

法律版

2009司法考试精神和体系

诉讼法47专题

张能宝/主编

知识体系构建 历年真题思考

考查方向提示 考点及其实例

重点法条归纳

2008年司法考试95%以上试题，可以直接在本书2008年版上找到答案。2009年全新修订再版——

潜心研读 20天 提高效率百分百



法律出版社

2009 司法考试精神和体系

诉讼法 47 专题

主 编 张能宝

副主编 杨艳霞 张 玲 秦华伦

刘方飞 刘亚莉 张劲哈

李 磊 韩景慧

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

诉讼法 47 专题/张能宝主编. —北京:法律出版社,
2008. 12

(2009 司法考试精神和体系)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9020 - 4

I. 诉… II. 张… III. 诉讼法—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(2008)第 181007 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨大康

装帧设计/曹 铨

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/北京民族印务有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/20.5 字数/619 千

版本/2008 年 12 月第 1 版

印次/2008 年 12 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 - 5036 - 9020 - 4

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

提高阶段,我们应当如何学习

——代前言

每年到司法考试复习的提高阶段,很多考生都会产生这样的困惑:越学越多,越学越乱,越学越不会。究其原因,一是不会重点学习:不会、不敢、不忍放弃,一般性知识、次重点知识与考点知识不加区分、广取博爱。二是不会深入学习:掌握了考点知识的概念,却没有理解其内涵,掌握了考点知识的表面特征,却没有领会其实质构成,不能由表及里,深入把握其内在精神与要领。三是不会联系学习:不会加强相同考点的串联、相异考点的对比、相似考点的区分,不能以点带面、融会贯通,不能形成考点知识系统。四是不会整体学习:只见树木不见森林,只掌握了一个一个孤立零散的具体制度这些“棋子”,没有在此基础上,形成整个部门法的考点知识“一盘棋”。

为帮助大家克服上述提高阶段之不足,我们修订编写了《2009 司法考试精神和体系》,本书分为《民法 60 专题》、《刑法 50 专题》、《诉讼法 47 专题》、《商经法·国际法学 48 专题》、《行政法·理论法学·司法制度 55 专题》五部分,通过精心筛选考点,深度解析考点,形成考点知识系统,在近 6 年司法考试考点涵盖基础上,加强联系对比区分,揭示考点、分解考点、突破考点、训练考点,推进大家在提高阶段的复习中迈上一个更高台阶,实现高分突破。

值得一提的是,2008 年考试,有超过 95% 的试题可以直接在本书上找到答案。以民法为例,依据《2008 司法考试精神和体系》之《民法 62 专题》可以直接得出当年 94.6% 的民法试题答案。除 3 道单项选择题外(第 4、18、24 题),其余的 53 道题本书全部进行了准确的提示和讲解。帮助大家强化突破最重要的 95%,这就是本书的目标!

一、本书主要特点

1. 明晰部门法精神,形成考点知识系统。

首先,提炼部门法精神。所谓的部门法精神,就是该部门法不同于其他部门法的内在特性。它是一个部门法的灵魂,统率着部门法具体制度的建立和形成。只有把握住了部门法精神,才能从总体上准确把握部门法具体制度的精髓和要领。其次,构建部门法知识体系。通过知识体系的构建分析,将单个的考点知识串起来形成考点知识的面,让一个一个考点知识面串起来形成 $1+1>2$ 的考点知识系统。通过精神和体系,展现部门法考点知识内在逻辑和外在结构,彼此紧密相连,相互融会贯通。

2. 揭示考点、分解考点、突破考点。

本书以近 6 年司法考试考点为中心,凸现提高强化特性。(1)揭示考点。在部门法一般性知识、次重点知识、考点知识的纷繁复杂中,明确告诉大家,部门法的考点是什么,让考点昭然若揭。(2)分解考点。对考点知识的本质内涵进行剖析,对考点中的疑点难点进一步澄清,由表及里,直击考点精髓。(3)突破考点。根据司法考试考查规律,着力考点知识的联系对比和区分,加强相同点,辨析相似点,甄别相异点,让大家对考点知识切实做到不仅知其然还知其所以然。

3. 精选历年真题和典型案例,全方位推进考点训练。

首先,每一专题的讲解均由一道近 6 年的典型真题引领,以考试为中心,检验对专题考点知识的掌握程度,启发大家对专题考点的深层思考。其次,围绕考点,设计连环案例,环环相扣、步步追问,加强考点理解,深化每一专题考点训练。第三,每一专题案例的最后再安排一道近 6 年的典型真题进行总结,再次对考点进行实战强化。

