

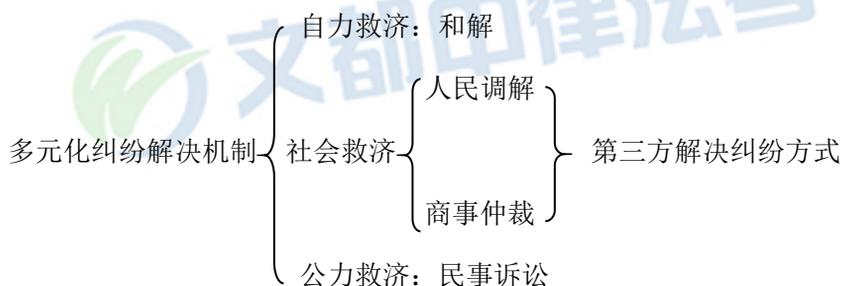
2017 年司法考试培训民事诉讼法讲义 名师强化阶段

授课：杨秀清老师

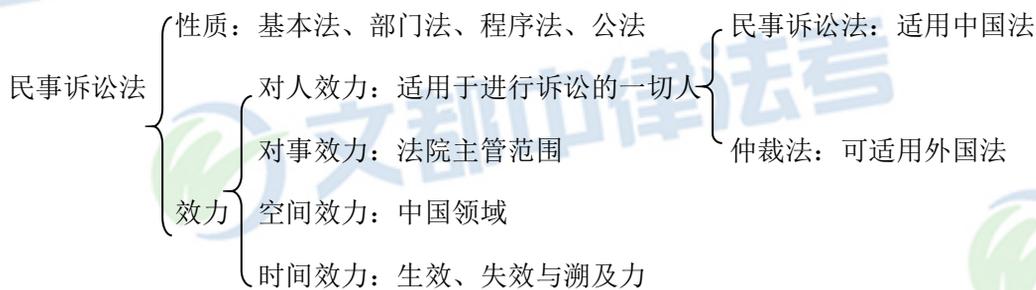
2017 年《民事诉讼法与仲裁法》提纲

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

第一节 民事诉讼

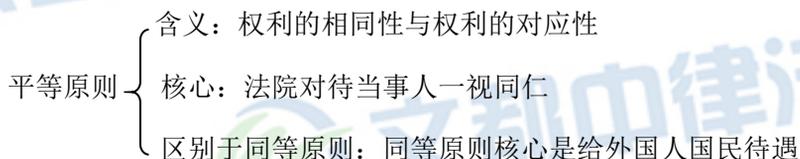


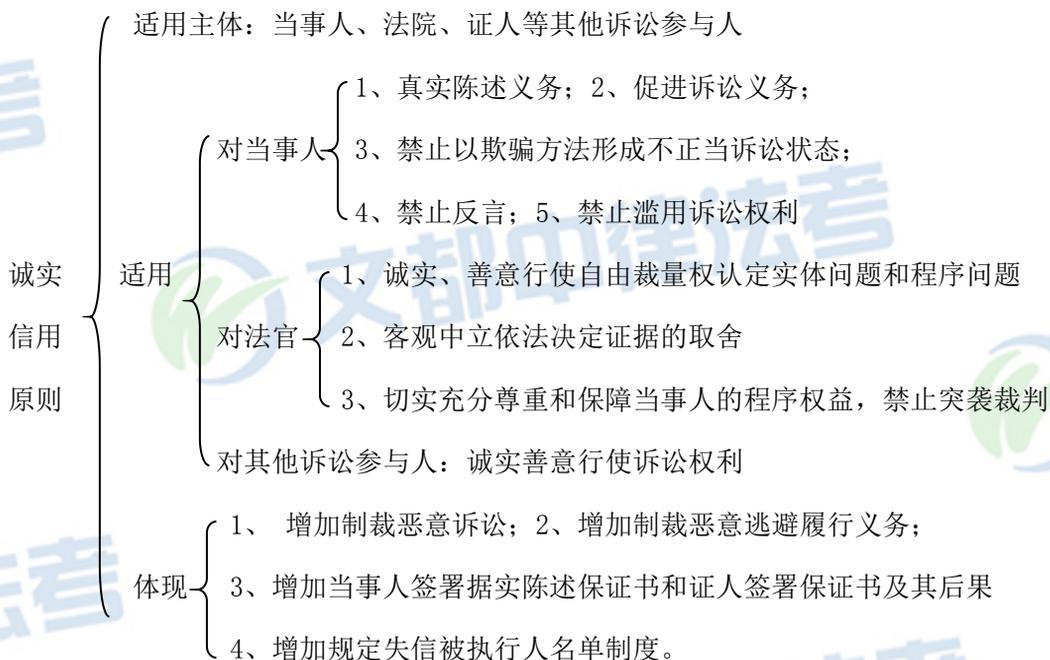
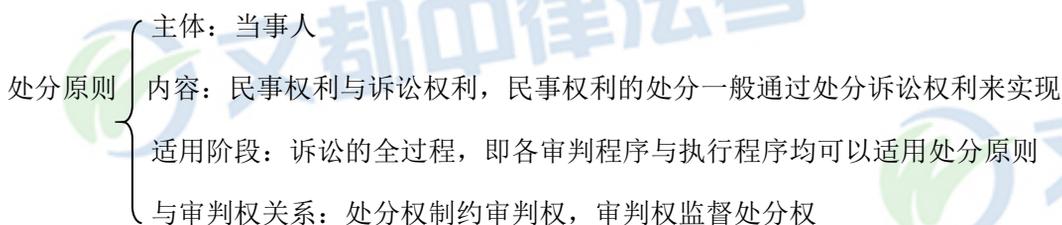
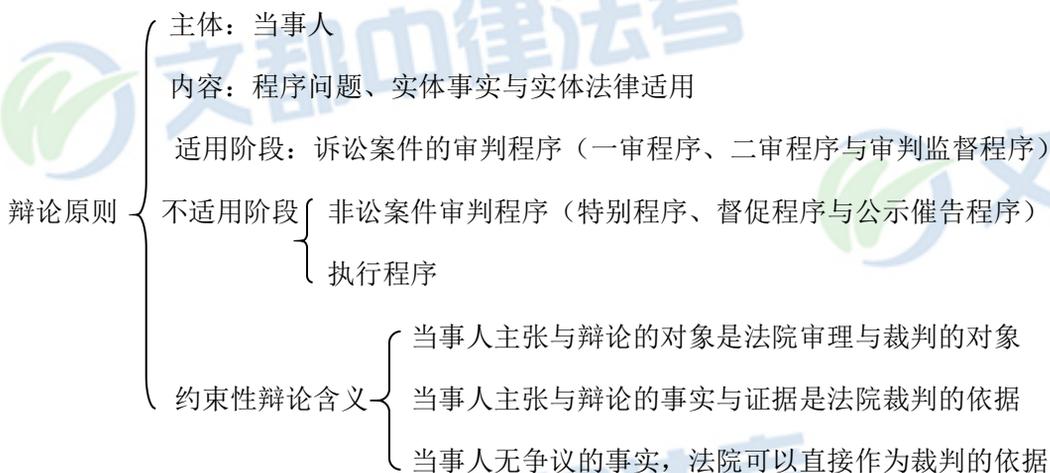
第二节 民事诉讼法



第二章 民事诉讼法的基本原则和制度

第一节 基本原则





【经典例题】

1、关于民事诉讼基本原则的表述，下列哪一选项是正确的？（2013/3/45）C

- A. 外国人在我国进行民事诉讼时，与中国人享有同等的诉讼权利义务，体现了当事人诉讼权利平等原则
- B. 法院未根据当事人的自认进行事实认定，违背了处分原则
- C. 当事人主张的法律关系与法院根据案件事实作出的认定不一致时，根据处分原则，当事人可以变更诉讼请求
- D. 环保组织向法院提起公益诉讼，体现了支持起诉原则

2、关于民事诉讼法基本原则在民事诉讼中的具体体现，下列哪一说法是正确的？

(2011/3/38) D

- A. 当事人有权决定是否委托代理人代为进行诉讼，是诉讼权利平等原则的体现
- B. 当事人均有权委托代理人代为进行诉讼，是处分原则的体现
- C. 原告与被告在诉讼中有一些不同但相对等的权利，是同等原则的体现
- D. 当事人达成调解协议不仅要自愿，内容也不得违法，是法院调解自愿和合法原则的体现

第二节 基本制度

一、合议制度

不同程序中合议庭的组成

合议制度	合议庭组成	一审程序：审判员组成或者审判员与陪审员共同组成，并且陪审员与审判员有同等的诉讼权利
		二审程序：审判员组成
		发回重审：原审人民法院按照一审程序另行组成合议庭
		再审程序：原来是一审的，按照一审程序另行组成合议庭；原来是二审的或者上级法院提审的，按照二审程序另行组成合议庭
		特别程序：选民资格案件和其他重大疑难的非讼案件由审判员组成合议庭
		公示催告程序：宣告票据无效由审判员组成合议庭

	评议规则	1、实行少数服从多数的原则；2、形不成多数意见，不得按照审判长的意见作出判决；但仲裁程序形不成多数意见，按照首席仲裁员的意见作出裁决
独任制	适用程序	1、简易程序；2、非重大疑难的宣告公民失踪与死亡案件、认定公民无民事行为能力与限制民事行为能力案件、认定财产无主案件、司法确认调解协议案件和实现担保物权案件；3、督促程序；4、公示催告程序中的审理阶段
	适用法院	基层人民法院及其派出法庭

【经典例题】

1、不同的审判程序，审判组织的组成往往是不同的。关于审判组织的适用，下列哪一选项是正确的？（2016/3/35）D

A. 适用简易程序审理的案件，当事人不服一审判决上诉后发回重审的，可由审判员独任审判

B. 适用简易程序审理的案件，判决生效后启动再审程序进行再审的，可由审判员独任审判

C. 适用普通程序审理的案件，当事人双方同意，经上级法院批准，可由审判员独任审判

D. 适用选民资格案件审理程序的案件，应组成合议庭审理，而且只能由审判员组成合议庭

二、回避制度

回避对象	审判人员、书记员、鉴定人、翻译人员、勘验人员
审判人员自行回避，当事人申请回避情形	《民诉解释》第 43 条：（一）是本案的当事人或者与当事人近亲属的；（二）本人或者其近亲属与本案有利害关系的；（三）担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人、翻译人员的；（四）是本案诉讼代理人近亲属的；（五）本人或者其近亲属持有本案非上市公司当事人的股份或者股权的；（六）与本案当事人或诉讼代理人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。
当事人申请	《民诉解释》第 44 条：审判人员有下列情形之一的，当事人有权申请其回

审判人员回避情形	避：（一）接受本案当事人及其受托人宴请，或者参加由其支付费用的活动的；（二）索取、接受本案当事人及其受托人的财物或者其他利益的；（三）违反规定会见本案当事人、诉讼代理人的；（四）为本案当事人推荐、介绍诉讼代理人，或者为律师、其他人员介绍代理本案的；（五）向本案当事人及其受托人借用款物的；（六）有其他不正当行为，可能影响公正审判的。
决定权	第 46 条：院长担任审判长，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。《民诉解释》第 46 条规定：审判人员有应当回避的情形，没有自行回避，当事人也没有申请其回避的，由院长或者审判委员会决定其回避。
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、复议期间，被申请复议的人员，不停止参与本案的工作。

