

# 2014年 国家司法考试 民事诉讼法 授课精要

戴 鹏◎编著

- 结合表格，建立知识体系
- 根据新法，新解历年真题
- 考点精讲，揭示命题规律
- 要点提示，直击考题陷阱



中国政法大学出版社

# 2014年 国家司法考试 民事诉讼法 授课精要

戴 鹏◎编著

 中国政法大学出版社

2014·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（C I P）数据

2014 年国家司法考试民事诉讼法授课精要 / 戴鹏编著. —北京:中国政法大学出版社, 2014.2  
ISBN 978-7-5620-5242-5

I. ①2… II. ①戴… III. ①民事诉讼法—中国—法律工作者—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(2014)第 034251 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 固安华明印刷厂  
开 本 787mm×1092mm 1/16  
印 张 16.25  
字 数 300 千字  
版 次 2014 年 2 月第 1 版  
印 次 2014 年 2 月第 1 次印刷  
定 价 35.00 元



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，却是一门“不得不讲”的法。虽是笑谈，但在一定程度上却反映了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：

一、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，更是表现得淋漓尽致。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。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。

二、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,从而使考生的复习更具有针对性。同时对于一些较易混淆的知识点,专门作出比较和总结,帮助考生区分和记忆。

三、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,帮助考生形象理解这些难点。

四、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,胸有成竹地应对考点。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。

五、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,误认为一些年的司法考试答案错误,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。

关于本书再版的一些说明:

本书去年出版以来,得到了广大学员的认可和大力支持,学员朋友们提出了很多修改建议,2014年版以2013年版为基础,结合考生朋友的修改意见以及自己的一些研究进行了一些修改和完善。关于排版方面,将例题的答案从解析中剥离出来,以脚注方式标注,便于考生自行对题目进行思考、分析。关于内容方面,一是增加了笔者最新研究的个别解题思路,如处分原则和(约束性)辩论原则的区分思路;二是极大地完善了真题收录,本书中收录了2007年至2013年的全部真题以及2006年以前的部分经典真题,编排在各个知识点之后,便于考生在学习完每一个知识点后,及时通过真题掌握和强化知识点,体会考查方式,将知识转换为解题能力;三是民事诉讼法修改后,对于之前一些真题的答案会有影响,对于这些题目,笔者根据2012年的修正案进行重新解析改编后予以收录,从而保证真题收录的完整性和解析的正确性;四是增加了不定项选择题和案例



分析题的专项训练置于附录中，在专项训练中不仅有题目的解答和分析，还增加了题干分析，帮助考生整理解题思路，正确分析题目；对于这两个专题，考生朋友在前期的学习中可以置之不理，待到复习的后期，在对民事诉讼法的知识体系有一个熟练地掌握之后，可以进行专项突破，相信能取得不错的效果！

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”的行业中继续前进！

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，也是最伟大的考生！四十万考生同台竞技，最终却只有不到八万考生能够胜出，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！笔者希望通过本书把这些年个人对于司法考试的一些理解毫无保留地展现给考生朋友。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，以期让我做得更好，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，欢迎考生在本人的新浪微博中提出，本人将尽力解答；并适时发布最新研究成果，以及勘误信息。（地址：<http://weibo.com/dp0125>，或者在新浪微博中搜索“法律人戴鹏”）。

戴 鹏

2014年2月  
于广州



|      |                     |    |
|------|---------------------|----|
| 第一讲  | 民事诉讼与民事诉讼法 .....    | 1  |
| 第二讲  | 诉的基本理论 .....        | 4  |
| 第三讲  | 基本原则与基本制度 .....     | 10 |
|      | 第一节 基本原则 .....      | 10 |
|      | 第二节 基本制度 .....      | 15 |
| 第四讲  | 主管与管辖 .....         | 22 |
|      | 第一节 主 管 .....       | 22 |
|      | 第二节 管辖概述 .....      | 23 |
|      | 第三节 级别管辖 .....      | 24 |
|      | 第四节 地域管辖 .....      | 26 |
|      | 第五节 共同管辖和选择管辖 ..... | 34 |
|      | 第六节 裁定管辖 .....      | 35 |
|      | 第七节 管辖权异议 .....     | 39 |
| 第五讲  | 当事人 .....           | 42 |
| 第六讲  | 共同诉讼 .....          | 50 |
| 第七讲  | 第三人 .....           | 57 |
| 第八讲  | 诉讼代理人 .....         | 64 |
| 第九讲  | 证 据 .....           | 67 |
| 第十讲  | 证 明 .....           | 74 |
|      | 第一节 证明对象 .....      | 74 |
|      | 第二节 证明责任 .....      | 76 |
|      | 第三节 证据保全 .....      | 81 |
|      | 第四节 证明程序 .....      | 83 |
| 第十一讲 | 保全与先予执行 .....       | 90 |

