

根据2009年
大纲修订

中国政法大学
国家司法



法考试

[第四册]

辅导用书

民事诉讼法 刑事诉讼法

杨秀清 卫跃宁 / 编著

根据2009年
大纲修订

中国政法大学
国家司法



法考试

[第四册]

辅导用书

民事诉讼法 刑事诉讼法

杨秀清 卫跃宁 / 编著

图书在版编目 (CIP) 数据

2009年中国政法大学国家司法考试辅导用书.第4册, 民事诉讼法、刑事诉讼法 / 中国政法大学司法考试学院组编. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 5

ISBN 978-7-5620-3385-1

I. 2... II. 中... 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 刑事诉讼法 - 中国-法律工作者 - 资格考核 - 自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第081968号

书 名	2009 年中国政法大学国家司法考试辅导用书·第 4 册
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	国安华明印刷厂
规 格	787×1092 1/16
印 张	19.75
字 数	475 千字
版 本	2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3385-1/D·3345
定 价	35.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所



前言

2001年,《中华人民共和国法官法》、《中华人民共和国检察官法》和《中华人民共和国律师法》修正案相继通过。其中规定,国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度。这标志着我国正式确立了统一的司法考试制度。这是我国司法改革的一项重大举措。它对提高我国司法队伍和律师队伍素质,确保司法公正,全面推进依法治国,建设社会主义法治国家,具有重大而深远的意义。

中国政法大学作为教育部直属“211”全国重点大学,以拥有作为国家一级重点学科的法学学科见长。其法学师资队伍汇集了一大批国内外知名法学家。他们不仅是法学教育园地的出色耕耘者,也是国家立法和司法战线的积极参与者。他们积累了法学教育和法律实践的丰富经验,取得了大量有影响的科研成果。

国家统一司法考试实行六年来,我校专家学者在参与司法考试的制度建设和题库建设中作出了许多贡献,同时在司法考试教育中付出了大量心血。在此期间,我校不仅有一批长期参加国家司法考试题库建设和考题命制的权威专家,也涌现了众多在国家司法考试培训中经验丰富和业绩突出的名师,形成了强大的司法考试研究阵容和师资团队。

2005年,我校成立了中国高校首家司法考试学院。该院本着教学、科研和培训一体化的宗旨,承担着为在校学生和社会考生提供司法考试培训的任务。司法考试学院成立后,选拔了一批司法考试方面的权威专家或名师,精心编写了中国政法大学《司法考试全科辅导纲要》。在此基础上,根据司法考试的特点及广大备考人员的要求,修订为中国政法大学《国家司法考试辅导用书》(共六册)和《国家司法考试重点法条及实例解析》(上下册),作为校内学生司法考试课程教学及对社会培训的专用教材。

司法考试学院组织编写的这套教材,紧扣司法考试大纲,体系完整,编排得当,重点突出,内容丰富,表述精准,文字简明。全书渗透着参编教师多年的教学经验,体现着对司法考试规律和应考学科知识的深刻理解与把握,同时适应备考人员的学习方式、学习习惯等特点,在编排格式上做了匠心独到的设计。

我相信,该套教材的出版,将会对广大备考人员学习、理解和掌握国家司法考试的知识内容和应试方法起到积极的引导与促进作用,对考生提高考场实战能力以及未来的从业能力给予有力的支持与帮助。

预祝各位备考人员在国家司法考试中取得满意的成绩。

中国政法大学校长助理 王卫国教授
2009年5月



目 录

民事诉讼法 与仲裁制度

修订说明	(1)
第一章 民事诉讼与民事诉讼法	(2)
第二章 民事诉讼法的基本原则和制度	(7)
第三章 主管与管辖	(12)
第四章 诉	(26)
第五章 当事人	(31)
第六章 诉讼代理人	(48)
第七章 民事诉讼证据	(52)
第八章 民事诉讼中的证明	(60)
第九章 期间、送达	(71)
第十章 法院调解	(74)
第十一章 财产保全与先予执行	(78)
第十二章 对妨害民事诉讼的强制措施	(82)
第十三章 普通程序	(85)
第十四章 简易程序	(94)
第十五章 第二审程序	(98)
第十六章 特别程序	(105)
第十七章 审判监督程序	(110)
第十八章 督促程序	(120)
第十九章 公示催告程序	(123)
第二十章 民事裁判	(126)
第二十一章 执行程序	(129)
第二十二章 涉外民事诉讼程序	(146)
第二十三章 仲裁与仲裁法概述	(152)
第二十四章 仲裁机构和仲裁协会	(156)
第二十五章 仲裁协议	(158)
第二十六章 仲裁程序	(164)
第二十七章 申请撤销仲裁裁决	(176)
第二十八章 仲裁裁决的执行与不予执行	(180)
第二十九章 涉外仲裁	(184)



刑事诉讼法

修订说明	(188)
第一章 刑事诉讼法概述	(190)
第二章 刑事诉讼法的基本原则	(192)
第三章 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	(196)
第四章 管辖	(203)
第五章 回避	(208)
第六章 辩护与代理	(210)
第七章 刑事证据	(215)
第八章 强制措施	(220)
第九章 附带民事诉讼	(229)
第十章 期间、送达	(232)
第十一章 立案	(233)
第十二章 侦查	(235)
第十三章 起诉	(244)
第十四章 刑事审判概述	(251)
第十五章 第一审程序	(259)
第十六章 第二审程序	(273)
第十七章 复核核准程序	(281)
第十八章 审判监督程序	(285)
第十九章 执行	(291)
第二十章 未成年人刑事案件诉讼程序	(300)
第二十一章 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	(303)



