



[日] 新堂幸司 著  
林剑锋 译

# 新民事诉讼法

NEW CIVIL PROCEDURAL LAW



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

D931.351/6

2008

# 新民事诉讼法

NEW CIVIL PROCEDURAL LAW

---

[日] 新堂幸司 著

林剑锋 译



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

**图书在版编目(CIP)数据**

新民事诉讼法/(日)新堂幸司著;林剑锋译. —北京:  
法律出版社, 2008. 4  
(法学研究生教学书系)  
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8319 - 0

I. 新… II. ①新…②林… III. 民事诉讼法—日本—  
研究生—教材 IV. D931.351

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 037808 号

新民事訴訟法(第三版補正版)

©2005 新堂幸司

著作权合同登记号

图字:01 - 2008 - 1797

©法律出版社·中国

责任编辑/丁小宣 赵 浩

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/49 字数/830 千

版本/2008 年 4 月第 1 版

印次/2008 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8319 - 0

定价:64.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

## 新堂民诉理论的特色及解释论 方法的创新(代译序)

日本民事诉讼法理论的长足发展与法体制的完善,基本上肇始于第二次世界大战之后(在日本被称为“战后”),也即从那时开始,日本民事诉讼法学进入了所谓的理论激变时期。在这个历经近半个世纪的激变时期中,一方面,民事诉讼法学各个基本问题的研讨获得充分展开,相关理论及方法论的创新层出不穷;另一方面,这种“硝烟四起”的学术氛围也造就了诞生学术大师的客观环境。自战后起,不同年代有不同的领军人物(在日语中,被称为“第一人”)。如果说兼子一教授是战后的第一代,三月章教授是第二代,那么新堂幸司教授可以说是日本民诉学界的第三代领军人物,而颇具意味的是,后一任领导者的学说总是以对前一任学说的挑战者、批判者的面目而出现,就如同三月说对于兼子说的挑战和批判,新堂说是对三月说乃至日本战后民事诉讼法学理论展开全面批判、修正而形成的理论体系。正如新堂教授在本书旧著中的第一版序中所言,“民事诉讼法的基础理论,容易被认为是一种超越时代思潮及案件相关人的亘古不变之定律。……在本书中,笔者将致力于抛开原有的种种束缚、揭开基本原理的面纱,以明确民事诉讼法基础理论的对象及他们之间的利害关系,重新反思相关论争的实益性,并试图基于利用者的立场来对基础理论进行再构建,笔者决意对不当忽视利用者立场的判例及通说进行挑战,并尝试着摸索其应然的方向”。不断通过对原有理论体系的挑战,使日本民事诉讼法学术体系始终处于一种开放的姿态,并对应于社会本身的发展时刻保持着一种刷新的状态,这种扬弃式继承的学术传统,大概正是日本民事诉讼理论能够持续获得发展并逐步趋于精细化的重要原因。

本书自1974年出版以来,已历经了七版,印刷次数及发行量更是不计其数,本书不仅是日本大学最为普遍使用的民诉教科书之一,而且长期以来也是日本司法考试的民法教科书。尽管新堂教授本人早在十几年前就已经从东京大学退休,但直到现在,本书仍然是东京大学法学部、大学院法学研究科以及法科大学院的基本教科书之一。由于迄今为止大陆地区没有直接发行或出版过新堂教授的任何论文或书著,因此新堂理论在国内的影响力似乎不能比拟其在日本学界的崇高地位,但是作为新堂教授所倡导的主要理论——新诉讼标的论(诉讼法说)以及争点效理论,却在我国民诉学界的一定范围内仍然负有盛名。但是,相对于这两种理论本身而言,作为新堂理论体系基点的新观念之树立、新解释论概念之提出以及解释论方法之创新,更应当

被理解为新堂理论的标识及贡献。而了解新堂民诉理论的这些特征也是全面理解新堂学说体系的重要前提。以下笔者仅就自己粗浅的认识,来对新堂理论的特征、新堂教授在解释论方法上的创新以及日本学说的相关背景做一简单的概括及介绍。

### 一、以民事诉讼利用者立场为主轴的诉讼观

基于当事人的立场来重构民事诉讼的理论及制度,可以说是新堂民事理论最基本的出发点。“民事诉讼法理论为谁而在?”曾经是新堂教授在早期所撰写的一篇论文,而这篇论文恰恰反映了其以民事诉讼利用者立场为主轴的诉讼观,这也是一贯于新堂教科书中的问题原则。诚如新堂教授所言,“……但是,为数不少的这种规则或理论,均代表或强调设立诉讼制度之国家或法院的利益或便利,而忽略了利用者的利益”。而此构成了新堂教授对当时之通说提出挑战,进而重构理论体系的出发点。新堂教授开宗明义地指出,民事诉讼制度是一个向国民提供解决纠纷服务的体系,这种体系的存在价值取决于,现实的利用者乃至潜在利用者,也即一般市民,是否更理解、更愿意利用以及更为信赖这种制度。1996年(平成8年)改正的日本新民事诉讼法所倡导的“制定一部国民易于使用、易于理解的民事诉讼法”,在某种程度上正是新堂教授所强调的以民事诉讼利用者立场为主轴诉讼观的体现。

