

华旭真题

2017年

国家司法考试

戴鹏的民诉法

戴鹏 ◎ 编著

真题卷



中国政法大学出版社

2017年

国家司法考试

戴鹏的民诉法

戴鹏 ◎ 编著

真题卷

天道酬勤!

戴鹏
2017.02.20

 中国政法大学出版社

2017 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

2017 年国家司法考试戴鹏的民法. 真题卷/戴鹏编著. —北京：中国政法大学出版社，2017.2
ISBN 978-7-5620-7349-9

I. ①2… II. ①戴… III. ①民事诉讼法—中国—资格考试—题解 IV. ①D925.1-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 037051 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285 (总编室) 58908433 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	北京中科印刷有限公司
开 本	787mm × 1092mm 1/16
印 张	15.5
字 数	370 千字
版 次	2017 年 2 月第 1 版
印 次	2017 年 2 月第 1 次印刷
定 价	32.00 元

前言

民事诉讼法与仲裁部分每年在司法考试中会考查70分以上,分值相对较高,对于考生通过司法考试而言极为重要,但是常常听到考生朋友们抱怨民事诉讼法的枯燥难学与漫无边际。的确,民诉法对好多考生而言是一块“鸡肋”,是一门“枯燥无味”的法,一门“杂乱无章”的法,一门“漫无边际”的法,是一门“说不清楚”的法,是一门“有点难学”的法,也是一门“不得不学”的法;当然,对于笔者而言,确是一门“不得不讲”的法。虽是笑谈,但在一定程度上却反映的在司法考试中民事诉讼法这门学科的一些特征。

考生在复习备考过程中可能会遇到的问题以及本书特点的一些说明:

1. 错误的认知观念。很多考生对于司法考试的复习存在一个误区,以为学法律靠得就是简单的死记硬背。这种错误的观念在诉讼法的学习中,更是表现的淋漓尽致。多数考生认为诉讼法中没有什么理论,完全是靠机械性的重复背诵即可。这种错误观点导致的后果有二,一是极大的加重了记忆负担,记忆不牢;二是针对近些年司法考试倾向于理论和知识点的综合考查,纯粹靠记忆导致无法解题!正如欧文·费斯教授在《如法所能》中所言“民事诉讼是一种制度设计,它利用国家力量改变被扭曲的社会现状,使它更接近我们的理想。”这样的制度设计焉能无理论无逻辑?如此环环相扣层层深入的制度设计岂不值得大家花时间花精力去理解和领会?本书在写作过程中,注重对知识点制度设计目的和原理进行解析,这些理论可能不那么准确,甚至存在疏漏,但我相信能在一定程度上帮助考生理解、记忆并且区分容易混淆的知识点。

2. 法条一看就会,题目一做就错。主要是因为民事诉讼法的考查中有一些特殊的命题特征,而考生不了解这些特征,不知道考试到底考什么,就出现了“复习了的没考,考到的又没有复习”的现象。比如二审的裁判中,考生往往只注意掌握各种情形所对应的裁判方式,而考试往往喜欢考查考生容易忽略的文书适用问题;如延期审理和诉讼中止中,考生往往只注意情形的区分,而考试经常确考查延期审理所适用的文书是决定而不是裁定,等等;针对这个问题,笔者通过考点提示指出司法考试中经常容易考查,但是考生又极易忽略的考点,从而帮助考生复习更具有针对性。同时对于一些较易混淆点知识点,通过“总结与归纳”或者“总结与对比”专门作出比较和总结,帮助考生区分和记忆。

3. 个别难点难以理解。在民事诉讼法中存在如下难点以至于考生一直难以理解,如合同纠纷的管辖确定,举证责任分配,审判监督程序,执行中的执行异议(尤其是案外人异议以及案外人异议之诉或者许可执行之诉);这些点在民事诉讼法中是难点,考生应当注意加强理解,对于这些内容,本书通过考点例解,辅以案例,帮助考生真正理解这些难点。

4. 知识点杂乱,形不成体系。话说“胸中有丘壑,笔下自华章”。民事诉讼知识点极为琐碎,对于很多考生而言是一大堆散乱的知识点,常常是抓东忘西。无法做到提纲挈领,胸有成竹的应对考点。针对这个问题,本书在编写时注意知识体系的整体掌握,在每一部分均有一块内容为知识体系,将该部分知识点用表格形式予以总结,让考生对该部分知识有一个体系性的掌握。考生可以在学习之初对本部分内容有一个整体的了解,学习完该章

