



中业®网校

www.zhongye.net

2020 年法律职业资格考试
《民事诉讼法》
真题分析

目录

第一章 民诉法基本范畴.....	1
考区一 民事诉讼法的属性.....	1
考区二 诉讼标的、诉讼请求与诉的种类.....	1
考区三 反诉.....	3
考区四 诉的合并与分离.....	5
第二章 基本原则与基本制度.....	7
考区一 基本原则.....	7
考区二 基本制度.....	10
第三章 主管与管辖.....	16
考区一 管辖权异议与应诉管辖.....	16
考区二 级别管辖.....	18
考区三 地域管辖.....	20
考区四 裁定管辖.....	25
第四章 当事人.....	29
考区一 当事人主体资格与当事人适格.....	29
考区二 当事人的确定.....	32
考区三 共同诉讼.....	37
考区四 代表人诉讼、公益诉讼.....	38
考区五 第三人（包括第三人撤销之诉）.....	42
第五章 诉讼代理人.....	48
考区一 法定代理人.....	48
考区二 委托代理人.....	48
第六章 民事证据.....	51
考区一 证据的法定种类.....	51
考区二 证据的理论分类.....	56
考区三 证据保全.....	60
第七章 民事证明.....	62
考区一 证明对象.....	62
考区二 证明责任.....	64
考区三 法院调查收集证据、举证期限.....	71
考区四 质证程序与认证规则.....	74

第八章 民事诉讼保障.....	78
考区一 期间与送达.....	78
考区二 保全与先予执行.....	81
第九章 法院调解.....	85
考区一 调解程序.....	85
考区二 调解协议与调解书.....	86
第十章 一审普通程序.....	89
考区一 起诉与受理.....	89
考区二 审理程序.....	93
考区三 撤诉、缺席判决、延期审理、诉讼中止与诉讼终结.....	95
考区四 民事裁判.....	98
第十一章 一审简易程序.....	102
考区一 简易程序的一般规定.....	102
考区二 小额诉讼程序.....	107
第十二章 二审程序.....	110
考区一 二审的启动.....	110
考区二 二审的审判.....	114
考区三 二审的和解与调解.....	119
第十三章 再审程序.....	125
考区一 再审的启动.....	125
考区二 再审的审判.....	128
第十四章 非讼程序.....	133
考区一 特别程序.....	133
考区二 督促程序.....	138
考区三 公示催告程序.....	143
第十五章 涉外民事诉讼程序.....	146
第十六章 执行程序.....	150
考区一 执行程序的一般理论.....	150
考区二 对执行行为的异议、案外人异议.....	151
考区三 执行和解.....	158
考区四 执行承担、执行担保、参与分配.....	160

考区五 执行措施.....	163
第十七章 仲裁制度.....	165
考区一 仲裁一般理论.....	165
考区二 仲裁协议.....	165
考区三 仲裁保全.....	173
第十八章 仲裁程序.....	174
考区一 仲裁庭的组成.....	174
考区二 仲裁的审理.....	176
考区三 仲裁的结果.....	177
考区四 仲裁裁决的撤销与不予执行.....	180

第一章 民诉法基本范畴

考区一 民事诉讼法的属性

（2011-3-35）关于民事诉讼法的性质，下列哪一说法是正确的？

- 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】C

【解析】

本题考查民事诉讼法的属性。

根据其调整的社会关系来看，民事诉讼法应该是部门法。民事诉讼法调整的是民事诉讼关系。故 A 选项错误。

根据其在法律体系中的地位来看，民事诉讼法应该是基本法。故 B 选项错误。

根据其规定的内容来看，民事诉讼法是程序法。故 C 选项正确。

根据公法与私法的划分标准，民事诉讼法应当是公法。故 D 选项错误。

考区二 诉讼标的、诉讼请求与诉的种类

（2011-3-37）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，下列哪一选项正确？

- 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】C

【解析】

本题考查诉讼请求的判断。

本案的诉讼标的是房屋租赁合同法律关系。题干中，甲将乙的房租增至 7000 元，此时

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

诉讼标的并没有变化，发生变化的是诉讼请求，因此 A 项和 B 项都不对。C 项的说法正确。由于是诉讼请求金额的增加，因此不必另行起诉，D 项也错误

（2013-3-37）关于诉的分类的表述，下列哪一选项正确？

- 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】C

【解析】

本题考查诉的分类。

确认之诉，是指原告请求法院确认其与被告之间是否存在某种民事法律关系的诉。给付之诉，是指原告请求法院判令被告履行一定的民事义务的诉。变更之诉，是指原告请求法院以判决改变或消灭既存的某种民事法律关系的诉。A 选项属于认定公民无行为能力的特别程序案件，并不存在原告和被告双方当事人之间的争议，根本就不是一个诉，A 项错误。B 选项中的申请宣告婚姻无效案件，是指婚姻关系自始无效，属于确认之诉，故 B 选项错误。C 选项中，原告张某向被告王某主张离婚损害赔偿，即要求被告履行一定的义务，属于给付之诉。所以，C 选项正确。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，此系抚养法律关系之内容的改变，属于变更之诉。所以，D 选项错误

（2015-3-37）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，下列哪一说法正确？

- 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

【答案】D

【解析】

本题考查诉的相关理论。

诉讼标的是指当事人之间因发生争议而请求人民法院作出裁判的民事法律关系。本案的诉讼标的是侵权损害赔偿法律关系，并未发生变更，故 A 选项错误。

原告在诉讼过程中可以变更诉讼请求。《民诉解释》第 232 条规定：“在案件受理后，法庭辩论结束前，原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理的，人民法院应当合并审理。”至于原告变更诉讼请求，也应适用这条规定，在法庭辩论结束前进行。因此，B 选项错误。

变更之诉，是指原告请求法院以判决改变或消灭既存的某种民事法律关系的诉。给付之诉，是指原告请求法院判令被告履行一定的民事义务的诉。在本案中，原告变更后的诉讼请求是要求李某赔偿损失并赔礼道歉，仍然是要求被告履行义务，属于给付之诉，所以 C 选项错误，D 选项正确。D 选项当选。

考区三 反诉

（2014-3-43）刘某与曹某签订房屋租赁合同，后刘某向法院起诉，要求曹某依约支付租金。曹某向法院提出的下列哪一主张可能构成反诉？

- A. 刘某的支付租金请求权已经超过诉讼时效
- B. 租赁合同无效
- C. 自己无支付能力
- D. 自己已经支付了租金

【答案】B

【解析】

本题考查反诉。

反诉是指在诉讼过程中，本诉被告针对本诉原告向法院提出的独立的反请求。而反驳是指被告提出有利于自己的事实和根据，否定原告所提诉讼请求的一项诉讼权利。反诉是被告提出的独立诉讼请求；反驳则无独立请求，而是被告通过抗辩予以否定原告的诉讼请求。本题中，原告刘某提出的诉讼请求是要求被告支付房租。A 选项中，被告曹某行使了诉讼时效的抗辩权，对原告请求予以否定，属于反驳。D 选项中，被告主张租金已经支付，自己未欠原告租金，也是反驳。C 选项中，被告主张没有支付能力，只是对债务履行能力的一种描述，本身不是诉讼请求，与原告的诉讼请求也无关系，因此既不是反诉又不是反驳。B 选项中，被告主张合同无效，是独立于原告诉讼请求的一种新请求，属于反诉。

所以，B 选项当选。

（2013-3-80）关于反诉，下列哪些表述正确？

- A. 反诉的原告只能是本诉的被告

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

- B.反诉与本诉必须适用同一种诉讼程序
- C.反诉必须在答辩期届满前提出
- D.反诉与本诉之间须存在牵连关系，因此必须源于同一法律关系

【答案】AB

【解析】

本题考查反诉制度。

反诉与本诉的当事人是诉讼地位互换，即由本诉的被告反诉本诉的原告。所以 A 选项正确。反诉属于诉的合并，将反诉与本诉合并审理，提高诉讼效率，这也就是反诉的意义之所在。因此反诉与本诉必须合并在同一种诉讼程序中进行审理。B 选项正确。《民诉解释》第 232 条规定：“在案件受理后，法庭辩论结束前，原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理的，人民法院应当合并审理。”所以，C 选项错误。反诉与本诉之间务必存在牵连关系，这种牵连关系可以是法律上的，也可以是事实上的；存在牵连即可，而不必源于同一法律关系，所以 D 选项错误。

（2012-3-80）关于反诉，下列哪些表述正确？

- A.反诉应当向受理本诉的法院提出，且该法院对反诉所涉及的案件也享有管辖权
- B.反诉中的诉讼请求是独立的，它不会因为本诉的撤销而撤销
- C.反诉如果成立，将产生本诉的诉讼请求被依法驳回的法律后果
- D.本诉与反诉的当事人具有同一性，因此，当事人在本诉与反诉中诉讼地位是相同的

【答案】AB

【解析】

本题考查反诉。

反诉属于诉的合并，将反诉与本诉合并审理，提高诉讼效率，这也就是反诉的意义之所在。因此反诉必须向受理本诉的法院提出，否则，在不同的两个法院分别审理的两个诉，就不能叫做反诉本诉了。这就要求本诉法院对反诉的案件应当有管辖权。但需要注意的是，本诉法院对反诉案件的管辖权，可以根据法律规定本来就具有，也可以基于牵连管辖而取得。牵连管辖也叫合并管辖，是指对某一案件有管辖权的法院，因本院无管辖权的另一案件与该案存在牵连关系，而对两起案件一并管辖。反诉与本诉之间存在牵连关系，可以适用牵连管辖。综上所述，A 选项正确。

反诉，是指在诉讼过程中，本诉被告针对本诉原告向法院提出的独立的反请求。独立性是反诉的一个基本属性。即使本诉撤诉，反诉作为一个独立存在之诉则不受影响；反之，反诉也可独立撤诉，本诉同时也不受影响。所以 B 选项正确。

被告提出反诉的目的，旨在通过反诉抵销或吞并本诉的诉讼请求，或者使本诉的诉讼

请求全部或者部分失去存在意义。因此，如果反诉成立，本诉的诉讼请求有可能被驳回，但也有可能部分支持、部分驳回。所以 C 选项的说法错误。

反诉与本诉的当事人是诉讼地位互换，即由本诉的被告反诉本诉的原告。所以 D 选项错误

考区四 诉的合并与分离

(2012-3-97)2009 年 2 月，家住甲市 A 区的赵刚向家住甲市 B 区的李强借了 5000 元，言明 2010 年 2 月之前偿还。到期后赵刚一直没有还钱。2010 年 3 月，李强找到赵刚家追讨该债务，发生争吵。赵刚因所牵宠物狗易受惊，遂对李强说：“你不要大声喊，狗会咬你。”李强不理，仍然叫骂，并指着狗叫喊。该狗受惊，扑向李强并将其咬伤。李强治伤花费 6000 元。李强起诉要求赵刚返还欠款 5000 元、支付医药费 6000 元。关于法院对李强提出的返还欠款 5000 元和支付医药费 6000 元的诉讼审理，下列选项正确的是：

- A.可以分别审理，分别作出判决
- B.可以合并审理，一起作出判决
- C.可以合并审理，分别作出判决
- D.必须分别审理，分别作出判决

【答案】AC

【小提示】针对有牵连关系的诉的合并，可以合并审理，且可一起判决；针对无牵连关系的诉的合并，可以合并审理，但必须分别判决。

【解析】本题考查诉的合并与分离。

诉的合并，旨在提高诉讼效率，包括诉的主体合并和诉的客体合并两种情况。诉的客体合并，是指在同一诉讼程序中，同一方当事人向对方当事人提出了两上或两个以上的诉的标的，人民法院予以合并审理。被合并的数个诉之间，可能不存在牵连关系，如原告既诉请被告返还借款，又诉请被告交付买卖标的物，还诉请被告返还租用的房屋；也可能具有牵连关系，如原告既起诉离婚，又起诉分割共同财产。针对有牵连关系的诉的合并，可以合并审理，且可一起判决；针对无牵连关系的诉的合并，可以合并审理，但必须分别判决。诉的分离是诉的合并的对称，是指人民法院受理案件后，将几个诉从一个案件中分离出来，作为若干独立的案件分别进行审理和裁判。诉的分离的目的在于避免诉讼的复杂化，便于法院顺利的审结案件，确保案件审理质量。一般而言，合并的诉都可以分离，但必要共同诉讼除外，此种当事人的合并必须合并审理而不得分离。本题题干中的两个诉，属于诉的客体的合并，且没有牵连关系，因此可以合并审理、分别判决，但不得一起判决；两

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

个合并的诉也可以分离，因此也可以分别审理、分别判决。

综上所述，A 和 C 选项正确，B 和 D 选项错误。

（2012-3-100）（接上题）赵刚称，其向李强借款是事实，但在 2010 年 1 月卖给李强一块玉石，价值 5000 元，说好用玉石货款清偿借款。当时李强表示同意，并称之后会把借条还给赵刚，但其一直未还该借条。关于赵刚“用玉石货款清偿借款”的辩称，下列选项正确的是：

- A.将该辩称作为赵刚偿还借款的反驳意见来审查，审查的结果可以作为判决的根据
- B.赵刚应当以反诉的形式提出请求，法院可以与本诉合并进行审理
- C.赵刚必须另行起诉，否则法院不予处理
- D.赵刚既可以反诉的形式提出，也可另行起诉

【答案】D（官方答案为 BD）

【解析】

本题考查反诉的处理方式。

反诉，是指在诉讼过程中，本诉被告针对本诉原告向法院提出的独立的反请求。而反驳是指被告提出有利于自己的事实和根据，否定原告所提诉讼请求的一项诉讼权利。反诉是一个独立的诉讼请求，而反驳则仅是对于对方诉讼请求的否定，不具有独立性。在本案中，李强起诉赵刚偿还借款是一个诉讼请求，而赵刚称曾卖给李强玉石且用货款清偿了借款，则是一个新的基于玉石买卖合同的独立请求，并非反驳。所以 A 选项错误。本来两个请求之间并不存在牵连关系，但“用玉石货款清偿借款”的约定使得两者之间产生了牵连关系，因此被告赵刚基于玉石买卖合同的请求便可以成立反诉，当然也可以单独另行起诉。因此，B 和 C 选项都只是指出了一种处理方式，是片面的，都是错误选项。

综上所述，只有 D 选项正确。

第二章 基本原则与基本制度

考区一 基本原则

（2014-3-35）社会主义法治的价值追求是公平正义，因此必须坚持法律面前人人平等原则。下列哪一民事诉讼基本原则最能体现法律面前人人平等原则的内涵？

- A. 检察监督原则
- B. 诚实信用原则
- C. 当事人诉讼权利平等原则
- D. 同等原则和对等原则

【答案】C

【解析】

本题考查民事诉讼的基本原则。

这是一道送分题。检察监督原则是指人民检察院有权对民事诉讼活动实行法律监督。诚实信用原则指民事诉讼当事人、其他诉讼参与人及法官在诉讼进行中，其诉讼行为应该符合公正、诚实、守信的要求。上述两项原则都与平等内涵无关。所以，A、B选项都错误。

对等原则是指外国法院限制我国当事人诉讼权利的，我国人民法院也对该国当事人的诉讼权利予以限制。它与平等内涵也无关。同等原则是指在我国民事诉讼中，赋予外国的或无国籍的当事人与我国当事人同等的诉讼权利义务。该原则对平等内涵只是略有体现，仅仅要求不同国籍当事人之间的平等。所以D选项也错误。

当事人诉讼权利平等原则，是指民事诉讼当事人具有平等的诉讼权利，人民法院审理民事案件，应当平等地保障当事人行使诉讼权利。该原则涵括了所有当事人的平等，在四个选项中最能体现平等内涵。C选项正确。

（2014-3-37）根据《民事诉讼法》规定的诚信原则的基本精神，下列哪一选项符合诚信原则？

- A. 当事人以欺骗的方法形成不正当诉讼状态
- B. 证人故意提供虚假证言
- C. 法院根据案件审理情况对当事人提供的证据不予采信
- D. 法院对当事人提出的证据任意进行取舍或否定

【答案】C

【解析】

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

本题考查民事诉讼的诚实信用原则。

诚实信用原则，是指民事诉讼当事人、其他诉讼参与人及法官在诉讼进行中，其诉讼行为应该符合守法、公正、诚实、守信的要求。该原则对诉讼参与人和法官都有约束力。

A、B 两个选项显然是不符合诚实信用原则的。《民诉解释》第 105 条规定：“人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审核证据，依照法律规定，运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据有无证明力和证明力大小进行判断，并公开判断的理由和结果。”因此，C 选项符合诚实信用原则的要求；而 D 选项说法院对证据进行任意取舍，则不合法。C 选项正确。

（2013-3-45）关于民事诉讼基本原则的表述，下列哪一选项正确？

A.外国人在我国进行民事诉讼时，与中国人享有同等的诉讼权利义务，体现了当事人诉讼权利平等原则

B.法院未根据当事人的自认进行事实认定，违背了处分原则

C.当事人主张的法律关系与法院根据案件事实作出的认定不一致时，根据处分原则，当事人可以变更诉讼请求

D.环保组织向法院提起公益诉讼，体现了支持起诉原则

【答案】C

【解析】

本题考查民事诉讼法的基本原则。

《民事诉讼法》第 5 条规定：“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。”这是同等原则的法律规定。而诉讼权利平等原则，则是指当事人之间享有平等的诉讼权利。所以 A 选项错误。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 8 条第 1 款规定：“诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。”而且，如果法院查明的事实与当事人自认不一致时，应以法院查明为据。可见，并非所有民事案件事实都能适用自认，法院未必一定要根据自认进行事实认定。因此，B 选项错误。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 8 条规定：“诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第 34 条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”此时，法院在履行告知义务之后，当事人可以变更诉讼请求，也可以不变更诉讼请求，当事人对此仍然存在选择权。因此，变更诉讼请求确系处分原则的体现，C 选项正确。

《民事诉讼法》第15条规定：“机关、社会团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉。”这是支持起诉原则的规定。在支持起诉原则中，支持起诉的主体并不是当事人。环保组织向法院提起公益诉讼，环保组织本身即作为原告，这不是支持起诉原则的体现。D选项错误。

(2011-3-38)关于民事诉讼法基本原则在民事诉讼中的具体体现，下列哪一说法正确？

- A.当事人有权决定是否委托代理人代为进行诉讼，是诉讼权利平等原则的体现
- B.当事人均有权委托代理人代为进行诉讼，是处分原则的体现
- C.原告与被告在诉讼中有一些不同但相对等的权利，是同等原则的体现
- D.当事人达成调解协议不仅要自愿，内容也不得违法，是法院调解自愿和合法原则的体现

【答案】D

【解析】

本题考查民事诉讼法的基本原则。

当事人有权决定是否委托代理人代为进行诉讼，是指当事人有委托代理人的决定权，这体现的是处分原则，因此A选项错误。

当事人均有权委托代理人代为进行诉讼，是指双方当事人都平等地享有委托代理人的权利，这体现的是平等原则。B选项错误。

原告与被告在诉讼中有一些不同但相对等的权利，体现的是平等原则。当事人在诉讼权利上的平等，表现为两种情况：第一，当事人的某些诉讼权利是相同的，如原告和被告都享有委托代理、申请回避、提供证据等诉讼权利；第二，当事人的某些诉讼权利是相对的，如原告享有提出诉讼请求的权利，被告则享有反驳原告诉讼请求的权利。而同等原则，根据《民事诉讼法》第5条之规定，是指外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。因此C选项错误。

《民事诉讼法》第9条规定：“人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。”所以，D选项正确。

(2010-3-88)王某与钱某系夫妻，因感情不和王某提起离婚诉讼，一审法院经审理判决不准予离婚。王某不服提出上诉，二审法院经审理认为应当判决离婚，并对财产分割与子女抚养一并作出判决。关于二审法院的判决，下列哪些选项违反了《民事诉讼法》的原则或制度？

