

三校名师讲义

国 | 家 | 司 | 法 | 考 | 试
三 校 名 师 讲 义

2013年版

民事诉讼法与仲裁制度

5

三校名师 组编

点石成金

凝聚廿一载名师课堂授业精华

作为三校名师司法考试培训授课专用教材

本书历经廿一年的经典传承

千锤百炼

实至名归

带给您身临其境的名师授业风范

与智者的深邃启迪



中国政法大学出版社



国 | 家 | 司 | 法 | 考 | 试
三校名师讲义
2013年版

民事诉讼法与仲裁制度

5

三校名师◎组编

杨秀清◎编著



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

2013年国家司法考试三校名师讲义. 民事诉讼法与仲裁制度 / 三校名师组编. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 12

ISBN 978-7-5620-4587-8

I. ①2... II. ①三... 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. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第300115号

书 名	国家司法考试三校名师讲义 (2013 年版) ——民事诉讼法与仲裁制度 GUOJIA SIFA KAOSHI SANXIAO MINGSHI JIANGYI 2013NIANBAN MINSHI SUSONGFA YU ZHONGCAI ZHIDU
出版发行	中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 fada.sf@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908433 (编辑部) 58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)
承 印	北京鑫海金澳胶印有限公司
规 格	787mm×1092mm 1/16
印 张	18.5
字 数	450 千字
版 本	2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4587-8/D·4547
定 价	37.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

编辑委员会

阮齐林	晓耕	焦洪昌	高其才
刘 玫	李仁玉	杨秀清	钟秀勇
张 锋	孙文恺	李 毅	杨 帆
鄢梦萱	王 利	刘凤科	张琮军
宋桂兰	张 龙	房保国	叶晓川
方 鹏	杨 军	徐金桂	汪华亮
杨 雄	刘 文	王 旭	李 佳

