

2009年版

司法考试 历年试题及考点归类精解

民事诉讼法与仲裁制度

法律考试中心/组编

张能宝/主编

最新权威版本 明确复习重点

本书由法律社连续7年最新增补、修订出版

整合2004—2008历年试题，归纳提炼，直击考点

节省备考时间 揭示司考方向

依据最新法规逐题详解，辨析疑难，指导解题技巧

全面解密最近5年考试命题规律、考查重点、考查方式

统计表明：每年司考重复考查考点高达80%，解
读历年试题是复习备考的最佳捷径——

研习历年试题，就是做未来真正考题



法律出版社

目 录

司法考试 历年试题及考点归类精解

第一部分 2004—2008 年司法考试分值分布	(一) 单项选择题	(40)
布、命题基本规律与复习技巧	(二) 多项选择题	(41)
2009 年版	(三) 已考考点及已考法条	(43)
一、司法考试分值分布	归纳	(43)
二、命题基本规律与复习技巧	(43)	
第二部分 客观试题归类精解	民事诉讼法与仲裁制度	(44)
一、基本概念	(一) 单项选择题	(44)
(一) 单项选择题	(3)	(44)
(二) 多项选择题	(6)	(54)
(三) 已考考点及已考法条	(三) 不定项选择题	(58)
归纳	法律考试中心/组编	已考考点及已考法条
(四) 备考提示	(8)	归纳
二、管辖	主编 张能宝	(62)
(一) 单项选择题	副主编 杨艳霞 张玲 秦华伦	(63)
(二) 多项选择题	撰稿人 张能宝 杨艳霞 张玲	(63)
(三) 不定项选择题		(64)
(四) 已考考点及已考法条		(64)
归纳		(36)
(五) 备考提示		(36)
三、当事人		(37)
(一) 单项选择题		(37)
(二) 多项选择题		(38)
(三) 不定项选择题		(37)
(四) 已考考点及已考法条		(38)
归纳		(38)
(五) 备考提示		(38)
四、民事诉讼证据		(36)
(一) 单项选择题		(37)
(二) 多项选择题		(37)
(三) 已考考点及已考法条		(37)
归纳		(36)
(四) 备考提示		(36)
五、案件受理条件		(37)
(一) 单项选择题		(37)
(二) 多项选择题		(37)
(三) 已考考点及已考法条		(37)
归纳		(39)
(四) 备考提示		(39)
六、财产保全、先予执行		(40)
(一) 单项选择题		(40)
(二) 多项选择题		(41)
(三) 已考考点及已考法条		(41)
归纳		(43)
(四) 备考提示		(43)
十一、公示催告程序		(65)
(一) 单项选择题		(65)
(二) 多项选择题		(66)
(三) 已考考点及已考法条		(66)
归纳		(67)
(四) 备考提示		(67)
十一、公示催告程序		(68)
(一) 单项选择题		(68)
(二) 多项选择题		(69)
(三) 已考考点及已考法条		(69)
归纳		(69)
(四) 备考提示		(69)
十一、公示催告程序		(70)
(一) 单项选择题		(70)
(二) 多项选择题		(71)
(三) 已考考点及已考法条		(71)
归纳		(72)
(四) 备考提示		(72)
十二、执行		(72)
(一) 单项选择题		(72)
(二) 多项选择题		(73)
(三) 已考考点及已考法条		(73)
归纳		(73)
(四) 备考提示		(73)

法律出版社

目 录

民事诉讼法

第一部分 2004—2008 年司法考试分值分

布、命题基本规律与复习技巧 … (1)

一、司法考试分值分布 … (1)

二、命题基本规律与复习技巧 … (1)

第二部分 客观试题归类精解 … (3)

一、基本概念 … (3)

(一) 单项选择题 … (3)

(二) 多项选择题 … (6)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (8)

(四) 备考提示 … (8)

二、管辖 … (9)

(一) 单项选择题 … (9)

(二) 多项选择题 … (11)

(三) 不定项选择题 … (14)

(四) 已考考点及已考法条

归纳 … (15)

(五) 备考提示 … (15)

三、当事人 … (16)

(一) 单项选择题 … (16)

(二) 多项选择题 … (22)

(三) 不定项选择题 … (25)

(四) 已考考点及已考法条

归纳 … (27)

(五) 备考提示 … (27)

四、民事诉讼证据 … (28)

(一) 单项选择题 … (28)

(二) 多项选择题 … (32)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (36)

(四) 备考提示 … (36)

五、案件受理条件 … (37)

(一) 单项选择题 … (37)

(二) 多项选择题 … (37)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (39)

(四) 备考提示 … (39)

六、财产保全、先予执行 … (40)

(一) 单项选择题 … (40)

(二) 多项选择题 … (41)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (43)

(四) 备考提示 … (43)

七、一审、二审和再审 … (44)

(一) 单项选择题 … (44)

(二) 多项选择题 … (54)

(三) 不定项选择题 … (58)

(四) 已考考点及已考法条

归纳 … (62)

(五) 备考提示 … (62)

八、简易程序 … (63)

(一) 单项选择题 … (63)

(二) 多项选择题 … (64)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (65)

(四) 备考提示 … (65)

九、特别程序 … (66)

(一) 多项选择题 … (66)

(二) 已考考点及已考法条

归纳 … (67)

(三) 备考提示 … (67)

十、督促程序 … (67)

(一) 单项选择题 … (67)

(二) 多项选择题 … (68)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (69)

(四) 备考提示 … (69)

十一、公示催告程序 … (70)

(一) 单项选择题 … (70)

(二) 多项选择题 … (71)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (72)

(四) 备考提示 … (72)

十二、执行 … (72)

(一) 单项选择题 … (72)

(二) 多项选择题 … (76)

(三)不定项选择题 (80)

(四)已考考点及已考法条

归纳 (81)

(五)备考提示 (81)

十三、期间、送达和诉讼费用 (82)

(一)单项选择题 (82)

(二)已考考点及已考法条

归纳 (83)

(三)备考提示 (83)

第三部分 案例分析题集中精解 (84)

一、试题解析 (84)

二、已考考点及已考法条归纳 (96)

三、备考提示 (97)

仲 裁 法

第一部分 2004—2008 年司法考试分值分

布、命题基本规律与复习技巧 ... (98)

一、司法考试分值分布 (98)

二、命题基本规律与复习技巧 (98)

第二部分 客观试题归类精解 (98)

一、仲裁协议、仲裁和诉讼的区别
和联系 (98)

(一)单项选择题 (98)

(二)多项选择题 (99)

(三)不定项选择题 (102)

二、仲裁机构与仲裁程序 (103)

(一)单项选择题 (103)

(二)多项选择题 (105)

(三)不定项选择题 (107)

三、仲裁裁决的撤销 (109)

单项选择题 (109)

四、仲裁裁决的执行和不予执行 (109)

单项选择题 (109)

五、已考考点及已考法条归纳 (110)

六、备考提示 (110)

第一部分 2004—2008 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧

一、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
2008 年	16	22	8	22	68
2007 年	15	18	8	20	61
2006 年	16	30	8	18	72
2005 年	16	18	8	27	69
2004 年	15	16	14	45	90

二、命题基本规律与复习技巧

民事诉讼法作为三大程序法之一,在法学体系中具有重要的地位,是司法考试的主干课程,更有人将其与民法、刑法、刑诉并称为司法考试的“四大天王”。从具体分值来看,该法年均考查 70 分。我们认为,65 分左右的比重应该是该法今后的趋势。

