

2013_年

国家司法考试应试指导

三大诉讼法比较19讲

舒 扬/主编



新民事诉讼法·新刑事诉讼法
六机关规定·刑诉法解释·检察院规则

三大诉讼法均为司法考试主打科目
诉讼制度不同
细节决定成败，轻松掌握
各自奥妙，从容应对司考挑战
本书将为你拨开迷雾、指点迷津助上一臂之力

- 连续**6**年三大诉讼法分值超过**150**分，2012年**174**分
- 新法必考，**2013**年三大诉讼法的分值比重会继续上升



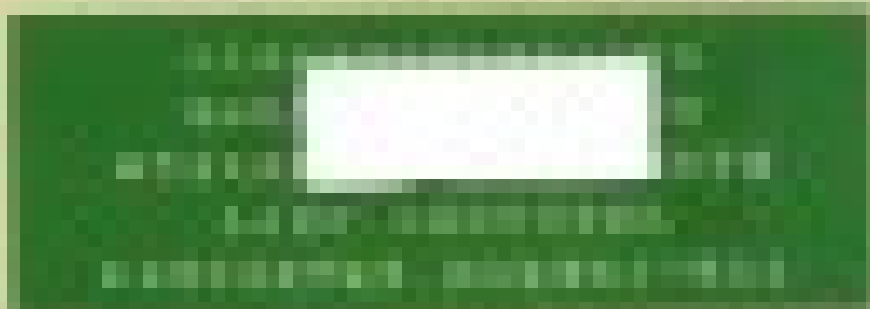
2013

國際司法考試權威指導

三大訴訟法比較19講

王 明 著

新修憲法保障、新修憲法保障
新修憲法保障、新修憲法保障、新修憲法保障



■ 新修憲法保障、新修憲法保障、新修憲法保障
■ 新修憲法保障、新修憲法保障、新修憲法保障



2013 年国家司法考试应试指导

三大诉讼法比较 19 讲

舒 扬 主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

三大诉讼法比较 19 讲 / 舒扬主编. —北京: 法律出版社, 2013. 1

(2013 年国家司法考试应试指导)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4537 - 5

I. ①三… II. ①舒… III. ①诉讼法—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 017744 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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/18.5 字数/500 千

版本/2013 年 2 月第 1 版

印次/2013 年 2 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 - 4537 - 5

定价: 40.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

一、三大诉讼法特点及比较的重要性

众所周知,三大诉讼法的知识错综复杂,在司法考试中分值所占比例已经超过 1/4,可谓举足轻重。相对于其他司法考试的学科而言,三大诉讼法由于分值大,记忆性的知识点多,法条原理相对简明易懂,因此无疑是获得高分的基本学科领域,历来也可以称得上夺取司考胜利的根本阵地。

可以说,要想打好司考这场艰苦的战役,学好诉讼法则是一项必须完成的任务,容不得任何犹豫。更重要的是,2012 年刑事诉讼法与民事诉讼法先后迎来重大修改,幅度之大令人瞠目。而“两高”司法解释以及《六机关规定》的相继出台,其庞大复杂的条款规定,则令复习难度更是骤然增加。从某种意义上来说,最高法院与最高检察院的司法解释,其复习难度要超过对于刑事诉讼法复习本身,要复习好真可谓一场不折不扣的硬仗。

一般来说,这些修改的知识点无疑会成为考试的重点之所在,因为新法必考是一个基本的规律性现象。2012 年的考试已经有力证明了这一点。因此,要想夺取 2013 年的司考胜利,诉讼法学是一个最关键的战场,拿下诉讼法是一场最关键的战役,请大家时刻牢记战略方向!

值得注意的是,三大诉讼法的复习是一门技术活儿,需要讲究方法和策略。其本身的体例结构大致相似,具有很多共同的制度、原则、程序构造和程序原理,可以说,在司法考试中,没有其他的法律比之更容易混淆的了。如果仅仅分别进行单个诉讼部门法的复习,十分容易出现“各看各明了、做题糊涂了”的状况,事倍功半。反之,如果将三大诉讼法进行比较复习,不仅可以对其共同的基本概念、基本原则以及相关法律制度有基本与清晰的认识和识别,还可以从多层面、多角度加强对分属不同诉讼法体系内各知识点的融会贯通,将散见于许多法律制度的法律规范根据不同的考点分布状况进行比较,从而准确抓住各考点的题眼以及关键区别,同时进行综合分析,掌握诉讼法系统的知识结构,培养对不同诉讼法的感觉,更能够做到举一反三,事半功倍,准确无误地解题,提高学习深度和综合能力。

