



全国高等学校应用型法学人才培养系列规划精品教材

总主编 / 谈萧

民事诉讼法

主编 © 宁教铭

Civil Procedure Law



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>



全国高等学校应用型法学人才培养系列规划精品教材

总主编 / 谈萧

民事诉讼法

Civil Procedure Law

主 编
◎ 宁教铭

参 编
◎ 赵 雯
◎ 刘启良
◎ 马晓艳
◎ 王银杰
◎ 周光清
◎ 刘 勇
◎ 王 支
◎ 李 支
◎ 王嘎利
◎ 翁京才
◎ 龙人榜



华中科技大学出版社
<http://www.hustp.com>

中国·武汉

- 广东省高等学校教学质量与教学改革工程本科类项目“法学专业综合改革试点”（粤教高函〔2012〕204号）建设成果
- 广东省本科高校教学质量与教学改革工程建设项目“法学专业系列特色教材”（粤教高函〔2014〕97号）建设成果
- 广东教育教学成果奖（高等教育）培育项目“应用型法学人才培养系列精品教材”（粤教高函〔2015〕72号）成果

内 容 提 要

“民事诉讼法”是我国法学本科专业中应用性极强的核心课程之一,本教材围绕高等学校应用型法学人才培养目标,注重法学基础知识的掌握和法律基本素养的培育,执行国家教育部委托高等学校法学类专业教学指导委员会研究制定的《高等法学教育贯彻十八届四中全会精神的教学指导意见》,对民事诉讼法学的基本原理和操作程序,共分19章进行了全面、系统的阐述。

本书的突出特点是:①内容更新及时。以我国新修正的《民事诉讼法》及其司法解释(法释〔2015〕5号)和最新的相关法律法规、其他规范性文件为依据,紧密结合我国民事诉讼的最新司法实践,重点阐明我国民事诉讼法的基本理论和操作程序,内容体系完备,知识更新及时。②理论联系实际。参编作者可谓“双师型”作者,多数既是具有法学教学经验的高校教师,又是具有法律实践经验的执业律师,还有一部分是资深的专职律师、法官、检察官,注重理论与实践的结合。③体例简洁,层次分明。除了全套教材所共有的知识目标、能力目标、案例引导、技能训练、练习思考等栏目以外,本教材每章还增加了“本章需要预习的主要法律、法规”“应用提示”“国家统一法律职业资格考试辅导专栏”等栏目,以及根据需要增加了“相关链接”“规律总结”等内容,层次清晰,方便实用。

本书主要适用于应用型法学本科专业的“民事诉讼法”课程,也适合于法律实务工作人员、法律自学人员、参加国家统一法律职业资格考试人员等的学习参考。

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法/宁教铭主编. —武汉:华中科技大学出版社,2017.2

ISBN 978-7-5680-2043-5

I. ①民… II. ①宁… III. ①民事诉讼法-研究-中国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第155544号

民事诉讼法

宁教铭 主编

Minshi Susongfa

策划编辑:周小方

责任编辑:封力焯

封面设计:刘 卉

责任校对:张汇娟

责任监印:周治超

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

电话:(027)81321913

武汉市东湖新技术开发区华工科技园

邮编:430223

录 排:华中科技大学惠友文印中心

印 刷:武汉科源印刷设计有限公司

开 本:787mm×1092mm 1/16

印 张:32.75 插页:2

字 数:793千字

版 次:2017年2月第1版第1次印刷

定 价:59.80元



华中出版

本书若有印装质量问题,请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线:400-6679-118 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

全国高等学校应用型法学人才培养系列规划精品教材

编委会

总主编 谈 萧

编 委 (以姓氏拼音为序)

蔡国芹 蔡镇江 曹 智 陈 默 陈 群 陈文华 丁永清
杜启顺 方 元 傅懋兰 高留志 高 涛 管 伟 郭双焦
韩自强 洪亦卿 姜福东 李华武 李锦辉 李 亮 李 鑫
宁教铭 钱锦宇 强晓如 秦 勇 邱志乔 申慧文 谈 萧
王国柱 王金堂 王丽娜 谢登科 谢惠加 谢雄伟 杨春然
杨 柳 余丽萍 余耀军 张 斌 张丽珍 张玫瑰 张素伦
赵海怡 周汉德

支持机构

指南针司法考试培训学校
众合司法考试培训学校

LAW

总序

Introduction

近年来,随着法治事业的不断推进,我国各个层次的法学教育蓬勃发展。法学教材建设是法学教育的一个重要环节,当前我国法律实践日益丰富多彩,法学教育的内容更新、方法变化,以及交叉学科的涌现,都对法学教材的建设提出了新要求。

我国法制建设历经 30 余年,各个法律领域的大规模立法活动已基本完成,法制建设已开始向司法角度转型。在此背景下,法学教育也应实现面向司法实践的转型。自 2002 年开始实施国家统一司法考试,我国已建立起严格的司法职业准入制度。面向法律职业培养应用型法学专业人才,是我国绝大部分高校法学院系的核心任务;进入司法实践领域工作,也是绝大部分法学专业毕业生的首要选择。

针对法制建设和法学教育的转型,法学教材必须在理论与实践相结合方面做出更大的努力,以适应司法职业准入和司法实践的需要。为此,我利用我本人所承担的省级法学专业综合改革项目和省级系列法学精品教材建设项目的支持,组织了全国近 50 所高校 100 余名法学教师以及部分律师、法官、检察官,编写了这套“全国高等学校应用型法学人才培养系列规划精品教材”。全套教材约 40 部,包括法学专业主干课程和部分模块课程,统一编写体例,分批推进出版。

本套教材定位于法律职业教育,以法律思维训练和法律事务处理能力培养为导向,通过案例引导、法庭模拟、司考真题、技能训练、纠纷解决等模块和环节设计,配合系统法理和法律知识讲授,致力于打造最有影响力的法律职业教育教材品牌。总结来看,本套教材具有如下六个特点:

1. 注重应用性和时代性

本套教材从编写体例上要求有较强的解决实务问题的针对性,以法律技能培养为主旨。在编写过程中,各教材力争对当今社会生活中的主要法律现象有所反映,并引导学生

用成熟、具有通说性的法学理论加以理解和解释,使教材更贴近现实法律生活,体现时代性,也便于学生理解与掌握。

2. 教学形式的多样化

当前,法学教学方式方法已呈现多样化的趋势,有案例教学法、模拟现场教学法、情景教学法、讲座式教学法等。本套教材在编写过程中充分融入这些教学方法,摒弃了传统教材较死板的叙述讲授式的教学方法。为了配合教师教学和学生自主学习的需要,本套教材还制作了电子课件(PPT)供教学者利用。

3. 教材体例的新颖性

本套教材内容以基本法律概念、法律程序和法律方法等体现实操性的知识、技能为主。教材中穿插体例新颖的多个栏目,如知识目标、能力目标、案例引导、典型判例、情景模拟、背景材料、文化长廊、技能训练、实践活动、练习思考等内容。

4. 教学内容的科学性

本套教材在知识内容编写方面特别注意科学性,概念表述严谨,选取无争议的法律概念和定义阐述相关知识点。每章节教学内容以目标任务为导向,目标任务以项目组或角色扮演的方式加以设计,引导学生完成。

5. 学理上的适当拓展

本套教材的教学内容除了严谨性要求外,在学理上也希冀能有所拓展。按法学理论和法律制度的逻辑顺序展开教材知识内容,同时也利用到其他学科知识、理论与方法作为分析工具,如社会学的田野调查方法,经济学的成本收益分析方法,心理学的需求、动机与行为分析方法等,但它们从属于教材整体法律科学逻辑的需要,避免大量分析性、研究性内容。

6. 适应法律职业资格考试和法律实务技能培养的需要

全套教材充分考虑国家统一法律职业资格考试(原国家司法考试)的内容和法律职业资格考试的科学化、标准化、信息化建设,遵循法律职业人才特殊的职业素养、职业能力要求,强调法律实务处理过程,强化技能培养与训练,侧重实操知识介绍,并强调技能与方法介绍的系统性、完整性与模块化。

