

民事诉讼法

MINSHI SUSONGFA

许少波 主编



全国百佳图书出版单位
知识产权出版社



澳门高等教育
法学系列教材

总主编◎张裕彦





澳门高等教育
法学系列教材

总主编◎张绍彦



许少波

主编

MINSHI SUSONGFA

民事诉讼法



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

内容提要

本书以我国内地民事诉讼法及相关司法解释和澳门民事诉讼法为根据,全面、系统地阐释了民事诉讼法的基本原理和民事诉讼程序制度。全书共十三章,每章都涵盖内地与澳门民事诉讼法相对应的内容,并尽可能做到,“能比较则比较,不能比较则具体述明”。本书简明扼要,重点和难点突出,繁简得当,体系结构完整,充分吸收了民事诉讼法学的最新研究成果,力求通过实例论证理论,阐发原理,明其得失,使理论与实务流动往返,融为一体。本书每章前都有导读和思考题,并附有解题思路,便于大家准确、高效地理解和把握。

责任编辑:龚卫

责任校对:董志英

装帧设计:张冀

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法/许少波主编. —北京:知识产权出版社, 2011. 8

澳门高等教育法学系列教材

ISBN 978-7-5130-0377-3

I. ①民… II. ①许… III. ①民事诉讼法—高等学校
—教材 IV. ①D915.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 116017 号

澳门高等教育法学系列教材

民事诉讼法

MINSHI SUSONGFA

许少波 主编

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮编: 100088

网址: <http://www.ipph.cn>

邮箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

传真: 010-82005070/82000893

责任编辑: 010-82000860 转 8120

责编邮箱: gongwei@cnipr.com

印刷: 北京市凯鑫彩色印刷有限公司

经销: 新华书店及相关销售网点

开本: 720mm×960mm 1/16

印张: 18.75

版次: 2011 年 8 月第 1 版

印次: 2011 年 8 月第 1 次印刷

字数: 339 千字

定价: 42.00 元

ISBN 978-7-5130-0377-3/D · 1249 (3535)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

《澳门高等教育法学系列教材》

编 委 会

主 任：庄善裕

副主任：王敏远 刘月莲

总主编：张绍彦

编 委：（按姓氏笔画为序）

兰仁迅 白晓东 许少波

张国安 张绍彦 张德瑞

钟付和 钟伟丽 翁文旋

阎二鹏 梁 伟 靳学仁

戴仲川

《民事诉讼法》

主 编：许少波

编写人员：许少波 兰仁迅 陈慰星

总序

法治是人类当代文明社会的基本生活规则。20 世纪 80 年代以来，中国致力于全面建设社会主义法治国家和法治社会。法律和法学教育是达成法治文明和法治社会的基本途径之一。

澳门是中国不可分离的一部分，1999 年 12 月 20 日回归祖国怀抱，从此进入一国两制，澳人治澳的新的历史发展时期。法治应当成为澳人治澳，高度自治，实行社会管理和治理的普遍基础。因此，回归之后，实施以《澳门基本法》为基础和框架的法律、法学教育，对于一直适用葡国法律、法治传统、法律文化的澳门社会来说，具有重大的政治意义和现实意义。

“面向海外，面向港澳台”是国立华侨大学的办学方针。早在澳门回归祖国成立特别行政区之前，秉承“为侨服务”“汇通中外，并育德才”的办学理念和宗旨，1997 年华侨大学法学院（时名法律系）就开拓了在澳门的教学和办学工作。历经 14 年的积累和努力，华侨大学法学院为澳门特别行政区培养了 7 届法律专科、5 届法律本科和 1 届法律硕士专门人才，为澳门特别行政区警务、法务和政务等部门的人力配备，提供了有力的支持，得到了澳门特别行政区政府和社会各界的充分肯定和广泛赞誉。

