

司考：民事诉讼法 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_8F_B8_E8_80_83_EF_BC_9A_E6_c36_482018.htm 司法考试之民法

- - - 当事人与诉讼代理人 一、当事人概述 (一) 当事人资格 在理解与掌握当事人资格时，需注意以下两点：1. 精神病患者与未成年人的当事人资格 民事诉讼权利能力即能够成为民事诉讼当事人，享有诉讼权利，承担诉讼义务的资格。自然人的民事诉讼权利能力始于出生，终于死亡；法人的民事诉讼权利能力则始于依法成立，终于法人终止，如法人合并、分立等。因此，精神病患者与未成年人可以以自己的名义作为当事人参加诉讼，只是由于其没有诉讼行为能力，应由其监护人作为法定代理人代理诉讼行为。2. 非实体当事人的情形 一般情况下，有民事权利能力的人，就有诉讼权利能力，也就是说，能够独立进行民事活动、承担民事责任的人，如果其民事权利受到侵害或者发生争议，就可以成为民事诉讼中的当事人，享有诉讼权利，承担诉讼义务，如有生命的自然人、依法成立的法人等。但特殊情况下，没有民事权利能力的人，也可以作为独立的民事诉讼主体，享有诉讼权利，承担诉讼义务。这些非实体当事人主要包括：(1) 其他组织，具体范围可以参见最高人民法院“若干意见”第40条的规定；(2) 依法宣告失踪人的财产代管人，这里需要注意的是，这些失踪人一定是经过法定程序宣告失踪的人，如果该公民仅仅只是一个处于自然失踪状态的失踪人，那么其财产代管人没有诉权，不能成为民事诉讼中的当事人；(3) 遗产管理人、遗嘱执行人；(4) 为保护死者名誉权、著

作权等而提起诉讼的 dead 者的近亲属；（5）清算组织。当然，有诉讼权利能力的人如果要亲自参加诉讼，行使诉讼权利，履行诉讼义务，还需要具有诉讼行为能力。民事诉讼行为能力即当事人亲自进行诉讼活动，以自己的行为行使诉讼权利和承担诉讼义务的能力。民事诉讼行为能力与民事行为能力有密切联系，即有完全民事行为能力的人有诉讼行为能力；无民事行为能力或者限制民事行为能力人无诉讼行为能力。

（二）诉讼权利义务的承担 在民事诉讼进行过程中，经常会出现一些特殊原因，致使一方当事人无法继续进行诉讼，此时，应当适用诉讼权利义务承担的制度将该方当事人的诉讼权利义务转移给案外人，由案外人承受原当事人的诉讼权利和义务，作为当事人继续进行诉讼。

1. 自然人权利义务的承担 在民事诉讼中，如果出现自然人死亡的情况，则可能发生诉讼权利义务的承担，但并非必然发生，根据案件的具体情况而定。自然人的民事案件不外乎两种：其一，因债权债务关系引起的诉讼。如甲基于与乙之间的借款关系向人民法院起诉，要求乙偿还借款期限已满尚未归还的1万元钱。在这类诉讼中，自然人死亡产生权利义务承担，即由其合法继承人承受原当事人的诉讼权利义务。其二，因身份关系引起的诉讼。如甲的母亲向人民法院起诉，要求甲每月向其支付赡养费500元。这类诉讼不发生权利义务承担，这是因为一旦自然人死亡，其身份关系就自然灭失，基于身份关系而产生的纠纷案件自然也就无需再解决。

2. 法人诉讼权利义务的承担 法人的终止是引起法人诉讼权利义务承担的原因，法人的终止通常包括法人的合并、分立、破产与撤销。例如，甲公司基于与乙公司之间的设备购销合同，向人民法院起诉要

