

Access to Justice

张卫平 齐树洁 主编
刘哲玮 执行主编



司法改革 Judicial Reform Review 论评



第十三辑

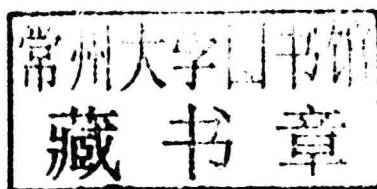


厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

第十三辑

Judicial Reform Review

司法改革论评



张卫平 齐树洁 主编
刘哲玮 执行主编



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位



图书在版编目(CIP)数据

司法改革论评. 第13辑/张卫平, 齐树洁主编. —厦门: 厦门大学出版社
ISBN 978-7-5615-4134-0

I. ①司… II. ①张… ②齐… III. ①司法制度-体制改革-文集
IV. ①D916-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 258726 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

<http://www.xmupress.com>

[xmup @ public. xm. fj. cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

厦门集大印刷厂印刷

2012 年 4 月第 1 版 2012 年 4 月第 1 次印刷

开本: 787×1092 1/16 印张: 31 插页: 2

字数: 591 千字 印数: 1~1 500 册

定价: 48.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

公益诉讼：难题待解

——民事诉讼法修正案中的公益诉讼

张卫平*

《民事诉讼法修正案》(草案)近日已向社会公开,并广泛征求修改意见,毫无疑问,这是立法民主化的一大进步,值得赞许和推崇。笔者注意到该修正案中有诸多亮点,如小额诉讼程序、诉前证据保全、诉前财产保全、行为禁令等。在修正案中,法律首次明确规定了公益诉讼制度,这也是本次民事诉讼法修改的最大亮点之一。《修正案》(草案)第八项规定,在《民事诉讼法》中增加一条,作为第55条,该条规定:“对环境污染、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,有关机关、社会团体可以向人民法院提起诉讼。”如果这一规定能够得到立法机构的正式认可,将使那些与环境污染纠纷、侵害众多消费者合法权益的纠纷案件没有直接利害关系的机关、社会团体可以利用自己的组织优势、资源优势、知识优势、社会优势提起有关侵害或损害公益的诉讼,从而有效地维护社会公共利益,改变现实中一些机关、社会团体提起公益诉讼无法可依的“良性违法”状态。可以说本次民事诉讼法的修正至少在这一点上很好地回应了社会关于维护公共利益的基本诉求,也正因为如此,关于公益诉讼制度的规定才成为一大亮点。但我们也应当清醒地认识到公益诉讼制度的完整建构以及有效地实现公益诉讼制度所面临的诸多难题。

难题之一:公益诉讼提起的主体:限制还是开放

修正案将公益诉讼的主体限定于有关机关和社会团体,而没有向个人和企业

* 张卫平:清华大学法学院教授,博士生导师。

业开放。这里的“有关机关”是一种抽象模糊的表达，一般而言应该是指国家机关。从公益的维护与法律监督职能的联系而言，检察机关、环保机关、食品卫生监督机关应当属于有关机构之列。“社会团体”这一概念同样具有一定模糊性，实质问题是，这里所指的社会团体是否包含那些没有经过登记的团体、组织？此处存在一个对于公益诉讼提起的主体是否持一种开放态度的问题。从鼓励公益诉讼和更好地维护社会公共利益的角度，似乎应当持一种更为开放的态度。如果以此态度，则不应当对主体加以限制，社会团体也就应当包括未经登记的社会团体，也应当包括个人和实质从事社会公益的企业。在现实中有许多 NGO 组织因为各种原因并没有在民政部门登记，而是在工商部门登记成为企业，以企业的名义进行相关活动。因此这些组织也不应当排除在提起公益诉讼的主体之外。另外，除了机关、社会团体和其他组织有提起公益诉讼的欲望和要求之外，个人往往也有提起公益诉讼的诉求，无论是基于制造社会影响，还是基于社会奉献和关爱。从以往的情形来看，律师是个人提起公益诉讼的主力，其原因与律师的职业和技能知识有关。对任何事情都有一个限度或限制是人们的习惯性思维。但我们也应当认识到限制与鼓励的关系以及如何限制的问题。人们最担心的是，如果不对个人以及那些没有登记的社会团体进行限制，就可能导致公益诉讼的滥用，以及放松对社会团体的监管。显然，这种思维是一种“管控”思维。我们不排除有些个人的确会利用公益诉讼为自己谋求私利，公益诉讼可能会遭到滥用，但这显然不是排除个人提起公益诉讼的理由，因为机关和团体同样可能存在私利，只不过表现方式和内容有所不同而已。况且，即使是为了私利的动机而达成维护公益的效果不也很好吗？市场机制也就是用同样的原理推动社会发展的。那些称之为草根 NGO 的社会组织的存在本身就是作为一种市民社会的第三种力量存在的，正是这种第三方力量制约着政府权力和市场，矫正政府缺位和市场失灵，公益诉讼的本质是试图通过法律弥补政府和市场的双重失灵。因此，如果我们不能在公益诉讼的主体方面向个人、草根 NGO 开放，则公益诉讼的实际作用就是非常有限的，也就有可能成为一种“模特儿条款”，甚至是“植物人条款”。要使公益诉讼顺畅地进行，需要审判机关根据个案情形予以把握，正确认定事实，适用民事诉讼法的有关规定，就可以有效地防止公益诉讼的滥用。因为欲滥用公益诉讼，当事人必须捏造事实。

