

2016年

配套《历年试题及考点归类精解》精心打造
通过专用讲义系统梳理考点，通过研习真题深入训练考点
讲义与真题相结合，形成高效复习整体

司法考试

专 用 讲 义

民事诉讼法与仲裁制度

张能宝/主编

从海量到微量

全面压缩知识容量，深入提取考点精华

从模糊到精准

区分考点轻重缓急，疑点难点彻底澄清

从片面到融通

联系、对比、归纳、总结，四位一体融会贯通



司法考试专用讲义

民事诉讼法与仲裁制度

主 编：张能宝 杨艳霞

副主编：张 玲 田域基 倪 燕 郭 玮

主要撰稿人：

张能宝	杨艳霞	张 玲	田域基
倪 燕	郭 玮	李慧琦	施金晶
王托弟	汪涵中	从 钰	秦华伦
刘亚莉	邓新娟	王光明	刘金坤
王莹莹	杨 睿	张 敏	陈 悦
张劲晗			



法律出版社

目

录

民事诉讼法

★民事诉讼法复习内容提示	(1)
★民事诉讼法复习方法提示	(2)
★2011~2015年司法考试分值分布	(3)
第一章 基本概念	(4)
★本章命题关键词	(4)
一、概述	(4)
二、民事诉讼法的基本原则	(4)
三、民事诉讼法的基本制度	(9)
四、诉	(12)
★本章考查基本规律	(14)
第二章 管辖	(15)
★本章命题关键词	(15)
一、民事诉讼主管	(15)
二、管辖一般原理	(16)
三、级别管辖	(16)
四、地域管辖	(17)
五、裁定管辖	(22)
六、管辖权异议	(23)
★本章考查基本规律	(24)
第三章 当事人	(25)
★本章命题关键词	(25)
一、当事人的基本理论	(25)
二、共同诉讼	(28)
三、诉讼代表人和诉讼代理人	(30)
四、第三人	(33)
五、公益诉讼程序	(35)
六、第三人撤销之诉	(35)
★本章考查基本规律	(37)
第四章 民事诉讼证据	(37)
★本章命题关键词	(37)
一、民事证据概述	(37)
二、证据的种类与分类	(38)
三、证据的收集与保全	(41)
四、民事诉讼中的证明	(42)
★本章考查基本规律	(46)
第五章 保全、先予执行和对妨碍民事诉讼行为的强制措施	(47)
★本章命题关键词	(47)
一、保全	(47)

二、先予执行	(48)
三、对妨害民事诉讼的强制措施	(49)
★本章考查基本规律	(51)
第六章 第一审普通程序	(51)
★本章命题关键词	(51)
一、起诉的概念与条件	(51)
二、对起诉的处理	(52)
三、庭前分流程序与庭前会议	(53)
四、开庭审理	(54)
五、审理期限	(54)
六、撤诉	(55)
七、缺席判决	(56)
八、延期审理	(57)
九、诉讼中止	(57)
十、诉讼终结	(57)
十一、民事裁判	(57)
★本章考查基本规律	(59)
第七章 二审程序	(60)
★本章命题关键词	(60)
一、二审程序概述	(60)
二、上诉的条件	(60)
三、上诉案件的审理	(61)
四、上诉案件的裁判	(62)
★本章考查基本规律	(63)
第八章 审判监督程序	(63)
★本章命题关键词	(63)
一、审判监督程序的概念	(63)
二、审判监督程序的启动	(63)
三、再审案件的审判程序	(68)
四、撤回抗诉、撤回再审申请和撤回起诉	(69)
五、再审的终结	(69)
六、再审的处理	(69)
七、再审的裁判结果	(69)
八、审判监督程序与一审、二审程序的区别	(70)
★本章考查基本规律	(70)
第九章 简易程序	(71)
★本章命题关键词	(71)
一、简易程序的概念	(71)
二、简易程序的适用	(71)

三、简易程序的特点	(71)	五、执行异议	(84)
四、简易程序向普通程序的转换	(72)	六、执行和解	(86)
五、简易程序的裁判	(72)	七、执行担保	(87)
六、小额诉讼程序	(72)	八、执行承担	(87)
★本章考查基本规律	(73)	九、参与分配	(87)
第十章 特别程序	(73)	十、执行回转	(88)
★本章命题关键词	(73)	十一、执行措施	(88)
一、特别程序的特点及适用范围	(73)	十二、执行中止	(90)
二、选民资格案件	(74)	十三、执行终结	(90)
三、宣告公民失踪案件	(74)	★本章考查基本规律	(90)
四、宣告公民死亡案件	(75)	第十四章 期间、送达和涉外民事诉讼程序	(91)
五、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件	(75)	★本章命题关键词	(91)
六、认定财产无主案件	(76)	一、期间	(91)
七、司法确认调解协议案件	(76)	二、送达	(93)
八、实现担保物权案件	(77)	三、司法协助	(94)
★本章考查基本规律	(77)	★本章考查基本规律	(95)
第十一章 督促程序	(78)	仲裁制度	
★本章命题关键词	(78)	★仲裁法复习提示	(96)
一、督促程序的概念与性质	(78)	★2011~2015年司法考试分值分布	(96)
二、督促程序的特点	(78)	第十五章 仲裁制度基本理论	(96)
三、督促程序的启动方式	(78)	★本章命题关键词	(96)
四、对支付令申请的审查(形式审查)	(78)	一、仲裁的基本原则	(96)
五、支付令的发出	(79)	二、民事诉讼与仲裁的区别	(97)
六、支付令的效力	(79)	三、仲裁的基本制度	(97)
七、对支付令的异议	(79)	四、仲裁机构	(97)
八、支付令失效后的处理	(79)	五、仲裁范围	(97)
九、支付令的撤销	(79)	六、仲裁协议	(98)
★本章考查基本规律	(80)	★本章考查基本规律	(99)
第十二章 公示催告程序	(80)	第十六章 仲裁程序	(99)
★本章命题关键词	(80)	★本章命题关键词	(99)
一、公示催告程序的概念与性质	(80)	一、仲裁申请、审查与受理	(99)
二、公示催告程序的特点	(80)	二、仲裁庭的组成	(100)
三、申请公示催告的条件	(80)	三、仲裁中的证据保全与财产保全	(100)
四、公示催告案件的审理程序	(80)	四、仲裁审理	(100)
五、公示催告程序与督促程序的比较	(81)	五、仲裁中的和解、调解与裁决	(101)
★本章考查基本规律	(82)	★本章考查基本规律	(102)
第十三章 执行	(82)	第十七章 仲裁裁决的撤销、执行与不予执行	(102)
★本章命题关键词	(82)	★本章命题关键词	(102)
一、执行概述	(82)	一、仲裁裁决的撤销	(102)
二、执行根据	(82)	二、仲裁裁决的执行与不予执行	(103)
三、执行管辖	(82)	★本章考查基本规律	(105)
四、执行开始	(84)		

