

全国高等学校法学专业核心课程教辅系列·法学专业考研指定参考书

法学专家、重点大学教授、知名律师事务所推荐参考书



民事诉讼法

(第三版)

同步辅导与案例集

江伟主编《民事诉讼法》(第三版) 配套辅导



总 顾 问	马克昌
主 编	占善刚
策 划	众邦文化

著名法学专家、武汉大学终身教授**马克昌**先生亲任丛书总顾问国家重点大学“**双师型**”(教师&律师)团队亲自操刀、精华呈现

WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

全国高等学校法学专业核心课程教辅系列·法学专业考研指定参考书
江伟教授主编的《民事诉讼法》(高等教育出版社·第三版)配套辅导

民事诉讼法

(第三版)

同步辅导与案例集

总顾问 马克昌
主 编 占善刚
策 划 众邦文化



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法同步辅导与案例集/占善刚主编. —武汉:武汉大学出版社, 2010. 2
ISBN 978-7-307-07625-9

I. ①民… II. ①占… III. ①民事诉讼法-中国-高等学校-教学参考资料 IV. ①D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 024240 号

总策划:众邦文化
责任编辑:杨幼丽
责任校对:代君明
装帧设计:上艺设计

出版发行 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)
(电子邮件:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)
印刷:武汉武铁印刷厂
开本:787×1092 1/16
印张:17
字数:530千字
版次:2010年3月第1版 2010年3月第1次印刷
ISBN 978-7-307-07625-9
定价:26.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

全国高等学校法学专业核心课程教辅系列

编审委员会

总顾问

马克昌 著名法学专家、武汉大学终身教授

委员

康均心 博士,武汉大学教授、博士生导师,武汉大学法学院副院长、期刊社社长、直属党委委员

张德森 博士,中南财经政法大学教授、博士生导师,中南财经政法大学法学院副院长

朱最新 博士,广东外语外贸大学教授、硕士生导师,中国法学会行政法学研究会理事,广州市仲裁委员会仲裁员,广州市人民政府法律咨询专家

彭俊良 博士,中南财经政法大学法学院副教授、硕士生导师,民商法教研室主任,湖北省民法学会理事

刘 诚 博士,中山大学法学院副教授、硕士生导师

杨 桦 博士,中南财经政法大学法学院副教授、硕士生导师,湖北省法学会行政法研究会常务理事

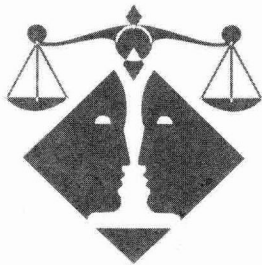
占善刚 博士,武汉大学法学院副教授、硕士生导师

黄 勇 博士,中南财经政法大学法学院副教授、硕士生导师,北京金台律师事务所武汉分所主任

胡弘弘 博士,中南财经政法大学法学院副教授、硕士生导师,宪法与行政法学系主任

柳正权 博士,武汉大学法学院副教授、硕士生导师,湖北珞珈律师事务所律师

严本道 博士,中南财经政法大学法学院副教授、硕士生导师,诉讼法学系主任,湖北省诉讼法学会理事



前 言

一个会游泳的人不会因为几年没有游泳而忘记如何游泳,一个会弹钢琴的人不会因为数年未曾弹钢琴而忘记如何弹琴——这是众所周知、毋庸置疑的事实。不是由于他们一直牢记着如何游泳、如何弹琴,而是因为这些知识早已转化为能力了,或曰成为自身的一部分了。同样地,祖国的青年在大学里学习专业知识亦循此理,仅将书本上的字句记在大脑里是容易忘却的,只会应付主要考查记忆力的常规考试是不够的,唯有将所学的知识转化为能力,才是真正地消化了知识,才经得起时间的考验,才是“硬道理”。

近十年来,我国法学专业学生就业率一直处于低迷状态,这一现象已经引起了广泛关注,而广大法科生对此更是有切肤之痛。诚然,我们难以改变大的环境,但我们可以改变自己——改变自己的态度,改变自己的学习方法,全面提升自身的能力,把所学的知识化为自身不可分离的一部分,为继续深造或就业奠定坚实的基础。

本书以江伟教授主编的《民事诉讼法》(高等教育出版社·第三版)为蓝本编写,并结合多部优秀的民事诉讼法教材。以及近年来各重点院校经典考研真题、司法考试中的考题,对民事诉讼法科目的结构和知识点进行了系统的梳理。

综上所述,这套丛书以知识点为主线,以考研真题和司法考试试题为依托,以提高应试能力为基础,以巩固所学、提高运用能力为目的,数易其稿,臻臻完善,付梓出版,以飨读者。

《民事诉讼法同步辅导与案例集》是“全国高等学校法学专业核心课程教辅系列”中的一本,是“面向21世纪课程教材”的配套辅导用书,通过这套丛书希望达到以下目的:

- ★帮助学生系统掌握本科知识。本丛书针对高校法学以素质教育为主的特点,并结合应试需要编写习题,习题系统全面,覆盖所有重要知识点。
- ★帮助学生准备并通过考研。精选重点院校09年的考研真题,帮助学生了解及自测。
- ★帮助学生准备并通过国家司法考试。选择有代表性的司法考试真题穿插到每本书的各章的每个版块中,帮助学生了解司法考试的难度和形式,为学生指明学习的方向。

为了能够使同学们更有效地使用本套丛书,在编写思路和体例上,我们采用了内容规范分版的方式,形成了以下几大特色:

- 知识结构图:紧扣全国高等学校法学专业核心教材逐章编写,采用图形方式,清晰、直观、易记,迅速提高学习效率。
- 知识点精析:重点突出,与知识结构图形成完整的知识体系,有的放矢地学习。
- 案例分析:理论与实际案例相结合,更生动、深入地理解中国法律制度的运行状况。
- 巩固练习:题型全面、知识全面覆盖,通过做高质量的练习,迅速掌握书本知识,显著提高应试能力。
- 深度拓展:介绍知识背景,深化学生认识,扩展学生视野,激发学生兴趣。

另外,本书收录了2007-2009年研究生入学考试和司法考试的大量真题,帮助同学们在备考的过程中更有针对性地把握知识点的考察方式和角度。为了便于同学们及时地对知识进行巩固和自我检测,本书还设置了“综合测试题”,并随书附赠多套重点院校2009年考研试题。

本书适合高等院校学习民事诉讼法的本科生,以及准备司法考试的考生、硕士研究生入学考试的考生。也可作为相关人员研究法律的参考书。

由于多种原因,本套丛书仍会存在一些问题,敬请各位读者批评指正。

编 者

编写说明

本书的撰写分工如下(以撰写章节顺序为序):

王登辉:第一、二、三、四、五、六、七、八、十七章,综合测试题及参考答案,综合案例题及参考答案,考研真题及参考答案;

占善刚:第九、十章;

黄莹:第十一、十二、十三、十四、十五、十六、十八、十九、二十、二十一、二十二章。

目 录

前言	(1)
第一章 民事诉讼与民事诉讼法	(1)
知识结构图	(1)
知识点精析	(1)
案例分析	(5)
巩固练习	(6)
深度拓展	(8)
第二章 民事诉讼法的基本原则	(10)
知识结构图	(10)
知识点精析	(10)
巩固练习	(13)
深度拓展	(15)
第三章 民事审判的基本制度	(16)
知识结构图	(16)
知识点精析	(16)
巩固练习	(19)
深度拓展	(20)
第四章 诉权与诉	(22)
知识结构图	(22)
知识点精析	(22)
巩固练习	(29)
深度拓展	(30)
第五章 当事人和诉讼代理人	(32)
知识结构图	(32)
知识点精析	(32)
案例分析	(36)
巩固练习	(37)
深度拓展	(39)
第六章 多数当事人	(40)
知识结构图	(40)
知识点精析	(40)
巩固练习	(46)
深度拓展	(48)



第七章 主管与管辖	(50)
知识结构图	(50)
知识点精析	(50)
案例分析	(56)
巩固练习	(57)
深度拓展	(60)
第八章 民事诉讼证据	(61)
知识结构图	(61)
知识点精析	(61)
巩固练习	(67)
深度拓展	(69)
第九章 民事诉讼中的证明	(70)
知识结构图	(70)
知识点精析	(70)
案例分析	(79)
巩固练习	(80)
深度拓展	(84)
第十章 法院调解与当事人和解	(85)
知识结构图	(85)
知识点精析	(85)
巩固练习	(90)
深度拓展	(91)
第十一章 诉讼保障制度与程序	(93)
知识结构图	(93)
知识点精析	(93)
案例分析	(96)
巩固练习	(96)
深度拓展	(98)
第十二章 诉讼费用与司法救助	(99)
知识结构图	(99)
知识点精析	(99)
案例分析	(101)
巩固练习	(101)
深度拓展	(102)
第十三章 第一审普通程序	(103)
知识结构图	(103)
知识点精析	(103)
案例分析	(104)
巩固练习	(110)
深度拓展	(115)
第十四章 简易程序	(117)
知识结构图	(117)
知识点精析	(117)
巩固练习	(118)
深度拓展	(119)