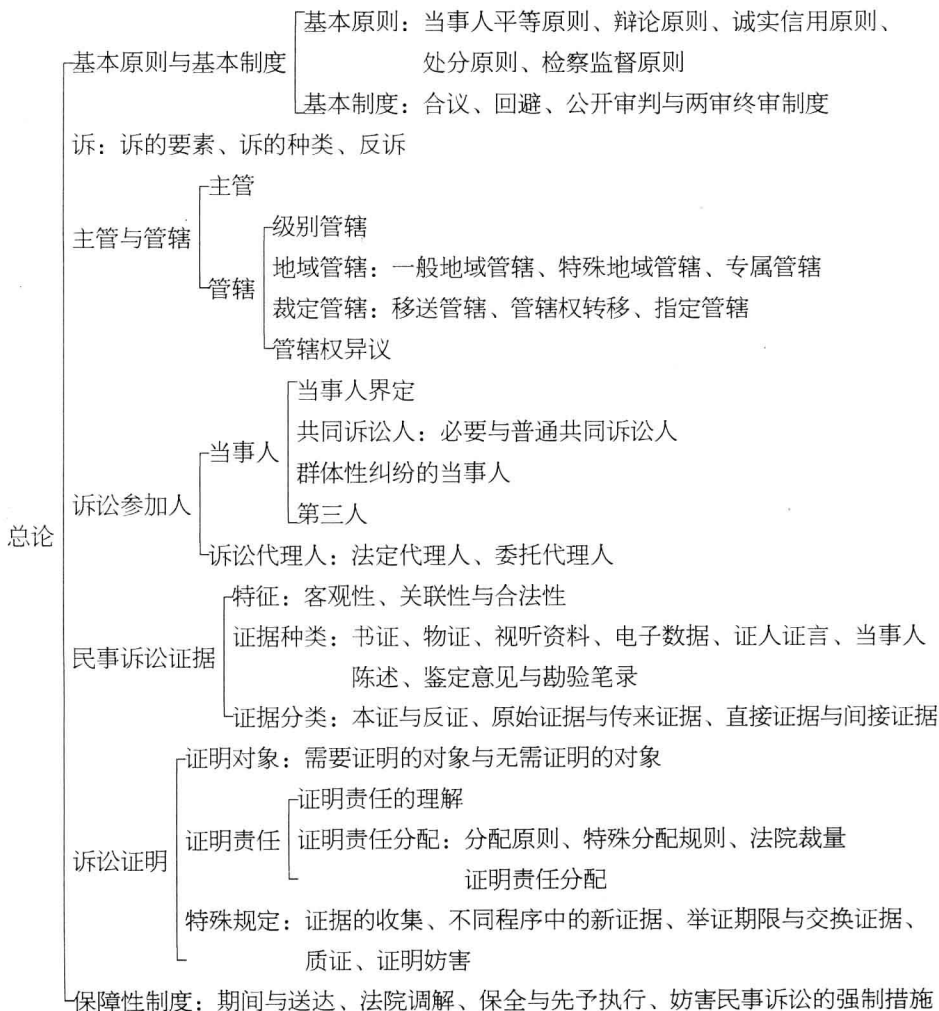
序 言

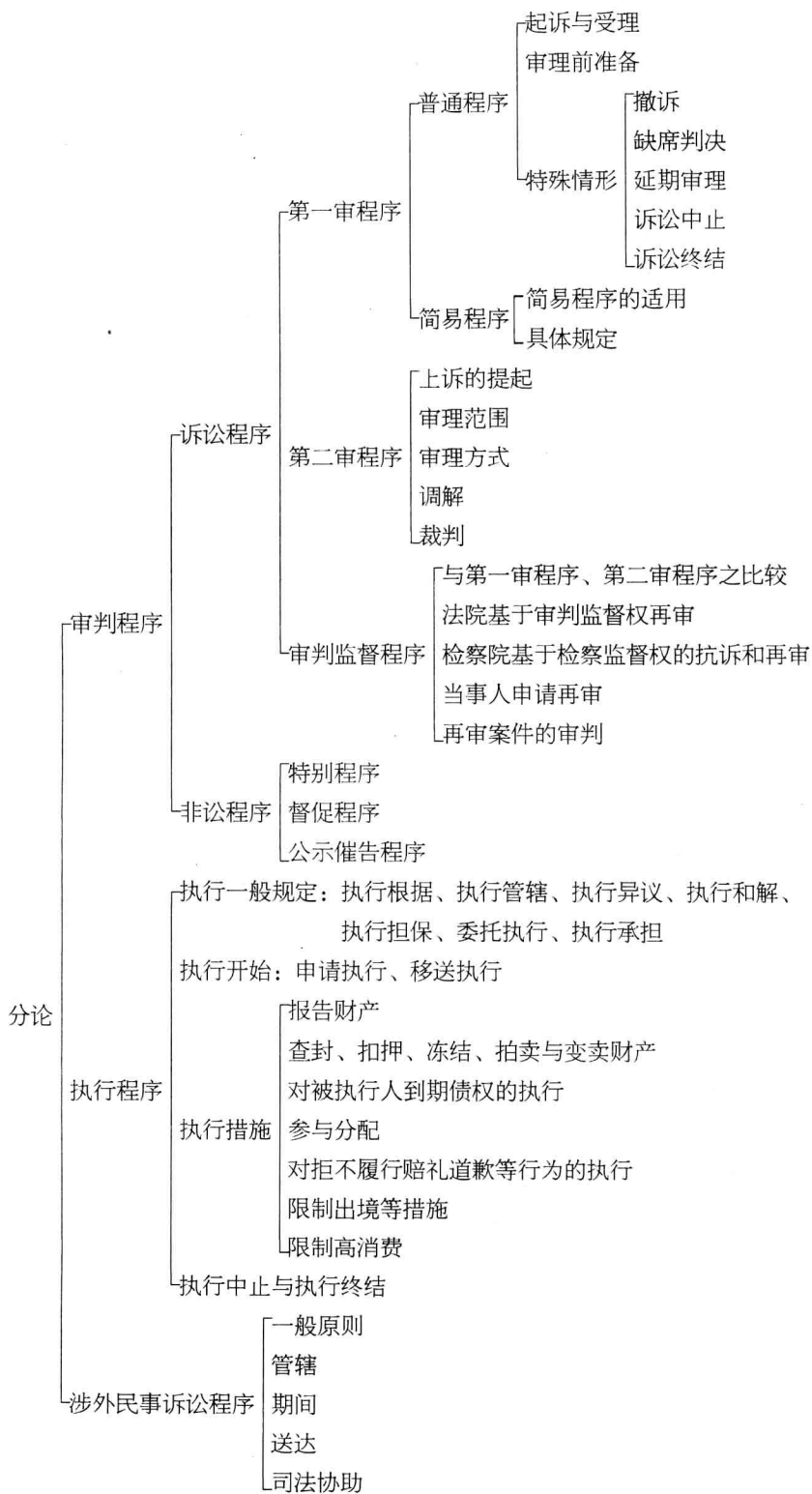
一、本学科的知识结构体系

（一）民事诉讼法的知识结构体系

民事诉讼法由总论与分论两大部分组成。总论主要涉及民事诉讼法中的一些基本原理性制度，如民事诉讼法的基本原则与基本制度、诉的制度、主管与管辖制度、当事人制度、民事诉讼证据制度以及由法院调解、期间、送达、保全、先予执行与妨害民事诉讼的强制措施所构成的保障性制度。分论主要由审判程序、执行程序与涉外民事诉讼程序的特别规定构成，其中审判程序又分为诉讼程序与非讼程序，诉讼程序包括普通程序与简易程序所构成的第一审程序、第二审程序与审判监督程序，非讼程序包括特别程序、督促程序与公示催告程序。