高校教材及学术著作由于其专业性和学术性,一般很难通过销售来实现收支平衡。除了少量的政府资助项目,高校教材及学术著作在现行体制下缺乏充分的出版服务平台支持。而高校教材及学术著作的作者、读者和使用群体又具备较高的个人素质和良好的发展潜力,为此,我本人一直希望搭建一个高校教材及学术著作写作与民间出版资助的合作平台。希望在此平台上,将民间力量与高校及科研机构的智力资源有效地嫁接在一起,建立一个高校教材及学术著作的自助出版维持机制,改变目前学者及科研人员尤其是人文社会科学学者出版著作完全依赖政府资助的局面,同时利用优秀人文社会科学成果在“全民阅读计划”中的传媒价值,充分回馈民间支持者。

在上述愿景之下,利用我本人主持的有关教学改革项目经费的前期支持,近两年我花费了很多精力来搭建上述平台。本套教材的出版就是上述平台搭建的一个初步成果。

在我的出版平台思想的鼓舞下,全国近 50 所高校 100 余名法学教授、博士、讲师以及部分律师、法官、检察官,以自己宝贵的智力资源和对法学教育事业的热爱,加入了本套教材的编写团队;华中科技大学出版社和武汉大学出版社,不计一时的市场得失,为本套教材的出版提供了优质的出版服务;指南针、众合、万国等司法考试培训机构及部分教育服务机构,热心教育事业,为本套教材的出版提供了支援。

组织编写和搭建平台工作,其中辛苦与顿挫,自不待言。然而,正是有了前面同仁及机构的鼎力支持,让我感到这个事业是值得坚持下去的。在这里,我要深深感谢他们的付出,并向他们的热忱表达敬意!



2014 年 12 月 15 日于广州工作室

|| 前言 ||

Preface

我国高等法学教育,担负着培养造就熟悉和坚持中国特色社会主义法治体系的法治人才和后备力量、为加快建设社会主义法治国家提供强有力人才保障和智力支撑的历史使命,因此,必须坚持以马克思主义法学思想和中国特色社会主义法治理论为指导,必须形成完善的中国特色社会主义法学理论体系、学科体系、课程体系。理论教学又是高等法学教育的核心环节,在法治人才的培养过程中,发挥着坚定理想信念、夯实理论基础、培养法治思维、训练法治方法的重要作用。

要完成高等法学教育的历史使命,发挥理论教学的重要作用,首先必须认真抓好法学教材的建设。

第一,法学教材是学生学习法律的向导,是教师传播法学知识的工具。初学法律,好的教材必不可少。一套好的教材,能够向学生科学地展示法律的体系,准确地阐明法律的逻辑,生动贴切地表述深奥的法理,深入浅出地叙述法律的精要。若入门之初,教材就有失偏颇,则不仅达不到预期的教学目标,反而可能误人子弟,使得学生日后需要花费相当的时间与精力来纠正已经形成的错误认识。

第二,法学教材是传播法律价值理念的载体。尤其本科阶段的青年学子,正值人生观、价值观形成的重要阶段,优秀的法学教材,对于其健全人格的形成和核心价值观的培养具有重要意义。因此,好的法学教材不仅要传授法律知识,更要传播社会主义核心价值观的理念,诸如对公平、正义的追求,对自由、平等的理解,要传播法律权威、法律信仰、社会主义法治精神和法治文化等理念,帮助学生树立法律信仰、养成法律思维,真正领会中国特色社会主义法治理论的科学内涵和精神实质,深入理解中国特色社会主义法治的基本属性和发展方向,形成对中国特色社会主义法治的内心拥护和真诚信仰。

第三,法学教材是建设高素质法治专门队伍的重要条件。建设社会主义法治国家,有赖于高素质法治专门队伍的建设。而一套好的法学教材,对于培养一个有着共同的价值理念、

共同的法律思维、共同的法律素养的法律职业共同体,建设一支正规化、专业化、职业化的法治专门队伍,具有重要作用。

第四,法学教材是所有法律研习者的良师益友。建设法治社会,核心是要让守法成为民族精神,让法治成为全民信仰。全民法治观念是法治社会的重要基础,全民学法、守法、用法是形成全民法治观念的前提条件。没有优秀的法学教材,一个优秀的法学教师或可以弥补教材的缺陷,但对于更多的没有老师指导的法律研习者,法学教材自然就是老师,其重要作用不言而喻。

要完成高等法学教育的历史使命,发挥理论教学的重要作用,还必须改革法学教学的方法。在法学教学过程中,首先,要落实学生的主体地位,积极采用参与式、讨论式、交互式的教学方法,避免单纯的理论灌输与说教;其次,要注重推广案例教学法,将社会主义法治国家建设实践中的鲜活案例转化为教学素材,融入理论教学;最后,要充分利用现代信息技术,注重推广多样化的教学模式与教学方法。

同时,法学教育培养对象的不同,产生了法学教材和教学方法的差异化要求。法学教材的权威性与普适性,并不总是当然的统一。多年的法律实践和教学经历提示我们,法学本科阶段的学习,主要是法学基础知识的掌握和法律基本素养的培育,相较于法学前沿的理论论述,基本概念和法学原理的简明阐述与理解应用,显得更为重要。

“民事诉讼法学”是我国法学本科专业中应用性极强的核心课程之一,其教材的编写和选用,应当严格遵循上述的要求和标准。

正是基于以上的认识和因材施教的考虑,结合应用型法律人才的培养目标和国家统一法律职业资格证书的知识要求,我们在遵循教育教学规律和法治人才培养规律,借鉴前辈研究成果的基础上,尝试着编写了这本《民事诉讼法》本科教材,以契合应用型本科院校师生的实际需要。

本书的突出特点是:第一,内容更新及时。本书以我国2012年新修正的《民事诉讼法》和现行最新的相关法律法规、司法解释以及其他规范性文件为依据,紧密结合我国民事诉讼的司法实践,参照民事诉讼的运作程序,以通俗易懂的朴实语言,重点阐明我国民事诉讼法的基本理论和操作程序,力求达到内容体系完备、知识更新及时的编写目标。第二,理论联系实际。参与编写本书的作者,多数既是具有丰富的法律教学经验的高校教师,又是具有丰富的法律实践经验的兼职律师,还有一部分是资深的专职律师、法官、检察官,这与普通教材的参编作者全部为高校教师不同,虽然在教材的发行推广上有一定的不利因素,但为本书在编写过程中注重理论与实践的结合创造了优势:“双师型”的作者,注重理论与实践的结合。第三,体例简洁,层次分明。除了本套教材所共有的知识目标、能力目标、案例引导、技能训练、练习思考等栏目以外,本书每章还增加了“本章需要预习的主要法律、法规”“应用提示”“国家统一法律职业资格证书辅导专栏”等栏目,以及根据需要增加了“相关链接”“规律总结”等内容,层次清晰,方便实用。第四,本书的“真题实训”,全部引用历年国家司法考试的真题,这不仅是为国家统一法律职业资格证书考试准备,而且因为真题都是国家级法律专家的成

果,其命题水准是普通习题不可比拟的;每节的引例、真题及其解析,都是按照先提出问题、再阐述相关知识、接着进行问题解答的顺序布局,遵循法律逻辑思维规律,力求获得水到渠成的效果;在真题的解析上,严格依据现行的法律规范,进行旧题新做,力求对本课程的学习和应试人员在研习历年真题时提供正确、有益的指导。

本书主要适用于应用型法学本科专业的“民事诉讼法学”课程,也适合于法律实务工作人员、法律自学人员、参加国家统一法律职业资格考试人员等的学习参考。

本书的参编人员及其分工如下(以撰写的章节先后为序):

宁教铭(法学博士,广东金融学院专职教师、北京德和衡(广州)律师事务所兼职律师):第一、二、三、六、七、八、十、十一、十二章,以及除第十六章至第十八章以外其他各章的“国家统一法律职业资格考试辅导专栏”等内容。