4. 归纳重点法条,强化考点的多层次理解与记忆。

在每一专题的最后,特别设计了一个重点法条归纳,挑拣出部门法的重点法条,与前面的考点讲解互相印证,理论和实践结合,考点知识和法律规定结合,再次加强考点理解记忆,促进全面提高。

二、本书的编写体例

1. 以专题为单位,突出考点。

部门法按照专题进行编写,专题的设计以大纲和历年真题的考点归类为基本依据,只有被反复考查的知识才安排专题进行讲解,近6年没有考查过的内容一般不设计专题。

2. 逐步递进讲解,强化考点。

每个专题的讲解分成五步进行。

第一步,【知识体系构建】每专题的第一项内容是考点知识体系构建,让大家在学一个专题前,就能从总体上把握本专题考点知识的基本结构和发展脉络。

第二步,【历年真题思考】每专题的第二项内容是一道近6年的典型真题,这道真题包含本专题一个以上的核心考点,让大家在开始考点的正式学习前,就加强对专题考点的思考,以考点为中心,以考试为中心。

第三步,【考查方向提示】这是每专题的第三项内容,目的是让大家在系统深入学习前,对该专题的考查方向和考查模式有一个明确把握,有的放矢,包含:(1)最近6年考查过的考点;(2)未来极可能考查的考点。

第四步,【考点及其实例】这是每专题的第四项内容。(1)考点。以近6年的司法真题为蓝本,提炼部门法考点,分解考点,突破考点;(2)实例。实例是为考点服务的,考点是主,实例为辅。实例围绕考点进行,按照前后内容结合、总则分则结合、实体程序结合的原则编写。每专题实例的最后安排一道近6年的典型真题,以真题总结考试,以真题印证考试。

第五步,【重点法条归纳】以重点法条带动考点,考点知识与重点法条相互印证。

本书的作者已研究或辅导司法考试多年,都是来自最高人民法院、最高人民检察院、亿则司法研究中心、中国政法大学、北京大学、中国人民大学的法学学者,均以高分通过国家司法考试。扎实的理论功底与丰富的实战经验相结合,是本书作者的最大特色。本书是在各位作者的潜心研究与通力合作下完成的,全书最后由主编统编定稿。

让我们勇往而无畏,大步向前!

张能宝

民事诉讼法

民事诉讼法的精神	1
民事诉讼法的体系	3
专题 1 民事诉讼法的基本原则和基本制度	5
专题 2 诉	16
专题 3 民事诉讼主管范围、管辖一般原理和 级别管辖	20
专题 4 地域管辖	24
专题 5 裁定管辖和管辖权异议	35
专题 6 当事人的基本理论	39
专题 7 共同诉讼	44
专题 8 第三人及诉讼代理人	48
专题 9 证据的种类与分类	54
专题 10 证据的收集和保全、证明对象和证明 程序	58
专题 11 举证责任	65
专题 12 财产保全和先予执行	68
专题 13 对妨害民事诉讼行为的强制措施	72
专题 14 期间、送达、司法协助	76
专题 15 普通程序	82
专题 16 简易程序	94
专题 17 二审程序	99
专题 18 审判监督程序	105
专题 19 特别程序、督促程序和公示催告程序	111
专题 20 执行程序的一般规定	122
专题 21 执行中止和执行终结	138
专题 22 仲裁制度基本理论	140
专题 23 仲裁程序	147

专题 24 仲裁裁决的撤销、执行与不予执行	154
-----------------------------	-----

刑事诉讼法

刑事诉讼法的精神	160
刑事诉讼法的体系	162
专题 1 刑事诉讼法的基本原则	163
专题 2 专门机关与诉讼参与人	168
专题 3 管辖	173
专题 4 回避	184
专题 5 辩护与代理	190
专题 6 证据	202
专题 7 证明	207
专题 8 强制措施	211
专题 9 附带民事诉讼	226
专题 10 期间、送达	234
专题 11 立案	238
专题 12 侦查	242
专题 13 提起公诉	251
专题 14 公诉案件的普通一审程序	256
专题 15 简易程序与自诉案件的审理	271
专题 16 审判障碍	278
专题 17 判决、裁定和决定	281
专题 18 第二审程序	283
专题 19 死刑复核程序	293
专题 20 审判监督程序	298
专题 21 执行程序	306
专题 22 未成年人刑事案件诉讼程序	315
专题 23 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	318

