# 考点1 民事纠纷的解决方式

### 一、和解

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 和解类型 | 处理方式 | 法律效果 |
| 诉讼和解 | 一审中和解 | 撤回起诉 | 传统观点：无法律约束力。不履行和解协议，只能就原纠纷起诉新观点：相当于合同，可以就和解协议起诉 |
| 法院审查后制作调解书 | 申请法院执行具有给付内容的生效调解书 |
| 二审中和解 | 撤回上诉 | 一审判决发生法律效力；不履行和解协议，可申请执行一审判决 |
| 法院审查后制作调解书 | 原审判决视为撤销；可申请法院执行生效调解书 |
| 撤回起诉 | 法院准许后应一并撤销一审裁判；后重复起诉，法院则不予受理 |
| 再审中和解 | 撤回再审申请 | 再审程序终结，恢复原裁判文书的执行；申请人再次申请再审，法院原则上不予受理 |
| 法院审查后制作调解书 | 原判决、裁定视为被撤销；申请法院执行生效调解书 |
| 撤回起诉 | 法院准许后应一并撤销原判决、裁定、调解书；后重复起诉，法院不予受理 |
| 执行和解 | 提交法院后中止执行 | 不履行和解协议，可申请恢复执行原生效法律文书，也可就履行执行和解协议起诉 |

和解不能司法确认，没有强制执行效力

当事人主张依据和解协议制作判决书，法院不予准许，但无民事行为能力人的离婚案件除外。涉外调解案件可以要判决书

### 二、调解

1．调解并非民事纠纷解决的必经程序（离婚案件除外）；

2．法院调解书和仲裁调解书是执行根据；

3．人民调解等达成的协议可诉可确。

诉讼外调解未经司法确认，对当事人只具有合同的效力，不具有强制执行效力（仲裁调解除外，仲裁调解和法院调解原则发生相同效力）经过司法确认程序后具有强制执行力

### 三、仲裁

#### （一）民商事仲裁

1．区、县不能设立仲裁机构；仲裁机构属于民间组织，其可在省、自治区、直辖市人民政府所在地的市设立，也可根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。

2．身份关系纠纷不能仲裁；

3．仲裁机构需要双方书面约定；仲裁条款具有独立性，如合同被撤销并不当然导致仲裁条款无效。

4．仲裁一裁终局，不履行仲裁裁决可申请法院强制执行；

5．合法有效的仲裁排斥诉讼。双方书面约定仲裁协议，原告向法院起诉时未声明有仲裁协议，被告应诉答辩，未在法院首次开庭前（**不是首次开庭时**）提出异议，法院对案件有管辖权。

#### （二）劳动争议仲裁

劳动争议纠纷符合条件，劳动者可以向法院申请支付令。如果用人单位拖欠劳动报酬，可以走两种程序：（1）申请支付令（若裁定终结）+劳动争议仲裁+提起诉讼；（2）达成调解协议+申请支付令（若裁定终结）+提起诉讼。（此处调解协议是人民调解委员会等组织的调解，并非仲裁调解） 第二种途径可以不经过劳动仲裁前置了

支付令只能基层法院，是非诉程序，支付令期间没有异议可以直接作为执行依据

# 考点2 诉

### 一、诉讼标的

1．诉讼标的是民事法律关系；

2．诉讼过程中不允许变更诉讼标的，但可以变更诉讼请求；

3．诉的类不同，诉讼标的不同。

诉讼标的不同于诉讼标的物。诉讼标的物是指民事法律关系所指向的对象。任何一个案件都具有一个特定的诉讼标的，但并不是所有的案件都存在诉讼标的物。

诉讼标的不同于诉讼请求。诉讼请求是基于民事法律关系向法院提出的请求。一般而言，诉讼过程中不允许变更诉讼标的，但在不变更诉讼标的前提下可以变更诉讼请求。

### 二、诉的分类

1．诉的类型仅针对诉讼案件而言；按照当事人**诉讼请求**的目的和内容不同，（不根据被告答辩意见）可以将诉分为给付之诉、确认之诉、变更之诉。（非诉程序不适用诉的分类标准）

非诉程序包括宣告公民失踪、死亡案件； 认定公民无行为能力、限制行为能力案件； 认定财产无主案件；确认调解协议案件、实现担保物权案、指定遗产管理人程序等，不解决争议。

2．诉的类型必须根据原告的诉讼请求作出判断。意在要求对方履行特定给付义务的诉是给付之诉；意在请求法院判断原被告之间是否存在某种民事法律关系的诉属于确认之诉；意在通过判决改变或消灭既有民事法律关系的诉则为变更之诉；

3．起诉确认事实和事实关系，不属于确认之诉；

4．起诉解除合同（因情势变更、合同僵局解除合同除外）属于确认之诉，而非形成之诉；形成诉权如合同撤销权、可撤销婚姻等是形成之诉

一般解除权一般形成权，起诉状副本送达时解除，后面诉讼是确认之诉，情势变更解除和违约方解除权是例外（只有这两类解除权是形成诉权）

5．再审之诉、撤销仲裁裁决、案外人异议之诉、第三人撤销之诉属于诉讼法上的形成之诉。

### 三、反诉

#### （一）反诉与反驳的识别

*背诵要点*

1．反诉是一个独立的诉，换言之，没有本诉亦可独立提起；

2．否认和抗辩均属于反驳；

3．否认是不承认对方当事人主张的事实；抗辩是承认对方主张事实，但不承认其法律效果；

4．当事人请求调整违约金，可以反诉或抗辩方式提出。

抗辩，是指在民事诉讼中，不负证明责任的当事人立足于对方当事人所主张的事实而向受诉法院提出的能够排斥该事实所产生之法律效果的事实（抗辩需要承担证明责任）。

否认，是指在民事诉讼中，不负证明责任的当事人向受诉法院明确表示对方当事人所主张的事实是不真实的。单纯的否认，是指不负证明责任的当事人仅仅向受诉法院陈述对方当事人所主张的事实不存在，而没有陈述其不存在的理由。附理由的否认，是指不负证明责任的当事人针对对方当事人所主张的事实向受诉法院陈述了与该事实不能同时成立的事实。

