

民事诉讼法学精粹译丛

傅郁林 主编

危机中的民事司法

民事诉讼程序的比较视角

阿德里安 A·S·朱克曼 主编

傅郁林 等译



中国政法大学出版社

民事诉讼法学精粹译丛

危机中的民事司法

民事诉讼程序的比较视角

主编：阿德里安 A·S·朱克曼

副主编：塞吉奥·卡罗尼

皮特·高特沃德

傅郁林 陈湘林 唐桂英 李佳佳 翻译

傅郁林 审校

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

危机中的民事司法/阿德里安著;傅郁林等译. —北京:中国政法大学出版社,2005.9

ISBN 7-5620-2812-5

I.危... II.①阿...②傅... III.民事诉讼法-司法制度-简介-世界
IV.D915.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 112221 号

书 名 危机中的民事司法
——民事诉讼程序的比较视角
出 版 人 李传敢
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 固安华明印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 29.5
字 数 545 千字
版 本 2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2812-5/D·2772
定 价 36.00 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) (010)62229278(总编室) (010)62229803(邮购部)
电子信箱 z5620@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

民事诉讼法学精萃译丛

总 序

民事司法制度研究在法治社会的意义以及在中国方兴未艾的司法改革进程中的突出地位已勿庸赘述，但民事司法制度改革的展开和逐步深化对于民事诉讼法研究需求的骤然增加，并没有使中国的民事诉讼法学脱离“弱势学科”的地位。由于在长期奉行“重刑轻民”、“重实体轻程序”的法律文化背景中，中国民事诉讼法学的积累严重不足，特别是在外国民事诉讼法和比较民事诉讼法方面起步较晚，无论在研究资料收集、研究人员知识储备，还是研究手段和方法上，都显得明显不足和落后。这种状况严重限制了学术视野和学术品位，无法适应法制变革和学科发展的需要。因此，尽管在原版信息渠道发达、其他学科的翻译文献已汗牛充栋的今天，介绍一批权威的、体系化的、原理性强的国外民事诉讼法学的学术作品，仍为必要而迫切。特别是在民事诉讼法典修订之前，对于我国学界常常引为权威支持的现代西方国家民事诉讼法制度的全面了解，可能减少盲人摸象似的无谓争论和法律移植的断章取义；对于这些制度背景、功能、原理、价值目标的深入考察，有助于形成以问题为对象、以语境为依托、立体和动态的比较研究氛围，避免在法律移植中出现拾人的状况。“民事诉讼法学精萃译丛”正是基于这些背景和需求应运而生的。

本套丛书在选题方面，充分考虑我国读者的法律文化背景和正在进行的司法改革的需要，追求法域范围的全面性、题材的多样性、原著的经典性，并尽量避免与国内已有的翻译作品重复。在入选的美国、德国、英国、法国、日本、俄罗斯著作中，分别突出了各自民事程序制度的特色。目前国内已有的以“美国民事程序法”为题的美国作品实际上仅仅介绍了美国的初审程序，而上诉程序在美国立法、实务及整个司法结构和理念中都是独立于初审程序的单独系列，因此，本套丛书选择了三本美国著作，分别介绍了初审法院和初审程序、上诉法院和上诉程序、最高法院及其特殊的上诉程序。德国民事诉讼法教材在我国已有译

