

澳门与内地 新民事诉讼程序 比较研究

赖建国 著

*A COMPARATIVE STUDY
ON NEW CIVIL PROCEDURE
OF MSAR AND MAINLAND CHINA*



香港大学出版社
HONG KONG UNIVERSITY PRESS

本书由澳门基金会赞助出版

澳门与内地 新民事诉讼程序 比较研究

赖建国 著

**A COMPARATIVE STUDY
ON NEW CIVIL PROCEDURE
OF MSAR AND MAINLAND CHINA**



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

澳门与内地新民事诉讼程序比较研究 / 赖建国著. —北京: 北京大学出版社, 2015. 6

ISBN 978 - 7 - 301 - 25200 - 0

I. ①澳… II. ①赖… III. ①民事诉讼—诉讼程序—对比研究—中国、澳门 IV. ① D925.118.04 ② D927.659.051.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 284747 号

- 书 名 澳门与内地新民事诉讼程序比较研究
著作责任者 赖建国 著
策 划 编 辑 陆建华
责 任 编 辑 陈 康
标 准 书 号 ISBN 978 - 7 - 301 - 25200 - 0
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> <http://www.yandayuanzhao.com>
电 子 信 箱 yandayuanzhao@163.com
新 浪 微 博 @ 北京大学出版社 @ 北大出版社燕大元照法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
印 刷 者 三河市博文印刷有限公司
经 销 者 新华书店
965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 17.25 印张 248 千字
2015 年 6 月第 1 版 2015 年 6 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

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370

序 言

几天前，赖建国博士告诉我其《澳门与内地新民事诉讼程序比较研究》即将在北京大学出版社出版，请我为其作序，我十分欣慰。

建国早年毕业于澳门大学法学院，获法学学士学位，后师从我校终身教授陈光中先生，取得法学硕士学位。2011年，建国以优异成绩考入中国政法大学，攻读民事诉讼法学博士学位。在校学习期间，建国虚心求教、认真钻研、勇于探讨，因学习成绩优秀提前毕业，获法学博士学位。建国现在澳门特别行政区（以下简称澳门特区）政府的法改部门工作，并曾为澳门特区政府刑事诉讼法和民事诉讼法修改小组的核心成员，是澳门特区一位资深的法律专家。

由于历史原因，澳门特区的法律制度源于葡萄牙，与内地有很大差异。在澳门回归后，研究“一国两制”的司法制度，特别是深入探讨两地之间民事诉讼程序之不同的著述较少，专著则更为凤毛麟角。作为一位既有扎实的法学理论水平，又具有丰富司法实践经验的博士生，建国攻读博士学位期间，在密切关注两地民事诉讼法的修改与完善的同时，一直在专心从事对两地民事诉讼程序的比较研究。《澳门与内地新民事诉讼程序比较研究》一书，在深入考察、研究两地民事诉讼制度发展、立法与实践规律的基础上，以诉讼程序为主线，着重探讨两地诉讼程序的差异与

相互借鉴的意义。综观该书，我认为有以下鲜明特色：第一，从比较研究的角度全面、系统剖析了两地民事诉讼立法之不同，探索与总结了两地民事诉讼制度应当共同遵循的规律。第二，该书在进行详尽实证研究与缜密分析论证的基础上，对两地民事诉讼立法存在的问题作了重点分析，研究思路的论理性很强。第三，该书在介绍、探讨澳门回归后司法改革最新状况和内地《民事诉讼法》修改后的司法实践基础上，对两地民事诉讼程序进行了系统的梳理，并进行了深入的比较研究。

诚然，该书在取得重要理论成果的同时，某些方面的研究还需要继续深入，例如关于两地上诉利益问题及管辖问题还有待更加详尽地研究。然而，瑕不掩瑜，该书的研究成果对于推动两地民事诉讼立法研究和司法实践都具有相当的价值。我对建国的努力和成绩感到十分欣慰，是以欣然为序，并为祝贺。

