

民诉

- A.总论

- 一、基本理论、原则和制度

- 1、本质
 - 平等主体对抗，法院居中解决纠纷
- 2、诉讼程序 VS 非讼程序
 - 诉讼程序：解决民事权利义务纠纷（一审、二审、再审）
 - 非讼程序：不解决民事权利义务纠纷（特别程序除选民资格、督促程序、公示催告程序）
 - 选民资格不属于诉讼程序 / 非讼程序
- 3、诉的要素
 - 主体：当事人
 - 标的：实体法律关系，不是诉讼请求
 - 区分标的物、标的额
 - 理由
- 4、诉的分类
 - 分类（前提是诉+有诉的利益）
 - 确认之诉：积极（确认存在）、消极
 - 给付之诉：财物、行为
 - 变更之诉：消灭或变更既存法律关系
 - 确认之诉 VS 形成之诉
 - 确认之诉：法律关系是否有效待定
 - 变更之诉：法律关系一定有效
 - 注意
 - 原告诉讼请求
 - 区分非讼（如特别程序）
- 5、反诉
 - 概念：独立性
 - 构成
 - 主体：同一性，被告对原告
 - 牵连关系
 - 时间：一审辩论终结前
 - 二审反诉

- 调解
- 另行起诉
 - 双方同意，可以一并裁判

• 6、基本原则

- (1) 辩论原则
 - 诉讼程序的任何问题（当事人）可以辩论
 - 其他程序（不解决纠纷的如执行程序）不能辩论
 - 辩论内容对法院有约束力
- (2) 处分原则
 - 处分必须在法律规定的范围内，法院不能超出原告诉讼请求范围判决
- (3) 诚实信用原则
 - 恶意串通：判决驳回诉讼请求，不是裁定驳回起诉
- (4) 检查监督原则（检察院）
 - 范围：审判权、执行权
 - 方式：抗诉、检察建议
- (5) 自愿、合法调解原则
 - 身份关系的确认诉不允许调解，双方一致同意才可调解
- (6) 同等、对等原则
 - 外国人、无国籍人、外国企业和组织不受欺负

• 7、基本制度

- (1) 回避制度
 - 对象
 - 中立方（审判人员、书记员、技术人员、助理、执行人员、翻译、鉴定人）
 - 证人不回避：不可替代
 - 被回避对象：当事人、代理人的近亲属
 - 原因：利害关系、违规会见、其他（包括在诉讼中担任多个角色）
 - 回避方式：自行、申请、指令
 - 找谁决定
 - 院长担任审判长回避：审判委员会决定
 - 审判人员回避：院长决定（含人民陪审员，28周岁、高中以上文化）
 - 其他人员回避：审判长决定
 - 申请效力：3日决定期内，先暂停本案工作，需要采取紧急措施除外
 - 中途回避，前边的活不重新来过
 - 申请时间：开始审理时，辩论终结前
 - 申请人可以复议一次，复议期间，被申请回避人不停止工作

- (2) 公开审判制度

- 例外不公开

- 法定不公开：国家秘密、个人隐私
 - 申请不公开：离婚诉讼、商业秘密
 - 单方申请即可，有一个例外

- 宣判、评议

- 宣判：一律公开
 - 评议：一律不公开

- 合议制

- 合议庭

- 一审：审判员、人民陪审员或审判员
 - 二审：审判员
 - 再审
 - 原一审：按一审程序，不适用简易程序
 - 原二审或上级提审：按二审程序
 - 特别程序
 - 选民资格案件、重大疑难案件：审判员
 - 人民陪审员：适用一审程序的诉讼程序

- 独任制

- 简易程序：基层法院审理简单的一审
 - 特别程序：除选民资格案件、重大疑难案件
 - 督促程序：支付令
 - 公示催告程序：除宣告票据无效

- 两审终审制度

- 二、当事人

- 1、诉讼权利能力：始于出生终于死亡

- 自然人
 - 法人
 - 依法设立并领取营业执照的一些组织

- 2、诉讼行为能力：亲自参加诉讼行使诉讼权利

- 法人和其他组织
 - 自然人
 - 完全民事行为能力人有诉讼行为能力
 - 无、限制民事行为能力人无诉讼行为能力

- 3、当事人适格：有起诉、应诉资格

- 原则：争议关系的主体
- 例外
 - 确认之诉中，对诉讼标的有确认利益
 - 根据当事人意思或法律规定，对他人享有管理权
 - 根据法律规定，有权提起公益诉讼的机关、组织
- 4、常考的
 - 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）
 - 提供劳务告谁：
 - 雇员侵权告雇主（接受劳务的人），劳务派遣有过错的一起告
 - 不发工资的，仲裁前置，派遣单位和用工单位连带责任
 - 清算注销企业怎么告：
 - 告公司，清算前法代出庭，清算中清算组负责人/破产管理人出庭，清算结束谁都不能告了
 - 没走正常清算就注销了，告股东、老板
 - 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
- 5、共同诉讼
 - 一方当事人大于等于2
 - 必要共同诉讼
 - 特征：一个诉讼标的（夫妻买房），一起参加诉讼（没来要追加），法院必须合并审理，最后一个判决
 - 常考的
 - 遗产继承，不愿参加诉讼又不明确放弃实体权利，列为共同原告
 - 追索赡养费，所有赡养义务人作为共同被告
 - 无、限制民事行为能力人，与监护人为共同被告
 - 共同财产被侵权：夫妻车被砸坏，共同原告
 - 担保
 - 一般保证：先诉债务人，或诉债务人 + 保证人（执行分先后）
 - 不用追加的共同诉讼（连带责任）
 - 连带保证
 - 共同危险或共同侵权