甲主张乙还款 1、乙的抗辩理由——已经还；2、乙否认——没借；3、乙附理由否认——1w块是赠送而非借款

抗辩需要承担证明责任，否认不需要

#### （二）反诉的条件

1．须由本诉的被告向本诉的原告提出；

2．须在本诉进行中（受理本诉后，法庭辩论终结前）提出；

3．须向受理本诉的法院提出，且受诉法院对反诉有管辖权（不属于其他法院专属管辖）；

4．须与本诉适用同一诉讼程序；

5．须反诉与本诉之间存在牵连关系。

牵连关系表现为，反诉与本诉的诉讼请求基于相同法律关系、诉讼请求之间具有因果关系，或者反诉与本诉的诉讼请求基于相同事实。 比较宽泛 有一点牵连性即可

反诉具有独立性，反诉既可与本诉合并审理，也可以另行起诉。（反驳没有独立性，不涉及合并审理问题）

### 四、诉的合并

诉的主体合并，是指将数个当事人合并到同一个诉讼程序中审理和裁判。常见情形：（1）共同诉讼；（2）当事人在诉讼中死亡，数个继承人承担诉讼。主观预备合并之诉，是指原告的请求有序位地分别指向两个以上没有共同关系的被告的诉讼。当首位的请求不能成立时，后序位的请求继续进行审理。如果首位的请求得以成立，后位请求不再审理。

主体合并多个原告或被告

诉的客体合并，是指将同一原告对同一被告提起的两个以上的诉或者反诉与本诉合并到同一诉讼程序中审理。诉的客体合并可以分为单纯的合并、预备合并、重叠合并以及选择合并。

1．诉的主体（观）合并是当事人的合并，诉的客体（观）合并是诉讼标的的合并；

2．诉的预备合并分为主观预备合并和客观预备合并，主要区别在于请求针对的被告不同。

3．诉的竞合合并和选择合并，均存在两个以上的民事法律关系。

# 考点3 民事诉讼法的基本原则

### 一、平等原则

1．当事人权利平等≠权利完全相同；

2．题干交代外国人或无国籍人才能用同等原则或对等原则。

### 二、辩论原则

1．证人、鉴定人、勘验人等其他诉讼参与人不享有辩论权；但当事人可以授权诉讼代理人行使辩论权，法定代理人（是准当事人）当然也享有辩论权。

2．特别程序、督促程序、公示催告程序以及执行程序不适用辩论原则；特别程序、督促程序、公示催告程序等非诉程序不适用辩论原则；执行程序也不适用辩论原则（审执分离）。

非诉程序不解决纠纷 有纠纷就转入或者另行提起诉讼程序

3．辩论权可通过口头或书面形式行使；

4．将未经质证的证据直接作为定案依据、判决内容与案件争议焦点无关均违反辩论原则。

典型情形：未经质证作为证据使用、你辨你的我判我的（没有围绕当事人争议焦点对事实进行认定）

民事判决围绕争议焦点展开说理，看到争议焦点想辩论原则

### 三、处分原则

1．当事人和类似当事人的人享有处分权；

2．处分权贯穿审判、执行全过程；处分实体权利表现为：原告有权决定诉讼请求的范围、有权变更、放弃诉讼请求；被告有权承认原告的诉讼请求；双方当事人有权接受或者拒绝调解、有权自行和解。

3．法院裁判遗漏或超出诉讼请求范围违反处分原则。

### 四、诚信原则

1．法院、当事人、其他诉讼参与人均应适用诚信原则；

2．诉讼中一切不诚信行为均违反该原则。

### 五、检察监督原则

1．检察机关不能对仲裁机构、公证机关、人民调解委员会等进行检察监督；

2．当事人、代理人和其他诉讼参与人的行为不属于检察监督范围；

3．检察机关无权对非讼程序作出的判决、裁定提出抗诉。

抗诉或者检察建议

（1）检察机关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，可以发出检察建议，但不能抗诉。（抗诉针对错误文书，引起再审）

（2）检察建议是向同级法院行使；抗诉则是检察机关上对下行使。

### 六、在线诉讼与线下诉讼具有同等效力原则

1．适用条件：经当事人同意（无须双方当事人同意）；

2．法律效力：与线下诉讼活动具有同等法律效力。

# 考点4 民事审判的基本制度

### 一、合议制度

#### （一）合议制的适用范围及合议庭组成形式

|  |  |
| --- | --- |
| 适用范围 | 合议庭组成形式 |
| 一审普通程序 | 审判员/审判员+陪审员 |
| 二审程序 | 审判员 |
| 二审法院发回重审案件 | 审判员/审判员+陪审员 |
| 再审程序 | 原审是一审程序 | 审判员/审判员+陪审员 |
| 原审是二审程序或者提审 | 审判员 |
| 选民资格案件、重大疑难的特别程序案件、实现担保物权案件中担保财产标的额超过基层法院管辖范围 | 审判员 |
| 公示催告程序的除权判决 | 审判员 |

*背诵要点*

1．二审程序、非讼程序不能有陪审员参与审理；

2．再审程序按照“可一可二”规则判断能否适用陪审员；

3．发回重审适用一审程序，可有陪审员参与。

发回重审不适用独任程序，只能组成合议庭

#### （二）独任制的适用范围

1．适用程序

独任制适用于简易程序、小额诉讼程序、特别程序（但选民资格案件、重大疑难的特别程序案件、实现担保物权案件中担保财产标的额超过基层法院管辖范围的除外）、督促程序、公示催告程序的公示催告阶段。

