

比较民事诉讼法

陈刚 主编

2009-2011年合卷·总第八卷

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 主编

2009-2011年合卷·总第八卷

COMPARATIVE CIVIL
PROCEDURAL LAW REVIEW

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

比较民事诉讼法. 2009 ~ 2011 年合卷: 总第 8 卷/陈刚
主编. —北京: 中国法制出版社, 2012. 2

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3520 - 8

I. ①比… II. ①陈… III. ①民事诉讼法 - 比较法学 - 文集
IV. ①D915. 204 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 015544 号

策划编辑 郭善珊

责任编辑 孙彤飞

封面设计 李 宁

比较民事诉讼法 2009 - 2011 年合卷 · 总第八卷

BIJIAO MINSHI SUSONGFA 2009 - 2011NIAN HEJUAN · ZONGDI BAJUAN

主编/陈 刚

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/15.5 字数/327 千

版次/2012 年 6 月第 1 版

2012 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3520 - 8

定价: 45.00 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: 66017726

邮购部电话: 66033288

主 编 的 话

年卷该当一年一卷才名副其实，但《比较民事诉讼法》却遇诸多困难只能号称“年卷”了。这部2009年-2011年合卷，既是《比较民事诉讼法》总第八卷，也是近三年来的劳作结晶。如何解决稿源少与宁缺毋滥的学术品质要求之间的矛盾，是这些年来最让主编感到纠结的事情。学界周知，在“核刊中心主义”的现实“学术标准”评价体制下，连非核心及“非主流核心”的期刊都难求一篇佳作，遑论性质为学术文集的《比较民事诉讼法》年卷。但是，历史是检验真理的又一客观标准。主编深信，坚持就是胜利！《比较民事诉讼法》年卷已经有了学界首肯的过去，它的明天将会更加灿烂。

本卷的出版得到了国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目以及上海市人文社科建设基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目的专项经费支持，它属于上述项目的科研成果之一部。在此鸣谢！

中国法制出版社对《比较民事诉讼法》年卷的出版一直给予大力支持和抬爱。在此，主编代表各位作者向中国法制出版社及长期担任这部年卷编辑的郭善珊女士深表诚挚的谢意。

华东政法大学外国法与比较法研究院研究员

陈 刚

2011年12月26日

比较民事诉讼法

2009-2011 年合卷·总第八卷

目 录

Contents

[综合研究]

让法律的阳光洒向中产阶层:

日本权利保护保险制度的成立及发展

[日] 小岛武司 韩 宁 3

对贫困者的司法救济

——《司法与无产阶级》读后散记

邓继好 27

诉与主观权

[法] 莫图尔斯基 著/施鹏鹏 译 60

德国民事诉讼费用制度评述

黄 宣 编译 77

仲裁与准据法

[日] 佐藤文彦 著/汪振林 译 109

[群体诉讼]

德国消费者团体诉讼制度之经纬

——消费者团体诉讼制度的原点

[日] 高田昌宏 著/郝振江 译 125

德法消费者团体诉讼制度比较研究

陶建国 147

美德示范诉讼之比较研究

黄娟 陈绮霞 170

投资基金持有人派生诉讼制度之比较研究

李俊 197

[证据制度]

民事诉讼中的秘密保护与证明权

李永泉 235

民事程序原则或诉讼模式论

——主要以证据调查为视角

周成泓 283

附条件的相关性之谜

[美] 唐纳德·艾伦 迈克·帕多 著/肖建华 黄华珍 译..... 332

[诉讼史话]

诉讼参加制度系谱考

[日] 中村宗雄著/段文波 译 353

[民事司法改革]

韩国个人破产制度研究

金镐 金镇亨 387

《德国民事诉讼法》中的法定听审责问程序及其改革

蓝冰 415

日本的外国律师制度及其发展

[日] 猪股孝史 著/汪振林 译 432

[讲 座]

第一讲 民事诉讼法学的基本意义及研究方法

陈 刚 451

第二讲 民事诉讼的基本意义

陈 刚 470

综合研究

让法律的阳光洒向中产阶层： 日本权利保护保险制度的成立及发展^①

[日] 小島武司** 著

◎ 韩 宁*** 译

引 言

权利保护保险（権利保護保険）是指在民事诉讼或者仲裁等解决纠纷程序领域，对当事人的诉讼费、律师费、鉴定费等

① 本文是在2009年12月20日召开的“东亚国际民事诉讼法研讨会”（广东商学院主办）上发表的同名论文基础上，又参考相关文献资料，通过追加和订正部分内容形成的最终研究成果。本文的日文版题目是“日本における権利保護保険制度の誕生と成長——中間層の人々に法の光を——”。

