

M O D E R N

S O C I E T Y

T O G E T H E R W I T H

A D J U D G E M E N T

[日] 田 中 成 明 ◎ 著      郝 振 江 ◎ 译

# 现代社会与审判

民事诉讼的地位和作用



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

[日] 田中成明◎著

郝振江◎译

現代社会と裁判——民事訴訟の位置と役割

# 现代社会与审判

民事诉讼的地位和作用



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2009-5288

图书在版编目(CIP)数据

现代社会与审判:民事诉讼的地位和作用/(日)田中成明著;郝振江译.—北京:北京大学出版社,2016.8

ISBN 978-7-301-27377-7

I. ①现… II. ①田… ②郝… III. ①民事诉讼法—研究—日本  
IV. ①D931.351

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第186521号

GENDAI SHAKAI TO SAIBAN; MINJI SOSHO NO ICHI TO YAKUWARI

© SHIGEAKI TANAKA 1996

Originally published in Japan in 1996 by KOUBUNDOU PUBLISHERS INC.

Chinese translation rights arranged through TOHAN CORPORATION, TOKYO.

书 名 现代社会与审判——民事诉讼的地位和作用  
XIANDAI SHEHUI YU SHENPAN  
——MINSHI SUSONG DE DIWEI HE ZUOYONG

著作责任者 [日]田中成明 著 郝振江 译

责任编辑 王 晶

标准书号 ISBN 978-7-301-27377-7

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印刷者 北京中科印刷有限公司

经 销 者 新华书店

880毫米×1230毫米 A5 10印张 175千字

2016年8月第1版 2016年8月第1次印刷

定 价 39.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

# 导

现代社会与审判

民事诉讼的地位和作用

# 读

在中国高校普遍性疯忙的“黑色五月”，我收到了这本《现代社会与审判——民事诉讼的地位和作用》的中文译稿。原本只是作为一位长期从事和关注法学翻译和比较研究的学者，应译者郝振江副教授的约请为本书写个简短译序或导读，但阅读过程带来的愉悦和收益却大大超乎自己的预期，甚至反而感觉这份额外的任务缓解了近日的忙乱和焦躁。于是，在随后不断转换频道的欧洲旅程中我破例携带了一本学术读物——在赴维也纳研讨会的飞机上，在萨尔斯堡开往慕尼黑的火车上，在格老秀斯的家乡代夫特小镇的宾馆里，在莱顿火车站等待马斯特里赫特大学同事的咖啡厅里……我陆续完成了第二遍阅读并顺手校订了少量译文表达。然后决定回国立即写一篇导读，以为对本书作者田中成明教授的致敬。

这本著作的可读性和兴奋点，首先源于其研究主题本身，即民事司法在现代社会中的地位和作用，与中国问题的当下关切点高度契合。本书出版于1996年，当时日本处于正式推进社会“法化”的进程中，社会对“司法”期待很高，但民事诉讼

却不能充分回应这一期待,呈现出功能停滞的状态。书中所描述的现实问题、制度趋势和学术争点都与 20 年后的中国当下情况大致相似,但在相关问题上无论是法治发展的程度还是学术研究的深度抑或参与讨论的广度却是我们难以企及的。

作者敏锐地指出,提高对审判的期待并要求其功能扩大的另一面就是审判的特质本身也呈现扩散倾向,作为“法的支配”最后屏障的中枢地位正在发生动摇。现代法体系的功能逐步由谦抑与规制向能动与促进方向扩大,法的问题的日趋增多、复杂和多样化不仅导致法问题解决的制度和程序的多样化,而且所运用的思维方法和技法也发生着变化。法的功能扩散倾向使得其自立存在的理由受到追问,审判被认为是“法”自立存在的基础核心,在传统上作为典型法程序且一直被视作具体实现“法”核心内容的场所,但随着审判对政策形成功能关注程序的提高、审判外 ADR 的充实、法问题解决中行政过程和私人交涉过程的比重增大等,审判自身的地位和作用也受到重新考虑。“法”的核心特质表现在审判中就是将一般法律规范适用于事后个别解决具体纠纷的程序过程及其结果上,“要件—效果”模式(如果符合法律要件的事实得到认定就认可所规定法律效果)作为法独特的辩论与决定方法,也是根据审判的这种纠纷解决功能而形成的。但是,随着法问

题的复杂多样化,单纯运用这一自立的“要件—效果”模式的方法甚至已经难以恰当地发挥审判的纠纷解决功能,所以有观点主张有必要导入“目的—手段模式”和“妥协性调整模式”等以提高法的问题解决能力,而这些方法在原理上与法的正当化方式难以并存。因此,本书将当时围绕民事诉讼的理论和实务动向的主要课题置于“法化”与“非法化”(英一中翻译通常译为“去法化”)的问题之下展开讨论,以促进公正迅速审理的方式、现代型政策形成诉讼的应对、审判外纠纷解决程序(ADR)扩充与活用的方向等具体问题为中心,尝试从法理学角度考察如何在原理上思考在日本社会转变期民事审判的地位和作用。

