

比较民事诉讼法论丛

自律型社会与正义的综合体系

THE AUTONOMOUS SOCIETY AND PLANETARY SYSTEM OF JUSTICE

——小島武司先生七十华诞纪念文集

主编 / 陈 刚

陈 刚 林剑锋 段文波 等 译



中国法制出版社

比较民事诉讼法论丛

自律型社会与正义的综合体系

THE AUTONOMOUS SOCIETY AND PLANETARY SYSTEM OF JUSTICE

——小島武司先生七十华诞纪念文集

主编 / 陈 刚

陈 刚 林剑锋 段文波 等 译



图书在版编目 (CIP) 数据

比较民事诉讼法论丛：自律型社会与正义的综合体系/陈刚主编；
陈刚，林剑锋，段文波译．—北京：中国法制出版社，2006.6
ISBN 7-80226-273-9

I. 比... II. ①陈... ②陈... ③林... ④段... 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 (2006) 第 064418 号

自律型社会与正义的综合体系

ZILUXING SHEHUI YU ZHENGYI DE ZONGHE TIXI

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

印张/13.125 字数/334 千

版次/2006 年 6 月第 1 版

2006 年 6 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-273-9

定价：26.00 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



小島武司先生

正义的实现有赖于实体法和程序法的结合、互动。司法是实体法和程序法综合作用的“场”，一国的司法现状是一国法治、维权实况的晴雨表。

译者的话

不可否认，中国法学的现代化在很大程度上是对西方法学思想的本土化，其中既包括对资产阶级法学的借鉴，也包括对马克思主义法学的实践。概言之，中国法学具有典型的“输入法学”的味道。以人类先进的法文化思想补强本国法学之体质，乃“洋为中用”之宗旨。如是，中国法学尤其是民事诉讼法学可考虑按照翻译——解读——评述——“扬弃”之路径发扬光大，在融贯中西的基础上将自己建设成为世界法学的重镇，变“输入法学”为“输出法学”，以对世界法文化建设作出与国际地位相称的贡献。

“输入法学”的首要工作是译介外来法学研究成果，在这个意义上，翻译才是“真资格”研究的开始。可是在当下之科研环境下，翻译是件“损多益少”的学术活动。至少在许多高校的学术成果评价体系中，译著不被纳入其列。尽管这种学术评价体系在很大程度上受到了非学术性力量的诱导（例如许多高校异常关注“高校排名榜”，而译著却不是“高校排名榜”确定“座次”所考虑的“学术因子”）。个人以为，对于一个整天忙于“解构”、“重构”且研究水准有限的法学领域而言，翻译应该是搭建公平之学术平台，振导学术进步之不可或缺的基础性建设（或称“原始积累”）。

推出这部译作的动机，公私兼有。于私而言，一是履行承诺；二是感恩。前年（2004年）在日本访学期间，小岛老师亲自驾车接我去他的私人别墅渡假，“泡过”河童温泉之后的闲聊中，先生对我说：按照中央大学的惯例，后年（2006年）将在迎来古稀之后从中央大学退休。说者无意，听者有心。当时我就决意翻译一部文集当作纪念先生七十年

诞的贺礼。先生听后非常高兴，针对国人学术研究的“口味”，与我共商选题，并及时提供了相关论文。自1995年开始学术生涯以来，一直得到小岛老师诸多关照，除给予大量学术资料支持外，还两次邀请我去日本访学，介绍我加入日本ADR仲裁法学会、担任中央大学法学部客座助教授等，同时还多次来华参加我主持的学术会议。人过四十，已踏入不惑之年，对于那些惠吾良多的老先生们的感恩之情也愈加深切。没有他们为后生“扎学术场子”，恐怕难有晚辈今日之造化。承诺是金、知恩图报是做人的起码标准，祈愿本书的出版能给先生七十华诞增添一点“喜庆劲儿”。

于公而言，虽然国人对小岛先生的学术思想（特别是ADR方面）并不陌生，但仍有深入介绍之必要。实际上，我对先生学术思想的整体把握，尚是新近之事。之所以如此，是因为先生的学术成果极为丰富，涉题范围也相当广泛，无论是ADR，还是公司法务部，再者是法科大学院（日式美国法学院，毕业生称作“法务博士”）的建设，这些问题之间似乎没有什么必然联系，但先生却为之乐此不疲，四处吹风（在日本，先生是司法改革的推进者和活动家）。通过与先生无数次的零距离交谈才有所领悟，先生迄今为止的全部研究都是围绕着一个主题展开的，这个主题就是“正义的综合体系”（正義の総合システム，Planetary System of Justice）。