难题之二：如何确定公益诉讼的范围

本次民事诉讼法修正案对公益诉讼的范围以列举加抽象规定相结合的方式加以规定，即对环境污染、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为提起的诉讼。学界和实务界历来对公益诉讼的范围有诸多争论。争论的实际意义在于，只有将公益诉讼从私益诉讼中剥离出来，公益诉讼才有其独立价值。毫

无疑问,环境利益是一种社会公共利益受损应当没有问题。有争议的是消费者权益能否作为社会公共利益。只要存在具体的消费者权益受到侵害的情形,即使人数再多,也不能认为是社会公共利益受到侵害,并形成公益诉讼。民事诉讼法修正案将众多消费者权益受损等同于社会公共利益受损是一种误判。对于众多消费者权益受到侵害的情形,如果要寻求诉讼救济,其方法可以通过民事诉讼法中已有的代表人诉讼加以实现。民事诉讼法设定代表人诉讼的目的也就是为了解决多数人诉讼的问题。只不过,我们在司法政策层面顾忌多数人诉讼,因而对代表人诉讼这一方面持排斥的态度,没有很好地利用这一制度解决多数人纠纷。在消费者诉讼方面,如果将其纳入公益诉讼范围,也存在如何处理损害数额和如何分配赔偿金的问题。在公益诉讼的范围上,也的确存在着难以对公益诉讼类型加以界定的情形,因此,在法律表达方面列举没有争议的侵害环境的公益诉讼,另加抽象表达就可以了,没有必要将众多消费者权益受损作为公益损害作为列举对象。

难题之三:何种请求类型

民事诉讼法修正案的有关规定,仅仅明确了公益诉讼提起的主体问题,对于公益诉讼应当以何种诉讼请求类型提起的问题并没有明确,也就是说,公益诉讼是否可以请求损害赔偿,抑或仅仅可以请求禁止加害人不作为,这将成为公益诉讼运行中的一个问题。如果提起损害赔偿请求,面临的问题是,如何分配赔偿金。对于环境侵权、损害众多消费者权益的公益诉讼,可以采用将赔偿金交由特定的机关和团体支配,用于对受损害的人予以赔偿,环境损害的场合,赔偿金也用于受损害环境的修复。但这需要有细致的赔偿金管理和分配制度予以配套,没有相应的制度配套,公益诉讼很难发挥其应有的效果。由于这些制度不可能在民事诉讼法中加以规定,因此,在《民事诉讼法》颁布之后,这些制度的建设应当尽快进入日程,否则,公益诉讼可能还是一种装饰。

难题之四:如何面对调解强势

诉讼调解是当下在司法政策上特别予以强调的,这一政策导向在民事诉讼法修正案中也得到了体现,强调审理案件应当先行调解。但对于公益诉讼是否应当调解是一个问题。从民事诉讼基本理论而言,调解之所以能够进行在于当事人双方的权利处分,而对于损害社会公共利益的诉讼,提起诉讼的人是否还能与加害人进行调解是一个疑问。问题的实质是在提起诉讼的人不是利害关系人的情形下,可以在未经授权的情形下调解吗?如果允许调解,可以推论的是社会公共利益就可能成为彼此交易的对象。如果不能调解,又必然与当下的司法政策冲突,因此,如果没有法律明确规定予以限制的情况下,公益诉讼很难不受司

