

证据协力义务之 比较法研究

● 占善刚 著

ZHENGJU XIELI YIWU ZHI
BIJIAOFA YANJIU

中国社会科学出版社

证据协力义务之 比较法研究

● 占善刚 著

ZHENGJU XIELI YIWU ZHI
BIJIAOFA YANJIU

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据协力义务之比较法研究 / 占善刚著. —北京:
中国社会科学出版社, 2009. 10
ISBN 978 7 - 5004 - 8320 - 5

I. 证… II. 占… III. 证据 - 比较法 - 研究
IV. D915. 130. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 193233 号

出版策划 任 明
责任编辑 孔继萍
责任校对 张 青
封面设计 弓禾碧
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2009 年 10 月第 1 版

印 次 2009 年 10 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 9.875

插 页 2

字 数 246 千字

定 价 30.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

目 录

引言	(1)
第一章 证据协力义务之基础理论	(6)
第一节 证据协力义务之内涵及意义	(6)
一、证据协力义务之内涵	(6)
二、证据协力义务确立之意义	(9)
第二节 证据协力义务之法定形态与性质	(11)
一、证据协力义务之法定形态	(11)
二、证据协力义务之性质	(15)
第三节 证据协力义务之分类	(17)
一、当事人之证据协力义务与第三人之证据协力 义务	(17)
二、人证之证据协力义务与物证之证据协力义务	(19)
第四节 证据协力义务履行费用请求权	(19)
一、证据协力义务履行费用请求权之内涵及性质	(19)
二、证据协力义务履行费用请求权之行使	(22)
第二章 证据协力义务之适用畛域——证据调查	(28)
第一节 证据声明	(29)
一、证据声明之成立要件	(30)
二、证据声明之时期	(35)
三、证据声明之撤回	(39)

第二节 法院对证据声明采否之判断	(40)
一、证据调查必要性之判断	(41)
二、法院对证据声明之判断形式	(45)
第三节 证据调查之实施	(48)
一、证据调查中的直接原则	(48)
二、证据调查中的当事人到场权	(49)
三、证据调查期日	(51)
四、法院外之证据调查	(51)
第四节 证据方法之限制	(55)
一、证据方法之法定	(55)
二、证据方法之限定	(56)
 第三章 文书提出义务	(68)
第一节 文书提出义务概述	(68)
一、文书提出义务之内涵	(68)
二、文书提出义务之立法趋向	(69)
第二节 文书提出义务之范围	(73)
一、个别义务文书	(73)
二、一般性义务文书	(82)
第三节 文书提出义务存否之审理与裁判	(91)
一、举证人之申请应载明之事项	(92)
二、文书特定负担之减轻	(93)
三、文书提出义务证明（释明）责任之承担	(96)
四、文书提出义务存否之判断程序	(98)
五、文书提出义务存否之裁判及其救济	(101)
第四节 文书提出义务不履行之效果	(104)
一、当事人不履行文书提出义务之效果	(104)
二、第三人不履行文书提出义务之效果	(108)

第四章 勘验协力义务	(113)
第一节 勘验概述	(113)
一、勘验之内涵与特质	(113)
二、我国现行民法上的勘验	(116)
第二节 勘验协力义务之范围	(121)
一、德国	(121)
二、日本	(122)
三、我国台湾地区	(125)
四、我国现行民法	(126)
第三节 勘验协力义务存否之审理与裁判	(128)
一、申请应表明之事项	(129)
二、勘验标的物提出义务证明（释明）责任之 承担	(130)
三、勘验标的物提出义务存否之判断程序	(131)
四、勘验标的物提出义务存否之裁判及其救济	(133)
第四节 勘验协力义务不履行的效果	(134)
一、当事人不履行勘验标的物提出义务之效果	(135)
二、第三人不履行勘验协力义务之效果	(139)
 第五章 证人义务	(143)
第一节 证人之内涵与能力	(143)
一、证人之内涵	(143)
二、证人能力	(145)
第二节 到场义务	(148)
一、到场义务之内涵	(149)
二、违反到场义务之构成条件	(149)
三、对证人违反到场义务之制裁	(151)
第三节 宣誓（具结）义务	(154)

