第一章 民事诉讼法的基本问题

第一节 民事诉讼法的相关概念

**一、民事诉讼的概念**

民事诉讼是指法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下，以审理、判决、执行等方式解决民事纠纷的活动以及由这些活动产生的各种诉讼关系的总和。

**二、民事诉讼法的概念**

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

第二节 民事诉讼法的基础

**一、复仇、决斗与私力救济**

**血族复仇：**原始社会的氏族部落时期，当氏族或部落的成员受到外来伤害时，则视为对本氏族或本部落的伤害，就要杀死对方的人员为之报仇，这就是血族复仇。

**决斗：1743年 荷加斯—《时髦婚姻·决斗》**

**决斗在纠纷解决方面应用非常广泛：**

**▲私力救济，**是指在没有第三方以中立名义介入纠纷解决的情形下，当事人依靠自身或私人力量，解决纠纷，实现权利。

**二、决斗、复仇的限制与同态复仇的出现**

随着公权力的兴起，复仇逐渐受到限制，复仇、决斗主体、方式、场所等的规则逐渐产生。

例如 《长曾我部元亲式目》：父母之仇子女可报，侄甥不可为叔伯复仇。[[1]](#footnote-0)

决斗规则的形成：

在中世纪时一些国家规定，女人和男人进行决斗，为了体现公平，男人必须站在洞里，只露上半身。

**同态复仇：**到原始社会晚期，被伤害一方则不一定必须杀死对方的成员，可以通过调解，由行凶者所在的氏族或部落用道歉和送厚礼赎罪的办法解决，这种方式称为“同态复仇”。

**三、民事纠纷的界定和救济方式的演进**

（一）民事纠纷的细化与界定

民事纠纷，又称民事争议，是指平等主体之间发生的，以民事权利义务为内容的社会纠纷，包括财产权纠纷和人身权纠纷。

具有下列主要特征：

1.纠纷主体之间的法律地位具有平等性。

2.纠纷权利义务内容具有民事性。

3.纠纷的解决具有可处分性。

（二）私力救济普遍受到禁止

受到伤害的人应向国家寻求帮助，禁止强力型私力救济，是对当下法律秩序的维持。私力救济与社会秩序概念恰好冲突，它使弱者受制于强者的武断意志或错误观念。[[2]](#footnote-1)

在现代社会，个人面对较为重大的可司法事项只有20%诉诸各种法律程序。[[3]](#footnote-2)现代社会自力救济依然在一定程度上被承认，如自主行为、和解等

（三）社会救济和公力救济的勃兴

1.社会救济

社会型救济，是指基于纠纷主体的合意，依靠社会力量解决民事纠纷的机制，包括调解（诉讼外调解）和仲裁。

调解：我国目前存在行业协会调解、行政调解、人民调解等。

仲裁：我国目前存在商事仲裁、劳动人事仲裁、土地仲裁等。

2.公力救济

公力救济，是指国家设置的，通过国家公权力强制性解决纠纷的机制，就民事诉讼而言，是依靠国家司法权解决民事纠纷的制度。

第三节 民事诉讼法的逻辑框架

审判程序

解决争议的审判程序

当事人

管辖

证据

一审

二审

再审审

民事诉讼程序

不解决争议的审判程序

生效裁判

执行程序

第四节 民事诉讼程序的性质和民事诉讼法的性质、效力

一、民事诉讼的性质

（一）民事诉讼具有国家公权性、强制性。

（二）民事诉讼具有程序性。

（三）纠纷解决的终局性和权威性。

二、民事诉讼法的性质

（一）根据其在法律体系中的地位，属于基本法。

（二）根据其调整的社会关系，属于部门法。

（三）根据其规定的内容，属于程序法。

（四）根据调整对象的性质，属于公法。

三、民事诉讼法的效力

（一）对人的效力

凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼的当事人都应适用我国的民事诉讼程序。因此，只要在我国人民法院进行民事诉讼的当事人都应受到民事诉讼法的约束。

（二）对事的效力范围

人民法院受理的民事案件包括：①平等民事主体之间因财产关系和人身关系发生的纠纷，即因民事法律关系发生争议而引起的纠纷；②法律规定其他应适用民事诉讼法审理的案件，如选民资格案件，宣告失踪、死亡案件，认定公民无民事行为能力、限制行为能力案件，认定财产无主案件。

（三）时间效力

民事诉讼法的时间效力，是指民事诉讼法发生法律效力的期间，具体包括民事诉讼法的生效、失效以及有无溯及力的问题。

我国修改后的《民事诉讼法》于2013年1月1日开始实施、生效，旧法随之时效。

《民事诉讼法》不同于其他法律，其具有溯及既往的效力，即对于现行法生效以前已经进入民事诉讼尚未审理完毕的案件仍然有效，即应当适用新法。

（四）空间效力

在我国领域内进行的民事诉讼法都应适用我国民事诉讼法，但香港、澳门、台湾地区不适用我国民事诉讼法。

**第二章 民事诉讼法的基本制度和基本原则**

第一节 民事诉讼法的基本制度

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

**一、合议制度**

**（一）人民法院审理第一审民事案件，由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。陪审员在执行陪审职务时，与审判员有同等的权利义务。**

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

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

**★陪审员**

2004年，全国人大常委会通过关于完善人民陪审员制度的决定。2015年全国人大常委会第十四次会议通过《关于授权在部分地区开展人民陪审员制度改革试点工作的决定（草案）》。授权最高人民法院在北京、河北、黑龙江、江苏、福建、山东、河南、广西、重庆、陕西10个省开展人民陪审员制度改革试点工作。实行试点后，将担任人民陪审员的年龄条件从23周岁提高到28周岁，将学历条件从一般为大专以上文化学历改为一般应当具有高中以上文化学历，但是农村地区和贫困偏远地区公道正派、德高望重者不受此限。

2015年，全国人民陪审员共约20.95万人，普通群众比例为70.2%。人民陪审员参审案件219.6万件。

**★陪审团**

陪审团分为大陪审团和小陪审团。大陪审团只适用于刑事案件，由23人组成，其主要职责是决定是否起诉，可以在任期内（一般4周）审理若干起案子；而小陪审团则参加审判，决定被告人是否有罪，而在民事诉讼中则是决定被告人是否要赔偿。小陪审团一般由6-12人组成，一案一组。

**★改革方向：**

对陪审制度改革的框架设计是：保障公民陪审权利，扩大参审范围，完善随机抽选方式，提高人民陪审制度公信度。逐步实行人民陪审员不再审理法律适用问题，只参与审理事实认定问题。提高司法民主程度。

**（二）适用简易程序审理的民事案件，由审判员一人独任审理。**



**★我国的巡回法庭**

**二、回避制度**

1. **回避定义**

特定的诉讼参与人在诉讼中因某种特殊原因退出诉讼活动的制度，叫做回避**。**

**（二）回避的事由**

|  |  |
| --- | --- |
| **关系回避** | 是本案当事人或者当事人、**代理人**的近亲属 |
| 本人或近亲属与本案有利害关系（如持有非上市公司股份） |
| 与本案当事人、诉讼代理人有其他关系，可能影响公正审理 |
| 担任过本案证人、鉴定人、辩护人、代理人、翻译人的 |
| **行为回避** | 接受当事人、诉讼代理人利益（包括介绍代理人），或者违反规定会见当事人、诉讼代理人（追究法律责任） |

1.接受利益还包括：

（1）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；

（2）索取、接受本案当事人及其受托人财物或者其他利益的；

（3）违反规定会见本案当事人、诉讼代理人的；

（4）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；

（5）向本案当事人及其受托人借用款物的；

（6）有其他不正当行为，可能影响公正审理的。

2.责任承担

相关人员有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，应当追究法律责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

**（三）回避的主体**

审判（执行）人员、书记员、翻译人、鉴定人、勘验人等。(看叔婶犯贱 >\_<!!嘿嘿)

**（四）回避的方式**

现有三种方式：**自行回避、申请回避（法庭辩论终结前申请）和决定回避**。

**（五）回避决定**

|  |  |
| --- | --- |
| 院长担任审判长 | 由审委会决定 |
| 审判人员 | 由院长决定 |
| 其他人员 | 由审判长决定 |

**●决定期：**3日。决定前回避主体要**暂时退出诉讼活动**，案件处理需采取紧急措施除外。

**（六）回避效力**

1.回避主体从事的诉讼活动**依然有效。**

2.申请人不服的，**可以申请复议一次**。法院需三日内作出复议决定。

复议期间，被申请回避的人员，**不停止参与本案的工作**。

**三、公开审判制度**

**（一）概念**

**是指人民法院审理民事案件，应依法向社会和群众公开。**

**未经准许**进行**录音、录像、摄影**的或以**移动通信**等方式现场传播审判活动的，人民法院可以1.暂扣相关器材，2.责令删除或强制删除，3.也可以适用强制措施。

**（二）不公开审理的案件**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **例**  **外** | 法定不公开 | 涉及国家秘密和个人隐私的案件 |
| 申请不公开 | 涉及商业秘密的案件和离婚案件 |

（三）评议阶段一律不公开，宣判阶段一律公开。

**四、两审终审制度**

（一）四级两审制

四级：基层—中级—高级—最高

两审终审——续审制

（二）专门管辖的法院

1．军事法院

2．海事法院

3．铁路运输法院

4．知识产权法院

（三）法院分工

以基层法院为例：

1.业务科室有：立案庭，刑事审判庭，少年法庭（未成年人刑事），民事审判庭（1-3），派出法庭（民事），行政审判庭，审判监督庭，执行局（1-2执行庭）等。

2.人事科室：机关党委，政治处（下设人事科、组织宣传科、教育培训科）和纪检组

3.后勤有：后勤服务中心和办公室，

4.其它还有：研究室，法警大队等辅助性科室

5.另外：还有的基层法院设有知识产权庭

6.审判委员会

第二节 民事诉讼法的基本原则

**一、 同等原则与对等原则**

同等原则，是指外国人、无国籍人、外国企业和组织在我国人民法院起诉和应诉时，与我国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。

对等原则，是指外国法院对我国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，我国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利加以同样的限制。

**二、当事人诉讼权利平等原则**

当事人诉讼权利平等原则，指当事人在民事诉讼中法律地位平等，平等地享有诉讼权利、平等地履行诉讼义务。当事人在适用法律上一律平等。

**[美] [菲利普斯](http://book.jd.com/writer/%E8%8F%B2%E5%88%A9%E6%99%AE%E6%96%AF_1.html" \t "_blank)，[格里贝尔](http://book.jd.com/writer/%E6%A0%BC%E9%87%8C%E8%B4%9D%E5%B0%94_1.html" \t "_blank)：《司法建筑》，[杨光宇](http://book.jd.com/writer/%E6%9D%A8%E5%85%89%E5%AE%87_1.html" \t "_blank)、[王正武](http://book.jd.com/writer/%E7%8E%8B%E6%AD%A3%E6%AD%A6_1.html" \t "_blank) 译，[中国建筑工业出版社](http://book.jd.com/publish/%E4%B8%AD%E5%9B%BD%E5%BB%BA%E7%AD%91%E5%B7%A5%E4%B8%9A%E5%87%BA%E7%89%88%E7%A4%BE_1.html" \t "_blank" \o "中国建筑工业出版社)2009年版。**

**[法]米歇尔·福柯：《规训与惩罚》，[刘北成](http://baike.baidu.com/view/1474551.htm" \t "_blank)、杨远缨译，三联书店2007年版。**

**三、支持起诉原则**

支持起诉原则是指机关、团体、企事业单位对损害国家、集体或个人民事权益的行为，**可以**支持受损害的单位或个人向人民法院提起诉讼。

2013年,江苏省某市6家化工企业将废酸委托给没有危废处理资质的皮包公司,后者用改装过的船舶,偷偷倒入当地河流之中。在一年的时间里,共倾倒了两万多吨废酸。在经过民众举报、媒体曝光、某市环保局调查之后,犯罪嫌疑人被抓获。2014年8月,某市法院以环境污染罪判处14人有期徒刑。在该案的民事赔偿部分检察机关作为支持起诉方出庭支持起诉,追究倾倒危废物质化工企业的民事责任。最终,肇事者被判赔偿1.6亿元。

**意义:**本案中,被起诉的企业有6家,开庭时有9人出庭,而原告方只有一个,检察机关出庭支持起诉,强化了起诉力度,维护了司法公正,保证了案件取得良好法律效果和社会效果。

**四、 辩论原则**

是指人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论

①**阶段上的**全程性。②**方式上的**全面性。③**内容上的**全方位性。④主体上的特定性。⑤当事人没有提出的证据，法院不得主动调查；当事人没有提出的事实，法院不得据以裁判。即法院的审判权要受到当事人辩论权的约束。

**五、 处分原则**

是指民事诉讼当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。

一、当事人有权选择自己的诉讼争议法律关系、诉讼请求、有权决定诉讼开始、诉讼终结的时间，法院不能超出当事人的请求范围裁判。

**二、处分原则必须在法律规定的范围内行使**，不能侵犯国家、集体和他人的合法权益。

**六、 诚信原则**

民事诉讼应当遵循诚实信用原则。（13条第1款）

在大陆法系国家和地区，许多人认为，只有植入诚实信用原则，通过对传统的辩论主义（辩论原则）、处分权主义（处分原则）的修正或限制，转变传统的诉讼观念，才能实现实质上的平等和正义，充分实现民事诉讼关于真实、公正、迅速解决纠纷的价值追求。很显然，这种认识的观念基础与传统的自由主义相反，是一种国家本位、社会本位、义务本位的观念基础。

（一）当事人真实陈述的义务：一般认为，当事人的真实义务仅为主观性义务（正直义务或真诚义务）或主观真实义务，即只要当事人根据本意为真实陈述时，就属于履行了义务。

（二）促进诉讼的义务。具体体现在不得迟延提出攻击和防御方法；不得故意申请无理由的回避（回避权的滥用）；不得故意拆分诉讼标的，以规避相应的诉讼程序（如通过拆分诉讼标的使之适用于小额诉讼，由此获得小额诉讼程序带来的利益）等。

（三）禁止以欺骗方法形成不正当诉讼状态。

（四）禁反言。

★虚假诉讼和恶意诉讼的规制：

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 恶意  诉讼 | 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（112条） |  | 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 |
| 虚假  诉讼 | 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（113条） | 驳回请求 |

**七、检察监督原则**

人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督。（14条）

人民检察院有权对民事执行活动实行法律监督。

**八、法院调解原则**

调解的主体是法院，在诉讼程序的全程都可以进行调解。

**（一）不适宜调解**的程序：督促程序、公示催告程序、特别程序、执行程序。

**（二）不适宜调解**的案件：身份关系的确认之诉及其他性质上不宜调解的案件。

**第三章 当事人**

第一节 当事人基础理论

**一、当事人与当事人适格**

**（一）民事诉讼中的当事人**

是指因民事权利义务发生争议，以自己的名义进行诉讼，要求人民法院行使民事裁判权的人。这里指的是形式上的当事人，狭义的当事人指原告和被告，广义的当事人还包括共同诉讼人、诉讼代表人和第三人。

**1.当事人称谓的变化：**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 程序 | 启动方 | 被动方 |
| 一审 | 原告 | 被告 |
| 二审 | 上诉人 | 被上诉人 |
| 再审 | 再审申请人 | 再审被申请人 |
| 执行 | 申请人（债权人） | 被申请人（债务人） |
| 非讼、特别 | 申请人 | 被申请人 |

**2.当事人诉讼权利能力和当事人诉讼行为能力**

民事诉讼权利能力又称当事人能力，是指可以作为民事诉讼当事人的能力或资格。对于自然人而言，其民事诉讼权利能力始于出生，终于死亡，还受到精神状况影响；对于法人和其他组织而言，其民事诉讼权利能力始于依法成立，终于注销。我国具有民事诉讼权利能力的主体有三种：公民、法人、其他组织。

民事诉讼行为能力是当事人亲自进行诉讼活动，以自己的行为行使诉讼权利和承担诉讼义务的能力。

**（二）当事人适格（该不该）**

是指当事人在特定的案件中有资格起诉或应诉，成为原告或被告，并受人民法院判决约束。一般来讲，判断当事人是否适格应当以当事人是否是所争议的民事法律关系的主体为标准。

适格当事人就具体的案件作为原告或者被告进行诉讼的权能称为诉讼实施权。

##### B遗产给A,C认为B要给侄子才合理，于是破坏房屋。

##### （1）A诉C侵权？（2）A诉C确定权（确定房子是否属于A），A再诉C侵权

**（三）非权力义务主体当事人**

在某些例外的情况下，非民事法律关系或民事权利的主体，也可以作为适格的当事人。主要有以下几种：

1.根据当事人的意思或法律的规定，依法对他人的民事法律关系或民事权利享有管理权，比如，失踪人的财产代管人、遗产管理人、遗嘱执行人。这种制度也称为诉讼担当。

2.在消极的确认之诉中，对诉讼标的有确认利益的人。例如，原告要求人民法院确认他与被告之间不存在父子关系，在此类诉讼中要求原告是所争议的法律关系的主体，就与此类诉讼的性质相悖。

3. 对侵害死者遗体、遗骨以及姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私等行为提起诉讼的，死者的近亲属为当事人。

丰顺县建桥镇环西村单竹礤村民小组与王锦文等恢复原状纠纷上诉案

丰顺县建桥镇环西村单竹礤村民小组作为当事人提起诉讼，提出要求王锦文、杨思广恢复现位于丰顺县建桥镇环西村建笼围村民小组的低笼围祖平房原状，低笼围祖平房的权属人是丰顺县丰良区环西镇第十村居民丘玉泉、周氏、王树娘、丘镜汤、丘镜圳、王素娘、丘急娘、丘果娘、丘源送。找回十三世祖婆遗骨并原地安葬，赔偿精神损害抚慰金等诉讼请求。

裁判要点：

首先，关于恢复低笼围祖平房原状的诉讼主体问题。《[中华人民共和国物权法](javascript:SLC(89386,0))》第[三十六条](javascript:SLC(89386,36))规定：“造成不动产或者动产毁损的，权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状。”丰顺县建桥镇环西村单竹礤村民小组为证实低笼围祖平房的权属向一审法院提交了1953年颁发的《土地房产所有证》。该《土地房产所有证》记载，低笼围祖平房的权属人是丰顺县丰良区环西镇第十村居民丘玉泉、周氏、王树娘、丘镜汤、丘镜圳、王素娘、丘急娘、丘果娘、丘源送。本案是就恢复房屋原状提起的诉讼，丰顺县建桥镇环西村单竹礤村民小组并非是权属人，其作为原告提起诉讼，主体不适格。