(一)命题基本规律

通过对历年试题的研究和分析,我们发现民事诉讼法的试题类型主要包括以下三种:①单纯考查基本概念,比较简单,在试卷中所占比例呈现逐年下降的趋势,应该成为考生志在必得的部分。②考查某一法律条文适用的条件,它要求考生在记住条文内容的基础上加以分析,难度适中,所占比例最大,也是今后考试的主要模式。③对基本概念和适用条件的综合考查,需要考生准确把握基本概念,从题干中提炼适用的条件,从而进行解答,这是一种较高层次的考查,难度最大,很可能在未来有所加强。从近几年的考试可以看出,民事诉讼法的试题越来越注重基本理论和基本原理,向综合性、应用性和模糊性的方向发展,难度不断加大。

(二)复习技巧

在命题规律基本明晰的前提下,考生们就要以勤奋和技巧来应对司法考试,做到有的放矢。以下为大家提供一些民事诉讼法的复习技巧:

1. 从正确的复习方向入手。

司法考试涉及的部门法非常广泛、知识点非常庞杂,考生们必须把握关键、正确的复习方向。第一,是重点法条和司法解释。根据对历年试题中已

考法条的归纳,70% 以上的法条和司法解释是重复考查的,尤其是新近颁布的重要司法解释的重要法条,考生应该特别予以注意,一定要做到烂熟于心,考试时才能得心应手。第二,是历年真题。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捷径。但考生们要注意的是,解读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;不能似是而非,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。第三,是基础知识和基本理论。研究历年真题可以发现,司法考试命题朝着越来越注重基本理论的方向发展,有些题目是没有明确的法条依据的,需要考生对民事诉讼法学原理加强掌握,所以在法条之外,考生应该注意对理论知识的复习,扎实的基础知识对于法条的理解和记忆也是大有裨益的。

2. 加强对基本概念准确把握。

首先,基本概念是基础的基础,把握好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,把它们透彻地理解,以达到事半功倍的效果。其次,在复习基本概念的同时,强化对相关法条的全面把握。例如,在复习反诉概念的时候,第一步必须知道什么是反诉,第二步要掌握反诉适用的条件,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等各种情况。经过这样的复习,应该能够对反诉有一个比较全面地把握,即使出现了 2005 年试卷三第 39 题这样的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。

3. 对重点和难点知识的强化记忆和突破。

任何考试的试题都是有规律、有重点的,司法考试也不例外。在对考查范围内的知识点全面复习的基础上,更要下大力气对考试的重点和难点透彻理解、强化记忆、予以突破。结合近年来的考试题目及民事诉讼法自身的特性,司法考试民诉部分的重点和难点主要有:

(1)诉讼管辖。首先,要区分主管和管辖的不同。其次,要特别注意对地域管辖的复习,尤其是特殊地域管辖、专属管辖、协议管辖。再次,要注意裁定管辖中,移送管辖和管辖权转移的区别。最后,对管辖权异议的主体、客体和时间,以及法院处理的规定掌握。

(2)诉。重点是要掌握反诉。反诉是近几年考试的热门知识点,已经从不同角度进行了考查。考生仍应该注意掌握反诉的实体要件和程序要件,以及法院在不同诉讼阶段对于反诉的处理。

(3)当事人。重点是第三人和共同诉讼人。对于第三人,既要掌握什么样的人可以作为第三人,更要掌握如何去区分无独立请求权的第三人和有独立请求权的第三人。要把两者准确地区分往往比较难,考生必须十分注意,这一点我们将在具体试题的解析中进行论述。此外,对于两类第三人的诉讼权利义务也应当对照记忆。而对于共同诉讼人,应把握共同诉讼的适用条件,区分普通共同诉讼和必要共同诉讼及其当事人各自的诉讼权利和义务。

(4)证据。这几年都有对证据的考查,而且颇有难度。这一部分的复习不仅要求考生从学理上透彻理解各种证据的特点和实质,还特别要注意《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事诉讼证据规定》)中的重点法条。其中有很多是对证据和证明的具体性、实践性的规定,并且已经多次进行了考查,应该引起考生们的重视。

(5)财产保全和先予执行。对于财产保全:①掌握诉前保全和诉讼保全的区别,分清国内案件中的保全和涉外案件中的保全的不同。②熟悉对抵押物、留置物的保全的特别规定,关于此点应当结合《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第55条的规定来记忆。③掌握法院对保全申请的处理程序。④情况紧急的界定。对于先予执行,要掌握以下两点:①先予执行的三种情况。②“紧急情况”所包含的几种具体情况。

(6)一审程序、二审程序。对于一审程序,重点

把握起诉的四项条件,不予受理的情况,开庭审理的各项程序和要求,诉讼中止和终结的情形,判决和裁定,裁定的适用范围。对于二审程序,要注意二审程序中对调解、反诉等情况的处理。

(7)简易程序。由于法院现在比较重视对案件的分流处理,而且有专门的司法解释《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》(以下简称《简易程序规定》),所以这部分是考试的重点,着重把握不得适用简易程序的情形。

(8)审判监督程序。重点把握提起再审的主体,当事人应向哪个法院申请再审,应当再审的情形,不得提起再审的情形,再审适用的程序,抗诉,提起抗诉的主体和途径,抗诉的理由。

(9)执行程序。重点把握负责执行的法院,由人民法院执行的法律文书(判决、裁定、调解书、支付令、仲裁裁决书、公证债权文书等),被执行人,执行措施,执行和解和执行回转,执行中止和终结以及被执行人到期债权的执行的情形。特别注意新修改的《民事诉讼法》将申请执行的期限统一调整为2年的规定。

以上提到的知识点考查的频率特别高,没有提到的其他章节也都有各自的重点。考生们要在全面复习的基础上,用心揣摩,把握其中的重点和难点并予以突破。

4. 与其他程序法的联系和区分记忆。

司法考试是对法律的全面考查而不是对单个部门法的考查。对于诉讼法来说,三大诉讼法都属于考查的范围而且都是重点,它们的很多规定都是相通的又是有区别的,这就非常容易造成混淆。所以复习的时候一定要把三大诉讼法结合在一起研究,掌握相同的原理,区分记忆不同的规定,尤其是细微的差别。而且要掌握适当的法学原理,比如由于刑事诉讼法是涉及罪与非罪的问题,所以三大诉讼法中有相关规定的时候,刑事诉讼法的规定是最严格的;由于行政诉讼和民事诉讼有很多相同的地方且我国的行政诉讼还不是很完善,因而行政诉讼没有规定或规定不明确的可适用民事诉讼法的相关规定。这样就有利于考生区别记忆全面掌握。

5. 注意与相关实体法的联系,把握特殊规定。

民事诉讼法是程序法,它是以实体法为基础的,其中的规定有相当一部分是和实体法紧密联系在一起,比如说管辖中的合同纠纷的管辖就涉及合同法的很多内容,当当事人没约定管辖的法院时,那么由被告所在地或合同履行地法院管辖,司法考试中一般是不会直接告诉你合同履行地是哪个地方,这就需要考生运用《合同法》对合同履行地的相关规定

作出判断;若是协议管辖,那么当事人可以选择原告住所地、合同签订地、合同履行地、标的物所在地法院管辖,如果当事人选择了合同签订地法院管辖,当纠纷发生时,就需要判断哪个地方是合同签订地,合同法规定如果双方当事人不是在同一地点签字的,则以最后签字盖章的地点为合同签订地。除了这些相关的知识外,有些实体法中也有关于管辖的特殊规定,比如《担保法解释》中就有关于主合同和担保合同发生纠纷提起诉讼的,应当根据主合同确定案件管辖,也就是说当原告以债务人和一般担保人为共同被告提起诉讼时,只能根据债务人的情况来确定管辖法院,这和一般的有共同被告的时候可以根据任何一个被告人的情况确定管辖法院是不一样的。由此可见注意与相关实体法的联系,把握特殊规定也是十分重要的。

