

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

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

印刷所 茂 榮 印 刷 廠

基本定價：精裝 5.56 元
平裝 4.45 元

(本書如有缺頁或倒裝，本公司負責換新)

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

——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：

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

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，亦卽法治為民主之基礎。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！

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，以迄民國七十二日止。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. 商法法論文選輯（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，均爲研究斯學之學考專家，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。故欲從上述數量眾多之論文中，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，斟酌取捨，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。

主編人 楊建華 謹識

大 專 用 書 目 錄

書 名	作 者	書 名	作 者	書 名	作 者
大專國文選	盧元駿	戲劇編寫概要	姜龍昭	民法親屬與繼承實例研究	劉寬
文學概論	張健	新編六法參照法令判解全書	林紀東等	刑法總則實例研究	戴東
中國現代詩	沈兼士	新編基本六法	林紀東等	少年犯罪	洪福
應用文學隅	陳振貴	法學論文選輯	鄭玉波編	民事訴訟法實例研究	蔡德輝
英文履歷大全	徐立光譯	民刑事判解叢書	蔡墩銘	刑事訴訟法實例研究	吳明軒
工業英語便覽	莊隆福	憲法新論	管歐	公司法實例研究	梁墩宇
日文中語、諺語、慣用語大全	陳炳崑	比較憲法	林紀東	房地產登記實務	陳銘福
商用英語會話	于君卓	大法官會議憲法解釋	林紀東	土地登記法判解彙編	陳銘福
現代日語語法概要	陳炳崑	析論一	涂懷瑩	土地稅	陳銘福
實用日本語	黃大受	行政法原理	管歐	房地產稅法實務	陳銘福
中國通史(上下)	黃大受	中國行政法總論	張家洋	祭祀公業法令與實務	陳銘福
中國現代史綱	黃大受	行政法概要	林紀東	社會科學概論	林白
中國近代史綱	周世輔	法學緒論	管歐	現代社會學	徐秀雄等
國父遺教要義	楊希震	民法概要	黃越欽	當代社會工作	徐震雲
國父遺教概要	吳寄萍	民法總則	劉得寬	社會工作概論	丁碧雲
國父思想	周世輔	民法總則大意	楊高仰齡	人類行為與社會環境	沙仁建
三民主義要義	賈復	刑法概要	林榮耀	社會團體工作	李楊
教育概論	田培林	民事訴訟實務	林昇格	中國社會思想史	楊懋春
教育與文化(上下)	黃昆輝	強制執行法理論與實務	黃棟培	人文區位學	楊亞力
教育行政與教育問題	林清江等	民事訴訟法釋論	鄭健才	政治學	呂興仁
當代教育理論與實際	林清江	刑事訴訟法論	林榮耀	政治學概要	曹水波
文化發展與教育革新	詹棟樑	刑事訴訟法概要	鄭孝穎	公共政策	張世賢
教育社會學新論	王文俊	刑事訴訟實務	李永然	政治發展與民主	呂占力
社會教育學	林江清等	刑事訴訟法要義(表解)	劉甲一	市政學	唐學斌
人文主義與教育	何華國	訴訟書狀範例	范衡生	行政學	姜占魁
比較教育	朱敬先	商事法論(上下)	賴源河	行政學概要	張潤書
特殊教育	吳文鼎	商事法概要	梁宇賢	行政管理論叢	姜占魁
幼兒教育	吳鼎樑	實用商事法精義	梁宇賢	人羣關係新論	姜占魁
認知發展理論與教育	梁尙勇等	票據法理論與實用(上下)	劉甲一	人羣關係與管理	陳庚金
輔導原理	李緒武	票據法論	施文森	中國現行人事制度	趙其文
輔導活動理論與實施	藍乾章	公司法要論	劉甲一	中國考銓制度	李華飛
瑞士教育制度	孫振青	保險法判決之研究(上下)	張東亮	考銓法規概要	李楊
世界各國大學入學制度之改革動向	李約瑟	海商法新論	楊與齡	人事管理	李廣
社會科教材教法	武長德	民法物權實例研究		各國人事制度	管歐
圖書館行政				地方自治新論	李廣
知識論				地方自治與政府	董飛
西方哲學史(上下)				郵政法規概要	董飛
科學哲學					董飛

