

澳门研究丛书  MACAU STUDIES

澳门民事诉讼制度改革研究

A Study of the Reform of
the Civil Litigation System of Macau

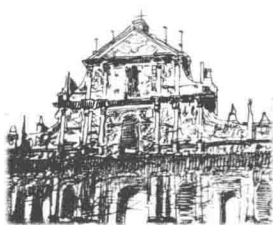
黎晓平 蔡肖文 / 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



澳門基金會
FUNDAÇÃO MACAU



澳门研究丛书  MACAU STUDIES

澳门民事诉讼制度改革研究

A Study of the Reform of
the Civil Litigation System of Macau

黎晓平 蔡肖文 / 著

 社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

 澳門基金會
FUNDAÇÃO MACAU

图书在版编目(CIP)数据

澳门民事诉讼制度改革研究 / 黎晓平, 蔡肖文著

——北京: 社会科学文献出版社, 2016. 11

(澳门研究丛书)

ISBN 978-7-5097-8932-2

I. ①澳… II. ①黎… ②蔡… III. ①民事诉讼-司法制度-改革-研究-澳门 IV. ①D927.659.511

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 063483 号

· 澳门研究丛书 ·

澳门民事诉讼制度改革研究

著 者 / 黎晓平 蔡肖文

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 沈 艺 高明秀

责任编辑 / 沈 艺 许玉燕

出 版 / 社会科学文献出版社·当代世界出版分社 (010) 59367004

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 北京季蜂印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 13.75 字 数: 228 千字

版 次 / 2016 年 11 月第 1 版 2016 年 11 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-8932-2

定 价 / 59.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010-59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

目 录



第一章 概述	001
一 澳门问题的由来	001
二 澳门法律本地化的进程	004
三 法典中的“后自由主义”法律思想	009
四 “接近正义”运动对法典的影响	016
五 小结	029
第二章 澳门民事诉讼制度改革背景	032
一 澳门的法制演变	032
二 澳门民事诉讼基本理论	035
三 葡萄牙民事诉讼制度改革	044
四 葡萄牙民事诉讼改革对澳门的影响	054
第三章 民事诉讼法的基本原则	056
一 对葡萄牙民事诉讼基本原则的借鉴	057
二 诉诸法院原则和禁止自力救济原则	065
三 处分原则和法官依职权原则	067
四 当事人进行原则及辩论原则	070
五 当事人平等原则	071
六 合作原则	072
七 形式合适原则	073



八 善意原则与相互间行为恰当之义务原则	074
九 诉讼经济及快捷原则	076
十 小结	076
第四章 诉讼程序的简化与改进	081
一 当事人制度的简化与完善	081
二 诉讼程序类型的完善	090
三 保全范围的扩大	094
四 对普通宣告诉讼程序的完善	098
五 上诉制度的重大改革	104
六 简易程序的改进	109
七 执行程序的强化与简化	110
第五章 民事诉讼法典的本地化	113
一 法典本地化的基本立场	114
二 管辖制度本地化	121
三 管辖权的延伸保护	126
四 特别程序本地化	129
五 对法律本地化的评价	132
第六章 替代性纠纷解决机制在澳门的发展	136
一 法院附设调解机制的运用	137
二 澳门民商事仲裁制度的发展	139
三 澳门仲裁和调解的实践	146
四 诉讼程序与 ADR 机制的衔接问题	152
第七章 回归后民事诉讼制度的新发展	158
一 回归前后的司法体制沿革	158
二 回归后对《民事诉讼法典》的进一步完善	167
三 法律援助与诉讼费用制度的完善	172

四	强化司法行政管理制 度	176
五	与内地民商事司法交流的扩大	177
六	民事诉讼特别法——《劳动诉讼法典》	180
第八章 澳门民事诉讼制度改革之评价		184
一	法律现代化与本地化的纠结	185
二	法律与社会“两层皮”的困扰	194
三	司法供给与社会需求的不相适应	200
四	澳门民事诉讼法律改革的未来展望	204