其次，关于找回十三世祖婆遗骨并原地安葬的诉讼主体问题。根据《[最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释](javascript:SLC(242703,0))》第[六十九条](javascript:SLC(242703,69))：“对侵害死者遗体、遗骨以及姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私等行为提起诉讼的，死者的近亲属为当事人”的规定，应由十三世祖婆的近亲属作为当事人提起诉讼，丰顺县建桥镇环西村单竹礤村民小组作为原告提起诉讼亦属主体不适格。《[最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释](javascript:SLC(242703,0))》第[三百三十五条](javascript:SLC(242703,335))规定，确定当事人主体资格属于[民事诉讼法](javascript:SLC(297379,0))第[一百七十条](javascript:SLC(297379,170))第一款第三项规定的基本事实。一审在确定本案当事人主体资格方面存在基本事实不清。

村小组不会有精神损失，因此不能获得精神损失费

4.侵犯胎儿的继承权的，胎儿的母亲有权利进行诉讼。《中华人民共和国继承法》规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。”如果胎儿的继承利益受到侵犯，胎儿的母亲可以作为原告提起诉讼。

5.公益诉讼，后续系统讲授。

1. **公民作为当事人**

**（一）个体工商户：**

|  |  |
| --- | --- |
| 有字号的 | **字号为当事人，**注明经营者信息 |
| 无字号的 | **经营者为当事人**，登记经营者和实际经营者不一致的，二者为共同诉讼人。 |

**（二）提供劳务的人：**

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。

原因：1.雇员的劳动被雇主吸收2.与雇员相比，雇主更具经济能力

[劳务派遣](http://baike.baidu.com/view/15253.htm" \t "_blank)，是指由劳务派遣机构与派遣劳工订立劳动合同，并支付报酬，把劳动者派向其他用工单位，再由其用工单位向派遣机构支付一笔服务费用的一种用工形式。

派遣单位A S 接受派遣的单位B

伤害

M

1. 以B为被告
2. 若A有错，则以A为被告
3. 若M要求A承担责任，AB为被告。（各自比例承担）

（三）冒名顶替进行民事活动的人。

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冒用法人名义进行民事活动；

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。

④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；“表见代理”

**三 、法人作为当事人**

**（一）执行工作任务：**

法人的**工作人员**执行工作任务造成他人损害的，该法人为当事人。（也适用于其他组织）

**（二）法人合并分立：**

企业法人分立合并的，因分立合并前的民事活动发生的纠纷，以分立合并后的企业法人为当事人。(分立后的企业法人为共同诉讼人)

**（三）法人清算与注销：**

**破产清算：破产清算是指宣告[股份有限公司破产](http://baike.baidu.com/view/157009.htm" \t "_blank)以后，由[清算组](http://baike.baidu.com/view/2009357.htm" \t "_blank)接管公司，对破产财产进行清算、评估和处理、分配。清算组由[人民法院](http://baike.baidu.com/view/1890.htm" \t "_blank)依据有关法律的规定，组织[股东](http://baike.baidu.com/view/48047.htm" \t "_blank)、有关机关及有关专业人士组成。所谓有关机关一般包括国有资产管理部门、政府主管部门、证券管理部门等，专业人员一般包括会计师、律师、评估师等。**

|  |  |
| --- | --- |
| **开始清算，尚未注销** | 以法人为当事人，由清算组代表其参加诉讼。 |
| **未经清算，即被注销** | 以法人的股东、发起人或者出资人为当事人。 |

**四、其他组织作为当事人**

其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：

（一）依法登记领取营业执照的个人独资企业；

（二）依法登记领取营业执照的合伙企业；

（三）依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；

（四）依法成立的社会团体的分支机构、代表机构；

（五）依法设立并领取营业执照的法人的分支机构；

（六）依法设立并领取营业执照的商业银行、政策性银行和非银行金融机构的分支机构；

（七）经依法登记领取营业执照的乡镇企业、街道企业；

（八）其他符合本条规定条件的组织。

|  |  |
| --- | --- |
| 村委会或村民小组与他人发生民事纠纷 | **村委会**或**有独立财产的村民小组**为当事人 |

##### 总公司→分公司→支公司

##### 分公司与支公司不是法人，但有独立的营业资质，是总公司的一部分，破产后可以找总公司进行赔偿。即总公司对分公司承担无限连带责任，但分、支公司可以成为被告。

第二节 共同诉讼人

一、必要共同诉讼和普通共同诉讼

必要共同诉讼，是指当事人一方或者双方为两人以上，诉讼标的是同一的，法院必须合一审理并在裁判中对诉讼标的合一确定的共同诉讼。

##### 张、刘签订合作开矿协议，刘与谢签订挖掘机租赁协议，谢雇请侯开去矿山，侯未去，张以租赁合同纠纷为由，将谢，侯列入被告

##### △被告只能为谢，由于是劳务合同，以雇主为被告；

##### 原告应为张+刘，必要共同诉讼

普通共同诉讼，是指当事人一方或者双方为两人以上，诉讼标的是同一种类，法院认为可以合并审理并且当事人也同意合并审理的共同诉讼。

案例：

最高法院认为虽然（动产监管协议）和（综合授信协议）属于不同法律关系，但存在主从关系，紧密牵连性，可以合并审理

老师观点：违反“同一类”规定，不应合并审理

借贷（综合授信协议）

B债务人

A债权人

质押担保（动产监管协议）

C保证人

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **必要共同诉讼** | **普通共同诉讼** |
| **争议法律关系** | 同一个 | 同一类 |
| **审理判决** | 合并审理、同一判决 | 可以分别审理、必须分别判决 |
| **内部关系** | 同意原则  共同诉讼人的行为，其他共同诉讼人同意的，对其他人生效 | 独立原则  共同诉讼人的行为，只对自己生效 |

**二、必要共同诉讼追加的具体情形**

**（一）人身类案件：**

**1.继承纠纷：**在继承遗产的诉讼中，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；（已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍追加为共同原告。）

##### 甲(600万去世)儿子A把持遗产（坏+有实力），儿子B孝顺，儿子C植物人

##### B诉A，要求返还，C必须参加诉讼。

##### 一次性解决必要性；标准的必要共同，只一个关系：“共同共有关系”

##### 2.若甲要赡养费，被告应为ABC，只一个关系：赡养关系

**2.赡养纠纷：**在追讨赡养费案件中，债权人起诉部分赡养义务人的，要追加其他赡养义务人为共同被告。

**（二）因挂靠、借用行为导致共同诉讼（外观主义）**

1.以挂靠形式从事民事活动，当事人要求挂靠人和被挂靠人承担民事责任的，挂靠人和被挂靠人为共同诉讼人。

2.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。

**（三）无、限制民事行为能力人侵权：**侵权人和其监护人为共同被告。

**（四）共有财产权受到他人侵害**，部分共有权人起诉的，其他共有权人应当列为共同原告。

**三．类似必要共同诉讼（准必要共同诉讼）**

**1.共同危险和共同侵权：**所有实施侵权行为或共同危险行为的人可以为共同被告。

##### 共同危险：责任谁承担：共同赔

##### 证明是谁放的才可以免责

##### 对比“高空抛物”：证明没有抛才可以免责，否则整栋楼都赔

##### 共同侵权：例如超速的车为躲避逆行的车撞了路人

**▲注意:** 《民法典》第178条“二人以上依法承担连带责任的，被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。”

连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定，难以确定责任大小的平均承担责任。实际承担责任超过自己责任份额的连带责任者，有权向其他连带责任人追偿。

##### 连带责任，可直接诉保证人

##### 共同危险/侵权，可只诉一个，再追偿

##### 思考：甲、乙共同侵权，一个富有一个穷。是告两个人还是一个人？

##### 例如，买凶杀人，原告打赢了官司却拿不到钱

##### 总结：在类似必要共同诉讼中，双方当事人中有一方也是复数，双方当事人之间同样只有一个诉讼标的，但当事人可以选择部分被告或者全部被告起诉，并非必须合并审理。这是必要共同诉讼的变形。

**2.保证合同纠纷的当事人确定**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **单独诉债务人** | **单独诉保证人** | **诉保证人和债务人** |
| **连带保证** | 可以 | 可以 | 可以（二者此时作为必要共同诉讼人） |
| **一般保证** | 可以 | 不可以，必须同时追加债务人 |

**民法典第26条，一般保证中，债权人与债务人为被告提起诉讼的，人民法院应予受理。债权人未就主合同纠纷提起诉讼或者申请仲裁，仅起诉一般保证人的，人民法院应当驳回起诉。**（不合理，如1.诉保证人×2.诉债务人无法履行×3.再诉保证人。可以诉保证人时追加债务人，执行时先执行债务人）

**一般保证中债权人一并起诉债务人和保证人的人民法院可以受理，但是在作出判决时，除有民法典第687条第2款但书规定的情形外，保证人仅对债务人财产依法强制执行后仍不能履行的部分承担保证责任。**

##### 债权人=贷款人

保证人有先诉抗辩权，请求先诉债务人

##### 债务人=借款人①诉债务人→保证人不用还

##### ②诉保证人→保证人追偿债务人

##### 保证人：债务人无法还钱，保证人还，再追偿债务人

##### ∴不真正连带

##### 若未约定①视为连带：有利债权人（限制民间借贷）

##### ②视为一般：有利保证人√现在立法

第三节 诉讼代表人

诉讼代表人，是指为了便于诉讼，由人数众多（10人以上）的一方当事人推选出来（2-5人），代表其利益实施诉讼行为的人。

一、代表人诉讼的类型和选任

**（一）人数确定的代表人诉讼**

必要共同诉讼：自己参诉

推选 推选不出

普通共同诉讼：另行起诉

**（二）人数不确定的代表人诉讼**

推选不出 协商不成

推选 法院与当事人协商 法院指定（不服指定可以另诉）

**思考：**代表人诉讼所得的裁判，对于另行起诉的人是否具有约束力？√

人数不确定代表人诉讼中的特殊程序：

①人民法院可以发出公告，通知权利人向人民法院登记。公告期间根据案件的具体情况确定，但不得少于30日。

②向人民法院登记的权利人，应当证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。证明不了的，不予登记，权利人可以另行起诉。

③人民法院的裁判在登记的范围内执行。未参加登记的权利人提起诉讼，人民法院认定其请求成立的，裁定适用人民法院已作出的判决、裁定。

二、诉讼代表人的地位和权限

**（一）地位：**是本案当事人。

**（二）权限：诉讼代表人实施的诉讼行为，除法律规定必须经过被代表的当事人同意才对其有效的以外，原则上对全体当事人都有效。**

需要被代表人同意：①承认、放弃、变更诉讼请求；②和解

第四节 第三人

1. **有独立请求权第三人**

有独立请求权的第三人，是指对原告和被告争议的诉讼标的有独立的请求权，而参加诉讼的人，简称有独三

**本诉原告**

**本**

**诉**

**参加**

**之诉**

**被告**

**有独三（参加之诉原告）**

**参加之诉**

**本诉被告**

##### 甲、乙争议古董所有权，甲作为原告告乙，乙成为被告，此时出现丙，说既不是甲的也不是乙的，而是自己的，此时丙为有独三

##### 甲诉乙到A法院

##### 丙诉甲和乙，丙叫参加之诉到B法院

##### 原因：提高司法效率

##### 如果B看到A的诉状，应该移送回B嘛？如果两个法院产生矛盾结果，所以先审一个再审一个，先审丙诉甲乙，若胜诉，就不用审甲诉乙，若败诉，则不是甲的就是乙的，再审甲诉乙。

##### 若甲撤诉了，甲诉乙的本诉就没了，此时：

##### 丙诉甲乙√继续诉

##### 丙诉乙

▲**注意：**有独立请求权的第三人参加诉讼后，原告申请撤诉，人民法院在准许原告撤诉后，有独立请求权的第三人作为另案原告，原案原、被告作为另案被告，诉讼另行进行。

赵某与刘某将共有商铺出租给陈某。刘某瞒着赵某，与陈某签订房屋买卖合同，将商铺转让给陈某（无权处分），后因该合同履行发生纠纷，刘某将陈某诉至法院。赵某得知后，坚决不同意刘某将商铺让与陈某。赵某是什么诉讼地位？

**债权行为：合同有效，是双方真是意思表示**

**物权行为：无法完成过户，陈某可以追究刘某违约责任**

**看赵某主张，有独立权：**

1. **不能卖，反对交易，既反对买和卖——有独三**
2. **不反对卖房，只想让陈某给钱——必要共同诉讼的原告**

|  |  |
| --- | --- |
| **有独立请求权第三人** | |
| **参诉原因** | 为维护自己利益，无共同利益，既反对原告，也反对被告 |
| **参诉依据** | 对本诉诉讼标的有独立请求权（一般基于独立请求权基于物权或继承权产生）  所有权→物上返还权 |
| **参诉方式** | 向审理本诉法院起诉，提起参加之诉：以有独三为原告，以本诉的原告和被告为共同被告（法院不可以依职权追加有独三）。本案中存在你两个独立的诉：本诉和参加之诉。  有独三参加诉讼后，原告申请撤诉，人民法案在准许原告撤诉后，有独三作为另案原告，原案原、被告作为另案被告，诉讼另行进行 |
| **地位权利** | 有独三是参加之诉原告（以本诉原被告为参加之诉被告），属于本案的当事人，但不能提管辖权异议 |

**人格物：具有人格象征意义的物，不能祖传，不能继承**

**案例：冷冻胚胎案**

**夫妇有生育障碍，试管婴儿，冷冻4个胚胎，夫妇双亡，拿出胚胎需要代孕。这个孩子可以上户籍（证明是中国人的后代），医院不同意拿出胚胎，男方父母作为原告诉女方父母，诉继承权（受精卵不是人，不承认胎儿的流产地位，因此可以流产；不是一般的物），打监管权（我国对物有保管权，对人有监护权，“诉讼产生权利”，隐私权2009年前是没有的，由于案例而写入民法），医院能作为有独三进入民诉？**

##### 不能做有独三：医院没有请求权。

##### 不能做无独三：不管谁胜诉，医院都要交胚胎，只是事实上的区别

有独三与必要共同诉讼人识别

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 必要共同诉讼人 | 有独立请求权第三人 |
| 争议法律关系数量 | 唯一 | 两个，本诉和参加之诉 |
| 利益关系 | 有共同利益 | 与本诉当事人均对立 |

**二、无独立请求权第三人**

**无独立请求权第三人，是指虽然对原告和被告之间争议的诉讼标的没有独立的请求权，但与案件的处理结果有法律上的利害关系而参加诉讼的人，简称无独三**

**本诉原告**

**（本 诉）**

**辅助**

**本诉被告 无独三（没有独立请求权）**

##### 顾客甲到乙饭店吃饭，点了一盘河豚，中毒，在医院抢救，甲亲属诉乙饭店，违约之诉（而不是侵权之诉），乙（销售者）饭店抗辩，是从丙（生产者）处进的。

##### 甲能诉乙+丙？×违约之诉，合同具有相对性

##### 若乙败诉，则必定会诉丙：不真正连带责任，乙可以追偿丙，但丙不可以追偿乙

##### 若乙不赔，丙不赔；若乙赔，丙也赔

|  |  |
| --- | --- |
| **无独立请求权第三人** | |
| **参诉原因** | 为维护自己利益 |
| **参诉依据** | 与案件处理结果有**法律上的**利害关系（非事实上的，若男女双方离婚，婚外情人能否进入离婚诉讼做无独三？×） |
| **参诉方式** | 自己申请或由人民法院通知，（不能起诉，没有权利） |
| **地位权利** | 有独立**当事人**地位（只是没有独立的请求权），但在一审中无权对案件的**管辖权提出异议**，**无权放弃、变更诉讼请求**或者**申请撤诉**（开始就无权起诉），可以**承认诉讼请求**。判决承担民事责任的无独三有权提出上诉。 |

##### 债权人甲和丙，债务人乙，甲诉乙偿债，丙想乙先还给自己，丙作为无独三？×不是法律上利害关系，并不因为先还给甲，丙的权利消失，只是事实上的利害关系

##### 两种常见无独三：

##### 代位权诉讼中，可以追加债务人为无独三。

##### 撤销权诉讼中，可以追加该受益人或者受让人为无独三。

第五节 当事人变更

一．诉讼承担与法定变更

1. 在诉讼过程中，当事人死亡，发生诉讼继承时。
2. 因法人或其他组织合并或分立所发生的当事人变更。

此时需要诉讼中止，确定承担诉讼权利义务的人。

二．当事人恒定与任意变更

1.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。权利义务转让后，当事人仍是甲乙。

2.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。甲乙案件的裁判对丙有约束力。

3.受让人申请以无独三身份参加诉讼的，人民法院可与准许。丙可以要求代替乙请求参加诉讼。

4.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,可以追加其为无独三。若法院不同意丙代替乙，丙可以作为无独三参加诉讼。

**甲** 缔结合同 **乙**

在诉讼中

权利义务转让

**丙**

##### 已经产生诉讼，需要被告换成丙吗？

##### 不换

##### 换 ：转移之前的事情丙没有参加，需要重走程序

##### 不换：继续打，程序稳定，效率最高；乙即使败诉也是丙承担责任，使得乙放松，但不利于丙权利义务。

法律效果：因在诉讼中，争议的民事权利义务转移。

①原则上，当事人恒定：

a不影响当事人的诉讼主体资格和诉讼地位。

b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。

②例外时，当事人变更：

a受让人申请以无独立请求权的第三人身份参加诉讼的，人民法院可予准许。

b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的第三人。

③变更当事人的效果：

a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。

b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。

第六节 诉讼代理人

诉讼代理人，是指根据法律规定或当事人的委托，代理当事人进行民事诉讼活动的人。包括：法定诉讼代理人和委托诉讼代理人两类。

**一、法定代理人**

（一）范围：法定代理人的范围仅限于被代理人的**监护人**。(法律直接规定)

监护人：近亲属、社会组织……

（二）权限与地位：

其**诉讼权利**与当事人相同，**地位相当于当事人**，发生法律事件的后果与当事人不一定相同。

**二、委托代理人**

（一）当事人授权委托的范围：

|  |
| --- |
| 律师、基层法律服务工作者； |
| 当事人的近亲属或者工作人员（有正式劳务合同）； |
| 当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。 |