** 小島武司，法学博士，法学教授，日本桐荫横滨大学校长，日本仲裁ADR法学会理事长，日本司法接近学会会长，原日本民事诉讼法学会会长。

*** 韩宁，法学博士，日本桐荫横滨大学法学院副教授，调解交涉研究所研究员。

相关支出给予填补的一种新型保险。^① 该险种在日本有诸多称谓，例如，诉讼费用保险、权利保护保险、律师保险、法律费用保险、诉讼保险，等等。虽然这些称谓在适用范围和侧重点上有所不同，但所定内涵基本一致，其目的都是便于原告更好地接受律师的法律服务和更好地接近司法。其实，在日本，赔偿责任保险作为确保被告方（加害人）得到法律服务的一种装置，早就在社会中得到广泛推广，很多保险公司也都承办此项业务。赔偿责任保险是以违法行为等造成的损害赔偿作为保险对象的一种保险，它旨在促成被告的权益得到维护。^② 然而，对于中产阶层的原告的权益保护尚处于空白地带。于此情形下，为了改变原被告双方不平衡的权利保护状态，特地建立了权利保护保险这样一种新型保险制度。

本文将从扩大国民的权利保护这一视点出发，使用“权利保护保险”这个概念，阐述日本权利保护保险制度的现状及相关问题。

一、权利保护保险的含义及制度创立的意义

权利保护保险是指市民通过预先支付保险费或互助金的方式，以保障自己在卷入纠纷，需要寻求法律保护及接受法律服务时，对其可能承担的经济费用，能够得到保险金补偿的各种保险之总称。简言之，权利保护保险，就是将被保险人为了保护及实现自己合法权益所需要的费用作为保险金给付对象的一种

① [日] 山下友信：《保险法》，有斐阁，2005年版第55页。权利保护保险概念源自德语“Rechtsschutzversicherung”。

② 例如，随着私家车数量和交通事故损害赔偿请求诉讼的大幅增加，车辆损害赔偿保险得到迅速普及。为了保护受害人的权益，还推行了强制责任保险（《车辆损害赔偿保障法》第5条）。

新型保险。^①

权利保护保险制度在推奉接近正义的时代大潮中以其独有的特性备受关注。^②众所周知，在法治社会中，裁判制度是国民的权益保护得以实现的最强有力手段。除当事人自行进行诉讼（本人诉讼）的情形外，人们通常是聘请律师协助自己实现合法权益。要想打官司，就要做好承担经济重荷的思想准备，所以，人们在接近正义过程中碰到的一个最基本障碍，就是如何承担诉讼的相关费用问题。在日本，一般来说，律师费^③要比案件受理费等诉讼费用高出很多，而且原则上由当事人不分胜败各自负担。因此，是否有足够的经济能力承担包括律师费在内的各项涉诉费用，就成了当事人是否提起诉讼的决定因素。^④

富裕阶层的人，通过自己出资聘请好律师，可以享受到优质的法律服务，他们在接近司法上几乎不存在什么障碍。贫困

① [日] 秋山清人：《動き出す弁護士会の権利保護保険制度》，《自由と正義》51卷9号，2000年版第83页；[日] 堤淳一：《権利保護保険》，载塩崎勤、山本文编：《保険関係訴訟法〈新・裁判実務大系19〉》，青林書院，2005年版第205页。

② [日] カベレッティ、ガース编：《正義へのアクセス》，小島武司译，有斐閣，1981年版。本书是从理论和实践两方面对这一课题进行探讨的基本文献。

③ 向律师支付的费用通常有以下几种。着手金、报酬、手续费、法律咨询费、顾问费、日津贴以及实际发生费用等。根据当事人之间对案件的争议程度和案件的难易程度等情形不同，律师收费的额度也不同。

④ [日] 小島武司：《司法改革と権利保護保険》，《自由と正義》52卷12号，2001年版第59页以下，本文汉译《司法改革与权利保护保险制度》，段文波、万艳红译，载陈刚主编：《比较民事诉讼法》2000年卷，中国人民大学出版社，2001年版；[日] 秋田知子：《権利保護保険の現状》，《リーガル・エイド研究》7号，2001年版第112页；[日] 堤淳一：《新たな弁護士紹介システムの構築—弁護士保険を基点に》，《自由と正義》59卷1号，2008年版第62页。