- 挂靠和借用
- 普通共同诉讼
 - 特征：多个诉讼标的，部分合并或分别诉讼，彼此独立，最后多个判决
- 6、诉的合并
 - 立法不存在，理论中存在
 - 主体合并：共同诉讼
 - 客体合并：原告被告各1个，但中间有很多标的
 - 单纯合并：比如离婚中的财产、子女抚养归属，可合并也可分开诉
 - 竞合合并：多个诉讼标的，比如可乐瓶爆炸，侵权责任和违约责任只能择一
 - 选择合并：1个诉讼标的多个请求且无先后，比如车搞坏了，要求维修汽车或赔给维修费
 - 预备合并：2个请求但有先后顺序，比如要求解除合同，如不能解除要求继续履行
- 7、诉讼代表人制度
 - 人数众多：10人以上
 - 推举代表：2-5人
 - 共同诉讼，对所有人均发生效力
 - 承认、放弃、变更、诉讼请求+和解（属于往后退）须经所有人全部同意
 - 分类
 - 人数确定的代表诉
 - 形式：必要共同诉讼或普通共同诉讼
 - 代表全体选或部分推选，选不出来的自己上
 - 人数不确定的
 - 形式：只能是普通共同诉讼
 - 代表全体选或部分推选，选不出来的法院可以指定，还不行的只能自己上
 - 效力：
 - 对登记的所有人有约束力
 - 对另诉的权利人有预决效力
- 8、第三人
 - 有独三
 - 本诉：甲诉乙
 - 参加之诉：张三诉甲乙，既反对本诉原告，又反对本诉被告（具有优先性）
 - ex. 甲把张三的房偷偷卖给乙、乙不给钱，张三觉得甲卖得很好决定分钱，于是与甲一起起诉乙要房款，这时是必要共同诉讼
 - ex. 张三发现后不同意甲卖、不同意乙买，有独三
 - ex. 甲把张三的房偷偷卖了、乙不给钱，张三发现后不同意甲卖、不同意乙买，

这时是诉的单纯合并

- ex. 甲乙争夺古董所有权，张三向甲乙主张是自己的，有独三
- ex. 张三反对老大老二按法定继承遗产，于是掏出了老爹亲笔写明由张三继承的遗嘱

- **独立性：不因本诉撤销而撤销，但不能提管辖权异议（可以另院另诉）**

- **参加方式：主动起诉，法院不能追加**

- **参加时间：本诉受理后、辩论终结前**

- 参加二审，法院调解
- 调解不成，撤销原判，发回重审（如果告知定诉，可能冲突判决）

- **有独三是本案的当事人，不是本诉的当事人，是参加之诉的当事人**

- **无独三**

- **本诉：甲诉乙**

- **辅助：张三，与乙有法律上的利害关系（非事实上的利害关系，如还了丙钱就没钱还丁）**

- **与共同被告的区别在于张三与甲没有法律关系**

- ex. 张三是河豚厂家，乙是日料店，甲是食客

- 如果甲基于违约告乙，那么只能把张三添加为无独三，承担补充责任

- 如果甲基于侵权可告张三和乙，共同被告，连带责任

- **参加方式：法院追加或自己申请**

- **地位权利：**

- **对判决责任有权上诉，调解义务得同意，可承认诉讼请求**

- **不能提管辖权异议，不能放弃、变更诉讼请求、撤诉**

- **9、当事人的更换与无独三**

- **原则：没办法才能换**

- **考试中才能换的：法人的分立、合并、终止，自然人的死亡**

- ex. 甲先起诉乙，乙将权力义务转给张三，如果乙不属于合并、分立、终止、死亡情形则不能更换

- **如果法官同意换人，就换人把程序从头来一遍，如果不同意则可列张三为无独三**

- **10、诉讼代理人**

- **法定代理人：未成年人和精神病的监护人，无需授权**

- **全权代理，以当事人名义**

- **委托代理人**

- **代理权限**

- **特别授权：承认、放弃、变更诉讼请求，和解、反诉、上诉**

- **一般授权：除了特别授权外的程序性权利（不能撤诉），仅写明「全权代理」视为一般授权**

- 法律效果
 - 原则：当事人可以不出庭，例外是离婚
- 外国人要找中国律师（域外过来的授权书要公证或在法官见证下签授权书），可以找普通公民

• 三、管辖

- 1、两审
- 2、四级
 - 基院
 - 北京、广州、杭州设有互联网法院，管互联网上的案件，网上开庭
 - 中院
 - 重大涉外、重大影响、涉及仲裁
 - 最高院指定的中院管辖（海港专公）
 - 海事海商
 - 重大涉港澳台
 - 专利纠纷：北上广知产庭+其他指定的部分中院（和基院）
 - 公益诉讼
 - 高院
 - 全省范围重大影响
 - 最高人民法院
 - 全国范围重大影响
 - 认为应当由本院审理（仅最高院有权）
- 3、一般地域管辖
 - 原则：原告就被告
 - 公民当被告：住所地或经居地（离开住所满1年，连续居住到诉前，除了医院，可以为监狱）
 - 法人当被告：注册地或主要办事机构所在地
 - 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
- 4、专属地域管辖
 - 遗产继承：死人住所地、价值最大的遗产所在地
 - 不动产纠纷：不动产登记地

- 房子、林木、土地承包、建筑工程施工等
- 涉军：军事法院（1方可能管，2方必管）
- 涉外国家扯皮的三种（没管到不承认、不执行）
 - 三合：中外合资、合作经营、合作勘探开发自然资源
 - 法人主体有关、决议有关的
 - 知识产权有效性
- 5、协议地域管辖
 - 只能约定地域管辖的一审
 - 只有合同或其他财产权益纠纷的协议管辖，人身案件不可以（夫妻离婚中的财产部分可以协议）
 - 书面形式，口头无效，不得违背级别、专属管辖
 - 格式条款要提醒注意
 - 可以选哪些：原被告住所地、合同签订地、合同履行地、标的物地
 - 买卖合同是主合同，协议管辖合同是从合同，协议管辖对于主合同受让人也是有效的
- 6、特殊地域管辖
 - 合同履行地：有约从约，没有得看被告住所地（经居地优先住所地）+合同履行地
 - 即时交货：奶茶店
 - 给付货币：收钱地
 - 不动产买卖、租赁：所在地、使用地
 - 网购：虚拟购物买方住所地，包裹购物收货地
 - 其他合同：履行义务方所在地
 - 若合同有约定+未实际履行+约定又不在双方住所地，则只能由被告住所地管（不方便）
 - 侵权纠纷：
 - 被告住所地，侵权行为地（实施地+结果地）
 - 产品质量侵权（侵权特别法）
 - 被告住所地，侵权行为地（实施地+结果地）、产品制造地、销售地
 - 服务质量侵权（侵权特别法）
 - 被告住所地，侵权行为地（实施地+结果地）、服务提供地
 - 运输合同纠纷
 - 被告住所地，运输始发地、目的地
 - 交通事故损害赔偿纠纷
 - 被告住所地，事故发生地、最先到达 / 降落地
 - 海难救助 / 共同海损：
 - 海事法院管，无被告住所地

