

[诉讼法类]考前强化案例九 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__5B_E8_AF_89_E8_AE_BC_E6_B3_95_c36_482404.htm [案例九](2000年律师资格考试试题，12分) A县甲借给B县乙10万元，B县乙借给C县丙20万元，此两项借款均已届还款期限，甲急于用款，但经调查了解乙无力还款，便多次催促乙向丙索还欠款，乙置之不理。 请问：1．在已知乙无力还款的情况下，甲欲实现债权，可行使何种权利? 2．甲基于第1问中所指的权利，如果提起诉讼，如何确定乙和丙的诉讼地位? 3．甲提起第2问中所指的诉讼，什么地方的人民法院具有管辖权? 4．假设甲提起第2问中所指的诉讼，法院受理后，D县丁提出乙欠其5万元贷款，到期无力归还，因此，丁采取与甲同样的实现债权的方式，向该法院起诉。这种情况下，法院对甲和丁各自提起的诉讼如果合并审理，甲和丁在民事诉讼上是什么关系? 5．假设甲提起第2问中所指的诉讼，但没有足够的证据证明乙与丙之间存在借贷关系，法院是否应当受理起诉?为什么? 6．假设甲提起第2问中所指的诉讼，诉讼过程中法院得知乙与丙之间的借贷关系存在争议，并根据双方签订的仲裁协议正在进行仲裁，法院对甲提起的诉讼应当如何处理?为什么? 7．假设出现第4问所述的情况，一审法院判决支持甲和丁的诉讼请求，丙提起上诉，在第二审程序中甲又向法院提出乙除欠其10万元借款外，还拖欠货款8万元，请求采取同样的诉讼方式实现这一债权，从程序上看，法院应当如何处理这一诉讼请求? 8．假设在第二审程序中，二审法院发现本案一审的审判长是原告人甲的前妻，未进行回避，二审法院可以作何程序上的

处理? 答案及解析 1. 在已知乙无力还款的情况下, 甲欲实现债权, 可行使何种权利? [考点] 本题考查的是债权人的代位权。 [答案] 甲可依《合同法》的规定, 行使代位诉讼权, 向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人乙对次债务人丙的债权。 [法理分析] 这是一道关于民法方面的问题。代位权是合同的一种保全制度。所谓代位权, 是指债权人为了保全自己的债权, 而以自己的名义代债务人行使其到期债权的权利。

《合同法》第73条规定: “因债务人怠于行使其到期债权, 对债权人造成损害的, 债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权, 但该债权专属于债务人自身的除外。”代位权是债权人享有的法定权利, 根据《合同法解释》第11条的规定, 其成立条件有: (1) 须债务人对第三人享有到期债权。(2) 须债务人对第三人享有的债权非专属于债务人自身, 专属于债务人的债权不得代位行使。(3) 须债务人怠于行使其权利。(4) 须债务人怠于行使其债权对债权人造成损害。(5) 债务人的债务已到期, 债务人陷于迟延。从本案来看, 债务人B县乙享有对于第三人C县丙20万元的到期债权, 但是, 债务人B县乙却怠于行使其权利, 这严重危害了债权人A县甲的债权, 且该债权非专属于债务人B县乙自身, A县甲具备了行使代位权的条件, 可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人乙对次债务人丙的债权。不过, 代位权必须在债权人债权的范围内行使。 [答题技巧] 解答此题的关键在于掌握代位权的含义及其行使的条件。这是一道关于民法方面的问题, 从该问题可以看出, 跨部门法出题在近几年考试中成为比较常见的现象, 希望考生予以关注。 2. 甲基于第1问中所指的权利, 如果提起诉讼, 如何确定乙和丙的诉讼地位?

