

國立中山大學法律叢書第三種  
張學堯著

# 中國民事訴訟法論

上海昌明書屋發行

# 中國民事訴訟法論目錄

## 緒論

第一章 民事訴訟……………一

第一節 民事訴訟之意義……………一

第二節 民事訴訟之種類……………四

第三節 民事訴訟之法律關係……………六

第四節 民事訴訟之限界……………七

第二章 民事訴訟法……………八

第一節 民事訴訟法之意義……………八

第二節 民事訴訟法之性質……………九

第三節 民事訴訟法之效力……………一〇

第四節 民事訴訟法之沿革……………一二

第一項 各國民事訴訟法之沿革……………一二

第二項 我國民事訴訟法之沿革……………一三

## 下論

## 第一編 總則

中國民事訴訟法論 目錄

## 第一部 訴訟主體

第一章 法院……………一四

第一節 總說……………一四

第二節 法院之管轄……………一六

第一項 概說……………一六

第二項 職務管轄……………一七

第三項 土地管轄……………一八

第一款 普通審判籍……………一八

第二款 特別審判籍……………二二

第一目 關於財產權上訴訟對於特

種被告之特別審判籍……………二三

第二目 依訴訟標的與管轄區域之

關係而生之特別審判籍……………二七

第三目 基於訴訟上關係而生之特

別審判籍……………三四

第三款 審判籍相互之關係……………三五

第四項 指定管轄……………三六

第五項 合意管轄……………三八

第六項 管轄之調查與管轄錯誤之效果……………四三  
 第七項 訴訟之移送……………四四  
 第三節 法院職員之能力……………四六

第一項 概說……………四六

第二項 推事之迴避……………四七

第一款 自行迴避……………四七

第二款 裁定迴避……………五一

第三項 法院書記官及通譯之迴避……………五四

第二章 當事人……………五五

第一節 總說……………五五

第二節 當事人之能力……………五八

第三節 當事人之選定……………六四

第四節 訴訟能力……………六七

第五節 代理人及輔佐人……………七二

第一項 代理人……………七二

第一款 概說……………七二

第二款 法定代理……………七四

第三款 訴訟代理……………七九

第四款 代理權之消滅……………八五

第一目 法定代理權之消滅……………八五

第二目 訴訟代理權之消滅……………八六

第二項 輔佐人……………八八

第二部 訴訟客體

第一章 總論……………九〇

第二章 各種訴訟之訴訟標的……………九二

第三章 訴訟標的之價額……………九四

第三部 訴訟費用

第一章 總論……………九七

第二章 訴訟費用之負擔……………九九

第一節 總說……………九九

第二節 訴訟費用負擔之標準……………九九

第一項 當事人負擔之標準……………九九

第二項 參加人負擔之標準……………一〇二

第三項 第三人負擔之標準……………一〇三

第三節 訴訟費用負擔之裁判……………一〇四

第四節	訴訟費用額之確定	一〇六
第五節	訴訟費用負擔規定之準用	一〇七
第三章	訴訟費用之擔保	一〇八
第四章	訴訟救助	一一二
<b>第四部 訴訟程序</b>		
第一章	訴訟程序之立法主義	一一七
第一節	當事人進行主義及職權進行主義	一一七
第二節	辯論主義及干涉主義	一一八
第三節	言詞審理主義及書狀審理主義	一一九
第四節	兩造審理主義及一造審理主義	一二〇
第五節	公開審理主義及祕密審理主義	一二一
第六節	直接審理主義及間接審理主義	一二一
第七節	法定順序主義及自由順序主義	一二二
第八節	自心由證主義及法定證據主義	一二四
第九節	當事人平等主義及當事人平等主義	一二五
第十節	本人訴訟主義及代理訴訟主義	一二五

第二章	訴訟程序之行為	一二六
第一節	訴訟行為之觀念	一二六
第二節	訴訟行為之種類	一二七
第一項	法院之訴訟行為	一二七
第二項	當事人之訴訟行為	一二八
第三項	第三人之訴訟行為	一二八
第三節	訴訟行為之無效及撤銷	一二九
第一項	法院訴訟行為之無效及撤銷	一二九
第二項	當事人訴訟行為之無效及撤銷	一二九
第四節	訴訟行為之用語	一三五
第五節	訴訟行為之處所	一三五
第三章	訴訟程序之通則	一三六
第一節	當事人書狀	一三六
第一項	概說	一三六
第二項	書狀之程式	一三七
第三項	書狀之提出	一三八
第四項	書狀之補正	一三九

