

沈达明
编著

比较民事诉讼法初论

下册

中
信
出
版
社





2 017 8370 2

比较民事诉讼法初论

下 册

沈达明 编著



中信出版社

内 容 提 要

本书论述英、美、联邦德国和法国的民事诉讼法，并从比较法角度对这四个国家的民事诉讼法进行比较、分析和综合。下册包括第一审程序、法院裁判和上诉程序。

本书可供律师、法律院校师生和从事涉外法律、经济、贸易工作的专业人员参考。

(京)新登字067号

比 较 民 事 诉 讼 法 初 论

下 册

沈 达 明 编 著

责任编辑：李德宝 季红

中 信 出 版 社 出 版 发 行

(北京建国门外大街十九号国际大厦)

北 京 新 华 印 刷 厂 印 刷 装 订

新 华 书 店 北 京 发 行 所 经 销

开本：850×1168毫米1/32 印张：11.125 字数：306千字

1991年11月第1版 1991年11月北京第1次印刷

印数：0001—5000

ISBN 7-80073-035-2/D·2 (全二册)总定价：14.00元

目 录

第四篇 第一审程序

第一章 判决前保全债务人财产的程序	1
第一节 美国法的判决前救济	1
第二节 英国的马利华禁令	5
第三节 仲裁裁决作出前保全债务人财产的程序	9
第四节 法国法的债权扣押程序	12
第二章 英美法的诉讼文件	15
第一节 诉讼文件在现行英国法中的重要性	15
第二节 美国诉讼中的诉讼文件	20
第三章 主事法官与准备程序法官	26
第一节 英国法院的主事法官	26
第二节 美国法院引进英国主事法官制度	30
第三节 法国法院的准备程序法官	31
第四章 英美民事诉讼中的发现程序	37
第一节 发现程序的优点及其效果	37
第二节 英美发现程序比较	39
第三节 “自己的请求”规则对发现程序所加的限制	45
第四节 向第三人发现	46
第五节 美国在域外适用发现程序引起的争论	49
第六节 大陆法系国家不必采用发现程序的理由	56
第七节 英国的申请指示传票与美国的审判前会议	57
第五章 联邦德国第一审程序法的改革	60
第一节 回顾1877年的《德国民事诉讼法典》	60
第二节 斯图加特模式	62

第三节	1976年的《简化化修正法》	64
第四节	当事人承担的诉讼程序法上的义务	68
第五节	书面诉讼程序的发展	69
第六章	第一审程序中的审理	71
第一节	英国法院的审理	71
第二节	美国法院的审理与英国及联邦德国法院 审理的异同	80
第三节	法国法院审理中的言词辩论	84
第四节	联邦德国法院的口头审理	88
第五节	附属于法院的仲裁	90
第七章	法国和联邦德国法的调查证据程序	92
第一节	法国法	92
第二节	英美学理论联邦德国的证据调查程序	103
第八章	法国学理论讼争的一成不变性和客观因素	108
第一节	法国学理论第一审程序中讼争的演化和 一成不变性	108
第二节	法国学理论讼争的客观因素	116
第九章	民事诉讼中的当事人合并与请求合并	121
第一节	美国诉讼法的当事人合并与请求合并	121
第二节	法国诉讼法的自愿参加与强制参加	135
第十章	集体诉讼	142
第一节	集体诉讼的历史发展	142
第二节	美国有关集体诉讼的立法	146
第三节	美国学理论美国的集体诉讼	149
第四节	英国的代表诉讼或集体诉讼	156
第五节	美国的股东派生诉讼	160
第十一章	诉讼中的和解与放弃	163
第一节	诉讼和解	163
第二节	放弃诉讼	167
第十二章	反诉	171
第一节	英国法的反请求	171
第二节	美国法的反请求	173

