

民事诉讼法学译丛

诉讼制度改革 的法理与实证

田平安 / 主编

【日】小岛武司 / 著

陈刚 郭美松 林剑峰 汪三毛 朱珊珊 / 译

黄芳 / 翻译协作

陈刚 黄芳 / 校译

法律出版社

总 序

《民事诉讼法学译丛》

《民事诉讼法学译丛》在同行们的企盼下终于问世了。

众所周知，长期形成的“重刑轻民”、“重实体、轻程序”、“重刑事诉讼，轻民事诉讼”的陋习，加之其他主客观原因，以致我国民事诉讼法学没有得到应有的发展。即使在拨乱反正之后，民事诉讼法学也是法学百花苑中一枝稚嫩的小花。对历史资料没有进行系统地梳理，对国外文献缺乏系统地介绍。虽然20世纪70年代后期，法学高等教育恢复之后，作为民事诉讼法学研究力量比较强的西南政法大学，也曾译介过一些前苏联和东欧社会主义国家的民事诉讼法学研究成果，翻译了一些西方国家的民事诉讼法学文献，但这些成果多采用内部发行方式，在一定程度上影响了其合理使用和效能的充分发挥。

进入九十年代之后，尤其是随着中国社会法制化进程的不断深入发展，民事诉讼法学理论的滞后性已开始在一定程度上影响了建立和完善社会主义市场经济体制下的民事诉讼体制及民事审判改革的客观需要。为了适应社会转型及社会进步与发展的需要，与学术界共同振兴民事诉讼法学事业，我于1996年下半年联

系了一部分热心于比较民事诉讼法学研究的同志在西南政法大学成立了《民事诉讼法学译丛》编委会，开始了有组织、有计划地译介外国民事诉讼法学的工作。同时，编委会还为《民事诉讼法学译丛》规定了宗旨，即翻译出版本译丛的目的，是为了繁荣我国民事诉讼法学研究的内容，提高我国民事诉讼法学的研究水平，促进中外民事诉讼法学的交流，为理论界、司法界探讨建立与完善社会主义市场经济体制下的民事诉讼体制提供参考资料。

《民事诉讼法学译丛》在中国民事诉讼法学界是一项史无前例的学术基本建设工程，在我们的设想中，这是一项只有开始而没有结束的伟大事业。我们的翻译计划得到了国外同行的大力支持，例如德国和日本的相关学术机构和学者为我们寄来了数十种科研成果，并免费提供了翻译许可证书以及邀请翻译者去这些国家进行讲学和商谈翻译事宜。为了解决翻译出版过程中出现的涉外事宜，如交涉版权、受领原著、翻译信息交流等，扩大选题范围和所选项目的权威性，以及加强与国外同行们的交流与合作，本人自任所长于1998年12月在西南政法大学成立了中国第一个比较民事诉讼法学研究所。该研究所的宗旨是以繁荣中国民事诉讼法学为己任，促进中外民事诉讼法学的交流，服务于社会主义法治建设的需要。《民事诉讼法学译丛》为本所推出的首批成果。

本译丛的选题范围主要分为四大类：一是经典名著，其中包括影响近现代国外民事诉讼法学发展的专著、论文选集；二是立法文献，其中包括外国民事诉讼法典以及立法资料；三是有价值的国际性学术会议的资料；四是具有学术代表性、权威性的教材、讲义等。从一定意义上说，只要是有利于促进我国民事诉讼法学事业发展的作品，都属于《民事诉讼法学译丛》的选题范围。选题工作由编委会负责，采取编委会指定和个人申报加编委会确定的方式。个人申报包括翻译者申报和作者申报，前者是指翻译者向编委会申请翻译出版外国民事诉讼法学的作品；后者是指原著作者向编委

