

# 打官司必读

## 内容提要

本书告诉读者在遇到难解的纠纷时，如何通过打官司来维护自己应有的合法权益。全书的内容，涉及与人们日常生活密切相关的法律知识。因此，人们无论遇到什么法律问题，皆可从中找到答案，得到最好最及时的帮助。

苏惠渔  
李益然 主编



文匯出版社

DAGUANSI BIDU

## 序

我们的社会正在势不可挡地迅速跨入一个由法制控制的社会，法律越来越深入地植根于社会的各个领域。法律无时不有，无处不在，已成现实。这不仅明示我们的国家已结束法律虚无的状况，开创了一个法治的新时代；同时也呼唤人们要依法行事，用法律指导自己的行为。从这个意义上说，法律已成为修身、齐家、治国、平天下的一种必要手段。这是现代社会的一种必然走向，它已在我国显露端倪。

我国法制的发展以改革、开放为基础，它们是一种原动力。特别在当前，我国的社会主义市场经济正在逐渐形成，这时法制提出了更高的要求。它要求建立一个由法律支配的社会，人们只有从法律中才能获得自由。正如洛克在《政府论》中所说的：“在一切能够接受法律支配的人类的状态中，哪里没有法律，那里就没有自由。”如今，我国传统的“非讼”观念已悄悄“隐退”，片面地追求“必也使无讼乎”已不再成为真理。然而，由于各种原因，有些公民还苦于不知或少知如何打官司，难于用法维护自己的合法权益。现在展现在大家面前的这本书，可解君之此愁。

《打官司必读》一书以告诉读者如何通过打官司来维护自己应有的合法权益为主题，来构筑其中的内容。它具有自己的特色，主要表现在以下四个方面：

第一，全书大量使用通俗易懂的语言。法律有自己的规范语言，但有的难被人们理解，易造成学习上的困难。本书用通俗易懂的语言，把现实生活中存在的各种民事、经济、刑事、行政等错综复杂的法律关系化难成易，所以阅读起来倍感亲切，而且一目了然。

第二，全书涉及的法律都是最新的法律。近年来，我国的立法发展很快，新法不断颁行，修改法也不时问世。法律的应时特点决定了人们必须及时掌握最新的法律来指导自己的行动，包括打官司。否则，就会耽误时机，酿成大错。本书以最新的现行法律为根据，具有很强的适时性，能够满足人们打官司的基本需求。

第三，全书的内容涉及到与人们日常生活关系密切的所有法律部门。目前，我国的法律部门已经齐全，其中有相当部分与公民的日常生活关系密切。本书选收的有关法律问题涵盖了这些部门法。因此，人们无论遇及什么法律问题，皆可从中找到满意的答案，特别是当前的一些热点问题，如房屋争议、版权问题、婚姻纠纷、劳动争议纠纷等，都作了专门的叙述。从这一角度来说，这又是一本雅俗共赏的好书。

第四，全书介绍的内容以便于读者操作为出发点。法律的应用性非常突出，这决定了它具有很强的操作性。人们学习法律的目的就是要运用它，在运用中体现它的价值。本书以此为出发点，其内容按如何便于打官司进行组列。这样，读者无论是查阅，还是运用，都会感到十分方便，得心应手。这也是取名《打官司必读》之初衷。

在这里还值得一提的是，本书的作者都是长期从事教学、科研或司法实践工作的中青年骨干。他们皆受过系统的高等法学教育，有的还具有博士、硕士学位，有扎实的理论基础，他们都有长期从事法学理论研究或教学的经历，在自己的专业方面有明显的优势；他们还具有丰富的司法实践经验，除有专职的司法审判人员外，还有律师。由他们来撰写此书，具有得天独厚的

条件，既可体现内容上的完整性，不致于漏失一些重要的角落；又符合当前司法的实践情况，便于操作。法学理论与司法实践在这里得到了统一。这也是形成本书独具特色的一个重要原因。

正因为此书追求的是通俗易懂，因此有个别用语在表述上难免不是十分贴切的法律用语。如“打官司”即是如此。它的规范法律用语应是“诉讼”。但是，这些用语无碍读者掌握诉讼的基本知识，也无妨从事必要的诉讼活动。相反，这样反而贴近生活，便于读者学习、记忆、理解和运用。梁启超先生曾说过：“文明自由者，自由于法律之下。”但愿本书能给读者带来真正的自由。

由于时间仓促，在撰写过程中难免会出现个别地方的外误偏颇，还望各位同仁赐正。

苏惠渔

一九九四年五月于华东政法学院

## 打官司必读

## 第一章打官司知识概述

### 一、官司及其类型

#### 1. 什么是打官司

在社会生活中，人与人之间会产生一定的纠纷，这种纠纷一旦达到一定的程度，就会出现“打官司”的现象。实际上，“打官司”就是“诉讼”一词的俗称，而“诉讼”则是法律上的专门术语。我国东汉时期的许慎在《说文解字》一书中，对“诉讼”一词是这样解释的：“诉，告也；讼，争也。”也就是说，有了纠纷向法庭告诉，并在法庭上争辩是非曲直。这也表明，“打官司”的事情古已有之。

作为一个法律专有名词，诉讼有其特定的含义。它是指当国家和公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵害时，由依法享有起诉权的国家机关或者其他当事人向国家司法机关提出控告，由国家司法机关在当事人和其他诉讼参与人的参加下，依照法定程序对争议的案件进行审理和裁判的专门活动。它有如下五个方面的特点：第一，依法性。诉讼活动必须严格依照诉讼法律规范所确立的诉讼程序和规则进行，任何违反诉讼法所为的诉讼活动应认为无效。第二，阶段性。整个诉讼活动的过程，都是分阶段进行的，如起诉阶段、审判阶段、执行阶段等，每个阶段都是相对独立和完整的，有其自身的任务和形式。第三，顺序性。诉讼活动既要分阶段进行，各个阶段又要依法律规定的顺序进行。各阶段的活动既相互联系，又互相依赖。前一阶段的活动是后一阶段活动的基础，后一阶段的活动是前一阶段活动的发展和继续或结果。第四，时限性。诉讼活动是国家的司法活动，关系到法律的尊严和当事人合法权益的维护，因此必须及时进行，诉讼法都对各种诉讼活动的时限作了明确规定。第五，强制性。正因为诉讼活动是一种依法进行的司法活动，所以司法机关在诉讼活动中作出的裁判及其他处理决定，当事人必须严格履行，如拒绝履行，司法机关有权强制执行。

可见，“打官司”不是一种一般的活动，而是司法机关依法行使国家司法权的活动。当然，当事人在这—活动中也起到重要作用，但司法机关始终处于主导地位。

“官司”从性质上分，主要是刑事、民事和行政三种。由于它们的性质不同，所以在“打官司”的过程中必须适用不同的诉讼法，即分别适用《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》。

#### 2. 刑事官司包括哪些

刑事官司也即刑事诉讼，它是指国家司法机关在当事人和其他诉讼参与人的参加下，依照《刑事诉讼法》规定的程序，所进行的揭露犯罪、证实犯罪，确定被告人的行为是否构成犯罪，应否给予刑事处罚的活动。其任务是使公安、检察和审判机关准确地查明是否有犯罪事实，正确适用《刑法》和《刑事诉讼法》，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，保护国家、集体和公民的权益不受侵犯。

刑事官司都是因为发生了危害社会、触犯刑律、应受惩罚的犯罪行为而引起的，它与国家和人民的生命财产安全密切相关。因此，刑事官司主要有以下三种：（1）刑事公诉官司。刑事官司小的大部分都是由人民检察院代表国家向人民法院提起公诉，要求人民法院依法追究被告人犯罪所应承担的刑

事责任。(2) 刑事自诉官司。除了刑事公诉官司以外,属于告诉才处理的案件以及轻微的不需要侦查的刑事案件,可以由被害人或者他的法定代理人,以自己的名义直接向人民法院提起刑事自诉,要求人民法院依法追究被告人的刑事责任。(3) 刑事附带民事官司。在打刑事官司的过程中,如果由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的,受到损失的公民、法人或者其他组织可以依法提起刑事附带民事诉讼,如果是国家、集体财产遭受损失的,人民检察院在提起公诉的时候,也可以提起附带民事诉讼,要求人民法院判令被告人予以经济赔偿。

### 3. 民事官司包括哪些

民事官司即民事诉讼,它是指人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下,审理并解决当事人之间民事权利、义务争议的全部活动,以及由这些活动所产生的诉讼法律关系的总和。人民法院对民事案件、经济案件进行审判,必须采取民事诉讼的形式。其任务是及时确认民事权利、义务关系,制裁民事违法行为,维护社会经济秩序,保护当事人的合法民事权益。

一般说来,民事官司都是因公民、法人或者其他组织的民事权益受到侵害或与他人发生争议而引起的,因此,提起民事官司的主体是公民、法人或者其他组织。从总的方面来说,民事官司主要包括以下三类:(1) 由民法、婚姻法、继承法等民事实体法律规范调整的平等主体的公民、法人、其他组织之间因财产关系和人身关系纠纷发生的民事官司,这类官司是民事官司中的主要内容。如由于对财产的占有、使用、收益和处分所产生的纠纷,由于财产继承所产生的纠纷,由于婚姻家庭中的离婚、赡养、抚养、收养等所产生的纠纷,由于公民的人身权如姓名权、健康权、肖像权、名誉权、荣誉权等所产生的纠纷等等。(2) 由经济法、劳动法所调整的经济关系、劳动关系所引起的民事官司。(3) 法律规定适用《民事诉讼法》予以解决的其他案件,也属于民事官司的范畴。

### 4. 经济官司包括哪些

经济官司严格说属于民事官司的范畴,由于经济官司与一般民事官司相比,有其特殊性,所以本书将其单独列出予以介绍。它是指人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下,审理和解决公民、法人或者其他组织之间因经济关系和劳动关系所产生纠纷的全部活动。人民法院专门设立经济审判庭审理经济官司,而且也是适用《民事诉讼法》规定的程序进行。

经济官司主要有以下三类:(1) 经济合同官司。包括法人之间、法人与个体工商户、农村承包经营户之间因经济合同所产生的纠纷案件。(2) 经济损害赔偿官司。即经济组织在生产、流通领域因其合法权益受到侵害而发生的损害赔偿案件。(3) 其他经济纠纷官司。如承包经营纠纷、劳动争议纠纷、股票纠纷、期货交易纠纷等。

### 5. 知识产权官司包括哪些

知识产权是国际上通用的法律术语,它是指公民、法人对自己的创造性的智力成果所依法享有的民事权利。它可以分为两大部分,一是著作权(版权);二是工业产权,工业产权又可以分为专利权和商标权。因此,所谓知识产权官司,就是人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下,就当事人之间因知识产权所产生的纠纷进行审理和裁判的全部活动。

当前,随着商品经济的发展,知识产权尤其是商标、专利权,在社会经济生活中的地位已日趋重要,成为发展生产、推动科学技术进步,进行社会

竞争的重要手段，因此，任何单位和个人在经济活动中既要防止侵犯他人的权利，又要在自己的知识产权受到侵害时，及时依法维护，以保障整个社会经济秩序的稳定。

知识产权官司主要也属于民事官司的范畴，由于知识产权是民法中相对独立的法律制度，所以本书也单独予以介绍。知识产权官司包括著作权（版权）官司、专利权官司和商标权官司三种。

#### 6. 行政官司包括哪些

行政官司也即行政诉讼，它是指人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下，就公民、法人或者其他组织不服行政机关的具体行政行为，认为该具体行政行为侵犯其合法权益而产生的行政争议，依法进行审理和裁判的全部活动。在行政诉讼中，作为被告的一方当事人必然是作出具体行政行为的行政机关或者法律、法规授权的组织。因此，行政诉讼又被称为是“民告官”的官司。其目的是为了保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权。

根据《行政诉讼法》的规定，行政官司主要包括以下九类：（1）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的。（2）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的。（3）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的。（4）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的。（5）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的。（6）认为行政机关没有依法发给抚恤金的。（7）认为行政机关违法要求履行义务的。（8）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。（9）法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

#### 7. 涉外官司包括哪些

涉外官司即涉外诉讼，它是指我国人民法院，依照我国诉讼法的有关涉外诉讼程序的规定，审理和裁判具有涉外因素的案件的全部活动。这里所说的涉外因素，是指当事人、诉讼标的和法律事实等至少有一个要素必须与外国有联系，如当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者纠纷的事实发生在国外，或者争议的财产在国外等。但涉及到港、澳、台的官司，一般不认为是涉外官司。人民法院在审理涉外官司的过程中，既要依法保护中国当事人的合法权益，同时也要依法保护外国当事人的合法权益。

涉外官司包括以下三类：（1）涉外刑事官司。主要是指外国人、无国籍人在中国进行犯罪的案件，中国公民侵犯外国人的犯罪案件以及外国人、无国籍人在外国对我国或者公民犯罪的案件等。（2）涉外民事和经济官司。主要是指当事人、诉讼标的和法律事实与外国有联系的民事或经济纠纷案件（包括知识产权纠纷），如涉外婚姻、涉外继承、涉外合同、涉外贸易、涉外海事以及涉外运输、涉外赔偿等纠纷案件。（3）涉外行政官司。主要是指外国人、无国籍人或者外国组织对我国行政机关的具体行政行为不服而依法提起行政诉讼的案件。

#### 8. 打官司应具备哪些法律知识

“打官司”即诉讼活动，是国家司法机关的一项专门活动，因此，它的专业性极强。公民、法人或者其他组织要打好各类官司，必须掌握相应的法律知识。

首先，必须具备相应的诉讼法知识。诉讼法是有关诉讼程序的法律规范，打任何官司都离不开诉讼法。我国目前已完整地具备了《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》，它们是打好各类官司的“向导”和“指南”。因此，对于打各类官司的人来说，学好与自己官司相关的诉讼法是至关重要的。这样，不仅可以了解诉讼法中的各项程序、制度，为打官司提供便利，而且可以便于当事人充分行使诉讼权利和自觉履行诉讼义务。

其次，必须具备相应的实体法知识。因为打各类官司都是因为实体上的权利、义务产生争议才引起的，所以，在打官司的过程中，要使自己的合法实体权利得到维护，必须了解和掌握相应的实体法知识。如打刑事官司，必须明白刑法的有关规定，打民事官司，必须知道民事实体法律规范，如《民法通则》、《继承法》、《婚姻法》、《著作权法》的有关规定；打经济官司，必须掌握《经济合同法》等法律规范；打行政官司，必须知晓行政法律、法规的相应规定等。

再次，必须掌握相应的诉讼文书的制作技巧。诉讼文书是打官司过程中必不可少的文字材料。诉讼文书的重要特点就是格式规范、语言准确。当事人在打官司的过程中，必定要制作起诉状、答辩状、申请书、上诉状等诉讼文书，而且必须依照法律规定的内容和形式进行制作。因此，要打好各类官司，诉讼文书的制作也是不可或缺的一种技巧。当然，如果缺乏制作诉讼文书的能力，可以请律师予以代书。



## 二、打官司与公安、司法机关

### 9. 什么是司法机关

所谓司法机关，是指依法行使国家司法权的国家机关。

在资本主义国家，司法机关通常仅指法院。而在我国，司法机关就是指依法行使侦查权、检察权和审判权的机关，即指公安机关、国家安全机关、人民检察院和人民法院。这是一种广义的说法。从狭义上来说，由于公安机关和国家安全机关都是各级人民政府的组成部门，本质上应属于行政机关，因此，司法机关也可以仅指人民检察院和人民法院。

### 10. 打官司与公安机关有何关系

公安机关是我国的治安保卫机关，但同时它又是刑事侦查机关。我国《刑事诉讼法》规定，对刑事案件的侦查、拘留、预审，由公安机关负责。在我国，大多数的刑事案件都是由公安机关进行侦查的。因此，公安机关是刑事诉讼中法定的侦查机关，在刑事诉讼中处于极为重要的地位。

公安机关在刑事诉讼中的作用在于：依靠人民群众，通过行使侦查权，运用拘留、预审等专门手段，揭露和证实犯罪，为人民检察院提起公诉和人民法院进行审判奠定基础，以保障刑事诉讼任务的实现。

根据 1983 年 9 月 2 日六届人大常委会第二次会议的决定，国家安全机关的性质和职权与公安机关相同，其职责是承担原由公安机关主管的特务、间谍案件的侦查。

由此可见，公安机关（含国家安全机关，下同）与刑事官司的关系就是：它是刑事诉讼的主体，是依法行使刑事案件侦查权的机关。

### 11. 打官司与人民检察院有何关系

我国人民检察院是国家的法律监督机关，代表国家依法行使法律监督权。在各类诉讼活动中，人民检察院同样也是诉讼主体，它与各类官司的关系相当密切。

在刑事官司中，人民检察院的作用表现得尤为充分。《刑事诉讼法》规定，批准逮捕和检察（包括侦查）、提起公诉，由人民检察院负责。具体地说，人民检察院在刑事诉讼中的职权主要是：有权对法律规定由它直接受理的案件决定是否立案侦查；有权使用除通缉外的各种侦查手段；有权对被告人采用拘传、取保候审、监视居住等强制措施；对公安机关提请批准逮捕人犯，有权决定是否批准逮捕；有权对侦查活动和审判活动实行法律监督；对人民法院所作的判决、裁定，认为确有错误时，有权提出抗诉；对公安机关移送起诉或免于起诉的案件，它有权根据不同情况作出提起公诉、免于起诉、不起诉决定，或者退回公安机关补充侦查等。

在民事和行政官司中，人民检察院同样有权对民事诉讼和行政诉讼活动依法实行法律监督。具体表现在：人民检察院对人民法院的审判人员在审判活动中的贪污受贿、徇私舞弊、在法裁判等违法犯罪行为实行法律监督；对人民法院的裁判实施法律监督，即对人民法院已经发生法律效力民事和行政裁判，人民检察院认为违反法律、法规的，有权依照审判监督程序提出抗诉，要求人民法院对案件予以再审。

总之，人民检察院在刑事诉讼中行使公诉职能，并依法对刑事、民事和行政诉讼实行法律监督，这对于维护社会主义法制的统一和尊严，保障人民法院依法行使审判权，提高办案质量，都具有十分重要的意义。

## 12. 打官司与人民法院有何关系

在公、检、法三机关中，人民法院与打官司的关系可以说是最为密切了。人民法院是我国唯一的审判机关，依法行使国家审判权，无论是刑事官司、民事官司，还是行政官司，都由人民法院统一行使审判权，其他任何机关、团体和组织都不具有这种审判职能。而且人民法院依法独立对各类官司进行审判，不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉。

在各类官司的诉讼中，人民法院是当然的诉讼主体。其职权主要就是对各类诉讼案件依法进行审理并作出裁判。人民法院在诉讼活动中，必须依法保障当事人充分行使诉讼权利，促使当事人依法履行诉讼义务，并通过审判职能查明事实，正确适用法律，及时解决各类纠纷，维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施。

因此，人民法院是打各类官司中必不可少的诉讼主体，在诉讼活动中起着主导作用，对于诉讼程序的发生、变更和消灭，起着决定性的作用。

## 13. 人民法院如何保障当事人的诉讼权利

我国刑事、民事和行政诉讼法都将保障当事人的诉讼权利作为一项原则来加以规定。在诉讼活动的各个阶段，人民法院必须遵循诉讼法的这一规定，切实保障当事人的诉讼权利，从而使诉讼活动得以合法、有效地开展。

在刑事诉讼中，被告人有依法获得辩护的权利，自诉人有控诉的权利，附带民事诉讼原告人有请求被告人赔偿的权利。此外，上述当事人还有申请回避、使用本民族语言文字进行诉讼、参加法庭调查和法庭辩论、进行上诉等多项权利，人民法院都必须切实加以保障，为当事人行使诉讼权利提供便利条件，如公诉案件中，被告人没有委托辩护人的，人民法院可以为其指定辩护人，给辩护人出庭辩护留有足够的准备时间；在审判活动中如实告知当事人应当享有的诉讼权利；对当事人提出的要求，合法的应当予以准许，不合法的也要尽快答复等。

在民事和行政诉讼中，当事人之间的诉讼地位是平等的，即平等地享有诉讼权利和承担诉讼义务。尤其是在行政诉讼中，作为被告的行政机关并不因为在行政法律关系中享有行政职权而在行政诉讼中享有特权，它与作为原告的公民、法人或者其他组织的诉讼地位也是平等的。在民事和行政诉讼中，原告享有起诉权，民事被告享有反诉权，各当事人都有申请回避、委托代理人、进行上诉等多项权利，人民法院也必须如实将这些权利加以告知，使当事人能够知道并享受。同时，也必须给当事人享受诉讼权利提供方便和条件。

人民法院依法保障当事人的诉讼权利，是我国社会主义法制民主化的体现，也是“公民在适用法律上一律平等”原则的具体要求。这对于人民法院准确查明事实，正确适用法律，具有重要意义。在诉讼中，人民法院的审判人员不得任意限制和剥夺当事人的诉讼权利。诉讼当事人对于审判人员侵犯诉讼权利的，有权提出控告。人民检察院对此也应依法行使检察权，及时予以纠正。

## 14. 人民法院如何方便群众打官司

便利群众进行诉讼，及时审判各类诉讼案件，是人民法院工作的出发点。在我国诉讼法中，有关便民的措施和制度很多，人民法院就是通过执行这些规定，来实现方便群众打官司的目的。

在诉讼管辖方面。刑事案件原则上由犯罪地的人民法院管辖，但被告人居住地的人民法院管辖更为适宜的，由被告人居住地的人民法院管辖。民事

案件一般由被告住所地的人民法院管辖，但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，此外，还有“被告就原告”的例外规定，即由原告住所地的人民法院管辖。行政案件主要也是由被告所在地的人民法院管辖。我国的刑事、民事和行政诉讼法都规定，大量的第一审诉讼案件由基层人民法院管辖。此外，还有选择管辖等规定，这些都既便于群众确定管辖法院，又便于群众就近参加诉讼。这样既节约了人力、物力，又能及时解决纠纷。

在诉讼形式方面。对于书写起诉状确有困难的，原告可以口头起诉，由人民法院记录在案，在民事诉讼中，人民法院还可以根据需求和可能，派出法庭，就地审理。对于审理刑事自诉、刑事附带民事诉讼、民事诉讼及行政赔偿诉讼案件，人民法院不但可以用判决形式结案，也可以用调解方式结案，可以由当事人自己选择。对简单的民事案件，可以适用简易程序解决，如受理方式简便、传唤方式简便、审判程序简化等。

在诉讼期限方面。如民事、行政诉讼法规定因不可抗拒的事由或其他正当理由耽误期限的，可以在障碍消除后的十日内申请顺延期限。为及时保护当事人的合法权益，减少当事人的讼累，诉讼法还规定了案件的审理期限，人民法院一般必须在审限期内审结案件。

在诉讼费用方面。对于当事人交纳诉讼费用确有困难的，可以按照有关规定向人民法院申请缓交、减交或者免交。

此外，如督促程序、延期审理、财产保全、先予执行等制度也为当事人提供了便利。

#### 15. 人民法院处理各类官司的依据是什么

根据我国刑事、民事和行政诉讼法规定，人民法院无论审理何种案件，都必须遵循“以事实为根据，以法律为准绳”。可见，人民法院处理各类官司的依据就是事实和法律。

在刑事案件的审理过程中，人民法院必须认真细致地查明犯罪事实，依法收集证据，查清犯罪的时间、地点、动机、目的、情节、手段、结果等，准确把握案件的真实情况。然后根据案件的事实，根据《刑法》和《刑事诉讼法》的规定，对被告人是否犯罪、是否该适用或适用什么刑罚等问题作出正确、合法的裁断。

在民事案件的审理过程中，人民法院也必须首先查明案件的真实情况和当事人争议的民事法律关系发生、变更和消灭的事实，广泛收集和调查证据，把握纠纷的来龙去脉和争议的焦点，从而分清是非，明确责任，为正确适用民事和经济法律规范奠定基础。

在行政案件的审理过程中，人民法院同样也应认真审查行政机关作出具体行政行为的事实根据，再进一步查清作出具体行政行为的规范性文件依据是否合法。在此基础上，依照有关法律、法规，正确判断行政机关的具体行政行为是否合法。

可见，以事实为根据，以法律为准绳，是人民法院处理各类官司的根本依据，其中查明案件事实是适用法律的前提，对任何案件事实都必须以法律作为评判的唯一标准。

### 三、打官司与律师

#### 16. 什么是律师，其主要业务是什么

律师是指依照法定条件和程序取得资格，依法可以接受当事人委托或人民法院指定，向当事人提供法律帮助，从事有关法律事务活动，并以此为自己职业的专门人员。律师具有以下四个特点：（1）律师是受过法律专业训练，具备法律知识并经过考试或考核，取得律师资格，依法履行律师职责的人。

（2）律师是专门从事法律服务的工作者。（3）律师通过自己的工作，向公民和法人或者其他组织提供法律帮助，来达到维护当事人合法权益的目的。

（4）律师是一种特殊的职业，其特殊性表现在它虽然是一种法律工作，但律师又不是司法人员，它以自己的法律服务收取相应的劳动报酬。

根据我国有关法律的规定，律师的业务相当广泛，主要有以下五个方面：

（1）接受国家机关、企事业单位、社会团体的聘请，担任法律顾问。（2）接受民事、行政案件当事人的委托，担任代理人参加诉讼。（3）接受刑事案件被告人的委托或人民法院的指定，担任辩护人和接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人及其近亲属的委托，担任代理人参加诉讼。（4）接受非诉讼事件当事人的委托，提供法律帮助，或者担任代理人，参加调解、仲裁活动。

（5）解答有关法律询问，代写诉讼文书和其他有关法律事务文书。目前，随着改革开放、社会主义市场经济体制的确立，律师业务还将继续扩大和拓展。

可见，参加到刑事、民事和行政官司中，担任辩护人或者代理人，是律师的主要业务之一。

#### 17. 打官司请律师有什么好处

律师是专业的法律工作者，其职业特点就是为当事人提供法律服务，宣传国家的法律和政策，维护当事人的合法权益。因此，在打官司时聘请律师作为辩护人或者代理人，主要有以下三个方面的好处：一是律师可以帮助当事人分析案情和利弊得失。任何官司都表现为权利义务方面的争议。有相当一部分当事人对法律知之较少，较难看清自己所处官司的利弊。聘请律师以后，就可以让通晓法律、熟悉诉讼程序的律师帮助分析案情，指点迷津，使当事人明确自己在诉讼中所处的地位，从而为合法地行使权利打好基础。

二是律师可以帮助当事人调查证据。当事人聘请律师以后，律师可以向有关单位和个人进行调查，获取有关对当事人有利的证据材料。接受调查的有关单位和个人有责任给予支持并提供方便，如实向律师提供事实真相。此外，律师还有权查阅案卷材料，全面了解案情。这样，就为当事人打好官司，切实维护自己的合法权益提供了较大的可能。三是律师接受聘请以后，应当出庭参加诉讼，参加法庭调查和法庭辩论，并依法陈述意见和要求。如在刑事诉讼中依法担任辩护人，可以为被告人的合法权益据理力争，使人民法院既从控诉一方、又从辩护的一方听到不同的意见，有利于对被告人作出正确的裁判。在民事和行政诉讼中，律师受聘担任诉讼代理人，以自己精通法律的长处代当事人行使诉讼行为，而且在法庭辩论中也能抓住重点，切中要害，使当事人的合法权益得到切实的维护。

#### 18. 请律师前要做哪些准备工作

在请律师帮助打官司之前，当事人要做的准备工作主要有：将自己所有的有关案情材料整理出来，包括有关的诉讼文书、证据材料等。如作为原告的应提供相应的起诉状及其他材料；如作为被告的应提供原告的起诉状和自

己的答辩意见等材料 and 证据。将这些材料在聘请时提供给律师，使律师能够初步了解案情。此外，当事人在聘请律师时，还必须向律师如实陈述案情，不得隐瞒、夸大或缩小，既要如实讲清自己有利的一面，也要如实陈述自己不利的一面，这样就可以使律师在全面了解案情的基础上，依法进行辩护或者代理。

此外，对于自己不便查找的有关证人或其他证据材料，可以将有关情况提供给律师，由律师帮助调查和取证。

律师作为法律工作者，同样必须严格遵守国家的法律，依法维护当事人的合法权益。所以，作为当事人，在聘请律师时，不应提出一些无理或不合法的要求。因为律师的职责是根据事实和法律参加诉讼，以维护国家法律的正确实施，不可歪曲事实和曲解法律。对于提出无理或非法要求的当事人，律师可以拒绝接受聘请。

#### 19. 请律师要办哪些手续

聘请律师担任刑事案件的辩护人或者民事、行政案件的代理人，必须办理一定的手续方可成立。这些手续主要是：（1）到律师事务所进行联系。律师事务所认为可以接受聘请的，应当与当事人签订聘请律师合同，办理委托手续，明确当事人和律师事务所的权利、义务关系。聘请律师合同和委托书中应写明由律师事务所指派办理此案的律师姓名，并由当事人和律师事务所签名、盖章，注明合同订立日期。（2）如代他人聘请律师，应当向律师事务所提交有关委托聘请律师的证明文件，律师事务所方可接受聘请。（3）向律师事务所交纳聘请律师费。律师的法律服务是一种有偿服务，因此当事人在聘请律师时，必须交纳一定的律师费用。一般由律师事务所根据《律师收费试行办法》的规定，依照承办业务的繁简程度，需时长短和诉讼标的的多少等实际情况，向当事人收取规定幅度内的经济报酬。当然，对于确实无力交纳律师费用的当事人，律师也应发扬社会主义道德风尚，免费或者尽量少收费为其提供法律帮助。

目前，我国律师还不是自己挂牌开业的自由职业者。律师个人不得私自接受聘请和自行收取费用。因此，要请律师必须到律师事务所统一办理手续。但如果委托人心目中有了自己信得过的律师，希望能够聘请该律师办理自己的案件，可以向律师事务所提出，在一般情况下，律师事务所是可以满足这一要求的。

#### 20. 律师的权利和义务是什么

要聘请律师，必须明白律师的权利和义务。

一般来说，律师的权利主要有以下五个方面：（1）全面执行律师业务。律师只要被批准执行律师职务，就可以全面执行律师的五项业务，其活动范围相当广泛。（2）律师有权凭律师事务所的介绍信到法院查阅案卷，人民法院应为律师提供方便。（3）律师有权向有关单位和个人调查案情，有关单位和个人有责任给予支持。（4）担任刑事案件辩护人的律师，可以与在押被告人会见和通信。（5）律师依法执行职务不受非法干涉，如遇到非法干涉时，有权向主管机关提出控告。

律师应承担的义务主要是：（1）以事实为根据，以法律为准绳，切实维护当事人的合法权益。（2）对于在业务工作中接触到的国家机密、个人隐私以及商业秘密，律师应当予以保密。（3）律师应当通过全部业务活动，向当事人及人民群众宣传社会主义法制等。

## 四、打官司中的一般知识

### 21. 打官司应具备哪些条件

各种案件的性质不同，各种官司的内容也不尽相同，所以决定了各类官司的条件也不完全相同。我国刑事、民事和行政诉讼法对各类官司成立的条件都作了相应的规定，在打官司时，必须依照这些条件进行。从总体上来说，无论何种官司，其成立都必须符合下列三个条件：

第一，打官司必须要有当事人，即我们通常所说的原告和被告。在打官司的过程中，案件的一方当事人作为原告向人民法院提出控告，而案件的另一方当事人作为被告应诉或受到司法机关的追究，各种官司才能成立。如果没有当事人，官司也就无从打起。一般来说，案件的原告都是与该案有直接利害关系的公民、法人或者其他组织。但在刑事官司中，起诉一方并不一定是与案件有关联的人本人或仅是代表受害者利益的其他人，如人民检察院提起公诉等。但任何官司，必须要有起诉一方和被告一方，无一例外。

第二，必须有某种可以通过打官司予以解决的法律事实或者争议纠纷存在。这也是打官司的一个重要条件。如果没有当事人之间的纠纷存在，打官司也就丧失了前提，没有进行的必要。如刑事官司中，被告人是否实施了某种犯罪行为，应否承担刑事责任；民事、经济官司中，当事人之间的民事权利和义务是否发生纠纷，谁应当承担民事责任；在行政官司中，行政机关作出的具体行政行为是否侵犯了公民、法人或者其他组织的合法权益，人民法院应否对其予以撤销，等等。因此，打各类官司，必须要有通过打官司这一过程加以认定的某种案件事实或期待通过打官司加以裁决的权利义务纠纷的存在。

第三，打官司必须要由人民法院主持并依法作出裁决。人民法院是国家的审判机关，它们依宪法和法律的规定，行使对各类诉讼案件的审判权。因此，当事人之间的纠纷不是由人民法院依照法定程序审理并作出裁决，就不能被称之为打官司。

此外，打官司在一般情况下，也少不了相应的其他诉讼参加人的参加，如证人、鉴定人、代理人、辩护人等。这些人参加诉讼，并不是各类官司成立的条件，但是，在各类诉讼中，有时也是打官司能否顺利进行的一个重要因素。

### 22. 打官司到哪里告状

一般说来，打官司应当到人民法院去告状。

随着社会的进步与发展，人们的法律意识也不断增强。运用法律自觉维护自己的合法权益，这是宪法赋予的一项民主权利。在纷繁复杂的社会生活中，矛盾、纠纷时常发生，这是社会生活中的正常现象。当公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵犯或者发生争议而引起纠纷，自己又没有能力自行解决时，就自然想到借助于国家法律，通过打官司的手段来维护自己的权益，使侵犯国家、集体和个人权益的人受到应有的制裁，而人民法院是国家的审判机关，它们依法拥有惩罚犯罪和裁决各类纠纷的权力，其作出的裁判具有国家强制力，对正确维护国家利益和公民、法人或其他组织的合法权益，具有决定性的作用。因此，打官司应当到人民法院去告状。

到人民法院告状打官司，必须注意如下问题：

首先，必须明确人民法院受理案件的范围。社会生活当中，各种矛盾繁

多，纠纷层出不穷，这些矛盾和纠纷有一部分是属于人民法院处理的，有一部分则不属人民法院受理的范围，而应由其他国家机关（如行政机关）或组织来加以解决，以便使当事人投诉有门。我国诉讼法对人民法院的受案范围都作了规定，所以在告状时必须明确这些规定，否则徒劳往返，耽误了解决纠纷的时机。

其次，必须明确自己是否有“告状”的权利。“告状”实际上是“起诉”一词的俗称。有无“告状”的权利，就是有无起诉权，这在法律上也有明确的规定。从总体上说，当事人一方如想告状，那他必须与案件有直接的利害关系，如刑事自诉人必须是被告人犯罪行为的受害人；民事原告必须是自己的民事权利遭到他人侵犯或与他人产生争议的人；行政案件的起诉人应当是认为行政机关的具体行政行为侵犯了自己合法权益的人，如果与案件没有直接关系，只是因打抱不平而向人民法院告状，是不合法的。此外，告状还必须明确是否符合法定的要求，如刑事案件的受害人不能都直接向人民法院告状，只有轻微的或不需要侦查的刑事案件，才能直接提起自诉。在行政诉讼中，很多案件必须经过行政复议，对复议决定不服的才能起诉。否则的话，“告状”的人就不享有起诉权。

再次，告状必须向有管辖权的人民法院提出。打官司并不是到任何一个人民法院都可以告状。诉讼法根据案件的性质、复杂程度、人民法院所在的辖区等各个方面，对各人民法院的管辖范围都作了明确而详尽的规定，这样，一方面保障了人民法院依法行使审判权，及时处理各类纠纷案件，另一方面为当事人告状也提供了便利。因此，当事人告状，必须依照诉讼法的规定，选择对案件有管辖权的人民法院进行。

### 23. 打官司中的当事人是指哪些人

打任何官司都必须要有当事人，那么，什么是打官司中的当事人呢？

凡是与案件有直接利害关系，以自己的名义参加诉讼，并受人民法院裁判约束的人，就是当事人。因此，凡是与案件没有利害关系，而以他人的名义进行诉讼的人，或者虽以自己的名义参加诉讼，但与所诉讼的案件没有直接利害关系，不受法院裁判约束的人，都不是打官司中的当事人。这是诉讼当事人的基本涵义。

当事人是案件的利害关系人，他们的诉讼活动对于诉讼程序的发生、变更、消灭具有重要作用，是最主要的诉讼主体和诉讼参加人，他们享有一定的诉讼权利，承担必要的诉讼义务，人民法院的判决或裁定，对他们均具有约束力。在刑事、民事和行政诉讼中，当事人的种类是不完全相同的。

刑事诉讼的当事人主要是指自诉人、刑事公诉和自诉案件的被告人、附带民事诉讼的原告人和被告人。但刑事案件的被害人是否能成为当事人，要视不同的诉讼来确定。所谓被害人，是指其合法财产、人身权利、民主权利和其他权利遭受犯罪行为直接侵害的人，它可以是公民，也可以是法人和其他组织。在公诉案件中，人民检察院代表国家追诉犯罪，因此，被害人不是当事人，而是属于控诉一方的独立的诉讼参与人。但在刑事自诉案件中，受害人可以以自己的名义直接向人民法院起诉，居于原告地位，是诉讼的当事人；在附带民事诉讼中，受害人可以针对由于被告人的犯罪给自己造成的物质损失，有权提起附带民事赔偿的请求，也是诉讼的当事人。

根据《民事诉讼法》的规定，民事诉讼当事人可以是公民、法人或其他组织。在民事诉讼中，当事人的概念有广义和狭义之分，广义的民事诉讼当

事人是指原告、被告、共同诉讼人和第三人，狭义的则仅指原告和被告。在当事人中，如果是法人的，应由其法定代表人进行诉讼；如果是其他组织，仍）]”则应由其主要负责人进行诉讼。

在行政诉讼中，当事人是指因行政法律关系发生争议的双方主体，它与刑事诉讼或民事诉讼的当事人均不同，其一方为对行政机关具体行政行为不服的公民、法人或者其他组织，而另一方则必然是作出具体行政行为的行政机关或者法律、法规授权的组织。从广义来说，行政诉讼当事人也是指原告、被告、共同诉讼人和第三人。

因此，打官司中的当事人不是所有参加诉讼的人，而是与各类官司的结局有着切身利益关系的人。他们在诉讼中不是属告诉一方，就是属于被告一方，他们都是诉讼的主体，在诉讼中依法享有起诉、上诉、申请回避、委托代理人等各项诉讼权利，并尽相应的义务。没有当事人，各类官司也就不可能存在。

#### 24. 其他人为什么可以参与到他人的官司中去

在打官司的过程中，经常可以发生这样的情况，即有的人既没有提起诉讼，也没有被他人控告，却也参加了诉讼，甚至要受人民法院的裁判约束。这是为什么呢？

要回答这个问题，必须明白我国民事和行政诉讼法中所规定的第三人制度。从含义上说，民事诉讼第三人和行政诉讼第三人有所不同。

按照我国《民事诉讼法》的规定，民事诉讼中的第三人，是指对当事人所争议的诉讼标的具有独立请求权，或者虽无独立请求权，但是案件的处理结果同他有法律上的利害关系，因而参加到正在进行的诉讼中的人。因而，民事诉讼中的第三人分为两种：一种是具有独立请求权的第三人，即对诉讼当事人双方之间争议的诉讼标的，认为自己享有全部或部分权利，提出诉讼请求而参加诉讼的人；另一种是无独立请求权的第三人，即对当事人之间争议的诉讼标的，虽无独立的实体权利，但是案件处理结果同他有法律上的利害关系而参加到当事人一方参加诉讼，以维护自己的权益。如张某和王某因买卖房屋发生纠纷，诉诸人民法院裁判买卖关系有效或者无效。在审理中，李某对房屋主张所有权，认为该房屋是自己的，张某和王某不能成立买卖关系。那么，李某就是具有独立请求权的第三人。这种第三人是将本诉讼的原告、被告（如张某、王某）为被告，自己居于原告地位。再如，A公司建办公楼，B公司承包了该项工程，楼房建好后，A公司认为楼房使用了劣质水泥，不符合规定质量，向法院起诉，要求B公司赔偿损失，而B公司的水泥是由C水泥厂供应的，如果B公司败诉，C水泥厂就有向B公司赔偿损失的责任。因此，C水泥厂与该案的处理有法律上的利害关系，它可以作为无独立请求权的第三人参加诉讼，站在B公司的一边，提供证据以证明所提供的水泥质量合格。根据《民事诉讼法》规定，有独立请求权的第三人参加诉讼，必须自己提起；而无独立请求权的第三人参加诉讼，必须由本人申请经人民法院审查同意后通知其参加，或者由人民法院依职权通知其参加。

行政诉讼的第三人，是指同提起诉讼的具体行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织。行政诉讼中的第三人与民事诉讼第三人不同，仅仅指无独立请求权的第三人，他既不是原告，也不是被告，而是案件的利害关系人。例如，某甲殴打某乙，某公安局对某甲实施治安管理处罚，某甲不服，以原告身分提起行政诉讼，某公安局是被告。而某乙就是该行政诉讼案件的



第三人，因为他与该治安管理处罚有利害关系。行政诉讼中第三人参加诉讼，应由自己申请或由人民法院通知其参加。

此外，辩护人参加诉讼，是接受被告人的委托或人民法院的指定，依法为被告人辩护；代理人参加诉讼，是接受当事人的委托，代理诉讼行为，依法维护委托人的合法权益；证人、鉴定人、勘验人参加诉讼，是履行法定义务，依法向人民法院提供有关案件事实的证据等。这些人虽然与案件无任何法律上的利害关系，但也时常参加到他人的官司中去，也享有一定的诉讼权利，履行相应的诉讼义务。在有些案件中，这些人参加到各类官司中去又是必不可少的，如证人、鉴定人等。

#### 25. 打官司中的起诉、上诉和申诉有什么不同

在日常生活中，我们经常听到将起诉说成上诉等情况，其实，起诉、上诉和申诉都是当事人依法享有的诉讼权利，但其法律含义却是完全不同的。

所谓起诉，简单地说，就是以原告身分向人民法院提起诉讼的行为。任何案件的诉讼程序，必须有起诉这一诉讼行为。没有起诉，各种官司也就无从打起。但在刑事、民事和行政官司中，起诉的含义却不完全一致。刑事官司中的起诉，是指人民检察院代表国家或者受害人以自己的名义，提请人民法院对构成犯罪依法应当追究刑事责任的被告人进行审判，依法追究刑事责任的行为。民事官司中的起诉，是指公民、法人或者其他组织的民事、经济权益受到他人的侵犯或与他人发生争议时，以自己的名义，请求人民法院通过审判程序给予法律保护的诉讼行为。而在行政官司中，起诉则是指公民、法人或者其他组织认为行政机关或者法律、法规授权的组织作出的具体行政行为侵犯了自己的合法权益，而向人民法院提起行政诉讼，要求人民法院依法保护其合法权益的诉讼行为。

所谓上诉，是指当事人对于人民法院第一审的判决和裁定不服，在判决、裁定尚未发生法律效力法定期限内，依法请求上一级人民法院对案件重新进行审判的诉讼行为。可见，上诉这一特定的诉讼行为，是以人民法院依照第一审程序作出的判决、裁定尚未发生法律效力为前提的。我国刑事、民事和行政诉讼法都赋予了当事人这一诉讼权利，只要对人民法院依照第一审程序所作的判决、裁定不服，都可以在法定期限内依法提起上诉，向上一级人民法院提出重新审判的请求。只不过上诉的期限有所不同而已。

所谓申诉，是对已经发生法律效力判决、裁定认为确有错误时提出重新审理请求的一种行为。这种行为与上诉不同，它必须发生在判决、裁定发生法律效力之后，并且必须认为该判决或裁定确有错误时才能提出。在刑事诉讼中，当事人、被害人及其家属或者其他公民，或者机关、团体、企事业单位认为已经发生法律效力刑事判决、裁定有错，都可以向人民法院或人民检察院申诉，要求纠正。而在民事诉讼和行政诉讼中，则一般由当事人向原审人民法院或者上一级人民法院提出申诉，请求重新审理。但由于申诉是在判决、裁定生效后才能提出，所以在申诉期间，判决、裁定不停止执行。

可见，起诉、上诉和申诉的含义不同，其法律效果也不一致。

#### 26. 当事人对办案人员不满意怎么办

在诉讼过程中，有时当事人对某些审判人员不满意，是否可以向法院提出更换？要回答这个问题，必须了解我国诉讼法中规定的回避制度。

所谓回避，是指在符合法定条件下，承办案件的司法人员和其他成员同案件当事人有近亲属关系或同案件有实际利害关系的，便不得参与本案办理

的一项制度。我国《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》都将回避作为一项原则来加以规定，它是我国诉讼法所共有的一项制度。它的确立，对于保障司法机关依法公正、合法地处理案件，切实维护当事人的合法权利，强化诉讼活动的民主性，具有十分重要的意义。

根据我国法律规定，侦查人员、检察人员、审判人员、书记员以及翻译人员、勘验人、鉴定人等，只要符合下列情况之一的，应当予以回避：

第一，是本案当事人或者当事人的近亲属。司法人员及其他人员如翻译人员、勘验人。鉴定人本身就是本案的当事人，当然不能承办此案。如与当事人有亲属关系的，也不能承办此案。

第二，与本案有实际利害关系的。所谓实际利害关系是指案件的处理结果将涉及到上述人员的利益，那么，该司法人员就不能承办此案。如，原告以被告某工厂所建的住宅楼与自己相邻，严重影响自己房屋的采光和通风为由，向法院起诉，要求被告拆除或改建这一住宅楼，而承办此案的审判员正好是该住宅楼的住户。显然，判决的结果与该审判员具有一定的利害关系，他就应该回避。

第三，与本案当事人有其他关系，可能影响案件公正审理的。这里说的其他关系，是指老同学、老同事、老上级、老战友或与当事人有恩怨关系等，可能会影响案件公正审理，应当回避。

以上是法律对回避条件的一般概括，刑事、民事和行政、诉讼法各自都有具体的规定。回避的方式有两种：一是自行回避，即办案人员自己发现应予回避而主动提出不参加该案的处理；二是当事人申请回避，即当事人及法定代理人提出申请，要求某办案人员回避。

回避是解决当事人对办案人员“不满意”的一种制度，但适用时，必须符合法定条件。当事人不能仅仅凭自己的感情好恶，随意要求更换办案人员。如不符合法律规定的条件，当事人即使对办案人员再不满意，也不能更换。此外，一方当事人对对方当事人委托的律师不能申请回避。因为律师是为社会提供法律服务的专业人员，他们不同于司法人员，无权参加案件的审判。其出庭代理诉讼，是维护委托人的合法权益，所以诉讼法中无律师回避的规定。既然与当事人关系密切的亲属可以作为当事人的代理人或辩护人，与当事人关系密切的律师也自然可以被委托为代理人或辩护人，当事人的另一方无权要求律师回避。

## 27. 打官司一律公开审判吗

公开审判是我国刑事、民事和行政诉讼法所确立的一项共有原则，它是指人民法院在审理各类案件时，除法律规定的特殊情况外，一律公开进行。

公开审判原则的内容是指除了向诉讼当事人和其他诉讼参与人公开，即允许他们公开陈述作证，公开进行辩论，公开行使其他诉讼权利以外，还包括以下两个方面的内容：一是向广大群众公开。人民法院审判各类案件，允许群众参加旁听。二是对新闻界公开。人民法院审判各类案件，允许记者采访案件审理情况，并允许记者通过新闻媒介向社会报道有关案件审理情况。

对审判公开，法律另有规定的可除外，如下列几种案件不能公开审理：

(1) 涉及国家机密(包括政府、军队的秘密和技术、业务秘密)的案件，为防止泄露国家机密，危害国家利益，这种案件不能公开审理。(2) 涉及个人隐私的案件也不能公开审理，如果张扬出去，对当事人的名誉、对社会都将产生不良的影响。(3) 十四岁以上、未满十六岁未成年人犯罪的案件，一律

不公开审理；十六岁以上不满十八岁的未成年人犯罪案件，一般也不公开审理。目的是为了防止未成年人精神上受到创伤，影响其健康成长。（4）离婚案件当事人申请不公开审理的，经人民法院同意可不公开审理。这类案件既有感情问题又有隐私问题，为避免产生不良影响，这类案件可以不公开审理。（5）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。上述这些案件虽然不公开审理，但是，宣告判决一律公开进行。

由此可见，公开审判是打各类官司的一项原则，而不公开审判则是这一原则的例外。

实行公开审判原则的意义在于：第一，通过公开审判，可以将人民法院的审判活动置于人民群众的监督之下，增强办案人员的工作责任心，促使他们全面查清案情，正确适用法律，对各种案件作出公正的处理。同时，对于纠正审判工作中的不正之风，促进廉政建设也具有重要意义。第二，公开审判案件，有利于当事人充分行使诉讼权利。因为，审判公开化可以促使人民法院秉公办案，切实维护当事人的诉讼权利，从而使当事人的诉讼权利得到充分有效行使。第三，公开审判有利于对当事人和人民群众进行法制宣传教育。人民法院的审判过程，同时又是对当事人和广大群众进行法制宣传和教育的过程，这对广大人民群众提高法制观念，具有重要作用。

#### 28. 原告和被告一律平等吗

在生活中，有的人一旦成了被告，便觉得无地自容，觉得没有脸面见人，把当被告看成是一件令人耻辱的事。那么，原告和被告的地位是否平等，当被告是不是就一定“低人一等”呢？

当然，从传统的观念来说，“被告”这个称谓不怎么中听，而“原告”这个词听上去就显得“理直气壮”。但事实上，在民事、经济、行政等诉讼中，被告打赢官司的例子比比皆是。而且，我国刑事、民事和行政诉讼法明确将“当事人在适用法律上一律平等”作为原则来加以规定，这就是说，对于诉讼当事人，不论其民族、种族、性别、社会地位、职业，文化程度、宗教信仰、居住期限长短、自然人和法人、中国人和外国人，在适用法律上一律平等，不允许有任何偏袒和歧视。

此外，我国《民事诉讼法》和《行政诉讼法》还明确规定，人民法院必须保障和便利当事人平等地行使诉讼权利。这一规定表明，无论是原告，还是被告，在民事和行政诉讼中的诉讼地位是平等的；双方当事人应当平等地享有诉讼权利和履行诉讼义务；人民法院必须依法保障当事人平等地行使诉讼权利。在民事诉讼中，原告和被告之间的诉讼地位既表现为同等，又表现为对等。所谓同等，是指民事诉讼当事人享有的诉讼权利完全相同，如原告和被告都有委托代理人、申请回避、提供证据、进行辩论、请求调解、进行上诉等权利。所谓对等，指民事诉讼当事人虽然享有不相同的权利，但互相对等，彼此适应，如原告有起诉权，被告有反诉权；原告有变更或者放弃诉讼请求的权利，被告有承认或反驳诉讼请求的权利等。在行政诉讼中，人民法院同样应维护诉讼当事人法律地位的平等性，不能因被告是行政机关而“官官相护”。行政诉讼是一种“民告官”的官司，强调原告与被告之间的诉讼地位平等，更是具有实际意义。但行政诉讼当事人的法律地位平等，与民事诉讼当事人的法律地位平等不完全相同，具体表现为原告和被告的行政诉讼权利、义务不完全对等，如原告享有起诉权，被告没有反诉权；原告可以不承担举证责任，被告必须承担举证责任等，但这并不影响双方地位的平

等。由此可见，在民事和行政诉讼中，作被告并不可怕，作原告也未必稳操胜券，关键的是所提出的事实和理由在法律上能否站得住脚。

当然，刑事诉讼的情况较为特殊。特别是在刑事公诉案件中，行使起诉权的是国家检察机关，另一方是受审判的刑事被告人，他有可能成为人民法院定罪科刑的对象，因此，两者在诉讼中的地位是不可能平等的。但在刑事自诉案件中，双方当事人的诉讼地位有平等的一面，如自诉人可以提起自诉，而被告人有权提起反诉，自诉人有权提出有罪证据，被告人可以提出自己无罪的证据；双方可以请求和解；对一审判决不服，都可以提起上诉等。

## 29. 人民法院审理案件采用什么组织形式

人民法院依法行使国家的审判权，对各类案件进行审理和判决，必须组成一定的审判组织来进行，即通过审判组织的审判活动来实现人民法院的职能。那么，人民法院审理案件，一般要采用什么样的组织形式呢？

所谓审判组织，是人民法院内部依法设立的、代表人民法院行使对各类案件的审判权的组织。根据我国刑事、民事和行政诉讼法的规定，人民法院审判各类纠纷案件的组织形式有两种：一为合议制，一为独任制。

### （1）合议制

会议制，是指由审判员和陪审员共同组成合议庭或者由审判员共同组成合议庭对具体案件进行审判的制度。它是我国人民法院审判各类案件的基本组织形式，我国《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》都有实行合议制的规定。在刑事官司中，基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件的合议庭为三人，由审判员组成或者由审判员和陪审员组成；高级人民法院和最高人民法院审判第一审案件的合议庭为三至七人，由审判员或者由审判员和陪审员组成；中级以上人民法院审判上诉、抗诉案件，由审判员三至五人组成合议庭。在民事官司中，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；人民法院审理第二审民事案件，由审判员组成合议庭；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。这里所说“另行组成合议庭”，是指原合议庭成员或独任审判员不得参加重审或再审案件的审理，应重新组成合议庭，这样规定，既可以避免原审人员先入为主，影响案件再审的正确性，又可以消除当事人的不信任感。在行政官司中，人民法院审理行政案件，应一律实行合议制，其基本要求与民事官司中的合议庭相同。

无论是何种合议庭，其人数都必须是三人以上的单数，作为合议庭成员的审判员或陪审员，享有平等的权利，在评议时，实行少数服从多数的原则。对评议中的不同意见，应当如实记入笔录。实行合议制，对于充分发挥集体的智慧，保证案件处理的质量具有十分重要的意义，同时，也是人民法院在审判工作中贯彻民主集中制原则的体现。

### （2）独任制

独任制，是指由审判员一人独立对案件进行审判的制度。我国诉讼法对独任制的适用有明确的规定。在刑事官司中，只有基层人民法院、中级人民法院在审判第一审自诉案件和其他轻微的刑事案件时，才能适用独任制。

在民事官司中，只有适用简易程序审理的民事案件和适用特别程序审理的民事案件（除选民资格案件或者重大、疑难案件）时，才能适用独任制。

行政官司不得适用独任制。可见，合议制是原则，而独任制则在特定情况下才能适用。在一定条件下采用独任制，可以迅速审判案件，提高工作效率。此外，在人民法院中还设有审判委员会。作为人民法院内集体领导审判工作的组织，审判委员会不直接审理案件，因而不属于审判组织。它的主要任务是：总结审判经验，讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题。

### 30. 少数民族可以用自己的语言文字打官司吗

使用本民族语言文字进行诉讼，是我国诉讼法确立的基本原则之一。所以，在打官司的过程中，少数民族的公民都有权利使用本民族的语言文字进行刑事、民事和行政诉讼。人民法院、人民检察院对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们提供翻译。在少数民族聚居或者有多民族杂居的地区，人民法院应当用当地通用的语言文字进行审理或审讯，用当地通用的语言文字发布判决书、裁定书、布告及其他文件。同时，各民族公民都有用本民族语言文字制作起诉状、答辩状、申请书、上诉状、申诉状等诉讼文书。

对于司法机关来说，切实保障各民族公民都有权用本民族语言文字进行诉讼，是其法定职责。我国是个统一的多民族的社会主义国家，各民族之间不分大小，一律平等。因而，保障各民族公民都有权使用本民族语言文字进行诉讼，具有十分重要的意义。第一，有利于保障各民族的诉讼参与人都能平等地享受一切诉讼权利，以避免由于语言不通而给行使诉讼权利方面带来障碍。第二，有利于司法机关顺利查清案件事实和作出正确处理。第三，可以更好地发挥司法活动的法制宣传教育作用，尤其是对彻底实现公开审判制度，都具有重要意义。

### 31. 打官司中的辩论和辩护有什么区别

打官司中的辩论，是指在民事和行政诉讼中，当事人在人民法院的主持下，有权对案件的事实、争议的问题和适用的法律，互相辩驳和论证。辩论是我国民事和行政诉讼法规定的一项原则，如《民事诉讼法》第十二条规定：“人民法院审理民事案件，当事人有权进行辩论。”《行政诉讼法》第九条规定：“当事人在行政诉讼中有权进行辩论。”这一原则的确立，是社会主义民主原则在民事和行政诉讼中的体现。对人民法院来说，保障当事人平等地进行辩论，是司法民主的体现；对当事人来说，在诉讼中享有辩论权利，是行使其依法享有的民主权利。

当事人有权辩论的范围很广，在民事和行政诉讼中，当事人对涉及到权利和义务的各种问题，都可以依法行使辩论权，既可以对实体方面的问题展开辩论，如原告的诉讼请求和被告的答辩能否成立，有无事实依据和法律依据等，又可以对诉讼程序方面的问题进行辩论，如当事人是否符合条件、受理此案的人民法院是否有管辖权、起诉是否合法等。

辩论原则贯穿予民事和行政诉讼的全过程。在第一审程序、第二审程序和再审程序中，都允许双方当事人对有争议的问题，互相进行辩驳，以维护自己的合法权益。其中开庭审理中的法庭辩论阶段，是当事人集中进行辩驳和论证的场合，是用口头形式进行。除了法庭辩论以外，其他如原告使用的起诉状、被告使用的答辩状，都是辩论的形式之一，只不过是采用书面形式进行而已。

辩论原则是民事和行政诉讼当事人平等地行使诉讼权利的体现，因而它与刑事诉讼中的辩护原则不同。刑事诉讼中的辩护，是指被告人及其辩护人

在刑事诉讼活动中，根据事实和法律，提出证据和理由，证明被告人无罪、罪轻或者应当减轻、免除其刑事责任的一种诉讼行为。在刑事诉讼的整个阶段，都允许被告人依法行使辩护权。在侦查阶段，由被告人自行辩护，而在审判阶段，被告人除自行辩护外，还有权委托辩护人为其辩护。它与辩论原则的不同在于，刑事诉讼中的辩护是建立在公诉权与辩护权分属的基础上的，人民检察院代表国家行使对刑事被告人的追诉权，被告人始终处于被控诉和受审判的地位，因而他只能就自己是否有罪或罪行轻重进行辩护，而不是同人民检察院展开辩论。而民事和行政诉讼中的辩论是建立在双方当事人相互平等而又彼此对立的基础上的，尽管双方所处地位不同，但诉讼权利完全平等。因而，这种平等的权利为辩论原则提供了前提和基础。

### 32. 打官司一律都可以调解吗

在打官司过程中，我们经常遇到法院主持调解这个问题。那么，什么官司可以调解，哪些官司又不可以调解，这要从各种不同的官司的特点说起。

在民事和经济官司中，我国《民事诉讼法》将调解作为一项专门的制度来加以确立，所以又称为法院调解。在民事和经济官司中，法院调解是指在人民法院审判人员的主持下，双方当事人就民事权益的争议，进行协商，达成协议，从而解决纠纷所进行的活动。由于民事、经济纠纷都是平等主体之间在民事权利、义务方面产生的争议，当事人对自己的民事权利可以依法处分，这就为法院主持调解奠定了基础。因此，无论是第一审程序，还是第二审程序和再审程序，人民法院都可以对民事、经济案件进行调解。但是，调解并不是无原则的“和稀泥”，它必须遵循以下原则：一是必须查明事实、分清是非。只有在查明事实、分清是非的基础上进行的调解，才能真正解决纠纷。二是必须符合当事人的意愿，即必须是当事人自愿接受调解。而不是强迫。三是必须合法，即人民法院的调解活动必须符合《民事诉讼法》的规定，调解协议必须符合民事、经济实体法的规定。此外，调解协议一经送达，即具有法律效力，从而结束诉讼程序。对于调解不成的，人民法院应当及时判决。

在刑事官司中，由于涉及到被告人是否犯罪、犯了什么罪、应否给予刑罚处罚和应给予什么刑罚处罚的问题，它直接关系到国家的安全和人民生命财产及其他权利的保护，所以刑事官司一般不适用调解。只有自诉案件和附带民事赔偿的案件，可以在人民法院的主持下进行调解。

在行政官司中，《行政诉讼法》明确规定不适用调解的原则。这是因为，作为被告的行政机关所作出的具体行政行为，是国家权力的一种体现，同时，依法作出具体行政行为，也是行政机关的一种责任。所以，对于行政职权，行政机关不能随意处分，也就不能在行政诉讼中与原告进行协商，以调解的方式结案。只有在行政赔偿诉讼中，因为仅仅涉及到金钱赔偿数额的问题，所以可以适用调解。

可见，打官司不是都可以调解的。哪些官司可以调解，哪些官司不可以调解，这是由各类官司所涉及的案件性质所决定的。

### 33. 当事人对自己的诉讼权利有处分权吗

在打官司的过程中，当事人能否根据自己的意愿，对自己的诉讼权利进行处分，这也必须根据不同案件的性质来加以确定。

在民事和经济官司中，当事人对于自己的民事权利和诉讼权利，有权在法律规定的范围内进行处分。《民事诉讼法》将当事人的这一处分权利在基

本原则中作了明确规定。之所以要作明确规定，是由民事法律关系的性质决定的。民事法律关系是平等主体之间为了满足自身需要，在平等、自愿基础上发生的权利、义务关系。因此，在民事和经济官司中，当事人有权按自己的意愿，处分自己的实体权利和诉讼权利。但由于当事人对自己民事实体权利的处分，是通过对诉讼权利的处分得以实现的。如原告通过起诉，是为了保护某项民事实体权利。当事人对自己民事权利和诉讼权利的处分贯穿诉讼的始终，主要表现在：当事人因民事权益受到侵害或与他人发生争执，是否起诉，由自己决定，诉讼开始后，原告可以放弃或变更诉讼请求，被告可以承认或反驳诉讼请求，原告可以撤回起诉，双方还可以自行和解；第二审程序是否发生，取决于当事人是否上诉；执行程序是否开始，取决于当事人是否在法定期限内申请执行等。但是，当事人对自己诉讼权利的处分不是随意的，它必须受到以下条件的限制：（1）当事人的处分不得违反法律的规定。（2）不得侵犯国家、集体和社会利益。（3）不得侵犯他人的民事权利。否则，人民法院要进行干预。当事人的处分行为是否有效，由人民法院审查后决定。对于合法的处分行为，人民法院应承认它的效力，不得加以限制。

刑事官司和行政官司与民事、经济官司的性质不同，它们主要涉及到对犯罪的追究或者国家行政权力的依法行使，因而，在《刑事诉讼法》和《行政诉讼法》中，并没有当事人可以对自己的实体权利和诉讼权利进行处分这一原则。但是，从某些方面来说，刑事诉讼和行政诉讼当事人在诉讼权利方面，还是有一些处分权的。如，刑事被告人是否委托辩护人，自诉人是否提起自诉，当事人是否上诉等；行政诉讼的原告是否起诉，双方当事人是否委托代理人，原告是否撤诉，双方是否上诉等，原则上都由当事人自己决定。

#### 34. 打官司为什么要交纳诉讼费用

根据《人民法院诉讼收费办法》的规定，当事人进行民事、经济、海事和行政诉讼时，应当向人民法院交纳一定数额的费用，称为诉讼费用。

打官司为什么要交纳诉讼费用？这是因为：第一，民事、经济、行政纠纷案件是企事业单位、机关、团体和个人之间相互发生的权益和是非之争，为解决这些纠纷，必然要化费一定的精力、财力。为解决少数人的纠纷，其所需费用不能由国家财政开支，转嫁到全体人民头上，所以由当事人承担是合情合理的。第二，收取诉讼费用有利于通过经济手段和法律手段并举的方法，教育当事人正确行使诉讼权利，防止一些人滥用诉权，以减少诉讼。第三，收取诉讼费用，还可以使公民、法人、其他组织增强法制观念，使败诉后要承担诉讼费用的当事人提高法律意识。第四，在涉外诉讼中，收取诉讼费用还有利于维护国家主权。总之，收取诉讼费用，符合国家和人民的利益，既可以增加国家财政收入，又维护了当事人的合法权益，于国于民都是有利的。

诉讼费用包括两方面，一是案件受理费，一是其他诉讼费用。所谓案件受理费，是人民法院经审查并决定受理案件时，向原告预先收取的费用。案件受理费又分为财产案件受理费和非财产案件受理费。根据规定，财产案件受理费按照争议财产的价额或金额依率收取。非财产案件一般是按件收费。所谓其他诉讼费用，是指除案件受理费外，人民法院在诉讼过程中实际支出的、应当由当事人承担的费用。如勘验、鉴定、公告、翻译（当地通用的民族语言、文字除外）费，证人、鉴定人、翻译人员出庭的交通费、住宿费、生活费、误工补贴费、诉讼保全的申请费和实际支出的费用以及执行所需的

费用等。

根据《人民法院诉讼收费办法》的规定，案件受理费由败诉的当事人负担，双方都有责任的由双方负担。其他诉讼费用由人民法院根据具体情况，决定双方当事人应承担的金额。追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金和劳动报酬的案件，原告可不预交案件受理费，案件审结时，由败诉方负担。依《民事诉讼法》中的特别程序和依照审判监督程序进行提审和再审的案件，免交案件受理费。

当事人交纳诉讼费用确有困难的，可向人民法院申请缓交、减交或者免交，是否缓、减、免，由人民法院审查决定。

### 35. 诉讼费用的征收标准如何确定

根据《人民法院诉讼收费办法》第二章规定，诉讼费用的收费标准为：

#### 一、案件受理费

(1) 离婚案件，每件交纳十元至五十元。涉及财产分割的，财产总额不超过一万元的，不另收费；超过一万元的，

超过部分按百分之一交纳。

(2) 侵害姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权的案件，每件交纳五十元至一百元。

(3) 其他非财产案件，每件交纳十元至五十元；

(4) 财产案件，按争议的价额或金额，照下列比例交纳：不满一千元，每件交五十元。超过一千元至五万元的部分，按百分之四交纳。超过五万元至十万元的部分，按百分之三交纳。超过十万元至二十万元的部分，按百分之二交纳。超过二十万元至五十万元的部分，按百分之一点五交纳。超过五十万元至一百万元的部分，按百分之一交纳。超过一百万元的部分，按百分之零点五交纳。

(5) 侵害专利权、著作权、商标权的案件，每件交五十元至一百元；有争议金额的，按财产案件的金额交纳。

(6) 行政案件按下列标准交纳：治安行政案件，每件交纳五元至三十元。专利行政案件，每件交纳五十元至四百元。其他行政案件，每件交纳三十元至一百元。有争议金额的，按财产案件收费标准交纳。

(7) 劳动争议案件，每件交纳三十元至五十元。

(8) 破产案件，按破产企业财产总值，依照财产案件收费标准交纳。

原告提出两个以上诉讼请求、被告提出反诉、第三人提出与本案有关的诉讼请求，人民法院需要合并审理的，案件受理费根据不同的诉讼请求分别计算收取。

财产案件中请求数额与实际不符的，案件受理费按人民法院核定的实际争议数额计算收取。

#### 二、其他诉讼费用

(1) 申请执行案件，执行金额或者价额在一万元以下的，每件交纳五十元；超过一万元至五十万元的部分，按百分之零点五交纳；超过五十万元的部分，按百分之零点一交纳。

(2) 申请诉讼保全措施，保全财产的金额或者价额不满一千元，每件交纳三十元；超过一千元至十万元的部分，按百分之一交纳；超过十万元的部分，按百分之零点五交纳。

(3) 海事海商案件，申请扣押船舶的，每件交纳一千元至五千元；申请



债权登记的，每件交纳五百元；申请留置货物、燃料的，每件交纳五百元；申请船东责任限制的，按申请限制数额的百分之零点一交纳，但最低不少于五百元。

（4）勘验费、鉴定费、公告费、翻译费的金额，根据国家有关部门的收费标准计算交纳。

（5）复制庭审记录或者法律文书，按实际成本收费。（6）当事人应当交纳的其他诉讼费用的金额，由人民法院根据国家的有关规定和实际情况决定。

### 36. 人民法院对各类官司的处理方法有哪些

人民法院审理各类案件，必须作出处理，其处理方法有以下几种：

#### 一、判决

判决，是人民法院针对案件的实体问题，依法作出的处理决定。它是人民法院行使审判权最典型的方法和手段。从实体法上说，它是解决案件实体上各项内容的处理决定；从程序法上说，它是结束对案件审理的终局诉讼行为。因此，判决是人民法院最重要的一种司法决定。

人民法院的决定一经发生法律效力，就要以国家的强制力保证其内容的执行。法律规定，拒不执行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定是构成犯罪的行为。对于人民法院的生效判决，任何其他机关、团体、企事业单位或个人，都无权变更或撤销。如果判决在认定事实或适用法律方面确有错误，也只能由人民法院通过审判监督程序予以撤销或变更。生效判决未经法定程序撤销，不能再对该判决重新作出决定；而且，同一个案件的判决只能有一个，不能有两个或两个以上的判决同时存在。因此，这就决定了判决所具有的法律特征，即权威性、排他性、稳定性和强制性。

判决，按照其性质不同，可以分为：

（1）刑事判决。它是指人民法院经过审理，依法对被告人是否有罪、是否应当适用刑罚或适用何种刑罚所作出的处理决定。因此，对刑事判决又可以划分：按性质可分为有罪判决和无罪判决，其中有罪判决又可以分为科刑判决和免刑判决。按审级可分为第一审刑事判决、第二审刑事判决、死刑复核改判罪刑判决、再审刑事判决。按有无附带民事诉讼分为刑事附带民事诉讼判决和无附带民事的刑事判决。（2）民事判决。它是指人民法院经过审理，依法对民事、经济案件的实体问题，即当事人之间争议的民事权利、义务关系或者申请人要求确认的某种法律事实所作出的处理决定。它可以划分为：按审级可分为第一审民事判决、第二审民事判决、再审民事判决。按法庭分工可分为民事审判庭的民事判决、经济审判庭的民事判决。按判决的内容可分为确认判决、给付判决、变更判决等。

（3）行政判决。它是指人民法院经过审理，依法对行政案件的实体问题，即行政机关的具体行政行为是否合法所作出的处理决定。它可以分为：按审级分为第一审行政判决、第二审行政判决、再审行政判决。按判决确定的内容分为维持判决、撤销判决或重作判决、履行判决、变更判决。按有无行政赔偿分为行政附带赔偿诉讼判决和无赔偿的行政判决等。

#### 二、裁定

裁定，是人民法院在诉讼过程中，对诉讼程序和部分实体问题所作的处理决定。它同判决一样，也是人民法院行使审判权的标志之一。但在诉讼中，裁定可以用口头表达，也可以用书面表达，而判决则必须采取书面形式；同

一个案件，可以作出一个或几个裁定，而判决则只有一个；裁定主要针对诉讼程序问题，特定情况下也解决部分实体问题，而判决只能用于案件实体问题。因此，与判决相比，裁定的使用范围广、使用率高。裁定同样可以分为刑事裁定，民事裁定和行政裁定。人民法院在各个审判程序中又都可以作出裁定，所以也可以分为分第一审裁定、第二审裁定、再审裁定以及执行阶段的裁定等。

### 三、决定

决定，是指人民法院为维护正常的诉讼程序，保证诉讼活动的顺利进行而采取的相应措施。如对申请回避的决定、采取强制措施的决定等。

### 四、调解协议

调解协议，是人民法院在审理民事、经济等案件的过程中，主持调解，就案件的实体问题，促使当事人在分清是非、明确责任和自愿、合法的基础上，达成协议并加以确认的一种决定。调解协议只适用于法定可以调解的案件。因此，从总体上分，它可以分为：（1）民事调解协议，即人民法院在审理民事、经济案件时所达成的调解协议，这是调解协议中占主导地位的部分。（2）刑事调解协议，即人民法院在审理刑事自诉案件或针对附带民事诉讼问题时所达成的调解协议。（3）行政赔偿调解协议，即人民法院在审理行政赔偿案件时所达成的调解协议。

判决、裁定、决定和调解协议的书面形式，被称为判决书、裁定书、决定书和调解书，它们都是人民法院的司法文书。其中，调解书一经送达，即具有与判决书相同的法律效力。因此，对于人民法院的司法文书，当事人和其他有关人员都必须依法履行。

### 37. 打官司中的期间是指什么

期间，是司法机关以及当事人和其他诉讼参与人，各自进行一定诉讼行为所要遵守的时间期限。也就是说，只有在规定期间内进行或者完成某种诉讼行为，才是有效的。若违反了期间的规定，将产生一定的法律后果。如根据《民事诉讼法》，当事人不服地方各级人民法院的第一审判决，可以在接到判决书后十五日内，向上一级人民法院提起上诉。当事人只要在这十五天内无论哪一天提起上诉，都是有效的。如在这十五天内没有提起上诉，又没有正当理由，则就丧失了上诉权，判决也就发生法律效力。

期间有法定期间和指定期间之分。法定期间，是指法律明文规定的期间。如立案期间、案件审理期间、答辩期间、上诉期间、公告期间、申请执行期间等。法定期间属于不变期间，即不论当事人还是人民法院都无权延长或者缩短。指定期间，是人民法院根据案件的实际情况依职权指定的期间。如指定银行协助执行划拨存款的期限、限定当事人补正起诉状的期限等。指定期限与法定期限相比，具有一定的灵活性。遇特殊情况，当事人还可申请请求人民法院变更。人民法院还可以依职权加以变更。

期间以时、日、月、年计算。期间开始的时和日，都不计算在内。如《民事诉讼法》规定的上诉期为十五日，假设当事人二月十日接到判决书，上诉期间的计算从二月十一日算起。再如人民法院接到当事人财产保全的申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定，但接到当事人申请的那个小时，不得计算在四十八小时内，应从下一个小时开始计算。期间届满的最后一日是节假日的，以节假日后的第一日为期间届满的日期。另外，期间不包括在途时间，诉讼文书只要在期满前交邮的，不算过期。

当事人耽误了期间怎么办？对于当事人确有客观原因而耽误期间的，法律规定可以补救。如《刑事诉讼法》规定，当事人由于不可抗拒的原因或者有其他正当理由而耽误期间的，在障碍消除后五日以内，可以申请继续进行应在期满以前完成的诉讼行为；《民事诉讼法》和《行政诉讼法》规定，当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期间的，在障碍消除后十日内，可以申请延长期限。对于申请是否准许，都由人民法院审查决定。这里所说的不可抗拒的事由，是指不可抗力，如因水灾引起交通中断等；所说的其他正当理由，是指不是由于当事人的主观过错而耽误期间的，如当事人身患重病等。但如果不是出于不可抗力或者有正当理由而耽误期间的，而是由当事人主观上的原因而造成的，如当事人明知不服一审民事判决的上诉期为十五天，由于疏忽大意，直到接到判决书后第十八日才想起上诉，则他就失去了上诉的机会，不能再行补救。

与期间相区别的另一个概念就是期日。期日是人民法院与当事人及其他诉讼参与人一起进行诉讼行为的时间，它是由人民法院根据案件具体情况指定的。如讯问被告人期日、审理期日、宣判期日。对于期日耽误的，如确有正当理由，人民法院可以另行指定期日，但如没有正当理由，就会引起一定的法律后果。如在民事诉讼中，人民法院对于必须到庭的被告，经两次合法传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。

可见，期间与期日是有区别的。期间是指人民法院或诉讼参与人单独实施诉讼行为的期限，而期日是人民法院与诉讼参与人会合进行诉讼行为的时间；期间是指一段时间，有开始期和终止期，而期日表现为一定时间，只有开始时间，不可能规定终止时间；期间有法定和指定之分，而期日都是指定的；与期间相关的诉讼行为在期间内的任何时候都可实施，而与期日相关的诉讼行为只能在期日到来后进行。

### 38. 打官司中的送达是指什么

送达，是指司法机关依照法定方式和程序，将诉讼文书送交当事人和其他诉讼参与人的诉讼行为。因而，送达具有如下特点：第一，送达是司法机关的行为。第二，受送达人是当事人和其他诉讼参与人，第三，送达的内容必须是有关诉讼文书，如判决书、裁定书、调解书、决定书、起诉状及上诉状副本、传票、通知书等。第四，送达必须按法定方式和程序进行。依法进行的送达，产生一定的法律后果，如调解书经送达当事人签收后，即与生效判决有同等效力等。所以，送达必须有送达回证，由受送达人在送达回证上签名、盖章、注明收到日期，受送达人在送达回证上签收的日期为送达日期。

根据我国刑事、民事和行政诉讼法，送达的方法有如下几种：

(1) 直接送达，是对居住在我国国内的当事人送达诉讼文书的基本方法。直接送达也就是将诉讼文书直接交给受送达人。此外，受送达人是公民的，本人不在，交他的同住成年家属签收；受送达人是法人或其他组织的，应由法人的法定代表人、其他组织的主要负责人或该法人、其他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、法人或其他组织负责收件的人、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。

(2) 留置送达。是指受送达人或者他的同住成年家属拒绝接受诉讼文书的，送达人应当邀请有关基层组织或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、见证人签名或盖章，把诉讼文书留在受送达人的住所，即视为送达。但是调解书送达时，如果当事人拒收，即视为送达前反悔，调解不成，不能采取留置送达方法，应由人民法院进行判决。

(3) 委托送达。人民法院直接送达诉讼文书有困难的，可以委托受送达人所在地的人民法院代为送达。

(4) 邮寄送达。人民法院直接送达诉讼文书有困难的，也可以通过邮局送达，称为邮寄送达。邮寄送达的，应采用挂号方式，收件人在回执上注明的收件日期为送达日期。

(5) 单位转交送达。由受送达人所在单位转交诉讼文书的送达方法，称为单位转交送达。其具体方法是：受送达人是军人的，通过其所在部队团以上单位的政治机关转交。受送达人是在被监禁的，通过其所在的监所或者劳动改造单位转交。受送达人是在被劳动教养的，通过其劳动教养单位转交。代为转交的单位接到诉讼文书后，必须立即转交受送达人签收。受送达人签收的日期，为送达日期。

(6) 公告送达。公告送达，是指人民法院用张贴公告、登报等方式，将需要送达的诉讼文书的内容告知受送达人。公告送达只有在受送达人下落不明或者适用其他方法无法送达的情况下适用。自发出公告之日起经过六十日的，即视为送达。

### 39. 打各类官司的一般要求是什么

打官司是一项较为复杂的工作，各种官司的性质不同，涉及到的权利、义务不同，诉讼程序也不完全一致，因此，打官司除了必须熟悉与自己案件相关的有关法律知识外，还必须符合以下要求：

(1) 对双方争议的事实和各自的理由要了如指掌。打官司的关键，就是当事人所提出的事实和理由，是否在法律上站得住脚。因此，对于诉讼当事人来说，了解和掌握争议的事实和理由就显得尤为重要。从原告一方的角度来说，必须，了解被告答辩所提出的事实和理由；从被告一方的角度来说，对原告诉讼请求所依据的事实和理由，也必须了如指掌。只有这样，在打官司中才能有针对性地实施自己的诉讼行为，做到有的放矢，切中对方的要害，为自己胜诉打下基础。(2) 正确行使诉讼行为。当事人正确行使诉讼行为，实际上是依法享受自己诉讼权利、严格履行自己诉讼义务的体现。作为当事人来说，必须明白自己在打官司的过程中，应该做什么，不应该做什么，这样才能使自己的行为符合法律的规定，从而使诉讼活动得以顺利进行。因为作为当事人，无论其在诉讼中的地位如何，都依法享有一定的诉讼权利，都必须履行一定的诉讼义务。因此，作为当事人，不但自己要正确行使诉讼权利，同时也必须尊重对方当事人的诉讼权利。

(3) 遵守法庭规则，听从审判人员的指挥。打官司是一项非常严肃的事情，所以，当事人和其他诉讼参与人都必须遵守法庭规则和纪律，不能做出妨碍法庭审理的行为。同时，必须尊重审判人员，听从审判人员的指挥，维护法庭秩序。当然，对于审判人员有违反法律规定行为的，可以向人民法院反映，严重的还可以向人民检察院控告。

### 40. 哪些行为是妨碍法庭审理的行为，其法律后果如何

打官司这种法律行为，必然要涉及到有关公民、法人或者非法人组织的有关权利，利害得失的矛盾往往相当尖锐。所以，有些人为了自身的利益，

往往在法庭审理中做出一些违法行为，妨碍了法庭的审理活动。对于这些妨碍法庭审理的行为，其表现形式很难一一详尽列举。根据法律规定和司法实践的经验，可以归纳为以下几类：（1）不遵守法庭规则，哄闹、冲击法庭，扰乱人民法院的工作秩序。（2）对司法人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打、或者其他方法进行打击报复。（3）经人民法院合法传唤，无正当理由拒不到庭，或者以暴力、威胁以及其他方法阻碍司法人员依法执行职务，拒不履行人民法院已经发生法律效力判决和裁定。（4）伪造、变造、隐匿、毁灭诉讼证据，或者指示、贿赂或胁迫他人故意为其作伪证。（5）隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押、冻结的财物。（6）有义务协助调查、执行的单位，拒绝或者妨碍人民法院调查、取证；接到人民法院的执行通知书后，拒不协助人民法院查询、冻结、划拨存款，或者拒不协助扣留被执行人的收入、办理有关财产权证照转移手续，转交有关票证、证照或者其他财产等。

对于上述妨碍法庭审理的行为，人民法院应当采取相应的强制措施，以制止这种行为的继续。根据《民事诉讼法》的规定，人民法院对实施上述行为的人，可以予以训诫、责令退出法庭、拘传、拘留、罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任。根据《行政诉讼法》的规定，人民法院对于实施上述行为的人，可以予以训诫、责令具结悔过、罚款、拘留，构成犯罪的，依法追究刑事责任。其中，民事诉讼中对个人的罚款金额，为人民币一千元以下，对单位的罚款金额，为人民币一千元以上三万元以下。行政诉讼中的罚款则规定为人民币一千元以下。拘留的期限，都是为十五日以下。

## 第二章民事官司

### 一、民事官司的一般知识

#### 1. 什么是民事官司

民事官司是民事诉讼的通俗说法。打民事官司就是提起民事诉讼。民事诉讼是一种由法院、当事人和其他诉讼参与人参加、为解决民事案件而依法进行的一种活动。这种活动必须依照《民事诉讼法》进行。《民事诉讼法》是调整法院、当事人和其他诉讼参与人在民事诉讼中所产生的诉讼权利和义务关系的法律规范的总称。1991年4月9日由第七届全国人民代表大会第四次会议通过的《中华人民共和国民事诉讼法》是现行《民事诉讼法》，也是现在打民事官司的主要依据之一。

民事诉讼的适用范围非常广泛，凡涉及到财产和人身关系的均在其列。人们通常所遇到的有关财产、经济、知识产权、地产、期货、继承和婚姻等问题发生的纠纷大多可进行民事诉讼。随着我国市场经济的发展，将会有更多的财产和人身关系需通过民事诉讼来解决。

我国现有三大诉讼。除民事诉讼外，还有刑事诉讼和行政诉讼。民事诉讼与其他两种诉讼相比均有明显区别。经过比较，便可反映出民事诉讼的一些主要特点。

民事诉讼与刑事诉讼的区别主要体现在以下五个“不一样”：一是任务不一样。民事诉讼的任务是要法院通过审理案件来确认民事权利、义务，解决当事人之间的纠纷；刑事诉讼的任务则是法院经过审理案件来打击犯罪。二是适用的法律不一样。民事诉讼适用的是民事法律，刑事诉讼适用的是刑事法律。三是提起诉讼的主体不一样。在民事诉讼中，提起诉讼的是与诉讼标的有直接利害关系的当事人；在刑事诉讼中，提起诉讼的则是检察院。四是有些原则不一样。比如民事诉讼实行的是当事人处分原则，即当事人有权处分自己的实体权利和诉讼权利；刑事诉讼则贯彻国家干预原则，即国家要通过其司法机关与犯罪作坚决的斗争。五是执行程序不一样。绝大多数当事人在民事裁判后，自行执行裁判的内容；而刑事裁判后，则由专门的司法机关执行。

民事诉讼还与行政诉讼不同，主要表现在以下五个方面：一是当事人的资格不同。民事诉讼的当事人是公民或法人等；行政诉讼的当事人则其中一方必为国家行政机关。二是诉讼的目的不同。民事诉讼的目的是确认当事人有争议的权利和义务；行政诉讼的目的都是要确认国家的行政机关的具体行政行为是否合法。三是受案的范围不同。民事诉讼的受案范围是民事权益有争议的案件；行政诉讼的受案范围则是公民、法人和其他组织因不服行政机关作出的具体行政行为而提起的诉讼案件。四是举证责任不同。民事诉讼的当事人有举证责任；而在行政诉讼中，国家行政机关要对自己作出的具体行政行为有举证责任。五是审理方式不同。在民事诉讼中可适用调解方式解决纠纷；可在行政诉讼中则不可适用这种方式。

可见，民事官司是一种不同于刑事和行政官司的官司。

#### 2. 打民事官司的基本原则有哪些

打民事官司的基本原则，即是《民事诉讼法》的基本原则。它是指导人们进行民事诉讼的基本准则，也反映了《民事拆讼法》的精神实质。

在《民事诉讼法》的基本原则中，有些与刑事和行政诉讼法是一致的。它们是：案件的审判权由人民法院行使；人民法院依法独立进行审判；以事实为根据，以法律为准绳，对诉讼当事人在适用法律上一律平等；两审终审；审判公开；审判合议制；回避制；使用民族语言文字；民族自治地区有权制定、变通或补充规定等。

同时，《民事诉讼法》还有自己特有的一些原则，主要是以下几个方面：

(1) 当事人诉讼权利平等原则。这一原则告诉人们，双方诉讼当事人的诉讼权利是平等的，任何人都不享有特权；当事人均享有相同的权利和履行相同的义务，不可偏废任何一方；法院需保障当事人平等地行使诉讼权利。

(2) 自愿、合法调解原则。这一原则说明，调解是解决民事案件的一种合法方法，调解达成的协议与判决具有同等的法律效力；调解须以自愿为前提，法院不能强迫调解；调解不成的，法院应及时判决；调解应贯穿审案的全过程。

(3) 辩论原则。这一原则允许双方当事人有权就案件的事实和争议的问题发表自己的主张，互相反驳和答辩，以维护自己的合法权益。当然，这种辩论须以事实和法律为根据，因此在提出诉讼请求时，应当陈述事实理由，提出证据。

(4) 处分原则。这一原则是说民事诉讼的当事人，有权在法定的范围内支配自己的民事权利和诉讼权利。比如，原告可以撤诉，终结诉讼程序；被告可接受原告的诉讼请求，双方达成协议、结案；一审判决后，当事人在上诉期限内可决定上诉或不上诉等。

(5) 支持起诉原则。这一原则告诉我国公民，对于损害国家、集体或个人的民事权益的行为，当受害者没起诉时，国家机关、团体、企事业单位可以支持受害者向法院起诉，要求给予司法保护。支持起诉的方式一般是启发、鼓励受害者向法院起诉，而不是代替起诉。同时，可以给予受害者以物质、法律、道义等方面的帮助。

(6) 人民调解原则。我国各地均建有人民调解委员会，它是在基层法院指导下，调解民间纠纷的群众性组织。调解按自愿原则依法进行，由人民调解委员会主持。调解达成协议的，当事人应予履行；调解不成或反悔的，可向法院起诉。

### 3. 打民事官司到哪一级法院去告状

这是个管辖问题，即人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限问题。我国的法院分为四级：基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院。其中，前三级在地方，最后一级在中央。另外，还有海事法院和铁路运输法院等专门管辖的法院。

根据我国《民事诉讼法》的规定，当事人应向基层人民法院去告状，即大城市中的区法院或农村中的县法院等，因为它们负责受理第一审民事案件。当然，这里不包括中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院直接受理的第一审民事案件。

中级人民法院受理的第一审民事案件有：重大涉外案件、在本辖区有重大影响的案件、最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。高级人民法院受理的第一审民事案件是在本辖区有重大影响的案件。最高人民法院受理的第一审民事案件是：在全国有重大影响的案件和认为应当由其审理的案件。遇有上述民事案件，则不必去基层人民法院告状，而直接到这些案件所

辖的人民法院去告状。

以上所述的是纵向的级别管辖，还有横向的地域管辖。这是一个同级人民法院之间划分第一审民事案件的分工和权限问题。这个问题解决了，当事人也就知道了应该选择哪个同级法院去告状了。

在通常情况下，原告应到被告所在地的人民法院去告状，即为“原告就被告”。这在我国的《民事诉讼法》中有明确规定：“对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。”另外，对这一规定还有以下的补充，它们是：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，这里的经常居住地是指已连续居住一年以上的地方；对法人或者其他组织提起的民事诉讼，也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里，各该人民法院都有管辖权。

但是，有例外，以下的这些诉讼均须到原告住所地或经常居住地人民法院去告状，即是“被告就原告”。它们是：对不在中华人民共和国领域内居住的人和下落不明或宣告失踪的人提起有关身分关系的诉讼；对被劳动教养的人提起的诉讼；对被监禁的人提起的诉讼等。

另外，还有些官司必须到特别规定的人民法院去打，它们是：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；因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；因继承遗产而发生纠纷提起的诉讼，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等。

以上凡属有两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中任何一个去起诉。如果公民向两个以上有管辖权的人民法院去起诉了，那么由最先立案的人民法院受理。

还有，因合同纠纷、保险合同纠纷、票据纠纷、运输合同纠纷、海事损害事故赔偿纠纷、海难救助费用纠纷等原因而提起的诉讼，也皆有明确的受理法院，因为本书的其他章节有叙述，故这里不再重复。

#### 4. 当事人对受理案件的法院管辖权有异议怎么办

民事诉讼的当事人把诉状交至人民法院以后，如果接受诉状的法院发现该案不属自己管辖范围，那么法院之间会进行内部协调，把诉状移送到受理的法院。其中，主要是以下三大类情况：

(1) 当人民法院发现受理的案件不属于本院管辖时，应将此案移送至有管辖权的人员法院，而受移送的法院应当受理。如果受移送的法院认为受移送的案件依照规定不属于自己管辖的，应报请上级人民法院指定管辖的法院，不可再自行移送了。

(2) 如果有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，应与上级人民法院联系，由它指定管辖。

(3) 如果人民法院之间因为管辖权问题而发生争议的，由争议双方通过协商解决。协商解决不了的，再报请他们共同的上级人民法院指定管辖。

人民法院受理案件以后，当事人因种种原因而对受理自己案件的法院的管辖权有异议时怎么办？

根据我国《民事诉讼法》的规定，当事人在人民法院受理自己的案件以后，对该法院的管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间向该法院提出。法院对当事人提出的这种异议，会进行必要的审查。如果异议能成立的，法院就会裁定把此案移送到有管辖权的人民法院去；如果异议不成立，那么法院就会裁定驳回。



另外，在法院管辖问题上，还有一定的灵活性，上、下级法院之间可以互相取得第一审民事案件的管辖权。上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审民事案件，也可以把自己管辖的第一审民事案件交至下级人民法院审理。下级人民法院对自己管辖的第一审民事案件，认为需要由上级人民法院审理的，也可以报请上级人民法院审理。不过上述情况不是一种常见情况。

因为有关法院管辖权的问题比较复杂，所以当事人在提出异议前最好先了解一下有关情况及其适用的法律，避免无的放矢，延误时间。

#### 5. 在什么情况下当事人可以申请审判人员等人回避

申请回避是民事诉讼当事人的一种诉讼权利。当出现法定的回避条件时，当事人可以申请回避，即更换承办自己案件的审判人员或有关人员。其目的是为了为了保证对案件的公正审判。

那么，哪些是法定的回避条件呢？根据我国《民事诉讼法》的规定，当审判人员以及书记员、翻译人员、鉴定人和勘验人有以下情况之一的，当事人即可提出回避申请，（1）他们也是本案的当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属。（2）与本案有利害关系。（3）与本案当事人有其他关系，可能影响对本案公正审理的。

当事人可用口头或书面方式申请回避。在申请中应说明理由，并在案件开始审理时就提出。如果当事人在案件开始审理后才知道有关情况，也可以在法庭辩论终结前提出。

申请提出以后，以上被申请要求回避的人员在法院作出是否要回避的决定以前，应当暂停参与本案的工作。如果申请得到核准，法院决定有关人员确需回避的，他们应不再加入此案的工作。但是，在暂停参与本案工作期间，如确有案件需要采取紧急措施的，被申请要求回避的人员仍可继续工作。这是一种例外。

人民法院对民事诉讼当事人提出的回避申请，应在申请提出的三日之内，以口头或书面形式作出决定，并告诉申请人。如果申请人对法院的决定不服，还可在接到决定时要求复议一次，并同时提出申请。法院对复议申请，也应在三日之内作出复议决定，并通知复议申请人。不过，在复议期间，被申请回避的审判人员及其他有关人员，将不停止参与本案的工作。这一点，与第一次提出申请的情况不同。

最后，还要提一提作出回避决定的机构和人员问题。根据现行规定，当法院的院长担任审判长时，它的回避问题，由审判委员会作出决定；审判人员的回避问题，由法院的院长决定；其他人员的回避，则由审判长决定即可。

#### 6. 哪些人可以成为民事官司的当事人

这里的当事人是指因民事权利和义务关系发生争议，以自己的名义进行诉讼，并受人民法院裁判约束的利害关系人。他们是民事诉讼的主体，他们的活动对于民事诉讼的进行有重大影响。由于诉讼程序不同，他们的称谓也不同。在第一审程序中，他们被称为原告、被告和第三人；在上诉程序中，被称为上诉人和被上诉人；在执行程序中，则被称为申请人和被申请人（被执行人）；在审判监督程序中，又被称为原审原告和原审被告、原上诉人和原被上诉人等。依据我国《民事诉讼法》的规定，公民、法人和非法人团体等其他组织都可以成为民事诉讼的当事人。其中，法人由其法定代表人进行诉讼，非法人团体等其他组织由其主要负责人进行诉讼。

作为民事诉讼的当事人，可依法享有自己的诉讼权利，也应依法履行自己的诉讼义务。其中，可以享有的诉讼权利主要是以下四类：一是要求人民法院进行公正审判权利。这包括有请求司法保护、委托代理人、申请审判人员及有关人员的回避等。二是维护自己实体权利的请求和主张的诉讼权利。如提供证据、进行法庭辩论、查阅与本案有关的材料、复制与本案有关的材料和法律文书等。三是处分自己的实体权利和诉讼权利。其中，有请求调解、提起上诉、双方自行和解等。四是要求实现民事权益的诉讼权利。当事人申请执行的权利大致如此。

同时，民事诉讼的当事人还应依法履行自己的义务，主要是以下三类：一是必须根据我国《民事诉讼法》的规定，正确地行使诉讼权利，避免滥用权利，以免对整个诉讼带来不利因素。二是必须遵守诉讼秩序。要服从审判人员的组织和指挥，严守法庭纪律，不可为所欲为。三是必须不折不扣地履行法院已作出的判决、裁定和调解协议。不能各取所需，利己损人，甚至置之不理。

这里特别要指出的是。诉讼当事人应清楚地认识到履行应尽的义务目的，是为了保护当事人本身的合法权益，保障民事诉讼的正常进行。否则，就会影响法院的正常审案，对诉讼活动的进行带来不必要的麻烦。同时，我国法律也规定，不履行诉讼义务的当事人还要承担相应的法律责任。

#### 7. 什么是共同诉讼

按照我国《民事诉讼法》的规定，当事人一方或者双方为两人以上，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。在共同诉讼中，原告为两人以上的，称为共同原告；被告为两人以上的，称为共同被告。他们又被统称为共同诉讼人。

共同诉讼可一并解决与纠纷案件有关的在多个当事人中所发生的纠纷，避免一事多案的发生，从而简化诉讼程序，节约诉讼时间和费用，更能防止在同一事件中作出不一致判决情况的出现。因此，它是解决民事纠纷的一个好方法。

在共同诉讼中，还有以下一些问题要引起注意。

(1) 共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利和义务的，其中只要有一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，那么对其他共同诉讼人也发生法律效力。对诉讼标的没有共同权利和义务的，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生法律效力。

(2) 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所有当事人有法律效力。如果代表人要变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解的，必须征得其他当事人的同意。否则，其行为无效。

(3) 如果诉讼的标的是同一种类，同时当事人一方人数众多，但在起诉时确切人数又尚未确定时，人民法院可以发出公告，说明案件情况和诉讼请求，并通知他们在一定期限内向法院登记，加入共同诉讼。在这一共同诉讼中，权利人也可以推选代表人进行诉讼。如果推选不出代表的，那么人民法院则可与他们商定代表人。代表难的诉讼行为对其所代表的当事人同样有法律效力。不过，代表人要变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解的，还须经其他被代表的当事人的同意。否则，其行为也无效。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

权利人在诉讼时效期间内提起诉讼的，适用该判决、裁定。

#### 8. 什么是民事官司中的第三人

这里讲的“第三人”，就是民事诉讼中的第三人。是指对他人之间的诉讼标的有独立的请求权，或者虽没有独立的请求权，但案件的审理结果与其有在法律上的利害关系，因而参加到原、被告之间已经开始的民事诉讼中来的人。第三人具有以下两个特征：第一，具有独立的诉讼请求，或者与案件的审理结果在法律上有利害关系。他们参加诉讼是为了维护自身的民事权益，而不是为他人。这是第三人与诉讼代理人的根本区别。第二，在他人的诉讼开始后才加入进来。如果他人的尚未开始，或者已经审结，那就不存在第三人问题了。

根据我国《民事诉讼法》的规定，第三人可以分为两类：

(1) 有独立请求权的第三人。这是一种对他人之间的诉讼标的认为有全部或部分独立请求权，而提出诉讼请求，参加诉讼的第三人。他们在诉讼中的地位相当于原告，并把原诉讼中的原告和被告都作为被告。因为，第三人认为无论是原告或被告胜诉，都会损害自己的民事权益，他们的主张都与自己的权益相悖。这种第三人实际上是以独立的实体权利人的资格，向法院提起了一个新的诉讼。正如我国《民事诉讼法》所规定的“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。”因此，他们既享有原告的诉讼权利，又应履行原告的诉讼义务。法院受理这类诉讼，就是把两个诉讼合并审理。这既有利于简化诉讼程序，又有利于案件的审理。(2) 无独立请求权的第三人。这是一种对他人之间的诉讼标的虽没有独立请求权，但案件的审理结果可能与他在法律上有利害关系，而参加到已进行诉讼中来的第三人。这种第三人与原告或被告在法律上有利害关系，如果他败诉，自己就可能要负担某种法律义务；如果他胜诉，自己就可能得到某种法律上的权利。因此，出于维护自己权益的需要，这种第三人可以支持原诉讼中的一方，而反对另一方。他们参加诉讼，可以由自己申请，也可由法院通知其参加。一旦加入了诉讼，他们便享有当事人的权利，同时要履行当事人的义务。《民事诉讼法》规定：“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和义务。”

