

主编 何勤华 殷啸虎

华东政法学院珍藏民国法律名著丛书

中国民事訴訟法論

(下)

著者 邵勛 邵鋒
勘校 高珣 刘志欣 林虹

中国方正出版社



主编 何勤华 殷啸虎
华东政法学院珍藏民国法律名著丛书

中国民事訴訟法论 (下)

著者 邵勋 邵锋
勘校 高珣 刘志欣 林虹

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国民事诉讼法论/邵勋著. —北京: 中国方正出版社. 2004. 12

(华东政法学院珍藏民国法律名著丛书/何勤华, 殷啸虎主编)

ISBN 7 - 80107 - 937 - X

I. 中… II. 邵… III. 民事诉讼法—中国—民国 IV. D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 120476 号

华东政法学院珍藏民国法律名著丛书

中国民事诉讼法论

邵 勋 著

责任编辑: 陈学军 陈 悦

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66160950 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 66166604 出版部: (010) 66510958

网址: [www. FZPress. com](http://www.FZPress.com)

责编 E-mail: [cy. law@ 163. com](mailto:cy.law@163.com)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市梦宇印务有限公司

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张: 26.625

字 数: 840 千字

版 次: 2005 年 4 月第 1 版 2005 年 4 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7 - 80107 - 937 - X

定价: 48.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

目 录

中国民事诉讼法论（中卷）

第七编 第一审诉讼程序	(367)
第一章 总论	(367)
第一节 诉权	(367)
第二节 诉之观念	(374)
第三节 诉之各类及各种之诉之实质的诉权成立要件	(376)
第四节 诉讼成立要件	(392)
第二章 第一审（地方法院）之通常诉讼程序	(402)
第一节 诉之提起	(402)
第二节 诉讼关系之复数	(410)
第三节 诉讼系属之效力（旧法称诉讼拘束新法称诉讼系属中）	(467)
第四节 诉之变更及追加	(472)
第五节 答辩	(474)
第六节 辩论之准备（准备书状及准备程序）	(477)
第三章 第一审（地方法院）之简易诉讼程序	(482)
第一节 简易事件	(482)
第二节 起诉方法	(485)
第三节 调解程序	(485)
第四节 辩论程序	(488)
第五节 调查证据	(488)
第六节 诉之变更追加或反诉	(489)



第七节 判决程式	(489)
第四章 证据	(490)
第一节 证据概论	(490)
第二节 举证责任	(502)
第三节 自由心证	(516)
第四节 证据程序	(521)
第五节 证据方法	(532)
第六节 证据保全	(586)
第五章 裁判	(591)
第一节 裁判之观念	(591)
第二节 裁判之种类	(592)
第三节 判决	(594)
第四节 裁定及处分	(640)

中国民事诉讼法论（下卷）

第八编 上诉程序	(649)
第一章 总编	(649)
第一节 上诉之必要	(649)
第二节 上诉之观念	(650)
第三节 上诉之种类及特质	(651)
第四节 上诉提起之效力	(652)
第二章 第二审上诉	(654)
第一节 第二审上诉之性质	(654)
第二节 第二审上诉权	(656)
第三节 第二审上诉之要件	(657)
第四节 第二审上诉之提起	(669)
第五节 第二审上诉提起之效力	(670)
第六节 第二审附带上诉	(672)
第七节 第二审之诉讼程序	(675)



