

# 民事訴訟之原則及其自我改革之能力<sup>1</sup>

李淑華<sup>2</sup>

這些年來，作為我的聽眾，學生是我每天在法學院教授民事訴訟科目的最寶貴的鼓勵。今天應邀就澳門民事訴訟前景談些想法之同時，我亦非常樂意的把我的感想與更多的聽眾分享。

然而，我立刻便意識到完成這項工作所將要遇到的困難。

在短暫的演講中，怎樣處理這既廣泛又複雜的題目呢？如何概括地探討如此重要、如此廣泛、如此現實的題目，而不貶低其價值呢？

說其重要，是因為它屬於司法行政的敏感問題，而我們所面對的是整個訴訟法的縱向、補充性的規範體。

說其廣泛，是因為要達到整體效果，它的改革必然會由其他關連事宜作補充，即如有關訴訟費的立法那樣。至於其他重要的相關問題，我將在後面談及。

至於現實性 雙重現實性，是由於最近幾年，全世界大陸法系呈現出對訴訟法進行改革的趨勢；從澳門的情況來看，則是由於其處於過渡時期以及由此相連繫之要求。

---

<sup>1</sup> 本文為作者在一九九六年十一月廿八及廿九日於澳門舉行的「澳門法律與中國法律之異同」研討會上發表的論文，該研討會由法律翻譯辦公室與中國政法大學合辦。

<sup>2</sup> 澳門大學法學院講師。

因此，為了超越時間的限制，並試圖使本文能發揮出一些用處，唯一可能的途徑是：概括出民事訴訟法的精髓，希望藉以提出若干問題，可尋求具體的解決辦法。

從這個基礎上出發，且經過一定的斟酌後，最終選擇了整體的論述民事訴訟的一般規則。這些規則決定了民事訴訟的基本架構，並約束我們，而且決定它的基本特點，無可避免的影響到民事訴訟規範中所規定的技術性解決方法。

為甚麼這樣選擇？

因為正是這些一般原則，逐漸引起法律學說的注意，且如不將之系統化，民事訴訟將成為枯燥無味的或不科學的東西，這些原則容許我們區分和揭示一項訴訟制度並批判地予以評價。烏拉圭訴訟法學家EDUARDO COUTURE在簡單的句子中表達了這一解釋訴訟法的思想：「一切訴訟法，一切調整訴訟程序的規定，首先是訴訟原則的發展」<sup>3</sup>。PETER STEIN的關於法的一般原則的話中，也包括了這種思想，他指出，法的一般原則是「辯證學家口中的格言、幾何學家的難題、以及醫護人員的警句」<sup>4</sup>；CARNELUTTI的名言論之為「法律的法律」<sup>5</sup>。

事實上，這些表述於言語上存在累贅，本人確信除了系統化問題在任何重大的立法改革中均應注意改善（這是由於不斷適用民事訴訟法，必須要有簡化和快捷的方法，不允許存在查找法律條文的困難），以及除了關注有關改革工作外，當然還應當

---

<sup>3</sup> 參見「民事訴訟研究入門」（蒙特維的亞）第二十頁。

<sup>4</sup> 參見Sergio Bartole摘自米蘭Giuffrè出版之「法律百科全書」第三十五卷第四百九十五頁，為紀念Roscoe Pound而寫之論文（印第安那坡里 紐約，一九六二年）第一章及其後，「標題大綱：若干舊法律規則及法律之一般原則」一文。

<sup>5</sup> 參見「法律與程序」（那不勒斯，一九五八年）之序言第十一條最末部分。

關注其形式，要求其最後的成果行文流暢、不容察覺到改革部分。此外，目前還有必要重新考慮民事訴訟法的指導性一般原則，或許是以新的模式予以表述。

這並不必然的意味澆GIUSEPPE CHIOVENDA以及本世紀上葉的其他著名訴訟法學家提出的這些重大原則已經產生危機，他們提出的這些原則是上一世紀自由思想對民事訴訟概念影響的反映。