第三节	法国法的反请求·····	176
第四节	德国法的反诉·····	178
第十三章	英国和法国的商事法院 ·····	180
第一节	英国的商事法院·····	180
第二节	法国商事法院的支付命令程序·····	188
第十四章	英国的海商法院 ·····	191
第一节	海商请求与海商优先请求权·····	191
第二节	对物诉讼与对人诉讼·····	194
第三节	船舶扣押·····	199
第十五章	诉讼费用与诉讼费用的援助 ·····	202
第一节	法国和联邦德国法有关诉讼费用的规定·····	202
第二节	联邦德国学理对诉讼费用的探讨·····	207
第三节	英国的诉讼费用制度·····	209
第四节	美国律师的报酬·····	210
第五节	诉讼费用的援助·····	212
第十六章	时效制度 ·····	216
第一节	概述·····	216
第二节	英国的时效法·····	217
第三节	美国的时效法·····	219
第四节	时效法的冲突·····	220

第五篇 法院裁决

第一章	中间裁决 ·····	223
第一节	英国法的中间禁令·····	223
第二节	美国法的中间禁令·····	227
第三节	法国法院院长的临时裁定·····	233
第二章	法国和联邦德国不应诉判决的比较 ·····	237
第一节	不应诉的概念·····	237
第二节	不应诉程序进行方式·····	238
第三节	不应诉判决的效力·····	239
第四节	不应诉判决的理论探讨·····	242

第三章 判决的理由	245
第一节 大陆法的判决理由	245
第二节 英国法的判决理由	246
第四章 各国法院判决的形式及其效力	248
第一节 英国法院的判决	248
第二节 法国法院的判决及其效力	250
第三节 联邦德国法院判决与英美判决的比较	259

第六篇 上 诉

第一章 上诉制度的历史来源	263
第一节 早期的英国法	263
第二节 上诉制度在大陆法，英美法上的发展	265
第二章 英国的上诉程序	267
第一节 概述	267
第二节 向上诉法院上诉	267
第三节 向上议院上诉	275
第三章 美国的上诉程序	278
第一节 联邦上诉法院的上诉管辖权	278
第二节 美国最高法院的上诉管辖权	282
第三节 美国学理论上上诉制度的改革	288
第四章 法国的上诉程序	293
第一节 上告途径	293
第二节 异议	294
第三节 上诉	295
第四节 非常上告途径	305
第五节 法国上诉制度的评价	313
第五章 联邦德国的上诉程序	316
第一节 各种上诉方式	316
第二节 终局判决规则及其例外	320
第三节 联邦德国上诉制度的评价	329
第六章 欧洲共同体法院在欧洲共同体成员国	

民事诉讼中的作用	331
第一节 概述	331
第二节 欧洲法院的组织及其程序	332
第七章 各国上诉制度的比较	334
第一节 上诉的对象与上诉法院的职能	334
第二节 上诉的不同阶段	339
第三节 上诉制度的作用	345
主要参考资料	348

第四篇 第一审程序

第一章 判决前保全债务人财产的程序

第一节 美国法的判决前救济

援用民事诉讼程序的债权人不能很快取得胜诉判决。被告在诉讼系属中也许会处分他的财产，债务人的财产亦可能被其他债权人扣押。针对这些情况，美国法有3种临时裁决，称为判决前的救济(prejudgment remedies)供债权人申请。

一、扣押债务人的财产

在早期的普通法上，扣押被告的财产(attachment)是迫使被告在收到传票或起诉令状后到案并应诉的一种诉讼程序。司法行政官扣押财产后，如果被告应诉，就退还他的财产，如果被告不应诉，就予以没收。后来，扣押的性质改变为判决前的临时救济。被扣押的财产不再在他应诉时退还，而是一直维持到作成判决，被告付款为止。现在，扣押令状(Writ of attachment)的作用为确保债权人胜诉时，金钱债权或请求权能得到清偿。

