

2017 年司法考试培训民事诉讼法讲义

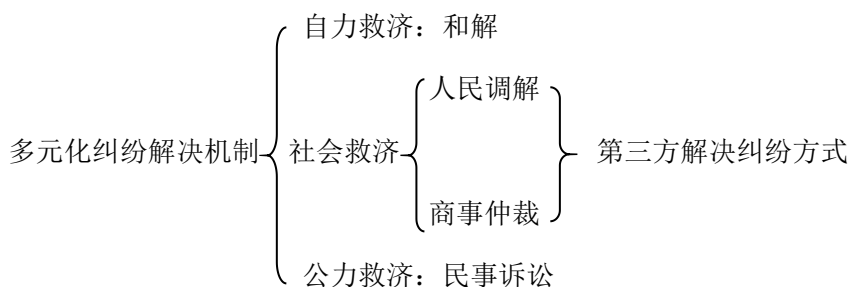
名师强化阶段

授课：杨秀清老师

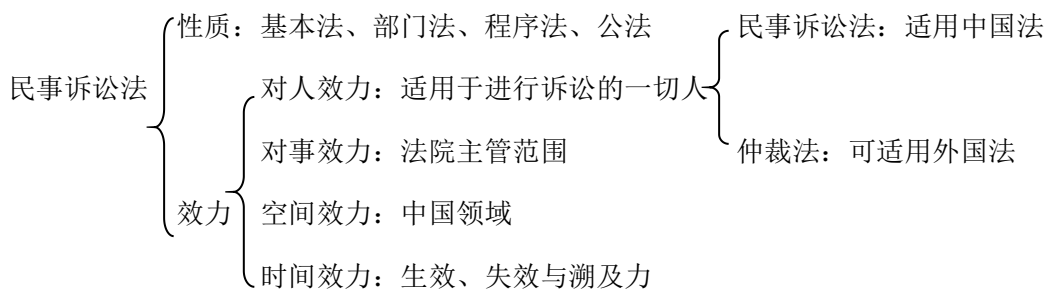
2017 年《民事诉讼法与仲裁法》提纲

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

第一节 民事诉讼

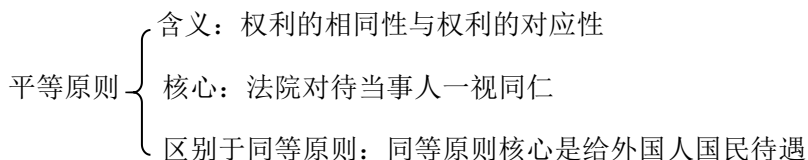


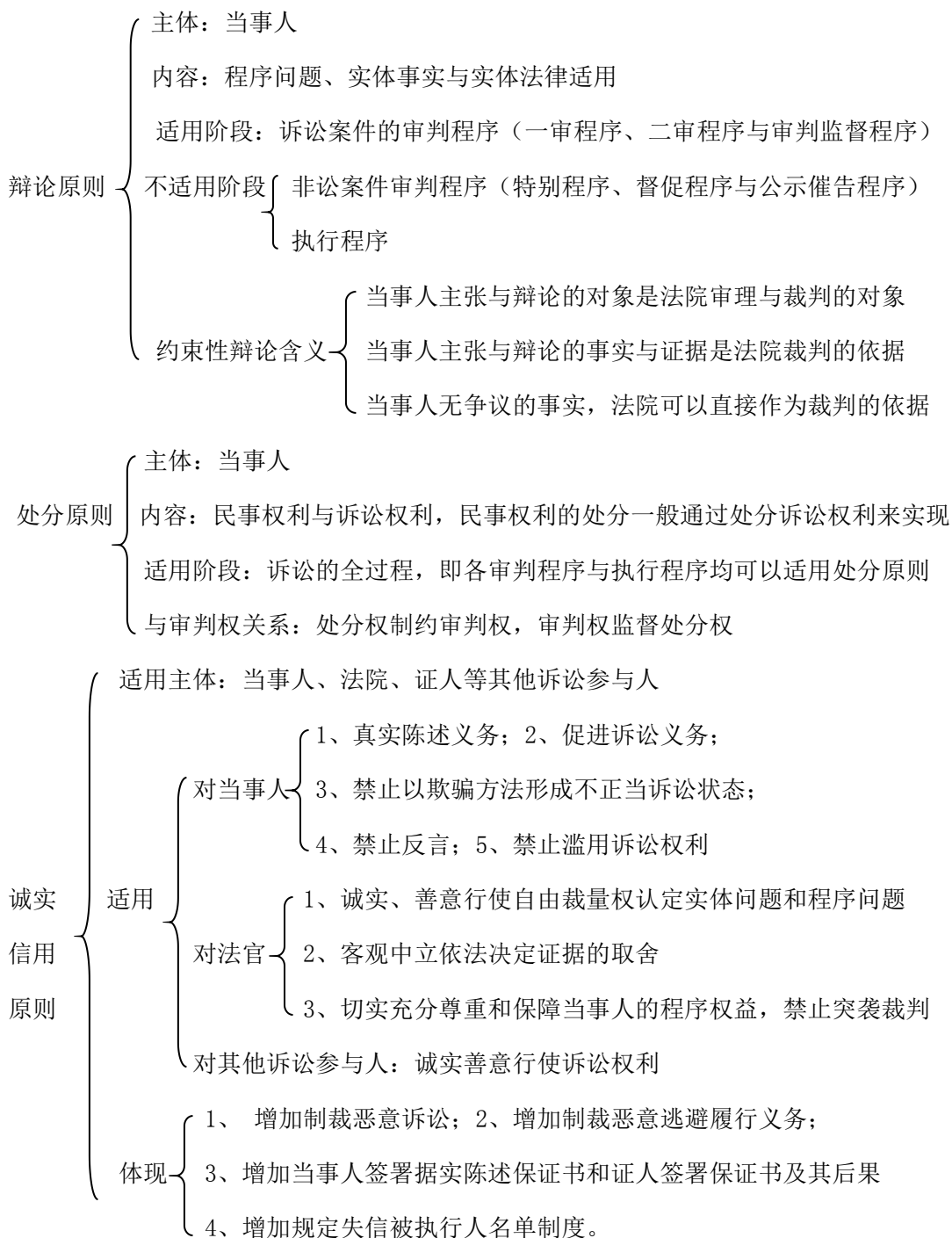
第二节 民事诉讼法



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

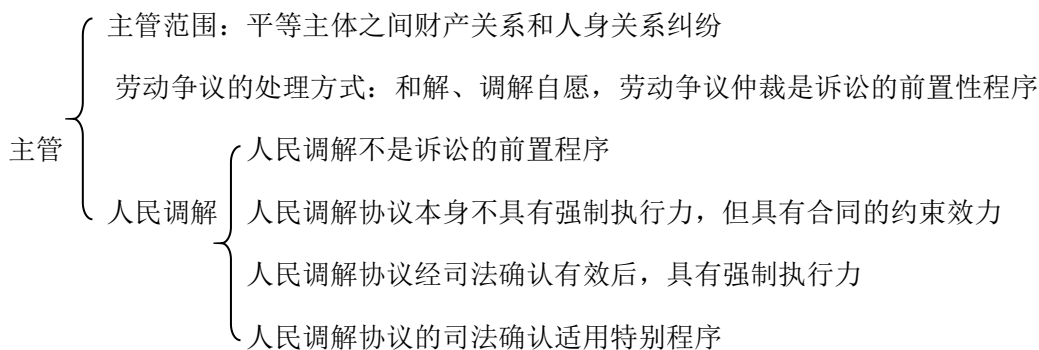
不公开质证：《民诉解释》第 103 条第 3 款：涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者法律规定应保密的证据，不得公开质证。

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法院，也可以是外国法院；266 条：只专属于中国法院；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

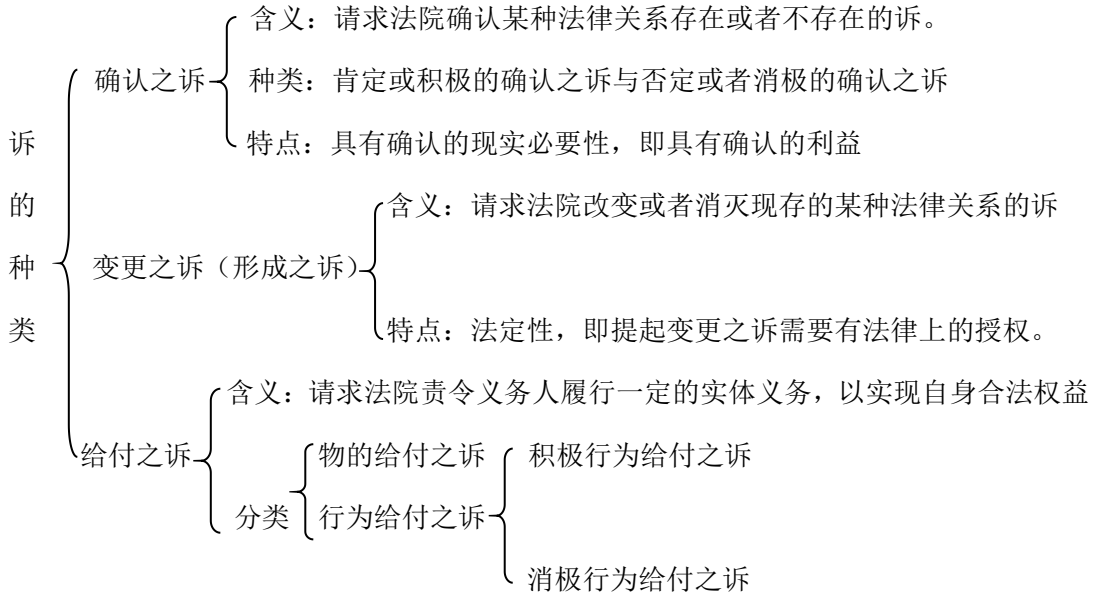
二、诉的标的

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

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

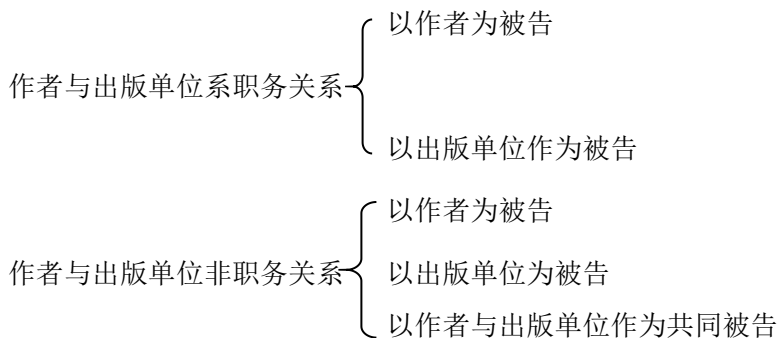
法人非依法设立的分支机构，或者虽然依法设立但没有领取营业执照的分支机构，由法人作为当事人。法人依法设立并领取营业执照的，由分支机构作为当事人。

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。



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。

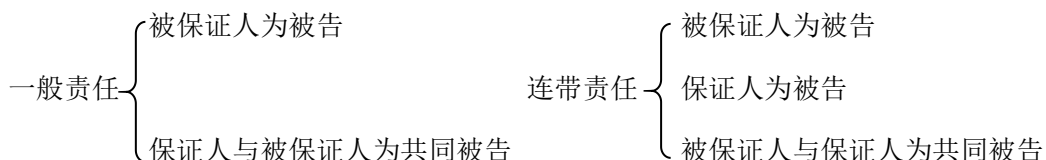
【经典例题】 甲乙丙三人合伙开办电脑修理店，店名为“一通电脑行”，依法登记。甲负责对外执行合伙事务。顾客丁进店送修电脑时，被该店修理人员戊的工具碰伤。丁拟向法院起诉。关于本案被告的确定，下列哪一选项是正确的？(2010/3/40)

- 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）
不同意代表人的处理	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

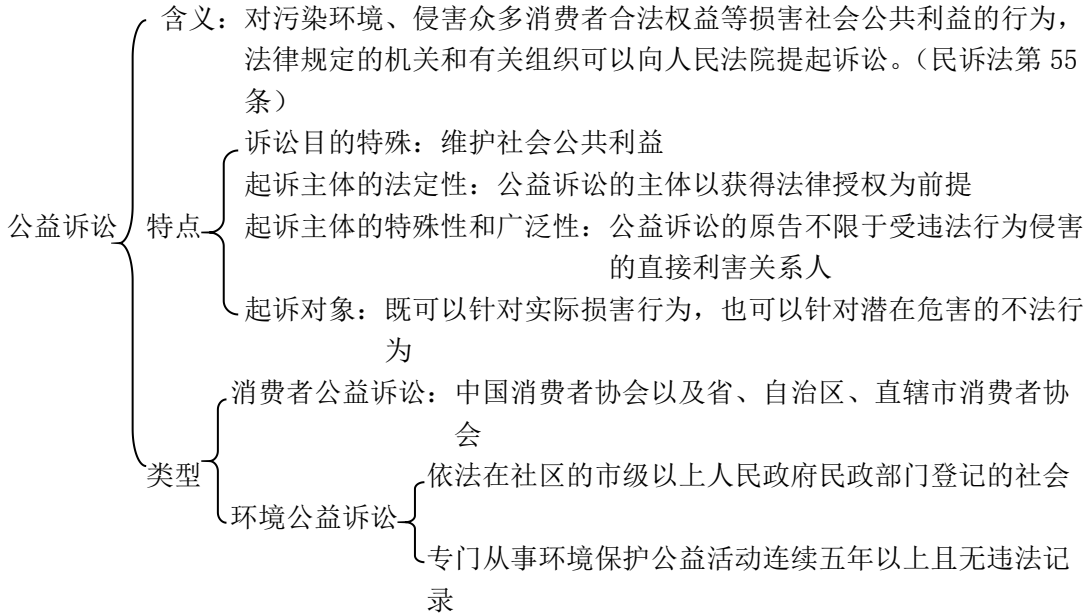
B. 甲因病不能参加诉讼，可以委托一至两人作为诉讼代理人，而无需征得被代表的当事人的同意

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. 甲和乙已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	从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具引起纠纷（侵权法第 73 条）	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	民用核设施核事故损害纠纷（侵权法第 70 条）	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，由第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、抚养费、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分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

五、行为保全

第100条：人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。

第二节 先予执行

一、先予执行的案件范围（民诉法106条）

1、追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的案件

2、追索劳动报酬的案件

3、因情况紧急需要先予执行的案件：需要立即停止侵害，排除妨碍的；需要立即制止某项行为的；追索恢复生产经营急需的保险理赔费的；需要立即返还社会保险金、社会救助资金的；不立即返还款项，将严重影响权利人生活和生产经营的。（解释170条）

