



中国民事诉讼法学研究会
Civil Action Jurisprudence Association of China

【第十二辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法学研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE

中国民事诉讼法学研究会 主办

2014年11月



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

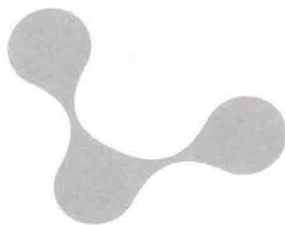


【第十二辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法学研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE



责任编辑 甘世恒 邓 臻

装帧设计 李夏凌

封面制作 洪祖洵

D0814-1-1

ISBN 978-7-5615-5222-3



9 787561 552223 >

定价:60.00元

【第十二辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法学研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE

中国民事诉讼法学研究会 主办

执行主编 任重



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民事程序法研究. 第12辑/任重执行主编. —厦门:厦门大学出版社, 2014. 11
ISBN 978-7-5615-5222-3

I. ①民… II. ①任… III. ①民事诉讼法-中国-文集 IV. ①D925.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 204327 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

沙县方圆印刷有限公司印刷

2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:19.25 插页:2

字数:368 千字 印数:1~1 200 册

定价:60.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

▣ 《民事程序法研究》编委会

(以姓氏拼音为序)

蔡虹 蔡彦敏 姜建初 景汉朝 李浩 李仕春 刘荣军
潘剑锋 齐树洁 宋朝武 谭兵 汤维建 田平安 姚红
张晋红 张卫平 章武生 赵钢

▣ 编委会召集人

张卫平 李浩

刊 首 语

问题的提出

■ 张卫平

写文章,除了文学类的,大体上都要首先提出问题。学术性文章更是如此。我写文章的习惯格式常常是将“问题的提出”作为文章的第一部分,有时用“引子”“引言”“导言”“引语”“绪言”等说法。这些前言性的内容目的只有一个,就是提出问题,解释这为什么是个问题、问题的意义如何等。

一般而言,能够提出问题,且问题是一个有学术价值的问题,则文章已经成就了一半。分析问题和解决问题的方式可以是多种方式,解决问题的方法不佳,论证不充分,也能起到抛砖引玉的作用。是否能提出有价值,且价值大的问题,是我们做学问的学者所常常苦恼的问题。有创见的硕士论文、博士论文更是如此,提不出问题往往就只能重复他人的东西无所作为。

初期做研究的人往往习惯于从概念之间是否存在矛盾、概念表述是否周延、是否准确、文章表述是否前后一致、文章引用是否错误等方面去发现问题、提出问题。不错,这些都是问题,但往往不能构成有学术价值的问题。尤其是概念矛盾、不周延、不准确等属于逻辑和语言表达的问题,本身不是法学的学术问题,也难以成为语言学上的学术问题。因此,虽然学生们也常常提出各种问题,但实际上大都是文章语法、文字、逻辑方面的错误,而非学术问题。在我讲授的课程结束后,出了一道题,“请你提出一个问题,并说明这是一个问题”。以此希望学生们能够提出有价值的问题,并考察一下他们发现问题、概括问题的能力。有些同学除了书本上提到的问题之外,很难提出有价值的问题。但有的同学提出的问题则相当不错,真正是一个学术性的问题。当然是否值得研究则是另一个问题。基于知识面和基础程度限制,有时学生们提出的问题学界已经提出。

作为学术问题,首先应当是具有学术性。与立法、司法、诉讼中的技术性问题相区别,这些问题必然涉及理论和原理。理论、原理清楚,仅仅是技术操作的问题,虽然也是问题但不是学术问题。我们接触到一些实务工作者,他们常常也

会提出许多问题,并且认为学术界有许多问题都没有涉及,没有答案。其实这些问题因为已经有基本理论和原理,其仅仅是实际运用的问题而已。例如,关于举证责任分配,按照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第5条第1款的规定,在合同纠纷案件中,主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任。只要了解了什么是结果上举证责任的含义和分配原则,至于具体的合同案件中,哪些事实的举证责任应该分配给哪一方,仅仅是应用问题。应用的问题一般而言就是技术性问题。当然,关于如何理解结果上的举证责任、分配的原则应当是什么,这是学术理论问题。所以,法律硕士所撰写的案例分析性论文尽管也是硕士论文,但其学术含量就要低一些,不过与法律硕士的应用型人才要求是一致的。

