

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

斯蒂文·N·苏本 马莎·L·米卢 著
马克·N·布诺丁 托马斯·O·梅茵

Stephen N. Subrin Martha L. Minow
Mark S. Brodin Thomas O. Main

民 事 诉 讼 法

——原理、实务与运作环境

Civil Procedure:

Doctrine, Practice, and Context

傅郁林 等译

THE AMERICAN

LAW LIBRARY

中 国 政 法 大 学 出 版 社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

民事诉讼法

——原理、实务与运作环境

Civil Procedure:

Doctrine, Practice, and Context

斯蒂文·N·苏本 马莎·L·米卢
马克·N·布诺丁 托马斯·O·梅茵 著
Stephen N. Subrin Martha L. Minow
Mark S. Brodin Thomas O. Main

傅郁林 等译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法:原理、实务与运作环境/(美)苏本等著;傅郁林等译.
—北京:中国政法大学出版社,2004.9
(美国法律文库)
ISBN 7-5620-2651-3

I. 民... II. ①苏...②傅... III. 民事诉讼法—研究—美国
IV. D971.251

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第101639号

* * * * *

书 名 民事诉讼法
——原理、实务与运作环境
出 版 人 李传敦
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 67.25
字 数 1275千字
版 本 2004年3月第1版 2004年3月第1次印刷
印 数 0001-5000
书 号 ISBN 7-5620-2651-3/D·2611
定 价 80.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在1997年10月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(**Presidential Rule of Law Initiative**), 由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准, 计划书目约上百种, 既包括经典法学教科书, 也包括经典法学专著。他山之石, 可以攻玉, 相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流, 亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

／译序／

近十年来，由于学术理论的推介，司法改革的推动，法律移植的推进，美国民事诉讼制度为国内法律界所知悉的广度似乎可用“家喻户晓”来描述。在各种论文中，以美国司法制度作为我国相应制度改革的权威性根据成为一种时尚，令人常常联想起特殊时代的同胞人人会唱几句样板戏。然而，系统介绍美国民事诉讼法的译著却屈指可数。除建国初期“批判性”介绍美国民事诉讼法的一两个简易译本之外，目前专门和系统介绍美国民事诉讼具体制度的译本仅有三两个，而且都是篇幅在30万字以下的简要介绍。20世纪90年代以来散见于法理学和宪法学译著的对美国司法制度的涉及，少量证据学研究对于美国证据制度的局部介绍，以及民事诉讼法学界学术专著中的引证和极其有限的译文，也为学生提供了关于美国民事程序制度的些许片断或侧面。然而这些局部信息即使都是准确无误的（事实并非如此），为读者提供的仍然是盲人摸象的描述，而无法知悉全貌。这种信息的支离破碎、制度的断章取义、理论的逻辑断裂，使我们难以把握美国民事诉讼制度建构和运作的内在机理，无论对于比较法研究，还是对于法律移植，都是致命的问题。对一国法律制度原始资料的冷淡与引证、“学习”和引进该国制度的热闹形成如此强烈的反差，已充分表明了本书翻译出版的意义，同时也为本书翻译的难度和译者进行的某些创新尝试提供了一点合理借口。

本书是浩如烟海的美国教科书中的一本。近百万字的篇幅本身已显示了原著的巨大载重量。从诉答程序、审前程序、庭审程序，到当事人制度、管辖权制度、诉讼费用制度，再到替代性纠纷解决机制、临时救济和集团诉讼……其内容涵盖民事程序规则的主要方面和细节。然而，本书的价值远不止于提供了程序规则的技术细节，而是该书的副标题——“原理、实务与运作环境”——所标明的作品个性和写作意向。作者斯蒂文·苏本教授对于美国民事诉讼法历史的研究专长和对于程序制度运作背景的特别关注，使得本书成为十分贴近我国读者的需求。我国目前对于国外制度的表面了解尽管零碎，却已大致触及相当广泛的领

