

2020年 民事诉讼法

讲师 杨洋

内部讲义



——○ 中业教育责任印制 ○——

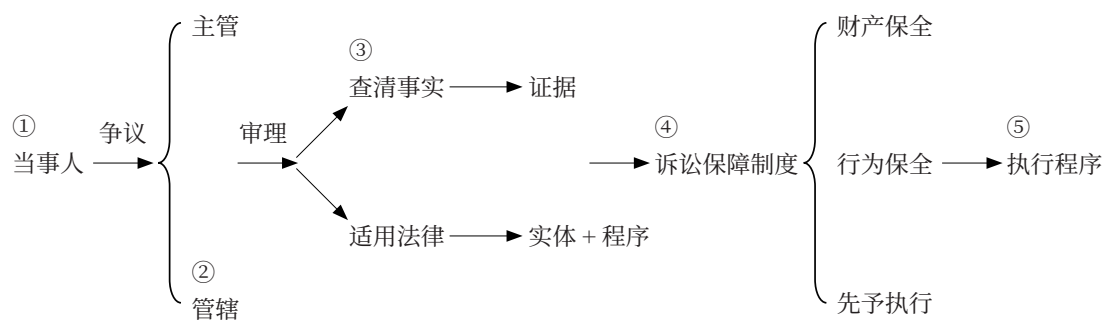
目 录

核心法条·····	1
第一讲 民事诉讼与民事诉讼法·····	2
第二讲 基本原则和基本制度·····	3
第三讲 主管与管辖·····	6
第四讲 诉·····	14
第五讲 当事人·····	16
第六讲 诉讼代理人·····	26
第七讲 民事证据·····	27
第八讲 民事诉讼中的证明·····	33
第九讲 期间、送达·····	42
第十讲 法院调解·····	45
第十一讲 保全和先予执行·····	48
第十二讲 对妨害民事诉讼的强制措施·····	51
第十三讲 普通程序·····	53
第十四讲 简易程序·····	58
第十五讲 第二审程序·····	63
第十六讲 审判监督程序·····	68
第十七讲 特别程序·····	75
第十八讲 督促程序·····	79
第十九讲 公示催告程序·····	81
第二十讲 民事裁判·····	83
第二十一讲 执行程序·····	84
第二十二讲 涉外民事诉讼程序·····	92
第二十三讲 仲裁与仲裁法概述·····	94
第二十四讲 仲裁协议·····	95
第二十五讲 仲裁程序·····	97
结 语·····	102

核心法条

- (1)2012 年修改后的《民事诉讼法》；
- (2)2015 年最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法的解释》
（特别是新增加的相关内容）；
- (3) 最高人民法院《关于适用审判监督程序若干问题的解释》；
- (4) 最高人民法院《关于适用执行程序若干问题的解释》；
- (5) 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》；
- (6) 最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》；
- (7) 最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》；
- (8) 最高人民法院《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》；
- (9) 最高人民法院《关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定》；
- (10) 最高人民法院《关于执行和解若干问题的规定》；
- (11) 最高人民法院《关于执行担保若干问题的规定》；
- (12) 最高人民法院《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》；
- (13) 最高人民法院《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》；
- (14) 最高人民法院、最高人民检察院《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》；
- (15) 《仲裁法》及其司法解释。

民事诉讼法的体系结构



第一讲 民事诉讼与民事诉讼法

一、民事纠纷及其解决方式

1. 和解	和解是指争议双方当事人自主地就如何解决纠纷达成协议。
2. 调解	指争议双方当事人在第三方的主持下, 就如何解决该纠纷达成协议。 【考点提示】和解和人民调解最大特点在于无强制执行力, 建立在当事人自愿基础上。
3. 仲裁	是指争议双方当事人协议将争议交由其共同选定的仲裁机构进行裁决。 【考点提示】仲裁裁决具有强制力。仲裁属于社会救济, <u>准司法行为</u> 。
4. 诉讼	是指代表国家行使审判权的人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下, 审理和解决民事纠纷的活动以及在此过程中所产生的各种法律关系的总和。 【考点提示】诉讼具有公权性、强制性、严格程序性。

二、民事诉讼行为与民事诉讼法律关系

民事诉讼行为	是发生在当事人、其他诉讼参与人与人民法院之间的行为。如受理就是诉讼行为, 原因在于受理后向原告发出受理通知书, 而法院内部的案情请示、汇报就属于法院内部行为。
民事诉讼法律关系	民事诉讼法律关系的主体必有一方是法院。

三、民事诉讼法的性质和效力

性质	1、基本法 (地位); 2、部门法 (调整的社会关系); 3、程序法 (内容); 4、公法 (本质)。¹	
效力	1. 对人效力	中华人民共和国民事诉讼法适用于一切在中国领域内进行民事诉讼活动的任何人。
	2. 空间效力	在中华人民共和国领域内进行民事诉讼, 必须遵守中华人民共和国民事诉讼法。
	3. 时间效力	时间效力是指民事诉讼法从何时开始生效。修改后的民诉法的生效时间是2013 年 1 月 1 日。
	4. 对事效力	指民事诉讼法适用于哪些案件: (1) 平等主体之间因民事争议 (人身、财产) 引起的诉讼案件。 (2) 法律规定适用《民事诉讼法》的其他案件, 如非诉案件。

¹ (2011-35) 关于民事诉讼法的性质, 下列哪一说法是正确的?

- A. 根据其调整的社会关系, 民事诉讼法是程序法
- B. 根据其在法律体系中的地位, 民事诉讼法是程序法
- C. 根据其规定的内容, 民事诉讼法是程序法
- D. 根据公法与私法的划分标准, 民事诉讼法是程序法

第二讲 基本原则和基本制度

一、基本原则²

平等原则	双方当事人诉讼地位平等，诉讼权利义务相同或对应。	
同等原则 对等原则	1. 同等原则，外国当事人和我国当事人居于平等的诉讼地位，享有同等的诉讼权利义务。	
	2. 对等原则，若外国法院对我国当事人诉讼权利加以限制，则我国法院也相应的限制该国当事人在我国的诉讼权利。	
调解原则	自愿与合法。 【考点提示】执行阶段不能调解，非讼程序不适用调解，身份关系的确认之诉也不可调解。	
辩论原则 ³	(1) 辩论的阶段：辩论绝不限于法庭辩论，而贯穿于从当事人起诉到诉讼终结的整个过程中。	
	(2) 辩论的形式：当事人的辩论既可以采用口头形式，也可以采用书面形式。	
	(3) 辩论的内容：当事人辩论的范围包括实体问题和程序问题，也包括事实问题和法律问题。	
	(4) 辩论的主体：双方当事人，包括广义上的第三人。	
处分原则	1、含义	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。
	2、主体	只能是当事人、法定代理人和经过特别授权的委托诉讼代理人。
	3、对象	包括自己依法享有的实体权利和诉讼权利。
	4、阶段	适用于民事诉讼的全过程。（执行阶段亦可）
	5、前提	不得超越法律规定的范围，即不得损害国家、集体、他人的合法权益。
诚实信用原则	修改后的《民事诉讼法》第13条规定，民事诉讼应当遵循诚实信用原则。	
法律监督原则	修改后的《民事诉讼法》第14条规定，人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督。	

2 （2011-38）关于民事诉讼法基本原则在民事诉讼中的具体体现，下列哪一说法是正确的？

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

3 （09-82）关于辩论原则的表述，下列哪些选项是正确的？

- A. 当事人辩论权的行使仅局限于一审程序中开庭审理的法庭调查和法庭辩论阶段
- B. 当事人向法院提出起诉状和答辩状是其行使辩论权的一种表现
- C. 证人出庭陈述证言是证人行使辩论权的一种表现
- D. 督促程序不适用辩论原则

二、基本制度

(一) 合议制度

1. 合议庭的主持	(1) 审判长负责主持，审判长由院长或庭长担任；院长或庭长未参加合议庭的，由庭长指定合议庭中的审判员 1 人担任。 (2) 合议庭评议，实行少数服从多数的原则。评议中的不同意见，必须如实记入评议笔录。	
2. 合议庭的组成 ⁴	一审程序	(1) 由审判员和人民陪审员共同组成合议庭。(2) 由审判员组成合议庭。
	二审程序	只能由审判员组成合议庭。
	再审程序	(1) 原来是一审的案件按照一审程序组成合议庭。 (2) 原来是二审的案件或者经过提审的案件按照二审程序组成合议庭。
	特别程序	仅选民资格案件、重大疑难案件和担保财产标的额超过基层人民法院管辖范围的担保物权的实现案件是合议制，且要求必须由审判员组成。
3. 合议制的例外 (独任制)	(1) 简易程序中，适用审判员独任审理。	
	(2) 在特别程序中，一般适用审判员独任。 【考点提示】例外情形：选民资格、重大疑难、担保财产标的额超过基层人民法院管辖范围的担保物权的实现案件。	
	(3) 公示催告程序，公告审理阶段适用独任制，除权判决阶段，由审判员组成合议庭审理。	
	(4) 在督促程序中，也适用审判员独任审理。	

(二) 回避制度

1. 回避对象	审判员、陪审员、书记员、鉴定员、勘验员、翻译人员。
2. 回避情形	(1) 是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属。 (2) 与本案有利害关系。 (3) 与本案当事人、诉讼代理人有其他关系，可能影响对案件的公正审理。 (4) 审判人员接受当事人、诉讼代理人请客送礼，或者违反规定会见当事人、诉讼代理人的。
3. 回避方式	(1) 自行回避； (2) 申请回避； (3) 职权指令回避。
4. 回避程序 ⁵	(1) 申请方式：书面方式、口头方式均可，但要说明理由。 (2) 申请时间：最迟法庭辩论终结前。原则上应当在案件开始审理时提出，若回避事由是在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。 (3) 人民法院应该在 3 日内做出决定。 (4) 对决定不服可以申请复议一次 (原法院)。

4 (06-37) 根据我国民事诉讼法和相关司法解释的规定，下列关于审判组织的哪一表述是错误的？

- A. 第二审程序中只能由审判员组成合议庭
- B. 二审法院裁定发回重审的案件，原审法院可以由审判员与陪审员共同组成合议庭
- C. 法院适用特别程序，只能采用独任制
- D. 独任制只适用于基层法院及其派出法庭

5 (2015-36) 某区法院审理原告许某与被告某饭店食物中毒纠纷一案。审前，法院书面告知许某合议庭由审判员甲、

5. 回避效力	当事人申请回避后，被申请回避人要暂停执行职务，但需要采取紧急措施的除外。 【考点提示】但在复议审查期间，被申请回避人员不停止参与本案工作。
6. 回避决定权	1. 院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定。 2. 审判人员的回避，由院长决定。 【注意】书记员与执行人员适用审判人员回避的有关规定。 3. 其他人员（翻译人员、鉴定人、勘验人）的回避，由审判长决定。
7. 回避后果	决定回避，更换人员后，诉讼程序继续进行。回避并不影响先前诉讼程序的效力。 【关联考点】仲裁中的回避效力待定。
8. 违反回避规定的法律后果	第二审人民法院发现第一审人民法院审判人员、书记员应当回避而未回避的，应依民事诉讼法第 170 条第 1 款第 4 项的规定，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审。

（三）公开审判制度

1. 含义	是指法院对民事案件，除不予公开和可以不公开审理的案件外，审理过程和判决结果要向群众、向社会公开的制度。 【考点提示】不论是否公开审理的案件，宣判时一律公开进行。	
2. 例外	绝对不公开	(1) 涉及国家秘密的案件。 (2) 涉及个人隐私的案件。
	相对不公开	(1) 离婚案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。 (2) 涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。

（四）两审终审制度⁶

1. 含义	两审终审制度是指某一民事案件，经过两级人民法院审判即告终结的制度。
2. 例外	以下几种案件实行一审终审制： (1) 最高人民法院一审的案件； (2) 一审中适用调解结案的案件； (3) 适用特别程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序审理的案件； (4) 根据《婚姻法司法解释（一）》第 9 条：确认婚姻效力的案件也实行一审终审； (5) 小额诉讼案件（第 162 条）。 【注意】民诉法司法解释第 278 条规定：当事人对小额诉讼案件提出管辖异议的，人民法院应当作出裁定。裁定一经作出即生效。

乙和人民陪审员丙组成时，许某未提出回避申请。开庭后，许某始知人民陪审员丙与被告法定代表人是亲兄弟，遂提出回避申请。关于本案的回避，下列哪一说法是正确的？

- A. 许某可在知道丙与被告法定代表人是亲兄弟时提出回避申请
B. 法院对回避申请作出决定前，丙不停止参与本案审理
C. 应由审判长决定丙是否应回避
D. 法院作出回避决定后，许某可对此提出上诉

6 （2010-88）王某与钱某系夫妻，因感情不和提起离婚诉讼，一审法院经审理判决不准离婚。王某不服提起上诉，二审法院经审理认为应当判决离婚，并对财产分割与子女抚养一并作出判决。关于二审法院的判决，违反了我国民事诉讼法的哪些原则或制度？

- A. 处分原则 B. 辩论原则 C. 两审终审制度 D. 回避制度

第三讲 主管与管辖

一、主管

(一) 法院与人民调解委员会	<p>人民调解委员会调解是完全自愿的，最终的调解协议没有强制执行力。</p> <p>【注意】1) 调解不是必经阶段。2) 人民调解不影响起诉。</p> <p>【考点提示】修改后《民事诉讼法》第 194 条的规定，申请司法确认调解协议，由双方当事人自调解协议生效之日起三十日内，共同向调解组织所在地基层人民法院提出。</p> <p>第 195 条规定，人民法院受理申请后，经审查，符合法律规定的，裁定调解协议有效，一方当事人拒绝履行或者未全部履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行；不符合法律规定的，裁定驳回申请，当事人可以通过调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议，也可以向人民法院提起诉讼。</p>
(二) 法院与仲裁委员会 ⁷	<p>1. 法院主管的范围宽于仲裁委员会主管的范围。(身份关系不仲裁)。</p> <p>2. 对合同纠纷或者其他财产权益纠纷，遵循“或裁或审”的原则，即这两种方式相互排斥，不能并列采用。</p> <p>【考点提示】有效的仲裁协议排斥诉讼。</p> <p>3. 当事人在仲裁裁决被法院依法撤销或裁定不予执行又未重新达成仲裁协议的情况下，向法院提起民事诉讼，法院应当受理。</p>
(三) 法院与劳动仲裁	<p>后者是前者的前置程序，即劳动争议发生后，当事人必须先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，若对裁决不服，则可在 15 日内向人民法院起诉。</p>

二、管辖概述

概念	指各级法院之间和同级法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。
管辖恒定原则	<p>1. 指确定案件管辖权，以起诉时为标准，案件起诉时对案件有管辖权的法院，不因确定管辖的事实⁸在诉讼过程中发生变化而丧失其管辖权。</p> <p>2. 管辖恒定原则包括地域管辖恒定和级别管辖恒定，具体包括如下情形：</p> <p>(1) 当事人住所地、经常居住地的变化；</p> <p>(2) 法院辖区的变化(因行政区划的变更而发生)。</p> <p>【注意】根据修改后的民诉法司法解释第 39 条之规定，如果原告在诉讼中增加或减少诉讼请求，致使其诉讼标的额超过或达不到受诉法院的级别管辖标准的，就应当调整级别管辖法院。</p>
专门法院管辖	<p>海事法院的管辖：</p> <p>①沿海港口作业纠纷提起的诉讼；②因船舶排放、泄漏、倾倒油类或者其他有害物质，或因海上生产、作业或者拆船、修船作业造成海域污染损害提起的诉讼；</p> <p>③中华人民共和国领域和有管辖权的海域履行的海洋勘探开发合同纠纷提起的诉讼。</p>

7 (2010-43) 甲乙因遗产继承发生纠纷，双方书面约定由某仲裁委员会仲裁。后甲反悔，向遗产所在地法院起诉。法院受理后，乙向法院声明双方签订了仲裁协议。关于法院的做法，下列哪一选项是正确的？

- A. 裁定驳回起诉
B. 裁定驳回诉讼请求
C. 裁定将案件移送某仲裁委员会审理
D. 法院裁定仲裁协议无效，对案件继续审理

三、级别管辖

基层法院	基层人民法院管辖第一审民事案件，但本法另有规定的除外。
中级法院 ⁸	1. 重大的涉外案件。(重大是指争议标的额大，或案情复杂，或一方当事人人数众多等具有重大影响的案件)。
	2. 在本辖区有重大影响的案件。
	3. 最高法院确定由中级法院管辖的案件。 (1) 海事、海商案件。 (2) 专利纠纷案件。 【注意】并非每个中院都能管，只有特殊中院才能管，即由最高院确定的中级人民法院管辖。 “最高人民法院根据实际情况，可以指定基层人民法院管辖第一审专利纠纷案件。”即专利纠纷可以到基层了。同时，根据民诉法司法解释第2条之规定，专利纠纷也可以由 <u>知识产权法院</u> 管辖。 (3) 商标民事纠纷第一审案件。 【注意】各高级人民法院根据本辖区的实际情况，经最高人民法院批准，可以在较大城市确定1-2个基层人民法院受理第一审商标民事纠纷案件。 (4) 著作权民事纠纷案件，由中级以上人民法院管辖。 【注意】各高级人民法院根据本辖区的实际情况，可以确定若干基层人民法院管辖第一审著作权民事纠纷案件。 (5) 重大的涉港、澳、台民事案件。 (6) 对于仲裁协议的效力有异议的，由选定仲裁委员会所在地的中级人民法院管辖；如果没有选定仲裁委员会或者选定的不明确的，由被申请人住所地或者仲裁协议签订地的中级人民法院管辖。 【新增法条】最高人民法院《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》 第二条：申请确认仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、 <u>仲裁协议签订地、申请人住所地、被申请人住所地的中级人民法院或者专门人民法院管辖——新规定</u> (7) 申请撤销仲裁裁决的，由仲裁委员会所在地的中级人民法院管辖。 (8) 申请执行仲裁裁决案件，由被执行人住所地或者被执行财产所在地的中级人民法院管辖。 【注意】《仲裁裁决执行规定》第二条规定：当执行案件符合基层法院一审民商事案件级别管辖受理范围，并经上级人民法院批准后， <u>可以由被执行人住所地或者被执行财产所在地的基层人民法院管辖</u> 。申请执行人对驳回执行申请裁定不服的，可以自裁定送达之日起10日内向上一级法院申请复议。 (9) 申请不予执行仲裁裁决的案件，由被执行人住所地或被执行财产所在地的中级人民法院管辖。 (10) 涉外仲裁中的证据保全与财产保全。

8 (2011-39) 根据《民事诉讼法》和相关司法解释，关于中级法院，下列哪一表述正确？

- A. 既可受理一审涉外案件，也可受理一审非涉外案件
B. 审理案件组成合议庭时，均不可邀请陪审员参加
C. 审理案件均须以开庭审理的方式进行
D. 对案件所作出的判决均为生效判决

中级法院	<p>(11) 公益诉讼案件由侵权行为地或者被告住所地中级人民法院管辖，但法律、司法解释另有规定的除外。</p> <p>【新增法条】《环境公益诉讼案件解释》第 6 条第 2 款之规定，“中级人民法院认为确有必要的，可以在报请高级人民法院批准后，裁定将本院管辖的第一审环境民事公益诉讼案件交由基层法院审理。”</p> <p>【注意】《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第二条规定，北京、广州、杭州互联网法院集中管辖所在市的辖区内应当由基层人民法院受理的特定第一审案件。</p>
高级法院	在本辖区内有重大影响的案件。
最高法院	(1) 在全国有重大影响的案件。
	(2) 最高院认为应当由本院审理的案件。

四、地域管辖

(一) 一般地域管辖

1. 原则规定——被告所在地法院管辖	公民	<p>1. 住所地，即公民的户籍所在地。</p> <p>2. 经常居住地，即公民离开住所地<u>至起诉时已连续居住一年以上</u>的地方，但公民住院就医的除外。</p> <p>【注意】经常居住地优先于住所地。</p> <p>3. 被告的户籍迁出后尚未落户，有经常居住地的，由该地人民法院管辖；没有经常居住地的，由其原户籍所在地人民法院管辖。</p>
	法人	<p>法人的主要办事机构所在地。</p> <p>【新增法条】修改后的《民事诉讼法》第 26 条规定，因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。</p> <p>【新增法条】修改后的民诉法司法解释第 22 条规定：因股东名册记载、请求变更公司登记、股东知情权、公司决议、公司合并、公司分立、公司减资、公司增资等纠纷提起的诉讼，依照民事诉讼法第二十六条规定确定管辖。</p>
2. 例外规定——原告所在地法院管辖	<p>(1) 对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼。</p> <p>(2) 对下落不明或者被宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼。</p> <p>(3) 对一方被采取<u>强制性教育措施</u>的人提起的诉讼 (如果是双方被强制性教育的话，回到基本原则)。</p> <p>(4) 对一方被监禁的人提起的诉讼 (如果是双方被监禁的话，回到基本原则)。</p> <p>(5) 被告一方被注销户籍的，由原告所在地人民法院管辖；(如果是双方被注销户籍的话，回到基本原则)。</p> <p>(6) 追索赡养费、抚育费、扶养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖。</p> <p>(7) 夫妻一方离开住所地超过 1 年，另一方起诉离婚的案件，可以由原告住所地人民法院管辖。(夫妻双方离开住所地超过 1 年，回到基本原则)。</p>	

(二) 特殊地域管辖

1. 专属管辖

不动产纠纷	因不动产纠纷提起的诉讼，不动产所在地法院管辖。 【考点提示】不动产纠纷指的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，也按照不动产纠纷确定管辖。 【注意】不动产已登记的，以不动产登记簿记载的所在地为不动产所在地；不动产未登记的，以不动产实际所在地为不动产所在地。
港口作业	港口所在地法院管辖。
遗产纠纷	专属于被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地法院管辖。

2. 合同纠纷管辖的解题步骤 (三步走)

第一步： 是否存在专属管辖	如果一个合同纠纷是因为不动产引起的纠纷，则要考虑首先适用专属管辖。
第二步： 是否存在有效的协议管辖	协议管辖必须同时满足以下条件：新法第 34 条修改 ①协议管辖的适用范围不再限于合同纠纷，扩大到财产权益纠纷； 【注意】修改后的民事诉讼法司法解释第 34 条规定：当事人因同居或者在解除婚姻、收养关系后发生财产争议，约定管辖的，可以适用协议管辖规定确定管辖。 ②当事人仅能就第一审案件的管辖进行约定； ③协议管辖必须采用书面形式； ④当事人可以选择的法院不再限于如下五个：原告住所地、被告住所地、合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地，而是采用最密切联系原则； ⑤当事人的选择原则上应当是确定、唯一的； 【注意】修改后的民事诉讼法司法解释规定：管辖协议约定两个以上与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，原告可以向其中一个人民法院起诉。 ⑥当事人的选择不得违反我国级别管辖和专属管辖的规定，涉外案件的协议管辖也不例外。 【关联考点】统一了国内案件与涉外案件的协议管辖：涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的法院管辖。
第三步： 适用合同纠纷的法定管辖 (一般情形)	1. 因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。 2. 合同履行地，不能笼统记忆，要看合同是否实际履行而定。 ⁹ A. 如果合同履行了，那就直接按一般规定，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。 B. 如果合同没有实际履行，当事人双方住所地又都不在合同约定的履行地的，应当由被告住所地人民法院管辖。(此时约定的履行地没有管辖权)

9 (03-25) 居住在甲市的吴某与居住在乙市的王某在丁市签订了一份协议，吴某将一幅名人字画以 10 万元的价格卖给王某并约定双方在丙市一手交钱一手交货，后吴某翻悔并电告王某自己已将字画卖给他人。王某想追究吴的违约责任，应向何地法院起诉？

A. 甲市法院 B. 乙市法院 C. 丙市法院 D. 丁市法院

<p>第三步： 适用合同纠纷的法定管辖 (一般情形)</p>	<p>C. 如果约定履行地与实际履行地不一致，应当以约定履行地作为合同的履行地。</p> <p>例外：双方达成书面的补充协议，约定变更合同履行地。</p> <p>【关联考点】合同履行地的确定：合同对履行地点没有约定或者约定不明确，争议标的为给付货币的，接收货币一方所在地为合同履行地；交付不动产的，不动产所在地为合同履行地；其他标的，履行义务一方所在地为合同履行地。即时结清的合同，交易行为地为合同履行地。</p> <p>【新增法条】以信息网络方式订立的买卖合同，通过信息网络交付标的的，以买受人住所地为合同履行地；通过其他方式交付标的的，收货地为合同履行地。合同对履行地有约定的，从其约定。</p>
--	--

3. 几类特殊案件的管辖

(1) 保险合同	<p>由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。</p> <p>【注意】因财产保险合同纠纷提起的诉讼，如果保险标的物是运输工具或者运输中的货物，由被告住所地或者运输工具登记注册地、运输目的地、保险事故发生地的人民法院管辖(没有运输的始发地)；因人身保险合同纠纷提起的诉讼，可以由被保险人住所地人民法院管辖。</p>
(2) 担保合同	<p>A. 根据主合同确定管辖</p> <p>B. 承担连带责任的担保合同，债权人向担保人主张的，应当向担保人住所地管辖</p> <p>C. 如果担保合同的选择管辖与主合同不一致的，根据主合同确定。</p>
(3) 监护案件	不服指定监护或变更监护关系的案件，可以由被监护人住所地人民法院管辖。
(4) 诉前财产保全	<p>1. 诉前财产保全：由利害关系人向财产所在地、被申请人住所地或其它有管辖权的人民法院申请。</p> <p>2. 采取了诉前财产保全案件的管辖：在人民法院采取诉前财产保全后，申请人起诉的，原则上，可以向采取诉前财产保全的人民法院或者其他有管辖权的人民法院提起。</p> <p>3. 申请诉前财产保全后没有在法定的期间起诉，因而给被申请人造成财产损失引起诉讼的，由采取该财产保全措施的人民法院管辖。</p> <p>4. 申请诉前保全后在法定期间内起诉或者申请仲裁，被申请人、利害关系人因保全受到损失提起的诉讼，由受理起诉的人民法院或者采取保全措施的人民法院管辖。</p>
(5) 侵权纠纷 ¹⁰	<p>1. 一般规定：由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。其中的侵权行为地，包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。</p> <p>2. 名誉侵权：侵权行为地或被告住所地人民法院都有管辖权，报刊、杂志的发行销售地均可以被理解为侵权行为地。</p> <p>3. 缺陷产品、服务：产品制造地、产品销售地、服务提供地、侵权行为地和被告住所地人民法院都有管辖权。</p>
(6) 运输案件	1. 关于铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷案件的管辖——由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。

10 (07-80) 甲县的电热毯厂生产了一批电热毯，与乙县的昌盛贸易公司在丙县签订了一份买卖该批电热毯的合同。丁县居民张三在出差到乙县时从昌盛贸易公司购买了一条该批次的电热毯，后在使用过程中电热毯由于质量问题引起火灾，烧毁了张三的房屋。张三欲以侵权损害为由诉请赔偿。下列哪些法院对该纠纷有管辖权？

A. 甲县法院 B. 乙县法院 C. 丙县法院 D. 丁县法院

(6) 运输案件	2. 关于铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿案件的管辖——由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖。
(7) 海商案件	1. 关于船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿案件的管辖——由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。
	2. 关于海难救助费用案件的管辖——由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。(排除了被告住所地)
	3. 关于共同海损案件的管辖——由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地人民法院管辖。(排除了被告住所地)
【归纳总结】	被告住所地没有管辖权的情形： 1 原告住所地管辖 - 民事诉讼法第 22 条；2 专属管辖案件；3 共同海损案件；4 海难救助费用案件。

