



新民事诉讼法 与律师实务



北京天同律师事务所·编著

主 编·蒋 勇 执行主编·陈耀权

Amended Civil Procedure Law and
Its Legal Practice

人民法院出版社

内容简介

《新民事诉讼法与律师实务》是在 2012 年《民事诉讼法》公布后，对民事诉讼重要制度及新规范的实务阐释。本书是目前唯一一本从律师实务角度出发对新民事诉讼法进行解读的书籍，凝聚了北京天同律师事务所的专业律师们办理民商诉讼案件的经验智慧，体例鲜明、内容务实、操作性强，是民商事法律工作者和商务人士必备的法律实务图书。



ISBN 978-7-5109-0551-3



9 787510 905513 >

定价：58.00 元

Amended Civil Procedure Law and
Its Legal Practice

新民事诉讼法 与律师实务



北京天同律师事务所·编著

主 编·蒋 勇 执行主编·陈耀权

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

新民事诉讼法与律师实务/蒋勇主编. —北京:
人民法院出版社, 2012. 10
ISBN 978-7-5109-0551-3

I. ①新… II. ①蒋… III. ①民事诉讼—律师业务—
研究—中国 IV. ①D925.14 ②D926.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第224117号

新民事诉讼法与律师实务

蒋勇主编

责任编辑 王婷

出版发行 人民法院出版社

地址 北京市东城区东交民巷27号(100745)

电话 (010) 67550609(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

网址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail courtpress@sohu.com

印刷 保定彩虹印刷有限公司

经销 新华书店

开本 787×1092毫米 1/16

字数 480千字

印张 26.75

版次 2012年10月第1版 2012年10月第1次印刷

书号 ISBN 978-7-5109-0551-3

定价 58.00元

版权所有 侵权必究

主 编：蒋 勇

执行主编：陈耀权

撰 稿 人：郭香龙（第十章、第十一章）

彭 卿（第一章、第六章）

宋 峰（第十三章、第十四章、第十六章、第十七章）

王 峰（第十二章、第十五章）

徐 洋（第三章、第八章）

郑厚哲（第二章、第七章）

郑 玮（第四章、第五章、第九章）

（以姓氏拼音为序）

民事诉讼：抽象到具象的思索*

在民事诉讼法修改的热烈讨论过程中，我对北京天同律师事务所一批意有作为，也已有所作为的律师才俊有了更深的了解。作为一家致力于高端民商诉讼的律所——天同所，给我强烈的印象是，该所不仅注重提供优质的法律技术服务，同时也倾注于文化、学术等方面，是一个立于大地，同时又仰望星空的事务所。天同所也一直持续关注民事诉讼法的修改，在其主编，并于今年年初出版的《中国商事争议解决年度观察》一书中，特别编入了关于民事诉讼法修改讨论的专题文章，其中亦有拙稿。

更令我欣喜的是，2012年《民事诉讼法》刚通过，天同所就交出了一本30余万字，且根植于实务的专业性书稿。本书不仅对此次民事诉讼法修改做了详细解读，对2012年《民事诉讼法》对诉讼实务可能产生的影响做了前瞻预判，而且还根据他们在律师实务工作中的体验和理解，指出了新法相关规定和制度的操作技巧和应对策略。这无不体现出天同所律师平日积累的深厚专业功底以及对民事诉讼程序所做的扎实研究。透过这些研究，更让我看到了他们——作为法律工作者——心中对法治不渝的追求与情怀。

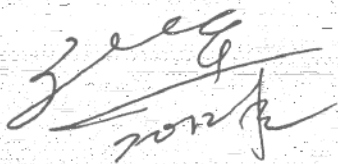
在民事诉讼法修改过程中，我始终坚持民事诉讼体制的转型，倡导民事诉讼契约化的理念，从市场经济发展与私法关系的内在联系上更宏观、更深入地考虑民事诉讼法的修改问题。民事争议的特

* 张卫平：清华大学法学院教授，中国法学会民事诉讼法学研究会会长。

性决定了民事诉讼应当更多地体现民事主体的主导性，反映私法自治的原则。民事诉讼契约化就是一种在新诉讼体制构建中渗入“新元素”的整合过程，强化民事纠纷主体的自主性和主导性。律师作为当事人的代理人，作为在民事争议解决过程中代表民事主体一方的专业职业者，关注民事诉讼法修改，研究民事诉讼法修改，并针对民事诉讼法发出自己响亮、坚定的声音，我认为，这就是可喜的“新元素”。民事诉讼体制转型的进程，或者进而到中国的法治进程，需要这些“新元素”的不断植入，不断推动。

民事诉讼法，作为一部实践性很强的法律，应当回归实务前沿，从抽象到具象的移转。因此，由奋战在诉讼前沿的律师来思考它的价值，推敲它的内涵，尤其具有意义。书中对许多制度都做了有意思的讨论，比如，引入第三人撤销之诉，是否有可能使最高人民法院受理一审民事案件成为一种普适？在公益诉讼中可否尝试引入惩罚性赔偿，甚至设立赔偿基金？裁判文书公开如何确保简便易行，及时有效？确认调解协议的裁定是否具有既判力？对当事人而言，再管辖修改之后，选择向哪一级法院申请再审更有利于实现当事人的再审目标？诸如此类，这些来自实务前沿的思考，相信会给很多人带来启发。

