


法学研究生精读书系

民事诉讼法

制度与理论的深层分析

[日] 高桥宏志 著
林剑锋 译

 法律出版社
LAW PRESS

法学研究生精读书系



民事诉讼法

制度与理论的深层分析

[日] 高桥宏志 著
林剑锋 译



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法:制度与理论的深层分析/(日)高桥宏志著;
林剑锋译. —北京:法律出版社,2004.1
(法学研究生精读书系)
ISBN 7-5036-4685-3

I. 民… II. ①高…②林… III. 民事诉讼法—研究生
—教材 IV. D915.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第118958号

JYUUTENKOUGI-MINJISOSHOUHOU by Hiroshi Takahashi
©Yuhikaku Publishing Co., Ltd

本书中文翻译版权由日本有斐阁出版(株式会社)授予中国·
法律出版社独家享有。

版权所有,侵权必究。

著作权合同登记号:01—2003—8851

法律出版社·中国

责任编辑/丁小宣 谭柏平

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社

编辑/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/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/22.75 字数/741千

版本/2003年12月第1版

印次/2003年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律教育出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/edu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939660

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4685-3/D·4403

定价:46.00元

出版说明

无论我们是欣喜,还是不满意,或是不满足,我们都已看到,从广度到深度,中国的法律教育事业正在进步。

法律教育的进步,自然也包含着法学教材的进步。但是,作为法律教育的知识载体,法学教材的理想目标应该是超越而不是同步甚或落后于法律教育的进步。就此而言,当前的法学教材出版事业的确任重道远,它既需要形式的改进,更需要理论的提升——其中包括需要一大部分具备相当理论水准的教材。无论使用法学教材欲培养的是“法律职业人”,还是“法律学术人”,都需如此。

法律出版社法律教育出版中心把服务于中国法律教育事业的发展引为己任。本着提高中国法律学生的理论素养的目的,我们推出这套阐发和探讨学理的高阶教材系列丛书。本丛书收入海外著名教材和优秀新著,也包括本社组稿推出的首版作品。不论作品是否严格采取了教科书的形式,只要它全面翔实地讲授知识,而非汲汲于某一个具体问题作专门讨论;只要它主要关注于知识的传承,而非完全偏重于学术上的创新,都可收入到丛书中来。由此出发,本丛书的特点是将全面传授知识、深入阐发理论、真诚中立地抒发己见和顺畅便捷地实现作者与读者的交流结合起来,不为片面,不为浮泛,不为平庸,不为晦涩。它是研究生阶段学习的得力参考书,我们也愿把它献给所有爱知爱智的法律读书人。

我们期待,本系列丛书能如潺湲流水,汇入法治和正义事业的大水滚滚、江河滔滔。

法律出版社法律教育出版分社

2004年1月

序

1993年当我有机会到日本进行访问研究时,我选择了东京大学。

作为日本一流的法学院,东京大学法学部聚集了日本一流的法学大家,民事诉讼法学方面也是如此。兼子一教授的理论被被誉为“兼子体系”,开创了日本战后民事诉讼理论的新体系,实现了日本民事诉讼理论的战后转型;三月章教授则作为民间人士曾出任过法务大臣,可谓日本民诉“第二代”领军人物,其理论不断“挑战”、“修正”兼子理论,著有近二十卷民事诉讼理论文集,对日本民事诉讼法学亦有很大的影响;三月教授以后又有新堂幸司教授崛起,形成所谓“新堂民诉理论”,不断推进、发展着日本战后的民事诉讼理论,这三位知名教授也都先后担任过东京大学法学部部长,民事诉讼法学专业在东京大学法学部拥有相当显赫的地位。我到东京大学时,民事诉讼法学方面的知名教授有青山善充先生(后来成为东京大学的副校长)、伊藤真先生和高桥宏志先生三位。我的指导教官就是高桥宏志先生,用我们的话讲,他和伊藤真教授都大概算是日本战后“第三代”或“第四代”民事诉讼法学的领先者。

