

248

017/1847
248

早稻田大学·日本法学丛书

新民事诉讼法讲义

【日】中村英郎 / 著

陈 刚 林剑锋 郭美松 / 译
常 怡 / 审校

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

新民事诉讼法讲义/(日)中村英郎著;陈刚,林剑锋,郭美松译.

—北京:法律出版社,2001.4

(早稻田大学·日本法学丛书)

ISBN 7-5036-3386-7

I.新… II.①中…②陈…③林…④郭… III.民事诉讼法-
基本知识-日本 IV.D931.351

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 16034 号

著作权合同登记

图字:01-2001-0940 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李 跃

责任校对/何 萍

印刷/民族印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/10.5 字数/220 千

版本/2001 年 4 月第 1 版

2001 年 4 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/http://www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(市场销售部) 88414121(总编室)

读者服务部/88414933 88414934

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3386-7/D·3104

定价:(精)25.00 元 (平)22.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

第一编

绪 论

第一章

民 事 诉 讼

第一节 概 说

现代生活的一面是法律生活,所有的生活关系都受法律的规制。个人与个人间的法律关系由民法等其他民事实体法加以规定,人们通常也是遵循这种规则自己来营建生活。但是,当这种规则一旦遭到破坏时,国家就有必要强制性地地去实现法律的规定。在过去,当这种纠纷发生时,受害者是通过自力救济加以解决。然而,这种自力救济仅仅对强者有利,而并不能成为对权利者的救济。伴随着国家制度的建立,国家在禁止自力救济的同时,确立了通过国家设立的裁判所(法院)对纠纷加以解决的制度,这就是民事诉讼。

但是,在近代法中,个人间的法律关系遵循的是私法自治原则,即个人意思决定个人的法律关系。因此,即使有关个人的法律关系发生纷争,也并非都通过法院的裁判加以解决,通过第三人的调解、仲裁、或是当事人自身的和解加以解决不但是可能的,也是颇受欢迎的。这种代替裁判解决纠纷的制度一般被称为 ADR (Alternative Dispute Resolution)。

最广义上的民事诉讼,是指包含调解、仲裁等在内的所有私法纷争的解决方法。狭义的民事诉讼,是指法院依据民事诉讼法实施的判决程序以及其后的强制执行程序。最狭义的则仅指判决程序。

第二节 日本民事诉讼法及其沿革

一、首部民事诉讼法与旧民事诉讼法

我国最初的民事诉讼法,制定于明治 23 年(1890 年),并于明治 24 年(1891 年)开始施行。该法一般被称作首部(旧旧)民事诉讼法,它是以 1877 年的德国民事诉讼法为蓝本制定的,内容共分 8 编,即第一编“总则”、第二编“第一审诉讼程序”、第三编“上诉”、第四编“再审”、第五编“证书诉讼及汇票诉讼”、第六编“强制执行”、第七编“公示催告程序”、第八编“仲裁程序”。首部民事诉讼法中第一编至第五编规定的是民事诉讼判决程序部分,由于要与其后制定的民法、商法等作协调,故其于大正 15 年(1926 年)得到了全面的修改(大正 15 法 61 号),并于昭和 4 年(1929 年)开始施行,这部修改后的民事诉讼法被称作旧民事诉讼法。

第二次世界大战结束后,由于深受美国法的影响,伴随着宪法的修订,该部旧民事诉讼法的若干规定也作了相应的修改,例如在证人询问上引进了交叉询问制(旧民诉法 294 条)、设立变更判决的制度(旧民诉法 193 条);等等。虽说如此,这次的修改规模还是停留于小范围之内的,尤其是第六编“强制执行”的规定自明治 23 年(1890 年)制定以来几乎未作任何的修改,其中的内容也逐渐落伍。自昭和四十年代(1965 年至 1970 年)以来,旧民事诉讼法的全面修改作业逐渐提上审议的日程。昭和 54 年(1975 年),通过将第六编中有关判决强制执行的规定与《拍卖法》(明治 31 法 15

号)中有关担保权实行的拍卖规定合并,制定了独立的《强制执行法》法典。平成元年(1989年),对第六编中有关假扣押、假执行等的规定也作了全面修改,并制定了单独的《民事保全法》法典。

