

2018 年国家法律职业资格证书考试主观题讲义

民事诉讼与仲裁制度

第一讲 主管与管辖

考点一：主管

〔例 1〕甲公司职工黎某将甲公司总经理办公室砸毁，甲公司起诉黎某要求赔偿损失，诉讼中，黎某反诉甲公司要求支付拖欠的工资，法院应当如何处理？

〔例 2〕甲市 A 县的刘某与乙市 B 区的何某签订了房屋租赁合同，约定何某将位于丙市 C 区的一套房屋租赁给刘某。合同约定，因合同履行发生的一切纠纷，应当提交位于甲市的 M 仲裁委员会进行仲裁。之后，刘某与何某又达成了补充协议，约定发生纠纷也可以向乙市 B 区人民法院起诉。后来因为合同履行发生纠纷，刘某可以何种方式结局纠纷？

〔例 3〕甲市 A 县的刘某与乙市 B 区的何某签订了木材买卖合同，约定何某在丙市 C 区将一批木材交付给刘某。合同约定，因合同履行发生的一切纠纷，应当提交位于甲市的 M 仲裁委员会进行仲裁。之后，刘某与何某又达成了补充协议，约定发生纠纷也可以向乙市 B 区或者甲市 A 县人民法院起诉。后来因为合同履行发生争议，刘某可以如何解决纠纷？

〔例 4〕甲市 A 县的刘某与乙市 B 区的何某签订了木材买卖合同，约定何某在丙市 C 区将一批木材交付给刘某，合同约定，因为合同履行产生的一切纠纷，应当提交 A 县仲裁委仲裁。后来何某在丙市 D 区完成了木材交付，因为木材质量问题，刘某追究何某违约责任，应当以何种方式解决？

考点二：一般地域管辖

〔例 1〕北京市海淀区的张三，自 2014 年至今一直居住在北京市东城区，其间于 2016 年 8 月将户口迁出，尚未落户，2017 年 12 月因为某纠纷涉诉，原告欲起诉张三，如果以被告所在地确定管辖法院，应当向哪个法院起诉？

〔例 2〕北京市海淀区的张三，自 2014 年 8 月至 2017 年 8 月一直居住在北京市东城区，2017 年 9 月因为工作调动，在北京市西城区居住，12 月因某案涉诉，原告欲起诉张三，如果以被告所在地确定管辖法院，应当向哪个法院起诉？

〔例 3〕北京市海淀区的张三，自 2014 年 8 月至 2017 年 8 月一直居住在北京市东城区，2017 年 9 月因工作调动，在北京市西城区居住，在 2017 年 1 月将户籍从海淀区迁出，尚未落户，12 月因为某案涉诉，原告欲起诉张三，如果以被告所在地确定管辖法院，原告应当向哪个法院起诉？

〔例 4〕北京市海淀区的居民朱某（男）与北京市东城区的居民刘某（女）于 2014 年 8 月结婚后一直居住在北京市西城区。2016 年 3 月刘某所在公司安排刘某赴重庆市南岸区的分公司工作，而后于 2017 年 10 月公司安排刘某赴位于广州市海珠区的分公司工作。2018 年 8 月，朱某欲起诉刘某离婚，本案应当向哪些法院起

诉？

考点三：合同纠纷的管辖

〔例1〕2018年8月，甲市A区的张某在李某经营的淘宝店购买某品牌女包作为女友的生日礼物，确定的收货地为张某的女友住所地甲市C区。张某的女友收到该女包后发现该包严重脱胶，且气味刺鼻，为假冒产品。张某欲起诉李某以及淘宝公司。经查，淘宝公司注册地为浙江省杭州市余杭区。李某的户口一直在老家长沙市天星区，2014年在深圳市宝安区务工，2016年年初从深圳搬迁至广州市白云区居住。张某有权向哪些法院起诉？

〔例2〕：住所地在北京市海淀区的张某在李某经营的淘宝店上购买一双皮鞋，收货地为北京市海淀区，李某的住所地在上海市松江区，淘宝公司住所地在杭州市余杭区。张某收到货物后发现皮鞋存在严重质量问题，向北京市海淀区人民法院起诉李某和淘宝公司。淘宝公司在提交答辩状期间向海淀区法院提出管辖权异议，称原告张某在申请注册淘宝用户时点击同意《淘宝服务协议》（该协议文本共19页），该协议第9条第三项约定“一旦发生纠纷，您与淘宝平台经营者均同意以被告住所地人民法院为第一审管辖法院”（该条款位于协议文本最后一页，用黑体字标明）。淘宝公司住所地在杭州市余杭区，故本案应当移送余杭区法院管辖。

请分析：本案被告淘宝公司的管辖权异议能否成立？

第二讲 当事人

〔例1〕甲、乙、丙三人合伙开办“丽都酒楼”，依法登记但未领取营业执照。张三和儿子张小三（7岁）到酒楼吃饭，酒楼工作人员李四在维修酒楼设备过程中不慎将一颗螺丝掉下，将张小三砸伤，欲起诉赔偿，请分析本案当事人。

〔例2〕甲、乙、丙三人合伙开了电脑修理铺，登记字号为“一通电脑行”，张某到“一通电脑行”送修电脑，该电脑行的工作人员李某不慎将电脑损坏，张某起诉，以谁为被告？

〔例3〕张三开设个体工商户经营早餐，未登记字号，后来张三将该早餐铺转让给李四，尚未变更登记。后王五到该早餐铺用餐，该铺的服务员赵某不慎将一碗热粥洒在王五身上，王五受伤，起诉赔偿，请问以谁为被告？

〔例4〕甲、乙、丙三人合伙开了“丽都酒楼”，依法登记，并领取营业执照。张三带着儿子张小三（十岁）到酒楼吃饭，邻座李四的儿子李小四乘着一碗热汤经过，由于地板湿滑，李小四将热汤洒在张小三头上，致使张小三受伤。欲通过诉讼方式解决赔偿问题，请分析本案相关人员的诉讼地位问题？

〔例5〕阳光劳务派遣公司派遣张三到雨露公司从事安保工作，在执行工作任务时，张三将路人甲打伤，甲起诉要求赔偿，请分析本案当事人？

〔例6〕张三的儿子张小三在阳光幼儿园上学，一天，精神病人姜某冲入幼儿园将张小三打伤，张三与姜某的监护人朱某以及幼儿园协商赔偿问题未果，拟提起诉讼，请分析本案当事人？

〔例7〕甲公司起诉乙公司要求支付拖欠的货款30万元，乙公司辩称已经将货款交给甲公司的业务员张某，甲公司承认张某是本公司的业务员，但张某无权代理本公司收取货款，也未将该笔货款交回甲公司，于是甲乙公司均申请法庭通

知张某参加诉讼，请问张某可以什么身份参加诉讼？

【综合案例】王某驾驶一辆大巴车，与李某开来的一辆小轿车相撞，王某车上的乘客张某受伤。交警出具事故责任认定书，认定王某未按规定变道应当承担主要责任，李某未正确使用转向灯应当承担事故次要责任。经查，王某驾驶的大巴车登记车主为甲运输公司，王某是该公司聘请的司机。

事故发生后，张某前往医院住院治疗十五天，共花费医疗费12000元，产生误工损失4000元，于是将肇事司机王某与甲运输公司诉至法院，要求承担赔偿责任。在庭审中，甲运输公司主张该大巴车已经转让给陈某，但尚未变更登记，向法庭出示了甲公司与陈某的买卖合同一份“甲公司已于2017年9月收到陈某支付的购车款项90万元，并当日将大巴车交付于陈某，在未办理过户登记期间，陈某每月向甲公司支付管理费用2000元，该车产生的一切交通事故或者侵权损害赔偿由陈某承担，与甲公司无关。”据查，陈某对该肇事车辆在阳光保险公司投保了交强险，事故发生在保险期内。据此，甲运输公司申请法院追加陈某和阳光保险公司为共同被告。同时，甲运输公司申请法院追加李某以及承保其交强险的雨露保险公司为共同被告。

请分析：

(1) 张某能否将肇事司机王某作为共同被告告诉至法院？

(2) 法院能否根据甲运输公司的申请将陈某和阳光保险公司追加为共同被告？

(3) 经法院释明，原告张某坚持不愿意追加李某和雨露保险公司为共同被告，表示将另案起诉，法院应当如何处理？如果张某另案起诉李某和雨露保险公司是否构成重复起诉？

答案要点：(1) 张某不能将肇事司机王某列为共同被告。因为王某是甲运输公司的工作人员，法人的工作人员执行工作任务致人损害的，以法人为当事人。（《民诉解释》56条）。

(2) 不能。不能追加陈某为共同被告，挂靠关系中，将挂靠方和被挂靠方列为共同被告需要权利人主张，张某仅仅起诉甲公司则仅以甲公司为被告；（《民诉解释》54条）。不能追加阳光保险公司为被告，因为阳光保险公司承保的是中巴车的交强险，仅对中巴车造成的车乘人员之外的第三人的损失承担赔偿责任，而张某是中巴车的车乘人员，阳光公司对其不承担赔偿责任。（《道路交通安全法》76条）

(3) 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。（《侵权责任法》12条）。因此在能够确定事故责任的前提下，原告可以自由处分其赔偿请求权，故法院无需将李某和雨露公司列为共同被告，但李某和雨露公司所应当赔偿的限额应当予以扣除。另案起诉李某和雨露公司不构成重复起诉。重复起诉要求当事人相同、诉讼标的相同、后诉诉讼请求与前诉诉讼请求相同或者后诉的诉讼请求在实质上否定前诉裁判结果（《民诉解释》247条第一款），本案与前诉的当事人不同、诉讼标的不同，诉讼请求也不存在相同或者否定前诉裁判结果的情形，故不构成重复起诉。

第三讲 证据和证明

考点一：证明

[例1] 张某雇佣李某打扫房间卫生，李某乘电梯下楼倒垃圾的过程中，垃圾袋中的玻璃碎片不慎将邻居王某划伤，王某起诉要求赔偿。诉讼中，王某主张张某和李某明知垃圾袋中有玻璃碎片而未采取相应防护措施而导致玻璃将自己划伤，要求赔偿为此产生医疗费1300元、交通费200元、误工损失500元。被告张某辩称，受害人王某明知李某提着垃圾袋，仍然故意和李某嬉戏打闹，应当减轻或者免除自己的赔偿责任。

- 1、请分析对本案当事人主张的事实应当由谁承担证明责任；
- 2、请分析本案当事人可以通过何种证据证明自己所主张的事实。

[例2] 张某将自有的三层楼房出租给李某居住，2017年8月，王某从该楼房下经过被三层掉下的窗户玻璃砸伤。王某起诉张某和李某要求赔偿医疗费、交通费、误工费、护理费等费用共计4800元。诉讼中李某主张自己正常开窗，没想到窗户会掉下，故应当属于窗户质量问题，自己不应当承担责任。张某主张窗户没有质量问题，如果不是李某使用不当，窗户不会掉下；同时主张被告王某受伤是在该楼房院子里，作为路人王某未经楼房主人或者管理人同意，擅自进入院子也有过错。请分析就本案相关事实应当由谁承担证明责任？

