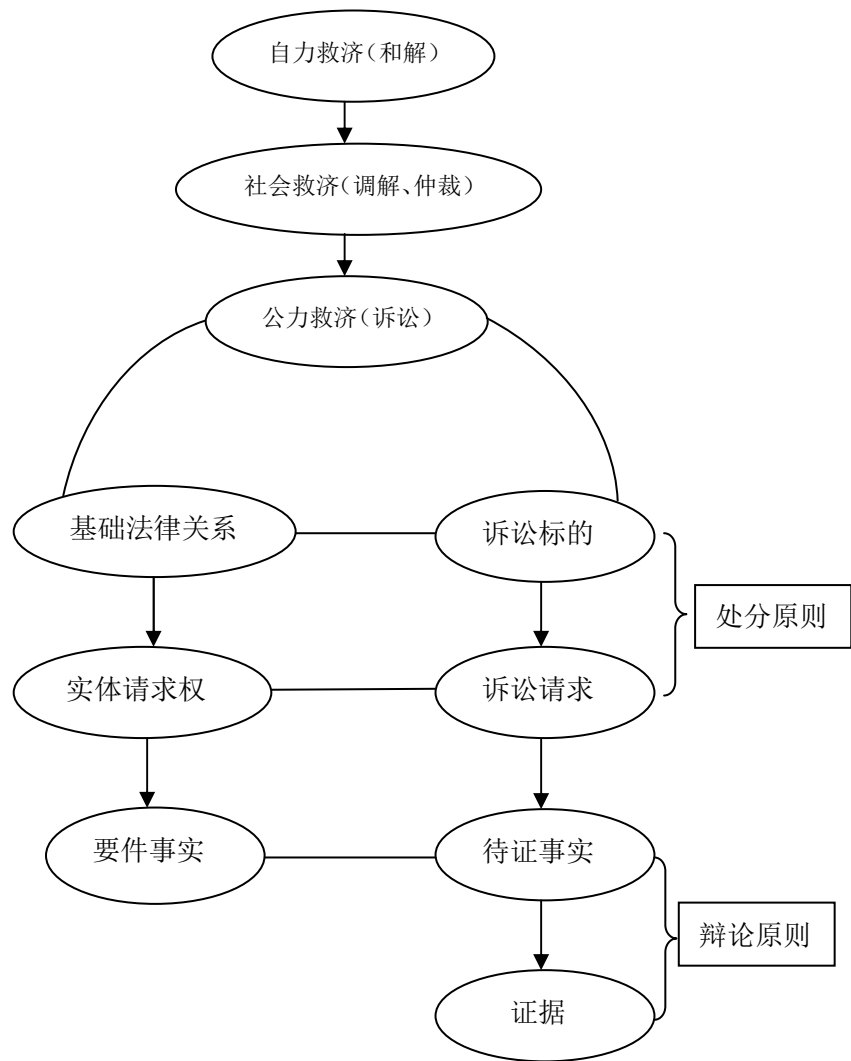


刘鹏飞民事诉讼法主观题背诵版

目录

(一) 诉讼的基本结构	2
(二) 诉讼的开展	3
(三) 司法资源配置	4
(四) 集中审理	5
(五) 检察监督	5
(六) 当事人判断技巧	6
(七) 地域管辖的解题思路	7
(八) 证明责任问题	10
(九) 证据种类	10
(十) 证据规则	11
(十一) 审查起诉	12
(十二) 不到庭处理	13
(十三) 和解调解	13
(十四) 二审裁判	13
(十五) 二审中的特殊情况	13
(十六) 当事人申请再审	14
(十七) 案外人救济思路	14
(十八) 协议仲裁	15
(十九) 或审或裁	15
(二十) 一裁终局	16