三、公开审判

不公开审理 { 法定不公开审理：涉及国家秘密与个人隐私案件
申请不公开审理：离婚案件与涉及商业秘密案件

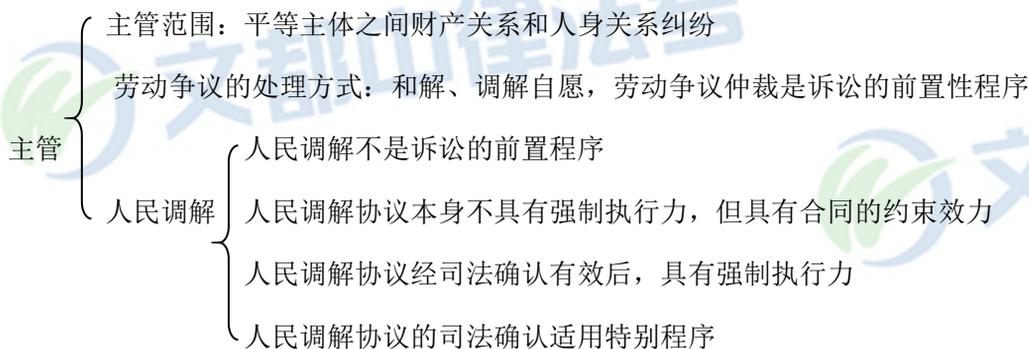
不公开质证：《民诉解释》第 103 条第 3 款：涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者法律规定应保密的证据，不得公开质证。

四、两审终审制度

实行一审终审制度的案件：（1）最高人民法院审理的案件；（2）小额诉讼程序审理的案件；（3）适用特别程序、督促程序、公示催告程序的案件；（4）宣告婚姻无效的案件。

第三章 主管与管辖

第一节 民事诉讼主管



第二节 级别管辖

一、划分依据：平衡各级法院职能负担

二、各级法院管辖范围

1、基层人民法院管辖第一审民事案件，本法另有规定的除外。

2、注意中级人民法院管辖的第一审民事案件：民事诉讼法第18条

(1) 重大涉外案件；《民诉解释》第1条：重大涉外案件，包括争议标的额大的案件、案情复杂的案件，或者一方当事人人数众多等具有重大影响的案件；(2) 在本辖区有重大影响的案件；(3) 最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。专利纠纷案件（《解释》2条专利纠纷案件由知识产权法院、最高人民法院确定的中级人民法院和基层人民法院管辖）、海事海商案件、认定仲裁协议效力的案件、撤销仲裁裁决的案件、仲裁裁决的执行案件、不予执行仲裁裁决的案件、涉外仲裁中的证据保全与财产保全。

3、高级人民法院管辖其辖区内有重大影响的案件。

4、最高人民法院管辖全国范围内有重大影响的案件以及其认为有管辖权的案件。

【关联知识】

1、移送管辖、管辖权转移、管辖恒定、管辖权异议可以针对级别管辖适用。

2、协议管辖（包括应诉管辖）不得改变级别管辖。

【经典例题】

1、根据《民事诉讼法》和司法解释的相关规定，关于级别管辖，下列哪些表述是正确的？（2012/3/78）BC

A. 级别管辖不适用管辖权异议制度

- B. 案件被移送管辖有可能是因为受诉法院违反了级别管辖的规定而发生的
- C. 管辖权转移制度是对级别管辖制度的变通和个别的调整
- D. 当事人可以通过协议变更案件的级别管辖

第三节 地域管辖

一、一般地域管辖

1、确定标准：根据当事人所在地确定管辖。其中，对于公民而言，其经常居住地优先于住所地适用。《民诉解释》第4条：公民离开住所地至起诉时已连续居住1年以上的地方，但公民住院就医的地方除外。

2、原则规定——被告所在地人民法院管辖（民事诉讼法第21条）

3、例外规定——原告所在地人民法院管辖（民事诉讼法第22条）

第一，对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼；第二，对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；第三，对被采取强制性教育措施的人提起的诉讼；第四，对被监禁的人提起的诉讼。

《民诉解释》第8条规定：双方当事人都是被监禁或者被采取强制性教育措施的，由被告住所地人民法院管辖；被告被监禁或者被采取强制性教育措施1年以上的，由被告被监禁地或者被采取强制性教育措施地人民法院管辖。

《民诉解释》第9条 追索赡养费、抚养费、抚育费案件的几个被告不在同一辖区，可以由原告住所地法院管辖。

《民诉解释》第17条：已经离婚的中国公民，双方均定居国外，仅就国内财产分割提起诉讼的，由主要财产所在地人民法院管辖。

二、特殊地域管辖

（一）特殊地域管辖确定的规律

其一、因合同纠纷、票据纠纷、保险合同纠纷、侵权纠纷、运输合同纠纷、运输事故纠纷、船舶碰撞或者海事损害事故纠纷提起的诉讼，被告住所地人民法院有法定管辖权，海难救助费用案件与共同海损纠纷案件除外；其二、密切联系是确定特殊地域管辖的重要原则；其三：公司纠纷诉讼由公司住所地法院管辖。

（二）合同纠纷案件的管辖

1、合同纠纷案件管辖的法律规定

（1）因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。（《民事诉讼法》第23条）

(2) 《民诉解释》第 18 条：合同约定履行地点的，以约定的履行地点为合同履行地。合同对履行地点没有约定或者约定不明确，争议标的为给付货币的，接收货币一方所在地为合同履行地；交付不动产的，不动产所在地为合同履行地；其他标的，履行义务一方所在地为合同履行地。即时结清的合同，交易行为地为合同履行地。

合同没有实际履行，当事人双方住所地都不在合同约定的履行地的，由被告住所地人民法院管辖。

2、合同纠纷案件管辖确定：

(1) 被告住所地法院有法定管辖权。

(2) 合同履行地分两种情况：

第一、合同约定履行地的，约定履行地为履行地；但是合同没有实际履行，当事人双方住所地都不在合同约定的履行地的，履行地无管辖权。

第二、合同对履行地点没有约定或者约定不明确，根据争议标的的不同情况确定履行地。

3、合同纠纷管辖的特殊适用

《解释》第 20 条：以信息网络方式订立的买卖合同，通过信息网络交付标的的，以买受人住所地为合同履行地；通过其他方式交付标的的，收货地为合同履行地。合同对履行地有约定的，从其约定。

(二) 侵权纠纷案件的管辖

1、《解释》第 25 条：信息网络侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人住所地。

2、《解释》第 26 条：因产品、服务质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼，产品制造地、产品销售地、服务提供地、侵权行为地和被告住所地人民法院都有管辖权。

(三) 公司诉讼案件的管辖

第 26 条：因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。**《解释》第 22 条：**因股东名册记载、请求变更公司登记、股东知情权、公司决议、公司合并、公司分立、公司减资、公司增资等纠纷提起的诉讼，依照

民事诉讼法第 26 条规定确定管辖。**【经典例题】**

1. 关于管辖，下列哪一表述是正确的？（2014/3/39）C
- A. 军人与非军人之间的民事诉讼，都应由军事法院管辖，体现了专门管辖的原则
 - B. 中外合资企业与外国公司之间的合同纠纷，应由中国法院管辖，体现了维护司法主权的原则
 - C. 最高法院通过司法解释授予部分基层法院专利纠纷案件初审管辖权，体现了平衡法院案件负担的原则
 - D. 不动产纠纷由不动产所在地法院管辖，体现了管辖恒定的原则
2. 根据《民事诉讼法》和相关司法解释的规定，法院的下列哪些做法是违法的？（2014/3/78）ABC
- A. 在一起借款纠纷中，原告张海起诉被告李河时，李河居住在甲市 A 区。A 区法院受理案件后，李河搬到甲市 D 区居住，该法院知悉后将案件移送 D 区法院
 - B. 王丹在乙市 B 区被黄玫打伤，以为黄玫居住乙市 B 区，而向该区法院提起侵权诉讼。乙市 B 区法院受理后，查明黄玫的居住地是乙市 C 区，遂将案件移送乙市 C 区法院
 - C. 丙省高院规定，本省中院受理诉讼标的额 1000 万元至 5000 万元的财产案件。丙省 E 市中院受理一起标的额为 5005 万元的案件后，向丙省高院报请审理该案
 - D. 居住地为丁市 H 区的孙溪要求居住地为丁市 G 区的赵山依约在丁市 K 区履行合同。后因赵山下落不明，孙溪以赵山为被告向丁市 H 区法院提起违约诉讼，该法院以本院无管辖权为由裁定不予受理

一、专属管辖

- （一）特点：强制性、排他性
- （二）一般专属管辖案件

民事诉讼法第 33 条：（1）因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。（2）因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖。（3）因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

（三）专属于中国法院管辖的案件

民事诉讼法第 266 条：在中国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同应专属于中国法院。

【注意】1、33 条：既适用于国内案件，也适用于涉外案件；266 条：只适用于涉外民事案件；2、33 条：专属管辖法院既可以是中国的法院，也可以是外国的法院；266 条：只专属于中国的法院；3、不动产专属管辖的确定：《解释》第 28 条：不动产纠纷是指因不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷。农村土地承包经营合同纠纷、房屋

租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。不动产已登记的，以不动产登记簿记载的所在地为不动产所在地；不动产未登记的，以不动产实际所在地为不动产所在地。4、不得对抗仲裁。

四、协议管辖

(一) 协议管辖的有效条件：民事诉讼法第 34 条

1、适用范围：合同或者其他财产权益纠纷。当事人因同居或者在解除婚姻、收养关系后发生财产争议，可以适用协议管辖。（解释第 34 条）

2、形式：当事人应采用书面协议形式，口头形式无效。

3、选择范围：被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖。

4、不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

5、选择要求：《民诉解释》第 30 条：根据管辖协议，起诉时能够确定管辖法院的，从其约定；不能确定的，依照民事诉讼法的相关规定确定管辖。管辖协议约定两个以上与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，原告可以向其中一个人民法院起诉。

(二) 类型：明示协议管辖与默示协议管辖。

第 127 条第 2 款规定了默示协议管辖制度，即当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。

(三) 与法定管辖的关系

【注意】确定合同纠纷与侵权纠纷的管辖时，有效协议管辖优先于法定管辖适用。

(四) 协议管辖的特殊适用

1、《解释》第 31 条：经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议，未采取合理方式提请消费者注意，消费者主张管辖协议无效的，人民法院应予支持。

2、《解释》第 32 条：管辖协议约定由一方当事人住所地人民法院管辖，协议签订后当事人住所地变更的，由签订管辖协议时的住所地人民法院管辖，但当事人另有约定的除外。

3、《解释》第 33 条：合同转让的，合同的管辖协议对合同受让人有效，但转让时受让人不知道有管辖协议，或者转让协议另有约定且原合同相对人同意的除外。

五、共同管辖与选择管辖

1、共同管辖：两个以上法院对同一纠纷案件有管辖权。

2、选择管辖：当事人向两个以上有管辖权的法院其一提起诉讼。当事人向两个以上有管辖权的人民法院起诉的，由最先立案的人民法院管辖。

第四节 裁定管辖

一、移送管辖：36条

1、移送管辖系人民法院的自我判断，即已受理案件的人民法院认为自己没有管辖权，即可将案件移送给其认为有管辖权的人民法院。既可以同级法院移送，也可以上下级法院移送，且无需上级法院同意。

2、移送管辖的次数：只能1次，即受移送法院不得再自行移送。

3、移送管辖的时间：《解释》第35条：当事人在答辩期间届满后未应诉答辩，人民法院在一审开庭前移送。

4、管辖恒定问题：（1）有管辖权的人民法院受理案件后，其管辖权不受当事人住所地、经常居住地和行政区域变更的影响。（解释 37 条、38 条）（2）《解释》第 39 条：人民法院对管辖异议审查后确定有管辖权的，不因当事人提起反诉、增加或者变更诉讼请求等改变管辖，但违反级别管辖、专属管辖规定的除外。

