



三校名师 司法考试
www.sanxiaomingshi.com

2009年 国家司法考试

三校名师讲义

5 | 民事诉讼法与仲裁制度

北京三校名师学校 / 组编

杨秀清 / 编著

《《《 掌司考之命脉 传道 》》》

《《《 悟司考之战术 授业 》》》

《《《 破司考之疑点 解惑 》》》



三校名师 司法考试
www.sanxiaomingshi.com

2009年 国家司法考试

三校名师讲义

5 | 民事诉讼法与仲裁制度

北京三校名师学校 / 组编

杨秀清 / 编著

中国政法大学出版社

应考指引

明确的目标——良好的心态——合理的方法——收获成功的喜悦
解读司法考试——备战司法考试的心态——走向成功的手段

一、解读 08 年司法考试

司法资格考试不同于法学的其他考试,有其独特的规律与特点,熟悉司法资格考试有关民事诉讼法学与仲裁制度的考查特点就可以使得考生的复习尽量做到有的放矢,从而取得事半功倍的效果。司法考试对于民事诉讼法学与仲裁制度的考查虽然还是以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,但是随着司法资格考试的逐年深入,其具体考查特点也呈现出两大主要变化趋势:①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;②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。这就要求考生在复习过程中注意知识的系统性以及比较思维的运用。

就 2008 年司法资格考试针对民事诉讼法与仲裁法的考查来看,就考查分值而言,民事诉讼法和仲裁法占了第三卷的三分之一,其中单项选择题 18 分,多项选择题 24 分,不定项选择题 8 分,共计 50 分,再加上第四卷的案例分折题 22 分,共计 72 分,与去年的分数持平。

从题型设计和考点分布来看,2008 年的司法资格考试在民事诉讼法和仲裁法部分有以下几个比较明显的特点。

(一)考查的知识点基本未变

就去年国家司法资格考试中民事诉讼法与仲裁法部分所涉及的考查知识点来看,基本上与以往考查的知识点没有太大变化,主要围绕本学科中的重点知识进行考查。民事诉讼法中如管辖制度中地域管辖与裁定管辖中的移送管辖;当事人制度中当事人的资格以及共同诉讼人、第三人等具体当事人的运用;证据制度中证据的运用以及证明责任的分配;审判程序中仍然主要集中于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、执行措施等。仲裁制度中仍然主要集中于仲裁与民事诉讼的关系、仲裁协议、仲裁和解以及司法监督等学科中的重点问题。

(二)直观性题目占有一定的比例

从考查难度来看,去年的司法资格考试对于民事诉讼法部分的命题中,法条再现型题目占有一定比例。其中一个重要原因在于新修改的民事诉讼法是第一次考查,今年的司法资格考试承袭以往的基本规律,针对重点修改的审判监督程序、执行程序的考查内容基本上是围绕着法条的直接规定命题。总体来看,今年直观性题目相对于去年有所增加。

(三)恒定之中略生变数

就去年民事诉讼法与仲裁法部分的考查来看,在恒定之中也存在一定的变数,换

言之,司法资格考试突出对学科重点知识重点考查这一基本规律是恒定的,但是,在对重点知识的考查分值分布方面存在些许变数,其中对主管与管辖部分考查分值的略微下降与对证据与证明制度考查分值的明显提升形成了较为鲜明的对照。主管与管辖部分今年仅在多项选择题第 82 题与不定项选择题第 97 题中涉及,分值有所下降;而对证据与证明制度的考查则在单项选择题第 33 题与第 45 题、多项选择题第 80 题与第 90 题、不定项选择题第 98 题以及案例分析题中均有涉及,所考查分值约 12 分之多,尤其是对于举证责任的考查更为集中,处于历年之首。之所以呈现出这样的特点主要是源自于诉讼理论界的研究状况,因为主管与管辖制度是诉讼理论中相对成熟的理论,而证据与证明责任制度则是证据立法呼声高涨的背景下理论界广为关注的重点制度。

(四)侧重于对新修改内容的考查

鉴于今年是对新修改后民事诉讼法的第一次考查,司法资格考试中对民事诉讼法中作出了重大修改的审判监督程序与执行程序问题的考查明显增多。试卷三中,单项选择题第 35 题与第 47 题,多项选择题第 85 题与第 89 题,不定项选择题第 100 题,都直接对审判监督程序与执行程序中的相关问题进行了考查。而试卷四更为突出,第五题共 22 分,六个问题中有两个问题,即第 4 问与第 5 问直接考查审判监督程序与执行程序的相关内容,而另一题即第 3 问中也涉及到对不予执行裁定的执行问题。其中主要涉及到执行管辖、执行异议的处理、执行措施、再审程序的启动、再审案件的审理、再审申请的受理等重点而基本知识的考查。

