

法律版

法律专业自学考试案例指导丛书

民事诉讼法 案例题解

潘剑锋◆主编



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律专业自学考试案例指导丛书

民事诉讼法案例题解

主 编 潘剑锋

撰稿人 潘剑锋

唐桂英

张一诺

赵吉奎

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法案例题解/潘剑锋主编. —北京:法律出版社, 2005.5

(法律专业自学考试案例指导丛书)

ISBN 7-5036-5576-3

I. 民… II. 潘… III. 民事诉讼法—案例—分析
—中国—高等教育—自学考试—解题 IV. D925.105

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 038151 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张瑞珍

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/11.5 字数/277 千

版本/2005 年 5 月第 1 版

印次/2005 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5576-3/D·5293 定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

为了帮助广大自考学员更好地备战自考,满足高等教育自学考试法律专业民事诉讼法学考生自学、考试和应用的需要,我们结合自学考试的特点编写了《民事诉讼法案例题解》一书。本书严格按照国家自考委审定的考试大纲和统编教材的内容进行编写,以案例的形式讲解民事诉讼法中所涉及的知识要点,将知识点融会于鲜活的案例之中,便于同学记忆和学习。

本书的案例结构分为案情、问题、答案和解析四个部分,在简单介绍案情的基础上,通过提出问题的形式引发学生的思考,最后给出参考答案和解析以供学生进一步学习。本书中所选案例基本覆盖自学考试所要求学员应该掌握的基本知识点,并且通过问答的形式对学员进行训练,目的在于使广大学员能够熟练地掌握民事诉讼法学的基本理论和基本制度,并且学会如何从容应对考试,以及在实践中如何灵活运用所学知识。

本书紧扣高等教育自学考试教材、考试大纲和民事诉讼法法条及相关司法解释,尤其注重实战性和操作性,全面系统,内容丰富,具有较强的针对性。我们希望并且相信本书的出版能为参加自学考试的学员的考前准备提供有力的帮助。因水平所限,时间仓促,疏漏不当之处在所难免,敬请广大自考读者鉴正。

编者
2005年5月

目 录

一、民事诉讼法概述

(一)民事纠纷与民事诉讼	(1)
(二)民事诉讼的目的	(2)
(三)民事诉讼程序的价值	(3)
(四)诉与诉权	(4)
(五)诉的变更	(6)
(六)诉讼标的	(7)
(七)民事诉讼法的对人效力	(8)
(八)仅对于医疗事故鉴定结论不服,不能提起民事诉讼	(9)
(九)企业内部奖励行为不属于人民法院主管范围	(11)

二、民事诉讼法基本原则

(一)当事人平等原则	(12)
(二)处分原则	(13)
(三)法院独立审判原则	(14)
(四)辩论原则	(15)
(五)法院调解原则	(17)

三、民事诉讼法基本制度

(一)申请回避的方式和程序	(19)
(二)合议庭成员与本案当事人有利害关系的应该回避	(20)
(三)违反回避制度的结果	(21)
(四)合议庭的组成和工作原则	(22)
(五)二审再审的合议庭组成	(23)
(六)公开审理	(24)
(七)两审终审制度	(25)

四、主管和管辖制度

(一)特殊地域管辖制度·····	(27)
(二)追索赡养费,原告住所地法院有管辖权·····	(28)
(三)共同管辖·····	(29)
(四)选择管辖与管辖恒定·····	(30)
(五)移送管辖和指定管辖·····	(31)
(六)协议管辖·····	(32)
(七)协议管辖的条件·····	(33)
(八)专属管辖·····	(35)
(九)管辖权异议·····	(36)

五、当事人制度

(一)限制行为能力人的当事人资格·····	(38)
(二)必要共同诉讼·····	(40)
(三)普通共同诉讼·····	(41)
(四)有独立请求权第三人·····	(43)
(五)无独立请求权第三人·····	(44)
(六)诉讼代表人·····	(46)

六、代理人制度

(一)代理人制度概述·····	(48)
(二)法定代理人的指定·····	(49)
(三)法定代理人的权限和诉讼地位·····	(51)
(四)委托代理·····	(52)

七、证据制度

(一)证人证言·····	(55)
(二)证据的证明力·····	(56)
(三)当事人的举证责任·····	(57)
(四)举证责任倒置·····	(59)
(五)证明标准·····	(61)
(六)复印件的证据效力·····	(62)
(七)证明中的自认·····	(63)
(八)证据保全·····	(65)

八、期间与送达

(一)送达的种类·····	(67)
(二)期间的补救·····	(68)
(三)公告送达的程序·····	(69)
(四)期间的计算·····	(69)

九、调解与和解制度

(一)调解的特点·····	(71)
(二)调解的有关程序·····	(72)
(三)调解于何时生效·····	(73)
(四)调解的自愿性·····	(75)
(五)调解的合法性·····	(76)
(六)和解·····	(77)