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| 第一节 保全 .....                            | 90  |
| 第二节 先予执行 .....                          | 93  |
| 第十二讲 对妨碍诉讼的强制措施 .....                   | 95  |
| 第十三讲 期间与送达 .....                        | 97  |
| 第一节 期 间 .....                           | 98  |
| 第二节 送 达 .....                           | 99  |
| 第十四讲 调 解 .....                          | 101 |
| 第十五讲 一审普通程序 .....                       | 107 |
| 第十六讲 简易程序 .....                         | 124 |
| 第十七讲 二审程序 .....                         | 129 |
| 第十八讲 审判监督程序 .....                       | 137 |
| 第一节 审判监督程序概述 .....                      | 137 |
| 第二节 再审的启动 .....                         | 138 |
| 第三节 再审的审理程序 .....                       | 142 |
| 第十九讲 特别程序 .....                         | 150 |
| 第二十讲 非讼程序之一——督促程序 .....                 | 155 |
| 第二十一讲 非讼程序之二——公示催告程序 .....              | 159 |
| 第二十二讲 执行程序 .....                        | 162 |
| 第一节 执行的有关制度 .....                       | 162 |
| 第二节 执行措施 .....                          | 177 |
| 第二十三讲 涉外民事诉讼程序 .....                    | 181 |
| 第二十四讲 仲裁概述 .....                        | 186 |
| 第二十五讲 仲裁协议 .....                        | 188 |
| 第二十六讲 仲裁程序 .....                        | 195 |
| 第二十七讲 司法与仲裁 .....                       | 202 |
| 第一节 司法对仲裁的支持——仲裁裁决的执行 .....             | 202 |
| 第二节 司法对仲裁的监督——撤销仲裁裁决 .....              | 202 |
| 第三节 司法对仲裁的监督——不予执行仲裁裁决 .....            | 205 |
| 第四节 司法对仲裁的监督——撤销、不予执行涉外仲裁<br>裁决情形 ..... | 206 |
| 不定项选择题专项训练 .....                        | 208 |
| 主观题专项训练 .....                           | 221 |
| 附 表 民事诉讼法修正案表格对比与简要解读 .....             | 233 |



# 第一讲 民事诉讼与民事诉讼法

## 知识体系

|             |                                |                      |                           |
|-------------|--------------------------------|----------------------|---------------------------|
| 民事纠纷及纠纷解决方式 | 民事纠纷                           | 平等主体之间因财产、人身关系发生的争议； |                           |
|             | 纠纷解决方式                         | 和解                   | 争议方当事人就争议问题协商、达成协议而消灭争议；  |
|             |                                | 调解                   | 争议方当事人在第三人主持下达成协议，而消灭争议；  |
|             |                                | 仲裁                   | 争议方当事人将争议提交仲裁机构进行裁决；      |
|             |                                | 诉讼                   | 由法院代表国家行使审判权，依法审理和解决民事争议； |
| 民诉法的性质      | 基本法律                           |                      | 角度：调整的社会关系；               |
|             | 部门法                            |                      | 角度：法律地位；                  |
|             | 程序法                            |                      | 角度：内容；                    |
|             | 公法                             |                      | 角度：公法和私法的划分；              |
| 效力          | 在中国领域内进行民事诉讼，必须遵守中华人民共和国民事诉讼法。 |                      |                           |