- A.处分原则

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

- B.辩论原则
- C.两审终审制度
- D.回避制度

【答案】ABC

【解析】

本题考查民事诉讼的基本原则和基本制度。

在题干中，一审只提到了王某提起离婚诉讼，而一审的判决也仅仅只是对王某要求解决的婚姻关系问题作了判决。但是，二审判决却处理了三个问题：判决离婚、判决财产分割以及子女抚养。这就是超出了原告的诉讼请求。法院判决限定于原告诉讼请求之范围内，这体现了处分原则。所以二审判决违反了处分原则，A选项的表述是对的。

财产分割和子女抚养问题是一审判决没有处理的问题，二审直接进行了判决。两审终审制意味着二审判决是终审判决，当事人不得通过上诉进行救济，因此当事人对财产分割和子女抚养问题不能再上诉救济。但这两个问题实际上却只进行了一次审判。所以违反了两审终审制，C选项正确。

民事诉讼奉行两审终审制，这就意味着当事人在一审和二审中都有辩论的权利和机会。前已述及，对于财产分割和子女抚养问题，二审法院违反两审终审制通过一次审理就作出了终审判决，也就意味着当事人丧失了一次辩论机会。所以，B选项正确。

题干中没有涉及回避制度，所以D选项错误。

考区二 基本制度

（2018 仿真题）在小明诉老王解除收养关系案件的审理过程中，小明申请本案合议庭的审判长王正义回避。下列关于回避的说法，下列说法正确的是？

- A.王正义的回避决定必须由审判委员会作出
- B.王正义在法院作出是否回避的决定前，除案件需要采取紧急措施外，应当暂停参与本案的工作
- C.如果一审判决作出之后，小明提起了上诉。二审法院发现王正义应当回避而未回避，则应裁定撤销原判发回重审
- D.如果法院判决生效之后，小明可以王正义应当回避而未回避为由申请再审

【答案】BCD

【解析】

本题综合性考查回避制度。

《民事诉讼法》第46条规定：“院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判

人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。”若王正义系院长，则其回避由审判委员会决定；若王正义系普通的审判人员，则由院长决定。故 A 项说法过于绝对，是错误的。

《民事诉讼法》第 45 条第 2 款规定：“被申请回避的人员在人民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。”故 B 项正确。

根据《民事诉讼法》第 170 条第 1 款和《民诉解释》第 325 条之规定，一审程序中应当回避的审判人员未回避的，二审法院应当撤销原判发回重审。故 C 项正确。

根据《民事诉讼法》第 200 条之规定，依法应当回避的审判人员没有回避的，属于严重的程序错误，当事人以此为由申请再审，法院应予准许。故 D 项正确。

（2015-3-36）某区法院审理原告许某与被告某饭店食物中毒纠纷一案。审前，法院书面告知许某合议庭由审判员甲、乙和人民陪审员丙组成时，许某未提出回避申请。开庭后，许某始知人民陪审员丙与被告法定代表人是亲兄弟，遂提出回避申请。关于本案的回避，下列哪一说法正确？

- A.许某可在知道丙与被告法定代表人是亲兄弟时提出回避申请
- B.法院对回避申请作出决定前，丙不停止参与本案审理
- C.应由审判长决定丙是否应回避
- D.法院作出回避决定后，许某可对此提出上诉

【答案】A

【解析】

本题考查回避制度。

《民事诉讼法》第 48 条规定：“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。”可见，当事人是法人时，其法定代表人享有当事人的诉讼权利义务。根据《民事诉讼法》第 44 条之规定，审判人员是本案当事人近亲属的需要回避。又根据最高人民法院《关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》第 1 条之规定，近亲属包括与审判人员有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲及近姻亲关系的亲属。因此，丙作为被告法定代表人的亲兄弟，需要回避。《民事诉讼法》第 45 条第 1 款规定：“当事人提出回避申请，应当说明理由，在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。”在本题中，许某在开庭后才知回避事由，此时可提回避申请，A 选项正确。

《民事诉讼法》第 45 条第 2 款规定：“被申请回避的人员在人民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。”因此，B 选项错

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

误。

《民事诉讼法》第 46 条规定：“院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。”丙是人民陪审员，属于审判人员，其回避应由院长决定，所以 C 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 47 条之规定，申请人对回避决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次，而不能上诉。可见 D 选项错误。

因此，A 选项当选。

（2016-3-35）不同的审判程序，审判组织的组成往往是不同的。关于审判组织的适用，下列哪一选项正确？

A.适用简易程序审理的案件，当事人不服一审判决上诉后发回重审的，可由审判员独任审判

B.适用简易程序审理的案件，判决生效后启动再审程序进行再审的，可由审判员独任审判

C.适用普通程序审理的案件，当事人双方同意，经上级法院批准，可由审判员独任审判

D.适用选民资格案件审理程序的案件，应组成合议庭审理，而且只能由审判员组成合议庭

【答案】D

【解析】

本题考查审判组织。

《民事诉讼法》第 40 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。”可见，二审发回重审与再审都不得适用独任制，故 A 项与 B 项错误。

《民事诉讼法》第 39 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。”可见，一审普通程序必须适用合议制，C 项错误。

《民事诉讼法》第 178 条规定：“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。”故 D 项正确。

（2010-3-38）关于合议庭评议案件，下列哪一表述正确？

- A.审判长意见与多数意见不同的，以其意见为准判决
- B.陪审员意见得到支持、形成多数的，可按该意见判决
- C.合议庭意见存在分歧的，也可提交院长审查决定
- D.审判人员的不同意见均须写入笔录

【答案】D

【解析】

本题考查的是合议庭的评议。

合议庭的评议方式，实行少数服从多数的原则。审判长意见与多数意见不同的，应当按照多数意见作出。因此 A 选项错误。

按照官方答案，B 选项错误，其实此处是有瑕疵的。《民事诉讼法》第 39 条第 3 款规定：“陪审员在执行陪审职务时，与审判员有同等的权利义务。”可见，如果陪审员意见得到支持且形成了多数意见，就要按照此多数意见作出判决。因此，B 选项说“可按该意见判决”的这种表述也是成立的。当然，更加准确的表述应该是：陪审员意见得到支持、形

成多数的，应当按该意见判决。但是，这种抠字眼式的考查是没有意义的。可见，这属于瑕疵选项，以后的考查应当避开这种瑕疵。

C 选项中，合议庭意见存在分歧，并不是提交院长审查决定，而是按多数意见作判决。所以 C 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 42 条之规定，合议庭评议案件，实行少数服从多数的原则。评议应当制作笔录，由合议庭成员签名；评议中的不同意见，必须如实记入笔录。所以 D 选项正确

（2010-3-37）关于回避，下列哪一说法正确？

- A.当事人申请担任审判长的审判人员回避的，应由审委会决定
- B.当事人申请陪审员回避的，应由审判长决定
- C.法院驳回当事人的回避申请，当事人不服而申请复议，复议期间被申请回避人不停止参与本案的审理工作
- D.如当事人申请法院翻译人员回避，可由合议庭决定

【答案】C

【解析】

本题考查的是回避的决定程序。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

《民事诉讼法》第46条规定：“院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。”只有院长的回避才是审委会决定，所以A选项错误。

翻译人员的回避，由审判长决定，而非合议庭，D选项也错误。

陪审员属于审判人员，审判人员包括审判员和陪审员。所以，陪审员的回避应当由院长决定。所以B选项错误。

回避决定的救济方式是复议。根据《民事诉讼法》第47条之规定，申请人对决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次；复议期间，被申请回避的人员，不停止参与本案的工作。因此，C选项正确。

（2013-3-78）下列哪些情况下，法院不应受理当事人的上诉请求？

A.宋某和卢某借款纠纷一案，卢某终审败诉，宋某向区法院申请执行，卢某提出执行管辖异议，区法院裁定驳回卢某异议。卢某提起上诉

B.曹某向市中院诉刘某侵犯其专利权，要求赔偿损失1元钱，中院驳回其请求。曹某提起上诉

C.孙某将朱某打伤，经当地人民调解委员会调解达成协议，并申请法院进行了司法确认。后朱某反悔提起上诉

D.尹某诉与林某离婚，法院审查中发现二人系禁婚的近亲属，遂判决二人婚姻无效。尹某提起上诉

【答案】ACD

【解析】

本题考查两审终审制的例外。

根据最高人民法院《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》第3条之规定，当事人对执行法院管辖权异议的裁定不服时，可以向上一级人民法院申请复议。所以A选项所言执行管辖权异议的裁定不能上诉。注意，审判管辖权异议的裁定可以上诉。两者不可混淆。A选项当选。

B选项属于适用两审终审制的案件，是可以上诉的。该选项旨在考查小额诉讼程序。根据《民事诉讼法》第162条之规定，小额诉讼程序的案件一审终审，不得上诉。但根据《民诉解释》第275条之规定，知识产权案件不适用小额诉讼程序。故B选项作为中院管辖的专利权案件，虽标的额只有1元，但不是小额诉讼程序，可以上诉。B选项不选。

确认调解协议的案件属于特别程序，法院进行司法确认的裁定直接生效，一审终审，不得上诉。C选项当选。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第9条第

1 款规定：“人民法院审理宣告婚姻无效案件，对婚姻效力的审理不适用调解，应当依法作出判决；有关婚姻效力的判决一经作出，即发生法律效力。”因此，D 选项不能上诉

（2012-3-36）唐某作为技术人员参与了甲公司一项新产品研发，并与该公司签订了为期 2 年的服务与保密合同。合同履行 1 年后，唐某被甲公司的竞争对手乙公司高薪挖走，负责开发类似的产品。甲公司起诉至法院，要求唐某承担违约责任并保守其原知晓的产品。关于该案的审判，下列哪一说法正确？

- A.只有在唐某与甲公司共同提出申请不公开审理此案的情况下，法院才可以不公开审理
- B.根据法律的规定，该案不应当公开审理，但应当公开宣判
- C.法院可以根据当事人的申请不公开审理此案，但应当公开宣判
- D.法院应当公开审理此案并公开宣判

【答案】C

【解析】

本题考查审判公开的例外。

根据《民事诉讼法》第 134 条之规定，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。另外根据《民事诉讼法》第 148 条之规定，人民法院对公开审理或者不公开审理的案件，一律公开宣告判决。

本题属于商业秘密案件，且属于依申请不公开审理的民事案件，因此，B 和 D 选项都错误。A 选项认为只有双方当事人共同申请不公开审理的情况才能不公开，这错误，只要一方当事人申请即可满足不公开审理的前提。C 选项正确。

第三章 主管与管辖

考区一 管辖权异议与应诉管辖

（2017-3-36）住所在 A 市 B 区的甲公司与住所在 A 市 C 区的乙公司签订了一份买卖合同，约定履行地为 D 县。合同签订后尚未履行，因货款支付方式发生争议，乙公司诉至 D 县法院。甲公司就争议的付款方式提交了答辩状。经审理，法院判决甲公司败诉。甲公司不服，以一审法院无管辖权为由提起上诉，要求二审法院撤销一审判决，驳回起诉。关于本案，下列哪一表述是正确的？

- A. D 县法院有管辖权，因 D 县是双方约定的合同履行地
- B. 二审法院对上诉人提出的管辖权异议不予审查，裁定驳回异议
- C. 二审法院应裁定撤销一审判决，发回一审法院重审
- D. 二审法院应裁定撤销一审判决，裁定将案件移送有管辖权的法院审理

【答案】B

【解析】本题考查应诉管辖。

根据最高人民法院《民诉解释》第 18 条第 3 款之规定，合同没有实际履行，当事人双方住所地都不在合同约定的履行地的，由被告住所地人民法院管辖。本题所述案情即符合此种情形，作为被告住所地的 B 区法院有管辖权，D 县法院作为合同履行地原本是没有管辖权的，故 A 选项错误。

《民事诉讼法》第 127 条第 2 款规定：“当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。”这是对应诉管辖的规定。本案中，被告甲公司在答辩期内未向 D 县法院提出管辖权异议，且提交了答辩状，故 D 县法院获得了管辖权。因此，B 选项正确，C、D 选项错误。

（2016-3-78）法院受理案件后，被告提出管辖异议，依据法律和司法解释规定，其可以采取下列哪些救济措施？

- A. 向受诉法院提出管辖权异议，要求受诉法院对管辖权的归属进行审查
- B. 向受诉法院的上级法院提出异议，要求上级法院对案件的管辖权进行审查
- C. 在法院对管辖异议驳回的情况下，可以对该裁定提起上诉
- D. 在法院对案件审理终结后，可以以管辖错误作为法定理由申请再审

【答案】AC

【解析】

本题考查管辖权异议。根据《民事诉讼法》第 127 条之规定，管辖权异议应当向受诉法院本院提出。可见，被告应当向受诉法院而非上级法院提出管辖权异议，A 项正确，B 项错误。根据《民事诉讼法》第 154 条之规定，当事人对管辖权异议的裁定可以通过上诉予以救济。故 C 项正确。根据《民事诉讼法》第 200 条之规定，当事人申请再审之事由之中并无管辖错误的规定，管辖错误不构成法定的申请再审事由，D 项错误。

（2011-3-95）2011 年 7 月 11 日，A 市升湖区法院受理了黎明丽（女）诉张成功（男）离婚案。7 月 13 日，升湖区法院向张成功送达了起诉状副本。7 月 18 日，张成功向升湖区法院提交了答辩状，未对案件的管辖权提出异议。8 月 2 日，张成功向升湖区法院提出管辖权异议申请，称其与黎明丽已分居 2 年，分别居住于 A 市安平区各自父母家中。A 市升湖区法院以申请管辖权异议超过申请期限为由，裁定驳回张成功管辖权异议申请后，升湖区法院查明情况，遂裁定将案件移送安平区法院。安平区法院接受移送，确定适用简易程序审理此案。关于本案管辖，下列正确的是：

- A.张成功行使管辖异议权符合法律的规定
- B.张成功主张管辖异议的理由符合法律规定
- C.升湖区法院驳回张成功的管辖异议符合法律规定
- D.升湖区法院对案件进行移送符合法律规定

【答案】C（原旧法答案为 BCD）

【解析】

本题考查管辖权异议与应诉管辖。

根据《民事诉讼法》第 127 条第 1 款之规定，法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。答辩期为被告收到起诉状副本之日起 15 日内。《民事诉讼法》第 127 条第 2 款又规定：“当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。”在本题中，被告收到起诉状副本是在 7 月 13 日，提出管辖权异议申请是在 8 月 2 日，已经过了 15 日的答辩期间。被告在法定期间内未提管辖权异议，且提交了答辩状，此时构成了应诉管辖，升湖区法院具备了管辖权。在受诉法院有管辖权的语境之下，张成功提出管辖权异议以及管辖异议的理由皆已不再合法，因此 A、B 选项错误，C 选项正确。在不存在管辖错误的前提下，受诉法院不能移送管辖。故 D 选项错误。

需要说明的是，这是旧题新解。应诉管辖制度是 2012 年民事诉讼法修改时的新规定，在 2011 年时尚无此项制度。因此，原答案为 BCD，现在改为 C。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

（2010-3-50）红光公司起诉蓝光公司合同纠纷一案，A 市 B 区法院受理后，蓝光公司提出管辖权异议，认为本案应当由 A 市中级法院管辖。B 区法院裁定驳回蓝光公司异议，蓝光公司提起上诉。此时，红光公司向 B 区法院申请撤诉，获准。关于本案，下列哪一选项正确？

- A.B 区法院裁定准予撤诉错误，因为蓝光公司已经提起上诉
- B.红光公司应当向 A 市中级法院申请撤诉，并由其裁定是否准予撤诉
- C.B 区法院应当待 A 市中级法院就蓝光公司的上诉作出裁定后，再裁定是否准予撤诉
- D.B 区法院裁定准予撤诉后，二审法院不再对管辖权异议的上诉进行审查

【答案】D

【解析】

本题考查法院在处理管辖权异议时对当事人撤诉的处理程序。

最高人民法院《关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》第 2 条规定：“在管辖权异议裁定作出前，原告申请撤回起诉，受诉人民法院作出准予撤回起诉裁定的，对管辖权异议不再审查，并在裁定书中一并写明。”据此，可以得出结论：在处理管辖权异议过程中，无论处于一审程序还是针对异议裁定的二审程序中，只要尚未作出生效的异议裁定，此时原告撤诉，一律对管辖权异议不再审查，直接由一审法院处理撤诉问题。因此，D 选项正确，ABC 选项都错误。

考区二 级别管辖

（2015-3-77）根据《民事诉讼法》相关司法解释，下列哪些法院对专利纠纷案件享有管辖权？

- A.知识产权法院
- B.所有的中级法院
- C.最高法院确定的中级法院
- D.最高法院确定的基层法院

【答案】ACD

【解析】

本题考查专利纠纷案件的管辖法院。

《民诉解释》第 2 条第 1 款规定：“专利纠纷案件由知识产权法院、最高人民法院确定的中级人民法院和基层人民法院管辖。”并非所有的中级法院和基层法院都能管辖专利纠纷案件。因此，ACD 选项当选。

（2012-3-78）根据《民事诉讼法》和司法解释的相关规定，关于级别管辖，下列哪些

表述正确？

- A.级别管辖不适用管辖权异议制度
- B.案件被移送管辖有可能是因为受诉法院违反了级别管辖的规定而发生的
- C.管辖权转移制度是对级别管辖制度的变通和个别的调整
- D.当事人可以通过协议变更案件的级别管辖

【答案】BC

【解析】

本题考查级别管辖。

管辖权异议制度同时适用于对地域管辖和对级别管辖的异议。最高人民法院《关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》就是专门规定级别管辖异议的司法解释。因此，A 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 36 条之规定，移送管辖旨在纠正管辖错误。只要法院发现受理的案件不属于本院管辖而属于其他法院管辖，就可以进行移送管辖，这种管辖错误既包括地域管辖错误也包括级别管辖上的错误。所以 B 选项正确。

管辖权转移，是指经上级法院决定或者同意，将某个案件的管辖权由上级法院转交给下级法院，或者由下级法院转交给上级法院，使得本无管辖权的法院由此而获得案件的管辖权。管辖权转移的前提并非因为管辖错误，而是对级别管辖制度的变通，将案件的管辖权在上下级法院之间转移。所以 C 选项正确。

根据《民事诉讼法》第 34 条之规定，协议管辖不得违反级别管辖和专属管辖的规定。可见，当事人的协议不能变更级别管辖。D 选项错误。

（2011-3-39）根据《民事诉讼法》和相关司法解释，关于中级法院，下列哪一表述正确？

- A.既可受理一审涉外案件，也可受理一审非涉外案件
- B.审理案件组成合议庭时，均不可邀请陪审员参加
- C.审理案件均须以开庭审理的方式进行
- D.对案件所作出的判决均为生效判决

【答案】A

【解析】

本题考查中级人民法院管辖案件的范围与审理的特点。

《民事诉讼法》第 18 条规定：“中级人民法院管辖下列第一审民事案件：（一）重大涉外案件；（二）在本辖区有重大影响的案件；（三）最高人民法院确定由中级人民法院

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

管辖的案件。”因此，A 选项正确。

中级法院可以作为一审法院，也可以作为二审法院。中院作为一审法院时，《民事诉讼法》第 39 条第 1 款规定：“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。”因此，B 选项错误。

中院作为二审法院时，根据《民事诉讼法》第 169 条第 1 款之规定，二审案件的审理以开庭为原则，以不开庭为例外。也就是说，中院审理二审案件时，符合条件的可以不开庭审理。因此，C 选项错误。

