

当 | 代 | 日 | 本 | 法 | 学 | 名 | 著

兼子 一, 竹下守夫/著

民事诉讼法

MIN SHI
SU SONG
FA

白绿铉/译

(新版)

法律出版社

当代日本法学名著

民 事 诉 讼 法

新 版

兼子 一 著
竹下守夫

白 绿 铉 译

(京)新登字 080 号

民事诉讼法 (新版)

[日] 兼子 一、竹下守夫 著

白绿铨 译

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/宏伟印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/12.375 字数/328 千

版本/1995 年 3 月第 1 版 1995 年 3 月第 1 次印刷

印数/0,001—1,500

社址/北京广安门外六里桥北里甲 1 号干休所服务楼 (邮编 100073)

电话/346.5431—4990

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN7—5036—1619—9/D·1294

定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

译者前言

为适应我国建立社会主义市场经济的需要，我们必须转变长期在计划经济体制下形成的传统的诉讼观念，必须进行民事诉讼法律制度 and 审判方式的改革。为此，十分需要认真地研究和借鉴外国的立法经验和司法经验，特别是关于解决民事和经济纠纷的理论和经验。但目前国内有关外国民事诉讼法理论的专著和译著相当缺少。日本弘文堂出版社 1993 年出版兼子一和竹下守夫著《民事诉讼法》（新版）。这部专著被日本民事诉讼法界公认为权威性著作。译者深感此书对我国当前正在进行的法制建设与改革具有极大的参考价值，虽然个人水平有限，但还是大胆地把它翻译过来了。

《民事诉讼法》（新版）的原版是日本著名法学家兼子一著《民事诉讼法》。该书最初出版于 1954 年，后来多次再版。1972 年经过兼子一先生修改和补充后继续出版。兼子一先生 1973 年去世后 20 多年来，根据读者的要求，该书多次再版。从 1954 年到 1992 年，日本弘文堂出版社先后共出版 37 版兼子一著《民事诉讼法》。在日本，一部法学专著再版次数如此之多，是罕见的。弘文堂出版社为了继续保持并进一步完善兼子一先生这部名著，1993 年邀请日本著名民事诉讼法学者竹下守夫教授，在保持兼子一先生的原版理论体系的基础上对该书进行补充和修订后改版出版，这就是现在这部《民事诉讼法》新版。新版作者署名兼子一、竹下守夫。

兼子一先生生于 1906 年，1929 年毕业于东京大学法学部，1941 年任该校教授，历任日本法制审议会委员等要职，于 1973 年逝世。二次大战后，兼子一先生提出和倡导民事诉讼目的的解决纠纷说，并以此理论为基础重建了日本民事诉讼法学理论体系。其代表著作，除

本书原版《民事诉讼法》(1954年,弘文堂出版)之外,还有《民事诉讼法概论》(1938年,岩波书店出版)、《民事诉讼法体系》(1954年,酒井书店出版)、博士论文《实体法与诉讼法》(1957年,有斐阁出版)、《民事法研究》3卷本等。

竹下守夫教授生于1932年,1955年毕业于东京大学法学部,现任日本一桥大学教授,还兼任日本法制审议会民事诉讼法分会委员等职。他曾任前届日本民事诉讼法学会理事长。竹下守夫教授对民事诉讼法特别是对民事执行法研究造诣很深。其代表著作有《公司更生法》(上、中、下)(合著)(1974年,弘文堂出版)、《研究不动产执行法》(1977年,有斐阁出版)、《民事执行法的论点》(1985年,有斐阁出版)、《在民事执行中实体法与程序法》(1990年,有斐阁出版)、《担保权与民事执行和破产程序》(1990年,有斐阁出版)等。