高桥教授在东大法学部不仅为本科生讲授日本民事诉讼法,为研究生开设有关日本民事诉讼法的讨论课,还开设了主要面向研究生的“美国民事诉讼法”、“德国民事诉讼法”、“法国民事诉讼法”,而且讨论课的教学资料都是原文(选课的研究者们虽然口语不太好,但阅读没有什么问题)。高桥教授甚至还开过“民事实体法中的程序法”这样的课,而另一位东大民法学的教授则相应开设了“民事程序法中的实体法”的课程。

当时,高桥教授在给法学部本科生讲课时使用的教材是新堂幸司教授的体系化教科书《民事诉讼法》,作为辅导材料以及给研究生的教材则是《重点讲义民事诉讼法》。高桥教授给我的第一本书也就是这本《重点讲义民事诉讼法》(此时尚未公开出版),内容是高桥教授近几年在日本《法学家》杂志上连载发表的关于民事诉讼重点问题的文章。经过修改、充实,《重点讲义

《民事诉讼法》第一版于1997年由日本最大的法学读物出版机构“有斐阁”出版。后来高桥教授又在第一版的基础上增加了几章,并于2000年出版第二版。现在读者所看到的由法律出版社出版的高桥《民事诉讼法》中文版就是林剑锋同学根据2000年第二版翻译的。在法律出版社未出版之前,该书的中译稿就已经成为清华大学法学院研究生讨论课——外国民事诉讼法——的基本教材。

日本民事诉讼法诞生已经有一个多世纪,日本民事诉讼法学的研究也经历了一百多年的历史,民事诉讼法学的研究已有十分扎实的基础,尤其是战后,经过若干民事诉讼法学者的努力,日本民事诉讼法学的理论体系已经构筑得相当完整,很难发现还没有研究过的问题,原有理论解构和建构更是困难,学术界对实务的关注就像程控雷达一样,任何实务问题都休想逃脱学者们的视线,一有新的发现和判例异态,学者们便蜂拥而上,探讨文章纷纷出笼。相比之下,我国的部门法研究如同我国的城市建设一般,除了个别学科以外,几乎每一个学科都处在“拆”与“建”的过程中,很容易“解构”,也很容易“建构”,英美法和大陆法的制度和理论都可以作为人们解构的“武器”和建构的“材料”。而日本的学者尤其是部门法学学者,要想在学术上有所突破是相当困难的,哪怕是在很少的节点上。学术研究到了这个这样的程度,就要求研究者必须通过更为细化的研究来加以深化,实现微少的突破。这一点在高桥的《民事诉讼法》中得到了充分的反映,在该书见不到解构与建构的大动作,更多地是细微之处的修正。日本和德国在精细和严谨方面有着其共同点,日本的法学研究也特别的精细,有时让人甚至感觉有些繁琐,但不得不承认这些理论的精致和严密。因此,后人的任何一点的微小的变动都需要付出极大的努力,我们常常见到数万的论文,其有原创之处仅有几百字,而且这种原创性还必须通过反复比较和细致观察才能发现。作为基本问题的研究,学术研究的历史越长,对后来者的压力越大,后来者如果要将前人的理论梳理一遍,便需付出很大的精力。给我的感觉日本法学者未必像一些中国学者那样“大气”,有些中国学者常常有一种“指点江山”、“行者无疆”的架式,在理论和制度的“破”和“立”方面都能“激扬文字”(这也许是初建阶段的必然)。但往往是大胆假设有余,而小心求证不够。日本学者则不同,自己的观点往往隐藏在对别人观点大量分析之中,求证十分小心,结论更是慎之又慎。高桥教授属于比较典型的日本学者,在精细分析方面可以说达到了一种极致。

