



三校名师 司法考试

2008年 国家司法考试

三校名师讲义

民事诉讼法与仲裁制度 **5**

三校名师司法考试命题研究中心 / 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

中国检察出版社





三校名师 司法考试

0926

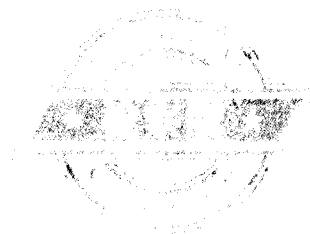
D926/102
:2008(5)
2008

2008年国家司法考试

三校名师讲义

民事诉讼法与仲裁制度 ⑤

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编 杨秀清 / 编著



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼法与仲裁制度/杨秀清编著. —北京: 中国检察出版社, 2007. 3
(三校名师讲义)

ISBN 978 - 7 - 80185 - 722 - 4

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 032695 号

民事诉讼法与仲裁制度

三校名师司法考试命题研究中心/组编

杨秀清/编著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 16 开

印 张: 13.75 印张

字 数: 347 千字

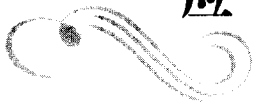
版 次: 2008 年 3 月第二版 2008 年 3 月第二次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 722 - 4/D · 1698

定 价: 29.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

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 2007 年司法考试

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可以使得考生的复习尽量做到有的放矢,从而达到事半功倍的效果。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,其具体考试特点也呈现出两大变化: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;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。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 2007 年司法资格考试针对民事诉讼法与仲裁法的考查来看,主要体现了以下特点:

(一) 注重知识的综合性考查

2007 年的司法考试与以往相比较明显注重了知识的综合性考查,反映为两个方面:1. 综合性考查某一具体制度的运用,如卷三第 36 题从涉外民事诉讼司法豁免原则、涉外协议管辖、涉外期间、涉外送达几个方面综合考查了涉外民事诉讼的特别规定;如第 82 题以公告这一特殊程序要求为基点综合考查了特别程序、公示催告程序的特别规定;第 88 题综合考查了反诉的构成要件及诉讼费用的征收等内容。2. 以比较的方式综合考查考生对知识的掌握程度,如第 87 题综合考查了必要共同诉讼与普通共同诉讼之间的比较等。

(二) 遵循重者恒重的规律

2007 年在对法律的具体规定进行考查时还是基本沿袭了“重者恒重,轻者恒轻”的大体规律,即突出对重点法律规定的考查,如卷三第 35 题直接考查了《民事诉讼法》第 120 条关于公开审判的规定,第 45 题直接考查的是最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民诉证据规定》)第 4 条关于饲养动物引起侵权纠纷的举证责任的分配,第 48 题直接考查了《仲裁法》第 26 条所规定的民事诉讼与仲裁的关系处理,第 50 题直接考查了《仲裁法》第 37 条仲裁员回避的法律后果问题等。

(三) 注重对新的司法解释的考查

就司法考试而言,一般当年新颁布实施的司法解释中所规定的一些新的内容往往成为当年度考查的重点,在 2007 年民事诉讼法与仲裁法的试题中均反映了这一特点。如诉讼费用制度是司法资格考试中从未涉及的内容,但是因为新实施的《诉讼费用交纳办法》的特点是在诉

讼费用的征收方面有利于当事人诉讼,而卷三第39题明显就考查了这一点;又如新实施的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《仲裁法解释》)为了扩大仲裁制度在解决争议方面的功能,吸收仲裁法学界关于仲裁协议效力研究的最新成果,新确立了仲裁协议的效力扩张制度,而卷三第89题恰恰就是对该司法解释第9条的直接考查。

(四)“重者恒重”下的“局部例外”