二、先予执行的条件

1、当事人之间权利义务关系明确；

2、权利紧急，即不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营的；

3、被申请人有履行能力。

第十二章 对妨害民事诉讼行为的强制措施

一、拘传：109条

1、适用对象：第一、拘传适用于经两次传票传唤，无正当理由不到庭的必须到庭的被告（赡养费、抚养费、抚育费案件被告）。第二、人民法院对必须到庭才能查清案件基本事实的原告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。（解释174条）第三、对必须接受调查询问的被执行人、被执行人的法定代表人、负责人或者实际控制人，经依法传唤无正当理由拒不到场的，人民法院可以拘传其到场。（解释484条）

2、拘传、罚款和拘留的适用应当由院长批准

二、罚款与拘留

1、罚款数额的提高：第 115 条的规定，对个人的罚款，为 10 万元以下；对单位的罚款为 5 万元以上，100 万元以下。

2、对同一行为的罚款、拘留不得连续适用；罚款和拘留可以单独适用，也可以合并适用。（解释 183 与 184 条）

三、恶意诉讼与恶意逃避履行债务

1、恶意诉讼

第 112 条：当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，人民法院应当驳回其请求，并根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2、恶意逃避履行义务

第 113 条：被执行人与他人恶意串通，通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的，人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第十三章 普通程序

第一节 普通程序的审理阶段

一、起诉与受理

1、起诉条件的理解与适用

第 119 条：起诉应当具备以下条件：第一，原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人或者其他组织；第二，有明确的被告；第三，有具体的诉讼请求、事实和理由；第四，属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

注意：原告的适格；

被告下落不明不等于不明确；

权利的可诉性与可保护性不同；

起诉证据不同于胜诉证据。

2、不予受理、驳回起诉与驳回诉讼请求的适用

比较内容	不予受理	驳回起诉	驳回诉讼请求
适用文书	裁定	裁定	判决
解决问题性质	程序问题	程序问题	实体问题
适用诉讼阶段	审查起诉阶段	受理案件后	受理案件后
适用条件	起诉不符合受理条件	起诉不符合受理条件	起诉符合条件,但原告的诉讼请求不能被支持
当事人针对文书的权利	可以上诉、申请再审	可以上诉、申请再审	可以上诉、申请再审
当事人针对案件的权利	可以再起诉	可以再起诉	不得再起诉,因为一事不再理
上诉期	10 日	10 日	15 日
适用组织	立案庭	审判组织	审判组织

核心：在审查起诉阶段，对于不符合起诉条件的，裁定不予受理；在受理案件后，对于不符合起诉条件的，裁定驳回起诉；对于丧失实体胜诉权的，判决驳回诉讼请求。

【经典例题】张丽因与王旭感情不和，长期分居，向法院起诉要求离婚。法院向王旭送达应诉通知书，发现王旭已于张丽起诉前因意外事故死亡。关于本案，法院应作出下列哪一裁判？（2015/3/48）B

- A. 诉讼终结的裁定
- B. 驳回起诉的裁定
- C. 不予受理的裁定
- D. 驳回诉讼请求的判决

3、对特殊情况的处理

第一、撤诉后的再起诉问题：对判决、裁定、调解书已经发生法律效力案件，当事人又起诉的，告知原告申请再审，但人民法院准许撤诉的裁定除外。（民诉法 124 条）

第二、离婚案件、解除收养关系案件的再起诉问题：（民诉法124条）判决不准离婚、调解和好的离婚案件、判决调解维持收养关系的案件，原告没有新情况、新理由在6个月内起诉的，人民法院不予受理。此外，原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件，原告无新情

况、新理由，在6个月内起诉的，人民法院不予受理。（解释214条）

第三、赡养费、抚养费、抚育费案件的再起诉问题；（解释218条）即裁判生效后，有新情况、新理由，一方要求增加或者减少费用的，按照新案处理。

第四、对于超过诉讼时效起诉的处理。（解释219条）人民法院应予受理。受理后对方当事人提出诉讼时效抗辩，人民法院经审理认为抗辩事由成立的，判决驳回原告的诉讼请求。根据《诉讼时效解释》第3条与第4条的规定，当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的除外。

第五、夫妻一方下落不明，另一方诉至人民法院，只要求离婚，不申请宣告下落不明人失踪或死亡的案件，人民法院应当受理，对下落不明人用公告送达诉讼文书。（解释217条）

4、合并审理。

解释第221条：基于同一事实发生的纠纷，当事人分别向同一人民法院起诉的，人民法院可以合并审理。

5、重复起诉及其处理。

根据《民诉解释》第247条的规定，当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。当事人重复起诉的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉，但法律、司法解释另有规定的除外。

《民诉解释》第248条规定，裁判发生法律效力后，发生新的事实，当事人再次提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

6、当事人恒定与承继

《民诉解释》249条：在诉讼中，争议的民事权利义务转移的，不影响当事人的诉讼主体资格和诉讼地位。人民法院作出的发生法律效力的判决、裁定对受让人具有拘束力。

受让人申请以无独立请求权第三人身份参加诉讼的，人民法院可予准许。受让人申请替代当事人承担诉讼的，人民法院可以根据案件的具体情况决定是否准许；不予准许的，可以追加其为无独立请求权第三人。

《民诉解释》第 250 条：人民法院准许受让人替代当事人承担诉讼的，裁定变更当事人。变更当事人后，诉讼程序以受让人为当事人继续进行，原当事人应当退出诉讼。原当事人已经完成的诉讼行为对受让人具有拘束力。

【经典例题】

- 1、关于起诉与受理的表述，下列哪些选项是正确的？（2012/3/79）ABD
 - A. 法院裁定驳回起诉的，原告再次起诉符合条件的，法院应当受理
 - B. 法院按撤诉处理后，当事人以同一诉讼请求再次起诉的，法院应当受理
 - C. 判决不准离婚的案件，当事人没有新事实和新理由再次起诉的，法院一律不予受理
 - D. 当事人超过诉讼时效起诉的，法院应当受理
- 2、程某诉刘某借款诉讼过程中，程某将对刘某因该借款而形成的债权转让给了谢某。依据相关规定，下列哪些选项是正确的？（2016/3/79）ABCD
 - A. 如程某撤诉，法院可以准许其撤诉
 - B. 如谢某申请以无独立请求权第三人身份参加诉讼，法院可予以准许
 - C. 如谢某申请替代程某诉讼地位的，法院可以根据案件的具体情况决定是否准许
 - D. 如法院不予准许谢某申请替代程某诉讼地位的，可以追加谢某为无独立请求权的第三人

二、审理前准备

1、受理后的处理：第 133 条：人民法院对受理的案件，分别情形，予以处理：（一）当事人没有争议，符合督促程序规定条件的，可以转入督促程序；（二）开庭前可以调解的，采取调解方式及时解决纠纷；（三）根据案件情况，确定适用简易程序或者普通程序；（四）需要开庭审理的，通过要求当事人交换证据等方式，明确争议焦点。

2、召集庭前会议

《民诉解释》第 225 条：庭前会议可以包括下列内容：（一）明确原告的诉讼请求和

被告的答辩意见；（二）审查处理当事人增加、变更诉讼请求的申请和提出的反诉，以及第三人提出的与本案有关的诉讼请求；（三）根据当事人的申请决定调查收集证据，委托鉴定，要求当事人提供证据，进行勘验，进行证据保全；（四）组织证据交换；（五）归纳争议焦点；（六）进行调解。

三、开庭审理

1、审理范围。《解释》228条：法庭审理应当围绕当事人争议的事实、证据和法律适用等焦点问题进行。

2、禁反言规定。《解释》229条：当事人在庭审中对其在审理前准备阶段认可的事实和证据提出不同意见的，人民法院应当责令其说明理由。必要时，可以责令其提供相应证据。人民法院应当结合当事人的诉讼能力、证据和案件的具体情况经审查。理由成立的，可以列入争议焦点。

3、原告增加诉讼请求、被告反诉、有独立请求权第三人参加诉讼处理

（1）一审。《民诉解释》第232条规定，在案件受理后，法庭辩论结束前，原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理的，人民法院应当合并审理。

（2）二审。解释第251条规定，二审裁定撤销一审判决发回重审的案件，当事人申请变更、增加诉讼请求或者提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求的，依照民事诉讼法第140条规定处理，即合并处理。

（3）再审。该解释第252条规定，再审裁定撤销原判决、裁定发回重审的案件，当事人变更、增加诉讼请求或者提出反诉，符合下列情形之一的，人民法院应当准许：（一）原审未合法传唤缺席判决，影响当事人行使诉讼权利的；（二）追加新的诉讼当事人的；（三）诉讼标的物灭失或者发生变化致使原诉讼请求无法实现的；（四）当事人申请变更、增加的诉讼请求或者提出的反诉，无法通过另诉解决的。

4、与仲裁评议的区别。均实行少数服从多数的原则，形不成多数人意见时，仲裁按首席仲裁员的意见作裁决，但诉讼不得按照审判长的意见作判决。

【经典例题】关于民事案件的开庭审理，下列哪一选项是正确的？（2012/3/40）D

- A. 开庭时由书记员核对当事人身份和宣布案由
- B. 法院收集的证据是否需要质证，由法院决定
- C. 合议庭评议实行少数服从多数，形成不了多数意见时，以审判长意见为准
- D. 法院定期宣判的，法院应当在宣判后立即将判决书发给当事人

第二节 撤诉与缺席判决

一、撤诉

(一) 申请撤诉

1、赋予被告否决权。《民诉解释》第238条第2款的规定，法庭辩论终结后原告申请撤诉，被告不同意的，人民法院可以不予准许。

2、二审中原审原告撤回起诉。《解释》第338条：在第二审程序中，原审原告申请撤回起诉，经其他当事人同意，且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，人民法院可以准许。准许撤诉的，应当一并裁定撤销一审裁判。原审原告在第二审程序中撤回起诉后重复起诉的，人民法院不予受理。

3、再审程序中原审原告撤回起诉。《解释》411条：一审原告在再审审理程序中申请撤回起诉，经其他当事人同意，且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，人民法院可以准许。准许撤诉的，应当一并裁定撤销一审裁判。一审原告在再审程序中撤回起诉后重复起诉的，人民法院不予受理。

(二) 按撤诉处理的法定情形

经传票传唤，无正当理由不到庭或者未经法庭许可中途退庭的原告（民诉法143条）、有独立请求权的第三人（解释236条）；无行为能力的原告的法定代理人（解释235条）；当事人不交纳诉讼费用（解释213条）。

二、缺席判决

经传票传唤，无正当理由不到庭或者未经法庭许可中途退庭的被告（民诉法144条）、反诉的被告（民诉法143条）；无行为能力的被告的法定代理人（解释235条）；无独立请求权的第三人（解释240条）；申请撤诉未获得准许的原告（民诉法145条）。

第三节 延期审理、诉讼中止与诉讼终结

一、延期审理

法定情形：（民事诉讼法第 146 条）1. 必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的。2. 当事人临时提出回避申请的。3. 需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验或者需要补充调查的。4. 其他需要延期审理的情形。

二、诉讼中止（2008/三/34、2008/三/37）

法定情形：（民事诉讼法第 150 条）1. 一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；2. 一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的。3. 作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的。4. 一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的。5. 本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的。6. 其他情形。

三、诉讼终结

法定情形：（民事诉讼法第 151 条）1. 原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的。2. 被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的。3. 离婚案件一方当事人死亡的。4. 追索赡养费、抚养费、抚育费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡。

【经典例题】法院对于诉讼中有关情况的处理，下列哪些做法是正确的？（2009/3/85）

BD

A. 甲起诉其子乙请求给付赡养费。开庭审理前，法院依法对甲、乙进行了传唤，但开庭时乙未到庭，也未向法院说明理由。法院裁定延期审理

B. 甲、乙人身损害赔偿一案，甲在前往法院的路上，胃病发作住院治疗。法院决定延期审理

C. 甲诉乙离婚案件，在案件审理中甲死亡。法院裁定按甲撤诉处理

D. 原告在诉讼中因车祸成为植物人，在原告法定代理人没有确定的期间，法院裁定中止诉讼

第十四章 简易程序

一、简易程序的适用范围

1、可以适用简易程序的法院：基层人民法院和它的派出法庭

2、审级：第一审民事案件

3、适用案件

(1) 法定适用案件：事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单民事案件。

(2) 约定适用案件：第 157 条第 2 款：基层人民法院和它派出的法庭审理简单案件以外的民事案件，当事人双方也可以约定适用简易程序。应当在开庭前提出。口头提出的，记入笔录，由双方当事人签名或者捺印确认。（解释第 264 条）

4、不得适用简易程序的案件

第 257 条：（一）起诉时被告下落不明的；（二）发回重审的；（三）当事人一方人数众多的；（四）适用审判监督程序的；（五）涉及国家利益、社会公共利益的；（六）第三人起诉请求改变或者撤销生效判决、裁定、调解书的；（七）其他不宜适用简易程序的案件

5、简易程序转为普通程序

《民诉解释》第 258 条：人民法院发现案情复杂，需要转为普通程序审理的，应当在审理期限届满前作出裁定并将合议庭组成人员及相关事项书面通知双方当事人。案件转为普通程序审理的，审理期限自人民法院立案之日起计算。该解释第 260 条：已经按照普通程序审理的案件，在开庭后不得转为简易程序审理。

二、简易程序的具体规定

1、起诉：书面起诉为原则，口头起诉为例外。

2、审理前准备：

(1) 当事人就简易程序适用提出异议：异议成立的，裁定转为普通程序；异议不成立的，口头告知当事人，并记入笔录。转为普通程序前，双方当事人已确认的事实，可以不再进行举证、质证。（解释第 269 条）

(2) 先行调解案件 (14 条): 第一、婚姻家庭纠纷和继承纠纷; 第二、劳务合同纠纷; 第三、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; 第四、宅基地和相邻关系纠纷; 第五、合伙协议纠纷; 第六、诉讼标的额较小的纠纷。

3、开庭与宣判

(1) 缺席判决。

《解释》第 261 条: 人民法院可以采取捎口信、电话、短信、传真、电子邮件等简便方式传唤双方当事人、通知证人和送达裁判文书以外的诉讼文书。以简便方式送达的开庭通知, 未经当事人确认或者没有其他证据足以证明当事人已经收到的, 人民法院不得缺席判决。 (2) 开庭次数: (23 条) 一次开庭审结为原则, 再次开庭为例外。

(3) 宣判方式 (27 条): 当庭宣判为原则, 定期宣判为例外。

4、裁判文书的简化

《民诉解释》第 270 条: 下列情形之一, 对认定事实或者判决理由部分可以适当简化: 第一. 当事人达成调解协议并需要制作民事调解书的; 第二、一方当事人在诉讼过程中明确表示承认对方当事人全部诉讼请求或者部分诉讼请求的; 第三. 涉及个人隐私或者商业秘密的案件, 当事人一方要求简化裁判文书中的相关内容, 人民法院认为理由正当的; 第四. 当事人双方同意简化裁判文书的。

5、审限的延长。第 258 条: 1 款: 适用简易程序审理的案件, 审理期限到期后, 双方当事人同意继续适用简易程序的, 由本院院长批准, 可以延长审理期限。延长后的审理期限累计不得超过六个月。

