

二十世紀中華法學文丛

民事訴訟法釋義

郭 卫 原著

中国政法大学出版社

二十世紀中華藝術分類

民族評語詮釋兼



ISBN 7-5620-2732-3



9 787562 027324 >

ISBN 7-5620-2732-3/D · 2692

定价：38.00元

二十世纪中华法学文丛

郭卫原著
施霖修编

民事訴訟法釋義

廖永安
李喜蓮
阳慧玲
勘校



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法释义 / 郭卫原著;施霖修编. —北京:中国政法大学出版社, 2005.4

(二十世纪中华法学文丛)

ISBN 7-5620-2732-3

I.民... II.①郭...②施... III.民事诉讼法-法律解释-中国-近代 IV.D925.105

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 034037 号

书 名 民事诉讼法释义
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
装 订 北京爱德装订有限公司
开 本 880×1230 1/32
印 张 14.75
字 数 380千字
版 本 2005年8月第1版 2005年8月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2732-3/D·2692
定 价 38.00元(精装)
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编辑委员会

学术顾问

倪征燠

瞿同祖

芮沐

谢怀栻

潘汉典

沈宗灵

编委

(以姓名拼音为序)

曹建明 陈兴良 陈景良 范忠信

高鸿钧 何勤华 贺卫方 胡旭晟

刘广安 李贵连 梁治平 舒国滢

王健 王文杰 王涌 徐显明

张谷 朱勇

常务编委

范忠信 胡旭晟 王健 张谷 陈景良

二十世纪中华法学文丛

总 序

二十世纪是中华文化经受空前巨大、深刻、剧烈变革的伟大世纪。在百年巨变的烈火中，包括法制文明在内的新的中华文明，如“火凤凰”一般获得新生。

大体上讲，二十世纪是中国法制现代化的世纪。这一个世纪的历程，不仅仅是移植新法、开启民智、会通中西的法制变革的历程，更是整个中华文明走出传统的困局、与世界接轨并获得新生的历程。百年曲折坎坷，百年是非成败、得失利弊，值此新旧世纪交替之际，亟待认真而深刻的反省。这一反省，不仅有助于当代中国法制建设的深入，亦有助于推进新世纪中国民主与法治社会的形成。这一反省，是一项跨世纪的伟大工程。作为这一工程的起始或基础，我们应全面系统地检视、总结二十世纪中华法学全部学术成就，并试图作初步点评。为此，我们特郑重推出“二十世纪中华法学文丛”。

1898年，光绪皇帝接受康有为、梁启超等人建议，实行“新政”。中国法制现代化的事业于此开始萌动，但旋即夭折。四年之后，在内外剧变的巨大压力下，这一事业再次启动。1902年，清廷命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，设修订法律馆，开始翻译欧

II 总序

美各国法律并拟订中国之刑律、民商律、诉讼律、审判编制法等新型法律。这一年，应视为中国法制现代化的正式开始。自此，中国法律传统开始发生脱胎换骨的变化：以五刑、十恶、八议、官当、刑讯、尊卑良贱有别、行政司法合一为主要特征且“民刑不分，诸法合体”的中国法律传统，在极短时间内仓促退出历史舞台，取而代之的是一个又一个令国人颇感生疏的新式法律体系和法律运作机制。不宁惟是，一套又一套从前被认为“大逆不道”、“不合国情”的法律观念——“民主”、“自由”、“平等”、“法治”、“契约自由”、“无罪推定”、“制约权力”、“权利神圣”等等，随着新型法律制度的推行一起被带给了人民，使人民的心灵深处渐渐发生革命。与此同时，近代意义上的中华法学，亦与“沟通中西法制”的伟大事业相伴而生，渐至发达。出洋学习欧美日本法律成为学子之时尚，法政学堂如雨后春笋，法政期刊杂志百家争鸣，法学著译如火如荼，法学成为中国之“显学”。据不完全统计，仅本世纪上半叶，全国各出版机构出版发行的法律和法学著译及资料，多达六千余种，总印行数多达数百万册。本世纪下半期，“法律虚无主义”一度盛行，为患几近三十余年，中国法律和法学一派凋零。七十年代末以后，国人痛定思痛，重新觉醒，中国又回到法制现代化的正轨，法律和法学重新兴旺和昌盛，法学著译出版再次空前繁荣。据估计，1978年至今，我国法学著译资料的出版多达万种，总印数可能在千万册以上。这期间，不惟基本完成了前人未竟的法制和法学现代化事业，亦开始了向法制和法学更高的境界的迈进。

