

何勤华 主编

日本民事诉讼法论纲

【日】高木丰三 著

陈与年 译

洪冬英 勘校



中国政法大学出版社

中国近代法学译丛

何勤华 主编

日本民事诉讼法论纲

【日】高木丰三 著

陈与年 译

洪冬英 勘校



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

日本民事诉讼法论纲 / (日)高木丰三著;陈与年译. —北京:中国政法大学出版社, 2006.4

(中国近代法学译丛)

ISBN 7-5620-2891-5

I. 日... II. ①高...②陈... III. 民事诉讼法-法的理论-日本
IV. D931.351

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 032518 号

书 名 日本民事诉讼法论纲
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
装 订 北京爱德金文装订有限公司
开 本 880×1230 1/32
印 张 17.25
字 数 415 千字
版 本 2006 年 5 月第 1 版 2006 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2891-5/D·2851
定 价 42.00 元 (精装本)
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

中国近代法学译丛
编 委 会

主 编 何勤华

编 委 李克非 李秀清 陈 颐
曲 阳 吴旭阳 张 谷
曾尔恕

总 序

民国时期，是中国近代法学的奠基时期。该时期，不仅出版了一批有分量的专著，如王世杰、钱端升著《比较宪法》、胡长清著《中国民法总论》、黄右昌著《罗马法与现代》、杨鸿烈著《中国法律发达史》、程树德著《九朝律考》、瞿同祖著《中国法律与中国社会》等，也推出了约四百余种外国法学译著，如穗积陈重的《法律进化论》、孟罗·斯密的《欧陆法律发达史》等，它们是中国近代法学遗产的重要组成部分。

令人担忧的是，由于出版年代久远，这批译著日渐散失，即使少量保存下来，也因当时印刷水平低下、纸张质量粗劣等原因，破烂枯脆，很难为人所查阅。同时，这些作品一般也都作为馆藏书，只保存于全国少数几个大的图书馆，一般读者查阅出借也很困难。

鉴于上述现状，中国政法大学出版社高瞻远瞩，关爱学术，策划并决定对民国时期（包括少量清末时期）

2 总 序

的译著进行整理、筛选，以“中国近代法学译丛”的形式重新点校、勘校出版，以拯救民国时期法学遗产，满足学术界以及法律院校广大师生学习和研究的需要。

参与本译丛点校、勘校的有中国政法大学出版社、华东政法学院法律史教研室、北京大学法学院、中国政法大学图书馆等部门的编辑、教师、博士生和硕士生。由于我们学识粗浅，点校、勘校中可能会存在这样或那样的问题，恳请广大读者批评指正。

何勤华

二〇〇二年八月一日

于上海·华东政法学院

凡 例

一、本译丛主要整理点校、勘校出版民国（包括少量清末）时期国人翻译出版的外国经典法律名著。在点校、勘校过程中，对原作不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者，一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等。

三、原书所用繁体字、异体字，现全部改为简体字、正体字。个别若作改动会有损原意者，则予以保留，另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，现一律代之以现在规范通行之标点符号。

五、原书无段落划分者，点校、勘校时作适当之段落划分。

六、原书所用译名，现有新译者，全部改为新译。

2 凡 例

如“法郎西”改为“法国”，“意大里”改为“意大利”，“澳地利”改为“奥地利”等。但外国人译名均未改，原因在于原书涉及的外国人名一般均未附外语原文，无法重译。在这种情况下，与其误译，不如保留原貌为好。但对有些附有外语原文者，或点校、勘校者手中有外文原著（如《万国公法》等）者，点校、勘校时对原译名加注说明。

七、为保留原著面貌，对原书所引用之事实、数字、书目、名称及其他材料确有错误者，也不作任何改动，但加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、民国时期出版的法学译著，有些是篇幅很小的册子，只有几十页、一百余页。考虑到现代读者的阅读习惯，以及译丛每册书稿的大体平衡，我们将这些小册子做了适当处理，有的以二三册合并一起出版，有的以“某某法学文选”的形式出版。

