

厦门大学法学院诉讼法学系列

Access to Justice

第 2 辑

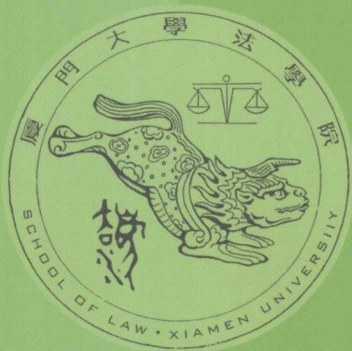
总主编 齐树洁

# 台港澳民事诉讼制度

*Civil Procedure in Taiwan, Hong Kong and Macao*

【第二版】

齐树洁 / 主编



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位



# Access to Justice

厦门大学法学院诉讼法学系列

程序正义与司法改革

公证制度新论

环境纠纷解决机制研究

英国司法制度

美国司法制度

德国司法制度

民事审前程序

台港澳民事诉讼制度

多元化纠纷解决机制原理与实务

调解衔接机制理论与实践



● 本书主编与部分作者合影

【第2辑】

D0488-2-1

ISBN 978-7-5615-5001-4



9 787561 550014 >

定价:57.00元

责任编辑 施高翔  
特约编辑 李 宁  
封面设计 夏 林

014039451



厦门大学法学院诉讼法学

Access to Justice

总主编 齐树洁

# 台港澳民事诉讼制度

*Civil Procedure in Taiwan, Hong Kong and Macao*

【第二版】

福建厦门大道之行律师事务所资助出版

主 编 齐树洁

副主编 周湖勇

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

齐树洁 熊云辉 李叶丹 郑玉青  
 罗冬梅 周湖勇 王琳珂 李 娜  
 邹郁卓 徐 雁 李清叶 李中杰  
 辜恩臻 周一颜 祁冬冬 董 扬  
 蔡肖文 陈莹颖 洪伟毅 李春雨  
 林 蕾 陈贤贵



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位

D927.58

16-2

图书在版编目(CIP)数据

台港澳民事诉讼制度/齐树洁主编. —2版. —厦门:厦门大学出版社,2014.4  
(厦门大学法学院诉讼法学系列·第2辑)

ISBN 978-7-5615-5001-4

I. ①台… II. ①齐… III. ①民事诉讼法-研究-台湾省 ②民事诉讼法-研究-香港  
③民事诉讼法-研究-澳门 IV. ①D927.580.510.4 ②D927.658.051.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 063511 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

[xmup@xmupress.com](mailto:xmup@xmupress.com)

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2014 年 4 月第 2 版 2014 年 4 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:32.5 插页:2

字数:620 千字 印数:1~2 000 册

定价:57.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

## 主编简介

>>>

**齐树洁**，男，河北武安人，1954年8月生。1972年12月自福建泉州一中应征入伍，1978年4月从新疆军区某部退役。1982年7月毕业于北京大学法律系，获法学学士学位。1990年8月毕业于厦门大学民商法专业，获法学硕士学位。2003年11月毕业于西南政法大学诉讼法专业，获法学博士学位。曾在西南政法学院、中国人民大学、香港大学、澳门大学、台湾政治大学、菲律宾Ateneo大学、英国伦敦大学、德国Freiburg大学、法国巴黎第二大学、美国佛罗里达大学研修和访问。现为中国民事诉讼法学研究会副会长，厦门大学法学院教授、博士生导师、司法改革研究中心主任，澳门科技大学法学院兼职博士生导师。

>>> 已出版 **厦门大学法学院诉讼法学系列 [第1辑]**

- 《民事程序法》 ..... 齐树洁 / 主编
- 《民事司法改革研究》 ..... 齐树洁 / 主编
- 《民事证据法专论》 ..... 程春华 / 主编
- 《仲裁法新论》 ..... 张斌生 / 主编
- 《英国证据法》 ..... 齐树洁 / 主编
- 《多元化纠纷解决机制》 ..... 范 愉 / 主编
- 《强制执行法》 ..... 李 浩 / 主编
- 《破产法研究》 ..... 齐树洁 / 主编

# 本书作者简介

(以撰写章节先后为序)

- 齐树洁** 法学博士,中国民事诉讼法学研究会副会长,厦门大学法学院教授、博士生导师、司法改革研究中心主任,多次赴台湾、香港和澳门进行学术交流。本书主编,撰写绪论。
- 熊云辉** 厦门大学法学院诉讼法博士研究生,曾作为访问学者赴台湾政治大学学习。撰写第一章。
- 李叶丹** 荷兰阿姆斯特丹大学法学院博士研究生,曾作为交流学生赴台湾成功大学学习。撰写第二、六章。
- 郑玉青** 法学硕士,厦门万绿城投资有限公司职员。撰写第三章。
- 罗冬梅** 法学硕士,上海绿地能源集团有限公司职员。撰写第四、二十一章。
- 周湖勇** 法学博士,温州大学法政学院副教授。本书副主编,撰写第五章。
- 王琳珂** 法学硕士,中国银行业监督管理委员会漳州监管分局工作人员。撰写第七章。
- 李娜** 法学硕士,中国银行邯郸分行工作人员。撰写第八章。
- 邹郁卓** 厦门大学法学院诉讼法博士研究生,曾作为访问学者赴美国威斯康星大学麦迪逊分校学习。撰写第九章。

- 徐雁** 法学博士,厦门市发展和改革委员会工作人员。撰写第十章。
- 李清叶** 法学硕士,河北省邢台市人民检察院工作人员。撰写第十一章。
- 李中杰** 法学硕士,中国保险监督管理委员会广东监管局工作人员。撰写第十二章。
- 辜恩臻** 法学博士,广东省高级人民法院法官。撰写第十三章。
- 周一颜** 厦门大学法学院诉讼法博士研究生,美国哈姆莱大学交流学生,曾作为访问学者赴香港大学学习。撰写第十四章。
- 祁冬冬** 法学硕士,厦门国际银行珠海分行工作人员。撰写第十五、十七章。
- 董扬** 法学硕士,中国证券监督管理委员会深圳监管局工作人员。撰写第十六章。
- 蔡肖文** 澳门科技大学法学院诉讼法博士研究生,汕头市龙湖区人民法院法官。撰写第十八章。
- 陈莹颖** 法学硕士,深圳市罗湖区人民法院法官。撰写第十九章。
- 洪伟毅** 法学硕士,厦门市同安区人民检察院检察官。撰写第二十章。
- 李春雨** 法学硕士,厦门市法律援助中心律师。撰写第二十二、二十三章。
- 林蕾** 法学硕士,厦门市思明区人民法院书记员。撰写第二十四章。
- 陈贤贵** 法学博士,华侨大学法学院讲师,曾作为访问学者赴台湾政治大学学习。撰写第二十五章。

## 出版说明

厦门大学法律系(现为法学院)创办于1926年,其后几经坎坷,历尽艰辛。自1979年复办以来,法学院在重视提高诉讼法学教学质量的同时,始终密切关注并积极参与我国诉讼法律制度的建设及诉讼法学学科的发展。近20年来,法学院教师出版、发表了许多专著、教材和学术论文,内容涉及民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼、海事诉讼、仲裁制度、破产制度、海峡两岸诉讼制度比较以及司法改革等方面,在法学界产生了较大影响。1999年,经国务院学位办批准,厦门大学开始招收诉讼法专业硕士研究生。2001年5月,为适应诉讼法教学和科研的需要,提升学术研究水准,促进诉讼法学学科的发展,并为我国正在进行的司法改革摇旗呐喊,尽一点绵薄之力,我发起编写“厦门大学法学院诉讼法学系列”。受20世纪90年代英国民事司法改革的启示,我们将本丛书的主题确定为“接近正义”(access to justice)。

本系列第一辑以民事诉讼法为主题,包括《民事程序法》、《民事司法改革研究》、《民事证据法专论》、《仲裁法新论》、《英国证据法》、《ADR原理与实务》(再版时改名为《多元化纠纷解决机制》)、《强制执行法》、《破产法研究》等8种,已于2004年6月全部出齐并先后重印或再版。这套书的出版在法学界引起很大的反响,受到专家和读者的好评,并被多所法学院校采用为教材。2002年9月,英国文化委员会和驻华大使馆发来贺信,对《英国证据法》的出版表示祝贺并予以高度评价。2003年,《仲裁法新论》获得厦门市第五次社会科学优秀成果二等奖;《英国证据法》获得福建省第五届社会科学优秀成果三等奖。2004年,《民事程序法》、《英国证据法》同时获得“首届中国优秀法律图书奖”。2006年,《民事程序法》入选普通高等教育“十一五”国家级规划教材。

第二辑在继承第一辑写作风格的基础上,有所发展和创新。为适应我国司法改革的新形势,这一辑以司法制度及其改革为主题,共计10种,包括《程序正



义与司法改革》、《公证制度新论》、《环境纠纷解决机制研究》、《多元化纠纷解决机制原理与实务》、《英国司法制度》、《美国司法制度》、《德国司法制度》、《民事审前程序》、《台港澳民事诉讼制度》、《调解衔接机制理论与实践》。上述各书已于2010年8月全部出齐。

台湾、香港、澳门自古是中国的领土。由于历史的原因,台、港、澳地区实行与大陆不同的政治、经济、法律制度。1997年7月1日,我国恢复对香港行使主权;1999年12月20日,我国恢复对澳门行使主权;海峡两岸的交流不断扩大,和平统一已成为大势所趋。根据“一国两制”的方针,在今后较长的时期内,台、港、澳地区将保留有相对独立于祖国大陆的立法权、司法权和终审权。近年来,台湾地区为适应社会经济发展的需要,多次修法,不断完善民事纠纷解决机制。香港地区经过多年的筹划,逐步推行司法改革,并自2009年4月2日起实施新的民事诉讼制度。澳门地区的《民事诉讼法典》理念先进,体系完整,内容丰富。台、港、澳三地区民事诉讼制度各具特色,值得大陆学界研究和借鉴。

厦门大学法学院与台港澳地区法学界长期保持密切的联系,学术交流频繁,在涉台港澳法律问题研究方面成果显著,已成为研究台港澳法律制度的一个重要基地。《台港澳民事诉讼制度》一书就是我们多年来关注、研究台港澳法律制度的一项成果。本书于2010年3月出版后,受到学界和读者的欢迎。2014年1月,我们根据最新的立法资料和司法动态,对本书作了全面的修订。此次修订除改正差错、增补资料外,还加强了对相关理论的评析。作者期望通过系统阐述台港澳民事诉讼制度的基本原理、程序和实务,介绍三地司法改革的最新发展动态,为大陆与台港澳地区的民间往来、学术交流、诉讼活动、司法合作提供参考和借鉴。

本丛书的出版得到了厦门市司法局、厦门仲裁委员会、莆田市中级人民法院、厦门市公证处、泉州市公证处、厦门大学法学院、厦门大学出版社领导的鼓励、支持和帮助;福建厦门大道之行律师事务所为本书的出版提供资助,在此一并表示衷心的感谢。

尽管作了很大的努力,但由于作者的学识和能力所限,本丛书的不足之处在所难免,恳请专家、读者批评指正。

齐树洁 谨识

2014年3月15日

于厦门大学法学院

## 福建厦门大道之行律师事务所简介

福建厦门大道之行律师事务所(以下简称大道所)成立于1999年,位于福建省厦门市湖滨北路振兴大厦十五楼,现有办公场所面积1000多平方米。大道所是一家拥有30多名专职执业律师、律师助理,与国际接轨的专门从事房地产、资本市场法律业务的综合性合伙制律师事务所,2004年被评为福建省首批诚信文明律师事务所。大道所2001年出资在厦门大学法学院设立了“大道之行奖学金”,曾主办“大道杯”高尔夫球邀请赛,还设立了大道青年发展基金。大道所也是最早设立国际网站的律师事务所之一。

大道所现任主任郭小东律师2000年被评为福建省首届“十大杰出青年律师”。大道所的成员均为年富力强的中青年骨干律师,具有扎实的理论功底和丰富的实践经验。多名律师具有博士后、博士和研究生学历,可用英文直接提供涉外法律服务。大道律师注重理论与实践相结合,已有数十篇论文在《中国法学》、《现代法学》等全国性刊物上发表,正式出版发行了《大道之行法律理论与实务丛书》(共五种),涉及民商法理论研究、公司股权并购(M&A)上市、房地产投资法律实务等领域。大道律师的论文多次在全国律协、福建省律师研讨会上获“一等奖”、“优秀组织奖”。大道所的业绩曾被《中国青年报》、《福建日

报》、福建电视台等新闻媒体报道。

**大道的理念** “大道之行，天下为公”是大道所的理念。大道所以崭新的法律操作理念和经营哲理为指导思想，为客户提供优质的服务，力求做到法律策略和意见的可行性、建设性，以维护客户利益。

**大道的策略** 非诉讼的目的在于避免风险和赢得主动。大道结合客户的需要提供专业团队服务和法律服务，尽力避免法律风险，增加法益。诉讼的关键在于制定策略和争取胜诉。大道所通过对法律的精细分析，以实际行动精心确保客户利益。大道所能够安排富有经验的律师对突发的案件作出迅速的处理，同时为客户寻求最经济的解决方法。

**大道的服务** 大道所已在政府和社团法律服务、金融证券、房地产投资、公司股权收购上市法律运作、国际经济贸易合作等领域形成特色并有所专长；承办了诸多重大的项目投资收购和上市法律业务。大道所能够组成律师团队为客户提供优质服务。

**大道的客户** 大道所的客户包括政府机关、社团协会、商业银行，著名的上市公司、企业集团和跨国公司等。

**大道的合作伙伴** 大道所注重联合协作关系，与厦门市外资委、工商局、土地房管局、税务局及多家中介机构建立了良好的公共协作关系，并聘请了多位资深政府官员、大学教授、行业专家担任大道的专项顾问。大道所是“中美律师联合服务中心”及“长江律师联网”的成员。大道所还和中国各大城市及国外、香港地区、台湾地区的众多律师事务所保持良好和紧密的合作关系。

## 目 录

绪论	(1)
一、研究台港澳诉讼制度的意义	(1)
二、台湾地区民事诉讼制度概述	(2)
三、香港地区民事诉讼制度概述	(9)
四、澳门地区民事诉讼制度概述	(17)
<b>第一编 台湾地区民事诉讼制度</b>	
第一章 “民诉法”修改的理论基础	(25)
一、费用相当性原则	(26)
二、程序利益保护论	(28)
三、听审请求权	(29)
四、程序选择权论	(31)
五、武器平等原则	(33)
六、非讼法理之嵌入	(34)
七、集中审理原则	(35)
第二章 法院与管辖	(37)
一、司法机构体系	(37)
二、职务管辖	(42)
三、地域管辖	(42)
四、专属管辖	(45)
五、指定管辖	(47)
六、移送管辖	(48)
七、管辖竞合	(49)