2007 年开始，华侨大学法学院迎来了历史性的发展机遇，华侨大学和中国社会科学院法学研究所进行战略合作，共建华侨大学法学院。先后于 2007 年和 2010 年，由中国社会科学院法学研究所选派知名学者、著名法学专家担任华侨大学法学院院长，充分发挥法学所综合实力雄厚，位居法学研究核心和前沿等综合优势，校、所合作共赢，进一步增强华侨大学法学院的办学水平和科研实力。经过 3 年多的努力，双方共建法学院的战略合作已取得显著成效。本套教材的组织编写和出版，也是校、所合作，共建法学院的重要工作和成果之一。

根据澳门教学不断发展的实际情况，为满足广大学员日益增强的，在掌握内地法律知识的同时，也能够了解澳门相关法律知识的需求。由澳门镜海学园提供专项经费资助，2009 年起法学院

成立专门机构，组织编写这套澳门高等教育法学系列教材，规划出版计 20 余种。由我国著名侨务活动家、著名法学家、前任华侨大学校长、华侨大学首届法律系主任庄善裕教授亲任编委会主任。庄善裕先生不仅是法学院的创始人，也是华侨大学境外法学教学、澳门办学的创始人和奠基者，对澳门的法学教学和本套教材的编写出版，都倾注了大量心血。经过广大教师和多方人士共同努力，特别是知识产权出版社编辑团队的精心工作，今天，这套系列教材得已面世。

在境外开展法律教育并组织编写专门的系列教材，这在中国法学教育史上，还是前无古人的“创举”。这套教材的出版，也是我们鼓足勇气，并竭尽全力进行的一种尝试，力图探索我国进行境外法律、法学教育与交流的途径和方式。但由于澳门学员本身的情况和需求，决定了实施教学和组织教材编写的难度。它不仅要求提供内地法律的基本知识和基本原理，还需要结合澳门地区的文化观念、法律知识甚至语言习惯，并结合两地的司法实例进行阐述、讲解。特别是澳门特别行政区实行的具体部门法律，多数由葡国文本翻译编撰而来，同时杂糅了其他国家和地区的立法成果，文本的翻译、理解和资料搜集都面临难以想象的困难。这些困难也阻碍了人们对澳门法律制度的研究和对澳门法律制度的准确把握。可资借鉴的成果和资料都相当有限。加之，我们本身的水平不高，因此，这套教材的编写，从组织、到内容和形式，都难免存在这样那样的问题和不足，诚望广大读者和专家、学者及有关人士，不吝指正，以便为共同促进我国海外、境外法学教育、交流事业和水平的不断发展、提高，作出更大贡献。

是为序。

澳门高等教育法学系列教材

编委会

2011 年 6 月

前言

华侨大学法学院在澳门办学已有十余春秋，作为内地法学基础学科的民事诉讼法学一直是澳门法科生重点学习的主干课程之一。

民事诉讼，是运用国家权力强制性解决私人之间民事纠纷的程序和制度，集公法性与私法性于一身，既要求尊重当事人的程序主体地位，又必须充分发挥法院的程序指挥权；民事诉讼程序，逻辑严密、环环相扣、前起后继、前呼后应，具有连续性和不可逆性；民事诉讼法，是在特定的法律时空内确认当事人之间民事实体权利和义务关系存在与否的程序法，既专注程序，又顾盼实体，既追求程序公正，又实现实体法的正义；民事诉讼法律制度，内繁外密，既通变古今，又连接中外；民事诉讼法学，博大精深，既是民事诉讼之学、民事诉讼程序之学，又是民事诉讼法之学、民事诉讼法律制度之学。对于初习法科之澳门学生而言，学好民事诉讼法学还是有相当难度的。