勘校导言

《日本民事诉讼法论纲》，日本学者高木丰三原著，陈与年翻译，由商务印书馆于一九一〇年初版，是当时影响较大的由日本留学生翻译的日本法学名作之一，至一九一三年已是第三版，本次勘校的蓝本即是第三版。

一、日本民事诉讼制度

日本民事诉讼法学家三月章曾指出，民事诉讼作为法律文化是西方的东西，我们尽管做了很大的努力，还有很多不足的地方。^{〔1〕}日本引进西方诉讼法律文化，在东方土地上建立其诉讼法律体系，经历了一百多年的从模仿到创新的漫长又曲折的道路，这些创新是与他们善于学习和研究外国经验分不开的。值得指出的是，日本的民事诉讼法包含了民事证据法，没有单列的，类似《美国联邦证据规则》的统一证据法。

一八九〇年民事诉讼法，是日本明治维新的产物，全盘移植了一八七七年德国民事诉讼法，对传统民事裁判是一次挑战，尤

〔1〕“三月章先生回答关于新民事诉讼法制定的提问”，载日本《法学家》杂志第一〇九八期，转引自《日本新民事诉讼法》，白绿铉编译，中国法制出版社二〇〇〇年版，第三十一页。

2 勘校导言

其是当事人主义的引进，很难被接受，造成裁判拖延。一百多年来，该法多次修改。

一九二六年，受一八九五年奥地利民事诉讼法和一九二四年德国修改民事诉讼法加强职权主义的影响，全面修改该法第一编到第五编审判程序，加强了法院指挥诉讼程序方面的权限。这是为避免拖延，引进了职权探知主义，采用了当事人相互询问方式。应该说，德国、日本等国家民事诉讼在诉讼程序设计上，把当事人对诉讼实体内容有权处分的当事人主义与法院对诉讼程序有权指挥的职权进行主义融合在一起，形成德国和日本等大陆法系国家特有的诉讼模式。

一九二六年—一九九八年，日本几乎无民事诉讼改革，因为经济发展的原因，商法、公司法一直在改革，而诉讼上人们的呼声总到不了国会。

一九九六年六月二十六日日本国会正式通过新民事诉讼法，并于一九九八年一月一日起施行。该法的制定工作自一九九〇年正式开始，由日本法务省成立的以三月章先生为首的学者、法官和律师组成的民事诉讼法审议委员会进行了反复的讨论、论证。该法的变革主要体现在四个方面：第一，改松散审理为集中审理，改革针对庭前争点整理，确定争点后再询问，设有三个争点程序（准备的口头辩论、辩论准备程序及书面准备程序），实行相对失权主义，在审理过程中可任选其一。第二，证据集中，为了集中审理的需要而设立了当事人照会制度及文书提出义务。第三，改革最高法院的上诉制度。第四，新设小额诉讼制度，对于标的额在三十万日元以下的案件，由简易裁判所通过一次开庭一

次判决。

二〇〇〇年通过《司法改革审议书——支持二十世纪的日本司法制度》，目的在于缓解纠纷的膨胀，目标是建立国民期待的、更易懂易用的、值得依赖的制度，使制度能更公正、实效地实施。二〇〇三年七月再次修改民事诉讼法。这一次修改主要体现在三个方面：第一，计划审理，法官在听取双方意见后，进行计划审理，即对争点、证据整理进行到何时、相互询问的时间、口头辩论后作出判决的时间作出计划。第二，扩充起诉前证据收集程序，以便起诉前更有效、完整地收集证据。第三，专门诉讼制度，对于医疗事故、劳动管理等案件，成立专门委员会，由专门人才在专门场所操作。

二、中国近代民事诉讼法的发展

众所周知，中国古代以“诸法合体”的律典编纂方式为基础的法律形式，并无独立的民事法典，也无独立的民事诉讼法典。近代的民事诉讼法的萌芽，始于十九世纪八十年代法国民事诉讼法的首次进入中国。一八八〇年，法国人毕利干（Billepuin, Anatole Adrien, 1837 - 1894）翻译出版了《法国律例》（同文馆聚珍版刊行）一书。该书收录了法国的六大法典，其中有一种名为《民律指掌》，就是法国民事诉讼法的汉译。^{〔1〕}它的问世，也标志着西方完整的民事诉讼法典开始传入中国。但较大规模的对国外民事诉讼法及其学说的引进，主要表现为一九