二、旧民事诉讼法修改的原因与要点

经过上述单独法典的制定,旧民事诉讼法的内容仅限于判决程序、公示催告程序及仲裁程序的规定。其中判决程序部分自大正15年的修改以来,内容大都十分古旧,因而显得与社会的发展逐步不相适应。此外,日本的诉讼迟延现象甚为严重,法院通过裁判解决纠纷的机能受到较大的制约,加之旧民事诉讼法的条文采用搀杂片假名的文言体写成,也使普通人大伤脑筋。鉴于上述众多原因,法务省(相当于中国司法部)于平成2年(1990年)开始着手旧民事诉讼法的全面修改作业,平成8年(1996年)6月,新民事诉讼法终于制定完毕(平成8法109号)。与此相应,同年12月最高法院民事诉讼规则(平成8最高裁规5号)也制定完成,两者同时于平成10年(1998年)1月1日开始施行。

新民事诉讼法的修改要点及主要目的,是旨在实现事件的迅速裁判,具体而言:(1)设置有关争点与证据整理程序的新规定;(2)扩充证据收集程序;(3)对当事人向最高法院的上告作出限制;(4)设置针对小额诉讼的简易程序;等等。在民事诉讼法面临修改之时,围绕着此前民事诉讼法显现出来的并期待通过本次立法能加以解决的问题是很多的,但法务省在着手修改之初,仅预定用五年时间完成此项修改立法作业(当时业已高龄的法制审议会民事诉讼法部会长希望在有生之年实现修正立法工程这一愿望,是法务省作出这一预定的重要原因。参见三个月章:《民事诉讼法改正的背景与必然性》,爱知学院大学论丛法学研究35卷1·2号,第4页)。由于安排修改的时间如此仓促,其结果就造成,在此间未能解决的问题都被抛弃。而且,即使在此期间内有所结果的问题在

审议的过程中,法制审议会也向律师方的委员作出了很大的让步(例如,民事诉讼法第167条规定的有关延时提出攻击防御方法的说明义务等。在旧法中,对于延时提出攻击防御方法是作失权论处的,参见旧民事诉讼法第225条)。此前强制执行法的修改作业都花费了十年以上的时间,更何况作为诉讼基本法的民事诉讼法的修改呢。因此不得不指出这样的立法作业是很不妥当的。

民事诉讼法第七编“公示催告程序”、第八编“仲裁程序”的规定自明治23年法29号《民事诉讼法》制定以来,内容几乎未有变更,本次民事诉讼法的修改对此部分内容也未作触及。

第三节 民事诉讼的构造

民事诉讼在于实现实体法规定的权利与法律关系,因此,民事诉讼首先必须通过判决,对当事人间存在何种权利及法律关系加以明确化(判决程序)。其次,当义务人不履行义务时,就强制性地实现该裁判的内容(强制执行程序)。总之,判决程序与强制执行程序构成民事诉讼的主要部分。

一、判决程序

判决程序,是由原告主张实体法上的权利或法律关系的存在,并要求法院作出判决的起诉活动而开始的。

诉权论 诉权学说最初是以“因何可以提起诉讼”这一问题为契机而展开的。最初出现的学说是私法诉权说。

私法诉权说即一种将诉权看做私法性质权利的学说。该学说认为诉权是私法权利的延长线。但是,诉权是针对国家(法院)的公权,并非是私法上的权利。另外,如果该学说承认确认之诉,那么在消极确认之诉中,由于原告主张的实体权利是并不存在的,因此该理论也不能对此加以说明。

公法诉权说认为诉权是当事人针对国家的公法权利的学说。最初的公法诉权说认为,诉权与诉讼中争执的私法上权利无关,而是要求国家作出审理判决之纯粹意义上的公法权利,因此被称为抽象的公权说。其后,出现了赋予诉权具体内容的见解,这就是具体的公权说。

权利保护请求权说是对具体的公权说的发展,并将诉讼对象的实体关系纳入其理论之中,使得诉讼的理论构造得以明确化的一种诉权学说。并且,该学说开始涉及强制执行部分。虽然不能认为该学说是完整的,但权利保护请求权说因完成了民事诉讼整体原理构造,所以长时期地成为支配民事诉讼法学的通说。该学说认为,构成诉权核心的权利保护请求权是个人通过民事诉讼要求国家进行权利保护的公法权利,该请求权在判决程序中表现为判决请求权,而在强制执行程序中则表现为强制执行请求权。

司法行为请求权说认为,诉权是具有发展性内容的公法权利,即一种针对作为司法权主体的国家,并通过法院以达到请求国家作出符合实体法规定的司法行为的权利,因此被称为司法行为请求权说。

