

学科顶级名师授课精华
十年扛鼎之作备考首选

法律版

2014

全新版

司法考试 名师讲义

民事诉讼法与仲裁制度

法律考试中心/组编 戴鹏/著

本书以戴鹏老师的课堂讲授为基础，集聚了戴老师多年的讲授经验和授课精华，根据司法考试最新命题规律和特点，总结分析了民事诉讼法与仲裁制度的考试要点，重点讲解考试难点。为更好服务考生，本书根据司法考试大纲最新变化，第一时间免费增补最新法律法规及司法解释（详见封底）。



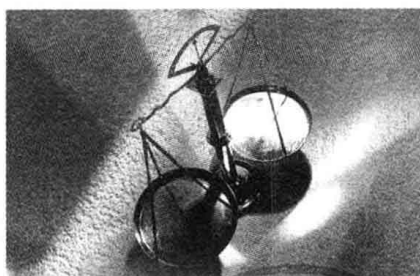
司法考试名师讲义

民事诉讼法与仲裁制度

2014全新版

法律考试中心 / 组编

戴 鹏 / 著



图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法与仲裁制度 / 戴鹏著 ; 法律考试中心组编. —北京:法律出版社, 2013. 12
(司法考试名师讲义)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5763 - 7

I. ①民… II. ①戴…②法… III. ①民事诉讼法—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料②仲裁—制度—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 296323 号

©法律出版社·中国

责任编辑 / 赵明霞	装帧设计 / 汪奇峰
出版 / 法律出版社	编辑统筹 / 法律考试出版分社
总发行 / 中国法律图书有限公司	经销 / 新华书店
印刷 / 三河市龙大印装有限公司	责任印制 / 沙 磊
开本 / 720 毫米 × 960 毫米 1/16	印张 / 16.25 字数 / 363 千
版本 / 2014 年 1 月第 1 版	印次 / 2014 年 1 月第 1 次印刷
法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件 / info@lawpress.com.cn	销售热线 / 010 - 63939792/9779
网址 / www.lawpress.com.cn	咨询电话 / 010 - 63939796
中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店 / 010 - 63939781/9782	西安分公司 / 029 - 85388843
上海公司 / 021 - 62071010/1636	重庆公司 / 023 - 65382816/2908
	北京分公司 / 010 - 62534456
	深圳公司 / 0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5763 - 7 定价:38.00 元

页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

自序

民事诉讼法与仲裁部分每年在司法考试中会考查 70 分左右,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了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如下的问题:

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,完全是靠机械性地重复背诵即可。同学们,这样的思维放在几年前,司法考试的“蒙昧时期”尚可,现如今,大家不得不面对这样一个残酷的现实:靠背背法条就能过司考的美好时代,已经一去不复返了!这种错误的认识也应当毫不留情地予以抛弃了!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?如果不能真正理解法条的含义,领会制度设计的深意,想在诉讼法部分拿到高分还是困难重重的。

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,笔者通过特别提示还有一些小例子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,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: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,本书中予以了详细讲解,并辅以小案例予以说明,希望能够帮助考生攻克这些难点。

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,本教材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。但是需要说明的是,在有些章节,该表格置于章节前面;在有些章节,该表格置于章节结尾。笔者是出于如下考虑,有些章节比较简单,就把表格放在章节开头部分,便于考生从一开始就对该部分体系有一个了解,在这个体系框架内再通过考点精讲逐一掌握每一个知识点;有些章节比较复杂,比较难,先通过考点精讲把每一个知识点讲清楚之后,再给出表格,让考生掌握清楚每一个知识点之后,再对本部分内容有一个体系性的把握,这应该是贯穿整本教材的一个最大的特点了吧。

五、解题缺乏思路。很多知识点考生解题不注重思路,直接套用法条,结果发现法条打架,不知如何使用,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;而是合同纠纷中,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。针对这些问题,笔者为考生总结解题思路,并且针对性地列举系列案例,运用解题思路帮助分析这些题目,从而克服这些疑难杂症。

笔者求学于清华园,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,是广大学员朋友们给了我极大的鼓励和支持,在此向辛勤的学员朋友们表达诚挚的谢意,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”的行业中不断前进!

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,可能荆棘丛生,也可能鲜花灿烂,但是没有捷径,为了不回到原点,唯有前行。司法考试的考生,是最辛苦的考生,也是最伟大的考生!40万考生同台竞技,最终却只有不到8万考生能够胜出,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10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,回想起自己备考的那段艰辛旅程,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!法

律出版社的编辑老师向我约稿之时,我欣然应允,希望把这些年个人对于司法考试的研究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,贻误大家,愧对考生朋友的信任。恳请考生朋友能够不吝赐教,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民事诉讼法的任何问题,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

2013 年 12 月

历年分值表(2009—2013 年)