《民事诉讼法》(新版)一书,尽管有些观点不无值得商榷之处,但总的来说是一本理论水平很高的民事诉讼法学专著。应特别指出兼子一先生所倡导的解决纠纷说,以当事人自主解决纠纷的权能和对诉讼标的的处分权作为出发点说明民事诉讼的一系列理论问题的权利为本的理论观点,对我们建立适应社会主义市场经济的民事诉讼法学和民事审判实际工作都有很重要的参考价值。为便于大家阅读这本著作,在译文前的这篇译者前言中,简单地介绍一下日本民事诉讼的基本概念与法律制度、日本民事诉讼法典的概况、兼子一先生的民事诉讼法理论以及日本修改民事诉讼法等情况。此外,为便于查找本书所引用的法律条款,在译文后面附录了由本人翻译的日本民事诉讼法和人事诉讼程序法,以供参考。

一、日本民事诉讼的基本概念和制度

要了解日本的民事诉讼制度,首先应当明确日本民事诉讼的许多基本概念和制度与我国有相当大的差异。他们的民事诉讼法律制度是经过一百多年长期的实践,并不断地吸收其他西方国家的法律文化成果而逐渐形成和完善的。下面对日本民事诉讼的一些基本概念和制度简要加以说明。

1. 民事诉讼与其他的诉讼形式

民事诉讼是以国家权力解决以私法关系为内容的纠纷的程序。它与刑事诉讼和行政诉讼的性质根本不同。

日本的法律体系也采取公法和私法的划分。在法学中关于公法与私法的划分一直存在不同的主张。按照社会关系说认为，公法调整的是国家与公民之间的管理与服从的关系。公法包括宪法、刑法以及行政法规。国家干预经济生活的大量的经济法、劳动法及社会保障法等法律规范也是属于公法范畴。反垄断法、反对不正当竞争法，都是作为日本国家行政机关的公正交易委员会监督和管理执行的，所以凡是国家干预的经济法规都属于公法范畴。私法是调整平等主体之间的关系，当事人之间的行为只要不违反法律和公序，国家不得加以干预。私法主要是指民法和商法。本书中所说的“私人”之间的关系或“私人之间的生活关系”，就是指平等主体之间的民事法律关系。但这种性质的关系并不限于公民与公民之间的关系。比如公民把国家作为被告向法院请求损害赔偿时，国家与公民之间关系就是平等主体之间的关系，也是“私人”之间的关系。基于公法和私法反映社会上存在着的两种不同性质的社会关系，相应地解决纠纷也有两类不同性质的诉讼程序。

民事诉讼是以国家权力解决当事人之间不能自主解决的民事纠纷。从国家对公民来说，这是公法关系。但是，从民事诉讼所要解决的纠纷的内容即民事案件的主体对民事纠纷本身有自主解决的权利和对诉讼标的有自由处分权来看，显然民事诉讼又具有私法性质的关系。正由于民事诉讼具有上述的特殊属性，所以法院解决民事案件的诉讼程序就具有如下特点：第一、法院在诉讼中尊重当事人对诉讼标的的处分权，只对当事人请求的事项和在请求的范围之间进行审判（第186条）（译者注：凡在本书中直接引用的法律条文均为日本民事诉讼法）；第二、法院作出判决，只根据当事人提出的事实和证据，不得依职权调查证据，这种审理事实的原则叫做辩论主义；第三、法院作出的判决，只对双方当事人有拘束力，其效力原

