

## 第4题：民商事综合案例分析题（约52-56分）

### • 第4题：民商事综合案例分析题（约52-56分）

- 题型特点：“大案例”题，这是分值最高、综合性最强、难度最大的题目。通常以一个复杂的民商事法律关系为背景（如合同、担保、公司、票据等），将民法、商法、民事诉讼法三大部门法的知识点融合在一起考查。

- 考查重点：10-14问

- 民法：合同效力、违约责任、物权变动、担保（抵押、质押、保证）、侵权责任等。
- 商法：公司法（股东权利、股权转让、公司治理）、合伙企业法、破产法等。
- 民事诉讼法：管辖、当事人确定、证据与证明、一审、二审、再审、执行程序等。

- 答题要求：需要具备极强的法律关系梳理能力和综合应用能力。要厘清案件中多个主体之间的多重法律关系，依次分析，并同样注重“结论+理由”的答题模式。

### • 一、民法考点

- 1、要约邀请：寄送的价目表，拍卖公告，招标公告，招股说明书，债券募集办法，基金招募说明书
  - 要约——拍卖举牌、投标书
  - 承诺——拍卖落锤或电子成交、中标通知书送达
  - 原则上有无订立合同不影响合同成立，除非事先规则里另有约定
- 2、设立人设立法人订立合同
  - 设立前，设立人承担，个人行为个人责任，共同行为共同责任
  - 设立后，以法人名义的法人承担，以个人名义相对人二选一
- 3、代表行为与个人行为后果
  - 看签合同同时以谁名义
  - 一个交易可能有代表公司+个人担保2个行为
  - 夫妻一方担保看外部约定，无外部约定看用途，如果为共同生活是夫妻债务
- 4、法代签字与盖章
  - 除非合同要求签字+盖章，否则签字/签字+假章/盖真章合同成立，一方履行主要义务另一方接受合同也成立、有效
- 5、越权代表
  - 相对人形式审查、善意，合同对公司有效、应承担义务，对内追偿
  - 不承担义务但公司管理有过错，应对相对人赔偿（缔约过失责任）
- 6、虚假意思表示与隐藏意思表示
  - 阳合同虚假意思表示、合同无效，阴合同隐藏意思表示、合法的有效、非法的无效
- 7、要式行为

- 特定形式承载合意的具体实质内容，为要式合同，形式要件未具备的，要式合同不成立，此时反悔承担缔约过失责任
- 若一方履行主要义务另一方接受，合同成立
- 若前后2个约定均有实质内容，为预约和本约
- 8、一般合同无效事由
  - 违反法律法规“效力性”强制规定的合同无效
    - 有效例外的：
      - 未向国家缴纳税款或土地出让金，东西不得转让（违反的管理型强制）
      - 内部制度规定对外担保要审批，未经审批对外担保了自己主张无效（相对人无法了解）
      - 开发商卖房无预售许可证订立预售合同，无效。如果是开发商能办而不办，有效。同理，没办规划许可证建楼无效（起诉前），能办不办有效。
  - 恶意串通损害国家、集体、他人利益的合同无效
    - 恶意串通有两个要件：订立双方明知会导致受损+合同具有不正常性（高价一物二卖）
  - 民间借贷中的特别无效
    - 企业借款合同有效，再转贷的合同无效
    - 职业放贷人放贷合同无效
    - 明知借款用于犯罪活动仍然借款的，借款合同的无效
    - 超过1年期LRR4倍的，超过部分无效
  - 房屋租赁合同中的特别无效
    - 违法建筑出租的，租期超过20年的，经批准的临时建筑租期超过批准期限的部分，租赁合同无效
  - 建设工程合同中的特别无效
    - 支解分包、发包，主体工程分包，擅自分包、再分包、转包，竣工前未取得资质，依法要招投标未招投标、中标无效、备案后擅自变更的
  - 公益单位担保
    - 除保留所有权融资租赁公益设施，公益财产以外担保设立的
  - 违法建筑（没手续非质量不行）租卖押均无效（合法建筑建好自动取得物权），房地一体抵押地合法不影响押地抵效力
- 9、合同无效的一般后果
  - 返还财产
    - 利息：返还人有过错的按1年期贷款市场报价利率LPR计算，没过错的按同期同类存款基准利率计算
    - 使用费要申请，经申请可与利息抵消
  - 赔偿损失：违约/缔约赔偿

- 10、特别无效后果
  - 民间借贷合同：借款不当得利返还，借款人有过错/无过错按LPR/存款基准利率给利息
  - 租赁合同：占用使用费不当得利，参照租金标准
  - 建设工程合同：参照无效合同补偿工程款，验收不合格自费修复，修复合格可以要钱，修复不合格要不到钱
  - 担保合同：
    - 主合同有效而担保合同无效，债权人无过错、担保人有过错的承担债权人的全部赔偿责任，双方都有过错的担保人承担不超过1/2，担保人没过错的不承担责任
    - 主合同无效导致担保合同无效：担保人有过错的担保人承担不超过1/3，担保人没过错的不承担责任
- 11、无权代理
  - 狭义无权代理
    - 追认催告权：30天，逾期视为拒绝
    - 撤销权：没追认+相对人善意
  - 表见代理：表见事由+相对人善意
    - 卖房后将合同专用章交由自己保管，擅自重盖卖房合同，构成无权代理
- 12、不动产预告登记（甲开发商——乙买房——丙银行）
  - 买卖预告登记
    - 不发生物权变动效力，合同债权不受影响
    - 登记起90日未办过户或合同债权实现的，预告登记失效
  - 抵押预告登记：开发商没办首次登记，买房人没法给银行办抵押登记
    - 办抵押预告登记后，没办首次登记的，银行不得主张优先受偿权
      - 例外：买房人破产了+抵押预告登记与法院受理破产申请相隔1年以上，银行有权主张优先受偿
    - 首次登记办完了，抵押预告登记直接变身为银行的抵押登记，抵押登记时间为预告登记时间
    - 首次登记办完时预告登记已失效，则再办抵押登记手续的时间为抵押登记时间
- 13、异议登记（甲异议——乙卖房——丙买房）
  - 甲异议成立，甲不追认、乙无权处分，卖房合同有效，但有异议登记丙无法善意取得
  - 甲异议不成立，乙有权处分，卖房合同有效，丙继受取得
  - 异议期15日内，甲必须向法院提确权之诉，过期异议失效、不影响继续起诉
- 14、善意取得
  - 占有+等价+善意+交付/登记
  - 遗失物（甲丢了——乙捡了——丙买了）

- 甲自知丙之日起2年能要，原则无偿（除非丙拍卖取得、正规商店买的，非能不能要）
- 15、添附
  - 买鱼多得1条鱼和1头河马，鱼不当得利债权请求权返还，河马物权请求权
  - 抵押物新物：土地新盖房、多盖房、电视配从物遥控器
    - 新增部分不是抵押物。钱还不上新增部分随之变卖，新增物的变价不能优先受偿
- 16、孳息
  - 一般原物归谁孳息归谁
  - 买卖物的孳息看谁占有
  - 抵押物的孳息
    - 被查封扣押前归抵押人，查封扣押后、质权、留置的归抵押权人（用做担保，优先冲抵收取孳息的费用）
- 17、选择之债
  - 没约定的，债务人给谁对方要啥，选择困难选不出给对方选
  - 选不了的一般就不能选了，除非是对方造成选不了、没得选的情况
- 18、前合同与后合同
  - 预约a和本约b
    - a非实质性，b实质性，a不具备b中的基本要素，a要求书面形式或支付定金
    - b订立等于a履行，b未订立等于a未履行，a未履行是过错责任，因为一方过错（比如漫天要价、一言不合掀桌子等）才构成a的违约责任
  - 要式合同a和形式合同b
    - a实质性的，b无实质内容仅有仪式感，一般b合同不签订a不成立，除非一方履行另一方接受
- 19、向第三方履行的合同（甲——乙履行方——丙接受方）
  - 利他合同：甲乙约定丙有请求权，无需丙接受，丙拒绝乙要向甲履行。履行请求权/违约请求权都属于丙，其他法律关系依旧在甲乙之间（如解除权）。
  - 代为受领：丙完全没有涉及甲乙的法律关系
- 20、格式条款
  - 单方拟制+以重复使用为目的
    - 根据官方示范文本单方拟制不能排除单方拟制，从没用过不能排除重复使用目的，双方约定也不能排除格式条款
  - 效力：不当免责条款无效，未经提示、说明义务的正当格式条款
- 21、债权转让
  - 转让双方通知，转让不应造成债务人负担否则可主张抵扣债权
  - 通知后撤销只看有没有经受让人同意
  - 原合同有禁转约定的