民事诉讼法从1991年通过施行至今已有二十一年。2007年经历一次小“手术”，今年又迎来了一次大“手术”。我们一直在见证它的每一寸进步。这些进步的过程中，都有我们各方法律人的身影。正如经济学家亚当·斯密所言：“一种法律在初成立时，都有其环境上的需要，并且，使其合理的，亦只是这种环境。”我们每个人组合起来，就是这个环境；我们每个人都来创造，改变，法治才会前行。



前 言

课题研究制度是天同律师事务所知识管理体系中的一项重要制度。2011年，当民事诉讼法的全面修改启动时，天同即组建“新民事诉讼法修改”课题组，动员全所力量进行跟踪研究。在随后的一年中，各律师团队分工钻研，多次组织学习、研讨，一些阶段性成果陆续完成、发表。

2012年8月，当2012年《民事诉讼法》终于要通过并发布时，我们决定打一场攻坚战——在第一时间作出我们的解读和判断，并且总结出版我们的课题成果！这意味着在最近这不足一个月的时间里，我们除了一贯忙碌的律师业务，几乎投入了所有的业余和休息时间，全力以赴。每天晚上、每个周末，天同的办公室总有人在伏案研习；每次会议、每次讨论，大家总在为如何把一个问题钻研透而交流思考；每次找到一个关键的案例，每次千修万改之后迈上新的台阶，总是能听到我们律师的击掌声、欢笑声……当在计划的时间内，我们终于呈上这30余万字的书稿时，内心已经不仅仅是简单的喜悦和成就感能够概括的了。这其中有我们碰撞的火花，有我们合作的默契，有我们克服困难的艰辛和接受挑战的勇气。用我们团队的力量，我们赢得了这场战役！

在研究民事诉讼法修改的过程中，我们也看到了多项令实务界、当事人鼓舞的进步之处。比如公益诉讼制度的确立，尽管这次仅解决了诉讼主体问题，没有达到完整制度设计的预期，但毕竟，立法已经向社会力量参与对公共利益的司法保护迈出了举足

轻重的一步；比如电子证据的确认，尽管其真实可靠性如何保证、技术难题如何攻克都有待探讨，但毕竟，法律已经顺应了社会的发展大潮；比如裁判文书公开制度的确立，尽管我们还期望更多主动公开、及时公开，但毕竟，我们已经有了申请查阅文书的法定权利。

我们尽量不去简单地批评，而总是试图去看到进步，争取进步。希望我们所做的每一分努力，也能够促成更多哪怕细微的进步。积土而为山，积水而为海，法治的建设，需要我们每一个法律人添砖加瓦。

在写作本书时，我们尽量反映出我们作为律师的独特视角，不仅根据新法对民事诉讼重大制度做了深入研究，而且结合律师实务，提出了解决方案、操作指引。本书结构和特点如下：

一、根据新法阐释制度。在概述每个制度的基础上，以专节论述新法修改，并结合新旧法对照表、法律修改时间轴等，对民事诉讼法重大制度的修改进行了详细、深度地阐释，力图使读者不仅能了解本次修改的内容，而且能结合新法对每个制度都有全面清晰的认识。

二、引入案例说明问题。在讨论每一个问题时，都力争能有真实的案例作为辅助，解读新法修改的诉求，探寻法律制度完善的可能路径，并为新法实施后的类似案件提供办案思路。

三、律师实务是为基石。天同律师作为有多年诉讼经验的专业律师，在办案过程中积累了丰富的实践经验，我们在深度剖析新法修改内容的基础上，力图融入所有的实务心得，并提出在实战中的应对策略。

本书更是目前唯一一本从律师实务角度出发对2012年《民事诉讼法》进行解读的书籍，凝聚了天同办理民商事诉讼案件的经验。就像天同律师常说的一句话：“一个人可以解决一场战斗，一个团队

才能赢得一场战役。”《新民事诉讼法与律师实务》一书是天同律师经验智慧、心血汗水的凝结，更是我们团结协作、辛勤奋斗的成果。我们期待在未来有更多的交流，更多的分享。因为时间仓促，本书也难免有不尽如人意之处，敬请读者批评指正。

北京天同律师事务所

2012年9月

目录

序言	(1)
前言	(3)
第一章 概 述	
第二章 诚实信用原则	
第一节 诚实信用原则概述	(19)
第二节 新法修正	(26)
第三节 确立诚实信用原则对民事诉讼实务的影响	(36)
第三章 管 辖	
第一节 管辖制度概述	(41)
第二节 新法修正	(42)
第三节 管辖制度修改对民事诉讼实务的影响及律师应对	(52)
第四章 公益诉讼	
第一节 民事公益诉讼制度概述	(63)
第二节 公益诉讼主体制度与律师实务	(68)
第三节 公益诉讼范围与律师实务	(77)
第四节 公益诉讼请求与律师实务	(83)
第五节 公益诉讼程序与律师实务	(87)

第五章 第三人撤销之诉

- 第一节 第三人撤销之诉的立法背景 (93)
- 第二节 第三人撤销之诉条文理解与律师实务 (99)
- 第三节 第三人撤销之诉制度完善与律师实务 (104)