民事诉讼法与仲裁制度

修订说明

中国政法大学司法考试学院认真策划与组织编写的系列丛书凝聚着多年从事司法考试辅导教学并富有经验的诸多教师的心血,作为《民事诉讼法与仲裁法》部分的作者,我认为该书不同于其他司法考试辅导用书的特点在于,就内容而言,既以司法考试大纲为依据体现司法考试内容的系统与完整性,但又真正立足于司法考试所考查学科内容的特点与规律,突出重点与难点,使考生一书在手,既能了解司法考试对该部门法学所考查内容的全部,又能够清楚掌握学科的重点与难点知识究竟是什么。就写作方法而言,对于重点与难点知识不仅力求讲解透彻,而且尽量结合司法考试对重点与难点知识的考查视角加以阐述,使考生既能清楚地了解司法考试的重点内容,又能熟悉司法考试的考查视角,从而有效地进行考前复习。

考生在复习民事诉讼法与仲裁法时,应根据该学科特点注意以下几点:

1. 掌握民事诉讼法以及仲裁法的整个学科知识体系,特别是整个知识体系建构的理论基础。民事诉讼法与仲裁法作为民事程序法中的重要内容,都具有知识体系性强、条理清晰的特点,因此,考生掌握其整个学科知识体系,尤其是整个知识体系建构的理论基础是融会贯通并掌握民事诉讼法与仲裁法基本知识以及相关法律规定的前提。

民事诉讼作为解决民事争议的基本方式,其解决的民事争议所具有的私权性质必然决定了在民事诉讼进行过程中,法院应当依法尊重当事人对其民事权利与诉讼权利的处分;但是,我国民事诉讼法所确立的当事人处分权为有限处分,换言之,当事人行使处分权的行为只要经过法院行使审判权经过审查认为符合法律规定的,该处分行为才能产生应有的法律效果。由此可见,当事人处分权与法院审判权的有机结合就成为建构民事诉讼法整个知识体系的理论基础,考生以此为基点就可以将民事诉讼法中的重要内容贯穿起来,从而熟练地予以掌握。具体体现为:第一,民事诉讼程序的开始体现当事人的处分权与法院审判权的结合。第二,诉讼请求的确定与审理体现当事人的处分权与法院审判权的结合。第三,一审的结案方式体现当事人的处分权与法院审判权的结合。第四,对于允许上诉的裁判,二审程序的进行也体现了当事人处分权与法院审判权的结合。第五,对于已生效的判决、裁定、调解书的申请再审也体现了当事人的处分权与法院审判权的结合。第六,申请执行已生效法律文书也体现了当事人处分权与法院审判权的结合。综上所述,考生可以当事人处分权与法院审判权相结合这一基础理论,将民事诉讼法的主干内容组成一个完整的知识体系,当然,在这一知识体系中,还包括一些对上述诉讼案件的审判程序予以保障的程序制度,如回避制度、公开审判制度、合议制度、财产保全制度以及对妨害民事诉讼行为的强制措施等。此外,还包括一些特殊的审判程序,如特别程序、督促程序、公示催告程序以及涉外民事诉讼程序。

仲裁作为与民事诉讼相并行的具有法律效力的争议解决制度,其核心特点在于当事人的自愿性。考生可以当事人的自愿性为理论基础将仲裁法中的重要内容组成一个完整



的知识体系,以便于系统地掌握。具体体现为:第一,对于法定允许仲裁的争议事项,是否提请仲裁由当事人自愿协商。这就必然涉及仲裁法所规定的允许和不允许仲裁的争议事项,还涉及仲裁法中的核心问题仲裁协议,其中仲裁协议的内容、形式、法律效力以及仲裁协议的无效问题都极其重要。第二,将争议事项提请哪一个仲裁委员会仲裁由当事人自愿协商。这就涉及仲裁委员会的设立及仲裁员的任职资格问题。第三,仲裁庭的组成形式以及组成仲裁庭的首席仲裁员与独任仲裁员由当事人自愿协商确定。这就涉及仲裁庭的组成以及仲裁员的回避与更换问题。第四,仲裁审理方式与结案方式由当事人自愿协商。这就涉及仲裁所实行的以不公开开庭审理为原则,以公开开庭(涉及国家秘密的除外)、书面审理为例外,由当事人协议选择的审理方式。

以当事人自愿原则为基础理论,可以将仲裁法的相关内容组成仲裁法的知识体系的主干;当然,除此之外,为保障仲裁解决争议案件的公正性,仲裁法还设置了以撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决为内容的监督制度。

