

我们专注司考
我们更懂司考



司考大纲
唯一授权
出版机构

2014 年 司法考试

众合名师通关笔记

民事诉讼法与仲裁制度

众合教育 / 组编 杨洋 / 著



这是一堂 **活的课堂** 的笔记

这是一本 **名师亲手为你书写** 的笔记

这是一套 **司考通关必备** 的笔记



2014^年司法考试

众合名师通关笔记

民事诉讼法与仲裁制度

众合教育 / 组编 杨 洋 / 著



图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法与仲裁制度 / 众合教育组编;杨洋著

·—北京:法律出版社,2014.1

(2014 年司法考试众合名师通关笔记)

ISBN 978-7-5118-5909-9

I. ①民… II. ①众…②杨… III. ①民事诉讼法—
中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料②仲裁—制
度—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(2014)第 004605 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 睿	装帧设计/汪奇峰
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/三河市龙大印装有限公司	责任印制/沙 磊
开本/787 毫米×1092 毫米 1/16	印张/10.25 字数/289 千
版本/2014 年 3 月第 1 版	印次/2014 年 3 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 978-7-5118-5909-9	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)

每个绝望的路口都会有另一片希望的天空
当你感觉无路可走的时候
定会有一种迫使你腾空而起的力量
那便是奇迹

主要法律规定：

1. 2012 年修改后的《民事诉讼法》(特别是新旧法内容不一致的法条)；
2. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》；
3. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》；
4. 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》；
5. 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》；
6. 最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》；
7. 最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》；
8. 《仲裁法》及其司法解释。

民事诉讼法的体系结构：



目 录

- 第一讲 民事诉讼及民事诉讼法/001
 - 一、民事纠纷及其解决方式/001
 - 二、民事诉讼行为与民事诉讼法律关系/003
 - 三、民事诉讼法的性质和效力/003
- 第二讲 民事诉讼法的基本原则与基本制度/005
 - 一、基本原则/005
 - 二、基本制度/008
- 第三讲 主管与管辖/013
 - 一、主管/013
 - 二、管辖概述/014
 - 三、级别管辖/014
 - 四、地域管辖/016
- 第四讲 诉的基本原理/025
 - 一、诉/025
 - 二、诉的要素/025
 - 三、诉讼标的/026
 - 四、诉的分类/026
 - 五、反诉/027
- 第五讲 当事人/029
 - 一、诉讼权利能力/029
 - 二、诉讼行为能力/030
 - 三、当事人适格/030
 - 四、当事人的变更/031
 - 五、特殊情形下原、被告的具体确定/032
 - 六、共同诉讼/034
 - 七、代表人诉讼/036
 - 八、第三人/038
- 第六讲 诉讼代理人/044
 - 一、法定代理人/044
 - 二、委托代理人/045
 - 三、委托诉讼代理人后,本人是否出庭的问题/045

第七讲 民事证据 / 047

- 一、证据概述 / 047
- 二、证据的法定种类 / 048
- 三、证据的理论分类 / 050

第八讲 民事诉讼中的证明 / 053

- 一、证明对象 / 053
- 二、无须举证证明的事实(免证事实) / 053
- 三、自认 / 053
- 四、证明责任 / 055
- 五、证明责任的特殊分配规则 / 056
- 六、证明程序 / 059

第九讲 期间、送达 / 065

- 一、期间 / 065
- 二、送达 / 066

第十讲 法院调解 / 068

- 一、法院调解与相关制度的区别 / 068
- 二、法院调解的适用 / 069
- 三、法院调解的程序规定 / 069
- 四、调解完毕后的结案方式 / 071
- 五、调解的效力 / 071