[例3] 甲公司根据买卖合同起诉乙公司要求支付货款30万元，乙公司承认确实存在该合同，但已经将该笔货款支付给甲公司的业务员张某；甲公司承认张某确实是本公司业务员，但无权代理收取货款，且未将该笔货款交回甲公司。请分析对以上事实的证明责任分配。

[综合案例一] 张某乘坐西方航空公司（登记注册地为丙市）的航班从甲市前往乙市，在甲市机场托运一箱行李，外包装显示为茅台酒，托运重量为7.45千克。托运时西方航空公司值机人员李某询问托运物品，张某回答是陈年茅台。李某询问是否保价，张某同意保价，并声明该箱茅台酒价值60000元。李某表示根据航空公司规定，最多只能保价8000元。考虑到值机时间已近，张某无奈之下按照李某要求在8000元的保价声明上签字，并按规定缴纳了保价费。李某对开箱验视后在外包装上贴上了“贵重物品，小心轻放”的标签，完成了托运手续。

航班到达乙市后，张某前往卫生间更换衣服后才前往行李转盘，此时行李转盘已经运行了十分钟左右。张某未等到自己的托运行李，遂向机场工作人员询问，经查询该行李确已随航班到达乙市机场，估计被他人领取，建议报警处理。张某报警后，机场派出所调阅了机场监控录像，发现是一名乘客在张某之前拿走了该纸箱，监控录像同时显示，转盘和出口出均无工作人员对乘客取走的托运行李进行检查。但由于监控录像模糊，无法辨认取走行李乘客的身份。张某提起诉讼，要求赔偿损失6万元，西方航空公司表示可以根据保价规定，赔偿8000元。

请分析：

- 1、请分析本案被告？
- 2、本案应由哪些法院管辖？
- 3、关于损害后果，原告主张6万元，被告主张8000元，应当由谁承担证明责任？

4、结合法律规定和生活经验，张某可以通过何种证据证明自己托运的行李是六瓶价值6万元的陈年茅台？

答案要点：

1、本案原告如果选择提起侵权诉讼，西方航空公司和乙市机场均为侵权责任的承担者，应作为适格被告；本案如果原告选择提起违约诉讼，只能以合同相对方，即西方航空公司为被告。

2、本案如果原告选择提起侵权诉讼，乙市法院作为侵权行为地具有管辖权，乙市法院作为被告机场住所地，丙市法院作为被告西方航空公司住所地具有管辖权，故本案应当由乙市和丙市法院管辖；如果原告选择提起违约诉讼，运输合同纠纷，由被告住所地、运输始发地、目的地均具有管辖权，即丙市法院、甲市法院、乙市法院均具有管辖权。

3、思路一：损失数额应为本案证明对象。损失后果应当由主张方即张某承担证明责任。

思路二：损失数额不是本案证明对象，无需证据证明。本案赔偿限额确定了本案最高赔偿额度为8000元，而被告西方航空公司已经自认构成了全额损失，自认事实属于免证事实，无需证据证明。

4、开放性问题的，答案供参考。

首先证明购买过该批茅台酒以及相应价值，可以通过发票、购物小票、购物清单、收据、送货单等证据予以证明；

其次证明向机场出发时携带的是6瓶陈年茅台酒，可以通过帮助、目击其装箱过程的人提供证人证言，送机朋友的证人证言等予以证明；

最核心的需要证明交付托运时为6瓶陈年茅台，可以通过办理托运时的监控录像证明自己声明托运物品为价值6万的陈年茅台，并要求对其保价6万，以及承运人认可托运行李为贵重茅台酒，并进行了验视的过程；可以申请托运员李某出庭提供证言；可以提供六瓶茅台酒装箱后的重量用以验证其托运行李重量的一致性；可以通过行李安检X光片证明托运行李为6瓶茅台酒等，可以提供报警时经查所作笔录，用以证明在发生损失后第一时间报案，警方记录的丢失物品与原告一直的主张一致等。

通过以上证据，可以形成证据链，将原告托运了6瓶陈年茅台的事实证明到“高度可能性”。

[综合案例二] 王某驾车行驶，突遇刘某骑自行车横穿马路，王某紧急刹车，刘某在车前倒地受伤，刘某被送往医院治疗，后因为损害赔偿问题，刘某提起诉讼，主张王某开车撞倒自己，要求赔偿医疗费12000元。刘某向法院提交的证据包括：交警大队的交通事故责任认定书（该认定书并未对刘某倒地是否是王某开车所致作出认定）、医院的诊断证明书（复印件）、处方（复印件）、医药费发票，以及申请法院通知证人张某（系刘某的表弟，与王某一起骑车出行）出庭作证，张某称当时刘某，看见王某驾车过来，躲闪不及，被王某的车撞倒。王某提交了在事故现场自己用手机拍摄的车与刘某倒地后状态的视频资料，图像显示，刘某倒地位置与王某的车相距一米左右。同时王某申请调取了事故现场交通摄像资料，视频显示刘某横穿马路，但是

由于拍摄角度问题无法看清王某的车是否与刘某相撞。

法院经过审理后，认为无法确定王某是否撞倒刘某，但即使王某没有撞倒刘某，但由于王某车型大，车速快，刹车声刺耳，完全有可能吓倒刘某。因此王某应当对刘某受伤承担责任，同时由于王某横穿马路，对受伤也有责任，因此判决刘某承担部分赔偿责任，即赔偿刘某医疗费6000元，误工损失2000元，共计赔偿8000元。

1、本案当事人提供的证据分别属于法律规定的何种证据，分别属于理论上的何种证据？

2、请分析证人张某提供的证言的证明力问题？

3、请评价一审法院的判决？

答案要点：

1、（1）交通事故责任认定书、医疗费发票是书证、原始证据、间接证据、本证；

（2）医院的诊断证明书（复印件）、处方（复印件）是书证、传来证据、间接证据、本证；

（3）证人张某证言为证人证言、原始证据、直接证据、本证；

（4）张某提供的手机视频资料是电子数据、原始证据、间接证据、反证；

（5）张某提供的监控视频是电子数据、原始证据、间接证据、本证（证明免责或者减轻责任事由）。

2、证人张某虽然是原告刘某的表弟，但依然可以作为证人，其提供的证言具有证明力。但是证人张某与原告存在利害关系，其提供的证言证明力较小，不能单独作为认定案件事实的依据，需要其他证据对其证明力予以补强；同时证人张某属于与原告有亲属关系，其提供的证言对原告有利，故该证言证明力小于其他证人证言。

4、本案一审判决存在如下三个方面的问题：

（1）原告的诉讼请求是要求赔偿医疗费，而一审法院判决赔偿医疗费的同时判决赔偿误工损失，超出原告诉讼请求，违反处分原则；

（2）法院将当事人并未主张的吓倒这一事实作为裁判依据，违反了（约束性）辩论原则；

（3）在本案事实不清、真伪不明的情况下，法院应当根据证明责任的规定判决认定承担证明责任的原告承担不利后果，即推定原告主张的侵权事实不成立，应当判决驳回原告诉讼请求，故法院的判决违反了证明责任的相关规定。

第四讲 一审程序

[例 1] 请分析下列案件法院应当如何处理？为什么？

（1）张某因为甲公司拖欠其工资与甲公司总经理李某发生冲突，将甲公司的总经理办公室砸毁。甲公司起诉张某赔偿损失，并向李某赔礼道歉，张某反诉甲公司要求支付工资。

（2）张某起诉李某，要求解除李某与本村村委会的鱼塘承包合同。

（3）张某起诉李某侵权纠纷一案，法院受理前发现李某并非本案适格被告。

(4) 张某起诉李某离婚，法院受理后向李某送达起诉状副本时，发现李某已于张某起诉前死亡。

(5) 张某起诉甲公司合同纠纷一案，法院受理后向甲公司送达起诉状副本时，发现甲公司已于张某起诉前注销。

(6) 张某起诉李某归还借款 10 万元，法院受理案件前，发现借款已过诉讼时效。

(7) 张某与李某恋爱时李某口头承诺将其所有的一辆宝马汽车赠予张某，分手后，张某起诉李某要求兑现承诺交付汽车。

(8) 甲公司起诉乙公司合同纠纷，法院受理案件前发现存在有效的仲裁协议。

(9) 甲公司起诉乙公司合同纠纷，法院受理后，在首次开庭前，被告乙公司向法庭提交了甲乙公司就本合同纠纷达成的仲裁协议。

[例 2] 张三起诉李四履行合同，法院判决支持了张三诉讼请求，判决生效后，当事人向法院再次提起诉讼，下列情形法院是否应当受理？

- 1、张三起诉李四要求履行合同？
- 2、张三起诉李四要求确认合同有效？
- 3、李四起诉张三要求确认合同无效？
- 4、张三起诉李四要求解除合同？

[综合案例] 安州市环保联合会、江北区绿色环境协会诉龙翔化工有限公司环境污染案

一、起诉状

诉讼请求：

- 1、判令被告立即停止向安西运河违法排放工业废水；
- 2、判令被告消除对环境造成的危险；
- 3、判令被告赔偿治理安西运河污染的费用共计1730万元；
- 4、请求判令被告承担本案诉讼费用。

事实和理由

原告安州市环保联合会是2010年4月10日经安州市民政局批准设立，接受安州市环保局指导的非营利社会组织；原告江北区绿色环境协会是2013年9月10日经江北区民政厅批准设立接受江北区环保厅指导的非营利性社会组织。

被告龙翔化工有限责任公司（注册地为江北区湖州市）是一家以生产化工产品为主要经营范围的化工企业，自2014年3月以来一直以明显低于市场价格的费用将共计1.8万余元吨工业盐酸委托给没有危险废物处理资质的虎跃公司，虎跃公司在未经任何处理的情况下在江州市境内直接将这批工业废料偷排至安西运河，导致安西运河安州市流域严重污染。

起诉人：安州市环保联合会
江北区绿色环境协会
起诉时间：2018年8月10日

二、答辩状

答辩请求：请求判令驳回被答辩人全部诉讼请求

事实和理由：

1、被答辩人江北区绿色环境协会不具有原告资格；

2、环境污染系虎跃公司违法排放所致，与答辩人无关。答辩人已经委托虎跃公司处理工业废料，且与虎跃公司签订的《工业废料处理合同》中明确约定：虎跃公司应当依照国家相关规定和技术标准处理工业废料，否则由虎跃公司承担由此造成的一切法律责任。且虎跃公司因为污染环境罪已经被追究刑事责任。

3、根据环境检测，造成运河污染的主要污染物为工业硫酸，与被答辩人产生的工业盐酸废料无关。

安州市中级人民法院依法组成合议庭公开开庭审理了此案。

请分析如下问题

1、本案安州市环保联合会、江北区绿色环境协会是否具有原告资格？

2、本案原告可以向哪些法院起诉？

3、本案证明责任如何分配？

4、请分析本案合议庭的组成？

5、本案在审理过程中，安州市安化运河保护协会（2012年经安州市民政局批准设立，接受安州市环保局指导的非营利性组织）希望参加诉讼，可以何种方式参加诉讼？本案裁判生效后，安化运河保护协会另行提起公益诉讼，法院是否受理？