学术理论的问题有很多,尤其是传统问题,许多问题并非短时期内能够解决,有些问题需要倾其一生的精力,且往往不能最终解决问题,虽然有些学术性副产品。从学术研究的效率而言,多数学者还是希望能够发现新问题,解决新问题。这是一个如何发现问题的问题。不能发现问题便不能提出问题。民事诉讼实务中倒是有不少问题,但正如上面所言这些问题往往不是学术问题,或者说是学术价值不大的问题。这就需要人们透过问题表象挖掘深层的原因,只要是深层的,就一定是制度的问题,往往也是学术理论问题。

起诉难、再审难、执行难以及诉讼中许多难点问题都可能深藏着、隐含着理论问题。当然,有的问题不是民事诉讼法的问题,甚至不是法学的问题,“三难”中的问题存在制度的问题,也有学术问题,但主要不是民事诉讼法的制度问题,更不是民事诉讼法学的理论问题。尤其是再审难和执行难,其是司法制度和司法权的问题,后者涉及政治层面的问题。而且起诉难、再审难、执行难作为问题的表述本身就不是学术性问题的表达,它只是一种诉讼乱象,是一种现实的描述或概括。对此还需要透过现象挖掘、提炼出学术问题。所以往往人们关于这些问题的文章要么是一般描述性的,要么就是对策性的应对措施,而缺乏理论上的揭示,或者走向司法制度和政治的分析,进而成为司法制度或与政治学、政策学、社会学交叉的学术问题。

再审制度和执行制度中的问题当然包含着许多学术性的问题,例如,我国再审事由应当如何规定,这是一个制度建构的问题;为何如此规定,其理论依据是什么。起诉难中关涉到制度问题,例如关于案件受理的条件问题。现有的制度为何如此设立,与国外起诉制度相比较差异何在,为何有这些差异,其诉讼原理是什么,我们应当如何看待这些差异,这些问题无疑是学术问题,涉及民事诉讼理论问题,一旦涉及原理性的问题就是具有重要学术价值的问题,也是我们应该提出来的问题,值得投入精力去深入研究的问题。

制度的调整或重构是发现问题、提出问题的契机,但提出制度应当调整或重

构已经意味着提出了问题。因此发现制度运行中的问题,而且真正是制度性问题,不是技术性问题,也不是非法律的问题,认识到这一点也是非常重要的。在前几年发生的三鹿毒奶粉事件中,法院对于消费者所提起损害赔偿诉讼不予受理,就不是民事诉讼法的问题,实体法和民事诉讼法都有明确的规定。对这样的问题只能做制度运行的政治学、社会学分析。从事交叉研究的学者不妨试一试。

民事诉讼法的修改时期往往成为发现问题、提出问题的时期,这段时间发表的文章也最多。为什么这一时期人们容易提出问题,并且成为人们所“需要”的问题和重视的问题?这与学术研究的适时性和实用性有关。民事诉讼法没有修改的时候,人们当然也可以通过对现有制度的质疑提出问题,通过比较研究就可以提出这类问题。但往往难以成为人们的关注点,尤其是一些非基本性制度。在修改期间就不一样了,修改的语境鼓励人们对现有制度提出质疑。

拥有越多法律基础理论知识,功底越扎实的学者就越容易发现问题。越是学术性问题,越是基础性问题,理论层次也越高。具有丰富且扎实的基础理论功底,在观察诉讼现象时就如同有了放大镜和显微镜,因此就容易发现问题。头脑中所储存的知识和长期养成的思维习惯使得研究者更容易将现象背后的实质问题揭示出来。如果仅有民事诉讼法知识,而没有实体法知识当然无法发现牵连实体法或隐藏于实体法与程序法之间的那些问题。