域,但对于这些制度的原理、来由、发展脉络、运作环境、配套制度等等则缺少应有的资讯,这使得我们对于许多具体制度的研究和借鉴失却了赖以支撑的背景和基础。本书在很大程度上弥补了这一缺口。如同大多数美国教科书一样,这本著作实际上是由美国大法官们撰写的,(做一名美国教授是不是太舒服了?!)美国民事诉讼法的原理、实务与运作环境都展现在一个一个完整或节选的司法判例之中。但作者在章节开头的引言和在判例之后的“评论与问题”却是颇见功力的。透过这些看似简短的“导读”,我们仿佛看见我们的老朋友苏本教授正循循引导着他的学生,缓缓穿过美国司法制度的大殿,款款步入一个个程序规则的房间,偶尔推开窗户,让学生的视野投向制度形成的遥远历史,然后再进入实验室,目光犀利地观看学生们对案件的解剖。特别一提的是,本书第一章不可不读。作者用纵横驰骋的想象、恰当贴切的比喻、生动诙谐的语言,向初学者深入浅出地讲述了什么是法律,以及民事诉讼制度在法律中居于怎样核心的地位。这一精湛的概述,使得译序对本书再作任何介绍都无异于佛头着粪或画蛇添足。于是译者请苏本教授专门为中文版写了序言,而略去了原序后面对其美国朋友的致谢。此外,为了让中国读者特别是法学院的学生了解美国民事诉讼的整个过程和形式,本书对于贯穿全书实务练习之中的两个案例未加翻译,完全按照原有格式附于最后。

本书的译序侧重于向读者说明一系列术语的翻译根据。因为尽管时下民事诉讼法学界可资借鉴的翻译作品数目有限,但同一术语的译法却版本众多。法律术语是法律制度的载体。术语翻译的错误,对于外国法和比较法研究的深远遗害,在一些起步较早的法学领域中已有教训。在外国民事诉讼法翻译这样一个起步较晚的新的领域,由于信息的极度欠缺和鉴赏主体的相对有限,更增加了辨别真伪的困难,因而以讹传讹的风险更大。本书译者曾有志于与比较民事诉讼法研究的同仁一道,逐步为这一领域构建一套相对可信和可用的术语体系,因而在接受本书翻译任务时,曾贪婪地希望通过集中从事民事诉讼法翻译的精锐力量共同承担翻译和校对,从而通过这次翻译将一些常用术语的译法相对统一起来。但由于无法解释的原因,不仅这一希望十分遗憾地化为泡影,而且为了追赶被前期译者耽误的合同工期,部分章节只好重新分给不同的译者。本书按最后采用的译稿,第一、二、三、七、八、十章由傅郁林翻译;第四章由徐卉翻译;第五、十一章由

周菁翻译；第六章由江溯翻译；第九章由廖德宇翻译。全书由傅郁林进行统一校对。尽管这些“临危受命”的年轻译者有较好的英语水平和必要的专业背景，尽管统校者殚精竭力，反复校订，但由于不同译者在表述方式和术语选择上的差异，加之统校者自身的学养浅薄，谬误自然不可避免。学术的发展是一个不断积累的过程，本书中那些不成熟、不准确、不正确的翻译，只能留待未来的同行，依赖于更为严谨的治学态度、更为扎实的学术功力和更为准确的中文表达，给予指正。统校者在译序最后留下联系方式，并虔诚地期待读者对错误赐予批评指正，以便未来有所改进。由于校者对于各章翻译内容的修改程度不尽一致，在此按照文责自负的原则加以说明：第四章除了将未译成中文的 **discovery** 及相关术语译出之外，主要是将格式按要求进行了调整，内容基本保持原状；第十一章进行了逐字逐句的校对和修订，进度几乎不亚于重新翻译；第五章内容由于与我国制度关联不大，只作大致校对。

本书中的核心和常用术语，都是再三斟酌，反复校对，不仅照顾到本书内部的一致性，也观照到现有的翻译作品。在整个翻译和校对过程中，除将近十种法律辞典的中文本或中文译本以及已有译著的相关内容放在一起比较、核对、选择、改良之外，主要依赖于 **Black's Law Dictionary**、**The Oxford Companion to Law** (by David M. Walker)、**A Dictionary of Modern Legal Usage** (by Bryan A. Garner) 等英文原版辞典，特别是利用本书为这些术语提供了全面和准确的制度背景支持这一优势，我们对一些目前尚未出现过的术语进行了创造，对目前许多误译却被大量以讹传讹的术语进行了大胆而确有根据的修正。藉此告诫迷信“权威”的年轻读者，当您首次读到本书中某些术语不同于您在某些流行或著名的法律辞典上见到的译法时，即使是目前被视为“权威”或“通用”的译法，也请你有一点耐心往下读，本书后面的内容可能会告诉您正确的译法。我们相信，辞典的译者尽管权威，但未必在翻译每一个学科的术语时都是绝对权威，更重要的是，单纯的术语翻译面对的是一个没有具体制度语境的概念，其权威性肯定无法与美国民事诉讼制度的研究者对于术语的定义和阐释相比，因此，我们在大量参考了原版辞书和民事诉讼制度参考书，并多方比较之后才选择了不同于您所熟悉的“通译”。这种说服在此选取几例加以说明，希望读者在面对术语的不同译法时，能够考虑译者的学术背景、翻译经验、治学态度和中文表意能力，进