民事诉讼法复习内容提示

民事诉讼法是实现程序正义的法律。由于诉讼性质的不同,民事诉讼法与刑事诉讼法、行政诉讼法在整个设计理念和具体制度上存在区别。随着市民社会的形成,民事诉讼法由原来的职权主义模式过渡到以当事人主义为主、职权主义为辅的模式。这种转变强调尊重当事人的意愿、保障其权利和自由,让其发挥对民事诉讼的决定、支配和主导作用。同时,对当事人主义的强调,并不反对必要的职权干预,也不反对一种法官与当事人协同行使诉讼权利和履行诉讼义务的模式。

在内容上,民事诉讼法以基本原则与基本制度为基本架构,以主管与管辖以及当事人为基础,以证据和程序为核心。

首先,民事诉讼法的基本原则与基本制度贯穿于整个民事诉讼法始终。民事诉讼法包括八项基本原则和四项基本制度,前者包括辩论原则、处分原则、诚实信用原则、法院调解原则、诉讼权利平等原则、同等原则和对等原则、检察监督原则和支持起诉原则;后者包括合议、回避、公开审判和两审终审制。上述基本原则和基本制度不仅为实现民事纠纷的实体正义提供了保障,也使民事诉讼程序本身符合了正义的要求。

其次,民事诉讼法以主管与管辖以及当事人为基础。在发生民事纠纷时,确定适格的主管机关和适格的当事人是有效维护当事人合法权益的前提。一旦确定纠纷属于法院主管,管辖问题就随之而来,主要包括级别管辖和地域管辖两大类,

又以后者为重点。法院受理民事诉讼还有一个前提,即适格当事人起诉。因此,如何确定适格的原告与被告、共同诉讼人、诉讼代表人、第三人是诉讼首先要解决的问题。其中又以普通共同诉讼人与必要共同诉讼人、有独立请求权第三人与无独立请求权第三人的关系为重点。

最后,民事诉讼法以证据和程序为核心。证据和程序是现行民事诉讼法以当事人主义为主、职权主义为辅立法模式的集中体现。具体而言,证据部分主要解决在民事诉讼中相关主体依据程序对事实进行证明的问题,包括举证责任、证明程序、证明对象、证明标准等。其中,当事人在收集调查证据和对证据进行质证上的平等是当事人主义的集中体现。但法院仍然拥有依职权和依申请调查证据的权力,虽然其范围已大大受限。程序部分则包括审判程序和执行程序两大方面:前者主要包括普通程序、简易程序、三个特殊的程序(即特别程序、督促程序、公示催告程序)、两个救济程序(即二审程序与审判监督程序);后者包括人民法院如何开始执行,可以采取何种措施执行、执行的中止与终结以及执行中一些特殊问题的处理等内容。

任何一项制度都是一个有机整体,民事诉讼法也不例外。而“只见树木,不见森林”永远不能达到对一项制度的真正把握。基于此点考虑,在此对民事诉讼法的基本精神作一简要介绍,希望大家对民事诉讼的理解不只是那几百条繁杂的法条而已。

民事诉讼法复习方法提示

民事诉讼法作为最基本的民事程序法,规定了民事案件的诉讼规则以及人民法院和当事人在整个民事诉讼过程中的权利义务。虽然考查的知识点琐碎,有太多的东西需要记忆和掌握,但是,只要掌握了正确的学习方法并保证充足的复习时间,在考试中取得好成绩是完全可能的。结合民事诉讼法的基本特征,笔者建议考生在复习中注意以下几个方面问题:

一、在宏观上把握理论体系,在微观上掌握基本概念

1. 在宏观上把握理论体系。

民事诉讼法作为最基本的民事程序法,在学科体系上具有体系性强、层次清晰的特点,在备考时面对各种繁杂的权利义务关系,掌握最基本的理论体系既是基础也是捷径。

在内容上,民事诉讼法以八项基本原则与四项基本制度为基本架构,以主管与管辖以及适格当事人为基础,以证据为核心,证据部分主要解决在民事诉讼中相关主体依据程序对事实进行证明的问题,包括举证责任、证明程序、证明对象、证明标准等。

在程序上,程序部分则包括审判程序和执行程序两大方面。前者主要包括普通程序、简易程序、三个特殊的程序(即特别程序、督促程序、公示催告程序)、两个救济程序(即二审程序与审判监督程序);后者包括人民法院如何开始执行,可以采取何种措施执行、执行的中止与终结以及执行中一些特殊问题的处理等内容。

2. 在微观上掌握基本概念。

基本概念是基础的基础,正确、全面、深入地掌握基本概念是做题的关键。基于基本概念的基础性地位,在复习的第一阶段应当花大力气去掌握,对其理解透彻,以达到事半功倍的效果。对难以区分的基本概念,要准确进行理解,全面加以把握。在平时复习时,在掌握基本含义的基础上,考生应注意加强总结和比较,深刻进行理解。最后,在复习基本概念的同时,强化对相关法条及重点法条的立法本意的全面把握。例如,在复习反诉概念的时候,第一步必须知道什么是反诉,第二步

要掌握反诉的适用条件,最后还要弄清楚法院对反诉是如何处理的,包括一审期间提出以及在二审中提出的各种情况。经过这样的复习,应该能够对反诉有一个比较全面的把握,即使出现了对法条无明文规定情况的考查,也不用担心,只要有了基础性的知识,再参考法条中对其他情形的有关规定,完全可以正确解答。

二、在基本理论的指导下连接法条和具体知识点

司法考试考点分布有以下特征:一是知识点基本不变,重者恒重,轻者恒轻的特点;二是侧重于对新增和新修改考点特别考查的特点。基于此,考生们应在基本理论的指导下着重强化对重点、难点的记忆和突破,并注意对新增和新修改考点的理解与运用。

1. 强化对重点、难点的记忆和突破。

结合近年来的考试题目及民事诉讼法自身的特性,司法考试民事诉讼部分的重点和难点主要有以下内容:诉讼管辖;诉;当事人;证据;保全和先予执行;一审程序、二审程序;简易程序;审判监督程序;执行程序。