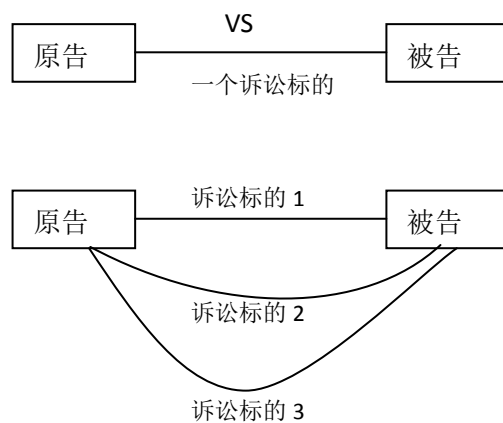
(一) 诉讼的基本结构



1. 诉讼标的

是当事人争议的实体法律关系。任何案件都有诉讼标的，一个案件可以有多个诉讼标的。

▲案由根据诉讼标的确定。案由是人民法院对诉讼案件所涉及的法律关系的性质进行概括后形成的案件名称。



2. 诉的种类围绕诉讼标的展开：

确认诉讼标的的存在或者不存在的诉——确认之诉；

变更一个既存诉讼标的的诉——变更之诉；

根据法律关系要求对方履行给付义务的诉——给付之诉（给付财物或者行为）。

3. 诉讼请求依据诉讼标的提出：

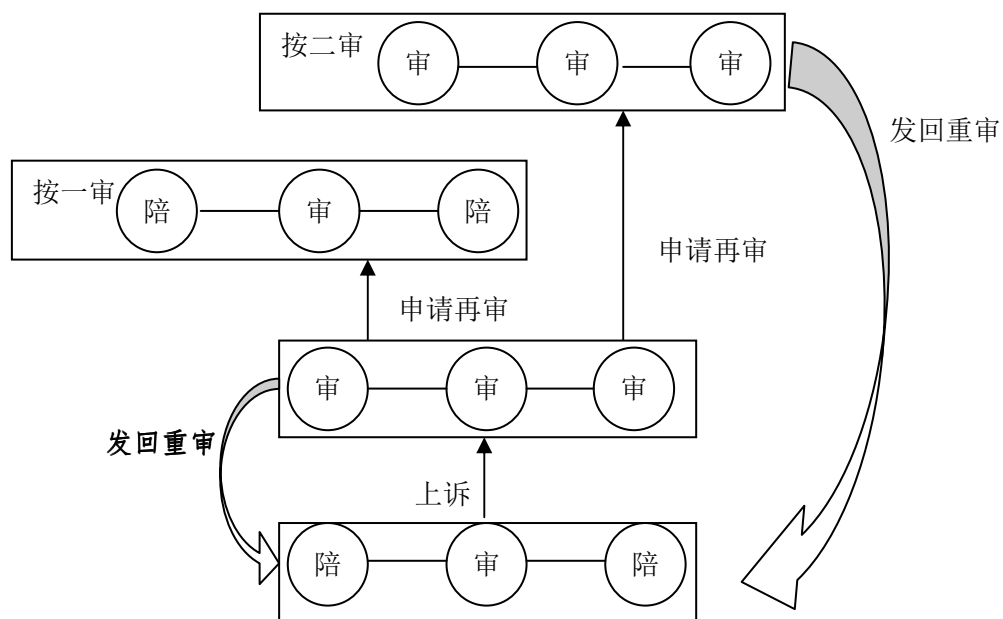
依据某一诉讼标的，可以提出很多诉讼请求，请求变化，标的并不一定随之变化。

4. 辩论与处分原则

法院对诉讼标的和请求不告不理，法院超出当事人主张的诉讼标的和请求范围判决，违反处分原则。

当事人对事实负主张责任，对证据提出负有证明责任。法院超出当事人主张的事实和证据范围判决，违反辩论原则；

（二）诉讼的开展



1. 审判组织

1. 普通程序，必须合议：

可以吸收陪审员，陪审员不得担任审判长；

由 3、5、7 人组成合议庭。

