

法律版

2006年国家司法考试应试指导

三大诉讼法比较19讲

法律考试中心 北京中天培训学校/组编



概述：考点概括，重点提示

图表比较：一一对应，异同立现

法条比较：相关链接，系统记忆

例题演练：真题结合例题，全面提高



法律出版社

2006 年国家司法考试应试指导

三大诉讼法比较 19 讲

法律考试中心 北京中天培训学校 组编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

三大诉讼法比较 19 讲/法律考试中心,北京中天培训学校组编. —北京:法律出版社,2006. 2
(2006 年国家司法考试应试指导)
ISBN 7-5036-6140-2

I. 三… II. ①法… ②北… III. 诉讼法—对比研究—
中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料
IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 007079 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张瑞珍

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16
版本/2006 年 3 月第 1 版

印张/27.25 字数/730 千
印次/2006 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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6140-2/D·5857 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)

编写说明

一、三大诉讼法特点及比较的重要性

三大诉讼法的知识错综复杂,在司法考试中占到总分1/4更重一点的分值。三大诉讼法本身的体例结构大致相似,又具有很多共同的制度、原则、程序构造和程序原理,在司法考试中,没有其他的几种法律比之更容易混淆。如果仅仅分别进行单个诉讼部门法的复习,十分容易出现“各看各明了、做题糊涂了”的状况,事倍功半。但是,如果将三大诉讼法进行比较复习,不仅对其共同的基本概念、基本原则以及相关法律制度有基本的、清晰的认识和识别,还可以从多层面、多角度加强对分属不同诉讼法体系内各知识点融会贯通,将散见于许多法律制度的法律规范根据不同的考点分布状况进行比较,从而准确地抓住各考点的题眼以及关键区别,同时进行综合分析,掌握诉讼法系统的知识结构,培养对不同诉讼法的感觉,就能够做到举一反三,事半功倍,准确无误地解题,提高学习深度和综合能力。

在命题规律方面,三大诉讼法具有以下特点:(1)考点、重点、难点相当集中,几乎只考特质,固定组合重复率很高,不仅表现为同一或基本相识的知识点,多年多次出现;还表现在每次对重点法条群的轮回考查;并且出现了有些重要内容近6年5次未出现考点的空白地带。(2)三大诉讼法的分值重且稳中有升,三大诉讼法的考查已经进入精耕细作阶段,陷阱较多,题目往往看似简单,实际上,准确率、得分值并不如自我估计得高。(3)对三大诉讼法的考查,立足法条,侧重于多角度、多考点的综合考查。(4)对于三大诉讼法的考查紧跟立法新动向方面,生点冷点的出现也有规律,考点分布在有意识的反规律,对本年立法热点、前几年的立法热点和立法亮点往往会平均地进行考查。(5)三大诉讼法的命题与实务密切联系,有一定的指导警示目的,命题者有意识在强调一些现实难题或关注现实中更有实用价值的东西。

二、本书编写体例及特点

本书由富有司法考试教学经验的多名诉讼法老师共同编写而成,全书分为民事诉讼法及仲裁法、刑事诉讼法和行政诉讼法三个板块,每一板块都是编者长期经验的总结和对其研究专业在司法考试中的规律反复验证、研究的结晶,使得每一诉讼法部分都能做到完整覆盖考点、结构系统清晰、重点突出、例题配置精到,图表直观准确形象。

本书的编写依据是司法考试是否可能涉及,将三大诉讼法可以加以比较的部分进行逐一比较,共有19讲,前15讲是对三大诉讼法各知识板块的比较,后4讲是对三大诉讼法的关联部分和各自独特的内容进行考点介绍和局部比较,以求考生能借助本书对三大诉讼法的考点内容全面、完整、宏观地掌握,同时加强对三大诉讼法具体知识点的理解与记忆。