阶层的人，可以通过法律扶助制度得到国家的帮助，其接近司法的经济上障碍也能够得到克服。与此相对，处于中间收入阶层的人，他们既不像富裕阶层那样具有经济实力，又不像贫困阶层那样可以利用法律扶助，在接近司法方面则如同处于山涧之间，可以说两头都靠不上。为了使中间收入阶层的权利保护能够得到更好的实现，权利保护保险的构想便应运而生。权利保护保险强调自立与互助，有了它，即便资金有限，也可以通过统合和分划的方式，将裁判费用（诉讼费用、律师报酬等）的重荷在众多主体之间进行分散，对同一主体而言，则是在时空上进行分划。因此，建立权利保护保险制度对于减轻中间收入阶层于维护合法权益时所面临的经济窘境，使其合法权益切实得以实现，有着十分重要的意义。^①

二、权利保护保险制度的建立及发展

（一）律师协会的探讨过程

在日本，权利保护保险制度自日本律师协会首倡到最终建立，大约经历了 20 年的漫长过程。

1979 年，日本律师协会会长向律师业务对策委员会提出倡议：我们现在应该着手探讨建立诉讼费用保险制度的各项方针。以此为契机，律师业务对策委员会开始着手探讨建立权利保护保险制度的相关课题。但在当时，“没有社会需求”、“容易造成滥诉的危险”、“没有律师报酬法定主义和败诉方承担诉讼费用制度作后盾，这种制度无法发挥实际作用”等之类的“为时尚早论”思想占据了主流

^① [日] 小島武司：《司法改革と権利保護保険》，《自由と正義》52 卷 12 号，2001 年版第 59-60 页；[日] 秋山清人：《権利保護保険から弁護士業務改革を考える》，《自由と正義》52 卷 12 号，2001 年版第 78-79 页。

地位，再加上制度的载体，即愿意承接此项业务的保险公司等尚待发现，所以，这一时期的探讨仅停留于纸上谈兵。

10 之后的 1989 年，律师业务对策委员会在内部专门设置权利保护保险小委员会，开始与损害保险协会成员一起联手探讨“法律咨询保险”这一课题。其实，“法律咨询保险”就是将保险金的给付范围限定在法律咨询方面的一种权利保护保险制度之设计。1993 年 1 月 22 日，经日本律师协会理事会的认可，法律咨询保险制度正式创建。保险界也积极着手制定格式合同条款，争取第二年就推出这一新险种。本着“诞生时虽小，慢慢将它培养壮大”这一宗旨创设的法律咨询保险制度，在当时，保险公司只对保险事故造成的损害及当事人赔偿请求案件的法律咨询费用给付保险金。这种保险规模很小，连车辆事故都被排除在保险事故之外，可见当时制度设计之谨慎。虽然如此，法律咨询保险可以说是踏出了权利保护保险的第一步，仍有着极其重要的意义。但后来，由于保险公司没有积极推行此项业务，引致这个新险种实际上一一直处于被冷落状态。

1996 年，《保险法》的修改使得保险行业的状况发生了很大变化。尤其是保险中介制度的导入，使得新商品的开发成为极其重要的竞争手段。^① 1997 年秋，律师业务对策委员会接受了若干家保险公司的建议，成立权利保护保险课题组，就保险金的给付范围从原来的法律咨询费用扩展到诉讼等领域的律师费用之可能性展开共同研究。1999 年，律师业务对策委员会提交了《关于建立权利保护保险制度的提案》，日本律师协会理事会在采纳该提案的同时，确立了推进权利保护保险制度建设的基

① [日] 秋山清人：《権利保護保険と少額事件》，《自由と正義》49 卷 5 号，1998 年版第 54 页；[日] 小山昭雄：《保険業者から見た権利保護保険の位置付けと今後の展望》，《自由と正義》52 卷 12 号，2001 年版第 72 页。

本方针，并于2000年6月17日作出正式建立该制度的决定。2000年10月1日，权利保护保险制度正式启动。日本司法制度改革审议会对权利保护保险制度给予很高的评价，并在2001年6月12日的《司法制度改革审议会意见书》中指出：“作为便于国民接近司法的策略之一，诉讼费用保险的普及有着深远的意义，希望今后能够继续积极开发、不断推广普及。”^①

（二）保险行业的推广过程

2000年，日本大成火灾海上保险公司和日精同和损害保险公司与日本律师协会签订协议，正式推出权利保护保险产品。此时的权利保护保险主要是作为特别条款附带在火灾保险、伤害保险领域。比如在大成火灾海上保险公司的家庭财产综合保险，以及日精同和损害保险公司的财产综合保险和累积式综合补偿保险中，都有权利保护保险的附加条款。之后，从2001年10月起，随着累积式伤害保险新险种的开发推广，作为“龙头”的损害保险股份有限公司也与日本律师协会签署了协议，积极推出权利保护保险产品。正如制度创建时所希望的那样——“诞生时虽小，慢慢将它培养壮大”，权利保护保险在日本慢慢得到普及。现在，已有7家保险公司承做权利保护保险业务，与用户签订的涵盖权利保护保险内容的合同件数也逐年增加。^②