6. 训练答题技巧。

考试是一门技巧,掌握了知识不代表你就能拿高分,还需要进行答题技巧的训练。掌握好答题技巧往往能达到出奇制胜的效果,考生应当不惜花力气打好这一关。关于具体的技巧,这里,结合司法考试自身的特点提两点:第一,现在的司法考试不仅题干中对问题的提出比较隐蔽,非得绕你一下不可,而且对选择项的设计也是非常巧妙的,不会直截了当地给你实质的东西,需要你去理解判断。结合这种

情况,做题时就要剥壳找出实质来,举个简单的例子,对于一个选管辖法院的题,选择项中给出了四个地点,那你就得把各个地点转化为民诉中的地点,即把它们和被告住所地、侵权地等——对应起来,有了这一步,就把所有隐含的东西全部暴露出来了,做题也就相对容易多了。第二,对时间的控制,这一点很重要。平时怎样安排时间都没太大关系,但到了考前一个月,就要进入状态,做题时需要合理地控制时间,尤其在作模拟题的时候更是如此,不能拖更不能急。大多数考生都会犯急躁的通病,一张模拟卷在一个小时内就做完了,这是很不正常,也是要不得的。一张100道题的卷子,而且题干和选择支都有很多隐含信息,这种情况下一个小时是远远不够的。司法考试每门考试时间是3个小时,包括涂卡的时间,因而做模拟题时,两个小时应该是个比较恰当的时间,这样既能保证仔细审题进入状态,又能在真正考试的时候留出检查的时间和涂卡的时间。当然,考生可根据自己的实际情况制定适合自己的策略,总之就是要让自己进入状态发挥出真实的水平,不让自己在考场上留下遗憾。

7. 认真研习历年真题,并配以法律出版社出版的《2009 司法考试精神和体系》,进行系统强化与提高。

第二部分 客观试题归类精解

一、基本概念

(一) 单项选择题

1. 甲向法院起诉,要求判决乙返还借款本金2万元。在案件审理中,借款事实得以认定,同时,法院还查明乙逾期履行还款义务近一年,法院遂根据银行同期定期存款利息,判决乙还甲借款本金2万元,利息520元。关于法院对该案判决的评论,下列哪一选项是正确的?(2008年试卷三第38题)

A. 该判决符合法律规定,实事求是,全面保护了权利人的合法权益

B. 该判决不符合法律规定,违反了民事诉讼的处分原则

C. 该判决不符合法律规定,违反了民事诉讼的辩论原则

D. 该判决不符合法律规定,违反了民事诉讼的

平等原则

[答案] B

[考点] 民事诉讼基本原则

[解析] 本题是对包括平等原则、辩论原则以及处分原则在内的民事诉讼基本原则的考查。民事诉讼的处分原则是指当事人有权在法律规定的范围内行使自己的民事权利和诉讼权利。根据《民事诉讼法》第13条的规定,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。民事诉讼的处分原则要求当事人在诉讼中处于主导地位,其诉讼行为对法院具有严格的约束力,法院只能根据当事人的诉讼行为对案件进行裁判。在本题中,甲的诉讼请求仅是要求法院判决乙返还借款本金2万元,法院却判决乙不仅需返还本金2万元,还需返还利息520元。该判决内容超出了当事人诉讼请求的

范围,不符合法律规定,违反了民事诉讼的处分原则,没有全面保护权利人的合法权益。因此,选项 B 是正确的,选项 A 是错误的。

民事诉讼的辩论原则是指当事人有权在法院的主持下,就案件的事实以及争议的焦点互相进行反驳和答辩。《民事诉讼法》第 12 条规定,人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论。辩论原则贯穿民事诉讼程序的始终,辩论的形式既可以是口头的,也可以是书面的,辩论的内容既可以是程序的,也可以是实体的。由此可见,本题中法院所作判决并没有违反民事诉讼的辩论原则。因此,选项 C 是错误的。

民事诉讼的平等原则是指在民事诉讼中,当事人平等地享有和行使诉讼权利。根据《民事诉讼法》第 8 条的规定,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。应当注意的是,当事人诉讼权利平等,并不是指当事人的诉讼权利相同。而本题所给信息并未表明法院在判决中有违反民事诉讼平等原则的行为,选项 D 是错误的。

[难度系数] **

2. 关于民事诉讼中的公开审判制度,下列哪一选项是错误的?(2007 年试卷三第 35 题)

A. 公开审判制度是指法院审理民事案件,除法律规定的情况外,审判过程及结果应当向群众、社会公开

B. 公开审判是指法院审理案件和宣告判决一律公开进行的制度

C. 涉及国家秘密的案件,属于法定不公开审理的案件

D. 离婚案件,属于当事人申请不公开审理,法院决定可以不公开审理的案件

[答案] B

[考点] 公开审判制度

[解析] 公开审判制度是民事诉讼法的基本制度之一,它是指人民法院审理民事案件,除法律规定的情况外,审判过程及结果应当向群众、社会公开。由此可见,选项 A 正确。

根据《民事诉讼法》第 120 条的规定,人民法院审理民事案件,除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外,应当公开进行。离婚案件,涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。由此可见,我国《民事诉讼法》明确规定了公开审判制度的例外情形,因此,选项 B 关于公开审判是指法院审理案件和宣告判决一律公开进行的制

度的表述过于绝对,是错误的。

同样根据《民事诉讼法》第 120 条的规定可知,涉及国家秘密的案件属于法定不公开审理的案件,离婚案件属于当事人申请不公开审理,法院决定可以不公开审理的案件,选项 CD 均正确。

[陷阱点拨] 公开审判制度作为民事诉讼法、刑事诉讼法及行政诉讼法的基本制度之一,该制度在三大诉讼中的例外情形是常考考点。现就公开审判制度在三大诉讼中的规定作一比较,考生应熟练掌握。

民诉	(1)法定不公开审理的案件:国家秘密;个人隐私;法律其他规定 (2)当事人申请不公开审理的案件:离婚;涉及商业秘密
行诉	法定不公开审理的案件:国家秘密;个人隐私
刑诉	(1)法定不公开审理的案件:国家秘密;个人隐私;14 周岁以上不满 16 周岁的未成年人犯罪案件 (2)一般不公开审理的案件:16 周岁以上不满 18 周岁的未成年人犯罪案件

[难度系数] *

3. 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?(2007 年试卷三第 41 题)

A. 确认之诉 B. 形成之诉

C. 给付之诉 D. 变更之诉

[答案] C

[考点] 诉的分类

[解析] 按照不同的标准,可以将民事诉讼中的诉划分为不同的种类。目前比较普遍的划分方式是,根据当事人诉讼请求的目的和内容不同,将诉划分为确认之诉、给付之诉和变更之诉。

确认之诉是指一方当事人向人民法院起诉请求确认其与对方当事人之间是否存有某种民事法律关系或者其对某一事物是否具有某种权利之诉。根据其目的不同,又可将确认之诉进一步划分为积极的(或者肯定的)确认之诉和消极的(或者否定的)确认之诉。积极的确认之诉是指一方当事人向人民法院起诉请求确认其与对方当事人之间存在某种民事法律关系的诉讼,如一方当事人向法院起诉请求确认存在婚姻关系或者收养关系的诉讼;消极的确认之诉是指一方当事人向人民法院起诉请求确认其与对方当事人之间不存在某种民事法律关系的诉讼,如一方当事人向法院起诉请求确认不存在婚姻关系或者收养关系的诉讼。

