

2004年版

国家司法考试推荐用书

国家司法考试 名师大讲堂

国家司法考试命题研究组 审定

民事诉讼法

刘伟 著

命题方向

在剖析各科历年考情与命题趋势的基础上，对该学科的2004年命题作出预测，并就此为广大考生提出针对性较强的复习备考策略。

考点精华

以最新考试大纲为经，以重点法条和司法解释为纬，找出找准考试重点进行权威解读，从不同角度凸现司法考试之精华。

精选范例

详尽解析典型真题，权威阐述命题范围、命题重点、命题思路、命题角度及命题趋势，以便考生“知己知彼、百战不殆”。

好题精练

各科都编写了大量的预测试题，并逐一作了详细解析，以便考生举一反三，有效进行高密度、高强度的针对性训练。

标准预测试卷

严格按照最新考试大纲精心编写两套标准化押题试卷，集中凸显考试的新内容、新趋势，让考生进行实战演习，及时查漏补缺。

人民日报出版社

2004 年版国家司法考试推荐用书

国家司法考试名师大讲堂

民事诉讼法

国家司法考试命题研究组 审定

刘 伟 著



人民日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试名师大讲堂·民事诉讼法/国家司法考试命题研究组编.

—北京:人民日报出版社,2004.2

ISBN 7-80153-815-3

I. 国...

II. 国...

III. 法律工作者—资格考核—中国—自学参考资料

IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 009091 号

书 名:国家司法考试名师大讲堂·民事诉讼法

责任编辑:郑秉宏

选题策划:朱小平

出 版 者:人民日报出版社(北京金台西路 2 号/邮编:100733)

发 行 者:新华书店

印 刷 者:北京金华印刷有限责任公司

字 数:218 千字

开 本:787×1092 1/16

印 张:8.5

印 次:2004 年 2 月 第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-80153-815-3/D·137

定 价:18.00 元

司考新突破 名师大讲堂

(出版前言)

为帮助参加 2004 年国家司法考试的广大考生快捷高效地进行备考复习,及时把握命题方向,全面掌握考试内容,透彻理解考核重点、难点与疑点,我们特地组织中国政法大学、中国人民大学法学院、北京大学法学院、清华大学法学院等单位一批司法考试辅导名师,共同精心编写了这套丛书。

本书严格按照最新考试大纲分科编写,共分为 10 分册:《法理学、宪法、法制史、法律职业道德》、《刑法》、《刑事诉讼法》、《民法》、《民事诉讼法》、《行政法与行政诉讼法》、《商法》、《经济法》、《国际法、国际私法、国际经济法》、《标准预测试卷》。各科内容均由相应学科的辅导名师亲自撰写。各分册体例与特点如下:

◆**命题方向** 在剖析各科历年考情与命题趋势的基础上,对该学科的 2004 年命题作出预测,并就此为广大考生提出针对性较强的复习备考策略。

◆**考点精华** 以最新考试大纲为经,以重点法条和司法解释为纬,找出找准考试重点,从不同角度凸现司法考试之精华,并对其中的难点内容进行权威系统的解读,益于广大考生快速掌握。

◆**精选范例** 在对历年有代表性的考试真题进行详尽解析的基础上,对司法考试的命题范围、命题重点、命题理念、命题思路、命题角度及命题趋势等进行了总结概括,以便考生“知己知彼、百战不殆”。

◆**好题精练** 根据以上各部分总结出的命题规律,各科都编写了大量的预测试题,并逐一作了详细解析,以便考生进行高密度、高强度的针对性训练,巩固对考点的理解与掌握,并能举一反三。

◆**标准预测试卷** 严格按照最新考试大纲精心编写的两套标准化信息模拟试卷,不仅基本涵盖了各科的考核要点,强调对“易混、易漏、易误、易错”知识点的考查,而且集中凸现了考试的新内容、新趋势,并通过对答案的详尽解析,让考生明晰并掌握司法考试的答题思路、解题方法与应试技巧。

本书在编写过程中,难免存在一些错漏不当之处,恳请广大读者批评指正。最后,衷心祝愿广大读者顺利通过 2004 年司法考试。

国家司法考试命题研究组

2004 年 2 月

目 录

【命题方向】	(1)
考情趋势	(1)
名师对策	(1)
【考点精华】	(2)
一、民事诉讼法	(2)
二、仲裁法	(20)
【精选范例】	(23)
2003 年考题	(23)
2002 年考题	(36)
【好题精练】	(47)
一、民事诉讼法	(47)
(一)单项选择题	(47)
(二)多项选择题	(64)
(三)不定项选择题	(73)
二、仲裁法	(80)
(一)单项选择题	(80)
(二)多项选择题	(82)
(三)不定项选择题	(84)
三、案例分析题	(86)
【答案诠释】	(98)
一、民事诉讼法	(98)
(一)单项选择题	(98)
(二)多项选择题	(108)
(三)不定项选择题	(112)
二、仲裁法	(116)
(一)单项选择题	(116)
(二)多项选择题	(118)
(三)不定项选择题	(119)
三、案例分析题	(119)

