得將訴之聲明保留之。(二三六條)此項規定。爲避免原告兩次起訴之煩累起見。俟後第四款更爲說明。

四 證據。例如主張債權或物權。須提出物證或聲明人證是。(其詳見後)

五 法院。此指受訴法院而言。但祇須表明法院之名稱。毋庸記載獨任推事。或合議庭。蓋法院內部之組織。原告不必過問。且亦無由於辯論前知之也。

以上五者。爲訴狀之法定程式。亦稱訴狀之要件。違此程式者。無起訴之效力。但得於一定期間內補正之。(一二二條)

此外關於當事人書狀之規定。(一一六條以下)例如當事人。或代理人簽名按指印或蓋章。及添具所引用爲證據之文書等事項。均應遵行。但亦非必須記明。且卽未記明。亦得補正之。(一

（二二條）總之本法以言詞審理主義為原則。以書狀審理主義為例外。凡訴狀內事項記載。祇須揭舉要領可也。

訴狀除右述情形外。並須貼用印紙。但有未貼或貼不足額者。亦不得徑視該訴狀為無效。仍應算明應貼或未貼之印紙額數。令當事人補貼。

原告起訴後。法院認為應用言詞辯論者。應速定言詞辯論期日。並將訴狀與傳票。一併送達被告。（二四一條二）然法院於定言詞辯論期日前。認原告之訴。有左列各款情形之一者。應以裁定駁回之。（二四〇條首項）

一 訴訟事件不屬普通法院之權限者。不屬普通法院之權限。謂事件不屬普通法院辦理。例如軍事審判。行政訴訟是也。

二 原告或被告。無當事人能力者。當事人能力之意義。見第一編。茲所謂無當事人能力。係就起訴時而言。若起訴時。有當事人能力。而訴訟程序進行中。原告或被告死亡。或法人消滅者。祇生訴訟程序中斷之效果。（一六八條）不得駁回原告之訴。且即起訴

時。無當事人能力。而起訴後。判決前。原告或被告取得該能力。並承認其起訴之行爲者。(四二條)亦不得駁回原告之訴。

三 原告或被告無訴訟能力。未由法定代理人代理者。何謂訴訟能力。何謂法定代理人。俱見第一編。但茲所謂無訴訟能力。及未由法定代理人代理。亦均就起訴時而言。若起訴時。當事人有訴訟能力。或會由法定代理人代理。而訴訟中失訴訟能力。或法定代理人死亡。或失代理權者。祇生訴訟程序中斷之效果。(一七〇條)不得駁回原告之訴。且即起訴時。無訴訟能力。而起訴後。判決前。取得該能力。並承認其起訴之行爲。或起訴時雖未由法定代理人代理。而起訴後。判決前。取得法定代理權。並承認其起訴之行爲者。(四五條)不得駁回原告之訴。

四 由訴訟代理人起訴。而其代理權有欠缺者。訴訟代理人之意義。及其代理權如何欠缺。俱見第一編。但茲所謂欠缺。就自起訴至判決時。無訴訟代理權而言。若起訴時無訴訟代理權。而判決前。取得該代理權。並承認或由原告承認。或由有代理權之人承認

其起訴之行爲者。(七二)不得駁回原告之訴。

五 起訴不合程式。或不備其他要件者。起訴程式。即用訴狀。表明前述訴狀之要件。

向法院提出之是也。(二三五)其他要件。例如貼用司法印紙。及訴之變更追加。(二四) (五條)

提起反訴(二四)等。所應具之要件是也。起訴是否合於此項程式。及是否具備其他要件

。法院於期日指定前。應爲相當之調查。若法院認爲起訴不合程式。或不備其他要件。應將原告之訴。以裁定駁回之。

六 訴訟事件。已發生訴訟拘束者。當事人不得就訴訟拘束中之事件。更行起訴。此因

同一事件。同一當事人。毋庸爲二重之保護。且可免彼此裁判之矛盾也。故原告起訴。

必別無訴訟拘束存在。方能合法。否則法院得以裁定駁回之。

七 該訴訟標的。曾經確定判決或和解者。訴訟事件。業經判決確定或和解者。不得就

該事件更行起訴。(三七二條) (三八八條) 此一事不得再理原則之適用也。故經判決確定或和解之事

件。若再行起訴。法院得以裁定。將後訴駁回之。

原告之訴有右列情形之一者。係屬欠缺訴訟要件。其訴即難成立。故法院應不定言詞辯論期日。徑為駁回之裁定。毋庸送達訴狀與傳票。亦勿庸經過言詞辯論。但其情形可以補正者。應定期間。先命補正。(二四〇條首項但書)俟當事人等不遵命補正時。法院再駁回之。例如能力代理權及訴訟程序。與司法印紙之欠缺等情形是已。(四八條七四條一二二條)

原告之訴。欠缺訴訟要件者。法院雖可不開言詞辯論。而為駁回之裁定。然此裁定。得為即時抗告。(二四〇條末項)如原告之訴。並無右述各款情形。則法院應速定言詞辯論期日。(四二條一)

## 第二 起訴之效果

依本法第二四四條規定。訴訟拘束。自起訴始。故起訴之效果。即訴訟拘束之發生是也。訴訟拘束。謂當事人與法院間所生之法律關係。略言之。即訴訟關係之本體。詳言之。則為當事人與法院於訴訟法上所有之權利義務關係。或謂訴訟拘束。單指訴訟繫屬於法院之狀態而言。竊不敢從。茲更分別說明於左。

## 甲 訴訟拘束之發生

訴訟拘束發生之時期。在以書狀起訴者。自提出訴狀時發生。(二四)在言詞辯論中提起新訴。或反訴者。自以言詞陳述時發生。(二五一條首項)若在簡易訴訟程序。於推事前。以言詞起訴。或於通常開庭日。自行到場起訴者。(三九五條三九九條)訴訟拘束。即時發生。又在督促程序。訴訟拘束。自聲請支付命令時發生。然聲請保全程序。與宣告破產。及對破產財團聲明債權。均不發生訴訟拘束。蓋保全程序。非求法院為本案之判決。而聲請破產。及聲明債權。亦非求法院開始判決程序之行爲也。

訴訟拘束發生之時期。既述矣。然遇如何情形。方能發生。則學者之論據不同。甲說原告一經起訴。不問訴訟要件欠缺與否。卽生訴訟拘束。乙說訴之提起。欠缺訴訟要件者。不生訴訟拘束。前者以訴訟拘束。爲訴訟繫屬於法院之狀態。後者以訴訟拘束。爲訴訟上之法律關係。二說各執一是。余謂乙說較當。蓋訴之提起。不備訴訟要件者。不生訴訟關係。申言之。卽當事人不能求法院爲本案之審理。法院亦無審理本案之義務。本法以訴訟拘

束。自起訴始。(二四四條)並不問原告之訴。是否欠缺訴訟要件。蓋採甲說也。

乙 訴訟拘束之效力

訴訟拘束之效力。有生於實體上者。有生於訴訟上者。前者如時效中斷。及債務人負擔遲滯之責任是。後者即當事人與法院間之訴訟關係。及原告未得被告同意。或有礙被告之防禦。及訴訟之終結者。不得將訴變更。或追加他訴是也。(二四四條)說明見後。

丙 訴訟拘束之消滅

訴訟拘束之消滅。即訴訟事件之終結是也。訴訟事件。於左列情形。則終結。故訴訟拘束。遇左列情形。則消滅。易言之。左列數者。即消滅訴訟拘束之原因也。

一 判決之確定。判決之確定。足令訴訟拘束。歸於消滅者。以終局判決為要。中間判決。則無此效力。蓋終局判決。一經確定。訴訟即歸於終結。而中間判決。雖經確定。不能終結全部訴訟也。然如上訴審將事件發回原審。或發交同級審之判決。(一四

八條四一九條四四五條四四七條)雖有終局判決之性質。要不以終結訴訟為目的。故訴訟拘束。不因此判

決之確定而消滅也。

- 二 和解。茲稱和解。係指訴訟上之和解。而私法上之和解。不在其內。訴訟上之和解由受訴法院或使受命推事。或受託推事試行之。(三〇七條)其試行和解。而具備一定要件見第一編者。即可成立。既成立之和解。直與判決之確定。有同一效力。(一)當事人不得就該法律關係。更行起訴。(三三七條)(2)和解筆錄。可為債務名義。(前大理院判例)故不論和解者。為訴訟之全部或一部。而其和解部分之訴訟拘束。必歸消滅也。
- 三 期間之遲誤。法院於主請求或從請求。或費用之一部或全部。判決有脫漏者。當事人如不於判決送達後十日內。聲請補充判決。則關於脫漏部分之訴訟拘束。歸於消滅。(三三三條)尚有因支付命令一個月內。不能送達於債務人。或債權人於支付命令所揭之期間已滿後。一個月內。不聲請宣示假執行。而消滅其訴訟拘束者。(四八〇條)(四八六條)
- 四 訴之撤回。當事人撤回訴之全部或一部者。該訴訟或該部分之訴訟拘束。歸於消滅。(二二五條)又當事人自法院許其休止訴訟程序時起。不於三個月內。續行訴訟。(一八四條)

者亦同。

當事人捨棄上訴權。或撤回上訴者。亦爲消滅訴訟拘束之原因。(四〇三條四二六條四四八條)

#### 第四款 訴之合併

訴之合併。謂於同一訴訟程序。合併二宗以上之訴也。蓋私法關係。如共有關係。多數人之債權關係。及人事訴訟關係等。非以多數人爲當事人。常不能達私權保護之目的。是以今日各國民訴法。均有訴訟合併之規定也。且合併一可省程序。二可節減勞費及時間。三可免裁判抵觸。之數者。學者稱爲合併訴訟之利益。

訴之合併。有起訴時合併者。有訴訟中合併者。前者如對於同一被告。同時提起數宗訴訟是也。(二三九條)後者如反訴。(二四九條)追加新訴(二四五條)是。且訴之合併。又有主觀合併。與客觀合併之別。主觀合併。卽多數當事人合併之謂。如共同訴訟。及追加當事人(二四六條之四)是。客觀合併。卽訴訟標的合併之謂。更分廣義狹義二種。以廣義之客觀合併言。除由原告對同一被

告。提起數宗訴訟而合併者（二三九條）外。其因法院合併數宗訴訟之辯論與裁判。（七一七條）或原告追加新訴。（二四五條二四六條之五二四七條）或被告提起反訴（二四九條及二四六條之五）而合併者。亦屬之。以狹義之客觀合併言。則惟原告對於同一被告。提起數訴之一種而已。以下專就狹義之客觀合併說明。

狹義的訴之客觀合併。有單純合併。假定合併。選擇合併之分。單純合併。不問其是否由於同一原因。將數訴標的合併之謂。例如本於各自法律關係。請求償還借款。併請求交付物品。或本於同一貸借契約。請求支付息金。併求確認債權關係是也。假定合併。係原告起訴主張某權利時。預防其主張無理由。同時以他權利主張合併之謂。例如原告請求交付房屋。預防難得勝訴之判決。因而合併為支付房屋賠償金一千元之主張（此時兩項標的。互相競合。故計算其價額。應依七九條之規定。）是也。選擇合併。原告合併起訴。主張數宗請求。祇由被告履行其一。即得滿足權利之謂。例如原告求法院判令被告。交米百石。或麥百石（此時兩項標的。應為選擇。故其價額。亦依第七九條計算之）是也。但無論何種狹義的客觀合併。必須具備左列要件。其合併方為合法。（二三九條）

(1) 須同一原告對於同一被告。當事人兩造。雖須相同。但非必各造祇限一人。如一造或兩造有二人以上。所謂客觀合併兼主觀合併者。亦屬無礙。例如甲以乙丙丁三人為共同被告。主張數項請求。亦無傷於客觀合併。然甲以一訴對於乙丙丁各人。各主張一請求。則為通常共同訴訟。非訴之客觀合併矣。

(2) 須同一法院。就合併之數訴。俱有管轄權。例如本於契約有數項請求者。受訴法院。必為各契約訂定義務履行地之法院。(一四)或合併債權。與擔保此項債權之不動產物權。為訴訟標的者。則受訴法院。必為不動產所在地之法院(一二)是也。至價額之計算。在單純合併。以合算數物價額為準。(七八)在假定合併。與選擇合併。以其中價額最高者為準。(七九)

(3) 須數訴得行同種之訴訟程序。設數訴中一應依普通訴訟程序起訴。一應依特別訴訟程序者。不許為訴之客觀合併。蓋程序既異。不易得合併之利益也。

訴之客觀合併。具備右述三者。方克成立。否則不能成立。訴之合併。法院如認為合法者

。訴訟關係。雖就各訴訟標的。獨立存在。而訴訟則歸於單一。故合併之數訴。應合併其辯論與裁判。但亦得將辯論分別行之。(一九六條)若其中一訴。可先為裁判者。並得為一部判決。

(三七四條)在選擇合併。如就第一主張為有理由之判決。毋庸更就第二主張。予以裁判。至認訴之合併。為不合法者。亦應將各訴分別辦理。(一)如受訴法院。無管轄權時。應先注意能否許為合意管轄。并被告會否合意。如被告不合意。或不許為合意管轄者。應將無權管轄之訴。移送管轄法院。而辦理有權管轄之訴。至數訴均無管轄權時。則併予移送之。(二)如合併之訴。不能用同種程序者。祇駁回其不合程序之訴。例如請求引渡土地之訴。與請求償還借款之訴。同時依督促程序提起者。祇駁回引渡土地之請求(參照四七三條)可也。

因被告負有給付義務。而請求計算者。在未為計算以前。得保留關於給付範圍之聲明。(三六條前段)此即客觀合併之一種也。蓋原告因某種法律關係。請求給付。如須俟被告計算。始能知其所應為之給付。或其範圍者。例如販賣委託人。向受託人。請求交付賣得金。若受託人不報告計算。則雖欲提起給付之訴。要不能於訴狀上。表明訴之聲明。(二三五條)勢必先提起

