

6. (1) 可以适用风险代理, 但风险代理收费按规定不得高于合同约定标的额的 30%; (2) 甲律所张律师担任李某申诉代理人, 违反《律师执业行为规范》第 50 条第 (七) 项规定; (3) 李某增加诉讼请求不符合有关规定 (理由如前), 律师应指出未能指出, 有违“以事实为根据、以法律为准绳”的执业原则及勤勉尽责的要求。

2015 年·卷四·第 4 题

【题干】杨之元开设古玩店, 因收购藏品等所需巨额周转资金, 即以号称“镇店之宝”的一块雕有观音图像的翡翠 (下称翡翠观音) 作为抵押物, 向胜洋小额贷款公司 (简称胜洋公司) 贷款 200 万元, 但翡翠观音仍然置于杨之元店里。后, 古玩店经营不佳, 进入亏损状态, 无力如期偿还贷款。胜洋公司遂向法院起诉杨之元。

法院经过审理, 确认抵押贷款合同有效, 杨之元确实无力还贷, 遂判决翡翠观音归胜洋公司所有, 以抵偿 200 万元贷款及利息。判决生效后, 杨之元未在期限内履行该判决。胜洋公司遂向法院申请强制执行。

在执行过程中, 案外人商玉良向法院提出执行异议, 声称该翡翠观音属于自己, 杨之元无权抵押。并称: 当初杨之元开设古玩店, 需要有“镇店之宝”装点门面, 经杨之元再三请求, 商玉良才将自己的翡翠观音借其使用半年 (杨之元为此还支付了 6 万元的借用费), 并约定杨之元不得处分该翡翠观音, 如造成损失, 商玉良有权索赔。

法院经审查, 认为商玉良提出的执行异议所提出的事实没有充分的证据, 遂裁定驳回商玉良的异议。

【问题】

1. 执行异议被裁定驳回后, 商玉良是否可以提出执行异议之诉? 为什么?
2. 如商玉良认为作为法院执行根据的判决有错, 可以采取哪两种途径保护自己的合法权益?
3. 与第 2 问“两种途径”相关的两种民事诉讼制度 (或程序) 在适用程序上有何特点?
4. 商玉良可否同时采用上述两种制度 (或程序) 维护自己的权益? 为什么?

【标准答案】

1. 商玉良不可以提出执行异议之诉。因为商玉良主张被抵押的翡翠观音属自己所有, 即法院将翡翠观音用以抵偿杨之元的债务的判决是错误的, 该执行异议与原判决有关, 不能提起执行异议之诉。

2. 商玉良可以根据《民事诉讼法》第 56 条第 3 款的规定, 提起第三人撤销之诉; 或根据《民事诉讼法》第 227 条的规定, 以案外人身份申请再审。

3. (1) 第三人撤销之诉在适用上的特点:

①诉讼主体: 有权提起第三人撤销之诉的须是当事人以外的第三人, 该第三人应当具备诉的利益, 即其民事权益受到了原案判决书的损害。商玉良是原告, 杨之元和胜洋公司是被告。

②诉讼客体: 损害了第三人民事权益的发生法律效力的判决书。

③提起诉讼的期限、条件与受理法院: 期限是自知道或应当知道其民事权益受到损害之日起 6 个月内。条件为: 因不能归责于本人的事由未参加诉讼; 发生法律效力判决的

全部或者部分内容错误；判决书内容错误，损害其民事权益。受诉法院为作出生效判决的人民法院。

(2) 案外人申请再审程序的特点：

①适用一审程序进行再审的，得追加案外人为当事人；适用二审程序进行再审的，可以进行调解，调解不成的，应撤销原判决，发回重审，并在重审中追加案外人为当事人。

②其他程序内容与通常的再审程序基本相同。

4. 商玉良不可以同时适用上述两种制度（或程序）。

根据《民诉解释》第 303 条的规定，第三人提起撤销之诉后，未中止生效判决、裁定、调解书执行的，执行法院对第三人依照《民事诉讼法》第 227 条规定提出的执行异议，应予审查。第三人不服驳回执行异议裁定，申请对原判决、裁定、调解书再审的，人民法院不予受理。

