

DF7204
143

外国民事诉讼法 新发展

常怡 / 主编



中国政法大学出版社

外国民事诉讼法 新发展

常怡 / 主编



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

外国民事诉讼法新发展 / 常怡主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 6

ISBN 978-7-5620-3506-0

I. 外... II. 常... III. 民事诉讼法 - 研究 - 外国 IV. D915. 204

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第087550号

书 名	外国民事诉讼法新发展
出 版 人	李传敢
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	787×960 16 开本 27 印张 525 千字
版 本	2009 年 7 月第 1 版 2009 年 7 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3506-0/D·3466
定 价	46.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编写说明

本书名称为《外国民事诉讼法新发展》，民事诉讼法指的是“大民诉”，包括民事证据法和民事执行法。由于当今世界各国 ADR 的发展与民事司法改革具有密切关系，故将有关 ADR 的内容放在概述或者司法改革的背景中予以论述。关于新发展的界定，各国并不完全相同，但我们认为应以最近一次该国对法典的全面修改或者新制定的民事诉讼法为准，其后某些方面的制度改革或小规模的修改立法也属于新发展的范畴。

本书重点介绍 20 世纪下半叶以来各国的民事司法改革、法典的新规定，新的理论发展、诉讼实践及发展趋势，并指出对我国民事司法改革的借鉴意义。

本书是在常怡教授给博士生讲授《外国民事诉讼法课程》所用提纲的基础上，经 2005 级和 2006 级博士生的讨论和整理而形成的。现将其出版与读者见面，望各位读者不吝赐教。本书由常怡教授主编和修订，具体分工如下（以撰写章节先后为序）：第一编 范毅强、柯阳友；第二编：杨艺红、刘万洪；第三编：丁海湖、朱福勇；第四编：王伟、宋平；第五编：骆东平、丁宝同；第六编：李昕；第七编：肖晗、陈慰星；第八编：辜恩臻、蔡咏曦。

编 者

2009 年 4 月

目 录

第一编 美国民事诉讼法的新发展

第一章 美国民事诉讼法概述	(1)
第一节 美国民事诉讼法的形成与发展	1
第二节 美国民事诉讼程序结构的特点	4
第二章 美国民事司法改革的背景 and 理念	(10)
第一节 美国民事司法改革的背景	10
第二节 美国民事司法改革的理念	12
第三章 美国民事司法改革的主要内容	(16)
第一节 1990 年《民事司法改革法》	16
第二节 证据开示程序的新规定	25
第三节 集团诉讼规则的新发展	33
第四节 电子证据的新规定	45
第四章 美国民事诉讼法新发展的评价及借鉴意义	(53)
第一节 美国民事诉讼法新发展的评价	53
第二节 美国民事诉讼法新发展的借鉴意义	54

第二编 英国民事诉讼法的新发展

第一章 英国民事诉讼法概述	(61)
---------------------	------

第二章 英国民事司法改革的背景、目标与发展过程 (67)

第一节 英国民事司法改革的背景 67

第二节 英国民事司法改革的目标与发展过程 69

第三章 英国民事司法改革的主要内容 (71)

第一节 起诉程序的新诉状格式 71

第二节 管辖制度中的新特色 72

第三节 当事人制度的新开放体系 74

第四节 案件管理的新规定 81

第五节 审前程序的新举措 85

第六节 专家证人的新规则 89

第七节 上诉程序的新变化 93

第八节 诉讼费用制度的新改革 97

第九节 强制执行的新措施 104

第十节 英国 ADR 的新发展 106

第四章 英国民事诉讼法新发展的评价及借鉴意义 (114)

第一节 英国民事诉讼法新发展的评价 114

第二节 英国民事诉讼法新发展的借鉴意义 116

第三编 法国民事诉讼法的新发展

第一章 法国民事诉讼法概述 (120)

第一节 法国民事诉讼立法的历史演进 120

第二节 法院制度 122

第三节 传统民事诉讼理论和制度 128

第二章 法国民事司法改革的背景 (136)

第三章 法国民事司法改革的主要内容 (140)

- 第一节 民事诉讼模式的新变革 140
- 第二节 民事诉讼特有原则的新变化 141
- 第三节 减轻上告负担的新举措 142
- 第四节 解决诉讼迟延的新途径 144
- 第五节 主要诉讼程序的新进展 145
- 第六节 民事执行制度的新举措 154