作为新堂教授确立这种基于当事人立场诉讼观的历史背景而言,实际上是对当时以三月说为代表的过于强调法院或国家利益之立场的反省与修正。新堂教授的这种诉讼观也在民事诉讼目的论、辩论主义根据论、既判力根据论等一系列基本问题中形成连动。例如,在民事诉讼目的论中,先前的理论主要是保护权利、维持私法秩序、解决纠纷三种学说,尤其是解决纠纷说是当时学界的通说,而新堂教授则持多元说,即认为以上三者均为民事诉讼制度之目的,缺一不可。有关这三者之间的逻辑关系,新堂教授做如下阐述,即认为解决纠纷是民事诉讼最主要的目的,但是当将解决纠纷视为民事诉讼之目的时,并不意味着任何内容的纠纷都可以通过诉讼来予以解决,在法治国家中,国家制定了调整私人间利害关系的私法法规,因此应当以实体法为基准来做出解决,故而维持私法秩序也应当被视为民事诉讼目的,而在这两者基础上必须附加以权利保护之考虑,因为诉讼程序说到底以当事人的权利保护要求为契机而启动,此后的程序进行之动力也来自于原被告双方的权利保护要求。换言之,让私人利用民事诉讼,进而启动及推动诉讼程序进行,才可以达成解决纠纷及维持私法秩序之目的。正是新堂教授将保护权利作为民事诉讼的目的之一,才使新堂教授在强调确保解决纠纷实效性(例如,扩张判决效的范围、认可争点效、尽可能地一次性解决纠纷)、提升诉讼效率的同时,又强调不以侵害当事人权益为前提,进而使民事诉讼的结果是符合当事人意思的纠纷解决。相反,(新堂教授认为)由于三月说持的是解决纠纷说而未将保护权利视为目的,因此就不存在从当事人视角来看待纠纷解决之契机,三月博士对于诉权持否定论,并认为利用者立场只不过是国家民事诉讼制度运营的反映,这样一来当然不能形成尽可能按照当事人意思来解决纠纷的考量,三月博士对于辩论主义的根据持发现真实手段说、对于既判力的本质持一事不再理说等观点,

也同样是其强调法院(国家)立场诉讼观的产物。

## 二、纠纷解决实效性的保障与程序保障的连动

新堂教授特别强调纠纷解决的实效性,谋求扩张纠纷解决的机能也是新堂理论的重要特征。正如井上治典教授所言,新堂说所持的是一种“在一次诉讼中尽可能根本地、大范围地解决纠纷是为了维护当事人的利益,而法院对此予以充分关照展开诉讼正是为了利用者的诉讼”之诉讼哲学。<sup>〔1〕</sup>

如果说新堂教授以当事人为中心的诉讼观可以从多元目的论中的“保护权利”这一元中寻求依据,那么新堂教授强调纠纷解决实效性的根据,则可以从多元目的论中的“解决纠纷”这一元中追寻根据。在新堂教授所持的多元说民事诉讼目的论中,将解决纠纷作为民事诉讼的主要目的,但对于“纠纷”的理解,新堂理论不同于传统的观点,例如,兼子一教授在民事诉讼目的论中同样也持解决纠纷说,但对于“纠纷”的理解,仅仅是指原告作为诉讼标的提出的有关权利关系存在与否之争议(兼子教授在诉讼标的论中持旧实体法说,即依据实体法请求权来划分诉讼标的),在这种观念下,只要在诉讼标的层面的争议做出解决,就认为纠纷可以获得最终的解决。但是,新堂教授却从更为广泛的意义上把握“纠纷”,他认为,当事人不仅对于作为诉讼标的的权利关系,而且对于诉讼标的的原因关系也往往存在着争议,在这种情况下,如果仅对作为诉讼标的的权利关系争议做出判决,并不能使纠纷获得全面的、最终的解决,毋宁说这种不全面的解决反而会再次引发或激发其他的争议。正是鉴于此,新堂教授从包含原因关系在内的、与社会生活实态相对应的广泛意义上来把握“纠纷”,于是在诉讼标的论上,新堂教授极力倡导新诉讼标的论(诉讼法说),同样对于判决效问题,新堂教授为了确保解决纠纷的实效性,也相应地主张应当尽可能扩张其主客观的范围,以便使一个判决尽可能地在更大范围内发挥“定争止纷”作用,主张在既判力之外广泛地认可判决效的拘束力,于是就当然地产生了争点效理论。由此可见,新堂教授倡导新诉讼标的以及争点效理论的主要动因,正是来自于其对确保解决纠纷实效性或者一次性解决纠纷的强调。

