

施

霖著

民事訴訟法要義

上海昌明書屋印行

中華民國三十七年九月一版

民事訴訟法要義

定價金圓九角 外埠酌加郵寄費

本 有 作 不 翻
書 著 權 得 印

著 者 施 霖

出 版 者 昌 明 書 屋

發 行 人 駱 賓 孫

印 刷 者 昌 明 書 屋

總 發 行 所 上海 建國西路四七八號 昌 明 書 屋

分 發 行 所 上海 河南路一三七號 廣 益 書 局
福州路三三八號



增訂

行政公牘

增訂引言

民刑訴訟全書。原由沈秋帆先生編輯。朱樹楨大律師鑑定。出版以來。早以風行海內。紙貴洛陽。現值四版。發行主人觀於革命勢力之瀾漫全國。機關改組。庶政刷新。現行之民刑訴訟手續。不知有無與共和時代牴觸之處。趁此轉版機會。特倩予爲之增訂修正。予按國民政府遷甯以後。凡屬行政事宜。咸抱革新主義。惟對於司法。一承舊貫。暫行所謂不完全之司法制度。並經本屆國府第二十六次會議。議決司法實行四級三審制。四級者。卽初等審檢廳（審檢廳已改名法院）地方審檢廳。高等審檢廳。最高法院（卽從前之大理院與總檢察廳）是也。三審者。卽由初級廳起訴。一再不服判決。上訴至高等廳爲止。由地方廳起訴者。一再不服判決。上訴至最高法院爲止。不過因中央財政窘迫。各縣初級廳皆未設立。概由縣知事兼理司法。而添一承審員。蓋卽舊時之幫審制。完全與本書所引用之司法制度。如出一轍。所差者名目有變更。機關有增減耳。改名者如最高法院（卽大理院）地方法

院（即地方廳）更有臨時法院乃係增設專理華洋訴訟者也。至於警察廳之改爲公安局等乃屬行政範圍而訴訟之進行手續關於司法者並無變更。本書所刊之法律苟無明文廢止或另有條例頒佈者暫時尙有效力。關於行政者當此民權時代添設之機關如建設廳土地局等倍多於昔而私立法團如農會工會商會教育會等亦然增設不少。各有直系之主管機關偶遇呈請報告答復等事項在在須用公牘往來。程式已改舊觀立意更非昔比。苟無指南之助易啓違式之嫌。茲爲應時勢之需要羅輯各界最近之呈文公函若干則以資公私法團之參攷。至於上行下之命令批判乃屬官署範圍略不舉例。而民刑訴訟之狀詞則四五兩編中已搜羅宏富。訴訟之規則及程序亦於二三兩編中詳論無遺。用資研究綽乎有餘無煩再事搜羅也。總而言之原書六編爲司法訴訟之南針增訂一冊爲行政文牘之模範。當此民治更始盡人有參政權利得此書以作他山之助則司法與行政事宜皆能應付裕如矣。

呈文（一）

第二節	言詞辯論之準備	九一
第三節	證據	九二
第四節	和解概說	一〇二
第五節	判決	一〇三
第一章	簡易訴訟程序	一一〇
第一節	訴訟標的之價額	一一一
第二節	調解	一二二
第三節	簡易訴訟程序與通常訴訟程序不同之要點	一二六
第三編	上訴審程序	一二九
第一章	上訴之概說	一二九
第二章	第二審程序	一二一
第一節	第二審上訴之要件	一二一
第二節	上訴權之捨棄	一二三
第三節	上訴之撤回	一二四
第四節	附帶上訴	一二五