第一章 概述

一 澳门问题的由来

澳门位于中国南部边陲，广东省珠江口西岸，南海之滨，包括澳门半岛和氹仔、路环两个离岛。自古以来，澳门就是中国领土不可分割的一部分。澳门东隔伶仃洋与香港相对，共扼珠江出口。澳门半岛北面以关闸为界，通过一条古老的沙堤与珠海拱北相接。

“澳门”作为地名，在明代已经出现，当时被称为“蚝镜澳”“濠镜澳”“香山澳”。葡萄牙人称之为“Macau”（英文为“Macao”）。

1453年，奥斯曼土耳其帝国攻占君士坦丁堡，消灭了东罗马帝国，控制了经地中海通往东方的交通要道，妨碍了东西方贸易的发展。开辟通往东方的新航路，成为西欧国家的强烈要求。位于伊比利亚半岛的葡萄牙和西班牙首先开展了探索新航路和在海外进行殖民掠夺的活动。1497年，葡萄牙人达·迦马（Vasco da Gama）绕过好望角，于翌年到达印度。1510年，由葡萄牙任命的第二任总督阿尔布克尔克（Afonso de Albuquerque）占领了印度果阿，并以此作为葡属亚洲殖民地的首府。1513年，阿尔布克尔克派船队抵达了广东东莞屯门（今为香港新界）。船队满载中国货物而归，随船的葡萄牙宫廷药剂师在其《东方概览》（*Suma Oriental*）一书中说：“中国乃是一个伟大、富饶、豪华、庄严的国家，国土和人民，莫不如此……广州是印度支那到漳州沿海最大的商业中心。”^① 被丰厚的贸易利润所吸引，葡萄牙人随后开始了对中国沿海地区的殖民侵略。当时的中国政府也进行了相应

^① 邓开颂主编《澳门历史新说》，花山文艺出版社，2000，第9页。



的清剿。1554年，葡萄牙人经广东当局准许进入澳门，但并不被允许定居，同时需要向当地政府缴纳地租银。1582年（明万历十年），两广总督陈瑞在居澳葡人答应“服从中国官吏的管辖”的前提下，对其居澳权予以承认。自此，澳门的社会管治形态呈现为中国政府管治与居澳葡人自治的双重形态。恰如学者所描述的那样，“澳门的管治模式在中国历史上甚至在世界历史上绝无仅有，是一个特殊的管治形态。在中国的土地上，在中国地方政府的管辖之下，其基层行政管理采取了西方自治城市的制度，形成了中西制度的一种特殊结合”。^①此时，明朝广东地方官府对澳门的司法管理，以《大明律》为依据，按照明代司法程序对澳门的民事和刑事案件进行审理和判决。到了清代，澳门在行政和司法上仍属香山县管辖，澳门的地租银仍由香山县征解。这种状况一直持续到19世纪上半叶。这一时期，清政府通过《管理澳夷章程》《澳夷善后事宜条例》等对澳门的行政、治安、民事、刑事等方面进行了有效管理。

在很长一段时间里，居澳葡人通过自发的组织对自己的内部事务进行管理，但这些组织没有得到中国朝廷或当时葡萄牙宫廷的承认。16世纪后期，西班牙吞并了葡萄牙。为防止西班牙国王过多地干预澳门这块居留地，居澳葡人在1583年成立了澳门议事会。议事会是作为明清地方政府的下属组织而存在的。1623年，葡印总督以国王的名义，向澳门派出了第一任总督，但议事会仍然拥有最高权力，驻澳的葡人并不总是服从总督。1640年，葡萄牙脱离西班牙获得独立后，随着葡萄牙中央集权的加强，澳门总督的权力也不断加强，逐渐成为实质上的执政者。经明清两朝朝廷允许，居澳葡人的自治组织机构议事会享有在行政、司法、贸易、治安上有限的自治管理权。在司法上，葡萄牙人在澳门享有一定的司法自主权。凡居澳葡人内部发生的较轻民事和刑事案件，由预审法官审理；较重的案件，由果阿葡印总督派遣到澳门的王室大法官审理。^②凡重大案件，要向广东地方官府报告，由广东地方官员审理并做出判决。中国政府有对在澳门的葡萄牙人犯进行定罪、复审和监督执行处罚的权力，凡涉及中国人的案件必须交由香山县官府审理。

