

# 2015年版

配套《历年试题及考点归类精解》打造  
通过专用讲义梳理考点，通过研习真题训练考点  
讲义与真题相结合，形成高效复习整体

## 司法考试

# 专 用 讲 义

## 民事诉讼法与仲裁制度

张能宝/主编

专用于突破司法考试

打好坚实基础与助力冲刺提高并重

揭示已考分值与已考考点

让不同内容的轻重缓急一目了然，让考点更加清晰并可预测

串讲强化常考重要知识点

讲解考点、分析考点、归纳考点、对比考点、总结考点

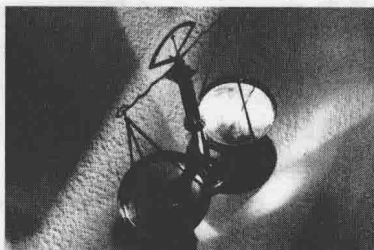


# 司法考试专用讲义

## 民事诉讼法与仲裁制度

2015年版

主 编	张能宝	张 玲	田域基
副 主 编	杨艳霞	杨艳霞	张 玲
主要撰稿人	张能宝	李慧琦	倪 燕
	田域基	施金晶	王托弟
	郭 玮	汪涵中	秦华伦
	汪涵中	刘亚莉	邓新娟
	刘亚莉	刘金坤	宁 荣
	刘金坤	余 婷	汪 平
	余 婷	张劲晗	肖亚芸
	张劲晗		



## 图书在版编目(CIP)数据

司法考试专用讲义:2015年版:全6册/张能宝主编.  
—北京:法律出版社,2014.12  
ISBN 978-7-5118-7269-2

I. ①司… II. ①张… III. ①法律—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D920.9

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第279350号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐菲

装帧设计/汪奇峰

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/固安华明印业有限公司

责任印制/沙磊

开本/787毫米×1092毫米 1/16

印张/67.25 字数/2083千

版本/2014年12月第1版

印次/2014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 978-7-5118-7269-2

定价(全6册):168.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 目 录

关于民事诉讼法修改的整体说明	( 1 )	一、起诉的概念与条件	( 55 )
民事诉讼法复习内容提示	( 5 )	二、对起诉的审查及处理	( 56 )
民事诉讼法复习方法提示	( 6 )	三、开庭审理	( 57 )
2010~2014年司法考试分值分布	( 7 )	四、审理期限	( 58 )
第一章 基本概念	( 8 )	五、撤诉	( 59 )
一、概述	( 8 )	六、缺席判决	( 60 )
二、民事诉讼法的基本原则	( 9 )	七、延期审理	( 60 )
三、民事诉讼法的基本制度	( 13 )	八、诉讼中止	( 60 )
四、诉	( 17 )	九、诉讼终结	( 61 )
第二章 管辖	( 20 )	十、民事裁判	( 61 )
一、民事诉讼主管	( 20 )	第二节 二审程序	( 62 )
二、管辖一般原理	( 21 )	一、二审程序概述	( 62 )
三、级别管辖	( 21 )	二、上诉的条件	( 63 )
四、地域管辖	( 22 )	三、上诉案件的审理	( 64 )
五、裁定管辖	( 27 )	四、上诉案件的裁判	( 65 )
六、管辖权异议	( 28 )	第三节 审判监督程序	( 65 )
第三章 当事人	( 30 )	一、审判监督程序的概念	( 65 )
一、当事人的基本理论	( 30 )	二、审判监督程序的启动	( 65 )
二、共同诉讼	( 33 )	三、再审案件的审判程序	( 69 )
三、诉讼代表人和诉讼代理人	( 35 )	四、撤回抗诉、撤回再审申请和撤回起诉	( 70 )
四、第三人	( 38 )	五、再审的结果	( 70 )
五、公益诉讼制度	( 40 )	六、审判监督程序与一审、二审程序的区别	( 70 )
第四章 民事诉讼证据	( 41 )	第七章 简易程序	( 73 )
一、民事证据概述	( 41 )	一、简易程序的概念	( 73 )
二、证据的种类与分类	( 41 )	二、简易程序的适用	( 73 )
三、证据的收集与保全	( 44 )	三、简易程序的特点	( 73 )
四、民事诉讼中的证明	( 45 )	四、简易程序向普通程序的转换	( 74 )
第五章 保全、先予执行和对妨碍民事诉讼行为的强制措施	( 51 )	五、简易程序的裁判	( 74 )
一、保全	( 51 )	六、小额诉讼程序	( 74 )
二、先予执行	( 52 )	第八章 特别程序	( 75 )
三、对妨害民事诉讼的强制措施	( 52 )	一、特别程序的特点及适用范围	( 75 )
第六章 一审、二审和审判监督	( 55 )	二、选民资格案件	( 76 )
第一节 第一审普通程序	( 55 )	三、宣告公民失踪案件	( 76 )
		四、宣告公民死亡案件	( 77 )
		五、认定公民无民事行为能力或者	

限制民事行为能力案件·····	( 77 )
六、认定财产无主案件·····	( 78 )
七、司法确认调解协议案件·····	( 78 )
八、实现担保物权案件·····	( 79 )
第九章 督促程序·····	( 79 )
一、督促程序的概念与性质·····	( 79 )
二、督促程序的特点·····	( 79 )
三、督促程序的启动方式·····	( 79 )
四、对支付令申请的审查(形式审查) ·····	( 80 )
五、支付令的发出·····	( 80 )
六、支付令的效力·····	( 80 )
七、对支付令的异议·····	( 80 )
八、支付令的撤销·····	( 81 )
第十章 公示催告程序·····	( 81 )
一、公示催告程序的概念与性质·····	( 81 )
二、公示催告程序的特点·····	( 81 )
三、申请公示催告的条件·····	( 82 )
四、公示催告案件的审理程序·····	( 82 )
五、公示催告程序与督促程序的比 较·····	( 82 )
第十一章 执行·····	( 83 )
一、执行概述·····	( 83 )
二、执行根据·····	( 83 )
三、执行管辖·····	( 84 )
四、执行开始·····	( 85 )
五、委托执行·····	( 85 )
六、执行异议·····	( 86 )
七、执行和解·····	( 88 )
八、执行担保·····	( 88 )
九、执行承担·····	( 89 )
十、参与分配·····	( 89 )

