



面向 21 世纪 课 程 教 材
Textbook Series for 21st Century

民事 诉 讼 法 学

Civil Procedural Law

(第三版)

江 伟 主 编 傅郁林 副主编



北京 大 学 出 版 社
PEKING UNIVERSITY PRESS

面向 21 世纪 课程 教材

民事诉讼法学

(第三版)

主 编 江 伟

副主编 傅郁林

撰稿人 (按姓氏拼音为序)

蔡 虹 段厚省 傅郁林 刘学在

谭秋桂 谢文哲 熊跃敏 赵秀举



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学/江伟主编.—3版.—北京:北京大学出版社,2015.5

(面向21世纪课程教材)

ISBN 978-7-301-25831-6

I. ①民… II. ①江… III. ①民事诉讼法—法的理论—中国—高等学校—教材
IV. ①D925.101

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第092857号

书 名 民事诉讼法学(第三版)
著作责任者 江伟 主编 傅郁林 副主编
责任编辑 李倩 李铎
标准书号 ISBN 978-7-301-25831-6
出版发行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路205号 100871
网 址 <http://www.pup.cn>
电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
印 刷 者 北京鑫海金澳胶印有限公司
经 销 者 新华书店
730毫米×980毫米 16开本 32.25印张 687千字
2012年1月第1版 2014年3月第2版
2015年5月第3版 2015年5月第1次印刷
定 价 58.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

全国高等学校法学专业核心课程教材

- | | |
|----------------|-----------|
| 法理学(第四版) | 沈宗灵主编 |
| 中国法制史(第三版) | 曾宪义主编 |
| 宪法(第二版) | 张千帆主编 |
| 行政法与行政诉讼法(第六版) | 姜明安主编 |
| 民法(第五版) | 魏振瀛主编 |
| 经济法(第五版) | 杨紫烜主编 |
| 民事诉讼法学(第三版) | 江伟主编 |
| 刑法学(第六版) | 高铭暄、马克昌主编 |
| 刑事诉讼法(第五版) | 陈光中主编 |
| 国际法(第五版) | 邵津主编 |
| 国际私法(第四版) | 李双元、欧福永主编 |
| 国际经济法(第四版) | 余劲松、吴志攀主编 |
| 知识产权法(第四版) | 吴汉东主编 |
| 商法(第二版) | 王保树主编 |
| 环境法学(第三版) | 汪劲著 |

司法解释的全称与简称对照表

1. 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》 《民诉法意见》
2. 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》 《证据规定》
3. 最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》 《执行规定》
4. 最高人民法院《关于委托执行若干问题的规定》 《委托执行规定》
5. 最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》 《简易程序规定》
6. 最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》 《调解规定》
7. 最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》 《查扣冻规定》
8. 最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》 《拍卖变卖规定》
9. 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》 《民法通则意见》
10. 《中华人民共和国民事诉讼法》 《海诉法》
11. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》 《海诉法解释》
12. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》 《民诉法解释》
13. 最高人民法院《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》 《环境公益诉讼解释》

编写说明

本教材的主要读者对象是法学院本科生和非法律本科的法律硕士,同时兼顾法学研究生和法律实务人员。本教材重在阐释中国现行民事诉讼制度的要义和原理,同时观照民事诉讼制度的发展动态和理论评价。第二版重点对2012年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》进行解读和适度评论。第三版根据最高人民法院最新颁布的司法解释进行了重大修订。在体例和风格上力求简洁、清晰、突出重点、尊重通说、文字洗炼、逻辑一致。

在结构安排上,本教材将总论部分和基本理论压缩在理解现行制度最不可或缺的范围之内,而将这些原则、原理和理论分解在具体的制度和程序之中。在内容安排上,尽可能避免由于章节分工和知识点交叉所致的重叠或遗漏,注意各章之间相互照和提示。

在同质化目标上,本教材充分重视和尊重通说和主流观点,不过多地阐述个人观点。在逻辑层次上,明确区分现行制度、理论阐释和运行状况三大基本内容,将制度内容与理论评析、成型制度(或理论)与发展动态、实然与应然、通说理论与本人观点……清晰地区分开来。本教材用于澄清或矫正以讹传讹的通说的少量个人观点,在表达方式上要求明确、清晰,以不会产生对基本知识点理解上的歧义为限,并且在阐述个人观点之前首先介绍通说,同时将支持个人观点的代表性成果写入脚注备查。

本教材奉行尊重通说的原则有两个明显例外。一是废弃了已成为管辖制度障碍的传统“主管”概念,代之以“司法职能管辖权”,并归纳出确定这一权限的可诉性要件;同时对“管辖”概念的理论定义也进行了微调,不过未影响对管辖制度的解读。二是重新整理了现行法关于起诉与受理、先行调解、审理前的准备相关规定的逻辑结构,对传统教材中加剧这种逻辑混乱的部分学理解释进行了更新。此外,本教材还突破了立法和多数教材将公益诉讼和第三人撤销之诉置于当事人一编的结构安排。但是在突破传统概念或诠释、尝试推行新的通说时,充分考证并引证了现有理论成果和现行司法实践,将新概念与传统概念之间进行了明确的辨析、衔接和过渡,并在教材中进行了负责任的特别说明。

本教材设本章提要 and 特别提示。“本章提要”尽可能用逻辑连贯的陈述对本章各要点及其相互之间的逻辑关系进行链接,以避免学生只见树木,不见森林。“特别提示”将本章所涉及的制度或理论中易于发生错误、混淆或忽略的要点给予简要提示,必要时与相关制度的要点进行比较,以替代面面俱到的概念辨析。此外,为弥补教材内容简洁、清晰、突出基础等特点而致其在深度和丰富性方面的缺陷,满足较高层次的读者拓宽视野的需求,自第二版删除“推荐文献”版块之后,与各章节内容相关的特别重要文献我们在脚注中提供了索引。

本教材的分工如下(以撰写章节的顺序为序):

第一章、第四章、第五章、第六章、第七章、第八章、第十七章、第十八章、第十九章、第二十章、第二十六章,傅郁林

第二章,段厚省(第四节傅郁林)

第三章、第十六章,蔡虹

第九章、第十章、第十一章、第十二章、第十三章,熊跃敏

第十四章、第十五章,赵秀举

第二十一章、第二十二章、第二十三章,谢文哲

第二十四章、第二十五章,刘学在

第二十七章、第二十八章,谭秋桂

全书由傅郁林统一规划、分工和校订,第一版方案由已故的中国人民大学江伟教授审定。

北京大学出版社法律事业部邹记东主任和李铎编辑对本教材的编辑过程给予了特别支持和耐心等待。本教材自第一版起,一直得到了作为第一读者的北京大学本科生和研究生的深度关注、建议和校正,特别是对文字表述等技术问题提出了富有价值的意见和帮助,其中张立翘、王依、韩静茹、张斯怡对第一版,张戴旭、孟醒对第三版作出了特别贡献。更为重要的是,同学们的大胆质疑或小心提问更引起编者对诸多问题的深入思考、不断反思和持续改进,本教材的每一版修订都承载了这种教学相长的结晶。在此一并感谢。尽管如此,读者在使用本教材的过程中一定还会发现种种错误,无论是智识、信息还是技术细节方面的谬见或错误,敬请不吝赐教,以便我们在新版中进一步更正。意见和建议请发送至:fuyulin65@126.com。本教材全体作者将向读者竭诚奉献不断改进的优秀作品,作为对我们敬爱的主编江伟老师的永恒纪念!