① 黎晓平、何志辉：《澳门法制史研究》，澳门21世纪科技研究中心，2008，第11页。

② 果阿位于印度西岸，是葡萄牙属印度的首都，也是葡萄牙对亚洲殖民地进行管理的政治中心。



16~18世纪,澳门以其独特的地理位置,在整个中西方文化与科学技术交流中起着重要作用,从一个荒芜的小岛逐步演变成中西方交流的桥梁和中葡文化的交会点,在西方走向中国、中国连接世界的大航海中扮演了极为重要的角色。它是16~19世纪中期远东地区最繁盛的贸易中转港,是东西方各种宗教、文化交会碰撞之地,也是几百年间西学东渐和东学西传的独木桥。^①

19世纪20年代,西方列强急于打开中国的大门,清朝政府始终奉行闭关政策,英国人、美国人纷纷将澳门作为他们在华的活动基地,澳门成为西方列强侵略中国的跳板。鸦片战争以后,葡萄牙加紧了对澳门的占领。1849年,葡萄牙人拒绝向中国政府缴纳地租,并驱逐清朝官吏,封闭了中国在澳门的海关,排除了中国对澳门的管辖。与此同时,司法权也落入了葡萄牙人手中。

在此后的百年时间里,中国政府和人民、澳门同胞一直在为争取澳门的主权回归而努力。

1949年,中华人民共和国政府确定了“长期打算,充分利用”的政策,并将其作为处理内地与港澳关系的基本方针。此后,葡萄牙和国内外局势的走向也影响着澳门的局势发展。1974年4月25日,由葡萄牙一批青年军官组成的革命组织“武装部队运动”取得了国家政权,史称“4·25”革命。革命后的葡萄牙新政府发表声明,宣布放弃殖民主义,放弃海外所有殖民地,承认澳门是中国的领土,只是葡萄牙管理的一个特殊地区。1975年12月,葡萄牙政府撤走了驻澳门的全部军队和军事指挥机构,还宣布与台湾当局断交。1976年2月,葡萄牙政府颁布了《澳门组织章程》。同年4月,葡萄牙政府颁布新宪法。根据新宪法和《澳门组织章程》的规定,澳门是葡管的中国领土,澳门在不抵触《葡萄牙宪法》和《澳门组织章程》的原则下,享有行政、经济、财政、立法及司法自治权。1979年2月8日,中葡两国发表《建交公报》,正式建立外交关系,但《建交公报》没有提及澳门问题。此前,中澳双方达成了一项暂不公开的协议,大意是澳门是中国的领土,但暂时由葡萄牙管治,这一历史遗留问题,两国将在适当的时候通过友好协商来解决。1987年4月13日,经过四轮协商,中国政府和葡萄牙政府在北京签署了《中华人民共和国政府和葡萄牙共和国政府关于澳门问题的联

^① 吴志良、郝雨凡、林广志主编《澳门学引论》(上册),社会科学文献出版社,2010,第1页。



合声明》(以下简称《中葡联合声明》)。1988年1月15日,双方就《中葡联合声明》正式换文,自此,澳门进入了过渡期。1993年3月31日,在广泛征求了社会各界意见之后,第八届全国人大一次会议通过了《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》(以下简称《基本法》)和相关规定。1999年12月20日,澳门回归祖国。

自回归祖国以来,在中央人民政府和全国人民的大力支持下,在澳门同胞的勤奋努力下,澳门在政治、经济、社会等各个领域都取得了显著的成就,同时也存在着不少亟待解决的问题。澳门的法制建设问题也在这些新旧问题的交错影响下逐渐显现出来。