十一、执行回转·····	( 89 )
十二、执行措施·····	( 90 )
十三、执行中止·····	( 92 )
十四、执行终结·····	( 92 )
第十二章 期间、送达和涉外民事诉讼 程序·····	( 93 )
一、期间·····	( 93 )
二、送达·····	( 95 )
三、司法协助·····	( 96 )

## 仲裁制度

仲裁法复习提示·····	( 98 )
2010~2014年司法考试分值分布·····	( 98 )
第十三章 仲裁制度基本理论·····	( 98 )
一、仲裁的基本原则·····	( 98 )
二、民事诉讼与仲裁的区别·····	( 99 )
三、仲裁的基本制度·····	( 99 )
四、仲裁机构·····	( 99 )
五、仲裁范围·····	( 99 )
六、仲裁协议·····	( 100 )
第十四章 仲裁程序·····	( 101 )
一、仲裁申请、审查与受理·····	( 101 )
二、仲裁庭的组成·····	( 102 )
三、仲裁中的证据保全与财产保全·····	( 102 )
四、仲裁审理·····	( 102 )
五、仲裁中的和解、调解与裁决·····	( 103 )
第十五章 仲裁裁决的撤销、执行与不 予执行·····	( 104 )
一、仲裁裁决的撤销·····	( 104 )
二、仲裁裁决的执行与不予执行·····	( 105 )

# 关于民事诉讼法修改的整体说明

2012年8月31日,全国人大常委会第二十八次会议通过《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》,该决定自2013年1月1日起施行。至此,引起社会各界广泛关注和热烈讨论的民事诉讼法修正案终于尘埃落定。

### 一、本次民事诉讼法修改的目的与指导思想

修改前的民事诉讼法颁布于20世纪90年代初,其制定深受计划经济体制下形成的传统价值观念的影响。随着市场经济体制在我国的全面确定和发展以及民事诉讼理论研究和审判方式改革的逐渐深入,民事诉讼法所存在的缺陷与不足已开始逐渐呈现在我们面前。2007年民事诉讼法修改主要涉及审判监督程序和执行程序,具有局部性、过渡性的特点。此后,社会各界对民事诉讼法的全面修改依然充满强烈的期待。本次民事诉讼法修改具有覆盖面广、内容深入,紧跟时代步伐,并与世界接轨的特点。立足于我国现实国情和多年民事司法改革取得的经验,以修改前民事诉讼法的施行现状为依据,以满足人民群众对公正、效率、迅捷解决民事纠纷的要求为目的,按照民事诉讼运行的规律对现行的民事诉讼制度进行调整。既兼顾公平与效率,又很好地保障当事人的程序权利,充满了现代立法的人文关怀。

### 二、本次民事诉讼法修改的主要内容

#### (一)增加诚实信用原则作为民事诉讼法基本原则之一

诚实信用原则被奉为民事活动应遵循的“帝王条款”,逐渐由私法领域拓展到公法领域,本次民事诉讼法修改增加了对诚实信用原则的原则性和适用性规定:

1. 诚实信用原则概述。本次民事诉讼法修改于第13条增加1款作为第1款:“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。”民事诉讼中诚实信用原则是指当事人或其他诉讼参与人进行诉讼行为时行使诉讼权利或履行诉讼义务,以及法官行使国家审判权进行审判行为时,主观上应诚实、善意。其目的主要在于规范当事人及其他诉讼参与人的诉讼行为,防止当事人滥用诉讼权利;同时规制审判权

的行使,保障民事诉讼的顺利进行。诚实信用原则作为民事诉讼基本原则,规范整个民事诉讼活动,贯穿于民事诉讼的始终。

2. 诚实信用原则在民事诉讼中的具体应用。为将诚实信用原则落到实处,本次民事诉讼法修改增加了第112条和第113条规制恶意诉讼的规定。恶意诉讼是指当事人利用诉讼为自己获取不正当利益的诉讼行为。增加对恶意诉讼的规制条款主要目的在于防范目前司法实践中大量存在的失信行为以及解决长期存在的“执行难”问题。目前,恶意诉讼行为主要以虚假诉讼、诈骗诉讼、骚扰诉讼等形式出现。

#### (二)强化检察监督

针对我国检察监督工作中存在的监督范围不明、监督方式单一、监督程序不当等制度性缺陷,为强化法律监督工作,本次民事诉讼法修改分别在总则和分则对检察监督作出如下补充修改:

1. 扩大检察监督的范围。现行《民事诉讼法》明确规定人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督,根据公权力的行使具有的谦抑性原则,人民检察院对于人民法院除审判活动以外的活动无法问津,而本次民事诉讼法修改将其完善为人民检察院有权对民事诉讼和民事执行活动实行法律监督,这就表明检察监督的范围明显扩大到了从民事诉讼立案到作出生效裁判,直至执行活动结束的全过程。本次民事诉讼法修改还增加了人民检察院对调解书的检察监督,对于损害国家利益、社会公共利益的调解书,人民检察院应当提出再审检察建议或者提出抗诉。

2. 增加检察监督的方式。本次民事诉讼法修改除保留原有的抗诉制度外,增加检察建议作为人民检察院对民事诉讼实行法律监督的法定方式。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,符合再审条件的,或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的,可以向同级人民法院提出检察建议,并报上级人民检察院备案。

3. 强化检察监督的手段。增加了人民检察院因履行法律监督职责的需要向当事人或者案外人调查核实有关情况的权力,使得检察监督手段多元化而且更具体可行。

### (三) 调整管辖的相关规定

1. 增加公司诉讼作为特殊地域管辖的一种形式。为方便人民法院对公司诉讼和当事人诉讼的管辖、提高诉讼效率,本次民事诉讼法修改一改以往公司诉讼一律适用一般地域管辖的规定,将因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼,改由公司住所地人民法院管辖。

2. 完善协议管辖的相关规定。本次民事诉讼法修改将“其他民事权益纠纷”增加为国内诉讼可以适用协议管辖的类型之一,同时,扩大了当事人可以协议选择管辖法院的范围。在原民事诉讼法列举的被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地五类管辖法院的基础上,增加了其他“与争议有实际联系的地点的人民法院”的管辖权。

