

林义全 著

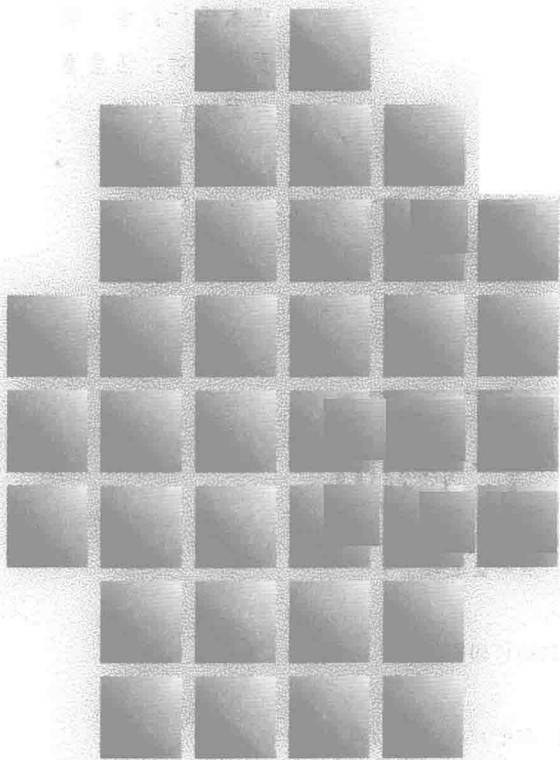
# 民事诉讼法理论与实务

四川人民出版社

林义全 著

100

# 民事 诉讼 法 理 论 与 实 践



四川人民出版社

一九九七年·成都

(川) 新登字 001 号

责任编辑：王 苗

技术设计：古 蓉

责任校对：伍登富

封面设计：李 子

## 民事诉讼法理论与实践

林义全 著

四川人民出版社出版（成都盐道街3号）

四川省新华书店经销

西南建筑设计研究院印刷厂印刷

开本 850×1168mm 1/32 印张 17.5 字数 350 千

1998 年 1 月第 1 版 1998 年 1 月第 1 次印刷

ISBN7-220-03955-7/D·583 印数：1000 册

定价：22.00 元

加强法学研究  
服务审判实践

任俊雪

九七·一六

## 内 容 提 要

本书以现行《民事诉讼法》为主线，根据审判实践的需要，较为系统地研究和探讨了民事诉讼法学理论与审判实践协调的相关问题。作者吸收了近年来法学理论界的最新研究成果，收集了最高人民法院的有关民事诉讼的全部司法解释，对民事诉讼法理论与实践的主要问题进行了研究，使理论服务于实践，增强了操作性。本书适用从事于司法实践、教学科研的法学人员学习与参考。

## 序

本书作者一九八三年毕业于西南政法大学，毕业后被分配到四川省高级人民法院工作，以后转入大学任教。我与他再次相见时，是八年后在北京召开的中国法学会第三届理事会上，他告诉我他有志于民事诉讼法理论的研究，希望我能予以指点。最近他撰写的《民事诉讼法理论与实践》一书，将由四川人民出版社出版，我作为他的老师，为其孜孜以求，发奋进取而感到欣慰，乐意为之作序。

审阅书稿，有这样一些特点：

一、本书体系完整，结构合理。作者在本书中以《民事诉讼法》为主线，联系民事诉讼实践，对民事诉讼理论与实践有关的问题进行阐述。该书重点突出，在近四十万字中，对管辖、当事人、证据、诉讼保全、第一审程序、再审与审判监督程序、执行程序、破产程序等与诉讼实践联系较紧的章节倾注了大量的笔墨，如第十二章证据达五万余字，对证据理论与司法实践中的具体操作进行了详细论述。

二、作者吸收了近年来我国民事诉讼法学理论与实践的最新研究成果，同时又提出了自己一些颇有新意的见解。如作者提出“为保护自己或法律规定或他人授权自己保护的民事权益参加诉

讼”作为当事人的特征之一，扩大了我和其他学者多年来主张的“为保护自己的民事权益而参加诉讼”的当事人的特征的内涵，符合审判中将清算组、财产代管人作为诉讼当事人的实际。