##### 注意：

##### 《民法典》1045条：亲属包括配偶、血亲和姻亲

##### 配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。

##### 配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。

2.实践中，一般要求工作人员是与当事人有合法劳动人事关系的职工。

**▲无、限制民事行为能力人、以及其他依法不能作为诉讼代理人的**，不能作为诉讼代理人。

（二）权限：**一般授权和特别授权两种。**诉讼代理人代为**承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉**必须有委托人的特别授权。

可以选择一部分进行特别授权

**1**.全权代理属于一般授权。

2.律师代理，要出具授权委托书、执业证、律所证明。**不需要**出具委托合同。

1. **管辖**

第一节 法院主管

法院主管，是指人民法院依法受理、审判解决一定范围内民事纠纷的权限，确定人民法院和其他组织之间解决民事纠纷的分工和权限。

**一、人民法院受理的民事案件包括**：

1.平等民事主体之间因财产关系和人身关系发生的纠纷，即因民事法律关系发生争议而引起的纠纷；

例如学生一稿多发被学校退学，学校与学生之间是管理与被管理的不平等关系，不是民事诉讼，而是刑事诉讼

非诉：例如宣告死亡，只是宣告某种状态

2.法律规定其他应适用民事诉讼法审理的案件，如选民资格案件，宣告失踪、死亡案件，认定公民无民事行为能力、限制行为能力案件，认定财产无主案件。

**二、以下两类案件排斥法院主管：**

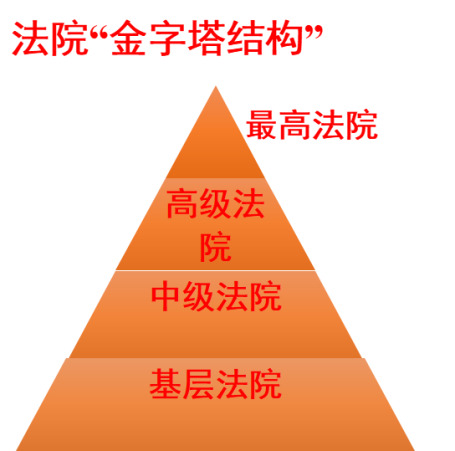
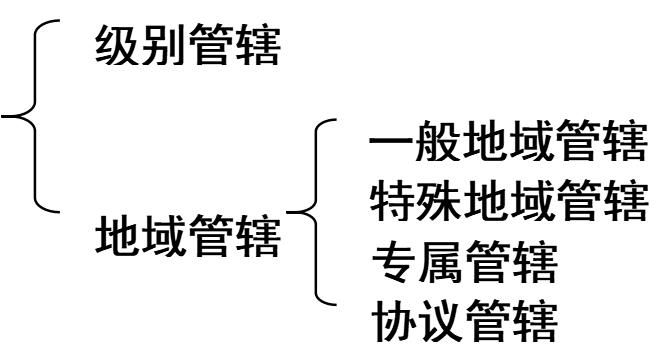
1.订立商事仲裁协议

《民事诉讼法》第124条规定: 依照法律规定,双方当事人达成书面仲裁协议申请仲裁、不得向人民法院起诉的,告知原告向仲裁机构申请仲裁。

2.劳动纠纷

《劳动法》79条：劳动争议发生后，当事人可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解；调解不成，当事人一方要求仲裁的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对**仲裁**裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。

《劳动争议调解仲裁法》第21条：劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖



第二节 级别管辖

级别管辖，是指按照一定的标准，划分上下级法院之间受理第一审民事案件的分工和权限，通俗的讲，就是一个案件应当由什么级别的法院来管辖

一．基层法院管辖第一审民事案件，但本法另有规定的除外。

二．中级法院管辖（基本概念就可以，不用细背）

|  |  |
| --- | --- |
| **一、重大**(人多钱多案复杂)**涉外**（人涉外、物涉外、事实涉外三选一即可）**案件**  （一）当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的；  （二）当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；  （三）标的物在中华人民共和国领域外的；  （四）产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的；总结：主体涉外、标的物涉外、事实涉外，满足其一即为涉外民事诉讼。 | |
| **二、在本辖区有重大影响的案件：看标的额（北京3个亿）→管辖权权利下沉** | |
| **三、最高法院确定由中级法院管辖的案件** | **1.海事、海商**案件（海事法院审理） |
| **2.重大涉港、澳、台**民事案件 |
| **3.专利纠纷**案件(原则中级管、基层也可管—北上广有知识产权法院）  （1）如果专利纠纷发生在北上广：必须有知识产权法院管辖  （2）如果发生在其他地方，原则由中院管辖，最高院指定的基层法院也可以管辖 |
| **4.公益诉讼**案件 |
| 1. **涉及到仲裁的案件一般由中院管辖**   例外：国内仲裁财产保全和国内仲裁证据保全由基层法院管辖**。** | |

三、高级法院管辖：管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案件。

四、最高法院及其巡回法院管辖的第一审民事案件

（1）在全国有重大影响的案件

（2）认为应当由本院审理的案件

第三节 地域管辖

**一、一般地域管辖**

**（一）一般地域管辖的确定原则**

**★“原告就被告”就：迁就，防止滥诉**

1.**公民**为被告：由被告住所地或经常居住地（优先）管辖。

▲注意：

①住所地即户籍所在地。

②经常居住地要求公民至起诉时连续居住一年以上。

③二者不一致，以经常居住地为准。

##### 例子：南开区：住所地；√

##### 海淀区：四年大学；×已经毕业了，已切断联系

##### 宝山区：半年工作；×不到一年

④户籍迁出未落户，经常居住地管；又无经常居住地，原住所地管。

1. **法人或其他组织**为被告，由其**主要办事机构所在地管辖**，无法确定主要办事机构所在地，则由**登记注册地**管辖。

**（二）一般地域管辖的例外**

|  |  |
| --- | --- |
| **原告住所地** | **被告住所地或经常居住地** |
| **被告**被采取强制性教育措施或被监禁 | 双方都被采取强制教育措施或监禁（若被告被强制教育或监禁1年以上，由监禁或强制性教育地法院管辖） |
| **被告**被注销户籍 | 双方都被注销户籍（被告居住地管辖） |
| 被告不在中国境内居住、下落不明或宣告失踪的**身份诉讼（身份诉讼，包括离婚纠纷、收养纠纷，赡养纠纷等与身份关系有关的诉讼）**  **①具有紧迫性**  **②具有公益属性** |  |
| “追三费—抚育、扶养、赡养”的几个被告不在同一辖区 | |
| 被告离开住所地超1年的**离婚诉讼**  **曹某、张某离婚纠纷案：张某自愿入赘到曹某家，张某被改名为曹某敏并取得昌县户籍，2011年因家庭纠纷张某离开昌县未归，2017年曹家起诉，张某认为昌县法院无管辖权×** | |
|  | 双方都离开住所地超1年的离婚诉讼（被告经常居住地管辖） |

**二、专属管辖**

|  |  |
| --- | --- |
| **不动产纠纷** | **不动产所在地法院**管辖 |
| 港口作业纠纷 | **港口所在地**法院管辖 |
| 继承遗产纠纷 | **被继承人死亡时住所地**或者**主要遗产所在地**法院管辖 |

**▲**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。

**（删）▲区别于涉外专属管辖**：

|  |
| --- |
| 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 |

**效果**：由**中国**法院专属管辖，排斥外国法院管辖。

▲违反后果：中国法院不执行。

1. **协议管辖（意思自治的延伸）**

协议管辖是当事人用协议的方式确定管辖的法院。规定协议管辖的立法目的是为了方便当事人诉讼，体现对当事人诉讼主体的尊重，有利于纠纷得到及时解决。需要满足：

|  |  |
| --- | --- |
| **审级** | 一审 |
| **案由** | **合同或其他财产权益纠纷**(因同居或离婚、解除收养发生的财产争议可协议管辖)0 |
| **形式** | 书面协议，口头协议无效（格式条款必须采用合理方式提醒消费者注意） 例子：淘宝卖家发生纠纷，被告认为收货地无管辖权，认为注册时一堆条款中争议在“余杭区法院”即阿里巴巴所在地，原告已点击“同意”法院认为未用合理方式提醒消费者。 |
| **对象** | 地域管辖（不能是级别管辖） |
| **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   1. 选几个都可以→看原告 2. 等内等：即只能从这五个选择→规范司法实践 |
| **方式** | 应明确，**选择两个以上，原告可以自由选择** |
| **效力** | 1.违反专属管辖和级别管辖无效。  2.主合同转让，协议管辖**对受让人有效**。但转让时受让人不知道有管辖协议或者另有约定且原合同相对人同意除外。  3.约定优先于法定 |

**四、合同案件的特殊地域管辖**

**〖原则〗**：合同纠纷，由**合同履行地**和**被告住所地**管辖**。**

例子：原告：津南区；被告：西青区；约定：东丽区；实际交付：北辰区（不好查明，无意义）

立案起诉：立案庭形式审查（实际地须取证，因此有约定按约定地）→民1庭(传统民事纠纷)/民2庭（经济案件）/民3庭：（公司并购、股权）

**怎样确定合同履行地：**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **适用情况** | | | | **履行地确定** |
| **有约定** | | | | 从约定 |
| **无约定或约定不明** | **特别法** | 给付货币的合同 | | 接受货币方所在地  往出借钱：贷款人-债权人；管别人借钱：借款人-债务人  借款合同：不能因为贷款人不借钱就告人家，都是债务人不还钱而被起诉→接受货币所在地为债权人所在地 |
| 给付不动产合同 | | 不动产所在地 |
| 租赁合同 | | 租赁物使用地 |
| 即时结清的合同 | | 交易行为地 |
| 网络购物合同 | 网络交付 | 买受人住所地 |
| 其他交付 | 收货地 |
| **一般法** | **其他合同** | | 履行义务方所在地 |

**思考：**A从B处购买了一只会洗衣服做饭的哈士奇。

现在，**若B诉A**，要求A给付货款，哪里管？若**A诉B**，要求B给付哈士奇，哪里管？

**〖例外〗**：**（有约定+未履行+不重合）**：合同约定了履行地，但未实际履行，当事人双方住所地又都不在合同约定的履行地的，只由**被告住所地**人民法院管辖。

**（删）五：保险合同特殊地域管辖**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **人身保险合同纠纷** | 被保险人住所地 | | | 被告住所地 |
| **保险合同纠纷** | 保险标的物所在地 | | | 被告住所地 |
| **运输工具或在途货物保险合同纠纷** | 运输工具登记注册地 | 运输目的地 | 保险事故发生地 | 被告住所地 |

**五、侵权案件特殊地域管辖**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **案由** | **管辖地一** | **管辖地二** | **管辖地三** | **管辖地四** |
| **侵权纠纷** | 侵权行为实施地 | | 侵权结果发生地 | 被告住所地 |
| **产品质量侵权纠纷**  产品瑕疵：无法完全满足需要  产品缺陷：质量问题 | 产品制造地 | 产品销售地 | 侵权行为地 | 被告住所地 |
| **服务质量侵权纠纷** | 服务提供地 | |
| **网络侵犯人身权** | 侵权行为实施地（包括实施侵权行为的设备所在地） | | 侵权结果发生地（包括被侵权人住所地） | 被告住所地 |
| **交通事故侵权** | 由事故发生地、车辆、船舶最先到达地 | | 航空器最先降落地 | 被告住所地法院管辖 |

**六、管辖规则的适用与选择管辖**

一、管辖问题的适用

**一般地域管辖**

**特殊地**

**域管辖**

**协议**

**管辖**

**专属**

**管辖**

甲县居民刘某与乙县大江房地产公司在丙县售房处签订了房屋买卖合同，购买大江公司在丁县所建住房1套。双方约定合同发生纠纷后，可以向甲县法院或者丙县法院起诉（协议管辖）。后因房屋面积发生争议，刘某欲向法院起诉。哪些法院有管辖权？

1. 不是“专属管辖”，是商品房，不是政策性房屋
2. 协议管辖有效

二、选择管辖的含义如下：

1.若多个法院对一个案件都有管辖权，当事人可以任意选择一个法院起诉。

2.当事人同时向多个法院起诉，由最先立案的法院管辖。

3.后接到起诉状的法院，若知道其他法院已经在先立案，不得再重复立案。

4.不知道其他法院已立案的法院，立案后发现其他有管辖权的法院已先立案的，裁定将案件移送给先立案的人民法院。

**（删）七、公司诉讼特殊地域管辖**

|  |  |
| --- | --- |
| 公司 设立、解散、分立合并，变更登记纠纷 | 由**公司住所地**管辖。 |
| 公司 确认股东资格、股东名册记载、股东知情权纠纷 |
| 公司 决议、分配利润、增减资纠纷 |

**（删）八、选择管辖**

|  |  |
| --- | --- |
| **多管可任选** | 多个法院对案件有管辖权，当事人可以选择起诉。 |
| **多选先立管** | 当事人同时向多个法院起诉，由**最先立案**的法院管辖。 |
| **先立后不立** | 知道其他法院已经立案的法院，不得再立案。 |
| **后立送最先** | 不知道其他法院已立案的法院，立案后发现其他有管辖权的法院已先立案的，裁定将案件移送给先立案的人民法院。 |

第三节 裁定管辖

**一、移送管辖**

1.定义：是法院受理案件后，发现自己对案件没有管辖权，依法将案件移送到有管辖权的法院审理的制度，是管辖错误的人民法院在受理案件后一种纠正措施。

**受理法院 （已受理） 受移送法院**

**无**管辖权 **有**管辖权

▲**注意：**有两种情况。即地域移送、级别移送。

★受移送法院认为自己无管辖权，**不能再次自行将案件移送回原法院或移送至第三方**，要报请**自己上级法院指定管辖**。

**二、指定管辖**

（一）定义：上级法院以裁定方式指定其下级法院对某一案件行使管辖权。

（二）情形：

1．特殊原因导致有管辖权法院**不能行使**管辖权。

2. 处理**管辖权争议**。协商不成，应由共同上级指定管辖。

**三、管辖权转移**

（一）定义：经过上级法院的决定或者同意，将案件的管辖权从原来有管辖权的法院转移至没有管辖权的法院，使无管辖权的法院取得管辖权

▲注意：管辖权转移只能在上下级之间转移，不存在地域转移。包括三种：

**上级法院**（**无**管辖权**） 上级法院**（**有**管辖权**）**

**2.上调**

**1.上报**

**3.报批下放**

**下级法院**（**有**管辖权） **下级法院**（**无**管辖权）

1. 下级报请上级决定将自己审理的案件交上级审理；
2. 上级自行裁定审理下级案件；
3. 确有必要，上级可以在**开庭前**裁定将自己审理的案件交下级审理，**报上级批准**。

##### “陷阱取证”A盗版B的软件，取证困难，B出资全资子公司，买A的照排机要求A装软件，将过程录制上交

##### 1.北京中院A败诉

##### 2.北京高院认为证据非法B败诉

##### 3.最高院：保护正版；盗版手段隐蔽；并为侵害A合法权益；陷阱取证≠犯意引诱

可以交下级的案件包括3类：

1. 破产程序中有关债务人的诉讼案件；
2. 当事人人数众多且不便诉讼的案件；
3. 环境民事公益诉讼案件。

**四、管辖权异议：**当事人向受诉法院提出的该院对案件没有管辖权的主张

|  |  |
| --- | --- |
| **主体** | ①一般只能是被告。特殊情况下，原告可以提出管辖权异议**②第三人都不能提。** |
| **对象** | **一审案件**的**地域管辖和级别管辖**。（发回重审和再审都不能提） |
| **时间** | 原则上，应在**提交答辩状期间**提出。注意：  1.必须在一审程序中答辩期内（一般为15日）内提出，二审、发回重审和再审程序中都不能提管辖权异议。  **2.应诉管辖：**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。  3.若当事人未应诉答辩，也未提管辖异议。答辩期结束后，若法院发现管辖错误，可以移送管辖。 |
| **程序** | 审查，**15日**内作出裁定：成立的，移送管辖。不成立的，驳回。 |
| **救济** | 当事人不服管辖权异议裁定，可在10日内上诉**。** |

**▲**管辖权异议裁定作出前，原告申请撤回起诉，法院准许的，该如何处理？

**答：**对管辖权异议不再审查，并在裁定书中一并写明。

第四节 管辖权恒定

**一、管辖权恒定原则**

法院对某个民事案件是否有管辖权，以起诉时为标准，起诉时对案件享有管辖权的法院，不因确定管辖的因素在诉讼过程中发生变化而丧失管辖权。

|  |  |
| --- | --- |
| 级别管辖恒定 | 受诉法院不因诉讼中发生**客观情况**导致**诉讼标的额增减**丧失管辖权。  例1：只告50元，想跳过基层法院，恶意**主观**提升至1亿标的额  1.降低标的额后，狭义至基层院  2.交160万诉讼费在中院继续审理  例2：起诉时1亿股权，在中院审理，但一个月后缩水为2千万，依然不下移至基层法院（客观原因） |
| 地域管辖恒定 | 1.受诉法院不因诉讼中当事人**住所地、经常居住地、行政区划变更**丧失管辖权。  2.受诉法院不因诉讼中当事人**反诉、增加变更诉讼请求**丧失地域管辖权**。** |

**什么级别**

**什么地方**

**特殊情况**

**第五章 证据与证明**

第一节 证明对象

**一．概念**

民事诉讼中需要证明的案件事实——待证事实（也叫证明对象）需要满足以下三个条件：

1.双方当事人对该事实存在争议。

2.该事实的证明对于法官正确审理民事案件具有法律上的意义。

3.该事实不属于法律明确规定无须当事人证明的事实。

具体包括：实体事实、程序事实、证据事实和外国法。

**二、免于证明的事实**

《民诉法解释》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；不能推翻

（二）众所周知的事实；不要求地球人都知道，可以推翻

（三）根据法律规定推定的事实；可以推翻

前提事实——结论事实eg:劳动者患有肺痨则推定没有劳动能力。

多人死亡的死亡顺序：有继承人的；长辈；同辈间一起死亡

（四）根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实；

##### 经验法则：具有稳定性的经验≠经验

##### 彭宇案：彭宇扶起徐老太太，徐老太太诉彭宇要求赔偿，判决赔偿4万元，正常人不撞人不会救人，而且不仅送到医院还垫付了医药费（1）怎么看待司法判决（2）怎么运用自由心证（3）法官不再喜欢运用经验法则

（五）已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实；（既决事实）可以举证推翻

（六）已为仲裁机构生效裁决所确认的事实；（既决事实）可以举证推翻

（七）已为有效公证文书所证明的事实。（既决事实）可以举证推翻

前款第二项至第四项规定的事实，当事人有相反证据足以反驳的除外；第五项至第七项规定的事实，当事人有相反证据足以推翻的除外。

**三：自认**

**自认，是指对不利于自己的事实（非请求）以书面或者口头形式加以承认。**

例子：A：你要还我500块 B：我上个月还过了 则B承认了借了钱

认诺：给人拔牙，打一圈，A诉B要求恶意殴打而赔偿2万，B说同意赔偿，但不是恶意殴打，是好意施惠

这就是承认请求但不承认事实

分解：1.可以书面可以口头；2.承认的事实不是诉讼请求；3.该事实不利于己。

**（一）效力**

免除对方当事人提出证据的责任。

**▲注意：四五种情况自认不成立**

1. 为达成调解协议或者和解协议进行的自认，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据，法律另有规定或当事人**都**同意的除外。

