



华旭教育
HUA XU JIAO YU

2014年

国家司法考试

名师课堂

知识篇

民事诉讼法



• 华旭教育©组编 •

戴 鹏©编著



中国政法大学出版社

2014年

国家司法考试

名师课堂

知识篇

民事诉讼法

• 华旭教育◎组编 •

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 年国家司法考试名师课堂. 民事诉讼法. 知识篇/华旭教育组编.—北京:中国政法大学出版社, 2014.2

ISBN 978-7-5620-5250-0

I. ①2… II. ①华… 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. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 020058 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	13.75
字 数	370 千字
版 次	2014 年 2 月第 1 版
印 次	2014 年 2 月第 1 次印刷
定 价	28.00 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的是司法考试中民事诉讼法这门学科的一些特征。

对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,以为学法律靠的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即可。这种错误观点导致的后果有二:一是极大地加重了记忆负担,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能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,而考试却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,从而帮助考生复习更具有针对性。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。

名师课堂民事诉讼法部分分为知识篇和真题篇。

知识篇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”两个版块构成。其中知识体系版块主要是通过表格形式展现本章(节)的主要考点,便于考生从体系上了解和掌握本章内容。对于这一版块,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)学习完毕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。考点精讲版块则主要是对本章(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”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!

真题篇按知识点分类,全面收录了2007年到2013年总共8年的真题,部分收录了2006及以前的经典真题。在每一讲前有一个“本讲考点分析”,列举了本讲的主要考点,旨在帮助考生在做题之前对本讲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可能影响以前的真题这个问题,笔者根据2012修正案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、解决问题的能力!

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热情地工作,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。每每想到此处,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!当华旭教育的白首宏校长向我约稿之时,我欣然应允,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,欢迎考生在本人的新浪微博提出,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1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	4
第三讲 基本原则与基本制度	9
第一节 基本原则	9
第二节 基本制度	15
第四讲 主管与管辖	20
第一节 主 管	20
第二节 管辖概述	21
第三节 级别管辖	22
第四节 地域管辖	24
第五节 共同管辖和选择管辖	32
第六节 裁定管辖	32
第七节 管辖权异议	35
第五讲 当事人	38
第六讲 共同诉讼	45
第七讲 第三人	52
第八讲 诉讼代理人	59
第九讲 证 据	62
第十讲 证 明	68
第一节 证明对象	68
第二节 证明责任	70
第三节 证据保全	75
第四节 证明程序	77
第十一讲 保全与先予执行	82
第一节 保 全	82
第二节 先予执行	84
第十二讲 对妨碍诉讼的强制措施	86
第十三讲 期间与送达	88
第一节 期 间	88
第二节 送 达	90
第十四讲 调 解	92
第十五讲 一审普通程序	97
第十六讲 简易程序	112

第十七讲 二审程序	116
第十八讲 审判监督程序	123
第一节 审判监督程序概述	123
第二节 再审的启动	124
第三节 再审的审理程序	128
第十九讲 特别程序	135
第二十讲 非讼程序之一——督促程序	140
第二十一讲 非讼程序之二——公示催告程序	143
第二十二讲 执行程序	146
第一节 执行的有关制度	146
第二节 执行措施	161
第二十三讲 涉外民事诉讼程序	164
第二十四讲 仲裁概述	168
第二十五讲 仲裁协议	170
第二十六讲 仲裁程序	177
第二十七讲 司法与仲裁	184
第一节 司法对仲裁的支持——仲裁裁决的执行	184
第二节 司法对仲裁的监督——撤销仲裁裁决	184
第三节 司法对仲裁的监督——不予执行仲裁裁决	186
第四节 司法对仲裁的监督——撤销、不予执行涉外仲裁裁决	188
附录 民事诉讼法修正案表格对比与简要解读	189

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	争议双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：法律地位；
	部门法		角度：调整的社会关系；
	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，非诉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。

【历年真题】

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

〔1〕【答案】AB

【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年民事诉讼法规定的内容，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，属于非诉讼程序，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）由第三人（调解组织）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：根据民事诉讼法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，涉及到国家审判权的行使，属于公法调整的范围。

【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

〔1〕【答案】C

【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

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，涉及到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，因为其只涉及到当事人的私权利，不涉及到国家公权力。

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。

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民事法律关系；			
	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独立的诉；			
	要件	主体	本诉的被告向原告提出；		
		时间	举证期限届满前；		
			补充： 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，合同价格为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。

【解析】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。

【解析】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。

【历年真题】

（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

【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。

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。

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。

【解析】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。

〔1〕【答案】C

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的关系，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，因为合同是否有效是有待争议，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。

【历年真题】

1. (2013 年卷三 37 题) 关于诉的分类的表述，下列哪一选项是正确的？〔1〕

- 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。

2. (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？〔2〕

- 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，总之都是给付之诉，给付的内容为行为。

〔1〕 【答案】 C

〔2〕 【答案】 AB

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。但是如果张小三主张在打架过程中被李四也打伤，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。张三的主张不够成反诉，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。

考点提示

1. 《证据规定》第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的，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？

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，即原告诉被告，为本诉；被告对原告，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。

【历年真题】

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？^{〔1〕}

- 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。

〔1〕 【答案】 A

第三讲 基本原则与基本制度

第一节 基本原则

【知识体系】

平等原则	当事人享有平等的诉讼权利，包括诉讼权利相同和相对应；		
同等原则	外国当事人在中国法院起诉、应诉，其权利、义务与中国当事人相同；		
对等原则	外国法院限制我国当事人诉讼权利，我国法院对该国当事人实行对等原则；		
辩论原则	法院审理案件时当事人有权进行辩论	辩论的阶段	整个诉讼过程中；
		辩论的形式	口头或书面；
		辩论的内容	实体或者程序；
		例外	执行程序、特别程序、督促程序以及公示催告程序不适用辩论原则；
处分原则	当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利与诉讼权利；		
诚实信用原则	概念	民事诉讼应当遵循诚实信用原则；	
	体现	《民事诉讼法》第112条：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； 《民事诉讼法》第113条：被执行人与他人恶意串通，通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务，法院应当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；	
检察监督原则	监督范围	所有民事诉讼活动；	
	监督方式	抗诉和检察建议。	

【考点精讲】

一、平等原则

平等原则是指诉讼当事人诉讼权利、义务平等。

🔑 考点提示

平等原则包括两方面内容，一方面，当事人诉讼权利、义务相同，比如在诉讼中，原被告均有权委托诉讼代理人，原被告均有权申请回避；另一方面，当事人由于诉讼地位的不同，有一些权利虽然不相同，但是相对应，也是平等原则的体现，如原告有权起诉，被告有权应诉答辩；原告有权选择有管辖权的法院，被告有权提出管辖权异议。两方面均为平等原则的体现。

例：判断“平等原则要求原被告诉讼权利相同。”

【解析】该表述错误。平等原则要求原被告权利相同或相对应，原被告诉讼权利不相同但