

法律版

FALUBAN

司法考试案例突破教程

SIFA KAOSHI ANLI TUPO JIAOCHENG

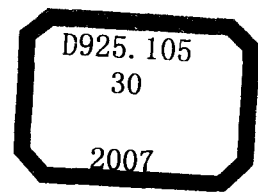
民事诉讼法与仲裁制度

【修订版】

法律考试中心 / 组编

陈杭平 刘哲玮 / 著





司法考试案例突破教程

民事诉讼法与仲裁制度

(修订版)

法律考试中心 组编

陈杭平·刘哲玮 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/陈杭平,刘哲玮著;法律考试
中心组编. —修订本. —北京:法律出版社,2007. 1
(司法考试案例突破教程)
ISBN 978-7-5036-7011-4

I. 民… II. ①陈…②刘…③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(2007)第 002547 号

©法律出版社·中国

责任编辑/马丽娟 陈 睿

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/787×1092 毫米 1/16

印张/15.25 字数/366 千

版本/2007 年 1 月第 1 版

印次/2007 年 1 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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7011-4

定价:28.00 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

民法、刑法和三大诉讼法在司考中占据绝对的主体地位,总分值达到了 50% 至 60%。如果能把握好这“五大巨头”,胜利将近在咫尺。这“五大巨头”在整个法律体系中位居基础与核心地位,因此试题难度不断攀升,成为司法考试的“爬坡区”。许多考生都有这样的感觉,复习多遍后,仍然不会做题,这主要是没有理解考点的关键内容。那么,如何突破司法考试的“爬坡区”呢?

其实,很多考生只是缺乏只言片语的点睛指导,正是那关键的点睛之语,可以让考生对考点豁然顿悟,突破自身的极限,帮助考生顺利通过“爬坡区”。

为此,我们特意组织了一批司法考试培训市场的后起之秀,他们活跃于北京各大司法考试培训学校,用他们所积累的培训经验,倾心打造本套丛书,以期对考生理解、记忆和应用法律有所裨益,帮助考生顺利通过司法考试。

(一)本书体例

1. [基础理论]:选择重要考点,总结基础理论,突出需要重点记忆的知识点。其中的“易错点提示”,为考生指出了本考点易混淆、出错的知识点,让考生如临课堂,豁然开朗。

2. [突破案例]:练习是通过司法考试的必要途径,尤其是案例练习,突破了简单记忆的局限,培养考生用法条和理论解决实际问题的应用能力。本栏目摘选典型案例,着重于与考点相关、易混淆知识点,例如对于本考点所涉及的基础理论的特殊和例外规定,司法考试中考生很难注意到的思维死角,以及通过横向对比等方式体现的容易出错、混淆的知识点等等,加强考生对于相关知识的深度理解 and 应用能力,训练考生的答题思路。

3. [突破要诀]:针对司法考试培训中多数考生遇到的瓶颈问题,本栏目从容易混淆和出错处、如何记忆、如何区分等方面进行简要归纳和总结,加深考生对于重点、难点和疑点的记忆与理解。

(二)备战司法考试的建议

1. 注重案例练习的作用。准备司法考试,或者说学习任何东西,要解决的就是三个问题:理解、记忆和应用。理解是前提,记忆是关键,而应用是目的。法律不是用来看的,也不是用来学的,而是用来用的。司法考试作为法律职业的资格考试,考查的主要对象并非是高深的法学理论,而是将法律规范运用到具体案例的能力。这在司法考试的试题中表现为:没有名词解释,没有简答,80% 的题目都是小案例。因此,编者认为,司法考试成败的关键在于考生是否能够将自己所理解和记忆的法律知识运用到具体的语境中。

案例练习能将法律规范与法律规范、法律规范与具体事实(具体语境)联系起来,在这种穿梭联系的过程中,既可以培养自己的法律逻辑思维,又可以将分散的法律知识整合为一个整体,最终解决法律知识的应用问题。因此,在单纯记忆性考题减少、小型案例题逐渐增多的司法考试中,考生应当明确案例练习的重要性,在记忆、理解法条和基础理论的同时,在案例中灵活应用所学知识,走出复习多遍后仍然不会做题的困境。