在命题规律方面,总体上来看,三大诉讼法具有以下特点:

(1) 考点、重点、难点相当集中,几乎只考特质,固定组合重复率很高,不仅表现为同一或基本相识的知识点多年多次出现,还表现在每次对重点法条群的轮回考查;

(2)三大诉讼法的分值重且稳中有升,三大诉讼法的考查已经进入“精耕细作”阶段,陷阱较多,题目往往看似简单,实际上,准确率、得分往往并不如自我估计的高;

(3)对三大诉讼法的考查,立足法条,侧重于多角度、多考点的综合考查;

(4)对于三大诉讼法的考查紧跟立法新动向,生点冷点的出现也有规律,考点分布在有意识地反规律,对本年立法热点、前几年的立法热点和立法亮点往往会平均地进行考查;

(5)三大诉讼法的命题与实务联系密切,有一定的指导警示目的,命题者有意识地在强调一些现实难题或关注现实中更有实用价值的东西;

(6)另外,由于司法考试各科对于理论知识越来越重视,三大诉讼法的这一特点也显得相当突出。举例来说,从最近两三年的司法考试来看,民事诉讼与刑事诉讼对理论部分的考查不仅幅度加大,而且难度加深。2012年的考试尤为明显,总体上来说在基本理论部分给予了相当大的关注。在给考试带来了难度的同时,这一现象也提醒考生朋友在复习时要注意把握基本的法学理念,加强基本理论的学习。

二、本书的编写体例及特点

本书将三大诉讼法可以加以比较的部分进行逐一比较,共有十九讲,前十五讲是对三大诉讼法各知识板块的比较,后四讲是对三大诉讼法的关联部分和各自独特的内容进行考点介绍和局部比较,以求考生能借助本书对三大诉讼法的考点内容全面、完整、宏观地掌握,同时加强对三大诉讼法具体知识点的理解与记忆。

本书章节下可分为概述、基本比较点、相关重点条文(相关法条)三个部分。

概述部分对各诉讼法在该部分的考点进行了综述,对重点考点进行了提示,避免考生对不同诉讼法同一比较点平均用力。因为司法考试在不同的诉讼法命题上会有不同的侧重,民事诉讼法重点反复考查的考点,可能在其他诉讼法的部分,只是一般考点。

基本比较点是各章节的关键部分,以图表的形式,直观、分层地对三大诉讼法或者是两种诉讼法共有的制度,甚至仅仅是对某个诉讼法中的某一考点自身的拆析比较和要点进行归纳、总结,提高考生知识综合化、体系化的能力,使考生能够精耕细作地复习,防止出现粗放经营的走马观花、似是而非的情形。特别指出,比较点深入细化到具体命题,列出了应当进行比较、已经或者容易考查的小考点,使考生对考点的数量、同一比较点下相同和不同的知识点的数目一望而知,克服了以往同类辅导用书编写比较粗糙、内容支离破碎、没有重点比较和命题提示、为比较而比较,从而和命题的方向脱节的缺陷。同时,针对本节前几版内容稍显烦琐之问题,本版对一些不重要的,基本不可能考的知识点,作了一定的删减,以减轻考生的负担。

相关重点条文(相关法条)对前述基本比较点涉及的重点法条原文进行了列举,剔除了已经失效的法条,加入了最新法条,力求详细,但又避免面面俱到,对基本不大可能考查的法条不收录,对考试重点特别是难点、疑点所涉及的法条进行详细列举。

三、本书学习方法提要

1.对本书的每一部分进行细读,根据编者提示,在比较中牢牢掌握考点、题眼。“纺锤状”的试题难度结构,使司法考试原有的三个命题层面更加分明,使高、中、低难度试题的比例更加

稳定。无论是基础记忆型试题、理解运用型试题,还是综合运用型试题,都需要考生有相对完善的知识背景和整体观念,能够对区别点和共同点熟悉和准确记忆,才能迅速地找到题眼,根据关键词识别考点,再通过记忆的知识和逻辑判断进行解题。所以,考生要充分利用本书的图表进行凹凸记忆,培养直觉、迅速判断;以点带面,多角度、多层次地把握考点,以不变应万变。

2. 根据概要进行记忆取舍,对同一比较点要避免不分轻重、不分部门、不按提示照单全收,以防导致记忆负荷过大而记忆不清。通过有效的比较,删除无须记忆、仅作参考的部分,对重点进行反复研磨,掌握相关法条及知识点间的联系和区别,通过纵横联系达到更深入的理解,提高复习效率,缩短复习时间。