第六章 证 据

- 第一节 电子证据 (111)
- 第二节 证据失权 (127)
- 第三节 鉴定人出庭质证 (142)
- 第四节 证据保全 (153)
- 第五节 其他 (160)

第七章 送 达

- 第一节 送达制度概述 (167)
- 第二节 新法修正 (168)
- 第三节 送达制度修改对民事诉讼实务的影响 (178)
- 第四节 当事人及律师应对 (179)

第八章 保 全

- 第一节 保全制度概述 (187)
- 第二节 新法修正 (190)
- 第三节 保全制度修改对民事诉讼实务的影响及其应对 (195)

第九章 审理前的准备

- 第一节 审前准备程序概述 (203)
- 第二节 审前准备程序修改与律师实务 (206)

第十章 裁判文书公开制度

- 第一节 裁判文书公开制度概述····· (219)
- 第二节 裁判文书公开制度对民事诉讼实务的影响····· (222)

第十一章 小额诉讼程序

- 第一节 小额诉讼程序概述····· (229)
- 第二节 小额诉讼程序与民事诉讼实务····· (236)

第十二章 二审程序

- 第一节 二审程序概述····· (245)
- 第二节 新法修正····· (247)
- 第三节 二审程序修改对民事诉讼实务的影响····· (256)

第十三章 司法确认程序

- 第一节 司法确认程序概述····· (261)
- 第二节 新法修正及律师应对····· (264)

第十四章 担保物权实现程序

- 第一节 担保物权实现程序概述····· (281)
- 第二节 新法修正····· (285)
- 第三节 当事人及律师应对····· (289)

第十五章 审判监督程序

- 第一节 民事再审程序概述····· (295)
- 第二节 新法修正····· (298)
- 第三节 民事再审程序修改对民事诉讼实务的影响····· (309)

第十六章 民事检察监督制度

- 第一节 民事检察监督制度立法····· (317)
- 第二节 新法修正····· (320)
- 第三节 当事人及律师应对····· (326)

第十七章 强制执行程序

- 第一节 强制执行程序概述····· (329)
- 第二节 新法修正····· (330)
- 第三节 当事人及律师应对····· (341)

附录

- 《中华人民共和国民事诉讼法》修正前后对照表····· (343)

第一章 概 述



2012年8月31日,第十一届全国人大常委会第二十八次会议审议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》(以下简称《修改决定》),这是继2007年全国人大常委会部分修改《民事诉讼法》后的第二次修改。随着经济社会的深入发展,民事案件数量不断增多,新的社会矛盾和案件类型不断出现,法院在审理民事案件过程中遇到了许多新情况、新问题,1991年《民事诉讼法》^①的规定在某些方面已不能完全适应现阶段的司法需求,2007年《民事诉讼法》^②也仅对审判监督程序和执行程序部分作了修改。因此,完全有必要再作进一步完善。仅仅通过不断出台司法解释明确和细化相关规定,来应对诉讼中层出不穷的新问题,从层级效力、立法规范等多个方面看,都已不再符合我国立法及司法工作的发展要求。

因此,2012年《民事诉讼法》^③共有59处修改,涉及七十多个条文的调整,约占整部法律的四分之一。(1)增加的重大诉讼制度有:诚实信用原则、公益诉讼制度、第三人撤销之诉制度、先行调解制度、小额诉讼制度、调解协议确认制度、担保物权实现制度、检察建议制度、民事执行检察监督制度等。(2)修改条文涉及民事诉讼法各个部分,从总则到基本制度,包括所有具体程序,均有修改。管辖方面修改了协议管辖规定,增加了商事案件管辖和默示管辖规定,修改了上下级法院移交管辖制度。证据部分增加了证据种类、举证时限制度、专家辅助人制度、诉前证据保全制度,修改了证人出庭作证、鉴定程序启动及鉴定人出庭质证等规定。送达部分增减了电子送达制度,修改了留置送达规定。保全部分增加了行为保全制度,修改了诉前保全规定,统一了国内及涉外案件的保全程序。妨碍民事诉讼强制措施方面增加了恶意诉讼和恶意规避执行的制裁规定。一审程序中增加了审前程序,完善

^① 1991年《民事诉讼法》系指1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过的《民事诉讼法》。

^② 2007年《民事诉讼法》系指根据2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》修正的《民事诉讼法》。

^③ 2012年《民事诉讼法》系指根据2012年8月31日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第二次修正的《民事诉讼法》。

了起诉程序，增加了裁判文书公开规定，完善了简易程序。二审程序部分完善了二审审判方式和案件处理方式的规定。审判监督程序方面，修改了再审案件上提一级管辖、再审事由、再审申请期限、再审中止执行的规定，增加了调解案件再审的规定，修改了检察院抗诉的规定。执行部分修改了执行和解、仲裁裁决执行、强制执行措施等规定。涉外诉讼程序部分也作了较大的修改。

本次修法创设新的诉讼制度较多，对于民事诉讼制度的修改涉及面较广，不但对既有制度进行了调整，更有新规则的引入。新法修改部分除了立法技术上的考量外，主要源于司法实践中的切实需要，同时以解决民事诉讼面临的突出问题、服务于司法实践为指向，因而，必将对当事人的诉讼权利及律师诉讼实务产生一定的影响。