- 公司诉讼：（公司治理有关的，不是侵权）
 - 公司住所地
- 保险纠纷：被告住所地，保险标的所在地
- 票据纠纷：被告住所地，票据支付地
- 7、地域管辖判断顺序
 - 专属管辖4——协议管辖（一审、财产、书面、不违背专属和级别）——特殊地域管辖——一般地域管辖
- 8、选择管辖与牵连管辖
 - 多管可任选，多选先立管，先立后不立，后立送先立
 - 财产涉外案件，只要和中国有所牵连就可以管
- 9、裁定管辖
 - 移送管辖：错误立案的纠错程序，法院移到认为正确的法院
 - 无需同意、只能移送一次
 - 觉得移错了报请上级定，可以继续审，不行就指定管辖出去
 - 共同管辖，后立案移送先立案
 - 管辖权转移（从有管辖的到没有管辖的）
 - 下级转上级
 - 上调：上级认为应由自己管辖
 - 上报：下级认为需要上级管辖，经同意
 - 上级转下级
 - 下放：上级认为确有必要交给下级，报请自己的上级批准
 - ex. 破产案、环境污染、当事人众多，但可能降低审判质量
 - 指定管辖
 - 管辖有障碍：由于特殊原因（全体回避、自然灾害）不能行使管辖权
 - 管辖权争议：都想审、都不想审，协商不成，报共同上级法院
 - 怎么做题：俩法院没争议就报自己上级，有争议就共同上级
- 10、管辖权异议
 - 时间：仅一审答辩期内，当事人提，有独三、无独三不能提出
 - 提交了答辩状视同认可了管辖，如果案件根据级别和专属管辖其实管辖错误，便只能靠法院移送，没移送的继续审完
 - 法院15日内对异议进行审查，成立的移送管辖，不成立的裁定驳回异议
 - 当事人不服的，裁定10日内可向上级上诉
 - 原告撤诉，不再审查管辖权异议
 - 管辖权恒定：起诉时有管辖权，不会因为管辖因素的变化而丧失管辖
 - 除非原告主观为了卡级别管辖bug

• 四、证据

- 1、诉讼中需要证明的是待证事实，包括程序性的和实体性的
- 2、免证的包括自然规律、定理及经验推定的、众所周知的事实，和已决文书和自认事实
- 3、自认：对**不利自己**的事实加以陈述或承认
 - 免除对方证据责任+法官采信依据
 - 关键：自认的对象是法院和法官，包括文书中和口头
 - **有可能接受对方诉讼请求，但不承认事实**
 - 如一方对另一方陈述的事实，法官充分说明并询问后，仍不反对的，默示自认
 - 共同诉讼：
 - 普通诉讼中，自认对自己有效
 - 必要共同诉讼中，都自认才有效
 - **自认的限制**
 - 为达成调解、和解进行的自认，不得在后续诉讼中作为不利证据，除非当事人都同意或法律另有规定
 - 法院发现串通自认作假的，**与查明事实不符的自认不成立**
 - 身份关系（父可敌国）、国家社会利益事实、程序事项（自认管辖）不能自认
- 4、证明责任=主观证明责任+客观证明责任
 - 主观证明责任：谁主张谁举证，没举证直接败诉
 - 法官基于原告提交的证据形式，形成了临时心证
 - **客观证明责任：**
 - 被告基于原告主张，如果自认或不反驳，法官转为最终心证，被告败诉
 - 如被告主张但不举证，同上
 - 如被告主张了也举证了，此时案件陷入真伪不明状态，立法规定谁负担证明责任谁就承担败诉风险，此时为客观证明责任
 - **客观证明责任的分配：谁主张的是积极事实，谁负担败诉风险**
 - ex. 张三主张借钱给李四，李四主张没借，双方举证后真伪不明，此时积极事实张三主张，张三败诉
 - ex. 张三李四借款事实无争议，李四主张还钱了，张三主张没还，双方举证后真伪不明，此时积极事实李四主张，李四败诉
 - ex. 张三李四借钱且没还钱无争议，李四主张诉讼时效已过，张三主张没过，真伪不明，此时积极事实李四主张，李四败诉
 - ex. 一般侵权案件过错责任，张三主张李四有侵权行为、结果、因果、过错，李四主张都没有，张三负担4个证明责任，任一真伪不明判张三败诉
 - ex. 无过错责任案件，张三主张李四3侵权要件，任一不明同样败诉
 - ex. 如果李四对侵权事实自认，但主张有减责免责事由，如不可抗力、意外事件、正当防卫、紧急避险、对方也有过失，若真伪不明李四败诉