2. 总结并掌握民事诉讼法与仲裁法相区别的内容。

民事诉讼法与仲裁法均作为以解决民事争议为目的的民事程序法,因而,两者存在许多相同之处,但毕竟人民法院与仲裁机构的性质存在实质性的区别,因此,两者必然在其具体程序制度上存在着一定的区别。考生在阅读教材的过程中,要善于总结民事诉讼法与仲裁法的区别之处,这些内容往往是历年资格考试中重点考查的内容,其中主要包括:受理案件的范围不同、管辖不同、审理组织的确定方式不同、审理人员的确定不同、回避的具体情形不同、证据保全与财产保全的程序不同、审理方式不同、和解的效力不同、调解的开始方式以及调解达成协议后所制作的法律文书不同、判决书与裁决书的制作程序不同、审理人员有无拒绝署名权不同、当事人对审理涉外案件所适用的程序规则以及适用的语言有无选择权不同、能否由外籍人员审理涉外案件不同、审级不同等等。

成功与否不在于有无明确的目标,而在于是否找寻到一条实现目标的切实可行之路。成功永远属于目标明确而又辛勤努力的人……

杨秀清

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

第一节 民事诉讼

 **大纲提示** 民事纠纷的解决方式,民事诉讼的特征。

考点精解

一、民事纠纷

社会是由不同的利益主体构成的,不同的主体之间难免发生各种纠纷。纠纷的类型

大致可以分为三类:有的是行政纠纷,即行政管理机构与被管理者之间的纠纷;有的是刑事纠纷,即犯罪主体因为严重侵犯了他人、社会或国家的利益而引起的纠纷;还有的就是我们要研究的民事纠纷,即作为平等主体的公民、法人、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系或人身关系所引起的纠纷,如合同纠纷、所有权纠纷、离婚纠纷、继承纠纷等等。民事纠纷具有以下三个方面的特点:



(一) 从法律关系上看, 具有平权法律关系的特点

法律关系可以分为两类, 一类是隶属法律关系, 或称纵向法律关系, 它是不平等的法律主体之间的一种权力服从关系, 行政纠纷和刑事纠纷所体现的法律关系都具有这样的特点。还有一类是平权法律关系, 或称为横向法律关系, 它是平等主体之间的一种权利义务关系, 民事纠纷所体现的法律关系就是一种典型的平权法律关系。在这种法律关系中, 法律主体之间的地位是平等的, 权利和义务的内容具有一定程度的任意性。

(二) 从纠纷内容上看, 具有私权的性质

民事纠纷的内容要么涉及财产关系, 要么涉及人身关系, 这些关系的背后都是私法上的私人权利, 这些私人权利和每个民事主体的切身利益直接相关。而行政纠纷, 虽然也最终牵涉相关公民的私人利益, 但它首先贯穿着行政管理机构的职权, 通常涉及行政管理行为所引发的争议, 因而具有公权力的性质。同样, 刑事纠纷反映了国家对犯罪主体行为的否定性评价, 内容上涉及犯罪行为的定性问题, 体现了国家管理社会的职能, 也具有公权力的性质。

(三) 从对抗程度上看, 具有比较缓和的特点

民事纠纷的私权性决定了民事纠纷的当事人之间虽然有对抗, 但其对抗的程度相对缓和。有的民事纠纷可能牵涉的财产数额巨大, 涉及的身体和名誉的伤害也不轻, 但总的来说程度还是比较缓和的, 其影响程度往往只及于单个主体或限于一定的地域范围内, 不会波及整个社会, 更不会对国家的稳定繁荣产生直接和重大的影响。与此相比, 行政纠纷和刑事纠纷所具有的公权性决定了其波及范围要广得多。尤其是犯罪行为, 它往往不单被视为是对某个主体的直接侵害, 更被视为是对整个国家的破坏, 其对抗程度十分激烈。

二、民事纠纷的解决方式

民事纠纷的数量庞大, 纠纷所涉及的领

域非常宽泛, 必然决定了民事纠纷的解决方式不是一元化的。各国借助于社会力量或者国家公权力解决民事纠纷的方式主要有以下几种:

(一) 调解

调解是由第三者(调解机构或调解人)出面对纠纷的双方当事人进行调停, 促使他们在互相谅解的基础上达成协议的纠纷解决方式。调解主要包括人民调解和法院调解两种形式。人民调解由人民调解委员会进行, 人民调解委员会制作的调解书在双方当事人之间产生合同的约束力, 但不具有法律文书所有的既判力。法院调解是双方当事人在审判人员的主持下, 自愿协商、达成协议的纠纷解决方式, 调解书送达后就发生法律上的约束力。

(二) 仲裁

仲裁是由双方当事人选定的仲裁机构对案件进行审理并作出裁决的纠纷解决方式。仲裁采取或裁或审、一裁终局的制度。仲裁与人民调解的不同之处在于仲裁后所作出的裁决书, 只要没有被法院裁定撤销或不予执行, 就对双方当事人都具有法律上的约束力, 而经由人民调解作出的调解书则不产生法律上的约束力。仲裁与调解的相同之处在于都需要双方当事人自愿, 只有双方当事人自愿提交案件给第三方, 第三方机构才有权作出判定。

(三) 诉讼

诉讼是指法院在双方当事人和其他诉讼参与人的参加下, 运用审判权解决民事争议的活动。在所有的纠纷解决方式中, 诉讼是最终的、最有权威的纠纷解决机制。它以国家的强制力作为后盾, 通过严格的辩论、举证、质证、认证、判决、执行等活动, 保证当事人的合法权利能够得到顺利实现。