案外人对人民法院驳回其执行异议裁定不服，认为原判决、裁定、调解书内容错误损害其合法权益的，应当根据《民事诉讼法》第 227 条规定申请再审，提起第三人撤销之诉的，人民法院不予受理。

2014 年·卷四·第 6 题

【题干】赵文、赵武、赵军系亲兄弟，其父赵祖斌于 2013 年 1 月去世，除了留有 1 个元代青花瓷盘外，没有其他遗产。该青花瓷盘在赵军手中，赵文、赵武要求将该瓷盘变卖，变卖款由兄弟三人平均分配。赵军不同意。2013 年 3 月，赵文、赵武到某省甲县法院（赵军居住地和该瓷盘所在地）起诉赵军，要求分割父亲赵祖斌的遗产。经甲县法院调解，赵文、赵武与赵军达成调解协议：赵祖斌留下的青花瓷盘归赵军所有，赵军分别向赵文、赵武支付人民币 20 万元。该款项分 2 期支付：2013 年 6 月各支付 5 万元、2013 年 9 月各支付 15 万元。

但至 2013 年 10 月，赵军未向赵文、赵武支付上述款项。赵文、赵武于 2013 年 10 月向甲县法院申请强制执行。经法院调查，赵军可供执行的款项有其在银行的存款 10 万元，可供执行的其他财产折价为 8 万元，另外赵军手中还有一把名家制作的紫砂壶，市场价值大约 5 万元。赵军声称其父亲留下的那个元代青花瓷盘被卖了，所得款项 50 万元做生意亏掉了。法院全力调查也未发现赵军还有其他的款项和财产。法院将赵军的上述款项冻结，扣押了赵军可供执行的财产和赵军手中的那把紫砂壶。

2013 年 11 月，赵文、赵武与赵军拟达成执行和解协议：2013 年 12 月 30 日之前，赵军将其在银行的存款 10 万元支付给赵文，将可供执行财产折价 8 万元与价值 5 万元的紫砂壶交付给赵武。赵军欠赵文、赵武的剩余债务予以免除。

此时，出现了以下情况：①赵军的朋友李有福向甲县法院报告，声称赵军手中的那把紫砂壶是自己借给赵军的，紫砂壶的所有权是自己的。②赵祖斌的朋友张益友向甲县法院声称，赵祖斌留下的那个元代青花瓷盘是他让赵祖斌保存的，所有权是自己的。自己是在一周之前（2013 年 11 月 1 日）才知道赵祖斌已经去世以及赵文、赵武与赵军进行诉讼的事。③赵军的同事钱进军向甲县法院声称，赵军欠其 5 万元。同时，钱进军还向法院出示了公证机构制作的债权文书执行证书，该债权文书所记载的钱进军对赵军享有的债权是 5 万元，债权到期日是 2013 年 9 月 30 日。

【问题】

1. 在不考虑李有福、张益友、钱进军提出的问题的情况下，如果赵文、赵武与赵军达成了执行和解协议，将产生什么法律后果？（考生可以就和解协议履行的情况作出假设）

2. 根据案情，李有福如果要对案中所提到的紫砂壶主张权利，在民事诉讼制度的框架下，其可以采取什么方式？采取相关方式时，应当符合什么条件？（考生可以就李有福采取的方式可能出现的后果作出假设）

3. 根据案情，张益友如果要对那个元代青花瓷盘所涉及的权益主张权利，在民事诉讼制度的框架下，其可以采取什么方式？采取该方式时，应当符合什么条件？

4. 根据案情，钱进军如果要对赵军主张 5 万元债权，在民事诉讼制度的框架下，其可以采取什么方式？为什么？

【标准答案】

1. 如果赵文、赵武与赵军达成了执行和解协议，将产生的法律后果是：（1）和解协议达成后，执行程序中止；（2）如果在执行和解履行期内赵军履行了和解协议，执行程序终结，调解书视为执行完毕；（3）如果在执行期届满后，赵军没有履行执行和解协议，赵文、赵武可以申请恢复执行，执行将以调解书作为根据，执行和解协议失效。也可以就和解协议向法院起诉。如果赵军履行了执行和解协议的一部分，执行时应当对该部分予以扣除。

