

2017年
国家司法考试



杨秀清 民事诉讼法攻略

杨秀清 著
上律指南针出品

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2017年国家司法考试

 上律指南针®
SURELY COMPASS

杨秀清 民事诉讼法攻略

杨秀清 著
上律指南针出品

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

2017年国家司法考试民法攻略 / 杨秀清著. —北京: 中国法制出版社, 2017.1

ISBN 978-7-5093-8086-4

I. ①2… II. ①杨… III. ①民事诉讼法—中国—资格考试—自学参考资料
IV. ①D925.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第286177号

策划编辑: 李连宇 胡 斌

责任编辑: 邱小芳

封面设计: 海阔天空

2017年国家司法考试民法攻略

2017NIAN GUOJIA SIFA KAOSHI MINSUFA GONGLÜE

著者 / 杨秀清

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市华润印刷有限公司

开本 / 787毫米×1092毫米 16开

版次 / 2017年2月第1版

印张 / 16 字数 / 399千

2017年2月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-8086-4

定价: 41.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66078158

邮购部电话: 010-66033288

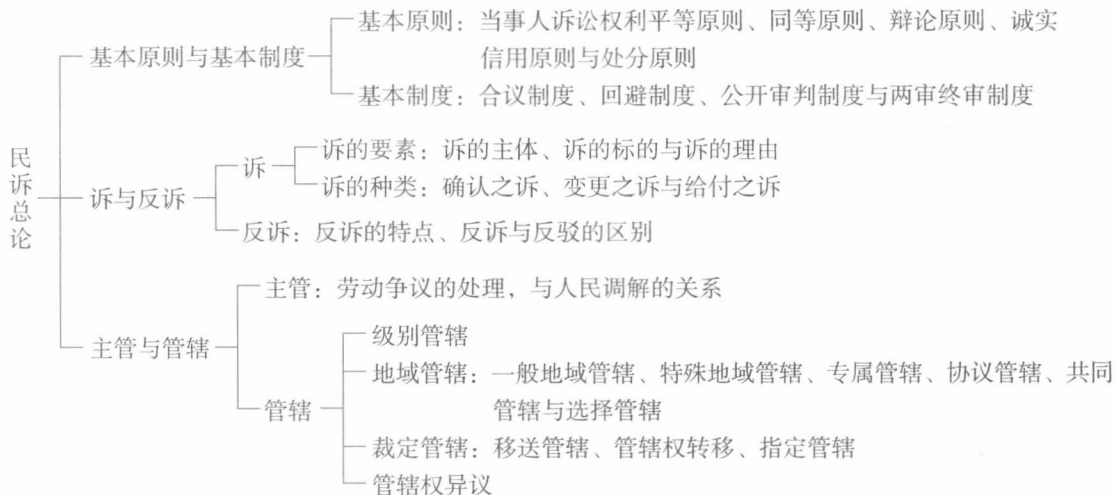
序 言

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、当事人与诉讼代理人制度、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：