先生理想中的人类社会是一个“人人自善、独立自主、相互尊重、公正和平”的共生社会，他将这种社会称作自律型社会，并认为完善的“接近自律环境”（自律のアクセス）是实现这种社会的基础。由于先生理想中的“接近自律环境”，是一种本着“属于市民、依靠市民、为了市民”之宗旨，按照“无论何人何时何地都易解易用”之要求建设起来的“正义的综合体系”，所以包括ADR、公司法务部、法科大学院等之类的制度建设，都是围绕着实现“正义的综合体系”而服务的。换言之，先生的那些看上去似乎相互之间缺乏联系的研究，实际上是“形散”而主题未散（围绕着“正义的综合体系”）的具体性研究。追溯思想渊源，先生的“正义的综合体系”之思想深受上个世纪七十年代意大利学者莫诺·卡佩莱蒂先生倡导的“接近正义”运动之影响，更进一步

说，是对意大利法学家卡拉芒德依“诉讼与民主主义”理念的“扬弃”，这也是先生大量译介和反复引用两位意大利学者书著的原因。

“正义的综合体系”打破了传统的裁判中心主义和调停中心主义的解决社会纠纷观，强调ADR和裁判并举（相动）以支撑社会正义的实现。也就是在ADR中引入裁判要素，在裁判中引入ADR要素，并通过市民自律、公司自律、法律援助及扶助、政府法律服务平台、法律保险等全面的制度建设，以实现ADR和裁判并举的支撑社会正义的体制。先生还认为，“正义的综合体制”不应囿于一国一地，在全球化的今天，人们应当为追究普遍性正义而努力（先生倡导的“接近正义”第五波理论，即“接近正义的国际化”）。运用正义的综合体系建设自律型社会之思想，与构建和谐社会之理念，具有相当程度上的契合。这意味着人类在美好社会的追求上有着共同想法，相互之间可以取长补短，这也是推出本文集的“公的动机”所在。

为了尽可能保障译文品质，主编对每篇译文都进行了认真的校正。尽管如此，编译、漏译之处在所难免，不当之处，敬请读者指正。本书的出版得到了重庆大学人才引进基金的扶助，在此深表感谢。借此，还要特别向中国法制出版社及其责任编辑对本书出版所给予的关注和热情帮助深表谢意。

重庆大学法学院教授 陈刚

2006年6月18日

目 录

第一编 正义的综合体系

1	正义体系与市民行动	郭美松/译
12	纠纷解决体系的再认识	万艳红/译
65	接近正义与律师使命	郭美松/译
75	仲裁：民间消费者裁判机关之期待	林剑锋/译
83	调停制度	段文波/译
94	国际法律事务规制的回顾与展望	林剑锋/译
111	司法改革与权利保护保险	段文波、万艳红/译
124	惩罚（制裁）性赔偿的法理	郭美松/译

第二编 诉讼制度改革理论与实践

139	现代型诉讼的意义和特质	陈刚/译
147	示范诉讼（model action）之提倡	郭美松/译
156	扩散性利益保护与集团诉讼	郭美松/译
172	小额执行制度改革的建议	林剑锋/译
193	迅速化救济与优先审理的法理	林剑锋/译
208	集团诉讼代表人理论	郭美松/译
215	集团诉讼与损害赔偿请求	郭美松/译
227	家事法院的诉讼法意义	段文波/译

第三编 诉讼法的法系意义

245	诉讼法的法系意义再研究	汪振林/译
290	混合法制下的日本民事诉讼法制	陶建国/译
307	民事审理中的公鉴定与私鉴定	陈刚/译
317	美国小额法院的现状考察	林剑锋/译
330	共同所有纠纷的集团式处理	郭美松/译
339	秘密录音磁带的证据能力	段文波/译
345	附录：小島武司先生简介	段文波/译

正义体系与市民行动

(一九七六年十一月)*

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，但仅据法典的记载，权利尚只是简单的约束，若缺少主体的努力，权利只能为空虚的。正如鲁道夫·耶林先生的《为权利而斗争》^①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，语言可以泛起实际影响，不过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缺少的事情。人们每天都在强烈主张权利，但权利不会自然地受到尊重，必须依靠法律来维护。如果缺乏这样的斗争意识，只期待法律来维权是不可能的^②。

