



当代法学名著译丛

纠纷的解决与审判制度

原著 棚濑孝雄

翻译 王亚新

中国政法大学出版社



当代法学名著译丛

纠纷的解决与审判制度

原 著

棚 濑 孝 雄

日本京都大学法学部教授

翻 译

王 亚 新

日本香川大学法学部副教授

中国政法大学出版社

1994·北京

(京) 新登字185号

纠纷的解决与审判制度

Jiūfēn De Jiějué Yǔ Shēnpàn Zhìdù

原 著 棚濑孝雄

翻 译 王亚新

出 版 中国政法大学出版社
(北京学院路41号 * 100088)

责任编辑 宋军 张志铭

承 印 国家统计局印刷厂

经 销 新华书店

版 次 1994年4月第1版

印 次 1994年4月第1次印刷

开 本 850×1168毫米32开

印 张 11

字 数 290千字

印 数 3000册

定 价 14.50元

ISBN 7-5620-1303-9/D·1255

本译本的翻译和出版已获许可
中文版版权属当代法学名著译丛编委会

“当代法学名著译丛”

总 序

现代法制的建设能否成功，不仅取决于政治的力量，也有赖于学术的质量。因为无论是总结本国的实践经验把它抽象为普遍适用的规范，还是借鉴外国的成功方法以缩短摸索的过程或减少失误的代价，都需要能保证择优决策的见地，从而也就需要在法律、制度及其社会效果研究上的理论造诣。

那么，怎样才能提高法律学术的质量呢？主要途径不外乎三条：弘扬文化遗产、进行知识创新以及输入海外学说。而在中国，要实现法学的创造性发展，首先必须大力采撷世界上先进的研究成果，咀嚼其章句，玩味其技巧，消化其原理。

众所周知，中国法家的传统是“法无二解”、“以吏为师”，法解释的技术和法现象的学说因而不得昌明。尽管在两汉时代民间曾有过律学之盛，魏晋以降国家也设了律博士之制，但是，随着德治精神浸润整个社会，律学日渐式微。依法治国的制度构思，在宋朝中叶一度回光返照之后，便无以为继，终成绝响。从那时起直至近世，在中国士大夫的普遍心态以及传统学术的整体格局上，律学的地位可以说是无足轻重。这与文艺复兴后西欧知识界崇尚

法学的风气适成对照。由于历史文化传统的这种缺陷，要振兴中国的法律学术，不得不特别致力于译介和钻研西方典籍。

外国法学名著的汉译，可以追溯到1839年，当时，林则徐出于办理外交、周旋列强的需要，约请美国医生伯驾（Peter Parker）翻译了瑞士法学家滑达尔（E. de Vattel）的名著《万国律例》（Le Droit des Gens）的有关章节。美国传教士丁韪良（William A. P. Martin）翻译的《万国公法》于1864年问世，该书以及此后其他若干法律译著的陆续出版，极大地促进了西方法律知识在中国乃至日本的传播。

但是，中国学者自身有意识地精选海外法学不朽之作翻译出版的努力，却是在百日维新失败之后，以严复翻译孟德斯鸠的《法意》为典型。这时，邻邦日本早已后来居上，对荷兰、英国、法国和德国的法规和理论进行了较系统的研究，并据此确立了制度建设的方针政策。从1877年起，翻译和研读西方法律文献的热潮席卷东瀛列岛，不过十余年便有一批法律俊才脱颖而出。清末立宪期间修订法律馆编译的《法学名著》就包括了不少日本法学家的论述。沈家本为该书作序，其中对比中日两国研究西方法学的不同态度、不同结果，感慨万端，跃然纸上，直到20世纪即将结束的今天，他那沉重的叹息声仍在撞击着我们的的心灵，引发着我们的反省。

值得欣喜的是，我国近年来，一大批翻译、介绍和研究西方法学经典的颇有份量的出版物纷纷问世，透露出“春江水暖”的消息；由几位广受尊敬的前辈法学家指导和推行的“外国法律文库”的编译工作，还显示出了“极高明而道中庸”的恢弘气象。