中院作为二审法院时，所作判决是生效判决；但中院作为一审法院时，所作判决一般都可上诉，并非生效判决。所以 D 选项不正确。

考区三 地域管辖

（2018 仿真题）小明家住甲市 A 区，十分富有，他将全部家产向甲市 B 区的大洋保险公司投保了财产险。某日，小明的女友小丽（家住甲市 C 区）到小明家玩耍，在吸烟时不小心点燃了易燃物，导致小明家产化为灰烬。小明向大洋保险公司获得理赔之后，保险公司起诉小丽追偿保险标的物损失费用。请问：本案若在基层法院管辖，哪些法院有管辖权？

A.A 区和 B 区法院

B.A 区和 C 区法院

C.B 区和 C 区法院

D.A 区、B 区和 C 区法院

【答案】B

【解析】本题考查特殊地域管辖。根据最高人民法院 25 号指导案例的判决要点，因第三人对保险标的的损害造成保险事故，保险人向被保险人赔偿保险金后，代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利而提起诉讼的，应当根据保险人所代位的被保险人与第三者之间的法律关系，而不应当根据保险合同法律关系确定管辖法院；第三者侵害被保险人合法权益的，由侵权行为地或者被告住所地法院管辖。因此，本案即应适用侵权行为地（甲市 A 区）与被告住所地（甲市 C 区）的管辖，B 项正确。

（2016-3-77）A 市东区居民朱某（男）与 A 市西县刘某结婚，婚后双方住 A 市东区。一年后，公司安排刘某赴 A 市南县分公司工作。三年之后，因感情不合朱某向 A 市东区法院起诉离婚。东区法院受理后，发现刘某经常居住地在南县，其对该案无管辖权，遂裁定将案件移送南县法院。南县法院收到案件后，认为无管辖权，将案件移送刘某户籍所在地西县法院。西县法院收到案件后也认为无管辖权。关于本案的管辖问题，下列哪些说法正

确？

- A.东区法院有管辖权
- B.南县法院有管辖权
- C.西县法院有管辖权
- D.西县法院认为自己没有管辖权，应当裁定移送有管辖权的法院

【答案】AB

【解析】

本题考查地域管辖与裁定管辖。

《民诉解释》第12条第1款规定：“夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，可以由原告住所地人民法院管辖。”根据其中“可以”之义，该条规定之情形既可以由原告住所地地法院也可以由被告住所地法院管辖。因此就本案而言，可以由原告朱某住所地（A市东区）法院管辖，也可以由被告刘某住所地管辖。《民事诉讼法》第21条第1款：“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。”《民诉解释》第4条：“公民的经常居住地是指公民离开住所地至起诉时已连续居住一年以上的地方，但公民住院就医的地方除外。”可见，对被告刘某一方而言，应当在其经常居住地A市南县法院管辖。综上所述，对本案有管辖权的法院是A市东区和A市南县法院，A项与B项正确，C项错误。

根据《民事诉讼法》第36条之规定，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。可见，移送管辖只能移送一次，西县法院不得再自行移送，应当报上级法院指定管辖。故D项错误。

（2014-3-96）甲县的葛某和乙县的许某分别拥有位于丙县的云峰公司50%的股份。后由于二人经营理念不合，已连续四年未召开股东会，无法形成股东会决议。许某遂向法院请求解散公司。依据法律，对本案享有管辖权的法院是：

- A.甲县法院
- B.乙县法院
- C.丙县法院
- D.丁县法院

【答案】C

【解析】

本题考查解散公司诉讼的管辖。

《民事诉讼法》第26条规定：“因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。”本案中，云峰公司住所地位于丙县，所以只有 C 选项正确。

（2016-3-96）住所地在 H 省 K 市 L 区的甲公司与住所地在 F 省 E 市 D 区的乙公司签订了一份 90 万元钢材买卖合同。合同在 B 市 C 区签订，双方约定合同履行地为 W 省 Z 市 Y 区，同时约定如因合同履行发生争议，由 B 市仲裁委员会仲裁。合同履行过程中甲公司与乙公司发生争议，甲公司欲申请仲裁解决。因 B 市有两个仲裁机构，分别为丙和丁仲裁委员会（都在 B 市 C 区），乙公司认为合同中的仲裁条款无效，向有关机构申请确认仲裁条款无效。如相关机构确认仲裁条款无效，甲公司欲与乙公司达成协议，确定案件的管辖法院。关于双方可以协议选择的管辖法院，下列选项正确的是：

- A.H 省 K 市 L 区法院
- B.F 省 E 市 D 区法院
- C.B 市 C 区法院
- D.W 省 Z 市 Y 区法院

【答案】ABCD

【解析】

本题考查协议管辖。

《民事诉讼法》第 34 条规定：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”结合本案而言，H 省 K 市 L 区和 F 省 E 市 D 区都是当事人住所地，B 市 C 区是合同签订地，W 省 Z 市 Y 区是合同履行地，这些地方的法院都可以协议选择。故 ABCD 四个选项都正确。

（2016-3-97）（接上题）如仲裁条款被确认无效，甲公司与乙公司又无法达成新的协议，甲公司欲向法院起诉乙公司。关于对本案享有管辖权的法院，下列选项正确的是：

- A.H 省 K 市 L 区法院
- B.F 省 E 市 D 区法院
- C.W 省 Z 市 Y 区法院
- D.B 市 C 区法院

【答案】BC

【解析】

本题考查特殊地域管辖。

根据题意，本案应适用合同纠纷的特殊地域管辖。《民事诉讼法》第 23 条规定：“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。”《民诉解释》第18条第1款规定：“合同约定履行地点的，以约定的履行地点为合同履行地。”本案中，被告住所地是乙公司所在的F省E市D区，合同履行地是合同约定的W省Z市Y区，故B项与C项正确。

(2015-3-95)主要办事机构在A县的五环公司与主要办事机构在B县的四海公司于C县签订购货合同，约定：货物交付地在D县；若合同的履行发生争议，由原告所在地或者合同签订地的基层法院管辖。现五环公司起诉要求四海公司支付货款。对本案享有管辖权的法院包括：

A.A 县法院

B.B 县法院

C.C 县法院

D.D 县法院

【答案】AC

【解析】

本题考查协议管辖。

《民事诉讼法》第34条规定：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”根据《民诉解释》第30条之规定，管辖协议约定两个以上与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，原告可以向其中一个人民法院起诉。本题所述案情是合同案件，可以适用协议管辖，且约定了原告所在地（A县）和合同签订地（C县）的基层法院，都与案件有实际联系，故管辖协议有效。A县和C县法院都有管辖权，原告起诉时从中选择一个即可。因此，A、C选项当选。

(2014-3-39) 关于管辖，下列哪一表述正确？

A.军人与非军人之间的民事诉讼，都应由军事法院管辖，体现了专门管辖的原则

B.中外合资企业与外国公司之间的合同纠纷，应由中国法院管辖，体现了维护司法主权的原则

C.最高法院通过司法解释授予部分基层法院专利纠纷案件初审管辖权，体现了平衡法院案件负担的原则

D.不动产纠纷由不动产所在地法院管辖，体现了管辖恒定的原则

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

【答案】C

【解析】本题考查管辖。

《民诉解释》第 11 条规定：“双方当事人均为军人或者军队单位的民事案件由军事法院管辖。”言外之意，当事人一方是军人或军队单位的案件是由地方法院受理。所以，A 选项错误。

《民事诉讼法》第 266 条规定：“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。”可见，专属于我国法院管辖的案件是上述三种合资、合作合同纠纷（企业内斗而非对外的纠纷），并不包括中外合资企业与外国公司之间的合同纠纷，B 选项错误。

《民诉解释》第 2 条第 1 款规定：“专利纠纷案件由知识产权法院、最高人民法院确定的中级人民法院和基层人民法院管辖。”因此，C 选项正确。

管辖恒定原则是指法院对某个民事案件是否享有管辖权，以起诉受理时为准，受理时对案件享有管辖权的法院，不因确定管辖的因素在诉讼过程中发生变化而受影响。D 选项所言属于不动产的专属管辖，而非管辖恒定，也错误。

（2012-3-95）2009 年 2 月，家住甲市 A 区的赵刚向家住甲市 B 区的李强借了 5000 元，言明 2010 年 2 月之前偿还。到期后赵刚一直没有还钱。2010 年 3 月，李强找到赵刚家追讨该债务，发生争吵。赵刚因所牵宠物狗易受惊，遂对李强说：“你不要大声喊，狗会咬你。”李强不理，仍然叫骂，并指着狗叫喊。该狗受惊，扑向李强并将其咬伤。李强治伤花费 6000 元。李强起诉要求赵刚返还欠款 5000 元、支付医药费 6000 元。关于李强与赵刚之间欠款的诉讼管辖，下列选项正确的是：

- A.甲市 A 区法院
- B.甲市 B 区法院
- C.甲市中级法院
- D.应当专属甲市 A 区法院

【答案】AB

【解析】

本题考查合同案件的特殊地域管辖。

《民事诉讼法》第 23 条规定：“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。”本案属于借款合同纠纷。根据《民诉解释》第 18 条第 2 款之规定，合同对履行地点没有约定或者约定不明确，争议标的为给付货币的，接收货币一方所在地为合同履行地；交付不动产的，不动产所在地为合同履行地；其他标的，履行义务一方所在

地为合同履行地。可见，本案的合同履行地在接受货币的一方即李强的所在地，也就是甲市 B 区。另外，被告住所地是赵刚的住所地甲市 A 区。本案的借款标的额只有 5000 元，故不可能由中级法院管辖。所以，选项 A 和 B 正确，C 错误。D 选项说的是专属管辖，而本案属于特殊地域管辖，不适用专属管辖，因此错误。

（2012-3-96）（接上题）关于李强要求赵刚支付医药费的诉讼管辖，下列选项正确的是：

- A.甲市 A 区法院
- B.甲市 B 区法院
- C.甲市中级法院
- D.应当专属甲市 A 区法院

【答案】A

【解析】

本题考查侵权案件的特殊地域管辖。

李强要求赵刚支付医药费的诉讼，系因赵刚的宠物狗将李强咬伤所致，属于侵权行为的案件，适用侵权案件的特殊地域管辖。《民事诉讼法》第 28 条规定：“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。”在本案中，原告李强被被告赵刚的狗咬伤，就是发生在赵刚家，所以侵权行为地与被告住所地都是甲市 A 区。另外，本案请求支付医药费的数额为 6000 元，故不可能由中级法院管辖。所以，A 选项正确，B 和 C 选项错误。D 选项说的是由甲市 A 区法院专属管辖，而本案属于特殊地域管辖，不适用专属管辖，因此错误。

考区四裁定管辖

（2014-3-78）根据《民事诉讼法》和相关司法解释的规定，法院的下列哪些做法是违法的？

- A.在一起借款纠纷中，原告张海起诉被告李河时，李河居住在甲市 A 区。A 区法院受理案件后，李河搬到甲市 D 区居住，该法院知悉后将案件移送 D 区法院
- B.王丹在乙市 B 区被黄玫打伤，以为黄玫居住乙市 B 区，而向该区法院提起侵权诉讼。乙市 B 区法院受理后，查明黄玫的居住地是乙市 C 区，遂将案件移送乙市 C 区法院
- C.丙省高院规定，本省中院受理诉讼标的额 1000 万元至 5000 万元的财产案件。丙省 E 市中院受理一起标的额为 5005 万元的案件后，向丙省高院报请审理该案

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

D. 居住地为丁市 H 区的孙溪要求居住地为丁市 G 区的赵山依约在丁市 K 区履行合同。后因赵山下落不明，孙溪以赵山为被告向丁市 H 区法院提起违约诉讼，该法院以本院无管辖权为由裁定不予受理

【答案】ABC

【小提示】C 选项，应当移送丙省高院管辖，而非“报请”。“报请”属于管辖权的转移方式。

【解析】本题考查管辖恒定原则、特殊地域管辖、移送管辖与管辖权转移。

《民诉解释》第 37 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。”这是地域管辖恒定的法律依据。A 选项中，应该还是由甲市 A 区法院管辖，不应移送 D 区，A 选项是违法的，当选。

《民事诉讼法》第 28 条规定：“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。”《民诉解释》第 24 条又规定，侵权行为地包括侵权行为实施地与侵权结果发生地。B 选项中，乙市 B 区是侵权行为地，是有管辖权的，不应移送乙市 C 区法院，B 选项也违法，当选。

在 C 选项中，丙省 E 市中院对 5005 万元的案件没有管辖权，应当直接移送有管辖权的丙省高院审理，无需报请，适用的是移送管辖（《民事诉讼法》第 36 条）；而 C 选项所言“向丙省高院报请审理该案”属于管辖权的转移（《民事诉讼法》第 38 条），因此是违法的，当选。

《民事诉讼法》第 23 条规定：“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。”D 选项所言案情系合同纠纷，丁市 H 区是原告住所地，既非被告住所地也非合同履行地，H 区法院无管辖权，D 选项是合法的，不选。正确答案为 ABC。

（2013-3-79）关于管辖制度的表述，下列哪些选项是不正确的？

- A. 对下落不明或者宣告失踪的人提起的民事诉讼，均应由原告住所地法院管辖
- B. 因共同海损或者其他海损事故请求损害赔偿提起的诉讼，被告住所地法院享有管辖权
- C. 甲区法院受理某技术转让合同纠纷案后，发现自己没有级别管辖权，将案件移送至甲市中院审理，这属于管辖权的转移
- D. 当事人可以书面约定纠纷的管辖法院，这属于选择管辖

【答案】ABCD

【解析】

本题考查管辖制度。

根据《民事诉讼法》第 22 条之规定，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，应由原告住所地人民法院管辖。A 选项并未限定于“身份关系”的诉讼，错误。

《民事诉讼法》第 32 条规定：“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的人民法院管辖。”可见，B 选项中被告住所地是没有管辖权的，故也错误。

管辖权转移，是指经上级法院决定或者同意，将某个案件的管辖权由上级法院转交给下级法院（需报再上级法院批准），或者由下级法院转交给上级法院，使得本无管辖权的法院由此而获得案件的管辖权。最高人民法院《关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》第 7 条规定：“当事人未依法提出管辖权异议，但受诉人民法院发现其没有级别管辖权的，应当将案件移送有管辖权的人民法院审理。”因此，C 选项属于移送管辖，而非管辖权的转移。当事人可以书面约定纠纷的管辖法院，这属于协议管辖，而非选择管辖。选择管辖是指两个以上法院都有管辖权的，原告可以向其中一个法院起诉。可见，D 选项错误。

（2010-3-39）某省甲市 A 区法院受理一起保管合同纠纷案件，根据被告管辖权异议，A 区法院将案件移送该省乙市 B 区法院审理。乙市 B 区法院经审查认为，A 区法院移送错误，本案应归甲市 A 区法院管辖，发生争议。关于乙市 B 区法院的做法，下列哪一选项正确？

- A.将案件退回甲市 A 区法院
- B.将案件移送同级第三方法院管辖
- C.报请乙市中级人民法院指定管辖
- D.与甲市 A 区法院协商不成，报请该省高级人民法院指定管辖

【答案】D

【解析】

本题考查移送管辖与指定管辖。

《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。”因此，本题中乙市 B 区法院不得再行移送，应当适用指定管辖，A 和 B 选项都错误。

《民事诉讼法》第 37 条第 2 款又规定：“人民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。”由此，在适用指定管辖时，本题中某省甲市 A 区法院与该省乙市 B 区法院因管辖权发生了推诿，在协商不成的情况下应当报请共同的上级法院管辖，而两者共同的上级法院是省高院。所以，C

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

选项错误，D 选项正确。

第四章 当事人

考区一 当事人主体资格与当事人适格

（2018 仿真题）辽宁省甲石油公司由于管理不善，导致漏油在渤海地区造成了重大污染。海南省乙县的卢某得知这一消息后极为愤慨，欲向乙县法院提起诉讼，请求被告采取措施停止漏油。下列说法错误的是？

- A. 本案属于给付之诉
- B. 乙县法院没有管辖权
- C. 本案原告不适格
- D. 本案属于公益诉讼，王某可以起诉

【答案】D

【解析】

本题综合性考查诉的种类、地域管辖、当事人适格等考点。本案就原告诉讼请求来看，需要被告采取停止漏油的措施，故属于行为的给付之诉，A 选项是正确的。

本案系侵权案件，根据《民事诉讼法》第 28 条和《民诉解释》第 24 条之规定，因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地（包括侵权行为实施地与侵权结果发生地）或者被告住所地人民法院管辖。A 县既非被告住所地，也非侵权行为地，无管辖权，故 B 项正确。

王某并非漏油污染侵权的受害人，不适格，故 C 项正确。

公民个人不得提起公益诉讼，故 D 项错误。

（2013-3-38）关于当事人能力和正当当事人的表述，下列什么选项正确？

- A. 一般而言，应以当事人是否对诉讼标的有确认利益，作为判断当事人适格与否的标准
- B. 一般而言，诉讼标的的主体即是本案的正当当事人
- C. 未成年人均不具有诉讼行为能力
- D. 破产企业清算组对破产企业财产享有管理权，可以该企业的名义起诉或应诉

【答案】BD（官方旧答案为 B）

【解析】

本题综合性考查诉的种类、地域管辖、当事人适格等考点。本案就原告诉讼请求来看，需要被告采取停止漏油的措施，故属于行为的给付之诉，A 选项是正确的。本案系侵权案件，根据《民事诉讼法》第 28 条和《民诉解释》第 24 条之规定，因侵权行为提起的诉讼，

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

由侵权行为地（包括侵权行为实施地与侵权结果发生地）或者被告住所地人民法院管辖。A 县既非被告住所地，也非侵权行为地，无管辖权，故 B 项正确。王某并非漏油污染侵权的受害人，不适格，故 C 项正确。公民个人不得提起公益诉讼，故 D 项错误。

（2012-3-81）关于当事人能力与当事人适格的概念，下列哪些表述正确？

- A.当事人能力又称当事人诉讼权利能力，当事人适格又称正当当事人
- B.有当事人能力的人一定是适格当事人
- C.适格当事人一定具有当事人能力
- D.当事人能力与当事人适格均由法律明确加以规定

【答案】AC

【解析】

本题考查当事人能力与当事人适格。

当事人能力，也叫诉讼权利能力，是指一定的主体能够享有民事诉讼权利和承担民事诉讼义务的能力，即能够成为民事诉讼当事人的法律资格。当事人能力是由法律设定的。当事人适格又称为正当当事人，是指能在具体案件中以自己名义作为原告起诉或者作为被告应诉的资格。当事人是否适格，是每一具体个案都要面对的问题，不能由法律进行统一设定。因此，A 选项正确，D 选项错误。

诉讼权利能力是作为抽象的诉讼当事人的资格，而适格当事人则是作为具体的诉讼当事人的资格。诉讼权利能力与具体的案件无关，而适格当事人则须在具体案件中才能得以判断，也就是说当事人适格与否是针对具体诉讼而言的，只能将当事人与具体的诉讼联系起来，看当事人与特定的诉讼标的有无直接关系。可见，当事人必须首先具备当事人能力进入民事诉讼，才会考虑是否适格的问题。当事人能力是当事人适格的前提，但具备当事人能力的主体在某一个案中却未必适格。所以，B 选项错误，C 选项正确。

（2012-3-45）2010 年 7 月，甲公司不服 A 市 B 区法院对其与乙公司买卖合同纠纷的判决，上诉至 A 市中级法院，A 市中级法院经审理维持原判决。2011 年 3 月，甲公司与丙公司合并为丁公司。之后，丁公司法律顾问在复查原甲公司的相关材料时，发现上述案件具备申请再审的法定事由。关于该案件的再审，下列哪一说法正确？