2. 慎用“题海战术”。一些考生走入误区,以为题海战术就能万事大吉,于是不惜代价,购买了

各种各样的参考书,期望通过全方位的练习,达到通过司法考试的目的,结果每本参考书都只能走马观花地翻阅,甚至不一定有时间翻阅,花费了大量时间和金钱,却收效甚微。

其实,“万变不离其宗”,无论历届司法考试的题型如何变化,其内容都根源于教材。因此,首先要抓住教材,才能把握方向。习题的作用在于帮助考生发现自己的薄弱点,巩固自己的记忆,促进对知识的理解。因此,我们的建议是:在教材之外,抓住一本或者一套适合自己的参考书,读透每一个知识点,并在复习后期对真题进行分析和研究,把握出题思路和考点,对于应试有着不可忽视的作用。

3. 勿执著于争议问题。目前,市面上各种司法考试的辅导书可谓层出不穷,各类辅导班如雨后春笋,这为考生准备考试提供了有力的武器。不过,细心的考生会发现,不同图书对同一个试题的解答可能相异,不同辅导教师对个别考点的观点也可能不同,这给考生造成了很大的困惑,有部分考生因此不知道如何面对这样的问题。

对此,我们的建议是:一方面,有争议的考点往往不是司法考试的重点,千万不要执著于个别问题,而影响对整个考试的复习效率。另一方面,就考试本身而言,对于有争议的问题,要以司法部考试中心编审的大纲和最新教材为主,把大纲和教材读透、读薄,是考试制胜的法宝。

4. 权衡放弃的利弊。司法考试确实是一门“放弃”的艺术,考生在复习的时候,应当懂得“放弃”与“选择”,以最少的投入,获得最大的回报。但在实际操作中,放弃容易而艺术难!部分考生单纯地放弃一些小学科,往往导致最容易得到的分数没有得到,而想要得到的分数不一定得到,以致没能通过司法考试。

对此,我们的建议是:首先,要明确“放弃”的方向,“放弃”并非是单纯的舍弃,而应当合理支配时间,抓住重点,突破难点。其次,当我们的放弃水平还达不到“艺术”之境界时,那么还是请记住那句话:基本的永远是重要的,最基本的永远是最重要的!

对明天最好的准备就是今天做到最好。衷心祝愿阅读本书的考生能够顺利通过司法考试!

编者

2007年1月

目 录

第一章 民事诉讼与民事诉讼法	1
考点1 民事诉讼	1
考点2 民事诉讼法	1
第二章 民事诉讼法的基本原则和制度	3
考点1 民事诉讼法的基本原则	3
考点2 民事诉讼法基本制度	4
第三章 民事审判权与审判组织	7
考点1 民事审判权的特征	7
考点2 民事审判权的内容	7
考点3 民事诉讼的审判组织	8
第四章 主管与管辖	9
考点1 民事诉讼主管	9
考点2 管辖恒定与专门法院的管辖	11
考点3 级别管辖	12
考点4 一般地域管辖	13
考点5 特殊地域管辖	15
考点6 专属管辖	19
考点7 协议管辖	20
考点8 共同管辖、选择管辖与合并管辖	21
考点9 诉前保全的法院管辖	22
考点10 对仲裁协议的效力提出异议的管辖	23
考点11 裁定管辖	23
考点12 管辖权异议	25
第五章 诉	27
考点1 诉讼要素	27
考点2 诉的分类	28
考点3 反诉	28

考点4 诉的合并与分离	30
第六章 当事人、诉讼代理人	32
考点1 当事人的确定	32
考点2 必要共同诉讼	34
考点3 必要共同诉讼与普通共同诉讼的区别	36
考点4 诉讼代表人	38
考点5 有独立请求权第三人	40
考点6 无独立请求权第三人	41
考点7 法定诉讼代理人	43
考点8 委托代理人	44
第七章 民事诉讼的证据与证明	47
考点1 证据的分类	47
考点2 书证、物证和视听资料	48
考点3 证人证言	49
考点4 民事诉讼证据的证明力	50
考点5 证据保全	51
考点6 免于证明的事实	51
考点7 证明责任的分配	53
考点8 举证时限	55
考点9 证据交换	56
考点10 新的证据	57
考点11 法院调查收集证据	58
考点12 质证	58
考点13 证明妨碍	59
第八章 期间、送达	60
考点1 期间	60
考点2 送达	62
第九章 法院调解	65
考点1 法院调解、诉讼外调解、诉讼中和解的区别	65
考点2 法院调解的适用范围	66
考点3 法院调解的实施	67
考点4 调解协议的效力	67
考点5 调解书的效力	68
第十章 财产保全和先予执行	71
考点1 财产保全	71
考点2 先予执行	74

