



上律·指南针教育
SURELY EDUCATION

(2014 “命题方向”精品书系)

国家司法考试攻略

GUOJIASIFAKAOSHI GONGLUE

5

民事诉讼法与仲裁制度攻略 (第四版)

MINSHISUSONGFA YU ZHONGCAIZHIDU GONGLUE

韩心怡◇著

上律·指南针司法考试命题研究中心 组编

简约而不简单

- 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



 中国财政经济出版社

2014“命题方向”精品书系

图例(CIP)目次附录

2014年司法考试命题方向·民法——民法总论、物权法、合同法、侵权责任法、婚姻家庭法、继承法
(系列精品)国家司法考试·2014·命题方向·民法总论、物权法、合同法、侵权责任法、婚姻家庭法、继承法

国家司法考试攻略

民事诉讼法与仲裁制度攻略

(第四版)

韩心怡 著

上律·指南针司法考试命题研究中心 组编



中国财政经济出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法与仲裁制度攻略 / 韩心怡著. —4版. —北京:中国财政经济出版社,2014.2
(国家司法考试攻略·2014“命题方向”精品书系)

ISBN 978-7-5095-5103-5

I. ①民… II. ①韩… 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(2014)第 027612 号

责任编辑:雷 婷

中国财政经济出版社出版

URL: <http://www.cfeph.cn>

E-mail: cfeph@cfeph.cn

(版权所有 翻印必究)

社址:北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮政编码:100142

营销中心电话:88190406 北京财经书店电话:64033436 84041336

北京财经印刷厂印刷 各地新华书店经销

787×1092 毫米 16 开 21 印张 458 000 字

2014 年 2 月第 1 版 2014 年 2 月北京第 1 次印刷

定价:58.00 元

ISBN 978-7-5095-5103-5/D·0292

(图书出现印装问题,本社负责调换)

本社质量投诉电话:010-88190744

反盗版举报热线:88190492 88190466

代序

每年十一月,都是收获硕果的时节,当我正为了新一年的讲义和授课而挑灯夜战时,总能因为全国各地传来的无数喜报而倍感振奋;每年十一月,都是扬帆起航的时节,当顺利过关的考生即将开启自己的法律职业生涯时,新一批有志于此的司考战友正为了来年的成功圆梦而辛勤耕耘。当2013年司法考试已经划上句号时,如何探寻更加高效的备考方法、如何更加准确的把握命题思路和趋势、如何帮助更多的考生在有限的时间里最大限度地提高分数,正是本攻略的主旨所在。

一、本书的特色和使用方法

本攻略共二十讲,其中包含了民事诉讼和仲裁制度部分的所有核心考点,并侧重对解题方法和运用能力的培养。在体例结构方面,每一讲都由“胸有成竹”、“备考重点”、“难点理解”、“本讲精华提炼”以及“真枪实弹”等板块构成,其中“胸有成竹”部分主要是帮助考生从宏观上把握该讲的知识点体系以及往年的命题点;“备考重点”则能够帮助考生明晰复习的方向和线索,做到有的放矢;针对每一讲中的高频考点、核心考点以及难点,均采用示例的方法给予着重解析,并借助表格等手段对易混点、相似点进行比较。在每一讲结束后,设有“本讲精华提炼”板块,既能帮助考生浓缩该讲的关键内容,又能够发挥巩固记忆、提高复习效率的功能。在此基础上,为了确保掌握的实效性和运用能力,还在“真枪实弹”部分配备了相应的模拟题,从而避免考生仅死记硬背而缺乏独立解题能力等问题。此外,本攻略配有四个附录,主要对《民事诉讼法》^①(2012年修正)中的新增内容与修改内容进行了梳理整合,并对历年真题中的难点和高频考点进行了精炼,以帮助考生更加高效的把握备考要点和新修内容。

