

沈达明 编著

# 比较民事诉讼法初论

上册

中信出版社

565977



2 017 8356 0

# 比较民事诉讼法初论

上册

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了比较、分析和综合。上册包括法律渊源、概要、司法救济、证据法等。

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

上 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:10.75 字数:298 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

# 前 言

本书试图说明英、美、联邦德国和法国的民事诉讼法的特点，介绍外国学术理论界对这四个国家的民事诉讼法所作的比较研究。

这四个国家的民事诉讼立法、判例与学理都很丰富。由于历史上的原因，它们使用了不同的基本原则、概念和术语。

英联邦成员国以及香港地区沿用或仿效英国法。美国法虽来源于英国法，但有独特的发展。法国法影响比利时、西班牙、荷兰，近东、南美以及非洲法语国家的法律。日本的民事诉讼法深受德国法的影响。因此，熟悉这四个国家的民事诉讼法为了解很多国家的民事诉讼法创造有利条件。

涉外法律关系引起的争端只有一小部份在当事人自愿的基础上使用仲裁程序解决。大多数案件需要在外国起诉或应诉。即使使用仲裁程序，民事诉讼法方面的知识还是不可缺少的，因为仲裁员和律师都援用他们所属国家或仲裁地的民事诉讼法。

本书分两个部分。第一部份介绍英、美、联邦德国和法国的民事诉讼法，第二部份从比较法角度分别论述司法救济，证据，第一审程序，判决和上诉程序。

本书编写过程中曾得到冀宗儒同志的大力协助，为此表示谢意。

本书错误遗漏之处请读者批评指正。

编 者

1990年12月于北京

# 目 录

## 第一篇 英、美、法和联邦德国民事诉讼法概要

第一章	英、美、法和联邦德国民事诉讼法的法律渊源 .....	1
第一节	英国民事诉讼法的法律渊源 .....	1
第二节	美国民事诉讼法的法律渊源 .....	4
第三节	法国民事诉讼法的法律渊源 .....	8
第四节	联邦德国民事诉讼法的法律渊源 .....	10
第二章	英国民事诉讼法概要 .....	12
第一节	英国的司法制度 .....	12
第二节	审理阶段前的程序 .....	33
第三节	审理与判决 .....	53
第三章	美国民事诉讼法概要 .....	65
第一节	美国的法院 .....	65
第二节	法院管辖 .....	69
第三节	诉讼文件 .....	81
第四节	共同诉讼与请求合并 .....	86
第五节	发现程序 .....	90
第六节	其他审理前的程序 .....	95
第七节	审理 .....	100
第八节	判决 .....	106
第九节	上诉 .....	112
第十节	英、美两国民事诉讼法的初步比较 .....	115
第四章	法国民事诉讼法概要 .....	117
第一节	法国的法院 .....	117

第二节	法院的管辖 .....	119
第三节	审判行为与非诉讼事件裁决 .....	133
第四节	民事诉讼的基本原则 .....	141
第五节	大程序法院的通常程序和证据调查 .....	146
第六节	商事法院 .....	149
第七节	法院判决 .....	153
第八节	上告途径 .....	159
<b>第五章</b>	<b>联邦德国民事诉讼法概要</b> .....	<b>161</b>
第一节	联邦德国的法院组织及其管辖 .....	161
第二节	诉讼代理人与诉讼辅佐人 .....	165
第三节	联邦德国民事诉讼法原则 .....	165
第四节	联邦德国民事诉讼的特征 .....	169
第五节	诉讼的先决条件 .....	171
第六节	诉讼费用和诉讼担保 .....	174
第七节	诉讼文件及其送达 .....	176
第八节	言词辩论 .....	180
第九节	法院的裁决 .....	185
第十节	不应诉判决 .....	191
第十一节	几种特别程序 .....	192
第十二节	上诉与再审 .....	198
第十三节	期日与期间 .....	204
第十四节	仲裁 .....	206