宋朝武

2015年5月4日

摘 要

纠纷是公民社会常见的现象，解决民事纠纷的程序葡文是 *Processo*，澳门法域和内地法域都属于大陆法系，都以 *Processo* 解决民事纠纷。都将诉讼的基础程序置放在第一审程序中，上诉审程序紧随其后，这两种程序涵盖了民事诉讼的核心进程，为本书比较研究的主要范围。

“一国两制”成就了两地各具特色的法律体系。以完备的样态规范民事争讼程序的澳门《民事诉讼法典》，具有“程序法之母”的地位，支撑起澳门程序法之框架，同时为其他争讼程序参照适用。法理层面，从澳门的争讼法律关系“角形论”（葡文：*teoria angular*）、透过宪制原则保障的权利，到附带上诉对“恶人先告状”现象的抑制理念，都有关注。由此，本书除以澳门民事诉讼法规范作为比较法主干外，同时兼顾内地的法理前沿和法改焦点，如起诉受理制度、诉讼调解制度和再审程序的修改。

本书第一编“澳门与内地民事诉讼法之立法”，介绍了两地民事诉讼法体系以及民事诉讼法的历程。就整体审级制度而言，澳门至今奉行所谓的“三审终审制”，辅以有限的一审终审制，有助于由最高审级的法院一统法律功能的理论构建，立法层面则订定“司法见解之统一”，与内地奉行的法定审级与司法解释互补的机制，在理论及立法层面上都有着明显的区

别。值得一提的是，内地对“越级上诉”的关注不比澳门逊色。

第二编“澳门与内地第一审程序之比较”，以诉讼进程为主线，立足第一审程序，以五大诉讼阶段作分水岭进行比较。

在第一大阶段“诉辩书状阶段”，各诉讼前提被明确设立，让法官对案件进行审查受理时有客观标准可依，当中便关注到“诉之利益”。

澳门立法者对客观标准的认同，尤其体现在采用利益值划分上诉案件或者诉讼程序方面，当然也用于诉讼的提起及提起后起诉的受理方面，后者无疑有助于落实《澳门基本法》、澳门《民事诉讼法典》及澳门《司法组织纲要法》所规范的诉诸法院的保障。这与内地的相关制度有不少差别。

在第二大阶段“清理及准备阶段”，是澳门民事审前程序的核心环节。清理批示为核心诉讼行为，法律所规定的列出既证事实及待证事实，以及当事人提出声明异议的程序设置，有其合理性。然而，内地新《民事诉讼法》明文订定的审前“交换证据”机制较为前沿，如得到送达层面的配合，内地的立法将呈现出领前样态。

在第三大阶段“调查阶段”，有关法官主动介入的职权主义模式，其副作用将备受批评，例如曾遭到内地立法建议稿的摒弃，内地中文研究力量的累积及其对职权主义等传统的反思，将推动民事程序法走向现代。

在第四大阶段“辩论及审判阶段”，内地的法院调解遥遥领先于澳门。值得一提的是内地的证据制度，在海外游子的参与下汲取两大法系的精华，蜕变可期。

在第五大阶段“判决阶段”，澳门对上诉上呈等予以详细规范，再次体现了法典对正当程序功能的重视。而之前对两基本诉讼书状及续后书状的完整规范，以及对各种程序的完备规范，都有此意。

第三编“澳门与内地上诉程序之比较”，澳门将其上诉审的两级法院分别规范，并将为统一司法见解而提起之上诉安排了专章，这点与内地的立法体例存在明显的差别。在该阶段，再次见到澳门立法者对客观标准或形式标准的成功运用，有关上诉利益限额的规定，有其合理性和可操作性。