例子：A觉得B与C有不正当关系，A想离婚，B不同意，B说只要不离婚怎么都可以，A让B说实话是否有关系，B承认已达到和解

1. 自认事实与法院已经查明事实不符，自认不成立。

##### 虚假诉讼：通过诉讼侵害他人合法权益。

##### 例子：A想和B离婚，B不同意，A找C装作B去离婚

##### 恶意诉讼：逃避履行。

##### 例子：A需要被执行财产给债权人B，A与C恶意串通，C起诉A，说车是C的，A自认车是C的，以此使真正的债权人B拿不到财产。上述不成立自认

3.**身份关系**不允许自认**。**

**4.涉及国家、社会利益事实**不允许自认。

5.涉及程序事项的事实不允许自认。

**（二）要件**

|  |  |
| --- | --- |
| **形式** | **书面**（起诉状、答辩状、代理词）**/口头**（需在庭审中）**。** |
| **方式** | **应该明示自认、亲自自认。 例外**：**默示自认、诉讼代理人自认**。 |

1.《证据规定》第8条第2款规定：“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。”

2.未经过当事人特别授权的代理人无权对将直接导致承认对方诉讼请求的事实的自认，**但如果当事人在场**，但对其对该事实的承认**不作否认表示**的，则该自认视为当事人的自认。

**（三）形式**

1.明示自认和默示自认

明示自认：当事人明确承认不利于自己的事实。

默示自认：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。

2.亲自自认和代理人自认

亲自自认：当事人自己承认不利于自己的事实

代理人自认：诉讼代理人的自认视为当事人的自认。但有两个例外：

（1）授权委托书明确排除的事项除外。

（2）当事人在场对诉讼代理人的自认明确否认的除外。（2019《证据规定》第5条）

（四）撤回

要撤回明示自认，需要满足以下几个条件：

1. 法庭辩论终结前。

2. 对方当事人同意，或者有充分证据证明其自认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出（**删除了且与事实不符**）。

为什么删除：A证明不了，通过胁迫让B自认；B要撤回需说明与事实不符，则举证责任从A转到B，不公平

第二节 证据能力和证明力

大陆法系的证据能力，通常是指某种事实或材料能否被法律允许证明另一事实存在与否的资格。英美法系采用相关性概念来描述可以进入法庭证据调查的证据材料的范围，而使用可采性来描述证据符合法律A公司在X街道进行施工，个体工商户甲认为A公司在施工过程中阻碍了道路正常通行，影响店铺正常经营，遂与A公司施工现场的工作人员沟通,沟通过程中，甲与A公司工人产生肢体冲突。甲在此冲突中受伤，入院治疗多日后出院。出院后，甲就其受伤问题多次与A公司就赔偿问题进行沟通。

A公司提出，自己公司的员工也在此次纠纷过程中受伤，所以，双方最好采取相互不赔偿的方式来解决问题为宜，并出示了一段甲在肢体冲突过程中，对A公司员工乙、丙呈主动状态的录像。

虽然在此录像片段中，甲对A公司员工乙、丙呈主动状态，但是，从录像内容本身可以看出，这段录像仅仅是整个纠纷过程中的中间一段。所以，将此段录像作为已知证据，是完全可以推导出这样一个无需再举证证明之事实的，即在整个纠纷过程中，乙、丙和甲发生了具体肢体接触。因此，这份A公司自己充满自信的证据恰恰锁定了究竟是哪个或哪几个A公司的具体工作人员与甲发生了肢体冲突的问题。

的规定因此具有在法庭审理过程中出示、并成为证据调查对象的资格。

“相关性”就是指所援引的任何两个事实，他们之间是如此紧密相关，以至于按照事件通常的进程，一个事实本身或者与其他事实相联系能够证明某一事实在过去、现在或将来的存在或不存在，或为这种证明提供可能。

第104条　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。

能够反映案件真实情况、与待证事实相关联、来源和形式符合法律规定的证据，应当作为认定案件事实的根据。

 第106条　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**的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。

例子：针孔摄像头偷拍出轨，取证手段侵犯隐私权

证人不肯来，绑来到法院

私家侦探；雇佣别人诱惑自己妻子拿到证据从而离婚，违反公序良俗

证明力，又称证明价值或证据力。指的是证据对待证事实存在的可能性具有的证明作用。其证明作用的程度表现为证明力的大小。

相关性决定了证明力的有无和证明力的程度。

封建社会的法国：法定证据。证明力完全由法律规定，没有法官自由裁量

量化： 用1作为标准。无利害证人证言0.25，当事人口供0.5（容易造成刑讯逼供）

分级：男人证明力＞女人证明力 僧侣证明力＞常人证明力 贵族证明力＞平民证明力

缺点：1.极端的机械2.刑讯案件出现

**对证明力认定的法则——自由心证**

1808年**法国**颁布了《刑事诉讼法典》，明确规定了自由心证制度。

第342条规定：法律对于陪审员通过何种方法而认定事实，并不计较；法律也不为陪审员规定任何规则，使他们判断已否齐备及是否充分；法律仅要求陪审员深思细察，并本诸良心，诚实推求已经提出的对于被告不利和有利的证据在他们的理智上产生了何种印象。法律未曾对陪审员说：“经若干名证人证明的事实即为真实的事实”；法律也未说：“未经某种记录、某种证件、若干证人、若干凭证证明的事实，即不得视为已有充分证明”；法律仅对陪审员提出这样的问题：“你们已经形成内心的确信了吗？”

**中国**（2019）：第105条　人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审核证据，依照法律规定，运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据有无证明力和证明力大小进行判断，并公开判断的理由和结果。

第三节 证明责任的分配

**证明责任（也叫举证责任），由主观证明责任和客观证明责任两种含义：**

1. 双方当事人对于自己主张的事实，都应提出证据加以证明。这叫做主观意义上的举证责任，也叫行为责任。但是，诉讼中存在自认、被生效法律文书认定的事实等免证事实的情况下，对于该事实，免除了当事人提出证据加以证明的责任。

债权人A借给债务人B 500元，B说没有借过

法官问A有证据吗？

①A说没有证据。没有任何证据。认为没有借款。A败诉

②A支付宝有500元转账记录。证明力（自由心证）不足以证明，未达到证明标准。比如赠与、还钱。A败诉

③A提供了转账记录+借条。借款事实存在（临时心证）；

B找到以大爷（74岁），看着从小长大，他知道B不会写字，此时需要证明二大爷言辞如果正确，举证责任转移到A。

A提供鉴定意见，说大爷精神状况有问题，证明责任转到B.

B提供电子数据，说A与与鉴定人有不正当关系，电子数据不可信……

1. 双方都各自举证后，谁举出的证据证明力明显更大（盖然性占优），谁就将胜诉。

原告需要力争，被告需要部分破坏

民事：高度盖然性 低 80% 就可以

刑事：高度盖然性 高 必须排除合理怀疑，必须“板上钉钉”100%

1. 但若法官无法判断谁提供证据的证明力大，案件事实就会陷入案件事实真伪不明的状态。
2. 案件事实真伪不明，只能运用举证责任裁判。此时的举证责任，指的是案件败诉风险的负担。这叫做客观意义上的举证责任，也叫结果责任。谁负担举证责任，谁就负担败诉的风险——案件一旦真伪不明，法院就判谁败诉。

例子： A仿B制作假壶为生，前提需要见到真品，找C的借了认为是B的壶，A发现C给的是假的，C说给的是真品，还给A的是假的，因为除了A没有人有能力制作赝品。即壶的同一性问题

C诉A返还真品，并支付租金。案件事实真伪不明

例子：A卖了B商店2002的八宝粥，A说是从B买的过期食品，B商店认为A换过八宝粥。即八宝粥的同一性问题→权利发生

此时举证责任在A

A证明没有换过比B证明A换过更困难

例子：A在B商店陡峭楼梯摔倒。A诉B认为B应该贴上标志。

**《民诉法解释》**

第90条　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，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。

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：

（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；

（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。

A说B借了500元没还，B说借了但是还了→消灭。真伪不明B败诉

A说B借了500元没还，B说借了也没还，但是过了诉讼时效（丧失权力外观，变成裸体权利，只是失去了强制力，但债权未消灭，无法通过公力救济，债务人愿意给就给，不给也可以。即使真的借了，法律不会强制要求还）；A说并没过时效→变更法律关系。B主张权利受制，真伪不明B败诉

**谁想主张对自己有利的事实，谁就需要举证**

★《消费者权益保护法》第23条第3款：经营者提供的机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务，消费者自接受商品或者服务之日起六个月内发现瑕疵，发生争议的，由经营者承担有关瑕疵的举证责任。

因为使用者很难证明物品有瑕疵；六个月的规定是因为超过六个月会改变其产品的性能

★《食品药品规定》第6条：食品的生产者与销售者应当对于食品符合质量标准承担举证责任。

无需考虑时间

**证明责任倒置**

**高空抛物须证明是谁抛的，但是立法让被告证明没抛才无责任**

（删）第三节 证明责任的分配

**一、概说**

**（一）证明责任由主观证明责任和客观证明责任两种含义：**

主观证明责任，也叫形式上的证明责任、行为上的证明责任，指当事人向法院提供证据证明待证事实的责任。

客观上的证明责任，也叫实质上的证明责任、结果上的证明责任，是指事实真伪不明时败诉风险的承担。

**(二)证明责任与证明标准**

证明标准是指法官在诉讼中认定案件事实所要达到的证明程度。

《[民事诉讼证据](http://baike.baidu.com/view/436642.htm" \t "_blank)的若干规定》第73条规定了“高度盖然性”证明标准，“双方当事人对同一事实举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供的证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的，人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。”

**（三）客观证明责任适用的两个理论前提：**

1.案件事实真伪不明时才适用；

2.单方负担，不可转移。

**二、 合同案件和劳动案件的客观证明责任分配**

**（一）合同纠纷案件**

合同纠纷中，主张合同关系**成立、生效**、**变更、解除、终止、撤销事实和合同履行事实**的一方当事人对该事实承担举证责任。

**（二）劳动争议案件**

在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出**开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限**等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。

**三、侵权案件的客观证明责任分配**

（一）**一般分配原则：**

|  |  |
| --- | --- |
| 原告要证明 | 侵权成立的四个要件事实（因果关系、过错、损害结果、违法行为） |
| 被告要证明 | 免责事实 |

**（二）一般分配原则的变形——无过错责任：**

|  |  |
| --- | --- |
| 原告要证明 | 侵权成立的三个要件事实（因果关系、损害结果、违法行为） |
| 被告要证明 | 免责事实 |

这类侵权主要包括：**高危作业侵权、建筑物倒塌侵权、产品质量侵权、宠物侵权**。

**（三）特殊的分配规则：**部分侵权成立事实倒置给被告

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **归责原则** | **被告证明** | **原告证明** |
| **专利侵权** | 过错 | 免责事实+制造方法不同专利 | 其余侵权成立要件 |
| **共同危险** | 过错 | 免责事实+谁是造成损害的人 |
| **特定医疗侵权**（58条） | 过错推定 | 免责事实+自己无过错 |
| **物件脱、坠伤人** | 过错推定 | 免责事实+自己无过错 |
| **环境污染** | 无过错 | 免责事实+污染行为和损害结果间无因果关系 |

《侵权法》第58条：患者有损害，因下列情形之一的，推定医疗机构有过错：①违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；②隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；③伪造、篡改或者销毁病历资料。

★《消费者权益保护法》第23条第3款：经营者提供的机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务，消费者自接受商品或者服务之日起六个月内发现瑕疵，发生争议的，由经营者承担有关瑕疵的举证责任。

★《食品药品规定》第6条：食品的生产者与销售者应当对于食品符合质量标准承担举证责任。

|  |  |
| --- | --- |
|  | 被告证明 |
| 耐用商品、服务 | （6个月内）商品合格无瑕疵 |
| 食品 | 食品合格无瑕疵 |

第四节证明标准

（二）证明责任与证明标准

证明标准是指法官在诉讼中认定案件事实所要达到的证明程度。

第108条　对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。

对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。

法律对于待证事实所应达到的证明标准另有规定的，从其规定。

1. 当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。

《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》

第3条 专利方法制造的产品不属于新产品的，侵害专利权纠纷的原告应当举证证明下列事实：行为责任—缓解被告证明责任（对双方证明责任的立场趋于平衡）

（一）被告制造的产品与使用专利方法制造的产品属于相同产品；

（二）被告制造的产品经由专利方法制造的可能性较大；

（三）原告为证明被告使用了专利方法尽到合理努力。

原告完成前款举证后，人民法院可以要求被告举证证明其产品制造方法不同于专利方法。

《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第六条被侵权人根据民法典第七编第七章的规定请求赔偿的，应当提供证明以下事实的证据材料：

（一）侵权人排放了污染物或者破坏了生态；

（二）被侵权人的损害；

（三）侵权人排放的污染物或者其次生污染物、破坏生态行为与损害之间具有关联性。

1. 证据的法定种类

**一、 证据理论分类**

（一）是否能**独立证明**案件事实——直接证据与间接证据

（二）是否**直接来源**于案件事实——原始证据与传来证据

（三）当事人对**待证事实**是否**负证明责任**——本证与反证

对待证事实负有证明责任的当事人提供的，证明案件事实成立的证据是本证；

对待证事实不负有证明责任的当事人提供的，证明案件事实不成立的证据是反证。

**二、 证据法定种类**

**证据种类**

**书证**

**视听**

**资料**

**证人**

**证言**

**当事人**

**陈述**

**鉴定**

**意见**

**勘验**

**笔录**

**物证**

**电子**

**数据**

**一、书证与物证**

书证是用思想内容证明案件事实的证据，典型的如合同书、借条等。其中，最重要的分类为根据文书制作的主体，可以分类为公文书和私文书。

1. **公文书真实性推定（可以推翻）**

国家机关或者其他具有社会管理职能的组织在其职权范围内制作的文书所记载的事项推定为真实，但有相反证据足以推翻的除外。

行政机关作的决定

医院（社会管理职能的组织）出生证明，病例不是

银行：征信

交警出具的公文书，但是判定错误，可以推翻

**（二）私文书真实性证明**

私文书证，是指私人制作的或国家机关、企事业单位、社会团体并非在其职权范围内制作的文书，如经济交往中的买卖合同书、个人开出的借款收据等。在一般情况下，私文书证的证明力比公文书证弱。私文书证的真实性，由主张以私文书证证明案件事实的当事人承担举证责任，提供证据加以证明。

A拿出借条，说是B写的，B说不是。

举证责任：A证明是真实的；若被告故意说不是写的，A也要去鉴定

注意：关于书证的相关规定同样适用于视听资料、电子数据。

**（三）文书提出命令**

文书提出命令，是指书证、电子数据或者视听资料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。

核心：证明对方手里有证据→免征事实（买卖合同丢失，房屋质量有问题，但房地产开放商会有一份）

例子：A去医院做HIV检查，显示被感染了HIV,报复社会100多个人发生关系，半年后复查，却没有HIV，去医院调取书证，医院不给

1.消极妨碍（我让你干你不干，推定证据真实）：控制书证的当事人无正当理由拒不提交书证的，人民法院可以认定对方当事人所主张的书证**内容**为真实。

2.积极妨碍：控制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，人民法院可以认定对方当事人主张以该书证证明的**事实**为真实（私法责任）；并可以依照民事诉讼法第一百一十一条规定，对其处以罚款（自然人10万，法人100万）、拘留（公法责任）。

例子：C的遗嘱规定房子给A，B私藏遗嘱，若B吃掉遗嘱，直接认定A具有该房子继承权（事实真实）

内容真实：但有遗嘱成立，但A没有继承权，可能C是A弄死的

**二、证人证言**

**（一）范围资格**

**1.了解案情。**

证人必须感知到案件的案情。因为了解案情的证人的特定性和稀缺性，所以：

证人不需回避。与一方当事人或者其代理人有利害关系的人仍然可以作证人，但其证人证言不能单独作为认定案件事实的依据。

家庭暴力案，公文书：出警记录。但是家庭成员作为证人不必回避

证人优先。因为证人不可替代，所以当证人角色和其他角色冲突时，优先作为证人出庭作证。

又是审判长又是证人，做证人

**2.能正确表达。**证人应当客观、连续的陈述其亲身感知的事实，作证时不得使用猜测、推断或者评论性语言。盲聋哑人也可以

证人作证前不得旁听法庭审理，作证时不得以宣读事先准备的书面材料的方式陈述证言。

无民事行为能力人、限制民事行为能力人作出的与年龄、智力水平和精神健康状况不相适应的证人证言可以作为证据，但不能单独作为认定案件事实的依据。

未成年人可以做证人

**（二）出庭义务**

1.作为证人，必须出庭，无正当理由未出庭作证的证人证言不能作为证据使用。（美国有传闻也可以，例如临死的人所说的话）

2.双方当事人同意证人以其他方式作证并经人民法院准许的，证人可以不出庭作证。

3.证人确有困难不能出庭作证，申请以书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证的，应当向人民法院提交申请书。申请书中应当载明不能出庭的具体原因。“确有困难”是指：

|  |  |
| --- | --- |
| ① 健康原因不能出庭的 | ② 路途遥远、交通不便 |
| ③ 自然灾害等不可抗力 | ④ 其他有正当理由。 |

**(三）费用负担**

证人因出庭作证而支出的合理费用（交通、住宿、就餐、误工），由申请证人方当事人垫付，若法院通知证人出庭法院垫付，最终由**败诉方承担**。（74条）

**(四）具结保证书**

人民法院应当要求证人在作证之前签署保证书，并在法庭上宣读保证书的内容。但无民事行为能力人和限制民事行为能力人作为证人的除外。证人确有正当理由不能宣读保证书的，由书记员代为宣读并进行说明。

