

来胜 **LiGENSE** 两会修法最新版

2015

精品丛书

New Edition

司考一本通

民事诉讼法 仲裁制度

杨秀清 史飏 编著

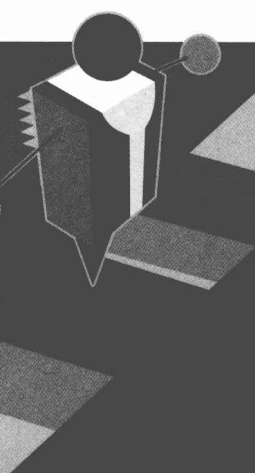
两会修法新增考点

名师执笔精炼要点

考点+法条+真题全面结合

一本贯通冲刺突破





LICENSE

8/
2

司考一本通

民事诉讼法·仲裁制度

编著

杨秀清

史颢



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

编写说明

实行统一的国家司法考试,不仅是我国司法改革的一项重大举措,也是我国法学教育改革的突破口。从律考转变为司考后,使得更多适合条件的考生热衷于此,司法考试也逐渐形成了市场,辅导用书层出不穷。然而在众多的司考辅导用书当中,如何作出选择,便成了备考考生一个头痛的问题。

司考该用何种辅导书?我们认为,要用“看一本就能通”的书。为了达成此目的,我们努力使本书具备了如下特色:

特色一 名师编著、套书完整

本书由来胜全方位法律人培训力邀各科司考名师亲自执笔,集结了老师们多年的司考辅导经验和智慧。本书共分八小册,涵盖了最新考纲的重要考点。

特色二 内容精炼、针对性强

本书强调内容的精炼和实战性。针对重要的考点,我们结合历年司考的规律,对其进行精讲,并针对实际考查情况和精讲内容,提供例题以提高实战能力。

特色三 体例安排科学合理

根据考纲的要求及体系,我们选出了各科的重要考点并对其从以下三个方面为考生提供帮助。

一、精讲。对当前考点进行精当、有效的讲解,以帮助读者掌握当前考点的纲要,具备解决问题的能力。

二、例题。针对当前考点,并结合精讲内容,使考生得到及时、有效的练习,提高应试能力,并在修正自己错误的过程中得到提高。

三、提示与预测。主要是针对一些应当特别注意的问题的提示,以及对2015年司考动向的预测。

业精于勤而荒于嬉,行成于思而毁于随。当您拥有了本书,您便得到了一片肥沃的黑土,若能加以勤耕,今日播下的种子,定能在那金秋结出胜利的果实!

编者

2015年5月

前言

从2002年司法考试以来,民事诉讼法考查的内容一直围绕本学科的重点、难点和热点问题进行。热点问题为考试年度前新颁布的法律、司法解释,特别是其中新增加、新修订的内容。一般来讲,热点问题往往也是本学科中的难点和重点问题,因此,对于三点合一的问题必须要掌握,这些往往会成为当年考查的主要内容之一。

民事诉讼法学:

该部分重点内容和难点如下:

总论部分:基本原则和基本制度(辩论原则、处分原则、诚信原则;合议制度、公开审判制度、回避制度);主管与管辖(法院审理民事案件与其他机关的关系、级别管辖、地域管辖、移送管辖、指定管辖、管辖权异议);当事人(当事人能力与当事人适格、原告与被告的确定,必要共同诉讼人与普通共同诉讼人,第三人,第三人撤销之诉,公益诉讼,代理人);证据与证明(在具体案件中区分证据的种类和证据的分类,自认制度,证据的收集、举证时限制度,证据交换制度,举证责任的分担,质证原则和认证的规则);法院调解(法院调解适用的范围和时间、先行调解的案件范围、二审和再审程序中调解的具体运用、调解协议与调解书、不需要制作调解书的具体情形、诉讼和解);留置送达的条件;保全和先予执行的条件以及措施的具体规定;罚款和拘留的具体运用。

这部分的热点问题主要包括:

一、新《民事诉讼法》增加和修订的内容,以及2015年2月4日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〉的解释》,(以下简称《民诉司法解释》)明确细化的内容,具体表现为:

1. 基本原则部分

增加了诚信原则。需要明确诚信原则的约束主体,包括当事人及其诉讼代理人,人民法院以及其他诉讼参与人。恶意诉讼、调解侵害他人利益或规避执行是当事人对诚信原则的违反,构成妨害民事诉讼的行为,根据情节轻重,可以对恶意诉讼的当事人予以罚款和拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。对于恶意诉讼、调解侵害他人利益的,人民法院应当驳回其诉讼请求(《民事诉讼法》第13条、第112条、第113条)。

《民诉司法解释》对诚信原则有进一步的明确规定,包括:当事人具结(第111条)、证人具结(第119条);证人拒绝具结的后果(第120条);虚假调解的制裁(第144条);禁反言(第229条);一审诉讼行为对二审的约束(第342条);失信被执行人名单(第518条)等。

2. 主管与管辖部分

增加了公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等争议的管辖法院的规定;修订了协议管辖制度,扩大了协议管辖的案件范围、可选择的管辖法院,统一了国内和涉外的协议管辖制度。增加了国内案件的应诉管辖,统一了国内和涉外的规定;明确规定了对管辖权转移中上向下转移的限制(《民事诉讼法》第26条、第34条、第38条、第127条第2款)。

《民诉司法解释》明确的主要内容:合同履行地以争议标的确定;明确了不动产专属管辖的内容;明确了管辖权转移中上向下转移的案件范围;完善了指定管辖;明确了应诉管辖中对应诉的界定。

3. 当事人部分

增加了公益诉讼的规定,明确规定了公益诉讼中适格的当事人是法律规定的机关和有关组织;增加了第三人撤销之诉制度(《民事诉讼法》第55条、第56条第3款)。

《民诉司法解释》进一步明确了第三人撤销之诉与公益诉讼的提起条件、当事人、管辖、审理、救济等具体规定

4. 证据和证明部分

新增了电子数据作为一种独立的证据种类;明确规定了哪些情形下证人可以不出庭以及证人出庭作证费用的负担;明确规定了鉴定申请程序、法院的职权鉴定、鉴定人的确定,增加了对鉴定人出庭义务及不出庭的法律效果、专家意见的规定;新增设了诉前和仲裁前证据保全制度(《民事诉讼法》第63条、第65条、第73条、第74条、第76至79条、第81条)。

《民诉司法解释》明确的主要内容:明确电子数据的界定;增加了当事人、证人签署保证书制度;细化了证人出庭义务;完善了专家辅助人制度;增加了举证责任分配原则的规定;增加了逾期举证及其后果的规定;增加了法官组织质证、进行认证的规定;明确了不同案件的证明标准。

5. 期间与送达部分

增加了其他方式的送达以及留置送达条件(《民事诉讼法》第86条、第87条)。

《民诉司法解释》明确的主要内容:明确规定了不变期间;扩大了直接送达接收人以及确立了通知到法院领取法律文书;明确了留置送达的情形。

6. 保全与先予执行部分

将保全范围扩大至财产和行为;增加了仲裁前的保全规定(《民事诉讼法》第100条、第101条)。

二、《侵权责任法》的颁布对民事诉讼的影响,具体体现为:

1. 具体案件中当事人的确定

例如:《侵权责任法》第8条规定:“二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。”

《侵权责任法》第10条规定:“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为,其中一人或者数人的行为造成他人损害,能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任;不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任。”同时第13条规定:“法律规定承担连带责任的,被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。”也即共同侵权以及共同危险行为案件中被告的确定取决于原告的选择,不能任意追加;再如,《侵权责任法》第83条规定:“因第三人的过错致使动物造成他人损害的,被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿,也可以向第三人请求赔偿。”也即对因第三人的过错致使动物造成他人损害的案件,被侵权人既可以以动物饲养人或管理人为被告,也可以以第三人为被告提起诉讼。如果起诉动物饲养人或管理人的,动物饲养人或者管理人赔偿后,有权以第三人为被告向第三人追偿。

