


高等学校法学教材



民事诉讼法

主编 张卫平 执行主编 翁晓斌

 高等教育出版社

高等学校法学教材

民事诉讼法

主编 张卫平 执行主编 翁晓斌



高等教育出版社

内容提要

本书以我国民事诉讼法和有关司法解释为蓝本,全面介绍了我国民事诉讼法理论和各项制度。在理论方面,基本保留了我国民事诉讼法学的传统理论,同时介绍了国外的相关理论并吸收了近年来国内研究的最新成果;在制度方面,将民事诉讼法和有关司法解释的规定有机结合,并适当介绍了国外的相关制度。除理论和制度介绍外,本教材还穿插了一系列案例,帮助学生理解和把握有关理论和制度。

本书可供法学专业本科生使用,也可作为其他层次的教学参考读物。

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法/张卫平主编. —北京:高等教育出版社,
2006.4

ISBN 7-04-018374-9

I. 民... II. 张... III. 民事诉讼法-中国-高等学校-教材 IV. D925.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第031627号

策划编辑 张杰 责任编辑 曾敬 封面设计 刘晓翔
版式设计 张岚 责任校对 王超 责任印制 尤静

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010-58581118
社 址	北京市西城区德外大街4号	免费咨询	800-810-0598
邮政编码	100011	网 址	http://www.hep.edu.cn
总 机	010-58581000		http://www.hep.com.cn
经 销	蓝色畅想图书发行有限公司	网上订购	http://www.landaco.com
印 刷	北京四季青印刷厂		http://www.landaco.com.cn
		畅想教育	http://www.widedu.com
开 本	787×960 1/16	版 次	2006年5月第1版
印 张	30.5	印 次	2006年5月第1次印刷
字 数	570 000	定 价	38.00元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 18374-00

本书撰稿人

(以撰写章数多少为序)

- | | |
|-----|------------------------|
| 吴英姿 | 南京大学法学院副教授,法学博士,硕士生导师 |
| 翁晓斌 | 浙江大学副教授,法学博士,硕士生导师 |
| 张永泉 | 苏州大学法学院副教授,法学博士,硕士生导师 |
| 刘敏 | 南京师范大学法学院教授,法学博士,硕士生导师 |
| 李龙 | 西南政法大学副教授,法学博士,硕士生导师 |
| 胡亚球 | 苏州大学法学院教授,法学博士,硕士生导师 |
| 范莉 | 浙江大学城市学院法学系讲师,法学硕士 |

前 言

自20世纪80年代以来,市场经济发展、社会结构转型带动了司法制度的变革与程序法学理论的繁荣,民事诉讼法学研究也取得了长足的进步。这不仅表现在国外民事诉讼理论和制度被大量介绍进来,学者运用这些理论和制度对我国传统民事诉讼法学以及现行民事诉讼制度进行了反思和批判,而且更重要的是,许多学者立足于中国社会和文化,对本土诉讼制度及其实践进行了深入的研究,为建构民事诉讼法学理论和完善民事诉讼制度不懈努力,并取得了丰硕的成果。

与民事诉讼法学研究取得的进步相比,高等教育法学专业所使用的民事诉讼法学教材却显得有些停滞不前。目前正在使用的教科书大多都存在以下问题:

第一,对民事诉讼基本原理的阐述过于肤浅,诉讼理论体系显得粗疏而苍白。由于历史的原因,我国的民事诉讼法学研究深受“左”倾错误的影响,缺乏自主发展的空间;能够写进教科书的所谓“理论”缺少历史的积淀,也鲜有外来的营养;诉权理论、诉讼结构理论、辩论主义等构成民事诉讼法学基石的基础理论,在我国的教科书中往往被空洞化、口号化,或者干脆不见踪影。

第二,理论脱离实践,缺乏应用性。民事诉讼法学是应用性极强的一门学科,但是,我国高等院校长期以来使用的民事诉讼法学教科书在内容上大多数脱离了民事诉讼制度的具体操作,对司法实践中出现的实际问题漠不关心。脱离了制度实践的基础理论,失去了生命力,仅仅成为一种用来应付考试的教条,这种理论对于学生而言自然缺乏没有吸引力。