三、民事诉讼的特征

民事诉讼是指人民法院审理民事案件, 当事人进行诉讼活动过程中, 人民法院、当事人和其他诉讼参与人为解决民事纠纷, 保



护合法权益而依法进行的全部诉讼活动以及在这些活动中所产生的各种诉讼法律关系的总和。民事诉讼具有如下三个方面的特征：

(一) 民事诉讼具有公权性

民事诉讼是由法院代表国家来行使审判权解决民事纠纷的，体现了国家的权威，因此具有公权的性质。这一点与人民调解委员会的调解以及民间仲裁委员会的仲裁有根本的不同，人民调解和仲裁的行为都不代表国家的权力，而仅是一种民间行为。

(二) 民事诉讼具有强制性

民事诉讼的强制性是指在案件的启动和裁判的执行上，其所具有的强制进行的特点。首先，案件的启动是不以双方当事人的合意为要件的，只要原告的起诉符合法定的条件，法院就应当受理，从而启动民事诉讼程序；其次，一旦法院根据法定程序作出生效的判决，则具有给付内容的判决具有强制执行性，人民法院可以根据当事人的申请或者对于特殊案件通过移交执行的方式强制执行生效法律文书所确定的内容。与诉讼相比，调解和仲裁都需要双方当事人的合意，只有双方当事人都同意将案件提交有关机构调解或仲裁时，调解或仲裁才能进行。

(三) 民事诉讼具有程序性

民事诉讼是一个裁判案件的动态过程，民事诉讼法对这个过程有严格的规定，包括人员、时间、地点、事件等诸多方面，从而使整个动态过程具有程序性的特点。民事诉讼的这种程序性，对内充分保障了当事人在诉讼过程中的尊严，对外又最大限度地保证了审判结果的公正和合理。相比之下，人民调解没有严格的程序规定，具有很大的任意性；仲裁虽然有严格的法律规定，但其程序性比诉讼还是弱很多，灵活性也较大。

重点提示 1. 注意人民调解委员会制作并由双方当事人签收的调解书对双方当事人产生合同的约束效力。

2. 在上述民事纠纷解决方式中，人民调解和仲裁属于运用社会力量解决民事纠纷的

方式，而诉讼则属于运用国家公权力解决民事纠纷的方式，具有公权性。

第二节 民事诉讼法

大纲提示 民事诉讼法的概念，民事诉讼法的效力，民事诉讼法与相邻法律部门的关系。

考点精解

一、民事诉讼法的概念

民事诉讼法，就是指国家制定的规范民事诉讼活动并调整民事诉讼法律关系的法律规范的总和。狭义上的民事诉讼法就指 2008 年 4 月 1 日开始实施的新《中华人民共和国民事诉讼法》，广义上的民事诉讼法还包括最高人民法院关于民事诉讼方面的司法解释以及其他法律中有关民事诉讼方面的具体规定。

二、民事诉讼法的性质

民事诉讼法的性质，可以从以下三个方面加以理解：

1. 民事诉讼法是基本法。民事诉讼法是由全国人民代表大会制定的，属于基本法律，其效力仅低于宪法，它与民法、刑法、刑事诉讼法等共同构成了一国法律体系的主干，发挥着极其重要的作用。

2. 民事诉讼法是部门法。民事诉讼法的调整对象是民事诉讼法律关系，包括因民事纠纷所引起的起诉、受理、质证、裁判等特殊的活动。民事诉讼法律关系是社会关系中具有自身特点的一类社会关系，这决定了民事诉讼法能够成为一个独立的法律部门。

3. 民事诉讼法是程序法。法律的一个基本分类就是实体法与程序法，实体法解决实体权利和义务的分配，程序法解决诉讼过程中的一系列问题。民事诉讼法从内容上看毫无疑问属于程序法，它规定了一审程序、二审程序、审判监督程序、简易程序、特别程序、督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序等，为实体民事权利和义务的实



现提供了必要的路径。

三、民事诉讼法的任务

我国《民事诉讼法》第2条明确规定了民事诉讼法的任务,即保护当事人行使诉讼权利,保证人民法院查明事实,分清是非,正确适用法律,及时审理民事案件,确认民事权利义务关系,制裁民事违法行为,保护当事人的合法权益,教育公民自觉遵守法律,维护社会秩序、经济秩序,保证社会主义建设事业顺利进行。

四、民事诉讼法的效力

民事诉讼法的效力即民事诉讼法所适用的范围,包括对人、对事、时间以及空间效力四个方面。

(一) 对人的效力

民事诉讼法对人的效力,即适用于在中国领域内进行民事诉讼的一切人。

● 特别提示 民事诉讼法与民事实体法适用的区别。

在中国法院进行涉外民事诉讼时,民事实体法既可以适用中国法,也可以适用外国法,因为民事实体法是确定当事人之间实体权利义务关系的法律,基于当事人之间实体权利义务所具有的私权性特征,当事人根据案件可以协商选择适用外国实体法;而民事诉讼法则只能适用中国法,因为民事诉讼法不仅是当事人进行民事诉讼必须遵守的程序规则,而且也是作为国家审判机关的法院行使审判权解决争议所适用的程序规则,基于国家主权原则,在我国法院进行民事诉讼只能适用我国民事诉讼法。