- 要货要劳务的，则看受让人是否善意，善意的要履行，恶意的不履行（知道不能转你还要）
- 要钱的，要履行（都要给钱）
- 22、债务加入（甲债权人——乙债务人+丙加入）
  - 通知到达甲时丙正式加入，甲有权在合理期间内拒绝加入
  - 乙还钱了，不能向丙追偿，反之丙可成为恶龙
  - 丙可向甲主张乙的抗辩权
- 23、债权转让对担保人的影响
  - 无需担保人同意，除非有禁转约定、或未通知第三担保人
- 24、债务转让对担保人的影响
  - 除非第三担保人书面同意，否则担保责任消灭
  - 债务人和担保人为同一人的，担保责任不消灭
- 25、三方债权债务（甲乙丙三方协议）
  - 甲借款债权人——乙借款债务人，乙货款债权人——丙货款债务人
  - 丙向甲偿还货款，说明乙将货款债权转让给甲
  - 丙向甲偿还借款，说明乙将借款债务转让给丙
- 26、第三人代为履行
  - 具有合法利益的情况下，第三人代债务人向债权人履行，债权人不能拒绝
    - 合法利益包括任何不履行债务会受到强制执行影响的人
  - 甲100万债权人——乙债务人
    - 甲抵押权人——乙、李四各自房屋抵押
      - 若马云替乙向甲履行了100万债务，马云赶走甲成为恶龙，甲的1项债权、2项抵押权归属于马云
      - 若马云替乙向甲履行了80万债务
        - 甲继续享有20万债权，2个20万的抵押权
        - 马云享有80万债权，2个80万的抵押权，但马云的抵押权劣后于甲的担保权受偿
- 27、第三担保人代为履行
  - 对其他第三担保人享有分担请求权，对债权人享有债权、对债权人自己担保的部分享有担保权
    - 第三担保人分担请求权=第三担保人内部约定，或同一份合同上签字、盖章、按手印
  - 部分代为履行的，要劣后于债权人的担保权受偿
- 28、债权人代位权（甲——乙——丙）
  - 条件：2个债权均到期、乙没钱给甲还+民法上的怠于履行（乙对丙未起诉、未仲裁，无论是否有其他主张行为）

- 甲既能找丙主张对乙的权利
- 如乙与丙达成抵债协议，甲也可根据协议约定向丙主张自己的权利
  - ex. 甲借给乙100万尚未到期，乙将货卖给丙100万已到期，丙没给钱乙也没索要。甲、丙订立合同，约定乙到期不还钱，则丙对乙的100万货款债务立即向甲履行。现乙的债务到期，甲可对丙主张几项民事权利？甲有2项权利，对丙的代为请求权，丙对甲的保证请求权。如又过了半年，保证期间过期，只剩1项。
- 代位权必须通过诉讼行使，原告债权人，被告次债务人，第三人债务人，没列出法院应追加，管辖次债务人法院，乙丙中间约定管辖、仲裁协议对甲没影响，诉讼标的就低不就高
- 29、债权人的撤销权（甲——乙——丙）
  - 乙欠钱后把财产不当处分给丙
    - 无偿处分：
      - 无偿转让、放弃担保权
      - **放弃债权、恶意延长债期：先撤销、后代位，甲已提代位诉的除外**
    - 不等价处分：要求相对人恶意
      - 明显不合理低价卖：低于70%
      - 明显不合理高价买：高于130%
      - 乙丙约定价格正常，但有其他特殊关系（近亲属、关联关系等），高院直接认定为不等价（后续作假成本低）
      - 为他人债务提供担保
- 30、数笔债务同时履行
  - 先看约定——看到期与否，已到期的先还——几个已到期的，看担保、没担保的先还——几个没有担保的，看主债、债额大的先还——几个主债额相同的，看到期时间、先到期先还——还分不出的，按比例
- 31、以物抵债
  - 三个考点：债权届满前，达成的以物抵债协议性质为担保协议，到期不还可主张担保权；是否能优先受偿看动产/不动产是否交付/登记；约定的流质流押条款无效
    - 债权届满后，达成的就是以物抵债协议，不再是担保
  - 以物抵债协议先主张抵债，以物抵债协议到期不履行抵债、还钱二选一
- 32、婚内负债
  - 先看谁借：单纯一方借钱，借钱双方没有约定属于个人还是夫妻共有的
    - 女方知道后替男方还一部分钱，不属于对举债的追认（第三人代为履行）
  - 再看用途：用于共同生活、共同经营是共同债务
  - 任何负担债务都属于负债，包括担保
- 33、抵销权
  - 互负债权债务，债务类型种类品质相同，到期一方有权向对方主张抵销，不需要对方同意，对方所主张的抗辩权可以阻拦抵销申请

- 以人身侵权、故意或重大过失所负赔偿之债的行为人不能主张抵销，被打的欠债则可以
- 34、债权、债务转让中的抵销权延续问题
  - **债权转让抵销权延续，债务转让抵销权废了**
- 35、诉讼时效抗辩权
  - 法院不得主动释明、适用诉讼时效
    - 二审原则上不能第一次主张诉讼时效抗辩，除非基于新的证据
    - 原审未提出，败诉后以未提时效抗辩为由申请二审，一律不予支持
  - 两种放弃抗辩不得反悔：
    - 不用给钱却给了，或答应给了
- 36、双务合同抗辩权（同一组法律权利义务关系）
  - 同时履行抗辩权：两方都享有，抗辩非违约
    - 民法上的不履行债务只会导致两种结果，或违约或抗辩
  - 先履行抗辩权：后履行一方享有，不仅能抗辩还能追究对方违约责任
  - 不安抗辩权：先履行一方享有+有证据，主张抗辩后要通知对方消除不安、提供担保，没证据或啥都不干是违约
  - ex. 房东与房客约定自己承担修缮义务，房漏水不修房客不付租金，属于先履行抗辩权+违约，房主不得基于迟延履行主要债务而主张解除合同，房客可以主张解除
- 37、抗辩权延续
  - 担保中的抗辩权：甲卖货——乙付货款（抗辩），丙给甲担保
    - 丙可享有乙的抗辩权，丙的抗辩权与乙是否放弃抗辩权无关，与担保人能否追偿有关
      - 丙脑子瓦特了向甲承担了担保责任，乙若没有放弃抗辩权可抗辩丙（放弃了就不是刺猬了）
  - 债权债务转让中的抗辩权：甲——乙（抗辩），丙受让
    - 乙是刺猬，谁来扎谁
- 38、一般法定解除权
  - 情势变更：一般风险不行（情势变更题中会渲染）
  - 债务人违约：
    - 履行期届满前：明示/默示不履行的
    - 迟延履行主要债务：迟延+催告后仍不履行的
    - 根本违约：违约导致债权人合同目的无法实现的
- 39、任意解除权
  - 定作人、托运人：任意变更、解除
  - 委托人、受托人：任意解除（无变更）
    - 无偿委托赔：直接损失