本案判决请求权说认为诉权是请求对自己有利判决的权利,而本案判决请求权说则认为,原告对法院没有这样的权利,而仅仅只有请求本案判决的权利。

诉权论最初是从“因何可以提起诉讼”这一问题出发,到了权利保护请求权说时期已经发展成了诉讼构造论。但在同时,随着诉权成立与否问题被主要作为诉讼要件论加以议论,逐渐使诉权论失去了讨论的意义。随后还出现了诉权论因诉讼要件论的发展而消亡,诉权论失去讨论意义等的新观点。

所谓“诉”,是指当事人要求法院通过判决保护实体法上权利的请求。只有存在这种请求,诉讼(判决程序)才能在请求的范围内得以开始。对于没有请求的事项,法院不能对此进行审理判决

(*nemo iudex sine actore*. 没有诉就没有法官)。作为民事诉讼对象的民事事件应当是依据当事人的自由意思加以处置的(私法自治原则),因此在事件系属后出现的当事人双方达成和解,原告撤诉或是放弃请求,以及被告承认原告的请求等诉讼行为,都会导致诉讼未至判决阶段而终结。概而言之,诉讼的开始、发展、终了都是由当事人的自由意思所决定的,这就是所谓的当事人处分权主义。

裁判是一项法院对当事人争议的事实加以认定,并对此适用法律的活动。因此,法院若要作出判决首先必须明确事件的事实关系。为此,当事人之间存在何种争执,对此又有什么样的证据,都必须收集相关的资料(事实资料与证据资料,两者合称为诉讼资料)。若按收集方法加以划分,则可分为法院依职权收集的职权主义,以及当事人自发性收集的辩论主义。我国民事诉讼法采辩论主义为原则,即,作为判决之基础事实的提出、证据取舍的决定(当事人存在争议的事实才需要证据,因此当事人一旦作出自认,自认就成为法院判决该事实的基础)、证据的提出都由当事人负担。但是,我国民事诉讼法也承认补充性的依职权收集,即,在法律规定的例外情形中,法院可以对当事人未提出的事项进行探知并以此作为判决的基础,也可以不受第三人自认的限制依职权对存在疑虑的事项进行调查,以及可以收集当事人未提供的证据等等。

如上所述,诉讼资料的收集是当事人的责任,已收集的诉讼资料必须在公开的法庭(公开主义)上,并在口头辩论期日里由当事人口头提出(口头主义)。此外,法官在裁判事件的时候,必须直接对本案的诉讼资料进行审理(直接主义),对提出的证据作何评价也听凭法官的自由心证(自由心证主义)。

通过上述的所有方法对事件的事实关系加以明确后,法官对已认定的事实适用法律并宣告判决。

二、强制执行程序

尽管判决命令被告履行一定的给付,但被告却没有自发性地履行义务,这时就必须依国家权力强制性地实现判决的内容,该强制执行程序就被称为强制执行。《民事执行法》(昭和 54 年法 4 号)对该程序作了规定(在判决宣告之前,为了确保将来判决得以强制执行,《民事保全法》[平成元年法 91 号]规定了假处分、假执行等的执行保全程序)。

强制执行是一种不同于裁判的职务行为,因此法律也设置了独立于裁判机关的执行机关,即执行机关是一个适用执行程序的专门性机关。裁判机关与执行活动无关,执行机关依据法院的判决以及具备其他要件的债务名义而开始执行程序。执行机关无权判断应执行的权利存在与否。总之,裁判机关与执行机关是各司其职的两个独立机构。

由于执行机关不对执行债权进行实体审查,于是难免会产生不当的强制执行。为此,强制执行程序中设置了各种申请异议与异议诉讼的程序。

三、特别诉讼程序

民事诉讼法规定的特别诉讼程序如下。

(一)票据、支票诉讼程序

依票据、支票请求支付金钱以及请求支付与此附带的法定利率损害赔偿的诉讼,尤其需要迅速地加以处理。为了谋求此类诉讼的迅速化,民事诉讼法第五编规定了“票据诉讼及支票诉讼的特别规则”(民诉法 350—367 条)。

(二)小额诉讼程序

对于诉讼标的额在 90 万日元以下的事件,由简易法院管辖,并适用比地方法院更简易的程序进行审理。但是即使如此,简易

程序作为小额事件的裁判程序还是显得过于复杂,因此对于诉讼标的额在 30 万日元以下的事件,修改后的民事诉讼法第六编专门规定了“小额诉讼特别规则”(民诉法 368—381 条)。

