

法学基础课程导读与前沿指引系列丛书

民事诉讼法学

张婷

编著



中国商务出版社
CHINA COMMERCE AND TRADE PRESS

法学基础课程导读与前沿指引系列丛书

民事诉讼法学

张 婷 编著

中国商务出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学/张婷编著. —北京:中国商务出版社,
2006.8

(法学基础课程导读与前沿指引系列丛书)

ISBN. 7-80181-578-5

I. 民... II. 张... III. 民事诉讼法—法的理论—
中国—教材 IV. D925.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 103079 号

法学基础课程导读与前沿指引系列丛书

民事诉讼法学

张婷 编著

中国商务出版社出版

(北京市安定门外大街东后巷 28 号)

邮政编码:100710

电话:010—64269744(编辑室)

010—64245984(发行部)

网址:www.cctpress.com

Email:cctpress@cctpress.com

新华书店北京发行所发行

中国农业出版社印刷厂排版

北京密兴印刷厂印刷

787×980 毫米 16 开本

15 印张 273 千字

2006 年 8 月 第 1 版

2006 年 8 月 第 1 次印刷

印数:4000 册

ISBN 7-80181-578-5

D·95

定价:23.00 元

版权专有 侵权必究

举报电话:(010)64212247

法学基础课程导读与前沿指引系列丛书

编 委 会

主 任 陈晶莹

副主任 贾 平 邓 旭

编 委 (以姓氏笔画为序)

王 诚 毛燕琼 余先予

张 婷 杨宏芹 陈百俭

倪受彬 桂亚胜 唐红林

序

上海对外贸易学院是一所特色鲜明的商科类大学。上海对外贸易学院法学院秉承学校以学生成才为本的办学理念,自1995年建院始即坚持“宽口径、重基础、创特色”的办学思想,倡导法学基础课程教学的理论化和法学专业课程教学的实务性的教学模式,并在重视法学基础课程教学过程中凸显法学理论的实际应用。自全国高校扩大本科生招生规模以来,学院不断摸索、改进,探索法学教学的改革方略,通过编写、使用《法学基础课程教学笔记》这一辅助教材,帮助学生课前预习、课后复习。《教学笔记》中含有课程各章节的重点、难点、焦点以及相应的教学案例和思考题,借以辅助教学,提高了学生在课堂中的学习效率。经过几年的尝试、积累和总结,我们深刻认识到,《法学基础课程教学笔记》尚有更新升级的空间。学院邀请校内外专家研讨论证,确定将原来的教学笔记升格为《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》实属必要。

《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》共14本,包括:法理学;宪法学;经济法学;民法学;商法学;行政法与行政诉讼法学;国际经济法学;国际私法学;国际公法学;民事诉讼法学;中国法制史;刑法学;刑事訴訟法学和知识产权法学。根据国家教委的规定,所有设置法学专业的高等院校都必须开设14门法学基础课程。《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》涵盖了法学基础课程教学大纲的知识点、各章要旨等内容,教材对于教师而言,可以辅助教学、提升单位时间内的教学效率;对于学生而言,则可以辅助学生较快地熟悉和准确地掌握教材内容,优化学习方法和思考方法,并引导学生进一步学习和掌握学科发展动态、前沿信息。同时,该教材还将全国统一司法考试的基本要求纳入其中,使教材具备了多重效用。

该丛书的编写体例包括两大部分,即“课程导读”与“前沿指引”。

在“课程导读”部分,凸显了两大特点:其一是在章节之间设定了“前后置课程、章节的关联”部分,旨在指导学生在课程学习中较好地掌握不同课程间、章节间的关联性;其二是在导读中设定“典型案例”部分,运用典型的案例辅助学生学习,更好地培养了学生的实务能力,即发现问题、思考问题、分析问题和解决问题的能力。而在“前沿指引”中则有针对性地推介与课程领域相关的学术前沿理论、阅读文献及索引,使读者在运用教材过程中,得以了解相关学术前沿,拓展了知识领域。此乃本丛书的创新之处。

本丛书可应用于法学学科基础课程的教学与学习,不仅有课程主要内容的凝练,而且有相关学术前沿的介绍、案例、思考题及推荐阅读书目。在开设法学基础课程教学的高等院校,既适合于教师教学使用,也满足了学生学习需求。同时本丛书在相当程度上满足自学法学知识者的需求,能起到很好的辅助自学作用。

