

訂 改

論法訟事民國中

者 著
勳 邵

上

改訂中國民事訴訟法論上卷

第一編 總論

東陽邵勳

第一章 民事訴訟之觀念

何謂民事訴訟。學者間定義紛歧。或謂民事訴訟。係適用私法、保護現有危害之私權、之裁判上程序。或謂民事訴訟。以保護私權爲其直接目的、由法院所實施之程序。或謂民事訴訟由國家及私人以適用私法爲目的所爲之行爲。或謂民事訴訟不外以確定私權爲目的之程序。議論不一。余則從左之定義。

民事訴訟者。因保護私權、依國家權力之行動、以觸私法法規實現之法律上制度也。

依此定義。分述如左。

一 民事訴訟者、法律上之制度也、

民事訴訟者。民事訴訟法規上所定之制度也。民事訴訟法規。係何時、依何方法、經私人要求。由國家機關爲其私權保護行爲之法規。民事訴訟。即由此法規上所定之法律上制度。此制度。一面有程序性。他面則又有法律關係性。此又可細別如左。

(1) 民事訴訟者、程序也、

所謂程序者。依一定計劃。出於同一目的。有多數行為連鎖之之狀態之謂也。易詞言之。不外由訴訟主體。向一定目的。從一定計劃。將前後多數行為系統的秩序的聯合其成為一體之狀態者是也。

民事訴訟。在當事人以受私權保護為目的。在國家則以完全遂行其保護行為為目的。各向其目的。從其計劃。以為其民事訴訟法規上所定之多數行為。既有此多數行為之聯合。此民事訴訟之所以為程序也。

(2) 民事訴訟者、法律關係也、

所謂法律關係者。即民事訴訟法上之權利義務關係也。

民事訴訟。由私人主張其有私權保護請求權存在。向國家要求其為私權保護之行為。國家對此要求。調查其要求在法律上正當與否。如認為正當。國家即負保護之義務。易詞言之。有私權保護之要求時。國家對於私人應予為私權保護之行為。即生一種公法上(民事訴訟法上)之權利義務關係。既有此權利義務關係。此民事訴訟之所以成為訴訟的法律關係也。

如右所述。訴訟程序與訴訟的法律關係。實有相互不可分離之狀態。因此狀態。成為民事訴訟。訴訟程序因以開始。訴訟的法律關係亦即發生。訴訟程序發展終了。訴訟的法律關係亦即發展終竣。

二 民事訴訟者、保護私權之法律上制度也、

民事訴訟之直接目的。固在於保護私權。然所謂私權者。不僅私法上之權利屬之。凡有保護必要之私法上利益。亦應解爲包含在內。例如確定證書真僞之訴（二四七後段）。祇可謂爲因訴所受之利益。不得謂爲因訴被保護之權利。故所謂保護私權者。以無適當之語可代。不得已權爲用之。就事理言。實不甚當。蓋依民訴所保護之私權。實不以私法上之權利爲限。而要應解爲保護一切私權上利益之義。

民事訴訟之目的。既在於直接保護私權。則與其他法律上制度之刑事訴訟及行政訴訟。自係有別。在刑訴與行政訴訟。往往亦收保護私權之利益。但其所收保護私權之利益非刑訴與行政訴訟之直接目的。民事訴訟。何時依何手段而爲私權之保護。說明於左。

（一）何時有保護私權之必要

民事訴訟保護私權。何時爲之。應於法律上有保護私權之必要時爲之。何時有保護私權之必要。私權已有危害。固應予以保護。即私權有將受危害之虞。亦不可謂無保護之必要。至將來有危害之虞。亦許其請求保護私權。則須法有明文（二四六）。

（二）保護私權之手段如何

國家保護私權之手段。可分爲判決、強制執行（廣義之民事訴訟）、及保全執行、三者。分述如左。

（A）依判決所爲之保護私權

判決爲裁判之一種。國家依其權力。審理事實。適用法律。最後以判決之形式所爲之宣言。謂之判決。

判決有僅就訴訟程序事項爲裁判之訴訟判決。亦有就訴訟標的爲裁判之本案判決。爲私權保護之手段之判決。本案判決也。依此判決確定其私權之存否。並其判決已臻於確定者。則其私權之存否。日後同一當事人間。即不得更爲有效之爭執。此爲確定判決效力之一。當事人之私權。依此確定判決之效力。以爲保護。此效力謂之既判力。不問確認判決、給付判決、與形成判決。均屬有之。