求乙公司支付所拖欠的设备款 120 万元。在诉讼进行过程中，以甲公司发生终止为例予以说明，具体如下：（1）法人发生分立的情况。分立有两种情形：一是新设式分立，即甲公司不存在了，分立成丙公司和丁公司两家独立的法人；二是存续式分立，即甲公司继续存在，其中一部分分立出来成为独立的丙公司。只要法人分立，就由分立后的新法人作为共同诉讼人接替原法人继续进行诉讼，即由丙公司和丁公司作为共同诉讼人接替甲公司继续进行诉讼。（2）法人发生合并的情况。合并也有两种具体情形：一是新设式合并，即甲公司和丙公司合成丁公司，原来的甲公司和丙公司均不再存在；二是存续式合并，即甲公司吞并了丙公司，变成了新的甲公司。只要法人合并，就由合并后的新法人接替原法人继续进行诉讼。（3）法人发生破产的情况。甲公司被人民法院裁定宣告破产后，即由清算组接替甲公司继续进行诉讼。（4）法人发生被撤销的情况。在甲公司被撤销的情况下，如果成立了清算组，则由清算组接替甲公司继续进行诉讼；如果没有成立清算组，则由决定撤销的机构接替被撤销的甲公司继续进行诉讼。

二、原告与被告在民事诉讼中，狭义的当事人包括原告和被告。确定原告和被告时应注意以下问题：1. 确定原被告的基础在民事诉讼中确定原被告时，应当以民事法律关系为基础，而不应当以民事责任的承担作为标准，因为在民事诉讼中，还存在无独立请求权第三人承担民事责任的问题。例如，甲公司将电子仪器卖给乙公司，乙公司又将该电子仪器卖给丙公司，丙公司在使用过程中发现该电子仪器设备存在质量问题。于是，丙公司向人民法院起诉，要求乙公司承担退货责任。在本案中，由于乙公司与丙公

司之间存在买卖关系，因此，丙公司为了维护自己的合法权利，只能将乙公司作为自己的被告，而不能将最后可能承担退货责任的甲公司作为被告。但是，由于乙公司与丙公司之间案件最后的处理结果必然涉及甲公司，因此，甲公司可以作为无独立请求权的第三人参加本案诉讼。

2. 法人与分支机构的问题

法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立但没有领取营业执照的分支机构，参加诉讼时，以设立该分支机构的法人为当事人。

3. 法人和直接责任人的问题

法人和直接责任人到底由谁作为当事人，这是一个比较复杂的问题，具体又有三种情况：

- (1) 法人和内部工作人员。如运输公司的司机张某驾驶运输公司的车，将行人李某撞伤，李某应以谁为被告提起赔偿诉讼？此时确定被告的标准是张某的行为性质，即如果张某的行为是职务行为给他人造成损害，则由法人作为当事人；如果是非职务行为造成损害，则由工作人员自己作为当事人。
- (2) 冒用法人名义对外从事民事活动引起的争议，责任人作为当事人。
- (3) 以尚未成立或依法终止后法人的名义从事活动引起的争议，责任人作为当事人。

如甲、乙和丙准备共同出资成立一个A公司，在A公司尚未依法办理注册登记手续，并领取营业执照之前，甲、乙和丙就开始以A公司的名义对外进行民事活动。此时，如果发生纠纷，则应由甲、乙和丙三个责任人作为当事人进行诉讼；还有的时候，法人已经终止，但有关责任人仍然使用诸如法人原有公章、银行帐户、盖章的空白合同文书等对外从事民事活动，此时，一旦发生纠纷案件，也应当由责任人作为当事人进行诉讼。

4. 雇主与雇工的问题

雇主与雇工的问题实际上参照了法人和内部工作人员的关系问题，即究竟以雇主

作为当事人，还是以雇工作为当事人进行诉讼，其确定标准是雇工的行为性质，如果雇工在从事雇佣活动过程中给他人造成损害，则由雇主作当事人；如果雇工擅自从事非雇佣活动给他人造成损害，则由雇工自己作当事人。当然，根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“人身损害赔偿解释”）第9条的规定，即雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任后，可以向雇员追偿。

三、共同诉讼人（一）必要共同诉讼人

必要共同诉讼即当事人一方或双方为两人以上，诉讼标的是共同的，人民法院必须合并审理的诉讼。必要共同诉讼中的共同原告与共同被告即为必要共同诉讼人。在必要共同诉讼人问题上应重点掌握以下几点：