例外：基层法院审理的基本事实清楚、权利义务关系明确的第一审民事案件，可以由审判员一人适用普通程序独任审理。（无须当事人同意）

2．适用法院

1．独任制原则上仅适用于基层法院及其派出法庭（海事法院除外）。

2．中级法院对第一审适用简易程序审结或者不服裁定提起上诉的第二审民事案件，事实清楚、权利义务关系明确的，经双方当事人同意，可以由审判员一人独任审理。

3．禁止适用情形

新型、疑难、影响大、涉及国家和社会公共利益等案件，不适用独任制。

4．审判组织转化

（1）审判组织转化用裁定；

（2）当事人异议和法院依职权均可转化。

#### （三）合议庭的运行规则

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

特别提醒：陪审员不能担任审判长。

2．合议庭的组成人员由法院决定，当事人无权选择。

3．合议庭评议实行少数服从多数原则，依照多数人的意见作出决定，但评议中各种意见须如实记入笔录。合议庭的评议过程不公开，但判决结果必须公开。

### 二、回避制度

#### （一）适用对象

证人不适用回避制度；专家辅助人一般不适用回避制度。

证人、代理人不适用回避制度、专家辅助人一般也不适用回避制度（其余都回避）。

#### （二）适用程序

1．回避提出时间：在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。

2．决定主体

|  |  |
| --- | --- |
| 回避对象 | 决定主体 |
| 院长 | 审判委员会 |
| 审判员、人民陪审员、书记员、执行员、法官助理 | 院长 |
| 鉴定人、翻译人员、勘验人 | 审判长 |

3．处理形式：申请提出3日内，以口头或书面形式作出决定。

4．救济方式：向决定作出法院申请复议一次。（对被申请回避人无须救济）

#### （三）法律后果

被申请回避的人员在法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作，但案件需要采取紧急措施的除外；复议期间，被申请回避的人员，不停止参与本案的工作。

### 三、公开审判制度

不公开审理的法定情形：

|  |  |
| --- | --- |
| 法定不公开 | 涉及国家秘密的案件 |
| 涉及个人隐私的案件 |
| 法律另有规定的案件 |
| 申请不公开 | 离婚案件 |
| 涉及商业秘密的案件 |

*背诵要点*

1．公开审理的案件，无须当事人提出申请；

2．法定不公开审理的案件，任何机构和人员都无权决定公开审理；

3．对申请不公开案件，当事人提出申请，法院可以不同意；而当事人未提出申请，法院应公开审理；

4．申请不公开审理不必双方当事人共同申请。

### 四、两审终审制度的例外情形（不能上诉）

1．最高法院审理的案件；

2．适用特别程序、督促程序、公示催告程序的案件；

3．法院制作的调解书；

4．法院制作的不予受理、驳回起诉、管辖权异议之外的裁定（但小额诉讼中作出的驳回起诉、管辖权异议裁定不得上诉）；

5．法院制作的决定书（一般采用复议形式救济）；

6．小额诉讼程序。

# 考点5 级别管辖

*背诵要点*

1．海事海商案件由中院管辖；

2．确认仲裁协议效力、撤销仲裁裁决、不予执行仲裁裁决、涉外仲裁的保全均应由中院管辖；

3．国内仲裁保全、仲裁裁决的执行可由基层法院管辖。

原则基层法院管辖

# 考点6 地域管辖

### 一、一般地域管辖

#### （一）原则规定：“原告就被告”

公民：经常居住地>住所地（户籍所在地）

法人和其他组织：住所地（主要办事机构所在地>注册地或登记地）

代位权诉讼管辖：被告住所地法院（应适用专属管辖除外）。

撤销权诉讼管辖：债务人或者相对人的住所地法院（应适用专属管辖除外）。

#### （二）例外规定：“被告就原告”

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；

2．对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；

知识拓展

身份关系案件主要包括婚姻、继承、监护、收养、抚养等类型。

3．对被采取强制性教育措施的人提起的诉讼；

4．对被监禁的人提起的诉讼；

5．追索赡养费、抚养费、扶养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地法院管辖（原告住所地和被告住所地法院均有管辖权）；

特别提醒：如果追索赡养费、抚养费、扶养费案件的几个被告住所地在同一辖区，案件应当由被告住所地法院管辖。

6．不服指定监护或者变更监护关系的案件，可以由被监护人住所地法院管辖（被监护人住所地法院不是唯一的管辖法院）；

7．夫妻一方离开住所地超过1年，另一方起诉离婚的案件，可以由原告住所地法院管辖（原告住所地和被告住所地法院均有管辖权）。

|  |  |
| --- | --- |
| 原则规定（被告所在地法院管辖） | 例外规定（原告所在地法院管辖） |
| 原被告均被注销户籍 | 被告被注销户籍 |
| 双方当事人被监禁或者被采取强制教育措施 | 被告被监禁或者被采取强制教育措施 |
| 夫妻双方离开住所地超过1年，一方起诉离婚（被告经常居住地或者居住地法院管辖） | 夫妻一方离开住所地超过1年，另一方起诉离婚（被告住所地法院也有管辖权） |

### 二、特殊地域管辖

#### （一）合同类纠纷的管辖

1．合同纠纷管辖法院

被告住所地或者合同履行地

两步锁定“合同履行地”

解题秘笈

第一步，看合同是否实际履行。如果没有实际履行，且当事人双方住所地都不在合同约定的履行地，则合同履行地法院没有管辖权，案件应由被告住所地管辖。尚有一方未履行、部分履行、瑕疵履行等情形，不属于没有实际履行。

第二步，看已履行的合同是否约定了履行地。如有明确约定，则以约定履行地为合同履行地。约定履行地与实际履行地不一致的，约定履行地为合同履行地。如果没有约定或者约定不明，则根据不同案件类型予以确定。具体如下：

|  |  |
| --- | --- |
| 案件类型 | 合同履行地 |
| 给付货币 | 接收货币一方所在地 |
| 交付不动产（不同于专属管辖） | 不动产所在地 |
| 其他标的 | 履行义务一方所在地 |
| 即时结清的合同 | 交易行为地 |
| 财产租赁合同、融资租赁合同 | 租赁物使用地 |
| 以信息网络订立买卖合同 | 通过信息网络交付标的 | 买受人住所地 |
| 通过其他方式交付标的 | 收货地 |