给付之诉是指一方当事人向人民法院起诉请求判令对方当事人向自己履行一定义务或者履行一定

给付的诉。根据不同的标准,又可将给付之诉进一步划分为不同的种类。以请求履行的义务是否到期为标准,可以将给付之诉进一步划分为现在给付之诉和将来给付之诉。现在给付之诉,是指一方当事人根据现存的给付义务而提出的给付之诉,在法院判决生效后,对方当事人必须立即履行给付义务的诉讼;将来给付之诉,是指一方当事人基于将来的给付义务而向法院提起的诉讼。以请求给付的内容为标准,可以将给付之诉进一步划分为实物给付之诉和行为给付之诉。实物给付之诉是指一方当事人向法院起诉要求对方当事人给付一定物品的诉讼;而行为给付之诉则是指一方当事人向法院起诉要求对方当事人为一定行为或者不为一定行为的诉讼,即积极作为的行为给付之诉和消极不作为的行为给付之诉。

变更之诉是指一方当事人向法院起诉请求作出裁判改变或者消灭其与对方当事人之间的某种既存的民事法律关系之诉。当事人提起变更之诉的前提是必须承认有一个基础民事法律关系的存在。

在本题中,甲向法院起诉,请求法院禁止乙的行为,即属于消极不作为的行为给付之诉,而不是确认之诉或者变更之诉。因此,选项 C 正确,选项 AD 均为错误。

关于形成之诉,它是指一方当事人向法院提起诉讼,并依据判决使民事法律关系发生变动之诉。形成之诉与民法学中的形成权相对应,某些形成权的行使,需要由当事人向法院提起诉讼,由法院作出生效判决才能使民事法律关系发生、变更或者消灭。由此可见,形成之诉既可能导致民事法律关系的发生,又可能导致民事法律关系的变更或者消灭。如果它导致的是民事法律关系的发生,那么此时的形成之诉应当属于确认之诉,如果它导致的是民事法律关系的变更或者消灭,那么此时的形成之诉则应当属于变更之诉。而本题中,甲的起诉属于消极不作为的行为给付之诉,不涉及民事法律关系的发生、变更或者消灭,不属于形成之诉。因此,选项 B 错误。

【陷阱点拨】 诉的分类是民事诉讼法的重要理论之一,是历年司法考试经常涉及的考点,现将关于诉的分类的常考考点以表格形式列出:

确认之诉	以目的为标准	积极的(肯定的)确认之诉,如:请求确认存在婚姻关系或者收养关系的诉讼
		消极的(否定的)确认之诉,如:请求确认不存在婚姻关系或者收养关系的诉讼

续表

给付之诉	以请求履行的义务是否到期为标准	现在给付之诉	
		将来给付之诉	
	以请求给付的内容为标准	实物给付之诉,如:请求给付某字画、货款等的诉讼	
		行为给付之诉	积极作为的行为给付之诉,如:请求对方当事人维修房屋等行为的诉讼
			消极不作为的行为给付之诉,如:请求不允许对方当事人挖建建房等的诉讼
变更之诉	前提条件:有一既存民事法律关系存在,如:请求解除婚姻关系、收养关系的诉讼,请求撤销合同的诉讼等		

【难度系数】 **

4. 根据我国民事诉讼法和相关司法解释的规定,下列关于审判组织的哪一表述是错误的?(2006年试卷三第37题)

- A. 第二审程序中只能由审判员组成合议庭
- B. 二审法院裁定发回重审的案件,原审法院可以由审判员与陪审员共同组成合议庭
- C. 法院适用特别程序,只能采用独任制
- D. 独任制只适用于基层法院及其派出法庭

【答案】 C

【考点】 审判组织

【解析】 《民事诉讼法》第41条规定,人民法院审理第二审民事案件,由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数,必须是单数。发回重审的案件,原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭。审理再审案件,原来是第一审的,按照第一审程序另行组成合议庭;原来是第二审的或者是上级人民法院提审的,按照第二审程序另行组成合议庭。由此可知,第二审程序中只能由审判员组成合议庭,A项正确。

《民事诉讼法》第40条规定,人民法院审理第一审民事案件,由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数,必须是单数。适用简易程序审理的民事案件,由审判员一人独任审理。陪审员在执行陪审职务时,与审判员有同等的权利义务,可知,人民法院审理第一审民事案件,可以由审判员、陪审员共同组成合议庭。再根据《民事诉讼法》第41条的规定,二审法院裁定发回重审的案件,原审法院应当按照第一审程序另行组成合议庭,所以二审法院裁定发回重审的案件,原审法院可以由审判员与陪审员共同组成合议庭,B项正确。在这里,对人民陪审员在合议庭组成中的地

位作一总结:(1)一审合议庭中不是必须有陪审员参加,也不能全部是由陪审员组成;(2)二审合议庭中不能有陪审员。

独任制是指由审判员一人独任审理案件的制度。《民事诉讼法》第40条规定,适用简易程序审理的民事案件,由审判员一人独任审理,再根据《民事诉讼法》第142条的规定,简易程序仅适用于“基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件”。此外,我国《民事诉讼法》在特别程序、督促程序以及公示催告程序中也有关于独任制的规定,但这三类案件只能由基层人民法院管辖。由此可见,独任制适用于四类程序:简易程序、特别程序、督促程序及公示催告程序,同时,只有基层人民法院或者其派出法庭可以适用这四类程序,因此独任制只适用于基层法院及其派出法庭,D项正确。

根据《民事诉讼法》第161条的规定,依照特别程序审理的案件,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。可知,选民资格案件以及重大、疑难的案件应当组成合议庭审理,因此C项所述的法院适用特别程序只能采用独任制的说法有误。

[难度系数] * * *

5. 乙租住甲的房屋,甲起诉乙支付拖欠的房租。在诉讼中,甲放弃乙支付房租的请求,但要求法院判令解除与乙的房屋租赁合同。下列关于本案的哪种说法是正确的?(2006年试卷三第41题)

- A. 甲的主张是诉讼标的的变更
- B. 甲的主张是诉讼请求的变更
- C. 甲的主张是诉的理由的变更
- D. 甲的主张是原因事实的变更

[答案] B

[考点] 诉讼请求

[解析] 诉讼标的、诉讼标的物、诉讼请求以及诉的理由是比较容易混淆的几个概念,也是历年司法考试反复考查的对象,考生应予以重视。

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民事权利义务关系,诉讼标的是诉的客体,是法院裁判的对象。与诉讼标的不同,诉讼标的物是民事权利义务关系所指向的对象,任何一个案件都具有一个特定的诉讼标的,但并非所有案件都存在诉讼标的物,只有财产案件才具有诉讼标的物。

诉讼请求是基于民事法律关系而向法院提出作出特定裁判的请求,诉讼请求也不同于诉讼标的,在原告起诉时,诉讼标的已经特定化,不能随意变更,

而在诉讼过程中,在不变更诉讼标的的前提下变更诉讼请求则是可以的。

诉的理由是指原告起诉的原因事实和法律依据,即包括原因事实和法律依据两部分。事实依据一般包括引起民事法律关系产生、变更或者消灭的事实和权利受到侵害或者法律关系发生争议的事实。

因此,本题的诉讼标的是甲与乙之间的房屋租赁关系;在甲起诉时的诉讼请求是支付拖欠的房租,在诉讼过程中,甲将诉讼请求变更为请求法院判决解除与乙的房屋租赁合同,也就是说,甲的主张是诉讼请求的变更;本题的原因事实则是乙租住甲的房屋却未支付拖欠的房租。综上,B项正确,ACD项均为错误。

[难度系数] * *

6. 下列哪一种民事诉讼请求属于给付之诉?(2004年试卷三第36题)

