

wan guo 万国

2009

司法考试培训教材

万国学校授课精华

民事诉讼法

郭翔 编著

江苏工业学院图书馆

全部囊括 藏书章

知识要点

疑难问题

易混淆点

辨析明白

知识产权出版社

内容提要

本书内容是司法考试培训名校万国学校名师讲义的提炼, 体例上设置了[必读法条]、[基本知识点]、[疑难点]、[易混点]几个部分。在[必读法条]部分列举了该部分的重点法条; 在[基本知识点]部分对司法考试涉及的该部分的知识要点进行了概括; 在[疑难点]部分对司法考试的疑难问答进行了深入的阐述; 对司法考试易混淆的内容在[易混点]部分加以区分。

本书适用于参加司法考试的人员作为必备参考书。

责任编辑: 彭小华

责任校对: 董志英

文字编辑: 岳桂芬

责任出版: 卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法/郭翔编著. —北京: 知识产权出版社, 2009. 3

(万国学校授课精华)

ISBN 978 - 7 - 80247 - 428 - 4

I. 民… II. 郭… III. 民事诉讼法 - 中国 - 法律工作者 - 资格
考核 - 自学参考资料 IV. D925. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 020555 号

万国学校授课精华

民事诉讼法

MINSHI SUSONGFA

郭翔 编著

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010 - 82000893 82000860 转 8124

责编电话: 010 - 82000860 转 8115

印 刷: 保定市市中画美凯印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2009 年 4 月第一版

字 数: 308 千字

ISBN 978 - 7 - 80247 - 428 - 4/D · 768 (2453)

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010 - 82000893

责编邮箱: pengxiaohua@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 12.5

印 次: 2009 年 4 月第一次印刷

定 价: 20.00 元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

但愿这是你要的那本民事诉讼法教材（代序言）

之前，我并没有想过，自己的讲义会成为一本教材。记得从2004年开始在万国学校讲民事诉讼法时，那时民事诉讼法的讲义，包括当时时间最长的系统强化阶段，总共也只有A4的纸10页左右，当然是单面。那时我望着台下不停记笔记的学员，感觉自己只是一个复述讲义的机器。因为要留大量的时间给学员记笔记，自己在讲台上，根本就没有时间针对考点中的重点和难点问题展开论述。而学生对老师的要求也比较简单：只要老师能够将知识点讲到就行了，如果能够结合考点讲得更清晰，少些与司法考试无关的话，那就更好了。毕竟大家都是成年人，毕竟大家都是“抛妻弃子”来到精品班（这是司考学员的原话，我不止一次在开班学员代表的发言中找到了这句话或者大体对应的说法）。可是不止一次，我发现有的教室是没有课桌的，学员需要自己的腿上记笔记，而这些学员中还有孕妇。当时我就想，至少我的讲义要减少学员记笔记的量。从2005年开始，我的讲义就走上了一条与当时万国学校大多数老师不同的路，开始向学员提供详细的讲义。

事实上，在向学员提供包括法条序号在内的详细讲义前，我是有顾虑的。许多老师，主要是万国学校的核心教师已经告诉我，如果讲义太详细，课就不好讲，学员会认为我们在读讲义，尽管讲义也是我们写的，但学员会认为在讲堂上没有听课的感觉。用开玩笑的话讲，要是因为这种讲义而在课堂上睡觉，被万国学校的空调吹凉了，万国学校将承担产品责任。

想到这些，我从2005年开始，配合讲义的调整，开始了一种全新讲课模式的探索：简单易懂的知识点，要求学生在听完以后，马上能够运用而不需要课后复习；复杂的知识点，要求学生当场听明白，要求课堂气氛好，要有互动，要学员感觉轻松。这些年，我的这种讲课风格已经为学生所接受。今天无论是在课堂上实际听过我课的学员，还是通过网络或者盗版光盘对我“只闻其声不见其人”的学员，是否想过，你们认为令你们十分容易接受的讲课风格，那些充满笑话式的案例，那些针对重点问题的强调，它们的形成，最初源于对讲义的调整。

对于我的讲义，我一直认为没有公开出版的必要，因为大家可以很容易地从网上或者盗版书市上买到。当然这也说明了大家对我讲义的认同。然而讲义毕竟是讲义。2008年的时候，我在与学员交谈间，不少学员向我提出要求：能否将我课堂上讲过的法条归纳成册，方便他们掌握。大家知道，虽然民事诉讼法的法条很多，但司法考试中被考到的法条还是十分有限的，在课堂上，我所讲的基本上包括了民事诉讼法中能被考到的法条，但讲义上却只给出了记忆要点和考试关键词，因为篇幅的限制和讲义本身需要精练，我没有给出过法条全文。