##### 宣读保证书：心理暗示、仪式感

证人拒绝签署或者宣读保证书的，不得作证，并自行承担相关费用。

不论证人**是否出庭作证，都必须签保证书**，以视听传输技术或者视听资料方式作证的，应当签署保证书并宣读保证书的内容。

**三、当事人陈述**

当事人陈述即当事人对案件事实所作的陈述，当事人陈述本身属于一种证据，其特点在于，当事人陈述散见于各种陈述形式中，不够集中。所以，实践中往往被忽视，不作为证据考虑，这种做法是不正确的。具体的证据规则有：

1.当事人陈述必须是真实的、完整的。（《证据规定》第63条）。

##### 真实：主观真实即可（主观不撒谎）

##### 完整：所有都要说

2.一般案件中，代理人出庭，当事人可以不出庭。法院认为有必要，可以要求当事人本人到庭，就案件有关事实接受询问。

3.具结保证。人民法院应当在询问前责令当事人签署保证书并宣读保证书的内容。

##### 证人也需要具结保证

##### 案件中没有当事人陈述→可以定案

##### 案件只有当事人陈述→不能定案

**四、鉴定意见**

**（一）鉴定主体与勘验主体**

鉴定主体：具有专业资质的人（法医和物证技术鉴定人员）

勘验主体：审判人员及其指导下的人（可以对现场或物证进行勘验）

鉴定意见是具有专业资质的人（法医和物证技术鉴定人员）对专业事实问题鉴定后出具的书面意见。鉴定意见属于科学证据范畴，也属于**意见证据**。（正常意见证据需要排除，但是专家的意见证据除外）

全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》第2条规定，司法行政部门仅对法医类、物证类、声像资料和环境损害“四类”鉴定进行统一登记管理， “四类外”鉴定事项不属于司法行政部门统一登记管理范围。

“四类外”鉴定事项根据行业资质接受办案机关委托进行司法鉴定。

**（二）鉴定程序**

1.启动：针对专门事实问题，当事人可以在举证期内向法院申请鉴定，由当事人协商确定具有资质的鉴定人或法院指定具有资质的鉴定人。法院也可以依职权委托鉴定人。

2. 鉴定人应该及时、诚信、勤勉的完成委托鉴定任务。

鉴定人应当在人民法院确定的期限内提出书面鉴定意见。

鉴定开始之前，人民法院应当要求鉴定人签署承诺书。鉴定人故意作虚假鉴定的，人民法院应当责令其退还鉴定费用，可以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。

3.当事人在人民法院指定期间内对鉴定书的内容有异议的，法院应当要求鉴定人作出解释、说明或者补充。人民法院认为有必要的，可以要求鉴定人对当事人未提出异议的内容进行解释、说明或者补充。

鉴定人解释说明后，当事人对鉴定意见仍有异议或法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应出庭作证，出庭费用由提出异议的当事人预交，由败诉方负担。因鉴定意见不明确或者有瑕疵及鉴定费中包含出庭费的，出庭费用由鉴定人自行负担。

拒不出庭作证或后果：鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费的当事人可以要求返还鉴定费。

**鉴定人权利与义务**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 专门事实问题 | 当事人申请（举证期内） | 协商确定 法院指定 | 具有资质鉴定人 |
| 法院委托 | |

**(三）专家辅助人**

|  |  |
| --- | --- |
| **知情权** | 鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，必要时可以询问当事人、证人。 |
| **鉴定义务** | 鉴定人应当提出书面鉴定意见，在鉴定书上签名或者盖章。 |
| **出庭义务** | 当事人对鉴定意见有异议或法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应出庭作证。  鉴定意见不得作为认定事实的根据； 支付鉴定费的当事人可以要求返还鉴定费。  ◆拒不出庭作证后果 |

当事人可以申请人民法院通知1-2名有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见进行质证，或者就专业问题提出意见，对方当事人可以对专家辅助人进行询问。

1.专家辅助人的相关费用：**由申请人负担**。

2.专家辅助人**不**需要回避。

3.专家辅助人意见的性质：视为**当事人陈述**。

**五、电子数据**

形成和存储在电子设备中的信息。

2018年《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》

第11条第2款 　　当事人提交的电子数据，通过电子签名、可信时间戳、哈希值校验、区块链等证据收集、固定和防篡改的技术手段或者通过电子取证存证平台认证，能够证明其真实性的，互联网法院应当确认。

2021年1月21日《最高院关于人民法院在线办理案件若干问题的规定(征求意见稿)》

第十四条【区块链证据的效力】当事人提交的证据系通过区块链技术存证，并经技术核验后一致的，推定该证据材料上链后未经篡改，人民法院可以确认该证据的真实性，但有相反证据足以推翻的除外。

**六、视听资料**

视听资料是具有科技载体的录音，影像资料。

勘验笔录是审判人员及其指导下的人依照法定程序并运用一定的设备和技术手段对勘验对象情况的客观记载，一般包括现场勘验和物证勘验两种。

物证是指能够以其外部特征,物质属性、所处位置以及状态证明案件真实情况的各种客观存在的物品、物质或痕迹。

**最佳证据规则**

《民事证据规定》

第12条 以动产作为证据的，应当将原物提交人民法院。原物不宜搬移或者不宜保存的，当事人可以提供复制品、影像资料或者其他替代品。

人民法院在收到当事人提交的动产或者替代品后，应当及时通知双方当事人到人民法院或者保存现场查验。

第13条 当事人以不动产作为证据的，应当向人民法院提供该不动产的影像资料。

人民法院认为有必要的，应当通知双方当事人到场进行查验。

★判断：具有科技载体（录音，影像）

**1.有疑点（有剪辑可能、不清晰）的视听资料**。不能单独认定案件事实，必须有其他证据佐证。

**2.偷拍偷录的视听资料：**★用**民事诉讼非法证据排除规则**判断**：**

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取的证据，不得作为认定案件事实的根据。

**第六章 诉讼保障制度**

第一节 保全

**一、保全概述**

（一）保全的概念

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 因当事人一方的行为或者其他原因 | 使判决难以执行 | 裁定对其财产进行保全 |
| 造成当事人其他损害 | 责令其作出一定行为或禁止其作出一定行为 |

证据保全，是指在证据有可能毁损、灭失，或以后难以取得的情况下，人民法院采取措施对证据进行保护，以保证其证明力的一项措施。

**二、保全的阶段**

（一）诉前保全是法院受理前或者申请仲裁前，当事人向法院申请保全；

（二）诉中保全是法院受理后，判决前，当事人向法院申请保全；

（三）执行前保全是法院作出判决后，尚未执行前，在履行期内，当事人向法院申请保全。

分成三个阶段，每个阶段都包括财产保全和行为保全两种。

**三、保全启动的条件**

**（一）诉中保全（最多）**（100条）：

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 时间 | 条件 | 裁定 | 错误补偿 |
| 发生在当事人提起诉讼（法院受理后，判决前） | 依职权或依当事人申请，法院可以要求申请人担保（数额酌情） | 情况紧急—48小时内  情况不紧急的—5日内诉中保全由受诉法院管辖。 | 为避免保全错误给被保全的债务人造成损失，法院可以（非必须）要求申请人提供担保。  保全错误，给被保全人造成损失，将来可以用担保来补偿被保全人的损失。 |

##### 例子：债权人保全债务人唯一一辆车，但是每天打车25，一共打车花费750，为债务人带来经济损失，债权人败诉，债权人要赔偿750，但保全人可能不给，因而须申请人提供担保，

**（二）诉前保全**（101条）

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 主体 | 情形 | 时间 | 管辖 | 条件 | 裁定时间 | 担保限制 |
| 利害关系人 | 情况紧急 | 起诉或申请仲裁前 | 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人民法院 | 依申请（此时法院还没接触案件），必担保（足额担保）**不允许法院依职权启动** | 48小时内 | 由于风险较高，法院必须要求申请人提供担保，申请人不提供担保的，驳回保全申请。 |

**（三）执行前保全**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 主体 | 情形 | 时间 | 管辖 | 条件 | 保全范围 |
| 胜诉债权人 | 情况紧急 | 发生在裁判生效后，进入执行程序前的履行期内 | 执行法院 | 依申请 | 只存在财产保全的必要。 |

注意： 若进入执行程序后，保全裁定未解除，保全措施期限未届满，则自动转为执行中的保全措施。

**履行期：法院判决给25万，法院给缓冲期，判决生效后的15天内给付25万，为债务人筹备，履行期限，15天内不能执行，但这15天怕债务人转移财产**

能保全按揭贷款的房子嘛（房本还在银行）

按揭：

1.开发商贷款资金，将房子抵押给银行，大房产证是开放商的

2.消费者买房尾款从银行贷款，房子抵押给银行

如果开发商卖房子后，却不交付，消费者可以申请保全房子

消费者交付首付，尾款从银行借贷，以房子为抵押，银行将钱转给银行，因此消费者只欠银行的钱。若全款以给开放商，但未登记，银行仍有抵押权起诉开放商要求登记，问：能否保全房产？

可以。

一般：抵押权（优先受偿的物权）>债权

保全：抵押权之后再受偿

该杯子500元，抵押权受偿400元，保全分的100元，若不保全，100元可能被挥霍

本案：特殊情况——

开发商资金链断，无法还款从银行借来建楼的钱，银行通过抵押权拍卖变卖房子，尽管消费者只有债权，但不是普通债权（作为一个家庭的支柱），可以强制过户，银行不得拍卖——《九民纪要》

**二、保全范围**

财产保全**限于请求的范围**，**或者与本案有关的财物**。（102条）

（一）可以对抵押物和留置物采取保全措施吗？

答：可以，担保物权并不消灭，权利人可优先受偿。**担保物一般仍由担保物权人保管。**

（二）保全限于请求范围和可供执行的财产，**一般不能保全案外人财产。**

债务人财产不能满足保全请求，但对第三人有到期债权的，人民法院可以依债权人的申请裁定该第三人不得对本案债务人清偿。第三人要求偿付的，由人民法院提存财物或价款。

A债权人——B债务人——C次债务人

A正常保全B财产，但B没财产，但C欠B的钱，若C还B后，B可能直接挥霍，不能让C直接还A，因为此时A未胜诉——保全

C有60头猪，不能还给债权人和债务人，因此还给第三人——法院，但是不能给猪，要将猪变卖后提存。

**三、保全解除**

**谁能解除：**保全法院及其上级法院

**因何解除：**

①保全错误的；

②申请人撤回保全申请的；

③申请人的起诉或者诉讼请求被驳回的；

④财产纠纷案件，被申请人提供担保的——变更保全对象。

⑤法院采取保全措施后三十日内不起诉讼或者申请仲裁的，由**法院**解除诉前保全。

⑥履行期满5日内不申请执行的，由**法院**解除执行前保全。

第二节 先予执行

先予执行，是指人民法院在终局判决之前，为解决权利人生活或生产经营的急需，依法裁定义务人预先履行义务的制度。

**一、 适用案件范围**

(一)追索赡养费、扶养费、抚育费、医疗费用、抚恤金的；“四费一金”

(二)追索劳动报酬的；

(三)因情况紧急需要先予执行的

1.需要立即停止侵害、排除妨碍的；  
　　2.需要立即制止某项行为的；  
　　3.追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的；  
　　4.需要立即返还社会保险金、社会救助资金的；  
　　5.不立即返还款项，将严重影响权利人生活和生产经营的。

**二、适用条件（**胜诉概率大**）**

|  |  |
| --- | --- |
| **明确性** | 当事人双方的民事法律关系确定，权利义务内容明确 |
| **迫切性** | 不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营的 |
| **可能性** | 被申请人有履行能力 |
| **依申请** | 法院**不能依职权**启动，只能依申请人申请启动 |
| **可担保** | 法院**可以**责令当事人提供担保 |
| **时间** | 必须是**诉讼中** |
| **范围** | 限于当事人请求，并且是生产生活所急需 |

**三、保全和先予执行的救济**

1.当事人不服保全和先予执行的裁定有权申请**复议**，但复议期间**不停止裁定的执行**。

2.保全错误，利害关系人或被申请人可以起诉赔偿，**保全法院**或**受诉法院**管辖。

（诉前保全没有受诉法院，只有保全法院）

申请人不起诉造成被申请人损失的，被申请人起诉索赔，由**保全法院**管辖。

第三节 强制措施

对妨害民事诉讼的强制措施，是指在民事诉讼中，对有妨害民事诉讼秩序行为的行为人采用的排除其妨害民事诉讼行为的一种强制措施。

人民法院对违反法庭规则、实施妨害民事诉讼行为的人，可以予以训诫（即批评教育），责令退出法庭或者予以罚款、拘留。

##### 男方给女方15万，迎亲时让男方学狗叫，男方去法院起诉离婚，要求返还15万彩礼，女方妈妈开始打滚，法官要法警带离现场

1.强制措施适用的对象，只能是**故意**的违法行为；

2.强制措施适用的阶段，只能在诉讼当中（未诉讼不能叫妨害民诉），尚未受理案件，不能适用强制措施；

3.根据妨害民事诉讼行为的不同类别及严重程度，强制措施共分为五种，包括训诫、责令退出法庭、拘传、拘留和罚款。训诫是指法院以口头方式训斥事实妨害诉讼行为的人，指出其行为的违法性，责令其改正并保证不得再犯。训诫是一种较轻的强制措施。责令退出法庭，指的是法院命令违反法庭纪律的人离开法庭，如不服从命令，则由司法警察强制带离法庭。

**一、拘传**

**（一）适用对象：**必须到庭的**被告、原告、被执行人。**

**必须到庭的被告指：**负有**赡养、扶养、抚育**义务的被告和**离婚案件**（夫妻关系是否真的破裂）的被告（包括法定代理人）。抚扶赡离婚案：家事案件

▲离婚案件的当事人委托了诉讼代理人，若能正确表达意志仍需出庭。特殊情况不能出庭，需提交书面意见。

（二）必须到庭的原告是指：不到庭无法查清案件基本事实的原告（包括法定代理人）；

（三）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）。

**（四）适用条件**

经**两次传票**传唤**无正当理由**拒不到庭，院长批准发出拘传票。（被执行人只需要传唤一次）（至少提前三天）第一后传唤后被告不来，延期审理，再发传票还不来，拘传

**二、罚款与拘留**

**▲共同特点：**①使用决定②院长批准③可向**上级**复议一次

（一）罚款数额：自然人十万以下，单位五万以上，一百万以下。

（二）拘留时间：15日以下。**拘留后，24小时内要通知家属。**一事一拘

紧急情况，可以**先行拘留**，拘留后（警察局拘留所），立即报告院长补办批准手续。

第四节 期间

**一、期间的概念和分类**

期间，是指人民法院、诉讼参与人进行或完成某种诉讼行为应遵守的时间。

包括两类：

（一）法定期间，即由法律明文规定的期间。

法定期间又包括：

(1)绝对不可变期间 (2)相对不可变期间（遇法定事由可变）

（二）指定期间，是指人民法院根据案件审理时遇到的具体情况和案件审理的需要，依职权决定当事人及其他诉讼参与人进行或完成某种诉讼行为的期间。

**（重要）二、期间的计算与补救**

**（一）期间的计算**

①期间开始的时和日，不计算在期间内。从下一个开始算

②期间届满的最后一日是节假日的，以节假日后的第一日为期间届满的日期。例子，上诉期5.3结束，5.1-5.3放假，应该变成5.6（上班之后第一天）结束

③期间不包括在途时间。（必须是法律文书邮寄的时间）

思考：法院9月16日向当事人送达一审判决，10月8日当事人交寄上诉状，10月11日到法院。上诉成功了吗？√

##### 上诉期最后一天是10.1（放假）顺延到上班第一天10.8寄出去就可

**二、期间的补救**

当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的，在障碍消除后的10日内，**可以申请顺延期限**，是否准许，由人民法院决定。

▲注意：在中国领域内**没有住所**的当事人，答辩期和上诉期为30日（可顺延）。

美国人住在青岛，上诉日——15天。中国人住在澳大利亚——30日；不看哪国人，就看人在哪儿

涉外民事诉讼没有审限。

第五节 送达

**一、送达**

民事诉讼中的送达，是指人民法院依法定的程序和方式将诉讼文书和法律文书送交当事人及其他诉讼参与人的行为。

**二、送达方式**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 送达是**法院**将法律文书送给受送达人的**职权**行为。 | | | |
| **直接送达** | 1.法院去送：  ①可以到受送达人住所或住所外送达。  ②法院去送应送给本人，本人不在，可以向公民同住成年家属、法人的法定代表人、当事人的代理人、代收人送达。**（口诀：三代一家属=本人）** | | |
| 2.告知当事人来法院领取：当事人到达法院拒签回执，视为送达。 | | |
| **留置送达** | 受送达人拒绝签收 | 可以邀请见证人，由送达人、见证人签名、盖章 | 留下法律文  书视为送达 |
| 也可以拍照、录像等方式记录送达过程 |
| **电子送达** | 方式 | 采用传真、电子邮件、移动通信（微信）等方式送达法律文书 | |
| 条件 | 1.受送达人同意。 | |
| 2.能够确认被送达人收悉（必须在送达地址确认书中予以确认）。 | |
| 3.判决书、裁定书、调解书不可电子送达（上述须签收）。 | |
| **转交送达** | 只能适用于军人、被监禁人、被采取强制性教育措施的人。（口诀：军人坚强） | | |
| **委托送达** | 只能由法院委托其他法院进行送达。（送到在拉萨的当事人，只能EMS） | | |
| **邮寄送达** | 送达回执上注明的收件日期为送达日期 | | |
| **公告送达** （拟制送达，以上方式都送不到） | 受送达人下落不明，或者无法用其他方式送达的，发出公告经过60日（涉外3个月），视为送达。 | | |

**第七章 诉讼调解与和解**

第一节 调解的适用

**一、调解原则**

在诉讼（一审二审和再审）过程中，法院可以依据自愿、合法原则对当事人的纠纷进行调解

**二、先行调解的适用范围**

〖立案调〗当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先行调解，但当事人拒绝调解的除外。（122条）