除此之外,新堂对于保障纠纷解决实效性的强调还体现在具体制度的解释论中,例如,对于禁止重复起诉原则问题,新堂教授主张,应当尽可能扩张禁止二重起诉原则的作用范围,也即通过扩充禁止重复起诉制度来避免对主要争点的重复审判及裁判不统一,进而提高解决纠纷的实效性。对于诉的变更、反诉、中间确认之诉等制度的适用,新堂教授也主张在一定前提下,尽可能禁止当事人提起另诉,而更多地利用原有的诉讼程序,正如新堂教授所言,在上述各种制度中,“是否利用取决于原告自由”以及“法院便利”这种任意性性格趋于弱化,而积极强化在关联请求合并审判中“积极释明”之重要性,使诉的变更、反诉以及中间确认之诉等成为请求合并时必不

〔1〕 井上治典:“程序保障的第三波”,载新堂幸司编:《特别讲义民事诉讼法》,有斐阁,昭和63年,第81页。

可缺的制度。此外,对于部分请求问题,以树立当事人为主轴诉讼观的新堂说却持最为苛刻的否定说,对于这一点,也只有从新堂体系中的强调一次性解决纠纷诉讼理念以及后述的程序保障这一方面来寻求相应的依据。

但在另一方面,如果无条件地强调解决纠纷的实效性,那么容易忽略当事人在诉讼程序中的处分权与选择权,弱化民事诉讼这种私益纠纷解决手段的任意性,进而侵害当事人的应有权益,最终形成过于强调法院(国家)之立场的结果。如前所述,这种结果正是新堂理论所批判的对象,因此作为提高解决纠纷实效性的前提,同时作为因实现一次性解决纠纷而产生的失权效之正当化根据,新堂教授特别强调民事诉讼程序中的程序保障,以此与强调解决纠纷实效性形成一种连动关系。

在日本民事诉讼法学界,一般认为,有关程序保障的理论大致经历了三个阶段(所谓的三波)。第一波是20世纪50年代山木户克己教授的“当事人权”理论。这种理论着眼于非讼程序中相关人与诉讼程序中当事人之间的地位及权能比较,提出了当事人权能,作为其内容包括,期日的立会权、辩论权、阅览记录权、指定期日申请权、责问权、求问权、上诉权、诉讼处分权、限定裁判范围及资料权能等。山木户教授的当事人权理论尽管未直接提出程序保障之概念,但从当事人视角出发思考诉讼程序的应然状态,进而树立了在诉讼程序中确立当事人程序主体地位之观念。而明确提出程序保障之概念,并对程序保障内容予以具体阐述的则是所谓的程序保障第二波,即20世纪60年代由新堂教授提出的程序保障论,随着确立“为了当事人利益的理论”之诉讼观,新堂教授对程序保障的内容予以了具体化,以日本宪法第32条所保障的国民接受裁判权利为内容,强调保障程序主体在诉讼中的地位,强化程序保障与失权效之间的联系,确立了所谓的“程序保障、自我责任”原则,并将其适用于具体理论及制度的解释论之中。例如,新堂教授将程序保障视为既判力的根据,并进一步在以争点效为中心的判决效主客观范围的扩张问题中,主张受判决拘束之人是否现实地享有作为当事人地位的接受裁判权,也即是否获得程序保障就成为主要的标准。此外,在当事人确定、当事人变更、诉的利益、当事人适格、反射效等问题上,乃至“程序事实群”等概念的提出,无一不是以程序保障获得与否作为其展开具体问题解释的指向标。第三波程序保障论则试图在当事人主体程序形成过程中来寻求诉讼的普遍价值,主张程序过程是在当事人之间的作用分担中来展开诉讼上的论争,进而强调上述这种程序过程自身的意义,而对于这种论争或对话的程序保障构成了诉讼目的。贯彻于诉讼过程始终的当事人之间交涉及其规则形成,则构成了程序保障的内涵。<sup>〔1〕</sup>第三波属于一种运用法社会学领域中的交往及对话理论来对民事诉讼理论提出反思及解构的新思潮,尽管在理念上颇具魅力,但迄今为止,这种理论体系本身似乎并未完善,而且与现行法制度具体解释论中

〔1〕 井上治典:“程序保障的第三波”,载新堂幸司编著:《特别讲义民事诉讼法》,有斐阁,昭和63年,第82~83页。

的运用尚还存在着较大的差距。与第一波以及第三波相比,以新堂说为代表的第二波程序保障论显得更为成熟,与实定法制度之间的联系更为紧密,进而在具体解释论的运用中更具实用性。

