

民事訴訟法

(上)

2006



李木貴 講述

D925.1

31

D925.1

31

-1

民事訴訟法

(上)

2006



李木貴 講述

二〇〇〇年序

由於銘傳大學法學院武院長之邀，擔任民事訴訟法課程，進入第四年，回想在一九九二年十一月，京都大學谷口安平先生，以一國際知名的民法學者，對一個完全陌生的我，積極的引介之下，始得以招聘外國人學者身分，到京都大學大學院法學研究科，從事有關日本民事保全法的研究，名為研究，實際上是從民事訴訟法的基本問題開始研讀，更精確地說，是從法學入門開始讀起，短短的一年又十天的日子裡，沒有什麼可以傲人的成果，卻深深感受到即使是表面看似基本無疑的問題，單單求其本義所在，仍須虛心、勤快、不倦地去研讀、思考、求教，才可能有所得。理論法學與實用法學、實體法與程序法間的密切關係，是過去未曾體會到的。

有機會在學校與同學們一同研討民事訴訟法，是本於教學相長的心態，希望幫助同學進步，也逼自己進步，三年多來，自己也做了相當數量的筆記，可以說同學的進步，也是我自求進步的原動力之一。在教學上，我把對同學的期待定得較高，總希望同學能知道民事訴訟法的研讀，如同其他學科，不是教科書上理論背誦而已，而是要重其本質所在，重視讀書的真誠，日後能兼備「能夠將其所學，把握要件，適當地運用於個案，就法律規定作整體觀察，探求法律真意，不會因為拘泥於理論而妨礙法律的合理適用」的能力。於是乎在民事訴訟法的解釋與研討上，不單著重在文義與理論，也重視其歷史與淵源，並從實用法學的角度，求取合理、合法的判斷與解決。為了接近期待目標，不得不將日本大學四個學分的民事訴訟法課程，一般所認為須講授的內容，密集地在三個學分課程中講授，我也心知這樣的方式，同學是很辛苦的，可是，我也相信，只有取法乎上，才能得乎其中。

這一年的課程，有更多的同學，已經意識到上課的內容，單純在課堂上聽一遍，是不夠的，很辛苦地分組、錄音、記錄、整理，以便留下複習的資料，著實讓我感動，儼然已看到法律人的生力軍。可是課堂上，為了讓同學能夠多思考一些基本問題，並沒有照坊間教科書講授，有些是還沒有定論的基本問題，中文資料也不一定提出或提供參考意見，還是拿到課堂上講授，有時候可能因為自己的誤解、口誤，有不盡妥適或不足的地方，照理講，應該將各不同組別的筆記，都過目一次，以便修正自己的錯誤，以免誤人，可是，由於時間上不允許，只看其中一組的筆記，希望其他同學再參看個人的補充修改處。所要強調得是，法學是不斷的進步，也會因應自己的經驗、社會事實變化而修改、改變，筆記內容也只是當時的看法而已。法學是科學，也是藝術，仍然見仁見智，難以定論，不能照單全收，而是要作為自己法律思考訓練項目，作為青出於藍的踏腳。

筆記的第一階段完成，同學索序甚誠，是以為序。

二〇〇〇年三月一日

二〇〇一年序

二〇〇〇年六月，銘傳九〇級法乙的民事訴訟法課程結束後，原筆記小組的同學留下逐字筆記，因為大四功課繁忙，筆記小組解散了，只有許立穎同學堅持按原第一階段筆記的標準，繼續整理，約經一學期完成初稿，先給我過目，我只粗略地看了一次，發現逐字筆記，很多不適合閱讀，也有因為監時加課，同學準備的錄音帶不夠或錄音不良的地方，沒有錄到講課內容，講錯、講漏的地方也不少，部分是許同學特別標示希望再做補充。因此由我個人斷斷續續地作重點式的文字修整、補充，並將已發現錯誤的地方加以改正，交由一九九八年畢業回來旁聽的陳威志同學幫忙打字，再轉由許同學打字、編排，因為有許、陳二位同學的堅持與幫忙，終於在二〇〇一年六月十二日完成，使得筆記有了較好的面貌，為使同學能在離校前後，拿到全年筆記，不再校對修改，希望同學能自行對照，找出未發現的錯誤。

最後在此，向以各種形式幫助完成筆記的人，表示謝意，至於筆記中所有具體、形式的錯誤以及措詞的不當，我個人都應該負全部責任，並希望能獲得指正與鞭策。

二〇〇〇年三月一日

二〇〇三年序

二〇〇〇年度共筆完成後，部分共筆內一些較詳處，不再重覆講授，加強將原來筆記中說不夠清楚的、說錯的地方，順便在共筆上作增補及修改。二〇〇二年二月間，個人每晚在京都大學大學院法律研究科研究室，思考幾年來未及講到的「略式訴訟程序」及「訴訟費用」，並草擬大綱及內容大意，同年六月，終於將此二部分講授完畢，七月上旬，利用一週不上班的時間，將此二部分內容寫下來。正困惑如何完成此次筆記不久，許立穎同學到我辦公室，談及其有意負責整理增訂筆記之勞，於是，將個人第一篇至第九篇之增補修改的稿，分次交與整理。二〇〇三年二月，逢民訴法之修正案三讀通過，必須因應作適度之修正，且又不時發現自己的疏漏及錯誤，必須為改寫、更正、補充，致使此次筆記整理速度緩了下來。幸好，有賴基隆地院江華紋小姐利用公餘協助繕打、排版，使整理速度加快，才得以告一段落。沒有二人的催促、鼎力幫忙，無法完成此次筆記，謹誌謝意。

幾年來，個人在民訴法的授課內容，一直是以標準的講義用的教材為目的，加以我國民事訴訟法之理論與實務，實際上受日本影響甚深，特別是在近幾年來新修正之民訴法，使我國屬舊法時之文獻，不足作為授課參考。所以，授課內容以個人所了解的日本民事訴訟法學之水平與通說為中心，作簡明概說及體系的闡述，以適合大學法律系初中級程度的教材，並有助於國家考試，自始即出於如何幫助學生求得「本義」，以「述而不作」的態度授課，沒有個人的創見，即使在父、母分別依民法第一〇六三條提起之否認子女之訴，為了合於我國法之明文規定文義，於實務所採傳統訴訟標的理論下，就是否同一事件判斷等相關問題，能夠有個人認為的合理解釋，在比較日本法、我國法兩國規定後，站在駱永家教授、姚瑞光老師兩人對立之兩個卓見基礎上，作了折衷的看法說明，也不是創見。