3. 加大对管辖权下移的限制。本次民事诉讼法修改增加了对管辖权下移的限制条件。管辖权转移包括管辖权下移和管辖权上移。本次民事诉讼法修改加大对管辖权下移的限制表现为:上级人民法院将案件移转给下级人民法院的前提为确有必要,并且必须履行报请其上级人民法院批准的程序。

4. 增加国内诉讼的应诉管辖规定。本次民事诉讼法修改删去了涉外民事诉讼中关于默示协议管辖的规定,自此,国内诉讼和涉外诉讼统一适用应诉管辖的相关规定。应诉管辖是指当事人未在法定期间提出管辖权异议并应诉答辩的,在不违反级别管辖和专属管辖的条件下,视为受诉人民法院有管辖权。

### (四) 增加公益诉讼的相关规定

公益诉讼,无论在英美法系国家还是大陆法系国家都形成了各具特色的制度,而在我国民事诉讼法中却处于缺位状态。近年来大量出现的环境污染等严重侵害公共利益的行为,使得公益诉讼问题成为理论界和实务界关注的热点问题之

一。公益诉讼包括行政公益诉讼和民事公益诉讼。本次民事诉讼法修改增加了关于民事公益诉讼的相关规定。民事公益诉讼是指法律规定的机关和有关组织,为了社会公共利益,以自己的名义向国家司法机关提起的诉讼。根据《民事诉讼法》第55条的规定:“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”民事公益诉讼的适用须注意以下问题:

1. 公益诉讼的范围,即对哪些争议可以提起公益诉讼。污染环境和侵害众多消费者合法权益的行为可以提起公益诉讼,其他损害社会公共利益的行为亦可提起民事公益诉讼。

2. 提起公益诉讼的主体,即谁有资格提起公益诉讼。综观各国,对于提起公益诉讼原告的限定主要可分为一元资格模式和多元资格模式。本次民事诉讼法修正案采纳多元资格模式,即将其界定为法律规定的机关和有关组织,如海洋环境保护法规定的海洋环境监督管理部门代表国家对破坏海洋环境给国家造成重大损失的责任者提出损害赔偿要求。本次民事诉讼法修改将“个人”排除在公益诉讼的主体之外,个人利益受损的可以通过侵权之诉等方式实现其诉权。

### (五) 增加第三人撤销之诉的相关规定

为强化对第三人的程序保障、实现程序公正,本次民事诉讼法增加了关于第三人撤销之诉的相关规定。第三人撤销之诉是指有正当理由未参加民事诉讼的第三人,有证据证明发生法律效力判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误,损害其民事权益的,向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起的请求改变或者撤销原判决、裁定、调解书的诉讼。关于第三人撤销之诉的适用:首先,有权提起第三人撤销之诉的主体为因不能归责于本人的事由未参加诉讼的有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人;其次,有证据证明发生法律效力判决、裁定、调解书的内容部分或者全部错误,损害其民事权益;再次,提起诉讼的时间为自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起6个月内;最后,管辖法院为作出该判决、裁定、调解书的人民法院。

### (六) 调整证据制度的相关规定

本次民事诉讼法修改对证据制度的调整颇多,其变化主要表现在:

1. 证据种类的变化。本次民事诉讼法修改增

加“电子证据”作为法定证据种类之一,实现了与刑事诉讼法的统一;将“鉴定结论”修改为“鉴定意见”,更契合鉴定制度的本质特征;调整证据种类之间的顺序。具体表现为《民事诉讼法》第63条第1款规定:“证据包括:(一)当事人的陈述;(二)书证;(三)物证;(四)视听资料;(五)电子数据;(六)证人证言;(七)鉴定意见;(八)勘验笔录。”

2. 增加当事人及时举证义务的规定。本次民事诉讼法修改增加了当事人及时举证的义务及逾期举证法律效果的相关规定。当事人对自己提出的主张应当及时提供证据,而举证的期限以及逾期提供的证据是否采纳由法院自由裁量,不能构成再事理由之一。在适用该规定时,首先应判断当事人逾期提供证据是否有正当理由。如果理由成立,直接进入证据认定程序。如果理由不成立,则法院根据不同情节可以有三种办法来处理:分别为训诫、罚款及不予采纳该证据。所谓的不予采纳该证据,即虽提供证据,但不进行证据的认定程序。该规定的目的在于保证诉讼顺利进行,促使当事人积极举证。

3. 增加法院出具证据收据的规定。人民法院收到当事人提交的证据材料,应当出具收据,写明证据名称、页数、份数、原件或者复印件以及收到时间等,并由经办人员签名或者盖章。增加该项规定旨在更好地保护当事人的诉讼权利。

4. 完善证人出庭的相关规定。为解决实践中存在的“出庭难”问题,本次民事诉讼法修改完善了关于证人出庭的相关规定,明确了何种情形下,经人民法院许可,可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证,即因健康原因不能出庭的,因路途遥远、交通不便不能出庭的,因自然灾害等不可抗力不能出庭的及其他有正当理由不能出庭的。本次民事诉讼法修改还增加了关于鉴定人具有出庭作证义务的规定,并将专家辅助人作为辅助当事人的证明手段规定于民事诉讼法中。

#### (七)调整保全制度的相关规定

本次民事诉讼法修改将第九章的章名以及多条法条中的“财产保全”修改为“保全”,增加了诉前证据保全和行为保全的内容,删去了原民事诉讼法中的涉外编中的“财产保全”一章,统一了涉外民事诉讼财产保全和国内民事诉讼财产保全的规定,变化较大。

#### (八)调整关于一审程序的相关规定

1. 增加先行调解制度的相关规定。为充分发挥调解制度的功能,本次民事诉讼法修改借鉴最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》(以下简称《简易程序规定》)中关于六类案件适用调解前置的规定,将先行调解的适用范围扩展至第一审普通程序,并且不限制适用先行调解的案件类型。先行调解是指法院在民事诉讼程序开始之前对双方当事人之间的纠纷进行的调解。先行调解的适用必须遵循当事人自愿原则,当事人拒绝调解的,应当及时判决。