二 澳门法律本地化的进程

澳门是中国版图中一个颇具历史风采的特殊地域,尽管其土地面积和人口规模都很小,却创造了影响中国近代进程的辉煌历史。正是如此绚烂独特的历史使澳门的法制发展充满了迷人的异域色彩。恰如学者所言:“同所有的社会的法一样,澳门法的面前亦真实而先在地横贯着‘历史’。此或近或远或中或西甚或无关的‘历史’型塑了澳门法的基本框架,并成为其演进之生动活泼的背景。”^①若我们将澳门与香港两地的法制发展稍做比较,澳门其独一无二的特点便跃然呈现。例如,回归之前,两地虽然都使用源自外国(英国、葡萄牙)的法律,但相较之下,在澳门通行的葡萄牙法律只若流水浮萍一般,始终未能在澳门社会扎根发芽。在香港,由于英国人后期采取了“以华治华”的本地化管治方式,在司法机构及律师队伍中积蓄了相当数量的华人法律工作者,^②为回归后普通法在香港的继续实施和相应本土

① 黎晓平、何志辉:《澳门法制史研究》,澳门21世纪科技研究中心,2008,第1页。

② 有学者分析认为:“在港澳后期的‘非殖民化’过程中,英国人在香港尝试着达致‘好的殖民地行政’,而葡萄牙人则太留恋葡国文化而忽略‘好的殖民地行政’。葡国事实上过于注重保护和推广葡人文化,浪漫而不切实际。英国人在香港没有语言上的大碍(英文普及),他们不需要大力推广英国文化。可是,葡萄牙人在澳门与中国人有语言上的障碍,唯有大力推广葡语……可是中国文化根深蒂固,葡人推广葡国文化影响只限于澳门的葡国人和土生葡人。结果越是推广葡国文化,殖民统治者就越要加倍努力。”参见卢兆兴《香港和澳门的非殖民化比较》,载余振编《双城记——港澳的政治、经济及社会发展》,澳门社会科学学会,1998,第14~15页。



化提供了人才储备。同时,由于英语属于普及性极广的世界性语言,香港的基础教育非常重视英语学习,因此就香港的法律语言学习和工作来讲,并不存在太大的障碍。在澳门,情况则相反,澳门毕竟不如香港那样具有世界性金融贸易中心的地位,葡萄牙人对澳门的管治也随着国势的衰弱而渐失刻意经营的企图心。回归之前,澳葡政府中科长以上的中高级公务员几乎由葡萄牙人和土生葡人担任,华人只占极少数,法官、检察官和律师中则一个华人也没有。在法律语言方面,法典是葡萄牙文,工作语言是葡萄牙语,而葡萄牙语^①并不是世界上普遍通行的语言,葡萄牙语基础教育在澳门也不普及。因此,对于华人占绝大部分的澳门社会来说,澳门法制体系与社会现实生活之间横亘着一道历史文化的鸿沟。

澳门的法律改革(包括民事诉讼制度改革)就是在这种特殊的处境中艰难展开的。改革的真正动力源于澳门回归祖国的客观需要。不过,法律本地化改革在回归之前就已经缓慢地展开了。由于葡萄牙的“4·25”革命,葡萄牙政府开始转变态度,承认澳门是葡萄牙管治下的中国领土,而不再将其视为葡萄牙的一个海外省。葡萄牙革命后,该国颁布了自1910年成立共和国以来的第三部宪法。^②随后,葡萄牙赋予澳门在不抵触《葡萄牙宪法》和《澳门组织章程》的原则下,享有行政、经济、财政、立法及司法自治权。这一政治运动对澳门的政治发展影响很大。1976年颁布的《澳门组织章程》,在澳门形成了行政主导的“三权分立”的政治体制,确立了总督通过法令、立法会通过法律的二元立法体制,法令和法律具有同等效力。^③这一阶段,葡萄牙的法律有些在澳门是延伸适用的,有些则是经澳葡当局修改调整后适用的,还有些并没有延伸至澳门适用。同时,为体现澳门自治的体

① 葡萄牙语为世界第七大语言,使用人口约2亿人。除葡萄牙外,世界上将葡萄牙语作为官方语言的还有巴西、安哥拉、莫桑比克、几内亚比绍、佛得角、圣多美和普林西比和东帝汶等国。参见金国平、吴志良《过十字门》,澳门成人教育学会,2004,第210~226页。