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所进行的活动，它是我们日常生活的延伸，它必须具有与此相符的合理性^③。

* 本文译自小岛武司“正義のシステムと市民の役割”，载《法学セミナー》第20卷第14号，1976年，第12-19页。

① (德) 鲁道夫·耶林：《为权利而斗争》(日冲宪郎译)，岩波书店，1962年。

② Arwed Blomeyer, Zivildroussrecht 2 (1963, Springer-verlag)。

③ 小岛武司：《民事诉讼的新课题》，法学书院，1975年，第1页。

尽管审判的日常化迎来了“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可能性外，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。

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

一种观点是形而上学式动物学^①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作观念上的“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，可以说正确把握了权利本质，但认为来自外部的“机械之神”会为权利者助一臂之力，则轻视了审判中所存在的危险，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^②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，正义必胜是把正义优先放在首位。皮埃罗·卡拉曼德依先生在《诉讼与民主主义》一书中介绍的鳄鱼审判给了我们重要的启示。“在非洲某湖畔一群未开放的种族，他

① (意)皮埃罗·卡拉曼德依：《诉讼与民主主义》(小島武司、森征一译)，中央大学出版部，1976年，第40页。

② Marvin E. Frankel, The Adversary Judge, 54 Texas L. Rev. 465, 468 (1976) .

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，便慢慢的向一方爬去，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，则不采用这种保障公正的手段，而是通过一定的程序来确保公平，因为依靠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依据。

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。^① 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的纠纷的种类趋于多样化，走上了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，构建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。针对现实生活中的小额经济

^① Mauro Capprilotti, *Cyclesia e società* 236 (1972, Edizioni de comunità) .

纠纷，市民很少走上法庭，以致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，^①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？^②小额经济纠纷，如果找律师提供法律服务，恐怕再多的钱都会花出去，因此制定可以“本人诉讼”的简易程序是非常必要的。作为程序的简易化，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，即使在晚上也可开庭审理，从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。^③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，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，即使是请求诸多债权中的一部分，被告因担心后续诉讼一般都会断然应诉。以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。依据这个构思，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，

① 小島武司：《小額審判制度之課題（一）》，《新報》第79卷3号，第2頁。

② 竹內昭夫：《保護消費者》，收《現代經濟構造與法》，筑摩書屋，1975年。

③ 小島武司：《提倡設置小額請求部》，《判例時報》第686号，第11頁。

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。原告为实施诉讼活动所发挥的作用等同于开拓者和司法长官的作用，这和把普通市民做为利用对象的小额审判相比，具有显著的區別。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^①，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。象这样，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，在承认代表对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。

^① 参见田中英夫、竹内昭夫：《法实现中的个人作用》，《法协会杂志》第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》，《法律家》第525号。

三、行政援助

通过审判而获得的权利保护是运用强制力对当事人谋求权利实现所进行的强行保护，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”^①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 (ombudsman)

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。^②

行政监察员的任务是接受市民的诉愿或根据自己的职权纠正行政违法行为。^③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愿（投诉）之目的。一般说来建议没有强制力，最多通过张榜公布来施加压力。

① 参见《共同诉讼理论》，《民事诉讼法杂志》第23号。

② 小岛武司、外间宽：《对行政机关等行政诉愿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。

③ 参见圆部逸夫：《行政监督制度》，收《行政救济的诸多问题》，日本评论社，1970年。

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”，^①至少在行政诉愿方面，在解决问题的过程中，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，其今后的发展倍受瞩目。^②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

对诉讼活动来说，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。其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。^③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。诉讼救助和法律援助制度是为无经济能力人而制定的。^④

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援助有所不同，无经济能力并不是必需要件，从而为一般市民开辟了利用之路。当然它

① 参见小岛武司：《行政监督的构造与哲学》，《法律家》第623号。

② 小岛武司、外间宽：《对行政机关等行政诉愿处理制度的调查研究——以行政监督制度为中心》，第280页。

③ 小岛武司：《法律援助的基本问题》（上），《民商法杂志》第69卷第2号，第212页。

④ 内田武吉：《诉讼上的救助》，《实务民事诉讼讲座2》，日本评论社，1969年。