在使用本攻略的过程中,建议考生严格按照每一讲的结构和顺序进行学习。首先,对每一讲的核心概念、知识框架、历年考查频率和方式等有一个总括的把握,进而结合“备考重点”中的提示展开研习。其次,结合书中的具体案例及其他示例,透彻理解相应的常考点或难点,做到举一反三、活学活用。再次,在脱离讲义的前提下独立完成“真枪实弹”部分的配套练习,之后根据脚注部分的答案和解析对错题内容给予专门的强化,从而避免在考场上犯类似的错误。在完成了对每一讲的学习后,建议考生结合每一讲的内容精炼、之前做题的出错点以及历年真题,对民事诉讼和仲裁的全部内容进行系统化巩固。相信附录部分的表格

^① 注:为表述方便,文中的法规名称一般采用简称。法条条款的序号采用了阿拉伯数字形式。

和梳理,也能够帮助大家提高复习的效率。

二、2013 年司法考试的命题分析与趋势预测

2013 年司法考试是《民事诉讼法》2012 年全面修订后的第一次考查,其中对民事公益诉讼、电子送达、检察建议、专家辅助人、申请抗诉的前置条件、督促程序与诉讼程序的衔接、电子数据、举证时限、司法确认等新增内容或修正内容进行了考查。同时,采用综合多个相关关联知识点的命题方法,对民事诉讼基本原则、诉的种类、管辖、当事人能力与当事人适格、代理权限、法院调解、简易程序、再审程序等历年常考点,进行了更为系统和全面的考查。尤其值得注意的是卷四部分的第七题,其中不仅考查了起诉状或一审判决书的结构和内容,还对调解与审判在社会转型时期的关系问题进行了开放性的考查,反映了司法考试对考生实际运用能力、问题分析能力的重视。

以民事诉讼法全面修订为大背景,以 2002~2013 年十二年来的司法考试真题为分析样本,结合近年来的考查要旨和考试大纲,能够提炼出民诉部分的考查趋势。首先,考查内容的理论性不断提升。除了关注对法律规范的熟悉程度外,近年来愈加强调评估考生对民事诉讼核心理论的把握情况,以及运用这些理论分析实际问题的能力。其次,考查内容的综合性不断加强。近年来很少出现仅考查单个知识点的题目,而是将多个相关联或易混淆的知识点融合在一起命题,这就要求考生在备战过程中能够融会贯通、善于对比和拓展。再次,考查内容的前沿性不断增强。2012 年分别从基本原则、基本制度、具体制度和程序规则等多个维度对民事诉讼法的相关内容进行了全面修订。新法的正式颁行以及实施细则的逐步配置,必然使得新增内容和修改内容成为考查的核心,这就要求考生不仅要全面掌握修法的最新动态,还要避免与修法前相关内容的混淆。除了理论性、系统性、前沿性等特征外,命题的开放性也是近年来司法考试的趋势之一,仅仅依靠死记硬背已经完全无法满足司法考试的预设目标和司法职业的准入门槛,而是更加注重培养考生的独立分析能力和创造性思维。这也恰与重视理论性考查、重视对基础内容的透彻把握和熟练运用等趋势相契合。

三、2014 年司法考试的备考锦囊

以上述命题趋势为指引,结合本攻略的体例和线索,大家在备战 2014 年司法考试的过程中,需要牢记以下几个备考“锦囊”。

第一,要夯实基础。在复习的初期阶段,切不可好高骛远,一定要正确认识“三大本”和基础性法条的重要作用。只有牢固掌握了基础知识,才能在接下来的备考过程中事半功倍。

第二,要切实掌握民事诉讼的核心理论,并能够运用相关理论分析实际问题。为了回应理论性考查的不断强化,不能仅限于对法条的孤立记忆,而是要了解法律规范和制度背后的

相关理论,并能够运用这些理论独立思考和分析。

第三,要全面掌握新修改的内容和亮点制度。2012 年全面修订后的民事诉讼法在原则、制度和规则方面均进行了不同程度的更新,这就要求考生必须全面把握新增型、修改型、删除型三类制度的具体内容,并能够准确区分其与之前的规范的异同、与相关联内容的关系。除了复习内容、备战方针等注意事项外,大家还需要对时间分配、心态调整、答题技巧等给予关注,大家会在使用该攻略的过程中逐步有所体悟,在此不再赘述。