节后也可以通过这些表格对本部分内容做一个体系性的掌握,当然,在复习的后期,可以作为一个查漏补缺的工具。

5. 解题缺乏思路。民诉中很多考题是需要解题思路的,而传统的民诉教材,止步于高频考点的统计,纵情于历年考题的整理,沉迷于“必考法条”的堆积,导致很多考生解题没有思路,考场上直接套用法条,结果发现法条打架,无所适从,如管辖部分,一是当事人所在地无法确认,因为又有当事人住所地,又有经常居住地,又有户口迁出没有落户的情形;而在合同纠纷中,又有专属管辖问题,又有协议管辖问题,又有法定管辖,被告住所地和合同履行地,并且还涉及到合同是否履行,约定履行地与实际履行地不一致等问题,让考生无所适从;还有诸如处分原则和辩论原则,考生在没能真正理解其内在区别的情况下,误认为一些年司法考试答案错误,针对这些问题,笔者为考生总结解题思路,并且针对性列举系列案例,运用解题思路帮助分析这些题目,从而克服这些疑难杂症。

以2013年出版的《民事诉讼法授课精要》为基础,本书已经是第五年接受考生检验了。在每年的写书和授课过程中,笔者发现法条的逻辑、分析问题的思路以及解题的方法是考生最为需要的内容,因此,我进一步延续“技术流”的风格,进一步实现“复杂问题图表化,疑难问题案例化,解题思路步骤化”,通过一系列图示、系列案例、解题步骤和公式等帮助考生攻克诸如管辖、证明责任、审判监督程序、第三人撤销之诉、案外人对执行标的的异议等难点。

本系列民事诉讼法部分分为讲义、真题和模拟题。

讲义通过知识点的详细讲解,帮助考生系统、深入地掌握民事诉讼法的主要知识和考点。每一章(节)主要由知识体系和考点精讲两个板块构成。其中知识体系板块主要是通过表格形式展现本章(节)的主要靠点,便于考生从体系上了解和掌握本章内容。对于这一板块,考生可以在本章(节)学习之前通过这些表格大概了解本章(节)的主要知识点,更可以在本章(节)学习完后通过表格将零散的知识点体系性地掌握,当然,在复习的后期,可以作为系统复习、查漏补缺的一个工具。考点精讲板块则主要是对本章(节)考点的罗列和讲解,对于每一个知识点笔者着墨不同,对于一些简单的知识点,仅仅是简单罗列,但是对于一些考生难以理解的知识点,笔者通过“理解”“考点例解”等内容揭示考点背后的理论或者立法目的,或者举例说明;对于一些内容相对简单,但是记忆负担较大的考点,笔者通过“总结”“记忆规律”等内容总结类似考点,提示记忆规律,以帮助考生记忆相关考点;对于一些考生在解题过程中难以解决的难点,笔者通过“解题思路”“技术流”等为考生梳理解题思路,同时通过例题的分析帮助考生灵活运用该思路;最后,对于一些看似简单,但是考生容易忽略的知识点,则通过“考点提示”明确揭示考点,以便于考生有针对性地掌握考点。以上内容,也算是本书的特色之处吧!

真题按知识点分类,全面收录了2010年到2016年总共七年的真题,部分收录了2010及以前的经典真题。在每一讲前有一个“本章考点分析”,列举了本章的主要考点,旨在帮助考生在做题之前对本章的考点有一个简单的回顾。在真题的分析中,不仅侧重对题目和考点本身的解析,更是从考生解题的角度,分析解题思路,揭示命题规律,以期通过真题达到熟练掌握考点——了解考试方向——掌握命题规律,进而指导考生有针对性地复习。对于很多考生担忧的2012年民事诉讼法修正案以及2015年2月4日出台的新《民诉解释》可能影响以前的真题这个问题,笔者根据2012修正案以及新《民诉解释》对以往真题的答案进行了修正,或者改编后予以收录、解析。在真题解析的最后,对于考生普遍比较为难

的不定项选择题和主观题，本书单独列为不定项选择题专项训练和主观题专项训练两个专题，便于考生通过专项训练的方式攻克两道难题，同时不仅对每一道题目进行分析，也设置了题干分析，从整体上分析本题的考点和命题思路，帮助考生更好地从题干中读出考点，有针对性地提高考生分析题干，抓住考点，解决题目的能力！

模拟题通过笔者精心设置的100余道经典模拟题进一步强化对重点知识点的强化记忆和熟练运用，充分展示在考场上可能出现的干扰选项及命题思路，以期通过经典题目的训练，帮助同学们将所掌握的知识转化为解题能力。模拟题篇对每一道题目做了极其详尽、全面的解析，全面回顾题目所涉及的知识点，并从考生的角度展示题目的分析、解答思路，并通过“命题思路与常见错误分析”解析此类考点的命题思路，并提示考生在此类题目中可能出现的错误。