本书章节下可分为概述、基本比较点、例题演练、相关法条比较4个部分。

概述部分对各诉讼法在该部分的考点进行了综述,对重点考点进行了提示,避免考生对不同诉讼法同一比较点平均用力,因为司法考试在不同的诉讼法命题上会有不同的侧重,民事诉讼法重点反复考查的考点,可能在其他诉讼法的部分,只是一般考点。

基本比较点是各章节的关键部分,以图表的形式,直观、分层地对三大诉讼法或者是两种诉讼法共有的制度,甚至仅仅是某个诉讼法中的某一考点自身的拆析比较和要点进行归纳、总结,提高考生知识综合化、体系化的能力,精耕细作地复习,防止粗放经营的走马观花、似是而非的情形。特别指出,比较点深入细化到具体命题,列出了应当进行比较、已经或者容易考查的小考点,使考生对考点的数量、同一比较点下相同和不同的知识点的数目一望而知,突破了以往同类辅导用书比较粗糙、内容支离破碎、没有重点比较和命题提示,为比较而比较,从而和命题的方向脱节的局面。

例题演练选择了近年司法考试的真题一些命题预测题,尤其是重复考查的考点和可能在2006年轮回出现的考点,例题的数量按照司考的关注程度、考查次数布置,并且增加了2006年可能出现的生僻考题。

相关法条比较对前述基本比较点涉及的重点法条原文进行了列举,剔除了已经失效的法条,加入了最新法条,力求比较详细,但又避免面面俱到,对不考查的法条不录入,对考试重点特别是难点、疑点所涉及的法条进行详细列举。

三、本书学习方法提要

1. 要对本书的每一部分进行细读,根据编者提示,在比较中牢牢掌握考点、题眼。“纺锤状”的试题难度结构,使司法考试原有的三个命题层面更加分明,使高、中、低试题难度的比例更加稳定。无论是基础、记忆型试题、理解运用型试题,还是综合运用试题,都需要考生有相对完善的知识背景和整体观念、对区别点和共同点的熟悉和准确记忆,才能迅速地找到题眼,根据关键词识别考点,再通过记忆的逻辑判断进行解题。所以,考生要充分利用本书的图表进行凹凸记忆,培养直觉、迅速判断;以点带面,多角度、多层次地把握考点,以不变应万变。

2. 考生应当根据概要进行记忆取舍,对同一比较点避免不分轻重、不分部门、不按提示照单全收,导致记忆负荷过大而记忆不清,才能通过有效的比较,删除无须记忆、仅作参考的部分,对重点进行反复研磨,掌握相关法条及知识点间的联系和区别,通过纵横联系达到更深入的理解提高复习效率,缩短复习时间。

3. 还要提醒考生在演练例题时一定要规范、反复练习、及时纠错强化。所谓规范,就是一定要隐蔽答案,通过认真思考解题,再对照解析检查自己的思路是否正确惟一,是否还有别的思路或者遗漏,对法条、考点的掌握是否全面。同时,做好对错记号,对自己做错的题目在当天次日一定要强化记忆、纠正认识误区。一个复习周期完毕以后再做错题难题,务求正确率达到95%以上,并且提高对考点的熟悉,加快解题速度和应试效率。最后,建议考生抓大放小、整体把握,在较为完全地掌握基本固定的重点的基础上,了解2006年命题的变化。

三大诉讼法的程序真谛:在程序中用心经验、试错和完善,达到幸福的终点。

本书编写组

2006年2月

目 录

第一讲 民事诉讼、行政诉讼与刑事诉讼的关系

一、概述	1
二、基本比较点	2
三、例题演练	6

第二讲 三大诉讼的基本原则和制度

第一节 合议制度	8
一、概述	8
二、基本比较点	8
三、相关法条比较	10
四、例题演练	11
第二节 回避制度	13
一、概述	13
二、基本比较点	13
三、相关法条比较	16
四、例题演练	20
第三节 公开审判	22
一、概述	22
二、基本比较点	22
三、相关法条比较	23
四、例题演练	24
第四节 两审终审原则	25
一、概述	25
二、基本比较点	26
三、相关法条比较	26
四、例题演练	27
第五节 三大诉讼法的基本原则	28
一、概述	28
二、基本比较点	28
三、相关法条比较	32