则上不及于第三者。

刑事诉讼是国家对公民行使刑罚权的审判程序，所以刑事案件的性质是公法上国家对公民的服从关系，不是平等关系，更谈不上当事人对诉讼标的的处分权。但是，国家打击犯罪的同时必须保护公民的人权，不冤枉好人，因而在诉讼程序上采用控辩双方平等的诉讼结构。即把追究犯罪的控告机关与审判其控告当否的审判机关分开，使被告人从原来被审判的对象变为与追究犯罪的检察官相对立的诉讼主体地位，而法院只根据控告的内容和范围进行审理，不主动追究犯罪。法院审理刑事案件采取职权调查主义，查清案件的客观真实，没有确凿的证据不能判罪。法院之所以采取与民事诉讼不同的职权主义，是因为虽然刑事诉讼也采用了控方和被告人之间利害对立的诉讼结构，但是从本质上来说，国家对被告人科处刑罚与解决当事人之间民事纠纷不同。刑事诉讼不是属于当事人自主解决的纠纷，当事人也没有处分权，只有查清客观真实情况，证据确凿才能作出有罪的判决。因此，尽管刑事诉讼采取了类似于民事诉讼结构的形式，但刑事诉讼却采取了与民事诉讼性质完全不同的诉讼原则和程序。

行政诉讼，从案件的性质来说，是公民对国家行政机关行使行政权的行政行为是否合法的公法上的纠纷，但是法院审理行政案件也采用在诉讼上平等的结构形式，以职权调查主义审查国家行政机关的行政行为是否合法。行政诉讼也不是平等主体之间的诉讼，其诉讼的性质和原则也同民事诉讼根本不同。但是，日本行政案件诉讼法第7条却规定，行政诉讼除适用行政案件诉讼法规定之外，在不违反行政诉讼性质的情况下，准用民事诉讼法有关条款的规定。即在形式意义上，行政案件诉讼法与民事诉讼法有一般法与特别法之间的关系，行政诉讼适用民事诉讼法的一般程序规定，所以在广义上的民事诉讼或民事诉讼法中也包括行政诉讼或行政诉讼法。在司法统计上因为行政案件数量少，往往归入民事案件里。

上述日本民事诉讼与刑事诉讼、行政诉讼性质的区别表明，民

事诉讼之所以采用当事人双方对审的、平等的诉讼形式，而且法院采用辩论主义，不直接调查证据，是由私法关系的性质所决定的；而刑事诉讼和行政诉讼虽然在形式上也采用了诉讼形式，但由刑事案件和行政案件的公法性质决定法院依职权调查证据，查明案件的客观真实。所以，从诉讼是与案件没有直接利害关系的第三者以中立的立场解决纠纷的意义上来说，民事诉讼才是诉讼的典型形式。^①

2. 通常诉讼与特别诉讼

民事诉讼是解决平等主体之间的民事纠纷。日本民事诉讼根据当事人对诉讼标的有无处分权，分为通常诉讼和特别诉讼。民事权利主体在不违反法律和公序的范围内对其财产有自由处分权，法院审理这类财产关系的案件尊重当事人意愿，采用辩论主义。日本民事诉讼法典所规定的程序和原则就是以解决这类财产关系纠纷为对象的，这种程序叫做通常诉讼。本书中所说的民事诉讼或民事诉讼法的概念，就是指这种通常诉讼程序。

民事主体之间虽然是平等的关系，但对于与人的身分有关的非财产民事权利，当事人却没有自由处分权，并且法院变更人的身分关系的判决对他人产生对世效力。因此，法院审理这种案件不能受当事人请求和陈述的限制，应从公益的立场上依职权调查证据，作出客观真实的判决，这种诉讼叫做特别诉讼或特别诉讼程序，也就是通常程序的例外。为此，日本在制定民事诉讼法的同时于1898年公布《人事诉讼程序法》，规定审理人的身分权利纠纷的程序。此外，行政诉讼，也是因为当事人对诉讼标的没有处分权，所以法院审理行政诉讼案件也依职权调查证据，不采取辩论主义。行政诉讼程序作为广义上的民事诉讼程序，也是属于特别诉讼程序。

3. 民事诉讼与非讼案件

民事诉讼的性质是法院解决当事人之间民事上的权利和义务的法律纠纷，而诸如学术争论等非法律上权利和义务纠纷则不属于民事诉讼解决的范围。但是，法院为了预防纠纷，可以提前介入民事关系，处理有关的民事、商事及婚姻家庭事项。法院处理这些事项