3. 认真阅读概述部分。本书在概述部分对一些重点作了相应提示,是对章节内容的导向性介绍,以备考生重点掌握。

2011年,本书进行了一次较大修改,2012年的修订在前次修订的基础上,予以了相当程度的完善。2013年的修改,则实现了大幅度知识更新,这也是对于法律修改的必然回应。

2012年刑事诉讼法与民事诉讼法相继进行大幅修改,成为重大法治事件。更为值得一提的是,不久,最高法院、最高检察院相继出台了新的刑诉司法解释,六机关又出台新的刑诉规定,从而令刑诉相关法律条款显得纷繁复杂。无论是《刑事诉讼法》,还是“两高”的司法解释以及《六机关规定》,其条文数量繁多复杂,对于司法考试复习来说堪称一个重大的挑战,本书的修订也将尽力满足考生对于新法复习的需求。

本次修订主要体现在以下三个方面:

(1)进一步精简了冗余内容,删减司法考试较少涉及的项目,使内容设计更具针对性,大力减轻考生负担;

(2)解读刑事诉讼法修正案与民事诉讼法修正案,以及新的法律解释,点拨考点,明确原理,便于识记;

(3)另外,为了更贴近考试实践,本书还对一些知识点精心编制了相应的例题,以期加强读者朋友对知识点的掌握与识记。

与此同时,还要真诚感谢广大读者朋友在使用本书的过程中给予的宝贵意见与建议!可以说,本书能够一路走来,与读者朋友的支持与爱护是密不可分的!谢谢你们!

尽管任何书籍的功能都是有限的,但讲究策略与方法从来都是重要以致不可或缺的。希望本书能给您的复习带来便利,为三大诉讼法的学习助上一臂之力!

三大诉讼法的程序真谛:在程序中用心体验、完善,达到幸福的终点。

本书编写组
2013年1月

目 录

第一讲 民事诉讼、行政诉讼与 刑事诉讼的关系	1	第二节 送达	110
第二讲 三大诉讼的基本原则和制度	4	第八讲 三大诉讼中的强制措施	114
第一节 合议制度	4	第一节 排除诉讼妨碍的强制措施	114
第二节 回避制度	5	第二节 刑事诉讼中的强制措施	117
第三节 公开审判	10	第九讲 三大诉讼的第一审程序	134
第四节 两审终审原则	11	第一节 民事诉讼与行政诉讼的起诉与 受理	134
第五节 三大诉讼法的基本原则	12	第二节 刑事诉讼的立案	138
第三讲 三大诉讼的受案范围	15	第三节 侦查	141
第四讲 三大诉讼法的管辖	21	第四节 审查起诉	150
第五讲 三大诉讼法中的诉讼参加人	36	第五节 三大诉讼中的一审普通程序	155
第一节 民事诉讼的原告、被告、共同诉讼 和诉讼代表人	36	第六节 民事诉讼与刑事诉讼中的简易 程序	159
第二节 行政诉讼的原告和被告	43	第十讲 三大诉讼的第二审程序	165
第三节 刑事诉讼当事人	47	第十一讲 三大诉讼的审判监督程序 ...	179
第四节 民事诉讼和行政诉讼中的第三人	47	第十二讲 三大诉讼所共有的特殊制度	190
第五节 三大诉讼的诉讼代理人	51	第一节 延期审理、诉讼中止、诉讼终结、 延长审限	190
第六节 刑事诉讼中的辩护人	54	第二节 撤诉、缺席判决	194
第六讲 三大诉讼法中的证据	64	第三节 先予执行与财产保全	201
第一节 证据的概述、种类与分类	64	第十三讲 三大诉讼案件的裁判	206
第二节 证明	66	第一节 判决	206
第三节 提供证据、调查取证、证据保全	80	第二节 裁定	213
第四节 质证、认证	87	第十四讲 三大诉讼的执行	216
第七讲 三大诉讼法中的期间与送达 ...	104	第一节 执行概述	216
第一节 期间	104		