- A.应由甲公司向法院申请再审
- B.应由甲公司与丙公司共同向法院申请再审
- C.应由丁公司向法院申请再审
- D.应由丁公司以案外人身份向法院申请再审

【答案】C

【解析】

《民诉解释》第 63 条规定：“企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人；企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。”本题中，甲公司与丙公司合并成立了丁公司，因其之前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业丁公司为当事人。因此，需要再审时应当由丁公司作为新的当事人申请再审。A、B、D 选项都错误，C 正确。

（2016-3-79）程某诉刘某借款诉讼过程中，程某将对刘某因该借款而形成的债权转让给了谢某。依据相关规定，下列哪些选项正确？

- A.如程某撤诉，法院可以准许其撤诉
- B.如谢某申请以无独立请求权第三人身份参加诉讼，法院可予以准许
- C.如谢某申请替代程某诉讼地位的，法院可以根据案件的具体情况决定是否准许
- D.如法院不予准许谢某申请替代程某诉讼地位的，可以追加谢某为无独立请求权的第三人

【答案】 ABCD

【解析】

本题考查当事人的变更。

根据《民事诉讼法》第 145 条第 1 款之规定，宣判前原告可以申请撤诉，且由法院裁定是否准许。本案中，程某作为本案的原告申请撤诉，法院是可以准许的。故 A 项正确。

根据《民诉解释》第 249、250 条之规定，诉讼过程中，争议的民事权利义务发生转移的，转让人的当事人地位不变，受让人可以以无独立请求权第三人身份参加诉讼，生效裁判对于受让人具有拘束力；受让人申请替代当事人承担诉讼的，由法院根据案情决定是否准许。准许诉讼承担之后，受让人成为新的当事人，原当事人退出诉讼，原当事人已完成的诉讼行为对受让人具有约束力。由此可见，权利义务受让人在诉讼中的选择有二：替代原当事人参加诉讼，或者成为无独立请求权第三人。B 项与 C 项正确。

根据《民事诉讼法》第 56 条第 2 款之规定，无独立请求权第三人参加诉讼的方式既可以是自行申请，也可以是法院追加，故 D 项正确。

（2011-3-45）三合公司诉两江公司合同纠纷一案，经法院审理后判决两江公司败诉。此后，两江公司与海大公司合并成立了大江公司。在对两江公司财务进行审核时，发现了一份对前述案件事实认定极为重要的证据。关于该案的再审，下列哪一说法正确？

- A.应当由两江公司申请再审并参加诉讼

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

- B.应当由海大公司申请再审并参加诉讼
- C.应当由大江公司申请再审并参加诉讼
- D.应当由两江公司申请再审，但必须由大江公司参加诉讼

【答案】C

【解析】

本题考查民事诉讼当事人的变更。

《民诉解释》第 63 条规定：“企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人；企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。”由此可见，在诉讼过程中如果企业法人发生合并的，应当由合并后的法人作为新的当事人进行诉讼承担，诉讼继续进行。再审程序也是属于诉讼程序的一个特殊阶段，这一规定当然也适用于再审当事人。因此 C 项正确，A、B 和 D 选项都错误。

考区二 当事人的确定

（2017-3-96）林剑与钟阳在人民调解委员会的主持下达成如下协议：2017 年 5 月 15 日之前，钟阳向林剑返还借款 20 万元，支付借款利息 2 万元。该协议有林剑、钟阳的签字，盖有调解委员会的印章和三位调解员的签名。钟阳未按时履行该调解协议，林剑拟提起诉讼。在此情况下，下列说法正确的是：

- A.应以调解委员会为被告
- B.应以钟阳为被告
- C.应以调解委员会和钟阳为共同被告
- D.应以钟阳为被告，调解委员会为无独立请求权的第三人

【答案】B

【解析】

本题考查当事人的确定。

《民诉解释》第 61 条规定：“当事人之间的纠纷经人民调解委员会调解达成协议后，一方当事人不履行调解协议，另一方当事人向人民法院提起诉讼的，应以对方当事人为被告。”该规定背后的原理在于，在解决纠纷时，当事人不得以解决纠纷的机构为被告向法院提起诉讼。可见，人民调解委员会在调解民事纠纷时，若当事人继续向法院寻求解决同一纠纷，调解委员会不能成为当事人，既非被告也非无独立请求权第三人。故只有 B 选项是正确的。

（2017-3-37）马迪由阳光劳务公司派往五湖公司担任驾驶员。因五湖公司经常要求加

班，且不发加班费，马迪与五湖公司发生争议，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。关于本案仲裁当事人的确定，下列哪一表述是正确的？

- A.马迪是申请人，五湖公司为被申请人
- B.马迪是申请人，五湖公司和阳光劳务公司为被申请人
- C.马迪是申请人，五湖公司为被申请人，阳光劳务公司可作为第三人参加诉讼
- D.马迪和阳光劳务公司为申请人，五湖公司为被申请人

【答案】B

【解析】

本题考查劳动争议案件的当事人确定。

《劳动争议调解仲裁法》第22条规定：“发生劳动争议的劳动者和用人单位为劳动争议仲裁案件的双方当事人。劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。”因此，本题中应以马迪为申请人，以五湖公司和阳光劳务公司为被申请人，只有B选项是正确的。

（2015-3-39）徐某开设打印设计中心并以自己名义登记领取了个体工商户营业执照，该中心未起字号。不久，徐某应征入伍，将该中心转让给同学李某经营，未办理工商变更登记。后该中心承接广告公司业务，款项已收却未能按期交货，遭广告公司起诉。下列哪一选项是本案的适格被告？

- A.李某
- B.李某和徐某
- C.李某和该中心
- D.李某、徐某和该中心

【答案】B

【解析】本题考查当事人的确定。

《民诉解释》第59条规定：“在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的经营者为当事人。有字号的，以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号经营者的基本信息。营业执照上登记的经营者与实际经营者不一致的，以登记的经营者和实际经营者为共同诉讼人。”在本题中，个体工商户未起字号，并且营业执照上登记的经营者（徐某）与实际经营者（李某）不一致，应当以徐某和李某为共同被告。因此，B选项当选。

（2016-3-36）精神病人姜某冲入向阳幼儿园将入托的小明打伤，小明的父母与姜某的监护人朱某及向阳幼儿园协商赔偿事宜无果，拟向法院提起诉讼。关于本案当事人的确定，

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

下列哪一选项正确？

- A.姜某是被告，朱某是无独立请求权第三人
- B.姜某与朱某是共同被告，向阳幼儿园是无独立请求权第三人
- C.向阳幼儿园与姜某是共同被告
- D.姜某、朱某、向阳幼儿园是共同被告

【答案】D

【解析】

本题考查当事人的确定。

《侵权责任法》第40条规定：“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员人身损害的，由侵权人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。”可见，本案中姜某与其监护人一方承担主要责任，幼儿园承担补充责任。作为幼儿园而言，是本侵权案件的直接责任人而非利害关系人，不是本案的无独立请求权第三人。故A项与B项错误。

最高法院《民诉解释》第67条又规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，无民事行为能力人、限制民事行为能力人和其监护人为共同被告。”可见，姜某与朱某必须成为共同被告，故C项错误，D项正确。

（2016-3-37）小桐是由菲特公司派遣到苏拉公司工作的人员，在一次完成苏拉公司分配的工作任务时，失误造成路人周某受伤，因赔偿问题周某起诉至法院。关于本案被告的确定，下列哪一选项正确？

- A.起诉苏拉公司时，应追加菲特公司为共同被告
- B.起诉苏拉公司时，应追加菲特公司为无独立请求权第三人
- C.起诉菲特公司时，应追加苏拉公司为共同被告
- D.起诉菲特公司时，应追加苏拉公司为无独立请求权第三人

【答案】C

【解析】

本题考查当事人的确定。

《侵权责任法》第34条第2款规定：“劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。”《民诉解释》第58条规定：“在劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，以接受劳务派遣的用工单位为当事人。当事人主张劳务派遣单位承担责任的，该劳务派遣单位为共同被告。”可见，在此类案件中，受害人起

诉时的被告选择有两种方案：一是只诉用工单位（此时不应追加派遣单位为共同被告），二是以用工单位和承担补充责任的派遣单位为共同被告。但是，受害人不能只诉派遣单位；若只诉派遣单位，应追加用工单位为共同被告。故只有 C 项正确。

（2014-3-81）根据民事诉讼理论和相关法律法规，关于当事人的表述，下列哪些选项正确？

- A.依法解散、依法被撤销的法人可以自己的名义作为当事人进行诉讼
- B.被宣告为无行为能力的成年人可以自己的名义作为当事人进行诉讼
- C.不是民事主体的非法人组织依法可以自己的名义作为当事人进行诉讼
- D.中国消费者协会可以自己的名义作为当事人，对侵害众多消费者权益的企业提起公益诉讼

【答案】BCD

【解析】

本题考查当事人的确定。

《民诉解释》第 64 条规定：“企业法人解散的，依法清算并注销前，以该企业法人为当事人；未依法清算即被注销的，以该企业法人的股东、发起人或者出资人为当事人。”由此可知，法人解散或被撤销之后，法人资格即不复存在，法人不得再作为当事人。A 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 48 条之规定，公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。也即，任何公民都具有诉讼权利能力，都能以自己名义进行诉讼。故 B 选项正确。但须注意，被宣告为无行为能力的成年人没有诉讼行为能力，不能亲自参加诉讼去实现诉讼权利承担诉讼义务，必须确立法定代理人。在 C 选项中，“不是民事主体的非法人组织”即指前述《民事诉讼法》第 48 条规定中的“其他组织”，也是具有诉讼权利能力，可以成为当事人。所以 C 选项正确。

《消费者权益保护法》第 47 条规定：“对侵害众多消费者合法权益的行为，中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会，可以向人民法院提起诉讼。”这是消协可以提起公益诉讼的法律依据，但必须是省级以上消协才能提起公益诉讼。D 选项正确。

（2014-3-95）甲县的葛某和乙县的许某分别拥有位于丙县的云峰公司 50% 的股份。后由于二人经营理念不合，已连续四年未召开股东会，无法形成股东会决议。许某遂向法院请求解散公司，并在法院受理后申请保全公司的主要资产（位于丁县的一块土地的使用权）。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

关于本案当事人的表述，下列说法正确的是：

- A.许某是原告
- B.葛某是被告
- C.云峰公司可以是无独立请求权第三人
- D.云峰公司可以是有独立请求权第三人

【答案】A

【解析】

本题考查解散公司诉讼中当事人的确定。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（即《公司法解释二》）第4条第1-2款规定：“股东提起解散公司诉讼应当以公司为被告。原告以其他股东为被告一并提起诉讼的，人民法院应当告知原告将其他股东变更为第三人；原告坚持不予变更的，人民法院应当驳回原告对其他股东的起诉。”在本案中，许某是原告，被告应该是云峰公司，而葛某可以作为无独立请求权第三人。因此，正确答案是A选项。

（2010-3-40）甲乙丙三人合伙开办电脑修理店，店名为“一通电脑行”，依法登记。甲负责对外执行合伙事务。顾客丁进店送修电脑时，被该店修理人员戊的工具碰伤。丁拟向法院起诉。关于本案被告的确定，下列哪一选项正确？

- A.“一通电脑行”为被告
- B.甲为被告
- C.甲乙丙三人为共同被告，并注明“一通电脑行”字号
- D.甲乙丙戊四人为共同被告

【答案】C

【小提示】本案中的电脑修理店只能属于个人合伙，由全体合伙人作为当事人。《合伙企业法》规定的合伙企业作为“其他组织”，可以成为当事人。

【解析】本题考查当事人的确定。

关于雇主责任，《侵权责任法》第34条第1款规定：“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。”首先，本案与该店修理人员戊没有关系，戊不能成为被告。根据《民诉解释》第60条之规定，在诉讼中，未依法登记领取营业执照的个人合伙的全体合伙人为共同诉讼人；个人合伙有依法核准登记的字号的，应在法律文书中注明登记的字号。又根据《民诉解释》第52条之规定，依法登记领取营业执照的合伙组织属于“其他组织”，可以作为民事诉讼当事人。可见，个人合伙不能作为当事人，合伙组织可以成为当事人。而要成为合伙组织，必须领取营业执照，并且一般是指符合《合伙企业法》规定的合伙企业。但是，本案中的电脑修理店只能属于个人合伙，由全

体合伙人作为当事人。所以，A、B、D 选项错误，C 选项正确。

考区三 共同诉讼

（2013-3-77）甲向大恒银行借款 100 万元，乙承担连带保证责任，甲到期未能归还借款，大恒银行向法院起诉甲乙二人，要求其履行债务。关于诉的合并和共同诉讼的判断，下列哪些选项正确？

- A. 本案属于诉的主体的合并
- B. 本案属于诉的客体的合并
- C. 本案属于必要共同诉讼
- D. 本案属于普通共同诉讼

【答案】AC

【解析】本题考查诉的合并与共同诉讼。

诉的合并，旨在提高诉讼效率，包括诉的主体合并和诉的客体合并两种情况。诉的主体合并，是将数个当事人合并到同一诉讼程序中进行审判。诉的客体合并，是指在同一诉讼程序中，同一方当事人向对方当事人提出了两上或两个以上的诉的标的，人民法院予以合并审理。根据《民诉解释》第 66 条之规定，因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告。可见，本案属于诉的主体的合并。A 选项正确，B 选项错误。

《民事诉讼法》第 52 条第 1 款规定：“当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。”其中，诉讼标的是共同的共同诉讼为必要共同诉讼；诉讼标的是同一种类的共同诉讼为普通共同诉讼。甲向大恒银行借款，乙承担连带保证责任，因此银行既可向甲也可向乙主张还款，属于同一个借款法律关系，本案属于必要共同诉讼。所以，C 选项正确，D 选项错误。

（2010-3-46）甲在丽都酒店就餐，顾客乙因地板湿滑不慎滑倒，将热汤洒到甲身上，甲被烫伤。甲拟向法院提起诉讼。关于本案当事人的确定，下列哪一说法正确？

- A. 甲起诉丽都酒店，乙是第三人
- B. 甲起诉乙，丽都酒店是第三人
- C. 甲起诉，只能以乙或丽都酒店为单一被告
- D. 甲起诉丽都酒店，乙是共同被告

【答案】D

【解析】本题考查公共场所侵权案件中当事人的确定。

《侵权责任法》第37条规定：“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。”所谓补充责任，主要是一个侵权责任承担的顺序问题。在本案中，顾客乙如果能够承担全部责任，丽都酒店就不用承担责任；只有在顾客乙没有能力承担全部责任时，丽都酒店才会承担补充责任。在存在补充责任的侵权案件中，原告可以单独以主责任人为被告，也可以以主责任人和补充责任人为共同被告，但不能单独以补充责任人为被告。所以，C选项错误，D选项正确。另外，鉴于乙与丽都酒店都是直接责任主体，而非利害关系人，故两者皆非第三人。A、B选项错误。

考区四 代表人诉讼、公益诉讼

（2018 仿真题）吉林省A市的广生制药公司，见B市的康健制药公司生产的某种新型非处方药销量颇丰，遂制造山寨药品并在全国范围内广为销售，导致大量消费者上吐下泻。某些团体欲针对广生公司提起公益诉讼。下列说法正确的是？

- A. 吉林省消费者权益保护协会可与江苏省消协作为共同原告共同提起公益诉讼
- B. 吉林省消协提起公益诉讼，法院判其胜诉之后，江苏省消协见状再次针对广生公司的侵权行为提起公益诉讼，法院也应受理
- C. 检察院有权对食品药品安全领域的侵害众多消费者权益行为提起公益诉讼。因此，A市检察院可以联合吉林省消协共同提起公益诉讼
- D. 若A市检察院提起公益诉讼，广生公司认为此举损害其商誉，有权对A市检察院提起反诉

【答案】A

【解析】

本题考查公益诉讼。

《民诉解释》第287条规定：“人民法院受理公益诉讼案件后，依法可以提起诉讼的其他机关和有关组织，可以在开庭前向人民法院申请参加诉讼。人民法院准许参加诉讼的，列为共同原告。”多名适格的原告可共同提起公益诉讼，故A项正确。

《民诉解释》第291条规定：“公益诉讼案件的裁判发生法律效力后，其他依法具有原告资格的机关和有关组织就同一侵权行为另行提起公益诉讼的，人民法院裁定不予受理，

但法律、司法解释另有规定的除外。”此项规定适用一事不再理原则，故 B 选项错误。

《民事诉讼法》第 55 条第 2 款规定：“人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，在没有前款规定的机关和组织或者前款规定的机关和组织不提起诉讼的情况下，可以向人民法院提起诉讼。前款规定的机关或者组织提起诉讼的，人民检察院可以支持起诉。”可见，检察院提起公益诉讼具有兜底属性，必须在相关组织不提公益诉讼的前提下才能提起公益诉讼，故 C 选项错误。

公益诉讼的原告代表公益，故公益诉讼无法适用反诉制度，因此 D 选项错误。

（2017-3 不定项）大洲公司超标排污导致河流污染，公益环保组织甲向 A 市中级人民法院提起公益诉讼，请求判令大洲公司停止侵害并赔偿损失。法院受理后，在公告期间，公益环保组织乙也向 A 市中级人民法院提起公益诉讼，请求判令大洲公司停止侵害、赔偿损失和赔礼道歉。公益案件审理终结后，渔民梁某以大洲公司排放的污水污染了其承包的鱼塘为由提起诉讼，请求判令赔偿其损失。

（1）（2017-3-98）对乙组织的起诉，法院的正确处理方式是：

- A. 予以受理，与甲组织提起的公益诉讼合并审理
- B. 予以受理，作为另案单独审理
- C. 属重复诉讼，不予受理
- D. 允许其参加诉讼，与甲组织列为共同原告

【答案】D

【解析】本题考查公益诉讼的当事人。

《民诉解释》第 287 条规定：“人民法院受理公益诉讼案件后，依法可以提起诉讼的其他机关和有关组织，可以在开庭前向人民法院申请参加诉讼。人民法院准许参加诉讼的，列为共同原告。”由此可见，只有 D 选项正确。

（2）（2017-3-99）公益环保组织因与大洲公司在诉讼中达成和解协议申请撤诉，法院的正确处理方式是：

- A. 应将和解协议记入笔录，准许公益环保组织的撤诉申请
- B. 不准许公益环保组织的撤诉申请
- C. 应将双方的和解协议内容予以公告
- D. 应依职权根据和解协议内容制作调解书

【答案】BC（官方答案为 BCD）

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

【解析】本题考查环境公益诉讼的和解。

最高人民法院《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第 25 条第 1 款规定：“环境民事公益诉讼当事人达成调解协议或者自行达成和解协议后，人民法院应当将协议内容公告，公告期间不少于 30 日。”可见，C 选项正确。

最高人民法院《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第 25 条第 2 款规定：“公告期满后，人民法院审查认为调解协议或者和解协议的内容不损害社会公共利益的，应当出具调解书。当事人以达成和解协议为由申请撤诉的，不予准许。”可见，环境公益诉讼达成当事人和解之后，不得选择撤诉的路径，只得选择由法院制作成调解书的路径。这是该司法解释的一种特别规定。故 A 选项是错误的，而 B 选项正确。

在环境公益诉讼达成和解协议之后，法院在依职权制作调解书之前，必须经历公告程序；且公告之后，审查认为不损害社会公共利益的才制作调解书。换句话说，公告之后还存在不制作调解书的可能性。因此，D 选项错误，不当当选。

（3）（2017-3-100）对梁某的起诉，法院的正确处理方式是：

- A.属重复诉讼，裁定不予受理
- B.不予受理，告知其向公益环保组织请求给付
- C.应予受理，但公益诉讼中已提出的诉讼请求不得再次提出
- D.应予受理，其诉讼请求不受公益诉讼影响

【答案】D

【解析】本题考查公益诉讼与私益诉讼的关系。

根据《民诉解释》第 288 条之规定，人民法院受理公益诉讼案件，不影响同一侵权行为的受害人向法院提起私益诉讼。由此可见，公益诉讼与私益诉讼互不相干，彼此不产生影响。故只有 D 选项正确。