第四章 法国民事诉讼法新发展的评价及借鉴意义 (157)

- 第一节 法国民事诉讼法新发展的评价 157
- 第二节 法国民事诉讼法新发展的借鉴意义 158

第四编 德国民事诉讼法的新发展**第一章 德国民事诉讼法概述** (164)**第二章 德国民事诉讼法改革的背景** (166)

- 第一节 经济制度变革与德国民事诉讼法关系 166
- 第二节 欧洲一体化对德国民事诉讼法的影响 168
- 第三节 社会文化价值取向的改变对德国民事诉讼法的影响 168

第三章 德国民事诉讼法改革的主要内容 (170)

- 第一节 诉讼程序制度的新变革 170
- 第二节 协同主义的新含义 182
- 第三节 德国民事上诉制度的新改革 190

第四章 德国民事诉讼法新发展的评价及借鉴意义 (195)

- 第一节 德国民事诉讼法新发展的评价 195
- 第二节 德国民事诉讼法新发展的借鉴意义 200

第五编 日本民事诉讼法的新发展

第一章 日本民事诉讼法概述	(205)
第一节 日本民事诉讼法的历史演进	205
第二节 日本法院制度	208
第三节 传统民事诉讼理论和制度	212
第二章 日本民事司法改革的背景、理念与目标	(232)
第一节 日本民事司法改革的背景	232
第二节 日本民事司法改革的理念和目标	234
第三章 日本民事司法改革的主要内容	(241)
第一节 民事审判制度的新变化	241
第二节 民事执行制度的新发展	247
第三节 拉近国民与法院的距离方面的新举措	250
第四节 扩充、活用诉讼外纠纷解决方式的新手段	254
第五节 培养法律工作者的新变革	256
第四章 日本民事诉讼法新发展的评价及借鉴意义	(260)
第一节 日本民事诉讼法新发展的评价	260
第二节 日本民事诉讼法新发展的借鉴意义	263

第六编 俄罗斯民事诉讼法的新发展

第一章 俄罗斯民事诉讼制度概述	(267)
第一节 基辅罗斯时期的民事诉讼制度	267
第二节 俄罗斯中央集权时期的民事诉讼制度	268
第三节 俄罗斯帝国时期的民事诉讼制度	269
第四节 苏俄时期的民事诉讼制度	269

第二章 俄罗斯民事诉讼制度改革的背景和特点	(273)
-----------------------------	-------

第三章 俄罗斯民事诉讼制度改革的主要内容	(277)
----------------------------	-------

第一节 俄罗斯新民事诉讼法典立法体例和程序的调整	277
--------------------------	-----

第二节 俄罗斯新民事诉讼法典的原则	279
-------------------	-----

第三节 民事诉讼法律关系	283
--------------	-----

第四节 民事诉讼中的主管与管辖	285
-----------------	-----

第五节 诉和诉权	290
----------	-----

第六节 证据制度的变更	294
-------------	-----

第七节 民事诉讼中的检察长	297
---------------	-----

第四章 俄罗斯民事诉讼法新发展的评价及借鉴意义	(305)
-------------------------------	-------

第一节 俄罗斯民事诉讼法新发展的评价	305
--------------------	-----

第二节 俄罗斯民事诉讼法新发展的借鉴意义	308
----------------------	-----

第七编 加拿大民事诉讼法的新发展

第一章 加拿大民事诉讼法概述	(311)
----------------------	-------

第一节 加拿大民事诉讼法的历史演进	311
-------------------	-----

第二节 加拿大的民事司法体制	316
----------------	-----

第二章 加拿大民事诉讼法改革的背景和过程	(327)
----------------------------	-------

第一节 加拿大民事诉讼法改革的背景	327
-------------------	-----

第二节 加拿大民事诉讼法改革的过程	330
-------------------	-----

第三章 加拿大民事诉讼法新发展的主要内容	(336)
----------------------------	-------

第一节 多元化的民事司法制度的新创建	336
--------------------	-----

第二节 法院监督案件的新规定	340
----------------	-----

第三节 降低诉讼费用,增加准入的新渠道	343
---------------------	-----

第四节 提升证据流转效果的新改革	348
------------------	-----

6 外国民事诉讼法新发展

第五节 其他改革的新措施 351

第四章 加拿大民事诉讼法新发展的评价及借鉴意义 (354)