在《民事诉讼法》一书中,高桥先生通过严谨的梳理,试图厘清民事诉讼法学中各种观点、认识差异性以及导致这种差异的原由,而且针对日本民事诉讼法中的若干基本问题所进行的作业,因此,该书区别于三月章教授和新堂幸司教授体系化式的《民事诉讼法》。我们看出,高桥在本书中对各种观点进行梳理的同时,也会不时阐述自己的观点,但主要是评价性的,但这些比较客观和冷静的评价往往就反映了高桥先生对这些问题的洞见。正是基于高桥《民事诉讼法》是对日本民事诉讼法中的基本理论问题的整理和论述,尤其是对各种有代表性的观点的评述,因而对学习和研究民事诉讼法的中国读者也就特别有益。

高桥教授对新堂幸司教授的理论尤为推崇,这一点在本书中看得很清楚,似乎可以认为,高桥民事诉讼理论是新堂理论的继承和发展者,虽然还不能断言高桥的理论已经超越新堂理论,但可以肯定是,高桥正朝着这个方面迈进,或者说正在超越的过程中。

从高桥《民事诉讼法》一书可以发现,日本学者虽然依然关注德国、法国、美国等的制度变化和理论发展,但已经不再像过去那样,在论述中言必称德、法、美,日本法学理论已经不再需要用德、法、美的法律制度和理论作为自己的学术资源,更不需要用这些理论来为其自己的观点撑腰。日本的民事诉讼法学已经进入良性循环发展的阶段,这应当说是日本民事诉讼法学发展的一个特点。改革开放以来,我国民事诉讼法的发展,在相当程度上是靠借鉴外国民事诉讼法在发展的,尤其是对大陆法系民事诉讼法的借鉴。在借鉴制度的同时,理论上也在相应地不断引进,大量的法学“海归”促进了这种引进,人们越来越多地使用外国民事诉讼的概念和学术术语,如“当事人适格”、“诉讼标的”、“既判力”、“诉的利益”、“诉讼要件”、“诉的主观合并”、“诉的客观合并”等等。我国的民事诉讼法现在还处于初建阶段,民事诉讼的实践历史也比较短,加之民事诉讼实务的封闭性,使得我国民事诉讼理论还很稚嫩和粗糙,民事诉讼的研究也还处于相对较低的水平。因此,我国民事诉讼理论仅靠我们自己对实践的感知经验和认识是很难迅速发展起来的,必然要吮吸外国民事诉讼理论的营养。因此,深入了解外国民事诉讼的理论,不致因为对这些制度和理论的误识,而导致借鉴和运用的失败是非常有意义的。高桥的《民事诉讼法》可以说真正全面、集中地反映了日本当代民事诉讼法学研究的最前沿和最高水平,该书不同于过去我国翻译出版的日本民事诉讼法的普及性教材,书中对每一个基本问题的分析都达到了

最高点,使我们从中既可以深入、全面地理解日本民事诉讼基本理论,也可以了解日本民事诉讼法学者的研究方法、范式和学术规范。

本书的翻译充分考验了林剑锋同学的毅力、日语翻译能力和专业水平,没有他的艰苦努力和扎实的功底,很难想象这本书能够成功译就。

另外,我作为林剑锋同学的导师也要感谢那些选修外国民事诉讼法这门课的同学们——民事诉讼法专业和民商专业的硕士生、博士生(包括外国留学生),他们在讨论中的阐述和提问对本书的正确翻译提供了很大的帮助。

张卫平

2003年5月于清华大学荷清苑

中文版序言

通过林剑锋先生的努力,拙著《重点讲义民事诉讼法》有幸被翻译成中文,并与中国的广大读者见面。

本书是笔者从自身视角出发来对日本民事诉讼法现状作出的描述,也即所谓的体系书,但是作为体系书而言,本书仍然留有尚未完成的部分,在不久的将来笔者即将推出本书的续卷,不过,即便是本书所收录的部分,也应当说涵盖了民事诉讼法学的大部分重要内容。在日本,兼子一教授、三月章教授、新堂幸司教授、伊藤真教授等知名学者都曾撰写过著名的体系书,而其中的兼子一教授的体系书(与竹下守夫教授合著)已经被翻译成中文。与之相比,本书的出版大约晚了七年,可以说本书的内容反映了日本民事诉讼法学理论的最新成果。