在非常上诉程序，内地启动程序的主体受到关注，然而就中国特色而言，其阶段性立法确有其务实的考虑。

第四编“澳门与内地民事诉讼程序适用之比较”，对各诉讼程序及其选择适用，从实际应用的角度作出必要的介绍。在澳门，立法者首先将普通程序与特别程序予以区分，继而又将普通程序与特别程序进一步分类，这种区分方法与内地有所不同，尤其在于特别程序及非讼程序的编制，两地存在明显的差别。该编还阐述了两地基础程序都置放于第一审的立法设计，分析了基础程序的补充性，指出两地民事程序立法的完备程度不一样，内地的民事程序立法比澳门精简，而基础程序的补充性也有差别。

此外，在非讼领域，有备受澳门立法者关注的司法资源替代机制（ADR），内地的调解制度和仲裁制度迎合了国情的需要行之有效，随着内地司法改革的推进，2012年8月31日修正的《中华人民共和国民事诉讼法》及2014年前后通过的一系列司法解释，连同其程序正当的理念及为制度建设所做的努力，都值得积极关注。

引 言

一、研究现状

在澳门特别行政区（以下简称澳门特区），由本地法律专家用中文撰写的澳门特区法律著述屈指可数。可以说，澳门至今还没有一部完整而精到的澳门特区法律中文版教程，也无详细解读澳门《民事诉讼法典》立法原意的中文著述。

作为澳门特区主要法学教研基地的澳门大学法学院，法学士所使用的民事诉讼法中文教程目前正在编写，笔者有幸参与其中。

在跨国法域，一些世界权威的法律出版机构，例如由 Kluwer Law 出版的 IEL 世界百科全书（法律卷），源源不断地投入巨大资源，邀请各独立法域——包括中国内地、葡萄牙、澳门特区等法域在内的专家学者，撰写法律专著。澳门法域之民事诉讼法专著由笔者撰写。

市面上的澳门民事诉讼法比较法作品，基于素材的局限，未能全面反映澳门法学现状。专门就中国内地与澳门特区间进行比较的专著还欠丰，本论著正为填补这一空白而来。

民事诉讼法在两地同为程序法，法律规范的基本结构相同，诉讼进程一致，有可比性。然而，两地民事程序制度及其条文数量之差别，足以给比较研究增

添意想不到的困难。法律概念内含与外延的本质差别，都在要求作比较法研究时，每走一步都要特别小心。

二、专著之现实意义

自2007年起，笔者在澳门特区政府的立法部门从事比较法研究，渴望能找到仅针对两地民事诉讼法之比较法专著。

近几年来，澳门特区和内地不约而同地对民事诉讼法进行修改，这为本书的比较研究增添了动力。

其一，就恒常的法律交流而言，澳门特区的《民事诉讼法典》较为完备，可为内地将来的立法参酌。反过来看，内地的一些调解经验及前沿理论，也值得澳门特区立法者关注。

其二，澳门特区原葡文的主流学说被翻译成中文后，用家时常嫌其晦涩难懂。这就为中文论著赋予了生命力。在澳门中文法律研究不很活跃的情状下，学术领域每挤出来的一点一滴，似乎都值得珍惜。这与内地学术研究的迅猛发展态势自不可同日而语。

其三，值得强调的是：专于两地民事诉讼法研究的比较法论著相当匮乏，基于学术研究的阶段性，无论从法学素材的总量，或从司法见解的累积程度，撰写一部新的两地民事诉讼制度比较研究著作，有其积极意义。

随着“一国两制”在司法领域的纵深推行，作为主要法律之一的民事诉讼法，通过学术多维之交流，对两个法律秩序的法治建设都将构成支持。

三、创新样态

澳门特区的法律制度源自葡萄牙，民事诉讼法为其一大法典，它较难为中文法律人把握。本专著是目前为止不多见的一部较为具体、详细和深入地比较两法域之结晶，其以制度整体性的“面”却又细加比较的“点”之创新样态，较好地填补了这方面的研究空白。它将与仅就一条法律条文进行研究的专著一起，“点与面”相结合，共同对比较法研究构成支持。任何资深的法律人都不难看到这一点。