第十一章 对妨害民事诉讼的强制措施、诉讼费用	76
考点1 妨害民事诉讼行为的种类	76
考点2 对妨害民事诉讼强制措施的种类	77
考点3 对妨害民事诉讼强制措施的适用	77
考点4 诉讼费用	78
第十二章 第一审普通程序	80
考点1 起诉与受理	80
考点2 开庭审理	83
考点3 审理期限	84
考点4 撤诉	85
考点5 诉讼中止、诉讼终结	86
考点6 判决、裁定与决定	88
第十三章 简易程序	91
考点1 简易程序的适用范围	91
考点2 简易程序的起诉和答辩	93
考点3 简易程序审理前的准备	93
考点4 简易程序的开庭审理	94
考点5 简易程序的宣判和送达	95
第十四章 第二审程序	98
考点1 上诉的提起	98
考点2 上诉的受理和撤回	100
考点3 二审案件的审理	100
考点4 上诉案件的裁判	102
第十五章 特别程序	105
考点1 特别程序的特点和适用范围	105
考点2 选民资格案件	106
考点3 宣告公民失踪案件、宣告公民死亡案件	107
考点4 认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件	109
考点5 认定财产无主案件	110
第十六章 审判监督程序	112
考点1 审判监督程序的特点	112
考点2 基于审判监督权的再审	114
考点3 基于检察监督权的抗诉和再审	115
考点4 基于当事人诉权的申请再审	115
考点5 再审案件的审判程序	117

第十七章 督促程序	120
考点1 督促程序的特点	120
考点2 督促程序的适用范围	121
考点3 支付令的申请和审查	122
考点4 对支付令的异议	123
第十八章 公示催告程序	125
考点1 公示催告程序的适用范围	125
考点2 公示催告申请的提起和受理	125
考点3 公示催告案件的审理	126
考点4 除权判决	127
第十九章 执行	130
考点1 执行的根据和管辖	130
考点2 申请执行和移送执行	131
考点3 不予执行的法定情形	132
考点4 执行的中止和终结	133
考点5 执行异议	134
考点6 执行和解	134
考点7 执行担保	136
考点8 执行承担	137
考点9 执行回转	138
考点10 代位申请执行	139
第二十章 涉外民事诉讼	140
考点1 涉外民事诉讼的一般原则	140
考点2 涉外民事诉讼的管辖	141
考点3 涉外民事诉讼的送达和期间	141
考点4 一般司法协助	142
考点5 对国外法院判决和仲裁判决的承认和执行	143
第二十一章 仲裁与仲裁法概述	145
考点1 仲裁的概念和特征	145
考点2 仲裁范围	146
考点3 仲裁法的基本原则和基本制度	147
第二十二章 仲裁委员会和仲裁协会	149
考点1 仲裁委员会的成立	149
考点2 仲裁委员会应具备的条件	150
考点3 仲裁协会的设立、组成、职责	151

考点 4 仲裁规则	151
第二十三章 仲裁协议	153
考点 1 仲裁协议的概念与特征	153
考点 2 仲裁协议的类型与形式	154
考点 3 仲裁协议的内容	156
考点 4 仲裁协议的法律效力	158
考点 5 仲裁协议效力的确认机构	160
考点 6 仲裁条款效力的独立性	162
考点 7 仲裁协议的无效与失效	164
第二十四章 仲裁程序	167
考点 1 仲裁当事人的概念、特点和仲裁代理人	167
考点 2 仲裁的申请	167
考点 3 仲裁的审查和受理	168
考点 4 仲裁中的财产保全	169
考点 5 仲裁中的证据保全	171
考点 6 仲裁庭的组成形式与程序	172
考点 7 仲裁员的回避与更换	173
考点 8 仲裁审理的方式	174
考点 9 仲裁审理的开庭通知及审理程序	175
考点 10 仲裁审理中的撤回仲裁申请	177
考点 11 仲裁审理中的延期开庭	177
考点 12 仲裁审理中的缺席判决	178
考点 13 仲裁的和解	178
考点 14 仲裁的调解	179
考点 15 仲裁的裁决	180
考点 16 仲裁的简易程序	182
考点 17 仲裁时效	182
第二十五章 申请撤销仲裁裁决	184
考点 1 申请撤销仲裁裁决的概念和特征	184
考点 2 申请撤销仲裁裁决的条件和理由	185
考点 3 法院对撤销仲裁裁决申请的处理及其法律后果	186
第二十六章 仲裁裁决的执行和不予执行	189
考点 1 仲裁裁决的执行	189
考点 2 仲裁裁决的不予执行	190
考点 3 仲裁裁决的中止执行	191
考点 4 仲裁裁决的终结执行	192
考点 5 仲裁裁决的恢复执行	192

