

2012年

《历年试题及考点归类精解》

集结原班人马

司法考试辅导培训一线名师

联手亲力钜献

司法考试专用讲义

精编教学版

民事诉讼法与仲裁制度·刑事诉讼法

张能宝/主编

配套《历年试题及考点归类精解》

按照历年真题命题点编写，涵盖司法考试最主要内容

揭示已考考点及已考法条

让考点更加明晰，从此变得可预测可把握

明确已考分值分布

让各个部门法轻重缓急一目了然

串讲强化常考重要知识点

讲解考点、分析考点、归纳考点、对比考点、总结考点



2012 年司法考试专用讲义 (精编教学版)

民事诉讼法与仲裁制度 刑事诉讼法

主 编:张能宝

副主编:杨艳霞 张玲 江海洋

主要撰稿人:张能宝 杨艳霞 张 玲
江海洋 李慧琦 倪 燕
施金晶 王托弟 曾文静
修丹丹 秦华伦 刘亚莉
邓新娟 杨 硕 张劲晗

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法与仲裁制度、刑事诉讼法/张能宝主编
·—北京:法律出版社,2011.12
(2012年司法考试专用讲义)
ISBN 978-7-5118-2893-4

I. ①民… II. ①张… 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③刑事诉讼法—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(2011)第 251403 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨大康

装帧设计/曹 铀

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/北京中科印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/15.25 字数/372 千

版本/2012 年 1 月第 1 版

印次/2012 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

书号:ISBN 978-7-5118-2893-4

定价:35.00 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

为给广大读者提供一套精炼实用的司法考试讲义,帮助大家打好知识基础,特组织编写《司法考试专用讲义》(精编教学版)。

本书特色:

一、配套司法考试大纲。以大纲为中心,突出新增考点和新增法律、法规。

二、配套《司法考试历年试题及考点归类精解》(法律出版社2012版)。严格按照历年真题命题点编写,全面涵盖司法考试最主要内容。

三、揭示已考考点及已考法条。让考点更加明确,让考点变得更加可预测。

四、明确已考分值分布。让部门法轻重缓急一目了然。

五、串讲强化基本知识点。讲解考点、分析考点、归纳考点、对比考点、总结考点。

六、澄清和突破疑难点。

由于时间仓促,本书不当之处,请广大读者批评指正。

张能宝

目 录

民事诉讼法

民事诉讼法复习提示	(1)
2007—2011 年司法考试分值统计	(2)
2007—2011 年司法考试分值分布	(2)
第一章 基本概念	(3)
第二章 管辖	(16)
第三章 当事人	(27)
第四章 民事诉讼证据	(38)
第五章 财产保全、先予执行及对妨碍 民事诉讼行为的强制措施 ...	(48)
第六章 一审、二审和再审	(52)
第七章 简易程序	(71)
第八章 特别程序	(74)
第九章 督促程序	(78)
第十章 公示催告程序	(81)
第十一章 执行	(83)
第十二章 期间、送达和司法协助 ...	(96)

仲裁制度

仲裁制度复习提示	(101)
2007—2011 年司法考试分值统计	(102)
2007—2011 年司法考试分值分布	(102)
第一章 仲裁制度基本理论	(103)
第二章 仲裁程序	(107)

第三章 仲裁裁决的撤销、执行与不予 执行	(110)
-------------------------------	---------

刑事诉讼法

刑事诉讼法复习提示	(113)
2007—2011 年司法考试分值统计	(114)
2007—2011 年司法考试分值分布	(114)
第一章 基本原则	(115)
第二章 专门机关和诉讼参与人	(121)
第三章 管辖	(127)
第四章 回避	(134)
第五章 辩护与代理	(138)
第六章 证据	(146)
第七章 强制措施和期间、送达	(161)
第八章 附带民事诉讼	(177)
第九章 立案	(182)
第十章 侦查	(186)
第十一章 提起公诉	(193)
第十二章 第一审程序	(199)
第十三章 第二审程序	(215)
第十四章 死刑复核程序	(221)
第十五章 审判监督程序	(223)
第十六章 执行程序	(228)
第十七章 涉外刑事诉讼程序与刑事 司法协助	(235)

民事诉讼法复习提示

民事诉讼法是实现程序正义的法律。由于诉讼性质的不同,民事诉讼法与刑事诉讼法、行政诉讼法在整个设计理念和具体制度上存在区别。随着市民社会的形成,民事诉讼法由原来的职权主义模式过渡到以当事人主义为主、职权主义为辅的模式。这种转变强调尊重当事人的意愿、保障其权利和自由,让其发挥决定、支配和主导作用,而不仅仅是法院审理活动的客体。同时,对当事人主义的强调,并不反对必要的职权干预,也不反对一种法官与当事人协同行使诉讼权利和履行诉讼义务的模式。