八、合意管辖	(49)
<b>第三章 当事人制度</b>	(52)
一、概述	(52)
二、共同诉讼人	(59)
三、诉讼参加人	(67)
四、诉讼代理人和辅佐人	(72)
<b>第四章 证据制度</b>	(76)
一、概述	(76)
二、举证责任	(80)
三、证人	(84)
四、鉴定	(87)
五、书证	(90)
六、勘验	(92)
七、当事人讯问	(93)
八、证据保全	(93)
<b>第五章 第一审诉讼程序</b>	(96)
一、通常诉讼程序	(97)
二、调解程序	(109)
三、简易诉讼程序	(115)
四、小额诉讼程序	(121)
<b>第六章 上诉审程序</b>	(126)
一、第二审程序	(126)
二、第三审程序	(135)
三、附带上诉程序	(139)
四、抗告程序	(142)
<b>第七章 再审程序</b>	(147)
一、概述	(147)
二、再审的事由	(149)
三、再审程序的提起要件	(153)
四、再审案件的审理程序	(156)

五、再审判决的效力 .....	(158)
六、第三人撤销诉讼 .....	(159)
七、准再审 .....	(162)
<b>第八章 特殊程序</b> .....	(164)
一、保全程序 .....	(164)
二、督促程序 .....	(169)
三、公示催告程序 .....	(171)
<b>第九章 家事事件程序</b> .....	(176)
一、家事事件程序的适用范围 .....	(177)
二、家事事件程序的基本理念 .....	(178)
三、家事事件程序的运作主体 .....	(180)
四、家事事件的处理程序 .....	(184)
五、家事事件程序的其他规定 .....	(189)
六、总结与展望 .....	(192)
<b>第十章 执行程序</b> .....	(195)
一、概述 .....	(195)
二、强制执行程序的进行 .....	(199)
三、关于金钱请求权之执行 .....	(203)
四、对于非金钱请求权的执行 .....	(214)
<b>第二编 香港地区民事诉讼制度</b>	
<b>第十一章 法院与管辖</b> .....	(218)
一、概述 .....	(218)
二、区域法院 .....	(221)
三、高等法院 .....	(224)
四、终审法院 .....	(226)
五、审裁处 .....	(229)
<b>第十二章 当事人制度</b> .....	(235)
一、概述 .....	(235)
二、第三方当事人 .....	(240)

三、当事人适格之扩张 .....	(244)
四、当事人的变更 .....	(245)
五、诉的合并和分离 .....	(247)
六、代表人诉讼 .....	(249)
七、法定衍生诉讼 .....	(251)
<b>第十三章 证据制度</b> .....	(255)
一、概述 .....	(255)
二、证人制度 .....	(260)
三、书证与书证开示 .....	(265)
四、传闻证据规则 .....	(270)
五、意见证据与专家证据 .....	(272)
<b>第十四章 初审程序</b> .....	(277)
一、概述 .....	(277)
二、提起诉讼之方法 .....	(278)
三、法律程序文件之送达和认收 .....	(281)
四、即决判决 .....	(283)
五、状书 .....	(286)
六、文件之透露 .....	(292)
七、审讯和判决 .....	(297)
<b>第十五章 上诉审程序</b> .....	(305)
一、概述 .....	(305)
二、原讼法庭的上诉审程序 .....	(307)
三、上诉法庭的上诉审程序 .....	(311)
四、终审法院的上诉审程序 .....	(318)
<b>第十六章 审裁处的诉讼程序</b> .....	(323)
一、概述 .....	(323)
二、土地审裁处的诉讼程序 .....	(325)
三、劳资审裁处的诉讼程序 .....	(332)
四、小额钱债审裁处的诉讼程序 .....	(338)

第十七章 执行程序	(343)
一、概述	(343)
二、执行的一般规定	(344)
三、执行令状的一般规定	(351)
四、非香港判决及裁决的执行	(360)

### 第三编 澳门地区民事诉讼制度

第十八章 民事诉讼法的基本原则	(366)
一、诉诸法院原则与禁止自力救济原则	(367)
二、处分原则与诉讼程序的领导权及调查原则	(368)
三、当事人进行原则与辩论原则	(370)
四、当事人平等原则	(371)
五、合作原则	(372)
六、形式合适原则	(373)
七、善意原则与相互间行为恰当之义务	(374)
第十九章 法院与管辖	(376)
一、概述	(376)
二、法院体系	(377)
三、民事诉讼管辖	(388)
第二十章 当事人制度	(396)
一、当事人能力和诉讼能力	(396)
二、当事人的正当性问题	(397)
三、共同当事人	(399)
四、联合当事人	(400)
五、第三方当事人	(402)
六、诉讼代理人	(407)
第二十一章 证据制度	(414)
一、证据的分类	(414)
二、证明对象	(415)
三、证据法的基本原则	(416)
四、举证责任	(417)



五、书证 .....	(418)
六、当事人陈述 .....	(421)
七、鉴定证据 .....	(423)
八、勘验 .....	(426)
九、证人证言 .....	(427)
十、物证 .....	(431)
<b>第二十二章 诉讼程序的一般规定</b> .....	(432)
一、诉讼行为 .....	(432)
二、诉讼程序 .....	(438)
三、诉讼保全程序 .....	(444)
<b>第二十三章 初审程序</b> .....	(450)
一、答辩书状 .....	(450)
二、诉讼程序的清理及准备 .....	(457)
三、案件的辩论和判决 .....	(459)
四、简易程序 .....	(463)
<b>第二十四章 上诉审程序</b> .....	(466)
一、概述 .....	(466)
二、平常上诉的一般规则 .....	(469)
三、平常上诉的程序 .....	(474)
四、非常上诉程序 .....	(484)
<b>第二十五章 执行程序</b> .....	(488)
一、执行名义 .....	(488)
二、执行的初步阶段 .....	(491)
三、执行程序的一般规定 .....	(492)
四、执行程序的特别规定 .....	(496)

# 绪论

## 一、研究台港澳诉讼制度的意义

由于历史和现实的原因,我国目前的法律体系呈现出“一国两制三法系四法域”的状态。中国大陆和台湾、香港、澳门各自实行不同的法律制度,各有其特点和长处。从总体上看,台湾地区的法制基于大陆法系的传统,历来以德国、日本等国家的立法、判例和学说为参照。香港地区的法制源于普通法系,与英国法有着千丝万缕的联系。澳门地区的法制也属于大陆法系,其民法、刑法、诉讼法等基本法律制度沿袭葡萄牙法律的传统。我国大陆的法律制度具有大陆法系的诸多特征,在1978年改革开放之前,受到苏联等社会主义国家法制的巨大影响;改革开放之后,我国广泛吸收世界各国先进立法,法律制度日臻完善。

民事诉讼是一项重要的司法制度。诉讼制度的出现使纠纷的解决能够在和平、公正的环境下进行,而且,由于有了公权力机关的主导,诉讼程序更加专业化,纠纷解决的结果也更加确定,执行更有保障。在社会急剧变迁、价值日益多元的新形势下,民事诉讼及其相关制度必须与时俱进,不断完善,才能适应社会经济发展的需要和民众多元化的利益需求,更有效地解决争议,保障人民的权益。

台湾、香港、澳门自古是中国的领土。由于历史的原因,台、港、澳地区实行与大陆不同的政治、经济、法律制度。1997年7月1日,我国恢复对香港行使主权;1999年12月20日,我国恢复对澳门行使主权;海峡两岸的交流不断扩大,和平统一已成为大势所趋。根据“一国两制”的方针,在今后较长的时期内,台、港、澳地区将保留有相对独立于祖国大陆的立法权、司法权和终审权。近年来,台湾地区为适应社会经济发展的需要,多次修法,不断完善民事纠纷解决机制。香港地区经过多年的筹划,逐步推行民事司法改革,并自2009年4月2日起实

施新的民事诉讼制度。澳门地区的《民事诉讼法典》理念先进,体系完整,内容丰富。台、港、澳三地区民事诉讼制度各具特色,值得大陆学界研究和借鉴。

任何一项法律制度都根源于一定的社会生活条件,其形成有着特定的历史背景,而历史是不能割断的。因此,对台港澳民事诉讼制度的分析应坚持历史唯物主义的观点。只有全面了解台港澳地区法律制度的演变发展过程,才能深刻认识其现状和特点,也才能准确理解其立场、学说和判例并汲取其成功的立法和司法经验。为此,有必要从总体上把握台港澳民事诉讼制度,即不仅研究其程序制度,还要分析其历史发展、法律渊源、相关学说和司法判例。

## 二、台湾地区民事诉讼制度概述

### (一)台湾地区民事诉讼制度的体系

台湾地区学者认为,民事诉讼系指司法机关基于私人之要求,调查其法律上要件是否具备,以确定私权为目的之法律上程序。从司法机关而言,民事诉讼系维持私法法规,保护私人利益为目的之程序。从私人方面而言,民事诉讼系私人对于司法机关,要求就其私法上之利益,为利己之保护行为之程序。<sup>①</sup>台湾地区“民事诉讼法”(以下简称“台湾民法”)可分为实质意义上的“民法”和形式意义上的“民法”。从形式意义上而言,专指现行“民事诉讼法典”;从实质意义上而言,泛指包括“民事诉讼法典”在内的其他有关民事诉讼程序的一切法规。<sup>②</sup>其他有关民事诉讼的法规包括“民事诉讼法施行法”、“民事诉讼费用法”、“民事诉讼须知”、“办理民事诉讼事件应行注意事项”、“各级法院办案期限规则”、“民事保全程序事件处理要点”、“强制执行法”、“办理强制执行事件应行注意事项”、“破产法”、“非讼事件法”、“非讼事件法施行细则”、“公证法”、“公证法施行细则”、“仲裁法”、“消费者债务清理条例”、“乡镇市调解条例”、“家事事件法”等。这些法规与“民法”共同构成一个完备的法律体系,保障民事诉讼的有序、协调运行。

成文法是台湾地区主要的法律渊源,但应注意的是,判例在台湾法制中占有重要的地位。尽管对于“最高法院”判例的效力,在法律上尚无定论,但学者的学术著作均对判例的法律见解表示相当的重视。例如,林纪东先生认为:“‘最高法院’有关某一法例的判例和‘司法院’有关某一法条的解释,是具有拘束力的解

<sup>①</sup> 杨与龄:《二十年来之民事诉讼法》,载杨建华主编:《民事诉讼法论文选辑》,台湾五南图书出版公司1984年版,第83页。

<sup>②</sup> 常征主编:《台湾现行法律概述》,陕西人民出版社1990年版,第395页。

释,为行政机关和司法机关适用该条例的准据,关系亦甚重要。”王泽鉴先生认为:“‘最高法院’以法典守其经,以判例通其变,贡献甚巨。”郑玉波先生认为:“判例既成之后,即不得轻予变更,故法院之判决先例,遂有事实上之拘束力”。<sup>①</sup>台湾地区“法院组织法”规定,“最高法院”有权编辑判例亦有权变更判例。因此,研究“台湾民法”,必须同时分析其“最高法院”的有关判例。<sup>②</sup>

“台湾民法”是台湾地区法律体系的重要组成部分。现行“民法”分为8编。第一编为总则,分为4章:第一章法院;第二章当事人;第三章诉讼标的价额之核定及诉讼费用;第四章诉讼程序。第二编为第一审程序,分为4章:第一章通常诉讼程序;第二章调解程序;第三章简易程序;第四章小额诉讼程序。第三编为上诉审程序,分为2章:第一章第二审程序;第二章第三审程序。第四编为抗告程序。第五编为再审程序。第五编之一为第三人撤销诉讼程序。第六编为督促程序。第七编为保全程序。第八编为公示催告程序。

## (二)“台湾民法”的特点

“台湾民法”参照德国、日本等国民事诉讼法,斟酌中国民俗而制定,具有中华法系的特色。<sup>③</sup>该法历来以大陆法系国家尤其是以德国的立法为参照,广泛借鉴德国、日本等大陆法系国家法制改革和发展的经验,许多修订直接来源于德国,有着明显的法律移植的痕迹。有的学者甚至认为,这是“台湾民法”的一个特征。<sup>④</sup>不仅如此,“台湾民法”还受到英美法系国家的影响,例如,其法院调解制度主要受美国法院附设ADR的影响。与此同时,“台湾民法”秉承中华法系的基本精神,并对其进行现代化改造。例如,台湾地区立法和司法机关

<sup>①</sup> 转引自胡大展主编:《台湾民法研究》,厦门大学出版社1993年版,第48页、第49页、第54页。

<sup>②</sup> 齐树洁:《海峡两岸民事诉讼法比较》,载《中外法学》1995年第2期。台湾学者所撰写的法学著作中,在解释法律规定时,大多引用相关的“最高法院”判例并作法理上的分析。兹举一例。“最高法院”2013年度台上字第106号判决称:“法院于确定判决理由中,对诉讼标的以外当事人所主张或抗辩之重要争点,本于当事人充足举证及辩论之结果,已为实质之判断者,除有显然违背法令,或当事人提出新诉讼资料足以推翻原判断之情形外,于同一当事人间,就与该重要争点有关之他诉讼,不得再为相反之主张,法院亦不得作相异之判断。此源于诉讼上之诚信原则及当事人公平之诉讼法理,避免纷争反复发生,以达‘一次解决纷争’所生之一种判决效力(拘束力),即所谓‘争点效’,亦当为程序法所容许。”转引自姜世明:《民事诉讼法》(下册),台湾新学林出版股份有限公司2014年第2版,第299页。

<sup>③</sup> 常怡主编:《民事诉讼法》,中国政法大学出版社2002年版,第531页。

<sup>④</sup> 台湾民事诉讼程序架构具有“亲德性”。参见田平安主编:《民事诉讼法原理》,厦门大学出版社2012年第5版,第411页。

历来强调调解,并在第一审程序中专章规定调解程序,与其他审判程序并列。<sup>①</sup>“台湾民法”从内容到形式都受到两大法系的影响,但从总体而言,它属于大陆法系的民事诉讼范畴,具有如下特征:

1. 从形式上看,体系庞杂,结构独特

(1)“台湾民法”未将审判程序规定为一编,而是将第一审程序、上诉审程序、抗告程序、再审程序和其他非审判程序并列,各种程序之间各自独立,互不联系。这种体系设置不仅使编目繁复,而且在内容上的编排上缺乏归类性和整体感。<sup>②</sup>

(2)实行三审终审制,将对判决的声明不服称为上诉,对裁定的声明不服称为抗告,分别适用上诉审程序和抗告程序。上诉审程序包括第二审程序和第三审程序。立法上强调“发挥第一审的事实审功能,健全第二审的事后审功能;完善第三审的法律审功能”,并辅之以飞跃上诉等柔性机制。

(3)采取“审执分立”制,台湾在“民法”之外,另行制定“强制执行法”。执行程序不是诉讼程序,而是非讼程序。

(4)将涉外民事诉讼的特别规定分散在各章节中。

(5)对于现代非讼事件,专门制定“非讼事件法”,适用于登记、财产管理等民事非讼事件及公司、海商、票据等商事非讼事件。

(6)统合家事诉讼程序、家事非讼程序立法。2012年1月11日,台湾地区颁布“家事事件法”(自2012年6月1日起施行)。该法共200条,分为总则、调解程序、家事诉讼程序、家事非讼程序、履行之确保及执行、附则等六编。据学者的评论,该法对于妇幼权益的保障及妥适、专业、统合处理家事纷争,往前迈开了一大步,可称为家事司法制度改革的一个重大里程碑。<sup>③</sup>