美国关于扣押财产的法律为成文法。各州法律关于在何种情况下债权人能申请扣押的规定出入很大。按照《联邦民事诉讼规则》64，联邦法院应适用法院所在地的州的法律。

关于扣押的成文法一般都指出在何种诉讼中可申请扣押令状。许多州的法律区别合同项下的请求和侵权行为项下的请求并对某一类请求规定不同的扣押应具备的条件，有些州的法律把扣押限于合同项下的请求。

申请扣押一般应说明具备法律规定的理由之一。理由有三

种：1) 由于被告外出，隐藏起来或不居住在州内，所以无从向他送达诉讼文件；2) 原告请求由于它的性质应享受特别待遇，例如欺诈产生的请求或有关“生活必需费用”的请求；3) 债务人曾经让与，处分其财产或者正要这样做，目的是欺骗债权人。

法院一般要求债权人提供保证金，以便扣除裁定解除或原告得不到胜诉判决时原告应向被告支付的诉讼费用和因扣押应向被告支付的损害赔偿。

大多数州的法律要求债权人先提起诉讼，才后以宣誓声明提出申请扣押的理由。在过去，法院有权凭一方的申请签发扣押令状。但自从1969年最高法院 Sniadach 案判决以来，大多数州的法律要求法院先听审后才作出扣押裁定。扣押裁定指示被告财产所在地的郡的司法行政官进行扣押。后者接管财产的行为称为“扣押”(levy)。扣押有形动产的方式为实际占有或指定独立的保管人；扣押不动产使用通知被告或在土地、建筑物上加上扣押标志的方式。关于笨重的、不能移动的动产，判例允许以拿走设备的部件使设备无法操作作为扣押。

误扣他人的财产或扣押的财产超过或者不够清偿原告请求金额会引起郡司法行政官对被告或原告的损害赔偿责任问题，所以有些州的法律允许他要求原告指挥扣押，在扣押前向前者提供赔偿保证金。

扣押产生在被扣押的财产上设定担保物权 (lien of attachment) 的效力。享受此项担保物权的债权人有两项好处：1. 对日后购买该项财产的人能主张担保物权；2. 对日后在该项财产上取得担保物权的人，例如因其他诉讼案件取得胜诉判决的债权人有优先受偿权。在大多数州，扣押担保物权自扣押之时起生效，但在有些州，生效日追溯到发出令状之日。在判决作成之前，担保物权属于或然性的，判决一旦作成就告“完善”(perfected)。

当然，扣押财产对债权人来说，也有不利之处。1. 原告往往需要提供扣押保证金和郡司法行政官的损害赔偿保证金；2. 扣押动产使债务人在诉讼进行期间不能使用，扣押不动产使债务人在

诉讼进行期间无法出售，所以如果债权人最后败诉应向债务人支付损害赔偿。其次，恶意的扣押会构成侵权行为。

如果债权人得不到胜诉判决，扣押即告终止。债务人亦能以提供保证的方式要求解除扣押。这种保证称为“解除保证”，即由证人担保，如果被告败诉又不执行判决，即由保证人付款。大多数州还使用另一种保证，称为“交付保证”(delivery bond)，即如果被告败诉，扣押财产将供执行判决之用，如果不够，则由保证人支付，这种保证的效力只是财产不再由扣押机关保管，但仍受担保物权的约束。

二、扣押在第三人手中的债务人的财产

扣押在第三人手中的债务人的财产(Garnishment)程序，在有些州称为“受托人程序”(trustee process)，其特点为它不是指向债务人而是指向第三人(garnishee)。该第三人是欠债务人金钱之债的人、占有债务人财产的人或者在他的财产上债务人有权益的人。这种程序旨于通知该第三人，原告即债权人主张他有权要求把该项金钱债权或财产作为清偿他的债务之用，该第三人应持有这笔金额或该项财产直至原告的诉讼经过审理、判决直至执行判决时为止。如果到了执行判决时，该第三人不再持有该项财产，原告有权要求该第三人本人清偿。属于这类第三人的人主要为债务人开立往来帐户的银行。