第五節	第二審言詞辯論	一二六
-----	---------	-----

第六節	裁判	一二七
-----	----	-----

第三章	第二審程序	一二九
-----	-------	-----

第一節	上訴之要件	一二九
-----	-------	-----

第二節	上訴之期間	一三〇
-----	-------	-----

第三節	上訴之程式及對於上訴之答辯	一三〇
-----	---------------	-----

第四節	第三審之審理	一三一
-----	--------	-----

第五節	第三審之裁判	一三二
-----	--------	-----

第四編	抗告程序	一三三
-----	------	-----

第一章	概說	一三三
-----	----	-----

第一節	抗告之客體	一三四
-----	-------	-----

第二節	抗告之期間	一三四
-----	-------	-----

第三節	抗告之程式	一三四
-----	-------	-----

第一章	抗告之裁判	一三五
-----	-------	-----

第三章	再抗告	一三七
-----	-----	-----

第四章	抗告之效力	一三七
-----	-------	-----

第五編 再審程序 一三九

第一章 概說 一三九

第一節 再審之原因 一三九

第二節 再審之當事人及管轄並期間及其程式 一四一

第三節 再審之辯論及裁判 一四二

第四節 再審之效力 一四二

第五節 關於裁定之準用 一四三

第六編 督促程序 一四三

第一章 概說 一四三

第二章 支付命令 一四四

第一節 支付命令之聲請 一四四

第二節 支付命令聲請之裁判 一四五

第三節 支付命令之程式 一四五

第四節 支付命令之送達 一四五

第五節 支付命令之異議 一四六

第六節 支付命令之執行	一四七
-------------	-----

第七編 保全程序	一四八
----------	-----

第一章 假扣押程序	一四八
-----------	-----

第一節 概說	一四八
--------	-----

第二節 假扣押之聲請	一四八
------------	-----

第三節 假扣押之裁判	一四九
------------	-----

第四節 假扣押裁定之撤銷	一五〇
--------------	-----

第一章 假處分程序	一五一
-----------	-----

第一節 概說	一五一
--------	-----

第二節 假處分之聲請	一五一
------------	-----

第三節 假處分的方法	一五二
------------	-----

第四節 假處分裁定之撤銷	一五二
--------------	-----

第五節 關於假扣押程序之準用	一五三
----------------	-----

第八編 公示催告程序	一五四
------------	-----

第一章 一般公示催告程序	一五四
--------------	-----

第一節 概說	一五四
--------	-----

第二節 公示催告之聲請……………一五四

第三節 公示催告之裁判……………一五五

第四節 申報權利……………一五五

第五節 除權判決……………一五六

第二章 宣告證券無效之特別程序……………一五八

第一節 管轄……………一五九

第二節 當事人及聲請程序……………一五九

第三節 公示催告……………一五九

第四節 除權判決……………一六〇

第五節 禁止支付命令……………一六一

第九編 人事訴訟程序……………一六二

第一章 婚姻事件程序……………一六二

第一節 概說……………一六二

第二節 管轄……………一六三

第三節 當事人……………一六三

第四節 訴訟能力……………一六三

第五節 訴訟程序……………一六四

第二章 親子關係事件程序……………一六七

第一節 概說……………一六七

第二節 管轄……………一六八

第三節 當事人……………一六九

第四節 訴訟能力……………一七〇

第五節 訴訟程序……………一七〇

第三章 禁治產事件程序……………一七三

第一節 宣告禁治產之程序……………一七三

第二節 撤銷禁治產宣告之訴之程序……………一七五

第三節 禁治產撤銷之程序……………一七七

第四章 宣告死亡事件程序……………一七九

第一節 死亡宣告之程序……………一七九

第二節 撤銷死亡宣告之訴之程序……………一八一

民事訴訟法要義

施霖著

緒論

第一章 民事訴訟之概念

第一節 民事訴訟之意義

民事訴訟者，法院因當事人之請求，適用私法以保護已被侵害或將被侵害之私權之程序也。就此定義，分析如下：

一 民事訴訟爲法院因當事人之請求而保護私權之程序也 所謂程序，簡言之，即手續也。民事訴訟必應當事人之請求而開始，蓋私權爲人民所享受，私權受侵害時，國家不得不定保護之方法以資救濟，民事訴訟即爲保護私權之方法，私權已被侵害或將被侵害唯受侵害者知之，故民事訴訟程序之開始有待於當事人之請求，此亦民事訴訟採不干涉主義之結果也。

二 民事訴訟爲適用私法以保護私權之程序也 私法者規定私人與私人間之法規也。私權之是否已被侵害或將被侵害，自以私法之規定以爲斷，即認定私權之應否保護亦爲私法。故民事訴訟程序在於私法之適用。