十、财产保全

(一)诉前财产保全·····	(79)
(二)诉讼中的财产保全·····	(80)
(三)先予执行·····	(81)

十一、强制措施

(一)拘传以及对罚款措施的复议·····	(83)
(二)拘留和罚款措施的具体适用规则·····	(84)
(三)民事诉讼强制措施和其他强制措施的区别·····	(85)

十二、诉讼费用

(一)诉讼费用的种类·····	(86)
(二)二审诉讼费用的负担·····	(87)

十三、第一审普通程序

(一)“直接利害关系”的认定·····	(89)
(二)仲裁协议排除法院的管辖·····	(90)
(三)达成仲裁协议后又向人民法院起诉的处理·····	(91)
(四)在一定期间内,原告不得起诉的案件·····	(93)

(五)审理前的准备·····	(94)
(六)反诉与撤诉·····	(96)
(七)开庭审理时,被告不出庭时的处理 ·····	(98)
(八)延期审理、中止诉讼与终结诉讼 ·····	(99)
(九)审判期限·····	(100)

十四、简易程序

(一)简易程序的适用与例外·····	(102)
(二)不能随意简化简易程序的环节·····	(103)
(三)简易程序和普通程序的关系·····	(104)
(四)简易程序的特点·····	(105)

十五、二审程序

(一)正确确定当事人在二审程序中的诉讼地位·····	(106)
(二)上诉的撤回·····	(107)
(三)二审案件的调解·····	(108)
(四)迳行判决·····	(109)
(五)上诉案件的审理范围·····	(110)
(六)上诉案件的裁判·····	(112)

十六、再审程序

(一)生效离婚判决不可以申请再审·····	(114)
(二)对调解书提起的再审·····	(115)
(三)当事人申请再审·····	(116)
(四)人民法院审判监督·····	(117)
(五)检察监督程序·····	(118)

十七、特殊程序

(一)选民资格案件·····	(120)
(二)申请宣告失踪程序·····	(121)
(三)申请宣告死亡程序·····	(122)
(四)宣告死亡判决的撤销·····	(124)
(五)认定公民限制行为能力案件·····	(124)
(六)认定财产无主案件·····	(126)
(七)支付令的异议·····	(127)
(八)督促程序·····	(128)

(九)公示催告程序·····	(130)
(十)破产财产分配顺序·····	(131)
(十一)企业破产还债案件的处理·····	(133)
(十二)港口作业纠纷的管辖·····	(135)
(十三)海事诉讼中的诉前证据保全·····	(136)

十八、执行程序

(一)生效的行政机关的行政处罚决定,可以作为执行依据·····	(139)
(二)执行标的有限原则·····	(140)
(三)分期履行义务判决的申请执行·····	(141)
(四)对隐匿财产拒不还债的被执行人,法院有权进行搜查·····	(143)
(五)案外人提出执行异议·····	(144)
(六)执行中止与执行终结·····	(146)
(七)执行担保·····	(147)
(八)执行和解·····	(148)
(九)执行回转·····	(149)
(十)委托执行·····	(150)

十九、涉外民事诉讼程序

(一)涉外民事诉讼程序的概念·····	(153)
(二)涉外民事诉讼管辖制度·····	(154)
(三)对外国法院作出的生效判决、裁定的承认和执行·····	(156)
(四)涉外民事诉讼中的送达·····	(157)
(五)涉外民事诉讼中的财产保全·····	(158)
(六)涉外民事诉讼程序的期间·····	(160)
(七)涉外民事仲裁·····	(161)
(八)司法协助与诉讼代理人选任·····	(162)

模拟试题及解析

试题(一)·····	(164)
参考答案及解析·····	(167)
试题(二)·····	(169)
参考答案及解析·····	(172)

一、民事诉讼法概述

(一) 民事纠纷与民事诉讼

【案情】

2002年4月20日,A县技术监督局的两名人员到A市妙趣有限责任公司进行食品卫生检查,发现妙趣公司在其门市部门口小摊出售日用百货和副食品。经检查发现其中部分食品存在质量问题,但门市部营业员阻挠查封工作,使其不能进行。之后技术监督局要求妙趣公司自行清理整顿并做出检讨。4月21日晚,监督局以本局名义在A县有线电视台上播发了《提请消费者注意》的书面文稿,文中称:“妙趣公司门市部经销大量过期变质食品,请消费者注意,不要只注意价格而忽视质量,上当受骗。”妙趣公司认为监督局的上述行为侵犯了其名誉权,于是向A县人民法院提起诉讼,要求被告监督局更正此报道的内容,并赔偿因此而造成的经济损失。一审法院认为,监督局在有线电视台播出具有批评性质的文稿,是侵犯他人名誉权的行为,因此将案件定性为侵害名誉权的民事侵权诉讼。

【问题】

一审法院的受案是否正确?本案是否属于民事诉讼的受案范围?