会申请汉译出版自己的作品。我们热忱欢迎海内外的学者参与翻译工作，以及向我们提供优秀的作品，或对我们的翻译事业提供有益的帮助。

在目前的条件下，出版《民事诉讼法学译丛》是一件异常辛苦，费时费力的事情。由于翻译作品缺乏市场价值，译者经常因出版困难而面临劳而无获的尴尬。也许正因为如此，我们更能感受到参与《民事诉讼法学译丛》的学者们的学术奉献精神。这些翻译和参与翻译工作的人员，有不少在国外深造多年，具有较为扎实的专业外语功底和翻译国外法学文献的经验，凭着一腔尽心竭力于繁荣中国比较民事诉讼法学的赤忱完成译介工作。我们应当感谢他们。此外，还应当感谢法律出版社及其总编和具体办事人员，尤其是茅院生同志，如果没有他们的支持，丛书是难以问世的。

钱钟书先生曾经说过：翻译是“媒”，它在文化交流中起着居间者和联络员的作用（见《钱钟书散文》，浙江文艺出版社，1997年7月版，第272页。）。我们希望通过《民事诉讼法学译丛》架起中外民事诉讼法学交流的桥梁，起到抛砖引玉的作用，同时为使译作能够日臻完善，敬祈同行们不吝赐予斧正。

西南政法大学校长 法学教授 博士生导师

田平安

1999年9月1日于歌乐山下书斋

译 序

中 文 版

本书由小岛武司教授的代表作《诉讼制度改革理论》和近年来学术活动中最具影响的若干篇论文组成。《诉讼制度改革理论》一书也是小岛武司教授在司法政策学研究方面的代表作，为了更加贴切该书的本意，译者将其译作《诉讼制度改革理论与实证》。原书由“诉讼制度改革的主体”（本书第一章）、“集合化救济的法理”（本书第二章）、“简易化救济的法理”（本书第三章）、“迅速化救济的法理”（本书第四章）四个部分组成，中文版出版时增加了“ADR的法理与实践”（本书第六章）、“现代型诉讼的意义”（本书第五章）和“诉讼法的法系意义再研究”（本书第七章）。尽管《诉讼制度改革理论》一书（本书前四章）形成于四分之一世纪之前，但所涉内容却丝毫不落后于时代的发展步伐，其中许多见解对解决中国社会的现实问题仍具有借鉴意义。

本书前四章由我和西南政法大学法律日语专职翻译郭美松先生（日本语言文学专业学士，法学硕士研究生课程毕业），以及本校民事诉讼法专业硕士研究生林剑锋同学（日本语言文学专业学士）担任；第五章由本校民事诉讼法专业硕士研究生朱珊珊同学根据

英文版译出；第六章的翻译由我担任；第七章的翻译由毕业于本校的法学硕士汪三毛先生担任。全书由我进行了专业校译工作；黄芳女士担任了语言方面的校译工作。由于小岛武司教授是比较法学领域的大家，行文不同于普通的日语表达方式，且带有浓厚的文学色彩，这些特点都为本书的汉译工作增加了较大的困难。为了更好地表达原文的含义，特别邀请了四川外国语学院专门研究日本文学的老师黄芳女士进行了汉译指导和协助，在此，我谨代表译者向她为本书所尽的有益帮助表示衷心的感谢。

另外，对于本书各位译者包括翻译协作者在无任何经济性报酬的前提下所表现出的学术奉献精神，我以“民事诉讼法学译丛”执行主编的名义，向他们再次表示诚挚的谢意！

对于本书在汉译方面所表现出来的不足和错误，我代表译者深表歉意，并希望得到利用者的体谅和指正。

陈 刚

2000年11月26日

写于重庆西南政法大学

《民事诉讼法学译丛》编辑委员会

主任：田平安

委员：（以姓氏笔划为序）

孙长永 刘俊 李浩

吴越 林刚 张玉敏

陈刚 陈彬 常怡

程燎原 谭兵

总策划：陈刚 茅院生

执行主编：陈刚

丛书编辑：茅院生

本书的翻译和出版得到了日本国中央大学日本比较法研究所的大力协助，特此铭记，以表谢意。

目 录

第一章	诉讼制度改革主体	(1)
第二章	集合化利益救济的法理	(40)
第三章	简易化救济的法理	(100)
第四章	迅速化救济的法理	(142)
第五章	现代型诉讼的意义和特质	(168)
第六章	ADR的法理与实践	(178)
第七章	诉讼法的法系意义再研究	(199)
附录：	小岛武司先生简介	(250)