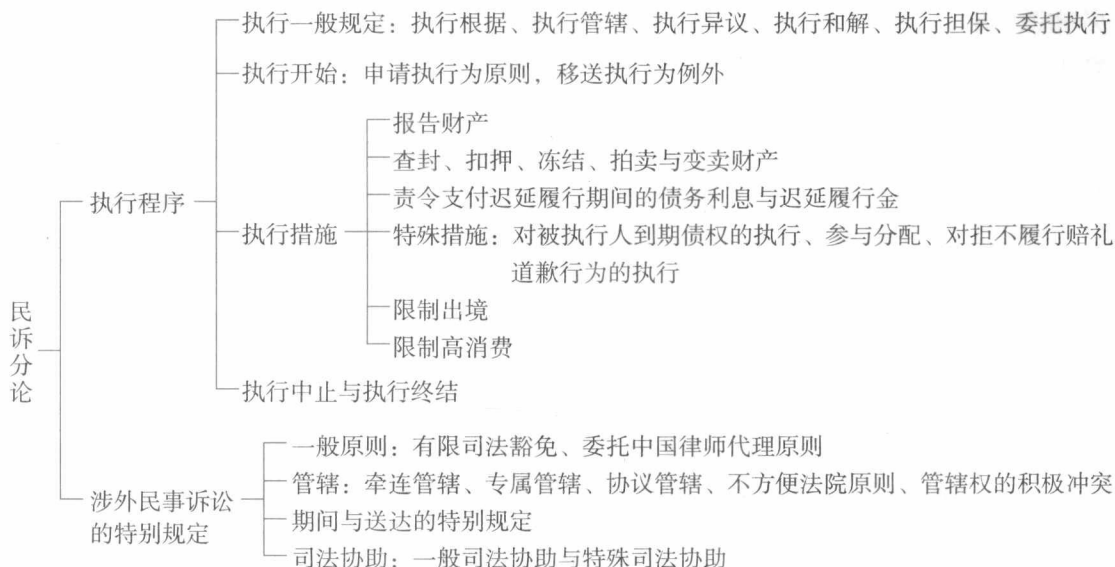




续图



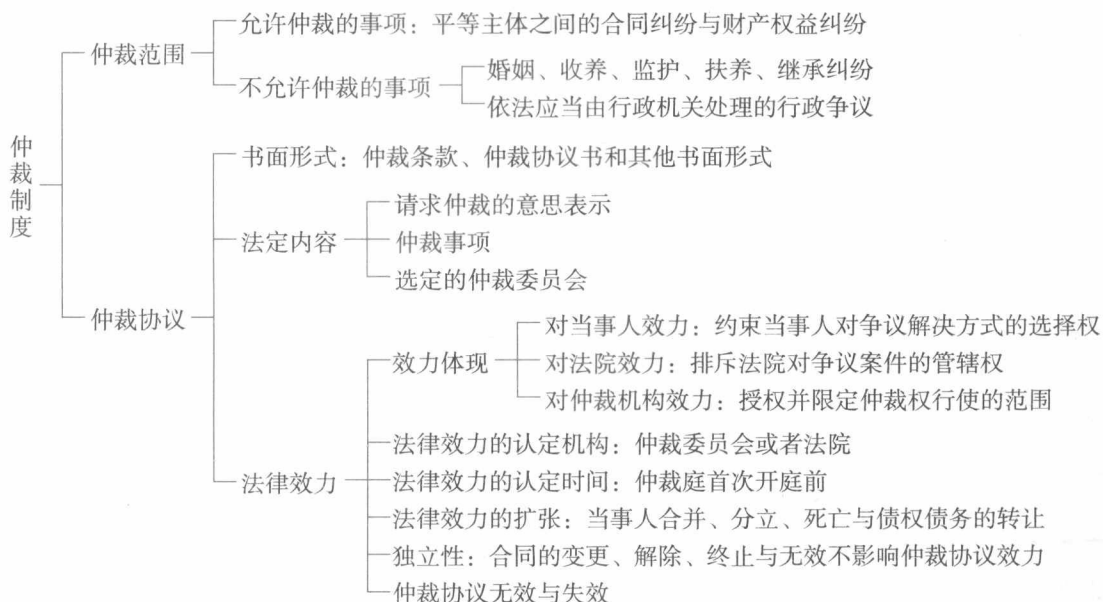
续图



（二）仲裁制度的知识结构体系

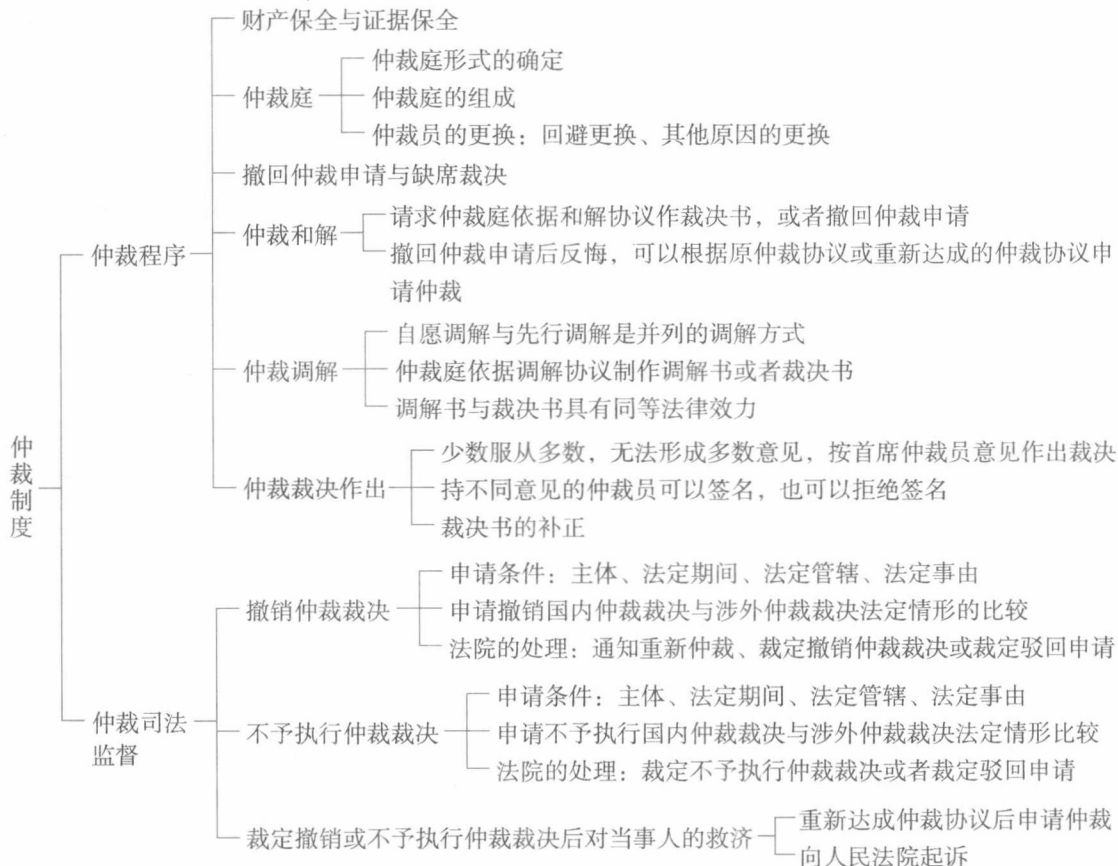
仲裁制度是以当事人意思自治为基础而建立的商事争议解决制度，仲裁法作为调整仲裁机构与当事人在争议解决过程中权利义务的法律制度，也必然以当事人意思自治为核心。在司法考试中，仲裁法的内容主要以对仲裁协议、仲裁程序与司法监督制度为主。

本学科知识结构图如下：





续图



二、本学科的复习攻略

建构学科理论体系——合理的复习方法——收获成功的喜悦

(一) 走向成功的基础——建构学科理论体系

民事诉讼法规定人民法院和当事人在民事诉讼中的行为方式以及诉讼权利与义务关系,而仲裁制度则规定仲裁机构、仲裁庭与当事人在仲裁程序中的程序权利与义务关系,作为民事程序法的重要组成部分,民事诉讼法与仲裁制度均是一套完整有序的程序规则,有很强的体系性,理解其理论体系应当说比较容易把握;但是也正是因为其程序性特点,决定了民事诉讼法与仲裁制度的知识点较为琐碎,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,因此给考生的学习和掌握带来了一定的麻烦。为了提高司法考试的复习效率,建构学科理论体系,使得零散琐碎的知识系统化,通过理解性记忆而非简单强行记忆至关重要。

1. 以当事人私权处分与法院职权相结合建构民事诉讼法理论体系

