



上律·指南针教育
SURELY EDUCATION

指南针，
您身边的司考专家

(2013 “命题方向”精品书系)

国家司法考试攻略

5

民事诉讼法与仲裁制度攻略 (第三版)

蔡 辉 刘进一 著

上律·指南针司法考试命题研究中心 组编

简约而不简单的民诉书!

- ◆ 高屋建瓴·学科知识体系化
- ◆ 有的放矢·备考方向精确化
- ◆ 对比总结·重点难点表格化
- ◆ 牛刀小试·学以致用实战化

经济科学出版社

013028191

D920.4
184-3
V5

国家司法考试攻略

民事诉讼法与仲裁制度攻略

(第三版)

蔡 辉 刘进一 著

上律·指南针司法考试命题研究中心 组编



经济科学出版社



北航

01637437

D920.4

184-3

V5

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法与仲裁制度攻略:国家司法考试攻略/蔡辉 刘进一 著.

—北京:经济科学出版社,2013.4

ISBN 978-7-5141-3142-0

I. ①民… II. ①蔡… III. ①民事诉讼法—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料 ②仲裁—制度—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D925

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第053613号

民事诉讼法与仲裁制度攻略(第三版)

蔡辉 刘进一 著

上律·指南针司法考试命题研究中心 组编

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址:北京市海淀区阜成路甲28号 邮编:100142

总编部电话:88191217 发行部电话:88191537

网址:www.esp.com.cn

电子邮件:esp@esp.com.cn

北京天宇星印刷厂 印装

787×1092毫米 16开 18.75印张 400 000字

2013年4月第1版 2013年4月第1次印刷

ISBN 978-7-5141-3142-0 定价:46.00元

(图书出现印装问题,本社负责调换。电话:88191657)

(版权所有 翻印必究)

破茧化蝶的动力

民事诉讼法和仲裁法因其考查深度适中,易于得分,作为司法考试中所占分值较高的内容,历来为广大考生所重视,同时又因为程序法自身内容的琐碎和繁杂,考生又对其不无畏惧。

民事诉讼法和仲裁法的考查,重在法条,重点考查的知识点相对稳定。要能够帮助考生在数量众多的法条之中,理出重点知识点,做到有的放矢,化繁为简,是广大考生最迫切需要的;同时,又要对必要的基本理论给予适当的讲解,以便于对法条的理解;在对知识点归纳总结的同时,又需要有生动、鲜明的例题给予佐证,以便于记忆。但是现有的很多辅导用书中,或过分重视全面系统而显得臃肿繁琐,重点不突出,或过于追求重点突出而遗漏考点,当然学科体系的系统性就无从谈起,或单一归纳总结知识,知识点缺乏真题的映证,显得空洞枯燥。因此,提供一本全面而不繁琐,简洁而不简单,严谨又不失生动的教材,显得尤其重要和迫切,这也是这本攻略得以面世的最初动力和立脚点。

本书的目标是实现知识体系的全面系统、重点突出和讲练合一,每一个考点都有例证,每一个考点都高度提炼,每一个考点都无遗漏!一书在手,别无所求!秉承这样的原则,今年根据最新《民事诉讼法》对《民事诉讼法攻略》进行了全面修订,本书秉承以下宗旨:

首先,方向决定高度。每一章之初,以考点和考查年限为线索,准确归纳出每一个考点的考查次数和对应法条,高频和重要考点一目了然,便利考生在学习之前掌握方向,成就学习高度。

其次,考点高度凝练。对每一个考点,以简洁的语言高度概括,准确分析和提炼命题方向,总结考点,不讲废话。并在考点之下的重要题眼上用标识标出,对重要知识点实现二次提炼,减少考生的自我归纳和总结,便利考点的高效记忆。

再次,例证生动翔实。基本实现考过的考点均有例证解析,例证与考点一一对应,有机结合,准确翔实。同时在课后的模拟训练中,也力争做到已考考点不遗漏,综合考点训练,提高模拟效果。

本书致力于化繁为简。能够做到一语中的、剑不走偏锋,以扎实的教材,应付百变的司法考试,这是笔者和广大考生共同的追求。希望笔者一小步努力,能够

成就考生的一大步进步!