傅郁林

2015年4月10日

目 录

第一编 总 论

| | |
|-----------------------------|------|
| 第一章 民事诉讼与民事诉讼法 | (1) |
| 第一节 民事纠纷及其解决途径 | (1) |
| 第二节 民事纠纷的诉外解决 | (2) |
| 第三节 民事诉讼 | (8) |
| 第四节 民事诉讼法 | (11) |
| 第二章 民事诉讼基本理论 | (17) |
| 第一节 诉权理论 | (17) |
| 第二节 诉与诉讼标的 | (21) |
| 第三节 民事诉讼法律关系 | (30) |
| 第四节 民事诉讼模式论 | (38) |
| 第三章 民事诉讼法的基本原则 | (47) |
| 第一节 基本原则概述 | (47) |
| 第二节 当事人诉讼权利平等原则 | (49) |
| 第三节 辩论原则 | (51) |
| 第四节 处分原则 | (53) |
| 第五节 法院调解原则 | (56) |
| 第六节 诚实信用原则 | (61) |
| 第七节 检察监督原则 | (63) |
| 第八节 直接言辞原则 | (63) |
| 第四章 民事诉讼的基本制度 | (66) |
| 第一节 两审终审制度 | (66) |
| 第二节 合议制度 | (70) |
| 第三节 回避制度 | (72) |
| 第四节 公开审判制度 | (74) |

第二编 诉讼主体

| | |
|--------------------------|-------|
| 第五章 民事司法权概述 | (77) |
| 第一节 民事司法权的概念 | (77) |
| 第二节 司法职能管辖权 | (78) |
| 第三节 民事纠纷的可诉性 | (79) |
| 第四节 诉外解纷途径的司法审查权 | (82) |
| 第六章 初审管辖权 | (87) |
| 第一节 管辖概述 | (87) |
| 第二节 级别管辖 | (91) |
| 第三节 地域管辖 | (95) |
| 第四节 移送管辖与指定管辖 | (100) |
| 第五节 管辖异议和管辖恒定 | (102) |
| 第七章 民事裁判 | (104) |
| 第一节 民事审判权及其行使方式 | (104) |
| 第二节 民事判决 | (106) |
| 第三节 裁定与决定 | (117) |
| 第八章 法院调解 | (120) |
| 第一节 法院调解的概念 | (120) |
| 第二节 法院调解的类型与适用范围 | (123) |
| 第三节 法院调解的原则 | (125) |
| 第四节 法院调解的程序 | (127) |
| 第五节 法院调解书的效力 | (129) |
| 第九章 当事人 | (131) |
| 第一节 当事人概述 | (131) |
| 第二节 诉讼权利能力和诉讼行为能力 | (134) |
| 第三节 当事人的诉讼权利义务 | (137) |
| 第四节 当事人适格 | (139) |
| 第五节 当事人的变更 | (142) |
| 第十章 共同诉讼 | (144) |
| 第一节 共同诉讼概述 | (144) |
| 第二节 必要共同诉讼 | (145) |
| 第三节 普通共同诉讼 | (150) |

| | |
|-------------------------|-------|
| 第十一章 诉讼代理人 | (152) |
| 第一节 诉讼代理人制度概述 | (152) |
| 第二节 诉讼代理人 | (154) |
| 第三节 代表人诉讼的要件与程序 | (155) |
| 第十二章 第三人 | (158) |
| 第一节 有独立请求权的第三人 | (158) |
| 第二节 无独立请求权的第三人 | (162) |
| 第十三章 诉讼代理人 | (167) |
| 第一节 诉讼代理人概述 | (167) |
| 第二节 法定诉讼代理人 | (170) |
| 第三节 委托诉讼代理人 | (171) |

第三编 证据与证明

| | |
|--------------------------|-------|
| 第十四章 民事诉讼证据 | (176) |
| 第一节 证据概述 | (176) |
| 第二节 证据的法定种类 | (182) |
| 第三节 证据规则 | (190) |
| 第十五章 民事诉讼证明 | (193) |
| 第一节 概述 | (193) |
| 第二节 证明对象 | (196) |
| 第三节 民事诉讼证明责任 | (200) |
| 第四节 民事诉讼证明标准 | (206) |
| 第五节 证明过程 | (208) |

第四编 民事诉讼保障机制

| | |
|-----------------------------|-------|
| 第十六章 诉讼程序的保障机制 | (215) |
| 第一节 保全 | (215) |
| 第二节 先予执行 | (220) |
| 第三节 对妨害民事诉讼的强制措施 | (223) |
| 第四节 期间 | (231) |
| 第五节 送达 | (235) |
| 第六节 诉讼费用 | (240) |

第五编 诉讼程序

| | |
|--------------------------|-------|
| 第十七章 普通程序 | (252) |
| 第一节 普通程序概述 | (252) |
| 第二节 起诉与受理 | (253) |
| 第三节 审理前的准备 | (263) |
| 第四节 开庭审理 | (270) |
| 第十八章 简易程序 | (278) |
| 第一节 简易程序概述 | (278) |
| 第二节 简易程序的适用条件 | (278) |
| 第三节 简易程序的基本特征与权利保障 | (281) |
| 第十九章 上诉程序 | (285) |
| 第一节 上诉程序概述 | (285) |
| 第二节 上诉的提起与受理 | (288) |
| 第三节 上诉案件的审理 | (291) |
| 第四节 上诉案件的裁判 | (293) |
| 第二十章 再审程序 | (299) |
| 第一节 再审程序概述 | (299) |
| 第二节 再审程序的主体和客体 | (302) |
| 第三节 再审事由 | (305) |
| 第四节 再审立案程序 | (310) |
| 第五节 再审审判程序 | (314) |