四、例题演练	35
--------------	----

第三讲 三大诉讼的受案范围

一、概述	37
二、基本比较点	37
三、相关法条	41
四、例题演练	44

第四讲 三大诉讼法的管辖

一、概述	48
二、基本比较点	48
三、相关法条	60
四、例题演练	63

第五讲 三大诉讼法中的诉讼参加人

第一节 民事诉讼的原告、被告、共同诉讼和诉讼代表人	71
一、概述	71
二、基本比较点	71
三、相关法条比较	75
四、例题演练	78
第二节 行政诉讼的原告和被告	81
一、概述	81
二、基本比较点	82
三、相关法条比较	84
四、例题演练	85
第三节 刑事诉讼当事人	87
一、概述	87
二、基本知识	87
三、相关法条	87
四、例题演练	87
第四节 民事诉讼和行政诉讼中的第三人	88
一、概述	88
二、基本比较点	88
三、相关法条比较	90
四、例题演练	91
第五节 三大诉讼的诉讼代理人	93
一、概述	93
二、基本比较点	93

三、相关法条比较	94
四、例题演练	97
第六节 刑事诉讼中的辩护人	99
一、概述	99
二、基本知识	99

第六讲 三大诉讼法中的证据

第一节 证据的概述、种类与分类	105
一、概述	105
二、基本比较点	105
三、相关法条比较	106
四、例题演练	106
第二节 证明	110
一、概述	110
二、基本比较点	110
三、相关法条比较	115
四、例题演练	121
第三节 提供证据、调查取证、证据保全	125
一、概述	125
二、基本比较点	125
三、相关法条比较	130
四、例题演练	137
第四节 质证、认证	139
一、概述	139
二、基本比较点	140
三、相关法条比较	144
四、例题演练	152

第七讲 三大诉讼法中的期间与送达

第一节 期间	155
一、概述	155
二、基本比较点	155
三、相关法条比较	158
四、例题演练	162
第二节 送达	164
一、概述	164
二、基本比较点	165
三、相关法条比较	166
四、例题演练	167

第八讲 三大诉讼中的强制措施

第一节 排除诉讼妨碍的强制措施	168
一、概述	168
二、基本比较点	168
三、相关法条比较	169
四、例题演练	171
第二节 刑事诉讼中的强制措施	173
一、拘传	173
二、取保候审和监视居住	174
三、拘留	179
四、逮捕	182

第九讲 三大诉讼的第一审程序

第一节 民事诉讼与行政诉讼的起诉与受理	186
一、概述	186
二、基本比较点	186
三、相关法条比较	190
四、例题演练	193
第二节 刑事诉讼的立案	196
一、概述	196
二、基本知识	196
三、相关法条	197
四、例题演练	198
第三节 侦查	199
一、概述	199
二、基本知识	199
第四节 审查起诉	208
一、概述	208
二、基本知识	208
第五节 三大诉讼中的一审普通程序	214
一、概述	214
二、基本比较点	214
三、相关法条比较	217
四、例题演练	222
第六节 民事诉讼与刑事诉讼中的简易程序	223
一、概述	223
二、基本知识	224
三、相关法条	227
四、例题演练	235

第十讲 三大诉讼的第二审程序

一、概述	238
二、基本比较点	238
附：刑事诉讼二审上诉不加刑	242
三、相关法条比较	242
四、例题演练	249

第十一讲 三大诉讼的审判监督程序

一、概述	254
二、基本比较点	254
三、相关法条比较	259
四、例题演练	265

第十二讲 三大诉讼所共有的特殊制度

第一节 延期审理、诉讼中止、诉讼终结、延长审限	269
一、概述	269
二、基本比较点	269
三、相关法条比较	272
四、例题演练	277
第二节 撤诉、缺席判决	280
一、概述	280
二、基本比较点	280
三、相关法条比较	284
四、例题演练	287
第三节 先予执行与财产保全	289
一、概述	289
二、基本比较点	290
三、相关法条比较	292
四、例题演练	295