- 有偿委托赔：直接损失+可预见的可得损失
- 40、解除权的异议
  - 你解除，我异议。时间有约从约，没约通知到达起90日内。
  - 不享有解除权的当事人提出解除的，另一方即便不异议，也不发生解除合同的效力
- 41、合同解除的时间（前提是有解除权）
  - 单方通知：到达时解除，或通知里约定一个解除时间
  - 诉讼、仲裁：判决生效后认定解除，溯及到起诉状副本送达时
    - 撤诉了不能认定解除
- 42、合同解除的后果
  - 解除前已经违约的，请求赔偿损失、违约金原则上不受影响
- 43、可拒绝对方履行请求情形
  - 非金钱之债：法律事实不能，基于法律/事实上的原因不可能履行
  - 劳务之债：不能强制履行
  - 经济问题：履行代价过高，不如赔付
  - 不迫切：合理期间内未请求履行
  - 上述情形会导致合同僵局，当事人双方可以解除合同
- 44、违约赔偿
  - 直接利益损失：实际
  - 可得利益损失：债务人合同成立时合理可预见范围内
    - ex. 一房二卖，卖方无法预见租金
    - 特殊可得利益可主张：解除合同后，替代交易/市价与愿交易差价部分，可主张可得利益赔偿，明显偏离的除外
  - 侵权/违约责任，二选一
    - 侵权责任：赔偿损失（不包括可得利益）
    - 违约责任：赔偿损失（包括可得利益赔偿）、违约金、重作、更换、降价（标黑违约独有）
    - 带上侵权才可主张精神损害赔偿，比如双重责任二选一
- 45、定金
  - 有约从约，注意名义为定金但约定实质可单倍退还的非定金
  - 定金为本约而签订的预约担保合同
  - 实践合同，交付生效，实质交付少于约定的以交付为准，定金数不超过主债额的1/5
  - 类型（各是各的事）
    - 违约定金：谁违约罚谁
    - 解约定金：谁解约罚谁
    - 成约定金：约定定金成立为主合同的成立条件（要式合同）



- 46、违约金

- 既有违约又有损害赔偿的，主张违约
- 约定违约过分高于造成的损失，债务人可以请求法院适当减少（超应赔偿损失30%，或实践中未履行部分交易额的40%）
  - 有钱不还、二次违约不能主张减少
- 双方不能增加或减少违约金的约定无效
- 违约金、定金并存，择一主张
  - 选定金x3，不够的可继续主张赔偿
  - 选违约金+定金

- 47、剥夺期限利益、取回标的物

	一次性 付全款条件	取回权		
		条 件	解 约	后 果
分期付款买卖	违约 1/5	违约 1/5	需 要	退货还钱，扣除 使用费、赔偿金
保留所有权买卖	（无）	履约未达到 75%	不需要	不赎再卖，变价受偿
融资租赁	违约，催告	违约 2 期或 15%	需 要	以租赁物价值充抵债务

- 48、普通动产多卖（非交通运输工具）

- 占有——给钱（先，给钱的）——合同成立在先

- 49、交通运输工具多卖/一房数租

- 占有——登记——合同成立在先

- 50、一债多转：看通知先到达受让人

- 履行错的原则上新债主不能直接要，除非受让人恶意

- 51、买卖物风险承担

- 有约从约
- 直接易手：合同生效+交货，不问顺序
  - 买方受领迟延导致交货不及时，风险转移
- 间接易手：
  - 目的地明确，货交承运人不转移，收货时转移
  - 目的地不明确，货交承运人转移

- 52、承租人买卖不破租赁/优先购买权

- 买卖不破租赁
  - 条件：所有权转移时承租人占有租赁动产/不动产
  - 限制：先抵押/查封扣押，后租赁，承租人知或应知的（登记），不能向债权人主张买卖不破租赁，可以向出租人主张

- 优先购买权
  - 仅承租人才有占有的优先购买权
  - 限制：
    - 太厉害：房屋共有人、出租人近亲属，出售已登记
    - 弃权：通知后15日未明确购买，或应来没来拍卖会
    - 零售：整栋出售不能主张买一层，因非同等条件
- 53、抵押权的优先受偿
  - 抵押不交付，公示为登记
  - 不动产抵押公示成立，动产抵押公示对抗
  - 抵押债权人优先于其他债权人受偿
    - 其他债权人申请保全的，视同新设登记抵押权与前抵押权人比较
    - 抵押人破产，普通债权人升格为破产债权人，与前抵押权人比较
      - 前抵押权未登记的，平等受偿
- 54、正常买受人与抵押权的对抗
  - 正常买受人：抵押人将营业执照经营范围内的动产抵押物出售，如玩具公司卖玩具（抵押物）、4s店卖车
  - 要求：正常买受人+合理对价交割
  - 效力：正常买受人有权对抗动产的任何担保权，转让后抵押权消灭
    - 抵押权人仅能就转让价金提前清偿或提存，不能请求抵押物变价受偿
  - 如果非正常买受人，看抵押权是否登记及买方是否善意
    - 登记了，无法对抗抵押权
    - 未登记，恶意无法对抗抵押权
    - 未登记，善意可对抗抵押权
- 55、抵押权优先顺序
  - 公示优先于未公示的，先公示的优先于后公示的
  - 超级抵押权：担保人找抵押权人融资取得担保物所有权，后抵押给抵押权人，抵押权人是价款融资（特殊人）
    - 同一抵押人同源取得担保权，无论登记与否、登记前后，特殊人插队
    - 插队时限：交付动产10日内办理特殊人与其他抵押权人的抵押登记
    - ex. 甲公司将设备a抵押给建设银行，乙公司将所有动产为工商银行设立浮动抵押。
      - 1月8日，甲将设备a卖给乙，乙首付40%后取走设备、余款1年内付清，剩余60%甲向马云借款。
      - 1月10日，甲将设备a交付乙公司。
      - 1月11日，乙将设备a抵押给丙并登记，质押给丁并交付。
      - 1月18、19日，乙将设备a分别抵押给甲和马云并登记。

- 2月，丁因保管不善将设备a送戊维修，未付费戊留置。
  - 价款融资人是甲和马云，设备a交付后成为工行浮动抵押财产。10日魔法大阵开启后，甲公司和马云瞬移到最前。
  - 大排序：戊——建设银行——甲——马云——工行丙丁
- 56、留置权成立条件（非动产没留置）
  - 法律关系有同一性：到期不履行债务合法占有（标的物是否归属债务人在所不问）= 普通留置
  - 法律关系没有同一性：到期不履行债务+企业之间+营业范围内债权+债务人的动产=商事留置权
- 57、让与担保
- 58、保证
  - 人保、物保以有无特定担保财产区分
  - 人保分为一般保证和连带责任保证，有约从约，没约定是一般保证
    - 连带表述：连带，充分且全面责任，无条件承担担保责任
  - 一般保证先诉抗辩权：要求债权人先穷尽一切手段找债务人还钱，除非：
    - 债务人入财两空、宣告破产，保证人书面放弃
- 59、最高额担保
  - 一个期间内一个债务人的一揽子债务
  - 最高额担保期间内，转让债权的可以转让但不受担保
  - 期间截止后，转让债权是标签鸡蛋，可以受到担保
- 60、共同担保
  - 一个债权多个担保人的，先看有无受偿顺序、份额的外部约定，没约定的看担保属性。
  - 都是人保、都是物保的，对债权人连带，债权人可请求任一人承担责任（没有债务人物保优先）
  - 混合属性的，先执行债务人物保，再执行其他第三人入保、物保
  - ex. 甲是债权人，乙是债务人，乙给甲提供房产物保，丙给甲提供一般人保，没有约定担保顺序。
    - 丙第一次拒绝甲担保责任请求：先执行乙房产物保
    - 丙第二次拒绝甲担保责任请求：穷尽乙一切法律手段前先诉抗辩权
  - 债权人放弃债务人的物保，其他第三担保人在放弃范围内免责
- 案例1：公司债券
  - 债券募集说明书是要约邀请，意向书构成预约，实质内容的认购书构成本约，无理由拒绝履行本约的构成预约违约
  - 阳合同构成虚假意思表示无效，阴合同实质为担保协议
  - 担保协议从合同金额不得大于主债务合同