【答案】

本案不是民事纠纷,不属于民事诉讼的受案范围,一审法院的做法是错误的。本案涉案主体为两方:监督局是执法检查者,妙趣公司是被检查者,是受行政机关具体行政行为管理的被管理者。双方在这种行政管理关系上处于不

平等的地位,显然不构成平等主体之间的民事纠纷。另外其争议的事项也不是民事纠纷的范畴,监督局进行食品卫生检查,无论是否属越权行为,体现的都是行政行为的性质。监督局在检查后以本局名义在当地有线电视台上播发书面文稿,根据有关法规也应当认为是一种行政执法行为。不论是否合适,体现的都是行政行为的性质。被检查人如认为此种具体行政行为侵犯其合法权益(包括民事权益),可以提起行政诉讼。对这种行政行为不服,应当按行政程序解决,而不应按民事诉讼的程序来解决。

【解析】

民事诉讼是指人民法院、当事人和其他诉讼参与人,在审理民事案件的过程中所进行的各种诉讼活动,以及由这些活动所产生的各种诉讼关系的总和。《民事诉讼法》第3条规定:“人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼,适用本法之规定。”解决民事纠纷的方式有多种。例如:自决与和解、调解、仲裁、诉讼,民事诉讼是解决民事诉讼权益纠纷的重要形式之一。民事纠纷是民事诉讼的主要受理范围。判断事件是否属于民事诉讼的受案范围,首先要理解民事纠纷的确切含义。

民事纠纷是指平等主体之间发生的,以民事权利义务为内容的一种法律纠纷和社会纠纷。民事主体违反民事法律义务规范而侵害了他人的民事权利,由此产生以民事权利义务为内容的民事争议。具有以下几个特点:(1)民事纠纷主体之间法律地位平等。民事纠纷主体即是民事主体,彼此之间不存在服从或隶属关系,

仅为法律地位平等关系,在诉讼中亦为平等的诉讼当事人。(2)民事纠纷的内容是对民事权利义务的争议。民事主体一方未依法履行民事义务,给他方造成了伤害,受害方要求侵害方履行义务以恢复其权利,而侵害方对此不做出积极反应,甚至否认对方所享有的权利,由此两者之间便产生了纠纷。可见,对民事权利义务的争议构成了民事纠纷的内容。(3)民事纠纷具有可处分性。由于民事纠纷是对民事权利的享有及民事责任的承担的争议,因而民事纠纷主体有权处分其民事权利。

对于本案中已按民事诉讼收案、审理的案件,《民事诉讼法》第111条第一款规定:人民法院对依照行政诉讼法规定属于行政诉讼受案范围的案件,告知原告提起行政诉讼。所以在本案中,人民法院应当对于此类案件告知原告另行提起行政诉讼;如果原告坚持自己的民事诉讼请求的,则应裁定驳回原告的起诉。保证诉讼机制的顺畅。

(二)民事诉讼的目的

【案情】

原告张某和李某是被告张甲、张乙、张丙的父母。两原告原有私房一幢,2000年,原告居住的私房动迁,原告和三被告于同年9月达成协议,由两原告将其所有的产权房作价取得补偿金15万,平均分给3个被告,两原告今后每年轮流居住3被告处各4个月,期间由另两方给予赡养费。事后,两原告按协议履行。在张乙处居住期间,张乙由于涉嫌犯罪被羁押,两原告无人照顾,而且张甲、张乙和张丙都没有支付赡养费,两原告诉至法院,要求3被告安置其固定住所,并支付赡养费。审判人员在充分了解案情的基础上,基于解决纠纷的目的,对双方进行了调解,双方当事人最终达成调解协议,原告住进了老人院,三被告共同承担原告因此而支出的费用以及以后的生活费用。这样,当事人之间的纠纷通过诉讼的方式得到了彻底解决。

【问题】

从本案案情看,原告提起诉讼的目的是什么?理解诉讼目的对审理本案有何作用?

【答案】

根据《民事诉讼法》第2条的规定:“中华人民共和国民事诉讼法的任务,是保护当事人行使诉讼权利,保证人民法院查明事实,分清是非,正确适用法律,及时审理民事案件,确认民事权利义务关系,制裁民事违法行为,保护当事人的合法权益,教育公民自觉遵守法律,维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业顺利进行。”可见,原告选择民事诉讼解决民事纠纷,追求的是以国家为后盾的法院对其纠纷的解决和对其权利义务关系的确认。指向是被扰乱了的权利义务关系。

本案中原告与被告是父母与子女关系,对于原告所出现的困难,被告并没有太大的主观恶意,他们之间的争执点在于如何解决原告的生活问题。诉讼目的定位是解决纠纷,安定秩序,而不是惩罚或维护秩序,否则我们就只能对三被告采取惩罚措施或要求三被告给付其父母一部分金钱以安度晚年,这样,就可能影响到双方的感情,导致更多的纠纷。而本案中审判机关根据案情情况彻底地化解了纠纷,调和了失序的社会关系。