2. 增加开庭准备程序的相关规定。为提高诉讼效率,本次民事诉讼法修改增加了案件受理后、开庭审理前,人民法院据情分别处理的规定。对于当事人没有争议,符合督促程序规定条件的案件,可以转入督促程序;开庭前可以调解的案件,采取调解方式及时解决纠纷;根据案件情况,确定适用简易程序或者普通程序;需要开庭审理的,人民法院应通过要求当事人交换证据等方式,明确争议焦点。

#### (九)调整简易程序的相关规定

1. 扩大简易程序的适用范围。为尊重当事人的程序处分权,本次民事诉讼法修改增加了当事人对适用简易程序的选择权,将简易程序的适用范围扩大至第一审普通民事案件,不再局限于简单民事案件。

2. 增加小额诉讼程序。为实现繁简分流的效率要求,本次民事诉讼法修改增加了小额诉讼程序的相关规定。根据《民事诉讼法》第162条的规定:“基层人民法院和它派出的法庭审理符合本法第一百五十七条第一款规定的简单的民事案件,标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下的,实行一审终审。”小额诉讼程序是指针对请求小额金钱或者其他替代物或者有价值证券的简单民事案件适用的比简易程序更简便易行的诉讼程序。

从民事诉讼法修改增加的小额诉讼程序规定来看,其立法模式采用的是在民事诉讼法中设置特别条文的方式。其适用需要注意以下问题:

(1)关于小额诉讼的适用范围。小额诉讼适用于标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资30%以下的第一审简单民事案件。

(2)关于小额诉讼的管辖法院。小额诉讼的管辖法院为基层法院及其派出法庭。



(十) 构建纠纷的多元解决机制、实现诉讼与非诉的衔接

为了最大限度地节省司法资源、提高诉讼效率,使诉讼与非诉更好地衔接,本次民事诉讼法修改增加了关于先行调解、调解协议司法确认和担保物权司法实现方式以及督促程序和诉讼程序的转换等规定。将调解协议司法确认规定和担保物权司法实现方式分别作为“第十五章 特别程序”第六节和第七节,具体指经过司法确认的调解协议具有强制执行力,符合法律规定的担保物权无须诉讼即可由法院强制执行。督促程序和诉讼程序的转换分为诉讼程序向督促程序的转换以及督

促程序向诉讼程序的转换,前者是指案件受理后、开庭审理前,当事人没有争议,符合督促程序规定条件的,可以转入督促程序;而后者则指督促程序中的债务人的有效异议导致督促程序终结、支付令失效的,可以直接转入诉讼程序,但申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的除外。此处,在实现诉讼与非诉的衔接时,兼顾公平与自由。

总之,本次民事诉讼法修改涉及的内容十分丰富,除上述内容外,还包括回避、送达、审理程序、审判公开、再审、执行等方面。这些修改必将更好地满足人民群众对司法的需求和期待,促进和谐社会的建设,实现社会的公平正义。

## 民事诉讼法复习内容提示

民事诉讼法是实现程序正义的法律。由于诉讼性质的不同,民事诉讼法与刑事诉讼法、行政诉讼法在整个设计理念和具体制度上存在区别。随着市民社会的形成,民事诉讼法由原来的职权主义模式过渡到以当事人主义为主、职权主义为辅的模式。这种转变强调尊重当事人的意愿、保障其权利和自由,让其发挥对民事诉讼的决定、支配和主导作用。同时,对当事人主义的强调,并不反对必要的职权干预,也不反对一种法官与当事人协同行使诉讼权利和履行诉讼义务的模式。

在内容上,民事诉讼法以基本原则与基本制度为基本架构,以主管与管辖以及当事人为基础,以证据和程序为核心。

首先,民事诉讼法的基本原则与基本制度贯穿于整个民事诉讼法始终。民事诉讼法包括八项基本原则和四项基本制度,前者包括辩论原则、处分原则、诚实信用原则、法院调解原则、诉讼权利平等原则、同等原则和对等原则、检察监督原则和支持起诉原则;后者包括合议、回避、公开审判和两审终审制。上述基本原则和基本制度不仅为实现民事纠纷的实体正义提供了保障,也使民事诉讼程序本身符合了正义的要求。

其次,民事诉讼法以主管与管辖以及当事人为基础。在发生民事纠纷时,确定合格的主管机关和合格的当事人是有效维护当事人合法权益的前提。一旦确定纠纷属于法院主管,管辖问题就随之而来,主要包括级别管辖和地域管辖两大类,

又以后者为重点。法院受理民事诉讼还有一个前提,即适格当事人起诉。因此,如何确定合格的原告与被告、共同诉讼人、诉讼代表人、第三人是诉讼首先要解决的问题。其中又以普通共同诉讼人与必要共同诉讼人、有独立请求权第三人与无独立请求权第三人的关系为重点。

最后,民事诉讼法以证据和程序为核心。证据和程序是现行民事诉讼法以当事人主义为主、职权主义为辅立法模式的集中体现。具体而言,证据部分主要解决在民事诉讼中相关主体依据程序对事实进行证明的问题,包括举证责任、证明程序、证明对象、证明标准等。其中,当事人在收集调查证据和对证据进行质证上的平等是当事人主义的集中体现。但法院仍然拥有依职权和依申请调查证据的权力,虽然其范围已大大受限。程序部分则包括审判程序和执行程序两大方面:前者主要包括普通程序、简易程序、三个特殊的程序(即特别程序、督促程序、公示催告程序)、两个救济程序(即二审程序与审判监督程序);后者包括人民法院如何开始执行,可以采取何种措施执行、执行的中止与终结以及执行中一些特殊问题的处理等内容。

任何一项制度都是一个有机整体,民事诉讼法也不例外。而“只见树木,不见森林”永远不能达到对一项制度的真正把握。基于此点考虑,在此对民事诉讼法的基本精神作一简要介绍,希望大家对民事诉讼的理解不只是那几百条繁杂的法条而已。