**特征义务说：根据合同典型义务判断案件类型，之后确定管辖规则**

2．特殊合同类纠纷管辖

（1）保险合同纠纷：由被告住所地或者保险标的物所在地法院管辖。

保险标的为运输工具或者运输中的货物，可以由运输工具登记注册地、运输目的地、保险事故发生地法院管辖。

人身保险合同纠纷提起的诉讼，可以由被保险人住所地法院管辖。

特别提醒：保险人代位求偿纠纷，应当根据保险人所代位的被保险人与第三者之间的法律关系（即侵权纠纷），而不应当根据保险合同法律关系确定管辖法院。

（2）票据纠纷：由票据支付地或者被告住所地法院管辖。

（3）运输合同纠纷：由运输始发地、目的地或者被告住所地法院管辖。

（4）担保合同纠纷

主合同或者担保合同约定仲裁条款：仲裁排斥诉讼。

债权人一并起诉债务人和担保人的，应当根据主合同确定管辖法院。（主合同履行地加上两个被告住所地）

债权人依法可以单独起诉担保人且仅起诉担保人的，应当根据担保合同确定管辖法院。

如果保证合同约定了仲裁条款，一并起诉保证人，首次开庭前对方异议，告知仲裁；没有在首次开庭前提出异议，法院获得管辖权

如果主合同约定了仲裁保证合同没有约定，同时起诉保证人和债务人，债务人首次开庭前没有异议的法院获得管辖权，提出异议的告知仲裁

都约定仲裁但仲裁委不一样，不可以到相同仲裁委申请仲裁

#### （二）侵权类纠纷的管辖

1．侵权纠纷管辖

因侵权纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者侵权行为地法院管辖。侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。

2．特殊侵权类纠纷管辖

（1）运输事故损害赔偿纠纷：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法院管辖。

（2）海事损害赔偿纠纷：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法院管辖。

（3）信息网络侵权纠纷：侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人住所地。

（4）产品、服务质量不合格损害赔偿纠纷：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法院都有管辖权。

#### （三）其他特殊地域管辖（未规定被告住所地法院享有管辖权）

1．公司诉讼由公司住所地法院管辖不属于专属管辖

公司诉讼包括：因公司设立、确认股东资格、分配利润、公司解散、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。

*背诵要点*

1．公司股东与股东之间的出资违约责任诉讼、股权转让诉讼、公司与股东之间的出资纠纷不属于公司纠纷。

2．公司诉讼的管辖法院可以适用协议管辖或者应诉管辖规定。

2．海难救助纠纷：由救助地或者被救助船舶最先到达地法院管辖

3．共同海损纠纷：由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地的法院管辖

### 三、专属管辖

1．不动产纠纷，由不动产所在地法院管辖

不动产纠纷是指因不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷。（不动产+物权纠纷）

（口诀：政建农房需要专，需要适用专属管辖）

 以不动产为担保物的担保合同纠纷，普通不动产买卖、转让、合作开发合同纠纷，不动产侵权纠纷均不适用专属管辖。（不是物权性质的） 属于合同纠纷 特殊地域管辖

建设工程施工合同扩大到建设工程合同纠纷（(3)建设工程施工合同纠纷(4)建设工程价款优先受偿权纠纷(5)建设工程分包合同纠纷(6)建设工程监理合同纠纷(7)装饰装修合同纠纷(8)铁路修建合同纠纷(9)农村建房施工合同纠纷）适用专属管辖，但勘察合同和设计合同按合同纠纷处理，不适用专属管辖

2．港口作业纠纷，由港口所在地法院管辖

3．继承遗产纠纷，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地法院管辖

*背诵要点*

专属管辖不能对抗有效的仲裁约定。

### 四、协议管辖

#### （一）协议管辖与选择管辖

协议管辖由双方当事人合意行使，而选择管辖的主体是原告。

#### （二）协议管辖的适用条件

1．案件类型：合同或者其他财产权益纠纷

判断合同纠纷管辖法院：首先，判断该合同纠纷是否属于专属管辖（四类合同）；其次，看当事人之间是否就合同纠纷达成有效的管辖协议；最后，没有管辖协议或者管辖协议无效，再依照特殊地域管辖确定合同纠纷的管辖法院。

2．约定形式：应采用书面形式

3．选择法院范围：被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的法院

4．适用程序：第一审案件

5．禁止条件：不违反级别管辖、专属管辖和专门管辖的规定

#### （三）《民诉解释》对协议管辖的规定

1．当事人约定两个以上有管辖权的法院，原告可以向其中一个法院起诉

*背诵要点*

1．双方当事人既约定仲裁，又约定管辖法院的，原则上仲裁协议无效，但管辖协议有效。

2．协议管辖指向的法院必须具体明确，无需审理即可确定，否则无效。

（如约定到守约方法院起诉 必须审理才能判断守约 这种约定无效）

2．格式管辖协议若未提请消费者注意无效

3．管辖协议签订后当事人住所地变更原则上不影响管辖

4．管辖协议对合同受让人原则上有效

5．身份关系解除后发生财产争议可适用协议管辖

6．代位权诉讼中，债务人或者相对人以双方之间的债权债务关系订有管辖协议为由提出异议，法院不予支持

7．协议管辖无效，应依据法定管辖来确定管辖法院

### 五、应诉管辖

应诉管辖，又称默示协议管辖，是指原告起诉被法院受理后，被告未在答辩期内提出管辖权异议并作出应诉答辩的，视为受诉法院对案件享有管辖权，但不得违反级别管辖与专属管辖（和协议管辖相同）。