本书微博互动地址:<http://weibo.com/u/2553760701>

感谢上律·指南针教育集团对本书的精心策划,感谢上律指南针司法考试命题研究中心的各位老师耐心、细致、专业的编校工作!没有你们的帮助,就没有本书的面世!

蔡 辉、刘进一

2013 年 3 月

为提高读者的阅读效率,本书对引述的法律法规将采取简称的形式,请大家了解下列《法律全称与简称对应表》。

法律全称与简称对应表

法律全称	法律简称
《中华人民共和国民事诉讼法》	《民事诉讼法》
《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》
《中华人民共和国仲裁法》	《仲裁法》
《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》	《民诉证据规定》
《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》	《执行规定》
《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》	《调解工作规定》
《中华人民共和国人民调解法》	《人民调解法》
《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》
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》	《合同法解释(一)》
《最高人民法院关于适用〈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》	《审判监督解释》
《中华人民共和国侵权责任法》	《侵权责任法》
《诉讼费用交纳办法》	《诉讼费用办法》
《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人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》	《人身损害赔偿解释》
《中华人民共和国法官职业道德基本准则》	《法官职业道德基本准则》
《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》	《精神损害赔偿解释》
《最高人民法院关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》	《调解协议规定》

续表

法律全称	法律简称
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》	《执行解释》
《律师执业行为规范》	《律师执业规范》
《中华人民共和国婚姻法》	《婚姻法》
《中华人民共和国公司法》	《公司法》
《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》	《劳动争议调解仲裁法》
《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)》
《最高人民法院关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》	《关于民事级别管辖异议的规定》
《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》	《严格执行民事诉讼法规定》
《最高人民法院关于人民法院合议庭工作的若干规定》	《合议庭工作规定》
《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》	《查封、扣押、冻结财产的规定》
《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、变卖财产的规定》
《最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法通则》若干问题的意见(试行)》	《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》
《中华人民共和国合同法》	《合同法》
《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》
《中华人民共和国道路交通安全法》	《道路交通安全法》
《中华人民共和国著作权法》	《著作权法》
《中华人民共和国专利法》	《专利法》
《中华人民共和国商标法》	《商标法》
《中华人民共和国商标法实施条例》	《商标法实施条例》
《最高人民法院关于适用〈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》	《举证时限规定》

续表

法律全称	法律简称
《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》	《公司法规定(二)》
《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》	《公司法规定(三)》
《中华人民共和国物权法》	《物权法》
《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》	《诉讼时效规定》
《中华人民共和国海商法》	《海商法》
《中华人民共和国民用航空法》	《民用航空器法》



目 录

第一讲 民事诉讼与民事诉讼法	(1)
一、民事诉讼	(1)
二、民事诉讼法	(2)
第二讲 诉	(5)
一、诉的要素	(5)
二、诉的分类	(7)
三、反诉	(8)
第三讲 民事诉讼法的基本原则与基本制度	(14)
一、民事诉讼法的基本原则	(14)
二、民事诉讼法的基本制度	(23)
第四讲 主管与管辖	(33)
一、人民法院主管的范围	(34)
二、级别管辖	(35)
三、地域管辖	(37)
四、裁定管辖	(47)
五、管辖权异议	(50)
第五讲 当事人与诉讼代理人	(58)
一、诉讼权利能力与诉讼行为能力	(59)
二、当事人适格	(61)
三、当事人变更	(62)
四、原告与被告	(62)
五、共同诉讼	(67)
六、诉讼代表人	(74)
七、第三人	(77)
八、诉讼代理人	(85)
第六讲 民事诉讼证据与证明	(95)
一、证据论	(96)
二、证明论	(103)
三、证明程序	(111)