2. 举证责任分担的规定

特别要注意与现行民事诉讼规范不一致的规定。第一,在医疗事故侵权案件中,《侵权责

任法》第54条规定:“患者在诊疗活动中受到损害,医疗机构及其医务人员有过错的,由医疗机构承担赔偿责任。”也就是说,在医疗事故侵权案件中,依然采取过错责任原则。这与《民诉证据规定》第4条第(8)项“因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任”的规定有冲突,应当以《侵权责任法》的规定为准,《民诉证据规定》相应的部分应失效,即医疗机构不需要为不存在的过错承担举证责任。第二,在共同危险行为案件中,更加严格了危险人的举证责任。《侵权责任法》第10条规定:“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为,其中一人或者数人的行为造成他人损害,能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任;不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任。”《侵权责任法》第87条规定:“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害,难以确定具体侵权人的,除能够证明自己不是侵权人的外,由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”

分论部分:第一审程序(登记立案制度、重复起诉的确定标准、法院在审查起诉时对特殊情况的处理、庭前会议按撤诉处理、缺席判决、延期审理、诉讼中止、诉讼终结的法定情形和具体适用,简易程序的适用范围和特点,小额诉讼的适用范围以及具体程序规定、小额程序与简易程序的转换、小额案件的再审);第二审程序(上诉人的确定、撤回上诉的效力、案件的审理范围、不开庭审理的条件和案件范围、二审中的调解和和解、裁判的具体适用);再审程序(当事人申请再审的案件范围、事由、管辖和时效,对当事人再审申请的受理和审查程序,检察监督的方式、事由、程序以及当事人申请检察建议与抗诉的法定情形,再审案件的审理法院,再审案件审理程序的特殊规定);执行程序(主要集中在一般规则:如执行管辖、执行行为异议、申请提级执行或指令执行、执行异议、执行和解、委托执行、执行承担等,以及特殊执行措施)。

对这部分考查侧重法条的具体规定,特别是特殊情形的规范一定要掌握。

分论部分的热点问题主要包括:

(一) 第一审程序

增加了立案前的先行调解、立案后的案件分流制度以及公开查阅裁判文书的制度;修订了受理审查时特殊情形的规定;增加了小额诉讼制度。(《民事诉讼法》第122条、第124条、第133条、第156条、第162条)

《民诉司法解释》明确的主要内容:建立了立案登记制度;明确规定了重复起诉的判断标准;完善了审前准备及增加了庭前会议的规定;规范了申请撤诉的条件;明确了缺席判决的条件;细化了当事人变更或增加诉讼请求权;细化了裁判公开查阅的方式和范围;完善了简易程序的适用范围;完善了小额诉讼案件的适用范围、具体程序、救济以及与简易程序的程序转化。

(二) 第二审程序

明确了二审不开庭审理的条件;明确了二审法院对上诉判决和裁定的处理(《民事诉讼法》第169条、第170条)。

《民诉司法解释》明确的主要内容:明确二审不开庭审理的案件范围;明确了“严重违法法定程序的标准”;明确了二审法院对具体情形的处理。

(三) 审判监督程序

增加了人民法院基于审判监督权监督的对象为发生法律效力的判决、裁定、调解书;增加了当事人一方人众多或者当事人双方为公民的案件,也可以向原审法院申请再审;修订了当事

人申请再审的法定情形,取消了违反法律规定、管辖错误以及违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定作为申请再审的事由;修订了申请再审的时效,即当事人申请再审,应当在判决、裁定发生法律效力后6个月内提出;有本法第200条第1项、第3项、第12项、第13项规定情形的,自知道或者应当知道之日起6个月内提出;明确规定了决定再审后,不中止执行的案件,包括追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件;增加了人民检察院监督对象为发生法律效力的判决、裁定;损害国家利益、社会公共利益的调解书;增加了检察建议作为监督方式之一;增加了当事人可以向人民检察院申请检察建议或者抗诉的法定情形(《民事诉讼法》第198至200条、第204至206条、第208条、第209条、第235条)。