也有不少学员问我，在看完我的讲义以后，还要不要看别的资料，因为他们感觉考试的重点在我的讲义中已经全部被写上了。对于我讲义的针对性，我不想作过多的回答。这种提问倒让我想到了另一个问题。虽然我的讲义在考点上十分准确，但它却不同于各类辅导用书，也就是说，如果没有我的讲义，学员完全没有办法按照我的体系及对考点

的预测进行课前的预习与课后的复习。我觉得有必要按照我讲义的体系，形成一本教材，给那些习惯按照我的体系复习民事诉讼法的学员，更给那些只能通过盗版光盘学习民事诉讼法的学员，作一本我讲义的“加强版”，配合讲课，掌握考点。

当然，教程是不同于课堂讲授的。虽然我是按照讲义写的教材，但它是一本教材，而不是我课堂内容的录音整理稿。也就是说，它有自己的特点：除了全面地体现了民事诉讼法中的重点、难点和热点以外，它还是一本适用阅读的材料。大家除了“听”我讲民事诉讼法以外，还可以“看”我讲民事诉讼法。两种不同的途径，讲述同样的问题，也算是预习或者复习民事诉讼法的另一种方式。这或许更好呢。

要说明的是，这本书的问世，与万国专业服务中心的几位工作人员的努力是分不开的。本书中的大量案例是几位专业人员帮我收集的。虽然最后是否采纳这些案例是我决定的，但这只是说，文责由我负，但辛苦的付出却在他们。

或许本书出版以后，会有不少学员问我，我怎样评价这本书。我只能说，这是一本能将考点简单明了地讲清楚的书。我不敢说它是一本优秀的司法考试辅导书，我只能希望它是一本适合你的民事诉讼法书，一本你愿意读下去的书。

喜欢就好。

郭 翔

2009年3月

目 录

第一章 民事诉讼和民事诉讼法概述	(1)
第二章 诉	(3)
第三章 民事诉讼法的基本原则	(9)
第四章 民事诉讼法的基本制度	(12)
第五章 当事人	(17)
第六章 主管与管辖	(31)
第七章 证据	(48)
第八章 诉讼保障制度	(62)
第九章 调解制度	(71)
第十章 一审普通程序	(76)
第十一章 简易程序	(88)
第十二章 二审程序	(92)
第十三章 再审程序	(100)
第十四章 特别程序	(109)
第十五章 非讼程序	(114)
第十六章 民事裁判	(120)
第十七章 执行程序	(122)
第十八章 涉外民事诉讼程序	(138)
第十九章 仲裁与仲裁法概述	(145)
第一节 仲裁概述	(145)
第二节 仲裁法概述	(146)
第二十章 仲裁委员会和仲裁协会	(148)
第一节 仲裁委员会	(148)
第二节 仲裁协会	(148)
第三节 仲裁规则	(149)
第二十一章 仲裁协议	(150)
第一节 仲裁协议概述	(150)
第二节 仲裁协议的内容	(151)
第三节 仲裁协议的效力	(152)
第四节 仲裁协议的无效与失效	(153)
第二十二章 仲裁程序	(155)
第一节 仲裁当事人与代理人	(157)
第二节 申请与受理	(157)
第三节 仲裁中的保全	(158)
第四节 仲裁庭的组成	(160)

第五节	仲裁审理	(161)
第六节	仲裁中的和解、调解和裁决	(162)
第七节	简易程序	(163)
第八节	仲裁时效	(164)
第二十三章	申请撤销仲裁裁决	(165)
第一节	申请撤销仲裁裁决的概念和特征	(165)
第二节	申请撤销仲裁裁决的条件和理由	(165)
第三节	法院对撤销仲裁裁决申请的处理及其法律后果	(166)
第二十四章	仲裁裁决的执行与不予执行	(168)
第一节	仲裁裁决的执行	(169)
第二节	仲裁裁决的不予执行	(170)
第三节	仲裁裁决的中止执行、终结执行和恢复执行	(171)
第二十九章	涉外仲裁	(173)
第一节	涉外仲裁的概念	(173)
第二节	涉外仲裁机构	(173)
第三节	涉外仲裁程序	(174)
第四节	对涉外仲裁裁决的撤销和不予执行	(175)
第五节	涉外仲裁裁决的执行	(175)
附一	历年精选真题及详解	(177)
附二	卷四民事诉讼法和仲裁法案例题考法、答题技巧总结并附案例	(187)

