



wan guo万国法源

2010 司法考试培训教材

万国学校授课精华 民事诉讼法

郭翔 编著

知识要点 全部囊括

疑难问题 阐述透彻

易混淆点 辨析明白

知识产权出版社



wan~~guo~~万国法源
2010 司法考试培训教材

万国学校授课精华 民事诉讼法

郭翔 编著

知识要点 全部囊括
疑难问题 阐述透彻
易混淆点 辨析明白

知识产权出版社

内容提要

本书为司法考试培训名校万国学校名师讲义内容的提炼,全书分设[必读法条][基本知识点][疑难点]等栏目。在[必读法条]部分列举了司法考试的重点法条;在[基本知识点]部分对考查的知识要点作了归纳;在[疑难点]部分对考试的疑难内容进行了深入的阐述。本书最大的特点在于对每个知识点配以案例说明,形象生动,通俗易懂。

本书为参考司法考试的相关人员的必备参考书。

责任编辑:彭小华

责任校对:董志英

特约编辑:梁 金

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法/郭翔编著. —北京:知识产权出版社,2010.3

(万国学校授课精华)

ISBN 978-7-80247-922-7

I. ①民… II. ①郭… III. ①民事诉讼法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料 IV. ①D925.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第032694号

万国学校授课精华

民事诉讼法

MINSHI SUSONGFA

郭 翔 编著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村1号

网 址:<http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

责编电话:010-82000860 转 8115

印 刷:保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本:787mm×1092mm 1/16

版 次:2010年4月第一版

字 数:320千字

ISBN 978-7-80247-922-7/D·945(2863)

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82005070/82000893

责编邮箱:pengxiaohua@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:13

印 次:2010年4月第一次印刷

定 价:25.00元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

目 录

第一章 民事诉讼与民事诉讼法	1
第一节 民事诉讼	1
第二节 民事诉讼法	2
第二章 民事诉讼法的基本原则与基本制度	4
第一节 基本原则	4
第二节 基本制度	6
第三章 主管与管辖	11
第一节 民事诉讼主管	11
第二节 管辖概述	13
第三节 级别管辖	14
第四节 地域管辖	16
第五节 裁定管辖	23
第六节 管辖权异议	26
第四章 诉	28
第一节 诉的概念与特征	28
第二节 诉的要素	28
第三节 诉的分类	29
第四节 反诉	31
第五节 诉的合并与分离	34
第五章 当事人	35
第一节 当事人概述	35
第二节 原告与被告	39
第三节 共同诉讼	42
第四节 诉讼代表人	45
第五节 第三人	48
第六章 诉讼代理人	52
第一节 诉讼代理人概述	52
第二节 法定诉讼代理人	52
第三节 委托诉讼代理人	54
第七章 民事证据	57
第一节 民事证据概述	57
第二节 民事证据的种类	57
第三节 民事证据的分类	59
第四节 证据保全	60
第八章 民事诉讼中的证明	62
第一节 证明对象	62

第二节 证明责任	65
第三节 证明标准	69
第四节 证明程序	69
第九章 期间、送达	76
第一节 期间	76
第二节 送达	78
第十章 法院调解	81
第一节 法院调解概述	81
第二节 法院调解的原则	82
第三节 法院调解的程序	83
第四节 调解书及调解的效力	87
第十一章 财产保全和先予执行	90
第一节 财产保全	90
第二节 先予执行	92
第十二章 对妨害民事诉讼的强制措施	94
第一节 对妨害民事诉讼的强制措施的概念	94
第二节 妨害民事诉讼行为的构成和种类	94
第三节 对妨害民事诉讼强制措施的种类和适用	95
第十三章 普通程序	97
第一节 普通程序概述	97
第二节 普通程序的基本阶段	97
第三节 撤诉和缺席判决	101
第四节 延期审理、诉讼中止和诉讼终结	102
第十四章 简易程序	105
第一节 简易程序的概念和适用范围	105
第二节 简易程序的具体适用	106
第十五章 第二审程序	111
第一节 第二审程序概述	111
第二节 上诉的提起与受理	111
第三节 上诉案件的审理	116
第四节 上诉案件的裁判	118
第十六章 特别程序	122
第一节 特别程序的特点和适用范围	122
第二节 选民资格案件	123
第三节 宣告公民失踪案件和宣告公民死亡案件	123
第四节 认定公民无行为能力或者限制行为能力的案件	126
第五节 认定财产无主案件	127
第十七章 审判监督程序	128
第一节 审判监督程序概述	128
第二节 基于审判监督权的再审	128

