

2010年版

研习历年试题

就是做未来真正考题

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

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

本书由法律社连续8年最新增补、修订出版

明确复习重点

整合2005—2009历年试题，归纳提炼，直击考点

节省备考时间

依据最新法规逐题详解，辨析疑难，指导解题技巧

揭示司考方向

全面解密连续5年考试命题规律、考查重点、考查方式



法律出版社

司法考试历年试题及考点归类精解

2010年版

民事诉讼法与仲裁制度

法律考试中心/组编

江苏工业学院图书馆
藏书章

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法与仲裁制度:2010年版/张能宝主编;法律考试中心组编. —北京:法律出版社,2009.11

(司法考试历年试题及考点归类精解)

ISBN 978-7-5118-0042-8

I. 民… II. ①张…②法… III. ①民事诉讼法—中国—法律工作者—资格考核—解题②仲裁—制度—中国—法律工作者—资格考核—解题 IV. D925-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 193191 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 睿

装帧设计/曹 铀 胡 欣

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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/7.25 字数/227 千

版本/2009 年 11 月第 1 版

印次/2009 年 11 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 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0042-8

定价(全 8 册):128.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

民事诉讼法

第一部分 2005—2009 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 … (7)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (10)

(四) 备考提示 … (10)

二、管辖 … (11)

(一) 单项选择题 … (11)

(二) 多项选择题 … (14)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (17)

(四) 备考提示 … (17)

三、当事人 … (18)

(一) 单项选择题 … (18)

(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 … (29)

(五) 备考提示 … (29)

四、民事诉讼证据 … (30)

(一) 单项选择题 … (30)

(二) 多项选择题 … (35)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (39)

(四) 备考提示 … (39)

五、案件受理条件 … (40)

(一) 单项选择题 … (40)

(二) 多项选择题 … (40)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (42)

(四) 备考提示 … (42)

六、财产保全、先予执行 … (43)

(一) 单项选择题 … (43)

(二) 多项选择题 … (44)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (46)

(四) 备考提示 … (46)

七、一审、二审和再审 … (47)

(一) 单项选择题 … (47)

(二) 多项选择题 … (57)

(三) 不定项选择题 … (62)

(四) 已考考点及已考法条

归纳 … (66)

(五) 备考提示 … (66)

八、简易程序 … (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 … (68)

(四) 备考提示 … (69)

九、特别程序 … (69)

(一) 单项选择题 … (69)

(二) 多项选择题 … (70)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (70)

(四) 备考提示 … (71)

十、督促程序 … (71)

(一) 单项选择题 … (71)

(二) 多项选择题 … (72)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (73)

(四) 备考提示 … (73)

十一、公示催告程序 … (73)

(一) 单项选择题 … (73)

(二) 多项选择题 … (74)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (75)

(四) 备考提示 … (75)

十二、执行 … (76)

(一) 单项选择题 … (76)

(二) 多项选择题 … (79)

(三) 已考考点及已考法条

归纳 … (83)

(四) 备考提示	(83)
十三、期间、送达、诉讼费用和司法协助	(84)
(一) 单项选择题	(84)
(二) 多项选择题	(85)
(三) 已考考点及已考法条归纳	(86)
(四) 备考提示	(86)
第三部分 案例分析题集中精解	(87)
一、试题解析	(87)
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 2005—2009 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	(105)
三、仲裁裁决的撤销	(107)
单项选择题	(107)
四、仲裁裁决的执行和不予执行	(107)
单项选择题	(107)
五、已考考点及已考法条归纳	(108)
六、备考提示	(108)
第三部分 案例分析题集中精解	(109)
一、试题解析	(109)
二、已考考点及已考法条归纳	(112)
三、备考提示	(112)

民事诉讼法

第一部分 2005—2009 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
2009 年	16	22	8	0	46
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