第一章 民事诉讼和民事诉讼法概述

一、民事诉讼

民事诉讼是指人民法院审理民事案件，当事人进行诉讼活动过程中，人民法院、当事人和其他诉讼参与人为解决民事纠纷、保护合法权益而依法进行的全部诉讼活动以及在这些活动中所产生的各种诉讼法律关系的总和。

疑难点

如何判断民事诉讼法律关系

如，经小王介绍，腾飞房地产公司将临街道的4间平房出租给个体工商户张三从事电子产品经营，并约定在每季度第一个月10日之内支付整个季度的房租。因生意不景气，张三拖欠房租一直不支付，腾飞房地产公司以张三为被告起诉至人民法院，要求张三支付租金。在本案诉讼中可能存在若干法律关系，如被告拖欠租金的关系、房地产公司与法院之间的关系、房地产公司与其委托的代理人之间的关系等。那么，究竟哪种法律关系属于诉讼法律关系？

准确解决这一问题的关键是看法律关系的一方是不是法院，民事诉讼法律关系的一方固定是法院。

二、民事诉讼法

民事诉讼法就是指国家制定的规范诉讼活动并调整诉讼法律关系的法律规范的总和。其有广义与狭义之分，狭义的民事诉讼法是指2007年新修订的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》），广义的民事诉讼法还包括其他法律中关于民事诉讼的具体规定以及最高人民法院的司法解释等。

（一）民事诉讼法的任务

我国《民事诉讼法》第2条明确规定了民事诉讼法的任务，即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，保证社会主义建设事业顺利进行。

（二）民事诉讼法的效力

民事诉讼法的效力即民事诉讼法所适用的范围，包括对人、对事、时间以及空间效力四方面。其中重点需掌握民事诉讼法对人的效力，即适用于在中国领域内进行民事诉讼的一切人。这里需注意与民事实体法的效力作区别。例如，由美国公司与中国公司合资成立的甲公司在北京与日本乙公司签订一份买卖合同，合同约定乙公司向甲公司出售3台离子检测仪，并由乙公司负责将该离子检测仪运到甲公司住所地。离子检测仪运到后，

甲公司经检测发现其中两台仪器存在严重质量问题,经交涉未能解决,于是甲公司向我国人民法院起诉,要求乙公司承担违约责任。在该案诉讼中,必然涉及实体法与程序法的适用问题。由于民事实体法所解决的是当事人之间民事实体权利义务的确立,而民事诉讼法则是法院行使审判权解决争议以及当事人进行诉讼所遵守的程序规则,因此,在中国法院进行涉外民事诉讼时,根据案件的具体情况,民事实体法既可以适用中国法,也可以适用外国法,而民事诉讼法则只能适用中国法。

(三) 重要的法规

1. 《民事诉讼法》(2007年10月28日修订); 2. 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民诉意见》); 3. 《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》); 4. 《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》(以下简称《简易程序规定》); 5. 《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(以下简称《调解规定》); 6. 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》(以下简称《审判监督解释》)。

易混点

1. 民事诉讼法与民事实体法的关系。

民事诉讼法与民事实体法的关系可以体现在两方面:一是形式与内容、手段与目的的关系;二是保障与被保障的关系,即民事诉讼法是保障民事实体法实现的。也就是说,民事诉讼程序规则的建立是否合理、科学,直接决定民事实体法设定的权利能否实现。

2. 民事诉讼法与刑事诉讼法、行政诉讼法的关系。

三大诉讼法是法院审理三类不同案件所遵守的诉讼程序规则,尽管有许多相同之处,但是毕竟三大诉讼还存在若干区别,其中主要是两个方面的区别:

一是提起诉讼的主体不同。民事诉讼基于处分原则实行不告不理制度,这就决定了提起民事诉讼的主体必然是民事权利受到侵犯或是发生争议的公民、法人或者其他组织。刑事诉讼实行国家干预原则,决定了刑事诉讼主要由检察院提起公诉,当然对于一些简单的轻微案件由自诉人自诉。而行政诉讼的职能为解决国家行政管理权行使过程中出现的问题,因此提起行政诉讼的主体肯定是行政管理的相对人即行政相对人。

二是举证责任不同。三大诉讼的提起主体不同最终决定举证责任的分配是不同的。在民事诉讼中,民事案件原被告双方都有可能负举证责任。在刑事诉讼中,则由执行控诉职能的检察院与自诉人对被告人有罪负举证责任;只要控方无法证明有罪,那么就是无罪。而行政诉讼则不同,解决是否依法行政的目的决定了由被告行政机关就是否依法行政负主要举证责任。