第十三讲 三大诉讼案件的裁判

第一节 判决	298
一、概述	298
二、基本比较点	298
三、相关法条比较	302
四、例题演练	308
第二节 裁定	313

一、概述	313
二、基本比较点	313
三、相关法条比较	315
四、例题演练	316

第十四讲 三大诉讼的执行

第一节 执行概述	318
一、概述	318
二、基本比较点	318
三、相关法条比较	320
四、例题演练	322
第二节 民事诉讼法执行的具体问题	325
一、概述	325
二、基本知识	325
三、相关法条比较	328
四、例题演练	334
第三节 行政诉讼中非诉行政案件的执行	337
一、概述	337
二、基本知识	337
三、相关法条	338
四、例题演练	338
第四节 刑事诉讼执行	339
一、概述	339
二、基本知识	339
三、相关法条	340
四、例题演练	342

第十五讲 涉外诉讼

第一节 涉外诉讼	344
一、概述	344
二、基本比较点	344
三、相关法条比较	347
四、例题演练	348
第二节 司法协助	349
一、概述	349
二、基本知识	349
三、相关法条	349
四、例题演练	351

第十六讲 关联诉讼处理

行政诉讼、刑事诉讼附带民事诉讼	352
一、概述	352
二、基本比较点	352
三、相关法条比较	354
四、例题演练	355

第十七讲 民事诉讼法及仲裁法的特殊制度

第一节 民事诉讼基本理论	358
一、概述	358
二、基本比较点	358
三、相关法条	360
四、例题演练	360
第二节 特别程序、督促程序、公示催告程序和破产程序	361
一、概述	361
二、基本比较点	361
三、相关法条比较	363
四、例题演练	367
第三节 调解程序	369
一、概述	369
二、基本比较点	370
三、例题演练	375

第十八讲 行政诉讼法的特殊制度

第一节 行政诉讼中起诉不停止执行原则	379
一、概述	379
二、基本知识	379
三、相关法条	379
四、例题演练	379
第二节 被告在一审期间改变被诉具体行政行为的处理	380
一、概述	380
二、基本知识	380
三、相关法条	380
四、例题演练	381
第三节 行政诉讼的法律适用	381
一、概述	381
二、基本知识	381
三、相关法条	382

四、例题演练	383
第四节 行政赔偿的概念	384
一、概述	384
二、基本知识	384
三、相关法条	386
四、例题演练	387
第五节 行政赔偿范围	387
一、概述	387
二、基本知识	387
三、相关法条	388
四、例题演练	388
第六节 行政赔偿请求人和赔偿义务机关	389
一、概述	389
二、基本知识	389
三、相关法条	390
四、例题演练	391
第七节 行政赔偿程序	392
一、概述	392
二、基本知识	392
三、相关法条	394
四、例题演练	394
第八节 行政追偿	396
一、概述	396
二、基本知识	396
三、相关法条	397
四、例题演练	397
第九节 行政赔偿的方式和计算标准	398
一、概述	398
二、基本知识	398
三、相关法条	400
四、例题演练	400

第十九讲 刑事诉讼中的特别制度

第一节 刑事自诉	402
一、概述	402
二、基本知识	402
第二节 单位犯罪诉讼程序	407
一、概述	407
二、基本知识	407
三、相关法条	408

四、例题演练 408

第三节 核准程序..... 408

一、概述 408

二、基本知识 409

三、相关法条 410

四、例题演练 413

第一讲 民事诉讼、行政诉讼与刑事诉讼的关系

一、概述

民事诉讼、行政诉讼与刑事诉讼一起,构成了我国的三大诉讼制度。三者既有共同之处,又有明显的区别,不容混淆。共同特点在于,它们都是人民法院行使宪法赋予的审判权,以事实为根据,以法律为准绳,惩处违法或犯罪行为,保护当事人的合法权益的司法活动。区别主要源于其各自处理的案件性质不同。由于三种诉讼所基于的法律关系有着本质区别,法院审案时适用不同性质的实体法,并且形成了不同的诉讼程序制度。