以上便是一个完整的体系，逐渐实现从知识理解到解题能力再到综合提高，循序渐进，相信足以为考生朋友在司法考试民事诉讼法与仲裁制度这一科取得较为理想的成绩保驾护航。

笔者通过司法考试后，求学于清华园，怀揣着对三尺讲台的憧憬，走上了司法考试讲台，在这个平台上，广大学员朋友们给了我极大的鼓励和支持，在此想向辛勤的学员们衷心地道一句感谢，是你们的激情和梦想感染着我满怀激情地工作，是你们求知若渴的眼神鞭策着我不断学习、进步，是你们的信任与支持使我有勇气在这个似乎是“不务正业”的行业中艰难前行！

英雄不问出处，唯有信仰者而享之！从报名那一天开始，通过考试便成了这段时间内直指内心的信仰。这一路上，时有荆棘丛生，时有鲜花灿烂，但是没有捷径，为了心中的法律梦，我们只能前行。司法考试的考生，是最辛苦的考生，也最伟大的考生！五十万考生同台竞技，最终却只有不到10%的考生能够胜出，便决定了这个考试的残酷性。将近400万字的三大本教材，将近两万多个法条，需要大家在不到1年的时间内掌握；将近200个日日夜夜里，每天十小时以上的学习，陪伴你们的却只有孤独的台灯和清冷的书桌。每每想到此，回想自己备考的艰辛旅程，心情久久不能平静，总希望自己能为考生做得更多，做得更好！但在本书付梓之际，却是诚惶诚恐，法律水平的不足，专业知识的匮乏，使我深感有心无力，而成书的仓促，使我常怀愧疚之心，总是担心自己的浅薄和疏漏，贻误考生，愧对广大考生的信任。恳请广大考生能够不吝赐教，指出本书的疏漏甚至错误之处，以期让自己做得更好，同时，关于本书以及司法考试备考过程中关于民诉的任何问题，欢迎考生在本人的微博（新浪微博@法律人戴鹏）中提出，本人将尽力解答；并适时发布最新研究成果，以及勘误信息。

这套图书由我独立完成编写与修订工作，为了尽量减少书中的疏漏和错误，我的学生朱惠君同学对本系列图书进行了全面、细致的校对，并提出了诸多有益的建议，在此，对她的付出和努力表示衷心的感谢！

戴 鹏

2017年2月

于广州

目 录

第一讲 民事诉讼与民事诉讼法	1
第二讲 诉的基本理论	3
第三讲 民事诉讼基本原则与制度	9
第一节 基本原则部分	9
第二节 民事诉讼的基本制度	14
第四讲 主管与管辖	20
第一节 主 管	20
第二节 管 辖	21
第五讲 当事人	33
第六讲 共同诉讼	42
第七讲 第三人	46
第八讲 诉讼代理人	52
第九讲 证 据	55
第十讲 证 明	64
第一节 证明对象	64
第二节 证明责任与证明标准	66
第三节 证据保全	72
第四节 证明程序	73
第十一讲 保全与先予执行	80
第一节 保 全	80
第二节 先予执行	83
第十二讲 期间与送达	85
第十三讲 调 解	89
第十四讲 一审普通程序	95
第十五讲 简易程序及小额诉讼程序	112
第十六讲 公益诉讼程序	119
第十七讲 第三人撤销之诉	121
第十八讲 二审程序	123

第十九讲 审判监督程序	134
第二十讲 特别程序	144
第二十一讲 非讼程序之督促程序	149
第二十二讲 公示催告程序	154
第二十三讲 执行程序	158
第二十四讲 涉外民事诉讼程序	170
第二十五讲 仲裁概述	174
第二十六讲 仲裁协议	176
第二十七讲 仲裁程序	182
第二十八讲 司法与仲裁	188
不定项选择题专项训练	192
主观题专项训练	217

第一讲 民事诉讼与民事诉讼法

【考点概述】

本章主要需要考生掌握的知识点为民事纠纷的解决方式,包括和解、调解、仲裁和诉讼。其中民事诉讼在于利用国家审判权解决平等主体之间的民事权利义务纠纷,而在民事诉讼法中规定的程序包括一审、二审、再审程序,以及特别程序、督促程序、公示催告程序和执行程序。仅仅只有一审、二审和再审程序是解决民事权利义务纠纷的,称之为诉讼程序;而其他的特别程序、督促程序、公示催告程序以及执行程序均不解决纠纷,并不是诉讼程序。

同时还要求考生掌握的是民事诉讼法的性质,即根据其在国家法律体系中的地位而言,民事诉讼法属于基本法律;从调整的社会关系而言,民事诉讼法是部门法;从其内容上而言,民事诉讼法是程序法;从公法和私法的划分角度而言,民事诉讼法是公法。