5、两个以上人民法院都有管辖权的案件，先立案法院不得移送给其他有管辖权的法院；法院立案时发现其他法院先立案，不得重复立案；法院立案后发现其他法院先立案，应移送管辖。（解释 36 条）

二、指定管辖（37 条）

1、受移送人民法院认为对移送的案件无管辖权的，应当报请自己的上级人民法院指定管辖。

2、有管辖权的人民法院由于特殊原因不能行使管辖权的，由自己的上级人民法院指定管辖。

3、管辖权发生争议协商不成时，由共同上级人民法院指定管辖。但报请共同上级人民法院应当逐级进行。

三、管辖权转移：38 条

（一）自下而上转移

- 1、提审：上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审民事案件。
- 2、报请：下级人民法院对它所管辖的第一审民事案件，认为需要由上级人民法院审理的，可以报请上级人民法院审理。【注意】需经上级法院同意。

（二）自上而下转移

上级人民法院确有必要将本院管辖的第一审民事案件交由下级人民法院审理的，应当报请其上级人民法院批准。《解释》第 42 条：下列第一审民事案件，人民法院可以在开庭前交下级人民法院审理：（一）破产程序中有关债务人的诉讼案件；（二）当事人人数众多且不方便诉讼的案件；（三）最高人民法院确定的其他类型案件。

（三）与移送管辖的区别

比较内容	移送管辖	管辖权转移（也称移转管辖）
前提不同	受理案件的法院无管辖权	受理案件的法院有管辖权
转移内容不同	案件	管辖权
法院级别不同	同级法院之间，上下级法院之间	上下级法院之间
程序要求不同	无需上级法院同意	需要上级法院同意或者批准

【经典例题】

1. 关于管辖制度的表述，下列哪些选项是不正确的？【2013/3/79】ABCD
 - A. 对下落不明或者宣告失踪的人提起的民事诉讼，均应由原告住所地法院管辖
 - B. 因共同海损或者其他海损事故请求损害赔偿提起的诉讼，被告住所地法院享有管辖权
 - C. 甲区法院受理某技术转让合同纠纷案后，发现自己没有级别管辖权，将案件移送至甲市中院审理，这属于管辖权的转移
 - D. 当事人可以书面约定纠纷的管辖法院，这属于选择管辖

第五节 管辖权异议

一、异议的条件

1、异议的主体：当事人（被告）。注意有独立请求权的第三人与无独立请求权的第三人无权提出管辖权异议，因为第三人是本案的当事人，但不是本诉的当事人。

2、异议的时间：通常在提交答辩状期间提出，发回重审或者按一审程序再审，当事人不得提出管辖权异议。

3、异议的对象：地域管辖与级别管辖

二、管辖权异议的特殊规定：《级别管辖异议的司法解释》

1、在管辖权异议裁定作出前，原告申请撤回起诉，受诉人民法院作出准予撤回起诉裁定的，对管辖权异议不再审查，并在裁定书中一并写明。（第 2 条）

2、提交答辩状期间届满后，原告增加诉讼请求致使案件标的额超过受诉人民法院级别管辖标准，被告提出管辖权异议，请求由上级人民法院管辖的，人民法院应审查并作出裁定。异议不成立的，裁定驳回，异议成立的，裁定移送有管辖权的人民法院。（第 3 条）

3、被告以受诉人民法院同时违反级别管辖与地域管辖规定为由提出管辖权异议的，受诉人民法院应当一并作出裁定。（第 6 条）

4、对于将案件移送上级人民法院管辖的裁定，当事人未提出上诉，但受移送的上级人民法院认为确有错误的，可以依职权裁定撤销。（第 9 条）

三、管辖权异议的处理

对管辖权异议的裁定，当事人可以上诉。

第四章 诉

第一节 诉的概念

诉就是当事人向法院提出的请求。

第二节 诉的要素

一、诉的主体：当事人

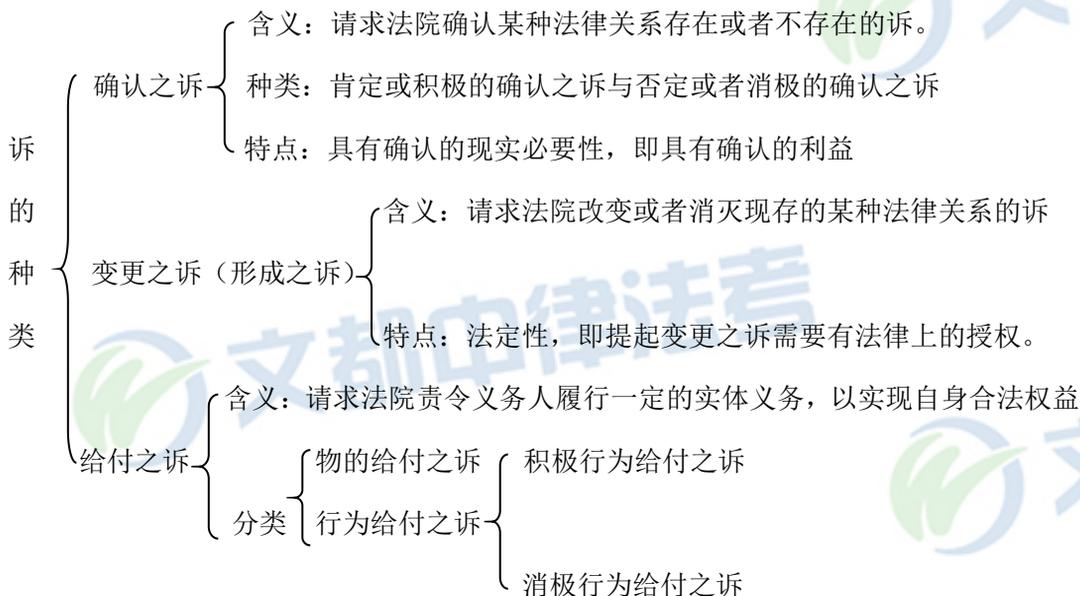
二、诉的标的

注意与诉讼标的物、诉讼请求的区别：当事人之间发生争议并提请人民法院裁判的实体权利义务关系为诉讼标的；具体诉讼中该实体权利义务指向的对象为诉讼标的

物；当事人基于该实体权利义务关系提出的具体要求为诉讼请求。

三、诉的理由

第三节 诉的种类



【注意】1、结合案例判断诉的种类时以当事人的诉讼请求为基础，变更之诉与给付之诉中可能包含确认之诉，但不必然包含。

2、单纯的确认之诉与变更之诉中没有诉讼标的物，标的物只存在于给付之诉。

3、诉的种类的分析仅适用于诉讼事件，非讼事件不涉及诉的种类的问题。

【经典例题】

1、甲因乙久拖房租不付，向法院起诉，要求乙支付半年房租 6000 元。在案件开庭审理前，甲提出书面材料，表示时间已过去 1 个月，乙应将房租增至 7000 元。关于法院对甲增加房租的要求的处理，下列哪一选项是正确的？（2011/3/37）C

- A. 作为新的诉讼受理，合并审理
- B. 作为诉讼标的变更，另案审理
- C. 作为诉讼请求增加，继续审理
- D. 不予受理，告知甲可以另行起诉

2、关于诉的分类的表述，下列哪一选项是正确的？（2013/3/37）C

- A. 孙某向法院申请确认其妻无民事行为能力，属于确认之诉
- B. 周某向法院申请宣告自己与吴某的婚姻无效，属于变更之诉
- C. 张某在与王某协议离婚后，又向法院起诉，主张离婚损害赔偿，属于给付之诉
- D. 赵某代理女儿向法院诉请前妻将抚养费从每月 1000 元增加为 2000 元，属于给付之诉

第四节 反诉

一、反诉的特点

1、反诉主体的特定性。《解释》233条1款：**反诉的当事人应当限于本诉的当事人的范围。**

2、反诉目的的对抗性：**抵消或者吞并本诉请求。**

3、反诉请求的独立性：**与本诉合并，但不改变诉的独立性。**

4、反诉与本诉的牵连性。《解释》233条2款：**反诉与本诉的诉讼请求基于相同法律关系、诉讼请求之间具有因果关系，或者反诉与本诉的诉讼请求基于相同事实的，人民法院应当合并审理。**3款：**反诉应由其他人民法院专属管辖，或者与本诉的诉讼标的及诉讼请求所依据的事实、理由无关联的，裁定不予受理，告知另行起诉。**

5、反诉时间的特定性：《解释》第232条：**在案件受理后，法庭辩论结束前，被告提出反诉，合并审理；《民诉解释》328条：二审中的反诉：根据自愿原则调解，调解不成的，告知另行起诉；双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的，第二审人民法院可以一并裁判。**

6、反诉与本诉适用程序的同一性，并且受理本诉法院应对反诉具有管辖权。

二、反诉与反驳的区别

比较内容	反诉	反驳
性质不同	构成独立的诉	不具有诉的性质，不具有独立性
前提不同	以承认本诉存在为前提	不以承认为前提，是一种否定行为
目的不同	抵消或者吞并本诉	否定对方的请求、事实陈述或者证据
主体不同	被告	各种当事人

【经典例题】

1、刘某与曹某签订房屋租赁合同，后刘某向法院起诉，要求曹某依约支付租金。曹某向法院提出的下列哪一主张可能构成反诉？（2014/3/43）B

- A. 刘某的支付租金请求权已经超过诉讼时效
- B. 租赁合同无效
- C. 自己无支付能力
- D. 自己已经支付了租金

2、关于反诉，下列哪些表述是正确的？（2012/3/80）AB

- A. 反诉应当向受理本诉的法院提出，且该法院对反诉所涉及的案件也享有管辖权
- B. 反诉中的诉讼请求是独立的，它不会因为本诉的撤销而撤销
- C. 反诉如果成立，将产生本诉的诉讼请求被依法驳回的法律后果
- D. 本诉与反诉的当事人具有同一性，因此，当事人在本诉与反诉中诉讼地位是相同的

的

第五章 当事人

第一节 当事人概述

一、当事人的民事诉讼权利能力

1、民事诉讼权利能力与当事人适格的关系。

比较内容	民事诉讼权利能力(当事人能力)	当事人适格(正当当事人)
特点	抽象、概括的法律资格	具体个案中的法律资格
与诉讼联系	不以具体诉讼为基础	以具体民事诉讼为基础
与法律的关系	无需法律规定	由法律加以规定
判断	自然人始于出生，终于死亡；法人或者组织始于依法设立，终于依法终止	1、在变更之诉与给付之诉中，以是否是本案所涉及法律关系的主体或者对该法律关系中的利益是否享有权利或者管理权利作为判断标准；2、在确认之诉中，以对确认法律关系存在与否是否具有确认的必要性、即确认利益作为判断当事人是否适格的标准。

2、未成年人与精神病患者的当事人资格。

3、非实体当事人的情形：失踪人的财产代管人、遗产管理人和遗嘱执行人、死者的近亲属。

二、当事人的民事诉讼行为能力（当事人诉讼能力）

【经典例题】

1. 关于当事人能力和正当当事人的表述，下列哪一选项是正确的？（2013/3/38）BD

A. 一般而言，应以当事人是否对诉讼标的有确认利益，作为判断当事人适格与否的标准

B. 一般而言，诉讼标的的主体即是本案的正当当事人

C. 未成年人均不具有诉讼行为能力

D. 破产企业清算组对破产企业财产享有管理权，可以该企业的名义起诉或应诉

2. 关于当事人能力与当事人适格的概念，下列哪些表述是正确的？（2012/3/81）AC

A. 当事人能力又称当事人诉讼权利能力，当事人适格又称正当当事人

B. 有当事人能力的人一定是适格当事人

C. 适格当事人一定具有当事人能力

D. 当事人能力与当事人适格均由法律明确加以规定

第二节 原告和被告

一、以民事法律关系为依据

二、法人和行为人问题

1、法人和内部工作人员：取决于工作人员的行为是否为执行工作任务行为。

2、行为人作为当事人

《解释》第 62 条：（1）法人或者其他组织应登记而未登记，行为人即以该法人或者其他组织名义进行民事活动的；（2）行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义进行民事活动的，但相对人有理由相信行为人有代理权的除外；（3）法人或者其他组织依法终止后，行为人仍以其名义进行民事活动的。