第三,局限于对法条的注释性介绍,明显滞后于诉讼法律制度的发展。大多数教科书是以现行民事诉讼法典为蓝本编写的,主要内容是对法条的文义解释。而现行民事诉讼法制定的背景恰值我国市场经济发育初期,一方面,该法的理论基础不明确;另一方面,许多制度在设计时没有经过充分论证,可操作性不强,是当时民事审判方式改革的产物。在今天看来,该法典已经明显滞后于时代的要求。尽管最高人民法院公布了大量的司法解释试图弥补现行民事诉讼法典的缺陷,但由于司法解释的效力层次较低,不可能在根本上解决问题。局限于对法条文义的注释必然导致教材内容的滞后和粗疏,不能达到教材所应当具备的时代性、合理性和精密性的要求。

正是因为上述问题,在我国法学专业的各主干学科中,民事诉讼法学往往不为学生们所重视,也较难引起他们的学习兴趣,从而导致民事诉讼法学在法学各个学科中处于“中心的边缘”的尴尬地位。为改变这种状况,本教材试图在以下方面有所改进:

首先,增加理论含量,提升教材的理论层次。本教材裁减或抛弃了传统民事诉讼法学教材中的过时的观点,在仔细梳理我国当前民事诉讼理论研究成果的基础上,选择那些基本形成共识的理论,尝试构建起具有中国特色的现代民事诉讼原理的基本框架。

其次,注重理论联系实际,强调教材的应用性。

再次,扩充教材的信息容量,使教材具有开放性。本教材强调反映我国司法改革和民事诉讼制度发展状况,紧扣诉讼实务问题,引发思考。

为达至上述目的,本教材在体例上有所创新。本教材由正文和附件两个部分组成。正文系统阐释民事诉讼法律制度的基本原理和基本内容,附件部分以“资料与应用”和“案例分析”等形式穿插于正文中。通过附件中的信息资料,介绍相关的国外民事诉讼法学理论与立法例,反映我国民事诉讼法学研究前沿,提出民事诉讼实务中出现的新问题等。这种体例既能保证教材对主体内容完整性与准确性的要求,又能大大扩展教材的信息空间,同时对引发学生的学习兴趣,培养学生思考和研究的能力也是一种全新的尝试。

我们相信,通过以上几方面的创新和改进,奉献给读者的是一本体系完备、内涵丰富、实用性强的教科书。

本教材共分三十章。各参编人员编写的章节如下:

范 莉:第一章、第十一章。

吴英姿:第七章、第八章、第二十一章、第二十二章、第二十九章、第三十章。

翁晓斌:第四章、第五章、第十六章、第十九章、第二十三章、第二十四章。

胡亚球:第六章、第二十章、第二十八章。

张永泉:第九章、第十章、第十四章、第十五章、第十七章。

刘 敏:第十二章、第十三章、第十八章、第二十七章。

李 龙:第二章、第三章、第二十五章、第二十六章。

张卫平
2005年12月

目 录

第一编 导 论

第一章	民事诉讼与民事诉讼法	3
第一节	民事诉讼	3
第二节	民事诉讼法	8
第三节	民事诉讼法的历史发展	13
第二章	民事诉讼法律关系	20
第一节	民事诉讼法律关系的概念及其特征	20
第二节	民事诉讼法律关系的构成要素	23
第三节	民事诉讼法律事实	26
第三章	诉权和诉	28
第一节	诉权	28
第二节	诉	38

第二编 总 论

第四章	民事诉讼法的基本原则	55
第一节	民事诉讼法基本原则概述	55
第二节	共有原则	58
第三节	民事诉讼法的特有原则	61
第五章	民事审判基本制度	73
第一节	概述	73
第二节	合议制度	73
第三节	回避制度	77
第四节	公开审判制度	80
第五节	两审终审制度	81