判決中之給付判決。得以提付強制執行。依強制執行所保護之私權。須有給付判決存在。由此給付判決發生之效力。謂之判決之執行力。執行力限於給付判決有之。形成判決者。先確定其形成權之存在。並予以形成效果（此形成效果、有依形成權之內容直致法律上效果之發生變更消滅之效力、）之判決也。此形成效果。謂之判決之形成力。此形成力。限於形成判決有之。

(B) 依強制執行所爲之保護私權。

強制執行者。就確定之私權、實現其效果之國家行爲也。凡給付判決。固已確定其給付請求權之存在。並命其給付。倘義務人不從給付判決之命。不履行義務。則國家仍不得達保護私權之目的。此時不問義務人之意思如何。非強制執行。不得滿足其請求權人之請求權。故須由國家用其權力。強迫義務

人履行義務。使權利人得以享受實現私權之效果。此亦爲保護私權手段之一。

(C) 依執行保全所爲之保護私權

執行保全者。爲將來強制執行之必要上。預爲準備。以保全其將來得以實施強制執行之行爲也。凡強制執行。非俟判決確定、或有假執行宣告之判決、或有強草第二十六條規定等債務名義不得爲之。然債權人取得此等債務名義。須經過若干時日。而此若干時日間。難保債權人之財產。不生變動。或即係訴訟標的物發生變動。以致債權人基於債務名義取得之權利。發生執行困難或竟至不能執行。事實上所習見。因欲免除此等危險。完全達到保護私權之目的。不能不求預防之策。以就債務人之財產或訟爭物。維持其現狀。以保全其日後之執行。此即假扣押假處分程序是也。

三。民事訴訟者、使私法法規實現其效果之法律上制度也、

國家爲維持共同生活之秩序、增進各個人之利益、並爲國家自存之目的計、制定私法法規。以定各個人相互間之關係。即所以規定其吾人對於一定之人享權利負義務、或於某¹⁰地上取得一定之權利之限界也。私人相互間之生活關係。固依私法法規以定其權義之限界。然徒憑此項法規。仍不得謂爲臻於鞏固。倘各個人違背私法法規侵害私權或有侵害之危險者。國家爲確定其權義之限界。實行其私法法規之效果。對於此等危險。不能不籌其所應對付之策。因欲籌其對付之策。不能不設備一定之方法。民事訴訟制度。即

所以謀對付此危險所設備之方法也。例如民法第九百六十二條所定、占有被侵奪者得請求返還其占有物、占有被妨害者得請求除去其妨害、占有有被妨害之虞者得請求防止其妨害、云云。苟無法律上一定之方法規定。則事實上占有被害者。向何機關、依何方法、要求救濟。並對此要求。國家應以何方法。實施救濟。俾占有人可以享受占有之實益。此徒恃私法法規。不能實現其利益。必須有法律上一定制度之設備。而後始得將私法法規適用於具體之事實。使私法法規。於實際上發生其效果也。倘無法律上一定制度之設備。則私法法規。幾如廢物。等於具文。毫無價值。絕無實益。於是爲實現私法效果。俾私法法規真正有活動力。得以適用於具體事實之上。自不可不設備法律上制度。民事訴訟制度。即係運用私法法規之法律上制度。故民事訴訟。可謂係爲實現私法法規所設之法律上制度也。

四 民事訴訟者、依國家權力之行動、求爲保護私權之制度也、

往昔文化未開。國家機關設備未完。人民欲利用公之設備。以保護私權。幾不可能。於是各個人之私權被害。往往本其自主觀察。以排斥其外部之侵害。以期私權之實行。非以自己腕力。不足以保護自己之私權。故此時稱私權保護。謂之自力救濟。然自力救濟。結果。其力之強者。不僅保護自己之私權。動輒超過保護範圍。暴行脅迫。靡所底止。反之、弱者對於強者。轉至不能主張自己之私權。尙有何保護可言。既無公平正義。則各人相互間自必至惹起爭鬪。共同生存之安全。不可得保。社會秩序。亦致紊亂。故實有

強大其國家權力。完備其國家機關之必要。此方除有不得已情形外。禁止自力救濟。彼方由國家任保護私權之責。今之文明國家。皆以私權保護。爲國家之任務。於憲法中以明文規定之者。此也。民事訴訟。實依賴國家權力之行動。以爲保護私權之制度。而由國家機關之法院處理其事務也。