有些人虽然知识储备已经达到一定的程度,但还是不能有效或很好地发现新问题,尤其是“中国问题”(在中国,当然是关于中国问题的理论分析更具有学术竞争力),依然只能在域外的理论中打转。问题可能在于对中国的问题不了解,或者无法将实践中的实务问题加以提炼、抽象概括或深化为本土化的学术问题。例如,如果不了解实践中存在上级法院不通过二审程序就直接撤销下级裁定的情形(因为能够通过二审程序撤销的裁定,只能是可上诉的裁定),如上级法院直接撤销下级法院作出的关于财产保全的裁定,并且当事人对此提出了异议,作为学者不会考虑这一行为的合理性问题。这一问题很难凭空想象出来。能否不通过二审程序直接撤销下级法院的裁定的实质是什么?作为法律问题是上级法院的权限,法律规定的有无;作为学术问题则是一审法院裁定的性质和效力问题,即法院裁定的拘束力问题。按照司法行政化思维惯习,上级法院撤销下级法院的裁定是理所当然的。但如果按照司法规律,上级法院就不能不通过二审程序撤销下级法院的裁定。否则,在诉讼理论上,下级法院就没有了相对独立的司法裁判权。那么进一步的问题是,作出裁定的法院对自己作出的裁定是否具有撤销权呢?作为法律问题,要看法律的规定。法律没有规定的就涉及解释,而解释必然涉及理论和原理,在理论上就涉及裁定的功能和作用的问题。只有弄清这一问题,才能回答法院能否撤销自己作出的裁定。如果理论研究达到一定高度和深度,那么对任何涉及裁定的问题,都能够从中得到正确的答案。

总之,提出具有法学学术价值的问题取决于自己对法学知识的把握程度,对诉讼实践的了解、体会和感悟,以及善于观察思考、提炼概括的能力。这些都需要一定时期的积累和摸索。只要勤于实践和思考,发现问题、提出问题的能力必将大大提高。

目 录

■ 刊首语

- 001 张卫平 问题的提出

■ 诚实信用原则制度与实施

- 001 本间靖规 民事诉讼中的诚实信用原则
——试比较中日法律中的相关规定
- 016 董少谋 诚实信用原则在民事诉讼上的适用
- 026 段厚省 商谈视野下的民事诉讼诚信原则
- 034 唐东楚 民事诉讼法诚信原则的适用实施问题研究
- 046 郭 翔 诚信原则的具象化与禁反言规则的中国式建构
- 061 曲昇霞 论裁判境域中诚实信用原则之适用
- 071 索站超 论律师真实义务与虚假诉讼的规制
- 080 江 伟 陈巧林 诚实信用原则到诉讼规则
——对民事诉讼虚假陈述规制的探析

■ 学理研析

- 091 刘明生 对协同主义之检讨
- 117 李亚凝 从理想到现实：台湾地区司法文化的转向

■ 制度探究

- 131 胡夏冰 韩国国参参与审判：制度与启示
- 142 张陈果 德国民事送达改革研究
——写在德国《民事送达改革法》颁行十年之际
- 157 李文革 罗 林 虚假诉讼检察监督
- 176 周洪江 比较视野下的民事拘传制度

■ 实务探微

- 191 石东洋 刘新秀 执行权内部优化配置与规范化运行
模式探析
——以山东省阳谷县人民法院为样本

■ 青年论坛

- 203 索站超 第三届民事诉讼青年论坛概述
- 205 刘哲玮 形成之诉讼标的的考辨
——以合同解除权为例
- 212 任 重 法律意义上的虚假诉讼存在吗?
- 217 吴泽勇 论第三人撤销之诉的原告适格
- 221 郑金玉 检察抗诉效力与7号指导性案例程序规则研析
- 225 刘加良 民事检察权之新型实现方式:民事督促起诉研究
- 229 袁中华 劳动法上证明责任分配之基本原则
- 234 刘明生 民事诉讼诉讼标的的理论之研究
——以未来民事诉讼之发展方向为中心
- 238 熊德中 司法改革中的法官说理义务

