



新民事诉讼法 与律师实务



北京天同律师事务所·编著

主 编·蒋 勇 执行主编·陈耀权

Amended Civil Procedure Law and
Its Legal Practice

人 民 法 院 出 版 社

Amended Civil Procedure Law and
Its Legal Practice

新民事诉讼法 与律师实务



北京天同律师事务所·编著

主 编·蒋 勇 执行主编·陈耀权



人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

新民事诉讼法与律师实务/蒋勇主编. —北京:
人民法院出版社, 2012. 10
ISBN 978-7-5109-0551-3

I. ①新… II. ①蒋… III. ①民事诉讼—律师业务—
研究—中国 IV. ①D925.14 ②D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 224117 号

新民事诉讼法与律师实务

蒋 勇 主编

责任编辑 王 婷
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550609 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定彩虹印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 480 千字
印 张 26.75
版 次 2012 年 10 月第 1 版 2012 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-0551-3
定 价 58.00 元

版权所有 侵权必究

主 编：蒋 勇

执行主编：陈耀权

撰 稿 人：郭香龙（第十章、第十一章）

彭 卿（第一章、第六章）

宋 峰（第十三章、第十四章、第十六章、第十七章）

王 峰（第十二章、第十五章）

徐 洋（第三章、第八章）

郑厚哲（第二章、第七章）

郑 玮（第四章、第五章、第九章）

（以姓氏拼音为序）

民事诉讼：抽象到具象的思索^{*}

在民事诉讼法修改的热烈讨论过程中，我对北京天同律师事务所一批意有作为，也已有所作为的律师才俊有了更深的了解。作为一家致力于高端民商诉讼的律所——天同所，给我强烈的印象是，该所不仅注重提供优质的法律技术服务，同时也倾注于文化、学术等方面，是一个立于大地，同时又仰望星空的事务所。天同所也一直持续关注民事诉讼法的修改，在其主编，并于今年年初出版的《中国商事争议解决年度观察》一书中，特别编入了关于民事诉讼法修改讨论的专题文章，其中亦有拙稿。

更令我欣喜的是，2012年《民事诉讼法》刚通过，天同所就交出了一本30余万字，且根植于实务的专业性书稿。本书不仅对此次民事诉讼法修改做了详细解读，对2012年《民事诉讼法》对诉讼实务可能产生的影响做了前瞻预判，而且还根据他们在律师实务工作中的体验和理解，指出了新法相关规定和制度的操作技巧和应对策略。这无不体现出天同所律师平日积累的深厚专业功底以及对民事诉讼程序所做的扎实研究。透过这些研究，更让我看到了他们——作为法律工作者——心中对法治不渝的追求与情怀。

在民事诉讼法修改过程中，我始终坚持民事诉讼体制的转型，倡导民事诉讼契约化的理念，从市场经济发展与私法关系的内在联系上更宏观、更深入地考虑民事诉讼法的修改问题。民事争议的特

^{*} 张卫平：清华大学法学院教授，中国法学会民事诉讼法学研究会会长。

性决定了民事诉讼应当更多地体现民事主体的主导性，反映私法自治的原则。民事诉讼契约化就是一种在新诉讼体制构建中渗入“新元素”的整合过程，强化民事纠纷主体的自主性和主导性。律师作为当事人的代理人，作为在民事争议解决过程中代表民事主体一方的专业职业者，关注民事诉讼法修改，研究民事诉讼法修改，并针对民事诉讼法发出自己响亮、坚定的声音，我认为，这就是可喜的“新元素”。民事诉讼体制转型的进程，或者进而到中国的法治进程，需要这些“新元素”的不断植入，不断推动。

民事诉讼法，作为一部实践性很强的法律，应当回归实务前沿，从抽象到具象的移转。因此，由奋战在诉讼前沿的律师来思考它的价值，推敲它的内涵，尤其具有意义。书中对许多制度都做了有意思的讨论，比如，引入第三人撤销之诉，是否有可能使最高人民法院受理一审民事案件成为一种普适？在公益诉讼中可否尝试引入惩罚性赔偿，甚至设立赔偿基金？裁判文书公开如何确保简便易行，及时有效？确认调解协议的裁定是否具有既判力？对当事人而言，再审管辖修改之后，选择向哪一级法院申请再审更有利于实现当事人的再审目标？诸如此类，这些来自实务前沿的思考，相信会给很多人带来启发。

