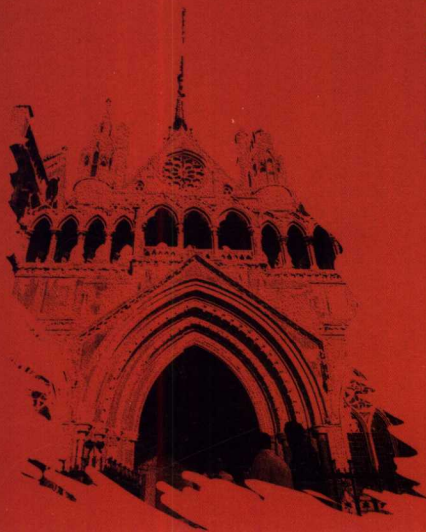


民事诉讼法学译丛

当事人基本程序 保障权与未来的 民事诉讼



【意】莫诺·卡佩莱蒂 等/著
徐 昕/译

本书收录了二十世纪诉讼法学的两大贡献

程序保障权和信息化诉讼

当事人基本程序保障权的宪法化、国际化、社会化

是对二十世纪人类诉讼文化发展的集中概括

现代科技在民事诉讼程序中的运用

迫使我们不得不考虑信息社会

对传统民事诉讼理论的挑战

何谓程序保障权和信息化诉讼

各国学者如是说

田平安★主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼/(意)
M·卡佩莱蒂等著;徐昕译.北京:法律出版社,2000.4
(民事诉讼法译丛/田平安主编)
ISBN 7-5036-3072-8

I. 当… II. ①卡… ②徐… III. 当事人-民事诉讼-诉讼程序研究 IV. D915.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 05721 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/陶松	责任校对/杜进
印刷/民族印刷厂	
开本/850×1168 毫米 1/32	印张/11.75 字数/280 千

版本/2000 年 8 月第 1 版	2000 年 8 月第 1 次印刷
印数/0,001—4,000	

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱:pholaw@public.bta.net.cn
电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)
出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3072-8/D·2793

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

作者小传

莫诺·卡佩莱蒂(Mauro Cappelletti),1952年于佛罗伦萨大学获法学博士学位,意大利佛罗伦萨大学、美国斯坦福大学、欧洲(EC)大学法学教授,佛罗伦萨大学比较法研究所主任,曾担任意大利比较法学会会长。

译者小传

徐昕,男,1970年7月生,江西省丰城市人。1995年毕业于西南政法大学研究生部,获法学硕士学位,律师,经济师。1995年至1997年在中国银行东莞分行从事信贷工作。1997年至2000年在中国人民银行东莞市中心支行从事金融、法制工作,任东莞金融法律事务部执行负责人,东莞市金融机构间经济金融纠纷协调委员会委员。现为清华大学法学院法学博士研究生。自1992年起先后在《经济研究参考》、《清华法律评论》、《比较民事诉讼法》、《当代经济科学》等报刊上发表法学、经济学论文、译文30多篇,多篇论文获省市奖励。参与编写《证券法学》、《金融犯罪与防治》等著作,论文和著作六十余万字。

读者可通过以下E-mail与译者联系:xulawyer@163.net。

总 序

《民事诉讼法译丛》

《民事诉讼法译丛》在同行们的企盼下终于问世了。

众所周知,长期形成的“重刑轻民”,“重实体、轻程序”,“重刑事诉讼,轻民事诉讼”的陋习,加之其他主客观原因,致使我国民事诉讼法学没有得到应有的发展。即使在拨乱反正之后,民事诉讼法学也是法学百花苑中一枝稚嫩的小花。对历史资料没有进行系统地梳理,对国外文献缺乏系统地介绍。虽然本世纪 70 年代后期,法学高等教育恢复之后,作为民事诉讼法学研究力量比较强的西南政法大学,曾译介过一些前苏联和东欧社会主义国家的民事诉讼法学研究成果,翻译了一些西方国家的民事诉讼法学文献,但这些成果多采用内部发行方式,在一定程度上影响了其合理使用和效能的充分发挥。

进入 90 年代之后,尤其是随着中国社会法制化进程的不断深入发展,民事诉讼法学理论的滞后性已开始在一定程度上影响了建立和完善社会主义市场经济体制下的民事诉讼体制及民事审判