二〇〇三年民訴法修正後，可以說已經接近立法者為我國民訴法改革目的藍圖之最後一次大修正，經過三次的大修正，實質上已經等同於重新制定一部新的民訴法，研讀民訴法的難度，遠超個人以往，二〇〇三年修正之民訴法，於九月一日施行後，相信無論是法院、當事人、學者，對於新民訴法，可能有許多實務問題，依新法應如何處理，也會有處於不明確、摸索狀態的階段。無論如何，此次將修正前個人授課民訴法之筆記，逕行作小幅度的改補充數，必然仍有更多不完備、疏忽遺漏、不妥錯誤之處，期望 諸賢不吝指正。

最後，要特別強調者，此次筆記整理後，雖形式上似乎有了教科書的外觀，實際上也僅是由學生及個人共同的「民訴法學習筆記」而已，許多教科書應有的內容未列為授課範圍者，自未在本筆記內，重復敘述、編排位置不盡妥適、體系不完整、語句欠缺簡潔處，也必然不少，而且，受語

文能力及時間之限制，參考文獻不足，個人視野必有所不足。所以，對初次研讀民訴法者言，本書只能作為輔助筆記而已，無法取代教科書，即使修我個人民訴法課程的學生，仍必須找一、二本適合自己的教科書，參照課程進度先行預習及研讀。

二〇〇三年九月

二〇〇四年序

此次改版，就與上版已有之內容而言，因上版之錯誤、語句不夠清楚的、說錯的地方，雖再作修改、補強，惟基調未變。主要的增加內容，包括「數」、「多數」、「多數人」之用語說明（第一篇），被告聲請移送管轄應否准駁之說明（第二篇），關於欠缺當事人適格要件如何處理之學說增列「丁說：訴訟判決或裁定駁回說」，「中央或地方機關」之要件，胎兒在訴訟上之地位（第三篇），「我國民事訴訟第一審『訴訟判決』之適法性」（第五篇），「違法蒐集證據之證據能力」，關於舉證責任規範的法律體系上之地位學說增加「適用法規所屬領域說」、關於權利自認應否承認學說整理之再細分（第六篇），訴訟上和解之意義、性質、要件及程序、效力、解除，捨棄、認諾之要件，「終局判決之附隨的裁判 一、假執行之宣告」（第七篇），「反訴」，「中間確認之訴」，共同訴訟之判斷個別探討增「一般的確認父子關係不在之訴」「確認他人間法律關係存否之訴」（第八篇），「抗告」（第九篇），「假處分之牴觸」（第十篇），訴訟救助與法律扶助（終章），藉以稍補此本民訴學習筆記之不足。至於訴訟標的理論部分，原來有關訴訟標的理論，日本與我國相同，從新、舊訴訟標的理論之論爭後，學者間多傾向新的訴訟標的理論，實務雖因應作調整，惟基本上仍維持舊的訴訟標的理論，其後，學說上興起相對的訴訟標的理論，一度又引起討論，學者間復又壓倒性的傾向理論上可較圓滿的說理之相對的訴訟標的理論，然而實務上基於實務上之訴訟標的概念統一性以及易於操作之考量，基本上仍維持舊說。有關訴訟標的理論之論爭，可以說是處於沒有共識的「沈靜期」。不過，二〇〇〇一年，個人第二度京都大學大學院法學研究科短期研究回台，帶回一些由民法、民訴法第一線學者所寫有關訴訟標的理論論爭之回顧、再檢討之論文，值得重視，本想將這些論文加以吸收、消化後，適當的調整有關授課內容，惟因個人學能、時間所限，對部分論文仍有難懂之處，實難在短時間內完成，只好暫且維持原樣，待另尋時機再作努力。

此次修訂，由許立穎先生將其所持上版之檔案陸續以電子郵件傳送給我後，由個人自己隨機以直接打字之方式，在文字上作修改、增補，本來未曾為授課之內容部分，由於未事先作筆記，怕日後忘記而找不到出處，並在文中直接附記內容之出處，純為自己之便，希望不會因此妨礙閱讀，希望中文出處之記明，也給有意對照出處的同學，有所幫助，至於原有內容雖本皆有所據，沒有時間也懶於一一從原授課前之筆記核對併記。文字修訂的工作一直到十月十三日始停，原書內圖表部分有錯誤必須修正，又為使閱者更益理解，在本版再增加一些圖表，所有圖表由基隆地院資訊室沈李宗利用公餘重新繪制，原有版面因電子郵件傳輸、文字及圖表之增改有所變動，無法延用，有賴板橋地院江華紋利用晚間、假日協助重排，在此特誌謝忱。

須再強調者，黑格爾於其名著「法哲學原理」中言：「初學者開始時，總是挑毛病，大師則只看每件事的確切價值。」個人仍在初學階段，有幸與同學共同研討民事訴訟法，迄仍抱著述而不作的態度授課，以介紹眾多民事訴訟法學大師之基本的論述為職志，沒有任何創見。雖然本書中有一、二處，個人對於前輩的創見，作了不合論理及民事訴訟法基本知識的批判，但是，作該等批判的目的，並不是在於挑毛病，而是在於「去其一非，成其百是」，誠如（清）錢大昕所言：「學問乃千秋事，訂譌規過，非以訾毀前人，實以嘉惠後學。但……一事之失，無妨全體之善。不可效宋儒所云，一有差失，則餘無足觀耳。」，如果個人的批判正確，則是前輩萬慮中之一失，為恐個人授課學生不察因其言而信之，造成貽累，提供一個「於不疑處有疑」之思考、檢討、領悟之題材而已，相信絕不至於因一、二之非，影響前輩的大師地位，同學萬不可因此捨其全體論著，致失深入其民訴法學殿堂之機，如果該創見原本無誤，而是出於個人的誤駁，則更足顯其百是無非、個人之妄，個人應該再自我檢討。