特别提醒：

1．当事人在提交答辩状期间既提出管辖异议，又对起诉状的内容进行答辩，不适用应诉管辖制度。（只要提出管辖异议，就不适用应诉管辖）

2．应诉管辖效力优于协议管辖。

3．被告未应诉答辩，而提出反诉，同样适用应诉管辖制度。

### 六、地域管辖制度适用关系

专属管辖>应诉管辖>协议管辖>特殊地域管辖>一般地域管辖例外规定>一般地域管辖原则规定

# 考点7 裁定管辖

### 一、移送管辖

#### 适用条件

记忆口诀：已受理、无到有、移一次。



|  |  |
| --- | --- |
| 案件受理前 | 案件受理后 |
| 告知当事人向有管辖权法院起诉；坚持起诉，裁定不予受理 | 当事人在提交答辩状期间提出管辖权异议 | 当事人未提出管辖权异议，并应诉答辩 | 当事人在答辩期间届满后未应诉答辩 |
| 异议成立 | 异议不成立 | 不违反级别管辖和专属管辖 | 违反级别管辖和专属管辖 | 法院一审开庭前发现无管辖权 | 法院一审开庭后发现无管辖权 |
| 移送管辖 | 裁定驳回 | 应诉管辖 | 移送管辖 | 移送管辖 | 应诉管辖/移送管辖 |

如果被告没有提出管辖权异议，并应诉答辩，受诉法院基于应诉管辖制度获得管辖权，案件无需再行移送。

#### （二）管辖恒定原则

1．确定管辖的因素以起诉时为准，原则上案件受理后不因相关因素的改变（如当事人住所地、经常居住地、行政区域变更、提出反诉、增加或变更诉讼请求）影响管辖权；

2．适用管辖恒定原则不得违反级别管辖、专属管辖规定；

3．按照级别管辖原来享有管辖权的受诉法院，可能因原告在诉讼中增加诉讼请求而丧失原有的案件管辖权。无论当事人是否提出管辖权异议，法院都应当将案件移送管辖。

级别管辖不受管辖权恒定影响

### 二、指定管辖

（一）适用情形

1.受移送法院认为自己对移送来的案件无管辖权，报上级法院指定管辖。

2.有管辖权的法院由于特殊原因不能行使管辖权，报上级法院指定管辖。

可能有两种原因：一是法院全体法官均须回避；二是有管辖权之法院所在地发生了严重自然灾害等不可抗力情形。

3.对于管辖权发生争议，通过协商未能解决管辖争议，逐级报共同的上级法院（如果跨省一直协商不成需要逐级报到最高院）指定管辖。

（二）法院处理

1.上级法院指定管辖的应当作出裁定。对报请上级法院指定管辖的案件，下级法院应当中止审理。

2.指定管辖裁定作出前，下级法院对案件作出判决、裁定的，上级法院应当在裁定指定管辖的同时，一并撤销下级法院的判决、裁定。

**三、管辖权转移**

（一）性质：级别管辖的变通和个别调整。

（二）适用情形

1.向上转移

（1）上级法院决定自己审理（2）下级法院报请上级法院审理

2.向下转移

上级法院认为确有必要将本院管辖的第一审民事案件交下级法院审理的，应当报请其上级法院批准。上级法院批准后，法院应当裁定将案件交下级法院审理。

破产程序中有关债务人的诉讼案件、当事人人数众多且不方便诉讼的案件，法院可以在开庭前交下级法院审理。

当事人对管辖权下移的裁定不服，不可以上诉。（不予受理驳回起诉管辖权异议三种裁定才可以上诉）

# 考点8 管辖权异议

**一、管辖权异议的条件**

1.主体：通常为被告，原告也可（如对移送管辖有异议），第三人不可以

2.客体：第一审民事案件的管辖权（级别、地域）

3.时间：提交答辩状期间

**例外规定：**因原告增加或变更诉讼请求，可能引起级别管辖变更，允许被告在原告提出相关请求后对管辖权提出异议。

当事人在一审提交答辩状期间未提出管辖异议，在二审或者再审发回重审时提出管辖异议的，人民法院不予审查。

管辖错误不是再审事由

**二、法院对管辖权异议的处理**

审查后异议理由成立的，裁定将案件移送有管辖权的法院审理或者裁定驳回起诉；异议不成立，裁定驳回异议。当事人不服该裁定，可以在10日内向上一级法院提起上诉。

小额诉讼程序中管辖权异议裁定一经作出即生效，不能上诉。

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。

# 考点9 当事人概述

### 一、诉讼权利能力与诉讼行为能力

#### （一）诉讼权利能力

1．有民事权利能力者才能具有诉讼权利能力；

2．起诉的当事人如果欠缺诉讼权利能力，法院未受理的，应裁定不予受理；法院已经受理的，应裁定驳回起诉。

#### （二）诉讼行为能力

诉讼行为能力，又称诉讼能力，是指当事人可以亲自实施诉讼行为，并通过自己的行为，行使诉讼权利和承担诉讼义务的法律上的资格。（完全民事行为能力人具有诉讼能力，无限制民事行为能力人均无）