實際情況是，民事訴訟極須調整，其目的是追求一種基本的公共利益，以適應現實深刻而迅速的政治和社會變化，以及能夠使我們的技術進步以適應時代的要求。

因此，一方面可以說考慮到在基本權利方面規定的原則，增強了民事訴訟的憲法化（這不可避免的會導致重新表述較陳舊的訴訟模式）；另一方面亦同樣增加了爭議性，幾乎所有國家均有擴大向法院求助的表現；更不用說適用法律的機關越來越多的被求助審議和解決新的法律問題（例如在環境法和消費法方面），這種現象不斷出現，相應的加劇了司法行政方面的落後程度，造成了其固有的且嚴重的後果。

因此，應當認為，多年以來在這方面以司法效力的名義所作出的改革，主要是考慮到通過簡化程序來縮短訴訟的時間，儘量減少構成訴訟行為的環節及其所應具備的手續。與此同時，力圖保證所有公民不管其經濟條件及社會條件如何，均可求助於法院，使其合法權利受到實際的保護。

為了保障公民向法院求助，在很多國家所進行的立法改革均超越純技術範圍，把其他屬性，特別是經濟和社會屬性的問題作為目標，承認這些問題在任何民事訴訟整體改革中起的支配作用。

但是，我們的注意力將僅集中於某些民事訴訟本身的技術問題。儘管如此，時間也只容許對這些問題作初步探討。

本人認為，沒有必要拋棄CHIOVENDA提出的、已成為定論的訴訟概念，民法世界均承認及遵從這種表述。在此應該提出的問題是：在當今世界的現實之下，是否需要重新調整傳統的民事訴訟原則。其實，這種觀點是本世紀一直存在的觀點，甚至以前已經存在 儘管實現這個願望的方式可能有所演變。

然而，關注到訴訟本身的結構，由於我們所談論的數項原則只有整體地考慮才可以理解其表述及意思範圍，而其彼此的運作亦相互依賴，所以似乎只可通過對相關原則進行適當的調整，才能適應恒變的實際情況（這是在法律理論和實踐兩方面的工作者均關注的問題）。

但是，這對於所有或任何民事訴訟原則來說同樣是不可能的，因為其本身所蘊藏的改革潛力對某些原則來說，亦有其本身的限制。

因此，儘管尚有爭議，仍必須作以下區別：

主要原則 乃民事訴訟固有的原則，它必須徹底地而不可片面地納入規定中，不過，透過一個本質上是例外的制度，可容許偏離經法律規定的原則，正因為是例外的，所以不適用類推。

次要原則 其並非主要原則，而旨在優化訴訟的使用和結果，且正因如此，其規定的範圍可大可小，根據具體情況及其所需要實現的目標，接受其具有不同的等級。除了同樣允許對其優點和缺點作出衡量外，亦不可忽視對這些原則的偏離，會因情況而形成特別制度和例外規則 與主要原則的情況不同，這種例外性不是本質的，因為不遵守次要原則並不意味有背於訴訟基本價值。因此，如果情況需要，與次要原則有關的特別制度或例外制度可以類推適用以填補漏洞。

除了學說所表述的其他新的原則或現存原則的派生原則，例如訴訟自助原則（此原則首次由CASTRO MENDES提出，並稱之為表面臨時保護原則<sup>6</sup>）和裁判合法性原則外，主要原則還包括當事人二重性原則、當事人平等原則、辯論原則和工具性原則。

嚴格來說，以上的某些原則（指當事人二重性原則）不存在任何例外，而其他一些原則，前面已提過可能會出現一定的偏離（如辯論原則在保存程序的問題上）。還有一些其他原則，不僅對於當事人，而且在一定的情況下對於第三者亦有非常重要的影響（例如未參予訴訟的連帶債務人，是不可對抗確定判決的，這點對其非常不利）。遵守和不遵守這項原則會因情況而產生意義不同的重要後果。

雖然內容不同，但某些主要原則之間存在密切關係，如辯論原則的情況。此原則保障一方提交的所有請求、申請、證詞和證據，均可由另一方答辯或反駁。歸根結底，這與當事人平等原則的結果相等。