【经典例题】章俊诉李泳借款纠纷案在某县法院适用简易程序审理。县法院判决后, 章俊上诉, 二审法院以事实不清为由发回重审。县法院征得当事人同意后, 适用简易程序重审此案。在答辩期间, 李泳提出管辖权异议, 县法院不予审查。案件开庭前, 章俊增加了诉讼请求, 李泳提出反诉, 县法院受理了章俊提出的增加诉讼请求, 但以重审不可提出反诉为由拒绝受理李泳的反诉。关于本案, 该县法院的下列哪些做法是正确的? (2015/3/82)

BC

A. 征得当事人同意后, 适用简易程序重审此案

- B. 对李泳提出的管辖权异议不予审查
- C. 受理章俊提出的增加诉讼请求
- D. 拒绝受理李泳的反诉

三、小额诉讼程序

第 162 条：基层人民法院和它派出的法庭审理符合本法第一百五十七条第一款规定的简单的民事案件，标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下的，实行一审终审。

1、小额诉讼程序的适用范围。

(1) 年平均工资标准：已经公布的各省、自治区、直辖市上一年度就业人员年平均工资。上一年度公布前，以已经公布的最近年度就业人员年平均工资为准。（解释第 272 条）

(2) 海事法院可以审理海事、海商小额诉讼案件。（解释第 273 条）

(3) 适用小额诉讼程序案件类型。《民诉解释》第 274 条规定， 金钱给付案件：（一）买卖合同纠纷、借款合同纠纷、租赁合同纠纷；（二）身份关系清楚，仅在给付的数额、时间、方式上存在争议的赡养费、抚育费、扶养费纠纷；（三）责任明确，仅在给付的数额、时间、方式上存在争议的交通事故损害赔偿和其他人身损害赔偿纠纷；（四）供用水、电、气、热力合同纠纷；（五）银行卡纠纷；（六）劳动关系清楚，仅在劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或者赔偿金给付数额、时间、方式上存在争议的劳动合同纠纷；（七）劳务关系清楚，仅在劳务报酬给付数额、时间、方式上存在争议的劳务合同纠纷；（八）物业、电信等服务合同纠纷；（九）其他金钱给付纠纷。

(4) 不适用小额诉讼程序的案件。《民诉解释》第 275 条：（一）人身关系、财产确权纠纷；（二）涉外民事纠纷；（三）知识产权纠纷；（四）需要评估、鉴定或者对诉前评估、鉴定结果有异议的纠纷；（五）其他不适宜适用一审终审的纠纷。

2、小额诉讼程序的告知。《民诉解释》第 276 条：应当向当事人告知该类案件的审判组织、一审终审、审理期限、诉讼费用交纳标准等相关事项。

3、当事人对小额诉讼程序的异议：应当在开庭前提出。人民法院经审查，异议成

立的，适用简易程序的其他规定审理；异议不成立的，告知当事人，并记入笔录。（解释第 281 条）

4、小额诉讼程序的特殊规定

（1）小额诉讼案件的举证期限。《民诉解释》第 277 条规定，小额诉讼案件的举证期限由人民法院确定，也可以由双方协商一致并经人民法院准许，但一般不超过七日。被告要求书面答辩的，人民法院可以在征得其同意的基础上合理确定答辩期，但最长不得超过十五日。当事人到庭后表示不需要举证期限和答辩期间的，人民法院可立即开庭审理。

（2）管辖权异议的裁定一经作出即生效。（解释第 278 条）

（3）小额诉讼程序转为普通程序。《民诉解释》第 280 条规定，因当事人申请增加或者变更诉讼请求、提出反诉、追加当事人等，致使案件不符合小额诉讼案件条件的，应当适用简易程序的其他规定审理。前款规定案件，应当适用普通程序审理的，裁定转为普通程序。适用简易程序的其他规定或者普通程序审理前，双方当事人已确认的事实，可以不再进行举证、质证。

（4）裁判文书的简化。《民诉解释》第 282 条规定，小额诉讼案件的裁判文书可以简化，主要记载当事人基本信息、诉讼请求、裁判主文等内容。

第十五章 第二审程序

第一节 上诉的提起与受理

一、上诉的提起

1、上诉的实质要件：允许上诉的判决与裁定

第一、允许上诉的判决：地方各级人民法院适用普通程序以及基层人民法院及其派出法庭适用简易程序作出的一审判决、发回重审的判决、适用第一审程序作出的再审判决。

第二、允许上诉的裁定：移送管辖裁定、管辖权转移裁定、驳回管辖权异议裁定、不予受理裁定和驳回起诉裁定。

2、上诉的形式要件

- (1) 有上诉权的人应是一审判决中实体权利与义务承受人；
- (2) 双方当事人和第三人都上诉的，均为上诉人；（解释317条）
- (3) 必要共同诉讼人的上诉问题：

《民诉解释》第 319 条规定，必要共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的，按照下列情况处理：

第一，该上诉是对与对方当事人之间权利与义务分担有意见，不涉及其他共同诉讼人利益的，对方当事人为被上诉人，未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明。

第二，该上诉仅对共同诉讼人之间权利与义务分担有意见，不涉及对方当事人利益的，未上诉的同一方当事人为被上诉人，对方当事人依原审诉讼地位列明。

第三，该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利与义务分担有意见的，未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。

【规律】有权上诉并提出上诉的人为上诉人，上诉人对与谁之间的权利分担有意见的，谁为被上诉人，其他当事人依原审诉讼地位列明即可。

上诉期与上诉状

【经典例题】

1. 甲对乙享有 10 万元到期债权，乙无力清偿，且怠于行使对丙的 15 万元债权，甲遂对丙提起代位权诉讼，法院依法追加乙为第三人。一审判决甲胜诉，丙应向甲给付 10 万元。乙、丙均提起上诉，乙请求法院判令丙向其支付剩余 5 万元债务，丙请求法院判令甲对乙的债权不成立。关于二审当事人地位的表述，下列哪一选项是正确的？（2013/3/48）A

- A. 丙是上诉人，甲是被上诉人
- B. 乙、丙是上诉人，甲是被上诉人
- C. 乙是上诉人，甲、丙是被上诉人
- D. 丙是上诉人，甲、乙是被上诉人

2. 甲在某报发表纪实报道，对明星乙和丙的关系作了富有想象力的描述。乙和丙以甲及报社共同侵害了他们的名誉权为由提起诉讼，要求甲及报社赔偿精神损失并公开赔礼道歉。一审判决甲向乙和丙赔偿 1 万元，报社赔偿 3 万元，并责令甲及报社在该报上书面道歉。

报社提起上诉,请求二审法院改判甲和自己各承担 2 万元,以甲的名义在该报上书面道歉。

二审法院如何确定当事人的地位?(2007/3/43) B

- A. 报社是上诉人,甲是被上诉人,乙和丙列为原审原告
- B. 报社是上诉人,甲、乙、丙是被上诉人
- C. 报社是上诉人,乙和丙是被上诉人,甲列为原审被告
- D. 报社和甲是上诉人,乙和丙是被上诉人

二、上诉的受理

提起上诉原则上应通过原审人民法院,也可以直接向上一级人民法院提起上诉。

三、上诉的撤回

1、在上诉期内上诉人撤回上诉后,不得再次上诉;但判决是否生效需取决于其他当事人在上诉期内是否上诉。

2、在上诉期内,所有有权上诉的当事人均提起上诉后,均撤回上诉,法院裁定准许最后一个当事人撤回上诉时,一审裁判生效。

3、在二审审理过程中,上诉人撤回上诉,法院裁定准许后,一审裁判即生效。

【经典例题】甲公司诉乙公司买卖合同纠纷一案,法院判决乙公司败诉并承担违约责任,乙公司不服提起上诉。在二审中,甲公司与乙公司达成和解协议,并约定双方均将提起之诉予以撤回。关于两个公司的撤诉申请,下列哪一说法是正确的?(2016/3/45) A

- A. 应当裁定准许双方当事人的撤诉申请,并裁定撤销一审判决
- B. 应当裁定准许乙公司撤回上诉,不准许甲公司撤回起诉
- C. 不应准许双方撤诉,应依双方和解协议制作调解书
- D. 不应准许双方撤诉,应依双方和解协议制作判决书

第二节 上诉案件的审理

一、审理范围

对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。(民诉法168条)但一审判决违反法律的禁止性规定,或者损害国家利益、社会公共利益、他人利益的除外。(解释第323条)

二、审理方式

- 1、开庭审理审理为原则。

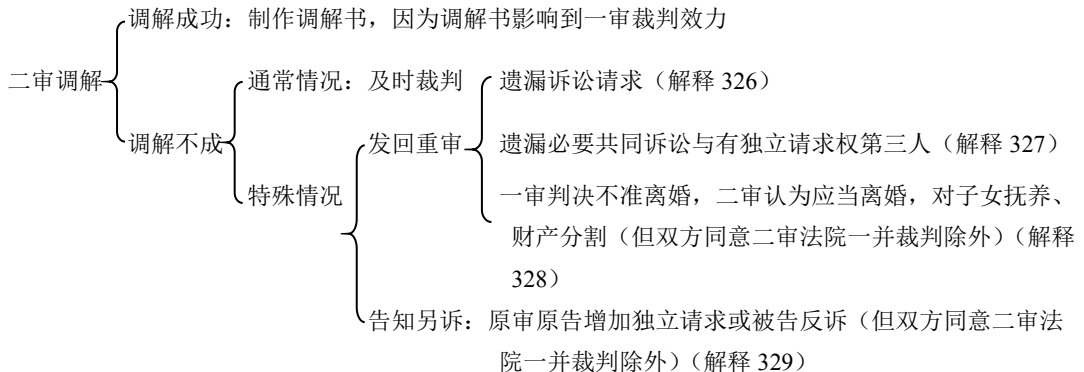
2、不开庭审理为例外：经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，可以不开庭审理。（民诉法第169条）

《民诉解释》第 333 条的规定，第二审人民法院对下列上诉案件，依照民事诉讼法第 169 条规定可以不开庭审理：（一）不服不予受理、管辖权异议和驳回起诉裁定的；（二）当事人提出的上诉请求明显不能成立的；（三）原判决、裁定认定事实清楚，但适用法律错误的；（四）原判决严重违法法定程序，需要发回重审的。

【经典例题】关于民事诉讼二审程序的表述，下列哪些选项是正确的？（2014/3/83）

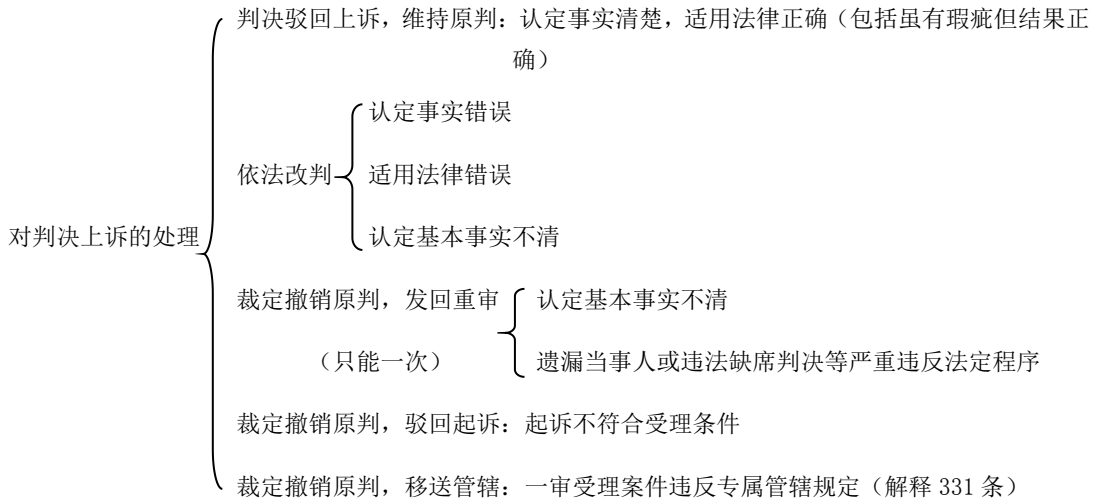
- A. 二审既可能因为当事人上诉而发生，也可能因为检察院的抗诉而发生
- B. 二审既是事实审，又是法律审
- C. 二审调解书应写明撤销原判
- D. 二审原则上应开庭审理，特殊情况下可不开庭审理

一、对上诉案件的调解



第三节 上诉案件的裁判

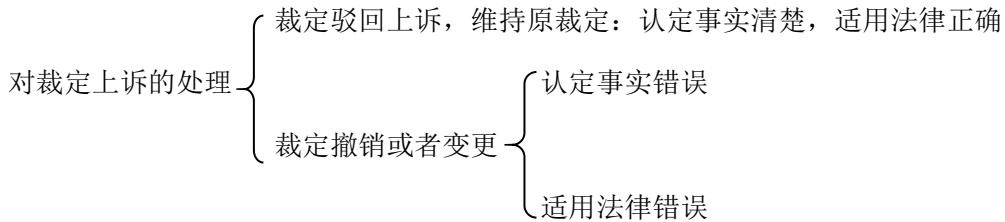
一、对上诉案件的裁判：170 条



【注意】:

1、“基本事实”，是指用以确定当事人主体资格、案件性质、民事权利义务等对原判决、裁定的结果有实质性影响的事实。（解释第 335 条）

2、严重违反法定程序：（1）审判组织的组成不合法的；（2）应当回避的审判人员未回避的；（3）无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼的；（4）违法剥夺当事人辩论权利的。（解释第 325 条）



第十六章 审判监督程序

第一节 基于审判监督权的再审

一、提起再审的程序

（一）提起主体

民诉法198条：院长提交审判委员会决定再审；上级人民法院或者最高人民法院提审或者指令再审

（二）客体：判决、裁定与调解书

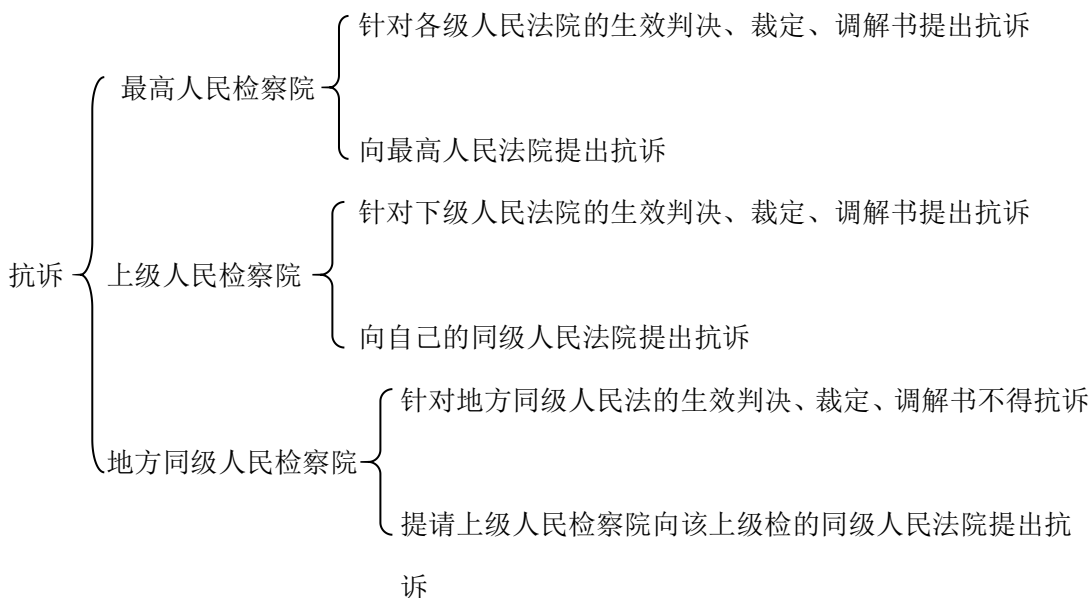
二、重审、提审与再审的比较

概念	审理法院	适用程序	文书效力	当事人权利
重 审	原一审法院	一审普通程序	未生效	可以上诉
提 审	上级人民法院或者 最高人民法院	二审程序	生效	不得上诉
再审（自行再审 与指令再审）	生效文书作出法院	一审案件：一审普通程序	未生效	可以上诉
		二审案件：二审程序	生效	不得上诉