### 二、当事人适格（正当当事人）

当事人适格，又称为正当当事人，是指对于具体的诉讼，有作为本案当事人起诉或应诉的资格。（适格当事人必定具有诉讼权利能力）

（一）相关概念辨析

形式当事人以原告在诉讼中的主张为准，谁来起诉，谁就是形式原告，原告告谁，谁就是形式被告。

适格当事人，则强调对具体案件的诉讼标的，谁应当有权要求作出判决和谁应当作为被请求的相对方。

（二）当事人适格的判断标准

原则：应当以当事人是否为争议的民事法律关系（即本案的诉讼标的）的主体，作为当事人适格与否的判断标准。

例外情形：

1.依法对他人民事法律关系或民事权利享有管理权的人或组织，如失踪人的财产代管人、遗嘱执行人、遗产管理人等（以自己名义而非失踪人名义）。

2.在确认之诉中，对诉讼标的有确认利益的人或组织。

3.公益诉讼中，依法享有起诉资格的原告。

# 考点10 原告与被告

|  |  |
| --- | --- |
| **具体情形** | **当事人确定** |
| 法人非依法设立的分支机构 | 设立该分支机构的法人（依法设立并领取营业执照，以分支机构作为当事人） |
| 法人分支机构虽依法设立，但未领取营业执照 |
| 职务侵权纠纷 | 法人或者其他组织（不告员工） |
| 劳务侵权纠纷 | 接受劳务一方 |
| 个体工商户 | 有字号 | 营业执照上登记的字号 |
| 无字号 | 营业执照上登记的经营者 |
| 当事人不履行人民调解协议 | 不履行协议的当事人为被告（不能告调解组织） |
| 行为人以应登记而未登记的法人或者其他组织名义进行民事活动 | 行为人 |
| 行为人无权代理 |
| 行为人以依法终止的法人或者其他组织名义进行民事活动 |
| 企业法人解散 | 依法清算并注销前 | 企业法人 |
| 未依法清算即被注销 | 企业法人的股东、发起人或者出资人 |
| 居民委员会、村民委员会或者村民小组发生纠纷 | 居民委员会、村民委员会或有独立财产的村民小组 |
| 起诉侵害死者遗体、遗骨以及姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私等行为 | 死者的近亲属 |

# 考点11 必要共同诉讼

### 一、民事责任类型与共同诉讼形态

1．连带责任——普通共同诉讼

2．不真正连带责任——普通共同诉讼/不成立共同诉讼

3．补充责任——普通共同诉讼

必要共同诉讼分为固有的必要共同诉讼和类似的必要共同诉讼 固有的必要共同诉讼一个也不能少，少任何一个当事人不适格，必须追加

类似必要共同诉讼可以选择告，没有告的人也受既判力扩张的规制，不能再起诉了

连带责任可以选择告 告完一个还可告另一个 既判力主观范围不扩张

### 二、适用情形

1．挂靠行为：挂靠人/被挂靠人/挂靠人+被挂靠人

2．劳务派遣纠纷：用工单位/用工单位+劳务派遣单位

3．个体工商户登记的经营者与实际经营者不一致：登记经营者+实际经营者

4．个人合伙：全体合伙人（无论是否有字号）

5．企业法人分立：分立后的全部企业法人

6．借用关系：出借单位/借用人/出借单位+借用人

7．遗产继承诉讼：除被告之外的其余法定继承人（放弃继承权者除外）

8．承担连带责任的代理关系：被代理人/代理人/被代理人+代理人或者代理人/相对人/代理人+相对人

9．共有财产受侵害：全体共有权人

10．一般保证合同纠纷：债务人/债务人+保证人；连带保证合同纠纷：债务人/保证人/债务人+保证人

11．无、限制民事行为能力人致人损害：无、限制民事行为能力人+监护人

12．追索赡养费案件：所有赡养义务人

13．债权人就担保物权起诉：债务人+担保人

14．建设工程质量纠纷：总承包人+分包人+实际施工人

15．原用人单位以新的用人单位和劳动者共同侵权为由起诉：新的用人单位+劳动者

16．债权人享有的债权未经生效裁判确认，提起公司人格否认诉讼：债务人公司+股东

17．撤销权诉讼：债务人+债务人的相对人

### 三、必要共同诉讼人追加

概念：两个以上当事人诉讼标的同一，法院必须合一审理、合一判决的诉讼。

可以依职权或者依申请

如果有必要共同诉讼人未参加诉讼，则应当追加当事人。（固有的必要共同诉讼需要追加，类似的必要共同诉讼不需追加）

应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍应追加为共同原告。

### 四、必要共同诉讼人内部关系

必要共同诉讼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（其他人不承认就对其他人不发生效力，但对承认人自己有效）。

自认是例外 必要共同诉讼自认，一人自认其他人否认的 对全体不发生自认效力 包括对自认者自己

承认包括明示和默示两种。所谓默示承认，是指只要共同诉讼人未对其他共同诉讼人实施的诉讼行为表示异议，即表明该共同诉讼人已经承认。

承认原则的例外：共同诉讼人中一人对判决不服提起上诉的，如果上诉后为不可分之诉，不管其他共同诉讼人是否承认该上诉行为，上诉的效力都及于共同诉讼人全体。

# 考点12 第三人

### 一、有独立请求权第三人

**（一）诉讼地位**

有独立请求权第三人在参加之诉中的地位相当于原告（不能管辖权异议），是诉讼当事人；其在诉讼中既对抗本诉原告，也对抗本诉被告。只能起诉方式参加诉讼

**（二）参加诉讼的条件**

1.参加诉讼的根据：对本诉的原告、被告之间争议的诉讼标的主张独立的请求权。（通常为物权性权利、所有权为典型）

2.时间条件：所参加的诉讼正在进行中。未参加第一审程序，直接申请参加第二审程序，法院可以准许。二审如果调解不成，二审法院应当裁定撤销一审判决，发回重审。

3.参加诉讼的方式：以起诉的方式参加诉讼。

**知识拓展：有独立请求第三人与必要共同诉讼原告的区别**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **区别点** | **必要共同诉讼原告** | **有独立请求权第三人** |
| 争议的诉讼标的 | 诉讼标的同一 | 参加之诉的诉讼标的与本诉的诉讼标的不同 |
| 对方当事人 | 必要共同诉讼中的被告 | 本诉的原告和被告 |
| 参加诉讼方式 | 当事人申请追加或者法院通知参加 | 起诉 |
| 诉讼行为效力 | 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 | 有独立请求权第三人的诉讼行为不受本诉当事人的制约 |

诉讼标的同一 必要共同诉讼

诉讼标的同种类 普通共同诉讼

存在对抗 有独三

总结：判断案例中有独立请求权第三人最为明显的两个标志是：（1）第三人的主张直接对抗本诉的原告和被告；（2）以起诉的方式参加诉讼；（3）看案外人和原告诉请能否同时成立。如果不能都成立，那就是有独三；如果可以都成立，那就是共同原告。