- 案例2：法人设立
  - 不动产先押后售不能适用于正常买受人
  - 先押后租不能适用买卖不破租赁
  - 房产买受人可向抵押权人代偿债权
  - 邮件征询全体股东属于书面形式
  - 设立中以股东自己名义租房自己给租金，设立后由出租人择一主张租金
- 案例3：机器设备买卖
  - 要式合同成立的例外
  - 法院扣押相当于登记的抵押权可优先于非登记抵押权
  - 普通留置法律权利义务关系应具有同一性，商事留置要营业债权+债务人动产
  - 人保保证期间没约定的，为债务到期后6个月，无条件意味着连带保证
  - 期满后达成以物抵债协议，债权人应先主张以物抵债，不履行的才能主张原债
  - 以物抵债是选择之债的，没有约定的，由债务人来选择向债权人履行
- 案例4：汽车买卖
  - 合同欺许可主张撤销+缔约过失，或违约
  - 主张违约可主张先履行抗辩权，另一方不得据迟延履行主要债务解除合同
  - 代为受领没有债权请求权，不能追究违约责任
  - 债务人、次债务人间的仲裁协议、管辖协议不影响代位诉的提起
  - 代位诉提起后，债务人对次债务申请仲裁的，不能豁免怠于履行债权
  - 代位诉提起后，债务人对次债务人免除债务、延长债期的，代位诉不受影响
- 案例5：办公楼装修案
  - 抗辩后，对方不得主张抵销
  - 债务转让未经第三担保人书面同意，担保消灭
- 案例6：4s店经营纠纷
  - 不动产异议登记可阻却善意取得，包括抵押权
  - 带抵押权的房无权处分出租，若房没有查封扣押（东西没在抵押权人手里）不能主张租金孳息，承租人依据租赁合同将租金给出租人，所有权人向出租人主张不当得利要求给付租金
  - 签订买卖合同+交货，虽然卖方保留所有权，未达买方付款日，风险已转移，买卖物毁损灭失的买方依旧要付款
  - 正常买受人涤除担保权
  - 保险金也能适用融资债权人的抵押权的优先
- 案例7：房屋买卖
  - 通知载明最后履行期限，期限届满后合同解除，即便解除后起诉胜诉，也不能认为是起诉状副本送达日解除
  - 一方恶意违约，即便违约金约定过高，也有效

- 案例8：土地使用权转让
  - 违反未向国家缴清税费不得转让土地使用权规定，不能主张土地使用权转让合同无效
  - 关联交易直接认定为不等价有偿+向知情股东买=可撤销
  - 建筑工程优先权——全楼，优先于抵押权受偿，限于实际支出的工程款
- 案例9：南湖公司借款
  - 登记了的让与担保变价受偿可优先
  - 客运合同当事人公司的员工，在使用客运服务时性质为第三人代为受领，员工不具有基于合同的违约请求权
  - 可得利益的违约赔偿，以债务人“订立合同时”预见为前提，案中专车用车构成双方客运合同的组成部分，且用车方明确告知了可得利益，因此违约要赔可得利益损失

## • 二、民诉考点

- 1、诉讼标的识别：争议的法律关系
  - 没有争议法律关系，可能是非诉案件
  - 多个诉讼标的形成诉的合并
    - 多主体合并，比如必要共同诉讼
    - 多客体合并，比如简单合并
      - 简单合并：多个法律关系，牵不牵连都合并体现在同一判决
      - 竞合合并：多个法律关系或诉讼请求只能择一主张
      - 选择合并：一个诉讼请求，多个理由，法院择一认定
      - 预备合并：互斥诉讼请求择一判断
  - 合并好处：在一案一诉的基础上，允许例外情况的存在。通过诉的合并，可以简化诉讼程序，节省时间、人力、物力，提高办案效率，防止对数个有联系诉的矛盾判决。本案中，存在数个不同的法律关系/标的，及类似的诉讼请求，法院应依职权合并交由上级有管辖权的法院审理。
  - 执行异议司法解释
    - 民诉不同于民法的地方，房产/股权实际持有人看实质
    - 案外人执行异议：告查封债权人
- 2、基本原则
  - 处分原则：
    - 当事人自由选择标的、请求及程序的启动
  - 辩论原则：
    - 直接决定法律效果发生或消灭的必要事实必须在辩论中出现，没出现的不能作为裁判依据。一方提出事实另一方无争议的，必须作为裁判依据。法院对案件调查仅限于辩论中提出证据。
- 3、审判组织与合议制度

- 一审3/5/7合议庭，2/3/4陪审员，7人庭仅限于公益诉讼及重大影响案件，陪审员仅对事实问题而非法律问题表决，基层简单可1人
- 二审无陪审，再审不独任
- 4、国家秘密、个人隐私依职权不公开，商业秘密、离婚案经申请不公开
  - 线上审理，国家秘密依职权，未成年依申请
  - 结果：违法公开审理、（绝对）不公开质证，未处理当事人申请——剥夺程序选择权
- 5、审级和判决效力
  - 一审判决/裁定上诉期（15/10）届满生效，二审判决/裁定作出生效
    - 没有生效，没有明确给付内容的不能执行
  - 既判力：当事人不得重复再诉，法院不得矛盾再判
    - 既判力限于判决主文部分（诉讼请求结果），理由部分没有既判力
- 6、当事人
  - 胎儿：仅限赠予和遗产的纯获利益原告
  - 死者：宣告婚姻无效能够改变遗产继承顺序（排除自己为第一顺位继承人），别问被告是谁
  - 个体工商户告谁：有字号的告字号，没字号的告经营者（登记的、实际的）
  - 提供劳务：雇员侵权告用工单位（无过错责任），劳务派遣有过错的一起连带；不发工资劳动仲裁前置，用工单位和派遣单位一起连带
  - 清算注销企业：清算前告公司、法代出庭，清算中清算组负责人/破产管理人出庭，清算结束歇着吧（没经清算就注销告股东告老板）
  - 非法人组织：分支机构随便怎么告、可以追加，独资企业、合伙企业可以追加出资人、合伙人为被执行人
    - 不同于未参与诉讼的担保人，不能直接将担保人列为被执行人，只是可以凭担保协议执行财产
  - 村民委员会 / 村民小组：村民委员会/有独立财产的村民小组
  - 死者：近亲属
- 7、复数当事人识别
  - 必要共同诉讼：1个诉讼标的，2打1连带责任
  - 普通共同诉讼：2个以上的一类诉讼标的，1打2按份责任
  - 有独三：既反对原告又反对被告，有本诉和参加之诉2个诉讼标的
    - ex. ab共有房，a擅自卖c，b反对，本诉是a诉c要房款，参加之诉是b诉ac物权
  - 无独三：辅助被告为主，反对原告但与原告没有法律关系（比如没有基于侵权）
- 8、一般保证人可以一起当被告，对债务人终本执行才能执行保证人财产
  - 仅起诉保证人，应追加债务人共同被告
- 9、补充责任：一般能找到主要责任人应告主要责任人，找不到的例外情况可仅告补充责任人，赔钱了其再去追偿，没过错可以追偿全部