第一节 加拿大民事诉讼法新发展的评价 354

第二节 加拿大民事诉讼法新发展的借鉴意义 361

第八编 澳大利亚民事诉讼法的新发展

第一章 澳大利亚民事诉讼法概述 (371)

第一节 澳大利亚民事司法体制 371

第二节 澳大利亚民事诉讼规则的统一化 373

第三节 澳大利亚民事证据制度的统一化 375

第二章 澳大利亚民事司法改革的背景 (380)

第一节 澳大利亚民事司法改革的背景 380

第二节 澳大利亚民事司法改革的理念 382

第三章 澳大利亚民事司法改革的主要内容 (386)

第一节 澳大利亚民事司法中的一般性事项的新改革 386

第二节 澳大利亚联邦法院规则中六个方面的新措施 397

第三节 澳大利亚统一证据法改革的新意见 406

第四章 澳大利亚民事诉讼法新发展的评价及借鉴意义 (418)

第一节 澳大利亚民事诉讼法新发展的评价 418

第二节 澳大利亚民事诉讼法新发展的借鉴意义 419



第一编 美国民事诉讼法的新发展

第一章 美国民事诉讼法概述

第一节 美国民事诉讼法的形成与发展

1776年以前,美国仍处于英属殖民地时期,其法院体制是英国法院体制的翻版,司法程序也与英国的司法程序相一致,其民事诉讼制度完全效仿英国。从1776年美国独立到19世纪中叶,美国各州采用的仍然是英国殖民时代的普通法与衡平法双重诉讼程序制度。其所吸收的英国程序制度包括:普通法与衡平法的区分;普通法的程序令状制度;对案件事实的认定实行陪审团审判;对抗制诉讼模式。在这些制度中,令状制度已经被现代诉讼程序所取代,而其他制度一直延续至今。19世纪中叶以来,美国进行了所谓的民事诉讼程序法典化运动。美国民事诉讼程序经历了从判例法到法典化的演变,这也是美国法制独立于英国的显著标志。美国民事诉讼程序的法典化运动,一是以1848年《纽约州民事诉讼法典》为代表的州法典化运动,二是以1938年《联邦民事诉讼规则》(包括其后的多次修改)为标志的联邦法典化运动。

一、以1848年《纽约州民事诉讼法典》为代表的州法典化运动

普通法与衡平法分立的程序制度,在1787年《宪法》颁布以后的许多年时间内依然存在。这种体制也为依照《宪法》设置的联邦院所采用,并且直至20世纪后半叶仍在一些州得以维持。然而,19世纪初,美国进行了一场旨在简化诉讼程序制度的改革运动,这一运动的成果后来被称为“法典化诉讼程序”。改革普通法与衡平法二元体制的原动力,既有观念方面的,也有实践方面的。在观念方面,法典化改革以这样一项前提为基础,即法律应当是可以为拥有普通智力的人所理解的事项,而不是玄妙的历史科学。美国民事诉讼程序改革的实践原动力产生于其所继承的制度大量机能的失调。因此,法典化运动既是一场法律改革,

又兼有政治性。^{〔1〕}通过纽约州律师戴维·达德利·菲尔德(David Dudley Field)的倡导和努力,1848年美国历史上第一部民事诉讼法典——《纽约州民事诉讼法典》(也称《菲尔德法典》)获得了正式通过。

《纽约州民事诉讼法典》在诉讼程序上进行了一些重要改革,主要表现在:①消除了普通法诉讼程序和衡平法诉讼程序之间的区别,而代之以统一的诉讼程序;②废除了复杂的诉答方式,代之以单一的诉答方式;③当事人可以用简明扼要、通俗易懂的法律语言表述其诉讼请求和各种动议,而无须采纳旧制度中的各种陈旧格式;④规定了诉讼请求的合并制度;⑤允许当事人成为证人;⑥初步确立了当事人收集证据的发现程序。^{〔2〕}

1848年的《纽约州民事诉讼法典》是美国乃至整个英美普通法系国家法律发展史在民事诉讼制度发展史上的一个里程碑,它不仅在法律的表现形式方面较传统立法有了重大突破,而且对有关民事诉讼的许多具体制度和程序也进行了重要的改革。^{〔3〕}它是“从普通法的诉讼程序到由1938年的《联邦民事诉讼规则》所导入的美国现代程序的道路上迈出的重要一步”,^{〔4〕}它也引领了19世纪美国各州民事诉讼法典化立法的潮流。它成为其他各州效仿的榜样,到1938年美国制定《联邦民事诉讼规则》之前,全美已经有半数以上的州拥有了自己的民事诉讼法典。1938年通过的美国《联邦民事诉讼规则》在许多内容上都借鉴了《纽约州民事诉讼法典》的有益因素,并摒弃了它的不足。