一、确立宣誓（具结）义务之意义	(154)
二、宣誓（具结）程序	(156)
三、宣誓（具结）义务的免除与拒绝	(158)
四、违背宣誓（具结）义务所受之制裁	(161)
第四节 证言义务	(162)
一、证人陈述之方式	(162)
二、证人讯问之方法	(165)
三、公务员作为证人讯问之特则	(170)
四、证言之附随义务	(171)
五、违背证言义务所受之制裁	(172)
第五节 证言拒绝权	(173)
一、证言拒绝权之性质	(173)
二、证言拒绝权之类型	(174)
三、证言拒绝权之例外	(183)
四、拒绝证言之程序	(184)
 第六章 鉴定义务	(186)
第一节 鉴定概述	(186)
一、鉴定的内涵	(186)
二、鉴定的类型	(190)
三、鉴定之开始	(193)
第二节 鉴定人	(195)
一、鉴定人的资格与地位	(195)
二、鉴定人的选任	(201)
三、鉴定人之回避	(204)
第三节 鉴定义务之特质与具体内容	(209)
一、鉴定义务之特质	(209)
二、鉴定义务之具体内容	(211)

第七章 当事人受讯问义务	(221)
第一节 当事人讯问概述	(221)
一、当事人讯问之内涵	(221)
二、当事人讯问与其他当事人陈述之分际	(222)
三、当事人讯问在证据方法中的地位	(225)
第二节 当事人讯问能力与适用条件	(231)
一、当事人讯问能力	(231)
二、当事人讯问之适用条件	(235)
第三节 当事人受讯问义务之具体形态	(242)
一、到场义务	(242)
二、宣誓（具结）义务	(246)
三、陈述义务	(247)
 第八章 不为证明妨害之义务	(254)
第一节 证明妨害概述	(254)
一、证明妨害之内涵	(254)
二、关于证明妨害之立法例	(255)
三、我国现行民诉法关于证明妨害之态度	(256)
第二节 证明妨害制度之历史沿革	(257)
一、法源	(257)
二、德国普通法时期	(259)
三、帝国法院（RG）时期	(262)
四、联邦法院（BGH）时期	(268)
第三节 证明妨害制度之正当性基础	(270)
一、损害赔偿义务说	(271)
二、期待可能性说	(272)
三、经验法则说	(273)
四、诉讼协力义务违反说	(274)

五、诚信原则违反说	(275)
第四节 证明妨害之构成要件	(277)
一、妨害人违反证据方法提出义务	(277)
二、妨害人于妨害行为具有可归责性	(280)
三、妨害证明之行为与证明不可能的状态之间 存在因果关系	(284)
第五节 违反不为证明妨害义务之法律效果	(285)
 结语	(292)
 附论 关于证据协力义务规范的立法建议条文	(294)
 参考文献	(297)

引 言

在我国的民事审判实务中，自 20 世纪 80 年代末开始即一直在为厉行推进以落实当事人举证责任为核心的当事人主义争讼处理方式而作不懈的努力，最高人民法院于不同时期先后出台的用以指导民事审判方式运作的各种司法解释以及各级地方法院自行其是地尝试进行的“五花八门”式的审判方式改革无疑为此种努力作了最好的注脚。然而一个不争的事实是，二三十年过去了，人们所期待的当事人主义的民事诉讼运作方式在我国并未真正构建起来，从某种意义上讲，离当初预设之目标甚至可以说是渐行渐远。值得我们深刻检视的个中原因固然很多，但依笔者之见其中根本的症结在于，我国现行民诉立法并未为双方当事人拥有平等的攻击防御手段提供制度性保障，这突出地表现为现行法关于证据协力义务之规范存在结构性缺失进而导致举证人缺乏充足的证据收集手段或举证能力。在此背景下，强调当事人举证责任之落实，强调证明责任规范在事实真伪不明状态下所具有之事实认定机能，只能进一步加剧当事人之间的攻防失衡，遑论裁判之实质真实与公平、适正。