第一章 诉讼制度改革的主体

一、正义机制与市民作用

（一）权利的创造与权利者的活动

尽管在实体法中规定了各种各样的权利，而仅据法典的记载，权利仅仅是简单的约束，若缺少主体的努力，权利只能成为空虚的东西。正如阿道鲁夫·耶林先生的《为权利而斗争》里所论述的那样，权利如果缺乏争取的活动，就不会有实效性权利的存在，只有通过权利者不断的斗争，才能确保法的支配和人格尊重得以实现。

在争取权利之际，语言可以泛起真的影响，但人们常常误认为这种斗争离我们的日常生活太远。但是这样的斗争活动必须在各个领域展开，可以说它是我们日常生活中不可少的事情。人们每天都在强烈主张权利，但权利不会自然地受到尊重，必须依据法律来维护。如果缺乏这样的斗争意识，期待法律来维护是不可能的。

由阿道鲁夫·耶林著，日冲宪郎译，《为权利而斗争》，岩波书店，1962年出版。

Arwed Blomeyer, Zivildroussrecht 2(1963, Springer—verlag).

当权利的主张赋予实际行动时，义务者就得考虑如何尊重权利。为了实现这种目的，审判作为最强硬的手段必须更广泛地利用。审判不是置于特殊空间下而进行的活动，它是我们日常生活的延伸，它必须具有与此相符的合理性。

审判的日常化尽管迎来了“审判的季节”，但如果仅仅是简单的期待，言语也只能带来空洞的反响。通过审判来恢复日常的合理性不是一件简单的事情，为达到此目的必须依靠立法者、行政官、市民的不断努力。

权利的保护，不能缺少适当的程序。程序的难易除决定着权利的实现与否外，同时也决定着本身的内容。条文中所写的权利，通过程序中法主体的活动，内容是经常变化的，因而使权利不得不具有浮动的性格。

说到现在，即使是非常清楚的事实，而在当今社会要排除认清事实的成见是非常艰难的，因此，我们必须对以下虚妄的观念加以认真的分析。

第一种观点是形而上学式动物学 法律观。权利是观念上的存在，尽管可以依据无可争论的存在之判断来获取实效性，但是在我们的社会里，很多人都错认为权利本身会自然而然地发生。这种观点是把权利看成是观念上的“动物”，它的作用理所当然地被接受，然而如果轻视权利实现的程序，就会将创造的权利搁置一边。像这样朴实的权利论，将成为实现权利过程中很大的障碍。

另一种观点是正义必胜的信念。人们明白为实现权利必须付出努力，从这一点看，可以说正确地把握了权利本质，认为来自外部的“机械之神”会为权利者助一臂之力，而轻视了审判中所存在

小岛武司《民事诉讼的新课题》，法学书院，1975出版第1页。

皮埃罗·卡拉曼多力先生著，小岛武司、森征一译，《诉讼与民主主义》，中央大学出版部，1976年出版第40页。

的危险，容易忽略应付审判的技巧和必要的准备。但是，当我们期待法官超越诉讼程序中的有限资料时，便很难保障 审判的公正。审判是法官合理、大量处理案件的目标，但若仅仅期待具有特异能力的法官，往往容易损害司法公正。

历史显示了正确的选择。人们一贯认为，其正义必胜是把正义优先放在首位。皮埃罗·卡拉曼多力先生在《诉讼与民主主义》一书中介绍的鳄鱼审判给予了我们重要的启示。“在非洲某湖畔一群未开放的种族，他们有解决纠纷最简单的程序（方法），即将发生纠纷的两个当事人分别绑在离水边同等距离的木桩上，然后等待判决产生。过一会儿，‘法官’便出现在水波之中，那是一条受过训练的老鳄鱼。老鳄鱼在观察情形之后，便慢慢地向一方爬去，被鳄鱼咬住的一方败诉。”这种审判可以说是公正的，事实上一半左右的结果都是正确的。但在现代社会里，则不采用这样保障公正的手段，而是通过一定的程序来确保公平，因为法官的直观给予正义的救济毕竟是有限的。因此判决的结果受当事人活动的影响。正义必胜的信念加上审判的本质局限，从技术的界限来看不能不说它缺乏根据。