7 人合议庭若吸收陪审员，应由 3 个法官，4 个陪审员组成合议庭

2. 简易程序，必须独任，不允许法官自审自记，必须有书记员

3. 二审程序，必须合议，不可以吸收陪审员

4. 再审程序，必须合议：

按照一审再审，可以吸收陪审员

按二审再审，不可以吸收陪审员

2. 公开与开庭

(1) 人民法院审理民事案件应当公开。

国家秘密案、个人隐私案，依职权不公开审理。

商业秘密案，离婚案件，当事人可以单方申请不公开审理，由法院决定是否公开审理。

(2) 质证阶段应公开，但涉及国家秘密案、个人隐私案，商业秘密案，不得公开质证。

(3) 评议阶段必须不公开。

(4) 宣判阶段必须全部公开。

(5) 法院调解不应公开，但当事人同意除外。

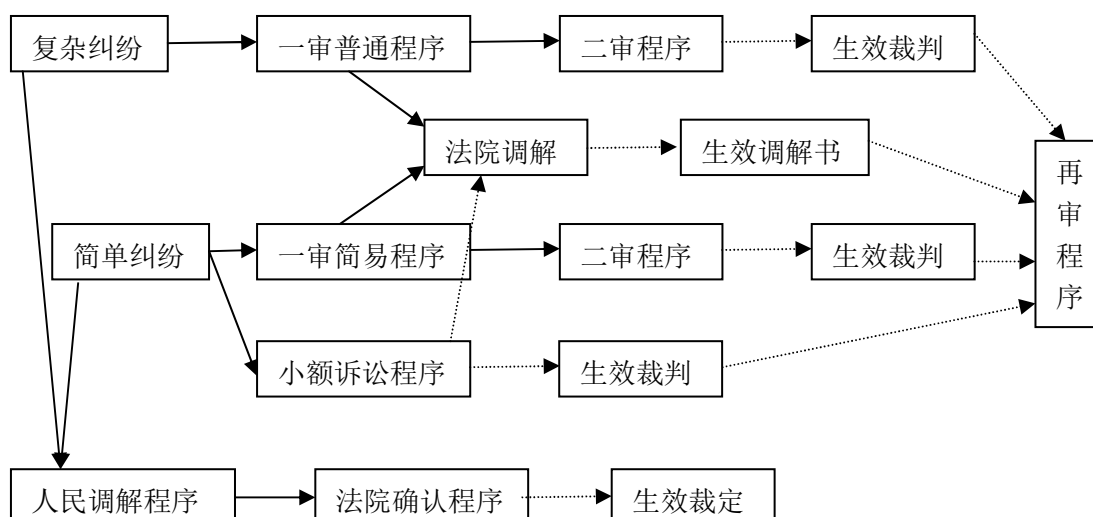
(6) 仲裁程序不应公开，但当事人同意除外（涉及国家秘密绝对不能公开）。

▲一审必须开庭，二审可以不开庭

开庭审理的步骤分为：书记员宣读法庭纪律、审判长核对当事人、法庭调查、法庭辩论。最后一次辩论结束后，由审判人员秘密评议、公开宣判。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。