2. 从内容上看,“台湾民法”以确认私权为目的,但内容复杂,程序烦琐

“台湾民法”的具体制度包括当事人制度、证据制度、管辖制度等,具体程序包括诉讼程序和非讼程序。其中,诉讼程序包括一审程序、上诉审程序、抗告

<sup>①</sup> 台湾地区“司法院”1980年颁布的《民事诉讼须知》第15条称:“讼则终凶,古有明训。凡诉讼者,动辄经年累月,不但荒时废业,且耗费金钱,纵获胜诉,亦往往得不偿失。若其败诉,所受损失更为重大。故于未起诉之先,如有调解之可能,宜先行调解,即令调解不成而至起诉,在诉讼进行中,如有可以协商之机会,亦须尽力和解。”“和”是中国传统文化的核心。台湾地区民事诉讼立法重视调解,并将传统调解制度和现代司法相结合,这既是对中国传统文化的继承,也是传统文化的现代转型。

<sup>②</sup> 汤维建主编:《民事诉讼法》,北京大学出版社2008年版,第605页。

<sup>③</sup> 关于台湾地区“家事事件法”的具体评论,参见陈重阳:《台湾民事诉讼法学之近代发展——从程序保障权谈家事事件法之制定》,载《海峡两岸法学研究——两岸法治经验智回顾与前瞻》(第1辑),九州出版社2013年版。

程序及再审程序等,非讼程序包括调解程序、执行程序等。各种制度和程序历经多次修改,日益严密,但由于其复杂性,可能不便于为民众所掌握。

“台湾民诉法”最突出的特点是以确认私权为目的,即一切程序内容均以此为中心而设立。<sup>①</sup> 保护私法上的权利和利益是“民诉法”的主要目的。一切有关财产关系与财产相关的人身关系诉讼都归入“民诉法”的调整范围。经多次修改,台湾地区近年来形成一些独具特色的民事诉讼制度,如当事人选定法官(已废止)、第三人撤销诉讼、家事诉讼程序等。

### (三)“台湾民诉法”的发展

“台湾民诉法”以民国时期国民政府颁布的《民事诉讼法》为基础,60年来经过十余次修订。其修改之频繁,实属罕见,由此招致了广泛的质疑,其中的原因值得思考。有学者认为,“台湾民诉法”变更的高频性是外部压制性和内部生发性的双重结果;<sup>②</sup>有学者指出,台湾当局“迫于国际环境、社会结构、经济发展以及人文观念,均有重大变迁,加上与世界各国交流频繁、科技进步迅速及教育与生活水准之提高、人际关系亦趋复杂,权利义务纠纷亦形多样”,于是通过修订法律,以期“对现行民事诉讼制度通盘检讨以符合世界潮流并适应社会需要”。<sup>③</sup>

自20世纪80年代以来,“台湾民诉法”修订更加频繁。突袭性裁判防止论、程序主体权论及新程序保障论相继被提倡,并不断拓深,进而发展为“民诉法”修正的理论基础。<sup>④</sup> 综观“台湾民诉法”的历次修订,其中有的是为了配合民法的施行,有的是为了适应经济社会发展的需要,有的是为了适应世界范围司法改革之要求。自20世纪末以来,针对诉讼延迟、成本高昂等“司法危机”,各国和地区纷纷进行以简化程序、提高诉讼效率的民事司法改革,台湾地区也不甘落后,“带着匡复社会正义、赶超德日等国的内心信仰与情怀”,检讨“民诉法”的不足,引进小额诉讼程序,修正简易程序,充分发挥调解的作用,以构建多元化纠纷解决机制。<sup>⑤</sup> “台湾民诉法”的历次修订以“新”、“速”、“实”、“简”四字为基本准则,以“减轻人民讼累、简化程序、防止滥用上诉、便利诉讼当事人”为修正要点,其中有很多便利当事人的事项,当然也有一些不大适合实际的内容。通过多次修正,台

① 杨与龄:《二十年来之民事诉讼法》,载台湾《法令月刊》1980年第10期。

② 田平安主编:《民事诉讼法原理》,厦门大学出版社2012年第5版,第411页。

③ 阮咏芳、王文杰:《台湾民事诉讼程序类型之新发展》,载陈刚主编:《比较民事诉讼法》(第1卷),西南政法大学内部印行,1999年。

④ 曾宪义主编:《台湾法概论》,中国人民大学出版社2007年版,第108页。

⑤ 关于台湾地区纠纷解决机制的发展概况,参见吴光陆:《台湾地区民事诉讼调解制度概述》,载张卫平、齐树洁主编:《司法改革论评》(第14辑),厦门大学出版社2012年版;史长青:《台湾地区乡镇市调解制度之考察》,载齐树洁主编:《东南司法评论》(2012年卷),厦门大学出版社2012年版。

湾民事诉讼制度逐渐适应本岛的需要,日益走向成熟。有学者称:“台湾民法”“已摆脱 20 世纪前叶所采抄袭性继受之模式,而改向于更加本地化,以因应社会独特之时代需求。同时于其横亘 20 年之长期修法期间,民事程序法学亦已呈现理论进展上之独创性,而有自母法国断奶化之新容貌。”<sup>①</sup>下文对 20 世纪 80 年代以来“台湾民法”的修订作一简单介绍,从中找寻“台湾民法”发展之轨迹,以求得到某些启示。

1. 1983 年的修改。台湾地区“民法”总则于 1982 年 1 月 4 日修正,自 1983 年 1 月 1 日起施行。此次修正基于公益的维护,增设检察官参与若干民事诉讼事件的规定。为配合“民法”总则的修正,台湾“司法院”向“立法院”提出法律修正案,经“立法院”三读通过后,于 1983 年 11 月 9 日公布施行。修改的主要内容为:依据“民法”第 8 条及第 14 条规定,检察官于宣告死亡事件及宣告禁治产事件,亦得为申请人。检察官参与民事事件时为当事人,如有应负担诉讼费用的情形,由“国库”支付费用。

2. 1984 年的修改。第三审上诉制度的目的,在于求得法院裁判的妥适与适用法律的一致,但上诉如果过于随意,或对案件的发回更审不加限制,势必徒增当事人讼累,不利于对正当当事人权益的保护。为避免案件久拖不决,减轻当事人讼累及法院的负担,台湾地区于 1984 年对“民法”部分条文进行修正,并于同年 6 月 18 日公布施行。修改的主要内容为:(1)提高上诉利益数额,以应实际需要。修订前的“民法”第 466 条规定:对于财产权诉讼之第二审判决,如因上诉所得受之利益不逾新台币 8000 元者,不得上诉。因台湾经济的迅速发展,财产权纠纷剧增,为此参照经济状况及司法实际情形,将数额提升至 10 万元,并规定“司法院”得因情势需要,以命令减至 5 万元,或增至 15 万元。(2)规定在第三审程序中,除第 469 条第 1 款至第 5 款之情形外,第二审判决违背法令而不影响裁判之结果者,不得废弃原判决;(3)规定“不得上诉于第三审法院之事件,其第二审法院所为裁定,不得抗告”。

3. 1986 年,为贯彻男女平等及一夫一妻的原则,并加强对子女权益的保护,台湾地区对“民法”亲属、继承两编进行了修改,修正了关于夫妻之住所,重婚之效果、子女之否认及强制认领等规定,于 1985 年 6 月 3 日公布施行。为了配合“民法”的修改,“司法院”对“民事诉讼法”进行了修正,包括将“夫或妻”改为“夫、妻”;将“夫”改为“夫妻之一方”;将“夫死亡时”改为“被继承人死亡时”等。修正案于 1986 年 4 月 25 日公布施行。

4. 1990 年的修改。此次修正,专为修改调解程序及简易程序,其目的在于使调解程序能切实发挥“预防司法”的疏减讼源作用,使简易程序案件能速

<sup>①</sup> 许士宦:《程序保障与阐明义务》,台湾新学林出版股份有限公司 2003 年版,第 3 页。

审速结。台湾“司法院”提出修正草案之后,反复征求“最高法院”、“高等法院”的意见,最后经“立法院”三读通过,于1990年8月20日公布施行。这次修正的幅度较大,因而对台湾民事审判制度产生较大影响。调解程序共修正10条,简易程序共修正3条,新增10条。

5. 1996年,修正公布第363条,内容涉及准文书的规定,增加第2项,即“文书或前项物件,须以科技设备始能呈现其内容或提出原件有事实上之困难者,得仅提出呈现其内容之书面并证明其内容与原件相符”。本次只修改了一个条文,但是却深刻地反映了现代科技发展对民事诉讼制度的影响。

6. 1999年,对有关证据、调解及集中审理的程序作了修改。其修法背景在于,由于民事案件激增,导致法官工作负荷过重。<sup>①</sup>而与此同时,法院调解制度未能充分发挥其功能,法院调解率自1990年后每况愈下。因此,以各种途径疏减案源,使法官工作负荷合理化,提高司法效率,便成为当务之急。此次修法涉及法院调解的内容颇多,包括调整强制调解的范围、加强调解委员的职责、增列鼓励调解的措施等,已对台湾地区民事审判的理念及实务产生重要的影响。<sup>②</sup>此外,此次修法还对简易程序做了调整,增设小额诉讼程序,加强第三审法律审功能。

7. 2000年的修改。此次修正主要为达成审理集中化,并发挥各审级应有之功能,健全诉讼制度,进而提升裁判质量及司法公信力。主要内容包括:明定诉讼文书得以电信传真或其他科技设备传送、增订证人得以书状陈述且法院得以科技设备讯问、准备书状直接送达对造;增订当事人恒定原则之例外即受让人得两造之同意可声请代当事人承受诉讼、扩大容许声请证据保全之范围以发挥证据保全之功能;扩大法官行使阐明权之范围使诉讼可妥适进行以防止突袭性裁判、扩大可提起将来给付之诉及确认之诉之范围,并放宽诉之变更、追加及反诉之限制,以求纷争一次解决;等等。

8. 2003年的修改。此次修正被认为是对台湾地区民事诉讼法律制度所作的重要的改进和完善,它对“民诉法”关于财产权诉讼部分进行了全面性、根本性的修正,完成了民事诉讼制度之世纪性大变革。<sup>③</sup>修改的内容涉及总则部分、第

<sup>①</sup> 根据台湾地区“司法院”制定的法官每月办案标准表,地方法院法官审理民事案件,每月结案合理标准为30件,高等法院法官为16件,“最高法院”法官为10件。但实际上,1988—1996年,台湾地区各地方法院法官每人每月平均结案数为94~172件,高等法院法官每月结案为19~21件,“最高法院”法官每月结案为2~24件。参见台湾地区“司法院”司法行政厅编:《司法业务年报——案件分析》,1999年印行,第143~150页。

<sup>②</sup> 齐树洁:《台湾法院调解制度的最新发展》,载《台湾研究集刊》2001年第1期。

<sup>③</sup> 许仕宦:《新修正民事诉讼法上程序保障之新开展——以民事诉讼法总则编之修正为中心》,载台湾《月旦法学教室》2003年第6期。



一审至第三审部分及抗告、再审、保全及公示催告等。其具体内容包括改进管辖制度,避免其成为正当权利人接近法院的障碍;减少诉讼费用的征收,扩大诉讼救助的范围;原则上禁止第二审提出新攻击防御方法;增设飞跃上诉制度、第三人撤销诉讼程序;强化假扣押、假处分功能等。

9. 2007年,为鼓励当事人通过和解、调解等程序解决纷争,作了如下修正:(1)提高撤回及成立和解、调解申请退还所缴裁判费或申请费之比例。退还比例由原来的二分之一提高到三分之二;(2)扩大强制调解的时间范围;(3)弹性运用调解制度;(4)扩大合意移付调解的范围。

10. 2009年,对管辖问题和诉讼费用等相关事项进行修正。

11. 2009年有两次修法。1月的修改集中在人事诉讼程序,增订及修正共54条。这是继2003年“民事诉讼法”修正以来的最大变动。修正内容主要包括:(1)修正第九编第三章为“监护及辅助宣告事件程序”。为配合“民法”将“禁治产宣告”制度改为“监护宣告”制度,并增加“辅助宣告”制度,修正第九编第三章章名为“监护及辅助宣告事件程序”,并将本章条文中之“禁治产”用语改为“监护”。(2)受辅助宣告人所为诉讼行为之规范。(3)受监护宣告人于婚姻事件中之诉讼代理。关于受监护宣告之人于婚姻事件之诉讼,为配合“民法”将监护改由法院监督,删除亲属会议之规定,第571条增订于监护人为配偶或为起诉之第三人而为婚姻事件之当事人时,法院得依声请或依职权为受监护宣告之人选任特别代理人,代为诉讼行为;以及监护人违反受监护人利益而起诉时,法院应以裁定驳回之规范。(4)增订终止收养无效、撤销终止收养之诉之管辖法院。为配合2007年5月修正之“民法”第1080条第2项、第1080条第3项新增关于终止收养无效、撤销终止收养之规定,修正后的“民事诉讼法”第583条增订终止收养无效、撤销终止收养之诉之管辖法院规定。(5)修正子女提起否认婚生推定诉讼之相关规范。为配合2007年5月修正之“民法”第1063条关于子女得提起否认推定生父之诉之规定,“民事诉讼法”增定有关诉讼之管辖法院、被告适格,继承权被侵害之人得提起本诉、起诉期限,及承受诉讼等规定。7月的修改总计修正38条,增订13条,涉及当事人制度和人事诉讼程序。

12. 2013年的修改。由于2012年制定公布的“家事事件法”就家事诉讼程序、家事非讼程序及家事调解程序合并立法,其第三编第二章、第三章及第四编第九章至第十一章就婚姻、亲子关系、宣告死亡、监护及辅助宣告等事件已有整体规范,自应配合删除及修正“台湾民事诉讼法”相关条文。此次修法删去第九编“人事诉讼程序”。此外,为适应实务上的需要,立法者还修正法院职员回避、对司法事务官处分所为异议之规定,并增订诉讼上和和解或调解效力所及之第三人撤销诉讼程序、移付调解有无效或得撤销原因时之救济程序等。

#### (四)台湾地区的家事调解

台湾地区近年施行的“家事事件法”、“少年及家事法院组织法”突破了传统上以裁判解决纷争的模式,强调自主纷争解决机制的适用,将调解作为替代诉讼的规范化、系统化纠纷解决方式。立法者希望通过对家事调解的适用范围、运行程序及相应的配套制度进行详细的规定,以期使家事纠纷得到公正、妥当、温情的解决,并实现程序经济。

“家事事件法”第3条根据家事事件讼争性的强弱及程序标的处分权程度,将家事事件分为甲、乙、丙、丁、戊类。甲类包括确认婚姻是否有效、婚姻关系是否存在等事件;乙类包括撤销婚姻、终止收养关系等事件;丙类包括因婚约无效、被撤销或违反婚约的损害赔偿事件;丁类事件包括宣告死亡、选任监护人等事件;戊类包括给付家庭生活费用、未成年子女扶养等事件。其中,甲、乙、丙、戊类事件适用调解前置。而丁类事件,除当事人申请调解外,法院不得进行调解。立法之所以采取调解前置主义,其原因在于家事纠纷以身份关系为基础,具有亲情性、血缘性等特征。