明确民事诉讼中的第三人问题，是为了便于有关当事人及时加入诉讼，有效地维护他们应有的民事权益。

#### 9. 哪些人可担任民事诉讼的代理人

在民事诉讼中，以被代理人的名义，在法律规定或者当事人授权的权限范围里，代理一方当事人实施诉讼行为的人，称为民事诉讼的代理人。他们是具有独立诉讼地位的诉讼参加者，代理被代理人进行民事诉讼活动，维护被代理人的合法权益。

民事诉讼中的代理人具有以下三个主要特征：第一，在同一诉讼活动中，这种代理人只能代理一方当事人，不能代理双方，更不能作为被代理人的对方当事人进行诉讼。第二，代理人是以被代理人的名义，而不是以自己的名义进行诉讼活动。第三，只要代理人在代理权限内进行诉讼，其所产生的法律后果则由被代理人承担。

依据我国现行法律的规定，民事诉讼的代理人可以分为法定诉讼代理人

和委托诉讼代理人两种。同时，可以担当这两种诉讼代理人的人员也不尽相同。

法定诉讼代理人，是指按照法律规定而行使诉讼代理权的代理人。他们与被代理人之间往往有一定的身分关系，即近亲关系，如父母、配偶、成年子女等。如果没有近亲的，则由被代理人的监护人担任法定诉讼代理人。法定诉讼代理人依据法律规定，代理无行为能力和限制行为能力的当事人进行民事诉讼活动，目的是维护这些当事人的合法权益。民事的法定代理人与民事诉讼的法定代理人一致，如果民事的法定代理人代理当事人进行诉讼活动，也就成了法定诉讼代理人。当多个法定代理人之间互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。委托诉讼代理人，是指受当事人、法定代表人、法定代理人的委托，代为诉讼的代理人。这种代理人主要有三个特点：一是他们的诉讼代理权基于委托人的授权而产生。二是代理的权限通常由委托人决定。三是委托人必须向受诉的法院提交授权委托书。当事人的近亲属、有关的社会团体或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民，都可以担任委托代理人。代理人的人数为一至二人。委托诉讼代理人在向法院提交的授权委托书里必须记明委托事项和权限。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大使馆、领事馆证明；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。

#### 10. 诉讼代理人的代理范围有哪些

这是一个代理权限问题，即代理人可以在哪些领域内行使怎样的代理权。由于法定诉讼代理人与委托诉讼代理人不同，所以他们的代理范围也不完全相同。

法定诉讼代理人与被代理人之间存在着特定的法律关系，他们不是有一定的身分关系，就是有一种监护和被监护的关系，也就是说，法定诉讼代理人一般对被代理人负有保护和监督责任。同时，被代理人又是那些无民事行为能力或限制民事行为能力的人，他们不能表达或不能完全表达自己的意志。因此，在法律上，视法定代理人的意思表示为被代理人的意思表示，视法定代理人的诉讼行为为被代理人的诉讼行为。这样，法定代理人的诉讼地位便相当于被代理人的诉讼地位，可以代理当事人的一切诉讼行为，包括处分实体权利的行为。当然，法定诉讼代理人不可以自己的名义进行诉讼。还有，法定诉讼代理人的代理权会因条件变化而终止。在诉讼过程中，如果被宣告为无行为能力的当事人恢复了行为能力，或者被代理的未成年人达到了成年，那么法定代理人的诉讼代理权应自然终止。如果法定代理人自己丧失了民事行为能力或者死亡了，法定诉讼代理权也同样中止了。

委托诉讼代理人在授权范围内所进行的诉讼活动，对被代理人都发生法律效力，并由其承担法律后果。从这种意义上说，代理人的诉讼行为，也可视为被代理人的诉讼行为。但是，委托诉讼代理与法定诉讼代理不同，是以委托为其出发点，所以法律强调与委托有关的一些问题。我国《民事诉讼法》规定，委托他人代为诉讼的，须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书，其中要载明委托事项和权限；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，必须有委托人特别授权；诉讼代理人的权限如果变更或者解除，当事人应当书面告知人民法院，并由法院通

知对方当事人；离婚案件中有诉讼代理人的，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。律师熟悉法律，便于诉讼，是较为理想的委托代理人。代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据，可以查阅与本案有关的材料。如果案件审理终结、诉讼代理人丧失诉讼行为能力或者死亡，那么委托诉讼代理人也随之终止。

### 11. 证据有哪些种类

这里说的证据即是诉讼证据，是指在民事诉讼过程中能证明案件客观真实情况的根据。证据同时具有三个主要特征：一是客观性，即必须是客观存在的事实。二是关联性，即必须与待证的事实有联系。三是合法性，即它们的取得必须合法，即符合《民事诉讼法》规定的程序。根据我国《民事诉讼法》的规定，证据可归纳为七大类：

(1) 书证。即是一种以文字、符号、图画在物体上表达人的思想，其内容能够证明待证事实的证据。常见的有各种文书、文件、合同、单据、提单、票据、商品图案等。在民事诉讼活动中，书证是经常和大量运用的一类证据。

(2) 物证。即是一种以物体的存在来说明待证事实的证据。与书证不同，物证不具思想内容，只是用物体的外形、特征、规格、质量等客观存在起到证据作用。在民事诉讼中，当事人应向法院提交物证的原物，当提交原物有困难时才可提交复制品。

(3) 视听资料。即是一种以利用录像或录音磁带所反映的图像、音响，或以电子计算机储存的资料来证明待证事实的证据。通常的这种证据包括录像带、录音带、电影胶卷、传真资料、微型胶卷、电子计算机装置等贮存的数据、资料等。视听资料具有较强的真实性和准确性，是一种比较科学和有效的证据。

(4) 证人证言。即是一种以证人的口头或书面方式向法院提供的用以证明待证事实的证据。证人是民事诉讼的参与人，依法享有诉讼权利，承担诉讼义务，故意作伪证者，要负法律责任。

(5) 当事人的陈述。即是一种当事人在民事诉讼活动中向法院提供的有关案件情况，并用来证明待证事实的证据。它在诉讼中被广泛采用。只有与事实相符的陈述才能作为证明事实的根据。法院对当事人的陈述，应结合其他证据进行审核，既不可忽视，也不可轻信。

(6) 鉴定结论。即是一种鉴定人对当事人和法院指出的专门问题，用专业知识进行分析研究后得出结论，并以此来证明待证事实的证据。通常有医学鉴定、文书鉴定和会计鉴定等。鉴定人必须忠实地履行鉴定义务，故意作虚假鉴定的，要负法律责任。鉴定人由法院指定或聘请。

(7) 勘验笔录。即是一种法院审判人员对现场和物品等进行勘验、检查后所作的记录，并用以证明待证事实的证据。其中，包括对勘验对象的记载、测量、绘图、拍照等。勘验可以由当事人申请进行，也可由法院依照职权进行。勘验时，当事人应到场，但拒不到场的，不影响勘验的正常进行。

以上证据，可以单独使用，也可以结合起来使用，这由审案的需要来决定。当证据不一致，甚至相矛盾时，审判人员更要仔细审察，去伪存真。

### 12. 当事人有举证责任吗

回答是肯定的。我国《民事诉讼法》规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”这是由当事人在民事诉讼中的地位决定的。当事人是证

明的主体，他为了使法院确信自己提出的主张是正确的，就应提供相应的证据。这既有利于调动当事人的积极性，又有利于充分发挥法院的审判职能，迅速查明案情，及时结案。

当事人举证责任的分担一般原则是：谁主张什么，谁就应提供相应的证据来加以证明；如果不举证或不能举证，即有可能招致败诉。这对原告、被告和第三人都是如此。当然，举证责任在一走条件下还会转移。如当被告反驳原告提出的事实而主张自己的事实时，就应提供相应的证据。这样，原告的举证责任就转移到被告了。

当事人提供的证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。但是，对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。出示的书证应当是原件，物证应当是原物。可是，如果提交原件或原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。提交外文书证，必须附有中文译本。人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，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。法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其它证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以向法院申请保全证据，法院也可主动采取保全措施。这既是当事人提供证据的一种补救措施，又是法院取证的一种方式；既有利于保护当事人的合法权益，又有益于诉讼的进行。

如果有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，法院也应当调查收集。当法院向有关单位和个人调查取证时，有关单位和个人不得拒绝。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，经法院许可，可以提交书面证言。

### 13. 民事诉讼中的“期间”是怎么回事

这里的“期间”是民事诉讼中的专用词语，它有广义和狭义两种含义。广义的期间，是指由法律规定或受诉人民法院指定的诉讼法律关系主体实施诉讼行为的限定时间。狭义的期间，是指人民法院、当事人和其他民事诉讼参与人各自进行诉讼活动的期限。规定期间的目的在于有效地协调民事诉讼各方的行为，使他们及时行使诉讼权，履行诉讼义务，顺利地解决纠纷。

由于在民事诉讼中大量适用的是狭义期间，所以专述这类期间。根据我国《民事诉讼法》的规定，狭义期间中又可分为法定期间和指定期间两类。

法定期间，是指法律直接规定的期间。这类期间在我国的法律中有明确规定，通常会碰到的就有不少。如法院在接受财产保全的申请后，必须在四十八小时内作出裁定；拘留的期限在十五日以下；法院接到起诉，认为符合起诉条件的，应在七日内立案，并通知当事人；被告在收到起诉状副本后，应在十五日内提出答辩状；法院应在六个月内审结适用普通程序的案件，有特殊情况的，由院长批准，可延长六个月；当事人如果不服第一审法院的判决，要在十五日内向上一级法院提起上诉，等等。任何民事诉讼的参与人都要遵守这类期间，否则都将承担相应的法律责任。

指定期间，即是法院指定期间。这是依照诉讼的需要，法院根据其职权而确定的。如指定银行协助执行划拨存款的期限、限定当事人补正起诉状的

时间等。由于这种期间由法院根据诉讼的需要而限定，所以有一定的灵活性，遇有特殊情况，还可延长期限。

期间以时、日、月、年计算。期间开始的时和日，不计算在期间内。期间届满的最后一日是节假日的，以节假日后的第一日为期间届满的日期。期间还不包括在途时间，诉讼文书在期满前交邮的，不算过期。

耽误了期间将直接影响诉讼的进行。当事人如果故意或过失耽误了期间，那就无权再行使原本在期间内可以行使的权利。如果是因为不可抗拒的事由或者其他正当理由而耽误了期限，当事人可在障碍消除后的十日内，申请顺延期限。不过，是否准许，还得由法院决定。法院经审查后认为法定理由成立，才可准予顺延。顺延的期限，一般以补足实际耽误的期限为宜。

#### 14. 我国法律对送达问题是怎样规定的

送达也是一种诉讼行为，专指人民法院依照法定程序和方式，将诉讼文书或法律文书送交当事人和其他诉讼参与人的行为。受送达人即是送达的对象，即是民事诉讼的当事人或其他诉讼参与人。在执行程序里，受送达人还可以是有义务协助执行的人。送达具有一定的法律效力，能引起期间开始起算的法律后果，送达的完成还决定了调解书的生效时间等，因此受送达人应依法履行有关义务。

送达诉讼文书必须有回证，而且受送达人在送达回证上的签收日期为送达日期。因此，受送达人必须在回证上记明收到的日期，并且签名或者盖章。

送达的诉讼文书，应直接交给受送达人。如果受送达人是公民的，本人不在的可交给他同住的成年家属签收。如果受送达人是法人或其他组织的，应交给法人的法定代表人、其他组织的主要负责人或者该法人、组织负责的收件人签收。如果受送达人有诉讼代理人的，可由诉讼代理人签收。如受送达人已向法院指定代收人的，就由代收人签收。他们在回证上的签收日期均为送达日期。

受送达人或者他的同住成年亲属拒绝接收诉讼文书的，送达人应邀请有关基层组织或者所在单位的代表到场，说明情况，并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。这一做法即视为诉讼文书已送达。

受送达人也有可能收到由其他人民法院或邮寄来的送达文书。因为，我国《民事诉讼法》规定，直接送达诉讼文书有困难的，可以委托其他人民法院代为送达，或者邮寄。这些送达具有同样的法律效力。凡是邮寄送达的，受送达人在回执上注明的收件日期作为送达日期。

受送达人是以下主体的，有特殊的收受规定。如果受送达人是军人，就通过其所在部队团以上单位的政治机关转交；受送达人是被监禁的，通过其所在监所或者劳动改造单位转交；受送达人是被劳动教养的，通过其所在的劳动教养单位转交。以上代为转交的机关、单位收到诉讼文书后，必须立即交给受送达人签收。这一签收日期即为送达日期。

如果受送达人下落不明的，或者无其他方式送达的，法院就会用公告形式送达。自发出公告之日起，经过六十日，即视为送达。这一点必须引起受送达人的重视，不可忽视这一送达方式。

#### 15. 什么是法院调解

法院调解是一种在人民法院的主持下，就争议的民事权利义务关系，通过说服和疏通，促使双方当事人自愿达成协议，从而解决纠纷的民事诉讼活

动。法院调解是人民法院审理民事案件所进行的一种诉讼活动，也是结案的一种方式。

法院调解作为一种民事诉讼活动，有其自身的特点，主要有以下三个方面：第一，调解贯穿于审判程序的各个阶段。它发生于当事人起诉、控诉，人民法院受理案件后，并可适用于诉讼全过程。第二，调解在人民法院主持下进行。审判人员依照法律的规定进行调解。主持人可以是一个审判员，也可以是合议庭。他们在调解中始终处于主导地位。第三，双方当事人自愿达成调解协议。调解以自愿为原则。调解协议由双方当事人自愿达成。达成协议后，一般应制作调解书。双方当事人签收后的调解书，即具有了法律效力，双方当事人均应遵守。

法院调解与诉讼外调解不同，其区别主要是：首先，法院调解是民事诉讼中的一种行为。它是法院通过说服、疏通的方法，使双方当事人达成协议，解决民事纠纷，审结民事案件。诉讼外调解都不具诉讼性质。它们有的是民间性调解，这只是一种民间行为；有的是行政性调解，这也只是一种行政行为。它们都不是诉讼行为，与法院调解不同。其次，法院调解必须由法院和双方当事人会合进行。调解时，在法院审判人员的主持下，双方当事人进行协商，即把法院的审理与当事人的协商活动结合在一起。诉讼外调解则不然。它们的主持人不具有审判职能，调解活动只是一种调停活动，当事人之间仅以和解方式处分其权利。最后，法院调解后所达成的协议具有法律效力。经过法院调解后，如果双方当事人能达成协议的，这种协议就有法律效力，与判决书相同，当事人都要依其行事，否则要被追究法律责任。诉讼外调解达成的协议，即使制作成调解书，也不是诉讼文书，不具有与判决书相同的效力。

法院调解是我国人民司法工作的优良传统和成功经验。它的实施，有利于迅速解决民事纠纷；有利于社会安定和生产建设；有利于协议的执行；有利于进行法制教育。因此，它被广泛地运用于民事诉讼，是解决民事纠纷的首选方式。

#### 16. 法院调解的原则是什么

法院调解的原则，是指人民法院的审判人员在主持调解工作和当事人进行协商时，都必须遵循的原则。这一原则既是由法院调解的性质所决定的，又是依据调解活动的正常、合法开展的需要而确定的。

根据我国《民事诉讼法》的规定，法院调解有以下三个原则：（1）查明事实，分清是非进行调解的原则。查明事实是调解首先要进行的工作，也是调解工作得以开展的基础。这里的事实是指双方当事人对争议的那些事实陈述基本一致，并能提供可靠的依据，无需作大量调查就可判清的事实。查明事实的目的在于分清是非，即分清引起发生纠纷的责任。在查明事实和分清是非的前提下，人民法院便可判明双方当事人各应享有的权利和承担的义务，并进行调解。我国的《民事诉讼法》也对这一原则作了明确的规定：“人民法院审理民事案件，应当在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。”

（2）当事人双方自愿进行调解的原则。这一原则中的自愿主要含有这么两层意思：一是当事人自愿决定是否采用调解的方式来解决存在的纠纷。其中，当事人可以要求法院对现存的争议采用调解的方式进行解决；法院也可以询问当事人是否愿意采取调解的方式解决纠纷。不过，是否使用调解这一形式的最后决



定权在于双方当事人自己，法院不可强行干涉。二是当事人是否愿意达成双方都接受的协议，也完全取决于他们自己，任何人不得强加于当事人，包括法院。至于达成协议的方法，可以是在法院的指导下，双方当事人互相协商，达成协议；可以是在法院的主持下，一方当事人提出协商内容，另一方当事人愿意接受；也可以是审判人员首先提出达成协议的方案，再由双方当事人商量、修改，最后接受。（3）合法进行调解的原则。这一原则包括的含义主要有二：一是调解的程序要合法。法院在调解过程中，必须严格地按照法定程序和原则进行，不能违背它们。二是调解协议的内容要符合国家法律的规定，不可损害另一方当事人、国家、集体或他人的合法权益。也就是说，调解也须严格依法进行。

以上三原则是一个整体，缺一不可。只有全面贯彻这三个原则，法院调解才能正常依法进行，纠纷才能得到顺利的解决。

#### 17. 法院调解是怎样进行的

这实际上是一个法院调解的程序问题。在我国，法院调解的过程就是当事人进行诉讼活动的过程。因此，在原则上，调解程序与诉讼程序合为一体，不存在与诉讼程序没有关系的独立的调解程序。根据我国现行法律的规定和现存的审判实践，法院调解一般有这么三个阶段：调解开始、调解进行和调解结束。

（1）调解开始。法院调解的开始，可以由当事人的申请而起始，也可以由法院主动提出而开始。但是在审判实践中，法院的审判人员主动提出，并征得双方当事人的同意后开始调解的居多。调解可以由一个人主持，也可以由合议庭主持。调解的地点，可以在法庭内，也可以就地进行。这里说的就地进行是指在案件发生地进行。这既有利于法院了解案情，又利于得到当事人所在单位和有关公民的协助，切实有效地进行调解。法院在调解时，可以采用简便方式通知当事人、证人到调解地点，参与调解。如果确有审案需要的，法院甚至可以邀请当事人的所在单位、地方基层组织的派员和当事人的亲戚、朋友、邻居等一起参加调解，协助搞好调解工作。协助方式一般是做当事人的思想工作，疏导他们妥善解决已有的纠纷。与不公开审判一样，凡涉及国家秘密、个人隐私和法律有明文规定的，法院调解也不公开进行。除此以外，法院调解公开进行。

（2）调解进行。法院在进行调解时，主要从以下三个方面着手：一是查明案件事实。这是调解的基础。不查明案件事实，就不可能有的放矢地调解，甚至误导调解。因此，调解开始后，当事人应各陈事实和理由，并出示必要的证据，有证人的还要安排证人发言。二是讲明有关法律和政策。法院调解是依法进行的调解，要贯彻国家的法律和政策。因此，审判人员要向当事人讲清有关法律和政策，晓以利弊，分清是非，提高觉悟，为最后结案奠定基础。三是引导当事人在协商中达成协议。这是法院调解所要达到的目的，也是最终解决纠纷的一种方式。因此，法院会引导当事人不断协商，并最终达成协议。

（3）调解结束。法院调解的结束有两种情况：一是双方当事人经过调解和协商，达成协议，较为顺利地解决纠纷而结束。二是调解不成而结束。调解不成的情况又有多种。有的是双方当事人因各种原因达不成协议；有的是在调解书到达前又反悔；等等。凡调解不成的，法院应终止调解，并及时以判决的方式结案，不能久拖不决。

## 18. 法院调解的效力如何

这是一个诉讼当事人十分关心的问题。这个问题也直接关系到当事人是否愿意参加法院调解。不过，请当事人放心，法院调解的效力决不亚于判决，下面具体说一说。

以调解方式结束民事诉讼，是调解所产生的程序上的法律后果。实际情况是，大量的民事诉讼案件皆是通过法院调解而解决的。对于由调解方式了结的案件，同一法院不得再作审理或者另行判决。这与判决类似。

除了判决不准离婚或调解和好撤诉的离婚案件，以及追索赡养费、抚养费、抚育费等涉及人身关系的案件以外，当事人不得就调解解决的纠纷，以同一事实和理由，再向法院起诉。这也与判决一样。

因为调解协议是双方当事人自愿达成的，真实地反映了他们的愿望。因此，当调解书经双方当事人签字生效后，当事人不得再提起上诉。这与判决相似。当事人收到判决书后，有十五天的上诉期，过了这一时间，判决书的内容生效，就不得再上诉。

另外，具有给付内容的调解协议或调解书生效后，义务人不履行有关义务的，权利人即对方当事人有权向法院申请强制执行。这也与判决一致。

当然，在司法实践中，也出现过当事人反悔，不愿履行调解协议中内容的情况。对于这种情况，法院将针对不同的反悔情形依法作出处理。主要是：在达成调解协议以后，还没有制作调解书，或者调解书已经制成而没有送达，而当事人一方或双方反悔的，就视为调解没有成功。这时法院应通知双方当事人，继续审理此案，并及时作出判决。当调解书送达时，当事人中的一方或双方拒收调解书，要求重新审理，即为反悔，也按上述办法处理。但是，如果当调解书已经送达，双方当事人均没有表示异议，而在过后才反悔要求重审的，那么，法院就会告诉反悔人调解已民事生效，应该依其履行义务。如果有异议，只能按申诉处理，而且在申诉期间不影响原调解书的执行。

关于调解书的内容。调解书是人民法院确认诉讼双方当事人达成调解协议的法律文书。它由首部、正文和尾部组成，其内容基本同于判决书。

## 19. 财产保全是怎么回事

财产保全是我国《民事诉讼法》所规定的一项重要制度。它是指人民法院对于民事案件在立案前或受理后，由于应急情况，为了保证将来的生效判决得到全部执行，而对当事人的财产或争执的标的物所采取的临时性的强制措施。

财产保全又可分为诉讼财产保全和诉前财产保全。

诉讼财产保全发生在法院受理案件以后。必须符合以下两个条件，法院才可采取这一强制措施：（1）所受理的案件必须属于给付之诉，如果诉讼请求与给付钱财或某种行为无关的，就不宜采用诉讼财产保全。（2）因为有一方当事人的行为或者其他原因，致使生效的判决不能执行或难以执行的。根据我国《民事诉讼法》的规定，诉讼财产保全的程序依次为：首先，当事人应向法院提出诉讼财产保全的申请，申请形式一般以书面为形式。如果是口头形式，法院要作记录，并由申请人签名、盖章。当然，法院在认为必要时也可主动采取诉讼财产保全措施，这时就不必责令申请人提供担保了。其次，法院审查诉讼财产保全申请，如果认为有必要的，会责令申请人提供担保。如果申请人拒绝担保要求，法院将会驳回申请。最后，法院作出执行的裁定，并付诸执行，情况紧急的，法院将在接到申请后的四十八小时内作出裁定。

法院的裁定书送达对方当事人时，即发生法律效力，接受人要按裁定的执行。它的这种效力一般延续到判决书或调解书生效时为止。如果当事人不服这种裁定，可以申请复议一次，但这不影响裁定的执行。经复议，法院认为裁定正常的，会驳回申请；认为裁定不当的，就会作出新裁定，变更或撤销原裁定。诉前财产保全发生在法院受理案件前。使用这一措施须出现下列的情况：（1）情况紧急，如不立即申请诉前财产保全会使利害关系人的合法权益受到难以弥补的损害。（2）申请诉前财产保全人提出申请时，必须提供担保，这一申请必须与即将提起的诉讼有必然的联系。诉前财产保全的程序与诉讼财产保全基本相同。

如果以上的财产保全的申请有错误，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失，目的是为了防止申请人滥用这种权利。

我国《民事诉讼法》中规定的财产保全十分有必要。因为，法院审理案件，乃至作出判决需要一段时间。在法院审案前后，当事人有可能会把有争议的财产隐藏、转移、变卖或损坏，也可能由于自然的原因而使有关财产变质或损坏，以致法院作出判决后无法执行或难以执行。及时进行财产保全后，便可避免出现以上情况。这有利于保护当事人的合法权益和诉讼的顺利进行。

## 20. 在什么情况下法院可以先予执行

先予执行，又称先予给付，是指人民法院在审理民事案件作出判决前，就裁定一方当事人预先给付另一方当事人一定数额的钱财，并立即执行的一种应急措施。它对于解决民事诉讼中权利人的生活、生产或经营的急需，保障他们的合法权益，都有着积极的意义。

根据我国《民事诉讼法》的规定，先予执行适用以下范围：一是追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用等。二是追索劳动报酬。三是因情况紧急需要先予执行的。非属以上范围的，法院不可采用先予执行措施。

法院在受理民事案件时，认为要采用先予执行措施，还必须符合以下一些条件：（1）当事人必须自己提出要求先予执行的申请。如果法院认为有必要的，还会责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，法院就会驳回申请。

（2）当事人之间的权利、义务关系明确，不先予执行会严重影响申请人的生活或生产、经营。即是说如果不先予执行，权利人就会难以维持正常的生活或生产、经营，待判决后再给付，就会缓不济急。（3）被申请人即对方当事人有履行给付的能力。如果被申请人无履行的能力，即使采取了先予执行措施，也不会收到实际成效。

法院依照以上条件对申请进行审核。如果确系符合条件的，法院应以书面形式作出裁定，并通知申请人。法院裁定先予执行，并在审案后判决申请人败诉的，申请人应负赔偿被申请人因先予执行而遭财产损失的义务。

先予执行的裁定书送至当事人后，裁定即发生法律效力，当事人应立即执行。如果不服的，可以要求法院复议一次，但复议期间不停止裁定的执行。被先予执行的钱财应在审案结束后的判决主文中写明，并在被告应付的金额中加以扣除。先予执行裁定的效力，在判决书或调解书、上诉审法院撤销原判决后，自行消灭。

## 21. 哪些行为属于妨害民事诉讼的行为

妨害民事诉讼的行为，是指在民事诉讼过程中，当事人、诉讼参与人以及其他破坏诉讼秩序，阻碍诉讼活动正常开展的违法行为。任何一种妨害

民事诉讼的行为，均具备下列四个共同构成要件：

(1) 妨害民事诉讼的行为。也就是说，行为人实施了妨害民事诉讼的行为，并有在客观上出现了妨害诉讼程序正常进行的事实。如果行为人只有妨害正常进行的意图，或者着手实施妨害行为后又自动中止，没有造成妨害诉讼后果的，都不能认为已具备有妨害民事诉讼的行为。

(2) 故意实施妨害民事诉讼的行为。即是行为人以妨害民事诉讼为目的而实施违法行为。过失行为不能构成妨害民事诉讼的行为。

(3) 在民事诉讼进行过程中实施的行为。这里所指的过程的时间是从提起诉讼至诉讼终结以前。其中，包括在法庭审理或执行过程中、法庭审理以外等。如果在诉讼过程中实施了与诉讼无关的违法行为，也不能认定为妨害民事诉讼的行为。

(4) 具有行为能力的人。实施妨害行为的人还必须是具有民事行为能力和诉讼行为能力的人，因为他们可承担自己妨害民事诉讼行为的责任。没有这种行为能力者也不能构成妨害民事诉讼的行为。

以上四个要件总合构成妨害民事诉讼行为，缺一不可。那么，有哪些具体的这种行为呢？大致可分为三类：(1) 在诉讼中，已经两次传票传唤，必须到庭的被告无正当理由而不到庭的行为。这里的被告一般是指追索赡养费抚养费、抚育费、抚恤金和劳动报酬争议案件，以及法院认为不到庭就无法查明案情的特定案件的被告。

(2) 诉讼参与人或其他人有下列行为之一的，也属于妨害民事诉讼的行为。它们是：违反法庭规则，冲击法庭，侮辱、诽谤、威胁或殴打审判人员，情节较轻的；伪造、毁灭重要证据，妨碍法院审案的，用暴力、威胁、收买手段阻止证人作证，或者指使、收买、胁迫他人作伪证的；隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产；对司法人员、诉讼参与人等进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的，用暴力、威胁或其他手段阻碍司法人员执行职务的；拒不履行已经生效的判决、裁定和调解书内容的。

(3) 有义务协助调查、执行的单位妨害民事诉讼的行为。只要这些单位有下列情形之一，也就属于妨害了民事诉讼。它们是：有关单位拒绝或者妨碍法院调查取证；银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位接到法院协助执行的通知后，拒不协助查询、冻结或划拨存款；有关单位接到法院协助执行的通知后，拒不协助扣留、提取被执行人的收入，办理有关财产权证照的转移手续，移交有关票证、证照、其他财产的；以及其他拒绝执行的行为。有妨害民事诉讼行为者，将依法被适用强制措施。

## 22. 法院对妨害民事诉讼的行为可采用哪些强制措施

妨害民事诉讼行为是一种违法行为，它直接有损正常的诉讼秩序，应该被适用强制措施。根据我国《民事诉讼法》的规定，人民法院对于妨害民事诉讼行为人可以依据不同情节，有权适用五种强制措施：

(1) 拘传。这是法院对必须到庭，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的被告采取的一种强制措施。采用这一措施须经本院的院长批准，并签发拘传票。必要时，可以对被拘传的被告使用械具。

(2) 训诫。这是法院以口头或者书面方式对妨害民事诉讼行为人进行公开、严肃的批评和教育，责令其不得再犯的一种强制措施。它适用于有较轻微的妨害民事诉讼行为者。适用这一强制措施时，应由合议庭或独任审判员

决定并宣布。

训诫的内容应由书记员记入笔录。

(3) 责令退出法庭。这是法院命令违反法庭纪律的人退离法庭的一种强制措施。它也适用于一些虽有违反法庭纪律并妨害民事诉讼，但情节较轻的行为人。适用这一措施，应由审判该案的独任审判员或合议庭作出决定，并由他们口头宣布。有关情况要记入笔录。

(4) 罚款。这是法院责令妨害民事诉讼行为者交纳一定数额货币的一种强制措施。对个人和单位的罚款金额不等，个人为人民币一千元以下，单位为人民币一千元以上三万元以下。适用这一强制措施须经本院院长批准，还要有决定书。如果被罚款人不服，可以向上级法院申请复议一次，但复议期间不停止执行。

(5) 拘留。这是法院在一定时间内限制妨害民事诉讼行为人人身自由的一种强制措施。它比以上四项措施更为严厉。拘留期限为十五日以下。被拘留人是那些行为性质严重，情节恶劣，并已造成一定后果，但又够不上刑事处理，不拘留不足以教育其本人并可能造成更严重后果的人。拘留也须经本院院长批准，并有决定书。被拘留人如果不服，可以向上级人民法院申请复议一次，但复议期间仍不停止执行。被拘留人由公安机关看管。在拘留期间，如果被拘留人承认并改正错误的，法院可以决定提前解除拘留。这里所讲的拘留，亦称为司法拘留，与刑事拘留和行政拘留均不同。民事诉讼中的拘留只适用妨害民事诉讼的行为人，他们既未构成犯罪，也没违反治安管理条例。拘留的目的是为了保证民事诉讼的正常进行，而不是为了防止人犯逃避侦查、审判，也不是为了维护正常的社会治安秩序。

以上五种强制措施根据不同情况选用，不可滥用。另外，也只有人民法院有权决定使用，任何单位和个人均不可非法拘禁他人或私自扣押他人财产追索债务。否则，将被追究刑事责任，或予以拘留、罚款。

### 23. 打民事官司的费用如何计算

依照我国《民事诉讼法》的规定，人民法院在决定受理民事案件时，应依法向当事人征收诉讼费。目前，法院征收的诉讼费主要是四类：财产案件受理费、非财产案件受理费、其他诉讼费和执行费用。

财产案件受理费的征收办法是：按照当事人争议财产的价额或金额，规定一个最低限额，限额以下的按固定数额征收，限额以上的按一定比率征收。征收费用的速算公式是：受理费 = 诉讼标的价额或金额 × 本级收费率 + 本级速算增加数。具体见下表。

级数	诉讼标的价额或金额的级距	收费率	速算增加数 (单位:元)
1	1千元以下的	固定每件收50元	0
2	超过1千元至5万元的	4%	10
3	超过5万元至10万元的	3%	510
4	超过10万元至20万元的	2%	1510
5	超过20万元至50万元的	1.5%	1500
6	超过50万元至100万元的	1%	5010
7	超过100万元的	0.5%	10010

如果有一遗产继承案，诉讼标的争议的遗产金额为60万元，那么受理费应是  $60\text{万} \times 1\% + 5010 = 11010$  元。即第一审法院会向当事人征收11010元的受理费。

非财产案件的受理费一般采用按件征收办法。由于我国的社会情况比较复杂，所以现在只规定一个幅度，各地可在幅度内确定一个具体数额。如离婚案，每件收费十至十五元，涉及财产分割的，财产总额不超过一万元的，不另收费用；超过一万元的，超过部分按1%征收。

第一审案件的受理费由原告预交，被告反诉的，则由被告预交。预交时间在原告收到法院预交诉讼费通知书次日起的七日内。反诉的被告在提出反诉的同时预交。当事人在规定的期限内不交受理费的，按自动撤诉处理。另外，追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金和劳动报酬等案件的，不需预交，待结案后由败诉方交纳。第二审案件的受理费，应由上诉人在提交上诉状时预交；双方当事人提出上诉的，由他们分别交纳。案件需要移送的，受理费也应由负责审案的法院收取。

根据我国的有关规定，法院审理财产案件的，除要收受案件的受理费外，还要向当事人收取其他诉讼费用。这种诉讼费用包括：勘验费、鉴定费、翻译费、公告费；证人、鉴定人、翻译人员的交通费、住宿费、生活费和误工补贴费；诉讼文书制作复印费；财产保全申请费和实际支出的费用；还有法院认为应由当事人交纳的其他诉讼费用。上述要交纳的各项费用，由法院在审结时一并结算。

执行费用是一种法院为执行已生效的判决、裁定、调解书和其他法律文书所实际支出的费用。它包括两部分：一是申请执行费，二是执行的实际支出。申请执行费由申请人预交，标准是：执行金额或价额在一万元以下的，各件交纳50元；超过一万元至五十万元的部分，按0.5%交纳；超过五十万元的部分，按0.1%交纳。执行的实际支出包括：法院委托有关单位和个人转运查封、扣押财物所支出的费用、强制迁出房屋所支出的费用，等等。

征收诉讼费用的一个普遍原则是由败诉人负担，即由败诉人最后与法院给清诉讼费用。但是，由于各案情况复杂，所以有些情况还另有规定。如当事人部分胜诉、部分败诉的，就按胜、败诉比率交纳；原告撤诉的，诉讼费由原告承担；调解案件达成协议的，诉讼费由双方当事人协商解决并交纳；

当事人因为自己的不正当诉讼行为所支出的费用，由其自行承担；强制执行案件的费用，由被执行人支付等。

当事人交纳诉讼费用确有困难的，可依法向法院申请缓交、减交或免交。但获准者必须符合以下三个条件：申请人必须是公民；经济上确有困难；须经受案的法院批准。

## 二、民事官司的程序

### 24. 民事官司起诉要符合哪些条件

民事诉讼中的起诉，是指公民、法人和其他组织因自己的民事权益受到侵害或与他人发生争议，而以自己的名义请求人民法院通过审判给予法律保护的诉讼行为。当事人要起诉必须符合以下条件，否则法院不会受理。

(1) 原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。也就是说，原告到法院要求法院保护或确认的民事权益，必须是自己或者受自己保护的民事权益。如果不是这样，原告与有争议的诉讼标的就没有直接的利害关系，当然起诉也就不能成立了。

(2) 必须有明确的被告。原告在起诉时必须指明被告是谁，即要明确是谁侵害了自己的民事权益，或者与自己发生了民事权益的争议。如果没有明确的被告，法院就无从进行审判活动，诉讼的目的也就无法实现了。

(3) 必须有具体的诉讼请求、事实和理由。这里说的诉讼请求是指原告要求法院保护自己民事权益的内容；事实是指原、被告之间发生纠纷的经过及有关问题；理由是指原告要求保护自己合法权益的法律根据和原由。这些也是在起诉时应明确申明的，否则法院还是缺乏审判的根据。

(4) 必须属于法院受理民事案件的范围和受诉法院的管辖。这是法院受案的主管权和管辖权问题。为使民事诉讼有条不紊地进行，法律对法院内部的受案范围和案件的管辖均有规定。它们不能受理不属自己受案范围和管辖的案件。如果原告起诉了，法院也会依法处理。

以上四个条件是起诉必须同时具备的法定条件，我国《民事诉讼法》也有明文规定。如果不符合其中任何一个条件，当事人就不必向法院起诉，法院也不会接受这种起诉。

至于起诉的方式，通常有书面、口头两种。只有在原告书写起诉状有困难时，才允许口头起诉，因此起诉的原则规定是书面方式。如果法院接受了口头起诉，就会将起诉内容记录在案，并告知被告。

起诉状应具备三个方面的内容：(1) 当事人的基本情况。其中，包括姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位和住所，法人或其他组织的名称、住所、法定代表人或主要负责人的姓名及职务等。(2) 诉讼请求和所根据的事实和理由等。(3) 证据、证据的来源、证人的姓名和住所等。在以上内容中切忌有谩骂和人身攻击的内容，而应实事求是地书写。

### 25. 什么是反诉

反诉是一种特殊的起诉形式，是指在已经开始的诉讼中，被告把本诉的原告作为被告，自己作为原告，向法院提出的和本诉有联系的一种独立反请求。它同样按起诉的程序和方式提起。反诉的一个特点是被告没有从程序或实体上去反驳原告的诉讼请求，而是通过提出反请求使原告的权利全部或部分失去作用，甚至可得到新的合法权益。这利于法院合并审案，一起解决有关的问题，节省时间、人力和物力。

不是所有民事诉讼中的被告都可提出反诉，因为它必须符合以下的一些条件：(1) 反诉的当事人必须是本诉的当事人，而且是本诉的被告告诉原告，交换了原当事人的诉讼地位。(2) 反诉必须在原告提起本诉后至法庭辩论终结前的时间内提出。(3) 反诉必须向受理本诉的法院提起，否则它就不能成立。(4) 反诉必须与本诉有事实或者法律上的联系，否则就要另行起诉。(5)



对反诉不能再提起反诉等。

反诉与起诉相比较，有明显的区别，主要是：（1）反诉的原告具有特定性。他只能是本诉中的被告。但起诉的原告则具有广泛性，只要被侵害或与他人发生争议的公民、法人和其他组织，都可以原告身份向法院起诉。（2）反诉的诉讼请求具有独立性。反诉提起后，即使离开本诉，反诉也独立存在。起诉在程序上先于反诉而存在，不具反诉的这种独立性。（3）反诉的目的具有对抗性。它要抵销、动摇或者吞并原告的本诉要求等。起诉则不然，它是要取得依法应享有的权益。（4）反诉的程序具有不规定性。法律对反诉的程序没有作严格的规定。起诉的程序则规定得十分明确。（5）反诉的请求与理由具有联系性。即反诉的请求与理由必须与本诉相联系，受它的制约。起诉则没有这种制约。因此，在实践中，不可把反诉与起诉混为一谈。

根据我国的司法实践，反诉的提起，参照起诉的规定，并结合反诉的特点。先应提交反诉状及其副本，在诉状中应写明反诉的请求、理由和根据。法院应及时审核反诉状，并通知反诉人。如果符合反诉条件的，法院应与本诉合并审理。反诉的原告撤诉的，不影响法院对本诉的审理。同样，本诉的原告撤诉的，也不影响法院对反诉的审理。在审理反诉案件时，法院应分清双方当事人在本诉和反诉中的各自权利、义务，以便双方当事人依法享有权利，履行义务。

#### 26. 法院是如何受理原告起诉的

这虽是法院的工作，但了解了它，便能更有利于打民事官司，减少不必要的周折。

这里说的受理也是一种诉讼行为。是指人民法院审查起诉后，认为符合法定起诉条件的，予以立案并进行审理的一种诉讼行为。它是起诉的结果。没有受理，民事诉讼便无从开始，起诉也不能达到预期的目的。下面讲一讲受理问题。

首先，法院要审查起诉。审查的内容主要是以下一些方面：起诉是否符合法定条件：是否属于重复起诉，是否属于法定在一定期间内不得起诉的范围；起诉手续是否完备，内容是否明确，起诉人是否具有诉讼行为能力等。

如果法院经过审查起诉后，发现不符合起诉条件的就应进行以下的处理：（1）属于行政诉讼受案范围的，应告诉原告进行行政诉讼。（2）双方当事人已达成合同纠纷仲裁协议的，应告诉当事人向仲裁机关申请仲裁；不属本院管辖的，应告诉原告去有管辖权的法院起诉。（3）对判决、裁定已经发生法律效力案件，应告诉原告按申诉方法处理。（4）在一定期限内不得起诉的案件，应告诉原告需过了期限才可起诉，等等。对于以上不符合受理条件的案件，法院应在收到起诉后的七日内作出不予受理的裁定。如果原告不服裁定，可以提起上诉。

如果法院决定要受理起诉的案件，除了要符合四个起诉的条件之外，还应注意以下这些情况，因为根据司法实践和有关理论，它们也在可受理范围。这些情况是：（1）裁决不予受理和驳回起诉的案件，原告再次起诉，而且原裁定不予受理、驳回起诉的理由消失的；当事人撤诉或法院按撤诉处理后，当事人以同一诉讼请求再次起诉的。（2）对当事人违反行政法规造成的侵权行为，有关行政部门依照行政法的规定调解不成或调解成立后一方反悔，当事人向法院起诉的。（3）病员及其亲属只要求医疗单位就医疗事故赔偿经济损失向法院起诉的。（4）判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决、调

解维持收养关系案件的被告向法院起诉的。(5) 夫妻一方下落不明, 另一方诉至法院, 只要求离婚的。(6) 已裁判的有关赡养费、扶养费、抚育费的案件, 因情况发生变化, 一方当事人要求增加或减少这些费用的。(7) 刑事案件的受害人未曾提出过附带民事诉讼的, 刑事案件的被告人在宣告无罪后未附带民事诉讼的, 刑事自诉被驳回或者撤诉后受害人又起诉, 要求赔偿损失的, 等等。

法院决定受理的案件, 应在接到诉状的七日内立案。如果起诉状中的内容有错误或欠缺, 应告诉原告, 并要求其纠正或补充。一旦法院受理此案后, 便确定了当事人的诉讼地位, 此法院也就取得了该案的审判权, 原告不得再因同一诉讼请求而起诉, 法院也不可受理重复起诉, 诉讼时效也自然中断。

### 27. 法院在开庭审理前要做哪些准备工作

为了保证审案工作的顺利进行, 法院的案件承办员在开庭前有必要作好准备。其主要任务是: 搞清原、被告的请求和答辩, 查明和收集解决纠纷的证据等。这是普通程序开庭前的一个必经阶段。

根据我国《民事诉讼法》的有关规定, 法院应在开庭审理前做好以下准备工作。这虽主要是法院的工作, 但当事人知晓后可给予积极配合, 以便尽早依法结案。

(1) 把起诉状的副本发送给被告, 并限期提出答辩状, 以便原告及时收到答辩状。这些工作准备都要在法定的时间内完成, 不可拖延。其时间规定是这样的: 法院应当在立案之日起五日内将起诉状的副本发送给被告, 被告在收到之日起十五日内提出答辩状并交至法院。被告提出答辩状的, 法院应当在收到之日起五日内将答辩状副本发送给原告。如果被告不提交答辩状的, 不影响法院审案。

(2) 告知当事人有关的诉讼权利和义务。为了确保民事诉讼活动的正常进行, 也为了保证当事人能充分地行使权利和承担相应的义务, 有必要在开庭前就告知当事人。告知的方式可以是在受理案件的通知书和应诉的通知书里写明, 也可以是口头告知。

(3) 告知当事人合议庭的组成人员。法院在决定受理案件后和开庭前, 应根据案件的具体情况决定审判组织形式。如果实行合议制的, 就应确定它的组成人员, 并把组成情况在组成合议庭后的三日内告诉当事人。当事人对合议庭组成人员有提出申请回避要求的, 法院应依法进行处理。(4) 认真审核诉讼材料, 调查收集必要的证据。需要审核的诉讼材料主要是: 起诉的手续和起诉状的内容是否完备; 原告的诉讼请求是否合法, 被告有否提出反诉; 原告、被告是否符合当事人的条件; 在提交的有关证据中, 是否已周全; 等等。法院可根据案件的情况, 采用就地调查和委托调查等方法进行调查, 收集必要的证据。就地调查由审判人员直接深入现场进行, 包括组织调查, 收集证据等。委托调查由受诉法院委托其他法院进行。受委托法院应在接受委托后的三十日内完成调查事项, 因故不能完成的, 也应在上述期限内函告委托法院。

(5) 追加当事人。如果审判人员在审核材料和调查中, 发现有必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的, 应及时通知其参加, 追加为当事人。被追加的当事人如属原告的, 法院还应及时通知其他当事人; 如属被告的, 要及时通知其参加诉讼, 其拒绝参加的, 不影响诉讼的进行。

### 28. 民事官司中第一审程序的开庭审理是怎样进行的

开庭审理又称法庭审理，是在审判人员主持和当事人及其他诉讼参与人参加下，按照法定程序，对案件进行实体审理，并依法作出裁判的全过程。它是整个民事诉讼中最基本和最重要的阶段。因此，当事人必须十分重视这一诉讼阶段。

开庭审理的方式有两种：（1）公开审理。公开审理是法院的基本审理方式，除法律有特殊规定外，应一律公开审理案件，其中，包括对当事人和社会都公开。（2）不公开审理。除当事人和其他诉讼参与人出庭外，不允许旁听、采访和报道等。它适用于两大类案件：一类是法定的不公开审理，如涉及国家机密和个人隐私的案件。另一类是当事人申请不公开审理，如离婚及商业秘密案件等。

开庭审理的程序分为预备、法庭调查、法庭辩论和评议宣判四个阶段。

（1）预备阶段。这是决定开庭审理前的阶段。在这一阶段中要做的工作有：法院在开庭前三日要传唤当事人，通知其他诉讼参与人，凡公开审理的案件，法院要公告当事人的姓名、案由、开庭的时间和地点；书记员要查明当事人、其他诉讼参与人是否到庭，按期审理的，还要宣布法庭纪律；开庭审理时，审判长要核对当事人，宣布案由及审判人员、书记员名单，告知当事人有关的权利和义务，询问当事人是否提出回避申请。此外，还要对未到场的证人、鉴定人等作出处理。

（2）法庭调查阶段。这是开庭审理中的中心环节。它的主要任务是核对证据、查清案情、认定事实，为作出正确的判决奠定基础。法庭调查的顺序是：当事人陈述，证人作证，或宣读未到庭证人的证言；出示书证、物证和有关的视听材料；宣读鉴定结论，宣读勘验笔录。此外，当事人还可向法庭提出新的证据。经法庭允许，他们还可向证人、鉴定人、勘验人发问。如果当事人提出要重新调查、鉴定或勘验要求的，还要由法院作出准否的决定。

（3）法庭辩论阶段。在这一阶段中，由审判人员主持，当事人、第三人可对法庭调查的事实和证据，用口头方式有秩序地申述各自的意见，相互辩论。目的是使案件的事实和当事人之间的是非曲直进一步明朗化。这一辩论按下列顺序进行：原告及其诉讼代理人发言；被告及其诉讼代理人答辩；第三人及其诉讼代理人发言或答辩；互相辩论。

（4）评议和宣判阶段。法庭辩论结束后，当事人如不愿调解或达不成协议的，审判长宣布休庭，合议庭成员退庭转入评论阶段。评议后一般应确定和制作判决主文，然后再写就判决书全文。宣判一律公开进行。宣判的时间，可以当庭，也可以另外定期。当庭宣判的，应在十日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。

以上四个阶段必须依次进行，缺一不可。

## 29. 什么是撤诉、延期审理和缺席判决

撤诉、延期审理和缺席判决是《民事诉讼法》中的三个方面。其基本情况如下：

（1）撤诉，是指在人民法院受理案件后至作出裁判前这一时间内，原告向法院申请撤回起诉的行为。撤诉行为分为两类：一类是原告主动要求撤诉；另一类是法院根据原告中途退庭等表示，作撤诉处理。原告主动要求撤诉的，要符合以下条件：申请撤诉者只能是原告或经特别授权的代理人。申请撤诉时间必须在法院裁判宣告前。申请撤诉必须自愿，既不能动员，也不能强迫。申请撤诉还须符合法律的规定，不得侵犯国家、集体或他人的合

法权益。原告申请撤诉，应向法院提交申请书，是否准许，由法院裁定。法院作出裁定后，撤诉立即生效，当事人不得上诉，也不得申请复议。法院可根据以下情况作撤诉处理：原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭。原告未经法庭许可，中途退庭。经法院通知，原告未交应预付的案件受理费，而且又未提出减、缓、免申请等。

(2) 延期审理，是指在人民法院决定开庭或开庭审理案件时，因为发生了法律规定的一些情况，而推迟审理案件时间的诉讼制度。依据我国《民事诉讼法》的规定，出现以下情况之一的，可以延期开庭审理。这些情况主要是：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。当事人临时提出回避申请的。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，等等。延期审理的日期，法院可以当庭通知，也可以发书面开庭通知告诉。不过，延期的时间应在法定的审理期限内。我国的《民事诉讼法》规定，法院审理普通程序的民事案件，应在立案之日起六个月内审结，有特殊情况需要延长的，经院长批准，可延长六个月；还须延长的，要报请上级法院批准。

(3) 缺席判决，是指人民法院在开庭审理中，在一方当事人未到庭陈述、辩论的情况下，依法所作的判决。它相对对席判决而言。出现以下情况之一的，可以缺席判决：原告申请撤诉，法院裁定不准许，经传票传唤，无正当理由拒不到庭的。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而被告反诉的。被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的。无诉讼行为能力的被告法定代理人，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的，等等。缺席判决并不影响判决的法律效力，当事人同样应执行判决的内容。

### 30. 诉讼中止和诉讼终结是怎么回事

诉讼中止和诉讼终结是《民事诉讼法》中的两项制度。要打民事官司，必须了解这两项制度。

(1) 诉讼中止，是指人民法院在审理民事案件的过程中，因发生某些特殊情况，无法继续进行诉讼，而暂停诉讼程序的一种制度。它与延期审理不同，可以发生在任何一个诉讼阶段；恢复诉讼的日期有待于中止原因的消除；中止期间的一切诉讼活动均要停止；法院还要作出中止诉讼的裁定。延期审理不具备这些情况。根据我国现行法律的规定，有下列情形之一的，要中止诉讼：一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的。一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的。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。一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的。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，等等。出现以上情形时，法院可以用口头或书面形式作出裁定，中止诉讼。裁定一经发出，立即发生法律效力。当中止诉讼的原因消除后，应及时恢复诉讼。提出恢复申请人，可以是当事人，也可以是法院。

(2) 诉讼终结，是指在诉讼活动的进行过程中，由于发生了特殊原因，以致诉讼无法进行或继续进行已无必要，从而结束诉讼程序的一种制度。诉讼终结与诉讼中止不同，引起诉讼终结的原因是由于一方当事人死亡，而且以后不会再恢复诉讼程序，法院也不会对当事人的争议作实体处理。这些都不可能在中止时出现。

依据我国现行法律的规定，有下列情形之一的，就要终结诉讼：原告

死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的。被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的。离婚案件一方当事人死亡的。追索赡养费、抚养费、抚育费以及解除收养关系的案件的一方当事人死亡的。法院对诉讼终结的案件，应依法制作书面裁定书。裁定书一旦送达至当事人，裁定即发生法律效力。当事人不得上诉，也不得申请复议。诉讼终结，仅是发生了停止本案进行诉讼程序的效力，并不涉及有关实体权利的处理。

### 31. 什么是简易程序

简易程序，是基层人民法院和它派出的法庭审理简单民事案件所适用的程序。它是普通程序的简化，也是可以独立适用的诉讼程序。法院在审理同一个民事案件时，只能选用普通程序或简易程序，不可兼用。使用简易程序，可以方便群众诉讼，有利于减轻当事人的诉讼负担，也有利于提高办案效率和质量。

适用简易程序的法院仅限于基层法院和它的派出法庭，中级、高级和最高人民法院审理的第一审民事案件，不能适用简易程序。由简易程序受理的案件必须事实清楚，权利、义务关系明确，争议不大。具体地说，有以下七类：

(1) 结婚时间短、财产争议不大的离婚案件，或者当事人婚前就患有法律规定不准结婚的疾病的离婚案件。(2) 权利、义务关系明确，只是给付时间和金额上有争议的赡养费、抚养费、抚育费案件。(3) 确认或变更收养关系、抚养关系，且双方争议不大的案件。(4) 借贷关系明确，证据充分和金额不大的债务案件。(5) 遗产和继承人范围明确，讼争遗产数额不大的继承案件。(6) 事实清楚，责任明确，赔偿金额不大的损害赔偿案件。(7) 事实清楚，情节简单，是非分明，争议焦点明确，讼争金额不大的其他案件。但是，以上案件在起诉时，如果被告下落不明的，就不可适用简易程序审理。

简易程序在诉讼中有以下简便：(1) 简便于审判组织。在审理简单民事案件时，仅由审判员一人独任审判，书记员担任记录即可。不过，不能自审自记。(2) 简便了起诉方式。原告不论书写有无困难，都可以口头起诉，不加任何条件。被告可以书写答辩状，也可以口头答辩。(3) 简便了传唤方式。法院传唤当事人、证人，可以用简便的方式随时进行，不必受法定期间和法定方式的限制。(4) 简便了受理案件的程序。双方当事人可以一起到基层法院或它的派出法庭，请求解决纠纷。如果法院认为符合起诉条件的，可以不受七日内审查立案规定的限制，当即审理，当然也允许另择时间。(5) 简便了审理程序。法院可以根据实际情况，灵活掌握，审理案件，不需要严格划分法庭调查、法庭辩论等诉讼阶段。(6) 缩短了审结案件的期限。根据我国《民事诉讼法》的规定，法院用简易程序审结案件的时间，是自立案之日起三个月内，比普通程序缩短了一半时间。不过在审案过程中，发现案情复杂，需宴转为普通程序的，可以转为这一程序，并及时通知双方当事人。审理期限从简易程序立案之日起计算。

### 32. 什么是特别程序

特别程序是人民法院审理某些特殊类型的民事案件所适用的一种程序。它审理的是一些非民事权益争议的案件，因此既不同于普通程序，又不同于简易程序。根据我国现行法律的规定，由特别程序审理的案件是以下四类：

(1) 选民资格案件。(2) 宣告失踪、宣告死亡的案件。(3) 认定公民无民事行为能力 and 限制民事行为能力的案件。(4) 认定财产无主案件。法院在审

案时，如果发现案件是属于民事权益争议性质的，就应裁定终结特别程序，并告知当事人按普通程序或简易程序进行。在特别程序中，《民事诉讼法》中的有些程序不能适用，如反诉、和解等。

由于以上四类案件各有特点，所以在适用特别程序时，也不尽相同，其基本情况如下：

(1) 选民资格案件的审理程序。公民对选民名单有意见的，必须先向选举委员会提出申诉，否则法院不予受理。此委员会对申诉，须在三日内作出处理决定。如果申诉不服，才可在选举日前的五日到基层法院起诉。起诉人可以是本区的选民，也可以是其他公民或组织。法院对此案件实行一审终审，并在选举日前审结。

(2) 宣告失踪、宣告死亡案件的审理程序。宣告公民失踪的案件，是指公民离开住所下落不明二年，经利害关系人申请，由人民法院宣告其失踪的案件。利害关系人向法院提出申请时，要同时交给公安机关或其他机关关于该公民失踪的书面证明，否则不予受理。法院发布的寻找下落不明人的公告期为三个月。公告期届满，公民仍下落不明，法院作出宣告失踪的判决。在判决中，法院要指定失踪人财产的代管人。如果失踪人出现或确知其下落，经申请，法院应撤销原判并返还其原有财产。宣告公民死亡案件，是指公民离开自己住所地下落不明，达到四年或意外事故后二年，经利害关系人的申请，人民法院依法宣告其死亡的案件。利害关系人向法院申请时，同时也要提交公安机关或其他机关关于该公民下落不明的书面证明，否则不予受理。法院发布的寻找失踪人公告的期间为一年，但因意外事故而下落不明的可为三个月。公告期届满，失踪人仍无消息，法院可作出宣告死亡判决，判决日即为宣告死亡日。其后，此人便推定丧失了民事行为能力，终止民事法律关系，财产可合法继承。如果被宣告死亡人重新出现或确知其没有死亡的，经申请，法院应作出新判决，撤销原判，其有关权利也同时恢复。

(3) 认定公民无民事行为能力和限制民事行为能力案件的审理程序。提出有关此类案件的申请，只能是其近亲属或其他利害关系人，其他人无此权利。申请人在向法院提出申请时，同时要提交有关的医疗诊断证明或病历资料等。这一案件的代理人应是该公民的近亲属。法院应直接接触该公民，以真实地了解其状况。如果法院判决该公民确是无行为能力或限制行为能力，应依法确定其监护人。一旦该公民恢复了正常的行为能力，经申请，法院应作出新判决，撤销原判决。(4) 认定财产无主案件的审理程序。认定财产无主的案件是一种人民法院根据有关公民、法人或其他组织的申请，依照法定程序，将归属不明的财产宣布为无主财产，判归国家或集体所有的案件。这类财产包括：无人继承的、无人认领的、埋藏物无法归属的，等等。认定这类财产的审理程序是：首先，须向法院提交申请书，写明无主财产的种类、数量以及理由、根据。法院受理后，要发布公告，公告期为一年。此间，无主财产要指定专人保管。公告期满，仍无人认领的，判定该财产为无主，并根据不同情况，判归为国家或集体所有。如果原财产所有人或继承人重新出现的，法院应另作新判决，撤销原判决，并根据情况对原财产的归还问题作出处理。

### 33. 当事人在什么情况下可以上诉

上诉，是一种当事人不服第一审人民法院作出的未生效裁判，在法定期间内，要求上一级法院对上诉请求进行审理的诉讼行为。设置上诉的目的，

是为了使上一级法院能对原判决、裁定进行审查，纠正其中的错误，维护当事人的合法权益。上诉是当事人的一种诉讼权利，既可行使，也可放弃，这由当事人决定。

当事人只有具备以下四个上诉条件，才可以提起上诉。（1）有关上诉条件。除了按特别程序、督促程序、公示催告和企业法人破产还债程序所作的裁判不准上诉外，其他程序作出的第一审判决，以及法律规定可以上诉的第一审裁定，在法定期间内，均在可上诉之列。

（2）有关上诉人与被上诉人的条件。在上诉案件中，必须有合格的上诉人和被上诉人。具体地说，他们应是第一审案件中的原告和被告、共同诉讼人、代表人诉讼成员以及有独立请求权的第三人。无独立请求权第三人的上诉权，需根据第一审判决而定。如果第一审判决的内容涉及到他的权利和义务的，他便有上诉权，否则就没有。

（3）有关上诉期间的条件。当事人只有在法定上诉期间内提起上诉才有效，否则就无效。根据我国《民事诉讼法》的规定，不服第一审法院判决的上诉期为十五天；不服第一审法院裁定的上诉期为十天。超过这一期间，原判决或裁定便生效，上诉就无意义了。上诉期限从第一审的判决书、裁定书送达当事人后的第二天起算。如果在期限内出现了不可抗拒的事由，或当事人有其他正当理由的，可以向法院申请顺延期间。不过，须看法院决定是否准许。

（4）有关提交上诉状的条件。上诉状必须以书面为形式，上诉人不能采用口头方式进行上诉。上诉状的内容包括：上诉人、被上诉人的姓名、性别、年龄、民族、籍贯、职业和住址，或法人、其他组织的名称、地址、法定代表人及主要负责人的姓名、职务；原审人民法院的名称、案件编号和案由；上诉的请求和理由等。其中，上诉的请求和理由是核心内容。

上诉人提起上诉，应当向原审法院提交上诉状以及相应的副本，也允许上诉人直接向第二审法院递交上诉状。这是原则性和灵活性的结合，目的是有效地保障上诉人行使上诉权。

#### 34. 法院是怎样审理上诉案件的

第二审人民法院收到第一审人民法院报送的上诉案后，应积极做好以下几项工作，为开庭审理作准备。（1）要组成合议庭。第二审法院审理上诉案件，必须组成合议庭，由它来进行审判。合议庭的成员全由审判员组成，不能由审判员和陪审员组成合议庭，更不能由审判员一人独审。（2）审阅案卷。审阅案卷是熟悉案情的第一步。审阅案卷的任务有二：一是审查上诉人与被上诉人的资格，审核是否超过上诉的诉讼期限；二是审查上诉请求、答辩主张以及案卷的其他材料。（3）进行必要的调查。根据审阅案卷后的情况，如认为有必要的，还要询问当事人以及作些与案件有关的调查。

第二审法院审理上诉案件的范围，是审查与当事人上诉请求有关的事实和运用法律的情况，对上诉人未提出异议的原审裁判所认定的事实和权利、义务问题，一般不予审理，这表现了尊重当事人的处分权。但是，如果第二审法院发现原裁判中确有错误，也应予以纠正，以保证对案件作出正确裁判。

上诉案件以开庭审理为原则，要传唤双方当事人和其他诉讼参与人到庭，开庭调查、辩论、合议庭评论和判决。这是原则规定。如果第二审法院的合议庭在阅卷、调查和询问当事人后，认为案件事实清楚，不需开庭审理的，也可径行判决。

第二审法院审理上诉案件，也可进行调解。经调解达成协议的，调解书送达当事人后即发生法律效力，原来第一审的裁判便失去了法律效力。调解不成的，法院就要裁判或判决。这种裁判或判决大致有这几类：（1）判决驳回上诉。它适用于确认原审判决认定事实清楚、适用法律正确的案件。（2）依法改判。它适用于原审判决适用法律有错、认定事实有错或认定事实的证据不足的案件。（3）裁定发回重审。它适用于原审判决违反法定程序并有可能影响案件正确判决、认定事实有错或认定事实的证据不足的案件。（4）裁定对原审法院裁定不服的处理。凡是原审裁定所依据的事实清楚、适用法律正确的，就驳回上诉；凡是原审裁定所依据的事实不清或错误、适用法律不当的，就要撤销原裁定，作出变更原裁定的新裁定。第二审法院的裁判或裁定具有终审性，当事人收到裁判，即发生法律效力，当事人不可再起诉或上诉。第二审法院在审理上诉案件时，要遵守有关期间的规定，主要是以下几个方面：第二审法院审理上诉案件，应在立案之日起的三个月内审结，如遇有复杂、疑难案件，在三个月内无法结案，需延长的，须经院长批准，对不服裁定的案件，应在立案之日起的三十日内作出终审裁定，并不得申请延长。违反以上期间的，即是在程序上的违法。

### 35. 法律对审判监督程序是怎样规定的

审判监督程序是一种人民法院因具有审判监督权的机关和公职人员决定或当事人提出符合法定事由的申请，以及检察院提出抗诉，而对确有错误的生效裁判和调解书依法再审的程序。我国设立这一程序的目的在于，在法院的错误裁判生效后，使当事人再有一次重新行使诉讼权的机会，也给法院一个改正错判的时机。

按审判监督程序再行审理的案件，称为再审。法院决定受理的再审案件必须具备三个条件：（1）必须是已经发生法律效力的判决、裁定和调解书。（2）必须是判决、裁定、调解书确有错误，或符合法律规定的情形。（3）提起再审程序的主体必须合法。否则，法院不会审理再审的案件。提起再审的渠道有三条，即法院提起再审、当事人申请再审、因检察院抗诉提起再审。这三条渠道再审的程序各不相同。法院提起再审的主要程序是：（1）由法院院长提起，然后经审判委员会讨论决定再审。（2）最高人民法院或上级法院指令再审。当事人申请再审程序必须符合三个条件：当事人要求再审的。

必须是已经发生法律效力的判决、裁定或调解书，没有发生法律效力的不得申请再审。必须是当事人本人认为已经发生法律效力的判决、裁定或调解书有错误，他人无权申请再审。不过，当事人的申请只有在符合以下条件之一的，法院才会受审：有新的证据足以推翻原判决、裁定的。原判决、裁定认定事实的主要证据不足。原判决、裁定适用法律确有错误的。法院违反法定程序，可能影响案件的正确判决、裁定的。审判人员在审案中有贪污受贿、徇私舞弊、在法裁判行为的。有证据证明调解违反自愿原则和调解协议的内容违反法律的。检察院通过抗诉提起再审的程序须有最高检察院和上级检察院提出，而且必须制作抗诉书。检察院要提出抗诉，必须出现以下情形之一：原判决、裁定认定事实的主要证据不足的。原判决、裁定适用法律确有错误的。法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的。审判人员在审理案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

再审案件的审判分为原审法院再审的审判和最高法院和上级法院提审的审判。原审法院的再审审判分以下三种情况：（1）原审法院发现本院作出的



判决、裁定有错，由院长提交审判委员会决定再审。（2）由检察机关的抗诉和当事人的再审申请而决定再审的。（3）根据最高法院和上级法院的指令再审的。以上再审均须作出裁定，中止原判决、裁定的执行。再审案件要重新组成合议庭，原有的不可参加。法院可以用开庭审理形式，也可径行判决、裁定。最高法院和上级法院的再审，除指令下级再审外，也可自己提审。在再审中，当事人均享有法定的诉讼权利，如可以委托代理人、申请回避等。

### 36. 督促程序的含义是什么

督促程序，是一种人民法院根据债权人要求债务人给付金钱或有价证券的申请，向债务人发出附条件的支付令，若债务人在法定期间内不提出异议，又不支付，该支付令便具有执行效力的程序。它的设立便于债权人的债权迅速取得执行效力，尽快实现自己的实体权利。这一程序有自己的特点：适用对象仅是金钱或有价证券的给付请求；以债权人单方面的申请为根据，不需要债务人参加诉讼，也不开庭；这一程序发出的支付令是附条件的裁决，只有债务人在规定的期间内未提出异议才生效，否则就失效；适用这一程序的当事人既不得上诉，也不可申请再审。

督促程序大致需经历三个阶段，即支付令的申请和受理阶段、申请的审查和处理阶段、支付令的异议和程序终结阶段。其中，各有须注意的地方。申请支付令必须具有这样四个条件：（1）申请标的必须是给付金钱或有价证券，并有相应的事实根据。（2）债权人对债务人没有对应的给付义务。（3）支付令能送达债务人，无需公告或邮寄。（4）申请应以书面形式向有管辖权的法院提出。法院审查申请后，认为符合条件的，应在收到申请后的五日内通知债权人，并收取支付令申请费；不符合条件的，也应在五日内告知不予受理。如果受理的，法院应在自受理申请之日起的十五日内，向债务人发出支付令。支付令记明的事项有：债权人和债务人的姓名或名称等基本情况；债务人应给付的金钱、有价证券的种类和数量，诉讼费用的承担；清偿债务或提出异议的期限；债务人在法定期间不提出异议的法律后果。

债务人在收到支付令之日起，应在十五日内清偿债务，或者向法院提出书面异议。构成异议的要同时具备以下条件：异议必须在收到支付令之日起的十五日内提出；异议必须采用书面形式向发出支付令的法院提出；异议的内容必须是针对支付令申请条件的欠缺而提出的抗辩。督促程序对债务人异议的理由没有要求，只要在性质上属于异议就可使支付令失效，并使这一程序终结。

如果债务人在支付令送达后的十五日内既不履行义务，又不提出异议的，支付令即产生法律效力，其效力相当于终审判决的效力。因此，债权人就可申请强制执行，收回金钱或有价证券。如果债务人提出异议，那么不仅支付令失效，债权人还要承担申请费。此时，债权人如要实现自己的权利，可另行起诉，由法院按一般诉讼程序进行，继续索讨债务。

### 37. 公示催告程序是怎么回事

公示催告程序，是一种人民法院依照申请人的申请，以公开告示的方式，催促不明的利害关系人在规定的期间内申报权利，逾期无人申报，就由法院宣告所失票据无效和申请人获得票据权利的程序。这一程序能使票据权利人在票据被盗、遗失或灭失等情况下，及时得到票据权利的补救。它直接有利于保障票据关系人的合法权益，并使其正常地使用和流通。

这一程序有以下四个特点。（1）公示催告程序中只有申请人，没有相应

的被申请人，因为申请人无法知道自己的票据是被谁盗走、遗失或灭失的。

(2) 公示催告程序只适用于背书转让的票据的丧失或其他可以公示催告的事项，否则就要适用其他程序。(3) 如果公示催告的结果出现了利害关系人，那么该程序就告结束，因为适用该程序的目的是为了确定有无利害关系人。(4) 审判这类案件以书面审查和发布公告方式进行，不进行实质性调查和开庭审理。(5) 实行一审终审，申请人不得提起上诉。

申请公示催告，只能向票据支付地，即票据负有支付义务金融机构的所在地的法院提出。法院审查申请的内容后，认为符合受理条件的，通知申请人予以受理，反之，则在七日内裁定驳回申请。法院在决定受理后，应及时告诉支付机构停止支付，直至公示催告程序终结为止。同时，应在三日内发出公告，催促利害关系人申报权利。公示催告的期间不得少于六十日。发出催告公告的内容有：申请人姓名或名称；票据种类、票面金额、发票人、持票人、背书人等，申报权利的期间；在公示催告期间转让票据权利、利害关系人不申报的法律后果。

如果利害关系人在公示催告期间内向法院申报权利了，法院就应裁定终结公示催告程序，并通知申请和支付单位。如果申请人与利害关系人对票据权利发生争议的，应告诉他们按通常的程序起诉，解决争议。如果在公示催告期间没有人申报权利，或者申报被驳回的，法院应作出判决，宣告票据无效，并以公告公布判决，同时通知支付机构。这样，申请人就可向付款人请求支付，实现自己主张票据的权利。

为了不使利害关系人的合法权利因公示催告期间的正当耽误而遭损害，我国法律还允许利害关系人在法定期间内向法院提起诉讼。不过，这种另行的起诉要具备以下条件：利害关系人在法院作出除权判决前没有向法院申报过权利；这种没有申报权利属于有正当理由；起诉必须在知道或应当知道除权判决公告之日起的一年内提出；起诉应向作出除权判决的法院提出。法院受理这类起诉，可适用普通程序。

### 三、民事官司的执行

#### 38. 民事官司审结后由谁执行

民事官司中的执行，是指人民法院依照法律规定的程序，强制拒不履行义务的当事人履行已经生效的民事判决书、裁定书或调解书所确定的义务的一种诉讼活动。

执行不是每一个民事案件的必经阶段，但却是民事官司中不可缺少的阶段。对于需要采取强制手段执行的判决书、裁定书、调解书等法律文书而言，执行具有十分重要的意义。

根据《民事诉讼法》第二百零九条规定，执行工作由作出生效民事判决书、裁定书，或调解书的人民法院进行，一般在人民法院内部都设立有专门的执行机构，即人民法院的执行庭。执行机构是指人民法院设置的专门从事执行生效法律文书的组织。执行机构的法律职责由最高人民法院依法规定。执行机构与各审判庭相互平行。由执行员、书证员和司法警察组成。执行员是代表人民法院行使执行权的人员。书记员负责做好执行笔录，并协助执行员做好有关的执行事项。司法警察在必要时参加执行，受执行员指挥维持执行秩序，保障强制执行措施的顺利实行。

民事官司审结后，执行也有管辖问题。根据《民事诉讼法》第二百零七条规定，发生法律效力民事判决书、裁定书，以及刑事判决书、裁定书中的财产部分，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人的财产所在地人民法院执行。根据此项法律规定，人民法院作出的民事判决书、调解书，无论是一审人民法院作出的，还是由二审人民法院作出的，均由一审人民法院执行。人民法院作出的民事裁定书和支付令，由作出该裁定书或支付令的人民法院执行。

民事官司审结后执行的协助问题，根据《民事诉讼法》第二百一十条规定，如果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。受委托的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的人民法院，在一个月内如果还未执行完毕，也应当将执行情况函告委托的人民法院。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，委托的人民法院可以请求受委托的人民法院的上级人民法院指令受委托人民法院执行。

由此可见，有执行管辖权的人民法院有权到被执行人或被执行财产所在地去执行。被执行人或被执行财产所在地的人民法院不得以超越法院管辖区范围为理由拒绝或干扰执行。但因距离较远等因素，有执行管辖权的人民法院也可以委托被执行人或被执行财产所在地的人民法院执行，受委托的人民法院必须接受，并开始执行，不得以任何理由拒绝接受或拒绝、拖延执行。任何机关、团体、个人不得干涉。

#### 39. 民事官司审结后当事人可以申请执行吗

根据《民事诉讼法》的规定，执行的开始可以由当事人申请执行、人民法院移交执行、以及委托执行。

《民事诉讼法》第二百一十六条规定，发生法律效力民事判决书、裁定书，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，也可以由审判员移送执行员执行。

人民法院的判决书、裁定书、调解书和其他应当由人民法院执行的仲裁

机关制作的生效判决书及具有强制执行效力的公证文书等法律文书，当事人必须履行其中确定的各项义务。一方当事人拒绝履行的，对方当事人申请执行期限内可以向人民法院申请执行。申请执行期，申请人双方或一方是公民的为一年，双方是法人或其他组织的为六个月。超过申请执行的期限，就丧失了申请执行的权利。

当事人的申请执行，是执行程序开始的主要方面，当事人有权处分自己的民事权利和诉讼权利。当事人申请与否，由其自行决定，凡依照生效的法律文书享有权利的人，都可以提出执行的申请。申请执行人可以是中国公民，法人或其他组织，也可以是外国公民或外国企业。

申请执行时，申请人应向人民法院提交书面申请书，申请书应写清如下内容：（1）申请执行的事项和理由。（2）被申请人拒不履行义务的事实和证据。（3）执行标的物的名称、数量、质量及所在地。（4）被执行人姓名，性别，住址，经济状况及可供执行的财产状况等，并附有作为执行根据的法律文书。申请经审查符合本法规定的，人民法院开始执行。

在一般情况下，执行程序因当事人的申请而开始，但是当人民法院的判决、裁定涉及国家、社会重大利益或涉及人民利益的，如民事官司中有关追偿赡养费、抚养费、抚育费和抚恤金的民事判决、裁定和调解书，如果当事人没有申请，人民法院原来审理该案的审判组织也可以把案件移交有执行管辖权的人民法院执行组织执行。移交执行时，审判组织应向执行组织提交移交执行书，经审查符合本法规定的，开始执行。对于人民法院制作的调解书以及生效的仲裁书和具有强制执行效力的公证文书，行政机关作出的可作为执行根据的法律文书，只可由当事人申请执行，人民法院不能移送执行。

#### 40. 当事人申请执行的条件和依据是什么

执行依据，是指当事人申请执行和人民法院执行所根据的生效法律文书。根据《民事诉讼法》第二百零七条第二款和其他有关法律规定，可以作为执行根据的法律文书主要有以下几种：（1）人民法院制作的发生法律效力并具有给付内容的民事判决书、裁定书和调解书。（2）人民法院制作的发生法律效力并具有财产执行内容的刑事判决书、裁定书、调解书。这里说的刑事判决书、裁定书，是指判处罚金和没收财产，以及刑事附带民事诉讼中损害赔偿内容的判决书、裁定书和调解书。（3）仲裁机构制作的生效判决书、调解书。根据《民事诉讼法》规定，无论国内仲裁或是涉外仲裁机构制作的裁定书、调解书，需要执行的，都是由人民法院执行机构负责执行。（4）公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书。此债权文书必须同时具备下列条件并具有强制执行效力：必须是追偿借款、物品的债权文书。必须经过我国公证机关公证。在债权文书上明确标明有强制执行效力。（5）行政机关作出的依法由人民法院执行的行政决定书。行政机关作出的处罚决定，以行政法规明确规定可以由人民法院强制执行为限，地方性法规规定可以由人民法院强制执行的行政机关决定，不能作为执行根据。（6）人民法院作出的要求债务人履行债务的支付令。（7）人民法院为协助执行外国法院的判决、裁定而承认其效力所制作的裁定书。对外国法院的判决，人民法院要依照国际惯例用我国法律进行审查，认为可以执行的，即制定裁定书。裁定书是我国人民法院执行的根据。依据上述七种法律文书中的任何一种，当事人都可以向人民法院申请强制执行，人民法院也可以采取强制执行手段。执行的条件，是有作为执行依据的上述所列的法律文书业已生效，未生效的法律文书

不能作为执行条件；具有执行的内容，如给付一定财产等，负有义务的一方当事人无故拒不履行义务的，才发生执行程序，法律文书中确定的义务，当事人若自动履行的，不发生执行问题。

#### 41. 当事人如何申请执行

所谓申请执行，是指在生效的判决书、裁定书、调解书或仲裁裁决书、公证债权文书中，依法被确定享有权利的一方当事人，在对方当事人拒绝自觉依照上述法律文书中所确定的履行义务的内容和方式来履行义务时，有权在法定的申请执行期限内，请求人民法院依法强制执行，从而引起执行程序的开始。

当事人申请执行，是法律赋予当事人的一种重要民事诉讼权利。当事人是否提出申请执行，完全由当事人自己依法决定，因为申请执行作为一种民事诉讼权利，当事人可以在法律上作出自己的处分，所以，执行程序的开始也要体现当事人的意思表示。

可以提出申请执行的人，必须是依照生效的判决书、裁定书、调解书或仲裁裁决书、公证债权文书享有民事权利的人。申请执行人，可以是自然人，包括中国公民、外国人和无国籍人，也可以是法人或其他组织，包括中国的各种机关、企事业单位及其他一些非法人社会组织、外国企事业单位等。

申请人在向法院提交申请执行书后，由人民法院对所提出的执行申请书及相关案件材料进行法律、事实及程序审查，人民法院审查后，认为执行申请符合强制执行条件的，即将执行庭的立案通知告知执行申请人，如果是仲裁裁决或公证债权文书中的权利人提出执行申请的，权利人还须按人民法院诉讼收费的有关规定，支付一定的执行诉讼费。

申请执行人必须在法律规定的申请执行的期限内提出申请，这是保证执行申请有效的必要条件，否则，在一般情况下，诉讼中的待执行的法律文书所确定的义务就转化成自然义务，申请人不能再就此向法院提出执行申请。法律规定的申请执行期限，申请人双方或一方是公民的为一年，双方是法人或其他组织的为六个月。法律之所以要规定一定的执行申请期限，其宗旨在于促使当事人在规定的执行申请时效期限内及时行使权利和履行义务，稳定社会经济秩序，加速民事流转，促进经济发展。

申请执行是相对于“移送执行”而言。移送执行又称“交付执行”，是指人民法院在民事案件审结后将生效的民事判决、裁定直接移交给执行员执行，从而引起执行程序的开始，移送执行并不根据当事人的申请而发生，而是由人民法院根据法律赋予的职权，将一些涉及国家和社会重大利益的或者涉及人民群众重大利益的民事判决书或裁定书，直接交付法院的执行机构进行强制执行。这一程序是国家司法干预原则的体现，由于在我国的法制发展进程中，还存在着人们法制观念淡薄，守法意识不强的现象，故确定移送执行程序，不仅有利于保护国家、集体和公民的合法权益，而且也有利于制裁一些民事违法行为。移送执行一般适用于下述情况：(1)为解决当事人生活、生产急需而作出的先予执行的裁定。(2)刑事诉讼中没收财产及罚金的判决。(3)追偿赡养费、抚养费、抚育费的判决。但移送执行只适用于人民法院的判决和裁定。对于人民法院制作的已生效的调解书以及仲裁、公证，行政机关作出的可作为执行根据的法律文书，如果当事人不申请执行，人民法院不能直接移送执行。所以，在民事官司的执行问题上，当事人申请执行也是引起申请程序发生的主要诉讼原因之一。

## 42. 执行措施有哪些种类

人民法院执行机构受理执行案件后，应当首先向被执行人发出执行令，责令其在指令期间内履行判决生效确定的义务，逾期无故不履行的，执行员可根据《民事诉讼法》的有关规定，采取强制执行措施，实现法律文书所确认的权利、义务。执行措施，是人民法院强制实现生效法律文书所确定的义务的方法和手段，依据执行标的和执行标的物的不同，《民事诉讼法》规定了不同的强制执行措施，它们分别是：

(1) 查询、冻结、划拨被执行人的存款。《民事诉讼法》第二百二十一条规定，被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权向银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位查询被执行人的存款情况，有权冻结、划拨被执行人的存款。但查询、冻结、划拨存款不得超过被执行人应当履行义务的范围。人民法院向银行、信用合作社查询被执行人的存款情况包括帐号，帐户、来往帐目和存款余额。冻结，是人民法院为了确保法律文书所确认权利的实现，不准被执行人的银行存款支取、转移。划拨，是将被执行人在银行的存款强制转让给权利人的措施。

(2) 扣留、提取被执行人的收入。根据《民事诉讼法》第二百二十二条有关规定，被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入，但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。人民法院有权扣留被执行人的工资、奖金、存款、有价证券及其他合法收入，交给权利人。有关单位按人民法院执行通知书的要求，有义务协助从被执行人收入中取出扣留部分交人民法院或权利人，此措施适用于公民个人金钱的执行。

(3) 查封、扣押、冻结、变卖、拍卖被执行人的财产。根据《民事诉讼法》第二百二十三条有关规定，被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产，但应当保留被执行人所扶养家属的生活必需品。此措施适用于对公民、法人或其他组织有形财产的执行。查封是一项临时性措施，把被执行人的财产贴上人民法院封条，就地封存，不准任何人使用、转移或处分。扣押是一项临时性措施，把被执行人的财产送到人民法院指定的场所或就地保存，禁止任何人使用、一处分或转移。查封、扣押不改变财产的所有权，其目的是促使被执行人在人民法院指定的期限内履行义务，被执行人逾期不履行，人民法院可以依法交有关单位拍卖、变卖已被查封、扣押的财产。变卖，是指强制将被执行人的财产，委托商店等部门代为出卖或收购，以所得现金偿还权利人。拍卖，是指人民法院对于已查封、扣押的财产，用公开的方式，让买受人用竞争的方法出价，确定买卖关系，将所得现金偿还权利人。拍卖是实现财产换价的一种较为公平合理的方法。对于国家禁止自由买卖的物品，则应交有关部门按国家价格收购，即不适用拍卖，也不适用变卖。

(4) 搜查。根据《民事诉讼法》第二百二十七条的有关规定，被执行人不履行法律文书确定的义务，并隐瞒财产的，人民法院有权发出搜查令，对被执行人及其住所地或者财产隐匿地进行搜查。采取搜查措施是民事执行中最严厉的一种，目的在于查获当事人隐匿的财产以使生效法律文书得到执行。搜查只能在被执行人无其他财产可供执行时进行，且有隐匿财产的行为。如果被执行人有财产可供查封、扣押，并足以履行法律文书确定的义务，即使被执行人有隐藏财产的行为，也不得对被执行人实行搜查。

(5)强制被执行人交付法律文书指定的财物和票证。根据《民事诉讼法》第二百二十八条有关规定，人民法院执行员可传唤双方当事人当面交付，或者由执行员转交，并由被交付人签收。拒不交出的，强制执行。

(6)强制被执行人迁出房屋或者退出土地。此措施可以适用于买卖房屋，解除房屋租赁关系，宅基地纠纷，土地使用纠纷。

(7)强制被执行人完成法律文书指定的行为。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其他人完成。费用由被执行人负担，但不允许对被执行人施以人身强制，如婚姻案件法律文书指定被执行人变更或放弃子女的监护权，交付子女的行为，不能作直接强制，可以通过其他执行方式。

(8)强制被执行人交付迟延履行金或迟延履行期间的债务利息。根据民事诉讼法第二百三十二条规定，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。支付迟延履行金或迟延履行期间的债务利息，由被执行人与履行法律文书确定的义务一并履行。被执行人拒不履行的，强制执行。

(9)继续执行。根据《民事诉讼法》，人民法院在采用上述几项强制执行措施后，被执行人仍不能偿还债务的，应由其继续履行义务。有两种情况不适用继续执行：(1)作为被执行人的企业法人宣告破产还债，未得到清偿的债务不再清偿。(2)公民因丧失劳动能力，无收入来源，人民法院应裁定终结执行。

#### 43.什么是执行中止、终结、和解

(1)执行中止，是指人民法院在执行开始后，因发现某种特殊情况而裁定暂时停止执行程序，待造成中止的情况消失后再恢复执行的程序。

根据《民事诉讼法》第二百三十四条规定，有下列情形之一的，人民法院裁定中止执行： 申请人表示可以延期执行，权利人都有权要求延期执行，经人民法院审查同意，裁定中止。 案外人对执行提出确有理由的异议的。

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。作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务关系承受人；在执行过程中，法人或者其他组织因合并、分立、解散以及依法被撤销而终止的，需要等待合并后的新法人或分立后的新法人承受权利和义务。 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。(2)执行终结，是指执行开始后，因出现下列情况之一，由人民法院裁定结束执行程序： 申请人撤销申请。申请人放弃了申请执行的权利，执行程序即告终结。

据以执行的法律文书被撤销。生效的法律文书是执行的根据，作为执行根据的法律文书被撤销，执行终结，已执行部分，申请人应把已得到的财产返还被执行人。 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。 追索赡养费、抚养费、抚育费案件的权利人死亡。赡养费、抚养费、抚育费的追索只能由权利人本人享有，不能转让或继承。权利人死亡，执行终结。 被执行人因生活困难无力偿还借款，无收入来源，又丧失劳动能力的。 人民法院认为应当终结执行的其他情形。中止和终结执行应当作出裁定，该裁定送达当事人即产生法律效力，当事人不得上诉，也不得申请复议。

(3)执行和解，是指在执行过程中，双方当事人就执行标的物的一部或全部自动协商，自愿达成协议，从而结束执行的程序。在执行过程中，达成和解

协议后，若一方当事人不履行和解协议，对方当事人可向人民法院申请执行，人民法院应按原生效的法律文书执行，不能按和解协议执行。如果和解协议已履行完毕，当事人又要求按原法律文书执行，人民法院不予执行。根据我国法律，只有执行和解，且不允许执行调解，因为作为执行根据的已经生效的法律文书，不经审判监督程序加以撤销，任何人不能变更，在执行过程中，人民法院不能进行调解。

#### 44. 公民怎样申办公证

在人们的日常生活中，常会遇到一些法律行为，如收养子女，买卖房屋或继承财产等。为了防止日后出现不必要的争议，使原有的合法权益不遭受侵犯，往往希望得到一种具有可靠证明效力的见征材料。根据我国法律规定，我国的公证机关可以为人们提供最具证明效力的国家公证。公证机关根据当事人的申请，通过公证来保护公共财产，维护公民身分上、财产上的权利和合法利益。公证活动具有如下主要特征：(1) 公证基于当事人的申请而提起，没有申请，就没有公证行为。(2) 公证是由国家的专门机关即公证机关来履行其公证职责的，公证机关关系我国司法行政机关领导下的独立行使公证职能的国家证明机关。(3) 公证证明的对象是法律行为，法律事件及能引起一定法律后果的事实和文书。公证机关依法对上述对象进行真实性和合法性的审查。(4) 公证活动具有非诉讼性，它只通过对当事人提供的证明对象的真实性和合法性给予承认或不承认，肯定或不肯定来对当事人施加影响，指导当事人行为，所以它是一种预防性的法律制度，它不处理当事人之间的法律纠纷，这是公证活动同仲裁、审判等活动的重要区别。

公民要办理公证，必须先向住所地或法律行为、法律事件的发生地的公证机关提出公证申请，申请时先将本人或代理人的姓名、年龄、籍贯、地址、申请的内容，按照公证机关制发的公证申请表，逐项填写，并附表备查。申办公证可以在国内提出，也可以在国外或有关地区提出，同时，将其证明的文书及其他有关证件一并提供。国内当事人申办公证事项，原则上申请人应本人亲自到公证处提出书面或口头申请，在特殊情况下，可以委托他人代理，但代理人须向公证处说明代理原因并出具授权委托书。办理委托书、声明书、收养子女、遗嘱等事项，不能由代理人在法律文书上签字。居住在国外或有关地区的当事人，可以从所居住的所在国或地区用信函直接向国内的公证机关提出，也可以委托国内的亲朋好友到公证机关申办。国内亲友代为申办的，必须提供有代理权的证明文件。如国内无亲友，则可向我国驻该国的使领馆或驻外代表机构提出委托代办国内公证文书。从香港、澳门、台湾地区向国内申办收养子女、继承财产等民事法律事务所需公证文书的，须提出香港地区经我国司法部认可的律师出具的证明文件或委托其代办国内公证文书。

公证机关在接受公民的公证申请后，即对公民所要求证明的内容进行真实性、合法性的调查和审查，对公证机关的调查取证活动，有关单位及个人包括公证申办当事人本人均应给予积极配合。

公证机关经过审查，确认公证对象的真实性、合法性条件已经具备时，即开始制作公证文书，并将公证文书原本交公证申办人。申办公证的当事人应对公证机关提交的公证文书进行审读，在确认无误后予以签收。

由于公证工作是为广大人民群众提供的一种法律服务，故我国司法部、财政部、国家物价局根据公证工作的简易复杂程序及我国的国情配合制订了《公证费收费规定》，公证直接受益人应彼此项规定，在领取公证文书之前，



向公证承办，机关缴付一定的公证费。

若公证当事人或有关利害关系人认为公证处出具的公证文书有错误或不当，或认为公证处无理拒绝公证，或认为公证处撤销公证书的判定不当，或对公证处终止承办的公证事项有疑义，或其他情况等，均可向公证处或同级司法行政机关及上级司法行政机关提出申诉。一般应先提交申诉书，写明申诉人身份情况、申诉原因和理由、申诉请求。同时，提交有关申诉理由成立的材料。接受申诉的公证机关或司法行政机关在审查后发现申诉理由确能成立时，即应作出相应的改正措施，并将处理结果通知申诉人。

#### 45. 人民调解委员会是什么组织

人民调解委员会是在基层人民政府和基层人民法院指导下，调解民间纠纷的群众性组织。人民调解委员会是居民委员会、村民委员会领导下的一个常设工作委员会，不是国家审判机关，只是来自群众的自我教育，自己解决纠纷的组织形式。

根据我国《民事诉讼法》第十六条的规定，人民调解委员会依照法律规定根据自愿原则进行调解。当事人对调解达成的协议应当履行；不愿调解，调解不成或者反悔的，可以向人民法院起诉。

人民调解委员会调解解决纠纷，应遵守一定的工作原则：（1）必须依照法律政策进行调解，法律、法规没有明确规定的，依照社会公德进行调解，调解员应在说服教育的基础上，宣传法制，进行调解。（2）必须取得双方当事人的同意，不能强迫调解。自愿原则贯穿整个调解过程，从调解协议的成立，协议的内容和协议的协议，都必须基于双方当事人的自愿和同意。如果当事人不愿调解或达成调解协议后反悔，或不执行调解协议，或不经调解，可以直接向人民法院起诉，人民调解没有强制执行的效力。

人民调解委员会对民间纠纷进行调解，不是起诉的必经程序，不愿调解、调解不成或者事后反悔的，可以向人民法院起诉。调解人员不得阻挠、干涉当事人的起诉，人民法院也不得以没有经过人民调解委员会为由而不予受理。

人民调解委员会依照法律政策以及社会主义道德，以事实为根据，评断是非曲直，耐心说服教育，教育双方当事人互谅互让，消除隔阂，把纠纷及时解决，把纠纷在当地解决，即减少了群众的诉累，又减轻了人民法院的负担。人民调解委员会是我国人民自我管理，自我约束的有效的组织形式，是司法机关的有力助手，有利于防止纠纷激化、减少违法犯罪，维护社会治安，是社会主义法制建设中一项重要而有效的措施。

基层人民法院主要侧重于通过就地办案，巡回审理等方式，在业务上指导调解委员会的工作。如通过业务讲解，示范调解等方式，加强相互间联系，对于疑难纠纷，调解委员会应主动请教人民法院帮助调解。人民调解委员会是一种具有中国特色的法律制度的体现。

人民调解委员会的一般工作程序是：

（1）受理纠纷。人民调解委员会发现纠纷，可以主动进行调解，特别是针对容易激化的突发性纠纷。也可以由当事人一方或双方口头或书面提出调解要求，受理纠纷时，要尊重双方当事人的意愿，不得强行调解。（2）调查分析，说服劝导。受理纠纷以后，要进行调查研究，弄清纠纷性质，发生原因、过程，帮助当事人辨明是非，分清责任，互谅互让，消除隔阂。

（3）促成和解，达成调解协议。经过耐心细致说服、劝导，当事人就原

则问题统一认识，自愿进行和解，达成协议。人民调解委员会视纠纷性质决定是否要制作书面协议书，对于较复杂且有承担一定法律责任、履行一定法律义务内容的纠纷，如继承、赡养、损害赔偿等应制作调解书。此协议不具有法律强制性，它主要靠双方当事人自愿履行，同时依靠社会舆论、道德等力量来督促。

## 四、如何打各类常见民事官司

### 46 如何打继承官司

继承，是指公民（被继承人）死亡后其遗留的个人财产（遗产）转移给他人（继承人）所有。继承人为继承被继承人遗产而发生纠纷，即可向人民法院提起诉讼。其程序和有关要求如下：

（1）写好一份起诉状。作为向法院起诉的一方当事人必须写好起诉状，一式二份，提交有管辖权的人民法院，即被继承人死亡的住所或者主要遗产所在地。起诉状的内容包括双方当事人的基本情况、主要诉讼请求、事实和理由、具状人签名或盖章，等等。事实和理由部分着重写明被继承人所遗财产名称、数量；有否遗嘱；继承人情况等。

（2）提供有关证据材料。证据材料是定案的根据，所以按照谁主张谁举证的原则，原告对自己所提出的诉讼请求必须提供相应的证据加以印证。继承案件的证据一般包括继承人与被继承人之间存在何种关系的身分证明，遗产所有权归属凭证等。证据可以随起诉状一起递交，也可以在庭审中和庭审后递交法庭。

（3）参加诉讼。诉讼阶段是解决纠纷的实质性阶段，为了使案件得以顺利解决，当事人可以聘请律师作为代理人，以得到法律上的帮助。当然，不聘请律师也不影响案件的正常进行。诉讼阶段比较关键的一环是庭审，通过法庭调查、质证、互相辩论，能够澄清事实、明辨是非。在此基础上，法庭可以对双方当事人进行调解，调解不成，由人民法院依据有关法律规定进行判决。

（4）继承案件所涉及的问题。 继承人范围的确定。根据《继承法》有关规定，子女、配偶、父母系第一顺序继承人，兄弟姐妹、祖父母、外祖父母系第二顺序继承人。继承开始后，由第一顺序继承人继承，只有当没有第一顺序继承人时，第二顺序继承人才能继承，丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人；被继承人的子女先于被继承人死亡的，被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。 遗产范围的划定。遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。这里要注意两个问题：一是遗产必须是被继承人个人的财产，而不是共有产，若财产未经分割的，需先分割后继承；二是遗产必须是被继承人合法的财产，非法所得不能作为遗产分割。 遗嘱有效性的认定。继承开始后，有遗嘱的，需按遗嘱办理，这样，确定遗嘱的效力就显得尤为重要。那么，怎样的遗嘱才是有效的呢？一是内容合法；二是形式合法；三是立遗嘱人具有遗嘱能力；四是遗嘱系遗嘱人的真实意思表示；五是不是伪造或篡改的遗嘱。反之，遗嘱就是无效或部分无效。

### 47. 如何打赡养、扶养、抚养官司

赡养，是指晚辈对长辈在物质、精神上提供必要的生活费用、护理照顾和心灵慰抚。扶养，是指平辈人之间在经济上的扶助和生活上的照料。抚养，是指长辈对晚辈在物质上、经济上的养育和生活上的照料。因上述问题发生纠纷的案件，我们一般都称之为“三养”案件。这类纠纷往往有以下几个特点：一是当事人之间存在亲属关系，他们之间的权利、义务关系，是由法律直接规定的。非亲属关系，则不具有这种法律上特定的权利、义务关系。二是一般都涉及妇女、儿童和老人的合法权益。所以，要打好“三养”纠纷“官

司”，应掌握好这样几个环节。

(1) 确定有管辖权的人民法院，并向其递交起诉书。根据我国《民事诉讼法》规定，对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。这里所说的住所地是指户籍所在地。如果当事人的户籍迁出后尚未落户，有经常居住地的，则由该法院管辖。没有经常居住地，户籍迁出未满一年，则由原户籍所在地法院管辖；超过一年，由其居住地法院管辖。起诉书一般包括这样几个部分，原、被告姓名、年龄、性别、职业、住所等基本情况。诉讼请求。应明确写明要求被告承担何种义务，同时指出诉讼费承担问题。事实和理由，主要发生赡养、扶养、抚养纠纷的情况及其原告表明自己观点的理由。

(2) 参与诉讼。法院立案受理后，原、被告双方即要根据法院的要求，按时出庭接受法庭的询问和调查。作为原告，除了陈述自己的诉讼请求之外，必须对自己的观点要求作出强有力的证据。作为“三养”案件来讲，原告的证据应主要围绕这些方面：一要有双方特定关系的证明，如事实婚姻关系、事实收养关系、继父母与继子女的扶养关系、非婚生子女与其生父的亲生子女关系等等。二要证明原告即权利人当前生活状况，或者有必要的特殊支出情况，如严重疾病或慢性疾病需较多的医药费，或者升学需较多的生活费、教育费等。三要证明义务人不承担义务或少承担义务的证据材料。同时，原告可根据自己的观点进行必要的质证和辩论。双方当事人可在法院的支持下调解（调解结果与判决具有同等法律效力），当然也可以不接受调解。原告还可把实际情况作出申请撤诉的决定。

由于“三养”案件多数涉及老人、妇女、儿童利益，有些年老体弱者行为不便，有些又属无行为能力或限制行为能力。因此，要打好这类“官司”，除上述掌握的基本要求外，委托代理人也是一个比较重要的环节。其中，儿童作为原告者，根据法律规定，必须由其法定监护人作为代理人参与诉讼。

(3) 上诉问题。双方当事人对人民法院作出的判决不服，可以在法定期限内向上一级人民法院提出上诉。

#### 48. 如何打解除收养官司

解除收养关系案件，是收养人与送养人以及被收养人之间，为解除已经成立的收养关系发生争议，而诉讼到人民法院的收养案件中的一种。收养关系一经解除，养父母和养子女之间的身分关系即告终止。解除收养诉讼的提起，既可以是养父母，也可以是养子女。其程序是：