2. 注意对新增和新修改考点的理解与运用。

2015年,最高人民法院公布了最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉解释》)。作为最高法有史以来条文最多、篇幅最长的司法解释,该司法解释共23章552条,对人民法院适用民事诉讼法的相关问题作了全面系统、明确具体的规定。

《民诉解释》主要有以下几方面的突破:第一,完善了对当事人诉讼权利的保障,如明确了立案登记制、规定了诉讼过程中的撤诉条件等;第二,规范了公开开庭及裁判文书,主要表现在限制二审、再审程序可以不开庭审理的情形、提高裁判文书水平、规定裁判文书查阅方式和范围;第三,细化了证据的审查和运用,从举证责任的分配、质证、电子证据、专家辅助人等多方面进行细化规定;第四,提高了审判效率,增加了对小额诉讼程序以及期间、送达、庭前会议的新规定;第五,贯彻了诚实信用原则;第六,明晰了公益诉讼制度;第

七、完善了法庭纪律。

本次《民诉解释》的修改幅度非常大,希望考生们在复习过程中对新法的改动之处多多留意,以更好地掌握新增知识点。

三、善于运用比较的方法区分记忆

1. 民事诉讼制度与仲裁制度的比较。

民事诉讼与仲裁作为两种并行的供当事人选择适用的具有法律效力的争议解决方式,都以解决民事争议为目的。仲裁的民间性也决定了其在程序运作过程中和裁决效力方面缺少国家强制力的支持,这就使得仲裁天然地离不开民事诉讼。也就是说,仲裁与诉讼在某些方面必然存在密切的关联,如二者在证据规则、保全以及执行等方面就是相互融通的。然而,由于二者毕竟属于不同的纠纷解决机制,在具体制度方面存在许多不同。如在审理及裁决公开与否方面,民事诉讼是以公开审判为原则,而仲裁是原则上不公开;在解决民事纠纷的范围方面,民事诉讼解决的是涉及人身和财产关系的民事纠纷,而仲裁解决的是合同纠纷和其他涉及财产权益的纠纷;在审制方面,民事诉讼实行两审终审制度,而仲裁实行一裁终决制度;在回避人员方面,民事诉讼适用于审判员及其他诉讼参与人如书记员、翻译人员、鉴定人,而仲裁只适用于仲裁员。考生在复习过程中,要善于总结归纳民事诉讼与仲裁制度的差异之处,这些往往就是历年考查的重点内容。

2. 注意学科内知识点的比较。

民事诉讼法考查的知识点较多,许多知识点都有混淆的可能,要注意比较、区分。例如,反诉与反驳在性质、提出前提和提出目的方面的比较;

有独立请求权第三人与必要共同诉讼人之间在诉讼地位、参诉方式及诉讼行为效力等方面的区别;直接证据与间接证据在对案件主要事实证明方面的不同;诉前保全与诉讼保全在申请条件、管辖法院、解除情形等方面的区别;一审程序、二审程序以及审判监督程序在程序设置目的、审理范围、审理方式、审理期限等方面的联系与区别。

四、认真研习历年真题,训练答题技巧

1. 要认真研习历年真题。

统计表明,每年司法考试重复考查的知识点高达80%,解读历年真题是复习备考必不可少的最佳途径。但是考生们要注意的是,解读历年真题时不能就事论事,要学会举一反三,融会贯通,力争达到“以点带面”的效果,要对每一道题目和每一个选项认真揣摩,做到知其然且知其所以然。

2. 训练答题技巧。

关于具体的答题技巧,这里结合司法考试自身的特点提出以下两点:第一,司法考试题对问题的提出比较隐蔽,而且对选择项的设计也是十分巧妙的,不会直截了当地给出实质性的东西,需要考生们去理解判断,透过现象找出本质问题,再进行解答。第二,做好对时间的控制。考生在平时做模拟题的时候要合理安排时间,在保证仔细审题、答题的同时,还要留出检查和涂卡的时间,以避免在考试中出现答完题却没时间涂卡的情况。当然,考生还可根据自己的实际情况制定适合自己的策略。总之,要让自己进入状态发挥出真实水平,取得优异的成绩!

2011~2015年司法考试分值分布

	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	总计
2015年	15	18	12	22	67
2014年	16	16	6	20	58
2013年	16	18	0	25	59
2012年	13	16	12	20	61
2011年	16	18	12	19	65

第一章 基本概念

★本章命题关键词:基本原则,基本制度,诉的标的,诉的种类,反诉

一、概述

(一)民事诉讼法的概念与调整对象

1. 概念。

民事诉讼法是国家制定的、调整法院和诉讼参与人的诉讼活动和由此产生的各种诉讼法律关系的法律规范的总称。

2. 调整对象。

民事诉讼法调整的对象包括:

(1)法院、当事人和其他诉讼参与人的诉讼活动;

(2)在诉讼活动中产生的各种法律关系。

(二)民事诉讼法的性质

1. 民事诉讼法是基本法。

从民事诉讼法在我国法律体系中的地位来看,它属于基本法律,其效力仅低于宪法。

2. 民事诉讼法是部门法。

从民事诉讼法调整的社会关系来看,它属于部门法,它调整的是民事诉讼关系,是社会关系中具有自身特点的一类社会关系,由此决定民事诉讼法是一个独立的法律部门。

3. 民事诉讼法是程序法。

从民事诉讼法的内容来看,它规定的主要是程序问题,属于程序法。

4. 民事诉讼法是公法。

从民事诉讼法调整的法律关系以及规范的对象来看,它属于公法。作为专门调整民事诉讼法关系主体(包括法院)的诉讼行为及其相互关系的部门法,民事诉讼法与规范平等主体之间的民事权利义务关系的私法不同,其性质属于公法。

(三)民事诉讼法法律关系

在理解民事诉讼法关系的概念时,主要掌握两点:

1. 民事诉讼法律关系是发生在当事人、其他诉讼参与人与法院之间的诉讼权利与诉讼义务关系,如当事人递交起诉状与答辩状的行为、证人出庭作证的行为以及人民法院开庭审理的行为。法院内部

行使职权所形成的关系并非民事诉讼法律关系,如法官汇报案件的行为、合议庭讨论案件的行为。

2. 民事诉讼法律关系的主体一方必须是法院。也就是说,民事诉讼法律关系的发生要么是在法院与当事人之间,要么是在法院与其他诉讼参与人之间,该法律关系的主体,其中之一必须是法院。