第六编 非讼程序

| | |
|---|-------|
| 第二十一章 特别程序 | (317) |
| 第一节 特别程序概述 | (317) |
| 第二节 选民资格案件的审理程序 | (322) |
| 第三节 宣告公民失踪案件的审理程序 | (324) |
| 第四节 宣告公民死亡案件的审理程序 | (326) |
| 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 | (330) |
| 第六节 认定财产无主案件的审理程序 | (333) |

| | | |
|--------------|----------------|-------|
| 第七节 | 确认调解协议案件的审理程序 | (334) |
| 第八节 | 实现担保物权案件的审理程序 | (337) |
| 第二十二章 | 督促程序 | (342) |
| 第一节 | 督促程序概述 | (342) |
| 第二节 | 申请支付令的程序 | (345) |
| 第三节 | 法院对支付令申请的受理和审理 | (347) |
| 第四节 | 支付令 | (348) |
| 第五节 | 债务人对支付令的异议 | (349) |
| 第六节 | 督促程序的终结 | (351) |
| 第二十三章 | 公示催告程序 | (353) |
| 第一节 | 公示催告程序概述 | (353) |
| 第二节 | 公示催告程序 | (358) |
| 第三节 | 除权判决 | (362) |

第七编 涉外、海事和公益诉讼特别程序

| | | |
|--------------|-----------------|-------|
| 第二十四章 | 涉外民事诉讼程序 | (365) |
| 第一节 | 概述 | (365) |
| 第二节 | 一般原则 | (367) |
| 第三节 | 管辖 | (373) |
| 第四节 | 送达、期间 | (378) |
| 第五节 | 司法协助 | (382) |
| 第二十五章 | 海事诉讼程序 | (393) |
| 第一节 | 概述 | (393) |
| 第二节 | 管辖 | (394) |
| 第三节 | 海事保全 | (399) |
| 第四节 | 审判程序 | (413) |
| 第五节 | 设立海事赔偿责任限制基金程序 | (418) |
| 第六节 | 债权登记与受偿程序 | (421) |
| 第七节 | 船舶优先权催告程序 | (423) |
| 第二十六章 | 公益诉讼 | (427) |
| 第一节 | 公益诉讼概述 | (427) |
| 第二节 | 公益诉讼的客体 | (430) |
| 第三节 | 公益诉讼的原告 | (433) |

| | | |
|-----|---------|-------|
| 第四节 | 公益诉讼的程序 | (437) |
|-----|---------|-------|

第八编 执行程序

| | | |
|--------------|---------------|-------|
| 第二十七章 | 执行程序总论 | (440) |
| 第一节 | 民事执行程序概述 | (440) |
| 第二节 | 民事执行程序总则 | (443) |
| 第三节 | 执行程序的开始 | (453) |
| 第四节 | 执行程序的进行 | (458) |
| 第五节 | 执行程序的结束 | (464) |
| 第六节 | 执行救济和执行回转 | (468) |
| 第二十八章 | 执行程序分论 | (481) |
| 第一节 | 各类执行措施概述 | (481) |
| 第二节 | 实现金钱债权的执行 | (483) |
| 第三节 | 实现非金钱债权的执行 | (496) |
| 第四节 | 保障性执行措施 | (499) |

第一编 总 论

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

【本章提要】

民事诉讼的功能定位决定或影响着民事诉讼法的理念、原则和技术规范。民事诉讼并非解决纠纷的唯一途径,它与调解、仲裁等诉外解纷途径各有优势和相应局限;解决纠纷更非民事诉讼的唯一功能,诉讼制度的功能更在于通过解决个案纠纷,保护民事权利、维护法律秩序、形成社会行为规范,为防范和解决潜在纠纷提供示范。本章介绍了民事纠纷解决的诉讼途径与诉外途径的比较优势和衔接方式,介绍了现行民事诉讼法的渊源、法典的结构和发展动态。

第一节 民事纠纷及其解决途径

一、民事纠纷

民事纠纷又称民事争议,是指平等主体之间因财产关系、人身关系而产生的权利义务争议。一般认为,民事纠纷具有三大特点:一是纠纷主体之间法律地位平等,没有隶属关系;二是纠纷内容仅限于民事权利义务;三是纠纷主体享有自治(或可处分)的权利。

人类的生存和交往是按照一定规范或习惯进行的,正是借助于这些由社会自然形成或由国家法律强制推行的规则,社会生活才井然有序。在这些规范或习惯中,民事实体法规范在划定私人(公民、法人或其他组织)之间的权利义务关系方面发挥着主要作用。当那些规范私人之间行为的规则尚未形成或者遭到破坏时,特别是当民事实体法所确定的权利义务关系发生争执或遭到破坏时,就会产生民事纠纷。例如,张某与李某是邻居,两家平房相距不足100米,后来李某将自家的三间房屋加高为三层小楼。张某称李某的新房挡住了张某家的阳光和风水,故阻挠李某盖房。双方为此发生纠纷。在这个案件中,如果当地风俗(习惯法)对于房屋的相对距离、位置和风水等都有普遍认知的规范,那么此时纠纷主要是围绕李某的行为是否破坏了规则或侵犯了张某的权利;如果法律和习惯法都没有相关行为规范,那么此时纠纷可能首先涉及李某和张某是否享有相关的权利或义务。

二、民事纠纷的解决

传统理论按照是否有中立的第三方介入纠纷解决以及该第三方的角色,将民事纠纷的解决机制分为自力救济、社会救济和公力救济。当代理论则将民事纠纷的解决途径进行二元划分,即区分为诉讼(或司法)与诉讼外(或司法外)纠纷解决途径,后者又称为替代(诉讼或司法)的解纷途径(Alternative Dispute Resolution,简称ADR)。这些纠纷解决途径各有优势和相应的劣势或缺陷。

自力救济是指纠纷主体在没有中立的第三方介入的情况下,依靠自己的力量或其他私人资源解决纠纷。合法的自力救济,除了传统上常用的自决之外,当代仍有生命力且依然重要的救济途径就是和解。此外还有私人收债、人身或商业报复等方式,这些方式和自决一样,虽不能直接定性为非法,但容易导致纠纷升级,甚至引发或利用暴力、敲诈、黑社会等非法力量,因此在合法性和妥当性方面有很大风险。

社会救济是指纠纷主体借助于社会力量作为中立的第三方介入纠纷解决的一种途径。社会救济主要包括调解和仲裁。作为社会救济的调解只包括非官方主体的调解,不包括法院调解。仲裁分为商事仲裁和劳动仲裁,但在没有特别界定时通常是指商事仲裁。

公力救济是指以国家公权力介入纠纷,依据法律规范和法定程序解决纠纷,并以国家强制力保障执行的救济途径。民事纠纷的公力救济主要是民事诉讼。民事诉讼是一方当事人针对另一方当事人向法院提起诉讼,请求法院解决其所主张的纠纷和保护其主张的权利的公力救济途径。

关于行政调解和行政裁决的性质,在传统理论中关于其应归属于社会救济还是公力救济尚有争议,但在当代理论中无疑应归入诉外解纷机制。根据我国《宪法》的规定,审判权由人民法院统一行使,因此行政机关即使对民事争议行使裁决权,在性质上也只能是准司法权,并且经行政裁决的民事争议仍隶属于司法最终救济的范畴,比如法院有权根据相关法律的规定,对不同类型的行政裁决进行不同形式的司法审查。