虽然也采用裁判的形式，但实际上并不是解决当事人之间法律上权利义务纠纷，因而把这些案件叫做非讼案件。例如，根据日本民法和商法规定，为了保证民事流转顺利进行，法院处理大量属于民事和商事行政性质的案件。具体而言，如在财团法人的发起人死亡后由法院决定新的发起人、指定空缺的临时法人代表人、法院可以依职权决定破产及清算程序等。为了简便地处理这些非讼案件，日本于1898年公布《非讼案件程序法》。非讼案件程序的特点是，以非公开的简便方式迅速处理，作出裁判用裁定形式。法院审理非讼案件，不受当事人请求和申请的限制，不采用辩论主义，而依职权调查证据，作出客观真实的裁定。

根据日本民法典第4编亲属和第5编继承的规定，由法院管理和处理大量的婚姻家庭有关的案件。其中婚姻无效、撤销婚姻、离婚、认领子女以及变更或撤销收养关系的案件，是属于变更人的基本身分关系的诉讼案件，叫做人事诉讼案件。这类案件，先由家庭法院进行调停，如果调停不成，就由地方法院按人事诉讼程序法规定审理并作出判决。而其他不涉及变更人的基本身份的权利关系的婚姻家庭方面的非讼案件叫做家事案件。例如，失踪宣告、死亡宣告、为未成年人指定监护人、请求分割遗产等事项，虽然是以人的身分关系存在为前提的，但不存在变更人的身分关系的问题。为社会稳定和家庭和睦，日本民法规定大量的婚姻和家庭案件由法院处理。日本于1947年公布以简便的方式，非公开的，从实际出发处理家事案件的程序法《家事审判法》，并专门设立家庭法院负责审判和调停家事案件。

4. 民事诉讼是国家强制解决民事纠纷的方式

当事人不论在诉讼之前还是在诉讼之中，都可以用调停、仲裁或法庭上和解等方式解决纠纷。但是，这些解决纠纷的方式都是以双方当事人自愿为前提的，其中任何一方不同意纠纷就得不到解决。作为国家解决纠纷制度的民事诉讼是在当事人之间不能解决纠纷时，根据当事人一方申请，国家介入于当事人之间有纠纷的民事关

系。其特点是不管双方自愿与否，以国家强制力最终解决纠纷，以保护当事人合法权利，维护社会私法秩序。民事诉讼是与仲裁和调停一样解决纠纷的一种方式，但仲裁和调停却没有这种强制性。

当事人之间自愿解决纠纷的方法，除仲裁之外，在日本常用的是调停和和解。调停是第三者居中说和，双方达成协议，自愿解决纠纷的一种形式。在日本，有民间的私人调停和由法官或法官加上民间的调停委员组成的调停委员会进行的调停。作为法学用语的调停是指后一种形式的调停。日本于1951年公布《民事调停法》，规定调停的原则和程序。民事调停是当事人向法院申请，在法院调停室里进行。但是，由于调停机关和审判机关不同，调停程序与民事诉讼分开进行。当事人可以直接向法院申请调停，也可以在诉讼进行过程中申请。法院认为有必要调停的，可以停止民事诉讼程序，交给调停机关进行调停。调停程序简便，不公开，不伤和气，又省钱，因此利用率很高。和解是在诉讼中当事人之间自愿解决纠纷的一种形式，法官随时可以劝解和解，和解与诉讼可以同步进行（第136条）。在法院进行的调停和和解是两个不同的概念。在日本民事诉讼中一般不用我国民事诉讼法的“调解”的概念。