民事诉讼法

民事诉讼法的精神

民事诉讼法首先是作为程序法而存在的,其存在的重要意义之一就是为民法的工具性价值。也是因为这一点,民事诉讼制度的设计在精神上与民法一脉相承。随着市民社会的逐步形成,民事诉讼也由原来的职权主义模式向以当事人主义为主、职权主义为辅的模式发展。在把握中国现行民事诉讼法时,认识到这一点至关重要。同时,我们也要认识到,民事诉讼法的存在并非以保证民事纠纷获得公正的解决为唯一目的,其本身也应符合基本的公正,即程序正义。

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。我国现行刑事诉讼法基于惩罚犯罪、保护人民的目的,在制度设计上贯穿着浓厚的职权主义倾向,犯罪嫌疑人、被告人的权利虽已得到极大改善,但始终无法与强大的公诉机关相对抗。行政诉讼法的出现是现代社会法治发展的一个进步,其旨在为普通的行政相对人提供一个与行政机关平等对抗的机会,它在设计理念上与民事诉讼法具有相似之处,均体现了当事人主义为主、职权主义为辅的精神,它与民事诉讼法的一个重要区别在于加重了在掌握证据方面具有优势的被告方即行政机关的举证责任,以实现实质意义上的当事人双方平等对抗。

同时,民事诉讼由法院作为中立的第三方来解决当事人之间的纠纷,故与仲裁又有所区别。仲裁是由作为民间组织的仲裁机构作为解决纠纷的机关,以经济、快捷为其主要特征,以浓厚的当事人主义的理念贯穿始终。在仲裁法中,当事人处分原则得到了彻底的贯彻,比如是否将纠纷提交仲裁,将哪些纠纷提交仲裁,将纠纷提交哪个仲裁委员会仲裁,仲裁庭如何组成,由谁组成,仲裁庭的审理方式、开庭方式等程序事项都由当事人自主选定。需要注意的是,民事诉讼解决的纠纷范围比仲裁广,后者只能解决平等主体之间的合同纠纷和其他财产权益纠纷。二者在具体制度的设计上也存在很多差异,比如仲裁实行一裁终局的制度,当事人申请仲裁必须以双方就争议事项达成有效的仲裁协议为前提,当事人可以申请法院裁定撤销或不予执行仲裁裁决等。

在内容上,民事诉讼法属于以证据和程序为核心,以主管与管辖、当事人为基础,以基本原则与基本制度贯彻始终的基本架构。

首先,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、职权主义为辅的立法模式的集中体现。具体来说,证据部分主要解决在民事诉讼中应由哪些主体依据哪些程序对哪些事实进行证明并需要证明到何种程度的问题,即举证责任、证明程序、证明对象、证明标准的问题。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选择特殊问题的处理等内容。

其次,民事诉讼法以主管与管辖、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。其主要包括级别管辖和地域管辖两大类,其中又以后者为重点。具体来说,地域管辖包括一般地域管辖、特殊地域管辖、专属管辖、协议管辖、牵连管辖、应诉管辖等内容。而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、第三人也是一个重要

问题。其中尤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。

任何一项制度都是一个有机的整体,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精神和体系作一简要介绍,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。

第一章 民事诉讼法的基本原则与基本制度

第一节 民事诉讼法的基本原则

一、民事诉讼法的基本原则概述

民事诉讼法的基本原则,是指贯穿于民事诉讼法始终,对民事诉讼活动具有普遍指导意义的基本准则。它是民事诉讼法的灵魂,也是民事诉讼法区别于其他诉讼法的根本标志。民事诉讼法的基本原则,可以分为基本原则和具体原则两大类。基本原则是指贯穿于民事诉讼法始终,对民事诉讼活动具有普遍指导意义的基本准则。具体原则是指贯穿于民事诉讼法的某一具体程序,对民事诉讼活动具有具体指导意义的基本准则。

二、民事诉讼法的基本原则

(一) 辩论原则

辩论原则,是指民事诉讼当事人有权就案件事实和法律适用问题,在诉讼过程中进行辩论,以维护自己的合法权益。辩论原则是民事诉讼法的基本原则之一,也是民事诉讼法区别于其他诉讼法的根本标志。辩论原则贯穿于民事诉讼法的整个诉讼过程,对民事诉讼活动具有普遍指导意义。

(二) 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,自由处分自己的民事权利和诉讼权利。处分原则是民事诉讼法的基本原则之一,也是民事诉讼法区别于其他诉讼法的根本标志。处分原则贯穿于民事诉讼法的整个诉讼过程,对民事诉讼活动具有普遍指导意义。