本章对本次《民事诉讼法》修改和创设的主要制度，结合对当事人及律师实务的影响，做一概述。

一、修改或增加的基本原则

（一）诚实信用原则

诚实信用原则一般适用于实体法律关系，最初体现为当事人的真实义务，是现代民法的“帝王原则”。但在司法实践当中，当事人恶意诉讼、拖延诉讼等滥用诉讼权利的行为时有发生。因此应在民事诉讼基本原则中确立诚实信用原则，对当事人进行必要的规制和指导。并且，2012年《民事诉讼法》还规定了禁止证据突袭、禁止虚假诉讼和禁止恶意逃避执行等制度，并引入第三人撤销之诉，使诚实信用原则更加具体化，提高了诚实信用原则的可操作性。

2012年《民事诉讼法》使非诚信诉讼行为的成本和风险提高。当事人享有诉讼权利的同时承担诉讼义务，如行使诉讼权利有违诚实信用原则，可能面临程序法和实体法上的双重制裁。律师也应恪守职业道德和执业纪律规范，杜绝在案件代理中的非诚信诉讼行为，客观地告知委托人所委托事项可能出现的法律风险，不得故意对可能出现的风险做不恰当的表述或做虚假承诺；不应迎合委托人或满足委托人的不当要求，丧失客观、公正的立场，不得协助委托人实施非法的或具有欺诈性的行为，防止执业风险和遭受制裁。

（二）检察监督原则

为实现检察机关对民事诉讼理性、有效的法律监督，2012年《民事诉讼

法》扩大了法律监督范围，增加了法律监督方式，强化了法律监督手段。这主要包括：

1. 2007年《民事诉讼法》规定检察机关有权对“民事审判活动”实现法律监督，实务界和理论界对此有不同理解，有观点认为“民事审判活动”不包括执行行为。2012年《民事诉讼法》扩大了法律监督范围，检察机关不仅对生效裁判有权监督，对损害国家利益、社会公共利益的生效调解书也有权监督；检察机关不仅有权对民事审判活动，而且有权对执行行为进行法律监督。

2. 2007年《民事诉讼法》只规定了抗诉一种监督方式。根据近年来一些地方的试点探索，2012年《民事诉讼法》增加规定，人民检察院有权以检察建议的方式对民事诉讼实行法律监督。同时规定：各级人民检察院对审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为，有权向同级人民法院提出检察建议。

3. 2012年《民事诉讼法》增加规定，人民检察院因履行法律监督职责提出再审检察建议或者抗诉的需要，可以向当事人或者案外人调查核实有关情况。

在诉讼实务当中，我们应特别注意如何将利用检察机关的法律监督权能与当事人申请再审或申诉手段相结合，为保护或救济当事人合法权益制定全面、有效的应对策略。

二、修改或增加的主要制度

（一）管辖制度

1. 扩大了协议管辖适用范围

关于协议管辖的修改体现在两点：一是扩大了协议约定管辖的案由的范围，从合同纠纷案件扩大为“合同或者其他财产权益纠纷”；二是扩大了协议选择的法院范围，从“被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院”扩大到“被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院”。

上述修改无疑提高了当事人依自由意志参加诉讼程序的能力和机会，将更多的程序选择权留待当事人自行决定；但同时，当事人选择空间的扩大必然导致各适格法院之间被选机会的事实上的不平等，在当事人有权“用脚投票”的环境下，法院面临着更大的挑战。

实务中，律师们应注意协议管辖中的“明确”，并非具体法院的明确，而

是管辖法院确定规则的明确，只要能够根据协议约定准确指向符合法律规定的管辖法院，就应认定协议管辖有效。此外，在判断当事人所选择的法院是否为适格的管辖法院时，可以参照司法实践中有关涉外民事诉讼协议管辖的做法。

2. 明确规定了公司诉讼的管辖范围

由于公司诉讼案件涉及利益主体众多，当事人选择管辖法院的空间较大，2007年《民事诉讼法》并未对公司诉讼的管辖问题作出专门的规定。规定的缺失，对人民法院实践中受理公司诉讼案件造成了不利影响。公司诉讼中，如果按照原告就被告的一般规则，由于公司股东有可能来自于各地，会导致管辖权过分分散，当事人与法院有可能因此陷入管辖权争议之中；如果将一般合同、侵权等管辖权确定规则适用于公司诉讼，也将产生与上述类似的因适格管辖法院过多而致管辖权争执的问题。

为解决上述问题，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第二十四条规定：“解散公司诉讼案件和公司清算案件由公司住所地人民法院管辖。公司住所地是指公司主要办事机构所在地。公司办事机构所在地不明确的，由其注册地人民法院管辖。”2012年《民事诉讼法》以新增条文对公司诉讼的管辖问题作出了规定，其第二十六条规定：“因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。”

同时，我们还需注意有关公司诉讼管辖的规定是特殊地域管辖而非专属管辖。此外，关于公司股东代表诉讼的地域管辖，也是学者与法官的讨论重点，主要集中在股东代表诉讼是否应适用公司诉讼管辖规则，或哪些股东代表诉讼案件应当适用公司诉讼管辖规则。