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,建构一个完整的民事诉讼理论体系对于系统理解并掌握民

民事诉讼法的相关制度是非常重要的。民事诉讼是一种借助于国家审判力量的以公权力解决私权纠纷的方式,因此民事诉讼法是围绕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一事后监督制度,以保证裁判的公正。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,这就形成了由特别程序、督促程序与公示催告程序所构成的非讼程序。由此可见,这只是一个对民事诉讼法的宏观描述,我们可以进一步以当事人私权处分与法院职权相结合的有限处分原则为理论基础构建民事诉讼法的体系,理解与掌握民事诉讼法的相关制度。按照民事诉讼的程序,进程具体如下:

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、第三人诉讼地位的判断以及各种当事人和诉讼代理人的诉讼权利行使问题;此外,起诉条件对起诉证据的要求需要考生掌握证据制度的相关问题,如证据的立法种类、理论分类、证明对象、证明责任的理解适用以及举证期限、质证等问题。当然,当事人起诉后,法院对起诉予以审查必然涉及一些特殊情况的处理,如撤诉后的再起诉、超过诉讼时效起诉的处理、离婚与收养关系案件的再起诉问题、追索赡养费、抚养费与抚育费案件的再起诉等问题的处理,此外还涉及对不予受理与驳回起诉的理解与适用。