最后,用休·拉蒂默的一句名言来开启我们 2014 年司法考试的备考之旅:“滴水穿石,不是因其力量,而是因其坚韧不拔、锲而不舍。”与诸位共勉。

韩心怡

2014 年 2 月 25 日



目 录

第一讲 民事诉讼与民事诉讼法	(1)
一、民事诉讼与多元纠纷解决机制	(1)
二、民事诉讼法的性质和效力	(4)
第二讲 民事诉讼法的基本原则和基本制度	(9)
一、民事诉讼法的基本原则:加一减一改一	(10)
二、民事诉讼基本制度	(20)
第三讲 诉	(32)
一、诉的要素	(32)
二、诉的种类	(34)
三、反诉	(37)
第四讲 主管与管辖	(44)
一、概述	(45)
二、级别管辖	(46)
三、一般地域管辖	(48)
四、特殊地域管辖	(51)
五、专属管辖	(55)
六、协议管辖	(57)
七、共同管辖与选择管辖:一个问题的两个侧面	(58)
八、裁定管辖	(58)
九、管辖权异议	(61)
第五讲 当事人与诉讼代理人	(69)
一、诉讼权利能力与诉讼行为能力	(70)
二、当事人适格	(72)
三、当事人的确定:原告与被告	(74)
四、共同诉讼	(78)
五、诉讼代表人	(82)



六、民事公益诉讼	(83)
七、诉讼第三人	(84)
八、诉讼代理人	(90)
第六讲 民事诉讼辅助和保障制度	(100)
一、期间	(100)
二、送达与送达方式	(102)
三、保全	(104)
四、先予执行	(107)
五、对妨害民事诉讼行为的强制措施	(108)
第七讲 法院调解	(114)
一、法院调解的原则	(114)
二、法院调解的适用范围	(115)
三、诉讼和解	(116)
四、法院调解的程序	(117)
五、调解协议与调解书	(118)
六、法院调解的效力	(119)
第八讲 民事诉讼证据与证明	(124)
一、证据资格:证据“三性”	(125)
二、民事诉讼证据的法定种类:增一改一	(126)
三、民事诉讼证据的学理分类	(131)
四、证明对象与免证事实	(134)
五、证明责任与证明标准	(137)
六、证明程序	(141)
第九讲 普通程序	(156)
一、普通程序的各阶段	(157)
二、撤诉和缺席判决	(163)
三、延期审理、诉讼中止和诉讼终结	(164)
四、民事裁判与法律文书	(166)
第十讲 简易程序	(172)
一、简易程序的适用范围	(172)
二、简易程序的特点	(175)



三、适用简易程序时应当先行调解的情形	(177)
四、简易程序与普通程序的相互转化	(178)
五、小额诉讼程序	(179)
第十一讲 第二审程序	(183)
一、上诉的提起与受理	(183)
二、上诉的撤回	(187)
三、上诉案件的审理	(188)
四、二审案件的裁判 (2012 年修改内容)	(190)
五、二审程序的审限与裁判效力	(191)
第十二讲 审判监督程序	(199)
一、审判监督程序的性质及其对象	(199)
二、审判监督程序的启动主体和方式	(202)
三、再审案件的审理程序	(210)
第十三讲 特别程序 (4 + 2)	(217)
一、特别程序的特点概述	(217)
二、选民资格案件	(218)
三、宣告公民失踪案件的审理程序	(219)
四、宣告公民死亡案件的审理程序	(221)
五、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	(222)
六、认定财产无主案件的审理程序	(223)
七、确认调解协议案件 (《民事诉讼法》第 194 - 195 条)	(224)
八、实现担保物权的案件 (《民事诉讼法》第 196 - 197 条)	(225)
第十四讲 督促程序	(228)
一、申请支付令的条件	(228)
二、督促程序的相关程序事项	(229)
三、支付令的法律效力: 督促效力 VS 执行效力	(229)
四、对支付令的异议 (2012 年增加对异议的审查)	(229)
五、督促程序与诉讼程序的转换	(230)
第十五讲 公示催告程序	(234)
一、公示催告程序的特点与适用范围	(234)
二、申请公示催告的条件	(235)