請求計算之訴。俟其報告計算後。再提起給付之訴。此則於原告既不便。而程序亦太繁重。今許二項請求。合併提起。且許就第二請求。保留其聲明。則原告可免兩次起訴之勞。而法院亦得先命被告。報告計算。以便原告補行聲明。再為給付判決。豈非一舉兩得之道哉。惟此兩項請求。互相競合。故其計算價額。應依第七九條規定。

前述方法。於原告提起請求計算。並合併提起確認被告。因該法律關係。所負給付義務之訴者亦同。(二三六條後段)例如本人於財產管理終了後。請求法院。命管理人報告財產數額。同時並求確認該管理人財產返還之義務者。得於管理人為財產數額之報告前。保留關於財產返還義務之範圍之聲明是也。

### 第五款 訴之變更或追加

原告於起訴後。提起新訴。以代替原訴者。曰訴之變更。原告於起訴後。提起新訴。以附加於原訴者。曰訴之追加。凡訴必具備(1)當事人。(2)訴訟標的。(3)訴之聲明而後成立。

(參照二三五條) 此三者。有一變更或追加。即訴之變更或追加也。故訴之變更或追加。不外乎訴之主觀的要素變更或追加。與訴之客觀的要素變更或追加而已。

一 訴之主觀的要素變更或追加。此即法律關係主體之變更追加。例如原告提起契約履行之訴。於訴狀。主張爲原被告間之契約。於言詞辯論。則主張自己爲契約當事人之法定代理人者。不問契約內容。有無變更。而其訴已變更矣。但因程序中斷而承受訴訟。(一六八條以下) 或因參加而承當訴訟者。(六一條) 不在此限。

二 訴之客觀的要素變更或追加。此即訴之標的。或聲明之變更追加。易言之。即變更追加其請求權。或法律關係。或應受判決事項之聲明也。但於請求權。或法律關係無影響之事項。有變更追加。例如變更債務履行之期日或處所者。不得謂訴之變更追加。何者。此等事項。非構成法律關係之要素也。

訴訟拘束發生後。原告不得將訴變更。或追加他訴。此爲防訴訟之遲延。並保全被告之訴訟上權利也。但變更追加。具有左列甲乙之一。並變更具有左列之丙。追加具備左列丙丁兩件

者。仍許行之。俾原告得免另謀起訴之勞。(二四五條首項)

甲 經被告同意者。法律不許原告將訴變更。或追加他訴。大半爲謀被告之利益而設。

今被告既同意於變更或追加。自無干涉之必要也。願被告表示同意。並無一定程式。故或於辯論中。以言詞表示。或於辯論外。提出書狀。均無不可。且非必爲明示之承諾。即使於訴之變更或追加。並無異議。而就新訴爲本案之言詞辯論者。亦與明示同意。有同一效力。(二四五條次項)惟條文既稱本案之言詞辯論。則被告僅就新訴之訴訟事項。而爲辯論者。自不能推定其有同意。但左列各項行爲。原告不待被告同意。得以己意行之。(二四六條)

(1) 不變更訴訟標的。而補充或更正事實上或法律上之陳述。補充事實上陳述。例如原告前稱借款在某處交付。後更稱交付時。並有某某過手是。更正事實上陳述。例如原告前稱借款係端午交付。後改稱係中秋交付是。補充法律上陳述。例如原告本以重婚爲離婚之理由。後更以姦通爲理由是。更正法律上陳述。例如原告前稱委任契約

後。改稱爲僱傭是。原告此等行爲。如不變更訴訟標的。卽不變更其訴。故許其任意爲之。

(2) 擴張或減縮應受判決事項之聲明。此僅指變更或追加訴之聲明。並不影響於訴訟標的者。而言。擴張聲明。例如原告先祇求法院判決。命被告償還借款原本。後復求命被告給付利息。並違約金是。減縮聲明。例如原告先求法院判決。命被告償還原本。並給付利息。後祇求命被告償還利息是。原告此等行爲。雖亦生訴之變更或追加。然無礙於被告訴訟上之權利。故許其任意爲之。但因此而生訴訟標的之變更或追加者。仍須得被告同意。

聲明之減縮。係以減縮之聲明。代替原有之聲明。與訴之一部撤回。或訴訟標的之一部捨棄不同。故卽原告減縮於被告已爲本案之言詞辯論後者。毋庸得其同意。亦不得就減縮之部分。對原告爲敗訴之判決。(參看二五二條三六七六條)

(3) 因情事變更。而以他項聲明。代最初之聲明。此指原告因最初請求之物消滅。

或改變體樣。改爲損害賠償之請求者而言。例如原告求判決命被告交付某種古董。嗣因該古董已燬滅或破碎。而求命被告賠償損害是也。至其情事變更。是否由於被告之過失。及是否變更於原告起訴後。均置不問。原告此項行爲。雖因訴之聲明。及訴訟標的。均有變更。而生訴之變更。然爲保護原告之利益起見。應不問被告同意與否。許其依自己意思爲之。

(4) 該訴訟標的。對於數人。必須合一確定者。追加其原非當事人之人爲當事人。此卽得爲必要共同訴訟人之人。(詳第一編第二章第三節)當起訴時。未爲共同原告。或未以其爲共同被告。而於訴訟中。追加其爲原告或被告。所謂訴後之訴之主觀合併也。此種主觀合併。雖因當事人之追加。而生訴之追加。然可得程序之便利。並無礙被告之利益。故卽未得被告同意。亦許原告依自己意思爲之。

(5) 訴訟進行中。於某法律關係之成立與否有爭執。而其裁判。應以該法律關係爲據者。併求確定其法律關係之判決。此卽前述先決確認之訴。亦一種訴之客觀合併也。

。先決確認之訴。得由原訴之兩造當事人。各自提起之。由原訴之被告提起者。即係反訴。俟第六款說明。由原訴之原告提起者。因訴之標的與聲明。均有追加。而爲原告所追加之新訴。例如原告提起確認地役權之訴。同時並求確認需役地之所有權是也。此種訴訟。爲防裁判牴牾。並減省勞費起見。故不須被告同意。許原告任意爲之。

乙 不甚礙被告之防禦。及訴訟之終結者。訴之變更追加。易使訴訟拖延。並使被告不得不另謀防禦方法。若能不礙其防禦。及訴訟之終結。自不妨許原告變更追加。且毋須經被告之同意。惟如何不礙被告之防禦。及訴訟之終結。應由法院酌量審定。非以原告意思爲準。例如變更追加於訴狀送達前者。固於被告之防禦。及訴訟之終結無礙。即使訴狀業經送達。而原告於被告未爲本案之辯論前。將訴變更或追加者。亦應認爲不甚礙其防禦及訴訟之終結也。

丙 受訴法院。就新訴有管轄權者。(二四七條)訴之變更追加。易使法院之管轄。發生變動。若法律漫無限制。則管轄將爲原告之意思所左右。故受訴法院。必就所變更或追加之新

訴。有管轄權。方許原告變更或追加。但變更追加。經被告同意者。除法律不許為合意管轄之事件。(二五條參照)及被告保留不為合意管轄之條件外。自得認為已有變更管轄之合意。又由原告提起先決確認之訴(見前甲款之5)時。如該訴得以合意變更管轄。申言之。即該訴係財產權上訴訟。或不隸專屬管轄者。(二五條)雖當事人無變更管轄之合意。或法院無管轄權。亦得將該訴管轄之。(二四七條但書)蓋為維持合併訴訟之利益計也。

丁 新訴與原訴。得行同種訴訟程序者。(二四七條末項)原告追加之新訴。如非與原訴得行同種程序。則事件趨於複雜。而勞費反益加多。故法律不許其追加。以免糾紛而清訟累。例如原訴依普通程序起訴者。不得追加應依特別程序之訴是也。

以上四者。係訴訟變更或追加之要件。法院如認原告所變更或追加之新訴為合法。應就該訴為辯論及裁判。但在變更時。原訴當然消滅。毋庸更為審理。在追加時。則因新訴與原訴合併。自應將兩訴。依訴訟合併之規定辦理。如認原告所變更或追加之新訴為不合法。應以裁定駁回新訴。仍就原訴為辯論及裁判。但原告將變更時。可認原訴業已撤回者。則原訴亦毋

庸審理。

當事人於訴訟中。就訴之有無變更追加。或變更追加是否合法。有爭執者。是為中間之爭。法院裁判此項爭點。如認為訴無變更追加。或認為不甚礙被告之防禦。及訴訟之終結。可許其變更追加者。應以中間判決。或於終局判決理由中。宣示其旨。當事人對於此項裁判。不得聲明不服。(二四八條)蓋防訴訟延滯也。故對於終局判決。提起上訴時。上級審亦不得就此項裁判之是否適當。予以審判。(四〇二條但書參照)

因訴變更追加所提起之新訴。除以書狀起訴外。亦得於言詞辯論。以言詞為之。因此項新訴。多在言詞辯論時提起。毋庸原告有另行遞狀之勞。(二五一條首項)然於言詞辯論外提起者。仍應

提出訴狀。(二三五條)不得僅在法院書記官前。陳述起訴意旨。由書記官作成筆錄為之。(一二三條)

因訴變更追加所提起之新訴。以訴狀起訴者。於提出訴狀時。發生訴訟拘束。以言詞起訴者。應自以言詞陳述起訴所應表明之事項時。發生訴訟拘束。又原告於言詞辯論。提起新訴。

不論被告是否到場。均得為之。惟法院書記官。應將起訴意旨。記入言詞辯論筆錄。(參照二〇四條)

（並應於被告不在場時。將該筆錄繕本送達之。）（二五一條末項）在送達前。原告不得就新訴求三七七條之判決。

## 第六款 反訴

反訴者。被告對於原告之訴。依同種訴訟程序。提起之訴也。此時原告之訴。對於反訴稱爲本訴。本訴與反訴。其訴分而爲二。其程序合而爲一。故反訴係一種合併訴訟。而與獨立之訴不同。然法律所以認反訴之制。以反訴之目的。在求有確定力之判決。其性質實與獨立之訴無異。因其爲獨立之訴。准予獨立提起。則程序煩而費用多。不如利用本訴之訴訟程序。於訴訟中提起。則程序省而費用少。故反訴之形式。雖非單純之訴。而按其實質。則又爲獨立之訴也。惟其爲獨立之訴。故除有特別規定外。可適用普通訴訟程序。惟其非單純之訴。故反訴之要件與程式。法律又有特別規定。（二四九條二五一條）茲先述反訴之要件於左。

一 須在本訴之訴訟拘束中提起。提起反訴。須在本訴之訴訟拘束。已發生而未消滅之

間。蓋不於此間提起者。純爲獨立之訴。非反訴矣。若既在本訴之訴訟拘束中。則非以第一審爲限。雖第二審。亦得提起。(二四一)又非必本訴常存在。雖本訴因不合法而被駁回。或經撤回時。反訴亦不消滅。(二二五)

二 須在言詞辯論終結前提起。(二四九)法律許爲反訴。因得利用本訴程序之故。如在辯論終結後提起。則兩訴無從合併。故雖提起反訴。亦不能利用本訴程序矣。

三 須由本訴被告。對於本訴原告提起。(二四九)本訴原告。對於本訴被告之反訴。不得再行提起反訴。誠恐兩造互相詰責。靡有底止也。至輔助本訴被告之從參加人。亦不得代被告提起反訴。因反訴有獨立之訴之性質故耳。

四 須本訴之訴訟程序。於提起反訴無礙。如依督促程序。不用辯論之程式。保全程序。僅爲假定之裁判等。均不許爲反訴也。

五 須本訴繫屬之法院。就反訴有管轄權。(二五〇)反訴應向本訴繫屬之法院提起。此訴訟關連之結果。當然如此也。然必該法院依反訴提起時(依二四四條)即反訴之訴訟拘束

發生時是也)之情事。就反訴本來有管轄權。方許行之。但反訴標的。與本訴標的。及其防禦方法相牽連者。雖本訴繫屬之法院。就反訴本無法定管轄權。亦得向該法院提起反訴。此為訴訟易於合併。程序歸於省略起見也。惟如此辦法。不免害及公益。故其管轄仍須當事人得以合意變更者為要。易言之。即其牽連之標的。及防禦方法。須為財產關係。且不隸專屬管轄而後可。(參照二五條)

六 須與本訴得行同種之訴訟程序。(二五〇條次項)本訴依普通程序提起者。不得對之提起應依特別程序之反訴。蓋恐不能圖訴訟合併之利益也。

反訴須具備右六要件。並貼用印紙。法院如認為不合法者。應駁回之。如認為要件具備者。應與本訴合併其辯論及裁判。但亦得酌量情形。分別辯論。(一九六條)若兩訴有一可先為裁判者。並得為一部判決。(三七四條)

次述反訴提起之程式。當事人起訴。本應提出訴狀。(二三五條)然反訴得於言詞辯論中。以言詞為之。(二五一條首項)但於辯論外。提起反訴者。仍應於答辯狀。或以其他書狀。表明訴狀要件為

之。此時反訴之訴訟拘束。自提出書狀時發生。(參照二四四條)

被告提起反訴。不論用書狀或言詞。凡在本訴之言詞辯論終結前。得隨時爲之。然法院認被告意圖延滯訴訟。早不提起反訴。若許其提起。將使訴訟延滯者。雖提起在辯論終結前。得駁回之。(一八九條)並命其負擔反訴費用。(八四條)但經他造當事人同意時。仍得將駁回之反訴。向第二審提起之。(參照四一二條)查日本民事訴訟法二〇一條規定。被告以言詞提起反訴者。應有原告在場。本法則不問原告是否在場。均許被告以言詞爲之。此爲保護被告利益也。惟法院書記官。應將反訴。記入言詞辯論筆錄。(二〇四條)並應於原告不在場時。將該筆錄繕本送達之。(二五一條末項)在送達前。不得就反訴求三七七條之判決。