赵雯(法学学士,贵州省贵阳市乌当区人民检察院副检察长):第四章。

刘启良(法学硕士,北京德和衡(广州)律师事务所主任、合伙人):第五章第一、二节。

马晓艳(法学硕士,北京德和衡(广州)律师事务所副主任、合伙人,广东省律师协会律师事务所律师建设指导委员会委员、广州市律师协会民事法律专业委员会副主任):第五章第三、四节。

许绍玉(法学学士,广东金融学院专职教师、广东创杰律师事务所兼职律师):第九章。

刘勇(法学硕士,湖南省衡阳市中级人民法院审判监督庭法官):第十三章。

王银杰(法学学士,政府法制部门退休干部、广东富荣律师事务所执业律师):第十四章第一、二、三节。

李支(法学博士,广东金融学院专职教师、法律系副主任):第十四章第四、五、六节。

龙人榜(法学、经济学双学士,广东科岸律师事务所主任、合伙人):第十四章第七、八节。

周光清(法学硕士,湖南省高级人民法院审判监督第一庭法官):第十五章。

王嘎利(法学博士,昆明理工大学法学院专职教师、硕士研究生导师):第十六、十七、十八章。

翁京才(法学博士,上海锦天城(福州)律师事务所合伙人、专职律师):第十九章。

全书由宁教铭审改定稿。

本书在编写过程中,参考引用了法学前辈们的专著、教材和期刊论文的精髓,借鉴吸收了理论与实务界同仁的观点,囿于篇幅,无法一一注明,我们在此一并表示衷心的感谢!

由于时间仓促,加之编写人员的水平有限,本书在内容阐述和文字表述上的缺陷甚至错误在所难免,竭诚欢迎读者批评指正。有关建议和意见,请发送到本人邮箱:lawyer21cn668@163.com。

宁教铭

2016年12月于南航碧·五溪别墅

本书涉及的法律、法规、司法解释及其缩略语

法律、法规、司法解释 全称(通过或修正/修订日期,或司法解释文号) 缩略语

法律、行政法规

- 《中华人民共和国宪法》(2004年3月14日修正) 《宪法》
- 《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》(1982)(已废止) 《民诉法(试行)》
- 《中华人民共和国民事诉讼法》(2012年8月31日修正) 《民诉法》
- 《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》(1999年12月25日) 《海诉法》
- 《中华人民共和国仲裁法》(2009年8月27日修正) 《仲裁法》
- 《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》(2007年12月29日) 《劳动争议调解仲裁法》
- 《中华人民共和国农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》(2009年6月27日) 《土地承包调解仲裁法》
- 《中华人民共和国公证法》(2005年8月28日) 《公证法》
- 《中华人民共和国企业破产法》(2006年8月27日) 《破产法》
- 《中华人民共和国法官法》(2001年6月30日修正) 《法官法》
- 《中华人民共和国人民法院组织法》(2006年10月31日修正) 《法院组织法》
- 《中华人民共和国国家赔偿法》(2012年10月26日修正) 《国家赔偿法》
- 《中华人民共和国人民调解法》(2010年8月28日) 《人民调解法》
- 《中华人民共和国刑法》(2015年8月29日修正) 《刑法》
- 《中华人民共和国刑事诉讼法》(2012年3月14日修正) 《刑诉法》
- 《中华人民共和国行政诉讼法》(2014年11月1日修正) 《行诉法》
- 《各级人民代表大会常务委员会监督法》(2006年8月27日) 《人大常委会监督法》
- 《中华人民共和国侵权责任法》(2009年12月26日) 《侵权责任法》
- 《中华人民共和国电子签名法》(2015年4月24日修正) 《电子签名法》
- 《中华人民共和国民法通则》(2009年8月27日修正) 《民法通则》
- 《中华人民共和国合同法》(1999年3月15日) 《合同法》
- 《中华人民共和国专利法》(2008年12月27日修正) 《专利法》
- 《中华人民共和国著作权法》(2010年2月26日修正) 《著作权法》

- 《中华人民共和国海商法》(1992年11月7日) 《海商法》
《中华人民共和国婚姻法》(2001年4月28日修正) 《婚姻法》
《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》(2015年8月29日修正) 《选举法》
《中华人民共和国票据法》(2004年8月28日修正) 《票据法》

中共中央规范性文件

- 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(2014年10月23日)
《依法治国决定》

- 中共中央组织部、人力资源和社会保障部、中国人民解放军总政治部《人事争议处理规定》
(人社部发〔2011〕88号) 中组部、人社部、总政治部《人事争议处理规定》

国务院规范性文件

- 《诉讼费用交纳办法》(国务院令 第481号) 《诉讼费办法》

全国人大常委会立法解释

- 《全国人大常委会关于完善人民陪审员制度的决定》(2005年5月1日) 《陪审制度决定》
《全国人大常委会关于司法鉴定管理的决定》(2005年10月1日) 《司法鉴定管理决定》
《全国人大常委会〈关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定〉》(2014年8月31日)
《北、上、广设知产法院决定》

最高人民法院司法解释及其他规范性文件(文号)

- 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(法发〔1992〕22号)(已废止)
《民诉法意见》
《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号) 《民诉法解释》
《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(法释〔2003〕3号)
《海诉法解释》
《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》(法释〔2006〕7号) 《仲裁法解释》
《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕44号) 《担保法解释》
《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(法〔办〕发〔1988〕6号)
《民通意见》
《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》(法发〔2009〕45号)
《诉讼与非诉讼衔接意见》
《人民法院审判人员违法审判责任追究办法(试行)》(1998年9月4日)
《审判责任追究办法(试行)》
《人民法院工作人员处分条例》(法发〔2009〕61号) 《法院工作人员处分条例》
《关于民事诉讼证据的若干规定》(法释〔2001〕33号) 《证据规定》
《民事案件案由规定》(法〔2011〕41号) 《民事案由规定》
《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(法释〔2004〕12号) 《法院调解规定》
《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》(法释〔2001〕20号)
《诉前停止专利侵权的规定》

- 《关于诉前停止侵犯注册商标专用权和保全证据适用法律问题的解释》(法释〔2002〕2号)
《诉前停止商标侵权和保全证据的解释》
- 《关于对经济确有困难的当事人提供司法救助的规定》(法发〔2005〕6号) 《司法救助规定》
- 《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(法释〔1999〕19号)
《合同法解释(一)》
- 《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2009〕5号)
《合同法解释(二)》
- 《关于人民法院合议庭工作的若干规定》(法释〔2002〕25号) 《合议庭工作规定》
- 《关于改革和完善人民法院审判委员会制度的实施意见》(法发〔2010〕3号)
《审委会实施意见》
- 《中华人民共和国法官职业道德基本准则》(法发〔2010〕53号) 《法官职业道德基本准则》
- 《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(法释〔2001〕30号)
《婚姻法解释(一)》
- 《关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》(法释〔2009〕17号)
《民事级别管辖异议规定》
- 《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》(法释〔2002〕29号)
《调解协议审理规定》
- 《关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》(法释〔2003〕13号)
《事业单位人事争议审理规定》
- 《关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定》(法释〔2014〕12号)
《知产法院管辖规定》
- 《关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》(法发〔2008〕10号)
《调整高、中级法院一审管辖标准的通知》
- 《关于调整地方各级人民法院管辖第一审知识产权民事案件标准的通知》(法发〔2010〕5号)
《调整第一审知产案件管辖标准的通知》
- 《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》(法释〔2001〕21号)
《审理专利案件规定》
- 《关于海事法院受理案件范围的若干规定》(法释〔2001〕27号) 《海事法院受案范围规定》
- 《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》(2002年1月15日)
《受理虚假陈述侵权案件的通知》
- 《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(法释〔2003〕2号)
《虚假陈述赔偿规定》
- 《关于对于证券交易所监管职能相关的诉讼案件管辖与受理问题的规定》(法释〔2005〕1号)
- 《对证交所监管职能相关案件的规定》《关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》(法释〔2003〕10号)
《期货案件规定(一)》
- 《关于审理期货纠纷案件若干问题的规定(二)》(法释〔2011〕1号) 《期货案件规定(二)》
- 《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(法释〔2007〕2号)
《不正当竞争案件解释》