在新堂理论中,为了提高诉讼效率与当事人权利保护之间谋求平衡,通过纠纷解决实效性的保障与程序保障之间的连动,确立了所谓的“程序保障、自我责任”原则。

### 三、规范的二分化——行为规范与评价规范的分离

新堂教授在日本学界(不仅限于民事诉讼法学界)首先提出了行为规范与评价规范这一组解释论上的分析概念,其影响不仅限于诉讼法领域,甚至在民事实体法乃至法政策学领域也引起广泛的影响。例如,受新堂教授规范二分化的影响,日本的平井宜雄教授在法政策领域提出的“目的——手段”与“法——正义”这两种思考模式。<sup>〔1〕</sup>

依据新堂教授的论述,“所谓的行为规范是指,在考虑将来是否应当做出某行为以及应当如何做出某行为之际发挥作用的基准,而评价规范,是指在回顾已经做出的行为或已经进行的程序,并考虑赋予其什么样效力或者赋予其什么样法的评价之际发挥作用的基准”。新堂教授认为,由于民事诉讼法中存在着程序安定之要求,因此产生了评价规范从行为规范中分离出来之现象,并将这种规范的二分化应用于当事人确定理论的分析,阐明了原有判例及学说的问题点,以此提出了一种全新的解释论。新堂教授所言的“程序安定”主要基于如下这种考量,即避免既已进行的程序被推翻,具体而言,在当事人等实施了违反行为规范的诉讼行为后,以此为前提的其他诉讼行为也逐次进行,在这种情形下,在评价先行的违反行为规范的为之之际,应当融入“避免以此为前提展开的后行诉讼行为效力被推翻”之考量。因此,与其以最初的行为规范直接作为评价规范,进而全盘否定以先行行为及其有效性为前提的其他后行诉讼行为之效力,毋宁肯定先行行为的效力,在这种情形下,在评价先行诉讼行为之际所依据的、与原有行为规范不同的基准发挥着评价规范的作用。而且,这种行为规范只有在以下这种情形下才得以产生并发挥作用,即违反行为规范的诉讼行为已经实施,但累积了以其有效性为前提的其他诉讼行为。例如,在以死者为被告的诉讼中,被表示为被告的死者的继承人领受了诉状,并以死者的名义实施了诉讼,当其败诉时,诉讼的结果在原告与继承人之间也应当有效,这种规范就属于典型的上述这种意义的评价规范。

新堂教授将民事诉讼中产生行为规范与评价规范分离之现象的原因,归结为程序安定性要求,但从更深层次来看,新堂教授这种规范二分化解释论方法的提出,无疑与其摆脱传统的性质论束缚而展开具体的利益状况衡量之研究方法及思维(有关详细参照后述四)有着密不可分的关系。新堂教授在判断前诉判决对后诉遮断效范

〔1〕 平井宜雄:《法政策学讲义》,东京大学出版会,昭和53年,第56页。

围的问题中,认为受“程序事实群”的影响导致评价规范与行为规范的分离,而这并非基于单纯的“程序安定性”要求而是基于如下这种考量的结果,即避免同一纠纷实质地被反复争议或者一方当事人对于某争点既已解决的合理期待应当受到保护。因此,有关上述两种规范分离的原因毋宁可以从新堂教授一贯所强调的“法的安定”、“诉讼经济”、“诚实信用原则”上予以追寻。

就这个意义而言,在实体法领域也不能说完全没有行为规范与评价规范分离之情形(当然,相对于民事诉讼法领域而言较少)。例如,在民法的时效制度中,基于“社会关系的安定”之要求将某些无效行为视为有效,这种情形下也产生了“基于社会关系安定”之评价规范与时效制度原有规定之行为规范相分离的现象。另外,在法政策学领域也有这种现象,例如,东京高等裁判所昭和58年10月20日判决,<sup>[1]</sup>依据当时的国民年金法,具有获得国民年金资格只限于具有日本国籍之人,而在本案中原告是不具有日本国籍的在日韩国人,但判决考虑到原告缴纳保险金达十年以上,因此“产生了足以视同其满足国籍要件的法律状态”,最终认可了原告的诉讼请求,这个判例以“信义衡平原则”为由创设出与国民年金法上的行为规范相分离的评价规范。

尽管说其他法领域中也存在着这种现象,但在民事诉讼法领域中,评价规范与行为规范的分离具有更为重要的意义。因为,民事诉讼中评价规范是在程序进行之后发挥作用的,而有意识地将其从行为规范中分离出来,正如新堂教授提出“程序事实群”所表明的一样,使程序进行中的具体状况被反映到理论中成为可能。就这个意义而言,对于以诉讼程序为对象的民事诉讼法而言,新堂教授所倡导的规范二分法无疑是一种非常合适并具有前瞻意义的分析方法。