为了扩大调解的适用范围,增加当事人程序选择的机会,“家事事件法”规定了移付调解制度。在裁判程序开始后,法院认为有必要时,可依职权将该事件移付调解。基于程序经济的考量,该法还规定了合并调解制度。对于相互牵连的数宗家事事件,法院可依申请或依职权合并调解。若其他民事事件与家事事件具有牵连关系,当事人也可申请将该事件与家事事件共同交由法院进行合并调解。法院根据调解员的专业背景及实践经验,事先将其进行分类,依据不同家事事件的性质及纠纷的特点,选任适当的人士担任具体案件的调解员。

“家事事件法”还专门设立了家事调查官。其职责主要是对与当事人有关的“社会事实”、“心理事实”进行调查,以帮助调解员或法官分析纠纷的真正根源。调解员在认为必要时可向法官提出申请,要求家事调查官的介入。法官依法将该案件交予家事调查官进行调查。家事调查官应进行实地访视,就当事人和利害关系人的身心状况、家庭关系、经济状况、居住环境、个人经历、教育程度及其他必要事项进行调查,而后形成调查报告并提交法院,还可协助调解员进行调解。

### 三、香港地区民事诉讼法概述

#### (一)香港地区民事诉讼法律规范的渊源

香港现行民事诉讼制度源于英国。英国通过不平等条约占领香港之后,出于统治的需要将其本土的法律延伸适用于香港地区,在香港引入了英国的普通法和衡平法,采用英国法的诉讼模式。同时,基于香港本土的特殊性,香港法制

在英国法的基础上有所变通和发展。香港居民以中国人为主体,受中华传统文化的影响根深蒂固,至今仍有部分中国的传统习惯法适用于香港。因此,香港民事诉讼制度的法律渊源众多,体系复杂,既有英国的普通法、衡平法、制定法,也有香港自身的立法,此外还有中国的成文法和习惯法(例如大清律例)。有学者指出,香港民事诉讼制度是判例法和成文法的结合,英国普通法、衡平法和香港法规的结合,同时包含一些清朝的法律和习惯。<sup>①</sup>

总体而言,香港民事诉讼法属于普通法法系,但也有其本身的特点。长期以来,香港没有一部完整的民事诉讼法典,有关民事诉讼的原则、管辖、程序等问题散见于《高等法院条例》、《地方法院条例》、《证据条例》等单行法规。香港民事诉讼的范围非常广泛,包括财产关系和人身关系所引起的一切诉讼,如合同、侵权、继承、领养、劳工赔偿、税务争议、离婚、公司破产、公司清盘、土地与楼宇等。其诉讼程序复杂,不同性质的案件由不同的法院受理,适用不同的诉讼程序,由此形成了多层次、多审级的民事诉讼法体系。

香港民事诉讼法主要由一系列的“法院条例”和“法院规则”构成。“法院条例”是由香港立法会通过正式的立法程序制定的,诸如法院的设立及性质、民事司法管辖权的设定及证据等实体内容均由它所规制。“法院规则”则是以首席法官为首的规则委员会制定的,其性质为“附属规则”,属于授权立法。民事诉讼程序从起诉到执行的全过程均由“法院规则”调整。除了“条例”和“规则”之外,还有与其配套的附属法例。具体而言,香港目前与民事诉讼相关的主要法例包括《香港终审法院条例》、《高等法院条例》、《区域法院条例》、《土地审裁处条例》、《劳资审裁处条例》、《小额钱债审裁处条例》、《陪审团条例》、《证据条例》、《婚姻诉讼条例》、《时效条例》等。

## (二)香港地区民事诉讼法的特点

### 1. 民事诉讼程序的多样性

香港目前没有同意的民事诉讼法典,从终审法院、高等法院、区域法院到审裁处,每一个法院和审裁处都有自己的制度和程序,即不同的司法机关适用不同的诉讼程序。因而,其民事诉讼程序具有多样性的特征。高等法院的规则是一般规定和主要渊源,它所设定的民事诉讼程序具有完整性和普遍性。该规则不仅能够适用于高等法院的民事诉讼,而且在区域法院及各审裁处未明文规定的情况下,也能够补充适用。可见,它们之间存在一般法与特别法的关系。<sup>②</sup>正是这种多样性导致其诉讼程序的繁杂性。有学者指出,香港民事诉讼程序秉承英美法系的实用主义传统,形成了复杂多样、分散烦琐以及令人眼花缭乱的起诉、

① 黄双全:《民事诉讼法比较研究》,澳门基金会1999年版,第18页。

② 汤维建、单国军:《香港民事诉讼法》,河南人民出版社1997年版,第2页。

上诉程序。<sup>①</sup>

## 2. 法律渊源的多元性

如前所述,香港法律的多元结构不但表现为有英国法律、香港本地法律和中国传统习惯法等源头,而且表现为成文法与判例法的并用。成文法和判例法为香港法律中并行不悖的两大源流。<sup>②</sup>在回归以前,香港的法律制度主要源于英国。1997年7月1日回归之后,立法会根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称香港基本法)对原有法律进行了修改,《英皇制诰》、《皇室训令》和英国枢密院令及英国议会的法例将不再作为法律渊源,但原有的普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法将保持基本不变,继续适用于香港特别行政区。据此,香港回归后的法律渊源主要有《香港基本法》、适用香港的全国性法律、香港立法会制定的条例和附属规则、判例法、习惯和惯例以及相关的国际条约等。与此相适应,香港民事诉讼制度的法律渊源表现出多元性的特征,包括“法院条例”、“法院规则”以及高等法院颁布的“诉讼实务指导”等。<sup>③</sup>

## 3. 香港的民事诉讼程序实行当事人主义,但法官享有较大的职权

当事人在诉讼中享有完全的程序启动权和诉讼程序推动权,真正成为民事诉讼活动的主体;法院根据当事人的请求行使审判权,受当事人诉讼请求和辩论范围的制约。香港法律制度总体上属于普通法系,法官在审理民事案件时,可以根据普通法的原则创制新的判例。香港法院的民事司法权较为广泛。近年来,对抗制的诉讼模式和法官的作用正在发生变化。传统的对抗制诉讼模式和法官消极中立的做法导致诉讼延迟和费用高昂,引起当事人和律师的不满。为此,在民事司法改革中加强了法官在案件管理中的积极的作用,并得到广泛的认同。<sup>④</sup>

### (三)香港民事司法改革概况

香港新的民事司法制度于2009年4月2日起实施,这是近百年来香港民事诉讼制度最大的一次改革,是该地区民事司法制度发展的重要里程碑。此次改革旨在提高民事司法制度的效率,降低诉讼成本,减少不必要的程序拖延,同时确保诉讼各方得到公正的对待,使法庭资源得到更有效的运用。立法者强调,任

① 田平安主编:《民事诉讼法原理》,厦门大学出版社2012年第5版,第401页。

② 董立坤等:《香港法律与司法制度》,中华书局1992年版,第21页。

③ 诉讼实务指导是由香港高等法院不定期公布的实务规则,但它不是法律规则。

④ 陪审团制度是香港法律体系的重要特点之一。《香港基本法》第86条明文规定:“原在香港实行的陪审制度的原则予以保留。”目前在香港,只有高等法院原讼法庭和死因裁判法庭使用陪审团审理案件。在高等法院,陪审团参与审判的案件主要是严重的刑事案件,民事案件中适用陪审团审理的数量极少(通常仅限于诽谤或恶意诬告案件)。

何一项改革措施都必须遵从程序公正和实体公正的基本要求。<sup>①</sup>

香港以其繁荣的经济、清廉的吏治、严明的法治而闻名于世,其民事司法制度在解决民事纠纷、保障民众权利、维护法治秩序方面发挥了至关重要的作用,并取得了卓越的成就。然而,法律制度是各种价值的权衡与妥协的产物,不仅难以做到面面俱到,而且可能因经济发展、情势变更而不合时宜,甚至引发矛盾,因此,法律制度亦须适应社会变迁而与时俱进,不断修订甚至进行重大变革。

20世纪80年代以来,西方各国在“司法危机”的压力下,以“接近正义”(access to justice)为主题,展开了轰轰烈烈的民事司法改革,力求构建公正、高效、低廉的司法制度,以有效解决纠纷,保障民众的权利。在香港,民事司法制度改革的动因既有对抗诉讼模式在全球民事司法中的共同困境,也有本港法律制度的自身局限。随着经济与社会的发展,民事、商业纠纷大量增多,日趋复杂,给香港民事司法制度造成了种种压力,而本港民事司法制度在过去的数十年中并没有多大改变,在新的经济和社会状况下暴露出种种弊端。与英国“司法危机”的表现相似,讼费高昂、审讯延误、程序复杂是香港民事司法制度备受公众批评的主要问题。为此,2000年2月,香港终审法院首席法官李国能委任民事司法改革工作小组(以下简称工作小组),对高等法院民事诉讼程序和规则进行检讨和反思。工作小组于2001年11月发布《民事司法制度改革中期报告》和咨询文件,2004年3月发布《民事司法制度改革最终报告》。此后开始进行法例的修订。随着主体法例和附属法例修订的相继完成,香港民事司法改革进入了付诸实施的新阶段。

香港进行民事司法改革有其独特的优势。其时,世界范围的司法改革运动已经告一段落并相继转化为立法成果,改革成果正在接受实践的检验,并已经初步具备评估的基础。例如,英国于1998年颁布了新的民事诉讼规则。为检验新规则的实际效果,英国司法大臣办公室(the Lord Chancellor's Department)分别于2001年和2002年发布《民事司法改革初期评估报告》和《民事司法改革后续评估报告》,对新规则的实效进行调查和评估。英国的实践和经验是香港民事司法改革不可忽视的参考和借鉴。事实上,英国民事司法改革成果中的若干重大报告,以及同一法系国家澳大利亚民事司法改革成果《管理型司法:联邦民事司法制度之反思》(Managing Justice: A review of the federal civil justice system)均是香港民事司法改革中的重要摹本。

香港民事司法改革的预期目标是提高民事司法制度的成本效益、简化民事诉讼的程序并减少诉讼拖延的情况,同时,所有决定都必须符合“程序公正”和

<sup>①</sup> Wilkinson, Cheung & Booth, *A Guide to Civil Procedure in Hong Kong*, 3<sup>rd</sup> edition, LexisNexis, 2009, p. 8.

“实质结果公正”这些基本要求。为达致这一目标,改革者采取了如下措施:

第一,修正对抗制诉讼模式下当事人之间的对抗性,促进诉讼各方之间坦诚相待,鼓励当事人尽快和解,并认真考虑其他可以解决纠纷的办法。其主要措施包括:(1)改革状书制度。状书所包含的详情应能清楚界定诉讼各方的案情,并足以协助当事人达成和解或做好审讯准备,但也应避免案情陈述的过分冗长。与之相应的是,被告必须在其答辩书内提出实质性的抗辩理由,而不能对原告的诉求作单纯的否定。(2)设立民事诉讼参与人的真实陈述义务。在改革中,引入了民事诉讼中的真实陈述义务,要求当事人、证人、专家证人及其他诉讼参与人对其所作出的状书、证人陈述书、专家报告以及法院规则或实务指示规定的其他文件,均须以“属实申述”方式进行核实。属实申述是一份声明,通过该声明确认作出文件的人相信文件的内容所述事实或意见属实。这一规定的目的是尽量避免含糊不清及内容纯属揣测的状书,阻止诉讼各方作出不诚实的陈述,使各方能集中处理案件的真正争论点。(3)附带条款的和解提议。英国民事诉讼规则规定了附带条款的和解提议及付款安排,诉讼一方为解决纠纷向对方作出和解提议或将款项缴存于法庭,法庭有权对不予合作的当事人予以费用制裁(cost sanction)。<sup>①</sup>该程序安排旨在鼓励当事人认真考虑庭外和解的可能性,避免诉讼拖延。在香港民事司法改革中,绝大多数人支持引入这一制度。在进行适当修改后,香港《高等法院规则》引入英国的相关规定并制定了详尽的程序规则。(4)扩大法庭处理无理缠讼人的权力。香港《高等法院条例》第27条原本规定了处理无理缠讼人的程序,但相当烦琐累赘,使得法庭有时不得不启用所谓的法庭的固有权力来禁止任何人开展可能构成滥用程序的诉讼。由于这种权力的正当性基础受到怀疑,极易与市民的法定听审权这一宪法性权利构成冲突,为此,工作小组建议通过正式立法程序,明文赋予法庭这项权力。修订后的《高等法院条例》明确规定原讼法庭可应律政司司长或受影响的人的申请,命令相对人在未获原讼法庭许可时,不得提起或继续任何法律程序。

第二,简化诉讼程序规则,减少各程序所需步骤。具体改革措施如下:(1)简化法律程序开展方式。在香港,当事人可以按照令状、原诉传票、原诉动议、呈请书这四种不同方式提起民事诉讼。工作小组建议保留令状和原诉传票两种形式,涉及实质事实争议可能性较大的案件采用令状展开程序,涉及法律问题较多的案件则采用原诉传票展开程序,在当事人选用错误时,应容许转回适当的程序。香港《高等法院规则》修订之后,通过原诉动议和呈请书方式开展法律程序的仅限于成文法律规定要求如此开展的情形。(2)引入在金钱申索案件中的自

<sup>①</sup> 关于费用制裁规则及其具体运作,参见郭晓珍:《英国调解程序中的诉讼费用规则》,载齐树洁主编:《东南司法评论》(2012年卷),厦门大学出版社2012年版。

认程序。香港《高等法院规则》参照英国《民事诉讼规则》第14章,增设第13A号命令“就要求支付款项而提出的申索中的承认”,适用于原告只要求支付款项的案件,而不论申索的款额是确定的还是不确定的。被告可以在没有抗辩理由时,在指定期限内填写“承认申索的表格”并送达,原告可以据此请求法庭作出判决。在该程序中,当事人无须到庭应讯,可以节省时间和费用。同时,该命令允许被告就付款安排提出建议,以解除他在申索中所负的责任,这样也有助于促进案件的和解。(3)简化非正审申请程序。非正审申请指当事人就程序问题争议提起的申请,这种申请会增加诉讼费用并延误诉讼。改革的措施主要是鼓励当事人以合作和合理的态度处理程序争议,对采取不合理态度的一方适用讼费罚则;如法庭认为适宜和必要且不会引起争议,可直接颁布与程序问题有关的暂准命令;非正审申请由聆案官处理,聆案官可以根据当事人呈交的文件予以处理,无须开庭;法庭应尽量在适当的情况下,在处理非正审申请时,以简易程序评定讼费。(4)制定“仅处理讼费的法律程序”。为鼓励当事人和解,法院订立“仅处理讼费的法律程序”,让已经就实质争议达成和解但未能在讼费方面达成协议的诉讼各方,可将有关的讼费事宜交给聆案官评定。(5)上诉许可。对原诉法庭法官“非正审判决”向上诉法庭提起的上诉,必须得到上诉许可,这种许可有严格的限制,通常须是法庭认为申请人有合理的成功机会;法院有权限制上诉许可只适用于特定的争议点,并在给予许可时附加条件,以确保上诉获得公平和有效的处理;在处理上诉许可申请时应避免口头聆讯;上诉法庭拒绝给予上诉许可的决定是最终的。