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,而当事人的诉讼请求与其提出的诉直接相关,这就涉及诉的主体、诉的标的和诉的理由的诉的三要素,以及确认之诉、变更之诉和给付之诉的具体适用。此外,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。在运用调解制度结案时,就涉及法院调解制度的相关问题,如调解的适用范围、法院调解与诉讼和解的关系,调解协议的内容、调解书的制作以及法院调解的生效时间和具体效力等。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。而法院对争议案件进行裁判,则必然涉及审理前准备阶段的交换证据、召开庭前会议、开庭审理的过程、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,则必然涉及简易程序适用的案件范围和法院、不得适用简易程序的法定情形以及简易程序的相关具体规定。



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，当事人提起上诉就需要符合上诉的实质条件以及形式条件的要求。基于私权处分，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，除非有法定特殊情况。此外，在二审程序中，还涉及审理方式（尤其是“不开庭审理”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提出抗诉或者再审检察建议引起的再审。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相关规定。

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执行权的结合。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。如果双方当事人未能执行和解，则涉及法院根据案件的具体情况采取执行措施的问题。当然，执行程序的设置虽然以实现当事人的权利为目的，但是，执行中也涉及当事人以及案外人的救济，即当事人、利害关系人对执行行为违法的异议以及案外人对执行标的的执行异议。此外，执行程序中还涉及委托执行、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职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。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、财产保全与行为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职权相结合的运用之外，大家还需注意对法院职权行使被动性的理解。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. 以意思自治为基础建构仲裁制度的理论体系

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，虽然仲裁制度与民事诉讼法均属于民事程序法的范畴，但是，由于民事诉讼属于公力救济制度，而仲裁制度属于社会救济制度，其借助的是社会力量，即民间性仲裁机构基于当事人的仲裁协议解决纠纷，因此，

仲裁制度的核心特点在于充分体现当事人的意思自治。我们可根据以当事人意思自治为基础的自愿原则构建仲裁制度的理论体系,从而系统理解并掌握仲裁的相关制度及其运用。结合仲裁程序的运行,具体如下:

第一,对于法定允许仲裁的争议事项,是否提请仲裁机构解决由当事人自愿协商。这就必然涉及仲裁法所规定的允许和不允许仲裁的争议事项范围的运用,还涉及仲裁法中的核心问题——仲裁协议,其中仲裁协议的法定内容、书面形式、法律效力的体现、仲裁协议效力的认定、仲裁协议的独立性、仲裁协议的效力扩张以及仲裁协议的无效和失效问题都极其重要。

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。这就涉及仲裁委员会的设立条件、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,仲裁庭组成形式的确定以及仲裁庭具体组成由当事人自愿协商确定。这就涉及合议制、独任制仲裁庭的确定方法以及如何确定合议制仲裁庭或者独任制仲裁庭的仲裁员以及仲裁员的任职资格、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,如仲裁和解与调解达成协议后的处理,即使和解或者调解不成,由仲裁庭作出仲裁裁决,双方当事人还可以基于商事仲裁所具有的保密性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,即可将仲裁制度中的主干重要内容组成一个完整的制度体系;为了保障一裁终局的仲裁制度解决争议案件的公正性,仲裁法还设置了事后的司法监督制度,即对于出现法定情形的仲裁裁决,当事人可以向法院申请撤销仲裁裁决,或者申请不予执行仲裁裁决。

(二) 走向成功的手段——合理的复习方法

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,除了建构学科理论体系之外,确定合理的复习方法是走向成功的极其重要的手段。

司法考试复习量虽大,但只要保证一定的复习时间,民事诉讼法与仲裁制度取得理想的成绩不仅完全有可能而且不是一件难事。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,要在一定的复习周期掌握如此之多的知识,如何记忆最为有效是关键。

在选择了自己的一套教材之后,考生最为关心的恐怕就是如何复习该套教材,并使其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?答案是否



定的。为了使复习效率最大化，我认为考生在复习时应当注意以下几点：

1. 理论连接法条、法条源于理论——基础（理论结合法条，以法条条文为归宿）

制定法传统的国家，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具体的法律规定。因此，我们在掌握体系的基础之上，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及其司法解释的相关法条条文。当然，在司法考试中我们可以只关注其所要重点考查的法条。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。