毋庸讳言，作为不负举证责任之当事人及当事人以外之第三人协助法院进行证据调查（客观效果上讲，其亦乃协助举证人收集证据）所尽之义务，也即证据调查协力义务，在我国现行法上并非完全没有建立。根据民诉法第 64 条“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民

法院应当调查收集”及第 65 条“人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝”之规定可以推认，我国现行民诉法已经一般性地昭示了当事人及第三人负有书证及物证提交之证据调查协力义务。与此同时，民诉法第 70 条“凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证”及第 72 条第 3 款“鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名或者盖章。鉴定人鉴定的，应当由鉴定人所在单位加盖印章，证明鉴定人身份”之规定亦应被认为是证人义务与鉴定义务之宣示性规范。此外，现行法虽然并未直接明定当事人负有陈述义务，但由于民诉法第 63 条将当事人的陈述列入法定证据之一种，更由于民诉法第 100 条规定人民法院可以拘传必须到庭的被告到庭，故在解释上应差可认为当事人负有陈述义务。据此我们不妨认为，证据调查协力义务规范已基本在行为层面上为我国现行民诉法所肯认。

现行民诉法虽已直接或间接地宣示了不负举证责任之当事人或第三人应负证据调查协力义务，但其并未完全就每种证据协力义务之违反受罚之制裁作出相应的规定，从而使得证据调查协力义务在我国基本上沦为不具有约束力的道德性义务，现行民诉法关于证据调查协力义务之规范亦因构造性地缺乏效果规范而徒具训示意义。在现行法中，可被解释成违反证据协力义务者应受制裁之规范仅民诉法第 100 条、第 102 条、第 103 条等三项规范。其中，民诉法第 100 条“人民法院对必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传”之规定基本上可以理解为被告违背出庭义务时所受之制裁规范。但分析该项条文可知，拘传这一强制措施仅适用于“必须到庭的被告”，其不仅不适用于此类被告以外的其他被告无正当理由不到庭的情形，于原告违反出庭义务时亦无适用之余地，在范围上显然失之偏狭。依据民诉法第 71 条第 2 款“当事人拒绝陈述的，不影响人民法院

根据证据认定案件事实”之规定，可以推认，当事人虽负陈述义务，但其也仅为道德性义务。当事人即便不作陈述，亦不遭受任何制裁。依据民事诉讼法第102条“诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留……（一）伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；……人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留”及民事诉讼法第103条“有义务协助调查、执行的单位有下列行为之一的，人民法院除责令其履行协助义务外，并可以予以罚款：（一）有关单位拒绝或者妨碍人民法院调查取证的；……人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款；对仍不履行协助义务的，可以予以拘留；并可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议”这两项规范之内容可知，现行法乃将不协助法院调查取证之违反证据协力义务的行为与毁灭证据之证明妨害行为当作妨害民事诉讼的行为予以处理，由此虽不能否认其具有证据协力义务效果规范之性质，但我们也应承认，第103条所规定的制裁措施似仅为部分呼应民事诉讼法第65条第1款而设，其仅适用于单位作为第三人拒绝提出物证、书证之情形，而不适用于个人作为第三人拒绝提出物证、书证这一违反证据调查协力义务的行为。

最高人民法院虽然在相关司法解释中，如2001年发布的《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第75条、《关于民事经济审判方式改革的若干规定》第30条等皆规定持有证据之当事人无正当理由拒不提供证据将遭受对方当事人关于该证据之主张被推定成立之不利利益，从而在一定程度上弥补了民诉立法关于当事人证据调查协力义务之缺失，但由于其在适用范围及适用条件上皆不确定，故该两项司法解释尚不足以弥补现行立法关于证据调查协力义务之构造性缺失。现行法上的证