二、备战司法考试的心态

(一)端正心态

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资格考试是中国第一考,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,决不能抱着试试看,积累经验的想法。这一点对于刚毕业第一次报考的考生尤其重要。很多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。笔者认为这想法是非常致命的,如果抱有这种想法的人,是极其容易在艰苦的复习过程中缴械投降。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,尽量淡化自己是否是法律科班出身对复习的影响。在考试前后的一段时间里,我在几大司考论坛都能见到“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,认为国内现行的法律本科教育注重的是对学生法律意识和逻辑思维的培养,以及对整个法律体系的掌握,或者说更多的是对学生予以法学理论的灌输。而就司法资格考试目前的考试题型及考查内容来看,虽然对理论考核的

分量有所加重,但总体上还是倾向于法律实际操作,更多地是考查法律条文。正是由于司法资格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,甚至要有针对司法资格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任何法律很难通过考试的顾虑,司法资格考试毕竟是考试,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,通过考试的比率并不就比法律专业的学生低。事实上,从近年来的考试通过情况来看,非法本的通过率甚至要比法本高,这是否意味着司法资格考试制度本身有缺陷另当别论。但能给各位考生一个信息:是否法律科班出身关系不大,关键还是自身的努力。

上述三点都能做到了就等于摆正心态,意味着在考试的路上踏出坚实的第一步。

(二)正视司法资格考试

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办事规程,有很强的体系性,或者说程序性,应当说比较容易把握;但是也正是因为其这一特点,也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资格考试的特点,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法。民事诉讼法规定了人民法院和当事人在民事诉讼中的行为方式,在每一个诉讼阶段,人民法院和当事人的权利义务是十分繁杂的,因为作为一部程序法,民事诉讼法尽可能地考虑到了在诉讼程序中可能出现的问题,并对此作出规定。很难想象,没有一个体系,这些细节的规定如何才能连贯起来,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。因此我们在学习过程中需要完成的第一步是借助法理学和民事诉讼法学理论建构民事诉讼法的基本体系结构。例如,民事诉讼是一种社会纠纷解决方式,因此民事诉讼是围绕着法院在双方当事人的参加之下解决民事纠纷这一基本目的而进行的。而人民法院解决纠纷的模式就是通过审判,为了保证审判的正确和当事人可以得到救济,我国设计了两审终审制度,并设立了再审这一基本上算是“有错必究”的制度。根据当事人履行法院裁判结果的情况,设计了强制执行程序,以最终的国家强制力保证了法院解决纠纷的权威性。其实民事诉讼法中的法院除了解决当事人之间的纠纷以外,还可以通过特定的程序确认某些与民事权利密切相关的事实或法律关系的存在(真实)与否,这就是非讼程序。这只是一个宏观的描述,考生可以借助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。如果自身的理论素养不够,考生可以借助有关书籍或课程讲授来完成这一工作。

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。就司法考试而言,理论体系对于司法考试的命题来讲,并不是直接起作用的。对于司法考试的试题,大多数试题往往直接考查的是法条规定的运用,而不是理论体系,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,要将民事诉讼法的

所有法条附着于这个体系之上,由理论体系链接出所有的民事诉讼法的法条条文,当然在司法资格考试中我们可以只关注司法资格考试所要考查的法条。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。这些节点已经比整个体系更接近司法资格考试的命题。要注意,体系虽然不是司法资格考试的直接考查对象,但是这并不是表明理论体系在司法考试中是不重要的。通过体系将这些法条链接出来,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153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,法条是司法资格考试命题所直接关注的,而法条是琐碎而繁多的,要独立地去理解和记忆法条是很难准确把握的,可能错误理解法条,可能是不准确记忆,而这些都是司法资格考试的大忌。尤其是司法资格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记忆每一个司法资格考试中的重点法条。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那对于我们理解和记忆法条的规定无疑是有极大帮助的。当然有些法条就并不是严格的理论推演的结果,而是惯例或多种因素权衡的结果,如有关期限的规定,为什么是6个月,而不是5个月;为什么这个是7日,那个是10日;诸如此类的规定,只是一种惯例,因此对于这样的规定,只能多次熟悉记在心中了。

三、走向成功的手段——复习方法

曾经有朋友告诉我,司法资格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1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,复习的方法也分外重要。

司法考试复习量虽大,但只要保证充足的时间,一个个将其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出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,这些方法均不是最佳方法。