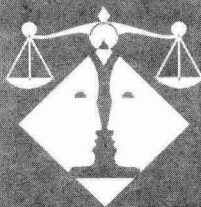
第十五章 民事诉讼中的裁判	(121)
知识结构图	(121)
知识点精析	(121)
案例分析	(123)
巩固练习	(123)
深度拓展	(124)
第十六章 第二审程序	(126)
知识结构图	(126)
知识点精析	(126)
案例分析	(128)
巩固练习	(129)
深度拓展	(131)
第十七章 再审程序	(133)
知识结构图	(133)
知识点精析	(133)
案例分析	(142)
巩固练习	(142)
深度拓展	(146)
第十八章 特别程序	(147)
知识结构图	(147)
知识点精析	(147)
案例分析	(151)
巩固练习	(151)
深度拓展	(154)
第十九章 民事执行总论	(157)
知识结构图	(157)
知识点精析	(158)
案例分析	(162)
巩固练习	(164)
深度拓展	(168)
第二十章 民事执行分论	(169)
知识结构图	(169)
知识点精析	(169)
案例分析	(170)
巩固练习	(171)
深度拓展	(172)
第二十一章 涉外民事诉讼程序	(174)
知识结构图	(174)
知识点精析	(174)
案例分析	(176)
巩固练习	(176)
深度拓展	(177)
第二十二章 涉港澳台民事诉讼程序	(179)
知识结构图	(179)
知识点精析	(179)



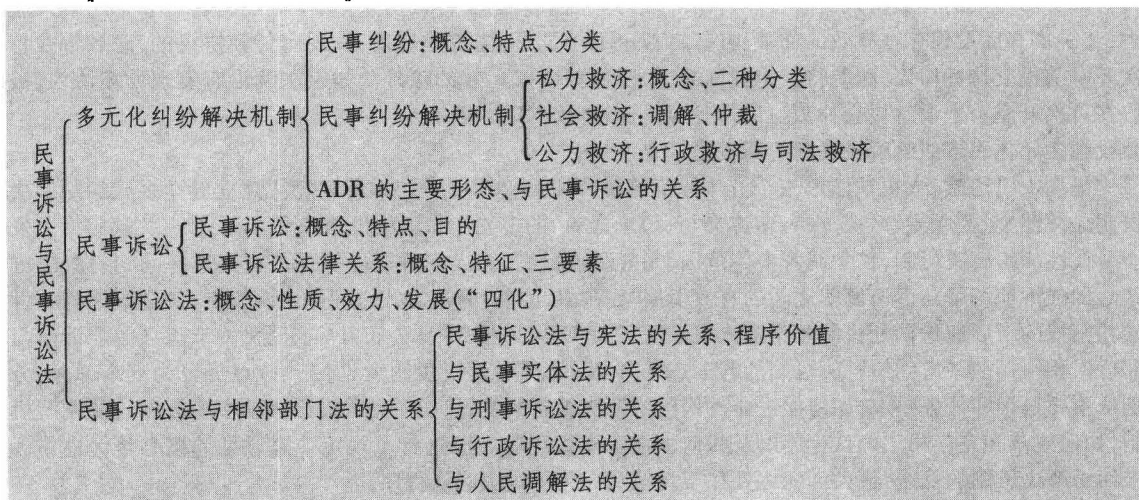
案例分析.....	(181)
巩固练习.....	(182)
深度拓展.....	(182)
参考答案.....	(183)
综合测试题.....	(245)
综合测试题参考答案.....	(248)
综合案例题.....	(251)
中国政法大学 2009 年硕士研究生入学考试试题	(258)
武汉大学 2009 年硕士研究生入学考试试题	(260)

第一章

民事诉讼与民事诉讼法



知识结构图



知识点精析

一、民事纠纷及其解决机制

1. 民事纠纷及其解决机制概述

民事纠纷,指平等主体之间发生的以民事权利义务为内容的社会纠纷。其具有如下特点:主体法律地位平等,内容是民事权利义务争议,可处分性。其可以分为财产关系纠纷和人身关系纠纷。

民事纠纷解决机制,指诉讼、仲裁、调解等各种解决民事纠纷的制度。其主要包括私力救济、社会救济和公力救济。私力救济^①,也称自力救济,指纠纷主体在没有中立的第三者介入的情形下,依靠自身或其他私人力量解决纠纷,实现权利。依据纠纷解决方式,可以分为自决与和解;依据法律性质,可以分为法定的私力救济与法外的私力救济。而法定的私力救济包括正当防卫、紧急避险、自助行为;法外的私力救济包括法无明文规定的私力救济、法律禁止的私力救济。社会救济,指依靠社会力量解决民事纠纷的一种机制,包括调解和仲裁。其中,调解包括民间调解、律师调解和法院附设的诉讼前调解;仲裁,指纠纷双方根

^① 有学者认为,私力救济指当事人认为权利遭受侵害,在没有第三方以中立名义介入纠纷解决的情形下,不通过国家机关和法定程序,而依靠自身或私人力量,解决纠纷;实现权利。它是一种私人以威慑和制约为核心的富于效率和行之有效的社会控制机制。其首要特征是没有第三方以中立名义介入纠纷解决;过程有非程序性;原因是当事人认定权利遭受侵害;主体是私人,包括自然人、团体或组织;目的是实现权利和解决纠纷;途径是依靠私人。参见徐昕:《论私力救济》,中国政法大学出版社2005年版,第102-103页。