这一个世纪的法学著译和资料编纂，是中国法律现代化历程的忠实记录，是中华法学界百年耕耘的结晶。从“全盘欧化”、“全盘苏化”的偏失到“中国特色”法制与法学的探索，百年上下求索留下的这份宝贵的学术遗产，值得我们珍惜；即使仅仅作为一部时代的病历，也值得我们借鉴和分析，以期发现和治疗我国法制现代化过程中的常见病症。不幸的是，这份学术遗产，特别是本世纪

上半叶的法学著译资料，现在正面临着悄然毁灭的危险。由于印刷技术低下、纸质粗劣、馆藏条件落后，许多法学书籍破旧枯朽，不堪翻阅，有些甚至图文蚀褪无法辩读。加之种种人为的原因，那些汗牛充栋的法学资料长期尘封蛛网，很少有人记起，半个世纪的探索和成就竟被视若虚无。馆藏制度之限制又使借阅者困阻重重。人们常叹：《尚书》、《周易》乃至秦汉野史随处可得，几十年前的法学著译竟一书难求！此种文化“断裂”现象，实有碍于今日中国法律教育和研究事业之正常进行，亦有损于中国法律现代化事业之发达。以上诸端，不仅本世纪上半期的书籍如是，本世纪下半期的一些作品亦已经或很快将面临同样的命运。有感于此，我们遂有整理本世纪中华法学遗产之愿望及筹划，不意与中国政法大学出版社之设想不谋而合，是以有“二十世纪中华法学文丛”之选印。

本“文丛”选印的书籍或选编的论文，纵贯二十世纪始终。凡能代表本世纪不同时期法律学术水平、法制特色，有较大影响且为当今中国法学教育研究所需要者，均在选印之列。即使是五十至七十年代间特定背景下的法律和法学作品，只要有历史文献价值，亦可收入。在选印的顺序上，大致由远及近，优先选印上半个世纪的著译资料。目前选印编辑的重点是本世纪前半期作品。本世纪后半期的法学成就，拟在以后条件成熟时再行整理。选本范围将不局限于内地学者的作品，还将涉及五十年代以后台湾、香港地区和海外华人学者的法学作品，因为他们的成就也是二十世纪中华法学不可忽视的一部分。除曾正式出版的单本著译外，还将汇聚若干法学家的个人文集，或重新编辑本世纪各个不同时期的法规、案例及习惯调查资料。不过，凡近二十年间已为各出版机构再版的法学著作、译作，原则上不再选印。

为了保证选本的权威性、准确性，我们特聘请了六位本世纪上半叶即涉足法学或司法工作的前辈学者出任顾问。老先生们不顾古稀耄耋之年，亲自批点方案、确定书目、选择版本，并以口头或书

IV 总序

面的方式提出了许多宝贵的意见。幸赖于此，我们的计划才得以顺利进行。

本“文丛”之选印，旨在集二十世纪中华法学之大成。为体现历史真实，我们将恪守“尊重原作”的原则，不作内容上的任何更动。即使有个别观点与今日不符，亦予以保留。作为不同时期的特殊历史记录，保持原貌更有利于比较和借鉴。为了使读者对每本书的作者及该书的学术地位等有一个必要的背景了解，我们特约请法学界一些学者为各书撰写关于其人其书的专文，置于书前。除此之外，我们所做的纯粹是一些技术性工作，如纠正原作的排印错误，注明原书所引事实、数据、名称之错误等等。为方便起见，可能将同一法学家的数个单行著作合而为一，也可能将原合印在一起的不同著作分开重印，还可能将当时或今日学人对其书或其人的有关评论或有关的图表、法规资料选附于书后。总之，尽可能使其全面、完整。

本“文丛”的选编校勘，是一项看似简单实则复杂艰难的工作，需要相当的学养和责任心。我们虽兢兢业业，如临深履薄，但仍难免疏漏。恳请各界朋友批评指正。除此之外，还期待学界朋友推荐符合本“文丛”宗旨的法学著译资料，与我们共同完成这一跨世纪工程。