第十一讲 保全和先予执行 / 073

- 一、财产保全 / 073
- 二、行为保全 / 075
- 三、先予执行 / 075

第十二讲 对妨害民事诉讼的强制措施 / 078

- 一、妨害民事诉讼行为的构成 / 078
- 二、强制措施的种类与适用 / 078
- 三、对恶意诉讼的强制措施 / 079

第十三讲 普通程序 / 080

- 一、普通程序概述 / 080
- 二、起诉与受理 / 081
- 三、特殊情形下对起诉的处理 / 082
- 四、先行调解和程序分流 / 085
- 五、审理中的特殊问题 / 085

第十四讲 简易程序 / 089

- 一、简易程序的适用范围 / 089
- 二、简易程序与普通程序的转换 / 090
- 三、简易程序的特点(简易之处) / 091
- 四、简易程序的不可省略之处 / 092
- 五、小额诉讼程序 / 093



第十五讲 二审程序 / 094

- 一、第二审程序与第一审程序的联系与区别 / 094
- 二、上诉的条件与撤回 / 095
- 三、二审的审理 / 098
- 四、二审的调解与和解 / 098
- 五、二审的裁判 / 100

第十六讲 再审程序 / 102

- 一、适用于再审的文书 / 103
- 二、人民法院启动的再审 / 103
- 三、人民检察院启动的再审——主要讲解抗诉这一方式 / 104
- 四、当事人申请再审 / 106
- 五、再审审理的特殊问题 / 109

第十七讲 特别程序 / 113

- 一、特别程序的特点 / 113
- 二、选民资格案件 / 114
- 三、宣告失踪、宣告死亡案件 / 114
- 四、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件 / 115
- 五、认定财产无主案件 / 115
- 六、确认调解协议案件 / 116
- 七、实现担保物权案件 / 117

第十八讲 督促程序 / 118

- 一、适用支付令程序的条件 / 118
- 二、支付令的效力 / 118
- 三、债务人的异议 / 119

第十九讲 公示催告程序 / 121

- 一、适用范围 / 121
- 二、公示催告的申请 / 121
- 三、法院的受理和公告 / 121
- 四、利害关系人申报权利 / 121
- 五、除权判决 / 122
- 六、公示催告程序的终结 / 122

第二十讲 民事裁判 / 123

第二十一讲 执行程序 / 125

- 一、执行程序与审判程序的关系 / 125
- 二、执行根据与执行管辖 / 126
- 三、执行启动方式及相关问题 / 127
- 四、委托执行 / 128
- 五、执行行为异议 / 129
- 六、案外人对执行标的的异议 / 130
- 七、执行和解 / 132
- 八、执行担保 / 133

- 九、执行承担(执行承受)/133
- 十、执行回转/134
- 十一、代位申请执行/134
- 十二、参与分配/135
- 十三、执行中止和执行终结/136
- 十四、执行措施/136
- 第二十二讲 涉外民事诉讼程序/138**
 - 一、涉外民事诉讼管辖/138
 - 二、期间与送达/139
 - 三、涉外仲裁/140
 - 四、一般司法协助/140
 - 五、对裁判和仲裁裁决的承认与执行/140
- 第二十三讲 仲裁与仲裁法概述/142**
 - 一、仲裁范围/142
 - 二、仲裁法的基本制度/142
- 第二十四讲 仲裁协议/144**
 - 一、仲裁协议的形式与内容/144
 - 二、仲裁协议的效力/145
- 第二十五讲 仲裁程序/148**
 - 一、仲裁保全/148
 - 二、仲裁庭的组成/149
 - 三、仲裁员的回避/150
 - 四、仲裁审理方式/150
 - 五、仲裁中的调解、和解和裁决/150
 - 六、撤销仲裁裁决/152
 - 七、不予执行仲裁裁决/153
 - 八、仲裁裁决被撤销或不予执行的后果/154

第一讲

民事诉讼及民事诉讼法

复习提要

本讲是关于民事诉讼与民事诉讼法的基本介绍,对其后的学习起到一个提纲挈领的作用,通过本讲的学习,考生可从整体上掌握民事诉讼的特点。总体而言,本讲在司法考试中偶有考查,多以第一道单选题的形式出现,难度不大,本讲的考点主要集中在多元的纠纷解决方式之上,考生需要掌握每种纠纷解决方式的特点。特别值得一提的是,2013年司法考试在卷四的主观题中考查了调解这一纠纷解决方式,从而使本讲的重要性得以提升。