## 第二篇 司法救济法

<b>第一章</b>	<b>西方学理</b> .....	<b>211</b>
第一节	民事实体法与民事诉讼法的关系 .....	211
第二节	诉权 .....	213
<b>第二章</b>	<b>诉讼类型</b> .....	<b>217</b>
第一节	诉讼类型的划分 .....	217
第二节	按诉讼类型决定的管辖权 .....	219
<b>第三章</b>	<b>联邦德国法的三种判决，英美法的两类救济</b> .....	<b>221</b>

第一节	联邦德国法的三种判决 .....	221
第二节	英美法的两类救济 .....	223
第四章	原告的司法救济 .....	227
第一节	处罚性救济 .....	227
第二节	预防性救济 .....	239
第三节	申请司法救济应有“需要” .....	250
第四节	滥用司法救济的责任 .....	252
第五章	被告的司法救济 .....	254
第一节	概述 .....	254
第二节	被告的防御方法 .....	255
第三节	反诉 .....	257

### 第三篇 证据法

第一章	英国证据法 .....	261
第一节	概述 .....	261
第二节	证据与争执点的有关性和证据的可采纳性 .....	264
第三节	举证负担 .....	270
第四节	证据方式 .....	277
第二章	美国证据法 .....	294
第一节	证据的关联性 .....	294
第二节	各种证据 .....	296
第三节	排除与争执点有关的证据的规则 .....	297
第四节	对证据的攻击与异议 .....	300
第三章	法国证据法 .....	302
第一节	证据问题的重要性 .....	302
第二节	举证负担 .....	303
第三节	证据的标的 .....	305
第四节	各种证据方式 .....	307
第五节	证据方式的采纳 .....	316
第四章	联邦德国证据法 .....	321
第一节	举证负担 .....	321
第二节	各种证据方式 .....	323

第三节	法院调查证据的方式 .....	326
第五章	结论 .....	328
第一节	英美法与大陆法的差异 .....	328
第二节	英美法、大陆法共同存在的问题 .....	329
第六章	信息系统与遥测技术时代的证据法问题 .....	330
第一节	用信息系统或遥测技术制成的文件的可信性问题 .....	330
第二节	英美证据法在信息与遥测技术时代面临的问题 .....	331
第三节	法国证据法在信息与遥测技术时代面临的问题 .....	334



# 第一篇 英、美、法和联邦德国 民事诉讼法概要

---

## 第一章 英、美、法和联邦德国民事 诉讼法的法律渊源

英、美、法与联邦德国民事诉讼法的法律渊源分属两种类型。第一种类型为民事诉讼法是由法院制定的，第二种类型为民事诉讼法是由国会制定的。英、美两国属于第一种类型。法国与联邦德国属于第二种类型。

### 第一节 英国民事诉讼法的法律渊源

英国的民事诉讼法典《最高法院诉讼规则》(Rules of the Supreme Court)是由英国的最高法院规则委员会(Rule Committee of the Supreme Court)制定的。以下分述该委员会的组织、权限和工作程序。

#### 一、最高法院规则委员会的组织

英国国会授权英国法院制定民事诉讼法已有 100 多年的历史。1833 年国会首次把制定具有法律效力的《法院规则》(Rule of Court)的权力授与高级法院。英国制定程序法机关的组织曾经过多次改变。开始，其成员限于高级法院法官，自 1894 年起，吸收开业律师参加。1909 年改为由下列人员组成：枢密大臣 (Lord chancellor)、首席大法官 (Lord chief Justice)、案卷主事官 (Master of the Rolls)、遗嘱庭庭长、四名法官、二名开业大律师、二名开业律师。

从历史发展看，法院规则委员会组织的特色以前是，现在还是以枢密大臣为中心。他是司法部门的头目。1925年的法律规定：《法院规则》应由枢密大臣与其他四至五人制定，前者有否决权。上诉法院有案卷主事官代表参加。高等法院由每一个庭的庭长参加。这些人属于当然成员。此外，枢密大臣指定上诉法院、高等法院的2名法官，3名大律师，2名律师参加。可见委员会的成员很有代表性，他们代表高级法院的各个部门以及两种律师行业。