[考点]本题考查的是代位权诉讼中当事人的诉讼地位。 [答案]依《合同法解释》的规定，债权人甲应以次债务人丙为被告，以债务人乙为第三人提起代位权诉讼。若甲未将债务人乙列为第三人，人民法院可以追加债务人乙为第三人。 [法理分析]《合同法解释》第16条规定：“债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院可以追加债务人为第三人。两个或两个以上债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的，人民法院可以合并审理。”这是《合同法》以解释的方式明确了代位权诉讼中当事人的诉讼地位。 [答题技巧]解答此题的关键在于掌握代位权诉讼中如何确定当事人的诉讼地位。注意，如果以债务人为被告提起诉讼，不存在代位权诉讼的问题，这意味着，代位权诉讼中，只能以次债务人为被告。

3. 甲提起第2问中所指的诉讼，什么地方的人民法院具有管辖权? [考点]本题考查的是代位权诉讼中的法院管辖。 [答案]依《合同法解释》的规定，代位权诉讼由被告次债务人丙住所地人民法院管辖，即C县人民法院管辖。 [法理分析]《合同法解释》第14条规定：“债权人依照合同法第73条的规定提起代位权诉讼的，由被告住所地的人民法院管辖。”依此规定，由于次债务人C县丙是本案的被告，因此，应当由被告住所地的人民法院管辖，即应当由C县人民法院管辖。 [答题技巧]解答此题的关键在于掌握代位权诉讼的管辖法院。

4. 假设甲提起第2问中所指的诉讼，法院受理后，D县丁提出乙欠其5万元贷款，到期无力归还，因此，丁采取与甲同样的实现债权的方式，向该法院起诉。这种情况下，法院对甲和丁各自提起的诉讼如果合并审理，甲和丁在民事诉讼上是什么关系? [考点]本

题考查的是代位权诉讼中当事人的诉讼地位。[答案]依《合同法解释》的规定，甲和丁应为共同原告。[法理分析]《合同法解释》第16条第2款规定：“两个或两个以上债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的，人民法院可以合并审理。”可见，由于债权人为二人以上，且属于同一被告，人民法院可以合并审理：甲和丁应为共同原告。[答题技巧]解答此题的关键在于掌握代位权诉讼中如何确定当事人的诉讼地位。

5. 假设甲提起第2问中所指的诉讼，但没有足够的证据证明乙与丙之间存在借贷关系，法院是否应当受理起诉？为什么？[考点]本题考查的是债权人代位权诉讼行使的条件。[答案]法院不予受理，因为甲不具备行使代位权诉讼的条件。[法理分析]《合同法解释》第11条规定：“债权人依照合同法第73条的规定提起代位权诉讼，应当符合下列条件：(一)债权人对债务人的债权合法；(二)债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；(三)债务人的债权已到期；(四)债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。具体而言，就是问题一中所说的条件。可见，甲要证明乙、丙之间存在借贷关系，才符合代位权诉讼的起诉条件，否则法院对其起诉不予受理。[答题技巧]解答此题的关键在于掌握代位权的含义及其行使的条件。

6. 假设甲提起第2问中所指的诉讼，诉讼过程中法院得知乙与丙之间的借贷关系存在争议，并根据双方签订的仲裁协议正在进行仲裁，法院对甲提起的诉讼应当如何处理？为什么？[考点]本题考查的是诉讼中止。[答案]法院应当中止甲提起的诉讼。因为依据《民事诉讼法》的规定，一案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的，应中止诉讼。本案中甲提起的代位权诉讼必须以乙、丙之间的

仲裁结果为依据，现乙、丙之间的仲裁尚未终止，故应中止甲提起的代位权诉讼。[法理分析]所谓诉讼中止，是指在诉讼进行中，由于发生某种特定原因，使诉讼程序暂时停止。

《民事诉讼法》第136条规定：“有下列情形之一的，中止诉讼：(一)一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；(二)一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；(三)作为一方当事人的法人或者其他组织中止，尚未确定权利义务承受人的；(四)一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；(五)本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；(六)其他应当中止诉讼的情形。中止诉讼的原因消失后，恢复诉讼。”本案中，甲提起的代位诉讼必须以乙、丙之间的仲裁结果为依据，现乙、丙之间的仲裁尚未终止，这意味着，乙、丙之间的权利义务关系尚不明确，因此，本案已经符合《民事诉讼法》第136条第1款第(五)项规定的中止诉讼的情形，故应中止甲提起的代位权诉讼。[答题技巧]解答此题的关键在于掌握代位权诉讼中，诉讼中止的情形。