谨以本“文丛”献给中国法制现代化事业，献给中国民主法治的新世纪！

二十世纪中华法学文丛

编委会 谨识

1997年7月于北京

二十世纪中华法学文丛

凡 例

一、本文丛系有选择地整理二十世纪的法学经典文献，不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等等。

三、原书繁体字一律改为简体。个别若作改动会有损原意之，则予以保留。另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，一律代之以新式标点符号。

五、原书无段落划分者，适当划分段落。

六、原书所用专有名称、专门术语（特别是外国人名、地名、书名之译名及学科名称）今日有更通用统一提法者，酌加改动或注明。

七、原书引用之事实、数字、书目、名称（包括人名、地名）及其他材料确有错误者，酌加改动，并加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、个别特别重要的著译，酌于书后附上新编之名词索引。

十、原书某些附录确无保留必要者，不再编入，但加注说明。

勘校说明

一、本书勘校所依据的底本，系上海法学编译社民国 25 年竖排繁体铅印之“丛书本”。

二、原书仅有句读而未有新式标点，现依据通行体例予以添加。

三、原书中明显的脱漏字，在补上以后加“（ ）”表示，不另行注明。

四、原书中明显的错字、衍文，在正文中校正、删除，并出校注明。

五、原书内容经查核讹误者，出校注明，原文未予改动。

六、原书使用之民国纪年，未予改动，仅于“（ ）”内注明公历纪年。

勘校者序言

一

自鸦片战争以后，我国沦为半殖民地半封建社会，政治、经济、文化都在巨大的压力下被动式地走上了变革之路，根本没有足够的时间使社会制度的方方面面有自我完善的机会。旧有体制，包括法制在内都已不能满足现实的需要，甚至变成社会变革的桎梏。西方的文化、经济、法律制度以排山倒海之势汹涌而至，通过各个层面的接触使人们认识到它们所代表的先进性，学习西方似乎成为当时唯一的选择，也成为朝野上下共同的呼声。清政府既感到变革的必要性，又迫于当时西方列强及社会改革派的压力，为了保住其摇摇欲坠的统治地位，大量修改和制定法律。清政府的最后十年是变法修律最有决心、最有成效的十年，^{〔1〕} 应急式地照搬、照抄外国法律，客观上通过移植西方较我国当时社会状况先进的法律，使我国的法制开始了现代化的进程。

民事诉讼法制现代化即是该进程的一部分。光绪三十三年十月二十七日，《钦定逐年筹备事宜清单》将制定民事诉讼法列上日程，并于宣统二年十二月二十七日完成了《民事诉讼律草案》，该

〔1〕 陈刚主编：《中国民事诉讼法制百年进程》，中国法制出版社2004年版，第23页。

草案几乎完全抄袭德国，但可惜的是，未及颁行清政府便已灭亡。民国政府建立后，未起草新的民事诉讼法，而是先后援用前清《民事诉讼律草案》中的第一章和第五章。民国十年（1921）三月二日，广州军政府修正了这一草案改名为《民事诉讼律》，后颁布施行，但当时只施行于西南各省。后北京政府制定《民事诉讼条例》并于民国十年（1921）九月一日颁布施行。该条例与《民事诉讼律》同出于德国法系，但多采用奥地利、匈牙利两国民事诉讼法，并间接采取英美法，弥补了许多德国民事诉讼法的不足。国民政府统一全国后，于民国二十年（1931）二月十三日公布《民事诉讼法》全文，该法是以《民事诉讼条例》为蓝本制定的。民国二十四年（1935）国民政府修订了该法并于二月一日公布了新《民事诉讼法》（即本书所注释之法条），^{〔1〕}至此我国民国时期民事诉讼法的立法达到最高峰。该法几乎是1926年日本民事诉讼法的翻版，为后世民事诉讼法奠定了框架，后来的民事诉讼法基本上是以此为蓝本制定的。