民事诉讼法学是一门对裁判制度之根本进行考察的学科,因而其重要性超越了其他法律领域的学科。如果本书能够进一步增进中国读者对于民事诉讼法学的兴趣,笔者将深感荣幸,让我们共同对民事诉讼法学这一深奥的学问领域进行探求。

最后,对于担当本书艰涩翻译工作的林剑锋先生以及给予诸多帮助的张卫平教授致以深深的谢意。

高桥宏志
2002年晚秋

再版序言

本书是笔者为了讲授民事诉讼法学的相关见解而执笔的书著,同时也是将长年连载于《法学教室》杂志的讲义合编成册的作品。与本书的初版相比,其中增加了“二重起诉的禁止”、“当事人能力与诉讼能力”以及“诉讼上的代理”这三个部分,此外,还在初版的“既判力”这一讲中增加了“形成对象的反复”与“既判力补论”两个章节,而且,笔者在再版之际也对全书的内容及表达进行了若干的校正。与初版相比,全书的厚度也增加了一百二十页左右。

本书可以说涵盖了民事诉讼法学的大部分内容,但作为讲授民事诉讼法的书著而言,仍然是不充分的。“多数当事人诉讼”、“上诉”与“再审”等部分虽然已经刊登在《法学教室》的系列连载中,不过,由于种种原因,并未被收录于此次的新版中。此外,“民事诉讼法讲义笔记”这一连载本身也尚未完结,目前笔者已经开始了证据调查部分的写作,就上述种种意义而言,本次的再版也可以说是一部不完整的作品,对于此点敬请读者予以谅解。

作为本书显著的特色就是,笔者尝试着一种对民事诉讼法理论予以“立体性”定位的努力。至于这种努力成功与否,执笔者自身恐怕无法作出很好的判断。总而言之,在本书中,笔者并没有打算对学说进行平面式、摘要版式的论述,而是希望通过探究学说的前端、集中化的论述来对民事诉讼理论作出说明。在本书中,笔者为读者诸君具体地列举了应当参阅的相关文献,希望读者通过阅读这些文献来亲自对笔者理解的正确与否作出检验。因为,笔者始终相信,“广泛地参阅某一问题的相关论文”之做法看上去似有迂回之嫌,但实际上这种方式是法学研修的捷径。

拇善夫教授(早稻田大学)对于本书的初版曾给予了热情洋溢的书评(载《法学教室》,第213号,平成10年,第126页)。参与讨论课程的众位同学也给予了诸多的帮助。此外,有斐阁杂志部的田中阴子女士热情地为本书的再版担任编辑工作。最后,对于以给予我不断鼓励之读者为代表的诸多人士,笔者再次致以由衷的谢意。

高桥宏志

平成十二年(2000年)寒冬

初版序言

本书是笔者在断续连载于《法学教室》杂志第 103 号(平成元年)到第 188 号(平成 8 年)之《民事诉讼法讲义笔记》的基础上,加以若干修订并施以统一校订合编成册的书著。不过,出于出版物厚度及其他因素的考虑,连载中的“控诉”(载《法学教室》,第 158 号——第 162 号)与“再审”(载《法学教室》,第 180 号、第 181 号)两个部分并未收录于其中。而且,上述的《民事诉讼法讲义笔记》本身也尚未连载完结,笔者现在仍然继续着这一系列讲义的执笔作业,在本书编辑完成之后,陆续刊载了“辅助参加”(载《法学教室》,第 194 号——第 198 号)、“新民诉法”(载《法学教室》,第 199 号)、“主观的预备性合并”(载《法学教室》,第 204 号)以及“选定当事人”(载《法学教室》,第 206 号)等等的专题。此外,从民事诉讼法讲义整体的视角来看,本书所收录的内容也仅占三分之一左右,因此,无论基于杂志刊登的角度,还是从讲义整体的视角来看,本书都是一部尚未完成的作品,关于此点敬请读者予以谅解。