第三,为保证上述改革措施的有效实施,要求法庭参与更多的案件管理和诉讼监管,法官在民事诉讼中的管理职权进一步扩大。在英国、澳大利亚等对抗制诉讼主义国家的司法改革中,法官过于消极无为的传统角色受到批评,其在民事诉讼中应有的积极职能开始得到重视。香港地区亦未能例外,在改革中,确立了法官对案件的管理职能,同时通过具体规则予以约束,法官行使该权力时应体现如下目标:(1)提高司法程序的成本效益;(2)提倡以经济和与案情相称为原则来提起诉讼和进行审讯;(3)迅速处理案件;(4)使诉讼各方地位更平等;(5)协助当事人达成和解;(6)公平分配法庭的资源。同时,最重要的一个原则是确保诉讼各方可按其实体权利公正地解决纠纷。在改革后的香港法院规则中,法官的案件管理权和裁量权处处可见,最直接的表现就是法庭在诉讼的初期阶段即积极参与,并决定案件的进度时间表。例如,法官通过行使案件管理权,在审理中严格适用证据的相关性原则,避免程序的拖延;法官有权对专家证据进行管理,限制专家的人数,甚至直接指定专家;扩大法官在书证开示方面的管理职权,经修订的法院条例授权法官在任何类型的案件(而不仅限于人身伤害和死亡申索)中决定是否做出命令进行诉前开示。值得称道的是,香港法律界希望通过法官的

灵活管理而使得诉讼各方获得更实质性的公平对待,比如,对于无律师代表的诉讼人,法官在设定时间表时应给予适当的宽待,在适用诉前议定书(pre-action protocols)时也应更为宽松。

#### (四)香港民事司法改革的借鉴意义

香港民事诉讼制度与英国民事诉讼制度一脉相承,其司法改革也具有很大的类同性,但是,我们注意到,香港并未照搬照抄英国的成果,而恰恰相反,在进行评估时,香港始终坚持独立、审慎、务实地对待既有的经验。香港民事司法改革具有其自身鲜明的特点,有诸多可供借鉴之处:

首先,注重改革的客观性和务实性。在改革之初,是以英国民事诉讼规则为蓝本制定香港民事诉讼规则,抑或对现有规则进行部分修订,是一个必须首先解决的问题,并引发了争论。工作小组认为,应当全面衡量英国民事诉讼规则在英格兰和威尔士推行后几年时间所带来的影响,该规则在某些方面(例如促进和解)成效甚高,但在其他方面(例如减少法律讼费)则未能尽如人意。为此,应当吸取英国改革的经验教训,避免重蹈覆辙。香港有其自身特殊的情况,进行司法改革应坚持务实的态度,通过修订现有规则推行改革相较于订立一套全新的法规而言,改动较少,付出亦较少。即使改革不成功,今后也可尽快地恢复旧有措施。因此,工作小组最终采纳部分修订的办法。<sup>①</sup>在对待具体制度的改革上,香港亦保持客观审慎的态度。比如在证据制度上,书证开示被滥用是一个常见的问题,中期报告建议采纳一套新的文件开示规则,建议废除原来的 Peruvian Guano 准则。但是,经广泛的咨询和调查,工作小组最终认为,在香港,书证开示所出现的问题,并非在于开示的文件过多,而是在于开示文件的责任没有得到充分履行。因此,建议继续沿用 Peruvian Guano 案中所订的准则,但应通过法官的管理职权,辅以审慎的案件管理来减少文件开示过多的情况,同时,授权法院可以就任何种类的案件命令诉讼前开示或命令第三人开示书证。

其次,力求在效率、公正与成本之间达成最大程度的平衡。构建高效、公正并且成本低廉的诉讼程序是民事司法改革的一项目标。但是,三种价值在运用于具体制度时则可能产生冲突。英国民事司法改革中制定了诉前议定书制度,鼓励诉讼各方在诉讼前合理行事,并鼓励当事人通过和解解决纠纷。按照诉前议定书的规定,在开展法律程序前,当事人必须根据时间表互相交换关于申索和抗辩的资料,务求当事人得以在掌握充分资料的情况下进行商议。但是恰恰是这一初衷良好的制度在实务中却引致过多的费用花在诉讼前期,导致了诉讼成本的加大。为此,工作小组最终建议,不应该在全部案件类型中适用诉前议定

<sup>①</sup> Dave Lau, *Civil Procedure in Hong Kong: A Guide to the Main Principles*, Second Edition, Sweet & Maxwell, 2012, p. 11.



书,在高等法院首席法官同意的情况下,处理特定类别案件的法庭可在充分咨询意见后自行制定诉前议定书,供特定类别案件适用,通过这种灵活的形式达到效率、公正与成本之间的平衡。

再次,重申实质公正的原则。20世纪末,导致民事司法改革在世界范围内大规模爆发的原因,主要在于民事司法制度无法满足现实需求,高额的诉讼费用和漫长的诉讼过程成为人们寻求司法救济的重大障碍。在尖锐的矛盾面前,程序正义一再被强调,程序公正与效率成为改革的重心与焦点,而对于案件实体结果的关注却被忽视了。在我国大陆地区民事司法改革过程中,程序的独立性价值与程序正义受到了前所未有的重视,但不论是理论界还是实务界,对“程序正义”的强调也存在矫枉过正之嫌。在香港民事司法改革中,改革者多次声称,所有的改革决定都必须符合“程序公正”和“实质结果公正”这些基本要求,必须确保诉讼各方按其实体权利解决纠纷。固然,纠纷可以通过多种方式解决,但是,诉讼作为纠纷解决的最后救济途径,其功能具有特定性。司法必须为当事人定分止争,必须为民事活动提供规则指引,故其必须查明案件事实、明晰权利义务,此种功能并不因调解等非讼纠纷解决方式引入法院之内而有所减弱,民事诉讼程序规则也自然必须承载起实现这一功能的使命。这一点也应当引起我们足够的重视。

最后,对法官程序管理权与裁量权的重视。程序规则具有一定的技术性,但并非没有永恒性价值的流水作业规则。程序具有其自身独立的价值追求,公正与效率是程序价值的两个基本维度。而任何法律价值的实质性实现都不可能依靠简单、生硬的规则,否则极有可能沦为形式性的公正,甚至加剧实质性的不公正。作为程序主体的当事人在程序中应受到主体性对待,享有获得公平、公正对待的权利。效率的实现也必须与公正和成本相协调。为此,赋予法官在程序中的能动职权以回应司法过程的复杂具体情形,是诉讼程序规则的应有内容,是实现实质公正和高效的司法制度的保障。香港民事司法改革中对这一问题予以高度重视,工作小组甚至认为扩大法官的案件管理职权和裁量权是改革措施得以有效实现的必然要求。各项司法改革措施明显地体现了这一良苦用心。

公正与效率的价值依归,符合诉讼逻辑的程序设计,合理严密的制度构建,是良好的民事司法制度的内在要素。当然,再完备的制度都需要具有高度法律素养、富有良心与责任感的法官与律师队伍的执行与推动,才能实现其实效。香港拥有着精良的法律职业队伍。此外,工作小组在最终报告中强调,必须调拨充足的资源,为所有参与推行改革的人士提供适当的培训,以利于改革措施的实施。实践表明,香港的民事司法改革正在有条不紊地进行之中,新的民事司法体制运作良好。我们有理由相信,此次改革将使香港民事司法制度更加完善,从而

能够更有效地解决纠纷,保障人民的权利。<sup>①</sup>

## 四、澳门地区民事诉讼制度概述

### (一)澳门民事诉讼法的渊源

澳门在回归祖国之前没有自己独立的法律体系,包括民事诉讼在内的法律制度主要适用葡萄牙法律。<sup>②</sup> 回归前在澳门地区施行的《民事诉讼法典》是葡萄牙于1961年颁布的法律,根据1962年10月第19305号令延伸适用于澳门地区。该法典历经多次修改,但修改的内容仍适用于澳门。进入过渡时期之后,澳门开始了法律本地化的工作,构筑独立的法律体系。澳门《刑法典》和《刑事诉讼法典》于1996年1月和1997年4月相继生效实施。1999年8月,澳门《民法典》和《商法典》正式颁布。与此相联系,1999年10月8日,澳门《民事诉讼法典》(以下简称《澳门民诉法》)正式核准公布。这三大民事法典均于1999年11月1日生效。至此,在澳门适用的葡萄牙五大法典全部实现了本地化。<sup>③</sup> 为配合上述三大法典的实施,经本地化的《澳门物业登记法典》、《澳门商业登记法典》、《澳门公证法典》和《法院诉讼费用制度》及修订后的《澳门民事登记法典》亦于同年11月1日起开始实施。1999年12月20日,澳门特别行政区首任行政长官何厚铨签署并公布了第9/1999号法律——《司法组织纲要法》和第10/1999号法律——《司法官通则》。2004年8月12日,澳门行政长官签署了第9/2004号法令,对《司法组织纲要法》和《民事诉讼法典》个别条款进行了修改和补充。

《澳门民诉法》全面、系统地规定了澳门民事诉讼制度,该法典和《司法组织纲要法》、《司法官通则》、《法院诉讼费用制度》等单行法律、法令相配套,共同构成了澳门现行民事诉讼制度的完整体系。

《澳门民诉法》的主要内容来自葡萄牙《民事诉讼法典》,同时根据澳门地区的特点,增加法律本地化的条款。该法典借鉴了现代西方国家特别是大陆法系

<sup>①</sup> 关于近年香港民事诉讼制度改革、纠纷解决机制之重构的具体论述,参见赵云:《香港司法改革中的调解立法问题》,载齐树洁主编:《东南司法评论》(2011年卷),厦门大学出版社2011年版;赵云:《香港民事司法改革概述》,载张卫平、齐树洁主编:《司法改革论评》(第14辑),厦门大学出版社2012年版;齐树洁、周一颜:《香港民事诉讼制度改革之回顾与前瞻》,载《现代法学》2013年第3期。

<sup>②</sup> 当时的澳门法律主要包括葡萄牙专门为澳门制定的法律和葡萄牙法律在澳门的延伸适用。

<sup>③</sup> 华荔:《澳门法律本地化历程》,澳门基金会2000年版,第121页。

国家一些新的司法理念,同时又考虑到与《澳门特别行政区基本法》相衔接,与澳门作为一个特别行政区的地位和其实际状况相适应。在立法过程中对祖国大陆民事诉讼法及香港特别行政区和我国台湾地区民事诉讼法有所参考、借鉴,法律条文规定的内容较为全面、新颖、完善。<sup>①</sup>

澳门民事诉讼制度的本土化经历了一个很长的过程,其主要表现为三个重要转变:第一个转变是1991年6月19日,葡萄牙制定《澳门司法组织纲要法》,其主要意义是赋予澳门一定的司法自治权,首次确认澳门地区拥有本身自治的、适合澳门特区的司法组织。第二个转变是1999年6月1日,葡萄牙彻底放弃对澳门地区的司法管领,将澳门地区的最高审判权和司法终审权全部下放到澳门高等法院,从而割断了澳门和葡萄牙在司法领域的联系。第三个重要转变发生在1999年11月1日,一部纯粹体现澳门人民意志的本地民事诉讼法典正式生效,为殖民地时代的民事诉讼法典画上圆满句号,并掀开了独立民事诉讼法典的新篇章。<sup>②</sup>

《澳门民法》分为5卷,共计1284条。第一卷为诉讼,共有三编,第一编基本规定,主要规定民事诉讼的基本原则和诉讼的基本类型;第二编法院,主要是关于法院管辖权的规定;第三编当事人,主要规定了当事人能力、诉讼能力、正当性、诉之利益、诉讼代理、共同诉讼等内容。第二卷为诉讼程序一般规定,共有五编:第一编通常程序,第二编诉讼程序,第三编保全程序,第四编诉讼形式,第五编诉讼费用、罚款及损害赔偿。第三卷为普通宣告诉讼程序,共有两编,第一编通常程序,第二编简易程序。第四卷为普通执行程序,共有四编,第一编一般规定,第二编支付一定金额的执行,第三编交付一定物的执行,第四编作出事实之执行。第五卷为特别程序,共设15编,针对15类不同的情形规定了特别程序。如“推定死亡之宣告”、“禁治产和准禁治产”、“财产之清算”、“非诉讼事件之程序”等。1999年12月20日澳门回归之后,按照《澳门特别行政区基本法》和《全国人民代表大会常务委员会关于根据〈中华人民共和国澳门特别行政区基本法〉第一百四十五条处理澳门原有法律的决定》,对法典进行了修改,删去公布时的序言和签署部分。此外,根据第9/2004号法令,在第5卷内增设“轻微案件诉讼程序”,条文数量增至1297条。

为了有效解决劳动争议案件,澳门于2003年6月30日制定了《劳动诉讼法典》(后经第26/2008号法令修改)。该法典自同年10月1日起施行。

<sup>①</sup> 黄双全:《澳门民事诉讼法与祖国大陆民事诉讼法比较》,载杨荣新主编:《民事诉讼法修改的若干基本问题——纪念〈中华人民共和国民事诉讼法〉颁布十周年论文集》,中国法制出版社2002年版,第493页。

<sup>②</sup> 田平安主编:《民事诉讼法原理》,厦门大学出版社2012年第5版,第406页。

## （二）澳门民事诉讼制度的改革

澳门的民事诉讼制度改革肇端于澳门回归前的法律本地化进程。根据《中葡联合声明》的要求，自1987年4月13日开始至1999年12月20日的过渡期内，葡澳政府需要完成公务员本地化、法律本地化、中文官方地位化等“三化问题”。在过渡期内，澳门必须颁布本地的民事诉讼法典。由于澳门缺乏本土的法律人才和立法经验，也由于葡萄牙当局希望借此让葡萄牙法律体系能够在澳门回归以后得以延续，因此，来自葡萄牙的法律专家和居澳葡裔法律专家在1995/1996年葡萄牙民事诉讼法改革成果的基础上，移植了1995年的葡萄牙民事诉讼法，制定了澳门的民事诉讼法典。该法典经过澳门立法会通过后，成为澳门现行的民事诉讼法典。

澳门民事诉讼制度改革可按照回归前后划分为两个阶段。法律本地化和现代化始终是这两个阶段改革围绕的主轴。在澳门回归前的阶段，其民事诉讼改革的主要目的在于尽可能地在极短的过渡期间内，将原先属于葡萄牙法律的1961年《民事诉讼法典》进行中文化，并通过本地立法将其转化成澳门自己的法典。对于什么是本地化、如何实现本地化等基础性问题，当年的法典起草者进行了许多探讨。比较一致的观点认为：本地化最主要的内涵就是配合澳门本地实际情况对规范性文本进行调整修正，并确立澳门的若干主要基础法规；同时，也必须关注其他罗马—日耳曼法系在诉讼法方面的演变情况，充分吸收外来的但属同一法系的经验。因此，在实现本地化的同时，亦应达至法律现代化的目标。但是，对于何谓“现代化”，立法者并没有再做更深一步的考虑，而是直观地将欧洲的德国、意大利以及亚洲的日本等国立法经验作为法律现代化的样本。不过，短暂的回归过渡期并没有给予这些立法者太多的时间去沉淀思考。匆促之中，他们直接移植了葡萄牙民事诉讼法，并将其改造成为今日的《澳门民诉法》。造成这一局面的原因，除了立法的时间有限之外，澳门本地的民事诉讼理论研究薄弱和司法实践经验总结不足也是重要的因素。因此，澳门法律的本地化只是完成了形式本地化的过程，并没有达成当年立法者自己所期望的那样——既实现符合本地实际情况，又达至法律现代化。