本学科知识结构图如下：

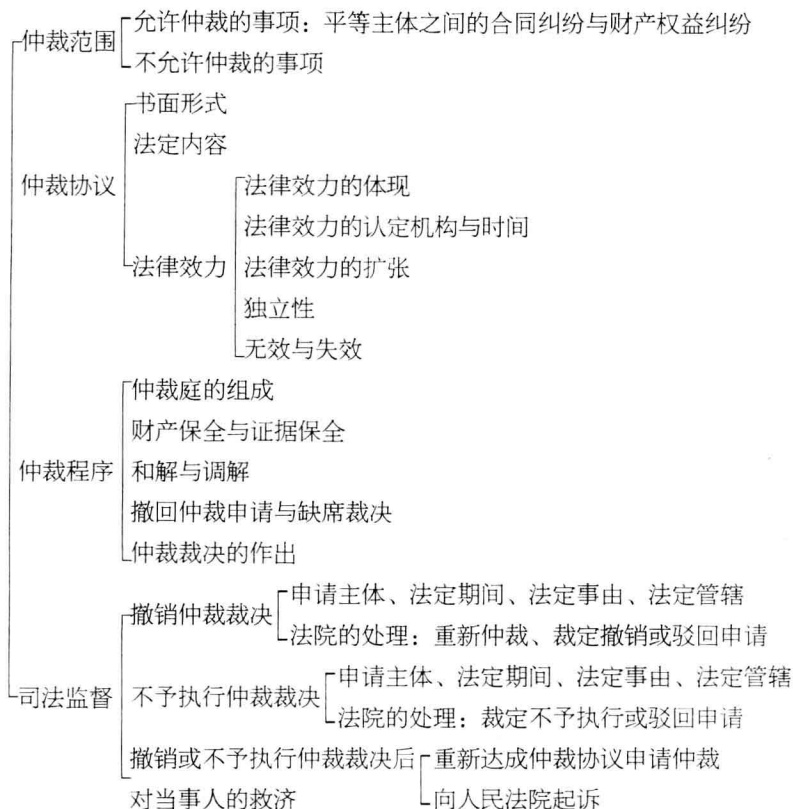




（二）仲裁制度的知识结构体系

仲裁制度是以当事人意思自治为基础而建立的商事争议解决制度，仲裁法作为调整仲裁机构与当事人在争议解决过程中权利义务的法律制度，也必然以当事人意思自治为核心。在司法考试中，仲裁法的内容主要以仲裁协议、仲裁程序与司法监督制度为主。

本学科知识结构图如下：



二、本学科在司法考试中的地位

民事诉讼法与仲裁制度在司法考试中属于分值较高的一门“大法”，由于两个学科的知识容易以比较的方式出现，分值无需单独统计。就民事诉讼法与仲裁制度的总分值来看，2007～2012年均为68分左右，2007年是68分，2008年是72分，2009年与2010年是66分，2011年选择题与卷四案例分析第五题共计65分，但卷四第七题也涉及民事执行的内容，因此，2011年的分值约为70分；2012年单项选择题16分，多项选择题18分，不定项选择题12分，案例分析题20分，共计66分。司法考试对于民事诉讼法与仲裁制度的考查虽然是对现行法律及司法解释具体规定的考查为主，辅助以基本理论知识的考查，但是随着司法考试改革的逐年深入，其具体考查特点的变化也呈现出两大主要趋势：

第一，由对知识点单一法律规定的考查逐渐转变为对知识点的综合性法律规定的考查。如2011年卷三单选第39题以中级法院为基点考查其审理案件范围、合议庭的组成、审理方式以及所作出裁判的效力；多选第77题以离婚诉讼为基点考查其管辖、诉讼终结、再审范围以及审理方式的运用。2012年单选第40题综合性考查开庭审理、法院调

查取证、合议庭评议案件以及判决的宣告与送达；单选第 43 题综合性考查二审的程序适用、审理方式、二审调解以及二审合议庭的组成。

第二，由对单一知识点的考查逐渐转变为对具有一定关联性的综合性知识点的考查。如 2011 年卷三单选第 36 题综合性考查民事诉讼与仲裁中的几个具体制度的运用；单选第 38 题综合性考查民事诉讼中平等原则、处分原则、同等原则与法院调解原则的综合运用；单选第 47 题综合考查当事人对执行行为的异议与案外人执行异议的比较。2012 年多选第 82 题考查财产保全与先予执行的比较；第 85 题考查法院与仲裁庭审理权限的比较。这种考查趋势的变化就要求考生在复习过程中注意知识的系统性、关联性以及比较思维的运用。

尽管民事诉讼法与仲裁制度在司法考试中呈现出上述趋势，并且每年在考查知识点方面略有一点变数，例如 2011 年考查了近五年来几乎未涉及的民事诉讼法的性质、期间，2012 年再次考查了很少涉及的期间问题，但是基本上相对稳定，主要围绕学科中的重点知识进行考查。在民事诉讼法中，重点考查管辖制度中的级别管辖、地域管辖以及裁定管辖中的移送管辖；当事人制度中的各种当事人的诉讼地位以及相应诉讼权利的运用；证据制度中的证据的种类与分类、举证责任及其分配、诉讼自认、举证期限与交换证据、质证；审判程序中法院如何处理诉讼案件的审判程序，即一审程序、二审程序与审判监督程序；执行程序中的执行异议、执行管辖、执行和解、执行担保、执行中止与执行终结等。此外，民事诉讼法的基本原则与制度、诉、法院调解、保全与先予执行、督促程序、公示催告程序以及涉外民事诉讼程序，基本上保持每年每部分一题或者两题的考查特点。对仲裁制度的考查，仍然主要集中于仲裁与民事诉讼的关系、仲裁协议、仲裁程序以及司法监督等重点问题。

三、本学科的复习攻略

明确的目标——良好的心态——合理的方法——收获成功的喜悦

（一）备战司法考试的心态

要想顺利通过司法考试，必须摆正心态。何谓摆正心态？有三点：

第一，确立考试目的。为何参加考试？每个人做每件事都应该有他的目的，尤其是应付如此难的考试。不同的人有不同的考试目的，但有一点是必须的，就是你报考的目的一定能给你足够的动力。有些人报考是因为听说司法考试是中国第一考，所以就去考，以证明自己的能力，也有些人是因为陪同其他人考而考，很显然，这些考试原因难以给人足够的动力，缺乏足够的动力是很难在复习量如此之大的准备过程中坚持下来的。

第二，绝不能抱着试试看、积累经验的想法。这一点对于大学三年级以及刚毕业第一次报考的考生尤其重要。很多大三的学生以及刚毕业的考生由于工作刚稳定和听说考试非常难，通常都有一个想法：过不了是正常的，反正自己才第一次报考，以后机会很多，就当积累经验。笔者认为这种想法是非常致命的，抱有这种想法的人，是极其容易在艰苦的复习过程中缴械投降的。考试能否一次就通过是另一回事，但考生一定要有一次通过、破釜沉舟的决心。