(三) 共同管辖、选择管辖

共同管辖	是指对同一民事案件，两个以上人民法院都有管辖权。此时原告可以向其中任何一个人民法院起诉。原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的，由最先立案的人民法院管辖。
选择管辖	是指对于同一民事案件，依据民事诉讼法的有关规定，两个以上人民法院都有管辖权，当事人可以择其一进行诉讼。

五、裁定管辖

移送管辖 ¹¹	1. 移送管辖必须满足以下条件： (1) 受诉人民法院已经依法受理了该案件， (2) 受诉人民法院对案件没有管辖权，或是其他有管辖权的法院已经在先立案了； (3) 受诉人民法院认为接受案件移送的人民法院有管辖权。
	2. 移送管辖的例外： (1) 受移送法院即使认为本院对移送来的案件并无管辖权，也不得自行移送到其他法院，而只能报请上级法院指定管辖。 (2) 两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，先立案的人民法院不得将案件移送给另一有管辖权的人民法院；人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，不得重复立案；立案后发现其他有管辖权的人民法院先立案的，裁定将案件移送给先立案的人民法院。 (3) 根据管辖权恒定原则，人民法院的管辖权不受当事人起诉后住所地、经常居住地、行政区域变更的影响：有管辖权的人民法院受理案件后，不得以行政区域变更为由，将案件移送给变更后有管辖权的人民法院。
	3. 移送管辖的次数问题：只能移送一次。

11 (2002、2003-72) 孔某在 A 市甲区拥有住房二间，在孔某外出旅游期间，位于 A 市乙区的建筑工程队对孔某隔壁李某房屋进行翻修；在翻修过程中，施工队不慎将孔某家的山墙砖块碰掉，砖块落入孔某家中，损坏电视机等家用物品。孔某旅游回来后发现此情，遂交涉，但未获结果。孔某向乙区法院起诉。乙区法院认为甲区法院审理更方便，故根据被告申请裁定移送至甲区法院，甲区法院却认为由乙区法院审理更便利，不同意接受移送。以下哪些说法是正确的？

- A. 甲、乙二区对本案都有管辖权 B. 向何法院起诉，由原告选择决定
C. 乙区法院的移送管辖是错误的 D. 甲区法院不得再自行移送，如果认为无管辖权，应报 A 市中级法院指定管辖

管辖权的转移	<p>管辖权的转移，是指在一定的情形之下，将某个案件的管辖权由上级人民法院转交给下级人民法院，或者由下级人民法院转交给上级人民法院。</p> <p>管辖权的转移包括向上转移和向下转移两种情形。</p> <p>【注意】(1) 对于应由上级人民法院管辖的第一审民事案件，下级人民法院不得主动报请上级人民法院交其审理。(2) 修改后的《民事诉讼法》限制了向下转移的情形，增加规定“确有必要将本院管辖的第一审民事案件交下级人民法院审理的，<u>应当报请其上级人民法院批准。</u>”</p>	
指定管辖	适用情形	<ol style="list-style-type: none"> 1. 受移送的法院认为自己对移送来的案件无管辖权。 2. 有管辖权的法院由于特殊原因不能行使管辖权，如某法院的全体法官均需回避。 3. 通过协商未能解决管辖争议。
	适用程序	<p>发生管辖权争议后，应尽可能通过协商解决；协商不成的，应报其共同上级法院指定管辖。</p> <p>【注意】两个以上人民法院如对管辖权有争议，在争议未解决前，任何一方人民法院均不得对案件做出判决，对抢先做出判决的，上级人民法院应当以违反程序为由撤销其判决，并将案件移送或者指定其他人民法院审理，或者由自己提审。</p> <p>【新增法条】对报请上级人民法院指定管辖的案件，下级人民法院应当中止审理。指定管辖裁定作出前，下级人民法院对案件作出判决、裁定的，上级人民法院应当在裁定指定管辖的同时，一并撤销下级人民法院的判决、裁定。</p>

六、管辖权异议¹²

概念	指法院受理案件以后，当事人在提交答辩状期间以书面形式向法院提出的该法院无管辖权的主张和意见。
条件	<ol style="list-style-type: none"> 1、异议提出的主体必须是本诉的当事人。 <p>【陷阱点拨】有独三和无独三无权提出。</p>
	<ol style="list-style-type: none"> 2、管辖权异议只能向第一审人民法院提出； <p>【考点提示】既可以是第一审地域管辖，也可以是第一审级别管辖；</p> <p>【注意】人民法院发回重审或者按第一审程序再审的案件，当事人提出管辖异议的，人民法院不予审查。</p>
	<ol style="list-style-type: none"> 3、异议应当在答辩期间以书面方式提出，即在收到起诉状副本 15 日内提出。在涉外民事案件中，是收到起诉状副本 30 日内。

12 (07-40) 关于管辖权异议的表述，下列哪一选项是错误的？

- A. 当事人对一审案件的地域管辖和级别管辖均可提出异议
- B. 通常情况下，当事人只能在提交答辩状期间提出管辖异议
- C. 管辖权异议成立的，法院应当裁定将案件移送有管辖权的法院；异议不成立的，裁定驳回
- D. 对于生效的管辖权异议裁定，当事人可以申请复议一次，但不影响法院对案件的审理

处理	<p>1. 如果认为异议成立，一般是裁定将案件移送有管辖权的法院审理。</p> <p>【注意】例外情况：债权人依照《合同法》第 122 条的规定向人民法院起诉时作出选择后，在举证期限届满前又变更诉讼请求的，经审查异议成立的，法院应当裁定驳回起诉。</p>
	<p>2. 如果认为异议不能成立，应当裁定驳回异议。</p>
	<p>3. 修改后的《民事诉讼法》第 127 条第 2 款规定，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。</p> <p>【注意】当事人未提出管辖异议，就案件实体内容进行答辩、陈述或者反诉的，可认定为这里应诉答辩。</p>
救济	<p>当事人不服的，可以在 10 日内向上一级法院提出上诉。</p> <p>例外：当事人对小额诉讼案件提出管辖异议的，人民法院应当作出裁定。<u>裁定一经作出即生效。</u></p> <p>【考点提示】最高人民法院《关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》第 2 条规定，在管辖权异议裁定作出前，原告申请撤回起诉，受诉人民法院作出准予撤回起诉裁定的，对管辖权异议不再审查，并在裁定书中一并写明。</p> <p>【关联法条】最高人民法院《关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》第 3、6、7、9 条。</p> <p>第 3 条：提交答辩状期间届满后，原告增加诉讼请求金额致使案件标的额超过受诉人民法院级别管辖标准，被告提出管辖权异议，请求由上级人民法院管辖的，人民法院应按照本规定第一条审查并作出裁定。</p> <p>第 6 条：被告以受诉人民法院同时违反级别管辖和地域管辖规定为由提出管辖权异议的，受诉人民法院应当一并作出裁定。</p> <p>第 7 条：当事人未依法提出管辖权异议，但受诉人民法院发现其没有级别管辖权的，应当将案件移送有管辖权的人民法院审理。</p> <p>第 9 条：对于将案件移送上级人民法院管辖的裁定，当事人未提出上诉，但受移送的上级人民法院认为确有错误的，可依职权裁定撤销。</p>

第四讲 诉

一、诉

概念	民事诉讼中的诉，是指当事人就特定的民事争议向法院提出的保护自己民事实体权益的请求。
特点	(1) 诉的主体是当事人；(2) 诉应当向人民法院提出；(3) 诉是一种请求。

二、诉的要素

诉的主体	当事人是诉的主体，任何一个诉均有提起诉讼的一方与应诉的一方。
诉讼标的	诉讼标的是指当事人之间发生争议并要求法院作出裁判的民事权利义务关系。它既是诉的客体，也是法院裁判的对象。
诉的理由	诉的理由，是原告起诉的事实和法律依据。

【归纳总结】区分诉讼标的、诉讼标的物、诉讼请求

诉讼标的	诉讼标的是指当事人之间争议并请求法院裁判的一种民事权利义务关系，诉讼标的存在于任何一种诉讼中。
诉讼标的物	诉讼标的物是指该民事权利义务关系所具体指向的对象，通常表现为一定的金钱、财物或者行为； 单纯的确认之诉和变更之诉不存在诉讼标的物，因为它们都是以调整抽象的法律关系为目的起诉，这些诉讼是围绕 <u>法律关系本身</u> 而言的。
诉讼请求	诉讼请求是当事人基于法律关系向法院提出的具体要求；当事人在诉讼过程中可以放弃、变更、追加或撤回诉讼请求。

三、诉的种类（划分依据：诉讼请求的不同内容和目的）

确认之诉	确认之诉是指原告请求法院确认其与被告之间是否存在某种民事法律关系的诉。确认某种法律关系存在的诉是积极的确认之诉，确认某种法律关系不存在的诉是消极的确认之诉。
变更之诉	又称形成之诉，是指原告请求人民法院以判决改变或消灭某种既存的民事法律关系的诉。 【注意】当事人对现存的法律关系的存在并无争议，而就该关系是否变更以及如何变更有争议。
给付之诉	是指原告请求法院判令被告履行一定民事义务的诉。 【注意】给付的内容既可以是财产，也可以是行为；如果是行为，则既可以是作为，也可以是不作为。

四、反诉¹³

1. 概念	<p>是指在已经开始的诉讼程序（本诉）的进程中，本诉的被告针对本诉原告向人民法院提出独立的反请求，目的在于抵销或吞并本诉原告提出的诉讼请求。</p> <p>【注意】被告提出反诉是以承认本诉的存在为前提，这是区别反诉与反驳的关键。</p>
2. 条件	<p>(1) 由本诉的被告针对本诉的原告提出。</p> <p>【新增法条】《环境民事公益诉讼案件解释》第 17 条规定：环境民事公益诉讼案件审理过程中，被告以反诉方式提出诉讼请求的，<u>人民法院不予受理</u>。</p> <p>【新增法条】《消费民事公益诉讼案件解释》第 11 条规定：消费民事公益诉讼案件审理过程中，被告提出反诉的，<u>人民法院不予受理</u>。</p> <p>(2) 须反诉与本诉之间有牵连关系。</p> <p>① 反诉与本诉请求是基于同一个法律关系而产生的目的相对抗的不同的实体请求。</p> <p>② 反诉与本诉是基于相牵连的不同法律关系而产生的目的相对抗的不同的实体请求。</p> <p>(3) 根据《民诉证据规定》第 34 条的规定，应在举证期限届满前提出。</p> <p>【注意】民诉法司法解释第 232 条规定，在案件受理后，法庭辩论结束前，原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理的，人民法院应当合并审理。</p> <p>【关联考点】如果当事人在二审程序中提出反诉，人民法院则可以根据当事人自愿原则进行调解；如果调解不成，则就反诉部分告知当事人另行起诉。</p> <p>(4) 须向受理本诉的法院提出，且受诉法院对反诉须有管辖权。</p> <p>【注意】若反诉应由其他人民法院专属管辖，本诉的法院应当裁定不予受理，告知另行起诉。</p> <p>(5) 须适用同一诉讼程序。</p>

13 (09-36) 甲公司起诉要求乙公司交付货物。被告乙公司向法院主张合同无效，应由原告甲公司承担合同无效的法律后果。关于本案被告乙公司主张的性质，下列哪一说法是正确的？

- A. 该主张构成了反诉
B. 该主张是一种反驳
C. 该主张仅仅是一种事实主张
D. 该主张是一种证据

第五讲 当事人

一、当事人概述

(一) 诉讼权利能力 ¹⁴	1. 含义	又称为当事人能力，指的是有无资格成为诉讼当事人的问题。
	2. 与民事权利能力的关系	①有民事权利能力则一定有诉讼权利能力。 【例如】 自然人和法人(有民事权利能力同时也有诉讼权利能力) ②无民事权利能力的却也可能有诉讼权利能力。 【例如】 其他组织(没有民事权利能力但是却有诉讼权利能力) a 依法登记领取营业执照的个人独资企业; b 依法登记领取营业执照的合伙企业; c 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; d 依法成立的社会团体的分支机构、代表机构; e 法人依法设立并领取营业执照的分支机构; f 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 (不包括储蓄所); g 经依法登记领取营业执照的乡镇企业、街道企业。
(二) 诉讼行为能力	指当事人可亲自实施诉讼行为，并通过自己的行为，行使诉讼权利和承担诉讼义务的能力。 【注意】 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，无民事行为能力人、限制民事行为能力人和其监护人为共同被告。	
(三) 当事人适格	1. 含义	又称为正当当事人，是当事人就具体的案件有资格起诉或应诉，成为原告或被告，并受人民法院裁判约束的资格。
	2. 判断标准	(1) 一般标准——当事人是否是诉争的民事法律关系的主体，即是否具有直接的利害关系。 (2) 特殊情形——根据当事人的意思或者法律的规定，依法对他人的民事法律关系或民事权利享有管理权的主体可以作为适格当事人： ①依法宣告失踪人的财产代管人。 ②遗产管理人、遗嘱执行人。 ③为保护死者名誉权、著作权等而提起诉讼的死者的近亲属。 ④著作权管理组织。(根据当事人的意思)

14 (2012-81) 关于当事人能力与当事人适格的概念，下列哪些表述是正确的？

- A. 当事人能力又称当事人诉讼权利能力，当事人适格又称正当当事人
- B. 有当事人能力的人一定是适格当事人
- C. 适格当事人一定具有当事人能力
- D. 当事人能力与当事人适格均由法律明确加以规定

<p>(三) 当事人适格</p>	<p>2. 判断标准</p>	<p>(3) 公益诉讼制度：对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，<u>法律规定的机关和有关组织</u>可以向人民法院提起诉讼。¹⁵</p> <p>公益诉讼之特殊规定：</p> <p>1、公益诉讼的提起并不以存在实际损害为前提条件，可以针对那些给社会公众或不特定多数人造成潜在危害的不法行为提起民事公益诉讼。</p> <p>2、民事公益诉讼的管辖：公益诉讼案件由侵权行为地或者被告住所地中级人民法院管辖，但法律、司法解释另有规定的除外。</p> <p>3、公益诉讼和维护个人权益的传统私益诉讼的关系：人民法院受理公益诉讼案件，不影响同一侵权行为的受害人根据民事诉讼法第 119 条规定提起诉讼。也就是公益诉讼并不排斥受害人自行提出传统的私益诉讼。</p> <p>4、公益诉讼可以和解和调解：对公益诉讼案件，当事人可以和解，人民法院可以调解当事人达成和解或者调解协议后，人民法院应当将和解或者调解协议进行公告，公告期间不得少于三十日。</p> <p>5、公益诉讼案件的原告在法庭辩论终结后申请撤诉的，人民法院不予准许。</p> <p>6、对公益诉讼案件的生效裁判提起第三人撤销之诉的，人民法院不予受理。</p> <p>7、“人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，在没有前款规定的机关和组织或者前款规定的机关和组织不提起诉讼的情况下，可以向人民法院提起诉讼。前款规定的机关或者组织提起诉讼的，人民检察院可以支持起诉。”</p> <p>【注意】根据《两高关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第 13 条：人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，<u>拟提起公益诉讼的，应当依法公告，公告期为 30 日。公告期满，法律规定的机关和有关组织不提起诉讼的，人民检察院可以向人民法院提起诉讼。</u></p>
----------------------	----------------	--

15 （2015-35）某品牌手机生产商在手机出厂前预装众多程序，大幅侵占标明内存，某省消费者保护协会以侵害消费者知情权为由提起公益诉讼，法院受理了该案。下列哪一说法是正确的？

A. 本案应当由侵权行为地或者被告住所地中级法院管辖

B. 本案原告没有撤诉权

C. 本案当事人不可以和解，法院也不可以调解

D. 因该案已受理，购买该品牌手机的消费者甲若以前述理由诉请赔偿，法院不予受理

(四) 当事人的变更	1. 自然人变更	有继承人的，人民法院应裁定中止诉讼并及时通知继承人作为当事人承担诉讼，被继承人已经进行的诉讼行为对承担诉讼的继承人有效。 【考点提示】具有人身属性的诉讼不发生诉讼承担，诉讼只能终结，如离婚诉讼。
	2. 法人变更	(1) 法人分立：由分立后的法人作为共同诉讼人接替原法人继续进行诉讼。 (2) 法人合并：由合并后的新法人接替原法人或者其他组织继续进行诉讼。 (3) 法人破产：由破产管理人接替原法人继续进行诉讼。 (4) 法人解散：依法清算并注销前，以该企业法人为当事人；未依法清算即被注销的，以该企业法人的股东、发起人或者出资人为当事人。

二、原被告的具体确定

1. 行为人对自己的行为负责 ¹⁶	(1) 个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。 (2) 在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人，有字号的，以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号经营者的基本信息。 (3) 法人或者其他组织应登记而未登记，或者他人没有代理权、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，或法人终止后仍以其名义进行民事活动的，以直接责任人为当事人。
2. 对非因自己的直接行为负责	(1) 法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构引起的诉讼，以设立该分支机构的法人为当事人。 (2) 法人或其他组织的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，该法人或其他组织为当事人。 (3) 个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的，其雇主是当事人。 (4) 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。 (5) 在劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，以接受劳务派遣的用工单位为当事人。当事人主张劳务派遣单位承担责任的，该劳务派遣单位为共同被告。 【关联考点】担保法解释 124 条规定，企业法人的分支机构为他人提供保证的，人民法院在审理保证纠纷案件中可以将该企业法人作为共同被告参加诉讼，但商业银行、保险公司的分支机构提供保证的除外。

16 (2010-40) 甲乙丙三人合伙开办电脑修理店，店名为“一通电脑行”，依法登记。甲负责对外执行合伙事务。顾客丁进店送修电脑时，被该店修理人员戊的工具碰伤。丁拟向法院起诉。关于本案被告的确定，下列哪一选项是正确的？

- A. “一通电脑行”为被告
- B. 甲为被告
- C. 甲乙丙三人为共同被告，并注明“一通电脑行”字号
- D. 甲乙丙戊四人为共同被告

3. 名誉权和精神损害赔偿案件	<p>(1) 自然人因侵权行为致死，或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害，死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，列其配偶、父母和子女为原告；没有配偶、父母和子女的，可以由其他近亲属提起诉讼，列其他近亲属为原告，须注意这里的原告是有顺序的。</p> <p>(2) 因新闻报道或作品发生的名誉权纠纷，应根据原告的起诉确定被告：</p> <p>①只诉作者的，列作者为被告；</p> <p>②只诉新闻出版单位的，列新闻出版单位为被告；</p> <p>③对作者和新闻出版单位都提起诉讼的，将作者和新闻出版单位均列为被告。</p> <p>【注意】情形③有个例外，作者与新闻出版单位为隶属关系，只列单位为被告。</p>	
4. 担保法律关系引起的诉讼	一般保证	<p>①债权人仅起诉被保证人（债务人）的，可只列被保证人为被告；</p> <p>②债权人仅起诉保证人的，人民法院应当通知被保证人（债务人）作为共同被告参加诉讼；（不同于连带保证）</p> <p>③向债务人和保证人一并主张权利的，人民法院应将其列为共同被告。</p>
	连带保证	<p>①可以将债务人或者保证人作为被告提起诉讼。</p> <p>②也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼。</p>

三、共同诉讼

必要共同诉讼	1. 构成条件	<p>(1) 当事人一方或者双方为 2 人以上，10 人以下。</p> <p>(2) 当事人之间的诉讼标的是共同的（同一个）。</p>
	2. 引起必要共同诉讼的情形	(1) 以挂靠形式从事民事活动，当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担民事责任的。
		(2) 个体工商户，营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的。
		(3) 企业法人分立的。
		(4) 个人合伙的全体合伙人，在诉讼中为共同诉讼人（有字号，注明即可）。
		(5) 借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行帐户的。
		<p>(6) 在继承遗产的诉讼中。</p> <p>【考点提示】部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼，被通知的继承人不愿意参加诉讼又不明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应将其列为共同原告。</p> <p>【陷阱点拨】在法定继承与遗嘱继承并存之时，遗嘱继承人可能就是有独三。</p>
		(7) 被代理人和代理人承担连带责任的（恶意串通），为共同诉讼人。
		(8) 共有财产权受到他人侵害。
		(9) 原用人单位以新的用人单位和劳动者共同侵权为由向人民法院起诉的。
	3. 内部关系	共同诉讼人都必须参加诉讼，其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生效力。

必要共同诉讼	4. 必要共同诉讼人追加	<p>(1) 依职权追加;</p> <p>【关联法条】《民诉解释》第 74 条规定: 应当追加的原告, 已明确表示放弃实体权利的, 可不予以追加; 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, 其不参加诉讼, 不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。</p> <p>《民诉解释》第 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, 在一审中未参加诉讼, 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。发回重审的裁定书不列应当追加的当事人。</p>
		<p>(2) 依申请追加。</p> <p>【注意】人民法院对当事人提出的申请, 应当进行审查, 申请理由不成立的, 裁定驳回; 申请理由成立的, 书面通知被追加的当事人参加诉讼。</p>
普通共同诉讼	1. 构成条件	<p>(1) 当事人一方或者双方是两人以上。</p> <p>(2) 诉讼标的属于同一种类(多个标的)。</p> <p>(3) 经当事人同意人民法院认为可以合并审理的诉讼。</p>
	2. 内部关系	<p>是可分之诉, 因此普通共同诉讼人各自拥有独立的诉讼实施权。其独立性体现在:</p> <p>(1) 共同诉讼人各自的行为独立;</p> <p>(2) 诉讼中止等特殊情形可以独立适用;</p> <p>(3) 裁判结果独立。</p>

【必要共同诉讼和普通共同诉讼对比表】¹⁷

区别	必要共同诉讼	普通共同诉讼
诉讼标的	共同的	同一种类的
诉讼标的数量	只有一个共同的诉讼标的	有数个诉讼标的
是否可分	不可分之诉, 必须合并审理	具有可分性, 由数个同一种类的诉讼标的合成的, 这些诉讼标的均具有独立性, 并不一定合并审理
是否需要经过当事人同意	不需经过当事人同意, 并且可以追加当事人	必须经过当事人同意才能合并审理
诉讼请求数量	一个或多个	多个

17 (07-87) 关于必要共同诉讼与普通共同诉讼的区别, 下列哪些选项是正确的?

- A. 必要共同诉讼的诉讼标的是共同的, 普通共同诉讼的诉讼标的是同种类的
- B. 必要共同诉讼的诉讼标的只有一个, 普通共同诉讼的诉讼标的有若干个
- C. 必要共同诉讼的诉讼请求只有一个, 普通共同诉讼的诉讼请求有若干个
- D. 必要共同诉讼中共同诉讼人的诉讼行为必须一致, 普通共同诉讼中共同诉讼人的诉讼行为不需要一致
- E. 必要共同诉讼的裁判结果相同, 普通共同诉讼的裁判结果不同

四、代表人诉讼

概念	当事人一方或者双方人数众多(10人以上)，具有同一或同种类的诉讼标的，而推选其中(当事人)一人或者数人作为代表进行的诉讼，为代表人诉讼。代表人数众多的一方当事人进行诉讼的人，为诉讼代表人(2-5人)。		
分类	人数确定的	1. 当事人一方人数众多。 2. 起诉时当事人人数已经确定。 3. 多数当事人之间具有同一的诉讼标的或具有同一种类的诉讼标的。 4. 当事人推选出代表人： (1) 可以由全体当事人推选共同的代表人。 (2) 也可以由部分当事人推选自己的代表人。 (3) 推选不出代表人的当事人，在必要的共同诉讼中可由自己参加诉讼，在普通的共同诉讼中可以另行起诉。	
		人数不确定的 ¹⁸	适用条件
	特殊程序		1. 人民法院可以发出公告。 2. 向人民法院登记的当事人，应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害，不能证明的，不予登记，但可另行起诉。 3. 人民法院作出的判决、裁定，对参加登记的全体权利人发生法律效力。 【考点提示】裁判扩张程序：未参加登记的权利人在诉讼时效期间内提起诉讼，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。

18 (2011-48) 某企业使用霉变面粉加工馒头，潜在受害人不可确定。甲、乙、丙、丁等20多名受害者提起损害赔偿诉讼，但未能推选出诉讼代表人。法院建议由甲、乙作为诉讼代表人，但丙、丁等人反对。关于本案，下列哪一选项是正确的？
A. 丙、丁等人作为诉讼代表人参加诉讼
B. 丙、丁等人推选代表人参加诉讼
C. 诉讼代表人由法院指定
D. 在丙、丁等人不认可诉讼代表人情况下，本案裁判对丙、丁等人没有约束力

【总结：各个诉讼主体的行为效力问题】

普通共同诉讼	其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生法律效力。
必要共同诉讼	其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生法律效力。
代表人诉讼 ¹⁹	除特定的对实体权利的处分外，代表人的诉讼行为对其所代表的当事人当然发生法律效力。 【注意】代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人诉讼请求，进行和解必须经被代表的当事人同意。

五、第三人

概念	第三人，是指对他人争议的诉讼标的有独立的请求权，或者虽然没有独立的请求权，但是案件的处理结果与其有法律上的利害关系，为了维护自己合法权益而参加到原被告正在进行的诉讼中的人。		
分类	有独三 ²⁰	参诉条件	(1) 对本诉的诉讼标的有独立的请求权； (2) 在本诉进行中提起；
		参诉方式	以起诉的方式参加。
		参诉地位	以本诉的原告和被告作为被告提起诉讼，有独立请求权的第三人在诉讼中的地位相当于原告。 【注意】有独立请求权的第三人实质上是参加之诉的原告，享有与本诉原告相同的诉讼权利（一个例外）。 【考点提示】如果有独立请求权的第三人申请撤销参加之诉，本诉可以继续审理；本诉原告申请撤销本诉，有独立请求权的第三人作为另案原告，原案原告、被告作为另案被告，诉讼另行进行。 【示例】人民法院审理重婚导致的无效婚姻案件时，涉及财产处理的，应当准许合法婚姻当事人作为有独立请求权第三人参加诉讼。

19 （2008-48）A 厂生产的一批酱油由于香精投放过多，对人体有损害。报纸披露此消息后，购买过该批酱油的消费者纷纷起诉 A 厂，要求赔偿损失。甲和乙被推选为诉讼代表人参加诉讼。下列哪一选项是正确的？

- A. 甲和乙因故不能参加诉讼，法院可以指定另一名当事人为诉讼代表人代表当事人进行诉讼
- B. 甲因病不能参加诉讼，可以委托一至两人作为诉讼代理人，而无需征得被代表的当事人的同意
- C. 甲和乙可以自行决定变更诉讼请求，但事后应当及时告知其他当事人
- D. 甲和乙经超过半数原告方当事人同意，可以和 A 厂签订和解协议

20 （09-39）甲与乙对一古董所有权发生争议诉至法院。诉讼过程中，丙声称古董属自己所有，主张对古董的所有权。下列哪一说法正确？

- A. 如丙没有起诉，法院可以依职权主动追加其作为有独立请求权第三人
- B. 如丙起诉后认为受案法院无管辖权，可以提出管辖权异议
- C. 如丙起诉后经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，应当视为撤诉
- D. 如丙起诉后，甲与乙达成协议经法院同意而撤诉，应当驳回丙的起诉