- 《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》(法释〔2012〕5号) 《垄断行为案件规定》
- 《关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》(法释〔2009〕17号) 《民事级别管辖异议规定》
- 《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》(法发〔1994〕29号) 《经济审判规定》
- 《关于第一审经济纠纷案件适用简易程序开庭审理的若干规定》(法发〔1993〕34号) 《经济案件适用简易程序的规定》
- 《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕20号) 《人身损害赔偿解释》
- 《关于审理名誉权案件若干问题的解答》(19930807) 《名誉权案件解答》
- 《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2001〕14号) 《劳动争议案件解释》
- 《关于民事经济审判方式改革若干问题的规定》(法释〔1998〕14号) 《审判方式改革规定》
- 《关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》(法发〔2008〕42号) 《举证时限通知》
- 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》(法释〔2008〕14号) 《审监程序解释》
- 《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(法释〔2008〕11号) 《诉讼时效规定》
- 《关于严格执行公开审判制度的若干规定》(1999年3月8日) 《公开审判规定》
- 《关于严格执行案件审理期限制度的若干规定》(法释〔2000〕29号) 《审理期限规定》
- 《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2015〕18号) 《民间借贷规定》
- 《关于人民法院登记立案若干问题的规定》(法释〔2015〕8号) 《登记立案规定》
- 《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》(法释〔2003〕15号) 《简易程序规定》
- 《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》(法释〔2011〕5号) 《人民调解司法确认规定》
- 《关于受理审查民事申请再审案件的若干意见》(法发〔2009〕26号) 《再审审查意见》
- 《关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定》(法释〔2015〕7号) 《指令再审和发回重审规定》
- 《关于适用督促程序若干问题的规定》(法释〔2001〕2号) 《督促程序规定》
- 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》(法释〔2008〕13号) 《执行解释》
- 《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(法释〔1998〕15号) 《执行规定》
- 《关于委托执行若干问题的规定》(法释〔2011〕11号) 《委托执行规定》
- 《关于正确适用暂缓执行措施若干问题的规定》(法发〔2002〕16号) 《暂缓执行规定》
- 《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(法释〔2004〕15号) 《查封、扣押、冻结规定》
- 《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(法释〔2004〕16号) 《拍卖、变卖规定》

- 《关于限制被执行人高消费的若干规定》(法释〔2010〕8号) 《限制高消费规定》
- 《关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》(法释〔2013〕17号) 《公布失信被执行人信息规定》
- 《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(法释〔2015〕10号) 《办理执行异议和复议案件规定》
- 《关于实施〈中华人民共和国仲裁法〉几个问题的通知》(法发〔1997〕4号) 《实施仲裁法的通知》
- 《关于高级人民法院统一管理执行工作若干问题的规定》(2000年1月14日) 《高院统管执行规定》
- 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(法释〔2012〕24号) 《〈涉外民事关系法律适用法〉解释》
- 《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》(法释〔2002〕5号) 《涉外民商案件管辖规定》
- 《关于认真学习贯彻〈关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定〉的通知》(法〔2002〕22号) 《贯彻〈涉外民商案件管辖规定〉通知》
- 《关于指定广东省东莞市等五个中级人民法院管辖一审涉外民商事案件的批复》(法〔2002〕103号) 《指定东莞等五中院管辖一审涉外案件的批复》
- 最高人民法院司法解释及其他规范性文件**
- 《人民检察院民事诉讼监督规则(试行)》(2013年9月23日) 《民诉检察监督规则》
- 国际公约**
- 《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》(1991年加入) 《海牙送达公约》

目录

Contents

| | |
|-----------------|----|
| 第一章 民事诉讼与民事诉讼法 | 1 |
| 第一节 民事纠纷与民事诉讼 | 1 |
| 第二节 民事诉讼法 | 9 |
| 本章练习 | 18 |
| 第二章 民事诉讼法律关系 | 21 |
| 第一节 民事诉讼法律关系概述 | 22 |
| 第二节 民事诉讼法律关系的要素 | 23 |
| 第三节 民事诉讼中的法律事实 | 26 |
| 本章练习 | 28 |
| 第三章 诉与诉权 | 31 |
| 第一节 诉 | 31 |
| 第二节 反诉 | 39 |
| 第三节 诉的合并与分离 | 44 |
| 第四节 诉权 | 45 |
| 本章练习 | 48 |

| | |
|-----------------------|------|
| 第四章 民事诉讼法的基本原则 | / 52 |
| 第一节 民事诉讼法的基本原则概述 | / 53 |
| 第二节 与各诉讼法共有的基本原则 | / 55 |
| 第三节 民事诉讼法特有的基本原则 | / 62 |
| 本章练习 | / 73 |

| | |
|-----------------------|------|
| 第五章 民事诉讼法的基本制度 | / 77 |
| 第一节 合议制度 | / 78 |
| 第二节 回避制度 | / 83 |
| 第三节 公开审判制度 | / 87 |
| 第四节 两审终审制度 | / 92 |
| 本章练习 | / 95 |

| | |
|------------------|-------|
| 第六章 主管与管辖 | / 99 |
| 第一节 民事诉讼主管 | / 100 |
| 第二节 管辖概述 | / 107 |
| 第三节 级别管辖 | / 111 |
| 第四节 地域管辖 | / 119 |
| 第五节 裁定管辖 | / 136 |
| 第六节 管辖权异议 | / 142 |
| 本章练习 | / 147 |

| | |
|----------------------|-------|
| 第七章 当事人与诉讼代理人 | / 151 |
| 第一节 当事人概述 | / 151 |
| 第二节 原告与被告 | / 159 |
| 第三节 共同诉讼人 | / 165 |
| 第四节 诉讼代表人 | / 171 |
| 第五节 民事公益诉讼 | / 175 |
| 第六节 第三人 | / 178 |
| 第七节 诉讼代理人概述 | / 185 |
| 第八节 法定诉讼代理人 | / 187 |
| 第九节 委托诉讼代理人 | / 190 |
| 本章练习 | / 195 |

| | |
|------------------------|-------|
| 第八章 民事诉讼证据与证明 | / 199 |
| 第一节 民事诉讼证据概述 | / 200 |
| 第二节 民事诉讼证据的法定种类 | / 203 |
| 第三节 民事诉讼证据的理论分类 | / 215 |
| 第四节 证据保全 | / 220 |
| 第五节 证明对象 | / 222 |
| 第六节 证明责任和证明标准 | / 227 |
| 第七节 证明程序 | / 239 |
| 本章练习 | / 252 |
| | |
| 第九章 法院调解 | / 257 |
| 第一节 法院调解概述 | / 257 |
| 第二节 法院调解的原则 | / 262 |
| 第三节 法院调解的程序 | / 263 |
| 第四节 调解协议与民事调解书 | / 266 |
| 第五节 法院调解的效力 | / 268 |
| 本章练习 | / 269 |
| | |
| 第十章 民事诉讼辅助与保障制度 | / 273 |
| 第一节 期间 | / 274 |
| 第二节 送达 | / 278 |
| 第三节 保全 | / 282 |
| 第四节 先予执行 | / 287 |
| 第五节 对妨害民事诉讼的强制措施 | / 290 |
| 第六节 诉讼费用与司法救助 | / 297 |
| 本章练习 | / 304 |
| | |
| 第十一章 第一审普通程序 | / 307 |
| 第一节 第一审普通程序概述 | / 308 |
| 第二节 第一审普通程序的基本阶段 | / 309 |
| 第三节 撤诉和缺席判决 | / 320 |
| 第四节 延期审理、诉讼中止和诉讼终结 | / 323 |
| 第五节 民事裁判 | / 325 |
| 本章练习 | / 333 |