三、公示催告阶段	(235)
四、除权判决阶段	(235)
五、对利害关系人的救济	(236)
第十六讲 执行程序	(238)
一、执行程序概述	(238)
二、执行根据(执行名义)	(239)
三、执行管辖	(240)
四、执行程序的启动	(242)
五、执行异议:执行行为异议+执行标的异议	(243)
六、委托执行	(245)
七、执行担保	(246)
八、执行承担	(247)
九、执行和解	(248)
十、代位执行	(249)
十一、执行回转	(249)
十二、参与分配	(250)
十三、执行措施的系统梳理	(250)
十四、暂缓执行、执行中止和执行终结	(252)
第十七讲 涉外民事诉讼程序	(258)
一、2012 年对涉外民事诉讼程序的特别规定部分的主要修改	(258)
二、涉外民事诉讼程序的一般原则	(259)
三、涉外管辖	(259)
四、涉外期间	(260)
五、涉外送达	(260)
六、司法协助	(260)
第十八讲 仲裁与仲裁协议	(263)
一、仲裁的适用范围:主管问题	(263)
二、仲裁的原则和基本制度	(264)
三、仲裁协议的形式和内容	(265)
四、仲裁协议的效力	(266)
第十九讲 仲裁程序	(272)

一、仲裁中的保全	(272)
二、仲裁庭的组成	(273)
三、仲裁员的回避	(273)
四、仲裁的审理方式:以不公开审理、开庭审理为原则	(274)
五、撤回仲裁申请和缺席裁决	(274)
六、仲裁中的和解、调解与裁决	(275)
第二十讲 仲裁的司法监督	(281)
一、仲裁和诉讼的关系	(281)
二、申请执行仲裁裁决的条件	(282)
三、申请撤销国内仲裁裁决	(282)
四、申请不予执行国内仲裁裁决	(284)
五、申请撤销或不予执行涉外仲裁裁决	(285)
六、国内仲裁程序与涉外仲裁程序之比较	(286)
附录一 《民事诉讼法》2012 年修正内容的类型化概览	(289)
附录二 《民事诉讼法》(2012 年修正) 中的新增内容与修改内容整合	(290)
附录三 难点、高频考点精炼	(298)
一、民事诉讼与民事诉讼法	(298)
二、民事诉讼基本原则和基本制度	(298)
三、诉	(299)
四、主管与管辖	(300)
五、当事人制度	(301)
六、诉讼代理人	(302)
七、民事诉讼辅助和保障制度	(303)
八、民事诉讼证据	(304)
九、民事诉讼中的证明	(304)
十、普通程序	(305)
十一、民事裁判与法律文书	(305)
十二、简易程序与小额程序	(306)
十三、第二审程序	(306)
十四、特别程序	(307)
十五、审判监督程序	(308)