5. 民事诉讼的审判程序与执行程序

民事诉讼在广义上是指审判程序和执行程序，狭义上是指对当事人之间权利纠纷进行审判的程序。在日本民事诉讼法教科书里只讲审判程序，而执行程序则另外专门研究。

总之，日本民事诉讼程序虽然比较繁杂，但是除对特殊案件之外，法院审理民事案件不采取职权主义，调查事实和搜集证据，而是强调尊重当事人的处分权，这就是日本民事诉讼的基本制度。与此相反，如果民事诉讼不管民事案件的性质如何而一律采用职权调查主义，那么当事人就始终成为被审判的对象，就不能成为真正的诉讼主体。因此，日本民事诉讼只有在当事人不能自由行使权利的特殊的情况下才谨慎地采用职权调查主义，这显然是体现一种与市场经济关系相适应的法律价值观。

二、日本民事诉讼法典的概况

(一) 日本民事诉讼法典的制定、修改及其结构

1. 日本民事诉讼法典的制定及修改

日本现行民事诉讼法是在明治维新之后制定的。明治政府根据当时国内外政治斗争和发展资本主义商品经济的需要,仿效1877年德国民事诉讼法,于1890年制定了日本近代意义上的民事诉讼法。一百多年来,该法多次修改,其中比较主要的有如下几次:

(1) 1926年全面修改第1编到第5编审判程序

此次修改是在1895年奥地利民事诉讼法和1924年德国民事诉讼法加强诉讼的职权主义的影响下进行的。1926年全面修改了审判程序,加强了法院指挥诉讼程序方面的权限,制定职权送达、职权移送诉讼、合议庭准备程序等规定。同时废除了复杂的缺席判决制度和证书及票据诉讼程序。经过这次修改就基本上形成了现在日本民事诉讼程序的基本结构。在学术上把1926年修改之前的民事诉讼法称为旧民事诉讼法或简称为旧法。

(2) 1948年二次大战后部分修改民事诉讼法

根据1947年日本新宪法和引进美国法院组织体系的新的法院法,1948年部分修改了民事诉讼有关条款,规定违宪审查制度的上告、特别上告和特别抗告制度、变更判决制度。另外,受英美法的当事人主义影响,引进对证人交叉询问等制度。二次大战后,尽管法院体系是引进美国法院组织体系,但是民事诉讼法的基本原则和体系,仍然是德国民事诉讼法的基本原则和体系。

(3) 1964年规定了票据诉讼和支票诉讼程序制度

旧民事诉讼法原来专章规定证书和票据诉讼制度,但1926年废除了这一章。二次大战后,由于日本经济高速发达,大量使用票据,用通常诉讼解决票据纠纷已不能满足迅速地实现票据作为金钱支付手段职能的需要。因此,于1964年在修改德国原来的证书和票据诉讼的基础上,经过多次研究,制定日本的票据及支票诉讼程序。

(4) 1979年制定民事执行法

强制执行程序原来是规定在民事诉讼法第6编里的。为了加快强制执行,在全面修改原有强制执行制度的基础上,把强制执行和拍卖法合并,于1979年制定了独立的民事执行法,并废除了民事诉讼法第6编的强制执行条款。

(5) 1989年制定民事保全法

诉讼保全作为保证将来强制执行的措施,原来是规定在民事诉讼法第六编强制执行的保全措施里。但是,由于使用民事保全的假扣押和假处分的范围越来越广,特别是其中假处分,除保全将来强制执行之外,在紧急的情况下,为防止现状给当事人造成严重损失而采取临时性措施,在诉讼之前还可以询问当事人解决民事纠纷。为使保全程序适应现实的需要,在全面修改原来的假扣押和假处分的程序的基础上,于1989年公布了独立的民事保全法。这是目前世界上第一部独立的民事保全程序法。