(三) 司法资源配置

1. 改革目标：案件分流、职能分层、程序分类



原则上，案件经过两次审理即告终结。

(1) 裁判生效

法院作出一审裁判，原则上可以上诉，当事人不上诉的，经过上诉期才生效；

法院作出二审裁判，不可上诉，作出就生效。

二审终审的案件，一审判决不生效，二审判决是生效判决。

(2) 调解书一律不能上诉

(3) 判决书一般可以上诉，最高院一审的、小额诉讼程序的、非民事诉讼程序的判决不能上诉，确认婚姻无效案件的人身关系部分不能上诉

(4) 裁定书一般不能上诉，不予受理、驳回起诉、管辖权异议的裁定可以上诉

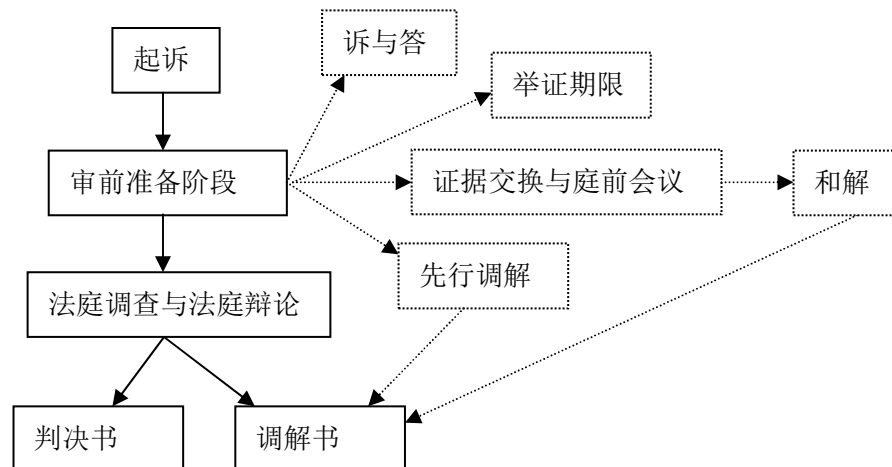
2. 二审和一审的关系

续审制度：二审对于一审中的事实问题和法律问题全面审理。一审中提出的证据，可以在二审中继续使用；一审中认定的事实，二审中依然可以作为裁判依据。

不告不理：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。

有错必究：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。

（四）集中审理



1. 审前准备阶段的价值：

明确争议焦点，为集中审理做好准备，提高庭审效率

防止诉讼突袭，有利于促进裁判公正

促进纠纷解决，优化司法资源配置

2. 逾期举证的处理规律

只要对方当事人不提异议，不管什么情况，都可以采纳。

只要证据和案件基本事实有关，不管什么情况，都可以采纳。

根据当事人主观情况，确定处理措施（采纳、采纳加训诫、采纳加训诫罚款）

（五）检察监督

检察院在民诉法中的作用体现为

1. 对整个审判和执行程序进行监督。监督的手段为抗诉与检察建议

抗诉的对象为错误法律文书，程序为上级抗下级，效果为必然启动再审。

检察建议的对象为错误法律文书及审判人员和执行人员的违法行为，程序为同级提建议，效果为或然启动再审。

此时，检察院不是当事人。

检察院抗诉不能启动二审。

2. 作为民事公益诉讼的原告

检察院提公益诉讼具有特定性、补充性。

针对特定领域：生态资源保护、食品药品安全、英烈利益保护

位于第二顺位：没有第一顺位主体或第一顺位主体不起诉，才能起诉，其他主体起诉，

检察院只能支持起诉。

此时，检察院作为当事人，但与本案没有直接利害关系。

3. 先法后检：向法院申请再审后，无法获得司法救济，才可以向检察院申请检查监督。
若放弃了向法院申请再审的权利，同样也放弃了向检察院寻求救济的机会。

（六）当事人判断技巧

1. 静态当事人的判断思路：

第一步，确定本案中，当事人的人数——当事人，一定是可能承担责任或者享有权利的人。

周童（5岁）和其父星期天来祖母家，祖母李霞带周童去公园玩，游戏过程中周童将林晨（6岁）的双眼划伤致使林晨的右眼失明、左眼视力下降，导致纠纷，产生民事诉讼。