(三) 法院调解原则

法院调解原则,是指人民法院在审理民事案件过程中,应当根据自愿和合法的原则,进行调解,促成当事人达成和解协议。法院调解原则是民事诉讼法的基本原则之一,也是民事诉讼法区别于其他诉讼法的根本标志。法院调解原则贯穿于民事诉讼法的整个诉讼过程,对民事诉讼活动具有普遍指导意义。

(四) 诉讼权利平等原则

诉讼权利平等原则,是指民事诉讼当事人享有平等的诉讼权利,人民法院应当平等地保护当事人的合法权益。诉讼权利平等原则是民事诉讼法的基本原则之一,也是民事诉讼法区别于其他诉讼法的根本标志。诉讼权利平等原则贯穿于民事诉讼法的整个诉讼过程,对民事诉讼活动具有普遍指导意义。

(五) 同等原则和对等原则

同等原则和对等原则,是指人民法院在审理涉外民事案件时,应当对当事人适用同等的诉讼权利和义务,并根据当事人的国籍和住所地,给予对等的诉讼权利和义务。同等原则和对等原则是民事诉讼法的基本原则之一,也是民事诉讼法区别于其他诉讼法的根本标志。同等原则和对等原则贯穿于民事诉讼法的整个诉讼过程,对民事诉讼活动具有普遍指导意义。

(六) 检察监督原则

检察监督原则,是指人民检察院有权对民事诉讼活动进行监督,维护国家法律的正确实施。检察监督原则是民事诉讼法的基本原则之一,也是民事诉讼法区别于其他诉讼法的根本标志。检察监督原则贯穿于民事诉讼法的整个诉讼过程,对民事诉讼活动具有普遍指导意义。

(七) 支持起诉原则

支持起诉原则,是指人民检察院有权对损害国家和社会公共利益的行为,支持受损害的单位和个人提起诉讼。支持起诉原则是民事诉讼法的基本原则之一,也是民事诉讼法区别于其他诉讼法的根本标志。支持起诉原则贯穿于民事诉讼法的整个诉讼过程,对民事诉讼活动具有普遍指导意义。

三、民事诉讼法的基本制度

(一) 合议制度

合议制度,是指人民法院审理民事案件,必须由审判员组成合议庭进行。合议制度是民事诉讼法的基本制度之一,也是民事诉讼法区别于其他诉讼法的根本标志。合议制度贯穿于民事诉讼法的整个诉讼过程,对民事诉讼活动具有普遍指导意义。

(二) 回避制度

回避制度,是指人民法院的审判人员和其他有关人员,在审理民事案件过程中,如果与案件有利害关系或者其他关系,应当自行回避,当事人也有权申请其回避。回避制度是民事诉讼法的基本制度之一,也是民事诉讼法区别于其他诉讼法的根本标志。回避制度贯穿于民事诉讼法的整个诉讼过程,对民事诉讼活动具有普遍指导意义。

