

2003年

司法考试名师辅导

本书根据2003年司法考试大纲，在司法考试著名辅导教师精彩授课的基础上，进一步概括、提炼，既有重点内容讲解，突出课堂特色，又有难点解析、法条提示和冲刺练习，强化应试需求，比教材更精练，比课堂更生动。有助于考生全面系统把握教材，事半功倍，提高能力。

法律版



民事诉讼法与仲裁法

常 英 杨秀清 赵金山/编著



法律出版社

2003 年司法考试名师辅导

民事诉讼法与仲裁法

常 英 杨秀清 赵金山 编著

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法与仲裁法/常英,杨秀清,赵金山编著.
—北京:法律出版社,2003.1
(2003年司法考试名师辅导)
ISBN 7-5036-4116-9

I. 民… II. ①常…②杨…③赵… 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仲裁法
—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(2003)第 003973 号

法律出版社·中国

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑/法律考试出版中心
经销/新华书店

开本/A5
版本/2003年2月第1版

印张/10.25 字数/299千
印次/2003年2月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939636

传真/010-63939650

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4116-9/D·3834 定价:20.00元

名师引领成功之路

为什么选择司法考试？每位考生会有各自不同的回答，但渴望成功却是大家相同的心愿。面对门类众多、内容庞杂的考试科目，尽管有大纲和指定教材，而要在有限的时间内达到应试要求，绝非易事。

无数的成功者都验证着这样一个不争的事实，科学的学习方法和必备的应试技巧，是能否顺利通过考试的关键所在，而获取这些本领的捷径在于得到老师的传授和解惑，于是，司法考试培训机构以请到名师授课为生存之本，名师则来回奔波，疲于应付，万千考生为能得到名师指点，不惜耗财费时，舟车劳顿。在此意义上，本书至少作出三大贡献：

第一，将名师的辅导授课经验归纳提炼，广布天下，使之惠及每一位考生。

第二，提供方便快捷的机会，让每一位考生获得名师辅导成为现实。

第三，围绕应试需求，浓缩可考和必考知识，为考生减负。

本书参编人员均为司法考试辅导领域的著名老师，多年从事司法考试辅导工作，深受考生的拥戴和推崇，既熟悉考生的复习规律和请求，又对司法考试命题规律了如指掌，可以有的放矢，指引考生增加复习的针对性，达到事半功倍的复习效果。

本书根据 2003 年司法考试最新变化，各学科以重点知识点为序，在编写体例上具有以下鲜明特色：

【重点内容串讲】 这一部分的取舍标准以可考性为主，在系统知识讲解的基础上，排沙简金，突出重点。

【难点、易错点分析】 针对考生学习过程中的疑难之处，解惑释疑，以求把握知识的准确牢靠，不留死角。

【重点法条提示】 结合知识点精选重点法条,提示复习要点,有助于考生加深理解,学以致用。

【题型分析及冲刺练习】 对每一重要知识点可能出现的题型,以典型习题的形式加以精解和详析,重在了解命题思路,强化应试能力。

把名师请回家,把课堂搬回家,拥有名师引领,成功到家。

编者

2003年1月

目 录

上编 民事诉讼法

一、民事诉讼和民事诉讼法	(1)
二、民事诉讼的基本原则和基本制度	(5)
三、主管和管辖	(14)
四、诉	(39)
五、当事人	(44)
六、诉讼代理人	(68)
七、民事诉讼证据	(73)
八、期间、送达	(95)
九、法院调解	(100)
十、财产保全和先予执行	(103)
十一、对妨害民事诉讼的强制措施	(111)
十二、诉讼费用	(116)
十三、普通程序	(122)
十四、简易程序	(147)
十五、第二审程序	(153)
十六、再审程序	(171)
十七、特别程序	(188)
十八、督促程序	(203)
十九、公示催告程序	(209)
二十、破产程序	(216)

二十一、民事裁判	(229)
二十二、执行程序	(234)
二十三、涉外民事诉讼程序	(263)

下 编 仲 裁 法

一、仲裁与仲裁法概述	(272)
二、仲裁机构和仲裁协会	(275)
三、仲裁协议	(279)
四、仲裁程序	(285)
五、仲裁裁决的撤销与不予执行	(291)
六、涉外仲裁	(296)