## 民事诉讼法复习方法提示

民事诉讼法作为最基本的民事程序法,规定了民事案件的诉讼规则以及人民法院和当事人在整个民事诉讼过程中的权利义务。虽然考查的知识点琐碎,有太多的东西需要记忆和掌握,但是,只要掌握了正确的学习方法并保证充足的复习时间,在考试中取得好成绩是完全可能的。结合民事诉讼法的基本特征,笔者建议考生在复习中注意以下几个方面问题:

### 一、在宏观上把握理论体系,在微观上掌握基本概念

#### 1. 在宏观上把握理论体系。

民事诉讼法作为最基本的民事程序法,在学科体系上具有体系性强、层次清晰的特点,在备考时面对各种繁杂的权利义务关系,掌握最基本的理论体系既是基础也是捷径。

在内容上,民事诉讼法以八项基本原则与四项基本制度为基本架构,以主管与管辖以及适格当事人为基础,以证据为核心,证据部分主要解决在民事诉讼中相关主体依据程序对事实进行证明的问题,包括举证责任、证明程序、证明对象、证明标准等。

在程序上,程序部分则包括审判程序和执行程序两大方面。前者主要包括普通程序、简易程序、三个特殊的程序(即特别程序、督促程序、公示催告程序)、两个救济程序(即二审程序与审判监督程序);后者包括人民法院如何开始执行,可以采取何种措施执行、执行的中止与终结以及执行中一些特殊问题的处理等内容。

#### 2. 在微观上掌握基本概念。

基本概念是基础的基础,正确、全面、深入地掌握基本概念是做题的关键。基于基本概念的基础性地位,在复习的第一阶段应当花大力气去掌握,对其理解透彻,以达到事半功倍的效果。对难以区分的基本概念,要准确进行理解,全面加以把握。在平时复习时,在掌握基本含义的基础上,考生应注意加强总结和比较,深刻进行理解。最后,在复习基本概念的同时,强化对相关法条及重点法条的立法本意的全面把握。例如,在复习反诉

概念的时候,第一步必须知道什么是反诉,第二步要掌握反诉的适用条件,最后还要弄清楚法院对反诉是如何处理的,包括一审期间提出以及在二审中提出的各种情况。经过这样的复习,应该能够对反诉有一个比较全面的把握,即使出现了对法条无明文规定情况的考查,也不用担心,只要有了基础性的知识,再参考法条中对其他情形的有关规定,完全可以正确解答。

### 二、在基本理论的指导下连接法条和具体知识点

司法考试考点分布有以下特征:一是知识点基本不变,重者恒重,轻者恒轻的特点;二是侧重于对新增和新修改考点特别考查的特点。基于此,考生们应在基本理论的指导下着重强化对重点、难点的记忆和突破,并注意对新增和新修改点的理解与运用。

#### 1. 强化对重点、难点的记忆和突破。

结合近年来的考试题目及民事诉讼法自身的特性,司法考试民事诉讼部分的重点和难点主要有以下内容:诉讼管辖;诉;当事人;证据;保全和先予执行;一审程序、二审程序;简易程序;审判监督程序;执行程序。

#### 2. 注意对新增和新修改考点的理解与运用。

2012年,国家对《民事诉讼法》进行了修改。本次《民事诉讼法》修改涉及面较为广泛,涵盖了从基本原则到全部诉讼程序以及执行程序的各个方面,主要涉及以下几个方面:增设了案外第三人的救济程序——第三人撤销之诉;增设了公益诉讼制度;完善了民事证据制度;强化了检察监督的职能;对第二审程序予以完善;对再审程序再修改,使得再审制度更加合理;设立小额诉讼制度。

除了上述的主要变动之外,本次《民事诉讼法》还对回避、管辖、送达、保全制度、一审开庭前的准备程序、特别程序、不予执行仲裁裁决的情形等方面进行了修改,改动幅度较大,希望考生们在复习的过程中对新法的改动之处多加留意,注意与旧法的对比,以更好地掌握新增的知识点。

### 三、善于运用比较的方法区分记忆

#### 1. 民事诉讼制度与仲裁制度的比较。

民事诉讼与仲裁作为两种并行的供当事人选择适用的具有法律效力的争议解决方式,都以解决民事争议为目的。仲裁的民间性也决定了其在程序运作过程中和裁决效力方面缺少国家强制力的支持,这就使得仲裁天然地离不开民事诉讼。也就是说,仲裁与诉讼在某些方面必然存在密切的关联,如二者在证据规则、保全以及执行等方面就是相互融通的。然而,由于二者毕竟属于不同的纠纷解决机制,在具体制度方面存在许多不同。如在审理及裁决公开与否方面,民事诉讼是以公开审判为原则,而仲裁是原则上不公开;在解决民事纠纷的范围方面,民事诉讼解决的是涉及人身和财产关系的民事纠纷,而仲裁解决的是合同纠纷和其他涉及财产权益的纠纷;在审制方面,民事诉讼实行两审终审制度,而仲裁实行一裁终决制度;在回避人员方面,民事诉讼适用于审判员及其他诉讼参与人如书记员、翻译人员、鉴定人,而仲裁只适用于仲裁员。考生在复习过程中,要善于总结归纳民事诉讼与仲裁制度的差异之处,这些往往就是历年考查的重点内容。

#### 2. 注意学科内知识点的比较。

民事诉讼法考查的知识点较多,许多知识点都有混淆的可能,要注意比较、区分。例如,反诉与反驳在性质、提出前提和提出目的方面的比较;有独立请求权第三人与必要共同诉讼人之间在诉讼地位、参诉方式及诉讼行为效力等方面的区别;

直接证据与间接证据在对案件主要事实证明方面的不同;诉前保全与诉讼保全在申请条件、管辖法院、解除情形等方面的区别;一审程序、二审程序以及审判监督程序在程序设置目的、审理范围、审理方式、审理期限等方面的联系与区别。

### 四、认真研习历年真题,训练答题技巧

#### 1. 要认真研习历年真题。

统计表明,每年司法考试重复考查的知识点高达80%,解读历年真题是复习备考必不可少的最佳途径。但是考生们要注意的是,解读历年真题时不能就事论事,要学会举一反三,融会贯通,力争达到“以点带面”的效果,要对每一道题目和每一个选项认真揣摩,做到知其然且知其所以然。

#### 2. 训练答题技巧。

关于具体的答题技巧,这里结合司法考试自身的特点提出两点:第一,司法考试题对问题的提出比较隐蔽,而且对选择项的设计也是十分巧妙的,不会直截了当地给出实质的东西,需要考生们去理解判断,透过现象找出本质问题,再进行解答。第二,做好对时间的控制。考生在平时做模拟题的时候要合理安排时间,在保证仔细审题、答题的同时,还要留出检查和涂卡的时间,以避免在考试中出现答完题却没时间涂卡的情况。当然,考生还可根据自己的实际情况制定适合自己的策略。总之,要让自己进入状态发挥出真实水平,取得优异的成绩!

