2017年国家司法考试

上律指南针
SURELY COMPASS

民诉法案例攻略

戴鸿 著
上律指南针出品

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

需要全本请访问 www.ertongbook.com

上律指南针
SURELY COMPASS

2017年国家司法考试

戴鹏民诉法案例攻略

戴鹏 著

上律指南针出品

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

2017年国家司法考试民诉法案例攻略／戴鹏著. —北京：中国法制出版社，2017.5

ISBN 978-7-5093-8486-2

Ⅰ.①2… Ⅱ.①戴… Ⅲ.①民事诉讼法—中国—资格考试—自学参考资料 Ⅳ.①D925.1

中国版本图书馆CIP数据核字（2017）第076212号

责任编辑：邱小芳　　封面设计：海阔天空

2017年国家司法考试民诉法案例攻略

2017NIAN GUOJIA SIFA KAOSHI MINSUFA ANLI GONGLÜE

著者／戴鹏

经销／新华书店

印刷／三河市华润印刷有限公司

开本／787毫米×1092毫米　16　　印张／12　字数／240千

版次／2017年5月第1版　　2017年5月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-8486-2　　定价：41.00元

北京西单横二条2号　　值班电话：010-66026508

邮政编码100031　　传真：010-66031119

网址：http://www.zgfzs.com　　**编辑部电话：010-66078158**

市场营销部电话：010-66033393　　**邮购部电话：010-66033288**

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926）

序言

熟练、熟练、再熟练
重复、重复、再重复

在我上小学前，外公对我进行了很好的学前教育，现在想来觉得其中很多方法是科学的，是值得借鉴的。记得学算数时，在教我理解了加减法的原理和方法后，外公把100以内的加减法题目写在用报纸剪成的卡片上，外公快速地翻动卡片，我必须快速地说出每张卡片上算术题的答案，这项内容持续了一个月。(后来在教我识字的过程中也运用了这种方法)。当时我觉得很不解，每道题目我都会算就够了，为什么非要如此反复训练呢？现在想来才明白，对于算数这种基本功，光会还远远不够，必须通过这种反复训练的方法熟能生巧，最终变为一种条件反射，方能在日后的学习中熟练运用。

对于司法考试也是一样，通过讲义攻略同学们理解了知识点，通过真题攻略同学们知道了知识点在真题中的考查方式、学会了分析问题的能力，但是这对于考试还远远不够，我们还需要不断地熟练，将这些知识点烂熟于胸，甚至变成一种条件反射，做到在考场上看见相关字眼能够迅速地反应出这道题可能涉及的知识点以及理解要点和易错点，实现迅速、准确解决简单题目，思路清晰地分析较为复杂的题目。所以，在复习的后阶段，我们的要求应该是熟练、熟练、再熟练，而实现这一目标的不二法门就是重复、重复、再重复。

很多同学在复习后期往往追求知识点的全面性，我认为是不可取的。因为要不断重复、重复、再重复，需要时间和精力作为保障，而同学们的学习时间和精力是有限的，所以就必须减少需要重复的知识点而换取重复的遍数。举例说明，两本民诉教材，一本教材450多页涵盖100%的考点，而另一本教材不到300页涵盖90%的考点。同学们将第一本教材读3遍的时间可以将第二本教材读5~6遍（因为重复的遍数越多越熟练，所以阅读速度越快)。一般而言重复3遍可以吃透60%而重复6遍可以吃透90%。从最终结果来看，虽然第一本书涵盖了100%的考点，但考生只能掌握所有考点的60%，而第二本书虽然只涵盖了90%的考点，但考生能够掌握所有考点的81%。综上所述，尤其是到了复习后期，一定要做到减少知识点的数量而提高知识点的熟练度。

这也是我一贯的教学主张，每年我都会花大量时间筛选知识点，尽量用最少的内容去涵盖90%以上的知识点，而课程的各个阶段其实就是换着方式对相同的知识点进行重复（当然，可能在大家不知不觉中增加一些知识点或者提升某些知识点的难度），经过这么多年的实践，从同学们反馈的效果来说是非常不错的。我所追求的教学效果是同学们上了考场除去两三道题目确实不会，其余的题目都能得心应手地解决；而不是上了考场看到每道题目都觉得很眼熟，老师都讲过，但做起题目来却是似是而非。总之一句话，伤其十指不如断其一指。

