

国家司法考试在线

(2009 年法条强化班讲义一民诉)

国家司法考试在线

www.SiKao.com

燕园在线教育

咨询电话：010—62123123 51669600

地址：北京大学 871-093 信箱

传真：010—62147240

网址：www.SiKao.com

电子邮箱：info@SiKao.com

2009 年法条串讲民事诉讼法与仲裁法

——编讲： 侍东波

民事诉讼法学

第四条 凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。

讲解：该法条意味着，只要是在我国领域内进行民事诉讼，就得适用我国的民事诉讼法。

第五条 外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。

外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实行对等原则。

讲解：该条规定了同等原则与对等原则，重点掌握这两个原则的区别。《民事诉讼法》第 5 条第 1 款表明同等原则的基本含义是：在民事诉讼中，外国当事人与中国当事人具有平等的诉讼地位，有同等的诉讼权利义务，不因当事人是外国人而限制或扩大其诉讼权利，或者减少或加重其诉讼义务。这类似于国民待遇原则在民事诉讼中的体现。

《民事诉讼法》第 5 条第 2 款表明对等原则的基本含义是：遇有外国法院限制中国公民、法人或其他组织民事诉讼权利的，中国法院也相应地限制该国公民、企业组织的民事诉讼权利。对等原则的适用是有针对性的，它只针对相应的国家，而不涉及第三国，这与同等原则适用的普遍性是有所区别的。

第八条 民事诉讼当事人有平等的诉讼权利。人民法院审理民事案件，应当保障和便利当事人行使诉讼权利，对当事人在适用法律上一律平等。

第九条 人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。

讲解：该条规定了法院调解的原则。关于调解原则有以下几方面含义：1、在民事诉讼整个过程中，人民法院都可以主持调解。根据《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》（以下简称《调解规定》）第 2 条，下列程序中不得适用调解：（1）特别程序、督促程序、公示催告程序、破产还债程序的案件；（2）婚姻关系、身份关系确认案件；（3）其他依案件性质不能进行调解的民事案件；（4）执行案件。执行中只有执行和解；2、人民法院主持调解，应当遵循自愿和合法的原则。即调解的进行，应当是在双方当事人愿意调解的基础上，调解程序应当合法，调解的协议也应合法；3、调解是解决民事案件的方式之一，若调解未能达成协议，人民法院应及时判决，不应久调不决。注意：调解作为必经程序的有两种情况：（1）根据《民诉意见》第 92 条，离婚诉讼应当调解；（2）根据《简易程序的司法解释》第 14 条，在特定情况下人民法院适用简易程序审理案件应当先行调解。

第十二条 人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论。

讲解：该条对辩论原则作了规定。辩论原则的内容包含以下几个方面：1、民事诉讼中的辩论是在人民法院的主持下进行的，参加者是当事人双方及依法享有辩论权的诉讼代理人；2、辩论的内容是案件事实及争议的问题，包括案件实质性和程序性问题，以及法律适用问题；3、辩论的形式有书面形式和口头形式；4、辩论权的行使贯穿于诉讼全过程，而不仅仅是限于辩论阶段；5、人民法院应当保障双方当事人充分行使辩论权，为当事人行使辩论权提供方便；6、人民法院应当重视辩论的作用，未在法庭上辩论和质证的证据，不得作为法院裁判的根据。

第十三条 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。

讲解：该条规定了处分原则。处分原则的内容包括以下几个方面：1、处分权为双方当事人所享有，当事人在诉讼过程中可依法行使处分权；2、当事人处分的内容，是自己享有的民事实体权利和民事诉讼权利；3、当事人对自己权利的处分，应符合法律规定，不能危害国家、集体和他人的合法利益；4、人民法院代表国家对当事人行使处分权进行监督。撤诉须经人民法院同意，包括撤回起诉和上诉。

第十四条 人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督。

讲解：该条规定了检察监督原则，该原则的基本内容是：1、人民检察院对人民法院的审判活动有权进行监督；2、人民检察院对审判活动进行监督的具体方式，是对法院已生效的判决、裁定，有《民事诉讼法》第 185 条规定情形之一的，按照审判监督程序提出抗诉。就现行民事诉讼法而言，人民检察院不对当事人的诉讼活动进行监督，也不具体参与通常的民事诉讼活动。

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

讲解：两审终审制度是指一个民事案件经过两级人民法院审判后即告终结的制度。但是存在如下例外：1、最高人民法院所作的一审判决、裁定，为终审判决、裁定，当事人不得上诉；2、根据民事诉讼法的规

定，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，实行一审终审；3、根据婚姻法，确认婚姻效力的案件也实行一审终审。

第十九条 中级人民法院管辖下列第一审民事案件：

- (一) 重大涉外案件；
- (二) 在本辖区有重大影响的案件；
- (三) 最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。

讲解：民事诉讼的级别管辖中，中级人民法院的管辖范围是历年来司法考试的重点。要重点掌握以下几点：

1、对第（一）项“重大涉外案件”应该如何理解？《意见》第1条规定“重大涉外案件”，是指争议标的额大，或者案情复杂，或者居住在国外的当事人人数众多的涉外案件。所以并不是所有的涉外案件都由中级人民法院管辖，一般的涉外案件可以由基层人民法院管辖。

2、根据《意见》第2条的规定和其他相关规定，专利纠纷、著作权纠纷、商标权纠纷、涉及域名纠纷的案件、重大的涉港澳台案件以及虚假陈述证券民事赔偿案件由最高人民法院确定的中级人民法院管辖。

第二十二条 对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。

对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

讲解：该条强调的是地域管辖中的原则性规定，即原告就被告原则。也就是说我们要注意对公民提起的诉讼，由被告住所地法院管辖；当公民的住所地与经常居住地不一致时，要由公民的经常居住地法院管辖；对法人来说也要由被告法人的住所地法院管辖。

1、对于公民而言，经常居住地的适用优先于住所地。《意见》第5条规定，公民的经常居住地是指公民离开住所地至起诉时已连续居住一年以上的地方。但公民住院就医的地方除外。这里强调：（1）要到起诉时；（2）要求连续居住；（3）满一年以上。但有一个例外，公民住院、就医的除外，因此公民住院的医院所在地是不能视作经常居住地的。根据《意见》第7条规定，当事人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，户籍迁出不足一年的，由其原户籍所在地人民法院管辖；超过一年的，由其居住地人民法院管辖。

2、对于法人而言，确定一般地域管辖的标准是法人的住所地。根据《意见》第4条，法人的住所地就是指主要办事机构或者主要营业所所在地。注意：不能认为就是工商注册登记地。

3、对于没有办事机构的公民合伙或合伙型联营体提起的诉讼，根据《意见》第17条规定，由被告注册登记地人民法院管辖；没有注册登记的，几个被告又不在同一辖区的，由被告住所地人民法院管辖。

第二十三条 下列民事诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖：

（一）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；（二）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；

（三）对被劳动教养的人提起的诉讼；

（四）对被监禁的人提起的诉讼。

讲解：该条是原告就被告原则的例外规定，即被告就原告，也就是说原告遇到了特殊案件，可以在自己所在地起诉。当然自己所在地也就是住所地，经常居住地优先于住所地：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。这两类案件我们强调的是身份诉讼。如果这两类人提起的是财产案件，不是身份关系的诉讼，则适用原告就被告的原则；3、对被劳动教养的人提起的诉讼；4、对被监禁的人提起的诉讼。这两类案件强调的是对人身自由受到限制的人，提起的诉讼，不仅仅包含身份关系的诉讼，也包含财产关系的诉讼。

另外，根据司法解释还有几种情况适用被告就原告原则：1、根据《意见》第9条规定，追索赡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。当然，这种情况下，也可以由被告所在地人民法院管辖。但是，如果几个被告在同一辖区的，则应当由被告所在地人民法院管辖。如老人在海淀区，三个儿子都在顺义区，老人追索赡养费需到顺义区法院去；如果三个儿子分别在顺义区、海淀区、东城区三个不同的地方，则老人可以在自己住所地海淀区人民法院提起诉讼。2、根据《意见》第11条规定，非军人对军人提出的离婚诉讼，如果军人一方为非文职军人，由原告住所地人民法院管辖。也就是说，非军人对军人提起的离婚诉讼，确定一般地域管辖的标准是看军人一方系文职军人还是非文职军人。3、根据《意见》第12条规定，夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，由原告住所地人民法院管辖。但是，注意：夫妻双方离开住所地超过一年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖；没有经常居住地的，由原告起诉时居住地的人民法院管辖。

因此，实行被告就原告原则的一共有七种情况。但注意以下情况，仍然实行原告就被告原则：

1、根据《意见》第8条规定，双方当事人都被监禁或被劳动教养的，由被告住所地人民法院管辖。被告被监禁或被劳动教养一年以上的，由被告被监禁地或被劳动教养地人民法院管辖。所谓被监禁、被劳动教养一年，指的是实际被监禁、实际被劳动教养时间。例如说判了两年有期徒刑，现在在监狱只呆了10个月。这时我们能用被告被监禁地的地域管辖吗？这肯定是不可以的。我们指的是实际被监禁、实际被劳动教养了一年以上，是按经常居住地这个标准来对待的。

2、根据《意见》第11条规定，离婚诉讼双方当事人都是军人的，由被告住所地或者被告所在的团级以上单位驻地的人民法院管辖。

3、根据《意见》第12条规定，夫妻双方离开住所地超过一年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖；没有经常居住地的，由原告起诉时居住地的人民法院管辖。

第二十四条 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。

讲解：合同纠纷的管辖，有以下规则：

1、确定合同纠纷管辖的步骤：（1）首先看是否存在专属管辖；（2）其次看是否存在协议管辖，存在协议管辖的，应当适用协议管辖的规则；（3）再次看是否属于法律（民事诉讼法以及实体法）规定了特殊情形，比如保险合同、运输合同等等；（4）最后适用确定合同纠纷的一般规定。合同纠纷，由被告住所地或者合同履行地法院管辖；

2、根据《意见》第18条，因合同纠纷提起的诉讼，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，应由被告住所地人民法院管辖。

注意：同时满足两个条件：1）合同没有实际履行；2）必须是双方当事人住所地又不在合同约定的履行地的。

第二十五条 合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

讲解：协议管辖应当注意以下几个方面：

（一）符合下列条件：1、双方当事人必须以书面的形式进行约定；2、只能就合同纠纷进行约定；3、约定只能针对第一审法院的管辖，第二审法院不能由当事人以协议进行约定；4、协议管辖法院的范围只限于被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、合同标的物所在地法院；5、此协议管辖不得变更专属管辖和级别管辖；6、根据《意见》第24条，当事人协议不明或协议选择了两个以上可协议选择的法院管辖的，协议无效，所涉及的纠纷依合同纠纷管辖的规定来确定管辖法院。

（二）根据《意见》第23条，书面合同中的协议是指合同中的协议管辖条款或者诉讼前达成的选择管辖的协议。

（三）注意涉外纠纷的协议管辖和国内协议管辖的不同：1、范围不同；2、联系点不同。

第二十六条因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。

讲解：根据《意见》第25条，当保险标的是运输工具或者运输途中的货物时，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。

第二十七条 因票据纠纷提起的诉讼，由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。

讲解：根据《意见》第26条，票据支付地首先是指票据上载明的付款地，如果没有载明付款地的，票据支付地指票据付款人或者代理付款人的住所地或主营业所所在地。

第二十九条 因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

讲解：1、根据《意见》第28条，侵权行为地，包括侵权行为实施地、侵权结果发生地；2、根据《意见》第29条，因产品质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼，产品制造地、产品销售地、侵权行为地和被告住所地的人民法院都有管辖权；3、如果一项纠纷属于违约和侵权竞合的，分别按照违约即合同纠纷以及侵权纠纷确定管辖，所有法院都有管辖权；4、起诉时分别按照违约或者侵权确定起诉的管辖法院，如果在起诉后变更诉讼请求比如从违约变更为侵权的，被告提起管辖权异议，法院的确定没有管辖权的，根据《合同法司法解释（一）》第30条，法院应当驳回起诉，而不是移送管辖。

第三十条 因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼，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。

讲解：识记这一条规定的四个管辖地，容易出多选题和不定项选择题。《意见》第30条还特别规定了铁路运输合同纠纷及与铁路运输有关的侵权纠纷都由铁路运输法院管辖，这是对专门法院的管辖的规定，要牢记。

第三十二条 因海难救助费用提起的诉讼，由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。

第三十三条 因共同海损提起的诉讼，由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地的人民法院管辖。

讲解：《民事诉讼法》的第 24 条到第 33 条十个条文规定了九种情况。这九种情况大家要熟悉一般的特点，考试有可能放在案例部分来考查。总结一下，这九种情况在特殊地域管辖中，确定地域管辖时的特点共有两个：

1、被告住所地法院有管辖权，但海难救助、共同海损例外，也就是说第 32 条和第 33 条是例外。那么从九种特殊地域管辖规定看，除第 32 条规定了海难救助费用，还有第 33 条规定了共同海损以外，剩下的七种有一个共同的管辖法院，就是被告住所地；2、密切联系是我们确定地域管辖时的一个重要原则。

第三十四条 下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：（一）因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；

（二）因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；

（三）因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

讲解：（一）国内专属管辖案件有三种情形：1、不动产由不动产所在地法院管辖；2、港口作业由港口所在地法院管辖；3、继承由被继承人死亡时居住地或者主要遗产所在地法院管辖。如果继承中涉及某项不动产发生争议，应当按照继承管辖的规则确定管辖法院。

（二）要与《民事诉讼法》第 246 条对照着记。专属管辖案件可分为国内专属管辖案件和涉外专属管辖案件，涉外专属管辖案件主要涉及到在中国境内履行的三个合同，即中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同。注意：涉外专属管辖案件应当是在我国境内履行。

第三十五条 两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中一个人民法院起诉；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。

讲解：（一）民事诉讼中管辖权冲突的解决办法是由最先立案的人民法院管辖，与刑事诉讼法和行政诉讼法中的解决办法各不相同。刑诉法由“最初受理的法院”管辖，行政诉讼法由“最先收到起诉状的法院”管辖。

（二）根据《意见》第 33 条，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个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已先立案的，裁定将案件移送给先立案的人民法院。

第三十六条 人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的，应当移送有管辖权的人民法院，受移送的人民法院应当受理。受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖，不得再自行移送。

讲解：（一）移送管辖的条件：1、移送法院已经受理案件，如果还没有受理案件，法院应当告知原告向有管辖权的法院起诉；在原告坚持起诉的情况下，法院可以裁定不予受理；2、移送法院对案件无管辖权，只要受理法院认为自己没有管辖权即可；3、受移送法院被认为对案件有管辖权，这也属于受理法院的判断范围。

（二）移送管辖的次数只能是一次，受移送的法院认为自己没有管辖权，不能再行移送，也不得退回原移送法院，应当提请自己的上级法院指定管辖。

（三）根据《意见》第 34 条和 35 条，案件受理后，受诉人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地变更的影响；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，将案件移送变更后有管辖权的人民法院。这是对管辖恒定的规定，包括级别管辖恒定和地域管辖恒定，级别管辖恒定主要指级别管辖按起诉时的诉讼标的额确定后，不因为诉讼过程中标的额增加或减少而变动；地域管辖恒定指地域管辖按起诉时的标准确定后，不因为诉讼过程中当事人住所地、经常居住地等确定地域管辖的因素的变动而改变。

第三十七条 有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。

人民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。

讲解：（一）首先应掌握在哪些情况下需要指定管辖，应由哪个法院行使指定管辖权。具体包括：1、对案件有管辖权的人民法院因特殊原因无法行使管辖权。所谓特殊原因，包括法律上和事实上的特殊原因。这里的上级人民法院指自己的上级法院；2、根据《意见》第 36 条，两个以上的同级人民法院对管辖权发生争议，且协商不成，由其共同的上级人民法院指定管辖；3、受移送的人民法院认为对移送来的案件无管辖权，只能报请上级法院指定管辖。这里的上级法院是指自己的上级法院。

（二）还应当注意的问题：1、根据《最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行中华人民共和国民事诉讼法的若干规定》（以下简称《经济审判规定》），后立案的法院应裁定将案件移送先立案的法院合并审理；2、在发生管辖权争议的情况下，上级人民法院既可能指定发生争议的几个人民法院中的其中之一，也可能指定其他的人民法院行使管辖权；3、在发生管辖权争议的情况下，应当逐级报请共同的上级人民法院指定管辖。例如两个不同省的基层法院发生管辖权争议，不能由基层法院直接报最高人民法院；