李霞是什么诉讼地位？

第二步，根据具体的主体，判断能够作为当事人的主体。

（1）原告：适格的公民、法人、其他组织，但死者的近亲属可以以自己名气保护死者利益。

（2）被告：要求明确，下落不明公告送达。

（3）具体规则：个体户看字号、合伙看执照，法人看注销

▲个体工商户

有字号的，字号作当事人；

无字号的，经营者作当事人；登记的业主和实际业主不一致的，二者为共同诉讼人。

▲合伙

有营业执照，是合伙企业，企业作当事人；

无营业执照，是个人合伙，全体合伙人作当事人。

▲法人

法人未注销，法人作当事人。

未经清算就注销，老板做当事人（股东、发起、设立人）。

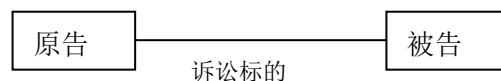
▲劳务派遣中造成他人损害

可以只告用工单位，可以告用工单位和派遣单位

不可以只告派遣单位。

第三步，分析当事人之间的诉讼标的，判定当事人的地位。

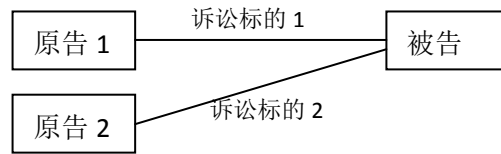
（1）传统民事诉讼



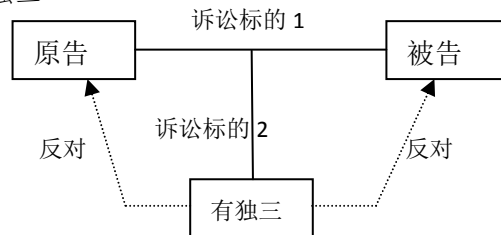
（2）必要共同诉讼



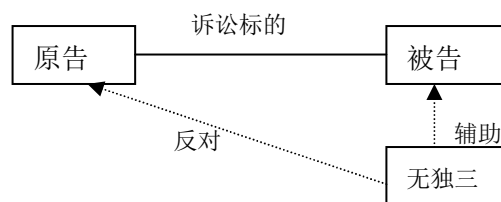
(3) 普通共同诉讼



(4) 有独三



(5) 无独三



2. 动态的当事人判断

(1) 应当追加的当事人

必要共同诉讼原告：如继承人、财产被侵害的共有人等；

必要共同诉讼被告：如赡养义务人、未成年人侵权的监护人、一般保证中的债务人等。

只要双方当事人之间有唯一的诉讼标的，当事人即为必要共同诉讼人。

(2) 可以追加的当事人

无独三

(3) 不能追加的当事人

普通共同诉讼的原被告、有独三

(4) 追加的程序

一审中可以直接追加；二审不能直接追加，应调解、调解不成发回重审。

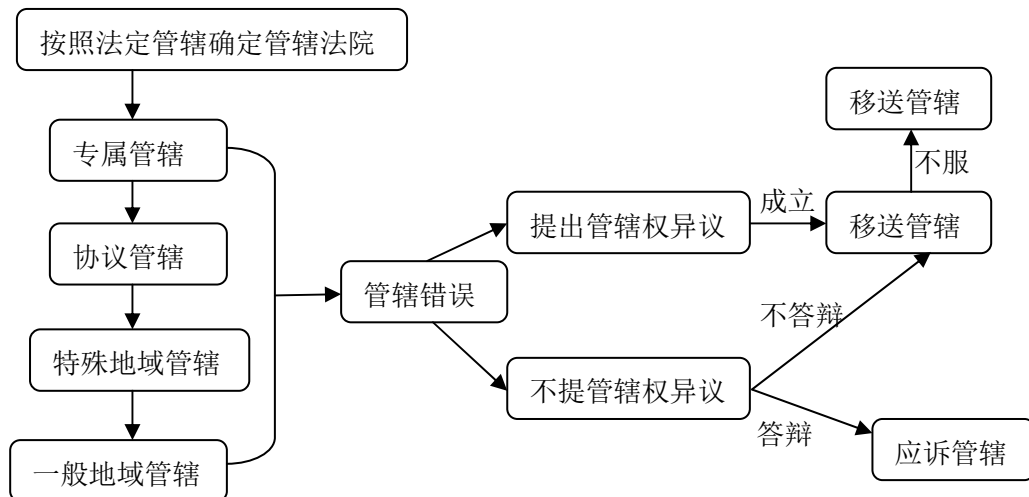
(5) 当事人更换

必须更换的情况：死亡终止、分立合并

其他情况：当事人不需更换

更换当事人，诉讼中止，无人可换，诉讼终结

(七) 地域管辖的解题思路



1. 不动产纠纷

不动产纠纷只能由不动产所在地法院管辖。

(1) 不动产纠纷

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，也就是说不动产纠纷只有以上七种。

(2) 不动产所在地

不动产所在地指的是不动产的登记地，不动产未登记的以不动产实际所在地为准。

2. 协议管辖

(1) 协议管辖记忆要点：

一审能协议，二审不可行；
书面为有效，口头不成功；
格式条款来约定，合理提醒要标明。
人身案件不可用，适用财产纠纷中。
五个地域从中选，级别不可改法定；
违反专属即无效，选择两个也能成。