【解析】

民事诉讼的目的,是指国家设立民事诉讼制度所期望达到的目标或结果,简言之也就是民事诉讼为何而设立。民事诉讼的目的应是民事诉讼法的基本理论之一,是全部理论的出发点。现代民事诉讼价值的多元论和相对论也使得民事诉讼的目的呈现出多重性和多元化,不同的价值观念会推导出不同的民事诉讼的目的,我们可以从以下几个角度来看民事诉讼的目的:(1)从民事诉讼的机能看民事诉讼的目的。诉讼和调解、仲裁、自决、和解一样,都是解决民事纠纷的一种手段。它们之间的最大不同点就是诉讼由国家设立,有国家强制力保障而

且具有终局的效力。发生纠纷时,可以选择多种解决方式,但若寻求一种更有力、更可靠的救济时,当事人可能会选择由国家作后盾的民事诉讼。从这一点来说,当事人选择民事诉讼的目的是解决当事人之间的纠纷。从民事诉讼的另一方法院来看,当事人把他们之间的纠纷摆在法院面前时,法院必须对之作出裁决,只有解决了当事人之间的纠纷,才能上升到保障利益、维护秩序的层次。(2)从民事诉讼的运行看民事诉讼的目的。民事诉讼启动方面的最大特点是,它是法院审判权和当事人诉权共同作用的结果。尽管在不同的民事诉讼模式中法院和当事人的作用不同,但我们也应该看到,只有一方面的作用是无法启动民事诉讼的程序的。即使在职权主义的诉讼模式中法院的审判权积极主动,然而审判权的启动总是被动的,在民事诉讼中必须以当事人行使诉权为前提。

(三)民事诉讼程序的价值

【案情】

2002年10月14日,陕西省宝鸡市甲中学向本市A区人民法院提起诉讼,请求解除其与陕西省经济技术协会总公司供销经营部订立的房屋联建合同及补充协议。11月8日,原告向受诉法院提出先予执行的申请,请求解除上述协议以及补充协议以减少损失并提供了担保。11月10日,法院做出122号民事裁定书,确认:甲中学与经营部签订联建住宅楼的合同后,经营部因资金困难,无力履行合同义务,已造成损失,为避免继续造成损失,根据甲中学申请裁定解除双方在2002年10月签订的联建住宅合同书和补充协议。2003年12月,甲中学向法院提出撤诉,法院于2003年12月20日裁定准予撤诉,后经营部又向法院提起诉讼,审理期间法院依经营部申请裁定保全甲中学校园内的18幢住宅楼,裁定书号为156。陕西省高级人民法院认为,一审前A区人民法院已经做出122号民事裁定书,故经营部的起诉于理无据,裁定撤销保全裁定书,解除查封命令,驳回经营部起

诉,经营部不服,上诉到最高人民法院,最高人民法院认为A区122号民事裁定书已经生效,如当事人不服,可以按照审判监督程序再审,而甲中学撤诉后,当事人认为其实体权利未能实现而以同一诉讼请求再次起诉的,法院应当受理,所以指定陕西省高院对此案件进行审理。

【问题】

案件的程序运用是否正确?

【答案】

本案的焦点在于程序的运用是否正确。对A区法院做出的第122号民事裁定书的不同认识导致了法院不同的判决结果。陕西省高级人民法院认为第122号民事裁定书已经生效,经营部不能再行起诉,故撤销保全,驳回起诉。而最高人民法院认为虽然第122号民事裁定书已生效,但甲撤诉后,依据法律经营部仍可以另行起诉,故而指令陕西省高级人民法院对此案件进行审理。在本案件中一审、二审、再审的审级程序运用正确,先予执行、财产保全等程序的适用程序也无可挑剔,根据《民事诉讼法》第111条的规定:人民法院对判决、裁定已经发生法律效力效力的案件,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;所以最高人民法院对宝鸡市A区人民法院的第122号民事裁定书效力的认定更是充分地保障了当事人的诉讼权利和利益,体现了程序对案件审判的重要意义。

【解析】

本案案情显示了对民事诉讼程序价值的思考。诉讼程序是指法院通过行使审判权,对当事人诉至法院的权利或法律关系进行判断的手续和法律方式。诉讼程序的价值在于:程序决定了法治与恣意的人治之间的区别;程序能够提供形式合理性或正义性,保证选择的多样性和合理性;程序具有独立的价值,它的地位是载体,是一种运输手段,通过它运输法律主体以及其应有的关系形式。民事诉讼程序的价值包括