上编 民事诉讼法

一、民事诉讼和民事诉讼法

【重点内容串讲】

(一)民事诉讼

民事诉讼,是基于当事人的请求,由法院行使审判权,当事人行使诉权,解决民事纠纷的活动以及在这些活动中形成的各种诉讼关系的总和。

民事诉讼包括两个内容:

1. 诉讼活动;
2. 诉讼关系。诉讼关系是法院与当事人、其他诉讼参与人之间的诉讼上的权利义务关系。

民事诉讼具有以下几个特点:

1. 诉讼标的是发生争议的民事法律关系;
2. 诉讼主体不仅包括法院,也包括当事人和检察机关,还包括其他诉讼参与人;
3. 民事诉讼是分阶段按顺序进行的;
4. 民事诉讼活动必须严格依法进行。

民事诉讼的基本要求是:

1. 公正——包括程序公开、公平,裁判准确、适当;
2. 效率——民事案件应当及时审理和裁判;
3. 经济——民事诉讼应当尽量节省开支,减少费用,降低诉讼成本。

(二)民事诉讼法

1. 民事诉讼法的概念

民事诉讼法是国家立法机关制定的,用来规定法院、当事人和其他诉讼参与人的诉讼活动,并调整他们之间相互关系的法律规范。

民事诉讼法有广义、狭义之分。狭义的民事诉讼法仅指民事诉讼法典。广义的民事诉讼法不仅包括民事诉讼法典,也包括宪法和其他法律中有关民事诉讼程序、制度的规定,以及最高人民法院的有关司法解释。

2. 民事诉讼法的任务

根据《民事诉讼法》第2条的规定,民事诉讼法的任务是:

(1)保护当事人行使诉讼权利;

(2)保证人民法院查明事实,分清是非,正确适用法律,及时审理民事案件,确认民事权利义务关系;

(3)制裁民事违法行为,保护当事人的合法权益,教育公民自觉遵守法律,维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业顺利进行。

3. 民事诉讼法的效力

民事诉讼法的效力体现在以下4个方面:

(1)对人的效力。我国《民事诉讼法》适用于在中华人民共和国人民法院进行民事诉讼活动的一切人,包括外国人、无国籍人、外国企业和组织。

(2)对事的效力。我国《民事诉讼法》适用于解决以下两类纠纷:

第一,民法调整的平等主体之间的财产关系纠纷和人身关系纠纷。

第二,法律规定适用民事诉讼程序处理的其他纠纷。比如劳动争议案件、选民资格案件、宣告失踪、宣告死亡等非讼事件。

(3)空间效力。根据《民事诉讼法》第4条的规定,凡是在中华人民共和国领域内进行民事诉讼,均适用《民事诉讼法》的规定。

(4)时间效力。我国现行《民事诉讼法》是1991年4月9日生效的,到国家明令废止时失效。鉴于民事诉讼法是程序法,其时间效力与民事实体法不同,即一般情况下它是溯及既往的。

4. 民事诉讼法与相邻部门法的关系

在民事诉讼法与相邻部门法的关系中,主要掌握其与民事实体法以及其他诉讼法之间的关系。

(1)民事诉讼法与民事实体法的关系。民事诉讼法和民事实体法的关系主要体现在两个方面:一是形式与内容、手段与目的的关系,也

就是说当事人选择民事诉讼的主要原因在于实现保护自身合法权益不受侵害的内容。二是保障与被保障的关系,即民事诉讼法是为了保障民事实体法的实现,因此民事诉讼规则的建立是否科学,直接决定民事实体法所设定的权利义务能否得到实现。