民事诉讼法与仲裁制度

【命题方向】

考情趋势

年份	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	总分
2003 年	10	17	3	13	43
2002 年	10	19	8	10	47
2000 年	8	8	5	20	41
1999 年	8	10	4	14	36

名师对策

民法属于程序法,理论性不强,大多是程序方面的一些具体规定。因此,司法考试主要是针对法典和司法解释中的条文出题。

从考点的分布情况来看,司法考试的考核还是相对均匀的,一些重要章节每年都会出题。如管辖、诉讼参加人、调解、财产保全与先予执行、妨害民事诉讼的强制措施、普通程序、简易程序、二审程序、再审程序、特别程序等。

仲裁法在司法考试中所占题量和分值都较小,主要考核考生对一些要点的掌握程度。考生应重点掌握合同纠纷和其他财产权益纠纷的仲裁,对仲裁法规作基本了解,注意仲裁与诉讼相互衔接的部分。同时,要把仲裁法律制度和一些实体法关于纠纷的处理规定结合起来。

民法与仲裁法部分的客观题,主要有以下两种出题形式:①直接考核法条规定。命题人选定一个条文,直接引用作为题干,却将其中的一些重要字眼设计为选项;或者选几个内容相关联的条文,将它们中间的一些表述设置为选项,让考生去判断正误,这种题具有一定的综合性,解答起来有些难度。针对这种出题形式,考生必须记得条文,特别是其中的一些细节,否则一个小小的疏忽便会丢掉一分。②出案例形式的选择题。命题人根据条文设计一个案例,针

对该案例中的具体情况,提问一些问题,如该案应由哪一个法院管辖,应列谁为被告,法院对一些具体情况应如何处理等等。解答这类题,关键还在于熟悉法条,但它比直接考核法条的题目多了一个环节,即选择适用条文的问题。考生在解答前一定要看清题意,要根据题干所给出的条件及提问的角度去准确地适用条文。如果答题依据都找得不对,自然无法答对考题。

【考点精华】

一、民事诉讼法

1. 民事诉讼法基本原则

(1)同等原则与对等原则的区别:

①同等原则是指我国《民事诉讼法》给予在我国法院起诉、应诉的外国主体与中国主体同样的待遇,既不优待,也不歧视。

②对等原则指外国法院对我国主体诉讼权利加以限制的,我国法院对该外国主体加以同样的限制。

③考试中常有试题让考生识别以上两原则的内容的,故应对以上两个原则的含义有所了解。

(2)调解必须坚持自愿和合法原则:

①一般情形下,调解并非诉讼的必经程序,在离婚诉讼等少数诉讼中,调解才是必经程序;

②调解不成的,应及时判决。

(3)处分原则是《民事诉讼法》的特有原则。当事人处分的权利对象包括两大类:民事实体权利与诉讼权利。对民事实体权利的处分主要体现为当事人确定、变更、放弃、承认诉讼请求,达成调解协议等。对诉讼权利的处分主要体现是否行使起诉权、上诉权、反诉权、申请再审、申请执行、撤回起诉、上诉等等。

(4)辩论原则:①民事诉讼中的辩论,是在人民法院的主持下进行的,参加者是当事人双方及依法享有辩论权的代理人;②辩论的内容,是案件事实及其他有争议的问题,包括案件实体性问题和程序性问题;③辩论的形式,有书面形式和口头形式;④辩论权的行使,贯穿于诉讼全过程,而不仅仅是限于辩论阶段;⑤人民法院应当保障双方当事人充分行使辩论权,为当事人行使辩论提供方便;⑥人民法院应当重视辩论的作用,未在法院上辩论和质证的证据,不得作为法院裁判的根据。

2. 一般地域管辖

一般地域管辖是指按照当事人所在地与人民法院辖区的隶属关系所确定的管辖。该类管辖遵循“原告就被告”的原则,即原告起诉应到被告所在地的人民法院提出。

当事人的户籍迁出后尚未落户,有经常居住地的,由该地人民法院管辖;没有经常居住地,户籍迁出不足1年的,由其原籍所在地人民法院管辖,超过1年的,由其居住地人民法院管辖。

在一般地域管辖中,下列情况由原告所在地人民法院管辖:①对不在我国领域内的人提起的有关身份关系的诉讼;②对下落不明或宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼;③对劳动