内在价值和外在价值两方面,内在价值主要有以下几方面:(1)公正性。民事诉讼程序的公正性主要表现为程序的安定性和程序的公开性。程序的安定性依赖的是法官对程序法规定的正确适用、法官对程序的有效运作和所有诉讼参加人对程序规则的自觉遵守。程序的公开是指程序制度、程序机制和程序活动的公开。(2)正当性。正当性也即正确性,包含结果的正确和实现过程本身的正确。结果的正确,主要是指判决的结果能够正确地实现实体法的内容,而过程的正确,则是指获取结果的过程本身是否得到了充分的保障,二者的结合才完整地构成了民事诉讼程序的正当性。(3)对话性。民事诉讼程序中的对话,指所有参加民事诉讼程序的人都可以从自己的角度,在法律规定的范围内相互进行交流,以使程序的当事人之间、当事人与法院之间就纠纷的解决达成共识。(4)迅速性。民事诉讼程序的迅速性就是应及时、尽快解决纠纷,以便减少费用,节省资源,最终达到迅速与高效的同步实现。英美法系的“法忌迟延”、“迟到的正义就是非正义”也是这个意思。民事诉讼程序的外在价值,又称工具性价值,是指实现民事诉讼程序的外在目的的手段或工具,它是人们据以评价和判断民事诉讼程序在保护民事权利、维护法律秩序以及解决纠纷方面是否有用和有效的标准。正确认识民事诉讼价值,科学确定民事诉讼价值的评价标准,就必然要在恢复当事人的程序主体地位的同时,注重诉讼程序对社会、公众的积极意义。由此,我国的民事审判方式改革便应从如何恢复及维护当事人的程序主体地位入手,以维护程序公正着眼,保障当事人的合法权益,维护社会安定有序的发展而设定一系列改革的具体举措,而所谓的民事诉讼模式转换问题便也就迎刃而解了。

(四)诉与诉权

【案情】

2001年7月,《新芽》杂志社主编李某在他所主编的杂志上发表了自己撰写的长篇报告文

学。此文描述了著名学者蔡某在政治上的表现。此文发表后,一些报刊转载了部分内容。蔡某不满此文中对自己的描写和评价,致函有关部门反映问题。后蔡某以李某和《新芽》杂志社为被告,向北京市第一中级人民法院提起诉讼。原告诉称:被告李某在《新芽》杂志上发表文章,对原告肆意诋毁,损害了原告的名誉,也给蔡某的亲属造成了精神损害。所以请求法院判令被告《新芽》杂志社和李某收回此文,以消除影响;在大型出版物上发表声明,公开认错,赔礼道歉,恢复名誉;赔偿精神损害费100万元。被告李某称:此文是依据历史事实写成,对蔡某的名誉不构成侵权。蔡某所诉与事实不符,应当驳回。李某同时反诉称:此文发表后,由于蔡某四处投递诽谤作者的信函,给作者的社会评价带来了极为严重的影响,侵害了作者的名誉权,请求法院判令蔡某停止侵害,消除影响,向作者公开道歉,恢复作者名誉,支付作者名誉损害及精神赔偿费共5万元。

【问题】

本案中李某提起的反诉与本诉之间是否存在联系?

【答案】

本案的情况构成了反诉。反诉是否成立的认定,关系到能否公正、经济地解决民事冲突。本案中蔡某提出的本诉与李某提出的反诉之间的联系,体现在两个诉的诉讼请求的事实基础具有一定的牵连性。原告请求法院判令被告《新芽》杂志社与李某收回该文,并在报纸和杂志上发表声明,公开认错,赔礼道歉,恢复名誉,同时请求精神损害赔偿。这些诉讼请求的事实基础是李某在《新芽》杂志上发表文章,对蔡某肆意诋毁,损害了蔡某的名誉,也给蔡某的亲属造成了精神损害。李某反诉蔡某投递不实信函,侵害了自己的名誉权,请求法院判令蔡某停止侵害,消除影响,公开认错,赔礼道歉,恢复名誉。李某反诉请求的事实基础是蔡某四处反映不实情况侵害了自己的名誉权,而这一事实恰