民事訴訟。係司法事務之一。與公斷程序有別。公斷程序。雖亦係以保護私權爲目的之法律上制度。但公斷。則係不由法院干與。而民事訴訟。則純由法院處理之也。

第二章 民事訴訟之目的

第一 民事訴訟。既在於實行私法法規、依賴國家權力之行動、以爲保護私權之法律上制度。則民事訴訟之目的。純在於保護私權。已屬灼然。抑民訴之所以以保護私權爲目的者。不外國家爲達其自存之目的計也。國家爲保持其自身之存在。制定法律。強行遵守、用以維持其國家之秩序。社會之安寧。蓋人類之營共同生活。組織國家。人與人相互間。非依一定之秩序。不足以資維持。而人類各欲滿足其慾望。又係本性使然。倘許各人率性所欲。則彼此慾望。必致衝突。因衝突而致爭鬥、共同秩序。全被破壞。從而失却國家存在之基礎。國家因以喪亂。於是國家不得不制定一定之法律。使人民共同遵守。以此目的制定之法律。即係私法。私法上所認之權利。即係私權。此私權。有時因他人之行爲不能實行或有實行不能之危險或

陷於私權不滿足之狀態。自不能不有保護私權之必要。感此必要所發生之法律上制度。即係民事訴訟。可見保護私權。即所以謀國家之自存。國家賴私權之保護。以完成其法之遵守。並因以維持其國家自身之存在。是民事訴訟。又可謂爲出於維持國家自身存在之意思。用以保護人民之私權也。

第二 民事訴訟之目的。既在於國家爲期望其自存。從而爲私權之保護。則以保護私權爲目的之民事訴訟。要不許由當事人之一方主觀觀察。定其保護方法。必須由國家對於當事人雙方盡其保護之任務。國家保護私權之目的與當事人實施訴訟之目的有別。當事人常持利己主義。而以獲得利益之結果。爲其訴訟之目的。在國家對於民事訴訟。不爲當事人利己之主張所拘束。須就其主張公平判斷。如當事人主張正當。即予以保護私權之裁判。其時可謂與國家之目的、即民事訴訟之目的之一致。若其主張不當、不予保護。可謂與民事訴訟保護私權之目的。適得反對之結果。

第三章 民事訴訟之訴訟標的

第一 總說

民事訴訟之目的。既在於保護私權。則民事訴訟之訴訟標的（民事訴訟之物體、訴之客體、訴之對象、）即係民事訴訟程序中爲裁判、強制執行、執行保全、（此三者爲法院保護私權之手段）之標的。

訴訟標的一語。日舊民訴法及我舊民訴草案。均用訴訟物、訴訟目的物等。既言物。則以有體財產爲限。倘以無形權利涉訟之時。即不足以包括及之。故我舊民訴條例改爲訴訟標的。俾可包括無形權利在內。原爲至當之規定。日本新民訴法。亦襲而用之。改爲訴訟之目的。今我新法仍沿用訴訟標的。原屬允洽。惟新法用訴訟標的（五三各款、五四、五六、六二、八六之二、二〇六、二二三之一、二二三之一、二四四之一、二、二五四、二五六、一、四、三八二、三八四、三九九之一、四〇三、四〇四、四〇六後段、四〇七、四三三、）者固多。而用法律關係（一八二、二四七、二五四、二五六、三八〇、三九九之一、四〇九之一、五）者亦有之。用請求（一三、一四、三九九之二、五〇四、五一八、五二一之一、二、五二二、五二八、五六八之二、）者亦有之。用請求標的（三、五二八之一、五三三、）者亦有之。用標的（二〇四、二六〇、三八二、四〇二、四〇五、四〇六前段、四八一、）者亦有之。用請求之標的物（三九二、四〇〇、）用請求之標的（五〇七之二）者亦有之。用訴訟之標的（一一六）者亦有之。用訴訟標的之主張（八〇）者亦有之。用標的之法律關係（四〇九之一、四一〇之二）者亦有之。微嫌用語之不一致耳。

第二 訴訟標的之意義

民事訴訟之訴訟標的者。裁判、強制執行、或執行保全、程序之客體也。亦即私法上請求權或私法上之法律關係也。

國家機關之司法院。對於私人保護私權之要求。當先決其應行保護與否。如有保護之必要。即應予以保護。依此私權保護請求權。所求為保護之客體。即係民事訴訟之訴訟標的。此訴訟標的。每依私權保護請求權之不同。不能一致。但原則上則為私法上之請求權或私法上之法律關係。故為判決請求權之訴訟標的。通常為私法上之請求權或私法上之法律關係。如係執行請求權或保全執行請求權。則以可得讓與之債務人財產權（民二九四）。為其對象。但依此三種請求權。求為保護之私權。要仍不脫出私法上請求權之範圍。