第六章	民事案件的主管与管辖	84
	第一节 法院概述	84
	第二节 民事案件的主管	86
	第三节 民事案件管辖概述	91
	第四节 级别管辖	94
	第五节 地域管辖	98
	第六节 裁定管辖	108
	第七节 管辖权异议	111
第七章	当事人	117
	第一节 当事人概述	117
	第二节 共同诉讼	127
	第三节 诉讼代理人	136
	第四节 第三人	141
第八章	诉讼代理人	151
	第一节 诉讼代理人概述	151
	第二节 法定诉讼代理人	152
	第三节 委托诉讼代理人	155
第九章	民事诉讼证据	159
	第一节 民事诉讼证据概述	159
	第二节 民事诉讼证据的分类	164
	第三节 民事诉讼证据的种类	169
	第四节 证据保全	182
第十章	民事诉讼中的证明	187
	第一节 证明对象	187
	第二节 证明责任	193
	第三节 证明标准	202
	第四节 证明过程	205
第十一章	法院调解	214
	第一节 法院调解概述	214
	第二节 法院调解的原则	216
	第三节 法院调解的程序	218
	第四节 调解书的制作与法院调解的效力	220
第十二章	诉讼保障制度	224
	第一节 财产保全	224

	第二节 先予执行	230
	第三节 对妨害民事诉讼的强制措施	232
第十三章	期间、送达和诉讼费用	242
	第一节 期间	242
	第二节 送达	246
	第三节 诉讼费用	250

第三编 诉讼程序论

第十四章	第一审普通程序	263
	第一节 第一审普通程序概述	263
	第二节 起诉和受理	264
	第三节 审理前的准备	271
	第四节 开庭审理	275
	第五节 撤诉	280
	第六节 缺席判决	281
	第七节 延期审理、诉讼中止和诉讼终结	282
第十五章	简易程序	286
	第一节 简易程序的概念及意义	286
	第二节 简易程序的适用范围	288
	第三节 简易程序的特点	291
第十六章	民事诉讼中的裁判	295
	第一节 民事判决	295
	第二节 民事裁定	301
	第三节 民事决定	303
第十七章	第二审程序	305
	第一节 第二审程序概述	305
	第二节 上诉的提起和受理	307
	第三节 上诉案件的审理	311
	第四节 上诉案件的裁判	314
第十八章	再审程序	318
	第一节 再审程序概述	318
	第二节 人民法院行使审判监督权引发的再审程序	319
	第三节 人民检察院行使抗诉权引发的再审程序	321

第四节	当事人申请再审引发的再审程序	323
第五节	再审案件的审判	328

第四编 特别程序论

第十九章	特别程序	335
第一节	特别程序概述	335
第二节	选民资格案件	337
第三节	宣告公民失踪案件	338
第四节	宣告公民死亡案件	340
第五节	认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件 ..	343
第六节	认定财产无主案件	345
第二十章	督促程序	347
第一节	督促程序概说	347
第二节	支付令的申请和受理	349
第三节	人民法院对支付令申请的审查和处理	351
第四节	债务人的异议和督促程序的终结	353
第二十一章	公示催告程序	357
第一节	公示催告程序概述	357
第二节	公示催告的申请与受理	359
第三节	申报权利与除权判决	362
第二十二章	企业法人破产还债程序	365
第一节	企业法人破产还债程序概述	365
第二节	破产案件的申请和受理	367
第三节	破产债权申报与债权人会议	371
第四节	和解与整顿	373
第五节	破产宣告与破产清算	374