本书的吸引力和说服力,还在于作者的立足点、透视问题的视角,是基于对日本当时法治基础区别于欧美国家的独立判断,并据此对欧美学术思潮和司法改革趋势及其对日本的影响进行了冷静的观察和公允的评论,从而结合本土法治发展状况和法的基础原理提出多元方法论中坚持法治主义的立场。这种学术立场和方法在观察和思考中国问题的法治主义者那里一定会引起广泛而高度的共鸣。

作者指出,在现代法体系功能扩大的前提下,为恰当应对法纠纷的复杂多样化基本上可能无法避免地要扩充审判的作用。但是,考虑到我国普遍主义型“法化”尚不充分、法体系和

司法制度自立性存在根基尚且脆弱的实际情况,有必要慎重探讨沿着法工具主义或非正式主义战略扩充审判作用时,是否有可能在不损害审判固有功能、继续坚持在保障当事人参加当事人主义程序前提下,通过正确认定事实和准确适用法律明确当事人间法的权利义务关系。而且,审判作用的扩充,是在坚持“法”核心特质的同时提高法制度的应对性与敏感度,还是使“法”核心本身空洞化、推进其扩散倾向、导致法体系和司法制度自立存在根基的解体,原因大概都是一样的。与已经进入法治现代化状态的日本 90 年代末期相比,仍在前现代法治时代徘徊的当下中国,“法化”更不充分、法体系和司法制度自立性的根基更加脆弱甚至尚未建立,比如在作为“法”的核心特质的“要件—效果”模式在中国司法实践的局部发达地区刚刚起步,尚未成为一种被法律界普遍掌握和广泛认知的辩论、裁判方法,相反,司法工具主义、“目的—手段模式”和“妥协性调整模式”以及“社会效果”评价体系从来不曾离开过审判实践。

作者进一步主张,通过审判解决纠纷已经未必是所有法律问题全部而且最终的解决方式,更不用说是最好的方式,因此区别不同问题,通过行政机关决定和私人间自主性交易交涉的解决具有越来越重要的地位。对于有些在法的争点并没有那么重要意义、而是因政治、社会经济、道德和心理等方面争

点的重要性而引起关注的问题,审判未必是最佳途径。在这些场合,为解决问题即便运用了诉讼,不仅由判决裁定法的争点对问题整体最终解决的影响不确定,而且诉讼程序审理与决定的恰当与否也令人怀疑,很多情况下诉讼利用和司法裁定只具有战略性和便利的意义但却处于边缘性的地位。因此,对于法规范、诉讼程序和判决等来说,其法的权威未必源于基于内在视点的规范拘束力,有时不过是为了实现某种公的或私的目标的工具、手段或可用于交易交涉的资源 and 情报,此时“法”的排他或优先的位置并没有被视为共通的背景性条件。但是,只要是审判中的辩论和决定,在制度上最终就要求通过以实体法规范为权威前提、内在视点上接受的“要件—效果”模式进行的正当化居于排他的或者优先的位置。所以,参与审判过程的法官和当事人与律师之间,就产生了参与“法”的方式上的差异,审判实务孕育着内在的紧张;但是在审判中一味战略性地运用法规范而置其权威拘束力于不顾的“目的一手段”模式和妥协性调整模式在导入方式上是有限度的,不能由此全面否定“法”的规范性拘束力本身。为了缓解在诉讼过程中法官和律师之间基于对“法”立场的差异产生的紧张关系,本书对于这种紧张关系尤其尖锐的领域即现代型诉讼和诉讼上的和解等问题展开了专门讨论。在中国尚未确立以裁判和当事人主义为中心的程序、法院职权主义仍然处于绝



对优势的现实下,由法院主动地推动多元化纠纷解决体系建立、不断地强化调解,一个尚处于“法化”过程之中的社会,到底是应当进一步走向“法化”,还是要进一步强化法治工具主义和“目的—手段”模式从而蜕变到法治虚无,对此问题的思考,本书无疑提供了直接的启示。

本书系统考察了围绕“法化”“非法化”展开的境内外学术观点,提出了普遍主义型法(后修正为“自立型法”)、管理型法及自治型法的法的三种类型模型作为其分析讨论的法理学框架。作为作者批判或论战对象而系统引述和归纳的那些著述和相关作者,对于那些与作者持相反观点的读者来说,也至少具有大大拓展信息源和智识维度的文献价值。或许,这些资讯的丰富性、系统性和问题、背景的可参照性,有可能为论战各方配给更多知识武器,从而再次点燃中国法学界围绕相关问题展开的讨论,将苏力教授由《法律人思维?》一文引起的那场方兴未艾的论战进一步推向深入,更或许,这场生发于法理学的星火因部门法特别是程序法学者的广泛参与而更具有技术含量和说服力。