6、本案裁判生效后，运河沿岸的绿野水产养殖公司就其养殖的鱼虾死亡造成的损失起诉龙腾公司，法院应当如何处理？

7、在诉讼中，原告与被告达成和解协议，原告向法院申请撤诉，法院应当如何处理？为什么？

答案要点：

1、安州市环保联合会具有原告主体资格，而江北区绿色环境协会不具有原告主体资格。根据司法解释规定环保公益诉讼的起诉主体要求同时满足①依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记且②专门从事环境保护公益活动连续五年以上且无违法记录。而江北区绿色环境协会成立于2013年9月10日，至起诉时（2018年8月10日）未从事环保公益活动连续满5年。

2、可向江州市或者湖州市中级人民法院起诉。根据《民诉解释》285条规定，公益诉讼由侵权行为地或者被告住所地中级人民法院管辖。其中湖州市为被告龙翔公司住所地，江州市为侵权行为地。

3、环境污染案件证明责任分配因果关系倒置，故应当由原告对侵权行为、损害后果承担证明责任，被告龙翔公司对损害与自己排污无因果关系以及具有法定免责事由承担证明责任。

4、根据《人民陪审员法》规定，公益诉讼应当由审判员3人与人民陪审员4人组成7人合议庭审理。其中陪审员对于事实问题独立发表意见，并参与表决；而人民陪审员对法律适用问题可以发表意见，但不参与表决。

5、安化运河保护协会可以在开庭前申请作为共同原告参加诉讼；如果裁判生效后另行起诉的法院不予受理。根据《民诉解释》287、291条规定，人民法院受理公益诉讼案件后，依法可以提起公益诉讼的其他机关、组织可以在开庭前申请作为共同原告参加诉讼。同时《民诉解释》规定，公益诉讼裁判生效后，

其他依法具有原告资格的机关、组织就同一侵权行为另行提起公益诉讼的，法院不予受理。

6、法院应当依法受理。《民诉解释》288条规定法院受理公益诉讼不影响同一侵权行为的受害人依法提起民事诉讼。

7、法院不予准许。根据《民诉解释》289条和《环境公益诉讼司法解释》25条规定环境民事公益诉讼当事人达成调解协议或者自行达成和解协议后，法院应当将协议内容公告，公告期满后，人民法院审查认为调解协议或者和解协议的内容不损害社会公共利益的，应当出具调解书。当事人以达成和解协议为由申请撤诉的，不予准许。

第五讲 二审程序

〔例1〕甲、乙、丙诉丁遗产继承纠纷一案，甲不服一审法院判决，认为分配给丙、丁的遗产份额过多，提起上诉，请分析二审中当事人诉讼地位？

〔例2〕甲、乙、丙三人共同致丁身体伤害，丁起诉三人要求赔偿3万元。一审法院经过审理判决甲、乙、丙分别赔偿2万元、8000元和2000元，三人承担连带责任。甲认为丙赔偿2000元数额过低，提起上诉。请分析本案二审当事人诉讼地位？

〔例3〕张三对李四享有10万元到期债权，李四无力清偿，但李四对王五享有15万元到期债权，张三代位起诉王五归还借款，法院追加李四为第三人。一审判决被告王五归还张三借款10万元。李四、王五均提起上诉，李四要求法院判令王五向其支付剩余的5万元债务，王五要求法院判令张三对李四的债权不成立，请分析二审当事人诉讼地位？

〔例4〕张三在报上发表文章诽谤李四，李四起诉张三和报社要求赔偿、赔礼道歉。法院一审判决张三赔偿1万元，报社赔偿3万元，张三和报社公开向李四赔礼道歉。报社不服该判决，提起上诉，要求改判张三和自己各承担2万元，以张三的名义赔礼道歉。请分析本案二审当事人诉讼地位？

〔例5〕张三跟某房地产开发公司签订房屋买卖合同，张三认为房地产开发公司逾期交付房屋，且房屋存在一定质量问题，故张三起诉房地产开发公司要求支付违约金2万元，并赔偿房屋修缮费用。一审法院判决支持了原告张三全部诉讼请求。房地产开发公司认为一审法院关于支付违约金的判决认定事实和适用法律错误，故提起上诉。二审法院经过开庭审理后，认为一审关于违约金的判决认定事实和适用法律准确，但是关于赔偿房屋修缮费用的判决认定事实错误。请问二审法院应当如何处理？

〔思考案例〕郑州劝阻吸烟案

2017年5月，段某（有心脏病史）与杨某后进入金水区某小区电梯内，因段某在电梯内吸烟，二人发生言语争执。段某与杨某走出电梯后，仍有言语争执，双方被该小区物业公司的工作人员劝阻后，杨某离开，段某同物业公司工作人员一同进入物业公司办公室。后段某猝死死亡。段某的妻子田某起诉杨某，要求杨某赔偿丧葬费、死亡赔偿金等各项损失共计40万元。郑州市金水区人民法院一

审判决认为杨某劝阻段某吸烟的行为与段某死亡并无因果关系，适用《侵权责任法》24 条规定（“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。”）根据公平原则，酌定杨帆向田九菊补偿 15000 元。

田某不服一审判决，向郑州市中级人民法院提起上诉，请求改判支持原告全部诉讼请求。

郑州市中级人民法院经过审理后认为，适用公平责任的前提是行为与损害结果存在因果关系，同时双方均无过错，而本案中杨某劝阻吸烟的行为与段某猝死的结果之间并不存在因果关系，故一审法院适用法律错误。遂判决：1、撤销原一审判决；2、驳回原告全部诉讼请求。

请评价二审法院的做法？

分析要点：本案存在争议的是二审的范围——被告杨某并未上诉，二审直接改判驳回原告诉讼请求的做法是否符合法律规定。根据民诉解释规定“第二审人民法院应当围绕当事人的上诉请求进行审理。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。”

首先，我国民事诉讼法中二审的审理范围以当事人上诉请求范围为限，二审仅对上诉人上诉请求所涉及的事实认定和法律适用问题进行审理，对于当事人没有提出上诉请求的，二审法院原则上不予审理，在理论上称之为“上诉禁止不利变更原则”即上诉法院不能作出比一审判决更不利于上诉人的判决。这是民事诉讼处分原则在二审程序中的体现，赋予当事人对一审判决是否上诉、就哪些范围提起上诉的自主决定权。结合本案，被告杨某并未上诉，故原则上二审法院仅仅应当围绕上诉人田某的上诉请求是否成立进行审理，上诉人田某所能遭遇的最不利后果也不过是其上诉请求被驳回。这正是上诉禁止不利变更原则的核心要义。

其次，“上诉禁止不利变更原则”是存在例外的，即一审判决违反法律禁止性规定或者损害国家、社会公共利益、他人合法权益的情形下，就算上诉人并未就此提起上诉，二审法院依然应当予以改判。上诉禁止不利变更原则是处分原则在二审中的体现，但处分原则是受到限制的，当事人私益之外的事项则不能委之于当事人的恣意处分，这也是我国民事诉讼法规定处分原则必须以法律规定为限的要求。

评价本案的关键在于一审判决是否违反国家、社会、公共利益。虽然本案一审判决被告杨某向原告补偿 1.5 万元只是涉及双方当事人的权利义务，与国家、社会、第三人利益无关。但是杨某劝阻段某在公共场所吸烟系保护生态环境、维护社会公共利益的行为，而一审判决让正当行使劝阻吸烟权利的公民承担补偿责任，将会挫伤公民依法维护社会公共利益的积极性。一方面，这种与公共利益相背离的行为经由司法裁判依照法定程序获得正当性，是对公序良俗的严重损害；另一方面，司法裁判确认此种背离也会对司法公信力产生损伤。故可以认定为一审判决违反社会公共利益，二审法院对其予以纠正是符合民事诉讼法二审范围的相关规定，是维护公共利益以及司法公信力的要求。

[例6] 张三、李四合伙经营一家火锅店，因为理念不合产生诸多纠纷，张三指使王家兄弟王甲、王乙殴打李四，李四被打伤后起诉王甲、王乙赔偿医疗费、误工费等损失5万元，并赔礼道歉。一审法院判决王甲、王乙赔偿李四医疗费、误工费等损失共计4.5万元。李四不服，提起上诉，二审中，李四始知王甲、王乙是受张三指使，李四要求追加张三参加诉讼，并要求退伙析产。请问本案二审法院应当如何处理？

第六讲 再审程序

[例1] 甲公司乙公司合同纠纷一案经过广东省广州市白云区法院作出一审判决后，当事人均未上诉，判决生效。判决生效后，丙公司认为本案判决侵犯自身合法权益，向法院提出第三人撤销之诉。甲公司认为原一审法院认定案件的主要证据未经质证，于是向法院申请再审，法院在审查再审申请过程中，广州市人民检察院认为本案一审判决适用法律错误，于是向广州中院提出抗诉，请回答以下问题：

- 1、丙公司应当向哪些（个）法院提出第三人撤销之诉？应当符合什么条件？
- 2、甲公司应当向哪些（个）法院申请再审？为什么？其申请再审的理由是否成立？
- 3、对于甲公司的再审申请以及检察院的抗诉，法院应当如何处理？
- 4、对于丙公司提出的第三人撤销之诉法院应当如何处理？为什么？

[例2] 甲公司向深圳市南山区人民法院起诉乙公司，要求乙公司依约履行合同，深圳市南山区人民法院认为甲公司证据不足，判决驳回甲公司诉讼请求，双方当事人均未上诉，判决生效后，甲公司财务人员发现新证据，甲公司申请再审，法院审查后认为甲公司申请再审符合法定情形，遂裁定再审。再审中，甲公司要求法院判令乙公司履行合同，并赔偿相应违约金，乙公司对甲公司提出反诉，要求确认合同无效，并要求甲公司承担缔约过失责任。关于本案，请回答以下问题：

- 1、甲公司应当向哪些（个）法院申请再审？为什么？
- 2、甲公司向法院申请再审的同时能否向检察院申请检察建议或者抗诉？为什么？
- 3、再审法院应当适用何种程序对本案进行重新审理？为什么？
- 4、再审法院对于甲、乙公司的诉讼请求应当如何处理？为什么？
- 5、再审法院作出判决后，甲公司认为再审判决仍有明显错误的，应当如何处理？

第七讲 执行程序

[例 1] 张三起诉李四要求李四归还借款 10 万元，法院判决支持了张三的诉讼请求，判决生效后，张三申请执行。执行中，法院发现李四没有现金及存款，遂将李四家中的一套名贵的红木家具列为执行标的。

1.李四认为该套红木家具为其生活用品，故而不能执行，李四可以何种方式予以救济？

2.案外人王某主张这套红木家具是自己委托李四代为保管的，可以何种方式向执行法院主张权利？法院作出相应裁定后，相关主体可以何种方式救济？（考生可以对法院作出的处理方式作假设。）