## 第七款 訴之撤回

訴之撤回。謂原告不求法院判決之意思表示也。此項意思表示。與捨棄訴訟標的之主張不同。(參照三七六條)捨棄訴訟標的之主張。將消滅實體上之權利。訴之撤回。如在終局判決前。尙得

就同一事件。更行起訴

訴之撤回。得撤回訴訟全部。亦得撤回一部。又有審判上撤回。與審判外撤回。審判外撤回。祇發生私法關係。無訴訟上之效力。茲所述者。審判上撤回也。審判上撤回。原告須向法院表示撤回之意思。但必如左列情形。方可有效。(二五條)

一 原告於訴狀送達前。或被告未為本案之言詞辯論前。得任意撤回訴之全部或一部。緣此時被告。尙未知原告起訴。或尙未取得訴訟上之權利也。

二 被告業為本案之言詞辯論後。原告須經被告同意。方得撤回訴之全部或一部。緣此時被告已取得訴訟上權利。不應依原告之行為而剝奪也。但被告之同意。明示可。默示亦可。又本案之言詞辯論。指就實體上開始辯論而言。若被告僅為訴訟上辯論。而未為實體上辯論者。尙得依前述情形。由原告任意撤回。

三 至判決確定後。原告雖經被告同意。亦不得撤回訴之全部或一部。查日本民訴法(一九八條)規定。言詞辯論終結後。原告雖經被告同意。亦不許撤回訴訟。蓋恐法院之判決

。爲當事人之意思所覆沒也。本法則尊重當事人意思。並爲其留和解（審判外之和解）地步起見。於判決確定前。尚許原告爲訴之撤回。故第一審辯論終結後。無論已。卽至判決後。尚得撤回。或至第二審撤回。以左右法院既存之判決。然一經確定。則判決已生各項效力。自不得聽當事人之意思。致失審判上之威信。故雖得被告同意。亦不許原告撤回。

訴之撤回而合法者。由法院書記官。記入言詞辯論筆錄。（二〇四條第三款）毋庸法院另行裁判。而訴訟卽可終結。然經當事人聲請時。應以裁定之形式裁判之。（九三條）並命原告負擔費用。（八五條）又當事人關於訴之撤回。是否合法。有爭執者。法院亦應予以裁判。如認撤回合法者。以裁定或判決。宣示准予撤回。並駁回被告之異議。如認撤回不合法者。以中間判決。或終局判決理由中。宣示其旨。

次述撤回之程式。訴之撤回。以書狀爲之。但在言詞辯論時。亦得以言詞爲之。以書狀撤回者。於前一之情形。祇須提出書狀於法院。二及三之情形。除原告提出自己之撤回書外。並

須提出被告之同意書。以言詞撤回者。於前一之情形。祇須原告向法院表示撤回意思。二及三之情形。除原告自行表示意思外。並須被告在場承諾。然被告不在場時。原告並非不得以言詞爲訴之撤回。不過法院書記官。應將關於撤回之言詞辯論筆錄繕本。送達之。俾被告知有撤回之事。(二五二條末項)又原告以書狀撤回時。亦應將該書狀繕本。送達於被告。但此項送達。無關撤回之效力。且於訴狀送達前撤回者。併此書狀繕本。亦毋庸送達也。

又次述撤回之效力。訴之撤回。如不合法。法院應就該訴爲本案之辯論及裁判。然經合法撤回者。除原告應負擔費用外。并有消滅訴訟拘束之效果。此後不但原告方面。與未起訴同。即被告及法院。對於原告所爲之行爲。亦與未行爲同。故撤回於判決前者。兩造所有之聲明及陳述。皆無效力。撤回於判決後者。即該判決。亦等於虛設。且不得復提起與本案同一之訴。但被告提起之反訴。不因本訴撤回而受影響。蓋反訴既經合法提起者。即自有反訴之訴訟拘束發生。毋庸更有本訴之訴訟拘束存在。此後法院。應就反訴盡其審判之職責。而本訴原告。亦應對該反訴。盡其防禦之能事。自不得因本訴之撤回。使反訴之訴訟拘束。亦歸消

滅也。至撤回訴之一部時。則本訴尙有一部存在。其影響不及於反訴。更不待言。又原告撤回訴之一部時。於受訴法院之管轄。亦無影響。

## 第二節 答辯

原告起訴以後。除依第二四〇條規定。以裁定駁回其訴者外。審判長應指定言詞辯論期日。

(一五七條) 並應由法院書記官。作成該期日之傳票。(一五八條) 與原告提出於書記科之訴狀繕本。(一五九條)

(一六〇條) 一併送達於被告。(一六二條首項) 被告受此項送達後。即提出答辯狀。(一六五條) 此項答辯狀。

祇有準備書狀之性質。雖應依一般書狀之規定作成。(一六七條以下) 要非如訴狀之必具備一定程式

(一六八條) 也。又就審期間。即自訴狀送達。至言詞辯論期日所留之時期。被告提出答辯狀之期

間。依此期間而定。如被告提出過遲。或始終不提出者。雖本案非必因此受影響。但亦有時

應負擔費用。(一六九條) 或聲請致遭駁回。(一七〇條)

被告提出答辯狀後。並應依傳票所載之期日。到場答辯。考羅馬法及德國舊法。判決程序。

以被告到場爲必要。如不到場。則科之以刑。或施以假執行。今日各國訴訟法。不採此項制度。惟對於不到場答辯之被告。予以不利益之判決。並命負擔費用而已。(八一條及三七七條)故被告除提出書狀爲答辯外。尙須到場以言詞爲之。但被告於適用簡易程序之答辯。得祇用言詞。不用書狀。(三九四條)被告答辯之內容。不論書狀或言詞。可分二種。一形式上答辯。一本案上答辯。

### 第一款 形式上答辯

被告對於原告之訴。就訴訟上事項所爲之陳述。謂之形式上答辯。此項答辯之內容。不外乎承認原告之訴成立。或主張其不能成立而已。其承認原告之訴成立者。不論明示承認。或默示承認。除屬於法院職權調查事項外。被告既已捨棄訴訟上之一切防禦。法院亦毋庸更盡調查之義務。徑進而就原告實體上主張之有無理由。予以審理可也。至被告主張原告之訴。不能成立時。法院應暫停本案之審理。先調查該訴之是否合法。析言之。原告依普通程序起訴

者。應調查一般要件。有無欠缺。依特別程序起訴者。除調查一般要件外。並應調查特別要件之有無欠缺。如認為有欠缺。除得命為補正外。應以裁定駁回原告之訴。如認為不欠缺。仍應進而為本案之審理。願訴訟上事項。有關於訴訟成立者。亦有無關訴訟成立者。前者之欠缺。法院固可將原告之訴駁回（例如能力或代理權之欠缺）而後者之欠缺。法院應另為適當之裁判。不得徑行駁回原告之訴。以了其事。例如被告主張訴訟程序有中斷或中止之原因者。祇可停止訴訟程序。或主張共同訴訟不合法者。祇得將訴訟分離。不得徑行駁回原告之訴也。

## 第二款 本案上答辯

被告對於原告之訴。就實體上事項所為之陳述。謂之本案上答辯。本案上答辯。亦不外乎認諾與爭執之二者而已。被告對原告之主張而認諾者。如具備認諾之要件。則被告既已捨棄實體上之一切防禦。法院亦毋庸更為調查程序。直可對被告為敗訴之判決。（三七）六條至原告方面

。毋庸提出攻擊方法。及其他主張。而實體上之權利。已存在矣。但被告於婚姻事件。親子關係事件。自行認諾者。不適用之。(五四〇條  
五五六條)  
被告對原告之主張而爭執者。或稱無請求之原因。或稱無法律上之理由。或稱有原因。而業已消滅。或有理由。而未能正當。種種抗辯。殊難一致。試示例於左。

- 一 否認原告主張之事實。此即被告稱原告主張之事實。全屬虛構。例如原告稱金錢會已貸給。而被告稱並未借受是也。
- 二 稱原告之請求。無法律上理由。例如原告因物品買賣契約。業已成立。對被告請求交付該物。而被告稱並非買賣契約。原告不應向其請求是也。
- 三 稱原告之請求。不生法律上效力。此即被告稱原告之請求權。在法律上不能成立。例如本於不法原因之債務。或因錯誤。致法律關係不成立是也。
- 四 稱原告之請求權。業歸消滅。例如買賣代價之請求。被告雖認買賣契約為有效。而主張原告之請求權。已因契約解除、或更改、免除等事由而消滅也。

五 稱原告之請求。應暫時停止。例如借款之請求。被告雖認貸借關係之成立。而因未屆償還期限。稱原告之請求權。一時尚難行使是也。

六 主張抵銷及留置權之抗辯。抵銷抗辯。自羅馬法以來。今日各國民訴法。多承認之。留置權抗辯。謂被告對原告返還物件之請求。主張留置權。而拒絕交付也。

被告之答辯。有右述情形者。法院應依實體法。審究原告之主張有無理由。其認為有理由者。應以終局判決。命被告履行義務。或認許原告主張之法律關係。或以中間判決。認原告之請求為正當。(三七五條)其認為無理由者。應以終局判決。駁回原告之訴。但雙方當事人於裁判前。應提出證據。以盡其舉證之責任。自不待言。(二六五條)

## 第二節 言詞辯論之準備

原告起訴後。除依第二四〇條首項規定。不開言詞辯論。亦不送達訴狀。以裁定駁回其訴外。應由審判長指定言詞辯論期日。將事件經過言詞辯論為之。此項辯論。曰必要之言詞辯論。

。與裁定前所行任意之言詞辯論有別。(參看二二二條三三五條)

言詞辯論之意義。及其進行。已述於第一編。茲所述之地方法院第一審程序。當然可以適用。毋庸贅敘。惟是必要之言詞辯論。有必須於辯論前先行準備者。茲特述於次。

### 第一 準備書狀之提出及交換

本法雖採言詞審理主義。然當事人欲提出於言詞辯論之聲明、或事實、或證據。如不令他造當事人及法院。有預備之機會。則他造既不能直為適當之答辯。法院亦未易即定審理之方針。勢必至紊亂訴訟之秩序。而遲延訴訟之進行。此言詞審理主義外。所以更有準備書狀之規定也。準備書狀。謂兩造當事人。記載言詞辯論所欲提出之聲明、事實、或證據。而提出於法院。以為辯論準備之書狀。故此項書狀之作用。祇令他造及法院。得為言詞辯論之準備。該書狀上所記載。而未經提出於言詞辯論之事項。不得為判決之基礎。當事人於言詞辯論所為之陳述。亦不為準備書狀之記載事項所羈束。然當事人之一造。對於他造主張之事項。於準備書狀有所自認者。他造毋庸舉證。(二六七條)又法院本於到場一造當事人之辯論。而為判決

者。並應斟酌未到場人於準備書狀所爲之陳述。(三七七條)

準備書狀之最主要者。惟訴狀與答辯狀。緣訴狀於準備言詞辯論之事項。可以併行記明答辯狀係因準備言詞辯論而提出也。惟答辯狀。純然爲準備書狀。而訴狀則既爲準備書狀。又同時爲確定訴訟基礎之書狀。故二者雖均應依第一一七條以下之規定作成。而訴狀須另備法定程式。(二三五條首項)前述之矣。茲更將關於訴狀與答辯狀之程式。及關於此等書狀之訴訟程序。說明於左。

一 應記明當事人、或代理人姓名、年齡、職業、住所、或居所。及聲明陳述等事項。(一一七條)

二 應由當事人或代理人於書狀內簽名按指印或蓋章。並添具所引用之文書原本或繕本。(一一八條、一一九條)

三 除提出訴狀答辯狀原本於法院外。並應按應受送達之他造人數。提出繕本於書記科。(一二〇條)以便書記官交互送達於他造。所謂準備書狀之交換是也。

四 訴狀答辯狀不合式。或有其他欠缺者。審判長得命其補正。因命補正。得將訴狀答辯狀發還。(二二二條)(二四〇條)

五 審判長指定言詞辯論期日後。法院書記官。應作傳票送達於當事人。令其到場。(一八條)至送達訴狀繕本於被告時。應與傳票一併送達之。(二四二條首項)

前述之送達。依第一二四條以下之規定行之。但訴狀及同時送達之傳票。向應受送達人之同居人、學徒、或受雇人等為送達者。應注意第一三八條之適用。又應行公示送達者。應注意第一五三條之適用。

六 送達訴狀。與言詞辯論期日之間。至少應留十日之就審期間。(二四二條次項)若不留此期間。恐被告無準備之機會也。但遇有急迫情形者。不在此限。(二四二條次項但書)

就審期間。自訴狀送達時為始。然至何時為止。應由審判長於指定言詞辯論期日時。酌量事件之繁簡。被告住居地之遠近等。以適當之限度定之。何者。法律所謂至少應留十日者。不過規定其最小限。並無最大限之限制也。(二四二條末項)

訴狀與傳票。不送達於被告。或雖送達。而不酌留適當之就審期間者。被告得責問其程序之違背。(參看一九〇條) 法院亦不得單依原告之辯論而為判決。(三七七條)

七 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。

(二三四條) 所謂日時。即審判長所定之期日。及上下午何時。所謂處所。即法院之法庭。所謂法定效果。即被傳人不到場時。得依到場人聲請。由其一造辯論而為判決之效果。

(三七七條) 但向律師為送達時。此項效果。毋庸記明。(二四三條但書) 緣律師本有法律知識。毋庸法院促其注意也。且此項效果之記明。係屬曉諭之性質。并非傳票之要件。故即向律師以外之人為送達。而未記明者。仍無妨為第三七七條之判決。但漏載日時處所者不然。或謂續行言詞辯論期日之傳票。毋庸記明前述效果。然當事人於第二次以後之辯論期日不到場者。法院亦得為第三七七條之判決。(參看三七七條次項) 為促無法律知識者之注意起見。仍以記明為妥。又傳票上應記明當事人。訴訟事件。法院名稱。及傳喚之目的等。事理極明。不必再有明文規定。