② 葡萄牙的新宪法规定,通过创立工人阶级以民主的方式行使权利的条件,坚决走社会主义道路;生产手段集体化,并结束人剥削人的制度;在国际关系方面,废除一切形式的帝国主义和殖民主义;禁止死刑、拷打和新闻检查等。参见郭济修《当代澳门透视》,澳门文化广场有限公司,2009,第7~10页。

③ 刘太刚:《有关〈澳门基本法〉的几个问题及澳门法制实践所作的解答》,载肖蔚云等主编《依法治澳与稳定发展——澳门特别行政区基本法实施两周年纪念研讨会论文集》,澳门科技大学、澳门基本法推广协会,2002,第63页。



制，澳门还制定了一些地方法律，如《澳门立法会章程》等。这在一定程度上，可以视为澳门法律本地化的开端。不过，此时澳门最为重要的五大法典——《民法典》《刑法典》《商法典》《民事诉讼法典》《刑事诉讼法典》均系延伸适用于澳门的葡萄牙法律。这些法典已经古旧，甚至葡萄牙已经对这些法典进行了大幅修订，澳门却未能及时对这些法律进行相应的调整和修改。

1987年4月13日，《中葡联合声明》签署后，澳门开始步入回归祖国的快车道——过渡时期。过渡时期需要解决的问题很多，包括公务员本地化、法律本地化、中文官方地位化、档案移交、资产移交、公务员退休金、部分澳门居民国籍和专营合约等问题。其中，公务员本地化、法律本地化、中文官方地位化（俗称“中文合法化”或“中文官方化”）被称为“三大问题”或“三化问题”，是各方关注的焦点。按照《中葡联合声明》的要求，原适用于澳门的葡萄牙法律，包括葡萄牙主权机构为澳门制定的法律都将于1999年12月20日起在澳门特别行政区停止生效。而澳门原有的法律除与《基本法》相抵触的外，将采纳为澳门特别行政区法律。这就需要在澳门回归之前，将一些非常重要的法律，包括源自葡萄牙的五大法典进行本地化。法律本地化的主要方式是对适用于澳门的现行葡萄牙法律进行修改、整理并翻译成中文，再通过立法程序，使之成为澳门当地的法律。与此同时，要使这些法律能够切合澳门的社会实况和未来发展的需要，就要同步推动澳门的法律现代化。对于葡萄牙当局来说，以中、葡两种正式语文公布法律是有利的，这将使得葡萄牙语和建基于葡萄牙法文化的法律体系能够在澳门回归后得以保留，因此澳葡当局对此表现得非常积极，并加快进行法律本地化工作。但葡萄牙政府对于澳门法律如何整理，如何将葡萄牙法律转换成澳门的法律，并不知道应当如何操作，而是将中方提供的清理、分类、修订、翻译、过户五阶段方案作为自己的方案向中方提出。^①中方出于对大局的考虑，对此并未表示异议。

澳葡当局也认识到，法律本地化要实现三个目标：一是将葡萄牙文的法律翻译成中文；二是使法律能够切合澳门的实际需要；三是在法律本地化的同时实现法律现代化。澳门法律以成文法为主，法典是最重要的法律形式，所以法律本地化主要集中在法典的本地化，即对《民法典》《刑法典》《商

^① 郭济修：《当代澳门透视》，澳门文化广场有限公司，2009，第138页。



法典》《民事诉讼法典》《刑事诉讼法典》五大法典的本地化。随着澳门回归日期的临近,澳葡当局在人才匮乏、经验不足的情况下,仓促展开了澳门法律本地化的工作。各法典的修订工作都是由葡萄牙法律专家和居澳的葡萄牙法律专家进行的。澳门立法会为此成立了一个由戴明扬议员主持,并由九名议员组成的临时委员会。即便如此,澳门法律本地化的工作仍步履维艰,修订工作延宕多变,《刑法典》和《刑事诉讼法典》分别于1996年和1997年生效,而其他法典包括澳门《民事诉讼法典》在内,一直到距澳门回归前一个月才生效。