十六、督促程序:异议审查+转换衔接	(309)
十七、公示催告程序	(309)
十八、执行程序	(309)
十九、涉外民事诉讼程序	(310)
二十、仲裁部分	(310)
附录四 2002-2013 年司法考试命题点概览	(312)
(185)	督促程序异议审查
(186)	督促程序异议审查
(187)	督促程序异议审查
(188)	督促程序异议审查
(189)	督促程序异议审查
(190)	督促程序异议审查
(191)	督促程序异议审查
(192)	督促程序异议审查
(193)	督促程序异议审查
(194)	督促程序异议审查
(195)	督促程序异议审查
(196)	督促程序异议审查
(197)	督促程序异议审查
(198)	督促程序异议审查
(199)	督促程序异议审查
(200)	督促程序异议审查
(201)	督促程序异议审查
(202)	督促程序异议审查
(203)	督促程序异议审查
(204)	督促程序异议审查
(205)	督促程序异议审查
(206)	督促程序异议审查
(207)	督促程序异议审查
(208)	督促程序异议审查
(209)	督促程序异议审查
(210)	督促程序异议审查
(211)	督促程序异议审查
(212)	督促程序异议审查
(213)	督促程序异议审查
(214)	督促程序异议审查
(215)	督促程序异议审查
(216)	督促程序异议审查
(217)	督促程序异议审查
(218)	督促程序异议审查
(219)	督促程序异议审查
(220)	督促程序异议审查
(221)	督促程序异议审查
(222)	督促程序异议审查
(223)	督促程序异议审查
(224)	督促程序异议审查
(225)	督促程序异议审查
(226)	督促程序异议审查
(227)	督促程序异议审查
(228)	督促程序异议审查
(229)	督促程序异议审查
(230)	督促程序异议审查
(231)	督促程序异议审查
(232)	督促程序异议审查
(233)	督促程序异议审查
(234)	督促程序异议审查
(235)	督促程序异议审查
(236)	督促程序异议审查
(237)	督促程序异议审查
(238)	督促程序异议审查
(239)	督促程序异议审查
(240)	督促程序异议审查
(241)	督促程序异议审查
(242)	督促程序异议审查
(243)	督促程序异议审查
(244)	督促程序异议审查
(245)	督促程序异议审查
(246)	督促程序异议审查
(247)	督促程序异议审查
(248)	督促程序异议审查
(249)	督促程序异议审查
(250)	督促程序异议审查
(251)	督促程序异议审查
(252)	督促程序异议审查
(253)	督促程序异议审查
(254)	督促程序异议审查
(255)	督促程序异议审查
(256)	督促程序异议审查
(257)	督促程序异议审查
(258)	督促程序异议审查
(259)	督促程序异议审查
(260)	督促程序异议审查
(261)	督促程序异议审查
(262)	督促程序异议审查
(263)	督促程序异议审查
(264)	督促程序异议审查
(265)	督促程序异议审查
(266)	督促程序异议审查
(267)	督促程序异议审查
(268)	督促程序异议审查
(269)	督促程序异议审查
(270)	督促程序异议审查
(271)	督促程序异议审查
(272)	督促程序异议审查
(273)	督促程序异议审查
(274)	督促程序异议审查
(275)	督促程序异议审查
(276)	督促程序异议审查
(277)	督促程序异议审查
(278)	督促程序异议审查
(279)	督促程序异议审查
(280)	督促程序异议审查
(281)	督促程序异议审查
(282)	督促程序异议审查
(283)	督促程序异议审查
(284)	督促程序异议审查
(285)	督促程序异议审查
(286)	督促程序异议审查
(287)	督促程序异议审查
(288)	督促程序异议审查
(289)	督促程序异议审查
(290)	督促程序异议审查
(291)	督促程序异议审查
(292)	督促程序异议审查
(293)	督促程序异议审查
(294)	督促程序异议审查
(295)	督促程序异议审查
(296)	督促程序异议审查
(297)	督促程序异议审查
(298)	督促程序异议审查
(299)	督促程序异议审查
(300)	督促程序异议审查
(301)	督促程序异议审查
(302)	督促程序异议审查
(303)	督促程序异议审查
(304)	督促程序异议审查
(305)	督促程序异议审查
(306)	督促程序异议审查
(307)	督促程序异议审查
(308)	督促程序异议审查
(309)	督促程序异议审查
(310)	督促程序异议审查
(311)	督促程序异议审查
(312)	督促程序异议审查

《《《第一讲

民事诉讼与民事诉讼法



胸有成竹

本讲主要涉及各类民事纠纷解决机制的特性及其相互关系,并对民事诉讼的基本概念、民事诉讼法的属性和效力进行精讲。虽然不属于司法考试的重点且分值不高,但近年来对本部分的考查力度和难度有上升趋势,不再局限于围绕单一知识点进行客观题考查,而是采用串联相关知识、开放性命题等方式综合考查。例如2013年卷四部分考查了“调解与审判在社会转型时期的关系”。