第八节 第二审之判决	(679)
第九节 第二审假执行之宣告	(686)
第十节 第二审之裁定	(688)
第三章 第三审上诉	(694)
第一节 第三审上诉之性质	(694)
第二节 第三审上诉权	(696)
第三节 第三审上诉之要件	(697)
第四节 第三审上诉之提起及效力	(707)
第五节 第三审上诉之诉讼程序	(708)
第六节 第三审上诉之裁判	(709)
第九编 抗告程序	(716)
第一章 抗告之意义	(716)
第二章 抗告之要件	(717)
第三章 抗告之期间及种类	(719)
第四章 抗告之提起及程式	(721)
第五章 抗告之效力	(724)
第六章 抗告审之审理	(725)
第七章 抗告审之裁定	(726)
第八章 受命或受托推事之裁定	(728)
第九章 法院书记官之处分	(729)
第十章 抗告卷宗之移送	(730)
第十编 再审程序	(731)
第一章 再审之意义	(731)
第二章 再审之诉之要件	(733)
第三章 再审之诉之合法	(741)
第四章 再审之诉之期间 (此亦属于再审形式的要件之中)	(743)
第五章 再审之诉之管辖法院 (此亦属于再审形式的要件 之中)	(744)
第六章 再审之诉之提起 (此亦属于再审形式的要件之中)	(746)



第七章	再审之诉之审判	(748)
第八章	再审抗告 (亦称准再审)	(751)
第十一编	特别诉讼程序	(752)
第一章	督促程序	(752)
第二章	保全诉讼程序	(759)
第一节	假扣押程序	(759)
第二节	假处分程序	(768)
第三章	公示催告程序	(794)
第一节	关于公示催告之一般程序	(794)
第二节	关于公示催告之特别程序	(798)
第四章	人事诉讼程序	(800)
第一节	婚姻事件程序	(800)
第二节	亲子关系事件程序	(806)
第三节	禁治产事件程序	(811)
第四节	宣告死亡事件程序	(819)



第七编 第一审诉讼程序

第一章 总 论

第一节 诉 权

第一项 总 说

诉权一语，因观察标准不同，意义有三：即所谓抽象的诉权、形式的诉权、实质的诉权是也。惟学者往往将诉权只用作实质的诉权之义，不计及抽象的诉权及形式的诉权。然法理上则确有三种意义存在。

第二项 抽象的诉权

抽象的诉权者，吾人对于法院要求保护私权之际，先求调查其要求是否正当，并于调查后，求为裁判之权利也。

抽象的诉权，对于司法机关要求保护私权以前即已存在。因有此权利存在，始可以诉或其他方法，对于司法机关求其得为权利保护之请求与否调查。为此调查之要求，即系行使此抽象的诉权也。

人民有抽象的诉权，始可对于司法机关要求调查。若抽象的诉权不存在，则司法机关因何负担调查（及裁判）之义务，则属不能说明。

有以抽象的诉权径目为诉之自由者。诉之自由，原非权利，从而多



有抽象的诉权非权利之论断。然此论断，殊为不当。盖权利一事，法律上有人格者，为达自己生存之目的，可得享受生活上利益之法律上独立之力。虽该学者主张抽象的诉权，即系一种诉之自由。然私人主张其自己有要求保护权利之情事存在，可得要求法院调查之法律上之力，不可不谓为权利。且宪法上此时亦原认作权利而保障之。明明一种权利，恶得以自由解之。

所谓诉之自由者，以私法法规上所有私人对等间财产上身份上之法律关系（权利义务关系）。虽有一定，然有时因特种情形，致权利或法律关系已受危害或将受危害，其权利或法律关系，恒因此不能满足，自不能不有预防之力。此项预防力，既非由权利义务之内容所可当然发生，而法律上禁止私人自助救济，则自须由国家任保护之责。而国家欲全此保护之任务，对于要求保护之人（原告），又不可不认其皆有诉求审查之自由。此自由人人有之，不得以民法民事诉讼法上之特别权利视之，毋宁解为包含于人格权中之自由为当。乃必强为即系抽象的诉权者，误也。