本，因此我们仅选取了一本在德国反响较好的简洁教材，另一本则是由德国学者根据本丛书的要求专门收集的对于德国现行民事诉讼制度形成产生过深远影响的学术论文，同时附录了美国学者关于借鉴德国民事诉讼法的一场著名的大讨论，从中可以看到德国民事诉讼法变革的背景、思路和评价。英国民事诉讼法尽管在1998年修订后已具有强烈的现代性，但由于英国皇家文化中形成的民事诉讼制度无论在理念和结构上与我国都相去甚远，加之国内已有介绍这次改革的译本和专著，因此本套丛书所选取的英国作者的两本书都是比较法意义上的民事诉讼法作品，其中一本是经典的理论著作，侧重于从文化视角比较了欧洲三大诉讼法系列即英国、法国和德国诉讼制度，另一本则从制度层面上介绍了当代世界各国民事司法制度所面临的危机和回应。法国民事诉讼制度无论从其作为三大模式之一的重要性，还是对于我国的可借鉴性（包括经验和教训），都应当作为重点介绍给我国研究者，但法国的法学作品在我国不仅稀少，而且译本的可信度也不高，希望本套丛书所选择的法国著名的国际型民事诉讼法学者的这本教材能够弥补这一缺憾。对于日本现行民事诉讼制度的介绍在国内已较为充分，因此本套丛书选取了两个边缘主题，一是日本民事诉讼发展史，从中可以透视日本现行制度形成的历史、文化、政治、经济基础，并把握大陆法系民事诉讼法发展的大致脉络；另一本是对日本审判外纠纷解决途径（ADR）的介绍。俄罗斯作为与我国法学发展史上有着相同或相似血脉的国家，无论对于探寻我国现行司法制度的成因，还是基于借鉴或反思并建构转型时期的民事诉讼制度的目的，在比较民事诉讼法研究中都是不可或缺的一枝，因而当然地列入了本套丛书。此外，随着欧洲一体化进程的迅猛发展，欧盟司法制度对于成员国乃至周边国家民事诉讼制度的影响之深，已使得我们在介绍和研究欧洲各国诉讼程序制度时不可忽略的一部分，这种影响也受到本套丛书的关注。

法学翻译的意义、艰辛和方法已有无数翻译家进行过多种精辟论述。在担任这套丛书的翻译、审校和翻译组织工作的过程中，我不断想起其中一位翻译家的话：“谁要想下地狱，就让他去做翻译吧！”当我们以“我不下地狱，谁下地狱”的淡泊完成这份工作时，我们已经能够以平静的心情等待读者的宣判了，因为每一位译者和审校者都已倾尽了自己的“储蓄”。如果这份勤勉耕耘能够在民事诉讼法学的园地里播种几粒健康的种子，那么欣慰就不仅来自于译者和审校者从字斟句酌中的受益了。而这种欣慰也是我们回馈那些在本套丛书制作中给予过关注和帮助的同道者的唯一方式——在这些尊敬的同行中不能不提的是，共同主持本

项目的张志铭教授，以及为本项目奠定基础的“民事诉讼法学者国际研讨班”和“比较民事诉讼法研讨会”项目的主持人江伟教授和课题组全体成员。

傅郁林 谨识

2005年7月15日

序 言

民事司法制度不能满足社会的需求已成为一个普遍现象。这一现象似乎超越了国家和文化的疆界，出现在许多不同的国度——无论是普通法国家还是大陆法国家。进入司法/获得正义（access to justice）受到诉讼的高额成本和长期拖延的不利影响如此之强烈，以至于很多法院不再能够为那些寻求权利保护或谋求纠纷解决的人们提供充分的救济场所。毫不夸张地说，许多国家的民事司法制度都在经受着某种危机。

大多数国家已经作出了回应，他们针对自己的制度所面临的迫切问题采取了不同措施，看来进行民事司法管理的改革已成为全球性的趋势。然而，立法机构、执业律师以及学术界一般只是熟悉对于他们各自的制度，而对于其他地方正在发生的一切知之甚少。这本文集旨在解决这一问题，使那些有兴趣于民事司法改革的同行拥有更为广阔的视野。总体说来，高成本和过分迟延的问题是相同的——无论这些问题发生在哪里——甚至对于问题的解决方法也并没有那么大的差异。

选入本书的十三个国家代表了普通法体系和大陆法体系，包括奥地利、巴西、英国、法国、希腊、德国、荷兰、意大利、日本、葡萄牙、西班牙、瑞士和美国。每一个案都由来自当地的民事诉讼法专家执笔，展现了该国民事司法制度的整幅画面。

每一篇文章都从对该国民事司法制度的概况入手。因此这些文章不同于改革问题的讨论，其主旨在于为民事诉讼程序的比较研究提供粗略的资料。于是各篇文章进而描述了该国制度的运作、强项和弱点，为改进制度已经采取或者提议的措施。最后，每篇文章都以一个综合评价作为结论。