- A. 甲诉讼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] A

[考点] 诉的分类

[解析] 关于诉的三大分类及相互之间的区别的详解见单选第3题解析部分。

需要说明的是,本题的难点在C项,乍看起来,甲起诉乙请求法院判令乙抚养二人之子,可以履行,符合给付之诉特征,但深入研究可发现,本案的诉是关于抚养权的诉,即监护权之诉。而监护权之诉既可能是确认之诉也可能是变更之诉,本题中由于孩子本来由甲抚养,甲应当是法定的监护人,因而甲请求孩子归其前妻抚养实质是请求变更监护人,属变更之诉。本题C项的诉与三种诉都有所沾边,但把它归入变更之诉最为确切,这一选项是很强的干扰项。

[难度系数] * *

(二)多项选择题

1. 根据《民事诉讼法》的规定,我国法院与外国法院可以进行司法协助,互相委托,代为一定的诉讼行为。但是在下列哪些情况下,我国法院应予以驳回或说明理由退回外国法院?(2008年试卷三第81题)

- A. 委托事项同我国的主权、安全不相容的
- B. 不属于我国法院职权范围的
- C. 违反我国法律的基本准则或者我国国家利

益、社会利益的

D. 外国法院委托我国法院代为送达法律文书,未附中文译本的

【答案】 ABCD

【考点】 司法协助

【解析】 根据《民事诉讼法》第260条的规定,根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则,人民法院和外国法院可以相互请求,代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的,人民法院不予执行。由此可见,委托事项有损于我国的主权、安全或者国家利益、社会公共利益的,我国法院不应提供司法协助,应当予以驳回或说明理由退回外国法院。再根据《民事诉讼法》第263条的规定,人民法院提供司法协助,依照中华人民共和国法律规定的程序进行。外国法院请求采用特殊方式的,也可以按照其请求的特殊方式进行,但请求采用的特殊方式不得违反中华人民共和国法律。由此可见,人民法院提供司法协助应当依照我国法律规定的程序进行,应当符合我国法律的基本准则和原则。如果司法协助的内容有违我国法律的基本准则的,我国法院自然应当予以驳回或说明理由退回外国法院。因此,选项A和选项C均为正确。

《民事诉讼法》第260条规定了司法协助的内容,主要包括代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。尽管《民事诉讼法》未明确规定对于不属于我国法院职权范围的,我国法院应予以驳回或说明理由退回外国法院;但依据法理,我国法院自然只能进行职权范围内的行为。因此,如果司法协助的内容不属于法院职权范围内的,我国法院当然就应予以驳回或说明理由退回外国法院。选项B是正确的。

根据《民事诉讼法》第262条的规定,外国法院请求人民法院提供司法协助的请求书及其所附文件,应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。人民法院请求外国法院提供司法协助的请求书及其所附文件,应当附有该国文字译本或者国际条约规定的其他文字文本。由此可见,外国法院请求我国法院提供司法协助的请求书及其所附文件应当附有中文译本或国际条约规定的其他文字文本。而结合《民事诉讼法》第260条的规定可知,代为送达法律文书属于司法协助的内容,因此,外国法院委托我国法院代为送达法律文书的,应当附有中文译本或国际条约规定的其他文字文本。在本题中,外国法院委托代为送达的法律文书未附有中文

译本,在此情况下,我国法院应予以驳回或说明理由退回外国法院。选项D是正确的。

但考生应当注意的是,选项D也有不严密之处,依据前述分析可知,外国法院委托我国法院提供司法协助的请求书及其所附文件应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。因此,在D项中,外国法院委托我国法院代为送达法律文书,未附中文译本,但附有国际条约规定的其他文字文本的,也是可以的。因此,D项表述为“外国法院委托我国法院代为送达法律文书,未附有中文译本,也未附有国际条约规定的其他文字文本的”,将更加严密。

【难度系数】 ***

2. 根据我国《民事诉讼法》和相关司法解释的规定,下列关于审判组织的哪些表述是正确的?(2008年试卷三第83题)

- A. 再审程序中只能由审判员组成合议庭
- B. 二审法院裁定发回重审的案件,原审法院应当组成合议庭进行审理
- C. 法院适用特别程序审理案件,陪审员不参加案件的合议庭
- D. 中级法院作为一审法院时,合议庭可以由审判员与陪审员共同组成,作为二审法院时,合议庭则一律由审判员组成

【答案】 BCD

【考点】 审判组织

【解析】 根据《民事诉讼法》第41条第3款的规定,审理再审案件,原来是第一审的,按照第一审程序另行组成合议庭;原来是第二审的或者是上级人民法院提审的,按照第二审程序另行组成合议庭。《民事诉讼法》第40条规定,人民法院审理第一审民事案件,由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数,必须是单数。适用简易程序审理的民事案件,由审判员一人独任审理。陪审员在执行陪审职务时,与审判员有同等的权利义务。《民事诉讼法》第41条第1款规定,人民法院审理第二审民事案件,由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数,必须是单数。由此可见,对于再审程序的审判组织而言,原来是第一审的,按照第一审程序另行组成合议庭,即由审判员、陪审员另行组成合议庭或者由审判员另行组成合议庭;原来是第二审的,按照第二审程序另行组成合议庭,即由审判员另行组成合议庭。因此,再审程序中可能有陪审员的参与,不是只能由审判员组成合议庭。选项A错误。

根据《民事诉讼法》第41条第2款的规定,发回重审的案件,原审人民法院应当按照第一审程序另

行组成合议庭。由此可见,二审法院裁定发回重审的案件,原审法院应当另行组成合议庭进行审理。因此,选项 B 正确。

根据《民事诉讼法》第 161 条的规定,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。由此可见,法院适用特别程序审理案件,合议庭只能由审判员组成,陪审员不能参加案件的合议庭。因此,选项 C 正确。

根据《民事诉讼法》第 41 条、第 42 条的规定可知,审判组织的构成方式是由案件是第一审或是第二审,而不是由法院的级别所决定的。不管哪级法院,审理第一审民事案件时,可以由审判员和陪审员共同组成合议庭,而审理第二审民事案件时,则只能由审判员组成合议庭。因此,中级法院作为一审法院时,合议庭可以由审判员与陪审员共同组成,作为二审法院时,合议庭则一律由审判员组成。选项 D 正确。

【难度系数】 **

3. 关于诉的种类的表述,下列哪些选项是正确的?(2008 年试卷三第 86 题)

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】 AB

【考点】 诉的分类

【解析】 根据当事人诉讼请求的内容和目的不同,可将诉划分为确认之诉、给付之诉和变更之诉。关于诉的这三种分类的具体含义可见单选第 3 题的解析部分。

根据变更之诉的含义可知,当事人提起变更之诉的前提必须是承认有一个基础民事法律关系的存在。结合选项 A,甲公司的诉讼请求是解除与乙公司之间的合同,也就是说,甲公司提起解除合同这一诉讼请求的前提是承认其与乙公司之间存在合同关系。因此,甲公司的诉讼请求属于变更之诉。选项 A 是正确的。

根据给付之诉的含义可知,以请求给付的内容为标准,可将给付之诉进一步划分为实物给付之诉和行为给付之诉。而行为给付之诉又可被进一步划分为积极作为的行为给付之诉与消极不作为的行为

给付之诉。结合选项 B,甲公司的诉讼请求是要求乙公司继续履行约定,这应当属于积极作为的行为给付之诉。因此,选项 B 是正确的。在选项 D 中,甲公司的诉讼请求是要求乙公司立即停止某一行为,这应当属于消极不作为的行为给付之诉,而不属于变更之诉。因此,选项 D 是错误的。

在 C 选项中,甲的诉讼请求是要求乙返还 1000 元,也就是说,甲请求乙给付的内容是实物,这应当属于实物给付之诉。而确认之诉只是确认存在或者不存在某一民事法律关系,没有给付的内容。因此, C 选项中甲的诉讼请求是给付之诉,而不是确认之诉。所以,选项 C 是错误的。