要之，抽象的诉权者，对于法院求为有私权保护之请求权存在与否之调查，并于调查后，求为裁判之权利也。

狭义之抽象的诉权者，求为调查其依判决为私权保护请求权之有无并于调查后，求其为裁判之权利也。

第三项 形式的诉权

形式的诉权者，人民依抽象的诉权，要求保护私权时，对于国家求其审理判决之公权也。苟抽象的诉权具备适法要件而行使之者，即发生兹之形式的诉权。故形式的诉权，即系抽象的诉权具备行使条件时所生之权利也。若无形式的诉权，法院即当以其私权保护之请求不合法驳回之。从而形式的诉权之审查，不外私权保护之请求具备适法要件与否之审查。此审理之结果，如有形式的诉权存在（即私权保护之请求具备适法要件时），法院因其权利之效力所致，不得不更进而审查其诉讼标的之当否并为裁判。故此形式的诉权存否之调查，乃第一审诉讼程序中所应首先为之，关于本案之审查，必须具备形式的诉权时始得为之也。



第四项 实质的诉权

第一，实质的诉权之定义

实质的诉权者，亦称私权保护请求权，即人民对于司法机关要求保护私权，可得如己之要求，以保护私权之权利也。而以判决所为私权保护之请求权，谓之狭义之实质的诉权。通常称实质的诉权者，即指此狭义之实质的诉权而言也。此诉权亦称本案判决请求权。试示其狭义之实质的诉权定义如下：

实质的诉权者，私人对于国家要求利己判决之公权也。

第二，实质的诉权之性质

试依上之定义，分述实质的诉权之性质如下：

一、实质的诉权者，公权也。

权利分公权与私权。公权系公法上所认之权利；私权系私法上所认之权利。实质的诉权，以其为民诉法（公法）上所认。诉讼法上之权利为公权，故此与抽象的诉权形式的诉权，同为公权，而与私法上之权利有别。

二、实质的诉权者，对于国家发生之权利，非对于私人所生之权利也。故担任实质的诉权之义务人为国家，由国家机关之法院，或对于原告或对于被告为有利之判决，因以满足其实质的诉权也。

就民事诉讼之历史言，畴昔时代，私法上之请求权与实质的诉权，往往混同（异名同质），自属不当。近时诉讼法，不仅承认其要求保护私法上请求权之给付之诉，并承认确认之诉、形成之诉。如必以私法上之请求权，解为实质的诉权，又何解于确认之诉、形成之诉。就此言之，其私法上请求权，不得径目为实质的诉权，实属灼然。

实质的诉权与私法上请求权，全然分离独立。此就无实质的诉权，偏有私法上之请求权（自然债务）；无私法上之请求权，偏有实质的诉权（权利关系确认之请求权）。又有无私法（实体法）上根据，偏有实质的诉权（私法关系之消极的请求权）等情形观之，甚属明了。且纵就给付之诉之私法上给付请求权（给付之诉之诉讼标的）言，其存在亦不过为实质的诉权存在之一要件，何能将私法上之请求权，解为实质



的诉权。

三、实质的诉权之主体者，私人也。

兹所谓私人，指诉讼之原告或被告而言。既为原被，则其为法人或私法人，在所不问。虽为国家，若其居于私人地位，为诉讼上之原被告者，此时国家，即兹所谓之私权，其有实质的诉权，不待言也。

原告依诉之声明，主张其自己有实质的诉权存在。被告为驳回请求之判决之声明，亦主张其自己有实质的诉权存在。

而原或被，究何人有此实质的诉权，依辩论终结时之情事决之。法院就此时之情事，以判断其何告有实质的诉权存在（权利保护要件之存在），而为保护原或被一方之判决。

四、实质的诉权之实质者，在于私人可得要求利己之判决也。

若不能要求利己判决，则实质的诉权不存在。如有实质的诉权存在，必能要求利己判决。此为实质的诉权与形式的诉权区别之所在。形式的诉权，即求调查其有无此实质（得要求利己判决）存在之权利。故与得受利己判决之实质的诉权，显有区别。所谓利己判决者，如何之判决也，由原告观之与由被告观之，而有不同。如为原告利己之判决，在给付之诉，须为依原告之主张，确认给付请求权之存在，并令被告之判决。在确认之诉，须为依原告之主张，确认其私权或法律关系存否之判决。在形成之诉，须为依原告之主张，形成其法律上效果之判决。反之，如为被告有利之判决，任何诉讼，亦须以原告之请求无理由而为驳回其请求之判决。被告取得此有利之判决，即被告有实质的诉权存在。

