



2008年司法考试案例教学

诉讼法

指南针司法考试研究中心/组编

突出三法三诉 最新案例教学

小案例 解决大问题



法律出版社

2008 年司法考试案例教学

诉 讼 法

指南针司法考试研究中心 / 组编

策 划: 夏温波 王 利

编写成员: (依姓氏笔画排名)

王 利 王 旭 李奋飞

刘艳敏 刘道远 纪格非

陈永强 梁清源

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

诉讼法/指南针司法考试研究中心组编. —北京:法律出版社, 2008. 4

(2008年司法考试案例教学)

ISBN 978-7-5036-8255-1

I. 诉… II. 指… III. 诉讼法—案例—分析—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D925.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第031771号

©法律出版社·中国

责任编辑/马丽娟

装帧设计/曹铀胡欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙磊

开本/787×1092毫米 1/16

印张/26 字数/660千

版本/2008年4月第1版

印次/2008年4月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-8255-1

定价:55.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

司法考试的重点在于“三法三诉”,即三大实体法和三大诉讼法的考查,这是2008年考试命题重心的变化。根据这一基本要求编撰了本套丛书,共三个分册:《民商法》、《刑法·行政法与行政诉讼法》和《诉讼法》。

学习法律的最终目的是解决案例(案件),分析案例是学习法律最好的方法!

考生都意识到了案例分析之难和重要性(司法考试80%的分值是案例分析类试题),尤其是民法和刑法,但不知如何解决这些问题,心理上十分渴望能有人帮他们解决这个难题。司法考试案例分析类辅导用书可谓“琳琅满目”,但是毫无例外地都限于选择十几个或二十几个案例的简单罗列,应付卷四和考生的一般心理期待。这些案例书籍往往案例陈旧、解析繁琐、体系混乱,总之是越看越糊涂,浪费宝贵的时间,最后是让你无所适从。从司法考试辅导的角度上讲市场上没有一本真正从方法论的角度撰写的“案例教学”方面的书。指南针司法考试培训学校结合教学实践和经验编撰的本丛书从方法论的角度出发,教你如何一步一步的分析案例,以适应司法考试“客观试题主观化”的需求,以培养考生案例分析思维习惯,全面提高考生的案例分析能力为目标的应试用书。

本套丛书对具体知识的基本写作体例如下:

(一)基本法律规定:本部分仅对基本的重要的法律规定进行原文编录。只求重点,不求全面,强化记忆。

(二)基础案例分析和规律性总结:本部分海量选取典型的、具有考试可能性的“一句话”小案例。这些案例生活性强、趣味性强,案情叙述简单明了,法律、法理分析简练,答案分析准确地把握了命题人的学术倾向。适应司法考试试题对基础知识考查的特点,强化基础知识的学习、巩固。对有规律的知识点进行一句话概括,进行经验性的总结。拓展知识面,巩固基础知识。

(三)要点重述:重点阐述本部分的理论性知识和重要制度。阐述精炼,重点全面,强理解,促进记忆,减轻负担。

(四)疑难案例分析:列举分析在司法实务中出现的具有“时事性”的疑难案例和媒体报道的有一定社会影响的案例,体现该学科案例分析法律思维模式、规律和特点,适应司法考试试题有一定深度考查的特点,提高处理难题的能力,拓展知识面,提高对相应知识的驾驭能力。

具体知识点选取的原则是“既照顾考试命题的可能性又考虑知识体系的相对完整性,详略适度”。因为本套丛书的定位不是仅用来应对卷四,而且还要应对其他试卷的考试。本书的每一册都自成体系,可以取代教材类辅导用书。

我们相信:本套书的问世,使您感到相见恨晚!