〖庭前调〗开庭前可以调解的，采取调解方式及时解决纠纷。（133条）

**三、调解的方式**

**调解过程不公开，**当事人同意除外；

**调解协议不公开**，为保护国家、社会、他人利益除外；

**调解员有保密义务，**为保护国家、社会、他人利益除外。

第二节 调解协议与调解书

**一、调解协议（私文书，是蓝本是基础）的内容与调解书（公文书，）的制作**

（一）调解协议**超出**诉讼请求的，法院可以准许。

**（二）依据调解协议制作调解书**

当事人达成调解协议，法院审查后（审查原则：自愿合法），应依据调解协议制作调解书。

##### 调解可以双方自愿，不合法就可以

（三）调解书的生效

1.调解书送达双方当事人**签收后**生效。**不能留置送达！**

##### 意味着可以拒绝签收

2.不需要制作调解书：在调解笔录或调解协议上签章后生效。

▲但存在**可以不用制作调解书的**情况：

|  |  |
| --- | --- |
| **法定不制作** | ①调解和好的离婚案；  ②调解维持收养关系案；  ③能即时履行案（当场履行）。 |
| **协议不制作** | 当事人都同意在调解协议上签章后生效，人民法院确认后，应记入笔录或者将协议附卷，并由当事人、审判员、书记员签章后即生效。把调解书的章改在调解协议上，盖章即生效 |

▲思考**o(>\_<)o**：二审中可以不制作调解书么？

**三、依据调解协议制作判决书**

通常**不得申请法院依据调解协议制作判决书**。但有例外：

ⅰ无民事行为能力人的离婚案件

ⅱ 涉外民事诉讼。

**四、双方当事人自行和解的**

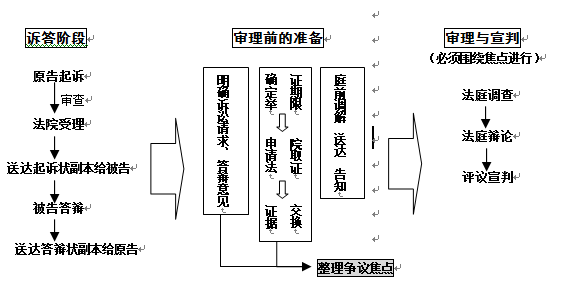
可以撤诉，也可以申请法院对和解协议确认后制作调解书结案。

**五、调解书的生效**★★★

1.调解书送达双方当事人签收后生效。**不能留置送达！**

2.不需要制作调解书：在调解笔录或调解协议上签章后生效。

第八章 一审普通程序



第一节 起诉与受理

**一、 起诉**

**（一）起诉的条件**（119条） 法院依职权审查、调查

**1.原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；**

有直接利害关系的当事人就是诉讼标的（法律关系）的主体，也叫正当当事人或当事人适格。

**思考：**有当事人能力一定当事人适格吗？当事人适格一定有当事人能力吗？

★注意：有些主体虽然与本案并无直接利害关系，但可以作为适格当事人参加诉讼：

①失踪人的财产代管人；②著作权集体管理组织；③为保护死者利益而提起诉讼的死者的近亲属；④公益诉讼的原告。

**2.有明确的被告；**

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。

##### 姓名、住址、电话

##### 只要明确就受理，若不正确败诉

1. **有具体的诉讼请求和事实、理由；**

##### 起诉赵薇因为瞪大眼睛赔偿精神损失费，可以受理

##### 亲吻权、搓麻权、空床权，都可以受理

1. **属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。**

##### 劳动纠纷先劳动仲裁，再起诉，直接起诉法院可以不受理

**（二）起诉状的内容**

原告应向法院提交**书面**起诉状。（提交书面起诉状确有困难的，可以口头起诉，记入笔录）。起诉状应当记明下列事项：

①当事人基本情况。②诉讼请求和所根据的事实与理由；

③证据和证据来源，证人姓名和住所。

**民事起诉状**

原告：于某，女，34岁，工作单位：北京市XXXX。

地址：北京市海淀区XXX园2号楼2单元222

电话：13812345678

被告：杨某，男，34岁，工作单位：北京市XXX。

地址：北京市海淀区XXX园2号楼2单元902

电话：15812345678

**诉讼请求**

一、请求人民法院判决解除原告与被告婚姻关系。

二、请求人民法院判决婚生女儿由原告抚养，被告一次性给付原告抚养费638400元（每月3800元，由五岁至18岁）。

三、请求人民法院依法分割两处住房（海淀XXX路颐XXX园2号楼2单元222，117.14平米；XXX家园3号楼XXX—406,47.6平米）和其他夫妻共同财产（待查清）。

四、请求人民法院判决被告承担本案诉讼费用。

**事实与理由**

原告与被告于2005年2月在北京市XXX区民政局登记结婚。婚后生育一女。婚后因二人性格不合，感情逐渐恶化。2011年11年3月至8月期间，原告与被告分居。被告每天都很晚回家，并时常夜不归宿。被告对女儿的生活学习和家庭生活不管不问，也不负担家庭经济支出。被告与原告时常争吵、打架，并与原告家人激烈冲突。原告与其多次沟通无果，夫妻感情确已破裂。依法请求法院解除原被告方的婚姻关系。

**证据与证据来源**

一、房屋首付款支付证明复印件。

二、结婚证复印件。

此致

北京市海淀区人民法院

起诉人：XXX

　　　　　　　　　　　　 2012年1月5日

附：本状副本两份  
    证据2份

**二、诉的理论**

（一）诉的概念

诉，是指当事人就特定民事争议向法院提出的保护自己民事实体权益的请求。

1.由当事人提出。

2.向法院提出。

3.诉是一种请求。这种请求具有两方面的含义：（1）请求法院启动审判程序，对双方当事人之间的纠纷进行审理。这就是程序意义上的诉。（2）请求法院满足自己的诉讼请求，判决自己胜诉以保护民事权益。这就是实体意义上的诉。

（删）（二）诉的要素

诉有以下三个要素：当事人；诉讼标的；诉的理由。

诉的标的：当事人之间发生争议，并要求人民法院作出裁判的民事法律关系。

诉讼标的物：法律关系中的权利义务关系所指向的对象。

诉讼请求：当事人通过人民法院向对方所主张的具体权利。

诉的理由：是原告起诉的事实和法律依据。又分为事实理由与法律理由。

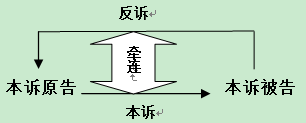
（二）诉的分类

|  |  |
| --- | --- |
| 确认之诉 | 请求人民法院确认其主张的法律关系存在（积极）或不存在（消极） 曹大爷的女儿的男朋友曹大爷发现男朋友很想，鉴定后发现是自己的亲身儿子，而自己的女儿却不是自己的女儿。曹大爷诉法院确认男孩是自己的儿子；女孩不是自己的女儿 |
| 给付之诉 | 请求法院判令被告履行一定给付义务(财物、作为、不作为) 赔偿，公开道歉，不许再跳舞 |
| 变更之诉 | 请求法院改变或者消灭其与对方当事人之间某种现存的民事法律关系 离婚：改变之诉（原来就有）我国不承认事实婚姻，只办酒席，没有结婚证。只能确认婚姻无效（自史没有）结婚后做变性手术，女方上诉要求离婚→改变关系（原来就有） |

注意：1.仅适用于诉讼案件 2.以原告主张为判断标准

（三）反诉

反诉是指在诉讼程序进行中，本诉被告针对本诉原告向法院提出的独立的反请求。

****

|  |  |
| --- | --- |
| **主体要求** | 本诉的被告对本诉的原告提起 |
| **时间要求** | 本诉存续期间（辩论结束前）  本诉结束，就不是反诉，是另一诉讼 |
| **管辖要求** | 反诉应当向审理本诉的人民法院提起（若反诉属专属管辖则不可合并） |
| **程序要求** | 适用同一的诉讼程序 |
| **牵连关系** | 属于同一法律关系、基于同一原因事实或者**本反诉请求有因果关系** 例子：互相殴打，一个事实就能查清两个侵权关系例子：钢笔，觉得是假的，原告诉被告违约；被告在钢笔圈很有威望，原告发帖子说被告很多假货，被告诉原告侵权。买钢笔是因，发帖子是果。例子：保险金正常是在工资里扣除，但是原告不上班就没有公司，于是公司垫保险金，原告退休后公司用原告养老金扣除一部分，原告诉公司要求返还，公司反诉要求原告返还已经垫付的保险金 |

**注意区分反诉和反驳：**

仅仅否定对方诉讼请求反驳，提出独立的新诉讼请求的是反诉。

**三、立案登记**

**（一）立案与审查**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 人民法院应当保障当事人依照法律规定享有的起诉权利 | 符合起诉条件 | | 应当立案受理 |
| 不能当场判断 | 先**登记**，接收材料，出具书面凭证 | 立案时可以作出不予受理裁定书。受理之后，作出驳回起诉裁定书**。** |
| 一次性告知当事人补充材料 |
| 七日决定是否立案，无法判定先立案 |

##### 立案庭像挂号室（形式审查），立案难度降低，审判重心后移，符合条件就可以当场立案。

业务庭像具体科室

**★判决、裁定、决定的运用**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 判决 | 裁定 | 决定 |
| 解决问题 | 解决实体问题 | 主要解决程序问题  （个别涉及实体问题） | 解决特殊问题  （罚款、拘留、回避、延期） |
| 形式 | 必须书面 | 可以书面、口头 | 可以书面、口头 |
| 执行力 | 具有给付性内容才具有强制执行力 | | |

**（二）具体处理**

**1.不得再起诉的案件**

对实体法律关系作出生效判决的案件，当事人又重复起诉的，不予受理。

**要构成重复起诉，必须同时满足：**

1.前后诉当事人相同 A诉B和B诉A 相同

2.前后诉标的相同 （法律关系）

3.前后诉的诉讼请求相同**或**后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果

##### 例子：加害给付，A认为眉骨不够突出，注射玻尿酸，视觉神经被破坏

##### 诉违约成功后诉人身侵权？虽然标的不一样，但标准具有局限性，一个受损行为两份赔偿，不合理。有几个请求权看几个权利受损，一个行为冲击了两个法条（请求权基础竞合），因此不是两个请求权，只能诉一次。

例子：结婚前身体受损，无法结婚，物质损害再诉精神损害：为什么不受理？是两个请求权，应当一并审理，纠纷要一次性解决，浪费司法

例子：残补请求：A欠B五万，先诉1块，再诉49999,

①为什么：一旦诉大额标的失败，有大量诉讼费→试试水，但是给司法增加困难

②结果：放弃49999

例子：A诉B要求付款，后诉B诉A要求确认买卖合同是无效合同→不能受理，要求付款可以以合同无效为抗辩，二者是相互否定，应当在

**★驳回起诉和驳回诉讼请求的区别：**

驳回起诉用裁定，驳回后还可以就原纠纷再起诉，

驳回诉讼请求用判决，驳回后不能就原纠纷再起诉。

**2.应予受理的案件**

1. 裁判发生法律效力后，发生**新的事实**，可以再次起诉。

##### 例子：老人诉独生子1000元每个月，诉成功后，得了疾病，要求增加赡养费

例：赡养费、扶养费、抚育费案件，裁判发生法律效力后**，因新情况、新理由**，一方当事人再行起诉要求增加或减少费用的，人民法院应作为新案受理。

1. 当事人**超过诉讼时效期间起诉**的，人民法院应予受理。

##### 超过诉讼时效期间请求权未消灭变成裸体权利，失去了权利外观，只有“受领保持力”

①当事人未提出抗辩，法院不得主动援引诉讼时效驳回原告诉讼请求。

②法院不得主动对诉讼时效进行释明。

##### 例子：法官：你怎么不用时效抗辩

##### 被告：我只是忘了，刚才才想起来，没有来得及说。即否定法官的释明

##### 原告的利益如何救济

③当事人一审未以诉讼时效抗辩，原则上，二审也不得以此抗辩。

**3.在一定期限内不得起诉的案件**

（1）判决**不准离婚、调解和好、撤诉、按撤诉处理**的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在六个月（冷静期）内又起诉的，不予受理。

##### 例子：因家庭暴力起诉离婚，调解失败，第二天又被家庭暴力，受理

##### 例子：第一次男诉女离婚，一周后女诉男，受理

1. 女方在怀孕期间、分娩后1年内或者中止妊娠后6个月内，男方不得提出离婚。（但是女方可以提出）

**三、 起诉与受理的法律效果**

**（一）起诉的效果：**诉讼时效中断（重新计算）

**（二）受理的效果：**

1.受诉人民法院依法取得对本案的审判权，排斥其他法院管辖。

2.案件的利害关系人取得了本案诉讼当事人的地位。

3.审限开始计算。

**四、 答辩**

（一）受理后，法院将原告的起诉状副本在5日内送达给被告，被告开始答辩。

（二）被告答辩期为15日，不答辩不影响案件审理。（可以不答辩）

第二节 审理前的准备

**一、 证据收集**

**（一）依职权调取的情形包括**：

1.涉及可能损害国家利益、社会公共利益的（**包括公益诉讼**）、有恶意串通损害他人合法权益可能的；

2.涉及**身份关系**的；

3.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）依当事人申请调取情形包括（**举证期限届满前提出申请）**：**当事人客观原因调不到

1.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；

2.涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；

3.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。

**二、 证据保全**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 诉中证据保全 | 诉（仲裁）前证据保全**（情况紧急）** |
| 必要性 | **证据可能灭失或者以后难以取得** | |
| 申请主体 | 当事人 | 利害关系人 |
| 启动时间 | 举证期限届满前 | 诉讼前或仲裁前 |
| 启动方式 | 依职权或依申请（书面申请） | 依书面申请 |
| 管辖法院 | 受诉法院 | 证据所在地、被申请人住所地或对案件有管辖权的法院 |

**★注意：**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。

**三、举证时限（举证期限）**

**（一）时限确定与延长**（第65条）

确定：人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应提供的证据及其期限。

（**约定或指定**：普通程序≥15日，二审≥10日，简易程序≤15日，小额诉讼≤7日）

延长：当事人在该期限内提供证据确有困难的,可以在举证期届满前，向人民法院**书面**申请延长期限。

**（二）逾期举证后果**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **对方当事人不提异议** | | | **视为未逾期** | **采纳** |
| **若提异议**，法院**应当**责令其说明理由，必要时可以要求举证。 | 理由成立-由于客观原因 | |
| 理由不成立或拒不说明 | 无故意或重大过失 | | **采纳、训诫** |
| 由于故意或重大过失 | 与基本事实相关 | **采纳、训诫、罚款** |
| 与基本事实无关 | **不采纳** |

**★注意：**当事人可以要求对方赔偿其逾期举证给自己造成的必要费用和证人出庭费用。

**（三）出具证据收据**

人民法院收到当事人提交的证据材料，应当出具收据。

写明证据名称、页数、份数、原件或者复印件以及收到时间等，并由经办人员签章。

**四、证据交换和庭前会议**

1.人民法院可以在答辩期届满后，通过组织证据交换、召集庭前会议等方式，作好审理前的准备。

2.庭前会议的内容 ：

（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反诉请求，以及有独三的诉讼请求；  
　　（三）要求当事人举证，根据当事人的申请调查收集证据，委托鉴定，进行勘验，进行证据保全；  
　　（四）组织交换证据；  
　　（五）归纳争议焦点；  
　　（六）进行调解。

3.注意：A.证据交换和庭前会议可以选择适用。 B.证据交换和庭前会议都不是必经程序。

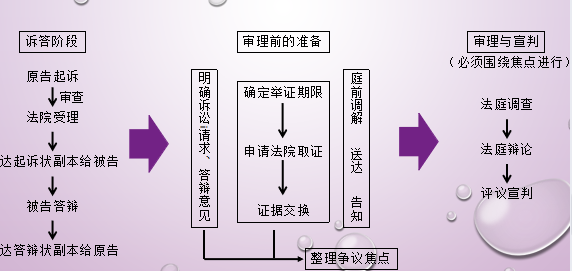
第三节 庭审程序

**一、审理方式**

（一）受理后，应组成**合议庭**并且**开庭**审理**，可以吸纳陪审员。**陪审员与审判员享有相同的地位。

陪审员不可以当审判长

（二）人民法院根据案件情况，征得当事人同意后，可以将法庭调查和法庭辩论合并。

****

**二、质证**

**（一）主体**：当事人（包括第三人）

**（二）效力**：不经质证的证据不能作为认定案件事实的依据。

**（三）不需要在庭审中质证：**

1.当事人在审前准备阶段**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。

2.法院依职权调取的证据。

**（四）方式**：公开质证

**不可公开质证的：**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。

**三、审限**

6个月，院长批准可延长6个月，上级法院批准可再延长。

第四节 裁判（新增）

**1.裁判确定**

应该以多数人意见作出裁判，无法形成多数人意见的，提交审委会讨论决定。有不同意见必须如实计入笔录。必须在裁判上签名。

**2.裁判内容**

判决中除了写明认定的事实、适用的法律，还要写明**理由**。裁定书应当写明裁定结果和作出该裁定的**理由**。（152条、153条）

**3.笔误修改**

补正判决书笔误用裁定。

4.裁判公开

**公众**可以查阅**生效**的裁判，**但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的内容除外**。

第五节 诉讼中的特殊情形

**一、 撤诉**

分为主动撤诉与按撤诉处理两种情况。

1.效力：程序结束，视同未曾起诉。即撤诉和按撤诉处理后，还可以就原纠纷再起诉。

2.条件：原则上，撤诉需经法院同意。但**辩论终结后**，原告撤诉，**被告不同意**，法院可以不允许原告撤诉。

3.按撤诉处理：

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **主体** | **事由** | **处理** |
| **原告方** | ①原告及其法定代理人  ②有独三 | ①经传票传唤无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭  ②不缴诉讼费 | **按撤诉处理** |
| **原被告** | ①被告及其法定代理人  ②被告反诉的原告  ③无独三  ④申请撤诉法院不准的原告 | 经传票传唤无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭 | **缺席判决** |

**二、缺席判决**

法院在一方当事人缺席时所为的判决。（相对于对席判决，存在缺席判决主义和单方辩论主义两种做法）

被告及其法定代理人、被告反诉的原告、无独三和申请撤诉法院不准的原告，经传票传唤无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭，法院作出缺席判决。