第二十七章 涉外仲裁 194

考点1 涉外仲裁的概念	194
考点2 涉外仲裁机构	195
考点3 涉外仲裁的申请、答辩与反请求程序	196
考点4 涉外仲裁中仲裁庭的组成	197
考点5 涉外仲裁的审理与裁决	198
考点6 涉外仲裁的撤销和不予执行	199
考点7 涉外仲裁的执行	201

附一:民事诉讼法第四卷案例题应对策略 202

案例1 司法管辖和诉讼保全	202
案例2 当事人的确定及诉讼地位	203
案例3 当事人确定与法院管辖	204
案例4 先予执行	205
案例5 共同诉讼与诉讼代表人	206
案例6 代表人诉讼、自认、诉讼外和解	207
案例7 必要共同诉讼人加入二审及财产保全的管辖法院	208
案例8 诉讼第三人的种类及其地位	209
案例9 无独立请求权第三人、诉讼外调解	210
案例10 举证责任、证据种类、举证期限	211
案例11 证据的证明力、仲裁协议	213
案例12 简易程序	214
案例13 上诉、上诉的撤回、二审程序的审理	215
案例14 再审程序	216
案例15 再审程序、调解书的生效及再审	217
案例16 协议管辖、执行中止与执行协助	218
案例17 申请再审、执行异议、执行和解	219
案例18 宣告公民死亡程序	221
案例19 强制执行、执行和解	222

附二:仲裁法第四卷案例题应对策略 224

案例1 仲裁程序(一)	224
案例2 仲裁程序(二)	225
案例3 对仲裁的执行和监督	225
案例4 仲裁中的保全、仲裁裁决的执行	226
案例5 仲裁裁决的执行程序	226
案例6 仲裁协议的效力和效力确定程序	227
案例7 涉外仲裁的审理和执行	228

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

人们在社会生活中,难免会发生各种民事纠纷,如房屋产权纠纷、合同纠纷、著作权纠纷等。民事纠纷若不能得到妥善解决,既可能损害当事人合法的民事权益,又可能影响第三者甚至影响社会的安定。因此,各国都建立了相应的处理民事纠纷的制度。

考点 1 民事诉讼

【基础理论】

民事纠纷,是指平等民事主体之间因财产关系、人身关系所涉及的个体权益而发生的争议。民事诉讼,是指法院在双方当事人和其他诉讼参与人的参加下,按照法律规定的程序,审理和解决民事案件的活动以及在这些诉讼活动中所产生的各种法律关系的总和。

理解民事诉讼的概念,须注意两点:(1)诉讼行为是发生在当事人、其他诉讼参与人与法院之间的行为;(2)诉讼法律关系是指在诉讼活动过程中,人民法院与当事人、其他诉讼参与人之间发生的诉讼权利和诉讼义务关系。

易错点提示:须注意民事诉讼与和解、诉讼外调解、仲裁制度的区别。民事诉讼的主要特点是国家介入民事纠纷的解决和以国家强制力(如对妨害民事诉讼的行为采取强制措施、对案件作出裁判、对生效判决强制执行)作为后盾,并严格按照法定程序来进行。亦即民事诉讼具有公权性、强制性和程序性的三个主要特征。

【突破案例】

王某向A区人民法院起诉,要求“大家乐”快餐店赔偿店内屋顶饰物坠落砸伤自己造成的损失30,000元,并向法院提供证人李某。“大家乐”快餐店法定代表人张某对王某的伤情表示异议,申请医疗鉴定。在本案诉讼过程中,哪项法律关系是民事诉讼法律关系?