指南针司法考试研究中心
2008年4月

刑事诉讼法的命题规律及备考方略

大家知道,首届即2002年司法考试中有关刑诉法的分值为55分,2003年刑事诉讼法的分值为46分。2003年国家司法考试中刑事诉讼法部分放在试卷二和试卷四中考查,其中在试卷二中约占35分,在试卷四中约占11分。2004年400分变为600分后共考查了62分,其中在试卷二中占50分,在试卷四中约占12分。2005年在分值方面有所提高,共75分。2006年的分值又有所下降,共约60分。2007年又有所回升,共72分,其中在试卷二中占52分,在试卷四中占20分。可见,尽管每年有一定的变化,但分值一般都会在60~70分。这足以显示出刑事诉讼法在司法考试中显然处于重中之重的地位,应引起考生的高度重视。

从历年刑事诉讼法的考试情况来看,试题总体来说不是很难,都是基础知识,都是刑诉法的常规知识点,基本保持了“重者恒重”的风格。命题大多直接来自于《刑事诉讼法》、《高法解释》、《六机关规定》、《高检规则》等。换句话说,刑事诉讼法部分的试题,大多都可以直接或间接地找到法条依据。总体来看,刑事诉讼法部分的试题对《刑事诉讼法》基本法条的考查所占的分值较多,但是,对一些具体的司法解释的考查分值也占到了将近一半。

因此,应对刑事诉讼法,关键在于对法条要有比较熟练的理解和记忆。也正因为如此,刑事诉讼法乃至程序法应当说比较容易在较短的时间内“突击”,并富有成效。不过,做刑事诉讼法试题,贵在准确。法律条文中规定“应当”就是应当,“可以”就是可以。千万不要模棱两可,不加区分。但是,《刑事诉讼法》、《六机关规定》、《高法解释》、《高检规则》等文件,合计起来有1500条之多。这么多的法条,要想在有限的时间内将其全部掌握,谈何容易?这就需要考生在复习过程中,能够找出重点法条(也就是容易考察的法条),并能够对其进行理解记忆,唯此,方能“以巧取胜”。

那么,哪些条文是重点法条呢?

以笔者之眼光,结合历届律师资格考试及统一司法考试,具备以下几个特点之一的法条为重点法条:

1. 法条涉及刑事诉讼法的一些基本问题,如《刑事诉讼法》第5条(涉及司法独立问题)、第12条(涉及无罪推定)。

2. 法条相对比较复杂,即包括的内容较多,易与其他部门法发生联系,如《刑事诉讼法》第15条,该条不仅规定了六种情况,而且这六种情况一旦出现,在刑事诉讼中的不同阶段,就会有不同的处理方式。不仅如此,该条还可以与刑法的追诉时效、亲告罪案件的范围相联系,乃至与刑事二审程序的上诉不加刑原则和全面审查原则相联系。

3. 法条存在一些重大的法理缺陷,而这样的条文往往容易为命题者所关注。如2002年试卷二第13题,2003年试卷二第16题,这两道题分别考查了《高检规则》第262条、第263条的规定,而这两个条文都存在明显的法理缺陷——“程序倒流”。

4. 法条具有明显的价值含量(如涉及被追诉人的人权保护),而那些纯而又纯的“手续性”规定则一般不会考查。例如,关于送达的程序规定、关于死刑综合报告的具体内容、关于开庭的具体规则,等等。

5. 法条新近发生了一些变化,一般是一些最新司法解释所涉及的法条。

6. 历届试题所涉及的法条。

字数所限,笔者不能在此对刑事诉讼法的重点法条进行一一归纳。但是,笔者却可以对刑诉法侧重考查的章节作一个简要的提示,它们是:(1)刑事诉讼法的基本原则;(2)管辖制度;(3)辩护与代理制度;(4)回避制度;(5)强制措施;(6)证据制度;(7)附带民事诉讼制度;(8)侦查程序;(9)第一审程序;(10)第二审程序。

当然,近年来,刑事诉讼法部分的试题有的综合性也很强,体现在:这些试题往往不是单纯考查某一

个知识点,可能是一个题涉及几个知识点,尤其是多项选择题,有些试题就是几个知识点的综合,甚至,有些试题可能横贯刑事诉讼的多个程序阶段,这类试题基本上也就算是刑诉试题的难点了。如 2007 年第 35 题,关于在立案阶段被害人的救济性权利的规定就是对被害人权利综合归纳的结果;再如 2007 年第 38 题,关于死刑案件的诉讼程序问题,就是综合了管辖、审判组织、拒绝辩护以及适用程序等问题;2007 年第 71 题,关于补充侦查的考查,就涵盖了整个刑事诉讼中的相关规定。试题的综合性,还体现在卷四中的案例分析上,2006 年的试题就把刑法和刑诉法放在一个试题中来考查。

这些都给考生提了一个醒,那就是,在学习时,要对相关知识点进行归纳和总结。我认为,只要考生能够对刑事诉讼的基础理论和基础知识有比较准确的掌握,并能够把法条、法理和具体的案例结合起来,对付刑事诉讼法的试题就不会有什么问题。

祝愿天下所有的考生都能够梦想成真!