教养和被监禁的人提起的诉讼。

《民事诉讼法》第22条第1款规定:“对公民提起的民事诉讼,由被告住所地人民法院管辖;被告住所地与经常居住地不一致的,由经常居住地人民法院管辖。”第36条规定:“人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的,应当移送有管辖权人民法院。”适用《民事诉讼法意见》第34条规定“案件受理后,受诉人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地变更的影响。”

3. 特殊地域管辖

特殊地域管辖,是指以诉讼标的所在地、被告住所地与法院辖区之间的关系所确立的管辖。

(1)因合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。依最高人民法院的有关司法解释,合同没有实际履行,当事人双方所在地又都不在合同约定的履行地的,应由被告住所地人民法院管辖,其他情况,则可以由合同履行地人民法院管辖。针对司法实际情况,最高人民法院对几种合同的合同履行地的确认作了如下说明:

①购销合同的双方当事人在合同中对交货地点有约定的,以约定的交货地点为合同履行地;没有约定的,依交货方式确定合同履行地采用送货方式的,以货物送达地为合同履行地;采用自提方式的,以提货地为合同履行地;代办托运或按木材、煤炭送货办法送货的,以货物发运地为合同履行地。购销合同的实际履行地点与合同中约定的交货地点不一致的,以实际履行地为合同履行地。

②加工承揽合同,以加工地作为合同履行地,但合同对履行地另有约定的除外。

③财产租赁合同、融资租赁合同以租赁物使用地为合同履行地,但合同中对履行地另有约定的除外。

④补偿贸易合同,以接受投资一方主要义务履行地为合同履行地。

(2)因保险合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。如果保险标的物是运输工具或者运输中的货物,由被告住所地或者运输工具登记注册地、运输目的地、保险事故发生地的人民法院管辖。

(3)因票据纠纷提起的诉讼,由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。注意《民事诉讼法意见》第26条对“票据支付地”的解释:首先指票据上载明的付款地;未载明付款地的,指票据付款人或代理付款人的住所地或主营业所所在地。

(4)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。

(5)因侵权行为提起的诉讼,由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。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人民法院均有管辖权。

掌握《民事诉讼法意见》第28条对“侵权行为地”的解释:包括行为实施地与结果发生地。注意《民事诉讼法意见》第29条关于产品责任诉讼的管辖界定,其有5个法院有管辖权:产品制造地;产品销售地;侵权行为实施地;侵权结果发生地;被告住所地。

(6)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。

(7)因船舶碰撞或其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼,则碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或被告住所地人民法院管辖。

(8)因海难救助费用提起的诉讼,由救助地或被救助船舶最先到达地人民法院管辖。

(9)因共同海损提起的诉讼,由船舶最先到达地,共同海损理算地或者航程终止地人民法院管辖。

4. 协议管辖

(1)根据《民事诉讼法》规定,协议管辖应当符合下列条件:①必须以书面形式约定;②只能就合同纠纷的管辖进行约定;③只能针对第一审法院的管辖进行约定;④协议管辖法院的范围只限于被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、合同标的物所在地法院。此外,协议管辖只能选择一个法院管辖,且不得变更专属管辖和级别管辖。

(2)选择管辖的协议无效情形包括:①违反级别管辖规定;②违反专属管辖规定;③选择管辖的法院不明确;④选择管辖的法院为两个以上。

《民事诉讼法》第25条规定:“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。”

5. 移送管辖和管辖权异议

(1)关于移送管辖,应注意:

①一经移送,受移送法院应当受理。

②受移送法院不得再自行移送。

③先立案的有管辖权的法院不得移送给另一有管辖权的法院。

④案件受理后,管辖权不受当事人住所地、经常居住地变更及行政区域变更的影响。

以上内容,见于《民事诉讼法》第36条及《民事诉讼法意见》第33~35条。

(2)注意《经济审判规定》第1、4、6、8条的规定:

①后立案法院应裁定移送先立案法院审理。

②管辖权争议解决前,不得抢先裁决,否则上级法院可撤销前判决,或自己提审。

③地域管辖的确定标准只能由最高人民法院作出,地方法院无权作出。

(3)注意:

①对《民事诉讼法》第38条规定的管辖权异议,法院应以裁定形式作出,不得以判决、决定形式作出;

②对该裁定不服的,可以上诉,而非申诉。

(4)注意《民事诉讼法》第39条上移与下移的规定:

上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审民事案件,也可以把本院管辖的第一审民事案件交下级法院审理。