民事诉讼法的效力,即在中国进行民事诉讼必须遵守中国的民事诉讼法。

【历年真题】

1. (2011年卷三35题)关于民事诉讼法的性质,下列哪一说法是正确的?^{〔1〕}

- A. 根据其调整的社会关系,民事诉讼法是程序法
- B. 根据其在法律体系中的地位,民事诉讼法是程序法
- C. 根据其规定的内容,民事诉讼法是程序法
- D. 根据公法与私法的划分标准,民事诉讼法是程序法

分析与思路:从民事诉讼法在法律体系中的地位来看,民事诉讼法属于基本法;从其调整的社会关系来看,民事诉讼法调整的是民事诉讼这一部门法律关系,属于部门法;从其调整的内容来看,民事诉讼法属于程序法;从公法和私法的划分角度,民诉法属于公法。综上所述,本题C选项是正确的,民事诉讼法是程序法是从其内容角度得出的结论。

命题思路与常见错误分析:此题提示考生不仅要知道民事诉讼法的四种属性,还要知道民事诉讼法分别从什么角度才具有这样的属性。本题考生丢分的主要原因在于考生虽然对民事诉讼法的四种基本属性了如指掌,但无法将其与分类角度进行一一对应。

2. (2012年卷三84题)下列哪些是1991年颁布实行的《民事诉讼法》(2007修正)规定的诉讼案件的审理程序?^{〔2〕}

- 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

分析与解答:本题出题背景是2012年8月31日通过了关于修改民事诉讼法修正案,通过“哪些程序是1991年民诉(2007修正案)所规定”这一问题考查考生对该修正内容是否有所了解,我们知道D选项的小额诉讼程序是2012修正案的内容,故而将其排除。当然

〔1〕 2011年卷三35题答案为:C

〔2〕 2012年卷三84题答案为:AB

本题还有一个重要的理论考点——诉讼程序。理论上，我们将民事程序区分为诉讼程序和非讼程序，诉讼程序是指解决民事权利义务纠纷的民事程序，包括一审、二审、再审；非讼程序指不解决民事权利义务纠纷的民事程序，包括特别程序（除选民资格案件外），督促程序和公示催告程序。而选民资格案件由于解决公民的政治权利，并非民事程序，所以既不是诉讼程序，也不是非讼程序。所以 C 选项中认定财产无主案件审理程序虽然是 1991 民诉法（2007 修正案）所规定的程序，但其作为特别程序，并非诉讼程序，应予排除，故本题选择 AB 选项。

命题思路与常见错误分析：这道题 A、B 两选项考生没有问题，问题在于绝大多数考生选择了 ABC。此题出题非常巧妙，可谓“明修栈道，暗度陈仓”，设置了两个考点，其一为哪些是 1991 年民诉规定的内容，其二为诉讼案件和非诉讼案件的区别，绝大多数考生只看到了第一个考点，而忽略了第二个考点。

考点提示

民事程序 { 诉讼程序：解决民事权利义务纠纷，包括一审、二审、再审。
非讼程序：不解决民事权利义务纠纷，包括特别程序（除选民资格案件外）
督促程序和公示催告程序。

特别程序中的选民资格案件由于解决公民的政治权利，并非民事程序，所以既不是诉讼程序，也不是非讼程序。

第二讲 诉的基本理论

【考点概述】

本章主要考点有三个：诉讼标的，诉的分类和反诉。

1. 关于诉讼标的，诉讼标的是原被告之间争议的实体法律关系，要与诉讼请求相区别。

2. 关于诉的分类，根据原告的诉讼请求，将诉分为三类，即确认之诉、给付之诉和形成之诉。其中确认之诉是要求法院确认某种法律关系是否存在；给付之诉要求法院判决对方履行一定义务，给付的内容包括财物和行为，行为有可能是积极的作为也有可能是消极的不作为；形成之诉要求法院变更或者消灭某种既存的法律关系。

3. 关于反诉，主要考点在于两方面，一是反诉的构成要件，即反诉主体的同一性、管辖（牵连管辖）、提起时间（一审法庭辩论终结前，二审中提出反诉的可以调解，调解不成告知另行起诉，但当事人同意二审法院一并审理的二审法院可以一并审理）、牵连关系（并不一定要求基于相同法律关系）、适用程序；二是对反诉的理解，即反诉是一个“独立的诉”。关于“独立的诉”主要有两方面的考查，一方面考查反诉的判断，即反诉与反驳的区分，其核心区别在于反诉是一个独立的诉，而反驳不是；另一方面，既然反诉是一个独立的诉，所以案件中有两个诉，原告诉被告叫本诉，被告告原告叫反诉，本、反诉相互独立，反诉不会因为本诉的撤销而撤销。

【历年真题】

一、诉的标的

1. （2009 年卷三 37 题）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。关于本案的诉讼标的，下列哪一选项是正确的？〔1〕