第三，尽量淡化自己是否法律科班出身对复习的影响。在考试前后的一段时间里，

我在考试群体或者司考论坛中常常能听到或者见到“非法本”与“法本”的争论。我无意对此作评论，而特别想强调的是法律科班出身的考生在准备考试的时候不要将科班出身过多考虑，甚至应该忽略。我作为一名法学教师，认为国内现行的法学本科教育注重的是学生对整个法律知识体系中基本概念与基本制度的掌握，或者说更多的是对学生予以法学理论的灌输。而就司法考试目前的考试题型及考查内容来看，虽然对理论考核的份量有所加重，但总体上还是倾向于法律实际操作，更多的是考查法律条文。正是由于司法考试与法学教育这种互不衔接的现实情况，法律科班出身的考生一开始切勿有任何吃老本就可轻易通过考试的念头，必须踏踏实实，甚至要有针对司法考试的特点从头学起的准备。如果能做到，法律科班出身的你才会在复习到一定程度的时候发现优势所在。而非法本考生更加不应该有没有学过法律很难通过考试的顾虑，司法考试毕竟是考试，而不是法律研究，只要你能按部就班并能坚持不懈地学习教材和法律法规，通过考试的几率并不比法学专业的学生低。因此，是否法律科班出身关系不大，关键还是自身的努力。

上述三点都能做到就等于摆正了心态，意味着在考试的路上踏出了坚实的第一步。

（二）正视司法考试

民事诉讼法作为一门程序法，规定了人民法院和当事人在民事诉讼中的行为方式、权利义务，是一套完整的有始有终的程序规则，有很强的体系性，应当说比较容易把握；但是也正是因为其程序性特点，决定了其知识点较为琐碎，甚至有些知识点并无太多法理可言，就是一种习惯，一种通行的惯例，而这些知识点正是司法考试命题所关注的考点，因此给我们的学习和掌握带来了一定的麻烦。我们必须针对民事诉讼法本身的特性和司法考试的特点，有一套行之有效的复习方法。结合民事诉讼法的基本特征，我们主张在司法考试的复习中，应当注意从以下几个方面入手：

1. 建构理论体系，系统理解与掌握民事诉讼法与仲裁制度。

虽然民事诉讼法作为一部程序法，内容是十分繁杂的，但是，其内容还是具有很强的体系性与知识之间的关联性，因此，建构一个完整的诉讼法体系结构是非常重要的。而对于一部法律的内部体系结构的把握，必须借助法学理论才能完成。民事诉讼是一种社会纠纷解决方式，因此民事诉讼法是围绕着解决民事纠纷这一基本目的而设计的。人民法院解决纠纷的模式就是通过审判，为了保证纠纷的公正合理解决，我国设计了两审终审制度，并设立了审判监督程序这基本上算是“有错必究”的制度。为了保证生效法律文书所确定的当事人权利的实现，又设计了强制执行程序。此外，民事诉讼法除了是解决当事人之间的纠纷所应遵循的程序法以外，还可以通过一些特殊的程序确认某些与民事权利密切相关的事实状态，这就是由特别程序、督促程序与公示催告程序所构成的非讼程序。这只是一个宏观的描述，考生可以借助对于民事诉讼法学的理论知识对民事诉讼法的微观的结构作出梳理。

2. 理论指导立法。

制定法传统国家，构建理论体系的目的在于以理论指导立法，就司法考试的复习而言，理论体系的作用在于链接法律规定。因此，我们在把握体系的基础之上，可以将民事诉讼法的所有法条附着于这个体系之上，由理论体系链接出民事诉讼法的法条条。当然，在司法考试中我们可以只关注其所要考查的法条。这些条文可以是贯穿于体系的

整体（如关于基本原则、基本制度的规定），也可以是关于体系中的若干节点（如起诉、二审的裁判等），而且更多的是与这些节点直接相关的条文。通过理论体系将法律规定链接出来，以准确理解这些法条的地位和含义，弄清法条与法条之间的关系，也便于我们掌握这些法条。同时要注意，链接法条的时候，要注意将司法解释中的相关法条提炼出来，以全面地把握相关的知识点。如二审的处理，直接链接出来的法条是《民事诉讼法》第170条，而与此相关的司法解释包括最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民诉意见》）第181~187条（限于篇幅，不再介绍这些法条之间的理解关系）。

3. 法条源于理论。

我们谈到，法条是司法考试命题所直接关注的，而法条又是琐碎而繁多的，要独立地去理解和记忆法条是很难准确把握的，甚至可能错误理解法条或者造成不准确记忆，而这些都是司法考试的大忌。尤其是司法考试中对于诉讼法的命题，经常考查一些细节的规定，因此要求考生必须准确理解和运用每一个重点法条。要达到这个要求，首先必须坚持体系的重要性，通过体系准确把握法条；其次要根据理论来理解记忆法条的规定。一般情况下，法条的规定都是有一定的理论基础的，都是来源于学术界对于诉讼法学理论的研究的，因此如果我们理解了法条背后的理论，对于我们理解和记忆法条的规定无疑是有极大帮助的。例如，当事人申请证人出庭作证需要经过法院许可、当事人申请撤诉需要法院裁定准许、交换证据的时间需经法院许可等规定，其实都源于“当事人私权处分不是绝对自由的，需要法院审查确定其处分是否合法”这样一个民事诉讼法的基本原理。

（三）走向成功的手段——复习方法

曾经有朋友告诉我，司法考试有太多的东西要记，很多东西开始时是记得很熟的，但隔了一个月后看起来感觉完全陌生，令他很有挫折感，复习越来越没信心，最后干脆放弃。这样的经历可能很多考生都有过，我认为要避免此种情况出现，除了上面第一点所说的要摆正心态外，复习的方法也极其重要。