下级人民法院对它所管辖的第一审民事案件,认为需要由上级人民法院审理的,可以报请上级人民法院审理。

6. 诉讼当事人

诉讼当事人制度一直是考试重点,同管辖制度一道构成《民事诉讼法》的两大考试重心,务求考生准确掌握,尤其是《民事诉讼法意见》的相关规定。

(1)掌握《民事诉讼法意见》第40条对“其他组织”的诉讼当事人资格的规定,尤其是第(五)、(六)、(七)项,即法人依法设立并领取营业执照的分支机构,中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构,中国人民保险公司设在各地的分支机构。依《民事诉讼法意见》第40条、41条之规定,分支机构的诉讼当事人资格是分三种情形的:

①依法设立并领取营业执照的,有诉讼主体资格;

②非依法设立的,无诉讼主体资格;

③虽依法设立,但未领取营业执照的,无诉讼主体资格。

(2)《民事诉讼法意见》第43~47条关于个体工商户、个人合伙、私营企业诉讼当事人资格的规定。特别应掌握第45条之规定,此为热点:雇员侵权的,雇主为当事人。另外,可参考《民通意见》第45条之规定,掌握个人合伙的诉讼当事人资格问题。

(3)注意《民事诉讼法意见》第49条的规定,冒用法人、其他组织名义进行活动的,直接责任人为当事人。

(4)了解《民事诉讼法》第50条关于当事人诉讼权利的规定,尤其是查阅、复制权。另外,第1款实际上规定了一般委托代理人的代理权限范围。

(5)注意《民事诉讼法意见》第51条,清算组织的诉讼当事人资格。

(6)依《民事诉讼法意见》第48条,不服仲裁机构仲裁或人民调解委员会调解而提起诉讼的,被告仍为对方当事人。

(7)当事人的一些诉讼权利:①自行和解;②原告放弃、变更诉讼请求的,是行使本法第13条处分权的体现。

(8)反诉。掌握反诉的构成要件:

①反诉当事人是本诉当事人;

②反诉应在本诉进行中提起;

③反诉只能向审理本诉的法院提起;

④反诉与本诉为同一诉讼程序;

⑤反诉与本诉在诉讼标的或诉讼请求上有法律或事实上的牵连关系。

7. 共同诉讼

(1)共同诉讼制度也是司法考试的热点之一。我国《民事诉讼法》将共同诉讼分为必要共同诉讼与普通共同诉讼。必要共同诉讼是指当事人一方或者双方为二人以上,诉讼标的是共同的,法院必须合并审理并在裁判中对诉讼标的合一确定的诉讼。必要共同诉讼可分为两种基本类型:

①共同诉讼人对诉讼标的原先就有共同的权利和义务;

②基于同一事实或法律上的原因,共同诉讼人之间才产生了共同的权利或义务。

根据《民事诉讼法意见》的相关规定,引起必要共同诉讼的具体情形包括:

①挂靠。见《民事诉讼法意见》第43条。

②实际经营者与营业执照业主不一致。见《民事诉讼法意见》第46条。

③企业法人分立。见《民事诉讼法意见》第50条。

④个人合伙涉讼。见《民事诉讼法意见》第47条。

⑤借用业务介绍信等。见《民事诉讼法意见》第52条。

⑥继承遗产的诉讼。见《民事诉讼法意见》第54条。

⑦代理关系中的连带责任。见《民事诉讼法意见》第55条。

⑧共有财产涉讼。见《民事诉讼法意见》第56条。

⑨连带责任保证。见《民事诉讼法意见》第53条。

关于必要共同诉讼人之间的内部关系,我国民事诉讼法认为必要共同诉讼人都是独立的诉讼主体,其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认的,对其他共同诉讼人发生效力。

(2)普通共同诉讼是指当事人一方或者双方为2人以上,其诉讼标的是同一种类,法院认为可以合并审理,当事人也同意合并审理的诉讼。与必要共同诉讼相比,其特征是:

- ①诉讼标的是同一种类的而非同一的;
- ②有数个诉讼请求而非只有一个诉讼请求;
- ③是可分之诉而非不可分之诉。

普通共同诉讼的构成要件是:

- ①两个以上的当事人就同一种类诉讼标的案件向同一法院起诉;
 - ②归同一法院管辖,适用同一诉讼程序;
 - ③合并审理符合共同诉讼的目的;
 - ④法院认为可以合并审理;
 - ⑤当事人同意合并审理。换言之,法律赋予了当事人对法院合并审理的建议的拒绝权。
- 对于普通共同诉讼人之间的关系,我国法认为各个诉是独立的,其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生效力。

(3)注意《民事诉讼法意见》第57、58条关于人民法院通知和追加共同诉讼人的程序,尤其是第58条的规定。

(4)在继承遗产的诉讼中,部分继承人起诉的,人民法院应当通知其他继承人作为共同原告参加诉讼;被通知的继承人不愿参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的,人民法院仍应把其列为共同原告。

(5)代表人诉讼制度:

①我国民事诉讼法将代表人诉讼分为两类:人数确定的代表人诉讼与人数不确定的代表人诉讼。其中人数确定的代表人诉讼的构成要件是:

- a. 当事人一方人数达到10人或10人以上(《民事诉讼法意见》第59条)。
- b. 起诉时当事人人数已确定。
- c. 众多当事人之间具有共同的或者同一种类的诉讼标的,即代表人诉讼是以共同诉讼为基础的。
- d. 当事人推选出若干代表人。

人数不确定的代表人诉讼的构成要件也包括上述第a、c、d条件,但另一条是起诉时当事人人数尚未确定。

②关于诉讼代表人,应掌握:

- a. 担任诉讼代表人的条件:是本案的共同诉讼人;具有一定的诉讼能力;愿意担任此职。
- b. 诉讼代表人的权限:代表人在诉讼中的权限相当于未被授权处分实体权利的诉讼代理人。
- c. 诉讼代表人的更换:在需要更换代表人时,人民法院应裁定中止诉讼,然后由法院召集全体代表人,以推选、协商等方式重新确定诉讼代表人,新的代表人产生后,再恢复诉讼。

③比之人数确定的代表人诉讼,人数不确定的代表人诉讼有其特殊性,应掌握:a. 公告程序;b. 登记程序;c. 裁判效力。

人民法院对人数不确定的代表人诉讼作出裁判后,裁判的拘束力仅及于参加登记的全体权利人,对未参加登记的权利人无直接拘束力,但具有预决效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期限内的提起诉讼,法院认定其请求成立时,应裁定直接适用法院对代表人诉讼已作出的裁判,并无需另行审判。

《民事诉讼法意见》第43条规定：“个体工商、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。”

第52条规定：“借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行帐户的，出借单位和借用人为共同诉讼人。”

8. 举证责任

依《民事诉讼法》第64条，举证责任负担的原则是“谁主张，谁举证”，但存有例外，重点掌握《民事诉讼法意见》第74条规定的6种被告负举证责任的情形。

《民事诉讼法意见》第74条规定：“在诉讼中，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。但在下列侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证：(1)因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼；(2)高度危险作业致人损害的侵权诉讼；(3)因环境污染引起的损害赔偿诉讼；(4)建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼；(5)饲养动物致人损害的侵权诉讼；(6)有关法律规定由被告承担举证责任的。”

9. 民事诉讼证据制度

(1)待证事实范围包括：

- ①民事实体权益的法律事实；
- ②具有程序意义上的事实；
- ③证据事实。

了解《民事诉讼法意见》第75条规定的不需要证明的5种事实：①一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的；②众所周知的事实和自然规律及现象；③根据法律或已知事实，能推定出的另一种事实；④已为人民法院发生法律效力裁判所确定的事实；⑤已为有效公证文书所证明的事实。

(2)法院收集证据制度：

①法院调查收集证据是有条件的(第64条第2款及《民事诉讼法意见》第73条)，具体情况有4种：

- a. 当事人客观上不能自行收集的；
- b. 法院认为需要鉴定、勘验的；
- c. 证据互相矛盾，无法认定的；
- d. 法院认为应由自己收集的。

②人民法院收集证据规则(《民事诉讼法意见》第70条)。

(3)应当注意：

第63条规定的是民事诉讼上证据的法定种类，这是区别于学理上对民事证据的分类的。

10. 送达

(1)依我国民事诉讼法有关规定，送达方式可分为6种：直接送达、留置送达、委托送达、邮寄送达、转交送达、公告送达。

考生应了解以上6种送达方式的要领及其区别，重点掌握留置送达和直接送达制度。

①直接送达，是指由人民法院的送达人员将需送达的诉讼文书、法律文书直接交给受送达人或他的成年家属、代收人的送达方式。根据民事诉讼法的有关规定和最高人民法院的有关司法解释，送达时，受送达人本人不在的，可交给他的同住的成年家属签收；受送达人指定了代

收人的,可交给代收人签收。向法人或者其他组织送达诉讼文书,应当由法人的法定代表人、该组织的主要负责人或者办公室、收发室、值班室等负责收件的人签收或盖章。送达人有诉讼代理人的,人民法院既可以向受送达人送达,也可以向诉讼代理人送达。

②留置送达,是指在向送达人或者有资格接受送达的人送交需送达的诉讼文书时,受送达人或有资格接受送达的人拒绝签收,送达人将诉讼文书依法留在受送达人的住所的送达方式。留置送达适用的条件是受送达人和有资格接受送达的人拒绝签收需送达的诉讼文书或法律文书。在进行留置送达时,送达人应当邀请有关基层组织或受送达人所在单位的代表到场,说明情况,在送达回证上记明拒收的事由和日期,由送达人、见证人在送达回证上签名或盖章,应当注意的是,如果需送达的法律文书是调解书而当事人拒绝签收的,则不可适用留置送达。