二、命题基本规律与复习技巧

作为三大程序法之一,民事诉讼法在法学体系中具有非常重要的地位,是历年司法考试的主干课程,更有人将其与民法、刑法、刑事诉讼法并称为司法考试的“四大天王”。从具体分值来看,该法年均考查约为 70 分。自 2005—2008 年每年均出现了一道 20 分左右的案例分析题,在 2009 年,命题者将案例分析题的考查放在了仲裁法部分,但考生应当注意的是,在今后对民事诉讼法的考查中出现一道案例分析题仍是主要模式。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与分析,我们发现民事诉讼法的试题类型主要包括以下三种:(1)基本概念和基本理论的考查。过去,司法考试对这部分的主要考查方式为单纯考查基本概念和基本理论,比较简单。但近年来,单纯进行考查的情况呈现出逐年下降的趋势,考查的方式已变为考查两个或两个以上有联系、不易区分的基本概念和基本理论。(2)法律条文的考查。过去,司法考试对法律条文的主要考查方式为单独就某一法律条文进行考查。但近年来,单独考查某一法律条文的情况也越来越少,现已逐步侧重对关于同一内容的多个法律条文的综合考查,同时需要准确把握法律条文立法本意的试题也逐渐出现在司法考试中。(3)对基本概念及其适用条件与法律条文的综合性考查。这类试题要求考生在准确把握基本概念及其适用条件的同时,从题干中提炼出适用的条件,从而进行解答,这是一种较高

层次的考查,难度最大。

(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。例如,在 2009 年试题中,即出现了多道对新施行司法解释的考查。如最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》(以下简称《审监程序解释》)。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,对难以区分的基本概念,准确进行理解,全面加以把握。在平时复习时,在掌握基本概念含义的基础上,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的掌握。

(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。最后,考生应注意把第三人与共同诉讼人结合起来复习。

(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。其中有很多是证据的理论分类以及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,重点把握起诉的条件,不予受理的情况,开庭审理的各项程序和要求,延期审理、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。对2008年12月1日起施行的《审监程序解释》,考生在复习时应予以重视。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。考生应对《民事诉讼法》涉及执行程序新修改的内容及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》(以下简称《执行程序解释》)进行全面的把握。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。这样就有助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的,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、侵权地等一一对应起来,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,尤其在在做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,而且题干和选项都有很多隐含信息,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。

8. 加强对法律出版社出版的《2010 司法考试精神和体系》中民事诉讼法专题的学习。以此点为中心,揭示考点、分解考点、训练考点、加强考点的整体归纳、深度比较和综合串联,突破难点疑点,进行民事诉讼法考查内容的系统强化与提高。

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

效的法律责任。关于本案被告乙公司主张的性质,下列哪一说法是正确的?(2009年试卷三第36题)

- 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

[答案] * 1

[考点] 反诉、反驳

[解析] 《民事诉讼法》第52条规定,原告可以放弃或者变更诉讼请求。被告可以承认或者反驳诉讼请求,有权提起反诉。反诉是指在已经开始的民事诉讼程序中,本诉的被告向本诉的原告提出的旨在抵销或吞并其诉讼请求的一种独立的反请求。在本题中,甲公司的诉讼请求是要求乙公司交付货物,乙公司则主张合同无效,并且应由甲公司承担合同无效的法律后果。也就是说,如果乙公司此种主张能够成立,自然能够起到抵销或吞并甲公司要求其交付货物的诉讼请求的效果。可见,乙公司的主张构成了反诉,而并非是一种事实主张,更不是一种证据。因此,选项A正确,选项C、D均为错误。