作者认为民事诉讼的价值取向最主要的诉讼公正，主张人民法院在民事审判制度和方式的改革中，应实行“立案法官、庭前法官、庭审法官三分离”的制度。立案法官只负责审查是否立案，裁定管辖权异议。庭前法官负责开庭审理前的全部准备活动，庭前法官的职责是：调查、收集当事人申请由人民法院调查、收集的证据；向当事人告知诉讼权利和义务；确定开庭调解和审理的时间；法庭审理时就其收集、调查证据，回答当事人及其诉讼代理人的提问。庭审法官只负责开庭审理和裁判。在质证中是组织指挥者，只对质证的证据（包括由庭前法官负责、调查、收集的证据）听证、认证、鉴证和采证。作者的这一主张对于完善法官管理、提高办案质量，实现程序公正和实体公正具有参考价值。

作者对完善我国民事诉讼的立法提出了很多建议，尽管这些见解不一定成熟，但亦表明作者学术思想活跃，对这些问题的思考颇具匠心，可以引起我们去重新思考和探索。

三、本书理论联系实际较好，每一章中对诉讼实践中的具体问题提出了操作的技巧及解决的办法。作者收集了新《民诉法》实施以来，最高人民法院所作的司法解释，并运用到具体的理论中，使司法人员具有可操作性。同时，又援引不少案例，对于正确确定当事人、第三人、共同诉讼人，理解诉与诉权等理论问题作了深入浅出的阐述，增强了可读性。对于人民法院在民事审判中所涉及到的疑难问题，如诉前保全与申请支付令、执行竞合、证据的质证等，作者运用民事诉讼的理论，进行比较深入的分析论证，并提出了操作策略。

任何事物都不可能尽善尽美，书中有的观点还有待于进一步

完善，有的地方说理亦有待于推敲，有的章节内容有些薄弱。但并不因此而否认其全书的理论价值和运用价值。英国美学家博克曾说：“一个人只要肯深入到事物表面以下去探索，哪怕他自己也许看得不对，却为旁人扫清了道路；甚至能使他的错误也终于为真理的事业服务。”

光阴荏苒，十五年一挥间。我高兴地看到当年的这批大学生，已成为教学、科研、司法实际部门的骨干。然而，作为跨世纪的栋梁，你们承先启后，继往开来，任重而道远。民事诉讼中还有很多理论与实践问题需要我们去研究和探索，做学问，犹如登山一样，每进一步，则所见愈广。本书的出版，为作者继续研究民事诉讼的理论奠定了坚实的基础，古人曰“但假深根常得地，何忧直干不扶天”，希望林义全同志再接再厉，勇于开拓，不断进取，为健全和完善中国法制作出应有的贡献。这也是我对所有桃李的希望！

常 怡

1997年10月18日于

西南政法大学



# 目 录

第一章 绪 论	( 1 )
第一节 概 述	( 1 )
第二节 我国民事诉讼法的特点和任务	( 7 )
第三节 我国民事诉讼法的效力	( 10 )
第二章 民事诉讼法律关系	( 13 )
第一节 概 述	( 13 )
第二节 民事诉讼法律关系的要素	( 16 )
第三节 民事诉讼上的法律事实	( 19 )
第三章 民事诉讼法的基本原则	( 22 )
第一节 概 述	( 22 )
第二节 依据宪法、人民法院组织法所确立的基本 原则	( 24 )
第三节 民事诉讼法的特有原则	( 26 )
第四章 民事审判组织与基本制度	( 38 )
第一节 民事审判组织	( 38 )
第二节 民事审判的基本制度	( 45 )

<b>第五章 民事案件的管辖</b> .....	( 55 )
第一节 概 述.....	( 55 )
第二节 级别管辖.....	( 60 )
第三节 地域管辖.....	( 62 )
第四节 选择管辖和协议管辖.....	( 73 )
第五节 移送管辖和指定管辖.....	( 76 )
<b>第六章 当事人</b> .....	( 81 )
第一节 概 述.....	( 81 )
第二节 当事人的诉讼权利能力和诉讼行为能力.....	( 84 )
第三节 民事诉讼中的原告和被告.....	( 90 )
第四节 当事人的诉讼权利和诉讼义务.....	( 95 )
<b>第七章 共同诉讼</b> .....	( 103 )
第一节 概 述.....	( 103 )
第二节 必要共同诉讼.....	( 105 )
第三节 普通共同诉讼.....	( 117 )
<b>第八章 第三人</b> .....	( 120 )
第一节 概 述.....	( 120 )
第二节 有独立请求权的第三人.....	( 123 )
第三节 无独立请求权的第三人.....	( 130 )
<b>第九章 代表人诉讼制度</b> .....	( 136 )
第一节 概 述.....	( 136 )
第二节 代表人诉讼制度中的程序问题.....	( 139 )
第三节 代表人诉讼制度与其他诉讼制度的区别.....	( 141 )