（2015-3-35）某品牌手机生产商在手机出厂前预装众多程序，大幅侵占标明内存，某省消费者保护协会以侵害消费者知情权为由提起公益诉讼，法院受理了该案。下列哪一说法正确？

- A.本案应当由侵权行为地或者被告住所地中级法院管辖
- B.本案原告没有撤诉权
- C.本案当事人不可以和解，法院也不可以调解
- D.因该案已受理，购买该品牌手机的消费者甲若以前述理由诉请赔偿，法院不予受理

【答案】A

【解析】本题考查公益诉讼。

该题的案例原型是 2015 年 7 月的“上海市消保委诉三星手机和欧珀手机案”。最高人民法院《民诉解释》第 285 条第 1 款规定：“公益诉讼案件由侵权行为地或者被告住所地中级人民法院管辖，但法律、司法解释另有规定的除外。”因此，A 选项正确。

《民诉解释》第 290 条规定：“公益诉讼案件的原告在法庭辩论终结后申请撤诉的，人民法院不予准许。”可见，公益诉讼原告享有撤诉权，但撤诉应当在法庭辩论终结前，B 选项错误。

《民诉解释》第 289 条第 1 款规定：“对公益诉讼案件，当事人可以和解，人民法院可以调解。”故 C 选项错误。

《民诉解释》第 288 条规定：“人民法院受理公益诉讼案件，不影响同一侵权行为的受害人根据民事诉讼法第 11 条规定提起诉讼。”可见，公益诉讼不影响公民个人的私益诉讼，D 选项错误。

（2013-3-35）根据 2012 年修改的《民事诉讼法》，关于公益诉讼的表述，下列哪一选项错误？

- A. 公益诉讼规则的设立，体现了依法治国的法治理念
- B. 公益诉讼的起诉主体只限于法律授权的机关或团体
- C. 公益诉讼规则的设立，有利于保障我国经济社会全面协调发展
- D. 公益诉讼的提起必须以存在实际损害为前提

【答案】D

【解析】

本题考查公益诉讼。

A 选项是结合社会主义法治理念的考查。依法治国就是依照体现人民意志和社会发展规律的法律治理国家，而不是依照个人意志、个人主张治理国家，A 选项无疑正确。

《民事诉讼法》第 55 条规定：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”可见，B 选项正确。

公益诉讼规则的设立，有利于切实保障社会公共利益，可有效避免为追求个体利益而损害公益行为的发生，所以 C 选项正确。

提起公益诉讼必须以社会公益受到损害为前提，但这种损害可以是实际损害，也可以是必然会发生的损害，所以 D 选项错误。

（2011-3-48）某企业使用霉变面粉加工馒头，潜在受害人不可确定。甲、乙、丙、丁

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

等 20 多名受害者提起损害赔偿诉讼，但未能推选出诉讼代表人。法院建议由甲、乙作为诉讼代表人，但丙、丁等人反对。关于本案，下列哪一选项正确？

- A.丙、丁等人作为诉讼代表人参加诉讼
- B.丙、丁等人推选代表人参加诉讼
- C.诉讼代表人由法院指定
- D.在丙、丁等人不认可诉讼代表人情况下，本案裁判对丙、丁等人没有约束力

【答案】C

【解析】

本题考查人数不确定的代表人诉讼。

根据《民诉解释》第 77 条之规定，当事人一方人数众多在起诉时不确定的，由当事人推选代表人。当事人推选不出的，可由法院提出人选与当事人协商；协商不成的，也可由法院在起诉的当事人中指定代表人。可见，在人数不确定的代表人诉讼中代表人的产生分为三个步骤：推选→协商→指定。此三步之间存在顺序的要求。本案属于典型的人数不确定的代表人诉讼。题干中，“未能推选出诉讼代表人”意味着已经经过了推选。“法院建议由甲、乙作为诉讼代表人，但丙、丁等人反对”意味着法院已经与当事人协商过，只是没有协商成功。此时，只能由法院指定诉讼代表人。因此，C 选项正确。

考区五 第三人（包括第三人撤销之诉）

（2016-3-38）丁一诉弟弟丁二继承纠纷一案，在一审中，妹妹丁爽向法院递交诉状，主张应由自己继承系争的遗产，并向法院提供了父亲生前所立的其过世后遗产全部由丁爽继承的遗嘱。法院予以合并审理，开庭审理前，丁一表示撤回起诉，丁二认为该遗嘱是伪造的，要求继续进行诉讼。法院裁定准予丁一撤诉后，在程序上，下列哪一选项正确？

- A.丁爽为另案原告，丁二为另案被告，诉讼继续进行
- B.丁爽为另案原告，丁一、丁二为另案被告，诉讼继续进行
- C.丁一、丁爽为另案原告，丁二为另案被告，诉讼继续进行
- D.丁爽、丁二为另案原告，丁一为另案被告，诉讼继续进行

【答案】B

【解析】

本题考查有独立请求权第三人。

有独立请求权第三人，是指对原告和被告之间争议的诉讼标的认为有独立的请求权，参加到原告、被告已经开始的诉讼中进行诉讼的人。必要共同诉讼，是指当事人一方或双方为两人或两人以上，其诉讼标的是共同的，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。有独立请求权第三人与必要共同原告的主要区别在于：后者是共同的诉讼标的，而前者则是以原告和被告为被告，既反对原告又反对被告。本案中，丁爽主张继承父亲全部遗产，系有独立请求权第三人；丁一与丁二分别为原告和被告。《民诉解释》第237条规定：“有独立请求权的第三人参加诉讼后，原告申请撤诉，人民法院在准许原告撤诉后，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，诉讼继续进行。”可见，B项正确。

（2017-3-78）李立与陈山就财产权属发生争议提起确权诉讼。案外人王强得知此事，提起诉讼主张该财产的部分产权，法院同意王强参加诉讼。诉讼中，李立经法院同意撤回起诉。关于该案，下列哪些选项是正确的？

- A.王强是有独立请求权的第三人
- B.王强是必要的共同诉讼人
- C.李立撤回起诉后，法院应裁定终结诉讼
- D.李立撤回起诉后，法院应以王强为原告、李立和陈山为被告另案处理，诉讼继续进行

【答案】AD

【解析】

本题考查有独立请求权第三人。

有独立请求权第三人，是指对原告和被告之间争议的诉讼标的认为有独立的请求权，参加到原告、被告已经开始的诉讼中进行诉讼的人。必要共同诉讼，是指当事人一方或双方为两人或两人以上，其诉讼标的是共同的，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。有独立请求权第三人与必要共同原告的主要区别在于：后者是共同的诉讼标的，而前者则是以原告和被告为被告，既反对原告又反对被告。本案中，王强在确权诉讼中主张自己的部分产权，既反对李立又反对陈山，系有独立请求权的第三人。故A选项正确，B选项错误。

《民诉解释》第237条规定：“有独立请求权的第三人参加诉讼后，原告申请撤诉，人民法院在准许原告撤诉后，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，诉讼继续进行。”可见，D项正确，C选项错误。

（2015-3-38）赵某与刘某将共有商铺出租给陈某。刘某瞒着赵某，与陈某签订房屋买卖合同，将商铺转让给陈某，后因该合同履行发生纠纷，刘某将陈某诉至法院。赵某得知后，坚决不同意刘某将商铺让与陈某。关于本案相关人的诉讼地位，下列哪一说法正确？

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

- A.法院应依职权追加赵某为共同原告
- B.赵某应以刘某侵权起诉，陈某为无独立请求权第三人
- C.赵某应作为无独立请求权第三人
- D.赵某应作为有独立请求权第三人

【答案】D

【解析】本题考查共同诉讼人和第三人。

必要共同诉讼，是指当事人一方或双方为两人或两人以上，其诉讼标的是共同的，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。有独立请求权第三人，是指对原告和被告之间争议的诉讼标的认为有独立的请求权，参加到原告、被告已经开始的诉讼中进行诉讼的人。无独立请求权的第三人，是指对当事人双方的诉讼标的没有独立的请求权，但是案件处理结果与其有法律上的利害关系，自行申请参加诉讼或者由人民法院通知其参加诉讼的人。有独立请求权第三人与必要共同原告需要进行如下区分：后者是共同的诉讼标的，而前者则是以原告和被告为被告，既反对原告又反对被告。在本案中，赵某基于共有权而在诉讼中享有请求权，不是无独立请求权第三人；赵某不同意刘某将商铺让与陈某，刘某本身也是侵犯了赵某的共有权，赵某以刘某和陈某为被告，赵某属于有独立请求权第三人。假如赵某同意卖房，只是与刘某站在一起同陈某进行买卖合同纠纷的争讼，那么赵某就是必要共同原告。因此，D选项当选。

（2014-3-41）关于第三人撤销之诉，下列哪一说法正确？

- A.法院受理第三人撤销之诉后，应中止原裁判的执行
- B.第三人撤销之诉是确认原审裁判错误的确认之诉
- C.第三人撤销之诉由原审法院的上一级法院管辖，但当事人一方人数众多或者双方当事人为公民的案件，应由原审法院管辖
- D.第三人撤销之诉的客体包括生效的民事判决、裁定和调解书

【答案】D

【解析】

本题考查第三人撤销之诉。

《民诉解释》第299条规定：“受理第三人撤销之诉案件后，原告提供相应担保，请求中止执行的，人民法院可以准许。”可见，原则上并不中止执行。故A选项错误。

第三人撤销之诉，是指第三人因不能归责于本人的事由未能参加原被告之间的诉讼时，针对原审诉讼裁判结果对第三人产生的不利效果，向法院提起的改变或撤销错误的原审生效裁判的一种诉讼。它是要改变原生效裁判确立的法律关系，因此属于变更之诉，而非确认之诉，B选项错误。

根据《民事诉讼法》第 56 条第 3 款之规定，第三人撤销之诉的客体包括生效的判决、裁定、调解书，且第三人撤销之诉应由作出生效裁判的原审法院管辖。由此可见，C 选项错误，D 选项正确。

（2011-3-80）关于无独立请求权第三人，下列哪些说法错误？

- A. 无独立请求权第三人在诉讼中有自己独立的诉讼地位
- B. 无独立请求权第三人有权提出管辖异议
- C. 一审判决没有判决无独立请求权第三人承担民事责任的，无独立请求权的第三人不可以作为上诉人或被上诉人
- D. 无独立请求权第三人有权申请参加诉讼和参加案件的调解活动，与案件原、被告达成调解协议

【答案】BC

【解析】

本题考查无独立请求权第三人的诉讼地位。

无独立请求权第三人属于第三人的一种，第三人是案件当事人，有当事人地位。一般而言，它处于辅助人的地位，辅助于原告或被告一方（通常是被告）参加诉讼。但是，无独立请求权第三人能够独立行使申请回避、委托代理人、提出证据等诉讼权利，因此具有一定的独立地位。A 项说法正确。

根据《民诉解释》第 82 条之规定，在一审诉讼中，无独立请求权的第三人无权提出管辖异议，无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉，被判决承担民事责任的，有权提起上诉。因此，B 选项错误。

且由此可见，无独立请求权第三人作为上诉人是有条件的，即一审判决其承担民事责任，但无请求权第三人作为被上诉人是没有条件的。故 C 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 56 条第 2 款之规定，对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。而且，法院调解属于民事诉讼中的一种结案方式。所以，D 选项正确。

（2011-3-97）2011 年 7 月 11 日，A 市升湖区法院受理了黎明丽（女）诉张成功（男）离婚案。黎明丽声称：2005 年 12 月，其与张成功结婚，后因张成功有第三者陈佳，感情已破裂，现要求离婚。黎明丽要求法院通知第三者陈佳以无独立请求权的第三人身份参加诉讼。对黎明丽要求陈佳以无独立请求权第三人参加诉讼的请求，下列选项正确的是：

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

- A.法院可以根据黎明丽的请求，裁定追加陈佳为无独立请求权第三人
- B.如张成功同意，法院可通知陈佳以无独立请求权第三人名义参加诉讼
- C.无论张成功是否同意，法院通知陈佳以无独立请求权第三人名义参加诉讼都是错误的
- D.如陈佳同意，法院可通知陈佳以无独立请求权第三人名义参加诉讼

【答案】C

【解析】

本题考查无独立请求权第三人的判断。

根据《民事诉讼法》第 56 条第 2 款之规定，对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。这是对无独立请求权第三人的规定。在本案中，陈佳与本案处理结果没有任何法律上的利害关系，因此不能作为无独立请求权第三人参加诉讼。所以，只有 C 选项正确。

（2010-3-41）甲为有独立请求权第三人，乙为无独立请求权第三人，关于甲、乙诉讼权利和义务，下列哪一说法正确？

- A.甲只能以起诉的方式参加诉讼，乙以申请或经法院通知的方式参加诉讼
- B.甲具有当事人的诉讼地位，乙不具有当事人的诉讼地位
- C.甲的诉讼行为可对本诉的当事人发生效力，乙的诉讼行为对本诉的当事人不发生效力
- D.任何情况下，甲有上诉权，而乙无上诉权

【答案】A

【解析】

本题考查有独立请求权第三人与无独立请求权第三人的比较。

根据《民事诉讼法》第 56 条之规定，对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼；对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。其中，前者为有独立请求权第三人，后者为无独立请求权第三人，故 A 选项正确。

有独立请求权第三人具备原告的诉讼地位，是当事人。另外，根据《民事诉讼法》第 56 条第 2 款之规定，法院判决承担民事责任的无独立请求权第三人，也有当事人的诉讼权利义务。故 B 选项错误。

既然有独立请求权第三人和无独立请求权第三人都是当事人，他们的诉讼行为对本诉当事人都会产生法律效力，例如无独立请求权第三人可以通过提出证据或承认诉讼请求对

原被告产生影响。因此，C 选项错误。

根据《民诉解释》第 82 条之规定，无独立请求权的第三人被一审判决承担民事责任的，有权提起上诉。而有独立请求权第三人作为一种原告，任何情况下都有上诉权。故 D 选项错误。

第五章 诉讼代理人

考区一 法定代理人

（2011-3-82）关于法定诉讼代理人，下列哪些认识正确？

- A.代理权的取得不是根据其所代理的当事人的委托授权
- B.在诉讼中可以按照自己的意志代理被代理人实施所有诉讼行为
- C.在诉讼中死亡的，产生与当事人死亡同样的法律后果
- D.所代理的当事人在诉讼中取得行为能力的，法定诉讼代理人则自动转化为委托代理人

【答案】AB

【解析】

本题考查法定诉讼代理人。

法定代理人的代理权的取得是基于法律规定，而不是当事人的委托授权，故 A 选项正确。

法定代理人专门为无诉讼行为能力的当事人进行代理，当事人没有能力参加诉讼，因此其诉讼权利义务全部让渡于法定代理人。因此，法定代理人可以按照自己的意志代理被代理人实施所有诉讼行为。B 选项正确。

当事人死亡，会发生两种后果，一是诉讼中止，且之后由死亡当事人的继承人进行诉讼承担；二是在某些情况下（比如身份关系的诉讼）可能会导致诉讼终结（见《民事诉讼法》第 151 条）。但是，法定诉讼代理人死亡，只会发生法定诉讼代理人的更替，不会发生诉讼终结。因此，C 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 59 条之规定，委托他人代为诉讼，必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书；授权委托书必须记明委托事项和权限。可见，要想成为委托代理人，必须有当事人的授权委托，法定诉讼代理人不可能自动转化为委托代理人。因此，D 选项错误。

考区二 委托代理人

（2015-3-78）律师作为委托诉讼代理人参加诉讼，应向法院提交下列哪些材料？

- A.律师所在的律师事务所与当事人签订的协议书
- B.当事人的授权委托书
- C.律师的执业证

D.律师事务所的证明

【答案】BCD

【解析】

本题考查委托代理律师的证明材料。

《民事诉讼法》第 59 条第 1 款规定：“委托他人代为诉讼，必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。”根据《民诉解释》第 88 条之规定，除授权委托书外，律师还应当提交律师执业证、律师事务所证明材料。因此，BCD 选项当选。

（2014-3-36）依法治国要求树立法律权威，依法办事，因此在民事纠纷解决的过程中，各方主体都须遵守法律的规定。下列哪一行为违背了相关法律？

- A.法院主动对确有错误的生效调解书启动再审
- B.派出所民警对民事纠纷进行调解
- C.法院为下落不明的被告指定代理人参加调解
- D.人民调解委员会主动调解当事人之间的民间纠纷

【答案】C

【解析】本题考查法院调解与诉讼外调解。

法院有权对生效的裁判文书（包括裁定、判决、调解书）主动启动再审。所以，A 选项是合法的。

派出所民警对民事纠纷进行调解也是可以的，此乃行政调解，属于诉讼外调解的范畴。B 选项合法。

民事诉讼代理人分为法定代理人和委托代理人两种。法定代理人仅仅适用于无诉讼行为能力的当事人。后者则是对当事人普遍适用，但委托代理人参加诉讼必须基于当事人或其法定代理人的授权委托，法院不得直接指定。所以 C 选项是不合法的。

根据《人民调解法》第 17 条之规定，当事人可以向人民调解委员会申请调解，人民调解委员会也可以主动调解。D 选项是合法的。

（2013-3-42）某市法院受理了中国人郭某与外国人珍妮的离婚诉讼，郭某委托黄律师作为代理人，授权委托书中仅写明代理范围为“全权代理”。关于委托代理的表述，下列哪一选项正确？

- A.郭某已经委托了代理人，可以不出庭参加诉讼
- B.法院可以向黄律师送达诉讼文书，其签收行为有效
- C.黄律师可以代为放弃诉讼请求

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

D.如果珍妮要委托代理人代为诉讼，必须委托中国公民

【答案】B【解析】本题考查委托代理制度。

《民事诉讼法》第 62 条规定：“离婚案件有诉讼代理人的，本人除不能表达意思的以外，仍应出庭；确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。”所以，A 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 85 条之规定，向受送达人送达诉讼文书，可由诉讼代理人、指定代收人等签收。可见，B 选项正确。

根据《民诉解释》第 89 条第 1 款之规定，当事人向人民法院提交的授权委托书，应在开庭审理前送交人民法院；授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉。所以，C 选项错误。

《民诉解释》第 528 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。”所以，珍妮可委托其本国入，D 选项错误。

第六章 民事证据

考区一 证据的法定种类

（2018 仿真题）王小毛在某饭店吃饭，与饭店老板小明结下恩怨。后王小毛给小明写恐吓信，且多次打电话给小明声称要上门闹事。某日，王小毛果真上门，破坏了饭店的几套桌椅，且打伤了小明。饭店与小明将王小毛诉至法院。关于本案证据的种类，下列说法错误的是？

- A. 恐吓信是书证
- B. 小明提供的手机通话录音是电子数据
- C. 事后小明用手机录制的被破坏桌椅的视频是视听资料
- D. 如果小明提供的手机通话录音经过了剪辑，则不能作为证据使用

【答案】CD

【解析】

本题考查证据种类与认定证据的规则。恐吓信是以形式所记载的内容来证明案件事实，属于典型的书证，A 项正确。根据《民诉解释》第 116 条之规定，电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用电子数据的规定。可见，小明提供的手机通话录音都是存储于作为电子介质的手机存储卡之中，属于电子数据。故 B 项正确。C 项所指视频系用手机录制的被破坏的桌椅，故为物证，手机视频只是固定证据的手段，故 C 错误。根据《民事证据规定》第 90 条之规定，存有疑点的视听资料、电子数据不能单独作为认定案件事实的依据。因此，经过剪辑的手机通话录音能够成为证据，只是不能单独作为定案根据，故 D 项错误。