一、民事纠纷及其解决方式

人们在社会生活中,难免会发生各种民事纠纷,如离婚纠纷、损害赔偿纠纷、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,不仅会损害当事人双方合法的民事权益,而且可能波及他人甚至影响社会的安定。因此,与纷繁复杂的社会纠纷相适应,解决方式也是多元的,在我们民事诉讼的司法考试中,大家必须掌握如下四种纠纷解决方式:

(一)和解

和解是指争议双方当事人自主地就如何解决纠纷达成协议。通过对和解的概念解读,我们不难发现,和解的主体是双方当事人,没有第三方的介入;双方和解后一般需要达成协议,即我们所说的和解协议。看到协议二字,你说它的本质是什么?很好,协议是一种合同。



例:我们都知道合同具有相对性,那么这里的和解协议有没有强制执行力呢?回答当然是否定的。那我再问一个问题,协议可以是书面的,可不可以口头呢,也就是双方可否口头和解?当然也是可以的。

(二)调解

调解是指争议双方当事人在第三方的主持下,就如何解决该纠纷达成协议。解读概念,我们发现,调解与和解的最大区别就在于调解有第三方的参与,同样,调解协议的本质也是合同,一般不具有法律上的强制执行力。

调解是四种纠纷解决机制中最重要的一种,在我们民事诉讼法的考查范围内,调解分为两种:诉讼中的法院调解和诉讼外的人民调解。修改后的《民事诉讼法》将人民调解协议的确认纳入特别程序中,我们在后续章节中会讲到。这里重点讲解诉讼中的法院调解,在后续调解章节中将不再赘述。为了构建和谐社

会,我们倡导以调解的方式解决纠纷,因此,修改后的《民事诉讼法》增加了先行调解的规定,即我们所说的“案件起诉到了法院,能调都要调”。既然能调都要

调,调解是原则,所以考试常考我们哪些案件不能调解,这需要考生必须记住。



名师点睛

关于法院调解的消极范围,我提供一条记忆规律:调解的定义是法院行使审判权解决民事争议;调解的本质是私权处分。记住了这两句话我们就记住了法院调解的消极范围。

1. 既然法院调解行使的是审判权,那么执行阶段能不能调解? 不能,因为执行阶段行使的是执行权。

注意:执行阶段不能调解,但是执行阶段可以和解。

2. 既然法院调解解决的是民事争议,那么我们民事诉讼中的非争议案件,典型的如特别程序、督促程序、公示催告程序就不能调解。

3. 调解的本质在于私权处分,因此对于调解的事项当事人必须有处分的能力,所以法律规定身份关系确认案件不能调解。

注意:身份关系确认案件不能调解,身份关系的解除,典型的如离婚案件,就可以且应当先行调解。



例:人民检察院抗诉引起的再审案件能不能调解? 当然能,民事诉讼中的调解不区分审理阶段,一审、二审甚至再审程序都是可以适用法院调解的。

(三) 仲裁

仲裁是指争议双方当事人协议将争议交由其共同选定的仲裁机构进行裁决。因此,仲裁基于仲裁协议,以双方当事人的自愿为前提条件:只有纠纷的双方达成仲裁协议,一致同意将纠纷交付裁决,仲裁才能够开始。

注意:1. 仲裁属于社会救济,仲裁机构是民间组织。

2. 仲裁是一种准司法行为。诉讼是司法行为,仲裁类似于诉讼,所以称作准司法行为,关于这一点,考生掌握一个基本的立场,即诉讼中法院能做的,仲裁中仲裁机构一般也可以做。这一点在2012年的考题中体现得很明显。

关于法院与仲裁庭在审理案件有关权限的比较,下列哪些选项是正确的?