其实在此前,为了向笔者所在大学的学生诸君提供教学用的讲义,也曾经出版过收录上述一部分“民事诉讼法讲义笔记”的合订本(有斐阁,平成 5 年)。尽管这一合订本并非是一般性发行的书著,不过,还是承蒙井上治典教授(现在就职于立教大学)作出了非常宝贵的书评(载《法学教室》,第 106 号,第 128 页),作为该书评的一个中心意思,井上教授给予笔者如下热情的评论,即“高桥未超越其老师新堂教授的学说,但其应当是可以超越的”。井上教授可能对于本书也会抱以同样的感想吧。对于的这种疑问,笔者自身恐怕是难以作出回答的,而且,井上教授也不会期待笔者的回应。不过,笔者认为,对于“为何不能超越新堂说(以及井上说)”这一问题,本书将会作出阐明,同时,本书也是笔者个人眼中关于我国民事诉讼法学现状的描述。

在拙著即将付梓出版之际,需要对曾给予帮助的诸多人士表示感谢。首先,新堂幸司老师无论是在我的学生时代、助手时代及其后的岁月里都赐

予手把手的指导。其次,参与笔者课程讨论的诸多同学也给予了许多帮助,在此无法一一列举他们的姓名。此外,《法学教室》杂志的前主编奥贯清先生、现主编大井文夫先生、原编辑高桥俊文先生与藤本依子女士以及现编辑田中朋子女士都不断给予我热情的鼓励。尤其对于担任本书编辑的田中女士之帮助,在此表示特别的谢意。在众位的好意中,我也隐约感知到了自己的天命。

高桥宏志
平成九年(1997年)初冬

目 录

第一讲 民事诉讼的目的	(1)
一、绪言	(1)
二、兼子说之前	(4)
三、兼子说的构造	(4)
四、三月说的论法	(7)
五、新堂说的考察	(8)
六、井上(洽典)说的主张	(10)
七、目的论的诸种层面	(13)
1. 种种的层面	(13)
2. 立法论及解释论的基准	(14)
3. 考察方法与方法论	(15)
4. 体系化	(18)
第二讲 诉讼标的	(22)
一、诉讼标的论争	(22)
二、诉讼标的论争的影响	(26)
1. 实务家的反应——释明负担的加重	(26)
2. 诉讼类型差异的认识	(27)
3. 选择性合并之逻辑	(29)
4. 实体法属性的差异——法的评价再实施	(31)
5. 实体法理论的发展——全规范统合说与统一请求权说	(34)
三、占有权、本权与诉讼标的	(40)
1. 诉讼标的的把握	(40)
2. 分属的情形	(43)
四、票据债权、原因债权与诉讼标的	(47)

五、诉讼标的论的动向	(51)
第三讲 诉	(55)
一、诉的概念	(55)
二、诉的分类	(57)
1. 单一之诉与合并之诉	(57)
2. 独立之诉与诉讼中之诉(诉讼内之诉)	(58)
3. 给付之诉、确认之诉与形成之诉	(58)
三、形式上的形成诉讼	(71)
1. 形式上的形成诉讼	(71)
2. 边界确定之诉	(71)
3. 共有物分割之诉	(81)
第四讲 部分请求	(84)
一、提起部分请求的可否性问题	(84)
1. 问题的状况	(84)
2. 部分请求全面肯定说	(85)
3. 部分请求否定论	(87)
4. 评价	(92)
二、应当注意的事项	(96)
1. 诉讼标的的把握	(96)
2. 后发性后遗症与部分请求	(97)
三、部分请求与时效中断、过失抵消	(98)
第五讲 重复起诉的禁止	(102)
一、禁止重复起诉的原则	(102)
1. 禁止重复起诉的含义及种类	(102)
2. 禁止重复起诉的效果	(105)
3. 要件——什么样的诉讼构成重复起诉	(107)
二、票据诉讼的例外	(115)
三、抵消抗辩的规则	(119)
1. 诉讼先行型	(119)
2. 抗辩先行型	(126)
3. 抗辩并存型	(129)
第六讲 当事人的确定	(131)

