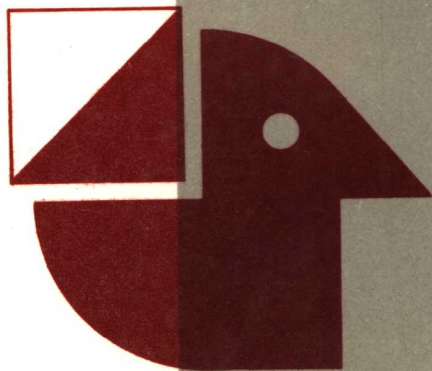


編主總 波玉鄭

⑥ 輯選文論學法

〔上〕輯選文論法訟訴事民

編主華建楊



行印司公版出書圖南五 ●

50週年紀念  
1973-1988

中南圖書公司

⑥ 輯選文論學法

(上) 輯選文論法訟訴事民

編主 華建楊

授教系律法學大仁輔  
官法大院法司

行印司公版出書圖南五

法學論文選輯 ⑥  
民事訴訟法論文選輯 (上)

中華民國73年 7月初版

總主編 鄭 玉 波

主 編 楊 建 華

發行人 楊 榮 川

發行所 五南圖書出版公司

局 版 臺業字第0598號

臺北市銅山街1~1號

電 話：3916542號

郵政劃撥：106895號

基本定價：精裝 5.56 元  
平裝 4.45 元

印刷所 茂 榮 印 刷 廠

(本書如有缺頁或倒裝，本公司負責換新)

——鄭玉波總主編——

# 法學論文選輯

## 書目及各冊主編

本選輯聘請  
鄭大法官玉波先生擔任總主編，分別敦聘權威學者，  
各就專攻，擔任各冊之主編。書目及主編姓名如左：

- |                 |       |
|-----------------|-------|
| 11. 國際私法論文選輯    | 馬漢寶教授 |
| 10. 刑事訴訟法論文選輯   | 陳樸生教授 |
| 9. 刑法分則論文選輯     | 蔡墩銘教授 |
| 8. 刑法總則論文選輯     | 蔡墩銘教授 |
| 7. 強制執行法破產法論文選輯 | 楊建華教授 |
| 6. 民事訴訟法論文選輯    | 楊建華教授 |
| 5. 商法論文選輯       | 林詠榮教授 |
| 4. 民法親屬繼承論文選輯   | 戴東雄教授 |
| 3. 民法物權論文選輯     | 鄭玉波教授 |
| 2. 民法債編論文選輯     | 鄭玉波教授 |
| 1. 民法總則論文選輯     | 鄭玉波教授 |

HW208/06

# 法學論文選輯

## 總序

民主、法治，國家「現代化」之特徵也。吾國廣土衆民，將來完成統一，堂堂大國，而欲現代化，則舍民主、法治而外，別無捷徑。惟民主須賴法治以為運作，亦即法治為民主之基礎。故吾人今日當務之急，在乎推動法治。法治不僅指國家依法行政及依法審判而言，人民之依法生活尤為切要。蓋人無論個人團體，事無論大小公私，彼此關係之處理，相互問題之解決，苟能悉以法律為其準繩，則正義伸，紛爭息，社會和諧，經濟繁榮，國家焉有不現代化者乎？

其次，法治須以人人有守法精神為前提；而守法精神則建築於法律知識普及之上；法律知識之普及，又以法學之昌明為後盾。法學昌明之途甚多，出版法學書籍，供法學之研究，不失為要道。多年來，吾國出版業已蓬勃發展，出版物之數量，亦日益增多，固屬可喜之現象，然而出版物中，有關法學者，則比率甚少，足徵法學之不受重視，法律知識之未能普及，則法治云者，豈不徒託空言耶？