第二章 诉

【必读法条】

《民事诉讼法》

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

第十二条 人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论。

第十三条 当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。

一、诉的要素

诉是民事诉讼中理论性较强的内容，但又是民事诉讼中不可缺少的问题。

1. 宏观意义上的理解，即法律规定的保护当事人合法权益的法律制度，通常包括实体法律制度与程序法律制度。实体法律制度主要从民事权利以及权利受到侵犯时的救济角度进行规定；而程序法律制度则从如何运用民事诉讼程序保护实体权利的角度作出规定。

2. 微观意义上的理解，即当事人向法院提出的维护其合法权益的请求，通常包括程序意义上的诉与实体意义上的诉两层含义。程序意义上的诉是当事人向人民法院提出的开始审判程序并行使审判权维护其合法权益的请求；而实体意义上的诉是当事人通过法院向对方当事人提出的要求其履行实体义务以实现自身权利的请求。

3. 诉的特征是：（1）由当事人提出；（2）向法院提出；（3）是一种请求。

4. 诉讼标的。诉的标的即当事人之间发生争议并提请人民法院确认的实体权利义务关系。其强调的是民事权利义务关系。

（1）与诉讼标的物相区别：诉讼标的物为有争议的具体东西，如汽车。

（2）与诉讼请求相区别：诉讼请求为作出特定判决的要求，如赔偿损失。例如，服装租赁合同关系，因面试租赁西装，一天 25 元（诉讼标的额）。

（2002 年卷三 28 题，单选）

王大明将房子租给刘大壮居住，月租金 1200 元。现王大明因刘大壮拖欠了 5 个月的房租未缴，而诉诸法院，要求刘大壮给付 6000 元房租。现问，此案的诉讼标的指的是什么？

- A. 王大明租给刘大壮的房子和刘大壮欠王大明的 6000 元钱
- B. 王大明要求刘大壮支付的 6000 元租金
- C. 王大明提出诉讼请求所依据的王大明与刘大壮之间存在的房屋租赁关系
- D. 王大明、刘大壮与人民法院之间的诉讼法律关系

答案：C

（2006 年卷三 41 题，单选）

乙租住甲的房屋，甲起诉乙支付拖欠的房租。在诉讼中，甲放弃乙支付房租的请求，

但要求法院判令解除与乙的房屋租赁合同。下列关于本案的哪种说法是正确的？

- A. 甲的主张是诉讼标的的变更
- B. 甲的主张是诉讼请求的变更
- C. 甲的主张是诉的理由的变更
- D. 甲的主张是原因事实的变更

答案：B

(2002 年卷三 30 题，单选)

下列哪项法律关系是民事诉讼法律关系？

- A. 原告与其代理人之间的法律关系
- B. 证人与被告之间的法律关系
- C. 原告律师与被告律师之间的法律关系
- D. 人民法院与指定的鉴定人之间的法律关系

答案：D

疑难点

判断具体案例中的诉讼标的及易混概念

如，甲单位与乙建筑工程公司签订建筑工程合同。合同约定，乙建筑工程公司在 1 年内为甲单位修建一栋办公大楼，办公楼交付使用后 10 天内，甲单位应当为乙建筑工程公司结清全部工程款。合同履行完毕后 3 个月，甲单位发现办公楼楼顶许多部位都开始出现轻重程度不同的裂缝，于是向法院起诉，要求乙建筑工程公司对办公楼进行必要的修复并承担相应的违约责任。

在这一案件中，诉的标的是甲单位与乙建筑工程公司之间发生争议并提请法院确认的建筑合同权利义务关系；而诉讼标的物是该办公楼；诉讼请求是甲单位向法院提出的让乙建筑工程公司修复办公楼并承担违约责任的具体要求。

二、诉的分类

按原告的请求的内容来划分诉的种类。

(一) 确认之诉

确认之诉即当事人向法院提出的要求确认某种法律关系存在或者不存在的诉。例如，一个传说中的钻石王老五，对于实习生情有独钟，闪婚，最后妻子是知青时的私生女。要求确认婚姻关系无效，是确认之诉。又如，甲印刷厂与万国学校之间系多年合作关系，长期以来一直由甲印刷厂向万国学校供应各种内部资料，但是，一直都未签订正式的书面合同。一般情况下，印刷厂供应内部资料后，万国学校即会在 5 天之内结清款项，有时也会出现几批资料一起结账的情况。2008 年 11 月 6 日，印刷厂财务人员要求万国学校对所供应的 5 批价值 4500 元的内部资料结账时，万国学校认为供应本子的供货单上并不是该校校长签字，而是其财务人员、管班老师等的签字，不能认为是万国学校的购买行为，因此拒绝支付 4500 元。在这种情况下，如果甲印刷厂以供货单为依据，向法院起诉要求法院确认在甲印刷厂与万国学校之间存在资料买卖关系，则属于确认之诉。