法导向的影响。

难题之五：司法能否支持

公益诉讼要取得实际效果，必须要有强有力的司法支持，否则公益诉讼的判决只能是一纸空文而已。与国外法治发达国家不同，我国还处于大政府、小社会、弱司法的社会现实之中。在小政府、大社会和强司法的社会中，公益诉讼的现实性显得十分突出，也具有充分实现的条件。然而，在我国大政府的背景下，原本庞大的政府机构理论上就有维护社会公共利益的职责和权力，可以认为，社会公共利益受到侵害，也是由于政府权力机构失职所致，按说只要通过唤起政府的职能，这些社会公共利益的维护应当不成问题。但另一方面，由于权力机构与加害主体在利益、意识、社会关系上的复杂关联，例如地方政府对 GDP 或其他政绩的追求，在利益上与加害主体对利益追逐上形成一致时，就有可能使得政府放弃自己的职能，甚至成为共同行为人。大政府必然导致弱司法，导致司法没有权威，法律实际上也不可能至上。司法原本是制约政府权力的，但当司法权弱于政府权力、司法地方化体制的现实中，试图通过公益诉讼的司法途径寻求对公共利益的维护就可能仅仅是一种乌托邦而已。而要强化司法权又会遭遇若干涉及政治体制改革和理念变革的诸多难题，因此，可以认为此难题是公益诉讼实现的最大难题，也是我国法治的最大难题。

目录

]]]

《《 卷首语

公益诉讼:难题待解

张卫平(1)

《《 专 稿

比较诉讼法研究

[德]Peter Gilles(1)

论诉审商谈主义

段厚省(14)

《《 诉讼法理

论德国法上的直接言词原则

李文伟(42)

民事诉讼调解原则重述

曹志勳(77)

过程描述与理论选择

刘哲玮(90)

当事人民事诉权保护研究

李文革(109)

司法能动主义概念辨析

唐学亮(124)

《《 证据制度

法律推定的基本特征

储福民(135)

证据排除的救济机制探讨

戴 锐(147)

论公司法人格否认诉讼的证明责任分配

杨微波(158)

民事审判程序之严格证明

周晓霞(170)

英国证据制度如何接近正义

李新天(180)

《《 青年论坛

完善我国民事地域管辖制度的思考与建议

郭 翔(186)

中国语境下的部分请求诉讼探究

包冰锋 张 艳(210)

诉讼要件概念与性质的基本分析

冯 珂(228)

民事审判独任制的基本功能评析

赵 旻(242)

“被告型第三人”解析	孙 琦(257)
关于当事人制度困境的思考	王冠儒(278)
我国仲裁回避制度的反思与重构	包建华(296)

《《 域外经验

法院附设调解:域外经验与中国之选择	吴文琦(307)
上诉审法官是如何养成的	陈杭平(321)
英国非法证据排除规则的发展述评	任才峰(329)
美国民事诉讼融资介评	黄晓丰(343)

《《 实证调研

我国民事诉讼速裁机制的检讨与分析	范智欣(356)
机理与实践:“诉调对接”模式的发展与完善	黄新华(376)
论执行追加中的司法标准与程序选择	高 娜(391)
对捕后羁押问题的实证分析	张洪宇 王羽菁(404)

《《 司法实务

民俗习惯司法适用的程序化	王庆丰(418)
“遗漏诉讼请求”能否作为民事再审事由	胡夏冰(433)
试论公诉环节的刑事和解	黄喜春 刘向阳(442)
论我国未成年人社会调查制度的构建	李龙跃(453)
涉法信访处理机制改革探讨	陈 光(465)
论一审民商事案件快速处理机制的构建	黄秀莉(476)

专 稿

比较诉讼法研究

[德]Peter Gilles* 著 任重** 译

一、前言

无论是在德国还是在其他国家,一般意义上涉及比较法以及比较私法的文献都令人目不暇接,其中包括一些明显具有基础性导向或至少被认为具有基础性的文献,其致力于对学科中的一些基本问题进行探讨。