五南圖書出版有限公司以出版法學書籍為主，近年來已刊行甚多，對於法學界研究參考上頗有貢獻。民國七十一年春，其總經理楊榮川先生擬出版「法學論文選輯」十一冊，囑余

擔任總主編。余雖從事法學有年，但對於編輯一道，經驗不足，原不敢承乏斯任，但念及出版法學刊物，為法學昌明之手段，亦為國家法治之原動力，個人既忝列法學界之末，又為國民之一份子，則又責無旁貸，不得不勉盡棉薄矣。爰商諸法學先進及友好，欣承惠允擔任各冊之主編，共襄斯舉，計：1. 民法總則編，2. 民法債編，3. 民法物權編，由本人擔任。4. 民法親屬編及繼承編，由戴東雄先生擔任。5. 刑法總則，6. 刑法分則，由蔡墩銘先生擔任。7. 商事法，由林咏榮先生擔任。8. 民事訴訟法，由楊建華先生擔任。9. 刑事訴訟法，由陳樸生先生擔任。10. 強制執行法及破產法，由楊建華先生擔任。11. 國際私法，由馬漢寶先生擔任。於是著手研訂「編輯要旨」，開始蒐集論文，迨選稿初定，乃由五南圖書出版有限公司，函徵各論文原作者同意轉載，歷時一年，現已定稿，共選論文五二五篇，除選輯要旨，詳見「凡例」及各冊「編輯說明」，於此不贅外，茲當出版之際，應敘明編輯緣起及經過，并向各冊主編先生及各篇論文原作者，致最大之敬意與謝意。同時因本選輯篇幅有限，總主編個人所見不廣，不無遺珠之憾。至於本選輯設計之未週，校讐之疏漏，均所難免。倘蒙斯學宏達，不吝賜正，則無任企幸！

中華民國七十三年四月二日

鄭玉波

序於台大法學院研究室

# 法學論文選輯

## 凡 例

一、本選輯旨在提供司法界、律師界以及從事法學研究者，進一步深入研究參考之用。尤可作為各大學法律系、所學生研修各法之補充教材。

二、本選輯收錄之論文，始自民國三十八年，以迄民國七十二年止。舉凡發表於國內著名之法學期刊中之法學論著，富於學術參考價值者，均在蒐羅之列。至於非法學期刊中之法學論著，若其內容翔實、見解精闢，確有參考價值者，亦予輯入，以免遺珠之憾。

三、本選輯係依下列標準，選其重要而有價值之法學論文，加以輯成：

1. 對向來之法學論爭點，提出精闢獨到之見解者。
  2. 發掘法律新問題，加以探討分析而有創見者。
  3. 分析闡述現行法之規定，而內容新穎，鞭辟入裏，深得法律真義者。
  4. 介紹外國立法例或判解、學說，而有助於本國法律問題之解決者。
- 四、本選輯依法律別編輯成冊，共計十一種，每種書名如下：

1. 民法總則論文選輯（上、下）；
2. 民法債編論文選輯（上、下）；

3. 民法物權論文選輯（上、下）；
  4. 民法親屬·繼承論文選輯；
  5. 商事法論文選輯（上、下）；
  6. 民事訴訟法論文選輯（上、下）；
  7. 強制執行法·破產法論文選輯；
  8. 刑法總則論文選輯（上、下）；
  9. 刑法分則論文選輯（上、下）；
  10. 刑事訴訟法論文選輯；
  11. 國際私法論文選輯。
- 五、本選輯論文之編排，按其探討主題，依各法之編章次第、法條順序，列其先後，不考慮論文發表時間，以利讀者之研究，並便理論系統之建構。
- 六、本選輯所收論文中，其所引用之法令條文，間或已有修正者，爲了保存原文面貌，在編排時一仍其舊，不加更動。
- 七、本選輯於每篇論文末，均註明該論文出處，發表之年、月以及期刊之卷、期，俾便讀者查考，並示不敢掠美之意。
- 八、本選輯所收之論文作者中，有現任司法院大法官，有在各大學法律系、所擔任教席，有從事司法審判工作，亦有從事律師業務者，均爲研究斯學之學者專家，爲使讀者讀其文而得識其人起見，



遂於每篇論文之後附上「作者簡介」，對該文作者之學經歷及現職，略作介紹，藉此可知各學者專家之學術有所專精，或可供讀者進一步研究之參考。

九、本選輯所收論文，除已故及旅居國外者外，均已獲得原作者之同意准予刊載，部分作者甚至就原論文再作潤飾或修訂，在此謹誌謝忱。至於少數作者或用筆名發表，或因地址異動等因素以致無法取得連繫，在此深表歉意。