这些文章的目标是尽可能提供可以收集到的数据，以使读者了解该国的法院体制、迟延的长度以及诉讼成本。遗憾的是，数据的获取能力因国别而有很大差异，有些国家提供的数据非常丰富，而另一些国家则差强人意，这使得尝试以图表进行结构性的比较研究的初衷落空，因为如果勉强坚持可能形成误导性的比较。例如，多数国家能够提供关于法官数量的数字，但这些数据的内涵却存在非

常大的差异：一个国家的司法统计可能包括所有的法官，而另一国家却将业余法官/外行法官（例如英国的治安法官）或专业性法官（如产业法庭的法官）排除在外。在关于律师数量的信息上也存在同样的情形：英国的数字可能包括所有律师，而意大利的数字却排除了公证人和办理产权转让业务的律师——这些人如果是在英国就会计入数字。尽管如此，各国所提供的统计数据应当可以向读者提供一个了解不同制度运作的相当好的机会。

对于不同制度的考察有助于那些致力于改革的人了解其他制度是如何解决这些问题的，哪些办法已经尝试过，哪些取得了成功。本书第一章试图提供一个比较的一般视角，它提供了民事司法/正义的参数或者说是合理提供司法/正义的准则，提请人们把注意力放在不同国家的文章的核心主题和这些国家的困难根源上，并在最后强调了一般/总体趋势，比如向民事诉讼的司法控制方向移动的趋势。第二章由勒布斯多夫（Leubsdorf）教授撰写，他以历史的视角展示了民事司法改革（特别是普通法国家）的令人沮丧的灰暗景观。在这导论性的两章之后是各国的资料。

由于文章的作者中许多都不是以英语为母语，因此在将这些文章进行编辑出版的过程中，投入了相当大的心力。牛津大学的休·吉本斯（Sue Gibbons）和保罗·米凯利克（Paul Michalik）在这项工作中给予了无法估量的帮助，如果缺点在所难免，那一定不是由于他们的工作未尽努力。

最后，感谢卡罗尼（Chiarloni）教授和高特沃德（Gottwald）教授，他们自始至终地参与了本项目，他们富于智慧的建议使这一项目得以成功地画上了句号。

阿德里安 A·S·朱克曼

于牛津大学

1999 年 4 月

供稿人名单

(人名翻译见目录)

Adrian A. S. Zuckerman, Fellow of University College, Oxford, England.

Professor John Leubsdorf, School of Law, Rutgers University, Newark, NJ, USA

Professor Richard L. Marcus, Horace O. Coil (57) Chair of Litigation, Hastings College of the Law, University of California, U. S. A.

Paul Michalik, Lecturer in Law, University College, Oxford, England

The Honorable Justice Geoffrey Davies, Judge of Appeal, Court of Appeal, Queensland, Australia

Professor Peter Gottwald, Faculty of Law, University of Regensburg, Germany

Professor Yukiko Hasebe, Faculty of Law, Gakushuin University, Tokyo, Japan

Sergio Chiarloni, Faculty of Law, University of Turin, Italy

Professor Loïc Cadiet, Faculty of Law, University of Pantheon – Sorbonne, Paris, France

Professor Sergio Bermudes, Faculty of Law, Pontifical Catholic University, Rio de Janeiro, Brazil

Professor K. D. Kerameus and S. Koussoulis, Faculty of Law, Pontifical Catholic University, Director of Hellenic Institute of International and Foreign Law, Athens, Greece

Professor Ignacio Díez – Picazo Giménez, Faculty of Law, University of San Pablo CEU, Madrid, Spain

Professor Maria Manue Leitao Marques, Conceicao Gomes, and Joao Pedroso, Centre for Social Studies, Faculty of Economics, University of Coimbra, Portugal

Professor Erhard Blankenburg, Faculty of Law, Vrije University, Amsterdam, the Netherlands

Professor Isaak Meier, Faculty of Law, University of Zurich, Switzerland

目 录

第一编 民事司法/正义的参数

- 第一章 危机中的司法/正义：民事程序的比较维度
阿德里安 A·S·朱克曼 (Adrian A. S. Zuckerman) (3)
- 第二章 民事程序改革的神话
约翰·勒布斯多夫 (John Leubsdorf) (46)