与此完全不同的是比较诉讼法特别是比较民事诉讼法领域的文献状况。虽然在德国和其他国家的文献中也有不少具有比较诉讼法意味的专家调研以及关于不同诉讼法和诉讼法律现象的专家课题,然而,无论是在德国还是在其他国家的文献里,都还鲜有对这个相对年轻的比较法领域中的基本方法及其方法论上的基本问题进行探讨的文章。关于比较诉讼法的基本特征或基本特性以及(比较诉讼法)目的和意义的文献,目前仅有 David^① 的一些回应, Cappelletti^② 致 Schima 的一封公开信, Habscheid^③ 关于民事诉讼法各比较对象的一篇较短小的导言以及 Gottwald 近期发表在 Schlosser 上的关于比较民事诉讼法的纪念文集(2004)的一篇论文(但其主要还是针对个别的和具体的专题展开)。此外,相关文献无疑还包括 1995 年在 Taormina 举办的第十届诉讼法国际会议(X. Weltkongress für Prozessrecht in Taormina 1995)上发表的两篇一般性报告以及一些国别报告(Nationalberichte)。此外,1996 年出版的一本具有独特标题的

* Peter Gilles: 德国法兰克福大学法学院民法、诉讼法和比较研究所教授,法学博士。

** 任重: 德国萨尔大学(Universität des Saarlandes)法学博士研究生。

① David, "De l'importance d'études comparatives relatives à la procédure" in: *Estudios Jurídicos Memoria de Eduardo J. Couture (Uruguay)*, 1957, S. 929 ff.

② Cappelletti, *An open letter to Hans Schima about the need, the difficulties and the purposes of comparative civil procedure (Oesterreich)*, 1969, S. 125 ff.

③ Habscheid, *Introduzione al Diritto Procesuale Civile Comparato (Italia)*, 1985.

小书《比较诉讼法》^①也是相关文献之一。但是相对于现在这篇文章,这本小书并没有什么新意,因为这本书是笔者的拙著。

回顾国际诉讼法协会于1995年在意大利西西里的Taormina举行的国际会议^②,《比较民事诉讼法的特征》是该次会议所发表的两篇一般性报告之一。该报告以16份国别报告为基础,且基于年会中众多学者对比较诉讼法深入和全面的探讨,并且经受了来自大约50个国家的数百名专业听众的考验。

有充分理由相信,1995年的Taormina见证了作为独立领域的比较诉讼法的诞生^③。可惜从那以后的这段时间里,这个较年轻甚至是最年轻的比较法分支并没有获得进一步的发展,甚至在涉及国际诉讼法^④和欧洲民事诉讼法^⑤的论文中都几乎没有被提及。然而,这种颓势是否会因为2006年以《诉讼法的世界观点:Taormina后的十年》为主题的Catania(卡塔尼亚,位于意大利西西里岛东岸)圆桌会谈而改变,还尚待观察。

综上所述,关于比较诉讼法的文献依然寥寥无几,因此希望通过文献研究了解这一领域几乎是不可能完成的任务。

为了避免可能存在的对本文不切合实际的期冀,在详细论述之前有必要再次强调本文的主题和内容:在本文中不存在对任何比较诉讼法专题的介绍或者对比较诉讼法“具体”研究的描绘,相反,本文将着重探讨方法论意义上的比较诉讼法(die Prozessrechtsvergleichung in ihrer theoretisch-methodologischen Bedeutung)。

二、作为一般比较法特别范畴的比较诉讼法

由于比较诉讼法的研究对象、研究方法和研究目的的限制,使比较诉讼法不能或者几乎不可能从一般意义上的比较法中分离出来,从而成为具有特别基本

① Gilles, *Prozessrechtsvergleichung/Comparative Procedure Law (Deutschland)*, 1996.

② Italo Andolina (ed.), *Transnational Aspects of Procedural Law*, General Reports X. World Congress on Procedural Law in Taormina, 1995, Volume I - III, University of Catania, 1998; Peter Gilles (Hrsg.), *Transnationales Prozessrecht*, Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz fuer Prozessrecht in Taormina/Sizilien (Deutschland), 1995.

③ 见 Koch, “Einfuehrung in das europaeische Zivilprozessrecht”, *JuS* 2003, S. 105 ff. (S. 111 FN 50); Andolina, (N. 6); auch Gilles, (N. 5), S. 4.

④ Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht (Deutschland)*, 3. Aufl. 2002, S. 9 f. Rz 28: “比较诉讼法的发展不过是几年前的事情……甚至在不久前,多数人对于比较诉讼法依然是漠不关心的。”

⑤ Koch (N. 7): “诉讼法学只是在最近才将比较诉讼法的内容纳入其中。”

结构和基本功能的独立学科。

从另一个方面讲,作为法学基础学科的比较法本身又是比较科学或比较语言学(Komparatistik)的一个特别部门。而比较科学用更为朴实的和较少理论性的语言表述,即人类行为和思维的特别方式,正如人们从日常用语“Vergleichen”(比较)改写出“Rechtsvergleichung”(直译为“法的比较”,是“比较法”的德文表述)一样。

(一)作为日常思考与行动的比较

这样一种日常的比较绝不是像法学家所进行的仅仅为了理解、认识和感悟的比较。与此相反,在人类全部的日常感知中都包含着比较的因子(视觉、听觉、嗅觉、味觉和触觉等)。如在当今的自动售货机还有电脑中,到处可以发现信息的比较或称为数据处理(Datenverarbeitung)。对此,网络征婚与婚介(Partnervermittlung)或者基于广告目的,为了获得特殊顾客人群的比较特征所进行的顾客数据处理,都只是众多例证之一。

如果人们尝试对比较下一个定义,那么一般而言,比较是由人们对作为比较客体的两个或更多的现实或者观念中的现象的领会和感悟所组成。此后,不同于所选对象的立足点或基准点出发(所谓的第三者标准,tertium comparationis)将比较对象置于特定的关系当中,通过对这些现象的个别特征或者全部特征加以比对从而发现比较对象之间是否存在相同的地方或至少是相似之处。如果在比较过程中发现被比较的现象之间并不相同或相似,那么,这原则上意味着一种消极的结果。无论如何,从比较的语意上看,比较的目的是求同而不是求异。求异的比较显然是求同的无用功。

由谁进行比较,对什么进行比较,在何时以及在何地进行比较,而比较又是如何进行的(这些都是有关比较的基本问题),例如对质量的比较,对价格的比较,对广告促销的比较以及对电视节目的比较,对交通状况的比较;在“选美比赛”中通过比较而决出“选美小姐”;在大学生择校时,还会遇到对学费高低的比较,对课程设置的比较。然而,这些问题似乎不能再引起人们的兴趣了。目前存在着一种法学家很感兴趣的新看法,即所谓的“不可比”或“不可调和”的观点,这与例如对国民性(Volkswesenheiten)以及大众的一般偏见和惯常用语的观点相一致。“苹果”和“梨”是没有可比性的,“大象”和“苍蝇”也是不可比的。进而法学家们认为大陆法和普通法是没有可比性的,社会主义法和资本主义法是没有可比性的,或者认为朝鲜的法律和韩国的法律是不具有可比性的。其实刚好相反,恰恰是因为这样的表述,反而表明他们已经进行过比较或者说只有在比较的基础上才能够得出这样的判断。这样的推理也适用于一些溢美之词,比如“中国的女性身上有不可比拟的美”。上世纪德国大学生运动时期(die Zeit der deutschen Studentenbewegung),一些女权主义者提出以下口号:“一个没有男人的

女人就像是没有自行车的鱼。”这句口号乍听起来似乎完全没有意义,但是实际上却有深刻的内涵。通过以上例证可以发现,可比性从来就没有受到过真正的挑战,人们只是质疑对这些现象的比较是否存在或存在着怎样的意义和效应。

(二)作为日常司法工作的比较

法律生活中的比较又称为“法律”的比较。人们通常将其理解为由法学家(Rechtswissenschaftler)以法学的方式进行的比较。这种比较被认为贯穿于法学家的日常工作当中,比如法官的工作、律师的工作、法学教授的工作等。法学家在工作中需要经常穿梭于法条之间,来回于不同款项和语句之间,不断地对文献中的观点进行比较,一而再再而三地将文献中的观点与判决中的观点进行比较,要经常对上下级法院的判决进行比较,将少数说与通说进行比较,将不同审判庭(Senat)之间的判决进行比较,比较诉状和答辩状,比较不同的证人证言,比较法律修改前后的规定,比较同一规定的不同翻译文本。

只是,以上提到的各种比较与通常意义上被定义和理解的所谓比较法并不相干。

(三)作为教学和研究专业的比较

在比较法这个行当(die Zunft)中,比较法学者喜欢将自己研究的领域理解为“隐蔽的世界性法学帝国”(geheime Weltreich der Jurisprudenz),并喜欢自诩为“世界法学家”或者至少希望给别人留下这样的印象,进而认为在这个行当中汇集着“伟大的法学思想家”(grosser Geister der Rechtswissenschaft)^①。比较法不仅致力于对各个历史时期的法律进行比较(比如当代或近代德国与过去的德国普通法以及罗马法的比较),此外,也对不同国家的法律进行比较(两国法律比较,多国法律比较)(bi- und multinationale Rechtsvergleichung)。

