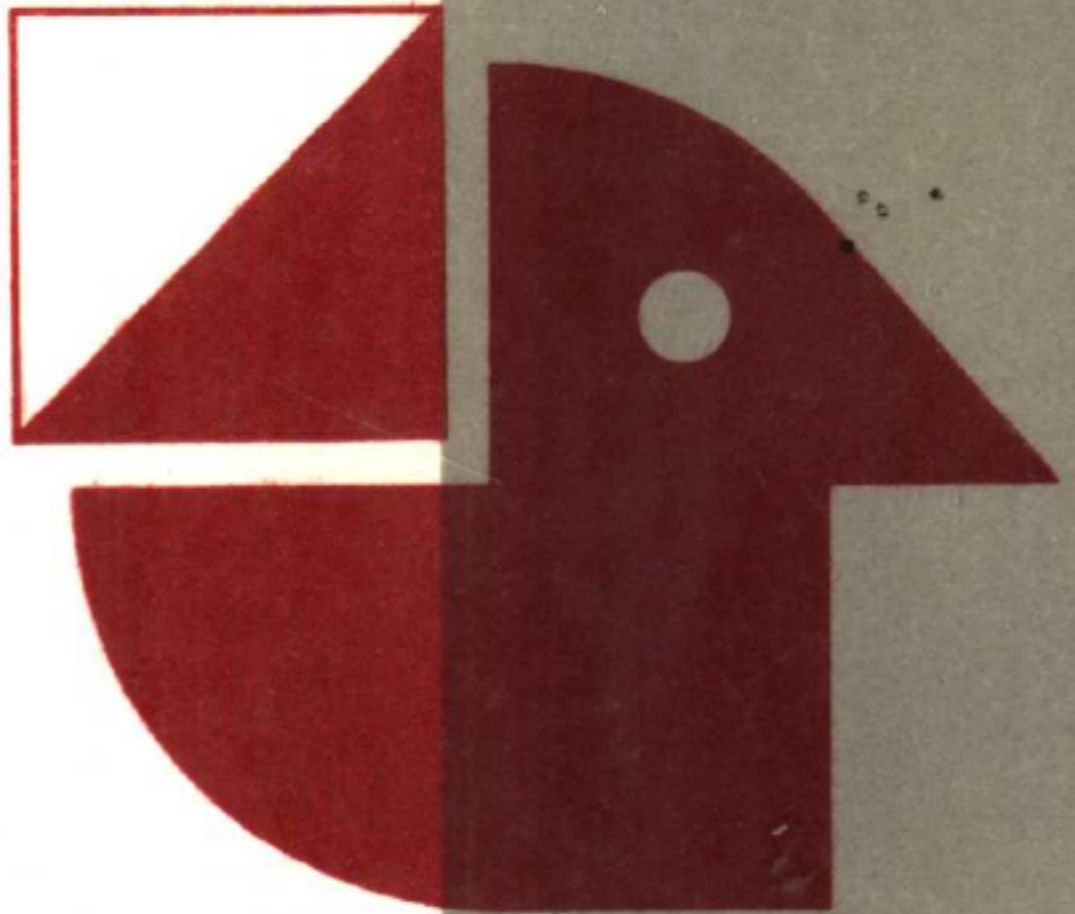


編主總 波玉鄭

⑥ 輯選文論學法

(下) 輯選文論法訟訴事民

編 主 華建楊



行印司公版出書圖南五

⑥ 輯選文論學法

(下) 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 (下)

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)

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。民國七十二年春，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！

鄭玉波

序於台大法學院研究室

中華民國七十三年四月二日

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討，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。

(三)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，斟酌取舍，雖已從多方面考慮，但或因資料搜集不全，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、汪禕成先生、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。

主編人 楊建華 謹識

民事訴訟法論文選輯（下）目錄

總序

凡例

編輯說明

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
- 26 訴之主觀的預備合併……………鄭有田……………五五八

捌、民事訴訟之證據

- 27 自認之比較研究——中國法例之論述……………李學燈……………五六七
- 28 自認之比較研究——參考法例之論述……………李學燈……………五九〇
- 29 民事舉證責任之研究……………連銀山……………六二一

玖、訴訟上和解

- 30 論訴訟上和解……………陳計男……………六七五

拾、民事訴訟之既判力

31 債權人代位訴訟與既判力範圍	陳榮宗	七〇三
32 訴訟上之抵銷	陳榮宗	七二九
33 論確定判決效力所及之特定繼承人	孫森焱	七五七

拾壹、調解程序

34 論調解制度	蔡章麟	七七五
----------	-----	-----

拾貳、上訴程序

35 上訴利益之研究	劉春堂	七九三
------------	-----	-----

論文索引

附：上册目錄

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……………史尙寬……………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

參、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適格問題之研究……………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