【难度系数】 **

(三) 已考考点及已考法条归纳

考查次数	已考考点	已考法条
*	公开审判制度	《民事诉讼法》第 120 条
***	诉的分类	
**	审判组织	《民事诉讼法》第 40、41、161 条
*	诉讼请求	
*	民事诉讼基本原则	《民事诉讼法》第 8、12、13 条
*	司法协助	《民事诉讼法》第 260、262、263 条

(四) 备考提示

基本概念部分是民事诉讼法的基础,是理解一切民事诉讼理论的基石。这一部分的考点主要有诉,反诉,诉讼标的,诉讼请求,诉的分类,审判组织,公开审判制度,民事诉讼法律关系等。

具体来讲,民事诉讼法基本概念部分最重要的考点有:民事诉讼基本原则、公开审判制度的含义,法定不公开审理的案件范围,当事人申请不公开审理的案件范围,确认之诉的含义,给付之诉的含义,变更之诉的含义,审判组织的构成及合议制与独任制的适用情形,诉讼标的、诉讼标的物、诉讼请求与诉的理由的含义及区别,民事诉讼法律关系的概念,回避制度的分类以及与回避制度相关的程序性规定,及司法协助。

考生在对民事诉讼法基本概念进行复习时,应当注意以下几个问题:

(1) 准确记忆民事诉讼法所规定的法定不公开审理与当事人申请不公开审理的案件范围,并将民事诉讼法中关于公开审判制度的相关规定与行政诉讼法、行政诉讼法中关于公开审判制度的相关规定

比较记忆。

(2)准确记忆确认之诉、给付之诉、变更之诉的含义,能将这三者加以区分,并能在实际案例中灵活运用。还应注意,给付是广义的给付,给付之诉又可以进一步被划分为行为的给付之诉与物的给付之诉、现在的给付之诉与将来的给付之诉。

(3)我国对合议制与独任制的具体适用情形规定得比较零散,因此,考生在复习审判组织这一考点时,应当注意归纳、总结哪些程序是必须适用合议制的、哪些程序是只能适用独任制的、哪些程序又是既可以适用合议制还可以适用独任制的。

(4)准确区分诉讼标的、诉讼请求、诉讼标的物以及诉的理由,并能在实际案例中灵活运用。

(5)关于回避制度,应当在了解其含义的基础上,知道回避可以分为自行回避和申请回避,准确记忆有权作出回避决定的主体,并注意与刑事诉讼法中有权作出回避决定的主体进行区分。此外,考生还应当掌握当事人提出回避申请的时间,而被申请回避的人员在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。如果当事人对法院作出的回避决定不服,可以申请复议,而不能对该决定提起上诉。在复议期间,被申请回避的人员不停止本案的工作。

(6)掌握民事诉讼法律关系的概念,并能在具体案例中识别哪些关系属于民事诉讼法律关系,哪些关系不属于民事诉讼法律关系。

二、管辖

(一)单项选择题

1.关于管辖权异议的表述,下列哪一选项是错误的?(2007年试卷三第40题)

A.当事人对一审案件的地域管辖和级别管辖均可提出异议

B.通常情况下,当事人只能在提交答辩状期间提出管辖异议

C.管辖权异议成立的,法院应当裁定将案件移送有管辖权的法院;异议不成立的,裁定驳回

D.对于生效的管辖权异议裁定,当事人可以申请复议一次,但不影响法院对案件的审理

[答案] D

[考点] 管辖权异议

[解析] 管辖权异议是指在人民法院受理案件后,当事人依法提出该法院对本案件是否有管辖权的主张或者意见。

民事诉讼中的管辖,是指各级人民法院以及同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工与权

限。此外,根据《民事诉讼法》第147条的规定,当事人不服地方人民法院第一审判决的,有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服地方人民法院第一审裁定的,有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。由此可见,民事诉讼中的管辖权异议只针对一审案件,二审案件是由一审法院的上一级法院审理,不涉及管辖的问题。而一审案件的管辖既涉及地域管辖也涉及级别管辖。因此,当事人对一审案件的地域管辖和级别管辖均可提出异议。选项A是正确的。

根据《民事诉讼法》第38条的规定可知,在通常情况下,当事人只能在提交答辩状期间提出管辖权异议,管辖权异议成立的,法院应当裁定将案件移送有管辖权的法院;异议不成立的,裁定驳回。因此,选项BC都是正确的。

根据《民事诉讼法》第140条的规定,裁定适用于下列范围:(1)不予受理;(2)对管辖权有异议的;(3)驳回起诉;(4)财产保全和先予执行;(5)准许或者不准许撤诉;(6)中止或者终结诉讼;(7)补正判决书中的笔误;(8)中止或者终结执行;(9)不予执行仲裁裁决;(10)不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书;(11)其他需要裁定解决的事项。对前款第(1)、(2)、(3)项裁定,可以上诉。裁定书由审判人员、书记员署名,加盖人民法院印章。口头裁定的,记入笔录。由此可见,对于未生效的管辖权异议裁定,当事人可以提起上诉。《民事诉讼法》属于公法范畴,该法并未规定,对于生效的管辖权异议裁定,当事人可以申请复议,因此,选项D是错误的。

[陷阱点拨] 在这里,我们对可以提起上诉的裁定、可以申请复议的裁定、决定和可以申请再审的裁定作一总结:

可以提起上诉的裁定	(1)不予受理裁定	《民事诉讼法》第140条
	(2)管辖权异议裁定	《民事诉讼法》第140条
	(3)驳回起诉裁定	《民事诉讼法》第140条
可以申请复议的裁定、决定	(1)财产保全裁定	《民事诉讼法》第99条
	(2)先予执行裁定	《民事诉讼法》第99条
	(3)回避决定	《民事诉讼法》第48条
	(4)罚款决定	《民事诉讼法》第105条
	(5)拘留决定	《民事诉讼法》第105条

续表

可以申请再审的裁定	(1) 不予受理裁定	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民事诉讼意见》)第208条
	(2) 驳回起诉裁定	《民事诉讼意见》第208条

【难度系数】 **

2. 关于涉外民事诉讼, 下列哪一选项是正确的?
(2007年试卷三第36题)

- A. 涉外民事诉讼中的司法豁免是无限的
- B. 当事人可以就涉外合同纠纷或者涉外财产权益纠纷协议确定管辖法院
- C. 涉外民事诉讼中, 双方当事人的上诉期无论是不服判决还是不服裁定一律都是30日
- D. 对居住在外国的外国当事人, 可以通过我国驻该国的使、领馆代为送达诉讼文书

【答案】 B

【考点】 涉外民事诉讼中的司法豁免、涉外管辖、涉外上诉期间、涉外送达

【解析】 《民事诉讼法》第237条规定, 对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼, 应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。《民事诉讼意见》第308条规定, 涉外民事诉讼中的外籍当事人, 可以委托本国人为诉讼代理人, 也可以委托本国律师以非律师身份担任诉讼代理人; 外国驻华使、领馆官员, 受本国公民的委托, 可以以个人名义担任诉讼代理人, 但在诉讼中不享有外交特权和豁免权。由此可见, 涉外民事诉讼中的司法豁免并不是无限的。因此, 选项A是错误的。

根据《民事诉讼法》第242条的规定, 涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人, 可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的, 不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。由此可见, 当事人可以就涉外合同纠纷或者涉外财产权益纠纷协议确定管辖法院。因此, B项正确。

《民事诉讼意见》第311条规定, 当事人双方分别居住在我国领域内和领域外, 对第一审人民法院判决、裁定的上诉期, 居住在我国领域内的为《民事诉讼法》第147条所规定的期限; 居住在我国领域外的为30日。双方的上诉期均已届满没有上诉的, 第一审人民法院的判决、裁定即发生法律效力。再根据《民事诉讼法》第147条的规定, 当事人不服地方