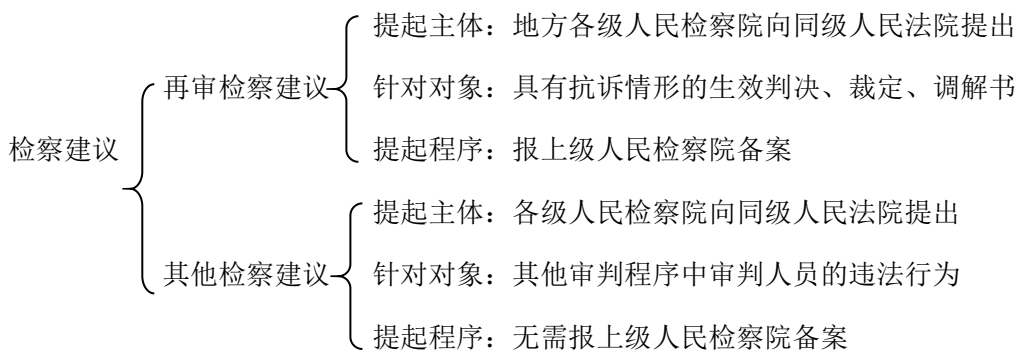
第二节 基于检察监督权的再审

一、抗诉的条件

1、抗诉与检察建议的主体（民诉法第 208 条）



【注意】抗诉情形是民诉法第 200 条，调解书抗诉情形是损害国家利益、社会公共利益



【经典例题】关于检察监督，下列哪一选项是正确的？（2013/3/49）C

- A. 甲县检察院认为乙县法院的生效判决适用法律错误，对其提出检察建议
- B. 丙市检察院就合同纠纷向仲裁委员会提出检察建议，要求重新仲裁
- C. 丁县检察院认为丁县法院某法官在制作除权判决时收受贿赂，向该法院提出检察建议
- D. 戊县检察院认为戊县法院认定某公民为无民事行为能力人的判决存在程序错误，报请上级检察院提起抗诉

2、抗诉的对象：生效的判决、裁定、调解书，但适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序以及解除婚姻关系的判决不得抗诉。

3、抗诉的法定情形：民事诉讼法第200条

（1）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的。《民诉解释》第387条规定：再审申请人提供的新证据，能够证明原判决、裁定认定基本事实或者裁判结果错误的，应当认定为民事诉讼法第200条第一项规定的情形。

（2）原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的。

（3）原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的。

（4）原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的。《民诉解释》第389条：当事人对原判决、裁定认定事实的主要证据在原审中拒绝发表质证意见或者质证中未对证据发表质证意见的，不属于该规定未经质证的情形。

（5）对审理案件需要的主要证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的。

(6) 原判决、裁定适用法律确有错误的。《民诉解释》第 390 条：下列情形之一，导致判决、裁定结果错误的，应当认定为民事诉讼法第 200 条第六项规定的原判决、裁定适用法律确有错误：（一）适用的法律与案件性质明显不符的；（二）确定民事责任明显违背当事人约定或者法律规定的；（三）适用已经失效或者尚未施行的法律的；（四）违反法律溯及力规定的；（五）违反法律适用规则的；（六）明显违背立法原意的。

(7) 审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的。

(8) 无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的。

(9) 违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的。《民诉解释》第 391 条：（一）不允许当事人发表辩论意见的；（二）应当开庭审理而未开庭审理的；（三）违反法律规定送达起诉状副本或者上诉状副本，致使当事人无法行使辩论权利的；（四）违法剥夺当事人辩论权利的其他情形。

(10) 未经传票传唤，缺席判决的。

(11) 原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的。

(12) 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。《民诉解释》393 条：法律文书包括：第一、判决书、裁定书、调解书；第二、仲裁裁决书；第三、具有强制执行效力的公证债权文书。

(13) 审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，人民法院应当再审。《解释》394 条：是指该行为已经相关刑事法律文书或者纪律处分决定确认的情形。

二、申请抗诉或者申请检察建议

第 209 条：有下列情形之一的，当事人可以向人民检察院申请检察建议或者抗诉：（一）人民法院驳回再审申请的；（二）人民法院逾期未对再审申请作出裁定的；（三）再审判决、裁定有明显错误的。人民检察院对当事人的申请应当在三个月内进行审查，作出提出或者不予提出检察建议或者抗诉的决定。当事人不得再次向人民检察院申请检察建议或者抗诉。

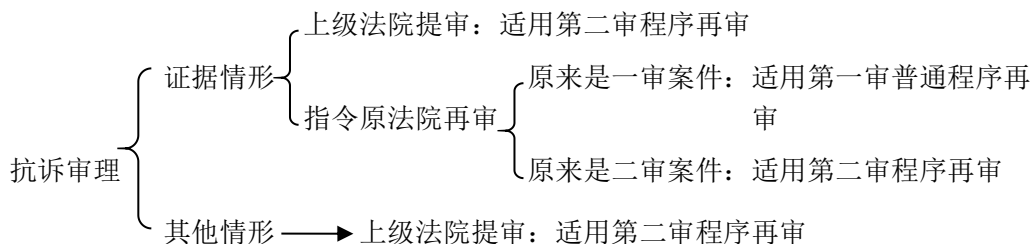
三、对检察建议和抗诉的处理

(一) 对检察建议的处理

《民诉解释》第 419 条： 人民法院收到再审检察建议后，应当组成合议庭，在三个月内进行审查，发现原判决、裁定、调解书确有错误，需要再审的，依照民事诉讼法第 198 条规定裁定再审，并通知当事人；经审查，决定不予再审的，应当书面回复人民检察院。

(二) 对检察院抗诉的处理（民诉法第 211 条）

1、人民检察院提出抗诉的案件，接受抗诉的人民法院不审查抗诉理由是否成立。



【注意】 经下级法院再审的，不得指令再审。

第三节 基于当事人诉权的申请再审

一、申请再审的条件

1、对象是生效的判决、裁定和调解书。

2、主体是当事人及案外人。《民诉解释》第 375 条：当事人死亡或者终止，其权利义务继承人可以申请再审，但是，判决、调解书生效后，当事人将判决、调解书所确定的债权转让，受让人申请再审，人民法院不予受理。 3、法定期间是法律文书发生法律效力后 6 个月内。有本法第 200 条第一项、第三项、第十二项、第十三项规定情形的，自知道或者应当知道之日起 6 个月内提出。（205 条）

4、管辖法院是上一级人民法院；当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，也可以向原审人民法院申请再审。当事人申请再审的，不停止判决、裁定的执行。《解释》第 379 条：当事人分别向原审人民法院和上级人民法院申请再审且不能协商一致的，由原审人民法院受理。（199 条）

5、法定情形：

针对判决裁定情形同检察院抗诉情形

针对调解书（第201条）：调解违反自愿原则或者内容违反法律规定。

6、不予受理申请的情形

《民诉解释》第 383 条：当事人申请再审，有下列情形之一的，人民法院不予受理：

（一）再审申请被驳回后再次提出申请的；（二）对再审判决、裁定提出申请的；（三）在人民检察院对当事人的申请作出不予提出再审检察建议或者抗诉决定后又提出申请的。

二、申请再审的范围

1、对已经发生法律效力解除婚姻关系的判决、调解书，不得申请再审；但就判决、调解书中已涉及财产的分割问题可以申请再审，未涉及的另诉。（解释382条）

2、按照特别督促程序、公示催告程序、破产程序审理的案件不得申请再审。（解释380条）

三、法院对当事人再审申请的审查与处理

（一）再审申请的审查

1、人民法院受理再审申请后，应当组成合议庭围绕再审事由是否成立进行审查。

2、人民法院应当自收到再审申请书之日起三个月内审查。

（二）终结审查

《民诉解释》第 402 条：再审申请审查期间，有下列情形之一的，裁定终结审查：（一）再审申请人死亡或者终止，无权利义务承继者或者权利义务承继者声明放弃再审申请的；

（二）在给付之诉中，负有给付义务的被申请人死亡或者终止，无可供执行的财产，也没有应当承担义务的人的；（三）当事人达成和解协议且已履行完毕的，但当事人在和解协议中声明不放弃申请再审权利的除外；（四）他人未经授权以当事人名义申请再审的；

（五）原审或者上一级人民法院已经裁定再审的。（六）有本解释第 383 条第一款规定情形的。

一、人民法院对申请案件的审理

（一）申请再审案件的审理法院（民诉法第 204 条）

第 204 条第 2 款的规定，因当事人申请裁定再审的案件，由中级人民法院以上的人民法院审理，但当事人依照本法第 199 条的规定选择向基层人民法院申请再审的除外。最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件，由本院再审或者交由其他人民法院再审，也可以交原审人民法院再审。

（二）指令再审

根据《最高人民法院关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定》第 2 条的规定，因当事人申请裁定再审的案件一般应当由裁定再审的人民法院审理。有下列情形之一的，最高人民法院、高级人民法院可以指令原审人民法院再审：（1）依据《民事诉讼法》第 200 条第 4 项、第 5 项或者第 9 项裁定再审的；（2）发生法律效力判决、裁定、调解书是由第一审法院作出的；（3）当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的；（4）经审判委员会讨论决定的其他情形。

但是，该规定第 3 条规定，虽然符合本规定第 2 条可以指令再审的案件，但有下列情形之一的，应当提审：（1）原判决、裁定系经原审人民法院再审审理后作出的；（2）原判决、裁定系经原审人民法院审判委员会讨论作出的；（3）原审审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的；（4）原审人民法院对该案无再审管辖权的；（5）需要同意法律适用或裁量权行使标准的；（6）其他不宜指令原审人民法院再审的情形。

【经典例题】

1. 甲公司诉乙公司合同纠纷案，南山市 S 县法院进行了审理并作出驳回甲公司诉讼请求的判决，甲公司未提出上诉。判决生效后，甲公司因收集到新的证据申请再审。下列哪些选项是正确的？（2009/3/87）BD

- A. 甲公司应当向 S 县法院申请再审
- B. 甲公司应当向南山市中级法院申请再审
- C. 法院应当适用一审程序再审本案
- D. 法院应当适用二审程序再审本案

2. 周某因合同纠纷起诉，甲省乙市的两级法院均驳回其诉讼请求。周某申请再审，但被驳

回。周某又向检察院申请抗诉，检察院以原审主要证据系伪造为由提出抗诉，法院裁定再审。关于启动再审的表述，下列哪些说法是不正确的？（2013/3/81）ABC

- A. 周某只应向甲省高院申请再审
- B. 检察院抗诉后，应当由接受抗诉的法院审查后，作出是否再审的裁定
- C. 法院应当在裁定再审的同时，裁定撤销原判
- D. 法院应当在裁定再审的同时，裁定中止执行

第四节 再审案件的审判程序

一、裁定中止原判决、裁定、调解书的执行

206 条：追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件，可以不中止执行。

二、另行组成合议庭

三、分别适用第一审程序或者第二审程序

四、再审案件的审理范围与审理方式

（一）再审审理范围（解释第 405 条）

1、人民法院审理再审案件应当围绕再审请求进行。损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，应当一并审理。2、当事人的再审请求超出原审诉讼请求的，不予审理；符合另案诉讼条件的，告知当事人可以另行起诉。3、被申请人及原审其他当事人在庭审辩论结束前提出的再审请求，符合民事诉讼法第 205 条规定的，人民法院应当一并审理。

【经典例题】韩某起诉翔鹭公司要求其依约交付电脑，并支付迟延履行违约金 5 万元。经县市两级法院审理，韩某均胜诉。后翔鹭公司以原审适用法律错误为由申请再审，省高院裁定再审后，韩某变更诉讼请求为解除合同，支付迟延履行违约金 10 万元。再审法院最终维持原判。关于再审程序的表述，下列哪些选项是正确的？（2013/3/82）

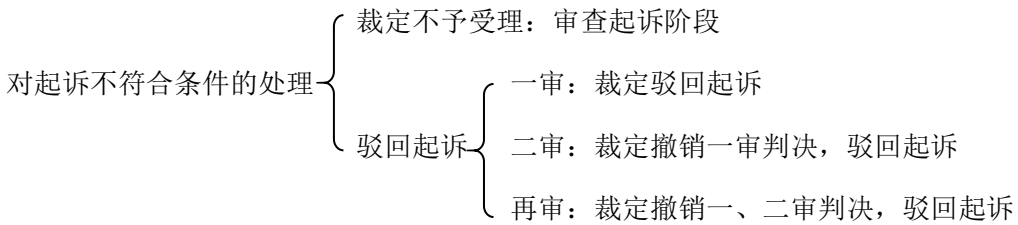
- A. 省高院可以亲自提审，提审应当适用二审程序
- B. 省高院可以指令原审法院再审，原审法院再审时应当适用一审程序
- C. 再审法院对韩某变更后的请求应当不予审查
- D. 对于维持原判的再审裁判，韩某认为有错误的，可以向检察院申请抗诉

（二）审理方式

《民诉解释》第 403 条：人民法院审理再审案件应当组成合议庭开庭审理，但按照第二审程序审理，有特殊情况或者双方当事人已经通过其他方式充分表达意见，且书面同意不开庭审理的除外。符合缺席判决条件的，可以缺席判决。

五、再审案件的处理

（一）驳回起诉的适用（解释408条）



（二）维持原判

《解释》407 条 1 款：人民法院经再审审理认为，原判决、裁定认定事实清楚、适用法律正确的，应予维持；原判决、裁定认定事实、适用法律虽有瑕疵，但裁判结果正确的，应当在再审判决、裁定中纠正瑕疵后予以维持。