(1) 写好一份起诉状。要求解除收养的一方当事人必须写好起诉状，一式二份，提交有管辖权的人民法院，即被告住所地或经常居住地人民法院。起诉状的内容一般包括：双方当事人的基本情况、诉讼请求、事实和理由、具状人签名或盖章等。

(2) 提供证据。证据是定案的根据，原告在提起诉讼的同时，必须提交证明收养关系存在的有关证明。在诉讼过程中，当事人应就各自主张的观点提供相应的证据，如原告是以在收养时，送养人隐瞒被收养人有生理缺陷或有较严重疾病为由，而要求解除收养关系，就必须提供送养人隐瞒事实真相的证据。

(3) 参加诉讼。庭审是诉讼过程中的重要一环，在庭审前，当事人必须作好充分准备，收集有关证据材料。庭审中，当事人对自己所主张的观点进行质证、辩论。庭审后，法院必须对双方当事人进行调解，调解不成，由法

院判决。当事人对判决不服，可以向上一级人民法院提起上诉。

(4) 解除收养关系所涉及的问题。 收养关系是否成立，是解除收养关系的前提条件。只履行收养手续，实际没有收养的，收养不能成立；虽未履行收养手续，但收养人与被收养人的养父母与养子女关系长期共同生活的，亲友和群众公认的，亦应按收养关系对待。如收养关系不成立，不能请求解除收养关系。只有在收养关系成立的前提下，才有请求解除的必要。 必须有影响收养关系继续保持下去的事实和理由存在。如养父母对养子女不尽抚育义务；送养人隐瞒被收养人有生理缺陷或有较严重的疾病；养父母与养子女关系恶化，以及其他影响收养关系的事实等等。如果是为了达到不尽赡养义务或逃避法律等不良目的的，则不应准予解除收养。 解除收养所产生的后果。收养关系一经解除，养父母与养子女之间的身分关系即告终止：未成年子女，在收养关系解除后，由生父母领回抚养，其与生父母之间的权利、义务关系全部恢复，已经成年并已独立生活的养子女，解除收养后，同其父母之间权利、义务恢复，以书面方式取得双方一致同意，或者事实上恢复权利、义务关系，也可以认可。

#### 49. 如何打离婚官司

离婚案件，是夫妻双方就是否解除婚姻关系而发生争议，或者虽然对解除婚姻关系没有争议，但在财产分割、子女抚养问题上存在争议，而由其中一方起诉到人民法院的民事案件。根据《婚姻法》有关规定，男女双方感情已破裂，可以提出离婚。若男女双方自愿离婚的，可到婚姻登记机关申请离婚；若男女一方要求离婚的，可向人民法院起诉离婚。这里仅介绍诉讼离婚的程序。

(1) 书写起诉状。提出离婚诉讼的一方当事人必须按规定书写起诉状，并一式二份，提交给有管辖权的人民法院，即被告所在地人民法院。若被告不在中华人民共和国领域内居住，或下落不明、宣告失踪，或被劳动教养和监禁，则由原告所在地人民法院管辖。起诉状的内容一般包括：双方当事人的基本情况、主要诉讼请求、事实和理由、具状人签名或盖章等。其中事实和理由部分要写明婚姻关系的事实、夫妻感情状况、双方财产情况、子女及其抚养情况，等等。

(2) 提供有关证据材料。提起诉讼的一方当事人在提交起诉状的同时，还必须提供下列证据材料：一是结婚证书；二是财产清单；三是对子女抚养情况及条件。当然，提供证据时间不仅仅局限于起诉时，当事人在庭审中、庭审后，均可以将与案件有关的证据随时提交给法院，供审判人员在定案时加以参考。

(3) 出庭参加诉讼。在这一阶段，原、被告双方就各自所主张的观点在庭审过程中进行质证、辩论，并提供相应的证据，从而在分清是非的基础上，在法院主持下，着重进行调解，就是否解除婚姻关系、子女抚养、财产分割、住房安置等问题进行协商，以达到一致意见。若调解不成，由法院依法判决，双方当事人对法院判决不服，均可在十五天内向上一级人民法院提出上诉。

(4) 离婚案件所涉及的问题。 子女抚养问题。子女系夫妻双方所生，子女与父母的权利、义务关系不因父母离异而消除，无论子女随哪一方生活，另一方仍然必须尽教育、抚养的义务，而这种义务直接表现为承担一定数额的抚育费。 财产分割问题。根据《婚姻法》有关规定，婚前财产归双方各自所有；婚后财产原则上各半所有，特殊情况除外。 债权、债务问题。婚

姻关系存续期间，债权归双方共同所有，离婚时各半分割。至于债务，若系用于家庭开销等，应作为共同债务，离婚时由双方承担；若系用于个人消费，未经另一方同意的，离婚时由借贷的一方自行承担。住房安置问题。住房分割是离婚案件所涉及到的最棘手的问题，一般解决方法有：住房由一方居住，另一方住房自行解决；或者将现有婚房一调为二，由双方分别租赁；或者由租赁住房的一方当事人给付借住私房的一方当事人经济补偿费等等。任何一方提出离婚，都要就住房安置问题作一充分考虑，以促使离婚案件的顺利解决。

#### 50. 如何打债务纠纷官司

债务案件，是指当事人之间因对债务关系的成立与否发生争议，或因一方当事人不履行债务而诉讼到人民法院的民事案件。随着经济体制改革的深入进行，商品经济迅速发展，随之而来的债务纠纷也明显上升。那么，当纠纷发生后，如何打官司呢？

(1) 做好诉前的准备工作。提起诉讼的一方当事人必须写好起诉状，一式二份，提交有管辖权的人民法院，即被告住所地人民法院，若被告住所地和经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。起诉状的内容一般包括：双方当事人的姓名、年龄、工作单位、住址等，诉讼请求，事实和理由，具状人签名或盖章。诉讼请求部分必须写明债务的标的、数额等。事实和理由部分要写明当事人之间债权债务关系成立的事实，被告未履行义务的事实依据，以及债务形成的情况等。

(2) 提供有关证据材料。债务案件的证据材料比较单一，主要是书证，包括借据和公证书。当事人只要能提供真实可靠的借据或公证书，即可向人民法院起诉。这里要指出的是，当事人提供的借据必须是原件，若提供不出原件的，则应以其他证据作为债务存在的依据，复制的借条不宜作为书证使用。

(3) 参加诉讼。法院受理案件后，案件即进入诉讼阶段，当事人必须参加庭审、调解等诉讼活动。在庭审中，原、被告双方除了陈述案件事实外，还须对争议的焦点进行质证和辩论，在弄清是非的基础上，由法院主持调解，促使双方当事人达成一致意见。当然，调解不成的，最后由法院依据事实和法律进行判决。当事人不服，均可在法定期限内向上级人民法院上诉。

(4) 债务案件所涉及的问题。证据的效力问题。债务案件的证据主要是借据和公证书。用来作为证据的借据必须真实可靠，它应具备两项主要内容，一是借款时间、金额、利息，二是借贷人及担保人的签名盖章。在借据没有借贷人及担保人签名盖章的情况下，则必须有其他证据证明该借条确系借贷人或担保人所写。当事人之间的债权债务关系如果经过公证的，一方未履行，另一方未申请法院强制执行而起诉的，公证书应作为认定事实的依据，只有在有足够证据证明公证书确有错误时，才能依其他证据认定处理。提起诉讼的时效问题。根据《民法通则》有关规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效时间为二年，超过诉讼时效，当事人自觉履行的，不受诉讼时效的限制，但如果债务人不自觉履行，债权人即丧失了请求法院保护的权利，即丧失了胜诉权。就债务案件而言，债务人到履行期限仍不偿还债务，而债权人明知债务人不履行，也不向法院起诉，从应当履行义务之日起超过二年，债权人就丧失了胜诉权，也就意味着合法的民事权利因超过诉讼时效而得不到法律的保护。

## 51. 如何打损害赔偿官司

损害赔偿案件，是因侵害人不法侵害他人的民事权益并造成了一定的损害后果，受害人请求侵害人给予赔偿并诉讼到人民法院的民事案件。损害赔偿有广义和狭义之分，审判实践中的损害赔偿案件，即属于狭义的损害赔偿，它是指侵害人身健康权和财产所有权而产生的损害赔偿。如果当事人的人身健康和财产所有权遭受侵害的，即可向人民法院提出诉讼。其程序是：

(1) 起草起诉状。提起诉讼的一方当事人必须写好起诉状，一式二份，提交有管辖权的人民法院，即侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。起诉状的内容一般包括双方当事人的基本情况、诉讼请求、事实和理由、具状人签名或盖章，等等。其中，事实和理由部分要着重写明由于加害人的侵权行为致使受害人的财产或人身遭受损害的客观事实；行为人违反法律规定，给他人造成损害的事实；加害行为与损害结果之间因果关系的事实，主观过错的事实。

(2) 证据的收集和提供。原告对被害的事实负举证责任，被告如果对原告提供的证据有异议，亦应承担举证责任。当事人举证的内容包括：损害时间、地点、方式；被损害财产的品种、数量、质量、价值；人身损害的部位、程度、医疗费支出数额；目击者或知情人的情况，等等。

(3) 参加诉讼。在此阶段，当事人必须依照法定程序，接受法院的询问、调查，并在庭审中，对所争议的事实焦点进行质证、辩论。同时，在分清是非责任的基础上，双方进行调解，以求达成一致意见。如果调解不成，由法院依据事实和法律进行判决。当事人对判决不服，均可在法定期限内向上一级人民法院提出上诉。

(4) 损害赔偿案件所涉及的问题。一般侵权赔偿与特殊侵权赔偿的原则。第一，从致害原因看，在一般侵权赔偿中，造成损害的直接原因是责任人自身的侵权行为，责任人是为自身的侵权行为承担赔偿责任，在特殊侵权赔偿案件中，造成损害的直接原因并非责任人自身的侵权行为，责任人是为他人承担赔偿责任。第二，从侵权责任的构成要件看，在某些特殊侵权赔偿案件中，责任人可能毫无过错，也可能本身并未实施违法行为，但仍然要承担赔偿责任；在一般侵权的赔偿案件中，就必须同时具备损害事实、违法行为、因果关系、主观过错这四个构成要件。第三，从法律适用上看，适用特殊侵权的赔偿责任时，必须是法律有特别规定，即法律对致害主体、致害原因、致害方式等都作了明确具体的规定。例如，因产品质量不合格、公共场所施工、建筑物或建筑物上的搁置物悬挂塌落，以及被监护人致人伤害的赔偿案件；如果法律对某种赔偿责任没有特别规定的，那么这类案件不属特殊赔偿案件。

## 52. 如何打名誉权官司

名誉权，是公民和法人享有的一项重要的人格权。法律上所说的名誉权，是指对个人（公民和法人）根据其观点、工作及其他行为表现等所形成的有关品德、才干及其他素质方面的一定的社会评价。公民享有名誉权，直接体现了公民作为独立民事主体在人格上的尊严，它是公民对自己的严格要求和对尊严的严格保护的统一。法人的名誉权主要表现为企业在经营中的名声和信誉。我国《民法通则》规定，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。在我国，公民的名誉权不仅受民法的保护，也受刑法的保护。对此，我国《刑法》专门规定了侮辱罪和诽谤罪等。

所以，一旦公民或企业的名誉遭到侵害，即可向法院提起诉讼。其程序是：

(1) 选择案件受理的法院。由于侵犯公民和法人名誉权是一种侵权行为，因此，根据我国《民事诉讼法》的有关规定，当事人可以向侵权行为地的法院提起诉讼。这里所说的侵权行为地既包括侵权行为实施地，也包括侵权结果发生地。

(2) 向法院递交起诉书。通常讲，一份起诉书应包括以下几个部分：当事人姓名、性别、年龄、住所、工作单位等基本情况。如果是法人，则写明法人的名称，住所和法定代表人姓名、职务。明确诉讼请求。当事人可以要求侵害人停止侵害、消除影响、恢复名誉，也可以要求赔礼道歉，甚至赔偿由此造成的损失。同时写明诉讼费的承担问题。写明侵害的事实和理由。

(3) 出庭参与诉讼。这是整个诉讼过程中的关键一环。在这一阶段，当事人要接受法庭对侵权事实的调查。作为原告，在陈述诉讼请求后，要针对起诉书上的事实，提供证据证明侵害人是在什么时间、什么地点实施侵害行为的：运用什么方式进行的。如果原告因此而在精神上受到伤害，则还应提供侵权行为与其结果的因果关系证明，精神伤害的程度如何。被告可以就有关问题进行答辩，双方当事人还可就各自主张的观点进行质证和辩论。根据我国《民事诉讼法》有关规定，当事人双方可以在法庭主持下进行调解，当然也可以不接受调解。作为原告一方还可以根据案情发展变化的程度，作出是否申请撤回起诉的决定。在整个诉讼过程中，双方当事人根据自身情况，均可以委托律师、近亲属、同事、朋友等作为自己的代理人参与诉讼。

(4) 上诉。当事人如果不服法院的判决，均可以在规定的时限内向上级人民法院提出上诉。

另外，如果被害人认为侵害人的行为已造成比较严重的后果而要追究侵害人的刑事责任，则可以向有管辖权的法院提起刑事自诉。如果要求被告赔偿经济损失，还可附带提起民事诉讼。这一诉讼程序与前述基本相同。

### 53. 如何打肖像权官司

法律上所说的肖像权，是公民依法享有的一种人格权，也就是指公民可以同意或禁止他人拍摄、复制、传播、展出本人肖像的权利。所谓肖像，包括照片、画像等，实际是指公民的形象通过艺术或其他形式在客观上的再现。我国《民法通则》第一百条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”因此，公民的肖像权实际上也是公民人身权利的一部分，未经本人同意，擅自将公民肖像作商业性展出或翻印等，都可视为对公民人身权利的一种侵犯。作为公民本人，可以依法提起诉讼，运用法律手段保护自己的合法权利。

从法律角度而言，侵犯公民的肖像权属于民事侵权行为。根据法律规定，公民可以到侵权行为地的法院提起诉讼。这里所说的侵权行为地包括侵权行为发生地和侵权结果发生地两个方面。要打好肖像权的“官司”，必须把握好这样几个环节：

(1) 向法院递交起诉书。一般讲，一份起诉书应当包括如下几个部分：

原、被告姓名、年龄、工作单位、家庭住地等基本情况；诉讼请求。这里既可以要求侵权者停止侵害、赔礼道歉，同时还可以要求侵权者给予经济赔偿。另外，必须写明诉讼费的承担问题。写明被告侵犯本人肖像权的事实及理由。这里所说的侵权事实，是指被告在何时、何地、用何种方式侵犯



了原告的肖像权，不但事先未征得本人同意，而且是以营利为目的的事实。所谓理由，就是法律上所说的证据，这种证据应该是证明原告所述被告侵权的事实。

(2) 出庭参加诉讼。在这过程中，原、被告双方都要接受法庭对侵权事实的调查。原告要陈述诉讼请求；被告要对起诉书指控的侵权事实进行答辩，双方还可就各自主张的观点在庭审过程中进行质证和辩论，同时提供相应的证据。根据法律规定，原、被告双方可以在法庭的主持下进行调解，也可以不接受调解。原告还可以视情况申请撤诉。

(3) 上诉权利问题。依照法律规定，当事人不服人民法院的判决，可以在法定的期限内向上级人民法院提起上诉。

有必要指出的是，公民在打肖像权“官司”时，应注意两个问题。一是举证责任。我国《民事诉讼法》规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”这就是平常我们说的谁主张谁提供证据的原则。如果要打赢肖像权官司，就必须按照诉状上所述事实，提供相应证据。至于提供的时间，既可在递交诉状时，也可在开庭审理过程中。二是代理人问题。我国《民法通则》规定，公民可以通过代理人实施民事法律行为。因而，肖像权纠纷的当事人均可以委托律师或其他公民参与诉讼。值得指出的是，如果被侵害人是无行为能力人或限制行为能力人，法律规定，由其法定监护人作为代理人参与诉讼。

#### 54. 如何打房屋纠纷官司

房屋案件，是指当事人之间因房屋的占有、使用、收益、处分等权利的确认和行使发生争议而诉讼到人民法院的民事案件。房屋纠纷是一种较普遍的社会现象，这类案件在人民法院审理的民事案件中占有很大比重。那么，当事人之间一旦产生房屋纠纷后，该如何打官司呢？

(1) 一般诉讼程序：诉前准备。提起诉讼的一方当事人必须写好起诉状，一式二份，提交有管辖权的人民法院，即争议房屋所在地人民法院或者被告所在地人民法院。（起诉状的内容一般包括双方当事人的基本情况、诉讼请求，事实和理由、具状人签名或盖章等。事实部分须写明争议房屋的地址、性质、产权归属和争议的焦点等。收集并提供有关证据。作为提起诉讼的一方当事人必须就自己所主张的权利提供相应的证据，这就要求原告要千方百计收集证据；例如，土改确认的土地房产管业证、房屋产权证、买卖契约、租赁契约等，然后，将收集到的材料提供给法庭审查，作为认定案件的依据。参加诉讼。法院对原告所提交的起诉状和有关证据材料经过审查以后，如果决定立案受理，那么，案件就进入了诉讼阶段。当事人必须按时出庭，接受调查、询问，并在庭审中进行质证，与被告展开辩论。同时，原告也可以在分清是非责任的前提下，请求法院进行调解。如果调解不成，由法院判决，原告对判决不服的，可以在法定期限内向上级人民法院提起上诉。

(2) 对几类房屋纠纷案件的说明。公房使用权纠纷。当事人因公房使用部位等发生争议，可向争议房屋所在地房管部门的仲裁机关申请仲裁，若对仲裁不服，方可以纠纷相对一方当事人为被告，向争议房屋所在地人民法院提起诉讼。房屋拆迁纠纷。拆迁人与被拆迁人就补偿形式、补偿金额、安置用房面积和安置地点、搬迁过渡方式和过渡期限等，经协商达不成协议的，由批准拆迁的房屋拆迁管理部门裁决。

当事人对裁决不服，可以在法定期限内向人民法院提起诉讼。强占公

房案件。除了一些常见的原因引起的强占公房，因单位内部分房，受配人分得新房又无理占住旧房或非受配人的单位分配不合理为由而强占公房的，被侵害人（包括单位和合法受配人）可以向法院提起诉讼。

（3）房屋案件所涉及的问题：房屋产权的确认。a. 产权属父母的私房被翻建以后，原则上产权仍归父母所有：若子女在翻建房屋时既出力又出钱，甚至投入全部资金的，新建房屋产权应归父母和子女共有；若子女在出资时言明是资助父母的，则新建房产权属父母所有。b. 父母死亡后，旧房被拆除，居住该房的子女重新翻建或在拆迁中购得商品房，新产权归出资人所有，旧房拆价款为父母遗产，由继承人共同继承。房屋买卖关系有效性的确定：a. 双方自愿，依法订立房屋买卖合同，并到有关房屋部门办理了产权转移手续的，应认定买卖有效。b. 双方自愿，依法订立房屋买卖合同，并已实际交付房屋和房价款的，虽未办理产权转移手续，但应认定买卖合同有效，并责令双方到房屋部门补办有关手续。c. 双方自愿订立房屋买卖合同，只要买卖合同不违反法律政策。不损害国家利益、公共利益和他人利益，因合同履行发生纠纷的，应认定合同有效，并继续履行合同。若因出卖方的原因导致买卖合同无法履行的，由出卖方承担赔偿责任。房屋租赁关系的解除：a. 公民、法人或其他组织承租私房用于经营的，租期届满，产权人可以要求收回。若没定租期的，产权人也可要求收回房屋，但需提供承租人一定的迁让期限。b. 个人承租私房用于居住，租期届满或未定租期的，产权人可以要求收回私房自用。若承租人确无房屋可迁，产权人可向法院起诉，要求法院判令承租人在一定期限内搬迁。届时承租人不履行义务的，由承租人支付迟延履行金。c. 法人或其他组织承租私房用于经营的，租期届满，产权人可以要求收回房屋，因承租私房的原因不能收回的，双方重新协商租金，若协商不成，可参照房屋部门确定的同类房屋最高租金核定房屋使用费。离婚案件中的房屋分配。夫妻双方所住房屋系私房的，离婚后，房屋若由一方居住，得房方应作价给付对方应有的份额。如果夫妻双方所住房系公房，由双方合理安排，或一调为二，或由一方居住，得房方给付对方一定的经济补偿。继承案件中的房屋分配。被继承人所遗房产面积较大，容易分割，且不影响房屋结构的，继承人可直接分得房屋产权：若被继承人所遗房产不易分割，或经分割会破坏房屋结构的，一般由居住较困难或无房居住的继承人分得房屋产权，再由得房的继承人作价给付其他继承人应得的份额。

## 第三章经济官司

### 一、经济官司的一般知识

#### 1. 什么是经济官司，经济官司适用什么诉讼法

经济官司即经济诉讼，是指当事人就经济纠纷向人民法院起诉，由人民法院进行审理的活动。经济诉讼适用《民事诉讼法》。

经济官司是解决经济纠纷的重要方法。所谓经济纠纷是指法人、其他经济组织、公民相互之间在从事商品生产、流通活动过程中发生的争议，如就当事人是否履行义务，是否侵犯他人权利，以及违反义务或侵权后如何承担责任等，在各方当事人之间发生的争议。经济纠纷的发生是经常性的，依法及时、正确地解决纠纷，特别是以经济诉讼的方法解决纠纷，对于保障商品的正常流转、维护市场秩序、保护当事人的合法权益，具有十分重要的意义。

经济官司是当事人请求人民法院解决经济纠纷的活动。任何当事人都可将经济活动中发生的各种纠纷提请人民法院审理、作出裁判。当事人不起诉，法院不会主动干涉，当事人起诉并申请法院受理后，就始终参与整个诉讼过程。

经济官司是国家经济审判机关依法对经济纠纷案件进行审判的活动。国家经济审判机关包括地方各级人民法院的经济审判庭，最高人民法院的经济审判庭和交通运输审判庭各级铁路运输法院的经济审判庭，各海事法院的海商庭和海事庭。这些审判机关代理国家行使经济审判权，因此经济诉讼又称为经济审判，它是经济司法的组成部分，与解决经济纠纷的其他方法相比。具有更高的强制性、独立性和执法权威性的特征。

经济官司不包括依法对经济领域内犯罪活动的侦查、起诉和审判活动。追究经济犯罪的法律责任，属于刑事官司的范围，在审理经济纠纷案件中发现交错存在着经济犯罪的，都要将经济犯罪案件移交检察机关和刑事审判机关查处，不能以罚代刑，不放纵犯罪，但对一般经济纠纷，也不能作为经济犯罪处理，不妨碍正常经济活动，不损害审判的严肃性。

经济官司具有争议标的较大、案情复杂、专业性强等特点，诉讼程序应按《中华人民共和国民事诉讼法》的规定执行，不仅《民事诉讼法》的一般规定都适用于经济诉讼，而且《民事诉讼法》中有不少规定是专门针对经济诉讼而制订的。

经济诉讼从广义上讲包括国内和涉外两部分，本篇仅介绍国内的经济诉讼。

#### 2. 经济官司的当事人有什么特点

经济官司的当事人有法人、其他经济组织和公民，他们都是经济活动的参加者，也是具体经济关系和经济纠纷的当事人。他们具有以下特征：第一，当事人活动范围的特定性。因为经济诉讼是经济纠纷的解决方法，而经济纠纷必然发生在经济活动即商品的生产流通、企业的经营管理、市场的运转操作过程中，参加经济活动的法人、其他组织和公民，都追求具体的物质利益，所以经济纠纷的发生、争执的焦点，也必然与财产有关。如果法人、其他组织或公民所从事的活动不是经济活动，也不追求经济目的，那么也就不可能成为经济官司的当事人。第二，当事人责任能力的差异性。经济官司中的法人，是指具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担

民事义务的组织。它们依法成立，有独立的财产或经费，有自己的名称、机构和场所，能独立承担民事责任；法人的经济活动和诉讼活动由其法定代表人进行。其他经济组织是指不具有法人资格的组织，他们作为一个组织，具有特定的民事权利能力和行为能力，但无独立财产，也不独立承担民事责任，其债务责任由投资人单独或连带承担，其诉讼活动由其主要负责人进行。公民是具有我国国籍、依法享有权利和承担义务的自然人，公民的权利能力和行为能力平等，依法承担民事责任；个体工商户和农村承包户，以户的形式参加经济活动，个人经营的以个人财产承担债务责任，家庭经营的以家庭财产承担债务责任。第三，当事人种类的集中性。虽然法人、其他组织和公民都可能成为当事人，但经济官司当事人较为集中的是他们当中的具有生产经营能力的主体。如法人或其他组织中的企业，包括国有、集体、私营、外商投资和股份制企业；又如公民中的个体工商户和农村承包户。这些具有生产经营能力的主体，是最活跃的经济活动参加者，是社会财富的创造者，他们在生产、流通、交换过程中难免发生纠纷，成为诉讼当事人。第四，当事人诉讼地位的平等性。当事人不仅在市场中等竞争，而且在诉讼中也享有平等地位。对于不同当事人在经济活动中的合法权益，法律给予平等保护；谁的权益合法就保护谁，谁的行为违法就制裁谁，不让违法、侵权方在经济上占到便宜，也不让债务人或其他人承担不应该承担的责任。

### 3. 处理经济纠纷有哪些方法

在我国，解决经济纠纷一般有诉讼、协商、调解、仲裁等四种方法。诉讼即打官司，由人民法院对经济纠纷进行调解或裁判。经济诉讼是解决经济纠纷的重要方法，但不是唯一方法。非诉讼的方法有三种：

(1) 协商解决。就是由纠纷各方当事人在自愿、平等的基础上，按照法律和行政法规的规定，通过摆事实、讲道理、实事求是、统一认识、互谅互让，自行协商达成合理解决纠纷的协议。

(2) 调解解决。是指由纠纷当事人以外的第三人参与纠纷的解决，第三人根据当事人的意愿，在帮助双方依法查清事实、分清是非、明确责任的前提下，进行说服、教育、协调，促使双方在自愿、互谅的基础上达成解决纠纷的调解协议。这第三人可以是行业协会、商会等民间团体或企事业单位，也可以是有关行政主管部门，前者是应当事人的请求而出面调解，后者是依据职责并经当事人同意主持调解，但都不可以势压人、包办代替或偏袒一方。

(3) 经济仲裁。是由仲裁机构居中调解或裁决。仲裁机构主要是由国家行政管理机关或民间团体专设的仲裁委员会、仲裁机构根据当事人事先达成的仲裁协议及当事人的请求，依法在查清事实、分清责任的前提下，主持调解或作出裁决。经济仲裁具有较强的法律效力，一方当事人在规定的时间内不执行仲裁的，另一方当事人可请求法院强制执行。

上述解决纠纷的方法中，协商简便易行，气氛融洽，有利于自觉执行协议和双方团结，但对一些复杂的纠纷不易取得一致意见；调解气氛平缓，有中间人协调，既可分清是非，又不使任何一方失去体面，但由于此类调解不具有法律效力，对当事人的执行无强制力；经济仲裁虽有法律效力，但需以有当事人的仲裁协议或有法律的专门规定为前提，否则无法提请仲裁；经济诉讼最具法律强制性和权威性，凡没有仲裁协议的、不愿调解协商的或协商调解不成的经济纠纷，都可起诉。当然诉讼也有程序严密、时间相对迟缓等情况。采用何种方法解决经济纠纷，当事人可以根据实际情况加以确定。

#### 4. 哪些经济官司可以向人民法院起诉

经济纠纷案件分别由人民法院经济审判庭、铁路运输法院经济审判庭和海事法院受理。

由各级人民法院经济审判庭受理的经济纠纷案件有十类：（1）经济合同纠纷案件，即法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包户之间的购销、建设工程承包、加工承揽、货物运输、供用电、仓储保管、财产租赁、借款、财产保险等合同纠纷。（2）技术合同纠纷案件，即法人、公民之间的技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务合同纠纷案件。（3）农村承包合同纠纷案件，即农村承包户与农村集体经济组织之间的联产责任制承包合同纠纷，一般在当地主管部门调解不成后由法院受理。（4）企业承包、租赁经营和联营合同纠纷案件，即全民、集体所有制企业与企业承包、租赁经营者之间，或企业的所有权代表与实行承包经营的企业之间的纠纷，以及联营各方的联营纠纷。（5）工业产权方面的经济行政案件，指当事人对有关行政机关作出的驳回专利复审请求、宣告发明专利权无效、专利实施强制许可、处罚商标侵权行为等行政行为不服的，依法向人民法院起诉的案件（除工业产权外的经济行政案件由人民法院行政审判庭审理）。（6）专利纠纷案件，指专利申请权纠纷、专利侵权纠纷、专利转让纠纷等案件。（7）经济损害赔偿案件，指法人、其他经济组织为一方或双方当事人，在生产流通领域因侵权行为发生的损害赔偿纠纷，如食品卫生损害赔偿纠纷、环境污染损害赔偿纠纷、商标侵权纠纷等。（8）企业破产案件，即各类企业的债权人或债务人按破产宣告程序申请破产的案件。（9）涉外经济纠纷案件，即一方中方当事人与另一方境外（含港、澳、台）当事人在经济贸易关系中发生的纠纷案件、中外工业产权纠纷案件、中外劳动争议案件等；外国当事人在中国领域内发生的经贸纠纷向人民法院起诉的，或外国当事人在中国领域外发生的经贸纠纷，但按当事人协议向中国人民法院起诉的案件。（10）其他经济纠纷案件，指上述案件以外的以法人或其他经济组织为一方或双方当事人的经济纠纷案件，如股份制和证券纠纷案件等。以上各类合同纠纷中，若当事人已就解决纠纷事宜在合同中订有仲裁条款或达成仲裁协议的，人民法院不再受理。

由铁路运输法院经济审判庭受理的经济纠纷案件有：

（1）铁路货物运输合同纠纷案件。（2）铁路旅客和行李、包裹运输合同纠纷案件。（3）由铁路处理的多式联运合同纠纷案件。（4）国际铁路联运合同纠纷案件。（5）铁路货物运输保险合同纠纷案件。（6）代办托运、包装整理、仓储保管、接取送达等铁路运输延伸服务合同纠纷案件。（7）国家铁路与地方铁路、专用铁路、专用线在修建、管理和运输方面发生的合同纠纷案件。（8）铁路在装卸作业、线路维修等方面发生的委外劳务合同纠纷案件。（9）铁路系统内部的各单位之间发生的经济纠纷案件。（10）违反铁路安全保护法律法规、对铁路造成损害的案件；（11）铁路行车、调车作业造成人身、财产损害，原告选择向铁路运输法院起诉的侵权纠纷案件；（12）上级人民法院指定铁路运输法院受理的其他经济纠纷案件。

由海事法院（包括海事庭和海商庭）受理的经济纠纷案件有：（1）海商合同纠纷案件，包括水上货运合同纠纷，水上旅客和行李运输合同纠纷，船舶建造、买卖、修理、拆解合同纠纷，船舶抵押借贷合同纠纷，船舶代理合同纠纷，租船合同纠纷，货运代理合同纠纷，船舶用品供应合同纠纷，海员劳务合同纠纷，海上救助、打捞合同纠纷，拖航合同纠纷，海上保险合同纠

纷，海上运输联营合同纠纷等。（2）海事侵权纠纷案件，包括船舶碰撞，船舶触碰海上、通海水域、港口的建设物、设施，船舶损坏空中、海底设施，船舶排放、泄漏污染物、海上或港口建设、作业及拆船造成污染，船舶损坏渔网、渔具，航道上沉船、废弃物或海上作业设施不当影响航行，海上运输或海上、通海水域、港口作业中人身损害、非法留置船舶和船载货物等。（3）其他海事、海商案件。（4）海事执行案件。（5）海事保全案件。

#### 5. 与交通有关的经济纠纷向哪个法院起诉

因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿，应向事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先落地或者被告住所地人民法院起诉。

因船舶碰撞或者其他海损事故请求损害赔偿，应向碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或被告住所地人民法院起诉。

因海难救助（含救助、打捞、拖船等）费用提起的诉讼，应向救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院起诉。

因共同海损提起的诉讼，应向船舶最先到达地、共同海损理算地或航程终止的人民法院起诉。

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专属管辖。以上与铁路运输有关的诉讼，由铁路运输法院管辖，与海事、海商有关的诉讼，由海事法院管辖。

#### 6. 经济纠纷调解中心对处理经济纠纷有何作用

经济调解中心是一些地方的人民法院为适应市场经济发展需要，根据企业当事人的要求，在法院内部设立的以调解手段处理经济纠纷的专职机构。调解中心的调解性质仍属于经济诉讼中的调解程序，即开庭前的调解。调解中心本着自愿、公正、合法的原则，以简便、灵活、快速、高效的调解特点，方便当事人诉讼，及时解决纠纷。

各法院调解中心受理的案件，是属于该法院管辖的、各方当事人自愿接受调解的各类经济纠纷案件。调解中心受理案件手续较为简便，经审查符合条件者立即立案。调解中心办案中一般不采取财产保全等强制措施。调解中坚持“以事实为依据，以法律为准绳”的原则，采取传唤当事人到法院调解、信函调解、上门就地调解等多种形式进行调解。调解达成协议的，立即制作调解书，交双方当事人签收，调解书与判决书具有同等效力；调解不成的，调解中心及时依《民事诉讼法》规定将案件转法院经济审判庭审理，并不另收案件受理费。调解达成协议即发生法律效力，调解中心督促有条件的立即履行，有困难的分期或限期履行，一方拒绝履行的，由法院予以强制执行。

#### 7. 经济纠纷仲裁与经济诉讼有何区别

经济仲裁，是指对当事人的经济纠纷由仲裁机构居中调解，作出公断、裁决的活动。经济仲裁与经济诉讼都是解决经济纠纷的有效方式，也都具有法律效力。但它们在性质、特征等方面有许多不同之处。一是性质不同。经济诉讼是一种由审判机关行使审判权的司法活动，审判机关在诉讼中对妨碍诉讼行为采取拘传、罚款、拘留等强制措施。经济仲裁是仲裁机构行使仲裁权的活动。仲裁作出的调解或裁决虽也具有法律效力、但当事人不执行时，只能由另一方当事人申请人民法院强制执行，故仲裁又称为准司法活动。二是前提不同。经济仲裁以双方自愿为前提。当事人申请经济仲裁必须首先在有关合同中约定仲裁条款，或纠纷发生后当事人达成仲裁协议，表明双方自愿将纠纷提交仲裁解决，并愿服从裁决。没有仲裁条款或仲裁协议的，不能

提交仲裁。经济诉讼无此前提，无论当事人之间是否就解决纠纷进行过协商，都可向人民法院起诉，但当事人之间已有仲裁条款或仲裁协议的，则只能仲裁，不能再行起诉。三是程序不同。经济仲裁实行一次裁决制度。即仲裁机构已作出的裁决为终局裁决，当事人不得另行起诉，因为当事人双方事先已就服从裁决达成了协议，故当事人收到仲裁机构的调解书、仲裁决定书后即应自动执行。但依现行规定，有些合同如企业承包、租赁合同仲裁后，当事人尚可在规定期限内申请复议。经济诉讼实行二审制，即当事人对一审判决不服的，有权在规定期限内提出上诉，由二审法院进行审理。四是受理的机构不同。经济仲裁的受理机构是有关行政管理机关或社会团体设立的专门机构，如我国各级工商行政管理局所设立的经济合同仲裁委员会、各级科委所设立的技术合同仲裁委员会、中国国际贸易促进委员会所设立的中国国际经济贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会等。经济诉讼的受理机构，是国家审判机关的有关机构，如各级人民法院的经济审判庭和铁路运输法院的经济审判庭、海事法院等。五是适用的范围不同，经济仲裁一般适用于当事人之间有合同关系的经济纠纷案件，如各种经济合同纠纷，技术合同纠纷，企业承包、租赁、联营合同纠纷，劳务合同纠纷，证券委托买卖合同纠纷等。经济诉讼则不仅适用于各类合同纠纷，而且也适用于无合同关系的其他经济纠纷。

## 二、经济合同官司

### 8. 经济合同官司有何特点

经济合同官司，是指当事人将经济合同纠纷提起诉讼，由人民法院进行审理的活动。由于经济合同是市场经济活动的基本工具，经济合同纠纷也是大量存在的，因此经济合同官司是目前经济官司中的主要部分。经济合同官司在争议的对象、范围、诉讼的当事人等方面，有其自身的特点。（1）经济合同官司具有经济性特点。经济合同是法人、其他经济组织、个体工商户和农村承包户之间，为实现一定经济目的，明确相互权利、义务关系的协议。经济合同当事人双方都追求一定的经济目的，即通过合同实现自身和社会的物质利益，合同规定的权利、义务都是经济性的。虽然合同的标的有的是物，有的是行为，但都以一定的财产形式表现。争议的焦点与财产有关，承担违约责任的方式也以财产为主。

（2）经济合同官司具有范围广泛性特点。经济合同中没有一方当事人是为个人生活消费而订立合同、合同关系都发生在生产流通领域，几乎涉及各个行业，涉及产品购销、工程建设、加工承揽、货物运输、仓储保管、能源供用、财产租赁、借款、财产保险等各种流通方式。经济合同官司专业性强，有时案情较复杂。尽管范围广泛，但也要注意将经济合同纠纷与一般消费合同纠纷，与技术合同、涉外经济合同、企业承包或租赁合同、劳务合同纠纷加以区别。

（3）经济合同官司具有当事人特定的特点。一方面，当事人必须具备生产经营能力，能独立承担财产责任，法人内部单位、一般个人消费者，就不是经济合同及经济合同官司的当事人；另一方面，当事人权利、义务一致，因为经济合同是双方有偿合同，每一方当事人在取得权利的同时都要偿付相应的代价，经济合同关系中没有只享有权利不承担义务或只承担义务不享有权利的当事人，所以经济合同官司中当事人不可只强调其权利而忽视其义务。

（4）经济合同官司具有当事人意志优先的特点。法院在审理经济合同纠纷时，充分尊重当事人的意思表示。当事人在合同中的约定，只要不违反法律规定、不损害国家和社会公共利益，对当事人各方即具有约束力，法院即依据约定判定各方的权利、义务；法院的审理、判决范围不超出当事人的诉讼请求范围，对意思表示不真实和代理人越权代理的行为，只有当事人提出了合同效力异议，法院才进行审查，并确认合同是否有效或是否予以撤销。

### 9. 经济合同订立中有哪些主要问题，可能产生哪些纠纷

经济合同的订立，是当事人双方就合同内容进行充分协商，达成一致意见并签订书面协议的过程。经济合同订立的基本要求是：合同当事人资格合法、代理人代订行为合法、合同主要条款齐全并合法、订立合同的程序和形式合法，否则就可能产生纠纷。

当事人资格合法，是要求经济合同当事人应具备相应的权利能力和行为能力，以确保合同的履行，具体讲有两方面：一是要求具备生产经营能力，能独立承担合同后果；二是要求所订合同符合其经营业务范围，特别不能擅自就国家专营或禁止经营的商品签订合同，实践中，由于当事人对对方资格审查不严，轻率与无独立财产能力的人签约，超出经营能力订合同等，造成了合同难以履行、经济产生损失的问题，也给极少数诈骗犯罪分子有了可乘



之机。

代理人代订行为合法，是要求合同承办人在代订合同时要事先取得委托人的委托证书，根据授权范围和权限、以委托人的名义订立合同，这样的合同才由委托人承担后果。如果当事人随便委托不可靠的人或委托授权范围不明确，就容易产生纠纷；代理人违法代订，也是发生经济合同纠纷的重要原因。

合同主要条款齐全并合法，是要求经济合同双方当事人的权利和义务明确、具体，并符合法定条件。经济合同的标的应是国家准许流转的物或行为；标的数量及计量方法要符合计量法规定、标的质量要符合标准化管理规定；价金的数额及支付方式要明确，履行时间、地点、方式要具体，并规定违约责任。条款合法合同才有效，条款明确具体才可履行。

订立合同的程序和形式合法，是要求当事人平等互利、协商一致签订合同。任何一方不得把自己意志强加给对方，任何单位和个人不得非法干预，当事人意思表示要真实，形成统一认识后应签定书面协议（即时清结除外）。书面协议包括规范文本格式，也包括以电报、电传等方式形成的合同。意思表示有瑕疵的，订立合同后容易发生纠纷；书面形式合同也有利于增加稳定性、严肃性，防止纠纷发生。

把好经济合同的订立关，是预防争议、减少诉讼的第一环节，应引起高度重视。

#### 10. 经济合同有哪些有效条件，什么是无效合同

经济合同官司中，当事人和法院首先都要解决一个不可回避的问题，即经济合同的效力问题。合同有效，则按合同的约定解决当事人之间的争议；合同无效，则只需依法处理无效合同的后果，不再按合同的条款解决争议。凡符合经济合同有效条件的便是有效合同，合同当事人具有合法资格，合同内容符合法律和行政法规，当事人的意思表示真实，是经济合同的有效的主要条件。违反有效条件，在主体、内容或程序上不合法的合同是无效合同。

无效经济合同一般分为四类：（1）违反法律和行政法规的合同，主要是指违反国家对企业、对市场管理的法律法规，妨碍正常经济秩序，如当事人不具备合法资格，合同标的系禁止流通物等。（2）以欺诈、胁迫手段订立的合同，即当事人一方以欺骗或威胁等手段，使对方当事人违背真实意愿而订立合同。（3）代理违法的合同，包括未经授权代理或代理权终止后擅自以委托人名义订立的合同，代理人超越代理权订立合同、代理人以被代理人的名义同自己或自己代理的其他人订立的合同，以及代理人与对方当事人恶意串通损害委托人利益的合同等。（4）违反国家利益或社会公共利益合同，这类合同的当事人主观上一般为明知故犯，并有牟取非法利益的动机，且以国家利益和不特定的大多数人的利益为直接侵犯的对象，如购销有损公众身体健康和身心健康的物品、违禁品等。

无效合同从订立时起就没有法律约束力，合同尚未履行的不得履行，已经履行部分应恢复原状，即双方当事人已依据该无效合同取得的对方财产均应返还，其中有财产损失的，有过错的一方（造成合同无效的责任方）应承担赔偿责任；双方均有过错的，各自承担相应责任。对于违反国家利益或社会公共利益合同，因为其性质和后果要比其他无效合同严重，为消除其不良后果，要加重处罚：对故意方应追缴财产，如果双方当事人都是故意的，应追缴双方已经取得或约定取得的财产，收归国家所有；对双方恶意串通损

害集体或第三人利益的，也应追缴双方取得的财产，收归集体所有或返还第三人。无效合同中当事人还要就自己的故意违法行为，根据情节轻重，承担行政或刑事上的法律责任。

无效合同与合同的部分无效有区别，当经济合同的部分标的或部分条款无效时，如果不影响其余部分效力，其余部分仍然有效。

#### 11. 经济合同官司中如何确认和处理无效合同

无效合同的确认权属于人民法院和仲裁机构，在经济合同官司中，大多会涉及合同效力的确认问题。通过经济合同纠纷诉讼确认合同效力，有两种根据：一是当事人的申请；二是审理合同纠纷时涉及到效力问题。经济合同当事人对合同效力有疑虑的，应向人民法院（或仲裁机构）提出确认申请。人民法院在审理当事人就合同纠纷提起的诉讼时，也会酌情审查合同效力，对违反法律、行政法规或违反社会公共利益合同，法院直接作出合同无效裁定，并对其经济纠纷作出相应处理，面对当事人意思表示不真实、代理违法的合同，法院一般不主动作出合同无效的确认，而是在当事人提出确认要求后才作出裁定。另外，对于一般违反行政管理性规定（如超越一般经营范围、违反经营方式等）的合同，只作一般违规处理，不因此确认为无效。

人民法院对经济合同效力的审查，一般从四个方面进行：（1）查合同当事人资格是否合法，有无权利能力和行为能力，有无借用、盗用他人名义的情况。（2）查合同内容是否合法，合同标的及其他主要条款是否符合法律，有无违反公共利益。（3）查当事人意思表示是否真实，有无以欺诈、胁迫或乘人之危方式签订合同，代理人代订合同行为是否合法。（4）查订立合同的程序和形式是否合法，书面形式是否完备，法定审批手续有无履行。对于审查确认为无效的，对合同涉及的财产按返还、赔偿和追缴等方式处理（详见上条），并对当事人的违法行为按性质、情节轻重给予警告、罚款等制裁，构成犯罪的移送有关部门查处。

当事人提出订立合同时意思表示不真实，要求法院确认合同无效时，要注意与可撤销合同的区别。可撤销合同也是当事人意思表示不真实的，但不是对方当事人造成的。如重大误解的合同，是当事人一方对合同内容缺乏了解或了解不正确，形成错误认识（如误认商标）而订立，不是对方欺骗所致；又如显失公平的合同，合同虽为双方自愿订立，但合同后果于一方严重不利（如实方暴利行为），而又不是对方胁迫所致。可撤销合同不是绝对无效的，仅在当事人提出请求后，法院可酌情予以变更或撤销，撤销后自订立时起无效，并按返还财产和赔偿损失的办法处理。

人民法院审理只需确认合同效力的案件，用判决书形式；对既要确认效力、又要对经济纠纷作出处理的案件，在当事人对法院确认无异议，经济纠纷达成调解协议的，用调解书；当事人对法院确认有异议，或虽无异议但经济纠纷调解不成的，用判决书。当事人不服判决，可依法定程序上诉。

#### 12. 经济合同的履行容易产生哪些纠纷

经济合同的履行，即双方当事人按照经济合同的规定履行各自承担的义务。当事人对履行中产生的问题，应本着协作互助的精神，及时协商，依法解决；协商不成，应及时提起诉讼或仲裁。履行中容易产生纠纷的环节较多，较常见的有：

（1）因合同条款不明而致履行纠纷。本来，遇到合同条款不明时可按法定办法处理，如质量要求不明的，有国家或行业强制性标准的，按标准履行，

其余按同类标的通常质量要求履行。如属价金约定不明的，有国家规定的价格或报酬标准的，按标准履行，其余参照履行同类标的市场价履行。如属履行期限不明的，双方可随时向对方履行或要求对方履行，但应给对方必要的准备时间。如果当事人不按上述规定处理，产生纠纷就难免了。

(2) 因价格变动所致纠纷。合同的价金由双方当事人商定，在履行中是不可更改的，即使遇到市场价升降变化，也属于正常的市场风险，应由当事人承受；若差价过于悬殊，可商请对方作适当调整，任何单方增减价金或以毁约为要挟都是不妥的。有的合同执行国家定价的，履行中可按国家定价的变化而调整；但在逾期交付时国内定价调整的，遇价格上涨时执行原价，遇价格下降时执行新价，逾期付款或逾期接受标的时，遇价格上涨的执行新价，遇价格下降时执行原价。

(3) 因经济合同担保问题导致纠纷。合同担保是当事人双方为保证合同的履行，自愿设置的保全措施，主要有四种方式：一是定金，当事人一方向对方预先给付一定的货币，在合同履行后可抵作价金，给付定金方不履行合同的，无权请求返还定金；接受定金方不履行合同的，应双倍返还定金。二是保证，由第三人（保证人）担保当事人一方（被保证人）履行合同，被保证人不履行的，由保证人代为履行或承担连带责任。三是抵押，当事人一方提供一定财产作为履行的担保，提供抵押物方不履行合同时，接受抵押物方有权依法以抵押物折价或变卖优先清偿。四是留置，当事人一方在对方不履行合同义务时，对已依据合同占有的对方财产采取扣留措施，并经催告，对方在合理期限内仍不履行，留置方可依法以留置财产折价或变卖优先清偿。实践中，因约定支付定金而未付，接受定金方既不履行也不返还、保证人无代为履行或承担连带责任能力，抵押物灭失等，导致当事人的纠纷。

(4) 因未实际履行或未全面履行导致纠纷。未实际履行，即未按合同规定的标的交付，而以其他标的或货币代替（法定或约定允许者除外），未全面履行，即履行不符合合同约定，或数量不足、质量不符、时间迟延等等，实际上均为违约行为。这其中有客观原因所致，如特定物灭失、自然灾害等，但更有主观违约。

(5) 因拒收拒付导致纠纷。当事人一方交付标的后，若另一方以质量低劣、数量不足或期限迟早等为由拒绝受理并拒绝付款的，双方应按规定及时协商，弄清事实，分清责任后处理。任何相互指责、推诿或置之不理，不仅会酿成争执，还会扩大损失，那么，就非得通过经济诉讼解决不可了。

### 13. 经济合同变更或解除中容易产生哪些纠纷

经济合同的变更或解除，是指在经济合同订立以后，没有履行或没有完全履行以前，当事人依法修改合同条款或提前终止合同未履行部分效力的行为。经济合同订立后即发生法律效力，任何一方不可随意变更或解除，只有在符合法定条件和法定程序的前提下，才可变更或解除。

经济合同变更、解除的法定条件主要有三项：(1) 当事人双方协商同意，并且不因此损害国家利益和社会公共利益。(2) 由于不可抗力致使经济合同的全部义务不能履行，当事人一方有权通知另一方解除合同。若是因不可抗力致使合同需延期履行或部分不履行的，当事人一方在及时向对方通报理由和取得证明后，可以延期或部分履行。(3) 由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同，当事人一方也有权通知另一方解除合同。另外，企业宣告破产后，破产企业未履行的合同，清算组可以决定予以解除，另一方当事人因

此受到的损失作为破产债权。

经济合同变更、解除时，属于双方协商的，当事人双方应就变更、解除问题达成书面协议（包括文书、电报等），协议未达成之前，原经济合同仍然有效；属于一方行使变更解除权的，有权方应及时向对方发出书面通知。因变更或解除经济合同使一方遭受损失的，除依法可以免除责任的以外，应由责任方负责赔偿。

经济合同当事人一方发生合并或分立的，由合并或分立后的当事人承担履行合同的义务，并享有相应的权利，不可因此而变更解除经济合同。经济合同也不得因合同承办人或法定代表人的变动而变更、解除。

在经济合同变更、解除中，属于双方协商变更、解除的情况最为常见。因为合同是因当事人协商一致而订立的，也可因协商一致而变更、解除。而且当事人一方提出变更、解除也是确实遇到了特殊情况，理应得到对方的理解，但也应充分考虑到对方因变更、解除所致损失的补偿，若在双方协商未取得一致意见的情况下单方匆忙擅自变更、解除，就会产生纠纷，这就需通过打官司求得解决。有时一方要求变更、解除，而另一方无理拖延、久议不决的，为避免损失扩大，提议方也可及时诉至法院，通过裁判实现变更或解除。属于单方变更、解除的，应及时通知对方，并提供符合法定变更、解除条件的证明，不符合条件而寻找借口的单方变更、解除，或虽符合条件但未及时通知对方的，均可能导致纠纷。此外经济合同变更、解除后，一方所受损失如何赔偿，也是经济合同官司中一种常见的争议焦点。

对由于不可归责于当事人双方的原因，作为合同基础的客观情况发生了非当事人能预见的根本性变化，以致按原合同履行显失公平的，当事人可向法院（或仲裁机构）申请，按情事变更的原则通过裁判予以变更或解除。

#### 14. 经济合同官司中如何追究违约责任

在经济合同官司中，查明事实、明确责任后，总要归结为依法追究违反经济合同方的法律责任。违反经济合同应承担的责任，简称为违约责任，这是经济合同法律效力的集中体现。在经济合同官司中，即使是以协商、调解、仲裁方式解决经济合同争议的，也都要追究违约方的责任。

追究当事人的违约责任，必须同时具备两个必要条件：一是有不履行或不完全履行经济合同的行为存在，但一方当事人在对方严重违约时采取合理的自我保护措施的，不属违约。二是违约方当事人在违约时有故意或过失的主观过错，一方有过错的由一方承担责任，双方均有过错的由双方分担相应责任，若主观上无过错者，可以不负违约责任。如由于不可抗力造成合同不能履行或不能完全履行的，在当事人及时向对方通报并取得有关证明后，可免除相应范围内的违约责任。另外由于标的本身自然性质、合理损耗所致损失，也可免除当事人的责任。

追究当事人的违约责任，一般采用违约金、赔偿金和继续履行的方式。

（1）违约金是经济合同当事人一方因过错不履行或不完全履行经济合同时，向对方支付一定数额的货币。违约金的数额视不同情况而定：若法规具体规定了违约金的计算标准（如固定百分比），又未允许当事人另行约定的，应按规定执行；法规规定了违约金的比例幅度，同时又允许当事人在此法定比例幅度内商定具体比例或数额的，当事人在幅度内约定有效，超出幅度的，超出部分无效，低于幅度的，按法定的最低限执行；法规虽规定了违约金的数额，但又允许当事人另行约定的，或规定当事人约定优先于法定的，

当事人有权自由约定违约金数额；法规对违约金不作具体规定，由当事人自行约定。以上约定违约金数额不得超过合同未履行部分的价金总额。（2）赔偿金是当事人因过错违约给对方造成损失，在没有规定违约金或违约金不足以弥补损失时所支付的一定数额的损失补偿，赔偿金的数额按违约损失与违约金之间的差额计算。违约所致损失包括直接损失（因违约造成财物的减少、灭失、毁损和支出的增加），也包括间接损失（因违约而失去的可得利益），但间接损失应以订立合同时可预见的数额为限。违约金和赔偿金均应在明确责任后十天内支付，否则按逾期付款处理。（3）违约当事人在支付了违约金、赔偿金后，若对方要求继续履行的，违约方还需按约履行。

#### 15. 计划合同纠纷能否向法院起诉

计划合同，是指根据国家指令性计划签订的经济合同。随着市场经济的发育成长，指令性计划范围将不断缩小，但国家依法有权根据需要向企业下达指令性计划，而企业也有权依法签订合同落实计划。因计划合同订立、履行中发生的纠纷，企业有权向人民法院起诉，作为经济合同纠纷处理。关于计划合同的签订，我国《全民所有制工业企业转换经营机制条例》规定，企业执行计划时，有权要求在政府有关部门的组织下，与需方企业签订合同，也可根据国家规定，要求与政府指定的单位签订国家订货合同。需方企业或政府指定单位不签订合同的，企业可以不安排生产。企业生产国家规定由特定单位收购的产品，有权要求与政府指定的收购单位签订合同。企业对指令性计划供应的物资，有权要求与供应企业或其他供货方签订合同。

关于计划合同的履行，《全民所有制工业企业转换经营机制条例》规定，指令性计划产品的需方企业，或者政府指定的单位不履行合同的，企业有权停止生产，并可向政府或政府有关部门申诉，要求协调解决，也可依照《经济合同法》规定，向人民法院起诉，追究需方企业或政府指定单位的违约责任。指定收购单位不按照合同收购的，企业可以向政府或有关部门申诉，要求协调解决，也可依法向人民法院起诉，追究收购单位的违约责任；已按合同生产的产品，收购单位不按合同收购的，企业有权自销。

#### 16. 经济合同管理与经济合同官司有何关系

经济合同管理，是指国家经济管理机关依照法律规定，运用国家赋予的行政权力，对经济合同关系进行监督、指导、协调的活动。加强经济合同管理，有利于促使当事人依法订立和履行合同，预防和减少纠纷的发生，从而减少经济合同官司，加强经济合同管理，有利于及时发现和制止合同中的违法行为，与经济合同官司一起共同维护好市场秩序；加强经济合同管理，也有利于通过诉讼途径解决合同争议，为经济合同官司的顺利进行打下基础，以及促使经济合同纠纷裁决的执行。

经济合同管理的机关，是指县级以上各级人民政府工商行政管理部门和其他有关主管部门，它们依据法律、行政法规规定的职责，从不同角度负责对经济合同的监督，包括宣传普及合同法制，督促经济合同依法订立和履行，组织开展“重合同、守信用”的活动，调解合同争议，帮助指导经济合同当事人、特别是企事业单位建立健全内部的经济合同管理体制等。

经济合同的鉴证和公证是经济合同管理的重要方面。经济合同鉴证是工商管理部門对合同当事人的资格、合同内容、合同形式进行审查、鉴定和作出证明的活动；经济合同公证，是国家公证机关依照法定程序，证明合同的真实性和合法性的活动。鉴证和公证均实行自愿原则，即以由当事人双方自

愿申请证明为前提。鉴证和公证都可及时制止违法、保护合法、增强当事人的责任感，预防纠纷发生。经过公证的经济合同还具有法律上的证据效力，在纠纷发生时，法院可直接采证，便于纠纷及时解决。

查处经济合同违法行为，是经济合同管理的重要内容。对利用经济合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为，由县级以上各级人民政府工商行政管理部门和其他有关主管部门依据法律、行政法规规定的职责负责处理，构成犯罪的，由司法机关追究其刑事责任。

#### 17. 经济合同官司应向哪个法院起诉

根据我国《民事诉讼法》的规定，因经济合同纠纷提起的诉讼，除应按其影响程度不同由不同级别法院管辖外，在地域管辖上有一般规定、当事人协议选定和特别规定三种情况。

一般经济合同纠纷，原告方当事人可向被告住所地或者合同履行地人民法院起诉。这里说的住所地，是指个体户、承包户的户籍所在地，法人或其他经济组织的主要营业地或主要办事机构所在地；没有办事机构的公民或合伙组织以注册登记地为住所地；没有注册登记的，几个被告又不在同一辖区的，可向任一被告住所地的人民法院起诉。这里说的合同履行地，是指经济合同约定的双方当事人交接标的地点：购销合同的双方当事人在合同中对交货地点有约定的，以约定的交货地点为合同履行地；没有约定的，依交货方式确定合同履行地，如采用送货方式的，以货物送达地为合同履行地，采用自提方式的，以提货地为合同履行地，代办托运或按木材和煤炭送货办法送货的，以货物发运地为合同履行地，购销合同的实际履行地点与合同约定的交接地点不一致的，以实际履行地点为合同履行地；加工承揽合同，以加工的行为地为合同履行地；财产租赁合同、融资租赁合同，以租赁物使用地为合同履行地，但合同中对履行地另有约定的除外；补偿贸易合同，以接受投资一方主要义务履行地为合同履行地。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，应向被告住所地人民法院起诉。

经济合同的双方当事人可用书面合同形式和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，即当事人在订立经济合同时，以合同条款形式确定纠纷发生后的管辖法院，或在纠纷发生后达成选择管辖法院的协议。可供选择的范围较大，其中合同签订地一般是指书面合同的最后盖章地。凡有协议的当事人，只能向协议选定的法院起诉。当事人选择管辖协议，不得违反《民事诉讼法》对级别管辖和专属管辖的规定。但合同双方当事人选择管辖的协议不明确或选择上述法院中的两个以上法院管辖的，该选择管辖的协议无效，按一般规定确定应由哪个法院受理。

因财产保险合同纠纷提出的诉讼，应向被告住所地或者保险标的物所在地的人民法院起诉；如果保险标的物是运输工具或者运输中的货物，则应向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起诉。

因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷，应向运输始发地、目的地或者被告所在地的人民法院起诉，其中铁路运输合同纠纷及与铁路运输有关的侵权纠纷，应向有关的铁路运输法院起诉，海上或通海水域的水上运输合同，应向有关的海事法院起诉。

#### 18. 经济合同官司如何起诉、应诉

经济合同当事人一方向法院提出请求，通过审判解决经济合同纠纷，即为经济合同官司的起诉。

经济合同纠纷案件起诉状除应符合起诉的一般要求外，还要注意以下几点：（1）在诉状的诉讼请求中应明确请求法院解决的具体问题，如要求履行合同、偿还合同欠款、承担产品质量责任、赔偿违约所致损失等，应在事实和理由部分就合同订立与履行情况作一概述，阐明纠纷产生和发展的性质、后果以及双方争执的焦点。（2）所附书证中一般应附产生纠纷的经济合同的文本，及与该纠纷有关的其他证据。（3）合同纠纷的诉讼时效为二年，但涉及租金拒付或应付，寄存财物损坏、丢失，出售质量不合格商品未声明的特殊诉讼时效为一年，均自当事人知道或应当知道权利被侵害之日起计算。（4）合同双方当事人在经济合同中订有仲裁条款，或在纠纷发生后达成仲裁协议的，一方再向人民法院起诉的，法院不予受理；但仲裁条款和仲裁协议无效、失效或者内容不明确而无法执行的，当事人在仲裁条款或协议中选择的仲裁机构不存在，或选择裁决的事项超越仲裁机构权限的，法院有权受理当事人一方的起诉；当事人一方向法院起诉时未声明有仲裁协议，法院受理后，对方当事人又应诉答辩的，视为法院有管辖权。（5）对涉及技术秘密、商业情报及信息等商业秘密的，可申请不公开审理，或不在公开庭上质证，可根据需要及时申请诉讼保全。

经济合同官司的应诉，即当事人一方（被告方）对另一方（原告方）的起诉作出反应，进行答辩或反诉。被告方应在规定期限内提出答辩状或反诉状。经济合同官司应诉除应符合一般要求外，还可以从以下几个方面作出努力。否定原告的诉讼请求、事实和理由。（1）经济合同的效力问题，因为无效合同不应履行，已履行部分也是无效的，就没有违约及后果的问题了，当然无效合同的后果亦应消除。（2）纠纷产生原因，以有力的事实证据说明纠纷产生属于对方过错、双方过错或第三人过错（如上级机关的过错），以及属于不可抗力等非主观原因，从而避免承担责任或减轻自身的违约责任。（3）法院管辖及诉讼时效，注意以管辖异议、时效消灭为由，否定对方起诉或法院受理的依据。

#### 19. 如何打购销合同官司

购销合同，是供需双方当事人就转移一定的物质财产而明确相互权利、义务关系的协议。购销合同是最为常见的一种经济合同，购销合同纠纷也是经济合同纠纷中数量最多的一种。打购销合同官司，除应按打经济合同官司的一般规律办理以外，还应注意自身在标的、数量、质量及履行期限等方面的特点，有的放矢。

购销合同的标的只能是物，围绕转移标的物产生双方权利、义务。因此，诉讼当事人可据此将购销合同与其他合同区别开来，将不同的购销合同区分开来，依法提出不同的诉讼请求。工矿产品购销合同的标的是工业品，具体可分工业品生产资料（物资）和工业品生活资料（日用工业消费品），或者分为适用于各行业生产、消费的通用产品和根据某一行业生产技术要求，从设计到工艺流程、制造方法都为专门用途而生产的专用产品。农副产品购销合同的标的是农副产品，包括农副业生产者从事的植物栽培、种植和动物繁殖、饲养的产品及初步加工品，或捕捞、采集的野生动植物等。购销合同的标的物还涉及商标、产地、型号、规格、等级、花色等。购销合同因标的数量发生纠纷的，要注意以下几个问题：（1）供方不能交付约定数量的货物，

或需方少要或不要约定的交货数量，都应承担不能交货或中途退货的责任，如工矿通用产品的违约金为违约部分货物总值的1~5%，专用产品为10~30%。（2）供方交货多于约定数量，需方在妥善保管的情况下，有权在规定的时间内通知供方处理，并可拒付多交部分的货款和运杂费。（3）供方交货少于约定数量，需方可拒付少交部分的货款，并有权在规定的时间内（一般为十天）内通知供方补齐，补齐而逾期的，供方负逾期责任；需方未在规定时间内通知的，视为数量符合约定；供方按需方通知后未在规定时间内答复，视为默认需方意见。

购销合同因质量产生纠纷的，要注意以下几个问题：（1）供方未按规定将产品合格证（或质保书）、双方商定的必要技术资料随同产品或运单交付验收的，需方有权拒付有关货款，并要求补齐资料，因此而延期的，供方负逾期责任。（2）需方在验收中发现产品有质量不合同约定的，应一面妥善保管，一面按规定时间向供方提出书面异议——外观质量，在货到后十天内或提货后商定的期限内提出；内在质量，在约定的质保期内提出；必须安装运转后才能发现质量缺陷的，在运转之日起六个月内提出。未在规定时间内提出书面异议者，视为产品符合约定；供方接需方异议后，应在十日内负责处理，否则视为默认需方的要求和处理意见。（3）当事人双方对产品质量有争议的，可依法提交质量监督机构进行仲裁检验。（4）对质量不合同约定的，需方同意利用，可按质论价，作降价处理。

购销合同因履行期限发生纠纷的，要注意以下几个问题：（1）供方提前交货的，需方收货后仍可原定交货时间付款；供方通知提前提货的，需方可拒绝。（2）供方逾期交货的，发货前应征求需方意见，若需方仍需要的，供方应照数补齐并负逾期责任；若需方不再需要的，应在接通知后十五天内答复供方，并办理解除合同手续，并由供方承担违约责任；逾期不答复的视为同意发货。（3）需方逾期提货，除应仍按约定时间付款外，还应负逾期提货责任。（4）履行期限的确定因交货方法而异：供方送货或代为托运的交货期，以发运时承运部门签发承运证件的戳记日期为准；需方自提产品的，以供方按约定通知的提货日期为准。

## 20. 如何打建设工程承包合同官司

建设工程承包合同，是发包方（建设单位）与承包方（勘察、设计、施工、安装等单位）之间为完成一定的工程建设项目，明确双方权利、义务关系的协议。打建设工程承包合同官司，应注意其特征及合同效力、诉讼主体、纠纷类型等方面问题。

（1）要注意合同的特征。工程承包合同的标的是完成特定的工程项目，双方围绕完成该工程项目确定权利、义务；合同的订立程序较为特殊，一般应先办理施工执照，后订合同，有的还以招标投标制和包干责任制来确定承包方；国家重大建设工程项目的合同，应根据国家规定的程序和国家批准的投资计划、计划任务书等文件签订；合同需双方密切协作，互相提供方便才能顺利进行；合同履行期限较长，有的合同可以分阶段交付款项、分期结算，工程款预决算按国家规定执行，要制止高估冒算和索贿受贿。

（2）要注意承包方当事人的资格。承包方当事人应具备特定资格，即经主管部门认可的勘察、设计、施工、安装能力。为防止建筑市场上鱼目混珠、违章作业和重大责任事故的发生，主管部门一般应给具备能力的单位颁发证书。凡非持证单位所订立合同无效，但也要防止出租出借营业执照、资格证



书和非法转包、倒卖合同的现象，个体建筑户或农村建筑队，不得承包超出能力范围的工程项目。

(3) 要理清法律关系，确定诉讼主体。一个建设工程的勘察、设计、建筑、安装任务，如果由一个总承包单位与建设单位签订总包合同，再由总包单位和各分包单位签订分包合同，那么，总包合同关系中的诉讼主体，只能是建设单位与总包单位，各分包单位是各分包合同关系中的诉讼主体；如果由几个承包单位与建设单位分别签订合同的，那么，建设单位与各承包单位分别是各承包合同关系中的诉讼主体。法人或其他经济组织内部非独立单位以自己名义订立建设工程承包合同的，其纠纷应由法人或其他经济组织作为诉讼主体，出借执照、证书是无效的，在建设合同官司中，出借人和借用人是被告方的，应列为共同被告；合同合法转让的，受让方当事人为诉讼当事人；非法转包的，与非法转包有关的各方均为诉讼主体，分别为诉讼当事人或第三人。

(4) 要确定诉讼性质，提出明确的诉讼请求。实践中，建设工程承包合同纠纷较为集中在三个方面：一是质量纠纷，如工作质量不约定、不按图施工、偷工减料、未经验收等一般可要求赔偿。二是工程价款纠纷，双方往往对工程量、材料涨价、计算标准等发生争议，一般可由建设银行或中介服务机构对预决算进行复核鉴定，造成逾期的，应承担逾期责任。三是工期纠纷，有的因承包方力量差造成拖拉或返工造成误期，有的因发包方资金不落实停工待料等，一般可要求偿付违约金、赔偿损失。在不少地方建设工程承包合同纠纷，仅次于购销合同，故有关当事人在合同履行时，应注意防止纠纷的产生或扩大。

#### 21. 如何打加工承揽合同官司

加工承揽合同，是承揽方按照定作方提出的要求完成一定工作，定作方接受承揽方完成的工作成果并给付约定报酬的协议。加工承揽合同包括来料加工、来样订制、来件装配、修理、修缮（房屋）、包装、装潢、广告、印刷、印染、测绘、测试等内容，是经济生活中涉及面较广的一类合同。打加工承揽合同官司，要根据合同的特点注意以下几个问题：

(1) 要根据合同标的特征区别其他相似合同。加工承揽合同的标的是完成工作，即承揽方以自己的设备、技术、劳力完成特定的工作，并表现为有专门用途或符合特需的工作成果，据此可与转移财产或仅提供劳务的合同区别开来。有时，来样定制的加工承揽合同与定货的购销合同较难区别，因为都是由一方提出特殊要求，由另一方提供原材料生产加工，并按要求交付成品。但还是有许多可区分之处：首先可看当事人称呼，是承揽、定作双方还是供需双方；其次看一方提出的特殊要求与另一方日常生产品种有较大区别，还是属于日常品种的适当变化；再次看合同中是专门提到生产方提供原材料事项，还是根本不提（购销合同不必提及）；其四还可看一方对另一方履行合同过程是否进行检查，凡属前者，均可认定为加工承揽合同，后者可认定为购销合同。另外，还要注意，修缮房屋不是施工建筑，来件装配不是设备安装，将建设承包合同与加工承揽合同区别开来。(2) 要根据合同履行的特点，确定双方责任。依据合同所完成的工作成果是一种特定物，不可更换，承揽方完成工作要有高度责任心，按约定的要求加工，遵守约定的保密要求；妥善保管，并承担加工承揽工作的风险损失；完成合同所需原材料可约定由任何一方提供，提供方均有义务保证原材料的质量；由定作方提供原

材料的，承揽方应按约定办法和期限及时检验，经检验发现不符约定的，要及时通知定作方，否则，后果自负。因为定作方基于对承揽方的信任而订立合同，所以承揽方应自己完成承揽任务，非经定作方同意，不得将任务转让给第三人。

(3) 要根据合同成果特性采取适当担保措施。加工承揽合同的工作成果，从合同订立时起就属于定作方所有，尽管该成果当初可能并不存在，但却在定作方提供的原材料基础上加工完成的，即使是由承揽方提供原材料也属代购性质。工作成果虽属于定作方，但也有可能定作方并不按期或根本不提取，也不支付报酬，造成承揽方的损失。为了防止这种现象的发生，当事人可依法采取适当的担保措施：承揽方对工作成果可行使留置权，即在定作方不领取定作物超过合同规定期限六个月的，承揽方有权将定作物折抵报酬、保管费、违约金等，或予以变卖，从中优先受偿。对于由承揽方提供原材料的，双方可约定由定作方支付预付款，这也可减少纠纷的发生。

## 22. 如何打货物运输合同官司

货运合同，是承运方按约定将托运方托运的货物运到指定地点、交给收货方，由托运方给付约定运费的协议。货运合同一般按运输方式分为铁路、公路、水路、航空货运合同和联运合同。货运合同的订立中，单方（承运方）意志性较强，履行中流动性强，涉及面广，风险也大，易产生纠纷。打货运合同官司要有针对性的注意以下几个问题：

(1) 要保存完整和齐全的合同文本。货运合同书面形式较特殊，主要有两种书面形式：一种是分批发运大宗货物，先签订年度货运协议，在履行时再分批填写货运单；第二种是零星货运，只填写货运单，承运方在托运方提出的运单上加盖戳记后合同成立。另外还有整批、整车货运以要车计划代合同。运单是货运合同的主要表现形式和重要组成部分，是承运方承运凭证，也是收货方提货凭证；是合同成立的证明，也是合同变更解除的凭据；是当事人双方权利、义务的依据，也是解决货运纠纷的依据，放在订立和履行中都应保持其完整齐全。

(2) 要明确合同主体各自的责任。货运合同的履行以货物交付收货人为终结，所以货运合同主体不仅有托运方与承运方当事人，还有收货方这一关系人。主体各方应各负其责：按约定日期、数量、品种提供托运物，按有关标准包装托运物或严守危险物品运输规则，按期交付运杂费等是托运方的主要义务；按约定提供运输工具组织发运，安全准时将承运物送达指定地点，交付收货方，是承运方的主要义务；收货方则主要是按通知时间及时提取货物。各方主体造成他方损失的均应赔偿，造成逾期的，均应支付违约金。但因不可抗力、货物自然性质、合理损耗，或托运方、收货方过错造成货损的，承运方不负赔偿责任。

(3) 要了解联运合同争议处理方法。联运合同是托运方与两个以上承运方之间订立的，采用不同运输方式或经不同运输区段衔接运送货物而订立的货运合同。合同一次订立、一次清结，联运合同中各承运方对货物损失负连带赔偿责任。物损发生时，收货方或托运方应向终点站（港）提出索赔要求，由终点站（港）先行赔偿，然后再向负有责任随运输区段承运方追偿。若提起诉讼，应向终点站（港）所在地人民法院起诉。

(4) 要遵守索赔期的特殊规定。当事人向对方索赔的时效为 180 天，其中航空货运合同和水路货运合同从填写货运事故记录次日起算，公路货运合

同从货物运抵到达地点的次日起算。铁路货运合同的收货人要求铁路支付逾期违约金的时效为 60 天，过了索赔期的索赔请求，法律不再支持。

### 23. 如何打仓储保管合同官司

仓储保管合同，是保管方为存货方保管货物，存货方支付保管费的协议。在现代化商品生产流通过程中，为提高经济效益，加强专业化协作的需要，仓储保管合同将被更广泛地应用。合同发生纠纷后打官司要注意以下几点：

(1) 仓储保管合同的标的是提供劳务，即由保管方提供保管服务，双方权利和义务均围绕保管产生，争议也必然与此有关。保管是保管方主要义务，而不同于购销合同、加工承揽合同、货运合同，一方对物品保管属于从属义务。

(2) 保管方应是有专门资格的仓储企业或个体户等。保管方具有专业经验，在货物确保安全储存上负有主要责任，在保管物入库时有验收和缺陷通知义务，对保管物的灭失、损坏负赔偿责任，但对存货方未说明的危险、易燃、易腐物品及质量瑕疵物品的损失，造成其他财产和人身损失，均由存货方负责。由于本身不能生产所保管的货物，保管方对因过错造成的保管物损失，只负责按价赔偿。

(3) 保管方在货物储存期间对货物只是暂时的占有权，无权使用和处分。保管期满（或存货方提前提取的）应交回存货方，但存货方到期不提取，不支付保管费的，保管方有权留置。

### 24. 如何打财产租赁合同官司

财产租赁合同是出租方与承租方之间关于承租方在一定期限内有偿使用出租方财产的协议。财产租赁合同对于减少投资、物尽其用、提高效益有积极作用。对其有关纠纷，通过打官司，及时正确地作出处理也很重要。

财产租赁合同属于在一段时间内转移财产的合同。租赁合同订立后，出租方就应按约定提供适用的财产；在租赁合同有效期内，承租方不仅可占有、使用财产，还可通过使用获得收益；但财产所有权仍归出租方，到期即可收回，且出租财产的维修义务亦归出租方。由于出租的财产可使用的时间和价值是有限的，因此租金可看作为是对财产价值的分期购买，承租方应按规定支付租金。各方违反上述内容，都会造成纠纷。

财产租赁合同所约定的出租财产，指有形财产，包括动产和不动产（在我国土地使用权可租赁），也包括物的整体和部分，但仍限定法律允许的流转物，也必须是能较长期使用的非易耗物。打官司时要注意根据标的物性质、租用方式等，把财产租赁合同同其他合同区别开来。如无形财产不是租赁合同标的，而是工业产权有偿使用合同的标的；出租方根据承租方需要而出资购买设备供承租方使用，承租方分期支付较高租金，并在租赁期满时结清余额，设备不再返还出租方伪这种租赁形式，称为融资租赁合同，不按财产租赁合同处理。在目前，房屋居住租赁合同纠纷、土地使用权租赁合同纠纷也不属经济官司的范围。

财产租赁合同的承租方在合同有效期内享有租赁权，包括承租方在租赁期内对财产占有、使用、收益时受到侵犯的，可请求法律予以保护，排除侵害；出租方在租赁期内将财产出卖时，承租方有优先购买权，若出让给第三人，则租赁合同对该财产第三人（财产新所有者）仍然有效；承租方因工作需要，在征得出租方同意后，可将租赁财产转给第三方承租使用（即承租方变更，而非转租）；租赁期满，在同等条件下，承租方有优先续租权。

### 三、技术合同官司

#### 25. 技术合同官司有何特点

技术合同是法人之间、公民之间、法人与公民之间就技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务，明确相互权利，义务关系的协议。技术合同官司是指当事人将技术合同纠纷提起诉讼，由人民法院进行审理的活动。在技术市场日益活跃的情况下，及时依法处理技术合同纠纷，对于推动科技进步，促进科技成果推广运用，保护科技人员的积极性，有着十分重要的意义。打技术合同官司应注意其特点。

(1) 诉讼主体的广泛性。同经济合同一样，技术合同官司当事人的范围与技术合同当事人的范围一致，且技术合同的当事人范围要比经济合同更广泛，不仅各种法人和非法人的经济组织（包括民办科技机构）和个体户、承包户可以成为当事人，公民中其他人如拥有非职务科技成果的科技人员、个体科技发明者、业余兼职人员等也可以成为技术合同的当事人。另外，沟通技术流通渠道，促成当事人成交技术的中介机构，也可能成为诉讼主体。

(2) 合同标的的特殊性。技术合同的标的就是技术，它的特性在诉讼中应十分重视。技术具有价值，技术是人的脑力劳动的产物，它的价值不能以开发研究该技术的成本计算，而应以其应用后的社会和经济效益来衡量；技术具有一定载体，它是一种智慧结晶，是无形财产，但它必定要以图纸、文件、计算机软件、影像资料、实物、模型等载体反映出来，载体有时还可指科技人员本身，诉讼中应注意载体证据；技术具有使用条件的配套要求，并不是任何人拿到技术都可生财，技术须在技术人员掌握下，在一定物质条件下方能产生效益；技术具有无形损耗性，一项技术如果不适用于实践或有更新更先进的技术取代，就会自行淘汰。

(3) 技术的权利主体的多元性。技术的权利是指主体对技术的掌握和合法使用、转让的权利，与财产所有权不同，如它可以为多个主体同时掌握和利用，也可依法多次转让，转让时也不发生原主体与技术分离，有别于财产所有权“一物无二主”的性质。另外，技术也可不经权利主体的处分，而为他人占有，即掌握某一技术的主体即使不作为，他人也可能在类似条件下开发出完全相同的技术。所以如果将一项技术仅作为技术秘密，通过技术合同转让使用权，就不能追究与合同无关的他人自行开发出同样技术并加以利用的责任，也不可追究从他人处合法得到和使用技术的善意第三人的责任。要排除其他主体对同一技术的权利，成为一项技术的唯一权利主体，就必须抢先申请专利，获得专利保护。技术的权利主体问题关系到诉讼中侵权的认定。

(4) 技术纠纷的复杂性。技术合同涉及面广，合同类型就是开发转让、咨询、服务等，专业性强、门类多，在技术价格的确定和支付、技术成果的股份、技术风险的承担、技术秘密的保护、技术成果的质量鉴定和验收等方面，均易发生纠纷。

#### 26. 打技术合同官司与打经济合同官司有何不同

由于技术合同官司的特点所决定，打技术合同官司除了在程序上与经济合同官司有一致之外，在确认合同效力、变更或解除合同、追究违约责任等方面均有所区别。对此，在提出诉讼请求、收集证据、引用法律及庭审辩论时，均应予以重视。

(1) 合同的主要条款不同。经济合同有书面形式,也有口头形式(即时清结时采用);技术合同只有书面形式。技术合同主要条款中除标的、履行时间、地点、方式、价金、验收、违约责任、争议的解决等与经济合同相同或相似外,还具有保密条款、风险责任条款、技术成果权属或分享条款等特色条款,因此两类合同主要当事人的主要权利、义务也有较大区别。

(2) 无效合同的确认和处理不同。下列技术合同无效:违反国家法律、法规,或损害国家利益、社会公共利益的;非法垄断技术,妨碍技术进步的;侵害他人合法权益的;采取欺诈胁迫手段订立的。其中、两项是技术合同特有的。无效技术合同的财产后果也与经济合同返还、赔偿、追偿的处理方法不同,具体做法是:对技术合同无效,有责任的一方应赔偿因合同无效给他方造成的损失,当事人对合同无效均负有责任,各自承担相应的责任;因侵害他人技术权益被宣布无效的,侵权人应停止侵害、赔礼道歉、消除影响、赔偿损失。

(3) 变更解除合同条件不同。除了与经济合同一样,可由双方协议变更解除合同,在发生不可抗力或意外事件时,另一方当事人违反合同时,一方可变更,解除合同外,技术合同还可因下列原因予以变更解除:作为技术开发合同标的的技术已由他人公开,订立合同所依据的国家计划被修改或取消,因技术障碍使技术开发工作失败或部分失败,作为当事人一方的法人已解体或作为当事人一方的公民已死亡或丧失行为能力。合同变更、解除,不影响当事人要求赔偿损失的权利。

(4) 违约责任不同。要求按约履行和采取补救措施并赔偿损失,是承担违反技术合同责任的基本方式。赔偿的方法一般在订立合同时约定,具体有两种:一是违约金,二是约定损失赔偿计算办法,即二者适用其一。这与经济合同违约金与赔偿金可同时适用或违约金有惩罚性质完全不同。

有时技术合同与经济合同较难区分,特别是与含有技术内容的经济合同更难区分,所以当事人订立合同后,可按有关规定到各级政府科委及其委托机构办理技术合同认定登记,凭登记机构出具的登记证明不仅可依法享有信贷、税收优惠和其他奖励,还可在纠纷发生后按《技术合同法》处理。若一个合同被认定为部分经济合同和部分技术合同时,其合同争议应分别按《经济合同法》和《技术合同法》处理。

## 27. 如何打技术转让合同官司

技术转让合同,是指合同当事人就专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、非专利技术的转让所订立的技术合同,合同的转让方将一定的技术成果转让给受让方,受让方接受该成果并支付价款或费用。打技术转让合同官司要把握以下几个要点:

(1) 明确转让标的的种类。若专利权人将其取得专利的发明创造连同所有权或持有权转让给受让方的,为专利转让合同;若发明人将特定的发明创造申请专利的权利转移给受让方的,为专利申请权转让合同;专利权人或其授权人允许受让方在约定范围内有偿实施专利的,为专利实施许可合同;若一方将其拥有的不涉及专利权及专利申请权的技术提供给受让方,双方明确对该技术的使用权、转让权的,为非专利技术转让合同,该非专利技术多为技术秘密,包括生产技术、管理办法和系统分析方法等。分清转让标的及合同种类,可提出明确的诉讼要求,便于引用相应的法律条文。

(2) 明确转让技术的成熟程度。技术转让合同转让的是特定的和现有的

技术成果的使用权和转让权，具有相对的完整性与成熟性，即当事人订立合同时已掌握的专利或非专利技术成果，合同标的有特定的完整的技术内容，已构成一项产品、工艺、材料及其改进方案，但非专利技术可包括已工业化开发的，也包括已通过小试、中试的技术成果，尚待开发的技术、有关经验和信息不在转让之列，对转让的技术有质量争议的，尤其应弄清成熟程度，必要时可请专家或权威机构鉴定。

(3) 明确转让行为的后果。技术转让是特定技术在不同主体之间转移，是对技术的权利的转让，转让使受让方取得知识和权益，但有时该技术转让后并不与原来的主体相分离，只是向新的主体作了传授。特别是实施专利和使用非专利技术合同，可约定不同范围，包括普通实施许可、排他实施许可、独立实施许可及分售实施许可等，但不得限制技术竞争和技术发展，据此明确当事人各方的不同权益。另外，当事人还可约定后续改进的技术成果的分享办法，未约定的不可分享。

#### 28. 如何打技术开发合同官司

技术开发合同，是指当事人之间对新技术、新产品、新工艺和新材料及其系统的研究开发所订立的技术合同，其中当事人一方委托另一方进行研究开发的为委托开发合同，当事人各方就共同进行研究开发所订立的合同为合作开发合同。

打技术开发合同官司在程序上按经济诉讼一般要求办理，而在实体上要注意以下几个问题：

(1) 把握合同标的，正确适用法律。技术开发合同的标的是当事人在订立合同时尚未掌握的产品、工艺、材料及其系统等新技术方案，不是指已完成开发的技术转让，也不是指已有的产品改型、工艺变更、材料配方调整及技术成果的检验、测试和使用，还不包括单纯地揭示自然现象、规律和特征的研究项目科研合同，它们有的属技术转让合同，有的属其他种类合同而不属《技术合同法》调整。

(2) 树立风险意识，正确确定责任。技术开发合同当事人在开拓未知技术领域，合同履行带有一定的风险和不确定因素，经过当事人的努力，可能取得预期效果，也可能受到现有认识能力和条件限制，而未取得预期效果，还可能遇到无法预见、无法防止、无法克服的技术困难而最终失效，更可能因他人先行研制出先进实用的替代技术而导致该开发合同失去意义。因此，技术开发合同除了在订立时作好充分的可行性论证，在履行中按约定执行外，在纠纷发生后，也应实事求是地区别风险责任与违约责任，任何一方都不能故意混淆。

(3) 依照约定或法定判定技术成果权属。技术开发合同产生的技术成果归谁所有，如何使用和分配，是有关当事人技术权益和经济利益的问题，最易发生冲突。根据法律的原则，凡当事人在合同中对技术成果的归属和分享有约定的，按约定执行，当事人无约定的，按法定办法处理。委托开发的成果，申请专利权属研究开发方，若转让申请权，委托方优先受让，取得专利权后，委托方可免费实施。合作开发的成果，申请专利权属合作各方共有，一方不同意申请，他方不得申请；一方转让申请权，他方优先受让；一方声明放弃共有的申请权的，他方可单独申请，取得专利权后，放弃方可免费实施。非专利技术成果不论委托或合作开发，当事人均有使用与转让权，但委托开发中研究开发方在向委托方交付成果前，不得将成果转让给第三方。另

外，当事人对技术成果约定共有的，而共有人对利益分配未具体约定的，则任何一方均有实施专利、使用非专利技术的权利，因此获利归实施使用方，但一方转让技术须经他方同意，由此获利由各方均分。

#### 29. 如何打技术咨询合同官司

技术咨询合同，是指当事人一方为另一方就特定技术项目的可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告所订立的技术合同。咨询合同中顾问方利用自己的技术知识，根据委托方的问题需要和提供的材料，按期按质完成咨询，委托方接受工作成果并给付报酬。打技术咨询合同官司应把握以下几个环节。

(1) 技术咨询合同是顾问方为委托方提供决策服务，在委托方准备进行科学研究、技术开发、成果推广、技术改造、工程建设、科技管理等事项之前，提出建议、意见和方案，供委托方决策时参考，目的是保证科学技术项目的决策和选择建立在科学化、民主化的基础上。顾问方不是就解决特定技术问题提出实施方案，更不是具体实施。

(2) 技术咨询合同的工作成果是分析、预测、调查、评价报告，这些报告质量高低，取决于顾问方的科技知识水平和研究能力，因此，科技市场的管理部门对顾问方当事人的资格有特殊要求，并颁发证书，只有持证者才可从事技术咨询工作，否则合同无效。

(3) 技术咨询合同的顾问方，只按合同约定对工作成果的质量负责，即顾问方提交符合约定质量的咨询报告，委托方按约定的鉴定、评价方法验收。至于委托方采纳或部分采纳有关意见、方案、建议后作出决策并付诸实施所产生的失败和损失后果，包括决策失误和实施不当造成损失，顾问方均不承担责任。

#### 30. 如何打技术服务合同官司

技术服务合同，是当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术所订立的技术合同。包括设计、工艺、测试分析、计算机应用、新型或复杂生产线调试、信息分析加工和检索、技术中介、技术培训、农业技术职务以及特殊产品技术标准的制定、重大事故进行定性和定量技术分析、重大科技成果的定性和定量技术鉴定或技术作价等。技术服务合同在实际生活中量大面广、内容丰富、形式多样、简单实用，打技术服务合同官司要注意把握以下几个问题：

(1) 技术服务合同性质是服务方运用科技知识、经验、信息，为委托方完成约定的专业技术工作，解决特定的技术问题，并传授解决问题的知识，这里的技术问题包括生产和加工新产品，改进或采用新工艺，提高产品质量，降低成本和节约能源，保护资源环境，改善经营管理，实现安全生产，提高经济和社会效益等，但不涉及专利和技术秘密。据此可将技术服务合同与勘察设计、建筑安装、加工承揽等经济合同区分开来。

(2) 技术服务合同有具体的质量和数量指标，但因服务种类繁多，对这些指标的衡量若发生争议，应及时请专家或权威机构鉴定，以便于解决纠纷。

(3) 技术服务合同履行中，服务方利用委托方提供的技术资料和工作条件完成的新技术成果，属于服务方，委托方利用服务方工作成果完成的新的技术成果，属委托方。但双方亦可在合同中另行约定。

(4) 技术中介不同于一般居间活动，技术中介方不仅要以自己掌握的知识、技术、情息、经验促成委托方与其他人订立技术合同，并要协助该技术

合同当事人解决合同履行中出现的问题，并可应请求解决合同争议。故技术中介不以技术合同的订立而终结。

### 31. 如何区别技术合同的风险责任、违约责任和侵权责任

技术合同官司中，会涉及当事人的多种责任。风险责任是指技术合同中研究开发方（或其他提供技术方）在作了主观努力，并已取得实质性进展，但在合同履行中出现无法预见、无法防止、无法克服的技术困难，致使技术合同失败或部分失败，由当事人承担所产生的损失责任；违约责任是指当事人因过错不履行或不完全履行技术合同，依法应承担的履行、补救及赔偿损失的责任；侵权责任是指当事人一方侵害另一方或第三方的专利权、专利申请权、专利实施权、非专利技术成果的使用权和转让权等技术权益的行为，包括企事业单位的科技人员未经许可，擅自转让本单位的生产技术或技术成果（不论是否约定保密条款或是否经过鉴定），应依法承担停止侵权、赔礼道歉、消除影响、赔偿损失的责任。三种责任适用情况不同，应该注意区别。

从主观上讲，风险责任产生于当事人主观以外的因素，导致合同不能履行，该技术课题在现有技术条件下具有足够的难度，提供技术方已作主观努力并已取得了一定进展，并且该领域专家认为其失败属于合理的失败。违约责任和侵权责任是产生于当事人的主观过错，即当事人有违约或侵权的故意或过失。

从责任的承担上讲，风险责任是当事人权利、义务的组成部分，其责任承担可由当事人在合同中约定，在没有约定的情况下，损失由当事人合理分担，如果订立合同时当事人一方已向另一方支付了不可预见费即风险费的，风险损失产生后，已付费方不再承担损失。违约责任由有过错的一方或双方当事人承担，侵权责任由侵权方承担。



## 四、企业、公司官司

### 32. 如何打企业承包、租赁合同官司

企业承包合同，是指国有企业按照所有权与经营权分离的原则，确定国家与企业的责、权、利关系，促使企业自主经营、自负盈亏的经营责任制合同。合同的承包方为实行承包经营的企业，发包方为国有资产的代表部门。实行承包经营责任制，必须有企业经营者代表承包方与发包方订立承包经营合同，合同双方必须遵守国家法律法规和政策，接受人民政府有关部门的监督。

企业租赁合同，是指国有小型企业按照所有权与经营权分离的原则，明确由国家授权单位作为出租方将企业有期限地交给承租方经营，承租方向出租方交付租金并对企业实行自主经营的经营责任制合同。双方应坚持自愿、平等、协商原则，订立企业租赁经营合同。

承包和租赁合同履行中，可能因当事人不履行约定义务，承包方或承租方包盈不包亏，发包方或出租方侵害对方权益发生争议，也可能因合同终止后有关财产的处理发生争议，还可能因合同条款的解释和执行等发生争议。根据国务院颁布的《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》和《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》的规定，企业承包合同或企业租赁合同双方当事人发生纠纷的，应当协商解决，协商不成，可根据合同约定，向经济合同仲裁机构申请仲裁，也可根据约定，向人民法院起诉，由人民法院依法文案，及时审理。

打企业承包、租赁合同官司，在起诉、应诉及庭审质辩时，应注意如下几个事项：

(1) 企业承包、租赁指标的科学性、严肃性。合同中总要规定承包指标（包括交利或减亏数、指令性计划数、质量、技术改造等）或租赁指标（包括经营目标、租金数及计付方式等），这些指标在订立合同时就应该建立在科学测算基础上，切实可行，既使资产保值、增值，又充分调动经营者积极性，否则履行时就会产生纠纷。包、租期内，国家的税种、税率、指令性计划产品价格等有重大调整的，双方当事人可按规定协商变更相应指标。但指标要科学合理，承包承租经营者因经营不善完不成的，应承担相应经济责任（如扣除报酬、扣收抵押财产）和行政责任。

(2) 保障企业经营者合法权益。合同规定的包或租期限、包或租前债权债务处理方式、经营者的收益以及企业各项基金的分配等，在履行中不可单方改变，特别是发包方或出租方，除了监督和服务外，不得干涉包租企业的经营管理，要兑现对经营者奖、罚的约定。否则，发包方应承担相应的经济责任和行政责任。

(3) 依法变更、解除合同。企业包租合同变更、解除，应经双方协商一致，但由于不可抗力或一方当事人无过失，但无法防止的外因使合同无法履行，一方违约包括承包或承租方经营不善完不成合同任务，或发包方、出租方违约使对方无法履行合同，以及约定解除、变更条件出现时可由一方变更、解除。包、租经营者往往以竞争方式产生，成为厂长、经理，但事后主管部门（发包方）免除或更改其职务，其不服起诉的，因问题主要属人事任免，法院一般不受理。

### 33. 如何打企业联营合同官司

企业联营，就是企业之间或企业、事业单位之间联合经营。其中有三种类型：（1）组成新的经济实体，独立承担民事责任，具备法人条件，并经核准登记，取得法人资格的，为法人型联营。（2）共同经营，不具备法人条件，由联营各方按照出资比例或协议约定，以各自所有的或经营管理的财产承担民事责任，或依照法定或约定承担连带责任的，为合伙型联营。（3）由合同规定各自的权利、义务，按约定各自独立经营、各自承担民事责任的，为协作型联营。但不论哪一类型，都应订立和履行联营合同。企业联营合同官司，是指企业联营合同纠纷案件。

联营合同官司中的主要问题如下：

（1）案件管辖和受理范围。联营各方因联营合同的履行、变更、解除所发生的经济纠纷，如联营投资、盈余分配、违约责任、债务承担、资产清算等纠纷向法院起诉的，法院按《民事诉讼法》规定受理；俱因联营体内部机构设置、人员组成等管理问题发生纠纷起诉的，法院一般不受理。法人型联营合同纠纷案件，由联营体主要办事机构所在地法院管辖；合伙型联营合同纠纷案件，由联营体注册所在地法院管辖；协作型联营企业，由被告所在地法院管辖；以上注册已注销或未办注册登记或联营期限已届满解体的，可由被告所在地法院管辖。

（2）联营合同的主体资格认定。联营主体应为独立核算、独立承担民事责任的企业、事业法人，个体户、承包户、个人合伙及不具备法人资格的其他经济组织，可与企事业法人联营；但企事业法人的分支机构未经授权以自己名义签订联营合同，又未被法人追认的，确认无效；党政机关及机关编制序列的事业单位、军事机关、社会团体等，不能成为联营合同主体。

（3）保底条款问题。联营一方虽向联营体投资，并参与共同经营，但只分享盈利，不承担亏损，在联营体亏损时，仍要收回其出资和收取固定利润的条款，称为保底条款。因其违背了共负盈亏、共担风险的原则，损害了联营他方和联营体的债权人的合法权益，故为无效，保底数应退出用以弥补亏损或重新按比例约定分配。

（4）明为联营实为借贷的问题。联营一方虽投资，但不参加经营，也不担风险，不论亏盈均按期收回本息或按期收取固定利润的，是明为联营、实为借贷。因违反了金融法规，故合同无效，本金返还，已经取得或约定取得的利息应予追缴，对另一方处以相当于银行利息的罚款。

（5）联营期内退出的问题。法人型或合伙型联营，一方或数方在联营期间退出联营，若联营体并不因此解散的，应清退退出方投资资产，或返还原物，或折价偿还，对退出前的联营盈利和债务，应按约定或出资比例分享和分担，合伙型联营退出方还应对退出前的全部债务负连带清偿责任；若联营体因退出而解散的，可作解除合同处理。不符法定或约定中途退出联营的，应赔偿由此造成的损失；若他方亦有过错，各自承担相应责任。

（6）合同解除后的财产处理。联营终止，其财产清算后有剩余的，按约定或出资比例分配。原各方出资原物尚存的，可返还原物。联营期内购置的房屋、设备等固定资产不可分割的，可作价变卖后分配，变卖时，联营各方有优先购买权。联营期内取得的商标权应归一方所有，专利权可归一方所有，也可归多方共有，若一方享有的，应给予他方经济补偿。

（7）对联营债务的承担。法人型联营体以全部财产承担债务责任，联营各方以各自认缴的出资额为限，抽逃认缴资金以逃避债务的，法院将责令其

如数缴回，并处罚款。合伙型联营体以共有财产清偿债务，不足抵债的，由各方按约定的债务承担比例，以各自所有或经管的财产承担民事责任，事先未约定偿债比例、各方又协商不成的，按出资比例或盈余分配比例分担债务责任，各方还应按法定或约定负连带责任。协作型联营的各方以各自财产承担责任，以技术使用权作为投资，其财产不足清偿债务的，可以一定期限的技术使用权折抵。

#### 34. 如何打企业破产官司

企业破产官司，是指我国《企业破产法（试行）》所规定的国有企业破产案件。根据规定，债权人或债务人自身都可向法院提出企业破产申请。现将有关事项介绍如下：

（1）破产案件的管辖。企业破产案件由债务人所在地人民法院管辖，其中基层法院一般管辖县、县级市或区的工商行政管理机关核准登记的企业的破产案件；中级法院一般管辖地区、地级市及以上工商机关核准登记的企业的破产案件。

（2）破产的申请。债权人提出破产申请，应向法院提交破产申请书及债权发生事实及证据，债权性质和数额，债权有无担保及证据，债务人不能清偿期债务的证据；债务人申请破产，应提供企业亏损说明，会计报表，企业财产状况明细表和有形财产的处所，债权债务清册，企业上级主管部门或政府授权部门关于其申请破产的意见，以及法院认为依法应提交的其他材料。

（3）破产案件的受理。法院收到破产申请后，即进行审查，在七日内决定是否立案。申请人不服法院驳回破产申请裁定的，有权向上一级法院提起上诉，期限为十五日。法院受理后十日内发布公告，张贴于法院公告栏，并将案情载于地方或全国报刊上。法院在受理后七日内通知债务人，在收到债务人的债务清册后十日内通知已知的债权人。在以破产企业为债务人由其他经济纠纷处理程序中中止后，有关当事人均可向破产案件受理法院申报债权。各债权人于法院公告后，只可申请债权，不可向受理法院提起新的诉讼。债务人及其开户银行接到法院通知后，应停止办理清偿债务。