然而,对于澳门来说,法律本地化的任务比修订法典复杂得多。法律本地化既是一个法律文化移植、消化、接纳的复杂过程,又是一个法律体系重新组建的过程;既包括法律文本的本地化,也包括司法体制的本地化。就是说,除了要有一个符合当地实际且完整的法律体制外,还必须建立一套公正、高效的本地司法机构来执行法律。司法体制本地化是法律本地化的重要组成内容,决定了法律本地化的社会实际效果。有学者在分析澳门法律本地化的历程后指出,“澳门法律制度的形成发展无疑极其具有东西方法律文化交流的典型意义。但本地化的过程,并没有改变这五部法典作为葡萄牙法律在澳门的延伸的实质。这些法律作为澳门法律制度的基础设施,还有待于根据澳门社会的实际情况,尤其是文化背景和价值取向进行调整和修订,才能使之真正成为澳门社会自己的法律”。^①

澳门民事诉讼制度改革是在澳门法律本地化的大背景下进行的。纵观澳门民事诉讼改革的过程,可以将其分为回归之前的改革和回归之后的改革两个历史阶段。在这两个历史阶段里,澳门民事诉讼改革的主要任务和侧重点有所不同。

在澳门回归之前的改革阶段,澳门民事诉讼改革的工作主要是将旧《民事诉讼法典》对照1995年新修订的葡萄牙《民事诉讼法典》,予以相应的修改、补充和完善,并将其翻译为中文。为此,1997年1月29日,议员刘焯华、华年达、欧安利、罗立文等人提议,“在1997年施政方针立法事务领域内,就有关大法典和澳门司法体系的其他基本法规方面,将致力于与立

^① 何超明:《彰显民商法之法律功能——在澳门科技大学民商法研讨会上的讲话》,载《澳门民商法研讨会论文集》,澳门21世纪科技研究中心法律研究所,2003,第5页。



法会配合,使该等法规能够在本年内通过。根据立法会主席团与司法政务司所交换的意见,倾向于设立一个架构,以便起草民法典、民事诉讼法典及商法典的草案。但对此等法规应具有何种法例方式仍未有决定。由于立法会有意愿跟进和参与有关立法程序的所有阶段,从而对将来所采取的解决办法肩负更大的责任;鉴于所处理的不单纯涉及技术/法律层面的事项,也包含与本地区社会经济及文化有关的各方面事项;因此,按照立法会章程第42条规定,建议成立一个由十名议员组成的临时委员会,以便与执行权配合,跟进和参与制定有关民法典、民事诉讼法典和商法典的草案”。^① 1997年2月3日,根据《立法会章程》第42条的规定,经全体会议决议,成立“跟进并参与制定民法典、民事诉讼法典及商法典草稿的临时委员会”。在这三大法典的修订过程中,先经有关咨询委员会磋商,逐卷分阶段进行。《民事诉讼法典》文本的最后一卷直到1999年1月11日才送到该委员会。由于时间仓促和修改技术的限制,该委员会要等到所有法典的中葡文最后文本齐全后才能开始审议,由此影响了该委员会对该法典进行全面的分析。在此期间,司法政务司办公室于1999年3月6日就《民事诉讼法典》的修订举办了研讨会。澳门当地的司法官、律师、大学教师及有关学者提出了各种意见。该委员会采纳了一些意见,并将其纳入《民事诉讼法典》草稿中。

1999年9月,该委员会提出了修改《民事诉讼法典》的《意见书》。该《意见书》由两份文件组成:第一份文件是《技术意见书》,由顾问马雅文(Armando Isaac)执笔,内容包括出具意见书的背景以及法典修订准则;第二份文件是《澳门新民事诉讼法典的主要方针》(以下简称《方针》),内容涉及“民事诉讼的一般指导原则”“一般宣告程序的步骤”“上诉”“执行之诉”“非讼事件管辖的特别程序”,由修订《民事诉讼法典》协调员苏文龙(José Manuel Borges Soeiro)^②法官执笔。对于澳门司法体系的设置问题,由于涉及主权,草案未做大幅度调整,而是将其留待回归后再行解决。