(2)民事诉讼法与刑事诉讼法、行政诉讼法的关系。三大诉讼法是法院审理三类不同案件的诉讼程序规则,因此三大诉讼在许多地方有着相同的规定。但毕竟三大诉讼的任务是不同的,这就决定了它们之间必然会有一定的区别,这里重点有两个方面的区别:一是提起诉讼的主体不同,而主体上的不同最能够反映三大诉讼的规律和特点。在民事诉讼中,民事权利的私权性决定了民事诉讼实行不告不理的原则,诉讼主体享有处分权;在刑事诉讼,由于其涉及到国家利益的维护问题,因此大部分刑事案件是由检察院执行控诉职能提起公诉的;至于行政诉讼,其负责解决国家行政管理权行使过程中出现的问题,因此提起行政诉讼的主体肯定是行政管理的相对人。二是举证责任不同,三大诉讼的主体不同最终决定了他们举证责任上的各不相同。在民事诉讼中,民事案件的复杂性决定了民事举证责任是由“谁主张,谁举证”、举证责任的转移以及特殊情况下举证责任的倒置这些举证责任规则所构成的一个复杂的体系;而刑事诉讼,检察院和自诉人执行控诉职能,对犯罪嫌疑人、被告人的行为有罪负担举证责任;至于行政诉讼,其解决的是依法行政问题,自然就产生了被告行政机关就是否依法行政负举证责任。

【难点、易错点分析】

本考点需要注意的难点和易错点主要有:

1. 注意什么是民事诉讼法律关系,其指的是法院与当事人、其他诉讼参与人之间的诉讼上的权利义务关系,而不包括当事人、其他诉讼参与人之间的权利义务关系。
2. 注意民事诉讼法的效力问题,尤其是民事诉讼法的对事效力和时间效力。

【重点法条提示】

《民事诉讼法》第2、4条。

【题型分析及冲刺练习】

单项选择题

1. 民族自治地方的人民代表大会根据宪法和民事诉讼法的原则,结合当地民族的具体情况,可以制定变通或者补充民事诉讼法的规定,但需经有关机关批准。请问广西壮族自治区人民代表大会的有关规定应报请哪一个国家机关批准? ()

- A. 广西壮族自治区人民代表大会常务委员会
- B. 广西壮族自治区人民政府
- C. 国务院
- D. 全国人民代表大会常务委员会

〔答案〕 D

〔解析〕 本题考查民族自治地方制定变通或者补充规定所应遵循的程序。《民事诉讼法》第17条规定,“民族自治地方的人民代表大会根据宪法和本法的原则,结合当地民族的具体情况,可以制定变通或者补充的规定。自治区的规定,报全国人民代表大会常务委员会批准。自治州、自治县的规定,报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准,并报全国人民代表大会常务委员会备案。”

2. 下列哪项法律关系是民事诉讼法律关系? ()

- A. 原告与其代理人之间的法律关系
- B. 证人与被告之间的法律关系
- C. 原告律师与被告律师之间的法律关系
- D. 人民法院与指定的鉴定人之间的法律关系

〔答案〕 D

〔解析〕 本题考查民事诉讼法律关系的含义。民事诉讼法律关系,指的是法院与当事人、其他诉讼参与人之间的诉讼上的权利义务关系,而不包括当事人、其他诉讼参与人之间的权利义务关系。

二、民事诉讼的基本原则和基本制度

【重点内容串讲】

(一)民事诉讼法的基本原则

民事诉讼的基本原则,是指在民事诉讼中起指导作用的基本原理和基本规则,对立法和司法均有指导意义。民事诉讼法的基本原则包括:

1. 当事人诉讼权利平等原则

当事人诉讼权利平等原则可以从以下两个方面来掌握:

(1)当事人诉讼权利平等原则的含义:

①在民事诉讼中,双方当事人诉讼地位平等,诉讼权利和义务对等,不受其社会地位以及是原告还是被告的影响。

②人民法院应当保障当事人能够平等地行使其诉讼权利。

③当事人诉讼权利平等反映的是双方当事人维护合法权利的机会和手段是平等的。

(2)当事人诉讼权利平等原则的根源:

①双方当事人诉讼地位的完全平等,这是双方当事人能够平等行使诉讼权利的基础。

②这是宪法上民主权利平等原则在民事诉讼领域中的具体体现。

2. 同等原则和对等原则

根据《民事诉讼法》第5条的规定,外国人、无国籍人、外国企业和组织在我国人民法院进行诉讼,与中国当事人有同等的诉讼权利和义务,即中国法院给在我国人民法院进行民事诉讼的外国当事人以国民待遇。但是,如果外国法院对在外国法院进行民事诉讼的中国当事人的