第十章 诉讼代理人	(144)
第一节 概 述	(144)
第二节 法定诉讼代理人	(147)
第三节 委托诉讼代理人	(149)
第十一章 民事诉讼中的诉权和诉	(153)
第一节 诉 权	(153)
第二节 诉	(159)
第三节 反 诉	(165)
第十二章 证 据	(169)
第一节 概 述	(169)
第二节 民事诉讼证据的分类	(177)
第三节 书证	(182)
第四节 物 证	(185)
第五节 视听资料	(187)
第六节 证人证言	(192)
第七节 当事人陈述	(201)
第八节 鉴定结论	(208)
第九节 勘验笔录	(217)
第十节 证明对象与举证责任	(221)
第十一节 证据的质证与审查判断	(232)
第十三章 民事诉讼中的期间和送达	(247)
第一节 期间	(247)
第二节 送达	(250)

<b>第十四章 法院调解</b> .....	(256)
第一节 概 述.....	(256)
第二节 法院调解的范围和程序.....	(259)
第三节 法院调解的原则.....	(260)
第四节 调解书及效力.....	(262)
<b>第十五章 财产保全与先予执行</b> .....	(265)
第一节 财产保全.....	(265)
第二节 先予执行.....	(280)
第三节 关于查询、冻结、扣划企业事业单位、 机关、团体银行存款的规定.....	(284)
<b>第十六章 对妨害民事诉讼的强制措施</b> .....	(290)
第一节 概 述.....	(290)
第二节 妨害民事诉讼行为的种类.....	(292)
第三节 强制措施种类和适用.....	(295)
<b>第十七章 第一审普通程序</b> .....	(302)
第一节 概 述.....	(302)
第二节 起诉和受理.....	(303)
第三节 审理前的准备.....	(317)
第四节 开庭审理.....	(322)
第五节 撤诉、缺席判决.....	(331)
第六节 延期审理、诉讼中止和终结.....	(334)
第七节 判决、裁定和决定.....	(336)
<b>第十八章 简易程序</b> .....	(344)
第一节 概 述.....	(344)

---

第二节	适用简易程序应注意的问题·····	(347)
<b>第十九章</b>	<b>第二审程序·····</b>	<b>(349)</b>
第一节	概 述·····	(349)
第二节	上诉的提起和受理·····	(352)
第三节	第二审案件的审理和裁判·····	(358)
<b>第二十章</b>	<b>特别程序·····</b>	<b>(363)</b>
第一节	概 述·····	(363)
第二节	选民资格案件·····	(365)
第三节	宣告失踪、宣告死亡案件·····	(365)
第四节	认定公民无民事行为能力、限制民事行为 能力、指定监护案件·····	(370)
第五节	认定财产无主案件·····	(372)
<b>第二十一章</b>	<b>审判监督程序和再审程序·····</b>	<b>(374)</b>
第一节	概 述·····	(374)
第二节	人民法院决定的再审·····	(377)
第三节	当事人申请再审与申诉·····	(385)
第四节	人民检察院对民事审判的监督·····	(398)
<b>第二十二章</b>	<b>督促程序·····</b>	<b>(413)</b>
第一节	概 述·····	(413)
第二节	支付令·····	(417)
<b>第二十三章</b>	<b>公示催告程序·····</b>	<b>(423)</b>
第一节	概 述·····	(423)
第二节	公示催告的受理和判决·····	(430)

<b>第二十四章 破产程序</b> .....	(435)
第一节 概 述.....	(435)
第二节 破产案件的申请和受理.....	(439)
第三节 破产债权和债权人会议.....	(448)
第四节 整顿与和解.....	(459)
第五节 破产宣告和破产清算.....	(462)
<b>第二十五章 民事执行程序</b> .....	(474)
第一节 概 述.....	(474)
第二节 民事执行的一般规定.....	(479)
第三节 执行的申请和移送.....	(491)
第四节 执行措施.....	(497)
第五节 执行中止和执行终结.....	(507)
<b>第二十六章 涉外民事诉讼程序</b> .....	(512)
第一节 涉外民事诉讼程序的一般原则.....	(512)
第二节 涉外民事案件的管辖.....	(516)
第三节 涉外民事案件的送达、期间.....	(520)
第四节 涉外民事诉讼中的财产保全.....	(523)
第五节 涉外仲裁.....	(524)
第六节 司法协助.....	(530)
<b>主要参考书、杂志目录</b> .....	(540)
<b>法律、司法解释简语</b> .....	(544)
<b>后 记</b> .....	(546)