訴訟答辯狀之程式。及關於此等書狀之訴訟程序。既如上述矣。尚有訴狀答辯狀以外之準備書狀。應由當事人提出者。蓋未經記明訴狀或答辯狀之聲明、或事實、或證據。若當事人認他造。非有準備。不能陳述者。應於言詞辯論前相當之時期。提出記明該聲明、事實、或證據之準備書狀。由法院送達他造。(二五)(六條)所謂言詞辯論前相當之時期。即送達準備書狀於他造。並他造為準備言詞辯論所必要之時間是也。

此項書狀。亦應依當事人書狀之規定作成。並提出繕本。以備送達他造之用。(參照一一)(七條以下)惟此等書狀。純為準備言詞辯論起見。與訴訟基礎無關。故即不提出。亦非必於本案受不利益之結果。但有時應負擔費用。或聲請致被駁回而已。(八四條三)(七八條)

## 第二 準備書狀應記明之事項

準備書狀。依第一百十七條規定外。並應記明左列各款事項。(二五)(七條)

### 一 攻擊或防禦之方法。

### 二 對於他造之請求。及攻擊或防禦方法之陳述。

右列二者。爲準備書狀之要件蓋非此則兩造之事實無由明確。而法院亦難與以適當之審理。此本條之所由設也。

### 第三 準備程序

凡訴訟事件（如關於計算或分析財產或其他類此之關係）之爭執。涉於多端者。受訴法院。欲於言詞辯論。一一判明爭點。且一一審理攻擊及防禦之方法。即使分別辯論爲之。亦易致訴訟程序之錯雜。不如先令受命推事。於書狀上。確定訴訟材料。以爲言詞辯論之準備。俾日後受訴法院。得依其書狀上之確定事項判斷之。較爲便利。如此者謂之準備程序。是故準備程序者。卽因準備本案之辯論及判決。本於當事人在受命推事前之陳述。作成書狀。以明其事件關係之程序也。此項程序。係屬言詞辯論之一部。並非特別訴訟程序。且祇適用於地方法院之合議庭。而於地方法院之獨任推事不適用焉。又祇適用於第一審及第二審。（四三〇條）而於第三審不適用焉。茲述其程序之施行。

甲 準備程序施行前之程序。受訴法院。命行準備程序。應注意左列事項。

一 命行準備程序。以裁定爲之。並將該裁定宣示使當事人知有準備程序施行之事。（三二二條）此項裁定。不得抗告。法院亦不受其羈束。（三二二條）其在駁回聲請準備程序之裁定亦然。因此等裁定。係屬於訴訟指揮之裁判也。

二 審判長應自庭員中。指定施行準備程序之受命推事。其被指定之受命推事。如有窒礙。由審判長另行指定。（二五八條）所謂庭員。即審判長及其他代理推事。（參看法院編制法四八條及五一條）亦均在內。又指定受命推事。得於命行準備程序之裁定。一併爲之。亦得於其後。另以裁定指定。惟一併指定者。應將被指定之受命推事。一併宣示。（三二二條）另以裁定指定者。應將該裁定。（即指定受命推事之裁定）送達於當事人。（三二二條）

三 被指定之受命推事。應指定施行準備程序之期日。（二五八條）指定期日。並非開始準備程序之要件。若受命推事不指定。而由審判長指定。亦未始不可。但無論由受命推事指定。或由審判長指定。應送達期日之傳票於當事人。（一五八條）

乙 受命推事之權限與職務。施行準備程序之受命推事。有左列權限與職務。

一 開閉及指揮言詞辯論。並宣示裁判。對於不從其命者。得禁止發言。(二六四條)

二 令當事人爲完全適當之辯論。並向當事人發問或曉諭。令爲因定訴訟關係所須之聲明或陳述。其有不明瞭不完足者。令其敘明或補充之。(二六四條)

三 當事人得聲請受命推事發問經受命推事許可後。並得自行發問。(二六四條)

四 命當事人本人到場。命當事人提出圖案表冊。或外國語文書之譯本。及命將當事人提出之文書。或其他物件。於一定期間。留置於書記科。(二六四條)

五 參與辯論人。不通中國語言。或爲聾啞人。不能用文字達意思者。應用通譯。并於通譯。適用鑑定人規定。受命推事。不通參與辯論人方言時亦同。(二六四條)

六 當事人。訴訟代理人。或輔佐人。無相當之陳述能力者。受命推事。得禁止其陳述。延展辯論期日。命當事人委任相當之訴訟代理人。到場陳述。(二六四條)

七 受命推事。應於準備程序筆錄內簽名。若有事故。由書記官簽名。(二四六條)

以上七者。本係法院或審判長之權限或職務。而受命推事亦具有之。蓋爲利訴訟之進行

起見也。

受命推事。於前述各項情形。所爲之裁定。均不得抗告。但得異議。(參照四  
五〇條)

丙 準備程序之施行程序。受命推事。施行準備程序。應注意左列各種事項。

一 準備程序。應將左列事項。記明筆錄。(二五  
九條)以爲法院辯論與裁判之基礎。

(1) 當事人攻擊防禦方法。

(2) 當事人對於攻擊或防禦方法。有無爭執。

(3) 當事人關於攻擊或防禦方法。所有之聲明及證據。與對於證據之陳述。

準備程序。應本於當事人之陳述。由法院書記官作成筆錄。記明右列三款所揭事項。若

當事人不就此等事項陳述者。受命推事。應本於前述之權限或職務。命其陳述。(二六三  
條二六

四) 又準備程序筆錄。亦係言詞辯論筆錄之一部。故關於言詞辯論筆錄之各項規定。(  
二〇三條至

二〇〇條) 於準備程序筆錄。亦適用之。

訴之變更或追加。亦得在準備程序爲之。但變更追加。應否允許。仍應由受訴法院裁判

。非受命推事所得干預。在被告提起反訴時亦然。

二 準備程序期日。若當事人兩造不到場。其程序即應休止。(一八五條)若一造不到場。受命推事。應將到場當事人之陳述。依第二五九條規定。記明筆錄。另定期日。將筆錄繕本。送達於未到場之當事人。若未到場之當事人。於新期日。仍不到場。應即終結準備程序。(二六〇條)將前次期日筆錄內所記到場當事人之事實、上主張。視與已經未到場之當事人自認同。自認之意義及其效果。詳述於後第四節。(即第二六七條規定)惟此項自認。係由法律推定而來。至第二審。則未必有效也。(四一三條)

丁 準備程序終結後之程序。 準備程序終結後。應依左列規定行之。

一 受命推事。應速將卷宗及證物。提出於審判長。由審判長速定言詞辯論期日。(二六一條)蓋準備程序終結前。法院不得不將本案之言詞辯論延期。今該程序既已終結。自應速定辯論期日。以利本案之進行也。但受命推事所終結之準備程序。如法院認為尚未完足者。得以裁定命再開之。當事人對此裁定。不得抗告。

二 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。(二六條)蓋本法採言詞審理。並直接審理兩主義為原則。所有訴訟資料。必在與於判決之各推事前提供者。方得為判決之基礎。故不論施行準備程序之受命推事。是否列在庭員中。當事人均應將該程序之結果陳述之。但有必要情形時。審判長得命書記官朗誦筆錄。以代當事人之陳述。

三 當事人於準備程序期日。已由受命推事命其陳述。而不就事實或證據為陳述。或拒絕陳述者。不得於言詞辯論追補之。(二六三條首項)此項規定。易使當事人受不利益之效果。(參照二六八條首項及三四六條但書)本法特附以由受命推事命其陳述之條件。其期望於當事人者深且至也。但不陳述者。仍得於第二審追復之。(三四一條)

四 當事人所主張之法律關係。攻擊防禦方法。證據或證據抗辯。未於準備程序期日陳述。經記明筆錄者。嗣後不得在受訴法院之言詞辯論。再行主張。但當事人如釋明該事項。不能於準備程序時提出。非因重大過失。或不致延滯訴訟者。仍得於受訴法院

言詞辯論中主張之。(二六三條次項)又雖當事人不得主張之法律關係。攻擊防禦方法。證據等。至第二審。亦得追復之。(四一條三條)

五 言詞辯論期日。若當事人一造不到場。得許到場人一造辯論而為判決。若當事人兩造到場。則言詞辯論及裁判。依一般法則行之。

上述各項。本為關於準備程序之規定。如於此程序中調查證據。則應依本法關於證據之規定行之。與受訴法院於言詞辯論中調查證據同。(二六四條)

## 第四節 證據

### 第一款 通則

證據之意義。學者見解不同。德之訴訟法學者。有謂證據。指證明、及證明結果之二者而言。有謂證據指證明、及證明結果。與證明原因之三者而言。余謂證明係當事人提供證據。使

法院確信其主張爲真實之行爲。證明結果。係證明能達目的之意義。二者皆以證據之存在爲前提。不得視爲證據。此所謂證據者。甯解爲證明之原因。證明之原因。謂足使法院認定當事人主張爲真實之外部原因也。此項原因。有由法官自身之實驗而得者。例如法官因經驗而覺察證物之內容或形體是也。亦有由他人之報告而得者。例如當事人之審判外自認。及證人之證言。與鑑定人之陳述是也。且又有直接證明應證之事實者。是爲直接證據。有由他項事實。以間接證明應證之事實者。是爲間接證據。在直接證據。即可本於外部之原因。以判斷應證事實之真偽。例如某證人稱。曾親見被告。向原告貸借金錢若干云云。法院即可依證言之取捨。以判斷貸借事實之有無是也。在間接證據。必先審究他項事實。是否存在。方可判斷應證事實之真偽。例如某證人稱。曾見某店。確於某日停止營業云云。法院欲判斷被告有無於某日。與該店交易之事實。應先審究該店。究竟是否於是日停止營業是也。茲更將證據程序。分述於左。

### 第一 證據方法

證據方法。含有二種意義。一以供證據用之材料。曰證據方法。即證人、鑑定人證書。及勘驗之標的物是也。一以搜取證據之手段。曰證據方法。即訊問證人、鑑定人。檢閱證書。及勘驗是也。至證據方法之種類。可分爲四。曰人證。曰鑑定。曰書證。曰勘驗。而對於各種證據方法而爭執者。謂之證據抗辯。

## 第二 舉證責任

舉證責任。謂證明係爭事實之責任也。考羅馬訴訟法。此項責任。常偏在當事人之一造。至於近代法律。一變而爲舉證責任分擔主義。於是兩造當事人。各有舉證之責任。而嘗爲主張有利於己之事實者所負擔。本法第二六五條規定。蓋亦採此主義也。是故原告主張一利己之事實。而被告爭執者。原告有舉證責任。若原告既證明其事實。而被告猶有爭執。則舉證責任。在於被告矣。至其證據。係由當事人聲明。而後調查者。抑由法院職權調查者。(參照七三九條)在在所不問。但於左列情形。當事人可免舉證責任。

一 事實於法院已顯著。或爲其職務上所已知者。(二六六條)顯著之事實。謂全國共知。或

至少爲一地方所共知之事實。法院職務上所已知之事實。謂合議庭多數推事。或獨任推事。於職務上所爲或所聞見。而尙在記憶中之事實。此等事實。不問推事因何而知。當事人可免舉證之責任。法院亦得爲裁判之根據。

顯著或爲法院職務上所已知之事實。經當事人主張者。法院固得引爲訴訟資料。卽未經當事人提出者。亦得審酌之。此不干涉主義之例外規定也。但依職權審酌此等事實。應於裁判前。令當事人就該事實有辯論之機會。(二六六條次項)

二 經他造自認之事實。當事人一造主張之事實。於他造不利。而他造承認其事實者。謂之自認。自認有在審判外者。有在審判上者。審判外自認。僅供證據之用。且非經當事人聲明。不得以爲訴訟之資料。故其自認之事實。法院既不受其拘束。相對人仍有舉證責任。審判上自認則不然。審判上自認。有由當事人明示者。有由法律推定者。茲分別說明於左。

甲 由當事人明示自認者。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。毋庸舉證。(二六七條首項)此即明示自認之規定也。但明示自認。非具備左列要件。不能發生自認之效力。

(1) 須自認人有訴訟能力者。為明示自認者。非以當事人、及其法定代理人為限。

即訴訟代理人。訴訟輔佐人。從參加人。亦得為之。(參照五八條六八條七〇條七六條)惟無論何人為

自認。必自認者有訴訟能力而後可。蓋自認係一種訴訟行為。無訴訟能力者所為之

自認。自不發生效力也。(四五條)但共同訴訟人中一人所為之自認。雖其人有訴訟能

力。其效力不及於他人。(五二條五三條)

(2) 須於準備書狀。或言詞辯論。或在受命推事。或受託推事前自認者。準備書狀

上之自認。大抵適用於裁判不經言詞辯論時。言詞辯論中之自認。於受訴法院開辯

論時為之。受命推事或受託推事前之自認。係於該推事調查證據。或試行和解。或

施行準備程序時為之。此等情形。所為之自認。方可發生訴訟上之效力。否則為審

判外之自認矣。惟余之意。自認於當事人極不利。若專以準備書狀為據。恐有時與

自認人之真意不符。

(3) 須其事件爲可以自認者。婚姻事件(五四條)親子關係事件(五五條)均不適用自認之規定。故當事人如就此等事件。爲自認不生效力。

自認具備右三要件者。法院卽得以其自認之事實。爲裁判之根據。對造當事人。於此事實。亦可免舉證之責任。但左列兩者。法院應詳審一切情形判斷之。

(1) 當事人於自認有所附加或限制者。應否視爲自認。(二六七條)於自認有所附加。例如被告對於原告追還借款之訴。一面承認借銀之事。一面主張業已清償是。於自認有所限制。例如被告對於原告追還借款千元之訴。祇承認會借五百元是。前者可視爲完全自認。而後者則否。

(2) 自認之撤銷。及於自認效力之影響。(二六七條) 審判上之自認。雖當事人與法院。均應受其拘束。然法院詳審一切情形。仍得許予撤銷。例如當事人能證明自認出於錯誤。或經對造同意自認之撤銷者。應斷爲自認失其效力是也。至從參加入、