- **共同侵权（过错责任）**：原告证明有加害行为、结果和过错，但无法查明是谁干的，此时共同被告要自证免责（切断因果），否则承担共同侵权责任
- **环境污染（无过错责任）**：原告证明有加害行为、结果，被告要自证免责（切断因果），原告提的是反证、被告是本证
- 5、民诉孤证（1个直接证据）能定案，刑诉不行
- 6、证据的分类
 - 按证明独立性：直接证据、间接证据（拼图碎片）
 - 按证据来源：原始证据（合同原件）、传来证据（晚于案件产生，签章后的复印件）
 - 按证明责任：本证（有证明责任、败诉风险的人提供的证据）、反证（推翻本证证据的证据）
 - 先找待证事实是什么，比如有没有借款的问题，原告提出的借条是本证，被告提出的还款收条是反证
 - 此时待证事实转换为还款问题，收条成为本证，村口大爷为原告提供的证人证言、证明收条伪造是反证
 - ex. 张三主张李四欠钱不还且提供了借条，李四主张张三也向其借过钱并提供了借条，由于李四提供的证据不属于待证事实范围，因此既不是本证也不是反证
 - ex. 张三主张李四欠钱不还并提供了转账记录，李四提出记录是手机购买款并提供了证据，此时的待证事实是转账是否为借款，李四证据能够证明不是借款，因此是反证
 - ex. 张三主张李四排污污染了自己养鱼，并提交了前后鱼状态及排污证据，李四要自证因果免责，此时张三先提出的其实是反证，李四要提的是本证
- 7、证据的种类
 - 书证、物证、电子数据、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定意见、勘验笔录
 - **鉴定意见、勘验笔录**
 - 鉴定意见：要有专业资质，如法医、物证专家等
 - 勘验笔录：审判人员和小弟来写（交警现场写的是交通事故责任认定书，是公文书证）
 - 费用当事人向法院预交，法院转给第三人，鉴定人要签保证书
 - 对书面鉴定意见异议，一般解释说明，谁非要申请鉴定人出庭谁预交出庭费，败诉方承担
 - 自己找的是专家辅助人，可以对鉴定意见帮助质证，辅助人不需要回避、视为当事人陈述
 - **证人证言**
 - 证人讲的是事实，不能发表意见，证人不需要回避
 - 证人对年龄、智力、身体状况没有过高要求
 - 证人有利害关系、未成年，证明力低，不一定能反映客观真相，不能单独作为定案依据

- 证人必须出庭佐证证言，除非因健康原因、客观原因或双方同意（无争议）可不来
 - 证人费用申请方垫付、败诉方承担，证人要签保证书，不敢签保证书自己掏钱
- 当事人陈述
 - 当事人陈述不得单独作为定案依据
 - 当事人也要签保证书
- 电子数据、视听资料
 - 电子数据=刻光盘
 - 不禁止公共场合的偷拍偷录
 - 有疑点、剪辑、p图的，不能单独作为定案证据
- 书证、物证
 - 公文书证：带章的，一般推定为真实，但有相反证据足以推翻的除外
 - 私文书证
 - 物证
- 总结
 - 推定真实：一般公文书证
 - 证明力低的：有疑点视听资料，当事人陈述，有利害关系、不匹配的未成年证人证言，无法与原件原物核对的复印件
 - 不能用的：非法证据，无正当理由不出庭的证人证言、鉴定意见
- 8、证据要真实、关联性、合法性（非法证据排除）
 - 民诉中陷阱取证合法，欺诈取证不合法；刑诉中犯意诱导取证、逼供不合法，但欺诈、欺骗合法（审讯技巧）
- 9、证据提出命令
 - 书证、物证、视听资料在对方当事人手中，负证明责任的当事人可以要求法院责令对方提交，申请费由申请人负担
 - ex. 医患纠纷里的病历
 - 对方拒不提交的，法院推定证据内容为真
 - 对方妨碍、毁坏证据的，法院认定证据证明的事实为真，并可对行为人罚款、拘留
- 10、最佳证据规则：原件原物最佳，原则上应提交原件原物
 - 无法与原件原物核对的复印件证明力低
- 五、诉讼保障制度
 - 1、保全类型：财产、行为、证据保全
 - 2、诉前保全：起诉、仲裁前
 - 启动：只能依申请，不立即保全会造成当事人损害
 - 管辖：被保全标的所在地、被申请人住所地、有管辖权法院（谁保全谁管辖）
 - 担保：法院必须要求提供担保（证据不保全会造成损失的才需要担保）

- 决定：48 小时内裁定
- 解除：30 日内不起诉或仲裁
- **3、诉中保全**
 - 启动：依申请或依职权，灭失、难得或有损害
 - 管辖：审理法院
 - 担保：法院可以要求提供担保
 - 决定：情况紧急，才48 小时内裁定
- **4、执行前保全：文书生效后、执行前**
 - 启动：只能依申请，必须情况紧急
 - 管辖：执行法院
- **5、保全的范围：诉讼请求的范围，可以碰次债务人（要求其不向债务人还钱），不能碰案外人财产**
- **6、保全的救济：**
 - 向保全法院申请复议，复议期间不停止保全
 - 保全错误的，找受诉法院（诉前的没有）和保全法院起诉要求赔偿
- **7、先予执行：四费一金、劳动报酬**
 - 情形：诉讼中依申请，因生活急迫需要、被执行人有钱，权利义务关系明确
 - 范围：赡养费、抚养费、抚育费、医疗费、抚恤金、劳动报酬
 - 担保：法院可以责令提供担保
- **8、强制措施**
 - 主观状态：故意违反法庭规则
 - 训诫、责令退出法庭
 - **拘传：抚养赡养离婚案，被告不到要拘传**
 - 不来查不清情况
 - **程序：2次传票开庭无正当理由不来（延期），找院长开拘传票，逮过来开庭再放了**
 - 罚款、拘留：院长批准决定书，可向上级复议1次，使用决定
- **9、期间和补救**
 - 期间计算方式：次日次时
 - 最后一日是法定节假日（周六日不算）的，修完后第一日，中间是节假日的不影响
 - 期间不包括在途时间，到期前寄出即可
 - ex. 9月16日送达判决书，17日开始算15天，最后一天是10月1日，至10月8日寄出上诉状即可
 - 补救方法：因不可抗原因或其他正当理由耽误的，可在障碍消除后10日内，向法院申请顺延，是否准许法院决定
 - 特殊：