理解小贴士

民事诉讼法律关系并不等于民事法律关系,其区别有如下两点:

(1)主体不同。民事法律关系的主体主要是自然人、法人和其他组织;民事诉讼法律关系的主体一方是法院。

(2)内容不同。民事法律关系的内容是民事实体权利义务,民事诉讼法律关系的内容是诉讼权利义务。

二、民事诉讼法的基本原则

民事诉讼法的基本原则,是在民事诉讼的整个过程中,或者在重要的诉讼阶段,起指导作用的准则。

《民事诉讼法》特有的基本原则共有八项,包括同等原则和对等原则、辩论原则、处分原则、法院调解原则、诉讼权利平等原则、检察监督原则、支持起诉原则和诚实信用原则。

(一)同等原则和对等原则

1. 概念。

(1)同等原则是指在我国法院进行民事诉讼的外国人、无国籍人、外国企业和组织与我国公民、法人和其他组织享有同等的诉讼权利和义务。

(2)对等原则是指外国法院对我国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制,我国法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利也采取相应措施加以限制。

2. 区别。

同等原则体现的是国家之间相互提供诉讼上的方便,表明在通常情况下外国当事人与本国当事人在诉讼上的平等性,这也是国民待遇原则在民事诉讼中的具体运用,因此,同等原则的适用具有普遍性;而对等原则是在一定条件下,国家之间

对¹外国当事人在诉讼权利上的相互限制,因此,对等原则的适用具有针对性。但是,无论是同等原则还是对等原则,其本质上体现的都是国家主权原则。

理解小贴士

同等原则与对等原则体现国家主权,因此只针对外国人适用。

(二) 辩论原则

根据《民事诉讼法》第12条的规定,人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论。

- 1. 辩论的主体。
当事人。
- 2. 辩论的时间。
诉讼程序的始终。
- 3. 辩论的内容。

- (1) 实体:案件事实的认定和法律的适用等。
- (2) 程序:法院有无管辖权、审判人员是否回避等。

4. 辩论的形式。

- 口头:如开庭审理中的法庭辩论。
- 书面:如提交答辩状、代理词等。

5. 辩论的效力。

当事人的辩论对法官的裁判具有约束力。辩论原则的约束性效力主要体现在以下方面:

- 第一,直接决定法律效果发生或者消灭的必要事实必须在当事人的辩论中出现,没有在当事人辩论中出现的事实不能作为法院裁判的依据;
- 第二,当事人一方提出的事实,对方当事人无争议的,人民法院应将其作为裁判的依据;
- 第三,人民法院对案件证据的调查只限于当事人双方在辩论中所提出的证据。

(三) 诚实信用原则

1. 诚实信用原则的设立目的。

对于诚实信用原则,我国早在1986年于《民法通则》中确定了诚实信用原则为民法的基本原则,但民事诉讼法却一直没有规定诚信原则。而在诉讼实践中,拖延诉讼、诉讼突袭、作伪证等违背诚实信用原则的情况屡见不鲜,严重影响了正常的民事诉讼秩序,阻碍了公民实现其合法权益。因此,无论从保证实体法的理念实现的角度还是从实现诉讼法的独立价值的角度,都十分有必要将诚实信用原则作为民事诉讼法的基本原则,以防范上述行为的发生。

2. 民事诉讼法中的诚实信用原则与民法中诚

实信用原则的联系与区别。

(1) 联系:

- ①作为基本原则,两者都具有立法准则、行为准则和审判准则的功能。
- ②两者都需要发挥维持当事人双方利益的平衡以及当事人利益与社会利益的平衡的功能。

(2) 区别:

- ①约束力不同:民法作为行为规范和私法,较之于民事诉讼法更具有灵活性,给予民事主体以更多的选择权;对于民事诉讼法中的诚实信用原则将力求具体化、明确化。
- ②规范主体不同:民法中的诚实信用原则主要规范的是做出民事行为的民事主体各方,而对于民事诉讼法中的诚实信用原则不仅将规范当事人以及诉讼参加人的诉讼行为,同时还还将规范作为审判者的法官的审判行为。

3. 诚实信用原则的制度体现。

- (1) 诉讼中:表现为禁止恶意诉讼。《民事诉讼法》第112条规定,如果当事人之间恶意串通,企图通过诉讼、调解等方式损害他人合法权益的,人民法院则应当驳回其诉讼请求,并且要根据情节的轻重,对其予以罚款、拘留等妨碍民事诉讼的强制措施;构成犯罪的,则要依法追究其刑事责任。

- (2) 执行中:表现为禁止逃避法律文书确定的义务。《民事诉讼法》第113条规定,在执行的过程中,如果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的,人民法院应当根据情节的轻重,对其予以罚款、拘留等妨碍民事诉讼的强制措施;对于构成犯罪的,要依法追究其刑事责任。

(四) 处分原则

根据《民事诉讼法》第13条第2款的规定,当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。处分原则是民事诉讼的核心,重点掌握处分原则的内容和具体体现:

项目	内容
享有处分权的主体	当事人(注意:诉讼代理人可以代 ² 为行使一部分处分行为,但不享有处分权)
处分的内容	可以是实体权利也可以是程序权利,对实体权利的处分通常需要通过 ³ 对诉讼权利的处分来实现。但处分诉讼权利不一定会同时处分实体权利

续表

项目	内容
行使处分权的范围	当事人处分民事权利和诉讼权利必须在法律规定的范围内进行。如果当事人的处分行为超出了法律规定,侵犯了他人的民事权益,其处分无效
处分原则的具体体现	1. 是否起诉、提出什么诉讼请求由当事人决定; 2. 在诉讼程序开始后,原告是否变更或者放弃诉讼请求,被告是否承认或者反驳原告提出的诉讼请求,由当事人决定; 3. 是否要求法院进行调解或自行和解由当事人决定; 4. 一审判决后,是否上诉由当事人决定; 5. 法律文书生效后,是否申请法院强制执行由当事人自行决定

理解小贴士

1. 近年来对于基本原则部分的考查主要集中在辩论原则和处分原则上,考生要结合实例判断法院的行为是否违反这两个原则,如超出当事人诉讼请求的裁判行为就是对处分原则的违反。

2. 辩论原则和处分原则有一定的联系,都有对法院权力予以限制的功能,但它们各自发挥的作用是不同的:辩论原则在于强调法院的裁判对象是当事人辩论的证据和事实;处分原则在于强调当事人是动态的诉讼程序的推进者,法院处于相对消极被动的地位。