訴訟代理人。及輔佐人所爲之自認。得由受其輔助。或偕同到場之當事人。即時撤銷。(五八條七〇條七六條)更無論已。

乙 由法律推定自認者。當事人對於他造主張之事實。已受應爲陳述之曉諭。而不爭執。並不能自他項陳述。顯其爭執意思者。視與自認同。(二六八條)此即法律所推定之自認也。但推定自認。必具備左列要件。方生自認之效力。

(1) 須具前甲情形之(1)(3)兩款者。說明見前。

(2) 須已受應爲陳述之曉諭。而不爭執者。各當事人對於他造提出之事實。應爲陳述。(一八八條)不爲陳述。或陳述不明瞭。不完足者。審判長(或陪席推事)應加以曉諭。(一九二條)至受此曉諭後。仍不陳述。或雖陳述。而並不爭執時。方可視同自認。此爲體貼無法律知識之人。並搜求當事人之真意起見也。

已受曉諭而不爭執之情形。應命法院書記官。記入言詞辯論筆錄。(二〇四條次項)

(3) 他項陳述。亦不顯其爭執意思者。當事人雖已受曉諭。而不爭執。若自他項陳

述。流露其爭議者。仍不得視同自認。例如原告請求房租。並求遷讓房屋時。被告對於房租之請求。雖經曉諭。而不爭執。如對於遷讓房屋一層。主張房租既付。不應遷讓者。即應視為對於房租之請求。亦有爭執也。

具備右列兩件者。雖未為審判上之明示自認。亦視與自認同。法院得以其事實為裁判之根據。他造當事人。於該事實。亦不復有舉證之責任。但當事人對於他造主張之事實。為不知或不記憶之陳述者。應否視同自認。法院應詳審一切情形判斷。(二六八條次項)

明示自認。與推定自認。兩者效力不同。明示自認。在第一審自認者。於第二審亦有效力。(四一四條)且自認後。不得隨意撤銷。推定自認。則當事人得於言詞辯論終結前。或至第二審追復之。(一八九條)經追復後。其自認即失效力。(四一三條)

三 法律上或事實上推定之事實。法律本於他事實。而認某事實為真實者。謂之法律上之推定。此項推定。不論實體法與訴訟法中。均有之。例如宣告失蹤。推定死亡之先後。(法民法七二〇條)及本法所謂視為同意變更或追加(二四四條)及推定文書為真正(三四四條)至七二二條參照)

等情形是也。法律有此等規定存在者。法院應依其規定。本於他事實。而認定某事實爲真實。當事人對於某事實。亦不復有舉證之責任。但法律上之推定。經他造當事人。以反證證明其反於事實後。仍應舉證。(二六九條)

法院依經驗證據常則。或事實顯著。或當事人間無爭執。本於已明之他事實。以推定某事實之真偽者。謂之事實上之推定。蓋某種事實。常與他項事實。有因果關係。或主從關係。或兩不相容者。此時法院得依已明之他項事實。以推定應證之某事實之真偽。(

二七〇條)

例如甲乙兩地。於某時期。斷絕交通者。即可推定兩地人民。決不於此時期內。

互相往來。又如某銀行。於每日下午五時休業者。即可推定當事人。未曾於五時後。向該行領款是也。法院依自由心證。爲此事實上之推定時。當事人就該應證之事實。即毋庸直接舉證。

四 法律。法律之存否及其解釋。應爲法院職務上所已知。卽有未知者。亦應由法院自行調查。毋庸當事人舉證。然習慣法。自治法。及外國之現行法。不能責法院盡皆通曉。

其爲法院所知者。固應依職權自行適用。如爲法院所不知。則應使於適用該法律有利益之當事人。負舉證之責任。(二七條)自治法。指有法律性質之團體規則而言。例如地方自治團體規則。交易所規約。及其他商工業上合夥規約是。又外國現行法。既須當事人舉證。則其非現行法之應舉證。更不待言。

當事人就習慣法等。有舉證責任者。意在使其援助法院之法律知識。並非謂法院即受其所舉證據之拘束。故不問當事人舉證與否。法院仍得依職權。爲必要之調查。(二七一條但書)此項調查。非必踐法定之證據程序。如調查外國之現行法時。或考外國新聞雜誌。或求內外法律家鑑定。或詢公使館領事館。均無不可。

### 第三 釋明

釋明云者。當事人就自己主張之事實。提出證據。使法院信爲真實之行爲也。大抵民事訴訟之事實關係。應由當事人證明。然單爲程序上事項。且須迅速解決者。均得用釋明之方法。以節省勞費及時間。例如推事迴避之原因。(三五條)確定訴訟費用額(九四條)及二二三三條二六三

條二九七條三一九條三三四條三四二條三六三條三八二條三八三條四九二條四九九條五二六條等情形是也。但釋明事實上之主張。應備左列事宜。

一 應聲明可使法院信其主張真實之證據。凡證據能使法院信其主張為真實者。皆得提出之。不必如證明之必使法院確信也。且法院信其證據時。毋庸更踐調查證據之程序。但於必要時。仍得調查之。(二七二條)

二 所聲明之證據。須為可即時調查者。如以書證為釋明方法者。應當場提出文書。以人證鑑定為釋明方法者。應與證人鑑定人隨同到場。或即時提出證人親供狀。或鑑定書。此蓋為防訴訟進行之遲滯起見也。(二七二條但書)

釋明與證明不同。證明係當事人就係爭事實。提出證據。使法院確信之謂。釋明乃就程序上事項。或不聽他造陳述。而可裁判之事項。提出證據。使法院信用之謂。二者之心證。一強而一弱也。又釋明與表明不同。表明係訴訟關係人。將特定事項。記入書狀。或以言詞陳述之行爲。(五六條二三五條二八六條四〇五條)而毋庸提出證據者也。

#### 第四 調查證據之通則

調查證據。謂法院或法官。調查當事人提出之證據。或依職權調查也。通則謂各種證據所共通適用之法則也。茲將此項通則。分別說明於下。

一 調查證據之機關。 調查證據。應於受訴法院之言詞辯論行之。此直接審理主義之適用也。但本法有特別規定者不在此限。(二七六條)

甲 由受訴法院調查者。 調查證據。除依二七六條規定。得於言詞辯論前之特定日期調查者外。通常由受訴法院。於言詞辯論期日爲之。受訴法院。於該期日。遇證據可即行調查者。應即時調查。其不能於該期日即行調查。或應使受命推事。或受託推事調查。或應於外國調查者。據民訴條例第三三八條規定。法院應爲證據裁定。並於該裁定。表明當事人。證據方法。及應證之事實。本法已刪除之。蓋證據當如何調查。法律既經指示。無再爲裁定之必要也。

又受訴法院。於言詞辯論前調查證據者。並應由書記官作製調查證據筆錄。(二七六條)

受訴法院認當事人聲明之證據爲不必要者。例如該證據絕與應證之事實無關。或雖有關。而法院已無庸調查。得不爲調查。或將該當事人之聲明駁回之。(二七條)但被駁回之證據。仍得提出於上訴審。(四一三條)又當事人聲明證據。非調查後不能知其有無證明關係。或當事人聲明唯一之證據者。法院不得徑予駁回。以害其利益。

乙 由受命推事。或受託推事調查者。調查證據。由受訴法院於言詞辯論爲之。前已

述矣。但法律上或事實上。不能由受訴法院調查者。(參照二九一條至二九三條三一一條三四三條三五七條等)應由受

訴法院。使受命推事或受託推事調查之。其使受命推事調查證據者。由審判長於庭員

中(審判長及代理推事亦均在內)指定該推事。被指定者。如有窒礙。由審判長另行指

定。(二七五條首項)又使受託推事調查證據者。由審判長囑託之。(二七五條次項)受託推事。非有

正當理由。不得拒絕其囑託。(法院編制法一五四條)更將其程序說明於左。

一 受命推事。或受託推事。應指定調查證據之期日及處所。(二七五條末項)此項規定。係

爲受命推事、受託推事之便利而設。並非調查證據之要件。故卽由受訴法院之審判

長指定。亦屬無礙。但無論受命推事、受託推事指定。或由審判長指定。均應送達期日之傳票於訴訟關係人。(一五八條)(一六七條)

二 受命推事。受託推事。調查證據終了後。應將調查筆錄。送交受訴法院。由受訴法院書記官。作成傳票。送達於當事人。以便續行言詞辯論。

三 受命推事。受託推事。調查證據時。若生爭議。應中止調查程序。求受訴法院裁判之。但非具備左列二件者。毋庸求其裁判。(二七條)(七條)

1 非先解決爭議。不能續行調查者。不問爭議生於當事人間。或當事人與第三人間。若於調查證據無礙者。儘可不必中止調查。求其裁判。

2 其爭議不能由受命推事。或受託推事。自行裁判者。即使爭議。於調查證據有礙。若受命推事。受託推事。有裁判權者。(參照三〇九條)儘可自行裁判。仍無求受

訴法院裁判之必要。其求受訴法院裁判者。必該爭議。不能自行裁判而後可。例如證人拒絕證言之爭議是。(參照三〇九條但書)

四 受命推事。受託推事。於被指定受囑託後。應即施行調查程序。然所調查之證。如認為應由他法院行之者。不問其原因生於指定或囑託前。（例如受訴法院為指定或囑託時。誤認證人之住所是。）或生於指定或囑託後。（例如證人於受訴法院指定或囑託後移住於他法院管轄區內。）受命推事。或受託推事。得自行囑託該法院。（二七八條首項）惟此項規定。純為節省勞費與時間起見。並無義務之性質。故受命推事。或受託推事。如不欲自己囑託者。亦得通知受訴法院。轉由受訴法院囑託之。

丙 於外國調查者。證據不能由中國法院調查。並不能由在中國法院之受命推事。受託推事調查者。由受訴法院。囑託外國管轄官署。或駐在外國之中國大使公使或領事調查之。（二八〇條首項）囑託外國管轄官署。應有國際間之相互條約或慣例。囑託駐在外國之中國大使公使或領事。應經由外交部。（一四八條）

外國官署調查證據。雖違背該國之法律。若於中國法律無違背者。仍有效力。當事人不得主張異議。（二八〇條）此項規定。為防當事人。藉口再行調查證據也。至中國法與外

國法。均有違背時。法院得依自由心證。予以判斷。亦毋庸再事調查。又若背於中國法。而合於該外國法時。就訴訟程序。依訴訟地法之原則而論。自不得不認為有效。但其調查證據之結果。仍應依中國法定之。

二 調查證據之時期。 受訴法院調查證據。其得即時調查者。於言詞辯論期日為之。不能即時調查者應另定期日。或由受命推事受託推事指定期日。向當事人告知。或送達傳票。前已述矣。然因有窒礙。不能預定調查證據之時期。（例如證人在交通不便之地。或所在不明。）或應於外國調查證據者。法院得依當事人之聲請。定適當之期間。（二條四）此項期間。得依一般規定伸長之。（一六四條參照）但不論伸長與否。凡在期間以內。法院不得遽為判決。捨該證據而不問。又至期間已滿。而窒礙如故。法院本可不予調查而為判決。然苟不致延滯訴訟者。（例如在辯論終結前傳到證人）仍可准用該證據。予以調查。（二七四條但書）

提出文書之期限。本法另有規定。（三三四條三三五條）但無論何種證據。因經過期間。並遲延訴

訟。而被駁回者。仍得至第二審利用之。(四一) 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。爲言詞辯論續行期日。(二八三) 條首項蓋調查證據期日。與言詞辯論期日。雖不無多少界限。然爲

利程序之進行起見。除於言詞辯論前調查證據外。以二者同一期日爲妥。故因調查證據延展期日者。應以另定之新期日。調查證據。並續行言詞辯論也。但在受命推事。或受託推事。調查證據。或於外國調查證據者。該受命推事等。不能令當事人。就調查證據之結果。而爲辯論。故言詞辯論之續行期日。應由受訴法院之審判長指定之。(二八三) 條次項

大抵審判長能逆料調查終了之時期者。卽先將該期日指定。而向當事人告知。可省傳喚之程序。不能逆料其時期者。於調查證據終了後指定。送達傳票於當事人。(一五) 八條

三 調查證據之處所。受訴法院。調查證據。常在法院以內。若於法院內。不能或不便調查者。則使受命推事。受託推事。或囑託外國官署。或駐在外國之中國大使公使或領事調查之。蓋法院行使職務。祇能在其管轄區域內。如有必須在其管轄區域外行使者。

非求法律上之輔助不可也。(法院編制法一五四條)然受訴法院。認爲適當時。或受命推事。受託推事。依受訴法院之命令囑託。或自認爲適當時。均得於自己管轄區域外。調查證據。(二七九條)此項規定。雖不免抵觸管轄之立法精神。然爲實際上之便利。及調查之急速起見。要亦未可厚非。如證人垂死。不及求他法院之輔助。或如應履勘之土地。跨連兩法院之管轄區域是也。

受訴法院。或受命推事。受託推事。於自己管轄區域外。調查證據者。應將其事由。通知調查地法院。以免爭議。(二七九條末項)此項通知。非依送達之方法行之。

四 調查證據之追復、或補充。 調查證據。不論受訴法院調查。或受命推事。受託推事調查。均應將其期日。向當事人告知。或送達傳票。令其到場。然令當事人到場。不過使其得知調查之結果。或得主張利己之事實。並非以到場爲調查證據之要件。故調查證據時。雖當事人一造或兩造不到場。仍應調查。(二二八條)一造不到場時。不得許他造爲一造辯論之判決。(三七七條)兩造不到場時。程序亦不休止。(一八五條)但調查終了後。應行言詞