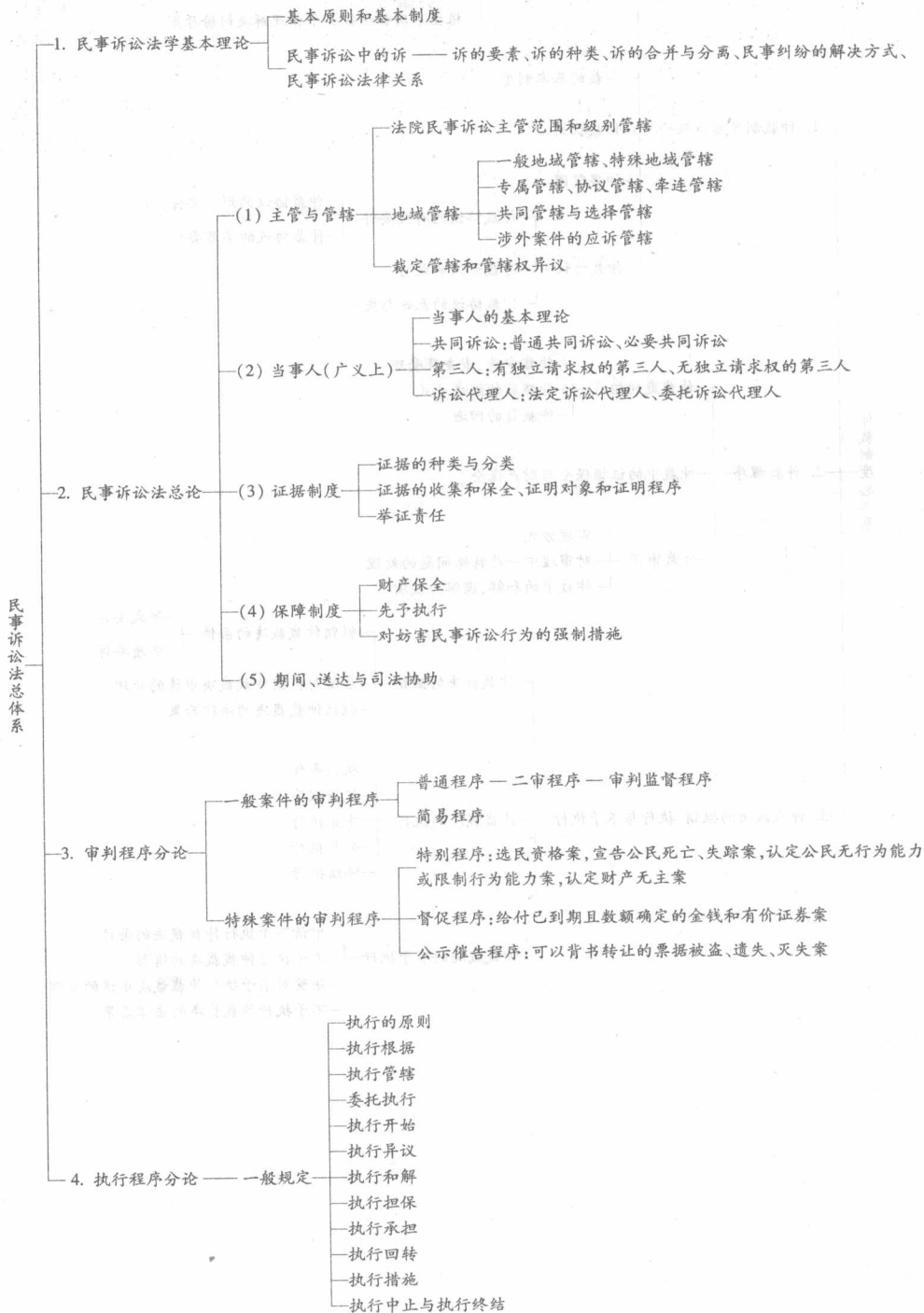
(三) 公开审判制度

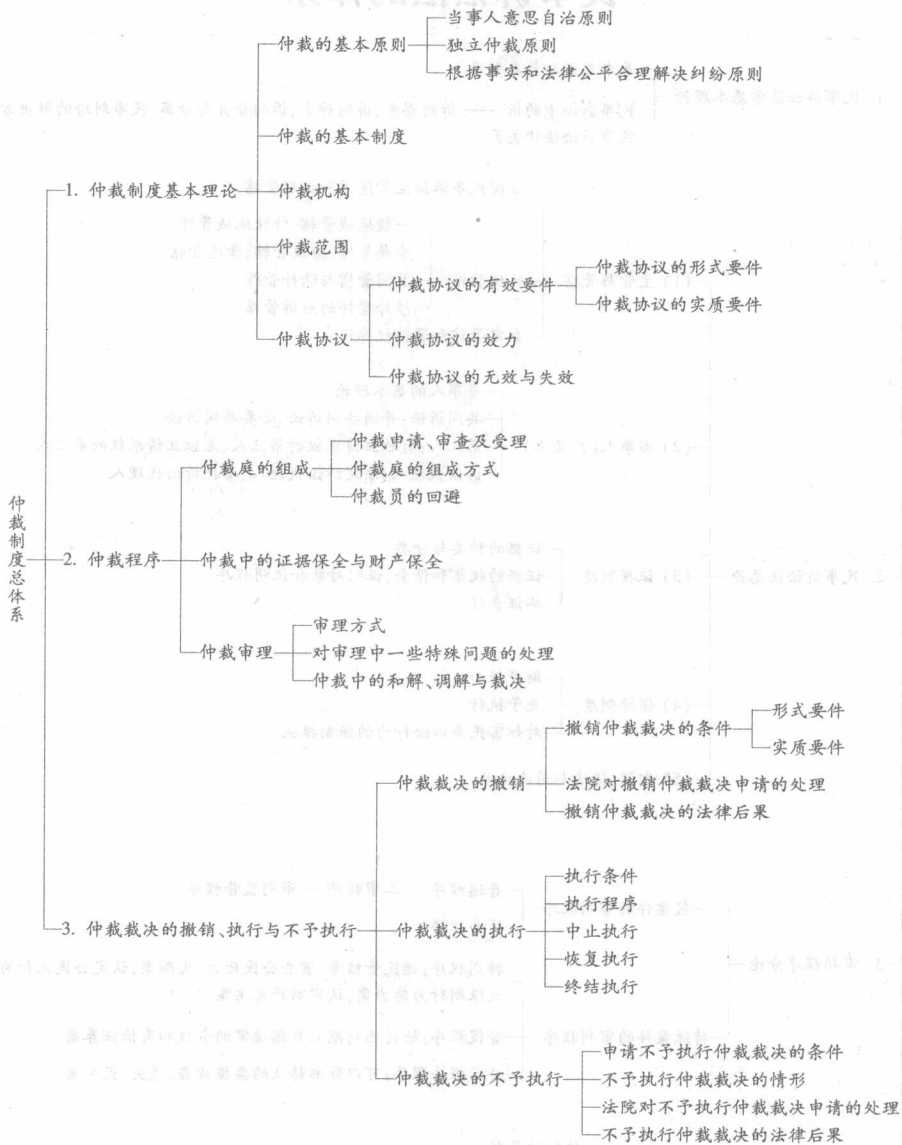
公开审判制度,是指人民法院审理民事案件,应当公开进行,允许当事人和其他利害关系人旁听,并允许新闻记者采访和报道。公开审判制度是民事诉讼法的基本制度之一,也是民事诉讼法区别于其他诉讼法的根本标志。公开审判制度贯穿于民事诉讼法的整个诉讼过程,对民事诉讼活动具有普遍指导意义。