第三节	基于当事人诉权的申请再审	129
第四节	基于检察监督权的抗诉和再审	132
第五节	再审案件的审判程序	134
第十八章	督促程序	138
第十九章	公示催告程序	141
第二十章	民事裁判	145
第二十一章	执行程序	147
第一节	执行程序概述	147
第二节	执行开始	157
第三节	执行措施	160
第四节	执行中止和执行终结	162
第二十二章	涉外民事诉讼程序	164
第一节	涉外民事诉讼程序概述	164
第二节	涉外民事诉讼管辖	165
第三节	涉外民事诉讼中的期间、财产保全与送达	167
第四节	司法协助	169
第二十三章	仲裁与仲裁法概述	171
第一节	仲裁概述	171
第二节	仲裁法概述	173
第二十四章	仲裁委员会和仲裁协会	174
第一节	仲裁委员会	174
第二节	仲裁协会	174
第三节	仲裁规则	174
第二十五章	仲裁协议	175
第一节	仲裁协议概述	175
第二节	仲裁协议的内容	176
第三节	仲裁协议的效力	177
第四节	仲裁协议的无效与失效	179
第二十六章	仲裁程序	182
第一节	仲裁当事人与代理人	182
第二节	申请与受理	183
第三节	仲裁中的保全	183
第四节	仲裁庭的组成	185
第五节	仲裁审理	186
第六节	仲裁中的和解、调解和裁决	187
第七节	简易程序	189
第八节	仲裁时效	189
第二十七章	申请撤销仲裁裁决	190
第二十八章	仲裁裁决的执行与不予执行	192
卷四民法和仲裁法案例题考法、答题技巧总结以及仿真的综合性的案例		195

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

第一节 民 事 诉 讼

基本知识点

一、民事诉讼的概念

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。

二、民事纠纷的解决途径

1. 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说和，用一定的法律规范和道德规范劝导冲突双方，促使他们在互谅互让的基础上达成解决纠纷的协议

2. 仲裁。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。

3. 民事诉讼。

例：

素材一：中国古籍《幼学琼林》载：“世人惟不平则鸣，圣人以无讼为贵。”《增广贤文》也载：“好讼之子，多数终凶。”中国古代有“无讼以求”、“息讼止争”的法律传统。

素材二：1997年3月11日，时任最高人民法院院长任建新在第八届全国人民代表大会第五次会议上作最高人民法院工作报告时指出，1996年全国各级人民法院共审结各类案件520多万件，比上年上升约16%。2007年3月13日，最高人民法院院长肖扬在第十届全国人民代表大会第五次会议上作最高人民法院工作报告时指出，2006年各级人民法院共办结各类案件810多万件。

根据所提供的素材，请就从古代的“无讼”、“厌讼”、“耻讼”观念到当代的诉讼案件数量不断上升的变化，自选角度谈谈自己的看法。

答题要求：

1. 观点明确，论证充分，逻辑严谨，文字通顺。
2. 不少于500字。

答案要点：首先要知道民事纠纷解决的多种途径；其次，注意比较民事诉讼与诉讼外纠纷解决途径的优点与缺点。

第二节 民事诉讼法

【必读法条】

《民事诉讼法》

第七条 凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。

第十七条 民族自治地方的人民代表大会根据宪法和本法的原则，结合当地民族的具体情况，可以制定变通或者补充的规定。自治区的规定，报全国人民代表大会常务委员会批准。自治州、自治县的规定，报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准，并报全国人民代表大会常务委员会备案。

基本知识点

一、民事诉讼法的概念

民事诉讼法是国家制定的规范法院和诉讼参与人的各种诉讼活动以及由此产生的各种诉讼关系的法律规范的总称。

民事诉讼法有狭义和广义之分。狭义的民事诉讼法专指民事诉讼法典，我国现行的民事诉讼法典是1991年4月9日颁布施行、2007年修正的《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，以及最高人民法院在适用《民事诉讼法》过程中作出的司法解释。