对于上述组织，英国学理有三种反对意见。第一种意见认为这些成员与“规则”的日常执行脱节，主张改由高等法院各庭的主事法官(master)以及两种律师行业的代表组成。这是1951年Evershed委员会的意见。这派人又说，委员会应该区别制定《规则》与复查《规则》两种不同的任务，目前的规则委员会虽能完成第一项任务，但需要成立另一机构完成经常性的探讨诉讼程序法在实际执行中出现的问题。第二种意见认为应加强律师行业在现有的规则委员会内的代表性。有人不同意这种看法，认为如果成立一个规则复查机构，才需更加广泛的听取两类开业律师的意见。目前的规则委员会内的律师成员是作为委员会成员，不是作为行业代表参加的。第三种意见认为须有非司法界人士的代表参加。反对者提出，这些人没有制定规则和复查规则执行情况的能力。

## 二、最高法院规则委员会的权限

1. 规则委员会行使立法权 它制定的《规则》具有成文法的效力，即原则上在法院进行的诉讼程序中一律不得主张规则无效。《规则》虽应向国会提出，但这只是形式，因为国会通过之前很少讨论。

2. 规则委员会的权限很广，涉及最高法院的全部诉讼程序 其内容相当于大陆法民事诉讼法典的大部分规定。近年来，其权力范围已经扩大到过去认为属于实体法的领域，例如1967年的《司法法》(Administration of Justice Act)授权该委员会作出关于中间付款裁定，起诉前勘查财产的法院规则。

规则委员会作为行使授权的立法机关，当然不得超过授权范围立法。在制定一项新的规则时，首先应考虑是否越权，避免所制定的规则的有效性成为疑问。法院的立法权又受英国下议院的监督委员会的监督。

充当规则委员会成员的法官在审判中仍有权对各项规则的有效性作出裁决。

### 三、规则委员会的工作程序

规则委员会起草法院规则主要依靠外来的建议。各方面的建议都通过枢密大臣的办公厅 (Lord Chancellor's Department) 转交给委员会。

规则委员会没有自己的秘书处，枢密大臣的办公厅起着秘书处的作用，即保管全部档案，包括规则草案的修改方案和各方面对修改规则提出的意见。征求大律师和律师的行业组织、法官、主事法官们的意见以及召开委员会会议等，都由该办公厅办理。办公厅有时亦提出自己的建议。

枢密大臣办公厅同时担任郡法院规则委员会秘书处的的工作。所以全部英国民事诉讼法立法都在它的活动范围之内。

修改方案的起草工作亦由枢密大臣办公厅担任。办公厅有时征求个别法官、主事法官或律师的意见。口头或书面的咨询在保密的基础上进行。草案不同于向国会提出的法案 (Bill) 那样公开征求意见。草案只是经规则委员会通过之后才予以公布。

规则委员会为草案召开的会议由枢密大臣或首席大法官主持。会议经过讨论通过草案后，其生效日期由枢密大臣决定。

英国学理认为法院规则的制定进度虽然很慢，手续繁杂，但对英国民事诉讼法的稳定性和灵活性的协调起着关键性的作用。民事诉讼法的制定、试用需要进行修改都不必占用国会的时间与精力。

现行《最高法院规则》是 1965 年（修正）本。《规则》分为一百一十四条“命令” (order, 简写为 O)，每条命令分为若干“规则” (Rule 简写为 R)。“规则”的注解本有《最高法院诉讼实务》