日本在二次大战后,在大量修改和制定有关民事诉讼立法的基础上,1990年开始了全面修改民事诉讼法的审判程序部分,目前修改工作正在紧张地进行之中。

2. 日本民事诉讼法典的结构

日本民事诉讼法共有9编,624条。第1编总则规定,不仅对分则适用,而且对其他特别程序也适用。第1章法院,规定法院管辖和法官回避。在日本民事诉讼法条款中法院有广义上的和狭义上两种概念。广义上的法院是指作为审判机关组织的法院,由法官、书记员及其他职员等组成。狭义的法院,与我国民事诉讼中审判组织类似,是指独任法官或合议庭负责审理案件的审判单位。第2章当事人,规定当事人能力、诉讼能力、共同诉讼、诉讼参加及诉讼代理等。第3章诉讼费用,规定诉讼费用负担、诉讼费用担保及诉讼救助等。日本民事诉讼法虽然从体系和基本制度上引进了德国的民事诉讼法,但唯独没有采用德国民事诉讼的强制律师制度,而是否指定律师作为代理人由当事人自己决定,所以日本民事诉讼法把律师费用不计入诉讼费用之内。第4章诉讼程序,规定口头辩论、期

日和期间的指定、送达、裁判、诉讼程序的中断和中止等。“口头辩论”一词，从形式意义上是指审判方式；从实质意义上是指当事人对自己的主张进行陈述或申请的诉讼行为。我们曾把“口头辩论”一词翻成“言词辩论”，本书照原文一律译成“口头辩论”。

第2编和第3编是关于通常诉讼程序的规定。第2编规定第一审诉讼程序。第1章起诉、第2章辩论与准备、第3章证据等。这3章规定第一审程序的典型程序即地方法院的程序。最后，第4章是关于简易法院程序的特别规定。

第3编是关于通常诉讼的上诉审程序的规定。第1章到第3章分别规定控诉、上告及抗告三种上诉程序。日本是三审终审制，第二审控诉审还是事实审，第三审上告审是法律审，只审查法律适用是否合法。抗告程序是对有关诉讼程序问题的裁定和命令，根据法律允许上诉的，单独向上级法院提出上诉的简便程序。

第4编、第5编和第5编之2规定，可以说都是特别程序。第4编再审程序，是对已经发生法律效力判决提出不服声明，比起通常的上诉来说是一种特别的不服声明的程序。第5编督促程序和第5编之2票据诉讼及支票诉讼程序，这两编本身在内容上没有任何关系，应视为独立的两编。不过，这两编的程序对通常诉讼程序来说，也可以说是特别程序。对督促程序，1976年德国已经修改为一次异议就转入通常诉讼，而日本仍然采用德国修改之前的两次异议转入通常诉讼的作法。第5编之2关于票据诉讼及支票诉讼的规定。另外，德国民事诉讼法把婚姻和家庭案件的程序作为特别诉讼程序规定在民事诉讼法的一编里，但日本有独立的人事诉讼程序法和家事审判法，所以，在民事诉讼法典中没有专门规定婚姻和家庭案件的特别诉讼程序。

第6编原先是规定强制执行程序，现在的第6编中由于强制执行程序和诉讼保全程序已独立出去，因此剩下的是有关判决的确定及执行停止等条款，从法典结构来看已不够一个独立的编章。

第7编是关于公示催告程序。公示催告程序是由于对方当事人

去向不明（不动产登记法第142条）或遗失证券而影响当事人行使权利时，法院根据利害关系的申请，以公告方法进行催告。如果在规定期限内不申报权利，就作出除权判决。因此，公示催告程序的性质是属于非讼案件程序。

第8编是关于仲裁程序。仲裁原来是私下解决纠纷的一种方法，因为它有替代法院解决纠纷的机能，后来为了鼓励仲裁，各国承认仲裁裁决具有与法院判决同等效力，并在程序上由法院协助仲裁。因此，法国、德国、日本等大陆法系国家民事诉讼法都规定仲裁程序，而英美法系国家一般制定专门的仲裁法。