二、以1938年《联邦民事诉讼规则》为标志的联邦法典化运动

美国法院体系的特点是双轨制,即联邦法院体制和州法院体制并行。美国的法院由联邦法院和州法院组成,并由此构成美国民事诉讼的基础。美国联邦法院体系依1787年《美国联邦宪法》设立,包括联邦地区法院、联邦上诉法院和联邦最高法院。美国单独设立一个联邦法院体系的原因主要有两个:一是依靠联邦法院维护联邦政府的合法权益,并负责解释宪法,可以增强联邦政府的力量;二是对于异州籍公民之间的纠纷以及美国公民同外国公民之间的纠纷,由独立于州利益的联邦法院来处理,可以确保司法公正,克服司法中的地方性影响。^{〔5〕}美国各州的法院体制依各州的宪法设立,由于宪法规定的差异,各州的法院体制不尽

〔1〕 参见〔美〕杰弗里·C.哈泽德、迈克尔·塔鲁伊:《美国民事诉讼法导论》,张茂译,中国政法大学出版社1998年版,第22~23页。

〔2〕 汤维建主编:《外国民事诉讼法学研究》,中国人民大学出版社2007年版,第4页。

〔3〕 参见汤维建:《美国民事司法制度与民事诉讼程序》,中国法制出版社2001年版,第280~281页。

〔4〕 〔美〕史蒂文·苏本、马格瑞特·伍:《美国民事诉讼的真谛》,蔡彦敏、徐卉译,法律出版社2002年版,第62页。

〔5〕 汤维建主编:《外国民事诉讼法学研究》,中国人民大学出版社2007年版,第4页。

相同,甚至连法院的审级名称都不一致,但各州不同级别的法院其职能基本上是相同的,包括初审法院、中间上诉法院和州最高法院。^[1]

由于联邦法院没有统一的程序规则,它在审理案件时只能适用其所在州的程序法,这就导致了联邦法院民事诉讼程序的不统一。为解决这一问题,美国国会在1934年通过了《授权法》,授权联邦最高法院制定一套单独的联邦法院民事诉讼规则。由联邦最高法院组成的包括著名学者、法官和律师在内的起草小组制定的《联邦民事诉讼规则》(草案),于1937年和1938年先后为联邦最高法院和美国国会所通过,自1938年9月1日起正式生效。此后,1967年美国通过了《联邦上诉程序规则》,1975年通过了《联邦证据规则》。《联邦民事诉讼规则》是美国联邦法院系统现行民事诉讼制度的主要渊源,它不仅统一了美国联邦法院的民事诉讼程序,也对各州民事诉讼程序的逐步统一起了推动作用。美国大多数州均以该规则为蓝本修订本州的民事诉讼程序法典。

1938年的美国《联邦民事诉讼规则》共11章86条。第一章规定了规则所适用的范围和目的,并明确规定将不同的诉讼形式统一为一种民事诉讼形式。第二章是诉讼开始的相关规定,包括传唤令状及其他令状的送达,诉答文书和其他文件的送达与提交,以及期间的规定。第三章规定了诉答文书和申请书,包括允许提出的诉答文书,申请书的格式,诉答文书的一般规则、特别事项、格式,诉答文书、申请书及其他文件的签名,向法院的陈述、制裁、抗辩、异议、反请求、交叉请求,第三人诉讼程序,修改和补充诉答文书,审前会议及其日程和管理。第四章是关于当事人的规定,包括原告和被告,当事人能力,当事人的合并,请求和救济方法的合并,集团诉讼,诉讼参加,替代当事人等。第五章是关于庭外证言与发现程序的规定,包括发现程序的一般规定,出示义务,庭外证言的各种形式及使用,以及发现程序的形式和不出示或不协助发现的制裁等。第六章规定了开庭审理的各项程序和规则,明确了审判的形式为陪审团审判、法院审判及其程序规则,规定了案件的分配、审理的合并与分开,诉讼的撤销及其具体程序。第七章是关于判决的规定,包括判决的一般性规定,缺席判决、简易判决,宣告判决和登记判决,重新审理,判决的修改,对判决或命令的救济等。第八章规定了临时性和终局性财产救济方法,包括扣押、禁止令,财产管理人,向法院提存,判决方案要约,执行等。第九章是关于特别程序的规定。第十章和第十一章规定了地区法院及其书记官和其他一般性条款。规则的最后附有诉讼文书格式。