第三 訴訟標的之內容

民事訴訟之訴訟標的。原則為私法上之請求權或私法上之法律關係。固如上述。然此等私法上之請求權或法律關係。究作何解。分述如左。

一 私法上之請求權

私法上之請求權者。民法及民事特別法並其他有私法法規性之實體的法規所認之請求權也。請求權者。對於特定人要求其行為不行為之權利也。不問為債權請求權物權請求權作為請求權不作為請求權均屬之。實際上為民事訴訟之訴訟標的者。多為私法上之請求權也。

二 私法上之法律關係

民法上之法律關係者。人與人或人與物之民法上生活關係也。民事訴訟之訴訟標的。不以民法上請求權爲限。凡民法上之法律關係。亦爲民事訴訟之訴訟標的。蓋以民事訴訟。既係保護私權。若祇許其以民法上請求權爲其訴訟標的。終究不得全其保護之效果。故各國民事訴訟法。均許法律關係（權利關係、權義關係、民法上所定之權義關係）提起確認之訴。本法亦然（二四七）。即以法律關係。爲其確認之訴之訴訟標的也。又如婚姻撤銷之訴。原爲形成之訴。其訴之訴訟標的。非民法上請求權。乃民法上之形成權也。此形成權。係法律關係之一。故法律關係。亦不得不以之爲民事訴訟之訴訟標的。

三 其他之權利或法律關係

民事訴訟之訴訟標的。原則上係民法上之請求權或民法上之法律關係。已如上述。但有例外。其例外（1）請求執行正本付與之訴（強草二一）（2）請求執行判決之訴（本法四〇一強草八之二）（3）執行異議之訴（強草三一至三五）。以上三訴。均不以請求權或法律關係爲目的。而以取得執行之宣言爲目的。此三者。皆以直接由強制執行權發生之強制執行法（公法）上之法律關係爲目的。此法律關係。係公法上之法律關係。故民事訴訟

訟之訴訟標的。有時係公法上之法律關係。不盡係私法上之法律關係。

學者間有謂右列三種訴訟。其結果仍以滿足私法上之請求權爲目的。易詞言之。請求執行正本付與之訴。不外基於得爲強制執行之私法的請求權。求爲許可執行之宣言。請求執行判決之訴。不外基於在中華民國內可得實施執行之私法的請求權。以求取得執行判決。執行異議之訴。不外主張債權人對於此種財產請求執行之私法的請求權不存在。以求取得其不許執行之宣言。由是言之。此三者。要仍以私法關係爲其訴訟標的云云。但此見解。不得謂爲法理上正當之觀念。蓋此等訴訟。固不得謂非滿足私法上之請求權。然此時並非以私法上之法律關係。爲此等訴訟之直接目的。而爲其直接目的者。係求解決其司法機關應否發行執行命令、或已發行之命令其效力應否存在、或執行機關所爲執行行爲之當否。要皆以公法上之法律關係。爲其直接目的。此時之訴訟標的。明係強制執行法上之請求權與異議權。寧能謂爲私法上之請求權。

此外如選舉訴訟。亦以公法上之法律關係。爲民事訴訟之訴訟標的。此時之訴訟標的。係選舉權。公法上之法律關係。爲民事訴訟之訴訟標的者。須係法有明文。

第四 訴訟標的之適用

民事訴訟之訴訟標的。不問由抽象的私權保護制度上觀察與就具體的現存訴訟上觀察。均可以訴訟標的的一

語稱之。在給付之訴。依現存訴訟之一定聲明（二四四之一）所限定之請求權。爲其訴訟標的。在確認之訴。依現存訴訟之一定聲明所限定之法律關係存在或不存在。爲其訴訟標的。在形成之訴。依現存訴訟之一定聲明所限定之法律上效果之發生消滅變更（形成權之內容）。爲其訴訟標的。

第五 訴訟標的之調查

當事人以法律上不得爲民事訴訟之訴訟標的者。實際上竟以之爲民訴之標的。提起民事訴訟者。易詞言之。法律上不許爲民事訴訟訴訟標的之權利或法律關係（法無明文之公法上法律關係及犯罪存否問題）。當事人竟以之爲私權保護之要求。求爲裁判之處分。此時私權保護之要求。爲不適法。法院應以裁定駁回其私權保護之請求（二四九一）。故法院對於當事人提起民事訴訟之訴訟標的。不可不以職權調查。例如以屬於行政訴訟之法律關係（即法律上不得爲民事訴訟訴訟標的之法律關係）。以訴請求裁判者。法院應以其訴爲不適法而駁回之是也。