(三)督促程序

对于标的为给付一定数量金钱及其可替代物的请求,为了能够实现简易且迅速地强制执行,民事诉讼法第七编规定了“督促程序”。具体而言,债权人向法院提出督促支付的申请,法院不经实体审理直接发出支付令,只要债务人在一定的期间内未提出异议,法院就赋予支付令以假执行宣告,使之具有强制执行的效力。但是,若债务人提出异议则将其转移至普通诉讼程序。

第四节 民事诉讼的理想与现实

如同上述考察之所述,民事诉讼中存在着各种各样的程序,从中可以看出民事诉讼的理想不外乎是追求程序公正、迅速且经济地运行。与外国的民事诉讼相比,我国的民事诉讼在公正这一点上获得了很高的评价。但是,若考察一下迅速这一层面,虽说近年来已有所完善,但依旧给人以不充分之感。在日本法院,包括证人调查在内的第一审诉讼事件平均审理期间为两年,而在德国,大约只需要花一半的时间。造成诉讼迟延的原因是多种多样的,律师的缺乏固然是其中的一个原因,但决定性的原因还是在于,参与事件的法律实务家们缺乏促进诉讼的意识。

在诉讼经济层面主要是诉讼费用问题。关于当事人向法院交纳的费用,在《关于民事诉讼费用法律》(昭和 46 法 40 号)中作了明确规定,费用额是明确且低廉的,故不存在着问题。但是,我国的律师报酬是由当事人与律师自由协商决定的(虽然各个律师协会对律师报酬也规定了律师报酬额,不过这仅是个大体的基准而已),因此该项费用往往是不明确的,而且一般都是高额费用。

可以说,我国民事诉讼制度中最大的问题还是在于诉讼迟延与律师费用的高昂。正是因为上述问题,才会导致许多人不利用法院来解决纠纷的现象产生。

在“为了促进诉讼以及使国民易于利用、理解民事诉讼”这样一个口号下,民事诉讼法全面修正的作业开始推进,新民事诉讼法及新民事诉讼规则于平成 10 年(1998 年)同时开始实施。但是,制度效用的发挥在于人的因素,即使修改了民事诉讼法的规定,但若不增加法律工作者(法官、律师等)的数量,以及不改变落后的法律意识,就很难期望其能达到促进诉讼的效果。

新民事诉讼法是否让国民易于理解? 的确,随着新民事诉讼法的修改,通过将充斥着片假名的文言体条文转换成平假名与现代语,以及将条文顺序编排成更适合于普通人阅读等等的方法,使新民事诉讼法更接近于国民。但是,在其后制定的民事诉讼规则,则又使民事诉讼法与普通人的理解疏远开来。当试图亲身实施诉讼的人们在阅读民事诉讼规则的规定时,他们能够理解吗?因为,民事诉讼规则第 53 条作了如下规定:

“诉状除应记载请求的意旨及请求之原因(指特定具体请求所必须的事实)外,还应记载得以支持该请求的具体事实,并且应当依照各项需要证明的事由,记载与该事实相关联的重要事实及证据。

在诉状中记载有关事实的主张时,应当尽可能分别记载支持该请求的事实及与该事实相关联的事实。”

其中,仅“事实”一词就出现多次,而每个用语究竟是什么意思呢?欲亲身起诉的非法律专业者连意思都不懂,更不用奢谈什么起诉了。

在美国,民事诉讼法并不是作为法律的形式而存在的,而仅仅规定了民事诉讼规则。尽管我国早就存在着民事诉讼法,但后来受到美国法的影响,还是制定了民事诉讼规则。民事诉讼法采用

法律与规则二元性规定方式的本身,对于司法者来说,是较为方便的,但对于普通国民而言就难以理解其内容。条文达 240 条之多的民事诉讼规则,本来就不是面向普通国民的,它是为了达到诉讼顺利运行之目的而针对律师制定的。因此,日本也应当像德国一样,对于在地方法院(家庭法院除外)以上进行的诉讼,坚定不移地采用只有律师介入才能进行诉讼的强制律师主义(参见本书第二编第六节一(二)之一,但律师协会基于种种理由而反对引进该项制度)。