2010~2014年司法考试分值分布

	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	总计
2014年	16	16	6	20	58
2013年	16	18	0	25	59
2012年	13	16	12	20	61
2011年	16	18	12	19	65
2010年	14	16	8	20	58

# 第一章 基本概念

**关键词:**基本原则,基本制度,诉的标的,诉的种类,反诉

## 一、概述

### (一) 民事诉讼法的概念与调整对象

#### 1. 概念。

民事诉讼法是国家制定的、调整法院和诉讼参与人的诉讼活动和由此产生的各种诉讼法律关系的法律规范的总称。

#### 2. 调整对象。

民事诉讼法调整的对象包括:

(1) 法院、当事人和其他诉讼参与人的诉讼活动;

(2) 在诉讼活动中产生的各种法律关系。

### (二) 民事诉讼法的性质

#### 1. 民事诉讼法是基本法。

从民事诉讼法在我国法律体系中的地位来看,它属于基本法律,其效力仅低于宪法。

#### 2. 民事诉讼法是部门法。

从民事诉讼法调整的社会关系来看,它属于部门法,它调整的是民事诉讼关系,是社会关系中具有自身特点的一类社会关系,由此决定民事诉讼法是一个独立的法律部门。

#### 3. 民事诉讼法是程序法。

从民事诉讼法的内容来看,它规定的主要是程序问题,属于程序法。

#### 4. 民事诉讼法是公法。

从民事诉讼法调整的法律关系以及规范的对象来看,它属于公法。作为专门调整民事诉讼法律关系主体(包括法院)的诉讼行为及其相互关系的部门法,民事诉讼法与规范平等主体之间的民事权利义务关系的私法不同,其性质属于公法。

### (三) 民事诉讼法的效力

民事诉讼法的效力,是指民事诉讼法对什么人、什么事、在什么时间和空间发生效力。民事诉讼法的效力也称民事诉讼法的适用范围。

#### 1. 对人的效力。

民事诉讼法对人的效力,是指民事诉讼法对哪些人具有约束力。根据我国《民事诉讼法》第4

条的规定,凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼的当事人都应适用我国民事诉讼程序。因此,无论是中国公民、法人或其他组织,还是外国人、无国籍人、外国的企业和组织,只要在我国法院进行民事诉讼,就必须适用我国的民事诉讼法。

### 理解小贴士

在我国法院进行涉外民事诉讼时,根据冲突规范或当事人意思自治,可以选择适用外国的实体法和仲裁法,但诉讼法只能适用中国法。

#### 2. 对事的效力。

适用民事诉讼法审理的案件包括:

(1) 因民法、婚姻法、收养法、继承法等民事实体法调整的平等主体之间的财产关系和人身关系发生的民事案件;

(2) 因经济法、劳动法调整的社会关系发生的争议,法律规定适用民事诉讼程序审理的案件;

(3) 适用特别程序审理的选民资格案件和宣告公民失踪、死亡等非诉案件;

(4) 按照督促程序解决的债务案件;

(5) 按照公示催告程序解决的宣告票据和有关事项无效的案件。

#### 3. 空间效力。

凡是在中华人民共和国领域内进行民事诉讼均适用本法。因此,其空间效力及于整个中华人民共和国的领域。

#### 4. 时间效力。

即民事诉讼法的生效、失效以及有无溯及力的问题。我国现行民事诉讼法生效的时间是2012年8月31日。不同于实体法,民事诉讼法具有溯及力,即对于现行法生效以前已经进入民事诉讼程序尚未审理完毕的案件仍然有效,即应当适用新法。

### (四) 民事诉讼法律关系

在理解民事诉讼法律关系的概念时,主要掌握两点:

1. 民事诉讼法律关系是发生在当事人、其他诉讼参与人与法院之间的诉讼权利与诉讼义务关系,如当事人递交起诉状与答辩状的行为、证人出庭作证的行为以及人民法院开庭审理的行为。法院内部

行使职权所形成的关系并非民事诉讼法律关系,如法官汇报案件的行为、合议庭讨论案件的行为。

2. 民事诉讼法律关系的主体一方必须是法院。也就是说,民事诉讼法律关系的发生要么是在法院与当事人之间,要么是在法院与其他诉讼参与人之间,该法律关系的主体,其中之一必须是法院。

### 理解小贴士

民事诉讼法律关系并不等于民事法律关系,其区别有如下两点:

(1) 主体不同。民事法律关系的主体主要是自然人、法人和其他组织;民事诉讼法律关系的主体一方是法院。

(2) 内容不同。民事法律关系的内容是民事实体权利义务,民事诉讼法律关系的内容是诉讼权利义务。

## 二、民事诉讼法的基本原则

民事诉讼法的基本原则,是在民事诉讼的整个过程中,或者在重要的诉讼阶段,起指导作用的准则。

修改前的《民事诉讼法》特有的基本原则共有七项,包括同等原则和对等原则、辩论原则、处分原则、法院调解原则、诉讼权利平等原则、检察监督原则和支持起诉原则。修改后的《民事诉讼法》将诚实信用原则作为民事诉讼法的基本原则,与其他七项基本原则共同构成了民事诉讼法的八大基本原则。

### (一) 同等原则和对等原则

#### 1. 概念。

(1) 同等原则是指在我国法院进行民事诉讼的外国人、无国籍人、外国企业和组织与我国公民、法人和其他组织享有同等的诉讼权利和义务。

(2) 对等原则是指外国法院对我国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制,我国法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利也采取相应措施加以限制。