三、法人与分支机构问题

法人非依法设立的分支机构，或者虽然依法设立但没有领取营业执照的分支机构，由法人作为当事人。法人依法设立并领取营业执照的，由分支机构作为当事人。

四、劳务关系：《解释》57 条：提供劳务一方因劳务造成他人损害，受害人提起诉讼的，以接受劳务一方为被告。

五、村委会和村民小组

《解释》68 条：村民委员会或者村民小组与他人发生民事纠纷的，村民委员会或者有独立财产的村民小组为当事人。

六、因新闻报道或其他作品引起的名誉权纠纷案件的当事人。

作者与出版单位系职务关系	}	以作者为被告
		以出版单位作为被告
作者与出版单位非职务关系	}	以作者为被告
		以出版单位为被告
		以作者与出版单位作为共同被告

第三节 共同诉讼

一、必要共同诉讼

(一) 法律规定的必要共同诉讼的情形

1. 挂靠关系。当事人请求由挂靠人和被挂靠人依法承担民事责任的，该挂靠人和被挂靠人为共同诉讼人。（解释第 54 条）

2. 劳务派遣关系。以接受劳务派遣的用工单位为当事人。当事人主张劳务派遣单位承担责任的，该劳务派遣单位为共同被告。（解释第 58 条）

【经典例题】

1、小桐是由菲特公司派遣到苏拉公司工作的人员，在一次完成苏拉公司分配的工作任务时，失误造成路人周某受伤，因赔偿问题周某起诉至法院。关于本案被告的确定，下列哪一选项是正确的？（2016/3/37）D

- A. 起诉苏拉公司时，应追加菲特公司为共同被告
- B. 起诉苏拉公司时，应追加菲特公司为无独立请求权第三人
- C. 起诉菲特公司时，应追加苏拉公司为共同被告
- D. 起诉菲特公司时，应追加苏拉公司为无独立请求权第三人

3、个体工商户营业执照上登记的经营者与实际经营者不一致的，以登记的经营者和实际经营者为共同诉讼人。（解释第 59 条）

4、个人合伙与合伙组织。《民诉解释》第 60 条：在诉讼中，未依法登记领取营业执照的个人合伙的全体合伙人为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的，应在

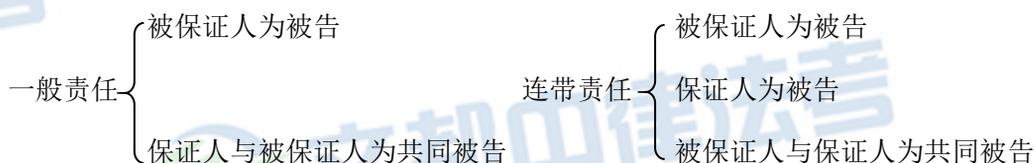
法律文书中注明登记的字号。与《民诉解释》第 52 条规定的合伙组织作为当事人参加诉讼相区别。合伙组织具有三个必要因素：第一，合法成立；第二，有一定的组织机构和财产；第三，不具备法人资格。

【经典例题】甲乙丙三人合伙开办电脑修理店，店名为“一通电脑行”，依法登记。甲负责对外执行合伙事务。顾客丁进店送修电脑时，被该店修理人员戊的工具碰伤。丁拟向法院起诉。关于本案被告的确定，下列哪一选项是正确的？(2010/3/40)

- A. “一通电脑行”为被告
 - B. 甲为被告
 - C. 甲乙丙三人为共同被告，并注明“一通电脑行”字号
 - D. 甲乙丙戊四人为共同被告
5. 企业法人分立：以分立后的企业为共同诉讼人。（解释第 63 条）

6. 借用关系。借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行账户的，出借单位和借用人为共同诉讼人。（解释第 65 条）

7. 保证合同关系。（解释第 66 条）



8. 监护关系：无民事行为能力人、限制民事行为能力人和其监护人为共同被告。（解释 67 条）

【经典例题】

1、精神病人姜某冲入向阳幼儿园将入托的小明打伤，小明的父母与姜某的监护人朱某及向阳幼儿园协商赔偿事宜无果，拟向法院提起诉讼。关于本案当事人的确定，下列哪一选项是正确的？（2016/3/36）D

- A. 姜某是被告，朱某是无独立请求权第三人
- B. 姜某与朱某是共同被告，向阳幼儿园是无独立请求权第三人
- C. 向阳幼儿园与姜某是共同被告
- D. 姜某、朱某、向阳幼儿园是共同被告

9、继承遗产关系：部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼；被通知的继承人放弃继承权除外。（解释第 70 条）

10、代理关系：原告起诉被代理人和代理人，要求承担连带责任的，被代理人和代理人为共同被告。（解释第 71 条）

11、共有财产关系：部分共有权人起诉，其他共有权人为共同诉讼人。（解释第 72 条）

（二）标的的共同

特定身份关系、连带债权与连带责任、内部不可分合同关系、共同侵权行为或者共同危险行为

（三）必要共同诉讼人的关系

内部关系：其中一人的诉讼行为经其他人承认，对其他共同诉讼人发生法律效力。（民事诉讼法第 52 条）注意必要共同诉讼人的上诉问题是一个例外。（解释第 319 条）

（四）必要共同诉讼人的参诉方式

1、必要共同诉讼人可以申请参加诉讼，法院也可以追加其参加诉讼。原告放弃实体权利，可不追加；被告应当追加。（解释第 74 条）

2、二审中追加，根据自愿原则调解，调解不成，发回重审。（解释第 327 条）

二、普通共同诉讼人

1、独立性：诉讼行为独立、特殊情形独立、裁判结果独立

2、必要共同诉讼人与普通共同诉讼人区别

比较内容	必要共同诉讼人	普通共同诉讼人
诉讼标的	同一标的，即一个标的	同一种类标的，即多个标的
诉讼请求数量	一个或者多个诉讼请求	多个诉讼请求
诉讼请求的内容	相同	可以相同，可以不同
合并	强制合并	任意合并
内部关系	相关性	独立性
裁判结果	裁判结果相同	裁判结果独立，可以相同，可以不同

诉讼行为	可以一致，可以不一致	可以一致，可以不一致
------	------------	------------

第四节 诉讼代表人

一、概念

当事人一方或者双方 10 人以上，由多数人一方推选 2 至 5 人作为代表进行诉讼。

二、种类

比较内容	起诉时人数确定的代表人诉讼	起诉时人数不确定的代表人诉讼
诉讼标的	诉讼标的共同或者同一种类	诉讼标的同一种类
诉讼基础	必要共同诉讼与普通共同诉讼均可	普通共同诉讼
代表人确定	全体当事人推选共同的代表人，也可以部分当事人推选各自的代表人（解释第 76 条）	按顺序三个方式：1、当事人推选；2、法院提出人选与当事人协商；3、法院指定代表人（解释第 77 条）
不同意代表的处理	必要共同诉讼中，当事人亲自参加诉讼；普通诉讼中，另行起诉	另行起诉
代表人的权限	承认、放弃、变更诉讼请求、进行和解，需经被代表当事人同意	承认、放弃、变更诉讼请求、进行和解，需经被代表当事人同意
裁判效力	及于诉讼代表人及被代表的当事人	及于诉讼代表人、被代表的当事人以及在诉讼时效内起诉的人

【经典例题】

1. A 厂生产的一批酱油由于香精投放过多，对人体有损害。报纸披露此消息后，购买过该批酱油的消费者纷纷起诉 A 厂，要求赔偿损失。甲和乙被推选为诉讼代表人参加诉讼。下列哪一选项是正确的？（2008/3/48）

A. 甲和乙因故不能参加诉讼，法院可以指定另一名当事人为诉讼代表人代表当事人进行诉讼

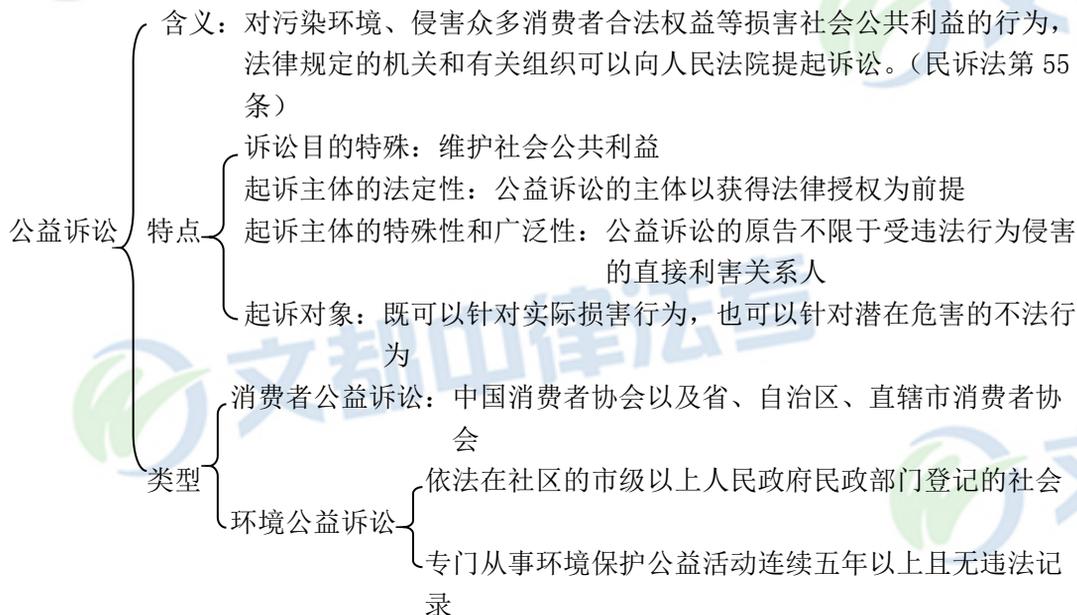
B. 甲因病不能参加诉讼，可以委托一至两人作为诉讼代理人，而无需征得被代表的当事人的同意

C. 甲和乙可以自行决定变更诉讼请求，但事后应当及时告知其他当事人

D. 甲和乙经超过半数原告方当事人同意，可以和 A 厂签订和解协议

三、公益诉讼

(一) 公益诉讼的理解



(二) 公益诉讼的一般规定：《民诉解释》

1、起诉条件。第 284 条：（1）有明确的被告；（2）有具体的诉讼请求；（3）有社会公共利益受到损害的初步证据；（4）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

2、管辖。第 285 条：1 款：公益诉讼案件由侵权行为地或者被告住所地中级人民法院管辖，但法律、司法解释另有规定的除外。2 款：因污染海洋环境提起的公益诉讼，由污染发生地、损害结果地或者采取预防污染措施地海事法院管辖。3 款：对同一侵权行为分别向两个以上人民法院提起公益诉讼的，由最先立案的人民法院管辖，必要时由它们的共同上级人民法院指定管辖。