十、本選輯各冊之後附錄各該法重要論文索引，舉凡登載於法學專業期刊之論文均在網羅之列，編成索引，以供參考。

# 民事訴訟法論文選輯

## 編輯說明

民事訴訟法之論文，各學者專家發表於法學雜誌或其他刊物者，約略估計，三十餘年來至少有三、四百萬言，尤其近十餘年來，若干留學德日修習民事程序法之學人歸國後，長篇專文，連續刊出，若干觀點，雖曾引起不少爭論，但無疑的已為我國民事訴訟法學之研究，帶來了蓬勃氣象。而國內各大學法律學研究所之研究生，就民事訴訟法之研究，成績亦頗可觀，其發表之論文，復不乏可供參考者。故欲從上述數量衆多之論文中，選輯數十萬言，編為專冊，亦非易事。左列說明，均為在編輯時曾詳加斟酌之事項，特分述之：

一、本論文之選輯，在主題上求其普遍，希望每一章節均有佳作輯入。但事實上若干章節，因須深入研討之問題不多，鮮少作品刊出，例如法院之管轄、法院職員之迴避、訴訟費用、當事人書狀、送達、期日期間、抗告程序、再審程序、督促程序、公示催告程序、人事訴訟程序等章節，論文較少，致在本選輯間有從缺。

二、各專家學者發表之論文，就主題而言，重複者不少，但各就不同觀點分析同一問題

，本可相互參考，而有助學術之研究。惜限於篇幅，祇能斟酌選入。

三、各專家學者發表之個別論文，多有已併入其自己之著作或另行自行彙集成冊發行者，本選輯於此情形，雖不完全排除，但選錄時已斟酌此一事實。

四、為容納更多專家學者之著作，對於文長在三萬字以上，並自有專輯出版者，則不得不予割愛。

五、研究民事程序法之學者專家，原少於研究實體法之學者專家，本選輯在作者方面，亦希望求其普遍，惟仍注意其實質內容，不因人而選文。因之，編入本選輯之論文，亦不乏各大學法律研究所研究生之佳作。

六、長篇論文，能對問題作深入之研誦，而短篇佳構，亦每能一針見血，直接指出解決問題之方法，故前司法通訊及現在之司法週刊與法務通訊，亦常有可供研討之袖珍文章，但因文出精簡，與一般論文之體裁不同，再三思量，概未納入本選輯內。

七、就編入本選輯之論文內容言之，左列重點介紹，或可供讀者之參考。

(一)民事訴訟之目的，在確定實體法上之權利義務關係，為防止當事人不正當的利用民事訴訟程序，實體法上有關誠實信用原則，應適用於民事訴訟法，此為前輩學者石志泉先生、蔡章麟先生所主張，特將石蔡兩先生此部分論文輯入。

(二)情事變更之原則，究應規定於民事實體法，或應規定於民事程序法，固可能有不同意

見，惟現行民事訴訟法第三百九十七條已就此作明文規定，民法權威學者史尚寬先生所著「民事訴訟法與情事變更原則」一文，就此問題闡述詳盡，足供參考。

(二)現行民事訴訟法曾於民國三十四年、五十七年、六十年三度作較大幅度之修正。汪禕成先生、馬元樞先生亦就實務上窒礙之處，各抒所見。楊與齡先生則以司法行政民事法規主管之體驗，在立法上作多項建議，於再修正民事訴訟法時，均仍值重加斟酌。

(四)民事訴訟採辯論主義，但必須與闡明權之行使相互配合，在未採律師代理主義之民事訴訟制度，尤見需要，王甲乙先生此部分之論文，內容充實，堪稱佳構。

(五)訴訟標的新理論由德日引進我國，已近二十年，在學者間雖引起不少爭執，實務上亦未見採用，但其一個紛爭一次解決之理想，確符訴訟經濟原則，特選錄數篇，以供研究。

(六)李學燈先生為國內研究證據法卓然有成之權威學者，本書除將其有關研究自認之論文兩篇輯入外，並將在其指導下由連銀山先生撰寫之「民事舉證責任之研究」一文併予輯入。

(七)陳榮宗先生留學德日，專政民事程序法，回國後勤於寫作，近年來發表之民事程序法之論文不少，雖所持論點，在學者間或有仁智之見，惟對於國內民事訴訟法學研究風氣之帶動，確具重大影響。祇因其有關民事訴訟法之論文，各已自行出版專輯，本書限於篇幅，僅能斟酌輯入。