据有关规定或合意,将争议提交到一定机构,由其居中裁决,一般指商事仲裁。公力救济,指在纠纷主体的参与下由特定的国家机关解决纠纷的一种最具权威性和最有效的机制,包括行政救济和司法救济,具有强制性和严格的规范性。

ADR (Alternative Dispute Resolution 的简称),也称解决争议的替代方式、非诉讼纠纷解决程序或选择性纠纷解决方式,主要形态为和解、调解和仲裁。

2. 仲裁

仲裁,又称公断,是指纠纷双方在纠纷方式前或发生后达成协议,自愿将纠纷交给第三者做出裁决的一种纠纷解决机制。诉讼,则是指由特定的国家机关(在我国指人民法院),在纠纷主体的参加下,以国家公权力解决社会纠纷的一种机制。

对于属于仲裁范围的民事纠纷,当事人可以合意选择仲裁,一旦选择仲裁,当事人应当将纠纷提交选定的仲裁委员会申请仲裁,仲裁裁决作出即生效。除非仲裁裁决被法院裁定不予执行或撤销,当事人不得再行起诉。有效的仲裁协议具有排斥诉讼的效力。当事人达成仲裁协议后,不应当起诉。如果当事人起诉,法院审查后发现存在有效的仲裁协议,将裁定不予受理;法院受理后,发现有仲裁协议的,或被告在首次开庭前提交仲裁协议,法院将裁定驳回起诉,但仲裁协议无效的除外。如果法院没有发现仲裁协议,被告在首次开庭前也没有提交仲裁协议,则法院可以继续审理本案。

3. 我国多元化民事纠纷解决机制的新发展

最高人民法院《人民法院第三个五年改革纲要(2009-2013)》第26条规定:“建立健全多元纠纷解决机制。按照‘党委领导、政府支持、多方参与、司法推动’的多元纠纷解决机制的要求,配合有关部门大力发展替代性纠纷解决机制,扩大调解主体范围,完善调解机制,为人民群众提供更多可供选择的纠纷解决方式。加强诉前调解与诉讼调解之间的有效衔接,完善多元纠纷解决方式之间的协调机制,健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷调处机制。”最高人民法院于2009年7月24日公布并实施了《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》(以下简称《解决机制意见》)。该意见分为五个部分,分别从主要目标和任务要求,如何促进非诉讼纠纷解决机制的发展,如何完善诉讼活动中多方参与的调解机制,如何规范和完善司法确认程序以及如何加强工作管理等方面进行了规定。该意见的核心是促进非诉讼纠纷解决机制的发展,最大创新之处在于规范和完善了司法确认程序。

二、民事诉讼概述

民事诉讼,指当事人和其他诉讼参与人,在审理民事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关系的总和。诉讼活动须是法院和诉讼参与人在诉讼过程中所进行的能够发生诉讼关系的活动;诉讼关系,指法院和一切诉讼参与人之间在诉讼过程中所形成的诉讼权利义务关系。诉讼是由诉讼活动和诉讼关系两方面的内容构成的,诉讼活动能够产生、变更或消灭诉讼关系,而诉讼关系又通过诉讼活动表现出来。

民事诉讼的特点:1. 诉讼对象的特定性,其为有关民事权利义务的争议。2. 当事人处分权利的自由性,即当事人在法律范围内有权处分其实体权利和程序权利。3. 双方当事人在诉讼上对抗的特殊性。4. 民事诉讼程序的严格规范性和正当性。程序规则的严格性指确保当事人权益的强制性规定不得违反,否则会产生一定的程序制裁。5. 纠纷解决的强制性、最终性和权威性。

三、民事诉讼目的

民事诉讼目的,指国家设立民事诉讼制度所期望达到的目标或结果。关于民事诉讼的目的的学说主要有:

1. 权利保护说。该说认为,民事诉讼制度的目的是保护实体法所规定的实体权利。其代表人物为德国学者赫尔维格、温德雪德等。该说至今在德国仍有相当的影响。

2. 维护法律秩序说。该说认为,民事诉讼制度是基于国家维护私法秩序的目的而设立的。国家为了调整私人之间的利害关系而制定了法律,即建立了私法秩序,但仅有私法秩序不行,还必须建立民事诉讼制度来维持这种私法秩序,保障私法的实效性,这就是民事诉讼的目的。其代表人物是德国学者标罗。

3. 纠纷解决说。该说认为,通过诉讼解决纠纷的请求本身是先于实体法的,即使是实体法相当完备的今天,仍然存在没有实体法依据的情况,但法院并不能因此拒绝作出裁判,故不能认为民事诉讼制度是为了维持现有的私法秩序,且民事诉讼制度也不是为了实体法而建立的。故只有解决纠纷才是民事诉讼制度的目的。其代表人物是日本学者兼子一、三月章,及我国学者刘荣军等。