这种程序一般称为扣押的一种特殊形式，在许多方面有与扣押相似之处。在有些州，第三人程序不是独立的程序，而是扣押程序的辅助程序。在其他的州，则作为独立的程序。援用这种程序的理由不同于申请扣押令状所应具备的理由。

两种程序的相同之处为：1)两者都以成文法为来源；2)关于申请应具备的条件联邦法院都适用州法；3)都是对非居民取得准对物管辖权的方法。

两种程序不同之处在于：1)扣押使用于判决之前，而第三人程序既适用于判决之前，也适用于判决之后。2)前者在诉讼系属中扣押财产，后者则把财产留给第三人保管；3)前者一般从扣押

之日起设定担保权益，后者在少数州不设定担保权益，在大多数州，自向第三人送达诉讼文件之日起设定担保权益。

三、指定接管人

指定接管人 (receivership) 同扣押第三人手中的债务人的财产一样，在判决之前与判决之后都能使用。接管人 (receiver) 是由法院指定的与诉讼标的无利害关系的人，由他管理，照料，收款、处分财产或财产的收入。

在历史上，指定接管人属于衡平法院的内在权限。凭申请指定接管人与否在很大程度上由法院以自由裁量决定。美国法院不愿意在诉讼系亲属中即在判决之前指定接管人。因为既是衡平法上的救济，所以如果扣押债务人财产那样的普通法上救济足够使用，法院就不指定接管人。一般在财产有灭失、变质或其他降低价值的危险时才接受指定接管人的申请。

纽约州的费尔德(Field)民事诉讼法典规定在什么情形下法院得指定接管人。许多州沿用纽约州法。

接管人只有法院授与他的和有关接管人的法律授与他的权力。除法律另有规定外，指定接管人只产生他所接管的财产的占有上的改变，而不是所有权的改变。各州关于判决前指定的接管人的法律都是这样规定的。指定接管人的裁定可能只要求他占有财产、保持财产，但也可以规定义务，如继续经营，收取利润，出售财产。

指定接管人同扣押债务人财产，扣押在第三人手中的债务人的财产一样，都可以被原告用来推动被告进行和解，争取有利于原告的和解条件。不同于前述两种程序之点在于原告得不到对其他债权人的优先权，因为原告并不能得到债务人财产上的担保权益。

当然，指定接管人也在有限的程度上，产生影响其他债权人的效力。因为，指定接管人虽不能阻止债务人为其他债权人的利益在自己的财产上设定担保权益，但有担保权益的债权人不通过法院不能强制执行他们的权利，从而打扰接管人的占有。在接管

人占有中的财产，其所有人的债权人亦必须得到法院的许可才能行使扣押第三人手中的债务人财产的权力。

四、取回动产的占有

美国现行法上的取回动产占有 (replevin) 程序不是所有的债权人都能援用的，只有对该项动产有所有权或占有权的人才能援用。无担保权益的债权人，在债务得不到清偿时，对债务人的财产并没有占有权，但有担保权益的债权人对担保财产有占有权，所以他有权要求取回动产的占有。

取回动产占有的程序是由郡的司法行政官扣押动产交给原告，等待诉讼结果。被告打算取得占有则必须提供前述的交付保证。

这项程序的法律渊源为成文法。联邦法院在执行时，适用所在州的州法。

第二节 英国的马利华禁令

马利华禁令 (Mareva Injunction) 旨于阻止被告把他的财产转移出法院的管辖区，并且阻止他在该管辖区内处分他的财产。在大多数情形下，禁令明确受禁令管制的财产的最高金额，禁令有时指定特定的货物。禁令并非扣押财产的裁定。因此，禁令给与债权人的担保限于禁令对被告以及第三人所产生的效力。禁令的受益人并不成为有担保权益的债权人，禁令并不产生优先受偿权。

