

法律版

2010全新版

司法考试名师讲义

民事诉讼法与仲裁制度



法律考试中心/组编

杨秀清/著

赠：2010年司法考试新增考点命题角度串讲（电子版）

牵手名师 成功司考

- | | |
|-------------------------------------|--------------------------------|
| 1. 法理学·法制史·宪法·司法制度和法律职业道德 焦洪昌/淳于闻/著 | 5. 民法(附光盘) 李仁玉/著 |
| 2. 刑法(附光盘) 阮齐林/著 | 6. 民事诉讼法与仲裁制度(附光盘) 杨秀清/著 |
| 3. 刑事诉讼法(附光盘) 刘玫/卫跃宁/著 | 7. 商法·经济法·知识产权法(附光盘) 张海峡/著 |
| 4. 行政法与行政诉讼法(附光盘) 张树义/著 | 8. 国际法·国际私法·国际经济法
杜新丽 朱子勤/著 |



法律出版社

司法考试名师讲义

民事诉讼法与仲裁制度

(2010 全新版)

法律考试中心/组编

杨秀清/著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法与仲裁制度/杨秀清著. —北京:
法律出版社, 2009. 12

(2010 年司法考试名师讲义)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0210 - 1

I. ①民… II. ①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. ①D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 226659 号

©法律出版社·中国

责任编辑/赵明霞

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16

印张/17.5 字数/262 千

版本/2009 年 12 月第 1 版

印次/2009 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0210 - 1

定价:38.00 元

光盘号:ISBN 978 - 7 - 900739 - 52 - 0

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

精华要点导引

司法考试科目很多,对于参加司法考试的考生而言,准确高效地复习备考,是成功的关键,而慎选一本好的教材更是十分必要。

为了节省考生的时间,经过广泛调研,充分借鉴司法考试高分通过者的经验,按照备考规律及应试要求,约请全国司法考试辅导领域名师,以课堂讲授为基础,对应试知识进一步系统归纳,整理整合,编写体例简洁清晰,彰显实用效果。

本书主要内容如下:

一、导读

简介学科构架,指点复习方法与应试技巧。

二、内容提要及体系表

提示重要内容,明晰学科体系,对最新修正、修改和重要法律法规、司法解释的相关条文对比列表或加以说明,参照记忆。

三、重点讲解

(一)在保持学科体系完整的前提下,突出考点;重点讲解、辨析考试要点及难点,略讲一般知识,不讲不具可考性的内容,繁简得当,重点突出。

(二)对最近5年司法考试考查的知识点进行统计,罗列在各考点之下,一目了然。

四、实例演练

每一重要知识点均设例题及答案解析,解疑释惑,辨析法理,实现从理论知识到解题能力的迅捷转化。

每一位司法考试考生都渴望得到名师的口传心授,悉心点拨,在此意义上,把他们亲力亲为的倾心之作编辑出版,无疑是广大考生的福音。同时,这种集大成“一站式”教科书的出版,也是我们根据司法考试最新变化,及时满足考生备考需求,更好地服务考生一贯宗旨的最新奉献。

尽管尽心竭力,不足之处在所难免,敬祈批评指正。欢迎提出您的宝贵意见或建议,来信请寄 kaoshi@lawpress.com.cn。

选择法律版考试用书,选择成功!

目 录

导读:复习方法与应试技巧	(1)
第一讲 民事诉讼与民事诉讼法	(13)
一、民事诉讼	(14)
二、民事诉讼法	(14)
第二讲 民事诉讼法的基本原则与基本制度	(17)
一、基本原则	(19)
二、基本制度	(20)
第三讲 主管与管辖	(23)
一、主管	(28)
二、级别管辖	(30)
三、地域管辖	(30)
四、裁定管辖	(37)
五、管辖权异议	(39)
第四讲 诉	(41)
一、诉的概述	(42)
二、反诉	(44)
第五讲 当事人	(48)
一、当事人概述	(54)
二、原告和被告	(56)
三、共同诉讼	(58)
四、诉讼代表人	(66)
五、第三人	(68)
第六讲 诉讼代理人	(74)
一、法定代理人	(75)
二、委托代理人	(76)
第七讲 民事证据	(79)
一、民事证据概述	(87)
二、待证事实	(92)
三、举证责任	(94)