■ 紫荆学术沙龙

- 243 许 可 从诉讼法视角论共同危险行为之构成要件
与免责事由
——以《侵权责任法》第10条为中心
- 253 曹云吉(记录人) 第一届民事诉讼沙龙实录

■ 民事诉讼教学模式改革报告

- 283 刘哲玮 民事诉讼法学传统教学模式改革报告

诚实信用 原则制度 与实施

民事诉讼中的诚实信用原则

——试比较中日法律中的相关规定

■ 本間靖規著 张英译*

摘要 日本《民事诉讼法》第2条规定了公正及时地裁判以及诚实信用原则。这是1996年修改民事诉讼法时加入的规定。但在此之前,在学术上区别于民法中的诚实信用原则,民事诉讼中也应适用诚信原则的见解就占据主流。法院亦在还没有直接法律规定时就已经开始适用民事诉讼中的诚信原则并积累了相当多的判例。本稿主要通过介绍日本法院在具体案例中对此原则的适用,解析剖明作为一般条款的诚信原则的具体适用场合。中国《民事诉讼法》第13条第1款新规定了诚信原则,但具体在怎样的场合使用此规定则需注意从现在开始和实践动向。本文参照被看作是诚信原则的具体化的恶意诉讼,以及由第三人提起的撤销等个别规定,在注意中日民事诉讼法体系本身的差异的同时,对在有关具体案例中,中日的处理方法试做一个比较。

关键词 日本民事诉讼法 中国民事诉讼法修改 诚实信用原则 诚信原则在民诉中的适用

* [日]本間靖規,日本早稻田大学教授;张英,西北政法大学研究员。

一、引言

日本《民事诉讼法》在第2条中就法院以及当事人的职责义务规定如下：“法院应为民事诉讼公正并及时地进行而努力；当事人须以信义诚实地履行民事诉讼。”该民事诉讼中的诚实信义原则（以下简称为“诚信原则”）是在1996年民事诉讼法修改时被规定到条文中的。但在此之前，日本的判例和学术界就已经区别于民法上的诚实信用原则（《民法》第1条第2款），承认了民事诉讼中的诚信原则。对民事诉讼中是否能适用诚信原则追本溯源，可看到在德国早就有了学术界的探讨积累，而日本最初制定的近代民事诉讼法是仿效德国法的。日本有关涉及诚信原则的论文，一般也都是从民事诉讼中是否可以适用诚信原则来开始进行论述的。^①否定在民事诉讼中适用诚信原则的人，从各个角度展开其否定论见解，举几个具体议论可以看到比如说，（有主张认为）诉讼属于争斗关系，从其激烈的利害对立关系考虑，导入带有为对方着想或者拥有伦理色彩的义务不合适；又如，针对诉讼法律关系学说而提出的诉讼法律状态学说认为，因诉讼是为了获得既判力而连续进行的诉讼行为，从这一观点出发，大凡义务观点被否定其本身就意味着反对将诚信原则作为诉讼中的义务^②等等。但是即使在德国，自1933年修改的民事诉讼法对诚信原则的适用采用肯定的立场以来，学术界亦不见否定见解了，反而是诚信原则占据了支配民事诉讼的指导原理的地位。^③在民事诉讼中，可以考虑到确实有对立的当事人之间争斗的一面，而另一面亦可以认为以系属诉讼为契机，法院与当事人之间形成了协作互动的法律关系，因此应该认定涉及诉讼的主体负有为了实现公正及时合理的裁判而诚实地进行诉讼的义务。亦即，在诉讼这一争斗场合，将当事人应公正地（fair）进行博弈，法院也应站在中立的立场进行公正地裁判这一“fairness”（公正）的观念注入到裁判中，并应以此为指导方针来进行裁判。

日本《民事诉讼法》第2条，从其规定的体裁来看，可以被解读为只规定了法院负有公正及时地进行诉讼程序的义务（法院与当事人之间的义务），而仅对当事人之间课以诚信原则。现实中也确有“诚信原则是〔在相互平等中，一方对另一方并不拥有强制（令其接受）自己意志的手段〕的当事人，为了做到公平调整相

① 参见中野贞一郎：《民事诉讼中的诚实信用原则》，载《诉讼关系与诉讼行》（1961年），第38页。

② 前引中野贞一郎书，第38页以下有关于德国的学说，判例的详细介绍。

③ 拥有相当于日本《民事诉讼法》第2条规定的国家是：规定真实义务的德国（《民事诉讼法》第138条）、奥地利（《民事诉讼法》第178条），规定遵守适度义务的法国（《民事诉讼法》第24条），以及对当事人课以诚信原则的意大利（《民事诉讼法》第88条），韩国的规定几乎同日本相同（《民事诉讼法》第1条）等。