行独立辨别。对本书翻译的可信性保持充分信心，不是为了本书的销路，而是为了一种严谨不苟的学术追求——对“权威”译法的有根据的质疑和更正，也许正是本书避免以讹传讹的努力。以下列举翻译版本较多、在本书中又居于核心地位的术语，简要说明翻译理由：

Doctrine 作为本书的副标题，成为最为核心的内容之一，但在中文里寻到内涵和外延都完全相同的词对译却似乎是徒劳的努力。除特别语境之外，它在本书中通常是指由法院（特别是美国最高法院）形成的由通过对司法先例、制定法规则和法律理论的运用、解释和发展，从而形成的包含在判决理由之中的、具有法律拘束力的判例法原理。由于其内容综合、边界模糊、意义抽象，用“原则”或“准则”都不足以表达其丰满厚重的内涵，而“教义”、“学说”这样的词汇又无法承载其法律意义，因而译为“原理”，从制度建构的意义上说，勉强可以接近普通法传统下以判例中的学说循序渐进地发展法律的特质。用“原理”来翻译 doctrine 在本书副标题中的含义，还体现了译者对于作者探究法律制度之深层原理（“知其然，并知其所以然”）的理解和认同。

Pleading 目前国内的普遍译法是“诉答状”或“诉答书”，只有贺卫方教授等翻译的《美国法律辞典》（伦斯特洛姆编，中国政法大学出版社）中将 pleading 译为“文状”。这一术语在本书中用法非常灵活和丰富，只有用复数时才通称诉（原告）——答（被告）——状；用单数时，多数情况下仅指原告提出的文状，本书译为诉告文状（是否译为“告诉文状”更妥，请读者示下）；少数情况下也指被告方提出的文状，不过此时通常会加一个定语（responsive pleading），译为应答文状。Pleading 有时还指诉告行为，这时它与其动词形式 plead 表达同样的涵义；plead 一般还是指文状制作。

Discovery 及其动词形态 **discover** 在英语中用法较为灵活，译为中文时需要考虑特定语境，而且国内译法也不相同，直译为“发现”或意译为“证据开示”。个别译者则主张在整篇翻译中保留英语原貌。校者认为，这样一个核心词汇如果不译为中文，否则将会大大影响译作的可读性，甚至使翻译作品在某些读者群体中失去意义，没有相应英文背景或美国制度背景的读者不知所云，即使是英文背景很好的读者，在没有原著的具体语境的状况下，理解孤立的 discovery/discover 的内涵也要比译者更为困难。本书在两种通译方法“证据开示”和“发

现”中选取了前者，因为这种译法更能反映制度的内涵和中文的表达习惯。而许多译者译为“发现”或主张不译的原因，主要是 discovery 的动词形式 discover 后面常常连接着 discover 的具体对象和内容，若译为“证据开示”则会面临中文语法上的困境。本书在统校者进行了变通，将动词 discover 译为“开示”，在特定主境中，discovery 也简译为开示。与 discovery 对应的概念 **disclosure**，现在一般通译为“（证据）披露”，本书沿用了这一恰当的表达。与之相关的术语是证明责任（**burden of proof**）、举证责任（**burden of production**）和说服责任（**burden of persuasion**）。“举证”在我国司法解释中是一个经常被偷换使用的词汇，有时用法与证明责任同义，包括行为责任与结果责任两个方面（如谁主张谁举证），有时则仅指行为责任（如举证时效），在本书中，举证责任仅指提供证据的责任，亦即行为责任。

