

比较民事诉讼法

陈刚 主编

2006年卷·总第六卷

COMPARATIVE CIVIL
PROCEDURAL LAW REVIEW

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

比较民事诉讼法

陈刚著

中国政法大学出版社

中国政法大学出版社



比较民事诉讼法

陈刚 主编

2006年卷·总第六卷

COMPARATIVE CIVIL
PROCEDURAL LAW REVIEW

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



责任编辑:郭善珊

图书在版编目(CIP)数据

比较民事诉讼法. 2006 年卷·总第六卷/陈刚主编.

—北京:中国法制出版社,2007. 2

ISBN 978 - 7 - 80226 - 743 - 5

I. 比... II. 陈... III. 民事诉讼法 - 比较法学 - 世界 - 文集 IV. D915. 204 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 013655 号

比较民事诉讼法 2006 年卷·总第六卷

BIJIAO MINSHI SUSONGFA 2006NIANJUAN · ZONGDI LIUJUAN

主编/陈 刚

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2007 年 3 月第 1 版

印张/14.25 字数/282 千

2007 年 3 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 743 - 5

定价:28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66026587

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

主 编 的 话

现奉呈在各位读者面前的是《比较民事诉讼法》2006年卷。该年卷创办于1999年，至今已出版六卷。令主编欣慰的是，长期支持本年卷发展的年轻作者基本上都已成为我国民事诉讼法学研究的青年才俊，因此将本年卷称作我国青年学者发表优秀作品的集结地，似乎并不夸张。

《比较民事诉讼法》创办至今，所选作品均是不二之研究所果，其出版过程曾得到中国人民大学出版社的大力扶持，现因诸般原因，转至中国法制出版社继续出版，封面设计也做了相应变动，但品质方面仍然如故。

《比较民事诉讼法》年卷虽恳请学界同行、尊敬的读者给予一如既往的关注和厚爱。

比较民事诉讼法

2006 年卷·总第六卷

目 录

Contents

[基本理论]

比较民事诉讼法的意义

[德] 皮特·戈特瓦尔特著/杨小虎编译 3

德国司法领域中的法官造法

[德] 汉斯·普维庭著/汪振林译 24

2004 年法国民事诉讼法的新发展

金邦贵、施鹏鹏 41

美国法官独立与公正的保障及限制

——历史与现状的解说

[美] 乔瑟弗·达尔比著/王蔚编译 69

[专题研究]

苏俄无独立请求权第三人制度研究

李喜莲 89

论裁判和解制度

[日] 中村英郎著/段文波译 104

韩国民事执行保障制度之研究

陶建国 125

内国法院对国际商事仲裁的干涉

——析解英国判例的最新动向

王培彦 139

[证据专栏]

民事诉讼证明标准比较研究

黄宣/吴志伟编译 153

怀疑与内心确信

[法] 让-德尼·布勒丹著/林玲、杨永纯编译 193

[诉讼史话]

古德意志民事诉讼中的当事人行为

[德] 阿道夫·恩格曼著/陈刚、汪振林译 207

日本民事诉讼体制发展简史

段文波 225

[书评]

正义的综合体系理论

——小岛武司先生《自律型社会与正义的综合体系》读后感

康志 247

在接近正义中实现福利国家

——读《福利国家与接近正义》后

康志 263

[法典精译]

日本民事诉讼法

段文波译 277

日本民事诉讼规则

段文波译 384

基本理论

比较民事诉讼法的意义

[德] 皮特·戈特瓦尔特*

◎ 杨小虎**编译

一、比较法的一般功能与目的

在法学研究领域中，法制度比较是一种特殊的方法，由于其功能上的重要性，故而在世界范围内被普遍认为是法学中的一门独立学科。^① 没有一门学科可以仅陶醉于本国的思想和发现，在全球化的今天尤其如此。比较法不仅可以帮助人们更好地了解外国法律，而且还能够跟法律、法学的国际化，以及政治、商业、贸易乃至个人生活方式的全球化相适应。

* 皮特·戈特瓦尔特 (Peter Gottwald)，德国雷根斯堡大学法学教授。本文根据该教授 2004 年 4 月在日本立命馆大学发表的演讲“Comparative Civil Procedure”编译而成。

** 杨小虎，重庆大学外语学院讲师，法学博士研究生。

① See J.-L. Constantinesco, *Rechtsvergleichung*, Vol. I, 1971, 217 - 272; M. Martinek, *Rechtsvergleichung als akademische Disziplin in Deutschland*, *Ritsumeikan Law Rev.* 17 (2000), 79, 84.