4、根据《经济审判规定》，在管辖权争议解决前，各法院不得抢先裁决，否则上级法院应当撤销它的裁决，并将案件移送或指定其他法院审理或者自己提审。

第三十八条 人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。

讲解：

(一) 管辖异议的条件：1、管辖异议应当由案件的当事人提出；2、管辖异议应当在提交答辩状期间提出（与提出回避时间不同）。

(二) 注意点：1、对管辖权异议，法院应以裁定形式作出，不得以判决、决定形式作出；2、对该裁定不服的，可以上诉，而非申诉。民事诉讼中有五种裁定可以上诉：管辖异议的裁定、不予受理的裁定、驳回起诉的裁定、不予受理破产申请的裁定、驳回破产申请的裁定。

(三) 对一审法院驳回管辖异议的裁定提起上诉，在此期间，一审原告向一审法院提出撤诉申请，二审法院先对被告对驳回管辖权异议裁定的上诉作出裁定，一审法院再根据裁定做出处理。也就是说应当先解决管辖权问题。

第四十条 人民法院审理第一审民事案件，由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。

适用简易程序审理的民事案件，由审判员一人独任审理。

陪审员在执行陪审职务时，与审判员有同等的权利义务。

第四十一条 人民法院审理第二审民事案件，由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。

发回重审的案件，原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭。

审理再审案件，原来是第一审的，按照第一审程序另行组成合议庭；原来是第二审的或者是上级人民法院提审的，按照第二审程序另行组成合议庭。

第四十三条 合议庭评议案件，实行少数服从多数的原则，评议应当制作笔录，由合议庭成员签名。评议中的不同意见，必须如实记入笔录。

讲解：(一) 在我国，民事案件合议庭的组成因案件审理程序的不同而有所不同，具体如下：1、第一审合议庭由审判员与陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭；2、第二审合议庭由审判员组成；3、发回重审的案件，原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭。注意：可以由人民陪审员参加；4、审理再审案件，原来是第一审的，按照第一审程序另行组成合议庭。注意：可以由人民陪审员参加；原来是第二审的或者是上级人民法院提审的，按照第二审程序另行组成合议庭；5、在特别程序中，对选民资格案件以及疑难复杂案件，应当由审判员组成合议庭审理；6、在公示催告程序中，在公告审理阶段，由审判员独任审理，在除权判决阶段，应当由合议庭审理；7、法人破产还债程序中，也应当组成合议庭。

(二) 合议庭评议案件，实行少数服从多数的原则。评议中的不同意见，必须如实记入笔录。但根据现行法律和实践，并不需要在判决书中体现不同意见。持不同意见的合议庭成员必须在判决书上签名；这和仲裁裁决书上的签名规则不同。

第四十五条 审判人员有下列情形之一的，必须回避，当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避：

(一) 是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属；

(二) 与本案有利害关系；

(三) 与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。前款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

第四十六条 当事人提出回避申请，应当说明理由，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。

被申请回避的人员在人民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。

第四十七条 院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。

第四十八条 人民法院对当事人提出的回避申请，应当在申请提出的三日内，以口头或者书面形式作出决定。申请人对决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次。复议期间，被申请回避的人员，不停止参与本案的工作。人民法院对复议申请，应当在三日内作出复议决定，并通知复议申请人。

讲解：《民事诉讼法》中的回避制度是司法考试的重点，要详细掌握。尤其要注意以下几点：

(一) 回避的人员范围：审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。不属于申请回避的范围：1、证人，证人具有不可替代性和优先性，只要符合证人的条件，即使和当事人有密切关系，也应当作证

人；2、诉讼代理人，诉讼代理人不存在回避问题。对于审判委员会委员，在参加审委会讨论案件中，如果符合回避情形的，也应当自行回避。

(二) 回避的情形可以概括为：和人有关系；和事有关系；有其他关系。

(三) 申请回避的一般应当在案件开始审理时提出，当回避事由在开始审理后才知道的，可以在审理过程中提出，但必须在法庭辩论终结前提出。这和管辖异议的时间是不同的。

(四) 回避的决定人员在民事诉讼中是三级；而在《刑事诉讼法》中是两级，审判长没有决定权。

(五) 对回避申请，人民法院应该以决定方式作出。当事人对决定不服的，应该向作出决定的人民法院提出复议申请，申请复议仅限于一次。注意：向原决定法院申请复议。

(六) 回避的效力：1、在回避决定作出前，被申请回避人员要停止职务行为，但需要采取紧急措施的除外；2、在复议期间，被申请回避人员不需要停止职务行为；3、因回避需要更换审判人员的，已经进行的诉讼程序无需重新进行。这和仲裁是不一样；4、在回避决定作出前，被申请回避人员应当停止而没有停止职务行为，其所作出的行为，是不合法的。

第四十九条 公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。

讲解：(一) 下列情况下，非实体权利义务人也可以作为诉讼当事人：1、为了维护死者名誉而提起诉讼的死者近亲属；2、依法宣告失踪者的财产代管人；3、清算组；4、遗嘱执行人、遗产管理人。

(二) 对于法人和责任人由谁来做当事人，要参照《意见》第42条和49条，法人的法定代表人、其他工作人员因职务行为和授权行为发生了诉讼，由法人、其他组织作当事人；如果是非职务行为或者授权行为的，以工作人员为当事人。如果存在下列三种情况的，以责任人作为当事人：1、法人、其他组织应登记而未登记，即以法人或者其他组织名义进行民事活动；2、冒用法人、其他组织名义进行民事活动；3、依法终止后仍以法人、其他组织名义进行民事活动。

(三) 根据《意见》第40条，民事诉讼中的其他组织应当合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织。注意以下几个：1、依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织。这里是合伙组织，而不是公民合伙；2、法人依法设立并领取营业执照的分支机构。根据《意见》第41条，如果不是依法设立或者虽依法设立但没有领取营业执照分支机构，以设立的法人为当事人；3、中国人民银行、各专业银行以及中国人民保险公司设在各地的分支机构。只能到分行、支行，银行的储蓄所不具有这样的资格。

(四) 根据《意见》第45条，个体户、农村承包户、个人合伙雇佣的人员造成他人损害的，这种情形下谁做当事人就取决于雇工所从事活动的性质。如果是在进行雇佣合同规定的行为，那么雇主做当事人；如果擅自从事雇佣合同以外的行为，雇工自己做当事人。但是根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条规定，雇员在从事雇佣合同活动中，因故意或者重大过失致人损害的，受害人可以雇主和雇员作为共同被告。注意：这只限于故意或者重大过失，也只能在侵害人身的案件中适用。

(五) 1、公民的诉讼权利能力始于出生，终于死亡。无论是未成年人，还是精神病人，都享有诉讼权利能力，能够作为当事人；2、法人的诉讼权利能力始于其成立之时，终于其消灭之时。

(六) 诉讼权利义务的承担：1、作为诉讼当事人的公民死亡的。在诉讼中，一方当事人死亡，有继承人的，裁定中止诉讼。人民法院应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。

注意：在作为诉讼当事人的公民死亡的情况下，也可能发生诉讼直接终止的情况，而不发生诉讼承担。具体看诉讼终止中的特殊规定。2、作为诉讼当事人的法人合并、分立的。企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人；企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。注意：只要法人分立，就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；只要法人合并，就由合并后的新法人接替原法人继续进行诉讼。3、作为诉讼当事人的法人破产与撤销的。法人被人民法院宣告破产后，即由清算组接替原法人继续进行诉讼；在法人被撤销的情况下，如果有清算组，则由清算组接替继续进行诉讼；如果没有清算组，则由决定撤销的机构接替继续进行诉讼。

第五十三条 当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。

共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的，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；对诉讼标的没有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生法律效力。

讲解：(一) 两种不同的共同诉讼类型的区别：1、必要的共同诉讼的诉讼标的是共同的，共同诉讼人具有共同的权利、义务；普通的共同诉讼的诉讼标的是同一种类的，并不是共同的，共同诉讼人之间不具有共同的权利、义务。2、必要的共同诉讼中，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；而在普通的共同诉讼中，一人的诉讼行为对其他人不发生法律效力，一人存在诉讼中止等特殊情形也不影响其他共同诉讼人，一审判决后一人的诉讼行为对其他人也没有法律效力。3、必要的共同诉讼属于不可分之诉，法院必须合并审理；而普通的共同诉讼属于诉的合并，属于可分之诉，人民法院认为可以合并审理并需要经当事人同意，才合并审理。

(二) 必须关注必要共同诉讼的法定情形，重点注意以下几种：

1、根据《意见》第 43 条，个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。

2、根据《意见》第 46 条，营业执照登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。

3、根据《意见》第 47 条，个人合伙中的合伙人作为共同诉讼人。这里一定要注意与合伙组织作为当事人的具体区别。区别个人合伙与合伙组织的关键在于三点：其一、合伙组织是合法成立；其二、合伙组织拥有相对独立的财产；其三、合伙组织有一定的组织机构，即合伙组织有负责人。

4、根据《意见》第 50 条，因企业法人分立前的民事活动发生的诉讼，企业法人分立，以分立后的企业为共同诉讼人。

5、根据《意见》第 52 条，因借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行帐户而产生的诉讼，出借单位和借用人为共同诉讼人。注意：借用和冒用的区别，借用是经过出借单位同意的；而冒用事实上是未经允许而使用，冒用的情况下应当以冒用人作为当事人。

6、根据《意见》第 53 条，因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告；债权人仅起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼；债权人仅诉被告保证人的，可只列被保证人为被告。注意：在一般保证中，不能单独将保证人作为被告。

7、根据《意见》第 54 条，在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应当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未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。注意：在继承中，被遗漏的继承人是以共同诉讼人的身份参加诉讼，还是以有独立请求权第三人的身份参加诉讼，是根据其诉讼主张是否和双方当事人的主张均相冲突来决定的。

8、根据《意见》第 55 条，代理关系中的被代理人和代理人承担连带责任的，为共同诉讼人。

9、根据《意见》第 56 条，共有财产权受到他人侵害，部分共有人起诉的，其他共有人应当列为共同诉讼人。

10、属于共同侵权行为或者共同危险行为，行为人均作为共同被告。

11、根据《最高人民法院关于担保法的司法解释》第 124、128 条，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。但是商业银行、保险公司的分支机构提供保证的除外。注意：这只能属于法人和分支机构关系中的特殊情况，即在担保中的变通。

12、债权人向人民法院请求行使担保物权时，债务人和担保人应当作为共同被告参加诉讼。同一债权既有保证又有物的担保的，当事人发生纠纷提起诉讼的，债务人与保证人、抵押人或者出质人可以作为共同被告参加诉讼。注意：行使担保物权，必须将债务人和担保人作为共同被告。

第五十四条 当事人一方人数众多的共同诉讼，可以由当事人推选代表人进行诉讼。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的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

第五十五条 诉讼标的是同一种类、当事人一方人数众多在起诉时人数尚未确定的，人民法院可以发出公告，说明案件情况和诉讼请求，通知权利人在一定期间向人民法院登记。

向人民法院登记的权利人可以推选代表人进行诉讼；推选不出代表人的，人民法院可以与参加登记的权利人商定代表人。

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的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

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。未参加登记的权利人在诉讼时期间提起诉讼的，适用该判决、裁定。

讲解：(一) 代表人诉讼是在共同诉讼的基础之上发展起来的，它强调的是人数众多，只要是 10 人以上，就可以推选代表来参加诉讼。分为人数确定的代表人诉讼和人数不确定的代表人诉讼两种。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的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

(二) 人数确定的代表人诉讼的特点：1、起诉时，当事人人数确定；2、诉讼代表人由该方当事人推选产生。根据《意见》第 60 条规定，可以由全体当事人推选共同的代表人，也可以由部分当事人推选自

己的代表人。注意：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。这是因为必要的共同诉讼属于不可分之诉，而普通的共同诉讼属于可分之诉；3、众多当事人之间具有共同的或同一种类的诉讼标的。注意：人数确定的代表人诉讼可以是普通的共同诉讼，也可以是必要的共同诉讼；4、代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力，法院对代表人诉讼所作的判决，效力及于诉讼代表人及所代表的全体当事人。

(三) 人数不确定的代表人诉讼的特点：1、起诉时，他所代表的当事人人数不确定；2、众多当事人之间具有同一种类的诉讼标的。注意：人数不确定的代表人诉讼只能是普通的共同诉讼，而不能是必要的共同诉讼，这和人数确定的代表人诉讼是不一样的；3、根据《意见》第61条，代表人的产生有三种方式：第一，由当事人推选代表人；第二，当事人推选不出的，可以由人民法院提出人选与当事人协商；第三，协商不成的，也可以由人民法院在起诉的当事人中指定代表人；4、法院所作的裁判，除对参加登记全体权利人发生法律效力外，还具有扩张性效力，即如果未登记的权利人在诉讼时效内以相同的事实和理由提起诉讼时，对其直接适用该判决、裁定。

(四) 人数不确定的代表人诉讼的特别程序：1、公告程序。根据《意见》第63条，人民法院可以发出公告，通知权利人向人民法院登记。公告期根据具体案件的情况确定，最少不得少于30日；2、登记程序。根据《意见》第64条，向人民法院提出权利登记的人，应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。证明不了的，不予登记，但当事人可以另行起诉。注意：权利登记人应当证明的两个事项；3、裁判扩张程序。根据《意见》第64条，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。注意，这里法院适用的是裁定，而不是判决。

第五十六条 对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。

对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。

讲解：(一) 有独立请求权的第三人的特点：1、有独立请求权的第三人对他人的诉讼标的提出独立请求权。对他人的诉讼标的有独立请求权，这是有独立请求权的第三人参加诉讼的根据。注意：在考试中的简单判断方法就是看他的主张是否和原被告均相冲突。有独立请求权的第三人在诉讼中既不同意原告的主张，也不同意被告的主张，而有自己独立的主张。无论是原告胜诉，还是被告胜诉，都将损害他的利益。注意：根据《婚姻法司法解释(一)》第16条，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的第三人参加诉讼；2、有独立请求权的第三人以起诉的方式参加诉讼，是将本诉讼的原告、被告作为其参加诉讼的被告，自己居于参加诉讼的原告的诉讼地位。因此，无独立请求权第三人可以撤回参加之诉，本诉继续进行；3、根据《意见》第160条，有独立请求权的第三人参加诉讼后，原告申请撤诉，人民法院在准许原告撤诉后，有独立请求权的第三人作为另案原告，原案原告、被告作为另案被告，诉讼另行进行。

(二) 无独立请求权的第三人的特点：1、无独立请求权的第三人是指对他人正在进行的诉讼的诉讼标的不能主张独立的请求权，但其与案件的处理结果有法律上的利害关系，为了维护自己的利益而参加到诉讼中去的诉讼参加人。注意：法律上的利害关系是指第三人与某一方诉讼当事人之间存在着一个实体上的法律关系，该法律关系与本诉讼的诉讼标的有牵连关系，法院对本诉讼的诉讼标的的处理有可能涉及到该法律关系。应当将法律上的利害关系和事实上的利害关系区别开来。2、无独立请求权的第三人参加诉讼的方式有两种：申请参加诉讼或由法院通知其参加诉讼。注意：这和有独立请求权第三人只能以起诉方式参加是不一样的。3、根据《意见》第66条，无独立请求权的第三人无权行使下列权利：放弃、变更诉讼请求、申请撤诉、对案件的管辖权提出异议、提起反诉。但是，如果判决承担民事责任的无独立请求权第三人有权提出上诉。根据《意见》第97条，人民法院调解时需要确定无独立请求权的第三人承担义务的，应经第三人的同意，调解书应当同时送达第三人。第三人在调解书送达前反悔的，人民法院应当及时判决。

(三) 根据最高人民法院《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》(以下简称《经济审判规定》)第9—11条，以下主体不能作为无独立请求权第三人：1、对于原被告双方争议的诉讼标的无直接牵连和不负有返还或者赔偿义务的人；2、与原告或被告约定仲裁或有约定管辖的案外人；3、专属管辖案件的一方当事人；4、产品质量纠纷案件中，对原被告之间法律关系以外的人，证据已证明其已经提供了合同约定或者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内提出异议的，或者作为收货方已经认可该产品质量的；5、已经履行了义务，或者依法取得了一方当事人的财产，并支付了相应对价的原被告之间法律关系以外的人。

(四) 典型的作为无独立请求权第三人的情形：1、根据《合同法司法解释(一)》第16条，代位权诉讼中债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院可以追加债务人为第三人；2、根据《合同法司法解释(一)》第24条，债权人依照合同法第七十四条的规定提