第五項 聲明或陳述之筆錄	一四〇	第四項 不變期間之遲誤	一六〇
第二節 送達	一四〇	第四節 訴訟程序之停止	一六二
第一項 概說	一四〇	第一項 概說	一六二
第二項 送達人及應送達之文書	一四二	第二項 訴訟程序之中斷	一六二
第三項 應受送達人	一四二	第三項 訴訟程序之中止	一六七
第四項 送達之方法	一四五	第四項 訴訟程序之休止	一七〇
第一款 本人送達	一四五	第五項 訴訟程序停止之效力	一七二
第二款 補充送達	一四五	第五節 言詞辯論	一七三
第三款 留置送達	一四六	第一項 概說	一七三
第四款 囑託送達	一四七	第二項 當事人在言詞辯論中所爲之	一七四
第五款 公示送達	一四八	行爲	一七四
第五項 送達之期日	一五一	第三項 審判長於言詞辯論中所爲之	一七七
第六項 送達證書	一五一	行爲	一七九
第七項 送達之效力	一五三	第四項 法院於言詞辯論中所爲之行	一七九
第三節 期日及期間	一五四	爲	一八二
第一項 概說	一五四	第五項 言詞辯論之筆錄	一八二
第二項 期日	一五五	第六節 裁判	一八六
第三項 期間	一五七	第一項 概說	一八六

第二項 判決……………一八八

第一款 判決之種類……………一八八

第二款 判決之要件……………一八九

第三款 判決之宣示……………一九一

第四款 判決之製作……………一九三

第五款 判決之送達……………一九五

第六款 判決之更正……………一九六

第七款 判決之補充……………一九七

第三項 裁定……………一九八

第四項 法院書記官之處分……………一九九

第七節 訴訟卷宗……………二〇〇

## 第二編 第一審訴訟程序

### 第一章 通常訴訟程序……………二〇二

第一節 總論……………二〇二

第一項 訴之意義及其種類……………二〇三

第一款 訴之意義……………二〇三

第二款 訴之種類……………二〇五

第二項 訴權……………二〇七

第一款 概說……………二〇七

第二款 訴權之存在要件……………二〇九

第一目 形式上要件（又稱訴訟成立要件）……………二〇九

第二目 實質上要件（又稱權利保護要件）……………二一五

第二節 起訴……………二二〇

第一項 起訴之程式……………二二〇

第二項 訴之審理……………二二三

第三項 訴訟繫屬（起訴之效力）……………二二四

第一款 訴訟繫屬之意義……………二二四

第二款 訴訟繫屬發生之時期及其消滅……………二二五

第三款 訴訟繫屬之效力……………二二七

第三節 訴之合併……………二三一

第一項 概說……………二三一

第二項 客觀的訴之合併……………二三一

第一項 訴之種類……………二〇五

第二款 訴之種類……………二〇五

第三款 訴之種類……………二〇五

第三項	反訴	二二二
第四項	主觀的訴之合併(共同訴訟)	二四二
第一款	總說	二四二
第二款	共同訴訟之種類	二四六
第一目	普通共同訴訟	二四六
第二目	必要共同訴訟	二四七
第三款	共同訴訟人間之關係	二五一
第一目	普通共同訴訟人間之關係	二五一
第二目	必要共同訴訟人間之關係	二五二
第三目	共同訴訟之續行與傳喚	二五四
第四節	訴訟參加	二五五
第一項	主參加訴訟	二五五
第二項	從參加訴訟(一稱輔助參加)	二五八
第五節	訴之變更或追加	二六九
第一項	訴之變更或追加之意義	二六九
第二項	訴之變更或追加之要件	二七〇

第三項	訴之變更或追加之程序及裁判	二七四
第六節	訴之撤回	二七七
第七節	言詞辯論之準備	二八一
第一項	總說	二八一
第二項	準備書狀	二八二
第三項	準備程序	二八三
第四項	言詞辯論前之處置	二八七
第八節	證據	二八八
第一項	通則	二八八
第一款	總說	二八八
第二款	舉證責任	二九三
第一目	舉證責任之意義	二九三
第二目	舉證責任之分配	二九四
第三款	證據程序	三〇五
第一目	證據之聲明	三〇五
第二目	證據之調查	三〇七
第二項	人證	三一二