据调查协力义务规范之道德化特质使得在我国民事诉讼中，证据调查协力义务之履行基本上乃由义务人依道德自律去实现。但显而易见的是，让不负举证责任之当事人及第三人甘愿承担精神及经济上的不利益去自觉履行证据调查协力义务，似乎无异于痴人说梦。如此一来，我们便不难理解，在民事审判实践中，证人不出庭作证，不负举证责任的当事人或第三人隐匿、拒绝提出证据等证据调查协力义务之违反行为为何会经常发生。可以预见的是，证据调查协力义务制裁性规范之缺失若于立法上不能得到补正，上述现象即难以得到根本性的改观。因为任何一项实定法义务之履行，若欠缺制裁手段作为保障，均难期待其有良好之效果。此外，从现行民诉法已有的关于证据调查协力义务之规范来看，无论是证人义务、鉴定义务还是文书提出义务、勘验协力义务，其均为绝对性的一般义务。《证据规定》第17条第2款甚至规定涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料，人民法院亦可基于当事人的申请而予以调查收集。不言而喻，此种制度安排更是加剧了证据调查协力义务不履行现象之发生。因为让证据调查协力义务人以牺牲自己的秘匿利益及其他正当利益为代价去履行证据调查协力义务显然有悖人之常情。^①一言以蔽之，证据调查协力义务规范在现行立法上的结构性缺失不仅直接影响到民事审判实践中法院对裁判资料的有效利用且进而损及裁判之实质真实，同时也阻却了当事人武器平等原则之真正贯彻，从而障碍着当事人主义之民事诉讼运作方式之建立。在此背景下，如何借鉴

① 我国现行法所定之证据协力义务从范围上讲几无限制，证据所载内容即便涉及持有人之营业秘密、职业秘密、个人隐私等秘匿利益，证据持有人亦负提出义务。此显乃片面追求真实发现所作之设计，殊失允当。从德国、日本等大陆法系国家证据立法的动向来看，真实发现之促进与对秘匿利益、意思形成自由利益等与真实发现相对抗的利益之保护乃是力求均衡。参见〔日〕山本和彦：《证据法の新たな动向》，载《ジュリスト》第1317期（2006年8月）。

域外较为成熟之立法例以改造我国现行立法关于证据调查协力义务之规范,理应成为学者重点关注之课题。^①本书之写作即是基于此一考量。^②

① 就目前国内学界而言,尚无学者对证据协力义务进行系统研究。即使作为证据法之基本术语,证据调查协力义务亦未见诸证据法教科书甚至学术论文。目前学界关于各种具体证据方法之协力义务的研究也很滞后,仅在关于证据法的教科书以及关于当事人陈述的若干论文中简单提及证人义务、鉴定义务、当事人陈述义务。就目前所掌握的资料来看,关于当事人陈述的论文主要有:陈文曲:《民事诉讼当事人陈述独立证据价值之否定》,载《学海》2000年第5期;齐树洁、王晖晖:《当事人陈述制度若干问题新探》,载《河南省政法管理干部学院学报》2002年第2期;王福华:《当事人陈述的制度化处理》,载《当代法学》2004年第2期;毕玉谦:《试论当事人的陈述作为证据方式及对现行法的修改》,载《法律适用》2006年第1—2期;王亚新、陈杭平:《论作为证据的当事人陈述》,载《政法论坛》2006年第6期;陈文曲:《当事人陈述证据价值之思考——以〈最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定〉为视角》,载《中南大学学报(社会科学版)》2007年第4期。关于文书提出义务(包含勘验协力义务)之研究更是少有关注。以文书提出义务及与其相关的证明妨害为题的主要论文有:熊跃敏:《日本民事诉讼的文书提出命令制度及其对我国的启示》,载《诉讼法论丛》第7卷,法律出版社2002年版;张卫平:《证明妨害及对策探讨》,载《证据学论坛》第7卷,中国检察出版社2004年版;汤唯建、许尚豪:《建立举证妨碍制度,完善证据立法》,载《证据学论坛》第8卷,中国检察出版社2004年版;黎蜀宁:《文书提出义务比较研究》,载田平安主编:《比较民事诉讼法论丛》2005年第1卷;李芳:《论我国民事诉讼中的证明妨碍》,载《甘肃政法成人教育学院学报》2006年第1期;奚玮、余茂玉:《论民事诉讼中的证明妨碍》,载《河北法学》2007年第5期。就已有的研究成果来看,文献上多半引用我国台湾地区学者关于相关问题所作之分析以及德国、日本最近修法之前的民事诉讼法条文,立论基础实属可疑。

