

普通高等教育精编法学教材

民事诉讼程序实务讲义

PROCEDURAL PRACTICE LECTURE NOTES OF CIVIL ACTION

王学棉
李倩 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

非外借

普通高等教育精编法学教材

民事诉讼程序实务讲义

PROCEDURAL PRACTICE LECTURE NOTES OF CIVIL ACTION

王学棉
李倩 著

北京市共建项目专项资助



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼程序实务讲义/王学棉,李倩著. —北京:北京大学出版社,2018.11

(普通高等教育精编法学教材)

ISBN 978-7-301-30000-8

I. ①民… II. ①王… ②李… III. ①民事诉讼—诉讼程序—中国—高等学校—教材 IV. ①D925.118

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第250106号

- 书 名 民事诉讼程序实务讲义
MINSHI SUSONG CHENGXU SHIWU JIANGYI
- 著作责任者 王学棉 李倩 著
- 责任编辑 李铎
- 标准书号 ISBN 978-7-301-30000-8
- 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010-62752015 发行部010-62750672 编辑部010-62752027
- 印刷者 河北涿县鑫华书刊印刷厂
- 经 销 者 新华书店
- 730毫米×980毫米 16开本 16.75印张 338千字
- 2018年11月第1版 2018年11月第1次印刷
- 定 价 39.00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

作者介绍



王学棉，华北电力大学人文学院法学教授，兼职律师，民事诉讼法方向硕士生导师，清华大学法学博士，美国纽约福特汉姆（Fordham）大学法学院访问学者（2009.8—2010.8），主要从事民事诉讼法和证据法学研究，在《政法论坛》《清华法学》《比较法研究》《当代法学》等法学刊物上发表论文40余篇，出版学术专著3本、教材《民事诉讼法教程》1部（合著），主持省部级课题多项。荣获北京市第十届教学名师奖、北京市优秀教师等称号。系国家级精品视频课《生活中的纠纷与解决》以及慕课《生活中的纠纷与解决》负责人和主讲人。



李倩，浙江大学法学学士，华北电力大学法学硕士，专职律师。长期专注于中小企业法律风险防控、合同审查、劳动管理、知识产权等业务领域。

打通实务能力培养“最后一公里”(代序)

当前,我国各大学法学院培养的学生大多缺乏实践能力,上手能力差一直为实务界所诟病,究其原因在于没有解决好“最后一公里”的问题,即教材和教师都不重视实务教学。现有的教材对理论都非常重视,这无可非议。但认为学生只要掌握理论,实务就会无师自通,这不仅难以成立,而且也有些幼稚。如果教材不介绍实务中具体怎么操作,如果再碰上一个没有实务经验的教师,学生实践能力差是必然的。从理论到实践也许只是最后一公里的路程,但就是这最后一公里,有的学生需要花费很长的时间才能自行摸索走完,有的甚至在自行摸索的过程中还付出了沉重的代价。鉴于民事诉讼法是一门理论性与实践性兼具的学科,考虑到民事诉讼法理论教学的时间有限,而内容众多,要在现行的教材里面大量增加实务教学内容,不具有可操作性。可行的办法就是另行撰写一本程序实务教材,作为理论教材的辅助教材,供学生一边学习理论,一边学习实务;或者在完成民事诉讼理论学习后自行学习实务。这必将在较大程度上解决学生动手能力差的问题。因为即使教师没有实务经验,学生看完实务教材后也应该能够知道在实务中如何操作。

目前关于民事诉讼实务的教材虽然不是很多,但还是有一些。这些教材的作者可分为两类:一类是律师写的,一类是大学教师写的。这两类作者写的实务教材各有特点:律师写的实务教材喜欢与具体的纠纷种类相结合,如著作权纠纷诉讼指引与实务解答、不正当竞争纠纷诉讼指引与实务解答等。此类解答严格说来并不是教材,其中涉及的民事诉讼知识都是些常识,更多的是实体法知识,在体系上也不完整。更为严重的缺陷是有些律师为了竞争需要,并没有将自己在办案中掌握的民事诉讼实务中的“葵花宝典”,即核心知识展示出来。大学生或者新入行的律师看了这些所谓的教材并不能全面掌握民事诉讼实务的精髓。不少大学教师写的实务教材虽然体系很完整,但过于浅显,更像是给理论知识配案例。此类教材确实能帮助学生理解理论知识,但在实战中的作用很有限。究其原因主要在于有的大学教师并没有实务经验,或者虽打过一两个官司,但总量有限,积累的经验并不是很丰富。