（4）债权人会议。债权人可根据法院通知参加债权人会议，并行使审核全部债权，商定破产企业清算分配方案，确定和解整顿协议，参与整个破产程序的职权。债权人会议表决以出席会议的有表决权的债权人计票数，以其代表的债权额为计算表决的债权额。

（5）破产宣布和清算。法院宣告企业破产公开进行，债权人、债务人接通知后应到庭，即日起破产企业停止生产经营活动，按法院通知向清算组织清偿债务，清算组织接管破产企业。清算组织在依法清理、变卖破产财产后，扣除破产费用，按补交税款、偿付所欠职工工资福利、清偿破产债权的顺序分配，不足清偿同一顺序的，按比例分配。债权人应根据清算组织通知，及时提取分配的财产，逾期不领取的，清算组织可提存。分配完毕后，经清算组织提请，法院在七日内裁定终结破产程序。

当事人对法院在破产案件中作出的裁定（驳回破产申请的裁定除外），一律不准上诉，但可申请原审法院复议，复议期间不停止裁定的执行。

#### 35. 如何确定企业的诉讼地位

经济纠纷诉讼中，企业是最常见的诉讼当事人，但因企业的性质、财产责任有所不同，应注意不同企业诉讼地位的区别。

（1）关于企业法人。具备法人条件的企业，是独立的诉讼当事人，应按

《民法通则》的规定，以该企业所有的或经营管理的财产承担有限责任，除法律、法规有明确规定或当事人有约定的以外，不能追究其他法人的连带责任。确定企业法人资格，一般以工商登记为准。对确实不具备法人条件的企业，由其开办单位承担相应的责任。企业法人注册登记时，投资方出资不足的，人民法院在审理案件时，如果发现该企业财产不足清偿债务，将判令投资方补足其投资用以清偿债务；注册资金不实的，由开办单位在注册资金不实的范围内承担责任；核准登记后，开办单位、投资人或其他人抽逃资金、隐匿财产、逃避债务的，将依法追回。

法人或其他组织应登记而未登记即以法人名义进行活动，或他人冒用法人名义进行活动，以及法人终止后仍以其名义进行活动，诉讼当事人应为直接责任人。企业法人合并的，其合并前的经济纠纷的诉讼当事人为合并后的企业；企业法人分立的，其分立前的经济纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。企业法人未经清算即被撤销，有清算组织的，以该清算组织为诉讼当事人，没有清算组织的，以作出撤销决定的机构为诉讼当事人。

(2)关于其他组织，其他组织是指合法成立，有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，可以是独立的诉讼当事人。其他组织包括：依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织；依法登记领取营业执照合伙型联营企业；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；经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体；法人依法设立并领取营业执照的分支机构；中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构；中国人民保险公司设在各地的分支机构；经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业等等。法人非法设立的分支机构，或虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，不可作为诉讼当事人，应以设立该分支机构的法人为诉讼当事人。

(3)关于挂靠集体企业的私营企业。私营企业挂靠集体企业并以集体企业名义从事生产经营活动的，诉讼中该私营企业与挂靠的集体企业为共同诉讼人。对由于个人投资开办但登记为集体性质的企业，经营者要求变更企业性质的诉讼，法院不予受理；但审理案件中涉及企业性质的，法院将在调查研究，听取各方意见，了解投资、经营管理、优惠政策及劳务积累各种情况后，对确属私营性质的，建议工商行政管理机关变更登记。

### 36. 如何确定集体企业承包期间的债务诉讼主体

对具有法人资格的乡镇、街道集体企业在实行风险承包期间发生的债务，债权人起诉的，可按以下几种办法处理：

(1)发生诉讼时，承包人仍在承包的，以该企业作为诉讼当事人并承担责任，承包人作为企业的法定代表人参加诉讼。承包人与发包人之间的纠纷，按承包合同另行处理。

(2)发生诉讼时，原企业倒闭已无财产清偿债务或财产不足清偿债务，而且按承包合同规定，承包人对企业亏损负有责任的，可以原承包人为诉讼当事人。企业的主管部门或其他单位未经法定程序接收了企业财产的，也应以第三人的身份参加诉讼，并在接收的企业财产的范围内承担相应的责任。

(3)发生诉讼时，原承包合同已经期满或被依法解除，原承包人没有按合同约定交付承包金，或按承包合同约定由承包人对承包期间债务承担责任的，可以企业为诉讼当事人，企业要求按承包合同约定由承包人承担责任的，可将原承包人作为第三人参加诉讼。由企业向对方当事人承担责任、承包人

按承包合同向企业承担责任。

### 37. 企业法人对其工作人员的活动是否需承担法律责任

法人的工作人员因职务行为或者授权行为发生的诉讼，该法人为诉讼当事人；工作人员在其职务范围内或授权范围内以法人名义进行的活动，应由企业法人承担。

工作人员事先未经授权或超越授权权限范围以企业名义进行职务范围外的活动，由工作人员自行负责，但企业法人追认或者明知而不予以制止的除外。企业法人授权不明，使相对人误认为企业法人的工作人员得到授权的，由企业法人承担责任。其他人明知企业法人的工作人员未经授权或超越授权权限范围而仍与之进行经济交往造成损失的，无权要求企业法人承担责任。

企业法人的工作人员利用职务之便进行经济犯罪活动给他人造成经济损失的，除追究有关人员的刑事责任外，企业法人应承担赔偿责任。但他人明知企业法人的工作人员利用职务之便进行违法犯罪而仍与之往来的，无权要求企业法人对其经济损失承担赔偿责任。

### 38. 股份有限公司有何特点，有哪些诉讼问题

股份有限公司简称股份公司，是指其全部资本分为等额股份，股东以其所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务多滚担责任的企业法人。股份公司的特点是：（1）公司资本总额分为金额相等的股份，不仅适应公司公开发行股票，募集社会资金，也便于公司核算和股东权利的行使。

（2）公司具有完备的组织机构、独立财产、固定场所和必要的生产经营条件，是典型的法人组织。（3）公司信用基础在于资本而不在股东个人，是典型的资合公司。（4）公司的股东人数必须达到法定人数，我国股份公司的发起人不少于五人（国有企业改建为股份公司发起人可少于五人）。

股份公司的涉讼问题不是指公司经营中因合同发生债务纠纷的案件、因不服行政管理行为而产生行政诉讼的案件，而是指公司在设立和运转中，因公司本身机制可能产生的经济纠纷诉讼。在公司设立方面可能涉讼的问题是：（1）公司因未作真实说明，善意投资者因此造成损失的。（2）证券部门发现公司股票发行不符合条件，撤销已作出的批准的，认购人对已购股份按所缴股款并加算银行同期存款利息要求发起人返还（各发起人对此负连带责任）的。（3）发起人与承销商、银行等签订承销协议、代收股款协议，与律师事务所、会计师或审计事务所、资产评估机构等签订有见证、验资、评估等合同而一方未履约的等。在公司与股东关系方面可能涉讼的问题是：股东身份权的确认；股东经营参与权的实现，包括出席股东大会，委托表决权；公司利润的分配方案矛盾，以及在股东大会、董事会的决议违法，侵犯股东合法权益时，股东有向法院提起要求停止违法和侵害的诉讼权。在公司内部管理方面，有其内部对董事违背诚信义务的诉讼，有对参与决议的董事作出违反法律法规和公司章程、致使公司严重亏损的决议的索赔诉讼。在公司股票方面，有对内幕交易损害赔偿诉讼。在公司竞争方面，有收购与反收购的争议所致诉讼等。

### 39. 企业劳动争议诉讼的前提是什么

企业劳动争议，是指企业与职工之间因企业开除、除名、辞退职工和职工辞职、自动离职，或因执行国家有关工资、保险、福利、培训、劳动保护的规定，或因履行劳动合同等发生的争议。企业与职工为双方当事人的劳动争议发生后，双方可协商解决，不愿协商或协商不成的，可向本企业劳动争

议调解委员会申请调解；调解不成的，可向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，也可直接申请仲裁；当事人对劳动仲裁不服的，可向人民法院起诉。由此可见，打劳动争议官司的前提是必须先经仲裁。

劳动争议的调解，由企业劳动争议调解委员会主持，调委会由职工、企业、工会三方代表组成，调解应自申请之日起三十日内结束，逾期视为调解不成。调解在自愿基础上达成协议，并由双方自觉履行。

劳动争议的仲裁，由县、市、市辖区劳动争议仲裁委员会受理，仲裁委员会处理劳动争议案件组成仲裁庭，简单案件也可由一名仲裁员处理。发生劳动争议的企业和职工不在同一仲裁委员会管辖地区的，肉职工当事人工资关系所在地管辖，当事人应自知道或应当知道其权利被侵害之日起六个月内申请仲裁。仲裁庭自组庭之日起六十天内结案，案情复杂经报仲裁委员会批准可适当延期，但最多不超过三十天。当事人对生效的仲裁裁决不执行的，另一方可请求人民法院强制执行当事人一方或双方对劳动争议仲裁决定不服，在收到仲裁决定书之日起十五天内向人民法院起诉，由人民法院受理。人民法院仍以争议双方为诉讼当事人，而不作行政诉讼处理，在法院作出的判决书、裁定书、调解书中不含有撤销或维持仲裁决定的内容。当事人对一审判决不服，可依法上诉。劳动争议的当事人申请强制执行已生效的判决、调解、裁定及仲裁决定，人民法院按《民事诉讼法》的规定执行，执行中，对企业拒绝给职工安排工作并不发工资或不给福利待遇的，法院可依法通知银行或信用社扣划应付工资和应享受的福利待遇，必要时可责令企业赔偿职工的实际损失。

## 五、金融证券官司

### 40 金融证券机构的诉讼主体资格如何确定

金融证券官司中的原、被告，至少有一方是金融证券机构。在我国金融市场上，除了金融管理机关——中央银行（中国人民银行）和外汇管理局外，主要的金融机构有国家商业性专业银行、国家政策性银行、综合银行、保险公司、信托投资公司、证券公司、城乡信用合作社、金融租赁公司、财务公司及外商投资银行等。它们都是独立的法人，都具有合法的诉讼主体资格。为开展业务需要，其中不少金融机构又拥有大量的分支机构，这些分支机构是否具有独立的诉讼主体资格，即能否作为原告或被告，是常常遇到的问题。现根据中国人民银行的有关规定，就一些主要金融机构的分支机构的地位问题作一简介。

（1）国家银行和人民保险公司的分支机构。我国工商银行、农业银行、中国银行、建设银行、交通银行及中国人民保险公司，或按行政区域划分，或按经济中心划分，在全国各地设有各级分行、支行、办事处及分公司、支公司等分支机构。从体制改革的要求看，这些分支机构均应是相对独立的经济实体，但划分资金、独立核算的改革尚在进行中，而为了使银行和银行分支机构能依法从事金融业务活动，主管部门分别对其颁发了《经营金融业务许可证》和《营业执照》，银行和人民保险公司的分支机构在核准经营的业务范围内开展各种金融业务，具有行为能力，能够实施民事法律行为，所以各银行或人民保险公司的分支机构，可以作为诉讼主体，但当这些分支机构不能单独承担民事责任时，应由国家银行和人民保险公司统一负责。

（2）证券经营机构的分支机构。我国证券经营机构有三类：一是证券公司，是独立法人和诉讼主体，其分支机构主要是各营业部，一般不具有独立诉讼主体资格。二是证券业务部（下设交易营业部），是各信托投资公司、综合银行等金融机构设立的专门从事证券业务的部门，它们大都单独核算，有的还进行了法人登记，独立承担民事责任，故都具有独立诉讼主体资格，但它们设立营业部等分支机构就不能成为诉讼主体。三是证券交易代办点，是信用社或其他金融机构的分支机构利用现有场地和人员代为办理证券业务的场所，它们只能以信用社或金融机构的分支机构作为诉讼主体。

### 41. 票据纠纷官司有哪些常见问题

票据是出票人承诺自己或委托付款人在见票时或指定日期无条件支付一定金额，可以流通转让的一种有价证券，是国际通用的结算和信用工具。最常用的有汇票、本票、支票。随着我国结算制度改革和票据法制的完善、票据的推广，票据纠纷亦有增加，目前常见的问题有：

（1）关于转让。票据一般可在商业结算活动中背书转让，除了法律法规规定或当事人在票据上明示不许转让、贴现的以外，应当允许票据转让。只要取得票据的第三人是善意的，是付了对价的，就应予以保护。

（2）关于承兑。商业汇票可由出票人或经申请银行答应承兑，一经承兑，承兑人就只有到期无条件支付票款的义务，除能证明持票人取得票据有恶意的以外，不得以基础合同没有履行，或者申请承兑人没有付款为由，对抗持票人。

（3）关于挂失。妥善保管票据是持票人的义务，票据遗失后向银行申请挂失止付，是票据权利的一种补救行为，但须在法定范围内有效。现金银行

汇票和现金支票可向有关银行申请挂失，经检查挂失前未被提领的，银行办理止付手续，但银行不办理转帐银行汇票、本票和转帐支票的挂失手续，仅在票据有效期满后，对未被提领的办理退款手续。故遗失非现金票据后，收付双方应尽快联系，防止损失，而空白票据遗失后只能自负其责。法人、公民和其他组织对遗失人在报纸、电台、电视台上发表的支票遗失声明没有充分注意的义务，因此，空白支票的签发人除非能够证明取得支票的人有恶意或明显过错，否则，不能对抗支票的持有人。

#### 42. 哪些证券纠纷可向法院起诉

所谓证券纠纷，是指股票、债券等有偿证券在发行、流通过程中，在发行公司、证券商、证券交易所、投资人及证券信托、咨询等服务机构之间发生的纠纷。证券纠纷具有争议金额大、专业性强、调解难度大、要求解决的时间快等特点，及时依法解决证券纠纷。对于加速证券市场发育成长，维护市场秩序，保护当事人合法权益具有重要意义。在我国证券市场发展过程中，各种证券纠纷特别是股票纠纷日益增多，随着法制的健全和人民群众法律意识的增强，将会有更多的人寻求诉讼途径解决证券纠纷，人民法院经济审判庭也已积累了一定的审理此类案件的经验。那么，哪些证券纠纷可向法院起诉呢？从实践看，主要有以下几类：

(1) 证券发行方面。投资人与发行公司之间因公司非法发行导致损失，或公司作不真实发行说明等所产生的纠纷；投资人与证券承销商之间因承销方式不妥导致侵权或违约产生的纠纷；投资人相互之间因借用身份证件购买证券，因非法转让认购申请单，因认购申请单遗失等导致认购权属争议，可向法院起诉。

(2) 证券交易方面。投资人与证券商之间因代理买卖发生的违约纠纷，操作差错造成的侵权纠纷；投资人相互间因私自转让内部股权证或黑市交易产生的纠纷；投资人与上市公司之间因公司行为影响证券交易秩序导致侵权纠纷，可向法院起诉。

(3) 证券所有权方面。单位、集体、家庭集资购股、分工交易又因分配不公而发生争议的证券合伙纠纷；因证券记名、继承、分割、领取股利所发生的争议；因购股款来源不明所致所有权纠纷等，可向法院起诉。

(4) 证券保管方面。投资人证券遗失后因领取红利、购买配售新股与发行公司产生纠纷；投资人因证券帐户被擅自挪用与证券商发生纠纷等。另外，在证券服务方面，因咨询误导所致纠纷；证券抵押借款纠纷等，也可向法院起诉。

#### 43. 股民如何打股票纠纷官司

股民即股票市场的个人投资者，除法律禁止从事股票买卖的证券管理人员和有关干部、证券从业人员等以外，一般公民个人均可介入证券市场买卖股票成为股民。在我国证券市场发展中，股民除了应增强风险意识外，还需增强法制意识，包括懂得如何打股票纠纷官司，维护自身权益。股民涉讼的案情较多集中在证券代理买卖环节，与证券商发生纠纷，为此要注意以下几点：

在纠纷发生前要采取预防措施。首先，股民应从事合法证券投资活动，违法的证券活动不受法律保护，还要受到相应的处罚。其次，股民应重视法定说明文件，如发行公司招股章程、上市公告、财务报告等，这即是股民了解公司与股市实情，作出投资决策的重要信息，也是日后衡量公司是否兑现



承诺，有无违约或侵权的依据和证据。再次，股民应慎重对待交易委托，投资者参加集中市场交易均需要通过证券经纪商中介，要办理委托买卖手续，这一手续实际上是建立委托合同关系，故股民填写委托单即为签订委托合同的一个步骤，尽管目前很多经纪商印制的委托单内容较简便，但也要努力使其明确、具体，如委托买卖的股票品种、数量、委托价格与委托期限等，不要漏写、涂改或过于潦草，防止日后争执；有些条款如税费支付、交割、保证金（券）等可按统一规章执行；但有些现尚无规定又不重视约定的条款，如违约责任应予以确定。最后，股民应注意保存各种原始凭证，如证券商已盖章的委托单、交割单等，既可依此检验证券商执行委托的情况，又要在发生纠纷后作为重要的证据。在纠纷已成为事实时，要争取及时依法处理。首先可与证券商交涉、协商，对方不愿协商或协商不成，委托书中又未约定仲裁条款，也未订立仲裁协议的，可向人民法院起诉。起诉则应弄清纠纷对方当事人证券商是独立法人还是分支机构（这与证券机构规模大小无关），对独立法人可向其所在地法院起诉，对分支机构应向其法人所在地法院起诉。其次，在诉讼中应努力学习、熟悉有关证券的法律、法规、规章等规范，掌握法律武器，争取主动，必要时可聘请懂行的律师代理。

#### 44. 常见的储蓄纠纷官司有哪些

储蓄是公民自愿将合法收入的暂时不用部分存入储蓄机构的活动，是消费基金转为建设基金的重要渠道。国家鼓励公民个人储蓄，公民个人合法储蓄受宪法和法律保护。法律规定储蓄应贯彻“存款自愿、取款自由、存款有息、为储户保密”的原则。在储蓄业务开展过程中，个人与储蓄机构之间也会发生一些纠纷，除了当事人协商解决外，也有一些诉到法院。常见的储蓄纠纷官司有：

（1）储蓄金额差错纠纷。常见于储户存款时，现行储蓄业务操作规程为双柜双员制，即一人收款一人复核。有时，收款员已确认储户存款金额并发放号牌，但复核员复核时发现缺额，储蓄机构往往要储户承担缺额部份，因此引起争议及诉讼。对存款单据业经收款员确认，并持有号牌的储户，法院予以支持。

（2）挂失止付纠纷。记名式存单、存折可以挂失，储户遗失存单、存折或预留印鉴的，可以持本人身份证明，并提供储户姓名、开户时间、储蓄种类、金额、帐号及住址等有关情况，向开户的储蓄机构书面申请挂失。在特殊情况下，储户可用口头或电话形式申请挂失，但须在五天内补办书面申请挂失手续。储蓄机构受理挂失后，即行停止支付该储蓄存款，在受理挂失前该储蓄存款已被他人支取的，储蓄机构不負責任；但在受理挂失（包括受理口头挂失）后，因工作疏忽而仍被他人支取的，储蓄机构应负责赔偿，不应由此产生纠纷。

（3）储蓄保密纠纷。储蓄机构及其工作人员对储户的储蓄情况负有保密责任，储蓄机构不得代任何单位和个人查询、冻结或扣划储蓄存款，但法定机关依法定程序进行的（如人民法院调查、执行时）除外。故意或过失泄露储蓄情况或未经法定程序查询、冻结、扣划者，储户有权要求赔偿。

（4）储蓄过户纠纷。与储户有关的个人或单位对储蓄存款的所有权提出异议，储蓄机构不应参与，涉及办理过户的，储蓄机构应根据人民法院发生法律效力判决书、裁定书或者调解书办理过户手续。储蓄存款的分割、继承也应依据公证文书办理过户，储蓄机构未依法办理过户的，储户及有关当

事人有权要求更正并赔偿损失。

#### 45. 如何打借款合同官司

借款合同，是指贷款方将一定数量的货币贷给借款方使用，由借款方按期归还并支付利息的协议。借款合同可按贷款种类的不同分为人民币借款和外币借款合同，固定资产借款和流动资金借款合同等。在市场经济条件下，货币资金流动加快，创造了更多的经济效益，同时也可能在当事人间因合同的履行、变更解除而发生纠纷，引起诉讼。

打借款合同官司，首先要明确当事人的性质。借款合同是种特定的借款关系，贷款方必须是银行、信用社和经批准承办贷款业务的其他金融机构，借款人应是具有一定比例的自有资金和适销适用的物资财产作为保证的企业、事业单位和城乡个人。借款合同纠纷是经济纠纷案件，而一般公民之间、公民与法人或其他组织之间的借贷关系，应向法院民事审判机构起诉，作为民事借贷关系审理。

打借款合同官司，要明确合同履行和变更解除的特点。借款合同是诺成合同，合同成立即生效，贷款方不按时提供贷款，借款方不按时归还贷款均是违约行为。政策性贷款的借款方应按约定使用贷款，否则贷款方可加收利息，提前收回一部分或全部贷款。借款合同除了适用经济合同变更解除的一般条件外，对不程项目的撤、停、缓建和确因决策不当、继续履行将造成损失浪费的情况，也可变更解除借款合同。

借款合同没有保证的，打借款合同官司时，保证人也是重要的诉讼当事人。不少借款合同订立时由保证人为借款方提供担保，由于保证人是具有足够的代偿借款能力的人，且依法必须承担连带责任，所以在借款方不能按期还本付息，甚至难以找到借款方下落时，保证人就成为了借款纠纷的被告。

#### 46. 如何打保险合同官司

保险合同，是投保人与保险人之间订立的，一方交付保险费，换取另一方提供经济保障的合同。保险合同按保险标的的不同可分为财产保险合同和人身保险合同。保险合同的主体有双方当事人：保险人和投保人（订立合同、支付保险费的人），还有两个关系人：被保险人（保险财产的所有人或营管人，是保险事故的受害人及赔偿请求人）与受益人（投保人或被保险人指定的保险金领受人）。这些合同主体都可能成为诉讼主体。保险合同是种射幸合同，在保险有效期内，倘若保险标的不发生损失，则一方付出保险费而无任何赔偿；倘若发生保险标的的损失，一方就可能得到大大高于所付保险金额的赔偿金，这就可能因事故发生后的赔偿而发生各种争执并引起诉讼。

投保人、被保险人或受益人作为保险合同官司诉讼当事人时，应把握下列几个问题：

（1）保险合同的成立有效性。保险合同业经投保方填具投保单，保险人在投保单上盖章同意承保，并就合同条款达成协议，证明合同已成立，保险人已签发了作为合同书面形式的保险单或其他保险凭证。

（2）标的损失的现实性。即保险财产遭受保险事故，发生损失，或人身保险发生约定事件，均属保险人应予赔偿的范围。对保险财产进行了抢救、保护、整理等，发生了施救费用等损失，也可向保险人索赔。事故现场保持完好，有关证据俱全，保险人已作或可作调查、确认。

（3）索赔的合理性。当事人双方已在保险合同中约定了保险金额，即双方按保险财产的实际价值或人身伤亡事故的后果，约定的事故或事件发生后

保险人应赔偿或支付的最高金额。索赔的保险标的损失和施救费用的金额（分别计算）均未超过保险金额，保险人应履约赔付。

保险人在打保险合同官司时，应着重在下列几个问题上提出主张和证据：

（1）合同是否有效。衡量保险合同的效力主要以保险利益原则为标准。保险利益是投保人或被保险人对保险标的具有合法的可确定的经济利益，即因保险事故发生而使保险标的受损，保险事故不发生则保险标的不受损的损益关系。保险有效期内投保人或被保险人存在保险利益，保险合同才有效。这也是为了防止科用保险取得额外利益和道德危险。另外，超出保险标的实际价值而投保的超额保险，一个标的同时向两个以上保险公司投保的重复保险均属无效。

（2）保险标的损失是否发生在约定范围内。首先，发生的意外事故是否属于约定的保险事故或事件，如火灾、爆炸死亡、伤残等。其次，事故所致特定损失是否属于保险责任范围，对于被保险人故意或不法行为所致损失、保险标的本身性质或缺陷所致损失，战争和核辐射污染等重大危险，因执行国家法律所致损失，保险人一般不予赔偿。再次，保险事故只有发生在约定的保险期限内，保险人才予赔偿。最后，只有不超过保险金额的损失额，保险人才予赔偿。

（3）合同是否发生变更、转让。保险合同内容变更一般须征得保险人同意，并在原保险单、保险凭证上批注或附贴批单。保险合同随保险标的的过户、出售而转让（货物运输保险除外），应事先书面征得保险人同意，并在保险单或保险凭证上批改。违反上述规定的变更或转让，是无效的，非法转让者，保险责任即行终止。

（4）投保人是否按约履行义务。投保人在订立保险合同时，有将有关保险标的的危险情况如实告知保险人的义务，保险人据此决定是否承保及承保条件，若投保人有重大隐瞒或错误申报，保险人有权解除合同或不负赔偿责任；投保人有按期交付保险费的义务，否则保险人可要求其支付保险费及利息，或终止保障合同；投保人有加强防灾防损和维护保险财产安全的义务，保险人发现不安全因素并建议消除后，投保人不采取措施而致损失的，保险人不予赔偿；投保人在保险标的的危险因素增加时，有及时通知保险人的义务，双方及时协商增加保险费，或提前终止合同，投保方不通知的，发生事故损失后保险人不予赔偿；投保人还有保险事故发生后的施救和及时通知保险人的义务，以便减少损失，弄清事故原因，估算损失，不施救所扩大的损失，保险人可拒绝赔偿。

（5）损失是否由第三者行为造成。财产保险中保险标的的损失若是第三人的行为造成的，投保人可直接向肇事的第三人索赔，保险人不再理赔；若投保人向保险人索赔的，在取得了赔偿后，应将向第三人追偿的权利转让给保险人，保险人有权向肇事者追偿。

#### 47. 如何打期货纠纷官司

期货交易，是指在期货交易所内进行的标准化合约的转让。期货交易的对象不是实物商品，而是期货合约——可以在期货市场中任意转让的某一商品的标准化合约。大部分交易者买卖的期货合约在到期前，都以对冲的形式转让，而并不实际交割实物，即买进期货者在合约到期前又将合约卖掉，卖出期货者在合约到期前又买进合约补仓，各以结算价差的方式了结履约义

务，真正交割实物的期货交易不到交易量的 2%。期货交易的参加者，一部分是商品的生产经营者，其主要目的是回避现货交易中的价格风险，进行套期保值；另一部分人是利用市场价格变动机会获利的投机者。期货交易必须在交易所场内进行，一般交易者需委托作为交易所会员的期货经纪人进行期货买卖。目前期货纠纷也多属委托人与经纪人之间的纠纷，解决此类纠纷，应按我国有关法规、规章办理，并注意以下几个问题：

（1）纠纷必须发生于合法经纪人受理的场内交易的代理过程中。任何在期货交易所场外进行的交易都不受法律保护。在场内从事代理业务的必须是依法设立的期货经纪公司，其他公司或组织均不得从事期货交易代理业务。

（2）期货经纪人应依法从事代理活动。期货经纪公司应遵循公开、公平和诚实信用原则，提供客观、准确、及时、高效的服务，如实记录、及时执行客户指令，将每日交易记录、会计凭证及其他重要资料完整保存五年以上，为客户保守商业秘密，在营业场所备置公开说明书、风险说明书供客户阅读，在指定的金融机构开设与自有资金分离的客户保证金专用帐户，并按规定交存营业保证金。期货经纪公司不得从事私下串通、垄断市场，私下对冲，制造、散布虚假的信息进行误导，伪造、涂改、买卖各种交易凭证和文件，挪用客户保证金，雇用非经纪人员与客户接洽、商谈委托期货买卖事宜或代其进行期货买卖，约定与客户分享利益或承担风险等违法行为。因期货经纪人违法或违约致使委托人受损的，委托人有权索赔。

（3）依照法定程序处理纠纷。纠纷发生后双方应进行协商解决，协商无效时，委托人与经纪人有仲裁协议的，可提请有关交易所或其他仲裁机构仲裁；无仲裁协议的，可依法提起诉讼，通过诉讼程序处理。

## 六、市场管理官司

### 48. 如何打消费者权益争议官司

消费者权益，是指消费者因生活消费需要而购买、使用商品，或接受服务时受法律法规保护的权利、利益。消费者权益争议，是指消费者与经营者之间就消费者权益是否受到损害、损害程度如何、怎样处理等发生的纠纷。解决消费者权益的方法除了与经营者协商和解、请求消费者协会调解、向有关行政部门申诉及根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁外，可直接向人民法院起诉。在打消费者权益官司时，应着重把握下列几个问题：

(1) 明确基本权利和义务，有针对性地提出诉讼事实理由。由于消费者在消费活动中的地位处于不利地位，所以国家立法对消费者侧重保护其权利，同时对经营者侧重强调其义务。消费者的基本权利有：人身、财产安全不受损害的权利；知悉其购买、使用的商品或接受的服务的真实情况的权利；自主选择商品或服务的权利；公平交易的权利；获得消费和消费者权益保护知识的权利；人格尊严、民族习俗得到尊重的权利；损害赔偿的权利；依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利；对商品和服务以及消费者权益保护工作监督的权利。经营者的基本义务有：保证质量的义务；保障人身、财产安全的义务；提供真实信息的义务；明码标价的义务；标明经营者真实名称和标记的义务；出具购货凭证或服务单据的义务；售后服务的义务；不侵犯消费者人身权的义务。

(2) 明确法律责任，有针对性地提出诉讼请求或答辩。消费者权益受到损害的，可向经营者请求赔偿。由于消费者权益涉及的面很广，不仅保护消费者权益法有规定，其他如产品质量、标准、计量、食品卫生、药品管理、价格、广告、商标等法律法规也作了规定。所以要根据权益损害的情况不同，依照有关法律法规提出不同的赔偿要求，包括对财产损害的赔偿，也包括对人身伤害所致的医疗费、护理费、误工费减少的收入、残疾赔偿金、残疾自助具费、生活补助费。抚养人生活费、丧葬费、死亡赔偿金等。此外，还可根据不同的违法情况，请求适用停止侵害、恢复名誉、消除影响或修理、重作、退货等民事责任。

(3) 明确连带责任范围，有针对性的确定被告。消费者权益争议官司多为消费者作为原告，在起诉时要依法明确连带责任范围，据此确定被告。消费者在购买使用商品时，其合法权益受到损害后，可将销售者作为被告（销售者先予承担后，再向其他有责任的经营者追偿）；消费者的人身、财产受到商品缺陷损害的，可任选生产或销售者为被告；消费者在接受服务时其合法权益受到损害的，以服务者为被告。侵权的经营者合并或分立的，消费者可将变更后承受原经营者权利、义务的企业作被告。使用他人营业执照违法经营损害消费者权益的，使用者和执照持有者均可作为被告。消费者在展销会、租赁柜台购买商品或接受服务时权益受损的，以实际销售者或服务者为被告；展销会结束或租赁期满后，可将展销会举办者或柜台出租者作为被告。受虚假广告损害的，以经营者为被告，但广告经营者不能提供经营者真实姓名、地址的，以广告经营者为被告。

### 49. 如何对不正当竞争行为诉诸法律

不正当竞争，是指违反法律法规规定，违反自愿、公平、平等、诚实信用原则，违反公认的商业道德，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济

和社会经济秩序的行为。

根据我国法律规定，不正当竞争的行为主要有以下几类：

(1) 侵犯他人商标权、名称权和姓名权的行为。包括假冒他人注册商标；擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误以为是该知名商品；擅自使用他人的企业名称或姓名，使人误认为是他人的商品；在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志；伪造产地，对商品质量作引入误解的虚假表示。

(2) 经济垄断行为。包括公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者滥用独占地位，政府及其行政部门滥用行政权力、限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的公平竞争；政府及其所属部门滥用行政权力，限制外地商品进入本地市场，或本地商品流向外地市场。

(3) 商业贿赂行为。包括用财物或其他手段进行贿赂，以销售或购买商品，在帐外暗中给予对方单位或个人回扣（商业活动中可以明示方法给予对方折扣、给中间人佣金，双方均应如实入帐）。

(4) 虚假广告行为。即经营者利用广告或其他方法，对商品的质量、制作成份、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传；广告经营者在明知或应知的情况下，代理、设计、制作、发布虚假广告。

(5) 侵犯他人商业秘密的行为。包括以盗窃、利诱、胁迫及其他不正当手段获取并泄露、使用或允许他人使用权利人的商业秘密，违反约定或违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或允许他人使用其所掌握的商业秘密；第三人明知或应知上述违法行为，仍获取、使用或披露他人商业秘密。

(6) 倾销行为。即以排挤竞争对手为目的，以低于成本的价格销售商品。但销售鲜活商品、处理有效期限即将到期或积压商品、季节性降价及因清偿债务、转产、歇业降价销售商品的除外。

(7) 强行搭售行为。即销售商品时违背购买者的意愿搭售商品或附加其他不合理的条件。

(8) 违法的有奖销售行为。包括采用谎称有奖或故意让内定人员中奖的欺骗性有奖销售；利用有奖销售推销质次价高商品；抽奖或有奖销售最高奖超过 5000 元。

(9) 损害他人商誉的行为。即捏造、散布虚假事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

(10) 联手操纵招标、投标行为。包括投标者串通投标，抬高标价或压低标价；投标者与招标者相互勾结，排挤竞争对手的公平竞争。

一切组织和个人依法有权对不正当竞争行为进行社会监督，向政府工商行政管理部门检举，由监督检查机关查处。其合法权益受不正当竞争行为侵害的经营者，可向侵权行为实施地、侵权结果发生地和被告所在地人民法院起诉，请求制止侵权行为，并由侵权人赔偿被侵权者财产损失（可按侵权人在侵权期间所获利润计算）及被侵权者调查不正当竞争行为所支付的合理费用。

#### 50. 如何打商品质量争议官司

商品质量，是指在规定的条件下，能实现预定目标或符合规定用途所具备的特性。它由法律规定、技术标准确定或合同约定。商品质量争议是指用户、消费者与商品经营者之间就商品质量是否符合要求，质量缺陷是否导致

人身、财产损失后果，如何承担质量责任等发生的争议。打商品质量争议官司应注意下列几个问题。

(1) 商品质量争议案件，有侵权纠纷与违约纠纷之分。商品质量侵权是指因商品质量问题造成用户或消费者的人身、财产受损害。商品质量违约是指商品质量违反合同规定，造成合同标的及相关的生产经营内容的经济损失。两种纠纷带出一系列的区别：法律后果不同，侵权的后果是以损害赔偿为主的产品责任，违约的后果是包括违约金、赔偿全和补救措施的违约责任；举证责任不同，侵权由经营着提出自己无过错的证据，否则应承担赔偿责任，而违约则由主张者举证；诉讼管辖也不同，侵权由侵权行为地和被告所在地法院管辖，违约由被告所在地或合同履行地法院管辖；诉讼当事人不同，侵权诉讼的原、被告不一定有合同关系，违约诉讼的原、被告必为合同当事人。

(2) 商品质量是否合格是确定法律责任的前提。质量是个动态的、发展的概念，不可能要求每个商品都尽善尽美才能上市供应，只要符合一定要求就应算合格，这个要求就是由法律、标准和合同确定的，其基本要求是商品能保障安全、符合需要和经济。符合质量要求的商品包括合格品、一等品和优质品，而不符合质量要求的就是次品、废品。不合格商品不得出厂、销售，否则，经营者要对其后果负责。有的商品虽符合要求，但在使用中由于使用不当仍可能产生不良后果的，只要经营者事先已作说明，就不再承担责任。

商品质量争议，涉及诸多领域法律法规，如消费者权益、商标、广告、标准化、计量法等，应注意综合治理。

另外，在解决争议中，当事人对商品质量是否符合要求有分歧的，可提请技术监督管理部门指定的检验机构进行仲裁检验。

## 七、农村经济官司

### 51. 如何打农村承包合同官司

农村承包合同，是农业生产集体经济组织与其成员之间实行联产承包责任制，明确相互权利、义务关系的协议。农业生产集体经济组织作为发包方将土地等生产资料发包给承包方使用，农户作为承包方在集体经济组织内相对独立经营，完成约定的承包任务，双方按约定的标准和方法进行分配。随着农村联产承包责任制的普遍推行，农村承包合同纠纷亦大量产生。在处理农村承包合同纠纷时，主要依靠农村基层组织、承包合同管理部门和农村工作主管部门的作用。若当事人向人民法院起诉，应注意以下几个问题：

(1) 关于诉讼主体。农村承包户因合同纠纷而起诉，应以发包方为被告，即使对农村基层组织、承包合同管理部门的调解处理不服而起诉的，也要作为经济案件诉发包方，而不能作为行政案件诉调解处理部门。合伙承包人在诉讼过程中应作为共同诉讼人，合伙人众多的，可经法院许可后派代表参加诉讼，代表人一经确定，具诉讼行为对全体合伙人或合伙组织全体成员生效。

(2) 关于合同效力。在承包合同审理中，首先要确定其效力。凡有下列情况之一的合同无效：违反国家法律、行政法规的；损害国家利益和社会公共利益的；违背民主议定原则的；采取欺诈、胁迫或其他不正当竞争手段签订的；发包人无权发包的，承包人私自转让、转包（临时性、季节性劳务除外）以及转包渔利的。合同被确认无效后，财产问题应依照法律、政策合理解决，过错方应赔偿对方因此遭受的损失，通过转包获取的超额利润应收归集体或追缴国库。

(3) 关于合同的变更解除。农村承包合同可以变更或解除的条件有：当事人双方协商同意并不损害国家、集体利益；订立合同依据的计划调整：因国家税收、价格等政策调整，使收益情况发生较大变化；由于自然灾害等不可抗力的原因使合同无法履行；因发包方或承包方不履行合同义务，使合同无法或没有必要继续履行；承包人丧失承包能力；承包人进行破坏性、掠夺性生产经营，发包人劝阻无效的。合同的变更、解除使对方遭受损失的应负责赔偿，依法免除责任的除外。

(4) 关于争议事项。因承包指标过高或过低发生争议的，应根据承包前三至五年平均产量产值，考虑合理增产比例，作具体分析确定。承包人为取得承包权而盲目提高指标无法履行，或发包人缺乏经验，指标明显过低的，法院应引导双方协商，或作出判决予以合理调整。因发包方任意毁约或行政部门非法干预产生争议的，可要求发包方或行政部门赔偿（或折抵承包金额、或延长承包期限）。

(5) 关于案件的受理与执行。有些农村承包合同的履行受自然条件制约，季节性强，可请求人民法院及时立案，尽快审理，或请求裁定先行恢复生产，然后解决纠纷。农村承包合同纠纷案件的判决、裁定、调解书发生法律效力后，被执行人暂无给付能力的，法院裁定中止执行，中止原因消失后，及时恢复执行；被执行人丧失给付能力的，法院裁定终结执行；被执行人有能力履行而拒不履行或故意拖延履行的，应传唤其到庭，责令自动履行，仍不履行的，依法强制执行。



## 第四章行政官司

### 一、行政官司的一般知识

#### 1. 什么是行政官司

官司是诉讼的俗称。所谓诉讼，也就是说，有了纠纷向法庭告诉，以争辩是非曲直。因此，习惯上老百姓通常也就称之为“打官司”。

行政是国家行政机关实施管理过程中的活动。行政官司，是解决行政纠纷的一种法律活动。公民、法人或其他组织认为国家行政机关和行政机关工作人员（公务员）的具体行政行为侵犯其合法权益，依法向人民法院提起诉讼，由人民法院立案审理并作出裁判的活动。俗称打“民告官”的官司，它是一个国家民主政治的一种表现形式。

行政官司，在理论上始终存在着广义和狭义两种见解。广义的行政官司，是指国家行政机关在执行职务中引起的争议和纠纷，依法由国家行政机关或者司法机关处理解决的一种活动。这种见解实际上是把行政机关复议的活动也看成是构成行政官司的一个组成部分。狭义的行政官司，是指国家行政机关在执行职务中引起的争议和纠纷，依法由法院按照司法程序处理解决的一种活动。这种见解只认为行政案件只有在法院按照司法程序进行的审理，才可叫做行政官司。我国《行政诉讼法》采狭义说，也就是一般俗称为打“民告官”官司。有关行政复议事宜依国务院于1990年12月24日颁布的《行政复议条例》进行，它属于行政活动，非司法程序活动。

行政官司的特点是：（1）被告必须是国家行政机关，或是法律、法规授权行使行政管理权的组织，故行政官司的被告是恒定的。（2）原告必须是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或其他组织，也就是行政机关具体行政行为的相对人。（3）当事人争议的焦点必须是具体行政行为所引起的行政法律关系，也即具体行政行为的作出，被认为侵犯了相对人的合法权益，或是违反法律，或是越权、滥用职权。（4）依法向人民法院提起诉讼，并由人民法院受理。

#### 2. 对行政机关的哪些具体行政行为可以向法院起诉

《行政诉讼法》规定，公民、法人或者其他组织不服行政机关的具体行政行为的，可以提起行政诉讼。所谓具体行政行为，是指行政机关在其职权范围内依法进行的对以特定的相对人为对象的行政管理行为。

《行政诉讼法》第一条第一款规定有以下的具体行政行为发生争议时，相对人可以向法院起诉：

（1）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产、停业、没收财物等行政处罚不服的；

（2）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；

（3）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；

（4）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；

（5）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；

（6）认为行政机关没有依法发给抚恤金的；

- (7) 认为行政机关违法要求履行义务的；
- (8) 认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。

《行政诉讼法》第十一条第二款还规定，除上述八种具体行政行为可以诉诸法院外，法院还可受理法律法规规定的可以提起诉讼的其他行政案件，即：《土地管理法》第十三条、《森林法》第十四条、《草原法》第六条等，相对人对人民法院确认所有权和使用权归属处理决定不服的；《专利法》第四十三、五十八条规定，相对人对专利机关确认专利权的行政处理决定不服的；其他法律法规规定可以向法院提起诉讼的行政案件。

### 3, 哪些行政行为不能向法院起诉

《行政诉讼法》第十二条规定：“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：（1）国防、外交等国家行为；（2）行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；（3）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；（4）法律法规由行政机关最终裁决的具体行政行为。”

（1）国防、外交等国家行为，是指国务院所属的国防部和外交部以国家名义作出的涉及国家的安全、国与国之间关系以及其他国家重大问题而代表国家意志的行为。对于国家行为是否合法、是否适当，不可以由人民法院审判来定。如果当事人认为国家行为确有所误，应按照宪法规定的程序，由全国人民代表大会及其常务委员会向国务院建议、监督其予以纠正。

（2）行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令。制定、发布行政法规、规章或者行政决定、命令，属于抽象行政行为，不属于具体行政行为。抽象的行政行为是国家行政机关实施行政管理职权针对不特定的公民作出的具有普遍效力的行为。根据《宪法》的规定，只有全国人民代表大会及其常务委员会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。国务院有权改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章。国务院和地方各级人民代表大会常务委员会有权撤销地方各级行政机关的不适当的决定和命令。所以，认为行政法规、规章与法律相抵触的，不能起诉至人民法院用审判来废除或改变，只能按上述宪法程序进行处理。

（3）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定。由于这是属于行政机关内部的行为，所以，认为它有不妥，有关当事人只能向其上级行政机关、监督机关或人事部门反映，而不应向人民法院起诉。

（4）法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。有关法律对这一具体行政行为作了特别规定，将最终决定权明确给予行政机关，人民法院就不能再受理。这种法律的明文规定主要有两种：一种是无条件的，也即法律规定只能由行政机关作出最终决定的。如《商标法》规定。申请注册商标，商标局评审委员会有作出终局决定权。另一种是有条件的，即法律规定当事人不服行政机关的行政决定，可以向作出该决定的行政机关的上一级机关申请复议，也可以直接向人民法院起诉。如果当事人申请复议，复议决定为最终裁决，即不得再向人民法院起诉。如《外国人入境出境管理法》规定即是。

### 4. 行政官司的时效有何规定

行政官司时效，是指行政官司权利人依照行政诉讼程序提起诉讼的时间范围。即行政官司当事人公民、法人或者其他组织超过法定起诉时间而不提起诉讼，就丧失了起诉权。

依据《行政诉讼法》的规定，行政官司时效分为三类：

(1)《行政诉讼法》第三十八条第二款规定：“申请人不服复议决定的，可以在收到复议决定书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。复议机关逾期不作决定的，申请人可以在复议期满之日起十五日内向人民法院提起诉讼。法律另有规定的除外。”这一诉讼时效是对经过行政复议的案件规定的。

(2)《行政诉讼法》第三十九条规定：“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起三个月内提出。法律另有规定的除外。”这一诉讼时效，是当事人依法直接向人民法院提起诉讼的规定。

(3)《行政诉讼法》第四十条规定：“公民、法人或者其他组织因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定期限的，在障碍清除后的十日内，可以申请延长期限，由人民法院决定。”所谓不可抗力，是指当事人无力克服或者无法预防的事由。一般分为：自然原因，如地震、雪崩、水灾等。社会原因，如战争、社会严重动乱等。所谓其他特殊情况，是指除上述不可抗力事由发生外，不应归责于当事人的其他情形，如原告人突发疾病无法在法定诉讼期限内起诉。如果由于原告故意或过失的主观原因而耽误起诉期限，则不能申请延长起诉期限，即意味着丧失了对该行政案件的起诉权。

#### 5. 行政官司中的行政复议前置的含义是什么

行政复议，是报公民、法人或者其他组织认为国家行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益，依法向作出具体行政行为的原机关，或者法律规定的它的上级国家行政机关提出申请复议，并由这些机关依法对原具体行政行为重新进行审查，并作出复议裁决的一种具体行政行为。它属于行政监督性质的行为。行政复议，如属法律规定的终局决定，则不得再行向人民法院提起行政官司；其他的行政复议决定，当事人如不服，都可以向人民法院提起行政官司。《行政诉讼法》第三十七条第二款规定，法律、法规规定应当先向行政机关申请复议的，未经复议的就不得向人民法院提起行政官司，只有经过复议后，又对复议不服的，才可向人民法院提起行政官司，这就是行政复议前置原则。这是处理行政权与司法权关系的一种规定。如《中华人民共和国治安管理处罚条例》第三十九条的规定，即是行政复议前置的典型事例，被裁决受治安管理处罚的人，或者被侵害人不服公安机关或者乡（镇）人民政府裁决的，在接到通知后五日内，可以向上一级公安机关提出申诉，由上一级公安机关在接到申诉后五日内作出裁决；不服上一级公安机关裁决的，可以在接到通知后五日内向当地人民法院提起诉讼。

#### 6. 行政官司起诉的条件是什么

当事人若要向人民法院提起行政官司，是要具备一定的法定条件才可以的，否则，人民法院将会不予受理。《行政诉讼法》第四十一条规定，提起行政官司必须具备以下四个条件：

(1)行政官司要有原告。原告必须是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织，也即是说原告必须是与本案有直接利害关系的人，只有他们的合法权益受到国家行政机关的侵犯并且不服这种侵犯的，他们才有资格作为原告提起诉讼。依照《行政诉讼法》第二十四条的规定，有权起诉的公民死亡，其近亲属可以作为原告提起行政官司，有权起诉的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织可以作为原告提起行政官司。至于原告的权益是否受到实际侵犯，并不影响其起诉权的行使，客观

上确实侵权与否，只有待人民法院审理后才能确定。所以，判决的结果，原告可能胜诉，也可能会败诉。

(2) 行政官司要有明确的被告。行政官司的被告必须是国家行政机关或者由法律、法规授权实施具体行政行为的组织。它是恒定的，行政官司的被告不能是公民、法人或其他非行政机关性质的组织。原告起诉必须要明确指明告哪一个国家行政机关侵犯了其合法权益，不能含糊，否则，人民法院无法审理。

(3) 原告起诉必须具体说明诉讼的标的、请求人民法院保护的内容、理由并举出事实根据，否则，人民法院也无从审理。

(4) 起诉的案件必须符合《行政诉讼法》第十一条规定的受案范围，所投诉的人民法院必须是《行政诉讼法》第三条规定有权管辖的人民法院。总之，当事人向人民法院起诉行政官司，必须同时具备上述四个法定条件，缺一不可。

#### 7. 在打行政官司时，具体行政行为是否要停止执行

《行政诉讼法》第四十四条规定：“诉讼期间，不停止具体行政行为的执行。”即国家行政机关作出的具体行政行为不因原告提起行政官司而在打官司时停止执行。

但是，《行政诉讼法》同时又规定，如遇有以下三种情况的，可以在打行政官司时停止执行具体的行政行为：(1) 被告认为需要停止执行的。(2) 原告申请停止执行，人民法院认为该具体行政行为的执行会给原告造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害社会公共利益，裁定停止执行的。(3) 法律、法规规定可以停止执行的。如《治安管理处罚条例》第四十条第二款规定：“被裁决拘留的人或者他的家属能够找到担保人或者按照规定交纳保证金的，在申诉和诉讼期间，原裁决暂缓执行”。

因此，在打行政官司时，除非有法律规定的情形可以停止执行争议的具体行政行为外，原被告争议的具体行政行为不因原告的起诉而使具体行政行为失去执行的效力，这是由国家行政管理的特殊性决定的。

#### 8. 哪些行政官司由被告住所地法院管辖

行政官司的被告，是指被当事人提起行政官司的相对人，即与原告处于相对地位的行使国家行政权力的国家行政机关。被告住所地则是指被控告的国家行政机关的所在地或主要办公地。

根据《行政诉讼法》的有关规定，下列这些行政官司由被告住所地法院管辖，也就是说，原告应向被告住所地人民法院提起诉讼才能开始审理，(1) 行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。(2) 对限制人身自由的行政强制措施(拘留)不服提起的诉讼。

#### 9. 哪些行政官司原告和被告所在地法院都可以管辖

《行政诉讼法》第十八条规定，对限制人身自由的行政强制措施不服提起的官司，可以由被告所在地或原告所在地人民法院管辖。

这里的限制人身自由强制措施，又称行政强制措施，是指国家行政机关在行政管理活动中，根据法律赋予的职权，为查明特定人的违法嫌疑行为和防止脱逃、转移销毁财物而采取强制手段，限制其行使一定权利或履行一定的义务的行政行为。限制人身自由的行政强制措施，主要有四种：犯有轻微违法犯罪行为，尚不够刑事处罚，具有劳动能力的人所实施的一种强制性教

育改造措施。适用对象主要是：不务正业，有流氓行为或者有不追究刑事责任的盗窃、诈骗等行为；罪行轻微，不追究刑事责任的反革命分子，无生活出路的；机关、团体、企业、学校等单位内，有劳动能力，但长期拒绝劳动或者破坏纪律、妨害公共秩序，受到开除处分，无生活出路的；不服从工作分配和就业、转业的安置，或者不接受从事劳动生产的劝导，不断无理取闹、妨害公务、屡教不改的。劳动教养期限为一年至三年，必要时经批准可延长一年。劳动教养由被劳动教养人所在地的劳动教养管理委员会批准后，送劳动教养机关执行。

(2) 收容教养和强制戒毒。这是对卖淫妇女和吸毒者实行强制性教育和治疗的措施。期限一般为一年左右，必要时经批准可以延长。这种措施一般由公安机关决定送公安机关领导下的教养所和戒毒所进行。

(3) 收容审查。这是公安机关对有流窜作案嫌疑的，或有犯罪行为又不讲真实姓名、住址，来历不明的人所采取的一种隔离审查措施。收容审查的期限累计不得超过三个月。收容审查必须经县（区）以上公安机关批准才可实施。

(4) 扣留。《中华人民共和国海关法》第四条规定，对走私罪嫌疑人，经关长批准，可以扣留移送司法机关，扣留时间不超过 24 小时，在特殊情况下可以延长至 48 小时。

当事人对上述四种行政强制措施不服，既可以向被告所在地人民法院提起行政官司，也可以向自己户籍所在地或居所地人民法院提起行政官司。亦即原告（当事人）可以选择其中一个人民法院打行政官司。若原告同时向两个有管辖权的人民法院提起行政官司的，则由最先收到起诉状的人民法院管辖。

#### 10. 不动产的行政官司由何地人民法院管辖

不动产，是指不能移动或移动会损失经济价值的物，如土地、房屋、草原等。所谓不动产的行政官司，就是因为不动产占有、使用、处分和收益提起的行政诉讼。

《行政诉讼法》第十九条规定：“因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。”这样，既有利于人民法院了解案情，进行勘验，正确及时地审判，又便于执行人民法院的裁判，维护当事人的合法权益。

#### 11. 两个以上的行政机关作出的具体行政行为向何地人民法院告状

根据《行政诉讼法》第十七条和第二十五条的规定，经过行政复议的案件有两种情况：一种是，复议机关维持其下级机关原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告。该案件原告就可去最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院告状。另一种是，复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告，该案件原告既可去最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院告状，也可去复议机关所在地人民法院告状。值得注意的是，如果复议机关是省、自治区、直辖市人民政府，则应向其首府城市的中级人民法院告状。

## 二、行政官司的审理

### 12. 行政官司中为何要对原告进行资格审查

人民法院受理行政官司，首先要审查原告，即告状人的资格。

《行政诉讼法》第二条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”《行政诉讼法》第二十四条进一步明确规定：“依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告。”这两个法律条文表明，行政官司的原告，即认为国家行政机关和国家行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照法律规定以自己的名义，向人民法院提起行政官司请求保护其合法权益的人，又统称为行政管理相对人，也可简称为相对人。相对人既可以是公民个人，也可以是法人或其他组织。这里的“法人”，是指根据《民法通则》第三十七条的规定，具备法人条件的企业法人、机关、事业单位和社会团体法人。“其他组织”，则是指不具有法人资格的独立的合法组织。如不具备企业法人条件，但具备经营条件的工商企业和经营单位。若遇有权提起行政官司的公民，尚未提起行政官司即死亡，则可以由其近亲属提起、行政官司。有权提起行政官司的法人或者其他组织终止，则可由承受其他权利的法人或者其他组织提起行政官司。

此外，外国人、无国籍人、外国组织在法律规定的范围内，也可以成为我国行政官司的原告。如果有两个以上相对人对同一具体行政行为不服，都向法院起诉的，他们是共同原告。

总之，行政官司的原告必须同时具备以下三个条件，否则，法院将不予以认定，即无权提起行政官司：

(1) 认为受到具体行政行为的侵犯。至于客观上是否受到了侵犯，另当别论。

(2) 以自己的名义提起行政官司。凡是以他人名义提起行政官司的不是行政官司的原告。

(3) 受人民法院裁判约束。虽以自己的名义参与行政官司，但不受人民法院裁判约束的证人、鉴定人，不是原告。

作出具体行政行为的行政机关，是不能作为行政官司原告的。

### 13. 行政官司中为何要对被告进行资格审查

行政官司的目的，主要是解决被告作出的具体行政行为是否合法，故人民法院受理行政官司也同样需要审查被告的资格，以判明原告是否告准了该告的“官”。

所谓行政官司的被告，是指原告认为作为具体行政行为并侵犯其合法权益的行政机关。行政机关以外的其他国家机关、企业、事业单位、社会团体、公民个人都不能成为行政官司的被告。可以说行政机关是恒定的被告。这是因为行政官司的标的是具体行政行为的合法性，并具体行政行为只能是由行使国家行政管理权的行政机关作出的。当然，某些企事业单位在法律法规授权下，行使行政管理职权而作出具体行政行为时，它们实际上也就具有了国家管理的性质，应将其视为行政机关，可以确认为被告。

作为行政官司的被告必须具备以下四个条件：(1) 必须有原告认为其具体行政行为侵犯了他的合法权益而向其提起行政官司。(2) 必须是作出具体行政行为的行政机关，行政工作人员不能作被告。(3) 必须属于人民法院受

案范围。(4)必须由人民法院受理,并通知其应诉的。

根据《行政诉讼法》的规定,行政官司的被告有这样几种:(1)作出具体行政行为的行政机关。(2)经复议的案件,复议机关改变原具体行政行为的,复议机关是被告。(3)两个以上行政机关作出同一具体行政行为,共同作出具体行政行为的行政机关是共同被告。(4)由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告;由行政机关委托的组织所作的具体行政行为,委托的行政机关是被告。(5)行政机关被撤销的,继续行使其职权的行政机关是被告。

#### 14. 行政官司中如何提出诉讼请求

诉讼请求,是指原告向人民法院提出保护实体权益的一种要求。即原告的合法权益因某行政机关所作出的具体行政行为而受到侵害,或不服具体的行政行为时,请求人民法院为有利于自己的裁判。诉讼请求,是人民法院行使行政审判权的前提和起点。如果没有原告向人民法院提出诉讼请求,则不会发生行政审判程序,也就无法保护原告的合法权益,更无法来判断行政机关的具体行政行为是否合法。所以,行政官司中的原告如何向人民法院提出诉讼请求,直接关系到是否能胜诉的问题,应当慎重行事。

诉讼请求一般具有三个要素,即当事人、诉讼标的和诉讼理由。行政官司的原告,首先要向人民法院告知状告哪一个行政机关,也就是说要指出明确的被告者,以便人民法院审查其资格,通知其行使答辩权,以查明案件事实,依法裁决。这就要求原告必须搞清楚是哪个行政机关作出的具体行政行为侵犯了自己的合法权益,而对此不服想告它。实践中常会遇到这样两种情形:一是受行政机关委托的非行政机关工作人员作出的具体行政行为,此时委托他们的行政机关是被告。

二是一些地方将若干执法部门组成“联合执法队”所作出的具体行政行为。这时一般说来,在“联合执法队”内的具体行政行为,应由该队内有受理权的行政机关或行政机关工作人员以其机关的名义作出,行政官司的被告仍是该行政机关。如有的“联合执法队”内,并无有受理权的行政机关工作人员参加,也并未明确地受该行政机关的委托,在这种情况下作出的具体行政行为,被告应是组织“联合执法队”的人民政府或由它授权的行政机关。

诉讼标的,就是指在行政官司中,原告与被告争议的行政法律关系或权益。诉讼标的因为诉讼请求的种类不同可分为:(1)给付之诉的诉讼标的,就是原告请求人民法院判决被告给付一定的财物或为某种行为,如请求依法发给抚恤金,申请行政机关颁发许可证和执照等。(2)确认之诉的诉讼标的,就是原告请求人民法院判决确定与被告之间的行政法律关系是否存在,如认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权。

(3)变更之诉的诉讼标的,就是原告请求人民法院判决变更与被告的法律关系,如请求撤销被告所发生的许可证和执照,撤销拘留、罚款、没收财物或停产、停业的决定等。

当然,原告提出以上诉讼标的,都必须说明具体的诉讼理由,即向人民法院陈述行政机关具体行政行为违法侵犯自己合法权益的具体表现,以及行政行为违反的法律、法规、规定或政策根据等。原告最好能够附之于书面证据材料说明。但是,原告起诉时主张的事实和理由是否正确,并不影响提起行政官司,具体行政行为的合法与否,最终将由人民法院审理以后作出裁决。

#### 15. 行政官司中法院为什么只能审查具体行政行为的合法性

人民法院对受理的行政官司只能进行合法性审查，而不能对行政机关的具体行政行为直接作出变更。这是因为行政官司不同于民事官司、刑事官司，人民法院在行政诉讼中如何行使审判权，由《行政诉讼法》第五条作了特别规定，即不能像民事官司、刑事官司那样全面行使对案件的审判权，人民法院对审理的行政官司的标的，即国家行政机关的具体行政行为，不能进行超越该具体行政行为范围的审理，不能干预国家行政机关的行政管理权限，而只能对该具体行政行为的各个组成部分进行合法性的审查。这些组成部分包括行政主体资格、证据和事实、行政执法程序、运用法律法规的依据、裁决的种类和轻重等。

所谓合法性审查，就是由人民法院依据法律、行政法规、地方性法规或自治条例和单行条例对争议的具体行政行为按其组成部分逐一从是否合法上进行审查，分清合法、部分合法、部分违法或不当、违法的界限，然后只能按《行政诉讼法》第五十四条规定的判决种类、作出维持、撤销、部分撤销、被告重新作出具体行政行为、限期履行或者变更等的判决。变更判决只适用于显失公平的行政处罚。

这样做，既有利于行政机关在法定范围内行使自由裁量权，维护行政机关的管理权威，又有利于人民法院行使司法监督权，保障和督促行政机关依法行政。

#### 16. 行政官司中的被告可以采取哪些具体应诉措施

当某一国家行政机关接到人民法院转来的原告起诉状副本之日起，也即意味着自己已成为行政官司中的被告了，就要为接下来的法院开庭审理活动作好应诉的工作准备。行政官司中的被告依法可以采取下列几项应诉措施：

(1) 在收到起诉状副本之日起十日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料，并提出答辩状。这里的“有关材料”是指被告当时作出某一具体行政行为的法律、法规依据，事实的证据材料，审批决定的程序等书面文件。答辩状，是被告对原告向人民法院提出的诉讼请求进行回答和反驳的诉讼文书。一篇撰写得法的答辩状可以从事实上、法律上、程序上、实体上反驳原告的诉讼请求。提出答辩状是行政官司中被告的一项重要诉讼权利。被告的答辩，有利于法院兼听则明，正确处理案件。这里要指出的是，在答辩状里决不能提出反诉的请求。在撰写答辩状时也不能去向原告人调查收集证据，这都是为《行政诉讼法》所禁止的。人民法院若没有收到被告的答辩状，照样可以进行审理活动。

(2) 决定是否继续执行具体行政行为。司法实践中，被告为了争取主动，避免不必要的行政责任负担，应适时地决定暂停执行具体行政行为，等待法院判决维持具体行政行为以后再执行，如遇下列三种情形：停止执行不会给国家和人民的利益造成损失，不影响其他工作的进行，也不会使以后的执行工作带来困难的。具体行政行为所涉及的事件所依据的法律、法规和其他规范性文件不很明确，或者存在着规范冲突，需提请有关部门作出法律解释的。具体行政行为所涉及的事件情况比较复杂，认定性质可能发生歧义的。

(3) 被告如认为在原告或其他人手中的证据可能灭失或者以后难以取得，可以向法院申请保全证据。

(4) 被告认为案件涉及国家机密、个人隐私或有法定的其他不应公开审判的情况，应即向法院申请不予公开审理。



(5) 被告可以委托一至二名诉讼代理人，其中一名最好是熟谙该案法律、法规的律师，积极与律师研究开庭对策。被告发现有新的调查线索的，可以由委托的律师进行调查，并将调查结果提交法院。

#### 17. 原告不经人民法院裁定是否可以撤诉

在原告提起行政官司后，原告可以申请撤销行政官司。撤销行政官司，也即撤诉，是指公民、法人或其他组织，在人民法院对行政案件宣告判决或裁定前，对已经向人民法院提起的诉讼请求，申请取消，不再要求人民法院对他同被告之间的行政争议作出裁判，使已经开始审理的行政案件终结。撤诉是原告处分自己诉讼权利的一种行为。撤诉在第一审程序或第二审程序中都可以发生。但是，依照《行政诉讼法》第五十一条的规定，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。换句话说，原告不是随意可以撤诉的。司法实践中，人民法院对原告撤诉的申请，是否裁定准许，要从以下四个方面审查后才作出：(1) 撤诉申请必须是原告一方当事人提出，或由其委托代理人和法定代理人提出。(2) 原告申请撤诉必须是其自愿的。不能强迫原告或强行动员原告撤诉。(3) 申请撤诉不得侵犯国家、集体或他人的合法权益，不得规避法律或者有意逃避法律监督。(4) 原告申请撤诉必须是在人民法院宣告判决、裁定前提出。

另据《行政诉讼法》第四十八条的规定，经人民法院两次合法传唤，原告无正当理由拒不到庭的，视为申请撤诉。也将按上述四个方面进行审查，作出是否准许的裁定，书面通知原告。

#### 18. 行政官司中被告能否撤销其所作出的具体行政行为

行政官司中被告是不能随意撤销其所作出的具体行政行为的，被告已作出的具体行政行为，正是原告打行政官司的标的，原告就是试图通过打行政官司，请求人民法院对被告行政机关所作出的具体行政行为的合法性进行审查，以维护自己的合法权益。如果被告在行政官司提起后，对原告的起诉有成见，而力图改变其所作出的具体行政行为，为给原告施加压力，加重对原告的处理，这既不为原告所同意接受，相反只会更加对立，同时人民法院经审查，也是不会准许被告撤销其所作出的具体行政行为的。只要原告不自愿申请撤诉，即使被告行政机关改变或撤销了自己原所作出的具体行政行为，人民法院仍要审理原来所作的具体行政行为。被告的这种改变，是没有法律效力的，也达不到终结行政官司的目的。

在行政官司中，只有当被告认为自己的具体行政行为本身确实是违法的或显失公正的，侵犯了原告的合法权益，被告就可以及时变更或撤销原作出的具体行政行为，与原告积极协商，使原告的诉讼请求得以满足，并申请撤诉，才有可能获准人民法院的同意，而结束行政官司。否则，被告行政机关是不能任意改变自己所作的具体行政行为的，改变后的具体行政行为，也不会得到法院的承认。

#### 19. 什么是行政赔偿官司

行政赔偿官司，是指在行政诉讼过程中，人民法院根据当事人的请求，一并附带解决相关的行政赔偿争议的活动。

《行政诉讼法》第六十七条规定，公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯造成损害的，有权请求赔偿。行政赔偿官司，就是解决经济赔偿问题的。它不独立于行政官司，而与行政官司适用同一程序；由一个合议庭加以解决，这样就可及时、

可靠保障被害一方（原告）的合法权益，并可以节省司法机关的人力、物力，有利于提高办案效率。

但是在司法实践中，不是任何行政官司都可以再提起行政赔偿官司的。若要提起行政赔偿官司，必须具备以下四个条件才可成立：

（1）行政赔偿官司能否成立，必须以行政官司的成立为前提。如果行政官司不能成立，即使某种行为违法，并由此造成了被害方的经济损失，被害方也只能向法院的民事审判庭提出民事官司，单独解决民事损害赔偿问题。

（2）必须是同一行政行为引起的两个不同性质的争讼。行政机关行使职权的某一行为，一方面引起了当事人对其行政决定的不服，发生争议；另一方面又引起了新的民事争议或者对业已存在的民事争议发生了影响。

（3）被害人的经济损失是由被告行政机关的具体行政行为所直接造成的。如果原告的行政官司与民事官司的诉讼请求没有内在的因果关系，则不能合并审理。

（4）有关联的行政赔偿官司，必须在行政官司成立后的诉讼过程中附带提起。一般最好在人民法院第一审判决作出之前提起为宜。

在行政官司中行政赔偿官司的损害赔偿的范围，既包括物质性的财产赔偿，又包括精神损害赔偿。精神损害赔偿主要是依据《民法通则》第一百二十条的规定，指公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权和法人的名称权、名誉权、荣誉权受到行政机关的具体行政行为的侵害要求赔偿。

行政官司中行政赔偿官司的审理程序，尽管《行政诉讼法》没有作明确的规定，但在实践中都实行并案审理，两案一判。只有当行政赔偿的审理过分迟延而影响行政官司审理期限时，才可以“先行后民”，两案两判。

人民法院审理行政赔偿官司可以适用调解。调解达成协议，由人民法院制作调解书，调解书同判决书具有同等法律效力。

行政官司中行政赔偿官司作出判决后，当事人不服，可以在法定期限内向上一级人民法院上诉。如果当事人仅就赔偿部分的判决内容在法定时间内提出上诉，不影响行政官司部分判决的执行。

行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益造成损害的，由该行政机关或者该行政机关工作人员所在的行政机关负责赔偿。

## 20. 行政官司法庭审理程序有何规定

行政官司开庭审理程序，由开庭预备、审判长主持开庭、法庭调查阶段、法庭辩论阶段、评议和宣判阶段等五个阶段组成。（1）开庭预备。发出开庭通知。人民法院确定了开庭日期后，应当在开庭前三日，用传票或通知书通知当事人或其他诉讼参与人，到时出庭应诉。如果案情复杂，法院还可考虑给当事人和其他诉讼参与人更充裕的时间做好应诉准备工作。人民法院开庭前贴公告，写明当事人姓名、单位、案由和开庭的日期、时间以及地点。

书记员宣布法庭纪律，并请审判长、审判员和诉讼代理人到庭。（2）审判长主持开庭。宣布案由、传原告、被告、第三人及其他诉讼参与人到庭；核对当事人及其诉讼代理人身分；宣布合议庭组成名单；告知当事人诉讼权利和义务，询问当事人是否申请回避。按照《行政诉讼法》第四十七条的规定，院长担任审判长的回避，由审判委员会决定，审判人员的回避，由院长决定，翻译人员、鉴定人、勘验人的回避，由审判长决定。当事人对决定不服的，可以申请复议。传证人、鉴定人到庭，审判长对他们核对身分并告知有关诉

讼注意事项，他们听清后，再请他们退庭，听候传唤。

审判长接着宣布由原告宣读起诉状，宣读后，询问原告是否还有新的补充起诉内容。再由被告宣读答辩状，宣读完后，询问被告是否还有新的补充答辩内容。有第三人参加诉讼的，审判长还应宣布第三人发表意见。

(3) 法庭调查。指法庭对案件的实体调查，也就是对被诉具体行政行为是否合法，行政处罚是否显失公正进行调查。包括对被告作出具体行政行为的事实证据、适用法律、法规和行政程序等进行调查。

庭审调查，由审判长主持，合议庭各成员按事先分工负责质证、询问证人或宣读证人证言、传鉴定人、勘验人到庭质询。当事人如有新的证据当庭出示，也应允许。如所出示的新证据，当庭无法调查清楚的，审判长应宣布延期审理而休庭。

(4) 法庭辩论。由审判长宣布法庭辩论开始。辩论次序为：先由原告及其诉讼代理人发言；再由被告及其诉讼代理人发言；最后由第三人及其诉讼代理人发言。然后经审判长许可再次相互辩论。双方的辩论必须始终围绕本案故事实证据、适用的法律、法规和行政程序的对错展开进行，不得相互攻击、谩骂。合议庭认为需辩论查明的问题已经辩论清楚由审判长宣布：法庭辩论结束。

(5) 评议和判决。这是指合议庭对法庭审理查明的事实、证据加以分析和确认，就适用法律、法规和适用规章问题进行评议，最后作出人民法院的裁判。评议一律秘密进行。宣判分口头宣判和定期宣判两种。定期宣判的，宣判后即应发给判决书。

#### 21. 行政官司中可以用于定案的证据种类有哪些

行政官司证据，是指能够证明案件真实情况的一切事实。它是人民法院查明案件事实的基础，是正确适用法律定案的依据。

《行政诉讼法》第三十一条规定的证据种类有：物证、书证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录和现场笔录等七种。

(1) 物证。用来证明案件情况的物品或痕迹。如因行政机关的侵权行为给原告人造成损失的客体物。物证是以其存在位置，外形、质量、规格等来证明案件事实的，不易受人的主观意识的影响。

(2) 书证。它是以文字、符号、图形等表达人的思想，能够证明待证事实的一部分或全部的物品。如行政处罚决定书、行政处理决定书、营业执照和私房翻建许可证等，书证在行政诉讼中特别重要，因为行政机关的具体处理决定多采取书面形式，只要它不毁坏，不论时间多长，都能起到证明作用。

(3) 视听资料。是指利用录相或录音磁带反映出的形象或音响，或以电子计算机储存的资料来证明案件事实的证明材料。(4) 证人证言。用来证明案件事实的非本案诉讼参加人所作的陈述。它或是证人亲眼所见或亲耳所闻的案件事实，或是间接转述他人的所见所闻。法律规定，只要具备正确判断和表达能力的知道案情的公民，都有作证的义务。(5) 当事人的陈述。是指当事人在诉讼中向人民法院所作的关于案件事实情况的叙述。由于当事人与案件的结果有直接的利害关系，其陈述可能带有主观因素，因此不可轻信。

(6) 鉴定结论。是指鉴定人运用自己的专业知识，根据案件的事实材料，对所鉴定的问题进行分析后得出的结论性意见。这种意见，可能受到鉴定人本身专业知识的限制和工作作风的影响，以及客观条件的制约，也会有错，故不可一味认定为科学的结论，绝对相信。

(7) 勘验笔录、现场笔录。勘验笔录是行政机关的工作人员或人民法院的审判人员制作的，对与争议有关的现场或物品，进行勘查、检验、拍照、测量等情况与结果的笔录：现场笔录是指行政机关工作人员在现场当场实施行政处罚或其他处理决定所做的现场情况的笔录。它们的特点在于是对一些证据和情况的综合反映和再现。

## 22. 行政官司中为什么要被告负主要举证责任

举证责任，是指当事人在诉讼中对自己的主张有责任提出证据加以证明。如果不能提供证据，则可能导致在诉讼中败诉。依照我国《行政诉讼法》第三十二条规定，举证责任由行政机关承担。第三十四条规定，人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。由此可见，行政官司中被告负主要举证责任。这是因为：(1) 在行政法律关系中，原告和被告处于不平等的地位，他们之间是一种管理与被管理的关系，行政法律关系的产生是基于行政机关单方面的行为。(2) 行政机关作出的某种具体行政行为，一要有事实根据，二要有法律、法规等规范性文件的依据，而大量的法律、法规性文件对于绝大多数原告来说是不知道的或不晓得如何适用的。因此，行政官司的举证责任理所当然地应由被告行政机关来承担。人民法院审理行政案件，主要也是根据行政机关提供的各种材料审查其行为是否合法，从而作出判决。

## 23. 行政官司原告人是否一律不负举证责任

根据《行政诉讼法》第三十二条规定，被告行政机关只对具体的行政行为负有举证责任。也就是说，在解决行政行为合法性的时候，必须由被诉行政机关承担举证责任。而在解决行政赔偿问题时，则不一定由被告行政机关承担举证责任。行政赔偿诉讼仍属行政官司中的一部分，它是指国家行政机关及其工作人员因作出的具体行政行为违法，使公民、法人或者其他组织的合法权益受到损害，而应该承担的行政法上赔偿损失的法律責任。

行政赔偿官司的举证原则是：谁主张，谁举证。原告应就自己主张的赔偿项目、数额等事实根据提供证据。原告不能举证的，人民法院将不予受理；举证不足的，将会承担败诉的结果。自然原告举证后，被告应就自己反驳的主张提供证据。所以说，行政官司原告并非一律不负举证责任。

## 24. 行政官司中法庭如何进行调查

行政官司中的法庭调查由审判长主持进行。合议庭其他组成人员依事先分工的事项负责询问。

法庭调查一般按下列顺序进行：(1) 询问当事人和当事人陈述。法庭调查开始，应首先询问原告，然后询问被告。如有第三人参加，在被告陈述之后进行询问。(2) 传唤证人到庭作证。先由审判人员核对证人的身分事项，告知证人的权利、义务，然后让证人就所知的本案情况作陈述，如有不清楚的，审判人员可以再行询问，原告及诉讼代理人和被告及诉讼代理人举手，经审判长许可也可以向证人发问。来到庭的证人，法庭应口头宣读其证词。(3) 宣读鉴定结论。若案情涉及较复杂且有争议的专业性技术问题(事实)，法庭可以传唤鉴定人到庭，直接询问。(4) 法庭出示书证、物证和视听材料，并应给当事人辨认真伪。(5) 宣读勘验笔录。

法庭调查应始终围绕对被告所作具体行政行为适用的法律法规依据、事实证据和作出具体行政行为程序，进行全面调查。不只局限在原告起诉请求，即使被诉具体行政行为正确，也要通过庭审进行全面审查，这样才能保证人民法院判决的合法性。

## 25. 行政官司能否适用调解

人民法院审理行政官司不适用调解。这是《行政诉讼法》第五十条规定的行政诉讼程序中的一项基本原则。这是由行政官司的性质和特点所决定的。

首先，行政官司的被告是国家行政机关，它是代表国家行使行政权力的，它的这种权力是不能任意转让、让步或放弃的，否则就构成违法或失职。所以在行政官司中国家行政机关是不能处分实体权利的，而调解的前提是处分原则。既然当事人无处分实体权，那么调解也就不存在，因此，人民法院审理行政官司就不能适用调解的原则。

其次，行政官司所反映的是一种纵向的管理和被管理的行政法律关系，这种关系不同于平等主体之间的民事法律关系，不存在争议双方的相互让步、协商调解的问题。因此，人民法院审理行政官司，也决定了不能适用调解结案的方式，只能依据事实和法律进行裁判。但是，对于行政官司中有关赔偿的部分，固其性质属于民事性质，所以《行政诉讼法》第六十七条第三款规定，可以适用调解的原则，人民法院审理行政案件虽不适用调解原则，但不排斥人民法院在判决或裁定以前对双方当事人就客观事实与国家行政机关的执法情况向双方当事人做思想工作，这不能视作适用调解的原则。

## 26. 行政官司中的当事人如何进行上诉

上诉是指行政官司的当事人对第一审人民法院的判决、裁定不服，依照法律规定的程序和期限，向上一级人民法院提请复审的一种诉讼活动。

根据《行政诉讼法》第五十八条规定：“当事人不服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。逾期不提起上诉的，人民法院的第一审判决或裁定发生法律效力。”原告和被告行政机关都属于行政官司的当事人，故都有上诉权。

(1) 原告提出上诉，必须具备以下几个条件：必须是法律规定享有上诉权的人，即原告及其法定代理人、指定代理人 and 特别授权的委托代理人。

必须是对一审未生效的人民法院的裁判提出上诉。必须要在法定期限内提出上诉，即对判决不服是十五日，对裁定不服是十日。如果期满的最后一天是节假日，应当依次顺延一日。如果因交通中断或突然患病等不可抗力的原因而耽误期限的，可以在障碍消除后十日以内向法院申请顺延期限。必须递交上诉状，并按对方当事人人数提出上诉状副本。上诉状必须写明上诉人、被上诉人的身分、名称，原审法院的案号，上诉的请求和理由。上诉状和上诉状副本应当递交原审法院转送第二审法院，也可以直接递交第二审法院。原告只有同时具备以上四个条件，上诉才能成立。

(2) 被告行政机关若不服一审法院未生效的裁判，其提出上诉必须具备如下几个条件：行政机关可以以第一审程序中被告的身分提起上诉，也可以委托授权诉讼代理人以行政机关的名义提起上诉。只能就第一审人民法院未生效的判决提出上诉，不能就第一审人民法院不予受理的裁定提起上诉，因为该裁定是针对原告的。被告行政机关必须在法定的上诉期限内以书面上上诉状的形式提出上诉。

## 27. 对生效后的法律文书当事人不履行怎么办

人民法院通过对行政官司的审理后，将依法作出判决、裁定，该判决、裁定一俟生效，就具有法律上的强制力和约束力，有关的当事人必须履行判

决所确定的义务。

原告若拒绝履行判决、裁定，也就是说原告对判决所确定的义务公开表示不履行，或原告有条件、有能力履行却无故拖延履行，出现这种情况，行政机关具有法定执行权的可以自行强制执行，行政机关没有法定执行权的，可以申请第一审人民法院强制执行。人民法院对符合申请强制执行条件的，可以对原告采取以下几项强制措施：（1）拘留，提取、划拨存款。（2）查封、扣押、冻结、变卖财产。（3）强制交付法律文书指定交付的财物、票证。（4）强制拆迁房屋或退出土地。（5）没收财产等。

作为被告的行政机关若不履行人民法院已生效的判决、裁定，人民法院有权根据《行政诉讼法》第六十五条第三款的规定，对被告采取以下几项强制措施：（1）对应当归还的罚款或者应当给付的赔偿金，通知银行从该行政机关的帐户内划拨。（2）在规定期限内不履行的，从期满之日起，对该行政机关按日处五十元至一百元的罚款。（3）向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议，接受司法建议的机关，根据有关规定进行处理，并将处理情况告知人民法院。（4）拒不执行判决、裁定，情节严重构成犯罪的，依法追究主管人员和直接责任人员的刑事责任。

#### 28. 生效裁判在执行过程中当事人是否可以和解

行政官司的生效裁判在执行过程中，当事人是不能和解的。所谓执行和解，是指在执行程序中，双方当事人自愿协商，达成解决争议、结束执行程序的协议。执行和解的基础是双方当事人自愿协商达成的协议，它体现了当事人对自己民事权利和诉讼权利的处分。故执行和解只能存在于民事诉讼中。行政官司的争议标的，是行政管理权的相对人对行政机关依据国家授权的行政管理职责依法对其作出的具体行政行为的合法性存有疑义，即表示不服而请求人民法院依法定程序审查。由于行政官司这一特殊的争议属性，就是人民法院在审理具体行政官司时也不能主持当事人进行调解，也不可轻易取代被告国家行政机关作出新的具体行政行为，只能依法作出维持或撤销被告原具体行政行为的判决。国家的行政管理权具有强制力，依法行使的即具有法律效力，不可随意更改，体现了行政执法的严肃性。所以对人民法院作出的已生效的行政判决、裁定书，一俟进入执行程序，当事人就必须履行其中规定的义务，不能自行协商结束执行程序，否则，人民法院将视具体情节，采取相应的强制执行措施，确保已生效的行政判决、裁定的执行，以维持国家法制的统一、严肃性。

### 三、怎样打各类行政官司

#### 29. 如何打行政侵权赔偿官司

行政侵权赔偿官司，是指国家行政机关或者国家行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯了公民、法人或其他组织的合法权益并造成损害的，受损害人为此向人民法院起诉，请求判令国家行政机关承担赔偿责任的活动。

依据《行政诉讼法》第六十七条的规定，原告请求损害赔偿可以按以下两种程序提出：一种是附带式；一种是单独式。

(1) 附带式。是指公民、法人或者其他组织提起行政官司，在请求人民法院对行政机关或行政机关的工作人员作出的具体行政行为的合法性予以审查的同时，如果认为其合法权益受到该具体行政行为的侵犯，并已实际造成了损害后果，可以附带提出损害赔偿的请求，人民法院对此可以一并审理。

(2) 单独式。是指行政机关已经撤销或变更了其所作的具体行政行为，或者是人民法院的判决确认了行政机关的具体行政行为违法，受损害人以此为据，提出损害赔偿请求，即单独就损害赔偿提出请求，先由行政机关解决。若对行政机关的处理不服的，再可以向人民法院提起诉讼。这样做可以使赔偿问题及时得到解决，使相对人所遭受的损失能及时得到补救。原告人无论采取上述哪种程序，都必须向被告（侵权机关）所在地人民法院提出诉讼请求。

#### 30. 如何打对行政处罚不服官司

行政处罚，是指国家行政机关在行政执法中依据法律、法规、规章对违反行政管理法规尚不构成犯罪性质的轻微行政违法行为所给予的一种制裁。其种类主要有：警告、罚款、拘留、没收财物和非法所得、吊销营业执照或许可证、责令停产、停业、关闭、撤销注册商标。对外国人的处罚有：限期出境或驱逐出境等。

当事人若不服行政处罚的，首先，可根据该行政处罚的适用行政法规所规定的复议期限，向其上级行政机关提出复议，若不服复议裁决，可以按《行政诉讼法》的规定，依法向被告所在地的人民法院提起行政官司。如《治安管理处罚条例》第三十九条规定：“被裁决受治安管理处罚的人或者被侵害人不服公安机关或者乡（镇）人民政府裁决的，在接到通知后五日内，可以向上一级公安机关提出申诉，自上一级公安机关在接到申诉后五日内作出裁决；不服上一级公安机关裁决的，可以在接到通知后五日内向当地人民法院提起诉讼。”

但当事人应注意，如果行政处罚经申诉复议后被上级复议机关改变过的，也可向复议机关所在地人民法院提起诉讼。提起诉讼时，必须书写行政起诉状，一式两份，并附上具体的原始行政处罚决定书或复议后的裁决书给人民法院。

#### 31. 如何打对行政强制措施不服官司

行政强制措施，是指国家行政机关在行政管理活动中，根据法律赋予的职权，为查明特定人的违法嫌疑行为和防止脱逃、转移、销毁财物而采取强制手段，限制其行使某项权利或履行某种义务，或者是为教育改造犯有轻微违法犯罪行为，但尚不够追究刑事责任的人所实施的强制性教育和治疗的，或者为维护社会和当事人的安全采取的措施。它分为限制人身自由和限制财产流通两种。限制人身自由的行政强制措施有：劳动教养、收容教养和强制

戒毒、收容审查和扣留；限制财产流通的行政强制措施有：查封、扣押和冻结财产。

根据《行政诉讼法》第十一条第二项规定，公民、法人或者其他组织对国家行政机关采取的这些行政强制措施不服的，可以向人民法院提起行政诉讼。当事人打对行政强制措施不服的官司时，必须注意以下几个事项：

(1) 原告必须是行政强制措施的适用对象，若有权起诉的公民死亡，其近亲属可以起诉；有权起诉的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织可以起诉。

(2) 原告必须前往有管辖权的人民法院告状。即对限制人身自由的行政强制措施不服的官司，则由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。

(3) 原告必须是在法定的打官司的期间向人民法院递交起诉状，否则视为放弃起诉权。对属于人民法院受案范围的行政强制措施不服案件，原告可以先向上一级行政机关或法律、法规规定的行政机关申请复议，对复议不服，再打行政官司的，其起诉有效时间是收到复议决定书之日起十五日内。若原告对行政强制措施不先申请复议，直接打行政官司的，应当在知道作出具体行政强制措施之日起三个月内提起，法律另有规定的除外。

(4) 原告向有管辖权的人民法院递交了起诉状后，应在七日内等人民法院的立案受理通知书。对不予受理的裁定，若不服，原告可以提起上诉，人民法院会给予答复的。

### 32. 如何打侵犯经营自主权官司

侵犯经营自主权，是指行政机关采用行政手段限制或剥夺企业或其他经济组织的法律规定的经营自主权。经营自主权主要是在遵守国家计划的基础上，调配使用本企业或其他经济组织的人力、物力、财力，自行组织生产经营的权利。这些权利是由法律、法规作具体规定的，受法律保护。

企业或其他组织根据《行政诉讼法》第十一条第一款第三项之规定：“认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的”，可以提起行政官司，请求制止行政机关的违法侵害，并赔偿造成的经济损失。如《中华人民共和国全民所有制工业企业法》第五十九条规定，工商行政管理机关可以对企业作出责令停业的处理。第五十八条则规定，任何机关和单位，不得侵犯企业依法享有的经营管理自主权。若政府和政府有关部门的决定违反上述规定的，企业有权向作出决定的机关申请撤销；不予撤销的，企业有权向作出决定的机关的上一级机关或者政府监察部门申诉。接受申诉的机关应予接到申诉之日起三十日内作出裁决，并通知企业。所以，当事人对责令停业的处罚决定不服的，可在接到处罚通知之日起十五日内向被告所在地人民法院提起行政官司，即作出责令停业处罚的工商行政管理机关所在地人民法院提出。当事人逾期不起诉打官司，又不履行责令停止处罚的，则由作出处罚决定的工商行政管理机关申请其所在地人民法院强制执行。

### 33. 如何打抚恤金官司

抚恤金，是指军人、国家机关工作人员、参战民兵等因公牺牲或者伤残，法律、法规规定由民政部门对死者家属或伤残者发给的费用。主要有：(1) 对革命残废人员定期定量抚恤。(2) 对没有工作的老红军、带病回乡不能参加劳动生活有困难的老复员军人的定期定量补助。(3) 军人、国家机关工作人员、参战民工因公牺牲、病故后，对其父母、十六周岁以下没有经济来源的子女的定期抚恤。(4) 军人、国家机关工作人员和其他人员，因对敌斗争、



抢救国家财产等原因牺牲的烈士，在因公牺牲后，对其亲属的一次性抚恤。

(5) 人民群众因维护社会治安同犯罪分子作斗争而伤残、牺牲，对其本人或其家属定期定量抚恤。

当抚恤对象认为行政机关没有严格执行有关行政法律法规确定的抚恤和优待标准、发放范围、方式、数额等，或应作为抚恤对象而未得到相应的待遇由此与行政机关发生争议，则可以根据《行政诉讼法》第十一条第一款第六项，向被告行政机关所在地人民法院提起行政诉讼，以维护自己的合法权益。

原告在打抚恤金官司时，要注意向受理人民法院提供自己属于国家民政机关发放抚恤的对象证明文件，出示自己应该享受而未享受到抚恤金的证明材料，以支持自己的诉讼请求。若是属于企事业、团体单位发放的抚恤金对象，如根据劳动法律、法规和劳动保险条例规定对本单位工伤致残、死亡的抚恤和正常死亡的一次性抚恤而产生的争议，不是行政诉讼的起诉范围，人民法院是不予受理的，当事人应向有关劳动争议仲裁机关或上级主管机关提出申诉加以解决。

#### 34. 如何打许可证和执照官司

许可证，是指我国法律、行政法规和地方性法规规定应当由主管行政机关根据公民、法人或者其他组织的请求，依法核发的证书、批准书等。如生产许可证、卫生许可证、私房翻建工程许可证、销售许可证等等。

执照，是指公民、法人或者其他组织在申请登记从事经营或者其他活动时，经主管行政机关依法审核批准登记后，发给的合法证件。如驾驶执照、营业执照等。

依法由主管行政机关颁发许可证和执照，是一种具体行政行为。根据《行政诉讼法》第十一条第一款第一项和第四项的规定，公民、法人或者其他组织认为符合法定的条件申请颁发许可证和执照，主管行政机关对申请人的申请拒不答复或拒绝颁发的，或者对吊销许可证、执照不服的，均可提起行政诉讼。

当事人打许可证和执照官司，应注意下列事项：(1) 必须是许可证和执照的合法持有人或申请人，应向人民法院出示相应的书面证明材料。(2) 必须前往被告的行政机关所在地人民法院提起官司，递交书面起诉状，起诉状中应写明行政争议的事实和诉讼请求。

## 第五章 刑事官司

### 一、犯罪与刑事官司

#### 1. 什么是刑事官司

刑事官司，是刑事诉讼的俗称。刑事诉讼是诉讼的一种，是指国家司法机关在当事人和其他诉讼参与人的参加下，依法揭露犯罪、证实犯罪，确定被告人的行为是否构成犯罪，应否给予惩罚的活动。一般而言，刑事诉讼有狭义与广义之分。狭义的刑事诉讼，仅指法院对刑事案件的审判活动；广义的刑事诉讼则是指从立案侦查到审判执行的全部诉讼过程，包括公、检、法参加的全部诉讼活动。我国《刑事诉讼法》所指的刑事诉讼，取广义之意。刑事诉讼法律关系的主体包括在刑事诉讼中享有某种诉讼权利，并承担相应诉讼义务的机关和个人。根据我国《刑事诉讼法》规定，参加诉讼的司法机关和诉讼参与人都享有一定的权利，并承担相应的义务，因而都是法律关系的主体。但是，由于参加刑事诉讼活动的机关和个人在诉讼中所处的地位，所起的作用以及同案件事实的关系和诉讼权利、义务的内容不同，彼此间存在着明显差异。刑事诉讼法律关系的客体，是刑事被告人的刑事责任。整个刑事诉讼活动过程，无论是司法机关还是其他诉讼参与人，都是围绕被告人的行为是否构成犯罪，是否应当受到处罚，应受到何种处罚等问题开展的。所以，我们说被告人有无刑事责任，应否承担刑事责任，是刑事诉讼所要解决的中心问题。这既是刑事诉讼活动的起因，又是刑事诉讼活动的归宿。

说到刑事诉讼，我们又必然会提起犯罪问题，因为，两者具有密不可分的联系。根据我国《刑法》规定，所谓犯罪，是指一切危害国家主权和领土完整，危害人民民主专政制度，破坏社会主义革命和社会主义建设，破坏社会秩序，侵犯全民所有的财产，或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的合法财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的行为。但是，情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。一般认为，犯罪具有以下三个基本特征：（1）犯罪是危害社会的行为，即具有一定的社会危害性。行为具有一定的社会危害性，是犯罪最本质的特征。（2）犯罪是触犯《刑法》的行为，即具有刑事违法性。具有社会危害性的行为，并不都是犯罪，只有达到违反《刑法》的程度，才构成犯罪，所以说刑事违法性，是犯罪的法律特征。（3）犯罪是应受刑罚处罚的行为，即具有应受刑罚惩罚性。对于违反《刑法》的犯罪行为。显然应承担刑罚处罚的法律后果。犯罪的三个基本特征是紧密结合的，也是任何犯罪都必然具有的。

#### 2. 如何确认刑事诉讼中被告人的刑事责任年龄

达到责任年龄，是自然人具有责任能力而可以作为刑事诉讼中被告人（即犯罪主体）的前提条件。只有达到刑事责任年龄，才具有辨认和控制自己行为的能力，国家才能要求行为人对自已的危害行为负刑事责任。未达到刑事责任年龄的人，即使实施了《刑法》所禁止的危害行为，也不能追究其刑事责任。我国《刑法》把刑事诉讼中被告人的刑事责任年龄划分为三个阶段：

（1）不满十四岁的人，完全不负刑事责任。这是因为，不满十四岁的人尚属年幼，还不具备辨认和控制自己行为的能力，因而对他们所实施的危害社会的行为，一概不应追究刑事责任，必要时可依法责令对之加以管教，也

可对接近十四岁（如十二三岁的人）由政府收容教养。

（2）已满十四岁不满十六岁的人，相对负刑事责任。这是因为，达到这个年龄阶段的人，已经具备了一定的辨别是非和控制自己行为的能力，法律要求他们对自己实施的严重危害社会的行为负刑事责任，即应对“杀人、重伤、抢劫、放火、惯窃罪或者其他严重破坏社会秩序罪”负刑事责任。需要注意的是，这里所说的“杀人”和“重伤”，只是指故意杀人和故意重伤，而不能包括过失杀人和过失重伤。这里所说的“其他严重破坏社会秩序罪”，是指故意实施的相当于杀人、重伤、放火、抢劫、惯窃等具有严重社会危害性的犯罪，如劫持车船飞机的犯罪、爆炸罪、强奸妇女罪、奸淫幼女罪、严重盗窃犯罪、严重流氓犯罪等等。

（3）已满十六岁的人，完全负刑事责任。这是因为，达到这一年龄阶段的人，在体力和智力上已有相当的发展，具有了一定的社会知识，是非观念和法制观念的增长，已经达到一定的程度，一般已能够根据国家法律和社会道德规范的要求来约束自己，因而他们已经具备了基本的《刑法》意义上辨认和控制自己行为的能力。法律要求他们对自己所实施的《刑法》所禁止的任何危害行为，都应当负刑事责任。

需要明确的是，上述所提及的刑事责任年龄，均是指实足年龄即周岁，其计算方法：（1）一律按照公历的年、月、日计算。（2）一周岁以十二个月计，每满十二个月即为满一周岁；（3）满周岁应从生日的第二天始算。例如，被告人1980年1月1日出生，至1994年1月2日为已满十四周岁，对其在1994年1月1日实施的任何危害行为均应视为不满十四岁而不予追究刑事责任。

### 3. 未满十八岁的人犯罪如何处理

未满十八岁的人，在我国《刑法》上一般被称之为未成年人。根据未成年人犯罪不同于成年人犯罪的主客观特点，以及处理未成年人犯罪的刑事政策和贯彻刑罚目的的需要，我国法律对未成年人犯罪采取了一些特殊的处理原则：

（1）犯罪的时候不满十八岁的人，不适用死刑。所谓不适用死刑，是指不能判处死刑并立即执行，而不是指等到犯罪分子年满十八岁以后再判处并执行死刑。但如果已满十六岁不满十八岁的人，所犯罪行特别严重，法律规定“可以判处死刑缓期二年执行”。同样，对于不满十八岁时犯有特别严重的罪行，在年满十八岁后又犯了不应判处死刑的罪行的，也不能根据其不满十八岁时所犯的特别严重的罪行而判处并执行死刑。

（2）对已满十四岁不满十八岁的人犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。就是说，已满十四岁不满十八岁是一个法定的必须从宽处罚的情节，至于是从轻还是减轻，以及从轻、减轻的幅度，则由司法机关根据具体案件确定。

（3）对未成年人犯罪，应在特定场所执行刑罚。根据我国有关法律规定，对于被人民法院判处有期徒刑、无期徒刑和判处死刑缓期二年执行的不满十八岁的未成年人，在少年犯管教所执行刑罚。对未成年罪犯在少年犯管教所执行刑罚期间不满十八岁，而其剩余刑期在三年以内的，原则上不转到成年罪犯执行刑罚的劳改队，以免受成年犯的不良影响。

（4）根据未成年人的特点，我国《刑法》还规定：“因不满十六岁不处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。”给他人造成经济损失的，他的家长或者监护人还要负责赔偿。这

里所指的必要的时候，一般是指家长或者监护人确实管教不了，或者行为情节严重，引起公愤等情况。显然，这是一项必要的社会保护措施。

#### 4. 精神病人犯罪应否承担刑事责任

与世界上大多数国家一样，我国《刑法》规定，达到法定刑事责任年龄的人，也可能因精神病而根本不具备或完全丧失刑事责任能力。根据我国《刑法》第十五条的规定，精神病人只有在同时符合医学标准和心理学标准的情况下，即患有精神病并因此在实施危害行为时不能辨认或不能控制自己行为的，才属无刑事责任能力的人。这里所说的精神病，是指由于人体内外各种原因所引起的脑机能失调的一类疾病，对其应作广义的理解，即精神病不仅主要包括精神医学和司法精神病学上所说的具有严重精神障碍的精神分裂症、躁狂抑郁性精神病、反应性精神病、症状性精神病、器质性精神病、癫痫等重性精神病，还包括痴呆症、夜游症、病理性醉酒等。所谓不能辨认自己的行为，即在行为对不了解自己行为危害社会的性质和将会引起的危害后果；所谓不能控制自己的行为，即不能自由地选择实施或不实施危害行为，也不能根据自己的意志控制行为实施的时间、地点、方式和程度。换言之，辨认能力即认识能力，控制能力即意志能力。一般而言，行为人丧失辨认能力，必然丧失《刑法》意义上的控制能力，而具有辨认能力，也会在某些特殊的精神病状态下丧失控制能力。而作为无刑事责任能力的认定，并不要求行为人同时丧失辨认能力和控制能力，只要丧失其中之一，即可视为无刑事责任能力。