为承继前贤鸿图，我们，一群分布在国内和海外的法律学徒也集结起来，愿以绵薄之力，推动沟通东西学术、接轨国际法制的时代大业。在中国政法大学出版社的热忱支持下，我们创办了“当代法学名著译丛”。

这套翻译丛书拟分为三辑：(1) 有代表性的理论流派的主要著述，(2) 有典型性的政法制度的精辟评介，以及(3) 有实用性的法庭技术的学理研究。我们根据学术价值和现实需要、并兼顾与国内已有译著的互补性设定了本项目的选题基准，空间范围是西欧、北美和东亚的发达国家，时间范围是1970年以后，质量范围是原著有广泛的影响和公认的重要性（基本上按照在学术文献中引用的频度来衡量），不拘泥于经典作品。有必要说明，之所以拿1970年作翻译对象的底线，是因为从那时起开始发生全球性的社会结构大变动，西方各国的法律体系和法学体系也相应地进行了反思和改组；与此串连的新趋势、新思潮，既是当今中国与世界对话的语义背景，也必将关系到今后中国制度建设的走向。如果我们不想在法律领域中扮演堂·吉珂德式的角色，那就必须对正在形成的世界性社会秩序的本质进行有深度、更系统的理解和把握。

译事不容易。与其他学科相比，法理文献的翻译尤其困难。因为法律是文化现象的一部分，与整个社会结构有着千丝万缕的对位联系；其可视性、即物性又较弱，属于用抽象概念构筑的符号性体系。从德国和日本大规模输入国外法学成果的历史过程可以认识到，生造词汇和误解原文的现象在一定阶段是难以避免的；即使译者通过研读，对原著已达到了融会贯通的境界，在表述上仍然可能使人感到艰涩。尽管如此，我们还是要竭力防止误译，并在完全忠实于作者本意的前提下，争取行文的流畅隽永。值得庆幸的是，在编辑“当代法学名著译丛”过程中共襄苦差的朋友们，都学有专攻、娴于外语，对所从事的事业又情有独钟，相信这些条件可以保证翻译和出版的效率与质量。

有人说过，在理解原著、推敲精义方面，从译事中获益最大的是译者本人。这是治学的经验之谈，也表现了一份“只管耕耘、不问收获”的淡泊。当然，如果我们的工作不以“著文以自娱”为

限，还能够进一步为改革和建设新制度而丰富思路，为识别和批判谬误而提供利器，那么为之欣庆者就远远不止是这一些有心回馈祖国的书生了。

“当代法学名著译丛”编辑委员会 谨识

当事人在法院内外的地位和作用（代译序）

李卫东

在日本，棚濑孝雄（1943—）属于个性鲜明、别具一格的法学者之列，同时又颇有“但开风气不为师”的潇洒风度。他以解决纠纷和审判程序方面的开拓性学说而闻名，但是实际研究的领域非常辽阔。他在方法论上最初得益于帕森斯（Talcott Parsons）的结构功能分析，后来转而倡导以行为主体为中心的过程分析或称之为“方法论个人主义”，因此表现出从个案归纳一般类型、从微观总结宏观理论、从动态寻求均衡关系的特色。近年来，他在平静的社会学领域掀起一股强劲的批判和反思的风潮，大大促进了法学研究与其他的社会、人文学科的对话。在日本司法改革中，他与民事诉讼法学界的“程序保障第三次浪潮”派、“交涉与法”研究会等互相呼应，发挥着重大的影响。

棚濑著述甚丰，其代表作是包括《本人诉讼的审理结构——自治的司法模式》（1983年初版）、《现代社会与律师》（1987年）和《纠纷与审判的法社会学》（1992年）在内的三部曲。我们这套丛书原来计划翻译的是其三部曲的第一部，但后来考虑那本书的论述过于专深凝练，未必适合中国读者的阅读口味，遂决定采取编译有代表性的论文选集的方式，这样或许能更好地体现作者思想的精华并兼顾中国的现实需要。入选的论文是在听取译者的意见和建议之后由作者本人确定的，包括解决纠纷的理论基础、现代法制社会中调解的特点和意义、审判制度运行的功能条件、后现代社会的法院活动方式的变化、当事人主义与律师的作用等基