为满足澳门学生学习民事诉讼法的特殊需求，本教材在编写过程中力求突出以下特点：

（1）侧重民事诉讼法学基本概念、基本知识和基本理论的介绍、梳理和阐明，既要体现民事诉讼法学最前沿的成果和理论，又尽量避免抽象、有争议问题的长篇大论；

（2）在全书共十三章的结构体系中，力争每章都涵盖内地与澳门民事诉讼法相对应的内容，并尽可能对二者“能比较则比较，不能比较则一般叙述”；

（3）简明扼要，突出重点和难点，做到详略得当。在内容安排上，以内地民事诉讼法内容为主要，辅之澳门民事诉讼法的内容；

（4）透过实务证诸理论，阐发原理，明其得失，尽可能做到理论与实务流动往返，融于一体。

本教材的撰稿人及其具体分工是（以撰写章节的先后为序）：

许少波：第1~2章；

兰仁迅：第3章、第5章、第7章、第9~12章；

陈慰星：第4章、第6章、第8章、第13章。

由于时间仓促、水平所限，不足之处在所难免，恳请读者批评指正。

许少波 谨 识

2010年6月5日于华侨大学法学院

目 录

第一章	民事诉讼与民事诉讼法	1
第一节	民事纠纷及其多元化解决机制	2
第二节	民事诉讼	4
第三节	民事诉讼法	11
第四节	我国内地及澳门民事诉讼法的沿革	16
思考题		19
第二章	基本原则和基本制度	20
第一节	民事诉讼法的基本原则	21
第二节	民事审判的基本制度	33
第三节	澳门民事诉讼法的基本原则和 民事审判的基本制度	42
思考题		50
第三章	主管与管辖	53
第一节	主管	54
第二节	管辖概述	57
第三节	级别管辖	62
第四节	地域管辖	66
第五节	裁定管辖	71
第六节	管辖权异议	73
思考题		74
第四章	民事诉讼参加人	75
第一节	民事诉讼当事人概述	76
第二节	共同诉讼人	82
第三节	诉讼代表人	88
第四节	诉讼中的第三人	92
第五节	民事诉讼代理人	98
思考题		103
第五章	诉讼保障制度	104
第一节	财产保全	105

	第二节 先予执行	110
	第三节 民事诉讼强制措施	113
	第四节 期间、期日、送达	118
	第五节 诉讼费用	123
	思考题	130
第六章	民事诉讼证据和证明	131
	第一节 民事诉讼证据概述	132
	第二节 民事诉讼证据的学理分类	133
	第三节 民事诉讼证据的立法种类	135
	第四节 诉讼中的证明和证明责任	144
	思考题	148
第七章	第一审程序	149
	第一节 普通程序概述	150
	第二节 起诉与受理	152
	第三节 审理前的准备	157
	第四节 开庭审理	160
	第五节 案件审理中的特殊情况处理	164
	第六节 简易程序	169
	第七节 法院裁判	175
	思考题	179
第八章	上诉审程序	180
	第一节 上诉审程序概述	181
	第二节 上诉审内容	185
	思考题	189
第九章	再审程序	190
	第一节 再审程序概述	191
	第二节 再审程序的启动	192
	第三节 再审案件的审理	198
	思考题	201
第十章	特别程序	202
	第一节 特别程序概述	203
	第二节 选民资格案件	205

第三节	宣告公民失踪、死亡的案件	207
第四节	认定公民无或者限制民事行为能力案件	213
第五节	认定财产无主案件	217
思考题		219
第十一章	督促程序与公示催告程序	220
第一节	督促程序	221
第二节	公示催告程序	228
思考题		233
第十二章	执行程序	234
第一节	执行及执行程序概述	235
第二节	执行程序的一般规定	240
第三节	执行程序	246
第四节	执行过程中的特殊情况处理	262
第五节	澳门执行程序简介	272
思考题		273
案例分析		273
第十三章	涉外民事诉讼	274
第一节	涉外民事诉讼的概念和特征	275
第二节	涉外民事诉讼程序的一般原则	277
第三节	涉外民事诉讼管辖	281
思考题		285
参考文献		286

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

本章导读：

民事纠纷是平等主体之间所发生的以民事权利义务争议为内容的纠纷，它具有私权的性质。解决民事纠纷的方式主要有和解、调解、仲裁、诉讼四种。民事诉讼，即通过国家公权力强制性解决纠纷，是最基本的纠纷解决方式。民事诉讼制度的目的具有多元性，保护当事人私权，维护国家民事法律秩序，保障当事人程序权，解决民事纠纷都是其目的。民事诉讼的模式可分为当事人主义、职权主义和协同主义，但现实形态上的民事诉讼均是这三种模式的有机结合。第一审程序、上诉审程序和再审程序，以及特别程序、督促程序和公示催告程序构成了我国现行的民事诉讼程序体系。民事诉讼法是基本法、公法、程序法、部门法，民事诉讼法与民事实体法既密切联系和相互交叉，又相互独立。不同于我国内地，澳门民事诉讼法以葡萄牙法的影响为线索，经历了一个独具特色的演变过程。