(一)理论链接法条的复习——基础:理论结合法条,以法条为归宿

掌握民事诉讼法以及仲裁法的整个学科知识体系,特别是整个知识体系建构的理论基础。民事诉讼法与仲裁法作为民事程序法中的重要内容,都具有知识体系性强、条理清晰的特点,因此,考生掌握其整个学科知识体系,尤其是整个知识体系建构的理论基础,是融会贯通、理解并掌握民事诉讼法与仲裁法基本知识以及相关法律规定的前提。

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,由当事人决定。如果决定提起诉讼,根据《民事诉讼法》第108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、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特殊情形的处理以及不予受理的适用。

第二,诉讼请求的确定与审理体现当事人的处分权与法院审判权的结合。为充分实现自身的合法权益,原告除了有权在诉讼的开始阶段决定如何提出诉讼请求以外,在诉讼的进行过程中,原告还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,就必然涉及到反诉以及法院对反诉和第三人参加之诉的处理问题,如裁定驳回起诉与判决驳回诉讼请求的具体适用。

第三,一审的结案方式体现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,二审程序的进行也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。在二审程序进行过程中,人民法院对上诉案件的审理范围也是由上诉人在上诉状中决定的,当然遇到最高人民法院《关于经济审判方式改革问题的规定(试行)》(以下简称《审改规定》)第35条中的法定特殊情况除外。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、调解书的申请再审也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也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,也只是意味着在当事人之间确认了实体权利义务关系,当义务人不自觉履行生效法律文书所确定的义务时,是否申请法院强制执行由权利人决定。当权利人提出执行申请后,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。在执行程序开始后,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达成执行和解。当然,如果双方当事人未能达成执行和解,则涉及到法院根据案件的具体情况采取强制措施的问题。此外,执行程序中还包括执行异议、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、财产保全制度以及对妨害民事诉讼行为的强制措施等。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、企业法人破产还债程序以及涉外民事诉讼程序。

此外,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. 仲裁法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(涉及国家秘密的除外)、书面审理为例外。可以由当事人协议选择上述审理方式。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。

以当事人自愿原则为基础理论,可以将仲裁法的相关内容组成仲裁法的知识体系的主干;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。

(二)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回到盘中的问题,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。

(1)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资格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、回避的具体情形不同、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、当事人对审理涉外案件所适用的程序规则以及适用的语言有无选择权不同、能否由外籍人员审理涉外案件不同、审级不同等等。

(2)民事诉讼相关知识的比较。和解与调解、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、财产保全)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。而且司法资格考试的趋于体系化,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,因此我们的复习和记忆的重点仍然是知识点。

(1)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。

(2)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)。

(3)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。

(4)人民法院的处理问题。一审——二审——再审——执行。

(三)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规定采用不同的分析方法去理解掌握法律规定。具体有两种主要情况:

- (1) 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。

- (2) 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186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。

(3)对某一具体程序问题,民事诉讼法并未直接作出规定,而只是在若干意见中作出了相关的规定。这种情况同上一种情况相似,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:第一,该上诉是对与对方当事人之间的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;第二,该上诉仅对共同诉讼人之间的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;第三,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。

(四)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。因此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”。但是司法资格考试的命题毕竟是严肃的案例,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,许多考生也容易采取题海战术,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,由于统一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;而为了使自己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:

(1)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试题用书更是铺天盖地,看完书中的介绍,考生似乎有一种为了顺利通过统一司法资格考试,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,从统一司法资格考试对报考者资格的要求而言,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,但系统受过高等教育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。

(2)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历年资格考试中的常考查内容。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,而且重复的程度还不轻,从以往的统一司法资格考试,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,可以发现统一司法资格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,恐怕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,不致于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,即因模拟题过易,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;再次,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。以往的资格考试中,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,甚至还有考生最后紧张地没有时间涂画答题卡。这样,不仅可能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统一司法资格考试。

总之,全面而有重点的复习是我们司法考试的永恒主题,为此,考生在备战司法资格考试中的民事诉讼法与仲裁法时应注意以下几点:第一,熟悉以往考试内容的规律,即统一司法资格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,并且具有较强综合性的特点。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法的基础知识,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。

成功永远属于有信心、有准备的人……

四、《民事诉讼法》重点修改内容提示

2008年4月1日生效实施的新《民事诉讼法》以及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(以下简称《审判监督程序解释》)与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(以下简称《执行程序若干问题的解释》)对民事诉讼法的修改主要集中在以下几个方面:

(一)对妨害民事诉讼的强制措施

关于对妨害民事诉讼的强制措施方面的修改主要体现在以下两点:

1. 有义务协助调查、执行的单位有《民事诉讼法》第103条第1款规定的情形的,人民法院可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款;对仍不履行协助义务的,可以予以拘留;并可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议。

2. 罚款金额的修改。即对个人的罚款金额为人民币1万元以下,对单位的罚款金额为人民币1万元以上,30万元以下。

(二)审判监督程序

关于审判监督程序的修改主要体现在以下几点:

1. 申请再审。关于申请再审的修改主要体现在申请再审的条件以及法院对再审申请的处理方面,具体体现为:

(1)申请再审的管辖。将原来可以向原审人民法院或者上一级人民法院申请再审,改为当事人对已经发生法律效力的判决、裁定,认为有错误的,可以向上一级人民法院申请再审,但不停止判决、裁定的执行。

(2)申请再审的法定情形。与原来申请再审的法定情形相比较,主要是将法定情形中的第(二)项“原判决、裁定认定事实的主要证据不足的”加以细化,此外,对违反法定程序的一些具体情形作出了相应的规定,修改后的法定情形如下:

当事人的申请符合下列情形之一的,人民法院应当再审:

(一)有新的证据,足以推翻原判决、裁定的;

(二)原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的;

(三)原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的;

(四)原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的;

(五)对审理案件需要的证据,当事人因客观原因不能自行收集,书面申请人民法院调查收集,人民法院未调查收集的;

(六)原判决、裁定适用法律确有错误的;

(七)违反法律规定,管辖错误的;

(八)审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的;

(九)无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人,因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由,未参加诉讼的;

(十)违反法律规定,剥夺当事人辩论权利的;

(十一)未经传票传唤,缺席判决的;

(十二)原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的;

(十三)据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。

对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定,或者审判人员在审理该案

件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的,人民法院应当再审。

此外,《审判监督程序解释》第10条至第18条对上述情形作出了详细的解释。

(3)申请再审的法定期限。在保留原来规定的2年申请再审期限外,增加了一点特殊规定,因此,修改后的《民事诉讼法》第184条规定,当事人申请再审,应当在判决、裁定发生法律效力后2年内提出;2年后据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更,以及发现审判人员在审理该案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的,自知道或者应当知道之日起3个月内提出。此外,《审判监督程序解释》第2条规定,该申请再审期间不适用中止、中断和延长的规定。

(4)人民法院对再审申请的处理。修改前的民事诉讼法只是泛泛地规定人民法院对再审申请经过审查后,对于符合条件的立案再审;对于不符合条件的,通知驳回当事人的再审申请,这样的处理极其不利于对当事人再审申请权的维护,修改后的民事诉讼法对此作出了更加细致的程序性规定,即《民事诉讼法》第180条规定,当事人申请再审的,应当提交再审申请书等材料。人民法院应当自收到再审申请书之日起5日内将再审申请书副本发送对方当事人。对方当事人应当自收到再审申请书副本之日起15日内提交书面意见;不提交书面意见的,不影响人民法院审查。人民法院可以要求申请人和对方当事人补充有关材料,询问有关事项。此外,第181条规定,人民法院应当自收到再审申请书之日起3个月内审查,符合本法第179条规定情形之一的,裁定再审;不符合本法第179条规定的,裁定驳回申请。有特殊情况需要延长的,由本院院长批准。因当事人申请裁定再审的案件由中级人民法院以上的人民法院审理。最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件,由本院再审或者交其他人民法院再审,也可以交原审人民法院再审。

2. 检察院抗诉。关于检察院抗诉的修改主要体现在以下几个方面:

(1)抗诉的提起。修改前的《民事诉讼法》第185条只是对哪一级人民检察院有权提起抗诉作出了规定,但是对于向哪一级人民法院提出抗诉却未作出规定,修改后的《民事诉讼法》第187条明确规定,最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定,上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定,发现有本法第179条规定情形之一的,应当提出抗诉。地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定,发现有本法第179条规定情形之一的,应当提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。

(2)人民法院对抗诉的处理。修改前的民事诉讼法虽然规定人民检察院抗诉的案件,人民法院应当再审,但是由于欠缺具体的程序性规定,致使人民检察院抗诉的案件实际上被搁置起来,修改后的《民事诉讼法》第188条明确规定,人民检察院提出抗诉的案件,接受抗诉的人民法院应当自收到抗诉书之日起30日内作出再审的裁定;有本法第179条第1款第(一)项至第(五)项规定情形之一的,可以交下一级人民法院再审。