是为序!

李奋飞

2008 年 4 月

民事诉讼法与案例教学

“案例化”是近年来司法考试的一个基本趋势。这种案例化不仅仅体现为卷四的案例题难度有所增加,而且体现在司法考试的全部出题思路中。即使在其他试卷中,以案例形式出现的客观题所占的比重亦总体呈现出明显的上升趋势,这一趋势在民事诉讼法与仲裁法的考查中也有明显体现。笔者就2002—2007年卷三与卷四中以案例形式出现的题目及所占分值做了统计,结果见下表:

年份	民诉与 仲裁总分	以案例形式出现的试题所占分值			案例型试题 所占分值比重
		卷三	卷四	总计	
2002	46	24	10	34	73.9%
2003	56	30	13	43	76.8%
2004	70	31	20	51	72.9%
2005	75	42	17	59	78.7%
2006	72	31	18	49	68.1%
2007	66	35	20	55	83.3%

从表中可见,在司法考试中,以案例形式出现的试题占据了绝对的比例优势。这种现象主要是由于案例本身所具有的实践性与灵活性的特点决定的。案例以司法实践常见的或可能发生的情况为背景,对考生应对解决实际问题的能力提出了较高的要求,同时案例更易于联系实践中的热点问题,将司法考试与司法实践和社会生活紧密地联系在一起。比如,2006年卷三第88题,即以当年发生的几名北大师生联名起诉中石油的案件为背景,考查考生对当事人适格问题的掌握以及对公益诉讼制度的理解,该题对考生的知识面以及理论能力提出了较高的要求,也体现了当前司法考试典型的出题思路。除了具有实践性的特征以外,以案例形式出现的试题还具有明显的灵活性。一方面,这些题目会出现在卷四的案例题部分,也可能出现在卷三的选择题的题干中或选项中;另一方面,以案例形式设计的题目在考查的内容和角度上也更丰富和灵活。比如2003年卷三第70题考查调解达成协议的,人民法院可以不制作民事调解书的案件范围,出题者将该题的四个选项分别设计成四个小案例,分别针对《民诉法》第90条的四种情况。再比如,2005年卷三第95题以题干中出现的一个案例同时考查诉讼和解的处理以及诉讼调解与诉讼和解之间的关系。

司法考试中的“案例化”趋势对司法考试产生了重要的影响。主要体现在两个方面:

一方面,加大了考试的难度,对考生处理信息的能力提出了更高的要求。案例型试题将考生置于一个更加复杂的情景之中,使其必须处理更多的信息,并将具体的情景与法律的抽象规定联系在一起。以2002年卷三第21题为例,该题考查一般地域管辖的原则性规定与例外规定的适用范围。试题的题干为:

李平(女)与王坚(男)二人于1993年在A市甲区某街道办事处登记结婚,婚后二人一直居住在B市乙区。1997年李平与王坚因在C市从事假烟生产被公安机关查获,C市丙区人民法院于同年12月以生产假冒产品罪判处李平与王坚有期徒刑5年。判决生效后李平与王坚被关押在位于C市丁区的监狱。2000年5月,李平拟向法院起诉离婚,请问下列哪个法院对本案有管辖权?

该题仅题干部分就有170字,涉及两个人物、四个地点、五个时间。该题只有一个正确答案,欲得到这一分,考生需要解决两个问题:第一,案件类型是双方被监禁还是一方被监禁;第二,监禁的时间是否在一一年以上。这无疑对考生的信息处理与筛选能力提出了较高的要求。总之,在以案例形式出现的试题