在内容上,民事诉讼法以基本原则与基本制度为基本架构,以主管与管辖以及适格当事人为基础,以证据和程序为核心。

首先,民事诉讼法的基本原则与基本制度贯穿于整个民事诉讼法始终。民事诉讼法包括七项基本原则和四项基本制度:前者包括辩论原则、处分原则、法院调解原则、诉讼权利平等原则、同等原则和对等原则、检察监督原则和支持起诉原则;后者包括合议、回避、公开审判和两审终审制。上述基本原则和基本制度不仅为实现民事纠纷的实体正义提供了保障,也使民事诉讼程序本身符合了正义的要求。

其次,民事诉讼法以主管与管辖以及适格当事人为基础。在发生民事纠纷时,确定适格的主管机关和适格的当事人是有效维护当事人合法权益的前提。一旦确定纠纷属于法院主管,管辖问题就随之而来。主要包括级别

管辖和地域管辖两大类,又以后者为重点。法院受理民事纠纷还有一个前提,即适格当事人起诉。因此,如何确定适格的原告与被告、共同诉讼人、诉讼代表人、第三人是诉讼首先要解决的问题。其中又以普通共同诉讼人与必要共同诉讼人、有独立请求权第三人与无独立请求权第三人的关系为重点。

最后,民事诉讼法以证据和程序为核心。证据和程序是现行民事诉讼法以当事人主义为主、职权主义为辅立法模式的集中体现。具体而言,证据部分主要解决在民事诉讼中相关主体依据程序对事实进行证明的问题,包括举证责任、证明程序、证明对象、证明标准等。其中,当事人在收集调查证据和对证据进行质证上的平等是当事人主义的集中体现。但法院仍然拥有依职权和依申请调查证据的权力,虽然其范围已大大受限。程序部分则包括审判程序和执行程序两大方面,前者主要包括普通程序、简易程序、三个特殊的程序(即特别程序、督促程序、公示催告程序)、两个救济程序(即二审程序与审判监督程序);后者包括人民法院如何开始执行,可以采取何种措施执行、执行的中止与终结以及执行中一些特殊问题的处理等内容。

任何一项制度都是一个有机整体,民事诉讼法也不例外。而“只见树木,不见森林”永远不能达到对一项制度的真正把握。基于此点考虑,在此对民事诉讼法的基本精神作一简要介绍,希望大家对民事诉讼的理解不只是那几百条繁杂的法条而已。

2007—2011 年司法考试分值统计

	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	论述题	总计
2011 年	14	16	8	20	0	58
2010 年	14	16	8	20	0	58
2009 年	16	22	8	0	0	46
2008 年	16	22	8	22	0	68
2007 年	15	18	8	20	0	61

2007—2011 年司法考试分值分布

	2007 年	2008 年	2009 年	2010 年	2011 年
基本概念	2	10	8	8	9
管辖	4	2	5	5	3
当事人	13	5	10	6	10
民事诉讼证据	9	10	3	3	12
案件受理条件	3				
财产保全和先予执行		4			
一审、二审和再审	17	18	12	27	19
简易程序		1		2	1
特别程序	2		1		
督促程序	1	1		2	1
公示催告程序	1		2		
执行	3	13	2	4	2
第二审程序	8	7	15	3	6
期间、送达、诉讼费用和司法协助	1		3		1

第一章 基本概念

2007—2011 年已考考点及已考法条

考查次数	已考考点	已考法条
*	民事诉讼法的性质	
*	民事审判程序与民事执行程序的关系	
*	公开审判制度	《民事诉讼法》第 120 条
**	诉的分类	
**	基本原则	《民事诉讼法》第 5 条、8 条、9 条、12 条
*	审判组织	《民事诉讼法》第 40 条、41 条、161 条
**	诉讼标的	
**	民事诉讼基本原则和基本制度	《民事诉讼法》第 8 条、12 条、13 条
*	司法协助	《民事诉讼法》第 260 条、262 条、263 条
*	反诉、反驳	《民事诉讼法》第 52 条
*	我国法院判决的域外承认和执行	《民事诉讼法》第 264 条
*	经人民调解委员会调解达成的调解协议的效力	《人民调解法》第 31 条、33 条 《人民调解协议规定》第 2 条、3 条、6 条
*	回避	《民事诉讼法》第 40 条、45 条、47 条、48 条
*	合议庭评议	《民事诉讼法》第 43 条
*	法院裁判形式	
*	普通程序的特点	
*	涉外民事诉讼案件的管辖、送达和上诉	《民事诉讼法》第 241 条、245 条 《民事诉讼意见》第 311 条