在思想体系方面，澳门《民事诉讼法典》充分体现了欧洲大陆的法律理念。西方传统的民事诉讼理论的哲学基础是古典自由主义的。古典自由主义信奉自由竞争，强调对个人权利的充分尊重。但社会的现实发展，并没有像古典自由主义理论家们所设想的那样，充分自由的个人会依靠自身的理性去实现社会良好的私法秩序。相反，人们尔虞我诈，彼此倾轧，弱肉强食。于是，在19世纪末和20世纪初期，一种社群主义的思潮开始对古典自由主义所带来的弊端提出抨击，古典自由主义思想被修正，一种强调社会意识的新自由主义思想产生了。葡萄牙人继承了意大利风格的诉讼体系，汲取了古典自由主义与新自由主义的法

律思想,在强调保障私权自由的前提下,强化了法官职权主义,弱化了诉讼竞技主义。同时,在20世纪90年代“接近正义”运动的影响下,在保障诉权、提高诉讼效率、促进多元化解纠纷等方面也进行了不少有益的尝试。通过对葡萄牙民事诉讼法律的移植,《澳门民诉法》秉承了这些思想。从这个角度上看,澳门民事诉讼法在文本上是颇具“现代化”色彩的,其中很多理念具有进步意义。比如,合作原则、形式合适原则、法官依职权原则的确立为法官预防将法庭变成诉讼“角斗场”赋予了必要的手段。这一法律修改将竞技保障型的旧的诉讼观念转变成合作促进型的诉讼新观念,其意义十分重大。

在实现法典本地化方面,为适应澳门自身地域特点,《澳门民诉法》在诸如管辖制度、特别程序等方面进行了专门修订。对于管辖制度的修订,法典充分考虑到澳门地域狭小的特点,简化了审级管辖;同时,考虑到澳门是一个国际化都市,因此保留了旧法对澳门居民一些具有保护性管辖的规定。对于特别诉讼的修订,则重点放在补充、完善那些适应社会商业需求的,以及社会常见的涉及婚姻家庭纠纷的程序上,如宣告死亡推定、撤销债券证券、为债权人利益清算财产、共同海损之理算、形式股东或合伙人权利等程序。这些新增或完善后的规定为澳门作为国际化商业港口城市提供了商事活动与民事活动中不可或缺的司法管理手段。例如,“为债权人利益清算财产”一章对于宣告公司破产的前提、申请人、债权人大会、破产管理人等一系列关于公司破产的程序作了具体规定。这些规定补充和完善了企业的市场退出机制,对于促进社会商事主体形成优胜劣汰的竞争机制具有重要意义。在提高诉讼效率,实现法典的科学性方面,澳门民事诉讼法对普通宣告程序做了完善,对上诉程序予以简化,补充了保全程序,强化了执行程序。这些修改对于保障司法公正,提高诉讼效率都奠定了坚实的基础。

### (三)澳门民事诉讼制度的特点

《澳门民诉法》承继了葡萄牙的法典模式,具有典型的大陆法系的法制特点。

#### 1. 坚持主体与程序并重的法典模式

大多数国家民事诉讼法是以程序为中心来叙述的,这是一般的法典模式,即主要以民事诉讼的进程为线索规定了一审普通程序、简易程序、第二审程序、特别程序、审判监督程序、督促程序、公示催告程序、执行程序等。但《澳门民诉法》试图以“民事诉讼以及民事诉讼法律关系两个重要主体——当事人和法院为主线来规定民事诉讼所须遵循的一般原则”。<sup>①</sup>这在该法典第一卷中得到了集中的体现。

<sup>①</sup> 蓝天:《“一国两制”法律问题研究(澳门卷)》,法律出版社1999年版,第12页。

## 2. 民事审判的独立性

澳门司法机关独立于立法和行政机关,法官在处理案件时不受行政人员、上级法院的法官以及其他法官的影响和干扰,只服从于法律、事实以及自己的理性和良知。除此之外,和香港的司法独立一样,澳门的司法系统独立于与内地的司法系统,澳门具有独立的司法权和终审权。

## 3. 民事诉讼律发展的多阶段性

澳门民事诉讼制度的发展呈现出多阶段的发展特征,仅就法典的发展变化而言,基本的素描轨迹显示出三个阶段:1876年以前的前法典时代,1876年至1999年的殖民法典时代,1999年至今的独立法典时代。可见,澳门民事诉讼制度的本土化转变是一个渐进的过程,从而呈现出多阶段性的特征。

## (四)澳门民事诉讼的基本原则

《澳门民法典》第一卷第一编“基本规定”第2条至第9条规定了基本原则,包括了禁止自力救济、当事人进行及辩论原则、当事人平等原则、处分原则、诉讼合适原则、诉讼程序之领导权及调查原则、善意原则等原则。这些原则有的是典型的大陆法系民事诉讼的基本原则,如处分原则、辩论原则等,有的原则是传统的大陆法系民事诉讼法所没有的,但反映了民事诉讼发展的最新动向,如善意原则和合作原则等。

### 1. 禁止自力救济原则

《澳门民法典》第2条规定:“以武力实现或者保障权利并不合法,但在法律规定之情况及限制范围内除外。”该原则要求在澳门民事诉讼活动过程中,除非在法律明确规定的情况下和法律限定内,任何人不得以自己的强力来实现或者加强自己的权利。如果要实现自己的某项权利,必须通过法院,即依靠司法机关来实现,禁止通过自己的强力施加于他人,否则,可能构成违法乃至犯罪。但是如果实体法规定在一定的范围内行使的某些行为具有合法性,如自助行为、正当防卫、紧急避险、留置权、抵偿权、合同不履行之抗辩等。<sup>①</sup>禁止自力救济是《澳门民法典》一项独特的基本原则,它有利于通过法院司法保护当事人的合法民事权益,制止违法的民事行为;也有利于社会秩序的稳定,避免社会纠纷的激化。<sup>②</sup>

### 2. 当事人进行及辩论原则

《澳门民法典》第3条明确规定了当事人进行及辩论原则。这项原则是大陆法系民事诉讼模式的典型特征之一。当事人进行是指法院对民事案件的审理应当以当事人的请求为依据,除非法律另有规定,否则法院不得在一方当事人未提

<sup>①</sup> [葡]Viriato Manuel Pinheiro de Lima:《民事诉讼法教程》,叶迅生、卢映霞译,法律及司法培训中心2008年版,第1~2页。

<sup>②</sup> 黄双全:《民事诉讼法比较研究》,澳门基金会1999年版,第27页。

出请求,并且在另一方当事人未获得机会申辩的情况下解决引致诉讼的利益冲突。辩论原则是指在整个民事诉讼过程中,在当事人未有机会就法律问题或事实问题作出陈述时,法官不得对这些问题进行裁判,但明显无须当事人作出陈述的情况除外。该项原则是对法官的裁判在程序上的一种限制,即非经当事人对质争辩,法官不得作出裁判。

### 3. 当事人平等原则

《澳门民事诉讼法》第4条规定了平等原则,在整个诉讼过程中,法院应当确保当事人具有实质平等之地位,尤其在行使权能、使用防御方法及适用程序上告诫及制裁方面。平等原则要求法院要保证参与诉讼的双方当事人无任何分别地享有民事诉讼权利及承担诉讼义务,从而保证双方获得公正裁判的同等机会。在实践中,由于当事人经济条件的差异和不足可能导致难以贯彻平等原则。为此,澳门1994年8月1日第41号法令规定,通过免除当事人承担过重的诉讼费用,免除某些当事人预付诉讼费用或向其提供免费的法律援助,或者给予经济条件较差的当事人一定的保障等一系列具体措施,使法律上的平等逐步转化为事实上的平等。

### 4. 处分原则

《澳门民事诉讼法》第5条规定该项原则,这项原则要求组成诉因之事实及抗辩所依据之事实应基于当事人的陈述。法官仅得以当事人陈述之事实作为裁判基础,但不影响第434条及第568条规定之适用,亦不妨碍法官依职权考虑从案件调查及辩论中所得出之辅助性事实。在裁判时,法官须考虑之事实尚包括对所提出之请求或抗辩理由成立属必需之事实,而该事实能补充或具体说明当事人已适时陈述之其他事实,且系从案件调查或辩论中得出者;但有害关系之当事人获给予机会就该事实表明其意见,且他方当事人已获机会行使申辩权时,法官方考虑该事实。

### 5. 诉讼程序之领导权及调查原则

澳门法律体系属于典型的大陆法系的法律体系,就其民事诉讼法模式而言,属于职权主义模式。法官在诉讼程序中拥有主导权,主要表现为职权进行主义和职权探知主义。在民事诉讼程序中,法官应对民事诉讼程序作出安排,使诉讼程序能依规则迅速进行,因而应命令采取必需措施,使诉讼正常进行,并拒绝作出任何无关或纯属拖延程序进行之行为,但这并不影响当事人主动为行为之责任。如所欠缺之诉讼前提系可弥补者,法官须依职权采取措施予以弥补,因而应命令作出使诉讼程序符合规范所需之行为,或在诉讼程序中出现主体变更时,要求当事人作出该行为。法官就其依法可审理之事实,应依职权采取或命令采取一切必需措施,以查明事实真相及合理解决争议。该原则的精神主要有两个方面:一是法官依职权命令采取必要的措施,以保障诉讼程序的正常进行;二是法

官依职权采取或命令采取一切措施,这样有利于法院查明案件事实及合理解决争议,即体现职权探知主义精神。

#### 6. 形式合适原则

如法律规定之程序步骤并不适合案件之特殊情况,法官经听取当事人意见后,应依职权命令作出更能符合诉讼目的之行为。该项原则赋予法官变更诉讼程序更大的权力,其适用的前提是遇到特殊情况,并且取得当事人的同意,以体现当事人进行主义原则。

#### 7. 合作原则

在主导或参与诉讼程序方面,司法官、诉讼代理人及当事人应相互合作,以便迅速、有效及合理解决争议。当事人如不协助应给予发现事实真相之义务,则被处罚款。在诉讼程序中的任何阶段,法官应听取当事人、其代理人或诉讼代理人之陈述,并要求其就事实上或法律上之事宜作出有关解释,以及将上述措施所得之结果知会他方当事人。有关人士经通知后必须到场,并就被要求作出解释之事宜作出解释,但不影响第 442 条第 3 款<sup>①</sup>规定之适用,即提供协助义务之终止。如任何一方当事人提出合理理由,说明有重大困难获得某些文件或资料,以致影响其有效行使权能或履行诉讼上之责任或义务,法官应尽可能采取措施,排除有关障碍。

#### 8. 善意原则

当事人应遵守善意原则,不应提出违法请求,亦不应陈述与真相不符之事实、声请采取纯属拖延程序进行之措施。所有诉讼参与人均负有相互间行为恰当之义务,律师与司法官之间有以礼相待之特别义务。当事人于文书或口头陈述中,不应在不必要或不合理之情况下使用侵犯他方当事人名誉或名声之言词,或使用不尊重有关机构之言词。

### (五) 澳门地区民事诉讼类型和形式

诉讼形式是指诉讼得以开展的样式,即进行诉讼的程序。诉讼的类型则是从诉讼的性质上对诉讼进行分类,诉讼形式则是从诉讼的进行过程对诉讼作出的划分。<sup>②</sup> 诉讼类型比较原则、抽象,而诉讼形式则比较具体。诉讼类型要通过具体的诉讼形式才能得以展开和实现。

《澳门民诉法》第 11 条将诉讼类型分为宣告之诉和执行之诉两大类。宣告之诉即审判程序,旨在解决争议问题。有关争议应通过法院作出具有确定力及

<sup>①</sup> 《澳门民事诉讼法典》第 442 条第 3 款规定:如提供协助将导致下列情况,则提供协助义务终止:(a) 侵犯人之身体或精神之完整性;(b) 侵入私人生活、住所、函件或其他通讯方法;(c) 违反保守秘密之义务或违反公务员之保密义务,但不影响第 4 款规定之适用。

<sup>②</sup> 汤维建主编:《民事诉讼法学》,北京大学出版社 2008 年版,第 59 页。



具约束力的宣告来解决。宣告之诉又可细分为确认之诉、给付之诉和形成之诉。执行之诉是指原告请求采取适当措施以确实弥补遭受侵害之权利之诉讼，系以某一执行名义为依据。其目的得为支付一定金额，交付一定之物或作出一积极或消极事实。

宣告之诉，原告得请求法院宣告被告不履行义务或为一定行为，原告得请求法院宣告被告不履行义务或为一定行为，原告得请求法院宣告被告不履行义务或为一定行为。

给付之诉，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务。

形成之诉，原告得请求法院判令被告为一定行为或为一定不作为，原告得请求法院判令被告为一定行为或为一定不作为，原告得请求法院判令被告为一定行为或为一定不作为。

执行之诉，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务。

宣告之诉，原告得请求法院宣告被告不履行义务或为一定行为，原告得请求法院宣告被告不履行义务或为一定行为，原告得请求法院宣告被告不履行义务或为一定行为。

给付之诉，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务。

形成之诉，原告得请求法院判令被告为一定行为或为一定不作为，原告得请求法院判令被告为一定行为或为一定不作为，原告得请求法院判令被告为一定行为或为一定不作为。

执行之诉，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务。

① 原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务。

② 原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务。

③ 原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务。

④ 原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务。

⑤ 原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务。

⑥ 原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务。

⑦ 原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务，原告得请求法院判令被告履行一定义务。

## 第一编 台湾地区民事诉讼制度

## 第一章

## “民事诉讼法”修改的理论基础

台湾地区“民事诉讼法”(以下简称“台湾民法”)在迈向 21 世纪的过程中,进行了大规模修改。该法于 1999 年完成调解程序、简易程序的修改,并增设小额诉讼程序;2000 年完成集中审理和证据制度的修改;2003 年将余下的内容继续修改,“台湾民法”至此完成彻底翻修。2007 年和 2009 年又作了局部修改。由于 2012 年制定了独立的“家事事件法”,2013 年调整了“民法”部分内容,其重点是将人事诉讼程序予以删除。目前的“台湾民法”已经实现彻底的转型,从体例结构到内容安排都根本不同于作为其前身的 20 世纪 30 年代民国时期的民事诉讼法。“台湾民法”之所以能完成根本性、全面性修改,根本原因在于有一套民事诉讼法的理论为指导。1980 年,台湾地区成立了由学者和实务界专家组成的民事诉讼法研究会,通过举办定期性、经常性的研讨会,逐渐对费用相当性原则、程序利益保护论、听审请求权、程序选择权等理论形成共识。<sup>①</sup>“司法院”民事诉讼法研究修正委员会负责草案的起草,而该委员会成员大多都来自民事诉讼法研究会,因此上述共识性也就成为民事诉讼法修正草案的指导理论。在这些理论的指导下,在不长的时间里台湾就完成了“民法”的全面修改。不仅如此,这些理论还成为评价、解释司法实务的重要依据。