第十二章 简易程序 / 337

第一节 简易程序概述 / 337

第二节 简易程序的具体适用 / 343

本章练习 / 350

第十三章 二审程序 / 354

第一节 二审程序概述 / 354

第二节 上诉的提起与受理 / 356

第三节 上诉案件的审理 / 358

第四节 上诉案件的裁判 / 361

本章练习 / 366

第十四章 特别程序 / 371

第一节 特别程序概述 / 372

第二节 选民资格案件的审理程序 / 374

第三节 宣告失踪案件的审理程序 / 376

第四节 宣告死亡案件的审理程序 / 379

第五节 认定公民无民事行为能力、限制
民事行为能力案件的审理程序 / 382

第六节 认定财产无主案件的审理程序 / 385

第七节 确认调解协议案件的审理程序 / 387

第八节 实现担保物权案件的审理程序 / 391

本章练习 / 395

第十五章 审判监督程序 / 398

第一节 审判监督程序概述 / 399

第二节 基于审判监督权的法院启动再审 / 400

第三节 基于法律监督权的检察院启动再审 / 402

第四节 基于诉权的当事人申请再审 / 406

第五节 再审案件的审判程序 / 409

本章练习 / 413

第十六章 督促程序 / 416

第一节 督促程序概述 / 416

| | | |
|-----|------------|-------|
| 第二节 | 支付令的申请与审查 | / 418 |
| 第三节 | 支付令的内容和效力 | / 420 |
| 第四节 | 债务人对支付令的异议 | / 421 |
| | 本章练习 | / 424 |

第十七章 公示催告程序 / 428

| | | |
|-----|--------------|-------|
| 第一节 | 公示催告程序概述 | / 428 |
| 第二节 | 公示催告申请的提起和受理 | / 431 |
| 第三节 | 公示催告案件的审理程序 | / 432 |
| | 本章练习 | / 436 |

第十八章 执行程序 / 440

| | | |
|-----|---------------|-------|
| 第一节 | 民事执行概述 | / 441 |
| 第二节 | 民事执行的开始 | / 454 |
| 第三节 | 民事执行的措施 | / 459 |
| 第四节 | 民事执行的阻却 | / 465 |
| 第五节 | 民事执行的结束 | / 468 |
| 第六节 | 民事执行救济与民事执行回转 | / 470 |
| | 本章练习 | / 477 |

第十九章 涉外民事诉讼程序 / 481

| | | |
|-----|--------------|-------|
| 第一节 | 涉外民事诉讼程序概述 | / 482 |
| 第二节 | 涉外民事诉讼的原则 | / 483 |
| 第三节 | 涉外民事诉讼的管辖 | / 484 |
| 第四节 | 涉外民事诉讼的期间、送达 | / 487 |
| 第五节 | 司法协助 | / 489 |
| | 本章练习 | / 492 |

各章习题部分参考答案 / 494

| | |
|------|-------|
| 参考文献 | / 501 |
|------|-------|

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

【学习目标】



■ 知识目标：

了解民事纠纷、民事诉讼与民事诉讼法的概念，以及我国民事诉讼法的效力范围；理解民事诉讼的特点、民事诉讼法的属性。

■ 能力目标：

掌握民事纠纷的解决方式、民事纠纷解决机制的相关原理。

【本章需要预习的主要法律、法规】



1. 《民事诉讼法》第1~4条，《仲裁法》第1~7条及第19、28、32、33、39条；
2. 《人民调解法》；
3. 《消费者权益保护法》第39条；
4. 最高法院《诉讼与非诉讼衔接意见》(法发[2009]45号)。

第一节 民事纠纷与民事诉讼

【引例 1-1】

深圳××花园延期交房纠纷案解决始末^①

深圳××花园是××房地产公司(以下简称房地产公司)开发的有600余户业

^① 案例来源：本章作者宁教铭(担任深圳某房地产关联企业总法律顾问期间)所承办的案件之一。

主商品房小区。因延期交房,房地产公司作出补偿决定:按每100平方米购房面积1.5万元的标准计付延期交房违约金,并免6个月物管费。但没有业主愿意按此受偿。经1个多月协商,房地产公司提出和解方案:按每100平方米购房面积3万元计付违约金。后有25户业主接受了补偿款项,并签字表示不再追究延期交房责任。其余业主遂向房地产主管部门投诉,要求开发商赔偿。主管部门调解无效后,90余户业主向深圳市N区法院起诉;房地产公司以该案属F区管辖为由提出管辖异议。异议被驳回,房地产公司上诉。二审法院撤销一审裁定,并裁定案件由F区法院管辖。但首次开庭前,房地产公司又提出双方在购房补充协议中有仲裁条款,而立案时原告未予声明,故请求法院驳回起诉。F区法院经审查仲裁条款,遂裁定驳回原告起诉。业主不服而上诉,二审法院裁定维持一审裁定。业主遂依仲裁条款向××仲裁委员会申请仲裁。仲裁委审理后作出裁决,由房地产公司承担延期交房违约金。因房地产公司未主动履行仲裁裁决,业主遂依仲裁裁决向法院申请强制执行。房地产公司向法院提出证据证明有法定情形而请求不予执行仲裁裁决。

请问:此案民事纠纷的解决方式有哪几种?各自有何特征?

一、民事纠纷

(一) 民事纠纷的概念及其特征

所谓纠纷,就是指争执的事情^①,是社会冲突的一种。社会冲突并不一定表现为公开的暴力冲突,还包括紧张、敌意、竞争以及在目标和价值上的分歧。^② 社会冲突最终可以归结为利益(物质利益或精神利益甚或二者结合)的冲突。法律对社会冲突的控制,致使社会冲突被转化为法律纠纷。而法律对社会冲突的控制又是利益法律化的方式,即把意义重大的利益以权利义务的形式将其规定到行为规范之中,并以国家强制力保障其实现,从而以利益分配的合法化来实现利益分配的合理化和公平化。

法律纠纷大致可以分为三类:民事纠纷、行政纠纷、刑事纠纷。民事纠纷,或称民事争议,就是指民事法律关系主体之间即平等主体的公民、法人、其他组织之间以及他们相互之间,因财产关系或人身关系所引起的法律纠纷。

与其他社会纠纷、法律纠纷相比,民事纠纷具有如下主要特征:

1. 纠纷主体的平权性

法律关系可分为两类:一类是隶属的或称纵向的法律关系,即不平等主体之间的权力服

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[M]. 北京:商务印书馆,1991:605.

② [美]伊恩·罗伯逊. 社会学(上册)[M]. 北京:商务印书馆,1994:25.

从关系,诸如行政纠纷和刑事纠纷所体现的法律关系;另一类是平权的或称横向的法律关系,即平等主体之间的权利义务关系,如民事纠纷所体现的法律关系就是一种典型的平权法律关系,其主体之间的地位是平等的,权利义务的内容具有一定程度的任意性。

2. 纠纷内容的私权性

民事纠纷的内容所涉及的财产关系和人身关系都具有私权性,这些私人权利与每个民事主体的切身利益直接相关。

3. 纠纷解决的可处分性

民事纠纷是主体之间民事权利义务的争议,其内容属于民事实体法的调整范围;基于民事实体法上的私法自治原则,民事纠纷主体对其民事权利义务有自由处分的权利,可以协商变更、放弃、变通其民事权利义务的具体内容。

根据民事纠纷内容和特点的不同,可将民事纠纷分为两大类:一是财产关系的民事纠纷,包括财产所有关系的民事纠纷和财产流转关系的民事纠纷,如损害赔偿纠纷、合同纠纷等;二是人身关系的民事纠纷,包括人格权关系的民事纠纷和身份关系的民事纠纷,如姓名权纠纷、继承权纠纷等。