改革的客观需要。为了适应社会转型及社会进步与发展的需要,与学术界共同振兴民事诉讼法学事业,我于1996年下半年联系了一部分热心于比较民事诉讼法学研究的同志在西南政法大学成立了《民事诉讼法译丛》编委会,开始了有组织、有计划地译介外国民事诉讼法学的工作。同时,编委会还为《民事诉讼法译丛》规定了宗旨,即翻译出版本译丛的目的,是为了繁荣我国民事诉讼法学研究的内容,提高我国民事诉讼法学的研究水平,促进中外民事诉讼法学的交流,为理论界、司法界探讨建立与完善社会主义市场经济体制下的民事诉讼体制提供参考性资料。

《民事诉讼法译丛》在中国民事诉讼法学界是一项史无前例的学术基本建设工程,在我们的设想中,这是一项只有开始而没有结束的伟大事业。我们的翻译计划得到了国外同行的大力支持,例如德国和日本的相关学术机构和学者为我们寄来了数十种科研成果,并免费提供了翻译许可证书,以及邀请翻译者去这些国家进行讲学和商谈翻译事宜。为了解决翻译出版过程中出现的涉外事宜,如交涉版权、受领原著、翻译信息交流等,扩大选题范围和所选项目的权威性,以及加强与国外同行们的交流与合作,本人自任所长于1998年12月在西南政法大学成立了中国第一个比较民事诉讼法学研究所。该研究所的宗旨是以繁荣中国民事诉讼法学为己任,促进中外民事诉讼法学的交流,服务于社会主义法治建设的需要。《民事诉讼法译丛》为本所推出的首批成果。

本译丛的选题范围主要分为四大类:一是精典名著,其中包括影响近现代国外民事诉讼法学发展的专著、论文选集;二是立法文献,其中包括外国民事诉讼法典以及立法资料;三是有价值的国际性学术会议的资料;四是具有学术代表性、权威性的教材、讲义等。从一定意义上说,只要是有利于促进我国民事诉讼法学事业发展的作品,都属于《民事诉讼法译丛》的选题范围。选题工作由编委会负责,采取编委会指定和个人申报加编委会确定的方式。个人

申报包括翻译者申报和作者申报,前者是指翻译者向编委会申请翻译出版外国民事诉讼法学的作品;后者是指原著作者向编委会申请汉译出版自己的作品。我们热忱欢迎海内外的学者参与翻译工作,以及向我们提供优秀的作品,或对我们的翻译事业提供有益的帮助。

在目前的条件下,出版《民事诉讼法译丛》是一件异常辛苦,费时费力的事情。由于翻译作品缺乏市场价值,译者经常因出版困难而面临劳而无获的尴尬。也许正因为如此,我们更能感受到参与《民事诉讼法译丛》的学者们的学术奉献精神。这些翻译和参与翻译工作的人员,有不少在国外深造多年,具有较为扎实的专业外语功底和翻译国外法学文献的经验,凭着一腔尽心竭力于繁荣中国比较民事诉讼法学的热忱完成译介工作,我们应当感谢他们。此外,还应当感谢法律出版社、总编和(编辑)人员,尤其是茅院生同志,如果没有他们的支持,丛书是难以问世的。

钱锺书先生曾经说过:翻译是“媒”,它在文化交流中起着居间者和联络员的作用(见《钱锺书散文》,浙江文艺出版社,1997年7月版,第272页)。我们希望通过《民事诉讼法译丛》架起中外民事诉讼法学交流的桥梁,起到抛砖引玉的作用,同时为使译作能够日臻完善,敬祈同行们不吝赐予斧正。

西南政法学校长 法学教授

田永安

1999年9月1日于歌乐山下书斋

译 序

本书由三个部分组成,其中第一部分和第二部分是对1971年9月意大利佛罗伦萨举行的国际法律科学协会(UNESCO)准备的综合报告的修订本的汉译。其中第一部分译自《斯坦福法律评论》(STANFORD LAW REVIEW)第25期第651--715页(1973年5月)。第二部分译自《密歇根法律评论》(MICHIGAN LAW REVIEW)第69期第847—886页(1971年4月)。这两个部分的总和称作《民事诉讼程序保障权比较研究》;第三部分《千年之交的诉讼法》是对1999年8月在奥地利维也纳召开国际诉讼法协会第十一届世界诉讼法大会部分国别报告的汉译。本书的内容都取自国际会议的报告,因而所涉范围具有世界性意义。