由此可见，确认之诉是围绕法律关系进行的，并具有下列特点：第一，当事人之间

的法律关系具有现实意义；第二，双方当事人就该法律关系是否存在发生争议；第三，请求法院确认法律关系是否存在。

（二）给付之诉

给付之诉即当事人向法院提出的、要求法院责令义务人履行一定的实体义务，以实现自己合法权益的请求。例如，基于购销合同而提出的要求卖方及时履行交付货物的义务的请求；基于侵权行为而提出的要求侵权人承担侵权责任，赔偿因侵权行为而给受害人所造成的经济损失的请求等。

在给付之诉中，根据给付的内容，通常可以将给付之诉分为物的给付之诉与行为的给付之诉；在物的给付之诉中，又可以根据物的不同而分为特定物给付之诉与种类物给付之诉。例如，张三开发果园需要 10 棵桃树，于是到卖果树的李四处挑选了 10 棵桃树并做了记号，预付了 240 元的预付款，约定两天后来拉。两天后，张三发现自己挑选的 10 棵桃树被李四出售，李四答应 4 天后为张三备齐 10 棵桃树，但并未做到。为此，张三向法院起诉，要求李四 10 日内交付果树，以保证自己的需要。在本案中，张三所提出的诉就属于种类物给付之诉。此外，在给付之诉中，还可以根据给付的时间分为现在给付之诉与将来给付之诉。

不论哪一种给付之诉，都具有以下特点：第一，双方当事人之间存在实体权利义务关系。这种实体权利义务关系可以是双务关系，如基于买卖合同、建筑工程承包合同等产生的权利义务关系；也可以是单务关系，如基于出借人将借用物出借给借用人后产生的权利义务关系等。第二，双方当事人就该实体权利义务关系发生争议。第三，要求义务人履行实体义务，以实现权利人的实体权利。

注意：财物、作为、不作为都可以是给付之诉的内容，如停止侵权、赔礼道歉、赔偿 10 万元。

区分标准：在确认之诉中，原告只求确认，不求给付。先行确认，以求给付，如债权和债务关系。

（三）变更之诉：有效关系，加以变更

变更之诉即当事人向法院提出的改变现存的某种法律关系的请求。例如，甲某起诉请求法院判决与其丈夫乙某离婚、丙某向法院起诉要求法院为其解除与养父母之间的收养关系等。可见，变更之诉也是围绕法律关系进行的，但具有以下不同于确认之诉的特点：第一，当事人之间无争议地现实存在某种法律关系，如父母子女关系、夫妻关系。第二，双方当事人就法律关系是否应当变更发生争议。第三，变更判决生效之前，原法律关系不变；变更判决生效后，原法律关系即消灭。

（2007 年卷三 41 题，单选）

甲的邻居乙买来建筑材料，准备在房后建一杂物间，甲认为会挡住自己出入的通道，坚决反对。乙不听。甲向法院起诉，请求法院禁止乙的行为。该诉讼属于哪类诉？

- A. 确认之诉
- B. 形成之诉
- C. 给付之诉
- D. 变更之诉

答案：C

（2004 年卷三 36 题，单选）

下列哪一种民事诉讼请求属于给付之诉?

- A. 甲起诉请求乙停止损害其名誉
- B. 丙起诉丁请求撤销二人之间的房屋买卖合同
- C. 男方起诉前妻, 请求将二人之子判归前妻抚养
- D. 王某起诉李某, 请求解除收养关系

答案: A

(2008 年卷三 86 题, 多选)

关于诉的种类的表述, 下列哪些选项是正确的?