### 二、无独立请求权第三人

**（一）参加诉讼的条件**

1.参加诉讼的根据：与案件的处理结果有法律上的利害关系。

2.时间条件：所参加的诉讼正在进行中。无独立请求权第三人未参加第一审程序，直接申请参加第二审程序，法院可以准许。（与有独三相同）

3.参加诉讼的方式：自己申请参加诉讼或者法院通知其参加诉讼。

**（二）诉讼地位**

1.无独立请求权第三人以自己的名义参加诉讼；

2.无独立请求权第三人可以独立行使诉讼权利，承担诉讼义务，不受他人制约；

3.一审判决中，无独立请求权第三人承担实体义务的，享有上诉权；

4.法院调解民事案件，需由无独立请求权第三人承担责任，应当经其同意。但不需要无独三承担责任的，不需要其签收。

5.不享有的诉讼权利：提出管辖权异议，放弃、变更诉讼请求，申请撤诉。可以承认诉讼请求

# 考点13 诉讼代理人

### 一、法定诉讼代理人

法定诉讼代理人的被代理人，只限于无民事行为能力人或限制民事行为能力人。

法定诉讼代理人具有类似于当事人的诉讼地位。可以按照自己的意志代理被代理人实施所有诉讼行为。

**知识拓展：法定诉讼代理人与当事人的区别**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **区别** | **法定诉讼代理人** | **当事人** |
| 参与诉讼的名义 | 以当事人的名义起诉或应诉 | 以自己的名义起诉或应诉 |
| 是否为裁判的对象 | 否 | 是 |
| 诉讼中死亡的法律后果 | 另行确定法定代理人，继续诉讼 | 诉讼中止或诉讼终结 |

### 二、委托诉讼代理人

#### （一）范围

律师、基层法律服务工作者、当事人的近亲属或者工作人员、当事人所在社区、单位以及社会团体推荐的公民。

禁止规定：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。

#### （二）权限

授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，视为一般授权。即无权代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉。（实体事项）和尚方便返程

代收执行款需要特别授权 申请执行一般授权即可 提交证据、发表意见等一般授权即可

#### （三）委托代理的法律后果

一般情况下，民事案件的当事人委托诉讼代理人代为出庭诉讼的，本人可以不出庭；但离婚案件有诉讼代理人的，本人除不能表达意思的以外，仍应出庭；确因特殊情况无法出庭的，必须向法院提交书面意见。

# 考点14 民事证据的种类

### 一、书证

#### （一）书证与物证的区别

书证是以其表达的思想内容来证明案件事实，而物证则以其存在、外形等物理特征来证明案件事实。

#### （二）书证提出规则

当事人原则上应提交书证原件，确有客观原因，可以提交复印件、照片、副本、节录本等。

#### （三）文书提出命令

1．适用范围：书证、视听资料和电子数据。

2．适用情形：（1）控制书证的当事人在诉讼中曾经引用过的书证；（2）为对方当事人的利益制作的书证；（3）对方当事人依照法律规定有权查阅、获取的书证；（4）账簿、记账原始凭证；（5）法院认为应当提交书证的其他情形。

3．申请主体：承担证明责任的当事人

4．申请时间：举证时限届满前

5．申请形式：书面申请

6．对方否认的处理：法院应当根据法律规定、习惯等因素，结合案件的事实、证据作出综合判断。

7．法院对申请的处理：法院审查时应当听取对方当事人的意见，必要时可以要求双方当事人提供证据、进行辩论。当事人申请理由成立的，法院应当作出裁定，责令对方当事人提交书证；理由不成立的，通知申请人。（注意：理由不成立无须作出裁定）

8．不予准许情形：当事人申请提交的书证不明确、书证对于待证事实的证明无必要、待证事实对于裁判结果无实质性影响、书证未在对方当事人控制之下或者不符合文书提出命令的法定适用情形。

9．法律效力：（1）理由成立，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；（2）对方当事人无正当理由拒不提交，法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实；（3）控制书证的当事人存在毁灭书证等妨害证明行为，法院可以认定对方当事人主张以该书证证明的事实为真实。（不等于直接败诉）

特别提醒：拒绝履行文书提交义务，其法律后果是推定申请人主张的书证内容真实，而非导致败诉。

#### （四）妨害证明行为的处理

适用情形：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的行为。

适用对象：持有书证的当事人

处理措施：法院可以决定罚款、拘留

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 不同点 | 文书提出命令 | 妨害证明行为 |
| 适用情形 | 书证在非承担证明责任的一方当事人控制之下 | 毁灭有关书证或者实施其他致使书证不能使用的行为 |
| 法律后果 | 无正当理由拒不提交，法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实 | 罚款、拘留；法院认定对方当事人主张以该书证证明的事实为真实 |

### 二、电子数据

#### （一）原件的认定

当事人以电子数据作为证据的，应当提供原件。电子数据的制作者制作的与原件一致的副本，或者直接来源于电子数据的打印件或其他可以显示、识别的输出介质，视为电子数据的原件。

特别提醒：视听资料作为证据，应当提供存储该视听资料的原始载体。

#### （二）电子数据与视听资料的识别

存储于传统介质中的录音资料、录像资料应为视听资料，如录音磁带、录像带等；而存储于电子介质中的录音资料、录像资料则为电子数据，如存储于内存卡里的图片、录像等。

一般都是电子介质

#### （三）偷拍偷录证据的可采性

偷拍偷录证据只要不采用严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取，均可作为定案依据。

### 三、证人证言

#### （一）禁止作证情形

不能正确表达意思的人，不能作证。待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。

特别提醒：能够正确表达意思的未成年人、精神病人都可以成为证人。

#### （二）证人证言的提出

1．证人出庭作证方式

（1）当事人在举证期限届满前书面申请证人出庭作证

（2）法院依职权通知证人出庭作证

具体情形包括：涉及可能损害国家利益、社会公共利益；涉及身份关系；涉及民事公益诉讼；当事人有恶意串通损害他人合法权益可能；涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项。