应当注意的是，患有轻度精神病，或者精神发育不全，但并未丧失辨认或控制自己行为能力的人，不能认为无责任能力而不负刑事责任；间歇性精神病人在其精神正常情况下实施犯罪行为的，神经官能症者、病态人格（变态人格）者实施犯罪行为的，因其具备辨认和控制自己行为的能力，应视为有责任能力，并要求行为人负刑事责任。当然，行为人是否患有影响辨认或控制自己行为能力的精神病，精神病人实施危害社会的行为时精神状况如何，是否丧失了辨认或控制自己行为的能力，应当由司法精神病学专家，或有关医疗部门通晓司法精神鉴定的理论与实践的医生进行专门鉴定。鉴定结论应提交司法机关作为制定行为人有无责任能力的证据材料，经司法机关依法查证属实后，方可作为判定行为人有无责任能力，及是否追究刑事责任的根据。

对于某些具有刑事责任能力的行为人犯罪后精神错乱的，一般认为其参加诉讼和承担刑事责任的能力也随之丧失，可中止案件的审理，待精神正常后再行处理，这并不排除其负刑事责任的可能性。

#### 5. 醉酒人犯罪如何处理

我们在了解醉酒人犯罪是否要负刑事责任的问题时，首先必须明确，醉酒人实际上应分为普通醉酒人和病理性醉酒人两类。所谓普通醉酒人，是指因饮酒过量而致精神过度兴奋甚至神智不清的人。所谓病理性醉酒人，又称病理性酒精中毒人或病态性醉酒人，是指小量饮酒后因身体异常反应而处于急性发作的一种酒精中毒状态的人。根据我国《刑法》规定，醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。这里所指的醉酒人一般认为是指普通醉酒人。《刑法》的这一规定无疑对于防止并减少醉酒后寻衅滋事、危害社会，维护社会秩序，具有重要意义。普通醉酒人实施《刑法》所禁止的危害行为之所以应当负刑事责任，主要因为：（1）根据医学证明，普通醉酒人在醉酒状态下辨认和控

制自己行为的能力只是有所减弱，并未完全丧失，因而具有刑事责任能力，符合犯罪主体的条件。（2）普通醉酒人在醉酒前对自己醉酒后可能实施危害行为应当预见到甚至有所预见。在醉酒状态下实施危害行为时或者是出于故意或者是具有过失，即醉酒人实施危害行为具备犯罪的主观要件，（3）醉酒完全是人为的，是旧社会遗留下来的恶习，是行为人可以戒除的。因此，对普通醉酒人犯罪应当追究其刑事责任。

对病理性醉酒人实施危害行为是否应负刑事责任，我国《刑法》中未作规定，但《刑法》理论和司法实践中一般认为，病理性醉酒人属无刑事责任人。这是因为：（1）在病理性醉酒的状态下，醉酒人完全丧失了辨认和控制自己行为的能力，而进入无责任能力的精神病状态，因而也不具备犯罪主体的条件，所以不能构成犯罪，不能受刑事追究。（2）病理性醉酒人不具有构成犯罪所要求的主观罪过。他们在饮酒前后不存在犯罪的故意或过失，在醉酒时已进入“心神丧失”状态，对其行为所造成的后果，是不能预见和不可抗拒的。（3）病理性醉酒实际上是一种精神病，行为人不负刑事责任完全合法。

#### 6. 又聋又哑的人或者盲人犯罪可否从轻处理

我国《刑法》规定，又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。根据这一规定，我们不难得出这一结论：即又聋又哑的人或者盲人属于限制刑事责任能力的人，这是因为，由于现代科学文化的发展，又聋又哑的人或者盲人也可受到一定的教育，即他们一般并不因其残疾而完全丧失辨认和控制自己行为的能力，因而他们不属于无责任能力的人他们犯了罪，也应承担刑事责任。但是，我们也应该看到，又聋又哑的人或者盲人由于生理缺陷而在接受教育上受到局限，在智力等方面一般比不上正常人，有可能因此在一定程度上影响其辨认和控制自己行为的能力，从罪刑相适应原则和刑罚目的出发，并考虑到我国刑罚的社会主义人道主义性质，对又聋又哑的人或者盲人犯罪又应当酌情从宽处理。所谓又聋又哑的人，是指听能和语能都丧失的人，即聋、哑同时具备的人，既包括先天的，也包括后天的。所谓盲人，是指丧失视觉的人，也包括先天盲人和后天盲人两种。适用我国《刑法》对又聋又哑的人或者盲人犯罪的从宽处罚规定时，我们应明确这几个问题：（1）适用对象应当是既聋又哑的人或者盲人。对只聋不哑的人或者只哑不聋的人犯罪，原则上不能适用《刑法》从宽处罚的规定。（2）聋哑盲人犯罪均应当负刑事责任。（3）对又聋又哑的人或者盲人犯罪可以从宽处罚，即原则上要从宽或免除处罚，但又不能绝对如此。对于极少数成年后聋哑或盲，智力发育正常，犯罪时完全具备辨认和控制自己行为的能力，犯罪性质严重、手段狡猾、情节恶劣的聋哑盲罪犯，则不应从宽处罚。（4）对应予以从宽处罚的聋哑盲人，应对其智力发展程度、责任能力的减弱程度。以及犯罪案件的性质和全部情节进行综合衡量，具体决定是从轻处罚、减轻处罚还是免除处罚，以及从轻、减轻处罚的程度。

#### 7. 故意犯罪和过失犯罪有何区别

犯罪故意或犯罪过失，是犯罪主观方面的必要条件，是一切犯罪不可缺少的条件。实践中，绝大多数犯罪是由故意构成的，如抢劫、盗窃等犯罪；少数犯罪是由过失构成的，如交通肇事、玩忽职守等犯罪。行为人的行为在客观上虽然造成了损害结果，但是，不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不认为是犯罪。我国《刑法》第十一条

指出：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”根据行为人对危害结果所持的心理态度的不同，《刑法》理论上又把故意分为直接故意和间接故意。直接故意有两种基本形式，即必然性的直接故意和可能性的直接故意。无论何种形式，直接故意的标志是希望的意志形式，即行为人积极追求已认识的危害社会的结果发生。间接故意一般表现为三种基本形态：（1）“无所谓”的间接故意，指行为人追求正当结果而放任危害结果发生的心理态度。例如，某甲为防止家中桃树上的桃子被人偷摘，而在围墙上拉电网，结果有人触电。（2）“豁出去”的间接故意，即指行为人为追求某种危害结果，又放任另一危害结果发生的心理态度。例如，某甲为杀妻而投毒于妻之饭碗中，结果祸及孩子。（3）“不计后果”的间接故意，即指行为人在实现某种犯罪目的的过程中，又实施其他行为，放任另一种危害结果发生的心理态度。例如，流氓殴斗中的杀人行为。无论何种形式，间接故意的标志是放任的意志形式，即行为人放任已认识的危害结果的发生。我国《刑法》第十二条指出：“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。”根据这一刑法对过失犯罪的定义，《刑法》理论上又把过失犯罪分为疏忽大意的过失和过于自信的过失。疏忽大意的过失，又称之为“无意识的过失”；而过于自信的过失，则又称之为“有意识的过失”。过失犯罪的最大特征，就在于行为人对危害结果的发生，是持否定态度的。

故意犯罪和过失犯罪有很多区别，其中最主要的也是最关键的区别就在于，过失犯罪的行为人对危害结果的发生是持否定态度的，也即行为人实际上是希望危害结果不要发生，发生危害结果是违背他的意愿的。而故意犯罪的行为人则对危害结果的发生持肯定或既不肯定也不否定的态度，即危害结果的发生最起码是不违背他的意愿的。严格地区别故意犯罪和过失犯罪之间的界限，对于准确定罪量刑具有重大意义。

#### 8. 什么是正当防卫和紧急避险

人们在社会生活中，经常会碰到一些外表上好像是犯罪而实质上不具有社会危害性的行为，即所谓排除社会危害性的行为。这种行为对国家和人民有益，理应支持和鼓励，并应受到法律保护。正当防卫和紧急避险，就是排除社会危害性的行为，由于其不仅不具有社会危害性，而且是有益于社会的行为，因而不负刑事责任。

（1）正当防卫。这是指为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害，对实施不法侵害的人所采取的必要的防卫行为。正当防卫，是法律赋予广大公民的一项与违法犯罪行为作斗争的权利，任何公民都享有正当防卫权。当公民的人身或其他权益遭受不法侵害时，被害人可以进行正当防卫，其他公民也可以主动地帮助被害人进行防卫，当公共利益遭受不法侵害时，每个公民都可以挺身而出，进行正当防卫。凡在正当防卫中致死、致伤不法侵害人，或者损害不法侵害人其他利益的，防卫人不负刑事责任；但是，由于正当防卫采用的是损害侵害人利益的方法，所以，如果任意滥用防卫，必然给社会带来不应有的危害，违背国家设置正当防卫的立法宗旨。因此，我国《刑法》规定了成立正当防卫必须具备的条件：防卫起因，即正当防卫的前提是必须有危害社会的不法侵害行为的发生。防卫时限，即防卫只能在不法侵害正在进行。实际存在时才能实行。 防卫

目的，即防卫行为必须是为了使合法权益免受不法侵害而实施的。防卫对象，即防卫行为必须针对不法侵害者本人实施。防卫强度，即防卫行为不能超过必要限度（足以有效地制止不法侵害所必需的限度），造成不应有的损害。

（2）紧急避险。这是指在法律所保护的权益遇到危险，而不可能采用其他措施加以避免时，不得已采用损害另一较小的权益以保护较大的权益免遭危险损害的行为。在我国，国家利益、集体利益和个人利益是一致的，因此，公民在法律所保护的权益遇到危险时，有权损害较小的权益以保护较大的权益，从而使社会可能遭受的损失减少到最低限度。所以，紧急避险行为不负刑事责任。但是，紧急避险是采用损害一种合法利益的方法来保全另一种遭到危险的合法利益的行为。因此，其必须符合一定的法定条件，才能排除其社会危害性，真正成为对社会有益的、合法的行为。我国《刑法》规定，成立紧急避险必须同时具备以下条件：避险意图，即行为人实行紧急避险的目的，在于使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在发生的危险，避险起因，即紧急避险，只有针对存在着对公共利益、本人或者他人的人身和其他权利的危险才能实行。当然，这种危险既可以来源于人的不法侵害，也可以来源于自然界的损害，还可以来源于动物的侵袭。避险对象，即紧急避险损害的必须是第三者的合法权益。避险时限，即紧急避险必须针对正在发生的危险，且必须出于不得已（在没有其他方法可以避免危险时）才能实行。避险强度，即紧急避险不能超过必要限度（避险行为所引起的损害小于危险所可能带来的损害），造成不应有的损害。

#### 9. 什么是犯罪预备、未遂和中止

犯罪预备、未遂和中止，是犯罪的未完成形态，是故意犯罪发展过程中由于主客观原因，而使犯罪停止下来的各种形态，也是相对于犯罪既遂而言的概念。一般而言，故意犯罪要经过一个犯罪的起意、预备、实行和完成的完整发展过程。例如，故意杀人，一般先有杀人的念头，然后准备杀人工具、寻找被害人等，再实行杀人行为，直至把人杀死，完成犯罪。但是，犯罪是极其复杂的社会现象，各种犯罪在其进行的过程中，所形成的状态又不完全相同。例如，有的犯罪在准备过程中或在实行后完成前由于意志以外的原因而未完成，也有的犯罪在实施过程中因行为人自动放弃或自动有效地防止犯罪结果的发生而没有完成。这就产生了犯罪预备、未遂和中止这些不同的犯罪形态。当然，并不是一切犯罪都存在有预备、未遂和中止的形态。一般认为，犯罪预备、未遂和中止只存在于一部分直接故意犯罪之中。故意犯罪的各种停止状态的社会危害程度不同，法律对他们的处罚也不相同。

所谓犯罪预备，是指犯罪分子为了实行犯罪，事先准备工具、创造条件的行为。我国《刑法》中犯罪预备状态具有三个特征：（1）行为人已经开始实施犯罪的预备行为。（2）行为人尚未着手实施具体犯罪构成所包含的实行行为。（3）犯罪实行行为尚未着手，是行为人意志以外的原因所致。犯罪预备不同于单纯流露犯罪意图，其已表现为行动上的准备，积极地为犯罪的实施和完成创造必要的便利条件，因而具有相当程度的社会危害性。为此，我国《刑法》明确规定，“对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。”

所谓犯罪未遂，是指已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的犯罪形态。我国《刑法》中犯罪未遂状态具有三个特征。（1）行

为人已经着手实行具体犯罪构成中的犯罪行为，这是区别于犯罪预备的重要标志。(2) 犯罪未得逞，即犯罪行为未能具备具体犯罪构成的全部要件，这是区别于犯罪既遂的重要标志。(3) 犯罪未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因，这是区别于犯罪中止的重要标志。犯罪未遂虽未完成犯罪，但已具备一定的社会危害性，而且有的还发生了一些实际危害结果，因而当然应予以处罚。为此，我国《刑法》明确规定：“对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。”

所谓犯罪中止，是指在犯罪过程中，犯罪分子自动地停止犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的行为。我国《刑法》中犯罪中止状态具有三个特征：(1) 时间性，即犯罪中止必须发生在犯罪过程中，也即必须是在犯罪既遂之前的犯罪过程中停止犯罪。(2) 自动性，即行为人必须自动、彻底地停止犯罪。(3) 有效性，即行为人必须自动有效地防止犯罪结果发生。犯罪中止因行为人主观上具有犯罪故意，客观上实施了犯罪行为，危害了社会，因而也应作为犯罪处理。但中止犯在客观上防止了犯罪既遂的发生，使社会免受严重危害，在主观上自动打消了犯罪意图，其主观恶性也明显减弱甚至消失。为此，我国《刑法》明确规定：“对于中止犯，应当免除或者减轻处罚。”

#### 10. 共同犯罪如何处理

刑事犯罪活动由一个人实施的较为普遍，但是，两个人或者更多的人勾结在一起，共同实施犯罪的情况，也屡见不鲜。这就产生了共同犯罪的问题。所谓共同犯罪，是指二人以上共同故意犯罪。这一概念表明，共同犯罪是量的规定性和质的规定性的统一。成立共同犯罪，除必须符合犯罪的一般特征以外，还必须同时具备三个条件：(1) 主体要件。共同犯罪人必须是两个以上达到法定年龄，具有刑事责任能力的自然人。(2) 客观要件。各共同犯罪人必须具有共同犯罪的行为，即各个共犯在参加共同犯罪时，不论其分工如何，参与程度如何，所有的行为总是有机联系的，在整个犯罪的链条中，这些行为和所发生的犯罪结果之间，都具有因果关系，这些犯罪行为是犯罪结果发生的共同原因。(3) 主观要件。各共同犯罪人必须具有共同犯罪的故意，即各个共犯不仅认识到自己在故意地参加实施共同犯罪，而且还认识到是和其他共犯一起参加实施共同犯罪，另外，各个共犯对他们共同犯罪的行为会发生的犯罪结果，都是明知并且抱着希望或者放任其发生的态度。

在共同犯罪活动中，由于各个共同犯罪人所处的地位和所起的作用以及对社会的危害性不同，因而他们各自承担的刑事责任也就应当有所不同。我国《刑法》以犯罪分子在共同犯罪中所起的作用为主，适当考虑犯罪分子在共同犯罪中的分工为标准，把共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。所谓主犯，是指组织、领导犯罪集团进行犯罪活动或者在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。我国《刑法》中的主犯包括：(1) 在犯罪集团中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子，即首要分子。(2) 在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子，也即首要分子。(3) 在犯罪集团中起主要作用的犯罪分子，即除首要分子以外的，但又起主要作用的主犯。(4) 在一般共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。《刑法》明确规定，对于主犯除《刑法》分则已有规定的以外，应当从重处罚。所谓从犯，是指在共同犯罪中起次要或者辅助作用的犯罪分子。我国《刑法》中的从犯包括：(1) 在共同犯罪中起次要作用的从犯，即次要的实行犯。(2) 在共同犯罪中起辅助作用的从犯，即帮助犯。《刑法》明确规定，对于从犯，应当比照主犯从轻、减轻处罚或者免



除处罚。所谓胁从犯，是指被胁迫、被诱骗参加犯罪的犯罪分子。《刑法》明确规定，对于胁从犯，应当按照他的犯罪情节，比照从犯减轻处罚或者免除处罚。所谓教唆犯，是指制造他人实行犯罪意图的人，即以劝说、利诱、授意、怂恿、收买、威胁或者其他方法，将自己的犯罪意图灌输给本来没有犯意，或者虽有犯意但不坚定的人，使他人决意实施自己所劝说、授意的犯罪，以达到犯罪的目的。我国《刑法》明确规定，教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八岁的人犯罪的，应当从重处罚。如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。

## 二、刑事官司中的刑事处罚

### 11. 刑罚的种类有哪些

我国《刑法》中的刑罚是人民法院依照法律规定，对犯罪分子实行惩罚的一种强制方法。根据《刑法》规定，我国刑罚分为主刑和附加刑两大类。主刑，又称本刑，是对犯罪分子适用的主要刑罚方法。其特点是只能独立适用，不能附加适用。对犯了一种罪行的犯罪分子只能适用一个主刑，不能同时适用两个或两个以上主刑。主刑的种类包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑五种。附加刑，又称从刑，是补充主刑适用的刑罚。其特点是既可以作为主刑的附加刑适用，也可以独立适用。一个主刑可以附加一个附加刑，也可以同时附加几个附加刑。附加刑的种类包括罚金、剥夺政治权利和没收财产三种。此外，我国《刑法》还规定了对于犯罪的外国人适用驱逐出境的刑罚；《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》中规定的适用于犯罪军人的剥夺勋章、奖章和荣誉称号，也是一种附加刑。

管制是由人民法院判决，对犯罪分子不予关押，只限制其一定自由，交由公安机关管束和群众监督改造的刑罚方法。管制只适用于罪行较轻的犯罪分子。对于被判处管制的犯罪分子，在劳动中应当同工同酬。管制的期限为三个月以上二年以下，数罪并罚最高不能超过三年。管制的刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期二日。拘役是短期剥夺犯罪分子的人身自由，并就近强制实行劳动改造的刑罚方法。《刑法》规定，被判处拘役的犯罪分子，由公安机关就近执行。在执行期间，每月可以回家一天至两天；参加劳动的，可以酌量发给报酬。拘役的期限为十五日以上六个月以下，数罪并罚最高不能超过一年。拘役的刑期，从判决执行之日起计算，判决以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。有期徒刑是剥夺犯罪分子一定期限的人身自由，并强制其劳动改造的刑罚方法。被判处有期徒刑的犯罪分子，在监狱或者其他劳动改造场所执行。凡有劳动能力的，实行劳动改造。有期徒刑的期限为六个月以上十五年以下，数罪并罚最高不能超过二十年。有期徒刑的刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。无期徒刑是剥夺犯罪分子终身自由，强制劳动改造的刑罚方法。被判处无期徒刑的犯罪分子，在监狱或者其他劳动改造场所执行，并予以严格管制和严密警戒，必要时可以单独监禁，凡有劳动能力的，实行劳动改造。在执行期间，如果确有悔改或者立功表现，可以减为有期徒刑。死刑是剥夺犯罪分子生命的刑罚。死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子。《刑法》规定，犯罪的时候不满十八岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。已满十六岁不满十八岁的，如果所犯罪行特别严重，可以判处死刑缓期二年执行。死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应该报请最高人民法院核准。死刑缓期执行，可由高级人民法院判决或者核准。另外，根据法院组织法规定，对杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑的案件的核准权，最高人民法院在必要的时候，得授权高级人民法院行使。罚金是人民法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。《刑法》规定，判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。罚金缴纳的方式有三种：一次或分期缴纳；强制缴纳；减少或者免除缴纳。剥夺政治权利，是剥夺犯罪分子参加管理国家的政治活动权利的刑罚方法。对于判处无期徒刑、死刑的犯罪分子，应当剥夺政治权利终身；对于反革命

分子应当附加剥夺政治权利。对于严重破坏社会秩序的犯罪分子，在必要的时候，也可以附加剥夺政治权利。剥夺政治权利的期限有四种：终身、一年以上五年以下、与管制期限相等、在死缓或无期徒刑减为有期徒刑时，期限改为三年以上十年以下。单独判处剥夺政治权利的，剥夺政治权利的刑期，从判决确定之日起计算；判处死刑、无期徒刑附加剥夺政治权利终身的，从主刑执行之日起执行；判处有期徒刑、拘役附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的刑期，从主刑执行完毕之日或从假释之日起计算并执行，主刑执行期间当然剥夺政治权利；判处管制附加剥夺政治权利的，与管制同时执行。没收财产是指将犯罪分子个人所有财产的一部或者全部强制无偿地收归国有的刑罚方法。驱逐出境是指强迫犯罪的外国人离开中国国（边）境的处罚方法。剥夺勋章、奖章和荣誉称号，是指剥夺犯罪军人政治荣誉的刑罚方法。

## 12. 被告人坦白交代对定罪量刑有何影响

坦白从宽、抗拒从严，是我们党和政府对待犯罪分子的一贯政策。在理解这一问题时，必须弄清坦白与自首的联系和区别。坦白有广义和狭义两种解释。广义的坦白包括自首，自首是最好的坦白；狭义的坦白不包括自首在内。《刑法》上所说的坦白是指狭义的坦白，即指犯罪行为已被有关组织或者司法机关发觉、怀疑，而对犯罪分子进行询问、传讯，或者采取强制措施后，在侦查、起诉、审判过程中，犯罪分子如实交代自己罪行的行为。被收容审查、劳动教养，或者被羁押的人犯，以及在服刑期间的罪犯，交代出尚未被发觉而与他被收容关押同种性质的一般罪行的，也属坦白。

应该看到，被告人坦白交代对定罪量刑是有影响的，特别是坦白与否属于犯罪后的态度，理应在量刑时加以考虑。当然，坦白是量刑情节中的酌定情节，与自首有所不同，自首属于法定从轻、减轻或者免除处罚的情节。坦白交代自己所犯罪行，固然要考虑从宽，但同时也要考虑其他因素，如果还有其他应从重情节，经全面审度综合平衡得出的结果，可能较轻，也不一定轻。但即使处罚不轻，坦白交代从轻的因素，也已经在量刑中作过平衡。以前盛行的一种说法“问题不在大小，关键在于态度”是对坦白从宽，抗拒从严的曲解。我们认为，被告人实施的犯罪行为是客观存在的，其实际存在的危害社会的结果，并不会因坦白交代而有所改变。对犯罪分子定罪量刑的主要依据，当然应以其实施的犯罪行为及犯罪结果为标准，怎么能以犯罪后的态度作为定罪量刑的主要依据呢？但是，从总的原则上看，犯罪后被告人的坦白交代，毕竟反映了被告人的认罪态度和悔罪表现，显然也应作为情节之一加以考虑。因此，在一般情况下，坦白与不坦白当然应有所区别。总之，在实践中，对于确能坦白其罪行的犯罪分子，可以依照《刑法》第五十七条的规定（即“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”）视坦白程度与全案情况，酌情从宽处理。

## 13. 被告人怎样争取自首，自首能从轻处罚吗

一般认为，行为人在犯罪后争取从轻处罚的途径有很多，但是争取自首无疑是其中重要的途径之一。那么，被告人怎样争取自首，自首后是否一定从轻处罚呢？要回答这一问题，必须了解和掌握有关自首成立的条件及处罚原则。所谓自首，是指犯罪分子在犯罪后，自动投案，如实交代自己的罪行，并接受审判的行为。自首必须同时具备下列三个条件：

（1）必须自动投案。除特殊原因外，自动投案一般应是犯罪分子本人直

接向公安、检察或者法院机关主动投案。如果犯罪分子就近向所在单位、城乡基层组织或者其他有关人员投案，也认为是自动投案，接受投案的单位或者个人应及时转报有关机关。自动投案通常是犯罪分子在犯罪后犯罪事实未被司法机关发觉以前，或者犯罪事实虽然已被司法机关发觉，但犯罪人尚未被发觉以前，或者犯罪事实和犯罪分子均已被发觉，而司法机关尚未对犯罪分子进行讯问或者采取强制措施以前，犯罪分子自动投案。此外，犯罪分子的罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑、被有关组织、部门查询，教育后，自动投案；犯罪分子在犯罪后逃跑，在被通缉、追捕的过程中，自动投案；经查实犯罪分子确已准备去投案，或者正在去投案的途中，被公安机关逮捕的，也应视为自动投案。至于，犯罪分子在犯罪后被群众扭送归案的，或被公安机关逮捕归案的，或在退捕过程中走投无路当场被捕的，或经司法机关传讯、采取强制措施后归案的，均不能认为是自动投案。自动投案的动机不论，即无论是出于真诚悔罪，还是经家长、亲友规劝陪同投案的，均属于自动投案。

(2) 必须如实交代自己的罪行。犯罪分子决心投案自首，就应当彻底交代自己的全部罪行。如果如实交代了自己的主要犯罪事实，犯罪的基本事实、性质和主要情节都已交代清楚，也属于如实交代自己的罪行。对于共同犯罪案件中自首的犯罪分子，不仅要求他如实交代自己的罪行，还要求他交代出他所知道的同案犯；如果是主犯的，则须把整个共同犯罪所实施的主要罪行交代清楚，才能认为是如实交代罪行。

(3) 必须接受审查和裁判。自首可以用写信、打电话或者委托他人等方式进行，但要接受审查和裁判，即犯罪分子投案自首、如实交代自己的罪行后，必须听候、接受司法机关的侦查、起诉和审判而不能逃避。当然，自首以后为自己进行辩护是自首人的权利，不能以此作为否定自首的理由。

根据我国《刑法》规定，犯罪后自首的一般都可以从轻处罚，对于犯罪较轻的，也可以减轻处罚或者免除处罚，犯罪较重的，如果有立功表现，也可以减轻或者免除处罚。由此可见，自首原则上是能从轻处罚的，但对于极少数罪行特别严重、情节特别恶劣的犯罪分子，也并非千篇一律地要给予从轻处罚。

#### 14. 哪些犯罪应从重处罚

所谓从重处罚，是指在法定刑的范围内，对犯罪分子适用相对较重的刑种或者相对较长的刑期。其既不允许法外加刑、破格判刑，也不能一律判处法定最高刑。

我国《刑法》中规定的属于从重处罚的情节共有以下几种：(1) 共同犯罪中的主犯。(2) 教唆不满十八岁的人犯罪的教唆犯。(3) 累犯。(4) 国家工作人员利用职务上的便利，犯走私、投机倒把罪的。(5) 国家工作人员对人犯实行刑讯逼供，以肉刑致人伤残的。(6) 国家工作人员犯诬陷罪的。(7) 奸淫不满十四岁幼女的。(8) 二人以上犯强奸罪而共同轮奸的。(9) 非法拘禁他人，或者以其他方法非法剥夺他人人身自由，具有殴打、侮辱情节的。(10) 邮电工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报而窃取财物的。根据全国人大常委会 1981 年 6 月 10 日《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》，从重处罚的情节有两种：(1) 劳教人员解除教养后三年内犯罪、逃跑后五年内犯罪的。(2) 劳改犯刑满释放后又犯罪的。根据全

人大常委会 1982 年 3 月 8 日《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，国家工作人员利用职务，犯下列罪行，情节特别严重的从重处罚：犯《刑法》第一百八十八条的走私、投机倒把罪的。犯《刑法》第一百五十二条的盗窃罪的。犯《刑法》第一百七十一条的贩毒罪的。犯《刑法》第一百七十三条的盗运珍贵文物出口罪的。根据《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》的规定，战时军人犯下列各罪的，从重处罚：犯偷越国（边）境外逃罪的。犯私放他人偷越国（边）境罪的。犯阻碍执行职务罪的。犯盗窃武器装备或者军用物资罪的。犯破坏武器装备或者军事设施罪的。除此之外，在全国人大常委会的有关决定或补充规定中，还有一些从重处罚的规定，因篇幅限制，在此不再一一赘述。

#### 15. 哪些犯罪应加重处罚

所谓加重处罚，是指对犯罪分子，依照法律的规定，在法定最高刑以上判处刑罚。例如法定刑为三年以上十年以下有期徒刑，加重处罚就要在十年有期徒刑之上判处。

加重处罚，在我国《刑法》的原有条文中没有规定，只在处理劳改犯逃跑后又犯罪的决定中才有规定。根据该决定的规定，以下两种情节可以从重或加重处罚：其一为劳改犯逃跑后又犯罪的。其二为劳教人员、劳改罪犯对检举人、被害人和有关的司法工作人员以及制止违法犯罪行为的干部、群众行凶报复的。

加重处罚的方法，根据全国人大法制工作委员会的说明为“不是可以无限制地加重，而是罪加一等，即在法定最高刑以上一格判处。”这里所谓的“格”，究竟指什么？理论和实践中一般认为，我国《刑法》分则法定刑按其最高刑分为九格，即：死刑；无期徒刑；十五年有期徒刑；十年有期徒刑；七年有期徒刑；五年有期徒刑；三年有期徒刑；二年有期徒刑；一年有期徒刑。据此理解“在法定最高刑以上一格判处”含义，即如果所犯之罪的法定最高刑为无期徒刑，就可以上升一格量刑，判处死刑；如果所犯之罪的法定最高刑为十五年有期徒刑，可以上升一格量刑，判处无期徒刑；如果所犯之罪的法定最高刑为十年有期徒刑，则可以超出十年升格量刑判处至十五年；如果所犯之罪的法定最高刑为七年有期徒刑，则可超出七年升格量刑判处至十年，依此类推。

需要说明的是，根据全国人大常委会 1983 年 9 月 2 日《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》规定，对于一些严重危害社会治安的犯罪分子，可以在《刑法》规定的最高刑以上处刑，直至判处死刑。这实际上是立法机关对一些罪的原法定刑的修改，不是维持原来的法定最高刑不动，而由司法机关予以加重处罚。因而，这种情况不属于《刑法》上所指的加重处罚情节。

#### 16. 哪些犯罪能从轻、减轻或免除处罚

所谓从轻处罚，是指在法定刑的范围内，对犯罪分子适用相对较轻的刑种或者相对较短的刑期。所谓减轻处罚，是指对犯罪分子依法在法定最低刑以下判处刑罚。所谓免除处罚，是指对犯罪分子作有罪宣告，同时免除其刑罚处罚。

法定的从轻、减轻和免除处罚的情节，都见于《刑法》总则的规定，其中大部分内容又是相互交叉重叠的，主要包括：（1）可以从轻处罚的情节：犯罪以后自首的。（2）可以从轻或者减轻处罚的情节：未遂犯；教唆未

遂的教唆犯。(3)应当从轻或者减轻处罚的情节：已满十四岁不满十八岁的犯罪。(4)可以从轻、减轻或者免除处罚的情节：又聋又哑的人或者盲人犯罪；预备犯。(5)应当从轻、减轻或者免除处罚的情节：从犯。(6)可以减轻或者免除处罚的情节：在国外犯罪，已在外国受过刑罚处罚的；犯罪以后自首，犯罪又较轻的；自首并且有立功表现的；个人贪污数额在二千元以上不满五千元，犯罪后自首、立功或者有悔改表现、积极退赃的；行贿人在被追诉前，主动交代行贿行为的。(7)应当减轻或者免除处罚的情节：正当防卫超过必要限度，造成不应有的损害的，紧急避险超过必要限度，造成不应有的损害的；中止犯；胁从犯(8)可以免于刑事处罚的情节；犯罪情节轻微不需要判处刑罚的。

应当指出的是，在《刑法》和全国人大常委会有关决定中，关于法定量刑情节，分别规定了“可以”或“应当”，其涵义是不同的。规定“可以”是相对的、选择性的，要不要这样做，由人民法院根据案件的具体情况决定。但是，法律规定“可以”是有倾向性的，除了个别特殊情况外，原则上是要从重、从轻处罚的。规定“应当”是绝对的、硬性的，人民法院量刑时必须这样做，如不这样做就是违法。

#### 17. 什么是累犯和惯犯

在刑事诉讼中，经常会遇到累犯和惯犯这类的概念。累犯、惯犯有何区别？所谓累犯，是指因犯罪受过一定的刑罚处罚，在刑罚执行完毕或者赦免以后，于法定期限内又犯一定之罪的罪犯。按照我国《刑法》的规定，累犯分为一般累犯和反革命累犯两种。一般累犯要具备五个条件：(1)前后罪都必须是故意犯罪。(2)前罪所判处的刑罚必须是有期徒刑以上刑罚。(3)后罪必须是应当判处有期徒刑以上刑罚。(4)后罪必须在前罪判处的刑罚执行完毕或者赦免以后三年内所犯。(5)前后两个罪至少有一个是普通刑事罪。反革命累犯则要具备三个条件：其一，前后罪都必须是反革命罪。其二，前后罪判处何种刑罚及其轻重不受限制。其三，后罪必须在前罪判处的刑罚执行完毕或者赦免以后所犯。根据《刑法》规定对于累犯，应当从重处罚。因为罪犯受过刑罚处罚，仍不悔改，又犯新罪，说明其主观恶性程度较重，人身危险性较大，比较难以改造，只有判处较重的刑罚，才有利于通过惩罚对其实行改造。

所谓惯犯，是指以某种犯罪为常业，或者以犯罪所得为其生活或挥霍主要来源，养成犯罪习性，在较长时间内，一贯实施某种犯罪行为的罪犯。惯犯必须是由《刑法》条文明确加以规定的。按照《刑法》规定，惯犯有两种形式：一种是“常业犯”，如走私惯犯、投机倒把惯犯、赌博惯犯，其特点是经常进行某种犯罪活动，甚至以此为职业。另一种是“习惯犯”，如惯窃、惯骗，其特点是犯罪已成习性，并以犯罪所得为其挥霍的主要来源。由于惯犯的社会危害性大，犯罪恶习深，屡教不改，人身危险性也大，因此，《刑法》把其专门规定为独立的犯罪，并规定了较重的刑罚。

应该看到，累犯和惯犯主观上都是故意的，犯罪行为都具有多次性，其区别在于：(1)一般累犯只能由受过有期徒刑以上刑罚处罚，并在刑罚执行完毕或者赦免以后的犯罪分子才能构成，而惯犯则无此限制。(2)一般累犯是在前罪刑罚执行完毕或者赦免后三年以内又犯罪，而惯犯则是在一段时间内反复多次实施同种犯罪行为。(3)对累犯应当从重处罚，而对惯犯则依照《刑法》分则有关条文的法定刑处罚，无需再在法定刑幅度内予以从重处罚。

## 18. 行为人犯有数罪如何处罚

在刑事诉讼中，常见的是一人犯一罪的案件，但也有一人犯数罪的情况，对此应如何处罚？首先应了解数罪并罚的原则。我国《刑法》在数罪并罚问题上，采取以“限制加重”为主，以“吸收”和“并科”为补充的原则，即根据不同的刑种，适用不同的并罚原则：（1）数罪中有一罪被判处死刑或无期徒刑的，采取吸收原则。即数罪中宣告几个死刑、无期徒刑，或其最重刑为死刑、无期徒刑的，只执行一个死刑或无期徒刑，不执行其他刑罚。（2）数罪中有判处两个以上有期徒刑、拘役、管制刑罚的，采取限制加重的原则，即应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定应执行的刑期。但是，管制最高不能超过三年，拘役最高不能超过一年，有期徒刑最高不能超过二十年。（3）数罪中有判处一个或者数个性质不同的附加刑的，采取并科原则，即数罪中主刑不论执行死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役或管制，如有判处有期徒刑、剥夺政治权利或没收财产等附加刑的，附加刑仍须执行。

其次，应明确适用数罪并罚的五种不同情况。根据我国《刑法》规定，适用数罪并罚有以下几种不同的情况：（1）判决宣告前犯数罪的，依照不同的刑种，实施限制加重、吸收或并科等并罚。（2）判决宣告后发现漏罪的，则按“先并后减”的计算方法实施并罚。即判决宣告以后、刑罚还没有执行完毕，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处的刑罚，依照有关规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内。（3）判决宣告后又犯新罪的，则按“先减后并”的计算方法实施并罚。即判决宣告以后，刑罚还没有执行完毕，被判刑的犯罪分子又犯罪的，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照有关规定，决定执行的刑罚。（4）被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，如果再犯新罪，撤销缓刑，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照有关规定，决定执行的刑罚。（5）被假释的犯罪分子，在假释考验期限内，如果再犯新罪，撤销假释，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照有关规定，决定执行的刑罚。

在刑事诉讼中，正确适用数罪并罚，有利于保障被告人的合法权益，在对数罪分别定罪量刑的基础上，决定应执行的刑罚，被告人知道人民法院对他是怎样定罪量刑的，如果不服一审法院的判决，可以有针对性地提起上诉。

## 19. 在什么条件下才能适用缓刑、假释及减刑

缓刑、减刑和假释均是刑事诉讼中具体运用刑罚的制度。所谓缓刑，是指人民法院对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，根据其犯罪情节和悔罪表现，认为暂缓执行原判刑罚，确实不致再危害社会的，规定一定的考验期，在考验期内被判刑的犯罪分子不再犯新罪，原判刑罚就不再执行的制度。根据我国《刑法》规定，适用缓刑须同时具备三个条件：（1）犯罪分子被判处拘役或三年以下有期徒刑。当然，这里所指的“拘役或三年以下有期徒刑”是指宣告刑，而不是指法定刑。（2）犯罪分子不是反革命犯或累犯。（3）根据犯罪分子的犯罪情节和悔改表现，确认其不致再危害社会。《刑法》规定，拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上一年以下，但是不能少于一个月。有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上五年以下，但是不能少于一年。缓刑考验期限，从判决确定之日起计算，即判决发生法律效力之日起计算。如果被告人等提出上诉或抗诉后，经二审维持原判的，则应从二审判决

确定之日起计算。判决确定以前先行羁押的日期不能折抵缓刑考验期。被宣告缓刑的犯罪分子，在考验期限内，如果没有再犯新罪，缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行；如果再犯新罪，撤销缓刑，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照数罪并罚的原则，决定执行的刑罚。

所谓减刑，是指对于被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行期间确有悔改或者立功表现的，适当减轻其实际执行刑罚的制度。根据《刑法》规定，适用减刑必须同时具备以下三个条件：（1）必须是被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。（2）必须是在刑罚执行期间。被宣告缓刑的犯罪分子，如果在缓刑考验期限内确有突出的悔改表现或者立功表现，可以参照《刑法》有关规定，对原判刑罚予以减刑，同时相应地缩减其缓刑考验期限。（3）必须是确有悔改或者立功表现的犯罪分子。《刑法》规定，经过一次或者几次减刑以后实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的二分之一，判处无期徒刑的，不能少于十年。

所谓假释，是指对判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行一定刑期之后，司法机关根据其悔改表现，予以附条件提前释放的制度。根据《刑法》规定，适用假释必须同时具备以下三个条件：（1）必须是被判处有期徒刑或者无期徒刑的犯罪分子。（2）必须是已经执行一定刑期者，即被判处有期徒刑的犯罪分子，执行原判刑期二分之一以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行十年以上，才能适用假释。罪犯由无期徒刑减为有期徒刑以后又需要适用假释的，仍必须按原判无期徒刑实际执行十年以上的规定办。（3）必须是确有悔改表现，不致再危害社会的。假释的考验期限，有期徒刑为没有执行完毕的刑期，无期徒刑则为十年。被假释的犯罪分子，在假释考验期限内，由公安机关予以监督。在假释考验期限内，如果没有再犯新罪，就认为原判刑罚已经执行完毕；如果再犯新罪，则撤销假释，将前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，实行并罚。

#### 20. 对哪些被告人可以采取拘传、取保候审或监视居住措施

拘传、取保候审和监视居住，均属于刑事诉讼中的强制措施。所谓拘传，是指公安机关、人民检察院和人民法院对未被羁押的被告人，强制其到案接受讯问或者审判的一种方法。使未经羁押的被告人到案接受讯问或审判，可以采用拘传或传唤，但拘传与传唤是不同的。拘传具有强制力，如果被告人拒绝接受拘传，执行人员有权采用适当的强制手段；而传唤不具有强制性，主要靠当事人自觉接受，如果拒绝接受传唤不到案，就只能改用其他办法。拘传的对象是未经羁押的被告人。对于犯罪嫌疑人、被害人和证人一般不能采取拘传措施。司法实践中，一般具有下列情况之一的，可以适用拘传：（1）由于时间等因素的限制，传唤不利于及时、顺利办案的。（2）未经羁押的被告人有逃避或拒绝传唤可能的。（3）未经羁押的被告人没有一定的住所，行踪不定，不宜传唤的。（4）经合法传唤，被告人拒不到案的。对被告人进行拘传，须经主管领导批准，并签发拘传票。执行拘传时，执行人应向被告人出示拘传票，宣布拘传，如果被拘传人拒绝拘传，执行人员有权采用适当的强制手段（如使用戒具），强制被拘传人到案。被告人拘传到案后，应当及时讯问，讯问结束，拘传的强制力即自行消失，恢复被告人的人身自由。

所谓取保候审，是指公安机关、人民检察院和人民法院责令被告人提供保证人，保证人不逃避侦查或审判，并随传随到的一种强制方法。我国刑事



诉讼中的取保候审，只采用人保形式，即由被告人提供保证人，利用保证人对被告人的约束力，担保被告人在取保候审期间做到随传随到。根据法律规定，具有下列情形之一的，可以适用取保候审：（1）被告人罪行较轻，不能拘留、逮捕，但对其行为又须作一定限制的。（2）采取取保候审的方法，足以防止发生社会危险性而没有逮捕必要的。（3）依法应逮捕，但因有法律规定的特殊情况而不宜逮捕的，如患有严重疾病，或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女。（4）被公安机关依法拘留的人，需要逮捕而证据尚不充足的。（5）已被逮捕羁押的被告人，在《刑事诉讼法》规定的侦查、起诉、一审、二审的办案期限内不能结案，采用取保候审的方法对社会没有危险性的。取保候审应经过确定保证人、制作取保候审决定书、对保等程序。

所谓监视居住，是指公安机关、人民检察院和人民法院限令被告人在规定的期限内不得离开指定的区域，限制其人身自由的一种强制方法。监视居住的对象和条件与取保候审相同。监视居住由当地公安派出所执行，或者由受委托乡人民政府、被告人所在单位执行。

#### 21. 对哪些被告人可以采取拘留或逮捕措施

拘留和逮捕也属于刑事诉讼中的强制措施。所谓拘留，是指公安机关遇有紧急情况，暂时剥夺罪该逮捕的现行犯或重大嫌疑人的人身自由的一种强制方法。根据我国《刑事诉讼法》的规定，拘留的条件是：（1）罪该逮捕。即人犯所犯罪行，可能判处有期徒刑以上的刑罚。这是拘留的先决条件，如果无罪或者可能达不到有期徒刑以上的刑罚，就不能予以拘留。（2）情况紧急。这是拘留的关键条件，也是确立拘留措施的重要因素。情况不紧急，就没有拘留人犯的必要性，就是罪该逮捕的，也应通过法定程序办理逮捕手续。这里“情况紧急”主要包括以下几种情形：正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的。被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的。在其身边或者住处发现有犯罪证据的。犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的。有毁灭、伪造证据或者串供可能的。身分不明有流窜作案重大嫌疑的。正在进行“打砸抢”和严重破坏工作，生产、社会秩序的。拘留人犯在报请县级以上公安机关的负责人批准后，签发拘留证，交指定人员执行。执行拘留时，应向被拘留人宣布拘留证，责令其在拘留证上签名，并注明宣布拘留的时间。拘留后，除有碍侦查或者无法通知的情形外，应将拘留的原因和处所，在24小时以内通知被拘留人的家属或者他的所在单位，以及所在地区的公安派出所或公安特派员。

所谓逮捕，是指公安机关、人民检察院和人民法院，依法暂时剥夺被告人的人身自由，并予以羁押的一种强制方法。根据《刑事诉讼法》规定，逮捕人犯，必须经人民检察院批准或者人民法院决定，由公安机关执行。逮捕的条件是：（1）主要犯罪事实已经查清。（2）可能判处徒刑以上刑罚。（3）采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性而有逮捕必要的。逮捕的程序和拘留基本相同。

逮捕不同于拘留，两者主要区别是：（1）实施的对象和条件不同。逮捕是对主要犯罪事实清楚，可能判处徒刑以上刑罚，又有逮捕必要的被告人采用的一种强制措施；拘留是对罪该逮捕的现行犯或重大嫌疑人在紧急情况下采用的一种强制措施。（2）批准和决定的机关不同。逮捕的批准或决定权在检察院和法院，拘留的决定仅在公安机关。（3）羁押期限不同。逮捕的羁押

期限较长，虽然现行法律没有规定最长的期限，但一般逮捕的羁押期限都以数月计算；拘留的羁押期限较短，最长不超过十天。

### 三、刑事官司中的起诉与辩护

#### 22. 什么叫刑事自诉，刑事自诉如何进行

在我国，对刑事案件的起诉有三种形式：一是公诉；二是自诉；三是反诉。所谓自诉，是指由被害人或其法定代理人直接向人民法院提起的一项诉讼活动。由此可见，自诉是自诉人以个人身分向法院提起控诉，其诉讼目的旨在维护个人的合法权益。其范围包括《刑法》明文规定不告不理的案件和轻微的不需要侦查的刑事案件。自诉与公诉不同，公诉是检察机关以公诉人的身分，代表国家向法院提起控诉，其诉讼目的旨在维护国家和人民的利益，维护社会主义法制。

自诉人可以用书状或者口头向人民法院提起诉讼，人民法院接受自诉人提出的诉讼请求后，可由审判员一人进行审查，然后决定是否立案。对于犯罪事实清楚，有充分确实证据，属自诉案件范围和法院管辖的案件，应当决定开庭审判；对于属于人民检察院提起公诉的案件，就要按照职能管辖的规定，将案件移送人民检察院或者公安机关处理；对于缺乏证据的案件，可以限期要自诉人补充证据，如果自诉人在限期内提不出补充证据，经人民法院调查又未能收集到必要的证据，就要说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回。自诉人不服，可以上诉。人民法院对自诉案件可以由审判员一人独任审判。开庭审判的程序与公诉案件基本相同。但由于自诉案件事实较清楚、案情较简单，因此，自诉案件在审理程序上有以下特点：（1）人民法院审理自诉案件可以进行调解，即在人民法院审判人员的主持下，通过说服教育，分清是非使双方当事人自愿、合法的基础上达成一定的协议，从而使案件得到解决。（2）在宣判以前，自诉人可以同被告人和解或者撤回自诉。和解就是双方当事人自行协商后，取得一致意见，使问题得到解决，双方当事人和解后，自诉人撤回自诉。对于申请撤回自诉的，人民法院一般应当裁定准予撤诉，凡自行撤回的自诉案件，没有正当理由，不得就同一问题再行起诉。自行和解和撤回自诉的必须在宣告判决以前提出。（3）自诉案件的被告人，在诉讼过程中可以对自诉人提起反诉，反诉适用自诉的规定。所谓反诉，是指自诉案件的被告人在诉讼过程中，作为被害人控告自诉人犯有与本案有联系的犯罪行为，要求人民法院进行审判的诉讼活动。反诉应具备下列条件：（1）反诉的对象必须是同一案件的自诉人。（2）反诉内容必须是与同一案件有联系的犯罪行为。（3）反诉案件的范围必须是人民法院可以直接受理的案件。（4）反诉的时间必须在自诉案件的诉讼过程中。自诉案件中的反诉如果成立，人民法院可以与自诉案件合并审理。法庭通过审理，在全面查明案情，分清是非的基础上，确定双方当事人的刑事责任。人民法庭应根据他们各自的犯罪事实，分别判处刑罚，不得互相抵销刑罚。自诉案件的办案期限，法律未作规定，但是，如果被告人已被逮捕羁押，应当参照公诉案件的办案期限结案。

#### 23. 什么是公诉

所谓公诉，是指人民检察院经过对刑事案件的审查，确认侦查阶段收集的证据已经确实充分，被告人的行为构成犯罪，依法应当追究其刑事责任，而提请法院审判的一项诉讼活动。我国《刑事诉讼法》规定，除《刑法》明文规定不告不理的案件（暴力干涉他人婚姻自由罪、虐待罪、侮辱诽谤罪）和轻微的不需要侦查的刑事案件（轻伤害罪、拒不执行判决裁定罪、重婚罪、破坏军婚罪、遗弃罪）外，都由人民检察院依法代表国家以公诉形式提起诉讼

讼。

我国《刑事诉讼法》规定，凡需要提起公诉或者免于起诉的案件，一律由人民检察院审查决定。审查起诉的具体内容包括：（1）审查犯罪事实和情节。（2）审查证据。（3）审查犯罪性质和罪名的认定是否正确。（4）审查有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人。（5）审查是否属于不应追究刑事责任的。（6）审查有无附带民事诉讼。（7）审查侦查活动是否合法。人民检察院对案件应在法定的期限内审查结束，并根据案件的具体情况，依法分别作出起诉、免于起诉、不起诉的决定或者退回公安机关补充侦查。对于犯罪事实已经查清、证据确实充分、被告人的行为依法应当追究刑事责任的案件，人民检察院应提起公诉。案件向人民法院提起公诉后，就产生了如下的法律后果：（1）向法院表明检察院对被告人指控的犯罪事实及追究刑事责任的意见，要求法院开庭审理和适用刑罚。（2）使刑事案件脱离检察院而属于法院，由法院决定是否开庭审判。（3）起诉书指控的被告人及其罪行；限定了法院审判范围，法院不能随意变更。对于被告人的行为虽已构成犯罪，但依法不需要判处刑罚或者可以免除刑罚的案件，人民检察院可以直接作出免于起诉的处理决定。对被告人免于起诉，只是免除其刑罚处罚，并未免除其全部刑事责任，更不意味着可免除其民事赔偿责任或行政责任。免于起诉的决定，应当公开宣布，并将免于起诉书交给被告人和其所在单位。如果被告人在押，应当立即释放。免于起诉决定书一经宣布送达，即具有法律效力。被告人不服免于起诉决定，在收到决定书后七日内提出申诉的，作出免于起诉决定的检察院应在收到申诉后的三天内将申诉状连同案件证据材料移送上一级检察院；被告人直接向上一级检察院提出申诉的，上级检察院应在收到申诉状后的三天内将申诉方副本转下级检察院，调卷审查。对于被告人的行为不构成犯罪或者依法不应追究其刑事责任的案件，人民检察院应作出不起诉的决定。人民法院审判公诉案件，除罪行较轻经人民法院同意的以外，人民检察院应当派员出庭支持公诉。

#### 24. 什么是刑事附带民事诉讼

在刑事诉讼中，经常会发生因被告人犯罪行为造成被害人经济损失：而引发一些民事诉讼。例如，从事交通运输的人员交通肇事而致人重伤的，除司法机关依法追究行为人刑事责任外，被害人有权要求被告人赔偿医疗费或因误工而停发的工资和正常的福利等经济损失。司法机关在追究被告人刑事责任的同时，根据被害人的申请，附带解决被告人对被害人造成经济损失的赔偿，这种诉讼活动就是刑事附带民事诉讼。

根据《刑事诉讼法》规定，被害人和人民检察院有权提起附带民事诉讼，可以成为附带民事诉讼的原告人。被害人可以是公民个人，也可以是法人和其他组织。如果被害人是未成年人或其他无行为能力的人，其法定代理人可以提起附带民事诉讼；如果有行为能力的被害人遇害死亡，其近亲属以及为被害人的医疗或丧葬尽了义务造成损失的其他公民或单位，也有权提起附带民事诉讼；当集体和国家财产遭受犯罪侵害时，人民检察院可以提起附带民事诉讼。提起附带民事诉讼，必须同时具备三个条件：（1）被告人的犯罪行为成立，并被司法机关追究其刑事责任。（2）必须存在被告人犯罪行为直接造成被害人的人身、财产或精神的实际损害，依法应予赔偿的事实。（3）必须在刑事诉讼过程中提起。在通常情况下，刑事被告人也就是附带民事诉讼的被告人；如果被告人是未成年人，刑事责任由其本人承担，而附带民事诉

讼的赔偿，就得由其法定代理人承担，附带民事诉讼的被告人就应是法定代理人。在某种情况下，对刑事被告人的行为负有连带赔偿责任的法人或者其他组织，也会成为附带民事诉讼的被告人。附带民事诉讼的赔偿范围主要包括：（1）人身损害赔偿。如必要的医疗费、护理费；误工的工资和正常的福利收入；残者的生活补助费；死者的丧葬费及其生前抚养、赡养、扶养的人之生活补助费等。（2）财产损害赔偿。（3）精神损害赔偿。对刑事附带民事诉讼的审理，人民法院应遵循以下几个原则：（1）一并审理原则（即包括刑事案件和附带民事部分一并审判，也包括附带民事诉讼中的本诉与反诉必须一并审判）。（2）损害与赔偿相一致原则。（3）个人负责与连带赔偿相结合的原则。（4）综合考虑、一次审结的原则。（5）充分考虑被告人的赔偿能力、实事求是的原则。坚持这些原则审判附带民事诉讼案件，对于赔偿的兑现，国家、集体和公民经济损失的弥补，被害人精神的安抚，以及打击和抑制犯罪都有积极意义。

#### 25. 哪些人可以担任被告人的刑事辩护人

所谓刑事辩护人，是指在刑事诉讼中接受刑事被告人的委托，或者人民法院的指定，参加刑事诉讼活动，并依据事实和法律，帮助被告人行使辩护权，维护被告人的合法权益的人。辩护人依其参加诉讼活动的根据不同，分为委托辩护人和指定辩护人。委托辩护人是由刑事被告人自行委托的；而指定辩护人则是由人民法院为被告人指定的。根据我国《法院组织法》及《刑事诉讼法》规定，被告人可以委托下列的人辩护：（1）律师；（2）人民团体或者被告人所在单位推荐的，或者经人民法院许可的公民；（3）被告人的近亲属、监护人。一般认为，辩护权属于政治权利的一种，因此，尽管可以当辩护人的范围很广，但不是每个人都可以成为辩护人的，除被告人的近亲属、监护人以外，凡是被剥夺政治权利的人，在被剥夺政治权利期间，不得充当辩护人。为了取信于民，保证公正处理案件，侦查人员、检察人员、审判人员除系被告人的近亲属或监护人外，不能担任辩护人。另外，涉及国家机密、个人隐私的案件，被告人委托律师以外的公民担任辩护人的，需经人民法院的许可。

在人员法院指定辩护人的情况中，通常是由律师担任辩护人，并且随着律师制度的推行，律师队伍的扩大，律师诉讼地位及辩护效果的提高，被告人一般也多委托律师为自己辩护。这主要是因为，辩护律师在刑事诉讼中具有独立的诉讼地位，与其他辩护人相比，辩护律师的诉讼权利更为广泛。具体表现为以下几点：（1）律师依法进行诉讼活动，受国家法律保护，任何单位和个人不得干涉。（2）律师对自己所承办的案件，有权查阅摘录案卷材料，有权向有关的单位、个人进行调查访问，有权与在押的被告人会见和通信。律师进行前述活动，有关单位和个人应当给予支持和方便。（3）人民法院确定开庭的日期，应当留有辩护律师准备出庭所需的时间。（4）辩护律师在开庭审理过程中，有权申请审判长对证人、鉴定人发问，或者经审判长许可后直接发问；有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验；有权对当庭出示、宣读的证据材料提出自己的意见；有权就本案事实与法律适用等和公诉人平等地进行辩论。（5）辩护律师正式提出的书面证据、辩护词，人民法院必须入卷。（6）律师有收到起诉书、抗诉书以及判决书或裁定书副本的权利；在判决、裁定发生法律效力以前，经律师事务所指派，律师有权会见在押的被告人，询问对判决、裁定的意见；经被告人的同意，

辩护律师有权在法定期限内向上一级人民法院提出上诉。

## 26. 刑事诉讼委托律师有何作用

律师是国家的法律工作者。律师的这种法律地位，决定了律师参与刑事诉讼，对于保障国家法律的正确实施，维护国家、集体的利益和公民的合法权益，以及加强民主、健全法制都具有特殊的作用。具体而言，刑事诉讼委托律师具有以下几个作用，（1）更有利于维护被告人的合法权益。律师作为刑事辩护人，其基本职责就是专门维护被告人的合法权益。我国《刑事诉讼法》为了切实保障被告人有权获得辩护，对辩护人的资格作了较大范围的规定。虽然不同的辩护人各有其不同的辩护特点，且一般都能为维护被告人的合法权益起到积极的作用，但律师进行辩护显然比其他辩护人更能充分地实现被告人的辩护权。这不仅是律师具有较为丰富的法律专业知识和辩护实践经验，而且因为律师在刑事诉讼中的法律地位和诉讼权利都明显地优越于其他辩护人。在刑事诉讼中，律师有权查阅案卷材料，有权进行独立的调查访问，有权与在押的被告人会见和通信等。其他辩护人则不然，不仅无权阅卷、调查，而且会见被告人须经人民法院许可。因此，被告人只有通过律师的帮助，才能抵御不正确的控诉，切实维护自身的合法权益。（2）更有利维护法律的正确实施。我国是社会主义国家，国家和社会的利益与公民个人的合法权益并不矛盾，因此，维护被告人的合法权益与维护国家法律的正确实施具有一致性。律师参加诉讼，能够在客观上增强司法办案人员的责任心，促使他们更严格地依法办案，从而保证法律的正确执行。律师通过刑事诉讼活动维护法律的正确实施，主要通过举证、质证，阐明事实，指出不当控诉，帮助审判人员客观全面地审理案件，正确地适用法律，保证《刑事诉讼法》任务的实现。（3）有利对被告人进行法制宣传教育。律师是从有利于被告人的角度出发进行诉讼的，且大多数又是被告人或者其亲属委托的，被告人希望得到律师的帮助和指导，因而一般都比较相信律师的话，容易接受律师的意见。在人民法院开庭以前，律师通过会见被告人，告诉其依法享有的各项诉讼权利，解释法律的有关规定，动以情理，晓以利害，帮助被告人消除侥幸心理或思想顾虑，使其在法庭上如实陈述。对有罪者，教育他们认真悔过，主动坦白，检举揭发其他犯罪，争取得到宽大处理。对于无罪者，教育其按法律程序，据理力争，维护自己的合法权益。

## 27. 被告人如何行使辩护权

被告人有权获得辩护，这是我国《宪法》规定的原则，也是我国《刑事诉讼法》的基本制度之一。刑事诉讼中的辩护，是指被告人及其辩护人根据事实和法律针对指控进行反驳，以证明被告人无罪、罪轻或者应当减轻、免除其刑事责任的一项诉讼活动。辩护是一种基本的诉讼职能。它相对于控诉而言，并同控诉相对立。没有控诉就没有辩护，也即只有被告人被控诉以后，被告人及其辩护人才能进行辩护。被告人在被指控犯罪时，就产生了辩护权，在侦查、检察、审判等阶段，被告人都可自行行使辩护权。被告人在人民法院决定开庭审判阶段，还可委托辩护人为其辩护。辩护人应当由被告人本人委托或其家属委托后，征得被告人同意，才能出庭辩护。被告人如果没有委托辩护人，根据法律规定，人民法院对某些案件应当或可以为其指定辩护人。属于应当指定的情况有：被告人是聋、哑或者其他生理缺陷，不能辨别事理的案件。被告人是未成年人的案件。属于可以指定的情况有：公诉

人出庭的案件。 被告人是外国国籍公民的案件。 两个以上被告人有利害矛盾的同一案件，其中一人已委托辩护人，而其他被告人并未委托辩护人的案件等。

辩护权是国家赋予被告人保护自己合法权益的一种手段，必须依法加以保护。司法人员在刑事诉讼的各个阶段应当主动告知被告人一切与行使辩护权有关的诉讼权利。如果被告人不知道自己有什么诉讼权利，就无法通过行使这些权利为自己辩护。应当允许被告人采取法律规定的任何形式行使辩护权。被告人既可以在司法人员对他进行讯问时进行反驳、申辩，也可以在法庭审理的最后陈述时进行辩护，还可以在一审宣判后，提起上诉。司法人员不得以任何借口非法限制或者剥夺被告人的辩护权。侦查、检察、审判人员要认真听取被告人及其辩护人的辩护意见，不能对辩护意见置之不理，或者采取“你辩你的，我判我的”错误态度。总之，依法保护被告人的辩护权，更有利于全面地查明案情，正确地适用法律，保证《刑事诉讼法》任务的完成。

#### 28. 刑事辩护律师是否对被告人的一切权益都进行辩护

辩护权是刑事被告人享有的基本诉讼权利。由于被告人在刑事诉讼中处于特殊地位以及本身条件的局限性，其需要辩护人（特别是需要辩护律师）帮助行使辩护权，以维护自己的合法权益。但帮助辩护的辩护律师并不单纯是被告人辩护权的代行者。其本身具备辩护权主体的资格。如果认为被告人是辩护权的唯一主体，辩护律师参加诉讼只是被告人的代言人，而不能成为辩护权的主体之一，那么，辩护律师就不可能依据事实和法律独立地履行职责，其辩护内容也必然会受被告人意见的约束。

当然，辩护律师在接受委托或指定以后，就应该承担起依法为被告人进行辩护的职责。首先，辩护律师必须维护被告人的合法权益。无论被告人的罪行多么严重，情节多么恶劣，民愤多大，只要是被告人的合法权益，辩护人就有责任尽力去维护。放弃维护被告人的合法权益，就是辩护律师的失职。

无论是被告人在实体上的合法权益，还是依法享有的诉讼权利遭到侵犯时，辩护人都应当坚决予以维护。应该看到，维护被告人的合法权益与维护法律的准确实施是一致的。不维护被告人的合法权益，就谈不上保障法律的准确实施。其次，辩护律师在接受委托或指定后，应当为被告人提供法律上的帮助，例如解答被告人提出的与该案件有关的各种法律问题；

代写有关诉讼文书等。然而，辩护律师只能根据事实和法律去维护被告人的合法权益。辩护人在帮助被告人行使辩护权时，不能脱离案件的事实，违背法律规定。更不允许捏造事实，歪曲法律，而只能根据事实和法律提出辩护意见。

在律师取得辩护权，并在该辩护权依法存续期间，律师有权独立地进行辩护活动。其调查访问、组织辩护材料和意见，以及采取何种辩护方式，均不受被告人意志的约束。辩护律师不是被告人的简单的代言人。他在诉讼中并不处于从属被告人地位。律师进行辩护时，应尊重被告人的意见，考虑被告人的要求。但这只能是建立在以事实为根据、以法律为准绳的基础上。对被告人违背事实和法律的意見及不合理的要求，律师应予拒绝。辩护律师只能为被告人的合法权益进行辩护，而决不能无原则地迁就被告人，帮助其逃脱罪责。律师进行辩护，也不受被告人供述的约束。在忠于事实与法律的前提下，律师对于被告人拒不承认的罪行，如果控诉是正确的，可以不提出辩

护意见。反之，对于被告人已经承认而律师认为是不正确的控诉事实，律师依然有权进行辩护。此外，在符合法律规定时情形下，律师还有权拒绝为被告人辩护。



## 四、刑事官司中的法庭审理

### 29. 人民法院是如何审理案件的

人民法院审理案件，是通过许多环节进行的，这里主要介绍一下法庭审理的程序。所谓法庭审理，是指人民法院通过开庭的形式，在公诉人、当事人以及其他诉讼参与人的参加下，查对核实证据，查清案件全部事实，听取控诉与辩护双方对案件事实、证据和定罪量刑的意见，确定被告人是否有罪，应否受到刑事处罚以及如何处罚，并依法作出裁决的诉讼活动。法庭审理由审判长主持和指挥，公诉人、当事人和其他诉讼参与人在法庭上的一切活动都必须得到审判长许可，审判长还负责指挥司法警察和其他值庭人员维护法庭秩序，如果诉讼参与人和旁听人员违反法庭秩序，审判长应当制止；情节严重的，可以责令退出法庭或者依法追究刑事责任。法庭审理由开庭、法庭调查、法庭辩论、被告人最后陈述、评议和宣判五个相互联系的阶段组成。

正式开庭前，公开审判的案件，书记员应在开庭前向旁听人员宣布法庭纪律。之后，请公诉人、辩护人入座，再请审判长和审判员（陪审员）依次入座。开庭阶段的内容一般包括：（1）传唤当事人到庭并问明胜诉等有关问题。（2）宣布案由。（3）宣布合议庭组成人员、书记员、公诉人、辩护人等名单，并告知当事人申请回避权利。（4）告知被告人依法享有的辩护权及有关权利。（5）对于不公开审理的案件，应当宣布不公开审理的理由。法庭检查的内容和顺序是：（1）宣读起诉书。（2）审问被告人，其中包括审判人员的审问，公诉人经审判长许可后的讯问，被害人及附带民事诉讼原告人以及辩护人经审判长许可后的发问。（3）核实证据。法庭辩论是在审判长的主持下，由公诉人、被害人和被告人、辩护人根据法庭调查查明的事实和有关法律的规定，就被告人的行为是否构成犯罪，犯了什么罪，罪责的轻重，以及如何适用刑罚等问题进行互相辩论的诉讼活动。其顺序是先由公诉人发言，然后由被害人发言，再由被告人陈述和辩护，辩护人进行辩护，并且可以反复互相辩论。被告人最后陈述，是在法庭辩论终结后，合议庭评议和判决前，被告人作最后发言。这是法律赋予被告人用以保护自己合法权益的一项重要诉讼权利。评议是合议庭组成人员，就案件开庭审理的情况进行讨论，并对案件如何处理作出决定的诉讼活动。合议庭评议活动应当秘密进行，并作评议笔录，评议笔录由合议庭组成人员和书记签名。合议庭评议结束作出判决后应当向当事人宣告。宣告判决，可以当庭宣判，也可以定期宣判。当庭宣判的案件，要在五日内将判决书送达当事人和提起公诉的人民检察院；定期宣判的案件，宣判后应当立即将判决书送达当事人以及提起公诉的人民检察院，并告知当事人及其法定代理人的上诉权利。

### 30. 当事人在法庭审理中有哪些权利

根据我国《刑事诉讼法》的规定，诉讼参与人享有较为广泛的诉讼权利，人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利。而刑事诉讼中的当事人是诉讼参与人之一，其在法庭审理中理应享有相应的权利。在我国刑事诉讼中，所谓当事人，是指被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人。

刑事诉讼中的被告人是整个刑事诉讼的中心人物。在诉讼中，司法机关和其他诉讼参与人的一切活动，都是围绕着被告人的刑事责任问题而展开的。我国法律对被告人在法庭审理中的权利作了明确具体的规定，主要包括：

有权使用本民族语言、文字；有权申请有关人员回避；有权申请传唤新证人和调取新的证据；有权申请重新（或补充）鉴定或勘验；有权参加法庭调查，经审判长许可可向证人、被害人、鉴定人及其他被告人发问；有权参加法庭辩论，对指控提出反驳；有权对鉴定结论、证人证言笔录、勘验笔录等作为证据的文书发表意见；有权对案件的物证进行辨认，有权作最后陈述；有权委托辩护人帮助他进行辩护；对一审未生效判决不服，有权上诉等等。

自诉人在刑事诉讼中处于原告人的地位，是诉讼的主体之一，执行控诉职能。自诉人享有法律赋予当事人的一切诉讼权利，主要包括：有权向人民法院提起诉讼；有权申请有关人员回避；有权提起附带民事诉讼；有权参加法庭调查和法庭辩论诉讼活动；有权委托诉讼代理人进行诉讼活动；有权申请法院调取证据和传唤证人；如不服一审未生效判决，有权提起上诉等。

附带民事诉讼的原告是一方当事人，也是诉讼主体之一其享有的诉讼权利主要包括：有权申请有关人员回避；有权申请调取新证据、通知新证人到庭、重新鉴定、重新勘验；有权参加法庭调查和辩论；有权提起或撤回附带民事诉讼；有权委托诉讼代理人；有权就附带民事部分提起上诉；有权申请司法机关采取诉讼保全措施等等。

附带民事诉讼的被告人是一方当事人，仍也是诉讼主体之一。其享有的诉讼权利主要包括：有权委托诉讼代理人；有权申请有关人员回避；有权申请调取新证据、通知新证人到庭、重新鉴定、勘验；有权参加法庭调查和法庭辩论；有权提起反诉；有权就附带民事部分提起上诉等。

### 31. 当事人如何行使回避权

在刑事诉讼中，允许当事人及其法定代理人对审判、检察和侦查等人员，提出回避的申请，是法律明文规定的。所谓回避，是指法律规定的与案件或案件当事人有某种利害关系的审判人员、检察人员、侦查人员以及其他有关人员，不得参加该案件的侦查、检察、审判等活动的一种诉讼制度。回避制度的实行，有利于公平合理的办理案件，防止办案人员利用职权谋取私利，或着偏袒一方，压制另一方，从而影响案件的公正处理。回避可以消除当事人的思想疑虑，保障当事人能够正常地行使诉讼权利。根据我国《刑事诉讼法》规定，符合下列回避条件之一的审判、检察、侦查等人员应当回避：（1）是本案的当事人或者当事人的近亲属的；（2）本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；（3）担任过本案的证人、鉴定人、辩护人或者附带民事诉讼当事人的代理人的；（4）与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。另外，按照法律规定，人民法院按照审判监督程序重新审判案件，应当另行组成合议庭进行。这就是说，参加原合议庭的成员，也应当回避，以防止先入为主，为成见所缚。适用回避的范围，主要包括：（1）审判人员（包括审判长、陪审员、审委会成员）；（2）检察人员（包括批捕、审查决定起诉、支持公诉的检察人员及检察长）；（3）侦查人员；（4）书记员；（5）翻译人员；（6）鉴定人。根据提出回避要求的主体不同，回避的种类有自行回避和申请回避二种。回避的处理程序具体包括：（1）提出。其中又分当事人及其法定代理人提出和审判、检察、侦查人员以及其他有关人员提出。（2）决定。审判、检察、侦查等人员的回避，分别由院长、检察长、公安机关负责人决定，院长的回避由本院审判委员会决定，检察长和公安机关负责人的回避由同级人民检察院检察委员会决定。在司法实践中，书记员、翻译人员和鉴定人的回避，在侦查阶段由侦查机关负责人决定，在审查起诉阶段由人民

检察院检察长决定，在审判阶段由人民法院院长决定。对侦查人员的回避，法律还特别规定，不管是本人主动提出，还是当事人及其法定代理人申请的，在未作出决定前，侦查人员不能停止对案件的侦查，以免影响侦查任务的完成。（3）复议。当事人及其法定代理人，对驳回回避申请的决定如不服时，可申请复议一次。这一规定的目的，既可保障当事人申请回避的合法权利，又可防止当事人无根据地利用这一权利拖延案件的及时处理。（4）效力。在回避请求或复议请求提出后，尚未依法作出决定前，除侦查活动外，诉讼程序应暂停进行。

### 32. 未成年被告人在法庭审理中有哪些特殊权利

在刑事诉讼中，一般把未满十八岁的被告人称之为未成年被告人。由于未成年被告人有其特殊的生理和心理特征，他们年龄小，缺乏社会经验，法制观念淡薄，自我控制能力又较差，且犯罪往往是出于好奇、模仿和顽皮等心理。所以，在审判未成年被告人刑事案件时，应当执行教育、感化、挽救的方式，并特别要注意保障未成年被告人的合法权利。

根据法律规定，未成年被告人在法庭审理中享有以下一些特殊权利：（1）审理不公开。对十四岁以上不满十六岁的少年被告人一律不公开审理；对十六岁以上不满十八岁的少年被告人一般不公开审理；如果必须公开审理的，应当经过法院院长或者审判庭庭长批准，并且限制旁听人数和范围。对于不公开审理的少年刑事案件，不得以任何方式公开被告人的形象。（2）委托或指定辩护人。法庭应当告知未成年被告人及其法定代理人，除被告人自己辩护外，还可以委托辩护人为其辩护；对于没有委托辩护人的，人民法院应当为其指定辩护人。未成年刑事案件必须由律师参加辩护。（3）在开庭审判前，法庭认为必要时可以安排未成年被告人的法定代理人或者其他监护人与未成年被告人见面，借助他们的力量，对未成年被告人做好法制宣传和帮助教育工作。（4）未成年被告人在法庭上可以坐着回答问题。（5）在法庭上不得对未成年被告人使用戒具。（6）对未成年被告人宣告判决，应当公开进行，但不得召集群众大会。宣告判决时，应当通知未成年被告人的法定代理人到庭，并向他送达判决书副本。共同犯罪案件中，如有未成年被告人，在群众大会上宣告判决时，该被告人不得出场。（7）应当明确告知未成年被告人依法享有上诉权利，并且向他讲明上诉不加刑的法律规定。在上诉期限内，未成年被告人除自己享有上诉权利外，他的法定代理人也享有上诉权利。

### 33. 刑事诉讼中的证据有哪些

所谓证据，顾名思义即是证明问题的根据。所谓刑事诉讼中的证据，是指证明案件真实情况的一切事实。根据我国《刑事诉讼法》的规定及司法实践经验，刑事诉讼中的证据有以下几种表现形式：

（1）物证。即证明案件真实情况的物品和痕迹。物证是以物品的形状、特点、性质、痕迹等外部特征来证明案件事实的。物证一般表现为四种情况：（1）犯罪工具，比如杀人的凶器、毒药，撬窃的工具等等。（2）留有犯罪痕迹的物品，比如现场的指纹、脚印等等。（3）犯罪的对象物，比如赃款、赃物、放火案中的被烧房屋、设备等等。（4）其他可供揭露犯罪行为的查获的犯罪分子的物品，比如在现场的烟头、鞋、钮扣、打火机等。

（2）书证。即以文字、符号、图画所表达的内容来证明案件真实情况的书面文件或其他物品。书证的制作方法，可以是手书，也可以是印刷、临摹；使用的材料也不仅限于传统的白纸，也有用竹木、金属、石块或其他物品。

但其内容必须反映一定的案件事实，能够据以查明案件的真实情况。这里要注意，并非所有的书面材料都必然是书证，如果某一物品作为证据使用，尽管上面有文字记载，但记载中所表达的内容，对案件事实无证明作用，那么这一物品就不能作为书证，而是物证。

(3) 证人证言。即证人向司法机关就自己所知道的案件情况所作的陈述。证人证言的内容，只能是对查清案件事实有意义的一切事实。与案件无关的事实，或者证人的怀疑、猜测等，不能作为证人证言。证言内容的来源，可以是证人亲耳所闻，亲眼所见的情况，也可以是别人转告，但决不能把毫无依据的道听途说、街头巷尾的小道消息作为陈述的证言内容。

(4) 被害人陈述。即被害人就人身和财产受害的情况向司法机关所作的陈述。陈述内容一般包括：叙述自己遭受犯罪行为侵害的事实，揭发、检举犯罪人或犯罪嫌疑人；提出自己对罪犯处理的意见（包括附带民事诉讼）。

(5) 被告人的供述和辩解。又称被告人口供，即被告人向司法机关就其被指控的犯罪事实，所作的口头或书面的供述、申辩和解释。其内容一般包括：承认自己罪行的供认；否认自己犯罪或者虽然承认犯了罪，但说明应当从轻、减轻、免除刑罚或者不追究刑事责任等的辩解。

) 鉴定结论。即鉴定人就案件的某些专门性问题，运用其专门知识或技能，进行周密地研究鉴别后，所作出的书顶意见。

(7) 勘验、检查笔录。即侦查、审判人员对犯罪事件有关的场所、物品、尸体、人身等进行勘验、检查后所作的文字记录、绘图、照片、录像等材料的总称。

(8) 视听资料。即利用录音、录像和电子计算机贮存资料证明案件情况的一种证据。

#### 34. 被告人否认自己有罪，是否都要提供证据加以证明

这个问题，实际上涉及到举证责任问题。所谓举证责任，亦称证明的责任，是指提出证据证明案件事实的法律义务。我国《刑事诉讼法》明确规定：审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。由此可见，我国公诉案件的证明责任由公、安、检、法等四个机关共同承担。当侦查机关、检察机关指控某公民涉嫌犯有某罪时，就有义务提出足该证实某公民犯罪的证据，否则，就不能对某一公民追究刑事责任。人民法院作判决时，必须审查核实控告方面提出的有罪证据、罪重证据和辩护方面反驳控诉提出的证据。我国刑事自诉案件中，自诉人负有举证责任。人民法院审查自诉案件认为证据足够时，可以开庭审判；如果认为自诉人所提出的证据不足，可以要求其补充；如果提不出足够证据，人民法院又无法调查证实时，有权说服撤诉或驳回自诉。人民法院审判自诉案件，有权调查证据，对自诉人所提出的证据，负有审查核实的责任。自诉案件的被告人，当其提出反诉时，也负有对反诉内容的举证责任。

刑事诉讼中的被告人原则上不负有证明自己无罪或无罪的义务。换言之，被告人如否认自己有罪，是不需要提供证据加以证明。这是因为，被告人往往处于被剥夺或被限制人身自由的强制措施状态下，本身是不可能去收集证据，也不可能由其本身运用证据证明自己的主张。否则，将是有悖于现代诉讼精神实质的。被告人有反驳控诉的辩护权，即有权根据事实和法律，

提出证朗自己无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见。被告人的辩护权行使完全由被告人本身自由意志支配，任何机关、团体、个人不得剥夺或限制，除非被告人自己决定放弃此权。

应当指出的是，根据我国《刑事诉讼法》规定，被告人对侦查人员的提问，应当如实回答。这一规定显然是刑事诉讼活动所必要的，但是这并不意味着被告人负有证明责任。因为，司法机关不能因被告人不回答提问而就确定其有罪。

### 35. 刑事诉讼中的法庭审理能否延期或中止

刑事诉讼中的法庭审理，在某种特定情况下是可以延期或中止的。所谓延期审理，是指在法庭的审理过程中，遇有某种足以影响审理继续进行的情形，由合议庭决定休庭，待影响审理进行的情形消失后，再行开庭审理。根据我国《刑事诉讼法》规定，法庭在以下几种情况下可以决定延期审理：（1）当事人、辩护人申请通知新的证人到庭、调取新的物证，重新鉴定或勘验，经合议庭同意申请的。（2）检察人员发现新的情况，认为原来提起公诉的案件事实不清、证据不足，需要由人民检察院补充侦查，主动向法庭提出建议，经合议庭同意的。（3）合议庭在审理中认为案件证据不充分，或者发现新的事实，需要退回人民检察院补充侦查或者自行调查的。（4）由于当事人申请回避而不能进行审理的。其中包括两种情况：其一是对当事人的申请一时无法作出决定的，其二是被申请回避的人员应当回避，需要另行更换人员的。除此之外，在审判实践中，如果被告人拒绝辩护人为其辩护，要求另行委托辩护人，经合议庭允许的；或变更了起诉范围、被告人、辩护人要求作辩护准备，经合议庭允许的；或被告人因病确难继续承受审问的；或合议庭成员、书记员、公诉人、辩护人身体不适，审理无法继续进行的，法庭也可以决定延期审理。所谓中止审理，是指人民法院在法庭审理过程中因发生某种特定情况，影响案件正常审理而决定停止审理活动，待中止审理的情况消失后，再行恢复。在审判实践中，中止审现的情况主要有：被告人患有严重疾病，在比较长的时间内不能承受审问，或者被告人患有精神病，在比较长的时间内无法对其进行审问；案犯逃跑的，因不可抗拒的自然灾害等原因，无法进行审理的。

### 36. 被告人不服一审判决如何提起上诉

我国刑事诉讼中实行两审终审制，地方各级人民法院作出的一审判决和裁定在法定期限内，是未生效的判决和裁定，被告人不服当然享有上诉权利，即可向上一级人民法院提出重新审判的请求。除被告人外，被告人的法定代理人可以提起上诉，被告人的辩护人和近亲属在征得被告人同意后也可以提起上诉。

根据我自《刑事诉讼法》规定，上诉可以用口头形式，也可以用书面形式进行。凡有条件用书状上诉的，应尽可能用书状进行；被告人用书状有困难的，可用口头上诉。对口头上诉者，人民法院应制作成笔录。被告人提起上诉可以通过原审法院上诉，也可以直接向上一级人民法院上诉。凡通过原审法院上诉的，原审法院应当在三天内将上诉状连同案卷移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院或对方当事人。被告人直接向第二审人民法院上诉的，二审法院应当在三天内将上诉状送交原审法院。原审法院应当在收到上诉状后，将上诉状副本送交同级检察院或对方当事人，并将原审的全部案卷等报送二审法院。

我国《刑事诉讼法》明确规定了被告人提起上诉的期限，超过了法定上诉期限，就意味着被告人上诉权的丧失，原一审判决即行生效执行。上诉期限一般规定为：不服判决的上诉期限为十天，不服裁定的上诉期限为五天。期限从被告人接到判决书、裁定书的第二天起算。根据全国人大常委会 1983 年 9 月 2 日《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》规定，对杀人、强奸、抢劫、爆炸和其他严重危害公共安全应当判处死刑的犯罪分子，主要犯罪事实清楚，证据确凿，民愤极大的，其上诉期限由十天改为三天，若共同犯靠案件中既有属于决定中应判处死刑的被告人，也有其他处以徒刑的被告人，上诉期限仍为十天。

被告人上诉会加刑吗？回答是否定的，上诉不加刑是一项刑事审判原则，其含义是指被告人一方提出上诉的案件，第二审法院在经过审理改判时，不能适用比原判更重的刑罚。根据法律规定，有五种情况不受上诉不加刑原则的限制：（1）人民检察院认为一审判决确有错误而提出抗诉的案件。（2）自诉人不服一审判决而提出上诉的案件。（3）原判决事实不清楚或者证据不足，依法可以发回原审法院重新审判的案件。（4）经过二审审理，如果发现新的犯罪事实，应该变更控诉范围，发回原审法院重新审理的案件。（5）按照审判监督程序的提审或者指令下级法院或原审法院的再审案件。

### 37. 在刑事判决生效后被告人如何提出申诉

在一般情况下，刑事判决生效后被告人应自觉地接受改造，认真服刑。但是，如果被告人认为判决确有错误，仍然可以在服刑中行使申诉的权利。我国《刑事诉讼法》规定，监狱或劳动改造机关在刑罚执行中，如果认为判决有错误或者罪犯提出申诉，应当转请人民检察院或者原审人民法院处理。换言之，执行机关对罪犯提出的申诉，有责任转送，无权加以扣压，更不能认为罪犯提出申诉，就是抗拒改造。申诉案件的范围一般包括：（1）正在服刑的罪犯及其家属不服刑事判决、裁定而提出的申诉。（2）不服法院对监所检察部门办理起诉的罪犯案件的判决、裁定而提出申诉的。（3）正在服刑的罪犯及其家属的申诉受到阻力，司法机关认为需要处理的。

根据审级管辖原则，对原判决的申诉，要由与原判决的要审法院同级的人民检察院监所检察部门处理。即发生法律效力判决是基层法院作出的，申诉案件由基层人民检察院处理；发生法律效力判决是中级人民法院作出的，申诉案件由省、自治区、直辖市人民检察院分院或州、市人民检察院处理；发生法律效力判决是高级人民法院作出啊，申诉案件由省级人民检察院处理；发生法律效力判决是最高人民检察院作出的，申诉案件由最高人民检察院处理。虽然上级交办的申诉案件可以例外，但最后纠正还是需遵守审判监督的有关规定。根据地域管辖原则，原判决是哪个地区的法院作出的，不服原判决的申诉，就应由该地区的人民检察院处理。

申诉案件如需立案复查的，应当以“有错误可能”为原则，考查其认定的主要犯罪事实是否可能有错；证据是否确实、充分；定性是否准确；罪名是否确切；刑事处罚是否恰当；诉讼程序是否合法。对申诉材料进行迅速审查后认为需要复查的，应由承办人填写案件处理呈报表，经本部门负责人或主管检察长批复后复查。对批准复查的申诉案件，应当制定复查计划，确定需要查清的主要问题，以及复查的方法、步骤措施和完成的时间等。对复查申诉案件的结案处理，如果原判决、裁定正确的应驳回申诉，并制作驳回申诉通知书；如果原判决、裁定确有错误并需要纠正的，应制作改判建议书，

建议人民法院重新审理，必要时经检察长或检察委员会决定，按审判监督程序提出抗诉；法院改判后，还要监督配合有关部门，认真做好善后工作。如果冤错案件是因原办案人员违法乱纪或由他人诬告造成，应当追究有关人员的法律责任。

## 第六章知识产权官司

### 一、著作权官司

#### 1. 什么是著作权官司

著作权官司即著作权诉讼，是当事人就著作权纠纷向人民法院起诉，由人民法院依法进行审理的活动。

著作权是公民、法人对其创作的科学、文学和艺术作品所享有的民事权利。这一权利是基于作者创作出来受著作权保护的作品而产生的，而作品使用的途径又是十分广泛的，因而著作权纠纷的发生既常见，又复杂。既有基于著作权的归属、权利的行使等发生的侵权纠纷，也有基于作品的使用而发生的著作权合同纠纷。这些纠纷发生后，当事人都可以向法院起诉，通过司法程序予以解决，这就发生了著作权官司。依法及时、正确地解决这些纠纷，对于维护作者的合法权益，保障作品这一特殊商品正常有序地流转、传播，促进社会主义精神文明建设，都有十分重要的意义。

著作权官司是当事人请求法院解决著作权纠纷的活动，任何著作权纠纷的当事人都可以向人民法院提起诉讼，请求法院依法进行审理，作出裁判，因为著作权是民事权利，在一般情况下，当事人自己不主张权利，不向法院提起诉讼，法院不会主动干涉，予以处理，著作权官司也就不会发生。当然，当事人一旦提起诉讼，法院会依法受理，当事人也就要参加这一官司的全部诉讼活动。

著作权官司是诉讼中比较复杂的一种。首先，著作权官司的争议标的与作品的权利归属、作品的使用有关，法律关系复杂，专业性强。其次，著作仅官司中既有违反著作权法律规范中的强制性规范或者禁止性规范引起的侵权纠纷，也有违反著作权法律规范中的任意性规范而引起的违约纠纷；既有不服著作极管理部门的处罚等引起的行政诉讼，也有当事人之间因侵权或者违约引起的民事诉讼，还有因严重侵权构成犯罪引起的刑事诉讼，这三种不同的诉讼，在审判中要分别适用《行政诉讼法》、《民事诉讼法》或《刑事诉讼法》。第三，著作权的产生是基于作者创作出作品这一法律事实，不像商标权需要注册，专利权需要申请、审查，而是自动产生的。只要有了作品，著作权就自然产生，而创作活动又是作者个人的脑力劳动，因而著作权官司的调查、取证都有其相当困难的一面，要求法院给予处理的原告人负有重要的举证责任，在诉讼中，原告人的举证是否充分，就成为这类官司能否胜诉的关键因素。鉴于以上原因，著作权官司的当事人，律师及审判人员，应当清楚法律的有关规定，具备相当的专业知识。

#### 2. 哪些人能向人民法院提起著作权诉讼

依《民事诉讼法》的规定，有权向人民法院提起著作权诉讼的应当是著作权人，仰受《著作权法》保护、占有并支配著作权的人。具体包括：

(1) 作者，即直接创作出作品的自然人。依《著作权法》的规定，自然人不分民族、种族、性别，职业、宗教信仰、教育程度、年龄大小，只要是通过自己的独立构思，运用自己的技巧和方法，直接创作出反映自己个性与特点的作品，该作品的创作者就享有著作权。当其著作权受到他人侵犯时，有权向人民法院提起诉讼，请求法律保护。如果作者是未成年人，其法定代理人有权以代理人身分，代理其提起诉讼。抄袭、剽窃他人作品的人，仅对



作品的创作提供咨询意见、资料或其他服务的人，审读、校阅稿件的人都不是作者，自然也不享有著作权，不能向法院提起著作权诉讼。符合《民法通则》规定条件的法人或虽不具备法人条件，经核准登记的社会团体、经济组织或者组成法人相对独立的部门的非法人单位，虽不像自然人那样直接进行创作，《著作权法》也赋予其著作权人的资格，即由法人或非法人单位主持，代表法人或者非法人单位意志创作，并由法人或者非法人单位承担责任的作品，法人或者非法人单位被视为作者。在这种情形下，法人或非法人单位的著作权受到侵犯，也可向法院提起著作权诉讼。

(2) 其他著作权人。依法规定，著作权人可以转让自己的著作权，著作权中的财产权利也可依法定程序或著作权人的有效遗嘱，由著作权人的继承人继承或遗赠受领人接受遗赠。在这种情形下，著作权人的受让人或继承人或受遗赠人的权利被侵犯时，也可向人民法院提起著作权诉讼，至于美术、摄影等作品的原件所有权转移时，受让人依法享有该作品原件的展览权，该项权利受到侵犯时，作品原件的所有权人也可提起著作权的诉讼；作者身份不明的作品，作品原件的合法持有人也有权行使除作品署名权以外的著作权。这些权利受到侵犯，作品原件的合法持有人也可向人民法院提起有关的著作权诉讼。

(3) 外国人。外国人的床发表的作品首先在中国境内出版，或者在中国境外首先出版后，三十天内又在中国境内出版的，也依我国《著作权法》享有著作权。其著作权受到侵犯的，有权在我国人民法院提起诉讼。

### 3. 著作权保护的对象是什么

著作权保护的对象即著作权的客体是作品，这是著作权人所享有的著作人身权利和财产权利所指向的目标。公民或法人因为创作出了受著作权保护的文学、艺术和科学作品而享有著作权，也因为他人对作品的发表、修改、使用等没有法律根据或合同依据而引起著作权纠纷。因此了解著作权保护对象的特点，对分清是非，正确处理著作权纠纷有重要意义。

著作权保护的对象，从理论上讲应该具备三个要素：

(1) 具有文学、艺术或者科学的内容。作品必须具有文学、艺术或者自然科学、社会科学、工程技术等领域的一定内容。一张空白的表格，一个会议通知就不能称其为作品。

(2) 具有独创性。作品是作者用自己的大脑独立思考，构思创作的表达思想、观点、感情的智力活动的成果。抄袭、剽窃、复制他人的作品就不是创作。比如，录制者在录制唱片或磁带时，尽管也付出了相当的技术劳动，但因为他仅仅是在忠实地再现他人的作品，而不能对作品的内容进行任何增删，录制者的劳动就不是创作，周而也就不能享有著作权。所以，《著作权法》没有将录音制品列为录音作品。又如，朗诵他人的作品，无论朗诵得多么好，都是在用口头形式再现他人的作品而不是创作，朗诵者不能因为朗诵而享有著作权。

(3) 能以某种物质形式固走下来。作品是作者将客观世界在自己头脑中的直接或间接的反映通过如文字、语言、色彩、线条、旋律等方式表现出来，让除了作者以外的人能听到、看到、触摸到，并能通过不变的方式复制出副本的创作成果。没有一定的物质表现方式，不能为他人感知、复制的，即使再有内容，是作者创作的，也不能称其为作品。如一篇散文的腹稿，无论怎样精彩，也不能享有著作权。因为著作权立法的目的，不仅在于鼓励创作，

也要鼓励传播。作者必须以他人能感知的某种方式将自己对客观世界的认识表达出来，并能够加以复制，才能达到传播的目的，受《著作权法》的保护。

具备以上特征的智力创作成果，才能是《著作权法》所保护的具有独创性的文学、艺术和科学领域内容的，并且能以某种形式复制的作品。这一作品可以洋洋几万言，也可以只有寥寥几个字，如“世界风采东方情”，仅有七个字的广告用语，就是作者经过反复思考、提炼创作的文字作品，因此作者享有著作权。

根据我国《著作权法》的规定，受《著作权法》保护的作品有以下种类：

(1) 文字作品，指以文字形式表现的作品。文字可以是汉文、少数民族文字、盲文，也可以是外文。文字作品的范围很广，如小说、诗歌、专著、论文、教材、译著、小册子、杂志、报纸等等。

(2) 口述作品，指以口头形式表现的作品，又常称为口头作品或语言作品。如即兴的演说、授课、法庭辩论等，民间口头流传的歌谣、谚语等。

(3) 音乐作品，指以旋律、节奏表现的艺术作品，具体指交响乐、歌曲等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品。这些作品多以乐谱的形式表现出来，但也有不用乐谱形式而是直接用演奏、歌唱的方式表现出来。

(4) 戏剧作品，指将一个人或许多人的连续动作和对话编排在一起的，可以通过舞台表演来反映社会生活或表现思想、情感的作品。

(5) 舞蹈作品，指通过连续动作、姿势、表情表现的作品。

(6) 曲艺作品。曲艺是指流传于民间的，富有浓厚地方色彩的如相声、弹词、大鼓等各种说唱艺术。曲艺作品就是以相声、快书、大鼓、评书等曲艺形式表演的作品。

(7) 美术作品，指以线条、色彩或者其他形式构成的，如绘画、书法、雕塑等有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。

(8) 摄影作品，指借助照相机等器械，在感光材料上记录客观物体形象的作品，具体指作品的底片或照片上所载的画面。

(9) 电影、电视和录像作品，指摄制在一定物质上，由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，并借助适当装置放映、播放的作品。

(10) 工程设计、产品设计图纸及其说明，指以线条表现的产品、工程的结构、性能及其附带的说明，用于指导工程施工或产品制造的作品。

(11) 图形作品，指地图、设计图、示意图等图形表现的作品。地图是按照地图制图的原则，运用线条、符号或色彩按一定比例在平面上绘制的说明地面上各种自然现象和社会现象的图，如地形图、地质图、资源分布图、行政区划图等。还有如水文图、天文图等也属这类作品。示意图则指说明内容较复杂的事物原理或者轮廓而绘成的图。如说明某种机器、仪器的结构或原理的线路图、管道图等，说明某一地形、建筑平面的交通示意图、公园的游览图等。这类图形作品不仅包括平面作品，也包括有关的模型、沙盘等。

(12) 计算机软件，指相对计算机系统上的电子的、机械的、电磁的、光的元件组成的装置设备即硬件而言的概念，即指保存在磁盘、磁带、光盘、纸等媒质上的帮助计算机处理和存储信息的程序，以及描述这些程序的内容、作用或使用方法的文字资料。如程序设计说明书、流程图、用户手册等。

除上述作品之外，国家法律、行政法规也可规定其他作品，也就是说，如果出现或者存在着我国《著作权法》第三条规定的著作权客体之外的作品，

只要在法律、行政法规明确规定给予保护之后，同样可以受《著作权法》保护。

我国《著作权法》根据一些作品性质，用途等的特殊性，明确规定法律、法规、国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件，及其官方正式译文，时事新闻、历法、数表、通用表格和公式等，不适用《著作权法》保护。至于依法禁止出版、传播的作品，也不受《著作权法》保护。

#### 4. 著作权人享有哪些权利

著作权人享有哪些权利，是著作权官司的当事人首先应当清楚的，只有清楚了这一点，才能知道侵权人侵犯的是哪一种或哪几种权利，应该履行而未履行的义务是什么，应当承担何种法律责任，有理、有据地追究侵权人的责任，维护自己的合法权益。

著作权人依法享有的著作权，主要有两大部分，即著作人身权和著作财产权。按照我国《著作权法》规定，著作权是公民、法人或非法人单位的一项民事权利，与其他绝大部分民事权利一样，不须履行任何手续，作品一经完成，无论发表与否，均会产生著作权，即著作权主体享有著作人身权和财产权。

(1) 著作人身权，是指为保护作者的名誉、声望及其他无形人格利益而由《著作权法》所承认的权利。它由作者终身享有，一般不可转让、不得剥夺。作者死亡之后，其继承人或法律指定的机构保护其不受侵犯。依我国《著作权法》规定，著作人身权主要有如下几方面：发表权，即决定作品是否公之于众的权利。作者对尚未公开发表的作品，享有通过出版、上演、放映、录音、“展示”等方式向公众发表的权利。“公之于众”意味着作品在相当的不特定的人中传播，以满足公众的合理需求。它与平日讲的在公开的刊物或出版社“发表”不是一个概念。根据此权利，作者有权决定是否将作品公开发表、何时公开发表或用何种方式公开发表。凡未经作者同意，擅自将其作品的全部或一部分公之于众，或未按作者指定的方式、时间发表作品，都是对作者发表权的侵犯。至于作者死亡之后，对其生前未公开发表的作品，我国同绝大多数国家的《著作权法》相同，即在不违反作者意志的范围内可以决定公开发表。具体指作者生前未发表的作品，如果作者未明确表示不发表，作者死亡之后五十年内，可由其继承人或受遗赠人行使其发表权。没有继承人又无人受遗赠的，此权利由作品原件的合法所有人行使。署名权。表明作者身份，在作品上署名的权利。这是作者主张自己系该作品作者的权利。作者有权维护自己的名誉、作者的资格和地位，防止他人窃取自己的作者地位。依此权利，作者有权决定在作品上署名或不署名，有权决定用本名、笔名、别号等在作品上署名，有权要求利用其作品的人在作品上指示其姓名，有权禁止未

参加创作的他人自己的作品上署名。修改权，修改或授权他人修改作品的权利。修改是指对作品作局部的变更，如文字、语句的改动、情节的变更等等。是否修改，怎样修改，是作者的权利。作者可以自己修改，也可以授权他人修改。但无论怎样，修改权的行使都应该保留原作品的基础，即在依然未产生新作品的限度内。修改权的行使也要可行，如作者的行为能力丧失，就不能行使这一权利了。保护作品的完整权，即保护作品的内容、观点、标题形式等不受歪曲、篡改的权利，禁止违反作者意志的丑化、增删

等变更作品的行为。

(2) 著作财产权，是作者或其他著作权人所享有的对其作品的利用、收益和处分的权利。具体指作者或其他著作权人以各种形式使用作品的权利，以及许可他人以各种方式使用其作品，自己取得报酬的权利。作者死亡之后，著作财产权可以依照《继承法》的规定继承。

著作权主体享有的财产权利，主要有如下几种：复制权。即以印刷、复印、临摹、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或多份复制品的权利。这是著作财产权中最基本的权能，除复制以外的使用作品方式绝大多数要在复制后进行。表演权。指以演奏乐曲、上演剧本、朗诵诗词等直接或者借助技术设备以声音、表情、动作公开再现其作品的权利。播放权。指通过无线电波、有线电视系统传播作品的权利。展览权。指公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制品的权利。发行权。指为满足公众的合理需求，通过出售、出租等方式向公众提供一定数量的作品的复制品的权利。依此权利，著作权人有权决定复制品的发行方式、数量、区域等问题，忽视作者的这一权利是不正确的。演绎权。即将作品进行翻译、改编、注释、整理的权利。用其他方式使用作品的权利。如将作品摄制成电影、电视的权利，将作品汇编在一起的权利等等。

依照《著作权法》的规定，作者可以自己使用上述权利，也可以利用许可合同将上述权利转移给他人使用，自己获取报酬。著作权的许可使用合同，是由作者或作者的继承人等与使用作品的人就使用作品的方式、期限、付酬标准等达成一致的协议，双方依协议的约定，履行自己的义务。因为不订合同或者合同条款不清楚造成的纠纷，往往是著作权纠纷中比较大量的或普遗发生的。发生纠纷的当事人，应当首先清楚著作权人有什么权利，合同中允许使用人使用的是著作权人的哪方面权利，这才容易分清是非，处理好这类纠纷。