关于这本《案例攻略》，并非单一针对卷四的主观题，而是希望通过案例的形式再一次重复大家需要掌握的知识点，让同学们换个方式对知识点进行熟练掌握和灵活应用。对于大家普遍关心的卷四案例分析，我依稀记得高三复习物理的时候，很多同学都希望有针对性地训练难度大、综合性强的题目，而我们的物理老师告诫我们说："同学们不要整天追求训练难题，难题有两种，一种是偏题、怪题，一种是综合性高的题目。对于偏题、怪题考试一般不可能考，就算考到了一般的同学无论怎么努力都得不了分，所以大家的努力也是没有意义的；而综合性高的题目一定是将若干简单知识点整合到一道题目中，对于这种题目，大家只要能够熟练地掌握常规、简单的考点，并且灵活运用，上了考场就能如庖丁解牛一般将其拆解为若干简单题目，得心应手地解决。所以，聪明的考生一直做的是简单题目——平时训练简单题目，上了考场也能将难题拆解为简单题目解决；而一般的考生一直做的是难题——平时训练的是难题，上了考场面对的也是难题。"所以，在这本《案例攻略》的写作中，我摒弃了难度较大的综合性题目设置，而是通过一系列小案例的设置帮助大家实现对知识点的熟练和灵活运用。经过这样的训练，同学们上了考场一来能够得心应手地解决绝大多数中低难度的题目，二来也能将难度较大的综合案例拆解为若干简单题目游刃有余地解决。实现"平常训练简单题，轻轻松松，上了考场也做简单题，游刃有余"，而不是"平时训练做难题，苦不堪言，上了考场还是做难题，一头雾水"。

本书附录部分设置了"综合性案例分析（即主观题）解题思路"。其实当大家通过本书的主文部分实现了知识点的熟练、熟练、再熟练后，大家会发现主观题的题目并不难，其中的知识点也很容易拆解为各个简单知识点逐一解决，但此时大家对主观题仍然存在畏难情绪——虽然知道答案，但不知道该答什么才能得高分。这仅仅是一个方法问题。在这部分内容中，笔者为大家分析考生答题问题之所在，并且提出解决方案——带着考点读案例，大家根据这个方法将历年真题中的主观题集中分析一到两遍，再将几道模拟题目集中演练一遍，拿下主观题自是手到擒来。

是为序。



2017年5月

于广州

需要全本请访问 www.ertongbook.com

目 录

第一讲　诉的基本理论　/ 1
考点一：诉的要素　/ 1
考点二：诉的分类　/ 2
考点三：反诉　/ 6

第二讲　基本原则与基本制度　/ 9
考点一：平等原则、对等原则、同等原则　/ 9
考点二：处分原则与辩论原则　/ 9
考点三：诚实信用原则、检察监督原则、支持起诉原则　/ 12
考点四：合议制　/ 14
考点五：公开审判制度　/ 17
考点六：回避制度　/ 18

第三讲　主管与管辖　/ 19
考点一：一般地域管辖　/ 19
考点二：合同纠纷的管辖权　/ 21
考点三：裁定管辖　/ 22

第四讲　当事人及诉讼代理人　/ 27
考点一：诉讼权利能力、诉讼行为能力　/ 27
考点二：当事人适格　/ 28
考点三：常考的适格当事人　/ 30
考点四：共同诉讼　/ 32
考点五：代表人诉讼　/ 33
考点六：有独三、无独三的判断　/ 36
考点七：有独三、无独三的诉讼地位与权利　/ 39
考点八：当事人变更　/ 42
考点九：法定代理人、委托代理人　/ 43