民事诉讼法从1991年通过施行至今已有二十一年。2007年经历一次小“手术”，今年又迎来了一次大“手术”。我们一直在见证它的每一寸进步。这些进步的过程中，都有我们各方法律人的身影。正如经济学家亚当·斯密所言：“一种法律在初成立时，都有其环境上的需要，并且，使其合理的，亦只是这种环境。”我们每个人组合起来，就是这个环境；我们每个人都来创造，改变，法治才会前行。

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Zeng', with a date '2012' written below it.

前 言

课题研究制度是天同律师事务所知识管理体系中的一项重要制度。2011年，当民事诉讼法的全面修改启动时，天同即组建“新民事诉讼法修改”课题组，动员全所力量进行跟踪研究。在随后的一年中，各律师团队分工钻研，多次组织学习、研讨，一些阶段性成果陆续完成、发表。

2012年8月，当2012年《民事诉讼法》终于要通过并发布时，我们决定打一场攻坚战——在第一时间作出我们的解读和判断，并且总结出版我们的课题成果！这意味着在最近这不足一个月的时间里，我们除了一贯忙碌的律师业务，几乎投入了所有的业余和休息时间，全力以赴。每天晚上、每个周末，天同的办公室总有人在伏案研习；每次会议、每次讨论，大家总在为如何把一个问题钻研透而交流思考；每次找到一个关键的案例，每次千修万改之后迈上新的台阶，总是能听到我们律师的击掌声、欢笑声……当在计划的时间内，我们终于呈上这30余万字的书稿时，内心已经不仅仅是简单的喜悦和成就感能够概括的了。这其中有你碰撞的火花，有你合作的默契，有你克服困难的艰辛和接受挑战的勇气。用我们团队的力量，我们赢得了这场战役！

在研究民事诉讼法修改的过程中，我们也看到了多项令实务界、当事人鼓舞的进步之处。比如公益诉讼制度的确立，尽管这次仅解决了诉讼主体问题，没有达到完整制度设计的预期，但毕竟，立法已经向社会力量参与对公共利益的司法保护迈出了举足

轻重的一步；比如电子证据的确认，尽管其真实可靠性如何保证、技术难题如何攻克都有待探讨，但毕竟，法律已经顺应了社会的发展大潮；比如裁判文书公开制度的确立，尽管我们还期望更多主动公开、及时公开，但毕竟，我们已经有了申请查阅文书的法定权利。

我们尽量不去简单地批评，而总是试图去看到进步，争取进步。希望我们所做的每一分努力，也能够促成更多哪怕细微的进步。积土而为山，积水而为海，法治的建设，需要我们每一个法律人添砖加瓦。

在写作本书时，我们尽量反映出我们作为律师的独特视角，不仅根据新法对民事诉讼重大制度做了深入研究，而且结合律师实务，提出了解决方案、操作指引。本书结构和特点如下：

一、根据新法阐释制度。在概述每个制度的基础上，以专节论述新法修改，并结合新旧法对照表、法律修改时间轴等，对民事诉讼法重大制度的修改进行了详细、深度地阐释，力图使读者不仅能了解本次修改的内容，而且能结合新法对每个制度都有全面清晰的认识。

二、引入案例说明问题。在讨论每一个问题时，都力争能有真实的案例作为辅助，解读新法修改的诉求，探寻法律制度完善的可能路径，并为新法实施后的类似案件提供办案思路。

三、律师实务是为基石。天同律师作为有多年诉讼经验的专业律师，在办案过程中积累了丰富的实践经验，我们在深度剖析新法修改内容的基础上，力图融入所有的实务心得，并提出在实战中的应对策略。

本书更是目前唯一一本从律师实务角度出发对2012年《民事诉讼法》进行解读的书籍，凝聚了天同办理民商诉讼案件的经验。就像天同律师常说的一句话：“一个人可以解决一场战斗，一个团队