## 考点精讲

### 一、民事诉讼的概念

民事诉讼是指法院在当事人和其他诉讼参与人的参与下，按照法律规定的程序，审理和解决民事案件的诉讼活动以及在活动中产生的各种法律关系的总和。

#### ◎一点通

民事诉讼实质上是利用国家审判权来解决平等主体之间民事纠纷。

#### ◎理解与适用

民事案件程序包括两大类：一是诉讼案件；二是非诉讼案件，即非讼程序。简单区分如下：诉讼案件，包括一审普通程序，简易程序；二审程序，重审程序，适用一审、二审的再审程序。他们的共同特点是解决当事人之间的民事权利义务纠纷；而非讼程序包括特别程序（但选民资格案件除外）、督促程序、公示催告程序，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。

在 2012 年司法考试中对该考点予以了明确考查，而且对该考点的掌握对以后很多知识点的掌握有很大帮助，详见后文叙述。

## 真题示例

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 修正）规定的

诉讼案件的审理程序〔1〕

- 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

**解析：**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，暗渡陈仓”，设置了两个考点：其一为哪些是 91 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。C 选项的认定财产无主案件是属于特别程序，属于非讼程序，自然不应当选择。这种“明修栈道暗渡陈仓”的考查方式请考生注意识别。

2. 判断“适用特别程序审理的案件都是非讼案件”。

**解析：**该表述为错误，因为特别程序包括选民资格案件、宣告失踪、宣告死亡、认定公民无或者限制民事行为能力、实现担保物权、确认调解协议效力案件。我们知道，诉讼案件和非讼案件是对民事程序进行的分类，而选民资格案件涉及公民的政治权利，并非民事程序，可见选民资格案件既不是诉讼程序，也不是非讼程序，所以该表述错误，正确表述为“特别程序除选民资格案件外，属于非讼案件”。

## 二、民事纠纷的解决途径

1. 和解：纠纷当事人就民事纠纷自行协商并达成协议，从而消灭争议。
2. 调解：（此处调解仅指诉讼外的调解，不包括法院调解）由第三方（调解组织或个人）就纠纷对双方当事人进行调停、说和，从而解决纠纷。注意，调解达成的协议不具有强制执行力，但是具有法律效力，其效力类似于合同，对双方都有法律上的约束力。
3. 仲裁：财产纠纷双方当事人达成协议，一致同意将纠纷提交仲裁机构予以裁断的行为。仲裁机构的性质为民间组织，但是其所作裁决书具有法律约束力，并且具有强制执行力。
4. 民事诉讼：通过人民法院在平等主体之间行使国家审判权，解决平等主体之间民事权利义务纠纷。

### ◎一点通

以上四种纠纷解决机制可以看出，和解是当事人自行达成和解协议，没有第三方介入，故称为私力救济。调解、仲裁、诉讼均有第三方介入，根据介入的第三方性质不同，又可进一步划分。调解和仲裁中介入的第三方是社会组织（调解委员会或仲裁机构），故称之为社会救济；而民事诉讼介入的第三方是国家审判机关，故称之为公力救济。

## 三、民事诉讼法的属性

1. 基本法。区分标准：根据民事诉讼法在法律体系中的地位来看，民事诉讼法地位仅次于宪法，属于基本法。
2. 部门法。区分标准：根据民事诉讼调整的社会关系来看，民事诉讼法调整的民事诉讼关系是社会关系中具有自身特点的一类社会关系，民事诉讼法属于部门法。
3. 程序法。区分标准：根据民事诉讼法的内容来看，调整的主要是程序问题，属于程序法；程序法对应的概念是实体法。
4. 公法。区分标准：从公法与私法的划分来看，民事诉讼法规范的是法院和当事人之间的关系，涉及国家审判权的行使，属于公法调整的范围。

### 真题示例

（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〔2〕

- 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

〔1〕 AB 〔2〕 C

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

**解析：**从以上内容可以看出，本题 C 选项是正确的，民事诉讼法属于程序法是从其内容角度得出的结论。此题提示考生不仅要知道民事诉讼法的四种属性，还要知道分别从什么角度民事诉讼法才具有这样的属性。

#### 四、民事诉讼法的效力〔1〕

凡是在中国参加民事诉讼，必须遵守中国民事诉讼法。

##### ◎理解与适用

因为民事诉讼法是用审判权解决私权利之间的纠纷，涉及国家审判权的行使问题，必须遵守中国民事诉讼法，不存在适用外国民事诉讼法的情形。而实体法，比如合同法，当事人可以约定适用外国法律，因为其只涉及当事人的私权利，不涉及国家公权力。