（三）依法改判、撤销或者变更

《解释》407 条 2 款：原判决、裁定认定事实、适用法律错误，导致裁判结果错误的，应当依法改判、撤销或者变更。

（四）裁定撤销原判决、发回重审

根据《最高人民法院关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定》第 4 条和第 5 条的规定：第一、人民法院按照第二审程序审理再审案件，发现原判决认定基本事实不清的，一般应当通过庭审认定事实后依法作出判决。但原审人民法院未对基本事实进行过审理，可以裁定撤销原判决、发回重审。第二、人民法院按照第二审程序审理再审案件，发现第一审人民法院有下列严重违法法定程序情形之一的，可以依照民事诉讼法第 170 条第 1 款第 4 项的规定，裁定撤销原判决，发回第一审人民法院重审：（1）原判决遗漏必须参加诉讼的当事人的；（2）无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼，或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理

人的事由，未参加诉讼的；（3）未经合法传唤缺席判决，或者违反法律规定剥夺当事人辩论权利的；（4）审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；（5）原判决、裁定遗漏诉讼请求的。

（五）对小额诉讼判决申请再审：解释第 426 条

1、管辖法院：向原审人民法院申请再审。

2、再审组成合议庭进行审理。

3、处理：（1）以小额诉讼案件的判决、裁定具有再审事由申请再审，作出的判决、裁定，当事人不得上诉；（2）以不应按小额诉讼案件审理为由申请再审，作出的判决、裁定，当事人可以上诉。

【经典例题】

1. 李某诉谭某返还借款一案，M 市 N 区法院按照小额诉讼案件进行审理，判决谭某返还借款。判决生效后，谭某认为借款数额远高于法律规定的小额案件的数额，不应按小额案件审理，遂向法院申请再审。法院经审查，裁定予以再审。关于该案再审程序适用，下列哪些选项是正确的？（2016/3/81）BC

A. 谭某应当向 M 市中级人民法院申请再审

B. 法院应当组成合议庭审理

C. 对作出的再审判决当事人可以上诉

（六）对案外人申请再审案件的处理

1、对必须共同进行诉讼的当事人申请再审的处理（解释第 422 条）

（1）申请事由：因不能归责于本人或者其诉讼代理人未参加诉讼的；

（2）法定期间：可以自知道或者应当知道之日起六个月内申请再审。

（3）处理：按照第一审程序再审的，应当追加其为当事人，作出新的判决、裁定；按照第二审程序再审，经调解不能达成协议的，应当撤销原判决、裁定，发回重审，重审时应追加其为当事人。

2、案外人不服驳回执行异议裁定申请再审的处理（解释第 423 条）

（1）申请事由：认为原判决、裁定、调解书内容错误损害其民事权益。

(2) 法定期间：可以自执行异议裁定送达之日起六个月内。

(3) 法定管辖：向作出原判决、裁定、调解书的人民法院申请再审。

(4) 处理：案外人属于必要的共同诉讼当事人的，处理同必要共同诉讼人申请再审的处理。案外人不是必要的共同诉讼当事人的，人民法院仅审理原判决、裁定、调解书对其民事权益造成损害的内容。经审理，再审请求成立的，撤销或者改变原判决、裁定、调解书；再审请求不成立的，维持原判决、裁定、调解书。

第十七章 特别程序

一、特别程序的特点

1、审判组织：除选民资格案件或者其他重大疑难案件由审判员组成合议庭外，其他案件实行独任制；2、实行一审终审，并且不适用审判监督程序。

二、选民资格案件

1、申诉处理前置；2、起诉人起诉，并且对起诉人无限制；3、审理中的参与者特殊：起诉人、选民资格本人以及选举委员会的代表应参加案件的审理

三、宣告公民失踪或者死亡案件

1、公告是必经程序；

2、法律后果

宣告失踪：被宣告失踪人的财产代管人的当事人资格问题；

宣告死亡：身份关系消灭，但该公民重新出现后，其婚姻关系能否自行恢复完全取决于其配偶是否再婚。

四、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件

1、鉴定是必经程序；

2、确定代理人：近亲属之中，申请人之外

五、认定财产无主案件（2012/三/84）

发布认领财产的公告，公告期为一年

六、确认调解协议案件

（一）申请条件

1、双方当事人依照人民调解法等法律，共同以书面或者口头方式提出申请。口头申请，人民法院应当记入笔录，并由当事人签名、捺印或者盖章。

2、管辖：调解组织所在地基层人民法院。

3、法定期间：自调解协议生效之日起三十日内。

（二）人民法院对申请的审查及处理

1、裁定不予受理。

《民诉解释》第 357 条：（一）不属于人民法院受理范围的；（二）不属于收到申请的人民法院管辖的；（三）申请确认婚姻关系、亲子关系、收养关系等身份关系无效、有效或者解除的；（四）涉及适用其他特别程序、公示催告程序、破产程序审理的；（五）调解协议内容涉及物权、知识产权确权的。人民法院受理申请后，发现有上述不予受理情形的，应当裁定驳回当事人的申请。

2、裁定驳回申请。《民诉解释》第 360 条：（一）违反法律强制性规定的；（二）损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的；（三）违背公序良俗的；（四）违反自愿原则的；（五）内容不明确的；（六）其他不能进行司法确认的情形。

（三）对申请案件的处理（民事诉讼法第 195 条）

1、裁定调解协议有效，当事人可以依据裁定申请执行；

2、裁定驳回申请，当事人可以通过调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议，也可以向人民法院提起诉讼。

【经典例题】甲区 A 公司将位于丙市价值 5000 万元的写字楼转让给乙区的 B 公司。后双方发生争议，经丁区人民调解委员会调解达成协议：B 公司在 1 个月内支付购房款。双方又对该协议申请法院作出了司法确认裁定。关于本案及司法确认的表述，下列哪些选项是不正确的？（2013/3/83）ABCD

- A. 应由丙市中级人民法院管辖
- B. 可由乙区法院管辖
- C. 应由一名审判员组成合议庭，开庭审理司法确认申请
- D. 本案的调解协议和司法确认裁定，均具有既判力

七、实现担保物权案件

（一）申请条件

1、申请主体：担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人依据物权法等法律申请。《民诉解释》第 361 条：担保物权人，包括抵押权人、质权人、留置权人；其他有权请求实现担保物权的人，包括抵押人、出质人、财产被留置的债务人或者所有权人等。

2、管辖：担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院。《民诉解释》第 362 条：实现票据、仓单、提单等有权利凭证的权利质权案件，可以由权利凭证持有人住所地人民法院管辖；无权利凭证的权利质权，由出质登记地人民法院管辖。解释第 363 条：实现担保物权案件属于海事法院等专门人民法院管辖的，由专门人民法院管辖。解释第 364 条：同一债权的担保物有多个且所在地不同，申请人分别向有管辖权的人民法院申请实现担保物权的，人民法院应当依法受理。

（二）人民法院对申请实现担保物权的受理

1、对同一债权既有人保也有物保的处理：当事人对实现担保物权的顺序有约定，实现担保物权的申请违反该约定的，人民法院裁定不予受理；没有约定或者约定不明的，人民法院应当受理。（解释第 365 条）

2、对同一财产上设有多个担保物权的处理：同一财产上设立多个担保物权，登记在先的担保物权尚未实现的，不影响后顺位的担保物权人向人民法院申请实现担保物权。（解释第 366 条）

（三）人民法院对申请实现担保物权案件的审查

《民诉解释》第 371 条规定，人民法院应当就主合同的效力、期限、履行情况，担保物权是否有效设立、担保财产的范围、被担保的债权范围、被担保的债权是否已届清偿期等担保物权实现的条件，以及是否损害他人合法权益等内容进行审查。被申请人或者利害关系人提出异议的，人民法院应当一并审查。

（四）人民法院对案件的处理：解释第 372 条

1、当事人对实现担保物权无实质性争议且实现担保物权条件成就的，裁定准许拍卖、变卖担保财产；2、当事人对实现担保物权有部分实质性争议的，可以就无争议部分裁定

准许拍卖、变卖担保财产；3、当事人对实现担保物权有实质性争议的，裁定驳回申请，并告知申请人向人民法院提起诉讼。当事人可以依据准许拍卖、变卖担保财产的裁定向人民法院申请执行。

【经典例题】为甲公司提供抵押担保。贷款到期后甲公司无力归还，银行向法院申请适用特别程序实现对别墅的抵押权。关于本案的分析，下列哪一选项是正确的？（2014/3/44）

- A. 由于本案标的金额巨大，且具有涉外因素，银行应向 W 市中院提交书面申请
- B. 本案的被申请人只应是债务人甲公司
- C. 如果法院经过审查，作出拍卖裁定，可直接移交执行庭进行拍卖
- D. 如果法院经过审查，驳回银行申请，银行可就该抵押权益向法院起诉

第十八章 督促程序

一、支付令的申请

- 1、债权人请求给付的只能是金钱或者有价证券（民事诉讼法第214条）
- 2、债务人在我国境内且未下落不明。（解释429条）
- 3、支付令能够送达债务人，支付令可以适用留置送达。
- 4、**债权人未向人民法院申请诉前保全。**

二、支付令的法律效力

支付令自制作发出，即产生督促效力；但是强制执行力需债务人在收到支付令之日起15日内不提出异议时才能产生。

三、对支付令的异议

- 1、异议需在15日内以书面形式提出，口头异议无效（民事诉讼法第216条）
- 2、债务人针对债务是否存在以及债务数额大小的不同意见，构成异议。
- 3、**债务人对债务本身没有异议，只是提出缺乏清偿能力、延缓债务清偿期限、变更债务清偿方式等异议的，不影响支付令的效力。（解释 438 条）**
- 4、**债权人基于同一债权债务关系，在同一支付令申请中向债务人提出多项支付请求，债务人仅就其中一项或者几项请求提出异议的，不影响其他各项请求的效力。（解释 434 条）**

5、债权人基于同一债权债务关系，就可分之债向多个债务人提出支付请求，多个债务人中的一人或者几人提出异议的，不影响其他请求的效力。（解释 444 条）

6、对设有担保的债务的主债务人发出的支付令，对担保人没有拘束力。债权人就担保关系单独提起诉讼的，支付令自人民法院受理案件之日起失效。（解释 445 条）

7、债务人不在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。

四、异议的法律后果：民诉法第 217 条（2013/3/84）

1、人民法院对债务人的书面异议仅做形式审查，不做异议理由的实质审查。

2、异议成立的，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效，转入诉讼程序，但申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的除外。《民诉解释》第 440 条：支付令失效后，申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的，应当自收到终结督促程序裁定之日起七日内向受理申请的人民法院提出。申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的，不影响其向其他有管辖权的人民法院提起诉讼。

【经典例题】

1.甲向乙借款 20 万元，丙是甲的担保人，现已到偿还期限，经多次催讨未果，乙向法院申请支付令。法院受理并审查后，向甲送达支付令。甲在法定期间未提出异议，但以借款不成立为由向另一法院提起诉讼。关于本案，下列哪一说法是正确的？（2015/3/47） C

- A. 甲向另一法院提起诉讼，视为对支付令提出异议
- B. 甲向另一法院提起诉讼，法院应裁定终结督促程序
- C. 甲在法定期间未提出书面异议，不影响支付令效力
- D. 法院发出的支付令，对丙具有拘束力

2.单某将八成新手机以 4000 元的价格卖给卢某，双方约定：手机交付卢某，卢某先付款 1000 元，待试用一周没有问题后再付 3000 元。但试用期满卢某并未按约定支付余款，多次催款无果后单某向 M 法院申请支付令。M 法院经审查后向卢某发出支付令，但卢某拒绝签收，法院采取了留置送达。20 天后，卢某向 N 法院起诉，以手机有质量问题要求解除

与单某的买卖合同，并要求单某退还 1000 元付款。根据本案，下列哪些选项是正确的？

(2016/3/82) AB

- A. 卢某拒绝签收支付令，M 法院采取留置送达是正确的
- B. 单某可以依支付令向法院申请强制执行
- C. 因卢某向 N 法院提起了诉讼，支付令当然失效
- D. 因卢某向 N 法院提起了诉讼，M 法院应当裁定终结督促程序

第十九章 公示催告程序

一、申请公示催告的条件

218条：申请人是可以背书转让的票据或者其他事项被盗、遗失或者灭失前的最后持有人。

二、公示催告案件的审理程序

1、第219条：受理案件的同时发出停止支付的通知，3日内发出公示催告公告

2、申报权利的期间为无效判决作出之前。

3、无效判决：申请人应在公示催告期间届满后1个月内申请作出，未提出申请的，人民法院裁定终结公示催告程序

4、审判组织：审理案件，可由审判员一人独任审理；判决宣告票据无效，应当组成合议庭审理

三、对利害关系人的救济

民诉法 223 条：利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的，自知道或者应当知道判决公告之日起一年内，可以向作出判决的人民法院起诉。

《民诉解释》第 460 条： 民事诉讼法第 223 条规定的正当理由，包括：（一）因发生意外事件或者不可抗力致使利害关系人无法知道公告事实的；（二）利害关系人因被限制人身自由而无法知道公告事实，或者虽然知道公告事实，但无法自己或者委托他人代为申报权利的；（三）不属于法定申请公示催告情形的；（四）未予公告或者未按法定方式公告的；（五）其他导致利害关系人在判决作出前未能向人民法院申报权利的客观事由。

【经典例题】

1. 大界公司就其遗失的一张汇票向法院申请公示催告，法院经审查受理案件并发布公告。在公告期间，盘堂公司持被公示催告的汇票向法院申报权利。对于盘堂公司的权利申报，法院实施的下列哪些行为是正确的？（2016/3/83）AC

- A. 应当通知大界公司到法院查看盘堂公司提交的汇票
- B. 若盘堂公司出具的汇票与大界公司申请公示催告的汇票一致，则应当开庭审理
- C. 若盘堂公司出具的汇票与大界公司申请公示催告的汇票不一致，则应当驳回盘堂公司的申请
- D. 应当责令盘堂公司提供证明其对出示的汇票享有所有权的证据

2. 甲公司财务室被盗，遗失金额为 80 万元的汇票一张。甲公司向法院申请公示催告，法院受理后即通知支付人 A 银行停止支付，并发出公告，催促利害关系人申报权利。在公示催告期间，甲公司按原计划与材料供应商乙企业签订购货合同，将该汇票权利转让给乙企业作为付款。公告期满，无人申报，法院即组成合议庭作出判决，宣告该汇票无效。关于本案，下列哪些说法是正确的？（2015/3/85）AD

- A. A 银行应当停止支付，直至公示催告程序终结
- B. 甲公司将该汇票权利转让给乙企业的行为有效
- C. 甲公司若未提出申请，法院可以作出宣告该汇票无效的判决
- D. 法院若判决宣告汇票无效，应当组成合议庭

第二十章 民事裁判

一、民事判决

民事判决用于解决实体性问题，注意两点：第一、原判决就实体问题存在遗漏，可以直接作出补充判决，该补充判决与原判决形成同一份完整的判决；第二、对于原判决中错误判决的内容，只能借助于法定程序予以纠正。

二、民事裁定

民事裁定用于解决程序性问题。

三、民事决定

民事决定用于解决一些特殊事项。

第二十一章 执行程序

一、执行的原则

注意：执行以生效法律文书为依据原则以及执行标的有限原则，即执行只能针对被执行人的行为和财产，而不得针对被执行人的人身。

二、执行的一般规定

（一）执行管辖

民事诉讼法224条：人民法院制作的生效判决书、裁定书、调解书由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。