### 5. 哪些行为不是对著作权的侵犯

著作权同其他民事权利一样，不是没有任何限制的。为了推动人类文明的进步和社会的发展，《著作权法》在充分规定了著作权人的权利之外，也规定了对著作权人权利的限制，在充分保护著作权人权利的同时，也要求作者及其他著作权人为社会尽一定的义务。了解《著作权法》中对著作权利限制的规定，就能清楚地地在什么情况下发生的行为不是对著作权的侵犯。

我国《著作权法》中规定的对著作权利的限制，主要有以下几种情况：

(1) 合理使用。合理使用是指在法律规定的情形下，使用他人已经发表的作品，可以不经著作权人同意，不支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并不得侵犯著作权人享有的其他权利。合理使用制度对使用人而言是正当的、合理的使用，对著作权人而言则是对著作权利的限制。我国《著作权法》规定的“合理使用”的场合有：为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品。为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品。为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播、电视节目或者新闻记录影片中引用已经发表的作品。报纸、期刊、广播电台、电视台刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台已经发表的社会论、评论员文章。报纸、期刊、广播电台、电视台刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外。为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，

但不得出版发行。 国家机关为执行公务使用已经发表的作品。 图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品。 对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像。 将已经发表的汉族文字作品翻译成少数民族文字在国内出版发行。（11）将已经发表的作品改成盲文出版。

（2）法定许可。法定许可是指在法律规定的条件下使用他人已经发表的作品，可以不经著作权人同意，但应当支付报酬的制度。法定许可制度的设立，是为了在某些特定的条件下，简化取得著作权许可的程序，以便更快、更好地传播作品，而又不致于危害作者的正当权益。这也是一种常见的限制著作权的方法。我国《著作权法》中关于法定许可的规定，主要指如下情形：

作品在报刊上刊登后，其他报刊可以转载，或者作为文摘、资料刊登。表演者使用他人已经发表的作品进行营业性演出。 录音制作者使用他人已经发表的作品制作录音制品。 广播电台、电视台使用他人已经发表的作品制作广播、电视节目。在上述情形下使用他人已经发表的作品，可以不经著作权人许可，除法律另有规定的以外，应当向著作权人支付报酬。但著作权人在首次发表作品时声明不许使用的则不得使用。法定许可制度，说到底是对著作权人许可权的限制，尽管可以不经许可的情形不算太少，但著作权人有声明禁止使用的权利。在法定许可制度允许的情形下使用他人作品，如转载、营业性演出、灌制录音制品、制作广播、电视节目时，应当认真查找作品的著作权人有无禁止使用的声明，否则，极易发生著作权纠纷。

## 6. 哪些行为是对著作权的侵犯

侵犯著作权，是指未经作者或其他著作权人的许可，又没有法律上的根据，擅自使用他人享有著作权的作品的行为。侵犯著作权的行为多种多样，常见的有如下几种：（1）擅自发表，指未经著作权人许可，将作者未发表的作品公之于众。因为作者的发表权常常与作品的使用权同时行使，实践中，侵犯发表权的行为大都同侵害著作权人的某种财产权利联系在一起。如未经著作权人许可，将未发表的作品翻译、出版、展览、上演等。

（2）抄袭、剽窃，指将他人的作品当作自己作品发表的行为。实践中，原封不动的照搬他人作品是有的，但更多的是改头换面，斩头去尾地抄袭他人的作品，这是一种典型的、严重的侵权行为。

（3）擅自利用，指未有法律的明确规定，又未经著作权人同意，以复制、表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的行为。

（4）歪曲、篡改，指未经作者同意，对其作品所涉及的内容、观点、风格进行修改的行为，或者未按被利用作品的作者的原意进行利用的行为，或者超出了法律允许的范围，歪曲、篡改作者的原意的行为，或者将作品用于有损作者声誉与尊严的场合的行为等。

（5）强行占有，指未经合作作者同意，将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表的行为，或者本非作品的合作作者，却强行在作品上与作者一起署名发表的行为，或者用不正当的手段在发表作品时隐瞒原合作者姓名的行为等。

（6）拒付稿酬，指经著作权人同意使用其作品之后，却不按规定或者约定支付报酬，或者截留、私分著作权人报酬的行为。

（7）其他侵犯著作权的行为。如制作、发行或进口侵犯他人著作权的复

制品，制作、出售假冒他人署名的美术作品的行为等。

#### 7. 著作权的保护期间有多长

著作权的保护期间，是指著作权受法律保护的期间。著作权同专利权、商标权一样，是人身权利和财产权利“两权一体”的权利。因为人身权利与财产权利性质、特点的不同，其保护期限也不相同。著作权中的人身权利，是作者创作出作品后即产生的与作者人身不可分离的权利。依照我国《著作权法》的规定，作者的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制，即永远受保护。著作权人死亡、法人终止后，其署名权、保护作品完整权受到侵犯时，他的权利承受人有权以原告身分提起诉讼，请求法律保护。著作权中的财产权利，是指著作权人或者其他著作权人所享有的对其作品的利用、收益和处分的权利，是作者和其他著作权人以各种形式使用作品，或者许可他人使用作品，自己获得经济报酬的权利。各国在著作权法律中，都从既鼓励作者创作，又不妨碍社会对科学文化的需要出发，规定对著作权的财产权利给予一定的保护期间。保护期间届满，著作权人的财产权利丧失，作品进入公有领域，他人可以自由使用该作品。我国《著作权法》规定：公民的作品，其发表权、使用权和获得报酬权的保护期为作者终生加死后 50 年，截止于作者死亡后第 50 年的 12 月 31 日；法人或非法人单位的作品，著作权由法人或非法人单位享有的职务作品，其发表权、使用权和获得报酬权的保护期为 50 年，截止于作品首次发表后第 50 年的 12 月 31 日，但作品自创作完成后 50 年内未发表的，不再保护其著作权；电影、电视、录像和摄影作品的发表权、使用权和获得报酬权的保护期为 50 年，截止于作品首次发表后第 50 年的 12 月 31 日，但作品自创作完成后 50 年内未发表的，不再保护其著作权；合作作品的保护期间与公民的作品相同，但其截止计算的时间为最后死亡的作者死亡后的第 50 年的 12 月 31 日。

#### 8. 订立著作权许可使用合同的要点有哪些

著作权许可使用合同，是著作权人同使用作品的人就使用作品的方式、期限、付酬标准等订立的协议。订立著作权许可使用合同应当注意如下几点：

(1) 著作权许可使用合同的双方当事人法律地位平等。

在著作权许可使用合同中，授权的人即许可人，是著作权人，他可能是作者，也可能是作者的继承人、受遗赠人等；被允许使用作品的人即被许可人，则是使用作品的人，常见的为出版者、录制者、广播、影视业者等。在实际生活中，合同双方的经济实力通常是悬殊的，在许多情形下，是作者有求于使用者，使用者会利用自己的有利地位，将自己的意志强加于对方，迫使作者等接受不合理、不公平的条款，这是违反合同中双方当事人法律地位平等这一精神的，如果双方订立了显失公平的合同，当事人有权向仲裁机构或人民法院提出争议，撤销这一合同。

(2) 著作权许可使用合同的客体是著作权中的一项或几项财产权能，而不是作品载体。订立著作权许可使用合同的目的，是著作权人将自己享有的用某种方式使用作品的权利有期限、有条件地许可使用者使用，使用人只能依照合同约定的方式使用著作权人的作品，未经许可的使用，除法律另有约定的以外，均为侵权行为，要依法承担法律责任。在著作权许可使用合同中，可以对作品载体的所有权作出约定，如报刊、杂志的约稿合同中，有时有“不退原稿”的约定，就是出版者为了稿件存档等需要，要求作者将“原稿”的所有权转让给出版者。但要明确，转让作品载体的所有权与转让著作权的许

可使用权是两个性质完全不同的合同。前者为民法中的物权合同，如一幅字画的买卖，后者是著作权的许可使用合同，如一幅字画的出版。著作权人可以按自己的意愿，对作品的使用和作品的载体作出处分。

(3) 著作权许可使用合同的条款应当明确、具体。著作权许可使用合同应当包括如下条款：许可使用作品的方式，即使用人用何种方式使用他人作品。这是著作权许可使用合同的基本条款。一部作品可能会有多种使用方式，也就出现了多种使用作品的合同，如出版合同、翻译合同、改编合同、表演合同、录音合同、录像合同、广播合同、影视作品摄制合同等等。凡未明确许可使用的方式，利用人不得使用。许可使用的权利是专有使用权还是非专有使用权。著作权人授权他人使用其作品的权利有专有使用权和非专有使用权。专有使用权是指著作权人只授权某利用人使用其作品，对同一使用方式，著作权人自己不得使用，也不得再授权第三方使用。非专有使用权指著作权人有权将其作品授予两个或者两个以上的人以相同方式使用。我国《著作权法》规定，除图书出版者享有专有出版权以外，其他使用作品的方式都既可以是非专有的，也可以是专有的，应当在合同中约定清楚。凡未作明确约定的，使用者均取得非专有使用权。许可使用的范围、期间。这是指许可使用作品的地域、对象、时间等。如某一录像制品只能在某市电视台播放。某一作品的发行范围仅限于华东地区等。许可使用合同的时间、期限，按《著作权法》规定，不得超过十年，合同期满可以续订。因此，当事人在订立合同的时候，可以在十年期间中约定许可使用合同的有效期限。付酬标准和办法。在我国，实行稿酬制度，付酬标准由国家版权局统一规定。一般著作稿的基本稿酬为每千字 10 至 30 元，翻译稿每千字 8 至 24 元，另外支付印数稿酬。当事人可以在合同中约定具体的付酬标准，也可以完全不按国家的规定，在合同中另定稿酬标准。支付的办法是指支付稿酬的方式，是一次付清，还是分批给付。目前一些出版合同也适用版税制度，即用书的定价  $\times$  版税率  $\times$  发行数（或印数）的方法计算报酬。这种方法能使著作权人的利益同发行的结果即一部作品被社会承认的程度结合起来，比目前吃大锅饭的稿酬制度较具优势。违约责任。是指著作权人和使用人违约之后应当承担的法律责任。这一条款对约束当事人双方恪守合同，认真履行合同义务有相当作用，应约定清楚。双方认为需要约定的其他内容。如解决纠纷的办法，发生纠纷的诉讼管辖等。著作权许可使用合同，是一个双方的、有偿的、诺成的民事合同，一般不会即时清结，除向报社、杂志投稿的以外，应当采用书面形式。

著作权许可使用合同是有法律效力的行为。一经成立，即具有法律约束力。当事人双方均应认真履行合同中约定的义务，以保证对方权利的实现。一旦发生纠纷，合同条款即成为处理合同纠纷的依据，违反合同条款的，将要依法承担违反合同的法律责任。

### 9. 什么是著作权的邻接权

邻接权，又称传播者权。它不是著作权，而是与著作权相邻或相接的权利，是传播者在传播作品中享有的权利。作品被创作出来之后，需要在公众中传播，而那些传播作品的人如出版者、表演者、录音录像制作者和广播、电视组织的劳动也具有创造性，需要相当的业务水平和投资，但他们的劳动不产生作品，而是在他人创作的作品的基础上进行传播作品的创造性活动，这种劳动亦应受到法律的保护。邻接权与著作权紧密相联，但又是独立于著

作权之外的一种权利。

邻接权主要有如下内容：

(1) 出版者权，是指出版者在得到著作权人授权之后对其出版的作品所享有的权利。出版者是广义的概念，除图书出版社外，还有报社、杂志社、音像出版社等出版单位。出版者权是一种派生的权利，著作权人将自己享有的出版权授权出版者后，出版者才会因自己在书的编辑、印刷过程中的创造性劳动而享有出版者权。出版者权的主要内容有：署名权。这是出版者享有的邻接权中的人身权利。出版者有权在自己的出版物上署自己的名称。如本书由人民文学出版社出版，该社有权就此署名，这与作者的署名是两种不同性质的署名。版式权。出版者对其出版的图书、报纸、杂志的版式形式、装帧设计享有专有使用权，未经其许可，其他出版社不得使用该图书的版式形式和装帧形式。版式形式指印刷字体、横排竖排、开本大小等内容。装帧设计是指出版物的外观设计，即书封面的加工设计，是平装、精装还是线装等。书籍等的封面设计人对自己设计的书籍封面享有著作权，大多采取“一次卖绝”的方法，将权利转让出版者。出版者对其版本形式享有的邻接权，保护期间为五十年，期间自首次出版之日起计算，至出版后的第五十年的12月31日。要注意的是，图书出版合同的有效期限届满之后，该图书的专有出版权回归作者后，图书出版者对丧失了专有出版权的图书仍然享有邻接权，未经其许可，其他出版社不能使用该图书的版式设计和装帧形式。再版权。出版者对其在合同有效期内的作品享有以同种文字的原版、修订版和缩编本的方式出版图书的独占权。

图书出版者出版图书后，应当在版权页上做好图书版本记录。图书版本记录一般包括：书名（或图片名）、著作者的姓名（或笔名、单位名称等）、出版者、印刷者和发行者的名称、出版年月、版次、印次、印数、统一书号、定价。

(2) 表演者权，是指表演者对其表演所享有的权利。在明表演者身份的仅利，即使在许多人参与的大型表演中，有时因为时间、篇幅的限制，仅仅标出主要演员的姓名，那些不标明姓名的群众演员，也同样享有这一身份权利。保护表演形象不被歪曲的权利。获得报酬权。表演者因其表演作品，许可直播、录音、录像或摄影而获得报酬的权利，法律另有规定的除外。许可或者禁止他人对其表演摄影的权利。许可或者禁止他人从现场直播其表演的权利。许可或者禁止他人复制其表演录音、录像的权利。许可或者禁止他人复制其表演录音、录像的权利。这七项权利中，前二项为人身权利，后五项则为财产权利。第七项权利的保护期为50年，从录制其表演的录音、录像制品首次出版之日起计算，至第50年的12月31日。

(3) 录音、录像制作者的权利。录音、录像制作者对其制作的录音、录像制品所享有的权利即为录音、录像制作者的权利。录音、录像制作者包括音像出版社、广播电台、电视台和其他制作录音、录像制品的人，他们制作的录音、录像制品所载的作品的著作权属著作权人所有。录像制作者使用他人作品制作录像制品的，无论发表与否，都须经著作权人同意，并按规定支付报酬。录音制作者使用他人未发表的作品制作录音制品的，应当经著作权人同意，使用他人已经发表的作品制作录音制品的，可以不经著作权人同意，但都应当按规定支付报酬。录音、录像制作者制作的录音、录像制品是录制他人表演的，还须同表演者订立合同，并支付报酬。



录音、录像制作者的权利主要有：署名权。录音、录像制作者有在其制作的录音、录像制品上署名的权利。许可复制、发行权。录音、录像制作者对其制作的录音、录像制品，享有许可或禁止他人复制、发行并获得报酬的权利。许可播放权。录音、录像制品的制作者有许可电台、电视台播放其制作的录音、录像制品并获得报酬的权利。

录音、录像制作者的权利的保护期为五十年，截止于该制品首次出版后第五十年的12月31日。

(4) 广播电台、电视台的权利。广播电台、电视台对其制作的录像制品享有邻接权。因为我国《著作权法》将录像分为录像作品和录像制品。电视台制作的大量节目是录像作品，电视台为此享有的是著作权，少量的才是录像制品，电视台为此享有邻接权。广播电台制作的广播节目，则大量的为录音制品，广播电台为此享有邻接权。广播电台、电视台享有的邻接权也是一种派生的权利。电台、电视台使用他人未发表的作品制作广播电视节目，应当取得著作权人许可，并支付报酬，使用他人已发表的作品则可以不经著作权人许可，但应当支付报酬，法律另有规定的除外。

广播电台、电视台享有的权利主要有：署名权。电台、电视台对其制作的节目享有署名的权利。播放权。电台、电视台对其制作的节目享有自己播放的权利。许可播放权。电台、电视台有权许可或者禁止其他电视台、广播电台转播其制作的电视节目、广播节目，并因使用而获取报酬。其他电台、电视台转播上述节目，还应取得著作权人和表演者的许可，并向他们支付报酬。许可、复制发行权。电台、电视台对其制作的非作品的电视节目、广播节目，有许可或禁止他人复制成录音制品、录像制品发行的权利。他人复制、发行其制作的录像制品、录音制品，应取得电台、电视台的许可，并向他们支付报酬。

当然，电视台播放他人的影视作品，应当取得影视作品的制片人许可，并支付报酬；电视台播放他人的录像制品，应当取得著作权人、表演者和录像制品制作者的许可，并支付报酬。

#### 10. 哪些行为是对著作邻接权的侵犯

著作邻接权，是《著作权法》赋予作品的传播者，如表演者、出版者、录音、录像制作者和广播电台、电视台的权利，侵犯传播者权利的行为也有许多，常见的有如下几种：(1) 未经出版者许可，复制、出版其享有专有出版权的图书、报纸、杂志，或使用出版者的图书、杂志等的版式设计、装帧设计的行为，这是对出版者专有出版权的侵犯。(2) 未经表演者许可，从现场直播其表演的，这是对表演者权的侵犯。

(3) 使用表演者的表演时未指明表演者的身份，或歪曲其表演形象的行为，这是对表演者人身权利的侵犯。(4) 未经表演者许可，对其表演进行营业性录音、录像的行为，这是对表演者财产权利的侵犯。

(5) 未经录音、录像制作者许可，复制、发行其制作的录音、录像制品的行为，这是对音像制作者财产权利的侵犯。(6) 未经广播电台、电视台的许可，复制、发行其制作的广播、电视节目的行为，这是对广播电台、电视台财产权利的侵犯。

#### 11. 著作权官司的诉讼时效有何规定

著作权从性质上讲是民事权利的一种。依照《民事诉讼法》的一般原理，著作权人享有的著作权，包括著作权人在法律的范围，有权按照自己的意

愿使用自己的作品，并从中获取收益，在著作权受到侵犯的时候，有权向人民法院提起诉讼，请求国家强制力量的保护，维护自己正当、合法的权益。法律为了促使当事人在自己权利受到侵犯的时候，能尽早向人民法院提出自己的诉讼请求，主张自己的权利，稳定社会关系，也便于人民法院查明事实，公正、合法地处理著作权纠纷，都规定了著作权人或其他当事人向人民法院提起诉讼的时间期限，这就是诉讼时效制度。著作权官司的诉讼时效，就是法律规定的著作权人或其他当事人有权请求人民法院对其权利给予强制保护的法定期间。超过了这一期限，著作权人或其他当事人就丧失了请求人民法院给予保护的权力。著作权的侵权官司是民事官司，在诉讼程序上适用《民事诉讼法》的规定，著作权侵权官司的诉讼时效也适用《民法通则》的时效规定。所以，著作权官司的时效期限为二年，从权利人知道或者应当知道其权利被侵害的时候开始计算。超过这二年时效期限的，权利人即丧失了请求人民法院给予强制保护的胜诉权，法院在查明事实。确无诉讼时效中、中断及延长的事由之后，判决权利人败诉。因此，著作权人在其权利被侵犯时，应当积极地主张权利，维护自己的权益，在通过调解等手段仍不能解决纠纷时，应当尽早向人民法院起诉，以避免出现明明有权利，却不能受到法律保护的不利后果。

## 12. 不打官司能解决著作权纠纷吗

著作权纠纷通常有两种情形；一是著作权人在著作权受到侵害时与侵权人之间的争议。二是著作权合同订立之后，一方或双方不履行、不全面履行合同时，合同的双方当事人之间的争议。前者是侵权纠纷，后者为违约纠纷，都是发生在平等主体之间的争议。当事人用积极的态度正确、及时地处理好这些纠纷，对维护当事人的合法权益，消除当事人之间的矛盾，稳定社会关系，繁荣创作，促进传播，维护著作权法律的尊严与神圣，都有重要意义。依有关法律的规定，不用诉讼也可能解决矛盾。解决著作权纠纷的非诉讼方式有以下几种：

(1) 协商。协商是指有争议的双方当事人，在自愿、互谅的基础上，依据有关法律、政策的规定，诚意协商、自行解决的一种形式。自行协商解决争议，并不是当事人无原则的妥协、迁就，而是在法律许可的范围内，依据合法、平等的原则解决纠纷。当事人之间达成的和解协议不能违反法律，不能损害国家、集体和个人的利益。著作权纠纷是民事纠纷，法律允许著作权人自愿地放弃自己的某些权益，而著作权观念在许多人心中又十分淡薄，一些纠纷发生后，当侵权人或违约人了解法律的规定之后，会对自己的行为感到内疚，愿意用承担一定责任的方法解决好纠纷。而我国一些知识分子，也不愿意因为一些并不严重的著作权纠纷就对簿公堂。鉴于此，用协商的办法解决一些性质不太恶劣、后果并不十分严重的著作权纠纷，不失为一个好办法。

(2) 调解。这是诉讼外进行的，由第三方如著作权行政管理部门、著作权纠纷当事人的所在单位或双方信任的公民、团体等主持的，通过查明事实、分清是非、明确责任，促使当事人达成协议、解决争议的一种方式。我国《著作权法》也明确规定，著作权的侵权纠纷、合同纠纷都可以调解。因为这种调解是在双方自愿的基础上进行的，不带有任何国家权力的色彩。在第三方的主持下，著作权人方面采取谅解、谦让的态度；侵权或违约方面，主动认识自己的违法之处，积极、诚恳地处理矛盾，许多著作权纠纷是可以解决的。

调解达成的协议，双方当事人也较容易自觉履行。但这种调解协议不具有法律效力，调解不成，或调解达成协议后又翻悔不肯履行的，当事人可以向人民法院起诉。这种调解也不是诉讼的必经程序，如果双方当事人不愿调解，可以直接向人民法院起诉。

(3) 仲裁。这是著作权仲裁机关根据当事人任何一方的申请，以第三者身份对著作权合同纠纷依法作出裁决，解决著作权合同争议的一种方式。依照我国《著作权法》的规定，申请仲裁必须事先在著作权合同中有仲裁条款，或者事先在合同中未约定仲裁条款，但事后达成仲裁协议，即在完全自愿的前提下进行。对于仲裁机构作出的裁决，当事人双方都必须认真履行。当事人一方不履行仲裁裁决的，另一方可以申请人民法院执行。受申请的人民法院在发现仲裁裁决违法时，有权不予执行。人民法院不予执行的，当事人可以向人民法院起诉。

上述几种方法，有其独有的特点。协商、调解或者仲裁，都是当事人自愿采用的方法，达成的协议，或仲裁的结果，比较容易被执行，整个处理纠纷的过程也比较平和，能够在不伤感情的情况下，彼此认识自己的错误，谅解对方的过错，达成处理矛盾的协议。但因上述方法的强制性不够，当事人达成的协议，没有法律效力，在当事人不愿执行的时候，协商、调解就成了无用的劳动。在当事人缺少解决矛盾的诚意，不愿调解，或者调解后并不能被自觉师的情况下，还是要通过打官司，即诉讼的方法来解决纠纷。

### 13. 著作权官司中法律责任的种类有哪些

法律责任，是指法律主体违反法律义务所必须承受的一种法律后果。著作权官司往往有两种情形：一是违反著作权法律规范中的强制性规范或禁止性规范赋予法律主体的义务。著作权从法理上讲是一种绝对权，即权利主体是特定的，而义务主体是不特定的。权利主体即著作权人包括作者和其他著作权人依法享有《著作权法》规定的权利，义务主体则是除著作权人以外的一切不特定的人，都有义务不妨碍权利人实现权利。如果哪一个人违反了这种不作为的义务，即实施了妨碍、破坏著作权人权利的行为，即会发生侵权纠纷。二是违反当事人按照《著作权法》的任意性规范自行约定的义务。《著作权法》规定，著作权人可以在平等自愿的基础上，就作品的使用与使用作品的人、著作权的转让与受让人达成协议。这种著作权合同是在符合法律规定的前提下订立的，对合同当事人双方均产生约束力。合同一经成立，双方都有义务恪守合同，履行好自己约定的义务。此时的著作权合同产生的是相对权，即在合同双方产生权利义务，负有义务的一方必须认真依照约定的方式、时间、地点等履行自己的义务，以保证对方权利的实现。在现实生活中，著作权合同产生的权利、义务，往往都是相互的，一方不履行义务，就必然造成对另一方权利的侵犯。凡出现一方或双方不全面、不适当履行自己义务时，就会发生著作权合同纠纷。利益受损害的一方向人民法院起诉之后，人民法院会在查清案件事实的基础上，适用法律，追究侵权人或违约人的法律责任。依我国《著作权法》的规定，著作权官司中的侵权人或违约人承担的法律责任有：

(1) 民事责任。这是民事主体在不履行法律规定或者合同约定的义务所应承担的法律后果。公民、法人的著作权受法律保护，除著作权人以外的每一个民事主体包括公民、法人对这一权利都负有不侵犯的义务。如果行为人不法侵害了他人的著作权，而使著作权人的财产、人身受到损害，行为人都

应依法承担侵权的民事责任。著作权合同成立之后，合同的双方都应严格遵守合同所规定的内容，如果由于一方或双方的过错没有能够履行合同或者没有完全履行合同的，有过错的一方或双方则应依法承担违约的民事责任。根据《著作权法》的规定，侵害著作权的人，应当依法承担的民事责任有：停止侵害，即责令还在实施侵权行为的人，立即停止该侵害行为，以避免损害后果的发生或扩大。消除影响，指著作权人的人身权遭受不法侵害时，侵权人通过相应的途径、方式在侵权行为影响所及的范围内公开承认错误，澄清事实，消除其侵权行为给著作权人造成的不良影响，以恢复著作权人原来的声誉。赔礼道歉，指侵犯公民、法人著作权，造成精神损害时，侵权行为人应当向受害人当面承认错误、表示歉意。赔偿损失，指行为人因其违法行为给他人造成财产或精神损失时，用自己相应价值的财产补偿受害方所遭受的损失。这是一种适用范围较广的责任形式，既适用于违约行为，又适用于侵权行为。因为民事责任基本上是一种等价补偿的责任，赔偿的数额根据侵权或违约行为造成的实际损失包括直接损失和间接损失来计算。因为受害人自己的过错或故意扩大的财产损失部分，则不应计算在内。上述几种责任形式，可以同时适用，也可以单独适用。人民法院根据行为人违反民事义务的性质和具体情节，恰当地选择适用具体的民事责任形式。

(2) 行政责任。这是特定的国家行政机关依法对某些违反法律规定的行为人给予的一种制裁，包括行政处分和处罚。依照《著作权法》的规定，著作权行政管理部门可以依法对那些侵权行为人予以行政处罚。法律之所以这样规定，是因为有些侵权行为不仅损害了著作权人或邻接权人的合法权益，也间接破坏了《著作权法》所保护的社会关系，损害了社会公共利益，况且有时仅仅通过让侵权人承担民事责任，不足以制止侵权行为，维护法律的神圣与尊严。这里所讲的行政责任，不包括以隶属关系作前提的行政处分，仅仅指行政处罚。依照《著作权法》的规定，行政处罚的形式有：警告。著作权行政管理部门，对有侵权行为的人提出告诫。这种责任形式适用那些侵权行为情节较轻且损害后果不严重的行为人。责令停止制作和发行。著作权行政管理部门责令那些正在制作侵权复制品或者正在销售侵权复制品的行为人停止制作或停止发行。这是制止侵权行为，避免产生更严重危害后果的有力措施。没收。著作权行政管理机关将侵权人因侵权行为的非法所得、侵权复制品、制作侵权复制品的设备等无偿收归国有的处罚措施。这是著作权行政管理机关的一个非常有力的制裁措施，也是较严厉的一种处罚手段，可以对那些严重侵犯著作权的行为人适用。适用了这一制裁措施，剥夺了侵权人非法复制的物质条件，能从根本本打击侵权人的非法复制活动。罚款。著作权行政管理机关对侵犯著作权或邻接权的行为人，依法强制其莅一定期限内缴纳一定数量金钱的行政处罚。根据《著作权法实施条例》第五十一条的规定，著作权行政管理部门对侵权行为人的罚撇额为：对剽窃、抄袭他人作品的，罚款一百至五千元。对未经著作权人许可，以营利为目的，复制发行其作品的；出版他人享有专有出版权的图书的；未经表演者许可，对其表演制作录音录像出版的；未经录音、录像制作者许可，复制、发行其制作的录音、录像的；未经广播电台、电视台许可，复制、发行其制作的广播、电视节目的，罚款一万至十万元或者总定价的二至五倍。对制作、出售假冒他人署名的美术作品的，罚款一千至五万元。

(3) 刑事责任。这是人民法院对违法构成犯罪的人予以刑事制裁的一种

法律责任，是所有法律责任中最严厉的一种。第八届全国人大常委会第八次会议 1994 年 7 月 5 日通过的《惩治侵犯著作权和与著作权有关的权益的犯罪》的决定中，对《刑法》作了如下补充规定：

(1) 以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑、拘役，单处或者并处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金： 未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的； 出版他人享有专有出版权的图书的； 未经录音、录像制作者许可，复制发行其制作的录音、录像的； 制作、出售假冒他人署名的美术作品的。

(2) 以营利为目的，销售明知是第一条规定的侵权复制品，违法所得数额较大的，处二年以下有期徒刑、拘役，单处或者并处罚金，违法所得数额巨大的，处二年以上五年以下有期徒刑，并处罚金。

(3) 单位有本决定规定的犯罪行为的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本决定的规定处罚。

(4) 查获的侵权复制品、违法所得和属本单位或者本人所有的主要用于侵犯著作权犯罪的材料、工具、设备或者其他财物，一律予以没收。

(5) 犯本决定规定之罪，造成被侵权人损失的，除依照本决定追究刑事责任外，并应当根据情况依法判处赔偿损失。

#### 14. 著作权纠纷的当事人在何种情形下可以向人民法院起诉

著作权诉讼是指人民法院审理著作权纠纷，依法进行判决，解决著作权纠纷的活动，它通常是从当事人的起诉、人民法院的受理开始的。著作权纠纷的当事人在什么情形下可以向人民法院起诉呢？

对于著作权的侵权纠纷，当事人可以直接向人民法院起诉，也可在协商、调解后仍达不成协议，或者当事人对协商、调解的结果不满意时向人民法院起诉。协商、调解是解决著作权纠纷的一种方式，但这种方式须在争议的双方当事人自愿的基础上采用，同时这也不是向人民法院起诉的必经程序。当事人可不经过协商、调解而直接向人民法院起诉。

对于著作权的合同纠纷，只有在双方未约定仲裁条款或者仲裁裁决经法院认定违法时，当事人才可以向人民法院起诉。人民法院依民事诉讼程序依法进行审理。法院在审理著作权纠纷时，可以调解。由人民法院主持的调解，达成的调解协议，与判决书有相同效力，当事人必须执行。调解不成的，人民法院会依法做出判决。当事人不执行判决的，人民法院可以强制执行。

#### 15. 著作权侵权官司应当如何起诉、应诉

作者或其他著作权人因为他入侵犯了自己的著作权，向人民法院提出请求，通过审判确认侵权人侵权行为的存在，并追究其侵权责任的行为，即为著作仅侵权官司的起诉。

著作权侵权纠纷案件的起诉，除符合起诉的一般要求外，还应该注意以下几点：(1) 在起诉状的诉讼请求中明确请求人民法院解决的具体问题，如要求更正署名、赔礼道歉、赔偿损失、停止侵权行为、销毁侵权复制品等。赔偿数额的确定，原则上应相当于侵权人非法获利的数额，或者是受害人因侵权行为所受到的实际损失。(2) 在起诉状的事实与理由部分，应当就侵权行为的具体情形，阐述清楚侵权行为的具体表现及性质。有两点必须清楚，

被告侵权行为所涉及的应当是受《著作权法》保护的作品。如果是不受《著

作权法》保护的作品，使用人无论怎样使用都构不成侵权。被告使用作品的行为不是法律所允许的。如果是属于“合理使用”或者法定许可的行为，就构不成侵权了。除此之外，还应附上能够足以证明上述行为性质、表现的所有证据材料及证人的有关线索材料，如证明著作权归属的、作品创作过程的、对方侵权的、侵权行为所造成的损失的等等书证、物证等。全面、有力的证据是证明自己诉讼请求必不可少的。（3）注意诉讼时效的规定，著作权的诉讼时效是从权利人知道或应当知道其权利被侵犯起二年。如超过了这一时效期限的案件，原告应当证明其超过时效期限是因为客观上的原因权利人不能行使权利，或者权利人曾有起诉、请求被告履行义务等事实，否则，这场官司会因诉讼时效届满导致败诉的后果。

被告方对原告的起诉作出反应，进行答辩或反诉的行为力应诉。被告方应当在规定的期限内提出答辩状或反诉状。著作权官司的应诉应符合法律规定的应诉的一般条件外，主要是就原告的诉讼请求及事实与理由，提出有利于自己的事实与理由，或者否定原告的诉讼请求、事实和理由。可以从以下几方面作出努力：（1）原告的作品不受《著作权法》保护，或已经超过了《著作权法》规定的保护期限。（2）原告指控被告的“侵权行为”是有法律依据的行为，如使用作品行为是法律允许或者经过原告许可的。（3）纠纷产生的原因原告也有过错。这样来避免承担责任或减轻自己的责任。

#### 16. 怎样打合作作品的著作权官司

合作作品，是指两人以上合作创作的作品。合作作品是著作权官司中比较常见的一种，因为是两人以上共同创作的作品，在作品的归属与使用上，都会发生争议。打合作作品的官司，除注意打著作权官司一般都应注意的规律外，还应注意其独有的特点，有的放矢地提出其诉讼请求、事实与理由。因合作创作的作品归属，即谁是合作作品的作者发生争议的，应当注意：（1）合作作品的产生要有两人以上共同创作的意思表示一致，或者有口头的，或者有书面的合同。（2）两人以上的合作作者有共同创作的行为，并产生了作品。没有参加创作的人，即使有前一条件，也不能成为合作作者。发生争议的当事人应当提出参加创作的具体证据如原稿等等。合作作品的著作权属各合作者共有。因合作作品的使用发生争议的，应当注意：（1）合作作品不能分开使用的，如两人共同撰写的论文，根本分不出哪一部分是谁写的，合作作者对合作作品的著作权的行使应当协商解决；不能协商一致的，任何一方没有正当理由不能阻止他方行使。（2）合作作品可以分开使用的，如甲、乙两人分别作词、作曲创作的一首歌曲，则他们对各自创作的部分可以单独享有著作权，但行使著作权时不得侵犯合作作品的整体著作权。（3）合作作品的著作权人对他人的侵权行为，都有权向人民法院提出起诉。如果合作作者对是否打官司解决纠纷意见分歧时，主张打官司的人可以单独起诉，但所获得赔偿等应当按原来各共有人享有的著作权份额的多少进行分配。

#### 17. 怎样打演绎作品的著作权官司

演绎作品是指在已有作品的基础上经过创作而派生出来的作品。一般认为，凡改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品都是演绎作品。演绎作品因为涉及到原作，即被演绎的作品的著作权，涉及到演绎他人作品后产生的演绎作品的著作权及演绎作品的使用等多方面问题，也较容易发生纠纷。这类官司在诉讼中应当注意：（1）因为演绎作品的归属发生争议的，要清楚到底谁是演绎者，依法维护演绎者对演绎作品的著作权。具体应当清楚：

改编作品是指在原有作品的基础上，通过改变作品的表现形式和用途，创作出具有独创性的新作品。如将小说改编成电影剧本，将京剧改编为交响乐，将水彩画改编为版画，将科学著作改编为科普读物等。翻译是指将作品由一种文字、符号、语言改变为另一种文字、符号、语言来表达的作品。如将汉族文字作品译成少数民族文字作品，将汉字作品译成外国文字作品等。注释是指对已有作品的字、词、句进行注解、释义、阐明等工作而产生的新作品。如《唐律疏议译注》就是一部典型的注释作品。整理是对内容散乱、层次不清的作品或材料进行删节、编排、系统加工等使其具有可读性。如将某人零乱的手稿进行章节上的编排，将古籍进行校点、补遗等。没有参加上述创作的人，不能成为演绎作品的著作权人。（2）对演绎他人作品未取得被演绎作品的作者许可发生的争议，应当注意：演绎作品是演绎作者在改编、翻译、注释、整理他人作品过程中付出了创造性劳动而产生的派生作品。没有原作，就不会有演绎作品，但没有演绎作者的创造性劳动，也不会产生演绎作品。因此，法律规定了演绎作品的著作权归演绎者享有。但演绎者在演绎他人作品时除法律另有规定的以外，要取得原作著作权人的许可，否则即构成对原作著作权的侵犯，演绎者在行使演绎作品的著作权时，不得损害原作的著作权。（3）出版使用演绎作品时，出版社除应向演绎作品的著作权人支付稿酬外还应向被演绎作品的作者付酬。

#### 18. 怎样打职务作品的著作权官司

职务作品，是法人的工作人员在其职责范围内创作并完成的作品。因为职务作品的性质、归属及使用上的特殊性，常常会发生生纠纷。在打职务作品的著作权官司时，应当注意的问题有：（1）职务作品的创作主体必须是法人的工作人员，包括本单位的正式职工和临时招聘的人员，即作者与单位之间有劳务关系。作者的创作必须是完成单位提出的工作任务。如果不存在这样的关系，即不属于职务作品。（2）职务作品的著作权归属及使用也比较复杂。一般的职务作品，著作权由作者享有；但法人或非法人单位有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。单位如在业务范围内不使用，作者可以要求单位同意由第三人以与单位使用的相同方式使用，单位没有正当理由不得拒绝；经单位同意，作者许可第三人使用作品所获报酬，由作者与单位按约定的比例分配。如学校教师为教学而编写的教材，科研人员为本研究所的课题撰写的论文，记者的评论文章、剧团创作人员为本剧团编写的剧本等，都属于这类职务作品。特殊的职务作品有两种情形：一是主要利用法人或者非法人单位的物质技术条件，如由单位专门提供的资金、设备或者资料创作，并由法人或者非法人单位承担责任的工程设计、产品设计图纸及其说明、计算机软件、地图等作品。二是由法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或非法人单位享有的职务作品。这类职务作品的作者仅享有署名权，著作权的其他权利由法人或者非法人单位享有。法人或非法人单位有权按照自己的意志使用这些作品。但法人或非法人单位使用这些作品取得权益后，应当给予具体作者以奖励。

#### 19. 怎样打编辑作品的著作权官司

编辑作品是指编辑者将两个以上的作品在不改变原作的基础上按一定的思想、原则协调、编排而成的作品。如词典、报纸、选集、全集、汇编等等。因为编辑作品发生争议的，也会发生著作权官司。打这类官司除注意一般著

作权官司的特点之外，还应当注意的问题有：（1）编辑作品作为一个整体，其著作权归编辑者享有，但编辑者在行使自己的著作权时，不得侵害原作品的著作权，法律另有规定的除外，要征得原作品的作者许可，并注明出处，并支付报酬等。（2）编辑作品是由两个以上的作品编排而成的，这些作品的作者可以单独使用自己作品的著作权，他们在行使自己的著作权时，也不得侵犯编辑作品的著作权。



## 二、商标权官司

### 20. 什么是商标权官司

商标权官司，即商标权的诉讼，当事人就商标权的归属、使用等与他人发生纠纷，向人民法院起诉，由人民法院依法审理、裁判的活动仍即为商标权的诉讼。

商标权又称商标专用权，是指商标申请注册人对其经商标主管机关核准注册的商标在一定期限内用于特定商品上的专用权。商标权人依法拥有制止其他任何人在同一商品或类似商品上使用与其注册商标相同或近似商标的权利，有按照自己意志处分其商标专用权的权利，如果这些权利受到侵犯时，有通过诉讼获得法律保护的权利。商标权人的权利与他人发生争议时，即发生商标权纠纷，通过诉讼程序解决这些纠纷对于制裁商标侵权行为，保护商标权人的权利，维护正常的经济秩序，具有重要意义。

商标权官司比较复杂，有因为商标权归属、是否侵权等发生的民事诉讼，也有因为严重侵犯商标权发生的刑事诉讼。还有因为商标权管理机构在注册、管理商标活动中与被管理人之间发生的行政诉讼，分别依据诉讼的性质，适用《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》或者《行政诉讼法》进行审理。

### 21. 哪些人可以提起商标权诉讼

有权提起商标权诉讼的是商标权人，即依法享有商标专用权的人。依我国《商标法》的规定，企业、事业单位和个体工商户，对其生产、制造、加工、拣选或者经销的商品，可以向商标局申请商品商标注册，企业、事业单位和个体工商户，对其提供的服务项目，可以向商标局申请服务商标注册。从这一规定可以看出，各种经济成份、各种行业和各个生产环节的生产者、经营者，凡需要取得商标专用权的，都能向商标局申请商标注册，经商标局批准后，成为商标权主体，在其商标专用权受到侵犯时，都有权向人民法院提起诉讼，成为商标权官司中的原告。外国人或者外国企业，在其所属国与我国订有协议或者与我国共同参加同一国际条约或者按对等原则办理取得商标专用权的，在其权利被侵犯时，也可作为原告向人民法院提起商标权诉讼。除上述直接向商标局申请商标注册取得商标专用权的商标权原始主体可以提起商标权诉讼之外，通过合法途径如转让、继承、遗赠等取得商标专用权的继受主体，也可以提起商标权诉讼，成为商标权官司的当事人。

### 22. 什么样的商标受法律保护

受法律保护的商标必须是商标注册申请人向商标局申请、经商标局核准注册的商标，未经核准注册的商标，不受法律保护。依我国《商标法》的规定，商标必须是文字、图形或者是文字图形的组合，必须具备显著特征，便于消费者识别，又必须是不禁用的标志。《商标法》第十一条明确规定，商标不得使用下列文字、图形：（1）同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的。（2）同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或者近似的。（3）同政府间国际组织的旗帜、徽记、名称相同或者近似的。（4）同“红十字”、“红新月”的标志、名称相同或者近似的。（5）本产品的通用名称和图形。（6）直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的。（7）带有民族歧视性的。（8）夸大宣传并带有欺骗性的。（9）有害于社会主义道德风尚或者其他不良影响的。（10）县级以上行政区划的地名和公众知晓的外国地名，但地名具有其他含义的除

外。

除《商标法》的上述规定外，根据每个商标的具体情况以及法律有关规定的精神，有时也会驳回一些商标申请，如用他人姓名、肖像作商标的，因为法律规定，保护公民的姓名权、肖像权，还比如将一些很庄重的图形、严肃的题材用在不合适的商品上时，也会予以驳回，不给注册。

### 23. 商标权都有哪些内容

商标经注册后成为注册商标，商标所有人依法享有商标专用权，成为商标权人。商标权人依法享有的权利和应尽的义务，即为商标权的内容。

商标权人具有如下权利：（1）使用权。商标权人对自已的注册商标在法律规定的范围内享有专有使用的权利，这是商标权的核心内容。商标经核准注册后，商标权人即享有在其核定使用的商品上使用的专有权，任何人未经商标权人许可，都不得在同种类或类似商品上使用与其注册商标相同或近似的商标，否则，即为侵权行为，应依法承担法律责任。（2）转让权。商标权人有依照法律规定的条件、程序将商标权转让给他人的权利。商标权人转让其注册商标与受让人后，自已即丧失了该商标的所有权，而受让人取得该商标的所有权。（3）许可权。商标权人有许可他人使用其注册商标的权利，商标权人可以通过签订商标许可使用合同，许可他人使用其注册商标。（4）制止权。商标权人对侵犯自己注册商标权的人，有制止其侵权的权利，有向商标管理机构控告，向人民法院起诉，请求国家保护其商标专用权的权利。（5）异议权。在他人在同一商品上以与自己的注册商标相同或近似商标申请注册并获准初步审定或注册时，有向工商局或商标评审委员会提出异议的权利。（6）复审权、申诉权。对工商行政管理部门撤销其注册商标不服时，有依法请求复审的权利，对所受罚款或赔偿不服的，有依法申诉的权利。

商标权人具有如下义务，（1）商标权人在使用注册商标时，应对使用注册商标的商品质量负责，其商品不能粗制滥造，以次充好，欺骗消费者。（2）依法使用注册商标。首先，商标权人在使用注册商标时，应当标明“注册商标”字样或者标明注册标记的符号，在商品上不便标明的，应当在商品包装或说明书及其附着物上标明。其次，商标权人必须按核准注册的商标图案案使用其注册商标，不得自行改变注册商标的文字、图形或者其组合，不能自行改变注册商标的注册人名义、地址或者其他注册事项，不能自行转让注册商标。凡违反上述义务时，工商行政管理部门有权责令其限期改正；拒不改正的。由商标注册人所在地工商行政管理部门报请商标局撤销其注册商标。第三，商标权人必须使用其注册商标。商标经核准注册后，商标权人应当将注册商标用于其商品、商品包装或者容器上以及商品交易的文书上，或者将商标用于广告宣传、业务活动的展览上等。连续三年停止使用的，任何人都可以向商标局申请撤销该注册商标，商标局应当通知商标注册人，限其在收到通知之日起三个月内提供使用证明或者不使用的正当理由。逾期不提供证明或者证明无效的，商标局撤销其注册商标。（3）依法缴纳各种费用。商标所有人申请商标注册、续展注册、转让注册时，应按规定缴纳申请费和注册费；

### 24. 哪些行为构成对商标权的侵犯

商标侵权行为是指他人出于商业目的，未经商标权人许可擅自使用其注册商标的行为。依我国《商标法》的规定，以下行为为侵犯商标权的行为：

（1）未经注册商标所有人的许可，在同一种商品或类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的。具体可分为四种： 在同一种商品上使用

与他人的注册商标相同的商标。 在同一种商品上使用与他人的注册商标近似的商标。 在类似的商品上使用与他人的注册商标相同的商标。 在类似的商品上使用与他人的注册商标。

这里的使用是广义的概念，包括将商标直接用于商品上，用于商品的包装、容器，印在商品交易的文书上，用于广告宣传、业务活动的陈列、展览等等。无论用何种方式使用商标，只要具备上述四种情况的任何一种，都构成侵权。（2）销售明知是假冒注册商标的商品的。

（3）伪造。擅自制造他人注册商标标识或销售伪造、擅自制造的注册商标标识的。商标标识指附有文字、图形或其组合所构成的图样的物质实体，如商标牌、商标纸、商标塑料袋等。制造和销售商标标识，应当按国家的有关规定进行。凡未经商标权人授权而擅自制造、出售商标标识的行为都是侵权行为。

（4）给他人的住册商标专用权造成其他损害的。 经销明知或者应知是侵犯他人注册商标专用权商品的。 在同一或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的文字、图形作为商标名称或者商品装潢使用，并足以造成误认的。 故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的。

#### 25. 商标被侵权人可以通过哪些途径申请保护

根据我国《商标法》的规定，商标权人的商标专用权被侵权人侵犯时，可以通过以下途径申请保护；（1）被侵权人向县级以上工商行政管理部门要求处理，对处理决定不服的，可再向人民法院起诉。（2）被侵权人可以直接向人民法院起诉，由人民法院通过民事诉讼程序作出裁决，给予保护。（3）对假冒他人注册商标、伪造、擅自制造他人注册商标标识或销售伪造、擅自制造注册商标标识、销售明知是假冒注册商标的商品，构成犯罪的，可以向人民检察院检举、控告，要求司法机关依法追究直接责任人员的刑事责任。

#### 26. 商标权侵权官司的法律责任方式有哪些

商标权人的商标专用权被他人侵犯时，有权依行政程序请求工商行政管理机关予以法律保护，也有权依诉讼程序向人民法院起诉，制止侵权人的不法行为，制裁侵权人。

依我国《商标法》的规定，侵权人必须依法承担法律责任。

（1）行政责任。这是国家行政机关依其职权对侵权人追究的法律责任。依我国《商标法》的规定，有权查处商标侵权行为的是侵权人所在地或者侵权行为地县级以上工商行政管理机关。制止侵权行为，包括被侵权人在内的任何人都可以向工商行政管理机关控告、检举，这与法院必须由被侵权人起诉不同。工商行政管理机关认为侵权人侵犯了他人注册商标专用权的，在调查取证时，有权询问有关当事人；检查与侵权活动有关的物品，必要时可以查封，调查与侵权活动有关的行为，查阅、复制与侵权活动有关的合同、帐册等业务资料。在查明事实的基础上，工商行政管理机关对已构成侵权的，可以采取如下制裁办法： 制止侵权行为。具体办法有：责令侵权人立即停止销售；收缴并销毁侵权商标标识；消除现存商品上的侵权标识；收缴直接专门用于商标侵权的模具、印板或其他作案工具。采取上述措施不足以制止侵权行为的，或者侵权商标与商品难以分离的，责令并监督销毁侵权商品。

罚款。对侵犯注册商标专用权，尚未构成犯罪的，工商行政管理机关可根据情节处以非法经营额 50% 以下或者侵权所获利润五倍以下的罚款；对侵犯

注册商标专用权的单位的直接责任人员，工商行政管理机关可根据情节处以一万元以下的罚款。 责令赔偿损失。工商行政管理机关可以依被侵权人的请求责令侵权人赔偿损失，赔偿的数额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失。这里需要说明的是，罚款与赔偿是两种性质不同的处理措施。罚款是行政手段，罚款的款项上交国库，这是侵权人对国家承担的责任。赔偿则是民事赔偿，侵权人赔偿的款项是付给被侵权人的，是一方当事人对另一方当事人承担的责任。当事人对罚款决定不服的，要作为行政诉讼案件依《行政诉讼法》向人民法院起诉。对赔偿的决定不服的，则作为民事案件依《民事诉讼法》向人民法院起诉。工商行政管理机关，责令侵权人赔偿不以罚款为前提，并不是罚款就不赔偿，赔偿就不罚款。工商行政管理机关依《商标法》规定应当罚款的，即可处罚，被侵权人要求赔偿的，则可责令侵权人赔偿。

对工商行政管理机关的上述处理决定，当事人可以在收到决定之日起十五天内，向上一级工商行政管理机关申请复议，上一级工商行政管理机关应当在收到复议申请之日起两个月内，做出复议决定。对复议决定不服的，当事人可以在收到复议决定通知之日起十五天内，向人民法院起诉。逾期不申请复议、不起诉又不履行的，由工商行政管理机关申请人民法院强制执行。

(2) 民事责任。这是人民法院对其受理的商标侵权案件，依《民法通则》的规定。追究商标侵权人的民事责任。其方式主要有： 责令停止侵害。这是制止侵权损害继续发生的有力措施。如责令侵权人销毁侵权商品，禁止侵权人进行广告宣传，封存、收缴其伪造的商标标识，封存其伪造、擅自制造商标标识的工具等。 消除影响。在侵权行为所及的范围内，用公开道歉、声明等方式为被侵权人消除其侵权行为带来的不良影响，以恢复被侵权人的商业信誉。 赔偿损失。赔偿的数额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失。

(3) 刑事责任。人民法院依法对构成犯罪伪侵犯商标专用权的行为人，依刑事诉讼程序所采取的刑事制裁措施。依《商标法》及《刑法》的有关规定，对侵犯商标专用权的，任何人都可以向检察机关检举、控告，被侵权人也可直接向人民法院起诉。依《全国人大常委会关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》的精神，为了惩治假冒注册商标的犯罪行为，可按下列方式追究犯罪人的刑事责任： 未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，可以并处或者单处罚金；违法所得数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；销售明知是假冒注册商标的商品，违法所得数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，可以并处或者单处罚金，违法所得数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。 伪造、擅自制造他人注

册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，可以并处或者单处罚金；违法所得数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。对前二项罪的处罚，个人犯罪的，追究个人的刑事责任，企业、事业单位罪的、对单位判处罚金，其他刑事责任则由其单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员承担。 国家工作人员利用职务，对明知犯有前述所列的犯罪行为的企业、事业单位或者个人故意包庇使其不受追诉的，比照《刑法》第

一百八十八条的规定，即舞弊罪追究其刑事责任，可处五年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利，情节特别严重的，处五年以上有期徒刑。对假冒注册商标的犯罪人员、负有追究责任的国家工作人员，如工商行政管理机关的工作人员、司法机关的工作人员，不履行法律规定追究职责的，比照《刑法》第一百八十七条即玩忽职守罪或者比照《刑法》第一百八十八条的规定追究刑事责任。国家工作人员由于玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处五年以下有期徒刑或者拘役。

上述三种法律责任方式，不是彼此孤立的，可以视任何一个案件的情况，同时适用三种责任方式，也可单独适用一种。商标权人在追究假冒注册商标犯罪人的刑事责任时，如有赔偿的民事要求，也可一并提出，人民法院会依刑事附带民事的诉讼程序，一并予以解决。那种“打了不罚”，“罚了不打”的说法是不正确的。

### 27. 什么是商标权官司的诉讼管辖

商标权官司的诉讼管辖，是指商标权纠纷由哪一级人民法院或哪个地方的人民法院管辖，这是商标权诉讼的原告当事人向哪一级法院、哪一个地方的法院起诉的问题。商标权官司的诉讼管辖，因案件性质等的不同而有所区别。

(1) 商标权授权官司的诉讼管辖。 一审商标侵权官司由基层人民法院民事审判庭管辖。 根据我国《民事诉讼法》的规定，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。商标权侵权官司，应当向侵权行为地或被告住所地人民法院提起诉讼，这些人民法院应予以受理。侵权行为地是指侵权行为实施地、侵权结果发生地仍假冒注册商标的商品，假冒商标标识的制造地、销售地等。因此，侵权行为地、侵权人的户籍所在地、侵权人单位所在地的人民法院都有权管辖。商标侵权行为地跨几个人民法院管辖区域的，依《民事诉讼法》的规定，被侵权人可以选择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，由最先立案的人民法院管辖。原告在选择起诉的法院时，应当从自己起诉方便、便利案件处理等因素出发来作出选择。

(2) 商标权合同官司的诉讼管辖。 商标权合同官司的诉讼管辖，与商标权侵权纠纷不同。依《民事诉讼法》的规定，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。商标权合同纠纷，是指因商标权的许可使用合同或商标权的转让合同所引起的争议。这类诉讼只能向被告住所地或合同履行地的人民法院提起诉讼。合同的履行地一般指按照合同的规定，双方或一方实现权利和履行义务的具体地点，如果双方约定了合同履行地，且合同已经实际履行，则该地为合同履行地；如果合同没有实际履行，并且双方当事人的住所地又都不在合同约定的履行地的，案件应当由被告的住所地人民法院管辖。如果合同没有约定履行地的，则以合同义务的实际履行地为合同的履行地。按我国《民事诉讼法》的规定，案件管辖允许当事人约定管辖的法院，即双方当事人就第一审民事案件在纠纷发生之前或纠纷发生之后，达成协议确定管辖的法院。在商标权许可使用或转让合同中，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，但不能违反《民事诉讼法》对级别管辖和专属管辖的规定。协议管辖的效力，优于法律关于管辖的一般规定，凡当事人在合同中有约定管辖的条款的，人民法院依据当事人的协议产生该案

的管辖权，双方当事人必须在约定的人民法院进行诉讼。

(3) 商标行政诉讼的管辖。 根据我国《行政诉讼法》的规定，第一审商标行政诉讼案件由基层人民法院行政审判庭管辖。 当事人直接向人民法院起诉或者虽向上一级工商行政管理部门申请复议，但复议机关维持原行政处罚决定的商标行政案件，由最初作出行政处罚决定的工商行政管理部门所在地人民法院管辖。 经过行政复议的商标行政案件，复议机关（作出处罚决定的上一级工商行政管理部门）改变原行政处罚决定的，既可由最初作出行政处罚决定的工商行政管理部门所在地人民法院管辖仍也可由复议机关所在地人民法院管辖。

#### 28. 在什么情况下，当事人可以向人民法院提起商标行政诉讼

商标行政诉讼，是指在商标管理过程中受到工商行政管理部门处理的公民、法人和非法人组织，认为工商行政管理部门的具体行政行为侵犯其合法权益，依法向法院起诉，人民法院在双方当事人和其他诉讼参与人的参加下，对行政案件进行受理、审理、裁判和执行等活动的总称，是由人民法院解决商标争议的一种法律活动。 商标行政诉讼的原告是受到工商行政管理部门行政处罚，因不服该处理决定而起诉的公民、法人或非法人组织，被告则是作出具体行政行为的工商行政管理部门。

根据《商标法》和《行政诉讼法》的规定，当事人可以向人民法院提起行政诉讼的情形有：(1) 当事人不服工商行政管理部门对“使用注册商标，其商品精制滥造，以次充好，欺骗消费者”的行为作出的行政处罚决定，可以在收到处罚通知十五天内向人民法院起诉。(2) 当事人不服工商行政管理部门对国家规定必须使用注册商标的商品而没有使用注册商标的行为作出的行政处罚决定，可以在收到处罚通知十五天内向人民法院起诉。(3) 当事人不服工商行政管理部门对其“使用未注册商标时，或冒充注册商标，或用禁用条款中的文字、图形作商标”的行为作出的行政处罚决定，可以在收到处罚通知十五天内向人民法院起诉。(4) 当事人不服工商行政管理部门对其“侵犯商标专用权”行为作出的行政处罚决定，可以在收到处罚通知十五天内向人民法院起诉。(5) 当事人不服工商行政管理部门对其“注册商标许可他人使用不订许可使用合同，不报商标局备案”的行为作出的行政处罚决定，可以在收到处罚通知十五天内向人民法院起诉。(6) 当事人不服工商行政管理部门对有毒、有害并且没有使用价值的商品予以销毁的决定，可以在收到处罚决定十五天内向人民法院起诉。

上述情形之中，《商标法》规定了当事人对工商行政管理机关的处理决定不服的，可以向上一级工商行政管理部门申请复议，上级部门复议之后，对复议决定不服的，再向人民法院起诉。如果没有明确规定必须复议的，是否复议，由当事人选择，即当事人既可以先向上一级机关申请复议，对复议不服的，再向人民法院起诉，也可以直接向人民法院提起诉讼。

#### 29. 怎样打商标权转让合同官司

商标权的转让，是指注册商标的所有人依法定程序，根据自己的意愿，将其注册商标转移给他人所有的行为。在商标权的转让中，常常会发生各种纠纷。如商标专用权的出让人转让给受让人的商标权有问题，受让人未按约定支付价款，受让人对产品质量不负责任，泄露了出让人的脊关商业或技术秘密等等。发生这类纠纷后，当事人常常会诉诸法律，通过诉讼程序加以解决。打商标权的转让官司，除注意一般民事诉诊的共同规律之外，还应注意：

(1) 出让人转让的商标权是否有效, 如果受让人得到的是过了保护期限的无效商标, 这一转让合同也是无效的。(2) 商标权转让合同的条款是否齐全、明确。注册商标转让合同应具备以下主要内容: 转让人、受让人的姓名或名称、地址。转让人对转让的商标专用权无瑕疵的保证, 即保证转让人是该注册商标的所有人, 出让的商标是有效商标等。转让的价格、支付的时间、地点、方法。受让人的权利范围, 即受让人通过合同得到的商标权的范围。受让人对商品质量负责和在合同有效期内及以后, 均不泄露转让人的秘密的保证。所转让的商标名称、样式、注册号、续展日期等。违约责任。合同的当事人双方签名、盖章、订立合同的时间、地点。如果上述条款不完备、意思含糊不清、就会造成误解, 使当事人双方的权利义务因不明确而发生纠纷。(3) 转让人或受让人是否合格。转让人必须是出让商标的所有人, 转让药品、烟草制品的注册商标时, 必须附送相应的商品生产主管机关的证明。受让人则必须具备商标注册申请人资格。(4) 转让商标权的合同还须履行法律规定的手续。注册商标转让合同为要式合同, 即必须用书面形式, 并办理相应的转让注册手续后才能生效。转让注册商标, 转让人和受让人应当共同申请, 向商标局交送《转让注册商标申请书》一份, 附送原《商标注册证》, 转让注册手续由受让人办理。经商标局核准后, 将原《商标注册证》加注发给受让人, 并予以公告。《商标法》禁止商标注册人自行转让注册商标。商标注册人自行转让注册商标的, 工商行政管理机关会责令商标注册人限期改正, 拒不改正的, 商标注册人所在地的工商行政管理机关会报请商标局撤销其注册商标。(5) 商标所有人已经许可他人使用注册商标的, 如果要转让该注册商标, 必须事先与被许可人协商终止商标许可使用合同, 然后再行转让。如果受让人同意由被许可人使用注册商标的, 应当在转让手续完成之后另订商标使用合同。(6) 调转让注册商标的, 商标注册人对其在同一种或者类似商品上注册的与转让的商标相同或近似的商标, 必须一并办理, 不能部分转让。如果允许不同企业在同种类或类似商品上使用同一注册商标或近似商标, 容易造成消费者误认, 为此使转让人与受让人发生争议时, 应当认为双方均有过错。

### 30. 怎样打商标权的许可使用官司

注册商标的许可使用, 是指商标注册人允许他人在约定的期限或地域内, 以一定的条件使用其注册商标。通常情况下是被许可人通过与商标权人订立“商标权许可使用合同”的方式取得注册商标的使用权。商标权的许可权是商标权人的一项重要权利, 商标权人通过许可他人使用其注册商标的方法获取经济利益。因为商标权的许可使用发生纠纷的情形也十分多见, 这类争议发生之后, 当事人可以通过协商、调解、仲裁等方法解决。但在协商、调解不成或对仲裁裁决不服或者当事人不愿用这些方法解决纠纷时, 可以通过诉讼的方法, 请求人民法院来判明是非, 依法作出裁决。打商标又的许可使用合同官司, 除注意一般合同官司的规律之外, 还应注意如下问题: (1) 许可他人使用其注册商标, 许可人与被许可人应当订立商标使用许可合同。

(2) 合同的条款应当齐全、清楚。商标权使用许可合同主要包括如下内容: 许可人和被许可人的姓名或名称、地址, 许可使用的商标名称、注册证号码。许可使用的注册商标的商品范围和使用期限。许可被许可人使用的是普通许可, 还是独占许可。所谓普通许可是指在同一地区, 一个注册商标允许两个以上的被许可人使用, 许可人自己也可以同在该地区使用该注

册商标。独占许可是指许可人允许被许可人在约定的地区、时间内独家使用其注册商标，在同一地区与时间内，不允许再许可第三方使用，也不允许许可人自己使用。许可人和被许可人双方的保证。许可人要保证在合同有效期内维持其商标权的完整、有效，如不申请注销商标，不放弃续展注册等。被许可人要保证使用许可人注册商标的商品质量，维护商标信誉，不得将使用权转移给第三人等。许可使用的报酬数额、支付办法。当事人任何一方应当承担的责任。合同条款不齐全、不清楚的势必为后来发生纠纷埋下隐患。商标许可使用合同中的许可人须是该商标的注册人，或者是依法或依合同取得注册商标所有权的受让人；被许可人也须是符合商标注册申请人资格的企业、事业单位、社会团体、个体工商户、个人合伙以及符合《商标法》规定的外国企业或外国人。许可他人使用人用药品和烟草制品的商品商标的，在将许可合同副本送交商标局存查时，被许可人还应当部门发给的证明文件或国家烟草主管机关批准生产的证明文件。凡不符合上述要求的当事人订立的合同，会因为主体不合格而成为无效合同。（3）被许可使用的必须是注册商标，并以核准注册的商标名称、图形和核定使用的商品为限。（4）商标许可使用合同的有效期限不得超过注册商标的有效期限。在注册商标续展后，合同双方要求继续保持合同关系的，应当重新签订合同，并报商标局备案。（5）商标许可使用合同为要式合同。许可人与被许可人应当在许可合同签订之日趁三个月内，将许可合同副本送交其所在地县级工商行政管理机关存查，由许可人报送商标局备案，并由商标局予以公告。否则，即为无效合同。（6）经许可使用他人注册商标的，必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地。



### 三、专利权官司

#### 31. 什么是专利权官司

专利权是国家授予发明创造人对发明创造所享有的专有权。专利权人与他人因为专利权的归属、专利权客体的使用等发生各种争执，专利权人可以通过诉讼的方法解决争议，即向人民法院就专利权的争议起诉，由人民法院进行审理、裁判，这就是专利权官司，域称专利权诉讼。

打专利权官司是解决专利纠纷的重要方法。专利权人的权利受到侵犯时，专利权人在转让自己的专利技术、方法、设计，许可他人使用其专利技术、方法、设计时，都可能会发生争议，如是否侵犯他人权利，是否违反了合同义务，是否应当承担法律责任，承担何种法律责任等。正确、及时地处理这些纠纷，对于维护专利权人的合法权益、制止侵权行为、促进发明创造这一特殊商品的正常流转，具有重要的意义。

专利权官司与著作权、商标权官司一样，因为不同情况会发生民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼三种官司，分别适用不同的诉讼法。专利权官司还具有专业技术性强、标的大、涉及的法律关系复杂等特点，其诉讼管辖由中级人民法院作一审的管辖法院，反映了审判机构对这一纠纷审理的重视。

#### 32. 哪些人能成为专利权官司的原告

有权在专利权官司中作原告的，绝大多数场合是专利权人，即指能够申请并取得专利权以及承担相应义务的人。按照《专利法》的规定，专利权人包括公民、法人、发明人本人，或其权利受让人、权利持有人。具体有：

(1) 发明人或设计人。所谓发明人，是指对某一产品、某一方法或其改进提出新的技术方案的人。所谓设计人，是指对产品的形状、构造或其结合提出适于工业上应用的技术方案的人，或者对产品的形状、色彩、图案或者其结合作出富有美感并适于工业上应用的新设计的人。发明人或者设计人都只是自然人，是对发明创造的实质性特点作出了创造性贡献的人。至于在完成发明创造的过程中，提出课题设想的人，参加组织领导工作的人，提供情报、资料的人或从事其他辅助工作的人，都不是发明人或设计人。

依我国《专利法》的规定，非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人。所谓非职务发明创造，一是指发明人或设计人在本职工作以外，不是为了执行本单位交付的工作任务，也不是主要利用本单位的物质条件完成的发明创造，也不是在发明人或设计人退休、病休或者退职后一年内所完成的发明创造。二是指个体劳动者做出的发明创造。由于这些个人的发明创造，他们成为这些发明创造的所有者，因为这些发明创造，他们有权申请专利，专利权被授予后，自然成为专利权人。

(2) 共同发明人和共同设计人。如果发明创造是由两个以上的人共同完成的，这些发明人为共同发明人或共同设计人。共同发明创造的特点，一是发明或设计是由两个以上的人共同完成的。二是所有的人都对发明创造的实质性特点作出过创造性贡献。这些共同发明人或共同设计人一起就其创造的发明、设计申请并取得专利权。

(3) 职务发明创造，是指发明人或设计人在执行本单位任务，或者主要利用本单位的物质条件所完成的发明创造。职务发明创造，主要包括如下情形：发明人任本职工作中作出的发明创造。主要是利用本单位的物质条件，如本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等

所完成的发明创造。与发明人的本职工作无关，但是属于执行本单位交付的工作任务所作出的发明创造。 辞职、退休或者调动工作后一年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。

职务发明创造的专利申请权属该单位：申请被批准后，全民所有制单位申请的，专利权归该单位持有，集体所有制单位申请的，专利权归该单位所有。专利权被授予之后，专利权的所有单位或持有单位，应当时发明创造的具体发明人或设计人给予奖励；专利实施之后，还应当每年从实施发明、创造的所得利润纳税后提取一定比例作为报酬发给发明人或设计人。（4）外国人的专利申请。我国《专利法》采取了区别对待的方法。凡在中国有经常居所或营业所的，如在中国境内长期工作、学习的外国人，在中国设有机构、独立经营或同中国企业合作经营的外国企业或其他组织，与我国公民、法人一样享有专利申请权。职务发明创造、专利申请权属于该单位，非职务发明创造的专利申请权属于发明人或设计人。申请被批准后，专利权归申请的单位或个人所有。凡在中国没有经常居所或营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利的，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，根据《专利法》办理。

（5）协作、委托发明创造的专利申请权。如果发明创造是由两个或两个以上的单位协作或者一个单位接受其他单位委托的研究、设计任务所完成的发明创造，当事人之间可以协商确定该发明创造专利申请权的归属，没有协议的，申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位；申请被批准后，专利权归申请的单位享有。

（6）合法受让人。依《专利法》的规定，专利申请权、专利权可以转让、继承。依此规定，发明人、设计人可依法或依合同将自己的专利申请权、专利权赠与、出卖或因继承程序转移给受赠人、受让人或其继承人所有。但是合法受让人在申请专利时，应该向专利局提出合法受让该发明创造所有权的证人。

（7）专利持有人。通过专利许可使用合同，合法持有专利的人，也会因为他人的侵犯或专利权人违反合同义务而作原告向人民法院起诉，维护自己的合法权益。

### 33. 什么是专利权客体

专利权客体，是指受《专利法》保护的发明创造，我国《专利法》第二条规定：“本法所称的发明创造是指发明、实用新型和外观设计。”

（1）发明。《专利法》所称的发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。发明应当具备的条件，各国法律规定不一。依我国《专利法》的规定，作为专利权客体的发明，必须具备以下特征： 新颖性。指在申请日以前，没有同样的发明在国内外出版物上公开发表过，没有同样的发明在国内公开使用过或者以其他方式为公众所知，也没有同样的发明由他人向专利局提出过申请，并且记载在申请周以后公布的专利申请文件中。这是发明取得专利权的第一个实质性条件和首要的客观标准。判断新颖性的时间标准是申请日。为了鼓励公开技术，《专利法》规定，申请专利的发明创造，在申请日以前六个月内，有下列情况之一的，不丧失新颖性：a.在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的；b.在规定的学术会议或者技术会议上首次发表的；c.他人未经申请人同意而泄露其内容的。 创造性。指同申请日以前已有的技术相比，该发明具有突出的实质性特点和显著进步

步，这是衡量发明的技术水平高低的客观标准。一般认为，突出的实质性特点，是发明的技术特征与已有技术相比具有本质上的差异，并且具有某一方面的独创性。技术上的显著进步，是指这项发明对于提高生产力，简化制造工艺，缩短生产周期，保证产品质量，节约能源、材料，减轻劳动强度，减少环境污染等方面有自己的显著特点，或者是首创的技术，或者是解决了人们长期希望解决的难题，或者是取得了意想不到的效果等等。实用性。指这项发明能够在工业上应用，并且能产生积极的效果、首先，该项发明能够在产业领域中制造或使用，即是能在工业、运输业、林业、渔业、贸易等各个社会经济领域应用的技术手段、方案。如果仅仅是一个课题、一个设想、一个抽象的理论概念，并不能付诸实施，或者提出了具体的技术方案，但从经济、技术角度考虑是脱离实际的，不可能实现的，就不能认为具有实用性。

其次，要具有再现性，发明对象可以多次制造或批量生产，如果不能工业手段生产制造，也不能认为具有实用性。第三，要有效益性。实际使用了这项发明，能为社会提供某种有益的效果，会满足社会的某种需要。

上述的新颖性、创造性和实用性，即为发明的“专利性”，具备这“三性”的发明，才会依法授予专利权。我国《专利法》从我国实际情况出发，规定作为《专利法》保护对象的发明有三种：一是产品发明，即经过人的智力劳动创制出来的各种制成品或者产品，如机器、仪器、生活用品等。二是方法发明，指人们利用自然规律作用于某一物品或者物质，致使其发生质变成为另一种物品或物质，或者把对象或物质由一种状态改变为另一种状态所利用的手段，如制造方法、测试方法、加工方法、化验方法等等。三是改进发明，即人们对已有的产品发明和方法发明提出实质性改革的新的技术方案。它不是新的产品，方法的创制，而是对已有的产品和方法的重大改善。

(2) 实用新型。实用新型，是指对产品的形状、构造或者其结合提出的适于应用的新的技术方案。实用新型专利的条件，与发明专利一样，同样要求具备新颖性、创造性和实用性，但具体要求并不完全一致。实用新型的创造性水平较发明要低。《专利法》规定，对发明创造性的要求是与申请日以前已有技术相比有突出的实质性特点和显著进步，而对实用新型只要求与申请日以前已有的技术相比有实质性特点和进步即可。实用新型的保护对象是产品，而不是方法。并且这种产品与发明产品相比，范围要小。实用新型的产品，必须具备一定的形状和结构，如水泥、食糖等粉状物品，饮料、注射液等液态物品，因不具备一定的形状而不能成为实用新型的客体。

(3) 外观设计。外观设计又称工业品外观设计，是指对产品的形状、图案、色彩或者其结合所做出的富有美感，并且适用于工业上应用的新设计。外观设计与实用新型不同。实用新型强调形状，要求形状与技术构造、功能等结合在一起，着限于技术效果；外观设计则强调产品外部的美感要求，并不考虑制造的技术、技术效果等。外观设计要成为专利权客体，必须与申请日前国内外公开发表和国内公开使用的外观设计不相同，不近似。同时还要注意：外观设计须以产品为载体，是某一产品的外观设计，运用在某一具体的产品之上。如一幅画为一幅作品，若将此画印在床单上，则成为床单的外观设计，才可能涉及到外观设计专利问题。外观设计必须是有关形状、图案和装饰的设计。可以是平面的，如地毯图案；也可以是立体的，如电视机的外观、吊灯的外形等。外观设计必须能产生美感。专利权客体的外观设计必须能使人们的眼睛从表面看到的具体物品的外观，且能产生美感，产

品的内部结构安排就不是外观设计。外观设计必须能在产业上应用，即能用工业方法成批的复制、再现。为了保护国家和社会公众利益，促进科学技术的发展，我国《专利法》规定不授予专利权的对象有：科学发现。发现是阐明自然现象、特性和规律的科学研究成果。发现不具备应用的属性，因此不授予专利权。智力活动的规则和方法。智力是人的思维、记忆、观察、分析、判断等能力的表现。不涉及技术特征，不授予专利权。疾病的诊断和治疗方法。这是以人和动物为实施对象的行为，不具备工业上再现、复制的属性，不授予专利权。动物和植物品种。动物和植物均为自然的创造物，不是人工的制造物，且无人工重复的可能性，因此不授予专利权。但对动物、植物的饲养、栽培方法的发明，可以授予专利权。用原子核变换方法获得的物质。用原子核变换方法获得的物质是指用核裂变或者核聚变的方法获得的元素或者化合物，基于国防上的原因，这种产品及方法均不授予专利权；对违反国家法律、社会公德或者危害公共利益的发明创造，也不授予专利权。

#### 34. 专利权的内容有哪些

专利局对专利申请人授予专利权，发给专利证书，并将有关事项登记和公告后，专利权开始生效，申请人即成为专利权人。专利权人享有《专利法》规定的权利，也要履行《专利法》规定的相应义务，这就是专利权的内容。

(1) 专利权人的权利。专利权人的权利包括精神方面和财产方面的权利，具体包括：署名权。发明人或设计人有权利在专利文件和专利申请文件中写明发明人或设计人的姓名。这一权利表明对发明人或设计人科学研究成果的承认，并且是一项与发明人、设计人人身不可分离的精神权利，永远属于发明人或设计人所有，不能转让，不能继承。无论这项专利如何进行转让或继承、遗赠，发明人、设计人的发明或设计的事实都不会随之消亡，它将永远记载在这些文件中。标记权。专利权人有权在其专利产品或该产品的包装上标明专利标记和专利号。这一权利既申明了专利权人自己的主体地位，也向消费者等表明该产品经过严格的科学审查，质量可靠。独占实施权。专利权人有权实施其专利，也有权禁止他人实施其专利。法律上的“实施”是指为生产、经营目的制造、使用、销售其专利产品或者使用专利方法以及使用、销售依照该专利方法直接获得的产品。发明和实用新型专利权被授予之日，除法律另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，不得为生产、经营目的制造、使用、销售其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、销售依照该专利方法直接获得的产品；外观设计专利被授予后，任何单位和个人未经专利权人许可，不得为生产经营目的制造、销售其外观设计专利产品。专利权被授予后，除法律另有规定的以外，专利权人有权阻止他人未经专利权人许可，为上述所讲用途进口其专利产品或者进口依照其专利方法直接获得的产品。许可权。即专利权人有许可他人实施其专利的权利，专利权人与被许可方通过订立许可使用合同的方式，转让专利发明创造的使用权给被许可方，权利人收取一定的使用费用。转让权。专利权人有转让其专利的权利。专利权被授予之后，专利权人有权通过专利权转让合同的形式，出让自己的专利权给受让人，自己获取经济利益。放弃权。专利权人有通过不缴专利年费、公开声明等方式放弃其专利。

(2) 专利权人的义务。实施专利的义务。专利权被授予之后，专利权人有自己制造其专利产品、使用其专利方法或许可他人制造其专利产品，使

用其专利方法的义务。专利权人如在一定的时间内自己不实施也不许可他人实施其专利的，国家专利管理机构会颁发专利实施的强制许可。 缴纳专利年费的义务。专利权人自被授予专利权的当年，开始负有缴纳专利年费的义务；不按期纳年费的，专利权终止。

### 35. 什么是专利权的限制

专利权同其他民事权利一样，不是不受任何限制的权利，为了社会公共利益，也遵循国际惯例，我国《专利法》规定了制专利权人权利的方法。主要有：（1）强制许可。强制许可根据第三方的请求，专利局不经专利权人同意而直接许可第三方实施其专利，但应当支付使用费的制度。在我国，强制许可的形式有三种： 不实施的强制许可。具备实施条件的单位以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利，而未能在合理长的时间内获得这种许可时，专利局根据该单位的申请，可以给予实施该发明专利或者实用新型专利的强制许可。 为社会公益目的强制许可。在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了社会公共利益目的，专利局可以给予实施发明和实用新型专利的强制许可。这种强制许可的适用是为了维护国家和公共的利益。凡涉及国家的和社会公共利益的极为重要的专利，不管专利权人是否已经实施了该专利，都可以准予强制许可。适用这一强制许可的发明或实用新型，主要有涉及国防的专利、关系国民经济的利、涉及公共卫生方面的专利等。这些专利的实施对国家、公共利益有重大影响时，国家不可能只顾及专利权人的权利，而不管国家和社会公共利益，因此在此种情形下，准予强制许可是必要的。 交叉专利的强制许可，又称从属专利的强制许可。一项取得专利权的发明或者实用新型比前已经取得专利权的发明或者实用新型在技术上先进，其实施又有赖于前一发明或者实用新型实施的，专利局根据后一专利权人的申请，可以给予实施前一发明或者实用新型的强制许可。同样道理，专利局在依照前面的情形给予实施强制许可的情形下，也可根据前一专利权人的申请，给予实施后一发明或实用新型的强制许可。

适用强制许可要注意的是：第一，不实施的强制许可适用于专利权人自己不实施专利又不许可他人施实其专利的场合，专利权授予三年后，申请人即可请求实施的强制许可。

第二，适用强制许可的只能是发明或者实用新型专利，不亿括外观设计专利。第三，取得强制许可的单位或个人不享有独占实施权，并且无权允许他人实施。第四，取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费，其数额由双方商定，双方不能达成协议的，由专利局裁决。第五，专利局作出的强制许可的决定，应当予以登记和公告。

（2）专利权“穷竭”，指专利产品销售权的穷竭。专秘权人的销售权一次用尽，专利权制造或经专利权人许可制造的专利产品售出后，使用或销售该产品的，不视为侵权。

（3）香意使用或销售专利产品，指使用或销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利产品的，不视为侵权。

（4）先用权，在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备的，有权在原有范围内继续制造、使用，不必与专利权人订立许可使用合同，也不付费用。

（5）临时通过中国领土、领水、领空的外国运输工具，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则；为运输工具

自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的，不用专利权人许可，也不用付费，不视为侵权。

(6) 合理使用，指为科学研究和实验而使用有关专利的，不必征得专利权人许可，也不用支付使用费用。

上述行为，即使发生了，也不是侵权，不能向法院起诉，追究使用人的责任。

### 36. 专利权的保护期限有何规定

专利权的保护期限，是专利局授予的专利权何时产生法律效力与何时失效的时间界限。专利权的保护期限各国规定不一，时间的长短应从社会、公众利益及科学技术发展的周期等因素加以综合衡量。专利权人的权利在法律保护的期间内，未经权利人同意，是任何人不可使用，但在保护期限届满之后，该专利的客体——发明、实用新型、外观设计等都将进入公有领域，任何人都可自由使用。我国《专利法》规定，发明专利权的保护期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年，均自申请日起计算。

### 37. 哪些行为是对专利权的侵犯

侵犯专利权的行为，是指未经专利权人的许可而以营利为目的实施专利的行为。侵犯专利权的行为一般表现为：

(1) 未经专利权人许可，为生产、经营目的，制造、使用、销售专利产品，或者使用其专利方法以及使用、销售依照该专利方法直接获得的产品；未经专利权人许可，为生产、经营目的，制造、销售其外观设计专利产品；未经专利权人许可，为生产、经营用途，进口其专利产品或者进口依照其专利方法直接获得的产品。

(2) 侵吞发明人或设计人的非职务发明创造的申请权，或者剽窃他人的发明，以自己的名义取得专利权的行为。

(3) 专利局及其工作人员泄露专利机密或已申请的专利内容的行为。

(4) 根据许可合同或强制许可实施了他人的专利，但拒付专利使用费的行为。

(5) 假冒他人专利以及未经专利权人许可，在其非专利产品或包装上标明专利号或标记的行为。

### 38. 专利权纠纷发生后可采取的保护方法有哪些

专利权的法律保护，是指对专利申请期间、取得专利权期间及取得专利权后的保护。依我国《专利法》等法律、法规的规定，专利权受到国家行政的、民事的、刑事的法律保护。

(1) 行政程序保护。这是指由专利管理机关通过行政程序对申请专利和取得专利权的权利实行保护。具体办法有：请求复审。专利局对发明专利申请进行实质审查后，认为不符合《专利法》规定的，应当通知申请人，要求其在指定的期限内陈述意见，或者对其申请进行修改。发明专利申请经申请人陈述意见或者修改后，专利局仍认为不符合《专利法》规定的，应当予以驳回。专利申请人对驳回申请的决定不服的，可以自收到通知之日起三个月内，向专利复审委员会请求复审。专利复审委员会指定有经验的技术专家和法律专家组成复审小组进行复审，以确保专利申请人的合法权益不受侵犯。要求支付费用。发明专利申请早期公开之后，该申请发生临时法律效力，专利申请人可以请求实施其发明的单位或个人支付适当的使用费。当实施人不履行这一义务时，可以请求专利管理机关调处。专利管理机关有权决

定该单位或者个人在指定的期限内支付适当的费用。当事人对专利管理机关的决定不服的，可以向人民法院提起诉讼。请求时侵权行为的处理。依照《专利法》规定，对非专利产品冒充专利产品或者非专利方法冒充专利方法的，专利机关可以视情节，责令停止冒充行为，消除影响，并处以一千元至五万元或非法所得1~3倍的罚款。

发明人或设计人与其所在单位对其发明创造是否属于职务发明创造，以及对职务发明创造是否提出专利申请有争议的，或者专利权的所有单位或持有单位对职务发明创造的发明人或设计人没有依法发给奖金或者支付报酬的，发明人或设计人可以请求上级主管机关或者单位所在地的专利管理机关处理。请求专利管理机关处理专利纠纷的时效为两年，自专利权人或者利害关系人得知或者应当得知其权利被侵害之日起计算。属于跨部门或者跨地区的侵权纠纷，当事人请求专利管理机关处理的，由发生侵权行为地的专利管理机关或者侵权单位上级主管部门的专利管理机关处理。

(2) 诉讼程序保护。对侵犯专利申请权仍、专利权的行爲，除依行政程序由专利管理机关予以保护以外，还可以通过诉讼程序，请求人民法院依法审理予以保护。诉讼程序保护有：行政诉讼保护。当申请发明专利和取得发明专利权的权利受到侵害，有权申请发明专利和取得专利权的单位和个人，可以通过行政诉讼程序请求人民法院给予保护。这类案件的审理，依据《行政诉讼法》规定的程序进行。能够提这类行政诉讼的案件有，a.对专利局驳回申请的决定不服的，或者对专利局撤销或者维持专利权的决定不服的，可以自收到通知之日起三个月内请求专利复审委员会复审；对专利复审委员会的复审决定不服的，可以自收到通知之日起三个月内向人民法院起诉。b.对专利复审委员会宣告发明专利权无效或维持发明专利权的决定不服的，可以在收到通知之日起三个月内向人民法院起诉。c.专利权人对专利局关于实施强制许可的决定或者实施强制许可的使用费的裁决不服的，可以在收到通知之日起三个月内向人民法院起诉。d.专利管理机关有权处理未经专利权人许可实施其专利的侵权行为人，责令其停止侵权、赔偿损失。对处理不服的，可以在收到通知之日起三个月内向人民法院起诉。

我国《行政诉讼》规定，确认发明专利权的案件由中级人民法院作为第一审法院。人民法院经审理后，会依法作出裁决。不服一审法院判决的，还可依法向上一级人民法院上诉。

(3) 民事诉讼保护。这是指专利权人的权利被他人不法侵害时或专利权许可、转让合同发生争议时，提请人民法院民庭进行审理的保护方法。人民法院会依照《民法通则》、《专利法》、《合同法》等相关规定，查清事实，进行裁决。民事诉讼的结果是依法追究侵权人或违约人的民事责任，维护权利人及其他当事人的合法权益。

(4) 刑事诉讼保护。我国《专利法》规定，专利局工作人员及有关国家工作人员徇私舞弊的，由专利局或者有关主管机关给予行政处分；情节严重的，比照《刑法》第一百八十八条的规定追究刑事责任。

我国《专利法》还规定，假冒他人专利的，除依《专利法》的有关规定处理外，情节严重的，对直接责任人员比照《刑法》第一百二十六条的规定追究刑事责任。

违反《专利法》第二十条规定。擅自向外国申请专利，泄露国家重要机密的，由所在单位或者上级主管机关给予行政处分，情节严重的，依法追究

刑事责任。



## 第七章 涉外、涉港澳合官司与仲裁

### 一、涉外官司

#### 1. 什么是涉外官司

涉外官司，是指人民法院审理的当事人之间具有涉外法律关系因素的案件。涉外法律关系是指超越一国领域的法律关系，具体是指：凡当事人之间法律关系的一方或双方是外国人、无国籍人；争议纠纷的标的物在外国领域的；产生、变更，或消灭的权利、义务关系的法律事实发生在国外的；也就是说，当事人之间的法律关系具有下列因素之一的，就是涉外官司：

(1) 诉讼主体具有涉外因素。即诉讼当事人一方或双方是外国人、外国企业和组织。外国人是指居住在一国境内，不具有该国国籍，具有其他国家国籍的人以及国籍不明的人。外国企业和组织，是指属于外国的企业和经济组织，如外国公司、工厂或航空组织等。诉讼主体涉及外国人、外国企业和组织有三种情况：一是主体一方是外国人、外国企业和组织，另一方是我国公民、法人或其他组织。如我国某企业与新加坡某公司因一项合同发生诉讼。二是主体的双方都是同一国籍的外国人、外国企业和组织。如两个澳大利亚人在我国工作期间结婚，随后又在我国人民法院进行离婚诉讼。三是主体双方是不同国籍的外国人、外国企业和组织。如美国某公司与泰国某组织因合同纠纷发生纠纷，双方协议在我国人民法院进行诉讼。

(2) 诉讼客体具有涉外因素，即当事人双方争议的诉讼标的物在外国境内，也就是说，诉讼当事人双方都不是外国人、外国企业和组织，而是我国公民、法人或其他组织，而其争议诉讼的财产全部或一部在外国。如原、被告都是我国公民的继承案件，当事人双方争执的遗产中有一部分是在外国境内的一幢房屋。

(3) 诉讼内容具有涉外因素，即当事人双方发生、变更和消灭的某个法律事实发生在外国。这类争议虽然当事人都是我国公民、法人或其他组织，但法律关系发生，变更或者消灭的法律事实发生在外国。如合同是在外国签订的，侵权行为是在外国发生的等。

具有以上三种情况中的任何一种，都属于具有涉外因素的涉外官司。

涉外官司范围：根据我国审判实践的惯常作法和人民法院审判庭的设置和分工，涉外官司有民事的、经济的、行政的、刑事的等。通常人民法院审理较多的涉外官司是涉外民事官司和涉外经济官司。

#### 2. 人民法院审理涉外官司有何特别规定

我国《民事诉讼法》对涉外诉讼程序作了特别的规定，这些规定包括一般原则、管辖、送达、期间、财产保全、仲裁、司法协助等。《民事诉讼法》第二百三十七条规定：“在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼，运用本编规定。本编没有规定的，适用本法其他有关规定。根据本条规定，人民法院对涉外诉讼程序有如下几个方面内存：

(1) 涉外诉讼的审判权由人民法院统一行使。人民法院是我国的审判机关，由最高人民法院、地方各级人民法院和专门人民法院组成。涉外争议的当事人通过诉讼解决纠纷的，由人民法院审理、裁判。

(2) 涉外诉讼适用我国《民事诉讼法》。审理涉外案件的诉讼程序依法院地法，这已成为国际公认的，普遍采用的原则，也是国家主权的体现。涉

外官司的当事人征我国人民法院进行诉讼，适用我国的《民事诉讼法》。

(3) 当事人诉讼权利和地位平等。外国人、无国籍人、外国企业和组织在我国人民法院起诉、应诉，其诉讼权利和义务、地位同我国公民同等，不受歧视。但是，如外国法院对我国公民、企业和组织的诉讼权利加以限制的，我国人民法院对该国公民个企业和组织的诉讼权利实行对等原则，即以同样的手段加以限制。

(4) 外国当事人应委托中国律师代理诉讼。外国当事人在我国进行诉讼，如需委托律师代理诉讼的，必须委托中国律师。委托中国律师代理诉讼，必须向人民法院提交授权委托书。如委托人不在我国领域内居住的，从外国寄变成托交其授权委托书，必须经所在国公证机关证明，并经我国驻该国使、领馆认证才具有效力。

(5) 向有管辖权的人民法院起诉或协议选择管辖法院。涉外诉讼的当事人，根据管辖的有关规定，向有管辖权的人民法院递交起诉状，提供证据材料，并按被告人数提出副本。如当事人是按协议管辖起诉的，应同时向选择管辖的人民法院提交书面协议，如双方当事人纠纷已经我国涉外仲裁机构裁决，人民法院不予受理，或双方当事人在纠纷发生前或发生后协议提请涉外仲裁机构仲裁的，人民法院也不予受理。(6) 被告对原告的起诉提出答辩状。被告收到法院转来的原告的起诉状副本后，应当在规定的期限内（三十天）提出答辩状，对自己的主张提供证据材料，并同时可以提出反诉。如果被告不能在规定期内提出答辩的，可向人民法院申请延期，是否准许，由人民法院决定。被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理该案。

(7) 审理中适用中国通用语言、文字。在诉讼中，应当使用我国通用的语言、文字。外国当事人不懂我国语言、文字，而要求人民法院提供翻译的，可以提供，费用由当事人承担。

(8) 当事人申请财产保全。当事人向人民法院起诉后，为了保证自己的请求权能够实现，所以向受理的人民法院申请财产保全。当事人由于情况紧急，往往需要在起诉前就采取保全措施的，权利人可以在起诉前向有管辖权的人民法院提出申请和证据材料，申请诉前财产保全，并在人民法院采取诉前财产保全的三十天内向人民法院提起诉讼。

(9) 当事人可以提出上诉。人民法院审理涉外案件，实行二审终审制。当事人不服地方人民法院第一审的判决和裁定的，有权在法定期限内向上一级人民法院提起上诉。

(10) 申请执行。人民法院生效的判决、裁定和调解书，如义务人拒不履行义务，权利人可以向有管辖权的人民法院申请强制执行。双方当事人在国内居住购或其财产在我国领域内的，申请执行的期限为，双方或者一方当事人是公民的.为一年，双方是法人或者其他组织的为六个月。如果不履行义务的一方居住在国外，或其财产不在我国领域内的，权利人申请执行，可根据《民事诉讼法》第二百六十六条规定，通过司法协助，请求有管辖权的外国法院承认和执行。

另外，人民法院对涉外案件的审理除涉及国家秘密和个人隐私或者法律另有规定的外，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。

原告经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，人民法院可以按撤诉处理；被告反诉的，可以缺席判决。

被告经人民法院传票传唤，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。

### 3. 打涉外官司能适用外国法吗

涉外诉讼适用法院所在地国家的诉讼法，这是国家主权在涉外诉讼中的体现。国家主权是一个国家独立自主地处理自己对内对外事务的最高权力。人民法院审理涉外案件，就是代表国家行使司法权，在涉外诉讼中的一切活动都必须维护国家主权。

(1) 在程序上必须适用我国诉讼法。《民事诉讼法》第二百三十六条规定：“在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼，适用本编（涉外民事诉讼程序特别规定）规定。本编没有规定的，适用本法其它有关规定。”按照国际惯例中的属地主义原则，外国人、无国籍人、外国企业和组织，在所在国进行诉讼，适用所在国的诉讼法。涉外诉讼适用法院所在地国家的诉讼法，这是国家主权在涉外诉讼中的体现。因此，人民法院审理涉外案件，无论在实体法（准据法）上适用何国法，但诉讼程序上必须适用中华人民共和国的诉讼法，这不仅符合国际惯例，也是国家主权原则和司法独立原则所要求的。

(2) 优先适用我国缔结或参加的国际条约。如适用本国法与本国缔结或参加的国际条约发生冲突时，怎样解决法律适用问题？《民事诉讼法》第二百三十八条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”国际条约是缔约国或者参加国之间权利义务关系的约定，是国家意志的体现，凡缔结或参加的某一国际条约的国家，条约一经生效，条约的成员国应信守条约，履行条约规定的义务。国际条约属于国际法范畴，一般主权国家都不直接适用国际法，这就有一个变国际法为国内法的问题。目前，各国所通用的做法有两种：一是根据缔约国参加的国际条约，相应地制定国内法，以国内法的形式确认国际条约在本国的效力。二是在国内法中确定承认和适用国际条约的条款，凡国内法与国际条约相抵触的，适用国际条约。我国对国际条约的适用是采取第二种方式。在国内法与国际条约发生冲突时，适用国际条约。但是，作为一个主权国家，在缔结或参加的条约时对不同意的条款，声明保留的，实际上是我国未承认和接受的条款，排除了对我国的适用效力，当然也就不能加以适用。

(3) 补充适用国际惯例。我国《民法通则》第一百四十二条第三款规定：“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”这规定所指适用的国际惯例，不是优先适用而是补充适用，即在我国法律或我国缔结或参加的国际条约没有规定的情况下，才适用国际惯例。

(4) 援用冲突规范，适用外国准据法，但不得违背我国社会公共利益的原则。在处理当事人实体权利义务时依据的准据法（即实体法，如民法、经济法等），可能是中国的准据法，也可能是某国的准据法。适用外国法的前提是有法律冲突，而解决法律冲突，援用冲突规范。《民法通则》第一百五十一条规定：“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”这规定为通称的公共秩序保留，即按照冲突规范，审理案件的准据法是外国法律或国际惯例时，而该外国法或国际惯例违背我国社会公共利益，我国法院将予以拒绝适用，代而适用我国法律。

(5) 适用合同当事人选择的法律。根据《涉外经济合同法》第五条中规

定仍：“合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律”。当事人选择处理争议所适用的法律，可以根据合同性质和内容选择适用中国法或外国法，也可以选择适用某项国际公约或国际惯例。当事人在订立合同时或发生争议后，对于解决合同争议所适用的法律已有选择的，人民法院在审理该项合同纠纷案件时，应以当事人选择的法律为依据。允许当事人可以自由选择解决合同争议所适用的法律，有两个方面限制：不能违反中国法律的基本原则和社会公共利益。如果当事人所选择的法律和国际惯例违反我国的公共利益，同我国法律有严重抵触，我国人民法院可以拒绝适用。在中国境内履行的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，必须适用中华人民共和国法律，不得由当事人选择。

(6) 适用与合同有最密切联系的国家的法律。根据《涉外经济合同法》第五条第一款规定：“当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。”这一规定是说，如果涉外经济合同的当事人在合同中约定处理争议所适用的法律，由人民法院来确定与合同有最密切联系的国家的法律，作为处理合同争议所依据的法律。所谓与合同有最密切联系的国家的法律，根据国际上通常做法，主要指与合同的签订地、合同履行地、当事人的国籍地、债务人的住所地、标的物所在地、合同诉讼地等有联系的国家的法律。

#### 4. 外国当事人在我国打官司，其权利和义务与我国公民相同吗

《民事诉讼法》第五条第一款规定，“外国人、无国籍人、外国企业或者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。”这一规定表明，外国当事人在我国参加诉讼，同我国公民一样享有同等的权利，履行相应的义务，这就是所谓的同等原则。同等原则是指，在涉外诉讼中，我国法律把给予我国公民的诉讼权利，给予在我国进行诉讼的外国人、无国籍人和外国企业组织，使其具有与我国公民、法人及其他组织相等的诉讼权利。外国当事人在我国法院起诉、应诉，既不会限制他们的诉讼权利，也不会增加他们的诉讼义务，即把我国公民的待遇，也给予了在我国领域内参加诉讼的外国当事人，这在国际上通称为“国民待遇”。这是国与国之间在司法上相互给予的平等互惠原则。

倘若外国法院对我国当事人的诉讼权利加以限制，我国如何对待呢？《民事诉讼法》第五条第二款规定：“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。”这一条表明，如外国法院对我国当事人在诉讼上加以限制的，那么我国将采取对等的措施。所谓对等原则，是指外国法院限制我国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利的，我国人民法院也对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利采取相应的措施，加以限制。我国人民法院在审理涉外纠纷中，尊重外国当事人的诉讼地位，诉讼权利义务与我国当事人相等的，给与国民待遇。但是，如外国法院对我国当事人的诉讼权利加以限制，或者增加了我国当事人的诉讼义务，我国也将采取相应措施，限制外国当事人的诉讼权利，或者增加他们的诉讼义务，实行对等原则。

在国际交往中，主权国家之间处理彼此间关系应以平等为基础，表现在司法上，即每个国家都应当为在其在本国法院起诉、应诉的外国当事人给以提供方便，保障他们依法享有诉讼权利，承担诉讼义务，而不应限制。否则，

一国怎样限制他国，他国也怎样限制你，这种情况就是对等，对等和互惠是一个问题的两个方面。这两个方面结合起来，才能称为平等。我国在涉外诉讼中，历来尊重外国当事人的诉讼地位，保证他们依法享有诉讼权利，绝不首先限制他们的诉讼权利，增加他们的诉讼义务。如外国法院对我国当事人的诉讼权利加以限制或增加诉讼义务的，我国人民法院对该国当事人的诉讼权利实行对等原则，也给予相应的限制或增加其诉讼义务。采取这样的对抗性措施，是维护国家主权和民族尊严的需要，也是保护我国当事人合法权益的需要。以限制对抗限制，达到取消限制，实行互惠、平等的目的。否则，只能助长他国的强权气焰，互惠不可能，更谈不上相互间的平等。