辯論時。如一造或兩造不到場者。不在此限。

調查證據。應至如何限度。由受訴法院。本於自由心證定之。受訴法院。認爲必要時。並得命補充。或再行調查。(二二八)例如前此之調查不合法。或不完足。或如證人鑑定人之陳述不明顯。或涉兩義者。皆可謂有補充或再行調查之必要也。法院命補充或再行調查。得依聲明或依職權。隨時爲之。即因此再開已閉之言詞辯論亦可。且得更使受命推事。受託推事調查。或於外國調查。

五 調查證據之筆錄。除受訴法院於言詞辯論前調查證據。應作調查證據筆錄外。其由受命推事受託推事調查證據者。法院書記官。亦應作筆錄。此項筆錄。準用二〇三條至二二〇條。關於言詞辯論筆錄之規定。(二七)但經受命推事。受託推事。將調查證據筆錄。送交受訴法院時。受訴法院書記官。自得將該筆錄附卷。毋庸另行作製。又受訴法院。於言詞辯論。調查證據時。調查證據筆錄。已包在言詞辯論筆錄內。此觀諸二〇四條。即可明瞭。故法院書記官。亦毋庸另作調查證據筆錄。

## 第一款 人證

以證人爲證據之材料。以證人之證言。供證明之用者。謂之人證。故人證者。其人非證據。乃以其人之陳述爲證據也。以下說明證人之意義。能力。並人證之程序。

### 第一 證人之意義。

證人者。於訴訟上陳述自己實驗之事實之第三人也。其實驗之事實。係在過去。抑在現時。其實驗由於直接。抑由間接所得。均可不問。查日本大審院從前判例。證人報告傳聞之事實者。無證據之效力。我前大理院判例及民訴條例與本法規定均無此項限制。故證人陳述事實。並不以親見者爲限。即陳述傳聞之事實。亦不失爲證人。

### 第二 證人之能力及其證言之證據力。

據本法二八九條規定。凡人均有爲證人之能力。故在法律支配下者。不問年齡幾何。身分若何。精神狀態如何。及是否與當事人有關係。並不問其爲內國人。抑爲外國人。凡能陳述自

已實驗之事實者。皆可爲證人。但年齡較輕。或精神不發達。或於當事人。有特種關係。或於訴訟。有直接利害關係者。雖有證人之能力。而具結之能力。則應認爲欠缺。(參照三〇二條)又當事人本人。及其法定代理人。關於該訴訟。不得爲證人。因當事人之陳述。已另有自認之規定也。至於共同訴訟人。是否可互爲證人。則以共同訴訟之性質爲準。在必要共同訴訟人。不得互爲證人。在通常共同訴訟。其中一人。雖不能就利己之事實。爲其他共同訴訟人之證人。然於自己訴訟無關係之事項。則仍得爲其他共同訴訟人之證人也。又從參加人。亦得爲證人。

推事於其所辦理之訴訟。亦得爲證人。然職務之執行。則應迴避焉。(三二條)

人證之證據力。大概不敵物證。故各國立法例中。有許用書證。而限制人證者。例如法蘭西民法第一三四一條。及日本舊民法證據編第六〇條第六三條第六九條第七〇條是也。然我國前大理院判例。以人證一項。於物證未盡可憑時。亦足供判斷之資料。(民國三年九月上字八五三號)近則本法頒行。亦未設滅殺證言信用之規定。且不許當事人拒却證人。然則證言之是否可憑。惟由

法院參酌一切狀況。依自由心證判斷之。不得謂法官於某種證言。有必須採用。或不能採用之義務也。

### 第三 證人之義務。

證人之義務。謂赴法院或受命推事受託推事前。爲證人之公法上義務也。此項義務。凡在中國法支配下者。皆有之。(但有治外法權者。不在此限。)故不問何人。於他人之訴訟。皆有爲證人之義務。(二八九條)證人之義務。分到場義務。證言義務。具結義務三種如左。

天 到場義務。 訊問證人。通常由受訴法院爲之。故受傳喚之證人。有前赴受訴法院之義務。但左列各人。由受命推事或受託推事訊問。毋庸赴受訴法院。

- 一 國民政府委員。 國民政府委員爲證人者。應由受命推事或受託推事。就其所在訊問之。(二九〇條)就其所在訊問者。謂法院不得傳喚。應由該推事赴國民政府。或其住居所訊問也。故國民政府委員爲證人時。無赴法院。并無赴受命或受託推事前之義務。
- 二 國民政府各部會長官。及地方最高行政長官。 此等人員爲證人者。應於其公署所

在地訊問之。若駐在他處時。於其所駐地訊問之。(三二九條)於其所在地或所駐地訊問者。

指不得將此等人員。傳至其所在地或所駐地以外而言。並非謂法院絕對不得傳喚也。

三 有左列情形者。左列情形。法院得使受命或受託推事訊問證人。(三二九條)

(1) 因發見真實。有當場訊問證人之必要者。例如確定土地境界之訴。非偕證人至所爭地訊問。不能判明其界限是已。

(2) 於受訴法院訊問證人。有重大障礙者。或證人不能到受訴法院者。前例如就訴訟事件。須訊問多數之證人。或如證人患精神病不宜在稠人廣眾間訊問是也。後例如證人病病衰老。或礙於公務。不能應傳到場是也。但其不能應傳到場之原因。以有繼續之性質者為要。

(3) 證人若到受訴法院。須多費時間及費用者。例如證人在遠方是已。

右列三者。前二者法院應依辦理。否則即係違法。至了之情形。則應否使受命推事或受託推事訊問。由受訴法院自己之意見定之。又證人於訊問期日前。以書狀或言詞

。呈明拒絕證言之原因事實者。亦毋庸於期日到場。(二九七條次項)但事前不呈明。或雖呈明而被法院駁回。其駁回之裁定已確定者。仍有到場義務。

地 證言義務。 被傳之證人。應就受訊問之事項。為真實之陳述。但有左列各款情形之

一者。有拒絕證言之權利。(二九五條)易言之。即得免除證言之義務也。

一 證人為當事人之配偶。七親等內之血親。或五親等內之姻親。或曾有此姻親關係者。凡有親屬關係之人。若令其作證。殊乖親屬容隱之義。且害親屬之和好。此所以許其拒絕證言也。但當事人若以自己之名。為他人行訴訟者。(如破產管財人)雖證人與該當事人係親屬。亦不得拒絕證言。

查德日民訴法。證人與當事人之婚姻關係消滅後。亦許其拒絕證言。(德民訴三八三條日民訴二九七條)

蓋婚姻關係之消滅。易傷情誼。(如離婚時)因傷情誼。即易為不實之證言也。本法既許與當事人曾有姻親關係之證人。拒絕證言。而證人為當事人之配偶。於婚姻關係消滅後。竟未規定。殊滋疑義。

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。足生財產上之直接損害者。其在親屬關係。或監護關係消滅後亦同。證人於自己。或有親屬關係。監護關係之人。直接發生財產上之損害。如必令其陳述。是亦不合人情。此所以詐其拒絕證言也。所謂生財產上之直接損害。指因證言致受損害者而言。因裁判或其他事情而生損害者。不適用之。例如就損害賠償之訴。訊問證人。其親屬等是否爲共同不法行爲人。或就債務履行之訴。訊問證人自己。是否爲保證人。或債務人者。皆可謂足生直接之損害。若因當事人一造勝訴。而證人自己。或其親屬等。對於他造之債權。恐不易得全部之償還者。不得謂有直接損害也。

三 證人所爲證言。足致證人。或與證人有前款關係。或監護關係之人。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。受刑事上訴追。謂恐開始或進行刑事訴訟程序。恥辱非必奇恥大辱。卽名譽受毀亦在內。證人自己。或其配偶親屬。或與其有監護關係之人。因證言將受刑事上訴追。或蒙恥辱者。若令其

作證。是亦不合人情。且適足陷於僞證。此所以許其拒絕證言也。但依前民訴條例。證言足致證人之配偶或親屬。受刑事上訴追。或蒙恥辱者。雖婚姻或親屬關係消滅後。仍許拒絕。而證言足致與證人有監護關係之人。受刑事上訴追或蒙恥辱者。如在該關係解除後。則不得拒絕。本法規定。於親屬關係。或監護關係消滅後。并無分別。

四 證人就其職務上。或業務上。有秘密義務之事項。受訊問者。此即公務員、律師、辯護人、公證人、宗教師、醫師、藥師、藥商、產婆、及其業務上佐理人等。應守秘密之事項。而受訊問是也。其秘密之義務。或依法令規定而來。或因他人委託所致。在所不問。其依法令規定應守秘密者。(例如刑法一四條一、五條三三四條三三五條)如令其為證。是強令證人違背秘密之義務。其因委託應守秘密者。如令其為證。是使證人損害他人之信用。此所以許其拒絕證言也。但其秘密之責任。已經免除者。不在此限。(二九六條末項)免除秘密責任。在公務員外之人為證人時。由有免除權者。自由允許。或於訴訟前。或訴訟中。向法院聲明該人證以免除之。均無不可。然在公務員。或曾為公務員之人。為

證人時。應得國民政府之允許。此種允許。由受訴法院請求之。並應於訊問前。將已得允許之事。通知該證人。(二九四條)公務員或曾為公務員之人。如經國民政府允許為證人者。受訴法院。或受命或受託推事。自得將其職務上應守秘密之事項訊問之。不得主張拒絕權也。

五 證人非洩漏其技術上或職業上之秘密。不能為證言者。技術上或職業上之秘密。例如關於製造或貿易方法之秘密是已。證人如洩漏此等秘密。則損害技術職業之價值頗鉅。故應許拒絕證言。以保護其利益。拒絕證言。非僅證人洩漏自己之秘密時為然。即如受僱人洩漏雇用人之秘密時。亦適用之。

有右列情形者。審判長應於訊問前。或知有前項情形時。向證人告知拒絕之事由。蓋防其陷於偽證之罪也。(二九五條末項)在受命或受託推事。訊問證人時。由該推事告知。(三〇九條)但此項告知。係屬曉諭之性質。雖審判長、或受命推事、受託推事。未為告知。徑行訊問時。仍得斟酌其證言。當事人亦不得以不告知為上訴之理由。

證人雖有右述一二兩款情形。然關於左列各款事項。仍不得拒絕證言。(二九六條首項)

(1) 同居或會同居人之出生、死亡、婚姻、或其他身分上之事項。同居人不僅指家族而言。凡同屋居住。而營共同生活者。皆屬之。若同屋居住。而各自獨立生活者不在內。出生死亡等事項。惟同居人最爲詳悉。故證人就同居人之出生死亡等事項。受訊問者。雖有上述一二兩情形。亦不得拒絕證言。

(2) 因親屬關係所生財產上之事項。此等事項。非親屬不易證明。例如關於繼承。或扶養費。或夫婦分析財產之爭執等情形是也。

(3) 爲證人而與聞之法律行爲之成立或意旨。法律行爲之成立或意旨。令爲證人而與聞者證明之。頗爲確當。因其預備作證人。例如中證等類是也。

(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。前權利人。指一切權利繼承之前主而言。且不限於直接前主。即前主之前主。亦在內。代理人不僅指法定代理人。委任代理人而言。即無權代理人。及事實上之輔助人亦在內。

就相爭之法律關係。曾爲前主或代理人者。其權利義務。在自己雖已消滅。然使其證明從前所爲之行爲。頗覺確當且易得事實之真相。

證人拒絕證言。應於訊問期日前或於該期日。向法院或受命推事或受託推事。陳明拒絕之原因事實。(二九七條首項)拒絕證言之原因事實。除陳明外。並應由證人依二七二條規定釋

明之。但法院、或受命推事、受託推事。酌量情形。亦得命證人具結。以代釋明。(二九

七條次項三〇九條)又法院書記官。應將拒絕證言之事由。通知當事人。(二九七條末項)此項通知。不過

使當事人。得爲他項準備起見。非必依送達程式爲之。且卽不爲通知。亦不爲訴訟程序之瑕疵。拒絕證言之當否。應由受訴法院裁定之。(二九八條首項)蓋證人拒絕證言。如當事人

以爲有理由。則可視爲捨棄人證。毋庸更爲裁判。然當事人若以爲無理由。則當事人與證人間。將生爭議。自應由受訴法院。以裁定宣示拒絕之當否。並於裁定前。訊問當事人。與以陳述之機會。如當事人於期日。一造不到場。卽訊問到場之他造而後裁定。如兩造均不到場。則毋庸另爲訊問。卽行裁定。其裁定以拒絕證言爲正當者。當事人得爲

即時抗告。以拒絕證言爲不當者。證人得爲即時抗告。抗告中應停止執行。(二九八條次項)所謂停止執行。即停止訊問程序。俾證人不致陷於僞證也。至證人於受命或受託推事前。

陳明拒絕證言者。其拒絕之當否。亦由受訴法院裁定之。(三〇九條但書)但應否允許公務員爲

證人。應由國民政府決定。法院無審查其當否之權。(參照二九四條)

人具結義務。被傳之證人。應於訊問前或其後。向受訴法院或受命推事受託推事前。

分別具結。以擔保證言之真實。(三〇〇條)但左列甲乙之人。爲證人者。不得令其具結。左

列丙丁戊之人。爲證人者。得不令其具結。(三〇二條)

甲 未滿十六歲者。此項規定。亦由模倣外國立法例而來。(查德日民訴法。及英國

舊法。訊問時。未滿十六歲之證人。免除宣誓義務。)余謂未滿十六歲人。經法官曉

諭。亦未嘗無理解具結之意義者。與其法律上設一定年齡。以爲免除具結之標準。不

如由法官本於自由心證。認定一定年齡之人。有無具結能力之爲愈。(今之英國法。

已廢去此項規定。)

乙 精神障礙者。此卽年齡達十六歲以上。而其人係瘋癲白癡是也。至於素具精神上之發達。而因疾病或其他災厄。於訊問時。缺少知能。不能理解具結之意義及效果者。亦包在內。

丙 有二九五條第一項第一款第二款情形。而不拒絕證言者。證人依本法第二九五條、第一項、第一款、第二款。有拒絕證言之權利者。若令其具結而爲證言。非特證言不足據。適足以構成僞證之罪。故此項證人。雖不拒絕證言。亦應免除其具結義務。但就二九六條所揭示事項訊問者。仍應具結。