最後要表明者，此次修訂，個人投入時間更甚於上次，越發覺得前版之疏誤，全肇於個人之罪過，總想盡力修改錯誤藉以贖過，但因無法無限期拖延作修訂及校對工作，只得擇日斷然中止，再次影印現稿示人，尚請閱者不吝指正，俾便改過，並期仍有贖過之機會。

二〇〇四年十月十三日

二〇〇六年序

(宋)宋宜獻常謂：「校書如掃塵，一面掃，一面生。故有一書每三、四校，猶有脫謬。」(摘自沈括撰，胡道靜校注，新校夢溪筆談，香港中華書局，一九八七年重印版，二六一頁)

本書上版印出後，即發現脫謬處不少，立即進行校書工作，沒想到誤謬疊出不已，更加深刻體會校書之難，前人所言不差。

此次改版可以暫告一段落，首應感謝者，為法官助理蘇碧玉，她在公餘之時，陸續將上版及本版初稿瀏覽，找出難以計數之誤謬及不足處，並代為重作目次，如無其義助，改版無期。其次，要特別表示謝意者有二，一為江華紋小姐，沒有她為上兩版排版，將全書檔案內文定位，個人無法隨意增補，雖然她已意外因故過世，無法向其傳達，仍願在此記上一筆，聊表謝意；二為沈李宗先生，由於他持續協助修訂圖表，使本書再補強視覺化、圖表化之效果，更適合初學者。

由於本書原係課堂講錄，難免有講課痕跡之太過於囉嗦及重複之紀錄，除續作必要的刪改外，此次改版作業主要在於校正誤謬、增加註解，並隨機增補不足，有些本非純民訴法範圍，而是與其相關之民事實體法、法解釋學，或屬多餘，惟係依個人在銘傳授課經驗，認為有助民訴法學習之必要。不便於本文說明者，則於註釋處補充；在作註解過程中，又發現更多錯誤並為改正，這是本次改訂過程的新收穫。另外，還有許多應加或修改註解處，或因有些已有未經散出之書籍，竟忘放置處又遍尋不著；或因原參考舊版書籍已散出；或因自己之零散筆記遺失又不記得出處；或因懶於作週全之註解；或有新版書籍本應將舊註中舊版書，改以新版書加註，卻因費時費力，半途而廢，以致同一書籍於不同處之註解，其出處新舊版夾雜不一等故，使得本版除謬誤未盡之缺失外，註釋不全之缺失，更形突顯，短期難全，不過，書後附有主要參考書籍，或可補此註解引用之不足。

本書先後數度改版並影印成冊，原僅供聽課學生減輕筆記勞苦，並請部分師長、先後進及同僚教正之用，未敢有發行之想，惟上版影印後未久，曾有外校學生以電話詢問是否可影印俾便其預習，私想本書如能助一、二非修本人課程之有心學習民訴法者，亦屬甚幸，惟當時考量講錄內容錯誤太多，僅作為自習之用，恐反害之，卻又過度自信己之改訂效能，答以快則二〇〇五年六月，慢則同年九月，諒能完成校正，屆時再行影印不遲，輕諾逾時久矣，加以經本次改版後，誤謬諒在可勉強忍受範圍內，如能耐得並與其他正式教科書互為對照比較，找出其誤而去非成是，兼補不足，相信對民訴法之學習，不無助益，乃雖明知謬誤未盡、註釋不全，猶須不斷修訂添補，仍不揣淺漏，自費發行少量，純係希望得到多一點的教正機會，尚祈閱者諒解並不吝賜正。

二〇〇六年二月二一日



前言

知道錯誤是進步的開始

舉一個讓大家思考的判決：

基隆地院 88 基簡 103 判決（節錄）

【裁判案由】：確認應繼分

原告 楊甲

被告 吳乙

右當事人間請求確認應繼分事件，本院裁定如左：

主 文

本件應再開言詞辯論……

壹、事實

原告楊甲（女，二十八年十二月二十五日生），於三十年間為被告吳王乙（女，九年十二月一日生）與被告之前配偶楊丙（男），所共同收養，嗣後楊丙被日本政府徵召充軍，於三十四年八月一日戰死沙場，被告於三十八年間改嫁黃丁，後因日據時期戶籍登記作業疏失及資料不完備，致光復後原告戶籍欄未有養父母資料登載其上，惟原告於日據時期即由被告與楊丙共同收養，且迄楊丙逝世前均未終止收養關係，被告於八十年初間透過中華民國紅十字會總會申請，由日本赤十字社因楊丙死亡發給被告之慰問金（弔慰金）日幣二百萬元。

貳、訴訟經過

原告於八十八年三月間委任律師陳雅萍起訴，以有上開事實，主張對楊丙之遺產有繼承權，並依民法第一一四四條規定，兩造應繼分各二分之一，因日前欲辦繼承事宜，被告為圖己利欲加獨吞，否認原告之應繼分，乃提起確認原告就被繼承人楊丙之繼承權存在。關於訴訟標的金額，則陳報僅有上開慰問金，以之計算裁判費為三千三百元，法院亦以此陳報金額核定裁判費。四月六日第一次言詞辯論時，被告到場承認原告確是其養女，並有領到慰問金二百萬日元，後因住院已花完。法院定期於四月二十日宣判，惟宣示五月四日再開辯論，並通知原告提出本件繼承於光復前應適用之台灣民間習慣為何？五月四日被告未到場，原告提出部分台灣民事習慣調查報告影本，具狀改稱依日據時期台灣民間習慣本件財產為楊丙之私產，原告為第一順序繼承人。法院改期五月十八日辯論，被告仍受通知未到場，原告於五月十八日將聲明改為確認原告繼承權為全部。並請求一造辯論判決，法院准其所請，辯論終結，於六月一日宣示判決原告全部勝訴，即主文：「確認原告對楊丙之遺產有繼承權存在，其應繼分為全部。訴訟費用由被告負擔。」

參、判決理由

一、（參以下說明）

二、本件原告主張（中略），業據提出中華民國紅十字會總會特吊第〇二七〇三五號通知、基隆市仁愛區戶籍登記申請書（影本）各一份，復為被告所不爭執，堪信原告之主張為真實。