司法考试复习量虽大，但只要保证充足的时间，一个个将知识点攻克下来是完全有可能的。在记忆的时候有一个原则：宁愿记忆的进程慢一点，都要保证每次记忆的质量。世界上有个著名的“艾宾浩斯记忆曲线”，核心内容就是人的记忆每隔一段时间（记忆周期）就会遗忘，而在周期前必须要将记忆的东西再重复记忆一次，这样做的话，离下一次遗忘所间隔的时间就会越来越长。一句话，记忆就是重复。但是，如何重复最为有效？

在选择了适合于自己的一套教材与法条之后，考生最为关心的恐怕就是如何复习该套教材与法条，如何使该套教材与法条最大限度地为自己的学习与应试发挥效用。是不是一遍一遍地从头至尾通读教材，并一遍一遍地使用不同颜色的笔勾画自己所理解的重要知识点后，就可以融会贯通呢？有考生一遍遍复习教材，还有考生一遍遍通读法条，这些均不是最佳方法。

1. 理论链接法条的复习——基础（理论结合法条，以法条为归宿）。

（1）民事诉讼法的学科知识体系及其理论基础。

第一，民事诉讼程序的开始，体现了当事人的处分权与法院审判权的结合。当公

民、法人以及其他组织认为其合法权益受到侵犯或者发生争议时，是否提起诉讼，由当事人处分。如果决定提起诉讼，根据《民事诉讼法》第119条规定的起诉条件，必然涉及到民事诉讼的主管与管辖中的级别管辖与地域管辖制度，以及当事人中的原告、被告、共同诉讼人、第三人以及诉讼代理人的权限问题；当然，当事人起诉后，法院对起诉予以审查就必然涉及到对是否为法定不得起诉期内起诉、是否超过诉讼时效等问题的处理以及不予受理的适用。

第二，审理与裁判对象，即诉讼请求的确定与审理，体现了当事人的处分权与法院审判权的结合。法院审理与裁判的对象应当限定在当事人诉讼请求的范围内，在诉讼中，原告有权决定是否变更与放弃诉讼请求，有独立请求权的第三人有权决定是否提出独立的诉讼请求参加本诉，而被告则有权决定是否反驳原告的诉讼请求以及是否提出反诉。同样，法院对当事人针对诉讼请求所为的诉讼行为也应当予以审查。在这一过程中，就必然涉及到法院对原告变更、放弃诉讼请求，被告反诉以及第三人参加之诉的处理问题。

第三，一审的结案方式，体现了当事人的处分权与法院审判权的结合。在一审案件的审理过程中，涉及到调解与判决两种不同的结案方式，当事人有权申请法院进行调解，在协商达成调解协议的基础上以调解方式结案。如果当事人不愿意调解或者调解未达成协议，则法院应及时裁判。调解，则必然涉及到调解所遵循的自愿、合法原则以及调解书或者调解协议的生效时间及其所产生的法律效力。如果裁判，则必然涉及审理前准备阶段的交换证据、合议庭的评议以及撤诉、缺席判决、延期审理、诉讼中止、诉讼终结等特殊情形的适用。当然，如果需要适用简易程序，则必然涉及到简易程序适用的案件、法院以及不得适用简易程序的法定情形。

第四，对于允许上诉的裁判，二审程序的进行体现了当事人处分权与法院审判权的结合。人民法院对民事案件经过一审作出裁判后，对于允许上诉的判决和裁定，是否提起上诉由当事人决定。当然，该上诉是否符合法定条件，需经人民法院审查。在二审程序中，人民法院对上诉案件的审理范围也限于当事人上诉请求的范围，除非属于法定特殊情况。此外，在二审程序中，还涉及到审理方式（尤其是“径行裁判”方式）、对上诉案件的调解以及裁判等重要内容。

第五，对于已生效的判决、裁定、调解书的申请再审，体现了当事人的处分权与法院审判权的结合。人民法院对民事案件经过审理作出生效法律文书后，对于确有错误的判决和裁定以及违反自愿原则和内容违反法律规定的调解书，是否申请再审由当事人决定，当事人依法提出再审申请的，人民法院对其再审申请是否符合法定条件应当进行审查，以便决定是否再审。此时，必然涉及到当事人申请再审的法定期间、法定管辖、法定情形以及申请再审的案件范围等重要内容。此外，还有法院基于审判监督权的再审以及检察院抗诉引起的再审。当然，考生还需要掌握民事诉讼法对再审案件的审理程序的规定。

第六，申请执行已生效法律文书，体现了当事人处分权与法院审判权的结合。法律文书生效后，如果义务人不履行生效法律文书所确定的义务，是否申请法院强制执行由权利人决定，而人民法院应当对当事人的执行申请是否符合法定条件予以审查。此时，必然涉及到申请执行的主体、法定期间、法定管辖等问题。执行程序开始后，被执行人

有权决定是否申请执行担保,同时双方当事人也有权决定是否执行和解。当然,如果双方当事人未能执行和解,则涉及到法院根据案件的具体情况采取执行措施的问题。此外,执行程序中还包括执行异议、委托执行、执行承担、执行中止、执行终结等特殊情形的适用。

综上所述,考生可以当事人处分权与法院审判权相结合这一基础理论,将民事诉讼法的主干内容组成一个完整的知识体系。当然,在这一知识体系中,还包括一些对上述诉讼案件的审判程序予以保障的程序制度,如回避制度、公开审判制度、合议制度、保全制度以及先予执行制度等。此外,还包括一些特殊的审判程序,如特别程序、督促程序、公示催告程序以及涉外民事诉讼程序。