丁 當事人之受雇人。或同居人。受雇人。指由雇傭契約爲雇人者而言。一二日之臨時雇人。不在內。同居人不問親戚故舊。凡同家居住。且共同生活者皆是。受雇人與雇用人間。及同居人間。不免別有情義。故免其具結。

查日本民法(二九七條)規定。同居人及雇人。被傳爲證人者。得拒絕證言。又前清律例。親屬相爲容隱門。亦有奴婢雇工人。爲家長隱者。皆勿論等語。本法祇許其得不具

結。而不許其拒絕證言。良亦爲便於蒐集證據起見也。

戊 就訴訟之結果。有直接利害關係者。此卽於訴訟事件之裁判。或於訴訟標的。有利害關係者。例如共同權利人。共同義務人。保證債務人是也。

以上五者。如不令其爲證人。則事實上缺少參考之資料。如必令其負具結義務。又不免使受僞證之處分。故此等人有證人能力。而無具結能力也。但甲乙二者。絕無具結能力。而丙丁戊三者之有無具結能力。仍由法院、或受命推事、受託推事。酌量情形定之。至未令具結之證人。所爲證言。有如何證據力。由法院自由判斷。又誤令無具結義務之證人具結。而訊問者。其證言亦可酌量採用。

證人有到場義務。證言義務。具結義務。既述矣。但此三者。乃公法上之義務。除法律許予免除此項義務者外。如有違背。法院得用職權干涉主義。依左列方法。加以制裁。此項制裁。在受命推事受託推事亦得行之。(三〇九條)

一 證人違背到場義務者。法院應以裁定。科五十元以下之罰鍰。此項制裁。必具備左列

二件者。方適用之。(二九〇條首項)

(1) 證人受合法之傳喚者。合法之傳喚。謂傳票合於二八六條之規定。傳票之送達。合於一二四條以下之規定。並與證人以能到場之相當期間也。

(2) 證人無正當理由而不到場者。有無正當理由。由法院酌量判斷。例如天災。或其他不可抗力。可謂正當理由。誤信為非傳自己。或因過失。不知傳票之送達。不得謂為正當理由是已。不到場。指點呼時。並至該期日終了。始終不到。(九五條)或於期日終了前。未經審判長許可。擅離訊問處所(三四條)者而言。至證人妨害法庭職務。或其他不當行為。被命退出法庭者。(法編制法六一條)亦在內。

證人具有右二情形者。即屬違背到場義務。法院應對該證人。為前述之裁定。證人已受此項裁定。仍不到場者。應再以裁定。科以百元以下之罰鍰。受此第二次裁定之證人。得拘提之。拘提證人。通常由執達員、或司法警察執行。但拘提現役之軍人軍屬。應囑託該管官長執行之。(二九〇條第(二)項第(三)項)

證人之拘提。亦由法院以裁定爲之。此項裁定。與第一次及第二次科罰之裁定。均得即時抗告。抗告中應停止執行。(二九〇條末項)但受命推事或受託推事。爲此等裁定時。祇得向受訴法院聲明異議。不得徑行抗告。(四五〇條)

二 證人拒絕證言。或具結者。法院應以裁定科五十元以下之罰鍰。但證人於具結無拒絕權。而於證言。則有拒絕權。故證人拒絕具結時。不問其有無呈明原因。皆應爲此裁定。以制裁之。而拒絕證言時。則必有左列情形之一者。方可爲此項裁定。(二九九條)

(1) 證人不呈明拒絕之原因事實。而拒絕證言者。此卽證人於拒絕證言前。未依第二九七條規定。呈明拒絕之原因事實也。若既呈明。而僅未釋明其事實者。不適用之。又拒絕證言。指證人不遵命陳述。或於訊問中。擅離訊問處所而言。至於訊問前後。離去訊問處所者。應解爲違背到場之義務。

(2) 以拒絕爲不當之裁定。已確定後。而證人仍拒絕證言者。證人雖呈明拒絕之原因事實。然法院依第二九八條規定。爲拒絕不當之裁定。已確定後。仍有證言義務。若

更拒絕。自應科罰。但證人如於該裁定確定後。主張新事實。以拒絕證言者。法院應就拒絕之當否。另行裁定之。

證人有右列情形之一者。即屬違背證言義務。法院應對該證人。為前述之裁定。若證人於違背到場義務後。復違背證言義務者。法院並得於為第二九〇條之裁定後。更為前述之裁定。因此兩種裁定。別為一事故也。

法院於違背證言或具結義務之證人。以裁定科罰時。得為即時抗告。其抗告有停止執行之效力。(二九九條次  
項三〇三條)但由受命推事或受託推事。為此裁定者。惟得向受訴法院聲明異議。不得徑行抗告。(四五〇條)

#### 第四 人證之聲明。

人證程序。由聲明人證而開始。聲明人證。應表明左列各款事宜。(二八五條)

一 證人。除表明姓名外。並應表明其住居所職業等。蓋恐與他人相混。且法院無從傳喚也。如證人所在不明。或交通不便地者。並應聲請定訊問期間。(二七四條)

二 訊問事項。此項記載。爲使法院及他造。得知就如何事項訊問也。如其聲明有不明瞭。不完足者。應令敘明或補充之。(二一九)但法院訊問證人。並不受當事人所舉訊問事項之拘束。此觀諸三〇六條。可瞭如指掌也。

第五 證人之傳喚。

證人除與舉證人一同到場者外。應傳喚之。其由受訴法院傳喚者。由該法院書記官作傳票。送達於證人。其由受命或受託推事傳喚者。由該推事所屬法院之書記官。作傳票。送達於證人。(一八五)此等傳票。應記明左列各款事項。(二八六)

- 一 證人及當事人。蓋使證人豫知爲何人之訴訟被傳。且能否拒絕證言也。
- 二 證人應到場之日時及處所。此依審判長受命或受託推事所指定者記之。
- 三 證人不到場時應受之制裁。此即第二九〇條所規定之制裁。
- 四 證人請求旅費及日費之權利。此層應參照第三一〇條之規定。
- 五 法院。祇須記明法院之名稱。不必記明何庭何審判長何推事。

傳票除記明右列五款外。審判長（或受命推事或受託推事）若認證人。非有準備。不能爲證言者。應令書記官。或自行於傳票內。記明訊問事項。（二八六條末項）此項記載。可依當事人證據之聲明爲之。傳喚證人。若被傳者爲左列人。尙有特別程序。

（1）現役之軍人軍屬。傳喚現役之軍人軍屬。爲證人者。除向該管長官。或囑託該管長官。送達傳票（一三〇條）外。審判長（或受命推事或受託推事）應併通知該管長官。求其允許證人到場。若被傳之人。礙難到場。該長官應通知其事由於受訴法院、或受命推事。受託推事。（二八七條）此項通知。毋庸依送達程序。

（2）在監所人。傳喚在監所人爲證人者。除向該監所長官送達傳票（一三三條）外。審判長（或受命推事或受託推事）應併通知該監所長官。求其解送到場。若證人礙難到場。該

監所長官。應通知其事由於受訴法院、或受命推事、受託推事。（二八八條）

傳喚證人之傳票。不許用公示送達。蓋公示送達。限於對當事人爲之也。（二八五條）

第六 證人之訊問。

第二編 第一審程序 第一章 通常訴訟程序

三四七

證人之訊問。可如左列情形。分別說明之。

一 證人之具結。受訴法院（或受命推事或受託推事）訊問證人者。除先問其姓名、年齡、職業、住所、並依其所攜帶之傳票、確定其人無誤外、即應調查該證人。有無具結之義務。若認有三〇二條情形者。應不令具結。或可不令具結而訊問之。若認爲無此情形者。應於訊問前。令其具結。如證人有數人。並應令其各別具結。不許同一具結。但應否具結有疑義者。得於訊問後行之。蓋恐使陷於僞證也。（三〇條）

不論證人之具結。在訊問前。或訊問後。審判長（或受命推事或受託推事）應於證人具結前。諭知僞證之罰。（三〇條）（條次項）惟此不過爲訓示之規定。雖有違背。亦不得以爲上訴之理由。然應具結之證人。不令具結。而採用其證言者。足爲上訴之理由。

證人於訊問前具結者。結文內應記明必爲真實之陳述。決無匿飾增損等語。於訊問後具結者。結文內應記明已爲真實之陳述。並無匿飾增損等語。此等結語。法院書記官。應朗誦之。於必要時。並應說明其意義。又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。并記明其事由。(三〇一條)

二 多數證人之訊問。訊問多數證人。應隔別行之。但陳述互異者。得命證人對質。(

三〇四條) 所以隔別訊問者。恐後受訊問之證人。其證言與前受訊問者。有附和雷同之弊。或故意爲反對之陳述也。所以令其對質者。俾法院、或受命推事、或受託推事。於兩證言相齟齬時。得確信何者爲真實。並非使各證人互相辯難駁擊也。

三 訊問之處所。訊問證人。在受訴法院內。或受命推事受託推事前行之。(二九二條)

但在訊問期日終了前。證人非經審判長、或受命推事、受託推事許可。不得離去法院。或其他訊問之處所。(三〇四條) 此爲便於更行訊問也。

四 訊問之程序。審判長(或受命推事或受託推事)對於證人。首應訊問其姓名、年齡、職業、及住居所。於必要時。並應訊問證人與當事人之關係。及其他關於證言信用之事項。例如訊問證人與當事人。有無嫌隙。或是否戚友。或同居是也。

證人之陳述。不得朗誦文件。或用筆記代之。恐其易爲虛偽之陳述也。但經審判長(或

受命推事或受託推事）許可者。仍得藉文件或筆記。以爲陳述。例如關於文詞或算數之陳述。或於言詞陳述後。當場作親供狀。以附於筆錄是也。（三〇）證人於訊問期日終了後。提出書狀。以補充或更正從前之言詞陳述者。不可採用。但法院或受命推事受託推事。認有再行訊問之必要者。不在此限。

審判長（或受命推事或受託推事）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。（三〇）所謂必要之發問。由審判長受命推事受託推事等。依職權行之。故雖未經表明於傳票之事項。亦得向證人發問。

在受訴法院。訊問證人時。通常由審判長發問。陪席推事欲對證人發問。應先告明審判長。至當事人本不得對證人自行發問。然得以其所欲問之事項。聲請審判長（或受命推事或受託推事）間接發問。審判長（或受命推事或受託推事）亦得許可當事人。對證人直接發問。若當事人或證人。於應否許可發問有異議。例如審判長。就證人職務上應守秘密之事項。許可發問。而證人聲明異議者。法院應以裁定裁判之。（三〇）對此裁定。不

得聲明不服。(三〇七條未項)但對受命推事受託推事之裁定。得向受訴法院提出異議。(四五〇條)關於當事人對證人直接發問一層。大陸法系與英美法系不同。本法規定。當事人自行發問。必經許可者。係為防避當事人之喧擾起見。此大陸法系主義也。然考之英美法系諸國。當事人及其代辦人。不特得隨意詢問。自己所舉之證人。並得隨意詢問對造所舉之證人。此雖無明文規定。要亦由數百年以來之經驗。馴致於此。余謂此種辦法。足以防遏證人虛偽之陳述。實大陸法系所不及也。

訊問證人時。當事人有臨場之權利。若法院(或受命推事或受託推事)認為證人在當事人前。不能盡其陳述者。得於陳述中。命當事人退庭。但證人陳述畢後。審判長(或受命推事或受託推事)應就其陳述。訊問當事人。(三八〇條)使得主張自己之利益。

此外如法院(或受命推事或受託推事)應定訊問期間。(二七四條)書記官應作訊問筆錄。(二七六條)及得於管轄區域外訊問。(二七九條)得命補充或再行訊問。(二八二條)等。參照前款說明可也。

## 第七 證人請求費用之權利。

證人已盡到場之義務者。得請求法定之日費及旅費。(三一〇條)此項請求。在受訊問時。無論已。即因當事人捨棄人證。或自己拒絕證言。而未受訊問者。亦得爲之。其請求之額數。以訴訟費用規則規定爲準。所謂法定者此也。惟請求此項費用。應向調查證據之法院。或受命推事。受託推事聲明。不得對於當事人請求。蓋證人之義務。係公法上之義務。故其請求費用之權利。亦爲對於國家之權利。縱使國家所給。較少於實數。或證人因逾期。不能向國家請求。亦不能求償於當事人。又或當事人與證人間。有私法上之約定。而當事人因證人不到場。致受損害。或證人因傳喚。或其他事由。致受損害者。要不過惹起私法上之賠償問題。而與證人之義務。及其費用請求權無涉。

證人請求法定之旅費日費。應於訊問畢後十日內聲明。(三一〇條次項)過此期間。即失其請求之權。至受訴法院。就該聲明所爲之裁定。得爲即時抗告。但對於受命推事受託推事所爲之裁定。不得抗告。惟得向受訴法院提出異議。(四五〇條)

證人所需旅費。本應於訊問畢後支給。但證人有無力墊付。及其他必要情形。致不能履行證

人之義務者。亦得聲請預行支給相當之額。(三一〇) 條末項此項支給之費。通常由法院命當事人預納。當事人如不預納。法院不得藉此拒絕證人之請求。

第八 受命推事。受託推事。訊問證人時。所有之權限及職務。

上述受訴法院或審判長。就訊問證人。所有之權限及職務。於受命推事。或受託推事。訊問證人時亦有之。權限如對證人爲科罰及拘提之裁定。或將此項裁定撤銷。或應否許可當事人之發問等是。職務如訊問證人與當事人之關係。及命證人陳述等是。但拒絕證言之當否。雖在受命推事。受託推事。訊問證人時。亦應由受訴法院裁判之。因其於訴訟有重大影響故也。

。(三〇) 九條

終有言者。查日本民訴法(三〇) 三條有拒却證人之規定。本法祇許拒却鑑定人。(三一) 八條而不許拒却證人。良以證言之真僞。法院既得適用自由心證以判斷。當事人亦可提出證據抗辯而爭執。且證人又不如鑑定人之可以更換故耳。