第二节	民事诉讼中执行的具体问题	218	第三节	行政诉讼的法律适用	253
第三节	行政诉讼中非诉行政案件的 执行	224	第四节	行政赔偿的概念	254
第四节	刑事诉讼执行	225	第五节	行政赔偿范围	255
第十五讲	涉外诉讼	231	第六节	行政赔偿请求人和赔偿义务机关	255
第一节	涉外诉讼	231	第七节	行政赔偿程序	257
第二节	司法协助	236	第八节	行政赔偿的方式和计算标准	258
第十六讲	关联诉讼处理	238	第十九讲	刑事诉讼中的特别制度	263
第十七讲	民事诉讼法及仲裁法 的特殊制度	243	第一节	刑事自诉	263
第一节	民事诉讼基本理论	243	第二节	单位犯罪诉讼程序	265
第二节	特别程序、督促程序、公示催告 程序	244	第三节	核准程序	266
第三节	调解程序	246	第四节	未成年人刑事案件诉讼程序	271
第十八讲	行政诉讼法的特殊制度	251	第五节	当事人和解的公诉案件诉讼程序	275
第一节	行政诉讼中起诉不停止执行 原则	251	第六节	犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡 案件违法所得的没收程序	277
第二节	被告在一审期间改变被诉具体 行政行为的处理	251	第七节	依法不负刑事责任的精神病人 的强制医疗程序	280

第一讲 民事诉讼、行政诉讼与刑事诉讼的关系

一、考情分析与命题规律

民事诉讼、行政诉讼与刑事诉讼一起,构成了我国的三大诉讼制度。三者既有共同之处,又存在不少明显的区别,不容混淆。

除了在回避、公开审判等方面的不同容易被混淆因而需要注意识别外,民事诉讼和刑事诉讼在参与主体、基本原则以及程序运作方面的以下诸多差异,也应当准确把握:

(1)在诉讼活动的参与机关上,刑事诉讼中除了法院之外还有公安机关、人民检察院;

(2)在诉讼制度上,刑事诉讼有其他诉讼没有的强制措施、侦查、死刑复核等;

(3)在证明责任的分配、证明标准的要求方面三大诉讼差异较大;

(4)在基本原则,刑事诉讼有无罪推定原则,三机关互相监督、互相配合、相互制约原则;

(5)在程序运作上,刑事诉讼的期限由于牵涉利益的重大,对效率的要求较高,因而相对较短;

(6)至于其他方面,则将会在本书的具体论述部分展开。

必须强调的是,由于自诉案件本质上具有民事诉讼的特性,故其适用的程序与民事诉讼较为接近,而附带民事诉讼的本质就是民事诉讼,因而除了适用刑事诉讼法以外,还需要适用民事诉讼法的相关规定。

民事诉讼法和仲裁法都是民事程序法,司法考试对二者的考查是相辅相成的,对仲裁法的考查很大程度上依赖于对民事诉讼法的考查。

重点集中在三个方面:

一是在程序的起点上,对仲裁和诉讼的主管的判断(包含对仲裁协议效力的识别和应对措施);

二是在程序的发展中,仲裁相对于诉讼的不同程序规则;

三是法院对仲裁的支持和监督,主要体现在保全和对生效仲裁裁决的不予执行和撤销上。

因此,建议考生在复习时一定要将前述内容牢牢把握。此外,仲裁法考点的重复率较高。对仲裁法的复习一定要结合诉讼法进行。

司法考试中,与民事诉讼、刑事诉讼相比,行政诉讼所占的比重虽然较小,但不少知识点却是难点。此外,由于与民事、刑事诉讼相比,考生对行政诉讼往往比较陌生,而行政诉讼又存在不少个性化知识点,如受案范围、证据制度、判决类型与方式以及与行政复议的关系等,均相当特殊,因而容易成为考查对象。例如 2011 年对行政诉讼受案范围以及对判决类型与方式的考查,2012 年在卷四的案例部分,对受案范围更是集中予以了考查,均具有较高难度。

三大诉讼法历年试题分值分布:

年份	民事诉讼法	行政诉讼法	刑事诉讼法	总计
2012	66	25	83	174
2011	64	24	70	158
2010	66	31	73	170
2009	66	33	73	172
2008	69	32	72	173
2007	61	21	72	154
2006	72	15	54	141
2005	69	28	75	172
2004	90	16	62	168
2003	25	19	46	90
2002	38	15	45	98

从本表中可以解读出以下两点,供考生参考:

(1)除了司法考试刚开考的早先两年,以及2006年属于例外,其他年份的三大诉讼法分值都达到了至少150分以上,而更多集中在170分以上,在整个司法考试中所占比例相当惊人;