- 10、按份责任：内外都按份
  - 承揽关系告承揽人，定作人有过错的按份1193
  - 提供劳务方受害时的按份责任1192-1
  - 劳务派遣中的按份责任1191-2
  - 机动车所有人、管理人与使用人不一致时发生交通事故的侵权责任1209
  - 未经允许驾驶他人机动车发生交通事故的侵权责任1212
  - 公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物致害责任1256
  - 分别侵权中的按份责任1172
  - 委托监护中的按份责任1189
  - 教唆、帮助侵权中的按份责任1169
  - 建设工程不合格中的按份责任793
  - 融资租赁中承租人索赔失效时的责任承担743
  - 按份之债517
  - 按份责任177
- 11、追加当事人
  - 应当追加的：继承人，财产被侵害的共有人、未成年监护人，所有赡养义务人等
    - 一审辩论终结前可追加，二审应先调、调不成发回重审
    - 被追加人可以放弃权利
  - 不得主动追加的：普通共同诉，有独三
  - 可以追加的：无独三
  - 必须更换当事人的：当事人死亡、终止、分立、合并的
    - 可以换的：告错了当事人申请，重新来过
    - **诉讼中转让权利义务，原则上无需更换当事人**
  - 注意：区分法律上的利害关系与事实上的利害关系，如债权人a执行债务人b的财产，该财产上有共有人c。bc间的析产诉讼有法律上的利害关系，但债权人a仅对b的执行之债有法律上的利害关系，对析产财产只有事实上的利害关系，不能对析产提三撤（除非bc恶意串通，可提三撤变有独三）
- 12、民诉未全面履行出资义务股东执行区别与商法的特殊之处
  - 商法：先告股东，取得执行依据，再要求其在公司债务承担连带责任，或将公司与股东一起诉，但不能单独诉股东
  - 民诉：诉的环节告公司的话，执行环节可直接将股东列为被执行人。如果股东认为执行错了，提执行异议之诉，证明自己与股东独立性。
    - 执行标的物错误（属于案外人财产），案外人提执行异议，异议被驳回后提执行异议之诉，原告是案外人，被告是申请执行人。
      - 与上述不同的地方在于，债权人已在执行前已经过了人格混同的法院审查。
    - 不属于案外人财产的，案外人提执行异议，异议被驳回后向上一级申请复议。



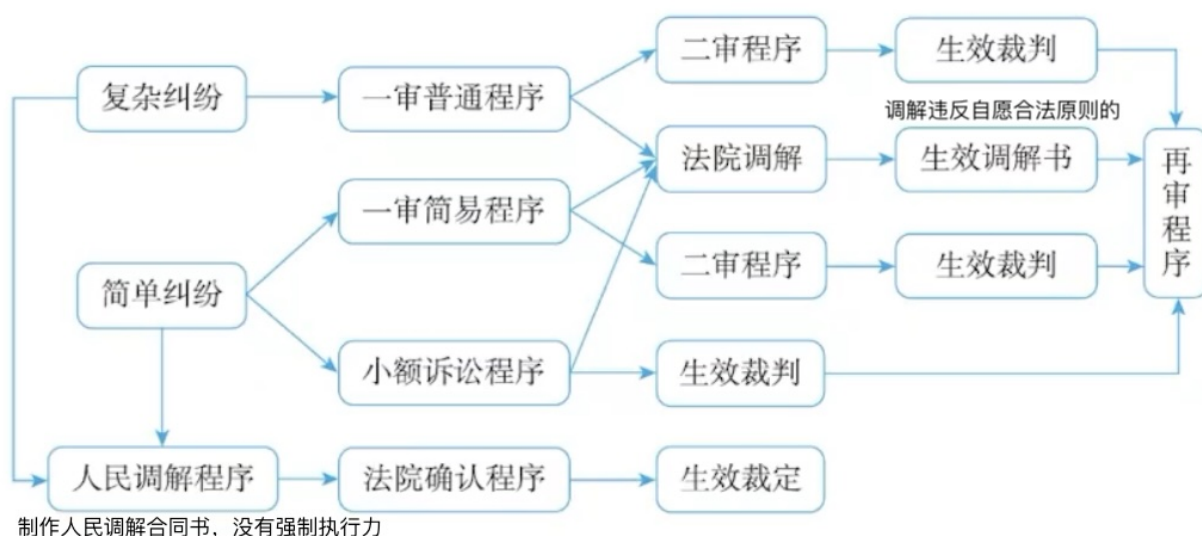
- 如果因欠钱执行债务人房产，房产有承租人，而法院侵犯承租人优先购买权的，承租人直接提复议，因债权人申请执行时已经过法院审查。
- 13、管辖
  - 仲裁协议（如劳动仲裁）——集中管辖——专属管辖——协议管辖——特殊地域管辖——一般地域管辖
    - 仲裁协议
      - 约定又审又裁，裁无效，如果审符合协议管辖条件可以有效
      - 约定先仲裁后起诉=仲裁协议有效，选仲裁，后半截无效
      - 约定可以仲裁也可以向某法院拍卖变卖财产=仲裁协议有效，后半截属于非讼程序不会排斥仲裁、但约定管辖无效，只能按法定的担保登记地或财产所在地执行
    - 集中管辖：破产案由受理破产申请法院（破产受理前有仲裁协议的不走诉讼，破产仲裁最先。先破产后仲裁协议无效）
    - 专属管辖：
      - 专门管辖：北广杭互联网法院、北上广知产法院、海事法院
      - 不动产专属管辖：不动产登记地（确权、分割、相邻、土地承包、租赁、建设工程施工、政策性房屋买卖）
    - 协议管辖：不违背级别、地域管辖的一审合同、财产类纠纷，应从原被告住所地、签订地、履行地，标的所在地中选
      - 主从合同：如果都有约定，一起诉的跟主合同走，分别诉的分别走。如果仅从合同有约定，分别走。
    - 特殊地域管辖：
      - 合同案有约从约，没约（含约定不明）被告住所地+合同履行地，履行地包括：
        - 即时交付：奶茶店
        - 给付金钱：收钱地
        - 网购：虚拟购物买方住所地，包裹购物收货地
        - 运输：始发地、目的地
        - 其他：履行义务方所在地（经居地——户籍地）
          - 经居地：离开住所满1年，连续居住到诉前
        - 如果合同没履行，约定不在双方住所地，被告住所地管
      - 侵权案：被告住所地、侵权行为地（实施+结果）
        - 产品侵权：+产品制造、销售地
        - 服务侵权：+服务提供地
      - 交通案：被告住所地、事故发生地
      - 公司治理案：公司住所地

- 保险/票据案：被告住所地、保险标的/票据支付所在地
- 一般地域管辖就被告，特殊：
  - 强监黑户找不到，此时被告就原告：原告住所地
    - 强制教育（收容教育、收容教养、强制戒毒），监禁（坐牢），户籍被注销人还活着（比如宣告死亡），宣告失踪了、移民了（仅限于身份诉讼，比如要赡养费、离婚）
    - 原被告都进去了、户籍都被注销了，那就还是就被告吧，1年以上关起来的地方是经居地
  - 被告异地抚养赡，离家1年离婚案，原被告地都可管
    - 离家的那个起诉在家的、或两方都离开的，就被告
- 法定管辖：中院：重大涉外、重大影响、仲裁类、海港专公，高院全省范围重大，最高院全国范围重大或认为应提审的
- 管辖错误：
  - 一审答辩期内提管辖权异议——没有管辖权——移送有管辖权的法院——法院异议的由其上一级法院指定管辖
  - 没提管辖权异议
    - 没答辩——没有管辖权——移送有管辖权的法院——法院异议的由其上一级法院指定管辖
    - 答辩了——继续审——如果违反专属和级别管辖，只能靠法院移送——没移送继续审
      - 如果提管辖权异议同时答辩的，先处理管辖权异议
- 14、管辖权异议：
  - 一般被告提，被追加的原告可以提，第三人绝对不能提
  - 移送法院与受理法院发生管辖权争议的，找共同上级法院指定
  - 再审不能解决管辖问题！
  - 答辩期可提管辖权视为除斥期间，超答辩期权利消失，法院对异议不予审查
    - 三撤知或应知裁判错误的6个月也视同除斥期间
  - 法院受理案件后确定管辖的因素发生变化，原则上不需要移送管辖（管辖权恒定）
    - 除非增加变更诉讼请求，法院会丧失级别管辖
- 15、代位诉
  - 债权人诉债务人1
  - 债权人诉次债务人2
  - 债务人诉次债务人3
    - 1+2+有管辖权=合并审理（1和2都有各自诉的利益，单纯合并）
      - 先打1就没必要打2
      - 如果2小于1，先打完2，2可以就差额诉3

