

# 民事诉讼法与仲裁制度

## 从 12 纲看命题趋势

### 一、大纲总体变化概述

2012 司法考试大纲民事诉讼法部分变化不大,新增了 4 个考点,修改了 3 个考点,没有删除考点。4 个新增考点是第 4 章第四节反诉这个部分中,反诉的条件下新增了反诉与本诉之间存在牵连关系;第七章第一节民事证据概述中新增了民事证据的证明力;第十九章第三节公示催告案件的审理中新增了公示催告程序的终结;第二十九章第一节涉外仲裁的概念中新增了子考点涉外仲裁的概念。3 个修改的考点为第七章第四节证据保全中将证据保全的方法修改为证据保全的措施;第八章第四节证明程序中将举证时限的概念、司法解释对举证时限的规定、举证时限的适用修改为一个大的考点举证时限,在其之下又包含了三个小考点,即举证时限的概念、举证时限的确定和“新证据”界定;同时将该节中证据交换的概念和证据交换的期间和时间修改为一个大的考点,即证据交换。

### 二、12 年命题趋势分析

从近年来民事诉讼法的考察情况来看,民事诉讼法注重细节,并进一步加强理论部分的考察。而 2012 年民事诉讼法考试大纲正体现这两大趋势,细化重要程序的细节问题,比如细化反诉的条件,要求考生对于本诉与反诉之间的牵连关系有所掌握;增加了民事证据的证明力这个考点。民事诉讼法的考题难度相对于 2011 年不会有太大的变化,所占分值应该也不会有太大的调整,总体分值还是维持在 65 分左右。

### 三、备考 12 司考方法与技巧

1、把握大纲新增考点和变化考点。司法考试大纲的变化代表了司法考试命题的趋势,重点掌握新增考点和变化考点,有利于提高考试成绩。

2、主要精力重点掌握重要知识点。“重者恒重,轻者恒轻”是司法考试不变的规律,民事诉讼法与仲裁法的考查一直集中在重要知识点的考查上,包括管辖、当事人、普通程序、证据、审判监督程序、第二审程序、执行程序、仲裁程序(侧重仲裁程序与民事诉讼程序不同之处)等。巩固强化对这些知识点的理解和记忆是在司法考试中取得优秀的成绩的基本保障。

3、准确记忆法条,融会贯通运用。民事诉讼法和仲裁制度的考查基本上是在考查法律法规和司法解释的内容,因此必须熟悉并记忆法条内容。近些年来的司法考试注重对知识点的综合考查,要求考生在熟记法条的基础上可以融会贯通,学会真正运用。

## 12 年大纲增删考点汇总

### ■ 2012 年新增考点

章名	节名	新增考点
诉	反诉	◇ 反诉与本诉之间存在牵连关系
民事证据	民事证据概述	◇ 民事证据的证明力
公示催告程序	公示催告案件的审理	◇ 公示催告程序的终结
涉外仲裁	涉外仲裁的概念	◇ 涉外仲裁的概念

### 2012 年修改考点

章名	节名	修改考点	
		10 大纲	11 大纲
民事证据	证据保全	◇ 证据保全的方法	◇ 证据保全的措施
民事诉讼中的证明	证明程序	◇ 举证时限的概念	◇ 举证时限(举证时限的概念 举证

		司法解释对举证时限的规定 举证时限的适用	时限的确定 “新证据”的界定)
		◇ 证据交换的概念 证据交换的期间和时间	◇ 证据交换

## 新增考点精讲

### 考点一、反诉的条件

(一) 须由本诉的被告向本诉的原告提出

反诉与本诉当事人统同一性的特征决定了只有本诉的被告才能够向本诉的原告提出反诉。如果不是本诉的被告，如无独立请求权的第三人，则无权提出反诉。

(二) 须在本诉进行中提出

本诉进行中是指法院受理本诉后至法庭辩论终结前。法院尚未受理本诉，诉讼程序尚未开始，反诉无从提起。法庭辩论已经终结，再受理反诉不但无法达到诉讼经济的目的，而且会造成诉讼的迟延。

(三) 须向受理本诉的法院提出，且受诉法院对反诉有管辖权

反诉是在本诉进行中提起的，并且要利用本诉的诉讼程序一并进行审理，因此反诉只能向受理本诉的法院提出。管辖权是法院对特定诉讼行使审判权的前提，故受诉法院须对反诉具有管辖权。

(四) 须与本诉适用同一诉讼程序

反诉须与本诉适用同一种诉讼程序，方能利用本诉的诉讼程序合并审理。如果本诉应适用简易程序而反诉应适用普通程序，则难以将两诉合并，反诉也就没有意义了。

(五) 须反诉与本诉之间存在牵连关系

设置反诉制度的目的既然在于利用同一诉讼程序解决相关联的两个民事纠纷，以达到节约时间和费用、防止裁判相抵触，那么，反诉的诉讼标的与本诉的诉讼标的须有牵连，才能够实现上述目的。所谓存在牵连关系，是指两者存在法律上或事实上的联系。法律上的牵连包括两者源于同一法律关系和两者源于相关联的法律关系：前者如原告提出请求交付买卖标的物的反诉，被告则提出请求支付价款或者请求确认买卖合同无效的反诉；后者如原告基于所有权请求被告交付所占有的动产，被告则反诉请求法院确认他对该动产享有的质权。反诉与本诉存在牵连关系，才有合并审理的必要，才能够达到通过反诉抵消或吞并本诉诉讼请求的目的。