#### 5. 外国当事人在我国打官司能适用该国语言吗

所在国法院审理涉外争议纠纷使用本国语言、文字，是世界各国通用的原则，也是国际上通用的一个准则。它体现了国家主权与民族尊严。

《民事诉讼法》第二百四十条规定：“人民法院审理涉外民事案件，应当使用中华人民共和国通用的语言、文字。当事人要求提供翻译的，可以提供，费用由当事人承担。”根据本条规定，由我国人民法院审理的涉外案件，必须使用中国的语言和文字，而绝不能使用外国的语言和文字。适用中国通用语言和文字，一般是指汉语和汉字。但是，我国是多民族国家，各民族都有本民族的语言和文字。如果该涉外案件在少数民族聚居或者多民族共居的地方的人民法院进行审理，可以使用本区民族通用的语言和文字。外国当事人因不懂中国通用语言、文字或少数民族区域通用语言和文字，要求提供翻译的，人民法院可以提供翻译。这有利于外国当事人有充分的条件行使诉讼权，保护其诉讼权利，维护其合法权益，保证审判活动的顺利进行。为外国当事人提供翻译的费用，应由申请提供翻译的当事人承担。在审判实践中，外国当事人在我国进行诉讼，一般都愿意承担聘请翻译费用。如果当事人确有实际困难，既不通晓中国语言和文字，又没有条件聘请翻译时，人民法院可以请一些懂外国语言和文字的人，免费为他们翻译，从而保证诉讼活动的顺利进行。

#### 6. 什么是司法豁免权，哪些人员和组织享有司法豁免权

司法豁免权，是指一个国家或者国际组织派驻其他国家的外交代表，免受驻在国司法管辖的特权。这种权利是外交特权与豁免权的主要组成部分，是公认的国际法原则。为了保证和便利外交代表、外交代表机构和外交官员执行正常的职务，各国都在相互尊重主权和平等互利的基础上，按照国际惯例或有关协议、条约，相互给予驻在本国的外交代表、外交代表机构和外交官员享有一定的特权和豁免。豁免就是免除的意思。司法豁免就是指免受司法管辖的权利。

《民事诉讼法》第二百三十九条规定：“对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。”这条是关于司法豁免的原则规定。司法豁免权包括刑事豁免权和民事豁免权。刑事司法豁免权是完全的、绝对的。即外交代表在驻在国犯了罪，不受驻在国司法机关管辖。民事司法豁免权则是不完全的、相对的，即豁免的范围有一定的限制。其规定如下：

(1) 享有司法豁免权的外交代表，因进行与外交职务无关的行为而引起民事纠纷的，不享有司法豁免权。根据《维也纳外交公约》和《维也纳领事

公约》的规定，这种情况有下列五种：享有司法豁免权的外交代表，因自己的不动产与他人发生民事纠纷的，不享有司法豁免权。享有司法豁免权的外交代表，作为遗嘱执行人、管理人或者遗产继承人而卷入继承纠纷的，不享有司法豁免权。享有司法豁免权的外交代表，在没有表明身份的情况下订立合同而引起民事纠纷的，不享有司法豁免权。享有司法豁免权的外交代表，超出职务范围从事商务活动而引起民事纠纷的，不享有司法豁免权。

享有司法豁免权的外交代表，因自己的交通工具肇事而引起民事纠纷的，不享有司法豁免权。

(2) 派出外交代表的国家或者国际组织，明确表示放弃司法豁免权的。驻在国法院可以受理以该外交代表为被告的民事诉讼。

(3) 享有司法豁免权的外交代表，自己作为原告向驻在国法院起诉，从而引起被告反诉的，不享有司法豁免权。司法豁免权最初为外交代表所享有，后来逐步扩大到某些国家组织和国际组织。根据有关的国际公约、国际条约和我国的有关条例的规定，下列人员享有司法豁免权：外交代表和与外交代表共同生活的配偶及未成年子女。使馆的行政技术人员和与其共同生活的配偶及未成年子女，使馆服务人员执行职务的行为。途经中国的外国驻第三国的外交代表和与其共同生活的配偶及未成年子女，持有中国外交签证或者持有外交护照（仅限互免签证的国家）来中国访问的外交官员，经中国政府同意给予外交特权与豁免的其他来中国访问的外国人士。来中国访问的外国国家元首、政府首脑、外交部长及其他具有同等身分的官员。来中国参加联合国及其专门机构召开的国际会议的外国代表，临时来中国的联合国及其专门机构的官员和专家，联合国及其专门机构驻中国的代表机构和人员，一般也享有司法豁免权。

国家组织和外国组织，一般是指外国国家、政府和政府部门。对这些组织提起的民事诉讼，人民法院不予受理，除非他们自愿放弃司法豁免权，接受我国人民法院管辖。对于外国的国家企业，不享有司法豁免权，可以在我国人民法院起诉、应诉。

#### 7. 涉外官司的当事人能否请外国律师代理诉讼

在一国法院打官司，当事人能否请法院地国以外的国家的律师作代理人，参与诉讼活动。对这一问题，世界上绝大多数国家是持否定的态度，都规定了外国当事人只能委托法院地国的律师代理诉讼，而绝不允许外国律师在本国法院进行代理诉讼活动。

《民事诉讼法》第二百四十一条规定：“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。”这一条规定表明，凡在我国人民法院进行诉讼活动，当事人可以亲自进行也可以委托代理人进行。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。因为律师制度是国家司法制度的组成部分，任何一个主权国家，都不允许外国的司法制度延伸到本国领域，干涉本国的司法事务。

有些外国当事人在委托中国律师代理诉讼的同时，又聘请了外国律师，被聘请的外国律师，只能作为中国律师的助手参加，在有关该国法律问题上为中国律师提供帮助或协助处理有关事务等助理工作，是可以允许的，但不得在人民法院进行诉讼活动。如果相当事人委托的不是律师，那么，无论他是中国人还是外国人，甚至是本国驻我国使、领馆的官员代理诉讼，但他们

必须以个人的名义进行代理，人民法院是允许的。另外，根据我国参加的《维也纳领事关系公约》的有关规定，外国驻华领事馆官员（包括经我国外交部确认的外国驻华使馆的外交官员同时兼有领事官衔者），作为当事人的本国国民不在我国境内或者由于其他原因不能适时到我国人民法院出庭时，可以在没有委托的情况下，直接以领事名义担任其代表或为其安排代表在我国人民法院出庭，但不能作为律师出庭。依据我国参加的《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》，缔约国驻我国使馆受其本国国民委托，代聘中国律师，这是属于使馆公务，是可以的。

#### 8，居住在回外的当事人需申回外官司怎样聘请律师：

外国当事人在人民法院起诉、应诉，可以亲自参加，也

可以委托代理人进行。如委托律师代理诉讼，只能委托中华人民共和国的律师。魏律师代理进行诉讼，必癩有授权委托书，以明确代理人的代理事项和权限。授权委托书是一种单，方的法律行为，一般只要当事人亲自进行，委托的内容不违反法律，便具有法律效力。当事人不在我国领域内居住，其从外国寄来或托交的授权委托书，人民法院审查和辨别是否属于当事人亲自进行或者说是当事人的真实意思表示。为了慎重起见，授权委托书必须经过公证和认证。

《民事诉讼法》第二百四十二条规定：“在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。”从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书的手续是：（1）经所在国公证机关的证明，以确定该授权委托书的民事行为合法，并出具证明机关的证明书。（2）经我国驻该国使领馆认证。由我国的外交使馆或领事机关在公证文件上证明公证机关的最后一个签名或印章真实性，该授权委托书才具有效力。（3）对于外国企业，除应提交公证、认证的《授权委托书》外，还须提供经过公证、认证的《法人代表人身份证明书》和法人资格证明。如当事人所在国与我国没有外交关系，其授权委托书经所在国公证机关公证后，由所在国同意为我国代为领事事项的第三国使、领馆认证，再由我国外交部或者驻外使、领馆对第三国的认证进行认证。

对于侨居在国外的中国公民从国外寄交或者托交的授权委托书，必须经我国驻该国使领馆证明；没有使、领馆的，与我国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明，并转交我国驻第三国的使领馆证明，或者由侨居地的爱国华侨团体证明，以保证委托书的真实性。

#### 9. 什么是涉外官司的管辖，管辖的权限与分工是怎样划分的

涉外官司的管辖，是指一国法院受理涉外争议纠纷的权限范围和法律根据。它是解决一国法院根据哪些原则或标准来确定是否有权受理某一涉外争议纠纷的问题。在确定本国法院对该纠纷享有管辖权后，由本国的哪一级，哪一个法院受理，则按本国的有关诉讼法的规定执行。

每一个涉外争议纠纷都与两个或两个以上的国家相联系，而各国对所确定的管辖权原则、范围权限不同。我国确定涉外诉讼管辖的原则是：

（1）维护国家主权原则。司法管辖权是关系国家主权问题，各国为维护本国的国家主权，积极地扩大法院的管辖权，以保护本国一方当事人的利益。只

有本国确认对涉外争议的管辖权，才能审理该争议纠纷。管辖权的确定往往又同法律适用（包括实体法）直接联系，不同国家的法院在受理同一案件时，可能适用不同的法律，就会出现不同的处理结果。可以说，案件有哪一国法院受理，在很大程度上决定着该纠纷的审理结果。所以，为了维护本国当事人的利益，各国在争夺管辖权问题上争执是比较激烈的。更为重要的是它是国家行使主权的表现。根据国际惯例，我国确定管辖权的原则是，凡是应由我国人民法院管辖或者能够由我国人民法院管辖的涉外纠纷争议，都确定由我国人民法院管辖，我国绝不放弃管辖权，也绝不任意扩大管辖权。因为无根据地扩大管辖权审理所作出的判决和裁定，往往会被它国拒绝承认和执行。

（2）尊重国际条约和国际惯例。我国在确定涉外争议纠纷管辖上尊重国际条约和国际惯例，充分顾及各国立法的合理规定，符合国际通行作法。凡是我国缔结或者参加的国际条约，涉及管辖问题的规定与我国有关的法律规定如有冲突，将适用国际条约的规定，同时参照国际上的习惯作法。目前，国际上在确定涉外争议管辖上一般原则是以当事人协议选择、合同履行地和合同签订地三个连结点确定法院的管辖。

当确定某一涉外争议纠纷由我国法院管辖后，就产生了人民法院对该纠纷的管辖权限和分工，就是涉及到由哪一级、哪一个法院管辖的问题。我国《民事诉讼法》规定，涉外争议纠纷由基层人民法院受理第一审；中级人民法院只受理重大涉外案件的第一审。所谓“重大涉外案件”，是指构成法律关系的主体复杂、有特殊身份，标的数额巨大，权利义务关系涉及党和国家重要政策，法律界线不太明确等等，有的甚至会涉及两国人民和两国政府关系。对这些案件的审理为慎重起见，由中级人民法院审理第一审。

每一个涉外案件，至少有一个涉外因素。由于这些涉外因素，使得该案与至少两个国家相联系着。与之相联系的国家，各国根据国内立法和国际惯例，分别以不同的联系点来确定其管辖权。这些联系点主要有：当事人的国籍；当事人的住所、居所和临时所在地；诉讼标的物所在地或被告的财产所在地；法律行为地；当事人协议或默示同意的诉讼地等。根据这些因素，我国人民法院确定涉外争议纠纷管辖，一般采用实行地域管辖，有限承认协议管辖，设置推定管辖，明确规定专属管辖等四类管辖规定。

#### 10. 被告在我国没有住所，管辖是怎样规定的

一般讲原告被告，是向被告住所地的人民法院起诉，由被告住所地人民法院管辖，即所谓的原告就被告原则，在管辖上是属于地域管辖中的，般地域管辖。在涉外诉讼中，不管外国当事人为原告，我国当事人为被告，或我国当事人为原告，外国当事人为被告，只要被告在我国有住所的，由被告住所地的人民法院管辖。涉外诉讼的当事人中，如被告是外国一方当事人，在我国又没有住所的，在管辖上又有什么规定呢？

《民事诉讼法》第二百四十三条规定：“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。”本条是对在我国领域内没有住所的被告提起诉讼而作的管辖规定。



这类管辖是属于地域管辖中的特殊地域管辖。根据本条规定，涉外诉讼中对这类特殊地域管辖是有条件的，一般应具备下列几个条件：

(1) 当事人双方发生的争议必须是合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对于特殊的合同纠纷实行专属管辖。

(2) 被告在我国领域内没有住所。因为被告在我国领域内有住所的，无论他(她)是中国人、外国人还是无国籍人，适用一般地域管辖。

(3) 当事人双方发生的纠纷必须具有下列因素之一：合同在我国领域内签订。合同在我国领域内履行。诉讼标的物在我国领域内。被告在我国领域内有可供扣押的财产。侵权行为发生在我国领域内或者侵权行为所引起的结果发生在我国领域内。被告在我国领域内设有代表机构。如果该纠纷具有第(3)个条件中所列的数个因素，则可以由当事人(主要是原告)选择其中一个因素所在地人民法院管辖。

特殊地域管辖中规定的人民法院管辖权的确认都是“可以”管辖。这是因为在一个合同纠纷或财产争议中，可能同时涉及到有关的合同签订地、履行地、标的物所在地、侵权行为地、扣押财产所在地、代表机构所在地等。因此，对某一纠纷争议可能有几个所在地法院都有管辖权，具体由其中哪个法院管辖，则不能指定，而只能由当事人根据上述管辖法院范围内协商确定。

另外，对不在我国领域内居住人提起有关身份关系的诉讼，由原告所在地人民法院管辖的也为特殊地域管辖。特殊地域管辖是涉外诉讼管辖的特别规定，在涉外诉讼中应首先适用特别规定。如特别规定未确定的，则适用《民事诉讼法》第二章有关管辖的规定。如是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；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；因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖；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；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；因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼，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；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；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，这些管辖都是地域管辖的延伸。

#### 11. 当事人双方可以选择法院解决争议纠纷吗

当事人双方通过协议，选择有关的法院来处理争议纠纷，这在国际上被大多数国家所承认的一种管辖，称为协议管辖。协议管辖是指当事人双方在法律准许的范围内，在合同争议或财产纠纷发生前或发生后达成书面协议，自愿将争议交由某一法院管辖。

《民事诉讼法》第二百四十四条规定：“涉外合同或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。”确立协议管辖，主要是为了尊重当事人的自愿，它是根据“意思自治”原则，允许当事人双方约定管辖或合意管辖，符合国际上的习惯作法。一个涉外争议纠纷案，可能由于当事人双方的协议而改变了法院的管辖权。这种改变可能是变本国管辖为外国管辖，也可能是变外国管辖为本国管辖。

当然，有时本国法院对该争议本来就有管辖权，由于当事人的协议，使得到进一步确定。目前，世界各国对协议管辖普遍予以承认，并被广泛采用。但是，协议管辖不是任意的、无条件的，而是要受到一定限制的。我国对协议管辖的条件是：（1）协议选择管辖法院的争议纠纷，仅限于因涉外合同或并非因不动产引起的涉外财产权益纠纷。（2）协议管辖必须是书面的，而不是口头的。（3）协议选择管辖的法院，必须是与争议有实际联系的地点的法院。如合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地等。如当事人选择的某国法院与争议地点无实际联系的，该协议无效。（4）协议管辖仅适用于第一审法院。所选择的第一审法院，一般讲是基层人民法院。如果属“重大案件”，也可以是中级人民法院为一审法院。该案经一审人民法院判决或裁定后，当事人不服，提起上诉的，不能选择第二审人民法院上诉，只能向原审上一级人民法院上诉。（5）协议管辖不得违反我国专属管辖。如中外合资经营企业合同纠纷、中外合作经营企业合同纠纷、中外合作勘探开发自然资源合同纠纷、因不动产提起的诉讼、港口作业中发生的纠纷、继承遗产的诉讼，这些纠纷必须由我国人民法院管辖或特定的人民法院管辖，当事人不能选择法院管辖。

另外，涉及身份关系的诉讼，如离婚、收养、确认准婚生地等，不能适用选择管辖。

## 12. 双方当事人来协定管辖法院，而一方当事人向管辖权不确定的法院起诉可以吗

涉外诉讼中双方当事人在法律准许的范围内，在合同争议或财产权益争议发生前或发生后达成协议，将争议交由实际联系地点的法院管辖，这是协议管辖，已得到世界各国普遍承认。如双方当事人未有任何协议，而一方当事人向管辖权不确定的法院起诉又会怎样呢？这就会产生三种情况：（1）该法院以管辖权不确定为由，提议原告向有管辖权的法院起诉，本法院不予受理。（2）该法院未知本院对该争议有否管辖权，受理此案，并通知被告应诉，而被告以该法院管辖权不确定为由，拒不应诉，这样，该法院受理无效。（3）如第（2）种情况的被告应诉答辩的，这就被称之为默示管辖。

默示管辖也称推定管辖或接受管辖。是指双方当事人之间并没有达成任何关于管辖的协议，在原告向某一法院起诉后，被告也不提出异议，而且应诉答辩，据此，可以推定被告承认该法院管辖，该法院对该案取得了管辖权。这种由原告选择，被告默示同意的管辖方式，就是默示同意管辖。它实质上是以默示的方式所达成的协议管辖。

《民事诉讼法》第二百四十五条规定：“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。”我国法律也承认这种默示管辖。默示管辖适用于涉外诉讼中当事人双方没有形成书面协议确定管辖法院，而由一方当事人单方面向人民法院提起诉讼，被告对人民法院管辖也不提出异议，并应诉答辩。“不提出异议”是指被告对原告选择的法院管辖没有持任何反对意见，也没有要求另择其他法院管辖该案，并在规定的期限内进行答辩（包括书面答辩和口头答辩）。“视为承认该人民法院为有管辖权的法院”这句话有两层意思：一是该争议纠纷是否由我国人民法院管辖，法律规定不明确。二是该争议纠纷由我国人民法院管辖后，受理法院有无管辖权不明确或法律没有规定。但该法院的管辖只要不违反专属管辖和级别管辖的规定，即视为有管辖权。默示管辖也是国际

上普遍公认的一条管辖原则。

默示管辖的适用，不是无条件任意的，也需符合一定条件才能适用。其条件是：（1）当事人对争议事前没有达成书面协议确定管辖法院，而一方当事人单方面向人民法院提出诉讼。（2）受理起诉的人民法院对该争议纠纷无管辖权或管辖权不明确。（3）被告对原告选择起诉的人民法院的管辖权不提出异议，并应诉答辩。“不提出异议”和“应诉答辩”须同时存在。（4）由于被告的默示接受，并无反对意见，该法院即可推定被告已承认它的管辖，因而取得对该争议纠纷的管辖权。（5）不得违反《民事诉讼法》有关的级别管辖和专属管辖的规定。（6）接受管辖成立后，原、被告均不得提出管辖异议或以此作为提出上诉或申诉的理由。（7）被告委托代理人进行诉讼的，代理人不提出管辖异议，并应诉答辩的，也应视为被告同意该人民法院管辖。

### 13. 哪些纠纷官司必须由我国人民法院管辖

涉外诉讼的管辖一般采用地域管辖，也可以由双方当事人通过协议选择管辖，也承认了默示管辖。但一国法律对某些涉外争议纠纷明确规定必须由本国人民法院管辖，这就是专属管辖。专属管辖是指一国法院基于本国法律的明文规定，对某些争议纠纷无条件地行使管辖权。也就是说，这些争议纠纷只能由本国法院管辖，其他国家的法院均不得对该争议纠纷主张或行使管辖权。即使当事人擅自选择外国法院进行诉讼，其判决也得不到有专属管辖权国家的承认和执行，当事人在该国领域内的合法权益也得不到保护。

《民事诉讼法》第二百四十六条规定：“因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、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。”同时，我国《涉外经济合同法》第五条第二款也明确规定了这三种合同只适用中华人民共和国法律。这三种合同性质、特征如下：（1）中外合资经营企业合作合同纠纷。是中国企业、其他经济组织与外国企业、公司及其他经济组织或个人，按照《中外合资经营企业合作法》的规定，在中国领域内共同投资经营，并按投资比例分享利润，分担风险及亏损所产生的合同纠纷。（2）中外合作经营企业合作合同纠纷，是中国企业、其他经济组织与外国企业、其他经济组织或个人，根据我国有关法律在我国领域内共同举办的，按合作企业合作合同的规定分配收益或产品，分担风险和亏损所发生的合同纠纷。（3）中外合作勘探开发自然资源合同纠纷，是中国政府或国家经济机构、国营企业，同外国投资者按约定的比例投资，在共同勘探开发我国自然资源合作中所发生的合同纠纷。

上述三种合同均根据中国有关法律规定签定的，在中国境内履行。履行合同的机构设在中国，或者本属中国法人，受中国法律保护。为维护国家主权和社会经济秩序，保护国家和人民利益，这三类合同纠纷均由我国人民法院管辖，适用中国的实体法和程序法解决合同纠纷，不允许当事人用协议方式来改变我国人民法院对这三类合同纠纷的管辖权。

另外，因不动产提起的诉讼，因港口作业中发生的纠纷提起的诉讼，因继承遗产纠纷提起的诉讼，法律规定分别由我国不动产所在地、港口所在地、被继承人死亡时所在地或主要遗产所在地的人民法院管辖。这是以维护国家主权和社会公共利益对这类纠纷的管辖权所作的专门规定。

### 14. 涉外官司起诉的条件是什么

涉外官司起诉，是指涉外法律关系的主体认为自己的合法权益受到侵犯或与他人发生争议纠纷，以自己的名义，请求人民法院依法裁判，给予法律

保护的诉讼行为。起诉是有一定条件的，只有符合起诉条件的，人民法院才予受理。其条件是：（1）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。就是说，只有原告自己的民事权益或者依法受法律保护的民事权益受到他人侵害，或与他人发生争议，才有资格作为本案的原告。如离婚案中，原告必须是被告的丈夫或妻子。如原告与本案无直接的利害关系，就不能作为本案的原告。（2）有明确的被告。就是说，原告告谁，谁是被告。

如原告在起诉时不能指明被告是谁的话，人民法院就无法受理。如一艘外轮撞沉我国渔船一艘，该外轮逃跑了，被撞沉渔船主以原告向法院起诉，但找不到明确的被告（该外轮），人民法院就无法受理此纠纷案。（3）有具体的诉讼请求和事实理由。诉讼请求是原告请求人民法院所要解决的问题。如外国公民在我国开车时撞伤我国公民，该公民向法院起诉，请求法院裁判该外国公民赔偿其医药费及其他费用。事实和理由是指原告提出诉讼请求所依据的事实和理由。如原告要求被告履行合同，就必须向人民法院提供有关签订的有效、合法的合同。（4）属于人民法院受理的范围和受诉人民法院管辖。原告的诉讼请求必须是人民法院可以有权审判的，否则，人民法院不予受理。另外，按照人民法院上下级和同级之间对受理第一审案件的分工，受诉人民法院对原告的诉讼请求还必须有管辖权。

按照我国民事法律的规定，审判实践的惯常作法和人民法院审判庭的设置和分工，将涉外民事常见官司分为二类：一类是民事审判庭的受案范围，包括具有涉外民事关系的所有权纠纷、小宗的债权（包括合同、侵权行为）、继承、离婚、知识产权中的著作权、亲属身份关系、确认有无行为能力等侵权纠纷。另一类是经济审判庭受案范围，包括国际经济贸易中的合同纠纷（对外货物买卖、涉外投资、涉外技术转让保管、委托、代理等）、海商海损、空难、船舶碰撞、涉外劳务、票据、公司专利、商标等涉外经济纠纷。

原告向人民法院起诉时，应当递交书面起诉状，并按被告人数提交副本及有关证据，即有几个被告，要交几份起诉状副本。如果原告自己书写起诉状有一定困难，可以委托律师或其他诉讼代理人代为书写起诉状。只有当原告书写起诉状确有困难，才允许口头起诉，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人。总之，原告向人民法院提起诉讼，以书面起诉为原则，以口头起诉为例外。

#### 15. 人民法院怎样审查原告起诉，哪些案件不予受理

人民法院收到原告的起诉状后，首先对起诉人的资格进行审查。审查起诉人是否具备诉讼权利能力和诉讼行为能力，是否与本案有直接利害关系以及具体的诉讼请求和事实理由。如果是经济合同官司，人民法院要审查企业、组织或公司的性质、登记、注册资本、资信情况等，并审查本院对此案是否有管辖权。审查起诉的期限为收到起诉状（或口头起诉）的七日内。符合起诉条件的，案件属于本院管辖的，予以立案受理，并将起诉状副本送达本案被告。审查后不符合条件的，或不属于本院管辖的，不予受理。如公民、法人或者组织认为行政机关和行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益，可向人民法院起诉，是属于行政纠纷，向人民法院行政庭提起行政诉讼。

对下列各类起诉，人民法院不予受理，但分别情况予以不同的处理。（1）依照《行政诉讼法》规定，属于《行政诉讼法》受案范围的，告知原告提起行政诉讼。（2）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的，人民法院不予受理，告知原告向仲裁机构申请仲裁。（3）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。如劳务合同纠纷、招工争议纠纷等。（4）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。我国各级人民法院之间、同级人民法院之间及其与专门法院之间，受理第一审民事、经济、海事海商等有明确的分工和权限范围，当事人只能向有管辖权的人民法院起诉。（5）对判决、裁定已发生法律效力案件，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。因为这是当事人以同一事实与理由重复起诉的问题。（6）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，人民法院不予受理。（7）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，人民法院不予受理。这主要是还期望有和好的可能，规定了一定的时间。

除上述几类明确不予受理的外，对符合条件的起诉，人民法院予以立案受理。原告起诉和人民法院受理这两个诉讼行为相结合，诉讼程序即开始。

#### 16. 当事人不在我国领域内居住，诉讼文书如何送达

送达是指人民法院依照法定程序方式，将诉讼文书送交给当事人或其他诉讼参与人的诉讼行为。涉外官司的送达方式，可以根据当事人的住所不同顶有所区别。对在我国领域内有住所的当事人，不论他是中国人、外国人或外国企业组织，都应按照国内诉讼的一般送达规定送达。对在我国领域内没有住所的当事人，不论他是中国人、外国人或外国企业组织，由于涉及到我国和当事人所在国之间的关系问题，不能采用国内诉讼的一般送达方式，而只能按不同于一般的特殊方式送达。根据《民事诉讼法》第二百四十七条规定，人民法院对在我国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用下列七种方式：

（1）依照受送达人所在国与我国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达。凡是受送达人所在国与我国缔结双边司法协助或共同参加的国际条约中，有关于送达诉讼文书规定的，人民法院应遵照双边条约和共同参加的国际条约规定的送达方式送达。

（2）通过外交途径送达。这种送达方式的程序是：先由发出诉讼文书的人民法院，将要求送达的诉讼文书报省、自治区、直辖市高级人民法院审查，然后由外交部领事司转交当事人所在国驻华使馆，再由该使馆送其本国外交机关，转该国司法机关送达。

（3）对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托

我国驻受送达人所在国的使领馆代为送达。采用这种送达方式须具备两个条件：一是受送达人具有我国国籍，根据国家的属人管辖权，可以由我国使领馆送达。二是要以送达所在国允许我国使领馆送达为限，根据属地优越权，这种送达方式应征得受送达人所在国的同意。

（4）向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达。人民法院把送达的法律文书直接送交有权代理接受的诉讼代理人签收，视为已送达。当事人不在我国领域内居住，或不亲自参加诉讼的，一般都会在我国国内委托诉讼代理人。人民法院将诉讼文书交给当事人的诉讼代理人，就等于送交当事人。通常当事人委托诉讼代理人代理诉讼，如属全权代理，或者未写明不得代收诉讼文书，应认为有权代当事人接受诉讼文书。

（5）向受送达人在我国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达。受送达人在我国领域内设有代表机构的，人民法院

可以将诉讼文书直接送达其代表机构。受送达人在我国领域内设有分支机构和业务代办人的，如果他们有权接受送达，也可以将诉讼文书直接送达给他们。这种送达主要是适用外国企业或组织。

(6) 受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起六个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达。此种送达应以受送达人所在国法律允许为前提，是否允许用邮寄方式送达，这是主权国家国内法规定的原则。在适用邮寄送达前，应认真核查，不可贸然行使，否则被认为侵犯其国家主权。目前，世界大多数国家的法律允许邮寄送达。

(7) 不能以上述六种方式送达的，公告送达。自公告之日起满六个月，视为送达。公告送达是将诉讼文书的内容制成公告，刊登在报纸或者其他适宜的刊物上以及法院公告栏内公告。无论当事人是否能见到，自公告之日起满六个月，即视为送达。

### 17. 涉外官司中的被告如何进行答辩

在涉外官司中，答辩是被告为保护自己的权益而依法行使的一种诉讼手段，也是被告的一项诉讼权利。所谓答辩状，就是被告针对原告在起诉状中提出的诉讼请求，理由和事实根据，以书面形式进行回答与辩解的一种诉讼文书。《民事诉讼法》第二百四十八条规定：“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。”被告如在我国领域内有住所的，提出答辩状的期限与国内一般官司相同，即被告收到起诉状之日起十五日内提出答辩状。答辩是被告的一项诉讼权利，被告是否提交答辩状，人民法院不加以强制。但是，被告到期布提交答辩状，并不影响人民法院对该案的审理。

涉外官司中原、被告都享有同等的诉讼权利，承担相应的诉讼义务。为了体现平等，在原告有起诉权的情况下，被告相应地有自己的答辩权。这样，才能充分体现当事人诉讼权利平等的原则。被告在书写答辩状时，主要从实体权利方面反驳或者承认原告的诉讼请求，或者对原告提出反诉请求。例如：原告提出被告的侵权行为，被告在答辩状中根据事实作出否认或承认这一行为的发生；被告还可以提出反诉请求。例如：在财产纠纷中，原告起诉要求被告归还其一台彩电，被告在答辩状中根据事实提出反诉，要求被告归还其拖欠的钱款。另外，被告也可以从诉讼程序上进行答辩，如被告列举一定的事实来证明原告无权提起诉讼，或者指出受诉法院对本案无管辖权，从程序上反驳原告的起诉权。

被告对原告的起诉提出答辩，是行使自己合法的一项诉讼权利。这一权利是受法律保护的，被告应充分行使这一权利。这种权利的行使，可以通过书面的答辩形式，也可以在开庭审理时口头答辩的形式进行。在诉讼过程中，被告是否提出答辩，人民法院是根据全面收集的有关证据审阅诉讼材料，对案件进行调查研究，不会以被告提出的答辩作为认定事实的根据，也不会因为被告没有提出答辩而影响对案件的正常审理。

### 18. 涉外官司的期间有何特别规定

涉外官司的期间，是指涉外诉讼的当事人进行诉讼和人民法院审理涉外案件所必须遵守的期限。《民事诉讼法》对涉外民事诉讼的期间有五项特别规定：(1) 被告不在我国领域内居住的，对起诉状的答辩期为三十日。被告

申请延期的，是否准许，由人民法院决定。（2）当事人不在我国领域内居住的，对第一审人民法院的判决、裁定提起上诉的期限为三十日。当事人不能在规定的期限内提起上诉，申请延期的，是否准许，由人民法院决定。（3）被上诉人不在我国领域内居住的，对上诉状的答辩期为三十日。被上诉人申请延期的，是否准许，由人民法院决定。（4）人民法院审理涉外民事案件，不受立案之日起六个月内审结的限制。（5）人民法院对不在中华人民共和国领域内居住的当事人公告送达诉讼文书，自公告之日起，满六个月，即视为送达。不受普通程序中规定的六十日限制。

上述诉讼期间的规定，只适用于不在我国领域内居住的当事人。在我国领域内有住所的当事人，诉讼期间的适用按照一般诉讼期间的规定进行。

涉外官司期间的特别规定与一般官司期间规定有如下区别：（1）涉外官司对起诉的答辩期为三十日；一般官司起诉的答辩期为十五日。（2）涉外官司对一审人民法院的判决、裁定不服提起上诉的期限为三十日；一般官司对一审人民法院判决不服提起上诉的期限为十五日，裁定为十日。（3）涉外官司被上诉人对上诉状的答辩期为三十日；一般官司被上诉人对上诉状的答辩期为十五日。（4）涉外官司对案件的审结期未作具体规定；一般官司案件审结期一审普通程序为立案之日起六个月内审结、简易程序为立案之日起三个月内审结；二审为立案之日起三个月内审结；对裁定的上诉案件，为立案之日起三十日内作出终审裁定。（5）涉外官司的公告送达期为自公告之日起满六个月，视为送达；一般官司的公告送达期为发出公告之日起经过六十日，视为送达。（6）涉外官司对答辩和上诉规定的期限，当事人不能在规定的期限内提出答辩和上诉，申请延期的，是否准许，由人民法院决定。法院根据实际情况，灵活掌握；一般官司对答辩和上诉规定的期限，如当事人不能在规定的期限内提出答辩和上诉，除了当事人因不可抗拒的事由或其他正当理由而耽误期限的，可以申请顺延期限，是否准许，由人民法院决定。

上述期间的比较，涉外官司有三个特点：（1）时间长；（2）可以申请延期，（3）审结未作限制。这主要是考虑到：一是当事人居住在国外，诉讼文书往来，委托手续的办理等需要较长时间。二是国外当事人需要经过较长时间熟悉，了解我国法律，以便充分行使诉讼权利。三是国际惯例通常给以较长时间，以保证居住在国外的当事人能够行使诉讼权利。四是涉外官司适用程序比较复杂，又需要对方国家协助，时间较难掌握，但这并不是说涉外官司的审理可以无限期拖延。在司法实践中，我国人民法院对涉外官司都十分重视，优先办理。

#### 19. 什么是涉外官司财产保全，它与一般官司财产保全有何不同

涉外官司财产保全，是指在涉外诉讼中，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时，或者案件的利害关系人为使其合法权益免受损害时，人民法院根据当事人或案件利害关系人的申请，责令被申请人提供担保或者扣押其财产的一种强制措施。

涉外诉讼财产保全有三种情况：（1）根据当事人在起诉时或在诉讼中的请求，人民法院对被申请人采取财产保全措施。（2）根据利害关系人在起诉前（双方纠纷发生后，还未向法院提起诉讼）的请求，人民法院对被申请人采取财产保全。（3）涉外仲裁机构根据受理的仲裁纠纷当事人的申请，提请人民法院裁定采取财产保全。

财产保全目的，是可能因债务人的行为或其他原因，使债权人的权利无

法实现或难以实现时，债权人请求人民法院对债务人的财产实施查封、扣押、冻结等，以保护债权人的合法权益得以实现的一种保障措施。在实际生活中，常常会有这类特殊情况（一方的行为或某种原因等），即权利方来不及及起诉，但如果不采取紧急措施又会给权利方带来难以弥补的损失，尤其是在涉外经济贸易、海损事故等方面的纠纷，出现义务方在起诉前或者在诉讼中擅自离开我国境内，或巷转移、变卖其财产，以逃避诉讼和承担义务的情况，或出现争议的货物变质霉烂，自然消耗而扩大损失等紧急情况。财产保全就是为了避免这类事情发生，保证将来人民法院的判决能够顺利执行，而责令被申请人提供担保或者扣押其财产所采取的一种强制措施。

申请财产保全须符合下列条件：（1）该纠纷官司属于给付之诉，即具有给付金钱或物品的内容。（2）申请保全的财产限于请求的范围，或者与该纠纷有关的财物。（3）人民法院责令利害关系人或当事人提供担保，申请人按法院要求提供担保的。（4）必须是有可能因当事人一方的行为或其他原因使判决不能执行或难以执行，或者是利害关系人因情况紧急不立即申请财产保全其合法权益将受到难以弥补的损失。

涉外财产保全有三种保全程序：

（1）诉讼中保全，当事人向人民法院提出书面或口头申请，口头申请法院记录在案，由申请人签字盖章。申请要写明请求保全原因、保全标的物或有关财产、种类、数量、价款和所在地，提出诉讼保全的时间。人民法院审查并责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，驳回申请。人民法院经审查，同意保全的，依法作出保全裁定。交付执行（以责令被申请人提供担保，拒不提供的，即予执行）。

（2）诉前保全：利害关系人向有管辖权的人民法院提出保全申请，管辖法院一般为被告所在地或被保全财产所在地人民法院。如一艘外轮在上海吴淞口外撞坏我渔船一艘，我方的利害关系人要求扣押该外轮请求赔偿，应向管辖这一水域的上海海事法院申请保全。诉前保全申请人要提供担保，如不提供担保，驳回申请。诉前保全决定一般应在申请后 48 小时内作出。

（3）涉外仲裁保全（见涉外仲裁保全条目）。

涉外财产保全与一般财产保全是有所区别的：涉外财产保全都是由当事人提出申请，人民法院不依职权行使；一般财产保全可以由当事人申请，也可以由人民法院依职权进行。涉外财产诉前保全，人民法院裁定准许诉前保全后，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，一般财产诉前保全，人民法院裁定准许诉前保全后，申请人应当在于五日内提起诉讼，逾期不起诉的，人民法院应当解除财产保全。涉外财产保全，人民法院以责令被申请人提供担保为必经程序，拒不提供的，才发布扣押令，扣押其财产；一般财产保全，人民法院责令被申请人提供担保与查封、扣押等保全措施是相等的关系。人民法院裁定准予财产保全的，既可以责令被申请人提供担保，也可以直接查封、扣押其财产。

在涉外诉讼财产保全中，人民法院只是根据申请人申请进行，人民法院不负错误保全的责任。由于申请人的错误，把被申请人的财产保全了，造成了被申请人的财产损失，由申请人承担赔偿责任。损失，包括直接损失和间接损失。

## 20. 当事人不服一审法院的裁判怎样进行上诉

上诉，是指当事人不服地方人民法院第一审判决、裁定，在法定期限内，



依照法定程序，请求上一级人民法院对原审判决、裁定进行审理的一种诉讼行为。第一审判决、裁定不是全都可以上诉的。法律规定不准上诉的判决、裁定，当事人不得上诉。只有法律规定可以上诉的判决、裁定，当事人不服，才可以行使上诉权，在规定的上诉期限内提起上诉。当事人享有上诉权，是法律赋予上诉人所享有的一项诉讼权利，是保护当事人民事权益的一项保障措施。

当事人在我国领域内没有住所的，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。当事人不能在法定期间提起上诉，申请延期的，是否准许，由人民法院决定。在我国领域内居住的当事人，不服第一审人民法院判决，提起上诉的期限为十五日，对裁定不服提起上诉的期限为十日。由于当事人住所的国内国外之异，当事人上诉期限也有区别。上诉期限应从当事人收到判决书、裁定书的第二天起计算，上诉期限届满的最后一日是节假日的，以节假日后的第一日为上诉期限届满的日期。上诉期限届满前当事人交邮局寄出上诉状的，上诉期不包括在途时间，不算过期。

上诉必须具备法律规定的必要条件，其条件是：（1）上诉人必须是享有上诉权或依法可以行使上诉权的具有实体权利义务的当事人。（2）上诉必须在法定期限内提出。（3）必须是法律规定准予上诉的判决和裁定。（4）上诉人必须递交上诉状。

上诉状原则上要求上诉人通过原审人民法院提出，也可以直接向上一级第二审人民法院提出。同一案件的当事人，如果一方居住在国内，另一方居住在海外的，虽然该案的判决书或裁定书的生效日期是一致的，但由于各方当事人的上诉期限不同，期间届满的迟早是有差异的。对于居住在国内一方的当事人，其上诉期按照国内期限计算，在其上诉期间届满以后，如果居住在海外一方当事人的上诉期尚未届满，此时，该案判决书或裁定书虽尚未发生法律效力，但国内一方当事人不能再提起上诉。

## 二、涉港澳台官司

### 21. 涉港澳台官司属于涉外官司吗

涉港澳台官司，是指中华人民共和国大陆地区的当事人与香港、澳门、台湾地区的当事人，由于双方的争议纠纷而引起的诉讼，在大陆进行诉讼活动的，即所谓为涉港澳台纠纷官司。

香港、澳门、台湾自古以来就是中国领土。只是在清朝末期，由于清政府的腐败无能，使香港、澳门分别被英国和葡萄牙占领。台湾则由于 1949 年公众所知的原因人为地与大陆分离。收复港澳，行使主权，台湾回归，和平统一是中国人民包括港、澳、台人民的共同愿望。党中央和中央人民政府充分地尊重历史，尊重现实，照顾各方利益，而提出和平统一祖国的“一国二制”重大决策。“一国二制”是指在统一的中华人民共和国内，在大陆实行社会主义制度，而在 1997 年和 1999 年恢复行使主权后的香港、澳门以及将与大陆统一的台湾，在若干时期内，保留资本主义制度。1982 年我国在修改《宪法》时，已考虑到统一后的港、澳、台地位问题。为此提出了设立特别行政区的建制，并赋予相应的权力，以维持其经济基础和上层建筑不变，维护其繁荣和发展。在立法权方面，特别行政区应法机构制定的法律，可以与大陆地区的法律不一致，即特别行政区根据行政区基本法和法定程序制定的法律在与全国人大制定的相应法律相抵触的情况下，该法律在行政区域内可以实施。在根本法《宪法》原则指导下，特别行政区根据本区域的情况，可以制定区域法律，保持一定时期内实施，或者保持原来的法律基本不变。这样就产生了内地与特别行政区域的法律适用的矛盾问题。大陆与港、澳、台都是中华人民共和国的一部分，涉港澳台纠纷案件性质，实际上是一个国家内不同地区之间的法域冲突。

最高人民法院对涉港、澳纠纷案件性质等有关问题的意见中指出：“涉港、澳同胞的案件，不属于涉外案件。鉴于港、澳地区的特殊地位，审理这类案件，可以参照《民事诉讼法》第五编（涉外程序的特别规定）和其它有关规定办理。”并还在其他文件中多次指出涉港、澳案件非为涉外案件。与台湾同胞相关的案件更不属涉外案件。但是，由于涉港、澳、台案件有其特殊性，又不能完全按内地的案件处理。

另外，一港英当局对部分尚未加入英国国籍的香港同胞发有“英国属土公民护照”；澳葡当局对澳门同胞发有身份证和澳门护照。对待有港英或澳葡当局所发上述证件的港、澳同胞在大陆人民法院起诉、应诉的案件，是否作为涉外案件对待问题。最高人民法院曾于 1984 年 12 月在一个批复中明确指出：根据《中华人民共和国国籍法》第九条，公安部《关于实施国籍法的内部规定》第七条，以及中英之间关于香港问题的联合声明所附的中方备忘录的精神，对待上述护照的港、澳同胞均为中国公民，不承认他们具有英籍或葡籍。其在内地起诉、应诉的案件，不能作为涉外案件处理。

### 22. 涉港澳台官司审理有哪些规定

随着大陆与港、澳、台官方或非官方的互访和民间团体的交往，增进了相互间的了解，并促进了港、澳、台同胞回大陆探亲访友、观光旅游，以及来大陆投资等日益增多。交往的日益频繁，再加之历史遗留的一些问题，纠纷也随之增加，如婚姻、继承、房产、身份关系以及经济纠纷等在大陆进行诉讼的案件也越来越多。目前，港澳还未回归，台湾还未能统一，中国“一

国二制”还未能实现。因此，在这样的情况下，人民法院在审理涉港、澳、台案件是谨慎从事的，因有关的法律还不完备，政策规定较原则、笼统，从而使审理工作带来较大的难度。人民法院经过几年的审判实践，目前，已摸索出一些审判原则：

（1）基本适用大陆法律的原则。大陆和港、澳、台都是中华人民共和国的一部分，大陆政府是中华人民共和国的唯一合法政府。国家主权的效力涉及本国的一切领域，中华人民共和国法律是调整各类法律关系的唯一准则。当“一国二制”实现后而产生的区域性法律制度，届时将受区际冲突法律调整。因此，在目前情况下，凡是港、澳、台同胞来大陆向人民法院起诉、应诉的案件，包括经济纠纷在大陆进行诉讼，基本适用大陆法律。“基本适用”有两层意思：一是在诉讼程序上，完全适用大陆诉讼法，而不适用港、澳、台诉讼法。二是在实体法适用上，也基本适用大陆有关法律。但对于少数涉及侵权、债权的案件，或其标的及有关财产在大陆外，判决后执行对象在港、澳、台的，考虑到判决的执行情况，如适用的法律不违背国家主权和大陆法律基本原则及社会公共利益的，可以参考适用。但对于缺乏司法协助，而执行标的又在港、澳、台的案件，也可以不予受理，劝告当事人到财产所在地区法院起诉。

（2）诉讼权利平等的原则。大陆与港、澳、台同胞同是中国公民，在诉讼中权利、义务和地位上是平等的，在适用法律上一律平等。保护港、澳、台同胞在大陆的合法权益，对促进祖国统一具有重要意义。人民法院对港、澳、台同胞起诉要求保护其合法权益的，应依法受理。对不符合法律、政策规定的诉讼请求，经说服和劝导后，依法驳回。

（3）在诉讼证据上，贯彻谁主张，谁举证的原则。由于涉港、澳、台案件的调查取证工作较难，渠道不畅。根据《民事诉讼法》的有关规定，人民法院应线要求港、澳、台一方的当事人在起诉时，必须对自己的诉讼请求提供证据。

在诉讼中，列于有些因客观原因，不能或煮不愿来大陆起诉的，可告知他们可以通过我国司法部认可的香港律师委托在内地的亲属或律师代理诉讼。并尽量要求出入境较方便的港、澳地区的被告到庭应诉和对自己反诉，答辩进行举证。对港、澳、台一方当事人有明确地址的，直接发信通知其应诉；对于过去偷越到港、澳、台，现在地址不详或下落不明的被告且又属于身份或继承纠纷的，拟动员其亲属提供地址或代为通知应诉。如仍无法取得联系、下落不明者，则通过公告方式送达起诉状副本，公告期满，逾期仍不应诉的，可在查清事实的基础上作缺席判决。

（4）调解原则。人民法院审理涉港、澳、台纠纷，在双方当事人自愿的基础上，按法定程序进行调解，调解达成的协议内容要合法。在涉港、澳、台纠纷中，有些是由于历史的原因而造成的，双方当事人通过调解，是能够调解结案的。调解结案的后遗症少，执行也顺利，当事人也满意。如调解不成，应当及时判决。

（5）根据客观情况，从实际出发，实事求是的原则。由于历史原因，港、澳、台同胞，尤其是台湾同胞，有些诉讼时效超过了法律规定的20年。对这种起诉，如按《民法通则》规定已丧失了胜诉权，按《继承法》规定也丧失了起诉权。对这类问题如何解决，最高人民法院马原副院长对这一问题曾说过：“对去台人员和台湾同胞的诉讼时效期间问题，根据《民法通则》第一

百三十七条的规定，人民法院可以作为特殊情况予以适当延长。”在审查台湾当事人的身份上，亦采取实事求是的态度。人民法院对台湾当事人在大陆起诉、应诉的，一般要求台湾政府部门或法院或公证部门出具证明文件，如身份证、护照、在台婚姻状况等案件所需的证件。如台湾一方当事人确因特殊原因无法取得上述证明文件，而有其他方法可以证明其身份的，也予确认。

(6) 根据现实，采用灵活的变通原则。涉港、澳、台案件不属涉外案件，理应按《民事诉讼法》的一般规则适用。但因港、澳、台与大陆法律体系不同，渠道不畅，对诉讼文书送达的期间规定，是适用涉外诉讼的期间规定进行。这主要考虑到当事人收到诉讼文书后，需要一定的时间了解大陆法律；聘请代理人；办理出入境手续等需要一定的时间。在与台湾关系正常化前，台湾同胞赴大陆应诉所要办的手续更多，所化的时间更长。因此，根据目前这样的状况，比照《民事诉讼法》涉外案件的送达期间处理，是比较妥当的，有利于保护港、澳、台一方当事人的合法权益。

人民法院在审理港、澳、台同胞回大陆探亲访友、观光旅游期间发生的问题而提出起诉、应诉的。考虑到港、澳、台同胞在大陆逗留时间有限，尤其是台湾当局对台胞在大陆的居留时间限制得更严，再则由于旅费等其他原因，使他们在大陆法院起诉、应诉后不能长期滞留待判。人民法院在法律许可的范围内，采用灵活措施，方便港、澳、台同胞诉讼，尽可能地做到“及时受理、及时审判，及时执行”，以便港、澳、台同胞能在返回前审结案件。

### 三、涉外仲裁

#### 23. 什么是涉外仲裁，它与诉讼有何不同

仲裁，也称公断，是指基于有关法律规定或当事人之间的约定，由第三者居中解决民事争议的一种方式。通过仲裁解决的民事争议，一般仅限于经济、贸易、海事、运输和劳务中产生的纠纷。因人身关系产生的纠纷，不能适用仲裁解决。

涉外仲裁，是指因国际经济贸易、运输和海事发生争议，

双方当事人根据达成的仲裁协议，自愿将争议提交涉外仲裁机构裁决。用仲裁的方式解决双方当事人之间的争议纠纷，目前在国际上得到普遍的承认和广泛的运用。

仲裁和诉讼都是解决争议纠纷的方式。仲裁和诉讼的关系：一是提交仲裁还是向法院起诉，以双方当事人的协商自愿为前提，经双方协议提交仲裁机构仲裁的，就不得再向人民法院提起诉讼。当事人在合同中未订立仲裁条款，或者纠纷发生后双方未有书面仲裁协议的，可以向人民法院提起诉讼。二是仲裁裁决是终局，一旦作出，即发生法律效力，当事人对仲裁裁决不服的，不得向人民法院提起诉讼。三是仲裁机构的裁决，当事人必须遵守，一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或财产所在地的中级人民法院申请执行。

仲裁较之诉讼有其优越之处，其表现在：（1）仲裁是以双方当事人的自愿为基础，当事人只有在争议发生前或发生后达成协议，自愿将争议交由仲裁机构，仲裁机构才能进行裁决；而诉讼并非基于自愿，只要有管辖权的法院受理原告的起诉，被告就得应诉。（2）仲裁除非双方当事人同意，一般是非公开的。因此仲裁具有保密性；诉讼除法律规定不公开审理的案件外，一般都公开进行的。（3）仲裁当事人在很大程度上有自由选择的权利，如选择仲裁地点、仲裁机构、仲裁员、仲裁程序和仲裁所适用的法律；诉讼是人民法院按照法律规定所进行的审判活动，诉讼当事人虽可以书面协议有限制的选择与合同争议有实际联系的地点的法院或所适用的法律，但对法官、诉讼程序无选择自由。（4）仲裁既简便又有灵活性，且时间较短，诉讼一般较复杂，且化费时间较长。（5）仲裁裁决一般是一裁终局，对双方均有约束力，若败诉方不自觉执行裁决，胜诉方可求助法院，申请强制执行；诉讼程序是采用二审终审制，如当事人不服地方人民法院一审判决、裁定的，有权在法定期限内向上一级人民法院提起上诉。

#### 24. 我国有哪些涉外仲裁机构，其受理范围如何

我国现有的涉外仲裁机构分为二类：一是中国国际经济贸易仲裁委员会；二是中国海事仲裁委员会。这两个仲裁委员会都设在中国国际贸易促进委员会内，是民间性质的常设仲裁机构，其总部都设在北京。两个仲裁机构受理范围有明确分工。

中国国际经济贸易仲裁机构是中国国际经济贸易仲裁委员会及其分会，隶属于中国国际贸易促进委员会，其前身是对外贸易仲裁委员会，成立于1956年，1980年改称对外经济贸易仲裁委员会，1988年改用现名。中国国际经济贸易仲裁委员会由主席一人，副主席若干人和委员若干人组成，其仲裁员由中国国际贸易促进委员会从熟悉国际经济贸易、科学技术和法律方面的专门知识和有丰富实践经验的中外人士中聘任。仲裁委员会下设秘

书处，负责处理仲裁委员会的日常事务，在北京、上海和深圳设有分会。该委员会受理国际贸易方面的一切争议，包括中外当事人之间，外国当事人之间以及中国当事人之间具有涉外因素的下列争议纠纷：（1）有关经济合作方面：如合资经营、合作经营、合作开发、合作生产、技术转让、金融信贷、财产租赁、融资、租赁等产生的争议纠纷，（2）在对外贸易或国际贸易方面：如货物买卖、运输、保险、支付以及来料加工、来件装配、来料定货和补偿贸易等产生的争议纠纷。（3）其他国际经济贸易方面：如委托、代理、存储、保管等产生的争议纠纷。

中国海事仲裁委员会是中国国际贸易促进委员会所属的常设仲裁机构，成立于1959年。中国海事仲裁委员会由主席一人，副主席若干人和委员若干人组成。该委员会仲裁员由中国国际经济贸易促进委员会从具有相关专业知识和实际经验的中外人士中聘任。海事仲裁委员会设在北京，下设秘书处，负责处理该委员会的日常事务。海事仲裁委员会受理中外当事人之间、外国当事人之间以及中国当事人之间具有涉外因素的下列争议纠纷：（1）关于海上船舶之间以及海上船舶与河上船舶之间发生的救助费用纠纷。（2）关于船舶碰撞以及船舶损坏港口设施所发生的纠纷。（3）关于海上船舶租赁、代理、拖航、打捞、买卖、修理、提单或其他运输文件办理的海上运输业务，以及海上保险所发生的纠纷。（4）海洋环境污染损害纠纷。（5）双方当事人协议要求仲裁的其他海事纠纷。

中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会，在涉外仲裁时适用的仲裁规则，分别是《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》和《中国海事仲裁委员会仲裁规则》。按一般常规，双方当事人选择哪个仲裁机构，就同时承认适用其规则。我国的上述两个仲裁机构均适用各自的仲裁规则进行仲裁。如双方当事人同意，仲裁机构也可以按照《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》进行仲裁。我国仲裁机构以我国仲裁规则和我国法律为准，并适当参照国际上通行的规则和习惯，独立自主，公平合理地对外国争议纠纷进行仲裁。

## 25. 什么是仲裁协议

仲裁协议，是指双方当事人约定把已经发生或将来可能发生的争议纠纷提交仲裁机构解决的中面协议。仲裁协议是仲裁机构受理涉外争议纠纷的主要依据，同时也排除了人民法院对该争议纠纷的管辖权。

仲裁协议形式主要有：（1）在合同中或提单中规定把有关争议提交仲裁的条款。它是争议发生前，双方当事人在合同中对可能发生争议的解决方式的约定。一般他讲，合同即使无效，也不影响其中的仲裁条款的效力。（2）仲裁协议书。它是双方当事人订立的表示同意将争议交付仲裁的一种单独协议书。它独立于合同外，一般订立于争议发生后。（3）其他可以证明双方当事人同意把争议提交仲裁的书面材料。如双方来往函件中所达成的愿将争议提交仲裁的共同意思表示等。

仲裁协议主要包括以下内容：（1）仲裁地点。这是仲裁协议的主要内容之一，也是双方当事人协商的要点。根据实践经验，应争取在本国仲裁，或在第三国仲裁，尽可能避免在对方国进行仲裁。（2）仲裁机构。即明确由哪个仲裁机构受理。（3）提交仲裁事项。明确哪些事项提交仲裁。（4）适用法律。有的仲裁协议订明了适用的法律；有的没有订明，而由仲裁机构确定与合同争议有最密切联系他的法律为处理合同争议所依据的法律。（5）仲裁

裁决效力。在仲裁协议中明确裁决是否是终局，对双方当事人有拘束力，能否向法院起诉要求变更等。一般情况下，仲裁裁决都是终局的。

仲裁协议的法律效力表现在似下几方面：（1）约束仲裁协议的当事人承担协议中规定的权利义务。任何一方当事人不得任意撤销仲裁协议而向法院起诉。如果一方当事人违反仲裁协议而向法院起诉，另一方可根据仲裁协议要求该法院中止诉讼程序。（2）仲裁机构依据仲裁协议取得对争议纠纷的仲裁权。（3）排除法院对仲裁协议中规定的司法管辖权。（4）是仲裁裁决发生法律效力上的强制力的一个根据。

#### 26. 我国涉外仲裁机构受理争议纠纷的仲裁有何条件

当事人双方将争议纠纷提交仲裁机构进行仲裁，须符合一定的条件，仲裁机构才能受理仲裁。否则，仲裁机构不予受理。根据《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》和《中国海事仲裁委员会仲裁规则》的规定，提交仲裁机构仲裁的条件是：（1）须有双方当事人解决争议达成的仲裁协议提交我国涉外仲裁机构。仲裁协议是双方当事人达成的自愿将争议提交仲裁解决的书面协议。仲裁协议是我国涉外仲裁机构受理仲裁的前提和基础，没有仲裁协议的争议纠纷，我国涉外仲裁机构不予受理。（2）须有一方当事人提出申请。双方当事人之间达成的提交我国涉外仲裁机构解决的仲裁协议，只是表明了我国涉外仲裁机构对该争议纠纷的管辖权，是否立案受理，还取决于当事人提出仲裁申请。争议发生后，是否提请仲裁解决，还须看当事人的意愿，如双方当事人愿意协商解决的，仲裁机构就无权干涉，仲裁机构就不能主动对争议进行仲裁。在涉外仲裁的实践中，双方当事人达成仲裁协议后，还须有一方当事人提出书面的仲裁申请。仲裁申请主要包括以下几个方面的内容： 双方当事人的名称和地址。 申诉人的要求和所依据的事实和证据。

选定或委托仲裁机构指定一名仲裁员。（3）当事人提请仲裁解决的事项，必须是我国涉外仲裁机构受理范围之内。涉外争议纠纷是较复杂的，有的不属于涉外仲裁机构解决的。如独资企业中发生的劳动争议，这种劳动争议，不属于涉外仲裁范围，当事人应向劳动仲裁委员会申请解决。如船舶损坏港口设施的纠纷，当事人如向国际贸易仲裁委员会提出仲裁申请，该委员会是不受理的。因为这类纠纷是属于海事仲裁委员会受理范围。总之，我国两个涉外仲裁机构都有各自受理范围。不属于它受理范围内的争议纠纷，‘色都不予受理。

当事人申请仲裁解决的，只有同时具备上述三个条件，我国涉外仲裁机构才予以受理仲裁。

#### 27. 涉外仲裁程序如何进行

涉外仲裁程序主要包括提出申请与受理、仲裁庭组成、仲裁审理、仲裁裁决等步骤。

##### （1）提出申请与受理。申诉人申请仲裁时，应提交仲裁

申请书，提供仲裁请求所依据的事实和证明文件，在仲裁委员会仲裁员名册中指定一名仲裁员或委托仲裁委员会主席代为指定一名仲裁员，预缴仲裁费。仲裁委员会秘书处收到申诉人的仲裁申请书及其他文件后，如认为属受理范围，条件符合、手续全备的，即向被诉人发出仲裁通知。被诉人在收到仲裁通知之日起二十日内在仲裁委员会仲裁员名册中指定一名仲裁员，或委托仲裁委员会主席代为指定一名仲裁员。此外，被诉人应在收到仲裁通知之日起四十五日内提交答辩书以及有关证明文件。被诉人如有反诉，应在收

到仲裁通知之日起六十日内以书面提交仲裁委员会秘书处。

(2) 仲裁庭组成。仲裁庭通常由三名仲裁员组成，双方当事人各自指定或委托仲裁委员会主席指定一名仲裁员后，仲裁委员会主席即指定第三名仲裁员担任首席仲裁员，组成仲裁庭共同审理。双方当事人也可以共同指定或共同委托仲裁委员会主席指定一名独任仲裁员，单独审理。如仲裁员与争议的纠纷有利害关系，仲裁员本人和当事人均可提出回避。仲裁员是否回避，由仲裁委员会主席作出决定。

(3) 仲裁审理。开庭，一般情况下，开庭地点为仲裁庭所在地。通常，仲裁委员会秘书处于第一次开庭前三十日通知双方当事人。若当事人有正当理由的，可以请求延期开庭，但应在开庭前十二日内以书面向秘书处提出，是否延期，由仲裁庭决定。当事人可以委托代理人代理，被委托人可以是律师、公民，也可以是外国自然人。审理可以是口头的，也可以是书面的。通常，仲裁庭开庭审理，如经双方当事人的申请或征得双方当事人的同意，且仲裁庭也认为不必开庭审理的，也可以不开庭审理。仲裁庭开庭审理时，如一方当事人不出席，仲裁庭可以进行缺席审理或作出缺席判决。

审理，实行仲裁与调解相结合进行，只要双方当事人有调解意愿，在仲裁程序开始前或开始后，都可以进行调解。所不同的是，在仲裁庭组成前，由仲裁委员会进行调解；仲裁庭组成后，则由仲裁庭进行调解。经调解达成和解协议的，仲裁庭根据双方当事人和解协议的内容制作裁决书。仲裁庭在进行调解过程中，任何一方表示不愿继续调解或仲裁庭认为已无调解成功的可能，即可停止调解，进行仲裁。(4) 仲裁裁决。仲裁庭作出裁决，审理程序告结束。根据我国仲裁规则规定，仲裁庭应当在案件审理终结之日起四十五日内作出仲裁裁决书。仲裁庭对其作出的仲裁裁决，除调解达成和解协议的外；应当说明裁决所依据的理由。仲裁裁决书应由全体或多数仲裁员署名，并写明作出裁决书的日期和地点。仲裁裁决是终局，任何一方当事人均不得向人民法院起诉，也不得向其他机构提出变更仲裁裁决的请求。

仲裁庭审理，按仲裁规则，仲裁裁决书应于仲裁庭组成之日起九个月内作出，除非确有必要和正当理由，经仲裁委员会同意，方可延长该期限，但每次延长不得超过三个月。

#### 28. 什么是仲裁保全，当事人如何申请仲裁保全

仲裁保全，是指仲裁机构受理争议纠纷后在作出裁决前，为了保证将来的裁决能够顺利实现，根据一方当事人的申请，提请有管辖权的人民法院，对当事人的财产或双方争执的标的物所采取的强制措施。

《民事诉讼法》第二百五十八条规定：“当事人申请财产保全的，中华人民共和国涉外仲裁机构应当将当事人的申请，提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。”财产保全是一种强制性的措施，也是诉讼中的一种程序。我国涉外仲裁机构是一种民间性质的组织机构，具有涉外仲裁权，而不具有司法强制执行权，无权采用财产保全的强制性措施。在仲裁实践中，通常又采用这种措施，以保障仲裁的顺利进行和将来裁决的执行。因此，法律规定允许仲裁纠纷的当事人申请财产保全。仲裁纠纷的当事人在仲裁过程中认为需要采取财产保全的，应当提出书面申请，提交给涉外仲裁机构，再由涉外仲裁机构将当事人的申请书提交给被申请人所在地或者财产所在地的中级人民法院。人民法院接到申请后，按照诉讼程序的财产保全进行。



仲裁保全和诉讼保全一样，都是对当事人的财产或者双方争执的标的物所采取的一种临时性保护措施。但它们之间有着不同的区别。仲裁保全是一种非诉讼性的保护措施，只能由当事人提出申请，再由仲裁机构提请人民法院裁定并实施；诉讼保全是一种诉讼中的保护措施，可以由当事人提出申请，也可以由人民法院依职权进行。

当事人申请仲裁保全，应符合以下两个条件：（1）由于当事人的行为或者其他原因，有可能造成将来的裁决不能执行或难以执行。如一方当事人得知对方当事人申请仲裁后，企图变卖或转移财产，或双方争执的标的物是不易保存的物品，待裁决生效后，很可能已损耗、变质甚至灭失。（2）由当事人提出申请，并由仲裁机构审查核实后确认有必要采取保全的，提请被申请人住所地或财产所在地的中级人民法院裁定并执行。当事人要求仲裁保全的，应当提出书面申请，申请书应当写明提出申请的理和供保全的财产种类、数量、存放地点等，并交纳有关费用。

### 29. 当事人一方拒不履行仲裁裁决怎么办

涉外仲裁机构根据双方当事人达成的自愿原则，对双方争执的纠纷进行仲裁，所具有的是仲裁权，作出具有法律效力的裁决，但不具有司法强制执行权。涉外仲裁机构作出的仲裁裁决对双方当事人都有约束力，当事人应当自动履行裁决确定的义务。如一方当事人拒不履行我国涉外仲裁机构的裁决，当事人的权利又如何得以实现呢？

《民事诉讼法》第二百五十九条规定：“一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。”根据这一规定，一方当事人拒不履行我国涉外仲裁机构裁决的，对方当事人要实现其裁决确定的权利内容，可以向被申请人住所地或财产所在地的中级人民法院申请执行。如对方当事人及其财产不在我国领域内，可以根据1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》或与我国缔结或者参加的其他国际条约，向被申请人所在国或其财产所在地国有管辖权的法院申请承认和执行。

向我国人民法院申请执行，应当提交附有我国涉外仲裁机构裁决的书面申请，并依法交纳申请执行费。

但是，并不是所有提请执行的仲裁裁决都能执行，仲裁裁决能否作为执行根据，还须经人民法院认真审查，如果该仲裁裁决有错误，人民法院就不予执行；如果认为该仲裁裁决正确无误，人民法院即依法执行。

### 30. 当事人不服仲裁裁决能向法院起诉吗

涉外仲裁实行一次裁决终局制，这种一裁终局制各国都相同。联合国向世界各国推荐使用的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》明确规定：“裁决应以书面为主，并应是终局和对当事人双方具有约束力的。双方承担立即履行裁决的义务。”

从仲裁实践来看，裁决一经作出，双方当事人一般都能自觉履行各自确定的义务。这是因为：提请仲裁本是双方当事人在自愿的基础上进行的，因仲裁的特点在于简便、灵活、期间短，当事人不愿在进行无休止的诉讼中浪费时间；仲裁机构和仲裁庭的成员都是双方各自选定或委托仲裁委员会主席指定的；双方一致同意通过仲裁解决争议纠纷，就是为了尽快地解决争议。因此，在通常情况下，不大会出现当事人不服裁决，而非要提起诉讼的局面。

《民事诉讼法》第二百五十九条规定，经中华人民共和国涉外仲裁机构

裁决的，当事人不得向人民法院起诉。根据我国涉外仲裁机构的仲裁规则以及《民事诉讼法》第二百五十九条规定，我国涉外仲裁机构作出的裁决是终局裁决，当事人不得向任何机关申请变更和撤销，也不得向人民法院提起诉讼。可见，我国涉外仲裁机构作出的裁决，是具有法律效力的裁决，对双方当事人都有约束力，双方当事人都必须无条件地履行仲裁裁决中确定的义务。

### 31. 提请人民法院执行的仲裁裁决，人民法院都予以执行吗

涉外仲裁机构作出的裁决是具有法律效力的，对双方当事人都具有约束力，双方当事人应自觉履行裁决确定的义务。如一方当事人拒不履行仲裁裁决，根据法律规定，另一方当事人可以向被申请人住所地或财产所在地的中级人民法院申请执行。

但是，并不是所有提请执行的仲裁裁决人民法院都予以执行的。仲裁裁决能否作为执行根据，要经过人民法院认真审查。如该仲裁裁决正确无误的，人民法院依法执行；如该仲裁裁决确有错误，人民法院不予执行。借鉴世界各国的通行作法，进一步完善涉外仲裁的运行机制，我国法律规定，并赋予人民法院对仲裁裁决具有一定的司法监督权。《民事诉讼法》第二百六十条规定：“对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，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：（1）当事人在合同中未订仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的。（2）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的。（3）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的。（4）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。

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。

所谓“一定的司法监督权”，是说这种监督是有限的，表现在：（1）法院一般不实行主动审查，只是在申请人申请执行，被申请人列举充足的证据证明裁决是有上述四种情况之一的，人民法院才组成合议庭进行审查。只是在执行中发现有违背社会公共利益的，人民法院才依职权作出裁定不予执行。（2）法院对裁决的审查是程序性的，而对仲裁裁决在认定事实和适用法律上是否有错误不作审查。

### 32. 我国涉外仲裁机构作出的裁决如何在外国申请承认和执行

我国涉外仲裁机构作出的仲裁裁决，如败诉一方是在外国，而拒不履行其义务，国内一方当事人如何实现其裁决所确定的权利和利益呢？

《民事诉讼法》第二百六十六条第二款规定：“中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力的仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被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。”具体做法是：（1）需要在1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》缔约国境内进行的，当事人应当根据该公约向有关国家有管辖权的法院申请承认和执行，（2）对于需要在不是《承认及执行外国仲裁裁决公约》缔约国执行的裁决：如果执行地国与我国签订有关规定相互承认和执行仲裁裁决的条款的双边条约，可以根据条约的规定由当事人申请该国法院承认和执行。由当事人申请与我国有互惠协助执行关系的外国法院协助执行。通过外交途径，要求有关外国政府主管部门协助执行，或要求有关外国的民间贸易团体协助执行。

当事人申请外国法院承认和执行，需提供下列文件：（1）申请执行书。（2）我国涉外仲裁机构的裁决。（3）双方当事人订立的仲裁协议或仲裁条款等。（4）上述文件的外文译本。

### 33. 外国仲裁机构作出的裁决如何在我国申请承认和执行

外国仲裁机构作出的仲裁裁决，申请人是外国的一方当事人，被申请人是在我国居住或其财产在我国领域内，外国一方当事人如何实现其裁决确定的权利和利益呢？

《民事诉讼法》第二百六十九条规定：“国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。”根据这一规定，国外仲裁机构作出的裁决，需要我国人民法院承认和执行，只能由当事人直接向被执行人住所地或其财产所在地的中级人民法院提出申请。申请用书面形式并须附有外国仲裁机构的裁决及其上述材料的中文译本。

我国人民法院承认和执行国外仲裁裁决必须具备三个前提、两个条件。三个前提是：（1）委托国与我国有缔结或参加的条约或存在互惠关系。（2）外国的仲裁裁决必须是终局的。（3）根据条约规定或互惠原则由当事人直接向被执行人住所地或者财产所在地的中级人民法院提出申请。两个条件是：（1）不违反我国法律的基本原则。（2）不违反我国国家主权、安全和社会公共利益。

国外仲裁机构的裁决，有下列情形之一的，我国人民法院不予承认和执行，（1）当事人在合同中未订立仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的。（2）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的。（3）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的。（4）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。（5）仲裁裁决对当事人还没有约束力，或者该裁决已被仲裁地国家的有关主管机关撤销或停止执行的。（6）依照我国法律规定，争议事项不得用仲裁方式解决的。（7）执行该项裁决违反我国主权、安全和社会公共利益的。

对外国仲裁机构的裁决，人民法院经审查后，决定承认和执行的，以裁定承认其效力，依照《民事诉讼法》规定的程序执行。

### 34. 仲裁裁决被人民法院裁定不予执行，其法律效力如何

我国涉外仲裁机构作出的裁决，是具有法律效力的裁决。对双方当事人都具有约束力，当事人应自觉履行。涉外仲裁机构所具有的是仲裁权，不具有司法强制执行权。如一方当事人拒不履行仲裁裁决，申请执行人可向被申请人住所地或财产所在地有管辖权的人民法院申请执行。经人民法院审查，裁定不予执行的仲裁裁决，该如何处理呢？该仲裁裁决的法律效力又如何呢？双方当事人又该怎么办？对于这一问题，《民事诉讼法》第二百六十一条规定：“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。”

对于仲裁裁决是否可以起诉的问题，各国规定也不同，但是，有一点是一致的，就是在法律规定的条件之内，法院可以撤销仲裁裁决。我国在立法上，没有规定这一作法，而是以裁定不予执行。从法律上讲，裁定不予执行仅是对执行与否的答复。也就是说，只是否认执行程序的问题，并不涉及原

来裁决的效力问题，原仲裁裁决依然存在。显然就出现这样一个问题，即原来的裁决依然存在，但又不予执行，当事人之间的争议纠纷实际上仍然未能得到解决。《民事诉讼法》第二百六十一条是为解决这一实际问题而作出的专门规定。根据规定，双方当事人对于已被人民法院裁定不予执行的仲裁裁决，可以重新进行协商，如果双方当事人能够再次达成仲裁协议的，可以向涉外仲裁机构重新申请仲裁。如果协商不成，未能重新达成仲裁协议的或者双方认为需诉讼解决的，也可以向人民法院提起诉讼。这就是说，仲裁裁决被人民法院裁定不予执行后，已经自然失去了法律效力。

## 四、司法协助

### 35. 什么是司法协助

司法协助，是指不同国家的法院之间，根据两国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，彼此相互协助，互为请求，代为对方进行一定的诉讼行为，以及承认和执行外国法院的裁判或外国仲裁机构的裁决。根据司法协助的内容，可分为一般的司法协助和特殊的司法协助。

一国法院的审判权是有严格的地域性，诉讼程序只能在其本国领域内具有法律效力，对他国不发生法律效力。任何一个国家的诉讼程序都不可超越本国的地域，扩展到外国去，否则就是对他国主权的侵犯。但在涉外诉讼中，又往往出现当事人一方位于国外，或其财产在国外或者有关证人、证据在国外或一国法院的生效判决裁定，需要外国法院的承认和执行等，有些诉讼行为需要某一国家法院协助进行。这样就产生怎样协助的问题。为解决这一问题，在国际上就产生国与国之间的相互司法协助，从而使一国内的某些诉讼行为需要某国取得协助进行，得以使该诉讼程序能顺利进行。

司法协助是不同国家法院之间的一种有益的协作关系。这种协作关系有利于不同国家的当事人进行诉讼活动，解决他们之间的争议，也有利于各国法院审理和执行涉外民事、经济等案件。目前，各国之间的经济、贸易、技术、文化等交往越来越多，人员往来频繁密切，涉外争议随之日益增多。在这种情况下，广泛开展国与国之间的司法协助，具有重要的意义。

司法协助的根据是国与国之间的缔结或参加的国际条约以及双边司法协助协定。如果两国之间没有双边的司法协助，又没有共同缔结或参加的国际条约，那么，两国间的司法协助，可依国际习惯存在的互惠原则。所谓互惠原则，是指国家之间相互给予优惠待遇，它是国际法上的一项重要原则。

履行委托协助的诉讼程序和具体方法，应由履行地国家法律规定，受委托国法院按本国诉讼程序进行。委托国不能要求受委托国法院按自己国家法律规定进行，否则，受委托国法院可以拒绝接受委托国法院的委托，拒绝提供司法协助。

### 36. 外国法院如何请求我国人民法院进行诉讼行为的司法协助

诉讼行为的司法协助即所谓的一般司法协助，是指两国法院之间，相互应列方请求，协助代为送达诉讼文书，询问当事人、证人，调查取证等诉讼行为。代为送达诉讼文书是代为委托国法院送达起诉状、上诉状、传唤当事人的传票、送达判决书、裁定书等。代为询问当事人的内容，是根据委托国法院拟定的询问提要进行，其内容为一般当事人情况和与此案有关的情况。代为收集和调查取证的范围，应该按照委托国法院的要求进行，它包括代为收集书证、物证、询问证人等。

《民事诉讼法》第二百六十二条规定：“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。”外国法院请求我国人民法院代为诉讼行为须符合有关条件：（1）两国间缔结或参加了有关的国际条约或双边协定，或者两国间存在事实上的互惠关系。（2）请求应有外国法院提出，当事人或外国其他机关，不能直接向我国人民法院提出协助请求。（3）外国法院请求协助的事项不得损害我国主权、

安全和社会公共利益。如外国法院委托调查的内容涉及我国国家安全、军事秘密和国家机密，或者请求事项妨害社会秩序和公共利益的，对这样的请求事项，我国法院拒绝予以协助。（4）须有请求书。（5）请求事项须属于人民法院职权范围。国与国之间提供司法协助，须通过如下有关途径进行：（1）我国与外国间缔结或共同参加的有关协定和国际条约的，按双边协定或有关的国际条约规定的方式进行。我国已参加《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》规定，两国间的司法协助事项通过两国各自指定的中央机关的途径进行。我国指定的中央机关是司法部。（2）两国间没有缔结或参加有关协定和国际条约的，可以根据互惠原则，通过外交途径进行。（3）外国驻我国使、领馆直接向该国公民送达文书或调查取证，但不能向我国公民或第三国公民送达文书和调查取证，不得违反我国法律，并不得采取强制措施，因为在我国领域内只有我国的司法部门才有司法强制权。

请求司法协助的请求书，是一国法院请求他国法院提供司法协助的依据。《民事诉讼法》第二百六十四条规定：“外国法院请求人民法院提供司法协助的请求书及其所附文件，应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。人民法院请求外国法院提供司法协助的请求书及其所附文件，应当附有该国文字译本或者国际条约规定的其他文字文本。”使用本国语言文字进行诉讼，是世界各国普遍的诉讼原则，这是体现国家主权的尊严。

人民法院提供司法协助的程序，一般按照我国《民事诉讼法》规定的程序进行。如果外国法院请求采用特殊方式进行的，也可以按其请求的特殊方式进行，但请求采用的特殊方式不得违反我国法律，不能损害我国主权。

### 37. 什么是承认和执行的特殊司法协助

承认和执行的特殊司法协助，是指两国法院间相互应对方的请求，承认、执行对方委托的判决、裁定。一国法院作出的生效判决、裁定，在本国领域内具有法律效力，只能在其本国领域内实施强制执行，而不能在外国进行强制执行。原因是司法权是一个国家主权的组成部分，本国为了维护其国家主权的独立与完整，绝不允许外国法院在其境内行使司法权，进行强制执行。但在涉外诉讼中，本国法院作出的判决、裁定，往往因被执行人或其财产在外国而需要在外国执行。这就产生了如何执行的问题。为了解决这一矛盾，以保护本国当事人的利益，而使本国法院的判决、裁定得以实现，各国依照国际惯例大都规定了在一定条件下承认和执行请求国一方法院所作出的生效判决和裁定。

承认，是从程序上解决外国法院的生效判决、裁定在本国的效力；执行，是解决当事人民事权利的实现问题。承认和执行有两方面的内容：一是本国法院的生效判决、裁定，申请人请求外国法院的承认和执行。二是外国法院生效的判决、裁定，请求本国法院承认和执行。承认外国法院的判决、裁定，就是允许该国法院判决、裁定所确认的当事人之间的权利义务在本国领域内的法律效力。执行外国法院的判决、裁定，就是在承认该国法院判决、裁定效力的基础上，依照本国法的程序，对该国法院的判决、裁定予以强制执行。因此说，承认是执行的前提，没有承认就不可能执行。但是，并不是所有的承认都需要执行的，有些判决、裁定不发生执行。如解除收养关系的判决，只要承认，双方的收养关系即予解除，不存在执行问题。又如不涉及财产分割的单纯的离婚判决，也是如此。承认和执行外国法院生效的判决和裁定，按照国际惯例的通常做法，须具备一定的条件，其条件是：（1）请求所在国

与他国缔结或者参加有关的国际条约，或两国间签定司法协助协议的。如两国间虽无国际条约或司法协助协议的，可根据互惠原则，相互给予对方承认与执行。（2）请求承认和执行的判决、裁定，必须是已经发生法律效力判决、裁定。（3）请求可以由当事人直接向有管辖权的外国法院提出，也可由本国法院向有管辖权的外国法院提出委托。（4）请求承认和执行的判决、裁定，不得违反被请求国的有关法律的基本原则。（5）请求国法院作出的判决、裁定，不得违反被请求国主权和安全以及国家利益。

承认和执行的请求，须通过一定的途径，其途径有：（1）由当事人直接向外国有管辖权的法院提出申请。（2）依照两国缔结或参加的国际条约规定的途径进行。（3）按互惠原则由法院通过外交途径进行。

请求承认和执行的程序是：（1）由当事人或法院向被请求国法院提交请求书提出请求。请求书是被请求国法院予以承认和执行的依据。（2）被请求国法院对请求书提出的请求事项进行审查。符合条件的，予以承认和执行。如不符合条件的，拒绝予以承认，将判决和裁定退回请求人或委托国法院。

### 38. 我国法院作出的生效判决和裁定，如何取得外国法院的承认和执行

人民法院作出的生效判决、裁定和调解书，如涉及到财产执行内容的，义务人应自动履行其义务，如义务人拒绝履行，权利人可向有管辖权的人民法院申请强制执行。但在涉外诉讼中往往涉及到义务人或其财产不在我国境内，人民法院就不能采取强制执行措施。原因是一国的判决、裁定没有域外的法律效力。为使本国法院生效的判决、裁定在国外得以实现，各国依照国际惯例大都规定了在一定条件下承认和执行外国法院生效判决和裁定，唯一办法是通过外国法院的承认和执行。

《民事诉讼法》第二百六十六条规定：“人民法院作出的发生法律效力的判决、裁定，如果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。”根据这条规定，我国人民法院作出的生效判决、裁定，请求外国法院承认和执行的，有两种途径：一是由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。二是由人民法院根据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。

当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行，应当提交书面申请书，并附有我国人民法院作出的已生效判决书或裁定书，以及人民法院出具的上述法律文书已经确定的证明。上述文件均须附有外文译本。

人民法院根据我国缔结或者参加的国际条约，请求外国法院承认和执行，需要具备下列条件：（1）该法院所在国与我国订有司法协助协定，或者共同参加的有关国际条约或者存在事实上的互惠关系。（2）须以书面形式向有管辖权的外国法院提交书面请求书。（3）附有请求承认和执行的已生效的法律文书，如法律文书中没有明确指出已经确定，还应附有人民法院出具的证明其已确定的文件。（4）证明请求承认和执行的法律文书已经送达的送这回证或其他文件，如是缺席判决的，应当提供证明已经合法传唤的传票副本。（5）上述各种文书均须附有外文译本。

### 39. 外国法院作出的生效 如何取得我国人民法院的承认和执

行

承认和执行外国法院的判决、裁定，就是说该外国法院的生效判决、裁定，在其本国领域内有其相同的法律效力。在国际交往中，一般都以采用对等原则，司法协助也一样。我国人民法院作出的生效判决、裁定，可能需要外国法院予以承认和执行，外国法院的生效判决、裁定，也可能需要我国人民法院予以承认和执行，这是各国法院之间的一种有益的司法协作关系。

《民事诉讼法》第二百六十七条规定：“外国法院作出的发生法律效力的判决、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。”根据本条规定，外国法院发生法律效力的判决和裁定，需要我国人民法院承认和执行的，可以通过两种方式：一是由当事人提出申请。二是由外国法院提出请求。当事人提出申请的，申请须用书面形式，并附有外国法院的判决书或者裁定书，以及上述法律文书已经确定的证明，及其上述文件的中文译本。由外国法院提出的请求，须用请求书，并提供下列文件：（1）请求承认和执行的判决书、裁定书副本，如副本中没有明确指出上述法律文书已经确定，则应当附有外国法院出具的证明其已经确定的文件。（2）送达回证或者证明法律文书已经送达的文件。如是缺席判决的，应当提供缺席方已经合法传唤的文件。（3）请求书及前二项文件证明无误的中文译本。

人民法院承认的判决、裁定是有一定条件的，根据我国法，应具备下列条件：（1）作出判决、裁定的法院所在国与我国缔结或者共同参加的有关国际条约，或者事实上存在着的互惠关系。（2）该判决、裁定是确定的，并已发生法律效力。（3）必须有当事人向人民法院提出申请，或者由外国法院向人民法院提出请求承认和执行，其他机关和个人无权请求。（4）该判决、裁定的内容不得违反我国法律的基本原则和有损我国国家的主权、安全、社会公共利益。

人民法院对于申请或请求承认和执行外国法院的判决、裁定，经审查，认为符合上述条件的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，按照我国《民事诉讼法》的执行程序予以执行。如经审查，认为缺乏上述四项条件之一的，就不予承认和执行。在司法协助的实践中，有下列性质的，即视为是违反我国法律的基本原则和国家主权以及社会公共利益：（1）依照我属法律，该项判决、裁定由无管辖权的法院作出的。（2）被执行人未经合法传唤或者是在无行为能力时又没有法定或指定代理人的。（3）判决尚未发生法律效力。（4）我国人民法院已就相同的当事人之间的同一诉讼标的的争议纠纷正在审理或已作出判决或裁定。（5）已经承认第三国法院对该争议纠纷作出的判决或裁定。

另外，中华人民共和国人民法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国人民法院起诉的，人民法院可予受理。判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的，不予准许，但双方共同参加或者签订的国际条约另有规定的除外。



## 五、涉外公证

### 40. 什么是涉外公证，它与国内公证有何不同

涉外公证，是指公证机关对含有涉外因素的公证事项，依法证明其真实性和合法性的活动。含有涉外因素的公证事项，具体是指：权利主体，权利客体和公证文书使用地域诸因素中，含有一个或一个以上涉外因素。也就是说，具有下列因素之一的，就是涉外公证：

(1) 公证的主体具有涉外因素。主体具有涉外因素有下列三种情况：一是主体一方是外国人，另一方是本国人，如日本籍公民收养中国籍的一名儿童，申请办理收养关系公证。二是主体双方都是同一国籍的外国人，如两个英国籍男女，在我国工作期间结婚后，申办结婚公证书。三是主体双方是不同国籍的外国人，如泰国某公司与日本某公司，在我国领域内协作合办某一经营业务部，签订联营协议，申办公证。

(2) 公证的客体具有涉外因素。即公证的事项是某一法律行为，法律事实或具有法律意义的文书，其发生或作成是在外国，利害关系的当事人向我国国内公证机关或我国驻该国使、领馆申办公证。

(3) 公证文书的使用地域具有涉外因素。即公证文书制作成后需要在外国使用。

按照国际惯例、国际条约或双边协议，国际间民事关系所需的证明文件，大多需要国家公证机关公证，才能取得使用国的承认。我国公民到境外探亲、定居、继承遗产、学习、从事贸易活动等，都需要持有我国公证机关出具的公证文书，以证明当事人的身份和有关情况。因为公证书是代表国家行使公证权的公证机关所出具的公证文书，已经确认了其真实性和合法性，在法律上具有证据效力。我国法人或公民个人发往境外使用的已经公证的文书，须再经外事机关或外国驻华使、领馆的认证，才能在国外发生法律上的效力。同样，在外国办理的公证文书，须经我国外交部或其委托的机构和大使馆、领事馆认证，才能在我国发生法律上的效力。

另外，需说明的是，由于历史和政治的原因，涉及港、澳、台地区的公证事项，目前作为涉外公证，予以办理。

涉外公证与国内公证有不同之处，(1) 申请办理公证的当事人不同。涉外公证的申请人，除我国公民外，大多数是华侨、侨眷或是中国血统的外国籍公民，以及侨居我国的外国侨民，在我国工作、学习和援助我国工作的外国人；而国内公证的申请人是我国公民。(2) 办理公证的机关不同。涉外公证文书除由我国国内公证机关办理外，还可以由我国驻外国使、领馆办理；而国内公证由我国国内的公证机关办理。(3) 申请办理公证的地点不同。涉外公证可以在我国国内申请，也可以从境外申请；而国内公证是在我国境内申请。(4) 发往使用和发生法律效力的地域不同。涉外公证通常是发往国外或港、澳、台地区使用，并在那里发生法律效力；而国内公证只是在我国国内使用并发生法律效力。

### 41. 涉外公证与认证有何关系，涉外公证与鉴证有何不同

涉外公证，是指公证机关对含有涉外因素的公证事项，依法证明其真实性和合法性的活动。

认证是外交、领事机关在公证文书上证明公证机关的签名和印鉴属实，或证明前一认证的签名和印鉴属实的活动。

有了公证为何还要办理认证？我国《公证暂行条例》第二十七条规定：“当事人申请办理的公证文书如系发往国外使用的，除按本章规定的程序办理外，还应送交外交部或者省、自治区、直辖市外事办公室和有关国家驻我国大使馆、领事馆认证。但文书使用国另有规定或者双方协议免除领事认证的除外。”办理认证的目的是使一国公证机关所制作的公证证明书能为使用国确信，不致于因为怀疑公证书上的签名或印鉴可能出于伪造而影响公证文书在境外的法律效力。办理认证不同于办理公证那样是为了证明法律行为、法律事实或公证文书的真实性、合法性。认证机关只是负责审查公证文书上最后一个公证或认证机关的签名和印鉴是否属实，对该公证文书的内容并不进行审查。因此说，认证是对公证文书在境外使用起推荐和证实作用。按照国际惯例，除两国有互免认证协议外，凡是对外使用的涉外公证文书，通常都应办理认证。

鉴证，是国家工商行政管理机关为了维护签订经济合同的当事人的合法权益，对已签订的经济合同的合法性、真实性和可行性，进行全面地审查、鉴别和核实，予以证明，从而促进经济合同履行的一种活动。

涉外公证与鉴证的不同之处是：（1）行为的主体不同。涉外公证行为的主体是国家公证机关，还可以是我国驻外使、领馆；鉴证行为的主体是国家工商行政管理机关。（2）两者作用不同。涉外公证是证明其公证事项的真实性和合法性在境外的证明效力；鉴证是证明经济合同的确实性和合法性，促进合同履行的作用。（3）两者的对象不同。涉外公证的对象是对含有涉外因素的法律行为，有法律意义的文书或事实；鉴证的对象只有经济合同。

#### 42. 怎样办理涉外公证

根据我国的有关规定和国际惯例，我国公证机关只对发生在我国领域内的法律行为、事实以及制作的文书予以公证。如申请公证的事实、行为发生在国外，当事人应向所在国公证机关申请办理。如居住国接受，也可以由我驻该国使、领馆凭所提供的有效原始证件或通过其他途径核实办理。国内公证机关对发生在本国领域外的事实、行为，一般不予公证。

当事人申请办理涉外公证，都应当亲自到有管辖权的公证处提出书面或口头申请。如申请人不在我国境内居住，亲自办理确有困难的，可以委托国内的亲属代为申请，但必须出具经所在国公证机关证明的授权委托书，写明委托的事项和权限。如申请人在国内没有亲友，也可以请我国驻该国使、领馆代为申请。无论是申请人本人申请公证，还是受委托人申请公证，都应填写“涉外公证申请表。”内容包括：（1）要求公证的事项。（2）办理公证的目的和要求。（3）使用的国家和地区。同时还要向公证机关提交本人的身份证件，以及申请公证事项的有关材料。

我国驻外使、领馆管辖的公证事务，一般有下列几种情况：（1）国外华侨申请办理的，需在我国领域内使用的公证文书，我国驻外使、领馆可以受理。（2）有中国血统的外籍人申请办理需在我国领域内使用的公证文书，我国驻外使、领馆可以受理，条件是所申请证明的有法律意义的事实或文书，必须是在中华人民共和国领域内发生或订立的。（3）对于在国外居住的华侨申请办理的，只在驻在国使用的公证文书，我国使、领馆是否受理，除要看所证明的法律事实和文书是否发生在我国领域内以外，还应考虑该驻在国的法律是否承认外国使、领馆出具的这类公证书的效力，才拟决定。

我国驻外使、领馆办理公证事务的范围，一般常见于以下几种：证明委

托书、遗嘱、继承权、财产赠与、财产分割、财产转让以及证明亲属关系等。根据实际需要和可能，使、领馆还可以办理其他公证事务。

#### 43. 涉外公证的事项有哪些

涉外公证具有广泛的法律意义，公证所涉及范围有以下几方面：

(1) 用于涉外诉讼。在对外经济和民事交往中发生的争议，有的需要通过域外诉讼。这类诉讼往往不仅需要我国律师提供法律帮助，而且需要委托有关的其他国家的律师办理一些法律事务。因此，当事人需提供相应的证据和委托书的公证书，才能在域外进行诉讼并可获得胜诉。

(2) 办理民事法律事宜。在涉外民事法律事务中，如委托书、遗嘱、财产分割、财产赠与、财产转让、继承、收养等，公证具有重要的作用。如我国公民继承国外亲属的遗产，遗产所在国要求提供亲属关系证明、继承权证明、出生证明、死亡证明、委托律师的委托书证明、结婚证明等的公证书。我国公民按照该国所要求的有关证明的公证书，才能继承国外的遗产。涉外收养，需提供申请收养子女公证的事实根据和理由。本人的正式职业和正常的经济收入情况证明、婚姻状况及夫妻双方对收养子女态度证明、本人健康情况证明、本人所在国有关收养子女的法律规定及其必要的批准手续的证明等公证书。

(3) 用于民间往来。我国公民去国外定居、探亲、求职、留学、结婚等，一般都需要办理证明当事人身份和其他有关情况的公证书。如亲属关系、出生、结婚、经历、健康状况、未受刑事制裁、学历、职称、某种技能、身份、学位、技术职称、医师资格、医师执照、毕业证书、成绩单等公证书。

(4) 用于涉外经济活动。用于吸收外资，引进技术设备，需提供担保书、保证书、存款证明、经营外汇许可证等有关文件证明的公证书。用于进出口贸易，需办理授权委托书、提供资产注册证明书、资产负债表等文件的公证书；如向国外出口，有些还需办理有关商品的品质、成份、规格、性能、产地、生产厂家等有关文件证明的公证书。用于在国外设立办事机构，开展对外经济活动，要提供有关公司章程、营业证书、董事会名单、资产负债表等有关文件证明的公证书。用于向国外投标、承包工程、提供劳务和技术合作，需提供有关的营业证书、工程资历、参加投标、签订承包发包工程合同的授权书，以及有关人员的职称、学历、经历、未受过刑事制裁等有关证明的公证书。用于获得出境入境手续，需要提供出入境国规定须办理的有关公证书，才能据此核发护照和出境签证或获得入境签证。

由于不同国家和地区对外籍入境人员所需提供的公证书各有所不同的要求，并且这些要求时常会有所变化。因此，我国公民在办理公证手续时应委托国外的亲友或通过其他正当途径了解该国家或地区所需公证书的具体规定，避免盲目办理。

#### 44. 港澳台当事人如何办理有关诉讼文书证明和公证

涉港、澳、台官司，在调查、取证渠道不便利的情况下，审查当事人身份和当事人提交的证据甚为重要。在继承、收养等官司中，须要当事人提供有关的身分证明；婚姻官司，须要当事人提供其结婚证，注销离婚判决的，须提供有关婚姻状况的公证；财产官司，须要当事人提供有关所有权证明；债权官司，当事人如是法人的，须提供经过公证的法人证书；当事人委托诉讼的，除提交本人身分证明外，还须办理委托手续。由于港、澳、台出具公证的官方、半官方、民间机构较为混杂，其证明有真伪，效力有强有弱。根

据最高人民法院、司法部、民政部等有关规定，将港、澳、台的有关的证明和公证单位文书效力概述如下：

(1) 香港：内地驻香港机构如新华社香港分社、中国银行香港分行、招商局、华润公司的工作人员，可由其所在机构出具证明。香港中华总商会、港九工会联合会、香港教育工作联合会的会员可由其所在社团出具证明。当事人可委托下列香港二十六位律师办理证明与公证。他们是：王泽长、毛云龙、邓尔邦、阮北耀、何耀棣、李业厂、陈子钧、陈松柏、杨少初、余平仲、张永贤、张子源、张思纯、尚弘毅、林汉武、胡百熙、翁家的、唐天桑、高汉钊、梁乃鹏、梁爱诗、黄乾京、黄显颂、黎锦文、廖瑶珠、戴镇涛。以上二十六位律师证明与公证大陆予以承认，他们均有自己统一格式，人民法院如对以上律师证明文书真伪发生怀疑，可到省司法局公证处联系，由公证处与香港经办律师联系，并寄去影印件，由经办律师作出辨明真伪的答复。

(2) 澳门：内地驻澳机构如中国银行澳门分行、澳门南光公司、澳门南光(集团)有限公司，三个机构可为其职工出具有关证明。澳门中华总商会、澳门工会联合总会、澳门中华教育会、澳门街坊会联合总会等四个社会团体，可为本社团的工作人员和会员出具有关证明。有关婚姻状况证明可由澳门司法事务室隶属的第一、第二、第三及海岛市民事登记局(以地区划分)出具《结婚资格证书》。另一种同为上述机构签发的《无结婚登记证明》，这证明只是证明当事人未曾在某一民事登记局办理过婚姻登记手续，但不证明当事人是否曾在其他登记局办理过婚姻登记或已结婚未曾登记，因此说，此种证明效力较低。

除上述大陆驻澳机构，澳门社会团体以及澳葡机关出具的证明可予以承认外，其他澳门商社性质的机构所作的证明文件都无效。澳门同胞办理公证事宜可到香港找上述所列的二十六位律师进行公证或委托代理事宜。

(3) 台湾：对证据的原则是，去台人员和台胞在人民法院进行诉讼，应依照大陆法律的规定，提供有关证明。对其提供的台湾的公证机关或其他部门、民间组织出具的证明文书，可作为证据，但对以“中华民国”名义出具的证明文书，可通过适当的途径变换名义。

对下述机关出具的文书可作为认定事实的依据：(1) 台湾公证机关或法院出具的公证书，认证知情人的声明书。(2) 台湾户证机关出具的证明与原件相符的户籍誊本影印件。(3) 台湾医院出具的死亡证明，尸体检验证明书和地方法院出具的尸体检验证明书(均为原件)。另外对于其他部门出具的文书，可根据所办理的公证内容的具体情况作为参考。

台湾同胞如须办理代理事宜的，可通过福建与台湾律师合办的蔚理律师事务所直接进行代理；或通过台湾、香港律师合办的设立于香港的海峡两岸法律服务公司转大陆律师代理；或委托台湾律师到香港设立的大陆开办的中国法律服务公司(香港)有限公司直接代理。

## 第八章诉讼文书制作和法庭辩论技巧

### 一、诉讼文书制作

#### 1. 什么是诉讼文书

在打官司的过程中，我们经常见到有关的诉讼文书，如人民法院的判决书、裁定书。它们以文字形式表达了人民法院对案件事实的认定，对法律规范的适用，以及对案件的处理，是人民法院审判权的具体体现。还有一类诉讼文书，是由诉讼参加人制作的，如原告起诉，必须制作起诉状；被告答辩，要制作答辩状；当事人向人民法院申请强制执行，要制作执行申请书等。这些文书，是当事人或其他诉讼参与人行使自己诉讼权利的标志，体现了他们对案件事实和适用法律的具体要求，因而对于维护当事人的合法权益相当重要，同时对于人民法院正确处理案件也具有极其重要的价值。

可见，诉讼文书就是司法机关和诉讼参加人在打官司的过程中，为实施诉讼行为而依法制作的各类文书的总称。其中，司法机关所依法制作的诉讼文书，又称为司法文书，它们是司法机关适用法律的重要工具。而由诉讼参加人依法制作的诉讼文书，则又是他们行使诉讼权利、依法维护自己合法权益的工具，对于人民法院据以依法立案、审判具有重要的法律意义。本章主要介绍后一类的诉讼文书。