《联邦民事诉讼规则》虽然是一部成文化的民事诉讼法典,但它并不是大陆法系意义上既有总则又有分则的系统化法典,而是以英美法系的判例法为基础,总结了传统判例法的经验,其重点是改革和简化开庭审理前的诉答程序事项的具

[1] 乔欣主编:《外国民事诉讼法学》,厦门大学出版社2008年版,第74~75页。

体规定、发现程序的方法以及当事人提出各种申请的程序 and 标准。至于开庭审理的程序,基本上是依照以往的习惯做法,没有什么改革,而且对开庭审理的许多程序没有作具体规定,还是按照已经形成的习惯进行审理。

美国民事诉讼法学者之所以把《联邦民事诉讼规则》视为继 1848 年《纽约州民事诉讼法典》之后,美国在民事诉讼发展道路上第二个重要的里程碑,是因为它有两大功绩:①把各种诉讼形式简化为单一的一种民事诉讼形式,使诉答程序摆脱了传统形式主义的束缚。并且,当事人一经向法院提交起诉状,诉讼程序即为开始,因此在保障当事人行使起诉权方面前进了一大步。②对在开庭审理之前当事人之间相互交换与诉讼有关的信息和证据制度改进后,规定了发现程序。^{〔1〕}此外,在当事人合并规则上也放宽了,这为美国后来确立集团诉讼制度奠定了基础。

美国《联邦民事诉讼规则》历经 1948 年、1961 年、1962 年、1966 年、1970 年、1980 年、1983 年、1991 年、1993 年、2001 年、2004 年等数次重要修改,至今依然有效。改革主要体现在以下方面:①立法改革了发现程序,强化了对发现程序的制约和限制。1980 年以来,美国立法对发现程序进行了多次改革,但实际效果并不明显,滥用发现程序的现象依然得不到遏制。1993 年引入了证据强制开示制度,即当事人在发现程序开始之初,应将其所拥有的准备在庭审中使用的证据和有关信息向对方当事人出示和披露,否则这些证据和信息便不得使用,在强制出示的基础上,双方当事人再采取进一步发现证据、收集证据的举措。同时限制当事人利用发现程序的次数,以便加快诉讼。②大力发展了诉讼外的纠纷解决机制,即 ADR 制度体系。③加强了法官对案件的诉讼管理职能。^{〔2〕}

第二节 美国民事诉讼程序结构的特点

一、继承了英国对抗制的诉讼传统并在其中融入管理型司法理念

对抗制(adversary system),韩国、日本等国将其译为当事人主义。虽然两大法系的民事诉讼制度都采用了对抗式辩论原则或当事人主义诉讼模式,但二者之间的差异是非常明显的。对抗制是英国民事诉讼的基本特点,美国继承了英国对抗制的诉讼传统并使之成为美国民事诉讼制度的核心。英国法上对抗制的中心含义为:①中立而消极的审判者。与大陆法系中的“管理型”法官相比,英国法官

〔1〕 参见《美国联邦民事诉讼规则·证据规则》,白绿铉、卞建林译,中国法制出版社 2000 年版,“导论”第 5~6 页。

〔2〕 参见汤维建主编:《外国民事诉讼法学研究》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 6~7 页。

属于“沉默型”。②由当事人主张和举证。这一点似乎与大陆法系相同，但与陪审制相联系，它们的差别就十分明显。英国法中最重要的证据是证人证言，证人的概念还包括当事人和鉴定人，交叉询问是对抗制审判的核心。③高度制度化的对抗性辩论程序。整个诉讼程序严格地按照一套设计精巧的规则进行，特别是其中包括的详尽的证据规则与律师职业伦理规则。^{〔1〕} 对抗制的理念基础是“公平竞争理论”（sporting theory of justice），即当事人之间的民事争议应当由当事人通过直接的对抗或竞争而解决，从而可以最大限度地发现案件事实进而实现正义。