3. 默示协议管辖

在2012年《民事诉讼法》之前，默示管辖并不适用于国内诉讼程序。原因在于：如果在国内诉讼程序中一概地适用默示管辖，有可能导致大量诉讼经验欠缺、法律意识淡薄的当事人对于自己诉讼权利的不当放弃，甚至由于该程序性问题而遭致实体权利的损失。而在涉外案件中适用，可最大限度地争取国内管辖的机会，为中方当事人争取更为有利的管辖利益。但从诉讼效益原则考量，随着经济社会的发展，上述规定已不再适应现代司法的需要。

2012年《民事诉讼法》正式将默示管辖适用于国内诉讼程序，将给当事人诉讼带来极大影响，尤其是默示管辖与管辖权异议及移送管辖的制度衔接。同时，在律师业务中，我们还需注意默示管辖的适用对象应不包括第三人、被告应于当庭应诉前提出管辖权异议、法院不再就管辖问题向答辩人释明等

一系列问题。

4. 管辖权下放式转移的适用

为限制上级法院对其在管辖权转移制度中的自由裁量权的不当行使，2012年《民事诉讼法》第三十八条明确规定：“上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审民事案件；确有必要将本院管辖的第一审民事案件交下级人民法院审理的，应当报请其上级人民法院批准。”根据本规定，上级法院在涉及行使管辖权移转的自由裁量权时，应当以上级法院自行审理为原则，下放转移为例外。同时，对于上级法院下放式转移，增加了两方面的限制：其一是形式上的限制，即受诉法院拟将案件管辖权下放下级法院的，须经受诉法院上级法院批准；其二是实质上的限制，即本条所规定的“确有必要”。

（二）公益诉讼制度

我国公益诉讼长期以来处于对诉讼主体的理论探讨中，立法上迟迟无法取得实质性突破。实践中，或有检察机关直接提起诉讼、或有众多受害人采用共同诉讼主张权利，虽在部分案件中获得司法机关的支持，但仍急需从立法层面上对民事公益诉讼提供制度保障。

2012年《民事诉讼法》吸收了学界多年的理论研究成果，在第五十五条正式确立了公益诉讼制度。这也是本次修法的亮点之一，具有里程碑意义。但公益诉讼作为一种新兴的民事诉讼类型，存在与现有制度接轨和创新的双重问题。第五十五条仅仅一条的条文规定，显然不足以满足司法实践对程序严谨性的要求，因此，具体的公益诉讼程序制度在司法实践当中存在着再构建的广阔空间，包括公益诉讼原告的范围、公共利益的识别、检察机关及公民参与公益诉讼、公益诉讼的损失赔偿等，有待最高人民法院作出司法解释进一步明确。

（三）第三人撤销之诉制度

在我国民事诉讼实践中，侵害案外第三人权益的现象时有发生，当事人从不自觉到恶意诉讼侵害第三人合法权益的情形愈演愈烈，主要集中在侵害案外人物权和债权两类。例如，在物权纠纷中，本诉判决处分了案外第三人的财产。在债权纠纷中，本诉当事人恶意串通转移财产，逃避债务，增大第三人债权受偿的风险。而我国民事诉讼法上对第三人权益的救济途径主要有三：一是第三人申请参加诉讼，二是第三人提出执行异议，三是案外人申请再审。但在实践中，往往存在第三人不知道本诉情况或法院未通知参加诉讼、案件未进入强制执行程序等情形，导致第三人无法切实维护自身合法权益。

2012年《民事诉讼法》增加了第三人撤销之诉制度，从形式上看是全新

的独立诉讼制度，但就其内容来看，以生效裁判错误作为实体条件，与再审的条件一致，实质上是与再审并列的纠错程序。因此，在司法实践当中，应注意第三人撤销之诉与案外人申请再审的关系，并注意第三人撤销之诉与原案件当事人诉讼请求的处理问题。

（四）证据制度

1. 电子证据

随着计算机技术广泛运用于社会的各个领域，越来越多地案件依赖于电子证据的收集、采纳与采信，有关电子证据的问题也更加复杂化和技术化。因此，有必要将电子证据与其他传统证据形式加以区分并独立出来，并为之建立一套专门的证据规则。2012年《民事诉讼法》第六十三条明确将“电子数据”列为证据种类之一，电子证据势必越来越多地运用到我国的司法实践当中，成为解决民商事法律纠纷的利器之一。因此，我们有必要对电子证据的定义、传统特性及其立法背景等进行梳理，并确保其独立证据效力而对其在司法实践中的收集、保全、认定等科学、合法手段进行探究，以防范在此过程中可能遇到的法律风险。

2. 证据失权制度

2001年12月21日，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》确立了举证时限制度，明确了举证时限的法律概念及其确定方式，最重要的是规定了逾期举证所产生的证据失权的法律后果，这是我国最高司法机关对证据失权制度的确认。但在审判实践中，不同的法官在适用举证时限制度时往往采用不同的评判标准，片面或者机械地理解和适用该条规定，导致对当事人合法权益的保护不周，甚至在很多时候还会严重损害当事人的合法权益，产生了不好的社会效果，引起很大争议。