在理解民事诉讼法的学科体系时,除了上面所分析的当事人私权处分与法院审判权相结合的运用之外,大家还需注意对法院裁判权行使的被动性的理解。如民事诉讼实行不告不理的原则,没有当事人的起诉,则没有法院对争议案件审判权的行使;法院行使裁判权的范围应当以当事人私权处分的范围为限制,即法院不得超出当事人基于私权处分而提出的诉讼请求的范围行使裁判权,否则势必使法院这个裁判者丧失其应有的中立性,从而损害司法的权威。

(2) 仲裁制度的学科知识体系及其理论基础。

仲裁作为与民事诉讼相并行的具有法律效力的争议解决制度,其核心特点在于当事人的自愿性。考生可以当事人的自愿性为理论基础将仲裁法中的重要内容组成一个完整的知识体系,以便于系统地掌握。

第一,对于法定允许仲裁的争议事项,是否提请仲裁由当事人自愿协商。这就必然涉及到仲裁法所规定的允许和不允许仲裁的争议事项,还涉及到仲裁法中的核心问题——仲裁协议,其中仲裁协议的内容、形式、法律效力以及仲裁协议的无效问题都极其重要。

第二,将争议事项提请哪一个仲裁委员会仲裁由当事人自愿协商。这就涉及到仲裁委员会的设立及其设立条件、仲裁员的任职资格以及仲裁委员会独立于行政机关、各仲裁委员会相互之间独立的问题。

第三,仲裁庭的组成形式以及组成仲裁庭的首席仲裁员与独任仲裁员由当事人自愿协商确定。这就涉及到仲裁庭的组成以及仲裁员的回避与更换问题。

第四,仲裁审理方式与结案方式由当事人自愿协商。这就涉及到仲裁所实行的以不公开开庭审理为原则,以公开开庭审理(涉及国家秘密的除外)、书面审理为例外,由当事人协议选择上述审理方式的问题。另外,当事人还可以协商决定结案的方式,如仲裁中的和解与调解制度,即使和解或者调解不成,由仲裁庭作出仲裁裁决,双方当事人还可以就仲裁裁决应记载的内容进行协商。

以当事人意思自治为基础理论,可以将相关内容组成仲裁法知识体系的主干;当然,除此之外,为保障仲裁解决争议案件的公正性,仲裁法还设置了以撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决为内容的监督制度。

2. 知识群的理解与运用——提升。

前面的方法解决了散落在地上的豆子如何集中于盘中的问题,但并未真正解决知识点之间的关联性问题,而建立知识群的概念,理解知识群并运用知识群则解决的是知识

点之间的内容关联性问题。

(1) 以比较方法建立知识群。

第一，民事诉讼法与仲裁法的比较。民事诉讼法与仲裁法均作为以解决民事争议为目的的民事程序法，因而，两者存在许多相同之处，但毕竟人民法院与仲裁机构的性质存在实质性的区别，因此，两者必然在其具体程序制度上存在着一定的区别。考生在阅读教材的过程中，要善于总结民事诉讼法与仲裁法的区别之处，这些内容往往是历年司法考试中重点考查的内容，其中主要包括：受理案件的范围不同、管辖不同、审理组织的确定方式不同、审理人员的确定程序不同、证据保全与财产保全的程序不同、审理方式不同、和解的效力不同、调解的开始方式以及调解达成协议后所制作的法律文书不同、判决书与裁决书的制作程序不同、审理人员有无拒绝署名权不同、审级不同等等。

第二，民事诉讼法相关知识的比较。必要共同诉讼人与普通共同诉讼人的比较、有独立请求权第三人与无独立请求权第三人的比较、和解与调解的比较、判决与裁定的比较、诉讼程序与非讼程序的比较、国内民事诉讼与涉外民事诉讼相关制度的比较（管辖、期间）等。

(2) 以知识点建立学科内知识群。

知识群实际上就是一个知识体系问题，以知识点建立学科内知识群即实现体系与知识点的结合，以知识点为归宿。体系是为了理解和把握知识点，零散的知识点不容易记忆，而将知识点附着于体系及其节点之上，可以将知识点体系化，能更好地把握知识点。而且司法考试的趋于体系化，也使我们认识到体系的重要性。但是体系毕竟是为知识点服务的，司法考试重点关注的是知识点，而不是体系，尤其是宏观的体系，因此我们复习和记忆的重点仍然是知识点。

第一，管辖问题。诉讼案件与非讼案件不同。具体而言，一是级别管辖问题，二是地域管辖问题。

第二，意思自治的运用问题——诉讼的契约化问题。程序的选择（民事诉讼与仲裁）——诉讼程序与非讼程序的选择（通常程序与特别程序、通常程序与督促程序、通常程序与公示催告程序）——诉讼程序的选择（普通程序与简易程序）——具体程序制度的选择（法定管辖与协议管辖；审理方式的选择：公开与不公开；处理方式的选择：和解与调解以及调解与判决）。

第三，诉讼权利的运用问题。人民法院——审判权；当事人——诉权；其他诉讼参与人——诉讼权利。

第四，人民法院的处理问题。一审——二审——再审——执行。

第五，以某一知识为基点的相关内容的结合问题。如婚姻案件的管辖、当事人一方死亡的处理、调解的适用、再审案件的审理范围等；再如有独立请求权第三人的诉讼地位、诉讼权利、未到庭的处理等。

3. 凝炼法律条文。

民事诉讼法在三大程序法中，是程序及其相关制度最为复杂而繁琐的一部法律，而且所涉及的司法解释内容也非常庞杂，这就给考生系统掌握有关民事诉讼法的法律规定带来了极大的难度。许多考生采取逐条分析、逐条记忆的方法，结果感觉所记忆的法律条文很多，甚至感觉看见哪一条都很熟悉，可就是真正到了需要运用所掌握的法律条文