互的利益,才被要求的原则,而作为单方面权利主体的法院在与服从于其的当事人之间的关系上,法院已经完成了司法赋予自己的义务,却还必须期待当事人的诚信,这样的情况很难被接受^①”之见解。但是应该说诚信原则是在法院与当事人之间也须被适用的原则。在由法院、原告、被告这三者关系而形成的诉讼关系中,仅限于当事人之间的义务虽然在概念上是能够存在的,然而在实践中,却难于与法院所负之义务进行区别。当事人所提出的主张、证据,并不仅是针对对方当事人,同时也是针对法院的一种行为,结合这点考虑,就可清楚要区分它还是比较难的。因此一般的,日本《民事诉讼法》第2条所规定的义务,通常被理解为是在诉讼主体的法院与原告以及被告三者之间发生的义务。

此外,民法中的诚信原则(日本《民法》第1条第2款)是适用于当事人之间的法律行为(契约)的原则。这运用在诉讼中时,就是当事人须主张、证明的事项;而民事诉讼中的诚信原则则是法院依据职权进行调查的事项。因此,在诉讼中这两者的操作是不同的。当然,不可否认在实践中也存在难以区分的情形。

二、适合诚信原则的情形

针对有关诉讼中被要求诚实地进行诉讼的情形,日本民事诉讼法对个别情形做的规定较多。比如,攻击防御方法的适时提出主义(日本《民事诉讼法》第156条),对迟延提交的攻击防御方法予以驳回(日本《民事诉讼法》第157条);在争点整理程序结束后追加提出攻击防御方法时,对方当事人的要求说明权(日本《民事诉讼法》第167条);当事人不执行文书提出命令时产生的后果(日本《民事诉讼法》第224条);对无故缺席庭审等不积极参加诉讼的,根据审理的情况进行裁判(日本《民事诉讼法》第224条),对滥用控诉权的进行制裁(日本《民事诉讼法》第303条)等等不胜枚举。发生涉及上述条文的问题时,首先应通过对个别条款的解释来解决问题。在这种场合中民诉第2条的诚信原则不是直接提倡于前,而是仅仅作为在背后控制的理念发挥其作用。诚信原则属于普通条款,因此对其适用法官拥有广泛的裁量空间。但是,如果这令审理的预期失去透明性,就不恰当了。^②因此对于通过解释个别条款能解决的事项,就有必要慎用诚信原则。当然,在适用个别条款时,也会有必须遭到谴责的当事人的违反伦理性的行为存在,此时就有必要警示当事人其行为已违反了诚信原则。此外,如果完全按照个别条款的言语去适用的话,还有可能出现无法妥善地解决问题的情形。

① 竹下守夫:《诉讼行为与诚信原则》,载《判例演习民事诉讼法》(1977年),第146页。

② 参见坂口裕英在《诚信原则在民事诉讼法中的功能》的见解[载《法学教室》(第2期)8号第149页]。仅仅只认定事实的经过,对所适用的基准未判明,就立刻根据诚信原则得出只得排除之结论的裁判中的诚信原则,反而是有害的。

此时,诚信原则就能发挥功效对个别条款的结果进行调整、补充,引领其得出稳妥的皆大欢喜的结果。亦即,诚信原则是极其适合并且也可以在实践中运用的。^①

因适用诚信原则而出现令当事人的诉讼行为被否定的情形时,必须将由于否定了该当事人的行为而给其带来的不利益同对方当事人的利益进行衡量比较,随时注意保持平衡,这一点被认为至关重要。从此种意义上来说,诚信原则是一个具有相当空间的概念,对其进行适用也是对(法律定义)解释者的全体平衡感的一个考验。

三、适用诚信原则的类型

由于诚信原则是极具概括性的概念,为了使其不被恣意适用,有必要对其发挥作用的情形进行分类,尽可能明确其适用事例。对此,日本学术界通常将其分为四大类进行讨论。^② 需要特别注意的是一个案件往往不只局限于归类于4种类型中的哪一类,一个案件往往可以对应多种类型,因此以下只是大致的分类。