对抗制是美国民事诉讼制度的基础，它所蕴含的当事人控制诉讼、法官在诉讼过程中保持中立性与消极性以及正当程序的极力追求等原则，都从根本上导致了交叉询问制、发现程序等对抗性很强的程序设计。对抗性内在地决定了诉讼迟延等问题存在的必然性。^{〔2〕} 当事人及其律师滥用发现程序，进一步加剧了诉讼迟延、费用昂贵的问题。自20世纪70年代以来，由于诉讼数量的大幅增加，诉讼需求量大与司法资源不足之间的紧张关系日益突出，当事人及其律师滥用程序权利，对抗制的固有属性，使美国民事司法制度面临的诉讼迟延、诉讼费用高昂的问题已经引起人们越来越多的关注，甚至还有不满。为解决此问题，美国国会于1990年12月1日制定了《民事司法改革法》，目的在于促进依事实真相准确地裁判案件、监督发现程序、提高对诉讼的管理，并且确保公正、迅速与低成本地解决民事纠纷；该法采取两大举措，即强化案件管理和发展非诉讼纠纷解决方法（ADR），规定了案件管理的6项基本原则和6种方法。有学者认为：“在过去10年左右的时间里，民事司法改革是以加强对案件的司法管理为特征的。”^{〔3〕} 根据美国联邦司法中心的介绍，案件管理的目的包括：案件管理是公正而有效的管理案件的过程，其内容包括清理积案、提高司法质量，解决那些耗费更多时间、耗费更多司法资源的案件；案件管理强调高度的灵活性，法官可以使用不同的方法管理案件；联邦地区法院的法官、治安法官、律师、秘书办公室的工作人员都负有管理案件的职责。^{〔4〕} 针对发现程序在运作中暴露出来的问题，美国于1980年、1983年、1993年对《联邦民事诉讼规则》进行了三次较大规模的修改。1980年修改的主要内容包括创设发现会议（discovery conference）并强制当事人出席，以及要求当事人应该抱着诚意出席制定发现计划的会议，对违反发现命令和不出席发现会议的，将给予制裁。1983年修改的主要内容包括法院可以通过发布命令对

〔1〕 参见乔欣主编：《外国民事诉讼法学》，厦门大学出版社2008年版，第6页。

〔2〕 齐树洁主编：《民事司法改革研究》，厦门大学出版社2004年版，第454页。

〔3〕 [美] 史蒂文·苏本、马格瑞特·伍：《美国民事诉讼的真谛》，蔡彦敏、徐卉译，法律出版社2002年版，第46页。

〔4〕 美国联邦司法中心编：《美国联邦地区法院民事诉讼流程》，汤维建等译，法律出版社2001年版，第158页。

处于不当发现之中的当事人提供保护,发现程序应与律师的伦理道德联系起来,要求律师和当事人都必须在所有文书上签字。1993年修改的内容主要是规定了强制性自动证据开示和限制开示次数制度。^[1]

美国的民事诉讼制度是以对抗制为本质特征的,同时融入了管理型司法的因素。美国的民事司法改革是对传统的自由主义对抗制诉讼模式的微调,而并未从理念层面与制度层面改变对抗制,这是因为:“美国人民生活在对抗制的国度里,浸泡在对抗制的文化氛围之中。对抗制成了美国人的思维方式和生活习惯。对抗制是美国社会蓬勃发展的原动力。”同时,“对抗制是一个有充分的内在容量来使之不断契合时代要求的动态概念,对它自身而言,也没有一个亘古不变的固定模式。对抗制更重要的是一种观念,一种能够充分映现民事诉讼本质规定的观念,一种能够直观地昭示诸如独立、公正、尊重人之尊严、揭示真实等一系列可谓永恒的程序价值的观念,一种可以标识着回溯过去、立足现在、塑造未来的开放式程序结构的观念,一种根植于民众心理,贴近民众,容易为民众所接近、所理解的程序观念”。^[2]

二、诉答程序、发现程序、开庭审理程序的三阶段程序结构

英美法系国家传统的诉讼程序是由诉答(pleading)和开庭审理(trial)两个阶段构成的。诉答程序通过当事人的起诉状和答辩状来确定争点,当事人之间在审前能否形成争点决定着案件会不会进入陪审团审理的法庭审理阶段。这是英美法系民事诉讼当事人主义一个突出的特点。但是,几个世纪以来,在审判前的诉答程序里当事人之间只确定争点并不交换证据,所以律师在开庭审理阶段往往冷不防地提出证据突袭(surprise)对方,以此作为战胜对方的主要战术。1938年美国《联邦民事诉讼规则》在诉答程序之后接着规定了发现程序(discovery),就是把当事人有权在审前阶段向对方当事人收集和调查证据作为一个诉讼阶段规定下来,这一程序是为了防止在法庭上当事人之间出现证据突袭的问题,此后该制度对整个英美法系的当事人主义机制产生了巨大影响。^[3]发现程序成为介入诉答程序和庭审程序之间的独立诉讼阶段,并由此带动了诉答机能的变化。诉答程序成为“告知”程序,它原来所具有的确定争点的功能让位给了发现程序。