欧洲大陆的民事诉讼立法模式大体分为三类:一是德国模式,采用此模式的国家和地区比较多,如奥地利、瑞士、日本、中国台湾等;二是法国模

^① 《第3/99号意见书》的附件《临时委员会的设立》。

^② 苏文龙是澳门高等法院法官。



式；三是意大利模式。葡萄牙的民事诉讼法主要采用意大利模式，承袭大陆法系的传统，强调法律的系统化、成文化。澳门法律几乎是葡萄牙法律及其法文化的翻版。澳门《民事诉讼法典》虽然是澳门的法律，但其内容无法摆脱葡萄牙民事诉讼法的深深印记，其立法经验、立法技术也源自葡萄牙。

总体来讲，实现法律本地化和现代化是澳门民事訴訟改革的两大目的。在实际操作层面，实现法律现代化主要依靠移植葡萄牙《民事诉讼法典》。因此，在葡萄牙《民事诉讼法典》中所弥漫着的欧洲大陆“后自由主义”和西方“接近正义”的思潮，都完整地呈现在了澳门《民事诉讼法典》中。这样，在历史的巧合下，澳门《民事诉讼法典》成为20世纪90年代欧洲和葡萄牙民事訴訟法律文化在亚洲的交会点。

三 法典中的“后自由主义”法律思想

（一）自由主义的法律思想

1. 自由主义

自由主义是西方社会自启蒙运动以来形成的文化传统和意识形态。不过，从欧洲古典时代的希腊人和罗马人那里，我们已经可以发现自由主义的若干因素，但那并不是现代的自由主义思想。现代自由主义运动是在经历了16~17世纪启蒙运动、欧洲封建秩序瓦解、1789年法国大革命、美国独立，以及19世纪下半叶民主主义、社会主义兴起后，逐渐形成的一种代表西方关于人与社会的主要思想流派。

1789年法国大革命开启了欧洲的一个新世纪，西方自由主义思潮达到了高潮。“自由”在许多人心中获得了一种近乎宗教偶像的地位，并俨然成为一件足以令人肃然起敬又能为各种主张提供正当性理据的法宝。自由主义者手擎着这一法宝，以确认自由、保障自由的法律作为武器，在欧洲社会展开了一场深刻的政治、社会和思想的革命。可以毫不夸张地说，自由主义就是启蒙运动留给现代西方社会的最大遗产。“启蒙”就是对人类自身（事实上只是对西方人而言）的启发和蒙省。从西方启蒙运动的历史来看，启蒙一方面让西方人挣脱了上帝主宰一切的局面，粉碎了中世纪以来教会对人们精神的桎梏，使人们获得了精神的自由，另一方面也让西方人摆脱了封建专



制的奴役，实现了从“身份到契约”的转换，使人们获得了人身的自由。

自由主义思潮在不同历史阶段和不同国家的发展是不完全相同的，但也有其共同点。“它是个人主义的，因为它主张个人对于任何社会集体之要求的道德优先性；它是平等主义的，因为它肯定人类种属的道德统一性，而仅仅给予特殊的历史联合体与文化形式以次要的意义；它是社会向善论的，因为它认为所有的社会制度与政治安排都是可以纠正和改善的。”^① 这些特点同时也构成了西方社会自启蒙运动起四五百年来的现代性政治理论。

以个人主义为核心，强调权利的优先性，鼓励自由竞争，构成了自由资本主义时代的典型特点。19 世纪上半叶，自由主义度过了它的黄金年代。随着自由经济的过度膨胀，不少严重的社会、政治、经济问题逐渐显现出来。社会主义及马克思主义者开始对自由主义提出强烈的质疑。“一是自由主义预设的个人主义，过度强调人的个体性而忽略了此个体性的社群与文化的构成，在伦理上导致占有式的个人主义：只计较权利的得失而忽视社群的义务和责任；二是自由主义虽然肯定人的自主性，却忽视了构成人之自主性所需要的经济基础，在伦理层面忽视了平等的重要性，在实际政策上，忽视了经济、社会不平等对于个人自主性的重大阻碍；三是自由主义的理念在发展上本乎资本主义的经济逻辑，导致过分注重经济增长，过度偏袒资产阶级的利益，以及把国家治理化约成经济与社会事务的行政管理，因而对于官僚体制的管治缺乏批判的反思。”^②