- A. 甲公司以乙公司违约为由, 诉至法院要求解除合同, 属于变更之诉
- B. 甲公司以乙公司的履行不符合约定为由, 诉至法院要求乙公司继续履行, 属于给付之诉
- C. 甲向法院起诉乙, 要求返还借款 1000 元, 乙称自己根本没有向甲借过钱, 该诉讼属于确认之诉
- D. 甲公司起诉乙公司, 要求乙公司立即停止施工或采取有效措施降低噪音, 属于变更之诉

答案: AB

三、反 诉

反诉是指在诉讼进行过程中, 本诉的被告以原告为被告, 向受理本诉的人民法院提出与本诉具有牵连关系的, 目的在于抵销或者吞并本诉原告诉讼请求的独立的反请求。例如, 甲公司基于与乙公司之间签订的设备买卖合同向法院起诉, 要求乙公司支付拖欠的设备款 36 万元。在诉讼进行过程中, 乙公司提出甲公司向其提供的设备存在严重质量问题, 导致其原材料加工的产品大量不合格, 因此要求甲公司承担翻修设备所需要的 6 万元并赔偿因设备存在质量问题而给自己造成的原材料损失 10 万元。这一请求即为反诉。

(一) 特点

1. 反诉主体具有特定性, 即反诉是本诉的被告针对原告提出的请求。也就是说, 通过反诉使双方当事人具有诉讼地位的双重性, 本诉的被告同时是反诉的原告, 而本诉的原告同时是反诉的被告。

2. 反诉目的具有对抗性, 即被告提出反诉的目的在于抵销或者吞并本诉原告的全部或者部分诉讼请求。如, 上述案件中, 乙公司提出反诉的目的在于抵销甲公司提出的 16 万元诉讼请求。

3. 反诉请求具有独立性, 即反诉请求应当是一个独立的请求, 可以以反诉的形式在本诉审理过程中提出, 也可以以独立的诉讼请求的形式向有管辖权的人民法院提出。

4. 反诉请求需要与本诉请求具有一定的牵连性。

5. 反诉时间的特定性, 即反诉原则上应当在一审举证期限届满前提出。如果在二审程序中提出反诉, 则应当在自愿、合法的基础上以调解的方式结案。如果调解不成, 则就反诉部分另行起诉; 否则, 如果二审法院就反诉请求与本诉请求一并作出判决, 则势必剥夺当事人对反诉请求的上诉权。

6. 反诉与本诉适用的程序具有同一性。《民事诉讼法》根据具体民事案件的不同情

况,对不同民事案件设置了普通程序与简易程序两种不同的审判程序。因此,要想形成反诉,达到与本诉合并审理的目的,还需要反诉请求与本诉请求应当在性质与影响方面具有相同性,可以适用同一审判程序进行审理,否则不能作为反诉请求提出。

注意:反诉是独立的诉,即本诉撤诉后,不影响本诉。反诉向受理本诉的法院提出,且受诉法院对反诉有管辖权。并且,受诉法院如果对反诉没有管辖权,依然可以提起,按牵连管辖处理。但以下情况除外:(1)被告的诉已经协议仲裁了;(2)被告的诉已经让其他法院协议管辖了;(3)被告的诉是其他法院的专属管辖。

(二) 法院对反诉的处理

1. 在一审过程中,反诉只能在举证期限届满前(案件第一次审理前)提出,可以合并审理,可以调解。而在举证期限届满后,不能提反诉。

2. 在二审过程中,对当事人二审提出的反诉请求不能审,只能调解;调解不成的,告知当事人另行起诉。

3. 对再审的反诉,按照二审方式处理。按照一审程序再审,不能提反诉。因为没有举证期限,时间不允许。

(2008年四川延考试题卷三35题,单选)

关于反诉,下列哪一选项是正确的?

A. 甲诉乙侵权纠纷一案,乙提出反诉后,甲自觉理亏而撤回了本诉,法院则应当将反诉终结审理

B. 某法院对自己作出的某案件的二审判决进行再审时,被告提出反诉,法院对此应当进行调解,调解不成的,告知另行起诉

C. 丙诉丁交付货物,丁聘请了律师,并出具了仅写明“全权委托”字样的授权委托书,庭审中丁的律师可以代替丁提出反诉

D. 戊诉己借款纠纷案,己在庭审中对戊提出人身损害赔偿的反请求,法院对此应当进行调解,调解不成的,告知另行起诉

答案: B

疑难点

如何理解本诉和反诉的牵连性

理解这一牵连性,是大家在确定被告所提出的独立请求能否形成反诉的核心。在我国司法实践中,这种牵连关系通常表现为三种情况:第一,反诉与本诉请求是基于同一个法律关系而产生的目的相对抗的不同的实体请求。如,甲公司基于与乙公司之间的设备购销合同关系,请求人民法院责令乙公司向其支付所拖欠的货款20万元,人民法院受理案件后,乙公司向人民法院提出,甲公司向其支付因设备存在严重质量问题而给自己造成的原材料损失8万元。乙公司所提出的这一独立的反请求,即为反诉。这种情况比较容易判断。第二,同一生活事实。如,甲与乙打架后,甲诉乙赔医疗费1万元,而乙则要求甲赔精神损失费2万元。第三,反诉与本诉请求是基于相互牵连的两个不同的且各自独立的法律关系而产生的目的相对抗的不同实体请求。如,甲建筑公司与乙公司之间签订工程承包合同,约定由甲公司包工包料为乙公司建设大型仓库两座,仓库建设完毕验收合格后,乙公司一次性向甲建筑公司支付400万元的工程承包费。仓库建设完毕