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，法条的规定都有一定的理论基础，来源于学术界对诉讼法学理论的研究，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，前面谈到当事人私权处分，即民事诉讼法所明确规定的处分原则，考生可以此为基础从私权处分的不同视角理解诸多具体诉讼制度的设置。如以私权处分为基础所派生的当事人程序选择权来理解诉讼程序与非讼程序适用的选择性，具体而言，在债务人下落不明时，债权人可以选择起诉要求债务人履行义务，也可以选择适用特别程序宣告失踪；在债务人不履行金钱或者有价值证券的给付义务时，债权人可以选择起诉要求债务人履行义务，也可以选择适用督促程序，通过支付令责令债务人履行义务等。后文在知识群的问题中还会谈此内容。又如以私权处分的有限性为基础可以理解为什么当事人的处分行为均需要法院的审查或者认可，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，如果法院裁定不准许原告申请撤诉，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭会被法院缺席判决；当事人协商确定举证期限与交换证据的时间需经法院许可；当事人达成和解协议申请法院制作调解书，法院需要审查认可后才制作调解书等等规定，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。

再举一例，如以辩论原则为基础理解法院对一审案件、二审案件和再审案件的审理范围问题。以私权处分为基础，我国奉行约束性辩论，即当事人的辩论对法院审判权审理与裁判案件范围产生制约作用，但是，由于不同审判程序的功能不同，约束性辩论的作用有所不同，第一审程序的功能在于解决当事人之间的纠纷，因此当事人的辩论对法院行使审判权裁判的对象产生绝对约束，即法院只能对当事人的诉讼请求进行裁判，超出当事人的诉讼请求或者遗漏当事人的诉讼请求所作出的裁判均是不正确的。但是，法院审理与裁判二审案件或者再审案件则与一审不同，法院均承担着监督的功能，即二审法院监督一审裁判是否正确，再审

法院监督生效文书是否正确,因此,法院对二审案件除了审理当事人上诉请求所涉及的事实认定与法律适用以外,还有例外情况;法院对再审案件除了审理当事人的再审请求,也有相应的例外。

2. 知识群的理解与运用——提升

理论链接法条的方法对理解与掌握知识点及其运用固然重要,但是,司法考试综合性考查知识点运用的倾向同样需要引起考生的重视,这就需要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、合议庭或者独任庭成员的确定程序不同、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,学科内相关知识之间的比较。民事诉讼法学科内也存在许多相关知识的比较,例如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、财产保全与行为保全的比较、财产保全与先予执行的比较、判决与裁定的比较、诉讼程序与非讼程序的比较等。同样,仲裁制度学科内也存在相关制度的比较,如仲裁和解与仲裁调解的比较、申请撤销仲裁裁决与申请不予执行仲裁裁决的比较等。

(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,也就实现了知识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。而且司法考试趋于体系化考查,也使我们认识到体系的重要性。

第一,管辖问题。民事诉讼法中存在许多管辖问题,相对于级别管辖而言,地域管辖则较为复杂。在地域管辖问题上,有审判管辖、证据保全的管辖、财产保全的管辖、执行管辖,而且在审判管辖中,不仅有诉讼案件的审判管辖,还有非讼案件的审判管辖,有国内诉讼案件的审判管辖,也有涉外案件的审判管辖,但是,无论何种地域管辖问题,均遵循一项极其重要的原则,即便利于法院行使相应权力的原则,考生可以以此原则为基础系统掌握各种地域管辖问题。

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;审理方式中不公开审理的申请;和解与调解以及调解与判决等)。

第三,人民法院对案件的处理问题。尤其是一审程序、二审程序与再审程序均存在的



问题,考生可以系统掌握。如对于当事人起诉不符合受理条件的处理问题,一审立案时发现,裁定不予受理;只要是受理案件后发现,则只能裁定驳回起诉,一审程序中法院直接裁定驳回起诉,二审程序中法院裁定撤销原判,驳回起诉;再审程序中法院裁定撤销一、二审判决,驳回起诉。再如对必要共同诉讼人的处理问题,一审中追加必要共同诉讼人,调解不成可以直接裁判;二审中追加必要共同诉讼人,调解不成,裁定撤销一审判决,发回重审;必要共同诉讼作为案外人申请再审,则需要区分一审程序再审或者二审程序再审,适用一审程序再审,调解不成及时裁判;适用二审程序再审,调解不成则需要裁定撤销一、二审判决,发回重审。之所以出现二审程序与再审程序不同于一审程序的处理方式,主要是因为不得剥夺必要共同诉讼人的上诉权。诸如此类的问题,还有法院对当事人增加诉讼请求、提出反诉或者有独立请求权第三人提出诉讼请求的处理在一审程序、二审程序或者再审程序中的运用等等。