#### 四、从性质论向利益衡量方法论转变的研究思维

所谓的性质论,是指传统民事诉讼法学中从法概念或法制度的定性出发来逻辑演绎法效果的研究思维。这种研究思维在诸如不起诉合意、撤诉合意等诉讼上合意问题的论述中表现的尤为明显。例如,对于不起诉合意问题,日本学界长期存在着私法契约说(兼子说)与诉讼契约说(三月说)的对立。私法契约说认为,不起诉合意属于一种实体法性质的契约,故而这种合意将导致产生不作为义务及请求权,若原告违反这种合意来起诉,只要被告对此合意的存在提出主张及证明,法院则应当驳回诉。而诉讼契约说认为,不起诉合意是直接以产生诉讼法效果为目的的诉讼契约,当合意之存在获得主张及证明,诉当然地构成不合法之诉,进而遭到驳回。前者对于后者的批判是,尽管不起诉合意是有关诉讼的契约,但不能否定原告对被告负有的不起诉之义务,如若不然,被告则一般地负有在诉讼中证明合意成立之负担,而诉讼契约说一方面认可原告产生这种义务,但在另一方面却认可不起诉合意直接产生诉不合法的诉讼法效果,在这说明的逻辑上无疑是不成功的。而诉讼契约说则认为(私法契约

[1] 载《判例时报》,第1092号,第31页。

说),一方面不起诉合意是私法契约,但在另一方面,对于这种私法上的不作为请求权,只具有“欠缺诉权保护利益”这种抗辩权产生要件之意义(私法契约说也禁止被告提起履行请求或损害赔偿请求之另诉,因为这种救济方式过于迂回),这种说明不仅在逻辑上不合理,而且有迂回之嫌,与其如此,还不如直接将不起诉合意视为一种直接以诉讼法效果为目的的契约。

由上可见,私法契约说与诉讼契约在所得出的结论并无多大差异,即一旦违反不起诉合意来起诉,法院应当予以驳回诉,根本的不同仅仅在于对这种合意性质的认识,进而导致两者在认可对被起诉人的损害赔偿请求方面存在差异。此外,在各自学说的说明方法或逻辑上存在差异。而作为这两种学说的共同点在于,首先设定诉讼契约这种上位性概念,然后从其所设定的性质出发来得出相关的法律效果,并以这种思路来解决诉讼合意的相关问题。这种传统的从性质论出发演绎出效果论的思维方式,就是所谓的性质论,属于大陆法系传统的概念法学思维模式的产物。而新堂教授则认为,从性质到效果的这种思维模式本身具有本末倒置的嫌疑,因为所谓的性质,是通过“因为认可什么样的效果,所以才具有什么样的性质”这种归纳性的思维方式予以确定的,而且,相关的效果,只有针对每种效果做出具体的考察才能展开细致的解释论。过于深入到这种性质论的考察或定位,这本身并不具有太大的实际意义,故而应当否定这种性质论的实际意义。

因此,对于违反不起诉合意之问题,新堂教授并没有直接提及这种合意本身的定性,即认为“当原告违反这种合意去起诉时,被告不仅可以以违反合同为由向原告提出损害赔偿,而且,当被告主张并证明该合意存在时,表明该诉不具有诉的利益,法院应当驳回诉”。从这种结论来看,新堂教授可以说支持私法契约说的结论。但如前所述,新堂教授对纯粹的性质论本身的实际意义持否定的态度,而是强调根据具体情况来展开细致的分析,“……不过,不起诉合意是否有效?而且,在什么情况下这种合意可以阻却诉的利益?对于这些问题,需要慎重地对合意对象、达成合意的状况、合意的趣旨、作为合意前提的情况等因素进行考量,并在此基础上做出判断”。基于这种具体利益衡量研究思路,新堂教授按照“纠纷未获特定”与“纠纷获得特定”这两种情况来分别予以探讨。在前者中,不起诉合意属于诉权的一般放弃,而原告违反不起诉合意则属于违反公序良俗,故而是无效的起诉。而在后者中,教授认为在不起诉合意的背后,包含着当事人将来能够自主解决纠纷之期待,因而需要对各种合意的趣旨展开具体的分析,进而归纳出几种情况:第一种情形是如果在这种不起诉合意中包含有如下这种意思,即合意是为了避免在抱有诚意的解决纠纷之阶段一方当事人直接就向法院起诉。在这种情况下,若法院判断双方已经尽了自主解决的努力或者穷尽了努力但未获成功,则应当肯定诉的利益,起诉行为不构成违反契约,而如果是在未穷尽自主解决努力前提下的唐突起诉,则应当以缺乏诉的利益为由驳回诉。第二种情形是不起诉合意被明确判断为存在如下这种趣旨,即纵使到了自主性解决无法成功的最后阶段,或者纵使作为合意前提的情况发生了变化,也仍然不采用起诉之手段,在