A. 王某与“大家乐”快餐店之间的法律关系

B. “大家乐”快餐店与法定代表人张某之间的法律关系

C. 证人李某与人民法院之间的法律关系

D. 张某与指定的鉴定人之间的法律关系

[答案]C

【解析】本题考查的是民事诉讼法律关系。民事诉讼法律关系是由民事诉讼法律调整所形成的人民法院和当事人以及其他诉讼参与人之间,在诉讼过程中发生的诉讼权利和诉讼义务关系。民事诉讼法律关系包括主体、客体和内容三大要素。民事诉讼法律关系的主体包括人民法院、当事人以及诉讼代理人、证人、鉴定人、翻译人员等其他参与人。其中人民法院是依法行使国家审判权的专门机关,在诉讼中担负着组织、主持、指挥诉讼进程,对案件作出实体判决并决定各种程序事项的职责。整个诉讼法律关系都是由法院为一方,一切诉讼参与人作为另一方而形成的。因此法院是诉讼法律关系的当然主体,并且是起主导作用的主体。民事诉讼法律关系的客体是诉讼权利和义务所指向的对象。民事诉讼法律关系的内容是指主体之间的诉讼权利和诉讼义务。本案中属于民事诉讼法律关系的有人民法院与原告王某、被告“大家乐”快餐店、证人李某、指定的鉴定人之间的法律关系。故C选项正确。

【突破要诀】人民法院是民事诉讼法律关系的一方,另一方是当事人和其他诉讼参与人。

考点 2 民事诉讼法

【基础理论】

1. 民事诉讼法,是指国家制定的规范法院与民事诉讼参加人诉讼活动、调整法院与诉讼参加人法律关系的法律规范的总和。民事诉讼

法有狭义与广义之分:狭义的民事诉讼法,是指国家制定的民事诉讼法典,即《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》);广义的民事诉讼法,不仅包括民事诉讼法典,而且还包括宪法、其他法律、法规中有关民事诉讼的规范以及最高人民法院作出的有关民事诉讼的规范性文件,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《民诉意见》)、针对各种民事诉讼具体问题作出的批复、请示,等等。至于地方各级法院所作的各类程序性规则,仅具有内部效力,不属于民事诉讼法的范畴。

2. 民事诉讼法的效力:

对人的效力——在中国领域内进行民事诉讼的一切人;

对事的效力——法院主管的范围(具体见相关章节);

时间上的效力——民事诉讼法从开始生效到终止效力的时间范围;

空间上的效力——中国领域。

3. 民事诉讼法与相邻法律部门的关系:

(1)民事诉讼法与民法、商事法、婚姻法、继承法、经济法等法律部门的关系,是程序法与实体法的关系。(2)民事诉讼法与刑事诉讼法、行政诉讼法三者同为程序法,某些原则、制度和程序是相通甚至相同的,但它们之间因任务、目的和调整对象的不同而不同。(3)民事诉讼法和人民法院组织法二者同为审判法,某些规定具有相通之处。但民事诉讼法是从诉讼程序的角度规范民事诉讼活动,人民法院组织法则是从法院的角度规定其组织结构、任务和活动原则,二者的任务和内容不尽相同。

【突破案例】

中日合资公司甲公司与日本乙公司在中国A市订立一份购销合同,合同约定乙公司向甲公司出售5台电子设备,并由乙公司负责将该电子设备运到甲公司所在的B市,此外,还约定一旦发生争议无论向哪国法院起诉,均适用日本国民事诉讼法。在合同履行过程中,甲公

司发现乙公司提供的产品中2台存在严重质量瑕疵,经交涉未能解决,于是决定向我国人民法院起诉,要求乙公司承担违约责任。下列说法错误的是:

A. A市人民法院对本案有管辖权

B. B市人民法院对本案有管辖权

C. 无论向哪个法院起诉均适用中国民事诉讼法

D. 无论向哪个法院起诉均适用日本民事诉讼法

[答案]AD

[解析]本案涉及法院特殊地域管辖和民事诉讼法的空间效力两个问题。《民事诉讼法》第24条规定:“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:“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。”因本案双方当事人没有就管辖法院作出约定,也即不适用第25条规定的协议管辖,故只能适用第24条的规定,由被告乙公司住所地或合同履行地B市人民法院管辖,A市人民法院没有管辖权。故A选项符合题意,B选项不符合题意。

《民事诉讼法》第4条规定:“凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼,必须遵守本法。”也即中国民事诉讼法在本国领域内有绝对的空间上的效力,当事人不得根据意思自治加以排除。因此,一旦甲公司向我国法院起诉,即适用我国民事诉讼法,双方当事人有关适用日本民事诉讼法的约定无效。故D选项符合题意。