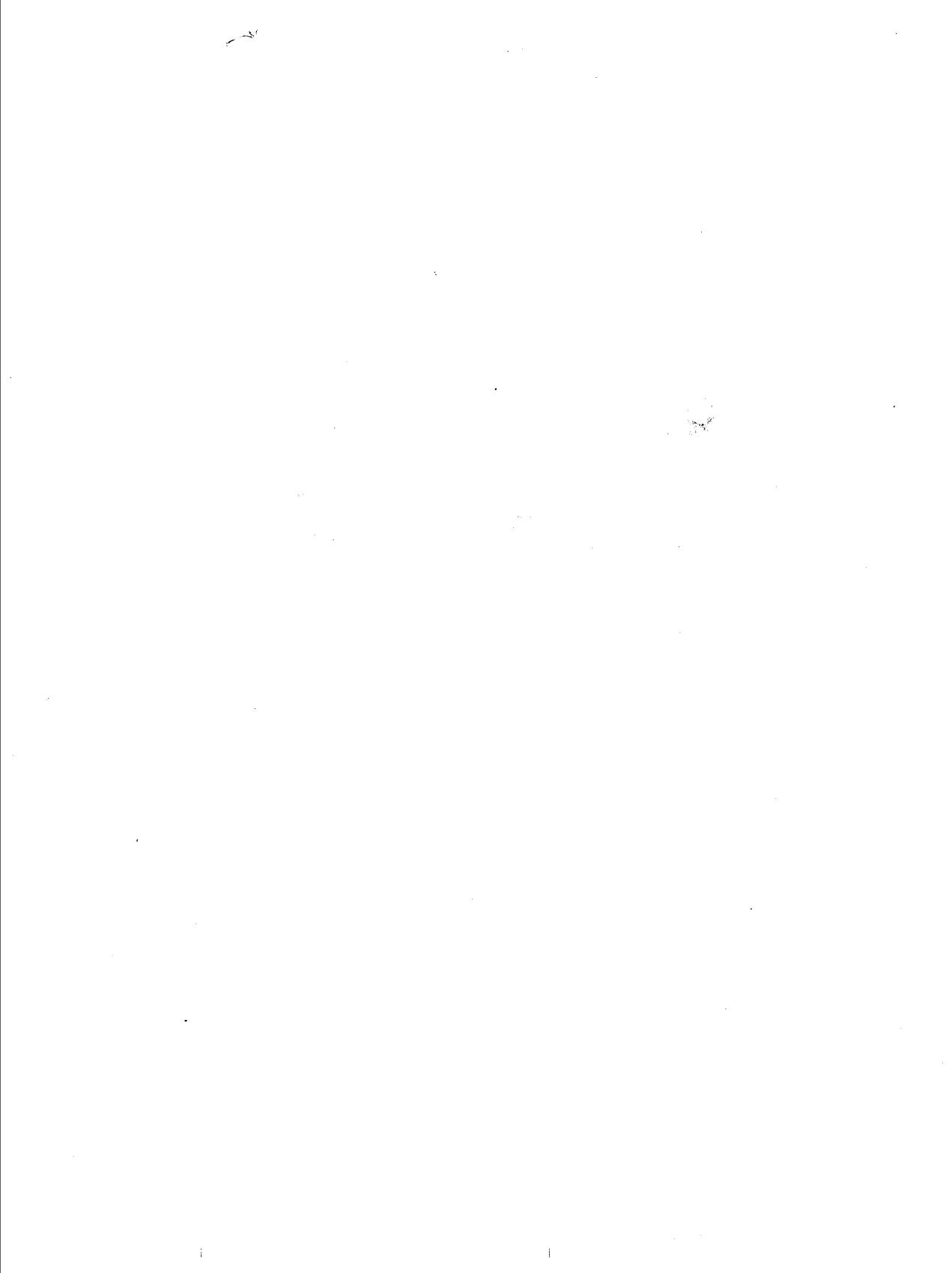
第五编 执行程序论

第二十三章	执行程序概述	383
第一节	民事执行和执行程序	383
第二节	民事执行的基本原则	386
第二十四章	执行程序的一般规定	390

	第一节 执行管辖和执行根据	390
	第二节 执行机构和执行当事人	393
	第三节 委托执行和协助执行	396
	第四节 执行竞合和参与分配	399
	第五节 执行异议	404
	第六节 执行监督	406
第二十五章	执行的过程	409
	第一节 执行开始	409
	第二节 执行阻却	412
	第三节 执行结束	417
	第四节 执行回转	419
第二十六章	执行措施	423
	第一节 执行措施概述	423
	第二节 对财产给付的执行措施	424
	第三节 对行为给付的执行措施	433
	第四节 保障性执行措施	435
 第六编 涉外民事诉讼程序的特别规定 		
第二十七章	涉外民事诉讼程序概述	443
	第一节 涉外民事诉讼程序的含义	443
	第二节 涉外民事诉讼程序的基本原则	445
第二十八章	涉外民事诉讼管辖	450
	第一节 涉外民事诉讼管辖概说	450
	第二节 我国涉外民事诉讼管辖的种类	452
	第三节 涉外民事诉讼管辖权冲突及解决	455
第二十九章	送达、期间、财产保全	457
	第一节 涉外民事诉讼中的送达	457
	第二节 涉外民事诉讼的期间	460
	第三节 涉外财产保全	461
第三十章	司法协助	464
	第一节 司法协助概述	464
	第二节 一般司法协助	466
	第三节 特殊司法协助	469

第
一
编

导 论



第一章 民事诉讼与民事诉讼法

第一节 民事诉讼

一、民事纠纷及其解决机制

(一) 民事纠纷

民事纠纷,也称民事争议或民事冲突。民事纠纷有广义和狭义之分。

广义的民事纠纷是指民事主体之间围绕民事关系所发生的纠纷,如婚姻家庭纠纷、财产纠纷、侵权损害赔偿纠纷等等。任何社会关系都是生存于人类社会中的彼此交往而结成的关系,民事关系也不例外。民事关系的主体包括自然人和团体,而团体又包括法人和非法人组织。民事关系在观念上被视为基于社会生产力发展到一定程度而自然形成的,并要求法律加以调整 and 控制的,客观存在的一类社会关系。