这种情形下,应当视为当事人放弃了作为合意对象的实体权,法院应当以本案判决驳回请求,并直接判示该权利不存在。第三种情形是原告违反不起诉合意提起诉讼而被告进行应诉的情形,在这种情形下,违反合意的起诉是有效的,法院不应当驳回诉。<sup>〔1〕</sup>

新堂教授这种抛开抽象的性质论本身而根据具体情形展开利益分析的研究思路,不仅仅适用于不起诉合意问题,在撤诉合意、不控诉合意等广泛的诉讼契约问题上,也体现了这种研究思维,甚至在目的论、诉权等传统的纯理论问题上,新堂教授也经常持“传统的学说争议是否具有实际意义”之疑问。例如,在民事诉讼目的论中,原先的学说主要是保护权利、维持私法秩序、解决纠纷三种学说,而新堂教授则持多元说,即认为以上三者均为民事诉讼制度之目的。而且,与此前的目的论关注于哪一个属于民事诉讼目的之侧重点不同,新堂说更关注这三个目的之间的关系,并关注当三者发生对立或紧张关系时,应当强调哪种目的优先的问题。而这种分析视角使目的论的意义不停留于理论论争之本身,而可以成为细致解释论的指向标。这种研究思路或者说思考方法摆脱了传统概念法学思维的束缚,不但使展开更为具体、务实且精致的民事诉讼法的解释论成为可能,而且在一定程度上消除了民诉理论中“为理论而理论”的消极意味,密切了理论与具体问题解释的联系,从而使民诉理论本身更贴近司法实践,成为实务运作的有效指针。

### 五、程序的适正、迅速及当事人之间公平的保障

在新堂民事诉讼理论中,教授还特别强调诉讼程序的适正、迅速以及当事人之间的公平。当然,上诉这些观念或者原则也为一般其他民事诉讼法学者所提及。但新堂理论的特色在于,其所强调的程序适正、迅速及当事人之间公平的保障,都特别地基于当事人的视角来展开考量,侧重于对当事人利益的保护。具体而言:

首先,新堂教授从(日本)宪法第32条所规定的国民接受裁判权利,也即所谓的程序保障来寻求程序适正的依据。宪法中的“正当程序”之观念,除了要求立法由人民所选举的代表来进行之外,当国民就其具体权利义务发生争议时,保障国民接受裁判同样也是宪法上的要求。基于这种宪法上正当程序的要求,还可以进一步推导出,当国民的接受裁判权获得保障时,由于在民事诉讼中当事人必须在败诉后被迫承受不可再次争议之不利利益,因此作为接受这种强制性结果的前提,民事诉讼必须采用所谓的对审之构造,即对等地赋予双方当事人参加诉讼程序的机会,并且对等地赋予其作为程序主体提供用于裁判之资料、充分陈述自我主张的机会,而居于公正立场的法官必须以当事人所提出的判断材料为依据来得出结论。新堂教授认为,不是基于上述这种适正要求展开的民事诉讼程序,不能说是为国民易于利用的民事诉讼制度。

其次,在诉讼的迅速性方面。诉讼的迅速性以及经济性,在很大意义上是与诉讼的公平性相冲突的。早期的那种过于强调公平、过于强调当事人私权的诉讼制度往往是以牺牲诉讼的迅速性为代价的,因此也使诉讼迟延成为某个时代各国民事诉讼

〔1〕 新堂幸司:“不起诉之合意”,载《法学教室》(第二期),第1号,昭和48年,第182页。

的通病,进而当然地产生了诉讼迅速性之要求。而不少学说都是从法院或者国家的视角,例如审判案件的数量、司法资源有限性所导致的审判负担加重等,来寻求诉讼的迅速性要求的根据。而新堂教授则认为,诉讼制度的利用者一般也都希望尽早对案件做出了结,因而当然地产生程序迅速性之要求,这一点也是与新堂教授以民事诉讼利用者立场为主轴的诉讼观一脉相承的。因此,在特别强调解决纠纷的实效性、倡导一次性解决纠纷的理念以谋求诉讼迅速性之同时,新堂教授特别强调对当事人的程序保障,以保障接受裁判权、双方当事人公平当事人获得对等地位(武器对等原则)、双方当事人之间公平作为诉讼迅速化的前提。

在传统的民事诉讼理论中,基于保护实体法私权之观念,往往容易产生过于保护原告而忽视被告利益之问题。而在新堂理论中,所谓的公平保障,主要是指确保双方当事人之间的公平,也即民事诉讼是以双方当事人以对立的形式参与其中,并对等地展开攻击防御,法院在此基础上做出判断之过程。就这个意义而言,不能只顾及一方当事人而忽视对另一方当事人的关照,必须保障双方当事人地位的对等,并尽可能在法制度及法理论的解释上保障双方当事人地位及攻击防御手段的平等。而双方当事人公平原则以及与之相关的武器对等原则,正是新堂教授在展开具体问题解释论时的重要依据之一。例如,在有关当事人的确定、证明责任的分配、诉讼承继主义、判决效范围扩张(承认争点效)的根据、认可被控诉人附带控诉权的根据等问题中,无一不体现新堂教授上述这种意义的公平保障。