地方各级法院所作的有关“办案规则”类的规定，不属于民事诉讼法。

注意：民事诉讼法律关系：一方必定是法院。

例1：原告与其代理人之间的法律关系是不是民事诉讼法律关系？答案：不是，因为民事诉讼法律关系一方一定是法院。

例2：法院与指定的鉴定人之间的法律关系是不是民事诉讼法律关系？答案：是。

二、民事诉讼法的效力

1. 在我国领域内进行民事诉讼：必须适用我国的民事诉讼法。

2. 民事诉讼法在民族自治地方的适用的特殊问题：民族自治地方人民代表大会可以制定变通或者补充的规定。

（1）自治区：报全国人民代表大会常务委员会批准。

（2）自治州、自治县：①报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准；②并报全国人民代表大会常务委员会备案。

例3：湖南省湘西土家族苗族自治州人民代表大会，根据宪法和民事诉讼法的原则，结合当地民族的具体情况，制定的变通或者补充民事诉讼法规定，应报请什么国家机关批准？答案：报湖南省人民代表大会常务委员会批准；然而报什么国家机关备案？答案：报全国人民代表大会常务委员会备案。

三、民事诉讼法与相邻法律部门的关系

(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：一是形式与内容、手段与目的的关系；二是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。也就是说，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。

(二) 《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，其中主要是两个方面的区别：

一是提起诉讼的主体不同。民事诉讼基于处分原则所实行的不告不理制度，这就决定了提起民事诉讼的主体必然是民事权利受到侵犯或是发生争议的公民、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，即行政相对人。

二是举证责任不同。三大诉讼的提起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”分配举证责任的；在特殊情况下则实行举证责任的倒置。在刑事诉讼中，则由执行控诉职能的检察院与自诉人对被告人有罪负举证责任，只要控方无法证明有罪，那么就是无罪。而行政诉讼则不同，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。

(三) 民事诉讼法与海事诉讼特别程序法的关系

属于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。

疑难点

如何判断民事诉讼法律关系。

例4：经王某介绍，腾飞房地产公司将临街道的4间平房出租给个体工商户张三从事电子产品经营，并约定在每季度第一个月7日之内支付整个季度的房租。因生意不景气，张三拖欠房租一直不支付，腾飞房地产公司以张三为被告起诉至人民法院，要求张三支付租金。在本案诉讼中可能会存在若干法律关系，如被告张三与腾飞房地产公司的房屋租赁关系，腾飞房地产公司与法院之间的关系，腾飞房地产公司与其委托的代理人之间的关系等。那么，究竟哪些法律关系属于诉讼法律关系呢？

准确解决这一问题的关键是看法律关系的一方是不是法院，民事诉讼法律关系的一方固定是法院。

第二章 民事诉讼法的基本原则与基本制度

第一节 基本原则

【必读法条】

《民事诉讼法》

第五条 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。

外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实行对等原则。

第八条 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。

第九条 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。

第十二条 人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论。

第十三条 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。

第十四条 人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督。

第十五条 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。

基本知识点

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。历年考试中，常考的有当事人诉讼权利平等原则、同等原则和对等原则、处分原则、辩论原则以及检察监督原则。

一、当事人诉讼权利平等原则

当事人诉讼权利平等原则，是指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。

当事人诉讼权利平等的含义包括两个方面：

1. 权利一样。即在诉讼过程中，双方当事人的诉讼权利是相同的，如双方当事人都有委托代理人、提供证据、参与庭审等权利。

2. 权利对应。即因双方当事人诉讼地位的不同而使其享有的诉讼权利不能同等时，需对应，如原告有起诉权，被告就得有应诉答辩权，原告可以提出、放弃、变更诉讼请求，被告就可以承认或者反驳诉讼请求等。因此，诉讼权利平等实质上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。