此外,《审判监督程序解释》还对再审的审理范围、再审中的撤诉以及再审案件的处理等问题作出了相关规定。

(三)执行程序

关于执行程序的修改主要体现在以下几点:

1. 执行的一般规定。有关执行的一般规定主要修改了以下内容:

(1) 执行管辖。为了便于执行,修改以后的《民事诉讼法》在保留第一审人民法院执行管辖权的同时又增加了对有执行管辖权人民法院的规定,即根据《民事诉讼法》第 201 条的规定,发生法律效力民事判决、裁定,以及刑事判决、裁定中的财产部分,由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。此外,为了解决部分案件长期执行不了的问题,修改后的民事诉讼法增加了有关提级执行或者指定执行管辖的问题,即根据《民事诉讼法》第 203 条的规定,人民法院自收到申请执行书之日起超过 6 个月未执行的,申请执行人可以向上一级人民法院申请执行。上一级人民法院经审查,可以责令原人民法院在一定期限内执行,也可以决定由本院执行或者指令其他人民法院执行。

此外,《执行程序若干问题的解释》还对共同管辖、执行管辖异议的处理问题作出了规定。

(2) 执行异议。我国修改之前的《民事诉讼法》只是确立了对案外人利益的保护制度,即执行异议制度,然而,该制度存在对案外人的实体异议给予程序处理的问题。在修改原《民事诉讼法》第 208 条的基础上,修改后的《民事诉讼法》第 204 条规定,执行过程中,案外人对执行标的提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起 15 日内审查,理由成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理;与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。

此外,修改后的民事诉讼法增加了对执行行为的异议,即根据《民事诉讼法》第 202 条的规定,当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的,可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的,人民法院应当自收到书面异议之日起 15 日内审查,理由成立的,裁定撤销或者改正;理由不成立的,裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的,可以自裁定送达之日起 10 日内向上一级人民法院申请复议。

此外,最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(以下简称《执行规定》)对执行异议的相关具体内容作出了详细的解释。

2. 申请执行期。修改后的民事诉讼法将申请执行期界定为执行时效,即根据《民事诉讼法》第 215 条的规定,申请执行的期间为 2 年。申请执行时效的中止、中断,适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。前款规定的期间,从法律文书规定履行期间的最后 1 日起计算;法律文书规定分期履行的,从规定的每次履行期间的最后 1 日起计算;法律文书未规定履行期间的,从法律文书生效之日起计算。《执行程序若干问题的解释》第 27 条、第 28 条与第 29 条对执行时效进一步作出了规定。

3. 执行措施。修改后的《民事诉讼法》在执行措施方面,虽然未增加新的执行措施,但是规定了以下几项辅助执行措施有效实施的制度:

(1) 财产申报制度。修改后的《民事诉讼法》明确规定了被执行人的财产申报制度,即根据《民事诉讼法》第 217 条的规定,被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务,应当报告当前以及收到执行通知之日前 1 年的财产情况。被执行人拒绝报告或者虚假报告的,人民法院可以根据情节轻重对被执行人或者其法定代理人、有关单位的主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留。《执行程序若干问题的解释》第 31 条至第 36 条对财产申报制度作出了进一步规定。



(2) 执行威慑制度。为了解决执行难问题,修改后的《民事诉讼法》第 231 条明确规定了执行威慑制度,即被执行人不履行法律文书确定的义务的,人民法院可以对其采取或者通知有关单位协助采取限制出境,在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息以及法律规定的其他措施。《执行程序若干问题的解释》第 36 条至第 39 条对执行威慑制度作出了进一步规定。

目 录

应考指引 / 1

上编 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{一般了解} / 1

第二节 民事诉讼法{一般了解} / 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{重点掌握} / 4

第二节 基本制度{重点掌握} / 7

第三章 主管与管辖 / 11

第一节 民事诉讼主管{一般了解} / 11

第二节 管辖概述{一般了解} / 13

第三节 级别管辖{理解运用} / 14

第四节 地域管辖{理解运用} / 15

第五节 裁定管辖{一般了解} / 23

第六节 管辖权异议{重点掌握} / 25

第四章 诉 / 28

第一节 诉的概念与特征{一般了解} / 28

第二节 诉的要素{重点掌握} / 29

第三节 诉的种类{理解运用} / 30

第四节 反诉{重点掌握} / 31

第五章 当事人 / 33

第一节 当事人概述{一般了解} / 34

第二节 原告与被告{重点掌握} / 37

第三节 共同诉讼人{理解运用} / 38

第四节 诉讼代表人{一般了解} / 43

第五节 第三人{理解运用} / 45