《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》的面世,不仅展示了上海对外贸易学院法学院人在该领域的学术思想,凸显了学院基础法学教学特色,而且将成为我国法学教学改革和发展的新窗口。“完善、提高”一直是本丛书编写的努力目标。

在《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》的编写和筹备出版过程中,我们聘请了校内外专家、学者进行评审,专家们给予了高度的评价,并提出了宝贵的意见,为丛书的出版奠定了基础。这些专家包括华东政法学院的吴弘教授、徐永康教授、刘宪权教授、戴永盛教授;上海交通大学的叶必丰教授、上海对外贸易学院的周斌教授、上海对外贸易学院的外聘教授余先予教授等。在此,我们谨向为这套丛书的编写作出贡献的同行专家和学者表示诚挚的谢意!

《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》的出版得到中国商务出版社的鼎力支持,在此深表谢意!

《法学基础课程导读与前沿指引系列丛书》编委会

2006年8月

前 言

民事诉讼法课程是教育部规定的法学专业14门基础课程之一,是学习程序法的基础课程,尤其在法治社会中具备重要的权利保障的启迪意义。民事诉讼法课程的特点是“三多”:基础的知识点繁多且需要记忆、相关的法条(民事诉讼法及其司法解释)多、应用性强因此课堂案例多。所以,如何在有限的课堂里全面介绍知识点的同时,节约时间资源,用于理论兴趣的培养和理论水平的提高,以及引入相当的案例的介绍分析以培养学生的应用能力,就成了每一个授课教师颇为值得考虑的问题。民事诉讼法学课程导读与前沿指引,这个课堂辅助资料的出炉,可以大幅度节约基本知识点阐述的时间,优化课堂资源的配置,强化理论能力和实践能力的培养。

每个学校的法学专业对于民事诉讼法学都有着自己的一套教授方法,同一门课程,主讲教师不同,教授的内容和侧重点也各相迥异,相应的课程安排自然有所不同。这本书不同于民事诉讼法的教材、不同于案例参考书、不同于精品课程所提供的教学课件,它是课堂的实录,内容远远丰富于教学PPT,对于老师来说相当于详细的教案,对于学生来说,是一个知识点详尽的教学笔记,体系完整、内容标准。

这本书实际可分为两大部分:“导读”与“前沿指引”,前部分旨在辅导学生掌握课程基本知识点,后部分旨在相关知识的提升。具体安排是:第一部分是用于课堂教学所用,有详细的笔记、随堂案例、课后习题及阅读资料,满足一般的本科教学需要;第二部分是为一部分

想要深入学习的同学进一步提高理论水平所准备的,有思考问题、前沿指引(最新动态)、推荐阅读资料及参考文献,适应不同层次学生和考研的需要。

这种教学参考书提供给学生,无疑减轻了他们相当一部分课堂负担,可以将有限的课堂时间,尽量使用在发现问题、思考问题和解决问题之上,而不是一味的埋头苦抄笔记之上。其实,学习重要的是理解而不是记录。如此一来,学习效率将大为增长,学习效果也应当较以往有所提高。同时对于自学的人而言,帮助他们引领了学习过程,会有较大的帮助。

同时,这样的教学辅助材料的提供,有望能够改革传统的教学模式,将有更多的课堂时间可供教师支配。教师可以摆脱整堂课上滔滔不绝的负担(被戏称为“说书人”),使得填鸭式、讲授式教学方法(Lecture Method)向启发式、问答式(Socratic Method)教学方法的转变,有了时间资源上的可能;另一方面,加强了理论与实践的结合,将实践引入了理论教学之中。

本书是在上海对外贸易学院法学基础课程教学笔记的基础上发展而成的,适合本科教学和自学、参与统一司法考试及研究使用。

由于作者本人的研究水平有限,本书必不能达到尽善尽美的程度,真诚地欢迎大家提出各种批评指正,必会与时俱进。

张 婷

2006年8月于上海

《民事诉讼法学》课程简介

课程名称(中文):民事诉讼法学

课程名称(英文):Civil Procedural law

预修课程:法理学、民法学

修读对象:法学本科二年级

主要内容:

民事诉讼法,作为程序法中的一大基本法,在很大程度上起着程序技术规则的源泉作用。民事诉讼法的一些基本理论和基本原则,例如程序公开、中立性原则,被其他部门法学所吸收并加以利用,甚至超过法律制度层面,影响到了政治学、行政学的发展,从而形成了现代政府管理中的“公共政府、透明政府”等特征。在行政诉讼法中,法律条文对于许多未加规定的内容直接规定适用民事诉讼法的相关规定。因此,可以说,民事诉讼法在程序法中占有基本的重要的地位,是学习程序法的一门基础性入门学科。

与实体法相对应,民事诉讼法条文中充斥着大量的客观的技术规范,因此在学习过程中可能大家会觉得不如某些实体法如刑法那样生动有趣,这是程序法的基本特征决定的。在对技术性规范进行学习中可能会有些枯燥,但是也可以通过与案例相结合加以一定的弥补。

在对民事诉讼法学习的过程中也有非常值得期盼的事情,那就是你会觉得你离法庭比任何时候都近。因为我们会介绍法院审理的通常程序,在这里,如果你愿意,你可以坐在庄严的审判庭里做一回“真正的”法官。你还可以变成理想中的雄辩的大律师,在法庭上唇枪舌剑,好好地表现一回。课程安排中专门为了你“亲历庭审”安排了模拟法庭的课程实践。

民事诉讼法学是法学专业的一门必修课程,是为培养和检验学生的民事诉讼法理论知识和运用民事诉讼法进行诉讼的实践能力而设置的专业基础课。民事诉讼法学的主要研究对象是中国的民事诉讼法、民事诉讼实践及民事诉讼法普遍特征和发展规律。

目 录

《民事诉讼法学》课程简介

第一篇 总 则

第一章	民事诉讼法概述	(1)
第二章	民事诉讼法律关系	(10)
第三章	诉和诉权	(19)
第四章	民事诉讼法的基本原则	(27)
第五章	民事审判的基本制度	(33)
第六章	民事诉讼的主管与管辖	(45)
第七章	当事人和诉讼代理人	(59)
第八章	证据制度	(75)
第九章	期间、送达、诉讼费用	(92)
第十章	财产保全和先予执行	(106)
第十一章	对妨害民事诉讼的强制措施	(116)

第二篇 审 判 程 序

第一章	一审普通程序	(123)
第二章	简易程序	(149)
第三章	二审程序	(156)
第四章	民事判决、裁定、决定	(171)
第五章	审判监督程序	(176)

第三篇 非 诉 程 序

第一章	特别程序	(185)
-----	------------	-------

第二章 督促程序	(192)
第三章 公示催告程序	(201)

第四篇 执行程序

第一章 执行程序概述	(209)
主要参考文献	(226)

第一篇 总 则

第一章 民事诉讼法概述

一、课程导读

(一)本章知识与前后相关置知识、前后置课程的关联

1. 本章与前置内容、前置课程的关联

(1)本章内容与民法课程具有关联性,体现了实体法和相关程序法的对应关系,两者共同为解决民事纠纷、为民事权利的多种保护提供了不同的角度和思路。法治社会里,我们的民事权利究竟在多大程度上得到法律的保护,不仅取决于立法,而且取决于司法。

(2)民法中的民事纠纷、私权属性的理解,为民事诉讼和民事诉讼法的理解和掌握,打下了前提基础。

2. 本章与后续内容、后续课程的关联

(1)本章内容是本课程的基础,也是整个程序法学习的前提基础。

(2)本章内容的理解为以后的民事诉讼的基本原则和制度、民事诉讼的当事人制度、民事诉讼的证据制度的深入理解和把握,奠定了基础。

(二)本章学习目标

1. 掌握民事纠纷、民事诉讼、民事诉讼法的概念。
2. 掌握民事纠纷三种不同的解决机制。
3. 了解当事人主义模式、职权主义模式各自的特点。

(三)本章要义

1. 本章内容概述

(1)民事纠纷与民事诉讼

A. 民事纠纷:即私法纠纷,平等主体间有关人身财产的民事权利义务的
社会冲突和争议。

民事纠纷解决机制(多元化):

a. 自力救济

优点:最简单、直接、经济、便利。缺点:容易激化冲突,使冲突性质改变、缺
乏社会公正性。

b. 社会救济

从原始的平等意识上寻求第三人以中立立场裁断争议的开始。

民间性、中立性、自治性。

优点:尊重当事人选择权——高度意思自治、程序简便、成本低廉。

缺点:软弱性,以当事人自愿履行保证其效力。

c. 公力救济

法院代表国家作为裁判者以中立立场解决民事争议,并通过执行制度保证
裁判的实现。

优点:公正性、时效性,争议的真正解决。

缺点:成本高,程序规则复杂。

B. 民事诉讼

活动、行为(动态)? 制度、规则(静态)?