至於次要原則方面，除調查原則、口頭原則、訴訟合法性原則、以及談論得最多的經濟原則和快捷原則外，次要原則還包括所謂處分原則（分為兩個副原則：訴訟促進原則和訴訟標的可支配原則）。

這裏本可以提及其他一些原則作為民事訴訟原則的補充，而應當特別強調的是，這些原則儘管在訴訟中較少出現，但亦應對「訴諸司法機關」的憲法性原則的發展和體現作出貢獻。

除了源自《澳門組織章程》第二條關於權利、自由及保障之一般性規定，此項訴諸司法機關的原則已經藉普通法律規定存在於本地區的法律體系中，其表現在三月

---

<sup>6</sup> 參見里斯本法學院學會出版之「民事訴訟法」第一卷第二百零五頁。

二日規範《澳門司法組織綱要法》的第17/92/M號法令第二條，以及規範司法援助事宜的八月一日第41/94/M號法令的所有規定，這項原則在保障訴諸法院的其他法規中亦有所反映，例如六月十三日第12/88/M號法律，該法律設立了消費者委員會，其第三條列舉了消費者的權利，其中一項就是訴諸司法機關。

此項訴諸司法機關原則，在民事訴訟的結構性一般原則的總體中，處於主導地位；它同樣構成現行民事訴訟法的支柱，由此包括司法訴訟權和辯護權，這兩項權利與受司法保護的權利是不可分的，而後者的前提則是在沒有無理延遲的合理期間內獲得公正裁判的權利。

這樣，其意義可能非常廣泛，其中包括基本事宜，正因如此，故需要適當的普通規範以利於實現憲法保障，及使其取得成效。

但是，我們回到受到眾多限制但內容廣泛的問題上，本人選擇此問題作為論文的核心——即民事訴訟改革的問題，在很大程度上可以理解為對其某些一般原則的範圍重新調整，而不是對這些原則提出質疑。

在許多國家，存在較大爭論的主題是處分原則和調查原則。根據不同體系的情況，當事人在訴訟中的權力的大小，與法官的權力相比，在時間和空間上均有所不同。

因此，在訴訟程序中，確定其主要主體的活動範圍這問題被反覆地思考和研究，從根本上講，訴訟程序的權力相互限制，且在不同性質的利益中有各自的基礎，而實現這些利益正是民事訴訟的目的。

一般而言，可以說此刻提出的問題在於弄清是否應以不同的手法處理這些原則，且在保護權利的干預中哪項原則應居於首位。顯然，對訴訟的領導地位始終是屬於法官的，亦不能對其作出損害。

事實上在全世界，這一點在民事訴訟法最深刻的改革中是固定不變的。可以斷言，在這方面，由於各方面的因素，特別是政治因素，在這個問題上，演變始終具有一定的周期性。

在葡萄牙法律中，最近的趨向表現為，對任何涉及處分原則的訴訟方面的變化不予說明理由——無論是涉及最初的促進（法院應當繼續不採取主動去解決作為訴訟前提的利益沖突），或是涉及當事人自由終結程序的可支配性（只要涉及的不是不可支配的權利）。

但是，涉及到處分原則的另一方面——即當事人對訴訟標的的可支配性，它包括當事人對其所陳述的事實的了解，以及為實現訴訟目的而使用的證據方法。這樣，處分的這一方面或多或少可以對現行制度提出疑問。

在此事宜上的任何改革均有其複雜性，故應當非常謹慎。

從根本上講，一方面是因為——可能近乎重覆——對於在審議案件的重要事實的事宜上，法院和當事人的權力構成任何訴訟制度的重要元素之一；另一方面是因為此項原則在所有從觀念上可以區分訴訟的階段中，並非以同一方式表現出來。