答案要点：1、李四可以书面形式向法院提出异议（执行行为异议），对法院裁定不服的，可以向上一级法院申请复议一次；

2、王某可以书面形式向执行法院提出异议（案外人对执行标的的异议），法院审查，认为异议成立的裁定中止对该标的的执行，认为异议不成立的，裁定驳回异议。

法院裁定中止执行的，申请人张三可以以案外人王某为被告提起诉讼（许可执行之诉），被执行人李四反对的，列为共同被告，被执行人李四不反对的，列为第三人。法院适用一审普通程序审理，认为诉讼请求成立的，判决准许对该标的的执行，认为诉讼请求不成立的，判决驳回；对判决不服的，可以上诉；

法院裁定驳回的，案外人王某可以以申请人张三为被告提起诉讼（案外人异议之诉），被执行人李四反对的，列为共同被告，被执行人李四不反对的，列为第三人。法院适用一审普通程序审理，认为诉讼请求成立的，判决不准许对该标的的执行，认为诉讼请求不成立的，判决驳回；对判决不服的，可以上诉；

以上许可执行之诉和案外人异议之诉统称为执行异议之诉，由案外人王某对执行标的（红木家具）享有足以阻碍执行的权利承担证明责任。

[例 2] 张三起诉李四争议一套房屋所有权，法院判决房屋归张三所有，张三申请执行，法院对该房屋采取执行措施时，案外人王五向法院主张对该套房屋的所有权，提出案外人对执行标的的异议，法院审查后裁定驳回王五的异议。王五能否向法院提出执行异议之诉？为什么？

答案要点：王五不能提起执行异议之诉，因为本案属于原生效裁判确有错误的情形，王五应当向法院申请再审，而不能提出执行异议之诉。

[例 3]老张去世后，儿子张甲、张乙因为一幅古字画的继承问题发生纠纷，诉至某区人民法院。法院判决字画归张甲所有，张甲向张乙支付 20 万元。判决生效后，张乙拒不交付这幅字画，张甲申请法院强制执行。案外人李某向法院主张该幅字画是自己借给老张鉴赏的，实属自己所有。请回答以下问题：

（1）李某认为该判决错误，侵犯自身合法权益，可否提出第三人撤销之诉？

（2）李某为主张对字画的权力，向法院提出案外人对执行标的的异议，法院裁定驳回后，李某可以何种方式维护自身权益？

（3）上述两种救济途径关系如何？

答案要点：（1）李四本应作为有独三参加诉讼，但由于不能归责于本人事由没能参加诉讼，但生效判决侵犯其合法权益，故李四可以自知道或者应当知道权益受损之日起6个月内向作出该生效判决的法院提出第三人撤销之诉。

（2）本案执行该字画侵犯李四合法权益，李四可以提出案外人对执行标的的异议，法院裁定驳回后，属于原生效判决确有错误，应当通过审判监督程序救济自己的权利；

（3）上述两种途径只能择一进行，其关系如下：

①如果李某选择了第三人撤销之诉，在第三人撤销之诉中，李某可以通过提供担保或者向执行法院提出案外人对执行标的的异议方式实现中止执行的目的。但对该异议，不论法院裁定中止还是驳回，均不能再申请再审；

②如果李某选择提出案外人对执行标的的异议，法院作出中止或者驳回的裁定后，属于原生效判决确有错误，应当申请再审，而不能提出第三人撤销之诉。

法条依据：《民诉解释》303条

〔例4〕老张去世后，留有一幅古字画（市场价值约40万元）由张甲保管，张乙起诉张甲要求将该字画作为遗产进行变卖，变卖款由兄弟二人平分。某县法院判决字画归张甲所有，张甲在判决生效后10日内向张乙支付20万元。该市中院二审驳回上诉，维持原判。判决生效后，履行期间届满后，张甲拒不向张乙支付20万元，张乙向该县法院申请强制执行。经法院调查，张甲有银行存款10万元，并有一把价值10万元的紫砂壶，于是法院将该笔存款予以冻结，对该紫砂壶予以了扣押。请分析以下问题：

1、判决生效后，案外人李某对字画主张权利，认为字画应为自己所有，只是借给老张鉴赏，自己在2个月前才知道老张的死讯以及兄弟二人诉讼的事情。李某可以何种方式主张权利？

2、案外人王某对该紫砂壶主张权利，认为该紫砂壶是自己所有，只是借给张甲把玩的。王某可以何种方式主张权利？

答案要点：

1、李某本应当作为原审有独三参加诉讼，但由于不能归责于自身事由没有参加诉讼，但发现生效裁判侵犯自身合法权益，可以自知道或者应当知道权益受损之日起6个月内向作出该生效判决的法院（该市中院）提出第三人撤销之诉；
2、王某对作为执行标的的紫砂壶主张权利，可以向执行法院（该县法院）提出案外人对执行标的的异议。法院认为异议成立而裁定中止执行的，申请人张乙可以以案外人王五为被告提许可执行之诉，被执行人张甲反对的列为共同被告，不反对的列为无独三；法院认为异议不成立而裁定驳回异议的，案外人王某可以以申请人张乙为被告提起案外人异议之诉，被执行人张甲反对的列为共同被告，不反对的列为无独三。

〔例5〕请分析以下问题：

（1）被执行人甲公司（有限责任公司）在执行过程中分立为丙、丁两家公

司，申请人张某可否申请法院追加、变更丙、丁公司为被执行人？法院对该申请裁定驳回后张某可以何种方式救济？

（2）被执行人甲公司的财产不足以清偿债务，申请人张某认为甲公司的股东李某抽逃出资，能否申请追加、变更李某为被执行人？法院裁定追加、变更李某为被执行人，李某可以何种方式救济？

（3）被执行人甲公司（个人独资企业）不能清偿债务，申请人张某申请法院追加赵某为被执行人，法院裁定将赵某追加为被执行人。法院裁定追加赵某为被执行人的做法是否正确？赵某认为该裁定错误可以何种方式救济？

（4）被执行人甲公司（一人有限责任公司）甲公司不能清偿债务，申请人张某以该公司股东李某的财产与甲公司混同为由，申请追加李某为被执行人。法院裁定追加李某为被执行人。法院裁定追加李某为被执行人的做法是否正确？李某对该裁定不服的，可以何种方式救济？

（5）李某、王某、郑某、吴某合伙成立某广告事务所（有限合伙，其中李某、王某为普通合伙人，郑某、吴某为有限合伙人），张某申请执行该广告事务所20万，在执行中，该广告事务所无法清偿债务，申请人张某认为有限合伙人郑某未足额出资，向法院申请追加李某、王某、郑某为被执行人，法院裁定驳回张某的申请。张某是否有权申请追加李某、王某、郑某为被执行人？李某对该裁定不服，可以何种方式救济？

〔综合案例〕2018年2月张某和龙腾公司（一人有限责任）公司签订合同，约定龙腾公司向张某交付一批2000万匹砖，张某支付货款1000万，由龙腾公司负责运输。后来因为该合同的履行发生争议，张某诉至法院，经法院调解，双方达成调解协议，约定就已经履行部分，龙腾公司向张某支付100万元违约金；就未履行部分，约定龙腾公司与2018年5月15日之前向张某交付剩余砖块，张某在5日内清点数额并结算相关费用。如果龙腾公司未如期交付，龙腾公司应当承担未交付砖块价值的20%的违约金；如果张某未如期支付货款，应当承担所欠货款20%的违约责任。人民法院根据该调解协议制作调解书。后龙腾公司未按照调解书约定的义务履行，经法院多次调解，张某与龙腾公司一直未达成新的协议。

2018年6月10日张某向法院申请强制执行调解书确定的100万违约金以及未履行部分的违约金90万元。次日，法院作出执行决定书，将龙腾公司列入失信被执行人名单，并于6月14日执行法院向龙腾公司送达了执行通知书。法院采取执行措施，经查询，龙腾公司账户上不足以清偿100万债务，张某认为龙腾公司的股东王某的财产与龙腾公司混同，故申请法院追加王某为被执行人。法院认为张某的申请成立，裁定追加王某为被执行人。

在对王某的财产进行执行过程中，法院查封了王某名下的房屋一套，通过淘宝网司法拍卖平台对该房屋进行拍卖，同时法院查明王某名下只有这一套房屋，其另行购买的两套房屋在其子王小某名下。2018年7月18日，王某拟购买机票前往外地参加儿子王小某的婚礼。

在对该房屋进行拍卖过程中，王某认为法院委托的评估有误，导致评估价格低于市场价值，将会对其权利造成损失，遂向法院提出异议，法院认为王某的异议不成立，裁定驳回王某的异议；同时，王某的前妻赵某向法院提出书面异议，

称在二人离婚时该房屋已由法院判决归其所有，目前尚未办理过户手续，法院审查，认为赵某的异议成立，遂裁定中止执行。

问题：

1、法院出具的调解书对未履行部分作出了新的约定，张某也据此申请龙腾公司支付未履行部分的违约金90万元，该项执行申请能否得到法院的支持？为什么？

2、法院未发出执行通知，直接将龙腾公司列入失信被执行人名单是否违反法律规定？为什么？

3、法院将王某列为被执行人的做法是否符合法律规定？王某对该裁定不服，可以何种方式救济？

4、法院能否执行王某名下的该套住房？为什么？

5、根据本案案情，法院能否禁止王某购买机票前往外地参加儿子的婚礼？

6、法院裁定驳回王某的异议后，王某可以何种方式救济？

7、法院裁定中止执行后，申请人张某可以何种方式救济？

答案要点：1、不能得到法院支持，因为作为执行依据的法律文书应当具有确定的给付内容，调解书关于未履行部分所作的约定不明确，故不能据此申请执行；2、不违反相关规定；根据民事诉讼法规定，执行员接到申请执行书或者移送执行书后10天内向被执行人发出执行通知，并可以立即采取强制执行措施，故法院采取执行措施并不以发出执行通知为前置条件，即可以立即采取执行措施。

3、符合法律规定，作为被执行人的一人有限责任公司不能清偿债务的，股东不能

王某对该裁定不服的，可以张某作为被告提起诉讼（执行异议之诉）。

4、可以查封。虽然王某名下只有这一套房屋，但是对王某具有赡养义务的王小某名下有两套房屋能够维持被执行人王某生活必需，故该套房屋并非王某生活必需，法院对其采取执行措施并不违反法律规定。

5、可以。义务人拒不按照生效法律文书确定的履行期限履行给付义务的，人民法院可以限制其高消费，而乘坐飞机属于高消费。

6、向上一级法院申请复议。王某认为法院拍卖过程中的评估有误提出异议，属于对执行行为异议，根据民诉法规定，对执行行为异议裁定不服的，应当向上一级法院申请复议一次。

7、应当以赵某为被告提起诉讼，被执行人王某不反对的列为第三人，反对的列为共同被告。赵某是案外人，其对执行标的主张权利，构成案外人对执行标的的异议，法院认为理由成立，裁定中止执行后，属于与原生效裁判无关，应当通过另行起诉（执行异议之诉）的方式解决纠纷。

第八讲 仲裁程序

〔例1〕广州的甲公司与长沙的乙公司在武汉签订家具加工合同，同时约定发生纠纷由南京市仲裁委员会仲裁，后乙公司认为该仲裁协议约定的仲裁委不存在，欲申请确认仲裁协议无效。