- A. 在一定情况下,法院可以依职权收集证据,仲裁庭也可以自行收集证据
- B. 对专门性问题需要鉴定的,法院可以指定鉴定部门鉴定,仲裁庭也可以指定鉴定部门鉴定
- C. 当事人在诉讼中或仲裁中达成和解协议的,法院可以根据当事人的申请制作判决书,仲裁庭也可以根据当事人的申请制作裁决书
- D. 当事人协议不愿写明争议事实和判(裁)决理由的,法院可以在判决书中不予写明,仲裁庭也可以在裁决书中不予写明

【答案】_____①

(四) 民事诉讼

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。与和解、诉讼外调解、仲裁这些解决民事纠纷的方式相比,民事诉讼具有公权性、强制性、严格程序性的特征。



注意:我们所说的民事诉讼一般包括审判和执行两个阶段,当然,主要是指审判阶段。

二、民事诉讼行为与民事诉讼法律关系

1. 民事诉讼行为:民事诉讼行为是发生在当事人、其他诉讼参与人与人民法院之间的行为。例如,受理就是诉讼行为,原因在于受理后向原告发出受理通知书,而法院内部的案情请示、汇报就属于法院内部行为。

2. 民事诉讼法律关系:是指民事诉讼法律、法规所调整的人民法院、当事人及其他诉讼参与人之间存在的以诉讼权利和诉讼义务为内容的具体社会关系。考生只需要记住民事诉讼法律关系的主体必有一方是法院。



例:在民事诉讼中,原告和被告的关系是不是民事诉讼法律关系?当然不是,因为此时没有法院作为一方主体,原、被告的关系是一种实体法律关系,而非诉讼法律关系。同理,法院和原告之间的关系、法院与指定的鉴定人之间的关系就是诉讼法律关系。

三、民事诉讼法的性质和效力

(一) 民事诉讼法的性质

依据不同的标准,民事诉讼法具有不同的性质,具体包括如下四个方面:

1. 民事诉讼法是基本法。就民事诉讼法在我国社会主义法律体系中的地位而言,它属于基本法律,其效力仅低于根本法宪法。

2. 民事诉讼法是部门法。从民事诉讼法调整的社会关系来看,它调整的是民事诉讼关系,是社会关系中具有自身特点的一类社会关系。

3. 民事诉讼法是程序法。从民事诉讼法的内容来看,它规定的主要是程序问题。

4. 民事诉讼法是公法。从民事诉讼法的本质来看,它是公法。

关于民事诉讼法的性质,下列哪一说法是正确的?

- A. 根据其调整的社会关系,民事诉讼法是程序法
- B. 根据其在法律体系中的地位,民事诉讼法是程序法
- C. 根据其规定的内容,民事诉讼法是程序法
- D. 根据公法与私法的划分标准,民事诉讼法是程序法

【答案】_____①

(二) 民事诉讼法的效力

民事诉讼法的效力,是指民事诉讼对什么人、什么事、在什么时间和空间发生效力。这一问题直接关系到民事诉讼法的适用,所以民事诉讼法的效力也称民事诉讼法的适用范围。

1. 对人效力:中华人民共和国民事诉讼法适用于在中国领域内进行民事诉讼活动的任何人。

2. 空间效力:在中华人民共和国领域内进行民事诉讼,必须遵守中华人民共和国民事诉讼法。

注意:诉讼法涉及国家的司法主权,因此只具有域内效力。



例:中国A公司与美国B公司签订了一份货物买卖合同,双方在合同文本中进行了如下三个约定,分别判断这三个约定的效力:第一,关于该合同文本的解释适用美国合同法;第二,关于该货物买卖所产生任何争议由美国纽约所在地的仲裁机构进行仲裁;第三,该买卖合同产生的争议,即使在中国进行民事诉讼,也适用美国民事诉讼法。