② 我国民诉立法素承大陆法系传统,证据法之基本构造更多地接近于德国、日本及我国台湾地区之立法例,而与英美法系之立法例迥异。鉴于本书之写作目的,本书主要以前者为分析对象。

第一章 证据协力义务之基础理论

第一节 证据协力义务之内涵及意义

一、证据协力义务之内涵

民事诉讼乃以解决当事人之间的私权争执为其目的，为达此目的，受诉法院必须正确地判断当事人之间私法上的权利义务关系是否存在。不过，从某种意义上讲，私法上的权利义务仅仅在观念上存在，并不能由法官直接感知。因此，受诉法院欲正确裁判当事人之间私法上的权利义务，必须准确认定引起该权利义务发生、障碍、消灭的法律要件事实。^①

① 参见〔日〕小島武司：《要論民事訴訟法》，中央大學出版部1977年版，第188頁。在民事實體法中，權利體系通常是以若一定的事實關係存在，則一定的法律上意義的效果即會發生的形式構成的。前者稱為法律要件或者構成要件，後者稱為法律效果。法律效果有權利的發生、障礙以及消滅等形態。法律效果能否被肯認，取決於符合其發生要件的具体事實是否存在。所謂要件事實，即符合促使特定法律效果發生的必要的實體法上要件之具体事實。要件事實與主要事實具有同一內涵。（在與間接事實相區別的場合使用主要事實，德國、日本關於主要事實與間接事實區別的學說、判例詳見〔日〕小林秀之：《民事訴訟における訴訟資料・證據資料の收集——主要事實・間接事實の區別と文書提出命令・證據保全を中心として》（一）、（二），載《法學協會雜誌》（第97卷）1980年第5、7期；〔日〕松本博之：《民事自白法》，弘文堂1994年版，第72—79頁）在民事訴訟中，法院必須判斷作為訴訟標的實體法上的權利在事實審的言詞辯論終結時是否存在並在此基礎上作出判決。根據法院判斷之次序，要件事實更可細分為請求原因、抗辯與再抗辯。所謂請求原因，乃指符合作為訴訟標的即實體法權利的發生要件之具体事實。抗辯乃指與請求原因不同並且與請求原因兩立的能夠排斥基於請求原因所發生的法律效果的具体事實。同樣，再抗辯乃指與抗辯不同且與抗辯兩立的

在采行辩论主义之运作方式的民事诉讼领域,^①除当事人之间

能够排斥抗辩所发生的法律效果的具体事实。当然,在有些案件中,可能存在再抗辩、再再抗辩等要件事实,彼此之间的关系可以比照抗辩与再抗辩之间的关系来认定。参见骆永家:《民事法研究》(Ⅱ),台湾商务印书馆1990年版,第13页;[日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第77页;[日]住吉博、樱井孝一:《民事诉讼法》,日本评论社1985年版,第178页;[日]伊藤滋夫、难波孝一:《要件事实的基础理论》,青林书院2005年版,第565页。