三 民事訴訟爲保護已被侵害或將被侵害之私權之程序也 私權於已被侵害（如民法第二百二十九

條情形)或將被侵害(如民法第七百九十五條情形)始受法律之保護，因而開始民事訴訟程序，蓋私權於圓滿之狀態，當事人間毫無爭執，換言之，訟即不發生，亦無用申訴也。故民事訴訟係保護已被侵害或將被侵害之私權之程序也。

第二節 民事訴訟之種類及性質

第一 種類 民事訴訟有廣義狹義之別，包括審判程序及強制執行程序者，廣義之民事訴訟也。專指審判程序者，狹義之民事訴訟也。本節所稱民事訴訟即屬狹義。

第二 性質 民事訴訟與刑事訴訟，行政訴訟，非訟事件，民事調解各不相同。

一 民事訴訟與刑事訴訟

民事訴訟為適用私法保護私權之方法，而刑事訴訟為適用公法保護國家社會及個人之安寧秩序之方法，故前者以訴訟當事人為主體，採不干涉主義為原則，後者則以國家權力為主體，採干涉主義為原則。

二 民事訴訟與行政訴訟

(一)審判機關之不同 民事訴訟屬於普通司法機關(即法院)，行政訴訟屬於行政法院。

(二)訴訟稱的及適用法律之不同 民事訴訟為適用私法確定私權之存否為標的，行政訴訟為適用公法以判斷行政機關行政處分之當否為標的。

三 民事訴訟與非訟事件

民事訴訟為保護已被侵害或將被侵害之私權之方法，非訟事件乃預防私權將來被侵害之方法。換言

之，以保護無爭私權爲目的。

四 民事訴訟與民事調解

民事訴訟兩造當事人各盡攻擊防禦方法，無須讓步，法院亦可依法判決。民事調解，則兩造當事人須互相讓步意思合致而成立，苟意思不合致，調解即屬不成立。

第三節 民事訴訟之法律關係

民事訴訟之法律關係，即兩造當事人間與國家機關間之法律關係也。民事訴訟之法律關係，學說不一，有一面關係說二面關係說三面關係說。所謂一面關係說，以民事訴訟之法律關係乃當事人間之關係。所謂二面關係說，以民事訴訟之法律關係，乃法院與當事人間之關係，並非原告與被告之關係。所謂三面關係說，以民事訴訟之法律關係爲法院與當事人間並當事人相互間之關係，我國民事訴訟即採此說。茲以圖表說明之；



法院對於原被告爲發問曉諭，原被告對於法院爲聲明及陳述，原被告各爲攻擊或防禦之方法，此即法院與原被告以及原被告間之法律關係也。

研究問題一

(一)試中述民事訴訟之意義。

(二)民事訴訟與民事調解有何不同？

(三)何謂民事訴訟之法律關係？

第二章 民事訴訟法之概念

第一 意義 民事訴訟法有廣義狹義之別，凡關於民事之權限及其組織之各法規謂廣義民事訴訟法，例於法院組織法破產法是。凡專指民事訴訟之一切規定者謂狹義民事訴訟法。例如現行民事訴訟法是。

第二 性質 民事訴訟法規定國家司法機關運用民法及其他民商事特別法令之法規，故為公法之一種。並其規定實體的私法之適用程序，故為程序法。且其僅能適用於國內，故為國內法。

研究問題二

民事訴訟法何以為公法？

第三章 民事訴訟法之主義

第一 言詞辯論主義與書狀審理主義 言詞辯論主義者，當事人或訴訟關係人之訴訟行為須以言詞為之，始生訴訟法上之效果之主義也。例如民事訴訟法第二百二十一條規定：判決，除別有規定外，應本於言詞辯論為之。此即我國採用言詞辯論主義之結果。書狀審理主義者當事人或訴訟關係人之訴訟

行爲須以書狀爲之，始生訴訟法上之效果之主義也。例如我國民事訴訟法於第三審判決以書狀審理爲原則，關於裁定得不經言詞辯論爲之。（民事訴訟法第四百七十一條第二百三十四條第一項）