(2)新法必考,且考查越发集中。2012年刑事诉讼法之所以分值渐增,跟新法颁布有关。而2012年后期又颁布了新的民事诉讼法以及刑事诉讼法的“两高”司法解释,可以想见,如果不出意外,2013年的民诉与刑诉分值将同样会格外引人注目。

二、基本比较点

概念和特征:

1. 民事诉讼是指法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下,以审理、判决、执行等方式解决民事纠纷的活动,以及由这些活动产生的各种诉讼关系的总和。

2. 仲裁是由双方当事人选定的仲裁机构对纠纷进行审理并作出裁决。仲裁裁决对双方当事人有法律上的拘束力。

3. 行政诉讼是指法院应公民、法人或其他组织的请求,通过法定程序审查具体行政行为的合法性,从而解决特定范围内行政争议的活动。

4. 刑事诉讼则是指公检法机关在当事人及其他诉讼参与人的参加下,依照法律规定的程序,解决被追诉人刑事责任问题的活动。

注意:由于三大诉讼均有不少相同或者相似的制度,因此共同性特征较为明显。一般来说,司法考试对于三大诉讼的考查,往往更偏重于对不同诉讼各自特殊制度的考查。因此,考生在复习时,对于各自的特殊制度应格外注意。

三、相关重点条文

《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《行政诉讼法解释》)

第五十五条 人民法院审理行政案件不得加重对原告的处罚,但利害关系人同为原告的除外。

人民法院审理行政案件不得对行政机关未予处罚的人直接给予行政处罚。

【解读】不加重对原告的处罚,是为了保护当事人的诉权,防止原告由于担心受到更重处罚而放弃起诉,从而导致其诉权受到实质损害。

由于行政处罚权属于行政权的范畴,乃行政机关行使的权力,人民法院并非行政机关,自然不

能对行政机关未予处罚的人直接处罚,以免司法权侵犯行政权的领地。

第五十六条 有下列情形之一的,人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求:

(一)起诉被告不作为理由不能成立的;

(二)被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的;

(三)被诉具体行政行为合法,但因法律、政策变化需要变更或者废止的;

(四)其他应当判决驳回诉讼请求的情形。

【解读】一般来说,如果认为被告行政机关的行为合法,人民法院应当判决维持。然而,一旦难以判决维持或者判决维持后会出现更加不合理的结果,驳回诉讼请求就会成为最佳选择。本条的规定也正是难以寻求维持判决后作出的最佳选择。

第五十七条 人民法院认为被诉具体行政行为合法,但不适宜判决维持或者驳回诉讼请求的,可以作出确认其合法或者有效的判决。

有下列情形之一的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决:

(一)被告不履行法定职责,但判决责令其履行法定职责已无实际意义的;

(二)被诉具体行政行为违法,但不具有可撤销内容的;

(三)被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。

第五十八条 被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施;造成损害的,依法判决承担赔偿责任。

【解读】第57、58条均为法院不适宜作出维持判决或者驳回诉讼请求判决以及撤销判决的情形下作出的妥协选择。确认(违法或者无效)判决是一种更灵活也更具实践理性的判决类型,解决了维持或者撤销判决所无法妥善应对的情形。由于这种判决方式很科学精致因而常成为重要考点,2011年第82题就是例证。尽管第82题的C选项本身并不严谨而值得商榷,但并不影响这一知识点本身的重要性。

第五十九条 根据行政诉讼法第五十四条第(二)项规定判决撤销违法的被诉具体行政行为,将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造

成损失的,人民法院在判决撤销的同时,可以分别采取以下方式处理:

- (一)判决被告重新作出具体行政行为;
- (二)责令被诉行政机关采取相应的补救措施;
- (三)向被告和有关机关提出司法建议;
- (四)发现违法犯罪行为的,建议有权机关依法处理。

第六十条 人民法院判决被告重新作出具体行政行为,如不及时重新作出具体行政行为,将会给国家利益、公共利益或者当事人利益造成损失

的,可以限定重新作出具体行政行为的期限。

人民法院判决被告履行法定职责,应当指定履行的期限,因情况特殊难于确定期限的除外。

第六十一条 被告对平等主体之间民事争议所作的裁决违法,民事争议当事人要求人民法院一并解决相关民事争议的,人民法院可以一并审理。

【解读】从现有的法律条文规定来看,行政附带民事诉讼仅限于民事争议当事人针对被告对平等主体之间民事争议所作的裁决不服这一情形。

第二讲 三大诉讼的基本原则和制度

合议、回避、公开审判和两审终审制度存在于三大诉讼之中,是三大诉讼法的基本制度。

第一节 合议制度

一、考情分析与命题规律

民事诉讼及仲裁中,司法考试着重考查的是后者的组成方式和议事规则。民事诉讼的合议制出现的特殊场合包括选民资格案件、重大疑难的特别程序案件,仲裁裁决的撤销和不予执行也要准确把握。行政案件技术性、知识性较强,而且当事人一方为行政机关,独任审判难以胜任,故采用合议制有利于行政案件的公正解决。