#### 2. 区别。

同等原则体现的是国家之间相互提供诉讼上的方便,表明在通常情况下外国当事人与本国当事人在诉讼上的平等性,这也是国民待遇原则在民事诉讼中的具体运用,因此,同等原则的适用具有普遍性;而对等原则是在一定条件下,国家之间对外国当事人在诉讼权利上的相互限制,因此,对等原则的适用具有针对性。但是,无论是同等原

则还是对等原则,其本质上体现的都是国家主权原则。

### (二) 辩论原则

根据《民事诉讼法》第12条的规定,人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论。

#### 1. 辩论的主体。

当事人。

#### 2. 辩论的时间。

诉讼程序的始终。

#### 3. 辩论的内容。

(1) 实体:案件事实的认定和法律的适用等。

(2) 程序:法院有无管辖权、审判人员是否回避等。

#### 4. 辩论的形式。

口头:如开庭审理中的法庭辩论。

书面:如提交答辩状、代理词等。

#### 5. 辩论的效力。

当事人的辩论对法官的裁判具有约束力。辩论原则的约束性效力主要体现在以下方面:

第一,直接决定法律效果发生或者消灭的必要事实必须在当事人的辩论中出现,没有在当事人辩论中出现的事实不能作为法院裁判的依据;

第二,当事人一方提出的事实,对方当事人无争议的,人民法院应将其作为裁判的依据;

第三,人民法院对案件证据的调查只限于当事人双方在辩论中所提出的证据。

### (三) 诚实信用原则

#### 1. 诚实信用原则的设立目的。

对于诚实信用原则,我国早在1986年于《民法通则》中确定了诚实信用原则为民法的基本原则,但民事诉讼法却一直没有规定诚信原则。而在诉讼实践中,拖延诉讼、诉讼突袭、作伪证等违背诚实信用原则的情况屡见不鲜,严重影响了正常的民事诉讼秩序,阻碍了公民实现其合法权益。因此,无论从保证实体法的理念实现的角度还是从实现诉讼法的独立价值的角度,都十分有必要将诚实信用原则作为民事诉讼法的基本原则,以防范上述行为的发生。因此,本次《民事诉讼法》修改审时度势,将诚实信用原则作为我国《民事诉讼法》的一项基本原则。

2. 民事诉讼法中的诚实信用原则与民法中诚实信用原则的联系与区别。

#### (1) 联系:

①作为基本原则,两者都具有立法准则、行为

准则和审判准则的功能。

②两者都需要发挥维持当事人双方利益的平衡以及当事人利益与社会利益的平衡的功能。

(2) 区别:

①约束力不同:民法作为行为规范和私法,较之于民事诉讼法更具有灵活性,给予民事主体以更多的选择权;对于民事诉讼法中的诚实信用原则将力求具体化、明确化。

②规范主体不同:民法中的诚实信用原则主要规范的是做出民事行为的民事主体各方,而对于民事诉讼法中的诚实信用原则不仅将规范当事人以及诉讼参加人的诉讼行为,同时还将规范作为审判者的法官的审判行为。

3. 诚实信用原则的制度体现。

(1) 诉讼中:表现为禁止恶意诉讼。《民事诉讼法》第 112 条规定,如果当事人之间恶意串通,企图通过诉讼、调解等方式损害他人合法权益的,人民法院则应当驳回其诉讼请求,并且要根据情节的轻重,对其予以罚款、拘留等妨碍民事诉讼的强制措施;构成犯罪的,则要依法追究其刑事责任。

(2) 执行中:表现为禁止逃避法律文书确定的义务。《民事诉讼法》第 113 条规定,在执行的过程中,如果被执行人与他人恶意串通,通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的,人民法院应当根据情节的轻重,对其予以罚款、拘留等妨碍民事诉讼的强制措施;对于构成犯罪的,要依法追究其刑事责任。

(四) 处分原则

根据《民事诉讼法》第 13 条第 2 款的规定,当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。处分原则是民事诉讼的核心,重点掌握处分原则的内容和具体体现:

项目	内容
享有处分权的主体	当事人(注意:诉讼代理人可以代为行使一部分处分行为,但不享有处分权)
处分的内容	可以是实体权利也可以是程序权利,对实体权利的处分通常需要通过诉讼权利的处分来实现。但处分诉讼权利不一定会同时处分实体权利

项目	内容
行使处分权的范围	当事人处分民事权利和诉讼权利必须在法律规定的范围内进行。如果当事人的处分行为超出了法律规定,侵犯了他人的民事权益,其处分无效
处分原则的具体体现	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 是否起诉、提出什么诉讼请求由当事人决定;</li> <li>2. 在诉讼程序开始后,原告是否变更或者放弃诉讼请求,被告是否承认或者反驳原告提出的诉讼请求,由当事人决定;</li> <li>3. 是否要求法院进行调解或自行和解由当事人决定;</li> <li>4. 一审判决后,是否上诉由当事人决定;</li> <li>5. 法律文书生效后,是否申请法院强制执行由当事人自行决定</li> </ol>

#### 理解小贴士

(1) 近年来对于基本原则部分的考查主要集中在辩论原则和处分原则上,考生要结合实例判断法院的行为是否违反这两个原则,如超出当事人诉讼请求的裁判行为就是对处分原则的违反。

(2) 辩论原则和处分原则有一定的联系,都有对法院权力予以限制的功能,但它们各自发挥的作用是不同的:辩论原则在于强调法院的裁判对象是当事人辩论的证据和事实;处分原则在于强调当事人是动态的诉讼程序的推进者,法院处于相对消极被动的地位。

(五) 法院调解原则

1. 法院调解原则概述。

法院调解既是民事诉讼法的一项基本原则,也是民事诉讼中的一项重要制度。法院调解是指在法院审判人员的主持下,双方当事人就他们之间发生的民事权益争议,通过自愿、平等地协商,互谅互让,达成协议,解决纠纷的诉讼活动和结案方式。根据《民事诉讼法》第 9 条的规定,人民法院审理民事案件,应当根据自愿和合法的原则进行调解,调解不成的,应当及时判决。法院调解应遵循自愿、合法的原则进行。再根据《民事诉讼法》第 122 条的规定,当事人起诉到人民法院的民事纠纷,适宜调解的,先行调解,但当事人拒绝调解的除外。为便于考生复习,我们在此把法院调解一章放到法院调解原则中一并论述。掌握这部