- A. 王某要求刘某不得将垃圾袋放在家门口的请求
- B. 王某要求法院保障自家正常通行权的请求
- C. 王某要求刘某维护环境卫生的请求
- D. 王某和刘某之间的相邻关系

分析与思路：诉讼标的是当事人之间发生争议并请求人民法院作出裁判的实体法律关系。本案中当事人是基于相邻权法律关系发生争议，并请求人民法院作出裁判，故本案的诉讼标的为王某与刘某之间的相邻关系，答案选择 D。本题中“不得将垃圾放在自家门前”是原告通过法院向对方当事人提出的要求，为诉讼请求，而“保护环境卫生和自家通行权”是原告诉讼请求所依据的事实和理由。

命题思路与常见错误分析：诉由三个要素构成，即诉的主体（即当事人）、诉的客体

〔1〕 2009 年卷三 37 题答案为：D

(即诉讼标的)和诉的理由(原告提出的诉讼请求在事实和法律上的依据)。本题考查诉讼标的的概念以及其与诉讼请求等概念的区别。

总结与归纳:

诉讼标的:是指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,如:合同关系、婚姻关系、相邻权关系、所有权法律关系等;

诉讼标的物:当事人争议的实体法律关系所指向的具体对象,如房屋租赁合同中的房屋、商品买卖合同的货物;

诉讼请求:当事人基于实体法律关系(诉讼标的)而请求法院所作出的特定裁判。

2. (2011年卷三37题)甲因乙久拖房租不付,向法院起诉,要求乙支付半年房租6000元。在案件开庭审理前,甲提出书面材料,表示时间已过去1个月,乙应将房租增至7000元。关于法院对甲增加房租的要求的处理,下列哪一选项是正确的?^[1]

- A. 作为新的诉讼受理,合并审理
- B. 作为诉讼标的变更,另案审理
- C. 作为诉讼请求增加,继续审理
- D. 不予受理,告知甲可以另行起诉

分析与思路:本案中原告之前要求支付租金6000元,此为诉讼请求,后要求支付房租7000元,也是诉讼请求,可见前后诉讼请求发生了变更;但支付租金6000这一请求以及支付租金7000这一请求都是基于房屋租赁合同关系这一诉讼标的,所以本案诉讼标的并未发生变化,所以本题选择C选项。

二、诉的分类

1. (2015年卷三37题)李某驾车不慎追尾撞坏刘某轿车,刘某向法院起诉要求李某将车修好。在诉讼过程中,刘某变更诉讼请求,要求李某赔偿损失并赔礼道歉。针对本案的诉讼请求变更,下列哪一说法是正确的?^[2]

- A. 该诉的诉讼标的同时发生变更
- B. 法院应依法不允许刘某变更诉讼请求
- C. 该诉成为变更之诉
- D. 该诉仍属给付之诉

分析与思路:本题考查诉讼标的和诉讼请求的区别,以及诉的分类。首先关于诉讼标的和诉讼请求,刘某起诉要求修车为诉讼请求,后刘某将该诉讼请求变更为赔偿损失并赔礼道歉,在法庭辩论终结前,当事人有权变更诉讼请求,所以B选项错误。诉讼标的是当事人之间发生争议并请求法院做出裁判的实体法律关系,要求李某修车是基于侵权法律关系,要求赔偿和赔礼道歉也是基于侵权法律关系,本案诉讼标的没有发生变化,A选项错误。诉的分类看原告诉讼请求,变更之前,刘某的诉讼请求是修车,为给付之诉,给付的内容是行为,而变更之后刘某的诉讼请求为赔偿损失并赔礼道歉,为给付之诉,给付的内容是财物和行为。所以C错误,D正确。

2. (2013年卷三37题)关于诉的表述,下列哪一选项是正确的?^[3]

- A. 孙某向法院申请确认其妻无民事行为能力,属于确认之诉

[1] 2011年卷三37题答案为:C

[2] 2015年卷三37题答案为:D

[3] 2013年卷三37题答案为:C

B. 周某向法院申请宣告自己与吴某的婚姻无效,属于变更之诉

C. 张某在与王某协议离婚后,又向法院起诉,主张离婚损害赔偿,属于给付之诉

D. 赵某代理女儿向法院诉请前妻将抚养费从每月 1000 元增加为 2000 元,属于给付之诉

分析与思路: A 选项虽有“确认”二字,但并非确认之诉。“诉”的分类是根据原告的诉讼请求对诉讼案件进行分类,所以进行诉的分类前提一定要是诉讼案件,而确认公民无或限制民事行为能力是特别程序,并不是诉讼程序,当然谈不上诉的分类问题。B 选项中确认自己与吴某的婚姻关系无效,是请求法院确认某种法律关系是否存在,为确认之诉,消极的确认之诉,表述错误。C 选项原告的诉讼请求为损害赔偿,为给付之诉,给付的对象为财物。D 选项中原来的诉讼请求是变更既存的抚养关系中的内容(将抚养费由少变多),所以为变更之诉。