**例：**中国甲公司和日本乙公司因为合同纠纷起诉到中国某区人民法院，关于民事审判程序，双方当事人能否约定适用日本民事诉讼法？关于合同所适用的具体法律，双方当事人可否约定适用日本合同法？

**答：**民事诉讼程序不可以约定适用日本民事诉讼法；但是关于合同适用的法律问题可以约定适用日本合同法。

〔1〕 从法理上讲，法律效力可分为时间效力和空间效力，民事诉讼法一般只考查空间效力，故这里在“效力”部分只介绍空间效力。

## 第二讲 诉的基本理论

### 知识体系

|      |       |                                         |                                                 |                   |  |  |
|------|-------|-----------------------------------------|-------------------------------------------------|-------------------|--|--|
| 诉的要素 | 诉的主体  |                                         | 即当事人，因民事权利义务发生争议，而以自己名义在法院参加诉讼的人；               |                   |  |  |
|      | 诉讼标的  |                                         | 法院裁判的对象，当事人发生争议并请求法院作出裁判的民事法律关系；                |                   |  |  |
|      | 诉的理由  |                                         | 当事人所依据的事实与法律；                                   |                   |  |  |
| 概念区分 | 诉讼标的  |                                         | 当事人发生争议并要求法院作出裁判的 <b>民事法律关系</b> ；               |                   |  |  |
|      | 诉讼标的物 |                                         | 诉讼标的（民事法律关系）指向的对象；                              |                   |  |  |
|      | 诉讼请求  |                                         | 原告基于该诉讼标的（民事法律关系）要求法院作出的特定的判决；                  |                   |  |  |
| 诉的分类 | 确认之诉  | 请求确认与被告之间是否存在某种民事法律关系                   | 积极确认之诉                                          | 要求法院确认法律关系存在或有效；  |  |  |
|      |       |                                         | 消极确认之诉                                          | 要求法院确认法律关系不存在或无效； |  |  |
|      | 给付之诉  | 要求判令被告履行一定的义务                           | 财物的给付；                                          |                   |  |  |
|      |       |                                         | 行为的给付                                           | 积极的给付之诉；          |  |  |
|      |       |                                         |                                                 | 消极的给付之诉；          |  |  |
|      | 变更之诉  | 要求法院改变或者消灭既存的民事法律关系，也称形成之诉；             |                                                 |                   |  |  |
| 反诉   | 概念    | 在诉讼程序进行中，本诉被告针对本诉原告向法院提出的 <b>独立的诉</b> ； |                                                 |                   |  |  |
|      | 要件    | 主体                                      | 本诉的被告向原告提出；                                     |                   |  |  |
|      |       | 时间                                      | 举证期限届满前；<br>补充：<br>在二审中提出反诉的处理——调解，调解不成，告知另行起诉； |                   |  |  |
|      |       | 牵连关系                                    | 与本案有牵连关系；                                       |                   |  |  |
|      |       | 管辖                                      | 向受理本诉的法院提出，且受诉法院有管辖权（牵连管辖）；                     |                   |  |  |
|      |       | 程序                                      | 与本诉适用同一程序。                                      |                   |  |  |

### 考点精讲

本章内容在理论上极为复杂，但是在司法考试中仅有三个考点，即诉讼标的，诉的分类，以及反诉，并且每年考试几乎都有涉及，仅就考试而言，掌握这三个考点即可。

#### 一、诉的要素

1. 当事人（详见当事人部分）
2. 诉讼标的：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**。

## ◎考点提示

诉讼标的这一考点在司法考试中经常考，主要考查诉讼标的的判断，考生要注意掌握诉讼标的、诉讼标的物、诉讼请求三个概念的区别。

①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**；在司法考试中，考生掌握诉讼标的是当事人之间的实体法律关系即可。