<sup>①</sup> 1990 年,参加民事诉讼法研讨会的人士共同捐助基金,成立“财团法人民事诉讼法研究基金会”;经报请“法务部”许可,于 1991 年正式成立财团法人,并经台北地方法院完成设立登记手续。参见陈重阳:《台湾民事诉讼法学之近代发展——从程序保障权谈家事事件法之制定》,载《海峡两岸法学研究——两岸法治经验回顾与前瞻》(第 1 辑),九州出版社 2013 年版。

## 一、费用相当性原则

### (一)内涵

费用相当性原则是指在当事人利用诉讼程序或法官运作审判制度的过程中,不应使当事人或法院遭受难以预期之浪费或利益牺牲,否则受此牺牲者得拒绝使用此种制度。根据该原理,程序制度之运作应致力于谋求提升权利保护过程之效率,使制度使用者得仅支出与其权利相适应之费用。<sup>①</sup>

此原则旨在避免耗费过多之时间、劳费、金钱进行诉讼,立法如违反比例原则追求当事人实体利益,不仅延宕原告实体权利的实现或造成被告过度承受应诉负担,且因司法资源分配不合理,使其他私法纷争当事人畏惧使用法院,进而妨害他人接近法院以行使诉讼权利,有违平等原则。“台湾民法”中所设立的强制调解、限制审级并简化证据调查的简易程序、不同审理程序转换之容许与禁止、客观诉之合并、攻击防御方法之适时提出主义与失权效、第二审采取严格的续审制、职权宣告假执行等制度均为费用相当性原则的体现。

### (二)表现条文

1. 调解程序。包括通过扩大简易程序事件适用范围以扩大起诉前强制调解之事件、删除调解不成立应再调解的规定、提高调解程序中当事人不到场之罚金、<sup>②</sup>可在法院以外其他处所调解、明文规定当事人于调解成立后可向法院提起调解无效或撤销之诉、<sup>③</sup>法官可于双方意思已接近时适当介入、<sup>④</sup>将调解不成立

① 邱联恭:《司法之现代化与程序法》,台湾三民书局1995年版,第272页。

② “台湾民法”第409条规定:“当事人无正当理由不于调解期日到场者,法院得裁定处新台币三千元以下之罚鍰;其有代理人到场而本人无正当理由不从前条之命者亦同。前项裁定得为抗告,抗告中应停止执行。”

③ “台湾民法”第416条第2、3项规定:“调解有无效或得撤销之原因者,当事人得向原法院提起宣告调解无效或撤销调解之诉。前项情形,原调解事件之声请人,得就原调解事件合并起诉或提起反诉,请求法院于宣告调解无效或撤销调解时合并裁判之。并视为自声请调解时,已经起诉。”

④ “台湾民法”第417条规定:“关于财产权争议之调解,当事人不能合意但已甚接近者,法官应斟酌一切情形,其有调解委员者,并应征询调解委员之意见,求两造利益之平衡,于不违反两造当事人之主要意思范围内,以职权提出解决事件之方案。”

再起诉的诉讼系属时点明确为声请调解时。<sup>①</sup>

2. 小额程序。为保护人民财产权、诉讼权、平等权,使民众能够对其日常生活中发生的小额事件,通过迅速、简便、经济的诉讼程序解决,立法者认为简易程序仍嫌繁复,故设立小额程序。适用小额程序的事件为诉讼标的金额或价额为新台币 10 万元以下的事件,超过此数额事件也可由当事人合意适用;立法明文禁止当事人将大额事件割裂为小额事件以适用小额程序,除非原告已说明就余额不再主张;限制诉之变更、追加之范围;就小额程序进行而言,包括限制附合契约中之合意管辖条款、允许表格化诉状、夜间或休息日开庭、实行当事人讯问等制度,以求迅速发现真实、实行衡平裁判。为了贯彻费用相当性原则,避免法院耗费过多时间、费用,规定法院经两造同意或调查证据的时间费用与当事人请求显不相当时,可不调查证据而公平裁判,鼓励和解与简化判决书记载;就小额程序救济部分,规定以地方法院合议庭为第二审,上诉或抗告须以裁判违反法令为由,限制当事人在第二审变更、追加之诉,原则上第二审应自己作出判决,审理可不经言词辩论。

3. 简易程序。简易程序运用费用相当性原则包括以下内容:将适用简易程序之诉讼标的金额或价额,修正为上诉第三审利益额以下,以配合第 466 条规定,并扩大适用简易程序之案件类型;同时增订法院认为适当时可裁定改用通常诉讼程序;<sup>②</sup>简易诉讼程序应以一次期日辩论为原则、简化简易程序言词辩论笔录<sup>③</sup>;为达速审速结目的,规定当事人一方言词辩论期日不到场即可作出一造辩论判决,简化简易事件判决书的记载;规定简易程序原则上二审审结,若因诉之合并、变更、追加或提起反诉,而使诉之全部或一部不适用简易程序,除当事人合意外,法院应改为通常程序。

<sup>①</sup> “台湾民诉法”第 419 条第 2 项、第 3 项规定:“前项情形,视为调解之声请人自声请时已经起诉。当事人声请调解而不成立,如声请人于调解不成立证明书送达后十日之不变期间内起诉者,视为自声请调解时,已经起诉;其于送达前起诉者,亦同。”

<sup>②</sup> “台湾民诉法”第 427 条第 5 项规定:“第二项之诉讼,案情繁杂或其诉讼标的金额或价额逾第一项所定额数十倍以上者,法院得依当事人声请,以裁定改用通常诉讼程序,并由原法官继续审理。”

<sup>③</sup> “台湾民诉法”第 433 条之二规定:“言词辩论笔录,经法院之许可,得省略略记载之事项。但当事人有异议者,不在此限。前项规定,于言词辩论程序之遵守、舍弃、认诺、撤回、和解、自认及裁判之宣示,不适用之。”

## 二、程序利益保护论

### (一) 内涵

“台湾民诉法”向来被认为以保障私权为目的,不过基于“宪法”第16条保障人民诉讼权之基本权利,司法资源具有其有限性,从而无法对单一个案耗费过多时间。传统上诉讼权之保障,或曰保障人民享有使用诉讼制度、使用法院的机会,多是针对发现客观真实与达成慎重而正确的裁判而言。如果当事人在诉讼程序中耗费过多劳力、时间与费用,使其支出的程序费用超过通过诉讼实现的实体利益,则有损当事人所享有的程序利益。

程序利益为修法过程引进之法理,系指依“宪法”上保障自由权、诉讼权、财产权、平等权及生存权等基本权利规定,当事人及程序利害关系人应被赋予程序主体地位,享有程序主体权。基于程序主体性原则,立法者及程序制度运作者(法官),就关涉程序主体利益、地位、责任或权利义务之审判程序、纷争解决程序,应从实质上保障其有适时、适式参与该程序以影响裁判如何形成之机会。<sup>①</sup>为此,就诉讼程序如何利用与运作而言,程序主体者除可请求受诉法院实现其系争实体利益以贯彻此利益所彰显之基本权外,亦可请求法院保护其衍生于该基本权且独立并存于上述实体利益之程序利益。通常此程序利益系指因简化程序之利用或避不使用烦琐、欠缺实益之程序所可节省之劳力、时间或费用而言,如果诉讼程序运作未能致力于此,或竟然反而造成劳力、时间或费用的浪费,即属于当事人遭受了程序上的不利益。发生此种不利益,不仅对于系争实体利益,也对系争标的外同受“宪法”保障的基本权造成减损、消耗、限制的后果。为此,立法者在设计诉讼制度时或法院在运作程序时,均应尽力使程序主体有平衡追求程序利益的机会。

### (二) 表现条文

程序利益论作为修法的指导原则,对诸多条文修正有影响。就择定审判对象范围部分,包括法官阐明义务之要求、金钱赔偿损害赔偿请求数额之嗣后补充、<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 邱联恭:《程序利益保护原则(上)——阐释其如何成为前导民事诉讼法修正走向之法理》,载台湾《月旦法学教室》2002年第1期。

<sup>②</sup> “台湾民诉法”第244条第4项规定:“第一项第三款之声明,于请求金钱赔偿损害之诉,原告得在第一项第二款之原因事实范围内,仅表明其全部请求之最低金额,而于第一审言词辩论终结前补充其声明。其未补充者,审判长应告以得为补充。”

自由心证定损害赔偿数额<sup>①</sup>等。就促成纷争解决方式选用部分,包括扩充诉讼前证据保全、保全证据期日争点协议之程序、程序转换之程序利益追求(如合意委任酌定调解条款和合意移付调解)、当事人可以合意将通常程序改用简易或小额程序等。小额事件之事实认定部分,包括两造合意或调查证据所需时间、费用与当事人之请求显不相当时,可由法院依公平原则作出裁判。此外,诉讼上请求范围、协议简化争点与促进诉讼义务、合并审判制度、<sup>②</sup>证据调查程序<sup>③</sup>等,亦按照诉讼经济及程序利益原则进行修正。

### 三、听审请求权

#### (一)内涵

听审请求权,又称合法听审权,是根源于人性尊严、法治原则的公民基本权与程序法原则。听审请求权是德国法上的概念,被作为公民的基本权之一规定在德国宪法中。该原则规定于宪法后,被广泛运用于司法实务中,实务界将其视为程序法上一般原则。台湾地区民事诉讼法学界引入德国听审请求权理论并加以发展,使之成为民事诉讼法修改的先导理论。保障听审请求权有利于确立当事人诉讼主体的地位。<sup>④</sup>其基本内容如下:

1. 知悉权(又称受通知权)。知悉权包括以下三方面:一是诉讼系属的合法通知,指法院应依民事诉讼法有关送达规定通知当事人;二是对相对人陈述内容知悉的权利,即对于一方当事人的陈述,其他程序参与者应有知悉的权利,而法

<sup>①</sup> “台湾民法”第 222 条第 2 项规定:“当事人已证明受有损害而不能证明其数额或证明有明显重大困难者,法院应斟酌一切情况,依所得心证定其数额。”

<sup>②</sup> “台湾民法”第 255 条规定:“诉状送达后,原告不得将原诉变更或追加他诉。但有各款情形之一者,不在此限:一、被告同意者。二、请求之基础事实同一者。三、扩张或减缩应受判决事项之声明者。四、因情事变更而以他项声明代最初之声明者。五、该诉讼标的对于数人必须合一确定时,追加其原非当事人之人为当事人者。六、诉讼进行中,于某法律关系之成立与否有争执,而其裁判应以该法律关系为据,并求对于被告确定其法律关系之判决者。七、不甚碍被告之防御及诉讼之终结者。被告于诉之变更或追加无异议,而为本案之言词辩论者,视为同意变更或追加。”

<sup>③</sup> “台湾民法”第 305 条第 2 项、第 3 项规定:“证人须依据文书、资料为陈述,或依事件之性质、证人之状况,经法院认为适当者,得命两造会同证人于公证人前作成陈述书状。经两造同意者,证人亦得于法院外以书状为陈述。”

<sup>④</sup> 姜世明:《民事程序法之发展与宪法原则》,台湾元照出版有限公司 2009 年版,第 71~89 页。

院就此负有通知义务；三是阅卷权，所有对判决有重要影响的相关资料，除法院内部文件外，皆应允许当事人阅视。

2. 陈述权。陈述权可分为积极的陈述权和消极的陈述权。前者指当事人可以在法院前进行主张、说明和表示意见的权利，法院应保障程序参与者对有关攻击防御的重要事项进行陈述的权利；后者则指作为裁判依据的诉讼资料，法院必须确定当事人已获得听审请求权的保障，否则不能作为裁判的依据。也就是说在保障当事人听审请求权的前提下，所获得的诉讼资料才可以作为裁判的依据；若利用未经当事人主张的事实，就会产生违反听审请求权的后果。

3. 法院审酌义务。听审请求权内容除前述两项原则外，还包括法院审酌义务。其可细化为两点：其一，法院必须对当事人的陈述适时地评价和审酌。如果规定了书状提出期间，法院即不得在期间届满前进行裁判。若法院于期间届满前作出裁判，即意味着法院未审酌尚在时限内但未提出的书状，构成违反听审请求权。其二，附具理由义务。法院判决时，必须将所知悉的当事人陈述在判决中予以详细说明，以使当事人和上级法院有监督审查的基础。此乃法治社会下司法权行使的基本要求。

4. 突袭性裁判之防止。突袭性裁判是指法官违反有关事实上与法律上的阐明义务，而以当事人未受适当程序保障下所得的事实或法律见解为其裁判依据，“以致造成法院所为之裁判乃非当事人基于诉讼所存资料依通常情形所得预期裁判结果之意外效果”。<sup>①</sup>突袭性裁判包括事实性突袭性裁判与法律性突袭性裁判。两者均有损于当事人的程序基本权，应尽力避免之。法院在裁判相关诉讼资料时，应保障当事人的知悉权、阅览权、陈述权。对于法院裁判有重要性的事实、法律争议，当事人均应有机会影响之。听审请求权亦要求法院对于当事人所提出之攻击防御，需加以认识、审酌且须于判决中附具理由说明。

## (二)修法条文

听审请求权体现于诸多修法条文。例如，知悉权体现于送达、将诉讼系属事项通知诉讼标的移转之第三人、<sup>②</sup>诉之言词撤回以笔录送达、<sup>③</sup>准备书状缮本通知被告等规定；陈述权体现于追加当事人赋予陈述意见机会、法官阐明权之完全

<sup>①</sup> 姜世明：《论合法听审权——以在民事程序法之实践为中心》，载台湾《法学丛刊》2002年第4期。

<sup>②</sup> “台湾民事诉讼法”第254条第4项规定：“法院知悉诉讼标的有移转者，应即以书面将诉讼系属之事实通知第三人。”

<sup>③</sup> “台湾民事诉讼法”第262条第3项规定：“以言词所为诉之撤回，应记载于笔录，如他造不在场，应将笔录送达。”

行使、①法官阐明义务之扩充、②法院职权调查证据应给予当事人陈述意见的机会、证明妨碍致不利认定应给予当事人陈述意见的机会、③命当事人退庭之讯问、当事人对违背文书提出义务的后果可为辩论等规定④；法院审酌义务体现为法院心证之理由应记明于判决的规定⑤。

## 四、程序选择权论

### (一) 内涵

基于人性尊严与人民主体原则，以及“宪法”保障的自由权、诉讼权、财产权等基本权利，故在处分权主义之范围内，原则上承认当事人就各程序中所涉之实体利益与程序利益，有一定的自由处分权，从而可要求立法者及法院提供相当机会，使当事人用来平衡追求该两种利益，亦即强化当事人程序主体地位。<sup>⑥</sup>

