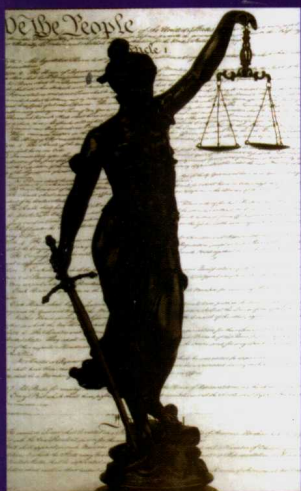




法律版
FALUBAN

司法考试名师讲义

SIFA KAOSHI MINGSHI JIANGYI

民事诉讼法与仲裁制度

[修订版]

法律考试中心 / 组编

杨秀清 / 著



法律出版社

司法考试名师讲义

民事诉讼法与仲裁制度

(修订版)

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:法律考试中心组编.
—修订本.—北京:法律出版社,2005 (2006.3 重印)
(司法考试名师讲义)

ISBN 7-5036-6026-0

I.民… II.①杨… ②法… 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(2005)第 148175 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/17.75 字数/339 千

版本/2005 年 12 月第 1 版

印次/2006 年 3 月第 2 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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6026-0/D·5743

定价(含光盘):35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

国家司法考试应试资格及考试科目

考试性质	国家统一组织的从事特定法律职业(法官、检察官、律师)的资格考试。
报名条件	1. 具有中华人民共和国国籍; 2. 拥护《中华人民共和国宪法》,享有选举权和被选举权; 3. 具有完全民事行为能力; 4. 符合《法官法》、《检察官法》和《律师法》规定的学历、专业条件: 第一,具有高等院校法律专业本科以上学历,或者高等院校其他专业本科以上学历具有法律专业知识; 第二,各省、自治区、直辖市所辖自治县(旗),各自治区所辖县(旗),各自治州所辖县;国务院审批确定的国家扶贫开发工作重点县;西藏自治区所辖市、地区、县、县级市、市辖区,可以将报名的学历条件放宽为高等院校法律专业专科学历。 5. 品行良好。
考试科目	法理学、宪法、法制史、行政法与行政诉讼法、刑法、刑事诉讼法、民法、民事诉讼法、商法、经济法、国际法、国际私法、国际经济法、法律职业道德,共 14 个科目。
题型	1. 单项选择题:每题给四个选项,选项中只有一个答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选或不选均不得分。 2. 多项选择题:每题给四个选项,选项中有两个或两个以上答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选、少选或不选均不得分。 3. 不定项选择题:每题给四个选项,选项中有一个或一个以上(包括四个)的答案是正确的,应试人员应将正确的选项选择出来并按要求在答题卡相应位置填涂,多选、少选或不选均不得分。 4. 分析简答题:要求应试人员按照试题提问回答问题。应试人员应仔细阅读试题及提问,按要求作答。 5. 法律文书题:要求应试人员对试题所提供的事实材料进行加工整理,并按试题要求将其制作为相应的法律文书,或要求应试人员对试题所提供的法律文书找错,并提出理由或分析。法律文书题要求答题格式规范、文字通顺、标点正确、无语法错误等。 6. 论述题:要求应试人员根据试题所提供的材料,运用掌握的法学知识、理论进行分析和论述。论述题要求观点明确、说理充分、语言流畅、逻辑严谨、表述准确。

国家司法考试试卷结构及考试要求

试卷一	本卷共 100 道试题,由单项选择题、多项选择题、不定项选择题组成。其中单项选择题 50 题,每题 1 分;多项选择题、不定项选择题 50 题,每题 2 分。本卷分值 150 分,考试时间 180 分钟。 本卷包括以下科目:法理学、法制史、宪法、经济法、国际法、国际私法、国际经济法和法律职业道德。
试卷二	本卷共 100 道试题,由单项选择题、多项选择题、不定项选择题组成。其中单项选择题 50 题,每题 1 分;多项选择题、不定项选择题 50 题,每题 2 分。本卷分值 150 分,考试时间 180 分钟。 本卷包括以下科目:刑法、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法。
试卷三	本卷共 100 道试题,由单项选择题、多项选择题、不定项选择题组成。其中单项选择题 50 题,每题 1 分;多项选择题、不定项选择题 50 题,每题 2 分。本卷分值 150 分,考试时间 180 分钟。 本卷包括以下科目:民法、商法、民事诉讼法(含仲裁制度)。
试卷四	本卷主要由分析简答题、法律文书题、论述题等题型组成。本卷分值 150 分,考试时间 210 分钟。 本卷包括以下科目:法理学、宪法、行政法与行政诉讼法、刑法、刑事诉讼法、民法、商法、民事诉讼法。
考试要求	以上四卷总分为 600 分。合格人员必须参加以上四卷的全部考试,且四卷中任何一卷不得为零分。应试人员各卷的考试成绩当年有效。