本书这种体裁，应当反映各制度层面的基本点、重点与前沿理论，对以上各具体事项进行比较，使具可操作性、细致性与前沿性，还应加入司法判例，从理论层面及实践层面把握两地民事诉讼制度。故而对法律制度这类传统的比较法作品的抽象性常态，有着明显的突破。

可操作性指的是：以律师等用家的角度展开比较研究。首先，专著的编章结构贯通一个理念，那就是切合程序法这门法学极富实践性学科的特点。明显地，本专著以程序的进程为主线，以各个流程段为驿站，剖析各种诉讼现象，透视司法操作。例如，专著的核心篇章，第一审程序和上诉审程序，都以此理念安排各比较段。本书对基础程序——第一审程序的比较的安排是最完整的，上诉审程序的比较项原则上都与之呼应，其余两篇都围绕该核心篇章适度展开。也就是说，本专著实质上仅为研写第一审程序而努力。

细致性指的是：与那些立足宏观层面进行比较的著述风格不同，本专著在对制度整体进行比较时，努力克服内容繁杂的困难，力求做到“细”，清晰浮现各个争点。例如，将“起诉难”问题涉及的各流程段具体化。从启动诉讼的形式审查，到诉讼启动后才进行的实质审查，都予区别标示。此外，以对号入座的方式，将两地民事诉讼的流程和内容作出比对，未停留在总体性概括的层面，进一步针对性地分析各关键知识点。当然，比较时有时应点到为止，避免累赘。通过以上主线之贯穿，化繁为简，通过细致性的落实减少“泛”性，使专著对民事各程序的整体研究，提供了可把握性和可认受性。

前沿性指的是：专著紧跟并重点反映澳门和内地最新的法律改革状况，充实了澳门回归后民事诉讼法领域的比较法研究。例如体现在，除了对两地民事诉讼法的内容作必要的介绍以外，专著各章节用做比较的内容，侧重于反映两地正在思考的热点问题，同时也涉及法律的灰色地带。比如说内地民事诉讼法立法研究专家组所关注的审前程序，其构思的审前“交换证据及整理争点”制度，以及“起诉难”问题和“诉之利益”问题。此外，引入澳门特区政府法改草案的建议，可说是另一亮点。也就是说，除较为详细地列出两地制度予以分

析外，专著时而从立法层面进行分析，审慎地提出立法建言。

四、研究方法

（一）比较分析

从笔者任职澳门特区法改部门的工作经验可知，比较分析是研究时常用的方法。与过去一些著作总体性地概述“两岸四地”法制的概貌有所不同，本专著倾向于具体细致地比较分析，即使内地与澳门两地的程序法，无论在诉讼进程或者内容方面，还是立法体例方面，不可能完全对应。例如，内地与澳门的立法体例就有不少的差别：现行《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）在其第一审普通程序中，明文设立了“审理前的准备”专节，其相应于澳门几个诉讼阶段，包括诉辩书状阶段的答辩状流程阶段，续后的清理及准备阶段、调查阶段，以及审判阶段初始的组成合议庭流程段，这些差别足以给比较法研究增添不少变数。值得强调的是：基于两地制度以及立法技术的差异，法律概念的内涵及外延往往有所差别，细心梳理、反复比对很重要。

（二）价值分析

价值分析是比较法研究中常用的分析方法。中国内地与澳门特区同处“一国”之下，华人为主体的价值观总有交融之处，这就为两地法律的比较研究提供了便利。但也要看到，两地立法体例的背后有其特殊的价值观。例如在内地，除了对公正价值的追求以外，民事诉讼程序还融入效率价值及和谐价值。故本书在进行价值分析时，特别要留意“一国两制”下相关制度之共性和个性。