第三，实质的诉权之种类

实质的诉权者，依其内容，得分为下之三者：

一、给付判决请求权

给付判决请求权者，对于当事人之一方，为要求其给付之实质的诉权也。

此给付判决请求权，如果存在，法院不可不对于被告为命其给付之判决。

二、确认判决请求权

确认判决请求权者，得要求法院确定其权利或法律关系存否（或证书真伪）之判决之实质的诉权也。



此确认判决请求权，如果存在，法院不可不为确认其权利或法律关系存在不存在之判决。要求确认其权利或法律关系存在之判决之权利，谓之积极确认判决请求权。要求确定其权利或法律关系不存在之判决之权利，谓之消极的确认判决请求权。

三、形成判决请求权

形成判决请求权者，得要求其形成法律上之效果之判决之实质的诉权也。如有形成判决请求权存在，法院即不可不为其形成私法上效果之判决。

第四，实质的诉权成立之要件

一、实质的诉权构成成立之要件之意义

实质的诉权者，私人要求利己判决之公权也。欲希望其权利之成立，不可不有法律上之一定之要件存在。此要件，即实质的诉权之成立要件，学者有称之谓权利保护要件者。

实质的诉权成立要件，当事人欲受利己判决所必要之诉讼法上要件，故此恒为诉讼法上之要件，非实体法上之要件。

二、实质的诉权成立要件与诉讼成立要件之区别

实质的诉权成立要件须与诉讼成立要件，严有区别。诉讼成立要件者，本案诉讼开始之要件也。诉讼成立要件，为开始本案诉讼关系之前提。反之，实质的诉权之成立要件，系就本案（诉讼标的）取得利己判决之权利之成立要件也。故关于该二要件之事项，绝然不同。就裁判之内容言，如诉讼成立要件欠缺，当以诉不合法驳回之。如实质的诉权成要件欠缺，当以请求无理由驳回之。

三、实质的诉权成立要件之事项

利己判决，由原告观察与由被告观察，全然不同。从而原告之实质的诉权成立要件事项与被告之实质的诉权成立要件事项，须分别论之如下：

甲、原告之实质的诉权成立要件事项

（1）关于保护对象之要件

（A）关于对象存否之要件

在给付判决请求权，须其私法上之给付之请求权存在。在确认判决请求权，须其私法上之权利或法律关系存在或不存在。在形成判决请求



权，须原告有足致某法律上效果之权利存在。

(B) 得受保护资格之要件

即私法上之权利或法律关系，须系裁判上可得主张者。例如非自然债务、非超过利息制限之利息、非不法给付之返还等是也。

(2) 有权利保护之必要

此亦谓关于法律上利益之要件。在给付之诉，须原告之请求已届履行期或虽未届履行而被告有到期不履行之虞（二四六）。在确认之诉，须原告受确认判决时有法律上利益（二四七）。在形成之诉，须原告取得形成判决形成法律上效果有法律上之利益者。盖保护权利，须其有保护之法律上利益存在。故要求保护权利，如无法律上之必要时，国家可以不应私人之要求，而为保护行为。其私法上之权利或法律关系，倘无保护之利益存在，则无论何时，实质的诉权不得存在。

(3) 正当当事人

即当事人须有适当之资格存在，此为正当当事人问题。至何人得为正当当事人之适格，即为原告或被告之适格，一依法律规定之。其法律究依实体法规，抑依诉讼法规，在所不问。

依通常言，凡就诉讼标的之权利或法律关系，有实体法上之处分权或管理权者，就其权利或法律关系，固有实施诉讼之适格。然亦有由法律特别规定之者，如本法第五四条、第五五四条、第五六二条、第五六五条、第五六七条、第五八二条、第五八六条、第五八七条、第五九二条、第六〇五条、第六〇六条，民法第八条、第十四条、强制执行律草案第三四条等规定是也。