第五讲　证据与证明　/ 45
考点一：书证、物证、视听资料、电子数据的区分与判断　/ 45
考点二：证人证言的相关规则　/ 47
考点三：鉴定意见　/ 48
考点四：证据的理论分类　/ 49
考点五：自认制度（免证事实）　/ 51
考点六：证明责任　/ 53
考点七：证明标准　/ 58
考点八：举证　/ 60
考点九：法院调查收集证据　/ 62
第六讲　保全与先予执行　/ 64
第七讲　期间与送达　/ 66
考点一：期间　/ 66
考点二：送达　/ 67
第八讲　调　解　/ 69
第九讲　一审普通程序　/ 74
考点一：起诉条件　/ 74
考点二：一事不再理制度　/ 76
考点三：诉讼障碍　/ 78
考点四：裁判　/ 82
第十讲　简易程序以及小额诉讼程序　/ 84
考点一：简易程序　/ 84
考点二：小额诉讼程序　/ 86
第十一讲　公益诉讼程序　/ 88
第十二讲　第三人撤销之诉　/ 90
第十三讲　二审程序　/ 93
考点一：二审的启动　/ 93
考点二：二审案件的审理　/ 94
第十四讲　审判监督程序　/ 101
第十五讲　特别程序　/ 109
第十六讲　督促程序　/ 113
第十七讲　公示催告程序　/ 115

第十八讲 执 行 / 118

第十九讲 涉外民事诉讼程序 / 131

第二十讲 仲 裁 / 133

附录：综合性案例分析题（主观题）解题概述 / 140

第一部分 民诉与仲裁主观题分析方法初探 / 140

一、临床症状及诊断结论 / 140

二、解决方案——带着考点读案例。从“我知道什么”向“命题人想考什么”转变 / 142

第二部分 民事诉讼法主观题分析要点概述 / 144

一、分析主管与管辖 / 144

二、分析当事人适格问题 / 145

三、进入一审 / 146

四、进入二审 / 147

五、进入再审 / 149

六、进入执行 / 150

第三部分 历年真题分析示例 / 151

第四部分 实战演练 / 171

第一讲　诉的基本理论

考点一：诉的要素

案例一：

刘某习惯每晚将垃圾袋放在家门口，邻居王某认为会招引苍蝇并影响自己出入家门。王某为此与刘某多次交涉未果，遂向法院提起诉讼，要求刘某不得将垃圾袋放在家门口，以保证自家的正常通行和维护环境卫生。请分析本案的诉讼标的和诉讼请求。

析 本案王某是基于与刘某之间的相邻权法律关系提出要求刘某不得将垃圾堆放在家门口的请求，故本案诉讼标的为王某与刘某之间的相邻权法律关系，而不得将垃圾堆放在家门口是原告提出的具体的诉讼请求。

要点提示

诉讼标的是当事人之间发生争议并请求法院作出裁判的实体法律关系，诉讼请求是原告基于作为诉讼标的的实体法律关系，向被告提出的具体的要求。

一个诉只有一个诉讼标的，但是基于一个诉讼标的，原告可以提出不同的诉讼请求。

首先，基于一个诉讼标的，原告可以同时提出若干诉讼请求，如李四对张三实施名誉侵权行为，基于侵权法律关系这一诉讼标的，张三可以同时提出赔偿损失、赔礼道歉、停止侵权三项诉讼请求；

其次，基于同一诉讼标的，原告可以选择提出不同的诉讼请求，如李四租住张三的房屋，拒不支付租金，同样是基于房屋租赁合同关系，张三可以提出给付租金的请求，也可以提出解除合同的诉讼请求。

案例二：

李四租住张三的房屋，拒不支付租金，张三起诉李四要求支付租金5000元，诉讼中，张三放弃租金的主张，要求法院解除房屋租赁合同，请问张三变更的是诉讼标的还是诉讼请求？

析 首先，要求支付租金5000元是原告张三的诉讼请求，解除合同也是张三的诉讼请求，可见张三在诉讼中变更了诉讼请求；其次，要求支付租金这一诉讼请求是基于房屋租赁合同关系这一诉讼标的，要求解除合同也是基于房屋租赁

合同关系这一诉讼标的，可见本案诉讼标的未发生变化。故原告变更的是诉讼请求，本案诉讼标的并未发生变化。

考点二：诉的分类

案例一：

请分析以下案例属于诉的何种分类？

（1）张三申请法院确认妻子李四为无民事行为能力人；

（2）张三、李四达成和解协议，申请法院确认和解协议的效力；

（3）张三在自家责任田里挖出一个铁盒，里面有一部宋代经书，申请法院确认该部经书为无主财产。

析 以上三例并非确认之诉，因为诉的分类的前提是“诉”，即诉讼程序，确认公民为无、限制民事行为能力人，确认调解协议效力，认定财产无主等案件属于特别程序，并不是诉讼程序，谈不上“诉”的分类问题。