(四) 两审终审制度

两审终审制度,是指民事诉讼案件经过两级人民法院审理后,即发生法律效力。两审终审制度是民事诉讼法的基本制度之一,也是民事诉讼法区别于其他诉讼法的根本标志。两审终审制度贯穿于民事诉讼法的整个诉讼过程,对民事诉讼活动具有普遍指导意义。

民事诉讼法的体系

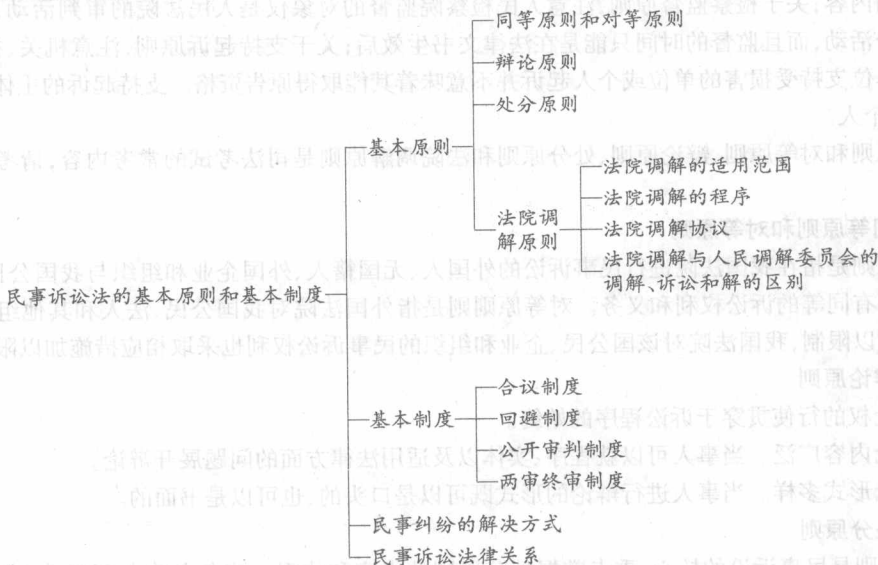




专题 1

民事诉讼法的基本原则和基本制度

知识体系构建



历年真题思考

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。关于法院对该案判决的评论,下列哪一选项是正确的?(2008年试卷三第38题)①

- A. 该判决符合法律规定,实事求是,全面保护了权利人的合法权益
- B. 该判决不符合法律规定,违反了民事诉讼的处分原则
- C. 该判决不符合法律规定,违反了民事诉讼的辩论原则
- D. 该判决不符合法律规定,违反了民事诉讼的平等原则

考查方向提示

在近6年中,该部分被考查过的知识点主要集中在:

1. 通过案例考查处分原则。
2. 公开审判制度的理解。
3. 法院调解原则的适用范围、法院调解协议。
4. 通过论述题对民事纠纷的解决方式进行考查。

① 答案:B。本题是对处分权原则的考查。法院的判决超越了当事人的诉讼请求的范围,因此违反了民事诉讼中当事人的处分原则。

一、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 7 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。