我们说,前两个约定是有效的,而第三个约定是无效的,解答问题的关键在于记住一条规律:实

① C

体法可以约定、仲裁法可以约定、诉讼法不可约定,因为诉讼法涉及国家的司法主权。

3. 时间效力:指民事诉讼法从何时开始生效。修改后的《民事诉讼法》的生效时间是 2013 年 1 月 1 日。

4. 对事效力:指民事诉讼法适用于哪些案件:

- (1) 平等主体之间因民事争议(人身、财产)引起的诉讼案件;
- (2) 法律规定适用《民事诉讼法》的其他案件,如非诉案件。

第二讲

民事诉讼法的基本原则与基本制度

复习提要

民事诉讼法的基本原则和基本制度在民事诉讼的整个过程中,发挥着全局性的指导作用,为法院的审判活动和诉讼参与人的诉讼活动指明了方向,因此对民事诉讼具有普遍的指导意义。本讲的内容在历年的司法考试中从未轮空,通常是一道单选题和一道多选题,一道考查基本原则,一道考查基本制度,考查分值在三分左右。考生应重点掌握传统核心考点——辩论原则、处分原则、调解原则;更应当掌握新增的诚实信用原则,新修改的检察监督原则,因为新增必考乃司法考试的命题规律。

一、基本原则

(一)同等和对等原则、平等原则

这三个原则都是“……等”,有类似之处,但一定要注意其中的区别。

1. 平等原则:是指双方当事人诉讼地位平等,诉讼权利义务相同或对应。解读概念,我们发现,平等原则调整的主体是双方当事人,这里的双方当事人没有区分中国人和外国人;更为重要的是,平等原则有两层含义:

(1) 诉讼权利义务相同:相同是指原告能干的,被告也能干,如原告和被告都可以委托诉讼代理人,原告和被告都可以申请证人出庭作证等。

(2) 诉讼权利义务相对应:典型的诉讼权利义务相对应如原告可以提出本诉,满足条件下,被告可以提出反诉,原告可以提交起诉状,被告可以提交答辩状等。



例:当事人诉讼地位平等意味着当事人享有完全相同的诉讼权利和义务,这种说法对吗?不对,原因在于除了相同,还可能相对应。

2. 同等和对等原则:同等和对等原则适用于有外国人参加的民事诉讼。

(1) 同等原则是指外国当事人和我国当事人居于平等的诉讼地位,享有同等的诉讼权利义务,即“一视同仁”。

(2) 对等原则是指若外国法院对我国当事人诉讼权利加以限制,则我国法院也相应地限制该国当事人在我国的诉讼权利,即“以其人之道,还治其人之身”。

(二)调解原则

这里的调解主要是指法院的诉讼中调解。法院调解应当遵循自愿、合法这两个子原则。关于合法大家很好理解,考试也几乎不会考查,因为大家都知道调解不得侵害国家利益、社会公共利益,不得违反法律、行政法规禁止性规定等。因此,考试最常考的是自愿原则,这里的自愿有两点体现:启动自愿和接受自愿。

启动自愿是指只有在双方当事人同意的情形之下才能进行调解,即便是先行调解也必须征得双方的同意;而接受自愿是指经过法院的调解双方达成了调解协议,并根据调解协议制作了调解书,但是在调解书送达前当事人仍然可以反悔,因为调解书的生效规则是签收生效。

注意:虽然先行调解是原则,但是执行阶段不能调解,非诉案件不适用调解,身份关系确认之诉也不能调解。

(三) 辩论原则

辩论原则是指在人民法院主持下,当事人有权就案件事实和争议问题,各自陈述自己的主张和根据,互相进行反驳和答辩,以维护自己的合法权益。关于辩论原则大家应当从如下四个方面进行掌握:

1. 辩论的阶段:辩论集中于绝不限于法庭辩论,而贯穿于从当事人起诉到诉讼终结的整个过程中。虽然法庭辩论阶段是辩论最充分的阶段,但法庭调查阶段依然适用辩论原则。

2. 辩论的内容:当事人辩论的范围包括实体问题和程序问题,也包括事实问题和法律问题。换言之,法庭审理的大部分事项都是辩论的内容,因此考生必须记住不适用辩论原则的典型:辩论的前提在于存在争议,因此非争议案件,如特别程序、公示催告程序、督促程序不适用辩论原则。

3. 辩论的形式:当事人的辩论既可以采用口头形式,也可以采用书面形式。书面辩论的形式如原告提交起诉状、被告提交答辩状等,而大部分法庭辩论阶段的辩论都是以口头的言词方式进行。

4. 辩论的主体:双方当事人,包括广义上的第三人。因此证人不是辩论的主体,证人出庭作证只是履行其客观作证的义务,其属于其他诉讼参与人的范畴。

注意:第三人,即有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人,是我们民事诉讼中的广义当事人,但他们属于本案的当事人,而只有原告和被告是狭义的当事人,即本诉的当事人。本案当事人不等于本诉当事人。

关于辩论原则的表述,下列哪些选项是正确的?

- A. 当事人辩论权的行使仅局限于一审程序中开庭审理的法庭调查和法庭辩论阶段
- B. 当事人向法院提出起诉状和答辩状是其行使辩论权的一种表现
- C. 证人出庭陈述证言是证人行使辩论权的一种表现
- D. 督促程序不适用辩论原则

【答案】_____ ①

(四) 处分原则

处分原则是指当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。关于处分原则,考生应当从如下四个方面进行掌握:

1. 处分的主体:只能是当事人、法定代理人和经过特别授权的委托诉讼代理人。这里特别要说的是委托诉讼代理人,在当事人一讲我们会讲到,委托诉讼代理人分为两种,一般授权的委托诉讼代理人和特别授权的委托诉讼代理人,考生必须明确:只要是委托的诉讼代理人就能够进行处分,只不过是处分的对象不同而已。经过特别授权的委托诉讼代理人可以处分实体权利,如承认、变更、放弃诉讼请求等,而一般授权的委托诉讼代理人只能处分部分程序性的诉讼权利,如申请回避、提出管辖权异议等。因此这里的经过特别授权的委托诉讼代理人指的是处分实体权利,并不是说一般授权的委托诉讼代理人不能处分。

2. 处分的对象:包括自己依法享有的实体权利和诉讼权利。

3. 处分的阶段:适用于民事诉讼的全过程。如前所述,我们所说的民事诉讼一般包括审判和执

① BD



行两个阶段,因此当事人不仅可以在审判阶段进行处分,在执行阶段亦可处分。如执行和解。

4. 处分的前提:民事诉讼中的处分是有限的处分,要受到法院审判权的审查,即不得超越法律规定的范围,不得损害国家、集体、他人的合法权益。



名师点睛

司法考试中,对于处分原则的考法主要有两种,其中第二种是近些年的常规考法,我各举一例。

第一种考法:法院的裁判应当以当事人的诉讼请求为限,不能超出诉讼请求而裁判,从而保持审判中立,不告不理。



例:甲向法院起诉,要求判决乙返还借款本金2万元。在案件审理中,借款事实得以认定,同时,法院还查明乙逾期履行还款义务近一年,法院遂根据银行同期定期存款利息,判决乙还甲借款本金2万元,利息520元。该判决就不符合法律规定,违反了民事诉讼的处分原则,因为原告已经放弃了利息的请求权。

第二种考法:诉讼中双方当事人可以约定哪些事项,这是处分原则的变形,因为哪些事项可以约定说明哪些事项是可以处分的。例如,双方可以约定合同纠纷的管辖法院,却不能约定人身侵权纠纷的管辖法院;双方可以约定仲裁庭的组成人员,却不可以约定合议庭的组成人员。

关于民事诉讼法基本原则在民事诉讼中的具体体现,下列哪一说法是正确的?