Jurisdiction 在中文中常常译为司法权、管辖权、审判权。这些中文词汇所承载的中国制度之间存在着差异，比如司法权在我国是指包括法院、检察院、甚至公安部门 and 司法行政机关所行使的权力；管辖权是指法院与法院之间管辖第一审案件的分工；审判权是指审判具体案件的特定法庭所行使的审理和裁判权力。但 jurisdiction 在美国民事司法制度中的含义却是相同的，无论翻译为司法权、管辖权或审判权，都是指特定法院基于宪法和法律的授权所享有的对争议事项进行审判的权力，这一制度既要调整法院与其他国家机构和纠纷解决组织之间的职能范围（在我国这一制度是由行政色彩浓厚的“主管”制度来调整的），也要调整联邦法院与州法院、以及州法院与州法院之间受理初审案件的权限范围（由于美国上诉法院与初审法院之间的职能泾渭分明，因而不存在所谓“级别管辖”问题），所以在本书中当 jurisdiction 用于确定法院解决争议的权限范围时统译为管辖权，在少数情况下当它作为与当事人诉权相对应的概念时则译为审判权或司法权，而当 jurisdiction 在复合概念中则尊重已为大家熟悉的译法，如 jurisdiction district 译为“司法区”等。在此特别需要澄清已有译本中对美国管辖权制度中几个重要概念的翻译：将 **personal jurisdiction/ in personam jurisdiction** 译为“属人管辖权”是一种严重的错误，原著明确指出，personal jurisdiction 又称属地管辖权 territorial jurisdiction（原著页 643），体现了美国“实际控制”的管辖权原理。本书译为“对人管辖权”，作为与“对物管辖权”（**in rem jurisdic-**

tion) 和对事管辖权 (subject matter jurisdiction) 相对应的概念。不过现有译本一般都将 subject matter jurisdiction 译为“事项管辖权”, 考虑到这一译法已基本约定俗成, 而且也大致反映了这一制度的基本内涵, 本书放弃了将 subject matter jurisdiction 译为“对事管辖权”或译为“诉讼标的管辖权”的初衷。此外, 还有译本中将 personal jurisdiction 译为“人事管辖权”, 但“人事”(personnel) 这一概念在我国已有约定俗成的特定内涵, 与其管辖权制度中的含义不符, personnel 与该术语中的 personal 字面含义也不相同, 故本书也未采纳。

判决、裁定等司法行为表意词汇最为丰富和复杂, 在翻译中不可能在英语词汇和中文词汇之间进行完全的一一对应, 因为其中有些词具有特定含义, 有些却一词多义并经常灵活地交互使用: (1) **judgment** 在本书中是指判决 (当然偶尔也用于指法官以外的其他人作出的“判断”), 根据美国联邦民事程序规则 54 的定义, judgment 是指可以提起上诉的决定和一切裁定 (order), 在内容上类似于我国的判决主文。与 judgment 相关的几个词汇包括: summary judgment 译为“即决判决”而不是简易判决, 以区别于大陆法系的简易程序 (simplified proceedings)。(2) **decree** 在传统上指衡平判决, 普通法判决与衡平法判决合二为一之后, 这个词主要用于指法庭行使那些在传统上属于衡平法官行使的权力时发出的判决、裁定或命令, 判例中在涉及起源于衡平法的一些制度时 (如集团诉讼), 有些地方使用了“judgment and decree”的表达, 译者根据上下文分析认为, 作者在这些场合并无意强调两种判决的差异, 只是基于英文表达上的需要而将二者并在一起 (比如法官可能认为仅仅使用 judgment 来通称判决, 容易导致传统制度意识较强的法律人对其表述不周延的批评), 所以翻译时, 除非原著专门用 decree 来讨论和强调衡平判决, 否则均译为“判决”, 如 consent decree 译为合意判决 (这一判决的原意是指法院对当事人之间协议的“同意”, 本应译为“同意判决”或“赞成判决”或“认可判决”, 但这些字面翻译都不足以标明这类判决的实质特征, 相反已为广泛接受的译法“合意判决”恰恰从整体上表达“法院根据当事人之间的合意作出判决”的涵义, 所以本书沿用了这一已有译法)。(3) **decision** 通指法院作出的各种判决, 包括判决、裁定和决定, 但更多情况下用于指终局性的决定, 此时其意义与 judgment 相同, 所不同的是, 美国民事诉讼法对于 judgment 有一种形式上的要求, 即必须登录 (enter) 才发生判