第二节 民事纠纷的诉外解决

一、诉外调解

(一) 调解概述

调解是介入纠纷的第三者运用一定的社会规范、习惯、风俗、伦理、法律等渊源,通过对纠纷双方晓以道理和利害,促成谅解或妥协。调解的正当性基础是当事人自愿,其基本特征是非正式性和非专业性。

调解与和解的差异,不在于是否有纠纷主体以外的人(如邻居或律师)介入,而在于是否有“中立的”第三者,即介入纠纷的外力是否持中立的立场。参与和解的“外

人”依附于一方当事人的立场,与一方当事人构成同一阵营;作为调解者的“外人”则应该不偏不倚,在双方当事人之间构成中立的第三方。

调解与裁判的差异,在于当事人与第三方之间谁享有最终决定权,而不考虑该第三方在纠纷解决中角色是否积极、介入的深度如何、介入的方式是“面对面”或“背靠背”等具体过程因素。调解者可以提出自己的解决方案,但是否接受该方案由当事人保留最终决定权;裁判者则有权按照自己的事实判断和法律评价作出最终决定,不论当事人是否接受均不影响纠纷解决。

需要特别注意的是,我国有两类特立独行的调解是与裁判权融为一体的,那就是由审判庭主持的司法调解(又称诉讼调解)和由仲裁庭主持的仲裁调解。这种我国“调审合一”“调裁合一”的模式形成了以裁判权为后盾的调解。这两种调解与一般调解的重要差异在于:在效力上,司法调解书与司法判决书、仲裁调解书与仲裁裁决书具有同等法律效力;在方式上,调解与裁判由同一个审判庭或仲裁庭主持,第三者同时享有调解权与裁判权,在两种角色之间穿插、交汇、混同,很难兼顾调解的私密性和妥协性要求与裁判的公开性和对抗性特点,同时裁判权也对调解的自愿性形成潜在威胁。因此,严格地说,以裁判权为后盾的调解并非典型的调解,因此本章关于调解特征的讨论主要是指独立于裁判权的调解。

(二) 民间调解

民间调解包括由人民调解委员会主持的人民调解、行业协会主持的行业调解、各种专业调解中心或其他社团机构、职业调解人主持的调解。

目前我国由现行法明确规定的制度化的民间调解组织是人民调解委员会。根据2010年颁布的《中华人民共和国人民调解法》(以下简称《人民调解法》)的规定,人民调解是指人民调解委员会通过说服、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,解决民间纠纷的活动。人民调解委员会是依法设立(并受政府指导)的调解民间纠纷的群众性组织。

根据我国现行《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)、《人民调解法》及最高人民法院相关规定^①,人民调解与司法之间的关系可以从以下几个方面界定:

其一,在案件受理范围上,人民调解委员会有权对各类民间纠纷进行调解,法律没有明确限定其不能受理的案件类型,但其案件主体范围限于一方当事人为公民。司法部《人民调解工作若干规定》(2002年发布,现行有效)第20条规定:“人民调解委员会调解的民间纠纷,包括发生在公民与公民之间、公民与法人和其他社会组织之间涉及民事权利义务争议的各种纠纷”。司法部关于印发《〈中华人民共和国人民调解法〉宣传提纲》的通知(2010年发布,现行有效)中进一步说明:“人民调解的范围为民间纠纷,既有传统上公民与公民之间的婚姻、继承、赡养、邻里关系、小额债务、轻微

^① 2009年7月24日最高人民法院《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》(简称《衔接意见》),法发[2009]45号。

侵权等常见多发的矛盾纠纷,也包括新时期土地承包、征地拆迁、环境保护、医患纠纷等社会热点、难点纠纷,共同的特点是发生在公民与公民之间、公民与法人或者其他组织之间,当事人有权自行处分的人身、财产权益纠纷等。”

其二,在程序启动权上,人民调解并非民事诉讼的必经阶段,是否经人民调解由当事人自行决定;调解程序可以应一方当事人或双方当事人的申请启动,也可以由调解委员会征得双方当事人同意主动调解;人民调解委员会调解不成,当事人仍向法院提起民事诉讼。根据《人民调解法》第3条的规定,人民调解委员会调解民间纠纷应当遵循自愿、平等、合法的原则,并尊重当事人的权利,不得因调解而阻止当事人依法通过仲裁、行政、司法等途径维护自己的权利。

其三,在法律效力上,根据《人民调解法》第33条和《民事诉讼法》第194条的规定,经人民调解委员会调解达成的调解协议具有法律约束力,当事人应当按照约定履行;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;经法院依法确认有效的调解协议可作为申请法院强制执行的债权文书。当事人达成的调解协议未在法定期限内共同向法院申请司法确认的,不具有强制执行力,当事人不履行调解协议的,可以向人民法院提起诉讼。

其四,在事后救济机制上,当事人可以就人民调解协议的履行、无效或者调解协议内容的争议向法院提起诉讼;人民调解协议经法院依法确认无效的,当事人可以通过人民调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议也可以向法院提起诉讼。当然,当事人双方向法院申请确认协议的效力为非争议事项,应按照非讼程序进行审查;当事人单方就协议的履行、无效、撤销或变更向法院提起的诉讼为争议事项,应按照诉讼程序进行审理和裁判;就司法确认和司法裁判提起的事后救济,应分别按照非讼程序与诉讼程序的救济程序和标准进行。

与此同时,《民事诉讼法》第194条还以“人民调解法等法律”这样的开放式规范措辞,为行业调解或消费者协会等其他社会组织主持达成的调解协议预留了获得司法确认和获得执行力的制度空间。关于司法确认的条件、程序和不予确认的处理,本教材将在关于“司法确认”的相关章节中详细讨论。在此特别强调的是,民间调解协议作为当事人自愿达成的旨在了结纠纷的协议,当事人应当自觉履行,司法确认和强制执行只能作为特殊情形下启用的权利保障机制,如果把司法程序变成实现司法外解纷途径的常规途径则会本末倒置,违背诉外调解机制的本质特征和功能。

(三) 法院附设的独立调解

法院附设的独立调解,是指起诉到法院的案件由附设在法院内部但不享有审判权的独立调解员所主持的调解。其重要特征是,附设调解的调解人员、调解程序、调解信息和调解结果均独立于审判,与审判程序完全分离乃至隔离,特别强调调解的保密性——如果调解不成转入诉讼,则调解员不得向审判法官透露当事人在调解过程中提供的信息或作出的陈述,审判法官更不能以此作为裁判的依据或参考。