往年命题点:民事诉讼法的属性;人民调解协议的效力;司法确认制度;民事纠纷的解决方式;民事诉讼与仲裁的受案范围差异。

历年真题链接:2013年卷四第七题第4小题;2011年卷三第35题。



备考重点

1. 民事诉讼与其他诉外解纷机制的关系:尤其是诉讼与调解、诉讼与仲裁的关系。
2. 民事司法程序的主要类型和相互关系:避免掉入题干中的“术语陷阱”。
3. 民事诉讼法的属性和效力:不同的标准对应不同的属性判定;民事诉讼法的对人、对事效力。

一、民事诉讼与多元纠纷解决机制

(一) 民事诉讼 = 诉讼活动 + 诉讼法律关系

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、保护当事人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。

1. 民事诉讼行为:即民事诉讼活动,是指发生在人民法院、当事人和其他诉讼参与人之间的行为。

注意:民事诉讼行为的一方主体是法院,另一方主体是当事人、其他诉讼参与人。法院的内部行为(如合议庭评议案件、审委会讨论案件等)不属于民事诉讼行为。

2. 民事诉讼法律关系,是指受民事诉讼法调整的,存在于法院、当事人和其他诉讼参与人之间的诉讼权利和诉讼义务关系。

注意:民事诉讼法律关系不同于民事法律关系,前者是民事诉讼参加者之间的诉讼上的



权利义务关系,后者是民事主体之间的实体上的权利义务关系。

【例1-1】王某与刘某在排队抢购亚冠联赛门票时发生口角,王某一怒之下将刘某打伤,刘某遂向A区法院起诉,要求王某赔偿相关的医疗费用、误工费等损失共计7000元,同时赔礼道歉。为了证明自己的主张,刘某向法院提供了一同排队购票的自己的老婆和儿子作为证人。法院受理案件后,向王某送达了应诉通知书和起诉状副本,审理该案的法官张某发现,被告王某是该法院常务副院长的女婿,遂向上级法院汇报了这一情况。各主体的上述行为中,哪些属于民事诉讼行为?哪些构成民事诉讼法律关系?①

3. 民事诉讼法律关系主体与民事诉讼主体。

民事诉讼法律关系主体,是指依照民事诉讼法的规定参加诉讼,并享有诉讼权利和承担义务的公民、法人、社会组织或其他非法人团体。

民事诉讼主体,是指在民事诉讼中占有重要诉讼地位的主体,其诉讼行为对诉讼的发生、变更、终结发挥着决定性作用或重要作用。

注意:民事诉讼主体必然是民事诉讼法律关系主体,但民事诉讼法律关系主体不一定是民事诉讼主体;其他诉讼参与人是民事诉讼法律关系的主体,但不是民事诉讼主体。民事诉讼主体包括:人民法院、当事人、共同诉讼人、诉讼代表人、诉讼中第三人。证人、翻译人员、鉴定人和勘验人等其他诉讼参与人是民事诉讼法律关系主体,但不是民事诉讼主体。前述“例1”中,A区法院、原告刘某、被告王某都是民事诉讼主体;刘某的妻、儿作为证人属于其他民事诉讼参与人,因此是民事诉讼法律关系主体,但不是民事诉讼主体。

