

民事诉讼法学精粹译丛

傅郁林 主编

诉讼外纠纷解决法

小島 武司 伊藤 真 编

丁婕 译 向宇 校



中国政法大学出版社

民事诉讼法学精粹译丛

诉讼外纠纷解决法

小島 武司 伊藤 真/编

丁婕/译 向宇/校

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

诉讼外纠纷解决法 / (日) 小岛武司等编; 丁婕译. —北京: 中国政法大学出版社, 2005. 9

ISBN 7-5620-2814-1

I. 诉... II. ①小...②丁... III. 民事纠纷-处理-研究-日本
IV. D931.351

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 120188 号

书 名 诉讼外纠纷解决法
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 16.25
字 数 300 千字
版 本 2005 年 9 月第 1 版 2005 年 9 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2814-1/D·2774
定 价 22.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) (010)62229278(总编室) (010)62229803(邮购部)
电子信箱 zfs620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

民事诉讼法学精萃译丛

总 序

民事司法制度研究在法治社会的意义以及在中国方兴未艾的司法改革进程中的突出地位已勿庸赘述，但民事司法制度改革的展开和逐步深化对于民事诉讼法研究需求的骤然增加，并没有使中国的民事诉讼法学脱离“弱势学科”的地位。由于在长期奉行“重刑轻民”、“重实体轻程序”的法律文化背景中，中国民事诉讼法学的积累严重不足，特别是在外国民事诉讼法和比较民事诉讼法方面起步较晚，无论在研究资料收集、研究人员知识储备，还是研究手段和方法上，都显得明显不足和落后。这种状况严重限制了学术视野和学术品位，无法适应法制变革和学科发展的需要。因此，尽管在原版信息渠道发达、其他学科的翻译文献已汗牛充栋的今天，介绍一批权威的、体系化的、原理性强的国外民事诉讼法学的学术作品，仍为必要而迫切。特别是在民事诉讼法典修订之前，对于我国学界常常引为权威支持的现代西方国家民事诉讼法制度的全面了解，可能减少盲人摸象似的无谓争论和法律移植的断章取义；对于这些制度背景、功能、原理、价值目标的深入考察，有助于形成以问题为对象、以语境为依托、立体和动态的比较研究氛围，避免在法律移植中出现拾人的状况。“民事诉讼法学精萃译丛”正是基于这些背景和需求应运而生的。

本套丛书在选题方面，充分考虑我国读者的法律文化背景和正在进行的司法改革的需要，追求法域范围的全面性、题材的多样性、原著的经典性，并尽量避免与国内已有的翻译作品重复。在入选的美国、德国、英国、法国、日本、俄罗斯著作中，分别突出了各自民事程序制度的特色。目前国内已有的以“美国民事程序法”为题的美国作品实际上仅仅介绍了美国的初审程序，而上诉程序在美国立法、实务及整个司法结构和理念中都是独立于初审程序的单独系列，因此，本套丛书选择了三本美国著作，分别介绍了初审法院和初审程序、上诉法院和上诉程序、最高法院及其特殊的上诉程序。德国民事诉讼法教材在我国已有译