中,考生需要在有限的时间内处理更多、更复杂的信息。这就要求考生思路清新,能够准确、快速地排除干扰信息或干扰项,将案例与对应的法条联系起来,作出正确的判断。

另一方面,试题的综合性更强,对考生的联系、归纳与总结的能力提出了更高的要求。早期的律师考试主要注重对考生记忆能力的考查,忽视了对考生综合运用能力的要求。随着案例型试题的增加,对知识点的综合运用能力的考查受到越来越多的关注。某一案例出现后,既可能涉及实体法方面的问题,也可能涉及程序法方面的问题,因此出题者经常从不同的角度对考生加以考查。比如,2004年卷三的第二组不定项选择题的题干是:

2000年1月甲公司的高级工程师乙研制出一种节油装置,完成了该公司的技术攻坚课题,并达到国际领先水平。2000年2月甲公司将该装置样品提供给我国政府承认的某国际技术展览会展出。同年3月,乙未经单位同意,在向某国外杂志的投稿论文中透露了该装置的核心技术,该杂志将论文全文刊载,引起甲公司不满。同年6月,丙公司依照该杂志的报道很快研制了样品,并做好了批量生产的必要准备。甲公司于2000年7月向我国专利局递交专利申请书。2000年12月丁公司也根据该杂志开始生产该节油装置。2003年5月7日国务院专利行政部门授予甲公司发明专利,2003年7月甲公司向法院提起诉讼,分别要求丙公司和丁公司停止侵害并赔偿损失。

此组不定项选择题以此案例为基础,分别从知识产权法和民事诉讼法两个角度加以考查,体现了较强的综合性。同时,值得注意的是,我国立法的现实状况是,对某一问题的法律调整往往是通过多部法律、法规或司法解释完成的,而许多司法解释也同样具有很强的综合性,某一司法解释往往会从实体法与程序法两个角度对某一问题加以规定,这就需要考生及时梳理这些法律、法规、司法解释之间的关系,提高自己的综合运用能力,做到解题思路清晰,法条运用自如,只有这样才能在司法考试中立于不败之地。

针对司法考试中的“案例化”趋势,考生必须有针对性地部署司法考试的复习策略。我们编写本书的目的也即在于此。本书以案例为中心,对每个知识点的阐释由“基本法律规定”、“基础案例分析和规律性总结”、“要点大全”、“疑难案例分析”四个部分组成。其中,“基础案例分析和规律性总结”、“要点大全”、“疑难案例分析”为本书的重点。“基础案例分析和规律性总结”、“要点大全”采取“以案例引申知识点”的方式,用短小精辟的小案例从不同的角度将司法考试可能涉及的知识点呈现出来,使考生通过案例加深对知识点的记忆与理解,强化基础知识的学习、巩固。值得一提的是,我们针对近年司法考试中比较、归纳类型的题目有所增加的趋势,特别在“要点重述”部分对相关、类似制度的区别与联系进行了深入、细致的总结,以帮助考生记忆。“疑难案例分析”选取某些具有实时性、典型性或趣味性的案例,适应司法考试试题有一定深度考查的特点,着重提高考生处理难题的能力,侧重于对考生处理复杂案例能力以及综合运用知识能力的培养,拓展考生的知识面,提高相应知识的驾驭能力。

总之,本书的目的在于“不但授人鱼,而且还授人以渔”。我们希望本书的出版能助考生一臂之力,同时也希望通过对考生案例分析能力的培养,提升法律人才的法律思维能力以及应对、处理实际问题的能力。

本书的出版得到了法律出版社的大力支持,同时本书在编写过程中还参考了学者的相关成果,在此一并表示感谢!也希望并欢迎本书的读者对书中的疏漏提出宝贵意见,我们将尽力改进。

纪格非

2008年4月

法律法规简称表

全 称	简 称
《中华人民共和国民事诉讼法》	《民诉法》
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》	《民诉意见》
最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》	《证据规定》
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》
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》
最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定》	《执行规定》
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》	《仲裁法解释》
最高人民法院《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》	《经济审判规定》
最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》	《名誉权案件解答》
最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解释》	《名誉权案件解释》
最高人民法院《关于第一审经济纠纷案件适用普通程序开庭审理的若干规定》	《开庭审理规定》
最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》	《审改规定》
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》
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》
最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》	《劳动争议解释(一)》
最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》	《劳动争议解释(二)》
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》	《婚姻法解释(一)》
最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》	《民通意见》
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》	《担保法解释》