法院附设调解的方式是多样的,一种常见的方式是将调解室设立在法院大楼内部,因而调解活动是在法院进行的;另一种方式是调解员名单在法院登记并由法院向

当事人推荐。法院附设调解与法院调解的实质差别在于调解员的身份,而不是调解结果与司法衔接的程度。严格地说,附设调解员仅限于那些既没有本案审判权也没有一般审判资格的人员,比如以法律志愿者身份出现的律师和退休法官。德国和日本的法院调解虽然采取的是调解法官与审判法官分离的模式,而且也恪守调审之间信息分隔的准则,但性质上仍是法院调解,因为其调解法官也享有审判资格;相反,美国附设调解室的调解,虽然其调解结果也可申请由法院制作为合意判决,但性质上仍是诉外调解,因为其调解员是由没有审判资格的人员担任的。

法院附设调解在美国等 ADR 发达的国家和地区日益成为重要的诉外解纷途径。我国也有一些法院先后进行过经济调解中心、法院附设调解室、法院特邀调解员等尝试,但这些法院附设调解与法院调解的关系往往不能厘清。特别是近十几年来法院普遍推行的委派调解、委托调解、协助调解等实践,更是与法院调解相互混同,其运行模式和伦理规范尚不成熟。在此背景下,《民事诉讼法》第 122 条又增加规定了“先行调解”的司法政策。那么,先行调解在性质上究竟是诉外调解还是诉讼调解,或者说是法院附设调解还是法院调解;在程序阶段究竟是立案前(诉前)还是立案后或者二者均包括在内?本教材将在起诉与受理部分详细解读和讨论。本章要特别强调的是,应当将具有社会救济功能的诉外调解与民事审判剥离开来,特别是要保障法院附设调解不会成为侵蚀调解的自愿性或妨碍诉权行使的制度性屏障。

二、商事仲裁

(一) 商事仲裁的定义与性质

如果没有特别说明或定语限定,仲裁通常就是指商事仲裁。商事仲裁又称公断,是指仲裁机构根据当事人之间书面达成的仲裁协议,取得对约定事项的管辖权,并据此对提交仲裁解决的争议作出具有强制拘束力的裁决。商事仲裁实行一裁终局制。

仲裁实质上是由纠纷双方当事人合意选择纠纷解决途径的表现。纠纷当事人自己选择“或裁或审”,一旦选择仲裁,则意味着放弃司法救济途径并接受和执行仲裁裁决。因此有效的仲裁协议不仅构成仲裁管辖权的根据,而且具有排斥司法管辖权的效力。如果存在仲裁协议,即使法院受理了起诉,被告还可在答辩期限内提出管辖权异议,主张仲裁协议有效。如果法院经审查认定仲裁管辖协议无效,则裁定驳回被告的管辖权异议,继续审理该案;如果认定该仲裁协议有效,则裁定驳回原告的起诉。

(二) 商事仲裁的范围与程序

仲裁的案件范围与民事诉讼的受案范围有所交叉,但比后者范围狭窄。《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第 2 条规定:“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。”第 3 条进一步明确排除:“下列纠纷不能仲裁:(一) 婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;(二) 依法应当由行政机关处理的行政争议。”

商事仲裁遵循“符合法律,公平合理”的基本原则(《仲裁法》第 7 条)。相对于诉讼程序而言,仲裁更强调自治性。不仅仲裁途径、仲裁机构、仲裁规则由当事人协议

选择,而且仲裁庭的组成和仲裁程序的进行,都在很大程度上由当事人决定或参与决定。因此,仲裁程序具有更大的灵活性。而由于仲裁实行一裁终局,因而仲裁程序通常被认为比司法程序更快捷、总成本更低。需要注意的是,与审判公开原则不同,仲裁实行保密性原则,除非当事人各方明确同意,否则仲裁过程及仲裁的所有信息均不得以旁听、报道或任何其他方式泄露。

中国的仲裁调解普遍采取“调裁合一”模式,亦即由仲裁庭主持调解,调解权以依赖于仲裁协议的仲裁权为前提,仲裁调解书与仲裁裁决书具有同等效力。但近年来的实践发展出现了一些新的现象和趋势,一些具有国际视野的仲裁机构,比如中国国际贸易仲裁委员会和北京仲裁委员会,正在建立和健全仲裁机构内的独立调解中心,着力发展独立于仲裁权的专业性调解业务,调解的启动、运作和结果均不依附于仲裁。这一趋势值得关注和支持。

(三) 商事仲裁裁决的效力与司法审查

在法律效力、司法保障和救济途径方面,商事仲裁是唯一具有终局性的诉外解纷机制。根据我国参加的国际条约和《仲裁法》《民事诉讼法》及相关司法解释,经合法成立的仲裁机构(仲裁委员会)作出的仲裁裁决是终局的,具有既判力和强制执行力,除非仲裁裁决存在法律明确规定撤销或不予执行的情形。当事人的事后救济权亦即法院对仲裁裁决的司法审查权通过两种途径实现:申请撤销裁决的积极途径或申请不予执行仲裁裁决的消极途径。《民事诉讼法》第237条修改了对国内仲裁裁决不予执行的条件,与《仲裁法》第58条规定的撤销仲裁裁决的情形取得了一致。通过删除事实不清、证据不足和适用法律错误这样的实体审查标准,而将实体方面的审查仅限于裁决的根据系伪造证据和隐瞒重要证据两种情形,原则上确立了程序审查标准,亦即侧重于对仲裁协议、裁决事项、仲裁庭组成和仲裁程序进行司法审查。《民事诉讼法》同时还在诉前保全的相关规定中增加了仲裁前保全制度,从另一方面体现了支持仲裁的政策倾向。这种政策有助于激励和保障仲裁事业的健康发展,促进社会自治解纷体系的逐步形成和完善。

三、劳动仲裁

(一) 劳动仲裁的定义与性质

劳动仲裁是由劳动行政部门代表、工会代表和企业方面的代表组成的仲裁机构,根据法律规定对劳动者与用人单位之间的劳动争议进行裁决的诉外解纷途径。

与商事仲裁不同,劳动仲裁管辖权是法定的,无须当事人双方达成仲裁协议。劳动仲裁的受案范围也较为狭窄,劳动仲裁委员会只能管辖中国境内的用人单位与劳动者发生的劳动争议,包括因劳动关系、劳动合同、劳动保护、劳动报酬、劳动赔偿等事项发生的争议。在程序启动权方面,劳动仲裁实行强制仲裁,即劳动仲裁作为诉讼的前置程序,未经提交劳动仲裁机构调解或裁决的劳动争议,当事人直接向法院起诉的,法院不予受理。因此通常认为劳动争议实行“先裁后审”。

(二) 劳动仲裁的原则与政策

依据2007年颁布的《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》(以下简称《劳动仲

裁法》),解决劳动争议遵循合法、公正、及时、着重调解的原则。由于劳动争议关系的特征往往是双方当事人在形式上平等而在实质上并不完全平等,而且劳动争议往往涉及一国的社会政策、社会公平和社会秩序等多方面的因素,因此各国在劳动法中乃至在劳动争议解决过程中普遍采取向劳动者一方倾斜的政策。我国的《劳动争议仲裁法》及其他相关法律规范也在举证责任、调解协议和仲裁裁决的执行与救济途径等多方面体现了这种政策倾向,特别是在涉及拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等事项的争议案件中,采取了偏重保障劳动者一方当事人的程序制度规范,而相应的对用人单位一方当事人的程序权利进行了相应的限制。