要点提示 诉讼程序

诉讼程序是指解决民事权利义务纠纷的程序。具体包括一审普通程序、简易程序、二审程序、再审程序。

非讼程序是指并不解决民事权利义务纠纷的程序，只是利用民事诉讼法所规定的组织和程序解决一些与民事权利义务相关的问题。具体包括特别程序（选民资格案件除外）、督促程序和公示催告程序。

注意：诉讼程序和非讼程序是对民事审判程序的分类，民事审判程序中解决纠纷的称为诉讼程序，民事审判程序中不解决纠纷的称为非讼程序。而特别程序中的选民资格案件由于涉及公民的政治权利，根本不是民事审判程序，故既不是诉讼程序，也不是非讼程序。

民事审判程序	诉讼程序	解决民事权利义务纠纷	一审、二审、再审程序
	非讼程序	不解决民事权利义务纠纷	特别程序（除选民资格外）、督促程序、公示催告程序
选民资格案件			

“诉讼程序”这一概念在司法考试中的应用

（1）“诉讼程序”和“非讼程序”的概念非常重要，在考试中曾明确考查，如：

例1：（2012年卷三84题）下列哪些是1991年颁布实行的《民事诉讼法》（2007年修正）规定的诉讼案件的审判程序？①

① 答案：AB。C选项所述“认定财产无主案件审理程序”是特别程序，不是诉讼程序。D选项所述“小额诉讼程序”虽是诉讼程序，但为《民事诉讼法》（2012年修正）所确立。

A. 普通程序　　B. 二审程序

C. 认定财产无主案件审理程序　　D. 小额诉讼程序

例 2：2012 年卷三 44 题 A 选项，判断“适用特别程序审理的案件都是非讼案件”？①

例 3：2013 年卷三 37 题 A 选项，判断“孙某向法院申请确认其妻为无民事行为能力人是确认之诉”？②

(2)“诉讼程序”和“非讼程序”的概念可以帮助我们理解和记忆一些知识点，如：

考点 1：辩论原则适用阶段

法条规定：辩论原则的适用阶段包括一审、二审、再审程序，而特别程序、督促程序、公示催告程序、执行程序不适用辩论原则。

记忆规律：只有诉讼程序才适用辩论原则，而其他程序不适用。

理解角度：因为辩论的前提是存在纠纷，而只有诉讼程序解决民事权利义务纠纷，适用辩论原则，而其他程序不解决纠纷，不适用辩论原则。

考点 2：调解制度的适用

法条规定：一审、二审、再审程序适用调解制度，而执行程序、特别程序、督促程序和公示催告程序不适用调解。

记忆规律：只有诉讼程序才适用调解，而其他程序不适用。

理解角度：调解是解决民事权利义务纠纷的程序，只有诉讼程序解决民事权利义务纠纷，可以调解，而其他程序不解决纠纷，不适用调解。

考点 3：人民陪审员参与的合议庭

法条规定：人民陪审员参加普通一审程序、发回重审的一审程序、适用一审的再审程序。而不能参加二审程序、特别程序、督促程序。

记忆规律：人民陪审员只能参加适用一审程序审理的诉讼程序。特别程序、督促程序、公示催告程序等非讼程序的共同特点是并不解决民事纠纷，只是由法院确认某种事实状态。

案例二：

张某起诉李某要求归还借款 1 万元，李某主张其与张某之间不存在借款关系，请问本案是否属于确认之诉？

析　诉的分类的唯一依据是原告的诉讼请求，本案原告的诉讼请求为归还借款，为给付之诉，不是确认之诉。李某虽然提出了确认的主张，但这是被告的答辩意见，不影响诉的分类。

---

① 表述错误。特别程序中的选民资格案件不是民事审判程序，故其既不是诉讼程序，也不是非讼程序。选项考查诉讼程序和非讼程序的概念。

② 表述错误。诉的分类的前提是诉讼程序，而确认妻子为无民事行为能力人是特别程序，不是诉讼程序。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