(2) 还要注意：

协议管辖与仲裁协议冲突，协议管辖可以有效，仲裁协议无效。

协议管辖可以选择的法院包括：原、被告住所地法院、合同签订、履行地法院、标的物所在地法院。

3. 特殊地域管辖

(1) 合同案件应由合同履行地或被告住所地法院管辖。

▲合同履行地确定规则

有约定、从约定：约定了合同履行地的，以约定地作为合同履行地。

无约定、从法定：无约定或约定不明，按照下列法定规则规定合同履行地：

给付货币的合同以接收货币一方所在地为履行地

给付不动产合同以不动产所在地作为履行地

租赁合同以租赁物使用地作为履行地

即时结清的合同以交易行为地作为履行地
网络购物合同

①网络交付以买受人住所地作为履行地

②其他交付以收货地作为履行地

其他合同以履行义务方所在地作为履行地

(2) 侵权纠纷由侵权行为地或被告住所地法院管辖。侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。

1. 产品质量侵权纠纷 由产品制造地、产品销售地、侵权行为地或被告住所地法院管辖。

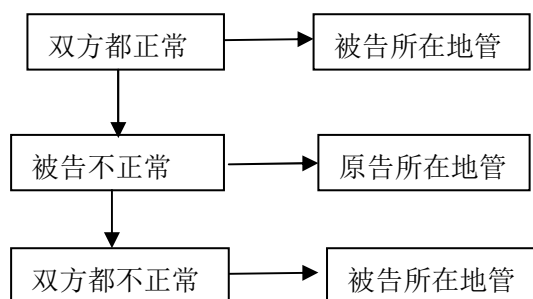
2. 服务质量侵权纠纷 由服务提供地、侵权行为地或被告住所地法院管辖。

(3) 交通合同纠纷和交通侵权纠纷

合同看始终：始发地、目的地、被告住所地

事故到现场：事故发生地、最先到达地、被告住所地

4. 一般地域管辖



(1) 双方都正常：存在住所地和经常居住地，只有经常居住地有管辖权。

(2) 被告不正常：强监黑户找不到，此时被告就原告

被告被采取强制性教育措施或被监禁

被告被注销户籍

被告不在中国境内居住、下落不明或宣告失踪的身份诉讼

(3) 双方都不正常

双方都被采取强制教育措施或监禁

双方都被注销户籍

双方都离开住所地超1年的离婚诉讼

(4) 原告和被告所在地都可以管辖：被告异地抚养赡，离家1年离婚案，原被告地都可管

“追三费”案件—追索抚育费、抚养费、赡养费纠纷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

5. 管辖权异议

①被告可以提，第三人不能提；

②一审可以提，二审、重审、再审不能提；

③答辩期可以提，过期不能提；

④级别错误可以提，地域错误也能提。

⑤异议成功，应移送管辖。

⑥异议失败，当事人对驳回管辖权异议裁定可以上诉。

口诀：被告一审答辩期，级别地域都能提。

（八）证明责任问题

1. 证明责任的概念包括两层含义：

主观证明责任：当事人对自己主张的事实，应提供证据证明。

客观证明责任：案件事实处于真伪不明状态下，败诉风险的负担。

2. 证明责任的分配：

（1）一般规则：主张对自己有利事实的当事人，应对该事实负担证明责任。《民诉解释》第91条。

（2）特殊规则：

过错推定侵权（推定被告有过错），都由被告证明自己没有过错；

环境污染侵权中，由被告证明没有因果关系；

共同危险侵权中，由被告证明谁是加害人；

方法专利侵权，被告证明没有违法行为；

▲提示：

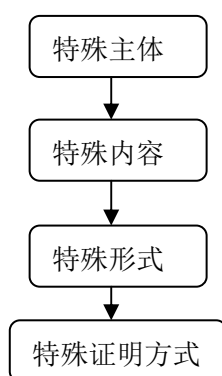
如果诉讼中出现了免证事实（要注意：最典型的就是自认），就免除了本来负担证明责任一方的主观证明责任。

借贷纠纷中，原告证明借款事实，被告证明还款事实。若被告主张已经还款，则对借款事实构成自认。

被告若能证明侵权事由不成立，则不需要再证明免责事实。只有侵权已经成立了，被告才有必要证明免责事实。

3. 证明标准：高度盖然性——待证事实成立的可能性远大于不成立的可能性

（九）证据种类



1. 判断思路

判断证据类型时，优先考虑制作主体：

若鉴定人制作的，为鉴定意见；

勘验人制作的，为勘验笔录。

其次考虑其内容：

以人的陈述为内容的，视为人证，包括：

当事人对事实的描述，为当事人陈述；

证人对事实的描述，为证人证言。

再次，考虑载体和形式：

以电子形式为载体的，为电子数据；

以其他科技形式为载体的，为视听资料。

最后，考虑证明方法：

以内容证明案件事实的，为书证

以外形、存在方式、物理化学性质证明事实的，为物证。

2. 证据属性

作为认定案件事实的依据，必须具备真实性（也叫客观性）、关联性和合法性。不具备真实性、关联性和合法性的证据材料不得作为认定案件事实的依据。

真实性：证据必须是真实的，伪造的证据材料不得作为认定案件事实的依据。

关联性：证据必须和案件有逻辑上的联系，无法证明案情的证据材料不得作为认定案件事实的依据。

合法性：证据的形式和取得都必须符合法律规定，非法证据要排除。

非法证据排除规则（适用于所有证据类型）：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。

（十）证据规则

1. 人证规则

（1）证人资格

证人必须了解案情，证人必须能正确表达。

了解案情的证人的特定性和稀缺性，证人不需回避、不可替代、未成年人可以作证。

（2）证人出庭义务

作为证人，必须出庭说明案件事实。但证人具有下列情形之一，经人民法院许可，可以不出庭，通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证：