律师公会改选会长，其参与选举人主张选举舞弊，以该当选人及选举时之主席为被告，提起选举无效之诉，得认为当事人之适格（院一一三三）。

乙、被告之实质的诉权成立要件

如原告之实质的诉权成立要件缺其一，被告之实质的诉权成立要件即为存在，此时被告即得求为利己之判决。

四、实质的诉权成立要件存在之时期并其调查

只须前述事项具备，实质的诉权即为存在。至于诉讼现在具体的存在与否，则非所问。其成立要件，于诉讼外即须具备，非于诉讼上始行



具备，试于下关于其成立要件存在之时期及其存否之调查，顺次分述之。

甲、实质的诉权成立要件存在之时期

实质的诉权成立要件，于辩论终结时存在为必要。所谓辩论终结时者，在一审须为紧接第一审判决辩论终结之时（一九六之一）；在二审须为紧接第二审判决辩论终结之时（一九六之一）；若第三审判决，依第四七一条得不经辩论为之，则应解为准备判决行为完了以前须为存在。

此成立要件，须于上之时期存在，并为存续。此诉讼法上虽未直接明定，然因其紧接判决之辩论终结以前，应表示其具备此成立要件，而为法律上或事实上陈述（一九三之一、一九六之一），法院当以辩论终结前所提出之事实为判决之事实，适用法律而为判决（二二六）等规定，已可明了。且征之强草第三条之规定，更可解为法律上已间接表示之也。故实质的诉权成立要件，不须于起诉时具备，只须紧接判决之辩论终结时具备已足。

乙、实质的诉权成立要件存否之调查

实质的诉权之成立要件中，关于私法上之权利或法律关系存否之要件，法院不得以职权调查，一依当事人辩论之态度决之。故原告舍弃其关于诉讼标的之主张，被告认诺其关于诉讼标的之主张，法院即须受其左右，不问就此能取得心证与否，须明定确记载之于笔录（二一三之一1）。即依笔录所载以为判决（三八四参照）。此因采用处分权主义，当然之结果。反之，其他实质的诉权成立要件，恒由法院以职权调查，盖此等成立要件，系国家应为保护行为与否之要件也。

第五，实质的诉权之消灭

实质的诉权者，可得要求利己判决之权利也，必须实质的诉权成立要件（权利保护要件）存在，始得存在。若实质的诉权成立要件缺其一，实质的诉权，即不存在。



第二节 诉之观念

第一，诉之定义

诉者，由原告对于被告，依一定之形式，向司法法院主张其有实质的诉权存在，就一定之权利或法律关系，要求其为判决之诉讼行为，以开始其判决程序，而有诉讼的法律关系存在也。

第二，诉之本质

试依上之定义，分说诉之本质如下：

一、诉者，由原告对于法院要求裁判之行为也。

当人文未开，国家保护私权之设备未臻完善时代，各个人被他人侵害私权，往往以自己个之腕力，以为排斥外部侵害之具，藉以保护自己之私权。即所谓自力救济也。迨时代进步，文化发达，一面排斥自力救济，他面采用国家救济主义。由国家设备一定之司法机关，以保护其私权。此保护私权之国家机关，谓之司法法院。民事诉讼之判决程序，系国权救济主义之具体的发现。法院经当事人之要求，开始判决程序，以完成其私权之保护。