当然，从另一角度分析，在给付之诉和形成之诉（变更之诉）中，往往包含确认的内容，但只要原告提出了给付或者变更的主张，就一定是给付之诉或者形成之诉，不可能再是确认之诉，因为确认之诉中只能有确认的主张，不能出现给付或者变更的主张。如作为给付之诉的履行合同，前提一定得确认合同有效，但只要原告提出履行的请求，就不再是确认之诉，而是给付之诉；如形成之诉的解除合同，前提一定得确认合同有效，但只要原告提出了解除的主张，就不再是确认之诉，而是形成之诉。

要点提示

1. 诉的分类的唯一依据是原告的诉讼请求，不能看被告的答辩意见。

2. 给付之诉、形成之诉中往往会包含确认的内容，但只要原告提出了给付、变更的主张，一定是给付或者形成之诉，不再是确认之诉，因为确认之诉中只能有确认的请求，不能提出给付或者变更的主张。

案例三：

李某在报上发表文章诽谤张某，张某起诉李某，要求赔偿精神抚慰金5000元，诉讼中变更诉讼请求，要求李某赔礼道歉，并停止侵权。请问：

（1）本案诉讼标的是否随之发生变化？

（2）诉讼请求变更之后，本案诉的性质是否随之发生变化？

析 本案中原告变更诉讼请求，变更之前的诉讼请求为赔偿损失，诉讼标的为侵权法律关系，诉的性质为给付之诉，给付内容为财物；变更之后的诉讼请求为赔礼道歉、停止侵权，诉讼标的仍为侵权法律关系，诉的性质仍为给付之诉，给付内容为行为（包括积极作为赔礼道歉和消极不作为停止侵权）。故诉讼请求变更后，诉讼标的未发生变化，均为侵权法律关系，诉的性质也未发生变化，均为给付之诉。

要点提示

给付之诉中，给付的内容包括财物和行为，如果是行为，包括积极的作为，也包括消极的不作为。

案例四：

李某与张某签订房屋租赁合同，后李某不按约支付租金，张某起诉李某要求支付租金5000元，诉讼中，张某表示，租金不要了，要求解除合同。问：

（1）本案原告诉讼请求发生变化后，诉讼标的是否发生变化？

（2）诉的性质是否随之发生变化？

析（1）要求支付租金5000元是原告的诉讼请求，要求解除合同也是原告的诉讼请求，二者不一样，故诉讼请求发生变化；而请求支付租金是基于租赁合同关系，请求解除合同也是基于租赁合同关系，故本案诉讼标的未发生变化。

（2）基于房屋租赁合同关系，原告首先提出了给付租金的请求，为给付之诉；后来原告将诉讼请求变更为解除合同，为形成之诉（或者变更之诉），故本案诉讼请求变化后，诉的性质也随之发生变化。

案例五：

（1）张三与李四各出资50%成立某公司，后张三和李四经营理念不和，公司长达数年无法召开股东会，现在张三起诉公司，要求解散公司是什么诉？

（2）张三死亡后，儿子张甲和张乙因为一幅古画的继承问题诉至法院，法院终审判决字画归张甲继承后，张三生前好友李四认为这幅古画应由自己所有，于是向作出终审判决的法院提起第三人撤销之诉，该第三人撤销之诉是什么诉？

析（1）诉的分类看原告的诉讼请求，股东起诉解散公司，原本在股东与公司之间存在着权利义务关系，股东作为原告，其诉讼请求是将这种既存的权利义务关系予以消灭，为形成之诉（变更之诉）。

（2）第三人撤销之诉是以起诉第三人为原告，以原审当事人为被告，原告的诉讼请求是撤销或者改变原判决，即消灭或者改变原判决所确立的权利义务关系，为形成之诉（变更之诉）。