(Supreme Court Practice), 通称为“白皮书”(White Book)。这本书虽非官方出版,但英国法院承认它的权威性。

郡法院的民事诉讼法由1959年法律授权规则委员会制定。现行《郡法院规则》(County Court Practice)制定于1981年。按照1959年法,该规则没有规定的事项适用《最高法院规则》,《郡法院规则》见1981年出版的《郡法院诉讼实务》一书,该书虽非官方出版,但有权威性,通称为“绿皮书”(Green Book)。

## 第二节 美国民事诉讼法的法律渊源

### 一、概述

19世纪初期,美国的民事诉讼法受传统的英国法的约束,即受诉讼格式(form of action)与严格的诉讼文件(pleadings)制度的约束。

改革从美国的纽约州开始,费尔德(David Dudley Field)起草的《纽约民事诉讼法典》(New York Code of Civil Procedure)于1848年公布。他曾受英国法学者边沁(James Bentham)的影响。该法典废止了诉讼格式,在诉讼法上不再区别普通法与衡平法;制定了简化的、在一定程度上统一的民事诉讼法,强调当事人对事实的陈述,废止了一大堆古老的英国法律用语。

1934年国会授与美国最高法院扩大的制定程序法的权力,但该项权力受国会否决权的限制。最高法院在“顾问委员会”(Advisory Committee)的协助下制定1938年的《联邦民事诉讼规则》(Federal Rules of Civil Procedure)。克拉克(Charles, E. Clark)教授是主要的起草人。这些《规则》只适用于联邦第一审法院,即联邦地区法院(U.S. District Court)。从案件的数量来说,该法院受理的案件虽只占美国诉讼总数的一小部分,极大部分案件是由各个州的州法院受理,但是许多州的民事诉讼法沿用该《规则》,因此,现在大多数州的第一审法院的诉讼法与联邦法大体上相同。3个最大的州:加州、伊利诺斯州和纽约州的民事诉讼法虽受《联

邦规则》的影响，但在许多方面有独特的规定。

美国各州普遍接受来自英国法的观点，即诉讼法主要应由法官们自己制定。州立法机构在这方面的作用相应减小。

美国民事诉讼法的学理和教学都以联邦诉讼法规则为原型和基础。

## 二、联邦地区法院诉讼法的法律渊源

1789年的《司法机关法》(Judicial Act)授予联邦法院制定诉讼法的权力，但几天之后，国会又规定，联邦法院的普通法诉讼应符合联邦法院所在的州的程序法，只有衡平法和海商法案件的诉讼程序可使用独立的联邦诉讼法。所谓符合，是指符合1789年9月29日的州法，不受该州程序法此后改变的影响。至于1789年以后加入合众国的州，设在该州的联邦法院可自由选用诉讼法。这就是所谓静态符合。

自1789年至1892年之间，许多州在1848年纽约州法典的推动下修改各自的诉讼法，合并普通法与衡平法，以简单化的“法典诉讼文件”(Code pleading)，即《纽约州法典》制定的诉讼文件制度取代陈旧的普通法诉讼文件制度。但联邦法院受1789年法律的限制，继续使用被新的州法所废弃的老一套的程序法。这是一种不正常的情况，需要改变。1872年的《符合法》(Conformity Act)废止最高法院没有使用过的国会所授与的制定普通法诉讼使用的程序法的权力，并规定联邦地区法院应尽量援用所在州对于同类诉讼目前适用的程序法。这就是所谓动态的、持续的符合州法的原则。但是事实上，联邦法在许多问题上都有规定，既有规定就用联邦法而不用州法，例如关于管辖权、送达诉讼文件、法官与陪审团职权的划分，法官在陪审团面前评论证据等问题的规定。其次，1872年法律只要求联邦法官尽量符合州法。据最高法院判决解释，这就是允许联邦法官不理州法。因此1872年法引起相互冲突的判例，造成联邦地区法院程序法的一片混乱。

上述情况系指普通法诉讼，关于衡平法诉讼，问题比较简单。最高法院于1822年、1842年、1912年制定了《衡平法诉讼规则》

(Rules of Equity)。1915年国会立法准许误把衡平法诉讼向普通法庭，普通法诉讼向衡平法庭提出的诉讼移送到应受理该案件的法庭，并允许在普通法诉讼中援用衡平法上的防御方法，从而向合并普通法与衡平法推进了一大步。