(二) 民事诉讼与其他纠纷解决机制

除了诉讼这一公力救济机制外,民事纠纷的解决方式还包括私人调解、和解、人民调解、仲裁。其中私人调解和协商和解属于私力救济机制;人民调解和仲裁属于社会救济机制。

涉纷主体的自治性程度:诉讼<仲裁<调解<和解

1. 民事诉讼:不告不理;强制执行力保障;法定性和规范性

民事诉讼=民事诉讼行为+民事诉讼法律关系+法定程序

2. 民商事仲裁:协议仲裁;或裁或审;一裁终局(入口自治、出口强制);适用范围限定。

注意:法院的受案范围广于仲裁委员会,平等主体之间纯粹的人身权益纠纷,只能诉讼、不能仲裁。

法院对民商事仲裁的司法审查方式:撤销仲裁裁决、不予执行仲裁裁决。仲裁裁决被法院裁定不予执行或撤销后,当事人可以重新达成仲裁协议申请仲裁,也可以向人民法院

① 答案:(1)原告刘某与被告王某之间的侵权关系属于民事(实体)法律关系,而不是民事诉讼法律关系;该侵权行为亦非民事诉讼法律行为。(2)原告刘某向法院起诉的行为属于民事诉讼行为,刘某与法院之间的关系属于民事诉讼法律关系。(3)法院向被告王某送达相关法律文书的行为,属于民事诉讼行为,二者之间构成民事诉讼法律关系。(4)原告刘某与其妻、儿两位证人之间的关系不是民事诉讼法律关系;但两位证人与法院之间构成民事诉讼法律关系。(5)法官张某向上级法院汇报的行为属于法院系统的内部行为,不是民事诉讼行为,上下级法院之间的关系也不是民事诉讼法律关系。



起诉。

3. 劳动争议仲裁:劳动争议诉讼的前置程序。

不同于民商事仲裁,劳动争议仲裁的启动不以存在仲裁协议为前提;劳动争议仲裁是提起劳动争议诉讼的前置程序。劳动争议仲裁不受《仲裁法》的调整,而是由《劳动争议调解仲裁法》调整。

4. 人民调解:社会救济;调解协议“可诉可确”

(1) 合同效力:调解协议具有法律约束力,效力相当于民事合同,双方就调解协议的履行或内容发生争议,一方当事人可以就调解协议向法院起诉,而不能针对原纠纷提起诉讼。(《人民调解法》第31条、第32条)

注意:法律约束力、强制执行力和民事合同的效力的比较

表 1-1 各类民事纠纷解决机制的特点比较

解纷方式	启动方式	有无第三方介入	程序的规范性程度	涉纷主体的自治性程度	解纷结果的效力	其他特点
和解	纠纷当事人自愿合意	无	无固定程序,灵活性、多样性	高度自治性	无强制执行力	有助于修复和维系长远关系
诉外调解	纠纷当事人自愿合意或同意	有	诉外调解的类型不同,包括人民调解、行业调解、商事组织调解,等等,程序灵活多样	高度的自治性,调解主持者的意见对纠纷当事人不具有约束力	诉外调解协议本身没有强制执行力	人民调解与司法的衔接:司法确认
民商事仲裁	有效的仲裁协议	有	仲裁程序的规范性程度较高,且当事人对程序规则享有一定的选择权	入口自治、出口强制;部分程序选择权	仲裁裁决具有强制执行力	适用范围的有限性;与诉讼的排他关系
劳动争议仲裁	一方当事人依法申请	有	仲裁程序的规范性较高	自治性相对较弱,是当事人提起劳动争议的必须前置程序	对仲裁裁决不服的,可以提起劳动争议诉讼	不需要事先存在仲裁协议;是提起劳动争议诉讼的前置程序
诉讼	一方当事人依法起诉	有	程序法定,规范性程度最高	诉讼当事人享有法定范围内的程序选择权,但对最终裁判结果的形成不享有必然的约束力	以国家强制力为后盾	以两审终审为原则,裁判结果“非黑即白”、刚性化



【例1-2】小红在社区里开了一家点心店,专门销售自己手工烘焙的纸杯蛋糕,阿黄是该社区一家私人幼儿园的园长,与小红签订了为期一年的蛋糕买卖合同,约定由小红每天向幼儿园提供60只纸杯蛋糕,阿黄在年底向小红支付蛋糕款9000元。小红按约履行了送货义务,但约定的付款期限届满后,阿黄却迟迟不肯付款。于是小红萌生了向法院起诉的念头,但考虑到自己没有法律知识且诉讼程序太繁琐,其决定申请居民委员会对该纠纷进行处理。在居委会工作人员的调解下,考虑到幼儿园具有部分公益属性且阿黄的确经济困难,小红与阿黄达成人民调解协议:阿黄在协议生效后15天内向小红支付6000元。双方签收了调解书,但事后阿黄并未按时还款,此时小红可以起诉阿黄,但其诉讼针对的对象是人民调解协议中确定的权利义务关系,因此诉讼请求中可以主张的数额只能是6000元,而不能是原纠纷中的9000元。