诉讼权利加以限制,诉讼义务予以增加的,我国人民法院则采取对等的做法,即你怎么限制我,我也怎么限制你。

同等原则是目的,对等原则是手段,是为了通过限制而取消限制。

3. 法院调解原则

学习这一基本原则,应当掌握以下两个问题:

(1)法院调解原则的含义。根据《民事诉讼法》第9条的规定,我国民事诉讼中的法院调解原则有两个含义:

第一,人民法院审理民事案件,应当根据自愿与合法的原则进行调解。

第二,如果调解不成,应当及时判决。

(2)司法实践中应当注意的几个问题:

第一,法院调解应当贯彻自愿与合法原则,既不能强迫调解,也不能违法调解。

第二,法院调解并不是民事诉讼的必经程序。

第三,在特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序和执行程序不存在法院调解。

4. 辩论原则

根据《民事诉讼法》第12条的规定,辩论是民事诉讼当事人依法享有的一项诉讼权利。辩论原则可以从以下几个方面予以理解:

(1)辩论的内容广泛,可以是实体上的,也可以是程序上的,还可以是法律适用上的。

(2)辩论的形式多样,可以是口头的,也可以是书面的。

(3)人民法院审理民事案件,应当给当事人提供辩论的机会和条件。

(4)一切证据材料,都要经过当事人的辩论和质证。否则,不能作为认定案件事实的根据。

(5)辩论权的行使贯穿于民事诉讼的整个过程。

5. 处分原则

根据《民事诉讼法》第13条的规定,处分权是当事人依法享有的一项诉讼权利。学习处分原则,应当掌握以下几个问题:

(1)当事人行使处分权处置的权利,既可以是实体权利,也可以是

诉讼权利。而且,一般情况下,当事人对实体权利的处分,是通过对诉讼权利的处分来实现的。

(2)在民事诉讼中,当事人享有处分权,法院享有审判权。处分权和审判权的关系是:处分权制约审判权,审判权监督处分权。

(3)当事人行使处分权应在法律规定的范围内进行。

(4)处分原则贯穿于民事诉讼的全过程,具体体现是:

①民事纠纷发生后,是否起诉,以及在什么范围内起诉,由当事人自行决定;

②诉讼程序开始后,原告可以变更或者放弃诉讼请求,被告可以承认或者反驳原告提出的诉讼请求,也可以对原告提出反诉;

③双方当事人可以自行和解,也可以请求法院调解;

④一审判决后,可以提起上诉;

⑤裁判生效后,可以申请强制执行;

⑥在诉讼过程中,当事人可以撤回起诉、撤回上诉、撤回执行申请。

6. 检察监督原则

根据《民事诉讼法》第 14 条的规定,我国民事诉讼中的检察监督原则有以下两个含义:

(1)检察监督的对象是法院的审判活动,不包括当事人和其他诉讼参与人的诉讼活动。

(2)检察监督的方式为事后监督,即法律文书生效后,如果检察院认为确有错误,可以依法提出抗诉,要求法院通过再审程序予以纠正。

7. 支持起诉原则

根据《民事诉讼法》第 15 条的规定,支持起诉原则,指对因侵权行为引起的民事纠纷,有关单位可以支持受害人向人民法院起诉,寻求司法保护。

学习这一原则,需注意以下 4 个问题:

(1)支持起诉的主体是有关机关、团体、企业事业单位。

(2)支持起诉的对象是民事权益受到侵害的单位或者公民个人。

(3)支持起诉的前提是受害人由于种种原因没有起诉。

(4)支持起诉者不能直接代替受害人成为案件的原告。

(二)民事诉讼法的基本制度

民事诉讼的基本制度,是人民法院进行民事审判活动应当遵守的基本规程,包括合议制度、回避制度、公开审判制度和两审终审制度。

1. 合议制度

合议制度,指由3名以上的单数审判人员组成合议庭对案件进行审理和裁判的制度。合议制度主要掌握以下3个重点问题:

(1)合议庭的组成:

①第一审合议庭的组成有两种方式,其一是全部由审判员组成;其二是由审判员和陪审员共同组成,陪审员在执行陪审职务时,与审判员有同样的权利义务。

②第二审合议庭只能由审判员组成。

③发回重审的案件,按照第一审程序另行组成合议庭,但不再适用简易程序。

④再审案件,由第一审法院审结,又由第一审法院再审的,按照第一审程序另行组成合议庭;由第二审法院审结,又由第二审法院再审的,按照第二审程序另行组成合议庭;由上级法院提审的,按照第二审法院组成合议庭。