②诉讼标的物：当事人争议的实体法律关系所指向的对象。

③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。

**例1：**张三与大江公司签订买卖合同，买入一批家具，合同价款为5万元，家具交付后，张三拒不付款，大江公司起诉张三，要求支付价款5万元，并承担违约金2000元。问，本案诉讼标的是什么？

**答案：**本案的诉讼标的是张三和大江公司的买卖合同**关系**。

**分析：**其中该批家具为诉讼标的物，即合同关系指向的对象；支付价款5万以及违约金2000元是原告（大江公司）的诉讼请求；而该买卖合同只是诉讼中的证据。

**例2：**张三与李四是邻居，张三买来一大堆建材准备装修房屋，把建材堆放在家门前，李四认为该批建材挡住了自家通行的道路，与张三协商不成诉至法院，要求法院禁止张三将建材堆放在房门口，以保障自家通行。本案诉讼标的是什么？

**答案：**本案诉讼标的是张三和李四之间的相邻权法律关系。

**分析：**禁止将建材堆放在房门口是李四的诉讼请求；同时，这也是一个给付之诉，原告的情事是要求被告履行一个不作为的义务（详见“诉的分类”部分）；为了保障自家的通行是诉的理由。

## 真题示例

1.（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？<sup>〔1〕</sup>

- 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

**解析：**本题考查诉讼标的和诉讼请求的区分。给付房租为诉讼请求，甲将房租增加则是诉讼请求的增加。而请求变更前后，本案的诉讼标的均为甲、乙之间的房屋租赁合同关系，没有发生变化。

2.（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？<sup>〔2〕</sup>

- 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

**解析：**题目问本案的诉讼标的，诉讼标的是当事人之间发生争议的民事法律关系。简单讲，四个选项中只有D项是法律关系，直接选择D。不得将垃圾放在自家门前是原告通过向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。

3. 诉的理由，是指原告起诉并提出诉讼请求在事实和法律上的依据。

〔1〕 C 〔2〕 D

## 二、诉的分类

诉可以根据原告的诉讼请求而分为三类：即确认之诉、给付之诉和形成之诉（又称为变更之诉）。

1. 确认之诉：原告请求法院确认与被告之间是否存在某种法律关系的诉，进一步分为积极的确认之诉与消极的确认之诉。原告请求法院确认与被告存在某种法律关系的为积极的确认之诉，如请求法院确认婚姻关系有效，确认合同有效等；原告请求法院确认与被告之间不存在某种法律关系的为消极的确认之诉，如请求法院确认婚姻关系无效，确认合同无效等。

2. 给付之诉：原告请求法院判令被告履行一定的义务的诉。

### ◎理解与适用

给付之诉中给付的内容可能是财物，如给付价款、交付货物等，也有可能是行为。如果给付的内容是行为的话，可以是积极的作为，如赔礼道歉，也可以是消极的不作为，如停止侵权。

**例：**李白发表文章对李隆基与杨玉环的关系进行了想象性地描述，杨玉环起诉李白，诉讼请求如下：1. 赔偿精神抚慰金 10 万元；2. 登报赔礼道歉，消除影响；3. 停止侵权行为。

**分析：**这是一个典型的给付之诉，第一项请求给付的对象为财物，第二项请求给付的对象为行为，且为积极的作为，第三项请求的对象为行为，且为消极的不作为；

3. 形成之诉：请求法院消灭或者变更某种既存的法律关系。如解除合同，离婚等，即要求法院消灭既存合同关系，婚姻关系等。

### ◎考点提示

1. 在给付之诉和形成之诉中往往含有确认的内容，如给付之诉中要求履行合同，前提是要确认合同关系存在，如在形成之诉中要求离婚，前提是要确认婚姻关系存在；但是请考生注意，只要原告提出了给付或者变更、消灭的请求，就是给付之诉或形成之诉，不再是确认之诉，因为确认之诉只要求确认，不能有给付、变更、消灭的请求。

2. 消极的确认之诉和形成之诉的区分：消极的确认之诉是要求法院确认某种法律关系不存在，待确认的法律关系是否存在是有争议的；而形成之诉要求消灭的法律关系是既存而有效的。如确认合同无效是消极的确认之诉，因为合同是否有效有待争议，需要法院来确认；而解除合同是形成之诉，因为是消灭既存而有效的合同关系。同样的道理，确认婚姻关系无效是消极的确认之诉，离婚却是形成之诉。

3. 在进行诉的类型的判断中，判断标准是原告的诉讼请求，与被告的答辩意见无关。如原告起诉要求被告履行合同，被告答辩称合同无效。本诉是给付之诉，因为原告的诉讼请求是给付的请求。