（2017-3-79）杨青(15 岁)与何翔(14 岁)两人经常嬉戏打闹，一次，杨青失手将何翔推倒，致何翔成了植物人。当时在场的还有何翔的弟弟何军(11 岁)。法院审理时，何军以证人身份出庭。关于何军作证，下列哪些说法不能成立？

- A. 何军只有 11 岁，无诉讼行为能力，不具有证人资格，故不可作为证人
- B. 何军是何翔的弟弟，应回避
- C. 何军作为未成年人，其所有证言依法都不具有证明力
- D. 何军作为何翔的弟弟，证言具有明显的倾向性，其证言不能单独作为认定案件事实的根据

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

【答案】ABC

【解析】

A 选项：《民诉证据规定》第六十七条：不能正确表达意思的人，不能作为证人。待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。是否有诉讼行为能力并不影响证人的作证资格。因此本案中，何军只有 11 岁，无诉讼行为能力，但是还是可以作证。故而，A 选项说法错误，当选。

B 选项：《民事诉讼法》第四十四条：审判人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避：(一)是本案当事人或者当事人、诉讼代理人近亲属的；(二)与本案有利害关系的；(三)与本案当事人、诉讼代理人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。审判人员接受当事人、诉讼代理人请客送礼，或者违反规定会见当事人、诉讼代理人的，当事人有权要求他们回避。审判人员有前款规定的行为的，应当依法追究法律责任。前三款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。由此可知，回避的规定不适用于证人。故而，B 选项说法错误，当选。

C 选项、D 选项：《民诉证据规定》第九十条：下列证据不能单独作为认定案件事实的根据：(一)当事人的陈述；(二)无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相称的证言；(三)与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人陈述的证言；(四)存有疑点的视听资料、电子数据；(五)无法与原件、原物核对的复制件、复制品。尽管何军是未成年人，但其所作的与其年龄智力状况相当的证言依然具有证明力，所以 C 选项错误。而何军作为何翔的弟弟，与何翔有利害关系，其证言不能单独作为认定案件事实的根据。因此，D 选项正确，不当选。

综上所述，本题答案为 ABC。

(2014-3-48) 张某驾车与李某发生碰撞，交警赶到现场后用数码相机拍摄了碰撞情况，后李某提起诉讼，要求张某赔偿损失，并向法院提交了一张光盘，内附交警拍摄的照片。该照片属于下列哪一种证据？

- A. 书证
- B. 鉴定意见
- C. 勘验笔录
- D. 电子数据

【答案】D

【解析】

《民诉法解释》第一百一十六条：视听资料包括录音资料和影像资料。电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域

名等形成或者存储在电子介质中的信息。存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用电子数据的规定。交警赶到现场后用数码相机拍摄了碰撞情况，这一证据需要借助电子设备才能查看，属于电子数据。因此，D 选项正确。

（2015-3-97）五环公司起诉要求四海公司支付货款。四海公司辩称已将货款交给五环公司业务员付某。法院依当事人的申请通知付某参加（参与）了诉讼。付某参加（参与）诉讼，在诉讼中所居地位是：

- A.共同原告
- B.共同被告
- C.无独立请求权第三人
- D.证人

【答案】D

【解析】

本案中，合同法律关系的当事人是五环公司和四海公司，五环公司是原告，四海公司是被告，付某于案件处理结果也没有法律上的利害关系，所以也不是无独三。付某只可能是证人，因其知道案件的相关情况。因此，D 选项正确。ABC 选项错误。

综上所述，本题答案为 D。

（2015-3-79）张志军与邻居王昌因琐事发生争吵并相互殴打，之后，张志军诉至法院要求王昌赔偿医药费等损失共计 3000 元。在举证期限届满前，张志军向法院申请事发时在场的方强（26 岁）、路芳（30 岁）、蒋勇（13 岁）出庭作证，法院准其请求。开庭时，法院要求上列证人签署保证书，方强签署了保证书，路芳拒签保证书，蒋勇未签署保证书。法院因此允许方强、蒋勇出庭作证，未允许路芳出庭作证。张志军在开庭时向法院提供了路芳的书面证言，法院对该证言不同意组织质证。关于本案，法院的下列哪些做法是合法的？

- A.批准张志军要求事发时在场人员出庭作证的申请
- B.允许蒋勇出庭作证
- C.不允许路芳出庭作证
- D.对路芳的证言不同意组织质证

【答案】ABCD

【解析】

《民诉解释》第一百一十七条：当事人申请证人出庭作证的，应当在举证期限届满前

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

提出。符合本解释第九十六条第一款规定情形的，人民法院可以依职权通知证人出庭作证。未经人民法院通知，证人不得出庭作证，但双方当事人同意并经人民法院准许的除外。由此可知，原告在举证期限届满前申请出庭作证，法院可以批准。因此，A 选项正确。

B 选项，C 选项，D 选项，《民诉解释》第一百一十九条：人民法院在证人出庭作证前应当告知其如实作证的义务以及作伪证的法律后果，并责令其签署保证书，但无民事行为能力人和限制民事行为能力人除外。证人签署保证书适用本解释关于当事人签署保证书的规定。《民诉解释》第一百二十条：证人拒绝签署保证书的，不得作证，并自行承担相关费用。由此可知，13 岁的蒋勇作为限制民事行为能力人，依法有权不签署保证书；方强、路芳必须要签署保证书，路芳拒绝签署，不得作证，法院对其证言不予组织质证。因此，BCD 选项正确。

综上所述，本题答案为 ABCD。

（2014-3-38）在一起侵权诉讼中，原告申请由其弟袁某（某大学计算机系教授）作为专家辅助人出庭对专业技术问题予以说明。下列什么表述正确？

- A.被告以袁某是原告的近亲属为由申请其回避，法院应批准
- B.袁某在庭上的陈述是一种法定证据
- C.被告可对袁某进行询问
- D.袁某出庭的费用，由败诉方当事人承担

【答案】BC（依据旧法官方答案为 C）

【解析】

A 选项，《民事诉讼法》第四十四条：审判人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避：（一）是本案当事人或者当事人、诉讼代理人近亲属的；（二）与本案有利害关系的；（三）与本案当事人、诉讼代理人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。审判人员接受当事人、诉讼代理人请客送礼，或者违反规定会见当事人、诉讼代理人的，当事人有权要求他们回避。审判人员有前款规定的行为的，应当依法追究法律责任。前三款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。由此可知，专家辅助人不属于民事诉讼中需要回避的人员。因此，A 选项错误。

B 选项，《民事诉讼法》第六十三条：证据包括：（一）当事人的陈述；（二）书证；（三）物证；（四）视听资料；（五）电子数据；（六）证人证言；（七）鉴定意见；（八）勘验笔录。证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。《民诉解释》第一百二十二条第二款：具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人的陈述。由此可知，专家辅助人袁某的陈述视为当事人的陈述，是《民事诉讼法》规定的八种法定证据之一。因此，B 选项正确。

C 选项，《民诉证据规定》第八十四条第一款：审判人员可以对有专门知识的人进行

询问。经法庭准许，当事人可以对有专门知识的人进行询问，当事人各自申请的有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质。由此可知，被告有权询问专家辅助人袁某。因此，C 选项正确。

D 选项，《民诉法解释》第一百二十二条：当事人可以依照民事诉讼法第七十九条的规定，在举证期限届满前申请一至二名具有专门知识的人出庭，代表当事人对鉴定意见进行质证，或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人的陈述。人民法院准许当事人申请的，相关费用由提出申请的当事人负担。由此可知，袁某出庭的费用，由提出申请的原告负担。因此，D 选项错误。

综上所述，本题答案为 BC。

（2013-3-50）甲公司诉乙公司专利侵权，乙公司是否侵权成为焦点。经法院委托，丙鉴定中心出具了鉴定意见书，认定侵权。乙公司提出异议，并申请某大学燕教授出庭说明专业意见。关于鉴定的说法，下列哪一选项正确？

- A.丙鉴定中心在鉴定过程中可以询问当事人
- B.丙鉴定中心应当派员出庭，但有正当理由不能出庭的除外
- C.如果燕教授出庭，其诉讼地位是鉴定人
- D.燕教授出庭费用由乙公司垫付，最终由败诉方承担

【答案】A

【解析】

A 选项，《民事诉讼法》第七十七条第一款：鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，必要时可以询问当事人、证人。由此可知，丙鉴定中心在鉴定过程中可以询问当事人。因此，A 选项正确。

B 选项，《民事诉讼法》第七十八条：当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。本题中乙公司提出异议，因此丙鉴定中心应当派员出庭，这里法律并未规定鉴定人出庭的例外，因此，B 选项错误。

C 选项，《民事诉讼法》第七十九条规定，当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。据此可知，燕教授的身份是“有专门知识的人”，而不是鉴定人。因此，C 选项错误。

D 选项，《民诉法解释》第一百二十二条：当事人可以依照民事诉讼法第七十九条的规定，在举证期限届满前申请一至二名具有专门知识的人出庭，代表当事人对鉴定意见进

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

证，或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人的陈述。人民法院准许当事人申请的，相关费用由提出申请的当事人负担。由此可知，燕教授的出庭费用由乙公司自己承担。因此，D 选项错误。

综上所述，本题答案为 A。

（2011-3-83）根据证据理论和《民事诉讼法》以及相关司法解释，关于证人证言，下列哪些选项正确？

A.限制行为能力的未成年人可以附条件地作为证人

B.证人因出庭作证而支出的合理费用，由提供证人的一方当事人承担

C.证人在法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的，可视为出庭作证

D.“未成年人所作的与其年龄和智力状况不相等的证言不能单独作为认定案件事实的依据”，是关于证人证言证明力的规定

【答案】ACD

【解析】

本题考查证人证言。《民事证据规定》第 67 条规定：“不能正确表达意思的人，不能作为证人。待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。”因此，对于限制行为能力的未成年人而言，只要待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应，就可作为证人。所以 A 选项正确。

《民事诉讼法》第 74 条规定：“证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用以及误工损失，由败诉一方当事人负担。当事人申请证人作证的，由该当事人先行垫付；当事人没有申请，人民法院通知证人作证的，由人民法院先行垫付。”可见，B 选项错误。《民事证据规定》第 68 条规定：“人民法院应当要求证人出庭作证，接受审判人员和当事人的询问。证人在审理前的准备阶段或者人民法院调查、询问等双方当事人当场陈述证言的，视为出庭作证。”因此，C 选项正确。根据《民事证据规定》第 90 条之规定，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相等的证言，不能单独作为认定案件事实的依据。这说明此种证言的证明力比较弱，需要其他证据加以佐证补强。因此，D 选项正确。

考区二 证据的理论分类

（2016-3-39）战某打电话向牟某借款 5 万元，并发短信提供账号，牟某当日即转款。之后，因战某拒不还款，牟某起诉要求战某偿还借款。在诉讼中，战某否认向牟某借款的事实，主张牟某转的款是为偿还之前向自己借的款，并向法院提交了证据；牟某也向法院

提供了一些证据，以证明战某向其借款 5 万元的事实。关于这些证据的种类和类别的确定，下列哪一选项正确？

A. 牟某提供的银行转账凭证属于书证，该证据对借款事实而言是直接证据

B. 牟某提供的记载战某表示要向其借款 5 万元的手机短信属于电子数据，该证据对借款事实而言是间接证据

C. 牟某提供的记载战某表示要向其借款 5 万元的手机通话录音属于电子数据，该证据对借款事实而言是直接证据

D. 战某提供一份牟某书写的向其借款 10 万元的借条复印件，该证据对牟某主张战某借款的事实而言属于反证

【答案】B

【解析】

书证，是指以所记载的内容或表达的思想证明案件事实的证据。电子证据，是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息证明案件事实的证据。直接证据，是指能够单独、直接证明待证事实的证据；间接证据，是指不能单独、直接证明待证事实，需要与其他证据相结合才能证明待证事实的证据。本证，是指提出证据的当事人对该待证事实负有举证责任；反证，是指提出证据的当事人对该待证事实不负有举证责任。

A 选项，牟某提供的银行转账凭证属于书证，但对于借款事实而言属于间接证据，因其不能直接证明借款事实。

B 选项，根据电子数据的定义可知，牟某提供的记载战某表示要向其借款 5 万元的手机短信属于电子数据，且其也不能直接证明借款事实，需要辅助以其他证据。故而，B 选项正确。

C 选项，根据电子数据的定义可知，牟某提供的记载战某表示要向其借款 5 万元的手机短信属于电子数据，但对于借款事实而言属于间接证据，因其不能直接证明借款事实，故而，C 选项错误。

D 选项，战某提供一份牟某书写的向其借款 10 万元的借条复印件，这一证据的待证事实是战某未向牟某借款，对于这一待证事实战某承担证明责任，因此属于本证。故而，D 选项错误。

综上所述，本题答案为 B。

（2012-3-98）李强起诉要求赵刚返还欠款 5000 元，并向法院提交了赵刚书写的借条、其向赵刚转账 5000 元的银行转账凭证等。赵刚称，其向李强借款是事实，但在 2010 年 1

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

月卖给李强一块玉石，价值 5000 元，说好用玉石货款清偿借款。当时李强表示同意，并称之后会把借条还给赵刚，但其一直未还该借条。关于赵刚向李强借款 5000 元的证据证明问题，下列选项正确的是：

- A.李强提出的借条是本证
- B.李强提出的其向赵刚转账 5000 元的银行转账凭证是直接证据
- C.赵刚承认借款事实属于自认
- D.赵刚所言已用卖玉石的款项偿还借款属于反证

【答案】AC

【解析】

本题考查证据的理论分类与自认。根据证据与证明责任承担者的关系，可以将证据分为本证和反证。所谓本证，是对主张事实负有举证责任的当事人所提出的支持其主张的证据。反证是对该事实不负有举证责任的当事人所提出的反驳对方主张的证据。原告李强对借款合同的成立负有举证责任，因此，他提出的用以证明借款成立的“借条”属于本证。

A 选项正确。

被告赵刚言称已用卖玉石款项偿还借款，也就是说，他主张借款已经清偿，他需要针对清偿事实负有举证责任，因此 D 选项中赵刚提供的当事人陈述意在证明还钱事实，也是本证。D 选项错误。

根据证据与案件主要事实的证明关系的不同，可以将证据分为直接证据和间接证据。直接证据是能够单独、直接证明案件主要事实的证据；间接证据是通过与其他证据结合在一起才能证明案件主要事实的证据。B 选项中的“银行转账凭证”，只能证明李强曾经向赵刚转账，并不能单独、直接地证明“李强借给赵刚 5000 元钱”的案件事实，属于间接证据。B 选项错误。

所谓自认，是指一方当事人对另一方当事人主张的案件事实予以承认。根据《民事证据规定》第 3 条第 1 款之规定，在诉讼过程中，一方当事人陈述的于己不利的事实，或者对于己不利的事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证证明。可见，本案中赵刚对借款事实的承认属于自认。因此，C 选项正确。

（2010-3-83）周某与某书店因十几本工具书损毁发生纠纷，书店向法院起诉，并向法院提交了被损毁图书以证明遭受的损失。关于本案被损毁图书，属于下列哪些类型的证据？

- A.直接证据
- B.间接证据
- C.书证

D.物证

【答案】AD

【解析】

本题考查证据的法定种类和理论分类。在证据的法定种类上，本题涉及书证与物证的区分。书证是指以文字、符号、图形等形式所记载的内容或表达的思想来证明案件事实的证据。物证则是利用物体外观等物理特征来证明案件事实的证据。证据的分类一定要结合题目中所提问的角度加以判断。图书如果从内容来证明案情，则是典型的书证。但在本案中，书店提交被损毁图书的目的只是为了证明遭受的损失，图书损毁属于图书的外在物理特征，无需通过图书内容进行证明。因此，被损毁图书属于物证，而非书证。D选项正确，C选项错误。

在证据的理论分类上，本题涉及直接证据与间接证据的区分。直接证据与间接证据的区分，关键是看该证据是否能够单独证明需要证明的案件事实。一个证据能单独反映题目中需要证明的事实，就是直接证据。一个证据无法单独反映题目中需要证明的事实，必须结合其他证据才能反映待证事实，就是间接证据。在本题中，需要证明的事实是书店遭受的损失，即侵权案件的损害结果。被损毁图书就能够单独反映这一情况，能够直接指向损害结果的多少，因此属于直接证据，而非间接证据。A选项正确，B选项错误。

（2009-3-40）关于证据理论分类的表述，下列哪一选项正确？

- A.传来证据有可能是直接证据
- B.诉讼中原告提出的证据都是本证，被告提出的证据都是反证
- C.证人转述他人所见的案件事实都属于间接证据
- D.一个客观与合法的间接证据可以单独作为认定案件事实的依据

【答案】A

【解析】

本题考查对原始证据与传来证据、直接证据与间接证据、本证与反证的概念辨析。直接、间接证据的划分与原始、传来证据的划分并无必然联系，原始证据既有直接证据也有间接证据，传来证据亦然。所以，A选项正确。

本证是指负有证明责任的一方所提的证明自己主张的证据；反证是指不负有证明责任的一方所提的推翻对方主张的证据。需要注意的是，原告和被告都可以提出本证和反证，并非原告提出的都是本证、被告提出的都是反证。故B选项错误。

依照证据对案件事实的证明方式进行分类，证据分为直接证据和间接证据。直接证据指能够单独、直接证明案件主要事实的证据。间接证据指不能单独、直接证明案件主要事

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

实，必须与其他证据结合起来方能证明主要事实的证据。依照证据的来源或者产生方式进行分类，证据分为原始证据和传来证据。原始证据是指直接来源于案件事实而未经中间环节传播的证据；传来证据是指经过中间环节辗转得来的证据。基于以上，C 选项中，证人转述他人所见的案件事实都属于传来证据，但未必是间接证据，所以 C 选项错误。另外，根据间接证据的概念可知，D 选项错误。

考区三 证据保全

（2013-3-46）甲县吴某与乙县宝丰公司在丙县签订了甜橙的买卖合同，货到后发现甜橙开始腐烂，未达到合同约定的质量标准。吴某退货无果，拟向法院起诉，为了证明甜橙的损坏状况，向法院申请诉前证据保全。关于诉前保全，下列哪一表述正确？

- A. 吴某可以向甲、乙、丙县法院申请诉前证据保全
- B. 法院应当在收到申请 15 日内裁定是否保全
- C. 法院在保全证据时，可以主动采取行为保全措施，减少吴某的损失
- D. 如果法院采取了证据保全措施，可以免除吴某对甜橙损坏状况提供证据的责任

【答案】D

【解析】

A 选项，《民事诉讼法》第八十一条第二款：因情况紧急，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据。《民事诉讼法》第二十三条：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。本案中，丙县只是合同签订地，吴某依法不能向丙县法院申请诉前证据保全。因此，A 选项错误。

B 选项，《民事诉讼法》第一百零一条第二款：人民法院接受申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。由此可知，法院应当在收到申请的四十八小时内作出裁定。因此，B 选项错误。

C 选项，《民诉法》第一百条第一款：人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。《民诉法》第一百零一条第一款：利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请。由此可知，诉前证据保全只能依申请，只有诉中证据保全才能由法院依职权主动采取措施。因

此，C 选项错误。

D 选项，在证据保全措施中，法院采取各种措施已获得证据，因此就该证据能予以证明的争议法律关系中的相关事实，可以免除有关当事人提供证据的责任。本案中，法院对甜橙采取证据保全措施后，甜橙的损坏状况已经被法院所掌握，吴某证明其损坏状况的举证责任即可免除。因此，D 选项正确。

综上所述，本题答案为 D。

第七章 民事证明

考区一 证明对象

（2015-3-40）下列哪一情形可以产生自认的法律后果？

- A.被告在答辩状中对原告主张的事实予以承认
- B.被告在诉讼调解过程中对原告主张的事实予以承认，但该调解最终未能成功
- C.被告认可其与原告存在收养关系
- D.被告承认原告主张的事实，但该事实与法院查明的事实不符