恰是在本诉所依据的事实基础上发生的,也就是说,被告反诉与本诉具有了一定的事实上的关联性,从而符合反诉构成的实质性要件。本案这种牵连性十分典型。

【解析】

本案中,李某在答辩的同时提出了反诉,涉及民事诉讼法学中诉的制度,涉及反诉与本诉的关系。

谈到诉就首先关注诉权,我国法律规定:当事人的民事权益受到侵犯,或者权利义务关系发生争议时,有权进行诉讼。民事实体法确定当事人在何种情况下有权提起诉讼,《民事诉讼法》确定了有权进行诉讼的条件。诉权的价值之于当事人,如同审判权之于人民法院一样重要。民事争议的主体能否以当事人的资格参加诉讼,在诉讼中能否陈述自己的主张,追述自己的诉讼目的,都取决于当事人是否有诉权。民事争议的主体有诉权,才能在人民法院进行诉讼。当事人向人民法院起诉,经人民法院查明有诉权,就应当受理案件,开始审判程序。在诉讼中,民事争议的当事人双方就有权依法进行各项诉讼活动,行使各种诉讼权利,履行诉讼义务,直至使争议得到解决,达到保护自己合法民事权益的目的。诉权的含义包括程序意义和实体意义上的诉权。程序意义上的诉权,是指《民事诉讼法》确定的赋予当事人进行诉讼的基本权利。它对提起诉讼的原告一方来讲,是请求人民法院行使审判权,对自己的合法民事权益给予保护的权力。当其民事权益受到侵犯或者与他人发生民事权益争议时,可以利用程序意义上的诉权,向人民法院提起诉讼,提出诉讼请求、提供证据、进行辩论,行使各项诉讼权利、实施各项诉讼行为。实体意义上的诉权,是指当事人通过人民法院向对方当事人提出实体请求的权利。这种权利是基于实体法的规定产生的。当民事权利义务关系发生争执时,有利害关系的双方当事人都有权提起诉讼,各自都有权提出自己的主张和请求。不论何方起诉或应诉,都有实体意义上的诉权。

民事诉讼中的诉是指当事人依照法律规定,向人民法院提出的保护其合法权益的请求。当事人因合法民事权益受到侵害或与他人发生争执,依法向人民法院提出要求通过审判方式予以保护。因此,诉可以在人民法院和当事人之间起一种媒介作用,引起民事诉讼法律关系的发生,引起人民法院对民事权益纠纷的审判。

反诉是被告在诉讼中提出的一个独立的诉,具备诉的构成要素,指在已经开始的诉讼程序中,本诉的被告通过法院向本诉的原告提出的一种独立的反请求。由于我国民事诉讼法对反诉制度的规定过于简单,司法实践中多是依学理解释,缺乏统一的标准。一般而言,提起反诉除了要符合提起起诉的条件外还必须符合一些特殊条件:(1)反诉与本诉要有联系。(2)反诉应当在法庭辩论结束之前提出。(3)反诉应当向审理本诉的法院提出,而且不属于其他法院专属管辖。(4)反诉与本诉案件能够适用同一诉讼程序合并审理。

原告提起的诉,称为本诉,反诉和本诉都是法律规定的,用以保护当事人合法权益的制度,但又不同于本诉。具有以下特征:(1)反诉当事人的特定性。反诉中的原告只能是本诉中的被告。反诉中的被告只能是本诉中的原告。(2)反诉请求的独立性。反诉和本诉都是以实体法和程序法为根据所提起的完整之诉。因此反诉具有自身的独立性,不因本诉的原告撤回本诉而终结,也不因本诉的原告放弃请求而结束。(3)反诉时间的限定性。反诉只能在本诉进行中提起,一般是在本诉原告起诉后,法庭辩论终结前提起,才便于人民法院将反诉与本诉合并审理。(4)反诉目的的对抗性。被告提起反诉的目的,在于抵消或吞并原告所提起之诉,使原告败诉,以保护自己的合法权益。反诉与本诉的合并属于诉的合并。

反诉与本诉的联系,在不同时期、不同国家的立法中规定也有区别。在我国普遍存在的观点是,反诉必须与本诉有牵连关系。反诉与本诉的诉讼标的或者诉讼理由,应当在法律上或事实上具有牵连关系,例如,原告要求被告按购销

合同交货,被告提起反诉,要求撤销该合同;原告要求被告交付房租,被告提起反诉,要求被告维修房屋,并赔偿因房屋漏雨给自己造成的损失,等等。无论基于同一种法律关系还是同一事实,或者基于某种权利义务,都应与本诉有一定的联系才便于法院合并审理。如果本诉的被告提起的诉与本诉原告提起的诉毫无联系,则应是两个独立案件,应分开审理。

因被告提起反诉可以引起的诉的合并。人民法院将被告提起的反诉与原告提起的本诉合并审理。它不是同一原告针对同一被告提出的,并且原告、被告双方既可以针对对方向法院提出一个诉的标的,也可以提出数个诉的标的,反诉与本诉合并审理,当事人双方虽未变,但各自的诉讼地位却发生了变化,并且是将数个诉的标的予以合并审理。既有诉的主体合并,又有诉的标的合并的,是单独的一种诉的合并形式。

(五)诉的变更

【案情】

2001年10月,刘某在网上访问S网站时发现,通过点击该网站首页“文学”栏目下的“小说”,根据提示点击“外国小说”,“经典作品”,可以看到自己的译作《海边小屋》。10月18日,刘某申请北京公证处对以上操作过程、路径和终端监视器上显示的页面内容进行公证,然后据此于10月24日提起诉讼。原告刘某诉称:被告S网站在未经允许的情况下,擅自将原告于1995年出版的译著《海边小屋》以三种版式在网上登出,供阅读人下载,该行为侵犯了原告享有的著作权。请求法院判令原告立即停止在网上刊载。网上确实有原告作品的三个版式,但是S网站只是和这些网站有链接关系。但链接不构成侵权,原告指控没有法律依据,应依法驳回。2001年11月24日,法院开庭审理时被告再次按照原告提交的公证书中的过程和路径上网演示,刘某得知S网站只是链接而并未上载其作品后,当庭要求S公司立即停止与上载该作品网站的链接,S公司以法律未规定链接

为侵权拒绝刘某的请求,此后在同年11月30日,S公司的代理律师向法院提交了一份说明,表示S公司决定停止对前述网站的链接。

【问题】

本案审理过程中刘某对于诉讼请求的变更是否构成诉的变更?