后,乙公司拖欠甲建筑公司工程承包费60万元。为此,甲建筑公司向人民法院起诉,要求乙公司支付所拖欠的工程承包费60万元整。法院受理案件后,乙公司向法院提出,在仓库建设过程中,甲建筑公司因其准备的建筑材料不够,为保证工程不被拖延,甲建筑公司向乙公司借用价值30万元的建筑材料尚未归还,为此请求人民法院责令甲建筑公司向其支付原材料款30万元。那么,乙公司所提出的这一请求能否形成反诉?从本案的具体案情来看,虽然甲建筑公司的诉讼请求基于的是两公司之间的建筑工程承包合同关系,而乙公司的诉讼请求则基于两公司之间的建筑材料的借用合同关系,这两个合同关系是完全不同且各自独立的法律关系,但是两者之间毕竟存在不可分割的联系,即借用建筑材料关系是建立在建筑工程承包合同的基础之上,而且是为了该建筑工程承包合同关系的顺利实现才发生的,因此,乙公司的诉讼请求不仅与甲建筑公司的诉讼请求具有目的的对抗性,而且其产生的基础法律关系存在牵连关系,可以形成反诉。

易混点

诉的个数的判断和反诉的确定

2007年9月20日,甲公司与乙公司签订一份设备买卖合同,约定甲公司为乙公司生产一套设备,设备款为600万元。2007年10月30日,经设备质量检验,符合合同约定的标准,乙公司接受并支付了560万元设备款,还差40万元未付。甲公司多次索要该笔货款,但乙公司迟迟不予答复。为此,甲公司向人民法院起诉,要求乙公司及时支付所拖欠的设备款。经过审理,一审法院判决乙公司败诉,应当支付所拖欠的设备款40万元。乙公司不服,向二审法院上诉。在二审审理期间,乙公司提出在甲公司为其生产设备期间,曾借用自己价值20万元的贵重金属原材料,要求法院确认这一关系,并判决从自己所拖欠设备款中扣除原材料钱20万元。

请问:(1)在本案中存在哪几个诉?分别属于哪一种类的诉?其诉的标的是什么?(2)乙公司提出的在所欠设备款中扣除原材料钱20万元的要求能否形成反诉?二审法院应当如何处理?

要准确分析这类案例,需要首先分析案情所涉及的法律关系。在本案中,存在以下法律关系:其一,甲公司与乙公司之间的设备加工合同;其二,甲公司借用乙公司价值30万元的贵重金属原材料的借用关系。

(1)在本案中,存在两个诉。具体包括:第一,甲公司基于合同要求乙公司支付所拖欠设备款的诉;该诉属于给付之诉;其诉的标的是甲公司与乙公司基于该合同而发生争议的,要求乙公司向甲公司支付所拖欠的40万元设备款的诉讼请求。第二,乙公司提出的要求法院从自己所拖欠设备款中扣除甲公司所使用贵重金属原材料的20万元的诉;该诉属于给付之诉;其诉的标的是乙公司与甲公司之间发生争议的,要求甲公司返还为生产设备所使用的贵重金属原材料款的诉讼请求。

(2)乙公司提出的在所欠设备款中扣除贵重金属原材料钱20万元的要求能够形成反诉,因为该请求符合反诉主体特定、目的对抗、请求独立等形成反诉的要求。二审法院对于乙公司的反诉请求可以在自愿、合法的基础上进行调解。调解不成的,只能告知乙公司就反诉部分向有管辖权的人民法院另行起诉;而不得将反诉与就本诉的上诉部分一并直接作出二审判决,这样会剥夺当事人就反诉部分的上诉权。

第三章 民事诉讼法的基本原则

【必读法条】

《民事诉讼法》

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

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

第十五条 机关、社会团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉。

一、诉讼权利平等原则

民事诉讼双方当事人无论其种族、性别、职业等有何区别，其在民事法律关系中的地位完全平等。这就决定了当事人发生实体权利义务争议后，在其争议解决的诉讼过程中，当事人享有平等的诉讼权利。当事人诉讼权利平等的含义包括两个方面：（1）权利一样，即在诉讼过程中，双方当事人的诉讼权利是相同的。如，双方当事人都享有委托代理人、提供证据、参与庭审等权利。（2）权利对应，即因双方当事人诉讼地位的不同而使其享有的诉讼权利不能同等时，需对应。如，原告有起诉权，被告就得有应诉答辩权；原告可以提出、放弃、变更请求，被告就可以承认或者反驳诉讼请求等。因此，诉讼权利平等实质上反映的是双方当事人维护合法权利的机会和手段是平等的。

