华旭讲义

2017年
国家司法考试
戴鹏的民诉法

戴鹏 ◎ 编著

讲义卷

中国政法大学出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

2017年
国家司法考试
戴鹏的民诉法

戴鹏 ◎ 编著

讲义卷

常州大学图书馆
藏书章

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诉法. 讲义卷/戴鹏编著. —北京：中国政法大学出版社，2017.2
ISBN 978-7-5620-7341-3

Ⅰ.①2… Ⅱ.①戴… Ⅲ.①民事诉讼法－中国－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(2017)第037301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　20.5
字　　数　500千字
版　　次　2017年2月第1版
印　　次　2017年3月第2次印刷
定　　价　47.00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

需要全本请访问 www.ertongbook.com

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 …… 4

第三讲 基本原则与基本制度 …… 13

第一节 基本原则 …… 13

第二节 基本制度 …… 21

第四讲 主管与管辖 …… 29

第一节 主管 …… 29

第二节 管辖概述 …… 31

第三节 级别管辖 …… 32

第四节 地域管辖 …… 34

第五节 共同管辖和选择管辖 …… 46

第六节 裁定管辖 …… 46

第七节 管辖权异议 …… 53

第五讲 当事人 …… 57

第六讲 共同诉讼 …… 72

第七讲 第三人 …… 81

第八讲 诉讼代理人 …… 91

第九讲 证据 …… 95

第十讲 证明 …… 108

第一节 证明对象 …… 108

第二节 证明责任与证明标准 …… 113

第三节 证据保全 …… 122

第四节 证明程序 …… 124

第十一讲 保全与先予执行 …… 135

第一节 保全 …… 135

第二节 先予执行 …… 141

第十二讲　对妨碍诉讼的强制措施 …… 143
第十三讲　期间与送达 …… 145
　第一节　期间 …… 146
　第二节　送达 …… 148
第十四讲　调解 …… 152
第十五讲　一审普通程序 …… 161
第十六讲　简易程序 …… 186
第十七讲　公益诉讼程序 …… 198
第十八讲　第三人撤销之诉 …… 201
第十九讲　二审程序 …… 208
第二十讲　审判监督程序 …… 221
　第一节　审判监督程序概述 …… 221
　第二节　再审的启动 …… 223
　第三节　再审的审理程序 …… 230
第二十一讲　特别程序 …… 241
第二十二讲　非讼程序之——督促程序 …… 252
第二十三讲　非讼程序之——公示催告程序 …… 256
第二十四讲　执行程序 …… 260
　第一节　执行的有关制度 …… 260
　第二节　执行措施 …… 285
第二十五讲　涉外民事诉讼程序 …… 289
第二十六讲　仲裁概述 …… 295
第二十七讲　仲裁协议 …… 297
第二十八讲　仲裁程序 …… 305
第二十九讲　司法与仲裁 …… 313
　第一节　司法对仲裁的支持——仲裁裁决的执行 …… 313
　第二节　司法对仲裁的监督——撤销仲裁裁决 …… 314
　第三节　司法对仲裁的监督——不予执行仲裁裁决 …… 316

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	私力救济	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；
		社会救济	调解	争议双方当事人在第三人主持下达成协议而消灭争议；
			仲裁	争议双方当事人将争议提交仲裁机构进行裁决；
		公力救济	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。

【考点提示】

民事诉讼实质上是利用国家审判权解决平等主体之间人身、财产权利义务纠纷。

1. 其本质在于解决民事纠纷，这一点与特别程序、督促程序、公示催告程序相区别；

2. 其解决纠纷的方式在于国家审判权的行使，这一点与人民调解、仲裁等程序相区别；

民事审判程序包括两大类，一是诉讼程序，二是非诉讼程序，即非讼程序。简单区分如下：诉讼程序，包括一审程序、二审程序和再审程序，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。

诉讼程序与非讼程序

	特点	示例
诉讼程序	解决民事权利义务纠纷	一审、二审、再审程序
非讼程序	不解决民事权利义务纠纷	特别程序（选民资格案件除外）、督促程序、公示催告程序

【真题示例】

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

【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，暗渡陈仓”，设置了两个考点，其一为哪些是91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2：判断“适用特别程序审理的案件都是非讼案件。”