2. 李有福如果要对案中所提到的紫砂壶主张权利，在赵文、赵武与赵军的案件已经进入了执行阶段的情况下，在民事诉讼制度的框架下，其可以采取的方式是：第一，提出对执行标的的异议。提出异议应当以书面的形式向甲县人民法院提出。第二，如果法院裁定驳回了李有福的执行标的的异议，李有福可以提出案外人异议之诉。提出案外人异议之诉应当符合的条件是：（1）起诉的时间应当在收到执行法院对执行标的的异议作出驳回裁定后 15 日内；（2）管辖法院为执行法院，即甲县人民法院；（3）李有福作为原告，赵文、赵武作为被告，如果赵军反对李有福的主张，赵军也作为共同被告。

3. 张益友如果要对那个元代青花瓷盘所涉及的权益主张权利，在赵文、赵武与赵军的案件已经进入了执行阶段的情况下，在民事诉讼制度的框架下，其可以提出第三人撤销之诉；张益友提出第三人撤销之诉应当符合的条件是：（1）张益友作为原告，赵文、赵武、赵军作为被告；（2）向作出调解书的法院即甲县人民法院提出诉讼；（3）应当在 2013 年 11 月 1 日之后的 6 个月内提出。

4. 钱进军如果要对其对赵军所享有的那 5 万元债权主张权利，在赵文、赵武与赵军的案件已经进入了执行阶段的情况下，在民事诉讼制度的框架下，其可以申请参与分配。

因为其条件符合申请参与分配的条件。按照《民事诉讼法》的规定，参与分配的条件包括：第一，被执行人的财产无法清偿所有债权，本案中赵军的财产不足以清偿其所有的债务。第二，被执行人为自然人或其他组织，而非法人，本案中赵军为自然人。第三，有多个申请人对同一被申请人享有债权，本案中有 3 个申请人对赵军享有债权。第四，申请人必须取得生效的执行根据，本案中钱进军有经过公证的债权文书作为执行根据。第五，参与分配的债权只限于金钱债权，本案中钱进军对赵军享有的就是金钱债权。第六，参与分配必须发生在执行程序开始后，被执行人的财产清偿完毕之前，本案情形与此相符。

2013 年·卷四·第 7 题

【题干】孙某与钱某合伙经营一家五金店，后因经营理念不合，孙某唆使赵龙、赵虎兄弟寻衅将钱某打伤，钱某花费医疗费 2 万元，营养费 3000 元，交通费 2000 元。钱某委托李律师向甲县法院起诉赵家兄弟，要求其赔偿经济损失 2.5 万元，精神损失 5000 元，并提供了医院诊断书、处方、出租车票、发票、目击者周某的书面证言等证据。甲县法院适用简易程序审理本案。二被告没有提供证据，庭审中承认将钱某打伤，但对赔偿金额提出异议。甲县法院最终支持了钱某的所有主张。

二被告不服，向乙市中院提起上诉，并向该法院承认，二人是受孙某唆使。钱某要求追加孙某为共同被告，赔偿损失，并要求退伙析产。乙市中院经过审查，认定孙某是必须参加诉讼的当事人，遂通知孙某参加调解。后各方达成调解协议，钱某放弃精神损害赔偿，孙某即时向钱某支付赔偿金 1.5 万元，赵家兄弟在 7 日内向钱某支付赔偿金 1 万元，孙某和钱某同意继续合伙经营。乙市中院制作调解书送达各方后结案。

【问题】

1. 请结合本案，简要概括钱某的起诉状或法院的一审判决书的结构和内容。（起诉状或一审判决书择一作答；二者均答时，评判排列在先者）

2. 如果乙市中院调解无效，应当如何处理？

3. 如果甲县法院重审本案，应当在程序上注意哪些特殊事项？

4. 近年来，随着社会转型的深入，社会管理领域面临许多挑战，通过人民调解、行政调解、司法调解和民事诉讼等多种渠道化解社会矛盾纠纷成为社会治理的必然选择；同时，司法改革以满足人民群众的司法需求为根本出发点，让有理有据的人打得赢官司，让公平正义通过司法渠道得到彰显。请结合本案和社会发展情况，试述调解和审判在转型时期的关系。