较为典型的比较法是国别比较法,这也是不胜枚举的比较法国际会议的报告方式,近期国际诉讼法协会的多次会议也是采用这种方式展开的,比如2003年在墨西哥城举办的国际会议以及2007年在萨尔瓦多的Bahia举行的会议。在每次会议中都会有为数众多的所谓国别报告人或称国家报告人(Landes-berichterstatte)针对这样或那样的主题作国别报告。在此之后,将由一般报告人以特定的方式进行比较并作出一般性报告,一般性报告并不是仅仅提供简单的总结,而是要提出具有跨国性的和超国家性的见解。

诉讼法比较研究的对象通常涉及研究者本国的诉讼法和其他一个或多个国

^① Stuermer, “Die Rezeption US-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland”, *Festschrift fuer Rebmann*, 1989, S. 839 ff. (840); auch Gilles, *Prozessrechtsvergleichung* (N. 5), S. 18 und dort FN. 26.

家诉讼法之间的比较,比如在诉讼法领域值得一提的 Moon-Hyuck Ho^① 关于韩国民事诉讼法与德国民事诉讼法的比较。

而对特定的法系(Rechtsfamilien)^②、法域(Rechtskreisen)中不同国家法包括诉讼法的比较,以及新近出现的对具有特定法律文化^③的不同法律所进行的比较都是两国比较法和多国比较法的典型方式。然而,我们所处的恰恰是法律愈发国际化和全球化的时代,在这样的时代背景下,传统的法系思维愈发显得不合时宜。不仅如此,我们也很难分辨这种将同类纳入一种体系而将异类排除在这一体系之外的思维方式到底带来了哪些好处,而由此带来的益处是否真的大于其所造成的损害呢?

无论如何我们可以确定,以下因素对客观和无偏见的诉讼法比较肯定是弊大于利的:一直被强调的国家视角甚至是超级优越感(Superprioritaetsdenken),同样被过分强调的特定法圈,以及研究者与本国所在法圈在心理上、情感上、意识形态上、政治上、文化上和历史上的关联。

(四)作为蒸蒸日上的独立学科的比较诉讼法

起初,人们尝试将一般比较法的方法论贯彻到比较诉讼法当中,但这种做法妨碍了比较诉讼法作为独立和较为年轻的比较法特别领域的发展。现在人们不得不承认,作为独立的法律部门的比较诉讼法正处于蓬勃发展中。但是,若要使比较诉讼法最终获得学术、实践和政治上承认,则像比较法学之于比较学一样尚需时日。

三、在一般比较法背景下对比较诉讼法的基本理解

现在需要讨论的是人们对比较诉讼法的基本理解,比如其思考方式和行为

① Moon-Hyuck Ho, "Korea und das deutsche Zivilprozessrecht", in: Habscheid (Hrsg.), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, 1991, S. 448 ff; Ho/Gilles (ed.), *Studies in International Civil Procedure/Comparative Study of Civil Procedure*, Seoul National University, College of Law, 2004; Ho/Gilles (ed.), *Studies in Civil Procedure*, Seoul National University, College of Law, 2004.

② 近期的文献见:Kojima, Legal families in procedural law, revisited/Recrupement des familles juridiques et en un droit judiciaire" (General report), Andolina, (FN. 6) ...; auch Koch, *Neuordnung der Rechtsfamilien im Prozessrecht*. Die Lehr von den Rechtskreisen (Rechtsfamilien) und das deutsche Zivilprozessrecht, Gilles (Hrsg.), *Transnationales Prozessrecht*. Deutsche Landesberichte zum X. Weltkongress fuer Prozessrecht in Taormina, Sizilien, 1995, S. 119 ff.

③ 最近的文献:Stuerner, "Eroeffnungsvortrag, in: Gilles/Pfeiffer (Hrsg.), *Prozessrecht und Rechtskulturen, Eroeffnungsvortrag und Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz fuer Prozessrecht in Mexiko City*, Mexiko 2003, S. 9ff.