【分析】该表述错误，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，诉讼程序和非讼程序是对民事审判程序进行的分类，而选民资格案件涉及公民的政治权利，并非民事审判程序，故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）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仲裁协议，将纠纷提交仲裁委员会予以裁决。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。

总结与归纳：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。

[1] 2012年卷三84题答案为：AB

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？[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】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，不涉及到国家权力的行使。

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] 2011年卷三35题答案为：C

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第二讲　诉的基本理论

知识体系

<table>
<tr><td rowspan="6">诉的要素</td><td>诉的主体</td><td colspan="3">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；</td></tr>
<tr><td>诉讼标的</td><td colspan="3">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；</td></tr>
<tr><td>诉的理由</td><td colspan="3">当事人所依据的事实与法律；</td></tr>
<tr><td colspan="4">注意：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实体法律关系；
诉讼标的物——诉讼标的（民事法律关系）指向的具体的对象；
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；</td></tr>
<tr><td colspan="4"></td></tr>
<tr><td colspan="4"></td></tr>
<tr><td rowspan="5">诉的分类</td><td rowspan="2">确认之诉</td><td rowspan="2">请求确认与被告间是否存在某种民事法律关系</td><td>积极确认之诉</td><td>要求法院确认法律关系存在或有效；</td></tr>
<tr><td>消极确认之诉</td><td>要求法院确认法律关系不存在或无效；</td></tr>
<tr><td rowspan="3">给付之诉</td><td rowspan="3">要求判令被告履行义务</td><td colspan="2">财物的给付；</td></tr>
<tr><td rowspan="2">行为的给付</td><td>积极作为；</td></tr>
<tr><td>消极的不作为；</td></tr>
<tr><td>变更之诉</td><td colspan="3">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；</td></tr>
<tr><td rowspan="6">反诉</td><td>概念</td><td colspan="3">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；</td></tr>
<tr><td rowspan="5">要件</td><td>主体</td><td colspan="2">本诉的被告向原告提出；</td></tr>
<tr><td rowspan="2">时间</td><td colspan="2">一审法庭辩论终结前；</td></tr>
<tr><td colspan="2">考点提示：在二审中提出反诉的——调解，调解不成，告知另行起诉；但当事人同意由二审法院一并审理的除外。</td></tr>
<tr><td>牵连</td><td colspan="2">本反诉之间应当具有牵连关系；</td></tr>
<tr><td>管辖</td><td colspan="2">向受理本诉的法院提出，且受诉法院有管辖权（牵连管辖）；</td></tr>
<tr><td>程序</td><td colspan="2">与本诉适用同一程序。</td></tr>
</table>

【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. 主体（即当事人，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。

3. 诉的理由：是指原告起诉以及提出的诉讼请求在事实和法律上的依据。

【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；

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。

【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】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，原告的诉讼请求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】

例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】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，简单来讲，四个选项中只有D选项是法律关系，直接选择D选项。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权法律关系。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。

[1] 2009年卷三37题答案为：D

例2：（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？[1]

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】本题考查诉的基本理论。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。

诉的分类以原告诉讼请求为依据，变更之前刘某的诉讼请求为修车，为给付之诉；变更之后刘某的诉讼请求为赔偿损失并赔礼道歉，是要求对方履行义务，为给付之诉，所以C错误，D正确。

二、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（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或者请求确认这种法律关系有效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或者请求确认这种法律关系无效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。

【考点提示】

原告的诉讼请求是要求被告履行义务即是给付之诉，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，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（变更之诉）：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，变更合同等，即要求法院消灭或者变更既存的合同关系，婚姻关系等。

[1] 2015年卷三37题答案为：D

例：（1）股东起诉要求解散公司是什么诉？

（2）第三人撤销之诉是什么诉？（考生可以在学习完第三人撤销之诉后思考此问题。）

【分析】（1）股东起诉解散公司，其诉讼请求是消灭股东与公司之间既存的权利义务关系，为形成之诉；

（2）第三人撤销之诉，起诉第三人为原告，其诉讼请求是要求撤销、改变原生效判决、裁定、调解书，其本质是消灭或者改变原生效判决、裁定、调解书所确立的权利义务关系，为形成之诉。