1. 标的共同 标的共同，即标的同一，具体来说就是当事人之间具有共同的权利义务关系。通常来说，标的共同可以基于以下三个原因产生：（1）当事人之间存在共同的权利义务关系。这又包括两种情况：第一，特定身份。特定身份形成标的共同一般可以出现两种具体情形：一是指基于婚姻家庭关系而形成的特定身份，如父母子女、兄弟姐妹、夫妻关系。例如，甲乙丙三兄弟在父母去世后，因继承遗产发生纠纷，甲向法院起诉乙，认为乙侵犯了自己的继承权，丙应当作为共同原告参加诉讼，除非丙明确表示放弃继承权。二是基于法律上的共有关系形成的特定身份。如甲与乙共同进行技术研究，并最终共同取得专利权。如果丙未经甲乙同意即使用其专利技术，则构成对甲与乙专利权的侵犯，则甲和乙可以作为共同诉讼人向法院起诉，要求丙承担

相应的民事责任。第二，因连带债权或者连带债务所形成的权利义务共同。如甲向乙银行贷款，由丙作为保证人承担连带保证责任，如果甲未按时偿还贷款，则乙银行可以选择将甲与丙作为共同被告提起诉讼，当然，乙银行也可以选择将甲或者丙单独作为被告提起诉讼。（2）共同侵权行为或者共同危险行为。例如甲与乙某日在电影院门前排队购买电影票，后因一件琐事与丙发生争吵，进而发生殴打，甲与乙联手将丙打伤，丙为此支付医疗费共计3000余元。如果丙决定起诉，应当以谁为被告？又例如，甲乙丙三小孩一起在五层阳台上玩耍，玩耍过程中，乙突然看见阳台上堆放的啤酒瓶，于是提议比赛向楼下扔啤酒瓶，结果行人张某的头部被五层阳台上落下的啤酒瓶砸伤，为此支付医疗费共计6000余元。但张某无法确定究竟是哪一个小孩所扔的啤酒瓶砸中自己的头部，此时，如果张某向法院起诉要求损害赔偿，应当以谁为被告？在这两个案例中，案例一中丙的损失是因甲与乙的共同侵权行为所导致的，因此，丙应当以甲乙为共同被告向法院提起侵权损害赔偿诉讼。案例二则不同，在案例二中，虽然甲乙丙均分别实施了可能砸伤张某头部的往楼下扔啤酒瓶的行为，但张某的头部究竟是哪个孩子扔的啤酒瓶砸伤的无法确定，此时三个孩子的行为相对于受害人张某而言，即构成共同危险行为。因此，张某可将扔啤酒瓶的四个小孩作为共同被告一同起诉。根据“人身损害赔偿解释”第4条的规定，二人以上共同实施危及他人人身安全的行为并造成损害后果，不能确定实际侵害行为人的，应当依照民法通则第130条规定承担连带责任。共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的，不承担赔偿责任。（3）内部不

可分合同关系。甲（个体工商户）经营一家美容院，后将该美容院转卖给乙负责经营，但未到工商行政管理部门办理变更手续，后乙雇佣的美容师在为客人做美容的过程中，因客人脸部皮肤过敏而发生纠纷，如果客人决定向人民法院起诉，则应当以甲乙作为共同被告。

2. 必要共同诉讼人的法定情形

根据“若干意见”的相关规定，引起必要共同诉讼人的情形主要包括：

- （1）挂靠关系中的挂靠者与被挂靠者作为共同诉讼人。“若干意见”第43条规定，个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。例如，个体工商户刘某自幼喜欢根雕艺术，为了更有利于承揽根雕加工业务，于是挂在集体企业龙凤艺术品公司名下，并以龙凤艺术品公司的名义对外承揽根雕加工业务。后刘某为张某加工了一件根雕工艺品，双方就工艺品的质量问题发生争议。如果张某决定向法院起诉，则应当以刘某与龙凤艺术品公司作为共同被告提起诉讼，因为在本案中，刘某与龙凤工艺品公司之间存在挂靠关系。
- （2）个体工商户，如果营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，双方应作为共同诉讼人（“若干意见”第46条）。如陈某开了一家川菜馆并领取了营业执照，在经营过程中，陈某将该川菜馆交给其朋友李某经营。李某与客人张某就餐饮质量问题发生争议，张某如果起诉要求赔偿损失，即可将陈某与李某作为共同被告。
- （3）个人合伙中的合伙人作为共同诉讼人。“若干意见”第47条规定，个人合伙的全体合伙人在诉讼中作为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的，应在法律文书中注明登记的字号