起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人；3、根据《合同法司法解释（一）》第26、27、28条，合同转让中的第三人有三种：第一，债权人转让合同权利后，债务人与受让人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债权人列为第三人。第二，经债权人同意，债务人转移合同义务后，受让人与债权人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，受让人就债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债务人列为第三人。第三，合同当事人一方经对方同意将其在合同中的权利义务一并转让给受让人，对方与受让人因履行合同发生纠纷诉至人民法院，对方就合同权利义务提出抗辩的，可以将出让方列为第三人；4、根据《担保法司法解释》第127条，有保证的债务合同发生纠纷，债务人对债权人提起诉讼，债权人提起反诉的，保证人可以作为第三人参加诉讼。

第五十九条 委托他人代为诉讼，必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。

授权委托书必须记明委托事项和权限。诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉，必须有委托人的特别授权。

侨居在外的中华人民共和国公民从国外寄交或者托交的授权委托书，必须经中华人民共和国驻该国的使领馆证明；没有使领馆的，由与中华人民共和国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明，再转由中华人民共和国驻该第三国使领馆证明，或者由当地的爱国华侨团体证明。

第六十二条 离婚案件有诉讼代理人的，本人除不能表达意志的以外，仍应出庭；确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。

讲解：（一）代理人的范围：根据《意见》第68条，在我国，律师、当事人的近亲属、有关社会团体推荐的人以及人民法院许可的其他公民，均可以接受委托而作为委托代理人参加诉讼。但无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者可能损害被代理人利益的人以及人民法院认为不宜作诉讼代理人的人，不能作为诉讼代理人。

（二）委托代理人需要经过当事人的授权，分为一般授权和特别授权。承认、放弃、变更请求，进行和解，提起反诉和上诉，必须有委托人的特别授权。根据《意见》第69条，授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉。

（三）其它应当注意的问题：1、侨居在外的中华人民共和国公民从国外寄交或者托交的授权委托书，必须经中华人民共和国驻该国的使领馆证明；没有使领馆的，由与中华人民共和国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明，再转由中华人民共和国驻该第三国使领馆证明，或者由当地的爱国华侨团体证明；2、离婚案件有诉讼代理人的，本人除不能表达意志的以外，仍应出庭；确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。

第六十三条 证据有下列几种：

- （一）书证；
- （二）物证；
- （三）视听资料；
- （四）证人证言；
- （五）当事人的陈述；
- （六）鉴定结论；
- （七）勘验笔录。

以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。

讲解：掌握证据的种类。在掌握这些证据时，着重掌握前四个，前四个又有所侧重。先看前三个书证、物证、视听资料的区别：1、书证的特点就是以文字、符号、图案反映的思想内容作证。注意：并不是所有表现为文字的都是书证，关键要看是否以内容来证明待证事实；2、物证是以其外部特征和物理性能来证明待证事实。注意：物证是通过外部特征和物理性能来证明的。要注意一个证据既是书证又是物证即书证物证同体的情况；3、视听资料的特点是借助现代仪器来揭示其证明力。

第六十四条 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。 人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

讲解：（一）根据《证据规定》第15条，人民法院依职权主动调查收集证据的情况是指以下情形： 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。

（二）根据《证据规定》第17条，符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据：1、申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；2、涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；3、当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。

第六十七条 经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

讲解：根据《证据规定》第9条，下列事实，当事人无需举证证明：1、众所周知的事实；2、自然规律及定理；3、根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实；4、已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实；5、已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；6、已为有效公证文书所证明的事实。前款（一）、（三）、（四）、（五）、（六）项，当事人有相反证据足以推翻的除外。

第七十条 凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。

不能正确表达意志的人，不能作证人。

讲解：关于证人作证问题，应当结合《证据规定》第53-58条的内容一并理解：1、不能正确表达意志的人，不能作为证人。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；2、当事人申请证人出庭作证，应当在举证期限届满十日前提出，并经人民法院许可；3、证人因出庭作证而支出的合理费用，由提供证人的一方当事人先行支付，由败诉一方当事人承担；4、证人确有困难不能出庭的情形包括：（1）年迈体弱或者行动不便无法出庭的；（2）特殊岗位确实无法离开的；（3）路途特别遥远，交通不便难以出庭的；（4）因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的；（5）其他无法出庭的特殊情况。

第七十四条 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

讲解：在诉讼中双方当事人都可以申请证据保全。这里还涉及到诉前证据保全的问题。根据有关单行法的规定，起诉以前当事人也可以申请证据保全，但主要适用于商标权和著作权侵权案件中。诉前证据保全主要掌握三点：1、诉前证据保全都要经过申请，法院不能依职权主动采取。根据《证据规定》第23条，申请保全证据不得迟于举证期限届满前七日；2、担保也不是必需的，是否需要申请人提供担保由人民法院决定。但是如果法院责令提供担保，申请人不提供的，法院应该驳回当事人的申请；3、采取了诉前证据保全后，申请人在采取保全措施后15日内没有向人民法院起诉，这时法院就应该解除保全措施，这种处理与诉前财产保全一样，可以一起记忆。

以下是证据规定中的重要法条：

《证据规定》第四条 下列侵权诉讼，按照以下规定承担举证责任：

（一）因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼，由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任；

（二）高度危险作业致人损害的侵权诉讼，由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任；

（三）因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人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；

（四）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼，由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任；

（五）饲养动物致人损害的侵权诉讼，由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任；

（六）因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任；

（七）因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；

（八）因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。

讲解：举证责任的特殊分配方式，也就是举证责任倒置是证据内容中重要的部分。应当注意以下几点：1、要注意这几种举证责任倒置的情况；2、需要记住在特定类型的诉讼中，倒置的具体是哪些事项。比如，因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，倒置的就是行为与损害结果的因果关系，由实施危险行为的人对此承担举证责任。而其他事项如危险行为、损害结果、行为人有过错等仍然由受害人承担举证责任。这一点一定要注意。

《证据规定》第八条 诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身分关系的案件除外。

对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。

当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的

承认直接导致承认对方诉讼请求的除外；当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认。

当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。

讲解：本条是对自认的规定。1、涉及身分关系的案件，自认不适用。比如起诉离婚要进行分割共同财产，原告说他们是婚姻关系，要分割共同财产，被告也承认是婚姻关系，对于怎么分割共同财产，到底是否为合法婚姻，还是需要证明，需拿出结婚证来；2、拟制的自认有三项要件：（1）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；（2）在此情况下，审判人员有充分说明并询问的义务；

（3）其仍不明确表示肯定或者否定；3、代理人的自认，要注意其例外。未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的，对被代理人不产生自认的效果。但当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认；4、自认的撤回有两种情况：（1）当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意；（2）有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符。自认的内容是很重要的。还要注意：对双方当事人无争议但涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实，人民法院可以责令当事人提供有关证据。

《证据规定》第三十三条 人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。

举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可。

由人民法院指定举证期限的，指定的期限不得少于三十日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。

《证据规定》第三十四条 当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。

对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。

当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。

《证据规定》第三十六条 当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当在举证期限内向人民法院申请延期举证，经人民法院准许，可以适当延长举证期限。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。

讲解：举证期限有三方面内容：1、举证期限的确定。这有两种方式：（1）由当事人协商一致，并经人民法院认可；（2）由人民法院指定举证期限的，指定的期限不得少于三十日；2、逾期举证的后果：对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外；3、举证期限的延长。当事人在举证期限内向人民法院申请延期举证，经人民法院准许，可以适当延长举证期限。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。

《证据规定》第三十八条 交换证据的时间可以由当事人协商一致并经人民法院认可，也可以由人民法院指定。

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。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。

《证据规定》第四十条 当事人收到对方交换的证据后提出反驳并提出新证据的，人民法院应当通知当事人在指定的时间进行交换。

证据交换一般不超过两次。但重大、疑难和案情特别复杂的案件，人民法院认为确有必要再次进行证据交换的除外。

讲解：交换证据这个知识点有以下几个内容：1、交换证据时间的确定有两种方式：（1）可以由当事人协商一致并经人民法院认可；（2）也可以由人民法院指定；2、证据交换一般不超过两次。但重大、疑难和案情特别复杂的案件，人民法院认为确有必要再次进行证据交换的除外。

《证据规定》第四十一条 《民事诉讼法》第一百二十五条第一款规定的“新的证据”，是指以下情形：

（一）一审程序中的新的证据包括：当事人在一审举证期限届满后新发现的证据；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）二审程序中的新的证据包括：一审庭审结束后新发现的证据；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。

《证据规定》第四十四条 《民事诉讼法》第一百七十九条第一款第（一）项规定的“新的证据”，是指原审庭审结束后新发现的证据。

当事人在再审程序中提供新的证据的，应当在申请再审时提出。

讲解：《证据规定》中关于新证据的规定应当得到重视。一审、二审、再审中的新证据应当记清楚。

《证据规定》第六十八条 以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

《证据规定》第六十九条 下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：

- (一) 未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言；
- (二) 与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言；
- (三) 存有疑点的视听资料；
- (四) 无法与原件、原物核对的复印件、复制品；
- (五) 无正当理由未出庭作证的证人证言。

《证据规定》第七十五条 有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。

《证据规定》第七十七条 人民法院就数个证据对同一事实的证明力，可以依照下列原则认定：

- (一) 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；
- (二) 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；
- (三) 原始证据的证明力一般大于传来证据；
- (四) 直接证据的证明力一般大于间接证据；
- (五) 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。

讲解：在《证据规定》中，一些重要的证据规则也是司法考试的重点：

(一) 非法证据排除规则。根据《证据规定》第 68 条，这里排除的只是以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据。对于未经对方许可偷录偷拍取得的证据，不能一概认为就属于非法证据，关键看是否侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定。

(二) 补强证据规则。根据《证据规定》第 69 条，下列证据不得单独认定案件事实：1、未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言。注意：(1) 未成年人所作的与其年龄和智力状况相适合的证言，并不需要补强；(2) 即使是不相当的证言，也是可以作证据使用的；2、与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言。注意：只要存在利害关系，其所作的证言无论是对当事人有利的还是不利的，都应当得到补强；3、存有疑点的视听资料；4、无法与原件、原物核对的复印件、复制品；5、无正当理由未出庭作证的证人证言。

(三) 最佳证据规则。根据《证据规定》第 77 条，1、公文书的证明力大于私文书；2、物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证大于其他书证、视听资料和证人证言；3、原始证据的证明力大于传来证据；直接证据的证明力大于间接证据；4、关系密切的证人所作的有利证言的证明力小于其他证人证言。注意：关系密切的证人所作的不利证言的证明力并不小于其他证人证言。

(四) 证据推定规则。根据《证据规定》第 75 条，证据推定规则适用有三个条件：1、有证据证明一方当事人持有某项证据；2、其无正当理由拒不提供；3、对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人。

第七十八条 送达诉讼文书，应当直接送交受送达人。受送达人是公民的，本人不在，交他的同住成年家属签收；受送达人是法人或者其他组织的，应当由法人的法定代表人、其他组织的主要负责人或者该法人、组织负责收件的人签收；受送达人有诉讼代理人的，可以送交其代理人签收；受送达人已向人民法院指定代收人的，送交代收人签收。

受送达人的同住成年家属，法人或者其他组织的负责收件的人，诉讼代理人或者代收人在送达回证上签收的日期为送达日期。

第七十九条 受送达人或者他的同住成年家属拒绝接收诉讼文书的，送达人应当邀请有关基层组织或者所在单位的代表到场，说明情况，在送达回证上记明拒收事由和日期，由送达人、见证人签名或者盖章，把诉讼文书留在受送达人的住所，即视为送达。

讲解：了解民事诉讼法律文书送达的 6 种方式：直接送达、留置送达、委托送达、邮寄送达、转交送达、公告送达。注意调解书不适用公告送达，也不适用留置送达。离婚案件中如果是夫妻双方同住，没有其他的成年家属同住，一方当事人不在的，就不能交由另一方签收。

第八十五条 人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。

第八十八条 调解达成协议，必须双方自愿，不得强迫。调解协议的内容不得违反法律规定。

第八十九条 调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。

调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。

- 第九十条 下列案件调解达成协议，人民法院可以不制作调解书：（一）调解和好的离婚案件；（二）调解维持收养关系的案件；（三）能够即时履行的案件；（四）其他不需要制作调解书的案件。

对不需要制作调解书的协议，应当记入笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后，即具有法律效力。

讲解：（一）调解原则的基本含义是：1、在民事诉讼整个过程中，人民法院都可以主持调解。根据《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》（以下简称《调解规定》）第1条，人民法院对受理的第一审、第二审和再审民事案件，可以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，人民法院可以在答辩期满前进行调解；2、人民法院主持调解，应当遵循自愿和合法的原则。自愿有两个体现：第一，双方自愿以调解的方式结案；第二，双方达成的调解协议是双方自愿的结果。合法既要程序合法，也要协议内容合法。根据《调解规定》第12条，调解协议具有下列情形之一的，人民法院不予确认：（1）侵害国家利益、社会公共利益的；（2）侵害案外人利益的；（3）违背当事人真实意思的；（4）违反法律、行政法规禁止性规定的；3、调解是解决民事案件的方式之一，若调解未能达成协议，人民法院应及时判决，不应久调不决，调解并非判决的必经程序。注意：调解作为必经程序的有两种情况：第一，根据《民诉意见》第92条，离婚诉讼应当调解；第二，根据《简易程序的司法解释》第14条，在六种情况下人民法院适用简易程序审理案件应当先行调解。这在简易程序中有具体说明。

（二）调解的适用范围：1、在第一审、第二审和再审程序中均可以适用调解。2、根据《调解规定》第2条，下列程序中不得适用调解：（1）特别程序、督促程序、公示催告程序、破产还债程序的案件；（2）确认婚姻、确认收养关系效力的案件；（3）其他依案件性质不能进行调解的民事案件；（4）执行案件。执行中只有执行和解。

（三）不需制作调解书的案件：1、调解和好的离婚案件；2、调解维持收养关系的案件；3、能够即时履行的案件；4、其他不需要制作调解书的案件。对于不需要制作调解书的调解协议应当记入笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或盖章，发生法律效力。

（四）调解发生法律效力的时间：1、对于需要制作调解书的案件，调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。调解书不得留置送达、公告送达。注意：（1）双方不在同一时间签收的，以最后一个签收的时间为准；（2）调解书在签收之日起发生法律效力，而不是第二日；2、对于不需要制作调解书的案件，自调解笔录由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后，具有法律效力；3、根据《简易程序司法解释》第15条，在简易程序中，调解达成协议并经审判人员审核后，双方当事人同意该调解协议经双方签名或者捺印生效的，该调解协议自双方签名或者捺印之日起发生法律效力。注意：这仍然是需要制作调解的案件。

（五）根据《调解规定》第7—18条的规定，调解的进行应当注意以下几点：1、当事人申请不公开进行调解的，人民法院应当准许。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、当事人可以自行提出调解方案，主持调解的人员也可以提出调解方案供当事人协商时参考；3、调解协议内容超出诉讼请求的，人民法院可以准许；4、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。案外人提供担保的，人民法院制作调解书应当列明担保人，并将调解书送交担保人。担保人不签收调解书的，不影响调解书生效。当事人或者案外人提供的担保符合担保法规定的条件时生效；5、当事人以民事调解书与调解协议的原意不一致为由提出异议，人民法院审查后认为异议成立的，应当根据调解协议裁定补正民事调解书的相关内容；6、当事人自行和解或者经调解达成协议后，请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的，人民法院不予支持。

（六）根据《证据规定》第67条，在诉讼中，当事人为了达成调解协议或者为了和解的目的做出的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。

第九十二条 人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定，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财产保全措施。

人民法院采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，驳回申请。

人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定，裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

第九十三条 利害关系人因情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取财产保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，驳回申请。人民法院接受申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

申请人在人民法院采取保全措施后十五日内不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

第九十四条 财产保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物。财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方式。人民法院冻结财产后，应当立即通知被冻结财产的人。

财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。

讲解：（一）诉前财产保全的条件：1、利害关系人与他人之间存在争议的法律关系所涉及的财产处于情况紧急的状态下，不立即采取财产保全措施将有可能使利害关系人的合法权益遭受到不可弥补的现实危险；2、必须由利害关系人向财产所在地的人民法院提出申请。注意：不得由人民法院依职权采取；3、必须由申请人提供担保。