命题思路与常见错误分析: 首先关于 B 选项考生可能存在这样的疑惑: 消极的确认之诉和形成之诉在有些情况下效果可能相同或者相似而无法区分,如确认婚姻无效(消极的确认之诉)与解除婚姻关系(形成之诉)。消极的确认之诉和形成之诉的区别在于,确认之诉中待确认的法律关系是否既存而有效是有待争议的(如在确认婚姻无效、合同无效的诉讼请求中婚姻关系或者合同关系是否有效本身就是本案正在争议的问题),而形成之诉中待消灭或者变更的法律关系本身是既存而有效的(如解除婚姻关系与解除合同的诉讼请求中婚姻关系与合同关系本身是既存而有效的,才能请求消灭)。

关于 D 选项,历来考生存在较大疑惑,市面上更有一些解析的观点存在偏差,笔者做如下梳理:

1. 有考生看到金钱内容即认为是给付之诉,但笔者试问,如果把选项改为“前妻起诉女儿要求将生活费从每月 2000 元变为每月 1000 元”,应该不会有人认为这是给付之诉了吧。而该表述与选项的表述又有何本质区别呢?

2. 有解析观点认为本选项为所谓的“诉讼请求的变更”而谈不上诉的分类,笔者认为此种解析有待商榷,因为按照该观点,显然要存在前后两个诉讼请求,才谈得上是所谓的“诉讼请求的变更”。而本选项中自始至终只存在一个诉讼请求,即“将抚养费从每月 1000 元增加为 2000 元”,何来变更一说。

3. 具体而言,本案的实质在于原本在前妻与女儿之间存在一个抚养权法律关系,根据这个抚养权法律关系,前妻的义务是每月给女儿 1000 元,而原告的诉讼请求是将这一既存的法律关系中的内容(数额)予以变更,显然为变更之诉。

综上所述,笔者给出如下考点提示:

☞ 考点提示

一个法律关系包含主体、客体和内容三个方面,原告的诉讼请求如是对既存的法律关系中该三项之一项进行变更即为变更之诉。

1. 对客体进行变更的如: 离婚、解除合同(将此种法律关系从有变为无);

2. 对主体进行变更的如: 张三起诉李四要求将婚生子张小三判归自己抚养(对抚养权法律关系的主体进行变更,即将既存的李四与张小三的抚养权法律关系变更为自己与张小三之间存在);

3. 对内容的变更的如: 本题 D 选项所示,对其中的数额予以变更。

3. (2008 年卷三 86 题) 关于诉的种类的表述, 下列哪些选项是正确的?〔1〕

- 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

分析与思路: 本题 A 选项中解除合同是消灭既存合同关系, 是变更之诉; B 选项中要求乙公司继续履行合同, 是给付之诉, 给付的对象是行为, 积极的作为; C 选项中原告诉讼请求是履行合同, 归还借款, 显然是给付之诉, 给付的内容为财物; D 选项中甲公司的诉讼请求是要求乙公司停止施工, 或采取措施降低噪音, 一个是消极的不作为, 一个是积极的作为, 但总之都是给付之诉, 给付的内容为行为, 当然其中既有作为又有不作为。

命题思路与常见错误分析: 可能有考生误选 C 选项, 考生的判断思路是原告起诉归还借款, 被告称不存在借款关系, 所以法院首先应当确认借款关系是否存在, 所以为确认之诉。此种分析思路错误, 可以从两个角度解释:

第一个角度是判断诉的分类唯一依据是原告的诉讼请求, 而不能看被告的答辩意见, 原告的请求是返还借款, 是给付之诉, 给付的内容为财物, 该选项是用被告的答辩意见作为干扰。

第二个角度是从给付之诉和确认之诉的关系来看, 一般而言, 在给付之诉和形成之诉中往往可能包含确认的内容 (如履行合同的前提是确认合同有效, 如解除婚姻关系的前提是确认婚姻关系有效), 但只要原告提出了给付或者变更的主张, 则一定是给付之诉或者变更之诉, 因为确认之诉只能有确认的请求, 不能有给付或者变更的主张。显然, 本案中虽有确认借款法律关系是否存在的内容, 但毕竟原告提出了给付的主张, 为给付之诉。

三、反诉

1. (2009 年卷三 36 题) 甲公司起诉要求乙公司交付货物。被告乙公司向法院主张合同无效, 应由原告甲公司承担合同无效的法律后果。关于本案被告乙公司主张的性质, 下列哪一说法是正确的?〔2〕