本章主要是对民事诉讼的基本概念、基本理论和基本问题所作的相对宏观的讲述，它既是民事诉讼一系列具体现象和问题的高度概括和总结，也为后续章节内容的展开和阐述奠定了基础。

第一节 民事纠纷及其多元化解决机制

一、民事纠纷

在现实社会生活中,存在着众多的各不相同的利益实体和利益需求,由于社会资源在某一特定时期内,在某一区域、某一群体之间总是呈现出紧缺状态,社会矛盾、社会冲突或社会纠纷就在所难免。

现代社会与传统社会相区别的一个重要标志是法制的成熟。在一个法治化相对成熟的社会中,社会生活原型中的任何一种矛盾和冲突都会转化为法律上的矛盾和冲突,都会通过法律上的权利义务关系体现出来,并会在理性和合法性的限度内寻求解决。

社会矛盾、冲突的不同属性和法律的进化演化出了不同的法律及纠纷类型,由民事实体法调整的民事上的权利和义务关系所发生的纠纷就称为民事纠纷。由于民事实体法上的权利和义务只能发生在平等的民事主体之间,因此,我们可以把民事纠纷概念表述为:平等主体的当事人之间,因为民事权利和义务发生的纠纷。民事纠纷,又称为民事争议、民事冲突,其主要特点有:

(1) 民事纠纷的主体相互平等。民事纠纷的主体是民事实体法规定的具有平等法律地位的自然人、法人和其他组织。在民事实体法上具有平等法律地位是民事纠纷区别于行政纠纷的显著特点,行政纠纷的一方当事人是行政主体,另一方当事人是管理相对人,双方在实体法上的地位并不平等。

(2) 民事纠纷的内容是民事权利义务争议。平等民事主体之间也许会发生各种各样的纠纷,但民事纠纷只能以民事权利义务的争议为内容。由于民事实体法一般将民事权利和义务关系抽象为两种,即财产关系和人身关系,民事纠纷也相应的分为两种,即以财产关系争议为内容的纠纷和以人身关系争议为内容的纠纷。

(3) 民事纠纷具有私权性质。按照大陆法系理论,法律可以划分为公法和私法,民法属于私法,民事权利具有私权属性。因此,以民事权利和义务争议为内容的纠纷属于私权性质的纠纷。按照私法自治的原则,民事权利和民事纠纷都具有可处分性。但这不是绝对的,人身权利以及以人身权利义务争议为内容的民事纠纷,因其不仅关系到公民个人利益,而且往往涉及他人利益和社会公共利益就

不具有纯粹的私权性，也不能随意处分。

二、民事纠纷的多元化解解决机制

所谓民事纠纷的多元化解解决机制，是指在一定社会中推行的，能够解决和消除民事纠纷，性能各不相同的制度和办法。

民事纠纷的存在有害于社会稳定，为缓和和消除民事纠纷，保护当事人的合法权益和维护正常的社会秩序，现代社会创设了多样化的解决民事纠纷的制度和办法。根据解决民事纠纷的制度和办法的不同性质和特点，以及它们对解决民事纠纷的不同作用，可以将民事纠纷的处理机制分为和解、调解、仲裁、诉讼四种。

（一）和解

和解，是指纠纷当事人通过商谈、交涉和妥协后自主达成的解决纠纷的协议。和解有诉讼外和解与诉讼上和解之分，前者在诉讼外作出，后者在诉讼过程中作出。和解与调解、仲裁和诉讼相比，其主要特点有：