本，因此我们仅选取了一本在德国反响较好的简洁教材，另一本则是由德国学者根据本丛书的要求专门收集的对于德国现行民事诉讼制度形成产生过深远影响的学术论文，同时附录了美国学者关于借鉴德国民事诉讼法的一场著名的大讨论，从中可以看到德国民事诉讼法变革的背景、思路和评价。英国民事诉讼法尽管在1998年修订后已具有强烈的现代性，但由于英国皇家文化中形成的民事诉讼制度无论在理念和结构上与我国都相去甚远，加之国内已有介绍这次改革的译本和专著，因此本套丛书所选取的英国作者的两本书都是比较法意义上的民事诉讼法作品，其中一本是经典的理论著作，侧重于从文化视角比较了欧洲三大诉讼法系列即英国、法国和德国诉讼制度，另一本则从制度层面上介绍了当代世界各国民事司法制度所面临的危机和回应。法国民事诉讼制度无论从其作为三大模式之一的重要性，还是对于我国的可借鉴性（包括经验和教训），都应当作为重点介绍给我国研究者，但法国的法学作品在我国不仅稀少，而且译本的可信度也不高，希望本套丛书所选择的法国著名的国际型民事诉讼法学者的这本教材能够弥补这一缺憾。对于日本现行民事诉讼制度的介绍在国内已较为充分，因此本套丛书选取了两个边缘主题，一是日本民事诉讼发展史，从中可以透视日本现行制度形成的历史、文化、政治、经济基础，并把握大陆法系民事诉讼法发展的大致脉络；另一本是对日本审判外纠纷解决途径（ADR）的介绍。俄罗斯作为与我国法学发展史上有着相同或相似血脉的国家，无论对于探寻我国现行司法制度的成因，还是基于借鉴或反思并建构转型时期的民事诉讼制度的目的，在比较民事诉讼法研究中都是不可或缺的一枝，因而当然地列入了本套丛书。此外，随着欧洲一体化进程的迅猛发展，欧盟司法制度对于成员国乃至周边国家民事诉讼制度的影响之深，已使得我们在介绍和研究欧洲各国诉讼程序制度时不可忽略的一部分，这种影响也受到本套丛书的关注。

法学翻译的意义、艰辛和方法已有无数翻译家进行过多种精辟论述。在担任这套丛书的翻译、审校和翻译组织工作的过程中，我不断想起其中一位翻译家的话：“谁要想下地狱，就让他去做翻译吧！”当我们以“我不下地狱，谁下地狱”的淡泊完成这份工作时，我们已经能够以平静的心情等待读者的宣判了，因为每一位译者和审校者都已倾尽了自己的“储蓄”。如果这份勤勉耕耘能够在民事诉讼法学的园地里播种几粒健康的种子，那么欣慰就不仅来自于译者和审校者从字斟句酌中的受益了。而这种欣慰也是我们回馈那些在本套丛书制作中给予过关注和帮助的同道者的唯一方式——在这些尊敬的同行中不能不提的是，共同主持本

项目的张志铭教授，以及为本项目奠定基础的“民事诉讼法学者国际研讨班”和“比较民事诉讼法研讨会”项目的主持人江伟教授和课题组全体成员。

傅郁林 谨识

2005 年 7 月 15 日

执笔者介绍

小岛 武司	中央大学教授
伊藤 真	东京大学教授
棚瀬 孝雄	京都大学教授
河野 正宪	东北大学教授
萩原 金美	神奈川大学教授
加藤 新太郎	司法研修所事务局长
桎村 志郎	神户大学教授
山本 克己	京都大学教授
横山 匡辉	法务省人权拥护局长
萩泽 达彦	中央大学助教授
小池 胜雅	公害等调解委员会事務局审查官
萩泽 清彦	成蹊大学名誉教授
山本 德治	建设省建设经济局纠纷调解官
服部 弘	社团法人国际商事仲裁协会参赞
谷本 裕范	社团法人日本海运集会所专务理事
那须 弘平	律师
松代 隆	财团法人交通事故纠纷处理中心审查员
岛野 康	国民生活中心消费者投诉处理专门委员会事务室室长
三枝 繁雄	生活用品消费 PL 中心事务局长
佐野 正树	财团法人汽车制造物责任咨询中心常务理事、事务局长
坂本 信三	财团法人日本信用贷款咨导协会专务理事
道垣内 正人	东京大学教授
小林 秀之	上智大学教授
加藤 哲夫	早稻田大学教授
池田 辰夫	大阪大学教授
上野 泰男	关西大学教授

2 执笔者介绍

太田 胜造	东京大学教授
山田 文	冈山大学助教授
浦野 真美子	东京地方法院见习审判员
村田 锐治	宫崎地方、家庭法院延冈支部长审判员
田中 敦	东京地方法院审判员
佐村 浩之	仙台高等法院代理审判员
太田 寿郎	东京简易法院审判员
大岛 明	东京地方法院见习审判员
井上 治典	立教大学教授
田中 成明	京都大学教授