分类	无独三 ²¹	参诉条件	(1) 案件的处理结果与其有法律上的利害关系； (2) 本诉正在进行。 【注意】第三人参诉一般是在第一审程序中参加，但是根据修改后的司法解释规定，第一审程序中未参加诉讼的第三人，申请参加第二审程序的，人民法院可以准许。
		参诉方式	申请或者由人民法院通知其参加诉讼
		参诉地位	(1) 有权行使的诉讼权利：如提供证据、委托诉讼代理人、申请回避、进行辩论等。 (2) 无权行使的诉讼权利：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与和解。 (3) 附条件行使的诉讼权利：是否可以行使上诉权与对调解的同意权以及对调解书的签收权，取决于是否由其直接承担义务。
		追加情形	(1) 原用人单位起诉劳动者，列新单位为无独三；原用人单位起诉新单位，列劳动者为无独三。 (2) 连环合同引起的诉讼。 (3) 三角债务引起代位权诉讼，债务人为无独三。 (4) 撤销权诉讼，诉债务人，受益人为无独三。 (5) 合同转让中的第三人。
		不得追加情形	(1) 与原、被告双方争议标的无直接牵连和不负有返还或赔偿义务的人。 (2) 与原告或被告约定仲裁或者约定管辖的案外人，或专属管辖案件的一方当事人。 (3) 产品质量纠纷案件中对原、被告之间法律关系之外的以下人员，证据已证明其已经提供了合同约定或符合法律规定的产品的；或者案件中的当事人未在规定的质量异议期间提出异议的；或者作为案件中的收货方已经认可该产品质量的。 (4) 已经履行了义务，或依法取得了一方当事人的财产，并支付了相应的对价的原被告之间法律关系以外的人。

21 (2011-80) 关于无独立请求权第三人，下列哪些说法是错误的？

- A. 无独立请求权第三人在诉讼中有自己独立的诉讼地位
- B. 无独立请求权第三人有权提出管辖异议
- C. 一审判决没有判决无独立请求权第三人承担民事责任的，无独立请求权的第三人不可以作为上诉人或被上诉人
- D. 无独立请求权第三人有权申请参加诉讼和参加案件的调解活动，与案件原、被告达成调解协议

【第三人权利的救济】

第三人 撤销之诉 ²²	提起条件	第 56 条规定：前两款规定的第三人，因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。 【注意】人民法院应当对第三人提交的起诉状、证据材料以及对方当事人的书面意见进行审查。必要时，可以询问双方当事人。
	消极范围	对下列情形提起第三人撤销之诉的，人民法院不予受理： (1) 适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序等非讼程序处理的案件； (2) 婚姻无效、撤销或者解除婚姻关系等判决、裁定、调解书中涉及身份关系的内容； (3) 民事诉讼法第 54 条规定的未参加登记的权利人对代表人诉讼案件的生效裁判； (4) 民事诉讼法第 55 条规定的损害社会公共利益行为的受害人对公益诉讼的生效裁判。
	当事人确定	第三人提起撤销之诉，人民法院应当将该第三人列为原告，生效判决、裁定、调解书的当事人列为被告，但生效判决、裁定、调解书中没有承担责任的无独立请求权的第三人列为第三人。
	处理	受案人民法院经审理，诉讼请求成立的，应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书；诉讼请求不成立的，驳回诉讼请求。
	程序要求	(1) 人民法院对第三人撤销之诉案件，应当组成合议庭开庭审理。 (2) 第三人撤销之诉的提起原则不应当中止对原裁判的执行。 例外：人民法院受理第三人撤销之诉案件后，原告提供相应担保，请求中止执行的，人民法院可以准许。
	救济模式的关系	(1) 第三人撤销之诉案件审理期间，人民法院对生效判决、裁定、调解书裁定再审的，受理第三人撤销之诉的人民法院应当裁定将第三人的诉讼请求并入再审程序。但有证据证明原审当事人之间恶意串通损害第三人合法权益的，人民法院应当先行审理第三人撤销之诉案件，裁定中止再审理。 (2) 第三人提起撤销之诉后，未中止生效判决、裁定、调解书执行的，执行法院对第三人依照民事诉讼法规定提出的执行异议，应予审查。第三人不服驳回执行异议裁定，申请对原判决、裁定、调解书再审的，人民法院不予受理。 案外人对人民法院驳回其执行异议裁定不服，认为原判决、裁定、调解书内容错误损害其合法权益的，应当根据民事诉讼法第 227 条规定申请再审，提起第三人撤销之诉的，人民法院不予受理。

22 (2014-41) 关于第三人撤销之诉，下列哪一说法是正确的？

- A. 法院受理第三人撤销之诉后，应中止原裁判的执行
B. 第三人撤销之诉是确认原审裁判错误的确认之诉

【比较有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人】²³

对比内容	有独立请求权的第三人	无独立请求权的第三人
(1) 参诉根据不同	主张独立的请求权	认为有法律上的利害关系
(2) 参诉方式不同	起诉	申请或被人民法院追加
(3) 诉讼地位不同	原告	辅助人
(4) 权利不同	享有原告所有权利 (除管辖权异议)	无权提出管辖权异议、无权放弃、变更诉讼请求，无权请求和解；是否有权上诉和签收调解书取决于是否直接承担责任。

【比较有独立请求权的第三人与必要共同诉讼人】

对比内容	有独立请求权的第三人	必要共同诉讼人
参诉依据	有独立的请求权	存在共同的权利义务关系
参诉地位	参加之诉的原告	可以为共同原告，也可以为共同被告
参诉方式	主动参加，即起诉方式	可以主动参加，也可以被人民法院依职权追加
参诉时间	原则上一审开始后，法辩终结前	可以在一审、二审、审判监督程序的各阶段参加
参诉目的	仅维护自己的合法权益	维护自己以及共同诉讼人的合法权益
争议对象	本诉的原、被告双方当事人	对方当事人

C. 第三人撤销之诉由原审法院的上一级法院管辖，但当事人一方人数众多或者双方当事人为公民的案件，应由原审法院管辖

D. 第三人撤销之诉的客体包括生效的民事判决、裁定和调解书

23 （2010-41）甲为有独立请求权第三人，乙为无独立请求权第三人，关于甲、乙诉讼权利和义务，下列哪一说法是正确的？

- A. 甲只能以起诉的方式参加诉讼，乙以申请或经法院通知的方式参加诉讼
- B. 甲具有当事人的诉讼地位，乙不具有当事人的诉讼地位
- C. 甲的诉讼行为可对本诉的当事人发生法律效力，乙的诉讼行为对本诉的当事人不发生法律效力
- D. 任何情况下，甲有上诉权，而乙无上诉权

第六讲 诉讼代理人

法定代理人 ²⁴	如何确定	(1) 无诉讼行为能力的当事人的监护人是他的法定代理人。 (2) 多位监护人之间互相推诿, 由人民法院指定其中一人代为诉讼。 (3) 事先没有确定监护人的, 可由有资格的人协商, 协商不成, 由法院指定。
	代理权限	享有当事人的所有诉讼权利, 也应当履行当事人的诉讼义务。(全权代理)
	诉讼地位	法定代理人不是当事人, 当事人仍然是无诉讼行为能力人本人。 【新增法条】修改后的民诉法司法解释第六十七条规定: 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的, 无民事行为能力人、限制民事行为能力人及其监护人为共同被告。
委托代理人	谁来委托	当事人、法定代理人、代表人诉讼中的代表人。
	委托谁	律师、基层法律服务工作者; 当事人的近亲属或 <u>工作人员</u> ; 当事人所在 <u>社区</u> 、单位以及有关社会团体推荐的公民。 【注意】修改后的《民事诉讼法》删除了经法院许可的其他公民可作为代理人的规定。 【注意】无民事行为能力人、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, 当事人不得委托其作为诉讼代理人。
	代理权限	A 一般授权: 委托代理人依据委托当然享有程序性的诉讼权利, 如申请回避、 <u>管辖权异议</u> 等, 但不能享有具有处分实体权利性质的诉讼权利。 B 特别授权: 实体性的诉讼权利, 如代为承认、放弃、变更诉讼请求, 进行和解(包括执行和解), 提起反诉或者上诉, 必须有委托人的特别授权。 【考点提示】在委托授权书上写“全权代理”, 但未写明具体授权范围的, 视为一般授权。

24 (2011-82) 关于法定诉讼代理人, 下列哪些认识是正确的?

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

第七讲 民事证据

一、证据概述

1. 概念	民事证据是指人民法院依照法定程序经过审查判断，采纳作为认定案件真实情况事实的材料。 证据材料是指当事人收集并向人民法院提供的或人民法院依法收集的能够证明案件真实情况的事实资料。 【注意】证据材料先于民事证据，证据材料只有经过法定程序被法院采纳作为认定案件事实依据时才能称为证据。
2. 特征	(1) 客观性——对客观存在的客观反映。 (2) 关联性——与待证事实存在一定的内在联系。 (3) 合法性： ① 证据的形式合法。 ② 收集证据的手段与程序合法。在我国，人民法院调查收集证据，应当由两人以上共同进行。至于当事人、诉讼代理人收集证据的合法性，修改后的《民诉解释》第 106 条规定，对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或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。 ③ 证据材料转化为民事证据的程序合法。即证据材料转化为诉讼证据必须经过法律规定的质证程序。 例外：对于人民法院依职权调查的证据应当在庭审时出示，听取当事人意见，并可就调查收集该证据的情况予以说明。

二、证据的法定种类（注意与理论分类区别开来）

书证	指以文字、符号、图形等形式所记载的内容或者表达的思想来证明案件事实的证据。 【注意】书证的本质特征是以具体物质载体中的文字、符号、图案等所记载的内容证明案件事实。 【注意】当事人提交书证应当提交原件。如需自己保存书证原件或者提供原件确有困难的，可以提供经人民法院核对无异的复制件。 【关联考点】文书提出命令制度：根据《民事诉讼法解释》第 112 条规定：“书证在对方当事人控制之下的，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。申请理由成立的，人民法院应当责令对方当事人提交，因提交书证所产生的费用，由申请人负担。对方当事人无正当理由拒不提交，人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。” 【注意】对方当事人否认控制书证的，人民法院应当根据法律规定、习惯等因素，结合案件的事实、证据，对于书证是否在对方当事人控制之下的事实作出综合判断。 《民事诉讼法解释》第 113 条规定，持有书证的当事人以妨碍对方当事人使用为目的，毁灭有关书证或者实施其他致使书证不能使用行为的，人民法院可依照《民事诉讼法》第 111 条规定，对其处以罚款、拘留。并可以认定对方当事人主张以该书证证明的事实为真实。 【关联法条】《新修证据规定》第 47 条关于“控制书证的当事人应当提供书证”的情形规定。
----	--

物证	物证是指以其自身的外形、特征、质量、性能、痕迹等来证明案件事实的证据。	
视听资料	<p>视听资料是指以利用录像或者录音磁带所反映的图像、音响等证明案件事实的证据，具体包括录音资料和影像资料。</p> <p>【关联考点】视听资料与书证、物证的区别</p> <p>1、视听资料与书证的区别：视听资料与书证均是以其记载的内容作为证据来证明待证事实。两者的区别主要是：直观性不同。书证具有直观性；而视听资料则具有非直观性。</p> <p>2、视听资料与物证的区别：视听资料是以通过特殊设备存贮的资料证明待证事实，而物证则是以物品自身的外部特征或者内在属性来证明待证事实。</p>	
证人证言	概念	知道案情的人就其所了解的案件事实向法院所做的陈述。
	证人的资格	<p>(1) 证人必须是当事人、诉讼代理人以外的人。</p> <p>(2) 证人必须是了解案件事实的人。</p> <p>(3) 证人必须能够正确表达意思。</p> <p>【陷阱点拨】待证事实与其年龄、智力状况或者健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。</p> <p>(4) 证人包括单位与个人。</p> <p>【注意】本案的诉讼代理人、审判人员、书记员、鉴定人员、翻译人员、勘验人员不能作为本案的证人，即证人的身份不得具有重合性。</p>
	出庭的启动	<p>(1) 依当事人的申请：当事人申请证人出庭作证的，应当在举证期限届满前提出；</p> <p>(2) 法院职权通知：属于人民法院依职权收集证据情形的，人民法院应当依职权通知证人出庭作证。</p> <p>【注意】未经人民法院通知，证人不得出庭作证，但双方当事人同意并经人民法院准许的除外。</p> <p>【关联法条】《新修证据规定》第 68 条：人民法院应当要求证人出庭作证，接受审判人员和当事人的询问。证人在审理前的准备阶段或者人民法院调查、询问等双方当事人在场时陈述证言的，视为出庭作证。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。<u>无正当理由未出庭的证人以书面等方式提供的证言，不得作为认定案件事实的根据。</u></p>
	出庭的例外	<p>第 73 条规定，有下列情形之一的，经人民法院许可，可通过书面证言、视听传输技术或视听资料等方式作证：</p> <p>(1) 因健康原因不能出庭的；</p> <p>(2) 因路途遥远，交通不便不能出庭的；</p> <p>(3) 因自然灾害等不可抗力不能出庭的；</p> <p>(4) 其他有正当理由不能出庭的。</p>

证人证言	作证要求	(1) 证人应当客观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。 (2) 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进行。 证人应当就其作证的事项进行连续陈述。（人证导出方式——会话式与问答式）
	费用负担	(1) 原则规定：由败诉一方当事人负担； (2) 当事人申请证人作证的，由该当事人先行垫付； (3) 人民法院通知证人作证的，由人民法院先行垫付。
	保证书制度 ²⁵	人民法院在证人出庭作证前应当告知其如实作证的义务以及作伪证的法律后果，并责令其签署保证书， <u>但无民事行为能力人和限制民事行为能力人除外。</u> 【注意】证人签署保证书适用关于当事人签署保证书的规定。 <u>证人拒绝签署保证书的，不得作证，并自行承担相关费用。</u>
当事人的陈述	当事人的陈述不能单独作为认定案件事实的依据。 【新增考点】询问当事人的保证书制度：即人民法院认为有必要的，可以要求当事人本人到庭，就案件有关事实接受询问。在询问当事人之前，可以要求其签署保证书。保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。当事人应当在保证书上签名或者捺印。负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、 <u>拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定。</u> 【关联法条】《新修证据规定》第 66 条：当事人无正当理由拒不到场、拒不签署或宣读保证书或者拒不接受询问的， <u>人民法院应当综合案件情况，判断待证事实的真伪。待证事实无其他证据证明的，人民法院应当作出不利于该当事人的认定。</u>	

25 （2015-79）张志军与邻居王昌因琐事发生争吵并相互殴打，之后，张志军诉至法院要求王昌赔偿医药费等损失共计 3000 元。在举证期限届满前，张志军向法院申请事发时在场的方强（26 岁）、路芳（30 岁）、蒋勇（13 岁）出庭作证，法院准其请求。开庭时，法院要求上列证人签署保证书，方强签署了保证书，路芳拒签保证书，蒋勇未签署保证书。法院因此允许方强、蒋勇出庭作证，未允许路芳出庭作证。张志军在开庭时向法院提供了路芳的书面证言，法院对该证言不同意组织质证。关于本案，法院的下列哪些做法是合法的？

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

鉴定意见 ²⁶	概念	鉴定意见是人民法院聘请或者当事人自己委托的鉴定机构对专门性问题经过鉴定后做出的结论性意见。（可依申请，可依职权）
	申请时间	《证据规定》第 25 条规定，当事人申请鉴定，应当在人民法院指定的期间内提出，并预交鉴定费用。
	鉴定机构确定	修改后的《民事诉讼法》第 76 条规定，当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人；协商不成的，由人民法院指定。
	出庭	修改后的《民事诉讼法》第 78 条规定，当事人对鉴定意见有异议或人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。人民法院应当建议有关主管部门或组织对拒不出庭作证的鉴定人予以处罚。 【关联考点】当事人因鉴定人拒不出庭作证申请重新鉴定的，人民法院应当准许。
	保证书	鉴定开始之前，人民法院应当要求鉴定人签署承诺书。承诺书中应当载明鉴定人保证客观、公正、诚实地进行鉴定，保证出庭作证，如作虚假鉴定应当承担法律责任等内容。
	申请重新鉴定	当事人申请重新鉴定，存在下列情形之一的，人民法院应当准许： (1) 鉴定人不具备相应资格的； (2) 鉴定程序严重违法的； (3) 鉴定意见明显依据不足的； (4) 鉴定意见不能作为证据使用的其他情形。 【注意】对鉴定意见的瑕疵，可以通过补正、补充鉴定或者补充质证、重新质证等方法解决的，人民法院不予准许重新鉴定的申请。重新鉴定的，原鉴定意见不得作为认定案件事实的根据。
	出庭费用	鉴定人出庭费用按照证人出庭作证费用的标准计算，由败诉的当事人负担。因鉴定意见不明确或者有瑕疵需要鉴定人出庭的，出庭费用由其自行承担。
	自行鉴定效力	对于一方当事人就专门性问题自行委托有关机构或者人员出具的意见，另一方当事人有证据或者理由足以反驳并申请鉴定的，人民法院应予准许。

26 （2013-50）甲公司诉乙公司专利侵权，乙公司是否侵权成为焦点。经法院委托，丙鉴定中心出具了鉴定意见书，认定侵权。乙公司提出异议，并申请某大学燕教授出庭说明专业意见。关于鉴定的说法，下列哪一选项是正确的？

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

鉴定意见	专家辅助人	<p>修改后的《民事诉讼法》第 79 条规定，当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。</p> <p>【注意】(1) 具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人的陈述。</p> <p>(2) 人民法院准许当事人申请的，相关费用由提出申请的当事人负担，即“谁申请，谁负担”。（不同于证人出庭作证的费用负担）</p> <p>(3) 人民法院可以对出庭的具有专门知识的人进行询问。经法庭准许，当事人可以对出庭的具有专门知识的人进行询问，当事人各自申请的具有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质。具有专门知识的人不得参与对鉴定意见质证或专业问题发表意见之外的法庭审理活动。</p>
勘验笔录		<p>勘验是一种人民法院收集证据的活动，是对证据的固定和保全。因此，勘验必须由法院的审判人员和其他人员依照法定程序进行。（可依申请，可依职权）</p> <p>【陷阱点拨】勘验必须由法院的审判人员和其他人员依照法定程序进行，因此交警的事故责任认定书不属于这里的勘验笔录。</p>
电子数据		<p>电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。</p> <p>【注意】存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用电子数据的规定。</p>

三、证据的理论分类

1. 本证与反证 ²⁷	分类标准	按照证明责任来划分，即谁主张积极事实，谁承担证明责任。
	分类	本证是负有举证责任的当事人所提出的能证明其主张成立的证据材料；
		反证是指不负有举证责任的当事人为推翻或反驳对方的主张，以证据证明相反事实存在的证据材料。
	提示	<p>(1) 本证与反证与当事人的诉讼地位无关，本证与反证的根本作用在于是肯定自己主张所依据的事实，还是否定对方主张所依据的事实。</p> <p>(2) 本证通常先于反证提出，反证提出的目的在于削弱、动摇本证对待证事实的证明力。</p> <p>(3) 有时同一证据可能既是本证，又是反证。</p> <p>(4) 反证与证据抗辩，从其目的上看是一致的，都是为了反驳对方当事人，其区别在于反证体现为独立的证据，而证据抗辩不是独立的证据，仅仅体现为对对方所提供证据的真实性提出的言词抗辩。</p>

27 (07-81) 原告告诉被告返还借款 5 万元，为证明这一事实，原告向法院提交了被告书写的“借据”；被告则主张“借款已经清偿”，并向法院出示了原告交给他的“收据”。关于原、被告双方的证据，下列哪些选项是正确的？

- A. “借据”是本证，“收据”是反证 B. “借据”是本证，“收据”也是本证
C. “借据”是直接证据，“收据”是间接证据 D. “借据”是直接证据，“收据”也是直接证据

2. 直接证据与间接证据 ²⁸	分类标准	根据证据与待证事实之间的关系，可以将证据分为直接证据和间接证据。
	分类	直接证据，是指能够直接证明案件待证事实的证据；
		间接证据，是指不能直接或单独证明案件待证事实需要与其他证据结合起来的证据。
	提示	<p>【陷阱点拨】《证据规定》69条规定了一些不能单独作为定案依据的证据，但是不等于说这些证据就是间接证据。只要能够单独证明某个待证事实仍然可能成为直接证据。</p> <p>【例如】无法与借据原件核对的复印件可以直接证明借款事实存在，却不能单独定案。</p>
3. 原始证据与传来证据	分类标准	根据是否直接来源于案件事实。
	分类	原始证据是指直接来源于案件事实的证据，即通常所说的“第一手材料”；
		传来证据，又称为派生证据，指不直接来源于案件事实，而是通过传抄、转述、复制后所获得的证据。
	提示	划分两者的意义在于原始证据的证明效力一般高于派生证据，因此，有助于促使当事人尽可能地收集原始证据。

28 (2010-83) 周某与某书店因十几本工具书损毁发生纠纷，书店向法院起诉，并向法院提交了被损毁图书以证明遭受的损失。关于本案被损毁图书，属于下列哪些类型的证据？

A. 直接证据 B. 间接证据 C. 书证 D. 物证

第八讲 民事诉讼中的证明

一、证明对象

是指在当事人之间存在争议，而由诉讼参与人和法院运用证据加以证明的，对案件的解决有法律意义的事实。

具体包括：实体法事实、程序法事实、证据事实、外国法律、地方性法规与习惯等。

二、不需要证明的事实

1、自然规律以及定理、定律。（绝对免证事实）
2、众所周知的事实。
3、根据法律规定推定的事实。
4、根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实。
5、已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实。
6、已为人民法院的生效裁判所确认的基本事实。
7、已为有效公证文书所证明的事实。
8、自认的事实。

三、自认制度²⁹

1. 自认的对象	仅限于事实。
2. 自认的效果	一方当事人在法庭审理中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中承认于己不利的事实的，不仅要受自己承认行为的约束，而且另一方当事人无需举证。
3. 自认的范围	(1) 涉及身份关系的案件不能适用自认制度。如涉及收养关系、婚姻关系等案件。 【陷阱点拨】和婚姻等身份关系相关的财产分割等问题可以适用自认。 (2) 涉及国家利益、社会公共利益或他人合法权益等应由法院依职权调查的事实不适用自认。 (3) 在诉讼中当事人为了达成调解协议或者和解的目的而做出的妥协所涉及的对事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据，法律另有规定或者当事人均同意的除外。 (4) 自认的事实与查明的事实不符的，人民法院不予确认。

29 （2015-40）下列哪一情形可以产生自认的法律后果？

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

4. 自认的方式	明示自认	一方当事人对另一方当事人陈述的于己不利事实明确承认的，另一方当事人无需举证。
	默示自认	即对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或否定的，视为对该项事实的承认。
	诉讼代理人的自认	(1) 当事人委托代理人参加诉讼的，除授权委托书明确排除的事项外，代理人的承认视为当事人的承认。 (2) 当事人在场对诉讼代理人的自认明确否认的，不视为自认。
	共同诉讼中的自认	(1) 普通共同诉讼中，共同诉讼人中一人或者数人作出的自认，对作出自认的当事人发生法律效力。 (2) 必要共同诉讼中，共同诉讼人中一人或者数人作出自认而其他共同诉讼人予以否认的，不发生自认的效力。其他共同诉讼人既不承认也不否认，经审判人员说明并询问后仍然不明确表示意见的，视为全体共同诉讼人的自认。
	有所限制或附加条件自认	一方当事人对于另一方当事人主张的于己不利的事实有所限制或者附加条件予以承认的，由人民法院综合案件情况决定是否构成自认。
5. 自认的撤销	有下列情形之一的，当事人在法庭辩论终结前撤销自认的，人民法院应当准许： （一）经对方当事人同意的；（二）自认是在受胁迫或重大误解情况下作出的。 人民法院准许当事人撤销自认的，应当作出口头或者书面裁定。	

四、证明责任和证明标准

一般分配 ³⁰	原则——“谁主张，谁举证” 【注意】 “谁主张，谁举证”的原则可以进一步细化为“主张积极事实，该积极事实作为证明对象，主张者有证明责任，而主张消极事实，该消极事实不作为证明对象，主张者无证明责任”。	
	1. 一般侵权	由原告就以下要件负举证责任，被告不负举证责任。 (1) 侵权行为 (2) 损害结果 (3) 因果关系 (4) 过错
	2. 合同纠纷	(1) 主张合同成立、生效一方对合同订立、生效事实承担举证责任； (2) 主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方对引起合同关系变动的事实承担举证责任。 (3) 对合同是否履行发生争议，由负履行义务的当事人承担举证责任。 (4) 对代理权发生争议的，由主张有代理权的一方承担举证责任。
	3. 劳动争议	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。

30 （2012-37）甲路过乙家门口，被乙叠放在门口的砖头砸伤，甲起诉要求乙赔偿。关于本案的证明责任分配，下列哪一说法是错误的？

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

特殊案件举证 (侵权)	1. 专利侵权	被告对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任(唯一的侵权行为被告举证类型)
	2. 高度危险作业	被告就受害人故意造成损害的事实承担举证责任 【关联法条】《侵权责任法》对高度危险作业的相关问题做出了如下具体规定： (1)《侵权责任法》第73条规定，从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的，经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有过失的，可以减轻经营者的责任。 (2)《侵权责任法》第70条规定，民用核设施发生核事故造成他人损害的，民用核设施的经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因战争等情形或者受害人故意造成的，不承担责任。 (3)《侵权责任法》第71条规定，民用航空器造成他人损害的，民用航空器的经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意造成的，不承担责任。 (4)《侵权责任法》第72条规定，占有或者使用易燃、易爆、剧毒、放射性等高度危险物造成他人损害的，占有人或者使用人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻占有人或者使用人的责任。
	3. 环境污染	被告就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任； 【关联法条】《侵权责任法》第66条规定，因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的不承担责任或者减轻责任的事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。
	4. 高空坠物 ³¹	被告就自己无过错承担举证责任。 【关联法条】《侵权责任法》第85条的规定，建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。 《侵权责任法》第87条规定，从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。

31 (03-21) 甲与同事丙路过一居民楼时，三楼乙家阳台上的花盆坠落，砸在甲的头上，致其脑震荡，共花费医疗费1万元。甲以乙为被告诉至法院要求赔偿，而乙否认甲受伤系自家花盆坠落所致。对这一争议事实，应由谁承担举证责任？

A. 甲承担举证责任 B. 甲、乙均应承担举证责任 C. 乙承担举证责任 D. 丙作为证人承担举证责任

特殊案件举证 (侵权)	5. 饲养动物 致损	被告就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任。 【关联法条】 《侵权责任法》第 78 条规定，饲养动物致人损害的侵权诉讼，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。
	6. 缺陷产品	被告就法律规定的免责事由承担举证责任；
	7. 共同危险 ³²	被告就不存在因果关系承担举证责任
	8. 医疗行为	被告就不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。 【新增法条】 2017 年《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条规定：患者依据侵权责任法第五十四条规定主张医疗机构承担赔偿责任的，应当提交到该医疗机构就诊、受到损害的证据。 患者无法提交医疗机构及其医务人员有过错、诊疗行为与损害之间具有因果关系的证据，依法提出医疗损害鉴定申请的，人民法院应予准许。 【注意】 医疗侵权纠纷中因果关系不再实行举证责任倒置。 【关联法条】 《侵权责任法》第 58 条规定，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例资料；(3) 伪造、篡改或者销毁病例资料。 《侵权责任法》第 60 条规定，患者有损害，因下列情形之一的，医疗机构不承担赔偿责任：(1) 患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗；(2) 医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理的诊疗义务；(3) 限于当时的医疗水平难以诊疗。在第一种情形中，医疗机构及其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任。
法院裁量	在法律没有具体规定，依法无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任承担。	

32 (08-80) 三个小孩在公路边玩耍，此时，一辆轿车急速驶过，三小孩捡起石子向轿车扔去，坐在后排座位的刘某被一石子击中。刘某将三小孩起诉至法院。关于本案举证责任分配，下列哪些选项是正确的？

- A. 刘某应对三被告向轿车投掷石子的事实承担举证责任
- B. 刘某应对其所受损失承担举证责任
- C. 三被告应对投掷石子与刘某所受损害之间不存在因果关系承担举证责任
- D. 三被告应对其主观没有过错承担举证责任

证明标准	<p>修改后的民诉法司法解释明确了民事诉讼中的证明标准问题。</p> <p>第 108 条规定了“高度可能性”的一般证明标准：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。</p> <p>【关联法条】《新修证据规定》第 86 条第 2 款：与诉讼保全、回避等程序事项有关的事实，人民法院结合当事人的说明及相关证据，认为有关事实存在的可能性较大的，可以认定该事实存在。</p> <p>第 109 条规定了“能够排除合理怀疑”的一般证明标准之例外：即当事人对欺诈、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。</p>
------	--