司法(国家权力分治的角度)?

程序? 观念?

救济、保护(目的)?

民事诉讼的概念:

a. 主体:法院、当事人、其他诉讼参与人;

b. 依据:民事实体法和程序法;

c. 目的:解决当事人争议;

d. 基础词:诉讼活动和诉讼法律关系。

(2)民事诉讼的基本模式

A. 当事人主义模式(adversary system)

a. 英美法系;

美国民事诉讼程序的三个阶段:

诉答程序(pleading)

证据开示程序(discover)

事实审理程序(trial)。

b. 大陆法系

当事人主张程序与证据调查程序未分开,混合进行。

总结:程序的启动、继续依赖于当事人,法院不能依职权主动启动或推进程序;
法院裁判依据的证据资料依赖于当事人,受当事人主张的约束,不能在当事人提出的证据范围外主动调查和收集证据。

B. 职权主义模式

法院在诉讼中拥有主导权(程序的进行、终了及诉讼对象的确定、证据的收集)。

问题:我国属于何种模式?

(3)民事诉讼法概述:

A. 民事诉讼法的含义:国家制定或认可的规范法院和当事人、其他诉讼参与人,进行民事诉讼的法律。

B. 民事诉讼法的性质:

a. 程序法

程序和实体的关系——实现法治的核心问题之一。

英国法谚:“程序先于权利”。

日本著名民事诉讼法学者谷口安平:“诉讼法是实体法发展的母体”。

没有程序保障的权利不是真正的权利。

b. 公法

诉权、诉讼权利、审判权、强制执行权。

C. 民事诉讼法的效力

a. 空间效力:我国领土、领空、领海及国际法上延伸意义的领土。

b. 时间效力:1991年4月9日,有溯及既往的效力。

c. 对人的效力:无论国籍,在我国领域内进行的民事诉讼(国际法上的豁免权)。

d. 对事效力:动态,各国规定不同,扩大趋势。

2. 本章基本概念和基本知识

(1)基本概念

民事纠纷、民事诉讼、民事诉讼法。

(2)本章基本知识

自力救济、社会救济、公力救济。

当事人主义模式、职权主义模式。

民事诉讼法的性质、效力。

3. 有益的提示

(1)本章重点内容为:民事诉讼的概念、特点。

(2)本章的附加内容:

美国宪法第5及第14修正案中的正当程序条款:

Due Process Clause:—the Fifth and Fourteenth Amendments;

No person (here, including artificial persons) may be deprived of life, liberty, or property without due process of law.

“正当程序条款”:未经法律的正当程序,不得剥夺任何人的生命、自由和财产。

正当司法程序的原则:

1. 司法程序的合法性原则;
2. 平等对待原则;
3. 中立性原则;
4. 公开听证(审判)原则;
5. 上诉原则。

(四)课后练习题

1. A商店因某公安局购买办公用品而与公安局发生纠纷,A能否提起民事诉讼。

2. A商店因某领事馆购买办公用品而与领事馆发生纠纷,A能否向领事馆所在地法院提起民事诉讼。

二、典型案例解析

宜昌市宏兴实业有限责任公司诉 兴山县技术监督局侵犯名誉权案^①

[案情介绍]

1995年4月20日上午,兴山县技术监督局(以下简称监督局)的两名人员

^① 案例来源:汤维建主编,邵明副主编:《民事诉讼法案例分析》,中国人民大学出版社2002年10月版,第4页。

到宜昌市宏兴实业有限责任公司(以下简称宏兴公司)进行食品卫生检查,发现宏兴公司在其门市部门口设有一小摊,出售日用百货和副食品。经抽样检查,发现其中部分食品存在过期和其他质量问题,但在准备查封时,被门市部营业员阻挠,致使查封工作不能进行。之后技术监督局又要求宏兴公司自行清理整顿并作出检讨。4月21日晚,监督局以本局名义在兴山县有线电视台上播发了(提请消费者注意)的书面文稿,文中称:“宏兴公司门市部经销大量过期变质食品,请消费者注意,不要只注意价格而忽视质量,上当受骗。”