作为连接我国封建时期及社会主义时期法律制度发展脉络中不可缺少的一环，对1935年新《民事诉讼法》的研究无疑具有重大的价值。它本身是民国时期民事诉讼法律制度发展水平的标本，通过对它的研究，可以使我们对民国的立法水平及法制状况作出科学的评价；同时，由于它几乎翻版于日本民事诉讼法，又使我们获得了研究大陆法系对东亚地区尤其是日本的影响的第一手资料；最后，也是最关键的一点，该法时至今日，其许多法律条文仍然具有相当的科学与先进性，对我国现今民事诉讼法的修改与完善仍有很大的借鉴意义。

〔1〕 谢振民编著，张知本校译：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社2000年版，第991-1012页。

二

新《民事诉讼法》就其立法体例而言，应当说是相当完备、科学的。全法共分九编（参见目录），在第一编第一章中，明确将管辖与回避规定在“法院”一章中，主体与权责归属一目了然，第三章诉讼费用独立成章，并规定了多达三十八个条文，其在诉讼中的重要地位不言自明。第四章中对书状、送达、期间、言词辩论等程序性事项归于“诉讼程序”一章，可谓恰如其分。第二编至第五编，分别是第一审程序、上诉审程序、抗告程序与再审程序，整个诉讼过程的核心部分层次分明，衔接紧密。值得注意的是第九编人事诉讼程序，包括了婚姻、亲子关系、禁治产和宣告死亡四类事件程序。该编所规定的事件与我们的生活息息相关，解决的均是身份和主体的资格性问题。我国现行民事诉讼法中虽无此类规定，但该问题已经引起学者们的注意，并主张在民事诉讼法修改中借鉴这一体例，增设该诉讼程序。^{〔1〕}

在立法内容上，通观整部法律，便可发现一个显著的特点：细致。相较于我国 1991 年施行的民事诉讼法的二百七十个条文而言，这部法律条文多达六百三十六条，比前者多出一倍多，可以说已相当细致。试举以下几例：如第八十九条规定，“法院书记官、执达员、法定代理人或诉讼代理人，因故意或重大过失致生无益之诉讼费用者，法院得依申请或依职权以裁定命该官员或代理人负担。”在这种奖罚分明的制度之下，无人敢玩忽职守。一方面，促使各官员或代理人忠于职责，另一方面又保护了当事人的合法权益，使他

〔1〕 中国人民大学《民事诉讼法典修改与完善》课题研究组：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改意见（第三稿）及立法理由》，人民法院出版社 2005 年版，第 68 - 71 页。

们可以少花冤枉钱。打官司本就是费时、费力又费钱的事情，法律中作此富有情味的规定，体现出浓厚的人文关怀。这显然仍是今天的立法应当予以学习的地方。再如第二百三十七条规定，“驳回声明或就有争执之声明所为裁定，应附理由。”如若不然，则属违法。这一为许多人所忽视的问题，在该法中已明文规定出来，由此该法的细致入微可见一斑。从第二百七十七条到第三百七十六条这一百个条文中，对证据——诉讼中最重要的制度——作出了详细的规定，分成六个部分，从通则，到人证、鉴定、书证、勘验以及证据保全，涵盖了举证责任、证据的提出、证据的排除及证据的取舍和效力等方面。而我国现行民事诉讼法，如果不考虑有关证据的司法解释，只有十二个条文。两相比较，立法水平迥异。

此外，从具体制度的设计来看，我们也不得不叹服该部法律的先进性，下面试举例说明之。

(1) 管辖。本法关于一般管辖、特殊管辖划分清楚，关系明确，前者包括后者，如果有后者发生的情况，就须排除对前者的适用。而在我国民事诉讼法对管辖的规定中，一般管辖已经确定“由被告住所地法院管辖”，而在其他关于合同纠纷、侵权诉讼、船舶碰撞、海难救助、共同海损等特殊管辖中，仍然规定了被告住所地法院也享有管辖权，一般与特殊管辖间的关系未能厘清。因为无论是一般或特殊管辖都有“由被告住所地法院管辖”的规定，似乎对一般管辖的规定已成为多余，在适用特殊管辖的同时，也可以适用一般管辖。此外第十条对专属管辖的规定与一般、特殊地域管辖的逻辑关系也非常明确清晰。再次，在第二十四条和第二十五条对合意管辖的规定范围较宽，有明示和默示两种形态，而我国现行民事诉讼法仅有明示一种。第二十八条对移送管辖的规定充分体现了当事人的自由处分权，而在我国完全为法院的职权行为。应当说，这些规定均是我国民事诉讼法在修订过程宜加以参考借鉴的。