编者介绍

小岛 武司

1936年9月1日出生。

1959年中央大学法律系毕业。

现为中央大学法律系教授。

主要著作

《诉讼制度改革理论》(1977年,弘文堂)

《律师》(1981年,学阳书房)

《迅速的审判》(1987年,中央大学出版部)

《民事诉讼的基础法理》(1988年,有斐阁)

《法学教育与法律家》(1993年,弘文堂)

伊藤 真

1945年2月14日出生。

1967年东京大学法律系毕业。

现为东京大学法律系教授。

主要著作

《债务人新生程序的研究》(1984年,西神田編集室)

《破产——是破灭还是新生》(1989年,有斐阁)

《破产法(新版)》(1991年,有斐阁)

《民事诉讼法I》(1995年,有斐阁)

目 录

第一章 诉讼外纠纷解决制度	(1)
第一节 制度的历史与展望	(1)
第二节 诉讼外纠纷解决的特征和功能	(6)
第三节 诉讼外纠纷解决方式的理念与实践	(12)
第二章 诉讼外纠纷解决方式和程序法	(21)
第一节 各种 ADR (<i>Alternative Dispute Resolution</i>)	(21)
第二节 程序规则的探讨	(51)
第三章 各种纠纷处理机构的现状与课题	(58)
第一节 法院中的 ADR	(58)
第二节 行政委员会等的 ADR	(71)
第三节 仲裁机构的 ADR	(89)
第四节 消费者中心、PL 中心的 ADR	(110)
第五节 国际机构的 ADR	(133)
第六节 私人整顿的破产处理	(142)
第四章 ADR 程序的问题点	(152)
第一节 诉讼外纠纷解决和实体法规则	(152)
第二节 诉讼外纠纷解决及其实效性的确保	(156)
第三节 诉讼外纠纷解决的成本	(162)
第四节 诉讼外纠纷解决与交涉	(172)
第五章 各种案件类型与纠纷处理	(179)
第一节 租金改定案件	(179)

2 目 录

第二节 交出土地、建筑物案件	(184)
第三节 建筑承包案件	(189)
第四节 近邻关系案件	(194)
第五节 消费者金融案件	(198)
第六节 证券等交易案件	(206)
第六章 诉讼与诉讼外纠纷解决方式的相关理论	(211)
第一节 诉讼与诉讼外纠纷解决制度的关系——超越严格区别论	(211)
第二节 诉讼制度与纠纷解决	(221)
审判外纠纷处理机构一览	(230)
索引	(233)

第一章 诉讼外纠纷解决制度

第一节 制度的历史与展望

一、意义

诉讼外纠纷解决制度与审判以及谈判相并列，作为一种民事纠纷的解决方法，占据着重要的位置。

1. 谈判。谈判是为了解决纠纷而进行的当事人之间的交涉，中立的第三人并不参与纠纷的调停过程。这样的谈判有两种情形，一种是由当事人本人进行，另一种是律师等作为当事人的代理人或建议人参与。

2. 审判。审判是法院根据法定程序进行审理，认定事实、适用法律、作出裁断（判决、决定）的纠纷解决方法。审判除了诉讼之外，还有非诉讼案件程序。用非诉讼程序处理的案件各式各样，其中也包含了以解决民事纠纷为目的的案件。

3. 诉讼外纠纷解决方式。诉讼外纠纷解决方式是被定位于介于谈判与审判之间的方法，为了解决纠纷，由中立的第三人介入当事人之间。诉讼外纠纷解决方式大致可以分为裁断型和调停型两类。前者有仲裁、裁定，后者有调停、斡旋等多种形态。^{〔1〕}

诉讼外纠纷解决方式也被称为代替性纠纷解决方式或ADR（Alternative Dispute Resolution），对这个问题的关注在近期已经明显呈现出在世界范围内扩展的趋势。ADR如此兴起的背景非常复杂，尤其要指出的是：①伴随着法院案件云集而导致的诉讼迟延的严重化，使人们深感到