● 特别提示 民事诉讼法与仲裁法适用的区别。

在中国法院审理涉外民事案件时,只能适用我国的民事诉讼法;但是,在我国仲裁机构审理涉外案件时,可以根据当事人的选择或者其他因素适用外国的仲裁法。

(二) 对事的效力

民事诉讼法对事的效力,是指民事诉讼法适用于哪些案件,这其实也就是法院主管的范围。

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纠纷的民事案件,如合同纠纷、侵权纠纷等;

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,如破产案件、劳动合同纠纷等;

3. 适用特别程序审理的选民资格案件和宣告公民失踪、死亡等非讼案件;

4. 按照督促程序审理的债务案件;

5. 按照公示催告程序宣告票据和有关事项无效的案件;

6. 最高人民法院确定或者其他法律、法规规定由人民法院主管的民事案件。

(三) 时间上的效力

民事诉讼法的时间效力,是指民事诉讼法的生效与失效时间以及有无溯及力的问题。我国现行民事诉讼法的生效时间是1991年4月9日。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然有效。

● 特别提示 民事诉讼法具有溯及力。

(四) 空间上的效力

民事诉讼法的空间效力,是指民事诉讼法在哪些地方发生效力。根据《民事诉讼法》第4条的规定,凡是在中华人民共和国的领域内进行民事诉讼均适用本法,因此其空间效力范围及于整个中华人民共和国领域。

五、民事诉讼法与相邻部门法的关系

在民事诉讼法与相邻部门法的关系中,需要注意以下几种关系:

(一) 民事诉讼法与民事实体法的关系

民事诉讼法与民事实体法的关系可以体现在两个方面:①形式与内容、手段与目的的关系;②保障与被保障的关系,即民事诉讼法是保障民事实体法实现的手段,而且在具体的民事纠纷解决过程中,民事实体法的适用必须借助于民事诉讼法的适用,以实现



民事诉讼法所承担的保障民事实体法实现功能的有效发挥。因此,民事诉讼程序规则的建立是否合理、科学,直接决定民事实体法设定的权利能否实现。当然,民事诉讼法与民事实体法在诉讼中各有其功能,最终服务于民事纠纷的解决。

● 特别提示 虽然民事诉讼法与民事实体法存在保障与被保障的关系,但这并不意味着民事诉讼法从属于民事实体法,民事诉讼法作为程序法具有完全独立于实体法的价值。

(二) 民事诉讼法与人民法院组织法的关系

人民法院组织法主要规定法院的组织机构和活动原则,民事诉讼法则规定了法院审理民事案件的原则、制度和程序,两者具有不同的调整对象,属于不同的部门法,但两者均涉及法院的审判和活动的原则,因此又有相同或相通之处。例如,两者都规定了依法独立审判的原则,对当事人适用法律一律平等的原则,使用本民族语言文字进行诉讼的原则等。

(三) 民事诉讼法与刑事诉讼法、行政诉讼法的关系

三大诉讼法是法院审理三类不同案件所遵守的诉讼程序规则,尽管有许多相同之处,但是毕竟三大诉讼还存在若干区别,其中主要有以下几个方面的区别:

1. 提起诉讼的主体不同。民事诉讼基于处分原则实行不告不理制度,决定了提起民事诉讼的主体必然是民事权利受到侵犯或者是发生争议的公民、法人或者其他组织。刑事诉讼实行国家干预原则,决定了刑事诉讼主要由人民检察院提起公诉,当然对于一些简单的轻微案件,由自诉人自诉。而行政诉讼的职能为解决国家行政管理权行使过程中出现的问题,因此,提起行政诉讼的主体肯定是行政管理的相对人,也就是被管理者。

2. 举证责任的分配不同。三大诉讼的主体不同最终决定举证责任的分配是不同的。在民事诉讼中,一般民事案件是按照谁主张、谁

举证(这里的主张是指作为证明对象的主张)分配举证责任的;在特殊情况下则实行举证责任的倒置。在法律与司法解释对举证责任未作出明确规定时,由人民法院根据公平合理、诚实信用原则,综合当事人的举证能力具体决定举证责任的分配。在刑事诉讼中,则由执行控诉职能的人民检察院与自诉人对被告人有罪负举证责任,只要控方无法证明被告人有罪,那么被告人即是无罪。而行政诉讼则不同,其解决是否依法行政的目的决定了由被告行政机关就是否依法行政负主要举证责任。

3. 解决争议的方式不同。在民事诉讼中,由于其解决的争议是当事人之间的私权争议,基于当事人的私权处分,人民法院可以运用调解与判决这两种并行的争议解决方式;而在刑事诉讼与行政诉讼中,由于其解决争议所具有的公权性特征,人民法院只能运用判决的方式解决争议。

(四) 民事诉讼法与海事诉讼特别程序法的关系

1999年12月25日,我国颁布了《海事诉讼特别程序法》,该法对海事案件的管辖、海事请求保全、海事强制令、海事担保、送达、审判程序等作出了规定。海事纠纷虽然也属于平等主体之间的纠纷,但具有许多不同于一般民事纠纷的特点。民事诉讼法与海事诉讼特别程序法的关系是一般法与特别法的关系,法院在审理海事案件时,应当优先适用特别法,特别法未作出规定的,才适用民事诉讼法。