(2) 反诉。第二百五十九条至第二百六十一条规定“被告于

言词辩论终结前，得在本诉系属之法院提起反诉”，但“反诉之标的，如专属他法院管辖或与本诉之标的及其防御方法不相牵连者”及“非与本诉得行同种之诉讼程序者，不得提起。”“原告对于反诉，不得复行提起反诉”，“反诉不因本诉撤回而失效力”（第二百六十三条）。对反诉提起的时间、法院、限制及本诉撤回对它的影响都予以明文规定，可谓周全，如此一来，可以减少当事人的讼累，简化诉讼程序，又可以使纠纷得到迅速解决。同时，为防止当事人滥用反诉制度，明令禁止为拖延诉讼的目的而提起反诉。而在我国民事诉讼法的第一百二十六条只是简单地规定“……被告提出反诉……可以合并审理。”其可操作性不高，完全依靠法官依职权释明或懂法律的人的运用，否则形同虚设。

(3) 撤诉。第二百六十二条规定“原告于判决确定前，得撤回诉之全部或一部。但被告已为本案之言词辩论者，应得其同意。”“诉经撤回者，视同未起诉。但反诉不因本诉撤回而失效力。”“本诉撤回后，反诉之撤回，不须得原告之同意。”民事诉讼本是针对私权纠纷提请解决，当事人对其权利除与公益有关者外，拥有完全的处分权，其起诉及撤诉即其行使处分权之表现，本得由其自由提起，法院不得也无必要干涉。但当被告已为本案之言词辩论时，即被告对本案已付出了心力与劳动，为表示对他的尊重，原告撤诉自应得到他的允许，这也是双方当事人地位平等的表现。至提起反诉，虽是被告主动之行为，但其起因也完全归咎于原告，并且原告在起诉时未得被告之允许，因此在被告撤销反诉时不须征得原告之同意，以示法律之衡平。而在我国现行民事诉讼法中规定“宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。”一旦原告起诉，他就身不由己了，法律规定除非法院允许，否则对事情没个了断，就不许他打退堂鼓了。此时不但对被告的意见不闻不问，对原告也采强迫式诉讼，似乎诉讼已经变成了法院的事情，想管就不许撤诉，不想管就放原被告一马，与民事诉讼乃私权之处置

的思想是背道而驰的。如今对此问题诟病最多，但在三十年代的民国，这倒不成为问题。

(4) 证据制度。从第二百七十七条至第三百七十六条构筑了一个较为完整的证据体系。第二百七十八条规定了“事实于法院已显著或为其职务上所已知者，无庸举证”，即众所周知的事实无须举证；第二百七十九条和第二百八十条规定了“当事人主张之事实，经他造于准备书状内或言词辩论时或在受命推事、受托推事前自认者，无庸举证”及“当事人对于他造主张之事实于言词辩论时不争执者，视同自认”两条自认规则；第二百八十一条、三百四十五条、三百五十六条、三百五十七条、三百五十八条、三百六十二条关于法律推定的规定；第二百八十八条关于法院依职权调查证据的规定；另外对人证、鉴定、书证和勘验这四类证据予以细致规定，并考虑到了证据保全问题。依据条文可见，该法将当事人放在举证主体的位置上，设置便利条件使当事人积极举证，并规定了当事人消极懈怠的不利后果。在此，法院处于中立的裁判者地位，但他又不是完全置身事外，为了寻求纠纷的妥善解决及诉讼的迅速了结，仍给法官依职权调查预留了空间。而通观我国现行民事诉讼法关于证据的规定，有强烈的职权进行主义色彩，似乎是法官在“指点江山”，即使当事人不举证甚至拒绝陈述，也不影响人民法院依据自己调查的证据认定案件事实。该法在如何设计当事人与法院在证据问题上所应处的位置为今天提供了一个较好的范例，但在如何平衡当事人主动性发挥与法院职权行使的界限这一问题上，仍值得深入探讨。

(5) 诉讼法理与非讼法理的交错适用。诉讼法理要求当事人进行主义，辩论主义和言词主义，非讼法理则要求职权干预与职权探知，秘密审理和书面审理，间接审理和职权裁量，简易审理和一