- 2+3+有管辖权=合并审理
- 1+2+无管辖权=告知另诉+2诉讼中止
- 2+3+无管辖权=告知另诉, 3诉讼中止
- 16、举证
  - 自己手中的——举证、证据保全
  - 对方手中的——责令对方提交
  - 他人手中的——申请法院调取
  - 逾期举证
    - 证据有用：采纳，无过错不处罚，有过错训诫，重大过错训诫+罚款
    - 没用：排除
  - 证据分类：直接证据/间接证据，原始证据/传来证据，本证/反证
    - 传来证据按原始证据的种类来判断种类，拍的是书就是打出来书证，手机展示是电子数据
    - 反驳的全是反证，抗辩的全是本证
  - 证据种类：鉴定意见、勘验笔录——证人证言——当事人陈述——电子数据、视听资料——书证、物证
    - 鉴定人一方申请、两方选定，选不出法院指定，两次异议才出庭
    - 辅助专家视为当事人陈述
  - 推定真实的：公文书证、区块链存证
    - 有足够证据可以推翻
    - 私文书证主张真实要证明，主张为假不用证明
  - 证明力低的：当事人陈述，小孩亲属陈述，疑点资料，不能核对原件的复印件
  - 排除证据：非法证据，无正当理由没出庭、签保证书的鉴定意见、证人证言、应质证而未质证的证据
    - 陷阱取证、欺诈取证合法
    - 鉴定意见没问题但鉴定人没回避，有可能作为定案依据
    - 偷拍偷录未侵犯任何人合法权益的可以采纳
- 17、证明责任
  - 主张了但不举证，或举证为假谁败诉
  - 都主张都举证，陷入真伪不明，谁负担客观证明责任（积极事实）谁败诉
    - 一般过错：原告证明4要件
    - 无过错责任：原告证明3要件，被告证明无因果联系
    - 过错推定：被告证明无过错
    - 共同侵权：被告证明是谁
    - 高空抛物：被告证明不是自己

- 专利侵权：被告证明方法不同
  - ex. 借款=借款合同+交付行为，我主张没借钱由对方证明借了，我主张已还钱由我证明还了
- 18、起诉条件
  - 当事人是法律关系主体，或：
    - 遗产管理人、死者近亲属、失踪财产代管人、公益诉讼原告
  - 被告明确，即便被告错误、下落不明
  - 事实和理由具体：给付请求（仅确认是非讼程序）
  - 管辖正确，不受理的：
    - 有仲裁协议
    - 不受劳动纠纷没仲裁
    - 女方孕期、1年哺乳期或流产个月内男方诉离婚的
    - 不属于民事纠纷的
  - 看是否有诉的利益，没有的：
    - 不离婚要求共同的婚内赔偿
    - 股东会请求确认公司决议有效
    - 单独诉一人公司股东要求对公司承担连带责任
    - 有利益的：确认不侵犯知识产权
  - 不属于重复起诉（当事人、标的相同、请求相斥，如产品侵权、放弃残部请求、离婚和好维持收养失败6月内）
- 19、反诉
  - 向本诉原告提出，辩论结束前提出，向本诉法院提出除非属于专属管辖，适用同类程序（否则不能合并审比如劳动仲裁前置）
  - 本诉与反诉审理后作出一个判决
  - 本诉反诉内容上具有牵连关系
  - 本诉与反诉相互独立，一个没了另一个还在，可以合并也可以另诉
- 20、庭审流程
  - 受理后起诉状副本5日内送达被告——收到后15日内答辩——举证（小额≤7，简易≤15，普通≥15，二审≥10）——证据交换与庭前会议——自行和解或法院先行调解——法庭调查——法庭辩论——判决书/调解书
  - 有正当理由不到庭，有明确时间可延期，没明确时间可中止
  - 没正当理由不到庭，2次传票不到拘传
  - 不是必须到庭的，原告不来撤诉，被告不来缺席
- 21、法律文书的救济
  - 调解书不能上诉
  - 判决：小额诉讼、最高院一审、特别非讼程序不能上诉，其他判决能上诉

- 裁定：不予受理、驳回起诉、管辖权异议、保全、先予执行、诉讼中止，可口头
  - 不予受理、驳回起诉、驳回管辖权异议能上诉，其他不能上诉
  - 不予受理、驳回起诉能再审
  - 保全、先予执行裁定本级复议
  - 执行管辖异议、执行行为违法异议裁定，上级复议
- 决定：回避、拘留、罚款、延审，可口头
  - 回避本级复议
  - 拘留上级复议
- 22、两审终审



- 一审中进行的保全、自认、证据等行为二审继续有效（续审制）

情形	具体裁判
原判决/裁定认定事实清楚、适用法律正确	裁定驳回上诉请求，维持原判决/裁定
原裁判认定事实、适用法律有瑕疵，但裁判结果正确	纠正瑕疵，驳回上诉请求，维持原裁判
原判决认定事实错误或适用法律错误	直接改判
原裁定认定事实错误或适用法律错误	裁定撤销或变更原裁定
原判决认定基本事实不清	裁定撤销原判，发回重审或查清事实后改判
原判决严重违法法定程序	裁定撤销原判，发回重审
认为违反专属管辖规定	裁定撤销原判，移送有管辖权的法院
认为不应由法院受理	裁定撤销原判，驳回起诉

- 严重违法程序情形：漏人、违法缺席判、审议人员组成不合法、应回避没回避、无能力人没代理人、剥夺辩论权利
  - 漏人可补正：先调解，调解不成发回重审
- 谁上诉谁就是上诉人，对谁不服谁就是被上诉人，其他人按原审地位列明
- 不能小额程序的：鉴定人财涉外，反下落不明，不小额+不简易
  - 可以用的：简单、小额、有约定
- 23、审判监督

- 一个判决只能上诉一次，一个判决再审只能一次，检察院抗诉只能找一次（有错特殊可再找）
  - a判决上诉后发回重审，a判决原法官不能参与审理，作出b判决后可再上诉，上诉上级法院作出发回重审决定的法官由于没有参与实体审理可以继续审，但不能再发回只能依法改判
  - 再审在裁判、调解书生效后6个月内提出（除非新证据，证据伪造，原裁判依据撤销、变更的，审判人员枉法裁判知或应知6个月内）
  - 一审——上诉——二审——找上级再审——上级撤销一二审发回重审——一审重审——申请再审……
- 向原审法院申请再审：另行组成合议庭，适用于双方均为公民或一方人数较多
- 向上一级法院申请再审：
  - 可以自己审（提审）
  - 可以指定再审、指令再审（原审法院或同级其他法院）
- 题外话
  - 先设定居住权登记、再设定抵押权登记，两个都有效；反过来先抵押、后居住，居住权无效，法院会依职权涤除居住权
  - 法院拍卖、变卖房产后，房产上的抵押权被涂销，变价款抵押权人优先受偿，但居住权还留存
- **24、案外人救济**
  - 如果对执行标的物主张全部权利是案外第三人，主张部分权利的是案外必要共同诉讼第三人
    - 执行前，裁判错误
      - 第三人申请三撤
      - 必要共同诉讼人申请再审
    - 执行中，裁判错误
      - 第三人先异议，后申请再审（更强），中间可以隔6个月
        - 或直接申请三撤（不能中止执行）
        - 再审遇到三撤，三撤不审了。第三人相当于漏人，追加第三人进入再审，一审再审直接判，二审再审先调、调不成发回重审。
      - 必要共同诉讼人先异议，后申请再审
    - 执行中，裁判正确但执行错了
      - 案外人异议——异议被驳回——提案外人异议之诉（案外人告债权人），中间只能隔15日
- **25、仲裁程序**
  - 仲裁协议应选择地级市以上仲裁委，且书面形式、不能解决人身纠纷，没有有效仲裁协议不能仲裁
    - 一裁终局，裁决后不得起诉。仲裁申请被撤回的，可以再申请仲裁