(三) 劳动争议仲裁裁决的效力与司法审查

劳动争议仲裁裁决的效力与救济途径分为两大类:

第一类是《劳动争议仲裁法》第47条规定的劳动争议,包括追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的小额争议,以及因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。针对这类争议作出的仲裁裁决为终局裁决,自作出之日起发生法律效力。用人单位一方不服裁决的,只能向中级法院申请司法审查,即在有证据证明该仲裁裁决存在管辖权缺失、法律适用错误、违反法定程序、伪造或隐瞒证据或仲裁员徇私枉法等情形时,可申请撤销仲裁裁决,仲裁裁决被法院裁定撤销的,当事人可以向法院起诉。但劳动者一方对上述仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向基层法院起诉。

第二类是《劳动争议仲裁法》第47条以外的其他劳动争议案件,仲裁裁决没有终局效力,当事人可以自收到裁决书之日起15日内向法院起诉,期限届满未起诉的,裁决书发生法律效力。

此外,劳动争议调解协议与司法的衔接模式也是侧重于对劳动者方面的保护。劳动争议调解不成,当事人可以申请劳动仲裁。达成调解协议后一方当事人在协议约定期限内不履行调解协议的,另一方可以申请仲裁。但是因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议,用人单位在协议约定期限内不履行的,劳动者可以持调解协议书向法院申请支付令。

四、行政调解与行政裁决

行政调解是指在行政机关或行政官员主持下对民事争议进行的调解。例如,张某与李某驾驶的汽车发生追尾。交通警察判定张某对交通事故负全部责任。同时,经当事人双方请求或同意,交警就张某向李某赔偿损失的金额提出了一个建议。此时,交警关于由张某承担交通事故责任的决定是行政决定,但交警关于赔偿金额的建议是对张某与李某之间的交通事故民事赔偿纠纷提出的调解方案。根据《中华人民共和国道路交通安全法》(以下简称《交通法》)的规定,交通管理部门的调解并非强制性的,当事人可以请求调解,也可以直接向法院起诉;经行政调解后当事人未达成协议或者调解书生效后不履行的,当事人有权向人民法院提起民事诉讼。注意此处所称的行政调解是指以民事争议为客体的诉外调解,与行政诉讼案件调解是完全不

同的概念,后者是在行政相对人针对行政机关提起的行政诉讼中,由法院主持的、就行政机关与行政相对人之间的行政争议进行的司法调解。

行政裁决是指行政机关作为中立的第三者对民事纠纷进行的裁处,因此行政裁决权通常又被称为准司法权。行政裁决与行政决定的差异在于,行政机关在行政裁决中是民事法律关系之外的中立的第三者,行使的是准司法权;而在行政决定中则是作为行政法律关系的一方当事人,行使的是行政权。行政决定不是一种民事纠纷解决途径,而行政裁决是一种以国家行政公权力介入的诉外民事纠纷解决途径。

就行政机关解决民事纠纷的权限而言,行政主管部门对于自己主管事项的范围内发生的民事争议一般都有调解权,只要双方当事人同意其调解即可启动调解程序。但行政机关行使裁决权,却必须有相应法律的明确、具体授权。并且行政裁决的程序必须遵循有关法律规范和裁判程序的基本原则,保障当事人的正当程序权利,如受通知的权利、受中立裁判者听审的权利、相应的救济途径等。

第三节 民事诉讼

民事诉讼是解决民事纠纷的一种途径,但民事诉讼制度的功能绝不仅仅是解决纠纷,它还具有其他解纷途径所不能涵盖的其他功能,而且恰恰是那些独特的功能使民事诉讼制度得以拥有超越于诉外解纷途径的优势和价值,也正是为了体现和实现那些独特功能和价值,所以才形成了民事诉讼制度的基本原则、权限配置、程序规范、救济和监督机制等。

一、民事诉讼作为解纷途径的功能与特征

作为解决民事纠纷的多元途径之一,相比诉外解纷途径,民事诉讼具有以下特征:

第一,诉讼的启动。当事人的自治权受制于法律。比如,启动权只能由当事人一方(原告)享有,其他当事人基本没有选择权(除范围有限的协议管辖外);原告的程序启动权受法律关于裁判者和当事人两方面主体资格等制度的制约,比如对法官选任、审判庭组成、法院管辖及主管均无控制权。因此,民事审判权主要源于法律授权,同时受当事人处分权的制约,比如不得主动行使管辖权,裁判范围不得超出诉讼请求等。

第二,诉讼的结果。司法裁判及我国法院调解书,有强制执行力。因此,当事人一旦选择了诉讼途径,无论是否自愿,都要承受诉讼结果。当然,法院调解需要遵循自愿原则,尊重当事人的意愿,但在调解不成时,法院仍然拥有最终的决定权,有权以裁判形式决定纠纷处理的结果。

第三,诉讼的过程。民事诉讼具有法定性、正式性、规范性和专业性,诉讼权利和审判权力的行使都按照严格的条件和程式进行,比如当事人之间的对抗性、审判过程的公开性、诉讼证明和裁判说理的逻辑性、救济机制(上诉和再审)的繁复性。这是由

于诉讼缺乏自愿和信任资源,又具有强制执行力带来的高风险所必须的。

通过比较诉讼与和解、调解、仲裁等诉外纠纷解决途径,我们还可以发现一些规律:其一,第三者权力越大、效力越强时,则风险越高,因而对于程序保障的依赖性越强,程序的正式化程度也就越高;其二,当事人的自治权和控制权越小,则当事人的权利保障和实现对于程序和法律规则的依赖程度就越高,程序就越具有正式性、规范性和法定性,与此相应,程序和规则越少的解纷机制成本也就越低。民事诉讼的基本特征是当事人的平等性,纠纷解决机制的对抗性,诉讼主体行为的法定性、程序性、规范性和专业性,以及纠纷解决结果的强制性。其相对于自力救济和社会救济而言,自治性和处分权要受到更多限制;但相对于与并存的刑事诉讼、行政诉讼而言,民事诉讼具有更多的自治性,当事人享有更多处分权。

民事诉讼的上述特征,一方面在保障公正解决纠纷、保障合法权益实现方面(应当)更有优势;另一方面纠纷解决的成本可能高于其他途径,同时诉讼在纠纷解决的彻底性和治疗性(修复性)以及信息的保密性方面也有明显劣势。认识诉讼的特殊性和局限性意义在于:

其一,法律或司法并非万能,社会冲突的解决不能仅仅依赖于司法救济。容许和鼓励解决纠纷的多种机制并存,一方面有助于培植社会自我疗治冲突的能力,从根本上减少纠纷;另一方面有助于从机制上实现案件分流,缓解司法的压力,为实现司法公正并提供社会公正的理想标尺创造现实可能性。