第一款	人證及證人之意義	三一二
第二款	證人之能力	三一三
第三款	證人之義務	三一四
第四款	證人之制裁	三一四
第五款	證人之權利	三一四
第六款	人證之程序	三一四
第七款	證言之證據力	三二七
第三項	鑑定	三二九
第一款	鑑定及鑑定人之意義	三二九
第二款	鑑定人之義務	三三一
第三款	鑑定之程序	三三二
第四款	鑑定證人及準鑑定人	三三四
第五款	鑑定人之權利	三三六
第四項	書證	三三六
第一款	書證及證書之意義	三三六
第二款	文書之種類	三三七
第三款	文書提出之義務	三三八
第四款	執有人違背義務之制裁	三四〇

第五款	書證之程序	三四〇
第六款	文書之證據力	三四五
第七款	準文書	三四八
第五項	勘驗	三四八
第一款	勘驗及勘驗物之意義	三四八
第二款	勘驗之種類	三四八
第三款	勘驗之忍耐義務	三四九
第四款	勘驗程序	三五〇
第五款	勘驗之證據力	三五二
第六項	證據保全	三五二
第一款	證據保全之意義	三五二
第二款	證據保全之要件	三五三
第三款	證據保全之程序	三五三
第四款	證據保全之費用	三五六
第五款	證據保全之效果	三五六
第九節	和解	三五七
第一項	和解之意義	三五七
第二項	和解之要件	三五九



第三項	和解之程序	三六〇	第八項	外國法院確定判決之效力	三八三
第四項	和解之效力	三六一	第二章	簡易訴訟程序	三八五
第五項	和解之撤銷及無效	三六一	第一節	總說	三八五
第十節	判決	三六二	第二節	訴訟之標的	三八六
第一項	終局判決	三六二	第三節	調解	三八八
第一款	全部終局判決	三六二	第一項	調解之意義	三八八
第二款	一部終局判決	三六三	第二項	應經調解之事件	三八九
第二項	中間判決	三六四	第三項	調解程序	三九〇
第三項	捨棄判決與認諾判決	三六六	第一款	調解之開始	三九一
第四項	一造辯論判決	三六七	第二款	調解之進行	三九一
第五項	宣示假執行之判決	三七〇	第三款	調解之終結	三九三
第六項	定期或分期履行與增減給付 或變更原有效果之判決	三七五	第四項	調解筆錄	三九四
第七項	判決之效力	三七五	第五項	調解程序之費用	三九五
第一款	判決之羈束力	三七五	第四節	簡易訴訟之提起及其聲明或陳 述	三九五
第二款	判決之確定力	三七九	第五節	簡易辯論	三九六
第三款	判決之執行力	三八三	第六節	調查證據	三九七
第四款	判決之形成力	三八三	第七節	簡易判決	三九七

## 第三編 上訴審程序

第一章 總論	三九八
第一節 上訴之意義及其性質	三九八
第二節 上訴之種類	三九九
第三節 上訴之效力	四〇〇
第二章 第二審程序	四〇一
第一節 第二審之性質	四〇一
第二節 第二審上訴之要件	四〇一
第三節 第二審上訴權之捨棄及其上訴之撤回	四〇九
第四節 附帶上訴	四一二
第五節 第二審審判前之程序	四一七
第六節 第二審之審理	四一八
第一項 第二審之言詞辯論	四一八
第二項 第二審之訴訟資料	四二〇
第三項 訴之變更追加或反訴	四二二
第七節 第二審之判決	四二二

第八節 第二審假執行之裁判	四二七
第九節 第二審終結後之程序	四三〇

### 第三章 第三審程序

第一節 第三審之性質	四三〇
第二節 第三審上訴之要件	四三一
第三節 第三審上訴之理由	四三四
第四節 第三審審判前之程序	四三七
第五節 第三審之審理	四三八
第六節 第三審上訴之裁判	四四一

### 第四編 抗告程序

第一章 抗告之意義	四四四
第二章 抗告之要件	四四五
第三章 抗告之效力	四五〇
第四章 抗告之裁判	四五一
第一節 原審法院或審判長之裁判	四五二
第二節 抗告法院之裁判	四五二
第五章 再抗告	四五四