国家司法考试相关信息统计表

年度	2002 年	2003 年	2004 年	2005 年
报名人数	360751 人	194286 人	195000 余人	244000 余人
参考人数	311344 人	166995 人	179000 余人	219000 余人
合格人数	24098 人	17000 余人	20000 余人	31664 人
合格分数线	240 分 (部分放宽 地区 235 分)	240 分 (部分放宽 地区 225 分)	360 分 (部分放宽 地区 335 分)	360 分 (部分放宽 地区 330 分)
合格比例	7.74 %	10.18 %	11.22 %	14.39 %

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。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。

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。

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	(14)
一、民事诉讼	(15)
二、民事诉讼法	(15)
第二讲 民事诉讼法的基本原则和制度	(18)
一、基本原则	(20)
二、基本制度	(21)
第三讲 主管与管辖	(24)
一、主管	(29)
二、级别管辖	(30)
三、地域管辖	(31)
四、裁定管辖	(38)
五、管辖权异议	(40)
第四讲 诉	(42)
一、诉的概述	(43)
二、反诉	(45)
第五讲 当事人	(48)
一、当事人概述	(54)
二、原告和被告	(57)
三、共同诉讼	(59)
四、诉讼代表人	(67)
五、第三人	(69)
第六讲 诉讼代理人	(76)
一、法定代理人	(77)
二、委托代理人	(78)
第七讲 民事证据	(81)
一、民事证据概述	(89)
二、待证事实	(94)

三、举证责任	(95)
四、证据的收集与保全	(102)
五、民事诉讼证据的其他规定	(103)
第八讲 期间与送达	(105)
一、期间	(106)
二、送达	(107)
第九讲 法院调解	(108)
一、法院调解的含义	(109)
二、调解书及调解效力	(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 诉讼费用	(124)
一、诉讼费用的种类	(125)
二、诉讼费用的负担	(125)
第十三讲 普通程序	(126)
一、起诉与受理	(130)
二、审理前准备	(134)
三、开庭审理	(135)
四、撤诉与缺席判决	(136)
五、延期审理、诉讼中止与诉讼终结	(138)
第十四讲 简易程序	(141)
一、简易程序的概念	(145)
二、简易程序的适用范围	(145)
三、简易程序的具体程序规定	(146)
第十五讲 第二审程序	(149)
一、上诉的提起与受理	(152)
二、上诉案件的受理	(154)
三、上诉案件的裁判	(157)
四、二审裁判的法律效力	(158)
第十六讲 审判监督程序	(159)
一、审判监督程序概述	(161)
二、基于审判监督权的再审	(162)

三、基于检察监督权的抗诉和再审	(165)
四、基于当事人诉权的申请再审	(165)
五、再审案件的审判程序	(167)
第十七讲 特别程序	(170)
一、特别程序的特点和适用范围	(171)
二、选民资格案件的审理程序	(171)
三、宣告公民失踪或死亡案件的审理程序	(172)
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	(174)
五、认定财产无主案件的审理程序	(175)
第十八讲 督促程序	(177)
一、督促程序的概念与特点	(178)
二、支付令	(179)
第十九讲 公示催告程序	(181)
一、公示催告程序的概念及特点	(183)
二、公示催告程序的适用范围	(183)
三、公示催告程序的申请与受理	(183)
四、公示催告案件的审理程序	(184)
第二十讲 破产程序	(186)
一、破产程序的概念及适用	(188)
二、破产申请与案件受理	(188)
三、债权人会议	(190)
四、破产宣告程序	(190)
第二十一讲 民事判决、裁定与决定	(193)
第二十二讲 执行程序	(196)
一、执行程序概述	(203)
二、执行开始	(208)
三、执行措施	(209)
四、执行中止与执行终结	(220)
第二十三讲 涉外民事诉讼程序	(223)
一、涉外民事诉讼程序及一般原则	(225)
二、涉外民事诉讼管辖	(226)
三、涉外民事诉讼中的期间	(227)
四、涉外民事诉讼中的送达	(228)
五、涉外民事诉讼中的财产保全	(228)
六、司法协助	(229)
第二十四讲 仲裁与仲裁法概述	(231)