一、概述

(一) 民事诉讼法的概念

民事诉讼法是国家制定的、调整法院和诉讼参与人的诉讼活动和由此产生的各种诉讼法律关系的法律规范的总称。民事诉讼法调整的对象包括：

1. 法院、当事人和其他诉讼参与人的诉讼活动；
2. 在诉讼活动中产生的各种法律关系。

(二) 民事诉讼法的性质

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，由此决定民事诉讼法是一个独立的法律部门。

3. 民事诉讼法是程序法。

从民事诉讼法的内容看，它规定的主要是程序问题，属于程序法。

4. 民事是公法。

一般认为,凡涉及公共权力、公共关系、公共利益和上下服从关系、管理关系、强制关系的法为公法。凡属个人利益、个人权利、自由选择、平权关系的法为私法。民事纠纷发生后,当事人诉诸法律,人民法院代表国家行使审判权作出裁判。当人民法院的裁判得不到履行时,人民法院还要运用国家强制力保证裁判的执行。因此,根据公私法的划分标准,民事诉讼法是公法。

(三) 民事诉讼法的效力

民事诉讼法的效力,是指民事诉讼法对什么人、什么事、在什么时间和空间发生效力。民事诉讼法的效力也称民事诉讼法的范围。

1. 对人的效力。

凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼,必须遵守本法。因此,无论是中国公民、法人或其他组织,还是外国人、无国籍人、外国的企业和组织,只要在我国法院进行民事诉讼,就必须适用我国的民事诉讼法。

注意:在法律适用上,在某些情况下,在我国法院进行诉讼,可以选择适用外国的实体法和仲裁法,但诉讼法只能适用中国法。

2. 对事的效力。

适用民事诉讼法审理的案件包括:

(1)因民法、婚姻法、收养法、继承法等民事实体法调整的平等主体之间的财产关系和人身关系发生的民事案件;

(2)因经济法、劳动法调整的社会关系发生的争议,法律规定适用民事诉讼程序审理的案件;

(3)适用特别程序审理的选民资格案件和宣告公民失踪、死亡等非诉案件;

(4)按照督促程序解决的债务案件;

(5)按照公示催告程序解决的宣告票据和有关事项无效的案件。

3. 空间效力。

凡是在中华人民共和国领域内进行民事诉讼均适用本法。因此,其空间效力及于整个中华人民共和国的领域。

4. 时间效力。

即民事诉讼法从什么时间开始生效。我国现行《民事诉讼法》生效的时间是2008年4月1日。从生效之日起,1991年4月9日颁布的《民事诉讼法》同时废止。现行《民事诉讼法》生效后,法院无论是审理生效前受理的案件,还是审理生效后受理的案件,均应适用新法。但新法生效前对已受理案件适用旧法进行的程序活动依法有效。

(四) 民事诉讼法律关系

在理解民事诉讼法律关系的概念时,主要掌握两点:

1. 民事诉讼法律关系是发生在当事人、其他诉讼参与人与法院之间的诉讼权利与诉讼义务关系。法院内部行使职权所形成的关系并非民事诉讼法律关系。

2. 民事诉讼法律关系的主体一方必须是法院。也就是说,民事诉讼法律关系的发生要么是在当事人与法院之间,要么是在其他诉讼参与人与法院之间,该法律关系的主体,其中之一必须是法院。

注意:民事诉讼法律关系并不等于民事法律关系。

(1)民事法律关系的主体主要是自然人、法人和其他组织;民事诉讼法律关系的主体一方是法院;

(2)民事法律关系的内容是民事实体权利义务,民事诉讼法律关系的内容是诉讼权利义务。

二、民事诉讼法的基本原则

民事诉讼法的基本原则,是在民事诉讼的整个过程中,或者在重要的诉讼阶段,起指导作用的准则。根据民事诉讼法的规定,民事诉讼法特有的基本原则共有七个,包括同等原则和对等原则、辩论原则、处分原则、法院调解原则、诉讼权利平等原则、检察监督原则和支持起诉原则。