国际性学术会议的报告和文献资料,是《民事诉讼法译丛》的选题范围之一。编委会设定这类选题的目的,是为了让国内学者了解世界民事诉讼法学的发展趋势,以及从中汲取有利于促进中国民事诉讼法学健康发展的东西。以开放的意识了解世界,自应是我们发展中国民事诉讼法学所持的基本态度。只有这样,才能

做到“他山之石,可以攻玉”。

由于本书第一、第二部分和第三部分的内容在时空上跨越了近 30 年,各自具有所处时代的意义,为此,译者特地为各部分撰写了译介,以便于读者利用本书。鉴于第一和第二部分的内容具有统一性,经译者和翻译协作者协商,由作为本书翻译协作者的陈刚博士为这两部分合写一篇译介。第三部分的译介由译者徐昕承担。

感谢每一位阅读和使用本书的读者。

译者

1999 年 8 月 10 日

目 录

第一和第二部分译介:M·卡佩莱蒂正在接近中国·····	(1)
-----------------------------	-----

第一部分 民事诉讼程序保障比较研究 ——民事诉讼的宪法化、 国际化和社会化潮流
--

前言·····	(9)
---------	-----

第一章 当事人基本程序保障“宪法化”、“国际化”的意义	
-----------------------------	--

序论——法律意义 ·····	(11)
----------------	------

一、民事诉讼中“基本的”、“宪法的”及“国际的”程序保障:	
-------------------------------	--

初步评价·····	(11)
-----------	------

二、基本程序权宪法化问题的三种基本模式·····	(13)
--------------------------	------

三、依据《欧洲人权公约》的个人追诉及其对英国模式和	
---------------------------	--

其他模式之影响·····	(21)
--------------	------

第二章 当事人接受“司法”救济的权利	(24)
一、“法院”和“自然正义”法则	(24)
二、什么是“民事”?	(27)
三、两种不同的解决方式	(29)
四、汇聚的潮流	(36)
第三章 实效性接近司法救济之权利(不仅是理论上的接近 法院权)	(39)
一、接近正义的简便化	(39)
二、实效性接近司法救济的障碍	(42)
第四章 公正审理权	(48)
一、正义之质	(48)
二、公正审理权及多样化的含义	(48)
三、客观真实与法官和当事人各自的作用	(50)
四、诉讼审理方式:公开主义和言词主义	(53)
五、非法收集证据的排除	(55)
第五章 结论:当事人基本程序保障“宪法化”、“国际化” 的意义再探	(60)
一、意识形态上的意义	(61)
二、社会性意义	(62)
三、教育意义	(63)
四、全新正义景象之兴起	(64)

第二部分 民事诉讼的社会和政治因素
——东西欧民事诉讼的
改革与潮流

引言	(109)
----------	-------

第一章	历史考察·····	(111)
第二章	改革的年代·····	(114)
第三章	改革运动对诉讼迟延的影响·····	(118)
第四章	当前的问题及其潮流——民事诉讼的宪法化、 国际化和社会化潮流·····	(122)
第五章	欧洲社会主义国家的发展·····	(131)
第六章	法官职权走向强化·····	(135)
第七章	诉讼与意识形态·····	(138)
第八章	诉讼法学家的任务·····	(142)

第三部分译介:千年之交的诉讼法

——第十一届世界诉讼法大会概述兼评中国 诉讼法学子的历史使命·····	(173)
--	-------

第三部分 千年之交的诉讼法

第一章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 主题概述·····	(178)
第二章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 澳大利亚报告·····	(186)
第三章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 比利时报告·····	(201)
第四章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 英国报告·····	(220)
第五章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 芬兰报告·····	(236)

第六章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 印度报告·····	(251)
第七章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 意大利报告·····	(254)
第八章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 日本报告·····	(263)
第九章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 莱索托报告·····	(270)
第十章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 新西兰报告·····	(281)
第十一章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 秘鲁报告·····	(296)
第十二章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 南非报告·····	(303)
第十三章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 荷兰报告·····	(307)
第十四章	信息社会的挑战:现代科技在民事诉讼等程序中的运用 美国报告·····	(316)
附录	中西文法律术语对照·····	(349)
后记	·····	(359)