● 重点提示 1. 民事诉讼法与仲裁法适用存在区别的主要根源在于两者的性质不同。

2. 民事诉讼法具有溯及力。

● 备考提示

考点考查情况

考 点	考查次数	关联法条
民事诉讼法律关系	1 次	
民事纠纷解决机制	1 次	



第二章 民事诉讼法的基本原则和制度

第一节 基本原则

 **大纲提示** 当事人诉讼权利平等原则，同等原则与对等原则，法院调解自愿与合法原则，辩论原则、处分原则、检察监督原则。

考点精解

一、民事诉讼法的基本原则概述

民事诉讼的基本原则是指在整个民事诉讼的过程中，或者在重要的诉讼阶段起着根本性指导作用的准则。它体现了民事诉讼的精神实质，为法院的审判活动和诉讼参与人的诉讼活动指明了方向，对整个民事诉讼法的适用具有普遍的指导意义。我国的民事诉讼法的基本原则是从宪法和实际情况出发，按照社会主义民主和法治的要求，结合民事诉讼法的特点制定的。

这里应注意的是，我们这里所讲的民事诉讼法的基本原则是指民事诉讼特有的原则。《民事诉讼法》第一章规定了一系列原则，法学理论界将其分成共有原则和特殊原则两大类。共有原则是从宪法出发，适用于一切程序法的准则，如人民法院独立行使审判权的原则，以事实为依据、以法律为准绳的原则，这些原则不但适用于民事诉讼法，也适用于刑事诉讼法和行政诉讼法等。特殊原则是民事诉讼法特有的基本原则，它反映民事诉讼法的特殊规律性，是其他程序法难以适用的准则。因此严格意义上的民事诉讼法的基本原则是指民事诉讼法的特殊原则。以下内容就将对这些特殊原则展开论述。

二、当事人诉讼权利平等原则

由于民事诉讼中当事人诉讼地位平等，根据《民事诉讼法》第8条的规定，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，这是当事人诉讼权利平等原则的法律依据。

当事人诉讼权利平等的含义包括两个方面：①诉讼权利的相同性，即在诉讼过程中，双方当事人的许多诉讼权利是相同的，如双方当事人都可以享有委托代理人、提供证据、参与庭审等权利；②诉讼权利的对应性，即双方当事人的诉讼权利因其诉讼地位的不同而无法相同时，其诉讼权利应处于对应状态，如原告的起诉权与被告的应诉答辩权，原告提出、放弃、变更诉讼请求的权利与被告承认反驳诉讼请求的权利等。因此，认为当事人诉讼地位平等，双方当事人就有完全相同的诉讼权利是错误的，诉讼权利平等反映的是双方当事人维护合法权利的机会和手段是平等的。很好地理解诉讼权利平等原则，即可更好地理解与运用我国民事诉讼法及司法解释的相关规定，如《民事诉讼法》第111条第7项规定：判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在6个月内又起诉的，不予受理。然而，没有新情况、新理由，被告在6个月内起诉的，则不受限制，对于符合条件的，人民法院应当受理。这实际上就是当事人诉讼权利平等原则的具体运用。

三、同等原则与对等原则

(一) 同等原则

《民事诉讼法》第5条第1款规定，外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。这是同等原则的法律依据，可见，同等原则是在我



国民事诉讼中,外国当事人与中国当事人具有同等的诉讼地位,有同等的诉讼权利义务,不因当事人是外国人或者无国籍人而扩大或者限制其诉讼权利,或者减少或加重其诉讼义务。

特别提示 注意当事人诉讼权利平等原则与同等原则的区别。前者既可以适用于国内民事诉讼,也可以适用于涉外民事诉讼,其核心在于当事人双方基于平等的诉讼地位,在诉讼中享有平等的诉讼权利。而后者仅适用于涉外民事诉讼,其核心在于给予外国当事人以国民待遇,即除适用对等原则的情形以外,享有与我国当事人完全相同的诉讼权利。

(二) 对等原则

《民事诉讼法》第5条第2款规定,外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事权利加以限制的,中华人民共和国法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利,实行对等原则。这是对等原则的法律依据,可见,对等原则是在我国民事诉讼中,遇有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,中国法院也相应地限制该国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利。

从上述分析可以看出,同等原则体现的是国家之间相互提供诉讼上的方便,表明在通常情况下外国当事人与本国当事人在诉讼上的平等性,这也是国民待遇原则在民事诉讼中的具体运用,因此,同等原则的适用具有普遍性;而对等原则则是在一定的条件下,国家之间对外国当事人在诉讼权利上的相互限制,因此,对等原则的适用具有针对性。但是,不管是同等原则还是对等原则,其本质上体现的都是国家主权原则。

四、法院调解自愿和合法的原则

法院调解是我国民事诉讼审判的特色,具有定分止争和维护和谐的双重作用,被西方称为“东方经验”。我国《民事诉讼法》

第9条规定:“人民法院审判民事案件,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。”自愿和合法的原则作为民事诉讼的基本原则,包含以下三个方面的含义:

1. 应尽量用调解的方式结案。人民法院在审理案件的时候,能够用调解的方式结案的就用调解的方式结案。中国传统文化有“以和为贵”和“息讼”的观念,特别是在乡土中国、熟人社会的背景下,调解结案不伤害当事人之间的感情,有利判决结果的顺利执行。