三、按日時期台灣省人財產繼承習慣分為家產繼承與私產繼承二種，家產為戶主所有財產，私產係指家屬個人之特有財產，家產繼承因戶主喪失戶主權而開始，私產繼承則因家屬之死亡而開始，本件被繼承人楊丙非為戶主，有全戶戶籍謄本在卷可佐，是其遺產應屬私產，依繼承登記法令補充規定第十二點規定「私產繼承之法定繼承人順序依次為直系卑親屬、配偶、直系尊親屬、戶主」，所謂之直系卑親屬不分男女、嫡庶、婚生與私生均得為繼承人，而養女之繼承權與親生女並無差別，是原告為被繼承人楊丙之養女，依日據時期習慣法就楊丙之財產，應為第一順序之繼承人。

這個判決可以說從頭到尾都錯，訴訟程序錯，訴訟標的之劃定也錯，舉證責任之分配也錯，判決之法適用、結果也都錯，為什麼？

首先，訴訟經過：

一、第一次原告主張：原告對被繼承人楊丙有遺產繼承權，並依照民法第一一四四條規定，兩造應繼分各二分之一。訴訟之裁判費繳納，基本上是訴訟成立要件之一，原告要提起訴訟，必須繳納裁判費（其雖與訴訟標的法律關係沒有關係，有了訴訟成立要件才得繼續審查是否進行訴訟）。裁判費之徵繳依舊民事訴

訟費用法規定，每百銀元徵收一銀元，訴訟標的之價額，不是辯論主義之範圍。依法官之作法，完全依陳報的應繼分二分之一即新台幣三三萬元核算裁判費，繳納裁判費三三〇〇元。但是，原核發給被告金額為日幣二百萬元，按照匯率換算，起訴時之訴訟標的金額，應至元為止，再按每百銀元徵收一銀元、不滿百銀元以一百銀元計之基準，核算裁判費。依事實上所載，是一九九一年初所發的，當時所值或起訴時換算新台幣是否真的是新台幣六六萬元，是應依職權調查事項，可見在此處法官沒有弄清楚。從經驗看，日幣二百萬元換算新台幣，不可能剛好六六萬元，必然會算到元為止，既是應依職權調查事項，當事人之陳報只是參考而已，不能依順當事人。可見，本件訴訟之處理，從訴訟標的金額之核算及裁判費之計算開始，法官就弄錯了。

二、第一次言詞辯論時，被告到場只承認原告為其養女，法官逕而為言詞辯論終結，原告原來主張依民法第一一四四條有繼承關係，請求確認其對被繼承人之繼承權存在，其應繼分為二分之一。但是，被繼承人於三十四年八月死亡，是日據時期，應適用的法律為當時之台灣民間習慣，法官似原想以處理類似裁判費之審核方式，不依職權調查，順依原告主張與請求判決，後來發現應適用台灣民間習慣，且對所應適用之台灣民間習慣不明，而再開言詞辯論。

民事訴訟，除了依職權調查事項法院要弄清楚外，當事人爭執之法律關係亦應釐清，須判斷當事人間之法律關係，先以實體法為準，須符合實體法規定之要件，如侵權行為之要件：(1)加害人有故意或過失；(2)被害人有損害；(3)加害人之故意或過失與被害人之損害間有因果關係；為其構成要件，符合構成要件之事實稱為要件事實。學習民事訴訟法須先明白實體法上之要件事實與訴訟法有何關係？法官要判斷實體法的要件事實是否符合？原告主張的積極要件事實符合則原告勝訴，不符合則原告敗訴。此訴訟所爭執之法律關係，依原告主張，原為原告對被繼承人之繼承關係有無及其應繼分範圍，當然要看原告主張之紛爭目的（標的、對象）物，是否為被繼承人所遺之財產或債務。

原告主張之紛爭對象即其陳報被繼承人的財產，只有系爭慰問金。假設原告主張該慰問金是被繼承人之私產，要先了解私產之構成要件。私產，是指家屬個人之特有財產，私產之繼承因家屬之死亡而開始，日據時期被繼承人之私產、家產，都是以被繼承人死亡前所擁有的財產為要件¹，系爭慰問金是在被繼承人死亡四十六年以後，才由被告申領，顯然不符「家產」之要件，也不符合「私產」之要件。原被告間就系爭慰問金如有紛爭，解決紛爭之訴訟絕不是確認繼承權存否之訴訟，原告訴訟代理人與審理本件之法官，卻同堅信是被繼承人所遺留之財產，為繼承權訴訟之起訴、由進行繼承權訴訟之實質的審理，從以上日據時期台灣民間習慣之私產的定義看，原告訴訟代理人及審判法官之想法，顯然不正確，如果要將她們的想法合

¹ 詳台灣私法，第一卷下，549頁以下。

理化，想必是以「家產」的範圍擴張的方法，將「家產」擴張解釋為包括因被繼承人死亡對遺族之奠儀、慰問金，將奠儀、慰問金解釋成為死者「家產」之一部分。但是，即使作如此的擴張解釋，原告是不是唯一的家產繼承人？本身仍有疑問，因為否為被繼承人家產之惟一繼承人，亦須符合實體法上構成要件為準，被繼承人之養女得否直接推論其對家產有繼承權？此等問題，牽涉到實體法上的要件事實即訴訟法上的主要事實。如果確實有家產存在而有家產之爭執，則構成要件事實是不是養女（直系血親卑親屬），就得直接推論是否符合構成要件事實，但日據時期的繼承關係是比較複雜的，八〇台上一九五六判決指出，若繼承「家產」者，其構成要件有：一、消極構成要件：女子原則上無繼承權，若女子要有繼承權者，須依法定順序，無男子繼承人；以及二、女子原則上無繼承權，須經親屬協議選定，若原告主張其為「擴張的家產」即系爭慰問金之惟一繼承權人，還必須經親屬協議選定，從原告整個事實主張當中，並未經親屬協議選定，後來再開辯論，通知原告提出光復前台灣民間習慣，而台灣民間習慣亦須假設是具法律效力之民間習慣，屬於適用法規。法官有知法的義務，國內法沒有舉證責任的問題，竟然命原告舉證，表示其舉證責任分配概念有問題。