同等原则和对等原则、辩论原则、处分原则和法院调解原则是司法考试的常考内容,请考生注意重点掌握。

(一) 同等原则和对等原则

同等原则是指在我国法院进行民事诉讼的
外国人、无国籍人、外国企业和组织与我国
公民、法人和其他组织享有同等的诉讼权利
和义务。对等原则是指外国法院对我国公民、
法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制，
我国法院对该国公民、企业和组织的民事诉
讼权利也采取相应措施加以限制。

(二) 辩论原则

《民事诉讼法》第 12 条规定，人民法院审
理民事案件时，当事人有权进行辩论。

1. 辩论的主体。

当事人和诉讼代理人。

2. 辩论的时间。

诉讼程序的始终。

3. 辩论的内容。

实体：案件事实的认定和法律的适用等。

程序：法院有无管辖权、审判人员是否回
避等。

4. 辩论的形式。

口头：如开庭审理中的法庭辩论。

书面：如提交答辩状、代理词等。

(三) 处分原则

《民事诉讼法》第 13 条规定，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。处分原则是民事诉讼的核心，重点
掌握处分原则的内容和体现：

享有处分 权的主体	当事人(注意：诉讼代理人可以代为 行使一部分处分行为，但不享有处分 权)
处分的 内容	可以是实体权利也可以是程序权利， 对实体权利的处分通常需要通过 对诉讼权利的处分来实现。但处分诉 讼权利不一定会同时处分实体权利
处分原则 的体现	①是否起诉、提出什么诉讼请求由当 事人决定； ②在诉讼程序开始后，原告是否变更 或者放弃诉讼请求，被告是否承认或 者反驳原告提出的诉讼请求，由当事 人决定；

续表

处分原则 的体现	③是否要求法院进行调解或自行和 解由当事人决定； ④一审判决后，是否上诉由当事人 决定； ⑤法律文书生效后，是否申请法院强 制执行由当事人自行决定
行使处分 权的范围	当事人处分民事权利和诉讼权利必 须在法律规定的范围内进行。如果 当事人的处分行为超过了法律规定， 侵犯了他人的民事权益，其处分无效

注意：(1)近年来基本原则部分的考查主
要集中在辩论原则和处分原则上，要结合实
例让考生判断法院的行为是否违反这两个原
则。如超出当事人诉讼请求的裁判行为就是
对处分原则的违反。

(2)辩论原则和处分原则有一定的联系，
都有对法院权力予以限制的功能。但它们各
自发挥的作用是不同的：辩论原则在于强调
法院的裁判对象是当事人辩论的证据和事
实；处分原则在于强调当事人是动态的诉讼
程序的推进者，法院处于相对消极被动的
地位。

(四) 法院调解原则

《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。

法院调解既是民事诉讼法的一项基本原
则，也是民事诉讼中的一项重要制度。法院调
解应遵循自愿、合法的原则进行。为便于考
生复习，我们在此把法院调解一章放到法
院调解原则中一并论述。掌握这部分知识
时可以结合最高人民法院《关于人民法
院民事调解工作若干问题的规定》(以下简
称《调解规定》)的相关内容。

1. 法院调解的适用情形。

(1) 法院可以调解的情形。

法院对适用一审程序、二审程序和再
审程序审理的民事案件都可以调解。

(2) 法院应当先行调解的情形。

①适用一审程序审理的离婚案件;

②适用简易程序审理的婚姻家庭纠纷和继承纠纷、劳务合同纠纷、交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷、宅基地和相邻关系纠纷、合伙协议纠纷、诉讼标的额较小的纠纷。

(3)不适用法院调解的情形。

①适用特别程序、督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序审理的案件,婚姻关系、身份关系确认案件;

②其他依案件性质、当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的民事案件;

③进入执行程序的案件。

注意:执行中当事人可以和解,但法院不能主动调解。

2. 法院调解的程序。

(1)法院调解的开始。

①原则上人民法院应在答辩期满后裁判作出前进行调解;

②例外情形是,在征得当事人各方同意后,人民法院可以在答辩期满前进行调解。

(2)法院调解的进行。

①调解时当事人各方应当同时在场,根据需要也可以对当事人分别做调解工作。

注意:离婚案件中,当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的,除本人不能表达意志的以外,应当出具书面意见。

②原则上对于应当公开审判的案件,法院在调解时也应公开进行。例外情形是,如果当事人申请不公开进行调解的,法院调解应当不公开进行。

③调解方案既可以由当事人自行提出,也可以由主持调解的人员提出,供当事人协商时参考。

④人民法院可以邀请或委托与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的企业事业单位、社会团体或者其他组织,和具有专门知识、特定社会经验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人协助调解工作。达成调解协议后,人民法院应当依法予以确认。