因此，要在訴訟關係中的利害關係主體和非利害關係主體的參與方面找到一個平衡點，的確是很困難的。這種困難的增加，如前所述，是因為該平衡點在各個訴訟環節中都是不同的。

由於處分原則在訴訟過程中所起的作用，以及其所要求保護的利益的性質，顯然可以認為其在訴訟的初步階段（即宣告程序的分條縷述階段）應當佔主導地位。

至於調查原則，應當在卷宗之組成階段，在制作判決書的過程中，以及在確定可適用的法律方面，佔主導地位。這裏特別涉及的其他利益，如快捷、經濟，以及實際

真實性等，則屬於國家在司法行政方面的職責。這充分說明賦予法官更為廣泛的權力。

現行民事訴訟法典在其很多的規定中，說明了此項權力的分配，或許並不總是以一種清晰、充分的規範方式來說明（我們認為這個目標難以達到）。這種授權可能需要某些調整，因為如前所述，我們所分析的這兩項原則尚未得到全面發展。

不過，是否將已在葡國核准，並即將生效的新訴訟原則——合作原則（訴訟主體之間的三角合作）清楚明確地寫成法律規定，就能成為醫治各種病痛的靈丹妙藥呢？合作原則的目的就是，將民事訴訟程序轉變成德國學說所稱的「工作群體」，而這種合作的成功應歸因於當事人及法院。

在將來，分隔民事訴訟的新規定所表達的意願和包括司法界的專業人士在內的所有訴訟參與人的有效行動兩者之間的距離，究竟有多遠呢？

這個起到保護作用的規定，是否在世界任何一個角落都可施行及取得成效呢？

其實，當事人須與法院合作的義務已明確載於現行民事訴訟法中——即使法律沒有言明市民必須這樣做。或許，所欠的是未有特別規定法院須與當事人合作的義務，其內容最起碼應包括澄清當事人對其訴訟地位的疑問，以及向他們提供一些在參與訴訟時未有考慮的關於法律及事實的資訊。

其實，無論從對話或辯論的角度來說，抑或從一種向具體化發展的抽象權力遊戲來說，民事訴訟本身也只不過是一種對話而已。

這個合作原則一旦被落實，在某些情況下，將意味可透過當事人的新請求去確定訴訟標的，無論這個新請求是否涉及同一個請求原因亦然。這種情況曾經發生在某些國家裏。不過，依我之見，必須謹慎處理之。此外，還須制定一個十分明確的規範，以免與當事人的客觀可支配性產生衝突。



最好就是能夠使法官的處理僅作為對當事人的預防，以及作為避免可能出現的缺陷的建議，但無論如何，當事人有補充或不補充由法官指出的缺陷的自由，應使當事人能夠保留該自由並不受損害，因為，這畢竟是當事人的負擔。

同樣，即使對於一些純訴訟的問題而然，通常在司法爭訟管轄的程序中仍很難取得當事人的共識，對此，我們亦不可置身於這一情節之外。當事人在法院面前各自作出的行動將，不會在這個問題上帶來任何正面或決定性的結果，甚至會使這個被推定的合作產生反效果，這或許會違背訴訟經濟及快捷的原則（猶記得由七月九日第242/85號法令第四百六十四條 - A 引入《民事訴訟法典》內的現仍在澳門生效的集體請願制度的失敗例子，以及由六月十四日第211/91號法令引入葡國的簡化民事訴訟程序制度的另一失敗例子，不過，該制度從未延伸至本地區）。

所有這些圍繞「合作」而發表的意見，並不表示不同意試圖領導未來民事訴訟程序的一般哲學，更不是否定在這種哲學下所選擇的立法政策。不過，我深信新的危機可能會在司法界中形成：脫離多年的經驗及從中形成的習慣，很可能會得到新的慣例，以及使試圖變得彈性（已很有彈性）的程序更加嚴謹。

在一個純技術性的層面上，我似乎應該就為了訂定法官在訴訟程序中採取行動的標準，而將主要事實與次要事實分別開來這一點鼓掌。這種分類是最新的學說創新地帶給葡國法律的（其實在此之前，已前所未有地將其收錄於一九八八年及一九九三年的《民事訴訟法典》的草案內）。

對於主要事實，即那些構成原告援引請求的原因的事實，或被告作出抗辯的事實，根據現行規定，法官有權依職權命令或作出澄清事實真相的必要措施；而根據將來的法律，不但雙方當事人自由援引的事實，甚至當事人應法官之邀而帶入程序的事實，似乎都可納入主要事實之中。