其次，再開言詞辯論以後，除命原告提出台灣民間習慣外，根據日據時期繼承登記法令補充規定十二點：不分男女、嫡庶、婚生與私生均得為繼承人，養女無差別，而且是第一順序之繼承人，完全引用原告所提出的部分資料，但要件事實要由誰來舉證，經親屬協議選定之事實，原則上為具體事實，應由原告舉證，惟原告並未主張，更談不上舉證，法院卻仍判決原告勝訴，縱非故意，也顯然是誤判。而且，再開言詞辯論庭時，被告未到場，原告忽然擴張訴之聲明，將原來請求確認其應繼分為二分之一，後來擴張請求確認其應繼分為全部，依裁判費不可分原則，若一部未繳納，即不具備訴訟絕對成立要件，原告擴張請求時，法官應依職權命原告補繳擴張部分之裁判費，亦沒有命其補繳，也是處理上之疏誤。

又，原告於再開辯論庭，以被告經合法通知為到場而不到場為由，聲請法院准由其一造辯論，依民訴法第三八六條明文規定「有左（現行法將「左」改為「下」）列各款情形之一，法院應以裁定駁回前條聲請，並延展辯論期日」第四款規定「到場當事人所提出之聲明、事實或證據，未於相當期日通知他造者」法官居然准其為一造辯論之聲請，文義上很明顯，只要有第三八六條之任何一款情形，都應駁回一造辯論之聲請，可是，法官似認為是否適用係法官之職權，堅持只要有任何一款不能適用，就可以准一造辯論，令人不解。

另一個疑問，訴訟標的法律關係，到底是以事實為準還是原告主張的請求權為準？訴訟標的審判對象究指何者？訴訟標的是一個難劃定的問題，此案例中，訴訟標的之劃定要根據原告請求權判斷，要經過主張、證據提出，依辯論主義原則為事實之認定，才能作為裁判的基礎，換言之，辯論主義之範圍究竟為何？辯論主義是法官根據當事人辯論之事實及證據來判斷，事實及證據是否符合要件事實（民訴

法上之主要事實），法官才能作終局判決。然事實完全未提及如同八〇台上一九五六判決所提到的日據時代女子有繼承權之要件事實，為何就可以逕為判決？

適用法律要根據事實，事實判斷要根據辯論，法官為判決時要說明理由，法國法諺云：「凡拒絕說明理由的法官，都是法律的大敵人」。由此判決看不出法官所推論之理由，假設是養女關係就可直接推論其有繼承權，則被告承認其為養女，這身分關係有無確認之利益？

假設法官基於上述之確信，向原告闡明：「被告改嫁，原告應該請求確認繼承權全部存在」，原告受闡明而擴張聲明請求判決確認其應繼分為全部，法官應命原告補繳擴張請求之裁判費，可是，法官不但沒有裁定命原告補繳裁判費，也沒有將何以判決原告全部勝訴之理由記載於判決書上。如果我們要將此判決結論合理化，可以追溯自台灣民法史，從台灣民法史可以看出，日據時期台灣民間習慣繼承了元、明、清時的「改嫁不准攜妝」原則²，是否適用改嫁不准攜妝原則，係以改嫁時是否有該原則的適用為準，台灣在實施中華民國民法（一九四五年十月二十五日）後，應用民法繼承編之規定，被告是在一九四九年間改嫁，自不適用改嫁不准攜妝原則。法官或許認為「改嫁不准攜妝」原則，是非常好的法則，即使在實施中華民國民法之後，也應該貫徹，並且，由於嫁妝是女子的特有財產，如夫死亡改嫁，依「改嫁不准攜妝」原則，自不得攜走嫁妝，所留嫁妝，雖非亡夫之遺產，亦成為夫家之財產，被繼承人死後之奠儀、慰問金等尚無法與嫁妝相比，依舉重明輕、舉輕明重之推論，更不准由改嫁者領取，已領者亦應返還，所以與原告訴訟代理人同將系爭相當於奠禮之慰問金（依中華民國紅十字總會承辦人員電話答覆之意），擴張解為被繼承人之「家產」，而認為改嫁了慰問金不可領取。法官堅信上述「改嫁不攜妝原則」等種種理由，有義務將此等理由記載於判決書，但是，此判決只是一個不合法的一造辯論（原告擴張聲明、變更法律上主張，均未通知被告，依民訴法第三八六條第四款，本應駁回原告為一造辯論之聲請，並延展辯論期日），並且，因被告僅就原告主張其為被告與前夫養女之事實不爭執，即完全照原告於再開辯論後提出之日據時期繼承登記法令補充規定、書狀之陳述，判決原告勝訴，至於也許是法官向原告訴訟代理人闡明示意「被告改嫁」之事實，所衍伸或可得使原告獲得全部勝訴判決之上述詭辯式的種種理由，沒有有判決理由中出現隻字片語。

三十四年八月一日被繼承人死亡之時，原告才五足歲而已，被告二十餘歲，如果被繼承人之家族中，沒有男子可為家產之繼承人，如果當時有親屬協議選定繼承家產人，依常理判斷，單以原、被告二人相比，選定被告為家產繼承人的可能性，遠大於原告，何況原告是養女，當時較無地位，被選定為家產繼承人的可能性，可以說微乎其微。

² 葉孝信主編，中國民事法史，（中國）上海人民出版社，1993年7月，1版1刷，497至499頁（姚榮濤執筆）；臺灣舊習慣調查會，台灣私法，第二卷下，明治44年8月，352至353頁、360至362頁。

個人看了此判決後，心理覺得很難受，被告是八十歲多病高齡的老人，因病把所申領之慰問金花光，從被告年輕收養原告後，含辛茹苦將原告養育成人，也許法理上真的如原告訴訟代理人之主張、法官的想法，應該由原告得到系爭慰問金，但既已由被告申領，被告已取得該筆金錢，原告是否有權以繼承權確認訴訟之手段，向被告請求，卻有疑問。被告已是一個八十多歲老太婆，其養女即原告提起本件訴訟向其要錢，假設宣判前法官尙向原告闡明或提示擴張請求範圍，有違處分權主義、辯論主義之原則，若法官堅持自己是法官，所有處置都是依法官固有的職權而沒有犯錯的話，是值得非議。我們寧願相信這樣的處理，並不是獨立審判權，德國法社會學者盧曼（Nikla Luhman）說：「獨立審判的精神，在於見解獨立」憑著良心認為自己的見解是對的，就一定要堅持，而且要在判決中詳述其見解。此判決似乎看不出有為見解獨立而為的精神。