#### 2. 制作诉讼文书有什么基本要求

诉讼文书是一种规范性很强的法律文书，我国诉讼法对其制作的内容和方式都作了具体的规定。从总体上说，制作诉讼文书应当遵循以下五个方面的基本要求：

(1) 格式要符合规范要求。最高人民法院制发的《法院诉讼文书样式(试行)》中，对各种诉讼文书的结构层次、特定项目等都作了规定，一般分为首部、正文和尾部三部分。其中，正文部分的诉讼请求、事实与理由是重点内容。其他部分的内容，如当事人的基本情况、受诉法院、具状人姓名或名称、附件等特定项目要齐全，并且一律使用十六开纸，横行书写。

(2) 诉讼请求明确、具体。通过诉讼达到什么目的、解决什么问题，要提出明确、具体的主张，如，离婚案件的民事起诉状，要写明请求准予与被告离婚，子女由谁抚养，共有财产如何分割等。不要笼统地写“请依法判决”或“请依法处理”等。而且，不要使用模棱两可、模糊不清的词语，更不能漫无边际地提出不符合案情事实和法律规定的无理要求。

(3) 事实要真实、准确，并提出证据。在叙写案件事实时，要坚持实事求是的原则，符合事件发生的本来面目，既不容许夸大，也不容许缩小；而且，必须尽可能地列举相应的证据来加以证明。所列举的证据材料应该是反映事物本来面目的可靠的材料，经得起法庭的调查和对方的反驳。有的人为了打赢官司，往往夸大对自己有利的因素，渲染不利于对方的情节，甚至歪曲事实，虚构捏造，其结果适得其反。因此，要按照法律的要求制作诉讼文书，除行政诉讼案件由被告承担举证责任外，其他诉讼都是谁主张谁举证，证据是否确凿，是官司成败的关键所在，诉讼文书必须准确写明事实，充分提供确凿充分的证据。

(4) 理由要充分，适用法律要恰当。在事实的基础上，运用法律讲明道理，以充足的理由支持自己的主张，阐明自己主张的合法性、合理性，并引

用恰当的法律条文加以证明，切忌用无限上纲、恶语伤人的语言来制造理由。

(5) 语言准确、朴实，诉讼文书的语言都要求准确、朴实、行文还要精炼、简洁、明了，切忌用文学性的语言来制作诉讼文书。

### 3. 如何制作刑事自诉状

刑事自诉状，是由刑事自诉案件的被害人或其法定代理人，根据事实和法律，直接向人民法院控告被告人的犯罪行为，要求追究被告人刑事责任，或者同时承担民事责任的诉讼文书。

刑事自诉状的制作要求是：

(1) 首部。应依次写明：文书名称“刑事自诉状”；自诉人的姓名、性别，出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址等项。如系受害人的法定代理人提起自诉的，还须注明与受害人的关系，被告人的姓名等基本情况（同自诉人相同），其中对被告人的出生年月日确实不知的，可写其年龄。

(2) 正文。正文包括以下内容：

案由和诉讼请求。要按照《刑法》分则规定的罪名，写明控告被告人犯了什么罪，请求人民法院依法追究被告人的刑事责任，但不必写具体的刑罚。如果同时提起附带民事诉讼，还应写明要求被告人赔偿损失的项目和具体的数额。

事实与理由。事实，是自诉人指控的被告人的具体的犯罪事实。要写明被告人犯罪的时间、地点、原因、情节、手段、结果等内容。如果由于被告人的犯罪行为而遭受物质、经济损失的，还要写明其损失的实际情况。在理由中，要写明被告人行为的性质和社会危害性，并引用有关法律条款，指控被告人已触犯刑法，构成何种犯罪，应当依法追究刑事责任，或者同时承担民事责任等。

证据和证据来源，证人姓名和住址。自诉人对提起自诉的刑事案件负有举证责任，对所指控的犯罪事实应当有证据证明。如果自诉人在起诉时缺乏证据，起诉后又提不出补充证据，经人民法院调查又未能收集到必要的证据，自诉人应当撤回自诉，否则，人民法院将依法驳回自诉。因此，在刑事自诉状中写明证据十分重要，物证，要写清它的来源：

书证或其复制件，可作为附件提交；人证，除说明证明什么问题外，还应将证人姓名和住址写上，以便人民法院调查核实。

(3) 尾部。应写明受诉法院名称、附件的名称和件数，自诉人签名或者盖章，起诉日期等。

附刑事自诉状格式：

#### 刑事自诉状

自诉人：姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址。

被告人：（身分事项同自诉人）

案由和诉讼请求

---

事实与理由

---

证据和证据来源，证人姓名和住址

---

此致

\_\_\_\_\_人民法院

附：本上诉状副本\_\_份

自诉人\_\_\_\_\_

\_\_\_\_年\_月\_日

#### 4. 如何制作刑事上诉状

刑事上诉状，是刑事案件的当事人或有权上诉的其他人，不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定，在法定期限内，向上一级人民法院提出上诉，要求撤销、变更原裁判的诉讼文书。

刑事上诉状的制作要求是：

(1) 首部。应依次写明文书名称“刑事上诉状”和上诉人身分等基本情况。上诉人基本情况的写法，与起诉状的当事人栏相同。上诉人是原审当事人的，用括号注明原审诉讼称谓，如“上诉人(原审被告)：王××”；上诉人是原审当事人的法定代理人或近亲属的，要注明与当事人之间的关系，如“上诉人(原审被告之父)”；上诉人是原审被告人的辩护人经被告人同意提出上诉的，要注明“系原审被告×××的辩护人。”刑事上诉状中不写被上诉人，也不能把公诉机关列为被上诉人。

(2) 正文。这是刑事上诉状的主体。先写上诉人因何案件不服哪个法院的什么裁判而提出上诉；再分别写明上诉请求和上诉理由。上诉请求要具体、明确，如要求撤销原判，宣告无罪，或者要求减轻处罚；对刑事附带民事部分提出上诉的，就民事责任部分提出请求。上诉理由是上诉人对原审裁判的辩驳，要有的放矢，从事实、适用法律和裁判结果三个方面，有针对性地提出自己的理由，并引用有关法律作为依据，使上诉理由具有合法性。

(3) 尾部。写明受状的上诉审法院名称，附件的名称和份数，上诉人签名或盖章，写明上诉日期。

附刑事上诉状格式：

#### 刑事上诉状

上诉人(原审××)：(身分事项同自诉人)

\_\_\_\_\_  
上诉人因\_\_\_\_\_一案，不服\_\_\_\_人民法院\_\_\_\_年\_月\_日( )\_\_\_\_字第\_\_\_\_号刑事判决(或裁定)，现提出上诉。

\_\_\_\_\_  
上诉请求

\_\_\_\_\_  
上诉理由

\_\_\_\_\_  
此致

\_\_\_\_\_人民法院

附：本上诉状副本\_\_份

\_\_\_\_\_  
上诉人\_\_\_\_\_

\_\_\_\_年\_月\_日

#### 5. 如何制作刑事申诉书

刑事申诉书，是刑事案件的当事人、被害人及其家属或者其他公民，对人民法院已经发生法律效力判决、裁定，认为有错误而向人民法院要求提起再审程序予以复查纠正的诉讼文书。

刑事申诉书的内容是：

(1) 首部。应依次写明文书名称“申诉书”和申诉人的姓名等基本情况，项目与刑事上诉状相同。如果不是本人申诉的，要注明与当事人之间的关系。

(2) 正文。先写申诉人对哪个法院的什么案件的裁判提出申诉，再分别写请求事项、事实与理由。要针对原裁判的错误之处，从认定事实和适用法律方面提出申辩，请求事项要明确、合法，切中所要解决的要害问题。

(3) 尾部。写明接受申诉书的机关名称，附件的名称和份数，由申诉人签名或盖章，写明申诉日期。

附申诉书格式：

### 申诉书

申诉人：(身分事项与前类诉状相同) \_\_\_\_\_

申诉人\_\_\_对\_\_\_人民法院\_\_\_年\_\_\_月\_\_\_日( )字第\_\_\_号\_\_\_判决(或裁定)，提出申诉。

### 请求事项

---

### 事实与理由

---

此致

\_\_\_人民法院

附：原审\_\_\_书抄件一份

申诉人\_\_\_

\_\_\_年\_\_\_月\_\_\_日

## 6. 如何制作刑事附带民事诉状

刑事附带民事诉状，是刑事案件的被害人或其法定代理人，在刑事诉讼过程中，向人民法院提出在解决被告人刑事责任的同时，依法解决被告人赔偿被害人经济损失的诉讼文书。

刑事附带民事诉状的制作要求是：

(1) 首部。依次写明文书名称“刑事附带民事诉状”、当事人的身分事项。对于自诉人同时提起附带民事诉讼的，可在自诉人称谓后面注明“即附带民事诉讼原告人”；对于公诉案件，原告人单独制作附带民事诉状的，仅称“附带民事原告人”；再依次写明被告人的身分事项，附带民事诉讼被告人与自诉案件的被告人是同一人的，称“被告人即附带民事诉讼被告人”，不是同一人或公诉案件中附带民事原告单独起诉的，称“附带民事诉讼被告人。”

(2) 正文。先写明案由和诉讼请求，刑事自诉与附带民事诉讼同时提起的，在刑事自诉的诉讼请求后面，写明要求被告赔偿损失的项目和具体数额。单独提起附带民事诉讼的，则仅写民事赔偿的项目和数额。依次再写明事实与理由，事实部分除要写明被告人犯罪的事实外，还必须明确写明附带民事原告人所遭受的物质损失的实际情况，损失的程度、具体项目和数额都应一一列明。在理由中，除了对被告人的行为是否构成犯罪和应否追究刑事责任进行论证外，还应简要阐明被告人应同时承担民事责任的理由。事实与理由之后，写明证据和证据来源，证人姓名和住址。

(3) 尾部。写明受诉法院名称、附件的名称和件数、自诉人(或原告人)签名或盖章、起诉日期等。



刑事附带民事诉状的格式与刑事自诉状基本相同，可以参照，故略。

## 7. 如何制作民事起诉状

民事起诉状，是民事、经济案件的原告为维护自身的民事权益，认为自己的合法权益受到侵害或者与他人发生争议时，依法向人民法院提起诉讼，请求依法裁判的诉讼文书。

民事起诉状的制作要求是：

(1) 首部。依次写明下列内容：文书名称一律写“民事起诉状”；原告和被告的基本情况。原告是公民的，写姓名、性别、出生年月日、民族、职业、工作单位和住址（户籍所在地），户籍所在地与经常居住地不一致的，可写经常居住的地址。原告为法人或者其他组织的，写明法人或其他组织的名称、所在地址和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务等。被告基本情况的写法与原告基本相同。如有的项目不知道的，可以不写，但必须写明被告的姓名或名称和住址或所在地址。

(2) 正文。必须依次写明下列内容：

诉讼请求。要写明请求法院解决什么问题，提出具体的要求，如请求离婚、偿还债务、履行合同、财产继承、要求赔偿等，有多项具体请求的，可以分项列写。有一名誉权案件的民事起诉状中，其诉讼请求为：一、要求被告停止对原告名誉权的侵害。二、要求被告赔偿原告名誉权损失人民币×××元。三、要求被告在公开发行的报刊上向原告赔礼道歉，为原告消除影响，恢复名誉。

事实与理由。在事实的叙述中，要明确写清双方纠纷的原因、经过、现状，双方当事人的法律关系和争议的焦点等，通过写清事实，证明自己诉讼请求的事实依据。在理由部分，要针对事实，分清是非曲直，明确责任，以表明自己诉讼请求的合法性，并引用有关的民事、经济法律规范的条文加以证明。

证据和证据来源，证人姓名和住址。在民事诉讼中，原告对自己提出的诉讼请求要承担举证责任，因此，在民事起诉状中必须写清有关证据的内容。如对物证，要写明是何物品，现在何处；对书证，要写明其证明什么，还要附上原件或复制件；对证人，要写清其姓名和住址等。

(3) 尾部。写明受诉法院的名称，附件除写清起诉状副本外，提交证据的，还要写明证据的名称和数量。最后由起诉人签名盖章、注明日期。

附民事起诉状格式

### 起诉状

原告：（公民的写：姓名、性别、出生年月日、民族、职业、工作单位和住址，法人或者其他组织的写：名称、所在地址、法定代表人或主要负责人的姓名、职务、电话；企业性质、工商登记核准号、经营范围和方式、开户银行、帐号，应分别依次列写）\_\_\_\_\_

被告：（公民的，列写项目同原告；法人或者其他组织的写：名称、所在地址、电话）\_\_\_\_\_

诉讼请求

事实与理由

证据和证据来源，证人姓名和住址

---

此致

\_\_\_\_\_人民法院

附：本状副本\_\_份

起诉人\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_年\_\_月\_\_日

### 8. 如何制作民事上诉状

民事上诉状，是民事、经济案件的当事人不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定，在法定期限内，向上一级人民法院提起上诉，要求撤销、变更原裁判的诉讼文书。

民事上诉状的制作要求是：

(1)首部。应依次写明文书名称“民事上诉状”，上诉人和被上诉人的身分等基本情况，内容与民事起诉状相同，但上诉人和被上诉人的称谓后面应用括号注明其在原审中的诉讼地位，如“上诉人(原审被告)”、“被上诉人(原审原告)”。

(2)正文。首先，写清上诉的来由，即上诉人因何案、不服哪个法院的哪一民事判决或裁定。其次，写清上诉的请求和理由。上诉请求要写清良事上诉人要求撤销或变更原审裁判的主张和对民事实体权利及诉讼权利的主张。如“请求撤销××人民法院(19××)×民初字第×号民事判决。座落于×地的房屋应判归上诉人所有。”上诉理由，是民事上诉状的重点，要根据自己的上诉请求，针对原审裁判在认定事实、适用法律上的主要问题，摆事实，讲道理，并引用有关法律、法规的规定，有的放矢地进行阐述。

(3)尾部。写明民事上诉状递交的上诉法院名称、附件的名称和件数，上诉人签名或盖章，注明日期。

附民事上诉状格式：

#### 上诉状

上诉人(原审×告)：(身分事项的内容与民事起诉状相同)

---

被上诉人(原审×告)：(身分事项同上)\_\_\_\_\_

上诉人因\_\_\_\_\_案，不服\_\_\_\_\_人民法院\_\_\_\_\_年\_\_月\_\_日( )\_字第\_号判决(或裁定)，现提出上诉。

#### 上诉请求

---

#### 上诉理由

---

此致

\_\_\_\_\_人民法院

附：本上诉状副本\_\_份

上诉人\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_年\_\_月\_\_日

### 9. 如何制作民事再审申请书

民事再审申请书，是民事、经济案件的当事人认为人民法院已经发生法律效力效力的判决、裁定有错误，或有证据证明已发生法律效力效力的调解书，在调解时违反自愿原则或调解协议违反法律的，在法定期限内，依法向原审人民

法院或者上一级人民法院申请重新审理的诉讼文书。

民事再审申请书的制作要求是：

(1) 首部。写明文书名称“ 再审申请书 ”，申请人的姓名或名称等基本情况，其内容与民事起诉状一致。但应在申请人的称谓后面，用括号注明其在原审中的地位。

(2) 正文。写明申请再审的来由、请求事项、事实与理由。其中，申请再审的由来是指当事人对哪个人民法院的哪一判决、裁定或调解书申请再审；请求事项即当事人申请再审的要求，必须明确具体；事实与理由即当事人申请再审的事实与法律依据，要针对原审裁判及调解书的错误之处，叙述事实，提供证据，阐明理由，并正确引用有关的法律条文予以说明。

(3) 尾部。写明接受申请的人民法院名称、附原审判决书、裁定书或调解书的抄件，及有关证据材料，最后由申请人签名或盖章，注明日期。

附民事再审申请书格式：

### 再审申请书

申请人（原审×告）：（依民事起诉状中当事人身分项目列写）

\_\_\_\_\_  
申请人\_\_\_\_\_对\_\_\_\_人民法院\_\_\_\_年\_\_\_\_月\_\_\_\_日（ ）\_\_\_\_字第\_\_\_\_号民事判决（或裁定、调解书），申请再审。

### 请求事项

### 事实与理由

此致

\_\_\_\_人民法院

附：原审\_\_书抄件一份

申请人\_\_\_\_

\_\_\_\_年\_\_\_\_月\_\_\_\_日

### 10. 如何制作反诉状

反诉状，是民事案件的被告或刑事自诉案件的被告人，为维护自身的合法权益，在诉讼过程中对本诉的原告或自诉人提出反诉，要求人民法院依法裁判的诉讼文书。

反诉状的制作要求，与刑事自诉状、民事起诉状基本一致。所不同的是，首部中的文书名称应写“反诉状”，当事人

栏写“反诉人（本诉被告）”、“被反诉人（本诉原告）”，其身分事项的内容与刑事自诉状和民事起诉状一致；尾部的署名，写反诉人姓名或名称。

附反诉状格式：

### 反诉状

反诉人（本诉被告）：（身分事项同刑事自诉状或民事起诉状）\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
被反诉人（本诉原告）：（身分事项同上）\_\_\_\_\_

### 反诉请求

---

## 事实与理由

---

证据和证据来源，证人姓名和住址

---

此致

\_\_\_\_\_人民法院

附：本反诉状副本\_\_份

反诉人\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_年\_月\_日

### 11 如何制作行政起诉状

行政起诉状，是公民、法人或者其他组织认为行政机关或者法律法规授权的组织所作出的具体行政行为，侵犯了自己的合法权益，按照《行政诉讼法》的规定向人民法院提起诉讼，要求依法裁判的诉讼文书。

行政起诉状的制作要求是：

（1）首部。先写明文书名称“行政起诉状”，再分别写明原告和被告的身分等基本情况。写原告的情况，应根据其是公民、法人或其他组织，分别写清，要求与民事起诉状相同。对于被告，应具体写明其名称、所在地址和电话。

（2）正文。写明以下内容：

诉讼请求。原告应根据行政诉讼的特点，写明行政机关或者法律、法规授权的组织所作出的具体行政行为的不合法或不合理，如是否主要证据不足，或适用法律、法规错误，违反法定程序，或者超越职权、滥用职权，或者行政处罚显失公正等。然后写清要求人民法院撤销、变更具体行政行为，或者责令行政机关或法律法规授权的组织履行法定的职责。如果是由于错误的具体行政行为侵犯原告合法权益而造成损害的，原告还有权请求赔偿。诉讼请求要具体、明确，比如，对于不明治安管理处罚的行政起诉状，其诉讼请求可以写成“××公安局（19××）×字第×号行政处罚决定书适用法律错误，请求依法撤销”。

事实与理由。在事实部分应具体写明：被告据以作出具体行政行为的事实、理由；原告是否提请行政复议以及复议的结果；原告就事实部分提出的异议。在这一部分中，原告应就案件的客观真实情况写清，以明确被告所认定的事实是否与客观真实情况相符。对于被告有适用法律和法规错误、违反法定程序、滥用职权、超越职权情况之一的，也应当明确叙述。在理由部分，要结合上述事实，论证被告所作出的具体行政行为的违法性和不合理性，并引用相应的行政法律、法规加以证明，进而明确提出正确适用法律、法规的意见和要求。在行政起诉状中，原告一般可以不写证据材料，因为行政诉讼采取“被告举证”的原征，这与民事诉讼“谁主张，谁举证”不同。当然，这不排除原告向人民法院提供支持其诉讼请求的有关材料。

（3）尾部。尾部中要写明受诉人民法院名称、附件的名称和份数，最后由起诉人签名或盖章，注明日期。

行政起诉状与民事起诉状的格式一致，可以参照，故略。

#### 12. 如何制作行政上诉状

行政上诉状，是行政案件的当事人，不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定，在法定期限内，向上一级人民法院提起上诉，要求撤销、变更原裁判的诉讼文书。

行政上诉状的制作要求与民事上诉状基本一致，所不同的主要是以下几个方面：

(1) 首部。应写明文书名称“行政上诉状”，当事人的身分事项与民事起诉状一致。

(2) 正文。先写清上诉人不服哪个人民法院的哪一行政判决或裁定，再写清上诉请求。在行政上诉状中，上诉人除要求撤销或变更原审裁判外，还要写明对原具体行政行为予以撤销、变更或者维持的主张。如一份被告上诉的行政上诉状中，其上诉请求是：请求撤销××人民法院（19××）×行初字第×号行政判决。请求维持上诉人××公安局（19××）×字第×号行政处罚决定。上诉请求写完后，即转入上诉理由部分。上诉理由同样要针对原审裁判在认定事实、适用法律和法规的主要问题，运用法律法规的具体规定，具体阐述原审裁判错在何处，并提出正确适用法律法规的具体理由。上诉理由要有的放矢，层次分明，逻辑性强、从而使其充分、完备。

(3) 尾部。写明受诉的上诉审法院名称、附件的名称和件数，由上诉人签名或盖章，写明日期。

行政上诉状的格式与民事上诉状一致，可以参照，故略。

#### 13. 如何制作行政申诉书

行政申诉书，是行政案件的当事人，对于人民法院已经发生法律效力判决、裁定，认为有错误而由人民法院要求提起再审程序予以复查纠正的诉讼文书。

行政申诉书的制作要求，与刑事申诉书基本一致。只是名称和内容不同而已。在行政申诉书中的事实与理由部分，要根据行政案件的特点，具体叙述原裁判错误的事实，并提出相应的法律法规作为依据。不但要对原裁判的错误进行论证，还应说明原具体行政行为是否合法与合理，从而明确行政申诉的主张。

行政申诉书的格式与刑事申诉书完全一致，故略。

#### 14. 如何制作民事答辩状

民事答辩状，是民事、经济案件的被告或被上诉人，针对原告的起诉状或上诉人的上诉状，作出答复和辩驳的诉讼文书。

民事答辩状的制作要求是：

(1) 首部。首先写明文书名称“民事答辩状”，然后再列写答辩人的姓名或名称等身分事项，具体内容与民事起诉状相同。

(2) 正文。应依次写明下列内容：

案由。即对何人起诉或上诉的什么案件提出答辩。

答辩理由。这是答辩状的关键部分，它要求针对原告或上诉人在诉状或上诉状中提出的诉讼请求，陈述自己的主张和理由。如：无条件地承认诉讼请求；有条件地承认全部或部分诉讼请求；完全反驳诉讼请求等。其中反驳诉讼请求是答辩状常用的一种手段。它主要以法律为依据，反驳原告或上诉人关于实体权利的请求，也可以从诉讼程序上论证原告或上诉人的诉讼权

利不复存在等。从方法上说，应先抓住原告或上诉人在诉状或上诉状中列举的错误事实，或引用法律的错误，作为反驳的论点，然后列举有关的事实和证据，运用有关法律规定，作为反驳的论据，抓住要害，逐层反驳，使诉状或上诉状中可能出现的不实和错误之处得到充分的揭示，从而使答辩人的答辩理由得以成立。

答辩请求。即在充分阐明答辩理由的基础上，概括出答辩人的主张和要求。其内容包括：依据有关法律规定说明答辩理由的正确性，用正确的事实证明自己法律行为的合法性，同时再概括地揭示原告或上诉人法律行为的谬误之处，并明确请求人民法院依法驳回原告或上诉人之诉讼请求，或作出其他合法裁判。

(3) 尾部。这一部分应写明受状法院名称，附件的名称和份数，最后由答辩人签名或盖章，注明日期。

#### 15. 如何制作行政答辩状

行政答辩状，是行政案件的被告或被上诉人，针对原告的起诉状或上诉人的上诉状，进行回答和进行辩驳的诉讼文书。

行政答辩状的制作要求，与民事答辩状基本相同。但是，它必须体现行政诉讼的特点。尤其是一审行政案件的答辩状，作为被告的行政机关或法律法规授权的组织，要围绕自己的具体行政行为是否合法的问题，就原告提出的诉讼请求，写明事实依据和法律法规等规范性文件的依据，以证明其具体行政行为的合法性。根据我国《行政诉讼法》的规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任。因此，被告在答辩状中，必须明确写明作出具体行政行为的事实依据和规范性文件依据，否则，将会导致败诉的后果，对于二审行政案件的答辩状，作为被上诉人的答辩人可能是原审的原告，也可能是原审的被告，则要求针对上诉人的上诉请求，结合原审人民法院的裁判，有针对性进行辩驳。

附答辩状格式：

#### 答辩状

答辩人：（身分事项同民事、行政起诉状或上诉状中被告或被上诉人）

因\_\_\_\_\_一案，提出答辩如下：

此致

\_\_\_\_\_人民法院

附：本答辩状副本\_\_\_\_\_份

答辩人\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_年\_\_\_\_\_月\_\_\_\_\_日

#### 16. 如何制作财产保全申请书

财产保全申请书，是指享有民事权利的一方当事人，在案件起诉前或起诉后，为使自己的合法权益得到有效地保护，向人民法院申请采用一定的财

产保全措施的文书。

财产保全申请书的制作要求是：

(1) 首部。应写明文书名称“财产保全申请书”，然后写明申请人和被申请人的姓名或名称等身分事项，其写法与民事起诉状相同。

(2) 正文。首先，写明请求事项，说明对被申请人的何种财产采取什么样的保全措施，如“请求依法冻结被申请人银行存款人民币十五万元”。其次，简要地写明案件事实和申请财产保全的理由，并引用有关法律条款作为依据。最后，还须表明：如因申请错误，致使被申请人遭受财产损失的，由申请人承担赔偿责任。如果申请人提供担保的，还要写明提供何种担保及其数额。

(3) 尾部。写明接受申请的人民法院名称，附件的名称和份数，最后由申请人签名或盖章，注明日期。

#### 17. 如何制作先予执行申请书

先予执行申请书，是享有民事权利的一方当事人，在人民法院作出判决之前，要求人民法院责令有给付义务的对方当事人预先给付一定的金钱或物品，或要求义务人预先履行一定的行为，以解决自己实际困难时所提出的诉讼文书。

先予执行申请书的制作要求是：

(1) 首部。写明文书名称“先予执行申请书”，然后写明申请人和被申请人的姓名或名称等身分事项，具体写法同民事起诉状。

(2) 正文。首先，写明请求事项，即要求人民法院对何项内容先予执行，如“请求先予执行被申请人应给付的赡养费人民币三百元”。其次，写明事实和理由，先简要地概括案件事实，然后针对事实，写明申请先予执行的理由，如申请人生活确有困难等。然后，再引用相应的法律规定作为依据。最后也应写明，如果申请人败诉，应赔偿被申请人由此产生的财产损失。如申请人提供担保的，应写明具体担保的财物及其数额。

(3) 尾部。写明接受申请的人民法院名称，附件的名称和份数，最后由申请人签名或者盖章，注明日期。

#### 18. 如何制作撤诉申请书

撤诉申请书，是刑事自诉人、民事原告、行政原告以及上诉人在诉讼过程中，向人民法院申请撤回起诉或上诉时所制作的诉讼文书。

撤诉申请书的制作要求是：

(1) 首部。应先写明文书名称“撤诉申请书”，然后写明申请人、或对方的姓名或名称等身分事项，其内容与各类起诉状相同。

(2) 正文。先写明请求事项，即“请求撤回××对×××关于××一案的诉讼（或上诉）”；然后，写明撤回起诉的事实与理由。对于原告或上诉人为什么要求撤诉，要简略地叙述其事实和理由，如双方当事人已经自行和解或者在行政诉讼中被告改变其所作的具体行政行为而导致原告申请撤诉的，都应将具体事实与理由交待清楚，以便人民法院加以审查。

(3) 尾部。写明接受申请的人民法院名称，附件的名称和份数，最后由申请人签名或盖章，注明日期。

#### 19. 如何制作支付令申请书

支付令申请书，是债权人与债务人的债权债务关系明确且合法，债权人请求人民法院发出支付令，以命令债务人尽快给付金钱、有价证券时所制作

的文书。

支付令申请书的制作要求是：

(1) 首部。先写明文书名称“支付令申请书”，然后写明申请人和被申请人的姓名或名称等身分事项，其写法同民事起诉状一致。

(2) 正文。首先，写明请求事项，如“请求发出支付令，命令被申请人偿还债务人民币×××元”。其次，写明事实与理由。在事实部分，写明债权债务关系成立的时间、地点、原因、双方债权债务关系的内容等，以及被申请人应给付的金钱或有价证券的名称和数额。在理由部分，写明被申请人拒不偿还债务的结果，申请人提出申请的目的是及法律依据。

(3) 尾部。写明接受申请的人民法院名称，附件的名称和件数，最后由申请人签名或盖章，注明日期。

#### 20. 如何制作公示催告申请书

公示催告申请书，是票据持有人因为票据被盗、遗失或者灭失，向人民法院申请发出公开告示，要求进行公示催告时所制作的文书。

公示催告申请书的制作要求是：

(1) 首部。先写明文书名称“公示催告申请书”，然后写明申请人的姓名或名称等身分事项，其内容与前类申请书一致。但由于公示催告中另一方当事人处于不明的状态，所以没有被申请人。

(2) 正文。先写明请求事项，写清何种票据被盗、遗失或灭失，要求进行公示催告；然后写明事实与理由。在这一部分，应具体写明票据的名称、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。

(3) 尾部。写明接受申请的人民法院名称，附件的名称和件数，最后由申请人签名或盖章，注明日期。

#### 21. 如何制作回避申请书

回避申请书，是当事人在诉讼中，依法要求侦查人员、检察人员、审判人员以及书记员、鉴定人、翻译人员回避时，向司法机关递交的一种诉讼文书。

回避申请书的制作要求是：

(1) 首部。先写明文书名称“回避申请书”，然后写明申请人的姓名或名称等身分事项。对于被申请回避的人员，一般可不列为被申请人。

(2) 正文。先写清请求事项，写明当事人为何案件要求何人回避。其次，写明回避的事实与理由，主要内容是：参与审理本案的哪一人员与本案或本案当事人有何利害关系，申请人有何疑虑，即指出某人参与本案审理，可能会影响案件的公正审理，并请求回避，要求司法机关审查决定。(3) 尾部。写明接受申请的机关名称，申请人签名或盖章，注明日期。

#### 22. 如何制作证据保全申请书

证据保全申请书，是当事人认为案件的证据可能灭失或者以后难以取得，而向人民法院申请进行证据保全时所制作的诉讼文书。

证据保全申请书的制作要求是：

(1) 首部。写明文书名称“证据保全申请书”，然后写明申请人的姓名或名称等身分事项，具体写法与民事起诉状相同。

(2) 正文。先写明请求事项，如“证人×××即将出国，其证言今后将难以取得，特申请证据保全。”然后写明事实与理由，即写明为什么要申请



证据保全，如证人因年老或患病，随时都可能死亡，物证是容易腐败变质的物品，随时都可能失去证明作用，或者如不及时提取，以后将难以取得等。最后，还要写明所申请保全的证据对本案事实的证明作用等。

(3) 尾部。写明接受申请的人民法院名称，申请人签名或盖章，注明日期。

### 23. 如何制作特别程序的申请书

特别程序的申请书，是申请人要求人民法院依照《民事诉讼法》规定的特别程序，审理宣告公民失踪或死亡、认定公民无民事行为能力，或者限制行为能力和认定财产无主案件时

所递交的申请文书。

特别程序申请书的制作要求是：

特别程序申请书的内容，一般都比较简单。首部应写明申请书的标题，如“宣告公民死亡申请书”，申请人的姓名或名称等基本情况。此类申请书只有申请人，没有被申请人，所以被申请人不必列写。正文应先写明请求事项，如“请宣告公民王××死亡”。然后，在事实与理由部分，应具体写明各类不同案件的事实，如宣告公民死亡案件，应写明该公民下落不明的事实、时间等情况，并附公安部门或其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明等。又如申请财产无主的案件，要写明财产的种类、数量及要求，认定财产无主的依据。尾部的写法与其他类申请书相同，也要写明接受申请的人民法院名称、附件、申请人签名或盖章，注明日期。

### 24. 如何制作执行申请书

执行申请书，是享有权利的一方当事人，根据已经发生法律效力判决、裁定、调解书、支付令，以及法律规定应由人民法院执行的其他法律文书，对于另一方当事人拒绝履行法律文书规定的义务的，依照执行程序的规定，向人民法院申请强制执行的文书。

执行申请书的制作要求是：

(1) 首部。应写明文书名称“执行申请书”，申请人和被申请人的姓名或者名称等身分事项，与民事起诉状的当事人相同。

(2) 正文。写明下列事项：

请求事项。写明发生法律效力法律文书名称以及由被申请人应当履行的内容，被申请人是全部不履行还是部分不履行，因此申请强制执行。如：××人民法院一九九三年×月×日（1993）×经初字第××号民事判决书确定被申请人应偿还贷款人民币八万元，被申请人至今未全部履行，特申请强制执行。

事实与理由。在事实部分，应将案精简要地加以叙述，并说明据以执行的法律文书是何机关于何时作出的，其主要内容是什么，被申请人是全部履行，还是作了部分履行，还有哪些未曾履行。在理由部分。应说明据以执行的法律文书已发生法律效力，被申请人拒绝履行行为的违法性。而且，对被申请人的履行能力也要作简要阐述，并引用有关法律的规定，以明确申请的合理性和合法性。

(3) 尾部。写明接受申请的人民法院名称，附件（如据以执行的法律文书和有关证据）名称和份数，最后由申请人签名或盖章，注明日期。

附各类申请书格式：

#### 申请书

申请人：（身分事项与民事起诉状相同）\_\_\_\_\_

被申请人：（身分事项同上。如无被申请人，此项不写）\_\_\_\_\_

---

请求事项

---

此致

\_\_\_\_人民法院

附：\_\_\_\_份

申请人\_\_\_\_

\_\_\_\_年\_\_\_\_月\_\_\_\_日

### 25. 如何制作辩护词

辩护词，是刑事案件的辩护人为维护被告人的合法权益，根据事实和法律，提出证明被告人无罪、罪轻或者应当减轻、免除其刑事责任时所制作的诉讼文书。

辩护词没有固定的格式，其制作内容根据特定的案情而定，但从总体上说，其制作要求一般是：

（1）标题和称谓。标题可以写“被告人×××（姓名）××（案由）一案的辩护词”或仅写为“辩护词”；称谓写“审判长，人民陪审员（或审判员）：”。

（2）序言。这一部分一般包括三个方面的内容：说明辩护人出庭辩护的合法性，即辩护人是受被告人委托还是受人民法院指定出庭辩护的。简要说明辩护人在开庭之前所进行准备工作的情况，以此说明辩护人是在全面了解案情的基础上出庭辩护的。简述辩护论点，提出对案情的基本看法。

（3）辩护理由。辩护理由是辩护词的重点部分，其一般可从以下三个方面进行：对起诉书指控的犯罪事实是否正确进行辩护。通常有三种情况：一是事实虽然存在，但并非起诉书所指控的性质，或者该事实不是犯罪事实。二是事实

虽然部分存在，但被指控者加以夸大、歪曲。三是事实根本不存在。辩护词应根据这三种情况，据理辩驳。针对起诉书适用法律方面进行辩护。如事实虽然存在，但起诉书适用法律不当，或者是由于认定事实错误，导致适用法律不当。此外，对于被告人应当依法得到从轻、减轻或免除刑罚的，应依照法律规定提出辩护意见。从其他有利于被告人的方面进行辩护。如被告人的认罪态度好坏、是否初犯、是否由于被害人的原因引起被告人的激愤而犯罪，被告人的一贯表现如何等方面，都可以成为辩护人进行辩护的理由。此外，对于二审刑事诉讼的辩护理由，还应针对一审判决认定的事实是否清楚、证据是否确凿、适用法律是否准确、审判程序是否合法等方面具体阐述。辩护理由的制作，要求对所提的问题进行充分的阐述、分析和论证、要言之有据，有的放矢，观点明确，层次清晰，切忌说套说、空话。

（4）结论部分。这一部分是辩护词的结束语，主要包括：对辩护理由进行归纳总结，提出结论性的意见，再次明确辩护论点。对被告人如何定罪量刑，向法庭提出建议和要求。这一部分要简洁明了，措词得当。

### 26. 如何制作代理词

代理词，是在民事、经济和行政诉讼中，诉讼代理人在法庭辩论阶段，为维护委托人的合法权益，在委托人授权的委托范围内，依照事实和法律，

提出代理意见时所制作的文书。

代理词与辩护词一样，也没有统一的格式，但其一般制作要求是：

(1) 标题和称谓。标题可写为“×××诉×××一案原告(或被告)代理词”，或仅写为“代理词”。称谓的写法与辩护词一样。

(2) 序言。包括以下内容：明确出庭代理的合法性，即写明受谁的委托依法担任诉讼代理人。出庭前的准备工作简述。对本案的基本看法，即从原告代理人、被告代理人或第三人代理人的不同角度来阐述代理词的基本观点。

(3) 代理意见。这是代理词的核心部分，应根据被代理人的不同诉讼地位来进行阐述。对于一审原告代理词，应根据起诉状中所列事实和证据进行充分补充和发挥，并针对当事人双方纠纷的主要情节、形成纠纷的原因以及争执的焦点进行分析，从事实、法律方面说明原告诉讼请求的合法性。对于一审被告代理词，应针对原告起诉状所列事实和理由，据理进行反驳，提出答辩，并提出被告方主张的事实和理由。对于二审的上诉人代理词和被上诉人代理词，主要是针对原审法院的裁判在认定事实、适用法律、处理结果和诉讼程序上发表代理意见，同时也要对对方当事人的意见进行反驳。上诉人代理词侧重于对原审裁判的不当之处进行阐述，而被上诉人代理词则侧重于论证原审裁判的合法性和正确性，反驳上诉人的上诉请求。

(4) 结论部分。这一部分要对代理意见进行归纳总结，明确代理的观点，对人民法院如何处理案件，提出明确的建议和要求。

#### 27. 如何制作授权委托书

授权委托书，是当事人、法定代理人依法委托他人担任诉讼代理人，向人民法院提交的记载委托事项和权限的文书。

授权委托书的制作要求是：

(1) 首部。写明文书名称“授权委托书”即可。

(2) 正文。先写明委托人和受委托人的情况。委托人是公民的，写明姓名；是法人或者其他组织的，写明委托单位名称、所在地址、法定代表人或代表人姓名和职务。然后另起一行写明受委托人的姓名、性别、工作单位、住址和联系电话。其次，写明案由和委托权限，即明确委托代理的是什么案件，委托的权限范围是什么。其中，委托权限必须明确，这关系到代理行为的法律后果问题，必须认真书写，切勿疏漏。对于委托诉讼代理人代为放弃、变更或承认诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉的，必须有委托人的特别授权。

(3) 尾部。由委托人(或委托单位)签名或者盖章，写明委托日期。

附授权委托书格式：

#### 授权委托书

委托人姓名或单位名称：\_\_\_\_\_

(委托人是法人或其他组织的，写明所在地址、法定代表人或代表人的姓名、职务)

受委托人姓名：\_\_\_\_\_ 性别：\_\_\_\_\_

工作单位：\_\_\_\_\_

住址：\_\_\_\_\_ 电话：\_\_\_\_\_

现委托\_\_\_\_\_在我(或我单位)与\_\_\_\_\_案中，作为我(或我方)参加诉讼的委托代理人。委托权限如下：

---

---

委托人（或委托单位）\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_年\_\_\_\_\_月\_\_\_\_\_日

## 二、法庭辩论技巧

### (一) 刑事诉讼法庭辩论

#### 28. 自诉人如何进行法庭辩论

自诉人作为刑事自诉案件的提起者，是指人身、财产遭受犯罪行为侵害，依法可以直接向人民法院提起刑事诉讼，要求追究被告人刑事责任的人。

自诉人在刑事诉讼中处于原告人的地位，是诉讼的主体之一，依法行使控诉职能，并享有法律赋予当事人的一切诉讼权利。自诉人的这一诉讼地位，决定了其在法庭辩论中，主要应从控诉的角度，论证被告人的行为确已构成犯罪，并依法应当承担刑事责任。从总体上说，自诉人进行法庭辩论，应主要阐述以下几个方面的内容：

(1) 充分运用法庭调查中已经查明的事实和证据，论证刑事自诉状中列举的被告人犯罪事实的客观存在。由于自诉人是控告的一方，其对所提出的事实负有举证责任。所以，自诉人必须善于运用证据说话，使被告人的犯罪行为得到充分的揭露和证实。在法庭辩论中，准确、恰当地运用法庭调查已经确认的内容来证明自己所指控事实的存在，是自诉人进行法庭辩论的一个基本手段。

(2) 针对事实，提出被告人犯罪的性质所在。任何犯罪事实，都表现为对《刑法》所定条款的触犯，从而构成相应的犯罪性质。自诉人必须根据被告人犯罪事实的特定，准确地提出被告人犯罪的性质。如自诉人与被告人系单位同事，因工作上的矛盾而被打伤，自诉人应明确提出被告人的行为触犯了《刑法》第一百三十四条第一款，构成故意伤害罪，并在此基础上，提出对被告人适用刑罚的具体意见。

(3) 指出被告人犯罪给自诉人造成的损害。如由于被伤害，给自诉人精神上、经济上造成损害；由于被侮辱和诽谤，给自诉人的名誉造成损害，以致不能正常工作和生活等，以便为人民法院对被告人定罪量刑提供依据，明确被告人犯罪行为危害程度。

自诉人进行法庭辩论，除了要遵循上述三个方面的基本要求以外，还应注意以下几点：第一，切忌感情用事，信口开河。自诉人进行法庭辩论，应围绕案件本身进行，不能离开事实而想说什么就说什么。第二，不能以法庭辩论为手段，而夹私泄愤。这就要求自诉人必须以实事求是的态度对待法庭辩论，不能随意夸大事实，以满足自己“以泄心头之恨”的心理。第三，要遵守法庭程序，听从审判人员的指挥。对于自己的错误的观点要及时修正，对正确的要据理力争，无论阐述事实还是论证理由，都必须符合法律。第四，语言要文明，注意表达方式。在法庭辩论中，自诉人不能因为自己是受害者而以粗鲁的语言将被告人辱骂一通。同时，也必须注意自己的表达方式，对于已经发表过的言论，不再重复，表述要有条理，少用或尽量不用修饰性的语言。此外，自诉人对于被告人或辩护人在法庭辩论中提出的理由和观点，可以依法进行反驳。

#### 29. 被告人如何进行法庭辩论

刑事案件的被告人，是指在刑事诉讼中被检察机关或者自诉人指控为犯罪，并可能被人民法院追究刑事责任的人。

被告人在刑事诉讼过程中，所处地位是复杂的，他既是当事人，是诉讼主体，同时又是证据的来源，又可能是刑罚处罚的对象。我国《刑事诉讼法》

明确规定，被告人依法享有辩护权。所以，被告人除了委托辩护人进行辩护以外，其自己也可以行使辩护权。因而，被告人在法庭辩论中，主要就是针对指控为自己辩护。

被告人的法庭辩论应主要从以下几个方面进行：

(1) 针对所指控的犯罪事实进行辩论。在刑事审判实践中，由于被告人对如何适用法律知之甚少，因而在法庭辩论中，从事实的角度进行辩论的居多。被告人必须根据实事求是的原则，针对检察机关或者自诉人所指控的事实，从时间、地点、动机、目的、情节、手段、结果等各个方面，阐述自己对案件事实的看法，对指控的不实之处或出入之处进行反驳。如认为所指控的事实根本不存在，或者认为事实虽然基本存在，但某些情节不确实。同时，对于证人证言、鉴定结论、勘验笔录及其他证据材料，可以进行反驳，发表自己的意见。

(2) 从适用法律的角度，阐述对自己有利的意见。如被告人认为自己的行为不构成犯罪的，应依法提出要求人民法院宣告自己无罪；如被告人认为自己的行为确实构成犯罪的，但同时也具备从轻、减轻或免除刑罚条件的，也应依法向人民法院提出。对于起诉所适用的法律不准确或不充分的，应当在法庭辩论中明确阐明。

(3) 从犯罪原因上提出对自己有利的条件。犯罪现象是十分复杂的，某些犯罪行为的发生也确实是由某些原因所引起的，如由于被害人一再虐待、欺压被告人，使被告人实施杀人犯罪，或者被告人由于生活极端困难而去盗窃等等。对于犯罪的被告人，法律应予惩罚，但对引起犯罪的原因，人民法院在定罪量刑时也应加以考虑。因此，被告人如认为在这一点上对自己有利的，应当在法庭辩论时提出。(4) 从其他方面为自己辩护。如一贯表现较好，这次犯罪属于初犯或被他人引诱而犯罪等。

被告人在法庭辩论中，主要是为自己作无罪、罪轻的辩护。但是，被告人在法庭辩护时，还要注意以下几点：必须以事实为根据，以法律为准绳。不能为了逃避法律的惩罚，或拒绝承认事实，或避重就轻，或上推下卸，或编造事实等，或为了讲“义气”，而包揽罪责。同时，不能曲解或歪曲法律的规定来为自己寻找开脱罪责的理由，必须依法进行辩论。对于所提出的辩护理由，一定要言之有理，言之有据，如认为自己是自首的，应当提出依据，并要求人民法院予以查证。

### 30. 被害人如何进行法庭辩论

被害人，是指其合法财产、人身权利、民主权利和其他权利遭受犯罪行为直接侵害的人。被害人可以是公民，也可以是法人或者其他组织。

被害人在诉讼中的地位，因公诉和自诉因素而有所不同。在公诉案件中，人民检察院代表国家追诉犯罪，因而，被害人不是当事人，而是属于控诉一方的独立的诉讼参与人。而在自诉案件中，被害人一般就是自诉人。本条所称的被害人，仅指公诉案件的被害人。

根据《刑事诉讼法》的规定，公诉案件的被害人虽然不是诉讼当事人，但他作为诉讼参与人，也可以参加法庭辩论。其进行法庭辩论的具体内容：一是从控诉的角度证明被告人犯罪事实的存在。二是论证被告人的犯罪性质。三是对人民法院定罪量刑提出意见和要录。四是阐述被告人犯罪对自己造成的实际损害等。从总体上说，被害人的法庭辩论都是从控诉的角度进行的，与自诉人的法庭辩论非常相似。因此，可以参照“自诉人如何进行法庭

辩论”条目中的内容。

同时，被害人参加法庭辩论，也要处理好感情和理智的关系，不能以情代辩，以发泄心中之愤。此外，还要实事求是，做到不夸大、不缩小（主要是对自己的过错）、不捏造事实，以理驭情，依法辩论。而且，对于公诉人在发言中未曾提到或不足的部分，被害人也可以进行补充，以便于人民法院全面了解案情。对于被告人和辩护人的观点，也可以依照事实和法律进行反驳。

### 31. 附带民事诉讼当事人如何进行法庭辩论

刑事附带民事诉讼当事人，是指在刑事诉讼中而附带进行民事赔偿诉讼的双方当事人，具体地说，包括附带民事诉讼原告人和附带民事诉讼被告人。

#### （1）附带民事诉讼原告人的法庭辩论

附带民事诉讼原告人，是指因刑事被告人的犯罪行为造成损害，在刑事诉讼过程中依法要求被告予以赔偿的人。它通常是刑事案件的被害人，或者是其他有权提起附带民事诉讼的人，如法定代理人、已死亡的被害人的近亲属等。

附带民事诉讼原告人进行法庭辩论的内容是：

结合被告人的犯罪事实，说明自己所遭受的实际损害的事实。刑事附带民事诉讼程序产生的前提，就是被告人的犯罪行为给附带民事原告人造成了实际的经济损失。因此，附带民事原告人必须首先论证犯罪行为与损害结果之间的因果关系，不能离开犯罪事实而大谈经济损失，更不能离开损害结果而大谈犯罪事实，而是必须将两者结合起来进行辩论。

充分运用证据和法律，阐述附带民事诉讼原告人所提赔偿请求的合理性和合法性。其一，对各类赔偿的项目和数额，都必须运用证据材料来加以证明。如被打伤后的治疗费用单据、诊断报告、误工费证明等。其二，在充分说明损失情况的基础上，运用有关的法律规定，论证被告人对于这些经济损失应依法予以赔偿。

#### （2）附带民事诉讼被告人的法庭辩论

附带民事诉讼被告人，是指被指控为对犯罪行为造成的结果负有经济赔偿责任，并可能被人民法院判令进行赔偿的人。它通常就是刑事被告人，但也有可能是其他负有赔偿义务的人或单位，如刑事被告人的法定代理人，对刑事被告人的行为负有连带赔偿责任的人等。

附带民事诉讼被告人进行法庭辩论的内容是：承认或者反驳附带民事诉讼原告人提出的损害事实。对于附带民事诉讼原告人提出的损害事实，附带民事诉讼被告人只有两种选择，要么承认，要么反驳，或者部分承认、部分反驳。对于反驳的，应当提出证据证明对方所提损害事实的不实之处，以正确的事实证明自己的反驳论点。针对附带民事赔偿原告人所指的赔偿项目和数额进行辩论。如根据法庭调查证明，受损害的一方当事人经医生证明只需休养十五日，但他却休养了一个月，由此造成的另半个月的误工损失则不应由被告人承担。此外，对具体赔偿数额的计算是否有误，所提出的赔偿数额是否超出应赔偿的内容等方面，也可以进行辩论。

作为附带民事诉讼的双方当事人，在法庭辩论中，都应当实事求是。尤其是附带民事诉讼的原告人，不能故意夸大自己的损失而提出不切合实际的赔偿请求。对于被告人来说对于应当赔偿的部分，也不能竭力回避。

### 32. 辩护人如何进行法庭辩论

辩护人，是指受被告人委托或受人民法院指定，依法为被告人进行辩护的人。《刑事诉讼法》第二十八条规定：“辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明被告人无罪，罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护被告人的合法权益。”因此，辩护人在法庭辩论中的发言，必须从上述法律规定的角度来进行。

辩护人在刑事诉讼中的法庭辩论，可以分为第一审刑事诉讼中的法庭辩论和第二审刑事诉讼中的法庭辩论。

(1) 辩护人在第一审刑事诉讼中的法庭辩论辩护人在第一审刑事诉讼中的法庭辩论，主要应从以下几个方面进行：

针对起诉所指控的犯罪事实是否存在进行辩护。在这里，辩护人必须在对起诉书指控事实充分了解的基础上，针对其所出现的矛盾、不实之处，运用经法庭调查确认的证据进行反驳。对于事实确实存在的指控，则不能不顾事实而强词夺理。在具体辩论方法上，可以先引用指控的事实，然后再指明其矛盾之处，逐点进行反驳。

针对起诉所认定的罪名是否成立进行辩护。对于罪名根本不成立的，应运用《刑法》规定进行分析，作出无罪辩护；对于应另定其他轻罪的，应根据事实和《刑法》中犯罪构成的理论，提出不应定此罪而应定彼罪的理由，为被告人作轻罪辩护。

从指控一方适用法律是否准确加以辩护。辩护人应当根据案件的特定事实、结合有关的法律规定，论证起诉所适用的法律是否准确、恰当。对于起诉适用法律不当的，应据理反驳，并提出正确适用法律的意见。

对被告人应承担刑事责任或如何承担刑事责任提出意见。刑事辩护归根结底是被告人的刑事责任问题，对于被告人不应承担刑事责任或应当免除、从轻、减轻其刑事责任的，辩护人应当在分析研究的基础上，提出合情合理的意见。

注意法庭辩论的方法。第一审刑事诉讼中，辩护人进行法庭辩论的方法多种多样，其中最常用的方法之一是驳立兼济，即证明方法（立论）和反驳方法（驳论）相结合。如进行无罪辩护；先用查证属实的不构成犯罪的事实（立论）反驳根本不存在的指控事实（驳论），再用犯罪构成要件（立论）否定指控确立的罪名（驳论）。

(2) 辩护人在第二审刑事诉讼中的法庭辩论

在第二审刑事诉讼中，辩护人所进行的法庭辩论与第一审不尽相同，主要在于：反驳的对象不同。第一审辩论所反驳的是起诉的内容，而第二审辩论所反驳的是人民法院的第一审刑事裁判。适用范围不同。第一审辩论适用于依第一审刑事诉讼程序审理的所有刑事案件，而第二审辩论则只适用于因上诉或抗诉而引起的第二审诉讼程序审理的刑事案件。因此，第二审刑事诉讼程序中，辩护人应根据诉讼程序的特点，进行法庭辩论。

反驳无罪定为有罪的原审裁判。对于应定为无罪而定为有罪的，辩护人应提出无罪的事实，去反驳被错定为有罪的事实，并运用《刑法》规定，得出无罪的结论。

反驳轻罪重判的原审裁判。对于轻罪而被重判的，辩护人应提出从轻、减轻判处的理由，去反驳重判理由，运用法律，提出“罪刑相适应”的依据。

对原审判决的其他不当进行反驳。如违反法定程序，非法剥夺被告人辩护权，对被告人可以酌情从轻的情节未加考虑等。



注意辩论方法。第二审程序中，辩护人进行法庭辩论主要采用驳论的方法，即对第一审刑事裁判进行反驳。但如果人民检察院对原裁判以量刑畸轻为由提起抗诉的话，则也应对抗诉书的内容进行反驳。此外，如在辩论中要引用原裁判内容的，所引用的文字应意思完整，否则，其效果则适得其反。

### 33. 刑事诉讼代理人如何进行法庭辩论

刑事诉讼代理人，是指在刑事诉讼中，依法律规定或依自诉人、公诉案件被害人及其近亲属或者附带民事诉讼当事人的委托，依法代上述人员行使诉讼行为的人。

由于刑事诉讼代理人可以分为刑事自诉人代理人、公诉案件被害人代理人、附带民事诉讼原告人代理人 and 被告人代理人多种，所以他们在法庭辩论中的要求也不相同。

(1) 自诉人代理人的法庭辩论，主要是站在保护自诉人合法权益的立场上，阐明自诉人诉讼请求的合法性。运用证据，说明自诉人指控的被告人犯罪事实确实存在，根据《刑法》论证被告人的行为确已构成了犯罪，并指出该犯罪行为所触犯的罪名。结合犯罪事实和《刑法》分则的规定，论证被告人应当承担的刑事责任。结合上述两个方面，阐明自诉人诉讼请求的合法性和合理性，并针对案情，提出处理案件的具体请求。

(2) 公诉案件被害人代理人的法庭辩论，主要是站在维护被害人合法权益的立场上，同犯罪行为作斗争，控诉被告人的犯罪行为。直接补充公诉发言的内容，进一步揭露犯罪和证实犯罪。阐明被告人的犯罪给被害人及社会带来的危害。被告人实施犯罪时，都会带来一定的社会危害性，并给被害人的人身权利、民主权利、物质利益带来损害，代理人应当对此进行阐述。

配合公诉人证实、揭露犯罪，在被告人对罪行进行抵赖时，应运用证据支持公诉人的发言。若在某些观点上与公诉人不一致的，要避免在法庭上与公诉人公开辩论，可以在开庭以后用书面形式向法庭陈明。(3) 附带民事诉讼当事人代理人的法庭辩论，应当从维护被代理人的经济利益角度入手，进行展开。要具体阐明被代理人的直接经济损失和本案犯罪行为的因果关系及其法律依据。若作为附带民事诉讼原告人一方代理人的，应以递进式立论方法为主，即以犯罪行为存在为前提，再递进论证犯罪行为而导致原告人经济损失的结果，从而得出应当赔偿经济损失的必然结论；若作为附带民事诉讼被告人代理人的，应对原告人一方的请求和理由进行论证，作出不该赔偿或者不应全额赔偿的合法结论，其重点在于对原告方的请求和理由进行全部或者部分反驳。

刑事诉讼代理人进行法庭辩论，必须注意的是：首先，要在代理权限范围内进行，不得超越代理权限。其次，要维护被代理人的合法权益，对于被代理人的不合理要求，应当批评教育，不能听之任之，更不能在法庭辩论中作出支持被代理人错误要求的发言。再次，辩论的语言要文明，内容要合法，既不能有侮辱被告人格的语言，也不能提出超越于法律之上的请求。

### 34. 上诉人如何进行法庭辩论

刑事诉讼的上诉人，是指对地方各级人民法院的第一审刑事判决、裁定不服，在法定期限内向上一级人民法院提出上诉，要求上一级人民法院撤销、变更原裁判的刑事诉讼当事人或其法定代理人、刑事案件被告人的辩护人和近亲属。

在刑事诉讼中，上诉人的法庭辩论有其特殊性，即应当针对原审刑事裁

判的不当或错误之处进行展开。从总体上说，上诉人进行法庭辩论，应从以下几个方面进行：

（1）原审裁判认定事实不清或有错误，或定罪证据不足，上诉人应在法庭辩论中，指明其具体的错误之处，并以准确、清楚的事实以及充分准确的证据，向第二审人民法院揭示、证明案件事实真相。

（2）原审裁判适用法律不当，或者定罪量刑不准，上诉人应在法庭辩论中，结合正确的事实进行分析，提出原审裁判在适用法律上的错误和定罪量刑上的不当之处，并结合《刑法》的具体规定，提出上诉人对适用法律和定罪量刑的具体意见。

（3）原审裁判活动违反诉讼程序法的有关规定，并导致认定事实错误、适用法律或量刑不当的，上诉人应当在法庭辩论中，明确指出其违法之处，如该回避的审判人员没有回避，上诉人在原审中的诉讼权利没有得到切实维护等，指出违反诉讼程序与裁判错误之间的因果关系，并以法律对此程序问题的具体规定为依据，要求第二审人民法院予以纠正。

（4）对第二审人民法院的处理提出明确的要求，即要求撤销、变更原审裁判，作出新的正确的裁判。这一内容是上诉人意志的表白，要求合法有据，请求具体明确。

上诉人在刑事诉讼中的辩论，还应克服以下两种思想：一是将原审裁判的错误认为是某个司法人员的错误。当然，原审中的错误与司法人员有密切关系，但司法人员都是代表司法机关执行公务的，所以不能把矛头指向司法人员个人。但是，如果司法人员故意践踏法律的，则另当别论。二是对上诉审的审判活动有敷衍或侥幸心理，认为上诉究竟有用与否还不清楚，于是就不着边际地随意辩论一通，或者凭侥幸心理，抓住一点不放，而不及其余。所以，对上诉人来说，在法庭辩论中要合法地行使自己的诉讼权利，要抓住原审裁判中的错误，准确地指出其要害，不能没有理由瞎说一通，或者明明有理由也不敢说。

### 35. 刑事再审程序当事人如何进行法庭辩论

刑事诉讼中的再审程序，是人民法院对确有错误的已经发生法律效力判决、裁定，依法进行重新审判的程序。依照法律规定参加到刑事再审程序中的各个当事人，是刑事再审程序的当事人。

根据《刑事诉讼法》第一百五十条规定，人民法院按照再审程序重新审判的案件，如果原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判；如果原来是第二审案件，应当依照第二审程序进行审判。前者所作的判决、裁定，可以上诉、抗诉；而后者所作的判决、确定，是终审的判决、裁定。

因此，刑事再审程序中当事人的法庭辩论，可以分别根据不同的诉讼程序，参照自诉人、被告人、被害人、上诉人的法庭辩论要求进行。但是，由于刑事再审程序是对已经发生法律效力、但确有错误的判决和裁定进行重新审理，所以，当事人在法庭辩论中，还应对上述裁判在认定事实、适用法律、定罪量刑及审判程序等方面是否确有错误进行阐述，如果当事人作为申诉方参加再审的，更应如此：

#### （二）民事诉讼法庭辩论

### 36. 原告如何进行法庭辩论

民事诉讼的原告，是指因为自己的民事权益受到侵害或与他人发生争议，为了维护自己的合法权益，并以自己的名义向人民法院提起诉讼，从而

引起民事诉讼程序发生的公民、法人或其他组织。

在民事诉讼中，原告是诉讼的提起者，没有原告的起诉，诉讼则不可能产生。因此，原告要使自己的起诉被人民法院所接受并予以支持，正确地进行法庭辩论是非常重要的。

从总体上说，民事诉讼原告的法庭辩论可以从以下几个方面进行：

(1) 运用证据材料，证明自己诉讼请求所依据事实的正确性。任何诉讼请求都是依据事实和法律而提出的，而事实又是适用法律的基础。因此，原告在法庭辩论中，应当首先运用经法庭调查已经得到证明的证据材料，论证事实的确凿性。并且，在民事诉讼中，原告对自己的主张负有举证责任，因而原告必须学会运用证据说话。如原告提起合同纠纷诉讼的，应在法庭辩论中分析作为证据的合同主体资格证明、合同书、对方违约的有关材料以及由此给自己造成损失的有关材料等。通过分析有关证据材料，来证明自己起诉事实的客观存在，从而使自己诉讼请求所依据的事实准确、明白。

(2) 运用法律规定，分析双方纠纷的性质和被告应承担的民事责任。在法庭辩论中，原告要运用与涉讼的民事纠纷相应的法律规定，如《民法通则》、《婚姻法》、《继承法》、《经济合同法》等，结合上述分析论证的案件事实，明确指出双方当事人纠纷的性质以及被告一方的过错，得出被告应当承担民事责任的结论。对于请求人民法院确认或变更某种民事法律关系的，也应依据事实，根据法律，提出合法的理由。如离婚案件的原告，应阐明夫妻双方感情确已破裂的理由，从而得出应当判决离婚的结论。

(3) 结合有关事实和法律规定，对于自己诉讼请求进行全面、充分的论证。这一内容的法庭辩论应当简洁、明了，即在全面阐述事实和论证法律依据的基础上，对自己的诉讼请求进行归纳总结，使诉讼请求的合法性更加突出，便于人民法院接受。

(4) 对被告方在答辩和法庭调查中所提的事实和理由，有针对性地进行反驳，以证明自己请求的正当。

(5) 注意辩论方法。其一，原告方的辩论内容要系统，要明确自己的基本观点，证据运用要完整。其二，由于原告是起诉者，所以在法庭辩论中要掌握主动，明确自己法庭辩论的方法和目的。其三，原告进行法庭辩论，主要是阐明自己诉讼请求的合法性，所以应以立论为主，驳论为辅。

### 37. 被告如何进行法庭辩论

民事诉讼的被告，是指被称侵犯了原告的民事权益或与原告发生了民事争议，而被人民法院依法传唤应诉的公民、法人或其他组织。

在民事诉讼中，被告是被起诉者。所以，被告的法庭辩论，一般都是针对原告起诉的内容和法庭辩论中的发言而进行的，其特点主要是针对原告的起诉进行答辩。其法庭辩论的主要内容是：

(1) 运用证据，对原告起诉所列举的事实进行辩论。民事诉讼是“谁主张，谁举证。”因此，被告首先必须运用证据，对原告起诉所列的事实进行论证。如全部反驳或部分反驳原告起诉状所列的事实，应当用与原告相反的证据材料，提出相反的事实依据，使原告起诉状中所列的事实全部或部分丧失客观基础。但是，对于原告起诉状所列事实中正确的，也应当实事求是地承认。

(2) 针对原告起诉状中适用的法律依据进行辩论。被告在法庭辩论中，在分析原告起诉状所列事实是否确实的基础上，对原告起诉状中适用的法律

是否准确和适当进行辩论。并且要根据自己的主张的事实和提供的证据，明确提出正确适用法律的意见。

(3) 从程序的角度，对原告起诉的程序是否符合法定条件进行辩论。如原告的起诉主体地位是否合格，所列的被告是否符合法律规定的条件等。再如在人民法院判决不准离婚和调解和好的离婚案件，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而被受理的，被告应依照《民事诉讼法》的规定提出不该受理的理由。此外，对原告已丧失诉讼时效的起诉，被告也应依照事实，在法庭辩论中提出。

(4) 归纳辩论理由，明确提出被告的答辩主张。被告应在自己辩论理由的基础上，明确提出原告起诉的理由是错误的，其诉讼请求是没有法律依据的，进而提出自己的答辩主张和请求。

总的来说，民事诉讼被告的法庭辩论，主要是采用反驳的方法，即在论证事实与理由的基础上，论证原告诉讼请求的不合法与不合理，并用正面论证的方法阐明自己的合法主张。此外，对于原告在诉讼中放弃、变更诉讼请求的，被告也应在法庭辩论中作出相应的反应。

### 38. 第三人如何进行法庭辩论

民事诉讼中的第三人，是指对他人之间的诉讼标的具有独立的请求权，或者虽无独立的请求权，但案件的处理结果与其有法律上的利害关系，因而参加到已经开始的诉讼中来的公民、法人或其他组织。

民事诉讼中的第三人，分为有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。这两类第三人的法律辩论内容不完全一致。

(1) 有独立请求权的第三人的法庭辩论。由于有独立请求权的第三人，是对他人之间的诉讼标的，认为有全部或部分独立的请求权而提出诉讼请求参加诉讼的人。因此，这类第三人实际上是居于原告的地位，而将原诉讼的原告和被告作为共同被告。所以，有独立请求权的第三人的法庭辩论，基本上可以参照原告的法庭辩论要求，但又应突出自己的特点：以事实和证据证明自己对原告、被告之间的诉讼标的享有全部或部分的请求权。在这里，有独立请求权的第三人应对自己的主张提供证据，以说明自己应当享有的民事权益。根据事实和法律，对原告、被告在诉讼中的主张分别进行反驳。因为有独立请求权的第三人既不同意原告的主张，也不同意被告的主张，认为无论是原告胜诉，还是被告胜诉，都将损害其民事权益。所以，必须针对原告、被告的诉讼请求和主张，从事实、法律以及诉讼请求的合法性等各个方面，逐点进行反驳，从而使自己的主张明确、合法。根据事实和法律，提出自己独立的诉讼请求。有独立请求权的第三人既然其地位相当于原告，那他就必然要依照自己主张的事实和法律规定，提出一个独立的诉讼请求。

(2) 无独立请求权的第三人的法庭辩论。由于无独立请求权的第三人是他人之间的诉讼标的没有独立的请求权，但案件的处理结果与其有法律上的利害关系，为了维护自己的权益而参加到当事人一方进行诉讼的人。因此，无独立请求权的第三人进行法庭辩论，不能同有独立请求权的第三人一样，单独提出诉讼请求，而是参加到原告或者被告一方当事人中去，为其所支持的一方当事人提供证据，从事实、法律等方面支持一方当事人的主张。但是，必须明确的是，无独立请求权的第三人虽然参加到当事人一方，但其在法庭辩论中的发言，实质上所维护的是自己的民事权益，而不是他人的民事权益。

### 39. 共同诉讼人如何进行法庭辩论

在民事诉讼中，当事人一方或双方各为二人以上的诉讼，称为共同诉讼。其中。原告为二人以上的，为共同原告；被告为二人以上的，是共同被告。根据《民事诉讼法》规定，共同诉讼又可以分为必要的共同诉讼和普通的共同诉讼。这两类共同诉讼在法庭辩论中的要求不完全一致。

（1）必要的共同诉讼人的法庭辩论。在必要的共同诉讼中，由于共同诉讼人的诉讼标的是共同的，所以共同诉讼人的法庭辩论，无论是共同原告，还是共同被告，对其发言的内容都必须做到以下两点： 一致性。共同诉讼人对于法庭辩论中所阐述的内容，应当协商一致，以一致的观点和要求，阐述共同的主张，不能虽是共同诉讼，却你说你的，我说我的，从而矛盾迭出，意见不一，影响诉讼的顺利进行。 认同性。在法庭辩论中，共同诉讼人中的一人发言的内容，若经全体共同诉讼人承认后，即对全体共同诉讼人有效。

（2）普通的共同诉讼人的法庭辩论。在普通的共同诉讼中，由于共同诉讼人的诉讼标的是同一种类，而不是共同的，所以这类共同诉讼人之间没有共同的权利和义务，其中一人的行为对其他共同诉讼人不发生效力。因而在法庭辩论中，他们只要根据自己所处的地位，单独地阐述自己的主张，提出自己的请求，而没有必要与其他共同诉讼人协商一致。

由于共同诉讼人或是原告，或是被告，所以共同诉讼人法庭辩论的内容和要求与原告、被告进行法庭辩论的内容和要求完全一致。

#### 40. 原告代理人如何进行法庭辩论

民事诉讼中的原告代理人，是基于法律规定或原告的委托而担任原告代理人的人。原告代理人的法庭辩论，就是在代理权限范围之内，为原告的诉讼请求提供充分的事实和法律依据，维护原告的民事权益。

原告代理人的法庭辩论应从以下角度进行：

（1）全面、充分地原告的诉讼主张进行事实论证。事实是适用法律的基础，原告的诉讼主张是否正确，关键是其所依据的事实是否准确。所以，原告代理人必须在法庭辩论中，积极、主动地为原告的诉讼主张举证。因为原告是起诉方，是首先提出诉讼主张的，那么，该主张是否符合事实，符合法律，需要原告代理人在法庭辩论中进一步加以论证。

（2）要系统、具体地对原告的诉讼主张进行法律上的论证和分析，说明原告诉讼主张的法律依据。原告的诉讼主张是否站得住脚，一是依赖于事实，二是依赖于法律，可以说，事实和法律是诉讼主张赖以成立的两大支柱。所以，原告代理人必须对原告提出的民事权益主张，运用《民法通则》或《婚姻法》、《继承法》、《经济合同法》等法律规定，进行法律上的可行性论证，说明诉讼请求的法律依据，令人感到合理、合法，有强烈的说服力。

（3）要针对被告方的答辩，进行有力的反驳。尤其是对于被告方答辩状中以及在法庭审理中陈述的观点、列举的事实、法律依据以及主张等，进行系统地反驳，以证明原告诉讼主张的正确性。

（4）要注意辩论的方法。原告代理人在法庭辩论中的发言，主要是采取立论的方法，即从事实和适用法律等各个方面证明原告诉讼主张的正确和合法。但是，也应对被告方的主张进行反驳。从这一方面说，原告的法庭辩论是立论和驳论的综合体。

原告代理人要参加好法庭辩论，一定要吃透案情，既要了解原告的主张和要求、又要明确了解被告的主张和要求；既要明确原、被告双方纠纷的经过，又要了解双方争议的焦点，只有这样，在法庭辩论中的发言才能透彻和

准确。

#### 41. 被告代理人如何进行法庭辩论

民事诉讼中的被告代理人，是基于法律规定或受被告的委托担任被告代理人的人。被告代理人的法庭辩论，主要是站在被告的立场上，维护被告的合法权益。

民事被告代理人的法庭辩论，主要是以事实和法律为依据，结合案件的特殊个性，从事实上、证据上、法律上和程序上等方面，全面具体地反驳原告的诉讼主张。具体来说，被告代理人的法庭辩论应从以下角度进行：

(1) 有针对性地对原告诉讼主张进行反驳。民事被告代理人的法庭辩论，实际是帮助被告进行答辩。所谓“答”，就是对原告提出的事实进行回答；所谓“辩”，就是针对原告所提的诉讼请求和理由，有针对性地进行反驳，使原告的诉讼主张不能成立。

(2) 要全面系统地提出被告一方的意见。在法庭辩论中，对于被告方的意见，代理人应当全面提出，不能仅在某一点上纠缠不休。如离婚案件的被告代理人，不能仅仅阐明同意或不同意离婚，而是应对原告提出的离婚请求和附带诉讼请求，以及依据的事实、证据和理由，全面进行辩论，以强化辩论的效果。

(3) 不但要对实体问题进行辩论，而且还要对程序问题进行辩论。实体问题就是原告提出的实体民事权利请求，而程序问题则表现为原告所提起的诉讼是否符合《民事诉讼法》的程序规定，对于原告起诉程序不合法的，被告代理人应当依法进行论证，并请求人民法院依法驳回原告的起诉。

(4) 掌握方法，善进善退。在法庭辩论中，被告代理人应当根据案件实际情况，该反驳的时候应据理反驳，这即所谓“进”；该根据法律承认过错，就应当实事求是地承认，这即所谓“退”。要能进能退，实事求是，据理辩论，千万不能不顾事实，无理也强辩三分。但是，在某些案件中充分肯定被告应承担的责任时，也应对产生过错的客观原因进行解释，以取得原告的谅解，从而达到较好的辩论效果。

被告代理人在法庭辩论中，一定要强调针对性，即针对原告的诉讼主张进行，不能你诉你的，我辩我的。其次，要实事求是，依法论辩，对被告不正确或明显违法的主张不能予以支持。

#### 42. 第三人代理人如何进行法庭辩论：

民事诉讼中的第三人代理人，也是依法律规定或依第三人的授权而担任第三人代理人的人。第三人代理人在法庭辩论中的发言，应与第三人的法庭辩论内容相一致，或反驳原、被告的诉讼主张，提出自己独立的诉讼请求；或支持一方当事人的诉讼主张，反对另一方当事人的诉讼主张。所以，民事第三人代理人的法庭辩论，可以分为有独立请求权的第三人代理人的法庭辩论和无独立请求权的第三人代理人的法庭辩论。

(1) 有独立请求权的第三人代理人的法庭辩论，与相应的有独立请求权的第三人的法庭辩论的内容和要求一致。但是，作为代理人，应运用事实和证据，支持第三人提出的诉讼请求，帮助第三人对原、被告的诉讼主张进行反驳，在摆出事实，列出证据的前提下，依法为第三人独立的诉讼请求进行合法性论证。其次，对于原、被告诉讼主张中的矛盾和不实之处，依照事实和法律予以揭示，并积极举证，展开正面论证，主动、积极地为第三人提出独立的诉讼请求。通过这样循环论证和反驳，从而充分确实地建立起第三人

的诉讼请求，达到第三人参加诉讼的最终目的。

(2) 无独立请求权的第三人的法庭辩论，与相应的无独立请求权的第三人的法庭辩论内容和要求一致。但对代理人来说，首先要与第三人所支持的一方当事人在总体诉讼主张上达成一致，不能相互矛盾和相互扯皮，否则，将对第三人不利。其次，要从第三人的角度进一步对所支持的一方当事人的诉讼主张进行补充发挥，加强该方当事人的举证力度，帮助该方当事人对另一方当事人的主张进行反驳，以达到第三人所支持的一方当事人胜诉的目的。要注意的是，由于无独立请求权的第三人所处的诉讼地位的特殊性，所以代理人不能提出自己独立的诉讼请求，也不能提出变更或处分原、被告的民事实体权利及诉讼权利的请求。

#### 43. 上诉人如何进行法庭辩论

民事诉讼上诉人，是指对地方各级人民法院第一审的民事判决、裁定不服，而在法定期限内向上一级人民法院提出上诉，要求撤销、变更原裁判的民事诉讼当事人或其法定代表人。

在民事诉讼中，由于上诉人是对人民法院的第一审民事判决和裁定不服而上诉的，所以，上诉人的法庭辩论应当针对原审裁判的错误之处而提出。

(1) 从原审裁判认定事实错误方面进行辩论。当某一民事案件的原审判裁判所认定的事实不清、不实、不准或不当时，上诉人应在法庭辩论中进行有针对性地反驳。其方法是：先将原审裁判中的错误认定列举出来，然后对其所依据的证据进行分析，指出其矛盾或证据不实之处，再进一步运用认为正确的证据，阐述正确的事实，阐明上诉的理由。

(2) 从原审裁判适用法律错误方面进行辩论。上诉人如果认为原审裁判所适用的法律不当时，应当具体指出其不当之处，并准确说明应正确引用什么法律、具体应当适用哪一条款，从而得出应怎样确定、变更或撤销当事人间的具体权利、义务关系的结论。

(3) 对原审裁判适用程序错误方面进行辩论。上诉人如果认为原审裁判有违反《民事诉讼法》程序的，应指出具体违反程序的行为及违反的法律条款，并提出正确适用《民事诉讼法》的意见。

(4) 具体提出上诉请求。在上述几个方面辩论的基础上，归纳出上诉人的上诉请求，即要求第二审人民法院如何依法作出公正裁判。

上诉人进行法庭辩论，要掌握一定的方法：先逐点归纳出原裁判的错误，并以这些错误观点作为上诉理由予以反驳的论点；第二步简要分析产生错误的原因；第三步通过摆事实、举证据、引用有关法律条文，树立自己对案件处理观点和意见；最后，对于被上诉人的答辩意见进行必要的反驳。

#### 44 被上诉人如何进行法庭辩论

民事诉讼的被上诉人，指民事诉讼中被提起上诉的一方当事人，是上诉人在第一审程序中的对方当事人。他同上诉人一样，必须是第一审程序中具有民事实体权利、义务的诉讼参加人。

被上诉人参加法庭辩论，主要是对上诉人的上诉请求和上诉理由进行反驳，阐明要求维持原审正确裁判的意见和理由。

(1) 针对上诉状的内容进行答复或驳斥。作为上诉人，其主要是要求第二审人民法院撤销或变更原审裁判，作出改判。而作为被上诉人，在法庭辩论中的态度一般是维护原审法院的裁判。因此，被上诉人在法庭辩论中，就应从认定事实、适用法律的角度阐明原审判决是正确的，并提供证据证明自

己的观点。在辩论中，其重点是对上诉人的上诉理由进行驳斥。其方法是抓住上诉人上诉理由中的错误和不实之处，有针对性地逐层进行反驳，从而使上诉请求不能成立。

(2) 对上诉人的上诉内容进行答复和驳斥以后，被上诉人应提出自己的答辩主张，即要求人民法院维持原审的判决或裁定。

(3) 如果双方当事人都提出上诉的，则双方又互为被上诉人。因此，应当各自根据对方的上诉内容进行辩论。

#### 45. 上诉人代理人如何进行法庭辩论

民事诉讼的上诉人代理人，是指基于法律规定或者上诉人的委托而担任上诉人代理人的人。上诉人代理人的法庭辩论，主要是围绕不服第一审民事裁判这个中心，要求第二审人民法院撤销或变更原审裁判，维护上诉人的合法权益。

(1) 民事上诉人代理人的法庭辩论，其反驳对象是原审判决或裁定，主要是对原审裁判所认定的事实和适用的法律进行反驳，从而建立起反驳的论点，即改变原审裁判这一结论。在辩论中，要善于运用原审裁判中认定的事实和适用的法律作为反驳的对象，指出其具体错误。这样“以其之矛，攻其之盾”的方法，往往会产生较好的辩论效果。

(2) 民事上诉人代理人的法庭辩论，应当根据原审裁判对上诉人在一审中所提诉讼请求的否定程度来发表。上诉人提起上诉，一般都是因为其在一审中所提出的诉讼请求未被采纳，产生不服而上诉的。如要求离婚而被判决不准离婚，要求继承遗产而被判决不能继承或继承的数额不能满足等。所以，对于上诉人的代理人，应当首先肯定原审裁判的正确部分，然后根据原审裁判对上诉人一审诉讼请求的否定内容，实事求是地从事实、法律和裁判结果诸方面进行辩论。

(3) 民事上诉人代理人的法庭辩论，还要根据需要，对原审裁判中的程序错误进行辩论。这一内容与上诉人法庭辩论的要求一致，故不再赘述。

(4) 民事上诉人代理人的法庭辩论，还要根据被上诉人答辩中的错误观点和事实与理由，进行必要的反驳。

#### 46. 被上诉人代理人如何进行法庭辩论

民事诉讼被上诉人代理人，是依法律规定或受被上诉人的委托，而担任被上诉人诉讼代理人的人。被上诉人代理人的法庭辩论，其内容应当是与被上诉人一致的。他必须依照事实与法律，维护被上诉人的合法民事权益。

被上诉人代理人的法庭辩论，应从以下角度进行：

(1) 帮助被上诉人论证原审人民法院判决或裁定的正确。代理人必须从被上诉人的立场出发，在法律事实上、证据证明上、法律适用上和裁判结果上多方面，证明原审判决和裁定的合法性和合理性，并要求第二审人民法院维持原审正确裁判。

(2) 帮助被上诉人对上诉人的上诉理由进行反驳。在这方面，代理人应在阐明原审裁判正确的基础上，对上诉人的上诉理由进行驳斥。被上诉人对上诉人的上诉理由驳斥得不全面、不彻底的，代理人应当进行补充和强化，使被上诉人的诉讼理由得到进一步确立。

总之，被上诉人代理人的法庭辩论，只能从原审裁判正确的角度，全面反驳上诉人的上诉请求。

#### 47. 再审程序当事人如何进行法庭辩论



民事诉讼再审程序中当事人的法庭辩论，是民事诉讼当事人在人民法院认为已经发生法律效力民事判决、裁定或调解书确有错误，或在人民检察院依法提起抗诉时，对案件进行重新审理过程中所进行的发言。

根据《民事诉讼法》的规定，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，也是发生法律效力判决、裁定。所以，人民法院对案件进行再审，或是依第一审程序，或是依第二审程序，这就决定了再审程序中的法庭辩论，也基本上依照上述不同的程序进行，当事人进行法庭辩论，也可以参照原告、被告、第三人、上诉人和被上诉人法庭辩论的要求进行。

但是，再审程序中当事人的法庭辩论也有其特殊性。尤其是对于申请再审的一方当事人，则应对已发生法律效力判决、裁定或调解书，在认定事实或证据、适用法律、遵守程序和审判人员是否有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为，以及调解是否违反自愿原则，或协议内容是否违反法律等方面，进行充分的论证，并提供相应的证据，使人民法院全面了解生效裁判的错误之处，为作出正确、合法的再审裁判打下基础。

### （三）行政诉讼法庭辩论

#### 48. 原告如何进行法庭辩论

行政诉讼的原告，是指认为行政机关或法律法规授权的组织作出的具体行政行为，侵犯了自己的合法权益而向人民法院提起行政诉讼，要求依法裁判的公民、法人或者其他组织。

行政诉讼原告的法庭辩论，主要是从被告具体行政行为的违法性入手，阐明原告具体的诉讼请求。一般来说，行政诉讼原告的法庭辩论应从以下几个方面进行：

（1）针对原告与被告之间行政法律关系的特点，指出被告具体行政行为所依据的事实不充分或缺乏依据。在行政诉讼中，原告不负举证责任，但他必须对被告据以作出具体行政行为的事实是否确凿、可靠，进行分析和论证。

从行政法律关系入手，指明被告作出具体行政行为的事实。因为，只有具体行政行为的客观存在，才能引起行政诉讼。如公安机关只对原告实施了治安处罚，原告不服才能起诉。指出被告作出具体行政行为，在认定事实方面的错误，如主要证据不足等。适当地提出反证，证明被告在认定事实上的错误。行政诉讼的原告虽不需负举证责任，但是，适当地提出反证，以正确的事实证明具体行政行为的错误之处，也是必要的，同时，这也是原告争取胜诉的重要方面。

（2）分析被告作出具体行政行为的法律依据，指出其错误之处。在行政诉讼中，由于被告适用法律不当，其所作出的具体行政行为应属明显违法，应予撤销。因而，原告就应对被告所依据的法律、行政法规、地方性法规、规章等规范性文件是否准确，进行充分的分析和论证。对于有错误的，应明确指出。

（3）提出被告作出具体行政行为时违反法定程序的理由。被告作出具体行政行为，不但实体上要合法，程序上也要合法。所以，原告应根据行政法

律规范对行政程序的要求，指出被告在适用程序上的违法之处。

(4) 提出被告在作出具体行政行为时超越职权、滥用职权的事实，或指出行政处罚显失公正的具体依据，进行充分的论证，对被告的具体行政行为进行有针对性的反驳。

(5) 原告如提出行政赔偿的。则应对被告违法的具体行政行为造成的损害结果及赔偿的项目和数额进行论证。

(6) 根据上述分析，明确提出具体的诉讼请求，即要求撤销、变更原具体行政行为或者要求被告履行法定职责。

原告在行政诉讼中的法庭辩论，主要应采用驳论的方法，即对被告具体行政行为的事实依据、法律依据以及具体行政行为的结论进行反驳，从而使被告具中行政行为不具有合法性。

#### 49. 被告如何进行法庭辩论

行政诉讼的被告，是指因作出具体行政行为而与原告之间产生行政争议，从而被原告提起诉讼而应诉的行政机关或法律法规授权的组织。

被告在行政诉讼中的法庭辩论，主要是从维护其具体行政行为合法性的角度，请求人民法院对具体行政行为予以维持。因而，其内容应当包括以下几个方面：

(1) 充分举证，以证明具体行政行为的事实依据和法律依据。《行政诉讼法》第三十二条规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和依据的规范性文件。”行政诉讼被告要在诉讼中立于不败之地，必须充分举证。充分列举具体行政行为的事实依据，如有关书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论、勘验笔录和现场笔录，以证明具体行政行为的作出是有充分的事实依据，且证据是确实充分的；充分说明具体行政行为的规范性文件依据，如法律、法规、规章及行政机关具有普遍约束力的命令、决定，以说明被告是依法作出具体行政行为的。

(2) 从行政程序方面论证被告作出具体行政行为是符合法定程序的。行政诉讼的被告，还应对自己的具体行政行为符合法定程序作出交待，更进一步明确具体行政行为的合法性。

(3) 对原告的诉讼请求和理由进行反驳。行政诉讼的被告，要针对原告提出的诉讼请求和理由，从事实上、证据上和适用法律以及结论上进行反驳。反驳要有针对性，切忌漫无边际。

行政被告的法庭辩论，是论证与反驳的结合体。一是加强论证，说明具体行政行为的合法性。二是进行反驳，即对原告的主张进行有力的反驳。要注意的是，不能认为自己是国家行政机关，而在辩论中出现一些对原告具有压制性的或侮辱性的语言。须知，在行政诉讼中，原告和被告的诉讼法律地位是平等的。

#### 50. 第三人如何进行法庭辩论

行政诉讼第三人，是指与提起诉讼的具体行政行为有利害关系而参加诉讼中的公民、法人或者其他组织。行政诉讼第三人与民事诉讼第三人不完全一致。一是行政诉讼第三人不能象民事诉讼中有独立请求权的第三人那样，将原诉的原、被告作为共同被告。二是行政诉讼第三人参加诉讼，也不是必然站在原告一方或者被告一方，其参加诉讼的目的，是为了维护自己的合法权益。因而，这就决定了行政诉讼第三人的法庭辩论主要有以下几种情

况：

(1) 要求撤销或变更具体行政行为的法庭辩论。在这种情况下，第三人实际上是将行政机关或法律法规授权的组织作为被告，自己居于原告的法律地位。如公安机关对甲、乙两个公民作出处罚，甲不服，向法院起诉。诉讼开始后，乙又以第三人身份参加诉讼。乙在诉讼中，同样表示对处罚不服，要求撤销或变更。对于这一类第三人，可以参照行政诉讼原告的法庭辩论进行。

(2) 支持具体行政行为的法庭辩论。这类第三人实际上是站在被告一方，而支持具体行政行为。如甲殴打乙致伤，公安机关对甲进行处罚，甲不服而起诉。乙作为第三人，就应当着重证明被告具体行政行为是符合事实和法律的，并据理反驳原告的诉讼主张，从事实和法律上支持被告的主张。

(3) 第三人对具体行政行为既不支持，也不反对，而仅仅证明自己行为的合法性，从而摆脱诉讼结果可能对自己的不利影响。在这种情况下，应当充分陈述自己的意见，提供证据，为自己的主张进行辩论，以维护自己的合法权益。如公民甲经规划局批准建房一座，但水利局却认为该房妨碍防洪，是违章建筑，决定拆除。甲不服，以水利局为被告而起诉。而规划局就可以作为第三人参加诉讼，它既不支持原告，也不支持被告，而是从自己的利益出发，证明自己行为的合法性。这类第三人要提供事实、证据和有关的规范性文件依据，作为自己在法庭辩论中所阐述的主要内容。

#### 51. 共同诉讼人如何进行法庭辩论

在行政诉讼中，当事人一方或者双方为二人以上的，是共同诉讼。其中，原告为二人以上的，为共同原告；被告为二人以上的，为共同被告。共同原告和共同被告，即为共同诉讼人。

一般来说，共同原告和共同被告的法庭辩论，应与单个原告和被告的法庭辩论一致。但是，共同原告所进行的法庭辩论，与民事诉讼中的共同原告不尽相同，尤其是必要共同诉讼中的共同原告。由于行政机关或法律法规授权的组织的具体行政行为，是根据各个行政管理相对人的不同情况作出的。在必要的共同诉讼中，行政机关或法律法规授权的组织，是在同一具体行政行为中给予各人不同的处罚或处理，所以在同一个具体行政行为中受处理的多名原告在实体上的权利义务不同，这也就决定了他们的诉讼请求也是不相同的。因而，他们在诉讼中的法庭辩论，应分别从自己对具体行政行为不服的角度，来提出诉讼请求和阐明各自的理由。

#### 52. 原告代理人如何进行法庭辩论

行政诉讼的原告代理人，是指行政诉讼原告的法定代理人或者委托代理人。行政诉讼原告代理人在法庭审理中所进行的辩论发言，其内容与行政诉讼原告的辩论发育基本一致。但由于代理人是代理诉讼，因而又有其特点：

(1) 帮助原告对具体行政行为进行反驳。行政诉讼的原告代理人，要根据《行政诉讼法》的规定，帮助原告对具体行政行为进行反驳，论证具体行政行为的违法性。反驳具体行政行为的事实依据。被告认定事实无依据、依据不足或依据错误的，代理人应当据实加以反驳，以证明其主要证据不足。

反驳具体行政行为的规范性文件依据。代理人只要发现和证明了被告作出具体行政行为的法律法规等依据不足或适用错误的，即便是被告认定的事实正确，也应该依法反驳。对被告具体行政行为适用的程序进行反驳。被告即使认定事实正确，适用的实体法也准确，但违反法定程序的，同样是违法

的具体行政行为。如《治安管理处罚条例》规定，实施治安管理处罚的程序应当是传唤、讯问、取证、裁决。如果被告违反行政程序，代理人应明确指出。分析被告是否超越职权或滥用职权。代理人应在法庭辩论中说明被告超越的是什么职权，滥用的又是哪项职权，并提出具体的事实和理由。对于显失公正的行政处罚，代理人应着重分析行政被告作出行政处罚的不合理性，从而提出判决变更处罚的诉讼主张。

(2) 帮助原告提出准确、合法的诉讼请求。准确、合法的诉讼请求，是原告诉讼主张的有机组成部分。因而，代理人必须根据本案的特点，针对被告的具体行政行为，准确地提出撤销或部分撤销具体行政行为，或者要求判决被告在一定期限内履行一定的具体行政行为，或者请求对显失公正的行政处罚予以变更。

(3) 对于原告因被告违法的具体行政行为而遭受损害的，应帮助原告提出具体的赔偿请求，列举证据证明原告受损害的具体事实。

### 53. 被告代理人如何进行法庭辩论

行政诉讼中的被告代理人，仅指受被告的委托而参加行政诉讼活动的人。被告代理人的法庭辩论，其宗旨是阐明被告具体行政行为的合法性，请求人民法院依法维持具体行政行为，以维护行政机关依法行使职权。

行政诉讼被告代理人法庭辩论的内容，与被告完全一致。其内容同样也是充分举证，证明具体行政行为的事实依据和法律依据，说明具体行政行为是符合法定程序的；对原告的诉讼主张和请求，从法律上、事实上进行反驳。要注意的是，由于《行政诉讼法》明确规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任。所以，被告的代理人，尤其是代理诉讼的律师，要对被告作出具体行政行为的事实依据和法律依据作充分的说明，帮助被告确立其具体行政行为的合法性。此外，《行政诉讼法》还规定，在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据，包括担任被告的诉讼代理人的律师，也不能自行向原告和证人收集证据。所以，被告代理人所阐明的证据材料，不能包含这一部分内容。

并且，被告代理人还可以就原告起诉是否超过起诉期限，进行分析论证。

### 54. 第三人代理人如何进行法庭辩论

行政诉讼中的第三人代理人的法庭辩论，是指第三人的代理人在法庭辩论阶段所进行的发言。第三人代理人的法庭辩论，应根据第三人的具体诉讼主张的不同来进行，主要也有以下三种方式：

(1) 反驳型的法庭辩论。运用于对被告的具体行政行为进行反驳的法庭辩论，其具体要求可以参照行政诉讼原告的法庭辩论。但必须注意的是，第三人代理人所驳斥的是与所代理的第三人相关的那一部分内容，并且提出的是与原告相对独立的诉讼主张。

(2) 正面论证与反驳相结合型的法庭辩论。这种方法适用于支持被告具体行政行为的辩论。代理人应首先表明对被告的具体行政行为予以支持，然后从第三人本身的利益出发，阐明具体行政行为的合法性和合理性，请求人民法院予以维持；同时，对于原告在行政诉讼中所提出的不合法或不合理主张，从第三人的角度进行有针对性的反驳。这类代理人的法庭辩论可以参照被告及其代理人的法庭辩论，但又不能等同于被告，应当突出从第三人的角度进行。

(3) 正面论证型的法庭辩论。这种方法适用于第三人既不反对也不支持

具体行政行为的情况。应当首先阐明所代理的第三人参加诉讼是因为与提起诉讼的行政行为有利害关系，为维护自己的合法权益，以防止诉讼的结果可能造成第三人不利情况，所以必须明确第三人的立场。其次，运用事实和法律，证明第三人的行为是合法的。在这一点上，代理人要从维护第三人特定的合法权益出发，具体阐明第三人行为的事实依据和法律依据。

#### 55. 上诉人如何进行法庭辩论

行政诉讼中的上诉人，是指对地方各级人民法院的第一审行政判决、裁定不服，向上一级人民法院提出上诉，要求撤销、变更原审裁判的原审当事人。

行政诉讼上诉人法庭辩论的主要特征是反驳，即对原审裁判在认定事实、适用法律以及判决结果等各方面进行有针对性的反驳。其具体内容和方法可以参照民事上诉人的法庭辩论。但是，行政诉讼与民事诉讼毕竟不同，所以它们又有自身的特点：

(1) 行政诉讼原告作为上诉人的，应当根据原审裁判维持或部分维持行政诉讼被告具体行政行为的情况，从事实、法律等方面论证具体行政行为的违法性，得出原审法院维持具体行政行为是错误的结论，从而提出明确的上诉请求，要求第二审人民法院予以改判。

(2) 行政诉讼的被告作为上诉人的，应当根据原审裁判否定具体行政行为的程度（是全部撤销、还是部分撤销或是变更），对原审裁判进行反驳，再次强调具体行政行为的合法性，并对被上诉人的答辩请求予以反驳，提出明确的上诉请求，要求第二审人民法院予以改判。

无论是原审原告提出上诉，还是原审被告提出上诉，在第二审程序的法庭辩论中，都必须结合具体行政行为，阐明原审裁判的具体错误。只有将这两者有机地结合起来，才能提出完整的上诉理由。

#### 56. 被上诉人如何进行法庭辩论

行政诉讼的被上诉人，是上诉人提起上诉的对方当事人。被上诉人进行法庭辩论，其宗旨在于强调人民法院第一审行政裁判的合法性。

(1) 原审被告作为被上诉人的，应当从原审裁判对具体行政行为作出否定性结论的正确性角度作出阐述，从认定事实、适用法律、审判程序和判决结果等方面，全面论证原审裁判的合法性，并请求第二审人民法院予以维持。在具体方法上，可以先着重论证具体行政行为的违法之处，并在这一基础上加以分析，得出原审裁判否定具体行政行为是完全正确的结论，并据此提出被上诉人的答辩主张。

(2) 原审原告作为被上诉人的，应当对原审裁判对具体行政行为作出维持结论的正确性角度作出阐述，从认定事实、证据、适用法律和判决结果等方面，全面论证原审裁判的合法性和正确性，并提请第二审人民法院予以维持。具体方法，可先从自己所作出的具体行政行为是完全合法的角度，论证原审裁判维持这一具体行政行为是完全正确的，并以此反驳上诉人的上诉请求和理由，提出上诉人的答辩主张。

#### 57. 上诉人代理人如何进行法庭辩论

行政诉讼的上诉人代理人，是指在行政诉讼中，依法律规定或依上诉人的委托，为上诉人代理诉讼的人。上诉人代理人的法庭辩论，与上诉人完全一致。但从代理人的角度来说，又有其自身的特点。

(1) 帮助上诉人全面阐述上诉理由。无论是原审原告提起上诉，还是原

审被告提起上诉，其特点都在于对原市行政裁判进行反驳，即对原审裁判认定的事实、适用的法律和运用的法定程序及裁判结果等方面进行反驳，从而要求改变原审裁判的结果，重新作出行政裁判，以维护行政上诉人的合法权益。所以，作为上诉人的代理人，必须帮助上诉人组织好上诉理由，针对原审裁判的具体错误，有条有理、准确无误地进行反驳。同时，也应对具体行政行为是否合法进行论证。

(2) 帮助上诉人进一步阐述上诉理由的依据。这里所说的依据，是指事实依据和法律依据。上诉人代理人在法庭辩论中，应对上诉人上诉理由的有关依据作进一步阐述，对上诉阐述不足的部分，应当予以补充。

(3) 帮助上诉人进一步阐述上诉请求。在阐明上诉理由的基础上，再次强调上诉人的诉讼请求。

#### 58. 被上诉人代理人如何进行法庭辩论

被上诉人代理人，是被上诉人的法定代理人或委托代理人在法庭辩论阶段所进行的发言。被上诉人在法庭辩论中的发言，可以参照被上诉人法庭辩论的要求进行。但从代理人的角度来说，应做到以下两点：

(1) 帮助被上诉人组织好答辩理由。被上诉人的答辩理由，一是阐明具体行政行为的合法与否，进而明确原审裁判的正确性。二是对上诉人的上诉请求和上诉理由进行全面的反驳，其重点即在这一方面。上诉人必须从事实、法律、结论等方面组织好答辩理由。

(2) 帮助被上诉人进一步阐述答辩主张。在分析、论证答辩理由的基础上，进行归纳总结，提出被上诉人的答辩主张。

#### 59. 再审程序当事人如何进行法庭辩论

对于已经发生法律效力判决、裁定，发现其违反法律、法规规定，或人民检察院提出抗诉时，人民法院应依审判监督程序予以再审。因此，再审程序中当事人的法庭辩论，也就是参加再审案件审理的当事人，在法庭辩论中所进行的发言。

行政诉讼的再审程序当事人的法庭辩论要求，与民事诉讼再审程序当事人的法庭辩论要求基本一致，也分别根据一审程序的原告、被告、第三人和二审程序的上诉人、被上诉人的法庭辩论进行。但同样也必须体现再审的特点，即对已发生法律效力判决、裁定是否存在违反法律法规规定之处进行辩论。

## 后记

在文汇出版社的大力支持和我们的共同努力下，《打官司必读》一书即将问世了。它是多人编写，通力合作的产物。其分工情况依次如下：

苏惠渔：序；

沈福俊：第一章、第八章；

王立民：第二章一、二；

孙剑明：第二章三；

王叶庆：第二章四；

吴弘：第三章；

叶青：第四章；

刘宪权：第五章；

吕淑琴：第六章；

胡耀城：第七章。

完稿后，由王立民、沈福俊、胡耀城等统稿。最后，由苏惠渔、李益然定稿。

作者

一九九四年七月