(五) 法院调解原则

1. 法院调解原则概述。

法院调解既是民事诉讼法的一项基本原则,也是民事诉讼中的一项重要制度。法院调解是指在法院审判人员的主持下,双方当事人就他们之间发生的民事权益争议,通过自愿、平等地协商,互谅互让,达成协议,解决纠纷的诉讼活动和结案方式。《民诉解释》第145条的规定,人民法院审理民事案件,应当根据自愿和合法的原则进行调解;调解不成的,应当及时裁判。法院调解应遵循自愿、合法的原则进行。再根据《民事诉讼法》第122条的规定,当事人起诉到人民法院的民事纠纷,适宜调解的,先行调解,但当事人拒绝调解的除外。为便于考生复习,我们在此把法院调解一章放到法院调解原则中一并论述。掌握这部分知

识时可以结合最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(以下简称《调解规定》)的相关内容。

2. 法院调解的适用情形。

(1) 法院可以调解的情形。

法院对适用一审程序、二审程序和再审程序审理的民事案件都可以调解。

(2) 法院应当先行调解的情形。

① 适用一审程序审理的离婚案件;

② 适用简易程序审理的婚姻家庭纠纷和继承纠纷、劳务合同纠纷、交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷、宅基地和相邻关系纠纷、合伙协议纠纷、诉讼标的额较小的纠纷。

(3) 不适用法院调解的情形。

① 适用特别程序、督促程序、公示催告程序、婚姻等身份关系确认案件;

② 其他依案件性质、当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的民事案件;

③ 进入执行程序的案件。

理解小贴士

① 执行中当事人可以和解,但法院不能主动调解。② 当事人之间恶意串通,企图通过和解、调解方式侵害他人合法权益的,法院应驳回其请求,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。

3. 法院调解的程序。

(1) 法院调解的开始。

当事人起诉到人民法院的民事纠纷,适宜调解的,先行调解,但当事人拒绝调解的除外。

(2) 法院调解的进行。

① 调解时当事人各方应当同时在场,根据需要也可以对当事人分别做调解工作。

② 当事人不能出庭的,经其特别授权,可由其委托代理人参加调解,达成的调解协议,可由委托代理人签名。

理解小贴士

离婚案件中,当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的,除本人不能表达意志的以外,应当出具书面意见。

③ 原则上调解过程不公开,但当事人同意公开的除外。

调解内容不公开,但为保护国家利益、社会公益、他人合法权益,人民法院认为确有必要公开的除外。

④调解方案既可以由当事人自行提出,也可以由主持调解的人员提出,供当事人协商时参考。

⑤人民法院可以邀请或委托与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的企业事业单位、社会团体或者其他组织,和具有专门知识、特定社会经验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人协助调解工作。达成调解协议后,人民法院应当依法予以确认。

(3) 法院调解的结束。

①基于当事人达成调解协议而结束。

②双方未达成调解协议而结束。虽然经过调解,但是当事人最终未达成协议,根据自愿原则,人民法院不得强迫当事人继续进行,而应终止调解。在这种情况下人民法院应当继续审理,依法裁判,以保障当事人合法权益的及时实现。

4. 法院调解的后果。

经法院调解达成协议或当事人在诉讼过程中自行达成和解协议的,人民法院可以根据当事人的申请依法确认和解协议制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。调解书由审判人员、书记员署名,加盖人民法院印章,送达双方当事人。

(1) 当事人达成调解协议的处理。

①一般原则——法院应当根据调解协议制作调解书。

第一,调解协议达成后,调解书不是必须制作的,但如果当事人提出请求,法院应当制作;对于不需要制作调解书的协议,应当记入笔录,由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后,即具有法律效力。

第二,法院制作调解书确认调解协议时,对于当事人在调解协议中约定的不同内容,应予准许、可以准许、不予准许的情形如下:

项目	内容
法院应予准许	当事人约定一方不履行协议应当承担民事责任
	当事人约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保
法院可以准许	当事人在调解协议中约定的内容超出诉讼请求
法院不予准许	当事人约定一方不履行协议,另一方可以请求人民法院对案件作出裁判的条款

《调解规定》第11条 调解协议约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保的,人民法院应当准许。

案外人提供担保的,人民法院制作调解书应当列明担保人,并将调解书送交担保人。担保人不签收调解书的,不影响调解书生效。

当事人或者案外人提供的担保符合担保法规定的条件时生效。

第三,调解协议有侵害国家利益、社会公共利益的;侵害案外人合法权益的;违背当事人真实意思的;违反法律、行政法规禁止性规定的,法院不予确认。

理解小贴士

例外——可以不制作调解书的情形。

《民事诉讼法》第98条规定了“可以不制作调解书的情形”,主要包括:调解和好的离婚案件;调解维持收养关系的案件;能够即时履行的案件;其他不需要制作调解书的案件。

②特殊处理原则——法院不应当根据和解或调解协议制作判决书。

《民诉解释》第148条 当事人自行和解或者经调解达成协议后,请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的,人民法院不予支持。

理解小贴士

例外——可以制作判决书的情形。

第一,无民事行为能力人的离婚案件,其法定代理人对方达成协议要求发给判决书的,可根据协议内容制作判决书。

第二,涉外民事诉讼中,经调解双方达成协议,应当制发调解书。当事人要求发给判决书的,可以依协议的内容制作判决书。

理解小贴士

《民事诉讼法》和《仲裁法》对调解达成协议后的处理的不同规定。

根据《仲裁法》的规定,当事人经仲裁庭调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。

(2)当事人经调解未达成协议或者调解书生效前一方反悔,人民法院应当及时判决。

(3) 生效及救济。

①调解书的生效要件。

原则——调解书在经双方当事人签收后发生

法律效力；

例外——当事人也可以约定在调解协议上签名或者盖章后，调解协议即发生法律效力。

当事人各方同意在调解协议上签名或者盖章后生效，经人民法院审查确认后，应当记入笔录或者将调解协议附卷，并由当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后即具有法律效力。在该种情形下，当事人请求制作调解书的，人民法院审查确认后，可以制作调解书送交当事人。当事人拒收调解书的，不影响调解协议的效力。一方不履行调解协议的，另一方可以持调解书向人民法院申请执行。

理解小贴士

- a. 对于不需要制作调解书的协议，由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后，即具有法律效力。
- b. 调解案件需由无独立请求权的第三人承担责任的，应当经其同意，该第三人在调解书送达前反悔的，人民法院应当及时裁判。

