

中央政治學校

法官訓練班法律叢書

謝冠生 主編
王建今 編
余覺 著

民事訴訟法實用

中卷

大東書局印行

中華民國三十六年三月三版

中央政治學校
法官訓練班法律叢書

民事訴訟法實用（中卷）

每冊實價國幣八元一角

（外埠酌加郵運包裝費）

編著者

余

冠

覺

主編者

謝冠

建

生

發行人

陶

百

川

印刷者

大

東

書局

發行者

大

東

書局

發行所

大

東

書局

上海福州路三一〇號

上海福州路及各省市

民事訴訟法實用中卷目錄

第二編 第一審程序

第一章 通常訴訟程序

第一節 起訴

第二節 言詞辯論之準備

第三節 證據

第一目 通則

第二目 人證

第三目 鑑定

第四目 書證

第五目 勘驗

第六目	證據保全·····	二七六
第四節	和解·····	二八五
第五節	判決·····	二九八
第二章	簡易訴訟程序·····	三八四

民事訴訟法實用（中卷）

余 覺 編 著

第二編 第一審程序

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

第一章 通常訴訟程序

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

第一節 起訴

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

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

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

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

訴因原告所求判決之內容不同，可分爲左列三種：

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

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

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

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

以確認之訴爲有理由，從原告之主張所爲確定法律關係成立與否之判決，固爲確認判決，以確認之訴爲無理由，而駁回之判決，亦爲確認判決，因此判決乃確定原告，無求確認判決之權也。

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

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

以形成之訴爲有理由，認其爲標的之權利存在，而使生法律上效果之判決，雖爲形成判決，然以其訴爲無理由而駁回之判決，則爲確認判決，因此判決乃確定原告無求形

或判決之權也。

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

甲、訴訟成立要件 即法院開始本案訴訟之必要條件，其事項如左：

一、訴訟事件屬普通法院之權限。

二、訴訟事件屬各訴訟法院管轄（二七條）。

三、原告及被告有當事人能力（四〇條）。

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

五、由訴訟代理人起訴者，其代理權無欠缺（七五條）。

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

七、同一事件別無訴訟繫屬（二五三條）。

八、非於本案經終局判決後撤回，復提起同一之訴（二六三條二項）。

九、訴訟標的未經確定判決裁判及和解（三八〇條三九九條）。

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

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

除上述為訴訟成立要件之事項外，尚有所謂訴訟障礙之事項。其事項如左：

一、有供訴訟費用擔保義務之原告，不任擔保（九六條一〇一條）。

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

效之當然結果。(民事公斷暫行條例一條)

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

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

乙、權利保護要件 即當事人受有利於己之本案判決之必要條件。其事項如左：

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

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

約之私法上請求權，他造當事人得爲同時履行之抗辯時，如已屆履行期，則雖原告未爲對待給付之提出，亦應認爲已備此要件。在確認之訴，須原告有即受確認判決之法律上利益（二四〇條），在形成之訴，則於法律所認之形成權存在時，當然有受形成判決之法律上利益。

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

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

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

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

最高法院二十七年四月二十日民庭庭長會議決議錄

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

最高法院三十一年十一月十九日民事庭總會決議

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

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

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

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

第二百四十四條 起訴應以訴狀，表明左列各款事項，提出於法院爲之：

一 當事人及法定代理人。

二 訴訟標的。

三 應受判決事項之聲明。

訴狀內宜記載因定法院管轄，及其適用程序所必要之事項。

第二百六十五條所定準備言詞辯論之事項，宜於訴狀內記載之。

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

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

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

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

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