第二章

民事诉讼与相邻程序的关系

一、非讼事件程序

非讼事件程序是指法院主动介入私人法律关系,以防止事后发生纠纷的程序。作为该程序对象的事件就称为非讼事件。例如,有关监督法人(非讼法 34、35 条,民法 40、56 条)、裁判上的代位(非讼法 72 条)、其他有关监督公司业务的事件(商法 237 条、249 条,非讼法 130 条)等等,都属于非讼事件。虽然该程序由《非讼事件程序法》(明治 31 法 14 号)所规定,但该程序明显地具有作为司法机关的法院从事行政事务的性质。与民事诉讼程序相比,非讼事件程序对于事件的处理更具灵活性、机动性。具体而言,在非讼事件程序中,审理是非公开的(非讼法 13 条)。对于作为裁判基础的事实与证据,只要法院认为有必要,就可以依职权加以收集(职权探知——非讼法 11 条)。此外,法院是采用决定的形式作出裁判(非讼法 17 条),而且在裁判后,法院若发现存在不当,还可以作出撤销的变更。

关于诉讼事件与非讼事件的区别,观点上还存在着分歧:
(1)以目的为标准,前者在于维持司法秩序,而后者在于形成司法秩序;或者认为,前者是为了恢复私法秩序,而后者是以司法预防

为目的。(2)以被审判事件的本身为标准,前者是争执权利的确定实现,而后者是谋求无争议权利的保全。

虽然非讼事件程序具有与民事诉讼程序不同的制度目的,诉讼事件与非讼事件也是自始截然相区别的,但是,由于法院在非讼事件程序中可以进行比较自由且机动的裁量,为了谋求本应作为诉讼事件加以处理之事件的解决,于是就会出现法院利用非讼事件程序解决诉讼事件的情形,而且近来有显著扩张的趋势。与此同时,由于法院法规定“一切法律上的争讼都是诉讼事件”,因此也就产生诉讼事件与非讼事件竞合的情形。如此一来,在现有的制度下,对于诉讼事件与非讼事件已经难以做出明确的本质区分(事实出发型的英美法系民事诉讼不对诉讼事件与非讼事件加以区别)。

二、仲裁程序

将事件的解决交由私人性质的仲裁人进行裁断的约定,称为仲裁协议,而基于仲裁协议来解决事件的程序就是仲裁程序。在旧民事诉讼法时期,仲裁程序由民事诉讼法加以规定,直至今在,其规定的内容毫无变化地规定在《关于公示催告程序及仲裁程序的法律》(明治 23 法 29 号)之中。仲裁协议是当事人之间的任意性协议,而基于仲裁协议的仲裁裁决具有自治的性质,因而国家一般都不直接进行干预。

三、调解程序

调解程序,是指经设置于法院里的调解委员会的斡旋、调停,使当事人达成解决纠纷合意的程序。调解在广义上属于非讼事件。调解机关对纠纷当事人的居间调停固然具有重要的意义,但只有当事人达成合意,调解才具有效力。

调解可以分为《民事调解法》(昭和 26 法 222 号)规定的民事

调解,和由《家事审判法》(昭和 22 法 152 号)规定的家事调解。家事调解,一般是由设置在家事法院的调解委员会针对有关家庭事件进行的调解,而对除此之外的民事事件进行的调解,则属于民事调解。

调解程序是与诉讼程序相竞合的,但其具有补充性的性质,是否通过调解来解决纠纷完全听凭当事人的意思。虽说如此,法院认为适当时也可以依职权进行调解(民调法 20 条 1 项。不过,对于家事事件采用的是调解前置主义)。

在民事调解程序中,在法官中指定一名调解主任,由他与从有经验学识者中指定的两名以上调解委员组成调解委员会,即由他们组成纠纷解决的中间人。在该程序中没有严格的程序规定,而且调解的内容也并非必须依据法律。将当事人达成的合意结果记录到调解书上后,该记录具有与裁判上和解相同的效力(即与确定判决有相同的效力——民诉法 267 条)。

四、家事审判程序

与普通财产事件相比,涉及人事争议和其他涉及家庭的普通事件具有特殊的性质,而且其中多数是不适合在公开的法庭上进行争议的。为此,对于家庭事件,《家事审判法》(昭和 22 法 152 号)规定了审判程序与调解程序,并由家庭法院进行专门管辖。

家事审判法第 9 条对审判事项作了列举,并按照事件的性质不同,分为不适合用调解加以解决的甲类事项(例如,禁治产宣告等),和可以适用调解加以解决的乙类事项(譬如,夫妻同居、其他的夫妻间的协力扶助等)两个种类。审判事项一般由家庭法院的家事法官通过“审判”方式解决,但是对于乙类事件,家事法院无论何时都可以进行调解(家审法 11 条)。

除前述的甲类事件外,法院对于所有的人事诉讼事件和其他的普通家庭事件都可以进行调解。此外,欲对这类事件提起诉讼