（1）自主性。纠纷的解决完全由当事人双方自主决定，没有第三方的参与和从中斡旋。

（2）非规范性。解决纠纷的依据和程序有较大的灵活性，没有固定的标准和程式，只要当事人愿意并认为可行，就能使用。

（3）容易产生强制。由于没有第三方的参与和监督，当事人在社会生活原型中地位的不平等容易折射在纠纷解决上，导致当事人一方对另一方的强制，甚至暴力。

（4）和解协议不具有强制执行力。因和解协议完全是在双方当事人高度自治的前提下达成，通常情况下，只能相当于民事合同和民事契约的效力，而不具有强制执行力。

（二）调解

调解，是指在第三方斡旋下，由第三方对纠纷当事人进行调停说和，用一定的法律规范或者道德规范劝导冲突双方，促使他们在互谅互让的基础上达成解决纠纷的协议。与其他纠纷解决机制相比，其特点有：

（1）有第三者的参与和监督。与和解相比，调解是在第三方参与，从中调停说和的前提下形成解决纠纷的方案。

（2）纠纷解决的自主性。调解的本质仍是双方当事人对纠纷的自主解决。第三方虽然参与纠纷解决的过程，但纠纷解决的方案最终只有得到双方当事人的完

全同意后，调解才算成功。

（三）仲裁

仲裁，是指双方当事人根据他们在纠纷发生前或纠纷发生后所达成的协议，由第三方（仲裁机构或仲裁人）按照一定的程序对纠纷作出具有法律效力的裁决的一种机制。仲裁作为解决当事人民事纠纷的一种古老方法，现在不仅得到了世界各国认同，而且已上升为解决纠纷的一种法律手段。其特点如下：

（1）半自愿性。仲裁的自愿性体现在以仲裁协议的存在为必须的受理条件和当事人可选择仲裁机构、仲裁员的选定及有关法律的适用上；其非自愿性体现在仲裁的结果由仲裁者作出，当事人没有决定权。并且，仲裁裁决一经作出，即具有法律效力。

（2）民间性。仲裁机构皆为民间组织，互不隶属，其仲裁权全部来自当事人授权。

（3）合法性。仲裁必须遵守的一个重要原则就是合法性原则，否则，将可能被法院撤销仲裁裁决。

（4）专业性。与司法程序相比，仲裁员多由有相关专业知识的人担任。

（四）民事诉讼

有关民事诉讼的问题将在第二节讲述。

第二节 民 事 诉 讼

一、民事诉讼的概念和特点

民事诉讼，是指在当事人和其他诉讼参与人的参加下，法院在法定空间和时间，根据法定规则和程序，解决民事纠纷的活动以及由这些活动所产生的各种诉讼关系的总和。民事诉讼主要包括两方面的内容：一是指法院、当事人及其他诉讼参与人进行的各种诉讼活动；二是因各种诉讼活动所产生的诉讼关系。从理论上来说，因为民事诉讼制度的设计最为复杂，而且以国家强制力为保障，因而被认为是解决民事纠纷的最公正和最有效的制度和方式。

（一）诉讼的特点

民事诉讼首先具有诉讼的属性，诉讼作为与国家相伴而生的一种纠纷解决方式，与其他纠纷解决方式相比，具有自己独特的特征。它们是：

1. 依法进行

依法进行的含义包括五个方面：一是必须由法定的法院和依法产生的法官进行审判；二是法官必须遵守事先制定和公布的法定的程序进行审判；三是必须根据案件事实和事先存在的实体法的规定进行审判；四是法官及当事人和其他诉讼参与人都必须在法定的空间和时间进行诉讼活动；五是裁判的结果必须以法定的形式作出。否则，即构成裁判的瑕疵，甚至违法。这就是所谓的严格的规范性。

2. 当事人双方对抗

任何一种诉讼，都是以利益相互对立的双方当事人的存在为前提的，没有当事人，就没有法院，也没有诉讼。双方当事人在实体利益和诉讼利益上的对立决定了他们在诉讼过程中的对抗，诉讼的发展正是双方当事人相互对抗和推动的结果。在诉讼进行中，如果一方当事人不复存在，诉讼就难以为继。如刑事诉讼中被告人死亡的，法院应终止审理；民事诉讼中原告死亡，没有继承人或者继承人放弃诉讼权利的，法院应当终结诉讼。