2012年《民事诉讼法》第六十五条规定：“当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不能成立的，人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫、罚款。”该规定不再强调《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中逾期举证的当然失权后果，一来给予了举证义务人逾期不举证的释明机会；二来赋予了法院采取不同手段追究逾期举证责任的自由裁量权。这一规定对我国证据失权制度作出了进一步的修正，也给法律实务操作带来了巨大的影响。在新的证据失权制度框架下，当事人应如何及时履行举证义务、如何向法院适当说明理由，逾期举证不予质证面临怎样的法律风险，以及证据失权的认定标准与“新证据”的运用等，都将成为律师工作中重点关注的实际问题。

3. 鉴定人出庭质证制度

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十九条确定了鉴定人出庭接受质询的义务，但也规定了可书面答复的例外。这使得鉴定人出庭接受质询在司法实践中流于形式，鉴定人往往寻找各种理由不予出庭，而法院面对大量专业、复杂的案件事实，欠缺辨识和审查能力，最后也只能依据鉴定人出具的鉴定意见作出认定，呈现出法院被鉴定人“绑架”的非正常现象。为改变这一局面，2012年《民事诉讼法》第七十八条对鉴定人不出庭质证的后果作出了明确规定，即“经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用”。

同时，我国司法鉴定制度一直具有较强的职权主义色彩，使得当事人在庭审中难以获得鉴定人在专业知识方面的直接指导。此外，在对鉴定意见进行质证时，往往由于当事人和诉讼代理人均不具备相应的专业知识，导致质证达不到应有的效果。2012年《民事诉讼法》第七十九条在《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十一条的基础上，进一步确立了专家辅助人制度，明确“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见”。

为了确保当庭质证的效果，实践中关于鉴定人及专家辅助人的选择显得尤为重要，而律师作为诉讼代理人的提前介入，以及与鉴定人和专家辅助人的配合也同样不容忽视。

4. 证据诉前保全制度

2007年《民事诉讼法》规定了当事人在诉讼过程中的证据保全，但未明确是否能在诉前申请证据保全。事实上，我国一些民事诉讼特别法及司法解释中已经出现了有关诉前证据保全的规定，例如：《海事诉讼特别程序法》第六十三条、《商标法》第五十八条、《著作权法》第五十条，等等。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十三条为此进一步明确“法律、司法解释规定诉前保全证据的，依照其规定办理”。2012年《民事诉讼法》第八十一条第二款规定：“因情况紧急，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据。”标志着我国诉前证据保全制度的正式建立。

在司法实践中，我国法院在诉前证据保全的适用条件问题上，将会采用比诉讼中证据保全更为严格的要求与审查标准，这就需要当事人及其诉讼代理人提前做出应对。同时，诉前保全证据是否仅限于2012年《民事诉讼法》

规定的相关法院，也值得在诉讼实务中进行探讨。

（五）送达制度

关于送达制度，2012年《民事诉讼法》做了两处重大调整：其一，2007年《民事诉讼法》要求送达人“应当”邀请有关基层组织或者所在单位的代表到场，2012年《民事诉讼法》第八十六条仅规定送达人“可以”邀请见证人，而不是必须邀请。上述调整意味着见证人到场不再是留置送达的必要条件，增加了留置送达的适用空间。同时，2012年《民事诉讼法》规定送达人可以把诉讼文书留在受送达人的住所，并采用拍照、录像等方式记录送达过程，即视为送达。拍照、录像等方式的引入，使得留置送达程序的可操作性大大提高。其二，2012年《民事诉讼法》第八十七条规定：“经受送达人同意，人民法院可以采用传真、电子邮件等能够确认其收悉的方式送达诉讼文书，但判决书、裁定书、调解书除外。采用前款方式送达的，以传真、电子邮件等到达受送达人特定系统的日期为送达日期”，在立法层面上正式确立了电子送达制度，明确了传真、电子邮件等电子送达方式的法律地位。

除此之外，2012年《民事诉讼法》还对转交送达的表述进行了修正。

目前司法实践中，因无法提供被告准确信息影响权利行使的情况时有发生，当事人应在合同订立、诉讼程序等各个方面注意最大限度降低此类风险，避免因难以送达而导致权利救济的难度增加。律师同样应充分重视送达问题。在律师业务中，广义的送达不仅包括人民法院与当事人之间的送达，还包括律师对外发出函件（如律师函、催告函、法律意见书等）的送达。

（六）保全制度

1. 行为保全

在我国传统的民事诉讼理论中，保全的对象一般限于财产。在这一理论的指导下，2007年《民事诉讼法》仅规定了财产保全制度，对行为保全问题未作规定。但实践证明，财产保全作为一种静态的保全制度，并不能包容保全的所有形态，亦不能实现对当事人权益的全面保护。为了达到保障诉讼的目的，仅对既有损失的弥补提供经济保障是不够的，还应当阻止新的损失在案件审理过程中不断发生，因此，保全的客体应包括行为。

由于侵害知识产权等案件有时需要禁止当事人作出某种行为，或者要求其停止某种行为，以制止侵权发生，防止损害扩大。因此，只是最早在《专利法》、《商标法》、《著作权法》等知识产权保护领域纷纷确立了以行为保全为主要措施的诉前禁令制度。本次修法使民事诉讼法基本法中有了关于行为保全制度的明确规定，不但对《海事诉讼程序特别法》这一民事诉讼特别法中