（1）乙公司可以向哪一机关（组织）申请确认仲裁协议效力？

（2）乙公司申请确认仲裁协议无效的主张能否得到支持？为什么？

〔例2〕广州市白云区甲公司与越秀区乙公司签订水泥买卖合同，约定乙公

司在广州市天河区向甲公司交付一批水泥，双方当事人同时约定发生纠纷由广州仲裁委仲裁或者向合同实际履行地法院起诉；后来乙公司在广州市海珠区完成了这批水泥的交付，现在双方因为水泥质量问题发生争议，请回答以下问题：

（1）关于水泥质量问题纠纷，甲乙公司应当如何解决？为什么？

（2）关于水泥质量问题，甲公司向广州仲裁委申请仲裁，仲裁庭第一次开庭时，乙公司未到庭，而是在开庭后第二天向广州仲裁委申请确认仲裁协议无效，广州仲裁委应当如何处理？为什么？

（3）关于水泥质量问题，甲公司向海珠区人民法院提起诉讼，法院受理后，在首次开庭时，乙公司向法院提出仲裁协议，主张本案不应当由法院主管，法院应当如何处理？为什么？

（4）甲乙公司对双方签订的仲裁协议效力产生争议，甲公司向广州仲裁委申请确认仲裁协议效力，广州仲裁委作出相应意思表示后，甲公司向广州中院申请确认仲裁协议的效力，广州中院应当如何处理？为什么？

[综合案例]甲区的甲公司和乙区的乙公司在丙区签订了一份厂房租赁合同，约定将乙公司位于丁区的厂房租赁给甲公司，租期为5年，甲公司支付租金200万元。同时在合同中约定，因为履行本合同产生的纠纷由合同签订地丙区人民法院管辖或者由位于该市的A仲裁委员会仲裁。

甲公司支付了租金后，乙公司未按照约定将厂房提供给甲公司使用，双方发生纠纷。甲公司持仲裁协议向A仲裁委员会申请仲裁，请求乙公司继续履行，并赔偿违约金20万元。A仲裁委员会受理该案后，在仲裁庭组成期间，甲公司和乙公司分别选定了张某和李某担任仲裁员，且双方当事人共同委托仲裁委员会主任指定了王某担任首席仲裁员。在首次开庭时，甲公司申请仲裁员李某回避，仲裁委员会主任作出了李某回避的决定后，直接指定了刘某担任仲裁员。在第二次开庭时，乙公司主张仲裁协议无效，要求仲裁庭驳回甲公司申请；而甲公司则申请仲裁程序重新进行。仲裁庭认为甲乙公司的主张不成立，继续仲裁。

仲裁庭经过审理后，首席仲裁员王某认为甲公司要求继续履行合同的请求成立，但其违约金的请求不能支持，而仲裁员张某和刘某认为应当支持甲公司的全部仲裁请求。于是仲裁庭按照首席仲裁员王某的意见作出了裁决：乙公司继续履行合同，驳回关于违约金的请求。仲裁员张某和刘某拒绝在仲裁裁决书中签名，最后仲裁裁决书只有仲裁员王某的签名。

收到仲裁裁决书后，甲公司申请执行仲裁裁决，乙公司认为甲公司在仲裁中伪造证据，申请撤销仲裁裁决。

请分析以下问题：

（1）本案因为租赁合同发生纠纷后应当以何种方式解决？为什么？

（2）如果乙公司认为仲裁协议无效，欲申请确认仲裁协议效力，可以何种方式提出？

（3）A仲裁委员会受理该案并对该案进行仲裁是否正确？为什么？

（4）如何评价仲裁庭（仲裁委员会）在该案仲裁程序中的做法？

（5）甲公司应当向哪个法院申请执行仲裁裁决？乙公司应当向哪个法院申请撤销仲裁裁决？对于甲、乙公司的申请，法院在程序上应当如何操作？

(6) 法院可否通知仲裁庭重新仲裁?为什么?在程序上应当如何操作?

(7) 仲裁裁决被撤销后, 甲乙公司应以何种方式解决纠纷?

关于司法文书问题

文书一: 起诉书

民事起诉状

原告: ×××, 男/女, ××××年××月××日生, ×族, ……(写明工作单位和职务或职业), 住……。联系方式: ……。

被告: ×××, 男/女, ××××年××月××日生, ×族, ……(写明工作单位和职务或职业), 住……。联系方式: ……。

诉讼请求:

……

事实和理由:

……

证据和证据来源, 证人姓名和住所:

……

此致

×××××人民法院

附: 本起诉状副本×份

起诉人(签名)

××××年××月××日

文书二: 判决书

×××××人民法院

民事判决书

(××××)……民初……号

原告：×××，男/女，××××年××月××日出生，×族，……(工作单位和职务或者职业)，住……。

被告：×××，男/女，××××年××月××日出生，×族，……(工作单位和职务或者职业)，住……。

原告×××与被告×××……(案由)一案，本院于××××年××月××日立案后，依法适用普通程序，公开（或“因涉及……不公开”）开庭进行了审理。原告×××、被告×××到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告×××向本院提出诉讼请求：1. ……；2. ……(明确原告的诉讼请求)。事实和理由：……(概述原告主张的事实和理由)。

被告×××辩称，……(概述被告答辩意见)。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。对有争议的证据和事实，本院认定如下：1. ……；2. ……(写明法院是否采信证据，事实认定的意见和理由)。

本院认为，……(写明争议焦点，根据认定的事实和相关法律，对当事人的诉讼请求作出分析评判，说明理由)。

综上所述，……(对当事人的诉讼请求是否支持进行总结评述)。依照《中华人民共和国……法》第×条、……(写明法律文件名称及其条款项序号)规定，判决如下：

一、……；

二、……。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息(没有给付金钱义务的，不写)。

案件受理费……元，由……负担。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本，上诉于××××人民法院。

审	判	长	×××
审	判	员	×××
审	判	员	×××

××××年××月××日
(院印)

本件与原本核对无异

书 记 员 ×××

案例：2018年7月15日，居住在甲市A区的王某（住甲市A区滨江街道32号）驾车以60公里时速在甲市B区行驶，突遇居住在甲市C区的刘某（住甲市C区沿江街道500号）骑自行车横穿马路，王某紧急刹车，刘某在车前倒地受伤。刘某被送往甲市B区医院治疗。之后，双方就王某开车是否撞倒刘某，以及相关赔偿事宜发生争执，无法达成协议。

刘某诉至法院，主张自己被王某开车撞伤，要求赔偿医疗费、误工费共计45000元。刘某提交的证据包括：甲市B区交警大队的交通事故处理认定书（该认定书没有对刘某倒地受伤是否为王某开车所致作出认定）、医院的诊断书、处方、药费和住院费的发票，以及刘某所在天南公司出具病假单和工资证明等。王某提交了自己事故现场用数码摄像机拍摄的车与刘某倒地后状态的视频资料。图像显示，刘某倒地位置与王某车距离1米左右。王某以该证据证明其车没有撞倒刘某。

请结合本案案情撰写一份原告的起诉状或者一审法院判决书。

（要求：1、文书写作规范；2、符合法律规定及相关法学原理；3、涉及的案件事实可以由考生自行合理假设）

参考范文

一、起诉书

民事起诉状

原告：刘某，男，1979年12月1日生，汉族，住甲市C区沿江街道500号，天南公司员工。

被告：王某，男，1978年1月15日生，汉族，住甲市A区滨江街道32号，无业。

诉讼请求：

- 1、请求判令被告赔偿医疗费、误工费共计45000元；
- 2、请求判令被告承担本案诉讼费用；

事实和理由：

原告于2018年7月18日在甲市B区骑自行车过马路时，被被告刘某驾车撞伤，在交警到达现场进行勘验后，被告被送往甲市B区医院治疗，在此期间，原告花费住院费、医疗费、药费等共计40000元，住院10天；原告出院后，遵医嘱卧床休息15天。总共休假25天，产生误工费5000元。

事故发生后，原被告双方因为赔偿问题不能协商一致，为维护原告合法权益，依照《道路交通安全法》、《侵权责任法》相关规定提起诉讼，希望人民法院支持原告诉讼请求。

证据和证据来源，证人姓名和住所：

书证：交通事故处理认定书，由B区交警大队依法出具；

书证：诊断证明书、处方、药费和住院费发票，由B区人民医院依法出具；

书证：病假单、工资证明，由天南公司依法出具；
此致
甲市A区人民法院

附：本起诉状副本1份

起诉人:刘某
2018年9月23日

甲市A区人民法院
民事判决书

(2018)A法民初字第XXX号

原告：刘某，男，1979年12月1日生，汉族，住甲市C区沿江街道500号，天南公司员工。

被告：王某，男，1978年1月15日生，汉族，住甲市A区滨江街道32号，无业。

原告刘某与被告王某交通事故责任纠纷(案由)一案，本院于2018年9月23日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告刘某、被告王某到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告刘某向本院提出诉讼请求：1、请求判令被告赔偿医疗费、误工费共计45000元；2、请求判令被告承担本案诉讼费用；事实和理由：原告于2018年7月18日在甲市B区骑自行车过马路时，被被告刘某驾车撞伤，在交警到达现场进行勘验后，被告被送往甲市B区医院治疗，在此期间，原告花费住院费、医疗费、药费等共计40000元，住院10天；原告出院后，遵医嘱卧床休息15天。总共休假25天，产生误工费5000元。为维护原告合法权益，提起诉讼，希望人民法院支持原告诉讼请求。

原告刘某为支持自己的诉讼主张，向本院提供如下证据：甲市B区交警大队的交通事故处理认定书(该认定书没有对刘某倒地受伤是否为王某开车所致作出

认定)、医院的诊断书、处方、药费和住院费的发票,以及刘某所在天南公司出具病假单和工资证明。

被告王某辩称:我并未撞到刘某,我看到刘某骑自行车横穿马路后紧急刹车,刹车位置相距刘某倒地位置相距一米左右,刘某是自己从自行车上倒地摔伤,故我对刘某所受损失不应承担责任,请求判令驳回原告诉讼请求。

被告王某为证明自己的主张,向本院提供现场用数码相机拍摄的现场视频资料,视频显示王某的车距离刘某倒地位置相距一米左右。

本院组织当事人进行了证据交换和质证。双方当事人对交警大队的交通事故处理认定书、医院的诊断书、处方、药费和住院费的发票,天南公司出具病假单和工资证明无异议,本院予以确认并在卷佐证。双方当事人对交通事故处理认定书和视频资料能否证明王某撞到刘某的事实产生争议,本院认定如下:1、交通事故处理认定书没有对刘某倒地受伤是否为王某开车所致作出认定,本院无法据此认定王某开车撞到刘某;2、王某提供的视频资料只能证明事故发生后的状态,并无法证明王某是否撞到刘某。故通过现有证据,本院无法认定王某是否撞到刘某,该事实处于事实不清、真伪不明。