4. 程序保障说。该说认为,国家设立诉讼制度,是为了确保当事人双方在程序过程中法律地位的平等,并在诉讼构造中平等使用攻防武器和拥有主张、举证的机会;法院不应该把诉讼的审理过程只是作为为了达到判决或者和解而必经的准备阶段,而应把这一过程本身作为诉讼自己应有的目的来把握,只有正当的程序才是使判决或和解获得正当性的源泉。其代表人物是日本学者井上治典、伊藤真等,及我国学者章武生等。此说在英美国家十分盛行。

5. 权利保障说。该说认为,诉讼制度基于宪法所保障的权利实为实体法上的实质权,私法保护说的最大缺陷就在于无视实质权与请求权在机能上的根本区别,以致将二者合成为实体上的权利,并列为民事诉讼制度应予保护的客体;事实上,其中“请求权”属实体“实质权”的救济手段,只有对实质权的保障才是民事诉讼的目的。其代表人物是日本学者竹下守夫。

6. 诉讼目的否定说(搁置说)。其认为,民事诉讼目的论太抽象,亦无明确的优劣基础,与其对此争议不休,不如把时间和精力都用到讨论更现实、更具体的问题上去。其代表人物是日本学者高桥宏志。该说在日本很有影响。

7. 诉讼目的多元说。该说认为,对于诉讼目的的认识,应站在制度设置、运作者的国家和作为制度利用者的国民双重立场上进行。纠纷的解决、法律秩序的维护及权利的保护都应当视为民事诉讼制度的目的,上述几种相互对立、相互排斥的价值可依照具体情况的不同而随时在立法、解释及司法运用上进行调整并有所侧重。此说也是我国的通说。其代表人物是我国学者江伟教授。

四、民事诉讼法律关系

1. 民事诉讼法律关系概述

民事诉讼法律关系,指受民事诉讼法调整的法院、当事人及其他诉讼参与人之间存在的以诉讼权利义务为内容的具体社会关系。此概念由德国学者标罗提出。民事诉讼法律关系始于起诉,止于诉讼终结,不依赖于诉是否合法或是否有理由。民事诉讼法律关系具有如下特征:(1)民事诉讼法律关系是由审判法律关系和争讼法律关系构成的特殊社会关系。(2)民事诉讼法律关系体现了法院审判权与当事人诉讼权利的对立与平衡。

2. 民事诉讼法律关系的要素

民事诉讼法律关系的要素,包括主体、内容、客体三个方面。

(1) 民事诉讼法律关系的主体,指民事诉讼权利的享有者和民事诉讼义务的承担者,包括法院、当事人及其诉讼代理人、其他诉讼参与人和检察院。

诉讼主体具有两个不同于诉讼法律关系主体的基本特征:①诉讼主体在民事诉讼中居于重要的诉讼地位,没有诉讼主体参加诉讼,诉讼将无法进行或失去意义。②诉讼主体是诉讼活动的主要主体,其诉讼行为对诉讼的发生、变更和终结起着决定性作用。

(2) 民事诉讼法律关系的内容,指民事诉讼法律关系主体根据民事诉讼法律规范所享有的诉讼权利和承担的诉讼义务。

(3) 民事诉讼法律关系的客体,指民事诉讼法律关系主体的诉讼权利和诉讼义务指向的对象。大陆法系中有“诉讼客体”这一概念,与我国的“民事诉讼法律关系的客体”不同。

【难点辨析】(西南政法大学2002年考研判断分析题)民事诉讼法律关系不是以当事人为主导的。

不对。本题实际是考民事诉讼法律关系的主体。结合第二章中“处分原则”和“辩论原则”的内容可以看出,虽然民事诉讼法律关系的主体是法院和当事人等,但法院的诉讼指挥权受司法的被动性的制约,一审、二审和执行程序的开启和推进及审理的范围等均为当事人意思所限定,当事人在这一民事诉讼法律关系中是居于主导地位。题目中所提观点是不对的。



3. 引起民事诉讼法律关系发生、变更和消灭的法律事实

引起民事诉讼法律关系发生、变更和消灭的法律事实,主要有事件和诉讼行为,且以后者居多。事件指不以行为人的意志为转移的法律事实。诉讼行为(Prozesshandlung),指民事诉讼主体所实施的能够引起一定的诉讼法上效果的行为。诉讼行为包括作为和不作为,也包括合法行为和非法行为,均可产生一定的诉讼后果。

法院的诉讼行为,包括裁判行为、执行行为和其他行为。其他行为主要包括诉讼指挥(如依职权主动指定或变更期日和期间、裁定中止诉讼程序和恢复中止的程序、调整辩论顺序、许可或禁止当事人陈述等)、在法定条件下调查收集证据的行为等。

当事人的诉讼行为,在大陆法系一般分为取效性诉讼行为(Erwirkungshandlungen)和与效性诉讼行为(Bewirkungshandlungen)。这是日本学者三月章从诉讼行为的机能角度作出的划分。取效性诉讼行为,指当事人实施的无法单独直接取得其所欲的诉讼效果,须借助法院相应的行为才能获得所欲的诉讼效果的诉讼行为。与效性诉讼行为,指当事人实施的无须法院介入,即可直接发生诉讼效果的诉讼行为。