已经存在的制度提供了来自于上位法的支持，亦能对三大知识产权实体法中的相关制度提供程序法保障。在司法实践中，应特别注意法院在审查行为保全申请时，将采取比财产保全更为严格的标准。

2. 诉前保全

2012年《民事诉讼法》对于诉前保全制度的改动主要集中在以下三个方面：其一，对于拟申请仲裁的案件，在提出仲裁申请前也可以向法院申请诉前保全；其二，明确了诉前保全申请受理法院的范围；其三，法院采取保全措施后申请人起诉或申请仲裁的期限延长了一倍。

2012年《民事诉讼法》第一百零五条规定：“申请错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。”但是对于何种情况属于申请错误，及被申请人损失的计算方法与赔偿范围并未作出进一步的明确规定。因此，有必要按照不同保全对象及保全错误造成损失的不同原因，对法院在司法实践中的普遍做法进行归纳总结。

同时，由于仲裁案件的审理机构为仲裁委，但保全措施的作出机构则是有管辖权的法院，因此还应特别注意仲裁案件中的保全问题。

（七）裁判文书公开制度

在我国，公开审判不仅是一项宪法原则，也是三大诉讼法规定的具体审判制度，在司法实践中，各级法院都较为重视。公开审判原则不仅表现为开庭审理依法公开，而且表现为裁判结果公开，裁判文书作为人民法院审理结果的表现形式，以适当方式予以公开，系贯彻落实公开审判原则的具体方式之一。

2007年6月最高人民法院颁布了《关于加强人民法院审判公开工作的若干意见》，为裁判文书的公开提供了一个原则的方向。2009年12月最高人民法院又颁布了《关于司法公开的六项规定》，其中第五条标题即为“文书公开”。

因此，2012年《民事诉讼法》第一百五十六条规定，公众可以查阅发生法律效力判决书、裁定书，这对实现民众监督、保障司法公正具有无比重要的意义。但裁判文书通过何种方式公开，法律未予明定，需在司法实践中进一步落实。该项制度的建立，有助于预判案件结果，减少诉讼；有助于律师协助更多的当事人通过审判监督程序维护权益。

三、诉讼程序

(一) 审前程序

2012年《民事诉讼法》中有关审前程序的共计十一条，其中有关立案受理的五条，新增审前调解和案件分流的条文两条，涉及管辖的三条和委托代理的一条。在立案受理方面，2012年《民事诉讼法》要求原、被告在起诉状和答辩状中增加载明联系方式，强调了对当事人起诉权利的保障，并进一步强调对不予受理的应当作出裁定书，被告应当提交答辩状；增设模式协议管辖制度，将申诉替换为申请再审。新增设审前调解和案件分流条文，要求对当事人愿意及适宜调解的民事纠纷，应当先行调解；对受理的案件采取如转入督促程序、调解等方式进行繁简分流、多元解决纠纷。对于管辖和委托代理，则增设了公司诉讼由公司住所地法院管辖；扩大了适用协议管辖的案件范围和法院范围；将管辖权下放性转移限制为应当报请上级人民法院批准；调整可以被委托为诉讼代理人的人员范围。

本书将主要从审前准备、被告答辩、诉讼案件与非诉解决方式的接轨、庭前交换证据、庭前明确争议焦点等方面在诉讼实务中遇到的问题及相关应对进行介绍。

(二) 小额诉讼程序

民事案件中不少是事实清楚、争议不大的简单民事案件，如适用复杂的诉讼程序，则不可避免地造成司法资源的浪费和当事人诉讼成本的增加。为及时解决面广量大的民事纠纷，一些地方法院积极开展了小额诉讼程序的探索工作，如上海市在全市基层法院尝试推行比简易程序更加简化的速裁机制；北京市朝阳区法院设立了小额债务法庭等。2011年3月17日，最高人民法院发布了《部分基层人民法院开展小额速裁试点工作的指导意见》，并于当年5月在全国90个基层法院全面启动了小额速裁试点工作，明确将适用小额速裁的案件范围确定为：当事人起诉的案件法律关系单一，事实清楚、争议标的金额不足一万元的一些给付案件。

2012年《民事诉讼法》吸收了人民法院的试点经验和探索并借鉴国外好的做法，就适用简易程序的部分案件首次设立了小额诉讼制度，对“标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下”的案件实行一审终审。

据国家统计局提供的数据，2011年全国城镇单位就业人员年平均工资为

41799元,按百分之三十计算,全国大多数省区市为12000多元。今后,最高人民法院会根据国家统计局每年公布的就业人员上一年平均工资标准公布确定具体的“小额”标准。

(三) 二审程序

2012年《民事诉讼法》针对实践中二审案件的审理方式及处理方式的相关问题进行了重大修改。

在审理方式上,进一步明确了二审法院对上诉案件开庭审理为常态,不开庭审理为特殊情况。而对于二审法院的不开庭审理,2012年《民事诉讼法》将原来的“在事实核对清楚后”修改为“没有提出新的事实、证据或者理由”,也就是说对于上诉案件,二审法院经过阅卷、调查和询问当事人后,对“没有新的事实、证据或者理由”的,才可不开庭审理,而不能笼统地“在事实核对清楚后”就不开庭审理。换言之,即二审合议庭的首要任务就是审查上诉人是否提出新的事实、证据或者理由,进而决定是否开庭审理。这一目的在于最大限度保护当事人的诉讼权利,倡导公开审判原则。