人民法院第一审判决的, 有权在判决书送达之日起15日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服地方人民法院第一审裁定的, 有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。可知, 涉外民事诉讼中, 只有居住在我国领域外的当事人的上诉期才是不论是不服判决还是不服裁定一律都是30日, 而对于居住在我国领域内的当事人, 判决的上诉期为15日, 裁定的上诉期为10日。因此, 选项C是错误的。

《民事诉讼法》第245条规定, 人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书, 可以采用下列方式: (1) 依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达; (2) 通过外交途径送达; (3) 对具有中华人民共和国国籍的受送达人, 可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使、领馆代为送达; (4) 向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达; (5) 向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达; (6) 受送达人所在国的法律允许邮寄送达的, 可以邮寄送达, 自邮寄之日起满6个月, 送达回证没有退回, 但根据各种情况足以认定已经送达的, 期间届满之日视为送达; (7) 不能用上述方式送达的, 公告送达, 自公告之日起满6个月, 即视为送达。由此可见, 只有对于居住在国外的具有中华人民共和国国籍的当事人, 才可以通过我国驻该国的使、领馆代为送达诉讼文书, 而对于居住在国外的外国当事人, 则不可以通过我国驻该国的使、领馆代为送达诉讼文书。因此, 选项D是错误的。

【难度系数】 **

3. 甲县居民刘某与乙县大江房地产公司在丙县售楼处签订了房屋买卖合同, 购买大江公司在丁县所建住房1套。双方约定合同发生纠纷后, 可以向甲县法院或者丙县法院起诉。后因房屋面积发生争议, 刘某欲向法院起诉。下列关于管辖权的哪种说法是正确的? (2006年试卷三第40题)

- A. 甲县和丙县法院有管辖权
- B. 只有丁县法院有管辖权
- C. 乙县和丁县法院有管辖权
- D. 丙县和丁县法院有管辖权

【答案】 B

【考点】 专属管辖

【解析】 判断管辖的一般原则如下: (1) 首先考查是否存在专属管辖; (2) 如果不存在专属管辖, 考查是否存在协议管辖; (3) 如果不存在协议管辖, 再考查是否存在特殊地域管辖; (4) 如果不存在特殊地

域管辖,则按照一般地域管辖处理。

本题的难点在于因房屋面积发生的争议究竟应当属于合同纠纷还是属于不动产纠纷,对此问题一直存有争议,实践中法院也有不同的做法。我们认为,房屋买卖合同纠纷应当属于不动产纠纷,而不是合同纠纷。房屋买卖合同纠纷主要包括当事人之间基于房屋面积、价格、质量、售后物业管理、履行合同的期限和方法、产权登记以及税费负担等所产生的纠纷。根据《民事诉讼法》第34条的规定,因不动产纠纷提起的诉讼,应当专属于不动产所在地人民法院管辖。房屋买卖合同纠纷应当属于不动产纠纷,并由不动产所在地人民法院管辖,是因为这类纠纷常常需要对不动产进行调查、勘验,由不动产所在地人民法院管辖便于调查、勘验程序的进行,同时也便于将来生效判决的执行。

结合本题,刘某与大江房地产公司因房屋面积所产生的争议属于不动产纠纷,应当由不动产所在地法院管辖,所以只有丁县法院有管辖权,B项正确。

在这里,我们也对协议管辖做一总结,协议管辖是指双方当事人在纠纷发生之前或者之后,以书面形式协议选择特定案件的管辖法院。根据《民事诉讼法》第25条、《民事诉讼意见》第24条的相关规定,协议管辖必须具备以下条件:(1)协议管辖仅适用于合同纠纷案件;(2)协议管辖仅适用于第一审案件;(3)协议管辖只能采用书面形式;(4)当事人只能在原告住所地、被告住所地、合同签订地、合同履行地、标的物所在地法院的范围内进行选择;(5)当事人对管辖法院必须作出唯一、确定的选择,否则选择管辖的协议无效;(6)当事人选择管辖法院时,不得违反级别管辖和专属管辖的规定。只有同时具备以上6个条件的关于协议管辖的约定才是有效的,在本题中,双方当事人约定合同发生纠纷后,可以向甲县法院或者丙县法院起诉,因此并未对管辖法院作出唯一、确定的选择,因此其选择管辖的协议实质上是无效的。

[难度系数] * * *

4. 依据我国民事诉讼法和相关司法解释的规定,下列关于管辖问题的哪一项表述是错误的?(2005年试卷三第36题)

- A. 适用督促程序的案件只能由基层人民法院管辖
- B. 按级别管辖权限,高级人民法院有权管辖其认为应当由其管辖的第一审案件
- C. 协议管辖不可以变更级别管辖
- D. 涉外民事诉讼中不动产纠纷由不动产所在地法院管辖

[答案] B

[考点] 督促程序案件的管辖、级别管辖、协议管辖、涉外民事诉讼的管辖

[解析] 《民事诉讼法》第十七章第191—194条对督促程序作出规定,第191条第1款规定“债权人请求债务人给付金钱、有价证券,符合下列条件的,可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令”可知,申请支付令的案件适用督促程序,依法只能由基层人民法院管辖,A选项不符合题意。根据《民事诉讼法》第25条的规定“合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择……但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定”可知,合同双方当事人可以选择管辖,但是受到法律的限制,法律限制包括不可以协议变更级别管辖,C选项不符合题意。根据《民事诉讼法》第235条“在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼,适用本编规定。本编没有规定的,适用本法其他有关规定”和《民事诉讼法》第34条第(1)项的规定“因不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地人民法院管辖”,可知,涉外民事诉讼中涉及的不动产纠纷由不动产所在地人民法院管辖,D选项不符合题意。根据《民事诉讼法》第20条的规定“高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案件”和第21条第(2)项的规定“最高人民法院管辖下列第一审民事案件:……(二)认为应当由本院审理的案件”。可知,高级人民法院只能依法管辖在其辖区内有重大影响的第一审民事案件,并不像最高人民法院一样有权管辖其认为应当由其审理的第一审案件,所以B选项错误,为本题应选项。

[难度系数] * * *

(二)多项选择题

1. 李某在甲市A区新购一套住房,并请甲市B区的装修公司对其新房进行装修。在装修过程中,装修工人不慎将水管弄破,导致楼下住户的家具被淹毁。李某与该装修公司就赔偿问题交涉未果,遂向甲市B区法院起诉。B区法院认为该案应由A区法院审理,于是裁定将该案移送至A区法院,A区法院认为该案应由B区法院审理,不接受移送,又将案件退回B区法院。关于本案的管辖,下列哪些选项是正确的?(2008年试卷三第82题)

- A. 甲市A、B区法院对该案都有管辖权
- B. 李某有权向甲市B区法院起诉
- C. 甲市B区法院的移送管辖是错误的
- D. A区法院不接受移送,将案件退回B区法院是错误的

[答案] ABCD

[考点] 侵权案件的管辖法院、移送管辖

【解析】《民事诉讼法》第29条规定,因侵权行为为提起的诉讼,由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。再根据《民事诉讼意见》第28条的规定,民事诉讼法第29条规定的侵权行为地,包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。由此可见,侵权纠纷案件的管辖法院是侵权行为实施地侵权结果发生地以及被告住所地法院。结合本题,位于甲市B区的装修公司在给李某位于甲市A区的住房装修时,因不慎将水管弄破,导致楼下住户家具被淹毁,而李某因与装修公司就赔偿问题交涉未果遂起诉。因此,对此侵权纠纷,甲市A区既是侵权行为实施地,也是侵权结果发生地,A区法院具有对本案的管辖权。而甲市B区是被告住所地,B区法院也具有对本案的管辖权。综上,甲市A、B区法院对本案都有管辖权,李某既可以向甲市A区法院起诉,也可以向甲市B区法院起诉。选项AB正确。