本方面。

一、从制度分析转向过程分析

人们早就注意到在纸面的法律与实际的法律之间存在着隔阂，于是审判渐次成为法律学研究的焦点。一部分法条主义者以法律为出发点，尽管知道孟德斯鸠所设想的机械地适用规范的法官是“上穷碧落下黄泉”也找不到的，但仍然强调在包括疑难案件（hard case）在内的一切场合只存在受法律约束的“唯一的正确解答”，而反对法官根据裁量进行任何立法性的创新活动，例如跨越英美两国担任法理学教授的德沃金（ronald Dworkin）就持这种观点。他的主张在日本的法官、宪法学者等之中备受重视、影响深远。但是，现实主义法学者却怀疑法官适用规范的客观性，其中激进的观点甚至怀疑法院认定事实的客观性。受这种怀疑精神的影响，日本也出现了关于法律的解释和适用的几种有弹性的见解。从法律以外寻找客观性标准的科学化主张（川岛武宜）、从法律内部寻找客观性标准的利益衡量论（加藤一郎、星野英一）就是最典型的学说实例。

棚濑孝雄则试图统合日本法学界的这些关于法律实现的“内在视角”和“外在视角”。他在《纠纷与审判的法社会学》前言中指出，现实中的审判既超越法律规定而呈现出复杂的形态，又不是与法学脱节的纯属事实领域之中问题。“能够填补法学领域中的‘审判’和现实的审判之间的沟壑的正是法社会学，特别是被称之为过程分析的方法可提供有力的工具。用一句话概括，过程分析就是把审判视为过程，即程序参加者的相互作用的过程。具体一些说，具有各自固有的利害关系的当事者，围绕着一个审判权，怎

样去达到自己的目标呢——过程分析就是从这样的角度理解现实的审判的方法。……由这样的过程分析可以得到以下三个作为认识审判的基本观点的普遍命题：一个是否定严格区别决定程序和合意程序。……第二个是否定把审判过程视为只有法官与诉讼当事人的封闭的审理空间的看法。……第三是判定性解决的相对化”。类似的主张在田中成明的法哲学、平井宜雄的民法和法政策学中也占有重要的地位。只是他们更强调专业法律家的思维方式的意义，而对于法律实现过程中当事人的主体性和合意的制度化，既给予大力支持，同时又略有保留。当然，这种差别是很微妙的，也是切不可忽视的。

棚濑第一次明确提出“从制度分析转向过程分析”的口号，是在1972年发表的关于分析解纷过程的理论框架的文章之中。在当时的日本，不仅法律学界过份强调“作为制度的法”而轻视“作为中介的法”，连一般社会科学也在结构功能主义的支配下执着于制度的均衡和安定问题的研究。棚濑认为学术视野收敛于制度或强制命令式的规范具有很大的片面性，往往会忽略推动着现实发展的个人的群体效应。社会变化的必然性是以特殊性、偶然性为基础的，只注重抽象的法律条文就难以把握法制运行的复杂多样的实际状态。普遍性的法律的实现必须转化为现实的行为，归根结底它们是在特殊状况下，为了实现特定的目的，由个别的人来操作的。因此，关于解决纠纷和审判的研究尤其要着眼于主体的侧面、特别程序参加者的相互作用。而如果承认这种相互作用对于处理纠纷的结果具有重要的意义，那么很自然地就会发现，判决既不是简单的强制性判定，也不是纯粹根据逻辑从法律推导出的具体结论，它的正当性和约束力的基础是交涉性的合意。所以说，过程分析有两个基本的价值性因素：主体、合意。

当然我们也要留心，这并不意味着可以不要规范和强制。所谓主体，不是唯我独尊，而是“相互主体”。所谓合意，不是你好

我好的乡愿，而是求大同、存小异的有原则的自愿。所谓交涉，不是单纯的利益交易，而是指“在法律阴影之下的交涉”。但是，不能片面地宣扬规范和强制，轻视交涉和合意。否则，就难免在不经意之间忤逆以契约原理为核心、以程序正义为基干的现代法的精神，甚至步入中国古代法家式的强制命令性法律模式的歧途。我们应当体会到，过程分析的本意是要纠正部分法条主义者中存在的本末倒置的庸俗倾向，而不是要否定合理制度、公正的规范以及法治的原则。