第七讲 诉讼保障制度	(123)
一、保全	(123)
二、先予执行	(127)
三、对妨害民事诉讼行为的强制措施	(129)
四、期间	(132)
五、送达	(133)
第八讲 一审普通程序	(139)
一、起诉与受理	(140)
二、审理前的准备	(145)
三、开庭审理	(145)
四、撤诉与缺席判决	(146)
五、延期审理、诉讼中止与诉讼终结	(149)
六、民事裁判	(153)
七、审理期限	(156)
第九讲 简易程序	(162)
一、简易程序的适用范围	(162)
二、简易程序的特点	(163)
三、简易程序和普通程序的转化	(165)
四、简易程序的具体程序规定	(166)
五、小额诉讼程序	(166)
第十讲 第二审程序	(170)
一、上诉的提起	(170)
二、上诉的受理	(173)
三、上诉的审理	(175)
四、上诉案件的裁判	(177)
第十一讲 再审程序	(187)
一、再审程序概述	(187)
二、人民法院决定再审	(189)
三、人民检察院抗诉引起的再审及检察建议	(191)
四、当事人申请再审	(196)
五、案外人申请再审	(201)
六、再审案件的审理与裁判	(202)
第十二讲 特别程序	(208)
一、特别程序的适用范围和特点	(208)

二、选民资格案件	(209)
三、宣告公民失踪、死亡案件	(210)
四、认定公民无行为能力或者限制行为能力的案件	(212)
五、认定财产无主案件	(212)
六、确认调解协议案件	(213)
七、实现担保物权案件	(214)
第十三讲 督促程序	(218)
一、督促程序概述	(218)
二、申请支付令的条件及支付令的效力	(219)
三、支付令的异议	(219)
四、督促程序终结的情形	(221)
五、督促程序和普通程序的转换	(221)
第十四讲 公示催告程序	(223)
一、公示催告程序概述	(223)
二、申请公示催告的条件	(224)
三、公示催告	(225)
四、除权判决	(225)
五、公示催告程序的终结	(226)
六、对利害关系人的救济	(226)
七、特别程序、督促程序、公示催告程序的比较	(227)
第十五讲 执行程序	(229)
一、执行依据	(230)
二、执行管辖	(230)
三、执行开始	(231)
四、执行异议	(233)
五、对逾期执行的救济	(235)
六、委托执行	(235)
七、执行和解	(236)
八、执行担保	(237)
九、执行承担	(237)
十、执行回转	(238)
十一、代位执行	(239)
十二、执行措施	(240)
十三、参与分配	(242)



十四、执行中止和执行终结	(243)
第十六讲 涉外民事诉讼程序	(248)
一、涉外民事诉讼管辖	(248)
二、涉外期间与送达	(249)
三、司法协助	(249)
第十七讲 仲裁与仲裁法概述	(253)
一、仲裁法的适用范围	(253)
二、仲裁的基本制度	(254)
三、民事诉讼与仲裁的区别	(255)
第十八讲 仲裁协议	(257)
一、仲裁协议的类型	(257)
二、仲裁协议的内容	(258)
三、仲裁协议的效力	(258)
四、仲裁协议无效的法定情形和法律后果	(260)
第十九讲 仲裁程序	(263)
一、仲裁当事人	(263)
二、仲裁庭的组成	(264)
三、仲裁的审理程序	(266)
四、仲裁保全的程序	(267)
五、仲裁中的和解	(268)
六、仲裁中的调解	(269)
七、仲裁裁决	(270)
八、仲裁时效	(271)
第二十讲 仲裁裁决的撤销	(274)
一、申请撤销仲裁裁决的条件	(274)
二、申请撤销仲裁裁决的理由	(275)
三、法院对申请撤销仲裁裁决的处理	(276)
第二十一讲 仲裁裁决的执行与不予执行	(278)
一、仲裁裁决的执行	(278)
二、仲裁裁决的中止执行与终结执行	(278)
三、仲裁裁决的不予执行	(279)
第二十二讲 涉外仲裁	(284)
一、涉外仲裁程序与国内仲裁程序的异同	(284)
二、涉外仲裁裁决的撤销与不予执行	(285)

》》》第一讲

民事诉讼与民事诉讼法

特别提示

本讲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。相对比较重要的知识点为:民事诉讼法的公法、程序法、部门法、基本法属性;民事诉讼法的效力。

考查概况

考查次数	已考考点	已考法条
1	民事诉讼法的属性	
1	人民调解协议的效力	《人民调解法》第31、33条 《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第2、3、6条
2	民事纠纷的解决方式	《民事诉讼法》第3条 《仲裁法》第3条
1	民事诉讼法的效力	《民事诉讼法》第3条