总之，在1938年之前，联邦民事诉讼法既不明确又不稳定。其原因为：联邦法院适用州法上的反复无常，普通法与衡平法诉讼的区别继续存在，联邦法院没有充分行使国会授予的制定程序法的权力。

1934年美国国会通过授权最高法院制定程序法权力的法律(Enabling Act)。当时有人认为只需起草普通法诉讼所适用的程序法，以补充已有的1912年衡平法诉讼规则。但1935年克拉克教授与莫尔(Jame W. Moore)主张改革的范围应推广到合并普通法与衡平法两种诉讼为单一的诉讼。最高法院院长许格(Hughes)接受这种意见，指定顾问委员会着手起草单一的诉讼法。1937年最高法院通过该委员会的草案，向国会提出后，于1938年9月16日生效，称为《联邦诉讼程序规则》(Federal Rules of Civil Procedure简称FRCP)。《规则》实施以来，美国学理发现许多可以改善之点，认为在条文基础上发展起来的判例有些值得予以条文化，有些条文应该修改以去掉判例对这些条文所作的不合理解释的依据。1942年至1956年之间，顾问委员会重新成立，担任起草修改方案的工作。最高法院按照该委员会的建议作了多次修正，最重要的为1948年生效的一整套修正案。1958年改由司法会议(Judicial conference)作为最高法院制定、修改程序法的顾问机构。有许多律师、法官、法学家组成的顾问委员会协助司法会议。最高法院仍然承担修改方案的最后责任。在司法会议主持下完成了1961、1962、1966、1970、1980、1983年的几次重要修正。

《规则》的成效是制定了统一的联邦民事诉讼法，受到法官、律师和学理的好评。但近年来有些美国人提出应该重新考虑作为《规则》核心的诉讼程序的目的性，主要论题为如何避免发现程序

被当事人滥用。

《规则》被美国一半以上的州采用。但亦有人主张，这些规则是针对联邦制度和受宪法限制的联邦法院管辖权制定的，所以各州不应该盲目沿用。

1934年法授予最高法院的权力限于制定程序法规则，最高法院不能缩小、扩大或修改实体法上的权利。在好几件诉讼中，曾有人提出某些规则牵涉到实体法权利，主张这是违背1934年的法律的。但最高法院在一系列的判决中维持了这些受攻击的规则，认为这些规则是有效的。

鉴于《规则》取得的成效，1965年成立证据法顾问委员会使用同样的方法起草证据法。1975年最高法院公布联邦证据法草案。草案引起很大的争论。因此国会制定法律，规定草案必须经国会批准才能生效。《证据法规则》经国会作了重大修改后于1975年公布施行，称为《联邦证据规则》(Federal Rules of Evidence)。

《联邦民事诉讼规则》第82条允许各地区法院制定地方性规则(local rules)。各地区法院大量使用这项权力，它们制定的地方性规则涉及民事诉讼法上的许多问题，从而威胁全国联邦法院民事诉讼法的统一性。1960年最高法院判决指出，不应该使用制定地方规则的办法来进行程序法的根本革新。许多最高法院判决以地方规则与联邦《规则》不相符，或者以这些地方规则违背国会制定的法律或宪法为理由宣告无效。

### 三、联邦上诉法院诉讼法的法律渊源

1968年最高法院制定的《联邦上诉程序规则》(Federal Rules of Appellate Procedure)生效后又多次修改。各上诉法院使用的程序法大体上已统一起来，在这之前，每一个上诉法院制定自己的程序规则。但是由于1968年以来各巡回区上诉法院制定了冗长的不一致的地方规则，联邦规则的作用难免相应减小。