《民诉司法解释》明确的主要内容:进一步明确了申请再审事由;明确了人民法院对检察院抗诉裁定再审的条件;明确规定了对检察建议的审查组织、审查期限;明确规定了人民法院不予受理当事人再审申请的情形;遗漏的必要共同诉讼人申请再审;执行程序中案外人申请再审。

(四) 其他程序

增加并确认了调解协议案件的条件和审理;增加了实现担保物权案件的条件和审理;增加了督促程序与诉讼程序的衔接,即支付令异议成立,支付令自行失效,转入普通程序,但申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的除外(《民事诉讼法》第194条、第195条、第196条、第197条、第217条)。

《民诉司法解释》明确的主要内容:明确了确认调解协议的程序;明确了实现担保物权的程序;细化了申请和受理支付令的条件;明确规定了驳回支付令申请的情形;明确了支付令异议的构成以及审查处理、撤销支付令、督促程序终结以及支付令对担保人的约束力;明确了除权判决作出后的救济程序规定。

(五) 执行程序

明确了执行和解达成后恢复原生效法律文书执行的条件,即申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议,或者当事人不履行和解协议的,人民法院可以根据当事人的申请,恢复对原生效法律文书的执行;扩大人民法院查询的范围以及协助执行的单位;明确规定了法院作为拍卖、变卖财产的主体(《民事诉讼法》第230条第2款、第240条、第247条)。

《民诉司法解释》明确的主要内容:进一步规定了案外人异议之诉和申请执行人许可执行之诉的提起条件、管辖、当事人以及具体审理;明确了执行和解恢复执行的情形;规定了查封、扣押、冻结的期限以及续封的期限。

仲裁法学:

本部分的重点内容集中在其不同于诉讼的制度和程序,以及仲裁与诉讼的关系上面。具体包括:基本制度(一裁终局,或裁或审)、仲裁协议(有效性的确定机构、有效要件、效力以及效力的扩张、独立性)、仲裁程序(仲裁当事人、仲裁员的确定、仲裁和解与调解、仲裁保全、裁决书的作出)、仲裁的司法监督(撤销和不予执行的条件,法定情形)。

对于民事诉讼和商事仲裁的复习方法,建议考生作如下尝试:

(一) 以理论为基础,理论结合法条,以法条为归宿:解决学科知识体系的问题

1. 民事诉讼法的学科知识体系及其理论基础

(1) 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,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。

(2) 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,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,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。

(3) 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,法院应及时裁判。调解,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,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,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。

(4) 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,还涉及审理方式(尤其是“不开庭审理”的条件)、对上诉案件的调解以及裁判等重要内容。

(5) 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。

(6) 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,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和解。当然,如果双方当事人未能和解,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,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,以便于系统掌握。

(1) 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,还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。

(2) 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。

(3) 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。这就涉及仲裁庭的组成以及仲裁员的回避与更换问题。

(4) 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(涉及国家秘密的除外)、书面审理为例外形式。可以由当事人协议选择。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: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上存在一定的区别。考生在阅读教材的过程中,除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,其中不同之处主要包括:受理案件的范围、管辖、审理组织的确定方式、审理人员的确定程序、回避的具体情形、证据保全与财产保全的程序、审理方式、和解的效力、调解的开始方式以及调解达成协议后所制作的法律文书、判决书与裁决书的制作程序、审理人员有无拒绝署名权、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、能否由外籍人员审理涉外案件、审

级,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

(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) 凝练法律条文

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,而应当采用以下几点方法:

1. 立足民事诉讼法,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规定,采用不同的分析方法理解掌握法律规定。具体有两种情况:

(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的规定,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:“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《民诉司法解释》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。例如在第二审程序中,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》并没有作出具体规定,而只是在《民事诉讼法司法解释》中予以了明确,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,而且条文语言较为拗口,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) 习题练习与自我模拟测试的方法

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;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,否则可能适得其反。建议考生在选择练习习题时,选择那种相对以章节为特点编写的练习题;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。