仲裁裁决由被执行人住所地或者被执行财产所在地中级人民法院执行。

（二）执行异议

1、当事人、利害关系人对执行行为的异议

民事诉讼法第 225 条：当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

（1）《最高人民法院关于热门法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第 5 条规定：有下列情形之一的，当事人以外的公民、法人和其他组织，可以作为利害关系人提出执行行为异议：第一、认为人民法院的执行行为违法，妨碍其轮候查封、扣押、冻结的债权受偿的；第二、认为人民法院的拍卖措施违法，妨碍其参与公平竞价的；第三、认为人民法院的拍卖、变卖或者以物抵债措施违法，侵害其对执行标的的优先购买权的；第四、认为人民法院要求协助执行的事项超出其协助范围或者违法法律规定的；第五、认为其他合法权益受到人民法院违法执行行为侵害的。

（2）该司法解释第 7 条规定，当事人、利害关系人认为执行过程中或者执行保全、先予执行裁定过程中的下列行为违法提出异议的，人民法院应当依照民事诉讼法第 225 条规定进行审查：第一、查封、扣押、冻结、拍卖、变卖、以物抵债、暂缓执行、中止执

行、终结执行等执行措施；第二、执行的期间、顺序等应当遵守的法定程序；第三、人民法院作出的侵害当事人、利害关系人合法权益的其他行为。

(3) 被执行人以债权消灭、丧失强制执行效力等执行依据生效之后的实体事由提出排除执行异议的，人民法院应当参照民事诉讼法第 225 条规定进行审查。

(4) 对当事人、利害关系人的救济

第一、当事人、利害关系人对执行异议裁定不服的，可以自裁定送达之日起 10 日内向上一级人民法院申请复议，应当采取书面形式。

第二、上一级人民法院对当事人、利害关系人的复议申请，应当组成合议庭进行审查。

第三、执行异议审查和复议期间，不停止执行。

【经典例题】对于甲和乙的借款纠纷，法院判决乙应归还甲借款。进入执行程序后，由于乙无现金，法院扣押了乙住所处的一架钢琴准备拍卖。乙提出钢琴是其父亲的遗物，申请用一台价值与钢琴相当的相机替换钢琴。法院认为相机不足以抵偿乙的债务，未予同意。乙认为扣押行为错误，提出异议。法院经过审查，驳回该异议。关于乙的救济渠道，下列哪一表述是正确的？（2014/3/49）B

- A. 向执行法院申请复议
- B. 向执行法院的上一级法院申请复议
- C. 向执行法院提起异议之诉
- D. 向原审法院申请再审

2、案外人对执行标的的异议

民诉法第 227 条：执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。

比较内容	案外人异议之诉	申请人异议之诉
管辖	执行法院（解释 304）	执行法院（解释 304）
起诉条件	（一）案外人的执行异议申请已经被人民	（一）依案外人执行异议申请，人民法院裁定

	法院裁定驳回；（二）有明确的排除对执行标的执行的诉讼请求，且诉讼请求与原判决、裁定无关；（三）自执行异议裁定送达之日起十五日内提起。（解释 305）	中止执行；（二）有明确的对执行标的继续执行的诉讼请求，且诉讼请求与原判决、裁定无关；（三）自执行异议裁定送达之日起十五日内提起。（解释 306）
立案时间	收到起诉状之日起十五日内决定是否立案	收到起诉状之日起十五日内决定是否立案
当事人	申请执行人为被告。被执行人反对案外人异议的，被执行人为共同被告；被执行人不反对案外人异议的，可以列被执行人为第三人（解释 307）	案外人为被告。被执行人反对申请执行人主张的，以案外人和被执行人为共同被告；被执行人不反对申请执行人主张的，可以列被执行人为第三人（解释 308）
审理程序	普通程序	普通程序
举证责任分配	案外人应当就其对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益承担举证证明责任（解释 311）	案外人应当就其对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益承担举证证明责任（解释 311）
法院处理	（一）案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的，判决不得执行该执行标的；（二）案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的，判决驳回诉讼请求。案外人同时提出确认其权利的诉讼请求的，人民法院可以在判决中一并作出裁判（解释 312）	（一）案外人就执行标的的不享有足以排除强制执行的民事权益的，判决准许执行该执行标的；（二）案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的，判决驳回诉讼请求（解释 313）

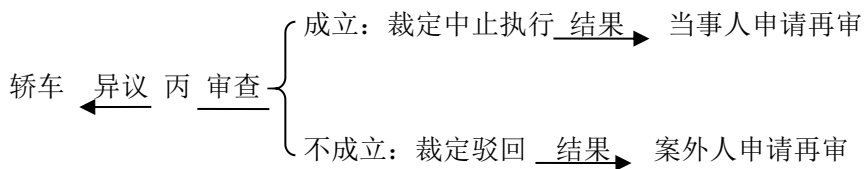
【注】1、法院对被执行人提出异议之诉的处理。《民诉解释》第 309 条：申请执行人对中止执行裁定未提起执行异议之诉，被执行人提起执行异议之诉的，人民法院告知其另行起诉。

2、案外人异议之诉与原执行程序的关系。根据《民诉解释》第 315 条的规定，案外人执行异议之诉审理期间，人民法院不得对执行标的的进行处分。申请执行人请求人民法

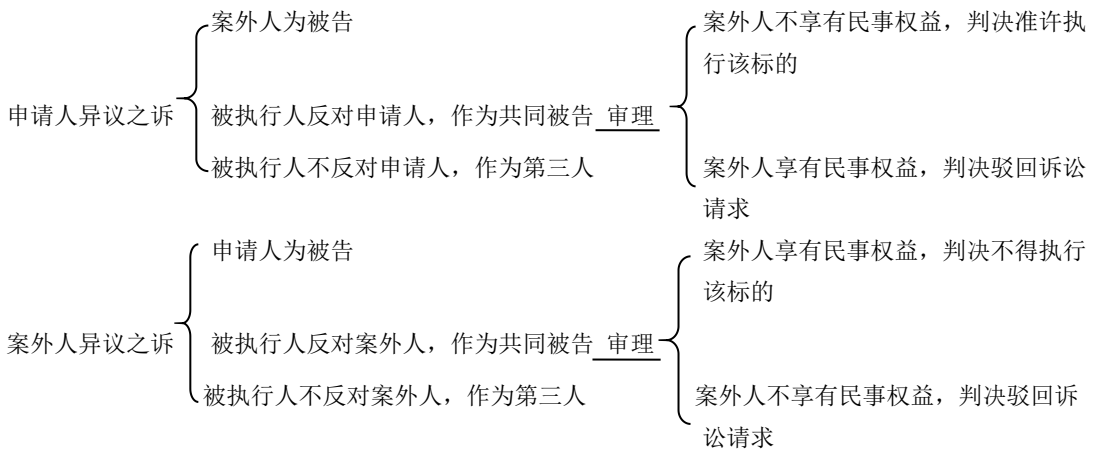
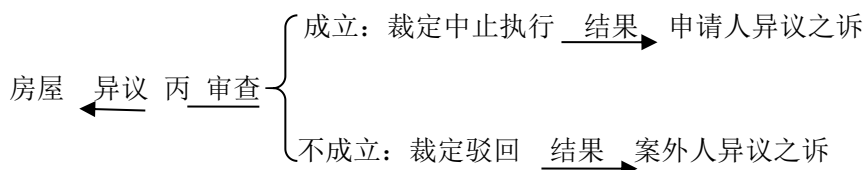
院继续执行并提供相应担保的，人民法院可以准许。被执行人与案外人恶意串通，通过执行异议、执行异议之诉妨害执行的，人民法院应当依照民事诉讼法第 113 条规定处理。申请执行人因此受到损害的，可以提起诉讼要求被执行人、案外人赔偿。

例如：甲与乙争议一辆价值 80 万元的轿车，经法院审理判决该轿车归甲所有，并责令乙将该轿车交付于甲。判决生效后，乙拒绝交付。

1、甲申请执行该轿车，丙提出异议，认为该轿车是自己的。



2、因轿车无法执行，甲申请执行乙的房屋，丙提出异议，认为房屋是自己的。



【经典例题】

1. 关于执行行为异议与案外人对诉讼标的异议的比较，下列哪一选项是错误的？

【2011/3/47】D

- A. 异议都是在执行过程中提出
- B. 异议都应当向执行法院提出
- C. 申请异议当事人有部分相同

D. 申请异议人对法院针对异议所作裁定不服，可采取的救济手段相同

（二）执行和解

1、适用：可以和解，不可以调解。

2、和解协议内容：可以变更生效法律文书确定的履行义务主体、标的物及其数额、履行期限和履行方式。

3、和解协议形式：一般应当采取书面形式，达成口头协议，执行人员应将和解协议的内容记入笔录，并由双方当事人签名或者盖章。

4、法律效力：和解协议自觉履行完毕产生终结执行程序的效力。申请人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议，或者当事人不履行和解协议，人民法院可以根据当事人的申请，恢复对原生效法律文书的执行。**《解释》第 468 条：申请恢复执行原生效法律文书，适用民事诉讼法第 239 条申请执行期间的规定。申请执行期间因达成执行中的和解协议而中断，其期间自和解协议约定履行期限的最后一日起重新计算。**

【经典例题】甲诉乙返还 10 万元借款。胜诉后进入执行程序，乙表示自己没有现金，只有一枚祖传玉石可抵债。法院经过调解，说服甲接受玉石抵债，双方达成和解协议并当即交付了玉石。后甲发现此玉石为赝品，价值不足千元，遂申请法院恢复执行。关于执行和解，下列哪些说法是正确的？（2014/3/85）1AD

- A. 法院不应在执行中劝说甲接受玉石抵债
- B. 由于和解协议已经即时履行，法院无须再将和解协议记入笔录
- C. 由于和解协议已经即时履行，法院可裁定执行中止
- D. 法院应恢复执行

（四）委托执行

受托法院在执行中，认为需要变更被执行人的，应当将有关情况函告委托法院，由委托法院依法决定是否作出变更被执行人的裁定。受托法院认为受托执行的案件应当中止、终结执行的，应当提供有关证据材料，函告委托法院作出裁定。受托法院提供的证据材料确实、充分的，委托法院应当及时作出中止或终结执行的裁定。

（五）执行担保

执行担保可以由被执行人向人民法院提供财产作为担保，也可以由第三人作担保。执行担保期满后，被执行人仍不履行的，人民法院可以直接执行担保财产或者担保人的财产，但执行担保人的财产应当以担保人应当履行义务的部分为限。

三、执行开始

（一）申请执行

1、申请执行期

民事诉讼法第 239 条：申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。

前款规定的期间，从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算；法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。

（二）移送执行：

执行规定19条：追索赡养费、抚养费、抚育费的案件；民事制裁决定书、刑事附带民事判决书、裁定书。

四、执行措施

（一）被执行人报告财产状况（民诉法241条）

1、报告期间：报告当前以及收到执行通知之日前一年的财产情况。

2、拒绝报告或者虚假报告的法律后果：根据情节轻重对被执行人或者其法定代表人、有关单位的主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留。

（二）对金钱债权的执行措施

1、查询、冻结、划拨被执行人的存款

2、扣留、提取被执行人的收入

3、查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人的财产

（1）查封、扣押、冻结财产的规定

第一、可以查封、扣押、冻结财产的范围

《查封、扣押、冻结财产规定》第 2 条规定：“人民法院可以查封、扣押、冻结被执行人占有的动产、登记在被执行人名下的不动产、特定动产及其他财产权。未登记的建筑物和土地使用权，依据土地使用权的审批文件和其他相关证据确定权属。对于第三人占有的动产或者登记在第三人名下的不动产、特定动产及其他财产权，第三人书面确认该财产属于被执行人的，人民法院可以查封、扣押、冻结。”

可见，可以查封、扣押、冻结的财产应当是实质上属于被执行人本人的财产。

第二、不可以查封、扣押、冻结财产的范围

《查封、扣押、冻结财产规定》第 5 条规定：“人民法院对被执行人下列的财产不得查封、扣押、冻结：（一）被执行人及其所扶养家属生活所必需的衣服、家具、炊具、餐具及其他家庭生活必需的物品；（二）被执行人及其所扶养家属必需的生活费用，当地有最低生活保障标准的，必需的生活费用依照该标准确定；（三）被执行人及其所扶养家属完成义务教育所必需的物品；（四）未公开的发明或者未发表的著作；（五）被执行人及其所扶养家属用于身体缺陷所必需的辅助工具、医疗物品；（六）被执行人所得的勋章及其他荣誉表彰的物品；（七）根据《中华人民共和国缔结条约程序法》，以中华人民共和国、中华人民共和国政府或者中华人民共和国政府部门名义同外国、国际组织缔结的条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件中规定免于查封、扣押、冻结的财产；（八）法律或者司法解释规定的其他不得查封、扣押、冻结的财产。”

第三、财产的保管顺序：人民法院保管（不能使用）——> 被执行人保管（不影响财产价值可以使用）——> 第三人或者申请执行人保管（不能使用）

第四、查封、扣押的效力：第 22 条的规定：查封、扣押的效力及于查封、扣押物的从物和天然孳息。第 23 条规定：查封地上建筑物和土地使用权的效力上下及于，但土地使用权与地上建筑物的所有权分属被执行人与他人的除外。

第五、轮侯查封、扣押与冻结：第 28 条规定：对已被人民法院查封、扣押、冻结的财产，其他人民法院可以进行轮侯查封、扣押、冻结。查封、扣押、冻结解除的，登记在先的轮侯查封、扣押、冻结即自动生效。

第六、查封、扣押、冻结的期限：《解释》487 条：人民法院冻结被执行人的银行存款的期限不得超过一年，查封、扣押动产的期限不得超过两年，查封不动产、冻结其他财产权的期限不得超过三年。申请执行人申请延长期限的，人民法院应当在查封、扣押、冻结期限届满前办理续行查封、扣押、冻结手续，续行期限不得超过前款规定的期限。

人民法院也可以依职权办理续行查封、扣押、冻结手续。

（2）拍卖、变卖财产的规定

第一、拍卖方式：可以由人民法院自行组织拍卖，也可以交由具备相应资质的拍卖机构拍卖（法院对拍卖活动进行监督）。（解释 488）

第二、变卖方式：可以交有关单位变卖，也可以由人民法院直接变卖。对变卖的财产，人民法院或者其工作人员不得买受。（解释 490）

第三、抵偿债务。《民诉解释》第 491 条：经申请执行人和被执行人同意，且不损害其他债权人合法权益和社会公共利益的，人民法院可以不经拍卖、变卖，直接将被执行人的财产作价交申请执行人抵偿债务。对剩余债务，被执行人应当继续清偿。

第四、标的物所有权转移。其一、拍卖物所有权自拍卖成交裁定送达买受人时转移；其二、以物抵债的，标的物所有权自抵债裁定送达接受抵债物的债权人时转移。（解释第 493 条）