关于诉讼权利平等原则,注意其并不等于诉讼权利相同,它包括诉讼权利的相同性和诉讼权利的对应性两方面内容;关于检察监督原则,注意人民检察院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,而且监督的时间只能是在法律文书生效后;关于支持起诉原则,注意机关、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。支持起诉的主体只能是单位,不能是个人。

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

1. 辩论权的行使贯穿于诉讼程序的始终。
2. 辩论内容广泛。当事人可以就程序、实体以及适用法律方面的问题展开辩论。
3. 辩论形式多样。当事人进行辩论的形式既可以是口头的,也可以是书面的。

(三) 处分原则

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。该考点曾在 2008 年试卷三第 38 题、2006 年试卷四第 3 题中考查过。

处分的内容	当事人处分的内容既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诉讼权利的处分来实现。但不是说处分诉讼权利就一定处分实体权利
处分原则的体现	①是否起诉由当事人自行决定; ②诉讼程序开始后,原告如何提出诉讼请求、是否变更或者放弃诉讼请求以及被告承认或者反驳原告提出的诉讼请求,由当事人自行决定; 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,是否上诉由当事人自行决定; ⑤法律文书生效后,是否申请法院强制执行等由当事人自行决定
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

(四) 法院调解原则

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。2004 年 11 月 1 日开始实施的《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》),应引起考生的注意。此考点曾在 2005 年试卷三第 39 题、2003 年试卷三第 24 题、第 67 题、第 68 题、第 70 题中考查过。

1. 法院调解的适用范围。

(1) 法院可以调解的案件:

除不适用于调解的案件外,法院对适用普通程序、二审程序和再审程序审理的民事案件都可以调解。

(2)法院应先行调解的案件:

普通程序中	仅适用于离婚案件	注意: 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范围
简易程序中	①婚姻家庭纠纷和继承纠纷; ②劳务合同纠纷; ③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; ④宅基地和相邻关系纠纷; ⑤合伙协议纠纷; ⑥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执行程序不适用调解。

2. 法院调解的程序。

(1)法院调解的时间:

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)法院调解的方式:

①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;

②例外情形是,如果当事人申请不公开进行调解的,人民法院应当不公开。

(3)法院调解的结束:

①基于当事人达成调解协议而结束;

②基于未达成调解协议而结束。

(4)法院调解程序中应注意的问题:

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;

②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;

③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。

3. 法院调解协议。

(1)法院调解协议的内容:

①调解协议内容超出诉讼请求的,人民法院可以准许;

②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;

③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;

④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。

(2)当事人达成调解协议后的处理:

法院应当制作调解书,调解书送达当事人并经当事人签收后生效。只有对于《民事诉讼法》第90条规定的“可以不制作调解书的情况”,调解达成协议后,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。

另外需要注意的是:

原则上,法院不能根据和解或调解协议制作判决书。

当事人自行和解或者经调解达成协议后,如果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。

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判决书。

①在例外情形下,法院可以根据协议内容制作判决书:

第一,无民事行为能力人的离婚案件,其法定代理人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:二审人民法院审理上诉案件,调解达成协议,应当制作调解书。调解书送达后,原审人民法院的判决即视为撤销。二审法院无须另行制作撤销原审判决的裁定书。

②人民法院可以不制作调解书的案件:

第一,调解和好的离婚案件;

第二,调解维持收养关系的案件;

第三,能够即时履行的案件;

第四,其他不需要制作调解书的案件。

对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。

(3)调解未达成协议或者调解书生效前一方反悔的,人民法院应当及时判决。

(4)调解协议或调解书的效力。

①调解协议的生效:

首先,对于需要制作调解书的调解协议来说:

第一,原则上调解书在经双方当事人签收后发生法律效力。

第二,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。

特别注意: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。

其次,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。

②下列情形不影响调解协议的生效:

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。

③调解协议的无效:

第一,侵害国家利益、社会公共利益的;

第二,侵害案外人合法权益的;

第三,违背当事人真实意思的;

第四,违反法律、行政法规禁止性规定的。

④对调解协议的救济:

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。

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
主持者不同	审判人员主持	人民调解委员会主持	当事人自行进行
调解协议效力不同	有强制执行力	无强制执行力,但具有合同的效力	无强制执行力
依据不同	依民事诉讼法规定程序	关于人民调解委员会的相关规定	没有程序规范,灵活

【例1】 我国《民事诉讼法》第239条规定,外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,需要委托律师代理诉讼的,必须委托中华人民共和国的律师。该规定是否违反了同等原则?理由是什么?