（二）日本民事诉讼法的基本原则

1. 基本原则的概念

日本民事诉讼法没有专章规定基本原则，而是分散规定在各章节之中。民事诉讼法的基本原则是诉讼主体在诉讼中必须共同遵守的基本行为准则，它反映民事诉讼的性质和特点。日本民事诉讼法的基本原则大体上与其他大陆法系国家和英美法系国家民事诉讼法的基本原则相一致。实际上关于解决民事纠纷的诉讼程序的基本原则，本来就应当是各国共通的。

民事诉讼法的基本原则，按照其内容可以分为规定当事人与法院之间的责任、地位及其相互关系的诉讼结构的基本原则和关于审判方式的诸原则。我们常说的当事人主义诉讼还是职权主义诉讼，就是从诉讼结构上来讲，在诉讼中是当事人起主导作用还是法院起主导作用的诉讼原则问题。当事人主义是一个比较模糊的概念，但不论英美法系国家还是大陆法系国家的民事诉讼的当事人主义，作为诉讼结构的基本原则，至少有如下三个方面的内容：第一、诉讼的开始、诉讼的对象与范围以及终了诉讼，由当事人决定，法院对当事人未请求的事项不得作出审判；第二、作为法院判决基础的事实和证据，由当事人决定并提供；第三、对于诉讼程序进行的决定权是交给当事人还是交给法院，这是当事人主义与职权主义在谁主宰诉讼程序问题上的对立。对此，英美法和1806年法国民事诉讼法强

调当事人主义，规定由当事人进行传唤和送达并左右审判的进程。1895年奥地利民事诉讼法对诉讼程序的进行采取职权主义原则。最近20多年来，各国为了公平、迅速、经济地处理民事纠纷而改革民事诉讼法的总趋势是，都在加强法院对诉讼程序方面的监督和管理。在德国和日本民事诉讼法学界认为，当事人主义的概念不能科学地反映诉讼结构的基本内容和原则，所以在学术上分别以处分权主义、辩论主义和职权进行主义三个原则来表述上面三个方面的基本内容^②。

至于审判方式的对审原则、口头原则、直接原则以及公开审判等诸原则，大体上是与我国民事诉讼法的相关原则相一致的。因此，下面只介绍一下关于日本民事诉讼结构的原则。

2. 诉讼结构的基本原则

(1) 处分权主义

处分权主义是指当事人有权决定诉讼的开始、诉讼的对象及终了诉讼的诉讼原则。日本民事诉讼法明文规定对请求和审判对象采用处分权主义。第一审程序和上诉程序，由当事人起诉或上诉而开始（第223条、第360条）。当事人决定审判的对象和范围，法院对当事人未申请的事项不得作出判决（第186条）。当事人可以撤回上诉讼（第236条）。在通常情况下，诉讼因法院作出判决而终了，但是当事人在诉讼中可以放弃或承诺请求或者以和解等方式终了诉讼（第203条）。处分权主义的处分，不能处分与诉讼标的处分权无关的诉讼权利。比如对回避权，当事人可以不行使，但无权处分回避权。

日本民事诉讼法对处分权主义有如下限制：①当事人不能自由处分的人事诉讼案件，法院从公益的立场出发，限制当事人处分权，也就是法院不受当事人处分的限制（人事诉讼程序法第10条第1款、第26条、第32条第1款）；②对无效婚姻，检察官作为原告向婚姻双方当事人起诉（人事诉讼程序法第19条至第23条）；③法院认为必要时可以依职权决定开始破产、清算程序；④当事人处分行

为必须是在法律允许的范围之内，不能违反法律和公序。对违反法律和公序的当事人的请求，法院依职权作出驳回起诉或上诉的诉讼判决，也就是从程序上驳回诉讼，不作出本案判决即实体判决。