〔1〕 何勤华：“中国近代民事诉讼法学的诞生与成长”，载《法律科学》二〇〇四年第二期。

4 勘校导言

○五年前后出版的一批带有编译性质的民事诉讼法著作，自清末至一九四九年，中国共出版了六百余部民事诉讼法的专著、译著和教材。^{〔1〕}

民事诉讼法在中国从无到有，是清末新式法典编纂工作的重大成果之一。光绪三十二年（一九〇六年），修律大臣沈家本主持起草《刑事民事诉讼法草案》，第一次以立法的形式区分刑事诉讼和民事诉讼，但因以张之洞为代表的各省督抚的反对，未能施行。宣统二年（一九一〇年），《民事诉讼律草案》完成，但未及颁行，清王朝即被推翻。中华民国成立后，北洋政府于一九二一年完成新《民事诉讼法草案》，并于同年十一月改称《民事诉讼条例》施行。南京国民政府建立，开始起草《民事诉讼法》，至一九三〇年—一九三一年先后公布，并于一九三二年与《民事诉讼法施行法》同时施行，成为国民政府实际控制地区内有关民事诉讼程序的基本法律依据。一九三五年司法行政部颁布的《办理民事诉讼案件应行注意事项》是一项全面涉及民事诉讼程序的重要法令，对《民事诉讼法》中各项规定在执行中的注意事项作了进一步细致的规范，是执行《民事诉讼法》不可缺少的重要补充。

近代民事诉讼法的产生，日本经验起了极大作用。本书即是日本经验在中国传播的表现形式。日本在明治维新之前是中华法

〔1〕“三月章先生回答关于新民事诉讼法制定的提问”，载日本《法学家》杂志第一〇九八期，转引自《日本新民事诉讼法》，白绿铨编译，中国法制出版社二〇〇〇年版，第三十一页。何勤华教授在他文章中对这一时期的民事诉讼法学相关著作作了详尽的介绍。

系传统，维新之后全面推进现代化政策，移植西方法律制度和文
化。日本一八九〇年的民事诉讼法是对德国民事诉讼法的全盘移
植，至今仍然称其为“母法”，定位属于大陆法系。基于相似
的法族意识，修律大臣沈家本认为如模仿外国法律，当以日本经验
最为典型，因为“日本旧时制度，唐法为多。明治以后，采用
西法，不数十年遂为强国”〔1〕。值得一提的是，本书初版和宣
统二年（一九一〇年）出台《民事诉讼法草案》属同年十二月。
该草案同样也是以德国民民事诉讼法为蓝本，共分四编，八百条。
第一编审判衙门（分五章：事物管辖、土地管辖、指定管辖、
合意管辖、审判衙门职员之回避拒却及引避）；第二编当事人
（分七章：能力、多数当事人、诉讼代理、诉讼辅佐人、诉讼费
用、诉讼担保、诉讼救济）；第三编普通诉讼程序（分五章：总
则、地方审判厅第一审诉讼程序、初级审判厅之程序、上诉程
序、再审程序）；第四编特别诉讼程序（分五章：督促程序、证
书诉讼、保全诉讼、公示催告程序、人事诉讼）。不难看出，该
草案与本书从主要内容项目到结构基本是一致的。这部草案虽然
由于清朝的灭亡而未及正式颁行，但却为民国政府有条件地加
以援用，并为以后历届政府编纂更加完善的民事诉讼法典奠定了基
础。

三、关于我国现行民事诉讼法的修改

现行民事诉讼法是一九九一修订后颁布实施的，它是以一九

〔1〕 陈刚主编：《中国民事诉讼法百年进程》清末时期第一卷，中国法制出版社二〇〇四年版，第七十四页。

6 勘校导言

八二所颁布的试行民事诉讼法为基础，并吸纳了一九八二年—一九九一年之间十多年中国民事审判的经验修改制定的。现行民事诉讼法是中国近十五年来民事审判的基本法，但现代的程序本位、司法独立、法律共同体和当事人意思自治等理念和制度，构建出强势话语网络，冲击着民事诉讼的实践，也令现行体制的弊端无可遁形：