②下列情形不影响调解书的生效：

- 第一，当事人不能对诉讼费用如何承担达成协议；
- 第二，对调解书的内容既不享有权利又不承担义务的当事人不签收调解书的；
- 第三，案外人做担保人不签收调解书的。

③救济途径。

当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审。

5. 法院调解与诉讼和解有以下区别：

区别项	法院调解	诉讼和解
主持者	审判人员主持	当事人自行进行
权利来源	人民法院行使审判权和当事人处分权相结合	当事人行使处分权
协议的效力	1. 有强制执行力； 2. 是法院的一种结案方式； 3. 一事不再理	和解协议无强制执行力 (和解后，可以申请撤诉，也可以申请制作调解书)
救济方式	符合法定情况可以申请再审	1. 撤诉后，可以起诉； 2. 制作调解书的，符合法定情况可以申请再审

6. 法院调解与人民调解有以下区别：

区别项	法院调解	人民调解
调解的性质	诉讼程序内的调解，具有诉讼性质	不具有诉讼性质
调解机构的性质	国家审判机关	民主自治组织
调解人员	审判人员	人民调解员
调解权的来源	人民法院行使审判权和当事人处分权相结合	当事人行使处分权
调解的对象与范围	适宜调解的民事案件	调解民间纠纷，包括一般民事纠纷、轻微刑事违法引起的纠纷以及违反社会公德引起的纠纷
协议的效力	1. 有强制执行力； 2. 法院的一种结案方式； 3. 一事不再理	具有合同性质，经司法确认后具有强制执行力

(六)其他基本原则

原则	内容
诉讼权利平等原则	1. 并不等于诉讼权利相同； 2. 包括诉讼权利的相同性和诉讼权利的对应性两方面内容
检察监督原则	1. 扩大监督范围，监督的对象是整个民事诉讼活动，也就是将民事执行活动也纳入了法律监督的范围； 2. 强化监督手段，人民检察院因履行法律监督职责提出检察建议或者抗诉的需要，可以向当事人或者案外人调查核实相关情况
支持起诉原则	1. 支持起诉的主体只能是单位，不能是个人； 2. 原告仍然是受损害的单位或个人，机关、社会团体、企业事业单位支持受损害的单位或个人起诉并不意味着其能取得原告资格

《民事诉讼法》第8条 民事诉讼当事人有平等的诉讼权利。人民法院审理民事案件,应当保障和便利当事人行使诉讼权利,对当事人在适用法律上一律平等。

第14条 人民检察院有权对民事诉讼活动实行法律监督。

第15条 机关、社会团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为,可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉。

第235条 人民检察院有权对民事执行活动实行法律监督。

三、民事诉讼法的基本制度

民事诉讼法包括四项基本制度,合议制度、回避制度、公开审判制度和两审终审制度。该四项基本制度贯穿于整个民事诉讼法中,考生要注意掌握这些基本制度的体现和适用及其例外情形。

(一) 合议制度

1. 合议制的含义。

合议制是指由3个以上单数审判人员组成合议庭对民事案件进行审理的制度,按合议制组成的审判组织称为合议庭。

合议制是相对于独任制而言的,独任制是由审判员一人对具体案件进行审理和作出裁判的制度。适用合议制还是独任制,由法院依法决定,这与仲裁程序不同。仲裁程序中是由双方当事人约定是由3名仲裁员还是1名仲裁员仲裁。

2. 合议制的适用。

(1) 必须适用合议制的案件。

①发回重审和按照审判监督程序再审的案件,应当另行组成合议庭审理;

②中级、高级和最高人民法院审理的一审、二审案件;

③适用公示催告程序审理案件,判决宣告票据无效的,应当组成合议庭审理;

④适用特别程序审理的选民资格案件或者重大、疑难的案件,由审判员组成合议庭审理;

⑤起诉时被告下落不明的案件,应当组成合议庭审理。

(2) 合议制适用的例外——适用独任制的情形。

①适用简易程序审理的案件;

②适用特别程序审理的宣告失踪、宣告死亡案件,认定无民事行为能力或限制民事行为能力案件,认定财产无主案件。

③公示催告程序中的公示催告阶段。

3. 合议庭的组成。

案件类型	合议庭的组成
一审案件	审判员组成或审判员与陪审员共同组成合议庭
二审案件	只能由审判员组成合议庭
发回重审的案件	按一审程序另行组成合议庭
再审案件	原为一审,按一审程序另行组成合议庭 原为二审或上级法院提审,按二审程序另行组成合议庭
适用特别程序审理的选民资格案件或者重大、疑难的案件	只能由审判员组成合议庭

4. 合议庭评议。

(1) 合议庭评议实行少数服从多数原则。

(2) 合议庭意见有重大分歧时,应提交审判委员会讨论决定。评议中的不同意见,必须记入笔录。

理解小贴士

审判委员会与合议庭在业务上是指导与被指导、监督与被监督的关系。审判委员会的决定合议庭必须执行。

(3) 合议庭评议和仲裁庭评议的区别。

仲裁庭评议也采取少数服从多数的原则,但当仲裁庭不能形成多数意见时,采用首席仲裁员的意见;仲裁员的不同意见“可以”记入笔录,持不同意见的仲裁员,可以在仲裁裁决书上签名,也可以不签名。

(二) 回避制度

1. 回避制度的含义。

回避制度,是指为了保证民事案件的公正审理,要求符合法定回避情形的有关人员不得参与案件的审理活动或者其他诉讼活动的法律制度。

2. 回避适用的对象。

回避适用的对象,包括审判人员、书记员、执行人员、翻译人员、鉴定人、参与本案审理的勘验人、法院其他工作人员。其中,审判人员包括各级人民法院院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员、助理审判员和人民陪审员;法院其他工作人员,是指审判人员以外的在编工作人员。

理解小贴士

(1) 证人不适用回避。

(2) 刑事诉讼中回避的人员不包括“勘验人”(尽管刑事诉讼的证据中专门有“现场勘验”的内容)。

(3) 书记员和书记员适用审判人员回避的有关规定,但不属于审判人员和其他工作人员的,不适用 2011 年最高人民法院《关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》(以下简称《回避规定》)第 8、9 条的规定。

《回避规定》第 8 条 审判人员及法院其他工作人员从人民法院离任后二年内,不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。