1. 排除不当形成的诉讼状态

一方当事人玩弄奸计制造出符合诉讼法规条件的状况试图不当适用,或者与此相反,故意妨碍此种状态的发生企图不当回避法规的适用。出现此种情形时,应该适用诚信原则将由这些行为而产生的结果否定。其例如下:① 故意制造出管辖条件以期刻意增加被告应诉的负担。^③ 这种情况下,作为具体的措施,即使不刻意使用诚信原则,也可通过将案件移送到被告地的方法去解决(日本《民事诉讼法》第17条),但是也有意见认为,为了原告违反伦理性的行为提出警示有必要适用诚信原则。^④ ② 在诉讼接近尾声败诉已成定局的被告,为了逃避履行对原告的债务而以低廉的价格获取几乎无实际价值的债权,并以此作为自动债权进行抵销。这种情形,这种人为地制造出的实体法上的状态,违反了诚信原则,以滥用抵销权为由,应该不允许其进行抵销抗辩。^⑤

2. 诉讼中的禁反言(禁止与先前行为相矛盾的举动)

诉讼中的禁反言是指,一方当事人在诉讼过程中的行为、主张已经取得对方当事人的相信,并在对方当事人因此而构筑好诉讼中的地位后,却又采用与前行

① 参见松浦馨:《作为当事人行为规制原理的诚信原则》,载《讲座民事诉讼法④》(1985年),第257页。

② 参见中野贞一郎、松浦馨、铃木正裕:《新民事诉讼法讲义(第2版补订2版)》(2008年)。

③ 参见札幌高等法院1966年9月19日判决,高民集19卷5号第428页。

④ 参见中野、松浦、铃木书,第27页。

⑤ 参见大阪地方法院1983年2月7日判决,刊载在《判例TIMES》498号163页。

为或之前陈述相矛盾的行为或主张。比如案①：在诉求为返还房屋诉讼中的被告，主张自己有承租权，在其主张得到认可，法院驳回了原告的诉求后，前诉的原告以前诉被告同一人为对手，再次提起要求支付房租的诉讼，而此时被告却主张不存在拥有承租权的案例就属于此种情形。案②：被原告当作被告的人已经死亡，被告的继承人委托诉讼代理人申请承接、继续进行诉讼，法院认可继承人承接参加诉讼，并按程序继续进行诉讼，最终判决认可原告的诉讼要求。但是此后，该继承人在上告理由中却主张原告提起诉讼时以死者为被告，是违法的，应驳回其起诉。此种情况中，（该继承人）直到上告前为止一直作为继承人参加诉讼，到了上告的阶段却提出被告是死者的主张，这本身就违反了诚信原则不能被允许。^① 案③：原告 X 根据所拥有的票据债权，对诉外 A 的优待动产进行临时扣押，被告 Y（A 的女婿）以包括此优待动产在内的 A 的经营权已经转让给了自己为由提起第三人异议的诉讼（前诉）。其时，Y 就经营权转让一事非常积极地进行了举证活动，并作为证据提交了有关伴随转让的商号使用权等契约公证资料。但是在随后原告 X 对被告 Y 提起的以接受了经营权转让为理由要求其支付同一个票据款的诉讼后（后诉），被告 Y 否认从 A 处接受了经营权转让。在此案中最高法院指出，“根据已经发生的事实提起诉讼，对此事实的存在极力主张并举证之人，在其后对方当事人依据此事实存在为前提而提起的别的诉讼中，却截然否认此事实的存在，毋庸置疑这严重违背了诚信原则”，认可了禁反言原则，并认为真实情况不是经营权转让，故以前诉是被推认为撤销的为由，判定本案的否定并不违反诚信原则。^② 本案显示了法院在处于被要求须作出符合真实的实际情况的判决与必须对当事人违反伦理的行为进行责备的这一处境时，对诚信原则的适用有过犹豫这一情形。在本案中，由于原告 X 弃前诉不理以致到期后裁判自动结束之情况，是后诉时 Y 的否认经营权转让被认可的理由。