五、证明程序

（一）证据保全

诉前 证据保全	适用条件	证据可能灭失；证据可能以后难以取得。
	启动方式	利害关系人申请。
	担保	利害关系人应当提供担保。
	申请法院	修改后的《民事诉讼法》第 81 条第 2 款规定，因情况紧急，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或对案件有管辖权的人民法院申请保全证据。
	解除保全	申请人在人民法院采取保全措施后 30 日内不起诉的，人民法院应当解除保全措施。
诉中 证据保全	适用条件	证据可能灭失；证据可能以后难以取得。
	启动方式	当事人申请或者人民法院依职权。
	申请期限	不得迟于 <u>举证期限届满前</u> 提交书面申请。
	担保	<p>人民法院可以要求申请人提供相应的担保。</p> <p>【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。</p>

（二）人民法院调查收集证据

(1) 法院依职权调查收集证据	<ol style="list-style-type: none"> 1. 涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实； 2. 涉及身份关系的； 3. 涉及公益诉讼的； 4. 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。
-----------------	--

(2) 法院依申请调查收集证据	<p>应当在举证期限届满前提交书面申请。</p> <p>【注意】当事人申请调查收集的证据，与待证事实无关联、对证明待证事实无意义或者其他无调查收集必要的，人民法院不予准许。</p>
-----------------	--

(三) 举证时限

1、举证时限的确定	<p>举证期限有两种确定方式：</p> <p>(1) 当事人协商，并经人民法院准许；</p> <p>(2) 人民法院指定。</p> <p>【注意】人民法院确定举证期限，第一审普通程序案件不得少于 15 日，当事人提供新的证据的第二审案件不得少于 10 日。适用简易程序审理的案件不得超过 15 日，小额诉讼案件的举证期限一般不得超过 7 日。</p> <p>【注意】举证期限届满后，当事人提供反驳证据或者对已经提供的证据的来源、形式等方面的瑕疵进行补正的，人民法院可以酌情再次确定举证期限，该期限不受前款规定的期间限制。</p> <p>【关联法条】《新修证据规定》第 55 条关于“举证期限具体确定方式”的细化规范。</p>
2、举证期限的变更	<p>当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许根据案件的具体情况重新指定举证期限。</p>
3、举证期限的延长	<p>(1) 当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，可以在举证期限内向人民法院书面申请延长期限，理由成立的，人民法院应当根据当事人的申请适当延长，延长的举证期限适用于其他当事人。</p> <p>(2) 再次申请延长举证期限：当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的，可以再次提出延期申请，是否准许由人民法院决定。</p>
4、举证时限的效力	<p>(1) 当事人逾期提供证据的，人民法院应<u>责令其说明理由，必要时可以要求其提供相应的证据</u>；</p> <p>(2) 拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以<u>不予采纳该证据，或采纳该证据但予以训诫、罚款</u>，具体而言：</p> <p>① 当事人因客观原因逾期提供证据，或对方当事人对逾期提供证据未提出异议的，视为未逾期。</p> <p>② 当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并依照民事诉讼法的规定予以训诫、罚款。</p> <p>③ 当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。</p> <p>(3) 举证期限还决定了当事人申请人民法院调查收集证据（举证时限届满前）以及申请证人出庭作证的期限（举证时限届满前）。</p>

5、“新证据”界定	一审的“新证据” (开庭前或开庭时提出)	(1) 当事人在一审举证期限届满后新发现的证据； (2) 当事人确因客观原因无法在举证期限内提供，经人民法院准许，在延长的期限内仍无法提供的证据。
	二审的“新证据” (开庭前或开庭时提出)	(1) 一审庭审结束后新发现的证据； (2) 当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。
	审判监督程序的“新证据” (申请再审时提出)	(1) 在原审庭审结束前已经存在，因客观原因于庭审结束后才发现的； (2) 在原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或者在规定的期限内不能提供的； (3) 在原审庭审结束后形成，无法据此另行提起诉讼的； (4) 再审申请人提交的证据在原审中已经提供，原审人民法院未组织质证且未作为裁判根据的。

(四) 证据交换

1. 证据交换的时间	证据交换的时间应当 <u>在答辩期间届满后，开庭审理前</u> 进行，并由 <u>审判人员</u> 主持。
2. 证据交换的启动	(1) 经当事人申请 (2) 人民法院依职权组织：证据较多或复杂疑难案件。
3. 交换时间的确定	(1) 可以由当事人协商一致并经人民法院认可； (2) 可以由人民法院指定。
4. 证据交换日期与举证期限的关系	(1) 人民法院组织当事人交换证据的，交换证据之日举证期限届满； (2) 当事人申请延期举证经人民法院准许的，证据交换日相应顺延。
5. 再次证据交换	当事人收到对方的证据后有反驳证据需要提交的，人民法院应当再次组织证据交换。

(五) 质证

1. 质证的概念	当事人围绕证据的客观性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行质疑、说明和辩驳。
2. 质证的主体	质证的主体范围包括当事人、诉讼代理人和第三人。 【陷阱点拨】法院是证据认定的主体，不是质证的主体，即便是法院依职权调取的证据。

3. 质证的对象 ³³	当事人向法院提出的证据，包括依当事人的申请由法院调查收集的证据。 【陷阱点拨】(1) 法院依职权调取的证据不属于质证对象。但应当在庭审时出示，由审判人员对收集证据的情况进行说明后，听取当事人的意见。 (2) 当事人在审理前的准备阶段(如证据交换)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。(免于质证)
4. 质证的原则 ³⁴	原则：公开质证，证据应当在法庭上出示，由当事人质证。 例外：涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或法律规定的其他保密情形，不得在开庭时公开质证。

(六) 认证

1. 不能单独定案的证据	①当事人的陈述； ②无限行为能力人所作的与其年龄、智力状况或精神健康状况不相称的证言 ³⁵ ； ③与一方当事人或其代理人有利害关系的证人陈述的证言； ④存有疑点的视听资料、电子数据； ⑤无法与原件、原物核对的复印件、复制品。
2. 不利推定问题	一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以认定该主张成立。
3. 非法证据排除	以侵害他人合法权益或违反法律禁止性规定或严重违背公序良俗的方法形成或获取的证据，不能作为认定案件事实的依据。
4. 和解认可的证据效力	在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据，法律另有规定或者当事人均同意的除外。

33 (2012-40) 关于民事案件的开庭审理，下列哪一选项是正确的？

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

34 (2013-85) 高某诉张某合同纠纷案，终审高某败诉。高某向检察院反映，其在一审中提交了偷录双方谈判过程的录音带，其中有张某承认货物存在严重质量问题的陈述，足以推翻原判，但法院从未组织质证。对此，检察院提起抗诉。关于再审程序中证据的表述，下列哪些选项是正确的？

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

35 (2017-79) 杨青(15岁)与何翔(14岁)两人经常嬉戏打闹，一次，杨青失手将何翔推倒，致何翔成了植物人。当时在场的还有何翔的弟弟何军(11岁)。法院审理时，何军以证人身份出庭。关于何军作证，下列哪些说法不能成立？

- A. 何军只有11岁，无诉讼行为能力，不具有证人资格，故不可作为证人
- B. 何军是何翔的弟弟，应回避
- C. 何军作为未成年人，其所有证言依法都不具有证明力
- D. 何军作为何翔的弟弟，证言具有明显的倾向性，其证言不能单独作为认定案件事实的根据

5. 证明力大小排序	<p>(1) 国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证；</p> <p>【注意】国家机关或者其他依法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。</p> <p>(2) 物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言；</p> <p>(3) 原始证据的证明力一般大于传来证据；</p> <p>(4) 直接证据的证明力一般大于间接证据；</p> <p>(5) 证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其他证人证言。</p>
------------	--

第九讲 期间、送达

一、期间³⁶

概念	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。狭义的期间指的是期限，广义的期间包括期限和期日。
种类	<p>(1) 法定期间：是指由法律明文规定的期间。法定期间包括绝对不可变期间和相对不可变期间。绝对不可变期间，是指该期间经法律确定，任何机构和人员都不得改变，如国内案件上诉期间、申请再审期间等。</p> <p>相对不可变期间，是指该期间经法律确定后，在通常情况下不可改变，但遇有有关法定事由，法院可对其依法予以变更，如一审的案件审理期间，涉外案件中境外当事人的答辩期间、上诉期间等。</p> <p>(2) 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，如法院指定当事人补正诉状的期间、限定当事人提供证据的期间等。指定期间在通常情况下不应任意变更，但如遇有特殊情况，法院可依职权变更原确定的指定期间。</p>
计算	<p>1、期间以时、日、月、年为计算单位。</p> <p>2、期间开始的时和日不计算在期间内。</p> <p>3、期间届满的最后一日为法定节假日的，以节假日后的第一日为期间届满的日期。</p> <p>4、期间不包括在途期间，诉讼文书在期间届满前交邮的，不算过期。</p>
耽误与 延展 ³⁷	<p>1、法定情形：因不可抗拒的事由或其他正当理由。</p> <p>2、当事人申请补救。</p> <p>3、必须在障碍消除后的 10 日内提出。</p> <p>4、人民法院最后决定是否准许。</p>

36 （2011-41）根据《民事诉讼法》和民事诉讼理论，关于期间，下列哪一选项是正确的？

- A. 法定期间都是不可变期间，指定期间都是可变期间
- B. 法定期间的开始日及期间中遇有节假日的，应当在计算期间时予以扣除
- C. 当事人参加诉讼的在途期间不包括在期间内
- D. 遇有特殊情况，法院可依职权变更原确定的指定期间

37 （2015-41）张兄与张弟因遗产纠纷诉至法院，一审判决张兄胜诉。张弟不服，却在赴法院提交上诉状的路上被撞昏迷，待其经抢救苏醒时已超过上诉期限一天。对此，下列哪一说法是正确的？

- A. 法律上没有途径可对张弟上诉权予以补救
- B. 因意外事故耽误上诉期限，法院应依职权决定顺延期限
- C. 张弟可在清醒后 10 日内，申请顺延期限，是否准许，由法院决定
- D. 上诉期限为法定期间，张弟提出顺延期限，法院不应准许

【一审普通程序、一审简易程序、二审、再审、特别程序审限比较】

一审普通程序	简易程序	二审	再审	特别程序
从立案之日起 6+6(本院院长批)+X(报上级院)	3 个月，本院院长批准，可以延长。延长后的审限累计不得超过 6 个月。	判决：二审立案之日起 3 个月。特殊情况需延长的，报本院院长批准。 裁定：二审立案之日起 30 日，特殊情况需延长，报院长批准。	按哪个程序审理，就按哪个程序的审限。	立案之日起 30 日，或公告期满 30 日；特殊情况需延长，报本院院长批准；选民资格案除外。

二、送达³⁸

直接送达	直接交给受送达人本人或他的同住成年家属、代收人、诉讼代理人的送达方式。 【新增法条】《民诉解释》第 131 条规定：人民法院直接送达诉讼文书的，可以通知当事人到人民法院领取。当事人到达人民法院，拒绝签署送达回证的，视为送达。审判人员、书记员应当在送达回证上注明送达情况并签名。人民法院可以在当事人住所地以外向当事人直接送达诉讼文书。当事人拒绝签署送达回证的，采用拍照、录像等方式记录送达过程即视为送达。审判人员、书记员应当在送达回证上注明送达情况并签名。
留置送达	受送达人或有资格接受送达的人拒绝签收，送达人依法将诉讼文书、法律文书留放在受送达人住所的送达方式。 【考点提示】(1) 调解书不适用留置送达。(2) 留置送达时，可以邀请见证人到场，也可以采用拍照、录像等方式记录送达过程。(3) 人民法院在定期宣判时，当事人拒不签收判决书、裁定书的，应视为送达，并在宣判笔录中记明。
电子送达	修改后的《民事诉讼法》第 87 条规定，经受送达人同意，人民法院可以采用传真、电子邮件等能够确认其收悉的方式送达诉讼文书，但判决书、裁定书、调解书除外。 采用前款方式送达的，以传真、电子邮件等到达受送达人特定系统的日期为送达日期。 【例外】《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 15 条第 3 款：“告知当事人权利义务，并征得其同意，互联网法院可以电子送达裁判文书。当事人提出需要纸质版裁判文书的，互联网法院应当提供。” 【注意】到达受送达人特定系统的日期，为人民法院对应系统显示发送成功的日期，但受送达人证明到达其特定系统的日期与人民法院对应系统显示发送成功的日期不一致的，以受送达人证明到达其特定系统的日期为准。
委托送达	是指受诉法院直接送达确有困难，而委托其他法院将需送达的文书送交受送达人的送达方式。
邮寄送达	直接送达有困难的，通过邮局以挂号信的方式将需送达的文书邮寄给受送达人。 【提示】如果挂号信回执上注明的收件日期与送达回证上注明的收件日期不一致的，或者送达回证没有寄回的，以挂号信回执上注明的收件日期为送达日期。

38 （2013-39）关于法院的送达行为，下列哪一选项是正确的？
A. 陈某以马某不具有选民资格向法院提起诉讼，由于马某拒不签收判决书，法院向其留置送达
B. 法院通过邮寄方式向葛某送达开庭传票，葛某未寄回送达回证，送达无效，应当重新送达
C. 法院在审理张某和赵某借款纠纷时，委托赵某所在学校代为送达起诉状副本和应诉通知
D. 经许某同意，法院用电子邮件方式向其送达证据保全裁定书

转交送达	<p>是指受诉人民法院基于受送达人的有关情况而将需送达的诉讼文书、法律文书交有关机关、单位转交受送达人的送达方式。</p> <p>【注意】转交送达只适用于受送达人是军人、被监禁人或被采取强制性教育措施的人。</p>
公告送达	<p>采取上述方法均无法送达时，而将需送达的文书主要内容予以公告，公告经过一定期限即产生送达后果的送达方式。公告送达的期限为 60 日。</p> <p>【考点提示】适用简易程序的案件，不适用公告送达。</p> <p>【注意】《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 18 条规定，互联网法院适用简易程序审理，可以公告送达。</p>

第十讲 法院调解

一、法院调解与相关制度的区别

(一) 法院调解与人民调解的区别

比较内容	法院调解	人民调解
1. 时间不同	诉讼过程中	诉讼之外
2. 性质不同	属于审判活动，具有司法的性质	不具有审判性，不具有司法的性质
3. 程序不同	遵循一定的法律原则和程序	没有严格程序要求
4. 效力不同	调解协议或调解书生效后与生效的判决书具有同等的法律效力	一般只有合同效力，但双方当事人申请人民法院确认后产生强制执行力。

(二) 法院调解与诉讼和解的区别

比较内容	法院调解	诉讼和解
1. 性质不同	行使审判权的性质	当事人对自己诉讼权利和实体权利的处分
2. 主体不同	有人民法院	只有双方当事人自己参加
3. 效力不同	有给付内容的生效调解书具有执行力	和解协议不具有执行力
二者的联系	当事人在诉讼中自行达成和解协议的，当事人可申请人民法院依法确认和解协议并制作调解书。	

二、调解的适用范围

1. 一般原则	审判程序，一般都（可以）适用调解（无论是一审、二审还是审判监督程序） 【注意】调解要遵循自愿和合法的原则，一般是在答辩期满后，裁判作出前进行调解；在征得当事人各方同意后，也可以在答辩期满前进行调解。 【考点提示】人民法院审理民事案件，调解过程不公开，但当事人同意公开的除外。调解时当事人各方应当同时在场，根据需要也可以对当事人分别作调解工作。
2. 先行调解	修改后的《民事诉讼法》第 122 条规定，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。
3. 不适用调解	(1) 在执行程序中不适用调解，但是当事人可以达成和解； (2) 适用特别程序、督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序审理的案件； (3) 婚姻关系，身份关系确认案件以及其他依案件性质不能调解的案件。 【注意】关于法院调解的两点注意： A 调解是人民法院行使审判权解决争议。因此排除了执行阶段和非讼案件。 B 调解的实质：私权处分。因此排除了身份关系的确认之诉，但解除身份关系可适用调解。

三、调解协议的内容

可协议的内容	<p>(1) 调解协议内容超出诉讼请求的，人民法院可以准许。</p> <p>(2) 双方可以就不履行调解协议约定民事责任。</p> <p>【注意】调解协议约定一方不履行协议，另一方可以请求人民法院对案件作出裁判的条款，人民法院不予准许。</p> <p>【关联考点】《调解规定》第 13 条规定：一方不履行调解协议的，另一方可以持调解书向人民法院申请执行。</p> <p>(3) 调解协议约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保的，人民法院应当准许。</p> <p>【注意】担保人不签收调解书的，不影响调解书生效。</p> <p>(4) 当事人就部分诉讼请求达成调解协议的，人民法院可就此先行确认并制作调解书。</p> <p>(5) 调解协议内容不公开，但为保护国家利益、社会公共利益、他人合法权益，人民法院认为确有必要公开的除外。</p>
不可协议内容	<p>(1) 侵害国家利益、社会公共利益的；</p> <p>(2) 侵害案外人利益的；</p> <p>(3) 违背当事人真实意思的；</p> <p>(4) 违反法律、行政法规禁止性规定的。</p>

四、调解完毕后的结案方式

1. 调解书结案	<p>1. 通常情况下都是应当制作调解书，应注明诉讼请求、案件事实和调解结果。</p> <p>2. 由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。</p> <p>【注意】(1) 调解书经双方当事人签收后，具有与生效判决同等的法律效力；(2) 调解协议达成后，调解书送达前可以反悔；(3) 调解书不适用留置送达、公告送达和电子送达。</p>
2. 可以不制作调解书的情形 ³⁹	<p>(1) 调解和好的离婚案件；</p> <p>(2) 调解维持收养关系的案件；</p> <p>(3) 能够即时履行的案件；</p> <p>(4) 其他不需要制作调解书的案件。</p> <p>【陷阱点拨】如果一审判决离婚、解除收养关系，二审调解和好、调解维持收养关系的，必须制作调解书，否则一审判决书的效力没有法律文件予以否定。</p>

39 (03-70) 对下列哪些案件调解达成协议的，人民法院可以不制作民事调解书？

- A. 被告拖欠原告贷款 10 万元，双方达成协议，被告在 1 个月内付清，原告不要求被告支付拖欠期间的贷款利息
- B. 赔偿案件中的被告人在国外，与原告达成赔偿协议，同意在 2 个月内赔付
- C. 赡养案件中当事人双方达成协议，被告愿意每月向原告支付赡养费 200 元，原告申请撤诉
- D. 收养案件中当事人双方达成协议，维持收养关系

3. 和解 结案的方式	<p>(1) 请求依据和解协议制作调解书。</p> <p>(2) 申请撤诉。</p> <p>【考点提示】不能请求法院根据和解协议或调解协议制作判决书。(两个例外：涉外 + 无民事行为能力人的离婚案件)⁴⁰</p> <p>【新增法条】《环境民事公益诉讼案件解释》第 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，人民法院应当将协议内容公告，公告期间不少于三十日。</p> <p>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。</p>
----------------	---

五、调解的效力

生效时间	一般情况	调解书应自双方当事人签收后才发生法律效力。
	特殊情况	对于不需要制作调解书的案件而言，双方当事人、审判人员、书记员在调解协议上签名或盖章后，调解即具有法律效力。
效力体现	终结力	调解协议或调解书生效后，当事人不得上诉。当事人也不得以同一事实和理由再行起诉。【注意】生效调解书的抗诉问题。
	确定力	实体上的权利义务关系依调解协议的内容予以确定。
	执行力	具有给付内容的生效调解书，具有强制执行力。

40 （2016-85）达善公司因合同纠纷向甲市 A 区法院起诉美国芙泽公司，经法院调解双方达成调解协议。关于本案的处理，下列哪些选项是正确的？

A. 法院应当制作调解书

B. 法院调解书送达双方当事人后即发生法律效力

C. 当事人要求根据调解协议制作判决书的，法院应当予以准许

D. 法院可以将调解协议记入笔录，由双方签字即发生法律效力

第十一讲 保全和先予执行

一、财产保全

(一) 财产保全的种类⁴¹

	诉前财产保全	诉讼中的财产保全
提起主体	利害关系人提出申请。	当事人申请或人民法院依职权保全。
提起时间	起诉前。	法院受理后裁判作出前。
提起原因	情况紧急，不立即采取保全措施将会给申请人的合法权益造成难以弥补的损害。	因一方当事人的行为或其他原因可能导致法院将来的生效判决不能执行或难以执行。
担保要求	应当提供。	法院可以要求提供。(例外：代位权诉讼中应当)。
管辖法院	财产所在地、被申请人住所地或其它有管辖权的人民法院。	(1) 在一审中，由一审人民法院管辖； (2) 上诉，二审法院接到报送案件之前，由第一审人民法院保全。 (3) 在二审中，由第二审人民法院保全。
期限不同	必须在 48 小时内裁定。	只有情况紧急的才要求 48 小时。

(二) 程序

范围	根据《民事诉讼法》第 102 条的规定，保全的范围限于请求的范围或者与本案有关的财物。
措施	根据《民事诉讼法》第 103 条，财产保全可以采取查封、扣押、冻结或法律规定的其他方法。 【注意】A 法院在财产保全中采取查封、扣押、冻结财产措施时，应当妥善保管被查封、扣押、冻结的财产。 <u>不宜由法院保管的，法院可以指定被保全人负责保管；不宜由被保全人保管的，可以委托他人或者申请保全人保管。</u>

41 (08-87) A 地甲公司与 B 地乙公司签订买卖合同，约定合同履行地在 C 地，乙到期未能交货。甲多次催货未果，便向 B 地基层法院起诉，要求判令乙按照合同约定交付货物，并支付违约金。法院受理后，甲得知乙将货物放置于其设在 D 地的仓库，并且随时可能转移。下列哪些选项是错误的？

- A. 甲如果想申请财产保全，必须向货物所在地的 D 地基层法院提出
- B. 甲如果要向法院申请财产保全，必须提供担保
- C. 受诉法院如果认为确有必要，可以直接作出财产保全裁定
- D. 法院受理甲的财产保全申请后，应当在 48 小时内作出财产保全裁定

措施	<p>B 被查封、扣押的财产，原则上任何人都不得使用、处分。但被查封、扣押物是不动产或特定动产（如车辆），若由法院指定被保全人负责保管的，如果继续使用对该财产的价值无重大影响，可以允许被保全人继续使用，但不得处分。被查封、扣押物是季节性商品，鲜活、易腐易烂以及其他不易长期保存的物品，法院可以责令当事人及时处理，由法院保存价款，必要时，可以由法院予以变卖，保存价款。</p> <p>法律规定的其他方法通常指以下几种方法：</p> <p>(1) 保存价款。</p> <p>(2) 扣押房屋、车辆等财产权证照，并通知有关产权登记部门。</p> <p>(3) 人民法院可以保全抵押物、质押物、留置物，但抵押权人、质权人、留置权人仍有优先受偿权。</p> <p>【注意】查封、扣押、冻结担保物权人占有的担保财产，一般由担保物权人保管；由法院保管的，质权、留置权不因采取保全措施而消灭。</p>
行为保全 ⁴²	<p>修改后的《民事诉讼法》第 100 条明确规定了行为保全制度。人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。</p>
保全解除	<p>1. 没有起诉：诉前财产保全，申请人在人民法院采取保全措施后 30 日内不起诉的，法院应及时解除。</p> <p>2. 提供担保：财产纠纷案件，被申请人提供相应担保的，人民法院应当裁定解除保全。</p> <p>3. 财产保全的原因和条件不存在或者发生了变化：如被申请人在保全期内履行了义务。</p>
救济	<p>1. 当事人不服人民法院保全裁定的，可以自收到裁定书之日起 5 日内申请复议一次，复议期间不停止裁定的执行。</p> <p>2. 人民法院根据申请人的申请而采取保全措施的，如果由于申请人的错误而导致被申请人因财产保全而受损失的，申请人应承担赔偿责任。</p>

42 （2015-81）甲公司生产的“晴天牌”空气清新器销量占据市场第一，乙公司见状，将自己生产的同类型产品注册成“清天牌”，并全面仿照甲公司产品，使消费者难以区分。为此，甲公司欲起诉乙公司侵权，同时拟申请诉前禁令，禁止乙公司销售该产品。关于诉前保全，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲公司可向有管辖权的法院申请采取保全措施，并应当提供担保
- B. 甲公司可向被申请人住所地法院申请采取保全措施，法院受理后，须在 48 小时内作出裁定
- C. 甲公司可向有管辖权的法院申请采取保全措施，并应当在 30 天内起诉
- D. 甲公司如未在规定期限内起诉，保全措施自动解除

二、先予执行⁴³

适用范围	<p>1、追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的案件；</p> <p>2、追索劳动报酬的案件；</p> <p>3、因情况紧急，需要先予执行的案件。</p> <p>【关联法条】根据修改后的《民诉解释》第170条的规定，下列案件属于情况紧急案件：第一，需要立即停止侵害，排除妨碍的；第二，需要立即制止某项行为的（被行为保全所取代）；第三，追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的；第四，需要立即返还社会保险金、社会救助资金的；第五，不立即返还款项，将严重影响权利人生活和生产经营的。</p>
条件	<p>1、当事人之间所争之诉必须是给付之诉；</p> <p>2、当事人之间权利义务关系明确；</p> <p>3、有先予执行的迫切需要，即不先予执行，将会严重影响申请人的生活或生产经营；</p> <p>4、当事人向人民法院提出了申请。</p> <p>5、被申请人有履行能力。</p>
程序要求	<p>1、担保——非必要性。</p> <p>2、范围——先予执行应限于当事人诉讼请求的范围，并以当事人的生活、生产经营的急需为限。</p> <p>3、裁定程序——经过开庭审理。</p> <p>4、救济——当事人不能上诉，但是可以自收到裁定书之日起5日内申请复议，复议期间，不停止执行。</p>

43 （2012-82）关于财产保全和先予执行，下列哪些选项是正确的？

- A. 二者的裁定都可以根据当事人的申请或法院依职权作出
- B. 二者适用的案件范围相同
- C. 当事人提出财产保全或先予执行的申请时，法院可以责令其提供担保，当事人拒绝提供担保的，驳回申请
- D. 对财产保全和先予执行的裁定，当事人不可以上诉，但可以申请复议一次

第十二讲 对妨害民事诉讼的强制措施

一、什么是妨害民事诉讼的行为

1. 主体要件	妨害民事诉讼的任何人。
2. 时间要件	民事诉讼过程中，包括审判和执行。
3. 主观要件	即实施妨害诉讼行为的人一定具有主观的故意。
4. 行为要件	实施了妨害民事诉讼的行为，实际上产生了后果。