(2)送达的效力。

主要表现在:①调解书、二审判决书发生法律效力②有关的诉讼期限开始,标志着有关诉讼法律关系的产生或消灭。

考生应特别注意调解书不适用留置送达,否则不发生法律效力。

11. 法院调解

(1)调解应自愿、合法(《民事诉讼法》第85、88条)。

(2)调解的主持人可以是合议庭,也可以是独任审判员(《民事诉讼法》第86条)。

(3)注意《民事诉讼法意见》第93条第2款:离婚诉讼调解,当事人无法出庭参加的,应出具书面意见,当事人不能表达意志的除外。

(4)依《民事诉讼法意见》第92条,调解并非判决的必经程序,但有例外,即离婚诉讼(第2款)。

(5)掌握调解书的效力(第89条第3款、第91条及《民事诉讼法意见》第96条):

(6)识记不制作调解书的4种情形(第90条):①调解和好的离婚案件;②调解维持收养关系的案件;③能够即时履行的案件;④其他不需要制作调解书的案件。对于不需要制作调解书的调解协议应当记入笔录,由双方当事人、审判人员、书记员签名或盖章。

调解书经双方当事人签收后生效。调解书生效后,与生效判决具有同等的法律效力,具体表现在以下几个方面:a. 诉讼结束,当事人不得以同一事实和理由再行起诉;b. 对调解书不得上诉;c. 当事人在诉讼中争议的法律关系归于消灭,当事人之间实体上的权利义务关系依调解协议的内容予以确定;d. 具有给付内容的调解书,具有强制执行力。

(7)重点掌握《民事诉讼法意见》第97条:①调解书确定无独立请求权的第三人承担义务的,应经该第三人同意;②调解书应同时送达该第三人;③第三人反悔的,应及时判决。

12. 财产保全

(1)了解诉前与诉讼中财产保全的区别,尤其是担保提供上的区别:诉前保全“应当”提供担保,诉讼中保全“可以”责令提供担保。

诉前保全的适用,应当符合一定的条件。其实质条件是:利害关系人与他人之间存在争议的法律关系所涉及的财产处于情况紧急的状态下,不立即采取财产保全措施将有可能使利害关系人的合法权益遭受到不可弥补的现实危险。其程序条件是:必须由利害关系人向财产所在地的人民法院提出申请,并提供担保。

诉讼保全的适用,也应当符合一定的条件,其实质条件是:存在因一方主客观原因或其他原因可能使人民法院将作出的判决难以或不能实现的情况。其程序条件是:在诉讼中由当事人向受诉人民法院提出申请,或由人民法院依职权决定;人民法院可以责令申请人提供担保,

申请人不提供担保,人民法院驳回申请。

(2)掌握财产保全错误的赔偿责任:

①法院依职权主动作出的,国家负赔偿责任(《国家赔偿法》第31条);

②当事人申请错误的,申请人负赔偿责任(《民事诉讼法》第96条)。

(3)财产保全的地域管辖(《民事诉讼法意见》第31、32条):诉前财产保全,由财产所在地的法院管辖。

(4)了解《民事诉讼法意见》第102、105条之规定:

①对抵押物、留置物亦可采取保全措施,但不影响权利人的优先受偿权。

②债务人对第三人享有到期债权,自身财产又不足以清偿的,人民法院可直接提存第三人偿付的财物、价款。

13. 先予执行

(1)识记先予执行的3种情形:

①追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的;

②追索劳动报酬的;

③因情况紧急需要先予执行的。

此为多选题的命题素材。

(2)先予执行的条件:

①当事人之间权利义务关系明确,不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营的;

②被申请人有履行能力。

这两个条件应同时具备,才可以适用。另外,人民法院可以责令申请人提供担保,申请人不提供担保的,驳回申请。申请人败诉的,应当赔偿被申请人因先予执行遭受的财产损失。

(3)了解财产保全与先予执行的权利救济措施:

①仅可申请复议一次;

②申请复议应向本级法院提出;

③复议期间不停止裁定的执行。

《民事诉讼法》第97条规定:“人民法院对下列案件,根据当事人的申请,可以裁定先予执行:(一)追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的;(二)追索劳动报酬的;(三)在情况紧急需要先予执行的。”

14. 对妨害民事诉讼的强制措施

(1)必须掌握拘传适用的条件:

①对象限于被告或被执行人,以及侵权的未成年人的法定代理人;

②经两次传票传唤;

③两次传唤,均无正当理由而拒不到庭;

④必须经院长批准;

⑤应签发拘传票。

(2)掌握罚款、拘留的程序:

①罚款数额与拘留期限;