【答案】

本案中的原告刘某在法庭上得知上载与链接两种技术手段的不同之处时,当庭要求S网站立即停止与上载该作品网站的链接,此时他已经将起诉时的诉讼请求——“立即停止在网上刊登上述作品”变更为“请求被告立即停止与上载其译作的网站进行链接”。刘某将停止侵害的诉讼请求的内容当庭予以改变,属于我国民事诉讼法中通常所指的诉讼请求的变更。

【解析】

本案涉及“诉的变更”问题,诉的变更与诉、诉的要素的关系密切。我国的《民事诉讼法》和民事诉讼法相关教科书中一般将诉的变更称为“诉讼请求的变更”、“诉讼请求的增加”,这与我国民事诉讼法学理论将诉界定为诉讼请求有关。根据我国民事诉讼法理论的通说,诉是由诉讼主体、诉讼标的和事实理由三个要素构成的特定的程序。而诉的变更是指诉的要素的变化,可分为诉在量上的变更和诉在质上的变更,诉在质上的变更又可以分为诉的追加变更和诉的替换变更。司法实践中,根据尽量利用同一诉讼程序解决更多的民事纠纷这一原则,对于诉的变更一般是应当允许的。不过由于诉的变更的情形不尽相同,对诉的变更的要求限制也有所不同,一般说来,对于诉在质上的变更要限制得严格一些。这是因为,若是过于宽泛地允许与原诉在诉讼标的方面和事实理由方面没有关联性的新诉的替换变更或追加变更,往往会给被告造成被动,从而违反当事人平等原则。本案中发生变化的是诉讼请求的变化而不是诉

讼标的的变化。根据法理分析,也应该构成上面所讨论的诉在量上的变更。也就是说,本案不属于诉在质上的变更问题,所以原告变更的诉讼请求应被法院接受,继续成为审理的对象。事实上法院也继续对案件进行审理。在对互联网上搜索引擎设置的技术进行分析后认定:本案被告在搜索引擎中设置临时链接的行为不侵害原告的著作权,但是当刘某提起诉讼时,被告明知自己的网站与侵权网站的链接侵害了原告的合法权益,本应及时断开链接以避免侵权结果的扩大,但S公司却不采取这种正当措施,仅以上载与链接在技术上不同的理由来辩解没有侵权,这是对变更后诉讼请求的漠视。

（六）诉讼标的

【案情】

1997年3月15日,夏某委托无锡营业部办理深交所股票的交易手续。1998年3月,深交所上网发行五粮液新股,每股发行价格13.55元,3月27日,夏某在无锡营业部交款申购五粮液新股1.4万股。3月31日,深交所交易系统的计算机主机进行发行配号,无锡营业部接到该记录后向夏某出具了配号交割凭单。凭单载明,夏某的14个发行配号起始号是0012153,4月2日,中国证券报公布了五粮液股票发行配号的抽签结果,凡是配号尾数为2153的为—组中签号码,凭中签号码可以认购1000股。夏某经核对,确认自己已中签,但当日其账户却没有交割到1000股五粮液股票,且其交纳的股票款却被返还到账户上。夏某多次与无锡营业部交涉未果,于是提起诉讼,原告夏某请求法院确认原告有1000股五粮液新股的认购权,并判令被告按申购款的5%赔偿给原告精神损失。被告辩称:原告申购新股的真实起始号码是0123345,该号码并未中签。原告所说的配号交割单仅起到通知单的作用,并非与客户成交的法律凭证。被告虽然因工作失误错误传达了配号,但是和原告没有中签之间并没有因果关系,也没有给原告造成任何损失,所以原告的诉

讼请求没有事实和法律依据,应当驳回。

【问题】

本案中原告夏某向法院提出的诉讼请求是:确认自己享有1000股五粮液新股的认购权;判令被告按照申购款的5%赔偿精神损失。这两个诉讼请求分别构成什么诉?两个诉之间的关系如何?