【考点提示】

1. “诉”的分类的前提是“诉”，即诉讼案件，而一个并非诉讼案件的程序则谈不上“诉”的分类问题。如张三请求确认妻子李四为无民事行为能力人，张三、李四请求法院确认其在人民调解委员会主持下制作的调解协议的效力等案件，虽然有“确认”二字，但绝不能说其为确认之诉，因为这些案件是特别程序，根本就不是诉讼程序，自然谈不上“诉”的分类问题。

2. 给付之诉、形成之诉与确认之诉的关系问题。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。

3. 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、有效是存在争议的；而形成之诉要求消灭、变更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。

4. 在进行诉的分类的判断中，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，有考生可能会认为本案中原告要求履行合同，被告主张合同无效，法院首先需要确认合同是否有效，故为确认之诉，但这种分析思路是错误的，因为对诉进行分类的标准是原告的诉讼请求，本案原告的诉讼请求是履行合同，为给付之诉。被告的答辩意见并非诉的分类的依据，为题目所设干扰信息。

【真题示例】

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？[1]

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

【分析】本题A选项为给付之诉，请求给付的内容为行为，消极的不作为；B选项请求

[1] 2004年卷三36题答案为：A

的实质是消灭既存的合同关系，为形成之诉；而C选项请求的内容实质上是变更既存的抚养权利义务关系，为形成之诉；D选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。

本题的陷阱是C选项，如果有考生认为C选项为给付之诉，试问，给付的内容是什么，难道是自己的孩子？诉的分类看原告的诉讼请求，原告请求将二人之子判归前妻抚养，显然本来在自己和儿子之间存在一个抚养权利义务关系，原告的诉讼请求是将这种权利义务关系变为前妻与儿子之间存在，是对既存的抚养权利义务关系的变更，对其主体予以变更，是变更之诉。

例2：（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选项虽有确认二字，但并非确认之诉。诉的分类的前提是“诉”，显然，确认公民为无、限制民事行为能力人是特别程序，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，为消极的确认之诉；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。

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，笔者做如下厘清：

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，才谈的上是所谓的“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：

[1] 2013年卷三37题答案为：C

【考点提示】

一个法律关系包含主体、客体和内容三个方面，原告要求对其中三项之一进行变更即是对该既存法律关系的变更，为变更之诉。如以下示例：

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. 对内容进行变更的如：原告张三代儿子张小三起诉前妻李四，请求将张小三的生活费从每月1000元增加到每月2000元，李四与张小三之间本身存在一个抚养权利义务关系，根据这个权利义务关系，前妻的义务是每月给1000元，现在原告的诉讼请求是将这个权利义务关系的内容——数额从1000变为2000，是对既存法律关系的变更，为变更之诉。

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——主体的同一性。

【考点提示】

1. 在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。如张三租住李四的房屋，李四起诉张三要求房屋租金，张三称，李四未尽到修缮义务，房屋天花板脱落，导致自己的儿子张小三受伤，要求李四赔偿医疗费。本案中，要房屋租金，是李四起诉张三，要医疗费，是张小三起诉李四，主体不具有同一性，不构成反诉。

2. 主体的同一性，并不意味着在本、反诉中当事人的诉讼地位相同。在本、反诉中，当事人的诉讼地位正好相反。

（2）本、反诉之间有牵连关系。

【考点提示】

本、反诉之间存在牵连关系，并不能当然得出“本、反诉必须基于同一法律关系”这一片面结论。因为基于同一法律关系可能产生牵连，而基于不同法律关系仍然可能产生牵连。前者如打架致使双方受伤，均向对方主张医疗费，本反诉均基于侵权法律关系；后者如李四租住张三房屋未支付租金，张三诉李四要求租金，李四主张张三未尽合理修缮义务，房顶掉落致自己受伤，向张三主张医疗费，本案中本诉基于房屋租赁合同关系，反诉则基于侵权法律关系，而这虽然不同，但仍然相牵连。

反诉与本诉的牵连关系表现为：诉讼请求基于相同法律关系、诉讼请求之间具有因果关系，或者反诉与本诉的诉讼请求基于相同事实等。

（3）时间：在本诉诉讼过程中提出。

需要全本请访问 www.ertongbook.com