续表

全 称	简 称
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》	《六机关规定》
最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》	《高法解释》
《人民检察院刑事诉讼规则》	《高检规则》
《公安机关办理刑事案件程序规定》	《公安部规定》
《关于死刑案件二审开庭审理程序若干问题的规定》	《死刑二审规定》
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》	《简易规定》
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部《关于取保候审若干问题的规定》	《取保候审规定》
最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》	《附带民事诉讼范围规定》
最高人民法院、最高人民检察院《关于死刑二审案件开庭审理程序若干问题的规定》	《死刑二审规定》

目 录

上编 民事诉讼法

第一章 民事诉讼与民事诉讼法	(1)
第二章 民事诉讼法的基本原则与基本制度	(3)
第三章 主管与管辖	(11)
第一节 主管和管辖概述	(11)
第二节 地域管辖	(15)
第三节 裁定管辖	(27)
第四节 管辖权异议	(30)
第四章 诉	(31)
第一节 诉的要素	(31)
第二节 诉的分类	(31)
第五章 当事人	(36)
第一节 当事人概述	(36)
第二节 原告与被告	(40)
第三节 共同诉讼	(43)
第四节 诉讼代表人的权限和代表人诉讼裁判的效力	(47)
第五节 第三人	(49)
第六章 诉讼代理人	(54)
第七章 民事证据	(58)
第八章 民事诉讼中的证明	(65)
第一节 证明对象的范围与自认	(65)
第二节 证明责任	(68)
第三节 证明程序	(72)
第九章 期间、送达	(80)
第十章 法院调解	(87)
第十一章 财产保全和先予执行	(91)
第一节 财产保全	(91)
第二节 先予执行	(94)
第十二章 对妨害民事诉讼的强制措施	(97)
第十三章 普通程序	(101)
第十四章 简易程序	(113)
第十五章 第二审程序	(119)
第十六章 特别程序	(129)
第十七章 审判监督程序	(135)
第十八章 督促程序	(146)
第十九章 公示催告程序	(151)
第二十章 民事裁判	(156)

第二十一章 执行程序	(158)
第二十二章 涉外民事诉讼程序	(178)
第二十三章 仲裁与仲裁法概述	(181)
第二十四章 仲裁协议	(186)
第二十五章 仲裁程序	(195)
第二十六章 申请撤销仲裁裁决	(209)
第二十七章 仲裁裁决的执行与不予执行	(214)
第二十八章 涉外仲裁	(220)
附录 《民事诉讼法》新旧法条对照及考点归纳	(223)

下编 刑事诉讼法

第一章 刑事诉讼法概述	(228)
第二章 刑事诉讼法的基本原则	(232)
第一节 侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使	(232)
第二节 人民法院、人民检察院依法独立行使职权	(234)
第三节 分工负责,互相配合,互相制约	(235)
第四节 人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督	(236)
第五节 未经人民法院依法判决不得确定有罪	(238)
第六节 三大诉讼法通用的原则	(238)
第七节 “名为原则实为制度”的原则	(239)
第三章 管辖制度	(243)
第一节 立案(职能)管辖	(243)
第二节 审判管辖	(246)
第四章 回避制度	(252)
第五章 辩护与代理制度	(256)
第一节 辩护制度	(256)
第二节 刑事代理制度	(261)
第三节 法律援助制度	(262)
第六章 刑事证据	(264)
第一节 刑事证据概述	(264)
第二节 刑事证据的种类	(265)
第三节 刑事证据分类	(269)
第四节 刑事诉讼证明	(271)
第七章 强制措施制度	(275)
第一节 拘传	(275)
第二节 取保候审	(275)
第三节 监视居住	(278)
第四节 刑事拘留	(278)
第五节 逮捕	(281)
第八章 附带民事诉讼制度	(285)
第九章 期间和送达制度	(291)
第十章 诉讼参与人制度	(295)
第一节 诉讼参与人概述	(295)