（二）诉讼财产保全的条件：1、存在因各种主客观原因可能使人民法院将作出的判决难以或不能实现的情况；2、在诉讼中由当事人向受诉人民法院提出申请，或由人民法院依职权决定；3、可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，人民法院驳回申请。注意一：根据《合同法司法解释（一）》第17条，在代位权诉讼中，债权人请求人民法院对次债务人的财产采取保全措施的，应当提供相应的财产担保。

（三）诉讼财产保全和诉前财产保全的区别：1、能否由人民法院依职权采取不同；2、是否需要担保不同；3、采取的时间不同。诉前财产保全必须在48小时内裁定，而诉讼财产保全情况紧急的，在48小时内裁定；4、申请的法院不同。

（四）财产保全的范围：财产保全限于请求的范围或与本案有关的财物。所谓请求的范围，是指保全的财产其价值与诉讼请求相当或与利害关系人的请求相当。与本案有关的财物是指本案的标的物，可供将来执行法院判决的财物或利害关系人请求予以保全的财物。

（五）财产保全应当注意的几个问题：1、诉前保全措施采取后，利害关系人应当在15日内向采取诉前财产保全的法院或者其他有管辖权的法院起诉。注意：采取诉前财产保全的法院不得因为对非争议标的物或者对争议标的物非主要部分采取诉前财产保全措施，而获得案件的诉讼管辖权；2、根据《意见》第102条，人民法院对抵押物、留置物可以采取财产保全措施，但抵押权人、留置权人有优先受偿权；3、根据《意见》第103条，对当事人不服一审判决提出上诉的案件，在第二审人民法院接到报送的案件之前，当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为，必须采取财产保全措施的，由第一审人民法院依当事人申请或依职权采取。第一审人民法院制作的财产保全的裁定，应及时报送第二审人民法院；4、根据《意见》第105条，债务人的财产不能满足保全请求，但对第三人有到期债权的，人民法院可以依债权人的申请裁定该第三人不得对本案债务人清偿。该第三人要求偿付的，由人民法院提存财物或价款。注意：1、必须依债权人的申请，人民法院不得依职权裁定；2、裁定的内容是该第三人不得对本案债务人清偿，而不是要求该第三人对债权人清偿；3、如果第三人要求偿付的，由人民法院提存财物或价款。

行为保全

1 根据《著作权法》第49条，著作权人或者与著作权有关的权利人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。

人民法院处理前款申请，适用《民事诉讼法》第93~96条和第99条的规定。

2 根据《专利法》第61条，专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其专利权的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。

人民法院处理前款申请，适用《民事诉讼法》第93~96条和第99条的规定。

3 根据《商标法》第57条，商标注册人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其注册商标专用权的行为，如不及时制止，将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。

人民法院处理前款申请，适用《民事诉讼法》第93~96条和第99条的规定。

第九十七条 人民法院对下列案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行：（一）追索赡养费、扶养费、抚养费、抚恤金、医疗费用的；

（二）追索劳动报酬的；

（三）因情况紧急需要先予执行的。

第九十八条 人民法院裁定先予执行的，应当符合下列条件：

（一）当事人之间权利义务关系明确，不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营的；

（二）被申请人有履行能力。

人民法院可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，驳回申请。申请人败诉的，应当赔偿被申请人因先予执行遭受的财产损失。

第九十九条 当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

讲解：（一）先予执行的适用范围：1、追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费；2、追索劳动报酬的；3、因情况紧急需要先予执行的。根据《意见》第107条包括：需要立即停止侵害、排除妨碍的；需要立即制止某项行为的；需要立即返还用于购置生产原料、生产工具货款的；追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的。

（二）先予执行应当满足下列条件：1、由申请人提出申请。注意：人民法院不能依职权裁定；2、当事人之间权利义务关系明确；3、申请人有实现权利的迫切需要，并向人民法院提出了申请；4、被申请人有履行的能力。

（三）根据《意见》第106条，民事诉讼法规定的先予执行，人民法院应当在受理案件后终审判决作出前采取。注意：在终审判决作出后执行前，是不能申请先予执行的。先予执行应当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。当事人申请先予执行，人民法院认为有必要让申请人提供担保的，可以责令申请人提供担保，当事人不提供担保的驳回申请。

第一百条 人民法院对必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。

讲解：拘传适用的条件：1、只能针对必须到庭的被告。根据《意见》第112条，必须到庭的被告是指负有赡养、抚养、扶养义务和不到庭无法查清案情的被告。给国家、集体造成损害的未成年人的法定代理人可适用拘传；2、必须经2次传票传唤；3、无正当理由拒不到庭的；4、拘传须经院长批准。罚款、拘留不可连续适用。

第一百零三条 有义务协助调查、执行的单位有下列行为之一的，人民法院除责令其履行协助义务外，并可以予以罚款。人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款；对仍不履行协助义务的，可以予以拘留；并可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议。

第一百零四条 对个人的罚款金额，为人民币一万元以下。对单位的罚款金额，为人民币一万元以上三十万元以下。

拘留的期限，为十五日以下。被拘留的人，由人民法院交公安机关看管。在拘留期间，被拘留人承认并改正错误的，人民法院可以决定提前解除拘留。

第一百零五条 拘传、罚款、拘留必须经院长批准。拘传应当发拘传票。罚款、拘留应当用决定书。对决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议一次。复议期间不停止执行。

第一百零八条 起诉必须符合下列条件：

- （一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；
- （二）有明确的被告；
- （三）有具体的诉讼请求和事实、理由；
- （四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

讲解：这条侧重于理解。大家着重理解原告和被告。原告一定要合格，原告不合格是个程序的问题。在立案阶段发现原告不合格，应裁定驳回起诉。对于被告而言，必须要有明确的被告，是否是正确的被告，这属于实体问题。只要有了明确的被告，人民法院就应当受理。

第一百一十一条 人民法院对符合本法第一百零八条的起诉，必须受理；对下列起诉，分别情形，予以处理：

- （一）依照行政诉讼法的规定，属于行政诉讼受案范围的，告知原告提起行政诉讼；
- （二）依照法律规定，双方当事人对合同纠纷自愿达成书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁；
- （三）依照法律规定，应当由其他机关处理的争议，告知原告向有关机关申请解决；
- （四）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；
- （五）对判决、裁定已经发生法律效力，当事人又起诉的，告知原告按照申诉处理，但人民法院准许撤诉的裁定除外；
- （六）依照法律规定，在一定期限内不得起诉的案件，在不得起诉的期限内起诉的，不予受理；
- （七）判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。

讲解：关于案件的受理和特殊情况的处理要注意以下几点：

1、不属于法院民事主管范围

- （1）依照行政诉讼法的规定，属于行政诉讼受案范围的，告知原告提起行政诉讼。
- （2）依照法律规定，应当由其他机关处理的争议，告知原告向有关机关申请解决。

2、关于仲裁问题

(1) 根据《民诉意见》第 145 条，当事人在书面合同中订有仲裁条款，或者在发生纠纷后达成书面仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院裁定不予受理，告知原告向仲裁机构申请仲裁。人民法院在审查立案阶段发现当事人之间存在有效的仲裁协议，人民法院应当不予受理，而告知当事人提请仲裁。

(2) 仲裁条款、仲裁协议无效、失效或者内容不明确，或者当事人在仲裁条款或仲裁协议中选择的仲裁机构不存在，或者选择裁决的事项超越仲裁机构权限的，人民法院有权依法受理当事人一方的起诉。

(3) 当事人一方向人民法院起诉时未声明有仲裁协议，人民法院受理后，对方当事人又应诉答辩的，视为人民法院有管辖权。原告如果主张有仲裁协议的，人民法院仍然应当继续审理。

注意：只有被告在首次开庭前享有法院主管的异议权，原告没有。

3、关于管辖权问题

(1) 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) 原告坚持起诉的，裁定不予受理；立案后发现本院没有管辖权的，应当将案件移送有管辖权的人民法院。

注意：法院受理之后，如果发现不符合受理条件的，应当驳回起诉，这里驳回起诉不包括法院没有管辖权的情况。仅仅是因为没有管辖权的，是移送管辖。

4、有关“一事不再理”原则

一事不再理原则就是指判决的既判力问题。基于同一事实、同一诉讼标的，人民法院已经作出生效判决的，当事人不得再行起诉，人民法院也不得再受理。

(1) 对判决、裁定已经发生法律效力，当事人又起诉的，告知原告按照申诉处理。

(2) 当事人撤诉或者按撤诉处理的，当事人还可以起诉。

(3) 人民法院不予受理的或者驳回起诉的案件，在符合起诉条件的情况下，当事人仍然可以起诉。

(4) 赡养费、抚养费、抚育费案件，裁判发生法律效力后，因新况、新理由，一方当事人再行起诉要求增加或减少费用的，人民法院应当作为新案处理。

5、其他特殊情形

(1) 依照法律规定，在一定期限内不得起诉的案件，在不得起诉的期限内起诉的，不予受理。

注意：女方在怀孕期间、分娩后 1 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，不在此限。

(2) 判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在 6 个月内又起诉的，不予受理。原告撤诉或者按照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，不予受理。

注意：1) 这里有四个要件缺一不可：①判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件；②没有新情况、新理由；③原告；④6 个月内。

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的被告向人民法院起诉时，应予受理。

3) 原告撤诉或者按撤诉处理的解除收养关系的案件，没有新情况、新理由，6 个月内又起诉的，人民法院应当受理。

4) 夫妻一方下落不明，另一方诉至人民法院，只要求离婚，申请宣告下落不明人失踪或死亡的案件，法院应当受理，对下落不明的人用公告送达诉讼文书。

(3) 当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后查明无诉讼时效中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。

注意：不予受理、驳回起诉以及驳回诉讼请求的区别：根据《民诉意见》第 139 条，起诉不符合受理条件的，人民法院应当裁定不予受理。立案后发现起诉不符合受理条件的，裁定驳回起诉。不予受理、驳回起诉属于程序性处理，适用的是裁定，当事人一般还可以再起诉；驳回诉讼请求属于实体处理，适用的是判决，当事人受一事不再理的拘束。不予受理的裁定由立案庭作出；驳回起诉的裁定以及驳回诉讼请求的判决均由审判庭作出。

(4) 根据《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（一）》第 24 条，人民法院生效的离婚判决中未涉及探望权的，当事人就探望权问题单独提起诉讼的，人民法院应予受理。

(5) 根据《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（一）》第 29 条，在婚姻关系存续期间，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。

第一百二十条 人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当公开进行。

离婚案件，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。

讲解：注意不公开审理的两种情形：一种是法定的不公开审理，对涉及国家秘密、个人隐私以及法律另有规定的案件适用；一种是申请不公开审理，对于离婚以及涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审

理的，由人民法院决定可以公开审理，也可以不公开审理。但不管案件是不是公开审理的，案件都要公开宣判。

第一百二十二条 人民法院审理民事案件，应当在开庭三日前通知当事人和其他诉讼参与人。公开审理的，应当公告当事人姓名、案由和开庭的时间、地点。 讲解：人民法院应当在“开庭3日前”通知有关诉讼参与人。注意：案件只有公开审理的，才公告各种事项，不公开审理的，不能公告。

第一百二十六条 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。

讲解：注意反诉的条件：（1）须由本诉的被告向本诉的原告提出；（2）须在本诉受理后提出。注意：根据《证据规定》第34条，反诉应当在举证期限届满前提出；（3）须向受理本诉的法院提出，且受诉法院对反诉有管辖权；（4）须适用同一诉讼程序；（5）须反诉与本诉之间存在牵连关系。

第一百二十九条 原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理；被告反诉的，可以缺席判决。

第一百三十条 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，可以缺席判决。

第一百三十一条 宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。 人民法院裁定不准许撤诉的，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。

讲解：（一）根据《民事诉讼法》和《意见》的有关规定，诉讼进行过程中共有以下几种情形要按撤诉处理：1、原告或上诉人没有按期交纳诉讼费用，人民法院通知其预交，通知后仍不交纳，或申请缓、减、免未获法院批准但仍不交纳诉讼费用的；2、原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的或者未经法庭许可中途退庭的；3、无民事行为能力原告的法定代理人经法院传票传唤无正当理由拒不到庭的；4、有独立请求权的第三人经法院传票传唤无正当理由拒不到庭或未经法庭许可中途退庭的。

（二）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，则缺席判决。所以缺席判决一般是针对被告不出庭时的诉讼处理方法，但有时原告不出庭时也可以缺席判决。根据《民事诉讼法》及《意见》共有下面几种情况可以缺席判决：1、原告不出庭或者中途退庭，被告反诉的，对于该反诉，可以缺席判决；2、被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的或未经法庭许可中途退庭的；3、原告申请撤诉，法院裁定不予准许，后来原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的或未经许可中途退庭的；4、无民事行为能力的被告的法定代理人，经法院传票传唤无正当理由拒不到庭的；5、在借贷案件中，债权人起诉时，债务人下落不明的，人民法院受理案件后应公告传唤债务人应诉。公告期满，如果债务人仍不应诉，借贷关系明确的，经审理后可以缺席判决；6、在借贷案件中，在审理中债务人出走，下落不明，借贷关系明确的，审理后可以缺席判决。

第一百三十二条 有下列情形之一的，可以延期开庭审理：

- （一）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；
- （二）当事人临时提出回避申请的；
- （三）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；
- （四）其他应当延期的情形。

讲解：延期审理主要是把正在开的庭或准备开的庭因为特殊情形推延到下一个时间。延期审理适用的情形具有可预测性，即阻碍事由可以在预期的将来消失。

第一百三十六条 有下列情形之一的，中止诉讼：

- （一）一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；
- （二）一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；
- （三）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；
- （四）一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；
- （五）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；
- （六）其他应当中止诉讼的情形。

中止诉讼的原因消除后，恢复诉讼。

讲解：1、第136条的第一款第（一）和（三）项有共性，自然人死亡或法人或其他组织终止的时候，需要一个新的当事人来接替原当事人进行权利义务的承担。如果一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人，也需要给他确定一个代理人。

2、本条规定的一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的这种情形，和延期审理里面的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情形，注意加以区分。而延期审理的概念是：把正在开的庭或准备要开的庭因为特殊原因推延到下一个时间。延期审理的暂停是可以预测的，而中止是因为不可抗拒的事由不能参加诉讼，诉讼中止暂停不具有可预测性。

3、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也应中止诉讼。

4、根据《意见》193条，在诉讼中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。

第一百三十七条 有下列情形之一的，终结诉讼：

- (一) 原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的；
- (二) 被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的；
- (三) 离婚案件一方当事人死亡的；
- (四) 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。

讲解：诉讼终结全部是因为当事人的死亡。前两种情况中（一）是没有原告；（二）是没有承担义务的人，案件继续进行下去没有意义了，所以要终结诉讼。第三种情况离婚案件一方当事人死亡的，在这种情况下，诉讼要终结。离婚案件一方当事人死亡，会引起婚姻关系的自然消灭。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，因为这种案件基于特定身份而产生，由于一方当事人的死亡，这种关系没有了存续的意义，因此应当终结。注意区分延期审理、中止诉讼、终结诉讼的各种情形。

第一百四十条 裁定适用于下列范围：

- (一) 不予受理；
- (二) 对管辖权有异议的；
- (三) 驳回起诉；
- (四) 财产保全和先予执行；
- (五) 准许或者不准许撤诉；
- (六) 中止或者终结诉讼；
- (七) 补正判决书中的笔误；
- (八) 中止或者终结执行；
- (九) 不予执行仲裁裁决；
- (十) 不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书；
- (十一) 其他需要裁定解决的事项。

对前款第（一）、（二）、（三）项裁定，可以上诉。

裁定书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。口头裁定的，记入笔录。

讲解：该条规范的是裁定的适用情形。注意：1、财产保全和先予执行的裁定可以申请复议一次；2、补正判决书中的笔误，适用的是裁定；3、撤销仲裁裁决适用的也是裁定；4 可以上诉的四种裁定除了不予受理裁定、对管辖权有异议的裁定、驳回起诉的裁定之外，还包括驳回破产申请的裁定。

第一百四十二条 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、争议不大的简单的民事案件，适用本章规定。

讲解：（一）简易程序适用的范围：1、适用简易程序的人民法院只能是基层人民法院和它的派出法庭，这里的派出法庭既包括固定设立的人民法庭，也包括为便于审理案件而临时性派出的法庭；2、适用简易程序的审级只能适用于人民法院审理第一审民事案件；3、适用简易程序的案件只能是事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单民事案件；4、根据《简易程序规定》第2条，基层人民法院适用第一审普通程序审理的民事案件，当事人各方自愿选择适用简易程序经人民法院审查同意的，可以适用简易程序进行审理。该内容是《简易程序规定》新增加的内容，充分体现出在简易程序的适用方面对当事人处分权的尊重。