作者明确说过，过程分析的方法论以“实然”的归纳而不是“应然”的演绎为出发点，但在某一阶段还将再次回到制度论的层面，与应然的司法实践结合在一起。在专著《本人诉讼的审理结构》和论文“法院外的纠纷处理机关”中，他曾经根据实地调查和经验资料初步论述了自己的关于实践性审判制度的构思。在过程分析方法已经得到日本法社会学、特别是纠纷处理研究的普遍承认和接受之后的今天，得风气之先的棚濑孝雄开始把重点放到与法解释学者的对话方面来了。可以说，这种对话的条件的确也已经具备。著名法学家田中英夫、竹内昭夫的《法律实现过程中的私人的角色》（1987年）、井上典治的《民事程序论》（1993年）、田中成明的《法的空间》（1993年）等有份量的书藉的出版表明：当事人的主体性、交涉和议论的过程以及合意，正在成为广受关注的理论焦点，在一定程度上甚至成为日本法制改革的实践信念。这种思潮方兴未艾，颇有汇合学界主流、波及司法实务方式的势力。然而，其制度化的前景还不能肯定，而且各种论著的内容也不尽一致。

二、合意与不合意之间的纠纷处理

有社会便有纠纷，于是需要防止和解决纠纷的场所、机构、程序以及有关的规则。纠纷的处理有不同的方式，例如，法院外当事人之间的回避、协商、交涉、和解和第三者介入的调解、仲裁、行政决定，法院内和解、调解和审判等等。由于案件性质、制度设计及文化背景的不同，各国的纠纷处理方式的选择偏好和类型分布会出现很大的差异。但是在考虑处理纠纷的成效时，不同方式以各种方式之间关系的不同组合是应该而且可以互相比较的，而这种比较需要统一的分析框架。设定分析的框架必须考虑以下几组最基本的对立概念：合意本位与强制本位，当事人主义与职权主义，程序规范导向与实体规范导向，手续简便化与手续严格化，情节重视与法条重视，常识偏向与专业偏向。任何一种关于纠纷处理的制度或理论都可以在由这些对立概念构成的坐标上定位和比较。同时，这些基本要素的高低错落、浓淡轻重的排列也可以产生出新的理论模式，开避出司法改革的途径。

棚濑孝雄的目的是要使关于解决纠纷和审判的研究深入到个人行为的经验层次，同时为之提供一个统一的理论基础。他采用两组对立概念——合意性与决定性、状况性与规范性——作为分析的基轴，通过这两轴之间的复杂关系来表示决定型纠纷处理和合意型纠纷处理中规范的不同功能和不同位相。由第三者来处理案件这一事实本身就必然包含着判断契机，因而学理上关注的重点首先应当是如何适当地防止恣意。防止恣意的措施可以在纵向关系的审级中寻找，也可以在横向关系的合意中寻找。棚濑的理论基础是平等主体之间的合意，更准确地说，是在不合意中寻求

合意、达成合意的过程。它有四个基本支点：角色体系、利害动机、程序原理和自由交涉。其中特别值得重视的是，诉讼程序中的职权主义因素彻底地被当事人主义因素所替代、私人自治贯穿于整个法律秩序的倾向。显然其用意是要对国家干涉主义法律原则施行矫枉过正。

然而，合意只有在社会基本价值与实现这些价值的制度性手段的关系上存在着广泛的共识的场合，才能形成和存续；在多元主义社会中，合意往往受到“多元性无知”（pluralistic ignorance）的阻碍。因此，完全倚赖于合意的法制设想很容易招致疑异。为了解消这类顾虑，棚濑提示了“二重合意诱导”的思路。即合意不仅是解决纠纷的终点问题，也是处理纠纷的起点问题——在利用解纷机构、适用解纷程序方面的始发性的合意具有独立的意义。由此推而论之，合意可以被划分为实体性合意与程序性合意。另外他还进一步分析了合意的各种翻版或不同变化：“同意”、“好意”、“恣意”等等。他的深刻之处在于既重视合意的绝对的正统功能，又注意到了合意之中存在着蜕化变质、甚至反转为强制的契机。