证人在审理前的准备阶段或者法院调查、询问等双方当事人在场时陈述证言的，视为出庭作证。

（3）未通知出庭作证

未经法院通知，证人不得出庭作证，但双方当事人同意并经法院准许的除外。

2．证人作证形式

双方当事人同意证人以其他方式作证并经法院准许，证人可以不出庭作证。

法院准许证人以书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证的情形：（1）因健康原因不能出庭；（2）因路途遥远，交通不便不能出庭；（3）因自然灾害等不可抗力不能出庭；（4）其他有正当理由不能出庭。

特别提醒：证人提出的书面证词属于证人证言，而非书证。

3．证人出庭作证的费用

（1）费用类型：出庭支出的交通、住宿、就餐等必要费用以及误工损失

（2）负担主体：败诉方负担

（3）垫付主体：当事人申请证人作证，由申请人垫付；法院依职权通知证人作证，由法院垫付

4．证人签署并宣读保证书

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

证人经法院准许，以书面证言方式作证的，应当签署保证书；以视听传输技术或者视听资料方式作证的，应当签署保证书并宣读保证书的内容。

证人拒绝签署或者宣读保证书的，不得作证，并自行承担相关费用。

#### （三）证人证言的证明力规则

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。

### 四、当事人陈述

#### （一）基本要求

当事人应当就案件事实作真实、完整的陈述。当事人的陈述前后不一，法院应当责令其说明理由，并结合当事人的诉讼能力、证据和案件具体情况进行审查认定。

当事人故意作虚假陈述妨碍法院审理，应对其予以罚款、拘留处罚。

法院应当在询问前责令当事人签署保证书并宣读保证书的内容。

#### （二）法律效力

当事人的陈述不能单独作为认定案件事实的根据。

#### （三）专家辅助人

证据类型：视为当事人陈述

功能：代表当事人就鉴定意见进行质证或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见

数量：1-2名

参诉方式：当事人书面提出申请，法院不能职权追加

费用负担：申请方承担

专家辅助人一般不适用回避制度。

### 五、鉴定意见

#### （一）鉴定的启动

1．法院释明义务

法院在审理案件过程中认为待证事实需要通过鉴定意见证明，应当向当事人释明，并指定提出鉴定申请的期间。

2．当事人申请鉴定

申请时间：应当在法院指定期间内提出，并预交鉴定费用。逾期不提出申请或者不预交鉴定费用，视为放弃申请。

不申请鉴定的法律后果：对需要鉴定的待证事实负有举证责任的当事人，应当承担举证不能的法律后果。

鉴定人确定方式：法院组织双方当事人协商确定具备相应资格的鉴定人；当事人协商不成的，由法院指定。（先协商、后指定）

3．法院依职权委托鉴定

（1）涉及可能损害国家利益、社会公共利益；

（2）涉及身份关系；

（3）民事公益诉讼；

（4）当事人可能恶意串通损害他人合法权益；

（5）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项。

上述情形法院应当依职权委托鉴定，可在询问当事人的意见后，指定具备相应资格的鉴定人。（先询问、后指定）

#### （二）鉴材

法院应当组织当事人对鉴定材料进行质证。未经质证的材料，不得作为鉴定的根据。

#### （三）鉴定书的作出

鉴定开始之前，法院应当要求鉴定人签署承诺书。鉴定人故意作虚假鉴定，法院应当责令其退还鉴定费用，并根据情节，适用妨害民事诉讼强制措施进行处罚。

经法院准许，鉴定人可以调取证据、勘验物证和现场、询问当事人或者证人。

特别提醒：先质证，后鉴定；鉴定人作鉴定时并非仅作书面审查。

鉴定人无正当理由未按期提交鉴定书的，当事人可以申请法院另行委托鉴定人进行鉴定。法院准许，原鉴定人已经收取的鉴定费用应当退还；拒不退还的，由法院依法执行。

#### （四）当事人鉴定异议处理及鉴定人出庭

当事人对鉴定书内容提出书面异议，法院应当要求鉴定人作出解释、说明或者补充。

当事人收到鉴定人的书面答复后仍有异议，法院应当通知有异议的当事人预交鉴定人出庭费用，并通知鉴定人出庭。鉴定人出庭费用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，出庭费用由其自行负担。

特别提醒：并非当事人对鉴定书有异议，鉴定人即应出庭；应先做好书面解释工作，仍有异议才出庭。

鉴定人拒不出庭作证，鉴定意见不得作为认定案件事实的根据。法院应当建议有关主管部门或者组织对拒不出庭作证的鉴定人予以处罚。当事人因鉴定人拒不出庭作证申请重新鉴定的，法院应当准许。

#### （五）重新鉴定

1．鉴定人不具备相应资格

2．鉴定程序严重违法

3．鉴定意见明显依据不足

4．经过质证认定不能作为证据使用的其他情形

前三项情形，鉴定人已经收取的鉴定费用应当退还。

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，法院不予准许重新鉴定的申请。

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，法院应予准许。

#### （六）鉴定意见的撤销

鉴定意见被采信后，鉴定人无正当理由撤销鉴定意见，法院应当责令其退还鉴定费用，并可以根据情节，依照适用妨害民事诉讼强制措施对鉴定人进行处罚。当事人主张鉴定人负担由此增加的合理费用，法院应予支持。

法院采信鉴定意见后准许鉴定人撤销的，应当责令其退还鉴定费用。

特别提醒：鉴定中出现任何瑕疵均应退还鉴定费用（经质证鉴定意见不能作为证据适使用除外）。

### 六、勘验笔录

勘验主体：法院工作人员

启动方式：当事人的申请或依职权对物证或现场进行勘验