案例六：

（1）张三起诉妻子李四要求解除婚姻关系是什么诉？

（2）张三起诉前妻李四要求将婚生子张小三判归自己抚养，这是什么诉？

（3）张三代儿子张小三起诉前妻李四，要求将张小三的抚养费从每月1000元增加到每月2000元，这是什么诉？

析（1）张三与妻子李四之间本身存在婚姻关系，原告张三要求将该婚姻关系予以消灭，为形成（变更）之诉。

（2）本来在李四和张小三之间存在一个抚养权利义务关系，张三作为原告，其诉讼请求是将这个抚养权利义务关系变为自己与张小三之间存在，是要求对既存的抚养权利义务关系的主体进行变更，为形成（变更）之诉。

（3）本来在李四与张小三之间存在一个抚养权利义务关系，根据这个权利义务关系，李四的义务是每月支付1000元抚养费，原告张小三的诉讼请求是将这个权利义务关系的内容（数额）从1000变为2000，是对既存的抚养权利义务关系的变更，为形成（变更）之诉。

要点提示

形成（变更）之诉中，原告的诉讼请求是消灭或者变更某种既存的法律关系。一个法律关系包含主体、客体、内容三个方面，只要原告的诉讼请求是对其中之一进行变更，都是形成（变更）之诉。

变主体的，如本案（2）所示，要求将某一法律关系的主体进行变更。

变客体的，如请求解除合同，请求解除婚姻关系，是将合同关系、婚姻

关系从有变成无。

变内容的，如本案（3）所示，要求将某一法律关系的内容（数额）进行变更。

考点三：反诉

案例一：

（1）张三租住李四的房屋未支付租金，李四起诉张三要求支付租金，张三主张李四未尽合理修缮义务，天花板脱落导致自己的儿子张小三受伤，要求李四赔偿医疗费，请问是否构成反诉？

（2）张三租住李四的房屋未支付租金，李四起诉张三要求支付租金，张三主张李四未尽合理修缮义务，天花板脱落导致自己受伤，要求李四赔偿医疗费，请问是否构成反诉？

（3）甲、乙公司签订买卖合同，乙公司交付货物后甲公司未支付货款，乙公司起诉甲公司要求支付货款，一审法院判决甲公司支付货款10万元，甲公司不服，提起上诉，二审中甲公司主张乙公司交付的货物质量不符合约定，要求乙公司赔偿损失，二审法院应当如何处理？

析 （1）本、反诉的主体应当具有同一性，本案中要求支付租金的原告是李四，被告是张三；要求赔偿医疗费的原告是张小三，被告是李四，主体不具有同一性，不构成反诉。

（2）本案中要求支付租金的原告是李四，被告是张三；要求赔偿医疗费的原告是张三，被告是李四，主体具有同一性，构成反诉。当然，有同学提出，要求支付租金是基于房屋租赁合同关系，要求赔偿医疗费是基于侵权法律关系，并非基于同一法律关系，不能构成反诉。注意，法律只要求本、反诉之间要有牵连，并不要求基于相同法律关系。

（3）甲公司提出乙公司产品质量不合格要求乙公司赔偿损失的主张构成反诉，反诉应当在一审法庭辩论终结前提出，二审中被告提出反诉的，二审法院可以进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。当然，当事人同意二审法院一并审理并作出判决的，二审法院可以一并审理并作出判决。

要点提示

1. 本、反诉的主体具有同一性，但值得注意的是在本、反诉中当事人的诉讼地位并不相同，恰好相反。

2. 本、反诉应当具有牵连关系，但值得注意的是并不要求本、反诉基于相同法律关系，基于相同法律关系可能牵连，基于不同法律关系也能牵连。

3. 关于反诉的时间，应当在一审法庭辩论终结前提出，二审中被告提出反诉的，二审可以进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。双方当事人同意二审法院一并裁判的，二审法院可以一并审理并作出判决。