2. 调解要遵循当事人自愿、合法的原则。调解不是下命令,它必须在双方当事人自愿的情况下才能进行,法院可以建议进行调解,但不应该强迫。调解也不是和稀泥,法院调解应遵循合法原则。

3. 不能久调不决。调解只是解决民事纠纷的一种方式,但不是唯一一种方式,更不是最后一种方式。根据“司法最终解决”的原则,调解不成应及时判决,使争议中的权利和义务尽快确定下来。如果久调不决,当事人就会对司法丧失信心,简单的民事纠纷就可能转化成恶性事件,不利于社会的稳定。

五、辩论原则

辩论原则,即在民事诉讼中,双方当事人有权就案件事实和争议的问题,各自陈述自己的主张和根据,互相进行反驳和答辩的行为。对此,《民事诉讼法》第12条明确规定:“人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论。”

辩论原则可以从以下方面理解:①当事人可以在整个审判过程中行使其辩论权,法庭辩论只是当事人所享有的辩论权的一个集中体现;②辩论的内容广泛,既可以是程序方面的问题,也可以包括实体事实与实体法律适用在内的实体方面的问题;③辩论的形式多样,包括口头辩论与书面辩论。

重点提示 辩论原则的理解。

随着民事诉讼理论研究的深入,我国诉讼理论界已借鉴大陆法系国家辩论主义的核



心对我国现行的辩论原则进行改造,即确立约束性辩论原则,换言之,人民法院审理与裁判的对象应当是当事人主张与辩论的对象,人民法院作出裁判的依据应当是当事人主张与辩论的事实。这一点在07年的司法资格考试中已有所反映。

六、处分原则

处分原则即当事人在诉讼中有权对自己的实体权利和诉讼权利依法予以支配,决定是否行使和如何行使自己的权利。《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,也是我们正确理解民事诉讼法,并使民事诉讼得以区别于刑事诉讼、行政诉讼的核心。当事人基于处分原则在民事诉讼中享有广泛的实体权利与诉讼权利的处分权,但是,由于我国并未实行当事人完全自由处分的制度。因此,当事人行使处分权与法院行使审判权对当事人处分其权利的行为予以监督的合理结合就成为一条贯穿民事诉讼始终的主线,理解这条主线对全面理解和掌握民事诉讼中的具体制度极其关键。

我们可以从一个简单的民事案件的诉讼过程来看当事人处分权与法院审判权相结合这一诉讼主线。例如,甲机械公司与乙加工公司签订一份机械设备购销合同,因甲机械公司供应的机械存在严重质量问题,致使乙加工公司遭受原材料损失10万元,双方就该损失赔偿问题发生争议。此时,当事人可以基于其处分权而引起并推动诉讼程序的进行,具体体现为以下几个方面:

1. 是否起诉由合法权益受到损害的乙加工公司自行决定,当然,乙公司的起诉行为需符合《民事诉讼法》第108条起诉条件的规定,否则,人民法院将行使审判权裁定不予受理;

2. 诉讼程序开始后,原告乙加工公司如何提出诉讼请求、是否变更、放弃诉讼请求

以及被告甲机械公司是否承认或者反驳原告乙加工公司提出的诉讼请求以及是否提出反诉,由当事人自行决定,当然,双方当事人行使上述权利需在法定期间内并且征得人民法院的许可;

3. 对该争议案件是否进行调解由双方当事人决定,双方经调解达成的调解协议需经法院审查是否合法;

4. 对于调解不成或者没有经过调解的争议案件,一审法院作出判决后,是否上诉引起二审程序由当事人自行决定;

5. 生效法律文书作出后,如果任何一方当事人认为该生效法律文书确有错误,则可以向有管辖权的人民法院申请再审;

6. 假如法院判决责令甲机械公司赔偿给乙加工公司造成的经济损失10万元,该法律文书生效后,如果甲机械公司拒绝支付,是否通过法院强制执行由当事人自行决定;

7. 在执行程序中,究竟是由人民法院采取强制执行措施实现乙加工公司的实体权利,还是双方当事人通过执行和解行为实现乙公司的实体权利,可以由当事人再行处分,当然,双方当事人所达成的和解协议需经法院的认可。

在理解处分原则时,除涉及处分权的行使过程之外,还应注意以下几点:①行使处分权的主体是当事人;②当事人处分的内容是民事权利与诉讼权利,并且当事人对其民事权利的处分通常需要通过诉讼权利的处分来实现;③当事人行使处分权应在法律规定的范围内进行。

七、检察监督原则

我国《民事诉讼法》第14条规定:“人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督。”这一原则需注意两点:①在我国,人民检察院监督的对象仅是人民法院的审判活动,而不包括当事人及其他诉讼参与人的诉讼活动;②人民检察院对民事审判活动的监督属于事后监督,即人民检察院对人民法院审判活动的监督时间为法律文书生效后,具体监



督方式是对人民法院已生效的判决、裁定,具有民事诉讼法规定的法定情形之一时,按照审判监督程序提出抗诉。

八、支持起诉原则

《民事诉讼法》第15条规定:“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。”支持起诉必须具备以下三个要素:

1. 支持起诉的主体是对受害者负有保护责任的机关、社会团体、企业事业单位,如共青团支持受害青年,妇联支持受害妇女,工会支持受害职工起诉等等。特别需注意的是公民个人不能作为支持起诉的主体。

2. 支持起诉的前提是自然人或法人有损害国家、集体或者个人民事权益的行为。如果没有违法的行为发生,起诉就不合法,更谈不上支持起诉一说。

3. 支持起诉的场合必须是受损的个人或单位不能、不敢或者不便诉诸法院。如果受损的个人或单位能够独立地完成起诉行为,就不需要支持起诉了。

由于在现实生活当中,弱者的基本权利常常得不到充分的保障。弱势群体迫于各方面的压力有时难以行使国家赋予他们的诉权。为了避免法律成为书本上的法,正义成为书本上的正义,由有关的社会团体支持弱者行使诉权,可以调动社会各方面的力量与违法行为作斗争,除邪扶正,促进和谐社会的建构和国家的长治久安。

重点提示 1. 诉讼权利平等原则中平等的含义在于双方当事人诉讼权利的相同与对应;

2. 辩论原则的核心在于人民法院审理与裁判的对象是当事人主张与辩论的对象,人民法院作出裁判的依据是当事人主张与辩论的事实;

3. 处分原则的核心是当事人对其民事权利与诉讼权利的处分具有有限性。

第二节 基本制度

大纲提示 合议制度,回避制度,公开审判制度,两审终审制度。

考点精解

一、合议制度

合议制度,是指由3名以上的单数人员组成合议庭对民事案件进行集体审理和评议裁判的制度。其主要涉及以下方面的问题:

(一) 合议庭组成

我国民事案件合议庭的组成因案件审理程序的不同而有所不同,具体如下表所示:

程序种类	合议庭组成形式	备 注
一审程序	审判员与陪审员共同组成或者由审判员组成	审判员与陪审员有同等的诉讼权利与义务
二审程序	由审判员组成	
重审程序	按一审程序另行组成合议庭	
再审程序	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,按照第二审程序另行组成合议庭	

特别提示 我国实行的是参审制,即陪审员参与案件的审理,与审判员共同组成合议庭,负责认定事实与适用法律并对争议案件作出裁判。这一制度不同于英美法系国家实行的陪审团制度,在陪审团制度中,陪审团成员行使事实认定权,而法官则行使法律适用权。

(二) 合议庭的权限

合议庭行使对争议案件的审理和裁判权,合议庭评议案件实行少数服从多数的原则,但是,无法形成多数人意见时,不



得按照审判长的意见作出裁判，这一点与仲裁不同。

特别提示 民事诉讼中，合议庭无法形成多数意见，不得按照审判长的意见作出判决；但在仲裁程序中，合议庭无法形成多数意见，则按照首席仲裁员的意见作出仲裁裁决。

（三）合议庭与审判委员会的关系

审判委员会是我国法院内部固定设立的机构，与合议庭是业务上的指导与被指导、监督与被监督的关系，但是，审判委员会不能代替合议庭行使对争议案件的裁判权。

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退出案件的审理活动或者其他诉讼活动的法律制度。需要注意以下内容：

（一）回避的对象与情形

根据我国《民事诉讼法》第45条的规定，回避适用的对象，包括审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人员、勘验人员，其中审判人员既包括审判员，也包括陪审员。

上述人员遇有下列情形时，应予以回避：①是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属；②与本案有利害关系；③与本案当事人有其他关系，可能影响案件公正审理的。这里的其他关系指除近亲属关系之外较为密切的特殊关系，如多年的同事、战友、邻居等关系。

（二）回避的方式与决定权

回避有两种方式：①当事人申请回避。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。②自行回避，即有关人员遇有法定应回避的情形时，可以自己提出回避申请。

回避申请提出后，是否准许，由法院决定。根据《民事诉讼法》第47条的规定，具体程序为：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。

（三）回避申请的处理

人民法院对当事人提出的回避申请，应当在申请提出的3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3日内作出复议决定，并通知复议申请人。

三、公开审判制度

（一）公开的含义

公开审判制度，是指人民法院审判民事案件，除法律规定的情况外，审判过程应当向群众、社会公开的制度。所谓向群众公开，即允许群众旁听法院民事案件的审理活动；所谓向社会公开，即允许新闻媒体对民事案件的审理进行采访并报道。

（二）不公开审理的情形

公开审判也有例外情况，根据法律规定，下列案件不公开审理：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；④离婚案件、涉及商业秘密，当事人申请不公开审理的案件。也就是说，涉及国家秘密、个人隐私的案件或者法律另有规定的案件属于法定不公开审理的案件，而离婚案件与涉及商业秘密的案件则属于当事人可以处分的案件。

重点法条

《民事诉讼法》第120条。

四、两审终审制度

两审终审制度，是指一起民事案件经过两级法院审理就宣告终结的制度。虽然我国设置了两审终审的审级制度，但是，在民事诉讼中，并不是所有的民事案件均实行两审终审制度。为了准确理解我国民事诉讼中两审终审制度的适用，需首先对我国人民法院依法受理的民事案件作出分类。就我国人民法院依法受理的民事案件而言，可以分为两