【答案】A

【解析】

A 选项，《民诉法解释》第九十二条第一款：一方当事人在法庭审理中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中，对于已不利的事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证证明。由此可知，被告在答辩状中对原告主张的事实予以承认，可以产生自认的法律后果。因此，A 选项正确。

B 选项，《民诉法解释》第一百零七条：在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解协议作出妥协而认可的事实，不得在后续的诉讼中作为对其不利的根据，但法律另有规定或者当事人均同意的除外。由此可知，被告在诉讼调解过程中对原告主张的事实予以承认，但该调解最终未能成功，这不能产生自认的法律效果。因此，B 选项说法错误。

C 选项，《民诉法解释》第九十二条第二款：对于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实，不适用前款自认的规定。由此可知，收养关系属于身份关系，所以不适用自认的规定。因此，C 选项说法错误。

D 选项，《民诉法解释》第九十二条第三款：自认的事实与查明的事实不符的，人民法院不予确认。由此可知，被告承认原告主张的事实，但该事实与法院查明的事实不符，不能产生自认的法律效果。因此，D 选项说法错误。

综上所述，本题答案为 A。

（2011-3-98）2011 年 7 月 11 日，A 市升湖区法院受理了黎明丽（女）诉张成功（男）离婚案。法院在案件开庭审理时组织调解。

黎明丽声称：2005 年 12 月，其与张成功结婚，后因张成功有第三者陈佳，感情已破裂，现要求离婚。黎明丽提出，离婚后儿子张好帅由其行使监护权，张成功每月支付抚养费 1500 元。现双方存款 36 万元（存折在张成功手中），由 2 人平分，生活用品归各自所有，不存在其他共有财产分割争议。

张成功承认：2005 年 12 月，其与黎明丽结婚，自己现在有了第三者，36 万元存款在自己手中，同意离婚，同意生活用品归各自所有，同意不存在其他共有财产分割争议。不同意支付张好帅抚养费，因其是黎明丽与前男友所生。

黎明丽承认：张好帅是其与前男友所生，但在户籍登记上，张成功与张好帅为父子关系，多年来父子相称，形成事实上的父子关系，故要求张成功支付抚养费。

调解未能达成协议。在随后的庭审中，黎明丽坚持提出的请求；张成功对调解中承认的多数事实和同意的请求予以认可，但否认了有第三者一事，仍不同意支付张好帅抚养费。黎明丽要求法院通知第三者陈佳以无独立请求权的第三人身份参加诉讼。

法院作出判决：解除黎明丽、张成功婚姻关系；张好帅由黎明丽行使监护权，张成功每月支付抚养费 700 元；存款双方平分，生活用品归个人所有，不存在其他共有财产分割争议。法院根据调解中被告承认自己有第三者的事实，认定双方感情破裂，张成功存在过失。

下列双方当事人的承认，不构成证据制度中自认的是：

- A.张成功承认与黎明丽存在婚姻关系
- B.张成功承认家中存款 36 万在自己手中
- C.张成功同意生活用品归各自所有
- D.黎明丽承认张成功不是张好帅的亲生父亲

【答案】ACD

【解析】

本题考查自认制度。根据《民诉解释》第 92 条第 2 款之规定，涉及身份关系的事实不适用自认，应由法院依职权查明。本题中，A 选项和 D 选项所述系涉及身份关系的事实，不能适用自认。所以 A 和 D 选项都是当选的。

B 选项中所述是对占有存款事实的认可，成立自认，是错误选项。自认只能承认案件事实；而对原告诉讼请求的承认是诉讼法上的认诺，并不是自认。认诺是基于处分原则，实施的关于实体权利义务关系的主张。

C 选项中，张成功同意生活用品归各自所有，是对黎明丽诉讼请求的承认，这是针对权利归属问题的认诺，而非针对事实问题的自认。C 选项正确。

（2011-3-99）（接上题）下列可以作为法院判决根据的选项是：

- A.张成功承认与黎明丽没有其他财产分割争议
- B.张成功承认家中 36 万存款在自己手中
- C.黎明丽提出张成功每月应当支付张好帅抚养费 1500 元的主张

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

D.张成功在调解中承认自己有第三者

【答案】AB

【解析】

本题考查自认制度。A 选项中，张成功承认与黎明丽没有其他财产分割争议，构成自认，可以作为法院判决根据。A 选项正确。

B 选项中，张成功承认家中 36 万存款在自己手中，构成自认，可以作为法院判决根据。B 选项正确。

C 选项中，黎明丽提出张成功每月应当支付张好帅抚养费 1500 元的主张，属于原告的诉讼请求。被告张成功对此未予认可。因此不能直接作为法院判决的根据。C 选项错误。

D 选项中，虽然张成功在调解中承认自己有第三者，但在调解未能达成协议时，张成功否认了有第三者一事。《民诉解释》第 107 条规定：“在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解协议作出妥协而认可的事实，不得在后续的诉讼中作为对其不利的根据，但法律另有规定或者当事人均同意的除外。”因此，张成功对第三者的承认在后续诉讼中不构成自认，不能作为判决根据。D 选项错误。

考区二 证明责任

（2018 仿真题）科技爱好者小明研制了一种空气净化器，并申请了发明专利。浙江省 A 市甲公司仿造了同款空气净化器，在市场上广为销售。小明向法院起诉甲公司侵犯其专利权。下列说法正确的是？

A.本案只有 A 市中级人民法院具备管辖权

B.若本案一审由 A 市中级人民法院作出了判决，小明不服提起了上诉，则由浙江省高级人民法院进行二审

C.在诉讼中，小明应当对甲公司制造空气净化器的方法与其专利方法相同承担证明责任

D.在诉讼中，小明应当对甲公司侵犯其专利权造成的损失数额承担证明责任

【答案】D

【解析】

本题综合考查专利侵权案件的民事诉讼程序。

《民诉法解释》第 2 条第 1 款规定，专利纠纷案件由知识产权法院、最高人民法院确定的中级人民法院和基层人民法院管辖。故本案也有可能在基层法院管辖，故 A 项错误。

《关于专利等知识产权案件诉讼程序若干问题的决定》第 1 条规定：“当事人对发明专利、实用新型专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密、计算机软件、垄断等专业技术

术性较强的知识产权民事案件第一审判决、裁定不服，提起上诉的，由最高人民法院审理。”故 B 项错误。

《专利法》第 61 条第 1 款规定：“专利侵权纠纷涉及新产品制造方法的发明专利的，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法不同于专利方法的证明。”故 C 选项所指事实应由甲公司而非小明承担证明责任，C 项错误。

D 项所指事实属于侵权案件的损害结果（侵权要件之一），按照《民诉法解释》第 91 条确立的“谁主张谁举证”之证明责任一般分配规则，应由原告承担证明责任，故 D 项正确。

（2017-3-39）王某诉钱某返还借款案审理中，王某向法院提交了一份有钱某签名、内容为钱某向王某借款 5 万元的借条，证明借款的事实；钱某向法院提交了一份有王某签名、内容为王某收到钱某返还借款 5 万元并说明借条因王某过失已丢失的收条。经法院质证，双方当事人确定借条和收条所说的 5 万元是相对应的款项。关于本案，下列哪一选项是错误的？

- A. 王某承担钱某向其借款事实的证明责任
- B. 钱某自认了向王某借款的事实
- C. 钱某提交的收条是案涉借款事实的反证
- D. 钱某提交的收条是案涉还款事实的本证

【答案】C

【解析】

A 选项：根据诉讼法“谁主张谁举证”的原则，王某应当承担钱某向其借款事实的证明责任。因此，A 选项正确。

B 选项：题干给出：钱某向法院提交了一份有王某签名、内容为王某收到钱某返还借款 5 万元并说明借条因王某过失已丢失的收条。收条中钱某已自认了向王某借款的事实。因此，B 选项正确。

C 选项：本证，是指提出该证据的当事人对该待证事实承担举证责任；反证，是指提出该证据的当事人对该待证事实不承担举证责任。钱某提供的收条待证的事实是钱某还钱，对于这一待证事实，钱某承担举证责任，因此钱某提供的收条是本证。因此，C 选项错误。

D 选项：本证，是指提出该证据的当事人对该待证事实承担举证责任；反证，是指提出该证据的当事人对该待证事实不承担举证责任。钱某提供的收条待证的事实是钱某还钱，对于这一待证事实，钱某承担举证责任，因此钱某提供的收条是本证。因此，D 选项正确。

综上所述，本题答案为 C。

（2017-3-40）薛某雇杨某料理家务。一天，杨某乘电梯去楼下扔掉厨房垃圾时，袋中的碎玻璃严重划伤电梯中的邻居乔某。乔某诉至法院，要求赔偿其各项损失3万元。关于本案，下列哪一说法是正确的？

- A. 乔某应起诉杨某，并承担杨某主观有过错的证明责任
- B. 乔某应起诉杨某，由杨某承担其主观无过错的证明责任
- C. 乔某应起诉薛某，由薛某承担其主观无过错的证明责任
- D. 乔某应起诉薛某，薛某主观是否有过错不是本案的证明对象

【答案】D

【解析】

A选项，B选项：《民诉解释》第五十七条：提供劳务一方因劳务造成他人损害，受害人提起诉讼的，以接受劳务一方为被告。薛某为接受劳务一方，本案应当以薛某为被告。因此，A、B选项错误。

C选项，D选项：《侵权责任法》第三十五条：个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。依此可知，薛某承担的是替代责任，其是否有过错并非是其抗辩理由。因此，C选项错误。D选项正确。

综上所述，本题答案为D。

（2016-3-40）刘月购买甲公司的化肥，使用后农作物生长异常。刘月向法院起诉，要求甲公司退款并赔偿损失。诉讼中甲公司否认刘月的损失是因其出售的化肥质量问题造成的，刘月向法院提供了本村吴某起诉甲公司损害赔偿案件的判决书，以证明甲公司出售的化肥有质量问题且与其所受损害有因果关系。关于本案刘月所受损害与使用甲公司化肥因果关系的证明责任分配，下列哪一选项正确？

- A. 应由刘月负担有因果关系的证明责任
- B. 应由甲公司负担无因果关系的证明责任
- C. 应由法院依职权裁量分配证明责任
- D. 应由双方当事人协商分担证明责任

【答案】B

【解析】

AB选项：关于因果关系，刘月已经提供了本村吴某起诉甲公司损害赔偿案件的判决书，以证明甲公司出售的化肥有质量问题且与其所受损害有因果关系。《民诉证据规定》第十条：下列事实，当事人无须举证证明：（一）自然规律以及定理、定律；（二）众所周知的事实；（三）根据法律规定推定的事实；（四）根据已知的事实和日常生活经验法则推

定出的另一事实；（五）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；（六）已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实；（七）已为有效公证文书所证明的事实。前款第二项至第五项事实，当事人有相反证据足以反驳的除外；第六项、第七项事实，当事人有相反证据足以推翻的除外。本案中，刘月向法院提供了本村吴某起诉甲公司损害赔偿案件的判决书，以证明甲公司出售的化肥有质量问题且与其所受损害有因果关系，因为这份判决书所确认的因果关系属于上述法条规定的免证事实。因此，应由甲公司负担无因果关系的证明责任。故而，A 选项错误，B 选项正确。

CD 选项：证明责任由法律、司法解释规定，不能由法院自由裁量或当事人协商。故而，CD 选项错误。

综上所述，本题答案为 B。

（2015-3-96）五环公司起诉要求四海公司支付货款。四海公司辩称已将货款交给五环公司业务员付某。五环公司承认付某是本公司业务员，但认为其无权代理本公司收取货款，且付某也没有将四海公司声称的货款交给本公司。四海公司向法庭出示了盖有五环公司印章的授权委托书，证明付某有权代理五环公司收取货款，但五环公司对该授权书的真实性不予认可。本案需要由四海公司承担证明责任的事实包括：

- A.四海公司已经将货款交付给了五环公司业务员付某
- B.付某是五环公司业务员
- C.五环公司授权付某代理收取货款
- D.付某将收取的货款交到五环公司

【答案】AC

【解析】

A 选项，C 选项，《民诉解释》第九十一条：人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担，但法律另有规定的除外：（一）主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任；（二）主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人，应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。本案中，四海公司主张已经将货款交付给了五环公司业务员付某、五环公司授权付某代理收取货款，由其对这些事实承担证明责任。因此，AC 选项事实需要四海公司承担举证责任，当选。

B 选项，《民诉解释》第九十二条第一款：一方当事人在法庭审理中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中，对于己不利的事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证证明。由此可知，五环公司已经承认付某是五环公司业务员，属于自认，因此，无需四

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

海公司证明，不当选。

D 选项，四海公司只要证明已经将货款交付给了五环公司业务员付某，且五环公司授权付某代理收取货款，诉讼请求即可得到法院支持，付某将收取的货款交到五环公司与否并不影响，因此，无需证明。

综上所述，本题答案为 AC。

（2014-3-45）下列关于证明的哪一表述正确？

A.经过公证的书证，其证明力一般大于传来证据和间接证据

B.经验法则可验证的事实都不需要当事人证明

C.在法国居住的雷诺委托赵律师代理在我国的民事诉讼，其授权委托书需要经法国公证机关证明，并经我国驻法国使领馆认证后，方发生效力

D.证明责任是一种不利的后果，会随着诉讼的进行，在当事人之间来回移转

【答案】C

【解析】

A 选项，书证为证据的法定种类之一，而传来证据、间接证据则是对证据的理论分类，二者不具有可比性，民诉中一般认为经过公证的书证的证明力大于其他书证，而非大于传来证据和间接证据。因此，A 选项错误。

B 选项，《民诉证据规定》第十条：下列事实，当事人无须举证证明：（一）自然规律以及定理、定律；（二）众所周知的事实；（三）根据法律规定推定的事实；（四）根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实；（五）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；（六）已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实；（七）已为有效公证文书所证明的事实。前款第二项至第五项事实，当事人有相反证据足以反驳的除外；第六项、第七项事实，当事人有相反证据足以推翻的除外。由此可知，日常生活经验法则可验证，是免证事实，但当事人有相反证据足以推翻的除外。其他法则可验证的事实，不是免证事实。因此，B 选项错误。

C 选项，《民事诉讼法》第二百六十四条：在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。在法国居住的雷诺委托赵律师在我国进行民事诉讼，其授权委托书需要经法国公证机关证明，并经我国驻法国使领馆认证后，方发生效力。因此，C 选项正确。

D 选项，证明责任是一种不利的后果，由法律或司法解释预先规定，不会在当事人之

间来回移转。因此，D 选项错误。

综上所述，本题答案为 C。

（2012-3-37）甲路过乙家门口，被乙叠放在门口的砖头砸伤，甲起诉要求乙赔偿。关于本案的证明责任分配，下列哪一说法错误？

- A.乙叠放砖头倒塌的事实，由原告甲承担证明责任
- B.甲受损害的事实，由原告甲承担证明责任
- C.甲所受损害是由于乙叠放砖头倒塌砸伤的事实，由原告甲承担证明责任
- D.乙有主观过错的事实，由原告甲承担证明责任

【答案】D

【解析】

本题考查举证责任的分配。

根据《侵权责任法》第 88 条之规定，堆放物倒塌造成他人损害，堆放人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。可见，本题中叠放砖头致人损害的案件，在行为人过错方面的举证责任是倒置的，由被告承担举证责任；但是，侵权行为、损害结果、行为与结果之间的因果关系等侵权构成要件没有倒置，还是由原告承担举证责任。因此，A、B、C 三个选项正确，错误的是 D 选项。

（2012-3-99）2010 年 3 月，李强找到赵刚家追讨债务，发生争吵。赵刚因所牵宠物狗易受惊，遂对李强说：“你不要大声喊，狗会咬你。”李强不理，仍然叫骂，并指着狗叫喊。该狗受惊，扑向李强并将其咬伤。李强起诉要求赵刚支付医药费 6000 元，并向法院提交了本人病历、医院的诊断书（复印件）、医院处方（复印件）、发票等。赵刚称，李强故意激怒狗，被狗咬伤的责任应由李强自己承担。对此，赵刚提交了邻居孙某出具的书面证词，该证词描述了李强当时骂人和骂狗的情形。赵刚认为，李强提交的诊断书、医院处方均为复印件，没有证明力。关于本案李强被狗咬伤的证据证明问题，下列选项正确的是：

- A.赵刚的证人提出的书面证词属于书证
- B.李强提交的诊断书、医院处方为复印件，肯定无证明力
- C.李强是因为挑逗赵刚的狗而被狗咬伤的事实的证明责任由赵刚承担
- D.李强受损害与被赵刚的狗咬伤之间具有因果关系的证明责任由李强承担

【答案】CD

【解析】

本题考查书证、证人证言、传来证据以及证明责任的分配。书证是指以其记载的内容

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

和反映的思想来证明案件真实情况的书面材料或其他物质材料。A 选项中的书面证词似乎属于书证，但其实不然，这只是说明证人系以书面方式进行作证，因此属于证人证言的种类。因此，A 选项错误。

B 选项：无法与原件核对的复印件、复制品证明力较弱，不能单独作为认定案件事实的依据，而 B 选项复印件肯定无证明力的表述过于绝对。因此，B 选项错误。

CD 选项：关于举证责任，本案为动物致人损害，为无过错责任原则，应当由原告对除过错外的其他侵权责任构成要件(行为、结果、因果关系)进行证明，被告对免责事由进行证明。结合本案，李强故意逗狗是免责事由，应当由被告证明，所以 C 选项正确；D 选项中因果关系应当由原告李强证明，D 选项正确。

综上所述，本题答案为 CD。

(2011-3-84) 关于证明责任，下列哪些说法正确？

- A.只有在待证事实处于真伪不明情况下，证明责任的后果才会出现
- B.对案件中的同一事实，只有一方当事人负有证明责任
- C.当事人对其主张的某一事实没有提供证据证明，必将承担败诉的后果
- D.证明责任的结果责任不会在原、被告间相互转移

【答案】ABD

【解析】

本题考查证明责任的概念和特征。证明责任是指在民事诉讼中应当由当事人对其主张的事实提供证据并予以证明，若诉讼结束时根据全案证据仍不能判明当事人主张的事实真伪，则由该当事人承担不利的诉讼后果。证明责任是一种不利后果，此种后果只在作为裁判基础的法律要件事实处于真伪不明状态时才会真正体现出来。故 A 选项正确。

C 选项中，当事人对其主张的某一事实没有提供证据证明，如果发生证明责任倒置的情形，本方当事人也并不承担败诉后果，如果该事实真伪不明则让对方当事人承担败诉后果。所以 C 选项错误。

某一个法律要件事实的证明责任，只能由一方当事人来承担，不可能由双方当事人共同承担。因为，如果双方同时承担的话，则当事实真伪不明时，法院无法据此作出哪一方败诉的判决。因此，B 选项正确。

但需注意，某一个案件中会有多个法律要件事实，不同事实可能由不同当事人来承担证明责任。证明责任由哪一方当事人承担，是由法律或司法解释预先规定的，在诉讼中不存在证明责任在当事人之间相互转移的问题。因此，D 选项正确。