(二) 民事纠纷的解决机制

和谐社会并非人们梦境中的“太平”盛世,亦非没有纠纷的世外桃源。社会资源的稀缺有限和人类利益的趋同属性,使得利益冲突成了人类社会一个永久的话题。经济的发展、改革的推进和利益格局的调整,总是伴随着社会的深刻变迁和利益的矛盾冲突;改革开放的过程,也是一个利益重新分配的过程,是一个矛盾、纠纷不断涌现的过程。社会学从历史发展的动态过程,考察利益冲突对社会发展的积极作用,从而充分肯定利益冲突对推动社会进步的积极功能;马克思主义的一个基本原理就是,矛盾运动是社会发展的基本动力,和谐社会的发展也不例外。而法学则从维护既有的社会秩序和现存的社会制度出发,指出利益冲突具有反社会性,从而将社会冲突视为一种消极存在。^①但笔者认为,一个和谐的社会虽也避免不了社会的纠纷和利益的冲突,却应当能够及时、有效地解决纠纷、缓解冲突。如果利益的冲突采用不和谐甚至非理性的方式去解决,将不仅会给政府、法院以及其他国家机关造成不应有的麻烦,妨碍其在市场经济建设中职能作用的正常发挥,而且还会给社会民众带来痛苦,即便社会财富增加了,人民的幸福感却不能相应地增长。^②

因此,从法学视角,认识人类社会的利益冲突,并以抑制、缓和、解决利益冲突为价值目标的诉讼、仲裁等冲突解决机制,不能不说是一种现实存在的特殊生产力,对其进行研究,并使其对促进社会和谐的功能发挥达到最佳状态,具有现实的实践和社会价值。

然而,纠纷解决方法与各类纠纷之间的关系,如同法律调整方法与其调整对象(社会关系)之间的关系,一种法律调整方法并不只能适用于一种社会关系,一种社会关系也不会只有一种法律调整方法。同理,一种纠纷解决方法,不是只能千古不变地适用于解决某一类型的纠纷;某一类型社会冲突的解决,也不会是只有一种解决方法。民事纠纷的解决也是如

^① 顾培东. 社会冲突与诉讼机制[M]. 北京:法律出版社,2004:17.

^② 宁教铭. 发挥仲裁积极作用,促进和谐社会构建[J]. 厦门特区党校学报,2009(4):78-80.

此,民事纠纷一旦发生,就可以有不同的解决方法和途径。

系统论创始人贝塔朗菲,把生命机体作为一个整体或系统来考虑,主张任何系统都须具有一定的目的参数,系统内部的结构和功能形态必须服从于系统的目的参数。价值论是关于系统价值的哲学学说,主要“从主体的需要和客体能否满足及如何满足主体需要的角度”^①,考察和评价各种系统之物质的、信息的现象,以及人们的行为对个人、社会的意义。因此,借用贝塔朗菲的上述系统论观点,可以认为,解决民事纠纷的这些方法和制度,也是一个有机的整体,各以其特定的功能和特点,结成一种互补的、满足民事纠纷主体多种需求的程序体系和动态的运作调整系统,即多元化的民事纠纷解决机制。

在我国社会主义市场经济条件下,纠纷解决机制的合理性基础及其应当追求的价值目标,在于缓解和消除各类法律纠纷、维护市场经济的有序状态。关于纠纷也即争议的解决,我国《消费者权益保护法》第39条规定了下列途径:①与经营者协商和解;②请求消费者协会或者依法成立的其他调解组织调解;③向有关行政部门投诉;④根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁;⑤向法院起诉。对于社会纠纷的解决机制,不同的研究者常从不同的角度进行类别的划分和研究。我国学者多从自力救济、社会救济和公力救济的角度,阐述社会纠纷的解决机制。一般来说,解决纠纷的自力机制包括自决与和解,公力机制包括行政处理与诉讼,社会机制包括诉讼外调解与仲裁。

下面我们不妨借鉴这种一般法律纠纷解决机制的研究方法,并结合民事纠纷的特征和我国解决各类民事纠纷的实践,来探讨我国民事纠纷的解决机制。

1. 解决民事纠纷的自力机制——自决与和解

作为解决社会冲突的自力方法,主要有自决与和解,也是最原始、最简单的纠纷解决机制。其显著特点表现在:①依靠纠纷主体的自身力量解决纠纷,无第三者的介入。②不受也无须规范的严格制约,即纠纷的解决既不依程序规范,也不依实体规范。③虽不受明文规范的制约,但并非不含规范的因素,只因其规范一般是不成文的习惯抑或习俗;且就和解而言,纠纷的平等协商及和解结果的合意性,本身就体现了规范的制约作用。

自决有别于和解的是,自决常常是强者凭其某种优势强行解决纠纷,弱者因此很可能得到不公正结果,因而自决一般是以纠纷主体强弱有别为前提。如果势力均衡,以强力解决纠纷可能两败俱伤,那么纠纷就会转以平等协商、互相妥协的方式和平解决,此即和解。

和解优越于自决的是,和解能带来心理上的缓和与情感上的愉悦,而自决却往往造成心理上的伤害与情感上的愤懑,正因为此,即使在纠纷主体强弱有别的情形下,也不排除强者因其善心而谋求与弱者的和解。所以,和解比自决更有利于纠纷的彻底解决并预防其复发,也有助于社会的和谐。在文明社会,强力性的自决受到严格限制,而和解却始终受到垂青;于法制时代,公力救济虽能带来公正结果,运用起来也并不困难,但就心理和情感而言,均不如和解。

对自决与和解作如此分析,旨在探析其在民事纠纷解决实践中的地位和价值,引导纠纷主体正确运用和解方式解决纠纷,促进社会的和谐与稳定。以我国房地产纠纷的解决为例,自决与和解机制在实践中均有适用,尤其在商品房买卖纠纷中,由于开发商与购房小业主之

^① 乌杰.系统辩证学[M].北京:中国财政经济出版社,2005:278.

间存在着悬殊的力量对比,无论在经济实力、专业知识方面,还是在时间、精力方面,小业主无疑是无法与开发商抗衡的,所以,实践中,相当部分的开发商一旦与小业主发生纠纷,往往凭借其各方面优势自行决定纠纷解决的方案,而这些方案显然对小业主是不太公平的;因此,有一部分小业主就不愿接受这种不公平,从而未能以自决方式终结纠纷,要么去找开发商协商,要么去房地产主管部门投诉,甚至申请仲裁或提起诉讼。而在除自决以外的这些解决方式中,又以和解方式最为有利于纠纷的解决。虽然,和解方式中因无第三者介入而“公说公有理、婆说婆有理”,以及因无明文规范的制约而有时无所适从,使和解陷入僵局,但只要纠纷双方能以诚相待,迟早还是可以达成和解协议,通过和平方式解决纠纷的;而且,越是经过周折达成的和解协议,往往越能更充分地反映双方意见,甚至在平等协商的过程中能够加强相互之间的理解。

2. 解决民事纠纷的社会机制——诉讼外调解与仲裁

解决民事纠纷的社会救济,是指基于纠纷主体的合意,并依靠社会力量来解决纠纷的机制,其方法主要有诉讼外调解和仲裁等,其特点主要是:①主体的合意,即无论纠纷解决的过程还是结果,都是基于纠纷主体的合意。②第三者的介入,即第三者的说服、协调,是纠纷主体达成最终合意不可或缺的因素。③社会规范的作用,即与自力救济的自决与和解相比,诉讼外调解尤其是仲裁,蕴涵着丰富的规范因素。一方面,社会规范引导、促进调解与仲裁的顺利进行,另一方面,社会规范的内容经过纠纷主体的认同而被融入到纠纷的解决结果之中。