- A. 该主张构成了反诉
- B. 该主张是一种反驳
- C. 该主张仅仅是一种事实主张
- D. 该主张是一种证据

分析与思路: 本题考查了反诉与反驳的区分。反诉是一个独立的诉, 可以不依赖于本诉的存在而存在; 而反驳则不是。

〔1〕 2008 年卷三 36 题答案为: AB

〔2〕 2009 年卷三 36 题答案为: A

解题方法：反诉 VS. 反驳

反诉是一个独立的诉，可以不依赖本诉而存在，而反驳不是。可用如下方法区分反诉和反驳

1. 找到被告对原告的主张；
2. 假设没有原告起诉被告，那么被告就自己的主张能否单独直接向法院起诉
 - (1) 没有原告起诉被告，被告就自己的主张能够单独起诉——独立的诉，反诉；
 - (2) 没有原告起诉被告，被告就自己的主张不能单独起诉——不是独立的诉，反驳。

用以上方法解析本题，我们可以试想，如果没有甲公司起诉乙公司交付货物，乙公司能否直接向法院起诉甲公司主张合同无效，并由甲公司承担合同无效的法律后果？答案是肯定的，所以乙公司的主张构成一个独立的诉，是反诉而不是反驳。该方法大家同样可以用于解决 2014 年卷三 43 题。

2. (2014 年卷三 43 题) 刘某与曹某签订房屋租赁合同，后刘某向法院起诉，要求曹某依约支付租金。曹某向法院提出的下列哪一主张可能构成反诉？^{〔1〕}

- A. 刘某的支付租金请求权已经超过诉讼时效
- B. 租赁合同无效
- C. 自己无支付能力
- D. 自己已经支付了租金

分析与思路：用 2009 年卷三 36 题的方法继续分析本题。首先，在没有原告起诉被告支付租金的情况下，被告不可能傻乎乎地向法院提出该请求超过诉讼时效、自己没有支付能力或者已经支付过租金的主张吧，所以 ACD 选项显然必须是依赖于原告请求被告支付租金的请求而提出主张，并非独立的诉，不是反诉。而 B 选项中，就算没有原告起诉被告支付租金，被告也可以直接向法院提出一个消极的确认之诉，即请求法院确认合同无效，所以该主张是一个独立的诉，是反诉。所以本题选择 B。

常见错误分析：

例：原告张三起诉被告李四要求归还借款 5000 元，被告李四主张在半年前给过张三一块玉石，要求用玉石货款折抵借款，请问被告李四的主张构成反诉还是反驳？

常见错误：绝大多数考生的分析思路是：“被告李四的主张是用玉石货款折抵借款，假设没有原告起诉被告归还借款，被告不可能直接向法院起诉要求折抵借款，故被告的主张不是独立的诉，不是反诉，是反驳。”

分析：判断被告的主张是反诉还是反驳时，首先应当判断被告的主张，何为主张？——基于何种法律关系主张何种权利即为主张，显然，本案中被告李四是基于玉石供货合同向张三主张玉石货款。故本案假设没有张三起诉李四归还借款，李四可以直接向法院起诉张三要求支付玉石货款，故李四的主张构成独立的诉，为反诉，不是反驳。

提示：反诉和反驳区分的实质在于正确判断被告的主张，即被告基于什么法律关系主张什么权利。再看该主张能否独立于本诉而存在。反诉和反驳的区分切不可看其法律效果，即不能看“抵消”“折抵”等，因为反诉和反驳在很多情形下法律效果是一样的，都有可能产生抵消或者折抵的法律效果。

〔1〕 2014 年卷三 43 题答案为：B

3. (2012 年卷三 80 题) 关于反诉, 下列哪些表述是正确的?〔1〕

- A. 反诉应当向受理本诉的法院提出, 且该法院对反诉所涉及案件也享有管辖权
- B. 反诉中的诉讼请求是独立的, 它不会因为本诉的撤销而撤销
- C. 反诉如果成立, 将产生本诉的诉讼请求被依法驳回的法律后果
- D. 本诉与反诉的当事人具有同一性, 因此, 当事人在本诉与反诉中诉讼地位是相同的

分析与思路: A 选项所表述的为牵连管辖问题, 受理本诉的法院基于本反诉的牵连关系, 当然取得对反诉的管辖权, 但反诉专属于另一法院管辖除外, A 选项正确; B 选项中反诉是一个独立的诉, 独立于本诉而存在, 不会因为本诉的撤销而撤销, 表述正确; C 选项中本、反诉相互独立, 反诉成立并不一定产生本诉诉讼请求被驳回的法律后果, 如张三李四打架, 本诉张三起诉李四赔偿医疗费, 诉讼中李四要求张三向其赔礼道歉, 最后法院判决认为双方主张成立, 则判决李四向张三赔偿医疗费, 张三向李四赔礼道歉, 并未导致本诉的诉讼请求被驳回; D 选项中本、反诉当事人具有同一性, 但是当事人诉讼地位并不相同, 各自在本诉或者反诉中享有原告和被告的诉讼地位。