决 (judgment) 的效力 (不过本书在校对时修正了个别译者机械地把 enter 全部译为登录的做法, 在许多地方体现了 enter 的本义即“确定”)。(4) **opinion** 视具体语境译为“意见”或“意见书”, 其内容除包括作为个案结论的判决 (judgment) 之外, 还包括判决理由 (holding), 判决理由对本案判决的根据 (包括各种法律渊源及理论) 进行详尽阐释, 并对日后判决产生拘束力。在谢弗诉海特纳一案中, 史蒂文斯大法官表示将自己的意见仅仅并存于最高法院 (由多数派执笔) 的判决书 (judgment), 而不并入最高法院的多数派意见书 (opinion), 就是为了强调该案结论的个别性, 但不主张成为普适的和有拘束力的先例 (原著页 737)。与之相关的两个词汇译为“并存意见” (concurring opinion) 和“反对意见” (dissent opinion), 均兼顾了其字面意义、内在涵义和已有辞书的译法。(5) **verdict** 专指陪审团的判决。为了突出其仅就事实问题作出判决的特点并与法官的判决相区别, 本书中译为“裁判”。与之相关的两个词是指示裁判 (directed verdict) 和不顾陪审团裁判的判决 (judgments notwithstanding the verdict)。(6) **order** 是美国法院用于解决诉讼中某些次要或附带问题而发出的强制命令或决定, 它不处理实质性问题, 而是对临时问题作出司法处理或者在诉讼过程中采取某些步骤。在中国程序制度中, 与这一特点相符的司法行为或文书包括裁定和命令, 因此, 本书在能够确定 order 在具体语境中的特定含义时, 有时译为“裁定”, 有时译为“命令”, 而在通指一类司法行为、并没有特定限定时译为“裁令”。(7) **rule** 用于表达司法的程序性行为时, 常用于指法庭对法律问题的决定, 有时也一般性地指称法庭的决定, 故一般根据具体语境中文表达的通畅和准确, 译为“裁定”或“裁决”。

涉及当事人制度的术语也十分复杂。首先, 当事人在不同审级的称谓也不一样, 最为特别的是在最高法院这一层次上, 上诉人被称为申诉人 (petitioner), 对方当事人被称为答辩人 (respondent), 因为第二次上诉不是权利性上诉, 而是必须经过许可。向联邦上诉法院 (巡回法院) 的上诉, 当事人称为上诉人 (appellant) 和被上诉人 (appellee)。其次, 一审程序的基本结构是原告 (plaintiff) 与被告 (defendant) 之间的两造对立, 但基于美国严格的司法终局性理念和诉讼经济考虑, 当事人主体合并和客体合并问题不仅在诉答过程中十分重要, 而且在既判力、请求排除与争点排除、禁反言、间接禁反言等制度中, 都可能涉及到这

一系列复杂的当事人概念。比如必要的当事人 (necessary parties)、不可缺少的当事人 (indispensable parties)、以及必要且不可缺少的当事人 (necessary and indispensable parties), 具体解释请见第十一章第一节。在诉讼合并 (joinder) 制度中, 由当事人一方引入诉讼 (implead) 的第三人被称为“引入诉讼人或第三人” (impleader or third-part), 并产生了第三人被告 (third party defendant) 的概念; 因为判决将对其利益产生影响而介入诉讼 (intervention) 的介入诉讼人 (interventioner); 基于共同利益而在诉讼中处于同一方的当事人之间, 为了各自的利益而进行相互诉讼或交叉诉讼 (interplead) 所形成的交叉诉讼人 (interpleader)。此外, 还有几个与合并诉讼相关的概念是我国读者不熟悉的, 比如, (in) privity 是指双方之间“(有) 相互关系”, 它特指那些基于血缘或合同而形成的特殊身份关系, 从而使他们之间在对外交往时可能成为相互拥有诉权的人, 比如公司法上的利益相关者 (stakeholder) 之间、土地出租人与承租人之间的关系。这些人被称为“相互关系人”。本书未译为“(有) 利害关系”或利害关系人, 因为在美国制度中一般用 interested/have interest in 或 in stake/have stake in 来表达“利害关系(人)”。