3、当事人。依法可以提起诉讼的其他机关和有关组织，可以在开庭前向人民法院申请参加诉讼。人民法院准许参加诉讼的，列为共同原告。（解释第 287 条）

4、公益诉讼与私益诉讼并行。人民法院受理公益诉讼案件，不影响同一侵权行为的受害人提起诉讼。（解释第 288 条）

5、和解与调解。第 289 条：1 款：当事人可以和解，人民法院可以调解。2 款：人民法院应当将和解或者调解协议进行公告。公告期间不得少于三十日。3 款：公告期满后，人民法院经审查，和解或者调解协议不违反社会公共利益的，应当出具调解书；和解或者调解协议违反社会公共利益的，不予出具调解书，继续对案件进行审理并依法作出裁判。

6、撤诉。第 290 条：公益诉讼案件的原告在法庭辩论终结后申请撤诉的，人民法院不予准许。

【经典例题】

1. 某品牌手机生产商在手机出厂前预装众多程序，大幅侵占标明内存，某省消费者保护协会以侵害消费者知情权为由提起公益诉讼，法院受理了该案。下列哪一说法是正确的？

(2015/3/35)

- A. 本案应当由侵权行为地或者被告住所地中级法院管辖
- B. 本案原告没有撤诉权
- C. 本案当事人不可以和解，法院也不可以调解
- D. 因该案已受理，购买该品牌手机的消费者甲若以前述理由诉请赔偿，法院不予受理

(三) 环境公益诉讼的特殊规定

《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》自 2015 年 1 月 7 日起开始施行。因此，环境公益诉讼应注意以下几点：

1、环境公益诉讼的适用范围。环境公益诉讼的提起针对已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险的污染环境、破坏生态的行为。

2、环境公益诉讼的提起主体。(1) 社会组织：社会团体、民办非企业单位以及基金会等。(环境解释第 2 条)(2) 设区的市级以上人民政府民政部门：设区的市，自治州、盟、地区，不设区的地级市，直辖市的区以上人民政府民政部门(环境解释第 3 条)。

3、环境公益诉讼管辖权转移：中级人民法院认为确有必要的，可以在报请高级人民法院批准后，裁定将本院管辖的第一审环境民事公益诉讼案件交由基层人民法院审理。

4、环境公益诉讼请求及其释明。

(1) 诉讼请求范围：原告可以请求被告承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉等民事责任。

(2) 预防性请求。原告为防止生态环境损害的发生和扩大，请求被告停止侵害、排除妨碍、消除危险的，人民法院可以依法予以支持。

(3) 金钱请求。原告为停止侵害、排除妨碍、消除危险采取合理预防、处置措施而发生的费用，请求被告承担的，人民法院可以依法予以支持。

(4) 环境修复及修复费用的请求。原告请求恢复原状的，人民法院可以依法判决被告将生态环境修复到损害发生之前的状态和功能。无法完全修复的，可以准许采用替代性修复方式。人民法院可以在判决被告修复生态环境的同时，确定被告不履行修复义务时应承担的生态环境修复费用；也可以直接判决被告承担生态环境修复费用。

(5) 环境修复期间的损失请求。原告请求被告赔偿生态环境受到损害至恢复原状期间服务功能损失的，人民法院可以依法予以支持。

(6) 其他合理费用请求。原告请求被告承担检验、鉴定费用，合理的律师费以及为诉讼支出的其他合理费用的，人民法院可以依法予以支持。

(7) 诉讼请求释明。解释第 9 条：人民法院认为原告提出的诉讼请求不足以保护社会公共利益的，可以向其释明变更或者增加停止侵害、恢复原状等诉讼请求。

5、环境公益诉讼的证据收集以及证明责任。

(1) 妨碍举证。解释第 13 条：原告请求被告提供其排放的主要污染物名称、排放方式、排放浓度和总量、超标排放情况以及防治污染设施的建设和运行情况等环境信息，法律、法规、规章规定被告应当持有或者有证据证明被告持有而拒不提供，如果原告主张相关事实不利于被告的，人民法院可以推定该主张成立。

(2) 自认事实的限制。解释第 16 条：原告在诉讼过程中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院认为损害社会公共利益的，应当不予确认。

6、环境公益诉讼与环境私益诉讼的关系

(1) 环境私益诉讼的证明责任。解释第 30 条：已为环境民事公益诉讼生效裁判认定

的事实，提起私益诉讼的原告、被告均无需举证证明，但原告对该事实有异议并有相反证据足以推翻的除外。对于环境民事公益诉讼生效裁判就被告是否存在法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形、行为与损害之间是否存在因果关系、被告承担责任的大小等所作的认定，提起私益诉讼的原告主张适用的，人民法院应予支持，但被告有相反证据足以推翻的除外。被告主张直接适用对其有利的认定的，人民法院不予支持，被告仍应举证证明。

(2) 被告财产不足以履行环境公益诉讼与私益诉讼的全部义务的，应当先履行其他民事诉讼生效裁判所确定的义务，但法律另有规定的除外。(解释 31 条)

(四) 消费公益诉讼的特殊规定

1、适用情形

经营者提供的商品或者服务具有下列情形之一的，适用消费者权益保护法第 47 条(公益诉讼)规定：

- (1) 提供的商品或者服务存在缺陷，侵害众多不特定消费者合法权益的；
- (2) 提供的商品或者服务可能危及消费者人身、财产安全，未作出真实的说明和明确的警示，未标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生方法的；对提供的商品或者服务质量、性能、用途、有效期限等信息作虚假或引人误解宣传的；
- (3) 宾馆、商场、餐馆、银行、机场、车站、港口、影剧院、景区、娱乐场所等经营场所存在危及消费者人身、财产安全危险的；
- (4) 以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理规定的；
- (5) 其他侵害众多不特定消费者合法权益或者具有危及消费者人身、财产安全危险等损害社会公共利益的行为。

2、管辖

- (1) 被告住所地或者侵权行为地中级人民法院管辖；
- (2) 集中管辖：经最高人民法院批准，高级人民法院可以根据本辖区实际情况，在辖区内确定部分中级人民法院受理第一审消费民事公益诉讼案件。

3、诉讼请求

- (1) 诉讼请求的范围：停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉等；
- (2) 显失公平、合理的请求：经营者利用格式条款或者通知、声明、店堂告示等，

排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任，原告认为对消费者不公平、不合理，有权主张无效；

(3) 预防性费用请求：原告为停止侵害、排除妨碍、消除危险采取合理预防、处置措施而发生的费用，有权请求被告承担；

(4) 合理费用请求：原告及其诉讼代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用、鉴定费用、合理的律师代理费用。

4、证据规定

(1) 自认事实的限制：原告在诉讼中承认对己方不利的事实，人民法院认为损害社会公共利益的，不予确认。

(2) 消费者公益诉讼裁判认定的事实，私益诉讼中当事人无需证明，但当事人对该事实有异议并有相反证据足以推翻的除外。

5、特殊程序规定

(1) 有权提起消费民事公益诉讼的机关或者社会组织，可以申请保全证据。

(2) 人民法院受理消费民事公益诉讼案件后，因同一侵权行为受到损害的消费者申请参加诉讼的，告知根据民事诉讼法第 119 条主张权利。

(3) 消费民事公益诉讼案件受理后，因同一侵权行为受到损害的消费者请求对其根据民事诉讼法第 119 条规定提起的诉讼予以中止，人民法院可以准许。

(4) 消费民事公益诉讼案件审理过程中，被告提出反诉的，人民法院不予受理。

第五节 第三人

一、有独立请求权的第三人

(一) 含义：对原告被告之间的诉讼标的主张独立的请求权。

(二) 诉讼结构

有独立请求权第三人参加诉讼后形成两个独立之诉：一个是原被告之间的本诉；另一个是有独立请求权第三人与原被告之间的参加之诉，因此，有独立请求权第三人处于参加之诉原告的诉讼地位。

(三) 考点提示

(1) 以起诉的方式在最后一次法庭辩论终结前参加诉讼，法院不得依职权追加；(2) 参加诉讼后，有权申请撤诉，且撤诉后可以再起诉；(3) 经传票传唤后，无正当理由不到庭或者未经法庭许可中途退庭，可按撤诉处理；(4) 可以行使属于原告的全部诉讼权

利；(5) 无权提出管辖权异议；(6) 有独立请求权第三人参加诉讼后，本诉原告可以申请撤诉，法院不得因本诉原告撤回本诉而直接裁定驳回有独立请求权第三人的起诉或者直接判决驳回有独立请求权第三人的诉讼请求。此时，有独立请求权第三人无需重新起诉，其作为另案原告，本诉原告与被告作为另案被告，诉讼继续进行。

【经典例题】

1、丁一诉弟弟丁二继承纠纷一案，在一审中，妹妹丁爽向法院递交诉状，主张应由自己继承系争的遗产，并向法院提供了父亲生前所立的其过世后遗产全部由丁爽继承的遗嘱。法院予以合并审理，开庭审理前，丁一表示撤回起诉，丁二认为该遗嘱是伪造的，要求继续进行诉讼。法院裁定准予丁一撤诉后，在程序上，下列哪一选项是正确的？(2016/3/38)

B

- A. 丁爽为另案原告，丁二为另案被告，诉讼继续进行
- B. 丁爽为另案原告，丁一、丁二为另案被告，诉讼继续进行
- C. 丁一、丁爽为另案原告，丁二为另案被告，诉讼继续进行
- D. 丁爽、丁二为另案原告，丁一为另案被告，诉讼继续进行

(四) 有独立请求权的第三人与必要共同诉讼人之区别

区别项	有独立请求权的第三人	必要共同诉讼人
参诉依据	有独立的请求权	存在共同的权利义务关系
参诉地位	参加之诉的原告	可以为共同原告，也可以为共同被告
参诉方式	主动参加，即起诉方式	可以主动参加，也可以被人民法院依职权追加
参诉目的	仅维护自己的合法权益	维护自己以及共同诉讼人的合法权益
争议对象	本诉的原、被告双方当事人	仅为对方当事人
合并种类	两个独立之诉的合并	诉讼主体的合并

二、无独立请求权的第三人

(一) 参诉根据：法律上的利害关系

第一、三个主体之间存在两个内容、客体相牵连的法律关系；

第二、第三人与本诉一方当事人之间的法律关系有发生争议的可能，而且该争议直接影响本诉当事人之间的法律关系。

(二) 不得作为无独立请求权第三人的法定情形

1、与原告或被告约定仲裁或有约定管辖的案外人，或者专属管辖案件的一方当事人；

2、在产品质量纠纷案件中，对原被告之间法律关系以外的人，证据已证明其已经提供了合同约定或者符合法律规定的产品的，或者案件中的当事人未在规定的质量异议期内提出异议的，或者作为收货方已经认可该产品质量的人；

3、已经履行了义务，或者依法取得了一方当事人的财产，并支付了相应对价的原被告之间法律关系以外的人。

(三) 需要作为无独立请求权第三人的法定情形

1、因三角债引起的代位权诉讼中的主债务人；

2、撤销权诉讼中的受益人或者受让人。

(四) 参诉地位：原被告之外独立的当事人

1、无权行使的诉讼权利（解释82条）

无权提出管辖权异议，无权放弃、变更诉讼请求，无权申请撤诉。

2、附条件行使的诉讼权利

是否有上诉权（解释82条），取决于是否直接承担义务。

(五) 参诉方式

可以申请参加，也可以由人民法院通知其参加诉讼

【经典例题】

1. 关于无独立请求权第三人，下列哪些说法是错误的？（2011/3/80）BC

A. 无独立请求权第三人在诉讼中有自己独立的诉讼地位

B. 无独立请求权第三人有权提出管辖异议

C. 一审判决没有判决无独立请求权第三人承担民事责任的，无独立请求权的第三人不可以作为上诉人或被上诉人

D. 无独立请求权第三人有权申请参加诉讼和参加案件的调解活动，与案件原、被告达成调解协议

三、第三人撤销之诉

(一) 条件

1、主体：有独立请求权第三人与无独立请求权第三人。

2、前提：因不能归责于本人的事由未参加诉讼。包括：（一）不知道诉讼而未参加的；（二）申请参加未获准许的；（三）知道诉讼，但因客观原因无法参加的；（四）因其他不能归责于本人的事由未参加诉讼的。（解释第 295 条）