同反诉相同的是,反驳也是《民事诉讼法》赋予被告用以对抗原告诉讼请求的一种诉讼权利。然而,反诉与反驳具有明显的差异:(1)反诉是一种可以独立存在的诉,具有诉的性质,能够起到抵销或吞并本诉原告诉讼请求的效果,而反驳则是一种具体的诉讼行为,不是一个独立存在的诉;(2)反诉具有相对独立性,即使原告撤回本诉,也不会影响反诉的存在,而反驳则不同,一旦原告撤回起诉,反驳也就失去了意义;(3)反诉的目的在于抵销或吞并原告的诉讼请求,对原告也提出了独立的反请求,而反驳的目的只是否定原告的诉讼请求,没有独立的诉讼请求。结合本题,乙公司的主张能够起到抵销或吞并甲公司诉讼请求的效果,即使甲公司撤回要求乙公司交付货物的诉讼请求,乙公司向法院主张合同无效且应由原告甲公司承担合同无效的法律后果的主张也能够独立存在。由此可见,乙公司的主张构成反诉,而不是反驳。因此,选项B错误。

[难度系数] * *

2. 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?(2009年试卷三第37题)

- 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

[答案] 2

[考点] 诉讼标的

[解析] 相邻关系是指相邻各方在对各自所有的或使用的不动产行使所有权或使用权时,因相互间依法应给予方便或接受限制而发生的权利义务关系。不动产所有人和使用人在行使权利时,应给予相邻的不动产所有人和使用人以行使权利必要的便利。

再结合诉讼标的理论,所谓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,诉讼标的的物是民事权利义务关系所指向的对象。因此,在本案中,刘某和王某是邻居,双方之间发生争议并请求法院作出裁判的民事权利义务关系为相邻关系,本案的诉讼标的是王某和刘某之间的相邻关系。选项D正确。

诉讼请求是指基于民事法律关系而向法院提出作出特定裁判的请求。显然,选项A所述的要求刘某不得将垃圾袋放在家门口的请求、选项B所述的要求法院保障自家正常通行权的请求以及选项C所述的要求刘某维护环境卫生的请求均是王某基于其与刘某之间的相邻关系而向法院提出作出特定裁判的请求,也就是说,选项ABC所述均是王某向法院所提出的诉讼请求,而非本案的诉讼标的。因此,选项ABC均为错误。

[难度系数] * *

3. 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] 3

[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

* 为强化对真题考点的思考,应广大考生要求,我们在每题后不再直接列明答案,相关答案请参见每页右下角注释,全书体例同。——编者注

单选 1. A 2. D 3. B

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。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,本题中法院所作的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] * *

4. 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] 4

[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] *

5. 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] 5

[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,

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基建房的诉讼
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] **

6. 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. 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] 6

[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。再结合第41条的规定,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。

根据《民事诉讼法》第40条及第142条的规定,

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

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、疑难的依照特别程序审理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] * * *

7. 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变更
- B. 甲的主张是诉讼请求变更
- C. 甲的主张是诉的理由变更
- D. 甲的主张是原因事实变更

[答案] 7

[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合同关系;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] * *

(二) 多项选择题

1. 关于辩论原则的表述,下列哪些选项是正确的?(2009年试卷三第82题)

- A. 当事人辩论权的行使仅局限于一审程序中开庭审理的法庭调查和法庭辩论阶段
- B. 当事人向法院提出起诉状和答辩状是其行使辩论权的一种表现
- C. 证人出庭陈述证言是证人行使辩论权的一种表现
- D. 督促程序不适用辩论原则

[答案] 1

[考点] 辩论原则

[解析] 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条为当事人行使辩论权提供了法律依据。首先,辩论原则贯穿民事审判程序的始终,在一审程序、二审程序和审判监督程序中,都应贯彻辩论原则。其次,当事人行使辩论权的形式既可以是口头的,这主要集中在法庭审理阶段,也可以是书面的,如诉讼开始时原告提出起诉状、被告提出答辩状、诉讼进行中当事人提出的书面申明等。最后,辩论的内容既可以是程序方面的问题,也可以是实体方面的问题。由此可见,当事人向法院提出起诉状和答辩状是其行使辩论权的一种表现,此外,当事人辩论权的行使贯穿民事审判程序的始终,而不是仅局限于一审程序中开庭审理的法庭调查和法庭辩论阶段。因此,选项A错误,选项B正确。