四、证据的收集与保全	(100)
五、民事诉讼证据的其他规定	(101)
第八讲 期间与送达	(104)
一、期间	(105)
二、送达	(106)
第九讲 法院调解	(107)
一、法院调解的含义	(109)
二、调解书及调解的效力	(109)
第十讲 财产保全与先予执行	(112)
一、财产保全	(114)
二、先予执行	(118)
第十一讲 对妨害民事诉讼行为的强制措施	(119)
一、妨害民事诉讼行为的构成和种类	(120)
二、对妨害民事诉讼的强制措施	(122)
第十二讲 普通程序	(124)
一、起诉与受理	(128)
二、审理前准备	(132)
三、开庭审理	(133)
四、撤诉与缺席判决	(134)
五、延期审理、诉讼中止与诉讼终结	(136)
第十三讲 简易程序	(139)
一、简易程序的概念	(143)
二、简易程序的适用范围	(143)
三、简易程序的具体程序规定	(144)
第十四讲 第二审程序	(147)
一、上诉的提起与受理	(150)
二、上诉案件的审理	(153)
三、上诉案件的裁判	(155)
四、二审裁判的法律效力	(157)
第十五讲 审判监督程序	(158)
一、审判监督程序概述	(167)
二、基于审判监督权的再审	(168)
三、基于检察监督权的抗诉和再审	(171)
四、基于当事人诉权的申请再审	(171)
五、再审案件的审判程序	(176)
第十六讲 特别程序	(179)
一、特别程序的特点和适用范围	(180)

二、选民资格案件的审理程序	(180)
三、宣告公民失踪或死亡案件的审理程序	(181)
四、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件的审理程序	(183)
五、认定财产无主案件的审理程序	(184)
第十七讲 督促程序	(186)
一、督促程序的概念与特点	(187)
二、支付令	(188)
第十八讲 公示催告程序	(190)
一、公示催告程序的概念及特点	(192)
二、公示催告程序的适用范围	(192)
三、公示催告案件的申请与受理	(192)
四、公示催告案件的审理程序	(193)
第十九讲 民事判决、裁定与决定	(195)
第二十讲 执行程序	(198)
一、执行程序概述	(203)
二、执行开始	(210)
三、执行措施	(211)
四、执行中止与执行终结	(219)
第二十一讲 涉外民事诉讼程序	(222)
一、涉外民事诉讼程序及一般原则	(224)
二、涉外民事诉讼管辖	(225)
三、涉外民事诉讼中的期间	(226)
四、涉外民事诉讼中的送达	(227)
五、涉外民事诉讼中的财产保全	(227)
六、司法协助	(228)
第二十二讲 仲裁与仲裁法概述	(230)
一、仲裁范围	(231)
二、仲裁法的基本原则	(232)
第二十三讲 仲裁委员会和仲裁协会	(234)
一、仲裁委员会	(235)
二、仲裁员	(236)
三、中国仲裁协会	(237)
第二十四讲 仲裁协议	(238)
一、仲裁协议概述	(239)
二、仲裁协议的内容	(240)
三、仲裁协议的法律效力	(242)
第二十五讲 仲裁程序	(247)

一、仲裁申请与受理	(248)
二、仲裁中的财产保全	(248)
三、仲裁庭	(250)
四、仲裁审理	(252)
五、仲裁和解、调解与裁决	(253)
第二十六讲 仲裁裁决的撤销与不予执行	(256)
一、仲裁裁决的撤销	(257)
二、仲裁裁决的不予执行	(260)
第二十七讲 涉外仲裁	(263)
一、涉外仲裁的概念	(264)
二、涉外仲裁机构	(264)
三、中国国际经济贸易仲裁委员会的仲裁程序	(266)

导读:复习方法与应试技巧

民事诉讼法与仲裁法作为民事程序法的重要内容,在整个法学体系中占有举足轻重的地位,与民法、刑法等成为全国统一司法资格考试的主干内容,其考试分值之高,令考生为之心动。因此,很好地理解并掌握民事诉讼法与仲裁法不仅是考生系统掌握法学基础知识必不可少的,而且也是考生顺利通过司法考试,取得职业准入资格所必不可少的。