[突破要诀]民事诉讼法属于公法范畴,体现了国家的强制意志。无论是中国人、外国人、无国籍人还是外国企业和组织,只要在中国领域内进行民事诉讼,就一律适用中国的民事诉讼法。

第二章 民事诉讼法的基本原则和制度

考点 1 民事诉讼法的基本原则

【基础理论】

民事诉讼法的基本原则,是指由民事诉讼法规定的、在民事诉讼整个过程中或者某个重要阶段起指导作用的准则。民事诉讼法基本原则分为特有原则和共有原则两大类。其中,需要掌握的原则有:当事人诉讼权利平等原则、同等原则与对等原则、法院调解自愿和合法的原则、辩论原则、处分原则、检察监督原则和支持起诉原则。

易错点提示:当事人诉讼权利平等原则的内涵,同等原则与对等原则的区别。

【突破案例】

王某以夫妻感情确已破裂为由请求法院判决离婚,其丈夫张某在答辩状中称坚决不同意离婚。在法庭调查中,王某称张某有虐待偏好,精神有问题。张某予以否认,并以王某侵害了他的名誉权为由提出反诉,法院予以合并审理,其后王某申请撤回反诉,法院同意。法院查明,张某夫妇经常为生活琐事发生争执,在争执中张某曾多次对王某实施家庭暴力,导致夫妻感情不断恶化。在该案的审理过程中,法院先主持了调解,因双方无法达成一致意见,法院调解不成后判决双方离婚,孩子由王某抚养,并在分割财产时对王某予以适当照顾。本案体现了民事诉讼法的哪些基本原则?

- A. 当事人诉讼权利平等原则
- B. 同等原则
- C. 处分原则
- D. 对等原则

【答案】AC

【解析】本题主要考查对民事诉讼法基本原则的理解和应用。本案体现了以下民事诉

讼基本原则:

(1)当事人平等原则。双方当事人平等地行使诉讼权利,同时人民法院平等地保障双方当事人行使诉讼权利。本案中原告王某提起诉讼,被告张某在诉讼过程中提起反诉,体现了双方当事人享有平等的诉讼地位。(当然,二者的诉讼权利并不完全相同,而是表现为一种对应性。)

(2)辩论原则。王某提交起诉状,被告张某提交答辩状,这是书面辩论的形式。在庭审过程中双方当事人展开了口头辩论,也是辩论原则的体现。

(3)处分原则。张某在提起反诉后又撤诉的,体现了当事人对自己诉讼权利处分的原则。当然,根据《民事诉讼法》第131条的规定,宣判前,原告申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定。《民诉意见》第161条予以细化:“当事人申请撤诉或者依法可以按撤诉处理的案件,如果当事人有违反法律的行为需要依法处理的,人民法院可以不准撤诉或者不按撤诉处理”。

(4)调解原则。《民事诉讼法》第9条规定: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。《民诉意见》第92条规定,当事人一方或双方坚持不愿调解的,人民法院应当及时判决。对于离婚案件,法院应当进行调解,但不应久调不决。本案中,法院将调解作为判决的前置程序,是根据司法解释的规定,作为法院调解自愿和合法的原则的一个例外。

“同等原则”指的是外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,同中国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。“对等原则”指的是外国法院对中国公民、法人

和其他组织的民事诉讼权利加以限制的,中国法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利,实行对等原则。本案双方当事人均为中国人,故不涉及这两个原则。

【突破要诀】当事人诉讼权利平等原则不意味当事人诉讼权利义务相同。如原告有起诉权、提出请求权,被告有答辩权、反诉权、反驳诉讼请求权;又如在应当出庭的情况下,原告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的,可以按撤诉处理,被告反诉的,可以缺席判决;被告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的,法院可以作出缺席判决。

同等原则是指不论中国人还是外国人均享有同等的诉讼权利和义务,但如果外国法院对中国当事人的诉讼权利加以限制的,中国法院对该国当事人给予相应的限制,这就是对等原则。简言之,人家怎么限制你,你怎么限制人家(对等);人家不限制你,你不限制人家,给予和自己人相同的待遇(同等)。

考点 2 民事诉讼法基本制度

【基础理论】

民事审判制度是民事诉讼法以及其他有关法律对民事审判工作进行法律调整的全部规范的总和。需要掌握的民事诉讼法的基本制度包括合议制度、回避制度、公开审判制度、两审终审制度。

【突破案例】

1. 根据《民事诉讼法》的规定,下列哪些案件不得公开审理?