（二）根据《简易程序规定》第1条，下列情形不得适用简易程序：1、起诉时被告下落不明的。对于被告下落不明的案件，需要适用公告送达的方式，一次公告就需要60天，因此种类案件不适合用简易程序；2、发回重审的。发回重审的案件往往在事实认定或者诉讼程序方面存在错误，为保证案件的审判质量，不适宜再适用简易程序审理；3、共同诉讼中一方或者双方当事人人数众多的。该类诉讼因涉及到人数众多的一方或者双方当事人的民事权益，因此，不适宜适用程序较为简化的简易程序进行审理；4、法律规定应当适用特别程序、审判监督程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序的；5、人民法院认为不宜适用简易程序进行审理的。

（三）根据《意见》第170条，适用简易程序审理的案件，在审理过程中，发现案情复杂，需要转为普通程序审理的，可以转为普通程序审理。

下面是《简易程序规定》的几个重要法条：

《简易程序规定》第八条 人民法院按照原告提供的被告的送达地址或者其他联系方式无法通知被告应诉的，应当按以下情况分别处理：

(一)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者留置送达应诉通知书的,应当将案件转入普通程序审理;

(二)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。

《简易程序规定》第九条 被告到庭后拒绝提供自己的送达地址和联系方式的,人民法院应当告知其拒不提供送达地址的后果;经人民法院告知后被告仍然拒不提供的,按下列方式处理:

(一)被告是自然人的,以其户籍登记中的住所地或者经常居住地为送达地址;

(二)被告是法人或者其他组织的,应当以其工商登记或者其他依法登记、备案中的住所地为送达地址。

人民法院应当将上述告知的内容记入笔录。

《简易程序规定》第十条 因当事人自己提供的送达地址不准确、送达地址变更未及时告知人民法院,或者当事人拒不提供自己的送达地址而导致诉讼文书未能被当事人实际接收的,按下列方式处理:

(一)邮寄送达的,以邮件回执上注明的退回之日视为送达之日;

(二)直接送达的,送达人当场在送达回证上记明情况之日视为送达之日。

上述内容,人民法院应当在原告起诉和被告答辩时以书面或者口头方式告知当事人。

讲解:简易程序规定中,一个重要的方面就是对送达的规定。因为这是新的内容,需要大家注意。

《简易程序规定》第三条 当事人就适用简易程序提出异议:

(1)人民法院认为异议成立的,或者人民法院在审理过程中发现不宜适用简易程序的,应当将案件转入普通程序审理;

(2)异议不成立的,口头告知双方当事人,并将上述内容记入笔录。

注意:转为普通程序审理的民事案件的审理期限自人民法院立案的次日起开始计算。

当事人双方同时到基层人民法院请求解决简单的民事纠纷,当事人在开庭审理时要求当庭举证的,应予准许;当事人当庭举证有困难的,举证的期限由当事人协商决定,但最长不得超过15日;协商不成的,由人民法院决定。

《简易程序规定》第十四条 下列民事案件,人民法院在开庭审理时应当先行调解:

(一)婚姻家庭纠纷和继承纠纷;

(二)劳务合同纠纷;

(三)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;

(四)宅基地和相邻关系纠纷;

(五)合伙协议纠纷;

(六)诉讼标的额较小的纠纷。

但是根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的除外。

《简易程序规定》第十五条 调解达成协议并经审判人员审核后,双方当事人同意该调解协议经双方签名或者捺印生效的,该调解协议自双方签名或者捺印之日起发生法律效力。当事人要求摘录或者复制该调解协议的,应予准许。

调解协议符合前款规定的,人民法院应当另行制作民事调解书。调解协议生效后一方拒不履行的,另一方可以持民事调解书申请强制执行。

讲解:(一)简易程序中针对某些特定类型的案件,人民法院应当先行调解,也就是说这时调解是必经程序。这类案件中强调调解,是为了维持良好的重要关系,或者属于小额案件,为了提高效率。具体有:婚姻家庭纠纷和继承纠纷、劳务合同纠纷、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、宅基地和相邻关系纠纷、合伙协议纠纷、诉讼标的额较小的纠纷。

(二)在简易程序中,调解发生法律效力的时间比较特殊,调解达成协议并经审判人员审核后,双方当事人同意该调解协议经双方签名或者捺印生效的,该调解协议自双方签名或者捺印之日起发生法律效力。注意:这时还是需要制作调解书的。

《简易程序规定》第三十二条 适用简易程序审理的民事案件,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者判决理由部分可以适当简化:

(一)当事人达成调解协议并需要制作民事调解书的;

(二)一方当事人在诉讼过程中明确表示承认对方全部诉讼请求或者部分诉讼请求的;

(三)当事人对案件事实没有争议或者争议不大的;

(四)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;

(五)当事人双方一致同意简化裁判文书的。

讲解：适用简易程序审理的民事案件，裁判文书可以简化，要注意以下问题：1、只能对认定事实或者判决理由部分可以适当简化，对于其他的内容如双方当事人、判决主文、审判人员等等不得简化省略；2、只有在下列情况下可以简化：（1）当事人达成调解协议并需要制作民事调解书的；（2）一方当事人在诉讼过程中明确表示承认对方当事人全部诉讼请求或者部分诉讼请求的；（3）当事人对案件事实没有争议或者争议不大的；（4）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；（5）当事人双方一致同意简化裁判文书的。

第一百四十六条 人民法院适用简易程序审理案件，应当在立案之日起三个月内审结。

讲解：简易程序的审限是很特殊的，不得延长。如果不能在审限内审结，应当变更为普通程序。根据《意见》第173条，人民法庭制作的判决书、裁定书、调解书，必须加盖基层人民法院印章，不得用人民法庭的印章代替基层人民法院的印章。

第一百四十七条 当事人不服地方人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服地方人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。

讲解：（一）注意上诉的条件：1、主体是当事人及其法定代理人，包括有独立请求权第三人以及判决承担责任的无独立请求权第三人；2、必须在上诉期内；3、必须是可以上诉的案件。注意：最高院一审的判决，适用特别程序、督促程序、公示催告程序审理的案件，以及确认婚姻效力的判决，当事人不得上诉。对于裁定而言，只有五种裁定可以上诉。4、必须提交上诉状。根据《意见》第178条，当事人口头表示上诉的，未在法定上诉期间内递交上诉状的，视为未提出上诉。

（二）如何列二审中的当事人：根据《意见》第176条，双方当事人和第三人都提出上诉的，均为上诉人。根据《意见》第177条，必要共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的，按下列情况处理：1、该上诉是对与对方当事人之间权利义务分担有意见，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；2、该上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见，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；3、该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的，未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。

第一百四十九条 上诉状应当通过原审人民法院提出，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本。

当事人直接向第二审人民法院上诉的，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。

讲解：当事人上诉有两个途径可以选择：向原审人民法院提出和向第二审人民法院提出。其实法律的本意是让通过原审人民法院提出，但是有的当事人可能对原审人民法院不信任，为了消除他们的顾虑，法律又允许当事人可以直接向第二审人民法院上诉。

第一百五十一条 第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。

讲解：二审的审理范围原则上限于上诉请求的有关事实和适用法律，没有提出请求的，不予审查。注意：有三个例外：第一、违反法律禁止性规定；第二、侵害社会公共利益；第三、侵害他人利益的。另外，根据《审改规定》第36条，被上诉人在答辩中要求变更或补充一审判决内容的，第二审人民法院可以不予审查。

第一百五十二条 第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷和调查，询问当事人，在事实核对清楚后，合议庭认为不需要开庭审理的，也可以迳行判决、裁定。第二审人民法院审理上诉案件，可以在本院进行，也可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

讲解：该条规范二审审理的方式、地点。1、迳行裁判的程序。经过阅卷和调查，询问当事人，认为不需要开庭审理的，可以不开庭，直接作出判决或者裁定；2、根据《意见》第188条，第二审人民法院可以迳行裁判的情况：（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；3、二审的审案地点有三种地方：本院、案件发生地或原审人民法院所在地。

第一百五十三条 第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判决；（二）原判决适用法律错误的，依法改判；

（三）原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

第一百五十四条 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，一律使用裁定。

讲解：（一）对判决提起上诉的案件可以有三种处理方法：1、驳回上诉，维持原判。这说明原判决认定事实也清楚，适用法律也正确。注意：必须用判决，而不能适用裁定。民事诉讼中的判决和裁定有明确的分工，判决解决实体问题，裁定解决程序问题；2、依法改判。这有两种情形：（1）原判决适用法律错误，依法改判。注意：这属于法定改判的情形之一，必须改判，不得发回重审；（2）原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足的案件，二审法院可以在查清事实的基础上依法改判。注意：这可以改判，也可以发回重审；3、撤销原判，发回重审。这有两种情形：（1）原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，必须发回重审。根据《意见》第181条，有四种情况裁定撤销原判，发回原审人民法院重审：审理本案的审判人员、书记员应当回避未回避的；未经开庭审理而作出判决的；适用简易程序审理的案件当事人未经传票传唤而缺席判决的；其他严重违反法定程序的。注意：必须发回重审，而不能改判。（2）原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足的案件，二审法院可以发回重审。注意：这是可以发回重审，而且发回重审适用的是裁定。

（二）第二审中还有几种情况的处理要掌握：1、第二审人民法院审理案件时，如果认为这个案件依法不应由人民法院受理的，根据《意见》第186条的规定，第二审人民法院可以直接裁定撤销原判，驳回起诉；2、根据《意见》第187条，第二审人民法院查明第一审人民法院作出的不予受理的裁定有错误，就应当撤销原裁定，同时指令第一审人民法院立案受理；如果查明第一审人民法院驳回起诉的裁定错误的，就应该撤销原裁定，同时指令第一审人民法院进行审理。

（三）本条规定裁定上诉以后的处理一律使用裁定，因为它解决的是程序问题。注意：对裁定不得发回原审人民法院重审。

第一百五十五条 第二审人民法院审理上诉案件，可以进行调解。调解达成协议，应当制作调解书，由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销。

讲解：（一）调解书送达后，原审人民法院的判决就“视为”撤销，所以二审的调解书中不用写明撤销原审判决。

（二）有几种特殊情况的处理方法需要注意：1、根据《意见》第182条，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、判决的，第二审人民法院可以进行调解，调解不成的，发回重审；2、根据《意见》第183条，必须参加诉讼的当事人在一审中未参加诉讼，第二审人民法院可以予以调解，调解不成的，发回重审。注意：发回重审的裁定书不列应当追加的当事人；3、根据《意见》第184条，在第二审程序中，原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的，第二审人民法院可以就新增加的诉讼请求或反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉；4、根据《意见》第185条，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，可以与子女抚养、财产问题一并调解，调解不成的，发回重审。

第一百五十六条 第二审人民法院判决宣告前，上诉人申请撤回上诉的，是否准许，由第二审人民法院裁定。

讲解：上诉的撤回也要经法院审查。注意《意见》第190条规定的不准撤回上诉的情形：人民法院经审查认为一审判决确有错误的；双方串通损害国家、集体、他人利益的。

第一百六十一条 依照本章程序审理的案件，实行一审终审。选民资格案件或者重大、疑难的案件，由审判员组成合议庭审理；其他案件由审判员一人独任审理。

讲解：注意特别程序的特点：1、特别程序中的当事人特殊；2、审判组织特殊。根据《民事诉讼法》的规定，原则上由独任制审判员进行审理，但有例外：（1）选民资格案件；（2）其他重大疑难案件，由审判员组成合议庭审理；3、实行一审终审制度；4、不适用审判监督制度；5、属于非诉案件。

第一百六十二条 人民法院在依照本章程序审理案件的过程中，发现本案属于民事权益争议的，应当裁定终结特别程序，并告知利害关系人可以另行起诉。讲解：适用特别程序时，发现本案属于民事权益争议的，应告知另行起诉。同时，裁定终结特别程序。但根据《意见》第193条，在普通程序中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。

第一百六十四条 公民不服选举委员会对选民资格的申诉所作的处理决定，可以在选举日的五日以前向选区所在地基层人民法院起诉。

讲解：注意以下问题：1、申诉处理前置。到法院起诉前，必须要先申诉，对申诉结果不服再起诉；2、起诉人资格没有限制，任何人都可以起诉；3、在选举日的五日以前起诉；4、向选区所在地基层人民法院起诉；5、法院应当在选举日之前审结。

第一百六十七条 公民下落不明满四年，或者因意外事故下落不明满二年，或者因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存，利害关系人申请宣告其死亡的，向下落不明人住所地基层人民法院提出。

申请书应当写明下落不明的事实、时间和请求，并附有公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明。

讲解：1、除了《民法通则》中的正常四年、意外两年，该条增加了一种情况：因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存的，这种情况不受四年和两年的限制；2、只能向下落不明人住所地基层人民法院提出。

第一百六十八条 人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后，应当发出寻找下落不明人的公告。宣告失踪的公告期间为三个月，宣告死亡的公告期间为一年。因意外事故下落不明，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三个月。公告期间届满，人民法院应当根据被宣告失踪、宣告死亡的事实是否得到确认，作出宣告失踪、宣告死亡的判决或者驳回申请的判决。

讲解：1、人民法院一定要发出寻找下落不明人的公告。这种案件完全根据公告情况来进行处理；2、宣告死亡后失踪人又回来的，婚姻关系能否自行恢复取决于配偶是否再婚。如果再婚，不可以自行恢复婚姻关系；如果没有再婚，不管多长时间，都可以自行恢复婚姻关系；3、根据《意见》第195条，失踪人的财产代管人经人民法院指定后，代管人申请变更代管的，比照民事诉讼法特别程序的有关规定进行审理。注意：这时是适用特别程序。失踪人的其他利害关系人申请变更代管的，人民法院应告知其以原指定的代管人为被告起诉，并按普通程序进行审理。注意：这时是适用普通程序，利害关系人为原告，代管人为被告。

第一百七十二条 人民法院审理认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的案件，应当由该公民的近亲属为代理人，但申请人除外。近亲属互相推诿的，由人民法院指定其中一人为代理人。该公民健康状况许可的，还应当询问本人的意见。

人民法院经审理认定申请有事实根据的，判决该公民为无民事行为能力或者限制民事行为能力人；认定申请没有事实根据的，应当判决予以驳回。

讲解：注意代理人问题。“应该由该公民的近亲属为代理人，但申请人除外”。申请人也应是近亲属，等于是在申请人之外的近亲属之中给他确定一个代理人。在申请人和代理人之间形成了相互监督。

第一百七十四条 申请认定财产无主，由公民、法人或者其他组织向财产所在地基层人民法院提出。

申请书应当写明财产的种类、数量以及要求认定财产无主的根据。

第一百七十五条 人民法院受理申请后，经审查核实，应当发出财产认领公告。公告满一年无人认领的，判决认定财产无主，收归国家或者集体所有。

讲解：认定财产无主案件的管辖法院是财产所在地基层法院。注意一定要发出认领财产的公告。

第一百七十七条 各级人民法院院长对本院已经发生法律效力、裁定，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。

最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

讲解：人民法院启动的再审程序应当注意以下问题：1、当事人未申请再审、人民检察院未抗诉的案件，人民法院发现原判决、裁定、调解协议有损害国家利益、社会公共利益等确有错误情形的，应当提起再审；2、对本院的判决、裁定、调解书，认为需要再审的，由院长提交审判委员会讨论决定。也就是说，院长不可以决定再审；3、根据《意见》第202条，由第二审人民法院判决、裁定的案件，上级人民法院需要指令再审的，应当指令第二审人民法院再审或者与其平级的其他法院再审；4、根据《意见》第163条一审宣判后，原审人民法院发现判决有错误，当事人在上诉期内提出上诉的，原审人民法院可以提出原判决有错误的意见，报送第二审人民法院，由第二审人民法院按照第二审程序进行审理；当事人不上诉的，按照审判监督程序处理。注意：这时原审人民法院只能等待。

第一百七十八条 当事人对已经发生法律效力、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审，但不停止判决、裁定的执行。

第一百七十九条 当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：（一）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；

（二）原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；

（三）原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；

（四）原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；

（五）对审理案件需要的证据，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；

（六）原判决、裁定适用法律确有错误的；

（七）违反法律规定，管辖错误的；

（八）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；

(九) 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；

(十) 违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；

(十一) 未经传票传唤，缺席判决的；

(十二) 原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；

(十三) 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。

对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定情形，或者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，人民法院应当再审。