① [日] 秋山清人：《権利保護保険から弁護士業務改革を考える》，第53-54页；[日] 小島武司：《司法改革と権利保護保険》，第58页；[日] 秋山清人：《弁護士保険（権利保護保険）搖籃期》，载《権利実効化のための法政策と司法改革—小島武司先生古稀祝賀（続）》商事法務，2009年版第6-13页。

② 例如，在制度初始的2000年，涵盖权利保护保险内容的保险合同全年签约数只有7397件。但到了2006年度，全年合同签约件数突破100万大关，达到440万件。2008年度全年合同签约件数又创新高，超过了650万件。

（三）学术界的探讨过程

谈及权利保护保险制度的建立和发展，就必须提及学术界为此付出的各种努力。实际上，在日本律师协会探讨建立这种制度之前，学术界就已经开始了权利保护保险课题的探讨和研究。20 世纪 50 年代中期到 70 年末期，很多学者便开始陆续地将欧美权利保护保险制度介绍到日本，并建议在日本建立相应的制度。^① 然而，这些书斋中的提议只得到了一部分人的支持，并没有受到广泛关注。这种状况曾维持很长一段时间，直到日本法政大学现代法研究所成立了“法律扶助·诉讼费用保险课题组”，权利保护保险问题才开始得到有组织有系统的研究。^② 也正是从这时开始，权利保护保险问题引起了日本律师协会的关注。最后，在日本律师协会的倡导下，建立了该项制度。起初，对于权利保护保险制度的建立，政府是持否定态度的，律师协会、保险公司在态度上也很消极。正是由于许多热心倡导者们的不懈努力，制度的建立才能够得以实现。现在，涵盖权利保护保险内容的保险合同件数已突破 600 万件/年，这足以证明该制度在日本具有潜在的社会需求。但仅凭这一点，还不能说它已经在日本根深蒂固。

① [日] 金沢良雄：《権利の上の泣き寝入り—訴訟保険の提唱》，《ジュリスト》72 号，1955 年版；[日] 小島武司：《法律費用保険制度の導入—中産階級の弁護士によるサービスの普及のために—》，载日本比较法研究所编：《比較法の諸問題：二〇周年記念文集》，1972 年版；[日] 菱木昭八朗：《スウェーデンにおける新しい法律扶助と訴訟保険》，《専修法学論集》18 号，1974 年版；[日] 福山達夫：《西ドイツにおける訴訟救助と権利保護保険の問題状況》，《法学志林》634 号，1978 年版；[日] ペーター・アーレンス：《西独における法律扶助と訴訟費用保険と現状と課題》，福山達夫訳，《法学志林》635 号，1978 年版。

② [日] 霜島甲一等编著：《法律扶助・訴訟費用保険〈法政大学現代法研究所叢書 1〉》，日本評論社，1979 年版。

三、权利保护保险的内容及制度构造

目前的权利保护保险，是被保险人遭遇偶然性事故要求损害赔偿，且需要律师提供法律咨询服务或委托律师代理诉讼时，由律师协会向当事人介绍律师，并由保险公司支付律师费及诉讼费用等的一种制度。日本权利保护保险制度的特征在于，保险公司在开办此项保险业务时，要事先与日本律师协会签订协议，此外，当事人如有需要，也可以由日本律师协会运营的司法接近中心介绍律师。

（一）保险内容^①

1. 保险事故

因保险公司不同，权利保护保险的具体内容也有所不同。但都以与日本律师协会签订协议为前提。保险公司只在被保险人遭遇偶然性事故造成人身伤害和财产损失并请求损害赔偿时，才对其所负担的相关诉讼费用给付保险金。而关于保险事故的范围及种类，则各公司不尽相同，有的只限定于造成车辆损害的保险事故，有的涵盖交通事故、火灾及日常生活中所发生的一切损害。当然，林林总总的这些保险事故，都必须属于偶然性事故。

在日本，权利保护保险将契约关系和家庭关系所产生的纠纷排除在保险事故范围之外。从这一点来看，保险事故的范围还是极其有限的。但最近的保险商品中，已将交通事故、医疗事故、产品安全事故、在校发生事故，以及一定范围的刑事犯罪所造成的损害等，都列入保险事故的范围。因此而言，可以认为现在的保险事故范围已经覆盖了日常性纠纷的很大一部分。

^① [日] 高桥理一郎：《今なぜリーガル・アクセス・センターなのか》，《自由と正義》59卷1号，2008年版第46页；以及研讨会基本报告摘要：《21世紀に求められる弁護士業務—弁護士業務の一層のひろがりをもとめて》，《自由と正義》52卷11号，2001年版第114页。