〔1〕 参照小岛武司：《调停与法》〔1989〕，第79页，太田胜造：《民事纠纷解决程序论》〔1990〕，第54页，六本佳平：“日本法社会学中的纠纷解决研究的展开”，载《法社会学》第49号，第2页。

减轻法院负担的必要性，②必须保证所有的社会成员都有实现法律正义的途径，这种平等的权利保护理念已经广泛地为人们所拥有，③通过审判解决纠纷的处理方法就好像是零合计游戏，最好能避免这种僵化了的解决方式，而采取使当事人双方都能高度满意的统一性的处理方式，④随着全球化的进程，涉及外国文化的涉外法律纠纷不断增加，这些异化的多国间纠纷的解决，就更需要有一种法律文化中立性更强的非国家性的纠纷解决方式。

二、诉讼外纠纷解决的状况

在日本，相对于诉讼外纠纷解决方式中调停的盛况，仲裁可以说形势非常不佳。

就调停来看，法院内设置的司法调停取得了相当的实际成果，总体上全年约有 23 万件新受理的案件。有关民事调停的处于全年不到 13 万件的水平，另外，家庭事务调停也在不到 10 万件的水平（平成 7 年）。其中，由于家庭事务调停采用调停前置主义（《家事审判法》第 18 条），因此并不是一定由当事人选择做出的，而在民事调停方面，使用者虽然知道可以通过诉讼解决，但仍然选择了调停（另外关于职权调停，参照《民事调停法》第 10 条、《家事审判法》第 11 条），从这里可以看出当事人对调停寄予希望之程度。这个数字与处于不到 40 万件水平的新受理民事诉讼案件数（平成 7 年）的比例约为 2 比 1，可以说司法调停的重要性给人以深刻的印象。^{〔1〕}

1. 开展与司法调停相比更为非正式的调停以及斡旋的常设性纠纷解决机关存在于相当广的范围内，而且，在制品责任纠纷等领域中也新设了常设性纠纷调停机关。行政性机构有国民生活中心、都道府县生活消费中心等，民间性机构有东京都贷款业协会、东京银行协会、东京票据交换所拒付票据专门委员会、日本证券业协会、清洗赔偿问题协议会、东京都牙科医师会医疗事务处理委员会、东京都住宅建筑交易业协会、房地产咨询所、房地产正当交易机构、日本广告审查机构、日本信用咨询协会等，关于医药品、家电产品、生活消费用品等各类产品领域，最

〔1〕 参见小岛武司〈演讲〉：“现代调停制度的法理与新的展开”，载《调停时报》第 132 号，第 11 页。

近也设立了 11 个 PU^[1] 中心。

2. 再来看看仲裁的情况，行政性机构有公害等调停委员会、都道府县公害审查会、中央建筑工程纠纷审查会、都道府县建筑工程审查会，民间性机构有国际商事仲裁协会、日本海运集会所、交通事故纠纷处理中心，律师会性质的机构有东京第二律师会仲裁中心、大阪律师会仲裁中心、东京律师会斡旋仲裁中心、广岛律师会仲裁中心、横滨律师会斡旋仲裁中心、东京第一律师会仲裁中心、冈山仲裁中心、名古屋律师会斡旋仲裁中心等。

仲裁的实际成绩和调停相比，可以看出明显的劣势（不过，律师会仲裁、交通事故纠纷裁决都有比较好的成绩）。与公害有关的案件 1 年约有 40 件，与建筑有关的 1 年 50 件左右，海事方面的 1 年有 10 余件，国际商事方面的 1 年有几件。^[2]

三、调停的沿革

江户时代曾经存在着一种私下了结的纠纷解决方式，即由担任管理镇、村或征收地租等代表人的士绅或村吏助理作为处理人，让当事人进行调停，调停如果成立，就由当事人写下私下了结的证明文字呈交奉行。^[3] 但能否说这就是调停的先驱还存在疑问。^[4] 被认为与现行的调停制度有直接连续性的是以大正 11 年土地及房屋租赁调停法为首的一系列的单行调停法（大正 13 年的佃耕调停法、大正 15 年的商事调停法、昭和 7 年的金钱债务临时调停法等）。因此，作为制度的调停规则出人意料的是个新事物，也许应该接受。这些各种各样的调停法由于昭和 17 年的战时民事特别法而有所扩张，与诉讼的协作也变得紧密了。