- A. 当事人有权决定是否委托代理人代为进行诉讼,是诉讼权利平等原则的体现
- B. 当事人均有权委托代理人代为进行诉讼,是处分原则的体现
- C. 原告与被告在诉讼中有一些不同但相对等的权利,是同等原则的体现
- D. 当事人达成调解协议不仅要自愿,内容也不得违法,是法院调解自愿和合法原则的体现

【答案】D^①

(五) 支持起诉原则

支持起诉原则是指机关、社会团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为,可以支持受害者提起民事诉讼的诉讼原则。对此原则的应用需要把握以下三点:

1. 支持起诉的前提是存在损害国家、集体或者个人民事权益的违法行为,而且受损害的单位或个人不能、不敢或者不便诉诸法院。没有上述违法行为的存在或者民事诉讼已经启动,没有支持起诉的必要性,也就没有支持起诉。

2. 支持起诉的主体是机关、团体、企业事业单位,主要是对受害者负有保护责任的机关、团体和企业事业单位,如妇联支持受害妇女、共青团支持受害青年、企业事业单位支持本单位受害职工向人民法院起诉,公民个人不能作为支持起诉主体。

3. 被支持者可以是个人,也可以是单位。

注意:支持起诉不等于代为提起诉讼,即支持不等于代替,支持起诉的机关、社会团体、企业事业单位不能以自己的名义提起诉讼,其本身不是适格的当事人。

【关联考点】 有权提起公益诉讼的主体是法律规定的机关和有关组织,也不包括自然人,但是有权提出公益诉讼的机关和组织是以自己的名义起诉,其本身是适格的当事人。

① D

（六）诚实信用原则

诚实信用原则是本次《民事诉讼法》修改新增加的一项原则，是指当事人或其他诉讼参与人在民事诉讼中行使诉讼权利或履行诉讼义务，以及法官在民事诉讼中行使国家审判权进行审判行为时，应当公正、诚实、守信。关于这一原则，考生可从如下两个角度进行掌握：

1. 诚实信用原则原本是一项私法原则，《民事诉讼法》修改时将其引入公法领域，使之成为一项公法原则，主要是为了回应现实社会中虚假诉讼、恶意诉讼、拖延诉讼、伪造证据等现象。

2. 诚实信用原则约束的诉讼主体很广泛，既包括当事人，也包括证人、鉴定人等其他诉讼参与人，甚至人民法院也受到此项原则的制约，应客观、公正地进行审理和裁判。

（七）检察监督原则

检察监督原则是 2012 年《民事诉讼法》加以修改的一项原则。具体而言，变化体现在三个方面。

1. 监督阶段的变化：检察监督的范围由原来的“民事审判活动”拓展至“民事诉讼”。民事诉讼是一个外延更大的概念，不仅包含民事审判活动，还包含执行活动。因此可以说，如今的检察监督是一种全方位的诉讼监督。

2. 监督方式的变化：人民检察院进行法律监督的传统方式是抗诉，但是抗诉必须遵循上抗下（最高检抗诉最高院除外），即下级检察院发现自己同级法院的生效裁判有错误，只能提请自己的上级检察院进行抗诉，为了弥补同级检察院不能对同级法院抗诉的不足，修改后的《民事诉讼法》增加规定，同级检察院可以对同级法院提出检察建议。

3. 职权方面的变化：修改后的《民事诉讼法》赋予检察院一项新的职权，即检察院进行法律监督可以向当事人或案外人调查核实有关情况。

注意：调解书原本是根据双方当事人的合意做出，不属于检察监督的范围，但根据《民事诉讼法》第 208 条的规定，检察院对于生效的调解书也可以进行抗诉了，但是此种抗诉我们称之为“调解书的有限抗诉”，仅限于调解书的内容损害了国家利益、社会公共利益。

二、基本制度

（一）合议制度

民事诉讼案件的审判组织的形式有两种：合议制和独任制。合议制是原则，独任制是例外，因此需要掌握的考点是合议制的组成形式和独任制的适用范围两个方面。适用合议制还是独任制，由人民法院决定，这与仲裁程序是不同的。仲裁程序中，由双方当事人约定是由 3 人还是 1 人组成仲裁庭。