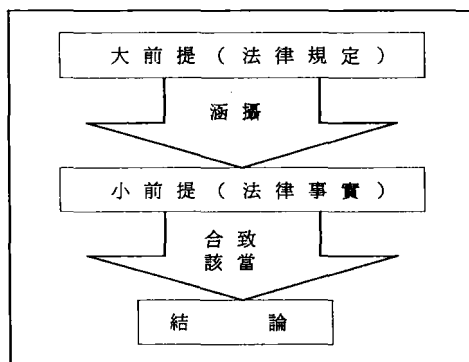
接續之前討論，依民訴法第三八六條，有該條任何一款情形，都不能准為一造辯論之聲請，本件法官之處置，未給予被告民訴法之法定的程序保障。至未受程序保障之當事人，就法院對其所為之本案判決有無既判力？留待以後慢慢談。

本件實例，原告要主張有繼承權，主要事實（要件事實）是甚麼？第一篇辯論主義再詳談。有具體的事實，需要用抽象的法規範（含法理論）解決，實際上具體的事實，能不能用抽象的理論解決，非常重要。本件實例，原告主張其有繼承權，則要件事實為何？要由原告證明其符合繼承事實發生時，依繼承法規範其有繼承權之事實，法院必須要知道，也有義務知道法律規範是甚麼。

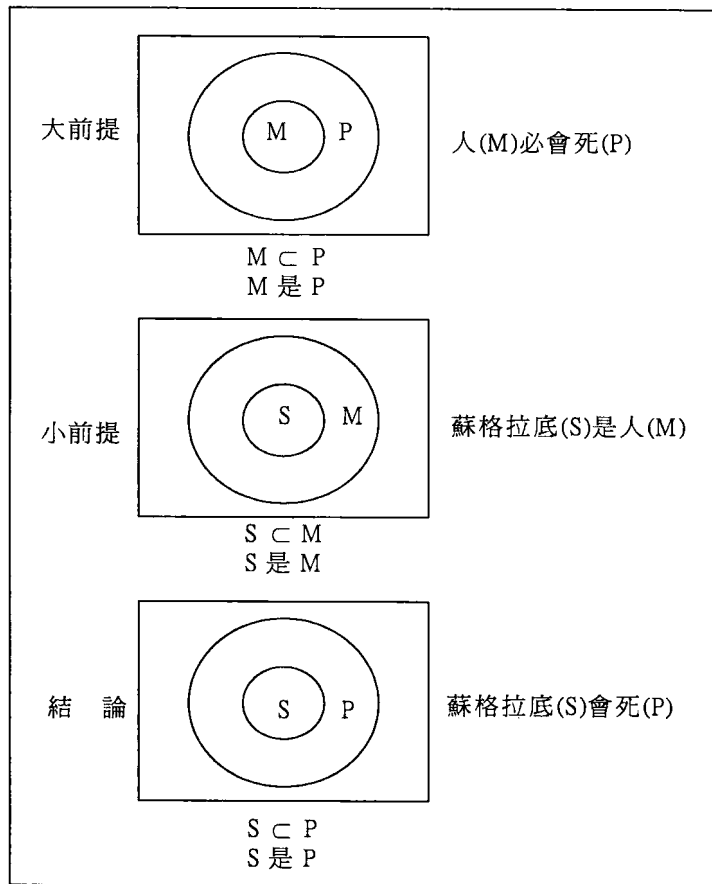
配合法規範之要件、效果以及事實認定，所推論之結論，通稱法的（定言的）三段論。其相關要件、效果、事實之關係，如圖 0-3。

圖 0-3：法的三段論

大前提	（法規範）	要件＝效果	「若 A（要件）則 B（效果）」	
小前提	（事實之認定）	事實＝要件	「若 C（事實）則 A（要件）」	涵攝
結 論	（結論）	事實＝效果	「若 C（事實）則 B（效果）」	



註：「確定生活事實與法律規範之間的關係」之思維過程，稱之為「涵攝（Subsumtion）」。
。將事實涵攝於法律規範，即檢驗事實是否「滿足（合致、該當、符合）法律規範之事實構成要件，並因此產生法律規範所規定之法律效果」。



就民事訴訟事件之處理（審理）言，大前提之法規範為實體法，小前提事實之認定屬程序法規範，結論（判決結果）則涉及實體法與程序法。與本件訴訟有關之法律規定、主要事實，最高法院有二個判決可以作為參照及說明：

80 台上字 1956 號判決（節錄）

本件上訴人主張：伊祖父謝甲於民國七年十一月二十四日死亡，遺有如原判決附表所示土地三筆（以下簡稱系爭土地）。謝甲生前育有一女謝好、四子謝炎○、謝○全、謝○春、謝○明，其中謝○善及謝○春較謝甲早逝，均無後嗣，依當時台灣習慣，應由謝甲死亡時尚生存之男性直系血親卑親屬謝○全及謝○明二人繼承，應繼分各為二分之一。嗣謝戊全於二十四年四月十四日死亡，遺有一女謝忍耐，一子即伊，依當時台灣習慣，謝○全之遺產僅伊有繼承權。而謝○明係於八年四月十三日死亡無後，僅寡母謝朱○治一人，依當時習慣，對其子謝○明之遺產，須經親屬會議之特別選定，始有繼承權。因未經特別選定，自無繼承權。旋謝朱○治再嫁鄭○肱後，生被上訴人二人。雖謝朱○治於六十四年十二月二十五日死亡，被上訴人對於上開遺產，亦無繼承權。詎伊向地政機關辦理繼承登記時，屢遭地政機關以被上訴人之母謝朱○治有繼承權為由，被上訴人亦主張對於附表所示土地有繼承權存在，而駁回伊之聲請等情，求為確認被上訴人對於系爭土地遺產繼承權不存在之判決。

被上訴人則以：謝○明死亡時，無直系血親卑親屬及配偶，遺產應繼分應由其母謝朱○治繼承，伊等為謝朱伴治之子女，當然有繼承權存在等語，資為抗辯。

原審以：查謝甲生前為戶主（家長），於民國七年十一月二十四日（日據時期大正七年十一月二十四日）死亡，遺有子即上訴人之父謝○全及謝○明、女謝丙與配偶謝朱○治。謝樹明於民國八年四月十三日死亡，死亡時未滿二歲，無直系血親卑親屬及配偶，母謝朱○治仍尚健在，戶主為謝○全，謝朱○治與鄭○肚生有被上訴人二人後，於民國六十四年十二月二十五日死亡，此有戶籍登記簿謄本在卷足據，並為兩造所不爭執。謝甲死後，遺有系爭土地，上訴人為謝甲之子謝○全之直系血親卑親