第二编 普通法国家

- 第三章 诉讼超级大国的恐慌
理查德 L. 马库斯 (Richard L. Marcus) (65)
- 第四章 英格兰和威尔士的司法危机
保罗·米凯利克 (Paul Michalik) (112)
- 第五章 澳大利亚的民事司法改革
G·L·戴维斯 (G. L. Davies) (160)

第三编 大陆法国家

- 第六章 民事司法改革：接近司法·成本·效率
——德国的视角
皮特·高特沃德 (Peter Gottwald) (199)
- 第七章 民事司法改革：接近司法·成本·效率
——日本的视角
长谷部由纪子 (Yukiko Hasebe) (228)

第八章	民事审判及其悖论 ——意大利的视角 塞吉奥·卡罗尼 (Sergio Chiarloni)	(256)
第九章	民事司法改革：接近司法·诉讼成本·诉讼迟延 ——法国的视角 洛克·卡迪特 (Loïc Cadiet)	(281)
第十章	巴西的民事司法制度 塞吉奥·伯姆德斯 (Sergio Bermudes)	(333)
第十一章	民事司法改革：接近司法·诉讼成本·诉讼迟延 ——希腊的视角 K·D·克拉姆斯和 S. 考索利斯 (K. D. Kerameus and S. Koussoulis)	(347)
第十二章	西班牙的民事司法：现在与未来 伊格纳西奥·迭斯—毕加索·希门氏斯 (Ignacio Díes - Picazo Giménez)	(367)
第十三章	葡萄牙的民事诉讼制度 马克亚·曼努埃·莱语·马克斯；孔塞桑·戈梅斯； 若昂·佩德罗索 (Maria Manue Leitão Marques, Conceição Gomes, and Joao Pedroso)	(390)
第十四章	民事司法改革：进入司法·诉讼成本·诉讼迟延 ——荷兰的视角 艾哈德·布兰肯伯格 (Erhard Blankenburg)	(418)
第十五章	瑞士的民事司法：重点介绍苏黎世州的法律 伊沙克·梅尔 (Isaak Meier)	(439)

第 一 编

民事司法/正义的参数

第一章 危机中的司法/正义： 民事程序的比较维度*

阿德里安 A·S·朱克曼

第一节 司法/正义的维度

所有的程序制度都追求正义的实现。因此我们在本书讨论每一制度的时候都可以理所当然地这么想。同样显而易见的是，不同的程序制度以不同的方法实现这一目标。无论制度之间的差异微小或巨大，比较都是必须的。我们观察别人是为了评价自己。然而，正如其他任何形式的评价一样，这种比较非常需要一些参数（parameter），这是我们能够进行衡量和比较的共同基础。

因此，作为开篇的文章，本文旨在探讨这样一系列参数。有人会主张，有三个衡量正义/司法的维度。不幸的是，这三个维度并不全面。我们将看到，这三个维度在三个不同方向上拉动并要求妥协，因此，妥协才是任何司法制度所不可或缺的参数。

一经确立了这一概念框架，注意力就可以转向每一个体程序制度了。这一分析的目的不在于给不同的程序制度列位排序，因为这种先后顺序非常没有价值，这一点十分明显。这一分析的目的在于引起对以下这些问题的注意：不同的程序制度如何追求正义目标的实现，以及在进行这种努力时作出过何种妥协和牺牲。后者可能是制度比较的最有意义的方面，因为它把注意力放在隐含实现正义的不同方法背后的事实上。正是给予这一点以优先地位，或者说正是司法/正义的目标，塑造了位于终端的那些程序。

* Adrian A. S. Zuckerman, *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*. 在本文的准备过程中，牛津大学法学院牛津大学的休·吉本斯（Sue Gibbons）和保罗·米凯利克（Paul Michalik）提供了大量的帮助。

一、真实维度：判决的正确性 (rectitude of decision)