### 考点二、民事证据的证明力

民事证据的证明力，又称证据力，是指民事证据对案件事实认定的影响力。例如，某证人的证言被认定是真实的，那么，该证人证言就具有证明力；某文书被认定是真实的，其所反映的内容也是真实的，该文书也就具有证明力。在司法实务中，某一民事证据是否具有证明力，是法官根据证据的判断标准判断的结果。民事诉讼证据的证明力的确定是证据制度中的核心问题，传统上，各类民事证据制度的命名与证明力的确定都有密切的关系，比如，神示证据制度、法定证据制度、自由心证制度等都说明了这一点。

### 考点三、“新证据”的界定

“新证据”的界定十分重要，因为只有新的证据可以不受举证时限的限制，可以在举证时限届满后，开庭中随时提出。民事诉讼法在两个条文中提到了“新证据”，即第 125 条和第 179 条。第 125 条第 1 款规定当事人可以在法庭上提出新的证据，第 179 条第 1 款第 1 项中规定有新的证据，足以推翻原判决、裁定的，人民法院应当再审。因此，必须对“新证据”加以明确，否则举证时限制度就失去了意义。

民事诉讼法第 125 条中提到的所谓“新证据”可分别从一审程序和二审程序两个阶段来看。一审程序中的“新证据”又包括两种情形：其一，当事人在一审举证期限届满后新发现的证据；其二，当事人确因客观原因无法在举证期限内提供，经人民法院准许，在延长的期限内仍无法提供的证据。

如何理解第一种情形中的所谓“新发现的证据”是一个值得注意的问题。我们认为，新发现的证据应当包括这样几种情形：其一，举证时限届满后，才知道该证据的所在；其二，虽然知道作为证据载体的材料的所在，并持有该证据材料，但并没有意识到其作为证明相关诉讼请求、主张的证据价值所在。“发现”本身就是当事人对客观世界的主观认识。也许这样的理解有些宽泛，但举证时限制度基本目的主要在于防止当事人的故意迟延，而不是使公正成为效率的牺牲品，因此不宜过于严格地理解所谓新发现的证据。应当注意，民事诉讼法第 179 条规定的“新证据”不包括这里所指的第二种情形。因为再审案件已经是经过审理的案件，就不存在开庭审理后，当事人仍然没有意识到某证据载体作为证据的价值。而且再审属于一种特殊程序，如果宽泛地来理解所谓“新证据”就极易导致判决的不稳定性。

二审程序中的新的证据包括：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。这里的“新发现的证据”应该与上述同解。

民事诉讼法第 179 条规定的所谓“新证据”包括：在原庭审结束前已客观存在庭审结束后新发现的证据；原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或在规定的期限内不能提供的证据；原审庭审结束后新出现或新形成的证据；或在原审庭审结束前已经存在，但再审申请人因客观原因无法知道或无法取得的证据；原审庭审结束后原作出鉴定结论、勘验笔录者重新鉴定、勘验，推翻原结论的证据；当事人在原审中提供的主要证据，原审未予质证、认证，但足以推翻原判决、裁定的证据。这里“新发现的证据”，也不应当包括上述第二种情形。

最高人民法院《关于适用〈关于适用民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时效规定的通知》关于新的证据的认定问题作了补充，人民法院对于“新的证据”，应当依照《证据规定》第 41—44 条的规定，结合以下因素综合认定：（1）证据是否在举证期限或者《证据规定》第 41 条、第 44 条规定的期限内已经客观存在；（2）当事人未在举证期限或者司法解释规定的其他期限内提供证据，是否存在故意或重大过失的情形。

#### 考点四、公示催告程序的终结

人民法院在公示催告期间，遇有下列情形之一的，应当裁定终结公示催告程序。

（一）申请人在公示催告前撤回申请的，人民法院应予准许。申请人在公示催告期间撤回申请的，人民法院可以径行裁定终结公示催告程序。

（二）利害关系人在公示催告期间或在申报权利期间届满后、除权判决作出之前申报权利的，人民法院应当裁定终结公示催告程序。

（三）在申报权利期间没有人申报权利，或者申报权利被驳回，而申请人在 1 个月的法定期间内未申请人民法院作出除权判决的，法院应当裁定终结公示催告程序。

#### 五、涉外仲裁的概念

涉外仲裁是指当事人依据仲裁协议将涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷提交仲裁机构进行审理并作出裁决的制度。

涉外仲裁与国内仲裁的根本区别在于它是解决涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷的一种方式。这种纠纷的特点是具有涉外因素，因而这类纠纷案件属于涉外纠纷案件。

我国仲裁法对何谓涉外仲裁未作明确规定，只是在该法第七章涉外仲裁的特别规定中明确了“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷的仲裁，适用本章规定”。但根据最高人民法院《民通意见》第 178 条和《民诉意见》第 304 条的规定，凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的；民事关系的标的物在外国领域内的；产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的，均为涉外民事关系。当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者

当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国的民事案件，均为涉外民事案件。因此，涉外仲裁是以仲裁的方式解决具有涉外因素的纠纷案件的一种方式。

在仲裁实践中，中国仲裁机构对涉及我国香港、澳门或台湾地区法人或自然人之间，或者其同外国法人或自然人之间产生于契约性或非契约性的经济贸易等争议中的仲裁案件，比照涉外仲裁案件处理。