第一百八十条 当事人申请再审的，应当提交再审申请书等材料。人民法院应当自收到再审申请书之日起五日内将再审申请书副本发送对方当事人。对方当事人应当自收到再审申请书副本之日起十五日内提交书面意见；不提交书面意见的，不影响人民法院审查。人民法院可以要求申请人和对方当事人补充有关材料，询问有关事项。

第一百八十一条 人民法院应当自收到再审申请书之日起三个月内审查，符合本法第一百七十九条规定情形之一的，裁定再审；不符合本法第一百七十九条规定的，裁定驳回申请。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

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。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。

第一百八十二条 当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据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。经人民法院审查属实的，应当再审。

第一百八十三条 当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决，不得申请再审。

第一百八十四条 当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后二年内提出；二年后据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更，以及发现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，自知道或者应当知道之日起三个月内提出。

讲解：（一）申请再审的条件：1、人民法院判决、裁定、调解书已经生效；2、申请人只能是当事人（法定代理人）或者特定的案外人。注意：案外人对原判决、裁定、调解书确定的执行标的物主张权利，且无法提起新的诉讼解决争议的，可以在判决、裁定、调解书发生法律效力后二年内，或者自知道或应当知道利益被损害之日起三个月内，向作出原判决、裁定、调解书的人民法院的上一级人民法院申请再审；3、必须在判决、裁定、调解书发生法律效力后两年内提出。二年后据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更，以及发现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，自知道或者应当知道之日起三个月内提出。注意：法院启动再审程序和检察院抗诉是没有时间限制的。案外人可以在判决、裁定、调解书发生法律效力后二年内，或者自知道或应当知道利益被损害之日起三个月内申请再审；4、必须向有管辖权的人民法院提出，即上一级法院。注意：上一级法院就是指作出生效文书的上一级法院，而不是所有的上级法院；5、必须具备法定的再审理由。

（二）申请再审的理由：

1、有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；

新的证据：

（1）原审庭审结束前已客观存在庭审结束后新发现的证据；

（2）原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或在规定的期限内不能提供的证据；

（3）原审庭审结束后原作出鉴定结论、勘验笔录者重新鉴定、勘验，推翻原结论的证据。

当事人在原审中提供的主要证据，原审未予质证、认证，但足以推翻原判决、裁定的，应当视为新的证据。

2、原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；

对原判决、裁定的结果有实质影响、用以确定当事人主体资格、案件性质、具体权利义务和民事责任等主要内容所依据的事实，人民法院应当认定为民事诉讼法第一百七十九条第一款第（二）项规定的“基本事实”。

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；

“对审理案件需要的证据”，是指人民法院认定案件基本事实所必须的证据。

6、原判决、裁定适用法律确有错误的；

“适用法律确有错误”：（1）适用的法律与案件性质明显不符的；（2）确定民事责任明显违背当事人约定或者法律规定的；（3）适用已经失效或尚未施行的法律的；（4）违反法律溯及力规定的；（5）

违反法律适用规则的；（6）明显违背立法本意的。

7、违反法律规定，管辖错误的；

违反专属管辖、专门管辖规定以及其他严重违法行使管辖权的，人民法院应当认定为民事诉讼法第一百七十九条第一款第（七）项规定的“管辖错误”。

8、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；

9、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；

10、违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；

原审开庭过程中审判人员不允许当事人行使辩论权利，或者以不送达起诉状副本或上诉状副本等其他方式，致使当事人无法行使辩论权利的，人民法院应当认定为民事诉讼法第一百七十九条第一款第（十）项规定的“剥夺当事人辩论权利”。但依法缺席审理，依法径行判决、裁定的除外。

11、未经传票传唤，缺席判决的；

12、原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；

13、据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。

原判决、裁定对基本事实和案件性质的认定系根据其他法律文书作出，而上述其他法律文书被撤销或变更的，人民法院可以认定为民事诉讼法第一百七十九条第一款第（十三）项规定的情形。

对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定情形，或者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，人民法院应当再审。

“违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定情形”，是指除民事诉讼法第一百七十九条第一款第（四）项以及第（七）项至第（十二）项之外的其他违反法定程序，可能导致案件裁判结果错误的情形。

“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”，是指该行为已经相关刑事法律文书或者纪律处分决定确认的情形。

注意：对于调解书，只有当事人提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，才可以申请再审。

（三）申请案件的范围：1、已经发生法律效力解除婚姻关系的判决，当事人不得申请再审。但根据《意见》第209条，就离婚案件中的财产分割问题申请再审的，如涉及判决中已分割的财产，可以申请再审；如涉及判决中未作处理的夫妻共同财产，应告知当事人另行起诉。注意：维持婚姻关系的判决，是可以申请再审的；2、当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据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；3、根据《意见》第207条，按照督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序审理的案件以及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；4、根据《意见》第208条，对不予受理、驳回起诉的裁定，当事人可以申请再审。

（四）人民法院对申请再审申请书的审查：1、当事人申请再审的，应当提交再审申请书等材料。人民法院应当自收到再审申请书之日起五日内将再审申请书副本发送对方当事人；2、对方当事人应当自收到再审申请书副本之日起十五日内提交书面意见；不提交书面意见的，不影响人民法院审查。人民法院可以要求申请人和对方当事人补充有关材料，询问有关事项；3、人民法院应当自收到再审申请书之日起三个月内审查，有特殊情况需要延长的，由本院院长批准；4、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。最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件，由本院再审或者指定与原审人民法院同级的其他人民法院再审，或者指令原审人民法院再审。

第一百八十六条 人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉；发生法律效力的判决、裁定是由第二审法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定；上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。

讲解：1、这个条文反映的含义是：判决、裁定是一审法院作的，就按照一审程序再审，当事人可以上诉；按照二审程序作的，按照二审程序再审，立即生效；提审的，都要按照二审程序处理，立即生效，不可以上诉。所以可以得出结论：再审程序是按照原判决的程序来适用的；2、根据《意见》第210条，人民法院提审或按照第二审程序再审的案件，在审理中发现原一、二审判决违反法定程序的，可分情况处理：（1）认为不符合《民事诉讼法》规定的受理条件的，裁定撤销一、二审判决，驳回起诉；（2）具有《意见》第181条规定的违反法定程序的情况，可能影响案件正确判决、裁定的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审；3、根据《意见》第211条，人民法院发现原一、二审判决遗漏了应当参加的当事人的，可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审；4、人民法院审理再审案件应当开庭审理。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，且书面同意不开庭审理的除外；5、人民法院应当在具体的再审请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。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。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；6、申请再审人在再审期间撤回再审申请的，是否准许由人民法院裁定。裁定准许的，应终结再审程序。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；7、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、社会公共利益或第三人利益的，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。终结再审程序的，恢复原判决的执行；8、按照第一审程序审理再审案件时，一审原告申请撤回起诉的，是否准许由人民法院裁定。裁定准许的，应当同时裁定撤销原判决、裁定、调解书；9、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；10、人民法院经再审审理认为，原判决、裁定认定事实清楚、适用法律正确的，应予维持；原判决、裁定在认定事实、适用法律、阐述理由方面虽有瑕疵，但裁判结果正确的，人民法院应在再审判决、裁定中纠正上述瑕疵后予以维持；11、因案外人申请人民法院裁定再审的，人民法院经审理认为案外人应为必要的共同诉讼当事人，在按第一审程序再审时，应追加其为当事人，作出新的判决；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。案外人不是必要的共同诉讼当事人的，仅审理其对原判决提出异议部分的合法性，并应根据审理情况作出撤销原判决相关判项或者驳回再审请求的判决；撤销原判决相关判项的，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。

第一百八十七条 最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第一百七十九条规定情形之一的，应当提出抗诉。

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，发现有本法第一百七十九条规定情形之一的，应当提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。

第一百八十八条 人民检察院提出抗诉的案件，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；有本法第一百七十九条第一款第（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。

讲解：对于这一条要重点掌握抗诉的主体，谁可以抗诉。我国最高检察院对各级法院都可以抗诉，上级检察院对下级可以抗诉，地方各级检察院不可对他的同级法院抗诉。根据本条，可以得出结论：除了最高检察院对最高法院可以同级抗诉之外，其余地方上的抗诉，一定是上级抗诉下级。因为他是一个生效之后的抗诉，所以一定是上级抗下级。

第一百九十一条 债权人请求债务人给付金钱、有价证券，符合下列条件的，可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令：

- （一）债权人与债务人没有其他债务纠纷的；
- （二）支付令能够送达债务人的。

申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据。讲解：注意申请支付令的条件：1、请求给付的必须是金钱或者有价证券。金钱，是指在我国作为流通手段的货币，有价证券是指表示一定财产权的证券，如汇票、支票、股票及债券，国库券等；2、请求给付金钱或者有价证券已经到期且数额确定；3、债权人与债务人没有其他债务纠纷，即债权人没有对待给付义务；4、支付令能送达债务人。根据《意见》第218条，债务人不在我国境内的，或者虽在我国境内但下落不明的，不适用督促程序。注意：根据《意见》第219条，支付令可以留置送达；5、必须向有管辖权的基层人民法院申请。注意：管辖法院是基层法院。

第一百九十三条 人民法院受理申请后，经审查债权人提供的事实、证据，对债权债务关系明确、合法的，应当在受理之日起十五日内向债务人发出支付令；申请不成立的，裁定予以驳回。债务人应当自收到支付令之日起十五日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。

债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。

第一百九十四条 人民法院收到债务人提出的书面异议后，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效，债权人可以起诉。

讲解：支付令异议必须要注意以下几点：1、根据《意见》221条，债务人异议应当在15日内以书面形式提出；2、债务人针对债务是否存在以及债务数额的大小提出的主张，应当构成债务人异议；3、根据《意见》221条，债务人对债务本身没有异议，只是提出缺乏清偿能力的，不影响支付令的效力；4、债务人向人民法院起诉能否构成债务人异议。其关键在于债务人向哪一个法院起诉，根据《意见》第223条，如果债务人向支付令的制作法院起诉，则该起诉构成债务人异议；如果债务人向其他有管辖权的人民法院

起诉，则该起诉不能构成债务人异议；5、债务人提出异议的，人民法院裁定终结督促程序，支付令自行失效；债权人可以起诉，起诉由有管辖权的人民法院受理。

第一百九十五条 按照规定可以背书转让的票据持有人，因票据被盗、遗失或者灭失，可以向票据支付地的基层人民法院申请公示催告。依照法律规定可以申请公示催告的其他事项，适用本章规定。

申请人应当向人民法院递交申请书，写明票面金额、发票人、持票人、背书人等票据主要内容和申请的理由、事实。

讲解：注意公示催告程序的条件：1、公示催告程序只能适用于可以背书转让的票据以及法律规定允许公示催告的其他事项。其他事项通常是指记名股票、提单等；2、公示催告的申请人应当是最后持有人；3、可以背书转让的票据或者其他事项出现被盗、遗失或者灭失的情形。注意：如果双方当事人发生了票据纠纷、合同纠纷的，则不能申请公示催告；4、向票据支付地的基层人民法院申请。

第一百九十六条 人民法院决定受理申请，应当同时通知支付人停止支付，并在三日内发出公告，催促利害关系人申报权利。公示催告的期间，由人民法院根据情况决定，但不得少于六十日。

第一百九十七条 支付人收到人民法院停止支付的通知，应当停止支付，至公示催告程序终结。公示催告期间，转让票据权利的行为无效。

第一百九十八条 利害关系人应当在公示催告期间向人民法院申报。人民法院收到利害关系人的申报后，应当裁定终结公示催告程序，并通知申请人和支付人。

申请人或者申报人可以向人民法院起诉。

第二百条 利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的，自知道或者应当知道判决公告之日起一年内，可以向作出判决的人民法院起诉。

讲解：注意公示催告的程序：1、人民法院决定受理申请，应当同时通知支付人停止支付。注意：根据《意见》第236条，人民法院通知支付人停止支付，支付人收到停止支付通知后拒不止付的，除可依照民事诉讼法第一百零二条、第一百零三条规定采取强制措施外，在判决后，支付人仍应承担支付义务。这里支付人拒不止付的，承担这两性质的责任，一种是程序性的处罚；另一种是实体的赔付；2、人民法院决定受理申请，应当在三日内发出公告；3、公示催告的期间，由人民法院根据情况决定，但不得少于六十日；4、根据《意见》第230条，利害关系人在申报期届满后，判决作出之前申报权利的，同样应裁定终结公示催告程序。注意：人民法院适用的是裁定终结公示催告程序；5、根据《意见》第232条，除权判决必须依申请作出，人民法院不能主动作出除权判决；6、根据《意见》第234条，适用公示催告程序审理案件，可由审判员一人独任审理；判决宣告票据无效的，应当组成合议庭审理；7、利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的，自知道或者应当知道判决公告之日起一年内，可以向作出判决的人民法院起诉。注意：这里适用的是普通程序审理。

第二百零一条 发生法律效力的民事判决、裁定，以及刑事判决、裁定中的财产部分，由第一审人民法院执行。

法律规定由人民法院执行的其他法律文书，由被执行人住所地或者被执行的财产所在地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执行。

讲解：执行管辖是司法考试的重点，应当把握以下几个方面：（一）人民法院制作的执行根据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执行。申请执行人向被执行的财产所在地人民法院申请执行的，应当提供该人民法院辖区有可供执行财产的证明材料。根据《意见》第255条，发生法律效力的支付令，由制作支付令的人民法院负责执行。根据《执行规定》第3条，人民法院在审理民事、行政案件中作出的财产保全和先予执行裁定，由审理案件的审判庭负责执行。根据《执行规定》第4条，人民法庭审结的案件，由人民法庭负责执行。其中复杂、疑难或被被执行人不在本法院辖区的案件，由执行机构负责执行。

（二）由人民法院执行的其他法律文书，由被执行人住所地和被执行的财产所在地人民法院管辖。根据《执行规定》第10条，公证机关依法赋予强制执行效力的公证债权文书，由被执行人住所地或被执行的财产所在地人民法院执行。前款案件的级别管辖，参照各地法院受理诉讼案件的级别管辖的规定确定。根据《执行规定》第11条，在国内仲裁过程中，当事人申请财产保全，经仲裁机构提交人民法院的，由被申请人住所地或被申请保全的财产所在地的基层人民法院裁定并执行；申请证据保全的，由证据所在地的基层人民法院裁定并执行。根据《执行规定》第12条，在涉外仲裁过程中，当事人申请财产保全，经仲裁机构提交人民法院的，由被申请人住所地或被申请保全的财产所在地的中级人民法院裁定并执行；申请证据保全的，由证据所在地的中级人民法院裁定并执行。仲裁裁决无论是国内的还是涉外的，都应当由中级人民法院管辖。

第二百零二条 当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理

由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

讲解：1、当事人或者其他利害关系人提出执行异议，仅表明他们对执行法院的执行行为在程序上的异议。因此，执行异议是由执行法院来处理，并且不适用审判程序。

2、执行法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，认为异议有理由的，裁定对原执行行为予以变更或撤销；认为异议不合法或无理由，裁定驳回异议。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。当事人、利害关系人申请复议的，上一级人民法院应当自收到复议申请之日起三十日内审查完毕，并作出裁定。有特殊情况需要延长的，经本院院长批准，可以延长，延长的期限不得超过三十日。

第二百零三条 人民法院自收到申请执行书之日起超过六个月未执行的，申请执行人可以向上一级人民法院申请执行。上一级人民法院经审查，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。

讲解：有下列情形之一的，上一级人民法院可以根据申请执行人的申请，责令执行法院限期执行或者变更执行法院：(一)债权人申请执行时被执行人有可供执行的财产，执行法院自收到申请执行书之日起超过六个月对该财产未执行完结的；(二)执行过程中发现被执行人可供执行的财产，执行法院自发现财产之日起超过六个月对该财产未执行完结的；(三)对法律文书确定的行为义务的履行，执行法院自收到申请执行书之日起超过六个月未依法采取相应执行措施的；(四)其他有条件执行超过六个月未执行的。

六个月期间不应当计算执行中的公告期间、鉴定评估期间、管辖争议处理期间、执行争议协调期间、暂缓执行期间以及中止执行期间。

第二百零四条 执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

讲解：本条规定的是案外人执行异议的判断和处理：(一)执行异议的条件：1、必须在执行过程中，已经执行完毕或者尚未开始执行的，不得提执行异议；2、主体只能是案外人，诉讼当事人不得提起；3、对执行标的提出异议的，而不是仅仅指出执行程序违法。异议的理由应是案外人对执行标的之全部或一部拥有所有权或者有其他足以阻止执行标的的转让、交付的实体权利(如典权、质权、抵押权、留置权、地上权等)；4、必须是书面形式；5、案外人异议审查期间，人民法院不得对执行标的的进行处分。