(3)法院调解的结束。

①基于当事人达成调解协议而结束;

②双方未达成调解协议而结束。

3. 调解书及调解的效力。

调解书是法院制作的、以调解协议为主要内容的法律文书。经法院调解达成协议或当事人在诉讼过程中自行达成和解协议的,人民法院可以根据当事人的申请依法确认和解协议制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。调解书由审判人员、书记员署名,加盖人民法院印章,送达双方当事人。

(1)当事人达成调解协议。

①原则——法院应当根据调解协议制作调解书。

第一,调解协议达成后,调解书不是必须制作的;但如果当事人提出请求,法院应当制作。对于不需要制作调解书的协议,应当记入笔录,由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后,即具有法律效力。

第二,法院制作调解书确认调解协议时,对于当事人在调解协议中约定的不同内容,应予准许、可以准许、不予准许的情形:

法院应予准许	法院可以准许	法院不予准许
当事人约定一方不履行协议应当承担民事责任	当事人在调解协议中约定的内容超出诉讼请求	当事人约定一方不履行协议,另一方可以请求人民法院对案件作出裁判的条款
当事人约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保		

(《调解规定》第9条 调解协议内容超出诉讼请求的,人民法院可以准许。

第10条 人民法院对于调解协议约定一方不履行协议应当承担民事责任的,应予准许。

调解协议约定一方不履行协议,另一方可以请求人民法院对案件作出裁判的条款,人民法院不予准许。

第11条 调解协议约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保的,人民法院应当准许。

案外人提供担保的,人民法院制作调解书应当列明担保人,并将调解书送交担保人。担保人不签收调解书的,不影响调解书生效。

当事人或者案外人提供的担保符合担保法规定的条件时生效。)

第三,调解协议有侵害国家利益、社会公共利益的,侵害案外人合法权益的,违背当事人真实意思的,违反法律、行政法规禁止性规定的,法院不予确认。

例外——可以不制作调解书的情形。

《民事诉讼法》第90条规定了“可以不制作调解书的情况”,主要包括:调解和好的离婚案件;调解维持收养关系的案件;能够即时履行的案件;其他不需要制作调解书的案件。

②原则——法院不应当根据和解或调解协议制作判决书。

(《调解规定》第18条 当事人自行和解或者经调解达成协议后,请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的,人民法院不予支持。)

例外——可以制作判决书的情形。

第一,无民事行为能力人的离婚案件,其法定代理人与对方达成协议要求发给判决书的,可根据协议内容制作判决书;

第二,涉外民事诉讼中,经调解双方达成协议,应当制发调解书。当事人要求发给判决书的,可以依协议的内容制作判决书。

注意:《民事诉讼法》和《仲裁法》对调解达成协议后的处理的不同规定。

根据《仲裁法》的规定,当事人经仲裁庭调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。

(2)当事人未调解未达成协议或者调解书生效前一方反悔,人民法院应当及时判决。

(3)调解的效力。

①调解书的生效要件。

原则——调解书在经双方当事人签收后

发生法律效力。

例外——当事人也可以约定在调解协议上签名或者盖章后,调解协议即发生法律效力。

当事人各方同意在调解协议上签名或者盖章后生效,经人民法院审查确认后,由当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后即具有法律效力。在该种情形下,当事人拒收调解书的,不影响调解协议的效力。一方不履行调解协议的,另一方可以持调解书向人民法院申请执行。

注意:对于不需要制作调解书的协议,由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后,即具有法律效力。

(《调解规定》第13条 根据民事诉讼法第九十条第一款第(四)项规定,当事人各方同意在调解协议上签名或者盖章后生效,经人民法院审查确认后,应当记入笔录或者将协议附卷,并由当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后即具有法律效力。当事人请求制作调解书的,人民法院应当制作调解书送交当事人。当事人拒收调解书的,不影响调解协议的效力。一方不履行调解协议的,另一方可以持调解书向人民法院申请执行。)

第15条 对调解书的内容既不享有权利又不承担义务的当事人不签收调解书的,不影响调解书的效力。)

②下列情形不影响调解书的生效。

第一,当事人不能对诉讼费用如何承担达成协议的;

第二,对调解书的内容既不享有权利又不承担义务的当事人不签收调解书的;

第三,案外人做担保人不签收调解书的。

(《调解规定》第11条 调解协议约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保的,人民法院应当准许。