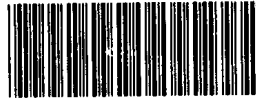
(八)吳明軒先生、陳計男先生從事三審民事訴訟實務有年，均對民事訴訟法有深切研究，

經常發表具有研究價值之見解，本書特選輯吳先生「民事訴訟法上值得研究之問題」及陳先生「論訴訟上和解」論文各一篇，以供參考。

(九)集體訴訟與團體訴訟，或係基於英美法上之衡平原則，或為西德若干法律所規定，高金枝女士「淺介團體訴訟」與「淺論集體訴訟」兩文，可為吾人介紹此項制度之基本概念，有編入本選輯之價值。

(十)張迺良先生「民事訴訟法上當事人適格問題之研究」，范光群先生「附帶民事訴訟之移送及民事庭之審理」，劉春堂先生「上訴利益之研究」，許樹林先生「離婚之訴訟標的」，各能把握重點，深入闡述，均可作研究本問題之重要資料。

八、本選輯之彙編，斟酌取捨，雖已從多方面考慮，但因資料搜集不全，或因選輯原則難以決定，又或因尊重原作者，不願輯入之意見，不得已予以割愛，加之編者學識經驗不足，疏誤之處，在所難免，仍請作者與讀者予以鑒諒。又本選輯之論文作者，如石志泉先生、史尚寬先生、汪律成先生、馬元樞先生均已先後謝世，編者願藉此機會，對上述各前輩學者表示敬佩與追念之意。



A0402248

## 致謝

本選輯收錄之論文，均經原作者書面同意轉載，隆情盛誼，有功士林，謹致萬分謝忱。惟因各篇成文時間前後不同，相差三十餘年，作者又散居海內外各地，致有少許作者地址難以取得，無法聯繫；而其作品又深具創見與價值，不忍割愛，敬請諒宥，並祈惠示尊址，當酌贈紀念書冊，以為酬謝。

五南圖書出版公司 敬啓

# 民事訴訟法論文選輯（上）目錄

總序

凡例

編輯說明

壹、民事訴訟法與誠信原則及情事變更原則

1 誠信原則在訴訟上之適用……………石志泉……………〇〇三

2 民事訴訟法上誠實信用原則……………蔡章麟……………〇〇七

3 民事訴訟法與情事變更原則……………史尚寬……………〇五二

貳、民事訴訟法之修正

4 二十年來之民事訴訟法……………楊與齡……………〇八三

5 民事訴訟法修正施行後幾個問題之商榷……………馬元樞……………一一一

6 舊民事訴訟法遺留下來的幾個問題·····	汪禕成·····	一一九
7 民事訴訟法修正問題之研究·····	楊與齡·····	一二七
叁、民事訴訟法之判解研究		
8 民事訴訟法上值得研究之問題·····	吳明軒·····	一六五
肆、民事訴訟之當事人		
9 論民事訴訟之當事人能力·····	楊建華·····	一八五
10 共同訴訟·····	王甲乙·····	一九九
11 民事訴訟法上當事人資格問題之研究·····	張迺良·····	二三八
12 淺介團體訴訟·····	高金枝·····	二八五
13 淺論集體訴訟·····	高金枝·····	三〇五
伍、民事訴訟之言詞辯論		
14 闡明權·····	王甲乙·····	三二三
15 辯論主義·····	王甲乙·····	三五七



## 附：下冊目錄

### 陸、民事訴訟之訴訟標的

- 16 訴訟標的新理論概述……………王甲乙……………三九三
- 17 民事訴訟標的之新舊理論……………楊建華……………四一七
- 18 請求權競合論……………陳榮宗……………四二八
- 19 關於民事訴訟標的新舊理論之我見……………汪禕成……………四四六
- 20 訴訟標的新理論之難點及調和新舊理論之嘗試……………葉賽鶯……………四五八
- 21 離婚之訴訟標的……………許樹林……………四七三

### 柒、民事訴訟之起訴

- 22 論訴權學說及其實用……………孫森焱……………四九一
- 23 附帶民事訴訟之移送及民事庭之審理……………范光群……………五一〇
- 24 預備合併之訴……………陳榮宗……………五一七
- 25 離婚之本訴與離婚之反訴……………楊建華……………五四五