最后,援引作者的一段话,再次回到本土问题与制度走向这一基本学术思考上来。作者指出,像我国这样在相当长历史时期以参照近代西欧法来实现法体系近代化为目标的非西欧诸国家,如果在法的理念与制度原理上强调近代西欧的起

源与基督教背景并走向文化异质性与文明冲突的一面，这就非常令人怀疑是否有利于国际间法冲突的解决与国内法体制改革呢。当然，非西欧国家都是以适合该国文化、宗教、传统背景和政治经济及其他各种社会条件的方式去继受近代西欧法的，先不说正式制度层面，就是在制度现实运用方法和运行层面上无法同西欧国家相提并论的复杂现象也是处处可见，这是事实。但是，沃尔夫伦等修正主义者的论点同基于相对主义批判西欧“文化帝国主义”的观点一样，妨碍着不同文化和文明通过接触、对话促进国际间相互理解的可能，这种无论在国际上还是国内都容易强化维持现状的强硬态度难道会取得什么成果吗？在尤其被视为法的事物的近代西欧自由主义观念和制度原理陷入所谓“认识论危机”的背景下，现代法体系与法文化比较研究中最为重要的，可能还是要正视普遍性取向和特殊性取向在国际与国内两个层面相互作用、同时发展的复杂现状。在此基础上，虽然就权利和人权、自由和平等、民主制、立宪主义和法的支配等观念和制度要考虑各国文化、传统及历史的原则性差异，但作为要超越这种差异、相互对话、相互学习的背景根据框架，就应当努力创造性地重新构筑所谓“脱西欧化”“脱宗教化”。作者质问道：德国和美国为应对“法化”过剩采取的“非法化”战略与日本“法化”不足情况下采取的“非法化”战略果真目标一致吗？它们是否能发挥同

一功能呢？“法化”要求与“非法化”战略究竟是否可以综合理解呢？这一质问对于中国学者更是振聋发聩。我曾在题为《走向现代化的中国民事诉讼制度》一文中提出了三个问题：我们从哪里来？我们当下位于何处？我们要走向哪里？而第三个问题的答案取决于对前面两个问题的事实判断。面对美国、德国、日本为了应对“法化”过剩采取的“去法化”战略，“法化”不足或尚未“法化”的中国也鸚鵡学舌地鼓噪“去法化”战略，岂非如同“瘦子陪胖子减肥”？！

傅郁林

2016年6月19日零点于陈明楼

# 中文 版 序

现代社会与审判  
民事诉讼的地位和作用

郝振江副教授对拙著《现代社会与审判》产生兴趣，将它翻译为中文交由北京大学出版社出版，我感到万分荣幸和高兴。

本书出版于1996年。当时日本处于正式推进社会“法化”的进程中，虽然社会对“司法”期待很高，但包括行政诉讼在内的民事诉讼却不能充分回应这一期待，呈现出功能停滞的状态，危机意识在相关人士间也开始蔓延。本书以促进公正迅速审理的方式、现代型政策形成诉讼的应对、审判外纠纷解决程序(ADR)扩充与活用的方向等为中心，将当时围绕民事诉讼的理论和实务动向的主要课题置于“法化”“非法化”的问题讨论之下，尝试从法理学角度考察如何在原理上思考日本社会转变期民事审判的地位和作用。

幸运的是，本书出版后受到了实务家、法律学者、法社会学等来自于各个领域的人士的关注，他们提出了各种富有启发意义的指正和批评，我也获得了回应以及就本书观点进一步阐释与修正的机会。关于这些内容，如果尤其能参考下

加藤新太郎、田中成明、山本和彦、佐伯一郎《(座谈会)民事司法功能的现状和课题——“现代社会与审判”的解读》(载于《判例时报》第 1027、1028 号,2000 年;收录于加藤新太郎主编:《民事司法展望》,判例时报社 2002 年)或者拙著《现代审判的思考》(有斐阁,2014 年),我将感到非常荣幸。

本书出版后,我国不仅对直接涉及民事审判的一些重要程序和制度进行了改革,例如全面修订民事诉讼法(1996 年)、追加部分民事诉讼法改革(2003 年)、制定迅速审判法(2003 年)、修订部分行政诉讼法(2004 年)及制定促进 ADR 利用法等;而且,在跨世纪大规模的司法制度改革中还完善了诸多相关制度和人事基础。所以,就民事审判理论和实务,一方面在改革后遗留了一系列仍然需要继续讨论的问题,另一方面在具体方案实施中也产生了新的课题,尤其在实务中可以看到这些显著变化。考虑到司法制度改革后的这些状况,尽管本书陈述的部分观点有必要进行修正,但就民事审判的原理考察立场本身至今我仍然认为是基本妥当的。