(2)合议庭的裁判原则。合议庭行使对案件的审理和裁判权,实行少数服从多数的原则。

(3)合议庭和审判委员会的关系。审判委员会是我国法院内部设立的机构,其与合议庭的关系是业务上的指导与被指导、监督与被监督的关系,审判委员会不能代替合议庭行使对案件的裁判权。

2. 回避制度

回避,即要求符合法定回避情形的有关人员不得参与审理活动或其他诉讼活动,其是为保障司法公正而设立的制度。

(1)回避的对象。回避的对象包括审判员、陪审员、书记员、鉴定人、勘验人和翻译人员。

(2)回避的法定情形。根据《民事诉讼法》第45条的规定,回避的法定情形有:

①是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属;

②与本案有利害关系;

③与本案当事人有其他关系,可能影响对案件公正审理的。

(3)申请回避的程序:

①自行回避。即有关人员遇到法定应当回避的情形时,由其自己提出回避的申请。

②申请回避:

第一,当事人申请回避,应当在法庭辩论终结前提出。

第二,法院接到回避申请,应当在3日内作出是否回避的决定。

第三,申请人对驳回申请不服的,可以申请复议一次。但复议期间,被申请回避的人员,不停止参与本案的审理工作。

(4)申请回避的效力。被申请回避的人员,在人民法院作出是否回避的决定前,应当暂时停止参与本案工作,但案件需要采取的紧急措施除外。

(5)回避的批准权限。根据《民事诉讼法》第47条的规定,院长担任审判长时的回避,由审判委员会决定;审判人员的回避,由院长决定;其他人员的回避,由审判长决定。

3. 公开审判制度

公开审判制度,指人民法院审理民事案件,应当将审判过程和结果向社会公开,向群众公开的制度,其目的是将人民法院的审理活动和过程置于群众和社会的监督之下,保障司法公正并发挥法制宣传和法制教育的功能。所谓向社会公开,即允许新闻媒体对民事案件的审理进行采访报道;向群众公开,即允许群众旁听法院对民事案件的审理活动。

人民法院审理民事案件,公开是原则,但也有例外情况。根据《民事诉讼法》的规定,下列案件实行不公开审理:

(1)涉及国家秘密的案件;

(2)涉及个人隐私的案件;

(3)离婚案件和涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。

不论案件是否公开审理,宣判都是公开的。

4. 两审终审制度

两审终审制度,指民事案件经过两级法院审理即告终结的制度。

人民法院审理民事案件,两审终审是原则,但也有例外情况。具体

说来,适用特别程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序审理的案件,实行一审终审。

【难点、易错点分析】

本考点需要注意的难点和易错点主要有:

1. 处分权与审判权的关系。
2. 合议庭的组成,尤其是发回重审和再审案件合议庭的组成要求。
3. 回避制度的适用对象、回避的批准权限以及民事诉讼和刑事诉讼在这个问题上的区别。

【重点法条提示】

《民事诉讼法》第 5、8、9、12—15、40、41、43、45—48、120 条。

【题型分析及冲刺练习】

(一)单项选择题

1. 张三诉李四债务纠纷一案由 A 市 B 区人民法院组成合议庭公开审理,其中审判员甲是张三的叔叔,审判员乙曾经审理过由李四作为原告的离婚案件,书记员丙在大学时与张三住过同一宿舍且关系非常好。根据上述情况,则下列说法中哪一项是不正确的? ()

- A. 审判员甲应当回避
- B. 审判员乙不应当回避
- C. 书记员丙应当回避
- D. 若审判员甲回避,应由审判长决定

〔答案〕 D

〔解析〕 本题考查回避的法定事由和回避的决定权限。《民事诉讼法》第 45 条规定:审判人员有下列情形之一的,必须回避,当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避:①是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属;②与本案有利害关系;③与本案当事人有其他关系,可能影响对案件公正审理的。前款规定,适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。第 47 条规定,“院长担任审判长时的回避,由审判委