在所有的程序制度中,实现正义都意味着双方当事人在法庭面前获得他们按照法律应得的判决。于是,法庭要实现正义,就必须确定真实的事实并据此正确地适用法律。在本瑟姆(Bentham)的术语中,程序的目的是保障判决的正确性,这就要求将法律正确地适用于真实的事实。^[1]

尽管判决的正确性亦即真实性是民事程序的目标,但众所周知我们的程序并非完美无瑕的。程序在实现判决的正确性目标时总是存在一些局限性而力不从心。一个程序制度能够努力决定过去发生过什么并且能够确切地适用法律,却不能保证从不发生错误。法律程序的标记是,当正义的准则成为程序的外在表现时(比如真实的事实、正确的法律),程序本身却不能总是在个体判决和这一准则之间实现完美的和谐。^[2]因此,即使通过这一程序而形成的个体判决有一些是错误的,这一程序仍可能是正当的(just)。

我们不能期待完美的正义,但我们能够而且应当期待正当的程序。因而产生的问题是:什么是正当的程序?既然判决的正确性是最基本的要求,那么一个程序制度就必须采取措施来实现在事实上和法律上均为正确的判决。如果一个程序连法院都不努力去追求真实,那么这种程序显然是不正当的程序,因为它没有完成它的主要任务,亦即为那些向法院寻求帮助的人们提供他们有权获得的东西。因此,我们可以当然地认为,所有的程序都寻求实现正确性。然而,并非所有的程序都必然是正当的。正当需要满足一个条件,即程序制度所产生的结果具有广泛的正确性。

尽管法律程序应当在总体上产生正确结果正是司法/正义的简单要求,然而在给定的程序制度中评估这一要求在多大程度上获得了满足却是极其困难的。正确与错误的标准当然独立于法律程序,比如原告是否按照与被告之间的合同的要求交货是程序所必须发现的一个简单的事实问题。我们没有检验个体判决的事实精确性的“超验标准”(super-test)。^[3]我们所拥有的就是我们已经设置的法律程序。我们信任一项个体判决符合事实和法律,其作用仅仅在于我们对于程序所采用的措施是否满意,而这就足以保障判决的正确性的合理标准。

[1] *Principles of Judicial Procedure*, in *Collected Works of Feremy Bentham*, ed. Bowring (1938 - 1943), vol. ii. See also W. Twining, *Theories of Evidence*; Bentham & Wignmore (1985).

[2] J. Rawls, *A Theory of Justice*, 85 - 86.

[3] 如果我们能够获得这样的检验标准,我们可能早就用它来作为判决的程序了。

绝大多数——如果不是全部——程序要求都关注对于判决正确性的保障，包括程序正义的要求。像受听审的权利、受中立的法庭审判的权利这一类的措施都是根据判决的正确性需求设置的。^{〔4〕}当然，正义的表现形式也十分重要，但这并不改变一个事实，即程序以获得真实的目标为基础。这一目标存在于整个程序的建构之中。像处理诉讼程序启动的通知、界定双方当事人的争点、获得证据以及传唤证人等等这类事项的规则，都是用于保障事实和法律决定的正确性的。本文集的目标不是在追问不同国家的程序在细节上的差异。然而，没有对不同制度所提供的程序工具的某种理解，我们就无法分析判决的正确性维度。

关于判决的正确性需要作另一个观察。不公正的或有偏见的法官会扭曲真实或歪曲对法律的适用，因而破坏判决的正确性。然而，不只是法官会扭曲判决的正确性，程序也会，因为程序是不完美的，它常常依赖于某些错误。假如总是冒错误的风险，那么司法/正义就会要求这种风险在不同的当事人之间平等分配。将错误的更高的风险强加于某些当事人集团的程序不会对那些集团给予平等的关怀和考虑。被平等对待是正义的一项基本要求。这并不表明原告与被告被平等地“丁是丁，卯是卯”（*vis-à-vis*）地对等，因为一方的胜诉实际上就是另一方的败诉。平等对待当事人的要求意味着没有任何一个当事人受到程序方面的歧视，意味着没有任何一个当事人受到相比较他人而言的优待，意味着一个当事人不会受到相比较他人而言更高的错误风险。简言之，意味着在程序规则不会扭曲正确地将法律适用于真实的事实以偏向一方当事人这个意义上，法律面前人人平等。