（二）审判程序改革的必要性

民事审判必须符合正当程序的要求。为充分保障当事人双方攻防机会而设立严密程序，司法制度也必须具备与尊重人格和民主主义理念相符的程序制度。伴随程序的彻底保障，诉讼程序对进行诉讼活动的当事人来说深感压力重重。审判中，必须贯彻正当和公平的原则，同时也应具有迅速、经济的特点，由此，我们深深地意识到制定接近市民程序的迫切性。到现在为止，审判程序难以满足普通人们的需要，在通往法的正义道路上，很多市民被程序

的障碍所排斥。 正义的偏差给人们带来了憎恶和绝望，从而导致人们对民主主义的不信赖。

因此，为了使审判程序成为市民最需要、最可靠的东西，我们断然进行改革是非常必要的。由于法院解决法律上纠纷的种类趋于多样化，走上法庭的人也是各种各样的，为了适应现实的需要，审判程序也不得不走上多样化的道路。如果正确地把握纠纷的实态，便意味着迈出了程序多样化的第一步。

1. 小额审判方式

审判制度必须平等地面向所有人，通向审判的平等捷径是我们今后坚持不懈追求的目标。审判是我们日常生活的延伸，如果欠缺经济上的合理性，它就丧失了实践上的重要性。现实生活中的小额经济纠纷，市民很少走上法庭，以至于几乎忘记了法庭的存在。这件事情关系重大，因为经济价值小并不意味着权利者的重要性低。小额债权，其价值与权利主体是相对的，与富人及大型企业的巨额债权相比，普通市民的小额债权更为重要。从这一点来看，小额债权不但是审判中不能忽略的部分，而且是需要特别考虑的课题。

那么，我们对小额债权该进行如何的特别考虑呢？ 小额经济纠纷，如果找律师提供法律服务，恐怕多的钱都会花出去，因此制定可以“本人诉讼”的简易程序是非常必要的。作为程序的简化，首先是使人们容易提起诉讼，法院的工作人员可以进行口头受理，在口头辩论方面，排除技术形式，行使灵活的解释，为了使证据调查迅速且确保公正，可进行集中审理。如果律师参与，集中审理就难以进行，而开展本人诉讼原则，即使在晚上也可开庭审理，从

Mauro Gappelli, *Gycesizia e società* 236(1972, Edizioni de comunità).

小島武司《小額審判制度之課題（一）》，新報79卷3号第2页。

竹内昭夫《保护消费者》，登载于《现代经济构造与法》，筑摩书房，1975年。

而也就不会出现妨碍集中审理的情况。

在实现程序简易化的同时，还要注意小额审判中当事人的特殊性。小额请求的原告资格只应局限于一般市民。如果小额请求的被告是一般市民，就必须考虑其他对策。因此，小额裁判所（法院）应该是为市民服务的裁判所，因而法庭上应充满浓厚的人情味。小额裁判所首先应着眼于事件的小额性，在力求程序简化的同时，进行与当事人相应的、且带有人情味的审判活动，也就是说这些事件主要是市民零散的日常债权，它具有金额小、数量多的特点，为了实现这些权利，我们必须引进集团诉讼制度。

2. 引进集团诉讼

小额请求权大量发生时，即使是请求众多债权中的一部分，其被告因担心后续诉讼一般都会断然应诉。简易处理为宗旨的小额审判方式经常被诉讼复杂性所困扰，可以说是颇受挫折。因此，我们构思出将众多小额债权集中审理的集团诉讼方式。依据这个构想，原告方可以一举实现众多的小额债权，从而达到节省费用开支的目的。即使是复杂诉讼，从整体过程来看，也能实现诉讼活动的经济合理性。集团诉讼中小额审判的特点已经明确，即在对象方面，它具有众多性；在程序方面，它具有复杂性。原告为诉讼活动的实施，所发挥的作用等同于开拓者和司法长官的作用，这 and 把普通市民作为利用对象的小额审判相比，具有显著的区别。如果把小额审判比喻成“羊”的程序，那么集团诉讼就应该是庇护羊的“狮子”的程序。