法学并非只是解释成文法、法律原则、规则及称作准据的内国法之科学，它还应当包括对世界范围内预防和解决社会冲突的模式进行探究。放眼世界，比较法可以为我们解决内国既有的或将来可能发生的纠纷问题提供更多的启迪、更为宽阔的视野。毕竟，集天下各种法律制度下法学家们之思，要远胜于某位法学家之议也。如此看来，比较法研究是必成为一所“实录的学校”（*ecole de verité*），它不仅能够丰富“可能性解决方案之智库”（*stock of possible solutions*），而且还能为特定的时代、国家提供一套优于一地、一国之研究的最佳解决方案。一位有志于比较法研究的人，必须具备丰富的想象力和坚忍不拔的毅力，因为这是一次令人激动的学术冒险之旅^①。

虽然立法者并未说明自己的思想源自何方，以及通过何种方法形成的。但现代社会中大多数新法典的编纂和带有共同性的法律修改活动，无一不是比较法研究的成果。据此可以认为，尽管大多数法律移植在本质上并非属于学术意义上的比较法研究之结果，它或许纯属偶然，或许是为了“迎合时尚”（*dernier cri*），或许是因政治性的影响、压力而被迫所为，但它理应属于比较法研究的成果却是一件不争的事实。

有些学者主张比较法研究不适合于诉讼法领域，笔者认为并非如此。他们认为，诉讼规则是建立在其立法国之固有基础上的特定规则，即所谓的“政治法律”（*loi politiques*），因而是无法移植到其他国家和社会的。按照这种见解，适用外国诉讼模式的尝试实乃对比较法的误用，必将招致令人失望的结果。^②如果这种观点是正确的，那么民事诉讼法就成为唯一不能够适

① B. Gro feld, Kernfragen der Rechtsvergleichung, 1996, 292.

② O. Kahn-Freund, On Uses and Misuses of Comparative Law, 37 Mod. L. Rev. 1, 20 (1974) .

用比较法研究的法律部门。但是这种主张实属误识。因为自1950年以来已经先后召开了12届世界诉讼法大会。在这些会议上,学者们几乎讨论了诉讼法领域所有的基本问题、重大问题。

一般而言,比较法研究具有下述四项主要功能和目的^①。

首先,比较法研究不仅可以开阔人们的眼界,增长人们的知识,还可以在大学讲授法律时作为例证手段。通过建立分析框架,^②比较法研究可以帮助我们发现一些基本原则,从而加深对本国法的理解。有时,比较法研究还有助于我们对本国法之立场及其产生原因进行反思、辩护,进而促进其发展。

其次,比较法研究可以为现行法的解释——尤其是在本国法庭上对外国法律、国际条约或者欧洲规则的解释,以及对那些从其他国家移植来的规则的解释——提供方法。

再次,比较法研究能够为立法者形成有关改革与完善本国法的议案提供材料。

最后,比较法研究——特别是通过制定模范法典的方式,有助于国家间的法律统一或协调。

就上述一般功能和目的而言,民事实体法、宪法、行政法及^③刑法的比较研究与诉讼法的比较研究之间,毫无差别。^④

然而,借鉴外国法未必都属于彻底的比较法研究之结果。当慕尼黑大学教授乔治·莫拉(Georg Maurer)受希腊王奥托王

① See J. Jolowicz, On the comparison of procedures, Essays in honour of A. v. Mehren, 2002, 721; K. Zweigert and H. Kötz, Introduction to comparative law, Vol. I, 1987, 13-27.