# 第一章 绪 论

## 第一节 概 述

### 一 民事诉讼的概念和特点

诉讼指国家司法机关按照一定的程序和方式解决纠纷的活动。

民事诉讼，指人民法院行使民事审判权，在诉讼参与人的参加下，依照民事诉讼法所规定的程序，审理民事、经济纠纷案件的活动。

我国民事诉讼具有下列特点：

1. 它由诉讼活动和诉讼关系构成。诉讼活动是当事人参与诉讼的活动和人民法院裁判活动的总称。诉讼关系是指人民法院和诉讼参与人之间在诉讼活动中发生的权利义务关系。

2. 法院的裁判活动和当事人的诉讼活动相互依存，但性质和作用各不相同。法院的审判活动产生于国家审判权，它决定诉讼的发生、发展和终结。当事人的诉讼活动产生于诉权，它对诉讼的发生、发展和终结有重要作用。其他诉讼参与人对诉讼活动只起辅助作用。

3. 诉讼活动分阶段按法定程序和方式进行。“程序”一词，

是指人们对某种行为经过多次重复而对其规律的认识和确定。随着人类实践经验的积累和认识能力的提高,行为越来越广泛地变成有序并被通过某种规范形式如习惯、法律等确认下来,从而形成程序,其中通过法律形式固定下来并要求全社会成员普遍遵守的次序,被称为法律程序。诉讼程序是一种最具有代表性的法律程序,由于这个原因,法律程序在狭义上被理解成诉讼程序,程序法被理解成诉讼法,如“有关诉讼手续的法律为程序法,又称诉讼法”。<sup>①</sup>

## 二 民事诉讼法及其内容

民事诉讼法是指由国家制定的、调整人民法院和诉讼参与人的民事诉讼活动以及由此而发生的诉讼关系的法律规范的总称。

民事诉讼法有广义和狭义之分。本书所研究的是采用广义的民事诉讼法。广义的民事诉讼法包括民事诉讼法典,现行的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民诉法》,自1991年4月9日起施行)计29章270条;宪法和其他法律、法规中有关民事诉讼程序的规定;最高立法机关对有关民事诉讼法的立法解释;最高人民法院的司法解释,最高人民法院〈关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见〉(以下简称《意见》,自1992年7月14日执行)计320条。狭义的民事诉讼法仅指民事诉讼法典。

诉讼程序的法律依据是诉讼法。通过诉讼法加以确认的诉讼程序具有强制性和规范性,它不像民俗习惯那样任意、松散,而是作为一种行为模式被反复适用,对行为主体具有约束力,违反诉讼程序则产生相应的法律后果。

---

<sup>①</sup> 中国大百科全书出版社编辑部编:《中国大百科全书·法学》,1984年9月版,第88页。



### 三 民事诉讼法学及其研究对象

民事诉讼法学是指对民事诉讼立法和民事诉讼实践进行理论概括的科学。

民事诉讼法学有三个特点：一是应用性、操作性强。规定了审理民事案件的程序和制度，人民法院审理案件必须遵守这些程序和制度。二是内容丰富、涉及面广。民事、经济、劳动等实体法调整的社会关系，如法律关系的主体之间发生纠纷，引起诉讼都按民事诉讼法所规定的程序审理解决。另外，民事诉讼还与公证、仲裁、人民调解有密切的联系。三是司法解释多。除国家立法机关作出立法解释外，最高人民法院就民事诉讼法施行中所涉及民事审判的具体问题不断作出司法解释，仅《意见》就比《民法》多 50 条。

民事诉讼法学的研究对象是：

1. 民事诉讼法律制度。一是阐释现行民事诉讼立法的意图，二是分析民事诉讼法律制度的立法依据，三是对现行民事诉讼法律制度进行评价，四是对古今中外的民事诉讼法律制度进行比较研究。

2. 民事诉讼审判实践。民事诉讼立法是对一般规律的高度概括，而民事案件各不相同，且审判实践中不断出现新情况、新问题，需要提出解决办法。

3. 对民事诉讼立法的修改和完善提出建议。

### 四 民事诉讼法的地位和作用

1. 民事诉讼法是调整一定范围的社会关系的部门法。它以民事诉讼法律关系为研究对象，区别其他法律部门。民事诉讼法不仅规定了人民法院审理民事案件所必须遵守的程序和制度，而且规定了人民法院依法所享有的权利，以及对国家、当事人的责