- 在中国领域内没有住所的当事人，答辩期和上诉期增加一倍，为30日
- 涉外民诉没有审限

• 10、送达

- 方式：直接送达，给本人或三代一家属（公司法代、当事人代理人、代收人）
 - 当事人来法院领，看完后不签回执，视为已送达
- 留置送达：找一个见证人（或拍照录像）签字、留下法律文书
- 电子送达：得当事人同意+确认当事人收到
- 转交送达（行动受限的，不允许扩大）
- 委托送达（委托外地法院送）
- 邮寄送达（ems）
- 公告送达（拟制送达，优先用其他）：受送达人下落不明，或无法用其他方式送达的，发出公告经30日（涉外60日）视为送达

• 六、调解与和解

- 1、调解的程序：法院对其诉讼程序（人生关系确认之诉不得调解）
 - 非诉程序、特别程序没有调解
 - 遵循自愿、合法原则，调解过程原则上不公开、保密
- 2、调解担保：
 - 与担保人签担保协议，担保人不是当事人，可以不签收调解书
 - 调解方签调解协议、达成调解协议，调解协议的内容可以超出原诉讼请求，法院制作调解书
 - 可以不制作调解书的（没什么好执行的）例外：调解协议记入笔录，当事人、审判员、书记员签名盖章生效
 - 离婚和好、维持收养关系
 - 即时履行
 - 签收调解书生效，不签收及时判决
 - 执行：拿着调解书直接强制执行债务人和担保人的财产
- 3、私下和解
 - 和解没有时间限制，任何阶段都可以和解
 - 和解协议在任何时候都不能作为结案依据、没有强制执行力，诉讼中的和解协议没有合同效力、更不能依据直接强制执行
 - 和解了，可以撤诉，可以制作调解书、申请强制执行，也可能继续审理

• B.分论

• 七、一审普通程序

- 1、起诉的条件
 - 原告是与本案有直接利害关系的人，是当事人适格/正当当事人
 - 有当事人能力不一定当事人适格，当事人适格一定有当事人能力

- 有些没有直接利害关系的人，也可以以适格当事人身份参加诉讼，如：
 - 失踪人的财产代管人
 - 保护死者利益的近亲属
 - 公益诉讼的原告
- 被告要明确，不要求正确（不正确受理后驳回诉讼请求）
 - 明确=姓名+正常地址=能锁定人，下落不明也算明确
- 有具体的诉讼请求、事实、理由
 - 要属于民诉的范围和管辖
 - 哪怕是没有法条明确规定的权利
- 书面起诉，或口头起诉+笔录
- 2、立案登记的程序规则
 - 先登记、收材料、出具书面凭证，并一次性告知补正材料
 - 材料齐全的**7日内决定是否立案**
 - 如果短时间判断不了是否符合起诉条件，先立案
 - 审查符合起诉条件的，发出**受理通知书**，立案受理
 - 受理后发现不应受理的，发出**驳回起诉裁定书**
 - 对内叫立案、对外叫受理
 - 不符合条件的不受理，发出**不予受理裁定书**
 - 当事人对上述2个裁定不服的，可在**10日内向上级法院上诉**
- 3、起诉的效果：
 - 诉讼时效中断
 - 普通审限：6+6，后边6个月要院长批，还不够可以报上级法院批准再延长
- 4、民诉的决定4：
 - 罚款、拘留、回避、延期审理，可口头
- 5、民诉的裁定：
 - 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
- 6、判决：
 - 实体问题，必须书面因为要执行
- 7、审查期的具体处理方式
 - 判过的一事不再理
 - ex. 可乐爆炸，先诉请违约，再诉请产品侵权，不可以
 - ex. 诉请2万块债权中的1万，再诉请1万，法院认为已放弃另1万的残部请求，不可以
 - ex. 被撞了，先诉请医疗费，再诉请精神损害赔偿、护理费、误工费，可以
 - ex. 先诉请本金，再要利息，本金请求权和利息请求权是2个请求权，可以
 - 一定期限内不得起诉的案件

- 离婚、和好、维持收养失败的，没有新情况、新理由，6个月内又起诉的，不予受理
 - 女方怀孕期间、分娩1年后或终止妊娠6个月内，男的不得提出离婚
- 应予受理的案件：裁判后又有新情况、或超时效又起诉的（不得主动释明、援引抗辩，2审）
- 8、答辩
 - 受理后起诉状副本5日内送被告，15日内书面答辩
 - 答辩是种权利，可以诉讼策略不答辩
- 9、举证时限
 - 普通程序 ≥ 15 日，二审 ≥ 10 日
 - 简易程序 ≤ 15 日，小额诉讼程序 ≤ 7 日
 - 具体举证期当事人可约定，最终都由法院拍板
 - 时间不够，可在届满前向法院书面申请延长
 - 没交齐的原则上后边不给交了
- 10、逾期举证后果：有用就采纳、没用就排除，故意要处罚
 - 对方当事人同意的，法官可以采纳（只是作为证据用，不是直接作为定案依据，与最终采信有区别）逾期提交的证据
 - 或者法官觉得逾期当事人的狡辩有道理，且证据给力，训诫+采纳
 - 如果逾期当事人就是故意的，且证据给力，训诫+罚款+采纳（罚款很贵，罚自然人1个10万、法人1个100万）
 - 如果逾期当事人就是故意的，但证据垃圾，不采纳
- 11、取证
 - 当事人调查取证为主，人民法院调查取证为辅
 - 法院能依职权调取的：身份程公
 - 身份公益案件如离婚、赡养等
 - 解决程序问题：中止诉讼、终结诉讼、追加当事人、回避等
 - 涉及国家利益、社会公益、他人权益保护
 - 法院依申请调取的（不是非得同意）：当事人因客观原因调取不到的
 - 证据由有关部门保存一般人无法查询的
 - 涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的
 - 其他
- 12、证据交换：确定争议焦点，排除无用证据和内容，简单案件可以不用专门交换
- 13、审理方式：原则上3/5/7人组成合议庭，可以吸纳陪审员，基层+简单案可以1人审（独任）
 - 院长参加必须当审判长，陪审员不能当审判长
 - 书记员干啥：宣读纪律、记笔记，核对当事人身份是审判长
- 14、质证