本院认为,当事人对自己诉讼请求所依据的事实应当提供证据证明,原告主张侵权法律关系存在,应当对产生该侵权法律关系的基本事实承担举证证明责任,而本案原告刘某无法提供充分证据将侵权事实成立证明到高度可能性标准,故应当由承担举证证明责任的原告承担不利后果,即依据《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》第九十条之规定,本院依法适用举证证明责任推定原告主张的侵权事实不成立,故对原告主张的侵权事实本院不予采信,对其诉讼请求本院不予支持。

综上所述,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第64条规定,判决如下:
驳回原告诉讼请求。

案件受理费……元,由原告负担。

如不服本判决,可以在判决书送达之日起十五日内,向本院递交上诉状,并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本,上诉于甲市中级人民法院。

审	判	长	×××
审	判	员	×××
审	判	员	×××

本件与原件核对一致

××××年××月××日
书记员 XXX
(院印)

综合性案例分析

第一部分 历年主观题真题分析

一、(2016年卷四第六题，本题22分)

案情：陈某转让一辆中巴车给王某但未办过户。王某为了运营，与明星汽运公司签订合同，明确挂靠该公司，王某每月向该公司交纳 500 元，该公司为王某代交规费、代办各种运营手续、保险等。明星汽运公司依约代王某向鸿运保险公司支付了该车的交强险费用。

2015 年 5 月，王某所雇司机华某驾驶该中巴车致行人李某受伤，交警大队认定中巴车一方负全责，并出具事故认定书。但华某认为该事故认定书有问题，提出虽肇事车辆车速过快，但李某横穿马路没有走人行横道，对事故发生也负有责任。因赔偿问题协商无果，李某将王某和其他相关利害关系人诉至 F 省 N 市 J 县法院，要求王某、相关利害关系人向其赔付治疗费、误工费、交通费、护理费等费用。被告王某委托 N 市甲律师事务所刘律师担任诉讼代理人。

案件审理中，王某提出其与明星汽运公司存在挂靠关系、明星汽运公司代王某向保险公司交纳了该车的交强险费用、交通事故发生时李某横穿马路没走人行横道等事实；李某陈述了自己受伤、治疗、误工、请他人护理等事实。诉讼中，各利害关系人对上述事实看法不一。李某为支持自己的主张，向法院提交了因误

工被扣误工费、为就医而支付交通费、请他人护理而支付护理费的书面证据。但李某声称治疗的相关诊断书、处方、药费和治疗费的发票等不慎丢失，其向法院收集这些证据遭拒绝。李某向法院提出书面申请，请求法院调查收集该证据，J县法院拒绝。

在诉讼中，李某向J县法院主张自己共花治疗费3.665万元，误工费、交通费、护理费共计1.2万元。被告方仅认可治疗费用1.5万元。J县法院对案件作出判决，在治疗费方面支持了1.5万元。双方当事人均未上诉。

一审判决生效一个月后，李某聘请N市甲律师事务所张律师收集证据、代理本案的再审，并商定实行风险代理收费，约定按协议标的额的35%收取律师费。经律师说服，医院就李某治伤的相关诊断书、处方、药费和治疗费的支付情况出具了证明，李某据此向法院申请再审，法院受理了李某的再审申请并裁定再审。

再审中，李某提出增加赔付精神损失费的诉讼请求，并要求张律师一定坚持该意见，律师将其写入诉状。

问题：

- 1.本案的被告是谁?简要说明理由。
- 2.就本案相关事实，由谁承担证明责任?简要说明理由。
- 3.交警大队出具的事故认定书，是否当然就具有证明力?简要说明理由。
- 4.李某可以向哪个（些）法院申请再审?其申请再审所依据的理由应当是什么?
- 5.再审法院应当按照什么程序对案件进行再审?再审法院对李某增加的再审请求，应当如何处理?简要说明理由。
- 6.根据律师执业规范，评价甲律师事务所及律师的执业行为，并简要说明理由。

二、（2015年卷四第四题，本题22分）

案情：杨之元开设古玩店，因收购藏品等所需巨额周转资金，即以号称“镇店之宝”的一块雕有观音图像的翡翠（下称翡翠观音）作为抵押物，向胜洋小额贷款公司（简称胜洋公司）贷款200万元，但翡翠观音仍然置于杨之元店里。后，古玩店经营不佳，进入亏损状态，无力如期偿还贷款。胜洋公司遂向法院起诉杨之元。

法院经过审理，确认抵押贷款合同有效，杨之元确实无力还贷，遂判决翡翠观音归胜洋公司所有，以抵偿200万元贷款及利息。判决生效后，杨之元未在期限内履行该判决。胜洋公司遂向法院申请强制执行。

在执行过程中，案外人商玉良向法院提出执行异议，声称该翡翠观音属于自己，杨之元无权抵押。并称：当初杨之元开设古玩店，需要有“镇店之宝”装点门面，经杨之元再三请求，商玉良才将自己的翡翠观音借其使用半年（杨之元为此还支付了6万元的借用费），并约定杨之元不得处分该翡翠观音，如造成损失，商玉良有权索赔。

法院经审查，认为商玉良提出的执行异议所提出的事实没有充分的证据，遂裁定驳回商玉良的异议。

问题：

- 1.执行异议被裁定驳回后，商玉良是否可以提出执行异议之诉？为什么？
- 2.如商玉良认为作为法院执行根据的判决有错，可以采取哪两种途径保护自己的合法权益？
- 3.与第2问“两种途径”相关的两种民事诉讼制度（或程序）在适用程序上有什么特点？
- 4.商玉良可否同时采用上述两种制度（或程序）维护自己的权益？为什么？

三、（2014年卷四第六题，本题20分）

案情：赵文、赵武、赵军系亲兄弟，其父赵祖斌于2013年1月去世，除了留有一个元代青花瓷盘外，没有其他遗产。该青花瓷盘在赵军手中，赵文、赵武要求将该瓷盘变卖，变卖款由兄弟三人平均分配。赵军不同意。2013年3月，赵文、赵武到某省甲县法院（赵军居住地和该瓷盘所在地）起诉赵军，要求分割父亲赵祖斌的遗产。经甲县法院调解，赵文、赵武与赵军达成调解协议：赵祖斌留下的青花瓷盘归赵军所有，赵军分别向赵文、赵武支付人民币20万元。该款项分2期支付：2013年6月各支付5万元、2013年9月各支付15万元。

但至2013年10月，赵军未向赵文、赵武支付上述款项。赵文、赵武于2013年10月向甲县法院申请强制执行。经法院调查，赵军可供执行的款项有其在银行的存款10万元，可供执行的其他财产折价为8万元，另外赵军手中还有一把名家制作的紫砂壶，市场价值大约5万元。赵军声称其父亲留下的那个元代青花瓷盘被卖了，所得款项50万元做生意亏掉了。法院全力调查也未发现赵军还有其他的款项和财产。法院将赵军的上述款项冻结，扣押了赵军可供执行的财产和赵军手中的那把紫砂壶。

2013年11月，赵文、赵武与赵军拟达成执行和解协议：2013年12月30日之前，赵军将其在银行的存款10万元支付给赵文，将可供执行财产折价8万元与价值5万元的紫砂壶交付给赵武。赵军欠赵文、赵武的剩余债务予以免除。

此时，出现了以下情况：①赵军的朋友李有福向甲县法院报告，声称赵军手中的那把紫砂壶是自己借给赵军的，紫砂壶的所有权是自己的。②赵祖斌的朋友张益友向甲县法院声称，赵祖斌留下的那个元代青花瓷盘是他让赵祖斌保存的，所有权是自己的。自己是在一周之前（2013年11月1日）才知道赵祖斌已经去世以及赵文、赵武与赵军进行诉讼的事。③赵军的同事钱进军向甲县法院声称，赵军欠其5万元。同时，钱进军还向法院出示了公证机构制作的债权文书执行证书，该债权文书所记载的钱进军对赵军享有的债权是5万元，债权到期日是2013年9月30日。

问题：

- 1.在不考虑李有福、张益友、钱进军提出的问题的情况下，如果赵文、赵武与赵军达成了执行和解协议，将产生什么法律后果？（考生可以就和解协议履行的情况作出假设）
- 2.根据案情，李有福如果要对案中所提到的紫砂壶主张权利，在民事诉讼制度的框架下，其可以采取什么方式？采取相关方式时，应当符合什么条件？（考生可以就李有福采取的方式可能出现的后果作出假设）

3.根据案情,张益友如果要对那个元代青花瓷盘所涉及的权益主张权利,在民事诉讼制度的框架下,其可以采取什么方式?采取该方式时,应当符合什么条件?

4.根据案情,钱进军如果要对赵军主张5万元债权,在民事诉讼制度的框架下,其可以采取什么方式?为什么?

四、(2010年卷四第五题,本题20分)

案情:甲省A县大力公司与乙省B县铁成公司,在丙省C县签订煤炭买卖合同,由大力公司向铁成公司出售3000吨煤炭,交货地点为C县。双方约定,因合同所生纠纷,由A县人民法院或C县人民法院管辖。

合同履行中,为便于装船运输,铁成公司电话告知大力公司交货地点改为丁省D县,大力公司同意。大力公司经海运向铁成公司发运2000吨煤炭,存放于铁成公司在D县码头的货场。大力公司依约要求铁成公司支付已发煤款遭拒,遂决定暂停发运剩余1000吨煤炭。

在与铁成公司协商无果情况下,大力公司向D县人民法院提起诉讼,要求铁成公司支付货款并请求解除合同。审理中,铁成公司辩称并未收到2000吨煤炭,要求驳回原告诉讼请求。大力公司向法院提交了铁成公司员工季某(季某是铁成公司业务代表)向大力公司出具的收货确认书,但该确认书是季某以长远公司业务代表名义出具的。经查,长远公司并不存在,季某承认长远公司为其杜撰。据此,一审法院追加季某为被告。经审理,一审法院判决铁成公司向大力公司支付货款,季某对此承担连带责任。

铁成公司不服一审判决提起上诉,要求撤销一审判决中关于责令自己向大力公司支付货款的内容,大力公司、季某均未上诉。经审理,二审法院判决撤销一审判决,驳回原告要求被告支付货款并解除合同的诉讼请求。

二审判决送达后第10天,大力公司负责该业务的黎某在其手机中偶然发现,自己存有与季某关于2000吨煤炭验收、付款及剩余煤炭发运等事宜的谈话录音,明确记录了季某代表铁成公司负责此项煤炭买卖的有关情况,大力公司遂向法院申请再审,坚持要求铁成公司支付货款并解除合同的请求。

问题:

- 1.本案哪个(些)法院有管辖权?为什么?
- 2.一审法院在审理中存在什么错误?为什么?
- 3.分析二审当事人的诉讼地位。
- 4.二审法院的判决有何错误?为什么?
- 5.大力公司可以向哪个(些)法院申请再审?
- 6.法院对大力公司提出的再审请求如何处理?为什么?