第五、拍卖优先于变卖：民事诉讼法第 247 条：被执行人逾期不履行的，人民法院应当拍卖被查封、扣押的财产；不适于拍卖或者当事人双方同意不进行拍卖的，人民法院可以委托有关单位变卖或者自行变卖。国家禁止自由买卖的物品，交有关单位按照国家规定的价格收购。

4、搜查

（三）对交付财产和完成行为的执行

【注意】拒不履行赔礼道歉等行为的执行：可以采取公告、登报等方式，将判决的主要内容和有关情况公布于众，费用由被执行人负担，并可依照《民事诉讼法》第 111 条第 6 项的规定，视为妨害民事诉讼。

（四）强制被执行人迁出房屋或者退出土地

(五) 办理财产权证照转移手续

(六) 支付迟延履行期间的债务利息和迟延履行金

1、对于金钱债务：加倍支付迟延履行期间的债务利息；

2、非金钱债务，应当支付迟延履行金。《解释》506 条：**已经造成损失的，双倍补偿申请执行人已经受到的损失；没有造成损失的，迟延履行金可以由人民法院根据具体案件情况决定。**

【经典例题】

1. 田某拒不履行法院令其迁出钟某房屋的判决，因钟某已与他人签订租房合同，房屋无法交给承租人，使钟某遭受损失，钟某无奈之下向法院申请强制执行。法院受理后，责令田某 15 日内迁出房屋，但田某仍拒不履行。关于法院对田某可以采取的强制执行措施，下列哪些选项是正确的？（2016/3/84）AC

A. 罚款

B. 责令田某向钟某赔礼道歉

C. 责令田某双倍补偿钟某所受到的损失

D. 责令田某加倍支付以钟某所受损失为基数的同期银行利息

(七) 其他特殊执行措施

1、对被执行人到期债权的执行

(1) 申请：申请人申请或者被执行人申请。

(2) 异议形式：一般书面形式提出，口头提出的，执行人员应记入笔录，并由第三人签字或者盖章。

(3) 提出异议的后果：不得对第三人强制执行，对第三人提出的异议不进行审查。

(4) 部分异议的处理：第三人部分提出异议的，对于未提出异议的部分，可以执行；对其提出异议的部分，人民法院不审查并不得执行。

(5) 擅自履行的法律后果。第三人擅自向被执行人履行，造成已向被执行人履行的财产不能追回的，第三人除在已履行的财产范围内与被执行人承担连带清偿责任外，可以追究其妨害执行的责任。

2、参与分配

(1) 条件（解释 508）

第一、被执行人为公民或者其他组织；第二、在执行程序开始后结束前提出；第三、多个已经取得执行依据的债权人，对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保物权的债权人，可以直接申请参与分配，主张优先受偿权；第四、被执行人的财产不能清偿所有债权的。

(2) 分配方案

《民诉解释》第 510 条：参与分配执行中，执行所得价款扣除执行费用，并清偿应当优先受偿的债权后，对于普通债权，原则上按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿。清偿后的剩余债务，被执行人应当继续清偿。债权人发现被执行人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行。

3、执行威慑措施

259 条：被执行人不履行法律文书确定的义务的，人民法院可以对其采取或者通知有关单位协助采取限制出境，在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息以及法律规定的其他措施。

(1) 限制出境

第一、适用：申请执行人提出书面申请；必要时，执行法院可以依职权决定。

第二、限制出境的对象：被执行人为单位的，可以对其法定代表人、主要负责人或者影响债务履行的直接责任人员限制出境。被执行人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，可以对其法定代理人限制出境。

第三、限制出境措施的解除：A、被执行人履行法律文书确定的全部债务的；B、被执行人提供充分、有效的担保或者申请执行人同意的。

(2) 其他措施

依照民事诉讼法第 259 条的规定，执行法院可以依职权或者依申请执行人的申请，将被执行人不履行法律文书确定义务的信息，通过报纸、广播、电视、互联网等媒体公布。媒体公布的有关费用，由被执行人负担；申请执行人申请在媒体公布的，应当垫付有关费

用。

(3) 失信被执行人名单。《解释》第 518 条：被执行人不履行法律文书确定的义务的，人民法院除对被执行人予以处罚外，还可以根据情节将其纳入失信被执行人名单，将被执行人不履行义务或者不完全履行义务的信息向其所在单位、征信机构以及其他相关机构通报。

4、限制高消费

2015 年 7 月 6 日最高人民法院审判委员会第 1657 次会议通过了《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定〉的决定》修正，该修正自 2015 年 7 月 22 日起施行。关于限制高消费措施应注意以下几点：

(1) 限制高消费的类型及例外。

根据该解释第 3 条规定，被执行人为自然人的，被采取限制消费措施后，不得有以下高消费及非生活和工作必需的消费行为：（一）乘坐交通工具时，选择飞机、列车软卧、轮船二等以上舱位；（二）在星级以上宾馆、酒店、夜总会、高尔夫球场等场所进行高消费；（三）购买不动产或者新建、扩建、高档装修房屋；（四）租赁高档写字楼、宾馆、公寓等场所办公；（五）购买非经营必需车辆；（六）旅游、度假；（七）子女就读高收费私立学校；（八）支付高额保费购买保险理财产品；（九）乘坐 G 字头动车组列车全部座位、其他动车组列车一等以上座位等其他非生活和工作必需的消费行为。

被执行人为单位的，被采取限制消费措施后，被执行人及其法定代表人、主要负责人、影响债务履行的直接责任人员、实际控制人不得实施前款规定的行为。因私消费以个人财产实施前款规定行为的，可以向执行法院提出申请。执行法院审查属实的，应予准许。

根据该司法解释第 8 条规定，被限制消费的被执行人因生活或者经营必需而进行本规定禁止的消费活动的，应当向人民法院提出申请，获批准后方可进行。

(2) 限制高消费的适用

限制消费措施一般由申请执行人提出书面申请，经人民法院审查决定；必要时人民法院可以依职权决定。

(4) 限制高消费令的解除。

在限制消费期间，被执行人提供确实有效的担保或者经申请执行人同意的，人民法院可以解除限制消费令；被执行人履行完毕生效法律文书确定的义务的，人民法院应当在本规定第六条通知或者公告的范围内及时以通知或者公告解除限制消费令。

四、执行中止与执行终结（256条与257条）

（一）执行中止：256条

（1）申请人表示可以延期执行的，这体现了当事人对其权利的处分。（2）案外人对执行标的提出确有理由的异议的。（3）作为一方当事人的公民死亡，需要等待继承人继承权利或者承担义务的。（4）作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的。（5）人民法院认为应当中止执行的其他情形。

【经典例题】

1、何某依法院生效判决向法院申请执行甲的财产，在执行过程中，甲突发疾病猝死。法院询问甲的继承人是否继承遗产，甲的继承人乙表示继承，其他继承人均表示放弃继承。关于该案的执行程序，下列哪一选项是正确的？（2016/3/49）C

- A. 应裁定延期执行
- B. 应直接执行被执行人甲的遗产
- C. 应裁定变更乙为被执行人
- D. 应裁定变更甲的全部继承人为被执行人

（二）执行终结

第 257 条：（1）申请人撤销申请的。（2）据以执行的法律文书被撤销的。（3）作为被执行人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的。（4）追索赡养费、抚养费、抚育费案件的权利人死亡的。（5）作为被执行人的公民因生活困难无力偿还借款，无收入来源，又丧失劳动能力的。（6）人民法院认为应当终结执行的其他情形。

第二十二章 涉外民事诉讼程序

一、涉外民事诉讼程序的一般原则

1、有限司法豁免原则；2、中国律师代理诉讼（263条）；3、中国语言（262条）

二、涉外管辖

1、牵连管辖：（民诉法第265条）

(1) 适用案件：合同纠纷或者其他财产权益纠纷；

(2) 前提：对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼。

(3) 管辖法院：合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

2、专属管辖：（民诉法第266条）因在中华人民共和国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发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。

3、协议管辖的特殊规定。《民诉解释》第 531 条：涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。属于中华人民共和国法院专属管辖的案件，当事人不得协议选择外国法院管辖，但协议选择仲裁的除外。

4、不方便法院原则。《民诉解释》第 532 条：涉外民事案件同时符合下列情形的，人民法院可以裁定驳回原告的起诉，告知其向更方便的外国法院提起诉讼：（一）被告提出案件应由更方便外国法院管辖的请求，或者提出管辖异议；（二）当事人之间不存在选择中华人民共和国法院管辖的协议；（三）案件不属于中华人民共和国法院专属管辖；（四）案件不涉及中华人民共和国国家、公民、法人或者其他组织的利益；（五）案件争议的主要事实不是发生在中华人民共和国境内，且案件不适用中华人民共和国法律，人民法院审理案件在认定事实和适用法律方面存在重大困难；（六）外国法院对案件享有管辖权，且审理该案件更加方便。

5、管辖权的积极冲突。《民诉解释》第 533 条规定，中华人民共和国法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国法院起诉的，人民法院可予受理。判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的，不予准许；但双方共同缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。

【经典例题】关于涉外民事诉讼管辖的表述，下列哪一选项是正确的？（2013/3/47）A

A. 凡是涉外诉讼与我国法院所在地存在一定实际联系的，我国法院都有管辖权，体现

了诉讼与法院所在地实际联系原则

B. 当事人在不违反级别管辖和专属管辖的前提下，可以约定各类涉外民事案件的管辖法院，体现了尊重当事人原则

C. 中外合资经营企业与其他民事主体的合同纠纷，专属我国法院管辖，体现了维护国家主权原则

D. 重大的涉外案件由中级以上级别的法院管辖，体现了便于当事人诉讼原则

三、涉外期间、送达

（一）期间

1、答辩期（268条）、上诉期（269条）均为30日，而且，答辩期与上诉期可以延长，适用于在我国领域内没有住所的当事人。

2、涉外民事诉讼无审限。

（二）送达

1、向受送达人的诉讼代理人送达；2、向外国公司的代表机构送达；3、中国驻外国的使领馆向在驻在国的中国人送达。

【经典例题】2012年1月，中国甲市公民李虹（女）与美国留学生琼斯（男）在中国甲市登记结婚，婚后两人一直居住在甲市B区。2014年2月，李虹提起离婚诉讼，甲市B区法院受理了该案件，适用普通程序审理。关于本案，下列哪些表述是正确的？

（2014/3/84）BD

A. 本案的一审审理期限为6个月

B. 法院送达诉讼文书时，对李虹与琼斯可采取同样的方式

C. 不服一审判决，李虹的上诉期为15天，琼斯的上诉期为30天

D. 美国驻华使馆法律参赞可以个人名义作为琼斯的诉讼代理人参加诉讼

四、司法协助

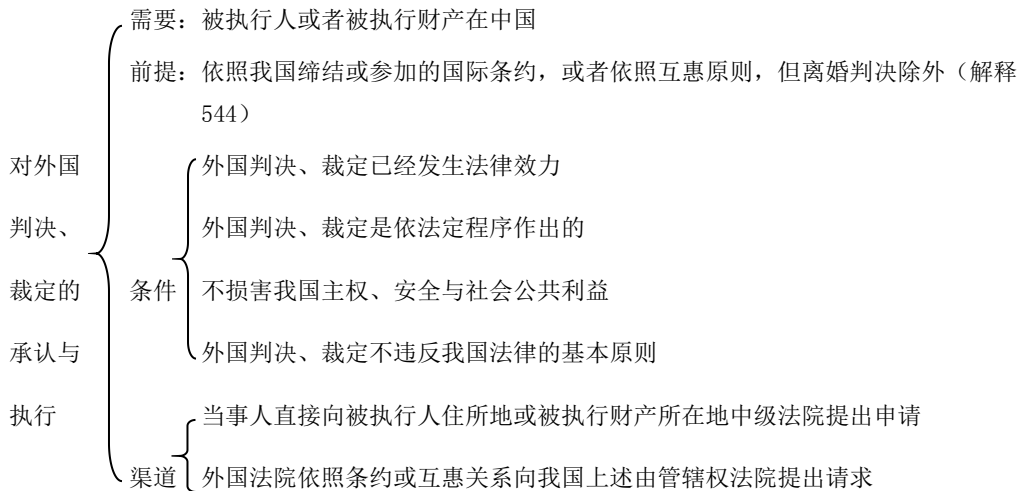
（一）一般司法协助（276条）（2008/三/81）

一般司法协助 { 内容：送达文书、调查取证及其他诉讼行为
前提：依照我国缔结或参加的国际条约，或者依照互惠原则

注意：外国驻中国的使、领馆在中国领域内也可以向其本国公民送达文书和调查取证，

但是不得违反中国法律，并不得采取强制措施

（二）与特殊司法协助（281 条与 282 条）



2、我国判决、裁定在国外的承认与执行

根据民事诉讼法第 280 条的规定，人民法院作出的发生法律效力的判决、裁定，如果被被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，当事人请求执行的，可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行，也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求外国法院承认和执行。

仲裁法

第一章 仲裁与仲裁法概述

一、仲裁的范围

（一）可以依照仲裁法仲裁的范围

仲裁法第2条：平等主体的公民、法人、其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。

（二）不可以依照仲裁法仲裁的范围

仲裁法第3条：第一、婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷；第二、依法应当由行政机关处理的行政争议。

二、仲裁法的基本原则和基本制度

（一）基本原则

1、自愿原则

2、独立公正仲裁原则：仲裁法第8条和第14条

（二）基本制度

一裁终局制度：仲裁法第9条

第二章 仲裁委员会和仲裁协会

一、仲裁委员会

（一）仲裁委员会的设立

仲裁法第10条：仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。仲裁委员会由上述市的人民政府组织有关部门和商会统一组建。设立仲裁委员会，应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。

（二）仲裁员的任职条件

仲裁法第13条：

1. 从事仲裁工作满8年的。
2. 从事律师工作满8年的。
3. 曾任审判员满8年的。
4. 从事法律研究、教学工作并具有高级职称的。
5. 具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。

二、中国仲裁协会

社会团体法人，仲裁委员会是中国仲裁协会的会员

第三章 仲裁协议

一、仲裁协议的类型

仲裁法第16条：仲裁条款、仲裁协议书和其他书面形式

仲裁法解释第1条规定：仲裁法第16条规定的“其他书面形式”的仲裁协议，包括以合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等形式达成的请求仲裁的协议。

二、仲裁协议的内容

1、请求仲裁的意思表示

2、仲裁事项

（1）约定仲裁事项应具有可仲裁性，即不违反仲裁法第3条规定。

（2）仲裁事项应当明确。根据《仲裁法解释》第2条的规定，当事人概括约定仲裁事项为合同争议的，基于合同成立、效力、变更、转让、履行、违约责任、解释、解除等产生的纠纷都可以认定为仲裁事项。

3、选定的仲裁委员会：注意仲裁法第18条将选定仲裁委员会的明确性作为仲裁协议有效的

法定要求，在判断选定仲裁委员会的明确性时需与案情内容相结合，不要仅仅根据语言文字表面进行判断。对此，仲裁法解释第3、4、5、6条分别作出了相应的规定。

（1）3条：仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构的，应当认定选定了仲裁机构。

（2）4条：仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。

（3）5条：仲裁协议约定两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。

（4）6条：仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的，该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。