在美国民事诉讼中具有举足轻重地位的是临时救济制度, 在传统上, 律师常常在起诉之前和起诉同时先控制对方财产, 甚至因此而取得司法管辖权。尽管这种传统正在受到正当程序的挑战, 但法律界仍普遍认为, 这种实际控制是美国民事审判程序得以在实体权利已无后顾之忧的前提下以充裕的时间计较程序正义的重要条件之一(另一重要条件是案件分流的各种机制)。常见的强制性临时救济措施是: 权利待决的扣押 (sequestration), 系是指经司法授权将动产或个人财产从其占有人那里移走, 通常保管到法院确定谁对该财产享有权利为止; 财产保全扣押 (attachment), 系指判决之前将财产或处所置于法院控制之下, 作为原告可能获得补偿的保证。它有时也指对人的扣留; 对第三人持有的执行债务人财产的扣押 (garnishment), 在这种司法程序中, 判决的债权人向(可能)作为判决债务人的债务人或其受寄托人的第三人送达通知, 要求将受送达人所掌握的判决债务人的任何财产交付给判决债权人, 它与前面两个术语的根本差异在于两点: 它涉及一次司法程序——而不是有关查封或转移——; 财产直到宣判之前一直在第三人手中); seize 通常也译为“扣押”, 但它主要是一种通俗的术语, 系

指强行地、突然地、激烈地抓住一件东西或一个人的行为，或者依据法定权利对一件东西实施占有的行为，本书中在个别情形下视具体语境译为“转移占有”。这些不同强制措施主要是以救济的适用范围和救济程序来划分的，与我国用强制执行的方式划分所形成的术语完全不同，换言之，美国这些救济方式与我们所熟悉的扣押、查封、划拨等执行性质的具体措施之间是无法直接对应的（美国实行真正的“审执分离”体制）。但在本书的每一种“扣押”之前加以限定又会造成表述上的繁复，于是在连续出现同一含义的扣押时，我们仅在第一次出现时加以注明，如欲突出“扣押”的区别，则在后面附上英文。

以上说明，仅为举例。对于书中每一术语所承载的具体含义，相信读者在阅读本书之后才会有更充分的理解和鉴别。

在译序的最后，我希望特别提醒学生读者，在整个美国民事诉讼法的制度设计中，发现事实问题始终是整个诉讼程序/过程的重心；在整个美国的诉讼法课程设计中，发现事实的技巧也是法律训练的重心。当我们阅读这本主要由美国上诉法官特别是最高法院的大法官撰写的教材时，我们不要忘记，美国民事司法制度中初审法院与上诉法院之间的职能分工是泾渭分明的（“美国民事诉讼规则”仅指初审程序规则，上诉程序规则在立法和研究上都是相对独立的体系），事实认定由初审法官负责；而且能够提交最高法院解决的问题都是法律问题，所以我们基本看不到在庭审中发现事实的过程，而看到的是大法官们对法律问题的论证。尽管如此，我们仍然可以从上诉法官的分析中看到，上诉法院审查初审法官的判决时有一个重要内容是事实问题，即初审法官的法律结论能否在诉讼记录中找到事实和证据支持，亦即初审法官的判决是不是由事实依托或由事实推导出来的。在任何案件中，形成案件最后结果的都是事实，正是事实把问题放在法律规则的一端或另一端，或者说服作出判决者改变规则。一位睿智的律师曾经说过：“我能够比较容易地找到法律，却不那么容易找到事实。如果我失足了，或者说犯了错误，那往往是因为漏掉了事实。”（原著第9页）然而，我国从事法律实务的法学毕业生反馈回来的大量信息不断表明，他们做律师和做法官时的最大失败是，他们发现多数案件的法律问题并不复杂，但他们却不懂得如何去发现、判断和认定事实，也不懂得如何将这些事实纳入法律规则的框架之内。是的，他们在法学院学习的只是法律规则，从来没有接受到与解决事实问题相关的训练。虽

然我不能断定这种教育模式是不是大陆法系法律制度的必然归宿，虽然我也无法证明这种缺陷是不是我国长期奉行应试教育下（包括闭卷考试）的恶果，但我希望，这本译著能够在法律教育的走向上也有所启示。

在终于结束这段只有当事人自己才知其中甘味的日子时，我要感谢每一位译者与我分享了其间的紧张、艰辛和兴奋！特别感谢两位责任心可钦可佩的编辑张越、赵瑞红女士加给我的强大时间压力以及在我几乎丧失信心时给予我们的理解、宽谅和支持。对于那些不断被我的问题请教打扰过的益友良师，还有在此期间以不同方式给予我帮助的朋友，虽然无法一一指名，但感激之情却永存心底。

傅郁林*

2004年3月1日

终稿于北京大学燕北园

* 北京大学法学院，fuyulin@pku.edu.cn

/ 中文版序 /

这本判例教材现在能够译成中文与中国读者见面，我倍感欣悦。我曾在中国讲授过美国民事诉讼法，我了解中国的法学教授、法官、律师和法学院的学生们在他们研习民事诉讼法时是如何的勤勉用功，思想活跃，无论是对待中国的诉讼法还是对待外国的诉讼法都是如此。