- A. 甲公司诉乙公司侵犯其商业秘密
- B. 郝某以丈夫张某经常对其进行殴打为由起诉离婚
- C. 高某以丈夫吴某丧失性功能,不能过正常夫妻生活为由起诉离婚
- D. 陈某诉王某在公开出版的书中虚构情节对其进行影射,侵害其名誉权

【答案】C

【解析】本题主要考查《民事诉讼法》关于法定不公开审理情形的规定。《民事诉讼法》

第120条规定,人民法院审理民事案件,除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外,应当公开进行。离婚案件、涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。本题A选项是涉及商业秘密的案件,B选项是普通离婚案件,符合决定不公开审理情形,经当事人申请的法院可以决定不公开审理。但当事人不申请的,法院可以公开审理。C选项虽然也是离婚案件,但涉及被告吴某的个人隐私,属于法定不公开审理的案件,因此法官应当作出不得公开审理的决定。D选项的案件争议情节已经公开出版,不涉及个人隐私,因此不属于法定不公开审理情形。

《民事诉讼法》第134条规定,人民法院对公开审理或者不公开审理的案件,一律公开宣告判决。公开审判制度,是指依照法律规定,对民事案件的审理和宣判向群众、社会公开的制度。所谓依照法律规定,是指依照《民事诉讼法》有关公开审判制度的具体规定;所谓公开,一是允许群众旁听,二是允许新闻媒体报道。

【突破要诀】注意法定不公开审理与决定不公开审理的情形。凡涉及国家秘密和个人隐私的属于法定不公开审理的案件。

2. 人民法院在审理下列案件中,哪些必须采用合议制进行审理?

- A. 某基层人民法院受理的案情简单,事实清楚,但一方当事人为外国人的离婚案件
- B. 上级人民法院发回重审的案件
- C. 某市中级人民法院受理的合同纠纷案件,事实清楚,双方争议不大
- D. 经利害关系人申请,宣告某人死亡的案件

【答案】BC

【解析】本题考查的是合议制度。合议制度,是指由3名以上的法官或法官与陪审员组成合议庭,对案件进行审理并作出裁判的法律制度。合议制度是一种集体审判制度,可以避免由一人审判可能产生的不足,有利于提高审判质量,保证案件的正确处理。合议制度是法院审判民事案件的基本组织形式,根据民事诉讼法的规定,合议制度适用的范围是:就适用的

案件而言,合议制适用于除按照简易程序审理的一审案件之外的所有民事案件;就适用的法院而言,中级人民法院审判民事案件只能采用合议制,基层人民法院审理简单民事案件可以适用独任制;就适用的程序而言,合议制适用于一审普通程序、二审程序、重审及再审程序。特别程序中的选民资格案件、公示催告程序判决宣告票据无效案件以及企业法人破产还债程序,应当采用合议制。在不同的审级,合议庭的组成具有不同的要求。一审合议庭可以由审判员、陪审员共同组成,也可由审判员组成;二审合议庭只能由审判员组成;再审合议庭,如果再审案件原来是第一审的,按第一审程序另行组成,如果再审案件原来是第二审的,按第二审程序另行组成。

是否采用合议制是普通程序与简易程序最显著的区别。根据《民事诉讼法》第142条的规定,基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件,可以适用简易程序。当事人是中国人还是外国人不影响简易程序的适用。故A选项可以采用简易程序进行审理。根据《民诉意见》第174条,发回重审和按照审判监督程序再审的案件,不得适用简易程序审理。故B选项符合题意。中级人民法院受理的一审民事案件均适用普通程序进行审理,故C选项案件也必须采用合议制审理。在特别程序审理的案件中,只有选民资格案件必须适用普通程序进行审理,宣告公民失踪、死亡案件、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件、认定财产无主案件均可以采用独任制审理,故D选项不符合题意。

[突破要诀]是否采用合议制审理可以用“排除法”加以记忆,适用独任制审理的案件包括:(1)基层人民法院及其派出法庭审理的简单案件;(2)适用特别程序审理的宣告公民失踪、死亡案件、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件、认定财产无主案件(仅选民资格案件除外,该类诉讼严格意义上不是民事诉讼);(3)公示催告程序(除权判决除外);(4)督促程序。