這是由於法院負責依職權對在案件中提出的法律問題進行審理，以及有權作出本案的裁判（將一事實納入法律要件的規定中的結果），這種依職權的審理在邀請了當事人的情況下，會延伸至對事實上的事宜的審理上，顯示出法官認為這對於能與法律事宜適當地聯繫起來是必需的，關於這一點我相信是值得欣喜的。

至於次要事實，即那些指出主要事實及可用作證明主要事實者，通常會容許進行比較廣泛的調查，而在特定情況下，還允許依職權進行調查。某些葡國學說已嘗試在現有法律下維護相同的主張。

雖然，很多學者都提出了擴大調查原則的不是之處，尤其是可能會令公正無私受損，但事實上，處分原則的價值最近正在下降，起碼在一般的宣告訴訟程序中是這樣。

因此，很自然會關注到不可讓當事人的客觀可處分性漸趨減弱的情況嚴重下去這個問題，而適當地訂定當事人與負責卷宗的法官之間的合作標準，將有助於解決這個問題。處分原則固有的力量以及其靈活性起洩自我改革的作用：它們決定了現今將合作視為民事訴訟法的主樑的看法，同時亦意味洩當事人在審判機關面前須負上更大的責任。

各位先生、女士：

容許我發言的時間已差不多了，但在結束之前，我還想談談一個熱門題目，就是從整體去考慮澳門民事訴訟的將來。

重組這樣一個本地區法律體系的基礎部份，工作是非常龐大的，因此應該分段進行，如果這在時間上是可行，而又可取得更佳效果的話，相信這個建議並不常見。

不過，有一點可以肯定的是，對現行澳門《民事訴訟法典》的任何改革都應整體地或選擇性地落在不同的計劃上。

首先，我認為必須改善有關的排列，使法規能轉變成一幢真正的大廈，任何法律工作者都能靈活地穿插其中，無須由於各種事宜在布局上的分散，而要經過曲折的途徑。

為什麼在設計上不跟隨在一九八八年制定、一九九三年修訂的葡國新法典的草案的排列呢？將關於「民事訴訟」（一般原則及訴訟前提）、「訴訟行為」（一般及特別訴訟行為）、「訴訟程序」、「保全程序」、「宣告之訴訟程序」（包括上訴在內）、「執执行程序」、「特別程序」及「非訟事件管轄之程序」等事宜分為八卷，這個分類我認為只它本身就代表了一個可作為榜樣的一大進步。

至於另一個雙面的計劃，要做的工作不單是刪改所有不切合本地區實況的法律要件的規定，或刪改由於脫離現實而不可施行的規定，還要將規範澳門司法組織的法規的規定所明示或默示的調整引入新法中；此外，還須刪除該等法規指明「不再生效」的條文。

對民事訴訟程序進行改革時，必須深思熟慮，而且應與本地的司法架構相配合，此外，還須考慮其組織、法院所能及的技術及科技條件，以及司法人員及法官本身的準備，而且不要忘記本地區尚未取得絕對的司法自主，及有關綱要法的規範尚未完善這兩個事實。

現在要提一提在規範舊仲裁規定方面所做的工作。隨~~後~~核准內部、自願及必要仲裁的新法律制度的六月十一日第29/96/M號法令之公布及生效，便已廢止了現行《民事訴訟法典》的第四卷，亦即第一千五百零八條至第一千五百二十八條等條文已於該法典內消失。

在另一個純形式性的計劃上，我認為必須改善法律規定的編寫。編寫時應注意句子本身的結構，以及使用簡單的動詞形式（現在式），以期達到方便法規的解釋及翻譯等目的。

對於一些實質性的問題，如果採取一些結構性的改革，無論是選擇一些已經被其他法律體系所採用或在計劃中的解決辦法，抑或是制定一些認為切合澳門的特性的新解決辦法，都應該慎重考慮對這個計劃能否取得成效尤關重要的各種情況。