社会学和经济学中早已总结出“强者恒强”的规律,在我们的司法考试中也体现出“重者恒重”的风格。2007年主要考查的内容也是往年重点考查的知识,如侵权纠纷案件的管辖确定、举证责任的例外分配,法院可以受理的案件,公开审判制度、第三人的判断、执行和解、对第三人的执行,诉讼中止、仲裁与诉讼的关系等,都是老生常谈的知识。然而,我们也注意到有些以前比较生僻的知识点有“局部例外”的趋向,比如关于公示催告程序,以往都考得很少,而2007年却在第46题和第82题两道题中出现,不过即使如此,实际上也还是考查了公示催告程序中的重点内容,如除权判决、公示催告程序中的公告、利害关系人的另行起诉等。这说明,在“重者恒重”普遍规律的支配下,各部分内容的“保险系数”也在逐年变化,那些生僻知识点的“风险”也在不断加大。

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,必须端正心态。何谓端正心态,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,但有一点是必需的,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是中国第一试,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。考试是否能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。在考试的前后一段时间里,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,但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作过多考虑,甚至应该忽略。作为一名法学教师,我觉得法律本科教育注重的是对学生法律意识和逻辑思考的培养,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,更多是考法律条文。正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任何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就比法本生低。

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,这是否系司法考试的制度有缺陷另当别论。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案件中的行为方式、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,因为作为一个程序性的规定,她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解决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,因此民事诉讼法是围绕着法院在双方当事人的参加之下解决当事人的纠纷这一基本目的进行的。而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,我国设计了二审终审制度,并设立了再审这一基本上算是“有错必究”的制度。并根据当事人履行法院裁决结果的情况,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。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,当然在司法考试中我们可以只关注司法考试所要考及的法条。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、二审的裁决等),而且更多是与这些节点直接相关。这些节点已经比整个体系更接近司法考试的命题。要注意,体系不是司法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,法条是司法考试的命题所直接关注的,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,可能是不能准确记忆,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记忆每一个司法考试中的重点法条。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对于理解和记忆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,为什么是六个月,而不是五个月;为什么这个是七日,那个是十日;诸如此类的规定,只是一种惯例。对于这样的规定,只能多次熟记于心。

三、走向成功的手段——复习方法

曾经有朋友告诉我,司法考试太多东西要记,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,除了上面第一点就说的要摆正心态外,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:宁可记忆的进程慢一点,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。这些做法均不是最佳方法。

(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,由当事人处分。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,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。若调解,则必然涉及调解所遵循的自愿、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《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》(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执行和解。当然,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。这就必然涉及仲裁法所规定的允许和不允许仲裁的争议事项,涉及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。这涉及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。这涉及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。这涉及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,由当事人协议选择的审理方式。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。

(2) 民事诉讼内相关知识的比较

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,以知识点建立许可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结点之上,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、通常程序与破产程序)——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) 凝练法律条文

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烦琐的一部法律,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。

经过长期的分析与思考,经验和直觉都告诉我们,要想有效掌握现行有关民事诉讼法律的众多规定,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做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,《民事诉讼法》第186条作了明确具体的规定:“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。《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,既会使法律更为风趣,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,而这个结合的方式就是做题,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,而复习准备的时间是有限的,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,考生要注意以下问题:

(1) 选择合适的练习题与模拟测试题

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,从统一司法考试对报考者资格的要求而言,大部分考生,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,往往已经具备了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,就会在编写过程中既考虑到本章节基础知识和法律规定,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。

在选择何种模拟测试题时,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,即使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,发现统一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,引起足够重视,以便增强复习过程中的针对性;其次,通过真题模拟了解考试的真实难度,通过模拟保持一种良好的应试心态,不至于因模拟试题编写者未把握好试题难度而引起考生心态的过大波动,或因模拟题过易,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多少,从而掌握好应试技巧和时间的合理安排。

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

2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》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“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:

- ①有新的证据,足以推翻原判决、裁定的;
- ②原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的;
- ③原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的;
- ④原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的;
- ⑤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;
- ⑥原判决、裁定适用法律确有错误的;
- ⑦违反法律规定,管辖错误的;
- ⑧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;

⑨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;

⑩违反法律规定,剥夺当事人辩论权利的;

⑪未经传票传唤,缺席判决的;

⑫原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的;

⑬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。

(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,增加了特殊规定: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。