在这本教材中，我和我的合作撰稿人试图从三个维度向学生展示美国民事诉讼程序：一是程序的原理，二是这些原理得以发展和运作的语境，三是隐含在律师们运用这些程序的实践中的内涵。我希望你们在阅读这本书的时候，能够思考美国民事诉讼法与它作为其中一部分的美国社会、政治、经济环境之间的关系，而你们将会利用那些练习去考虑美国律师在他们的案件诉讼中实际上是如何运用程序规则的。

有两个主题曾经有助于了解我对于民事诉讼法的理解，其一，我对于民事诉讼法与文学之间的关系充满了好奇：当事人的故事中哪些部分法院应当考虑而哪些应当忽略。这与小说家和历史学家的问题有什么差异？其二，在我看来，权力和公平的问题受制于任何民事诉讼制度的创制和运作。当你们从事美国民事诉讼法或任何国家的程序研究时，在民事程序和民事诉讼中考虑文学、权力和公平是一件令人着迷的事情，值得用心琢磨。

祝大家在研习中万福！

斯蒂文·苏本
美国东北大学法学院
2004. 3. 8.

／原文序／

这本书的原动力源自我们作为法律学生和法学教授的经历。我们发现，当同学们完整地学习法律的原理、背景和原理在实践中实际上是如何运作时候，学习效果最好。实证研究和理论研究支持这样一个概念——我们在紧张的时候能够达到最佳的学习和记忆效果，那就是我们必须调动我们大量的储备去完成一项具体任务的时候。我们有最深切体验的东西许多都来自于教授一门新课程、帮助客户解决问题、或者写书写文章，这些经历需要知识、见解、价值观、分析、辩驳、判断和忍耐等能力。这些都是教义。

我们欠缺一种创造更多整合学习经验的民事诉讼法课程。表面看来，民事诉讼法原理似乎远不同于侵权法、犯罪法、合同法、土地法那么具有现实性，然而也许其他法律学科都不把这些美国的主要法律问题和实践法律的问题称之为问题，譬如分权、联邦制、对抗关系、效率、公平、权力与无权力、正义、费用等等。但在民事诉讼法课程中，人们会发现象埃里案那样对证据开示的伦理维度以及苛刻而强硬规则的现实必要性的概念性挑战。而且，这是一个不断变动的领域，研究作为程序之基础的价值和历史背景有助于理解这种内在的不确定性和变化的意义。

学生常常会说他们知道这些原理，但令人懊丧的是他们不能有意义地适用。我们想形成一种能够让同学们适用所学原理的教程。7年以前，史蒂文·苏本和他在美国东北大学法学院的学生们直面挑战，创设了一种更加整合的民事诉讼法课程。他们在民事诉讼法学习的中心位置上放进了两个包含背景、哲学基础和多学科知识的真实案例和实务练习题，他们没有摘录多少判决意见，却保留了更多的程序和事实背景，但没有实质性地剪辑这些材料。他们还摘录了专家们切题的文章表明一些引起广泛争议的问题。课程要求学生的问题或答案提出质疑，但没有给学生提出需要阅读其

2 原文序

他资料才能回答的问题。结果，学生们提交了有倾向性的论文来阐释某些原理，阐述影响这些原理或受这些原理影响的背景和实践环境。

本书保留了斯蒂文·N·苏本和他的学生们创造的民事诉讼法教程的风格，这一教程不仅教授原理，而且适用这些原理，并阐述民事诉讼法在任何实体法领域中不可分割的角色。这里简要介绍一下本书的主要特色：

- * 两个真实案例的诉答文状和其他卷宗文件贯穿全书。

- * 为了既控制本书的篇幅又能涵盖所有重要内容，作者对判例进行了精心细致的剪辑。

- * 有一些不可分割的背景资料和实务练习。

- * 托马斯·O·梅茵以一个法律学生的身份帮助设计了基础性资料，并在他进入实务界、增进了他对这门课程的法律——实务视角时，成为了这部教材的合作者。

- * 马莎·L·米卢和马克·N·布诺丁提供了原始资料 and 不同视角，这对于重新设计这们民事诉讼法教程的努力富有贡献。

致谢略译。

斯蒂文·N·苏本

马莎·L·米卢

马克·N·布诺丁

托马斯·O·梅茵

2000年2月