第二节	当事人	(296)
第三节	其他诉讼参与人	(298)
第十一章	立案程序	(303)
第一节	立案的材料来源和条件	(303)
第二节	立案程序和立案监督	(305)
第十二章	侦查程序	(308)
第一节	侦查程序概述	(308)
第二节	侦查行为	(308)
第三节	侦查终结	(314)
第四节	补充侦查	(316)
第十三章	公诉程序	(318)
第一节	刑事公诉的概述	(318)
第二节	审查起诉	(318)
第三节	审查起诉后的处理	(321)
第十四章	审判程序涉及的几个重要制度	(328)
第一节	刑事审判概述	(328)
第二节	审判组织制度	(328)
第三节	人民陪审员制度	(330)
第四节	审判公开制度	(332)
第五节	对违反法庭秩序的处理及程序	(334)
第六节	审判障碍	(335)
第七节	判决、裁定和决定	(336)
第十五章	公诉案件的第一审程序	(340)
第一节	公诉案件的第一审普通程序	(340)
第二节	“被告人认罪案件”的审理程序	(346)
第三节	简易审判程序	(347)
第四节	单位犯罪案件的审理程序	(350)
第十六章	自诉案件的审理程序	(352)
第十七章	第二审程序	(356)
第一节	第二审程序的启动:上诉与抗诉	(356)
第二节	第二审程序的审判原则	(360)
第三节	第二审的审理方式及审理程序	(362)
第四节	对上诉、抗诉案件审查后的处理和审理期限	(365)
第五节	对扣押、冻结的财物及其孳息的处理	(367)
第十八章	复核核准程序	(369)
第一节	判处死刑立即执行案件的复核程序	(369)
第二节	判处死刑缓期二年执行案件的复核程序	(371)
第三节	法定刑以下判处刑罚以及犯罪分子具有特殊情况,不受执行刑期限限制的假释案件的复核程序	(372)
第十九章	审判监督程序	(375)
第一节	审判监督程序的提起	(375)
第二节	依照审判监督程序对案件的重新审判	(378)
第二十章	未成年人刑事案件诉讼程序	(383)
第二十一章	涉外刑事诉讼程序	(385)

第二十二章 执行程序 (388)

第一节 执行概述 (388)

第二节 各种判决裁定的执行程序 (389)

第三节 变更执行程序 (392)

第四节 对新罪、漏罪和申诉的处理 (396)

上编 民事诉讼法

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

考点概述:本章主要涉及民事诉讼的基本概念,在历年的司法考试中不是重点,注意理解即可。

一、诉讼行为(诉讼活动) 与民事诉讼法律关系

(一)基础案例分析和规律性总结

1. 合议庭在遇到疑难案件时向审判委员会进行请示的行为是否属于民事诉讼行为?

答:该行为属于法院内部行为,不属于诉讼行为所指的当事人与人民法院、其他诉讼参与人与法院之间的行为。

2. 原告与其代理人之间、证人与被告之间、原告律师与被告律师之间、人民法院与指定的鉴定人之间的法律关系中哪项法律关系是民事诉讼法律关系?

答:民事诉讼法律关系必定有一方是人民法院,另一方可以是除当事人以外的其他诉讼参与人,鉴定人属于广义上的诉讼参与人,因此只有人民法院与鉴定人之间的法律关系符合民事诉讼法律关系的标准。

(二)要点大全

民事诉讼法律关系的一方始终也必须是人民法院,另一方既包括当事人,也包括鉴定人、证人等其他诉讼参与人,并且人民法院在这个法律关系中处于主导地位。

二、民事纠纷各类解决 方式之间的关系

(一)基础案例分析和规律性总结

1. 李某和王某签订了一份借款合同,王某拒

绝还款,双方就此发生争议。经过人民调解委员会调解,双方达成调解协议,李某同意免除王某的利息1万元。但是王某并没有按约定向李某支付款项。

问:(1)李某是否可以就调解协议直接向人民法院申请强制执行?

(2)倘若李某认为双方达成的调解协议对自己显失公平,是否可以要求撤销或变更调解协议?

答:(1)李某不能依据调解协议直接向人民法院申请强制执行,因为调解协议不具有强制执行的法律效力,不是执行根据。但是可以以起诉的方式向人民法院申请要求对方当事人履行调解协议。

(2)根据法律的规定任何一方当事人对该协议不服,认为该协议对自己是显失公平的,均可以按照法律的规定向人民法院申请撤销或者变更该调解协议。因为根据《合同法》和最高人民法院《关于民事调解的有关司法解释》的规定,显失公平是变更或者撤销民事合同的重要理由。

2. 李某和王某签订了一份借款合同,王某拒绝还款。王某与李某达成仲裁协议,约定由北京仲裁委员会裁决此案。裁决作出后,李某与王某均不服,因此协议放弃此裁决,转向天津仲裁委员会申请仲裁,问天津仲裁委员会是否可以受理该申请?