在自由主义者尚未对上述质疑做出满意解答之时，在接踵而来的整个 20 世纪里，欧洲大陆乃至整个世界，都经历着惊天动地的历史大动荡：30 年代经济大萧条、罗斯福新政、法西斯的发生、两次世界大战、东西方阵营的对立、北欧福利国家的实践，以及中国的改革开放、苏联和东欧社会主义阵营的瓦解……这些都促进了传统自由主义的演化。在经济上，此时的西方社会已经从自由资本主义时代步入垄断资本主义时代。由于生产力水平发生了变化，经济关系也发生了根本性的改变。原先那种以平等的“替代—交换”方式进行的简单商品生产和商品流通，已经变为彼此之间复杂的依赖关系。经济上的强者将自己的条件强加给经济上的弱者。独立者的数量剧

① [英] 格雷：《自由主义》，曹海军等译，吉林人民出版社，2005，第 2 页。

② 蔡英文、张福建主编《自由主义》，台北中研院中山人文社会科学研究所，2001，序。



减，依赖者的数量剧增。市场不再是彼此相互认识的商业伙伴碰面的地方，而是变成了一个陌生的机构，甚至信用也非人身化了，信用机构成千上万彼此相连，以前毫无共同之处的机构现在却在经济上患难与共。有学者描述道：“竞争观的命运与自由主义的兴衰有着密切的关系。从法国大革命到19世纪70年代中期，减少政府对经济参与者的限制将创造财富、进步和幸福的前景格外强大，它刺激着人们的想象，塑造着政治的发展。但是在这个世纪的最后二三十年里，这种前景却发生了霉变……在西方文明中，竞争一直既是上帝又是魔鬼。它许诺并提供了财富与经济进步；它也改变财富的分配，动摇共同体的根基，向道德规范发起挑战。”^① 面对这样一个变局，“如果需要实现人类自由和社会正义，如果应当存在更多的自由和社会正义以及更少的不人道和不平等，那么，就不允许国家只是观望社会冲突，相反它必须积极地干预经济制度和社会制度，以便针对强者来保护弱者，根据更美好的生活模式来塑造我们的制度以至于所有的社会阶层都会将其视为是正当的”。^② 更有学者直接批评道：“自由主义在欧美发展到使这个所谓由‘光秃秃的个人’（即原子个人）住所组成的‘理性社会’弊病丛生，心理匮乏，从而使由新老自由主义所坚决提出的‘权利优先于善’的基本原则，受到社群主义和保守主义的极大质疑和反对。他们从根本上驳斥和否定以‘原子个人’为基础的现代社会性道德，宣称好坏高于新旧，善恶优于对错，要求回到古代的美德伦理。”^③ 这样，那种将绝对自由视为普遍性价值的观点，开始受到人们越来越多的质疑。

2. 古典自由主义的法律思想

自由主义作为西方国家的基本意识形态，法律不但沐浴在它的神圣光芒之中，而且被视为保障“自由”不可或缺的武器。古典自由主义之下的法律观念，主张的是除了保护性功能外无其他功能的“守夜人”式的国家形象，诉讼程序的内在精神是自由，法院除了中立性裁决之外，再无其他功

① [美] 格伯尔：《二十世纪欧洲的法律与竞争：捍卫普罗米修斯》，冯克利、魏志梅译，中国社会科学出版社，2004，第1、18页。

② [德] 鲁道夫·瓦瑟尔曼：《社会的民事诉讼——社会法治国家的民事诉讼理论与实践》，载[德] 米夏埃尔等编《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社，2005，第88页。

③ 李泽厚：《伦理学纲要》，人民日报出版社，2010，第111页。