一、确定标准的诸学说	(131)
1. 意思说	(131)
2. 行动说	(132)
3. 表示说	(132)
4. 适格说	(133)
5. 并用说	(133)
6. 规范分类说	(133)
7. 纠纷主体特定责任说	(134)
二、基本立场的差异	(135)
三、具体例	(139)
1. 冒用姓名诉讼的情形	(139)
2. 死者名义诉讼的情形	(140)
3. 存在法人格否认之问题的情形	(140)
四、表示的更正与任意的当事人变更	(143)
第七讲 当事人能力与诉讼能力	(146)
一、当事人能力	(146)
1. 当事人能力	(146)
2. 无法人格的社团与财团	(150)
3. 无法人格社团与财团在诉讼上的对待	(157)
二、诉讼能力	(161)
1. 诉讼能力的含义及范围	(161)
2. 未成年人与成年被监护人	(162)
3. 被保佐人与被辅助人	(164)
4. 欠缺诉讼能力场合的措施	(166)
5. 人事诉讼	(171)
三、辩论能力	(172)
第八讲 诉讼上的代理	(174)
一、诉讼上的代理	(174)
1. 诉讼上代理的含义及分类	(174)
2. 代理人的地位与权限	(175)
二、法定代理人	(175)
1. 法定代理人	(175)

2. 实体法上的法定代理人	(175)
3. 诉讼法上的特别代理人	(180)
三、任意代理人	(185)
1. 基于诉讼委托的诉讼代理人	(185)
2. 诉讼代理权的授予与范围	(187)
3. 诉讼代理权的消灭	(190)
4. 当事人本人的地位与权限	(191)
5. 律师法规定的影响	(192)
6. 法令上的诉讼代理人	(197)
7. 辅佐人	(201)
四、法人的代表人	(201)
第九讲 当事人适格	(206)
一、含义	(206)
1. 含义	(206)
2. 分类	(211)
3. 诉讼上的效果	(212)
二、一般给付、确认、形成诉讼中的当事人适格	(212)
三、法定的诉讼担当	(215)
1. 债权人代位诉讼	(217)
2. 继承财产管理人的地位(是代理人还是诉讼担当)	(230)
3. 遗嘱执行人的权限	(235)
4. 纠纷管理权说	(243)
四、任意的诉讼担当	(251)
1. 判例	(251)
2. 学说	(254)
3. 民法上的合伙	(258)
五、存在对世效力场合与当事人适格	(261)
1. 对第三人保护的手段	(261)
2. 法人内部纠纷中的当事人适格(被告适格)	(263)
3. 身份诉讼中的判决效不利益扩张与第三人保护	(272)
第十讲 诉的利益	(281)
一、定义与概念	(281)

二、各种诉中共通性诉的利益	(285)
三、给付之诉的利益	(286)
1. 现在给付之诉的利益	(286)
2. 将来给付之诉的利益	(291)
四、确认的利益	(296)
1. 概说	(296)
2. 选择作为解决手段之确认之诉的妥当性	(298)
3. 如何妥当地选择确认对象(诉讼标的)	(299)
4. 应解决纠纷成熟性的观点(是否具有即使确定的现实性必要)	(310)
五、形成之诉的利益	(320)
第十一讲 辩论主义	(329)
一、辩论主义的内容	(329)
二、根据及机能	(332)
1. 辩论主义的根据	(332)
2. 辩论主义的机能	(338)
三、主要事实与间接事实	(340)
四、若干判例	(350)
1. 关于某事实是否为主要事实的判例	(350)
2. 关于主要事实扩充程度的判例	(354)
五、释明权与释明义务	(357)
六、法的观点的指出义务(法律问题的指出义务)	(364)
1. 法的观点指出义务	(364)
2. 具体例	(369)
七、真实义务与完全义务	(373)
1. 主张的规则	(373)
2. 真实义务与完全义务	(377)
第十二讲 自认	(383)
一、自认的含义及要件	(383)
1. 含义	(383)
2. 要件	(385)
二、间接事实的自认	(395)