3、证据：有证据证明发生法律效力判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的。是指判决、裁定的主文，调解书中处理当事人民事权利义务的结果。

(解释 295 条)

4、法定期间：可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内提起。

5、法定管辖：向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。

(二) 特点

第一、属于一种事后救济机制；第二、属于一种特殊、非通常的救济机制；第三、属于一种以保护第三人的民事实体权益为目的的诉讼程序；第四、提起主体具有法定性与特定性。

(三) 当事人。提起诉讼的第三人列为原告，生效判决、裁定、调解书的当事人列为被告，没有承担责任的无独立请求权的第三人列为第三人。（《解释》第 298 条）

(四) 不予以受理的情形

《民诉解释》第 297 条：（一）适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序等非讼程序处理的案件；（二）婚姻无效、撤销或者解除婚约关系等判决、裁定、调解书中涉及身份关系的内容；（三）民事诉讼法第 54 条规定的未参加登记的权利人对代表人诉讼案件的生效裁判；（四）民事诉讼法第 55 条规定的损害社会公共利益行为的受害人对公益诉讼案件的生效裁判。

(五) 撤销之诉的效力。第 299 条：受理第三人撤销之诉案件后，原告提供相应担保，请求中止执行的，人民法院可以准许。

(六) 审理。第 294 条：人民法院对第三人撤销之诉案件，应当组成合议庭开庭审理。

(七) 法院对撤销之诉的处理。第 300 条：1 款：按下列情形分别处理：（一）请求成立且确认其民事权利的主张全部或部分成立的，改变原判决、裁定、调解书内容的错误部分；（二）请求成立，但确认其全部或部分民事权利的主张不成立，或者未提出确认其民事权利请求的，撤销原判决、裁定、调解书内容的错误部分；（三）请求不成立的，驳回诉讼请求。2 款：对前款规定裁判不服的，当事人可以上诉。3 款：原判决、裁定、调解书的内容未改变或者未撤销的部分继续有效。

(八) 撤销之诉与再审的关系。

(1) 第 301 条：第三人撤销之诉案件审理期间，人民法院对生效判决、裁定、调解书裁定再审的，第三人的诉讼请求并入再审程序。但有证据证明原审当事人之间恶意串通损害第三人合法权益的，先行审理第三人撤销之诉案件，裁定中止再审理。

(2) 第 302 条：第三人诉讼请求并入再审程序审理的，按照下列情形分别处理：（一）按照第一审程序审理的，人民法院应当对第三人的诉讼请求一并审理，所作的判决可以上诉；（二）按照第二审程序审理的，人民法院可以调解，调解不成协议的，应当裁定撤销原判决、裁定、调解书，发回一审法院重审，重审时应当列明第三人。

(九) 第三人撤销之诉与案外人异议的关系。

第 303 条：1 款：第三人提起撤销之诉后，未中止生效判决、裁定、调解书执行的，执行法院对第三人依照民事诉讼法第 227 条规定提出的执行异议，应予审查。第三人不服驳回执行异议裁定，申请对原判决、裁定、调解书再审的，人民法院不予受理。2 款：案外人对人民法院驳回其执行异议裁定不服，认为原判决、裁定、调解书内容错误损害其合法权益的，应当根据民事诉讼法第 227 条规定申请再审，提起第三人撤销之诉的，人民法院不予受理。

【经典例题】

1. 关于第三人撤销之诉，下列哪一说法是正确的？（2014/3/41）D

A. 法院受理第三人撤销之诉后，应中止原裁判的执行

- B. 第三人撤销之诉是确认原审裁判错误的确认之诉
- C. 第三人撤销之诉由原审法院的上一级法院管辖，但当事人一方人数众多或者双方当事人为公民的案件，应由原审法院管辖
- D. 第三人撤销之诉的客体包括生效的民事判决、裁定和调解书

第六章 诉讼代理人

一、法定代理人

- 1、法定代理权随监护权的产生而产生，随监护权的消灭而消灭。
- 2、法定代理权为全权代理
- 3、法定代理人所实施的诉讼行为与当事人所实施的诉讼行为后果相同。
- 4、法定代理人所发生的诉讼事件与当事人所发生的诉讼事件后果不同。

【经典例题】关于法定诉讼代理人，下列哪些认识是正确的？（2011/3/82）AB

- A. 代理权的取得不是根据其所代理的当事人的委托授权
- B. 在诉讼中可以按照自己的意志代理被代理人实施所有诉讼行为
- C. 在诉讼中死亡的，产生与当事人死亡同样的法律后果
- D. 所代理的当事人在诉讼中取得行为能力的，法定诉讼代理人则自动转化为委托代理人

二、委托代理人

1、委托代理人的范围：民诉法第 58 条：（一）律师、基层法律服务工作者；（二）当事人的近亲属或者工作人员；根据《民诉解释》第 85 条的规定，与当事人有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲、近姻亲关系以及其他有抚养、赡养关系的亲属，可以当事人近亲属的名义作为诉讼代理人。根据该解释第 86 条的规定，与当事人有合法劳动人事关系的职工，可以当事人工作人员的名义作为诉讼代理人。（三）当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。《民诉解释》第 87 条规定，有关社会团体推荐公民担任诉讼代理人的，应当符合下列条件：（一）社会团体属于依法登记设立或者依法免于登记设立的非营利性法人组织；（二）被代理人属于该社会团体的成员，或者当事人一方住所地位于该社会团体的活动地域；（三）代理事务属于该社会团体章程载明的业务范

围；（四）被推荐的公民是该社会团体的负责人或者与该社会团体有合法劳动人事关系的工作人员。此外，专利代理人经中华全国专利代理人协会推荐，可以在专利纠纷案件中担任诉讼代理人。

根据《民诉解释》第 84 条的规定，下列人员不能作为诉讼代理人：①无民事行为能力人；②限制民事行为能力人；③依法不能作诉讼代理人的人。

2、委托代理人的权限：授权委托书中仅写全权代理而无具体授权的，诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉。（解释第89条）

3、委托代理人后，本人可以不出庭，但离婚案件除外。委托了代理人的离婚案件的当事人，本人除不能表达意思的外，仍应当出庭。确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。（民事诉讼法第62条）

三、诉讼代理人与诉讼代表人的区别

比较内容	诉讼代理人	诉讼代表人
产生依据	法律规定或者授权委托	在人数确定的代表人诉讼中，由当事人推选；在人数不确定的代表人诉讼中，由当事人推选、与法院协商或者由法院指定
与诉讼标的利害关系	与诉讼标的没有利害关系	与诉讼标的有利害关系
诉讼行为的后果	由被代理人承担	既及于代表人本人，也及于被代表的当事人
参加诉讼目的	维护被代理人的合法利益	维护本人及其所代表的当事人的合法利益
诉讼地位	不具有当事人的诉讼地位	具有当事人的诉讼地位

第七章 民事诉讼证据

第一节 民事证据概述

一、证据与证据材料

（一）民事证据，即能够证明案件真实情况的事实资料。而证据材料是指当事人收集

并提供给法院以及法院调查收集的能够证明案件真实情况的资料。

（二）证明标准

1、一般证明标准：高度可能性（解释第 108 条）

2、提高的证明标准：当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或赠与事实的证明，需达到排除合理怀疑的标准。（解释第 109 条）

二、证据特征

1、客观性

2、关联性

3、合法性

第一、形式合法；

第二、收集手段合法；《民诉解释》第 106 条的规定，对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

第三、证据材料转化为证据合法——质证，但是人民法院依职权主动调查收集的证据除外。

第二节 民事证据的种类

一、书证、物证、视听资料与电子数据

（一）四种证据的鉴别

1、书证的本质在于以物质载体中记载的文字、符号、图案所反映的思想内容证明案件事实；物证是以物品本身的特征来证明案件事实。

2、书证的特殊规定：

（1）当事人提交书证应当以提交原件为原则

《民诉解释》第 111 条规定，民事诉讼法第 70 条规定的提交书证原件确有困难，包括下列情形：（一）书证原件遗失、灭失或者毁损的；（二）原件在对方当事人控制之下，经合法通知提交而拒不提交的；（三）原件在他人控制之下，而其有权不提交的；（四）原件因篇幅或者体积过大而不便提交的；（五）承担举证证明责任的当事人通过申请人民法院调查收集或者其他方式无法获得书证原件的。前款规定情形，人民法院应当结合其

他证据和案件具体情况，审查判断书证复制品等能否作为认定案件事实的根据。

（2）书证提出命令及后果

《民诉解释》第 112 条：书证在对方当事人控制之下的，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。申请理由成立的，人民法院应当责令对方当事人提交，因提交书证所产生的费用，由申请人负担。对方当事人无正当理由拒不提交的，人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。

（3）毁灭书证的法律后果

《民诉解释》第 113 条：持有书证的当事人以妨碍对方当事人使用为目的，毁灭有关书证或者实施其他致使书证不能使用行为的，人民法院可以 对其处以罚款、拘留。

【经典例题】

1. 哥哥王文诉弟弟王武遗产继承一案，王文向法院提交了一份其父生前关于遗产分配方案的遗嘱复印件，遗嘱中有“本遗嘱的原件由王武负责保管”字样，并有王武的签名。王文在举证责任期间书面申请法院责令王武提交遗嘱原件，法院通知王武提交，但王武无正当理由拒绝提交。在此情况下，依据相关规定，下列哪些行为是合法的？（2016/3/80）

AC

- A. 王文可只向法院提交遗嘱的复印件
- B. 法院可依法对王武进行拘留
- C. 法院可认定王文所主张的该遗嘱能证明的事实为真实
- D. 法院可根据王武的行为而判决支持王文的各项诉讼请求

（二）书证与视听资料的区别

书证与视听资料的相同之处在于两者均以所载明的内容证明案件事实，其核心区别在于，书证的内容因已经固定于一定的物质载体之上，具有直观性，因此，书证具有不可更改的特征。而视听资料的内容则存储于特定的仪器之中，不具有直观性，因此，较为容易更改，而且一旦更改之后，不易发现。

（三）电子数据

第 116 条：1 款：视听资料包括录音资料和影像资料。2 款：电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形式或者存储在电子介质中的信息。3 款：存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用电子数据的规定。

与视听资料：第一、视听资料受众门槛低，一般人即可录制、播放；而电子数据在收集、审查上往往需要借助专业机构；第二、视听资料具有形象性；而电子数据具有抽象性，在阅读和理解上需要专业人士的判断。

二、证人证言

（一）证人资格

单位与个人可以成为证人，不能正确表达意思的人不能作为证人。（民诉法72条）

《证据规定》第 53 条的规定，待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。

（二）证人的出庭作证义务

第 73 条：经人民法院通知，证人应当出庭作证。有下列情形之一的，经人民法院许可，可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证：（一）因健康原因不能出庭的；（二）因路途遥远，交通不便不能出庭的；（三）因自然灾害等不可抗力不能出庭的；（四）其他有正当理由不能出庭的。

（三）证人出庭作证的费用

第 74 条：证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用以及误工损失，由败诉一方当事人负担。当事人申请证人作证的，由该当事人先行垫付；当事人没有申请，人民法院通知证人作证的，由人民法院先行垫付。