二、同等原则和对等原则

同等原则是指外国人、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。

对等原则是指外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实行对等原则。

总结：

1. 同等原则：外国主体与中国主体有同样的待遇。
2. 对等原则：我国法院对该外国主体加以同样的限制。

三、处分原则

处分原则，是指民事诉讼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。

我国民事诉讼中当事人的处分权不是绝对的，不得损害国家的、社会的、集体的和公民个人的利益；否则，人民法院将代表国家实行干预，即通过司法审判确认当事人某种不当的处分行为无效。

例1：撤诉是当事人在行使处分权。但法院采取先予执行措施后，申请先予执行的当事人申请撤诉的，法院应当及时通知对方当事人、第三人或有关的案外人。在接到通知至准予撤诉的裁定送达前，对方当事人、第三人及有关的案外人，对撤诉提出异议的，法院应当裁定驳回撤诉申请。详见《最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》第18条。这就是法院对当事人处分权的适当干预。

例2：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。请问法院的行为违反了我国民事诉讼法中的哪一项基本原则？处分原则。注意：有的同学可以回答违反了不告不理的原则。这是不对的。因为我国民事诉讼法中并没有不告不理这一种基本原则。

总结：

1. 判决内容不能超出原告的请求范围。
2. 调解协议内容超出诉讼请求的，人民法院可以准许。

四、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。

总结：

1. 可以是口头的，也可以是书面的。
2. 可以是实体方面的，可以是程序方面的，也可以是证据方面的。
3. 贯穿审判程序的始终，但非讼程序无法辩论。
4. 辩论权是当事人的权利，证人没有辩论权。

例3：关于辩论原则的表述，下列说法是否正确：

〔问1〕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？不对。因为二审和再审也同样适用辩论权。

〔问2〕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？对。这是以书面方式行使辩论权。

〔问3〕证人出庭陈述证言是证人行使辩论权的一种表现？不对。因为证人没有辩论权。

〔问4〕督促程序不适用辩论原则？对。特别程序和非讼程序只有一方当事人，无法辩论。

例4：某县法院对甲诉乙侵权纠纷一案未经开庭审理即作出了判决，该审判行为直接违反了哪一项原则？直接违反了辩论原则，因为当事人无法以口头方式进行辩论。

五、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。”

总结：

1. 监督的对象是法院的民事审判活动和法院的相关行为，不包括当事人的诉讼活动。
2. 监督的方式是对已经生效的裁判通过抗诉方式提起审判程序。

例5：关于民事诉讼的基本原则，下列说法是否正确：

〔问1〕当事人诉讼权利平等原则意味着当事人拥有相同的诉讼权利？不对。平等原则有两种表现方式，除了当事人拥有相同的诉讼权利，还有一种是当事人拥有对应的诉讼权利。

〔问2〕处分原则意味着法院无权干涉当事人诉讼权利的行使？不对。如法院在某些情况下，不允许当事人撤诉。

〔问3〕原告提起诉讼与被告进行答辩是辩论原则的表现？对。

〔问4〕调解原则适用于民事审判程序和民事执行程序？不对。民事执行程序不得调解。

第二节 基本制度

【必读法条】

《民事诉讼法》

第十条 人民法院审理民事案件，依照法律规定实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。

第四十条 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。

第四十一条 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。

第四十二条 合议庭的审判长由院长或者庭长指定审判员一人担任；院长或者庭长参加审判的，由院长或者庭长担任。

第四十三条 合议庭评议案件，实行少数服从多数的原则。评议应当制作笔录，由合议庭成员签名。评议中的不同意见，必须如实记入笔录。

第四十五条 审判人员有下列情形之一的，必须回避，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、诉讼代理人的近亲属；
- (二) 与本案有利害关系；
- (三) 与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。

前款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

第四十六条 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。

第四十七条 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。

第四十八条 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。

第一百二十条 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。

基本知识点

民事诉讼法的基本制度，是在民事诉讼活动过程中的某个阶段或几个阶段对人民法院的民事审判起重要作用的行为准则。历年考试中，常考的有合议制、回避制度、公开审判制度和两审终审制度。