但这并不是说禁令没有用处。正相反，禁令的效力是任何知情的人触犯禁令行事时应受藐视法院行为的处分。实际上，禁令往往阻止被告继续营业。

马利华禁令制度是根据1975年英国的两个判决形成的。禁令的名称来自 *Mareva Comfania Nariera S.A. v. International bulkcarriess S.A.* 案判决。1981年《最高法院规则》37(3)承认了这项判例法。根据《规则》29ri，马利华禁令在紧急情形下可以

在签发起诉令状之前申请,凭一方当事人的申请提出。作出马利华禁令的裁定属于法院的自由裁量权,所以上诉法院不得单以上诉法院如果行使自由裁量权将得出不同的结论为理由干预原审法院。

一、作出马利华禁令的条件

1)自1975至1980年,关于是否能对居住在英国境内的被告作出这种禁令并不明确。1980年高等法院与上诉法院的判决宣布,禁令的对象不再限于居住在英国境外的被告。

2)禁令的目的既是阻止被告转移或处分财产,因此,如果被告在英格兰、威尔士没有财产,禁令就没有基础。禁令可以针对任何种类的财产,往往是针对银行帐户,保险所得,但不限于货币。在许多情形下,禁令会涉及第三人,如经纪人、银行、船东的权利。这一点曾引起很大的争论。

3)存在需要:(1)财产有灭失的风险;(2)被告很可能违约。法院必须认为财产有灭失的风险,才能作出禁令。按照判例,违约的危险能从风险推断出来。一个上诉法院判决指出,作出马利华禁令的标准为:如果拒绝作出禁令,将产生原告的胜诉判决无从得到执行的风险。

4)原告承担支付损害赔偿与费用。承担支付损害赔偿是对原告申请中间救济的正常要求。申请马利华禁令的原告亦应作出此项义务允诺。如果禁令影响第三人,原告亦应允诺承担禁令引起的损失。如果允诺承担的金额不是以补偿第三人,法院很可能拒绝作出禁令裁定。

二、原告应提出的事实与论据

原告单方面用宣誓声明向商事法院提出申请,在紧急情形下可用作宣誓声明的承诺提出申请,申请内容主要应包括以下各点:

(一)需要有坚实的可论证的请求依据

按照英国1977年判例,申请马利华禁令并不限于能援用简易程序的案件,原告只要能表明他的请求依据是坚实的,可以论证的,1982年的判例提出了明确的标准,即原告有胜诉的可

能。

(二) 需要存在判决不能执行的风险

英国1983年的判例进一步要求考虑，如果拒绝发出禁令，原告的胜诉判决是否存在不能执行的风险。

1979年但宁(Denning)法官在一个上诉法院案判决中提出法院接受马利华禁令的申请时，应遵循以下原则：

1) 原告必须就原告所知道的那些法官应该知道的事情作充分的、坦率的披露；

2) 原告必须说明他的请求的细节，其金额以及被告反对其请求的事实与法律依据；

3) 原告必须提供使他相信被告在法院管辖区内有财产的理由；

4) 原告必须提出使他相信判决执行之前被告的财产有被转移的风险的一些理由。单是说被告在国外是不够的。

三、禁令的改变

禁令不给与取得禁令的原告对被告的其他债权人的优先权。1981年的判例说：法院得改变禁令使被告能支付他的其他债务。判决说，如果不是这样，则禁令就是给与原告优先权。1984年的判例说，被告申请改变(variation)禁令，支付其他债务时需要向法院证明他没有其他财产。银行要求改变禁令以便就在禁令通知前给与被告的贷款行使抵销权时，亦不必披露被告的帐目或披露被告的其他财产。因为如果不是这样，马利华禁令将干预被告与第三人，即银行之间的合同项下的权利。

四、禁令格式：“最高金额”

1982年的判例肯定了“最高金额(maximum sum)”写法，即禁令命令把被告的财产冻结在一定的最高金额限度内。但是，如果禁令以银行帐户为标的，由于银行不知道被告还有哪些财产，所以禁令应指出由第三人持有的被告的各项财产，对于某一项具体的银行帐户，禁令只规定不得动用，但超过总的最高金额范围的不在此限。