林剑锋  
2007 年秋

## 写在中文版出版之际

经东京大学副校长、大学院法学政治学研究科高桥宏志教授的介绍,第一次见到林剑锋先生本人,是在2006年12月。经高桥教授的介绍,得知林先生是中央财经大学法学院的教师,为研究民事诉讼法来到日本,现正在东京大学大学院法学政治学研究科从事研究工作。

日文版的原著超过了900页,注解也有相当的篇幅,据说日本的学生阅读起来也相当费劲。因此,当听说要一个人完成本书的翻译时,不禁惊讶于翻译者的毅力,而再次让我感到惊讶的是,高桥教授说林先生已经翻译了他的教科书。为其热诚所动,同意林先生翻译本书,但老实说,何时能完成翻译,另外能在多大程度上正确翻译本书,心里还是不太踏实。几个月之后,林先生再次和我联系,说本书的翻译初稿大致完成,并想就原文的一些难以理解的问题当面向我请教。其后,林先生因急事一时回国,第二次见到他,是在今年的5月份。翻译的疑问点有十几处,在这其中,包含了译者所指出的纯粹印刷错误及条文引用的错误等。对于译者这种对极为细微之处的指出,令我深感钦佩。但林先生提出的更多疑问点,则是原著中因模糊表达所导致的难解点,真正都是一语中的的提问内容。在逐个听完疑问点后,才真正认识到,不仅是其日语能力,林先生对日本民事诉讼法的理解力也达到相当高的程度。有幸能遇到这么好的翻译者,不禁由衷地感到高兴。

承蒙林先生卓越能力与努力之助,原著以中文版形式获得了与中国读者见面的机会,无论对于原著还是原作者而言,这都是值得庆幸的事情。

日本民事诉讼法典的成立可追溯至1891年,其后经过1929年的全面改正,并于1998年开始施行新民事诉讼法典,可以说,直到现在,日本民事诉讼法也还处于一个生成发展的过程。本书一方面立足于新法典之前的原有研究及新法典成立后的判例及学说,来对民事诉讼法学的基础理论予以解明;另一方面也详细地触及新法的解释及运用。各国的民事诉讼法固然具有不同的个性,但蕴涵于基底的基本思维及基础理论又多是共通的。若本书在中国也被读者广为阅读,进而对中国民事诉讼法的研究及改革有所裨益,则无疑是作者的望外之喜。最后,对林剑锋先生的翻译伟业再次深表谢意。

东京大学名誉教授、律师 新堂幸司

2007年11月30日

## 旧著“序”

“民事诉讼法理论为谁而存在?”,这是笔者在数年前所撰写论文的题目,同样,这也是在本书中贯穿始终的问题原则。民事诉讼法的基础理论,容易被认为是一种超越时代思潮及案件相关人的亘古不变之定律。但是,为数不少的这种定律或理论,均代表或强调设立诉讼制度之国家或法院的利益或便利,而忽视了利用者的利益。在本书中,笔者将致力于抛开原有的种种束缚、揭开基本原理的面纱,以明确民事诉讼法基础理论的对象及它们之间的利害关系,重新反思相关论争的实益性,并试图基于利用者的立场来对基础理论进行再构建,笔者决意对不当忽视利用者立场的判例及通说进行挑战,并尝试着摸索其应然的方向。不过,作为教科书而言,也要考虑到整体的平衡性,因此采用以下的方针,即对于存在论争及问题的判例,笔者或以特殊的铅字体(在中文版中以楷体的方式——译者注)或以注释的形式来尽可能展开详细的叙述,对于判例的一般问题,也展开介绍其具体的争点,并试图分析出其中相关的利益考量。

不过,这种意图及叙述方针能取得多大程度的成功,笔者是不无疑虑的。最终完成的结果完全偏离了最初的设想,而且也残留有未注意到的问题点。此外,在很多问题上,尽管对通说进行了攻击,但也未完善自己的构想,而仅仅限于对问题的提出。与前辈们所写的众多优秀教科书相比,这不能说是一部匀整完结的体系书。但是,如果本书多少能具有提起问题的意味,进而引发活跃的论争,那么对于作者而言,将是最大的喜悦。今后我也打算在这种论争中再度思考、学习并逐步完善本书,也有可能改变观点。就这个意义而言,当下笔者抱一种既不后悔也不辩解的心态,因此也可以称本书为“开放式的体系书”,以此奉献给各位读者。