民事诉讼与行政诉讼的关系较为密切。早期的行政诉讼通常适用民事诉讼法的一些制度,如辩论原则、回避制度等。这是因为行政诉讼从最终结果上看是解决侵权问题,而“侵权”问题是民事诉讼的“永恒主题”。与刑事诉讼相比,行政诉讼与民事诉讼有着更多的相同之处。但它们毕竟性质不同,在诉讼主体地位、争讼原因、法律关系、调整对象等诸方面各有自己的特点。

民事诉讼法和刑事诉讼法的区别较大,除了刑事附带民事诉讼和妨害民事诉讼的行为触犯刑法后的处理方式和审判组织之外,二者并无过多考点上的牵连。但是,民事诉讼和刑事诉讼在回避、公开审判等方面的不同容易被考生混淆,且为考点,所以在2006年司法考试复习时应当注意识别。此外,民事诉讼法和刑事诉讼法在参与主体、基本原则以及程序运作方面的以下诸多差异,应当准确把握:在诉讼活动的参与机关上,刑事诉讼中除了法院之外还有公安机关、人民检察院;在诉讼制度上,刑事诉讼有其他诉讼没有的强制措施、侦查、死刑复核等;在证明责任的分配、证明标准的要求方面差异较大;在基本原则上,刑事诉讼有无罪推定原则,三机关互相监督、互相配合、相互制约原则;在程序运作上,刑事诉讼的期限由于牵涉利益的重大,对效率的要求较高,因而相对较短;其他方面,将在本书的具体论述部分展开。须予以强调的是,自诉案件和附带民事诉讼本质上为民事诉讼,故而其适用的程序与民事诉讼接近。

民事诉讼法和仲裁法都是民事程序法,司法考试对二者的考查是相辅相成的,对仲裁法的考查甚至在相当高的程度上依赖对民事诉讼法的考查,重点集中在三个方面,一是在程序的起点,对仲裁和诉讼的主管的判断(包含对仲裁协议效力的识别和应对措施);二是在程序的发展中,仲裁相对于诉讼不同的程序规则;三是法院对于仲裁的支持和监督,主要体现在保全和对生效仲裁裁决的不予执行和撤销上。因此,建议考生在复习时一定要将前述内容牢牢把握。此外,仲裁法考点的重复率之高,在整个司法考试中,几乎没有科目可以望其项背。对仲裁法的复习一定要结合诉讼法进行。

司法考试中,与民事诉讼、刑事诉讼相比,行政诉讼所占的比重虽然较小,但是有关知识点却是难点,比如2005年考核有关司法拘留、行政拘留与刑事拘留三个概念的表述。

行政诉讼与刑事诉讼的区别较之于民事诉讼更为明显。二者在案件性质、起诉人、举证责任、

审理目的、适用的强制措施等方面有很大区别。当然,由于犯罪行为可能同时构成行政违法行为,在司法机关追究刑事责任的同时,行政机关也可能追究行政处分或行政处罚的法律责任。这时,出现事实或法律的竞合,就涉及正确处理二者关系的问题。