第二部分 模拟案例

[例1] 吴某驾驶号牌为岭B37089的一辆客车行至路上,行人张某倒在车前受伤撞伤,吴某即被送往成津县人民医院治疗,诊断为左腿股骨骨折、左手尺骨骨折、全身多处软组织挫伤,共住院治疗15天,花费医疗费17万元,医嘱卧床休息3个月。经天平司法鉴定中心鉴定为九级伤残。

经查,该客车登记车主为悦达客运公司,并向鸿运保险公司投保交强险。张

某与驾驶人吴某以及悦达公司协商赔偿事宜：悦达公司称该车辆已经转让给邓某，应当由邓某承担赔偿责任，悦达公司与邓某存在如下转让合同“邓某于2018年5月向悦达公司支付车款共计35万元，悦达公司即将车交付邓某，双方应当于2018年12月之前办理过户登记手续。在本合同签订后，变更过户登记手续前，该车产生的一切费用和侵权责任等风险均由邓某承担，邓某每月向悦达客运公司支付1200元管理费，悦达客运公司代邓某向鸿运保险公司缴纳交强险费用并办理相关手续。”吴某主张其是邓某请来的司机，自己没有赔偿能力。

吴某将相关利害关系人作为被告向沙州市成津县法院提起诉讼，要求各被告共同赔偿医疗费17万元，残疾赔偿金28000元，误工损失15000元，精神抚慰金1万元。为证明自己的损失，吴某向法庭提供成津县交警大队出具的交通事故责任认定书，该责任认定书认定号牌为岭B37089的客车将吴某撞伤，客车承担本次事故全部责任；天平鉴定中心鉴定意见书；医疗费发票；医院的诊断证明书、处方，吴某单位出具的因为病假单以及收入证明，个人所得税纳税证明。

被告邓某辩称：该客车并未撞倒张某，系张某自己倒地受伤，并向法庭提供了司机吴某用手机拍摄的现场照片，该照片显示吴某倒地的位置离客车还有1.5米左右。

吴某出庭陈述：我在开车行驶过程中并未看见张某，也未感觉到客车撞人，只是听见路人呼救，停车后看见张某倒在地上。

法院组织当事人调解，在调解中，被告邓某承认侵权事实，但关于本案医疗费用问题各方争执不下，法院不再组织调解。

在随后的法庭调查与辩论阶段，各被告坚持认为客车未撞倒张某，且认为医疗费发票中中有5万元无对应处方印证，不予认可。原告张某称这部分发票对应的处方遗失，自己已经在举证期限届满前申请法院向医院调查收集，法院未予许可。

法院经过审理，认定客车撞倒原告张某，判决各被告在相应责任范围内共计赔偿原告张某医疗费12万元，残疾赔偿金28000元，务工损失15000元，共计163000元。双方当事人均未上诉。

判决生效后，张某以原审法院遗漏精神抚慰金的诉讼请求，并且法院未予以准许调查收集处方这一重要证据为由申请再审。再审中，张某坚持要求判决被告赔偿医疗费17万元，残疾赔偿金28000元，误工损失15000元，精神抚慰金1万元，以及自己为支付的鉴定费用4000元。

请分析以下问题：

- 1、本案应当以谁为被告？为什么？
- 2、能否根据邓某的承认认定客车撞倒张某？为什么？
- 3、综合本案证据能否认定客车撞倒原告张某？为什么？
- 4、法院不予许可张某调查收集证据的申请，张某有何种方式予以救济？
- 5、张某应当向哪些（个）法院申请再审，其申请再审的理由能否成立？再审请求能否得到支持？为什么？
- 6、法院裁定再审后应否裁定中止原判的执行？应当适用何种程序进行审理？

参考答案：

1、本案应当以邓某、鸿运保险公司为被告，如果张某主张悦达公司承担责任的，将悦达公司列为共同被告。司机吴某不能作为被告。理由：挂靠关系致人损害，权利人主张挂靠方与被挂靠方承担责任的，应当列为共同被告；鸿运保险公司为该车承保了交强险，故对受害人张某承担赔偿责任，为共同被告；司机吴某提供劳务致人损害，应当以接受劳务方为被告，吴某不能作为被告。

2、不能。邓某是在调解中对该事实予以承认。在调解中为了达成调解协议而做的妥协和让步不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据，但当事人均同意或者法律另有规定的除外；

3、可以。交警大队出具的交通事故责任认定书为国家公权力机关在职权范围内所作的公文书证，其记载内容应当推定为真实，但有相反证据足以推翻的除外。本案中被告提出了两项证据，一是现场照片，另一个是司机吴某证言，均不足以推翻该公文书证；

4、张某可以向成津县人民法院申请复议一次；

5、应当向沙州市中级人民法院申请再审；本案不存在一方人数众多或者双方都是公民的情形，故只能向上一级法院申请再审；

一审遗漏精神抚慰金的再审事由不能成立；当事人可以以原审遗漏、超出诉讼请求为由申请再审，但当事人未对原审遗漏、超出诉讼请求提起上诉的除外，本案中张某并未对一审遗漏诉讼请求提出上诉，故不能以此为由申请再审；

一审法院未予调查收集证据的再审事由成立；对于审理案件需要的主要证据，当事人因为客观原因不能自行收集，书面申请法院调查收集，法院未调查收集的，当事人可以据此申请再审。

张某在再审中增加鉴定费的诉讼请求不属于再审范围，再审法院应当不予审理。再审范围有限原则，在再审中新增、变更诉讼请求的，不属于再审范围。

6、法院裁定再审后可以不中止执行。法院决定再审后应当裁定中止原判决、裁定、调解书的执行，但追索赡养、扶养、抚育费、医疗费、劳动报酬的可以中止执行。本案属于追索医疗费，可以不中止执行；

本案应当适用二审程序重新审理。因当事人申请而裁定再审的案件应当由中级以上法院审理，但当事人依法向基层法院申请再审的除外。故本案应当由沙州市中级人民法院重新审理。本案原来是成津县人民法院终审，现在是沙洲中院提审，故应当适用二审程序重新审理。

[例2]明州市A区永嘉房地产开发公司与明州市B区百川建筑材料有限公司在明州市C区签订了钢材买卖合同，约定百川公司在明州市D区向永嘉公司提供一批钢材，永嘉公司支付钢材货款共计2000万元。同时双方约定，因为履行合同发生纠纷由C区或者D区法院管辖。后来永嘉公司电话通知百川公司将交货地点改为明州市E区，百川公司同意。后百川公司在E区向永嘉公司交付了第一批钢材。百川公司依约要求永嘉公司支付该批次钢材对应款项1000万元遭拒，百川公司决定停

止交付剩余部分钢材。

在与永嘉公司协商未果的情形下，百川公司向D区法院提起诉讼，请求判令永嘉公司支付货款1000万元，并要求解除合同。诉讼中，永嘉公司辩称未收到该批钢材，请求判令驳回原告诉讼请求。百川公司主张该批货物已经向永嘉公司的采购部经理陈某完成了交付，并向法庭出示了陈某出具的收获单，以及永嘉公司对陈某的委托授权书。永嘉公司承认陈某是本公司的员工，且任采购部经理，但陈某无权代为收货，且陈某也未将该批次钢材交付给永嘉公司。百川公司申请法庭通知陈某出庭参加诉讼。

一审法院经过审理后，认为百川公司的诉讼请求成立，于是判决永嘉公司支付货款1000万元，并判决解除合同。判决后，永嘉公司对一审判决中支付货款部分不服，向明州市中级法院提起上诉。明州市中级人民法院经过审理后，认为一审法院判决永嘉公司支付货款部分认定事实清楚，适用法律正确，但是判决解除合同部分缺乏法律依据。明州中院二审判决驳回上诉，维持原判。

判决生效后，百川公司申请执行该判决，经查，永嘉公司除了在E区有五套商品房价值800万左右，没有其他财产可供执行，法院查封了该五套房屋；同时永嘉公司的股东陆某未足额出资，百川公司申请法院追加陆某为被执行人，法院认为该申请成立，裁定追加陆某为被执行人。在执行中，案外人大金公司向执行主张本公司已经于法院查封前已经就该五套房屋与永嘉公司签订了房屋买卖合同，并支付了超过50%的房屋价款，请求法院中止对该五套房屋的执行；永嘉公司亦认为房屋已经出售给大金公司，不能执行；法院审查，认为大金公司的异议成立，裁定中止执行。

- 1、百川公司起诉永嘉公司合同纠纷应由哪些（个）法院管辖？
- 2、法院依法通知陈某出庭，陈某可以何种身份参加诉讼？为什么？
- 3、请分析对本案事实的证明责任分配？简要说明理由？
- 4、请评价明州中院的二审裁判是否正确？为什么？
- 5、本案百川公司可以向哪些法院申请执行？
- 6、本案陆某不服法院追加其为被执行人的裁定，应当以何种方式救济？
- 7、百川公司对法院中止执行的裁定不服，可以何种方式救济？为什么？

参考答案：

- 1、本案原告可以选择向C区或者D区法院起诉。本案存在有效管辖协议，应当适用协议管辖；根据司法解释规定，管辖协议约定两个以上与争议有实际联系地点法院管辖的，原告可以选择向其中一个法院起诉。
- 2、陈某可以证人身份出庭。首先陈某是永嘉公司的工作人员，其执行工作任务引发纠纷应当以法人永嘉公司为当事人，故陈某不能以当事人身份参加诉讼。其作为了解案件情况的人，可以证人身份出庭。
- 3、百川公司应当对已经将钢材交付给陈某，且陈某具有代理权的事实承担证明责任；对与合同是否履行的事实应当由主张合同已经履行的一方当事人承担证明责任；对于是否具有代理权的事实应当由主张有代理权的一方当事人承担证明责任；

对于陈某是百川公司的员工的事实被告永嘉公司已经自认，自认事实属于免证事实，无需证据证明；

对于陈某是否将钢材交付给永嘉公司的事实属于与案件无关的事实，不是本案证明对象，无需证据证明；

- 4、二审法院判决正确。二审围绕当事人上诉请求所涉及的事实认定和法律适用问题进行审理，对于当事人上诉请求未涉及的事实和法律问题二审法院不予审理，但一审判决违反法律禁止性规定或者侵害国家、社会、第三人利益的除外。故虽然一审判决解除合同缺乏法律依据，但当事人并未对其提出上诉，也并未违反法律禁止性规定，并未损害国家、社会、第三人利益，故二审法院不予审理，驳回上诉，维持原判做法正确。
- 5、百川公司可以向一审法院D区法院或者与之同级的被执行财产所在地E区法院申请执行；
- 6、陆某不服追加其为被执行人的裁定，可以通过另行起诉的方式予以救济。
- 7、百川公司对法院中止执行的裁定不服的，可以以案外人大金公司和被执行人永嘉公司为被告提起诉讼（许可执行之诉）。首先本案大金公司对执行标的主张权利，构成案外人对执行标的的异议，法院裁定中止执行的，此时属于与原生效裁判无关，故应当应当以案外人大金公司为被告提起诉讼，同时被执行人永嘉公司表示反对，故将其列为共同被告。