(2) 辩论主义

辩论主义概念有三种含意：最广义的辩论主义是指在诉讼中给予当事人主张其利益并进行辩论的对等的地位和机会，并且在此基础上进行审理并作出判决。此种笼统地辩论主义也包括刑事诉讼的辩论主义，这有点类似于我国民事诉讼和刑事诉讼的辩论原则的概念；第二种广义上的辩论主义还包括处分权主义，表示当事人对诉讼有主动权，这个意义上辩论主义从基本内涵上近似于英美诉讼的当事人主义；第三种狭义的翻本民事诉讼法所指的辩论主义概念是指法院只能从当事人的辩论中采纳作为判决基础的事实和证据的原则。在这里说的“辩论”是指双方当事人对请求所根据的事实进行的陈述。辩论主义是经过双方辩论，先分清双方争执和不争执的事实。对那些不争执的事实，就不用证明，法院作为判决的基础；而对争执的事实，由举证责任的当事人提出证据加以证明。所以，辩证主义是从事实和证据的角度，尊重当事人的陈述和意见的诉讼原则。

根据日本民事诉讼法的规定，辩论主义主要有如下内容：①在口头辩论即法庭审理中当事人没有主张的主要事实，法院不能作为判决的基础（第186条）。如果当事人不主张的事实，法院也加以考虑，就动摇了辩论主义存在的前提。因此，上述辩论主义的内容，法院必须遵守；②对当事人之间不争执的事实无须证明，法院作为判决的根据（第257条）。在诉讼中当事人承认对方当事人的诉讼请求叫做承诺，而承认对方所主张的主要事实叫做自认。辩论主义是经过双方辩论来确定争执和不争执的事实，所以，自认也是辩论主义的主要内容；③对争执的主要事实，必须以证据加以证明。对没有争执的事实无须证明，这就解除了对该事实负有举证责任人的证明责任，但对争执的事实则由举证责任的当事人提出证据加以证明；④

对事实的认定、适用法律并作出判决，是法院的责任。因此，对法律的解释和适用不属于辩论主义的内容。

日本民事诉讼法对辩论主义有如下限制和补充性规定：①由于婚姻家庭案件的诉讼结果涉及到第三人的利益，法院审理这些案件不采用辩论主义，不受当事人辩论的约束，而必须采取职权调查主义，依职权调查证据；②在通常诉讼中辩论主义适用于案件的主要事实，而与辩论无关的间接事实不适用辩论主义；③在承认当事人之间辩论的前提下，法院应采取措施协助当事人，进行充分的辩论。法院的这种权能叫做阐明权（第127条）。辩论主义是以当事人平等的具有辩论能力为前提的，但实际上由于个人的文化知识和经验等原因，每个人的辩论能力是不平等的，法院的阐明权就是对辩论主义的这个缺陷的补充性规定。1976年修改的德国民事诉讼法第139条把阐明权修改为阐明义务^③。日本虽然没有明文规定这一义务，但判例把阐明权解释为法院的阐明义务。法院阐明权虽然不能替当事人主动调查证据，但可以促使当事人辩论，或指出陈述自相矛盾的地方，并通过发问当事人弄清当事人所主张的事实。日本民事诉讼法规定，法院认为必要时还可以采取阐明处分，就是依职权命令当事人出庭、指定鉴定或勘验现场或者命令提出文书、或者调查证据（第131条）。法院这些阐明处分虽然是在一定意义上调查证据，但并不是为了直接依职权调查证据，弄清客观真实，而是以当事人的主张和辩论为前提，促使当事人进一步阐明当事人所主张的事实。所以，这种阐明处分与不受当事人辩论约束的职权调查主义的调查，从性质上是根本不同的；④日本民事诉讼法不采用强制律师主义，即是否委托律师由当事人自己决定。在诉讼过程中，特别是本人进行诉讼的当事人根本不具备进行陈述和辩论的能力时，法院可以以裁定禁止当事人辩论，另行委派律师替他进行辩论^④（第135条）；⑤原来法院适用和解释法律不属于辩论主义内容，但是1976年修改的德国民事诉讼法第278条3款却对此作了重大修改，即法院把当事人意料不到的法律观点作为判决的根据时，必须给予当事人辩论的