一、民事诉讼

1. 民事诉讼,是指人民法院、当事人和其他诉讼参与人,为解决民事纠纷、保护合法权益而依法进行的全部诉讼活动,以及在这些活动中所产生的各种诉讼法律关系的总和。

民事诉讼 = 诉讼活动 + 诉讼法律关系

2. 诉讼活动,即民事诉讼行为,是发生在人民法院、当事人和其他诉讼参与人之间的行为。正确理解民事诉讼行为的关键是注意行为的指向,如果是法院为主体的行为,其行为要指向当事人或证人等其他参与人;同样的道理,如果是当事人或证人等其他参与人的行为,其行为一定要指向法院。

3. 诉讼法律关系:在诉讼活动过程中,人民法院与当事人、其他诉讼参与人之间的诉讼权利与诉讼义务关系即为诉讼法律关系。诉讼法律关系的一方主体恒定为法院,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。

【例1】张某向区人民法院起诉,要求赵某赔偿因其骑车撞伤自己所造成的损



失5000元,并向区人民法院提供证人李某与王某。在本案诉讼中,可能会存在许多具体的行为,其中,张某向人民法院起诉的行为,法院向当事人张某、赵某以及证人李某与王某送达诉讼文书的行为,证人李某、王某向法院提供证言的行为等均属于诉讼行为;而法官向上级法院汇报案件的行为、合议庭向审判委员会的请示行为等则属于法院的内部行为,不属于诉讼行为。在本案诉讼中,也可能存在若干法律关系,其中,原告张某与法院之间、被告赵某与法院之间、证人李某、王某与法院之间的关系属于诉讼法律关系;而被告赵某与原告张某之间的侵权关系,原告张某与所提供证人李某、王某之间的关系则不属于诉讼法律关系。

二、民事诉讼法

(一) 民事诉讼法的概念

民事诉讼法,是国家制定的规范民事诉讼活动,调整民事诉讼法律关系的法律规范。狭义的民事诉讼法指《中华人民共和国民事诉讼法》法典。广义的民事诉讼法指《中华人民共和国民事诉讼法》法典以及所有规范性法律文件中有关民事诉讼的规定,包括宪法、民事实体法、仲裁法中的规定及民事诉讼的相关司法解释。

(二) 民事诉讼法的属性

民事诉讼法	基本法	根据其在法律体系中的地位,民事诉讼法是由全国人民代表大会制定的,属于基本法律,其效力仅低于宪法
	部门法	根据其调整的社会关系,民事诉讼法律关系具有自身的特点,这决定了民事诉讼法能够成为一个独立的法律部门
	程序法	根据其规定的内容,实体法解决实体权利义务的分配,程序法解决诉讼过程中的一系列问题,民事诉讼法从内容上看属于程序法
	公法	根据公法与私法的划分标准,民事诉讼法是国家解决民事纠纷的司法手段,具有强制性,属于公法的范畴

(三) 民事诉讼法的效力

民事诉讼法所适用的范围,包括对人、对事、时间以及空间效力四方面。

1. 对人效力:在中国法院进行民事诉讼,无论是中国自然人、法人或其他组织,还是外国自然人、无国籍人、外国企业和组织,必须适用中国的民事诉讼法。

【注意】民事诉讼法与民事实体法适用时的区别:在中国法院进行涉外民事诉讼时,民事实体法既可以适用中国法,也可以适用外国法,因为民事实体法是确定当事人之间实体权利义务关系的法律,基于当事人之间实体权利义务具有私权性的特征,当事人可以协商选择适用外国实体法;而民事诉讼法涉及国家主权,当事人和人民法院均必须遵守,当事人不能协商选择适用外国的诉讼法。

【例2】中国公司和印度公司发生货物买卖纠纷,如果在中国法院进行诉讼,合同法和民事诉讼法可否适用外国法?^①

【注意】在中国的仲裁机构进行仲裁,实体法和程序法均可以选择适用外国法律。

【例3】例2中,如果中国公司和印度公司之前订有有效的仲裁协议,约定一旦发生纠纷由中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁,那么对于合同法和仲裁法可否选择适用外国法?^②