集团诉讼，是众多权利者中的一部分人为了全体人的利益而提起的诉讼。代表当事人如果胜诉，那么全体人都沾光；如果败

小岛武司《提倡设置小额请求部》，判时686号第11页。

田中英夫·竹内昭夫《法的实现中个人的作用》，法协89卷3号第262页。竹内昭夫《消费者、投资者的保护与集团诉讼》，法学期刊525号。

诉，全体人都应接受败诉判决的既判力，从而丧失后诉的权利。因此，通过代表者的诉讼，可以一举救济具有共通争点的众多权利者的权利。像这样，可能实现一举救济的技术（巧）中包含着代表当事人的自发性起诉和对其他权利者的通知。代表原告可以不用等待其他权利者的授权，就可以提起诉讼，全体人员接受既判力。接到通知后，是从集团诉讼中脱离、还是积极地参与到诉讼中去，必须给予其他权利者一个是否将自己的命运委托于代表原告的选择机会。为了谋求一次性救济，在承认代表当事人拥有提起诉讼权利的同时，为了实质性地保障其他权利者接受审判的机会，在考察代表原告诉讼适格性的同时，以通知的形式给予其他权利者意志决定的机会，这是集团诉讼最核心的事项。许可这样的诉讼方式必须限定在有高度必要性的场合，即根据通常方法，实现权利非常困难的情况。

但是，在实际的集团诉讼中，重要的事项是通知的方法。通知是在诉讼尚未确定胜败时进行的，通知所需的费用对代表当事人来说，是压力最大的一件事。如果集团诉讼的成员多，所需费用就多，因此，通知的费用经常危及集团诉讼的进行。为了发挥集团诉讼的效用，必须考虑减轻费用的方法。我认为最好的办法是用新闻、广告等来代替个别的通知。这就有利地维护了接受通知的集团成员的权利、集团诉讼的社会效用及平衡关系。

（三）行政援助

通过审判而获得的权利保护是对当事人施加强制力而谋求权利实现的强行保护，因此法的重要性不言而喻。但是，审判适用于所有纠纷的解决，这种说法似乎有点夸大其词。现实生活中，和解、调解、仲裁等解决纠纷的手段发挥着重要的作用，而审判可以说是例外的情况。

审判救济的例外性对审判制度来说是必然的。的确，审判程序有必要进行改革，审判制度改革可以说是当今社会的当务之急。

但是，即使把程序简化，甚至将救济办法全部编写出来，想依靠审判直接救济所有的事件，从现实来看，几乎是不可能的。

因此，从权利保护的观点来看，新型的行政活动倍受注目。为了挑战“法统治的确立”这一困难课题，当我们在考虑应该实行多元化“正义体制”时，行政方面所从事的新活动更应倍受关注。

基于这种观点，下面我们列举两种促进权利保护的行政活动，且对它们加以分析。

1. 行政监察活动

行政监察制度是诞生于瑞典等北欧各国的一种行政管制及行政救济方式，近年来，这种制度正在迅速地普及。从20世纪60年代后期到70年代，这种制度相继被许多国家采用，因此，有人认为它将在全球普及。

行政监察员的任务是接受市民的诉怨或根据自己的职权纠正行政违法行为。为了促进行政监察活动的发展，不需要正式的文书，信函、电话均可，市民不花任何费用。行政监察首先是调查问题，根据调查的结果，给予行政担当者比较恰当的建议。依据事实讲道理，加以说服，从而达到解决行政诉怨（投诉）之目的。一般说来建议没有强制力，最多不过张榜公布来施加压力。

首先应该明确行政机关与市民之间不存在根本利害冲突，行政监察制度是依据讲道理、说服来解决问题，因此，程序上是非正规的。行政监察活动具有明显的“保护性”。也就是说，这种制度的背后含有“保护哲学”，至少在行政诉怨方面，在解决问题的