从民事诉讼参与主体的角度看,涉及律师、当事人和法官,抗诉时还会涉及检察

官。故在写民事诉讼程序实务教材之前必须考虑的一个问题就是受众是谁,或者说为谁而写。因为这些读者关注的问题并不相同,意味着写作内容、编排体例也得有所不同。当事人通常并没有系统学习过民事诉讼,也就不存在为他们写实务教材的问题。笔者虽然在法院挂过职,但并没有做过法官,而是一直在做兼职律师,显然从法官、检察官的角度写民事诉讼程序实务教材也不是我的强项,因此本教材主要从律师角度,即为日后准备从事民事诉讼律师这一职业的学生或者是刚入行正准备从事民事诉讼业务的新律师而写。

从内容上看,常规的民事诉讼法教材一般包括争讼程序、非讼程序和执行程序三部分,实务教材似乎也应包括这三部分才对。考虑到实践中争讼程序实务最为复杂,非讼程序实务相对简单,执行程序实务与争讼程序实务又完全不一样,为保持体例的一致性,本教材不包括非讼程序的实务和执行程序实务。争讼程序包括一审程序、二审程序和再审程序。一审程序又包括普通程序、简易程序(含小额诉讼程序),如果对普通程序的实务熟悉的话,简易程序(含小额诉讼程序)的实务自然不在话下,因此,本教材也不包括简易程序(含小额诉讼程序)实务。

笔者之所以愿意写这本教材,主要是出于以下考虑:第一是笔者的实务经验虽然不能与专职律师比,但毕竟还是有二十来年的兼职律师经历,处理过的民事纠纷虽没有遍布各个民事领域,但常见的领域,如侵权、房屋买卖合同、借款合同、婚姻、继承、医疗、商标等还是都接触过,胜诉败诉都体验过,一审、二审、再审都打过,有些体会和经验自认为还是很有价值的。在实务经验上可能比专职律师稍逊一筹,但比那些没有实务经验的大学老师还是要丰富一些,且在体系化方面比专职律师写的教材要更加用心。第二是笔者所总结的实务经验曾被商业机构成功推向市场,在市场上得到了很好的反响。有很多在网上看过视频或授课大纲的学员主动联系笔者,表示感谢。但视频与授课大纲毕竟是2010年前后的产物,有很多内容已经过时,与我国最新的《民事诉讼法》及司法解释不吻合之处甚多,非常有必要加以修正和完善,以免误导法学院的学生和刚入行的年轻律师。第三是笔者的主业是教师,兼职律师并非笔者的饭碗,从不担心教会了别人会导致自己的业务受损,影响自己的生存,因此在将自己的经验总结出来并推向社会时毫无保留,反而有一种得天下英才而育之的惬意。第四个原因就是北京大学出版社李铎编辑的督促。笔者曾与其他大学同行一起在北京大学出版社出版过《民事诉讼法教程》,责任编辑就是李铎先生。在那部教材里笔者加入了一小部分诉讼实务技巧,李铎先生甚为喜欢,便敦促笔者将民事诉讼实务技巧进一步完善、深化,形成一部完整的实务教材。

民事诉讼是实体法与程序法共同作用的场,由于实体法的范围极其宽广,无法在一本书中对民事诉讼中涉及的实体法实务进行归纳和总结。因此,本书仅对民事诉讼中的程序实务进行归纳和总结。如果将程序和实体结合起来,笔者认为成功的民事诉讼律师必备下列条件:扎实的法学理论功底,良好的语言表达能力,敏捷的逻辑思维能力,有效的人际沟通能力。