国家统一司法考试因其涉及内容广泛且其通过率极低而成为一种高投入而又高风险的考试,堪称“中国第一考”。然而,如果以“平常心”来看待这样一个法官、检察官、律师三大中国法律职业者均适用的职业准入资格的考试,其所应有的“难”似乎顺理成章地成为“人之常情”。

由于民事诉讼内容庞杂琐碎、程序复杂多样、相关法律规定及司法解释条文繁多零散,这无形之中又极大地增加了考生复习与理解掌握的难度,令考生为之担忧。仲裁法相对于民事诉讼法而言,虽然其内容较为简单、程序较之简捷、法律规定也较少,但是一般考生对仲裁法较为陌生,无形之中也增加了理解、掌握与应试的一定难度,那么,如何在较短的时间内,既能熟练、系统、准确地掌握民事诉讼法以及仲裁法的相关内容,又能适应司法资格考试对考生的要求,从而取得满意的成绩,顺利通过司法资格考试就成为众多学生热切关心的问题。

每每看到为实现某种人生目标而进行的应试式学习成为越来越多的考生的一种苦役,甚至是一种灾难,而苦役、灾难过后,相当多的考生又因失败与对其人生目标的执著追求而重新踏上苦难之旅的时候,作为一名多年从事民事诉讼法与仲裁法辅导教学的教师,应有的深刻责任感以及多年来基于从事辅导教学的兴趣所积累的点滴经验,均驱使笔者对如何立足于司法考试,去理解掌握民事诉讼法与仲裁法的相关知识与法律规定进行了长期而深入的思考。为使众多考生从一遍又一遍看书、一条又一条记忆法律条文、一本又一本做各种测试模拟试题的盲从性应试学习转变为一种相对有针对性的、轻松式的应试学习,笔者认为考生在应试前的复习准备过程中,应侧重于以下几个方面。

一、熟悉司法考试的特点

国家司法考试中民事诉讼法与仲裁法部分的试题,总体而言,体现了以下几大特点:

第一,围绕重要知识点进行考查。司法考试中民事诉讼法与仲裁制度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一般地域管辖、特殊地域管辖与专属管辖的确定,协议管辖的条件;当事人制度中当事人的诉讼权利、非实体当事人以及共同诉讼人、第三人的运用;证据制度中证据种类的运用、证明责任的分配;审判

程序中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;执行程序中的执行管辖、执行和解、执行异议、执行措施等。仲裁制度中主要集中于仲裁与民事诉讼的关系、仲裁协议的效力及其判断、仲裁程序中的财产保全、仲裁和解、司法监督后当事人的权利等学科中的重点问题。

第二,考试分值相对稳定并注重对司法解释内容的考查。就国家司法资格考试中民事诉讼法与仲裁法部分所涉及的分值来看,单项选择题、多项选择题、不定项选择题与传统问答式案例分析题的分值基本上维持在70分左右,2008年是72分。其中单项选择题18题共18分,多项选择题12题共24分,不定项选择题4题共8分,案例分析题1题22分。2009年是66分,单选题16题共16分,多选题11题共22分,不定项选择题4题共8分,案例分析题1题20分。不过,就考查的具体内容来看,民事诉讼法与仲裁法部分的考查基本上还是针对法条内容的考查,尤其是重点司法解释,如《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《若干意见》)、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)、《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的规定》(以下简称《简易程序规定》)、《最高人民法院关于人民法院民事执行工作的若干规定》(以下简称《执行规定》)等。

第三,强化了融会贯通理解知识的考查。与2008年司法考试的试题特点相比较,2009年司法考试注重了关联性知识的综合考查,使得直观性知识的考查与关联性知识的综合考查平分秋色。有关知识的直观性考查,如单选题35题直接考查级别管辖制度,单选第37题直接考查诉讼标的的运用,单选第41题直接考查了举证期限与交换证据制度的基本运用,单选第42题直接考查了诉讼自认制度,单选第43题直接考查了留置送达的适用,单选第47题直接考查了诉讼终结等;然而也有一部分试题则以综合考查关联知识为目的,如单选第39题以有独立请求权的第三人作为基点考查了第三人的参诉方式、诉讼权利的行使以及撤诉制度,多选第81题考查了涉外协议管辖制度与非涉外协议管辖制度的区别,多选第83题综合考查了申请再审期间、提出证据期间、申请执行期间以及上诉期间的适用,多选第84题考查了诉讼调解与诉讼和解的区别,多选第86题考查了民事审判程序与民事执行程序的关系等。这也预示着司法考试逐渐加强了对考生融会贯通理解并运用相关联知识能力的要求。