第四章 民事訴訟之手段

民事訴訟。固以保護私權爲其直接目的。然其實施保護。應以如何方法行之。是謂民事訴訟保護私權之手段問題。此問題。已詳民事訴訟之觀念章。判決、強制執行、執行保全、三者。我民事訴訟法上認爲私權保護

之手段也。

第五章 民事訴訟之種類

第一節 廣義之民事訴訟狹義之民事訴訟

民事訴訟有廣狹義之分。而廣義之民事訴訟。指判決程序及判決以外足爲債務名義之程序暨強制執行程序並保全執行程序之總體而言。狹義之民事訴訟。指判決程序及代判決裁判之程序（督促程序）而言。

第二節 形式的民事訴訟實質的民事訴訟

民事訴訟得以其訴訟標的爲標準。分爲形式的民事訴訟實質的民事訴訟。以原來可以爲民事訴訟標的之私權或法律關係。提起民事訴訟者。實質的民事訴訟也。不以私權或私法上之法律關係。爲民事訴訟之訴訟標的。提起民事訴訟者。形式的民事訴訟也。例如選舉訴訟、罷免訴訟。以強制執行法上之請求權、異議權、提起民事訴訟者。均屬於形式的民事訴訟。

第三節 判決程序強制執行程序及執行保全程序。

第一 總說

民事訴訟。以其保護私權之手段爲標準。得別爲判決程序、強制執行程序、及執行保全程序、三者。分述

如左。

執行保全程序。究係執行程序。抑爲裁判程序。學者間固有爭論。此問題。當取決於本國之法制。依吾國法制言。執行保全程序。可分爲裁判程序與執行程序二者。裁判程序。規定於民事訴訟法之保全程序中（五一八至五三四）。其執行事項。規定於強制執行法中（強章四〇七以下）。假扣押假處分之所以爲執行保全程序者。以其保全給付請求權之行使。爲其主要目的。即依國家公力。以實施其保全權利實行之程序。故就此點觀察。此程序應解爲屬於強制執行程序之一。然民法既將假扣押假處分之裁判程序。規定於訴訟程序中。則其規定於裁判程序中之部分。又不能不解爲訴訟（裁判）程序。

第二 判決程序

判決程序者。因訴之提起而開始。以判決裁判爲目的之訴訟程序也。但判決以外。成爲債務名義之督促程序（五一七強章二六二參照）。亦應解爲包含於判決程序中。判決程序在民事訴訟中最重要之程序。由形式上區別。可分爲通常訴訟程序特別訴訟程序二者。民事訴訟爲達保護私權之目的。而有依事件之性質。異其訴訟程序之必要。故民事訴訟法。於特別情形之下。規定其所應適用之特別程序。此判決程序中所以有通常訴訟程序與特別訴訟程序之區別也。

一 通常訴訟程序

通常訴訟程序者。民事訴訟法第二編所定之第一審程序之總體。即訴訟法中一般規定之訴訟程序也。地方法院之第一審程序。係正式訴訟程序。地方法院中之簡易程序（四〇二至四三三）。其事件輕微。其性質簡易。非如地方法院通常訴訟程序之嚴格。而得以極簡單之程序處理之也。對於地方法院第一審通常訴訟程序而言也。

二 特別訴訟程序

特別訴訟程序者。從民事訴訟法中之特別規定所處理之訴訟程序也。法律所以認特別程序之理由。或以某種訴訟。關於公益。僅依通常訴訟程序處理。不足以資慎重而得保護私權之正鵠（例如人事訴訟）。或因某種請求之實行。應行迅速。故應許其以簡易迅速程序行之（例如督促程序）。

我民事訴訟法上規定特別訴訟程序者如左

（1）人事訴訟程序

人事訴訟程序者。關於婚姻事件程序、親子關係事件程序、禁治產事件程序、宣告死亡事件程序、之總稱也。人事訴訟之特質。係關於人身上發生之訴訟事件、與一般財產權之訴訟事件異。人事訴訟。關於公益。不許當事人任意處分。故此程序。制限辯論主義。採用職權主義。與通常訴訟程序有多少不同。今試舉其人事訴訟程序與通常訴訟程序重要之異點如左。

（a）通常訴訟程序。當事人不主張之事實。法院不得認定之。以爲裁判之基礎（此爲辯論主義原則）