- 当事人包括第三人，对证据发表自己的意见（真实、关联、合法），法官没有质证权
- 一般质证都是公开，但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的不公开质证（质证但不旁听）
- 15、主动撤诉
 - 以辩论终结为限，辩论终结前法院可同意撤诉申请
 - 辩论终结后胜负已分，除非法院+被告同意否则不给撤
 - 撤诉后相当于没起诉，可就原纠纷再起诉
- 16、被动撤诉
 - 主体：原告及其法定代理人、有独三
 - 情形：经传票传唤无正当理由不到庭，或未经允许中途退庭，或不预缴诉讼费，按撤诉处理
- 17、缺席判决
 - 主体：被告及其法定代理人（含反诉）、无独三、申请撤诉但法院不同意的原告
 - 情形：经传票传唤无正当理由不到庭，或未经允许中途退庭，按缺席判决
- 18、延期审理：（当事人、参加人）必须来的有正当理由没来，早不提回避临时提，早不举证临时举，其他
 - 延期可以预计、中止不能预计，延期其他程序不停、中止所有都停
- 19、诉讼中止：（当事人）疯傻死，难抗拒，交叉案，要中止
 - 行为能力丧失尚未确定代理人，自然人法人没了继承人没确定，一方因不可抗拒事由参加不了，本诉必须以其他诉结果为依据而未审结的，其他
 - ex. 故意杀人，刑事案先审，审完再民事
 - 中止的时间可能完全无法预计，中止情形消除后诉讼自动恢复
- 20、诉讼终结：都死绝、要终结
 - 当事人噶了没法争了，比如人死了、遗产没了、没后人
- 八、一审简易程序
 - 1、基层法院+简单案，可以简易程序
 - 或首次开庭前，双方当事人同意普通转简易的
 - 2、不能用简易程序的
 - 起诉时被告下落不明，简易程序不得公告送达
 - 第三人撤销之诉
 - 重审再审（说明是疑难复杂案件）
 - 代表人诉讼（人多）
 - 涉及国家、社会利益（重大利益）
 - 3、简易程序的特殊性
 - 答辩、举证：普通程序都≤15日，简易程序双方同时到庭、且都同意不需要答辩期和举证期的，可以直接审理

- 送达：没有公告送达，可以简便送达只要送到（比如打电话，不能放鸽子不然直接发传票）
- 全部独任审理，必须开庭
- 审限：3+1，3个月不够可以延长1个月
- 裁判文书：当庭宣判，裁判文书和判决的事实和理由部分可以简化，庭审笔录不能简化
- 4、简易转普通程序
 - 原因：
 - 首次开庭前提出异议，经法院裁定可以转
 - 或法院在审限届满前，主动简易转普通（审不完了）
 - 结果：简易程序走完的流程和成果不用重新来，续审制
- 5、小额诉讼程序（就是一种简易程序）
 - 简易+小额=必须用
 - 简易/小额+约定=可以用
 - 不简易+不小额=不能用
 - 适用范围
 - 主要用于金钱给付案件，其他的简单人身损害赔偿案件、劳动合同纠纷、抚养赡养也可以
 - 不能用的：鉴人才涉诉，反下落不明
 - 要评估鉴定的或对结果有异议的
 - 人身关系、财产关系
 - 涉外案件
 - 当事人提出反诉的
 - 当事人下落不明的
 - 一审终审：
 - 适用于其裁定（包括管辖权异议）、判决，都不能上诉
 - 但错误使用小额程序，导致剥夺当事人上诉权的，可以申请再审，再审判决是可以上诉的
 - 受理后当事人增加、变更诉讼请求、反诉、追加当事人，导致不符合小额条件的，可以转简易、普通程序
 - 审限：2+1
 - 裁判文书省略事实、理由部分（可不写）
- 九、二审程序
 - 1、民诉里上诉才能启动二审（刑诉法才有抗诉启动二审）
 - 2、不能上诉的：督公特最高一审+小额
 - 调解书
 - 督促、公示催告、特别程序的判决

- 最高院一审的判决
- 小额
- 3、只有3种裁定可上诉：不予受理、驳回起诉、管辖权异议的裁定
- 4、上诉的主体
 - 原告，被告，法定代理人，特别授权的委托代理人，诉讼代表人
 - 有独三，被判决承担责任的无独三
- 5、上诉期
 - 判决上诉15天，裁定上诉10天，境内没住所的30天
- 6、上诉形式：必须书面（不同于起诉，没书面）
 - 上诉成功+不交钱=按撤诉处理
- 7、谁上诉谁就是上诉人，上诉的对谁不满就列为被上诉人，剩下的按原审地位列明
 - ex. 甲乙二人打伤了丙，丙原告、甲乙共同被告，一审判完后
 - 丙不服要上诉，上诉人是丙，甲乙是被上诉人
 - 甲不服乙赔少了，上诉人是甲，被上诉人是乙，丙是原审原告
 - 甲不服丙要多了，上诉人是甲，被上诉人是丙，乙是原审共同被告
 - 甲乙丙都不服，上诉人是甲乙丙
- 8、二审上诉撤诉
 - 一审判决未生效、二审正在审理中，上诉人撤诉 + 上诉期届满 = 一审随结
 - 上诉期内上诉了又撤诉，民诉中就不能再上诉了（刑诉中可以）
 - 如果一审判决是错的，或当事人恶意串通损害国家、社会、他人合法利益，则不准撤回上诉
- 9、二审起诉撤诉
 - 法院同意+当事人同意，原审撤诉相当于整栋楼崩塌，所有程序和判决归零，视为没有起诉
 - 但要注意的是，因曾经有过判决（无论生效与否），再起诉不受理了
- 10、二审审理方式
 - 应组成专业合议庭（没陪审员）
 - 例外：中院+简单案（一审简易程序或针对裁定上诉）+ 当事人同意 = 独任制
 - 应开庭审理
 - 例外：程序、适用法律问题错误，没有证据事实问题
 - 不予受理、驳回起诉、管辖权异议裁定程序
 - 原判决严重违反法定程序，需要发回重审的
 - 原判决、裁定认定事实清楚，但适用法律错误的
 - 上诉请求明显不能成立的（搓麻权）
 - 不开庭的审理方式：阅读案卷、询问当事人