第二 不干涉主義與干涉主義 不干涉主義者，訴訟程序之開始進行及終止，以及訴訟資料之提出，均依當事人之意思，法院不爲職權之干涉之主義也。亦稱當事人進行主義。干涉主義者，法院依職權進行訴訟程序，不問當事人意思如何之主義也。亦稱職權進行主義，民事訴訟之程序因當事人之請求而開始，蓋其性質宜於不干涉故也。我國民事訴訟法採不干涉主義爲原則，惟關於訴訟之指揮，有關公益或應速結之處亦復不少。例如假執行之宣告，（民事訴訟法第三百八十九條第一項及第四百三十九條第三項後段），以及訴訟文件之送達，（民事訴訟法第一百二十三條）指定期日，（第一百五十四條）亦皆以職權爲之，以免訴訟進行之遲延也。

第三 兩造審理主義與一造審理主義 兩造審理主義者，法院爲裁判，應本於兩造當事人之言詞辯論爲基礎之主義也。一造審理主義者，法院僅依到場當事人一造之辯論而爲裁判之基礎之主義也。我國民事訴訟法，除裁定得不經言詞辯論爲之，（民訴法第二百三十四條）而判決則採兩造審理主義，須本於兩造當事人之辯論爲之，惟一造當事人於言詞辯論期日無故不到場時，法院依當事人之聲請，或依職權爲一造辯論判決，（民事訴訟法第三百八十條）此卽例外採一造審理主義也。

第四 直接審理主義與間接審理主義 直接審理主義者，法院推事直接調查證據，以其結果爲裁判之基礎之主義也。間接審理主義者，法院推事以受命推事或受託推事所調查之證據之結果，以爲裁判之基礎也。我國民事訴訟法以直接審理主義爲原則，故推事非參與爲判決基礎之辯論者，不得參與判決。（民事訴訟法第二百二十一條第二項）例外則採間接審理主義，例如行合議制之訴訟事件，法院得

隨時以庭員一人爲受命推事使行準備程序，而以其調查之結果爲判決之資料是。

第五 本人訴訟主義與代理訴訟主義 本人訴訟主義者當事人本人或其法定代理人自爲訴訟行爲之主義也。代理訴訟主義者，當事人本人或其法定代理人並不親自爲訴訟行爲而委任代理人爲訴訟行爲之主義也。我國民事訴訟法以本人訴訟主義爲原則，代理訴訟主義爲例外。

第六 自由心證主義與法定證據主義 自由心證主義者，關於證據之調查取捨，以及證據方法及其證明力，一任法院推事自由判斷之主義也。法定證據主義者，關於證據方法及其證明力均以法律規定之，法院判斷事實之真偽，必依此規定辦理，不能自由取捨之主義也，我國民事訴訟法採自由心證主義爲原則，故法院爲判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽，（民事訴訟法第二百二十二條）但亦有例外；例如民事訴訟法第三百五十五條及第三百五十八條是。

第七 自由順序主義與法定順序主義 法定順序主義者，關於當事人之訴訟行爲設一定順序之主義也。自由順序主義者，關於當事人之訴訟行爲不設一定順序之主義也。我國民事訴訟法，以自由順序主義爲原則，所有攻擊防禦方法，當事人得隨時於言詞辯論終結前提出。（民事訴訟法第一百九十六條第一項）但如民事訴訟法第一百九十六條第二項第二百零六條則例外採法定順序主義也。

第八 公開審理主義與秘密審理主義 公開審理主義者，法院審判時，一任當事人訴訟關係人以外之第三人到場旁聽之主義也。秘密審理主義者，法院審判時，除當事人訴訟關係人以外，不許第三人到場旁聽之主義。我國民事訴訟法採公開主義爲原則，以期裁判之公平，增進法院之威信。惟有關於公共秩序善良風俗者，則不公開審理，又如調解程序亦得不公開行之。（民事訴訟法第四百十五條）

研究問題三

- (一) 試論言詞弁論主義與書狀審理主義之得失。
- (二) 我國民事訴訟法採自由心證主義爲原則其理由安在？

本論

第一編 總則

第一章 法院

第一節 概說

第一 法院之意義 法院者，行使國家司法權之機關也。有廣義狹義之分，廣義法院包括狹義法院及書記官，通譯，執達員，指整個法院而言。狹義法院專指行使審判權之民事庭而言。

第二 法院之權限 法院之主要權限乃行使審判權。此外更有指揮訴訟權，處分權，公證權，強制執行權等等。

一 審判權 法院根據法律，審理案件並爲裁判之權力曰審判權。審判權爲法院之主要權限，依照