本书系王学棉、蒲一苇、郭小冬所著《民事诉讼法教程》(北京大学出版社2016年版)的配套教材。读者在学习本书之前,建议先学习《民事诉讼法教程》,这样效果最佳。本书基于论证、举例需用,引用了大量的判决实例的部分内容,为便于读者全面了解这些判决书,对于能够找到全文的判决笔者通过二维码的形式加以附录,以便读者拓展阅读。

本教材中的第十五章由笔者的研究生李倩律师完成。全书最后由笔者统稿。

本教材主要是笔者实务经验的总结,由于业务范围有限,有价值的内容肯定有限,有些总结肯定不全面,甚至不一定正确,希望读者、同行批评指正。如有意见可与笔者联系。联系邮箱:xuemianw@necpu.edu.cn,微信号:xuemianw。

王学棉

2018年5月

目 录

第一编 民事诉讼业务之承揽

第一章 接待当事人	(1)
第一节 接洽当事人	(3)
第二节 后期分析	(5)
第二章 协商代理费用,办理委托手续	(11)
第一节 进行利益冲突审查,确定代理对象	(13)
第二节 签订委托代理合同	(14)
第三节 签署授权委托书	(15)

第二编 一审民事诉讼实务技巧

第三章 对纠纷的初步处理	(19)
第一节 界定当事人之间的实体法律关系	(21)
第二节 确定应对策略	(28)
第三节 初步确定证明对象	(29)
第四章 证据的收集与整理	(33)
第一节 收集诉讼证据(证明案件事实的证据)	(35)
第二节 证据之保管	(49)
第三节 证据之整理	(50)
第五章 诉前其他准备工作	(53)
第一节 采取保全措施	(55)
第二节 决定当原告还是当被告	(58)
第三节 审查是否存在起诉的消极条件	(59)

第四節 選擇好訴的類型·····	(60)
第六章 確定當事人 ·····	(63)
第一節 確定適格當事人的標準·····	(65)
第二節 確定適格原告·····	(65)
第三節 確定被告·····	(67)
第七章 訴訟請求 ·····	(75)
第一節 訴訟請求之含義·····	(77)
第二節 訴訟請求提出之要求·····	(78)
第三節 逾期損失之請求·····	(116)
第八章 管轄之確定 ·····	(129)
第一節 確定管轄法院種類·····	(131)
第二節 確定級別管轄·····	(133)
第三節 確定地域管轄·····	(137)
第四節 基層人民法院內部管轄之分工·····	(148)
第五節 共同管轄和選擇管轄·····	(149)
第九章 起訴書之撰寫與提交 ·····	(151)
第一節 起訴書的撰寫·····	(153)
第二節 案由的選擇·····	(155)
第三節 起訴書的份數與提交·····	(158)
第十章 訴訟費用之計算 ·····	(161)
第一節 訴訟費用之計算·····	(163)
第二節 訴訟費用之交納·····	(165)
第三節 訴訟費用損失之避免·····	(165)
第四節 訴訟費用之退還·····	(165)
第十一章 審前程序 ·····	(167)
第一節 原告的工作·····	(169)
第二節 被告的工作·····	(172)
第三節 審前會議·····	(176)
第十二章 法庭審理 ·····	(179)
第一節 開庭準備·····	(181)
第二節 法庭調查·····	(182)
第三節 法庭辯論·····	(191)