②罚款、拘留应当用决定书形式;

③须经院长批准;

④对罚款、拘留决定不服,可向上一级法院申请复议一次。

《民事诉讼法》第101条规定：“诉讼参与人和其他人应当遵守法庭规则。人民法院对违反法庭规则的人，可以予以训诫责令退出法庭或者予以罚款、拘留。人民法院对哄闹、冲击法庭、侮辱、诽谤、威胁、殴打审判人员，严重扰乱法庭秩序的人，依法追究刑事责任；情节较轻的，予以罚款、拘留。”

15. 第一审普通程序的起诉

(1) 务必掌握《民事诉讼法》第108条起诉合格的四个条件：

- ①原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；
- ②有明确的被告；
- ③有具体的诉讼请求和事实、理由；
- ④属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

对此应注意：

①原告适格的条件是与本案有直接利害关系，对此应作正确理解。

原告属于民事诉讼当事人之一。民事诉讼当事人有狭义与广义之分。狭义的当事人仅指原告与被告，广义当事人包括原告、被告、共同诉讼人、第三人等。就大多数情形而言，当事人（包括原告）是指发生争执的民事法律关系主体，为了保护自身的权益参加诉讼，与案件审理结果有直接的利害关系的人。但也有少数情形，当事人起诉或被诉，并非是由于他们本人的民事权益发生了纠纷，而是因为依据法律的规定对他人的民事权益负有照顾、保管之责。这些非实体权利义务主体成为当事人须有法律的特别规定。包括：a. 清算组织；b. 失踪人的财产代管人；c. 遗产管理人、遗嘱执行人；d. 为保护死者名誉而起诉的死者的近亲属。

②第2个条件是要求“有明确的被告”而非“正确的被告”，注意二者的区别。

③第4个条件是符合受诉法院主管和管辖范围。主管不同于管辖的概念。它是指法院受理民事案件的权限，也就是确定法院与其他国家机关、社会团体之间解决民事纠纷的分工和权限。

(2) 某一个起诉不符合《民事诉讼法》第108条的规定，称为起诉不合格，其法律后果体现在《民事诉讼法意见》第129条第1款上，即不予受理，而非驳回起诉。如果在立案后才发现起诉不合格时，裁定驳回起诉。当事人对不予受理、驳回起诉的裁定不服的，可以提起上诉。

(3) 当事人的起诉属于其他情况的，分别予以处理：

①依照行政诉讼法的规定，属于行政诉讼受案范围的，告知原告提起行政诉讼。

②依照法律规定，双方当事人对合同纠纷自愿达成书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁，不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁；但仲裁条款、仲裁协议无效、失效或者内容不明确无法执行的除外。

当事人在仲裁条款或仲裁协议中选择的仲裁机构不存在，或者选择裁决的事项超越仲裁机构权限的，人民法院有权依法受理当事人一方的起诉。

因仲裁条款或协议无效、失效或者内容不明确，而无法执行受理的民事诉讼，如果被告一方对人民法院的管辖权提出异议的，受诉人民法院应就管辖权作出裁定。当事人一方向人民法院起诉时未声明有仲裁协议，人民法院受理后，对方当事人应诉答辩的，视为该人民法院有管辖权。

③依照法律规定，应当由其它机关处理的争议，告知原告向有关机关申请解决。

④对于不属于本院管辖的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉。

⑤对判决、裁定已经发生法律效力，当事人又起诉的，告知原告按照申诉处理，但人

民法院准许起诉的裁定除外。

⑥依照法律规定,在一定期限内不得起诉的案件,在不得起诉的期限内起诉的,不予受理。

⑦判决不准离婚和调解和好的离婚案件,判决、调解维持收养关系的案件,没有新情况、新理由,原告在6个月内又起诉的,不予受理,但是,判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决、调解维持收养关系的案件的被告向人民法院起诉的,应予受理;夫妻一方下落不明,另一方诉至人民法院,只要求离婚,不申请宣告下落不明的人失踪或死亡的案件,法院应当受理,对下落不明的人用公告送达诉讼文书。

⑧赡养费、抚养费、抚育费案件,裁判发生法律效力后,因新情况、新理由,一方当事人再行起诉要求增加或减少费用的,人民法院应当作为新案件处理。

⑨当事人超过诉讼时效期间起诉的,人民法院应予受理。受理后查明无诉讼时效中止、中断、延长事由的,判决驳回其诉讼请求。

⑩对于专利纠纷案件的受理问题,最高人民法院在《关于审理专利纠纷案件的若干问题的解答》中规定:“对于专利权属纠纷案件,人民法院应当依法受理。由各省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院、经济特区的中级人民法院和经最高人民法院同意的开放城市的中级人民法院作为第一审法院。”