诉讼外调解,是指第三者依据一定的社会规范(包括习惯、道德规范,也不排除法律规范),在纠纷主体之间进行信息沟通,摆事实、讲道理,促成双方谅解、妥协,从而最终达成解决纠纷的合意。其显著特征有:①非强力性,即诉讼外调解虽有第三者介入,但并不依靠国家或社会的强制力,而是凭借其高尚、正直的人品和较强的沟通能力及较高的社会声望,以引导、协调等方式,促成纠纷主体达成最终解决纠纷的合意。②合意性,即纠纷的解决最终取决于主体的合意,第三者的介入仅仅起着引导、协调、促进的作用。③并不严格的规范性,即诉讼外调解既内涵规范因素,又并不严谨。首先,纠纷主体各自为获得第三者支持,往往有必要就其主张的正当性向第三者予以说服,而第三者为了出于公正或利于纠纷解决,又常常依据正当的社会规范来协调纠纷双方的利益冲突;其次,即便纠纷主体完全可能选择仲裁或诉讼方式,却有一方或双方又不愿仲裁或诉讼时,则仲裁和诉讼所依据的主要是法律规范也极有可能得到纠纷双方的认同并在调解中予以运用。所以,同自决与和解相比,诉讼外调解内涵的规范因素较多;但与仲裁和诉讼比较,其制度、规范因素较少,调解的进行并不依据严谨的程序和实体规范,其步骤和结局也往往随着纠纷主体的意志而变动和确定,具有很大程度的随意性。

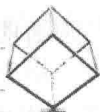
诉讼外调解方法在解决民事纠纷中的利弊也是显而易见的。其优越性主要有:①相对于自决、和解的自力方式,调解由于有第三者的主持,从而有助于加速纠纷的解决进程,在一定程度上避免时间的拖延;且因内涵较多的规范因素,一定程度上能降低自决与和解可能背离统一的社会规范导致的不利影响,尤其民事纠纷解决机制的规范与否,直接影响到经济的健康发展。②相对于国家公权力的公力方式,诉讼外调解适用于因违反私法性质的实体规范而发生的民事纠纷,能够体现纠纷主体自我解决纠纷的社会整合能力,从而避免引发过大

的社会动荡,不利于和谐社会的构建。③较仲裁和诉讼而言,诉讼外调解因其合意性而更有利于纠纷的彻底解决并预防其反复;因其非严谨的规范性而更为简捷,从而节约个人的时间、精力和社会资源以及国家的司法资源,有利于资源节约型社会的构建。

对应地,诉讼外调解的局限性主要表现在:①调解的合意性,决定了纠纷的最终解决有赖于纠纷主体的合意;若主体不愿或难以达成合意,则调解将归于失败,第三者往往无能为力。②调解的非强力性,决定了第三者因不能凭借国家强制力而难以确保纠纷主体之间的公平,尤其民事纠纷中双方势力不均的现象更为突出。③调解的非严格规范性,一是导致第三者没有规范的严格制约,难保其公平、公正;二是导致调解的经过及结果极易与社会规范特别是法律规范发生冲突。

诉讼外调解主要有人民调解、行业调解和行政调解等。根据2011年1月1日起施行的《人民调解法》,村民委员会、居民委员会设立人民调解委员会,企业事业单位根据需要设立人民调解委员会。人民调解委员会是依法设立的调解民间纠纷的群众性组织,通过说服、疏导等方法,促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议,解决民间纠纷。经人民调解委员会调解达成的调解协议,具有法律约束力,其效力相当于民事合同,“可诉可确”。所谓“可诉”,指的是当事人就调解协议的履行或内容发生争议,任何一方可以就调解协议向法院起诉,但不能针对原来纠纷提起诉讼;所谓“可确”,指的是双方当事人认为有必要的,可以自调解协议生效之日起30日内共同向人民法院申请司法确认。只有经过人民法院确认有效的人民调解协议,才具有强制执行力;但即便如此,人民调解协议本身不是强制执行的依据,只有人民法院的司法确认裁定书才是强制执行的依据。未经司法确认有效的人民调解协议,不能对其申请强制执行。

【真题实训 1-1】



张某与李某产生邻里纠纷,张某将李某打伤。为解决赔偿问题,双方同意由人民调解委员会进行调解。经调解员黄某调解,双方达成赔偿协议。关于该纠纷的处理,下列哪一说法是正确的?(2010,卷三,35)

- A. 张某如反悔不履行协议,李某可就协议向法院起诉
- B. 张某如反悔不履行协议,李某可向法院提起人身损害赔偿诉讼
- C. 张某如反悔不履行协议,李某可向法院申请强制执行调解协议
- D. 张某可以调解委员会未组成合议庭为由,向法院申请撤销调解协议^①

仲裁作为解决民事纠纷的社会救济方式,是指由仲裁机构对纠纷进行审理并作出裁决的方式。目前在我国的仲裁法律体系中,有《仲裁法》和《劳动争议调解仲裁法》,以及《土地承包经营纠纷调解仲裁法》,即仲裁主要包括民商事仲裁、劳动争议仲裁和农村土地承包经营纠纷仲裁。作为民事纠纷解决机制的民商事仲裁,实行或裁或审、一裁终局的制度。

^① [真题实训 1-1](2010,卷三,35)答案:A。考点:人民调解协议的效力。解析:理由如正文。法律依据:《人民调解法》第32、33、19条,即依第32条,A说法正确、B错误;依第33条,C错误;依第19条,D错误。

3. 解决民事纠纷的公力机制——民事诉讼

解决民事纠纷的公力机制也称公力救济机制,是指运用国家公权力来解决民事纠纷的方法和制度。在法律社会,公力救济是解决各类纠纷的典型机制,而民事诉讼又处于其正统的地位。

[引例 1-1:解析]本节引例“深圳××花园延期交房纠纷案解决始末”中之民事纠纷的解决方式主要有:①自决,即房地产公司自行作出的赔偿决定;②和解,即房地产公司与业主在没有第三者介入的情形下达成的和解协议;③调解,即房地产主管部门主持的调解;④诉讼,即业主向深圳市 N 区、F 区法院的起诉;⑤仲裁,即业主因起诉被驳回后向仲裁委员会申请仲裁。

这些纠纷解决方式的各自特征已如以上正文所述。其中,除诉讼以外的纠纷解决方式,均被称为替代诉讼方式或非诉讼(ADR)机制。

二、民事诉讼

(一) 民事诉讼的概念与特征

民事诉讼,是指法院在双方当事人和其他诉讼参与人的参加下,在审理民事诉讼案件的过程中所进行的各种诉讼活动,以及由这些活动所产生的各种诉讼法律关系的总和。

【真题实训 1-2】



关于民事仲裁与民事诉讼的区别,下列哪一选项是正确的?(2011,卷三,36)

- A. 具有给付内容的生效判决书都具有执行力,具有给付内容的生效裁决书没有执行力
- B. 诉讼中当事人可以申请财产保全,在仲裁中不可以申请财产保全
- C. 仲裁不需对案件进行开庭审理,诉讼原则上要对案件进行开庭审理
- D. 仲裁机构是民间组织,法院是国家机关

民事诉讼与其他民事纠纷解决方式相比,具有以下特征:

1. 民事诉讼具有公权性

法院是国家司法机关,民事诉讼是法院代表国家行使审判权,强制解决民事纠纷。审判权是国家公权力的一部分,因此,民事诉讼具有国家公权性质。

2. 民事诉讼具有程序性

民事诉讼是有目的、有组织并产生一定法律后果的活动,法律规定了严格的程序和方式,法院、当事人及其他诉讼参与人在诉讼过程中都必须严格遵守法定的程序和方式,否则将不产生法律上的效力或者将产生一定的程序制裁。

3. 民事诉讼具有强制性

如上所述,民事诉讼属于解决民事纠纷的公力机制,是以国家公权力解决纠纷的方式,其解决纠纷的过程与结果都具有强制性,以国家强制力为后盾,其生效裁决终局地确定了当事人之间的权利义务关系,当事人必须履行生效的法律文书。即与其他纠纷解决方式相