首先，一九八二年民事诉讼法从我国立法历史上讲，其政治意义要大于法律意义，基本法中，早于其产生的只有刑法、刑事诉讼法，这些法律的颁布昭示了国家以法律来取代政策或运动的决心，既有助于增强民众对法治的信心，也为日后的经济发展所必需。一九八二年民事诉讼法在当时短短两三年间出台，缺乏相应的民事司法实践和相应的学术研究，可以说，该试行法律是先天不足的。至一九九一年，该法施行了近十年后，此间所获得的实践经验需要以法律的形式加以固定；同时，实践中出现的一些问题也亟需修改试行法予以调整。但当时对民事诉讼制度的研究以及立法技术的成熟程度并不足以造就一部相对完善的民事诉讼法。

其次，社会的变迁。这种变迁是多方面的，一是国内环境的变化。现行民事诉讼法是在市场经济确立之前出台的，这就决定了现行法不可能全面反映现代民事诉讼理念及与市场经济相契合的理念。我国宪法也已进行了两次修改，我国市场经济体制虽然并不完善，但已基本确立。随着我国市场经济的飞速发展，诉讼爆炸，各类新型案件如现代社会环境污染案件、产品质量案件、证券侵权案件等日益增多，另外如群体性权利的保护等，都对现

行法提出了更高的要求。二是国际环境的变化。自二十世纪末至二十一世纪初,为解决民事司法危机,世界各国掀起了民事司法改革大潮,各国司法改革的方式无一不是以修订民事诉讼法的形式完成改革的:如英国于一九九九年颁布了新的《民事诉讼规则》、德国于二〇〇二年正式实施《民事诉讼改革法案》、日本也分别于一九九六年、二〇〇三年连续修订《民事诉讼法典》,我国台湾地区也在二〇〇〇年以后连续两次对民事诉讼法进行修改,所以,这也给我国的司法改革提供了很好的借鉴。三是科技的发展为民事诉讼提出了新课题。现代科学技术的迅猛发展对民事诉讼法产生了深远的影响,如《电子签名法》的颁布必然影响到证据制度。

再次,现行民事诉讼法已支离破碎。众所周知,我国从二十世纪八十年代开始进行审判方式改革,景汉朝法官把改革的进程归纳为“强调当事人举证责任——庭审方式改革——审判方式改革——审判制度改革——诉讼制度改革——司法制度改革”,而黄松有法官则指出:“审判方式改革现象上反映的是审判操作规程上的变化,但实质上蕴含着审判权的运作体制问题”。这些改革,成为审判领域规范性的操作,就需要法律上的依据,在民事诉讼法未能及时修改的情形下,人民法院以现行民事诉讼法为基本框架,围绕证据、执行制度、简易程序、普通程序、再审程序等进行了改革,主要表现形式即为最高人民法院的司法解释,可以说,司法解释对民事诉讼法的“修改”是全方位的。而且,司法解释突破法律规定的情形,有违法治的精神。

随着司法改革的不断推进,民事诉讼法的修改已提上议事日

8 勘校导言

程，相关讨论也随之不断推向全面和深入，民事诉讼过程的各个方面问题都受到不同程度的关注。由此，回顾历史的进程，参照他国的经验，也将是很有现实意义的。

高木丰三的《日本民事诉讼法论纲》原分上、下两册，本次勘校重新出版将之合并为一册。

洪冬英

二〇〇六年二月

目 录

绪 论

第一章 民事诉讼法之大意	(3)
第二章 民事诉讼法所定之事物（诉讼手续）	(9)
第三章 民事诉讼法之权利关系	(11)
第四章 民事诉讼与刑事及行政诉讼之差别	(13)
第五章 诉讼手续之种别	(17)

第一编 总 则

第一章 诉讼主体	(19)
第一节 裁判所	(19)
第一款 裁判权及其实行	(19)
第二款 皇室与裁判所之关系	(24)
第三款 狭义裁判权	(26)
第四款 裁判所之管辖及裁判籍	(28)
第一项 事物之管辖	(29)
第二项 职务之管辖	(39)