大正末期昭和初期的调停立法在当时社会经济状况的基础上，作为单行法深入到了各个领域，调停在将来是否会作为一个统一的制度固定下来还不是很明确。但是，在推进新宪法下的一系列民主化政策的过程中，昭和 26 年以议员立法的形式制定了作为一般性纠纷处理制度的统

[1] 产品责任——译者注。

[2] 以上为最近的相关数据，小岛武司：“关于诉讼外纠纷解决机构”，载《判例时代》第 932 号，第 52 页以下。

[3] 江户时代幕府中央部门或地方的领导人的职称，由武士担任——译者注。

[4] 佐佐木吉男：《民事调停的研究》〈增补版〉[1974] 第 8 页。还有小山升：《民事调停法》〈新版〉[1958]，第 8 页等。

一的民事调停法。在此，确立了以广泛的民事纠纷为对象、通过当事人互让寻求合乎道理又符合实情的解决方法的司法调停制度。该法制定了有关调停的通则，就住宅地建筑物调停、农事调停、商事调停、交通事故调停以及矿业公害调停等设置了特则（其中，最后两个特则是昭和49年追加的）。

调停制度就这样被固定为常设的统一性法律制度，但对此的评价，从基于和平精神、展现良好风俗的礼赞论到抑制权利主张的封建遗留制度的批判，各式各样的评论混杂在一起，不断成为议论的中心。在这样的议论中，调停逐渐形成了其制度的实际情况。其形成的基本路线简单来说即：①将调停委员定位为特邀的法院工作人员，②重用有资质和见识的专家作为调停委员，以此提高调停人员的质量，③明确调停必须基于当事人意思，其核心必须是当事人的合意^[1]，④重视对事实的调查，活用专业知识，密切与法官的合作，确立合理的实践经验（民事调停案件处理纲要等）。根据这样的政策和决定，调停制度在现代社会中作为一项应发挥与其特质相符的作用的制度正在不断发展。^[2]

调停制度在法律框架上已具有相当的规模，它其中包含的灵活性使得调停委员对制度的运用越得当越能对多种类型的案件做出妥善的处理。因此，调停委员的力量不断增强，案件处理的诀窍和知识也在不断积累，这些对于今后制度的展开尤为重要。在制度运作中应当牢记的一般性事项有：①不拘泥于对法的机械的适用，努力在集中调整中有效利用其根本上的东西，②牢记尊重当事人的主体性，尽可能的在维持高透明度的同时推动平等的对话，③还应记住，为了纠正当事人之间的力量不平衡^[3]要在无损中立性的限度内争取当事人之间信息的交流。此外，要冷静的看清调停的限度，不能硬干，对于各当事人不公正的回应要以毅然决然的态度面对，这些也都非常重要。

[1] 最高法院判决昭和35年7月6日《民集》第14卷第9号，第1657页。

[2] 参照竹下守夫：“修正后的民事家事调停法”，载《ジュリスト》第569号，第98页，小島武司：“调停制度”，载《ジュリスト》第1073号，第165页，高桥宏志：“我国调停制度的历史”，载《判例时代》第932号，第51页。

[3] 关于这点，参照赤羽智成：“澳大利亚调停制度概要及其问题”，载石川明、三上威彦编著：《比较审判外纠纷解决制度》[1997]，第167页以下。

四、仲裁的沿革

明治中期，依照西欧的法律制度曾进行过两次立法尝试。

一次是明治20年5月14日敕令11号在《买卖条例》（所谓的交易所条例）中引入仲裁的尝试。为了打破股票和粮食贸易界的衰败局面，应该仿效法国交易所的制度，把股份组织改变为会员制度，于是制定了新的买卖条例，其30条至32条设置了仲裁的规定。规定的主要内容是，在交易所进行的买卖交易发生纠纷时，根据常设委员的多数决定进行仲裁，对于此仲裁结论，除了与法律上的见解有关的内容，不得向法院提出异议。对此出现了反对意见，而该规定也未能付诸施行。此后，明治26年3月3日法律5号交易所法得以制定，但与当初交易所条例中包含的仲裁规定相对应的规定却没有出现在该法中。^[1]