### 四、其他诉讼程序适用的诉讼法的法律渊源

除上述情况外还有一些联邦法院受理的案件不受《联邦民事诉讼规则》而受特别的程序法管辖，主要为：

1. 1966年以前的海商法案件。海商法案件从来不适用“符合州法”原则，联邦法院使用的是历史上海商法院的程序。尽管最高法院自1792年起就有这方面的立法权，但只是在1844年才首次制定《海商案件程序规则》。1966年最高法院决定海商法案件改为由联邦《规则》管辖，但对下列事项作了一些特别的规定：第三方诉讼当事人、宣誓答复口头问题笔录、陪审团以及地域管辖。

2. 破产案件。1973年最高法院制定的一整套《破产规则》(Bankruptcy Rules)大体上符合联邦《规则》，主要区别涉及诉讼文件的送达与案件审理。

3. 版权案件。联邦《规则》81(a)(1)规定，原则上“规则”对版权案件不适用。1909年以来，最高法院制定了侵犯版权诉讼程序规则，称为《版权规则》(Copyright Rules)。1939年最高法院规定，今后除联邦《规则》与《版权规则》有不同的情况外，侵犯版权诉讼应适用联邦《规则》。

### 第三节 法国民事诉讼法的法律渊源

#### 一、法国的民事诉讼立法

直到1935年为止，法国民事诉讼法的主要立法文件仍然是1809年公布的《民事诉讼法典》(Code de Procédure Civile)，共1042条条文。尽管法典包括重要的创新，但仍以1667年的民事条例(Ordonnances civile)为蓝本。该法典没有关于法院组织法的规定，所以必须参照各种不同时代的单行法。这部法典尽管有这些缺点，但还是使用了一百多年，没有重大修改。1935年开始作一些个别点的修改，1971年开始，法国计划全面修改民事诉讼法典。1958年实现了两种律师职业的合并。1965年为加快程序的进行试行“预备程序”(la mise en état des cause)，1971、1972、1973年先后公布了4个重要条例，准备吸收进新的民事诉讼法典。

1976年1月1日起施行的《新民事诉讼法典》，大体上吸收了



上述革新条例，废止旧民事诉讼法典的大部分条文。旧法典的1042条条文中暂时保留的有541条。所以法国现行民事诉讼的立法来源为：(1)新民事诉讼法条文，共1037条；(2)旧民事诉讼法典条文，共541条。

## 二、新民事诉讼法典的革新

在形式方面，新法典抛弃了一些陈旧的诉讼用语，改用一般诉讼当事人能理解的现代语言。但是就整个法典来说，起草者继续使用精确的、专业的法律语言，以及法国固有的法律词句、表达方式，并尽量对每一个专业用语提出简单明确的定义。

法典分两部分，第一部分包括民事、商事、社会法院共同适用的规定，共749条，分成21章；第二部分条文数目较少，共7章，分述每一类法院专用的规定，区分第一审法院、上诉法院和最高法院的程序。

新法典第一次实现全国统一民事诉讼法。阿尔萨斯—洛兰地区的3个省除保留几种传统的制度如土地登记册外，同样适用新法典，只是施行日期推迟到1977年1月1日。

在内容方面，新法典的革新精神更加明显。新法典提出关于诉讼、诉讼当事人与法官的作用、防御方法、诉讼文件、诉讼期间、程序的开展、证据、判决、正常的和特别的上告途径、法官的回避、诉讼费用等的一系列原则。这些一般性原则形成私法程序法的总则。

新法典虽保持作为法国民民事诉讼法特征之一的当事人处分原则，但加强了法院的作用，比过去的法律更加确切地规定法官的权力。新法典扩大了“凭一方申请作出的裁定”(ordonnance sur requête)与法院院长的简易程序(procédure de référé)管辖权。新法典力求明确讼争事务与非讼争事务的区别。

新法典起草委员会虽有律师参加，但整个法典还是偏重于概念化，具有德国学理所说的“教授所写的法律”(Professeurrecht)的特色。