本书的完成得益于多位的帮助。本书引用文献的检查、补充及订正、统计表及索引的制作委诸于法政大学讲师梅本吉彦先生,如果认为本书多少还具有类似于教科书的体系,那也都是梅本先生努力的结果。在本书的校正之际,筑摩书房的本间英治先生指出了很多难解表述及不完善之处。此外,以须藤忠臣先生为首的编辑部各位也格外地予以关照。若没有编辑部诸位不停的督促、勉励、“鞭策”,怠惰的本人也不知何时能完成本书。再次向诸位致以谢意。

新堂幸司

1974年8月30日

## 旧著“第二版 序”

民事执行法(昭和54年第4号法律)、民事执行规则(昭和54年第5号最高裁判规则)于昭和50年10月1日起施行,因此笔者对本书中与此相关的条文进行了补正。这方面的补正之处为数不少,而出于表明笔者立场之必要,对于在本书发行后发表的论文及判例释评进行了新的引用,并按照其内容对本书进行了若干的修订,此外,也借此机会对统计表附加了新的资料,故而作为第二版予以出版。自本书出版以来已经满六年,其间学说及判例的发展令人关注。但是,若将笔者对学说及判例发展的所有立场进行归纳,就当下而言恐怕还需时日,考虑到这一点,对此进行网罗式介绍并展开自己立场的工作,只能留待于下次的修订机会。

池田由起子女士对条文的补正,权腾キミ子对统计表的补充给予了帮助。再次致以谢意。

新堂幸司

1981年3月1日

## 旧著“第二版補正版 序”

因筑摩书房的原因,现代法学全集的出版也告终结。对于作为该全集第30卷发行的本书,本也想以此为机会使其成为绝版,但弘文堂承继了本书的出版。本书自初版刊行以来,已经过了十五年以上,因此到了应大幅度修订的时期,但在当下,笔者正打算另行出版简洁版的教科书,因此对于本书的真正修订只能在以后进行。在此,只是就与先前制定的民事保全法相关的部分进行补正,并作为“第二版补正版”予以出版。

新堂幸司

1990年9月20日

## 序(初版)

新民事诉讼法典于1998年1月1日起开始施行。旧法典自1929年施行起已经届满七十年。在此期间,日本社会发生急剧的变迁,与之相比,旧法只是通过简单的修修补补而一直沿用至今。至于其中缘由,可以归结为学界力量的不足,而法曹实务家也可能难逃其责。不过,不争的事实是,正是因为旧民事诉讼法典在眼前的“专横跋扈”,反而形成了解释论及运用论上的创意,进而使研究者凝聚了努力,促使了民事诉讼法理论的发展。旧著自1974年的初版以来,业已经历了四分之一个世纪,“利用者”在当时完全是一个新奇的术语,而强调利用者立场的旧著主题被融入了新立法,而且是在新法的立法过程中最早被升格为新法的口号,当然,这与诸位所持有的如下这种期待也是一致的,即制定一部为国民“易于利用、易于理解”的民事诉讼法。作为笔者而言,只不过感知到了这种时代的变迁,并将这种不仅是研究者同时也是实务家的动向提升为立法的梦想。

但是,这部新法典究竟是否实现了“易于利用、易于理解”之目标?姑且不论这一问题,关于是否易于利用的标准而言,是比较容易理解的,即如果程序本身简便、不费时费力且能获得公正公平的裁判,那么定使大家感到易于利用。与之相比,有关是否易于理解的标准,现在来看还相当模糊。的确,在条文的表述上使用口语体使法典变得容易阅读、易于理解,这是谁都不可否认的事实,但除此之外,还有什么易于理解的?笔者不甚明白。无论如何,口号毕竟是口号,在使用上并不界定其自身的定义,因此这可能是一个可以因人而异来理解的问题。若是这样,不知大家抱什么样的理解,笔者自身的看法归纳如下:其一,程序以一种具体的形态来进行而令相关者感到更为显而易见,这样一来不仅使程序参与者更好地发挥各自的作用,而且对于旁听者而言,也像看电视剧一样更好地观摩程序。其二,这种程序对于败诉人而言,也会让其产生如下这种满足感,即在法官面前、在与对方当事人之间的关系上获得公平的对待,自己的情绪获得充分的表达并被听取。正是这种让旁听人感受到公平裁判的程序,才是所谓的易于理解的程序吧。当然,这也只是一个标准。

那么各位读者考虑的是什么样的标准呢?而且,对照自己标准来判断新法典的运用在什么程度上实现了易于理解。这正是笔者对本书读者预先提出的作业。

本书自旧著出版以来,由于笔者的懈怠,只是就事物管辖的变更、民事执行法及民事保全法等进行了相关条文补正,并就出版后笔者自己所发表论文进行一定程度的修订,而对于学说及实务的发展,并未进行任何的修改,因此在本次的修订中,不得