另一次尝试就是明治23年法律29号《民事诉讼法》第8篇的仲裁程序。在此之前的特赫^[2]诉讼法草案中所欠缺的仲裁制度，也在该尝试中得以规定。该仲裁程序规定基本上是引进了翻译成日文的《德国民事诉讼法》[1877年]中的规定。

该仲裁规定如今仍作为现行规定存在着，只是增加了有关民诉法准用的一条内容，并把名称改为了“公示催告程序及仲裁程序法”。以国际商品交易法委员会的模范法的制定为契机，世界各国都积极进行仲裁法的修改，日本也认识到这一立法课题需要尽早进行改革，并已经开始了修改工作。仲裁分为个别仲裁和机构仲裁。为了振兴仲裁这种纠纷解决方式，常设性的仲裁机构设立了仲裁规则，并为仲裁的有效运作提供了管理服务，这些都颇有实效。这段时期内的仲裁机构中的日本海运业同盟会（明治25年设立）、大日本棉线纺纱同业联合会、东京商业会议所比较值得注意。

如果看一下明治时期至昭和初期仲裁的实际成果，就会发现由于仲裁的相关统计不完整，因此情况并不明了，但明治24年到昭和15年之间，在法院保存有仲裁结论原件的有209件。如果再考虑到由于保管不慎遗失的、保管期满处理掉的、由于是自愿履行而无需委托保管仲裁结论的种种未委托保管的情况，可以推算其实际数量约为实际保存件数的

[1] 菊井维大：“明治时期仲裁之愚见”，载《法律时报》第54卷第8号，第10页以下。

[2] Hermann Techow 德国人，当时任内阁顾问，1883年来到日本——译者注。

1.3 到 1.5 倍。^[1]

最近仲裁的实际成果就像前面所说的那样,除了律师会仲裁等,新受理的案件 1 年只有不到 100 件。另外,个别仲裁虽然在一定程度上存在着,但其数量并不明确(虽然不受关注,但也许有某种程度的数量存在)。

五、展望

在我国,调停等制度以司法调停等为中轴,机构上也已完备,并且正有着显著的发展。很多国家也对我国的制度表现出强烈的关心,并派遣调查员来到我国。^[2]我国在某种意义上可以说是调停的先进国了(最近,除了家庭事务案件以外,对要求增减地租房租的案件也采用了调停前置的政策。《民事调停法》第 24 条之 2)。不过,如果注意看一下其他国家 ADR 的发展,就会发现对日本的制度改善有帮助的别出心裁的方面。特别是海外的行政性或民间性的调停、斡旋的开展可谓丰富多彩,这对我国 ADR 将来的飞跃也是个有益的刺激。

与此相对的,仲裁的状况与其他国家相比不得不说是极度不振。建设仲裁和律师会仲裁虽然显示出了相当的实际成果,但仍强烈地期望在其他领域中能够打开局面。尤其是律师会仲裁在设立此制度的地区仲裁案件激增,应该关注其发展。对国际仲裁的需求随着社会经济无边界的进程也越来越大,对其基础的充实也是切实必要的。^[3]

[小岛 武司]

第二节 诉讼外纠纷解决的特征和功能

一、纠纷处理的概念

私人之间发生纠纷而且通过相关人的谈判不能解决纠纷时,就希望

[1] 村本一男:《我国仲裁制度的实际情况》[1940],第 132 页。

[2] 例如,小岛武司译:《通往正义之路》[1981],第 89 页。另外还可参照日本法律家协会:《民事调停的研究》[1991]。

[3] 参照仲裁高度化研究会、国际商事仲裁系统高度化研究会 1992 年度报告 [1993]。