二、强制措施种类

拘传	<p>(1) 一般而言, 对必须到庭的被告经人民法院两次传票传唤, 无正当理由拒不到庭时, 才能适用。</p> <p>【注意】修改后的民诉法司法解释规定人民法院对必须到庭才能查清案件基本事实的原告, 也可以拘传。</p> <p>【关联考点】必须到庭的被告包括: 第一, 追索赡养费、扶养费、抚育费案件的被告; 第二, 不到庭无法查明案件事实的被告 (离婚案件)。此外, 无民事行为能力的当事人的法定代理人, 经传票传唤无正当理由拒不到庭, 必要时, 人民法院可以拘传其到庭。</p> <p>(2) 程序: 必须经过两次传票传唤。</p> <p>(3) 事由: 无正当理由拒不到庭。</p> <p>【注意】拘传需要院长批准。</p>	
训诫	以口头方式予以严肃的批评教育。	
责令退出法庭	对于违反法庭规则的人, 强制其离开法庭的措施。	
罚款	<p>对个人的罚款金额, 为人民币 10 万以下;</p> <p>对单位的罚款金额, 为人民币 5 万以上 100 万以下。</p>	<p>(1) 罚款和拘留需要院长批准。</p> <p>(2) 人民法院对被拘留人采取拘留措施后, 应当在 24 小时内通知其家属; 确实无法按时通知或者通知不到的, 应当记录在案。</p>
拘留	拘留期限为 15 日以下。	<p>(3) 被拘留人不在本辖区的, 作出拘留决定的人民法院应当派员到被拘留人所在地的人民法院, 请该院协助执行, 受委托的人民法院应当及时派员协助执行。</p> <p>(4) 对于被拘留人在拘留后承认并改正错误、表现较好的, 人民法院可以责令其具结悔过, 决定提前解除拘留。</p> <p>(5) 罚款和拘留既可以单独适用, 也可以合并适用, 但是对同一妨害民事诉讼行为的罚款和拘留不得连续适用。发生新的妨害民事诉讼行为的, 人民法院可以重新予以罚款、拘留。</p> <p>(6) 当事人对罚款或拘留决定不服的, 可以向上一级人民法院申请复议一次, 但是, 复议期间, 不停止决定的执行。</p>

<p>对恶意诉讼 的强制措施</p>	<p>修改后的《民事诉讼法》第 112 条规定，当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，人民法院应当驳回其请求，并根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p> <p>第 113 条规定，被执行人与他人恶意串通，通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的，人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p> <p>【注意】第三人提起撤销之诉，经审查，原案当事人之间恶意串通进行虚假诉讼的，同样适用上述措施处理。</p>
------------------------	---

第十三讲 普通程序

【一审程序的流程】

原告提交起诉状——法院判定是否登记立案（不符合起诉条件的则裁定不予受理）——向原告送达立案受理通知书，向被告送达应诉通知书，并向双方当事人送达举证通知书、合议庭组成人员通知书等——被告在 15 日内提交答辩状——当事人举证期限内举证——当事人申请或疑难复杂的案件开庭前进行证据交换——送达开庭传票等、进行庭审公告——法院开庭审理（法庭调查—法庭辩论）——合议庭评议，作出一审裁判——当事人不服可以上诉。

一、起诉

1. 起诉条件 ⁴⁴	(1) 原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织。（原告要适格）
	(2) 有明确的被告。（被告下落不明不等于不明确） 【注意】起诉状列写被告信息不足以认定明确的被告的，人民法院可以告知原告补正。原告补正后仍不能确定明确的被告的，人民法院裁定不予受理。
	(3) 有具体的诉讼请求、事实和理由。 【注意】权利的可诉性与可保护性不同，起诉证据不等于胜诉证据。
	(4) 属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。
2. 起诉方式	以书面起诉为原则，以口头起诉为例外。
3. 起诉状	(1) 原告、被告的有关情况；（修改后的《民事诉讼法》细化了此规定——联系方式） (2) 原告的诉讼请求，以及诉讼请求所依据的事实和理由； (3) 证据和证据来源、证人的姓名、住所等； (4) 受诉法院的名称、起诉的时间、起诉人签名或盖章。 【注意】起诉状的内容中不包括案由。

44 （04-72）下列哪些案件人民法院应当受理？

- A. 林某曾与李某同居 3 年，二人分手时产生纠纷，林某起诉李某，要求赔偿“青春费”5 万元
- B. 甲诉乙离婚，法院于 2004 年 3 月判决不准离婚；2004 年 7 月乙起诉甲，请求离婚
- C. 陈某下落不明 3 年，其丈夫不申请宣告失踪，直接起诉离婚
- D. 甲村民想承包本村鱼塘，故起诉乙村民，请求判决解除乙村民与本村的鱼塘承包合同

二、法院的处理

1. 受理	起诉符合法定条件的，应当在 7 日内立案并通知当事人。 【注意】 人民法院接到当事人提交的民事起诉状时，对当场不能判定是否符合起诉条件的，应当接收起诉材料，并出具注明收到日期的书面凭证。需要补充必要相关材料的，人民法院应当及时告知当事人。在补齐相关材料后，应当在七日内决定是否立案。
2. 不予受理	立案前，发现起诉不符合法定条件的，应当在 7 日内作出裁定书，不予受理。
3. 驳回起诉	立案后，发现起诉不符合法定条件的，裁定驳回起诉。

【概念辨析】

比较内容	不予受理	驳回起诉	驳回诉讼请求
1. 适用文书	书面裁定	裁定	判决
2. 解决问题	程序问题	程序问题	实体问题
3. 适用阶段	受理案件前	受理案件后	受理案件后
4. 适用条件	起诉不符合受理条件	起诉不符合受理条件	起诉符合条件，但原告的诉讼请求不能被支持
5. 救济途径	可以上诉、申请再审	可以上诉、申请再审	可以上诉、申请再审
6. 可否再起诉	可以再起诉	可以再起诉	不得再起诉，一事不再理
7. 上诉期	10 日	10 日	15 日
8. 适用组织	立案庭	审判组织	审判组织

三、受理案件时特殊情形的处理

有仲裁协议的情形	①有仲裁协议的，一方向人民法院起诉的，不予受理。（有效的仲裁协议排斥诉讼） ②仲裁协议无效，一方向人民法院起诉的，人民法院有权受理。 【考点提示】 起诉时未声明有仲裁协议，人民法院受理后，如果对方应诉答辩的，视为该人民法院有管辖权。一方起诉时未声明有仲裁协议，法院受理后，对方当事人在首次开庭前提出仲裁协议的，应当驳回起诉。
管辖权	①案件受理前，对不属于本院管辖的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉。 ②案件受理后，人民法院发现自己受理的案件不属于本院管辖的，应当移送有管辖权的法院管辖。

一事不再理	<p>1. 一般原则</p> <p>已经法院实体处理过的同一案件(相同当事人就同一争议基于相同事实、相同目的),当事人又起诉的,法院不予受理。</p> <p>【新增法条】修改后的民诉法司法解释第 247 条规定,当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉,同时符合下列条件的,构成<u>重复起诉</u>:</p> <p>A 后诉与前诉的当事人相同;</p> <p>B 后诉与前诉的诉讼标的相同;</p> <p>C 后诉与前诉的诉讼请求相同,或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。</p> <p>2. 不属于一事不再理的情形</p> <p>① 对于裁定不予受理、驳回起诉的案件,原告再次起诉的,应予以受理。</p> <p>② 人民法院准许撤诉的案件再次起诉的,人民法院应当受理。</p> <p>【新增法条】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。一审原告在再审审理程序中撤回起诉后重复起诉的,人民法院不予受理。</p> <p>3. 一事不再理的例外</p> <p>① 对于离婚案件,判决不准离婚或调解和好的,被告不受一事不再理的限制。</p> <p>② 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。</p> <p>【新增法条】民诉法司法解释第 248 条规定,裁判发生法律效力后,发生新的事实,当事人再次提起诉讼的,人民法院应当依法受理。</p>
离婚、收养案的特殊规定	<p>① 女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后 6 个月内,男方不得提出离婚。女方提出离婚的,或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的,人民法院应当受理。</p> <p>② 判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决、调解维持收养关系的案件,没有新情况、新理由,原告在 6 个月内又起诉的,不予受理。</p> <p>③ 原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件,没有新情况、新理由,6 个月内又起诉的,可不予受理。</p> <p>(此为撤回起诉后仍可自由起诉的例外规定)</p> <p>④ 夫妻一方下落不明,另一方只要求离婚,不申请宣告失踪或死亡的,人民法院应当受理,对下落不明人用公告送达诉讼文书。</p> <p>⑤ 婚姻关系存续期间,当事人不起诉离婚而单独要求过错方赔偿精神损害赔偿的,人民法院不予受理。</p>
诉讼时效	<p>当事人超过诉讼时效期间起诉的,人民法院应予以受理。如对方当事人提出诉讼时效抗辩,人民法院经审理认为抗辩事由成立的,判决驳回其诉讼请求。</p> <p>【关联考点】当事人在一审中未提出时效抗辩,二审中提出的,人民法院不予支持。但是其基于新的证据证明对方当事人的请求已过诉讼时效期间的除外。</p>
程序分流	<p>修改后的《民事诉讼法》第 133 条规定,人民法院对受理的案件,分别情形,予以处理</p> <p>(1) 当事人没有争议,符合督促程序规定条件的,可以转入督促程序;</p> <p>(2) 开庭前可以调解的,采取调解方式及时解决纠纷;</p> <p>(3) 根据案件情况,确定适用简易程序或者普通程序;</p> <p>(4) 需要开庭审理的,通过要求当事人交换证据等方式,明确争议焦点。</p>

四、撤诉

1. 撤诉的主体	原告 (有独三), 上诉人及其法定代理人。	
2. 撤诉的种类	申请撤诉	<p>即原告在法院立案受理后, 进行宣判前, 以书面或口头形式向人民法院提出撤回起诉的要求。</p> <p>【注意】司法解释规定, 当事人申请撤诉或者依法可以按撤诉处理的案件, 如果当事人有违反法律的行为需要依法处理的, 人民法院可以不准许撤诉或者不按撤诉处理。同时, <u>法庭辩论终结后原告申请撤诉, 被告不同意的, 人民法院可以不予准许。</u></p> <p>【关联法条】公益诉讼案件的原告在法庭辩论终结后申请撤诉的, 人民法院不予准许。</p>
	按撤诉处理	<p>原告虽然没有提出撤诉申请, 但其在诉讼中的一定行为可使法院推定其有撤诉的意思表示, 因而法院依法决定撤销案件不予审理的行为。具体包括如下情形:</p> <p>(1) 原告应当预交而未预交案件受理费。</p> <p>(2) 原告经传票传唤, 无正当理由拒不到庭或未经法庭许可中途退庭。</p> <p>(3) 原告方的无民事行为能力人的法定代理人, 经传票传唤无正当理由拒不到庭。</p> <p>(4) 有独立请求权的第三人经人民法院传票传唤, 无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的, 可以按撤诉处理。</p>
3. 撤诉的后果	<p>(1) 本案的诉讼程序终结;</p> <p>(2) 诉讼费用由原告或上诉人负担, 减半收取;</p> <p>(3) 原告仍有起诉的权利, 撤诉视为未起诉, 原告仍有权提起诉讼;</p> <p>(4) 撤诉以后, 本案诉讼时效期间重新开始计算。</p>	

五、缺席判决

概念	缺席判决是指人民法院在一方当事人无正当理由拒不参加法庭审理的情况下, 依法作出判决。
情形	<p>(1) 被告经传票传唤, 无正当理由拒不到庭的, 或者未经法庭许可中途退庭的。</p> <p>(2) 被告方的无民事行为能力人的法定代理人, 经传票传唤无正当理由拒不到庭, 或未经许可中途退庭的。</p> <p>(3) 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, 被告反诉的, 对于反诉可以对本案原告缺席判决。</p> <p>(4) 原告申请撤诉, 法院裁定不准撤诉, 经传票传唤, 无正当理由拒不到庭的, 可以缺席判决。</p>

六、延期审理、诉讼中止、诉讼终结

延期审理	1、必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的； 2、当事人临时提出回避申请的； 3、需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或者需要补充调查的； 4、其他应当延期的情形，包括必须到庭的被告经一次传票传唤拒不到庭。 【新增考点】延期审理的法律后果：延期审理前已进行的诉讼行为，对延期后的审理仍然有效。但延期的时间不计算在审理期限内。
诉讼中止 ⁴⁵	1、一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的； 2、一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的； 3、作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的； 4、一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的； 5、本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的； 6、其他应当中止诉讼的情形。
诉讼终结 ⁴⁶	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、离婚案件中的一方当事人死亡的； 4、追索赡养费、扶养费、抚育费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡的。

45 （08-34）居民甲与金山房地产公司签订了购买商品房一套的合同，后因甲未按约定付款。金山公司起诉至法院，要求甲付清房款并承担违约责任。在诉讼中，甲的妻子乙向法院主张甲患有精神病，没有辨别行为的能力，要求法院认定购房合同无效。关于本案的说法，下列哪一选项是正确的？

- A. 法院应当通知甲的妻子作为法定诉讼代理人出庭进行诉讼
- B. 由乙或金山公司申请对甲进行鉴定，鉴定过程中，诉讼继续进行
- C. 法院可以依职权决定对甲进行鉴定

D. 乙或金山公司可以向法院申请认定甲为无民事行为能力人，法院应裁定诉讼中止

46 （2011-77）根据《民事诉讼法》以及相关司法解释，关于离婚诉讼，下列哪些选项是正确的？

- A. 被告下落不明的，案件由原告住所地法院管辖
- B. 一方当事人死亡的，诉讼终结
- C. 判决生效后，不允许当事人申请再审
- D. 原则上不公开审理，因其属于法定不公开审理案件范围

第十四讲 简易程序

一、简易程序的适用范围

适用法院	基层人民法院和它的派出法庭。 【注意】 中级及以上级别的人民法院不得适用简易程序。但海事法院除外，这是《海事诉讼特别程序法》的特殊规定。
适用审级	第一审
适用案件	事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单民事案件。
不得适用的案件 ⁴⁷	1、起诉时被告下落不明的案件； 2、发回重审和按照审判监督程序再审的案件； 3、共同诉讼中一方或者双方当事人人数众多的； 4、法律规定应当适用特别程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序的； 5、涉及国家利益、社会公共利益的； 6、第三人起诉请求改变或者撤销生效判决、裁定、调解书的。
约定适用的案件	修改后的《民事诉讼法》第157条第2款规定，基层人民法院和它派出的法庭审理前款规定以外的民事案件，当事人双方也可以约定适用简易程序。 【关联考点】 民诉中适用普通程序的案件可以选择适用简易程序，但是在刑诉中一旦适用普通程序，不能转为简易程序。 【注意】 当事人双方约定适用简易程序的，应当在开庭前提出。口头提出的，记入笔录，由双方当事人签名或者捺印确认。已经按照普通程序审理的案件，在开庭后不得转为简易程序审理。

47 （2015-82）章俊诉李泳借款纠纷案在某县法院适用简易程序审理。县法院判决后，章俊上诉，二审法院以事实不清为由发回重审。县法院征得当事人同意后，适用简易程序重审此案。在答辩期间，李泳提出管辖权异议，县法院不予审查。案件开庭前，章俊增加了诉讼请求，李泳提出反诉，县法院受理了章俊提出的增加诉讼请求，但以重审不可提出反诉为由拒绝受理李泳的反诉。关于本案，该县法院的下列哪些做法是正确的？

- A. 征得当事人同意后，适用简易程序重审此案
- B. 对李泳提出的管辖权异议不予审查
- C. 受理章俊提出的增加诉讼请求
- D. 拒绝受理李泳的反诉

二、简易程序的特点⁴⁸

起诉方式简便	明确规定可以口头起诉。
受理程序简便	可以当即受案审理，也可以另定日期审理。 【新增法条】《民诉解释》第 266 条规定，当事人双方均表示不需要举证期限、答辩期间的，人民法院可以立即开庭审理或者确定开庭日期。
传唤方式简便	可以简便方式传唤、通知当事人、证人，不要求必须采用传票、通知书形式；传唤的时间，不受在开庭前 3 日的时间限制。 【注意】简易程序中可用简便的方式送达诉讼文书，但以捎口信、电话、传真、电子邮件等形式发送的开庭通知，未经当事人确认或者没有其他证据足以证明当事人已经收到的，人民法院不得将其作为按撤诉处理和缺席判决的依据。
委托代理人简便	修改后的《民诉解释》第 89 条第 2 款规定：适用简易程序审理的案件，双方当事人同时到庭并径行开庭审理的，可以当场口头委托诉讼代理人，由人民法院记入笔录。
审判组织简便	审判员一人独任审理，但开庭时应当由书记员记录，不可自审自记。 ⁴⁹
开庭方式简便	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。经当事人双方同意，可以采用视听传输技术等方式开庭。
庭审程序简便	不必严格按照普通程序进行法庭调查、辩论等。 【注意】开庭次数，原则一次，可有例外。宣判应当当庭宣判，可有例外。
送达简便	(1) 适用简易程序审理案件，留置送达的地点包括受送达人的住所 + 从业场所； (2) 简易程序不适用公告送达。 【例外】《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 18 条规定，互联网法院适用简易程序审理，可以公告送达。
审限短	原则上应当在立案之日起 3 个月内审结，审理期限到期后，双方当事人同意继续适用简易程序的，由本院院长批准，可以延长审理期限。延长后的审理期限累计不得超过 6 个月。

48 （2015-83）郑飞诉万雷侵权纠纷一案，虽不属于事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的案件，但双方当事人约定适用简易程序进行审理，法院同意并以电子邮件的方式向双方当事人通知了开庭时间（双方当事人均未回复）。开庭时被告万雷无正当理由不到庭，法院作出了缺席判决。送达判决书时法院通过各种方式均未联系上万雷，遂采取公告送达方式送达了判决书。对此，法院下列的哪些行为是违法的？

- A. 同意双方当事人的约定，适用简易程序对案件进行审理
- B. 以电子邮件的方式向双方当事人通知开庭时间
- C. 作出缺席判决
- D. 采取公告方式送达判决书

49 （2013-41）关于简易程序的简便性，下列哪一表述是不正确的？

- A. 受理程序简便，可以当即受理，当即审理
- B. 审判程序简便，可以不按法庭调查、法庭辩论的顺序进行
- C. 庭审笔录简便，可以不记录诉讼权利义务的告知、原被告的诉辩意见等通常性程序内容
- D. 裁判文书简便，可以简化裁判文书的事实认定或判决理由部分

举证期限较短	适用简易程序案件的举证期限由人民法院确定，也可以由当事人协商一致并经人民法院准许，但不得超过 15 日。 【关联考点】 人民法院确定举证期限，第一审普通程序案件不得少于 15 日；小额诉讼案件的举证期限一般不超过 7 日。	
重视调解	适用简易程序审理下列民事案件时，人民法院在开庭审理时应当先行调解： 1、婚姻家庭纠纷和继承纠纷；2、劳务合同纠纷；3、交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷；4、宅基地和相邻关系纠纷；5、合伙协议纠纷；6、诉讼标的额较小的纠纷。	
简易程序 转为普通程序	转换条件	在审理过程中，发现案情复杂，需要转为普通程序审理的，法院裁定转为普通程序。
	转换情形	(1) 当事人就适用简易程序提出异议，人民法院经审查认为异议成立的； (2) 人民法院在审理过程中发现不宜适用简易程序的； (3) 原告提供了被告准确的送达地址，但人民法院无法向被告直接送达或留置送达应诉通知书的，应当将案件转入普通程序审理。 【关联考点】 原告不能提供被告准确的送达地址，人民法院经查证后仍不能确定被告送达地址的，可以被告不明确为由裁定驳回原告起诉。
	期限计算	审理期限从立案之日计算，不是从程序改变之日起算。 【关联考点】 刑诉中要重新计算。
文书也可简化	有下列情形之一的，人民法院在制作裁判文书时对认定事实或判决理由部分可以适当简化： A 当事人达成调解协议并需要制作民事调解书的； B 一方当事人在诉讼过程中明确表示承认对方全部或者部分诉讼请求的； C 涉及个人隐私或者商业秘密的案件，当事人一方要求简化裁判文书中的相关内容，人民法院认为理由正当的； D 当事人双方一致同意简化裁判文书的。	

三、小额诉讼程序⁵⁰

小额诉讼	法律规定 ⁵¹	<p>修改后的《民事诉讼法》第 162 条规定，基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单民事案件，标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下的，<u>实行一审终审。</u></p> <p>【关联考点】对小额诉讼案件的判决、裁定，当事人以民事诉讼法第 200 规定的事由向原审人民法院申请再审的，人民法院应当受理。申请再审事由成立的，应当裁定再审，组成合议庭进行审理。作出的再审判决、裁定，当事人不得上诉。</p> <p>当事人以不应按小额诉讼案件审理为由向原审人民法院申请再审的，人民法院应当受理。理由成立的，应当裁定再审，组成合议庭审理。作出的再审判决、裁定，当事人可以上诉。</p>
	适用范围 ⁵²	<p>积极范围：下列金钱给付的案件，适用小额诉讼程序审理：</p> <p>(1) 买卖合同、借款合同、租赁合同纠纷；</p> <p>(2) 身份关系清楚，仅在给付的数额、时间、方式上存在争议的赡养费、抚育费、扶养费纠纷；</p> <p>(3) 责任明确，仅在给付的数额、时间、方式上存在争议的交通事故损害赔偿和其他人身损害赔偿纠纷；</p> <p>(4) 供用水、电、气、热力合同纠纷；</p> <p>(5) 银行卡纠纷；</p> <p>(6) 劳动关系清楚，仅在劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或者赔偿金给付数额、时间、方式上存在争议的劳动合同纠纷；</p> <p>(7) 劳务关系清楚，仅在劳务报酬给付数额、时间、方式上有争议的劳务合同纠纷；(8) 物业、电信等服务合同纠纷；(9) 其他金钱给付纠纷。</p>
		<p>消极范围：下列案件，<u>不适用小额诉讼程序审理：</u></p> <p>(1) 人身关系、财产确权纠纷；(2) 涉外民事纠纷；(3) 知识产权纠纷；</p> <p>(4) 需要评估、鉴定或者对诉前评估、鉴定结果有异议的纠纷；</p> <p>(5) 其他不宜适用一审终审的纠纷。</p> <p>【注意】《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第 98 条规定海事法院可以适用简易程序。因此，<u>海事法院可以适用小额诉讼程序审理简单的海事、海商案件。</u></p>

50 （2012-84）下列哪些是 1991 年颁布实行的《民事诉讼法》（2007 年修正）规定的诉讼案件的审判程序？

- A. 普通程序

C. 认定财产无主案件审理程序
- B. 二审程序

D. 小额诉讼程序

51 （2016-81）李某诉谭某返还借款一案，M 市 N 区法院按照小额诉讼案件进行审理，判决谭某返还借款。判决生效后，谭某认为借款数额远高于法律规定的小额案件的数额，不应按小额案件审理，遂向法院申请再审。法院经审查，裁定予以再审。关于该案再审程序适用，下列哪些选项是正确的？

- A. 谭某应当向 M 市中级人民法院申请再审

C. 对作出的再审判决当事人可以上诉
- B. 法院应当组成合议庭审理

D. 作出的再审判决仍实行一审终审

52 （2015-84）根据《民事诉讼法》相关司法解释，下列哪些案件不适用小额诉讼程序？

- A. 人身关系案件

B. 涉外民事案件
- C. 海事案件

D. 发回重审的案件

小额诉讼	特殊规定 ⁵³ 54	(1) 法院的告知义务：根据司法解释的规定，人民法院适用小额诉讼程序审理案件，应当向当事人告知该类案件审理的审判组织、一审终审、审理期限、诉讼费用交纳标准等相关事项。
		(2) 举证期限：小额诉讼案件的举证期限由人民法院确定，也可以由当事人协商一致并经人民法院准许，但一般不超过 7 日。
		(3) 答辩期限：被告要求书面答辩的，人民法院可以在征得其同意的基础上合理确定答辩期间，但最长不得超过 15 日。 【注意】当事人到庭后表示不需要举证期限和答辩期间的，人民法院可立即开庭审理。
		(4) 当事人对小额诉讼案件提出管辖异议的，人民法院应当作出裁定。裁定一经作出即生效。人民法院受理小额诉讼案件后，发现起诉不符合起诉条件的，裁定驳回起诉。裁定一经作出即生效。
		(5) 裁判文书的简化：小额诉讼案件的裁判文书可以简化，主要记载当事人基本信息、诉讼请求、裁判主文等内容。
		(6) 小额诉讼程序是在简易程序一章中作出的规定，表明小额诉讼程序除特别规定外，都应当适用简易程序的规定。

53 (14-40) 赵洪诉陈海返还借款 100 元，法院决定适用小额诉讼程序审理。关于该案的审理，下列哪一选项是错误的？

- A. 应在开庭审理时先行调解
- B. 应开庭审理，但经过赵洪和陈海的书面同意后，可书面审理
- C. 应当庭宣判
- D. 应一审终审

54 (2018-82) 2014 年 9 月 30 日，吴某租赁王某建筑搭架设备，使用结束后，经双方结算下欠王某 1000 元。2016 年 5 月 29 日，吴某为王某出具了一张 1000 元欠条，后经王某多次催要，吴某一直未还，王某诉至法院。法院决定适用小额诉讼程序审理，告知了双方小额诉讼程序的特点。被告要求书面答辩，法院确定了 7 天的答辩期，并指定了 5 天的举证期限。在答辩内，被告提出了管辖权异议，法院告知其小额诉讼程序不能提管辖权异议。关于本案诉讼程序中，法院做法正确的有？

- A. 法院决定适用小额诉讼程序审理该案
- B. 法院确定了 7 天的答辩期
- C. 法院指定的 5 天举证期限
- D. 法院告知其小额诉讼程序不能提管辖权异议

第十五讲 第二审程序

一、二审的概述

对比内容	一审	二审
发生原因	起诉权	上诉权
审理对象	当事人之间的争议	上诉请求的有关事实认定和法律适用问题
任务	确认当事人之间的民事权利义务关系，解决民事纠纷	不仅要解决纠纷，还担负着监督下级人民法院审判工作的任务，以保证审判活动的正确性
适用法院	四级人民法院	中级以上人民法院
适用程序	既可以适用普通程序，符合法定条件的，也可以适用简易程序和小额诉讼程序	适用二审程序
审判方式	必须开庭审理	对没有提出新的事实、证据或理由，合议庭认为不需要开庭的，可以不开庭审理
审判组织	既可以采用合议制，也可以依法采用独任制	一律实行合议制，并且其组成人员只能是审判员
裁判效力	除法律规定不得上诉的以外，在法定期限内，当事人有权上诉	一经宣告或送达，即发生法律效力，即使当事人不服，也不得上诉

二、上诉

上诉对象	可上诉	(1) 判决：原则上都能上诉。 (2) 裁定：只有管辖权异议的裁定、不予受理的裁定、驳回起诉的裁定。
	不能上诉	(1) 非讼程序的裁判。 (2) 第二审法院的终审裁判以及最高法院的一审裁判。 (3) 调解书不能上诉。 (4) 小额诉讼的裁判。
适格的上诉人	一审的原告和被告、有独立请求权的第三人。 【陷阱点拨】无独立请求权的第三人只有被判令承担实体义务时才有权上诉。 【陷阱点拨】委托代理人必须要特别授权才可以上诉。	

上诉人的 列明 ^{55 56}	1. 提起上诉的人即为上诉人，对方如果没有提起上诉，那么就是被上诉人。针对的是简单的一对一型民事案件。
	2. 双方当事人和第三人都提出上诉的，均为上诉人。
	3. 必要共同诉讼中上诉人与被上诉人的确定：（对应法则 - 关键看上诉请求成立谁有损失） 第一，该上诉是对与对方当事人之间权利与义务分担有意见，不涉及其他共同诉讼人利益的，对方当事人为被上诉人，未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明。 第二，该上诉仅对共同诉讼人之间权利与义务分担有意见，不涉及对方当事人利益的，未上诉的同一方当事人为被上诉人，对方当事人依原审诉讼地位列明。 第三，该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利与义务分担有意见的，未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。
上诉期限	(1) 判决：不服判决的上诉期间为 15 日。 (2) 裁定：不服裁定的上诉期间为 10 日。 (3) 涉外案件境内无住所的：30 日。
程序要求	(1) 上诉法院：只能向一审法院的上一级法院提起。 (2) 必须提交上诉状（书面）。上诉状应当通过原审人民法院提出，当事人直接向 <u>第二审人民法院</u> 上诉的， <u>第二审人民法院应当在五日内将上诉状移交原审人民法院</u> 。 【注意】二审法院的确定，即上诉法院与提起上诉的途径不同。
上诉撤回	1. 第二审人民法院判决宣告前，上诉人可以申请撤回上诉。 2. 是否准许，由第二审人民法院审查后裁定。 【提示】当事人申请撤回上诉，第二审人民法院经审查认为一审判决确有错误，或者双方当事人串通损害国家和集体利益、社会公共利益及他人合法权益的，不应准许。 3. 不同时间撤回上诉对一审裁判的效力影响也不同： (1) 在上诉期内撤回上诉的，不得再次上诉，判决是否生效取决于其他当事人在上诉期内是否上诉。 (2) 在上诉期满后的二审过程中撤回上诉，法院裁定准许后，一审判决即生效。 【注意】当事人在二审程序中不仅可以申请撤回上诉，也可以申请撤回起诉。修改后的民诉法司法解释第 338 条规定：“在第二审程序中，原审原告申请撤回起诉，经其他当事人同意，且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，人民法院可以准许。准许撤诉的，应当一并裁定撤销一审裁判。原审原告在第二审程序中撤回起诉后重复起诉的，人民法院不予受理。”