(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》第180条对此作出了更加细致的程序性规定:“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五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十五日内提交书面意见;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三个月内审查,符合本法第一百七十九条规定情形之一的,裁定再审;不符合本法第一百七十九条规定的,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,发现有本法第一百七十九条规定情形之一的,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,发现有本法第一百七十九条规定情形之一的,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三十日内作出再审的裁定;有本法第一百七十九条第一款第(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。”

(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,发生法律效力的人事判决、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。

(2) 执行救济

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。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十五日内审查,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十五日内向人民法院提起诉讼。”该条实际上规定了执行中的实体性执行救济。

此外,修改后的民事诉讼法增加了程序性执行救济第202条规定:“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十五日内审查,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十日内向上一级人民法院申请复议。”

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,第215条规定:“申请执行的期间为二年。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一日起计算;法律文书规定分期履行的,从规定的每次履行期间的最后一日起计算;法律文书未规定履行期间的,从法律文书生效之日起计算。”

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:

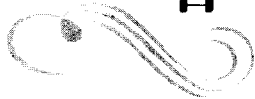
(1) 财产申报制度

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,第217条规定:“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一年的财产情况。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。”

(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:“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。”

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 { 一般了解 }	(1)
第一节 民事诉讼 { 一般了解 }	(1)
一、民事诉讼	(1)
二、解决民事纠纷的几种制度 { 理解运用 }	(2)
第二节 民事诉讼法	(2)
一、民事诉讼法的概念与任务	(2)
二、民事诉讼法的效力 { 一般了解 }	(2)
三、民事诉讼法与相邻部门法的关系	(3)
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)
一、当事人诉讼权利平等原则 { 理解运用 }	(4)
二、同等原则与对等原则 { 一般了解 }	(5)
三、辩论原则 { 理解运用 }	(5)
四、处分原则 { 理解运用 }	(6)
五、检察监督原则 { 一般了解 }	(7)
第二节 基本制度	(7)
一、合议制度 { 重点掌握 }	(7)
二、回避制度 { 一般了解 }	(8)
三、公开审判制度 { 理解运用 }	(8)
四、两审终审制度 { 一般了解 }	(9)
第三章 主管与管辖	(10)
第一节 民事诉讼主管 { 一般了解 }	(11)
一、法院主管的概念与范围	(11)
二、法院主管与其他机关、社会组织解决民事纠纷的关系 { 理解运用 }	(12)
第二节 管辖概述	(12)
一、确定管辖的原则	(13)

二、管辖的分类	(13)
第三节 级别管辖{理解运用}	(13)
一、确定级别管辖的标准	(13)
二、各级人民法院管辖的第一审民事案件{一般了解}	(13)
第四节 地域管辖{理解运用}	(14)
一、一般地域管辖	(14)
二、特殊地域管辖{不要混淆}	(16)
三、专属管辖{重点掌握}	(20)
四、共同管辖与选择管辖{不要混淆}	(21)
第五节 裁定管辖	(21)
一、移送管辖	(21)
二、指定管辖{重点掌握}	(22)
三、管辖权转移{不要混淆}	(23)
第六节 管辖权异议	(23)
一、管辖权异议的条件{理解运用}	(24)
二、管辖权异议的处理{注意领会}	(24)
第四章 诉	(26)
第一节 诉的概念与特征{一般了解}	(26)
第二节 诉的要素	(27)
一、诉的主体	(27)
二、诉的标的{重点掌握}	(27)
三、诉的理由	(27)
第三节 诉的种类{理解运用}	(28)
一、确认之诉	(28)
二、变更之诉	(28)
三、给付之诉	(28)
第四节 反诉{重点掌握}	(29)
第五章 当事人	(31)
第一节 当事人概述	(32)
一、当事人的概念与特征{一般了解}	(32)
二、民事诉讼权利能力与诉讼行为能力	(32)
三、当事人的诉讼权利与诉讼义务	(33)
四、当事人的变更{注意理解}	(34)
第二节 原告与被告	(35)
一、原告与被告的概念	(35)
二、原告与被告的确定	(35)
第三节 共同诉讼人	(36)
一、共同诉讼人的概念与特征{一般了解}	(36)