才能赢得一场战役。”《新民事诉讼法与律师实务》一书是天同律师经验智慧、心血汗水的凝结，更是我们团结协作、辛勤奋斗的成果。我们期待在未来有更多的交流，更多的分享。因为时间仓促，本书也难免有不尽如人意之处，敬请读者批评指正。

北京天同律师事务所

2012年9月

目 录

序言	(1)
----------	-------

前言	(3)
----------	-------

第一章 概 述

第二章 诚实信用原则

第一节 诚实信用原则概述	(19)
--------------------	--------

第二节 新法修正	(26)
----------------	--------

第三节 确立诚实信用原则对民事诉讼实务的影响	(36)
------------------------------	--------

第三章 管 辖

第一节 管辖制度概述	(41)
------------------	--------

第二节 新法修正	(42)
----------------	--------

第三节 管辖制度修改对民事诉讼实务的影响及律师应对	(52)
---------------------------------	--------

第四章 公益诉讼

第一节 民事公益诉讼制度概述	(63)
----------------------	--------

第二节 公益诉讼主体制度与律师实务	(68)
-------------------------	--------

第三节 公益诉讼范围与律师实务	(77)
-----------------------	--------

第四节 公益诉讼请求与律师实务	(83)
-----------------------	--------

第五节 公益诉讼程序与律师实务	(87)
-----------------------	--------

第五章 第三人撤销之诉

第一节 第三人撤销之诉的立法背景	(93)
第二节 第三人撤销之诉条文理解与律师实务	(99)
第三节 第三人撤销之诉制度完善与律师实务	(104)

第六章 证 据

第一节 电子证据	(111)
第二节 证据失权	(127)
第三节 鉴定人出庭质证	(142)
第四节 证据保全	(153)
第五节 其他	(160)

第七章 送 达

第一节 送达制度概述	(167)
第二节 新法修正	(168)
第三节 送达制度修改对民事诉讼实务的影响	(178)
第四节 当事人及律师应对	(179)

第八章 保 全

第一节 保全制度概述	(187)
第二节 新法修正	(190)
第三节 保全制度修改对民事诉讼实务的影响及其应对	(195)

第九章 审理前的准备

第一节 审前准备程序概述	(203)
第二节 审前准备程序修改与律师实务	(206)

第十章 裁判文书公开制度

- 第一节 裁判文书公开制度概述····· (219)
- 第二节 裁判文书公开制度对民事诉讼实务的影响····· (222)

第十一章 小额诉讼程序

- 第一节 小额诉讼程序概述····· (229)
- 第二节 小额诉讼程序与民事诉讼实务····· (236)

第十二章 第二审程序

- 第一节 第二审程序概述····· (245)
- 第二节 新法修正····· (247)
- 第三节 第二审程序修改对民事诉讼实务的影响····· (256)

第十三章 司法确认程序

- 第一节 司法确认程序概述····· (261)
- 第二节 新法修正及律师应对····· (264)

第十四章 担保物权实现程序

- 第一节 担保物权实现程序概述····· (281)
- 第二节 新法修正····· (285)
- 第三节 当事人及律师应对····· (289)

第十五章 审判监督程序

- 第一节 民事再审程序概述····· (295)
- 第二节 新法修正····· (298)
- 第三节 民事再审程序修改对民事诉讼实务的影响····· (309)

第十六章 民事检察监督制度

- 第一节 民事检察监督制度立法 (317)
- 第二节 新法修正 (320)
- 第三节 当事人及律师应对 (326)

第十七章 强制执行程序

- 第一节 强制执行程序概述 (329)
- 第二节 新法修正 (330)
- 第三节 当事人及律师应对 (341)

附录

- 《中华人民共和国民事诉讼法》修正前后对照表 (343)

第一章 概述



2012年8月31日,第十一届全国人大常委会第二十八次会议审议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》(以下简称《修改决定》),这是继2007年全国人大常委会部分修改《民事诉讼法》后的第二次修改。随着经济社会的深入发展,民事案件数量不断增多,新的社会矛盾和案件类型不断出现,法院在审理民事案件过程中遇到了许多新情况、新问题,1991年《民事诉讼法》^①的规定在某些方面已不能完全适应现阶段的司法需求,2007年《民事诉讼法》^②也仅对审判监督程序和执行程序部分作了修改。因此,完全有必要再作进一步完善。仅仅通过不断出台司法解释明确和细化相关规定,来应对诉讼中层出不穷的新问题,从层级效力、立法规范等多个方面看,都已不再符合我国立法及司法工作的发展要求。