55 (07-43) 甲在某报发表纪实报道，对明星乙和丙的关系作了富有想象力的描述。乙和丙以甲及报社共同侵害了他们的名誉权为由提起诉讼，要求甲及报社赔偿精神损失并公开赔礼道歉。一审判决甲向乙和丙赔偿 1 万元，报社赔偿 3 万元，并责令甲及报社在该报上书面道歉。报社提起上诉，请求二审法院改判甲和自己各承担 2 万元，以甲的名义在该报上书面道歉。二审法院如何确定当事人的地位？

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

56 (13-48) 甲对乙享有 10 万元到期债权，乙无力清偿，且怠于行使对丙的 15 万元债权，甲遂对丙提起代位权诉讼，法院依法追加乙为第三人。一审判决甲胜诉，丙应向甲给付 10 万元。乙、丙均提起上诉，乙请求法院判令丙向其支付剩余 5 万元债务，丙请求法院判令甲对乙的债权不成立。关于二审当事人地位的表述，下列哪一选项是正确的？

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

三、二审的审理

审理范围 ⁵⁷	原则	仅限于对 <u>上诉</u> 请求的有关事实和适用法律进行审查。 【关联考点】区别于刑诉的全面审查原则。
	例外	如果发现在上诉请求以外原判违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的，应当予以纠正。
审理方式	原则	应当开庭审理；【注意】一审案件必须开庭审理。
	例外	司法解释规定了如下四种情形可以不开庭： (1) 一审就不予受理、驳回起诉和管辖权异议作出裁定的案件； (2) 当事人提出的上诉请求明显不能成立的案件； (3) 原审裁判认定事实清楚，但适用法律错误的案件； (4) 原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决，需要发回重审的案件。
审理地点	可以在本院进行；可以在案件发生地进行；也可以在原审人民法院所在地进行。	
审判组织	应当组成合议庭审理，且只能是审判员。	

四、二审中的调解⁵⁸

调解不成的，发回重审	<p>1. 一审中已经提出的诉讼请求，原审人民法院未作审理、判决的，调解不成的，发回重审。</p> <p>2. 必须参加诉讼的当事人或者有独立请求权的第三人在一审中未参加诉讼，调解不成的，发回重审。</p> <p>3. 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。</p> <p>【注意】在情形3中，若双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的，二审法院可以一并裁判。</p>
------------	---

57 （2017-82）朱某诉力胜公司商品房买卖合同纠纷案，朱某要求判令被告支付违约金5万元；因房屋质量问题，请求被告修缮，费用由被告支付。一审法院判决被告败诉，认可了原告全部诉讼请求。力胜公司不服令其支付5万元违约金的判决，提起上诉。二审法院发现一审法院关于房屋有质量问题的事实认定，证据不充分。关于二审法院对本案的处理，下列哪些说法是正确的？

- A. 应针对上诉人不服违约金判决的请求进行审理
- B. 可对房屋修缮问题在查明事实的情况下依法改判
- C. 应针对上诉人上诉请求所涉及的事实认定和法律适用进行审理
- D. 应全面审查一审法院对案件的事实认定和法律适用

58 （2015-44）齐远、张红是夫妻，因感情破裂诉至法院离婚，提出解除婚姻关系、子女抚养、住房分割等诉讼请求。一审判决准予离婚并对子女抚养问题作出判决。齐远不同意离婚提出上诉。二审中，张红增加诉讼请求，要求分割诉讼期间齐远继承其父的遗产。下列哪一说法是正确的？

- A. 一审漏判的住房分割诉讼请求，二审可调解，调解不成，发回重审
- B. 二审增加的遗产分割诉讼请求，二审可调解，调解不成，发回重审
- C. 住房和遗产分割的两个诉讼请求，二审可合并调解，也可一并发回重审
- D. 住房和遗产分割的两个诉讼请求，经当事人同意，二审法院可一并裁判

调解不成的，告知当事人另行起诉	<p>1. 在第二审程序中，原审原告增加独立的诉讼请求，就新增加的诉讼请求进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。</p> <p>2. 在第二审程序中，原审被告提出反诉的，就反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。</p> <p>【考点提示】第二审人民法院调解成功的案件应当制作调解书，调解书送达签收后，原审人民法院的判决即视为撤销。</p> <p>【注意】在上述当事人之过的两种情形下，若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。</p>
-----------------	--

五、二审中的和解

二审中和解后的结案方式	1. 法院可以根据当事人的请求，对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人；
	2. 因和解而申请撤诉，经审查符合撤诉条件的，人民法院应予准许。

六、二审的裁判⁵⁹

(一) 对一审判决提起上诉案件的处理

判决驳回上诉，维持原判	<p>原判决认定事实清楚，适用法律正确的。</p> <p>【注意】原判决、裁定认定事实或者适用法律虽有瑕疵，但裁判结果正确的，第二审人民法院可以在判决、裁定中纠正瑕疵后予以维持。</p>	
依法改判	应当改判	原判决认定事实错误或适用法律错误的，依法改判、撤销或变更。
	可以改判	认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，二审人民法院可以查清事实后改判。
发回重审	可以发回	认定基本事实不清的，二审法院可以裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。
	应当发回	<p>原判决严重违法法定程序的，裁定撤销原判，发回重审。具体包括以下几种情形：</p> <p>①审理本案的审判人员、书记员应当回避而未回避的；</p> <p>②应当公开审判未进行公开审判的；</p> <p>③未经开庭审理而作出判决的；</p> <p>④审判组织的组成不合法的；</p> <p>⑤适用普通程序审理的案件当事人未经传票传唤而缺席判决的；</p> <p>⑥无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼的；</p> <p>⑦剥夺当事人法定的诉讼权利，严重影响公正审判的。</p>

59 (2011-44) 二审法院根据当事人上诉和案件审理情况，对上诉案件作出相应裁判。下列哪一选项正确？

- A. 二审法院认为原判对上诉请求的有关事实认定清楚、适用法律正确，裁定驳回上诉，维持原判
- B. 二审法院认为原判对上诉请求的有关事实认定清楚，但适用法律有错误，裁定发回重审
- C. 二审法院认为一审判决是在案件未经开庭审理而作出的，裁定撤销原判，发回重审
- D. 原审原告增加独立的诉讼请求，二审法院合并审理，一并作出判决

发回重审	调解不成 再发回	<p>① 对当事人在一审中已经提出的诉讼请求，原审人民法院未作审理、判决，调解达不成调解协议的。</p> <p>② 必须参加诉讼的当事人或有独立请求权的第三人在一审中未参加诉讼，调解达不成调解协议的。</p> <p>③ 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，进行调解达不成调解协议的。</p>
	发回次数	修改后的《民事诉讼法》第 170 条第 2 款对发回次数进行了限制：原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。
撤销原判， 驳回起诉	第二审程序审理的案件，认为依法不应由人民法院审理的，可以由第二审人民法院直接裁定撤销原判，驳回起诉。	
撤销原判， 移送其他法院	二审法院认为第一审人民法院受理案件违反专属管辖规定的，应当裁定撤销原裁判并移送有管辖权的人民法院。	

(二) 对一审裁定提起上诉案件的处理

1. 第二审人民法院对不服第一审人民法院裁定的上诉案件的处理，一律适用裁定。
2. 对于原裁定认定事实清楚、适用法律正确的，裁定驳回上诉，维持原裁定。
3. 查明一审人民法院作出的不予受理的裁定有错误，应在撤销原裁定的同时，指令第一审人民法院立案受理。
4. 查明一审人民法院作出的驳回起诉的裁定有错误，应在撤销原裁定的同时，指令第一审人民法院进行审理。
5. 查明第一审人民法院作出的管辖权异议裁定有错误的，应在撤销原裁定的同时，指令第一审人民法院继续审理或移送给有管辖权的人民法院进行审理。

第十六讲 审判监督程序

【比较一审、二审与再审】⁶⁰

比较内容	一审程序	二审程序	审判监督程序
程序性质不同	正常性审判程序	正常性审判程序	非正常性纠错程序
审理法院不同	各级法院	一审法院的上一级	原审法院、 <u>上级法院</u> 以及 <u>最高人民法院</u>
审理对象不同	当事人之间的争议	一审未生效裁判	已生效的法律文书
程序启动不同	基于当事人的起诉权	基于当事人的上诉权	基于法院审判监督权、检察院法律监督权以及当事人的再审申请权
遵守时间不同	诉讼时效	上诉期	当事人申请再审受 6 个月限制
适用程序不同	适用普通程序或简易程序或小额诉讼程序	适用二审程序	对于一审案件的再审，适用一审普通程序；对于二审案件的再审或提审案件，适用二审程序
裁判效力不同	法定上诉期内不生效	生效	第一审普通程序作出的裁判，法定上诉期内不生效；适用第二审程序作出的裁判是生效裁判

一、适用于再审的文书

1、判决	<p>原则上生效判决都可以适用再审程序。</p> <p>【考点提示】</p> <p>(1) 特别程序及其他非讼程序的案件的判决不适用于再审程序。</p> <p>(2) 依照审判监督程序审理后维持原判的案件，当事人不得申请再审 ----- 有限再审</p> <p>【关联考点】当事人申请再审，有下列情形之一的，<u>人民法院不予受理</u>：</p> <p>(a) 再审申请被驳回后再次提出申请的；</p> <p>(b) 对再审判决、裁定提出申请的；</p> <p>(c) 在人民检察院对当事人的申请作出不予提出再审检察建议或者抗诉决定后又提出申请的。</p>
------	---

60 (06-89) 根据《民事诉讼法》的规定，第二审程序与审判监督程序具有下列哪些区别？

- A. 第二审程序与审判监督程序合议庭的组成形式不尽相同
- B. 适用第二审程序以开庭审理为原则，而适用审判监督程序以书面审理为原则
- C. 第二审程序中法院可以以调解方式结案，而适用审判监督程序不适用调解
- D. 适用第二审程序作出的裁判是终审裁判，适用审判监督程序作出的裁判却未必是终审裁判

1、判决	<p>【注意】修改后的《民事诉讼法》第 209 条规定，有下列情形之一的，当事人可以向人民检察院申请检察建议或者抗诉：(a) 人民法院<u>驳回再审申请</u>的；(b) 人民法院<u>逾期未对再审申请作出裁定的</u>；</p> <p>(c) 再审判决、裁定有明显错误的。</p> <p>(3) 对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决、调解书，不得申请再审。</p> <p>【陷阱点拨】当事人就离婚案件中的财产分割问题申请再审的，则分情况对待：</p> <p>① 如涉及判决中已分割的财产，人民法院应当依法进行审查，符合再审条件的，应立案审理；</p> <p>② 如涉及判决中未作处理的夫妻共同财产，应当告知当事人另行起诉。</p>
2、裁定	原则上生效的裁定可以再审。
3、调解书	检察院只有在调解书损害国家利益、社会公共利益的特定情形下才可以对调解书进行抗诉。

二、人民法院启动的再审

1. 本院 (院长 + 审委会)	各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。
2. 上级法院 (上级 + 最高)	<p>最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，上级人民法院 (不是上一级) 对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。</p> <p>【新增法条】《最高人民法院关于审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定》第二条第三款规定，“人民法院依据民事诉讼法第一百九十八条第二款裁定再审的，应当提审”。即上级法院和最高人民法院依职权裁定再审的案件一律提审。</p>

三、检察院启动的再审

抗诉的主体	<p>1. 最高人民检察院；(对各级法院)</p> <p>2. 上级人民检察院。(对下级法院)</p> <p>【考点提示】检察院再审抗诉只能上抗下，最高检除外。</p> <p>【注意】修改后的《民事诉讼法》第 208 条第 2、3 款规定，地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第二百条规定情形之一的，或发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以向同级人民法院提出检察建议，并报上级人民检察院备案；也可以提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。</p> <p>各级人民检察院对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，有权向同级人民法院提出检察建议。</p> <p>【关联考点】检察建议：人民法院收到再审检察建议后，应当组成合议庭，在 3 个月内进行审查，发现原判决、裁定、调解书确有错误，需要再审的，依照民事诉讼法的规定裁定再审，并通知当事人；经审查，决定不予再审的，应当书面回复人民检察院。</p> <p>【注意】(1) 检察建议并不必然引起再审，法院要进行审查；(2) 检察建议应当经检委会讨论决定后方能向人民法院提交。</p>
-------	---

抗诉的对象	人民法院作出的已经发生法律效力确有错误的判决、裁定，对调解书原则上不能抗诉。
抗诉的事由	(1) 有新的证据，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) 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的； (13) 审判人员审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。
启动的效果	接受抗诉的人民法院应当自收到抗诉书之日起 30 日内做出再审的裁定。 【新增法条】 修改后的民诉法司法解释第 417 条规定，人民检察院依当事人的申请对生效判决、裁定提出抗诉，符合下列条件的，人民法院应当在 30 日内裁定再审： (1) 抗诉书和原审当事人申请书及相关证据材料已经提交； (2) 抗诉对象为依照民事诉讼法和本解释规定可以进行再审的判决、裁定； (3) 抗诉书列明该判决、裁定有民事诉讼法第二百零八条第一款规定情形； (4) 符合民事诉讼法第二百零九条第一款第一项、第二项规定情形。 不符合前款规定的，人民法院可以建议人民检察院予以补正或者撤回；不予补正或者撤回的，人民法院可以裁定不予受理。 【关联法条】 修改后的《民事诉讼法》第 210 条规定，人民检察院因履行法律监督职责提出检察建议或抗诉的需要，可以向当事人或案外人调查核实有关情况。
审理的法院	1. 接受抗诉的人民法院应当自收到抗诉书之日起三十日内作出再审的裁定； 2. 有《民诉法》第二百条第一款第（一）项至第（五）项规定情形之一的，可以交下一级人民法院再审（证据层面），但经该下一级人民法院再审的除外。

四、当事人申请再审

申请主体	原审中的原告、被告、有独立请求权的第三人和判决其承担义务的无独立请求权的第三人以及上诉人和被上诉人。 【注意】 司法解释纳入了案外人申请再审的情形；同时修改后的民诉法司法解释增加了关于遗漏的必要共同诉讼人申请再审的规定。 【注意】 当事人死亡或者终止的，其权利义务承继者可以申请再审； <u>但判决、调解书生效后，当事人将判决、调解书确认的债权转让，债权受让人对该判决、调解书不服申请再审的，人民法院不予受理。</u>
------	---

申请对象	(1) 已经发生法律效力的判决、裁定；(注意不能申请再审的例外情形) (2) 已经发生法律效力的调解书。
申请事由	(1) 对于判决、裁定(事由与检察院抗诉事由相同) (2) 对于调解书 证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的,可以申请再审。
申请时间	(1) 应当在判决、裁定、调解书发生法律效力后 6 个月内提出； (2) 有本法第二百条第一项、第三项、第十二项、第十三项规定情形的,自知道或者应当知道之日起 6 个月内提出。 【新增法条】根据修改后的民诉法司法解释第 422 条第 1 款规定,被遗漏的必要共同诉讼人因未接到参诉通知,无法在裁判生效 6 个月内申请再审,因此应当从其知道或者应当知道之日起 6 个月内申请再审。 【注意】这里的 6 个月为不变期间,自判决、裁定、调解书发生法律效力之次日起计算。
申请法院	原则上向原审人民法院的上一级人民法院申请,当事人一方人数众多或当事人双方为公民的案件,也可向原审人民法院申请再审。 【注意】当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件,当事人分别向原审人民法院和上一级人民法院申请再审且不能协商一致的,由原审人民法院受理。
申请审查	(1) 法院受理再审申请后应当组成合议庭围绕申请事由是否成立进行审查,且应当自收到再审申请书之日起三个月内审查完毕,有特殊情况需要延长的,由本院院长批准； (2) 经审查,处理方式如下: a 申请再审事由成立,径行裁定再审; b 超期申请或超过再审申请范围的,裁定驳回再审申请; (3) 审查中,人民法院可以根据具体情况决定是否询问当事人,以有新的证据,足以推翻原裁判为由申请再审的,应当询问; (4) 审查过程中,对方当事人也申请再审的,法院应当将其也列为再审申请人,对其提出的再审申请一并审查。 【关联考点】人民法院审查再审申请期间,人民检察院对该案提出抗诉的,人民法院应裁定再审,申请再审人提出的具体再审请求应纳入审理范围。 【关联法条】有下列情形之一的,人民法院可以裁定终结审查: a 申请再审人死亡或者终止,无权利义务承受人或者权利义务承受人声明放弃再审申请的; b 在给付之诉中,负有给付义务的被申请人死亡或终止,无可供执行的财产,也没有应当承担义务的人的; c 当事人达成执行和解协议且已履行完毕的,但当事人在执行和解协议中声明不放弃申请权利的除外; d 他人未经授权以当事人名义申请再审的; e 原审或者上一级人民法院已经裁定再审的。

<p>审理法院⁶¹</p>	<p>1. 因当事人申请裁定再审的案件由中级人民法院以上的人民法院审理。(一般回不到基层)但当事人一方人数众多或当事人双方为公民的案件,当事人选择向原审的基层人民法院申请再审的除外。</p> <p>2. 最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件,由本院再审或者交其他人民法院再审,也可以交原审人民法院再审。</p> <p>【注意】对于当事人申请再审的案件,如果上一级人民法院经审查认为再审理由成立的,一般由上一级人民法院提审,适用第二审程序审理。</p> <p>【新增法条】《最高人民法院关于审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定》第2条第2款规定:因当事人申请裁定再审的案件一般应当由裁定再审的人民法院审理。有下列情形之一的,最高人民法院、高级人民法院可以指令原审人民法院再审:</p> <p>(一)依据民事诉讼法第二百条第(四)项、第(五)项或者第(九)项裁定再审的;</p> <p>(二)发生法律效力判决、裁定、调解书是由第一审法院作出的;</p> <p>(三)当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的;</p> <p>(四)经审判委员会讨论决定的其他情形。</p> <p>第3条:虽然符合本规定第二条可以指令再审的条件,但有下列情形之一的,应当提审:</p> <p>(一)原判决、裁定系经原审人民法院再审审理后作出的;</p> <p>(二)原判决、裁定系经原审人民法院审判委员会讨论作出的;</p> <p>(三)原审审判人员在审理该案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的;</p> <p>(四)原审人民法院对该案无再审管辖权的;</p> <p>(五)需要统一法律适用或裁量权行使标准的;</p> <p>(六)其他不宜指令原审人民法院再审的情形。</p>
--------------------------	---

五、再审的审理

<p>1. 中止原判决的执行⁶²</p>	<p>原则上只要人民法院决定再审后,就应当裁定中止原生效法律文书的执行。修改后的《民事诉讼法》增加了例外规定,即追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件,可以不中止执行。</p>
<p>2. 另组合议庭</p>	<p>一律实行合议制。如果由原审人民法院再审的,应当另行组成合议庭。</p>

61 (2009-87) 甲公司诉乙公司合同纠纷案,南山市S县法院进行了审理并作出驳回甲公司诉讼请求的判决,甲公司未提出上诉。判决生效后,甲公司因收集到新的证据申请再审。下列哪些选项是正确的?

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

62 (2015-46) 周立诉孙华人身损害赔偿案,一审法院适用简易程序审理,电话通知双方当事人开庭,孙华无故未到庭,法院缺席判决孙华承担赔偿责任周立医疗费。判决书生效后,周立申请强制执行,执行程序开始,孙华向一审法院提出再审申请。法院裁定再审,未裁定中止原判决的执行。关于本案,下列哪一说法是正确的?

- A. 法院电话通知当事人开庭是错误的
B. 孙华以法院未传票通知其开庭即缺席判决为由,提出再审申请是符合法律规定的
C. 孙华应向二审法院提出再审申请,而不可向原一审法院申请再审
D. 法院裁定再审,未裁定中止原判决的执行是错误的

3. 再审的程序	<p>(1) 原来是一审法院审理终结的，再审适用第一审普通程序。（所做判决可以上诉）</p> <p>(2) 原来是二审法院审理终结的或者是经过提审的，再审适用第二审程序。（所做判决为终审判决）</p> <p>【注意】人民法院审理再审案件应当开庭审理，<u>但按照第二审程序审理的，双方当事人已经其他方式充分表达意见，且书面不开庭审理的除外。</u></p>
4. 再审申请的撤回	<p>(1) 撤回再审申请的，是否准许由人民法院裁定。裁定准许的，应终结再审程序。</p> <p>(2) 申请再审人经传票传唤，无正当理由拒不接受询问，可裁定按自动撤回再审申请处理。</p> <p>(3) 申请再审人经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以裁定按自动撤回再审申请处理。</p> <p>【注意】人民检察院抗诉再审的案件，申请抗诉的当事人有前款规定的情形，且不损害国家利益，社会公共利益与第三人利益的，人民法院应当裁定终结再审程序；人民检察院撤回抗诉的，应当准予。</p> <p>【注意】人民法院准许撤回再审申请或者按撤回再审申请处理后，再审申请人再次申请再审的，不予受理，但有民事诉讼法第200条第1项、第3项、第12项、第13项规定情形，自知道或者应当知道之日起6个月内提出的除外。</p>
5. 再审中的撤诉	<p>按照一审程序审理再审案件时，一审原告申请撤回起诉，经其他当事人同意，且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，人民法院可以准许。裁定准许的，应当同时裁定撤销原判决、裁定、调解书。一审原告在再审审理程序中撤回起诉后重复起诉的，人民法院不予受理。</p>
6. 再审中的调解	<p>当事人在再审审理中经调解达成协议的，人民法院应当制作调解书。调解书经各方当事人签收后，即具有法律效力，原判决、裁定视为被撤销。</p>
7. 再审审理范围 ⁶³	<p>根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》审判监督程序若干问题的解释第33条，人民法院应当在具体的再审理求范围内或在抗诉支持当事人请求的范围内审理再审案件。<u>当事人超出原审范围增加、变更诉讼请求的，不属于再审审理范围。</u></p> <p>【注意】但涉及国家利益、社会公共利益，或者当事人在原审诉讼中已经依法要求增加、变更诉讼请求，原审未予审理且客观上不能形成其他诉讼的除外。经再审裁定撤销原判决，发回重审后，当事人增加诉讼请求的，人民法院可以将当事人增加的诉讼请求与原诉讼请求合并处理。</p>

63 （2013-82）韩某起诉翔鹭公司要求其依约交付电脑，并支付迟延履行违约金5万元。经县市两级法院审理，韩某均胜诉。后翔鹭公司以原审适用法律错误为由申请再审，省高院裁定再审后，韩某变更诉讼请求为解除合同，支付迟延履行违约金10万元。再审法院最终维持原判。关于再审程序的表述，下列哪些选项是正确的？

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

8. 再审的裁判	(1) 维持原判	原判事实清楚、适用法律正确的。 【注意】 虽然事实、法律有瑕疵，但结果正确的，纠正后维持原判。
	(2) 驳回起诉	认为不符合受理条件的，裁定撤销一、二审判决，驳回起诉；
	(3) 发回重审	①按照二审程序审理的过程中发现原审严重违法法定程序的。 ②按照二审程序审理的过程中发现事实不清的，可以改判，也可发回重审。 <u>原则上应当在查清事实后改判</u> ，但原审人民法院便于查清事实，化解纠纷的，可以裁定撤销原判，发回重审。
	(4) 调解不成发回重审	人民法院发现一、二审判决遗漏了应当参加诉讼的当事人的，可以根据当事人自愿原则予以调解。调解不成，发回重审。
9. 案外人申请再审	(1) 案外人是必要共同诉讼人	①在按第一审程序再审时，应追加其为当事人，作出新的判决； ②在按第二审程序再审时，经调解不能达成协议的，应撤销原判，发回重审，重审时应追加案外人为当事人。
	(2) 案外人不是必要共同诉讼人	仅审理原判决、裁定、调解书对其民事权益造成损害的内容，并应根据审理情况作出撤销、改变原判决文书相关判项或者维持原生效文书的裁判；撤销或改变原判决相关判项的，应当告知案外人以及原审当事人可以提起新的诉讼解决相关争议。

第十七讲 特别程序

一、特别程序的特点归纳

1. 程序目的不同	目的不是解决民事权益冲突，而是确认某种法律事实是否存在。
2. 启动主体特殊	起诉人或者申请人不一定与本案有直接利害关系。
3. 审判组织特殊	适用独任制，应当由审判员一人审理。 【注意】以下3种特殊情形应当由审判员组成合议庭（无陪审员）审理： (1) 选民资格案件；(2) 重大、疑难的案件；(3) 担保财产标的额超过基层人民法院管辖范围的担保物权的实现案件。
4. 实行一审终审	实行一审终审制，判决书一经送达，即发生法律效力。
5. 审理期限较短	在立案之日起30日内或公告期满后30日内审结，有特殊情况需延长的，由本院院长审批。 【注意】选民资格案件必须在选举日之前审结，不得延长到选举日后。
6. 管辖法院	对象所在地基层人民法院管辖。
7. 不能启动再审	发现认定事实或适用法律确有错误，无须启动再审程序，由原审法院按特别程序的规定，撤销原判决，作出新判决。

二、选民资格案件

1、选举委员会先行处理程序；
2、起诉人不一定是选民本人；任何人
3、在选举日5日以前起诉；
4、选区所在地基层人民法院管辖；
5、开庭审理，起诉人、选举委员会的代表和有关公民必须参加；
6、必须在选举日前审结；
7、判决书应当在选举日前送达选举委员会和起诉人，并通知有关公民。

三、宣告公民失踪、宣告公民死亡案件

宣告失踪和宣告死亡的条件	1. 宣告失踪	下落不明满2年
	2. 宣告死亡	① 下落不明满4年的； ② 因意外事件下落不明满2年的； ③ 因意外事件下落不明，经有关机关证明该自然人不可能生存的。

公告期间	1、宣告失踪	公告期间为 3 个月。
	2、宣告死亡	① 一般为 1 年； ② 因意外事件下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存的，宣告死亡的公告期间为 3 个月。
管辖法院	下落不明人住所地基层人民法院	
被宣告人再次出现的后果	1、由该公民或其他的利害关系人向作出宣告判决的人民法院提出申请； 2、法院作出新判决，撤销原判决； 3、宣告公民死亡案件，被宣告死亡人出现后，因死亡宣告而消灭的人身关系，有条件恢复的，可以恢复。（但其配偶向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外）	
利害关系人的申请顺序	(1) 宣告公民失踪，利害关系人间没有申请顺序的要求； (2) 宣告公民死亡，利害关系人间也没有申请顺序的要求。（民法总则新修改） 【关联考点】 变更失踪人的财产代管人适用程序：关键看谁申请。 代管人申请：特别程序；其他人申请：普通程序	
申请宣告的撤回	人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后，作出判决前，申请人撤回申请的， <u>人民法院应当裁定终结案件</u> ，但其他符合法律规定的利害关系人加入程序要求继续审理的除外。	