规定解题的时候,却不知从何处入手。如究竟应当运用民事诉讼法的规定,还是相关司法解释的规定?为此,许多考生很困惑,也很焦虑。因此,如何能够有效地掌握民事诉讼法及司法解释的规定就成为大家关注的焦点。

经过长期的分析与思考,经验和直觉都告诉我,要想有效掌握现行有关民事诉讼法的众多规定,不适宜采取逐个法律文件、逐条记忆的方法,而应当注意以下几点:

(1) 立足于民事诉讼法,结合司法解释。

考生在掌握有关民事诉讼的法律规定时,应了解民事诉讼法与司法解释的关系,其中,民事诉讼法是基本法,而司法解释只是根据司法实践的需要,由最高人民法院对民事诉讼法中未规定的内容或者规定过于笼统、不易操作的内容进行的细化,因此,考生必须确立一种观念,即立足于民事诉讼法,结合司法解释中的相关规定,而不能将民事诉讼法及司法解释看作各自独立的法律文件。也就是说,考生应当先根据考试规律,特别是最近四、五年的考试真题试卷,将民事诉讼法中经常考查以及偶尔考查的内容按照民事诉讼中的具体程序制度确定出来,然后再将各个司法解释中的有关该内容的规定与民事诉讼法中的相关内容结合在一起,形成关于该具体程序制度的完整的法律条文的内容。这样,不仅可以使考生集中而系统地掌握关于某一具体诉讼程序制度的全部法律规定,不会使关于该具体程序制度的相关规定被肢解,而且还可以使考生在综合掌握及分析法律规定的情况下,理解该具体程序制度的内涵,以便于在理解的前提下融会贯通地掌握民事诉讼法中的重要制度。

(2) 应采取理解记忆的方法。

在民事诉讼法所规定的众多具体制度中,因具体制度的不同,法律的具体规定方法也有所不同,因此,考生应针对具体制度采用不同的分析方法去理解掌握法律规定。具体有三种主要情况:

第一,既在民事诉讼法中作出了具体规定,同时又在相关司法解释中作出了更加详细的补充性规定。

第二,仅在民事诉讼法中对某一具体程序问题作出了相应的规定,并没有相关司法解释予以补充。这种情况考生掌握起来相对容易一些,只要能够理解该法律条文规定,并掌握条文中的核心内容即可。例如关于人民法院应适用何种程序审理再审案件的问题,仅在《民事诉讼法》第207条作了明确具体的规定,即“人民法院按照审判监督程序再审的案件,发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的,按照第一审程序审理,所作的判决、裁定,当事人可以上诉;发生法律效力的判决、裁定是由第二审法院作出的,按照第二审程序审理,所作的判决、裁定,是发生法律效力的判决、裁定;上级人民法院按照审判监督程序提审的,按照第二审程序审理,所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。人民法院审理再审案件,应当另行组成合议庭”。虽然该条文较长,但经过分析不难发现,该法律条文的核心实际上是人民法院审理再审案件应当依照原审程序进行审理,即:再审案件为一审案件,原审人民法院再审应适用第一审普通程序;再审案件为二审案件,原审人民法院再审应适用第二审程序;最高人民法院或者上级人民法院提审,无论提审一审案件还是提审二审案件,均应当适用第二审程序。这样就较为容易记住了。

第三,对某一具体程序问题,民事诉讼法并未直接作出规定,而只是在相关司法解

释中作出了相关的规定。这种情况同同一种情况相似,只要考生分析理解该法律条文即可。例如第二审程序中,在关于提起上诉的条件中涉及到上诉人与被上诉人的确定问题,其中比较复杂的是必要共同诉讼人的上诉问题。对于该具体程序问题,《民事诉讼法》并没有作出相关的具体规定,而只是在《民诉意见》第177条作出了明确而具体的规定,即:“必要共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的,按照下列情况处理:(1)该上诉是对与对方当事人之间权利义务分担有意见,不涉及其他共同诉讼人利益的,对方当事人为被上诉人,未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明;(2)该上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见,不涉及对方当事人利益的,未上诉的同一方当事人为被上诉人,对方当事人依原审诉讼地位列明;(3)该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务分担有意见的,未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。”该条文不仅内容较多,而且条文语言较为绕口,因此,许多考生感觉难以记忆,但如果对该条文内容进行分析,即可以发现其核心内容完全可以概括成为一句话,即有权上诉并提出上诉的人作为上诉人,上诉人对与其权利义务分担有意见的人作为被上诉人,其他人依原审诉讼地位列明即可。

4. 其他。

(1) 关注生活,关注实事:生活常识与严肃案例的结合,以严肃案例为归宿。

法律来源于生活,法律是现实生活的反映。大多数法律条文都是可以用生活常识来理解的,我们应当在学习法条的过程中密切关注我们的生活;用生活中的语言来解释法律,会使法律更为风趣,也更易让人理解。因此,注重生活也是学好法律的关键,不要把法律无谓地“神圣化”。但是,司法考试的命题案例毕竟是严肃的,与我们大多数人的日常生活有一定的距离,因此我们在日常学习中也应当注意与严肃案例的结合,而这个结合的方式可以是做题,做题可以让我们将法条应用到案例中去,有助于我们的学习。