其二,每一种纠纷解决机制各有其内在的优势和相应劣势,这些优势和劣势取决于各种机制的预设功能以及各自利用自身的正当性资源实现预设功能的能力。它们无法相互替代;任何一种机制试图实现所有价值、占有全部资源、克服一切劣势,就会丧失其特定个性和与劣势相伴而生的优势。对于制度的设计者而言,要提供多元的、合理的、可选择的机制;对于制度的运作者而言,要充分发挥制度优势;对于制度的利用者而言,充分考虑和比较并在此基础上加以选择——选择其优势的同时也就意味着准备承受其劣势。

其三,从民事诉讼法教学和研究的意义上,在比较中增加对诉讼特质的理解,有助于理解和评价我国现行诉讼法中的具体制度是否体现了这些特质以及能否保障诉讼制度功能和优势的实现。

二、民事诉讼作为制度的其他功能

民事诉讼如果仅仅作为一种纠纷解决途径,其上述特征决定了,如果单纯以“一定人力或物力为基数平均所解决的纠纷件数”为标准来评价民事诉讼制度的效率,那么诉讼会被认为是最没有效率的方式。然而,诉讼制度因其所独有的另一功能而使之具有潜在的效率。

(一) 民事诉讼的规则功能

民事诉讼通过依法解决具体纠纷而维护乃至形成具有普适性的一般行为规范和

法律秩序,以此促进大量类似纠纷得到自发解决,并因其后果的可预测性而预防潜在的社会纠纷。司法判决所确立的标准和规则,给诉讼外纠纷解决机制提供了参照标准,比如人们在决定将案件提交诉讼或自行和解时,或者在考虑是否接受和解或调解结果时,总是自觉或不自觉地假定案件如果审判将意味着怎样的成本投入和收益。因此,诉外纠纷解决机制被称为“在法律的阴影下谈判”,个人之间的纠纷“私了”常常以国家法律为索赔标准。美国律师甚至总结出—个接受和解方案的公式,将诉讼的成功概率乘以本方当事人希望获得的赔偿数额,与对方当事人建议的赔偿数额进行对比。因此,民事审判在解决个案纠纷的过程中,必须形成具有确定性、统一性和普适性(或参照性)的行为规范,才能使诉讼制度在解决和预防整个社会纠纷方面具有维护和形成规则的价值,产生“批量”效应——这种效应从整体和长远意义上大大增加了诉讼作为纠纷解决和社会控制(治理)途径的效率。

比较而言,诉讼制度的规则功能在判例法国家比成文法国家更明显,在上诉程序中比在初审程序更重要,在最高法院比在下级法院特别是基层法院更突出。但在一般技术结构上共享一些共同的法理。比如,这一功能的实现依赖于规则意识和司法统一,特别是依赖于上诉程序的强化和功能转变。如果整个诉讼机制以个案解决为唯一目标,诉讼就无异于诉讼外纠纷解决机制,而且缺失规则、反复无常、充斥冲突的司法,会突显其高成本、低效率的劣势,即使仅仅就个案而言,也不会显示其纠纷解决更公正、更权威的优势。

(二) 民事诉讼的教育功能

进行法制教育和培育法律信念,是由民事诉讼的规范功能衍生出来的功能。

首先,司法承担着向公众说明“法律是什么”的责任。司法如同戏剧一样,在事物自身和表演所指定的空间内叙说着法律;司法机构不仅仅要通过判决解释法律,而且要通过法律的仪式、表演以及对待参与者的方式,展现它在给定的范围内正当地行使了权力。司法过程的核心是说服,双方当事人努力说服判决者相信他们关于事实和法律的那个版本,才能获得有利于自己的裁判结果。但他们提交法院判决的案件是一个事实与法律的混合体。事实之所以被称为事实,是因为它们并非虚构;但事实与法律之间的互动是由一种“可操作的、弹性的逻辑”引导的,对于事实和法律的选择常常受到第三种因素的引导,也就是在法庭上可能表演的潜在因素,亦即证据规则、对方的状况、诉讼的动态(包括突然袭击和临场反应)、证据和证言的类型以及法律的强制,等等。换言之,对于事实和法律的选择取决于或借助于律师说服判断者的表演,这一特点将法律案件与科学考察区分开来。就像生活素材必须经过编剧的剪裁,一个最好的案件陈述就是一个真实与想象的天衣无缝的契合,而只有反映生活真实的剪裁和再现才能说服受众(剧院中的观众和法庭上的裁判者)。法院的剧院性质使之有了自由的空间,这就是人性的空间,尽管这个空间常常受到争议,但它就是司法的特质。在技术层面上,诉讼律师从会见客户并倾听他们叙说故事的那一刻开始,就必

须思考:如何能把客户的故事翻译成起诉状亦即启动诉讼的书面文件?哪些要素会构成可救济的请求,使之成为在管辖权、当事人资格、法律理由等方面都能够获得法院受理?如何找到足以支持在起诉状中所提出的“主张”的证据?请求即使胜诉是否能获得充分的金钱补偿数额,从而值得花费如此成本?或者律师是否应当鼓励客户撤诉、和解或寻求调解或其他替代诉讼的解决方式……程序法的意义在于,提供一种将争议引入法院的轨道并提供在法院解决这些争议的方法。

其次,司法承担着强化和培育法律信仰的责任。诉讼如同牌局,客观事实和证据一旦发生,就像手上的牌一旦确定便无可更改一样;但基于如上所说的原因,裁判结果并非总是确定的、可预测的,正如牌局可能因游戏参与者或出牌方式的差异等而有所改变一样。因此,只要游戏者没有作弊,参与者对于结局就能心悦诚服,即使结局对自己不利,当事人也不会否认其正当性。程序法的意义就在于确定一个公平、严谨的游戏规则,保障参与者在给定的证据和权限范围内形成司法结果,从而使当事人和社会公众相信和接受这一结果。在这个意义上,法律人参与司法过程就是形成或影响着司法结果的过程,接受法律信仰的同时也在强化和创造着法律信仰。

第四节 民事诉讼法

在我国,狭义的民事诉讼法仅指现行的《中华人民共和国民事诉讼法》,广义的民事诉讼法则是指调整民事诉讼法律关系的所有法律规范所构成的民事诉讼法律制度体系。

一、《中华人民共和国民事诉讼法》

我国第一部民事诉讼法是1982年颁布试行的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》,本教材称为《民事诉讼法(试行)》。现行《民事诉讼法》于1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过、自颁布之日起施行,第一次修正案于2007年10月28日通过、自2008年1月1日施行;第二次修正案于2012年8月31日通过、自2013年1月1日施行。2012年修正后的《民事诉讼法》由四编27章284条构成。第一编总则,第二编审判程序,第三编执行程序,第四编涉外民事诉讼程序的特别规定。