3. 法官居中裁判

双方当事人相互对立，法官居中裁判是诉讼的标志性结构。在现代社会，审判机关虽然仍然属于国家机关的范畴，但它已日渐演变为具有中立性的专司裁判职能的机关。在调解和仲裁中，调解人和仲裁人也处于中立的地位，但法院作为审判机关与之有所不同，法院一来对诉讼程序有进行控制的权利，二则不能对符合受理条件的诉讼拒绝裁判。因为裁判既是国家赋予它的权力，也是其职责所在。

4. 具有国家强制性

与其他纠纷解决的方式不同，诉讼对纠纷的解决具有最终性、权威性和强制性。其具体表现有三个方面：一是被告总是被动地参加诉讼；二是法院利用审判权确定或者宣告纠纷主体之间法律关系及法律责任的承担，而不管当事人是否同意；三是以国家强制执行权使法律责任承担者履行法律裁判，对不履行生效判决者予以制裁。

（二）民事诉讼的特点

相对于刑事诉讼和行政诉讼而言，民事诉讼独有的特点是：

（1）当事人角色的可置换性。民事诉讼的双方当事人处于平等的法律地位。一般来讲，在民事纠纷发生后，谁先起诉，谁就是原告，而相对方就是被告。因此，就纠纷的双方而言，谁都可能成为原告或者被告。而在刑事诉讼和行政诉讼中，这种情况是不可能发生的。在刑事诉讼中，国家公诉机关总是处于原告的地位，被告人也不可能提起反诉；在行政诉讼中，相对人总是处于原告地位，行政

机关则总是处于被告地位。

(2) 以民事纠纷作为审理对象。民事诉讼的审判对象只能是民事纠纷，而不能是刑事案件或者行政案件。从这一意义上来说，民事纠纷是民事诉讼的源泉，没有民事纠纷，就没有民事诉讼。相对应的是，单纯的民事纠纷也只能通过民事诉讼来解决，而不能是其他诉讼形式。当然，在刑事诉讼中，具有民事性质的纠纷也可以通过刑事附带民事诉讼的方式解决。

(3) 当事人享有处分权。由于民事诉讼以民事纠纷为审判对象，而民事纠纷一般属于当事人之间私权性质的纠纷，具有可处分性，因而民事诉讼也具有可处分性，即当事人在民事诉讼中对他们各自享有的民事实体权利和程序性权利享有处分权。这种现象，在诉讼理论上被看做是当事人在民事实体法上所享有的权利在民事诉讼法上的延伸。但这不是绝对的，因为民事实体法毕竟属于私法，而民事诉讼法属于公法，更何况，在现代社会中私法公法化和公法私法化的趋向和例证都同时存在。正因如此，民事诉讼中的起诉权、撤诉权、上诉权、再审权等都会受到一定条件的、程度不同的限制。

二、民事诉讼的目的

(一) 研究民事诉讼的目的

民事诉讼的目的，是指民事诉讼制度所要达到的目标和结果。

为什么要研究民事诉讼的目的？这是一个不得不回答的问题。我们认为，研究民事诉讼目的的意义在于：第一，任何制度的设计和建立都是人们有意识、有目的的理性行为，厘清制度设计和建立的目的，有助于更好地运行该制度。第二，制度总是由若干规范构成的，这些规范本身以及这些规范的搭建和组合应当与该制度的目的整合，否则必然导致不协调甚至是矛盾，从而影响整个制度的运行，甚至达不到制度设立的目的。第三，制度的目的与制度的完善有密切的关系，制度的结构与制度的部分构件的组合一旦与制度的目的不一致时，就应该加以调整，以保持与目的的一致性。第四，人们设计制度时对制度目的思考是人们的主观认识，主观意识中的目的并不能替代制度本身应有的目的。对制度目的的研究有助于我们认识制度应有的目的，即目的设定的科学性问题。总之，民事诉讼的目的是立法论和解释论的根据。

(二) 关于民事诉讼目的的学说

1. 私权保护说

该说以实体法规范的实现为其着眼点，强调民事诉讼的目的在于保护当事人