根据《民事诉讼法》第12条的规定可知,行使辩论权的主体仅限于当事人。而证人是基于知道案件某些情况而参加到诉讼程序中来的,很显然,证人并非当事人,证人也就不可能成为行使辩论权的主体。因此,选项C错误。

督促程序因债权人提出申请而开始,没有被申请人,没有对立的对方当事人,因此,督促程序不适用辩论原则,选项D正确。

[难度系数] * *

2. 关于民事审判程序与民事执行程序的关系,下列哪些说法是错误的?(2009年试卷三第86题)

- A. 民事审判程序是确认民事权利义务的程序,民事执行程序是实现民事权利义务关系的程序
- B. 法院对案件裁定进行再审时,应当裁定终结

执行

- C. 民事审判程序是民事执行程序的前提
D. 民事执行程序是民事审判程序的继续

【答案】_____2

【考点】民事审判程序与民事执行程序的关系

【解析】民事审判程序与民事执行程序都是完成民事诉讼任务的法定程序。民事审判程序是通过审判,采用判决或者调解书的形式对双方当事人之间的民事权利义务进行确认。而民事执行程序则是法院依据执行依据,行使民事执行权,通过民事执行程序实现生效法律文书所确定的民事权利义务关系。简而言之,民事审判程序是确认民事权利义务的民事程序,民事执行程序是实现民事权利义务的民事程序。因此,选项 A 正确。

《民事诉讼法》第 185 条规定,按照审判监督程序决定再审的案件,裁定中止原判决的执行。裁定由院长署名,加盖人民法院印章。可见,法院对案件裁定进行再审时,应当裁定中止执行,而不是终结执行。因此,选项 B 错误。

民事执行程序的主要任务在于实现各种发生法律效力法律文书所确定的内容,需有各种发生法律效力法律文书作为执行依据。在这里,各类法律文书不仅包括人民法院经过民事审判程序作出的发生法律效力法律文书,还包括其他机关依法作出的发生法律效力法律文书,如行政机关制作的依法应由法院执行的行政处罚决定和行政处理决定,公证机关制作的赋予强制执行效力的关于追偿债务、物品的债权文书,仲裁机构制作的依法由法院执行的裁决书、调解书。可见,在民事执行程序的执行依据是人民法院作出的生效法律文书的情况下,民事审判程序是民事执行程序的前提,民事执行程序是民事审判程序的继续,但在民事执行程序是以其他机关作出的生效法律文书为执行依据的情况下,民事审判程序并非是民事执行程序的前提,民事执行程序也并非是民事审判程序的继续。因此,选项 CD 均为错误。

【陷阱点拨】一些考生认为,民事审判程序是民事执行程序的前提和根据,民事执行程序是民事审判程序的继续和完成,因此认为选项 CD 是正确的。这部分考生之所以未能准确解答本题,主要原因在于忽略了民事执行程序的执行依据还包括除法院外的其他机关所作出的生效法律文书。此外,考生在答题时,应注意答题技巧。考生很容易判断出选项 A 正确、选项 B 错误,而本题是一道多选题且要求选出错误选项,也就是说选项 CD 至少应有一项是

错误的。在这种情况下,考生应当引起警觉,冷静地进行思考,结合民事执行程序的执行依据对选项进行分析,这样正确解答本题并非难事。

【难度系数】**

3. 中国公民甲与外国公民乙因合同纠纷诉至某市中级人民法院,法院判决乙败诉。判决生效后,甲欲请求乙所在国家的法院承认和执行该判决。关于甲可以利用的途径,下列哪些说法是正确的?(2009 年试卷三第 90 题)