当事人的诉讼行为与民事法律行为的区别在于:

区别	诉讼行为	民事法律行为
法律规范	民事诉讼法无一般性规定	民法对所有的法律行为予以一般性规定
主体资格	必须由具备诉讼能力的主体进行	限制民事行为能力人也可为一一定的法律行为
可否撤销	在一定范围内可撤回	对于错误或不自由的意思表示行为,民事主体可以撤销
可否附条件	不能随意附条件 ^①	可以附条件和期限

五、诉讼契约

诉讼契约,也称诉讼上的合意,指当事人之间以意思表示为要素,以现在或将来发生诉讼法上一定法律效果为目的而成立的法律行为。调解协议即为典型的诉讼契约。不过,对于法律没有明文规定时订立诉讼契约应否发生诉讼法上的效果,则存在争议,有的学者主张其不合法,也有学者主张其合法,后者又分为私法契约说、诉讼契约说、发展的私法契约说和处分效果说四种学说。我们认为诉讼契约属当事人的诉讼行为的一种特殊情形,不可与当事人的诉讼行为并列。

六、民事诉讼法

民事诉讼法,指调整民事诉讼的法律规范。狭义的民事诉讼法,也称形式意义的民事诉讼法,指民事诉讼法典。就我国内地而言,指1991年全国人民代表大会制定的《中华人民共和国民事诉讼法》,而全国人大常委会于2007年10月28日颁布的《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》也是法典的一部分。广义的民事诉讼法,也称实质意义上的民事诉讼法,指民事诉讼法典、宪法、其他实体法和程序法中有关民事诉讼的规定,及最高人民法院公布的指导民事诉讼的规定。

就性质而言,民事诉讼法是公法,也是程序法、部门法。须注意的是,民事诉讼法虽为公法,但并非全为强制性或禁止性规范,仍有不少任意性规范,在任意性规范所允许的范围内当事人仍有一定的意思自由。

^① 也存在着例外,比如在诉的预备合并之中,允许诉讼行为附条件。诉的预备合并是指在同一诉讼程序中原告同时提起主位之诉和备位之诉,原告请求:若主位之诉败诉的,可请求就备位之诉进行判决。如果主位之诉获得胜诉,原告不得再就备位之诉请求作出判决。因此,主位之诉败诉是法院判决备位之诉的停止条件。再如,在预备抵销的情形中,被告可同时提出:要求法院驳回原告的诉讼请求和若被告这一要求失败则被告主张抵销。邵明:《民事诉讼行为要论》,载《中国人民大学学报》2002年第2期。

七、民事诉讼法的时间效力(溯及力)问题

对于这一问题,学者们的见解并不统一,大致可分为“肯定说”和“否定说”,前者认为民事诉讼法可以溯及既往,后者认为不能溯及既往。我们认为,民事诉讼法自生效时起产生法律效力,对之后的当事人和法院的诉讼行为均有约束力。须注意的是,溯及力针对的是诉讼行为,而不是纠纷,即使纠纷发生在民事诉讼法生效之前,但只要诉讼是在法律生效之后进行,仍应适用新的民事诉讼法,此即“程序从新原则”。

【难点辨析】(西南政法大学 2006 年考研判断分析题)民事诉讼法的对事效力是指人民法院对民事案件的主管范围。

不对。民事诉讼法的对事效力,指法院的民事诉讼主管范围,即哪些民事纠纷和案件由我国法院依照民事诉讼法来解决。我国《民事诉讼法》第 3 条规定:“人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼,适用本法的规定。”

八、民事诉讼法与宪法的关系

民事诉讼法的宪法化,指民事诉讼法的基本原则和当事人的程序基本权由宪法规定并获得宪法保障。具体表现为:1. 宪法对民事诉讼法的一些基本原则和基本审判制度作了规定。2. 宪法对当事人的诉权、程序基本权和法院的审判权予以确认。3. 宪法对法的安定性或者程序的可预测性予以确认。

应当注意的是,《最高人民法院关于废止 2007 年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》已将《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》停止适用。故不宜认为有“宪法司法化”的发展趋势。

九、民事诉讼法与民事实体法的关系及民事诉讼程序的价值

关于民事诉讼法与民事实体法的关系,存在“程序工具主义”与“程序本位主义”之争。正确的认识是,民事诉讼是民事诉讼法与民事实体法共同作用的“场”,但民事诉讼法处于优位地位;民事诉讼法保障民事实体法的贯彻和实施;民事诉讼法具有创制和促进民事实体法发展的功能;民事诉讼法与民事实体法在某些方面彼此交汇。