## 真题示例

1. (2004 年卷三 36 题) 下列哪一种民事诉讼请求属于给付之诉？<sup>〔1〕</sup>

- 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

**解析：**本题 A 项为给付之诉，请求给付的内容为行为，消极的不作为；B 项请求的实质是消灭既存合同关系，为形成之诉；如果有考生认为 C 为给付之诉，试问，给付的内容是什么，难道是自己的孩子？而 C 请求的内容实质上是变更既存的抚养关系，为形成之诉；D 项请求解除收养关系，在于消灭既存的收养关系，为形成之诉。

〔1〕 A



2. (2013 卷三 37 题) 关于诉的分类的表述, 下列哪一选项是正确的?<sup>[1]</sup>

- 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
- 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

**解析:** A 虽有确认二字, 但并非确认之诉。诉的分类是在诉讼程序中根据原告诉讼请求的不同, 进行分类, 而本案是特别程序, 并不是诉讼程序, 当然谈不上诉的分类问题。B 中确认自己与吴某的婚姻关系无效, 为消极的确认之诉; C 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 中原告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。

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?<sup>[2]</sup>

- 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

**解析:** 本题 A 中解除合同是消灭既存的合同关系, 是形成之诉; B 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 中判断诉的分类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; D 中甲公司的诉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, 总之都是给付之诉, 给付的内容为行为。

4. (2007 年卷三 41 题) 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?<sup>[3]</sup>

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

**解析:** 诉的分类应当看原告的诉讼请求, 本案中原告的诉讼请求为禁止乙的行为, 即要求法院判令被告不得为一定的行为, 是给付之诉, 给付内容为行为, 消极的不作为。

### 三、反诉

1. 概念: 反诉是指在诉讼进行中, 本诉被告对本诉原告向法院提出独立反请求。

2. 构成:

(1) 主体: 由本诉的被告向原告提出。

#### ◎注意

在司法考试中经常有案外人向原告提出, 或者被告向案外人提出的请求作为干扰选项。如张三的儿子张小三与李四打架, 李四起诉张小三赔偿医疗费, 在诉讼中, 张三主张自己在劝架过程中被李四打伤, 要求李四赔偿医疗费。张三提出的主张并非反诉。因为本案中, 原告是李四, 被告是张小三, 故张三向李四提出的反请求不是被告对原告, 不构成反诉。但是如果张三主张在打架过程中也被李四打伤, 要求医疗费, 是反诉。

(2) 本、反诉之间有牵连关系。

**例:** 张三将李四打伤, 李四起诉主张医疗费, 在诉讼中, 张三提出在半年前李四曾向张三借款 5 万元, 要求偿还。张三的主张不构成反诉, 因为该借款与人身损害赔偿没有牵连性。

(3) 时间: 在本诉诉讼过程中提出。

[1] C [2] AB [3] C

## ◎考点提示

1. 《民诉意见》34 条明确：反诉应当在举证期限届满前提出。
2. 二审中提出反诉的处理：二审法院应当进行调解，调解不成，告知另行起诉。

(4) 管辖：反诉应当向受理本诉的法院提出，且受理本诉的法院对反诉有管辖权。

## ◎理解与适用——牵连管辖

在实践中，受理本诉的法院对反诉不一定有管辖权，为了方便反诉的进行，法律规定了牵连管辖，即受理本诉的法院可以基于本、反诉之间的牵连关系，而对本无管辖权的反诉行使管辖权。

如甲区张三和乙区李四在丙区打架，张三向乙区法院（被告住所地）起诉，诉讼中，李四提出反诉。即本来李四起诉张三，乙区法院没有管辖权，但是基于本、反诉之间的牵连关系，受理本诉的乙区法院对反诉取得管辖权。

(5) 程序：本、反诉应当适用同一程序审理。

因为只有本、反诉适用同一程序，才能合并进行审理。

## ◎考点提示

理解反诉是一个**独立的诉**。独立的诉，四个字在司法考试中体现为如下考点：

(1) 反诉与反驳的区分：区分关键即在反诉是一个独立的诉，而反驳并非独立的诉，只是一种防御主张。最简单的判断方法是假设如果没有本诉存在，看被告对原告的主张能否单独向法院提起一个诉讼，如果能则该主张是一个独立的诉，构成反诉；如果不能，说明该主张不是一个独立的诉，仅仅是一种反驳的主张而已，不构成反诉。