《共同诉讼理论》，民诉杂志23号。

小岛武司·外间宽《就行政机关等行政诉怨处理制度的调查研究——以行政监督制度为中心》，行政管理厅，1976年。

园部逸夫的《行政监督制度》一文登载于《行政救济的诸问题》，日本评论，1970年。

小岛武司《行政监督的构造与哲学》，法学期刊623号。

过程中，国家应积极地负起责任。

行政监察制度的构想由于具有实用性，所以在消费者保护方面也开始被采用。虽然瑞典等国的消费者行政监察在法的地位上尚存在暧昧的一面，但是作为一种新的处理民事纠纷的手段，其今后的发展倍受注目。这种行政监督制度的构想，最近在各个领域中不断增加，给依据行政解决纠纷的援助制度提供了恰当的根据，值得我们认真研究。比如，消费者中心解决投诉的调解活动；公害纠纷处理委员会从事的同类活动；建筑纠纷调解官给予纠纷解决的协作等都取得了很大发展。这种趋势显示了政府对公害、消费者保护的极大关心。对构想新的纠纷解决制度来说，起到了不可忽视的推进作用。

2. 诉讼援助

对权利保护活动来说，最大的障碍就是费用。为了消除这个障碍，国家设立了“诉讼救助”和“法律援助”制度。它制定的理论基础是正当程序和法的平等，无经济能力人参加审判的权利不能被剥夺。不能因为无能力负担审判费用，而被拒之于法院大门之外，所以可实行延期支付审判费用制度；不能因为负担不起律师的报酬，而使之放弃权利的实现，所以，可以采取垫支律师费用的措施。诉讼救助和法律扶助制度是为无经济能力人而制定的。

最近，神户市各地方公共团体率先将“诉讼援助”制度条例化，并用于消费者权利保护方面。这种制度与诉讼救助和法律扶助有所不同，无经济能力并不是必需品，从而为一般市民开辟了利用之路。当然它也并不是无限制的援助，而是规定了一些新的必要

小岛武司·外间宽《就行政机关在行政诉怨处理制度的调查研究——以行政监督制度为中心》，第280页。

小岛武司《法律援助的基本问题》上册，民商69卷2号第212页。

内田武吉《诉讼上的救助》，实务民诉讲座2，日本评论社，1969年。

条件，比如，受害人数多，进行诉讼活动困难等等，进而使这种制度的界限明确。目前，这种制度的理论基础虽然尚未确定，但我认为它背后的法理应该是“公益诉讼的法理”。受害人众多存在时，一部分人的起诉会波及其他权利者，它应是一种公共活动。权利主张者在力图救济自己蒙受的损害的同时，也起到了“私设司法长官”的作用。权利主张者不单是挽回自己被害的损失，也成为救济其他被害者的契机，进一步说他分担着对企业活动的社会性制约工作，也可以说它包含着消费者保护诉讼的一面。对消费者诉讼的这种公共性如果予以承认，那么权利保护活动中，行政方面给与一定的援助也是应该的。这种诉讼援助不能单限于诉讼活动的费用，依据条例，还应包括消费者活动方面的其他费用。

诉讼援助制度是在反省传统行政观念的基础上产生的一种新型制度，为了使这种理论更加彻底，行政机关进行的损失赔偿催收等直接起诉活动是强有力的手段，也应是诉讼援助制度的内容之一。目前在美国纽约市，对消费者问题当局已被授予这样的权力，这种构思作为一种法律制度在美国已经扎根下来。

人们的视线由保护强者权利逐渐转向对受现实条件制约的平凡人的权利保护，行政援助制度正是与此相应的制度，因此，它作为一个新的发展方向应给予积极的肯定。但是，它并不意味着放弃对强者的援助，而是从权利保护的角度出发，为了保障众人的权利，而构思出的一种弱者也能利用的制度。

（四）企业内部规制

权利保护活动一开始便遇到阻碍。原因在于潜在的受害者很多，并且，人们已习惯了放弃权利主张，这一切都由于加害者千方

《消费者保护条例》，生活行政信息113号。

小岛武司《消费者诉讼与诉讼援助的法理》，法学期刊614号，第48页。

竹内昭夫《保护消费者》一文登载于《现代经济构造立法》，筑摩书房，1976年。