比,民事诉讼具有纠纷解决的强制性、终局性和权威性。

[真题实训 1-2] (2011,卷三,36)答案:D。考点:民事诉讼与仲裁的区别。解析:依我国《仲裁法》第 62 条,当事人应当履行裁决。一方不履行的,另一方可依民事诉讼法的有关规定向法院申请执行。受申请的法院应当执行。据此,具有给付内容的仲裁裁决书也具有执行力,故 A 选项错误。依《仲裁法》第 28 条,当事人一方因另一方的行为或其他原因,可能使裁决不能或难以执行的,可申请财产保全。当事人申请财产保全的,仲裁委应将申请依《民事诉讼法》的有关规定提交人民法院。据此,仲裁中也可申请财产保全,故 B 选项错误。依《仲裁法》第 39 条,仲裁应当开庭进行,除非当事人协议不开庭,故 C 选项错误。仲裁机构是民间裁判组织,而法院是司法审判机构,是国家机关,故 D 选项正确。

(二) 民事诉讼与刑事诉讼、行政诉讼的关系

我国现行诉讼体制包括刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼,三者之间具有共通之处,但由于性质不同,因此也存在诸多差异。

1. 当事人双方的诉讼地位不同

民事诉讼中,原告、被告双方诉讼地位完全平等,诉讼权利义务对等;刑事公诉案件中,检察机关是公诉人,代表国家提起公诉,并进行法律监督,刑事诉讼的被告人和公诉人法律地位根本不同;行政诉讼中,行政相对人享有的诉讼权利和承担的诉讼义务不完全对等。与民事诉讼不同,为保护处于弱势的刑事被告人和行政相对人的权益,现代法律往往限制了国家公诉机关和行政机关的诉讼权利,而让其承担更多的诉讼义务。比如,三大诉讼中有关举证责任负担的不同规定即典型地反映了这一差异。又如,民事诉讼中当事人可自行起诉,一方当事人提起了诉讼,另一方当事人有权提出反诉与之对抗;而刑事诉讼中,除自诉案件由自诉人自行提起外,其余案件均由检察机关提起公诉,被告人不得向公诉机关提出反诉;行政诉讼中,作出具体行政行为的行政主体被起诉后,也不得向行政相对人提出反诉。

2. 诉讼的对象不同

民事诉讼解决的争议是民事权利义务争议,若不是民事主体之间民事权益发生争议,则不能纳入民事诉讼程序处理,如伦理上的冲突、政治上的争议等均不能成为民事诉讼解决的对象;刑事诉讼所要解决的是被追诉人的刑事责任问题;行政诉讼解决的争议是行政争议,即因行政机关行使职权、实施公务活动而发生的纠纷。

3. 当事人的处分权不同

民事诉讼解决当事人双方的民事权利义务争议,双方不论在实体上还是在程序上,都有依法处分其权利的自由。正因为此,民事诉讼形成了自己特有的机制,诉讼中的和解与调解制度,对当事人处分其权利具有独特的作用和意义。对法院发生法律效力裁决,胜诉的一方可以申请执行,也可以不申请执行。但刑事诉讼和行政诉讼中,不适用调解,作为当事人一方的行政机关胜诉后无权放弃自己的权利。

4. 结案的方式不同

民事诉讼结案的方式包括调解和裁决两种,即法院审理民事案件,应依自愿和合法原则进行调解,调解不成的应及时判决结案;刑事诉讼除自诉案件外,只能用裁决的方式结案,不

能用调解的方式结案;行政诉讼的被告是行政主体,除赔偿诉讼可以调解外,也不能以调解的方式结案,只能判决结案。

第二节 | 民事诉讼法

【引例 1-2】

中国甲公司与加拿大乙公司签订了一份医疗器械买卖合同,由加方乙公司向中方甲公司提供 5 台医疗器械,合同约定在中方甲公司住所地履行。后因加方乙公司仅按约定提供了 3 台医疗器械设备,剩余 2 台迟迟未予供货,双方发生纠纷。

请问:如果本纠纷在中国法院进行诉讼,应适用哪个国家的民事诉讼法?

一、民事诉讼法的概念

民事诉讼法,是指国家制定或认可的,调整民事诉讼法律关系主体的行为和相互关系的法律规范的总和,也即民事诉讼法是调整民事诉讼的各种法律规范的总和。

民事诉讼法有狭义和广义之分。狭义的民事诉讼法,也即形式意义上的民事诉讼法,是指国家最高权力机关制定颁行的关于民事诉讼的专门法律,在我国目前是指 1991 年 4 月 9 日通过,经 2007 年 10 月 28 日、2012 年 8 月 31 日两次修正后的《中华人民共和国民事诉讼法》。广义的民事诉讼法,也即实质意义上的民事诉讼法,是指除上述民事诉讼法典以外,还包括宪法和其他实体法与程序法中有关民事诉讼的规定,最高法院及其与其他有关机关联合发布的关于民事诉讼方面的司法解释。

二、民事诉讼法的性质

【真题实训 1-3】



关于民事诉讼法的性质,下列哪一说法是正确的?(2011,卷三,35)

- A. 根据其调整的社会关系,民事诉讼法是程序法
- B. 根据其在法律体系中的地位,民事诉讼法是程序法
- C. 根据其规定的内容,民事诉讼法是程序法

D. 根据公法与私法的划分标准,民事诉讼法是程序法

民事诉讼法的性质,是指民事诉讼法的社会属性。就其社会性质而言,民事诉讼法属于社会主义法,是社会主义国家上层建筑的组成部分之一。就其法律性质而言,可从以下几个方面加以理解:

1. 民事诉讼法是基本法

在一个国家的法律体系中,依各个法律地位和作用的不同,可将其分为根本法、基本法和一般法。宪法是根本法,法律效力和地位最高;民事诉讼法与民法、刑法、刑事诉讼法、行政诉讼法等属于基本法,效力低于宪法但高于一般法。民事诉讼法是由国家最高权力机关全国人民代表大会制定与修改的,作为基本法,与仲裁法等共同构成完整的民事程序法律体系。

2. 民事诉讼法是部门法

民事诉讼法调整的社会关系是人民法院与一切诉讼参与人之间的民事诉讼法律关系,民事诉讼法律关系是具有自身特点的一类独立的社会关系。因此,民事诉讼法调整的社会关系,决定了它是一个独立的部门法。

3. 民事诉讼法是程序法

以法律所规定的内容为标准,可将其分为实体法和程序法。实体法规定主体的实体权利和义务,程序法规定因实体权利义务发生争议的解决办法和程序。民事诉讼法是以民事诉讼程序和制度为其规定内容,是民事程序法的主要组成部分,和刑事诉讼法、行政诉讼法一样,都属于规定诉讼法律关系主体的诉讼权利义务的程序法。

4. 民事诉讼法是公法

公法与私法的划分,最早由古罗马法学家乌尔比安提出:“公法是关于罗马国家的法律,私法是关于个人利益的法律。”依此标准,私法遵循当事人意思自治原则,确立财产所有权,保障自身利益的追求,如民法、商法;公法是利用国家权力,调整国家与公民关系的法律,如刑法、行政法、诉讼法。民事诉讼法是规范法院行使审判权,解决民事纠纷的程序的程序的法律,与规范平等主体之间的民事权利义务关系的私法不同,性质上属于公法。

但由于民事诉讼所解决的纠纷是平等主体之间的私权纠纷,作为公法的民事诉讼法与纯粹公法性质的刑法、刑事诉讼法又有所不同,其主要体现以私法的自治原则为基础,民事诉讼法中也有些以程序选择权为基础的任意规范,从而确立了赋予当事人处分其诉讼权利与民事权利的处分原则。

综上所述,民事诉讼法的属性,根据其在法律体系中的地位,民事诉讼法是基本法;根据其调整的社会关系,民事诉讼法是部门法;根据其规定的内容,民事诉讼法是程序法;根据公法与私法的划分,民事诉讼法属于公法。^①

三、民事诉讼法的任务

我国《民事诉讼法》第2条规定了民事诉讼法的任务,即:①保护当事人行使诉讼权利;②保

^① 据此,[真题实训 1-3](2011,卷三,35)的答案为 C。