一、合 议 制

合议制是指由若干名审判人员组成合议庭对民事案件进行审理的制度。

1. 独任制的常见考点。

(1) 适用案件：①简易程序。②特别程序，但是选民资格案件或者重大、疑难案件应适用合议制。③督促程序。④公示催告阶段。

(2) 组织形式：审判员一人。

(3) 适用法院：基层法院及其派出法庭。

(4) 适用审级：①一审案件。②被二审人民法院发回重审，或者依照审判监督程序决定再审时，尽管适用一审程序，却必须实行合议制。

2. 合议制的重点问题。

(1) 第一审合议庭：①可以由审判员组成合议庭。②也可以由审判员和人民陪审员组成合议庭。③选民资格案件或特别程序中的重大、疑难的案件，必须由审判员组成合议庭审理。

(2) 第二审合议庭：必须由审判员组成。

(3) 二审发回重审或再审程序：原审合议庭成员或独任审判员不得参加重审或再合议庭。

(4) 审判长：①院长或者庭长参加审判的，由院长或者庭长担任；②由院长或者庭长指定审判员 1 人担任。

(5) 合议庭评议：实行少数服从多数的原则。不同意见，必须如实记入笔录。

3. 注意：(1) 适用独任制还是合议制，以及 (2) 合议庭的人员组成，由人民法院决定，当事人不能约定。

解题思路：在实际考试中，往往不会直接问合议制与独任制的问题，但是问审判组织的问题。实际上问审判组织的问题，就是在问合议制与独任制的问题。

例 1：下列关于审判组织的表述，是否正确：

[问 1] 第二审程序中只能由审判员组成合议庭？对。

[问 2] 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？对。这是因为二审法院裁定发回重审的案件，适用的是第一审程序；只要适用第一审程序，合议庭就可以由审判员与陪审员共同组成。

[问 3] 法院适用特别程序，只能采用独任制？不对。因为特别程序中的选民资格案件以及特别程序中的重大、疑难案件，适用的是合议制。

[问 4] 独任制只适用于基层法院及其派出法庭？对。

[问 5] 再审程序中只能由审判员组成合议庭？不对。这是因为再审可以适用一审程序再审，再审也可以适用二审程序再审。如果再审适用的是第一审程序，合议庭就可以由审判员和陪审员共同组成。

[问 6] 二审法院裁定发回重审的案件，原审法院应当组成合议庭进行审理？对。这里并没有问题要不要另行组成，只问是否应当合议制。有的同学因为把问题理解偏了，最后把题做错。

[问 7] 法院适用特别程序审理案件，陪审员不参加案件的合议庭？对。

[问 8] 中级法院作为一审法院时，合议庭可以由审判员与陪审员共同组成，作为二审法院时，合议庭则一律由审判员组成？对。

二、回避制度

回避制度，是指为了保证案件的公正审判，而要求与案件有一定的利害关系的审判人员或其他有关人员，不得参与本案的审理活动或诉讼活动的审判制度。

总结：

1. 适用范围（《民事诉讼法》第 45 条）。

(1) 对象: 审判人员 (包括审判员和人民陪审员)、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

(2) 阶段: 民事诉讼。

2. 法定原因 (《民事诉讼法》第 45 条)。

(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, 且可能影响对案件公正审理的。

3. 回避方式: 申请回避和自行回避。

4. 申请回避的期间: (1) 通常: 开始审理时提出。(2) 回避事由在案件开始审理后知道的: 在法庭辩论终结前提出。

5. 申请回避的效果: (1) 被申请回避的人员应当暂停参与本案的工作; (2) 但案件需要采取紧急措施的除外。

6. 回避的决定权。

(1) 院长担任审判长时的回避: 审判委员会决定。

(2) 审判人员 (含陪审员) 的回避: 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: 审判长决定。

7. 回避决定的复议。

(1) 回避决定可以复议一次。

(2) 复议期间, 被申请回避的人员, 不停止参与本案的工作。

8. 决定回避的法律后果: 诉讼程序继续进行。

例 2: 王一名诉陈世贵房屋租赁纠纷一案由东阳县人民法院受理。第一次开庭时, 因原告未带有关证据的原件, 法庭决定休庭; 第二次开庭时, 原告在法庭辩论时提出, 本案合议庭中的书记员陈世福为被告陈世贵的弟弟, 故要求陈世福回避, 审判长以法庭调查已结束为由, 驳回了原告的回避申请。请回答以下几个问题:

[问 1] 原告在法庭辩论时提出, 本案合议庭中的书记员陈世福需要回避, 是否已经过了申请回避的时间? 没有。在法庭辩论终结前提出就可以申请。

[问 2] 对于书记员陈世福是否应当回避, 审判长是否有权决定? 有权。

[问 3] 你认为书记员陈世福是否应当回避? 应当。因为他是当事人的近亲属。

[问 4] 对于审判长驳回了原告的回避申请的决定, 原告不服, 可以怎么寻求救济? 申请复议。

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, 除法律规定的情况外, 审判过程及结果应当向群众、社会公开。

1. 向群众公开, 是指允许群众旁听案件审判过程 (主要是庭审过程和宣判过程)。

2. 向社会公开, 是指允许新闻记者对庭审过程作采访, 允许其对案件审理过程作报道, 将案件向社会披露。

总结:

1. 含义: 当事人的权利。

2. 例外:

(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。

(3) 民事诉讼法规定的不得上诉的裁定。

例3：关于民事诉讼中的公开审判制度，下列说法是否正确？

〔问1〕公开审判制度是指法院审理民事案件，除法律规定的情况外，审判过程及结果应当向群众、社会公开？对。

〔问2〕公开审判是指法院审理案件和宣告判决一律公开进行的制度？不对。审理案件有些情况下是不公开的。另外，宣告判决一律公开，这种说法是对的。

〔问3〕涉及国家秘密的案件，属于法定不公开审理的案件？对。

〔问4〕离婚案件，属于当事人申请不公开审理，法院决定可以不公开审理的案件？对。

例4：下列有关民事诉讼中实行公开审判的表述，是否正确？

〔问1〕案件的审理、合议庭的评议、判决的宣告应当公开？不对。因为合议庭的评议不得公开。

〔问2〕对于涉及国家秘密的案件不公开审理，但宣判要公开？对。

〔问3〕对于涉及个人隐私的案件，人民法院应当根据当事人申请不公开审理？不对。这是因为涉及个人隐私的案件，属于法定不公开的案件，不需要当事人申请。

〔问4〕离婚案件只能不公开审理？不对。离婚案件通常是公开审理的，需要当事人申请不公开审理，法院才不公开审理。

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人民法院审判后即告终结的制度。

1. 审理公开（《民事诉讼法》第120条）。

(1) 通常：公开审理。

(2) 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。

(3) 经过当事人申请才不公开审理的案件：①离婚案件；②涉及商业秘密的案件。

2. 合议庭评议一律不公开。

3. 判决一律公开。

例5：有人认为，根据两审终审制度的规定，所有的民事案件都必须经两级人民法院审判。这种说法是否正确？不对。两审终审制度有例外。

第三章 主管与管辖

第一节 民事诉讼主管

【必读法条】

《民事诉讼法》

第一百一十一条 依照法律规定，双方当事人对合同纠纷自愿达成书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁。

《仲裁法》

第二十六条 当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，人民法院应当驳回起诉，但仲裁协议无效的除外；另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。

《民诉法意见》

148. 当事人一方向人民法院起诉时未声明有仲裁协议，人民法院受理后，对方当事人又应诉答辩的，视为该人民法院有管辖权。

基本知识点

法院在民事诉讼中的主管，是指法院受理民事案件的权限范围。司法考试中，主管的重点是搞清楚什么案件可以通过法院进行民事诉讼，什么案件不能通过法院进行民事诉讼。

1. 民事诉讼与人民调解委员会调解的关系。

(1) 调解达成的调解协议，具有民事合同性质。

(2) 当事人起诉请求对方当事人履行调解协议的，请求变更或者撤销调解协议，或者请求确认调解协议无效的，人民法院应当受理。

2. 民事诉讼与劳动仲裁的关系。

(1) 可以不经过劳动争议调解委员会调解而直接申请仲裁。

(2) 不经过劳动仲裁委员会的仲裁，人民法院不予受理。

①通常：对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼（《劳动争议调解仲裁法》第5条）。

②例外：下列劳动争议，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力（《劳动争议调解仲裁法》第47条）。

A. 追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准