	学科	单项 选择题	多项 选择题	不定项 选择题	案例 分析题	总计
2013 年 (总计 71 分)	民事诉讼法	16	18	0	25	59
	仲裁法	0	0	12	0	12
2012 年 (总计 66 分)	民事诉讼法	13	16	12	20	61
	仲裁法	3	2	0	0	5
2011 年 (总计 66 分)	民事诉讼法	15	18	12	19	64
	仲裁法	2	0	0	0	2
2010 年 (总计 66 分)	民事诉讼法	14	16	8	20	58
	仲裁法	2	6	0	0	8
2009 年 (总计 66 分)	民事诉讼法	16	22	8	0	46
	仲裁法	0	0	0	20	20

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	(11)
第一节 基本原则	(11)
第二节 基本制度	(18)
第四讲 主管与管辖	(25)
第一节 主管	(25)
第二节 管辖概述	(27)
第三节 级别管辖	(28)
第四节 地域管辖	(30)
第五节 共同管辖和选择管辖	(39)
第六节 裁定管辖	(40)
第七节 管辖权异议	(44)
第五讲 当事人	(47)
第六讲 共同诉讼	(56)
第七讲 第三人	(64)
第八讲 诉讼代理人	(72)
第九讲 证据	(76)
第十讲 证明	(83)
第一节 证明对象	(83)
第二节 证明责任	(86)
第三节 证据保全	(92)
第四节 证明程序	(94)
第十一讲 保全与先予执行	(101)
第一节 保全	(101)
第二节 先予执行	(104)
第十二讲 对妨碍诉讼的强制措施	(106)
第十三讲 期间与送达	(108)
第一节 期间	(109)

第二节 送达	(110)
第十四讲 调解	(113)
第十五讲 一审普通程序	(119)
第十六讲 简易程序	(137)
第十七讲 二审程序	(141)
第十八讲 审判监督程序	(150)
第一节 审判监督程序概述	(150)
第二节 再审的启动	(152)
第三节 再审的审理程序	(156)
第十九讲 特别程序	(164)
第二十讲 非诉程序之一——督促程序	(170)
第二十一讲 非诉程序之二——公示催告程序	(174)
第二十二讲 执行程序	(178)
第一节 执行的有关制度	(178)
第二节 执行措施	(195)
第二十三讲 涉外民事诉讼程序	(199)
第二十四讲 仲裁概述	(204)
第二十五讲 仲裁协议	(206)
第二十六讲 仲裁程序	(214)
第二十七讲 司法与仲裁	(222)
第一节 司法对仲裁的支持——仲裁裁决的执行	(222)
第二节 司法对仲裁的监督——撤销仲裁裁决	(222)
第三节 司法对仲裁的监督——不予执行仲裁裁决	(225)
第四节 司法对仲裁的监督——撤销、不予执行涉外仲裁裁决	(227)
附录 民事诉讼法修正案表格对比与简要解读	(228)

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、人身关系所涉及的利益而发生争议	
	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: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,它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。

【真题示例】 下列哪些是1991年颁布实行的《民事诉讼法》(2007年修正)规定的诉讼案件的审理程序?(2012/3/84)

- 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

【答案及解析】 AB。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。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。

【例】 判断“适用特别程序审理的案件都是非讼案件。”

【答案及解析】 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、确认调解协议案件。而诉讼案件和非诉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,所以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,属于非诉案件”。

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,并且具有强制性效力。

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

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

① ☆为考查频率提示符,☆号越多,考查频率越高。

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: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】 关于民事诉讼法的性质,下列哪一说法是正确的?(2011/3/35)

- 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

【答案及解析】 C。从以上内容可以看出,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。此题提示考生中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?

【答案及解析】 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,因民事权利发生争议,而以自己名义在人民法院参加诉讼的人				
	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		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		积极的确认之诉		要求法院确认法律关系存在	
				消极的确认之诉		要求法院确认法律关系不存在	
	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			
		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			
		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,仅对考试而言,从这三个考点掌握即可。

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。

【特别提示】 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?

【答案及解析】 本案的诉讼标的是张三和大江公司的买卖合同关系。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5万元以及违约金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?

【答案及解析】 本案诉讼标的是张三和李四之间的相邻权法律关系。禁止将建材堆放在房门口是李四的诉讼请求;为了保障自家的通行是诉的理由。

【真题示例】 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?(2011/3/37)

- 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

【答案及解析】 C。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:确认之诉、给付之诉和形成之诉(又称变更之诉)。

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像性的描述,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。

【答案及解析】 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。

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。

【特别提示】 (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。

【真题示例】 关于诉的分类的表述,下列哪一选项是正确的?(2013/3/37)

- 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

【答案及解析】 C。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,即为消极的确认之诉。C 中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。

【真题示例】 下列哪一种民事诉讼请求属于给付之诉?(2004/3/36)

- 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

【答案及解析】 A。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的合同关系,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。

【真题示例】 关于诉的种类的表述,下列哪些选项是正确的?(2008/3/86)

- 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

【答案及解析】 AB。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 中甲公司的诉请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,另一个是积极的作为,但总之都是给付之诉,给付的内容为行为。

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,张三主张其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告原告,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:在本诉讼过程中提出。

【特别提示】 1.《民诉意见》第34条明确规定: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。

【特别提示】 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。