正当的程序第一个参数不应当干扰法庭以某种有利于一方当事人的方式获得真实的能力。在某些情况下，在程序上完全平等地对待双方当事人是不实际的，比如，法律条款需要考虑这样一些情形，在庭审结束后，仍不能确定原告或被告谁享有权利/谁是正确的（*in the right*）。普通法系国家通过要求原告必须在或然性持平的时候证明其案件来平衡这一问题。如果庭审结束时法官仍持怀疑态度，则法官必须驳回原告的请求。显然，在这些制度中，原告承担了略高于被告的错误风险。然而，我们也不能说，把风险分配给与事实联系最小的一方当事人就显示了对于平等对待原告的原则的尊重。

二、时间维度

除判决的正确性维度之外，正义的其他维度对于制度的正义和个体结果影响

〔4〕 无论这些措施是否被认为独立于达至真实的目标，判决的正确性都要求采取这些措施。比如，受听审的权利无论是否增加对事实判断的正确性，都被认为是值得尊重的。然而，受听审的权利同时也是正确性的要求，因为没有受听审影响的当事人，法庭就难以获得真实/事实真相。

也很大，这两个维度是时间和成本。

时间不是一个单独的维度，却是一个影响判决正确性的因素。拖延可能导致证据灭失或篡改而促成错误；在一起依赖于证人证言的争议中，允许其在庭审之前（或采集证言之前）消磨的时间越长，则记忆力减退的概率越高。如果时间持续得足够长，则证人可能都已死亡或消失。于是，程序制度必须将错误的风险降低到最小，必须保障审判在证据仍然鲜活的时候进行。但是必须记住，时间可能导致错误并非仅仅是在迟延判决时才发生，而且在仓促判决时也会发生。在匆忙之间作出判决，没有为收集证据和准备辩论提供充分时间，也会冒错误的风险。

除了时间与判决的准确性之间的联系之外，还有一个维度，这个维度独立于判决的正确性。时间会侵蚀判决的效用，无论该判决正确与否。随着时间的推移，当拖延的累积跨越某个点时，拖延就破坏了判决的实用性。就两个当事人之间的诉讼作出的判决尽管将法律正确地适用于真实的事实，但对于胜诉的当事人而言却已无可补救。假设某人想要出国旅行参加一次重要事务，他申请护照却被拒绝。他请求法院作出裁定，指令有关政府部门发给他护照。如果判决不能在计划的旅行的时间内作出，那么迟到的判决即使承认申请人获得护照的权利，也无法向他提供救济。同样，一项制度如果让道路事故的受害人等待 30 年才能获得赔偿，那么这项制度就没有采取合理措施提供救济。也就是说，判决的非正义不是因为判决在法律或事实上不正确，而是因为正确来得太迟了。这就是法谚“对正义的迟延即为对正义的拒绝”（justice delayed is justice denied）或者拉丁语所说的“饥肠不耐耽搁”（*venter non patitur dilationem*）。如果一个程序在制度上允许拖延剥夺判决的实际途径从而破坏判决的效用，那么这个程序就不是正当的程序。

当拖延的效果增加致使过时的救济的无效性时，我们可以称这种拖延为拖延的增点效（the incremental effect of delay），意即拖延的失效性随救济超过时间的长度而增加。在某些情况下，拖延的失效性可能没有增加，但判决可能因为某一突发事件而失效，比如关于拒绝护照的那个例子，一旦旅行的原因消失，则事情就无可补救。我们可以称这种失效为完全失效（complete disutility）。

正如正当的程序不能对事实真相漠不关心，正当的程序也不能完全不关心破坏判决的实际效用。获得正确结果只是法律程序的目标之一，正义还要求判决应当在一个还可以纠正错误的时间内作出，或者，如果错误尚未发生，那么判决应当在还可以避免错误发生的时间内作出。因此，及时的正义/司法是正义/司法的一个维度，正如将法律正确地适用于真实的事实是正义/司法的一个维度一样。