二、同等原则与对等原则（只适用外国人）

1. 同等原则。外国主体与中国主体有同样的待遇。

2. 对等原则。我国法院对该外国主体加以同样的限制。

注意：外国人包括外国的自然人、法人、其他组织和无国籍人。

三、辩论原则

我国《民事诉讼法》第12条明确规定：“人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论。”第一，辩论权之行使贯穿于诉讼的整个过程，这里的诉讼整个过程只能理解为狭义的审判过程。第二，辩论的内容广泛：既可以是程序方面的问题，也可以是包括实体事实与实体法律适用在内的实体方面的问题。第三，辩论的形式多样：可以口头辩论，也可以书面辩论。

注意：（1）可以是口头的，也可以是书面的（如起诉状、答辩状）；（2）可以是实体方面的（性骚扰是碰还是摸），可以是程序方面的，也可以是证据方面的。注意，在实践中，否定不利于己方的证据，一般是先否定真实性，再否定关联性。

四、处分原则

《民事诉讼法》第13条明确规定：“当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。”处分原则是民事诉讼的核心，也是我们正确理解民事诉讼法并得以使民事诉讼区别于刑事诉讼、行政诉讼的核心。当事人基于处分原则在民事诉讼中享有广泛的实体权利与诉讼权利的处分权。但是，由于我国并未实行当事人完全自由处分的制度，因此，当事人行使其处分权与法院行使审判权对当事人处分其权利的行为予以监督合理结合，就成为一条贯穿民事诉讼始终的主线。例如：叶某不慎将张某放在门前摩托车上的工艺品碰掉，致使张某为此损失2500元钱，双方就该损失赔偿问题发生争议。此时，当事人可以基于其处分权而引起并推动诉讼程序的进行，具体体现为以下几个方面：第一，是否起诉由合法权益受到损害的张某自行决定。当然，张某的起诉行为需符合《民事诉讼法》关于起诉条件的规定，否则，人民法院将行使审判权裁定不予受理。第二，诉讼程序开始后，原告张某如何提出诉讼请求，是否变更、放弃诉讼请求，以及被告叶某是否承认或者反驳原告张某提出的诉讼请求，由当事人自行决定。当然，双方当事人行使上述权利需征得人民法院的许可。第三，对该争议案件是否进行调解由双方当事人决定。当然，双方经调解达成的调解协议需经法院审查是否合法。第四，对于调解不成或者没有经过调解的争议案件，一审法院作出判决后，是否上诉引起二审程序由当事人自行决定。第五，生效法律文书作出后，如果任何一方当事人认为该生效法律文书确有错误，则可以向人民法院申请再审。第六，假如法院判决责令叶某赔偿给张某造成的经济损失2500元，该法律文书生效后，如果叶某拒绝支付，是否通过法院强制执行由当事人自行决定。

注意：（1）判决内容不能超出原告的请求范围。如，数额不能超出原告的请求数额，救济的类型也不能超出原告请求救济的类型。（2）调解协议内容超出诉讼请求的，人民法院可以准许。

（2008年卷三38题，单选）

甲向法院起诉，要求判决乙返还借款本金2万元。在案件审理中，借款事实得以认定，同时，法院还查明乙逾期履行还款义务近一年，法院遂根据银行同期定期存款利息，判决乙还甲借款本金2万元、利息520元。关于法院对该案判决的评论，下列哪一选项是正确的？

- A. 该判决符合法律规定，实事求是，全面保护了权利人的合法权益
- B. 该判决不符合法律规定，违反了民事诉讼的处分原则
- C. 该判决不符合法律规定，违反了民事诉讼的辩论原则
- D. 该判决不符合法律规定，违反了民事诉讼的平等原则

答案：B

五、人民检察院法律监督原则

我国《民事诉讼法》第14条规定：“人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督。”注意两点：第一，在我国，人民检察院只对人民法院的审判活动如认定事实、适用法律等活动进行监督，而对当事人的诉讼活动则不予以监督；第二，人民检察院对人民法院审判活动的监督体现为事后监督，即法律文书生效后检察院以提起抗诉的方式予以