答:不能受理。仲裁以自愿为主要特征,但是仲裁同时也是一种强制性的纠纷解决方式,仲裁委员会作出裁决后,双方当事人不得以协议的形式放弃裁决。

3. 甲公司和乙公司签订了一份安装合同。乙公司的工作人员在进行安装过程中,不慎将甲公司职工孙某的右脚砸成粉碎性骨折。围绕着孙某的损失赔偿问题,各方当事人发生争议。孙某可以通过哪几种法律方式解决自己的损失赔偿问题?

答:孙某可以通过两种方式解决自己的损失

赔偿问题:

其一,孙某以乙公司为被告向人民法院提起侵权损害赔偿诉讼。此时孙某依据的是与乙公司之间存在的侵权法律关系。

其二,孙某以甲公司为被申请人提起劳动争议仲裁,对仲裁不服的,在法定期限内以甲公司为被告向人民法院提起诉讼。此时孙某依据的是与甲公司之间存在的劳动合同关系。

(二) 要点大全

民事纠纷的制度化解方式除了诉讼以外,还包括仲裁(包括劳动争议仲裁)、调解(诉讼外调解,主要指人民调解)两种,要注意这三者之间的关系以及衔接:

1. 人民调解并非诉讼的必经程序,在人民调解委员会的调解下达成的调解协议具有合同的性质,但是不能强制执行,当事人反悔的可以向法院起诉。

2. 仲裁适用于平等主体之间的合同纠纷和其他财产权益纠纷,其对民事纠纷的解决具有终局性。

3. 劳动争议仲裁是民事诉讼的前置程序,但是应当注意一个例外:《劳动争议解释(二)》第3条规定,劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉,诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的,视为拖欠劳动报酬争议,按照普通民事纠纷受理。

第二章 民事诉讼法的基本原则与基本制度

考点概述:基本原则的考点较少,注意理解即可。对于基本制度,则应比较刑事诉讼法进行记忆,同时注意将基本制度与具体诉讼程序中所涉及的问题联系起来进行复习。

一、辩论原则

(一)基本法律规定

《民诉法》第12条:人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论。

(二)基础案例分析和规律性总结

审判过程中,当事人所委托的诉讼代理人对方提供的证人进行的询问,是否属于辩论?

答:辩论是在人民法院的主持下,在当事人双方及其所聘请或者委托的诉讼代理人的参加下进行的,因此,诉讼代理人对证人的询问也属于辩论的范围。

(三)要点大全

1. 辩论权的行使贯穿于整个民事诉讼的全过程,包括执行阶段。

2. 辩论权行使的方式可以是口头形式,也可以是书面形式。

3. 辩论的内容既包括实体问题,也包括程序性问题。

4. 非诉程序中由于没有对权利义务有争议的对方当事人,所以辩论原则在非诉程序中不适用。

二、处分原则

(一)基本法律规定

《民诉法》第13条:当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。

(二)基础案例分析和规律性总结

张晓华系敏洪幼儿园的学生,一日在与同伴李小明的玩耍过程中,被李小明用小刀划伤脸颊,并且造成终生的疤痕。张晓华的父亲张华作为法定代理人将李小明的父母作为被告、幼儿园作为第三人告上法庭。在诉讼过程中,张华念及与李小明父母的发小关系,双方决定私下解决,但是仍然要求幼儿园承担职务疏忽的责任。张华的做法是否符合法律规定?

答:符合。张华作为未成年人张晓华的法定代理人,在诉讼过程中可以代替案件的原告张晓华行使处分权。因此,张华可以决定是否与被告进行和解、是否继续对幼儿园进行诉讼。

(三)要点大全

1. 只有当事人与类似当事人的人才享有处分权,其他诉讼参与人不享有处分权。

2. 当事人的处分权是相对的、有限的,必须在法律规定的范围内行使,并且人民法院代表国家对当事人的处分权的行使进行监督。

3. 当事人的处分权的内容包括自己所享有的全部民事实体权利和民事诉讼权利。