(一)《民事诉讼法》各编的基本内容

第一编总则,规定适用于民事诉讼每一个阶段的普遍性原则、制度和规则。它包括:民事诉讼法的任务,作为整个民事诉讼制度的目标和统帅;适用范围,确定了民事诉讼法的性质和效力;基本原则,作为解释具体规范的准则和局部规范缺失的补遗;审判组织和管辖权,赋予和限定了法院与其他国家机构、社会组织之间,以及法院相互之间在管辖、审判民事案件方面的权限和组织结构;当事人制度,确定了各方当事人参加民事诉讼的根据、原理和诉讼地位;证据和证明,规定了举证责任和证据调查、

审核、判断证据和事实的程序和规则；期间和送达，确定了整个诉讼过程中诉讼行为和审判行为的具体方式和期限；诉讼调解，作为贯穿于诉讼过程始终的政策；诉讼费用制度，作为体现诉讼政策并影响诉讼规则实施效果且在每一案件中都必然适用的基本制度。除此之外，总则还规定了几项虽然不是每一案件都可能适用，但必要时在诉讼过程的任何阶段都可能适用的制度，如财产保全和先予执行；妨碍民事诉讼的强制措施，由于其在主体上并非仅仅针对当事人（而且针对不特定的相关者）、在环节上并非仅仅适用于某一诉讼阶段（而可能适用于包括诉讼程序和执行程序在内的任何阶段），因此也列入总则范围。

第二编审判程序，是整个民事诉讼法的重心。它包括作为基础程序的一审普通程序、简易程序和小额程序，作为通常救济途径的二审程序，作为例外补救渠道的审判监督程序，以及特别程序——包括认定公民失踪、死亡、无民事行为能力、限制民事行为能力能力和认定无主财产等非讼事件程序、选民资格案件的速审程序、诉外调解协议和实现担保物权的司法确认程序，此外还有单列的无争议债务支付的督促程序和失权票据的公示催告程序。这些程序相互独立，各有其特定规则，共同构成我国审判程序制度的完整体系。但其中诉讼程序构成了审判程序乃至全部民事诉讼法的核心和重心，本教材讨论诉讼程序的原理、特质或规则时，除特别说明外一般均指诉讼程序。特别程序与诉讼程序在法理上存在明显差异，将在特别程序的相关章节具体阐释。

第三编执行程序是现行民事诉讼法的重要组成部分。但目前民事诉讼法学界和立法部门已达成基本共识，执行程序将从民事诉讼法中分离出去，单独制定《强制执行法》。尽管本教材沿用传统体例，将执行程序纳入其中，但读者应当注意执行制度与诉讼制度所调整的法律关系在性质、内容和方法上的内在差异。虽然民事诉讼制度以解决纠纷和保障私人权利为基本目的，在审判程序和执行程序中都有相应体现，但诉讼程序中的正义实现依赖于以处分权主义和辩论主义为基础的当事人对抗和法官中立裁判，而执行程序中的正义实现主要依赖于国家强制力和职权干预的保障。

第四编关于涉外民事诉讼程序的特别规定。涉外民事诉讼一般适用该编的一些特别规则，该编没有规定的，适用民事诉讼法的一般规定。按照学科的划分，本编内容大部分属于国际私法的研究范围，但学科的划分与立法体例之间也没有必然的逻辑联系，有些国家制定了单行的国际私法，我国将涉外民事诉讼程序规范作为民事诉讼法的一部分，符合事物本身的性质，也不违背我国的实际和国际上的通行做法。但学科划分太细而立法体例单一，却导致我国民事诉讼法在整合国内与涉外民事诉讼理论和制度方面的一些明显缺陷，为此，本教材提醒读者，民事诉讼法关于涉外民事诉讼的诸多疏漏需要借助于国际私法理论来弥补，但同时要注意我国国内民事诉讼与国际私法在比较法和法律移植渊源上的差异。

(二)《民事诉讼法》调整的各类程序之间的逻辑关系

“诉讼”程序以解决“争议”为核心和要旨,其基本构造是“两造对抗与居中裁判”^①,其基本理念是处分权主义和辩论主义。二审程序和再审程序属于诉讼程序的救济途径,因此也同样适用上述原理。第一编总则所规定的基本原则实际上主要针对的是诉讼程序。

特别程序总体上可归入非讼程序,其原理和功能均与诉讼程序显著不同。非讼程序不是用于解决争议,而是宣告或实现某种法律事实(状态)及其法律后果。非讼程序的启动和运行,要么是根本没有直接构成权利对抗的对方当事人(如三类典型的非讼事件),要么是对方当事人没有争议(故督促程序中一旦被申请人提出异议、公示催告程序中一旦申报人主张票据权利而形成争议,则转入诉讼程序)^②。因此特别程序的基本构造是“申请—确认—宣告”。由于在审理过程中不存在权利相对方,甚至没有辩论的双方当事人,因此不适用诉讼程序中的处分权主义和辩论主义,加之事项本身的简易性和当事人对快捷性的诉求,特别程序实行职权主义,并适用一审终审制和不同于诉讼程序的特别救济途径。

执行程序更区别于诉讼程序乃至整个审判程序。它不是以确认权利,而是以实现权利为宗旨。在实体权限上,执行官和当事人各方都要受执行根据(名义)的拘束,此时执行官的立场也不再中立,而是必须旗帜鲜明地强制债务人履行债务以保障债权人实现执行名义所确定的债权(除非债权人自愿放弃);在程序权限上,执行官和当事人各方均受法定程序的约束。因此,在执行程序中,并不适用当事人“平等”武装或对抗原则,但必须坚持“合法”原则。在民事诉讼法修正案讨论中,各界已经就执行程序的单独立法达成广泛共识,未来的民事诉讼法将与强制执行法典并列为“兄弟”程序法,而不再是“父子”关系。

涉外程序是相对于国内程序而言的。虽然标题为“涉外民事诉讼程序”,但其内容与国内民事诉讼程序一样,实际上包括了诉讼程序、非讼程序和执行程序三个方面,只是在司法政策、管辖权制度和诉讼期间等技术性问题上有一些特别规定,贯彻国家司法主权、司法协助和程序运作技术的需求,但其程序原理与国内程序的上述分类并无二致。

简言之,我国现行《民事诉讼法》所调整的关系并不仅仅是“诉讼”法律关系,而且还有非讼法律关系和执行法律关系。换言之,《民事诉讼法》中规定的程序制度,不仅包括诉讼程序制度,而且包括所有民事司法程序制度(见图表 1.1):

^① 参见王亚新:《对抗与判定》,清华大学出版社 2003 年版。

^② 或者是虽然存在纠纷和对抗的双方,但解决途径为非对抗方式,比如日本将纠纷的司法调停列入非讼事件程序。参见郝振江:《论非讼程序的功能》,载《中外法学》2011 年第 4 期。