1. 合议制：合议庭的组成应当是单数，但按照审级不同，在不同的审判程序中，合议庭的组成形式是不同的。

（1）一审程序：合议庭可以由审判员和人民陪审员共同组成合议庭，也可以由审判员组成。

注意：关于民事诉讼中人民陪审员参与的案件范围，考生只需要记住规律：一审的争议案件。因此，二审程序只能由审判员组成合议庭审理；非争议案件，如特别程序、公示催告程序和督促程序没有人民陪审员。

（2）二审程序：只能由审判员组成合议庭。

注意：另行组成合议庭的规定：二审发回重审或再审程序中，原审合议庭成员或独任审判员不得参加重审或再审合议庭，必须另行组成合议庭。其原因在于防止先入为主，便于纠正错误，避免公众的合理怀疑。

（3）再审程序：再审程序没有独立的审理程序规定，适用何种程序取决于原生效裁判是几审程序作出的。具体而言，原来是一审的案件按照一审程序组成合议庭；原来是二审的案件或者经过提



审的案件按照二审程序组成合议庭。



例:法院按照一审程序审理再审案件,可否有人民陪审员参与合议庭?答案是肯定的,原因在于按照一审程序审理再审案件,其本质是一审。

(4)特别程序:仅选民资格案件和特别程序中的重大、疑难案件是合议制,且要求必须由审判员组成。

2.独任制:民事诉讼案件一般应当适用合议制度,这是一般原则。但是,在以下情形中适用独任制:

(1)在简易程序中,适用审判员独任审理。

(2)在特别程序中,一般适用审判员独任。

注意:例外情形:选民资格案件和特别程序中的重大、疑难案件。

(3)在公示催告程序中,公告审理阶段适用审判员独任制,除权判决阶段由审判员组成合议庭审理。

(4)在督促程序中,也适用审判员独任审理。

注意:①简易程序只能由基层人民法院在一审民事案件中适用,而非争议案件的管辖法院也是基层法院,从这里出发可以得出这一推论:独任制只能适用于基层人民法院及其派出法庭。

②无论是再审还是发回重审,只要按照一审程序进行就可以有人民陪审员参加;而无论再审还是发回重审,即使按照一审程序,也不能适用独任制。

根据我国民事诉讼法和相关司法解释的规定,下列关于审判组织的哪一表述是错误的?

A.第二审程序中只能由审判员组成合议庭

B.二审法院裁定发回重审的案件,原审法院可以由审判员与陪审员共同组成合议庭

C.法院适用特别程序,只能采用独任制

D.独任制只适用于基层法院及其派出法庭

【答案】_____①

3.合议庭评议制度:法院在开庭审理完毕后,应当进行合议庭评议。对于合议庭评议,应当注意三个层次:

(1)法院合议庭评议案件,实行少数服从多数的原则。

(2)评议应当制作笔录,由合议庭成员签名,持不同意见的合议庭成员也必须签名。

(3)评议中的不同意见,必须如实记入笔录。

注意:这与《仲裁法》中规定的仲裁裁决的作出不一样。依据《仲裁法》第53条的规定,裁决应当按照多数仲裁员的意见作出,少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时,裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。

(二)回避制度

西方法谚有言:“任何人都不得做自己案件的法官。”因此,回避制度是为了保证案件能够得到公正的处理,且不受当事人的合理质疑。

1.回避适用的对象:回避适用于审判人员(包括审判员、人民陪审员)、书记员、翻译人员、鉴定人与勘验人。这些人的职责都在于要公正无私地为案件的处理进行相关工作,不承担这种工作职责的人无须回避。典型的不应混淆者有以下两类:

(1)诉讼代理人。诉讼代理人的职责在于维护委托人的利益,而非公正无私地处理案件。因