决定型的纠纷解决的典型是以对抗性辩论为基础的审判；合意型的纠纷解决的典型是以协商性交涉为基础的调解。棚濑认为审判程序和调解程序应当加以区别，但两者之间也存在着相辅相成的流动性关系。例如，审判中的辩论方式实质上是以程序性合意为基础的；由于审判制度具有局限性，因而需要通过合意来弥补法律秩序的正当化机制；当代社会中审判的政策功能大大扩张，从而出现了诉讼政治化的现象，而在当事人影响法院和利益团体支援当事人的活动中合意诱导的重要度势必上升；另一方面，复杂的调解协议往往是在计算双方得失的基础上达成的自我完结的等式关系，一项局部性违反会导致整体的平衡失调，因此交涉性合意的内容也蕴藏着对于严格履行甚至强制性履行的要求。等等。

有必要强调的是，棚濑所说的调解与传统的民间调息、“和稀泥”式的妥协、权威主义的调处均有本质的不同。当代法治社会中的调解，可以说是包含着利己动机和共同动机两方面的“契约型调解”。从契约性合意的角度来把握调解，意味着一种相对立意识的存在。按照汇纂式法解释学的概念，契约是相互对立的意思的合同。而传统的东亚式的合意的基础是“和为贵”的哲学，是一种起源于信赖关系的共存状态。因此，法制化条件下的调解与对立性主张的充分议论以及为此设立的程序、法律家的专业性活动是可以并立而存的。正是通过契约关系这一中介环节，调解与法制结合起来了。彻底的当事人主义与律师业务的市场化主张结合起来了。司法程序与私法秩序结合起来了。棚濑理论的这种特色，与他在学者生涯的起步阶段曾教授过民法的事实之间，恐怕或多或少存在着某种因缘。由此还可以看到，尽管棚濑被认为是后现代主义法学的代表性理论家，但他的思想渊源则在西欧近代法之中。

不得不指出，过份强调作为结果的合意纯粹性的价值立场可能会带来的两种危险：或者导致合意摸索的长期化、反复化，滑向法律虚无主义，或者造成合意结果的绝对化、形式化，与过程分析的方法自相矛盾。如果要保证学说的首尾一贯性，似乎应该更多地强调主体之间相互作用的角色体系及其与程序或法律论坛方式的关系。而这样一来，极其抽象的共同性动机的概念也可以分解和转化为参加程序的第三者的因素从制度层面进行操作处理。其实，合意在大多数场合是在相互妥协的基础上形成的，而妥协的公正性主要以当事人各方地位平等为前提。因为现实中各方势均力敌的情形并不多见，所以通过程序规定保障当事人的对等性的制度安排就特别重要。在审判过程中，如果要以合意作为判决正当性的标准，那么更应该面向司法现实，把讨论的重点放到是否在程序保障下充分进行了理性辩论这一问题上去。

三、个人在法律实施中的能动作用

棚濑的合意概念的基础不是价值一统的结构功能模式，而是价值多元的角色过程模式，因而其制度化的着眼点不是国家，而是个人以及私人自治的秩序。在这一点上，他与布莱克（Donald Black）对法的理解是截然相反的，而与塞尔兹尼克（Philip Selznick）的立场较接近。关于形成合意的方式，棚濑强调个人的各别价值的实现及自由的交涉行为，这与德沃金的“法律学帝国主义”的观点截然相反，而与麦考密克（Neil MacCormick）和魏因贝格尔（Ota Weinberger）的观点——特别是魏因贝格尔关于作为规范基础的合意以及价值拟制的合意的分类——有相通之处，也许更倾向于弗里德曼（Lawrence M. Friedman）最近关于选择和个人主义的论述。