审判人员及法院其他工作人员从人民法院离任后,不得担任原任职法院所审理案件的诉讼代理人或者辩护人,但是作为当事人的监护人或者近亲属代理诉讼或者进行辩护的除外。

本条所规定的离任,包括退休、调离、解聘、辞职、辞退、开除等离开法院工作岗位的情形。

本条所规定的原任职法院,包括审判人员及法院其他工作人员曾任职的所有法院。

第 9 条 审判人员及法院其他工作人员的配偶、子女或者父母不得担任其所任职法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人。

3. 回避的法定理由。

(1) 审判人员应自行回避,当事人有权申请回避的情形:

- ①是本案当事人或者当事人近亲属的;
- ②本人或者其近亲属与本案有利害关系的;
- ③担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人、翻译人员的;
- ④是本案诉讼代理人近亲属的;
- ⑤本人或者其近亲属持有本案非上市公司当事人的股份或者股权的;

⑥与本案当事人或者诉讼代理人有其他利害关系,可能影响公正审理的。

注意:有上述情形,审判人员没有自行回避,当事人也没有申请其回避的,由院长或审判委员会决定其回避。

(2) 当事人有权申请回避的情形:

- ①接受本案当事人及其受托人宴请,或者参加由其支付费用的活动的;
- ②索取、接受本案当事人及其受托人财物或者其他利益的;
- ③违反规定会见本案当事人、诉讼代理人的;

④为本案当事人推荐、介绍诉讼代理人,或者为律师、其他人员介绍代理本案的;

⑤向本案当事人及其受托人借用款物的;

⑥有其他不正当行为,可能影响公正审理的。

(3) 审判人员的参讼限制

在一个审判程序中参与过本案审判工作的审判人员,不得再参与该案其他程序的审判。

注意:发回重审的案件,在一审法院作出裁判后又进入第二审程序的,原第二审程序中合议庭组成人员不受前述限制。

4. 回避的程序。

(1) 回避的形式。

①当事人申请回避;

②审判人员或其他人员自行回避。

③职权回避。

我国实行有因回避,即申请回避时应说明理由。

(2) 申请回避的时间。

申请回避应在案件开始审理时提出;回避事由在案件审理后才知道的,也可以在法庭辩论终结前提出。

(3) 回避的决定。

①决定的期限。

法院对当事人提出的回避申请,应当在申请提出的 3 日内作出决定。

②决定的方式。

法院可以以口头或书面形式作出决定。

③决定权的划分。

因回避适用的对象不同,回避的决定权也不同。

第一,院长担任审判长时的回避,由审判委员会决定;

第二,审判人员(包括陪审员)的回避,由院长决定;

第三,其他人员(书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人)的回避,由审判长决定。

理解小贴士

刑事诉讼中其他人员的回避是由院长决定,而非审判长。

5. 回避的法律后果。

(1) 被申请回避的人员在人民法院作出是否回避的决定前,应当暂停参与本案的工作,但案件需要采取紧急措施的除外。

(2) 申请人对决定不服的,可以在接到决定时申请复议一次。法院应在 3 日内作出复议决定,

并通知复议申请人。复议期间,被申请回避的人员,不停止参与本案的工作。

(3)无论最终是否回避都不影响已进行的诉讼程序的效力。如果法院决定被申请人回避,更换人员后,诉讼程序继续进行。这点与仲裁不同。仲裁中如果因回避更换仲裁员后,当事人可申请仲裁程序重新进行,仲裁庭也可以自行决定是否重新进行。

(三)公开审判制度

公开审判制度是指人民法院审理民事案件,除法院规定的情况外,审判过程及结果应当向群众、社会公开。

1. 公开的含义。

(1)公开的内容是指案件审判过程(主要是庭审过程和宣判过程),但不包括合议庭评议。无论是公开审理的案件还是不公开审理的案件,宣判

时一律公开。

(2)公开的对象是指向群众公开和向社会公开(即向新闻媒体公开)。

2. 公开的例外情形。

(1)一律不公开审理的案件。

①涉及国家秘密的案件(包括党的秘密、政府的秘密和军队的秘密);

②涉及个人隐私的案件;

③法律另有规定的案件。

(2)可以不公开审理的案件。

①离婚案件;

②涉及商业秘密的案件。

对于这两类案件,如果当事人申请不公开审理,法院可以不公开审理。

3. 三大诉讼法及仲裁公开审判制度的比较如下:

诉讼法	是否公开	案件类型	对应法条
民事诉讼法	应当不公开审理的案件	(1)涉及国家秘密的案件; (2)涉及个人隐私的案件; (3)法律另有规定的案件	《民事诉讼法》 第 134 条
	经当事人申请可以不公开审理的案件	(1)离婚案件; (2)涉及商业秘密的案件	
行政诉讼法	一律不公开审理的案件	(1)涉及国家秘密的案件; (2)涉及个人隐私的案件; (3)法律另有规定的案件	《行政诉讼法》 第 54 条
	经当事人申请可以不公开审理的案件	涉及商业秘密的案件	
刑事诉讼法	一律不公开审理的案件	(1)涉及国家秘密的案件; (2)涉及个人隐私的案件; (3)审判时被告人不满 18 周岁的案件	《刑事诉讼法》 第 183、274 条
	经当事人申请可以不公开审理的案件	涉及商业秘密的案件	
仲裁	一律不公开审理的案件	涉及国家秘密的案件	《仲裁法》第 40 条
	一般不公开审理的案件	不公开是原则,但当事人协议公开的,可公开	

(四)两审终审制度

两审终审制度是指一个民事案件经过两级法院审理就宣告终结的制度。

1. 两审终审的含义。

两审终审并不等于所有的民事案件都必须经

过两级法院的审理,而是说一般情况下最多经过两级法院就应宣告终结。

2. 两审终审的例外——一审终审。

在一审终审制度下,当事人不能提起上诉,案件经过一级法院的审理即告终结。其案件类型主

要包括以下三种情形:

(1) 最高人民法院作为一审法院审理的案件。

《民事诉讼法》第155条 最高人民法院的判决、裁定,以及依法不准上诉或者超过上诉期没有上诉的判决、裁定,是发生法律效力、具有法律效力的判决、裁定。

(2) 人民法院按照特别程序以及督促程序、公示催告程序审理的案件。

《民事诉讼法》第178条 依照本章程序审理的案件,实行一审终审。选民资格案件或者重大、疑难的案件,由审判员组成合议庭审理;其他案件由审判员一人独任审理。

(3) 小额诉讼案件。

《民事诉讼法》第162条 基层人民法院和它派出的法庭审理符合本法第一百五十七条第一款规定的简单的民事案件,标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下的,实行一审终审。