。这里一定要注意与合伙组织作为当事人的具体区别：第一，合伙组织是依法成立的；第二，合伙组织拥有独立的财产；第三，合伙组织有一定的组织机构。例如，甲乙丙三人签订合伙协议，约定开一家咖啡屋并依法注册为“梦幻咖啡屋”。合伙协议约定：三人各自出资10万元作为梦幻咖啡屋的资产，由甲作为梦幻咖啡屋的负责人，并在太原路租赁一间门面房作为经营场所。梦幻咖啡屋在经营过程中与甲公司就拖欠所供应咖啡的货款发生争议。此时，如果甲公司提起诉讼，则应当以梦幻咖啡屋为被告，而不应以甲乙丙为共同被告。如果甲乙丙仅仅是签订合伙协议，并核准登记“梦幻咖啡屋”，但该梦幻咖啡屋既无组织机构，也无独立的财产，则甲公司应当以甲乙丙作为共同被告提起诉讼，只是在法律文书中应注明梦幻咖啡屋的名称。（4）企业法人分立的，应以分立后的法人为共同诉讼人（“若干意见”第50条）。这一点在当事人权利义务承担部分已作过分析。（5）借用业务介绍信、合同专用章等关系中，出借人与借用人应作为共同诉讼人（“若干意见”第52条）。因为借用业务介绍信、合同专用章、银行帐户等实际上借用了一个法人的名义，此时，出借人与借用人之间必然形成了一种不可分的权利义务关系。（6）保证关系中的共同诉讼人。“若干意见”第53条规定，因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告；债权人仅起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼；债权人仅起诉被保证人的，可只列被保证人为被告。根据该条规定，在当事人对保证责任形式

没有作出明确约定时，推定为一般保证责任。这一点与《担保法》第19条“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任”的规定不同。根据新法优于旧法的原则，在当事人对保证责任形式未明确约定时，应当按照担保法的规定推定承担连带责任。例如，甲公司从乙银行贷款，丙公司以其房产为甲公司提供担保。贷款期限届满时，甲公司不能归还到期贷款。乙银行如何实现自己的债权，取决于乙银行如何提起诉讼。此时，乙银行可以直接以甲公司与丙公司为共同被告提起诉讼；也可以直接以甲公司单独为被告提起诉讼；但是，乙银行能否直接以保证人丙公司单独为被告提起诉讼，则取决于丙公司承担的是连带保证责任，还是一般保证责任。如果丙公司承担的是连带保证责任，则不必追加甲公司为共同被告；如果承担的是一般保证责任，则应当追加甲公司为共同被告。（7）继承关系中未一同起诉的其他继承人应当作为共同原告。“若干意见”第54条规定，在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼；被通知的继承人不愿意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应将其列为共同原告。这里需注意，如果未共同起诉的部分继承人就所争议的遗产主张遗嘱继承权，则该享有遗嘱继承权的继承人应当作为有独立请求权的第三人参加诉讼。（8）代理关系中的共同诉讼人。“若干意见”第55条规定，被代理人 and 代理人承担连带责任的，为共同诉讼人。（9）共有财产关系。“若干意见”第56条规定，共有财产权受到他人侵害，部分共有权人起诉的，其他共有权人应当列为共同诉讼人。

3. 必要共同诉讼人的关系 必要共同诉讼人

的关系包括两种：一是外部关系，即必要共同诉讼人与对方当事人之间的关系。在外部关系问题上，共同诉讼人处于共同的权利义务关系状态，一致对外。二是内部关系，即共同诉讼人之间的关系，主要体现在其中一人的诉讼行为对他人的效力问题。对此，《民事诉讼法》第53条第2款规定，共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生法律效力。例如，甲与乙共同承包的果园遭到丙工厂排放的工业废水污染后，给果园造成损失约13万元。甲与乙作为共同原告以丙工厂为被告向人民法院起诉，要求丙工厂赔偿损失13万元。在诉讼进行过程中，甲决定放弃对丙工厂的诉讼请求。此时，如果乙同意，则该放弃诉讼请求的行为对乙同样有效。但是，需注意必要共同诉讼人的上诉问题是一个例外，应按照“若干意见”第177条的规定处理。