方式如何。此外,还需要确定它的研究对象——“诉讼法”,以及比较诉讼法的功能和作用。而不可忽视的是比较诉讼法的不足及其将会带来的风险。

(一)作为学科间不同方法综合体的比较法和比较诉讼法

通说认为,对比较诉讼法基本含义的探知将取决于众多元素或称要素,即:

——每一项比较的原因或称比较原因(Vergleichsursachen) (“动机”, “出发点”, “触发”, “冲动”, “因素”, “因子”)

——作为比较对象的各种形式的法律(比较客体, Vergleichsobjekte)

——比较诉讼法的总体目标或者说欲求达到的结果

——比较的结构(结构, Strukturen)

——较为典型的比较思维和工作步骤(工序, Operationen)以及它们的顺序(程序, Prozedur)

——可能与预定目标相联系或者相背离的结果(功能, Funktion)

——最后还有赖于比较的效果

除此之外,所有以上所列举因素之间的关联也都属于基本理解的范畴,比如定义、产生、解释、论证、评价、适用。然而,比较诉讼法尚未对这些问题进行过研究。

此外,对以下异常棘手的问题的回答也将属于基本理解的范畴:作为法学方法和独立学科的比较法与其他法学领域之间的关系如何,例如比较法与法制史、法理学、法学方法论、法社会学、法律的实证研究(Rechtstatsachenforschung)、法经济学以及法政治学之间的关系;比如比较法学与历史学、语言学、人类学、人种学、统计学、调查学、预测学和心理学等所谓的伙伴学科、关联学科或称辅助学科的关系如何,再如比较法与社会学、经济学和政治学的关系如何^①。

要完全回答这些问题或者即便对个别问题进行深入而详尽的讨论,对本文而言显然都是一种苛求。但在此我要强调的是,虽然比较法学家希望将比较法作为一种普世的和统一的方法或者将比较法作为一门独立的和自成一体的知识及学科(Fachdisziplin),然而根据通说,到目前为止,所有由比较法学者进行的

^① Drobniġ/Rehbinder (Hrsg.), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, 1976; Martiny, “Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtssoziologie”, *Zeitschrift fuer Rechtssoziologie*, 1980, S. 65 ff.; Koetz, “Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?”, *JZ* 1992, S. 20 ff.; Kroppholler, “Die vergleichende Methode und das internationale Privatrecht”, in: Madlener (Hrsg.), *Deutsche Nationalberichte zum X. Internationalen Kongress fuer Rechtsvergleichung*, Budapest, 1978, S. 1 ff.; von Bender-Beckmann, “Einige Bemerkungen ueber die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung”, *Zeitschrift fuer vergleichende Rechtswissenschaft* 78 (1979), S. 51 ff.; dazu die zahlreichen Nachweise bei Gilles (N. 4), S. 17 ff.

尝试均以失败而告终。因此,人们应该完全放弃这种不现实的幻想。最终我们将不得不承认,作为一般意义上的比较法和特别意义上的比较诉讼法只不过是单一学科、学科之间或者多学科方法的综合体,或者称之为没有学科诉求的单纯的实践和技术。而这些实践和技术会因为比较对象的不同而有所不同。在比较过程中,比较的质量完全取决于个人、团队、组织和研究机构以及法学家、法律实务从业者和法律政治家的知识与能力。就连被许多人溢美的所谓比较法中的“功能性方法”(funktionale Methode),尽管其具有重要的意义,但也只不过是以上所述的众多方法之一。无论如何,最不幸的或者最蹩脚的比较法(如果得以这样称呼的话)是仅仅对不同国家法律表述的对比,即一种纯粹的“文本比较”(Textvergleichung)。^① 这种方式仅仅是一种语言学和语义学的工作,或者说的不同法律法规的相同之处与不同之处的简单罗列,却没有展开进一步的思考。不幸的是,这种做法不仅仅存在于比较法之中,而且普遍存在于当下正在实践中广泛开展的法律趋近(Rechtsangleichung)和法律一体化(Rechtsvereinheitlichung)中^②。