- 裁决生效后，申请债务人所在地、财产所在地的中院申请执行
- 认为仲裁协议没有效力或要确认效力的，应在仲裁庭首次开庭前提出
- 裁决类型：调解裁决、和解裁决、普通裁决。
  - 调解、和解裁决可以申请撤销，不能申请不予执行。
  - 普通裁决可以申请撤销和不予执行。
- 双方收到裁决的6个月内可以申请撤销，债务人在债权人申请执行后可申请不予执行
  - 撤销或不予执行后，仲裁协议已经被用过了，当事人可以向法院起诉或达成新的仲裁协议再仲裁
  - 如果以一个理由申请撤销/不予执行被驳回了，就不能以相同的理由申请不予执行/撤销了。
  - 是权益主体且权益真实合法的案外人，在仲裁当事人虚构法律关系、捏造案件事实或仲裁错误时可申请不予执行
- 驳回不予执行的仲裁裁决申请，没有规定能向法院申请复议
- 能够确认仲裁协议效力的：双方当事人所在地、仲裁协议签订地、仲裁委所在地的中院，或仲裁协议约定的仲裁委。
- 26、仲裁和破产的衔接

	订立仲裁协议	开始仲裁程序	得到仲裁裁决	后 果
法院受理 破产申请前	是	是	是	依据裁决申报权利
	是	是	否	中止仲裁审理
	是	否	否	可以提起仲裁申请
	否	否	否	不得申请仲裁

- 27、和解与调解

诉讼中（一审、二审、再审）			执行中
调解 (身份确认案、非讼、执行不能调解)		和解	和解
调解协议结案	制作调解协议——调解书结案	和解协议——调解书结案或撤诉	和解协议——中止执行、撤回执行申请（不能制作调解书）
盖公章，若有给付内容则具备强制执行效力	调解协议仅过渡，无合同效力，不能据以执行	和解协议无结案效力，无合同效力，无强制执行效力	执行和解具备合同效力，无强制执行效力。 若和解协议履行了，执行结案。若和解协议没履行，可执行原判决，或就和解协议起诉。

- 人民调解协议具备合同效力，没有强制执行效力，可经确认裁定后据以执行。
- 28、增加、变更诉讼请求和反诉的处理
  - 一审/二审发回一审重审：
    - 辩论终结前提出，合并审理
  - 二审：可以调解，调解不成告知另诉



- 如果当事人一致同意一并审理的，可以一并裁判
- 再审：不属于审理范围，告知另诉
  - 如果会构成重复起诉的，无法告知另诉
- 再审发回重审：适用一审程序，原则上不增变反
  - 除非：漏人、违法缺席判、诉讼标的变化灭失、不增变反无法另诉解决的
- 29、撤诉与裁判的生效
  - 一审中撤诉：可以再起诉
  - 二审中撤诉：与一审一起撤，不能再起诉
  - 再审中撤诉：与原审一起撤，不能再起诉
    - 裁判生效了就不能撤诉了
    - 重审中撤诉相当于一审中撤诉
    - 原告告ab，对b撤诉，可在执行中追加b为被执行人。撤诉放弃的是诉的程序权利，并没有放弃执行的债的实体权利，比如一人公司和股东。
  - 再审中撤回再审申请：不可以申请再审
  - 上诉期内撤回上诉：不可以再上诉（对方可以），上诉期满判决生效
  - 二审中撤回上诉：以可以再上诉，一审判决生效
- 30、检察院的作用
  - 监督者
    - 监督审判程序
      - 诉讼程序
        - 一审
        - 二审
        - 再审
      - 非讼程序
        - 督促
        - 公示催告
        - 特别程序
      - 选民资格案（宪法权利争议）
    - 方式：
      - 抗诉（上对下）：针对错误裁判文书，必然启动再审
      - 检察建议（同级）：针对错误的调解书（可能启动再审），或针对裁判无关的违法行为（执行程序违法）
  - 公益诉讼原告
    - 为了公共利益，没有第一顺位主体或前主体不起诉的才能起诉
    - 针对生态资源保护、食品药品安全、英烈利益保护三个领域

- 案例一：汽车买卖合同纠纷

- 1、将销售公司和服务公司作为共同被告告诉至法院是否合适？
  - 先看是否具备当事人能力，再根据合同相对性判断适格当事人。
- 2、当事人自述买车用途，未提出证据，对方未反驳，法院能否认可该事实？
  - 构成默示自认，法院应当将此事实作为裁判依据。
- 3、二审认为一审裁判错误，能否发回重审？
  - 认定事实错误，依法改判。要发回重审得认定事实不清或严重违法法定程序。
- 4、本案能否适用消法？
  - 车非运营，用于商务接待。将车用于与工作有关的用途是个人消费者日常用车的常见情形，适用。

- 案例二：不正当侵权纠纷

- 1、法院是否具有法定管辖权？管辖权裁定不服如何救济？
  - 根据处分原则，原告可以选择恰当的请求权基础起诉，法院根据原告不正当竞争请求权的侵权诉请确定管辖权，应由被告住所地、侵权行为发生地、结果地管辖，原告住所地是侵权行为发生地，对本案具有管辖权。对法院作出的管辖权异议裁定，若不服可向上级法院提出上诉。
- 2、法院是否应该依据管辖协议将案件移送？
  - 协议管辖仅适用于合同或财产纠纷，本案侵权导致了原告财产利益受损，因此如有合理管辖协议应当依照管辖协议的约定确定管辖。
  - 本案中管辖协议的管辖条款属于格式条款，由被告提供。除非提供格式条款一方采取了合理方式提醒消费者注意，否则消费者可主张格式条款无效。格式条款提供方不合理免除或减轻其责任、加重对方责任，限制、排除对方主要权利的，该格式条款无效。本案原告非消费者，但根据不当免除的规定格式条款依旧无效，双方间无管辖协议约定。因此，根据法定管辖，法院不应当将案件移送。
- 3、原告提出的诉讼属于何种诉？若上诉后，原告申请撤诉，法院如何处理？
  - 不作为给付之诉，作为给付之诉，财物给付之诉，综上为给付之诉。
  - 原告对管辖权裁定提出上诉后，又申请撤诉的，法院应准予撤诉，对管辖权异议不再审查。
- 4、用户在被告平台分享原告视频受阻，起诉被告的，诉讼程序如何进行？
  - 多人起诉可能构成普通共同诉讼，可以合并审理、可以独立进行，分别作出判决。若起诉原告达到10人以上，可以合并审理后由原告推选2-5名代表人进行代表诉讼。

- 案例三：法人否认纠纷

- 1、原告只诉一人公司股东，法院如何处理？
  - 根据商法规则，法院应先向原告释明，告知应追加公司为共同被告。如不追加，由于原告与股东没有直接诉的利益，且原告与公司间的债权尚未经生效判决确认，不追加法院将驳回起诉。