(二)对案外人执行异议的处理。1、人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；2、理由不成立的，裁定驳回；3、案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

(三)案外人异议之诉与申请执行人请求执行之诉：1、案外人提起诉讼，对执行标的主张实体权利，并请求对执行标的停止执行的，应当以申请执行人为被告；被执行人反对案外人对执行标的所主张的实体权利的，应当以申请执行人和被执行人为共同被告。由执行法院管辖。执行法院应当依照诉讼程序审理，经审理，理由不成立的，判决驳回其诉讼请求；理由成立的，根据案外人的诉讼请求作出相应的裁判。诉讼期间，不停止执行。案外人的诉讼请求确有理由或者提供充分、有效的担保请求停止执行的，可以裁定停止对执行标的的进行处分；申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。案外人请求停止执行、请求解除查封、扣押、冻结或者申请执行人请求继续执行有错误，给对方造成损失的，应当予以赔偿；2、申请执行人提起诉讼，请求对执行标的的许可执行的，应当以案外人为被告；被执行人反对申请执行人请求的，应当以案外人和被执行人为共同被告。由执行法院管辖。人民法院对异议标的中止执行后，申请执行人自裁定送达之日起十五日内未提起诉讼的，人民法院应当裁定解除已经采取的执行措施。申请执行人提起诉讼的，执行法院应当依照诉讼程序审理。经审理，理由不成立的，判决驳回其诉讼请求；理由成立的，根据申请执行人的诉讼请求作出相应的裁判。

第二百零六条 被执行人或者被执行的财产在外地的，可以委托当地人民法院代为执行。受委托人民法院收到委托函件后，必须在十五日内开始执行，不得拒绝。执行完毕后，应当将执行结果及时函复委托人民法院；在三十日内如果还未执行完毕，也应当将执行情况函告委托人民法院。

受委托人民法院自收到委托函件之日起十五日内不执行的，委托人民法院可以请求受委托人民法院的上级人民法院指令受委托人民法院执行。

讲解：一定要记住委托执行的，受委托法院不能拒绝委托，否则，委托人民法院可以请求受委托人民法院的上级法院指令他执行。这也是为了解决执行难问题。另外根据《意见》第261条受委托人民法院在接到委托函后，无权对委托执行的法律文书进行实体审查。

第二百零七条 在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。

一方当事人不履行和解协议的，人民法院可以根据对方当事人的申请，恢复对原生效法律文书的执行。

讲解：关于执行和解应当注意以下问题：（一）执行和解的条件：1、必须在执行过程中，尚未执行完毕；2、双方当事人自行和解达成协议，无需人民法院主持，执行中没有法院调解；3、和解协议不得违反法律禁止性规定。

（二）根据《执行规定》第86条，在执行中，双方当事人可以自愿达成和解协议，变更生效法律文书确定的履行义务主体、标的物及其数额、履行期限和履行方式。注意：可以变更的内容有五项。例如，以劳务抵债也是可以的。

（三）和解协议的效力：1、和解协议本身不具有强制执行力，不能被强制执行，也不能以和解协议为基础提起单独的违约之诉；2、根据《执行规定》第87条，当事人之间达成的和解协议合法有效并已履行完毕的，人民法院作执行结案处理；3、根据《意见》第266条，一方当事人不履行或者不完全履行在执行中双方自愿达成的和解协议，对方当事人申请执行原生效法律文书的，人民法院应当恢复执行，但和解协议已履行的部分应当扣除；4、根据《意见》第267条，申请恢复执行原法律文书，申请执行期限因达成执行中的和解协议而中止，其期限自和解协议所定履行期限的最后一起连续计算。

第二百零八条 在执行中，被执行人向人民法院提供担保，并经申请执行人同意的，人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。被执行人逾期仍不履行的，人民法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产。

讲解：（一）执行担保的条件：1、必须在执行过程中；2、被执行人向人民法院提供担保，可以由被执行人自己提供，也可以由第三人为被执行人提供物的担保或信用保证；3、申请执行人同意。

（二）根据《意见》第268条，人民法院决定暂缓执行的，如果担保是有期限的，暂缓执行的期限应与担保期限一致，但最长不得超过一年。

（三）暂缓执行的效力：1、被执行人逾期仍不履行的，人民法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产；2、被执行人或担保人对担保的财产在暂缓执行期间有转移、隐藏、变卖、毁损等行为的，人民法院可以恢复强制执行。

第二百一十条 执行完毕后，据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误，被人民法院撤销的，对已被执行的财产，人民法院应当作出裁定。责令取得财产的人返还；拒不返还的，强制执行。

讲解：本条是关于执行回转的规定。注意：执行回转的前提是已经执行完毕，包括全部执行完毕和部分执行完毕。《意见》第275条规定，法律规定由人民法院执行的其他法律文书执行完毕后，该法律文书被有关机关依法撤销的，经当事人申请，适用民事诉讼法第二百一十四条的规定。

第二百一十二条 发生法律效力的民事判决、裁定，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行，也可以由审判员移送执行员执行。

调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行。

讲解：注意哪些裁决可以由审判庭移送执行机构执行，根据《执行规定》第19条，发生法律效力的具有给付赡养费、抚养费、抚育费内容的法律文书、民事制裁决定书，以及刑事附带民事判决、裁定、调解书，由审判庭移送执行机构执行。

第二百一十三条 对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。

被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

- （一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；
- （二）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；
- （三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- （四）认定事实的主要证据不足的；
- （五）适用法律确有错误的；

（六）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。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。

仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

讲解：这一条是司法考试的重点，要着重复习。注意联系本法第260条关于涉外仲裁裁决的规定对比记忆。

第二百一十五条 申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。

前款规定的期间，从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；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；法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。

讲解：1、申请执行的期间为二年；2、申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。在申请执行时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，申请执行时效中止。从中止时效的原因消除之日起，申请执行时效期间继续计算。申请执行时效因申请执行、当事人双方达成和解协议、当事人一方提出履行要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，申请执行时效期间重新计算；3、申请执行的期间从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；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；法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。生效法律文书规定债务人负有不作为义务的，申请执行时效期间从债务人违反不作为义务之日起计算。

第二百一十六条 执行员接到申请执行书或者移交执行书，应当向被执行人发出执行通知，责令其在指定的期间履行，逾期不履行的，强制执行。

被执行人不履行法律文书确定的义务，并有可能隐匿、转移财产的，执行员可以立即采取强制执行措施。

讲解：在被执行人不履行法律文书确定的义务，并有可能隐匿、转移财产的，执行员可以立即采取强制执行措施，此时不需要给被执行人指定自动履行期间。执行员立即采取强制执行措施的，可以同时或者自采取强制执行措施之日起三日内发送执行通知书。

第二百一十七条 被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，应当报告当前以及收到执行通知之日前一年的财产情况。被执行人拒绝报告或者虚假报告的，人民法院可以根据情节轻重对被执行人或者其法定代理人、有关单位的主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留。

第二百二十九条 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

讲解：关于迟延履行注意以下几个问题：1、被执行人未履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。根据《意见》第294条，这里的债务利息是指在按银行同期贷款最高利率计付的债务利息上增加一倍；2、根据《意见》第295条，被执行人未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。

第二百三十一条 被执行人不履行法律文书确定的义务的，人民法院可以对其采取或者通知有关单位协助采取限制出境，在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息以及法律规定的其他措施。

讲解：对被执行人限制出境的，应当由申请执行人向执行法院提出书面申请；必要时，执行法院可以依职权决定。被执行人为单位的，可以对其法定代表人、主要负责人或者影响债务履行的直接责任人员限制出境。被执行人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，可以对其法定代理人限制出境。在限制出境期间，被执行人履行法律文书确定的全部债务的，执行法院应当及时解除限制出境措施；被执行人提供充分、有效的担保或者申请执行人同意的，可以解除限制出境措施。

对判决、裁定和其他法律文书指定的行为，被执行人未按执行通知履行的，人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人员完成，费用由被执行人承担。

注意：替代执行必须针对可以替代的行为，也就是不属于必须由被执行人完成的行为，如果属于依附被执行人人身性质的特定行为，则不能替代执行，可以要求被执行人支付迟延履行金，并可以根据《民事诉讼法》按照妨碍执行行为采取强制措施。

《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》规定，侵权人拒不执行生效判决，不为对方恢复名誉、消除影响的，可以按照下列方式处理：

- 1、人民法院可以采取公告、登报等方式，将判决的主要内容和有关情况公布于众，费用由被执行人负担。
- 2、并可依照《民事诉讼法》的规定，按照妨碍执行行为采取强制措施，即对有关人员予以罚款、拘留。
- 3、并可以要求被执行人支付迟延履行金。

第二百三十二条 有下列情形之一的，人民法院应当裁定中止执行：

- (一) 申请人表示可以延期执行的；
- (二) 案外人对执行标的提出确有理由的异议的；
- (三) 作为一方当事人的公民死亡，需要等待继承人继承权利或者承担义务的；
- (四) 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；

(五) 人民法院认为应当中止执行的其他情形。

中止的情形消失后, 恢复执行。

第二百三十三条 有下列情形之一的, 人民法院裁定终结执行:

(一) 申请人撤销申请的;

(二) 据以执行的法律文书被撤销的;

(三) 作为被执行人的公民死亡, 无遗产可供执行, 又无义务承担人的;

(四) 追索赡养费、抚养费、抚育费案件的权利人死亡的; (五) 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;

(六) 人民法院认为应当终结执行的其他情形。

讲解: 注意中止执行和终结执行的法定原因。

《执行规定》第 61—68 条, 是关于对被执行人到期债权的执行。应当注意这几个方面:

(一) 根据《执行规定》第 61 条, 对被执行人到期债权的执行的条件: 1、被执行人不能清偿债务, 但对本案以外的第三人享有到期债权的; 2、依申请执行人或被执行人的申请。注意: 人民法院不得依职权作出; 3、向第三人发出履行到期债务的通知, 履行通知必须直接送达第三人。

(二) 第三人异议的条件: 1、根据《执行规定》第 61 条, 第三人对履行到期债权有异议的, 应当在收到履行通知后的十五日内向执行法院提出; 2、根据《执行规定》第 64 条, 第三人提出自己无履行能力或其与申请执行人无直接法律关系, 不属于本规定所指的异议。第三人对债务部分承认、部分有异议的, 可以对其承认的部分强制执行。

(三) 根据《执行规定》第 63 条, 第三人在履行通知指定的期间内提出异议的, 人民法院不得对第三人强制执行, 对提出的异议不进行审查。

(四) 根据《执行规定》第 66 条, 被执行人收到人民法院履行通知后, 放弃其对第三人的债权或延缓第三人履行期限的行为无效, 人民法院仍可在第三人无异议又不履行的情况下予以强制执行。根据《执行规定》第 67 条, 第三人收到人民法院要求其履行到期债务的通知后, 擅自向被执行人履行, 造成已向被执行人履行的财产不能追回的, 除在已履行的财产范围内与被执行人承担连带清偿责任外, 可以追究其妨害执行的责任。注意: 这里存在两个责任, 和公示催告程序中支付人拒不止付承担的责任是类似的。

《执行规定》第 88 条 多份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人分别对同一被执行人申请执行, 各债权人对执行标的物均无担保物权的, 按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。

多个债权人的债权种类不同的, 基于所有权和担保物权而享有的债权, 优先于金钱债权受偿。有多个担保物权的, 按照各担保物权成立的先后顺序清偿。

一份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人对同一被执行人申请执行, 执行的财产不足清偿全部债务的, 各债权人对执行标的物均无担保物权的, 按照各债权比例受偿。

讲解: 此条款规定规范的是执行竞合。1、多个金钱债权人对一个被申请人执行, 需要注意顺序, 假如都没有担保物权, 按照法院采取执行措施的先后受偿, 不按债权成立先后, 也不按判决生效时间; 2、如果债权种类有所区别, 就按依所有权和担保物权而享有的债权优先于其他的金钱债权的原则受偿; 3、一份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人对同一被执行人申请执行, 执行的财产不足清偿全部债务的, 各债权人对执行标的物均无担保物权的, 按照各债权比例受偿。

《执行规定》第 90 条 被执行人为公民或其他组织, 其全部或主要财产已被一个人民法院因执行确定金钱给付的生效法律文书而查封、扣押或冻结, 无其他财产可供执行或其他财产不足清偿全部债务的, 在被执行人的财产被执行完毕前, 对该被执行人已经取得金钱债权执行依据的其他债权人可以申请对该被执行人的财产参与分配。

讲解: 本条规定的是参与分配, 参与分配的条件: 1、被执行人为公民或其他组织, 而不能是法人; 2、申请人已经取得金钱债权的执行根据。注意: 仅仅是已经起诉, 不得申请参与分配; 3、债务人无其他财产可供执行或其他财产不足清偿全部债务; 4、必须是金钱债权。如果是物或者行为的债权不可以参与分配。

第二百三十九条 外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉, 需要委托律师代理诉讼的, 必须委托中华人民共和国的律师。

讲解: 本条的重点在于, 外国人在中国参与民事诉讼, 需要委托代理人的, 如果该代理人以律师身份代理诉讼的, 就只能委托中国的律师。当然, 本条不排除外国的律师以非律师的身份代理诉讼。

第二百四十一条 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者履行, 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、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

讲解：本条规定的是涉外诉讼中的牵连管辖。牵连管辖适用的案件是有要求的：1、适用于合同等财产权益纠纷，有关身份争议的案件是不能牵连管辖的；2、适用的前提是案件是对在中国没有住所的人提起的诉讼，如果被告在中国有住所，住所地当然有管辖权，不需要牵连管辖。

第二百四十二条 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人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。

讲解：注意涉外协议管辖和国内协议管辖的区别：1、范围不同。涉外协议管辖除了针对合同，还包含涉外财产权益纠纷；2、可选择的法院不同。涉外协议管辖选择与案件争议有实际联系的法院。

第二百四十三条 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。讲解：本条是在涉外民事诉讼中的一个特殊规定。被称为是“应诉管辖”，又称默示协议管辖。一定要记住这个管辖。应诉管辖就是说，受诉法院可能并没有管辖权，但只要原告在这里起诉，被告到这里应诉，且没有提出异议，就视为默示同意了这种管辖，因此叫做默示协议管辖。非涉外民事诉讼中不仅没有这种规定，而且如果法院知道自己没有管辖权的，还应该主动将案件移送有管辖权的法院管辖，否则可能会因程序错误而被上级人民法院撤销裁判。

第二百四十四条 因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。

讲解：本条规定了中国法院专属管辖的案件，不过注意这种专属管辖不排除当事人协议申请仲裁，也就是说，如果当事人选择诉讼解决纠纷的，必须在中国的法院进行诉讼，但如果当事人选择以仲裁方式解决纠纷的，则选择国内的或国外的仲裁机构都行。

第二百四十六条 被告在中华人民共和国领域内没有住所的，人民法院应当将起诉状副本送达被告，并通知被告在收到起诉状副本后三十日内提出答辩状。被告申请延期的，是否准许，由人民法院决定。

第二百四十九条 在中华人民共和国领域内没有住所的当事人，不服第一审人民法院判决、裁定的，有权在判决书、裁定书送达之日起三十日内提起上诉。被上诉人在收到上诉状副本后，应当在三十日内提出答辩状。当事人不能在法定期间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。

讲解：以上两个条文涉及到两个期间：答辩期和上诉期，二者非常有特点，都是30天，而且都可以延长。和国内不同，国内是法定不变期间，而这个是可变的，可以延长。我们要注意适用的条件——被告在中国没有住所。也就是说，涉外期间不是取决于国籍，而是取决于在中国是否有住所。当事人双方分别居住在领域外和领域内的，对居住在领域外的适用30天的期间，对居住在领域内的适用15天和10天的期间。

第二百四十九条 当事人依照本法第九十二条的规定可以向人民法院申请财产保全。

利害关系人依照本法第九十三条的规定可以在起诉前向人民法院申请财产保全。

第二百五十条 人民法院裁定准许诉前财产保全后，申请人应当在三十日内提起诉讼。逾期不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