本书考察的法理学框架是普遍主义型法、管理型法及自治型法的法的三种类型模型和“讨论与交涉论坛”的法构想。这些尝试性的理论框架受到了各种观点的质疑和批评,我也一直在依据这些质疑和批评进行着反复试错式的理论形成和修正。例如,本书完成后把普遍主义型法用语修正为“自立型

法”，比以前相对灵活的理解法实践中讨论和交涉的区别与联系。虽然进行了这些修正，但是我认为我的基本思考方法并没有变化。对这一法理学理论框架本身有兴趣的同仁，如果能参考一下提出并归纳我最近这些观点的著作《现代法理学》（有斐阁，2011年），我将感觉很荣幸。

如上所述，虽然本书出版后实际情况已经发生很大变化，但是通过本书中文版的出版，本书提出的基本理论框架、立场及在此基础上对民事审判主要课题的原理性考察，如果能多少有助于中日之间关于民事诉讼实务和理论比较研究及中国讨论的展开，促进中日之间的学术交流，那将是意外幸福的收获。

最后，对抽出宝贵时间翻译拙著的河南大学法学院郝振江副教授，以及接受他在京都大学法学研究科进行共同研究并不辞辛劳介绍本书翻译的山本克己教授表示感谢。

田中成明

2015年9月于京都

CONTENTS

目 录

第一章  
现代审判的  
法状况

▶ 01

转变期的日本法现状 003

- (一) 自我理解和评价的变迁与混乱 003
- (二) 外国人眼中的“日本法” 007

▶ 02

“法”的扩散与核心 014

- (一) 现代法的功能扩大及其对审判的影响 014
- (二) 法律学与法思考知识环境的变化 018

▶ 03

作为背景的“法化”“非法化”讨论 022

- (一) “法化”的三侧面与法的三类模型 022
- (二) “非法化”及其三个应对战略 030

(三) 与德、美对比中看到的现代日本法状况 033

▶ 04

对现代法的立场和民事诉讼的地位 044

(一) 相互主体立场与对话合理性标准的法的“制度化” 044

(二) 民事诉讼在讨论与交涉论坛中的地位 050

第二章  
民事诉讼的  
地位与特质

▶ 01

民事纠纷解决体系的多元化 061

(一) 替代性纠纷解决程序评价的变迁 061

(二) 多元纠纷解决体系的整体构造与运行条件 070



▶ 02

“第三波”理论的批判性探讨 083

- (一) 引言 083
- (二) 基本立场与关注点 086
- (三) 民事诉讼的特质与功能 096
- (四) 民事纠纷解决过程中诉讼的定位 103
- (五) 融合判决与和解的一元论的提倡 107
- (六) 辩论兼和解(和解兼辩论)的评价 112
- (七) 现代型诉讼的应对 118
- (八) 结论 124

第三章

民事诉讼与纠纷

解决功能

——民事司法改革的

背景及其射程

▶ 01

民事司法改革的意义 129

- (一) 民事司法改革的正式展开 129
- (二) 改革背景与问题所在 132

## ▶ 02

### 社会的“法化”与民事诉讼 138

- (一) 通过民事诉讼对社会“法化”的回应 138
- (二) 作为多种法律制度回应环节之一的民事诉讼 142
- (三) 民事司法改革的争论焦点 150

## ▶ 03

### 围绕改革的原理争点的对立结构 156

- (一) 诉讼在民事纠纷解决过程中的地位 156
- (二) 判决中心型诉讼模式的制约与局限 161
- (三) ADR支持论的多样性 169
- (四) 主要的ADR批判论 176

## ▶ 04

### 民事诉讼改革的目标与方向 186

- (一) 诉讼上的和解的定位 186
- (二) 法官与律师作用的变化 196
- (三) 法律制度设计的理想方案 203

## ▶ 05

### 结语——总结与展望 209

▶ 01

诉讼功能的扩大 217

(一) 现代型诉讼的背景与特征 217

(二) 讨论争点与对立状况 225

▶ 02

判例的法创造及其正统性 231

(一) 判例的实务及理论动向 231

(二) 判例的法创造的正统性 237

▶ 03

诉讼程序过程的功能 246

(一) 审判的正统性与程序保障 246

(二) 程序过程的特有功能 250

▶ 04

诉讼的政策形成功能 255

(一) 诉讼的多重影响与法律学的视角 255

(二) 权利生成与诉讼的作用 268

▶ 05

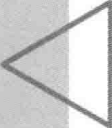
诉讼功能扩大的方向与界限 280

○ 事项与人名索引 285

○ 后记 290

○ 译后记 293

# 第一章 现代审判的法状况



现代社会与审判  
民事诉讼的地位和作用