第六章 准抗告……………四五五

第五編 再審程序

第一章 再審之意義……………四五六

第二章 再審之要件（合法要件）……………四五七

第三章 再審之訴之提起……………四六〇

第一節 提起再審之主體……………四六〇

第二節 提起再審之理由……………四六一

第三節 提起再審之法院……………四六五

第四節 提起再審之效力……………四六七

第四章 再審之訴之審判……………四六七

第一節 關於合法與否之審判……………四六八

第二節 關於有無再審理由之審判……………四六八

第三節 關於本案之審判……………四六九

第五章 再審之訴之判決效力……………四七〇

第六章 准再審……………四七一

第六編 督促程序

第一章 督促程序之意義……………四七一

第二章 督促程序之要件……………四七二

第三章 支付命令之聲請……………四七三

第四章 支付命令之異議……………四七六

第五章 支付命令之假執行……………四七八

第七編 保全程序

第一章 總論……………四八一

第二章 假扣押程序……………四八一

第一節 假扣押之意義及其要件……………四八一

第二節 假扣押之聲請……………四八二

第三節 假扣押裁定之撤銷……………四八六

第三章 假處分程序……………四八九

第一節 假處分之意義及其要件……………四八九

第二節 假處分之聲請……………四九〇

第三節 假處分撤銷之限制……………四九二

第四節 設定假地位之假處分……………四九二

## 第八編 公示催告程序

第一章 總論	四九四
第二章 一般公示催告程序	四九五
第三章 宣示證券無效之公示催告程序	五〇一

## 第九編 人事訴訟程序

第一章 總論	五〇六
第二章 婚姻事件程序	五〇六
第一節 總說	五〇六
第二節 婚姻事件之種類	五〇六
第三節 婚姻事件之管轄	五〇七
第四節 當事人及其訴訟能力	五〇八
第五節 婚姻事件之特別程序	五〇九
第六節 婚姻事件判決之效力	五一六
第三章 親子關係事件程序	五一七
第一節 收養事件程序	五一七

第二節 生子關係事件	五一〇
第三節 親權事件	五二四

## 第四章 禁治產事件程序

第一節 總說	五二六
第二節 禁治產之宣告程序	五二六
第三節 撤銷禁治產宣告之程序	五三〇
第一項 撤銷禁治產宣告之訴之程序	五三〇
第二項 聲請撤銷禁治產之程序	五三三
第五章 宣告死亡事件程序	五三五

第一節 總說	五三六
第二節 宣告死亡之程序	五三六
第三節 撤銷死亡宣告之訴之程序	五三九

## 本書引用法條簡稱表

(一)以「一、二、三、四、五、六、七、八、九、〇」，表示條數。例如「二四九」，即第二百四十九條是。

(二)以「①、②、③、④、⑤」，表示項數。例如「二四九①」，即第二百四十九條第一項是。

(三)以「1、2、3、4、5、6、7、8、9、10」，表示款數。例如「二四九①1」，即第二百四十九條第一項第一款是。

# 中國民事訴訟法論

## 緒論

### 第一章 民事訴訟

#### 第一節 民事訴訟之意義

民事訴訟者，國家司法機關，基於私人之要求，調查其法律上之要件是否具備，以確定私權爲目的之法律上程序也。故由國家司法機關之一方言之，則民事訴訟係以維持私法法規，保護正當私人之權利爲目的之程序。由私人之一方言之，則民事訴訟又爲私人對於國家司法機關，要求就私法上之利益，爲保護行爲之程序。茲更分述其義於後：

第一 民事訴訟者，國家司法機關之法律上程序也。

(一) 國家司法機關之程序 現代法律，既明認吾人之私權，則遇吾人之私權被侵害或有受侵害之虞時，自不可不以保護之。古昔文化未開，國家機關設備未周，關於私權之保護，徒賴自力救濟。然自力救濟之結果，其力之強者，不僅保護自己之私權，動輒超過保護必要之範圍，強行脅迫，靡所底止。反之，弱者對於強者，轉至不能主張自己之私權，尙何有保護私權之可言？其後國家之權力漸大，而機關之設備漸完，保護私權之事，遂改由國家特設司法機關以任之，除有不得已之情形外

(民法以下簡稱「民」一四九至一五一、九六〇參照)，禁止自力救濟。此訴訟法上所以明認私人對於國家有權利保護請求權，而使得享受現實之私法上利益也。惟國家實行保護行為時，不可無一定之程序，此一定之程序，即為民事訴訟。

(二)國家機關之法律上程序 凡向一定之目的，並依一定計劃而為之多數行為，就其全體言，請之程序。參與民事訴訟之國家司法機關，必有種種行為，依民事訴訟法之所定，向獲得判決之目的而行，故此多數連貫之行為，謂之法律上之程序。