第四,民事诉讼法各重点部分知识的考查分值较为均衡。2009年司法考试中,民事诉讼法各重点部分知识的考查分值分布较为均衡,如管辖部分5分,当事人部分4分,证据部分3分,普通程序6分,二审程序2分,审判监督程序5分,执行程序5分,其余内容仍然沿袭了对相关知识考查的传统特点,即对基本原则、诉、法院调解、送达、财产保全与先予以执行、特别程序、公示催告程序、涉外民事诉讼程序保持每一部分一道题的考查特点,由此可见,2009年司法考试既注重对学科重点知识的考查也较为注重对学科知识广度的考查。

二、教材的选择与学习技巧

(一)教材的选择

教材是考生手中应当具备的基本复习资料之一。为了使教材充分发挥其应有的作

用,选择一套适合于自己的教材至关重要。然而,由于受巨大的消费市场的诱惑以及商业利益的驱动,加之我国目前的应试辅导用书市场较为混乱,导致我国现在的应试辅导用书基本呈现出各自为战的状态,这就使得许多考生面对琳琅满目、品种繁多的辅导用书不知所措,于是,其中不乏有人因经济状况较好而采取多多益善的态度,还有人宁愿节衣缩食也要买几种自己认为满意的教材,甚至还有人怀着一种从众的心理去买若干种所谓比较有销路的教材。殊不知,各种不同版本教材的核心内容是一样的,万变不离其宗,即各种教材都不会脱离考试大纲的要求与范围,只是写作风格有所不同而已。有的教材可能侧重于知识体系的完整,采取理论性较强的文字表述方法;而有的教材则可能立足于应试实用以及法律的具体规定,从而采取相对通俗的语言叙述方式。因此,考生应针对自己的具体情况选择一种教材即可。否则,所拥有的教材种类越多,实际上对自己产生的心理压力可能会越大,甚至还有的考生因法学功底不扎实,欠缺一定的理论知识识别能力,对不同版本教材中核心意思一致,但不同语言表述的内容产生误解,从而严重影响了对知识的理解与掌握,产生适得其反的不良效果。

(二)教材的学习技巧

在选择了适合于自己的一套教材之后,考生最为关心的恐怕就是如何阅读该套教材?如何使该套教材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?其实不然,考生在学习民事诉讼法与仲裁法教材时,应根据该学科特点注意以下几点:

1. 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。民事诉讼作为解决民事争议的基本方式,其解决的民事争议所具有的私权性质必然决定了在民事诉讼进行的过程中,法院应当依法尊重当事人对其民事权利与诉讼权利的处分,但是,由于我国宪法明确规定,当事人行使其权利不得损害国家、集体、他人的合法权益,因此,我国民事诉讼法所确立的当事人处分权为有限处分,即当事人应当在法律规定的范围内处分其民事权利与诉讼权利。那么,这就涉及如何衡量当事人的处分行为是否符合法律规定的问题?也就是说,当事人行使处分权的行为只要经过法院行使审判权的审查行为,经审查认为符合法律规定的,该处分行为才能产生应有的法律效果。由此可见,当事人处分权与法院审判权的有机结合就成为建构民事诉讼法整个知识体系的理论基础,考生以此为基点就可以将民事诉讼法中的重要内容贯穿起来,从而熟练地予以掌握。

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。

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,决定是否合并审理。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。

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,则法院应及时裁判。如调解,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。

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“迳行裁判”方式)、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。

(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。

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,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。

2. 总结并掌握民事诉讼法与仲裁法相区别的内容。

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。

三、法律条文的学习技巧

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,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,经验和直觉都告诉笔者,要想有效掌握现行有关民事诉讼法法律的众多规定,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:

(一) 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。

(二) 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各有所不同,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。具体有三种主要情况:

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。

这种情况的规定较多,对于这种情况,就需要考生综合分析并理解相关法律规定。例如特殊地域管辖中关于合同纠纷案件的管辖问题,民事诉讼法第24条规定了合同纠纷案件的法定管辖制度,即“因合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖”;第25条规定了合同纠纷案件的协议管辖制度,即“合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖,但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定”。此外,《若干意

见》第18条、第19条第2款、第20—22条还对合同纠纷案件的法定管辖制度作有补充性解释;而《若干意见》的第23条、第24条则对合同纠纷案件的协议管辖制度作了补充性解释。面对如此之多而琐碎的关于合同纠纷案件管辖的法律规定,拿到一道关于合同纠纷案件管辖确定的案例,考生究竟如何适用这些规定正确解题呢?如果考生了解协议管辖的基本含义,对上述法律条文规定经过综合分析后,即可从其法条的规定中总结出以下确定合同纠纷案件管辖的一般规律:(1)有效协议管辖优先于法定管辖适用。即只有当事人之间存在有效的协议管辖约定,则该合同纠纷案件应当由当事人在协议中所选择的法院管辖。在判断协议管辖是否有效时,需注意《若干意见》第25条的规定,通常情况下,无效协议管辖约定有以下几种:①口头协议无效;②选择的管辖法院不明确的协议无效;③选择两个以上法院的协议无效。(2)协议管辖约定无效或者双方当事人未作出协议管辖约定时,即应按照下列确定法定管辖的方法确定合同纠纷案件的管辖法院:①被告住所地有管辖权。②合同履行地的确定分三步:第一步,确定双方当事人对履行地(包括交货地)的约定,如果双方未约定合同的履行地,则案件只能由被告住所地人民法院管辖。第二步,看约定履行地与双方当事人住所地的关系,即如果约定履行地在其中一方当事人住所地,则该履行地有管辖权;如果约定履行地在双方当事人住所地以外的第三个地点,则合同实际履行时,该履行地有管辖权;如果合同未实际履行,则该履行地无管辖权。第三步,约定履行地与实际履行地不一致时,如果是购销合同,则按照实际履行地确定案件的管辖法院;如果是加工合同,则按照约定履行地确定合同案件的管辖法院。当然关于合同纠纷案件的管辖规定属于这种情况中较为复杂的。

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。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《若干意见》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;(2)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;(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。

四、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,复习准备的时间数量是相对固定的,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:

(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,要么曾经受到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经验;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。

(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司法资格考试中的常考内容。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的误解,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,从以往的律师资格考试到首届统一司法资格考试,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程度,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,不至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;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。在以往的资格考试中,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,甚至还有有的考生最后紧张得没有时间涂画答题卡。这样,不仅可能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。

五、民事诉讼法与仲裁法重点知识的记忆方法

(一)民事诉讼法重点知识的记忆方法

从以往资格考试来看,民事诉讼法一般有以下重点知识,各部分重点知识的记忆方法从实质上来看是一致的,即应采取理解记忆的方法,但针对不同部分,其具体记忆方法又存在一定区别。

1. 主管与管辖部分。该部分知识的考查历来以法律规定的内容为主,可分为两种具体情况:(1)可以采取直接记忆相关法律条文核心内容的方法,像主管、级别管辖、地域管辖中的一般地域管辖和专属管辖、移送管辖、指定管辖以及管辖权异议问题。例如关于移送管辖问题,民事诉讼法第36条以及《若干意见》第34条和第35条做了规定,考生可根据这三条规定掌握以下几点:①移送管辖系人民法院的自我判断行为,即以受理案件的人民法院认为没有管辖权,即可将案件移送给认为有管辖权的人民法院;②移送管辖的次数为一次,受移送法院不得再自行移送只能报请上级人民法院指定管辖;③根据管辖恒定的原则,人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地以及行政区域变更的影响。(2)需根据若干法律条文的内容总结记忆该部分法律规定的一般规律,如地域管辖中的特殊地域管辖问题,除民事诉讼法第24—33条对实行特殊地域管辖的九种案件分别作出规定外,还涉及《若干意见》中的相关规定,直接记忆法律条文内容不仅很困难,而且易忘记,因此,考生如能经过分析发现确定特殊地域管辖的两条基本规律:第一,被告住所地人民法院有管辖权,但因海难救助费用和共同海损提起的