##### 不是判没来的人败诉，在对方不在场的情况下辩论

**四、 延期审理、诉讼中止与诉讼终结**

|  |  |
| --- | --- |
| **延期**  **审理**  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．临时提出回避申请的。  3．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．其它需要延期审理的情形 |
| **诉讼**  **中止**  150条 彻底停下来，多久不知道 | 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。（证人不能诉讼中止）  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 刑民交叉案件，审理顺序：先刑后民：大多数案件A把B杀死了，杀人罪成立则侵权就成立。先民后刑：先审理婚姻效力，再确定重婚罪民刑并行：非法吸收公众存款犯罪：A从B处借了一笔钱，A再投资给C，若AC共谋，则AC犯罪，若B不知道，则B只是普通民间借贷，AB,AC可并行审理 6．其他应当中止诉讼的情形。 |
| **诉讼**  **终结**  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以及解除收养关系案件的一方当事人死亡的。 为了摆脱对方当事人 4．追索赡养费、扶养费、抚育费的一方当事人死亡。 |

**★比较与总结：当事人不到庭的处理**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 有正当理由不到庭 | 时间可以确定 | 延期审理 | |
| 时间不能确定 | 诉讼中止 | |
| 无正当理由不到庭 | 必须到庭 | 拘传 | |
| 不必须到庭 | 属原告方 | 按撤诉处理 |
| 属被告方 | 缺席判决 |

##### 庭审视频

##### 代理权限：可以和解就不是一般代理而是特别代理，全权代理也是一般代理

##### 请求对方承担律师费，现在趋势，防止滥诉。这要求透明统计的律师费

##### 专家辅助人不是证人，不应当坐在证人席，应当与帮助一方的当事人一边

##### 当庭宣判/定期宣判

**第九章 一审简易程序**

**一、 简易程序适用范围**

**（一）适用法院：**基层人民法院和它派出的法庭

**（二）适用案件：**

事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的案件

首次开庭前，双方当事人约定适用，并经法院同意的案件。法院不能主动做

**（三）不适用的案件**：

|  |
| --- |
| **起诉时**被告**下落不明**的说明自始没找到被告，需要公告送达（2个月），简易程序才3个月 |
| 当事人一方**人数众多**的 10人以上 |
| **发回重审和再审的** |
| 第三人起诉请求改变或者撤销生效判决、裁定、调解书的； |
| 涉及国家利益、社会公共利益的； |

**二、简易程序转为普通程序**

**当事人提出异议**：必须在**开庭审理前**，法院审查裁定

**法院裁定**：审限届满前作出裁定并书面通知当事人 程序保证提升

▲**转化后法律效果：**

1. **审限计算：**自人民法院**立案之日**起开始计算

先简易1个月，转成普通程序的审限从简易程序开始时算，即算上前1个月，因为法院审了，但是简易程序的成果可以被普通程序吸收

**（二）事实认定：**简易程序确认的事实，普通程序不必再举证质证。

**三、简易程序的特殊性**

|  |  |
| --- | --- |
| **审前准备** | 双方同时到庭，均表示不需要答辩期、举证期的可以当即审理。庭前准备可以简化。被告要求书面答辩的，征得其同意后，合理确定答辩期（不超过15日），举证期不得超过15日。即不得超过30天 |
| **送达** | ①可以简便方式传唤证人、送达文书，但要确保收到。未确认收到不得缺席判决。 邻居口头送达也可以，不管怎么送，就看送没送到 ②**简易程序不允许公告送达！** |
| **审理** | ①**独任审理**。即一个法官  ②不受法庭调查和法庭辩论顺序限制。但应保障当事人陈述意见的权利。  正常先调查，再辩论，简易程序可以边调查边辩论  ③**当事人双方可就开庭方式向人民法院提出申请，由人民法院决定是否准许。**  ④**经当事人双方同意，可以采用视听传输技术等方式开庭。** |
| **裁判**  **文书** | **应当庭宣判。裁判文书**时对**认定事实或者判决理由部分**可以适当简化。  ▲**注意呀！！！！庭审笔录是绝对不可以简化的！** |
| **审限** | 3个月审限，当事人同意继续适用简易程序，经院长批准，延长后的审理期限**累计不得超过6个月。** |

**平顶山市舞钢市人民法院  
民事判决书**

(2013)舞民初字第946号  
　　**原告：**刘少如，1950年3月4日生，汉族，××市××研究所工人，住本市胜棋路20号。  
　　**委托代理人：**李国红，河南广宏律师事务所律师。  
　　**被告：**刘瑞安，19578年1月8日生，汉族，××市××研究所工人，住本市胜棋路22号。  
　　**被告：**中国太平洋财产保险股份有限公司平顶山中心支公司。  
　　**法定代表人：**王正国，总经理。  
　　原告刘少如诉被告刘瑞安、被告中国太平洋财产保险股份有限公司平顶山中心支公司（以下简称太平洋财险平顶山支公司）机动车交通事故责任纠纷一案，本院于2013年9月27日立案受理后，依法组成合议庭于2013年10月24日公开开庭进行了审理，原告刘少如委托代理人李国红、被告刘瑞安、被告太平洋财险平顶山支公司委托代理人冯同庆到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。  
　**原告刘少如诉称**：2013年7月6日下午17时许，原告行至舞钢市垭口温州路和文化路交叉口时，…

**被告刘瑞安辩称**：发生的交通事故属实。…  
　　**经审理查明：**2013年7月16日下午15时许，原告行至舞钢市垭口温州路和文化路交叉口时，……

**本院认为：**被告刘瑞安驾驶豫DF8382号小货车将原告撞伤，........**依照《[中华人民共和国道路交通安全法](javascript:SLC(150009,0))》第[七十六条](javascript:SLC(150009,76))、…判决如下：（主文）**　　一、被告太平洋财产保险股份有限公司平顶山中心支公司于本判决生效后十五日内在保险范围内赔偿原告刘少如……共计81255.06元。  
　　二、驳回原告刘少如的其他诉讼请求。  
　 案件受理费2175元，由原告负担96元，被告刘瑞安负担1279元，被告太平洋财产保险股份有限公司平顶山中心支公司负担800元。  
　　如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于河南省平顶山市中级人民法院。

　　　　　　　　　　　　　　　　　 审　判　长　赵彩云  
　　　　　　　　　　　　　　　　　 审　判　员　任书民  
　　　　　　　　　　　　　　　　　 代理审判员　孟晓辉  
 二〇一三年十一月六日  
 书　记　员　李逍遥

**四、小额诉讼程序的适用** 本身不是一种程序，是简易程序的一种

**（一）小额诉讼的界定**

若适用简易程序的案件**，**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，一审终审。试点：用五万元一刀切，小于50000必须简易诉讼

**（二）适用范围**

小额诉讼主要适用于简单的**金钱给付**案件**。包括：**

人身关系清楚，仅仅是给付数额、方式、时间有争议的抚、扶、赡案件；

责任清楚，仅仅是给付数额、方式、时间有争议的人身损害赔偿案件；

劳动关系清楚，仅仅是给付数额、方式、时间有争议的劳动合同纠纷。

##### 为什么是“给付案件”，金钱确认案件不可以？因为根本没有确认之诉，金钱占有即所有

##### 财物给付不可以？二者对财物价值双方无法确定，金额不定，需要评估鉴定

**(三)不能适用小额诉讼程序的案件** 贱人才知道，涉外无小额。

1.需要评估、鉴定或者对诉前评估、鉴定结果有异议的纠纷；

2.人身关系、财产确权纠纷；

3.知识产权纠纷；也有人身部分，而且我国对于知识产权很重视，一般在中院，但是简易程序是在基层法院

4.涉外民事纠纷。一般在中院，但是简易程序是在基层法院

**(四)小额诉讼一审终审，但可以再审：**

**原则上，小额诉讼中得到的所有裁定、判决都不能上诉。**

★对适用小额诉讼程序有异议的，应在**开庭前提出**。若开庭前没提出，或提出被驳回，导致不应该适用小额诉讼程序却错误适用，如何救济？

答：申请再审，再审得到的判决可以上诉。

##### 再审的目的是上诉，再审的判决逆补无法上诉的遗憾，根据再审的判决可以上诉

所以例外就是：若某案件因错误适用小额诉讼程序导致再审，此再审得到的裁判可上诉。

**(五)**小额诉讼的裁判文书可以简化，举证期不超过7日。

**(六)小额转简易、转普通：**受理后当事人增加变更诉讼请求、反诉、追加当事人导致不符合小额诉讼程序条件，适用简易程序审理。应当适用普通程序的，转为普通程序。

##### 直接小额转普通

**(七)判断：**小额诉讼中，双方同时到庭，均表示不需要答辩期、举证期的可以当即审理。

**海事法院可以审理海事小额诉讼。**

**第十章 二审程序**

第一节 上诉

##### 类似盖房子：第一层：一审；第二层：二审，一审判决被覆盖掉

我国二审采续审制：即使最终稿二审推翻一审的裁判，但一审的举证，保全等诉讼行为在二审中仍有效，当事人一审的诉讼行为，在二审对其仍有拘束力，若要推翻，应当责令其说明理由，理由不成立的，不予成立。

**一．可以上诉的案件范围**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **不能上诉文书** | 调解书 | |
| 判决 | 最高院一审、**宣告婚姻无效**、小额诉讼、督促、公示催告、特别程序 |
| **可上诉裁定** | 不予受理、驳回起诉、驳回管辖权异议 | |

▲宣告婚姻无效案件：对财产分割和子女抚养问题的判决不服的，当事人可以上诉

**二．可以上诉的主体范围**

一审原告、被告、法定代理人、有独三、判决承担责任的无独三、诉讼代表人、特别授权的委托代理人。

* **共同诉讼上诉人的确定：**

**共同被告甲**

**原**

**告**

**丙**

1.谁上诉谁就是上诉人

2.对谁不满谁就是被上诉人

3.其他人按照原审诉讼地位列明

**共同被告乙**

共同诉讼人乙

* 甲乙一起打了丙，赔偿丙10万，甲支付7万，乙支付3万
* ①丙觉得赔太少了 →丙上诉人，甲乙被上诉人

②甲认为赔十万可以，但是自己赔七万太多 →甲上诉人，乙被上诉人

③甲认为不应赔10万 →甲上诉人，丙被上诉人

④甲乙丙都不认可 →甲乙丙上诉人

**判断：**必要共同诉讼人的任何行为，都必须其他共同诉讼人同意才有效。

**三．上诉的期间与形式**

（一）上诉期：判决15天，裁定10天，在中国境内没有住所的当事人上诉期30天。

（二）必须提交**书面**上诉状。

##### 交了书面材料，但是没交钱，上诉也是成功的，但是按撤诉处理

**四．撤回上诉和按撤回上诉处理**

若当事人恶意串通损害国家、社会利益，他人合法权益，或**原判决确有错误**，不准撤回上诉。

1.当事人撤回上诉，上诉期未满，是否可以再上诉？× 上诉权只有一次，但是对方当事人可以，要看上诉期届满

2.上诉期内撤回上诉后，一审判决效力如何？按一审

3.二审过程中撤回上诉后，一审判决效力如何？

**五．原审原告在二审中撤回起诉**

1.条件：

（1）经其他当事人同意；

（2）不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的。

2.效果：

（1）应当一并裁定撤销一审裁判；地基被撤掉，第二层也就会倒塌

（2）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**。例如做好了饭，爱吃不吃，但是不能倒了重做

40 上诉人：原告 被上诉人：被告

第二节 审理

**一、审理方式**

▲由审判员组成合议庭，开庭审理为原则

**合议庭可以不开庭审理，通过阅卷、调查和询问当事人审理案件**

**1.对不予受理、驳回起诉、管辖权异议裁定上诉；**

**2.原判决严重违反法定程序，需要发回重审的；**

**3.原裁判认定事实清楚，但适用法律错误；**

**4.上诉请求明显不能成立的**

**4.上诉请求明显不能成立的。**

**二、审理范围**

应当围绕当事人上诉请求的范围进行，**当事人没有提出请求的，不予审理**。但一审判决违反法律禁止性规定，或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的除外

不告不理；

**三、审理期限**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 对裁定上诉 | 立案之日起30日 | 院长批准可以延长 |
| 对判决上诉 | 立案之日起3个月 |

第三节 裁判

**一、 具体情况的裁判**

|  |  |
| --- | --- |
| 原裁定认定事实清楚，适用法律正确 | 裁定驳回上诉，维持原裁判 |
| 原判决认定事实清楚，适用法律正确 | 判决驳回上诉，维持原裁判 |
| 原裁判认定事实、适用法律有瑕疵，裁判结果正确 | 纠正瑕疵，驳回上诉，维持原裁判 |
| 原裁定认定事实错误或适用法律错误 | 裁定撤销或变更 |
| 原判决认定事实错误或适用法律错误 | 直接改判 二审改 |
| 原判决认定基本事实不清 事实不清（应该查清没查清）比事实错误（努力查但是能力查不对）可能更严重 | 裁定发回重审**或**查清事实改判 |
| 原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序 | 裁定撤销原判发回重审 |
| 认为不应由人民法院受理 | 裁定撤销原判，驳回起诉 |
| 认为违反专属管辖 | 裁定撤销原判，移送有管辖权法院 |

错误①

①二审法院改判 ②发回一审

不清①/②

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。

程序违法②

**注意四点：**

1.发回重审只能一次，一审法院须另行组成合议庭审理。（合议庭不能吸收陪审员）

PS:发回重审后，又上诉到二审法院，原来参加二审的法官还能不能再参加合议庭？不可以，全换

2.对裁定上诉，一律使用裁定处理。

3.即使最终二审推翻一审的裁判，但一审的举证、保全等诉讼行为在二审中仍**有效**。

4.当事人一审的诉讼行为，在二审对其仍有拘束力。若要推翻，应当责令其说明理由。理由不成立的，不予支持。

二、二审中的调解与和解

《民诉解释》326条规定对当事人在第一审程序中已经提出的诉讼请求，原审人民法院未作审理、判决的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则进行调解；调解不成的，发回重审。

漏请求：调解或发回重审

《民诉解释》327条规定：必须参加诉讼的当事人或者有独立请求权的第三人，在第一审程序中未参加诉讼，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解；调解不成的，发回重审。

漏当事人：调解或发回重审

《民诉意见》329条规定：一审判决不准离婚的案件，上诉后，第二审人民法院认为应当判决离婚的，可以根据当事人自愿的原则，与子女抚养、财产问题一并调解；调解不成的，发回重审。**双方当事人同意（**自愿放弃上诉权**）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。**

**二、裁判文书**

|  |  |
| --- | --- |
| **怎样确定裁判？** | 应该以多数人意见作出裁判  ▲有不同意见必须如实计入笔录。必须在裁判上签名。 |
| **怎样写作裁判？** | 判决中除了写明认定的事实、适用的法律，还要写明**理由**。裁定书应当写明裁定结果和作出该裁定的理由。（152条、153条） |
| **怎样修改裁判？** | 补正判决书笔误用裁定。 |
| **怎样了解裁判？** | 公众可以查阅生效的裁判**（但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的内容除外）** |

**三、 二审中的调解与和解**

|  |  |
| --- | --- |
| ①漏**人**(案外共诉人，案外第三人)②漏判 | 原则可以调解，调解不成，发回重审。 |
| ③离婚案：  一审判不离，二审判离 | 原则可以调解，调解不成，发回重审，**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。** |
| 达成调解协议 | 法院依据调解协议制作调解书，原审人民法院的判决视为撤销。 |
| 达成和解协议 | 依和解协议制作调解书或**撤诉。** |

《民诉解释》326条规定对当事人在第一审程序中已经提出的诉讼请求，原审人民法院未作审理、判决的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则进行调解；调解不成的，发回重审。

《民诉解释》327条规定：必须参加诉讼的当事人或者有独立请求权的第三人，在第一审程序中未参加诉讼，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解；调解不成的，发回重审。

《民诉意见》329条规定：一审判决不准离婚的案件，上诉后，第二审人民法院认为应当判决离婚的，可以根据当事人自愿的原则，与子女抚养、财产问题一并调解；调解不成的，发回重审。**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。**

**第十一章 审判监督程序**

第一节 再审程序的启动

##### 手机：一审→二审→裁判生效→再审

##### 案件：生产→质检→出厂销售→售后

**一、法院提起再审**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **发现**生效裁判和调解书有损害国家利益、社会公共利益等**确有错误**的情形 | **本院院长** | **提交审委会讨论决定** |
| **上级法院和最高院** | **提审** 基层、中级（第一次）、高级（第二次）、最高（第三次） |

**☆原则：一个法院对一个案件只能再审一次。**

**二、 当事人申请再审**

**（一）申请条件**

|  |  |
| --- | --- |
| **事由** | 1. **裁定、判决再审事由：**   ▲无证伪证未质证，新证应收未收集，未参加未回避，超判漏判夺权利，撤销变更原依据，未经传唤就缺席。法律错误又舞弊。（200条）  1、有**新证据**，足以推翻原判决、裁定的；  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；  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；  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；  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、据以做出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。  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。  **（二）调解书再审事由：违反自愿合法原则** |
| **主体** | 一般应为原审当事人  1.案外人**（应参加诉讼而未参加诉讼的必要共同诉讼人）**可以自知道或应当知道之日起六个月内申请再审。**（案外必要共同诉讼人申请再审—此时尚未进入执行程序）**  2.当事人死亡或终止，权利继承人可以申请再审。  3.裁判生效后，当事人将裁判中确定的债权转让，受让人**不可以**申请再审。  4.一个案件一个当事人只能**申请**再审一次。 |
| **期间** 绝对不变期，任何情况都不可以 | ➀原则裁判、调解书生效后6个月内。  ➁**裁判文书**存在200条第1、3、12、13项规定情形的，自知道或者应当知道之日起6个月内提出。**（均为不变期间）** |
| **不能申请再审的案件** | ➀申请过再审的案件（包括支持和驳回的）。  ②检察建议、抗诉过的案件。  ③离婚案的解除婚姻关系的裁判、调解书（已经处理过的财产部分可以再审）。④特别、非讼程序的裁判。 |