大專用書目錄

書名	作者	書名	作者	書名	作者
兵役行政及法規	江新元	TELEX 及電報撰稿	王伯始	經濟統計實務	洪澄洋
工業法規概要	管歐	操作實務		生物統計學導論	蕭英如譯
電信營業規章要義	吳欽杉	TELEX 及電報制作	王伯始	統計方法與數據分析	劉陸雄譯
經濟學原理	劉泰英	範例		初等機率論	許乃紅譯
經濟學	詹逢星	企業管理	謝安田	機率導論及其應用	趙良五譯
經濟學要義	劉永憲	企業管理概要	楊超然	大一化學	劉東昇譯
經濟學 (上下)	趙捷謙	現代企業概論	雷動天	基礎生物化學	黃蔭禪譯
經濟學 (Spencer)	高凱聲	多國籍企業	林彩梅	麻省理工生物學	孫克勤譯
新經濟學	洪明洲	行銷管理導論	陳定國	微生物學	戴佛香
個體經濟理論	周弘道	生產管理	廖光照	近代工業電子學	沈立勝譯
農業經濟學	張溫波	時間與動作研究	葉瑞昌	普通流體力學	毛壽彭
數理經濟學	黃建森	採購與物料管理	許成茂	工程熱力學及其應用	萬迪赫譯
價格理論的基礎	陸民仁	品質保證理論與實務	陳耀平	普通地質學	何春菴
財政學	趙捷謙	財務管理	林乃榮	地形學	丁學驥
財政學	李金桐	管理心理學	林欽榮	礦物學	梁繼文
財政學概要	張金陽	管理戰略	林泉源	基礎分析與設計	唐山譯
財政學概要	李超英	領導學	余朝權	污染防治之策略	曾四恭譯
租稅各論	周玉津	土地行政	馮小雲	電機工程設計實務	許溢廷譯
財務法規	李金桐	保險學	陳宋明	精密小型電動機	許溢廷譯
稅務法規概要	周玉津	保險實務	鄭丁旺	臨床神經病學	程玉慶
營業稅理論及稽徵實務	鄧海波	會計學名詞辭典	沈樹雄	動力精神醫學	賴義雄
貨幣銀行學	楊志希	會計學 (上下)	王義雲	病理學精義	任建誠譯
貨幣銀行學概要	范廷健	會計學	李安娜譯	計算機分析電路法	施亮光譯
貨幣銀行學概要	陳明松	初級會計學(上下)	巫永森	計算機語言	李汝雄譯
新銀行法論	楊夢龍	(Meigs)	陳肇榮	Pascal 程式設計	葉民松
國際貿易政策	趙捷謙	中級會計學(上下)	樂梅江	BASIC 程式語言	張彌彰譯
國際貿易與國際收支	林炳文	中級會計學(上下)	幸世間	微處理機原理	詹家和譯
國際貿易實務操作	許和榮	成本會計(上下)	李豐欽	管理資訊學	
國際貿易實務與實習	于政長	成本會計概要	李增榮		
國際金融市場及其操作技術	業裕祺	成本會計規劃與控制	殷文俊		
外匯實務	于政長	政府會計概要	張輔英		
金融業務理論	李孟茂	管理會計	陳一樹		
最新英美商業書信	李孟茂	稅務會計	沈樹義		
貿易英文書信	賴忠吉	銀行會計實務	王茂雲		
貿易文件製作範例及其操作	許和榮	現代會計與實務	詹世煌		
		財務報表分析	洪澄洋		
		會計制度			
		統計學			
		商用統計學			
		數理統計學			

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·····	葉賽鷺·····	四五八
21 離婚之訴訟標的·····	許樹林·····	四七三