关于民事诉讼程序的价值,主要有三种学说:程序工具主义价值论、程序本位主义价值论和程序效益主义价值论。对民事诉讼程序价值正确的认识是将其分为目的性价值(内在价值)和工具性价值(外在价值)。前者是指民事诉讼程序自身所具有的满足程序主体需要的独立价值,如程序公正、程序效益、程序自由等,其中程序公正价值又包括法官中立、当事人平等、程序参与、程序公开、程序维持等方面;后者指民事诉讼程序作为一种手段或工具以实现实体性目的的价值,如实体公正、秩序(和平和安定)等。

案例分析

【案例】

(2009 年司法考试真题)甲市 A 县的刘某与乙市 B 区的何某签订了房屋买卖合同,购买何某位于丙市 C 区的一套房屋。合同约定,因合同履行发生的一切纠纷,应提交设立于甲市的 M 仲裁委员会进行仲裁。之后,刘某与何某又达成了一个补充协议,约定合同发生纠纷后也可以向乙市 B 区法院起诉。

刘某按约定先行支付了部分房款,何某却迟迟不按约定办理房屋交付手续,双方发生纠纷。刘某向 M 仲裁委员会申请仲裁,请求何某履行交房义务,M 仲裁委员会受理了此案。在仲裁庭人员组成期间,刘某、何某各选择一名仲裁员,仲裁委员会主任直接指定了一名仲裁员任首席仲裁员组成合议庭。第一次仲裁开庭审理过程中,刘某对何某选择的仲裁员提出了回避申请。刘某申请理由成立,仲裁委员会主任直接另行指定一名仲裁员参加审理。第二次开庭审理,刘某请求仲裁程序重新进行,何某则对仲裁协议的效力提出异议,主张仲裁协议无效,请求驳回刘某的仲裁申请。

经审查,仲裁庭认为刘某申请仲裁程序重新进行、何某主张仲裁协议无效理由均不成立。仲裁庭继续进行审理并作出裁决:何某在 30 日内履行房屋交付义务。因何某在义务履行期间内拒不履行房屋交付义务,



刘某向法院申请强制执行,何某则向法院申请撤销仲裁裁决。

【问题聚焦】

- (1) 刘某、何某发生纠纷后依法应当通过什么方式解决纠纷?理由是什么?
- (2) 刘某提出的回避申请和重新进行仲裁程序的申请,何某提出的仲裁协议效力的异议,分别应由谁审查并作出决定或裁定?
- (3) 如何评价仲裁庭(委)在本案审理中的做法?理由是什么?
- (4) 刘某可以向哪个法院申请强制执行?何某可以向哪个法院申请撤销仲裁裁决?对于刘某、何某的申请,法院在程序上如何操作?理由是什么?
- (5) 如法院认为本案可以重新仲裁,应当如何处理?理由是什么?
- (6) 如法院撤销仲裁裁决,刘某、何某可以通过什么方式解决他们的纠纷?理由是什么?

【法律剖析】

要点:仲裁及其与诉讼的关系。

(1) 根据本案情况,当事人应当通过诉讼解决纠纷,因为双方的仲裁协议无效。但刘某向 M 仲裁委员会申请仲裁,何某未在仲裁庭首次开庭前提出异议的,仲裁协议有效,当事人可通过仲裁解决纠纷。

(2) 仲裁员的回避应当由仲裁委员会主任决定;重新进行仲裁程序由仲裁庭决定;仲裁协议的效力由仲裁委员会决定。

(3) ①仲裁委员会直接指定首席仲裁员是错误的。因为只有双方当事人共同委托仲裁委员会主任或者在规定期间内没有选定首席仲裁员的情况下,仲裁委员会才能指定仲裁员。②仲裁员回避后,仲裁委员会主任直接另行指定一名仲裁员是错误的。因为仲裁员回避后,仍应当由何某选任仲裁员,只有在何某委托仲裁委员会主任指定或者在规定期间内没有选定仲裁员的情况下,仲裁委员会主任才能直接指定。③仲裁庭继续进行仲裁的做法是正确的。理由有二:一是即使仲裁协议无效,当事人也只能在第一次开庭前提出,在此之后提出不影响仲裁庭的审理;二是仲裁员回避后的程序进行问题由仲裁庭决定。

(4) ①刘某应当向乙市中级人民法院或丙市中级人民法院申请强制执行。因为根据司法解释规定,对仲裁裁决的申请执行,由被执行人住所地或者财产所在地的中级人民法院管辖。②何某应当向甲市中级人民法院申请撤销仲裁裁决。因为根据法律规定,仲裁裁决的撤销由仲裁委员会所在地的中级人民法院管辖。③受理执行的法院应当裁定中止执行。甲市中级人民法院裁定撤销仲裁裁决的,受理执行的法院裁定终结执行。甲市中级人民法院裁定驳回何某撤销仲裁申请的,受理执行的法院裁定恢复执行。