第十三章 结案	(195)
---------------	-------

第三编 救济审实务技巧

第十四章 二审实务技巧	(199)
-------------------	-------

第一节 对判决的上诉	(201)
------------------	-------

第二节 对裁定的上诉	(216)
------------------	-------

第三节 上诉中的其他问题	(218)
--------------------	-------

第十五章 再审实务技巧	(221)
-------------------	-------

第一节 申请再审	(223)
----------------	-------

第二节 申请检察监督	(249)
------------------	-------

第一编 民事诉讼业务之承揽



第一章 接待当事人

第一节 接洽当事人

当事人通过不同的途径找到律师寻求法律帮助后,律师应当先大致了解一下纠纷涉及的对方当事人(看看是否系自己的法律顾问客户),纠纷的类型(医疗、专利还是侵权等),处于何种处理阶段(没有起诉还是已经起诉、已经起诉的是一审、二审还是再审或者执行),当事人的身份(原告还是被告、上诉人还是被上诉人、再审申请人还是被申请人),是否与自己的业务定位相符。如果对方当事人是自己的法律顾问客户,为防止利益冲突,必须予以拒绝,告知当事人另行聘请律师。鉴于有的律师只承接一定领域的纠纷,如能源行业、金融行业或医疗纠纷等;有的律师只承接再审案件,有的律师只承接疑难案件;如果当事人的纠纷与自己的业务不相符,也应直接告知当事人。由于现在律师都是抱团作战,即相互给对方介绍其擅长领域的客户,故可以询问当事人是否介意给他介绍一个自己熟知的更为专业的律师来帮其办理。

如果与自己的业务相符,则应当进一步了解纠纷的来龙去脉、当事人的诉求和持有的证据。如果当事人在外地,则可以通过电话、微信、QQ 等方式进行。如果纠纷比较简单,在电话里或者微信里就能说清楚,通过查看相关证据就能作出判断的话,就可以约当事人见面,办理委托手续。

对于比较复杂的、一两句话说不清楚的纠纷,应当与当事人面谈,并请当事人将相关法律文书,如生效的裁判文书、已经持有的证据一并带来。双方应协商面谈的时间和地点。面谈地点的选择按方便原则和对方当事人身份确定。对于法人,尤其是大型企业的法务,面谈地点放在正规的律师事务所会议室较适宜。对方要求到他们的办公场所面谈也可以。对于自然人,征得对方同意,在律师事务所会议室、咖啡馆、宾馆大堂等均可。如因客观原因需取消面谈时,一定要提前通知对方,做好解释工作。面谈当天律师应当着装得体、准时赶到。确实有特殊原因不能准时赶到的话,应当致电对方进行解释。

见面后,律师需要做好以下几项工作:

(1) 了解引发民事纠纷的原因。根据引发民事纠纷的原因是否系刑事犯罪,可以分为因刑事犯罪引发的民事纠纷和非因刑事犯罪引发的民事纠纷。之所以做这种分类,是因为这两类民事纠纷可以通过完全不同的程序来解决。对于非因刑事犯罪引发的民事纠纷,需要进一步区分是否系国家机关和国家机关工作人员行使职权导致。如果不是,则应通过民事诉讼来解决;如果是,则只能按照《国家赔偿法》的规定要求赔偿。

对于刑事犯罪引发的民事纠纷,因我国《刑事诉讼法》第 101 条第 1 款规定,被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的,在刑事诉讼过程中,有权提起附带民事诉讼。被害人死亡或者丧失行为能力的,被害人的法定代理人、近亲属有权提

起附带民事诉讼。这表明受害人既可以通过提起刑事附带民事诉讼来解决,也可以通过民事诉讼来解决。由于刑事附带民事诉讼与民事诉讼各有优劣,此时就需要根据当事人利益最大化的原则进行选择。刑事附带民事诉讼的好处在于:第一,不用交纳案件受理费;第二,由于刑事诉讼先行,一旦被告认定为有罪,附带民事诉讼的原告无需就存在犯罪侵权行为举证,只需就损害结果进行举证即可。不足在于:不能要求精神损害赔偿。因为最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第138条规定,被害人因人身权利受到犯罪侵犯或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的,有权在刑事诉讼过程中提起附带民事诉讼;被害人死亡或者丧失行为能力的,其法定代理人、近亲属有权提起附带民事诉讼。因受到犯罪侵犯,提起附带民事诉讼或者单独提起民事诉讼要求赔偿精神损失的,人民法院不予受理。如果受害人存在人身损害,要求精神损害赔偿的,则不能选择刑事附带民事诉讼,而应当选择在刑事诉讼结束后与其他赔偿请求一起提起民事诉讼。