案例二：

请分析下列情形下，被告提出的主张是否构成反诉？

（1）甲公司起诉乙公司要求乙公司履行合同，乙公司主张合同无效，要求甲公司承担缔约过失责任；

（2）张三起诉李四要求归还借款，李四主张借款已过诉讼时效；

（3）张三起诉李四要求归还借款，李四主张一个月前卖给张三一块玉石，要求用玉石货款折抵借款。

析 本题考查反诉与反驳的区分。反诉与反驳的区分要点在于反诉是一个独立的诉，而反驳不是；进一步而言，反诉作为一个独立的诉，可以独立于本诉而存在，不会因为本诉的撤销而撤销，故考生可以首先找出被告的主张，然后去掉本诉，即假设没有原告的起诉，看被告就自己的主张能否直接向法院起诉，如果能，则是一个独立的诉，是反诉；如果不能，则不是一个独立的诉，是反驳。切记，反诉与反驳的区分千万不能从法律效果角度进行区分，即千万不能看“抵销”“折抵”等字眼，因为反诉和反驳产生的法律效果可能相同。

（1）本案中假设没有甲公司起诉乙公司履行合同，乙公司可以直接起诉甲公司请求确认合同无效，并要求甲公司承担缔约过失责任，故乙公司的主张是一个独立的诉，是反诉。

（2）本案中假设没有张三起诉李四归还借款，李四则不能直接到法院起诉张三，主张借款已过时效，故李四的主张并非一个独立的诉，不是反诉，是反驳。

（3）本案中有同学提出，假设没有张三起诉李四归还借款，李四也不能直接去法院起诉张三要求用玉石货款折抵借款，故李四的主张不是一个独立的诉，是反驳。值得注意的是，我们一再强调，判断反诉与反驳不能看其法律效果，也就是不能看“抵销”“折抵”等字眼，而是看被告就自己的主张能否独立向法院起诉。本案中被告的主张是基于玉石买卖合同，向张三主张玉石货款（因为李四应当归还张三借款，张三应支付李四玉石货款，故当然产生“折抵”或者“抵销”的法律效果）。故假设没有张三起诉李四归还借款，李四也能直接起诉张三要求支付玉石货款，故李四的主张是一个独立的诉，是反诉。

要点提示 反诉与反驳的区分

找到被告的主张，然后去掉原告的起诉，假设没有原告起诉时，判断被告就自己的主张能否单独直接到法院起诉：

如果能，则是独立的诉，是反诉；如果不能，则是反驳。

案例三：

张三起诉李四，李四提出反诉，在诉讼中出现下列情形应当如何处理？

（1）诉讼中张三向法院申请撤回起诉；

（2）诉讼中张三经传票传唤没有正当理由拒不到庭。

析 反诉是一个独立的诉，故在案件中存在两个诉，即本诉与反诉。（1）中原告张三撤诉，撤回的是本诉，本诉撤诉后，反诉继续进行；（2）中张三有两重身份，在本诉中是原告，原告不到庭，按撤诉处理；在反诉中张三是被告，被告不到庭，缺席判决，故本案本诉按撤诉处理，反诉缺席判决。

要点提示

反诉的判断——反诉是一个独立的诉，可以不依赖于本诉而独立存在。

第二讲　基本原则与基本制度

考点一：平等原则、对等原则、同等原则

案例：

判断下列表述：

（1）平等原则要求当事人权利义务相同。

（2）诉讼中当事人有一些虽然不同但是相对应的权利，是民事诉讼对等原则的体现。

（3）诉讼中，原告、被告均有权委托代理人参加诉讼是民事诉讼处分原则的体现。

析 （1）错误。因为平等原则并不仅仅要求当事人权利义务相同，权利义务虽然不同但是相对应，也是平等原则的体现。

（2）错误。权利义务虽然不同但是相对应，也是平等原则的体现，同等、对等原则仅适用于外国人、无国籍人。

（3）错误。原、被告均有权委托代理人强调的是权利相同，是平等原则的体现。

要点提示

1. 平等原则包括权利义务相同和相对应两个方面。
2. 同等和对等原则仅仅针对外国人或者无国籍人适用。

考点二：处分原则与辩论原则

案例一：

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率，判决乙返还甲借款本金 2 万元，利息 520 元。法院的做法是否违反处分原则？是否违反辩论原则？

案例二：

王某驾车以每小时 60 公里的速度行驶，突遇刘某骑自行车横穿马路，王某紧急刹车，刘某在车前倒地摔伤。刘某诉至法院，主张自己被王某开车撞伤，要求赔偿医疗费、误工费等各项损失。王某主张自己并未撞倒刘某，是其自己摔倒。

需要全本请访问 www.ertongbook.com