案外人提供担保的,人民法院制作调解书应当列明担保人,并将调解书送交担保人。担保人不签收调解书的,不影响调解书生效。

当事人或者案外人提供的担保符合担保

法规定的条件时生效。)

③救济途径。

当事人对调解书不得上诉。但对于已经生效的调解书,在有证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的情形下,当事人在2年内可以申请再审。但解除婚姻关系的除外。

当事人对调解书不得上诉。但对于已经生效的调解书,在有证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的情形

4. 法院调解与人民调解委员会的调解、诉讼和解的区别:

	法院调解	人民调解委员会的调解	诉讼和解
主持者	审判人员主持	人民调解员主持	当事人自行进行
权力(利)来源	人民法院行使审判权和当事人处分权相结合	当事人授权	当事人行使处分权
依据	民事诉讼法	人民调解法	没有程序规范
协议的效力	①有强制执行力; ②是法院的一种结案方式; ③一事不再理	①具有法律拘束力; ②经司法确认后有效的,有强制执行力	和解协议无强制执行力 (和解后,可以申请撤诉,也可以申请制作调解书)
救济方式	符合法定情况可以申请再审	①未经过司法确认程序的,可以就调解协议的内容和履行提起诉讼; ②经法院确认协议无效的,可以另外达成调解协议或向法院起诉	①撤诉后,可以起诉; ②制作调解书的,符合法定情况可以申请再审

(五)其他基本原则

诉讼权利平等原则	①并不等于诉讼权利相同; ②包括诉讼权利的相同性和诉讼权利的对应性两方面内容
检察监督原则	①监督的对象仅是人民法院的审判活动,不包括当事人的诉讼活动; ②监督的时间只能是在法律文书生效后
支持起诉原则	①机关、社会团体、企业事业单位支持受损害的单位或个人起诉并不意味着其能取得原告资格; ②支持起诉的主体只能是单位,不能是个人

(《民事诉讼法》中关于其他基本原则的规定:

第8条 民事诉讼当事人有平等的诉讼权利。人民法院审理民事案件,应当保障和便利当事人行使诉讼权利,对当事人在适用法律上一律平等。

第14条 人民检察院有权对民事审判活

动实行法律监督。

第15条 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,可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉。)

三、民事诉讼法的基本制度

民事诉讼法包括四项基本制度:合议制度、回避制度、公开审判制度和两审终审制度。该四项基本制度贯穿于整个民事诉讼法中,考生要注意掌握这些基本制度的体现和适用及其例外情形。

(一)合议制度

合议制是指由3个以上单数审判人员组成合议庭对民事案件进行审理的制度,按合议制组成的审判组织称为合议庭。

合议制是相对于独任制而言的,独任制由审判员1人对具体案件进行审理和作出裁判的制度。适用合议制还是独任制,由法院依法决定,这与仲裁程序不同。仲裁程序中是由

双方当事人约定是由3名仲裁员还是1名仲裁员仲裁。

《民事诉讼法》第40条 人民法院审理第一审民事案件,由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数,必须是单数。

适用简易程序审理的民事案件,由审判员一人独任审理。

陪审员在执行陪审职务时,与审判员有同等的权利义务。

第41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。

1. 合议制的适用。

(1)必须适用合议制的案件。

①适用公示催告程序审理案件,判决宣告票据无效的,应当组成合议庭审理;

②适用特别程序审理的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;

③起诉时被告下落不明的案件,应当组成合议庭审理;

④发回重审和按照审判监督程序再审的案件,应当另行组成合议庭审理;

⑤中级、高级和最高人民法院审理的一审、二审案件。

(2)合议制适用的例外——须适用独任制的情形。

①适用简易程序审理的案件;

②适用特别程序审理的宣告失踪、宣告死亡案件、认定无民事行为能力或限制民事行为能力案件、认定财产无主案件。

2. 合议庭的组成。

案件类型	合议庭的组成
一审案件	审判员组成或审判员与陪审员共同组成合议庭
适用特别程序审理的选民资格案或者重大、疑难的案件	只能由审判员组成合议庭
二审案件	只能由审判员组成合议庭
发回重审的案件	按一审程序另行组成合议庭
再审案件	原为一审,按一审程序另行组成合议庭
	原为二审或上级法院提审,按二审程序另行组成合议庭