二、基本比较点

(一)概念和特征

	民事诉讼	仲 裁	行政诉讼	刑事诉讼
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。	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。仲裁不同于调解,仲裁裁决对双方当事人有法律上的拘束力。	法院应公民、法人或其他组织的请求,通过法定程序审查具体行政行为的合法性,从而解决特定范围内行政争议的活动。	刑事诉讼是指人民法院、人民检察院和公安机关在当事人及其他诉讼参与人的参加下,依照法律规定的程序,解决被追追者的刑事责任的活动。
特 征	(1) 民事诉讼具有公权性; (2) 民事诉讼具有强制性; (3) 民事诉讼具有程序性。	(1) 自愿性; (2) 专业性; (3) 灵活性; (4) 保密性; (5) 快捷性; (6) 经济性; (7) 独立性。	(1) 是解决行政争议的活动; (2) 是人民法院运用国家审判权解决行政争议的活动; (3) 原告、被告具有恒定性; (4) 核心是对具体行政行为的合法性进行审查; (5) 根本目的是通过司法权对行政权的监督,确保行政机关依法行政,保障相对人的合法权益。	(1) 刑事诉讼是公诉机关所进行的一种国家专门活动; (2) 刑事诉讼是公诉机关行使国家刑罚权的活动; (3) 刑事诉讼必须有当事人和其他诉讼参加人的参加; (4) 刑事诉讼必须严格依照法定程序进行。

(二)民事诉讼、行政诉讼与刑事诉讼的关系

		民事诉讼	行政诉讼	刑事诉讼
联 系	附带关系	行政诉讼所解决的相当一部分行政争议与民事争议交织在一起,因此成为解决民事争议的前提条件。法院通过行政诉讼处理行政争议时,有可能也有必要一并解决与此相关的民事争议,即行政附带民事诉讼。	人民法院在审理行政案件过程中发现本案涉及犯罪需要追究刑事责任的,如果刑事责任涉及的案件事实与行政争议涉及的案件事实之间没有法律上的关联性,即犯罪事实构成另案事实的,应当将有关案件材料移交公安司法机关处理。	司法机关在解决被告人的刑事责任的同时,克服待解决因被告人的犯罪行为所造成的物质损失的赔偿问题。

		民事诉讼	行政诉讼	刑事诉讼
联 系	先后关系	民事诉讼中如果出现行政争议的先决性或行政行为合法性的审查问题,通常情况下,民事诉讼应当中止,等待行政诉讼的判决结果。	法院在审理行政案件过程中发现涉及犯罪事实与本案事实具有法律上的关联性,公安司法机关有关犯罪事实的处理影响本案事实认定后者法律适用的,应当裁定中止行政诉讼,将有关案件材料移交公安司法机关,等公安司法机关作出最终生效裁判后,继续进行行政诉讼。	刑事诉讼优先。
	参照关系	当事人因不服行政违法侵权行为提起的赔偿诉讼既有行政诉讼的特点,也兼具民事诉讼的特点。法院处理赔偿案件和行政争议,在不与行政诉讼的性质本身发生冲突的情况下,可以参照民事诉讼法的有关规定,采用民事诉讼规则进行。		审理附带民事诉讼适用民法通则、民事诉讼法的有关规定。
	互补关系	行政诉讼和民事诉讼应当互相衔接,构成给当事人提供法律救济的完整体系。在行政争议与民事纠纷难以区分的情况下,如果当事人不可能通过民事诉讼解决争端,人民法院应当为当事人提供行政诉讼的救济。	是否可以采取附带方式处理行政诉讼与刑事诉讼二者关系,现行法律没有规定。	
	排斥关系	针对同一争议,行政机关已作出处理或人民法院已作出行政裁判,当事人不得再提起民事诉讼。	刑事诉讼和行政诉讼可能发生冲突的,原则上不同时进行,但当事人可以同时提起。根据有关司法解释,行政机关工作人员执行职务致人死亡的,法院不受理受害人提出的刑事附带民事诉讼,而应当告知受害人按照国家赔偿法的有关规定,提起行政侵权赔偿诉讼。	
区 别	任务、目的	解决民事争议,其目的是保障当事人民事权益的实现。	解决的是行政争议,目的是审查行政行为的合法性,为行政相对人提供法律救济。保护公民的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权。	打击犯罪和保障人权。