A. 可以直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行

B. 可以向中国法院申请,由法院根据我国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则,请求外国法院承认和执行

C. 可以向司法行政部门申请,由司法行政部门根据我国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则,请求外国法院承认和执行

D. 可以向外交部门申请,由外交部门向外国中央司法机关请求协助

【答案】_____3

【考点】我国法院裁判的域外承认与执行

【解析】《民事诉讼法》第 264 条规定,人民法院作出的发生法律效力判决、裁定,如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内,当事人请求执行的,可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行,也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定,或者按照互惠原则,请求外国法院承认和执行。中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力仲裁裁决,当事人请求执行的,如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内,应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。结合本题,对我国法院作出的生效判决,在被执行人乙不在我国领域内的情况下,当事人甲请求执行的,可以利用以下两种途径,一是甲可以直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行,二是甲可以向我国法院申请,由我国法院根据我国缔结或参加的国际条约,或按照互惠原则,请求外国法院承认和执行。因此,选项 AB 均正确。

由于《民事诉讼法》是公法,在民事诉讼法未规定当事人可以利用的其他途径的情况下,当事人只能采用法律明确规定的途径,而不能向司法行政或外交等部门提出申请。因此,选项 CD 均为错误。

【难度系数】**

4. 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]_____4

[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,甚至有违国家和社会利益的,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] * * *

5. 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]_____5

[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。根据《民事诉讼法》第40条的规定可知,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。《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] **

6. 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] 6

[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 2007 年试卷三第 41 题。

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
*	民事审判程序与民事执行程序的关系	
*	公开审判制度	《民事诉讼法》第 120 条
**	诉的分类	
*	辩论原则	《民事诉讼法》第 12 条
**	审判组织	《民事诉讼法》第 40、41、161 条
*	诉讼标的	
*	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
*	反诉、反驳	《民事诉讼法》第 52 条
*	我国法院判决的域外承认与执行	《民事诉讼法》第 264 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,反诉与反驳,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,民事诉讼基本原则,司法协助等。

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,民事

审判程序与民事执行程序的关系及司法协助。

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刑事诉讼法、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。

(7)掌握反诉与反驳的概念、区别以及提出反诉的要件。

(8)掌握民事审判程序与民事执行程序之间的关系。

二、管辖

(一)单项选择题

1. 关于民事案件的级别管辖,下列哪一选项是正确的?(2009年试卷三第35题)

- A. 第一审民事案件原则上由基层法院管辖
- B. 涉外案件的管辖权全部属于中级法院
- C. 高级法院管辖的一审民事案件包括在本辖区内有重大影响的民事案件和它认为应当由自己审

理的案件

D. 最高法院仅管辖在全国有重大影响的民事案件

[答案] _____¹

[考点] 级别管辖

[解析] 《民事诉讼法》第18条规定,基层人民法院管辖第一审民事案件,但本法另有规定的除外。可见,第一审民事案件原则上由基层法院管辖。因此,选项A正确。

《民事诉讼法》第19条规定,中级人民法院管辖下列第一审民事案件:(1)重大涉外案件;(2)在本辖区有重大影响的案件;(3)最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《民事诉讼意见》)第1条规定,民事诉讼法第19条第(1)项规定的重大涉外案件,是指争议标的额大,或者案情复杂,或者居住在国外的当事人人数众多的涉外案件。可见,只有符合《民事诉讼意见》第1条规定的重大涉外案件才属于中级法院管辖,而不是所有涉外案件的管辖权都全部属于中级法院。因此,选项B错误。

《民事诉讼法》第20条规定,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。《民事诉讼法》第21条规定,最高人民法院管辖下列第一审民事案件:(1)在全国有重大影响的案件;(2)认为应当由本院审理的案件。由此可见,最高人民法院不仅有权管辖在全国有重大影响的民事案件,还有权管辖它认为应当由自己审理的案件,而高级法院仅有权管辖在本辖区内有重大影响的民事案件。因此,选项CD均为错误。

[难度系数] *

2. 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] _____²

[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 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。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	《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〕 **

3. 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. 对居住在国外的外国当事人,可以通过我国驻该国的使、领馆代为送达诉讼文书

〔答案〕 3

〔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 条的规定可知,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,判决的上诉期为 15 日,裁定的上诉期为 10 日。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