〔例3〕齐三强和儿子齐小川（12岁）从陆吉安家的三层楼房下经过，被三楼上掉下的一块玻璃碎片砸伤，齐三强被送往医院治疗，总共花费医疗费11.8万元。齐三强向被告陆吉安住所地明州市城关区人民法院提起诉讼，要求陆吉安赔偿医疗费11.8万元，误工费1万元，残疾赔偿金3.2万元。向法院提供了诊断证明书、医疗费发票、其所在单位出具的病假单、收入证明、天正鉴定中心出具的鉴定意见书、砸伤自己的玻璃碎片、现场的监控视频（记录齐三强被楼上玻璃碎片砸伤的过程），并申请齐小川作为证人出庭作证（齐小川陈述齐三强在行至该三层楼房下被三楼的玻璃随便掉下砸伤）。陆吉安主张房屋所有权人是陈明扬，自己是承租人，自己在正常打开窗户时窗户掉下，应该是窗户质量问题所致，自己并没有过错；且是齐三强受伤是在该楼房的院子里，齐三强未经自己同意而私自进入自家院子，对其受伤也有过错，应当自行承担。城关区人民法院依法审理后，判决被告陆吉安赔偿原告齐三强医疗费、残疾赔偿金共计11万元。

齐三强不服一审判决，提出上诉，坚持要求判令被告赔偿医疗费11.8万元，误工费1万元，残疾赔偿金3.2万元，并要求赔偿精神抚慰金1万元。陆吉安主张该房屋是陈明扬所有，应当由陈明扬承担责任。明州市中级人民法院依法通知陈明扬参加诉讼，二审法院组织当事人达成调解协议：陆吉安和陈明扬分别向齐三强赔偿7.5万元，齐三强放弃其他诉讼请求。明州市中级人民法院依法制作调解书送达各方当事人。

陆吉安和陈明扬拒绝履行调解书，齐三强申请城关区人民法院对二义务人强制执行，法院扣押了陈明扬名下的一辆汽车（价值8万元），查封了陆吉安位于城关区某镇的一套房屋（面积约60平米，价值20万元）。

在执行中，陈明扬与齐三强达成和解协议，陈明扬于三十日内将该辆汽车交

付给齐三强，并办理全套过户手续用以清偿调解书所确认的7.5万元债务。执行员将该和解协议记入笔录，陈明扬和齐三强签字。

陆吉安向法院提出该套房屋为自己生活的唯一住房，依照相关司法解释不能执行。法院经查，陆吉安名下确实只有这一套住房，但其儿子陆小铭名下有两套住房，法院裁定驳回陆吉安的异议。请分析以下问题：

- 1、对本案一审中争议事实应当由谁承担证明责任？
- 2、请分析原告齐三强向法院提供的证据分别属于何种证据种类？在理论上如何分类？
- 3、本案中齐小川所作证言是否具有证明力？
- 4、明州市中院如果无法组织当事人达成调解协议应当如何处理？
- 5、陈明扬与齐三强达成和解协议将产生哪些法律效果？
- 6、法院驳回陆吉安异议的做法是否正确？如果陆吉安对裁定不服应当如何救济？

答案要点：

1、原告齐三强应当对自己被楼上的玻璃碎片砸伤（行为）、自己遭受的损失（支出的医疗费、产生的误工费、残疾损失等）（结果）以及自己的损失与被玻璃碎片砸伤具有因果关系（因果关系）承担证明责任；被告陆吉安应当对玻璃掉下是窗户质量问题所致，自己并没有过错（无过错），以及原告齐三强未经允许进入自己院子对受伤存在过错（免责或者减轻责任事由）的事实承担证明责任。

2、原告齐三强提供的诊断证明书、医疗费发票、其所在单位出具的病假单、收入证明为书证；天正鉴定中心出具的鉴定意见书为鉴定意见；玻璃碎片为物证；现场的监控视频为电子数据；证人齐小川提供的证言为证人证言。

关于理论分类：以上证据均为原始证据；监控视频和证人证言为直接证据，其余证据均为间接证据；以上证据均为本证。

3、齐小川所作证言具有证明力。齐小川虽然是未成年人，且与案件有利害关系，但其能够正确表达，且了解案件事实，可以作为证人，其证言具有证明力。只是因为其与案件有利害关系，故其所作证言证明力较小，不得单独作为认定案件事实的依据。

4、对于一审法院遗漏误工费的诉讼请求，二审法院可以调解，调解不成发回一审法院重审；

对于一审遗漏陈明扬这一必要共同诉讼人，二审法院可以调解，调解不成发回重审；

对于原告齐三强在二审中新增精神抚慰金的诉讼请求，二审法院可以调解，调解不成告知当事人另行起诉，但当事人同意由二审法院一并审理的二审法院可以一并审理。

3、达成和解协议后，法院可以裁定中止执行，且可以根据齐三强的申请解除对该汽车的扣押。

（1）如果和解协议履行完毕，法院做执行结案处理；

（2）如果陈明扬拒不履行和解协议，齐三强可以选择申请恢复对原生效判决的

执行，也可以选择就和解协议提起诉讼。

4、

5、正确。因为在金钱债权执行中，对被执行人陆吉安具有扶养义务的陆小铭名下有供被执行人陆吉安居住的房屋，故作为执行对象的房屋不属于维持其生活必须的居住房屋，故其异议不能成立，法院应当驳回。（《执行异议和复议案件若干问题规定》20条）。陆吉安对该裁定不服的，可以向上一级法院申请复议。

第三部分：高阶案例¹：

北京市东城区嘉吉公司与上海市静安区金石公司签订货物买卖合同，约定嘉吉公司向金石公司交付一批货物后，金石公司向嘉吉公司支付货款2000万。嘉吉公司履行合同向金石公司交付货物后，金石公司拒不支付货款。金石公司与广州市白云区田源公司签订房屋买卖合同，将其位于北京市海淀区的5商铺（价值2500万元）以1500万元的价格转让给田源公司，同时，金石公司、田源公司在该商铺转让合同中约定“因为本合同产生的任何争议，应当由北京仲裁委员会仲裁”。金石公司、田源公司完成商铺产权变更后，田源公司向金石公司转款1500万元，金石公司收到款项后将该笔款项转给金纺公司，用以清偿工程款。

嘉吉公司知悉该笔交易详情后，查明金石公司、田源公司、金纺公司的直接或间接控制人均均为王正良、王莉、王琪、张锋，其中王正良与王莉、王琪是父女关系、王琪和张锋是夫妻关系。遂向北京市海淀区法院起诉金石公司和田源公司，以金石公司和田源公司恶意串通，损害自身合法权益为由，要求确认金石公司和田源公司的买卖合同无效，并要求变更登记，将房屋所有权复归至金石公司名下。请分析：

（1）本案中嘉吉公司可否向广州仲裁委申请确认金石公司、田源公司公司的商铺买卖合同无效？

（2）本案北京市海淀区法院是否具有管辖权？

（3）本案嘉吉公司是否有权提起诉讼？

（4）本案法院如果判决驳回甲公司诉讼请求后，甲公司以乙公司以明显不合理的低价转让财产，造成其损害，且丙公司知情为由，起诉请求撤销乙公司与丙公司签订的商铺转让合同，是否构成重复起诉？

¹ 该案例改编自最高人民法院33号指导案例“瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案”。具体解析观点参考刘哲玮“确认他人恶意串通合同无效之诉的合法性检讨”载《当代法学》，2018年第二期；最高人民法院案例指导工作办公室、民四庭“《瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案》的理解与参照”，载《人民司法》2015年第十八期。

(5) 本案中甲公司起诉诉讼请求是“请求法院确认乙公司与丙公司签订的商铺转让合同无效，或者撤销乙公司向甲公司低价转让固定资产的行为”，后经法院释明后，甲公司明确其诉讼请求为“确认合同无效”。请评价该两种诉讼请求的异同以及关系。

(6) 结合《合同法》相关条文分析如果法院判决确认合同无效后，应当将该商铺判归嘉吉公司所有还是判归金石公司所有？

法条链接：《合同法》

第五十二条 有下列情形之一的，合同无效：

- (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- (二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；
- (三) 以合法形式掩盖非法目的；
- (四) 损害社会公共利益；
- (五) 违反法律、行政法规的强制性规定。

第五十八条 合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

第五十九条 当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

第七十四条 因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

答案要点

(1) 不能。仲裁协议效力仅及于仲裁协议当事人，且本案不符合仲裁协议效力扩张的情形，故本案仲裁协议对嘉吉公司无效，故本案嘉吉公司不能向广州仲裁委申请仲裁。

(2) 有管辖权。本案不属于“不动产的权利确认、分割、相邻关系引起的物权纠纷”，故不适用专属管辖；本案属于合同纠纷，由被告住所地和合同履行地法院管辖，被告金石公司住所地静安区法院、被告田源公司住所地白云区法院有管辖权，关于合同履行地，本案合同内容为交付不动产，不动产所在地海淀区有管辖权。综上，本案海淀区法院有管辖权。

(3) 有权起诉。本案中被告金石公司和田源公司恶意串通签订的合同损害了原告嘉吉公司的合法权利，故原告嘉吉公司属于与本案有利害关系的法人；同时本案具有明确被告，有具体诉讼请求，属于人民法院主管和受诉法院管辖，故本案符合起诉条件，故原告嘉吉公司有权提起诉讼，海淀区人民法院亦应当依法予以受理。

(4) 不构成重复起诉。重复起诉是指同时满足以下条件（一）后诉与前诉当事人相同；（二）后诉与前诉诉讼标的相同；（三）后诉与前诉诉讼请求相同或者后诉的诉讼请求在实质上否定前诉裁判结果。本案前诉是根据《合同法》52条，认为两被告之间订立的合同存在恶意串通损害原告合法权益，而起诉要求确认其无效；而后诉则是根据《合同法》74条认为债务人低价转让财产的权利

益侵犯自身合法权益而提起撤销权诉讼，二者是基于不同法律关系提出的不同诉讼，诉讼标的不同，不构成重复起诉。

（5）本案原告嘉吉公司根据《合同法》52条规定确认合同无效之诉与依据《合同法》74条规定提起撤销权诉讼存在如下区别：

首先，适用情形不同，债权人行使撤销权限于债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产或者以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的；而确认合同无效适用于“当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益”等合同法54条规定的情形；

其次，当事人不同，确认合同无效之诉应当以金石公司和田源公司为共同被告；而撤销权诉讼则应当以金石公司为被告，田源公司为第三人。

再次，期限不同，提起撤销权诉讼会受到一年除斥期间的限制，而请求确认合同无效则无此期限限制。

最后，证明标准不同，如果提起撤销权，原告嘉吉公司只需要证明“债务人无偿转让财产或者以明显不合理的低价转让财产对债权人造成损害，且受让人知道该情形”，对该事实的证明适用高度可能性这一一般证明标准；而如果要提起确认合同无效之诉，不仅要证明债务人有损害其利益的行为，而且要证明债务人金石公司与之的证明标准。

综上，两种保护债权实现的方式各有利弊，债权人可以在权衡利弊后做出选择。

（6）本案合同被确认无效之后，应该根据《合同法》五十八条规定“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还”将案设商铺判令归金石公司所有，而不能判令归嘉吉公司所有。合同法第五十九条规定：“当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。”该条应当适用于能够确定第三人为财产所有权人的情况。本案例中嘉吉公司对金石公司享有普通债权，案涉财产系金石公司的财产，并非嘉吉公司的财产，故不能根据该条直接将案设商铺判令返还给嘉吉公司。