7. 假设出现第4问所述的情况，一审法院判决支持甲和丁的诉讼请求，丙提起上诉，在第二审程序中甲又向法院提出乙除欠其10万元借款外，还拖欠货款8万元，请求采取同样的诉讼方式实现这一债权，从程序上看，法院应当如何处理这一诉讼请求？[考点]本题考查的是另行起诉。[答案]法院可以根据当事人自愿的原则就甲新增加的8万元诉讼请求中的5万元部分进行调解，调解不成的，告知甲另行起诉；而对于另外3万元部分，则不予支持，应告知甲另行起诉。理由有二：其一，依《民诉意见》的规定，在第二审程序中，原告增加独立的诉讼请求的，第二审法院可以根据当

事人自愿的原则就增加的诉讼请求进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。其二，依《合同法解释》的规定，在代位权诉讼中，债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或者超过次债务人对债务人所负债务额的，对超出部分人民法院不予支持。[法理分析](1)根据《合同法》第73条的规定，债权人行使代位权，必须以债权人的债权为限。在本案中，甲、丁二人作为债权人，债权总额为15万元，那么如果甲、丁二人对于乙还有其他债权，则该债权在行使上仍应当以债权人的债权为限，不能超越乙的债权范围行使代位权，这意味着，次债务人仅仅以20万元债务作为代位权诉讼的标的，超过的部分，丙无义务清偿。而甲向法院提出对于乙的8万元债务代位行使，由于丙已经对15万元债务负清偿义务，那么，仅有5万元债务能够作为代位权行使的标的，法院也仅以此为限作出判决。《合同法解释》第21条规定：“在代位权诉讼中，债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或者超过次债务人对债务人所负债务额的，对超出部分人民法院不予支持。”因此，甲只能再就5万元债务行使代位权。(2)民诉意见第184条规定：“在第二审程序中，原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的，第二审法院可以根据当事人自愿的原则就增加的诉讼请求或反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。”法律之所以作出这样的规定，主要是为了保护原审原告或者原审被告对于增加的诉讼请求或者反诉未来的上诉权。假如二审法院对于原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出的反诉予以判决，而不是告知另行起诉，这无疑是剥夺了当事人的上诉权，因此，第二审法院如果调解不成的，应当告知当事人另行

起诉，按照一审程序审理，这样，当事人的上诉权就有了保障。本案中，原告甲增加了独立的诉讼请求，法院可以根据当事人自愿的原则就甲新增加的8万元诉讼请求中的5万元部分进行调解，调解不成的，告知甲另行起诉；而对于另外3万元部分，则不予支持，应告知甲另行起诉。综上所述，本案中一审判决支持了甲、丁的共计15万元的诉讼请求，后甲在二审中又提出了8万元的独立诉讼请求，合计共23万元，已超出次债务人丙所负20万元的债务额。依上述法律规定，故应作出上述处理。 [答题技巧]解答此题的关键在于掌握另行起诉的适用。另外，考生在复习时要注意不予受理和另行起诉的区别。

8. 假设在第二审程序中，二审法院发现本案一审的审判长是原告人甲的前妻，未进行回避，二审法院可以作何程序上的处理? [考点]本题考查的是回避制度和发回重申。 [答案]二审法院应裁定撤销原判，发回原审人民法院重审。 [法理分析]《民事诉讼法》第153条第1款第(四)项规定：“第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：……(四)原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。”另外，《民事诉讼法》第45条第1款规定：“审判人员有下列情形之一的，必须回避，当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避：(一)是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属；(二)与本案有利害关系；(三)与本案有其他关系，可能影响对案件公正审理的。”依上述规定，在一审程序中，如果一审的审判长是原告人甲的前妻，该人与案件处理结果有其他关系，可能影响对案件公正审理，符合《民事诉讼法》第45条第1款第(三)项的规定，应当回避。但是一审的审判长并未回

避，这违反了法定程序，可能会影响案件的正确判决，因此，应当裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。[答题技巧]解答此题的关键在于掌握回避的适用和发回重审的情形。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