五、配合马利华禁令的其他裁定

1981年判例指出，凡法院认为行使马利华禁令权不能达到其目的时，法院有权作出辅助性的裁定，例如作出关于发现程序的裁定，以便发现被告的财产的下落，但这并不解除原告提出被告在英国有财产的义务。

六、马利华禁令的效力

(一)对被告的效力

马利华禁令是针对被告的、对人(in personam)的裁定，不是扣押禁令中所指的财产的裁定。违反禁令的被告将按藐视法院处理。

(二)对第三人的效力

马利华禁令引起的最大问题是，禁令针对的被告财产是在第三人占有或控制之中时应如何处理。这里所谓第三人可分为两种。第一种人是为被告的利益持有财产或持有欠被告的款项，例如银行或保险公司经纪人。第二种人是根据他与被告之间的合同控制被告的财产的人，如船东。不管第三人与被告之间的法律关系属于哪一种性质，知情而违反禁令行事的第三人都受藐视法院法律的管辖。因此，尽管这个第三人与讼争无多大关系，对讼争的产生亦没有任何责任，禁令给与他们很大的负担。所以如前所述，判例强调禁令不得影响银行的抵销权。

判例指出，对第三人处以藐视法院的制裁，必须是第三人明知他所做的事违反禁令的规定。1982年的判例指出，禁令对第三人的行动所加的限制是有限制的：冻结被告的银行帐户并不涉及禁令作成前银行承担的义务，如信用证、汇票项下的付款义务。但是，付入受禁令管制的被告帐户的款项将包括在禁令的范围之内。

按照1982年判例，禁令对第三方造成的影响可能作为拒绝作出禁令的理由。凡是禁令的作成会干预被告与第三人的合同时，法院应该先考虑该第三人的权利。原告不能只为保障自己的利益而迫使第三人遭受他与被告展开的诉讼的风险。

第三节 仲裁裁决作出前保全债务人财产的程序

订立仲裁条款、仲裁协议的当事人在仲裁程序开始后,仲裁裁决作出之前是否能申请法院采取临时措施,扣押债务人即被告的财产?国际常设仲裁机构的规则一般都允许仲裁庭以裁决采取临时措施,如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》26,《美国仲裁协会仲裁规则》24。但仲裁庭没有对仲裁当事人的财产强制执行其裁决的权力。再说,自提起仲裁至仲裁庭的组成,仲裁庭考虑当事人提出的临时措施申请,需要经过几个月的时间。在这一段时间内,被申诉人可能把财产转移给第三人,仲裁裁决一旦作成,可能发现没有可供执行的财产。这些问题,申诉人可援用申请法院扣押程序来解决。《国际商会仲裁规则》8(5)规定:双方当事人有权向法院申请采取临时性的保全措施,不得因此认为违反仲裁协议。

法院对于这种申请接受还是不接受,各国法院态度不一致。英国与法国的法院认为法院作出包括扣押的临时措施裁定与仲裁庭就案件的实质问题作出裁决的权限并非不相容。但是美国法院有分歧。有些美国法院认为申请法院给与临时救济违反当事人的仲裁协议与关于承认和执行外国仲裁裁决的《纽约公约》。相反,另外一些美国法院承认仲裁裁决前扣押被申诉人财产的裁定。

一、英国法

《纽约公约》于1975年12月23日起在联合王国生效。执行公约的国内立法为1975年的英国《仲裁法》(Arbitration Act)。1985年1月1日,联合王国又把公约的适用推广到香港等地区。1975年法适用于非“国内”(domestic)仲裁,即规定在联合王国境外举行的仲裁和一方当事人为非联合王国居民的仲裁。英国的“国内”仲裁仍适用1950年的英国仲裁法,1975年仲裁法所指的仲裁协议则属《纽约公约》的管辖。

按照1975年法12(6),即使案件应由仲裁解决,法院仍有作出在没有仲裁协议情况下能作出的裁定,包括指定接管人的中间禁