汤维建教授认为,美国民事诉讼程序从大的方面来看,是由三大阶段构成的,即诉答阶段、审前阶段和庭审阶段。审前阶段承前启后,居于极为重要的位置,有着诸多功能。在审前阶段,发现程序又是一个重要的组成部分,或者说,

[1] 参见齐树洁主编:《民事司法改革研究》,厦门大学出版社2004年版,第467页。

[2] 汤维建:《美国民事司法制度与民事诉讼程序》,中国法制出版社2001年版,第224、226页。

[3] 《美国联邦民事诉讼规则·证据规则》,白绿铨、卞建林译,中国法制出版社2000年版,“导论”第9~10页。

发现程序是审前程序的基石和实质。发现程序是美国民事诉讼程序中一个独立的阶段和环节。^{〔1〕} 乔欣教授将美国民事诉讼程序划分为诉答程序、审前程序和开庭审理三个阶段。诉答程序是诉讼当事人通过诉答文书（起诉状和答辩状等书面诉讼文件）的交换而进行诉讼的程序。审前程序是美国民事诉讼的重要程序。特别是20世纪70年代以来，美国将民事诉讼的重点从审理程序转至审前程序，使这一程序的重要性更加突出。从美国的民事诉讼实践看，几乎95%以上的案件在审前程序中已经通过当事人之间的和解而得到解决。审前程序的内容包括：①证据开示（discovery），也译为发现程序，是指双方当事人开庭审理之前向对方当事人提供并获取与案件有关的事实、文件或者其他相关材料的方式和程序；②审前会议（pre-trial conference），是指在法庭审理之前，为了加强法院对诉讼的管理，而由法官召集双方当事人以加快案件的处理，并为法庭审理进行准备为目的的会议；③替代性纠纷解决方式（ADR），是指未经庭审而对案件作出的处理，包括简易判决（summary judgment）、不应诉判决（default judgment）、撤销诉讼（dismissal of actions）。开庭审理是民事诉讼程序的核心，是陪审团和法官对当事人之间的争议进行实质审理并作出裁判的重要程序。^{〔2〕} 沈达明教授将美国民事诉讼程序划分为诉讼文件（实际上是诉答程序）、发现程序、其他审理前的程序（包括审前会议和不经审理作出的判决）、审理。^{〔3〕} 笔者认为，美国民事诉讼程序结构原则上是由审前程序（pre-trial）和开庭审理或者庭审程序（trial）两个大的阶段而构成的，审前程序主要包括诉答程序和发现程序，有时还包括发现程序结束后为法庭审理进行准备的审前会议、发现程序之后的当事人和解及利用ADR机制解决纠纷、特殊情形不需审理而直接作出处理等程序。发现程序是美国民事诉讼中最具特色的程序，是美国民事诉讼区别于其他国家民事诉讼的显著标志，因此，笔者主张将美国民事诉讼程序结构细化为诉答程序、发现程序、开庭审理三个阶段。

英美民事诉讼法的主要共同点是两国均采用一次性审理的方式，并将审理、审理前阶段彻底分开。这也是英美民事诉讼法与大陆法系民事诉讼法的最大差别。一次性审判影响各种中间程序的安排，决定当事人、律师以及法官各自担任的角色。但两国的诉讼费用规则和律师制度有明显区别。英国曾考虑引进美国的发现程序，但英国先后两个法律改革委员会都拒绝采用美国发现程序中最强有力的发现方式，即“笔录证言”，其反对理由是如果采用这一方式必须大量使用律师，从而改变了律师的工作方式。英国法律改革委员会也考虑过引进美国的审前

〔1〕 汤维建主编：《外国民事诉讼法学研究》，中国人民大学出版社2007年版，第15页。

〔2〕 参见乔欣主编：《外国民事诉讼法学》，厦门大学出版社2008年版，第92~117页。

〔3〕 参见沈达明编著：《比较民事诉讼法初论》，中国法制出版社2002年版，第78~97页。