4. 必要共同诉讼人的追加问题

在民事诉讼中，由于必要共同诉讼人之间存在不可分的权利义务关系，为了有利于对必要共同诉讼人一并作出合理的判决，必要共同诉讼人应当共同参加诉讼。根据“若干意见”第58条、第183条以及第211条的规定，在一审诉讼过程中，如果发现遗漏应当共同进行诉讼的当事人，除非原告明确表示放弃其实体权利，否则人民法院应当予以追加；该被追加的当事人不愿意参加诉讼的，不影响案件的继续审理。在二审诉讼进行过程中，发现一审程序遗漏了必须共同进行诉讼的当事人，此时，人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，发回重审。发回重审的裁定书中不列应当追加的当事人。在审判监督程序中，如果发现一、二审程序均遗漏了必须共同进行诉讼的当事人，

人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。由此可见，只要遗漏了必要共同诉讼人，在一审程序中发现，可直接予以追加；在二审程序或者审判监督程序中发现，为了保证当事人上诉权的行使，则可以根据当事人自愿原则进行调解，调解不成，则裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。这里的原审人民法院指原来的第一审人民法院。（二）普通共同诉讼人 普通共同诉讼，即当事人一方或者双方为二人以上，诉讼标的为同一种类，人民法院认为可以合并审理，并经过当事人同意而合并审理的诉讼。普通共同诉讼中的共同原告与共同被告统称为普通共同诉讼人。对普通共同诉讼，重点需理解并掌握普通共同诉讼人的独立性：第一，共同诉讼人之间的关系独立。也就是说，普通共同诉讼人个人的诉讼行为仅对行为人自己有效，对其他共同诉讼人不发生任何法律效力。第二，特殊情形独立。如果普通共同诉讼人中的一人出现诉讼中止等特殊情形，不影响其他共同诉讼人诉讼活动的继续进行。第三，裁判结果独立。即人民法院对普通共同诉讼人的诉讼请求及其相应证据的审查应当分别进行，并可以根据审查的结果，对普通共同诉讼的不同当事人作出实体结果完全不同的裁判。四、诉讼代表人（一）代表人诉讼的种类 1. 起诉时人数确定的代表人诉讼 《民事诉讼法》第54条规定了起诉时人数确定的代表人诉讼，这类代表人诉讼，其诉讼标的有两种情况：一是共同的，即基于必要共同诉讼，因当事人一方或者双方人数众多而形成。如30人共同承包的鱼塘被化工厂排放的工业污水污染所引起的侵权诉讼，此时，该30人因存在内部不可分合同关系而形成权利义务

的不可分状态。二是同一种类的，如因房地产开发商向 100 户业主迟延交付商品房而引起的业主与开发商之间的诉讼，在这一诉讼中，100 名业主之间仅仅是与开发商存在同一种类的诉讼标的而已。

2. 起诉时人数不确定的代表人诉讼 《民事诉讼法》第 55 条规定了起诉时人数不确定的代表人诉讼，此类代表人诉讼，其诉讼标的只能是同一种类，如因虚假广告、环境污染、产品质量等引起的多数人诉讼。

（二）诉讼代表人的确定 在不同的代表人诉讼中，其诉讼代表人的确定也有所不同。

1. 在人数确定的代表人诉讼中，根据“若干意见”第 60 条的规定，可以由全体当事人共同推选代表人，也可以由部分当事人推选自己的代表人；推选不出代表人的当事人，在必要共同诉讼中可以由自己参加诉讼，在普通共同诉讼中可以另行起诉。

2. 在人数不确定的代表人诉讼中，根据“若干意见”第 61 条的规定，由当事人推选代表人，当事人推选不出的，可以由人民法院提出人选与当事人协商，协商不成的，也可以由人民法院在起诉的当事人中指定代表人。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com