3. 根据《民事诉讼法》的规定,经当事人申请,下列人员应当进行回避的是:

- A. 陪审员张某与被告德龙公司法定代表人孙某是大学同学
- B. 承办法官刘某因曾因偏袒一方当事人受到法院的纪律处分
- C. 证人王某与原告吴某是夫妻关系
- D. 鉴定人陈某系承办法官蔡某的以前同事

[答案]A

[解析]本题考查的是回避制度。回避制度是为了保证案件公正审理而设立的一项审判制度。

(1)适用回避的对象有:审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

(2)适用回避的法定情形是:审判人员或上述其他人员是本案当事人或当事人、诉讼代理人的近亲属;与本案有利害关系;有其他关系,可能影响对案件公正审理的。

(3)回避的方式是:有关人员自行回避,如不主动回避的,当事人有权用口头或书面方式申请有关人员回避。

(4)回避的程序是:回避必须在案件开始审理时提出,并说明理由,如果回避事由是在案件开始审理后才知道的,可以在法庭辩论终结前提出,也须说明理由。其中,审判长回避,由审判委员会决定;审判人员回避,由院长决定;书记员、翻译人员、鉴定人员和勘验人的回避,由审判长决定。是否同意回避,应做出口头的或书面的决定。当事人不服从回避的决定,可以申请复议,复议期间不停止本案的审理。应当回避的人员没有回避,属于违反法定程序,将导致判决被推翻,重新进行审判。

相关人员是否应当回避主要由两个因素决定:(1)看是否属于适用回避的对象。《民事诉讼法》第45条规定的“审判人员”既包括审判员,也包括陪审员。A选项张某作为陪审员参加合议庭,是审判组织成员,属于回避制度适用的对象,故A选项正确。证人不属于回避的范围,证人与一方当事人有利害关系,只会影响其所作证言的证明力和证明价值。故C选项不

正确。(2)看是否属于法定的有“利害关系”。对此《民事诉讼法》第45条规定,审判人员有下列情形之一的,必须回避:是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属;与本案有利害关系;与本案当事人有其他关系,可能影响对案件公正审理的。B选项法官刘某虽然受过纪律处分,但与本案处理结果并无利害关系,也没有理由认为在本案审理中还会偏袒一方当事人,因此不属于法定具有利害关系的情形,故不必进行回避。D选项鉴定人陈某系承办法官蔡某的以前同事,但与双方当事人并无利害关系,回避制度是为了防止相关公务人员与一方当事人有利害关系而可能导致不公正的发生,但陈某显然不属于适用范围。故D选项也不符合题意。

[突破要诀]回避的适用在于对适用对象、与一方当事人有“利害关系”的判断。“利害关系”既可以是正面的,例如有亲戚、同学、同事关系;也可以是反面的,例如有私怨等。

4. 下列裁判作出后,当事人不得提起上诉的有哪些?

- A. 诉讼标的额小于50元的民事纠纷
- B. 被告提出管辖权异议,法院裁定驳回
- C. 甲公司因资不抵债申请破产,法院根据企业法人破产清算程序进行审理
- D. 法院根据债权人乙的申请发布支付令,债务人丙提出异议

[答案]CD

[解析]本题考查的是两审终审制度。两审终审是指一个民事案件经过两级人民法院审判后即告终结的制度。依两审终审制度,一般的民事诉讼案件,当事人不服一审人民法院的判决、允许上诉的裁定,可上诉至二审人民法院,二审人民法院对案件所作的判决、裁定为生效裁判,当事人不得再上诉。当然,二审终审制度存在一些例外。对于非讼案件,即非民事权益争议案件则实行一审终审制度。因此,适用特别程序、督促程序、公示催告程序与企业法人破产还债程序审理的案件,实行一审终审制度。故CD两项符合题意。

国外有小额诉讼程序,对于数额很小的案件适用一审终审的制度,这是“繁简分流”理念的体现。但中国目前尚未建立起相应的制度,因此不因标的数额的大小而在审级制度有所区别。故A选项不符合题意。

根据《民事诉讼法》第140条的规定,不服“不予受理”、“对管辖权有异议的”和“驳回起诉”的裁定,当事人可以提起上诉,不服其他裁定则不得提起上诉。故B选项不符合题意。

[突破要诀]非讼案件是两审终审制度的例外,一律实行一审终审,这与案件不涉及民事权益争议,案情相对简单有关,同时也体现了诉讼的经济性。