诉，不外为对于法院要求判决之行为。故虽有私权保护之要求，若非要求判决之行为，即非诉。而以诉所为私权保护之要求，惟判决可得满足其权利。

此要求判决之人为原告，其对告为被告。

二、诉者，原告对于被告要求判决之行为也。

诉，固为对于法院要求判决，且又为原被间要求判决之行为。如有诉存在，必有起诉人（原告）及被上诉人（被告）存在。

称此原被，谓诉讼当事人。诉必以被告为诉讼当事人者，于保护私权之便宜上所不得不然。盖对于被告有实体上之请求权存在，始得有诉权存在也。

诉，不外对于法院由原告对于被告之关系上要求判决之行为。故诉之种类如何，可置不问，要求给付判决者，固由原告对于被告为之，即要求确认判决或形成判决亦同。



三、诉者，原告主张其有实质的诉权存在，求为利己判决之行为也。

实质的诉权者，私人对于国家求为利己判决之公权也。原告主张有实质的诉权存在，从而要求利己判决之行为，谓之诉。故原告以诉所要求者，非徒要求判决，并系要求利己判决也。

所谓利己判决者，在给付之诉，依原告主张，确定其有请求权存在，并令被告给付之判决也；在确认之诉，依原告主张，确定其私权或法律关系存否之判决也；在形成之诉，依原告主张，形成其法律上效果之判决也。

诉既为原告主张实质的诉权要求利己判决之行为，则凡要求不利于己者，非诉。然既为诉，则其实质的诉权存在与否，又非所问。盖实质的诉权，果系原告有之，抑系被告有之，非就诉讼审理裁判结果，不得明了。从而原告有时虽无实质的诉权，以致不能受有利之判决，然仍不失其为诉。

四、诉者，就一定之权利或法律关系，要求判决之行为也。

就如何权利，如何法律关系，要求判决，则因诉之种类之不同，而有区别。在给付之诉，要求其为确定给付请求权之存在，命被告给付之判决；在确认之诉，要求其为确定权利或法律关系之存在不存在之判决；在形成之诉，要求其为形成法律上之效果之判决。

五、诉者，依诉讼法上一定形式，要求判决之行为也。

诉以一定形式为必要，此依民事诉讼法第二四四条之规定，可以明了。然此则有少许之例外，即得以言辞起诉是也（四二六）。

六、诉者，开始诉讼的法律关系之诉讼行为也。

有诉之提起时，即发生一种关系，其关系维何，曰：一经起诉，其为诉讼标的之权利或法律关系，系属于法院，随诉讼之开始，以生诉讼法上之效果。法院对之，须为一定之裁判。若其诉具备诉讼要件者，当事人为受利己判决，嗣后即须向法院提出攻击防御方法。易词言之，有诉之提起，即生判决程序之诉讼的法律关系。诉讼程序，因诉之提起而开始。夫既因诉之提起，而生诉讼法上之效力，则诉为诉讼行为之一，自属灼然。且此为诉讼行为中属于当事人诉讼行为之一类也。



第三节 诉之种类及各种之诉之实质的 诉权成立要件

第一项 总 说

诉因分类标准之不同，而得为种种之区别。以诉之内容（即原告要求判决之内容）为标准，分为给付之诉、确认之诉及形成之诉三者。兹分别各诉及各诉之实质的诉权成立要件，详论于下。

第二项 给付之诉及给付判决请求权之成立要件

第一，给付之诉之定义

给付之诉者，要求给付判决之诉，即要求命令被告为一定行为不行为之判决之诉也。易词言之，原告对于被告主张其私法上请求给付之请求权存在，要求法院以判决确定其存在，并令被告给付之诉也。

第二，给付之诉之性质

一、给付之诉者，诉之一种也。

诉，依诉讼法上之一定形式，由原告对于被告，要求法院就一定之权利或法律关系为利己判决之诉讼行为，用以开始判决程序。而有诉讼的法律关系存在，只其所求判决之内容不同，致此诉与彼诉有异耳。

二、给付之诉，以要求给付判决为特质。

给付之诉，要求给付判决之诉，此为给付之诉之特征。其与他诉区别之要点，即在于此。所谓给付判决者，原告要求确认其有私法上之请求权存在，并令被告给付之判决也。概说如下：

（a）给付判决者，确认原告有请求权存在之判决也。

给付判决，最终之目的，无非对于被告命其受给付判决。其判决为债务名义，得以对于被告实施强制执行者也。惟此给付命令，若非原告对于被告有一定之请求权存在，不得为之。法院认原告对于被告有请求