- 审理范围：不告不理（有其他错的没上诉不管）、有错必纠（除非涉及国社他的利益）

• 11、二审具体裁判方式

情 形	具体裁判
原裁定认定事实清楚、适用法律正确	<u>裁定</u> 驳回上诉请求，维持原裁定。
原判决认定事实清楚、适用法律正确	<u>判决</u> 驳回上诉请求，维持原判决。
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， <u>维持原裁判</u> 。
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。
原判决认定事实错误或适用法律错误	<u>直接改判</u> 。
原判决认定基本事实不清	裁定撤销原判，发回重审 <u>或</u> 查清事实后改判。
原判决严重违反法定程序*	裁定撤销原判， <u>发回重审</u> 。
认为违反专属管辖规定	裁定撤销原判， <u>移送有管辖权的法院</u> 。
认为不应由法院受理	裁定撤销原判，驳回起诉。

• 12、二审裁判注意事项

- ex. 一审ABC三个法官组成合议庭，审完得到甲判决，上诉后发现严重违反法定程序，于是撤销原判、发回重审
- ABC三个法官要全换，另行DEF组成合议庭，审完后得到乙判决，针对乙判决可以再上诉
- 原二审法官没错可以继续审，但是不能再发回重审了，只能改判
 - 结论：一个判决只能上诉一次，只能发回重审一次

• 13、7人合议庭中，4个陪审员不得参加法律问题的表决，只参与事实问题的表决，最终按少数服从多数，形成不了多数意见要上审委会

- 仅限于7人庭，不适用于3/5人庭

• 14、做出来的判决泼出去的水，有错别字可以作勘误裁定

• 15、二审的调解

- 漏人、漏判：先调解，调解不成撤销原判、发回重审
- 特殊离婚案：一审判不离（子女财产没判）、二审判离（子女财产只判了一次），这是应调解，调解不成全案发回重审
- 达成调解协议：调解书送达签收生效，一审判决视为撤销
- 达成和解协议：上诉人撤的是上诉，原审人撤的是起诉，也可以根据和解协议制作调解书、送达签收生效

• 十、审判监督程序

- 1、多是信访申诉程序导致，本院院长提交审委会启动、或上级发现错了提审
 - 一个法院最多只能再审一次

- 2、当事人申请再审条件
 - 证据出错了
 - 漏人、超盼漏判、未回避
 - 违反自愿、合法原则
- 3、当事人申请再审时间：裁判、调解书生效后6个月内
- 4、检察院启动
 - 原则：接受抗诉的法院再审
 - 提审：二审程序
 - 例外：证据问题可以交给下级法院审理
 - 下级法院再审审理过除外
- 5、再审的结案
 - 裁判：确定撤销、改变或维持原判决、裁定
 - 调解：调解书送达后，原判决、裁定视为撤销
 - 撤回起诉：一并撤销原判决
- **十一、第三人撤销之诉**
 - 1、甲诉乙本诉中，有独三丙提参加之诉诉甲乙，本诉中止，先审参加之诉
 - 若本诉已判决，但这个古董真的是丙的，判错了。**丙此时只能提第三人撤销之诉撤销本诉，丙是原告，甲乙是被告**
 - 2、不是有独三、无独三，绝对不能提第三人撤销之诉
 - 3、时限和再审一样，6个月的不变期间
 - 4、可以请求撤销错误文书，也可以请求确认自己的权利
 - 5、原则上三撤无法中止执行，除非申请人提供善意的担保，如果是恶意的担保法院可以不准中止
- **十二、增加、变更诉讼请求和反诉**
 - 1、反诉要在本诉辩论终结前提出，否则无法合并审理、成为独立的诉
 - 2、反诉要求对本诉的法院也有管辖权，本诉与反诉应有牵连关系（基于同一事实）
- **十三、公益诉讼程序**
 - 检察机关补充性
 - 可以支持起诉
 - 其他机关和组织不提才可以提
 - 起诉条件
 - 被告明确
 - 诉讼请求具体
 - 有公共利益受到损害的初步证据
 - 管辖范围内

- 管辖
 - 中级法院
- 审理组织
 - 7人合议庭
- 告知程序
 - 10日内书面告知相关行政主管部门
- 其他机关组织参与诉讼
 - 开庭前申请参加诉讼，列为共同原告
 - 另行提起公益诉讼，裁定不予受理
 - 法院认为诉讼请求不足以维护公共利益，可以主动释明
- 禁止反诉
- 和解调解
 - 公告30日
 - 公告期满
 - 不违反社会公共利益：出具调解书
 - 违反公共利益：审理并裁判
 - 不允许因达成和解协议而撤诉
 - 其他情况允许撤诉（如行政机关履行职责使原告诉讼请求实现）
- 公益诉讼与普通民诉关系
 - 不影响同一侵权行为受害人提起诉讼
- 十四、特别程序
 - 共同特点
 - 管辖：基层法院
 - 不适用调解，不适用辩论
 - 一审终审，不适用审判监督程序
 - 审判组织
 - 原则：独任制
 - 例外：审判员组成合议庭
 - 选民资格案件
 - 确认调解协议效力案件
 - 双方共同申请
 - 调解协议生效30日内
 - 管辖：调解组织所在地基层法院
 - 不予受理情形
 - 确认身份关系

- 物权、知识产权确权
- 处理
 - 有效：申请强制执行
 - 无效：驳回申请
- 实现担保物权案件
 - 申请
 - 担保物权人
 - 其他有权人：质押、留置权债务人
 - 管辖：基层法院
 - 审查
 - 原则：独任制
 - 例外：合议庭
 - 标的超过基层法院管辖范围
 - 处理：形式审查
 - 无实质争议：准许拍卖、变卖担保财产
 - 有实质争议：驳回申请