由于甲市B区法院对本案有管辖权,因此其将案件移送管辖的做法是错误的。C项正确。

《民事诉讼法》第36条规定,人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的,应当移送有管辖权的人民法院,受移送的人民法院应当受理。受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的,应当报请上级人民法院指定管辖,不得再自行移送。由此可见,受移送法院不能再自行将案件移送。因此,A区法院不接受移送,将案件退回B区法院的做法错误。选项D正确。

【难度系数】 * *

2. 甲县的电热毯厂生产了一批电热毯,与乙县的昌盛贸易公司在丙县签订了一份买卖该批电热毯的合同。丁县居民张三在出差到乙县时从昌盛贸易公司购买了一条该批次的电热毯,后在使用过程中电热毯由于质量问题引起火灾,烧毁了张三的房屋。张三欲以侵权损害为由诉请赔偿。下列哪些法院对该纠纷有管辖权?(2007年试卷三第80题)

- A. 甲县人民法院 B. 乙县人民法院
C. 丙县人民法院 D. 丁县人民法院

【答案】 ABD

【考点】 侵权纠纷的管辖

【解析】《民事诉讼法》第29条规定,因侵权行为为提起的诉讼,由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。《民事诉讼意见》第28条规定,民事诉讼法第29条规定的侵权行为地,包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。《民事诉讼意见》第29条规定,因产品质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼,产品制造地、产品销售地、侵权行为地和被告住所地的人民法院都有管辖权。《产品质量法》第

43条规定,因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的,受害人可以向产品的生产者要求赔偿,也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任,产品的销售者赔偿的,产品的销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者的责任,产品的生产者赔偿的,产品的生产者有权向产品的销售者追偿。因此,张三既可以以产品的生产者甲县电热毯厂为被告请求赔偿,也可以以产品的销售者乙县昌盛贸易公司为被告要求赔偿。在本题中,产品制造地在甲县、产品销售地在乙县、侵权行为地在丁县、被告住所地可能是甲县也可能是乙县。因此,甲县、乙县、丁县法院对该侵权纠纷有管辖权。选项ABD均为正确。

丙县是电热毯厂与昌盛贸易公司的电热毯买卖合同的签订地,根据《民事诉讼意见》第29条的规定,对于因产品质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼案件,合同签订地法院不具有管辖权。因此,丙县法院对该纠纷不具有管辖权。选项C是错误的。

【难度系数】 * *

3. 根据民事诉讼法和有关司法解释,当事人可以约定下列哪些事项?(2006年试卷三第84题)

- A. 约定合同案件的管辖法院
B. 约定离婚案件的管辖法院
C. 约定举证时限
D. 约定合议庭的组成人员

【答案】 AC

【考点】 诉讼中的当事人意思自治事项

【解析】根据《民事诉讼法》第25条的规定,合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖,但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定,可知,当事人只能对合同纠纷案件约定管辖法院,对合同以外的其他民事、经济纠纷案件不得协议管辖,A项正确。而离婚案件是有关身份关系的案件,应当属于除合同以外的其他民事、经济纠纷案件,当事人不得约定管辖法院,B项错误。

根据《民事诉讼证据规定》第33条的规定,举证期限可以由当事人协商一致,并经人民法院认可。由人民法院指定举证期限的,指定的期限不得少于30日,自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。可知,举证时限的确定有两种方式:一是由当事人协商一致,经过人民法院的认可;二是由人民法院指定举证时限,时限不得少于30日。因此,当事人可以约定举证时限,C项正确。

《民事诉讼法》属于公法范畴,当事人之间无权

对法律未明确授权其可以约定的事项作出约定,因此,在《民事诉讼法》未规定当事人可以约定合议庭组成人员的情况下,当事人无权对合议庭组成人员作出约定,可见D项错误。另外,应当注意,《民事诉讼法》第42条对审判长的确定方式作出了规定,合议庭的审判长由院长或者庭长指定审判员一人担任;院长或者庭长参加审判的,由院长或者庭长担任。

【难度系数】 **

4. 根据我国民事诉讼法的规定,下列哪些案件被告住所地法院有管辖权?(2005年试卷三第71题)

A. 某航班飞机延误,部分乘客对航空公司提出违约赔偿之诉

B. 某公共汽车因为违章行驶而与其他车辆发生碰撞,受伤乘客向公交公司提出损害赔偿之诉

C. 原告对下落不明的被告提起的给付扶养费的诉讼

D. 货轮甲和客轮乙在我国领海上相撞,途经此海域的属于丙公司的客轮对甲乙两船人员进行了救助,后丙公司向我国法院提起诉讼,请求支付救助费

【答案】 AB

【考点】 地域管辖

【解析】 根据《民事诉讼法》第28条的规定:“因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼,由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。”可知,乘客与航空公司之间因航班延误提出的违约赔偿之诉属于因航空运输合同纠纷提起的诉讼,被告住所地法院依法具有管辖权。A选项正确。

根据《民事诉讼法》第30条的规定:“因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼,由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖。”可知,乘客因所乘坐的公共汽车发生事故受伤而提出的损害赔偿之诉属于因公路事故请求损害赔偿提起的诉讼,被告住所地法院依法具有管辖权,B选项正确。

根据《民事诉讼法》第23条第(2)项的规定:“下列民事诉讼,由原告住所地人民法院管辖;原告住所地与经常居住地不一致的,由原告经常居住地人民法院管辖:……(二)对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼……”可知,原告对下落不明的被告提起的给付扶养费的诉讼属于“被告就原告”的情形,依法应由原告所在地人民法院管辖,被告住所地人民法院无权管辖,C选项错误。

根据《民事诉讼法》第32条的规定:“因海难救

助费用提起的诉讼,由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。”可知,D项属于因海难救助费用提起的诉讼,救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院有权管辖,而被告住所地的法院依法无权管辖,D选项错误。

【难度系数】 **

5. 下列关于涉外民事诉讼的表述,哪些符合民事诉讼法的规定?(2004年试卷三第78题)

A. 被告对人民法院管辖不提出异议,并应诉答辩的,视为承认该人民法院是有管辖权的法院

B. 中外合资经营企业的中外双方当事人有权约定外方当事人所在国的法院管辖

C. 财产保全可以依当事人申请进行,也可由法院主动依职权进行

D. 当事人不服一审判决的,有权在判决送达之日起30日内提起上诉

【答案】 AD

【考点】 涉外管辖、涉外财产保全、涉外上诉期间

【解析】 涉外的民事诉讼大多数情况下当事人可以协议确定管辖法院,《民事诉讼法》第242条规定:“涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人,可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。”但是“选择中华人民共和国人民法院管辖的,不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定”。对于例外的情况如《民事诉讼法》第244条的规定:“因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼,由中华人民共和国人民法院管辖。”同时《民事诉讼意见》第305条规定,依照民事诉讼法第34条和第246条(现第244条)规定,属于中华人民共和国人民法院专属管辖的案件,当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。但协议选择仲裁裁决的除外。所以B项错误。《民事诉讼法》第243条规定:“涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议,并应诉答辩的,视为承认该人民法院为有管辖权的法院。”所以A项正确。

《民事诉讼法》第249条规定:“当事人依照本法第九十二条的规定可以向人民法院申请财产保全。利害关系人依照本法第九十三条的规定可以在起诉前向人民法院申请财产保全。”《民事诉讼法》第92条规定:“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决不能执行或者难以执行的案件,可以根据对方当事人的申请,作出财产保全的裁定;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以