② See D. Gerber, Comparing procedural systems: toward an analytical framework, Essays in honour of A. v. Mehren, 2002, 665.

③ Cf. M. Bullinger, Zwecke und Methoden der Rechtsvergleichung im Zivilrecht und im Verwaltungsrecht, Festschrift für Schlechtriem, 2003, 331.

④ Thus the result of the study of P. Gilles, Prozessrechtsvergleichung, 1996, 125 et seq.

子（出生于巴伐利亚）的委托，制定希腊 1834 年民事诉讼法典的时候，他在吸收法国和德国的思想基础上，根据自己对法国法和德国法的认识起草了一份法律文本，但是他确从未做过真正的比较研究。1889 年，当日本政府决定移植德国 1877 年民事诉讼法典的时候，几乎没有将该法典与当时已经出台的其他国家的民事诉讼法典进行认真的比较分析，而只是想照搬一个当时在经济上和政治上都较为成功的现代国家——德国的法律模式。^①

二战以后，美国法律界人士极力鼓动日本在其原本属于大陆法系的法律体系中注入某些英美法系诉讼法特有的程序要素。依已之见，这些法律修改活动也并非是在全面的比较研究之后才进行的。欲使法律移植取得成功，必须选择恰当的时机。1985 年，约翰·朗本教授（John H Langbein）在《芝加哥法律评论》上发表了题为“德国民事诉讼程序的优越性”的论文，呼吁在民事诉讼领域借鉴德国法的长处，^② 此举在美国引起了激烈的讨论，而讨论的唯一结果是：这种借鉴毫无可行性。^③ 因为，纵使德国的民事诉讼法有着值得借鉴的优秀思想，但是，由于美国作为超级大国有着相当强的自我意识而不会坦诚接受。

二、比较法的一般问题

1. 法文化比较

^① See H. Nakamura, Die Rezeption des deutschen Rechts in Japan, ZZP 84 (1971), 74.

^② 62 U. Chicago L. Rev. 823 (1985). 该文的汉译《德国民事诉讼程序的优越性》（陈湘林译），收傅郁林主编《德国民事诉讼法学文萃》，中国政法大学出版社，2005 年。

^③ Cf. the references at J. Jolowicz, Essays in honour of A. v. Mehren, p. 721, 722 N 7.

通常认为,比较法是一种学习他国法律文化以及改良本国法律制度的良好途径。将研究他国法律文化的必要性提高到如此程度,有着十分重要的意义。一个只知闭门造车而无视国外新思想、新发展的法律制度,是无法达到现代国际水准的。事实上,现代德国法就是一个在古日尔曼法、罗马法、意大利法、荷兰法、英国法及美国法的共同影响下形成的混合体,很难指出其中的哪一部分是纯正的德国法。这倒也不足为奇,因为德国在地理上处于欧洲的中心。

法常常是传统和社会期待的产物,国民知法(pre-understanding)乃是法律适用的前提。从事比较法研究的人必须牢记,比较法研究的对象并非囿于法律文本,更重要的是法文化和法秩序。在这一点上,可以把民事司法或者有关特定程序的模式,当作一种特殊的法文化的某些方面或者例证来进行比较。^①

2. 功能分析

如果比较法研究囿于教条式的法律原则或者法条的措辞,则有可能得出错误的结论,并使自己误入歧途。比较法研究不可或缺的一个方面是,对社会问题及其解决方案、以及这些解决方案的运作方式进行比较功能性的分析。^②

3. 信息收集

比较法上最常见的问题是如何准备和收集必要的信息,因

① For instance see *M. Taruffo*, Legal cultures and models of civil justice, *Festschrift für Nakamura*, 1996, 621, or *Rolf Stürner*, Procedural Law and Legal Cultures, Inaugural speech for the XII. World Conference of Procedural Law in Mexico City, reprinted in *Gilles/Pfeiffer*, *Prozessrecht und Rechtskulturen*, 2004, 9 – 30.

② See *David Gerber*, Comparing procedural systems: toward an analytical framework, *Essays in honour of A. v. Mehren*, 2002, 665; *M. Martinek* *Ritsumeikan Law Rev.* 17 (2000), 79, 94.