第二 民事訴訟者，以確定私權為目的，亦即以維持私法法規之程序也。

(一)民事訴訟，以確定私權為目的 國家保護私權之方法，原非以民事訴訟為限，此外保護之方法尚多，惟私權之確定，則專以民事訴訟行之。故雖同屬保護私權之程序，苟非以確定私權為目的者，即非民事訴訟。關於民事執行程序，學者雖亦有認為同屬於民事訴訟者，然其目的在使私權之得收實行，並非確定私權，且我國現行法制，既將強制執行法分別定為獨立之法規，故應解為非訟事件。惟茲所謂私權，並不以特定之私法上權利為限，凡有保護必要之私法上利益，均應包含及之。例如本法第二四七條下段確認證書真偽之訴，祇可謂為因訴所受之利益，並不能謂為因訴被保護之特定權利。又如原告提起消極確認之訴，主張被告無如何之權利，雖經裁判確定，被告之權利被認為不存在，但原告此際僅係一般私法上之地位或經濟狀態得免於因被告以權利人自居，所感受之危險而已，是其所被保護者，亦祇為一種私法上之利益也。

(二)民事訴訟，所以維持私法法規之程序 國家為維持公共生活之秩序，增進各個人之利益，並為國家自存之目的計，制定私法法規，以定各個人間之關係。惟祇憑此項法規，對於私人相互間之生活

關係，仍不得謂爲已臻於鞏固。倘各個人違反私法法規，侵害他人私權，或有侵害之危險者，國家爲確定其權義之界限，維持其私法法規計，對於此等危險，自不得不籌其所應對付之策，而民事訴訟者，卽國家謀對此危險所設之程序也。

第三 民事訴訟者，私人對於國家司法機關，求爲有利於己之權利保護行爲之程序也。

(一) 求爲有利於己之保護行爲之程序 國家之所保護，雖爲正當當事人之權利或利益，然私人之所要求，非祇爲正當之保護行爲，實乃更求有利於己之保護行爲。申言之，卽私人依民事訴訟，對於國家有要求爲利己之保護行爲之權，亦卽主張有權利保護請求權，求爲有利於己之保護行爲也。雖在求爲權利變更之判決亦然。例如求爲離婚之判決，原告主張自己有離婚請求權，求爲有利於己之權利保護行爲，此時被告雖亦偶有如此希望，就其形成訴訟之結果，兩者利害關係固爲同一，然其性質仍不變也。但在請求分割共有物（民法八二四回）及不動產經界之訴訟，因原告之要求，唯共有物之分割或定不動產之經界之判決，至於如何分割或以如何之線定爲經界，雖任由法院衡平決之，然此等訴訟，本屬非訟事件，不過便宜上依民事訴訟之形式辦理而已，故不能遽認其有民事訴訟之性質。

(二) 對於國家機關求爲保護行爲之程序 又可分爲三點說明於次：

(甲) 對於國家機關求爲保護行爲 卽求依國家之強制力爲保護行爲之程序。故基於當事人間所謂自助契約，債務人被強制，使債權人之請求得生滿足之結果時，因非基於國家機關之保護行爲，而民事訴訟當不存在。又基於公斷契約，使公斷人就各個人間私權之爭議爲判斷，其判斷之結果，於當事人間，雖亦發生與法院之確定判決有同一之效力（民事公斷暫行條例二一參照），然公斷



程序乃代民事訴訟之另一程序，而非民事訴訟。

(乙)對於國家機關而非對於私人 私人對於國家機關求為有利於己之保護行為，雖必以一定之人為他造而提起之，但非依民事訴訟而對於他造行使其私法上之權利。蓋訴訟法與私法不同，基於訴訟法所生之權利保護請求權（訴權），與基於私法所生之請求權，性質上應有區別，學者不可誤會。

(丙)私人對於國家機關要求之程序 申言之，即私人對於私人之關係，要求國家機關之保護行為之程序。故茲所謂私人，乃私法上關係，即有對等關係的人格之意義，國家或其他公法人於私法上之關係，亦包含上述私人之內。

## 第二節 民事訴訟之種類

第一 民事訴訟以其形式上為標準，可分為通常訴訟與特別訴訟二者如下：

(一)通常訴訟 即一般確定私權之訴訟，而適用通常訴訟程序者也。

(二)特別訴訟 即就特別事項所生之訴訟，而適用特別訴訟程序者也。特別訴訟，又可分為二：

(甲)人事訴訟 人事訴訟，即關於人身上所發生之訴訟。民事訴訟法第九編所定人事訴訟程序中，

可分為婚姻事件程序、親子關係事件程序、禁治產事件程序、宣告死亡事件程序四種。但禁治產事件程序與宣告死亡事件程序，本非民事訴訟之性質，現行法所以視為民事訴訟而規定其程序於民事訴訟法中者，蓋為便宜上使得準用或適用民事訴訟法之規定。此外民事訴訟法第七編、第八編所定之保全程序及公示催告程序，亦非民事訴訟之性質，均為便宜上之規定。