【答案】

原告提出了两个诉讼请求,确认自己享有1000股五粮液新股认购权的诉讼请求构成了一个确认之诉,要求被告赔偿精神损害的诉讼请求构成给付之诉;后一个诉讼请求以前一个诉讼请求为基础,法院对于此案的审理应当进行诉的合并。

【解析】

本案的焦点在于诉讼的标的,在我国民事诉讼的实践中,虽然处理诉的变更、追加、合并等问题往往不考虑诉讼标的这一理论问题,但是进行理论探讨时,诉的种类、诉的合并与变更等问题都离不开诉讼标的理论。在大陆法系的民事诉讼理论中,诉讼标的理论大体上可以分为三大流派:传统的诉讼标的理论、新诉讼标的理论和新实体法理论。传统的诉讼标的理论认为,诉讼标的的多寡应当以原告所享有的实体法上的请求权为标准,在实体法上有多少个请求权,诉讼法上就存在着多少个诉讼标的。而新诉讼标的理论认为诉讼标的不是当事人的请求权或权利主张,而是具体的诉的声明或审判要求。新实体法理论以事实关系作为判断实体请求权的标准,仍然强调诉讼标的与实体法请求权的联系。我国民事诉讼理论中通说是旧诉讼标的理论,即以实体法上的请求权为标准判断诉讼标的,而且通行的观点认为当事人提出的诉讼请求是诉讼标的的外在表现,而诉讼标的是诉讼请求的内在原因。针对起诉而言,根据诉讼请求内容的不同诉可以分为确认之诉、给付之诉和变更之诉。

确认之诉指原告请求人民法院确认其与被告间存在或不存在某种民事法律关系的诉。任何一种法律关系的成立,都须有一定事实和条件。凡当事人双方之间对某种民事法律关系是否已经成立,现是否还存在,而发生争议,提请法院作出确认的都是确认之诉。它具有以下特征:(1)当事人只请求法院确认其与对方当事人之间是否存在某种民事法律关系,并不要求法院判令对方履行某一民事义务。(2)确认之诉所要确认的民事法律关系必须是现存的,只是当事人对这一现存的民事法律关系是存在还是不存在,或者存在的范围有争议,才能请求法院对其作出肯定或否定的裁判。(3)当事人之间没有行使权利和履行义务之争,法院的裁判不存在执行问题。当然,法院对当事人之间发生争议的民事法律关系作出确认,也就是保护了当事人的合法权益。

给付之诉指当事人请求人民法院判令对方当事人履行一定民事义务的诉。根据实体法的规定,某种法律行为一经成立,或者某种法律事实一旦发生,当事人之间就产生一定的权利义务关系。对于不正确行使权利或履行义务的,应当承担一定的法律责任。凡一方当事人基于某一法律关系,要求对方当事人履行一定的义务时,如发生争执诉诸法院,请求法院判令对方为一定的给付行为的,都是给付之诉。它具有以下特征:当事人一方依法存在请求权,对方依法则应承担某种义务,或者当事人双方都分别享有某种权利和应承担某种义务,而应履行义务的一方又拒不履行义务;双方当事人之间有权利义务之争,对如何行使权利和履行义务发生争议,请求法院对发生争议的权利义务关系作出确认;法院对案件经过审理,不仅要确认当事人之间的民事法律关系,而且还要在此基础上判令义务人履行其义务。

变更之诉指当事人请求人民法院改变或消灭其与对方当事人之间现存的民事法律关系的诉。根据实体法的规定,某些法律关系可因一定的行为或者事实而成立,也可因一定行为或事实而消灭。一方当事人对现存的某种法律关

系是否与对方持续保持发生争议,提请法院予以变更的。变更之诉的特点在于:双方当事人对其现存的法律关系无争议,只是对现存的法律关系是否变更或者如何变更有争议。双方当事人争议的是有法律意义的事实,例如,当事人之间存在婚姻关系的事实,当事人之间存在养父母关系的事实,等等,只需对这种事实加以变更,而不是要求解决权利的享有或义务的承担问题。在法院对案件作出判决之前,现存的法律关系仍保持不变。法院的变更判决生效后,当事人之间的法律关系发生变更或消灭。

(七)民事诉讼法的对人效力

【案情】

英国青年亨利·乔治在中国留学期间,与中国女青年史丽娜相识恋爱,并于1993年在北京结婚。婚后乔治担任英国某公司驻北京代表处的代表。但因为乔治本人不适应中国的文化环境,夫妻之间经常发生小摩擦。1998年,乔治所在公司计划调其回英国本部工作,乔治本人很珍惜这次机会,认为是重新生活的开始,并要求史丽娜一同回英国,史丽娜不同意,双方矛盾升级。于是史丽娜向北京市某区法院提起离婚诉讼,要求解除与乔治的婚姻关系,法院受理了此案。乔治认为自己是英国国民和英国公司的代表,不受中国法院管辖,法院这么做是侵犯英国主权的行為,并拒绝出庭应诉,人民法院合理传唤,乔治仍拒不出庭,最终人民法院缺席判决解除二人的婚姻关系。

【问题】

人民法院受理史丽娜的离婚请求有没有法律依据?

【答案】

根据我国《民事诉讼法》第4条规定,任何人在我国人民法院进行民事诉讼,都必须遵守我国的民事诉讼法。乔治与史丽娜在中国进行离婚诉讼,当然适用中国民事诉讼法的有关规定。