分知识时可以结合最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(以下简称《调解规定》)的相关内容。

## 2. 法院调解的适用情形。

### (1) 法院可以调解的情形。

法院对适用一审程序、二审程序和再审程序审理的民事案件都可以调解。

### (2) 法院应当先行调解的情形。

#### ① 适用一审程序审理的离婚案件；

② 适用简易程序审理的婚姻家庭纠纷和继承纠纷、劳务合同纠纷、交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷、宅基地和相邻关系纠纷、合伙协议纠纷、诉讼标的额较小的纠纷。

### (3) 不适用法院调解的情形。

① 适用特别程序、督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序审理的案件，婚姻关系、身份关系确认案件；

② 其他依案件性质、当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的民事案件；

#### ③ 进入执行程序的案件。

### 理解小贴士

执行中当事人可以和解，但法院不能主动调解。

## 3. 法院调解的程序。

### (1) 法院调解的开始。

当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先行调解，但当事人拒绝调解的除外。

### (2) 法院调解的进行。

① 调解时当事人各方应当同时在场，根据需要也可以对当事人分别做调解工作。

### 理解小贴士

离婚案件中，当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的，除本人不能表达意志的以外，应当出具书面意见。

② 原则上对于应当公开审判的案件，法院在调解时也应公开进行；例外情形是，如果当事人申请不公开进行调解的，法院调解应当不公开进行。

《调解规定》第7条 当事人申请不公开进行调解的，人民法院应当准许。

调解时当事人各方应当同时在场，根据需要也可以对当事人分别作调解工作。

③ 调解方案既可以由当事人自行提出，也可以由主持调解的人员提出，供当事人协商时参考。

④ 人民法院可以邀请或委托与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的企业事业单位、社会团体或者其他组织，和具有专门知识、特定社会经验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人协助调解工作。达成调解协议后，人民法院应当依法予以确认。

### (3) 法院调解的结束。

#### ① 基于当事人达成调解协议而结束。

② 双方未达成调解协议而结束。虽然经过调解，但是当事人最终未达成协议，根据自愿原则，人民法院不得强迫当事人继续进行，而应终止调解。在这种情况下人民法院应当继续审理，依法裁判，以保障当事人合法权益的及时实现。

## 4. 法院调解的后果。

经法院调解达成协议或当事人在诉讼过程中自行达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的申请依法确认和解协议制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。

### (1) 当事人达成调解协议的处理。

① 一般原则——法院应当根据调解协议制作调解书。

第一，调解协议达成后，调解书不是必须制作的，但如果当事人提出请求，法院应当制作；对于不需要制作调解书的协议，应当记入笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后，即具有法律效力。

第二，法院制作调解书确认调解协议时，对于当事人在调解协议中约定的不同内容，应予准许、可以准许、不予准许的情形如下：

项目	内容
法院应予准许	当事人约定一方不履行协议应当承担民事责任
	当事人约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保
法院可以准许	当事人在调解协议中约定的内容超出诉讼请求
法院不予准许	当事人约定一方不履行协议，另一方可以请求人民法院对案件作出裁判的条款



《调解规定》第11条 调解协议约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保的,人民法院应当准许。

案外人提供担保的,人民法院制作调解书应当列明担保人,并将调解书送交担保人。担保人不签收调解书的,不影响调解书生效。

当事人或者案外人提供的担保符合担保法规定的条件时生效。

第三,调解协议有侵害国家利益、社会公共利益的;侵害案外人合法权益的;违背当事人真实意思的;违反法律、行政法规禁止性规定的,法院不予确认。

### 理解小贴士

例外——可以不制作调解书的情形。

《民事诉讼法》第98条规定了“可以不制作调解书的情况”,主要包括:调解和好的离婚案件;调解维持收养关系的案件;能够即时履行的案件;其他不需要制作调解书的案件。

②特殊处理原则——法院不应当根据和解或调解协议制作判决书。

《调解规定》第18条 当事人自行和解或者经调解达成协议后,请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的,人民法院不予支持。

### 理解小贴士

例外——可以制作判决书的情形。

第一,无民事行为能力人的离婚案件,其法定代理人对方达成协议要求发给判决书的,可根据协议内容制作判决书。

第二,涉外民事诉讼中,经调解双方达成协议,应当制发调解书。当事人要求发给判决书的,可以依协议的内容制作判决书。

### 理解小贴士

《民事诉讼法》和《仲裁法》对调解达成协议后的处理的不同规定。

根据《仲裁法》的规定,当事人经仲裁庭调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。

(2)当事人经调解未达成协议或者调解书生效前一方反悔,人民法院应当及时判决。

(3)生效及救济。

①调解书的生效要件。

原则——调解书在经双方当事人签收后发生

法律效力;

例外——当事人也可以约定在调解协议上签名或者盖章后,调解协议即发生法律效力。

当事人各方同意在调解协议上签名或者盖章后生效,经人民法院审查确认后,由当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后即具有法律效力。在该种情形下,当事人拒收调解书的,不影响调解协议的效力。一方不履行调解协议的,另一方可以持调解书向人民法院申请执行。

### 理解小贴士

对于不需要制作调解书的协议,由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后,即具有法律效力。

②下列情形不影响调解书的生效:

第一,当事人不能对诉讼费用如何承担达成协议;

第二,对调解书的内容既不享有权利又不承担义务的当事人不签收调解书的;

第三,案外人做担保人不签收调解书的。

③救济途径。

当事人对已经发生法律效力的调解书,提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的,可以申请再审。经人民法院审查属实的,应当再审。

5. 法院调解与诉讼和解有以下区别:

区别项	法院调解	诉讼和解
主持者	审判人员主持	当事人自行进行
权利来源	人民法院行使审判权和当事人处分权相结合	当事人行使处分权
协议的效力	(1)有强制执行力; (2)是法院的一种结案方式; (3)一事不再理	和解协议无强制执行力 (和解后,可以申请撤诉,也可以申请制作调解书)
救济方式	符合法定情况可以申请再审	(1)撤诉后,可以起诉; (2)制作调解书的,符合法定情况可以申请再审