作為訴訟法其他部門的補充規定的總合的民事訴訟法，其本身的性質使立法者須在民事訴訟中負上更大的責任。

不過，還須考慮另一點，就是在考慮到民事訴訟法的「工具性」及其作為私法的稅務規定的總合的性質，而對其作出嚴謹的修改時，必須遵循將其規定從屬於實體法、民法及商法之下的指示，這將引出一個「機會」的問題，亦即改革澳門法律體系中這些部門的優越性的問題。

只有這樣才能尊重《澳門組織章程》第五十二條及第五十三條所蘊含的精神。這種精神已落實到一些普通規定裏，例如《澳門司法組織綱要法》第二條及第三條，以及三月二日第17/92/M號法令第一條：擁有主持公正職能的法院，應根據相關的現行實體法去解決民事方面有關私人利益的糾紛。

此外，我還認為在對本地的民事訴訟法進行改革，使之現代化及切合實際時，必須注意改革是否能適當地配合在澳門的訴訟範圍內最為普遍的爭議。

為了舉例，大家想一想特別程序的事宜，我認為這種特別程序的規定實在過多，而且很多時，在將各種情況收入規定時都未能夠作出解釋，因而使這些特別程序之間沒有共通點，或者可以說，它們之間的唯一共通點就是法律規定它們不屬於一般訴訟形式。

我確信除了有關特別程序，即所謂非訟事件管轄的程序（其概念須作深入考慮及澄清）的自治化的屬性之外，亦須重新安排法典中關於特別訴訟形式一卷，使之包括那些完全不能適應一種趨於比較彈性及合理的普遍訴訟形式的訴訟形式。

在考慮這個問題時，我們不可忽略過多的特別訴訟形式會引致其他訴訟的情況，就如現行《民事訴訟法典》第三十一條、第五十三條及第五十八條，關於客體及主體合併的可能的規定，會引致違背程序的經濟及快捷的原則。

此外，我認為將特別程序縮減，可透過制定一種無須命名的補充特別形式而得以補充，相信會取得很大的效益。這種形式一如保全程序那樣，可概括地包括一切須經特別程序但又未有定明的情況。

最後要談一談關於財產清冊的特別程序，我相信對澳門來說有特別急切修改的必要，大家都知道這種程序無非為確認繼承人的資格及分割遺產。另外，大家亦知道，有關訴訟制度的規定已經不合時宜，而且相當複雜，實與民事訴訟法的新趨勢背道而馳。

各位先生、女士：

雖然尚有很多說話要講，但我必須作總結了。

由於那些啟發立法者制定新規定的原則，這些原則亦同時使法律的執行解釋者能夠明白現有的法律範疇，及法規精神的精髓，我希望我沒有選錯題目，以及希望我的意見在一定程度上能夠與未來的澳門民事訴訟程序的規定銜接。

雖然澳門民事訴訟法的改革只限於某些特定方面，尚未夠徹底及完整，但是不應忽略避免程序過分延長的必要性。因此，我不會懷疑將民事訴訟程序簡化，使其脫去無用的形式，而富有彈性及具有經系統地安排的規定，將會是取得一個快捷而確切有效的公正的最佳保證。

另一方面，對具體情況的公正的關心，不僅應透過加強法官的訴訟權力表達出來，而且無可避免地還應透過使公正切合經濟及社會的實況，以及透過程序的真正人道化來表達。

西班牙的著名訴訟法學家JAIME GUASP曾經說過：「訴訟程序的實質目的，並不是事後去實現規範所首要保護的利益，而是首要實現那些相同的規範所欲調解的生活的利益」<sup>7</sup>。

有關「生活的利益」，本世紀其中一位偉大的訴訟法學家PIERO CALAMANDREI亦曾經提過，他強調不要忘記在每一個被法律維護的時局裏，都「流瀉人類的血淚」<sup>8</sup>。

多謝。

一九九六年十一月二十九日於澳門。

---

<sup>7</sup> 參見該作者「民事訴訟法釋義」之論文第二版第一卷第三百二十八頁。

<sup>8</sup> 參見V.Padova在《民事訴訟程序研究》（一九四七年）第一百零一頁「法律之真諦及學說之責任」一文。