答题要求：

（1）根据法律、司法解释规定及民事诉讼法理知识作答；

（2）观点明确，逻辑清晰，说理充分，文字通畅；

（3）请按提问顺序逐一作答，总字数不得少于 600 字。

【标准答案】

1. 起诉状的结构和内容：（1）民事起诉状；（2）申请起诉的法院；（3）原告和被告的基本情况，其中原告情况内容要求比被告详细；诉讼代理人的基本情况；（4）原告的诉讼请求：赔偿经济损失 2.5 万元，精神损失 5000 元；（5）支持原告诉讼请求的事实和理由；（6）本案的证据附录；（7）原告的签名及时间。

判决书的结构和内容：（1）民事判决书；（2）判决书的编号；（3）原被告基本信息，代理人基本信息；（4）原被告诉称、辩称的基本事实和证据依据；（5）法院对双方当事人提供证据的采纳及理由；审理查明的事实及理由；适用的法律及理由；（6）诉讼费用的负担，当事人上诉的权利、上诉法院、上诉期限、上诉状及副本数量；（7）审判组织成员签名、法院印章及日期。

2. 应当发回原审法院重审。原审法院遗漏了必须参加诉讼的当事人，为了维护当事人两审终审的审级利益，二审调解不成的，应当发回一审法院重审。

3. 重审本案，应当适用一审程序，但应当另行组成合议庭；原来是独任审理的，重审时应当采用合议制，原来参加审判组织的成员不能参加新的合议庭。应在 6 个月内审结。重审的判决，当事人不服的，可以上诉。发回重审案件审理后，当事人不服又上诉的，不得再次发回重审。

4. (1) 诉讼纠纷解决的多元化是纠纷类型化解决的需要，也能有效缓解社会转型期间大量涌现的纠纷和司法资源有限性之间的矛盾。不同纠纷解决方式有利于诉讼的分流解决，各自有其发挥作用的空间，要防止民事纠纷解决的唯诉讼论。

(2) 调解有利于纠纷主体矛盾的彻底解决，有利于纠纷主体关系的恢复。因此，对于当事人之间关系密切的案件，如本案中的合伙人之间的纠纷，适宜以调解方式解决，应尽量促使当事人调解解决。

(3) 调解分为法院调解和诉讼外调解，不仅要发挥诉讼外调解的作用，在诉讼中也要发挥法院的主观能动性，实行立案调解、审前调解等有效的调解方式。

(4) 应树立司法（诉讼）最终解决和最终保障的观念。不能一味强调调解，调解不成的，应当及时判决，以保护当事人的诉权。

三、2018 年主观题重点考点

考点 1 陪审制度

人民陪审员和法官组成合议庭审判案件，由法官担任审判长，可以组成三人合议庭，也可以由法官三人与人民陪审员四人组成七人合议庭。

人民陪审员参加三人合议庭审判案件，对事实认定、法律适用，独立发表意见，行使表决权。

人民陪审员参加七人合议庭审判案件，对事实认定，独立发表意见，并与法官共同表决；对法律适用，可以发表意见，但不参加表决。

合议庭评议案件，实行少数服从多数的原则。人民陪审员同合议庭其他组成人员意见分歧的，应当将其意见写入笔录。合议庭组成人员意见有重大分歧的，人民陪审员或者法官可以要求合议庭将案件提请院长决定是否提交审判委员会讨论决定。

4. 人民法院审理民事、行政公益诉讼的一审案件，由人民陪审员和法官组成七人合议庭进行。

考点 2 调解

1. 调解过程不公开，但当事人同意公开的除外。

调解协议的内容不公开，但涉及到国家利益、社会公共利益、他人合法权益的除外。

2. 当事人申请司法确认调解协议，有下列情形之一的，人民法院裁定不予受理：

(一) 不属于人民法院受理范围的；

(二) 不属于收到申请的人民法院管辖的；

(三) 申请确认婚姻关系、亲子关系、收养关系等身份关系无效、有效或者解除的；

(四) 涉及适用其他特别程序、公示催告程序、破产程序审理的；

(五) 调解协议内容涉及物权、知识产权确权的。