为此，法院应使当事人有机会选择较有助于平衡追求实体利益与程序利益之程序制度，包括当事人一方可依不同利益衡量选择不同的纠纷解决程序，如诉讼制度、非讼制度或诉讼外纠纷解决机制，也可由当事人双方共同选择程序之进行方式，如合意选择适用或改用程序，以减少程序劳费之方式追求程序利益。此类以合意改变立法上之民事诉讼规范，乃与诉讼契约论的发展有关。“今后应在认知上开法理对于立法论及解释论具指导原理性之前提下，以程序选择权论为据点，全面性检视向来民事程序理论及实务运作之利弊得失，进而重新定立相关

① “台湾民诉法”第 199 条规定：“审判长应注意令当事人就诉讼关系之事实及法律为适当完全之辩论。审判长应向当事人发问或晓谕，令其为事实上及法律上陈述、声明证据或为其他必要之声明及陈述；其所声明或陈述有不明或不完足者，应令其叙明或补充之。陪席法官告明审判长后，得向当事人发问或晓谕。”

② “台湾民诉法”第 199 条之一规定：“依原告之声明及事实上之陈述，得主张数项法律关系，而其主张不明或不完足者，审判长应晓谕其叙明或补充之。被告如主张有消灭或妨碍原告请求之事由，究为防御方法或提起反诉有疑义时，审判长应阐明之。”

③ “台湾民诉法”第 282 条之一规定：“当事人因妨碍他造使用，故意将证据灭失、隐匿或致碍难使用者，法院得审酌情形认他造关于该证据之主张或依该证据应证之事实为真实。前项情形，于裁判前应令当事人有辩论之机会。”

④ “台湾民诉法”第 345 条规定：“当事人无正当理由不从提出文书之命者，法院得审酌情形认他造关于该文书之主张或依该文书应证之事实为真实。前项情形，于裁判前应令当事人有辩论之机会。”

⑤ “台湾民诉法”第 222 条第 4 项规定：“得心证之理由，应记明于判决。”

⑥ 邱联恭：《司法之现代化与程序法》，台湾三民书局 1995 年版，第 113～114 页。



之程序法理。”<sup>①</sup>

## (二)表现条文

该理论运用于许多条文,如合意管辖,审判权争议时合意由普通法院审判,<sup>②</sup>合意不公开审判以保护隐私,争点简化协议,合意选定鉴定人等;再如承认证据契约、证据保全程序中的协议(包括诉讼前阶段的争点协议、诉讼标的协议、协议执行力的赋予<sup>③</sup>)的效力;明文规定当事人有权声请酌定和解方案、<sup>④</sup>起诉前可合意调解、合意适用简易程序、合意适用小额程序、合意飞跃上诉<sup>⑤</sup>等等。

此外应当说明的是,台湾地区于2003年制定了“民事诉讼合意选定法官审判暂行条例”,允许当事人在诉讼中合意选定法官。当事人以合意方式选定其信赖的法官,其功能在于减少上诉与增强对司法的信赖。合意选定法官制度的法理基础即为程序选择权。不过,由于该条例欠缺相关制度的配合,产生法定法官原则之背反的争议,且可能造成一地多制之法不安定性,因而施行不过数年即被废止。<sup>⑥</sup> 废止的根本原因,在于论者执着于学术理想而将程序选择权过于美化,对实施时可能发生的困难缺乏清醒的认识,以至于与现实脱节。其实,在程序选择权提出之初便被学界批评为过于理想。<sup>⑦</sup>

① 邱联恭:《程序选择权论》,台湾三民书局2000年版,第54页。

② “台湾民法”第182条之一第1项规定:“普通法院就其受理诉讼之权限,如与行政法院确定裁判之见解有异时,应以裁定停止诉讼程序,声请‘司法院’大法官解释。但当事人合意愿由普通法院为裁判者,由普通法院裁判之。”

③ “台湾民法”第376条之一规定:“本案尚未系属者,于保全证据程序期日到场之两造,就诉讼标的、事实、证据或其他事项成立协议时,法院应将其协议记明笔录。前项协议系就诉讼标的的成立者,法院并应将协议之法律关系及争议情形记明笔录。依其协议之内容,当事人应为一定之给付者,得为执行名义。”

④ “台湾民法”第377条之一规定:“当事人和解之意思已甚接近者,两造得声请法院、受命法官或受托法官于当事人表明之范围内,定和解方案。前项声请,应以书状表明法院得定和解方案之范围及愿遵守所定之和解方案。”

⑤ “台湾民法”第466条之四规定:“当事人对于第一审法院依通常诉讼程序所为之终局判决,就其确定之事实认为无误者,得合意径向第三审法院上诉。前项合意,应以文书证之,并连同上诉状提出于原第一审法院。”

⑥ 相关质疑可参见姜世明:《任意诉讼及部分程序争议问题》,台湾元照出版有限公司2009年版,第123页。

⑦ 邱联恭等:《程序选择权之法理——民法法研究会第46次研讨会记录》,载台湾《法学丛刊》1993年第3期。

## 五、武器平等原则

### (一) 内涵

武器平等原则的法理基础在于法治原则、平等权原则等。法治原则、平等权原则要求法律应保障诉讼当事人间之武器平等,保障资力较低劣之诉讼当事人获得诉讼救助,以保障其平等接近法院的权利及保障其能获得司法救济的权利。

诉讼法意义上武器平等原则,是指诉讼当事人无论原告或被告,即使在诉讼外是高低阶层的社會关系,在诉讼中地位也一律平等,法官有义务通过客观公正程序,无成见地使用、评价当事人主张,无偏私地运用法律及履行程序上的义务,以确保当事人地位平等。如进一步分析,可将武器平等原则区分为形式意义上武器平等原则与实质意义上武器平等原则。前者是指当事人一方在法官面前不可有优于或劣于他造之地位,无论是原告还是被告均一律平等,不因身份、阶级、地位差异而不同,这是程序法建构应考量的原则。不过是否允许法官对具体个案干预以及采用何种方式干预以促进平等,仍有疑问。后者则强调当事人在法院前处于实质性程序地位之平等性,不仅强调在立法制度上当事人应获得同等地位,而且强调在程序上之机会平等性。<sup>①</sup> 据此,法院应注意调整当事人事实上的不平等性,保障当事人有同等运用程序的机会,即实质诉讼指挥权之强化。

### (二) 表现条文

武器平等是“台湾民法法”的一项指导性原则。如 2009 年通过的“法律扶助法”,是为了保障人民合法权益,对于无资力或因其他原因无法得到法律适当保护的人,提供必要之法律扶助。提供的法律扶助包括法律咨询、调解、和解、法律文件撰拟、诉讼或仲裁之代理或辩护、其他法律事务上必要之服务及费用之扶助等。“台湾民法法”第 107 条规定:“当事人无资力支出诉讼费用者,法院应依声请,以裁定准予诉讼救助。但显无胜诉之望者,不在此限。法院认定前项资力时,应斟酌当事人及其共同生活亲属基本生活之需要。”第 277 条规定:“当事人主张有利于己之事实者,就其事实有举证之责任。但法律别有规定,或依其情形显失公平者,不在此限。”上述条文皆体现了武器平等原则的运用。

<sup>①</sup> 姜世明:《民事程序法之发展与宪法原则》,台湾元照出版有限公司 2003 年版,第 167~172 页。

## 六、非訟法理之嵌入

### (一) 內涵

民事訴訟程序向來多采徹底的當事人主義的程序法理，如處分權主義、辯論主義等。不過第一次世界大戰之後，情況有所變化，當事人主義的適用造成了訴訟拖延，減少或阻礙了其他人平等使用法院解決紛爭的機會，從而產生了对當事人主義進行适度限制的需要。因此有必要讓訴訟當事人負有某種程度的協力義務，以協助法院促進訴訟，並且擴大法官的裁量權限，以抑制浪費司法資源的訴訟。植基於訴訟經濟原則的非訟化理論，可分為程序上非訟化與實體上非訟化。前者是指只利用裁定、抗告而非判決、上訴等方式解決紛爭，同時採用間接主義、職權主義、書面主義、不公開主義等，這樣有助於節省勞力、時間和費用；後者是指承認法官對權利義務存否及其範圍之判斷有裁量權，亦即將實體法上要件予以抽象化、概括化，而授予法官裁量權，由法官來決定權利的内容。<sup>①</sup>

### (二) 表現條文

本原則體現條文可分為三部分。其一體現於簡式訴訟程序中。如調解程序中法官職權調查證據、<sup>②</sup>調解方案之提出，<sup>③</sup>簡易程序中如一次期日辯論終結為原則、便宜通知證人到場程序，小額訴訟中衡平裁判<sup>④</sup>等；其二為實體法之非訟化，如確定判決因情勢變更而被更行起訴請求變更原判決<sup>⑤</sup>、審酌事實、衡平定

① 邱聯恭：《司法之現代化與程序法》，台灣三民書局 1995 年版，第 326～327 頁。

② “台灣民法”第 413 條規定：“行調解時，為審究事件關係及兩造爭議之所在，得听取當事人、具有專門知識經驗或知悉事件始末之人或其他關係人之陳述，察看現場或調解標的物之狀況；于必要時，得由法官調查證據。”

③ “台灣民法”第 417 條規定：“關於財產權爭議之調解，當事人不能合意但已甚接近者，法官應斟酌一切情形，其有調解委員者，並應征詢調解委員之意見，求兩造利益之平衡，于不違反兩造當事人之主要意思範圍內，以職權提出解決事件之方案。”

④ “台灣民法”第 436 條之十四規定：“有下列各款情形之一者，法院得不調查證據，而審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判：一、經兩造同意者。二、調查證據所需時間、費用與當事人之請求顯不相當者。”

⑤ “台灣民法”第 397 條規定：“確定判決之內容如尚未實現，而因言詞辯論終結後之情事變更，依其情形顯失公平者，當事人得更行起訴，請求變更原判決之給付或其他原有效果。但以不得依其他法定程序請求救濟者為限。”

损害数额<sup>①</sup>；其三为程序法之非讼化，如保全证据程序两造协议笔录、法官提出和解方案，前者为第 367 条之一的规定，后者为第 377 条之二的规定。

## 七、集中审理原则

### （一）内涵

集中审理原则，是指“诉讼之本案审理应尽可能使程序集中化，并以开一次言词辩论期日即可终结为理想”。<sup>②</sup> 根据该原则所确立的审理方式，是以实现短时间内终结某一事件为目标，就该事件的辩论，或集中于一次言词辩论期日内完成，或连续召开数次言词辩论期日而没有时间上间隔，且该数次期日之间不审理其他事件。在这种情况下，法院对案件的审理必须连续不断地进行，一案审理终结后才可以审理其他案件，所以又称继续审理主义，这与台湾地区法院向来所用的并行审理主义、分割审理主义不同。为达到审理集中的目的，法院需要将诉讼中产生的事实、证据与法律上争点在短时间内加以整理，尽量缩短审理时间，减少开庭次数。

审理集中化的功能在于以下几方面：第一，有利于节省劳费，避免当事人遭受程序上的不利益。集中审理可避免重复审理、调查证据，法官和当事人毋庸重复阅览已有的案卷笔录或附卷材料，从而为当事人节省劳费，避免重复开庭的负担。集中审理可使当事人及其代理律师减少到庭的次数，且节省等候开庭的时间。第二，有利于提升事实认定的正确性，从而提升裁判的品质。实现集中审理，法院可以对特定的争点事实集中讯问相关证人、调查相关证据，及时形成心证，避免分割审理所造成遗忘、记忆模糊。通过集中审理，当事人与其他诉讼参与人在记忆保持新鲜的情况下共同开庭，法院比较容易化解他们彼此之间的误解，从而避免误判。第三，有利于赋予当事人平衡追求实体利益和程序利益的机会，提升当事人及其他诉讼参与人对裁判的信服度、接纳度。在集中审理的法庭上，所有的人都目睹了案件的审理过程，掌握了案件全貌，从而可以形成与法官相同或相近的心证、判断。第四，有利于贯彻言词审理、直接审理主义。通过集中审理，法院可利用当事人和其他诉讼参与人都在场且记忆犹新的情形下，当场阐明相关争点或不明了之处，并使当事人能够陈述意见，从而充分发挥直接审理主义、言词审理主义的机能。

<sup>①</sup> “台湾民诉法”第 222 条第 2 项规定：“当事人已证明受有损害而不能证明其数额或证明有重大困难者，法院应审酌一切情况，依所得心证定其数额。”

<sup>②</sup> 邱联恭：《程序制度机能论》，台湾三民书局 1996 年版，第 239 页。

## (二)表现条文

集中审理的三大支柱分别是失权制度、阐明制度和争点整理程序。通过多次修法,这三种制度已相继在“民法”中确立。

1. 失权制度。2000年修法时将自由顺序主义改采适时提出主义,以促进诉讼,防止诉讼延滞,其核心内容就是将当事人未于适当时机提出的攻击防御方法排除于诉讼之外。2003年修法时又对第二审程序的失权规定作了重要修改。第196条关于失权的一般原则性规定、第276条关于准备程序失权的规定、第268条之一关于第一审程序失权的规定、第444条之一及第447条关于第二审程序的失权规定等,构成了体系完整的民事诉讼失权制度。

2. 阐明制度。为了使诉讼过程流畅且适当进行,应赋予法院诉讼指挥权,阐明权是法院行使诉讼指挥权的重要方式。为了防止发生突袭性裁判,法律赋予法官阐明权。“台湾民法”第199条对审判长在庭审中的职权作了具体的规定。此外,法律还规定法官负有表明法律见解的义务,从而使阐明的性质由法官的权力转变为义务。第199条之一规定:“依原告之声明及事实上之陈述,得主张数项法律关系,而其主张不明了或不足者,审判长应晓谕其叙明或补充之。被告如主张有消灭或妨碍原告请求之事由,究为防御方法或提起反诉有疑义时,审判长应阐明之。”

3. 争点整理。所谓争点整理,是指对双方当事人争执的内容进行厘清的活动和过程,借此了解双方所主张的诉讼资料(包括事实和证据主张)内容为何、争执在哪,以便法院与诉讼当事人就此形成共识,从而使法院在证据调查、言词辩论期日得以聚焦于争点的审理,当事人也应就争点集中攻防。<sup>①</sup>争点整理不仅包括事实、证据争点的整理,还包括法律争点的整理。相关条文如第296条之一第1项规定:“法院于调查证据前,应将诉讼有关之争点晓谕当事人。”该规定将诉讼程序分为争点整理程序与证据调查程序。第270条之一规定:“受命法官为阐明诉讼关系,得为下列各款事项,并得不用公开法庭之形式行之:……三、整理并协议简化争点。”争点整理程序在于先行特定当事人的诉讼请求,确认哪些事实具有诉讼上待证的必要,以便言词辩论阶段进行有效的攻击防御。证据调查程序,仍需决定何种证据需要调查,从而需根据证据调查情况再进行争点整理。最后在法律适用层面上,法院通过自由心证形成自己的法律见解,为避免造成法律适用的突袭,亦须就特定法律争点与当事人讨论并适时公开心证。

<sup>①</sup> 邱联恭:《争点整理方法论》,台湾三民书局2001年版,第23~26页。