宏兴公司认为监督局的上述行为侵犯了其名誉权,于是向兴山县人民法院提起诉讼,要求被告监督局更正此报道的内容,并赔偿因此而造成的经济损失。

一审法院认为,监督局在有线电视台播出具有批评性质的文稿,是侵犯他人名誉权的行为,因此将案件定性为侵害名誉权的民事侵权诉讼。

而二审法院认为,本案是一起因行政执法机关在行政执法过程中的行政行为引起行政关系相对人认为损害其名誉权而形成的诉讼,因此,应定性为行政诉讼。

〔法律问题〕

本案是否属于民事诉讼的受案范围?

〔案例解析〕

民事纠纷与其他纠纷性质的区分,是判断一案是否属于民事诉讼的关键。

其中,掌握民事纠纷与行政纠纷之间的区别,是学习本课程最为重要的基本知识点之一,也往往是最容易引起混淆和歧义的难点所在。

最为简单的判断途径,可以从以下两方面入手:

第一,从主体判断。

民事纠纷的主体,法律地位平等,彼此间不存在服从或隶属关系,因此看一个纠纷是否属于民事纠纷而适用民事诉讼,首先要注意纠纷主体之间的法律关系,注意其法律地位是否平等。行政纠纷的主体之间,法律关系一定是不平等的,相互之间有服从或者隶属关系。

第二,从内容判断。

民事纠纷的内容是对民事权利义务的争议,即平等的主体之间的人身、财产关系争议。

如果纠纷一方为自然人,而另一方为行政机构,并不意味着该纠纷必然属于行政纠纷,究竟属于何种性质的纠纷,最终取决于纠纷的内容。行政机关对外进行各种活动,有的是依法赋予的行政管理职能、行政执法职能(如:某工商局的商

品质量检查行为、某公安局的扫黄打非活动),有的是从事正常的民事活动(如:某法院购买办公用品)。

要判断纠纷的性质,纠纷的内容是什么,这一问题是最重要的,而不能仅凭主体这一点就简单断定纠纷的性质。行政机关可以为民事行为,非行政主体也可以为依法赋予的行政行为(当一些事业单位、社会团体、其他组织被赋予了某些行政管理职能并依法进行该活动时,一旦发生了纠纷,该纠纷就应当属于行政纠纷)。

三、前沿指引

(一)学科前沿

学术界现在倡导民事纠纷的多元化解解决途径,所谓多元化,即不是仅由传统的民事诉讼(打官司)方式解决双方之间的民事冲突,更强调其他途径诸如社会救济(仲裁、ADR)或者私力救济(自助行为、自救行为)的相应优势和作用。

我国的诉讼观念从传统的“息诉”、“厌诉”的民众情绪,到最近人们法律意识的增强引起的各地法院民事案件受案率不断攀升、大量民事案件积压的现象,再到人们对民事诉讼这一公力救济方式的局限性的清醒认识,体现了人们对民事诉讼这一并非唯一的纠纷解决方式的理性认识。

人们的视角由此转向了其他解决途径。学者们纷纷撰文论述民事纠纷的解决途径,研究重点由公力救济渐渐向私力救济和社会救济倾斜。较有代表性的著作有:Celia R. Taylor,“Self-Help in Contract Law: An Exploration and Proposal”, Wake Forest Law Review, vol 33(1998), pp. 841~907; [日]田中英夫、竹内昭夫:《私人在法实现中的作用》(1-4),李薇译,载梁慧星主编:《为权利而斗争》,北京,中国法制出版社,2000年版; [日]田中英夫、竹内昭夫:《私人在法实现中的作用》(5-7),李薇译,载梁慧星主编:《民商法论丛》,金桥文化出版(香港)有限公司,2002年第2号。

私力救济的研究在我国刚刚展开,其中较为突出的是年轻学者徐昕,近年来致力于私力救济的法制化和规范化研究,其研究私力救济的代表作品有:2003年的清华大学博士学位论文:《论私力救济》、《通过法律实现私力救济的社会控制》等。

总而言之,对于纠纷解决方式的多元化研究,为民事纠纷的解决打开了新的思路和视角。正确认识各种解决方式在社会生活中的地位和作用,根据实际情况选择最为适当的方式,有效地解决民事纠纷、民事争议,可能才是最为理性和