屬，有權繼承系爭土地之權，亦有卷附土地登記簿謄本、戶籍登記簿謄本及繼承系統表等件可稽。按繼承開始在台灣光復前者，依民法繼承篇施行法第一條規定，不適用民法繼承編之規定，應適用當時有關法律，而日據時期關於台灣人民親屬繼承事件，不適用日本民法之規定，應適用當時台灣之習慣。依日據時期台灣舊習慣，關於財產繼承分為戶主因喪失戶主身分而開始之家產繼承及因家族死亡而開始之私產繼承。關於家產繼承，其法定財產繼承人應為被繼承人之家族，且以直系血親卑親屬之男子為限，男子有數人時，均分繼承之，各繼承人因繼承取得之應繼分，為繼承人之私產，女子原則上無繼承權，但如經親屬協議選定，亦得繼承家產。所謂私產，係指家族以自己名義所取得之財產而言，處分權屬於家族個人。關於私產繼承，其法定順位為：直系血親卑親屬、配偶、直系尊親屬、戶主。同一順位之繼承人有數人時，共同繼承之。查上訴人之祖父謝甲生前為戶主，於民國七年（日據時期大正七年）十一月二十四日死亡時，遺有子即上訴人之子父謝○全及謝○明，女謝丙與配偶謝朱○治，依前述台灣習慣，應由其直系卑親屬為第一順位繼承之，謝○明對於謝○之遺產即系爭土地有繼承權。謝○明於繼承後之民國八年四月十三日死亡，死亡時未滿二歲，既無直系血親卑親屬及配偶，當時戶主為謝○全，而謝○明所繼承謝甲之遺產復為私產，自應由其生存之母謝朱○治繼承之。雖上訴人提出台灣省政府（五十）、六、七府民地甲字第七三五八號令內載前司法行政部曾於五十年四月十八日以台（五十）函民二○五七號函復內政部略以：男子於日據時期死亡，未遺有直系卑親屬，僅遺有生母，依台灣當時習慣，生母對於其子之遺產，非經親屬會議之特別選定，無財產繼承權云云，因未將家產繼承與私產繼承明白區分，自不能採為如何繼承認定之依據。謝朱○治於台灣光復，民法繼承編公布施行後之民國六十四年十二月二十五日死亡，依民法第一千一百三十八條規定，其子女即被上訴人對之有繼承權，故被上訴人對於系爭土地有繼承權存在。上訴人請求確認被上訴人對於系爭土地之繼承權不存在，非屬正當云云，因而維持第一審所為上訴人敗訴之判決，於法洵無不合。上訴論旨，仍執陳詞，並以原審取捨證據、認定事實及適用法規之職權行使，指摘原判決不當，聲明廢棄，非有理由。

80 年台上 2122 號判決（節錄）

本件訴訟標的對於上訴人陳○鎮及第一審共同原告陳張○、陳○璽必須合一確定，雖僅由上訴人陳○鎮一人於法定期間內對於原判決提起第三審上訴，依民事訴訟法第五十六條第一項第一款規定，其效力及於未提起上訴之陳張○、陳秀○，爰併列陳張○、陳秀○為上訴人，合先敘明。次查上訴人主張：已故陳○於日據時期昭和十七年（即民國三十一年）十二月三十一日死亡，遺有坐落分割前員林區大村鄉黃厝段○○小段九○之一號及九一號土地二筆，應有部分各為二分之一，由其子陳○盛、陳○溝及被上訴人陳○波共同繼承。嗣陳○溝於民國三十四年一月三十日死亡，因伊等為陳○溝之配偶及子女，其應繼分三分之一由伊等繼承。上開土地於台灣光復後之三十六年十月十四日辦理土地總登記時，仍以陳乙名義登記為所有人，詎陳乙之長子陳○盛及被上訴人陳○波為謀奪全部遺產，竟共同偽造贈與契約，及土地權利變更登記申請書，於三十六年十一月二十二日持向員林地政事務所辦理應有部分各四分之一之所有權移轉登記，侵奪伊等之財產。嗣陳○盛於六十六年六月間死亡，其應有部分由被上訴人陳○興繼承。該陳○盛另有配偶陳黃○、女陳○猜為其繼承人，上開九○之一號土地後經共有物分割為九○之五號、九○之一號、九○之三號、九○之四號四筆，其中九○之五號、九○之一號二筆由他共有人分得，九○之三號、九○之四號二筆由陳○波、陳○興共有，應有部分各二分之一；九一號土地經分割為九一號及九一之一號二筆（九一之一號土地經政府徵收），此分割後之九一號土地由陳○波、陳○興共有，應有部分各四分之一，由陳○波、陳○興於七十九年四月間出售與訴外人賴蕭○娟等人，並已辦妥所有權移轉登記，取得價金新台幣（下同）一千二百三十三萬元，拒不按伊等應繼分三分之一應得之價額四百一十一萬元交付伊等，顯屬不當得利等情，求為命被上訴人塗銷上開九○之三號、九○之四號分割前之九○之一號、九一號土地於三十六年十一月二十二日以贈與名義所為之所有權移轉登記，陳○興塗銷分割前九○之一號、九一號土地於六十九年六月十三日之繼承登記，確認伊等陳○波、陳○興就上開九○之三號、九○之四號土地有公同共有關係存在，伊等之應繼分為三分之一，及陳○波、陳○興應各給付伊等二百零五萬五千元，並加付法定遲延利息之判決。被上訴人則以：陳乙生前於日據時期昭和十七年即民國三十一年十月三十日將分割前之九○之一號、九一號二筆土地之應有部分各四分之一贈與其子陳○盛、陳○波，依當時日據時期有效之法律，陳○盛、陳○波合法取得所有權。陳○盛、陳○波於三十六年間再檢同贈與證明文件，向地政機關辦理持分移轉登記，亦為法令所許，伊等取得系爭土地之所有權，當屬合法，自無庸塗銷，亦無不當得利之情事等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，無非以：依分割前系爭土地二筆舊式土地登記簿謄本之記載，已故陳乙於日據時期昭和十七年（即民國三十一年十月三十日）將該二筆土地之應有部分各四分之一贈與其子陳○盛、陳○波。按土地登記簿係公文書，其上既有「登記原因」係「贈與」之記載，自可推定陳○盛、陳○波於申請移轉登記時，確檢附贈與之證明文件。雖上訴人主張該贈與契約係屬偽造，並提出土地登記簿謄本、台灣土地關係人繳驗憑證申報書等件為證，然查土地登記簿謄本所載移付者「陳乙」，係地政機關承辦人員所為，與贈與契約之真偽係屬二事，尚難以此記載推論贈與