四、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件

管辖	该公民住所地基层人民法院。书面申请。
确定代理人	1. 应当由申请人以外的该公民的近亲属为代理人； 2. 亲属互相推诿的，由人民法院指定其中一人为代理人； 3. 该公民健康情况许可的，还应当询问本人的意见。
鉴定	这是审理此类案件的重要程序。
其他诉讼中当事人的行为能力认定	在其他诉讼过程中，如果有人申请人民法院认定当事人无民事行为能力或者限制民事行为能力的，应当中止原诉讼；然后，按照特别程序对申请作出处理。

五、认定财产无主案件

管辖	财产所在地基层人民法院。书面申请。
条件	1. 所有人不明。2. 有形财产。
公告	公告满一年无人认领。
救济	原财产所有人或者其继承人出现，在民法通则规定的诉讼时效期间可以对财产提出请求，人民法院审查属实后，应当作出新判决，撤销原判决。 【关联考点】 认定财产无主案件，公告期间有人对财产提出请求，人民法院应当裁定终结特别程序，告知申请人另行起诉，适用普通程序审理。

六、确认调解协议案件⁶⁴

程序	双方当事人或其代理人依照人民调解法等法律，自调解协议生效之日起三十日内，共同向管辖法院提出。 【注意】当事人申请司法确认调解协议， <u>可以采用书面形式或者口头形式</u> 。当事人口头申请的，人民法院应当记入笔录，并由当事人签名、捺印或者盖章。
管辖	调解组织所在地基层人民法院或人民法庭。 【注意】两个以上调解组织参与调解的，各调解组织所在地基层人民法院均有管辖权。双方当事人可以共同向其中一个调解组织所在地基层人民法院提出申请；双方当事人共同向两个以上调解组织所在地基层人民法院提出申请的，由最先立案的人民法院管辖。
范围	申请确认婚姻关系、亲子关系、收养关系等身份关系无效、有效或者解除的；涉及适用其他特别程序、公示催告程序、破产程序审理的；调解协议内容涉及物权、知识产权确权的案件，人民法院不予受理确认申请。
处理	1. 经审查——书面审查，符合法律规定的，裁定调解协议有效，一方当事人拒绝履行或者未全部履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行； 【注意】人民法院审理确认调解协议案件，由一名审判员独任审理。审判员根据双方当事人提供的证明材料对调解协议的合法性进行审查；人民法院审查相关情况时，应当通知双方当事人共同到场对案件进行核实。人民法院经审查，认为当事人的陈述或者提供的证明材料不充分、不完备或者有疑义的，可以要求当事人限期补充陈述或者补充证明材料。必要时，人民法院可以向调解组织核实有关情况。 【关联考点】确认调解协议的裁定作出前，当事人撤回申请的，人民法院可以裁定准许。当事人无正当理由未在限期内补充陈述、补充证明材料或者拒不接受询问的，人民法院可以按撤回申请处理。
	2. 不符合法律规定的，裁定驳回申请，当事人可以通过调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议，也可以向人民法院提起诉讼。 【关联考点】对人民法院作出的确认调解协议，当事人有异议的，应当自收到裁定之日起15日内提出；利害关系人提出异议的，自知道或者应当知道其民事权益受到侵害之日起6个月内提出。

64 （13-83）甲区A公司将位于丙市价值5000万元的写字楼转让给乙区的B公司。后双方发生争议，经丁区人民调解委员会调解达成协议：B公司在1个月内支付购房款。双方又对该协议申请法院作出了司法确认裁定。关于本案及司法确认的表述，下列哪些选项是不正确的？

A. 应由丙市中级法院管辖

B. 可由乙区法院管辖

C. 应由一名审判员组成合议庭，开庭审理司法确认申请

D. 本案的调解协议和司法确认裁定，均具有既判力

七、实现担保物权案件⁶⁵

主体	担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人。
管辖	担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院 【注意】实现票据、仓单、提单等有权利凭证的权利质权案件，可以由权利凭证持有人住所地人民法院管辖；无权利凭证的权利质权，由出质登记地人民法院管辖。实现担保物权案件属于海事法院等专门人民法院管辖的，由专门人民法院管辖。
处理	1. 经审查，符合法律规定的，裁定拍卖、变卖担保财产，当事人依据该裁定可以向人民法院申请执行； 2. 不符合法律规定的，裁定驳回申请，当事人可以向人民法院提起诉讼。 【注意】对于该申请，由审判员一人独任审查。担保财产标的额超过基层人民法院管辖范围的，应当组成合议庭进行审查；同时，人民法院审查实现担保物权案件，可以询问申请人、被申请人、利害关系人，必要时可以依职权调查相关事实。 【关联考点】对人民法院作出的准许实现担保物权的裁定，当事人有异议的，应当自收到裁定之日起 15 日内提出；利害关系人提出异议的，自知道或者应当知道其民事权益受到侵害之日起 6 个月内提出。
特殊规定	(1) 被担保的债权既有物的担保又有人的担保，当事人对实现担保物权的顺序有约定，实现担保物权的申请违反该约定的，人民法院裁定不予受理；没有约定或者约定不明的，人民法院应当受理。 (2) 同一财产上设立多个担保物权，登记在先的担保物权尚未实现的，不影响后顺位的担保物权人向人民法院申请实现担保物权。

65 (14-44) 甲公司与银行订立了标的额为 8000 万元的贷款合同，甲公司董事长美国人汤姆用自己位于 W 市的三套别墅为甲公司提供抵押担保。贷款到期后甲公司无力归还，银行向法院申请适用特别程序实现对别墅的抵押权。关于本案的分析，下列哪一选项是正确的？

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

第十八讲 督促程序

一、适用支付令程序的条件

1、请求给付的标的仅限于请求给付金钱或有价证券。
2、请求给付金钱或者有价证券已到偿付期且数额确定。 【注意】在债权到期之前，即使债务人明确表示将不支付，也不适用督促程序。
3、债权人没有对等给付义务，即债权人和债务人之间没有其他债务纠纷的。
4、需向有管辖权的人民法院提出申请：申请支付令的案件由债务人住所地的基层人民法院管辖。
5、支付令必须能够送达债务人。对不在我国境内和虽在我国境内但下落不明的人不能签发支付令。
6、债权人未向人民法院申请诉前保全。

二、支付令的效力

限期履行债务	债务人收到支付令在法定期限内不提出异议，债务人自收到支付令之日起 15 日内应当清偿债务。 (送达即产生此督促效力)
强制履行债务	债务人自收到支付令之日起在 15 日内，既不提出异议，又不清偿债务的，债权人有权向受诉人民法院申请强制执行。(15 日期满不异议、不清偿产生此强制执行效力)

三、债务人的异议⁶⁶

异议的条件	1、异议只能由债务人提出。
	2、异议必须在法定期限内 (15 日) 提出，债务人超过法定期间提出异议的，视为未提出异议。
	3、异议必须以书面方式提出，口头方式提出的异议无效。
	4、异议只能向发出支付令的人民法院提出。 【注意】修改后的民诉法司法解释第 436 条规定：对设有担保的债务的主债务人发出的支付令，对担保人没有拘束力。
	5、异议必须针对债权人的实体权利主张提出，即异议应当针对债权债务关系本身。 【考点提示】缺乏清偿能力、延缓债务清偿期限、变更债务清偿方式、向其他法院起诉不构成异议。

66 (14-46) 黄某向法院申请支付令，督促陈某返还借款。送达支付令时，陈某拒绝签收，法官遂进行留置送达。12 天后，陈某以已经归还借款为由向法院提起书面异议。黄某表示希望法院彻底解决自己与陈某的借款问题。下列哪一说法是正确的？

- A. 支付令不能留置送达，法官的送达无效
- B. 提出支付令异议的期间是 10 天，陈某的异议不发生效力
- C. 陈某的异议并未否认二人之间存在借贷法律关系，因而不影响支付令的效力
- D. 法院应将本案转为诉讼程序审理

异议的效果	1.法院需要审查异议是否成立;
	2. 异议成立, 裁定终结督促程序, 支付令自行失效; 【注意】 人民法院作出终结督促程序裁定前, 债务人请求撤回异议的, 应当准许。债务人对撤回异议反悔的, 人民法院不予支持。
	3. 支付令失效的, 转入诉讼程序, 但申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的除外。具体而言: (1) 支付令失效后, 申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的, 应当自收到终结督促程序裁定之日起 7 日内向受理申请的人民法院提出。申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的, 不影响其向其他有管辖权的人民法院提起诉讼。 (2) 支付令失效后, 申请支付令的一方当事人自收到终结督促程序裁定之日起 7 日内未向受理申请的人民法院表明不同意提起诉讼的, 视为向受理申请的人民法院起诉。债权人提出支付令申请的时间, 即为向人民法院起诉的时间。
	4. 支付令错误的救济机制: 《民诉解释》第 443 条规定: 人民法院院长发现本院已经发生法律效力的支付令确有错误, 认为需要撤销的, 应当提交本院审判委员会讨论决定后, <u>裁定撤销支付令, 驳回债权人的申请。</u>

第十九讲 公示催告程序⁶⁷

适用的范围	按照规定可以背书转让的票据或其他事项。	
公示催告的申请	申请原因	票据被盗、遗失或者灭失。
	申请人	票据的最后持有人。
	管辖	票据支付地的基层人民法院。
法院的受理和公告	(1) 人民法院经审查，决定受理申请的，应当同时通知支付人停止支付； (2) 在 3 日内发出公告，催促利害关系人申报权利； (3) 公示催告的期间，由人民法院根据情况决定，但不得少于 60 日，且公示催告期间届满日不得早于票据付款日后 15 日。	
利害关系人申报权利	(1) 在公示催告期间申报权利；或者除权判决作出之前申报； (2) 利害关系人申报权利，人民法院只进行形式审查，如是否与公示催告的票据相同； 【注意】利害关系人申报权利，人民法院应当通知其向法院出示票据，并通知公示催告申请人在指定的期间查看该票据。 (3) 符合形式条件的申报，人民法院应当裁定终结公示催告程序。	
除权判决	条件	(1) 公示催告期间届满无人申报或申报被驳回。 (2) 申请人应自申报期间届满之次日起 1 个月内申请法院作出除权判决。
	审理组织	(1) 公示催告阶段，可由审判员一人独任审理； (2) 判决宣告票据无效阶段，应当由审判员组成合议庭。
	除权判决的效力	(1) 被催告申报权利的票据丧失效力。 (2) 公示催告申请人可以根据人民法院的判决行使票据上的权利，有权依据人民法院的除权判决向付款人请求付款，付款人不得拒绝支付。
	救济	利害关系人在除权判决作出后可以向作出判决的人民法院起诉。 两个条件：(1) 因正当理由不能在判决前向人民法院申报权利的。 (2) 期间：自知道或者应当知道判决公告之日起 1 年内。

67 (2012-46) 甲公司因票据遗失向法院申请公示催告。在公示催告期间届满的第 3 天，乙向法院申报权利。下列哪一说法是正确的？
A. 因公示催告期间已经届满，法院应当驳回乙的权利申报
B. 法院应当开庭，就失票的权属进行调查，组织当事人进行辩论
C. 法院应当对乙的申报进行形式审查，并通知甲到场查验票据
D. 法院应当审查乙迟延申报权利是否具有正当事由，并分别情况作出处理

<p>终结公示催告程序的情形</p>	<p>(1) 申请人在公示催告前撤回申请的，人民法院应予准许。申请人在公示催告期间撤回申请的，人民法院可以径行裁定终结公示催告程序；</p> <p>(2) 利害关系人在公示催告期间或在申报权利期间届满后、除权判决作出之前申报权利的，经审查符合形式条件的，人民法院应当裁定终结公示催告程序；</p> <p>(3) 在申报权利期间没有人申报权利，或者申报权利被驳回，而申请人在1个月的法定期间内未申请人民法院作出除权判决的，法院应当裁定终结公示催告程序。</p> <p>【关联考点】终结公示催告程序后，公示催告申请人或者申报人向人民法院提起诉讼，因票据权利纠纷提起的，由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖；因非票据权利纠纷提起的，由被告住所地人民法院管辖。</p>
--------------------	--

第二十讲 民事裁判⁶⁸

【民事判决、裁定、决定之间的区别】

项目	民事判决	民事裁定	民事决定
解决事项	实体性问题	主要是程序性问题	一些特殊事项
目的	解决民事纠纷	推进诉讼进程	清除诉讼障碍
作出时间	审理的最后阶段	审理阶段和执行阶段	审理阶段和执行阶段
作出形式	书面	口头或书面	口头或书面
法律依据	民法等实体法	民事诉讼法	民事诉讼法
上诉范围	一审普通案件	仅限于管辖权异议、不予受理、驳回起诉的裁定	均不可上诉
上诉时间	15 天	10 天	——
适用次数	一次 (指的是生效判决)	多次	多次
救济方式不同	不服未生效判决可上诉 1.漏判：(补充判决) 2. 笔误：裁定补正。 3. 错判：(看是否上诉)	1. 管辖权异议、不予受理、驳回起诉的裁定可以上诉 2. 财产保全、先予执行的裁定可以复议——原法院； (驳回仲裁裁决执行申请的裁定；执行管辖权异议的裁定；执行行为异议的裁定——上一级法院复议)	对于回避、罚款、拘留的决定可以申请复议
修改后的《民事诉讼法》第 152 条, 154 条规定, 判决书、裁定书应当写明裁判结果和作出该裁判的理由。			
修改后的《民事诉讼法》第 156 条规定了文书公开制度, 即公众可以查阅发生法律效力判决书、裁定书, 但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的内容除外。 ⁶⁹			
【注意】申请查阅发生法律效力的判决书、裁定书的, 应当向作出该生效裁判的人民法院以书面形式提出。			

68 (2012-47) 关于民事诉讼的裁定, 下列哪一选项是正确的?
A. 裁定可以适用于不予受理、管辖权异议和驳回诉讼请求
B. 当事人有正当理由没有到庭的, 法院应当裁定延期审理
C. 裁定的拘束力通常只及于当事人、诉讼参与人和审判人员
D. 当事人不服一审法院作出的裁定, 可以向上一级法院提出上诉

69 (2012-85) 关于法院与仲裁庭在审理案件有关权限的比较, 下列哪些选项是正确的?
A. 在一定情况下, 法院可以依职权收集证据, 仲裁庭也可以自行收集证据
B. 对专门性问题需要鉴定的, 法院可以指定鉴定部门鉴定, 仲裁庭也可以指定鉴定部门鉴定
C. 当事人在诉讼中或仲裁中达成和解协议的, 法院可以根据当事人的申请制作判决书, 仲裁庭也可以根据当事人的申请制作裁决书
D. 当事人协议不愿写明争议事实和判(裁)决理由的, 法院可以在判决书中不予写明, 仲裁庭也可以在裁决书中不予写明

第二十一讲 执行程序

执行根据	<p>1. 人民法院制作的具有执行内容的生效法律文书。 【注意】其中包括民事判决、裁定、调解书和支付令；刑事裁判中的财产部分。</p> <p>2. 其他机关制作的由人民法院执行的法律文书。 【例如】赋予强制执行效力的公证债权文书、生效的仲裁裁决书，依法应由人民法院执行的行政处罚，行政处理决定。</p> <p>3. 人民法院制作的承认并执行外国法院判决、裁定或者外国仲裁机构裁决的裁定书。</p>	
执行管辖	管辖法院	<p>(1) 法院生效裁判：由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院</p> <p>(2) 生效的实现担保物权裁定、确认调解协议裁定、支付令：由作出裁定、支付令的人民法院或者与其同级的被执行财产所在地的人民法院执行</p> <p>(3) 认定财产无主的判决：由作出判决的人民法院将无主财产收归国家或者集体所有</p> <p>(4) 其他文书：由被执行人住所地或被执行财产所在地的人民法院执行</p>
	管辖权冲突	<p>(1) 由最先接受申请的人民法院执行；</p> <p>(2) 立案前发现其他人民法院已经立案的，不得重复立案；</p> <p>(3) 若立案后发现其他法院已经立案的，应当撤销案件；（不同于审判中——移送）</p> <p>(4) 已经采取措施的，应当将控制的财产交先立案的法院。</p>
	执行管辖权异议	<p>应当自收到执行通知书之日起 10 日内提出。</p> <p>(1) 经审查异议成立的，应当撤销执行案件，并告知当事人向有管辖权的人民法院申请执行；</p> <p>(2) 异议不成立的，裁定驳回。</p> <p>【注意】当事人对裁定不服的，可以向上一级人民法院申请复议。管辖权异议审查和复议期间，不停止执行。</p>
执行开始	申请执行（原则）	<p>(1) 申请执行的法律文书已经生效；</p> <p>(2) 申请执行人在法定期限内提出申请：（2 年，适用中止、中断）</p> <p>A 从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；</p> <p>B 法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算；（不同于民法中的诉讼时效）</p> <p>C 法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。</p> <p>(3) 法律文书有给付内容，且执行标的和被执行人明确；</p> <p>(4) 义务人在生效法律文书确定的期限内未履行义务。</p>

执行开始	申请执行 (原则)	<p>【注意】申请执行人超过申请执行时效期间向人民法院申请强制执行的，人民法院应予受理。被执行人对申请执行时效期间提出异议，人民法院经审查异议成立的，裁定不予执行。</p> <p>被执行人履行全部或者部分义务后，又以不知道申请执行时效期间届满为由请求执行回转的，人民法院不予支持。</p>
	移送执行 (例外)	<p>(1) 人民法院已生效的具有给付赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费和劳动报酬内容的法律文书；</p> <p>(2) 人民法院作出的民事制裁决定书；</p> <p>(3) 人民法院已生效的刑事法律文书含有财产执行内容的法律文书；</p> <p>(4) 以撤销或变更已执行完毕的法律文书为内容的新判决书；</p> <p>(5) 人民检察院提起公益诉讼案件判决、裁定生效后，被告不履行的，人民法院应当移送执行。</p>
	委托执行	<p>(1) 受托法院接到委托函件后，必须在 15 日内开始执行，不得拒绝。</p> <p>(2) 受托法院自收到委托函件之日起 15 日内不执行的，委托法院可以请求受托人民法院的上级人民法院指令受委托法院执行。</p> <p>(3) 执行案件被指定执行、提级执行、委托执行后，当事人、利害关系人对原执行法院的执行行为提出异议的，由提出异议时负责该案件执行的人民法院审查处理；受指定或者受委托的人民法院是原执行法院的下级人民法院的，仍由原执行法院审查处理。</p> <p>(4) 执行案件被指定执行、提级执行、委托执行后，案外人对原执行法院的执行标的提出异议的，参照前款规定处理。</p>
	不予执行	<p>(1) 公证债权文书确有错误的，人民法院裁定不予执行。</p> <p>(2) 国内仲裁裁决的不予执行。(《民事诉讼法》第 237 条)</p> <p>(3) 涉外仲裁裁决的不予执行。(《民事诉讼法》第 274 条)</p>
执行中的救济	执行行为异议	<p>(1) 异议主体：当事人、利害关系人。</p> <p>(2) 异议理由：执行行为违反法律规定。</p> <p>(3) 异议形式：书面异议。</p> <p>(4) 异议审查：人民法院应当自收到异议之日起 15 日内进行审查，经审查理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。</p> <p>【注意】当事人和利害关系人如果对裁定不服，还可以自裁定送达之日起 10 日内向上一级人民法院申请书面复议。上一级法院应当组成合议庭在 30 日内复议完毕，特殊情形经院长批准可延长不超过 30 日。执行异议审查和复议期间，不停止执行。</p> <p>【新增法条】执行案件被指定执行、提级执行、委托执行后，当事人、利害关系人对原执行法院的执行行为提出异议的，由提出异议时负责该案件执行的人民法院审查处理；受指定或者受委托的人民法院是原执行法院的下级人民法院的，仍由原执行法院审查处理。</p>

执行中的救济	逾期执行的救济	<p>(1) 适用情形：自收到申请执行之日起 6 个月未执行的。</p> <p>(2) 救济途径：申请执行人可以向上一级人民法院申请。</p> <p>(3) 救济方式：上一级人民法院经审查，<u>可以责令原人民法院在一定期限内执行，也可以决定由本院执行或者指令其他人民法院执行。</u></p> <p>(4) 救济后果：执行法院在指定期间内无正当理由仍未执行完结的，上一级人民法院<u>应当裁定由本院执行或者指令本辖区其他人民法院执行。</u></p>
	案外人执行异议	<p>(1) 异议主体：案外人。</p> <p>(2) 异议形式：书面异议。</p> <p>(3) 异议审查：人民法院应当自收到异议之日起 15 日内进行审查，如果异议理由不成立的，则裁定予以驳回，执行程序继续进行。如果异议理由成立的，裁定中止执行。</p> <p>【注意】案外人异议审查期间，人民法院不得对执行标的进行处分。案外人提供担保：请求解除对异议标的查封、扣押、冻结的。人民法院可以准许，无法执行，可以直接执行担保财产；申请执行人提供担保：请求继续执行的，人民法院应当继续执行。请求继续执行有错误，给对方造成损失的，应当予以赔偿。 <u>同时，驳回案外人执行异议裁定送达案外人之日起 15 日内，人民法院不得对执行标的进行处分。</u></p> <p>(4) 处理结果的救济：</p> <p>第一，如果案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，按照审监程序处理；</p> <p>第二，与原判决、裁定无关的请求，可以自裁定送达之日起 15 日内提起诉讼。</p> <p>(5) 案外人对异议结果起诉（异议不成立时）</p> <p>以申请执行人为被告；被执行人反对的，以他们为共同被告。由执行法院管辖。</p>
		<p>(6) 申请人对异议结果起诉（异议成立时）</p> <p>以案外人为被告；被执行人反对的，以案外人和被执行人为共同被告。由执行法院管辖。</p> <p>【注意】异议之诉应当按照第一审普通程序进行审理。</p> <p>【例证】甲与乙争议一辆价值 90 万元的轿车，经法院审理判决该轿车归甲所有，并责令乙将该轿车交付于甲。判决生效后，乙拒绝交付。</p> <p>1、甲申请执行该轿车，丙提出异议，认为该轿车是自己的。</p> <p>丙—异议—轿车—审查：</p> <p>(1) 成立：裁定中止执行——申请执行人申请再审</p> <p>(2) 不成立：裁定驳回——案外人申请再审</p> <p>2、因轿车无法执行，甲申请执行乙的房屋，丙提出异议，认为房屋是自己的。</p> <p>丙—异议—房屋—审查：</p> <p>(1) 成立：裁定中止执行——申请人异议之诉</p> <p>(2) 不成立：裁定驳回——案外人异议之诉</p>

执行和解	概念	双方当事人自行协商，就生效法律文书确定的权利义务关系达成的协议。 【注意】人民法院在执行中不进行调解。
	效力	(1) 执行和解协议不具有法律上的强制执行力； (2) 执行和解协议不具有撤销原执行文书的效力； (3) 执行和解履行完毕后具有终结执行的效力。
	恢复执行	申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议，或当事人不履行或不完全履行和解协议、反悔的，当事人申请恢复执行的，人民法院可按原生效的法律文书执行；不可依职权，已履行部分相应扣除即可。 【注意】《执行和解规定》明确赋予了申请执行人以选择权，即在被执行人不履行和解协议时，申请执行人既可以申请恢复执行，也可以就履行执行和解协议提起诉讼。
执行担保	条件	(1) 被执行人向人民法院提出申请； (2) 经申请执行人同意； (3) 法院准许。
	效果	(1) 担保裁定书生效后，中止原判决、裁定等法律文书的执行； (2) 暂缓执行期应与担保期限相一致，但最长不得超过1年。
	违反义务后果	暂缓执行期限届满后，被执行人仍不履行义务，或暂缓执行期间担保人有转移、隐藏、变卖、毁损等行为的，人民法院可以依申请执行人的申请恢复执行，并直接裁定执行担保财产或者担保人的财产，不得将担保人变更、追加为被执行人。 【注意】执行担保人的财产，当以担保人应当履行义务部分的财产为限。被执行人有便于执行的现金、银行存款的，应当优先执行该现金、银行存款。
执行承担	公民	公民死亡的，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。
	法人	法人或者其他组织分立、合并的，其权利义务由变更后的法人或者其他组织承受；
	其他组织	(1) 被执行人为无法人资格的私营独资企业，可以裁定执行该独资企业业主的其他财产。 (2) 被执行人为个人合伙组织或合伙型联营企业，可以裁定追加该合伙组织的合伙人或参加该联营企业的法人为被执行人。 (3) 被执行人为企业法人的分支机构不能清偿债务时，可以裁定企业法人为被执行人。企业法人直接经营的财产仍不能清偿债务的，人民法院可以裁定执行该企业法人其他分支机构的财产。

执行回转	<p>指在执行完毕后，原据以执行的判决书、裁定书或其他法律文书因确有错误而被依法撤销，对已被执行的财产，权利人拒绝返还，人民法院根据新的生效法律文书重新采取措施，使其恢复执行程序开始前的状态。</p> <p>【注意】<u>执行回转的例外</u>：人民法院作出并已执行的商标侵权纠纷案件或者专利权侵权纠纷案件的判决，裁定，工商行政管理部门作出并已执行的处理决定执行完毕后，即使该注册商标被撤销或者专利权被宣告无效，也不存在执行回转的问题。但是因商标注册人或专利权人恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。同时，如不返还专利侵权赔偿金，专利使用费，专利转让费明显违背公平原则的，应当全部或者部分返还。</p>	
参与分配制度	<p>(1) 被执行人为公民或者其他组织；</p> <p>(2) 申请人是被执行人的其他已经取得金钱债权执行依据的债权人。未取得执行依据的金钱债权或者已取得其他执行依据的债权人不能申请参与分配。</p> <p>【注意】对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保物权的债权人，可以直接申请参与分配，主张优先受偿权。</p> <p>(3) 被执行人的财产不能清偿所有债权。</p> <p>(4) 参与分配申请应当在执行程序开始后、被执行人的财产被执行完毕前提出。</p> <p>【关联考点】参与分配方案的制定及其救济：《民诉解释》第 511 条：多个债权人对执行财产申请参与分配的，执行法院应当制作财产分配方案，并送达各债权人和被执行人。债权人或者被执行人对分配方案有异议的，应当自收到分配方案之日起十五日内向执行法院提出书面异议。</p> <p>第 512 条：债权人或者被执行人对分配方案提出书面异议的，执行法院应当通知未提出异议的债权人、被执行人。未提出异议的债权人、被执行人自收到通知之日起十五日内未提出反对意见的，执行法院依异议人的意见对分配方案审查修正后进行分配；<u>提出反对意见的，应当通知异议人。异议人可以自收到通知之日起十五日内，以提出反对意见的债权人、被执行人为被告，向执行法院提起诉讼；</u>异议人逾期未提起诉讼的，执行法院按照原分配方案进行分配。</p>	
代位申请执行 ⁷⁰	1.适用条件	<p>(1) 被执行人不能清偿债务，但其对第三人享有到期债权；</p> <p>(2) 依申请执行人或被执行人的申请。</p>
	2. 法院通知的效力	<p>(1) 第三人在收到通知后 15 日内向申请执行人履行债务；</p> <p>(2) 第三人在收到通知后 15 日内向执行法院提出异议。</p>

70 (2007-84) 甲公司对乙公司的 50 万元债权经法院裁判后进入到强制执行程序，被执行人乙公司不能清偿债务，但对第三人（即丙公司）享有 30 万元的到期债权。甲公司欲申请法院对被执行人的到期债权予以执行。关于该执行程序，下列哪些选项是错误的？

- A. 丙公司应在接到法院发出的履行到期债务通知后的 30 日内，向甲公司履行债务或提出异议
- B. 丙公司如果对法院的履行通知提出异议，必须采取书面方式
- C. 丙公司在履行通知指定的期间内提出异议的，法院应当对提出的异议进行审查
- D. 在对丙公司作出强制执行裁定后，丙公司确无财产可供执行，法院可以就丙公司对他人享有的到期债权强制执行