（三）重点分析

因应本论著的特点，经过系统梳理后，本书主要就两地民事诉讼法的重点内容进行比对，然后在每个程序的具体环节，对新近的前沿理论和法改成果，也尽量考虑到位。

为进行以上研究，必然要搜集两地主流学说、立法主张以及法律改革的议案，力求综合各种资料进行比对理解后，提炼出各项学术成果。

（四）实践分析

澳门民事诉讼法的内容基于其立法体例的完整性，其内容比较适合作为参考比对的主轴。理论研究中加进实践分析，是专著研究中贯穿始终的一个重要方面。体现在选材方面，澳门的素材除参考法学院传统的内部教材以外，着重选取澳门法院资深法官的大作，以及多年来的司法判例，务求贴近司法实践；而内地的素材，也多出自既有理论又有实践经验的教授、法官和律师之手。体现在专著的整体编排方面，自开首编往下，依次为第一审程序和上诉审程序。考虑了实务操作的元素，并对合作原则等较抽象层面的研究有所扬弃。

最后，在本书研写过程中，笔者曾与资深的司法官、法律教员及大律师进行多番交流，尤其就译著不好理解的地方反复探讨，这让本书有幸承载了法学达人之真知灼见。

目 录

第一编 澳门与内地民事诉讼法之立法

第一章 民事诉讼法	003
第一节 澳门的民事诉讼法	003
第二节 内地的民事诉讼法	008
第二章 一般诉讼前提	012
第一节 法院管辖权	014
第二节 当事人	031
第三节 诉之利益	042

第二编 澳门与内地第一审程序之比较

第三章 基础程序之五大诉讼阶段	047
第一节 澳门的五大诉讼阶段	047
第二节 内地的诉讼阶段	048
第四章 诉辩书状阶段	050
第一节 程序启动之形式审查	051
第二节 程序启动后进行的实质审查：主案法官的初端批示	063
第三节 被告的答辩	070
第四节 原告之反驳与被告之再答辩	078
第五节 嗣后防御	080
第五章 清理及准备阶段	084
第一节 清理及准备阶段概要	084
第二节 清理批示前序	086

第三节	清理批示·····	091
第四节	清理批示后序·····	097
第五节	交换证据及整理争点程序·····	099
第六章	调查阶段·····	105
第一节	调查阶段概述·····	106
第二节	证据方法与证据效力·····	109
第三节	举证责任、证据的提交时限与依职权调查·····	115
第七章	辩论及审判阶段·····	122
第一节	辩论及审判概述·····	122
第二节	辩论及听证·····	124
第八章	判决阶段·····	132
第一节	审判顺序与判决期限·····	132
第二节	判决的范围·····	134
第三节	判决瑕疵与救济措施·····	139
 第三编 澳门与内地上诉程序之比较		
第九章	平常上诉·····	147
第一节	上诉声请·····	148
第二节	原审法官之审查·····	150
第三节	陈述书的提交与原审裁判的纠正·····	166
第四节	上诉卷宗的移送·····	171
第五节	由主案法官主持的审前阶段·····	177
第六节	平常上诉的审判阶段·····	183
第七节	统一司法见解的特别上诉·····	196
第十章	非常上诉·····	199
第一节	非常上诉概要·····	199
第二节	非常上诉的提起·····	203
第三节	非常上诉的审查·····	206
第四节	审判与再上诉·····	215

第四编 澳门与内地诉讼程序适用之比较

第十一章 诉与程序·····	219
第一节 诉与程序概要·····	219
第二节 宣告之诉与执行之诉·····	220
第十二章 特别程序之适用·····	222
第一节 程序适用概要·····	222
第二节 非讼事件程序之适用·····	224
第十三章 简易程序与轻微民事案件程序之适用·····	229
第一节 简易程序之适用·····	229
第二节 轻微民事案件程序之适用·····	231
第十四章 基础程序之补充适用·····	234
第一节 澳门基础程序之补充适用·····	234
第二节 内地基础程序之补充适用·····	235
结论·····	237
附表一 澳门民事诉讼各程序·····	241
附表二 澳门民事诉讼各阶段·····	242
参考文献·····	245
致谢·····	255

第一编

澳门与内地民事诉讼法之立法

第一章 民事诉讼法

第二章 一般诉讼前提