（四）证人签署保证书及其法律后果

《民诉解释》第 119 条：人民法院在证人出庭作证前应当告知证人如实作证的义务以及作伪证的法律后果，并责令其签署保证书，但无民事行为能力人和限制民事行为能力人除外。证人签署保证书适用本解释关于当事人签署保证书的规定。

第 120 条：证人拒绝签署保证书的，不得作证，并自行承担相关费用。

【经典例题】

1. 张志军与邻居王昌因琐事发生争吵并相互殴打，之后，张志军诉至法院要求王昌赔偿医药费等损失共计 3000 元。在举证期限届满前，张志军向法院申请事发时在场的方强（26 岁）、路芳（30 岁）、蒋勇（13 岁）出庭作证，法院准其请求。开庭时，法院要求上列证人签署保证书，方强签署了保证书，路芳拒签保证书，蒋勇未签署保证书。法院因此允许方强、蒋勇出庭作证，未允许路芳出庭作证。张志军在开庭时向法院提供了路芳的书面证言，法院对该证言不同意组织质证。关于本案，法院的下列哪些做法是合法的？（2015/3/79）

ABCD

- A. 批准张志军要求事发时在场人员出庭作证的申请
- B. 允许蒋勇出庭作证
- C. 不允许路芳出庭作证
- D. 对路芳的证言不同意组织质证

三、鉴定意见**（一）鉴定机构和鉴定人员的确定方式**

76 条：当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人；协商不成的，由人民法院指定。

当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。

（二）鉴定人的出庭义务

78 条：当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。

（三）专家辅助人

第 79 条：当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。

第一、专家辅助人的申请。解释第 122 条第 1 款：当事人可以在举证期限届满前申请一至二名具有专门知识的人员出庭，代表当事人对鉴定意见进行质证，或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。

第二、专家辅助人陈述的性质。解释第 122 条第 2 款：视为当事人的陈述。

第三、专家辅助人费用的负担。解释第 122 条第 3 款：由提出申请的当事人负担。

第四、对专家辅助人的询问。解释第 123 条：人民法院可以询问。经法庭准许，当事人可以进行询问，当事人各自申请的具有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质。具有专门知识的人不得参与专业问题之外的法庭审理活动。

【经典例题】

1. 甲公司诉乙公司专利侵权，乙公司是否侵权成为焦点。经法院委托，丙鉴定中心出具了鉴定意见书，认定侵权。乙公司提出异议，并申请某大学燕教授出庭说明专业意见。关于鉴定的说法，下列哪一选项是正确的？（2013/3/50）A

- A. 丙鉴定中心在鉴定过程中可以询问当事人
- B. 丙鉴定中心应当派员出庭，但有正当理由不能出庭的除外
- C. 如果燕教授出庭，其诉讼地位是鉴定人
- D. 燕教授出庭费用由乙公司垫付，最终由败诉方承担

四、当事人陈述的效力

当事人的主张，只有本人陈述而无其他证据加以证明，法院不得支持其主张，除非对方当事人承认。《证据规定》第 76 条

和解或者调解中陈述的效力：《民诉解释》107 条规定：在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在后续的诉讼中作为对其不利的证据，但法律另有规定或者当事人均同意的除外。

五、不能单独作为定案依据的证据

未成年人所作的与其年龄和智力状态不相当的证言；与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言；存有疑点的视听资料；无法与原件、原物核对的复印件、复制品；无正当理由未出庭作证的证人证言。《证据规定》第 69 条

第三节 民事证据在理论上的分类

一、按照证据与举证责任的关系，可以将证据分为本证与反证

1、含义：对待证事实负有举证责任一方当事人提出支持自己主张的证据为本证；对待证事实不负有举证责任一方当事人提出反驳对方主张的证据为反证。

2、本证与反证与当事人的诉讼地位无关，原告与被告均可提出本证，均可以提出反证。

3、本证证明的事实是证明对象，而反证证明的事实不是证明对象。

二、按照证据的来源，可以将证据分为原始证据与传来证据

三、按照证据与待证事实之间的关系，可以将证据分为直接证据与间接证据（2006/三/26）

1、含义：直接证据是直接、单一证明待证事实的证据；间接证据不能直接、单独证明待证事实，而需要和其他证据结合成证据链证明待证事实。

2、直接证据的证明力一般大于间接证据。

3、直接证据是一个证据单一、直接证明待证事实，而将待证事实证明到何种程度是证据的证明力问题，一个证据的证明力取决于证据的种类及其具体情况。

【经典例题】

1. 战某打电话向牟某借款 5 万元，并发短信提供账号，牟某当日即转款。之后，因战某拒不还款，牟某起诉要求战某偿还借款。在诉讼中，战某否认向牟某借款的事实，主张牟某转的款是为偿还之前向自己借的款，并向法院提交了证据；牟某也向法院提供了一些证据，以证明战某向其借款 5 万元的事实。关于这些证据的种类和类别的确定，下列哪一选项是正确的？（2016/3/39）B

A. 牟某提供的银行转账凭证属于书证，该证据对借款事实而言是直接证据

B. 牟某提供的记载战某表示要向其借款 5 万元的手机短信属于电子数据，该证据对借款事实而言是间接证据

C. 牟某提供的记载战某表示要向其借款 5 万元的手机通话录音属于电子数据，该证据对借款事实而言是直接证据

D. 战某提供一份牟某书写的向其借款 10 万元的借条复印件，该证据对牟某主张战某借款的事实而言属于反证

第八章 民事诉讼中的证明

第一节 证明的对象

一、证明对象的范围

当事人主张的实体法事实；当事人主张的程序法事实；证据事实；外国法律与地方性法规、习惯。其中，实体法事实：《解释》第91条：人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担，但法律另有规定的除外：第一、主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任；第二、主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人，应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。

二、不需要证明的事实

（一）法定范围

《民诉解释》第 93 条：下列事实，当事人无须举证证明：（一）自然规律以及定理、定律；（二）众所周知的事实；（三）根据法律规定推定的事实；（四）根据已知的事实推定出的另一事实；（五）已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实；（六）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；（七）已为有效公证文书所证明的事实。前款第二至四项规定的事实，当事人有相反证据足以反驳的除外；第五至第七项规定的事实，当事人有相反证据足以推翻的除外。

（二）诉讼中自认

1. 自认的基本内容。《民诉解释》第 92 条第 1 款的规定，一方当事人在法庭审理中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中，对于已不利的事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。

2. 对自认的限制。该解释第 92 条第 2 款的规定，对于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实，不适用有关自认的规定。自认的事实与查明的事实不符的，人民法院不予确认。

3. 当事人的默示承认。即对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。

4. 诉讼代理人的承认。当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外；当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认。

5. 当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。

【经典例题】下列哪一情形可以产生自认的法律后果？（2015/3/40）A

- A. 被告在答辩状中对原告主张的事实予以承认
- B. 被告在诉讼调解过程中对原告主张的事实予以承认，但该调解最终未能成功
- C. 被告认可其与原告存在收养关系
- D. 被告承认原告主张的事实，但该事实与法院查明的事实不符

第二节 证明责任

一、证明责任含义

《民诉解释》第 90 条规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利的法律后果。

【提示】

1、行为意义上的证明责任产生于当事人提出需要作为证明对象的主张之时，而结果责任则产生于待证事实真伪不明之时。

2、证明责任的本质在于待证事实真伪不明时，给法院作出裁判提供依据，即诉讼的不利后果由承担证明责任的一方当事人承担。

【经典例题】关于证明责任，下列哪些说法是正确的？（2011/3/84）ABD

- A. 只有在待证事实处于真伪不明情况下，证明责任的后果才会出现
- B. 对案件中的同一事实，只有一方当事人负有证明责任
- C. 当事人对其主张的某一事实没有提供证据证明，必将承担败诉的后果
- D. 证明责任的结果责任不会在原、被告间相互转移

二、证明责任的负担原则

谁主张谁举证（这里的主张指需要作为证明对象的主张）

【提示】主张积极事实，该事实是证明对象，主张者有证明责任；主张消极事实（否定事实），该事实不是证明对象，主张者无证明责任。

【经典例题】甲路过乙家门口，被乙叠放在门口的砖头砸伤，甲起诉要求乙赔偿。关于本案的证明责任分配，下列哪一说法是错误的？（2012/3/37）D

- A. 乙叠放砖头倒塌的事实，由原告甲承担证明责任
- B. 甲受损害的事实，由原告甲承担证明责任
- C. 甲所受损害是由于乙叠放砖头倒塌砸伤的事实，由原告甲承担证明责任
- D. 乙有主观过错的事实，由原告甲承担证明责任

一、证明责任负担的例外规定：《证据规定》第 4 条

案件类型	原告证明的事实	被告证明的事实
新产品制造方法发明专利侵权诉讼	侵权行为、损害后果及因果关系	产品制造方法不同于专利方法
高度危险	侵权行为、损害后果及因果关系	1、不承担责任：受害人故意或不可抗力；2、减轻责任：受害人过失
险	侵权行为、损害后果及因果关系	不承担责任：战争等情形或者受害人故意

民用航空器引起纠纷(侵 71 条)	侵权行为、损害后果及因果关系	不承担责任: 受害人故意
占有或者使用易燃、易爆、剧毒、放射性等高度危险物(侵 72 条)	侵权行为、损害后果及因果关系	1、不承担责任: 受害人故意或不可抗力; 2、减轻责任: 受害人重大过失
环境污染侵权纠纷(侵权法 66 条)	1、被告实施侵权行为; 2、原告的损失	1、法律规定的不承担责任与减轻责任的情形; 2、其行为与损害不存在因果关系
建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害的纠纷(侵权法 85 条)	侵权行为、损害后果及因果关系	脱落、坠落无过错
从建筑物中抛掷物品或坠落的物品造成他人损害的纠纷(侵 87 条)	侵权行为、损害后果及因果关系	自己不是侵权人
饲养动物造成弹人损害的纠纷(侵第 78 条)	侵权行为、损害后果及因果关系	1、不承担责任: 被侵权人故意; 2、减轻责任: 被侵权人重大过失
缺陷产品致人损害的侵权诉讼	侵权行为、损害后果及因果关系	法律规定的免责事由
共同危险行为致人损害诉讼	1、被告实施侵权行为; 2、原告的损失	其行为与损害结果之间不存在因果关系
医疗行为引起的侵权诉讼	1、侵权行为, 包括推定医疗机构过错: (一)违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定; (二)隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料; (三)伪造、篡改或者销毁病历资料(侵 58 条) 2、损害后果; 3、因果关系	免责事由: (一)患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗; (二)医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务; (三)限于当时的医疗水平难以诊疗。(侵第 60 条)

【提示】 证明责任分配的基本规律

1、原告应当证明的事实：第一、被告对原告实施侵权行为的事实；第二、原告因被告的侵权行为所遭受的损失。

2、被告应当证明的事实：免责事由

3、因果关系的证明：环境污染案件和共同危险行为案件，由被告就其行为与原告的损害之间不存在因果关系承担举证责任；其他案件则由原告就被告的侵权行为与其损害之间存在因果关系承担举证责任。

【注意】 被告的主观过错不属于证明对象，无论由原告还是被告证明都是不正确的。

【经典例题】 王某承包了 20 亩鱼塘。某日，王某发现鱼塘里的鱼大量死亡，王某认为鱼的死亡是因为附近的腾达化工厂排污引起，遂起诉腾达化工厂请求赔偿。腾达化工厂辩称，根本没有向王某的鱼塘进行排污。关于化工厂是否向鱼塘排污的事实举证责任，下列哪一选项是正确的？（2008/3/33）A