【经典例题】武当公司与洪湖公司签订了一份钢材购销合同，同时约定，因合同效力或合同的履行发生纠纷提交A仲裁委员会或B仲裁委员会仲裁解决。合同签订后，洪湖公司以

本公司具体承办人超越权限签订合同为由，主张合同无效。关于本案，下列哪一说法是正确的？（2012/3/48）C

- A. 因当事人约定了 2 个仲裁委员会，仲裁协议当然无效
- B. 因洪湖公司承办人员超越权限签订合同导致合同无效，仲裁协议当然无效
- C. 洪湖公司如向法院起诉，法院应当受理
- D. 洪湖公司如向法院起诉，法院应当裁定不予受理

三、仲裁协议的效力

（一）仲裁协议的法律效力

- 1、对当事人的效力— 约束当事人对争议解决方式的选择权
- 2、对法院的效力— 排斥法院的司法管辖权

仲裁法第26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，人民法院驳回起诉，但仲裁协议无效的除外（《民诉解释》215条：仲裁条款或者仲裁协议不成立、无效、失效、内容不明确无法执行的除外）；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，人民法院应继续审理。

《民诉解释》第 216 条：在人民法院首次开庭前，被告以有书面仲裁协议为由对受理民事案件提出异议的，人民法院应当进行审查。经审查符合下列情形之一的，人民法院应当裁定驳回起诉：（一）仲裁机构或者人民法院已经确认仲裁协议有效的；（二）当事人没有在仲裁庭首次开庭前对仲裁协议效力提出异议的；（三）仲裁协议符合仲裁法第 16 条且不具有仲裁法第 17 条规定情形的。

- 3、对仲裁机构的效力— 授权并限定仲裁的范围

（二）仲裁协议效力的确认

1、确认仲裁协议效力的机构及程序：可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定；一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。

- 2、请求确认仲裁协议效力的时间：应在首次开庭前提出

《仲裁法解释》第 7 条，当事人约定可以向仲裁机构申请仲裁，也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方未在法定期间提出异议的除外。

【经典例题】甲公司与乙公司签订了一份钢材购销合同，约定因该合同发生纠纷双方可向 A 仲裁委员会申请仲裁，也可向合同履行地 B 法院起诉。关于本案，下列哪些选项是正确的？(2010/3/84) ABC

- A. 双方达成的仲裁协议无效
- B. 双方达成的管辖协议有效
- C. 如甲公司向 A 仲裁委员会申请仲裁，乙公司在仲裁庭首次开庭前未提出异议，A 仲裁委员会可对该案进行仲裁
- D. 如甲公司向 B 法院起诉，乙公司在法院首次开庭时对法院管辖提出异议，法院应当驳回甲公司的起诉

3、确认仲裁协议效力的法院：（仲裁法解释 12 条）

（1）国内仲裁协议：仲裁机构所在地、仲裁协议签订地或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。（2）涉外仲裁协议：仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。（3）海事海商纠纷仲裁协议：仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的海事法院管辖；上述地点没有海事法院的，由就近的海事法院管辖。

《仲裁法解释》第 13 条规定：依照仲裁法第 20 条第 2 款的规定，当事人在仲裁庭首次开庭前没有对仲裁协议的效力提出异议，而后向人民法院申请确认仲裁协议无效的，人民法院不予受理。仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后，当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的，人民法院不予受理。

4、确认涉外仲裁协议效力的法律适用（仲解释 16 条）

适用当事人约定的法律——没有约定法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地法律——没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的，适用法院地法律。

（三）仲裁协议的独立性

仲裁法第 19 条：仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁

协议的效力。仲裁庭有权确认合同的效力。

（四）仲裁协议效力的扩张

1、《仲裁法解释》第 8 条：当事人订立仲裁协议后合并、分立的，仲裁协议对其权利义务的继受人有效。当事人订立仲裁协议后死亡的，仲裁协议对承继其仲裁事项中的权利义务的继承人有效。上述情形，当事人订立仲裁协议时另有约定的除外。

2、《仲裁法解释》第 9 条：债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。

四、仲裁协议的无效与失效

（一）仲裁协议无效的法定情形（仲裁法第 17 条）

- 1、约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围
- 2、无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议
- 3、一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的

（二）仲裁协议的失效

1、基于仲裁协议，仲裁庭已对仲裁协议所约定的全部争议事项作出仲裁裁决。此时，当事人订立仲裁协议的目的已经完全实现，该仲裁协议自然失效。

2、当事人放弃仲裁协议。具体包括三种形式：(1) 当事人通过书面形式明确表示放弃仲裁协议；(2) 当事人通过书面形式，变更了争议解决方式；(3) 双方当事人通过起诉、应诉不提出异议的行为放弃仲裁协议。

3、附期限的仲裁协议因期限的届满而失效。

第四章 仲裁程序

仲裁程序与民事诉讼程序的比较

比较内容	仲裁程序	民事诉讼程序
机构性质	仲裁机构是民间性机构	人民法院是国家的审判机关
受案范围	平等主体之间的合同及财产权益纠纷	平等主体之间的人身及财产权益纠纷
管辖	无级别管辖与地域管辖	有法定管辖与裁定管辖

审判组织	<p>1、合议庭与独任庭，由当事人约定；对于当事人未约定的，由仲裁委员会主任指定。</p> <p>2、合议庭的组成。（1）先确定 2 名非首席仲裁员：第一、当事人各自选定；第二、当事人各自委托主任指定；第三、当事人超期未选，由主任指定。（2）首席仲裁员：第一、双方当事人共同选定；第二、双方当事人共同委托主任指定；第三、当事人超期未选，由主任指定。3、独任制仲裁庭的组成：方法同首席仲裁员</p>	合议庭与独任庭，由法院依法定程序确定
审理方式	不公开开庭审理为原则，公开开庭（国家秘密除外）与书面审理为例外，由当事人选择	公开开庭审理为原则，不公开审理由法律规定，即涉及国家秘密、个人隐私的属于法定不公开，离婚案件与涉及商业秘密的案件属于申请不公开
视为撤回仲裁程序与撤诉	申请人经书面通知，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请	原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理，但不到庭无法查明案件事实的原告除外
缺席裁决	被申请人经书面通知，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以缺席裁决	被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以缺席判决，但必须到庭的被告除外
财产保全	1. 分为仲裁前的财产保全与仲裁中的财产保全。对于前者，利害关系人向被保全财产所在地或被申请人住所地法院申请；对于后者，当事人向仲裁委员会申请，仲裁委员会将当事人的申请提交财产所在地或者被申请人住所地基层法院保全；但涉外案件由中	<p>1. 分为诉前财产保全与诉讼中财产保全。对于前者，只能依申请人申请保全；对于后者，既可依当事人申请保全，也可以由法院依职权保全；</p> <p>2. 人民法院有权实施财产保全措施</p>

	<p>级人民法院保全；</p> <p>2. 仲裁委员会无权实施财产保全措施</p>	
证据保全	<p>1. 分为仲裁前证据保全与仲裁中的证据保全。对于前者，利害关系人向证据所在地或被申请人住所地法院申请；对于后者，当事人向仲裁委员会申请，仲裁委员会将当事人的申请提交证据所在地基层法院保全；但涉外案件由中级人民法院保全；</p> <p>2. 仲裁委员会无权实施证据保全措施</p>	<p>1. 分为诉前证据保全与诉讼中证据保全。对于前者，只能依申请人申请保全；对于后者，既可依当事人申请保全，也可以由法院依职权保全；</p> <p>2. 人民法院有权实施证据保全措施</p>
和解	<p>1、当事人达成和解协议后，可以撤回仲裁申请，也可以申请依和解协议作仲裁裁决。</p> <p>2、当事人撤回仲裁申请后反悔的，可以根据原仲裁协议申请仲裁，也可以根据重新达成的仲裁协议申请</p>	<p>当事人达成和解协议后，可以申请撤诉，也可以申请法院依和解协议作调解书，但不得申请制作判决书</p>
调解	<p>1. 自愿调解与先行调解是并列方式；</p> <p>2. 当事人达成调解协议后，仲裁庭可以制作调解书或者裁决书；调解书与裁决书具有同等法律效力</p>	<p>1. 自愿调解为原则，先行调解为例外；</p> <p>2. 当事人达成调解协议后，法院只能依据调解协议制作调解书，不得制作判决书，但是，无行为能力人的离婚诉讼和涉外民事诉讼，当事人申请根据调解协议制作判决书的，可以准许</p>
裁决与判决	<p>1. 合议制实行少数服从多数的原则；</p> <p>2. 达不成多数人意见时，依首席仲裁员的意见作出裁决；</p> <p>3. 持不同意见的仲裁员可以签名，也可以不签名</p>	<p>1. 合议制实行少数服从多数的原则；</p> <p>2. 达不成多数人意见时，不得按照审判长的意见作出判决；</p> <p>3. 持不同意见的审判人员无权拒绝签名</p>
判决书与判	<p>仲裁裁决书应记载仲裁请求、争议事实、裁</p>	<p>判决书由法院依法制作</p>

判决书的制作	决理由、裁决结果、费用负担与裁决日期； 但是，当事人不愿意写明争议事实与裁决理由的，可以不写	
判决书与判决书的补正	对仲裁裁决书中的文字、计算错误或者仲裁庭已经裁决但在裁决书中遗漏的事项，仲裁庭应当补正；当事人自收到仲裁裁决书之日起 30 日内，可以请求仲裁庭补正	1、判决遗漏实体事项，作出补充判决；2、判决书中的文字、计算错误，作出裁定补正判决书的笔误

附：仲裁员的更换

1、仲裁员的回避

法定情形：仲裁法第 34 条，仲裁员在下列情况下需要回避：(1)是本案当事人，或者当事人、代理人的近亲属；(2)与本案有利害关系；(3)与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；(4)私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

决定权：仲裁法第 36 条“仲裁员是否回避，由仲裁委员会主任决定；仲裁委员会主任担任仲裁员时，由仲裁委员会集体决定。”

法律后果：（仲裁法第37条第2款）：因回避而重新选定或者指定仲裁员后，当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行，是否准许，由仲裁庭决定；仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序是否重新进行。

2、仲裁员因其他原因的更换：仲裁程序继续进行

【经典例题】

1. 甲县的佳华公司与乙县的亿龙公司订立的烟叶买卖合同中约定，如果因为合同履行发生争议，应提交 A 仲裁委员会仲裁。佳华公司交货后，亿龙公司认为烟叶质量与约定不符，且正在霉变，遂准备提起仲裁，并对烟叶进行证据保全。关于本案的证据保全，下列哪些表述是正确的？（2014/3/77）AC

A. 在仲裁程序启动前，亿龙公司可直接向甲县法院申请证据保全

B. 在仲裁程序启动后，亿龙公司既可直接向甲县法院申请证据保全，也可向 A 仲裁委员会申请证据保全

C. 法院根据亿龙公司申请采取证据保全措施时，可要求其提供担保

D. A 仲裁委员会收到保全申请后，应提交给烟叶所在地的中级法院

2. 关于仲裁调解，下列哪些表述是正确的？(2010/3/81)AD

A. 仲裁调解达成协议的，仲裁庭应当根据协议制作调解书或根据协议结果制作裁决书

B. 对于事实清楚的案件，仲裁庭可依职权进行调解

C. 仲裁调解达成协议的，经当事人、仲裁员在协议上签字后即发生法律效力

D. 仲裁庭在作出裁决前可先行调解

3、甲公司与乙公司因合同纠纷向某仲裁委员会申请仲裁，第一次开庭后，甲公司的代理律师发现合议庭首席仲裁员苏某与乙公司的老总汪某在一起吃饭，遂向仲裁庭提出回避申请。关于本案仲裁程序，下列哪一选项是正确的？(2016/3/50) D

A. 苏某的回避应由仲裁委员会集体决定

B. 苏某回避后，合议庭应重新组成

C. 已经进行的仲裁程序应继续进行

D. 当事人可请求已进行的仲裁程序重新进行

第五章 申请撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决

撤销与不予执行仲裁裁决制度的比较

比较内容	撤销仲裁裁决	不予执行仲裁裁决
性质相同	司法监督制度	司法监督制度
行使权利主体相同	人民法院	人民法院
对当事人后果相同	当事人权利未实现，争议未解决	当事人权利未实现，争议未解决

相 同 之 处	对当事人救济相 同	可以重新达成仲裁协议后申请仲裁，也 可以向法院起诉	可以重新达成仲裁协议后申请仲 裁，也可以向法院起诉
	国内裁决的法定 情形相同	1. 没有仲裁协议的；2. 裁决的事项不 属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权 仲裁的；3. 仲裁庭的组成或者仲裁的程 序违反法定程序的；4. 裁决所根据的证 据是伪造的；5. 对方当事人向仲裁机构 隐瞒了足以影响公正裁决证据的；6. 仲 裁员在仲裁该案时有贪污受贿、徇私舞 弊、枉法裁决行为的。	与撤销情形相同
	涉外裁决的法定 情形相同	1. 当事人在合同中没有订有仲裁条款或 者事后没有达成书面仲裁协议的；2. 被 申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲 裁程序的通知，或者由于其他不属于被 申请人负责的原因未能陈述意见的；3. 仲 裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则 不符的；4. 裁决的事项不属于仲裁协议 的范围或者仲裁机构无权仲裁的。	与撤销情形相同
不 同 之 处	申请主体不同	双方当事人	裁决的义务人，即被执行人
	申请期限不同	收到裁决后 6 个月内	执行过程中
	申请法院不同	仲裁机构所在地中级法院	被执行人住所地或被执行财产所在 地中级法院
	处理程序不同	1、通知仲裁庭重新仲裁：仲裁裁决所根 据的证据是伪造的、对方当事人隐瞒了 足以影响公正裁决的证据的，可以通知 仲裁庭在一定期限内重新仲裁。仲裁庭	1、不可以通知仲裁庭重新仲裁； 2、符合条件的，裁定不予执行仲裁 裁决；不符合条件的，裁定驳回申 请

		<p>在人民法院指定的期限内开始重新仲裁的，人民法院应当裁定终结撤销程序。</p> <p>未开始重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序。</p> <p>2、裁定撤销仲裁裁决或者驳回申请：2 个月</p>	
--	--	--	--

【经典例题】甲公司因与乙公司合同纠纷申请仲裁，要求解除合同。某仲裁委员会经审理裁决解除双方合同，还裁决乙公司赔偿甲公司损失 6 万元。关于本案的仲裁裁决，下列哪些表述是正确的？(2010/3/86) AD

- A. 因仲裁裁决超出了当事人请求范围，乙公司可申请撤销超出甲公司请求部分的裁决
- B. 因仲裁裁决超出了当事人请求范围，乙公司可向法院提起诉讼
- C. 因仲裁裁决超出了当事人请求范围，乙公司可向法院申请再审
- D. 乙公司可申请不予执行超出甲公司请求部分的仲裁裁决