① 在民事诉讼中,当事人之间通常以能够任意处分的私法上的权利或法律关系(财产关系)为争讼对象,此等事件中,当事人间的系争利益具有私益性,裁判上的争讼处理结果仅在双方当事人之间产生拘束力,故以采辩论主义之争讼处理方式为宜。辩论主义强调当事人自主形成争讼内容(裁判资料),因而作为裁判基础的事实与证据的收集、提出均属于当事人双方的责任。辩论主义之基本内涵包括三个方面:其一,当事人之间有争执的主要事实必须经过当事人的主张,法院才能将其作为裁判的基础;其二,法院对于当事人之间未生争执的事实必须直接将其采为裁判的基础,不允许为确信其是否真实而行证据调查并作出与其相反的事实认定;其三,对于当事人之间有争执的事实(即要证事实,至于其是主要事实还是间接事实则在所不问)之认定,原则上须以当事人提出的证据为基础。不过,在民事诉讼中,仍有一些事件(身份关系事件)属于私人不能自由处分的与公益有关之事项,法院所作之本案判决不仅对当事人双方有拘束力,亦扩张至对第三人有效(对世效)。在这些事件中,若仍仅允许当事人双方为事实、证据的适格收集者,则无论是基于事件公益性之考虑还是基于对虽未参加到诉讼程序中来却受判决拘束的案外人的程序保障之考虑,均不妥适。故此种场合,除仍承认当事人双方有提供事实、证据的权限外,尚认法院自身亦具有收集事实、证据的权限及责任,后者即为职权探知主义。职权探知主义之基本内涵与辩论主义截然相左,表现为:法院裁判之基础不以当事人主张的主要事实为限;法院对于当事人间未争执的事实须在进行证据调查且确信其为真实后才能作为裁判之基础,法院能依职权调查收集必要的证据。参见骆永家:《辩论主义与处分权主义》,载《台大法学论丛》1972年第2期;[日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚、林剑锋、郭美松译,法律出版社2001年版,第174—180页;[日]小山昇:《民事诉讼法》,青林书院1979年版,第256—264页。不难看出,相比于辩论主义之争讼处理方式,职权探知主义更加强调查发现真实之机能,当事人自主形成争讼内容这一机能则退居第二位。正是由于两者之间的这种差异,在证据调查协力义务领域,以辩论主义为基石并为各国或地区民法所肯认的证明妨害法理在职权探知主义诉讼中即无适用之余地(法院基于证明妨害拟制要证事实为真实并非基于证据调查之结果所作之事实认定,由于当事人实施证明妨害行为具有不同的原因,因而,有些情形下基于证明妨碍而由法院拟制为真实的要证事实也许并非真实)。本书除特别场合所作之注明外,关于证据调查协力义务之研究乃以采辩论主义之诉讼为分析框架。

不争执的事实、公知的事实、法院职务上应当知晓的事实外，受诉法院认定案件事实通常须以当事人所提供的证据为基础。当事人欲使其主张的于己有利的事实能得到法院的认定，便应积极地向法院提供证据并要求法院进行证据调查。作为证据调查对象的证据方法若为负举证责任的当事人本人及其所支配的文书或物证时，因该当事人可以主动申请受诉法院对其本人进行当事人讯问或将其所持有的文书或物证提交给受诉法院进行调查，这一证据调查途径相对而言简单且不存在障碍。相反，作为证据调查对象的证据方法若为不负举证责任之当事人、当事人以外之第三人或者其所支配的文书或物证时，则必须经由对方当事人或第三人之协力，受诉法院才能进行有效的证据调查。民诉理论上即将不负举证责任之当事人以及当事人以外的第三人协助受诉法院进行证据调查之义务总称为证据调查协力义务，简称证据协力义务。^①

笔者认为，欲正确理解证据协力义务之内涵，应把握以下三个方面的内容。

其一，证据协力义务主体乃不负举证责任之当事人以及当事人以外之第三人，举证人则一概不是证据协力义务主体。举证人为了使法院能确信其所主张的要证事实为真实，固然应向法院提供其持有的证据，但是否为此行为则取决于自己之意愿，并不能由法院强制为之。法院在举证人不提供其所支配的证据之情形下，仅可依证明责任规范作出对举证人不利之事实认定，并不能命举证人提供该证据以为证据调查之用。因此，举证人向法院提供证据仅为履行自己责任之行为，并非其应负之义务。

其二，证据协力义务以协助法院进行证据调查为其内容，证据调查之程序不同，证据协力义务之履行方式亦有所差异。对持

^① 参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》（第3版补正版），弘文堂2005年版，第565页。