(2)与非讼程序的衔接:人民调解协议生效之日起30日内,双方当事人可以共同向法院申请司法确认。司法确认裁定书具有执行力。(《民事诉讼法》第194、195条;《人民调解法》第33条)

注意:人民调解协议本身不能成为执行名义,执行名义是法院出具的司法确认裁定书。

【例1-3】老王与老李是多年的老邻居,一年前,老李为实现自己的“千万富翁”梦而大批买进“双色球”彩票,但因资金不足向老王借款3000元,并承诺3个月后返还借款及利息。事与愿违,老李所购买的数千元彩票全部“打水漂”,因而在约定的还款期限届满后始终无法依约还款,在多次催促未果的情况下,老王萌发了起诉老李的念头。后经居民委员会调解,老王与老李达成协议:老李在两个月内向老王返还借款3000元,老王放弃追索利息。

本案中,居民委员会作为人民调解组织,其主持下达成的调解协议具有民事合同的性质,但不具有强制执行力。(1)如果在履行调解协议的过程中发生争议,老王和老李均有权就调解协议向法院起诉,但此时的诉讼标的是该调解协议,而不能直接针对二人原先的借款纠纷提起诉讼;如果法院判决撤销了该调解协议,那么当事人可以针对原纠纷起诉。(2)如果并不存在争议,但是老王担心老李反悔,此时可以由老王和老李共同向法院申请司法确认。若法院经审查出具了司法确认裁定书,则该裁定书能够成为申请法院强制执行的依据。但需要考生特别注意的是,无论是否经过司法确认,人民调解协议本身均不具有强制执行力,不能成为执行根据。简言之,人民调解协议虽然事实上确定了执行的具体内容,但具有执行力、能够成为执行根据的只能是法院出具的司法确认裁定书这一公文书。

二、民事诉讼法的性质和效力

(一)民事司法程序的类型梳理

1.《民事诉讼法》(2012年修正)中规定的三大类程序:

(1)诉讼程序:一审普通程序+简易程序+二审程序+审判监督程序

(2)非讼程序:特别程序;督促程序;公示催告程序



(3) 执行程序

2. 民事司法程序、民事审理程序和民事执行程序的比较。

注意:民事司法程序 = 诉讼程序 + 非讼程序 + 执行程序

民事案件的审理程序 = 诉讼案件的审理程序 + 非讼案件的审理程序

民事诉讼程序 ≠ 民事审理程序

提示:题干中采用上述不同概念设问时,将对应不同的答案选项,司法考试经常利用易混淆的概念来设计“术语陷阱”,考生们一定要在理解各类程序性质和内容的基础上,细心读题后作答。

【例1-4】设问一:下列哪些是《民事诉讼法》(2012年修正)规定的民事诉讼程序?①

设问二:下列哪些是《民事诉讼法》(2012年修正)规定的民事案件审理程序?②

设问三:下列哪些是《民事诉讼法》(2012年修正)新增的民事诉讼程序?③

设问四:下列哪些是《民事诉讼法》(2012年修正)新增的民事非讼案件的审理程序?④

A. 确认调解协议案件

B. 实现担保物权案件

C. 小额诉讼程序

D. 一审普通程序

(二) 民事诉讼法的属性:基本法;公法;部门法;程序法

1. 在法律体系中的地位:基本法(与根本法、一般法律、行政法规等的比较)

2. 调整的社会关系:部门法(具有独立的调整对象)

3. 内容:程序法(与实体法的比较:规定的内容为实体问题)

4. 公私法划分:公法(三大诉讼法均为公法)

注意:(1)不同的区分标准对应不同的属性判定。考生不能仅死记硬背这四大属性,而是能够根据不同的分类标准,判定相对应的属性;或是依据给定的属性,判定相应的分类标准。

(2)民事诉讼程序、制度和具体规则的设置均须遵循民事诉讼法的基本属性,否则有违社会主义法治理念的基本要求。

【真题回放】关于民事诉讼法的性质,下列哪一说法是正确的?(2011年·卷三·35题)⑤

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

① 答案:CD

② 答案:ABCD

③ 答案:C

④ 答案:AB

⑤ 答案:C