刑事诉讼中,除特定情形下适用简易程序的以外,其他案件一律由合议庭处理。须掌握的是不同合议庭的组成人数及合议庭与审判委员会的关系。值得注意的是,本次刑事诉讼法修改,将简易程序的合议制与独任制审判正式予以了区分。读者需要掌握合议制与独任制的不同适用情形,并准确予以区分。

二、基本比较点

(一)关于人数

民事诉讼与行政诉讼合议庭只要求3人以上的单数,仲裁庭则由3人组成,只有刑事诉讼较为特别,详细规定了合议庭的人数构成。

1. 对于第一审案件,基层人民法院、中级人民法院审判时应由3人组成合议庭,高级人民法院、最高人民法院审判时应由3人至7人组成合议庭,合议庭人数为单数;

2. 对于第二审案件,合议庭应由3人或5人组成;

3. 死刑复核应当由审判员3人组成合议庭。

(二)关于独任制的适用

1. 民事诉讼。

(1)适用简易程序的简单民事案件;

(2)选民资格、重大疑难以外的特别程序案件;

(3)支付令的审查;

(4)公示催告程序。

2. 刑事诉讼。

适用简易程序审理刑事案件,对可能判处三

年有期徒刑以下刑罚的,可以组成合议庭进行审判,也可以由审判员一人独任审判;而对于可能判处的有期徒刑超过三年的,则应当组成合议庭进行审判。

另外,即使适用简易程序审理公诉案件,人民检察院也应当一律派员出席法庭。

注意:(1)由此可见,简易程序中的独任制适用范围非常狭窄,而且即使是“对可能判处三年有期徒刑以下刑罚的”情形,也是“可以”而非“应当”适用独任制。

(2)适用简易程序审理公诉案件,新法已经作了修改,人民检察院应当一律派员出席法庭支持公诉。

由此可见,这一系列修改的基本目的则在于尽可能更好地保护被告人的诉权。

3. 行政诉讼不适用独任制

4. 仲裁庭的人数由当事人约定

三、相关重点条文

民事诉讼

《民事诉讼法》

第四十条 人民法院审理第二审民事案件,由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数,必须是单数。

发回重审的案件,原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭。

审理再审案件,原来是第一审的,按照第一审程序另行组成合议庭;原来是第二审的或者是上级人民法院提审的,按照第二审程序另行组成合议庭。

第一百七十八条 依照本审程序审理的案件,实行一审终审。选民资格案件或者重大、疑难的案件,由审判员组成合议庭审理;其他案件由审判员一人独任审理。

第二百零七条第二款 人民法院审理再审案件,应当另行组成合议庭。

《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《民诉法意见》)

第二百三十四条 适用公示催告程序审理案件,可由审判员一人独任审理;判决宣告票据无效的,应当组成合议庭审理。

仲裁

《仲裁法》

第三十一条 当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的,应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员,第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员是首席仲裁员。

当事人约定由一名仲裁员成立仲裁庭的,应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。

行政诉讼

《行政诉讼法》

第六条 人民法院审理行政案件,依法实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。

第四十六条 人民法院审理行政案件,由审判员组成合议庭,或者由审判员、陪审员组成合议庭。合议庭的成员,应当是三人以上的单数。

刑事诉讼

《刑事诉讼法》

第一百七十八条 基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件,应当由审判员三人或者由审判员和人民陪审员共三人组成合议庭进行,但是基层人民法院适用简易程序的案件可以由审判员一人独任审判。

高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件,应当由审判员三人至七人或者由审判员和人民陪审员共三人至七人组成合议庭进行。

人民陪审员在人民法院执行职务,同审判员有同等的权利。

人民法院审判上诉和抗诉案件,由审判员三人至五人组成合议庭进行。

合议庭的成员人数应当是单数。

合议庭由院长或者庭长指定审判员一人担任审判长。院长或者庭长参加审判案件的时候,自己担任审判长。

第二百一十条 适用简易程序审理案件,对可能判处三年有期徒刑以下刑罚的,可以组成合议庭进行审判,也可以由审判员一人独任审判;对可能判处的有期徒刑超过三年的,应当组成合议庭进行审判。