一、仲裁的概念	(232)
二、仲裁法概述	(232)
第二十五讲 仲裁委员会和仲裁协会	(235)
一、仲裁委员会	(236)
二、仲裁员	(237)
三、中国仲裁协会	(238)
第二十六讲 仲裁协议	(239)
一、仲裁协议概述	(240)
二、仲裁协议的内容	(241)
三、仲裁协议的法律效力	(242)
第二十七讲 仲裁程序	(249)
一、仲裁申请与受理	(250)
二、仲裁中的财产保全	(250)
三、仲裁庭	(251)
四、仲裁审理	(253)
五、仲裁和解、调解与裁决	(254)
第二十八讲 仲裁裁决的撤销与不予执行	(258)
一、仲裁裁决的撤销	(259)
二、仲裁裁决的不予执行	(262)
第二十九讲 涉外仲裁	(265)
一、涉外仲裁的概念	(266)
二、涉外仲裁机构	(266)
三、中国国际经济贸易仲裁委员会的仲裁程序	(268)

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。

国家统一司法资格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、熟悉司法资格考试的特点

国家司法资格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75分左右,2005年是71分。不过,因2005年第四卷第七题分析题(25分)中至少第一问完全是一道民事诉讼法的试题,因此,2005年民事诉讼法与仲裁法的总分为80分以上,约占国家司法资格考试总分数的1/7,足见民事诉讼法与仲裁法在国家司法资格考试中所占地位的重要。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》、《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,考查内容的理论性增强。虽然国家司法资格考试中民事诉讼法与仲裁法部分的考查主要集中于法律规定的考查,然而从近几年的发展趋势看,明显侧重于以某一知识点为基点,综合性考查若干法律条文的规定,如2005年单项选择题第36题以管辖的适用这一知识点为基点,既考查了督促程序这一非讼程序的管辖适用,又考查了涉外不动产管辖这一既涉及涉外问题又涉及不动产问题的法定管辖的适用,还考查了级别管辖与协议管辖的适用。这一变化充分说明国家司法资格考试试题明显增加了对学科基本理论知识点及其理论深度的考查,这就要求考生不仅需要熟悉法律条文所规定的具体内容,而且更重要的是在熟悉法条的基础上理解法律条文背后所蕴涵的法理,当然,这也就意味着背背法条既可通过资格考试的时代已经结束。

第四,考试题型有所变化,增加了考试的难度。目前司法考试试题在民事诉讼法部分的一个较大变化即增加了分析题的考试,这使得考试的难度有所增加,但同时也反映出司法资格考试越来越贴近社会实践。众所周知,法律是社会实践性很强的科学,法律来源于生活,运用于生活,如2005年第四卷第七题分析题所涉及的从超市搜查顾客背包事件探讨消费者权益保护问题就是近年来社会与司法实践部门所广泛关注的一大热点问题。虽然该题以分析题的形式考查大家对民事诉讼基本原理的掌握与运用,具有一定的难度;然而,该分析题的第一问实际上还是关于民事诉讼中最基本,也是最重要问题的考查,如人民法院判决的内容不得超出当事人诉讼请求的范围、举证责任的分配、当事人申请再审的法定事由等基本理论问题,而且这些问题实

际上均体现了民事诉讼的基本原则,即当事人的私权处分问题。可见,该问题实质上是以难度较深的新题型考查传统重点知识点。至于第二问从消费者权益保护、法官自由裁量权、精神损害赔偿、企业安保措施等方面选择其一进行分析论述则可以综合考查考生的法学理论功底。

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法规的前提。

(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,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,经过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,《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《若干意见》)第18条、第19条第2款、第20条、第21条、第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