(5) 如法院通知仲裁庭重新仲裁,且仲裁庭重新仲裁的,法院应裁定中止撤销程序;仲裁庭拒绝仲裁的或仲裁庭未在指定的期间内开始仲裁的,法院应当裁定恢复撤销程序。

(6) 仲裁裁决被撤销后,当事人可以向法院起诉解决,也可以重新达成仲裁协议申请仲裁。因为,一方面原仲裁协议和管辖协议都是无效的,另一方面,仲裁裁决被撤销后,原协议即已失效,只能重新达成协议方能申请仲裁。

【法条链接】

《仲裁法》第 20 条、第 31 条、第 32 条、第 36 条、第 37 条、第 58 条、第 61 条、第 64 条,《最高人民法院关于适用〈仲裁法〉若干问题的解释》第 7 条、第 22 条、第 29 条。



巩固练习

一、单选题

1. (2002 年司法考试真题)下列哪项法律关系是民事诉讼法律关系? ()
 - A. 原告与其代理人之间的法律关系
 - B. 证人与被告之间的法律关系
 - C. 原告律师与被告律师之间的法律关系
 - D. 人民法院与指定的鉴定人之间的法律关系
2. (2006 年司法考试真题)甲公司与乙公司就某一合同纠纷进行仲裁,达成和解协议,向仲裁委员会申请撤回仲裁申请。后乙公司未按和解协议履行其义务。甲公司应如何解决此纠纷? ()
 - A. 甲公司可以依据原仲裁协议重新申请仲裁



- B. 甲公司只能向法院提起诉讼
C. 甲公司既可以向法院提起诉讼,也可以与乙公司重新达成仲裁协议申请仲裁
D. 甲公司可以向仲裁委员会申请恢复仲裁程序
3. (2006 年司法考试真题)下列关于民事诉讼和仲裁异同的哪一表述是正确的? ()
A. 法院调解达成协议一般不能制作判决书,而仲裁机构调解达成协议可以制作裁决书
B. 从理论上说,诉讼当事人无权确定法院审理和判决的范围,仲裁当事人有权确定仲裁机构审理和裁决的范围
C. 对法院判决不服的,当事人有权上诉或申请再审,对于仲裁机构裁决不服的可以申请重新仲裁
D. 当事人对于法院判决和仲裁裁决都有权申请法院裁定不予执行
4. 2008 年 6 月,张某辞职获准,但因经济补偿未足额支付而与公司发生纠纷。经调解,双方达成调解协议,内容是公司于 2008 年 7 月 20 日前向张某支付经济补偿 3000 元。但公司并未履行。张某可以采取下列哪种方式维护自己的权益? ()
A. 申请劳动仲裁
B. 请求劳动行政部门处理
C. 向人民法院起诉
D. 向人民法院申请支付令

二、多选题

1. (中国政法大学 2005 年考研真题)诉讼上的法律事实是指什么? ()
A. 客观事实
B. 诉讼行为
C. 诉讼事件
D. 合法行为
2. (2008 年司法考试真题)民事诉讼与民商事仲裁都是解决民事纠纷的有效方式,但两者在制度上有所区别。下列哪些选项是正确的? ()
A. 民事诉讼可以解决各类民事纠纷,仲裁不适用与身份关系有关的民事纠纷
B. 民事诉讼实行两审终审,仲裁实行一裁终局
C. 民事诉讼判决书需要审理案件的全体审判人员签署,仲裁裁决则可由部分仲裁庭成员签署
D. 民事诉讼中财产保全由法院负责执行,而仲裁机构则不介入任何财产保全活动
3. (2006 年司法考试真题)王某是某电网公司员工,在从事高空作业时受伤,为赔偿问题与电网公司发生争议。王某可以采用哪些方式处理争议? ()
A. 可以向本公司劳动争议调解委员会申请调解,调解不成的,可以申请劳动仲裁
B. 可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,对仲裁裁决不服的,可以向法院提起诉讼
C. 可以不申请劳动仲裁而直接向法院起诉
D. 如果进行诉讼并按简易程序处理,法院开庭审理时,可以申请先行调解
4. (2002 年司法考试真题)吴某大学毕业后到武汉自谋职业,由武汉市人才交流服务中心推荐到某信息中心工作。吴某到该中心正式上班后,双方并未签订聘用合同。上班不久,吴某生病住院,花去医疗费若干。该信息中心以未签劳动合同为由拒付医疗费。吴某应如何请求解决? ()
A. 吴某必须首先向该信息中心劳动争议调解委员会申请调解;调解不成,可向劳动争议仲裁委员会申请仲裁
B. 吴某可直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,无须先行经过调解
C. 吴某只能向法院起诉,因为其用人单位未签仲裁协议
D. 吴某必须先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,对此仲裁裁决不服,方可向法院起诉
5. 2008 年 6 月,张某辞职获准,但因经济补偿未足额支付而与公司发生纠纷。该纠纷可以通过哪些方式解决? ()
A. 与公司协商解决
B. 张某不愿调解,向劳动争议仲裁委员会申请仲裁
C. 公司对仲裁裁决不服,向法院提起诉讼
D. 张某请求劳动行政部门处理