适用简易程序审理公诉案件,人民检察院应

当派员出席法庭。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉法解释》)

第二百九十条 具有下列情形之一的,不适用简易程序:

(一)被告人是盲、聋、哑人;

(二)被告人是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人;

(三)有重大社会影响的;

(四)共同犯罪案件中部分被告人不认罪或者对适用简易程序有异议的;

(五)辩护人作无罪辩护的;

(六)被告人认罪但经审查认为可能不构成犯罪的;

(七)不宜适用简易程序审理的其他情形。

【解读】《刑诉法解释》在刑诉法基础上增加了第(5)种“辩护人作无罪辩护的”以及第(6)种“被告人认罪但经审查认为可能不构成犯罪的”两种情形。

第二节 回避制度

一、概述

为了防止当事人滥用回避申请权拖延诉讼,影响案件的及时审理,《行政诉讼法解释》规定了当事人申请回避的时限、形式,回避的法律后果以及作出回避决定的期限和形式等问题。行政诉讼中的回避在司法考试中考核不多。

民事诉讼法和仲裁法对回避制度的考查主要集中在,仲裁程序经过仲裁员回避这一环节后能否回复程序,以及启动和决定回复程序的主体。同时,关于回避制度,法官法、律师法也有规定,复习时应当注意。

刑事诉讼中的回避内容最为丰富,也是三大诉讼法考查最多的。主要集中在回避的申请主体、法定事由、决定主体、决定程序以及回避的法律效果等方面。需要注意的是,新刑事诉讼法对于申请回避的主体范围作了扩大,辩护人、诉讼代理人也被纳入申请主体范围。因此,尤其需要注意其在回避的申请主体、决定主体与民事、行政诉讼中的不同之处。

二、基本比较点

	民事诉讼	仲裁	行政诉讼	刑事诉讼主体
主体范围	(1)审判人员、各级人民法院院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员、助理审判员； (2)人民陪审员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人； (3)接受当事人、诉讼代理人请客送礼,或者违反规定会见当事人、诉讼代理人的审判人员； (4)在执行过程中的执行人员	仲裁员	审判人员、书记员、勘验人、翻译人、鉴定人等	审判人员、检察人员、侦查人员、书记员、翻译人、鉴定人
申请权人	当事人、审判人员、其他人员	当事人		当事人及其法定代理人、辩护人、诉讼代理人
回避的决定	(1) 在申请提出的 3 日内,法院以口头或者书面形式作出决定。 (2) 回避的决定权: ①院长担任审判长时的回避,由审判委员会决定; ②审判人员(含陪审员)的回避,由院长决定; ③其他人员(书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人)的回避,由审判长决定。 (3) 回避决定的复议: ①可以向本院申请复议 1 次; ②人民法院对复议申请,应当在 3 日内作出复议决定,并通知复议申请人; ③复议期间,被申请回避的人员,不停止参与本案的工作	(1) 仲裁员是否回避,由仲裁委员会主任决定; (2) 仲裁委员会主任担任仲裁员时,由仲裁委员会集体决定	(1) 院长担任审判长时的回避,由审判委员会决定; (2) 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) 当事人对决定不服的,可以申请复议,复议期间,被申请回避的人员,不停止参与本案的工作; (4) 人民法院应当在 3 日内作出复议决定,并通知复议申请人 注:行政诉讼中的回避问题一律比照民事诉讼法的有关规定进行	(1) 审判人员、检察人员、侦查人员的回避,应当分别由院长、检察长、公安机关负责人决定;院长的回避,由本院审判委员会决定;检察长和公安机关负责人的回避,由同级人民检察院检察委员会决定; (2) 书记员、翻译人员和鉴定人员的回避,由人民法院院长决定。<u>出庭的检察书记员回避仍由检察长或检委会决定</u> 注:一般而言,效力决定的基本原则是:谁决定回避,谁就决定其效力。这一点同样适用于公安、检察院等机关的回避问题