3. 合议庭评议。

(1)合议庭评议实行少数服从多数原则。

(2)合议庭意见有重大分歧时,应提交审判委员会讨论决定。评议中的不同意见,必须记入笔录。

注意:审判委员会与合议庭在业务上是指导与被指导、监督与被监督的关系。审判委员会的决定合议庭必须执行。

(3)合议庭评议和仲裁庭评议的区别。

仲裁庭评议也采取少数服从多数的原则,但当仲裁庭不能形成多数意见时,采用首席仲裁员的意见;仲裁员的不同意见“可以”记入笔录,持不同意见的仲裁员,可以在仲裁裁决书上签名,也可以不签名。

(二)回避制度

回避制度,是指为了保证民事案件的公正审理,要求符合法定回避情形的有关人员不得参与案件的审理活动或者其他诉讼活动的法律制度。

2011年最高人民法院《关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》(以下简称《回避规定》)对回避制度做了进一步规定,考生应重点掌握。

1. 回避适用的对象。

回避适用的对象,包括审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人、法院其他工作人员。其中审判人员包括各级人民法院院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员和助理审判员;法院其他工作人员,是指审判人员以外的在编工作人员。

注意:(1)证人不适用回避。

(2)刑事诉讼中回避的人员不包括“勘验人”(尽管刑事诉讼的证据中专门有“现场勘验”的内容)。

(3)人民陪审员、书记员和审判员适用审判人员回避的有关规定,但不属于审判人员和其他工作人员的,不适用《回避规定》第8条、第9条的规定。

(《回避规定》第8条 审判人员及法院其他工作人员从人民法院离任后二年内,不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。

审判人员及法院其他工作人员从人民法院离任后,不得担任原任职法院所审理案件的诉讼代理人或者辩护人,但是作为当事人的监护人或者近亲属代理诉讼或者进行辩护的除外。

本条所规定的离任,包括退休、调离、解聘、辞职、辞退、开除等离开法院工作岗位的情形。

本条所规定的原任职法院,包括审判人员及法院其他工作人员曾任职的所有法院。

第9条 审判人员及法院其他工作人员的配偶、子女或者父母不得担任其所任职法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人。)

2. 回避的法定原因。

(1)是本案当事人或者与当事人有直系血亲、三代以内旁系血亲及姻亲关系的;

(2)本人或者其近亲属与本案有利害关系的;

(3)担任过本案的证人、鉴定人、勘验人、辩护人、诉讼代理人的;

(4)与本案的诉讼代理人、辩护人有夫妻、父母、子女或者同胞兄弟姐妹关系的;

(5)本人与本案当事人之间存在其他利害关系,可能影响案件公正处理的;

(6)未经批准,私下会见本案一方当事人及其代理人、辩护人的;

(7)为本案当事人推荐、介绍代理人、辩护人,或者为律师、其他人员介绍办理该案件的;

(8)接受本案当事人及其委托的人的财物、其他利益,或者要求当事人及其委托的人报销费用的;

(9)接受本案当事人及其委托的人的宴请,或者参加由其支付费用的各项活动的;

(10)向本案当事人及其委托的人借款、借用交通工具、通讯工具或者其他物品,或者接受当事人及其委托的人在购买商品、装修住房以及其他方面给予好处的。

3. 回避的程序。

(1)回避的提出。

①当事人申请回避;

②审判人员或其他人员自行回避。

我国实行有因回避,即申请回避时应说明理由。

(2)申请回避的时间。

申请回避应在案件开始审理时提出,回避事由在案件审理后才知道的,也可以在法庭辩论终结前提出。

(3)回避的决定。

①决定的期限。

法院对当事人提出的回避申请,应当在申请提出的3日内作出决定。

②决定的方式。

法院可以以口头或书面形式作出决定。

③决定权的划分。

因回避适用的对象不同,回避的决定权也不同。

第一,院长担任审判长时的回避,由审判委员会决定;

第二,审判人员(包括陪审员)的回避,由院长决定;

第三,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。

注意:刑事诉讼中其他人员的回避是由院长决定,而非审判长。

4. 回避的法律后果。

(1) 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。

(2) 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。

(3) 法院应在 3 日内作出复议决定,并通知复议申请人。

(4) 无论最终是否回避都不影响已进行的诉讼程序的效力。

(5) 如果法院决定被申请人回避,更换人员后,诉讼程序继续进行。这点与仲裁不同。

(《仲裁法》第 37 条第 2 款 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。)

(三) 公开审判制度

公开审判制度是指人民法院审理民事案件,除法院规定的情况外,审判过程及结果应

当向群众、社会公开。

1. 公开的含义。

(1) 公开的内容是指案件审判过程(主要是庭审过程和宣判过程),但不包括合议庭评议;