• 十五、督促程序

- 支付令
 - 不能公告送达
 - 可以留置送达
- 管辖
 - 债务人住所地
 - 基层法院
- 异议
 - 15 日
 - 对债权债务本身异议
 - 书面异议
 - 向其他法院提出无效

• 十六、公示催告程序

- 法律后果
 - 利害关系人申报权利：终结公示催告程序
 - 无人申报权利：除权判决
 - 依申请
 - 合议庭
- 审理组织

- 公示催告阶段：独任制
- 判决票据无效：合议庭

• 十七、民事执行程序

• 1、法院类的执行文书

- 民事裁判文书、调解书、支付令和裁定决定书
- 行政裁判文书、行政调解书
- 刑事裁判中的财产部分基刑附民判决书、裁定书
- 法院承认的外国裁判、裁决、裁定

• 2、其他机关的法律文书

- 行政处罚决定书、行政处理决定书
- 仲裁裁决书、调解书
- 公证机关制作的有强制执行力的债权文书
- 法律规定的其他

• 3、管辖：离被执行人的人身、财产最近的2个法院

• 4、【执行】管辖权异议

• 5、执行不让上诉

• 6、申请执行的期间为2年，可以中止、中断

- 超过2年申请法院也应当受理
- 未发现财产可以终结本次执行，发现财产后再次申请、不受2年限制

• 7、执行员接到申请执行书、移交执行书，应当向被执行人发出执行通知，并可立即采取强制执行措施

• 8、执行阻却

- 常见的是执行异议、执行和解、执行担保、再审程序

• 9、执行中的和解协议有合同效力，与诉讼中的不同，但依旧是私文书、没有强制执行力，如果对方不履行、重新再算2年的执行时效

- 此时只能2选一，或者选申请法院重新执行，或者就和解协议违约向法院另诉

• 10、裁判有错误时，执行也错误

- 第一条路，以有独三身份向二审法院提三撤+提供担保中止执行，如果失败了继续走再审
- 第二条路，提案外人异议/执行异议，向一审法院提出后法院进行实质审查，异议成立了则执行中止，然后再向一审法院申请再审
- 第一条路必要共同诉讼人无法走、无法及时中止执行，第二条路的好处就是能及时中止执行

• 11、判决没错，但执行错误了（没三撤和再审）

- 只需要中止执行，提案外人异议/执行异议
- 法院驳回异议，此时诉债权人，申请中止执行并确认物权，执行标的物先扣着
- 法院认可异议，债权人诉案外人，申请继续执行

- 12、执行回转（判决撤了，执行返还）
 - 法院根据判决撤销出具返还裁定，执行依据是返还裁定
- 13、执行行为的救济（执行过程有问题）
 - 生活必需品、人格权密切相关的、人身上的，不能执行
 - 侵害了债务人利益：8人挤在50平房子里，可以变卖后收租金，或者有赡养方捻过去
 - 侵害了债务人利益：应执行50万，和解了只需给40万，结果执行了48万
 - 侵害了债权人利益：应执行50万，结果只执行了48万
 - 侵害了第三人利益：未通知租户直接变卖房屋，侵害了优先购买权
 - 救济方式：先提执行异议、后向上级复议

• 十八、商事仲裁

- 1、仲裁委员会：以仲裁协议为根基，约束协议双方，收受理费+处理费
- 2、属于民间组织，解决财产纠纷，市级以上设立，协议任选哪家管，只能选一家
 - 选择贸仲规则，视同没有锁定仲裁委
 - 可以选a仲裁委用b仲裁规则
- 3、或审或裁，主从合同，从随主转
 - 如果一方偷偷起诉法院又不知情，首次开庭前另一方未告知法院的，只能将错就错继续审理
 - 如果没有仲裁协议一方伪造了，并偷偷申请仲裁，同样首次开庭前告知否则将错就错
 - 如果仲裁协议效力本身存在争议，可申请法院或仲裁委先确定效力，原被告住所地、协议签订地、选的仲裁委所在地的中院，首次开庭前确定效力
 - 一方找法院、一方找仲裁确认效力，法院优先
- 4、不能解决的：人身纠纷、行政纠纷、劳动纠纷、土地纠纷
- 5、仲裁协议必须书面的：
 - 上诉状、管辖协议、仲裁协议、支付令协议、执行行为异议、执行标的异议、分与分配异议
- 6、独任仲裁：1个仲裁员，共同选或共同指定
- 7、仲裁庭：首席仲裁员+2个边裁
- 8、独任或仲裁庭，当事人自由选择，边裁申请人、被申请人各选1个，不选或不会选的可以请主任指定
- 9、过程原则上不公开，当事人可共同约定不开庭
- 10、仲裁员回避掉了，仲裁程序不是必须继续往下走，仲裁庭决定是重来还是继续
- 11、仲裁法96年的，还没有行为保全，只有财产和证据保全
 - 仲裁委没有公权力，申请财产保全、证据保全后得找基院办（其他所有沾上仲裁的全部中院管）
 - 诉前保全直接找法院
- 12、仲裁中制作调解书：达成调解协议了

- 13、仲裁中制作裁决书（相当于判决书）：达成调解协议、和解协议了或案件正常审完了
- 14、撤回仲裁申请：既不能制作调解书，也不能制作裁决书，终结后不能恢复
- 15、仲裁协议只能用一次，作出裁决书算用过（即便撤销），撤回申请了相当于没用过
- 16、裁决方式：少数服从多数；3个人3个意见听首席的，边裁意见可不写入笔录、可签可不签、审错了责任豁免
- 17、一裁终局，具备强制执行内容申请法院执行
- 18、执行特定物无了，双方先和解，否则只能另诉了
- 19、裁决有毛病，或撤销或不予执行，都申请的先看撤销
 - 依据调解书作出的裁决：不能撤销、不能不予执行
 - 依据调解协议、和解协议作出的裁决：可以撤销，不能不予执行
 - 正常审完作出的裁决：可以撤销、可以不予执行