从产生的原因来看,民事关系是因民事而结成的一种社会关系。民事作为个人或团体的私人事务,涉及个人或团体的自身利益,具体表现为个人或团体为追求自身福利,改善自身生存或发展条件而进行的一系列活动,如资源的占有,物质产品和精神产品的生产、分配和交换,企业的组织与活动,劳动力的雇佣,遗产的继承,婚姻的结合和离异,亲属之间的互相帮助与扶养等。^①民事关系是具有平等性的社会关系,即民事主体的法律地位平等,国家给予民事主体以平等的保护。

^① 参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2000年1月版,第30页。

民事关系包括民事财产关系和民事人身关系。

狭义的民事纠纷是指民事主体之间围绕民事法律关系而发生的纠纷。民事法律关系和民事关系是联系极为密切但又有着严格区分的两个概念。民事法律关系是民事主体之间发生的,受民事实体法规范和调整的,具有民事权利义务内容的民事关系。简言之,民事法律关系是经民事实体法规范和调整的民事关系。并非所有的民事关系都要纳入民事实体法规范和调整的范围,即并非民事关系都可以上升为民事法律关系。比如,在社会生活中存在基于道德礼仪而发生的民事关系,如远亲近邻间、师生间、同学间、同事间、同乡间、朋友间等基于道德礼仪而发生的民事关系,这一类关系一般由道德调整,法律不加以干预,因而不能上升为民事法律关系。又如,有一些民事关系对于民事社会生活具有破坏性,即使用最低的道德标准衡量也不应允许其存在,这一类民事关系亦不能上升为民事法律关系。可见,狭义的民事纠纷的范围小于广义的民事纠纷。不过需要指出的是,构成狭义的民事纠纷并不意味着纠纷主体之间必须存在现实的民事法律关系。其之所以是民事法律关系纠纷,仅仅是因为该纠纷的内容是有关民事法律关系的权利义务的争议。比如,甲认为乙是其亲生父亲,要求乙承担抚养义务,乙否认,双方发生纠纷。假定最后得到澄清的真实情况是,乙确实不是甲的父亲,但是彼此的纠纷仍然属于狭义的民事纠纷。这是因为,甲主张的父子关系是法律关系,其主张的利益是基于该法律关系而发生的民事权利。本教材中,除了有关民事纠纷解决机制的介绍中的提到“民事纠纷”是广义的民事纠纷外,其他场合一概是指狭义的民事纠纷。