因此,2012年《民事诉讼法》^③共有59处修改,涉及七十多个条文的调整,约占整部法律的四分之一。(1)增加的重大诉讼制度有:诚实信用原则、公益诉讼制度、第三人撤销之诉制度、先行调解制度、小额诉讼制度、调解协议确认制度、担保物权实现制度、检察建议制度、民事执行检察监督制度等。(2)修改条文涉及民事诉讼法各个部分,从总则到基本制度,包括所有具体程序,均有修改。管辖方面修改了协议管辖规定,增加了商事案件管辖和默示管辖规定,修改了上下级法院移交管辖制度。证据部分增加了证据种类、举证时限制度、专家辅助人制度、诉前证据保全制度,修改了证人出庭作证、鉴定程序启动及鉴定人出庭质证等规定。送达部分增减了电子送达制度,修改了留置送达规定。保全部分增加了行为保全制度,修改了诉前保全规定,统一了国内及涉外案件的保全程序。妨碍民事诉讼强制措施方面增加了恶意诉讼和恶意规避执行的制裁规定。一审程序中增加了审前程序,完善

① 1991年《民事诉讼法》系指1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过的《民事诉讼法》。

② 2007年《民事诉讼法》系指根据2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》修正的《民事诉讼法》。

③ 2012年《民事诉讼法》系指根据2012年8月31日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第二次修正的《民事诉讼法》。

了起诉程序,增加了裁判文书公开规定,完善了简易程序。二审程序部分完善了二审审判方式和案件处理方式的规定。审判监督程序方面,修改了再审案件上提一级管辖、再审事由、再审申请期限、再审中止执行的规定,增加了调解案件再审的规定,修改了检察院抗诉的规定。执行部分修改了执行和解、仲裁裁决执行、强制执行措施等规定。涉外诉讼程序部分也作了较大的修改。

本次修法创设新的诉讼制度较多,对于民事诉讼制度的修改涉及面较广,不但对既有制度进行了调整,更有新规则的引入。新法修改部分除了立法技术上的考量外,主要源于司法实践中的切实需要,同时以解决民事诉讼面临的突出问题、服务于司法实践为指向,因而,必将对当事人的诉讼权利及律师诉讼实务产生一定的影响。

本章对本次《民事诉讼法》修改和创设的主要制度,结合对当事人及律师实务的影响,做一概述。

一、修改或增加的基本原则

(一) 诚实信用原则

诚实信用原则一般适用于实体法律关系,最初体现为当事人的真实义务,是现代民法的“帝王原则”。但在司法实践当中,当事人恶意诉讼、拖延诉讼等滥用诉讼权利的行为时有发生。因此应在民事诉讼基本原则中确立诚实信用原则,对当事人进行必要的规制和指导。并且,2012年《民事诉讼法》还规定了禁止证据突袭、禁止虚假诉讼和禁止恶意逃避执行等制度,并引入第三人撤销之诉,使诚实信用原则更加具体化,提高了诚实信用原则的可操作性。

2012年《民事诉讼法》使非诚信诉讼行为的成本和风险提高。当事人享有诉讼权利的同时承担诉讼义务,如行使诉讼权利有违诚实信用原则,可能面临程序法和实体法上的双重制裁。律师也应恪守职业道德和执业纪律规范,杜绝在案件代理中的非诚信诉讼行为,客观地告知委托人所委托事项可能出现的法律风险,不得故意对可能出现的风险做不恰当的表述或做虚假承诺;不应迎合委托人或满足委托人的不当要求,丧失客观、公正的立场,不得协助委托人实施非法的或具有欺诈性的行为,防止执业风险和遭受制裁。

(二) 检察监督原则

为实现检察机关对民事诉讼理性、有效的法律监督,2012年《民事诉讼