关于现代社会中国家权力的扩张导致了人的异化问题的议论由来已久。那么，从法学的角度来看，怎样才能改变人民的无力状态呢？可以说主要存在着两种主张：一种是非法化主张，往往表现为共同体主义（communitarianism），强调利益妥协型的合意；另一种是法制民主化的主张，往往表现为参与决定过程的当事人主义，强调理由辩论型的合意。棚濑的学说介于这两者之间而侧重于后者。他的研究出发点是司法改革，即在坚持近代西欧法的价值观的同时，促使法院放下权威主义架子，亲近群众，以便人们更积极地利用诉讼方式实现自己的权利。他的构思的事实根据是他在1973—1974年留学哈佛期间对于波士顿小额法院审理案件过程的考察。在那里，市民的日常生活与法的交流十分活泼，当事人的权利主张能得到迅速的答复，作者对此留下了深刻的印象。

后来他把这样的当事人主体性与现实的诉讼程序结合起来，提出了促进对论或辩论、使诉讼程序更符合个人朴素的正义感的建设性设想。就程序参加者的相互关系而言，这种思路把审判的重心从当事人和法官之间的纵向沟通的相互作用方面转移到了当事人之间的横向沟通的相互作用方面。如此则法院内的审理与法院外的交涉可以在自主的法律议论的含意上获得连贯性和统一性。顺便指出，近年来在日本民事诉讼法学界引起广泛重视的司法实际做法——“和解兼辩论”，在当事人的主体性得到充分实现的理想状态下，可以说与棚濑的理论模式是非常近似的。

在棚濑看来，强调各个当事人在正义实现过程中的主体作用并不意味着否定法律职业的必要性。然而，日本受德国模式的影响，审判过程由法官主导，因而职权主义色彩很浓。相应地，律师受为公共利益服务的伦理化纪律约束，与当事人保持一定的距离，这就压抑了私人在法律过程中的积极性。所以，与审判制度的革新相适应，有必要改变法律职业的组织 and 活动方式。棚濑主张从委托人的立场出发、从律师制度的革新入手来实现既定的目标。他所设想的新型律师形象显然也受到美国模式的影响，以维护私人利益为基本宗旨，根据平等互利的契约原则建立委托人和律师的关系，在促进大型律师行（large law firm）和专业分工的发展的基础上使个人能获得充分的、优质的法律服务。可以想像，当事人一旦在有关法律和事实的信息方面处于优势地位，那么法官的主导地位就会被削弱，当事人之间的横向关系就变得比当事人与法官之间的纵向关系更加重要。至于由于贫富差距而造成的法律服务不均匀的问题，可以通过增加律师人数、强化职业竞争来降低法律服务的价格，以及通过诉讼支援团体、财政援助、成功酬金制来调节委托人的支付能力等方式加以减缓和解决。需要说明，对于法律职业的商业化，法律家中存在着尖锐的对立意见。例如，美国联邦最高法院在1975年的一项判决中宣告法律职业也

是一种营业,但是全美律师协会在1984年设置了一个专门调查委员会来研究律师中无原则地追逐利润的法律商业主义倾向,并发动了重振法律职业主义的运动。

处理纠纷过程中当事人与法官、律师的关系,放在更广阔的社会背景下来考察,反映了法律秩序中个人与国家的关系。一般来说,在现代化过程中,个人观念和国家观念会同时得到加强,从而形成政治和法制上的紧张。在日本法制现代化的长期实践中,被变革的对象实际上是民众的行为方式,而不是国家的权威结构;这种事实一直得到大多数法学家的默认。现在,棚濑孝雄提出了相反的法学主张:把民众的行为摆到主体位置,把国家的权威结构作为变革的对象。不过,无论是日本的实践还是棚濑的理论,都把职业法律家的业务活动作为克服个人观念与国家观念之间的紧张的中介环节。这一点具有共性,是变化中不变的支点。同时还应该意识到,历史发展有阶段性。棚濑的理论是在日本的现代法制度已经定型的条件下提出来的,但在制度化的初期,在不同的文化条件下,学者的任务则有所不同。尽管如此,棚濑把法制发展中必然存在的矛盾的另一面——个人间的合意——鲜明地揭示出来,这对于全面理解和正确把握现代社会中秩序的本质、纠正强制命令型法及职权主义审判方式的弊端,是大有裨益的。