(2) 反诉虽然以本诉为前提，但是独立于本诉存在，不因本诉的撤销而撤销。

(3) 被告提起反诉后，原告撤诉或者经传唤拒不到庭或者中途退庭如何处理？

**分析：**此时，本诉按照撤诉处理，反诉继续进行，原告不到庭或者中途退庭的，对其缺席判决。分析如下：被告提起反诉后，在案件中存在两个独立的诉，即原告告被告，为本诉；被告告原告，为反诉。两个诉相互独立。原告拒不到庭，在本诉中，他是原告，原告拒不到庭，按撤诉处理，而在反诉中，他是被告，被告拒不到庭，缺席判决。

## 真题示例

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责任。关于本案被告乙公司主张的性质，下列哪一说法是正确的？<sup>[1]</sup>

- 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

**解析：**本题考查了反诉与反驳的区分。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，主张合同无效，并由甲公司承担合同无效的法律责任？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。

2. (2012 年卷三 80 题) 关于反诉，下列哪些表述是正确的？<sup>[2]</sup>

- 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的案件也享有管辖权
- 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

**解析：**A 所说为牵连管辖问题，受理本诉的法院基于本、反诉的牵连关系，取得对反诉的管

[1] A [2] AB

管辖权，但反诉专属于另一法院管辖除外，A项正确；B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；C本、反诉相互独立，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，诉讼中李四就其所遭受损害向张三提起反诉，最后的判决是各自按照损害数额及责任的划分，赔偿对方损害，并当然不导致张三的诉讼请求被驳回；D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。

3. (2013年卷三80题) 关于反诉，下列哪些表述是正确的？<sup>〔1〕</sup>

- 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

**解析：**本题考查反诉。A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项反诉的原告只能是本诉的被告表述是正确的；B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中反诉应当在举证期限届满前提出，而选项用答辩期间这一时间混淆大家；D本反诉之间应当具有牵连性，本反诉基于同一法律关系当然具有牵连性，但是本反诉基于不同法律关系，但只要这两种法律关系相牵连也叫具有牵连性，因此本、反诉并不一定源于同一法律关系。

4. (2007年卷三88题) 2003年8月，设立于同一行政区域内的甲公司向乙公司订购了40台电脑，协议约定乙公司于2004年1月31日之前交货，甲公司于2004年3月15日之前付清货款。乙公司按期向甲公司交付了40台电脑，但甲公司只在2004年3月向乙公司交付了29台电脑款，其余11台电脑款一直未交付。2005年1月，乙公司起诉，要求甲公司支付余款及其利息，法院受理了此案。甲公司认为乙公司的电脑质量不合格，准备提起反诉。关于提起反诉的解答，下列哪些选项是正确的？<sup>〔2〕</sup>

- A. 甲公司的反诉在主体、管辖和牵连关系上都是符合反诉条件的
- B. 该反诉应该在答辩期届满之前提出
- C. 反诉所需要交纳的受理费较通常的起诉减半收取
- D. 该反诉已经超过了诉讼时效，法院应依法裁定不予受理

**解析：**本题考查反诉的有关知识点。反诉的主体上要求本诉的被告告原告，管辖上基于牵连管辖，受理本诉的法院对反诉有管辖权，但专属管辖除外。本案中不存在专属管辖，所以本案中的管辖是符合条件的，反诉要求与本诉有牵连，本案中本反诉基于同一合同关系，自然存在牵连，所以A选项正确；反诉要求在举证期限届满前提出，选项中则用了答辩期间来混淆大家，所以要求同学们在复习过程中对一些重要的细节精确记忆，否则很难排除这样的干扰。C是正确的，但是诉讼费的问题在现在不在考纲范围内，考生可以不予掌握；D先且不论本案在实体法上是否超过诉讼时效，就算超过诉讼时效，法院也应当受理当事人的起诉，受理之后，如果对方主张诉讼时效，并且查明没有中止、中断事由则判决驳回原告诉讼请求。因为超过诉讼时效，原告丧失的是实体的胜诉权，并未丧失程序上的起诉权。

〔1〕 AB 〔2〕 AC