第一和第二部分译介： M·卡佩莱蒂正在接近中国

—

20 世纪的民事诉讼法学理应记住 M·卡佩莱蒂(M·Cappelletti)。可以预言,迈向新世纪的民事诉讼法学将会沿着 M·卡佩莱蒂的理想向前发展。目前,令人尊敬的 M·卡佩莱蒂教授因患阿尔察默病被迫中断了自己挚爱的研究工作,这不仅是一位伟大学者的个人不幸,也是世界民事诉讼法学事业的一个不幸。不过,这种令人伤感的事情并不会影响 M·卡佩莱蒂教授的真知灼见在中国这块古老且充满新的生机的土地上引起重视。本书的出版将会证明,M·卡佩莱蒂的理论决不会在中国留下没有涉足的遗憾,虽然他曾在健康着的时候来过中国。愿这本中文版的《民事程序基本权保障比较研究》能给 M·卡佩莱蒂先生带去深切的慰藉。

M·卡佩莱蒂教授生于意大利,曾担任过意大利佛罗伦萨大

学、美国斯坦福大学、欧洲(EC)大学的教授以及意大利比较法学会的会长。本部分是根据 M·卡佩莱蒂教授撰写的两篇代表性论文——《民事诉讼当事人基本程序保障及其宪法化、国际化和社会化的比较》和《东西欧民事诉讼改革及其潮流》翻译而成。在这两篇论文中,作者从比较法立场全面透析了民事程序保障宪法化、国际化、社会化的成因及其发展趋势,并就当事人程序基本权保障与接受司法裁判权、接近正义、接受公正审理权等之间的关系进行了极其有益的探讨,这些都是关于当代世界级民事诉讼课题的讨论。

今天,理性社会和有理性的人都不会否认,由人治与专制走向民主与法治,应当是人类社会发展史上的一次伟大进步。在西方社会通行的观念中,法治的最本质性含义,是指国家的一切权力都受制于反映主权者意志的法;或者说,国家行使任何权力都必须以反映人民意志的法为唯一依据。按照启蒙思想家的解释,“主权在民”的“民”是指“people”(法语,指人民),而不是“nation”(法语,指国民)。进而作为一国根本大法或称之为“权利宣言书”的宪法,就成了集中体现主权者的人民之意志的基本法,她不仅可以制约国家权力,而且是判断及确认其他任何法律是否符合人民意志的标准法。在法治国家里,接受司法裁判权是人民享有的一项由宪法保障的最基本性权利。宪法赋予人民享有接受司法裁判权的法理依据在于:第一,在法治国家,由于人民的社会生活关系不受人的支配,而是受法的支配,为了解决人民之间因社会生活关系方面发生的法的纠纷,就必须保障人民有利用司法解决权利义务之归属的权利;第二,国家权力相互分离及相互制约是一国宪政的基础,为了保障人民的自由和权利不受违法的或不当的行政行为侵害,确立与行政权相分离的司法权,并在此基础上赋予人民有请求司法救济的权利,就成了贯彻法治主义的基本条件;第三,宪法是一国的根本大法,司法权属于国家权力的一个组成部分,由于国家权力的行使必须以法律为依据,因此行使司法权进行的裁判必须是

依法进行的裁判;法是人民意志的体现,也是正义的体现,依法进行的裁判在理论就是对正义的实现。在此意义上,人民请求裁判的权利是保障人民真正享有宪法所保障的其他基本权利的基本权。

接受司法裁判权的实质内容是相当丰富的,因为人民通过裁判过程所要求实现的正义,不仅包括实体正义,还应当包括程序正义。换言之,只有实体和程序都符合法律要求作出的裁判,才称得上是实现了正义的裁判。因此接受司法裁判权的内容,既包括人民请求实体正义的裁判权,也包括确保实体正义得以实现而请求程序正义的裁判权。

二

在当今的英美法系中,接受司法裁判权的内容集中体现为法的正当程序。从历史上看,1215年的英国《大宪章》已包含了法的正当程序(due process of law)之思想基础。尽管《大宪章》的初衷旨在遏制国王的恣意,保障国民平等地接受法律保护,但它所包含的法的正当程序思想在今天已经发展成了诸多法治国家规制裁判权的理论基础。法的正当程序具有保障和实现实体正义和程序正义这两方面意义,片面地强调其中任何一个意义,都是对该概念的误解。单就程序上的法的正当程序而言,其内容也十分丰富,其中既包括保障人民有请求国家为一定诉讼程式的权利,也包括在一个具体案件的实际处理过程中当事人要求公开具体的攻击防御规则的权利。关于程序上的法的程序之内容,笔者目前尚没有作更加深入的研究,因而很难在此给其确定一个范围,但有一点是十分明确的,保障当事人有知悉自己参与某个诉讼或了解本案进程所必需的传唤权(受送达权)、向法院说明本案情况的听讯权以及程序公正请求权,是其必不可少的组成内容。西方学者通常认为,陪