- ① 健康原因；
- 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。

▲无正当理由未出庭的证人证言证明力降低；

和当事人有利害关系的证人证言证明力降低；

未成年人作出的和年龄智力不适应的证人证言证明力降低；

（3）证人的具结保证与费用负担

法院应告知其作证的义务和作伪证的后果，有行为能力的证人必须签保证书，不签不得作证，不得请求补偿（不论证人是否出庭作证，都必须签）。

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，这些合理费用，最终由败诉方承担。

（4）当事人到庭

传唤当事人出庭用传票，强制传唤用拘传票。

当事人委托了代理人，本人可以不出庭；

法院认为有必要可以传唤其到庭接受讯问，可以要求其签署保证书。

离婚案件，能正确表达意志的当事人委托了代理人，也应出庭。

2. 科学证据使用规则

(1) 鉴定人

传唤鉴定人用通知书。鉴定人一般不需要出庭。当事人对鉴定意见有异议或法院认为有必要，鉴定人必须出庭。拒不出庭的鉴定意见要排除，不具备证明力。

(2) 专家辅助人

专家辅助人应出庭，接受对方当事人和法院询问。

3. 书证使用规则

根据辩论原则，我国应由当事人取证、举证，当事人应在举证期内完成该行为。

(1) 文书提出命令

当事人能证明对方当事人持有书证拒不提交，可以申请法院责令对方提交。

拒不提交：推定证据证明事实为真。

毁坏书证：罚款、拘留。

(2) 最佳证据规则

原则提交原件原物，提交原件确有困难的，可以提交复制品或照片。

当事人遇到客观不能取得证据的情况，可以申请法院调查取证。

(3) 证据保全

当事人遇到证据可能灭失或再难取得，可以申请法院保全证据。

(十一) 审查起诉

1. 签订有仲裁协议、劳动纠纷、非民事诉讼，不受理。

2. 不符合起诉条件，不受理

起诉的条件是否符合法律规定，由法院依职权审查、调查，包括四项条件：

(1) 原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织

例外：为保护死者利益而提起诉讼的死者的近亲属；公益诉讼的原告。

(2) 有明确的被告。指的是能提供明确的被告个人信息（姓名、性别、住址、联系方式等）。

(3) 有具体的诉讼请求和事实、理由；

(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。

3. 不得再起诉的案件

(1) 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。

(2) 重复起诉的认定标准

同时满足以下三个条件，即构成重复起诉：

当事人标准：前后诉当事人相同

标的标准：前后诉标的相同

请求标准：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

(3) 精神损害赔偿应和物质损害赔偿一并提出

当事人在侵权诉讼中没有提出赔偿精神损害的诉讼请求，诉讼终结后又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。

4、判决发生法律效力后，发生新的事实，可以再次起诉。

（十二）不到庭处理

1. 当事人有正当理由不到庭：
时间可以确定，延期审理（决定）
时间不能确定，诉讼中止（裁定）
2. 当事人无正当理由不到庭
必须到庭的当事人，拘传（拘传票）
不必须到庭：
属原告方，按撤诉处理（裁定）
属被告方，缺席判决（裁定）
3. 其他诉讼参与人有正当理由不到庭
延期审理

（十三）和解调解

1. 诉讼中和解，可以撤诉，可以制作调解书，不得以和解协议结案。和解协议只是过渡文件，没有合同效力。
 2. 诉讼中调解成功，可以制作调解书结案，也可以以调解协议结案。
 3. 执行中和解，可以中止执行，可以撤回执行申请，不得依据和解协议制作调解书或裁定书。
 - （1）执行和解协议具备合同效力，执行和解协议履行完毕，执行结案。
 - （2）若在和解中约定执行担保，暂缓执行期内原则上不得执行，担保期内可以直接执行担保财产或担保人财产，担保期满，只能执行债务人财产。
- ▲注意：执行中不允许调解。

（十四）二审裁判

错误越来越严重	依据	结果	评价结论	处理
	正确	正确	正确	驳回上诉，维持原裁判
	正确	正确	笔误	用裁定纠正
	错误	正确	瑕疵	纠正瑕疵，维持原裁判
	错误	错误	能力错误	改判
	不清	错误	态度错误	改判或发回重审
	不关注		严重违反法定程序	发回重审
	不关注		违反专属管辖	撤销原裁判，移送管辖
	不关注		不应由法院受理	撤销原裁判，驳回起诉

（十五）二审中的特殊情况

1. 漏人和漏判的处理
 - （1）漏人是指原来的一审程序遗漏了应当参加诉讼的必要共同诉讼人或者第三人；漏

判是指对一审中当事人提出的诉讼请求未加判决。

(2) 对于漏人和漏判：可以先调解，调解不成，撤销原判，发回重审。

2. 二审中达成调解协议

法院依据调解协议制作调解书，调解书送达后，原审人民法院的判决视为撤销。

3. 二审中达成和解协议

当事人可以依和解协议申请法院制作调解书或申请撤诉。若撤回上诉，一审判决即生效。若撤回起诉，要同时撤销一审判决。

4. 二审中增变反

法院可以先调解，调解不成，告知当事人另行起诉。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。

(十六) 当事人申请再审

1. 申请事由

裁定、判决再审事由：(《民事诉讼法》第 200 条)，调解书违反自愿合法原则。一个案件一个当事人只能申请再审一次，离婚案件的人身关系部分不得再审。

2. 期间限制

原则上应在裁判、调解书生效后 6 个月内。

裁判文书存在《民事诉讼法》第 200 条第 1、3、12、13 项规定情形（以下简称“四项特殊情形”）的，自知道或者应当知道之日起 6 个月内提出。（以上的 6 个月均为绝对不变期间）