(2) 公开的对象是指向群众公开和向社会公开(即向新闻媒体公开)。

2. 一律不公开审理的案件。

(1) 涉及国家秘密的案件(包括党的秘密、政府的秘密和军队的秘密);

(2) 涉及个人隐私的案件;

(3) 法律另有规定的案件。

3. 可以不公开审理的案件。

(1) 离婚案件;

(2) 涉及商业秘密的案件。

对于这两类案件,如果当事人申请不公开审理,法院可以不公开审理。

4. 宣判一律公开。

无论是公开审理的案件还是不公开审理的案件,宣判时一律公开。

5. 三大诉讼法及仲裁关于公开审判制度的比较:

民事诉讼法	一律不公开审理的案件	①涉及国家秘密的案件; ②涉及个人隐私的案件; ③法律另有规定的案件	《民事诉讼法》第 120 条
	经当事人申请可以不公开审理的案件	①离婚案件; ②涉及商业秘密的案件	
行政诉讼法	一律不公开审理的案件	①涉及国家秘密的案件; ②涉及个人隐私的案件; ③法律另有规定的案件	《行政诉讼法》第 45 条
刑事诉讼法	一律不公开审理的案件	①涉及国家秘密的案件; ②涉及个人隐私的案件; ③14 岁以上不满 16 岁的未成年人犯罪案件	《刑事诉讼法》第 152 条
	一般不公开审理的案件	16 岁以上不满 18 岁的未成年人犯罪案件	
仲裁	一律不公开审理的案件	涉及国家秘密的案件	《仲裁法》第 40 条
	一般不公开审理的案件	不公开是原则,但当事人协议公开的,可公开	

(四) 两审终审制度

两审终审制度是指一个民事案件经过两级法院审理就宣告终结的制度。

1. 两审终审的含义。

两审终审并不等于所有的民事案件都必须经过两级法院的审理,而是说一般情况下最多经过两级法院就应宣告终结。原则上是否经过两级法院的审理由当事人是否行使上诉权决定。

2. 两审终审的例外——一审终审。

在一审终审制度下,当事人不能提起上诉,案件经过一级法院的审理即告终结。其案件类型包括:

(1) 最高人民法院作为一审法院审理的案件;

(2) 人民法院按照特别程序以及督促程序、公示催告程序、破产还债程序审理的案件。

在破产还债案件中,当事人对驳回破产申请的裁定可以上诉。

四、诉

诉是指民事争议发生时一方当事人针对纠纷的另一方当事人向人民法院提出的关于解决争议的请求。

在理解这一概念时,注意诉在本质上包含两方面内容:

第一,当事人请求法院启动审判程序,即程序意义上的诉,与起诉权相对应;

第二,请求法院满足自己的诉讼请求,即实体意义上的诉,与胜诉权相对应。

(一) 诉的三大要素——主体、标的和理由

1. 诉的主体。

诉的主体,即诉的当事人,是指为解决民事权利与义务争议而参加诉讼的原告及其相对人。

诉的主体是否合格是法院审理案件时首先要解决的问题。

2. 诉的标的。

诉的标的,也称做诉讼标的,即当事人之间发生争议并提请人民法院裁判的实体权利

与义务关系。

(1) 诉讼标的与诉讼标的物的区别。

① 诉讼标的是当事人之间发生争议的民事权利义务关系;诉讼标的物是当事人之间争议的实体权利与义务关系所指向的对象。

② 诉讼标的存在于每一个诉中;而诉讼标的物只在财产案件中存在。例如,在不涉及财产分割的离婚诉讼中就只有诉讼标的,而没有诉讼标的物。

(2) 诉讼标的与诉讼请求的区别与联系。

① 诉讼标的是当事人之间发生争议的民事权利义务关系;诉讼请求则是当事人基于争议的实体权利义务关系向人民法院提出的具体实体请求。

② 在诉讼过程中,诉讼标的不允许任意变更,而诉讼请求可以变更。

③ 变更诉讼标的意味着形成了一个新的诉讼法律关系;而诉讼请求的变更并不能引起诉讼法律关系的变更。

注意:诉讼请求可以变更也是有一定的限制条件的,原则上只能在举证期限届满前,当事人可以自由变更诉讼请求。但有两个例外:

一是诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。

(《民事诉讼证据的若干规定》第35条 诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第三十四条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。

当事人变更诉讼请求的,人民法院应当重新指定举证期限。)

二是当事人起诉时发生请求权竞合的情况并作出选择后,在一审开庭以前又变更诉讼请求的,人民法院应当准许。

(《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若