2. 对事效力:民事诉讼法对事的效力,是指民事诉讼法适用于哪些案件,这其实也就是法院主管的范围,包括平等主体间的财产关系的纠纷和人身关系的纠纷。

3. 时间效力:实体法没有溯及力,但民事诉讼法作为程序法具有溯及力。因此,民诉修正案一旦通过,正在进行的民事诉讼也必须遵守修正案的规定。

4. 空间效力:凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼,均适用中国的民事诉讼法,包括中国的领土、领海、领空以及领土的延伸部分,还包括使领馆和航空器。

牛刀小试

1. 关于民事诉讼法的性质,下列哪一说法是正确的?(11年·卷三·35题)^③

- 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

2. 下列哪项法律关系是民事诉讼法律关系?^④

- 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. 人民法院与鉴定人之间的法律关系

3. 下列哪些属于民事诉讼行为?^⑤

- A. 甲公司代理人向法院提交证据的行为
- B. 乙公司委托诉讼代理人行为
- C. 合议庭评议案件的行为

① 答案:合同法可以适用外国法,民事诉讼法不能。

② 答案:都可以。民事诉讼法和仲裁法同为程序法,为什么涉外诉讼,我们必须要用中国民事诉讼法,但是涉外仲裁,我们却可以选择外国的仲裁法呢?这就源自公力救济和社会救济的区别。因为民事诉讼是公力救济,这就意味着当事人、证人等其他诉讼参与人的行为必须遵守中国的民事诉讼法;但是仲裁是社会救济,仲裁机构是民间机构,所以当事人可以选择适用外国的仲裁法。

③ 答案:C

④ 答案:D

⑤ 答案:AD



D. 当事人在法庭的质证行为

4. 中日合资的甲公司与设在日本的日本乙公司(其在中国没有住所)在中国A县订立一份购销合同,合同约定乙公司向甲公司出售5台电子设备,并由乙公司负责将该电子设备运到甲公司所在地的B县。此外,还约定一旦发生争议无论向哪国法院起诉,均适用日本民事诉讼法。在合同履行过程中,甲公司发现乙公司提供的产品中有2台电子设备存在严重质量瑕疵,经交涉未能解决,于是向我国法院起诉,要求乙公司承担违约责任。在该案审理过程中,人民法院可否适用当事人协议选择的日本民事诉讼法?①

① 答案:不得适用当事人协议选择的日本民事诉讼法,而只能适用我国民事诉讼法。在中国法院进行涉外民事诉讼时,只能适用中国民事诉讼法。

第二讲

诉

特别提示

诉,是颇具民事诉讼理论的概念,在司法考试中经常涉及。考生的着力点为:区分诉与诉讼请求;区分诉讼标的、诉讼标的物 and 诉讼标的额;诉的种类分为确认之诉、变更之诉和给付之诉,要能够判断具体案例属于诉的何种类;掌握二审和再审中对反诉的处理;理解反诉与反驳的区别。

考查概况

考查次数	已考点	已考法条
4	诉的要素	
2	诉的种类	
5	反诉	《民诉意见》第 69、184 条

一、诉的要素

(一) 诉的概念

诉,即当事人向法院提出的确认或者改变某种法律关系以及维护其合法权益的请求。诉和诉讼请求的关系是:诉是抽象的请求,而诉讼请求是具体的权利要求。

【例 1】甲向乙购买木材,后乙将木材交给甲,而甲却未依约支付价款。乙决定通过诉讼的方式追究甲的违约责任,要求甲给付价款 100 万元,支付违约金 10 万元,并承担本案全部的诉讼费用。请问本案的诉、诉讼请求分别是什么?^①

(二) 诉的要素

诉的要素即构成一个诉应当具备的因素。通常包括诉的主体、诉的标的与诉的理由。

1. 诉的主体。诉的主体,即诉的当事人,是指因民事权利受到侵犯或者发生争议,因而以自己的名义在人民法院参加诉讼程序的人。

2. 诉的标的。诉的标的即当事人之间发生争议并提请人民法院确认的实体

^① 答案:本案的诉是违约之诉(抽象的请求),本案的诉讼请求是给付价款、支付违约金和承担诉讼费(具体的要求)。