(二)作为各种规范的、运行中的和实证的比较对象综合体的法律和诉讼法

现在,我们将要探讨比较诉讼法的对象,即“诉讼法”。对此,Stürner 和 Stadler^③ 近期给出如下表述:“比较诉讼法”涉及一个“较为狭小的”、“相对封闭的”、“被划定的和自成一体的”或者“相对有限”的法律领域,因此,在这里更适合采用所谓的宏观比较(Makro-Vergleichung),相反,在比较私法中更适合微观比较(Mikro-Vergleichung)。由于“诉讼法”具有巨大的规模、高度的复杂性,加之学科之间和多学科的关联以及分类,我并不赞同以上观点。诉讼法和诉讼法学家早就在原本的诉讼法之外将所谓的“规范诉讼法”、“运行中的诉讼法”以及对诉讼法有重要意义的“实证诉讼法”收入囊中,这种巨大的规模在以前完全是不敢想象的。有鉴于此,我们现在应该以全部的司法法(Justizrecht)来理解诉讼法这一概念。除此之外,还需要考虑到其他非常广阔的领域,这至少包括法律职业领域(forensisches juristisches Berufsfelder),以及今天我们称其为替代性司法(Alternative Justiz)或称替代性纠纷解决(ADR)(仲裁、调解、咨询、协商)。而在德国的语境之下,民事诉讼法学家还将关注德国新的法学教育规定所要求

① Herbert Roth, Vorschläge der Kommission fuer ein europäisches Zivilprozessbuch, ZZP 109(1996), S. 271ff.

② 更多论证见: Gilles, Vereinheitlichung und Angleichung unterschiedlicher nationaler Rechte - Die Europäisierung des Zivilprozessrechts als Beispiel, ZZPInt 7, Band. \2003 S. 3 ff (besonders S. 23 ff).

③ Stürner/Stadler, Gilles (Hrsg.), Transnationales Prozessrecht (FN. 5)

的“核心素质”(Schlüsselqualifikationen)(谈判技巧、谈话引导、辩论技术、纠纷解决、调解、咨询和沟通能力)。^① 所有这些都使人们不能接受仅仅将“诉讼法”理解为一个狭小的、有限的和封闭的法律范畴。

那么,比较诉讼法究竟是什么,比较诉讼法的研究对象是什么?同样,在本文中不可能穷尽这些问题,仅仅是进行关键性的列举:

首先,这涉及诉讼法律规范^②,对此可以列举出纯粹的诉讼法(Gerichtsverfahrensrecht)或不同审级的诉讼法规定,这不仅包括审判程序,也包含临时性法律保护(einstweiliger Rechtsschutz)和即决程序(summarischer Verfahren),此外还包括有关上诉和司法协助的法律法规,比如执行法。而不同种类的附带诉讼法和特别诉讼法(Neben-und Sonderprozessrechte)也包含在其中,比如司法人员法(Justizpersonalrecht)或者法律职业法(Juristenberufsrecht)以及各种关于诉讼费用的法律。但是,这些规定并不仅仅局限于国家法,而是还包括跨地区、跨区域的和对国际民事诉讼有重要意义的本国法(冲突诉讼法, Kollision-sprozessrecht),此外,还包括超国家的诉讼法(统一诉讼法、共同诉讼法)以及国际公约和联合国中的诉讼法以及以上提到的多种多样的司法法和当下所谓宪法性的诉讼法和司法法,即具有诉讼和司法基本权利和人权色彩的私法性或程序性宪法规范。不仅如此,比较诉讼法的对象还包括不成文的诉讼法和相关法律渊源,即所谓的成文法之外的习惯法、法官法或判例法。此外,诉讼法规范体系也包括替代性或“私”诉讼法和司法法以及法律职业中有关诉讼的标准、规则、做法、习惯、程序、准则、伦理及其他。

如果一个比较法学者并不仅仅与单纯的法律规定或所谓纸面上的法律(code law, law in book, paper law, letter law)打交道,即仅仅关注法律文本,而是同样关注完整的和真正意义上的法律及它与社会、政治、文化和其他领域的联系,也即所谓实践中的法律(law in action, living law, practice law),那么,在他的比较工作中,除了规范意义上的诉讼法,还不得不包括这里所谓运行中的诉讼法,即在各个国家或跨国的学术探讨中的法律,在职业实务中的法律,在立法转化中的法律和在法律政治讨论中的法律,此外还包括广泛的所谓“实证诉讼法”(faktisches Prozessrecht)范畴,具体指对司法和诉讼法有重要意义的现实(legal facts),即塑造司法和诉讼规范的影响和效果的现实与观念。而这里所谓的运行中的诉讼法,是指在个别国家和文化体系中,诉讼法学和诉讼法律事务以

① Gilles, “Zur neuesten deutschen Juristenausbildungsreform und ihren Bezuegen zum Universitaetsunterricht im Zivilverfahrensrecht”, *Seoul Law Journal* 2004 ; Gilles/Fischer, “Juristenausbildung 2003”, *NJW* 2003, S. 707 ff.

② Gilles (N. 4), S. 27 ff.