答案:没有违反。该规定是基于维护我国的司法主权而制定的,表面看来对外国人聘请律师进行了限制,但实际上中国人在中国法院进行诉讼也必须委托中国律师,所以该规定也是同等原则的一个体现。

【例2】 下列哪些选项正确地体现了我国民事诉讼法的辩论原则?

- A. 辩论权的行使只存在于法庭审判过程中
- B. 未经法院辩论和质证的证据,通常情况下不得作为法庭裁判的根据
- C. 当事人可以就案件的实体问题进行辩论,也可以就案件的程序问题进行辩论
- D. 当事人提交的书面答辩状也属于辩论的一种形式

答案:BCD。注意辩论权的行使贯穿于诉讼程序的始终,不仅限于审判程序。

【例3】 下列选项哪些是我国民事诉讼法处分原则的体现?

- A. 原告聘请律师参加诉讼
- B. 被告收到起诉状后未答辩
- C. 在法院调解过程中原告同意放弃部分诉讼请求
- D. 判决生效后被告主动执行判决

答案:ABCD。A项是对获得律师帮助权的处分,B项是被告对自己答辩权的处分。

【例4】 下列哪些案件不适用调解?

- A. 适用公示催告程序的案件
- B. 发回重审的案件
- C. 最高人民法院提审的案件
- D. 选民资格案件

答案:AD。注意B项,发回重审的案件仍可以调解。D属于适用特别程序审理的案件。

【例5】 甲公司诉乙公司侵权一案,在市中级人民法院作出二审判决之后,甲公司发现一重要证据,遂向省高级人民法院申请再审。省高级人民法院受理后,甲公司与乙公司达成了调解协议。在此情况下,下列哪些说法是错误的?

- A. 由省高级人民法院作出撤销原判决的裁定
- B. 由省高级人民法院制作调解书并注明撤销原判决
- C. 在当事人达成调解协议的同时,该判决自动撤销
- D. 制作调解书送达当事人双方后,该判决视为撤销

答案:ABC。二审法院制作的调解书送达后,原审人民法院的判决即视为撤销,无须另行制作撤销裁定。

二、民事诉讼法的基本制度

民事诉讼法包括四项基本制度,即合议制度、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

合议制是相对于独任制而言的,是指由3名以上的单数人员组成合议庭对案件进行审理;而独任制只需要1名审判员。

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。在仲裁程序中由双方当事人约定是由3名仲裁员还是1名仲裁员仲裁。

合议制度曾在2008年试卷三第83题、2006年试卷三第37题中考查过。

关于合议制主要掌握以下几点。

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. 合议制的例外——适用独任制的情形。

下列案件适用独任制:

- (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、认定无民事行为能力或限制民事行为能力案、认定财产无主案。

4. 合议庭评议。

合议庭评议实行少数服从多数原则。合议庭意见有重大分歧时,应提交审判委员会讨论决定。这与仲裁中的评议原则有所区别,仲裁裁决的作出也采取少数服从多数的原则,但仲裁庭不能形成多数意见时,裁决应按照首席仲裁员的意见作出。

5. 审判委员会与合议庭。

二者是业务上的指导与被指导、监督与被监督的关系。

审判委员会的决定合议庭必须执行。

(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。

1. 回避适用的对象。

根据《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、勘验人,其中审判人员既包括审判员也包括陪审员。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)。

2. 回避的法定原因。

根据《民事诉讼法》第45条之规定和《最高人民法院关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第1条和第2条之规定,回避的法定原因主要有以下几种:

- (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的好处的。

3. 回避的程序。

(1) 回避的方式: 申请回避和自行回避。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判时提出, 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:

第一, 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。

第二, 决定的方式。法院可以以口头或书面形式作出决定。

第三, 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。

院长担任审判长时的回避, 由审判委员会决定;

审判人员(包括陪审员)的回避, 由院长决定;

其他人员(书记、翻译人员、鉴定人、勘验人)的回避, 由审判长决定。

注意: 刑事诉讼中这些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。

需要注意的是, 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。这与仲裁不同。根据《仲裁法》第 37 条之规定, 仲裁程序是否重新进行由仲裁庭决定。

(三) 公开审判制度

公开审判制度是指法院审理案件和宣告判决一律公开进行的制度。该考点曾在 2007 年试卷三第 35 题、2003 年试卷三第 79 题中考查过。

1. 公开的含义:

(1) 公开的内容包括审判全过程, 但不包括合议庭评议;

(2) 公开的对象包括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;

(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。

注意: 三大诉讼法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