目 录

民事诉讼法

第一章	民事诉讼与民事诉讼法	(3)
第二章	民事诉讼法的基本原则与基本制度	(5)
第三章	主管与管辖	(19)
第四章	诉	(41)
第五章	诉讼参加人	(47)
第六章	民事证据	(75)
第七章	民事诉讼中的证明	(83)
第八章	期间与送达	(100)
第九章	法院调解	(105)
第十章	保全和先予执行	(110)
第十一章	对妨害民事诉讼的强制措施	(117)
第十二章	普通程序	(119)
第十三章	简易程序	(133)
第十四章	第二审程序	(139)
第十五章	特别程序	(149)
第十六章	审判监督程序	(160)
第十七章	督促程序	(178)
第十八章	公示催告程序	(183)
第十九章	民事裁判	(188)
第二十章	执行程序	(191)
第二十一章	涉外民事诉讼程序	(216)

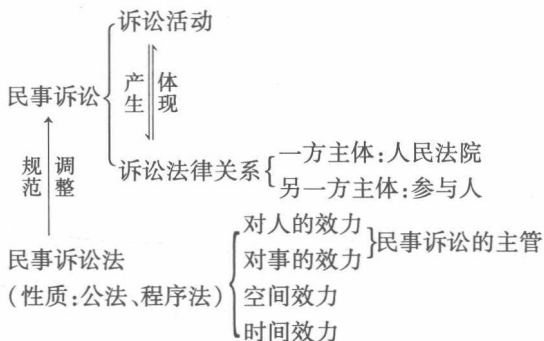
仲裁制度

第一章	仲裁及仲裁法的概述	(225)
第二章	仲裁委员会和仲裁协会	(227)
第三章	仲裁协议	(228)
第四章	仲裁程序	(235)
第五章	申请撤销仲裁裁决	(246)
第六章	仲裁裁决的执行与不予执行	(249)

民事诉讼法

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

本章知识体系：



考点 1 民事诉讼法的性质

一、精讲

民事诉讼法是指国家制定或认可的,调整民事诉讼法律关系主体的行为和相互关系的法律规范的总和。关于民事诉讼法的性质,可以从以下两方面理解:

1. 民事诉讼法属于公法

法律依照其规范的对象或者主体之间的关系,可分为公法与私法。作为一门部门法,民事诉讼法是规范国家(法院)行使审判权程序的法规,与规范平等主体之间权利义务关系的私法不同,性质属于公法。民事诉讼法虽然属于公法,但其就当事人间的实体权利义务作出裁判,解决当事人间的民事纠纷,与纯粹公法性质的刑法、刑事诉讼法不同,在归类上属于民事法范围。

2. 民事诉讼法属于程序法

法律依照其内容的性质,可以分为实体法与程序法。程序法是相对实体法而言的,民事实体法是规定人们民事实体权利义务的法律,民事诉讼法是规范审理实体权利义务关系发生争议的程序,以民事诉讼程序与技术层面的事项为规范内容,在性质上属于程序法。

此外,《民事诉讼法》是由全国人民代表大会通过并颁布实施的,其效力仅次于根本法——宪法,属于基本法;从调整的社会关系看,《民事诉讼法》是调整民事诉讼法律关系的,属于一个独立的部门法。

二、例题

关于民事诉讼法的性质,下列哪一说法是正确的?(2011年真题,单选)

- 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

[释疑] 根据规范内容的性质,民事诉讼法是规范审理实体权利义务关系发生争议的程序,以民事诉讼程序与技术层面的事项为规范内容,属于程序法。(答案:C)

三、提示与预测

本章不是考试重点,偶有涉及,考生只需了解下列内容即可:

1. 了解民事纠纷及其特点

民事纠纷又称为民事冲突、民事争议,是指平等主体之间发生的,以民事权利义务为内容的社会纠纷。民事纠纷具有以下特点。

(1) 民事纠纷主体之间法律地位平等。

(2) 民事纠纷的内容是对民事权利义务的争议。

(3) 民事纠纷的可处分性。由于民事纠纷是民事权利享有和民事义务承担的争议,基于私法自治原则,民事纠纷主体有进行处分的权利。

2. 了解现行民事纠纷的解决机制

包括:和解、调解(主要是人民调解委员会的调解)、仲裁和民事诉讼。

3. 掌握民事诉讼法根据不同的分类标准,具备不同的性质。

4. 了解民事诉讼法的效力范围

民事诉讼法的作用和适用范围,具体说,就是民事诉讼法对什么事、对什么人、在什么空间和时间适用和发生作用。

(1) 我国民事诉讼法的空间效力包括我国整个领域,即我国的领土、领空、领海以及领土的延伸部分(如我国驻外使领馆、航行或停泊于国外或公海上的我国飞行器或船舶等)。即凡居住于中国领域内的人,不管其国籍如何,均适用民事诉讼法,但享有外交特权与豁免权的外国人、外国组织或国际组织除外。

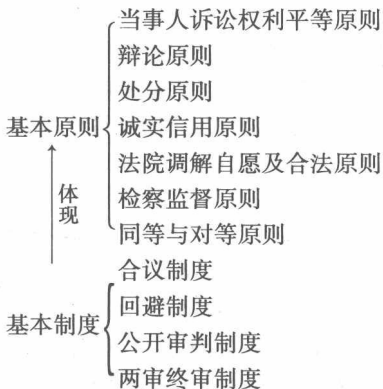
(2) 民事诉讼法的对人效力,凡中华人民共和国的国民以及依照中国法律设立的法人或者非法人团体,都应当适用民事诉讼法,即使其住所或者营业所在国外也是如此。另外,对于申请在我国进行民事诉讼的外国人、无国籍人以及外国企业和组织,也适用民事诉讼法。

(3) 民事诉讼法的对事效力,指的是法院的民事诉讼主管范围,即哪些民事纠纷和其他案件由我国法院依照我国民事诉讼法来解决。我国《民事诉讼法》第3条规定,人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼。根据《民事诉讼法》的规定,只要属于平等主体之间的民事纠纷,就属于民事诉讼法的主管范围,但法律另有规定的除外。

(4) 民事诉讼法的时间效力,是指民事诉讼法在什么时间范围发生效力,包括何时生效、何时失效以及是否具有溯及力。民事诉讼法自施行之日生效,自废止之日失去效力。作为程序法,民事诉讼法一般具有溯及既往的效力,对于新《民事诉讼法》施行前受理的案件,已按照旧法进行的诉讼活动仍然有效,但尚未审结的案件,则应适用新法。

第二章 民事诉讼法的基本原则与基本制度

本章知识体系：



考点 1 法院调解的自愿及合法原则

一、精讲

根据法律的规定,这一原则包括四个方面的内容:

1. 法院调解活动贯穿民事诉讼的整个过程。在一审程序中,从答辩期开始,直到判决作出之前,法院均可以进行调解。在二审程序、审判监督程序中,法院可以调解。
2. 人民法院进行调解时必须遵守自愿与合法原则。自愿是指当事人参加调解和达成调解协议均出于自愿,不得强迫;合法是指调解的进行必须遵守民事诉讼法规定的程序,调解协议的内容不得违反国家法律、政策的规定,不得损害国家、集体和他人的合法利益。
3. 对调解不成的案件,法院应当及时作出判决。当事人不愿意就争议进行调解的,要避免滥用调解,久调不决。
4. 自愿与合法作为调解原则的内容,二者缺一不可,协调一致。

二、例题

1. 关于民事诉讼法基本原则在民事诉讼中的具体体现,下列哪一说法是正确的?(2011年真题,单选)

- A. 当事人有权决定是否委托代理人代为进行诉讼,是诉讼权利平等原则的体现
- B. 当事人均有权委托代理人代为进行诉讼,是处分原则的体现
- C. 原告与被告在诉讼中有一些不同但相对等的权利,是同等原则的体现
- D. 当事人达成调解协议不仅要自愿,内容也不得违法,是法院调解自愿和合法原则的体现

〔释疑〕 该题目综合考查民事诉讼法基本原则在民事诉讼中的具体体现。当事人有权