(2) 了解纠纷真相。首先要鼓励当事人如实讲述案件真相,不论是对其有利的还是不利的,也不论是有证据支持还是没有证据支持。因为有些当事人在描述纠纷来龙去脉时,往往只讲对自己有利的,隐藏对自己不利的内容。而这不利于律师从法律的角度全面分析后果。当事人在介绍纠纷时,容易“东一榔头西一棒子”,或者眉毛胡子一把抓没有重点,律师需要及时发问,引导当事人围绕纠纷按一定顺序进行介绍。对于不清楚的地方,也应及时发问,让当事人加以澄清。

(3) 了解纠纷是否经过其他途径解决及结果如何。如双方有无协商、调解、劳动仲裁等。如有的话,结果如何,有无相关文书;如有文书应认真查看当事人手里持有的文书,如劳动仲裁裁决书,起诉书副本,一、二审判决书等,并留下复印件。对没有经过任何处理的纠纷,则应重点了解当事人手里有无证据、有哪些证据、是否系原件等。同时对当事人之间的实体法律关系大致是什么以及是否超出诉讼时效作出初步判断。如果超过了诉讼时效,则需要询问当事人是否存在令诉讼时效中止、中断或延长的情形及证据。

(4) 了解当事人的诉求。对于经过初步处理的纠纷,如人民调解的纠纷,需确定当事人是要对原纠纷进行解决,还是想与对方一起对人民调解的结果进行司法确认。毕竟这是两种完全不同的程序,前者走诉讼程序,后者走非讼程序。如果走诉讼程序,通常情况下原告都是为了维护自己的合法权益。但也有一些当事人是出于其他目的,如获取证据,为下一次诉讼做准备;或者为了出一口恶气;或者为扬名;或者是为了获得法院的败诉判决,“单位好下账”。甚至还有人纯粹是为了折腾对方。有的甚至是多重目的。对于出于不法目的的诉讼,如折腾对方,应当予以拒绝。之所以要了解当事人的诉求,在于不同的诉求实现的难度不一样,需要付出的努力不一样,最终影响到代理费的报价。对于被告,则需要了解其对原告主张是否认可;不认可的话,是对哪一部分不认可,是事实部分还是诉讼请求部分,是全部不服还是部分不服,理由是什么。如果原告所述都属实,被告有无抗辩理由等。

有的当事人提起上诉确实是对一审判决不服,认为一审判决确实存在错误。但也有人提起上诉纯粹是为了拖延时间。对于前者则需要进一步了解当事人不服的是哪一部分,是事实认定、法律适用还是判决主文;是对全部判决主文还是部分判决主文不服,理由是什么。对于再审申请人,律师同样需要了解是对已经生效的判决全部主文还是部分主文不服,申请再审的理由是什么。如果是以新证据申请再审的话,需要进一步了解新证据是什么,已经持有还是需要日后收集。对于被上诉人或再审被申请人需要了解他们对判决的态度,是认同还是部分认同。对于上诉人的上诉理由或再审申请人的再审申请理由是否认同,不认同的话,依据是什么等等。

(5) 让助手做好会谈纪要,以便后期研判。会谈结束后,也可以及时将会谈纪要发送给当事人。

第二节 后期分析

对于较复杂的案件需要进行后期分析,工作主要包括:

► 一、判断是否属于人民法院主管

这个问题涉及能否提起民事诉讼,甚至决定是否接案。民事诉讼主管是指法院依照法律、法规受理一定范围内民商事纠纷的权限,也就是确定法院与其他国家机关、社会团体之间在民商事纠纷解决上的分工。