**(二)审查程序**

当事人提出**再审申请**（裁判调）

受理（5日内，受理通知书）

审查程序（组成**合议庭审查，审查期3个月，院长批准可以延长，**此时都未再审，只是判断是否再审**）** 驳回再审申请

**裁定**再审并**执行中止** （四费一金、劳动报酬可以不中止）

1.审查期3个月，院长批准可以延长，但涉外案件没有审查时间限制。

2.审查期内其他当事人提出再审申请，审查期重新计算。

**(三)管辖和审理**

|  |  |
| --- | --- |
| **原则** | ①向做出终审裁判法院的上一级法院申请  ②由中级以上的法院审理不可以由基层审理  ③适用原审程序审理，提审一律用二审程序，另行组成合议庭。  例子：江苏宜兴法院（一审）→江苏省无锡中院（二审）→江苏高院申请再审（审查期三个月，发现二审错了）  方法①提审（自己改）②指令再审（谁错的，谁自己改）③指定再审（指定和错误判决的同级别的其他法院） |
| **例外1** | **当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，**  ①也可以向原审人民法院申请再审（一方向原审，一方向上级，原审优先）  ②由接受再审申请的法院审理。  ③适用原审程序审理。可以由基层审理，但不得适用简易程序 |
| **例外2** | 小额诉讼**，只能向原审法院申请再审。** |

**模型一：两审终审**

申请

当事人 高级法院

（用二审程序）提审 指令/指定再审（用二审程序）

中级法院（二审）

基层法院(一审）

**模型二：中级法院一审终审**

申请

当事人 高级法院

（用二审程序）提审 指令/指定再审（用一审程序）另行组成合议庭，可以吸收合议庭，可以上诉

另行组成合议庭，不可以吸收合议庭，不可以上诉

中级法院（一审终审）

**模型三：基层法院一审终审（例外三唯一可能情况）**

申请

当事人 中级法院

31393938393834313b31393939353233313bb2e6b4edcef3

（用二审程序）提审

基层法院（一审终审）

**三、 检察院启动再审**

☆最高人民检察院可以对各级法院，上级人民检察院可以对下级法院生效裁判、调解书提出抗诉。

1. **检察院启动再审的事由**（满足200条）**。调解书损害国家利益、社会公共利益。**
2. **程序：**

（最高法）**上级法院 上级检察院**（最高检）（刚性监督手段）

提出抗诉

提提审

指令再审

指定再审

提请

检察建议

**下级法院 下级检察院**

##### （什么级别都可以）

1.接受抗诉法院**应**在接到抗诉书之日起30日内**裁定**再审。

2.上级法院在接到上级检察院抗诉的时候，应以提审为原则，只有民诉法200规定1-5情形（事实和证据问题）的，才能指令或指定下级再审，但下级再审过的除外。

3.检察院不是当事人，检察院应派人出庭支持抗诉。

4.检察建议（可以不听）： 纠正同级法院错误的裁判，调解书，并报上级备案。

纠正审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为

抗诉：错误文书

建议：错误文书、违法行为（二者不相等）。可以在各个阶段提出（包括执行阶段）

5.调查核实权：检察院抗诉或检察建议，可以向当事人或案外人**调查核实**有关情况。

**（三）当事人申请再审与检察院抗诉或检察建议**（209条）

当事人符合以下三种情形之一才能申请检察院抗诉或检察建议，检察院3个月内决定：

1.人民法院逾期未对再审申请作出裁定的；

2.人民法院驳回再审申请的；

3.再审判决、裁定有明显错误的。

①再审立案收钱：先找检察院提起抗诉→（改变）先找法院再找检察院

②打官司无论胜败都收钱

☆注意：“先法后检”

1.原则上，抗诉或检察建议依当事人申请启动，但是对损害国家、社会公共利益的裁判调可以依职权监督。

2.一个当事人对一个案件只能申请检察院抗诉或检察建议一次。

3.提起抗诉后，检察院撤回抗诉或者当事人撤回再审请求，再审程序终结。

**四、不能申请再审的案件**

1.申请过再审的案件（包括支持和驳回的）

2.检察建议、抗诉过的案件

3.离婚案的解除婚姻关系的裁判、调解书（已经处理过的财产部分可以再审）

人身关系不能再审，但是财产关系可以再审

1. 特别、非讼程序的裁判

一审终审 不能上诉、再审 只能撤掉错误的判决

第二节 再审程序的审理

**一、再审的审理方式**

应组成合议庭开庭审理。但按照二审程序审理，当事人已经通过其他方式充分表达意见或者有特殊情况，且书面同意不开庭的除外。

判项A B C都是错的

①只申请A再审

只审A ：不告不理

②法院发现B损害国家社会利益

审A+B

③当事人提出D项

不处理，不是为了解决纠纷，一审中未判决：售后部只修旧手机，不造新手机

**二、再审的审理范围**

应当围绕再审请求进行。再审请求超出原审诉讼请求的，不予审理；但发现已经发生法律效力的判决、裁定损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，应当一并审理。

若再审启动后，辩论终结前，发现有四项特殊事由，增加**再审请求**的，一并审理。

第三节 再审程序的裁判与调解

**一、再审的裁判和调解**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 当事人撤回再审请求，法院准许 | | 终结再审程序，原则上不允许再次申请再审（**发生四项特殊事由除外**） |
| 按照撤回再审请求处理 | |
| 按一审程序再审，当事人撤回起诉  整个程序归于消灭 | | 其他当事人同意、法院裁定准许的，撤销原裁判、调解书，**不得再次起诉**。  （做的饭可以不吃，但不能倒掉重做） |
| 原裁判认定事实、适用法律有瑕疵，裁判结果正确 | | 纠正瑕疵，维持原裁判 |
| 发现不应由法院受理 | | 裁定撤销一二审判决，驳回起诉 |
| 遗漏必要共同诉讼人 | 按一审再审 | 追加被遗漏当事人，合并审理 |
| 按二审再审 | 调解，调解不成，裁撤一二审裁判，发回重审  否则就是剥夺其上诉权 |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 一审程序 | 二审程序 | 再审程序 |
| 程序性质 | 正常救济程序 | | 非正常救济程序 |
| 启动方式 | 起诉 | 上诉 | 当事人申请、法院决定、检察院监督 |
| 启动主体 | 原告 | 上诉人 | 当事人（案外人）、法院、检察院 |
| 启动时间 | 纠纷发生后 | 上诉期内 | 法检无限制、当事人6月+6月 |
| 审理法院 | 按管辖确定 | 一审上级 | 本院、上级法院、最高院 |
| 审理程序 | 普通、简易 | 二审 | 依原审，提审用二审 |
| 审判组织 | 合议、独任 | 合议 | 依原审 |
| 裁判效力 | 可上诉 | 不可上诉 | 依原审（原则上，小额诉讼的再审结果不能上诉） |

**★比较与总结：三种诉讼程序的程**

**特别、督促与公示催告程序**

第一节 特别程序

●选民资格案

向选举委员会申诉（3日处理）

起诉人

向**选区所在地基层法院**起诉（选举日前审结送达判决）

对选民名单 选举日

持不同意见 5日以前

（申诉前置）

|  |  |
| --- | --- |
| **申诉前置** | 必须先申诉，不申诉不得起诉。 |
| **参加人** | 诉讼参加人有**起诉人**、选举委员会代表及**有关公民**。 |
| 本案属于宪法诉讼案件，**不要求**起诉人和案件有直接利害关系 |
| **审理方式** | 法院应组成**合议庭，开庭**审理。合议庭中不得吸收陪审员。 |

●宣告公民失踪、死亡案

1. **宣告失踪：**

财产代管

**下落不明人住所地基层法院管辖**

利害关系人

寻找公告（3个月）

申请 受理

身份不变（3月）

##### A失踪，哥哥B成为财产代管人，有人侵害A的财产，B可以起诉

##### B可以放弃财产代管权，是一个权利

|  |  |
| --- | --- |
| 法定期间 | 被申请人下落不明满2年，[[4]](#footnote-3)利害关系人才能申请宣告失踪。 |
| 利害关系人 | 利害关系人包括近亲属及其他利害关系人（例如债权人）。 |
| 财产代管人 | 代管人可以以自己的名义起诉或应诉，保护失踪人的利益。 |
| 代管人自己不想担任代管人，可以请求法院用特别程序重新指定 |
| 利害关系人要求变更代管人，应由**利害关系人起诉**法院指定的**代管人**，法院用普通程序审理。 |

**二、宣告死亡：**

财产继承

**下落不明人住所地**

**基层法院管辖**

寻找公告

（1年/三月）

利害关系人

申请 受理

人身终止

|  |  |
| --- | --- |
| 法定期间 | 被申请人下落不明满4年，意外事故下落不明满2年。经有关机关证明不可能生存的无此期间限制。 |
| 利害关系人 | 利害关系人包括近亲属及其他利害关系人（例如债权人）。 |
| 救济 | 被申请人重新出现，本人或利害关系人可以向法院提出异议，申请法院作出新判决，直接撤销旧判决。 |

●认定公民无、限制行为能力案

判决认定

指定监护人

利害关系人（近亲属或其他利害关系人）

**被认定人住所地基层法院管辖（**诊断或鉴定）

申请

判决驳回申请

注意：被指定的监护人不服指定，应当自接到通知之日起三十日内向人民法院**提出异议**。

●认定财产无主案

**财产所在地基层法院**

判决认定财产无主

申请 受理 无人认领

申请人

公告

（1年）

有人认领

无主财产

裁定终结程序告知另行起诉

注意：一旦财产认定无主，由判决法院收归国家、集体所有。

●确认调解协议案

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 此处的调解协议指的是**人民调解委员会**主持下达成的**人民调解协议。** | | | | |
| **效力** | 人民调解协议具有一般**合同约束力**，没有强制执行力（私文书） | | | |
| **人民调解与诉讼** | 可调可诉 | 发生纠纷，可以直接由人民调解委员会调解，也可以直接起诉。 | | |
| 调后可调 | 人民调解失败之后，还可以再请求其他人民调解委员会再进行调解。 | | |
| 调后可诉 | 若人民调解后没有达成调解协议，当事人仍然有权就原纠纷向法院起诉 | | |
| 若人民调解后达成调解协，一方当事人还可以就调解协议向法院起诉，但不能就原纠纷向法院起诉。 | | |
| **确认人民调解协议** | 确认主体 | 达成了人民调解协议的双方当事人 | | |
| 确认时间 | 调解协议生效之日起30日内 | | |
| 确认法院 | 调解组织所在地基层人民法院 | | |
| 确认结果 | 符合法律规定 | 裁定有效 | 可向人民法院申请执行该裁定 |
| 不符合法律规定[[5]](#footnote-4) | 裁定驳回 | 可变更原调解协议或者达成新的协议,也可起诉（拿着裁定，不能是调解协议） |
| 确认限制 | 对身份关系确认或解除，物权确权、知识产权确权纠纷的人民调解协议不予确认 确认不了 | | |

●实现担保物权案

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **申请**  **主体** | **担保物权人** | 抵押权人、质权人、留置权人、其他有权的人（银行） |
| **其他有权请求实现担保物权的人** | 抵押人、出质人、财产被留置人、财产所有权人 |
| **管辖**  **法院** | **担保财产所在地** | **基层人民法院**（一直留在基层，即使标的额达到4亿） |
| **担保物权登记地** |
| **审查**  **处理** | 1.原则**独任审查**，但标的额超过基层人民法院管辖范围的，组成**合议庭**审查。 | |
| 2.条件成就且无实质争议，裁定拍卖、变卖担保财产，债权人申请执行该裁定 | |
| 3.对担保物权有实质争议，裁定驳回，债权人可以向法院起诉 | |
| 4.对担保物权部分有争议，仅准许拍卖、变卖无争议部分，剩余部分可向法院起诉 | |
| **考点应用：**  1.人保和物保并存，约定了实现担保物权顺序的，违反顺序申请实现担保物权，不受理。  2.在价值80万的不动产上，先为债权A（30万）设立担保物权，后为债权B（40万）设立担保物权。A的担保物权未实现的情况下，是否可以申请实现B的担保物权？可以。 | | |

**★比较与总结：特别程序的程序特点（没说）**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **特别程序** | 选民资格案件（确认选民资格） | **宪法诉讼程序** | 作出判决 |
| 宣告公民失踪、死亡案（确认是否失踪、死亡） | **非讼程序** |
| 认定公民无、限制行为能力案（确认行为能力） |
| 认定财产无主案（确认财产是否无主） |
| 确认调解协议案（赋予人民调解协议强制执行力） | 作出裁定 |
| 实现担保物权案（拍卖变卖担保财产） |

|  |  |
| --- | --- |
| **审理方式** | 独任审理（但选民资格案、重大疑难案、标的额超出基层管辖的实现担保物权案要合议，合议庭不得吸收陪审员） |
| 不开庭审理（单选民资格案要开庭） |
| **管辖法院** | 全由基层法院管辖 |
| **程序特点** | 不能辩论、不能调解、不能上诉 、不能再审 |
| **救济方法** | 当事人、利害关系人认为裁判错误，有错误的，可以向作出该判决、裁定的人民法院提出异议。  对前四种案件作出的判决提出异议没有时间限制。  确认调解协议、实现担保物权案中：  ①当事人异议应自收到裁定之日起十五日内提出；  ②利害关系人异议应自知道或者应当知道其民事权益受到侵害之日起六个月内（不变期间）提出。 |

第二节 督促程序

未提异议或异议不成立，支付令产生**强制执行力**

15日内发出支付令（发出就有效）

**债务人住所地**

**基层法院**

（独任审理）

债权人

**形式审查** 15日

申请 5日受理  异议期限

**法院审查**

驳回申请

异议成立，支付令失效。

终结程序

●申请支付令的条件

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **适用对象** | 只能适用于请求给付标的物为**金钱或有价证券**的案件。 为什么只是金钱？比如项链，产地、时间、成色等等有质量难以执行 | |
| 督促的债权必须合法（赌债、嫖资）、到期、确定、单向（无对待给付义务）。 | |
| 积极条件：**能送达** | 支付令能够送达债务人 | 1.债务人下落不明或不在我国境内不适用督促程序。支付令不能公告送达！！ |
| 2.发出支付令之后三十日内无法送达督促程序即告终结。 |
| 3.若申请对债务人发支付令，支付令对担保人无效。 |
| 消极条件：**未起诉** | 必须尚未提起诉讼或申请诉前保全 | 1.一旦就此债权提起诉讼，督促程序就终结 |
| 1. 债权人起诉担保人，督促程序终结，申请对债务人发出的支付令也失效  督促、起诉只能二选一 |

●债务人异议条件

|  |  |
| --- | --- |
| **异议时间** | 债务人应在**15日**法定异议期限内提出**书面**异议。 |
| **异议内容** | 1.应针对债务**本身**提出异议。  2.存在多项请求，就某请求异议，不影响其他请求。 |
| **异议方式** | 向法院提出异议或者向法院起诉（就债权债务本身进行争议）。 |
| **异议法院** | 1. 应向**发出支付令的法院**提出异议或者起诉。  债务人做原告，债权人做被告 2.若向其他法院提出异议或起诉，不影响支付令的效力。 |
| **异议审查** | 法院对异议进行形式审查（即不审查理由是否成立）。  说不欠钱则直接终结，进入诉讼程序 |
| **异议撤回** | 债务人可以撤回异议，撤回后不能再提出异议。 |
| **错误救济** | 支付令不能上诉、再审。确有错误，由院长提交审委会讨论决定撤销。 |

●督促程序与诉讼程序的转化

|  |  |
| --- | --- |
| **诉讼程序转督促程序**  **56** | 受理后当事人无争议且符合督促程序条件，**把诉讼程序转入督促程序** |
| **督促程序转为诉讼程序** | ①支付令异议成立，支付令失效，**督促程序终结督促程序转为诉讼程序。**申请支付令的时间即起诉时间。 |
| ②但申请支付令的当事人7日内向受理申请的法院表示不同意起诉除外。 |
| ③债权人不同意向支付令作出法院起诉的，不影响其向其他法院起诉。 |

第三节 公示催告程序

● 申请公示催告的条件

|  |  |
| --- | --- |
| **事由** | 票据遗失灭失被盗 |
| **主体** | 票据最后持有人 |
| **对象** | 可以背书转让的票据及其他事项 |
| **方式** | 提交书面申请书 |

申报成立；终结程序，可以另行诉讼。

**分为公示催告阶段和除权判决阶段：**

程序终结

**通知止付**

（挂失）：

票据冻结，不得转让，直到程序终结。

**票据支付地基层法院**（可**独任**）

申请人

七日受理

申请

3日内发出公告：开始申报权利（≥60日）

一月内申请

无人申报或申报被驳回

除权判决（补办）并公告（**合议**）

● 申报权利 法院除权判决，实质是票据，行使新票据的权利

|  |  |
| --- | --- |
| **申报方式** | ①向发出公示催告的法院**持票申报**并提交申报书。  ②法院要通知申请人查验（对票据形式审查）。 |
| **申报期间** | 从公告开始日至**除权判决[[6]](#footnote-5)前**。 |
| **未及时申报权利的救济** | ①利害关系人因正当理由不能在判决前向法院申报权利  ②可自知道或者应当知道判决公告之日起**1 年内（不变期间）**，以申请人为被告向作出判决的法院起诉。  ③可以诉请撤销原判、确认自己权利  ④按照票据纠纷适用**普通程序**审理 |

##### 

##### 甲申请1.10

##### 乙申报是自己的，此时只能拿出原票据，怎么来的，民诉管；

##### 甲的票据被乙见到，乙虽有票据，但是身份信息不是甲，因此乙但是公示催告程序补办成自己的，公告过程中，甲才发现自己票据丢了

##### 甲不能申报，因为此时甲手中无票据，除权判决作出后，即是错的，立刻去法院起诉撤销，为防止乙拿着新的票据兑换申请行为保全，举证

1. [日]穗积陈重：《复仇与法律》，曾玉婷、魏磊杰译者，中国法制出版社2013年版，第48页。 [↑](#footnote-ref-0)
2. 徐昕：《论私力救济》，广西师范大学出版社2015年版，第5页。 [↑](#footnote-ref-1)
3. Hazel Genn，Path to Justice。 [↑](#footnote-ref-2)
4. 关于下落不明期间的起算点，《民法总则》也有规定，大家仅做一般了解即可。《民法总则》第41条规定：“自然人下落不明的时间从其失去音讯之日起计算。战争期间下落不明的，下落不明的时间自战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算。” [↑](#footnote-ref-3)
5. 不符合法律规定是指：违法（违背法律禁止规定、公序良俗原则、侵害国家社会和他人利益）、非自愿的、不明确的调解协议不予确认。 [↑](#footnote-ref-4)
6. 注意，除权判决没有强制执行力。 [↑](#footnote-ref-5)