关于二审案件处理方式的修改,主要表现为三处重要变化:一是对比2007年《民事诉讼法》增加了二审程序对上诉裁定的处理;二是完善了发回重审制度;三是增加了二审裁判依法撤销、变更的处理方式。在律师实务当中需重点注意的是,新《民事诉讼法》将“认定事实错误”明确列入二审改判事项,而不再是二审可以发回重审的事项。并新增加了依法撤销、变更一审裁判的处理方式,但更多的是对上诉裁定的撤销、变更。同时,2012年《民事诉讼法》对二审发回重审的次数进行了限制。

(四) 特别程序

特别程序是指法院审理特定类型民事案件适用的程序,是不同于普通程序、简易程序及其上诉、再审程序的特殊审判程序。2012年《民事诉讼法》主要新增加了两类特殊案件,即司法确认程序和实现担保物权程序。

关于调解协议效力的确认。该问题一直是困扰理论、实务界的一大难题。其原因在于,人民调解委员会在性质上是民间组织,且调解过程没有严格的程序限制,调解组织又不代表国家公权力,因此其作出的调解协议就没有类似司法判决一样的既判力,进而也就没有强制执行力。当事人达成调解协议后又翻悔、违约的事例比比皆是。而诉讼与仲裁制度属于法律规定的项,最高法院仅以司法解释的形式对确认调解协议程序作出细化规定。鉴于此,2012年《民事诉讼法》以民事基本法的形式将确认调解协议的案件纳入其中,并对相关内容进行了较为详尽的规定。

关于实现担保物权案件。司法实践当中，围绕着《物权法》第一百九十五条“抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”的规定产生了较多的争议：一是抵押权人请求人民法院拍卖、变卖抵押财产是否以抵押权人与抵押人未达成协议为必要前提；二是抵押权人通过何种程序请求人民法院拍卖、变卖抵押财产并使之得以实现。

对此，2012年《民事诉讼法》作出了回应：一是“担保物权人与担保人未就担保物权的实现方式达成协议”不是担保物权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产的必要前提；二是担保物权人可以直接请求人民法院作出拍卖、变卖担保财产的裁定，不需要再经历一个漫长的诉讼程序。

本书将从律师如何在调解过程中发挥作用，以及如何应对实现担保物权过程中的实际问题考量，就上述修改对民事诉讼实务的影响进行简要阐述，帮助读者更好地理解两类案件的相关审查程序。

（五）审判监督程序

审判监督程序也是2012年《民事诉讼法》全面修改的重点之一。修改背景之一是在2007年修改民事审判监督程序基础上予以延续和完善。一是在2007年《民事诉讼法》解决“申诉难”的七个条文之外，继续修改了缩短申请再审期限、中止执行问题、再审裁定书署名等上次修法提及但未动的条款；二是将申请再审管辖、再审事由等在2007年《民事诉讼法》基础上，作出了符合我国国情的进一步调整。本次修改主要包括调解书成为法院决定再审或检察院抗诉的对象、当事人人数众多及公民之间的案件可以向原审法院申请再审、“管辖错误”不再是当事人申请再审事由、申请再审期间的重大变更、申请再审是向检察机关申请抗诉的前置程序等。本书主要针对上述修改的立法原由进行了阐述，并就此次修改对当事人诉讼权利及再审实务的影响作了评析，最后提出了当事人及其诉讼代理人可以采取的相关应对策略。

（六）执行程序

2012年《民事诉讼法》对执行程序修改的内容相对较少，体例上没有太大变化，主要是考虑到2007年《民事诉讼法》已重点对执行程序作出了修改。本次修改的主要内容涉及执行和解、执行检察监督、仲裁裁决的执行、执行通知以及对存款、债权、股票、基金份额的执行、拍卖变卖等几个方面。此外，在妨害民事诉讼的强制措施方面，对罚款数额及对逃避执行的处罚作了适当修改。上述修改将对执行产生一定的积极影响，本书对此将做简要阐述。

此外，2012年《民事诉讼法》还将公民代理限定为“当事人所在社区、

单位以及有关社会团体推荐的公民”；完善了起诉状及答辩要求的当事人信息；并针对司法实践中存在的拖延立案等现象，进一步规范了起诉审查的不同处理情形及立案审查期限；同时增加了“基层人民法院和它派出的法庭审理前款规定以外的民事案件，当事人双方也可以约定适用简易程序”，扩大了简易程序的适用范围。虽然此类修改未对律师诉讼代理活动产生实质影响，但对规范我国诉讼程序、保障民事诉讼秩序起到了积极的作用，本书对此不再一一赘述。需要特别指出的是，2012年《民事诉讼法》在第五十八条第二款明确增加“基层法律服务工作者”可以被委托为诉讼代理人，但与律师及公民代理为何种关系，在代理方式及代理范围上作何区分，并未明确。如此一来，就对实践中法律服务工作者的行业管理提出了更大的要求，以避免法律服务工作者与律师形成恶性竞争的不利后果，这都有待在实践中予以妥善解决。