第四,以某一知识为基点的相关内容的结合问题。如离婚案件的管辖、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;追索赡养费、抚养费、抚育费案件的拘传、先予执行、诉讼终结、裁判生效后的再起诉、执行终结等的适用。

3. 凝炼法律条文——巩固

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,可就是到了真正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,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常常不知所措。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。当然,该项工作在我与该教材相配套的法规精讲一书中已经为考生进行了详细的归纳与总结,考生可以通过法规精讲一书解决重点法条的理解与掌握问题。

(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。这种情况较为普遍,也是考生复习的重点,例如管辖中的地域管辖中的一般地域管辖、特殊地域管辖、专属管辖与协议管辖,裁定管辖中的移送管辖、管辖权转移、指定管辖等;当事人中的必要共同诉讼人、有独立请求权的第三人与无独立请求权的第三人、公益诉讼制度等;证据制度中证据的立法种类、证明责任以及证明责任的分配等等均是如此。对于这种民事诉讼法及其司法解释均作出规定的制度,就需要考生将关于该制度的法律规定系统分析,才能真正掌握该制度的具体内容,否则一旦遗漏,则容易出现错误运用。

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《民诉解释》^①第319条作出了明确而具体的规定,即:“必要共同诉讼人的一人或者部分人提起上诉的,按下列情形分别处理:(一)上诉仅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;(二)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;(三)上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的,未提起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

^①《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》。



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。

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，达到体系与知识点的结合，并以知识点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……

杨秀清

2017年1月

目录

Contents

第一讲	民事诉讼与民事诉讼法	/ 1
	一、民事诉讼的理解	/ 1
	二、多元化民事纠纷解决制度	/ 1
	三、民事诉讼法及其性质的理解	/ 1
	四、民事诉讼法的效力	/ 2
	五、民事诉讼法与民事实体法的关系	/ 2
第二讲	民事诉讼基本原则与基本制度	/ 4
	一、基本原则	/ 5
	二、基本制度	/ 9
第三讲	主管与管辖	/ 13
	一、主管	/ 14
	二、管辖概述	/ 15
	三、级别管辖	/ 16
	四、地域管辖	/ 17
	五、裁定管辖	/ 25
	六、管辖权异议	/ 27
第四讲	诉与反诉	/ 30
	一、诉的理解	/ 30
	二、诉的要素	/ 31
	三、诉的种类	/ 32
	四、反诉	/ 34



第五讲	诉讼参加人	/ 36
	一、当事人资格	/ 38
	二、原告与被告	/ 40
	三、共同诉讼人	/ 41
	四、诉讼代表人	/ 45
	五、公益诉讼	/ 47
	六、第三人	/ 51
	七、诉讼代理人	/ 58
第六讲	民事诉讼证据与证明	/ 61
	一、证据的理解	/ 62
	二、证据的立法种类	/ 63
	三、证据的理论分类	/ 68
	四、证明对象	/ 70
	五、证明责任	/ 72
	六、证明标准	/ 76
	七、举证时限制度与交换证据制度	/ 77
	八、证据的收集与保全	/ 78
	九、民事诉讼证据的其他规定	/ 80
第七讲	期间与送达	/ 82
	一、期间	/ 82
	二、送达	/ 83
第八讲	法院调解	/ 85
	一、法院调解的理解	/ 85
	二、法院调解的原则	/ 86
	三、法院调解的程序规定	/ 87
	四、调解书及其效力	/ 89
第九讲	保全与先予执行制度	/ 91
	一、保全	/ 91
	二、先予执行	/ 94
第十讲	对妨害民事诉讼的强制措施	/ 96
	一、妨害民事诉讼行为的构成要件	/ 96
	二、妨害民事诉讼行为的种类	/ 96
	三、强制措施的适用	/ 97