判断分为三步:第一步判断纠纷是否发生在平等主体之间。如果不是平等主体之间的纠纷,自然就不能提起民事诉讼。需要注意的是,主体是否平等只有放在特定的法律关系中才能进行分析,因为有的主体有多重身份。如行政机关在执行公务时,与相对人之间是不平等主体,但行政机关在购买办公设备时与商家就是平等主体。因为《民法总则》第97条规定,有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从成立之日起,具有机关法人资格,可以从事为履行职能所需要的民事活动。再如大学与学生之间的关系。在大学决定是否给学生颁发学位时,二者是不平等的主体。若大学因校园内的设施有缺陷致学生受伤时,则属于平等主体。

► 【案例】

谢××原系顺义区李桥镇英各庄村村民,顺义区李桥镇英各庄村批给她464.7平方米的宅基地。谢××取得该地块的集体建设用地使用证。后谢××结婚,婚后将户籍迁往夫家(夫家不在本村),户籍迁出后其宅基地未收回。顺义区李桥镇英各庄村村民委员会(以下简称英各庄村委会)与谢××的父亲谢某签订《宅基地收归集体协议》,约定:谢××拥有的宅基地使用权交给集体,宅院内房屋、树木共折合人民币5000元。协议上有谢某、英各庄村委会及见证人的签字。协议签订后,英各庄村委会收回谢××的宅基地,并将5000元交付谢××的父亲谢某。后顺义区

李桥镇人民政府规划土地管理科将宅基地变更至沈某名下,沈某系城镇居民,现已将谢××原有房屋拆除重新建设房屋。谢××离婚后将户籍迁回顺义区李桥镇英各庄村,发现宅基地被侵占,遂诉至法院,请求判令谢某与村委会订立的宅基地收回协议无效,判令英各庄村委会将其拥有的宅基地腾退归还其使用。本案中,她能否提起民事诉讼?

[解析] 一审法院经审理认为,根据法律规定,村民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理,村民宅基地属于村集体所有的土地。本案中原、被告争议的宅基地由村委会收回集体,是村委会对集体土地的管理行为,而并非平等主体的买卖行为。该案不属于人民法院受理民事诉讼的范畴。据此,裁定驳回原告谢××的起诉。谢××不服,提起上诉。

二审法院经审理认为,从谢××之父谢某与英各庄村委会签订的《宅基地收回集体协议》的内容来看,英各庄村委会实际上购买了属于谢××所有的宅基地。双方系以协议形式约定双方之间的权利义务关系,除协议外英各庄村委会并未就该户的宅基地使用问题作出行政决定。因此,该协议应认定为平等民事主体之间的民事行为,并非英各庄村委会行使集体土地的管理职权,应属于人民法院受理民事案件的范围,一审法院应当对谢××的诉讼请求进行实体裁判。据此裁定:(1)撤销一审法院原民事裁定;(2)指令一审法院对本案进行实体审理。

大部分当事人之间是否平等,一目了然。如因单位内部管理而引发的单位与员工之间的争议就不是平等主体之间的争议。因此,最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解释》第4条规定,国家机关、社会团体、企事业单位等部门对其管理的人员作出的结论或者处理决定,当事人以其侵害名誉权向人民法院提起诉讼的,人民法院不予受理。

►【案例】

《炎黄春秋》杂志社起诉称:2016年7月13日,《炎黄春秋》主管主办单位中国艺术研究院通知起诉人,“终止双方签订的《中国艺术研究院与炎黄春秋杂志社协议书》(以下简称《协议书》),撤换领导成员,撤销机构设置。”起诉人认为,中国艺术研究院的行为违反了《协议书》的约定,请求法院判决:确认中国艺术研究院单方终止《协议书》的行为无效;中国艺术研究院停止违约行为、继续履行《协议书》;中国艺术研究院承担本案诉讼费用。

北京市朝阳区人民法院认为,人民法院受理民事诉讼的范围是平等民事主体之间的人身关系和财产关系纠纷,中国艺术研究院是起诉人的主管主办单位,该争议系中国艺术研究院作为主管主办单位与被管理单位之间的内部管理事宜,不是平等民事主体之间的人身关系和财产关系纠纷,故不属于人民法院受理民事诉讼的范围,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第119条第4项、第123条之规定,裁定如