4. (2013 年卷三 80 题) 关于反诉, 下列哪些表述是正确的?〔2〕

- A. 反诉的原告只能是本诉的被告
- B. 反诉与本诉必须适用同一种诉讼程序
- C. 反诉必须在答辩期届满前提出
- D. 反诉与本诉之间须存在牵连关系, 因此必须源于同一法律关系

分析与思路: 本题考查反诉, A 选项, 本、反诉的主体应当具有同一性, 即由本诉的被告作为反诉原告, 本诉原告作为反诉的被告, A 选项反诉的原告只能是本诉的被告表述是正确的; B 选项中, 本、反诉需要合并审理, 当然要求本、反诉程序具有同一性, 即本、反诉应当适用相同的诉讼程序, 该选项正确; C 中反诉应当在一审法庭辩论终结前提出, 而本选项用答辩期间这一时间混淆大家; D 选项中, 本反诉之间应当具有牵连关系, 基于同一法律关系可能产生牵连, 基于不同法律关系也可能产生牵连, 如原告起诉被告要求支付房屋租金, 被告反诉原告, 主张原告未尽合理修缮义务, 房屋天花板掉落导致自己受伤, 我们可以看到本诉基于房屋租赁合同关系, 反诉基于侵权法律关系, 二者并不相同, 但依然产生牵连关系, 构成反诉。故牵连关系并不要求基于同一法律关系, 表述错误。

命题思路与常见错误分析: 本题 D 选项是错误理解牵连关系, 类似的错误表述还有诸如“本反诉当事人具有同一性, 即当事人在本、反诉中诉讼地位相同”等。C 选项是细节考查, 反诉应当在法庭辩论终结前提出, 而不是在提交答辩状期间届满前。

总结与归纳:

增加诉讼请求、反诉、有独三参加诉讼——一审法庭辩论终结前;
管辖权异议——提交答辩状期间届满前;

〔1〕 2012 年卷三 80 题答案为: AB

〔2〕 2013 年卷三 80 题答案为: AB

第三讲 民事诉讼基本原则与制度

第一节 基本原则部分

【考点概述】

1. 平等原则包括诉讼中当事人的诉讼权利义务相同或者相对应两方面。同等原则和对等原则适用于外国人，外国当事人在中国参加民事诉讼享有和中国当事人相同的诉讼权利义务，为同等原则；而对等原则则是该国法院限制我国当事人诉讼权利，我国法院对该国当事人进行对等限制。

2. 处分原则是指在民事诉讼中当事人有权处分自己的实体权利和程序权利，要求法院的判决不能超出原告的诉讼请求。

3. 辩论原则是指在诉讼中当事人有权进行辩论，辩论的形式包括口头和书面，辩论的内容包括实体和程序，辩论的阶段包括一审、二审、再审（即诉讼程序），而执行程序、特别程序、督促程序和公示催告程序不适用辩论原则。

4. 诚实信用原则是指在诉讼中应当遵守诚实信用原则，该原则约束法院、当事人和其他诉讼参与人。如果当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，法院应当驳回其诉讼请求，并根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

5. 检察监督原则是指人民检察院有权对民事诉讼活动进行监督。检察监督的对象是法院及其工作人员行使审判权和执行权的行为，是一种公对公的监督，不能对仲裁委员会、人民调解委员会、当事人、证人等进行监督。检察监督的方式包括抗诉和检察建议。

6. 支持起诉原则指有关机关组织对当事人提供物质和精神上的帮助，帮助其以自己的名义起诉，公益诉讼与该原则无关。

【历年真题】

1. (2014年卷三35题) 社会主义法治的价值追求是公平正义，因此必须坚持法律面前人人平等原则。下列哪一民事诉讼基本原则最能体现法律面前人人平等原则的内涵？^{〔1〕}

- A. 检察监督原则
- B. 诚实信用原则
- C. 当事人诉讼权利平等原则
- D. 同等原则和对等原则

分析与思路：平等原则是宪法规定公民在适用法律上一律平等原则在民事诉讼中的具体体现，包括当事人的诉讼地位平等，享有相同或者相对应的诉讼权利，承担相同或者相对应的诉讼义务，且人民法院应当为当事人平等行使诉讼权利提供便利和保障。检察监督原则是指人民检察院作为国家法律监督机关，有权对民事诉讼活动实行法律监督，与平等

〔1〕 2014年卷三35题答案为：C