(2) 习题练习与自我模拟测试的方法。

在如何利用习题练习巩固所复习和掌握的学科基本知识和相关法律规定,以及利用模拟测试的方式检测自己实际掌握知识的程度时,许多考生常采取题海战术,认为多多益善,似乎做的题越多,受到的训练越多,实战经验越充分,顺利通过考试的可能性也就越大。殊不知,由于司法考试所考查的学科科目很多,而每一学科又需要考生大量掌握本学科的基本知识以及法律规定,那么,复习准备的时间是有限的,而想掌握的基本知识和法律规定的内容越多,其掌握的熟悉程度和理解的深度相对来说是会受到一定影响的,这就是为什么许多考生在做题时总是感觉似是而非。因此,为了巩固所复习和掌握的学科基础知识和相关法律规定,进行习题练习是必不可少的,而为了使自已积累一定的考试经验,进行一定的模拟测试也是极其重要的,但关键是要适度,否则可能会适得其反。为了合理把握这个度,使习题练习与模拟测试真正发挥其应有的功效,考生可以注意以下问题:

第一,选择合适的练习习题与模拟测试试题。目前,图书市场上的司法考试辅导用书品种繁多,尤其是各类练习与模拟测试用书更是铺天盖地,看完书中的介绍,考生似乎产生了一种为了顺利通过司法考试,哪一本试题用书都必须买,其中的试题都必须做的感觉。其实,从司法考试对报考者资格的要求来看,对于大部分考生而言,要么

曾经受过系统的法学专业训练，要么从事过一定时间的法律职业活动，往往已经具备一定的法学专业知识或者实践运用的能力；即使还有一部分考生属于非法学专业毕业，并且也未从事过法律职业活动，但受过高等教育系统训练这一不容置疑的客观事实足以使其具备相当的理解能力。因此，在这样一种情形之下，考生在选择练习习题时，比较适合选择那种相对以章节为特点编写的练习题用书；而在选择模拟试题时，可优先选择近五年的真题试卷；如果考生自身感觉还有一定的需求，可适量再选择一些其他的模拟试题。

第二，选择以章节为特点的练习题和真题的目的。以章节为特点编写的练习题用书，一般而言，只要编写者本着对自身的声誉、对考生与社会负责的精神，就会在编写练习题过程中既考虑到练习题所涉及本章节基础知识和法律规定内容的层面，同时又会立足于本章节的重点与难点，尽量通过练习题突出本章节中的常考内容。因此，选择此类习题进行练习，其目的是在复习完一章或者几章之后，用以巩固所复习和掌握的知识，以便及时查漏补缺。

在选择何种试卷作为模拟测试试题时，有些考生对真题的训练有一定误解，认为近几年已经考查过的题不会再重复考查。其实，考生必须要明确一个事实，即近期考查过的试题不会重复，但知识点不仅是重复的，而且重复的比例很高。对以往的司法考试，我们可以用八个字来形容其考查内容的特点，即“重者恒重，轻者恒轻”。因此，考生选择近五年真题进行模拟测试的目的在于：首先，通过分析真题试卷，可以发现司法考试中经常考查的重要知识点，对于经常重复考查的知识点，必须要引起考生足够的重视，以便增强复习过程中的针对性。其次，可以通过真题模拟了解考试的真实难度，使考生通过模拟保持一种良好的应试心态，不致因模拟试题编写者未把握好试题难度而引起自身心态的过大波动：因模拟题过易，感觉很好而沾沾自喜；或者因模拟题过难，感觉较差又失去信心。最后，可以通过真题模拟掌握考试题量的大小，从而掌握好应试技巧和时间的合理安排。以往的考试中，都会出现不少考生因未合理安排应试时间，导致前紧后松，或者前松后紧，尚未做完试卷考试就结束了，甚至还有有的考生最后紧张地没有时间涂画答题卡。这样，不仅会影响本张试卷的成绩，而且还有可能因此而影响后面几场考试的心态，从而最终影响顺利通过司法考试。

总之，全面而有重点的复习是我们应对司法考试的永恒主题，为此，考生在备战司法考试中的民事诉讼法与仲裁制度时应注意以下几点：第一，熟悉以往考试内容的规律，即司法考试的试题具有紧扣大纲、注重对学科重点基础知识与热点理论问题的考查和较强综合性的特点。第二，以学科理论体系为基点，融会贯通地理解并掌握民事诉讼法与仲裁制度的基础知识，达到体系与知识的结合，并以知识的理解与运用为归宿。第三，以知识点为基点，系统理解并掌握基本法与司法解释对该知识点内涵的具体体现。第四，注重比较思维的运用。

梅花香自苦寒来！成功永远属于有信心、有准备的人……

目 录

民 事 诉 讼 法

第一章	民事诉讼与民事诉讼法	(1)
第一节	民事诉讼 / 1	
第二节	民事诉讼法 / 2	
第二章	民事诉讼法的基本原则和制度	(4)
第一节	基本原则 / 5	
第二节	基本制度 / 8	
第三章	主管与管辖	(14)
第一节	民事诉讼主管 / 15	
第二节	管辖概述 / 17	
第三节	级别管辖 / 17	
第四节	地域管辖 / 18	
第五节	裁定管辖 / 26	
第六节	管辖权异议 / 29	
第四章	诉	(33)
第一节	诉的概念与特征 / 34	
第二节	诉的要素 / 34	
第三节	诉的种类 / 35	
第四节	反 诉 / 37	
第五章	当事人	(40)
第一节	当事人概述 / 41	
第二节	原告与被告 / 44	
第三节	共同诉讼人 / 45	
第四节	群体性纠纷的当事人 / 49	
第五节	第三人 / 52	
第六章	诉讼代理人	(63)
第一节	诉讼代理人概述 / 63	