契約爲偽造。至台灣土地關係人繳驗憑證申報書與贈與契約亦不相干，亦不能以該申報書所蓋印章爲已死亡之陳扁所有，認定贈與契約乃陳○盛及陳○波盜用陳扁印章所偽造。又上訴人另提出曹陳○、郭陳○出具之證明書，雖載明陳乙未將系爭土地分給陳○盛、陳○波二人云云，不僅被上訴人否認其真正，即上訴人所舉證人曹陳○亦證稱不知該證明書之內容云云，應認被上訴人所辯陳乙於生前將土地贈與之事實爲真正。已故陳扁生前於日據時期既將系爭土地贈與其子陳○盛、陳○波，依當時適用之日本法律之規定，已由陳○盛、陳○波合法取得土地所有權，縱於台灣省光復後之三十六年十月十四日仍以陳乙名義辦理總登記，亦不影響陳○盛、陳○波合法取得土地所有權之效力。是陳○盛、陳○波以真正所有人之身分，於三十六年十一月二十二日檢同贈與證明文件，單獨向地政機關聲請辦理登記，自爲法令所許。系爭土地爲陳○盛及陳○波所有，上訴人對之並無所有權，自無物上請求權可言。陳○盛之繼承人陳○興就系爭土地辦理繼承登記，或與陳○波將系爭土地出售，得款一千二百三十三萬元，要屬正當權利之行使，對上訴人並無侵權行爲及不當得利可言。陳○溝於日據時期死亡，依當時有效之台灣習慣，其配偶及女子均無繼承權；上訴人併列陳清○之配偶陳張○及女兒陳秀○爲原告提起本訴，自屬不合云云，爲其判斷之基礎。惟查上訴人所提出之土地登記簿謄本，其中關於分割前九一號、九一之一號土地「移付者陳乙」之記載，雖係地政機關承辦人員所爲，但須以權利人提出之權利移轉登記申請書、贈與證明及其他必要證件爲依據，並非地政機關之人員所得任意爲之。查陳扁於日據時期昭和十七年（即民國三十一年）十二月三十一日死亡，此有上訴人提出之日據時期戶籍登記簿謄本足據（見一審卷八頁），是陳○於死亡後不可能自爲任何行爲，然查該二筆土地於以陳乙名義爲所有人之總登記後，再於三十六年十一月二十二日以陳乙名義申請以贈與爲原因，於同年十二月一日登記爲陳○盛、陳○波共有（見一審卷十五至十九頁）。此次登記，似係他人冒用陳乙名義辦理，所提出移轉登記之贈與證明文件即有偽造之可能，原審徒以土地登記簿本上移付者陳○係地政機關人員所爲，臆測當時所提出之贈與證明文件爲真正，已嫌率斷。且查上訴人所提出曹陳○、郭陳○（陳乙之女）出具之證明書明載：「當時家父並未財產分別給陳○盛和陳○波屬實」云云，原審並未通知具證明書人郭陳○到場訊問，遽認該證明書不能爲有利上訴人之認定，亦嫌疏略。再者，日據時期關於台灣人民親屬繼承事件，不適用日本民法之規定，應適用當時台灣之習慣，依當時台灣之習慣，關於財產繼承，分爲戶主因喪失戶主身分而開始之家產繼承，及家族死亡而開始之私產繼承，關於家產繼承，其法定繼承人以直系血親卑親屬爲限，女子無繼承權；但如經親屬協議選定，亦得繼承家產。關於私產繼承，其法定順位爲：直系血親卑親屬、配偶、直系尊親屬、戶主。得繼承私產之直系血親卑親屬，並不以男子爲限。準此，已故陳○溝於日據時期昭和十七年（即民國三十四年）一月三十日死亡時如爲家屬而非戶主，而發生私產繼承之情形，其配偶即上訴人陳張○、其女即上訴人陳○豐對之亦有繼承權，原審未究明陳○溝死亡時究係發生家產繼承，抑或私產繼承，遽認不得併列上訴人陳張○、陳○豐爲原告提起本訴，尤有可議。上訴論旨，執以指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由。

依此八○台上一九五六判決所示，日據時代所適用之台灣民間習慣，關於「家產」，女子原則上無繼承權，除一定親屬關係外，還須經親屬協議選定，才得以繼承家產。但是，原告有沒有證明：原告是親屬協議選定之繼承人。台灣在日據時期，適用台灣人民的民事實體法規範，爲當時之台灣民間習慣，是當時台灣人的本國法（是否爲當事人之本國法，要從當事人所應適用之法，在當時、當地是否爲當事人之「本國」判斷，和裁判法院裁判時之統治國別是否相同無關），當時的台灣民間習慣不是舉證責任的對象，因爲法官有「知法的義務」，原告主張的要件事實，第一個原告是被繼承人之養女，配偶，因爲三個順序有直系血親卑親屬、配偶、直系血親尊親屬，符合第一個法規範要件，第二個法規範要件，原告卻沒有舉證證明。事實應該由當事人主張，是否爲主要事實應該由當事人主張，原告始終沒有主張其爲經親屬協議選定之繼承人，法官竟始終順依原告主張，甚至可能進一步向原告闡明，其爲唯一的繼承人，可以請求確認繼承權存在，且應繼承爲全部，最後判決由原告擴張聲明，並判決原告勝訴，其一連串的錯誤非常明顯，卻可能自以爲其處理及判決是堅持「獨善」³，可以不顧法律規定，個人以爲，實在不值得學習。

³ 日語「獨善」意爲「自以爲是」。司法制度在維護審判權獨立之同時，也要防止司法官假藉審判