(二) 民事纠纷的解决机制

有民事纠纷就需要解决。这种解决民事纠纷的途径和方法,就是纠纷的解决机制。一般说来,有如下三种民事纠纷的解决机制:

1. 自力救济

也叫私力救济,它是指不依靠纠纷以外的任何第三者的介入和帮助,而是依纠纷当事人自己的力量予以解决。自力救济在原始社会即已存在,且是当时主要的救济方法,如当时盛行的“同态复仇”就是典型的自力救济。进入文明社会以后,自力救济受到了法律的限制,但是作为一种纠纷解决的方法,即使在现代社会依然存在并发挥着重要作用。民事纠纷的自力救济包括违法的私力救济和合法的私力救济。违法的自力救济是指民事主体运用法律禁止的手段保护其民事利益、平息民事争议的救济方法,比如债权人通过非法拘禁债务人以迫使其履行债务、债权人通过非法扣押债务人的财产以实现其债权、人身权利受到暴力侵害的人以暴力行为对侵害人实施报复等等。合法的自力救济则是指民事主体运用法律许可的手段保护其民事利益、平息民事争议的救济方法,最典型的的就是和解,亦包括法律规定的各种自救、自助方法,如依法留置债务人

的财产。在社会救济和公力救济不发达的社会形态下,自力救济具有当时历史条件下的合理性。在社会救济和公力救济趋于发达以后,自力救济的合理性随之下降或消失。在现代社会,违法的自力救济几乎没有任何合理性可言。首先,违法的自力救济必然给法律秩序造成冲击,破坏民事法律秩序的稳定。其次,违法的自力救济通常不仅不能有效地解决纠纷,且往往酿成新的纠纷。诚然,在现代社会,合法的自力救济仍有着积极的意义。与社会救济和公力救济相比,合法的私立救济有其特殊的优点。其一,合法的自力救济解决纠纷的效率较高,解决纠纷的成本较低。其二,合法的自力救济对于解决一些因民事实体法不予调整和保护的民事关系发生的纠纷,具有不可替代的作用。其三,和解作为合法的私力救济方法,不仅具有效率高成本较低的优点,且有助于维护恢复纠纷主体之间的良好关系。同时,和解充分体现纠纷双方的意愿,达成的纠纷解决方案具有特别的妥当性。但是,与社会救济和公力救济相比,合法的自力救济仍然有着明显的缺点。自力救济缺乏外来力量的介入,完全依靠纠纷主体之间的交涉愿望和交涉效果,其解决纠纷的能力十分有限。

2. 社会救济

社会救济是指纠纷双方当事人自愿将纠纷提交给双方都信任的第三方(个人或者机构)解决的纠纷解决机制。社会救济的主要类型有调解和仲裁。调解是指第三者依据一定的社会规范,如道德、法律、习惯等,在纠纷主体之间进行沟通,促成双方谅解和妥协,从而解决纠纷。我国从古至今,调解一直是一种普遍运用且发挥了极为重要作用的民事纠纷解决方法。我国古代社会,就有官府调解和民间调解,而民间调解又包括乡保、族长、亲友、相邻、缙绅调解等。^①由于我国古代民事诉讼制度一向不发达,加之“厌讼”的传统道德观点根深蒂固,调解乃是解决民事纠纷的主要方式。我国进入现代社会以后,重视调解的传统得以保留,但调解形式有了明显变化。根据第三者的身份不同,我国现有的民事调解大体上可以为人民调解、行政调解和其他社会团体的调解,调解者分别是人民调解委员会、行政机关和其他社会团体。仲裁是指在民事主体在纠纷发生之前或之后达成协议,或者根据有关法律的规定,把纠纷提交给中立的民间组织进行审理,并作出具有约束力裁决的一种纠纷解决机制。社会救济这种机制与自力救济有明显的不同,社会救济是依靠第三者的力量来解决纠纷,只不过这个第三者是双方当事人自己选定的,而且社会救济的程序、规则都处处体现了当事人的意思自治。社会救济机制的优点是:纠纷解决的过程民主、公正,纠纷解决的成本较低、效率较高、方式较灵活,有利于双方当事人矛盾的调和。但社会救济机制有着其结构性的缺陷。总的说来,社会救济缺乏充分的权威性