- 2、股东与公司发生混同真伪不明，法院如何裁判？
  - 根据公司法规定，一人公司股东不能证明独立性的，应当对公司债务承担连带责任。在真伪不明时，法院应判负客观证明责任的股东败诉。
- 3、公司被纳入失信被执行人名单后，执行程序如何进行？
  - 公司没有可执行财产、纳入失信名单后，法院应裁定终本执行。后若发现有新财产线索，原告可向法院申请执行，恢复执行不受2年时效限制。
- 4、原告二次诉股东要求其承担公司连带债务的，当事人如何列明？原告对公司享有债权是否还需要举证？
  - 原告是原告，被告是被告，公司是第三人。题中原告对公司的债权已经法院生效裁判认定，属于免证事实，无需提供额外证据证明。
- 案例四：网络侵权纠纷
  - 1、原告提的什么诉？
  - 2、被告提出的管辖权异议，法院如何处理？
  - 3、如答辩期内，被告没有提出管辖权异议且应诉答辩，则产生何种法律后果？
    - 视为被告对管辖权无异议，该法院有管辖权，但违反专属管辖和级别管辖的除外，法院不得移送管辖。
  - 4、二审发现一审漏判怎么办？二审先调解，调不成发回重审。
- 案例五：著作权侵权纠纷
  - 1、多个起诉原告之一未参加诉讼，法院是否能依职权追加？
    - 普通共同诉讼原告不参加诉讼，不允许追加。
  - 2、本案诉讼在程序上如何进行？
    - 本案人数众多但总人数可确定，推选2-5名代表人普通共同诉讼，推选不出来当事人分别另诉
  - 3、案外著名编剧出庭属于什么诉讼地位？权利和义务如何？
    - 当时聘请的专家辅助人，出庭对问题发表自己的意见，陈述相当于当事人陈述。权利是要求聘任人支付必要费用，义务是出庭、接受对方和法庭的询问。
  - 4、一审终审后，原告发现判错如何救济？
    - 一审判决已生效，可以向法院申请再审。由于原告均为公民、人数众多，可以向原审法院或上级法院申请再审。
- 案例六：返还垫支款纠纷
  - 1、本案原告是否合法？
    - 可以，原告是破产清算期间存续的法人，具有当事人能力，与本案有直接利害关系。
  - 2、本案被告是否合法？
    - 合法，总公司和分公司可以一同当被告。
  - 3、是否有管辖权？

- 有管辖权，原告已进入破产清算阶段，有关其债权债务纠纷指南向破产受理的法院提起并集中管辖。
- 4、高院如何处理？
  - 破产法院将案件移送高院，高院若认为自己没有管辖权不能再次移送，应报请上级法院指定管辖。
- 案例七：借贷合同纠纷
  - 1、原告是否需要举证证明借贷关系成立？
    - 是，原告起诉，负有客观举证责任。案中被告自认，理论上原告不用举证。但本案可能涉及虚假诉讼，法院有义务查明，与法院查明情况不符的不得自认，所以原告依旧要举证。
  - 2、被告妻子是否应以第三人身份参加诉讼？如果应以第三人身份参加，是哪种第三人？
    - 应当，本案处理结果可能有法律上的利害关系，无独三。
  - 3、催款通知复印件的证据分类？
    - 间接证据，传来证据，本证。
  - 4、催款通知是否可以采纳？证明力如何？
    - 可以。与基本事实相关，不属于应排除的证据类型，应当采纳。无法与原件比对证明力弱，不得单独作为定案依据。
- 案例八：消费合同纠纷
  - 1、二审当事人地位如何确定？
    - 上诉人：销售公司，被上诉人：自然人，原告无独三：药厂，无独三无权上诉
  - 2、再审和发回重审适用何种程序？
    - 再审适用二审程序，发回重审适用一审程序，另行组成合议庭
  - 3、当事人管辖权异议是否符合法律规定？
    - 无独三不能提管辖权异议，重审不能提管辖权异议
  - 4、被告反诉是否符合法定要件？
    - 反诉主体、管辖、牵连关系都符合法定要求，但再审原则上不能提反诉，告知另诉
- 案例九：货款纠纷
  - 1、证人出庭程序和其证言的效力？
    - 证人原则上必须出庭，申请人在举证期间届满前提出申请，证人签保证书。
    - 与一方当事人有利害关系，证明力较低，不得单独作为定案依据。
  - 2、协议管辖是否有效？
    - 无效，仲裁、管辖协议必须书面。
  - 3、被告撤回上诉后有什么效力？
    - 一审判决生效。

- 4、被告撤回上诉后，若认为一审判决存在错误，如何救济？

- 知或应知的6个月内申请再审。

- **案例十：确认人民调解协议案**

- 1、李如何实现调解协议中享有的权利？

- 撞人方董在调解后未赔钱，被撞方李可以依据调解协议向法院起诉，要求董履行调解协议（此时不能就原纠纷起诉了）；也可以向法院申请确认调解协议的效力，确认后具有强制执行力。

- 2、当事人如何向法院申请确认调解协议？

- 本案并非法院邀请的先行调解，当事人申请确认调解协议的，双方共同在调解协议生效后30日内，向当事人住所地、标的物所在地、调解组织所在地的基层法院、中院提出。

- 3、若法院确认调解协议无效，当事人如何解决纠纷？

- 确认无效说明调解协议不自愿或不合法，当事人可变更或达成新协议，或据此向法院起诉。

- 4、法院审理确认调解协议案，程序如何操作？

- 简单案，组成独任庭，原则上不开庭，调解协议有效的确认有效，无效的驳回申请。

- **案例十一：执行异议之诉**

- 1、原告如何实现生效判决权利？

- 驳回案外人执行异议裁定后，原告应在判决生效2年内向原审法院或同级的被执行财产所在地法院申请执行。

- 2、案外人异议被驳回后，如何救济？

- 原判决没有错误、判决债务不是执行标的，因此无需三撤和再审。案外人执行异议被驳回的，可提出执行异议之诉，原告是案外人，被告是执行申请人。要求中止执行、确认房产归自己、要求法院解除查封、返还房产。

- 3、案外人起诉后，程序如何进行？

- 案外人异议之诉提起后，由执行法院管辖。执行法院受理案件后，原则上执行不停止。若案外人提供担保，可裁定停止执行；若申请执行人提供担保，可不停止执行。

- 执行法院适用一审普通程序审理，案外人应对停止执行的权利举证。

- 4、为实现债权人款项和利息债权，法院可以采取哪些执行措施

- 对债务人冻结、划拨、查封、扣押、拍卖、变卖等执行措施，也可使用搜查财产、对迟延履行处以利息等执行措施，还可以将其纳入失信被执行人名单、限制消费、报告财产、信用惩戒等。

- **案例十二：存量房居间合同纠纷**

- 1、仲裁被申请人认为裁决错误，如何救济？

- 收到裁决6个月向仲裁委所在地中院申请撤销，或在债权人申请执行后向负责执行的法院申请不予执行。
- 2、被申请人向法院申请后，法院是否应撤销裁决？
  - 不应当，当事人的仲裁协议约定不明确、无效。但双方当事人未在庭前提出管辖异议，裁决作出后以此为由申请法院撤销的，法院不予支持。
- 3、本案当事人对仲裁协议的效力存在争议，什么主体来确认？
  - 请求双方当事人所在地、仲裁委所在地、仲裁协议签订地法院确认，或仲裁协议约定的仲裁委。
- 4、若裁决被撤销，当事人可如何解决纠纷？
  - 原仲裁协议用过、失效，当事人可以达成新的仲裁协议去仲裁，或就原纠纷向法院起诉。