3. 诉讼上的权能失效

当事人一方长期不行使其诉讼中的权力，令对方当事人由此产生该权力已不会被行使了并深信此判断后，才又开始要行使此权能，这应该不被允许。也就是说为了保护深信此权能的行使已经不会被使用了的对方当事人信赖，而应该认定诉讼上的权能失效。比如案①：原告的上二代对被告的上二代提起要求确认不动产的所有权以及撤销登记的诉讼后死去。原告作为继承人承继了诉讼后，被征召入伍送去战场，而诉讼也因之中断。原告在 35 年后再次请求法院重新开启口头辩论程序。法院虽认可了重新开始辩论，但以原告 35 年来对诉讼置

① 参见最高法院判例 1966 年 7 月 14 日民集 20 卷 6 号 1173 页。

② 参见最高法院判例 1973 年 7 月 20 日民集 27 卷 7 号 890 页。

之不理的态度违反了诚信原则为由驳回了其诉求。^① 这明确表示了因原告对诉讼欠缺热情,令被告构筑成了(对方)已经不会请求了的信赖之后,原告采取的行动是违反伦理性的。案②:在受到公司的免职处分后从公司辞职并拿了退职金,却在9年后提起诉讼为确认免职处分无效的诉讼,此起诉本身违反了诚信原则被不予认可。^② 诉讼上的权能失效同禁反言的不同之处在于,后者是期待对由于积极的依据自己的意志行动后制造出的外观情况形成信赖的对方当事人进行保护,而前者则是对因不作为的结果而产生的外观情况形成信赖的当事人进行保护为目的的。^③

4. 禁止诉讼中的权能滥用

法律上诉讼行为的权力即使被认可,但如果其行使违反了认可这一权力的法律宗旨,作为滥用将被认为是违反了诚信原则。^④ 其例有,案①:亲自将所持有的公司股份转让出去离开公司经营之人,为了恢复自己在公司的经营权,对该股份的受让人,提起以因没有召开全体员工大会让股份转让有效,故而其决议为不存在的确认诉讼。此案中,对有义务召开全体员工大会,却懈怠之人提出这样的诉讼应当被认为是滥用诉权。^⑤ 另如案②:在要求撤销不认可专利申请的审判决定之诉中,接到请被驳回的原告,自己亲自撤回专利申请而令诉讼利益丧失后,却又以此驳回为理由要求撤销原审而提起的上诉案件中,其上诉是上诉权的滥用,不合法应该予以驳回上诉。^⑥ 诉讼上的权能滥用事例,常见的有以拖延诉讼为目的,而对法官提出行使回避权的情形。现行民事诉讼法为了应对这类问题,对理应由该法官所属的地方法院进行裁判的回避之申请,如果有关该回避的声明明显地是为了拖延诉讼的,判例认可该法官有权简易驳回回避申请^⑦,但学术界对此做法的妥当性存在分歧。

在上述事例中,考虑到与国民接受裁判的权利受到宪法保障之间的关系,对认可诉讼权能滥用的问题,主流学说的意见是应予以慎重。如果通过审理能判明作为诉讼物的本案请求权不存在,就并非定要驳回诉讼,原则上应是直接进行判决。诉讼中的权能滥用(特别是诉权的滥用)可看成主要是当事人对法院违反

① 参见最高法院1988年4月14日判决,刊载在《判例TIMES》683号62页。

② 参见东京高等法院判决1974年4月26日《判例时报》741号111页。

③ 参见竹下守夫:《判决理由中的判断与诚信原则》,载《实体法与程序法的交错(下)》(有斐阁,1978年、山木花甲纪念论文集),第83页。

④ 有关诚信原则与滥用权力的关系,主要是在民法领域有诸多积累,有意见认为在民事诉讼中也应该进行甄别,而两者的适用范围是重叠的这一见解比较普遍。

⑤ 参见最高法院1978年7月10日判决,民集32卷5号888页。

⑥ 参见最高法院1994年4月19日判决,《判例时报》1504号119页。

⑦ 参见大阪高等法院1961年6月20日判决,下民集12卷6号1400页等。