16. 撤诉

撤诉是当事人行使处分权的表现,分为申请撤诉与按撤诉处理两种情况。

(1)申请撤诉的条件:

①申请人限于原告、上诉人及其法定代理人,有独立请求权的第三人也可提出撤诉申请。

②撤诉必须合法。撤诉申请的时间必须是在法院受理之后,宣告判决之前,且申请撤诉不得规避法律。

③撤诉必须由人民法院作出裁定。

(2)总结《民事诉讼法》及《民事诉讼法意见》的有关规定,按撤诉处理的情形有:

①原告或上诉人未依法按期交纳诉讼费用;

②原告经传票传唤,无正当理由拒不到庭;

③原告未经法庭许可中途退庭;

④原告应预交而未预交案件受理费,人民法院通知其预交,通知后仍不交纳,或申请缓、减、免未获人民法院的批准仍不交纳诉讼费用的;

⑤无民事行为能力的原告的法定代理人经法院传票传唤无正当理由拒不到庭的;

⑥有独立请求权的第三人经法院传票传唤无正当理由拒不到庭的,或未经法庭许可中途退庭的。

(3)有独立请求权的第三人参加诉讼后,原告申请撤诉获准的,有独立请求权的第三人作为另案原告,原案原告、被告作为另案被告,诉讼另行进行。

(4)撤诉的法律后果有三,不论是申请撤诉还是按撤诉处理,其后果相同:

①法院裁定准许的,会直接引起终结诉讼程序。

②诉讼时效重新计算,原告在诉讼时效期间内再次起诉的,人民法院应当受理。

③诉讼费用由原告或上诉人承担。

依据《民事诉讼法》有关规定,撤诉具有以下法律效力:(1)终结诉讼程序;(2)原告撤诉或法院按撤诉处理后,当事人可对同一诉讼请求再次起诉;(3)诉讼费用由原告或上诉人负担。而根据最高人民法院关于执行问题的若干规定(试行)第2条:“执行机构负责执行下列生效法律文

书:(1)人民法院的民事、行政判决、裁定、调解书,民事制裁决定书、支付令,以及刑事附带民事判决、裁定、调解书;(2)依法应由人民法院执行的行政处罚决定、行政处理决定;(3)我国仲裁机构作出的仲裁裁决和调解书;人民法院依据《中华人民共和国仲裁法》有关规定作出的财产保全和证据保全裁定;(4)公证机关依法赋予强制执行效力的关于追偿债款、物品的债权文书;(5)经人民法院裁定承认其效力的外国法院作出的判决、裁定,以及中国仲裁机构作出的仲裁裁决;(6)法律规定由人民法院执行的其他法律文书。”

根据适用民事诉讼法意见 144 条:“当事人撤诉或人民法院按撤诉处理后,当事人以同一诉讼请求再次起诉的,人民法院应予受理。原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件,没有新情况、新理由,六个月内又起诉,可以按照民事诉讼法第一百一十一条第(七)项的规定不予受理。”

17. 简易程序

简易程序一直是律师资格考试和司法考试的重点,如 2002 年司法考试有关简易程序的试题分值即不下 3 分,故考生应重点掌握。

(1) 特别注意掌握简易程序的适用范围。

简易程序的适用范围,即哪些法院审理哪些案件适用简易程序。具体而言,应同时具备以下 3 个条件:

- ①基层人民法院及其派出法庭;
- ②审理第一审案件;
- ③事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件。

但以下 3 种案件不得适用简易程序:

- ①起诉时被告下落不明的;
- ②已经按照普通程序审理的;
- ③发回重审和按照审判监督程序审理的。

(2) 掌握简易程序的特点:

- ①可口头起诉;
- ②双方当事人同时到庭的,可当即审理;
- ③传唤方式简便;
- ④审限仅三个月,且不得延长;
- ⑤判决书加盖基层人民法院印章,而不得以人民法庭印章代替之。

(3) 注意:

简易程序是与普通程序并存的独立的第一审程序之一,并非普通程序的附属性程序或者辅助性程序。

根据《民事诉讼法》第 146 条:“人民法院适用简易程序审理案件,应当在立案之日起三个月内审结。”最高人民法院《关于经济纠纷案件适用简易程序开庭审理的若干规定》第 2 条“原告、被告双方同时到庭请求解决纠纷的,可以当即审理,当即调解。”和适用民事诉讼法意见第 173 条“人民法院作的判决书、裁定书、调解书,必须加盖基层人民法院印章,不得用人民法庭的印章代替基层人民法院的印章。”《民事诉讼法》134 条第 1 款“人民法院公开审理或者不公开审理的案件,一律公开宣告判决”的规定可以得知:所有的判决必须公开宣告,而简易程序审限是 3 个月。