代位 申请执行	3. 第三人异议	<p>(1) 必须在法定期间内提出；</p> <p>(2) 一般应当采用书面形式，也可口头；</p> <p>(3) 第三人在履行通知指定的期间内提出异议的，对异议不进行审查；也不可强制执行；</p> <p>【注意】提出自己没有履行能力或自己与申请执行人无直接法律关系的，不属于异议。</p> <p>(4) 经有效异议，人民法院不得对第三人再强制执行；</p> <p>(5) 第三人提出部分异议的，对其承认的部分可以强制执行。</p>
	4. 对第三人的措施	<p>(1) 第三人收到通知后不异议，也不履行，法院可以强制执行。</p> <p>(2) 第三人收到通知后，擅自履行，人民法院应当责令追回；不能追回的，除在已履行的范围内与被执行人承担连带清偿责任外，还可以追究其妨害执行的责任。</p> <p>(3) 第三人也无财产可供执行的，不得再代位执行。</p>
执行措施	<p>1. 查询、冻结、划拨被执行人的存款；</p> <p>2. 扣留、提取被执行人的收入；</p> <p>3. 查封、扣押、拍卖、变卖被执行人的财产；</p> <p>【考点提示】不得查封、扣押、冻结的财产：</p> <p>①被执行人及其所扶养家属生活所必需的衣服、家具、炊具、餐具及其他家庭生活必需的物品；</p> <p>②被执行人及其所扶养家属所必需的生活费用。当地有最低生活保障标准的，必需的生活费用依照该标准确定；</p> <p>③被执行人及其所扶养家属完成义务教育所必需的物品；</p> <p>④未公开的发明或者未发表的著作；</p> <p>⑤被执行人及其所扶养家属用于身体缺陷所必需的辅助工具、医疗物品；</p> <p>⑥被执行人所得的勋章及其他荣誉表彰的物品；</p> <p>⑦根据《中华人民共和国缔结条约程序法》，以中华人民共和国、中华人民共和国政府或者中华人民共和国政府部门名义同外国、国际组织缔结的条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件中规定免于查封、扣押、冻结的财产；</p> <p>⑧法律或者司法解释规定的其他不得查封、扣押、冻结的财产。</p> <p>【注意】a 对被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋，人民法院可以查封，但不得拍卖、变卖或者抵债。</p> <p>b 被执行人为金融机构的，对其交存在人民银行的存款准备金和备付金不得冻结和扣划，但对其在本机构、其他金融机构的存款，及其在人民银行的其他存款可以冻结、划拨，并可对被执行人的其他财产采取执行措施，但不得查封其营业场所。</p> <p>c 财产被查封、扣押后，被执行人逾期不履行的，人民法院应当拍卖被查封、扣押的财产；不适于拍卖或当事人双方同意不进行拍卖的，人民法院可以委托有关单位变卖或者自行变卖。</p> <p>4. 限制被执行人高消费；</p> <p>5. 强制被执行人交付法律文书指定的财物或票证；</p> <p>6. 强制被执行人迁出房屋或退出土地；</p> <p>7. 强制被执行人履行法律文书指定的行为；</p>	

<p>执行措施</p>	<p>8. 办理产权证照转移手续;</p> <p>9. 强制被执行人支付迟延履行期间债务利息及迟延履行金:</p> <p>(1) 支付迟延履行利息: 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行金钱给付义务的, 应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。</p> <p>(2) 支付迟延履行金: 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的, 应当支付迟延履行金。</p> <p>【注意】被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行非金钱给付义务的, 无论是否已给申请执行人造成损失, 都应当支付迟延履行金。已经造成损失的, 双倍补偿申请执行人已经受到的损失; 没有造成损失的, 迟延履行金可以由人民法院根据具体案件情况决定。</p> <p>10. 报告财产:</p> <p>(1) 报告的原因: 被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务。</p> <p>(2) 报告内容: 应当报告当前以及收到执行通知之日前一年的财产情况。</p> <p>(3) 报告范围: 金钱, 不动产, 动产, 财产性权利。</p> <p>(4) 拒报虚报后果: 可以根据情节轻重对被执行人或者其法定代表人、有关单位的主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留。</p> <p>11. 限制出境 (可以依申请, 可以依职权);</p> <p>12. 媒体公布不履行义务信息;</p> <p>13. 拘传:</p> <p>(1) 拘传的对象: 对必须接受调查询问的被执行人、被执行人的法定代表人、负责人或者实际控制人。(2) 拘传的条件: 经依法传唤无正当理由拒不到场。</p> <p>(3) 时间限制: 人民法院应当及时对被拘传人进行调查询问, 调查询问的时间不得超过 8 小时; 情况复杂, 依法可能采取拘留措施的, 调查询问的时间不得超过 24 小时。</p> <p>(4) 异地拘传: 人民法院在本辖区以外采取拘传措施时, 可以将被拘传人拘传到当地人民法院, 当地人民法院应予协助。</p> <p>14. 搜查:</p> <p>(1) 搜查的前提条件: 在执行中, 被执行人隐匿财产、会计账簿等资料, 人民法院责令被其交出, 而被执行人拒不交出。</p> <p>(2) 搜查的程序要求: 人民法院搜查时禁止无关人员进入搜查现场; 搜查对象是公民的, 应当通知被执行人或者他的成年家属以及基层组织派员到场; 搜查对象是法人或者其他组织的, 应当通知法定代表人或者主要负责人到场。拒不到场的, 不影响搜查。</p> <p>【注意】搜查妇女身体, 应当由女执行人员进行; 搜查被执行人的财产, 由院长签发搜查令。</p> <p>(3) 搜查笔录的制作: 搜查应当制作搜查笔录, 由搜查人员、被搜查人及其他在场人签名、捺印或者盖章。拒绝签名、捺印或者盖章的, 应当记入搜查笔录。</p> <p>15. 选定代履行人履行行为义务:</p> <p>(1) 选定的前提条件: 被执行人不履行生效法律文书确定的行为义务, <u>该义务可由他人完成的</u>, 人民法院可以选定代履行人。</p>
-------------	---

执行措施	<p>(2) 代履行人的选定：法律、行政法规对履行该行为义务有资格限制的，应当从有资格的人中选定。必要时，可以通过招标的方式确定代履行人。申请执行人可以在符合条件的人中推荐代履行人，也可以申请自己代为履行，是否准许，由人民法院决定。</p> <p>(3) 代履行费用的确定：代履行费用的数额由人民法院根据案件具体情况确定，并由被执行人在指定期限内预先支付。被执行人未预付的，人民法院可以对该费用强制执行。</p> <p>16. 纳入失信被执行人名单，通报征信系统记录不履行义务信息： 被执行人不履行法律文书确定的义务的，人民法院除对被执行人予以处罚外，还可以根据情节将其纳入失信被执行人名单，将被执行人不履行或者不完全履行义务的信息向其所在单位、征信机构以及其他相关机构通报。</p>
执行中止	<p>1. 申请人表示可以延期执行的；</p> <p>2. 案外人对执行标的提出确有理由的执行异议的；</p> <p>3. 作为一方当事人的公民死亡，需要等待继承人继承权利或承担义务的；</p> <p>4. 作为一方当事人的法人或其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；</p> <p>5. 人民法院认为应当中止执行的其他情形。</p> <p>具体包括：</p> <p>(1) 人民法院已受理以被执行人为债务人的破产申请的；</p> <p>(2) 被执行人确无财产可供执行的；</p> <p>(3) 执行标的物是其他法院或仲裁机构正在审理的案件争议的标的物，需要等待该案件审理完毕确定权属的；</p> <p>(4) 一方当事人申请执行仲裁裁决，另一方当事人申请撤销仲裁裁决的；</p> <p>【注意】一方当事人申请执行仲裁裁决，另一方当事人申请不予执行仲裁裁决的，并不导致执行中止。</p> <p>(5) 仲裁裁决的被申请执行人依据《民事诉讼法》第 237 条第 2 款的规定向人民法院提出不予执行请求，并提供适当担保的。</p>
执行终结	<p>1. 申请人撤销执行申请的；</p> <p>【注意】因撤销申请而终结执行后，当事人在申请执行时效期间内再次申请执行的，人民法院应当受理。</p> <p>2. 据以执行的法律文书被撤销的；</p> <p>3. 作为被申请执行人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的；</p> <p>4. 追索赡养费、扶养费、抚养费案件的权利人死亡的；（义务人死亡不一定产生终结效力）</p> <p>5. 作为被执行人的公民因生活困难无力偿还借款，无收入来源，又丧失劳动能力的；</p> <p>6. 人民法院认为应当终结执行的其他情形。</p>

第二十二讲 涉外民事诉讼程序

一、涉外民事诉讼管辖

牵连管辖 ⁷¹	因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或代表机构住所地人民法院管辖。
协议管辖	涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国法院管辖的，不得违反民事诉讼法关于级别管辖和专属管辖的规定。
应诉管辖	涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议，并应诉答辩的，视为承认该人民法院为有管辖权的法院。（应诉管辖不再限于涉外案件）
专属管辖	因在中国领域内履行中外合资经营的企业合同、中外合作经营的企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中国法院管辖。

二、涉外民事诉讼的期间⁷²

答辩的期间	被告在我国境内没有住所的，在收到起诉状副本后 30 日内提出答辩状。被告申请延期的，是否准许由人民法院决定。
上诉的期间	在我国境内没有住所的当事人，不服第一审人民法院的判决、裁定的，有权在判决书、裁定书送达之日起 30 日内提起上诉。当事人不能在法定期间内提起上诉或者提出答辩状，申请延期的，是否准许，由人民法院决定。 【注意】对于居住在我国领域内的当事人一方的上诉期限依旧适用第一百四十七条规定的期限。双方的上诉期均已届满没有上诉的，第一审人民法院的判决，裁定即发生法律效力。
诉前财保后的起诉期限	采取诉前财产保全后 30 天内提起诉讼。

71 （2010-85）住所位于我国 A 市 B 区的甲公司与美国乙公司在我国 M 市 N 区签定了一份买卖合同，美国乙公司在我国 C 市 D 区设有代表处。甲公司因乙公司提供的产品质量问题诉至法院。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. M 市 N 区法院对本案有管辖权
- B. C 市 D 区法院对本案有管辖权
- C. 法院向乙公司送达时，可向乙公司设在 C 市 D 区的代表处送
- D. 如甲公司不服一审判决，应当在一审判决书送达之日起十五日内提起上诉

72 （07-36）关于涉外民事诉讼，下列哪一选项是正确的？

- A. 涉外民事诉讼中的司法豁免是无限的
- B. 当事人可以就涉外合同纠纷或者涉外财产权益纠纷协议确定管辖法院
- C. 涉外民事诉讼中，双方当事人的上诉期无论是不服判决还是不服裁定一律都是 30 日
- D. 对居住在国外的外国当事人，可以通过我国驻该国的使领馆代为送达诉讼文书

审理期限	第一审涉外民事案件不受 6 个月审限的限制；对一审判决不服而上诉的案件，不受 3 个月审限的限制，对一审裁定不服而上诉的案件，不受 30 日审限的限制。 【关联考点】人民法院对涉外民事案件的当事人申请再审进行审查的期间，也不受 3 个月审查期限限制。
公告送达期限	3 个月

三、司法协助

一般司法协助	代为送达文书、调查取证。
特殊司法协助	<p>1. 外国法院裁判的承认和执行</p> <p>(1) 直接由当事人向我国有管辖权的中级人民法院提出申请；</p> <p>(2) 由外国法院按照我国与外国间的条约关系或互惠关系向我国法院提出申请。</p> <p>2. 外国仲裁裁决的承认与执行</p> <p>只能由当事人直接向被执行人住所地或财产所在地的中级人民法院申请。</p> <p>3. 我国判决、裁定在外国的承认与执行</p> <p>(1) 当事人申请。</p> <p>(2) 人民法院请求。</p> <p>4. 我国涉外仲裁裁决的承认与执行</p> <p>只能由当事人直接向有管辖权的外国法院申请。</p>

第二十三讲 仲裁与仲裁法概述⁷³

一、仲裁的范围

可仲裁纠纷	平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，才可仲裁。
不可仲裁事项	《仲裁法》特别规定了以下两类事项不得仲裁： 1、婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷； 2、依法应当由行政机关处理的行政争议。
可以仲裁，但不适用于《仲裁法》	劳动争议和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁，另行规定。

二、仲裁法的基本制度

1. 协议仲裁制度	仲裁必须依据双方当事人之间所订立的有效的仲裁协议，没有仲裁协议就没有仲裁制度。
2. “或裁或审”制度	仲裁与诉讼是两种不同的争议解决方式，当事人之间发生的争议只能由双方当事人在仲裁或者诉讼中选择其一加以采用。有效的仲裁协议即可排除法院对案件的司法管辖权。 【注意】只有在没有仲裁协议或者仲裁协议无效的情况下，法院才可行使司法管辖权予以审理。
3. 一裁终局制度	即仲裁裁决一经仲裁庭作出，即为终局裁决。仲裁裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉，仲裁委员会或者人民法院不予受理。 【注意】仲裁裁决被人民法院依法裁定撤销或者不予执行的，当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

三、仲裁委员会与仲裁规则

仲裁委员会的设立机制	仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按照行政区划层层设立。
仲裁规则	仲裁规则是指进行仲裁程序所应遵循和适用的规范，本身属于任意性较强的行为规范。 仲裁规则和仲裁法的关系： (1) 两者都是仲裁中的行为规范； (2) 仲裁规则不同于仲裁法，它可以由仲裁机构制定，有些内容还允许当事人自行约定； (3) 仲裁规则不得违反仲裁法中的强制性规定。

73 (2011-36) 关于民事仲裁与民事诉讼的区别，下列哪一选项是正确的？

- A. 具有给付内容的生效判决书都具有执行力，具有给付内容的生效裁决书没有执行力
- B. 诉讼中当事人可以申请财产保全，在仲裁中不可以申请财产保全
- C. 仲裁不需对案件进行开庭审理，诉讼原则上要对案件进行开庭审理
- D. 仲裁机构是民间组织，法院是国家机关

第二十四讲 仲裁协议

仲裁协议的形式	<p>仲裁协议必须是书面形式；（仲裁条款、仲裁协议书、其他书面形式）</p> <p>“其他书面形式”包括合同书，信件和数据电文等形式达成的请求仲裁的协议。</p>	
仲裁协议的内容	<p>1. 请求仲裁的意思表示；</p> <p>2. 仲裁事项，注意可仲裁性的问题；即不违反仲裁法第三条的规定； 【注意】当事人概括约定仲裁事项为合同争议的，基于合同成立，效力，变更，转让，履行，违约责任，解释，解除等产生的纠纷都可以认定为仲裁事项。</p> <p>3. 选定的仲裁委员会，约定要明确、具体。</p> <p>(1) 仲裁机构名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构的，有效。</p> <p>(2) 仅约定纠纷适用的仲裁规则的，但当事人达成补充协议或按仲裁规则能够确定仲裁机构的，有效。</p> <p>(3) 约定两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中一个仲裁机构申请仲裁。</p> <p>(4) 约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的，该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。</p> <p>(5) 约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方未在仲裁法第二十条第二款规定期间内提出异议的除外。</p>	
仲裁协议的效力	1. 仲裁协议的效力体现	<p>(1) 对人效力——约束当事人仲裁选择权。</p> <p>(2) 对法院效力——排斥司法管辖权。</p> <p>【例外】《仲裁法》26条：当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，人民法院应当驳回起诉，但仲裁协议无效的除外；另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。</p> <p>(3) 对仲裁机构效力——限定了仲裁范围。</p>
	2. 仲裁条款独立	仲裁条款不因主合同的无效而无效，不因主合同的被撤销而失效，也不因合同未成立而影响效力。
	3. 仲裁协议效力的确认时间	当事人在仲裁庭首次开庭前没有对仲裁协议的效力提出异议，而后向人民法院申请确认仲裁协议无效的，人民法院不予受理。

仲裁协议的效力	4. 仲裁协议效力的确认机关	<p>(1) 中级人民法院—裁定；</p> <p>【新增法条】最高人民法院《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第二条：申请确认仲裁协议效力的案件，由<u>仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人住所地、被申请人住所地的中级人民法院或者专门人民法院管辖。</u></p> <p>(2) 仲裁委员会—决定。</p> <p>【注意】人民法院的确认权优先。</p> <p>【关联法条】根据《仲裁法解释》第 13 条规定：“仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后，当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的，<u>人民法院不予受理。</u>”</p>
	5. 仲裁协议效力的继受	<p>(1) 当事人订立仲裁协议后合并、分立的，仲裁协议对其权利义务继受人有效。另有约定的除外。</p> <p>(2) 当事人订立仲裁协议后死亡的，仲裁协议对承继其仲裁事项中的权利义务继承人有效。另有约定的除外。</p> <p>(3) 债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。</p>
仲裁协议的无效	<p>1. 以口头方式订立的仲裁协议无效；</p> <p>2. 约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围，仲裁协议无效；</p> <p>3. 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议无效；</p> <p>4. 一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的，该仲裁协议无效；</p> <p>5. 仲裁协议对仲裁事项没有约定或约定不明确，或者仲裁协议对仲裁委员会没有约定或者约定不明确，当事人对此又达不成补充协议的，仲裁协议无效。</p>	
仲裁协议的失效	<p>1. 当事人协议放弃已签订的仲裁协议，而使该仲裁协议失效；</p> <p>【提示】放弃的方式有三种：①当事人通过书面形式明确表示放弃仲裁协议；②当事人通过书面形式变更了争议解决方式；③双方当事人通过起诉，应诉不提出异议的行为放弃仲裁协议。</p> <p>2. 基于仲裁协议，仲裁庭作出的仲裁裁决被法院裁定撤销或不予执行，该仲裁协议失效；</p> <p>3. 基于仲裁协议，仲裁庭已对仲裁协议所约定的全部争议事项作出仲裁裁决；</p> <p>4. 附期限的仲裁协议因期限的届满而失效。</p>	

第二十五讲 仲裁程序

一、仲裁中的保全⁷⁴

财产保全	申请程序	1. 仲裁当事人应当向仲裁委员会递交财产保全书面申请。 2. 仲裁委员会应将当事人的财产保全申请提交被申请人住所地或者财产所在地的人民法院。
	管辖法院	1. 国内：被申请人住所地或者财产所在地的基层人民法院。 2. 涉外：被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院。
证据保全	申请程序	1. 当事人书面申请。向受理仲裁案件的仲裁委员会提出证据保全申请。 2. 仲裁机构向法院提交当事人的证据保全申请。
	管辖法院	1. 国内仲裁的证据保全：证据所在地的基层人民法院。 2. 涉外仲裁的证据保全：证据所在地的中级人民法院。 【注意】大纲新增仲裁的行为保全。

二、仲裁庭的组成和确定

合议仲裁庭	组成	1. 合议仲裁庭是指由 3 名仲裁员组成的仲裁庭。 2. 合议仲裁庭应设首席仲裁员。 3. 在裁决不能形成多数意见时，仲裁裁决则应当按照首席仲裁员的意见作出。
	确定	1. 应当各自选定或各自委托仲裁委员会主任指定 1 名仲裁员。 2. 第三名仲裁员由当事人共同选定或共同委托仲裁委员会主任指定，该第三名仲裁员是首席仲裁员。
独任仲裁庭	组成	由 1 名仲裁员组成的仲裁庭。
	确定	1. 应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定该独任仲裁员。 2. 当事人没有在仲裁规则规定的期限内选定仲裁员的，由仲裁委员会主任指定。

74 （08-88）民事诉讼与民商事仲裁都是解决民事纠纷的有效方式，但两者在制度上有所区别。下列哪些选项是正确的？

- A. 民事诉讼可以解决各类民事纠纷，仲裁不适用与身份关系有关的民事纠纷
- B. 民事诉讼实行两审终审，仲裁实行一裁终局
- C. 民事诉讼判决书需要审理案件的全体审判人员签署，仲裁裁决则可由部分仲裁庭成员签署
- D. 民事诉讼中财产保全由法院负责执行，而仲裁机构则不介入任何财产保全活动

三、仲裁员的回避

回避对象	仲裁员
回避理由	1.是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属; 2.与本案有利害关系; 3.与本案当事人、代理人有其他关系,可能影响公正仲裁的; 4.私自会见当事人、代理人,或接受当事人、代理人的请客送礼的。
回避决定	1. 仲裁员是否回避, 由仲裁委员会主任决定; 2. 仲裁委员会主任担任仲裁员时的自行回避, 由仲裁委员会集体决定。
回避后果	因回避重新选定或者指定仲裁员后, 当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行, 但是否准许, 由仲裁庭决定。仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序是否重新进行。

四、仲裁审理方式

1. 开庭	开庭审理为原则, 书面审理为例外。
2. 不公开	仲裁不公开进行。当事人协议公开的, 可以公开进行, 但涉及国家秘密的除外。

五、仲裁中的和解、调解和裁决

和解	(1) 可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书。	
	(2) 也可以撤回仲裁申请。 【注意】撤回仲裁申请后反悔的或对方拒不履行和解协议的, 则仍可以根据原仲裁协议申请仲裁。	
调解	(1) 经仲裁庭调解, 双方当事人达成协议的, 仲裁庭应当制作调解书。仲裁调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。	
	(2) 仲裁庭除了可以制作仲裁调解书之外, 也可以根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等的法律效力。	
裁决 ⁷⁵	裁决的形成	少数服从多数原则, 不同意见可以记入笔录。不能形成多数意见时, 裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。
	裁决书	对仲裁裁决持不同意见的仲裁员, 可以签名, 也可以不签名。
	仲裁裁决效力	1、当事人不得就已经裁决的事项再行申请仲裁, 也不得起诉。 2、裁决自作出之日起生效。 3、仲裁裁决具有执行力。

75 (06-85) 下列关于仲裁裁决的哪些观点是正确的?

- A. 当事人可以请求仲裁庭根据双方的和解协议作出裁决
- B. 仲裁庭可以根据双方当事人达成的调解协议作出裁决
- C. 仲裁裁决应当根据仲裁庭多数仲裁员的意见作出, 形不成多数意见的, 由仲裁委员会讨论决定
- D. 仲裁裁决一经作出立即发生法律效力

六、撤销仲裁裁决

申请时间	自收到裁决书之日起 6 个月内提出。	
申请主体	仲裁申请人和被申请人。	
管辖法院	向仲裁委员会所在地的中级人民法院提出。	
法定情形	1. 当事人在合同中没有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的； 2. 仲裁的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁； 3. 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序； 4. 仲裁裁决所依据的证据是伪造的； 5. 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的； 6. 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决的行为。 【注意】 申请撤销涉外仲裁裁决的法定情形不存在 4, 5, 6 三种。	
法院处理	1. 撤销	理由成立，在 2 个月内裁定撤销该仲裁裁决。
	2. 驳回	未发现仲裁裁决具有法定可被撤销的理由的，应在受理撤销仲裁裁决申请之日起 2 个月内作出驳回申请的裁定。
	3. 通知仲裁庭重新仲裁	如果认为可以由仲裁庭重新仲裁的，可以通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁，并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序。 【注意】 通知重新仲裁的适用，限于违反仲裁法第 58 条规定中的两种情形： (1) 仲裁裁决所根据的证据是伪造。 (2) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的。

七、仲裁裁决的不予执行⁷⁶

申请时间	执行开始后到执行完毕之前。
申请主体	是承担实体义务的人
管辖法院	被执行人住所地或被执行财产所在地的中院人民法院

76 (2011-49) 甲不履行仲裁裁决，乙向法院申请执行。甲拟提出不予执行的申请并提出下列证据证明仲裁裁决应不予执行。针对下列哪一选项，法院可裁定驳回甲的申请？

- A. 甲、乙没有订立仲裁条款或达成仲裁协议
- B. 仲裁庭组成违反法定程序
- C. 裁决事项超出仲裁机构权限范围
- D. 仲裁裁决没有根据经当事人质证的证据认定事实

法定情形	<p>1. 当事人在合同中没有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;</p> <p>2. 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的;</p> <p>3. 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;</p> <p>4. 裁决所根据的证据是伪造的;</p> <p>5. 对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;</p> <p>6. 仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的</p> <p>【注意】根据修改后的《民事诉讼法》，<u>不予执行仲裁裁决和撤销仲裁裁决的法定情形实现了统一。</u></p> <p>【注意】当事人请求不予执行仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议、调解协议作出的仲裁裁决书的，人民法院不予支持，<u>但该仲裁调解书或者仲裁裁决违背社会公共利益的除外。</u></p> <p>【关联法条】(1) 仲裁当事人申请撤销仲裁裁决被法院驳回后，又在执行程序中以相同理由申请不予执行的，法院不予支持；当事人向法院申请不予执行被驳回后，又以相同理由申请撤销仲裁裁决的，人民法院不予支持。(2) 仲裁当事人在仲裁程序中没有提出对仲裁协议效力的异议，此后以仲裁协议无效为由申请撤销或不予执行的，人民法院不予支持。</p> <p>【注意】<u>《仲裁裁决执行规定》第 20 条第 2 款对撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决司法审查的程序予以衔接。</u>“在不予执行仲裁裁决案件审查期间，当事人向有管辖权的人民法院提出撤销仲裁裁决申请并被受理的，人民法院应当裁定中止对不予执行申请的审查；被执行人同时申请撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决时，其撤回撤销仲裁裁决申请的，应当视为一并撤回不予执行仲裁裁决申请”，以避免被执行人滥用司法程序阻碍执行，并减少重复审查造成的司法资源浪费。</p>
------	---

【比较撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决】

区别	撤销仲裁裁决	对仲裁裁决不予执行
1. 提出请求的当事人不同	有权提出撤销仲裁裁决申请的当事人可以是仲裁案件的任何一方当事人，不论其是仲裁裁决确定的权利人还是义务人，都有权提出。	有权提出不予执行仲裁裁决的当事人只能是被申请执行仲裁裁决的一方当事人。
2. 提出请求的期限不同	当事人请求撤销仲裁裁决的，应当自收到仲裁裁决书之日起 6 个月内向人民法院提出。	当事人申请不予执行仲裁裁决的则是在对方当事人申请执行仲裁裁决之后，法院对仲裁裁决的执行程序执行完毕之前。
3. 管辖法院不同	当事人申请撤销仲裁裁决，应当向仲裁委员会所在地的中级人民法院提出。	当事人申请不予执行仲裁裁决的，应当向被执行人住所地或被执行财产所在地的中院提出。
4. 法律程序不同	法院认为可由仲裁庭重新作出裁决的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁。	法院无须通知仲裁庭重新仲裁。

八、裁定撤销仲裁裁决或不予执行仲裁裁决后的处理

处理方式	两种择一选择
起诉	当事人可以向人民法院起诉
仲裁	根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁

中业教育大师直播课民事诉讼法讲义配套题目参考答案

1—10	C	D	BD	C	A	ABC	D	A	A	ABD
11—20	ABCD	D	A	AC	A	C	AB	C	B	C
21—30	BC	D	A	AB	ABCD	A	BD	AD	A	D
31—40	A	ABC	D	CD	ABC	D	C	A	CD	A
41—50	ABD	ABC	CD	ABC	D	AB	BC	CD	C	AB
51—60	BC	ABD	B	ABC	B	A	AC	A	C	AD
61—70	BD	B	ACD	ABCD	D	D	C	C	AB	ABCD
71—76	ABCD	B	D	ABC	ABD	D				

结 语

诉讼法高分的经验其实很简单，一真题、一讲义、一法条和一颗耐得住寂寞的心。

衷心祝愿各位考生朋友顺利通过 2020 年法考！

★ 永远都不要因为路远而忘记当初为何出发。你要相信，你所经历的苦难将照亮你未来前行的路，那含泪而播种者，必将欢呼而收获，我期待着你们的凯旋。