为，它至少包括两个以上法律秩序间按照某个特定标准“比较的第三方”（*tertium comparationis*）进行比较研究。当然，这种比较研究必须以大量收集、选定与作为比较对象的法相关的信息为前提。例如国际学术会议上的比较法报告，通常是借助国别报告来完成其准备工作。需要指出，国别报告本身并不属于比较法的本质部分，它仅仅是进行比较的前提条件，但在现实中却存在着许多本末倒置的做法。

如果国别报告是根据统一的问卷或者设题起草的，那么就理应包含着根据比较的目的而事先设定的必要信息。^①相反，如果一份国别报告只是依据本国法律制度上的分类形成的，从而遗漏了那些能够丰富比较研究成果的特征和细节，那么则有可能将人们引入歧途。

4. “活法（living law）”的比较

为了理解法律以及对处理某一特定问题的法的关联性、对应性作出评价，时常需要求助于实务信息或者社会学研究。^②因此，比较法与法社会学有着密切关系。^③然而令人遗憾的是，对于多数问题而言，难以做到真正的分析。^④举个简单的例子，如果不对实务中律师是否训练了证人的情况进行一番调查，那么

① E. g. see *U. Stengel/P. Hakeman*, Gruppenklage Ein neues Institut——im schwedischen Zivilverfahrensrecht, RIW 2004, 221 (comparing incidentally with the U. S. class action and the German law) .

② As to a deep analysis of the relation between dogmatics of civil procedure and sociology see: *J. Goebel*, Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie, 1994.

③ See *Günter H. Roth*, The contribution of legal sociology to law reform, in *Habscheid*, Effectiveness of Judicial Protection, 1983, p. 215.

④ A rare exception are the studies of *V. Gessner*, Foreign Courts, Civil Litigation in Foreign Legal Cultures, 1996 and “Europas holprige Wege”, Festschrift für Reich, 1997, 163.

仅就有关依询问证人收集证据的法律所进行的比较,则可能产生误导性结论。^①

三、比较民事诉讼法的具体问题^②

1. 法院地法原则 (The lex fori principle)

有时候,处理某一涉外案件的实体问题,需要适用国际私法(冲突法)原则,其结果是适用外国的实体法。但是在民事诉讼领域,某一特定国家的法院只适用本国的诉讼程序法。因此在法院和律师的实务中,通常都无需考虑或调查外国的诉讼法或者法院规则。

内国诉讼法需要参照外国法的情形,只限于有关外国裁判的承认之要件,以及有关送达方式的正确性及适时性的要件等方面。因此,长期以来,比较诉讼法的研究对象大多集中在司法管辖权(jurisdiction)以及外国裁判的承认与执行等问题上。^③另外,随着国际司法协助的发展,送达和域外取证等问题也成为引人关注的比较研究之对象。^④目前,涉及这些问题的比较研

① Cf. *Sven Timmerbeil*, *Witness Coaching and Adversary System*, 2004.

② See *Peter Gilles and K. L. ubinski*, *Eigenheiten der Prozessrechtsvergleichung*, in *I. Andolina*, *Transnational Aspects of Procedural Law*, Vol. III, 1998, 987 – 1091 and 1093 – 1138; *Peter Gilles*, *Prozessrechtsvergleichung*, 1996; *Bakker/Heringa/Stroink*, *Judicial control. Comparative essays*, 1995.

③ *R. Stürner and A. Stadler*, *Eigenheiten der Prozessrechtsvergleichung*, in *Gilles*, *Transnationales Prozessrecht*, 1995, 263, 268 f.; see *Peter Herzog and J. C. Hütters*, *The effect of foreign judgments and arbitral awards*, in *Andolina*, *Trans-national aspects of procedural law*, Vol. III, 1998, 845 and 911.

④ See *I. Andolina*, *La cooperazione internazionale nel processo civile*, in *Andolina*, *Trans-national aspects of procedural law*, 1998, Vol. I, 313; *P. Schlosser*, *Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation*, *Rec. d. Cours* 284 (2000) .