### 第三款 鑑定

第一 鑑定之意義。及其證據力。

第三人就法院、或受命推事、受託推事。所指示之訴訟資料。而報告自己意見者。曰鑑定。

此第三人曰鑑定人。鑑定人與證人。雖均為訴訟之第三人。然證人報告事實。鑑定人報告意見。證人之報告。有具體的而無抽象的。鑑定人之報告。有具體的。（例如報告二種筆跡。是否相同。）亦有抽象的。（例如報告習慣法。或外國現行法之有無。及其解釋如何。）或曰。鑑定人要有特別智識。而證人則毋庸有特別智識。此二者最顯著之異點。不知依特別智識。得知已往之事實者。雖鑑定亦證人。（學者稱為鑑定證人）例如對於曾經診病之醫師。訊問病狀。或對於曾經監工之技士。訊問工程狀況者。雖似鑑定。仍應作為證人。其訊問程序。適用關於人證之規定。（三二六條）故其人如再傳不到場。得命拘提。當事人對於其所為陳述。不得拒却。此外所有具結之程式。及費用之請求。均應依證人辦理。不得依鑑定人辦理。然

此等證人。若除報告已往之事實外。更令其陳述意見。例如於醫師報告病狀後。復問其此病能否救治。或於技士報告工程後。復問其該工程是否合宜者。則該證人兼有鑑定人之性質。除適用證人之規定外。並應適用鑑定之規定。

鑑定有二義。一以自然人爲鑑定人。適用三一一條至三二六條之規定。一以法人或其他機關爲鑑定人。卽本法所謂法院得依職權囑託相當之公署或法人。陳述或審查鑑定意見（三二七條）者是也。此種鑑定人。無到場具結等義務。故與自然人爲鑑定人者不同。例如法院囑託商會。報告商事習慣。或囑託醫院。說明醫學上之法則時。不得令受囑託者。到場訊問。或令其具結。但囑託公署或法人。指定自然人爲鑑定人。而由法院選任者。不在此限。法院於此二種鑑定。得以裁定。自由選擇其一。或並用之。當事人對於此等裁定。不得抗告。

鑑定有參用於他種證據方法者。如核對文書筆跡。及勘驗時是也。（三五一條  
三五八條）

鑑定人必於他人之訴訟。方可爲之。故當事人本人。及其法定代理人。不得爲鑑定人。又共同訴訟人。就關於自己之事實。亦不得爲其他共同訴訟人之鑑定人。但推事於其所辦理之訴

認。得爲鑑定人。不過職務之執行。則應迴避耳。(三二)  
鑑定有如何之證據力。亦由法院依自由心證判斷之。此與證言之證據力同也。

## 第二 鑑定人之義務。

鑑定人之義務。亦公法上之義務也。然其範圍。則較證人之義務爲狹。蓋一則不問何人。均負擔之。一則惟左列各款之人。於他人之訴訟。有爲鑑定人之義務。(三一)

一 經公署委任爲鑑定人者。例如檢驗吏。及法院選任之醫師。或古董評定人是也。但此項鑑定人。亦須委任爲種類之鑑定。若命醫師。評定古董之價值。或命古董評定人。檢查病死之原因。則不得責令其負擔鑑定之義務矣。

二 從事於鑑定所需之學術技藝或職業者。例如醫師工程師是也。但不以自己從事於鑑定所需之學術技藝或職業者爲限。即經公署委任或允許而從事者。如各公署之技士。受開業許可之醫師、藥劑師、產婆等。亦在內。

鑑定人之義務。亦有到場義務。鑑定義務。具結義務三種。頗與證人之義務種類相同。有違

反此等義務者。亦與證人之違反義務。受同一制裁。但有左列特別規定。

(1) 鑑定人之不遵傳到場者。不得拘提。(三二六條)證人再傳不到。雖得拘提。(二九〇條)鑑定人則祇得科罰。不得拘提。此因證人陳述自己實驗之事實。有舍此莫屬之勢。鑑定人則凡有鑑定之智識者。可以代為。非限於特定之人也。

(2) 鑑定人拒絕鑑定之理由。雖不得為拒絕證言之理由者。法院亦得免除其鑑定義務。(三一七條)例如同居人之出生、死亡、婚姻等事項。雖證人與當事人有親屬關係。亦不得拒絕證言。(二九六條)而在鑑定人。則可拒絕鑑定。蓋鑑定此等事項。非如證人之必須親屬為之也。然許鑑定人。隨意拒絕。又恐違反法律設立鑑定義務之本旨。故鑑定人就不得拒絕證言之事項。而拒絕鑑定者。尤須有正當之理由。此項理由。由法院之意見定之。例如鑑定不勝任時。不妨准其拒絕也。

(3) 鑑定人由受命推事、或受託推事選任者。其拒絕鑑定之當否。由該推事裁判之。(三一七條)拒絕證言之當否。雖該證人由受命或受託推事訊問者。亦由受訴法院裁判之。(三二七條)

○二九八條三然拒絕鑑定之當否。惟受命或受託推事所訊問之鑑定人。由受訴法院選任者。○九條但書歸受訴法院裁判。若由受命或受託推事自行選任者。則由該推事裁判之。此爲事權一致起見也。但對於該裁判之異議。仍應提出於受訴法院。○四五條又拒絕鑑定之其他程序。應依二九七條二九八條辦理。

### 第三 鑑定之聲請。

當事人聲請鑑定。應表明鑑定事項。○三一以便法院得斷定有無鑑定之必要。然鑑定人則毋庸表明。因鑑定人通常由法院○二條（或受命推事或受託推事）選任撤換並定其人數故也。○參照三一○四條此聲請鑑定與聲明人證不同之處也。○三條三一

### 第四 鑑定人之選任撤換及傳喚。

鑑定人由受訴法院選任。其應用一人或數人。並已選任之鑑定人。應否撤換。亦依受訴法院之意見定之。○三一三條故受訴法院。認鑑定人無多數之必要者。得限制其人數至一人。又認已選任之鑑定人。未能勝任者。亦得自由改選。均不必訊問當事人。與以陳述之機會。但

受訴法院。不能擇定適當之鑑定人者。仍得命當事人指定應選任之鑑定人。(三一二條次項)鑑定人經兩造合意者。法院應依其合意。又鑑定外國文件或產物。而被任之自國鑑定人。又無鑑定能力者。得任外國人爲鑑定人。此在日本民訴法具有明文。本法雖無規定。要亦可同一解釋。但被任之外國人。應在內國法之支配下。

鑑定不論由受訴法院自行。或使受命推事、受託推事行之。而應否許爲鑑定。均由受訴法院裁定。受命推事。受託推事。則無裁定權也。且受訴法院所選任之鑑定人。受命推事。受託推事。亦不得更易之。然受訴法院。使受命推事。受託推事。行鑑定程序。不自選任鑑定人者。仍得委該推事選任之。被委之推事。且得依自己意見。定鑑定人之人數。並有撤換鑑定人。及命當事人指定鑑定人之權。但受命推事。受託推事行勘驗時。無須受訴法院委任。當然得命鑑定人參與。(三五八條)

應訊問之鑑定人。現時到場者。受訴法院。可即時訊問。毋庸另行傳喚。否則應依一五八條規定。指定期日。由書記官作傳票。送達於鑑定人令其到場至受訴法院。使受命或受託推事

。行鑑定程序時。由該推事指定期日及處所。將鑑定人傳喚之。(二七五條末項) 受訴法院。受命推事。受託推事。傳喚鑑定人時。不得用公示送達。(二五條) 且其傳票。應依證人傳票之程式。

(二八六條  
三一一條)

第五 鑑定人之拒却。

證人不許拒却。既述矣。然鑑定人則得拒却。因其陳述意見。且非限於特別之人爲之故也。茲將拒却鑑定人之原因、時期、程式、及關於拒却之裁判。分述於左。

一 拒却之原因。當事人對於鑑定人之選任。不得聲明不服。然得依聲請推事迴避之原因。拒却已選任之鑑定人。故鑑定人有第三二條各款情形之一。或有其他情形。足認其鑑定。有偏頗之虞者。當事人得向選任鑑定人之法院。或受命推事。受託推事。聲明拒却。但不得以鑑定人。於該事件。曾爲證人或鑑定人。爲拒却之原因。(三一八條首項) 蓋鑑定人雖於同一事件。曾爲證人。或於該事件之前審。或證據保全程序。曾爲鑑定人。而受訊問者。尙難謂其鑑定必流於偏頗也。

二 拒却之時期。 聲明拒却鑑定人。應在鑑定人選任後。自無疑義。然選任後。如許隨時拒却。又恐當事人藉圖拖累。致滋流弊。故於鑑定人已就鑑定事項。有所陳述。或已提出鑑定書後。當事人不得聲明拒却。但能釋明拒却之原因。發生或知悉在後者。仍得於陳述鑑定事項。或提出鑑定書後拒却之。(三二八條次項)

三 拒却之程式。 聲明拒却鑑定人。應釋明其原因。向選任鑑定人之法院或推事爲之。(三一九條)故鑑定人由受訴法院選任者。不論受訴法院自行訊問。或使受命推事受託推事訊問。應均向受訴法院聲明拒却。鑑定人由受命推事。受託推事選任者。應於該推事前聲明拒却。不得向受訴法院爲之。但無論向法院聲明。或向受命推事。受託推事聲明。均應釋明拒却之原因。若拒却之原因。發生或知悉在後者。並應釋明發生或知悉在後之事實。

四 關於拒却之裁判。 拒却鑑定人之聲明。是否正當。由選任鑑定人之受訴法院。或受命推事。受託推事裁定之。(三二〇條首項)此與裁判拒絕鑑定之當否。同一規定也。(參照三一一條三一)

七條次項)以拒却爲不當之裁定。由受訴法院爲之者。得爲即時抗告。其由受命推事。受託推事爲之者。不得抗告。惟得向受訴法院提出異議。待受訴法院。以裁定認異議爲不當時。方可抗告。又以拒却爲正當之裁定。不得聲明不服。故此項裁定。於宣示或送達後。即時確定。但由受命推事。或受託推事。爲此裁定者。雖不得抗告。仍得向受訴法院提出異議。(三二〇條次項)

#### 第六 鑑定人之訊問。

訊問鑑定人。首應問其姓名、年齡、職業、及住所居所。次卽命其具結。其他訊問程序。與訊問證人時。無大差異。惟鑑定人所具結文。應記明必爲公正誠實之鑑定。且具結須在鑑定前。(三二一條)不得延至鑑定後。此因被選任之鑑定人。斷不至鑑定後。始知其有鑑定義務也。鑑定人具結後。法院或受命推事。受託推事。得行左列事宜。

一 得命鑑定人。具鑑定書陳述意見。證人之陳述。應用言詞。(三〇五條)鑑定人之陳述。則得用鑑定書。非必以言詞爲之。蓋鑑定人陳述意見。自不得與證人之陳述事實。相提

並論也。鑑定人所具鑑定書。如受訴法院。受命推事。受託推事。認為有說明之必要者。得命其一人或數人到場說明之。(三三二條)命鑑定人陳述意見。及到場說明鑑定書之裁定。不得抗告。

二 鑑定人有數人者。得命其共同或各別陳述意見。(三三三條)證人有數人時。應隔別訊問。(三四條)鑑定人則無隔別訊問之必要。如各人意見不同。儘可各別或共同陳述。且比較的以共同陳述為宜。命共同或各別陳述意見之裁定。亦不得抗告。

三 鑑定所需資料在法院者。應告明鑑定人。並准其利用。(三三四條首項)在法院之鑑定資料。例如訴訟卷宗是。此項資料。所以必告明。並准利用者。為期鑑定之確實也。但鑑定人為準備鑑定起見。得向法院。或受命推事。受託推事。聲請調取證物。或聲請訊問證人。或當事人。經許可後。並得對於證人。或當事人。直接發問。(三三四條次項)

此外如書記官應作訊問筆錄。及命補充或再行鑑定(二七六條二八二條)等。參照前款說明。

第七 鑑定人之權利。

鑑定人之權利。除得行使拒絕權（三一七條）外。更得行使其請求權。此項請求權之標的有三。一法定之日費旅費。即訴訟費用規則所定每次到庭費。及每日滯留費。各給以五角以上。五元以下。並在途旅費。應按實數計算者是也。二鑑定墊款。即行鑑定時。所墊發之款。亦應按實數計算。三相當報酬。即對於鑑定勞力之報酬。其數額由法院或受命推事、受託推事酌定之。（三二五條首項）此三種請求權。俱為公法上之權利。雖當事人未經預納。亦不得拒絕其請求。惟亦須於訊問畢後。十日內聲明請求權。關於此項聲明之裁定。得為即時抗告。（三一〇條）又鑑定所需費用。本應於鑑定後。始能給發。但亦得依鑑定人聲請。預行支給相當之額。（三二五條次項）法定之日費旅費。若鑑定人已盡到場義務者。雖拒絕鑑定。或被拒却。或被撤換時。亦得請求之。但於相當報酬。則不可同日而語也。

尤有言者。鑑定除上述各種情形外。準用關於人證之規定。（三一一條）余謂鑑定準用人證。仍須不抵觸鑑定之性質。例如第三〇二條之規定。於鑑定人即無準用之必要。蓋現今社會。頗多專家技術。自不致以無具結義務者。為鑑定人也。

中華民國二十年九月出版

民事訴訟法論 (上册)

定價大洋一元六角

(外埠酌加寄費)

著者

陳康

煥

允棟

出版者

上海法學編譯社

印刷者

上海會文堂新書局

總發行者

上海會文堂新書局

分發行所

漢口交通路  
廣州永漢北路  
北平楊梅竹斜街  
瀋陽鼓樓北  
濟南西門大街  
長沙南陽街

會文堂新書局

總發行所 上海 拋球場 會文堂新書局

不許翻印