^① 参见江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第90~92页。

和强制性,其解决纠纷功能存在明显的局限。就调解而言,调解的运用、调解协议的达成都必须依赖于纠纷双方的合意,而调解协议的履行,一般也只能依靠双方的自觉遵守,这就在很大程度上限制了调解解决纠纷的功能。仲裁裁决的作出无需经过纠纷双方的同意,且仲裁裁决一般具有类似于判决的法律效力,在这一点上,仲裁的权威性和强制性强于调解。但是,仲裁的运用同样有赖于纠纷双方的合意,且仲裁机构解决纠纷缺乏相应的强制手段的支持,如不能直接采取财产保全措施等。因此,与诉讼相比,仲裁依然存在着权威性和强制性不足的缺陷。由于社会救济具有前述的优点,社会救济成为了社会生活中一种非常重要的、应用非常广泛的纠纷解决手段,而且越来越受到人们的重视。但是,由于社会救济机制存在上述结构性的缺陷,它始终无法取代公力救济机制而成为主流的纠纷解决机制。

3. 公力救济

民事纠纷的公力救济,它是指国家审判机关,以国家强制力为保障,按照实体法和程序法规范解决纠纷的机制,也就是民事诉讼。公力救济是随着国家的出现而产生的,并随着社会经济政治的发展越来越趋于发达和完善。公力救济与自力救济相比,其区别不言而喻;与社会救济相比,亦有明显不同。民事纠纷的公力救济的特点是:其一,公力救济是由国家公权力机关亦即审判机关解决纠纷的纠纷解决方式。虽然社会救济也借助第三方的介入,但社会救济的第三方通常是个人或民间机构。其二,公力救济是一种运用国家强制力解决纠纷的纠纷解决方式。公力救济的启动并不需要以纠纷当事人的合意为前提,只要其中一方当事人提起诉讼,即可导致救济程序的启动;通过公力救济形成的解决方案,乃是一种强制性判断,无需经过纠纷当事人的同意;纠纷解决者具有各种强制手段以保障其权力行使和纠纷的顺利解决,如证据保全、对妨害诉讼者采取各种强制措施等。其三,公力救济严格按照法定程序进行,并严格遵循实体法规范对实体问题作出判断。最后,公力救济乃是终局救济。在纠纷当事人穷尽了各种纠纷解决方式后,公力救济乃是最后可以利用的一种纠纷解决方式;通过公力救济形成的最终纠纷解决方案,一旦生效则具有终局的法律效力。整体上看,公力救济比之私力救济和社会救济有明显的优势。首先,公力救济适用的范围极为广泛。所有的狭义的民事纠纷都可以通过公力救济解决。其次,在各种纠纷解决机制中,公力救济最具公正性。公力救济严格遵循程序和实体规范,能够最大限度避免恣意和不确定性,兼顾程序和实体公正。再次,公力救济有利于彻底解决纠纷。纠纷解决者的权威地位、救济终局性、国家强制力的支持等,使得公力救济成为一种最彻底的纠纷解决方式。最后,公力救济遵循统一的法律规范展开,有利于维护民事秩序的安定。总之,三种救济机制中,通过公力救济解决纠纷最有效、最权威、最彻底、最能够实现秩序的安定价值。因