3. 再审管辖

(1) 向上级申请——向作出终审法院的上一级法院申请再审：

- ①上级法院可以提审或者指令、指定再审，指令指定不能回基层；
- ②适用原审程序审理，另行组成合议庭，提审一律用二审程序。

(2) 向原审申请——向作出终审裁判的法院申请再审：

- ①向谁申请，由谁审理；
- ②适用原审程序审理。

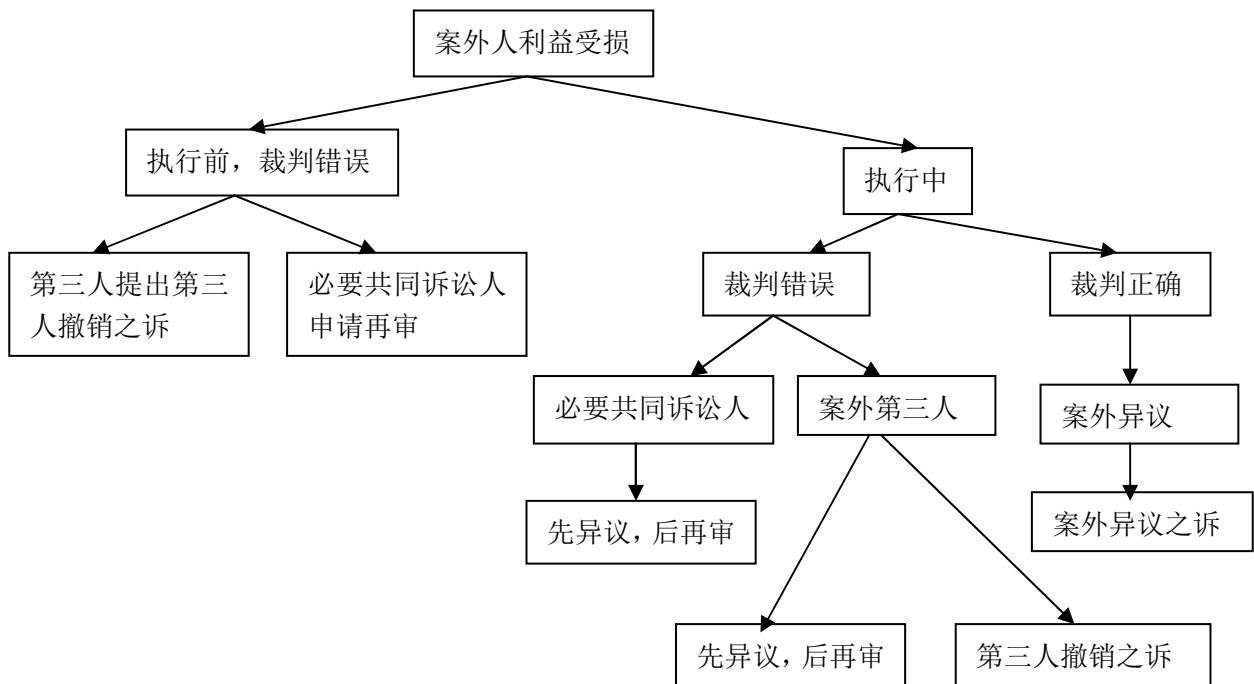
(3) 适用规则：

1. 原则上，应向上级申请。

2. 当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，既可以向上级申请，也可以向原审申请（若一方向原审，一方向上级，原审优先）。

3. 小额诉讼，只能向原审法院申请再审。

(十七) 案外人救济思路



1. 执行标的物 and 裁判标的物是同一个，裁判就有错；执行标的物 and 裁判无关，裁判就正确。

2. 对执行标的物主张全部权利，就是案外必要第三人；对执行标的物主张部分权利，就是案外必要共同诉讼人。

3. 若案外第三人的撤销之诉的同时，当事人申请再审，则只审理再审程序，在再审中把第三人追加进来。

(十八) 协议仲裁

1. 没有仲裁协议，不得申请仲裁。
2. 仲裁协议必须书面形式。
3. 仲裁协议内容（仲裁意愿、事项、选定的仲裁委）必须明确，不明确无效。
4. 可仲裁的纠纷必须是财产纠纷。

(十九) 或审或裁

1. 在协议中，可以选择诉讼或仲裁：
若达成仲裁协议，不得再向法院起诉，可以申请仲裁；
若没有仲裁协议，不得申请仲裁，可以起诉。
2. 若达成了仲裁协议，但仲裁协议无效，仲裁委也不得受理。
3. 若当事人在协议中约定，可以选择某法院管辖也可以仲裁，仲裁协议无效，选择管辖可以有效。
4. 当事人要主张仲裁协议无效和确认仲裁协议的效力，要在仲裁庭首次开庭前提出。
5. 当事人要主张仲裁协议有效，要在法院首次开庭前提出。

（二十）一裁终局

1. 若在仲裁当中，仲裁申请被撤回，可以依据原协议再申请仲裁，不得起诉。
2. 仲裁裁决作出后就生效，不得就该纠纷起诉，不得就该仲裁裁决上诉或申请再审。
3. 裁决生效后，可以向债务人住所地中院和财产所在地中院申请执行。
4. 裁决生效后，若裁决存在法定事由，可以在收到裁决后申请撤销或在执行中不予执行。裁决被撤销或不予执行后，当事人可以向法院起诉，或重新达成仲裁协议申请仲裁。