审制度以及与此相伴而生的当事人主义(对抗制)、判例法主义以及衡平法的发展,应是法的正当程序在英美法系之所以发扬光大的三大要因。当然,这种结论并不意味着法的正当程序观念不具有普遍性,抑或只能在英美法系的土壤里茁壮成长。实际上,欧洲大陆国家也有类似于法的正当程序的规定,这集中体现为1950年11月4日宣布的《保护基本人权和自由的欧洲公约》(《欧洲人权公约》)第6条第1款,即“保障任何人在接受民法上的权利及义务之判决或在接受刑事追诉时,有通过依据法律设置的独立且公平的法院,在合理的期间内,接受公正且公开的审理的权利。”因此可以结论,重视程序保障或程序的正当性业已成为世界诉讼法律制度发展的潮流。

如同文中介绍的那样,大陆法系的德国在形式上承认《欧洲人权公约》第16条第1款规定与联邦制定法具有同等的效力。德国学者沃尔克曼(Vollmann)将该条与德国联邦宪法法院的解释以及德国基本法第2条第1款有关“任何人不得侵害他人的权利,同时在不违反宪法秩序及道德规律的范围内,有自由发展自己人格的权利。”规定相结合,提出了公正程序请求权这一概念。按照沃尔克曼的解释,公正程序请求权是对公民请求法的保护之权利的一般性概括,即是一项概括性的法的保护基本权;同时还将该项权利称作“不成文的德国式的法的正当程序条款”。

对于沃尔克曼将公正程序请求权作为一项贯穿于民事诉讼全部领域的一般性基本权的见解,德国学者哈伯肖德(Habscheid)主张,现代的法的正当程序不仅在于从形式上保障程序的正当性,而且还要保障实体的正当性,因此法治主义的理念应当从形式上的法治国家向着实质上的法治国家转变,为了达到这一目的,即确保诉讼的正当性,司法就应当绝对遵从程序公正原则。按照哈伯肖德的解释,为了实现正当的诉讼,应当在继续强调传统的保障双方听讯和机会平等两个公正原则的同时,还应当将实效性的法的保

护、扩大可利用的证据方法及范围和禁止过度的形式主义这三个原则也纳入公正原则体系之中。另外,哈伯肖德还强调法院有实施公正程序的义务,以此作为当事人实现公正程序请求的保障。

三

通读本文可以发现:M·卡佩莱蒂的民事程序保障理论是对前人和当代民事诉讼法学家睿智的集合,抑或对当代世界民事诉讼发展脉搏的准确把握。首先,M·卡佩莱蒂教授将贯穿于现代民事诉讼的最基本性理念概括为程序保障和接近正义。这种理念既可以在奉行自然正义的英美法中找见萌芽,也可以从大陆法系国家的法典中看到实定的表现。不过在传统的、被看作单纯的技术性法律集合体的民事诉讼法中,虽然也不否定将程序保障和接近正义奉为具有永恒价值的根本性原则,但它只是作为一个抽象的名词而存在,并没有在实践中得到真正的落实。自由主义体制下产生的“权利贫困”现象即是对程序保障和接近正义的最典型性反动。本文中,M·卡佩莱蒂教授采用追本溯源的方式,对程序保障和接近正义的生成历史及沿革进行了全面剖析,并在对其进行扬弃和发展的基础上,使之上升为现代民事诉讼的基本理念;另外还通过比较法手段,论证和阐明了在民事诉讼领域贯彻程序保障和接近正义将成为世界各国法律文化历史发展过程中一股不可抗拒的潮流,如此,为整个诉讼法学世界带来了一股新鲜的气息。

其次,M·卡佩莱蒂教授之所以能够如此敏锐地把握当代世界民事诉讼发展的趋势,是因为从学术香火相传上看,M·卡佩莱蒂理论是对其恩师、意大利著名法学家P·卡拉芒德莱依(Piero Calamandrei)教授的民主主义诉讼观的继续和发扬。P·卡拉芒德莱依理论集中体现在1954年出版的《诉讼和民主主义》(PROCESSO E DENOCRAZIA CEDAM)一书中(本书的汉译工作正在进行之