第二百五十一条 人民法院裁定准许财产保全后，被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。

讲解：注意涉外财产保全也包括诉讼中的保全和诉前财产保全。但是都必须依当事人的申请进行，人民法院不能依职权主动进行保全。不过对于申请保全是否要提供担保法律没有统一规定，这一点倒和非涉外诉讼相同。

第二百六十条 根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，人民法院和外国法院可以相互请求，代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。

外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的，人民法院不予执行。

第二百六十一条 请求和提供司法协助，应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行；没有条约关系的，通过外交途径进行。

中国驻中华人民共和国的使领馆可以向该国公民送达文书和调查取证，但不得违反中华人民共和国的法律，并不得采取强制措施。

除前款规定的情况外，未经中华人民共和国主管机关准许，任何外国机关或者个人不得在中华人民共和国领域内送达文书、调查取证。

讲解：司法协助要知道我国司法协助的内容是条约或互惠原则，可以相互请求代为送达文书，调查取证以及其他诉讼行为。这条的规定是一般司法协助，只要有条约或者互惠作前提就可以了。

第二百六十四条 人民法院作出的发生法律效力判决、裁定，如果被被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，当事人请求执行的，可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行，也可以

由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求外国法院承认和执行。

中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。

第二百六十五条 外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。 讲解：注意相互申请承认和执行的方式和途径，当事人直接请求或通过法院请求。

第二百六十六条 人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。

讲解：这条规定的是特殊司法协助。要求除了有条约或者互惠前提之外，还要求这种协助不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益。涉外程序的部分，只要搞清楚以上这几个条文基本上就足够了。

国家司法考试在线

www.SiKao.com

二、仲裁法学

第二条 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，可以仲裁。

第三条 下列纠纷不能仲裁：

- (一) 婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；
- (二) 依法应当由行政机关处理的行政争议。

第七十七条 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。

讲解：关于仲裁的范围，应当注意以下几点：1、仲裁只能适用于平等主体之间，只能针对合同纠纷和其他财产权益纠纷；2、第3条第1款中五种案件不能仲裁是因为这些案件是基于身份关系的；第2款案件主要涉及到我国的行政管理权问题，如果本应行政机关处理的问题都可以进行仲裁，那么行政管理权就无从行使了；3、对于劳动争议和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷，可以仲裁，但不适用《仲裁法》。

第四条 当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。

讲解：本条反映了仲裁自愿原则，也就是说仲裁一定要有协议，没有协议不能申请仲裁。换句话说，仲裁是以仲裁协议为基础的，如果没有仲裁协议就不能申请仲裁。注意：仲裁中没有第三人，就是因为第三人和当事人之间没有仲裁协议。

第五条 当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。

第六条 仲裁委员会应当由当事人协议选定。

仲裁不实行级别管辖和地域管辖。

讲解：仲裁协议具有排除人民法院管辖权的效力。但要注意：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。注意：仲裁不实行级别和地域管辖，在我国仲裁机构完全由当事人自由选择。

第九条 仲裁实行一裁终局的制度。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的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。

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。

讲解：仲裁实行一裁终局的制度。因此，违反或裁或审、一裁终局原则的仲裁协议是无效的。

第十二条 仲裁委员会由主任一人、副主任二至四人和委员七至十一人组成。仲裁委员会的主任、副主任和委员由法律、经济贸易专家和有实际工作经验的人员担任。仲裁委员会的组成人员中，法律、经济贸易专家不得少于三分之二。讲解：本条要侧重掌握第2款仲裁委员会组成人员中法律、经贸专家所占比例问题。

第十三条 仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员。

仲裁员应当符合下列条件之一：

- (一) 从事仲裁工作满八年的；
- (二) 从事律师工作满八年的；
- (三) 曾任审判员满八年的；
- (四) 从事法律研究、教学工作并具有高级职称的；
- (五) 具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。

仲裁委员会按照不同专业设仲裁员名册。

讲解：本条注意几个“八年”的规定：“从事仲裁工作满八年”、“从事律师工作满八年”、“曾任审判员满八年”，现职审判人员不得担任仲裁员。（四）、（五）是一些关于法律经贸专家的规定。

第十六条 仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。

仲裁协议应当具有下列内容：

- (一) 请求仲裁的意思表示；
- (二) 仲裁事项；
- (三) 选定的仲裁委员会。

讲解：仲裁协议很重要，仲裁法中的一个重要考点就是仲裁协议：1、仲裁协议有三种法定形式：仲裁条款、仲裁协议书、以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。其他书面形式是指电报、传真、信函、电子数据交换和电子邮件等形式的协议；2、仲裁协议的法定内容包括请求仲裁的意思表示、仲裁事项和选定的仲裁委员会；3、仲裁事项主要看是否是《仲裁法》第3条规定的不能仲裁的事项。注意：1) 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。2) 仲裁事项一方面是对仲裁委员会的审理职权的授权，另一方面也是对仲裁委员会仲裁权的限制。仲裁庭只能在仲裁事项范围内仲裁，否则就属于超出了仲裁范围，当事人可以申请撤销裁决；4、对于选定的仲裁委员会，注意：1) 仲裁协议约定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。2) 当事人选择中国国际贸易仲裁委员会仲裁，而没有明确选择哪个具体的地点的，申请人有选择权。3) 仲裁协议中约定的仲裁委员会根本不存在的，仲裁协议无效，可以向人民法院起诉。仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构的，应当认定选定了仲裁机构。如果仅仅是文字错误的，如将南京仲裁委员会写成了南京市仲裁委员会的，仍然有效。4) 仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。5) 仲裁协议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。6) 如果仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。

第十八条 仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。

讲解：本条把仲裁委员会和仲裁事项的明确性作为仲裁协议有效的要求，这就要求不仅要选定仲裁委员会而且要明确选定。例如双方约定“在本合同履行中产生的争议，如果双方友好协商不成，由仲裁委员会仲裁”，此条款因选定仲裁委员会不明确而无效。再例如“在本合同履行过程中产生的争议，双方友好协商不成，由合同履行地的仲裁委员会仲裁”。有效无效不可一概而论，要结合具体案例背景分析。假设此案里只有一个履行地，此履行地没有设仲裁委员会，则条款无效，如果此履行地设有一个仲裁委员会，则条款有效。

第十七条 有下列情形之一的，仲裁协议无效：

- (一) 约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的；
- (二) 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；
- (三) 一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的。

讲解：仲裁协议无效的法定情形一定要记住。另外，下列仲裁协议也无效：1、口头方式订立的仲裁协议；2、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；3、经常出现当事人在仲裁协议中约定的仲裁机构是一个在我国目前根本不存在的仲裁机构，这就必然导致仲裁协议的无效；4、仲裁终局性不确定的仲裁协议。这类仲裁协议通常包括以下几种：第一、将争议提交甲仲裁委员会仲裁，或者向人民法院起诉。注意：但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方未在首次开庭前提出异议的除外；第二、将争议提交甲仲裁委员会仲裁后，对仲裁裁决不服的可以向法院起诉；第三、将争议提交甲仲裁委员会仲裁，对仲裁裁决不服的，可以向法院上诉。这类仲裁协议因违反了仲裁法或裁或审、一裁终局的原则，因此，仲裁协议无效。

第十九条 仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。

仲裁庭有权确认合同的效力。

讲解：一定要注意仲裁条款的独立性。

第二十条 当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。

当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。

讲解：1、仲裁协议效力的确认有两个机构，一个为仲裁委员会，另一个为人民法院。

2、当事人向人民法院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的中级人民法院管辖；仲裁协议约定的仲裁机构不明确的，由仲裁协议签订地或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。申请确认涉外仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。涉及海事海商纠纷仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的海事法院管辖；上述地点没有海事法院的，由就近的海事法院管辖。

3、对于仲裁协议的效力，一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民

法院裁定。

4、对于仲裁协议的效力，一方请求仲裁委员会作出决定，仲裁委员会也已经作出认定的，当事人再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，人民法院不予受理。

5、当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。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。“首次开庭”是指答辩期满后人民法院组织的第一次开庭审理，不包括审前程序中的各项活动。

6、仲裁委员会对仲裁协议效力异议所作出的是决定，法院对仲裁协议效力异议所作出的是裁定。对于此裁定，不得上诉。

7、人民法院审理仲裁协议效力确认案件，应当组成合议庭进行审查，并询问当事人。对涉外仲裁协议的效力审查，适用当事人约定的法律；当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地法律；没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的，适用法院地法律。

注意：（1）当事人在仲裁程序中未对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后以仲裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。当事人在仲裁程序中对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后又以此为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩，经审查符合仲裁法第五十八条或者民事诉讼法第二百一十七条、第二百六十条规定的，人民法院应予支持；（2）仲裁中需要人民法院支持或者监督，所作出的都是裁定。例如，仲裁协议效力确认的裁定、财产保全、证据保全裁定、撤销仲裁裁决的裁定、不予执行仲裁裁决的裁定等。这些裁定不得上诉。

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的继受人有效。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的继承人有效。前两款规定情形，当事人订立仲裁协议时另有约定的除外。

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。

第二十六条 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。

讲解：仲裁和诉讼的关系也是仲裁法考察的重点。

第二十八条 一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。

申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

第四十六条 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以申请证据保全。

当事人申请证据保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。

讲解：第 28 条和第 46 条是关于财产保全和证据保全的规定，掌握两条款规定的程序问题。1、对于仲裁中的财产保全和证据保全，当事人都不能直接向人民法院法院申请，只能向仲裁委员会提交申请，仲裁委员会再将申请提交给相关的法院；2、国内的保全申请提交给基层人民法院，涉外的保全申请提交给中级法院；3、在仲裁中，财产保全和证据保全都是在仲裁开始之后进行的，没有仲裁之前的保全；4、在仲裁中，财产保全和证据保全都是依申请人申请进行的，仲裁委不得主动提出保全。

第三十一条 当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的，应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员，第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员是首席仲裁员。

当事人约定由一名仲裁员成立仲裁庭的，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仲裁员。

第三十二条 当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的，由仲裁委员会主任指定。

讲解：第 31 条规定了仲裁员、首席仲裁员和独任仲裁员，如果限期内没有选定也没有共同委托主任指定，则适用第 32 条的规定由主任指定。注意关于组成仲裁庭的过程应先适用第 31 条后适用第 32 条。

注意：双方当事人不能共同指定所有的三名仲裁员，只能先各自指定一名仲裁员，然后再共同指定一名仲裁员。

第三十四条 仲裁员有下列情形之一的，必须回避，当事人也有权提出回避申请：

- (一)是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；
- (二)与本案有利害关系；

(三)与本案当事人、代理人有其他关系,可能影响公正仲裁的;

(四)私自会见当事人、代理人,或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

第三十六条 仲裁员是否回避,由仲裁委员会主任决定;仲裁委员会主任担任仲裁员时,由仲裁委员会集体决定。

第三十七条 仲裁员因回避或者其他原因不能履行职责的,应当依照本法规定重新选定或者指定仲裁员。

因回避而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,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。

讲解:1、将第34条对仲裁回避的规定与《民事诉讼法》第45条对照掌握以区分回避的情形;2、将第36条关于仲裁回避决定权的规定和《民事诉讼法》第47条对照以全面掌握回避决定权;3、仲裁员因回避或者其他原因重新选定或者指定后,已进行的仲裁程序是否重新进行有两种方式解决:(1)当事人请求由仲裁庭决定;(2)仲裁庭自行决定。注意当事人只能提出请求,至于是不是重新进行,要由仲裁庭决定。

第三十九条 仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的,仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。

第四十条 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。

讲解:第39条和第40条对开庭和裁决做了规定。注意:1、仲裁以开庭审理为原则,以书面审理为例外;仲裁以不公开为原则,公开为例外。但是,当事人协议公开的,可以公开进行,但涉及国家秘密的除外。

第四十二条 申请人经书面通知,无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的,可以视为撤回仲裁申请。

被申请人经书面通知,无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的,可以缺席裁决。

讲解:第42条第1款与《民事诉讼法》第129条按撤诉处理的情形相同。第2款规定被申请人经书面通知,无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的,可以直接缺席裁决;而民事诉讼中被告只有在不必到庭的情况下,才可以缺席判决,对必须到庭的被告可以拘传。

第四十九条 当事人申请仲裁后,可以自行和解。达成和解协议的,可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书,也可以撤回仲裁申请。

第五十条 当事人达成和解协议,撤回仲裁申请后反悔的,可以根据仲裁协议申请仲裁。

讲解:第49条和第50条是关于仲裁中和解的规定。有以下几点需要注意:1、当事人自行和解,达成和解协议的,可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书,也可以撤回仲裁申请。在民事诉讼中,达成和解协议是不能要求法院制作判决书的。注意:不能要求仲裁庭作出调解书;2、当事人达成和解协议,撤回仲裁申请后反悔的,可以根据原仲裁协议申请仲裁。当然也可以重新达成仲裁协议。而仲裁法第9条第2款中,裁决被撤销或者不予执行的,当事人应该根据双方重新达成的新仲裁协议申请仲裁。注意:在仲裁中何时需要达成新的仲裁协议。

第五十一条 仲裁庭在作出裁决前,可以先行调解。当事人自愿调解的,仲裁庭应当调解。调解不成的,应当及时作出裁决。调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。

讲解:第51条规定仲裁过程中的调解。注意以下几点:1、仲裁中调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。注意:这有两种处理方法。而诉讼中,不能根据调解协议的结果制作判决书;2、调解书与裁决书具有同等法律效力。注意:调解书不能被撤销;3、在仲裁庭制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书之前,申请人还可以撤回仲裁申请。这是申请人的一项权利,和是否达成协议无关。

第五十三条 裁决应当按照多数仲裁员的意见作出,少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭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。

讲解:仲裁庭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。注意:诉讼中不能形成多数意见时,不可以按审判长的意见作裁决,可以提交审判委员会决定。

第五十四条 裁决书应当写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的负担和裁决日期。当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的,可以不写。裁决书由仲裁员签名,加盖仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员,可以签名,也可不签名。

讲解:1、对裁决持不同意见的仲裁员,可以签名,也可不签名。而诉讼中审判员不可以不签名;2、仲裁裁决书也可以不写明争议事实和裁决理由。

第五十八条 当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

- (一) 没有仲裁协议的；
- (二) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；
- (三) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- (四) 裁决所根据的证据是伪造的；
- (五) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；
- (六) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。

第五十九条 当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起六个月内提出。

讲解：本条是对仲裁裁决撤销的规定，注意掌握以下几点内容：1、申请人只能是双方当事人，仲裁当事人以外的其他人不得申请；2、管辖法院只能是仲裁委员会所在地的中级人民法院管辖；3、必须具备法定的理由。注意：申请撤销国内仲裁裁决和涉外仲裁裁决的理由是不同的；4、必须在收到裁决书之日起六个月内提出。

第六十一条 人民法院受理撤销裁决的申请后，认为可以由仲裁庭重新仲裁的，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。

讲解：通知仲裁庭重新仲裁是一个特殊阶段，应当注意以下问题：1、人民法院发出通知后应当作出裁定，中止撤销程序；仲裁庭在人民法院指定的期限内开始重新仲裁的，人民法院应当裁定终结撤销程序；未开始重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序；2、是否重新仲裁由仲裁庭自己来决定；3、仲裁庭拒绝重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序；4、如果仲裁庭接受建议开始重新仲裁的，仲裁庭无需重新组成。注意：是由原仲裁庭仲裁；5、如果仲裁庭接受建议开始重新仲裁的，无需当事人重新达成仲裁协议。

第六十三条 被申请人提出证据证明裁决有民事诉讼法第二百一十七条第二款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行。

第六十四条 一方当事人申请执行裁决，另一方当事人申请撤销裁决的，人民法院应当裁定中止执行。

人民法院裁定撤销裁决的，应当裁定终结执行。撤销裁决的申请被裁定驳回的，人民法院应当裁定恢复执行。

讲解：仲裁裁决的不予执行应当注意以下几点：1、申请人只能是被申请人，即被执行人；2、管辖法院是执行管辖法院。注意：（1）以前的司法解释规定，国内仲裁裁决由被执行人住所地或被执行的财产所在地人民法院执行。案件的级别管辖，参照各地法院受理诉讼案件的级别管辖的规定确定。涉外仲裁裁决，由被执行人住所地或被执行的财产所在地中级人民法院执行。现在统一由被执行人住所地或者被执行的财产所在地的中级人民法院管辖。（2）这和申请撤销仲裁裁决的管辖法院是不一样的；3、必须具备法定的理由；4、只能针对仲裁裁决，不包括仲裁调解书以及和解协议。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作出的仲裁裁决书的，人民法院不予支持。