四、诉

(一) 诉的含义与特征

1. 诉的含义。

诉是指民事争议发生时一方当事人针对纠纷的另一方当事人向人民法院提出的关于解决争议的请求。

在理解这一概念时,注意诉在本质上包含两方面内容。

第一,在程序意义上,当事人请求法院启动审判程序,即程序意义上的诉,与起诉权相对应;

第二,在实体意义上,请求法院满足自己的诉讼请求,即实体意义上的诉,与胜诉权相对应。

2. 诉的特征。

(1) 诉的主体:当事人。

(2) 诉的内容:民事权益争议。

(3) 诉的对象:具有特定性,是当事人向人民法院提出请求。

(二) 诉的要素——主体、标的和理由

1. 诉的主体。

诉的主体,即诉的当事人,是指为解决民事权利与义务争议而参加诉讼的原告及其相对人。

诉的主体是否适格是法院审理案件时首先要解决的问题。

2. 诉的标的。

诉的标的,也称诉讼标的,即当事人之间发生争议并提请人民法院裁判的实体权利义务关系。

(1) 诉讼标的与诉讼标的物的区别。

① 诉讼标的是当事人之间发生争议的民事权利义务关系;诉讼标的物是当事人之间争议的实体权利与义务关系所指向的对象。

② 诉讼标的存在于每一个诉中;而诉讼标的物只在财产案件中存在。例如,在不涉及财产分割的离婚诉讼中就只有诉讼标的,而没有诉讼标的物。

(2) 诉讼标的与诉讼请求的区别与联系。

① 诉讼标的是当事人之间发生争议的民事权利义务关系;诉讼请求则是当事人通过人民法院向对方当事人所主张的具体权利。

② 在诉讼过程中,诉讼标的不允许任意变更,而诉讼请求可以变更。

③ 变更诉讼标的意味着形成了一个新的诉讼法律关系;而诉讼请求的变更并不能引起诉讼法律关系的变更。

理解小贴士

诉讼请求可以变更也是有一定的限制条件的,原则上只能在举证期限届满前,当事人可以自由变更诉讼请求。但存在以下两种特殊情形:

一是诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。

二是当事人起诉时发生请求权竞合的情况并作出选择后,在一审开庭以前又变更诉讼请求的,人民法院应当准许。

④ 针对一个诉讼标的,可以提出多个不相冲突的诉讼请求。

理解小贴士

在识别题目中给出案例的诉讼标的和诉讼请求时,一般诉讼标的都隐含其中,需要自己提炼,而诉讼请求则直接在案例中有提及。

3. 诉的理由。

(1) 诉的理由是指当事人提出诉的事实与法律依据。事实依据包括以下两类:

① 引起民事法律关系发生、变更或消灭的事实;

② 权利受到侵害或法律关系发生争议的事实。

(2) 诉的理由可能根据诉讼请求的变更而变更。

(三) 诉的种类

按照当事人诉讼请求的目的和内容的不同,可以将诉分为三种:确认之诉、变更之诉与给付之诉。

1. 确认之诉。

确认之诉,是指当事人向法院提出的要求确认某种法律关系存在或不存在的诉。

(1) 确认之诉的特点。

当事人只对某种法律关系是否存在有争议,因此提交法院进行确认,但并不要求法院对之变更。

(2) 确认之诉的分类。

根据确认之诉的性质,可以将其分为:

①肯定的确认之诉,是指原告起诉要求法院确认其主张的法律关系存在的诉讼。

②否定的确认之诉,是指原告起诉要求法院确认其主张的法律关系不存在的诉讼。

2. 给付之诉。

给付之诉,是指当事人向法院提出的,要求法院责令义务人履行一定的实体义务,以实现自己合法权益的请求。

(1) 给付之诉的特点。

给付之诉的法院判决具有执行力,一方当事人不履行给付义务时,另一方当事人可以将判决

作为据以执行的法律文书申请强制执行。

(2) 给付之诉的分类。

根据给付的内容,可以将其分为:

①物的给付之诉,是指原告要求被告履行的给付义务是给付一定数额的货币或财产。

②行为的给付之诉,是指原告要求被告履行的给付义务是为或不为某种特定的行为。

3. 变更之诉。

变更之诉,又称形成之诉,是指当事人向法院提出的改变或消灭现存的某种法律关系的请求。变更之诉的特点如下:

(1)提起变更之诉的当事人对现存的某种法律关系无争议,只是请求法院以判决改变或消灭既存的某种民事法律关系。

(2)在法院判决生效之前,现存的法律关系依然有效。

4. 确认之诉、给付之诉和变更之诉的区别和联系(见下表):

项目		确认之诉	给付之诉	变更之诉
区别	目的	要求法院确认与对方当事人之间是否存在某种民事法律关系	要求法院判令对方当事人履行一定的义务	要求法院改变或者消灭现存的法律关系
	条件	必须是双方当事人对现存的民事法律关系存在与否发生争议才能提起	当事人为实现某一法律关系的内容发生争执时即可提起	当事人就法律关系是否变更或消灭发生争议
	效力	不具有执行效力	具有执行效力	不具有执行效力
联系		给付之诉与变更之诉有可能包含确认的内容,这取决于当事人之间对法律关系的存在是否提出确认的诉讼请求		

理解小贴士

对诉的种类的判断标准是原告的诉讼请求,而非被告的答辩意见。

(四) 反诉

1. 反诉的含义。

反诉是指在诉讼进行过程中,本诉被告针对本诉原告向受理本诉的人民法院提出的与本诉具有牵连关系的,目的在于抵销或者吞并本诉原告诉讼请求的独立的反请求。

2. 反诉制度的目的。

(1)提高诉讼效率,利用同一诉讼程序解决相关性的纠纷;

(2)避免裁判结果相抵触。

3. 反诉的特征。

(1)反诉本身具有独立性。

反诉不因本诉的消灭而消灭,即本诉的诉讼请求被放弃或撤回,法院仍要对反诉的诉讼请求进行审理并作出裁判。

(2)反诉目的的对抗性。

被告提起反诉的目的,在于抵消或者吞并原告提起之诉,使原告败诉,以保护自己的合法权益。

(3)反诉主体的同一性和特定性。

反诉中仅仅是当事人双方的地位发生转换,本诉的被告成为反诉的原告,本诉的原告成为反诉的被告。

4. 提起反诉的条件。