- A. 根据“谁主张、谁举证”的原则，应当由主张存在污染事实的王某负举证责任
- B. 根据“谁主张、谁举证”的原则，应当由主张自己没有排污行为的腾达化工厂负举证责任
- C. 根据“举证责任倒置”的规则，应当由腾达化工厂负举证责任
- D. 根据本证与反证的分类，应当由腾达化工厂负举证责任

第三节 证据的收集与保全

一、证据收集

（一）人民法院自行收集的证据

《解释》第 96 条：人民法院认为审理案件需要的证据包括：（一）涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；（二）涉及身份关系的；（三）涉及民事诉讼法第五十五条规定诉讼的；（四）当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；（五）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

（二）申请人民法院调查收集的证据

《解释》第 94 条：（一）证据由国家有关部门保存，当事人及其诉讼代理人无权查阅调取的；（二）涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；（三）当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的其他证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，可以在举证期限届满前书面申请人民法院调查收集。

二、证据保全

第 81 条：在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

因情况紧急，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据。

《民诉解释》第 98 条的规定，当事人申请诉讼中证据保全的，可以在举证期限届满前书面提出。证据保全可能对他人造成损失的，人民法院应当责令申请人提供相应的担保。

第四节 证据的其他规定

一、举证时限

1、举证期限的确定

《民诉解释》第 99 条：（1）当事人协商确定举证期限，经人民法院准许。（2）人民法院指定举证期限。第一审普通程序案件不得少于十五日，当事人提供新的证据的第二审案件不得少于十日。举证期限届满后，当事人对已经提供的证据，申请提供反驳证据或者对证据来源、形式等方面的瑕疵进行补正的，人民法院可以酌情再次确定举证期限，该期限不受前款规定的限制。

2、举证期限的延长

《民诉解释》第 100 条的规定，当事人申请延长举证期限的，应当在举证期限届满前向人民法院提出书面申请。

3、逾期提供证据的处理

《民诉解释》第 101 条规定，当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由，必要时可以要求其提供相应的证据。当事人因客观原因逾期提供证据，或者对方当事人对逾期提供证据未提出异议的，视为未逾期。

4、逾期提供证据的后果

根据《民诉解释》第 102 条的规定，当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并予以训诫、罚款。当事人非因故意或者重大过失逾期提供证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。当事人一方要求另一方赔偿因逾期提供证据致使其增加的交通、住宿、就餐、误工、证人出庭作证等必要费用的，人民法院可予支持。

【经典例题】

1. 李某起诉王某要求返还 10 万元借款并支付利息 5000 元，并向法院提交了王某亲笔书写的借条。王某辩称，已还 2 万元，李某还出具了收条，但王某并未在法院要求的时间内提交证据。法院一审判决王某返还李某 10 万元并支付 5000 元利息，王某不服提起上诉，并称一审期间未找到收条，现找到了并提交法院。关于王某迟延提交收条的法律后果，下列哪一选项是正确的？（2016/3/40）B

- A. 因不属于新证据，法院不予采纳
- B. 法院应采纳该证据，并对王某进行训诫
- C. 如果李某同意，法院可以采纳该证据
- D. 法院应当责令王某说明理由，视情况决定是否采纳该证据

二、交换证据

1、37 条：当事人申请交换证据或者法院决定交换证据

2、38 条：交换证据的时间：当事人协商一致并经法院认可，也可以由法院指定。

3、39 条：审判人员主持

4、40 条：次数：一般不超过 2 次，但重大、疑难和案情特别复杂的案件，人民法院认为确有必要再次进行证据交换的除外。

三、质证

1、质证主体：当事人，当事人在审理前准备阶段认可的证据，经审判人员在庭审中说明后，视为质证过的证据（解释103条）

2、不公开质证：涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。（解释103条）

3、质证的内容：人民法院应当组织当事人围绕证据的真实性、合法性以及与待证事实的关联性进行质证，并针对证据有无证明力和证明力大小进行说明和辩论。

四、妨碍举证问题：（75 条）有证据证明一方持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。

【经典例题】高某诉张某合同纠纷案，终审高某败诉。高某向检察院反映，其在一审中提交了偷录双方谈判过程的录音带，其中有张某承认货物存在严重质量问题的陈述，足以推翻原判，但法院从未组织质证。对此，检察院提起抗诉。关于再审程序中证据的表述，下列哪些选项是正确的？（2013/3/85）CD

- A. 再审质证应当由高某、张某和检察院共同进行
- B. 该录音带属于电子数据，高某应当提交证据原件进行质证
- C. 虽然该录音带系高某偷录，但仍可作为质证对象
- D. 如再审法院认定该录音带涉及商业秘密，应当依职权决定不公开质证

第九章 期间、送达

一、期间

（一）期间分类

期间分为法定期间与指定期间，法定期间也称为不变期间，指定期间也称为可变期间。

（二）期间计算

- 1、期间开始的时、日，不计算在期间内。
- 2、期间的最后一日为法定节假日的，以法定节假日后的第一日为期间届满日。
- 3、诉讼文书的在途期间不包括在内。

二、送达

1、送达方式：直接送达、留置送达、委托送达、电子送达、邮寄送达、转交送达与公告送达。

2、留置送达的适用

(1) 适用留置送达时，应经有关人员见证后将诉讼文书放在受送达人的住所；也可以把诉讼文书留在受送达人住所，并采取拍照、录像等方式记录送达过程。

(2) 简易程序可以将文书放在受送达人的经营场所。

(3) 调解书不得留置送达，可由本人或者代收人签收。

3、增加了采用传真、电子邮件等方式送达。87 条：经受送达人同意，人民法院可以采用传真、电子邮件等能够确认其收悉的方式送达诉讼文书，但判决书、裁定书、调解书除外。

采用前款方式送达的，以传真、电子邮件等到达受送达人特定系统的日期为送达日期。

4、转交送达适用于受送达人是军人、被监禁的人和被采取强制性教育措施的人。

第十章 法院调解

一、法院调解的含义

法院调解的两层含义：1、法院行使审判权解决争议案件；2、调解的基础是私权处分。

不得适用调解的范围：《民诉解释》第 143 条的规定，适用特别程序、督促程序、公示催告程序的案件，婚姻等身份关系确认案件以及其他依案件性质不能进行调解的民事案件，人民法院不得调解。

二、调解保密原则

《民诉解释》第 146 条规定了调解保密原则，即“人民法院审理民事案件，调解过程不公开，但当事人同意公开的除外。调解协议内容不公开，但为保护国家利益、社会公共利益、他人合法权益，人民法院认为确有必要公开的除外。主持调解以及参与调解的人员，对调解过程以及调解过程中获悉的审判秘密、商业秘密、个人隐私和其他不宜公开的信息，应当保守秘密，但为保护国家利益、社会公共利益、他人利益的除外。”

三、调解协议的内容

1、达成和解协议后的处理；（4 条）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。双方当事人申请庭外和解的期间，不计入审限。

2、协议内容超出诉讼请求的处理（9 条）：人民法院可以准许。

3、协议内容涉及担保人的处理（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。

4、法院不予以认可的情形（12 条）：第一、侵害国家利益、社会公共利益的；第二、侵害案外人利益的；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。

5、和解、调解后不得制作判决书（解释 148 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。调解达成协议后，无民事行为能力人的离婚案件以及涉外民事诉讼，要求发给判决书的，可以根据协议内容制作判决书。

三、法院调解的生效

1、调解的生效时间

民事诉讼法98条：对于不需要制作调解书的案件，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。

民事诉讼法97条：调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。

2、不需要制作调解书的案件

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。

四、法律效力的体现

诉讼结束；对调解书不得上诉；当事人在诉讼中的实体权利义务争议消灭；具有给付内容的调解书具有强制执行的效力。

【经典例题】

1、李某起诉王某要求返还 10 万元借款并支付利息 5000 元，并向法院提交了王某亲笔书写的借条。王某辩称，已还 2 万元，李某还出具了收条，但王某并未在法院要求的时间内提交证据。法院一审判决王某返还李某 10 万元并支付 5000 元利息，王某不服提起上诉，并称一审期间未找到收条，现找到了并提交法院。关于王某迟延提交收条的法律后果，下列哪一选项是正确的？（2016/3/42）A

- A. 因不属于新证据，法院不予采纳
- B. 法院应采纳该证据，并对王某进行训诫
- C. 如果李某同意，法院可以采纳该证据
- D. 法院应当责令王某说明理由，视情况决定是否采纳该证据

第十一章 保全与先予执行

第一节 保全

一、诉前财产保全与诉讼中财产保全之比较

比较内容	诉前财产保全	诉讼中财产保全
管辖不同	被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的法院	受诉人民法院采取；对当事人不服一审判决提出上诉的案件，在第二审人民法院接到报送的案件之前，需要采取财产保全措施的，由第一审人民法院采取。在二审或再审诉讼中，由二审或者再审法院保全，法律文书生效后，进入执行程序前，由执行法院保全
方式不同	利害关系人申请	当事人申请或者法院依职权采取
担保不同	应当提供相当于请求保全数额的担保；情况特殊的，人民法院可以酌情处理	法院应当根据案件的具体情况，决定当事人是否提供担保以及担保的数额。担保数额不超过请求保全数额的 30%；申请保全的财产系争议标的的，担保数额不超过争议标的价值的 30%。财产保全期间，申请保全人提供的担保不足以赔偿可能给被保全人造成的损失，人民法院可以责令其追加相应的担保；拒不追加的，可以裁定解除或者部分解除保全。 例外：当事人在诉讼中申请财产保全，有下列情形之一的，人民法院可以不要求其提供担保：（1）追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬、工伤赔偿、交通事故人身损害赔偿的；（2）婚姻家庭纠纷案件中遭遇家庭暴力且经济困难的；（3）人民检察院提起的公益诉讼涉

		及损害赔偿的；（4）因见义勇为遭受侵害请求损害赔偿的；（5）案件事实清楚、权利义务关系明确，发生保全错误可能性较小的；（6）申请保全人为商业银行、保险公司等由金融监管部门批准设立的具有独立偿付能力的金融机构及其分支机构的。 法律文书生效后，进入执行程序前，债权人申请财产保全的，人民法院可以不要求其提供担保
处理时间不同	48 小时内作裁定，申请人在人民法院采取保全措施后 30 日内不依提起诉讼或者申请仲裁的，人民法院应当解除保全。	紧急情况的，48 小时内作裁定；非紧急情况，人民法院接受财产保全申请后，应当在 5 日内作出裁定；需要提供担保的，应当在提供担保后 5 日内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当在 5 日内开始执行

【经典例题】李某与温某之间债权债务纠纷经甲市 M 区法院审理作出一审判决，要求温某在判决生效后 15 日内偿还对李某的欠款。双方均未提起上诉。判决履行期内，李某发现温某正在转移财产，温某位于甲市 N 区有可供执行的房屋一套，故欲申请法院对该房屋采取保全措施。关于本案，下列哪一选项是正确的？（2016/3/43）C

- A. 此时案件已经审理结束且未进入执行阶段，李某不能申请法院采取保全措施
- B. 李某只能向作出判决的甲市 M 区法院申请保全
- C. 李某可向甲市 M 区法院或甲市 N 区法院申请保全
- D. 李某申请保全后，其在生效判决书指定的履行期间届满后 15 日内不申请执行的，

法院应当解除保全措施

二、财产保全的范围（民诉法102条）

限于请求的范围或者与本案有关的财物

三、财产保全的措施

可以采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法（民诉法103条）

可以保全抵押物、质押物、留置物，但抵押权人、质权人、留置权人有优先受偿权（解释157条）查封、扣押、冻结担保物权人占有的担保财产，一般由担保物权人保管；由人民法院保管的，质权、留置权不因采取保全措施而消灭。（154条2款）

可以保全被申请人已到期的债权：提存（解释159条）

四、错误申请的赔偿