	民事诉讼	仲裁	行政诉讼	刑事诉讼主体
回避效力或法律后果	(1)被申请回避的人员在法院作出是否回避的决定前,应当暂停参与本案工作。 (2)复议期间,被申请回避的人员,不停止参与本案的工作	(1)重新选定或者指定仲裁员。(因其他原因,如死亡、生病等也应当依照规定延期审理或者重新选定或者指定仲裁员)。 (2)重新选定或者指定仲裁员后,当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行,是否准许,由仲裁庭决定。 (3)仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序是否重新进行		(1)侦查人员在回避决定作出前不停止侦查; (2)被决定回避的侦查人员取得的证据和作出的诉讼行为是否有效由检察委员会或检察长决定
复议	向本级法院申请复议		比照民事诉讼法的规定	(1)被驳回回避申请的当事人及其法定代理人,可以当庭申请复议; (2)被决定回避的人员,可以在恢复庭审前申请复议; (3)不属于刑事诉讼法规定的事由,当庭驳回,不得复议; (4)检察院的复议:收到驳回决定起5日内向原决定机关申请复议,3日内作出复议决定并书面通知申请人
违反回避制度的后果	可能导致二审发回重审或再审 (注意:因为违反回避制度的行为属于重大的程序违法,会直接导致审判无效)	仲裁员除名。适用情形: (1)私自会见当事人、代理人,或者接受当事人、代理人的请客送礼,情节严重的; (2)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿,徇私舞弊,枉法裁决行为的		撤销原判,发回重审

注意:三大诉讼法回避制度适用的人员范围及其决定回避的机关的差异。这种差异比较细微,容易成为考查的对象。另外,这三者差别的原因在于诉讼涉及的权益性质不同。刑事诉讼由于涉及人身重大权益,因此决定回避的机构级别较高,以体现程序的慎重。值得注意的是,为了更好地保护当事人的诉讼权利,修正案扩大了申请主体的范围,辩护人、诉讼代理人也可以依法申请回避。而在《刑诉法解释》中,则对回避情形也作了扩大规定。

三、相关重点条文

民事诉讼

《民事诉讼法》

第四十四条 审判人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避：

（一）是本案当事人或者当事人、诉讼代理人近亲属的；

（二）与本案有利害关系的；

（三）与本案当事人、诉讼代理人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。

审判人员接受当事人、诉讼代理人请客送礼，或者违反规定会见当事人、诉讼代理人的，当事人有权要求他们回避。

审判人员有前款规定的行为的，应当依法追究法律责任。

前三款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

【解读】与旧民诉法相比较而言，新法增加了“请客送礼”与“违规会见”的回避申请情形。在这一点上，民诉法与刑诉法终于实现了立法的并轨。

第四十五条 当事人提出回避申请，应当说明理由，在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。

被申请回避的人员在人民法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作，但案件需要采取紧急措施的除外。

第四十六条 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。

【解读】与民事诉讼不同的是，刑事审判中除院长以外的审判人员以及其他人员的回避，均由人民法院院长决定回避，而不是由审判长决定回避。这是因为刑事诉讼要涉及罪与刑，利益关系比起民事诉讼要更为重大。决定回避的主体级别高，体现了程序的慎重。

第四十七条 人民法院对当事人提出的回避申请，应当在申请提出的三日内，以口头或者书面形式作出决定。申请人对决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次。复议期间，被申请回避的人员，不停止参与本案的工作。人民法院对复议申请，应当在三日内作出复议决定，并通知复议

申请人。

仲裁

《仲裁法》

第三十五条 当事人提出回避申请，应当说明理由，在首次开庭前提出。回避事由在首次开庭后知道的，可以在最后一次开庭终结前提出。

第三十六条 仲裁员是否回避，由仲裁委员会主任决定；仲裁委员会主任担任仲裁员时，由仲裁委员会集体决定。

第三十七条 仲裁员因回避或者其他原因不能履行职责的，应当依照本法规定重新选定或者指定仲裁员。

因回避而重新选定或者指定仲裁员后，当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行，是否准许，由仲裁庭决定；仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序是否重新进行。

行政诉讼

《行政诉讼法》

第四十七条第四款 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。当事人对决定不服的，可以申请复议。

《行政诉讼法解释》

第四十七条 当事人申请回避，应当说明理由，在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，应当在法庭辩论终结前提出。

被申请回避的人员，在人民法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作，但案件需要采取紧急措施的除外。

对当事人提出的回避申请，人民法院应当在3日内以口头或者书面形式作出决定。

申请人对驳回回避申请决定不服的，可以向作出决定的人民法院申请复议一次。复议期间，被申请回避的人员不停止参与本案的工作。对申请人的复议申请，人民法院应当在3日内作出复议决定，并通知复议申请人。

刑事诉讼

《刑事诉讼法》

第二十八条 审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：

（一）是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；

（二）本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；