考区三 法院调查收集证据、举证期限

（2018 仿真题）关于民事诉讼过程中的法院调查收集证据，下列哪些选项是正确的？

A.在甲公司诉乙公司合同纠纷一案中，该合同可能存在恶意串通损害第三人丙公司利益的事实，在此情况下法院应当主动收集证据

B.在甲公司诉乙公司合同纠纷一案中，因涉及虚假诉讼的可能性，法院应主动收集证据

C.在甲公司诉乙公司合同纠纷一案中，甲公司因关键性证据的持有人当地工商局拒绝提供该证据，向法院申请调查收集证据，在此情况下法院应当进行调查收集

D.在小明诉王小毛借款纠纷一案中，小明因忙于炒股没有时间收集证据，于是申请法院调查收集证据，在此情况下法院应当进行调查收集

【答案】ABC

【解析】

本题的考点是法院调查收集证据。法院调查收集证据包括依当事人申请调查收集和依职权主动收集两种情形。根据《民诉法解释》第 96 条之规定，法院主动依职权调查收集证据的情形包括：（1）涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；（2）涉及身份关系的；（3）涉及《民事诉讼法》第 55 条规定诉讼（公益诉讼）的；（4）当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；（5）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。A 项符合第（4）项所述情形，故 A 项正确。

最高人民法院 68 号指导案例“上海欧宝生物科技有限公司诉辽宁特莱维置业发展有限公司企业借贷纠纷案”的裁判要点指出，人民法院审理民事案件中发现存在虚假诉讼可能时，应当依职权调取相关证据，详细询问当事人，全面严格审查诉讼请求与相关证据之间是否存在矛盾，以及当事人诉讼中言行是否违背常理。另据法律原理，虚假诉讼也属于《民诉法解释》第 96 条规定中的第（1）项损害国家利益的情形。故 B 项也正确。

根据《民诉法解释》第 94 条之规定，法院依当事人申请调查收集证据的情形包括：（1）证据由国家有关部门保存，当事人及其诉讼代理人无权查阅调取的；（2）涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；（3）当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的其他证据。C 项属于上述第（3）项的情形，故应选。D 项错误。

（2012-3-83）关于法院依职权调查事项的范围，下列哪些选项正确？

A.本院是否享有对起诉至本院案件的管辖权

B.委托诉讼代理人代理权限范围

C.当事人是否具有诉讼权利能力

D.合议庭成员是否存在回避的法定事由

【答案】ABCD

【解析】

本题考查法院依职权调查事项的范围。根据《民诉解释》第96条之规定，法院依职权调取证据的范围包括：（1）涉及国家利益、社会公共利益的以及他人合法权益的。：①可能损害国家利益、社会公共利益的；②涉及公益诉讼的；③当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的。；（2）涉及身份关系的；（3）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。本题中，A、B、C、D四个选项所述皆属于程序性事项，都正确。

在此，向各位读者提示一种区分程序事项与实体事项的最简单的方法：凡是民法上规定的问题，比如诉讼时效、民事行为能力、民事代理的权限范围等，皆为实体问题；凡是民事诉讼法上规定的问题，比如管辖、诉讼行为能力、诉讼代理人的权限范围等，皆为程序问题。

（2016-3-41）李某起诉王某要求返还10万元借款并支付利息5000元，并向法院提交了王某亲笔书写的借条。王某辩称，已还2万元，李某还出具了收条，但王某并未在法院要求的时间内提交证据。法院一审判决王某返还李某10万元并支付5000元利息，王某不服提起上诉，并称一审期间未找到收条，现找到了并提交法院。关于王某迟延提交收条的法律后果，下列哪一选项正确？

A.因不属于新证据，法院不予采纳

B.法院应采纳该证据，并对王某进行训诫

C.如果李某同意，法院可以采纳该证据

D.法院应当责令王某说明理由，视情况决定是否采纳该证据

【答案】B

【小提示】

因客观原因逾期，或对方当事人对逾期未提出异议		视为未逾期
因故意或者重大过失逾期提供的证据	与案件基本事实无关	不予采纳
	与案件基本事实有关	应采纳，并对其训诫、罚款
非因故意或者重大过失逾期提供的证据		应采纳，并对其训诫

【解析】

《民诉解释》第一百零二条：当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院

不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并依法予以训诫、罚款。当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。王某延迟提交收条的原因是“一审期间未找到”，从主观形态来看，属于重大过失，但该证据与案件基本事实有关，因此法院应当采纳该证据，并对王某予以训诫，故而，ACD 选项错误，B 选项正确。

综上所述，本题答案为 B。

（2013-3-40）大皮公司因买卖纠纷起诉小华公司，双方商定了 25 天的举证时限，法院认可。时限届满后，小华公司提出还有一份发货单没有提供，申请延长举证时限，被法院驳回。庭审时小华公司向法庭提交该发货单。尽管大皮公司反对，但法院在对小华公司予以罚款后仍对该证据进行质证。下列哪一诉讼行为不符合举证时限的相关规定？

- A.双方当事人协议确定举证时限
- B.双方确定了 25 天的举证时限
- C.小华公司在举证时限届满后申请延长举证时限
- D.法院不顾大皮公司反对，依然组织质证

【答案】C

【解析】

A 选项，B 选项，《民诉解释》第九十九条规定：人民法院应当在审理前的准备阶段确定当事人的举证期限。举证期限可以由当事人协商，并经人民法院准许。人民法院确定举证期限，第一审普通程序案件不得少于十五日，当事人提供新的证据的第二审案件不得少于十日。举证期限届满后，当事人对已经提供的证据，申请提供反驳证据或者对证据来源、形式等方面的瑕疵进行补正的，人民法院可以酌情再次确定举证期限，该期限不受前款规定的限制。由此可知，双方当事人可以协议确定举证时限，25 天的举证时限符合法律规定。因此，AB 选项正确，不当选。

C 选项，《民诉证据规定》第五十四条第一款：当事人申请延长举证期限的，应当在举证期限届满前向人民法院提出书面申请。由此可知，小华公司在举证时限届满后申请延长的，不符合法律规定。因此，C 选项错误，当选。

D 选项，《民事诉讼法》第六十五条：当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

训诫、罚款。由此可知，即使是逾期提交的证据，法院也可以依法采纳并组织质证。因此，D选项正确，不当选。

综上所述，本题答案为C。

考区四 质证程序与认证规则

（2017-3-80）叶某诉汪某借款纠纷案，叶某向法院提交了一份内容为汪某向叶某借款3万元并收到该3万元的借条复印件，上有“本借条原件由汪某保管，借条复印件与借条原件具有同等效力”字样，并有汪某的署名。法院据此要求汪某提供借条原件，汪某以证明责任在原告为由拒不提供，后又称找不到借条原件。证人刘某作证称，他是汪某向叶某借款的中间人，汪某向叶某借款的事实确实存在；另外，汪某还告诉刘某，他在叶某起诉之后把借条原件烧毁，汪某在法院质证中也予以承认。在此情况下，下列哪些选项是正确的？

- A.法院可根据叶某提交的借条复印件，结合刘某的证言对案涉借款事实进行审查判断
- B.叶某提交给法院的借条复印件是案涉借款事实的传来证据
- C.法院可认定汪某向叶某借款3万元的事实
- D.法院可对汪某进行罚款、拘留

【答案】ABCD

【解析】

A选项：《民诉证据规定》第九十条：下列证据不能单独作为认定案件事实的根据：（一）当事人的陈述；（二）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相称的证言；（三）与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人陈述的证言；（四）存有疑点的视听资料、电子数据；（五）无法与原件、原物核对的复制件、复制品。由此可知，本案中无法与原件核对的借条复印件，不能单独作为认定案件事实的依据，法院可以结合其他证据，比如证人刘某的证言，进行综合判断。故而，A选项正确，当选。

B选项：传来证据，又称为派生证据，是指不直接来源于案件事实，而是通过传抄、转述、复制后所获得的证据。由此可知，借条复印件属于传来证据。故而，B选项正确，当选。

C选项：《民事诉讼法解释》第一百一十二条：书证在对方当事人控制之下的，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。申请理由成立的，人民法院应当责令对方当事人提交，因提交书证所产生的费用，由申请人负担。对方当事人无正当理由拒不提交，人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。由此可知，本案中汪某无正当理由拒不提供由其保管的借条原件，法院可以认定叶某

主张的借条复印件上的内容为真实。故而，C 选项正确，当选。

D 选项：《民事诉讼法解释》第一百一十三条：持有书证的当事人以妨碍对方当事人使用为目的，毁灭有关书证或者实施其他致使书证不能使用行为的，人民法院可以依照民事诉讼法第一百一十一条规定，对其处以罚款、拘留。由此可知，本案中，汪某还告诉刘某，他在叶某起诉之后把借条原件烧毁，汪某在法院质证中也予以承认。法院可以对其处以罚款、拘留。因此，D 选项正确，当选。

综上所述，本题答案为 ABCD。

（2016-3-80）哥哥王文诉弟弟王武遗产继承一案，王文向法院提交了一份其父生前关于遗产分配方案的遗嘱复印件，遗嘱中有“本遗嘱的原件由王武负责保管”字样，并有王武的签名。王文在举证责任期间书面申请法院责令王武提交遗嘱原件，法院通知王武提交，但王武无正当理由拒绝提交。在此情况下，依据相关规定，下列哪些行为是合法的？

- A.王文可只向法院提交遗嘱的复印件
- B.法院可依法对王武进行拘留
- C.法院可认定王文所主张的该遗嘱能证明的事实为真实
- D.法院可根据王武的行为而判决支持王文的各项诉讼请求

【答案】AC

【解析】

A 选项，《民事诉讼法》第七十条：书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。《民诉法解释》第一百一十一条：民事诉讼法第七十条规定的提交书证原件确有困难，包括下列情形：（一）书证原件遗失、灭失或者毁损的；（二）原件在对方当事人控制之下，经合法通知提交而拒不提交的；（三）原件在他人控制之下，而其有权不提交的；（四）原件因篇幅或者体积过大而不便提交的；（五）承担举证证明责任的当事人通过申请人民法院调查收集或者其他方式无法获得书证原件的。本案中，遗嘱的原件在被告的控制之下，法院通知其提交，其无正当理由拒绝提交。故而，王文可依法律规定只提交复印件。因此，A 选项正确。

B 选项，并无明文规定，法院在此情形下可以拘留被告。因此，B 选项错误。

C 选项，《民诉解释》第一百一十二条：书证在对方当事人控制之下的，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。申请理由成立的，人民法院应当责令对方当事人提交，因提交书证所产生的费用，由申请人负担。对方当事人无正当理由拒不提交的，人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。案中，遗嘱的原件在被告的控制之下，法院通知其提交，其无正当理由拒绝提交。故而，

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

法院可以直接依上述司法解释的规定，认定申请人王文所主张的书证内容为真实。因此，C选项正确。

D选项，《民诉法解释》第一百一十一条：民事诉讼法第七十条规定的提交书证原件确有困难，包括下列情形：(一)书证原件遗失、灭失或者毁损的；(二)原件在对方当事人控制之下，经合法通知提交而拒不提交的；(三)原件在他人控制之下，而其有权不提交的；(四)原件因篇幅或者体积过大而不便提交的；(五)承担举证证明责任的当事人通过申请人民法院调查收集或者其他方式无法获得书证原件的。前款规定情形，人民法院应当结合其他证据和案件具体情况，审查判断书证复制品等能否作为认定案件事实的根据。依此可知，书证复制品是否可以作为认定案件事实的根据尚需审查，更不可能直接判决支持王文的各项诉讼请求。因此，D选项错误。

综上所述，本题答案为AC。

(2013-3-85)高某诉张某合同纠纷案，终审高某败诉。高某向检察院反映，其在一审中提交了偷录双方谈判过程的录音带，其中有张某承认货物存在严重质量问题的陈述，足以推翻原判，但法院从未组织质证。对此，检察院提起抗诉。关于再审程序中证据的表述，下列哪些选项正确？

- A.再审质证应当由高某、张某和检察院共同进行
- B.该录音带属于电子数据，高某应当提交证据原件进行质证
- C.虽然该录音带系高某偷录，但仍可作为质证对象
- D.如再审法院认定该录音带涉及商业秘密，应当依职权决定不公开质证

【答案】CD

【解析】

A选项，《民诉解释》第一百零三条第一款规定，证据应当在法庭上出示，由当事人互相质证。未经当事人质证的证据，不得作为认定案件事实的根据。由此可知，质证的主体是双方当事人，检察院不是质证的主体。因此，A选项错误。

B选项，本案中的录音带属于视听资料，题目中没有交代储存在电子介质中，所以不是电子数据。因此，B选项错误。

C选项，《民诉解释》第一百零六条规定，对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。由此可知，虽然录音带是高某在双方谈判过程中偷录的，但是并不违法。所以，法院依然可以对录音带进行质证，并采纳。因此，C选项正确。

D选项，《民诉解释》第一百零三条第三款规定，涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者法律规定应当保密的证据，不得公开质证。由此可知，如再审法院认定该录音带涉

及商业秘密，应当依职权决定不公开质证。因此，D选项正确。

综上所述，本题答案为CD。

（2010-3-48）郭某诉张某财产损害一案，法院进行了庭前调解，张某承认对郭某财产造成损害，但在赔偿数额上双方无法达成协议。关于本案，下列哪一选项正确？

- A. 张某承认对郭某财产造成损害，已构成自认
- B. 张某承认对郭某财产造成损害，可作为对张某不利的证据使用
- C. 郭某仍需对张某造成财产损害的事实举证证明
- D. 法院无需开庭审理，本案事实清楚可直接作出判决

【答案】C

【解析】

本题考查和解、调解不利自认豁免规则。《民诉解释》第107条规定：“在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解协议作出妥协而认可的事实，不得在后续的诉讼中作为对其不利的根据，但法律另有规定或者当事人均同意的除外。”此为和解、调解不利自认豁免规则的规定。在本题中，张某是在庭前调解中承认对郭某财产造成损害，但后来调解并未达成，因此不构成自认，不能在其后的诉讼中作为对其不利的证据。针对郭某财产遭受损害的事实，仍然需要证据加以证明。所以，A、B、D选项错误，C选项正确。

第八章 民事诉讼保障

考区一 期间与送达

（2018 仿真题）孙某将蔡某诉至法院，要求蔡某返还 10 万元借款，法院判决蔡某返还 10 万元给孙某。关于判决书的送达方式，下列说法正确的是？

- A.法院可以通知蔡某到法院领取判决书
- B.经法院通知领取判决书，蔡某到法院后拒绝签收的，审判人员、书记员可以在送达回证上注明送达情况并签名后即视为送达
- C.送达人员到蔡某家送达判决书，蔡某不在可由蔡妻签收
- D.送达人员将判决书通过电子邮件发给蔡某

【答案】ABC

【解析】本题考查法律文书的送达。根据《民事诉讼法解释》第 131 条之规定，人民法院直接送达诉讼文书的，可以通知当事人到人民法院领取；当事人到达人民法院，拒绝签署送达回证的，视为送达，审判人员、书记员应当在送达回证上注明送达情况并签名。可见，AB 项正确。

《民事诉讼法》第 85 条之规定，送达诉讼文书，应当直接送交受送达人，受送达人是公民的，本人不在交他的同住成年家属签收。故 C 项正确。判决书、裁定书、调解书不适用电子送达，故 D 项错误。

（2015-3-41）张兄与张弟因遗产纠纷诉至法院，一审判决张兄胜诉。张弟不服，却在赴法院提交上诉状的路上被撞昏迷，待其经抢救苏醒时已超过上诉期限一天。对此，下列哪一说法正确？

- A.法律上没有途径可对张弟上诉权予以补救
- B.因意外事故耽误上诉期限，法院应依职权决定顺延期限
- C.张弟可在清醒后 10 日内，申请顺延期限，是否准许，由法院决定
- D.上诉期限为法定期间，张弟提出顺延期限，法院不应准许

【答案】C

【解析】

本题考查期限。

《民事诉讼法》第 83 条规定：“当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的，在障碍消除后的 10 日内，可以申请顺延期限，是否准许，由人民法院决定。”在本题中，张弟被撞昏迷不醒的事由显然属于正当理由，可以适用期限顺延的规定。从上述规定

可知，顺延期限必须依当事人申请，而不能法院依职权。因此，只有 C 选项正确。

（2012-3-38）关于《民事诉讼法》规定的期间制度，下列哪一选项正确？

- A.法定期间都属于绝对不可变期间
- B.涉外案件的审理不受案件审结期限的限制
- C.当事人从外地到法院参加诉讼的在途期间不包括在期间内
- D.当事人有正当理由耽误了期间，法院应当依职权为其延展期间

【答案】B

【解析】

本题考查民事诉讼法上的期间。

法定期间，是指由法律明文规定的期间。法定期间包括绝对不可变期间和相对不可变期间。绝对不可变期间，是指该期间经法律确定，任何机构和人员都不得改变，如上诉期间等。相对不可变期间，是指该期间经法律确定后，在通常情况下不可改变，但遇到有关法定事由，法院可对其依法予以变更，如一审的案件审理期间。因此，A 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 270 条之规定，人民法院审理涉外民事案件的期间，不受国内民事诉讼一审和二审审限的限制。因此，B 选项正确。

根据《民事诉讼法》第 82 条之规定，期间不包括在途时间，诉讼文书在期满前交邮的，不算过期。可见，在途时间是指诉讼文书的邮寄在途时间，C 选项中当事人参加诉讼的在途时间不属于此项规定，C 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 83 条之规定，当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的，在障碍消除后的十日内，可以申请顺延期限，是否准许，由人民法院决定。因此，法院系依申请顺延期限，而非依职权，D 选项错误。

（2011-3-41）根据《民事诉讼法》和民事诉讼理论，关于期间，下列哪一选项正确？

- A.法定期间都是不可变期间，指定期间都是可变期间
- B.法定期间的开始日及期间中遇有节假日的，应当在计算期间时予以扣除
- C.当事人参加诉讼的在途期间不包括在期间内
- D.遇有特殊情况，法院可依职权变更原确定的指定期间

【答案】D

【解析】

本题考查民事诉讼上的期间。

法定期间，是指由法律明文规定的期间。法定期间包括绝对不可变期间和相对不可变

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

期间。绝对不可变期间，是指该期间经法律确定，任何机构和人员都不得改变，如上诉期间等。相对不可变期间，是指该期间经法律确定后，在通常情况下不可改变，但遇到有关法定事由，法院可对其依法予以变更，如一审的审限。指定期间，是指人民法院根据案件审理时遇到的具体情况和案件审理的具体需要，依职权决定当事人及其诉讼参与人进行或完成某种诉讼行为的期间，例如指定举证期限。指定期间，通常是不能任意变更的，只有如果遇到特殊情况，法院才可依职权变更原来的指定。因此，A 选项错误，D 选项正确。

《民事诉讼法》第 82 条第 3 款规定：“期间届满的最后一日是节假日的，以节假日后的第一日为期间届满的日期。”可见，B 项中“法定期间的开始日及期间中遇有节假日的”，在计算期间时并不扣除。B 选项错误。

《民事诉讼法》第 82 条第 4 款规定：“期间不包括在途时间，诉讼文书在期满前交邮的，不算过期。”可见，在途时间是特指邮寄在途的时间，而不包括当事人参加诉讼的在途期间。因此，C 选项错误。

（2013-3-39）关于法院的送达行为，下列哪一选项正确？

A. 陈某以马某不具有选民资格向法院提起诉讼，由于马某拒不签收判决书，法院向其留置送达

B. 法院通过邮寄方式向葛某送达开庭传票，葛某未寄回送达回证，送达无效，应当重新送达

C. 法院在审理张某和赵某借款纠纷时，委托赵某所在学校代为送达起诉状副本和应诉通知

D. 经许某同意，法院用电子邮件方式向其送达证据保全裁定书

【答案】A

【解析】本题考查送达方式。

《民事诉讼法》第 86 条规定：“受送达人或者他的同住成年家属拒绝接收诉讼文书的，送达人可以邀请有关基层组织或者所在单位的代表到场，说明情况，在送达回证上记明拒收事由和日期，由送达人、见证人签名或者盖章，把诉讼文书留在受送达人的住所；也可以把诉讼文书留在受送达人的住所，并采用拍照、录像等方式记录送达过程，即视为送达。”可见，留置送达的前提是受送达人拒收诉讼文书，所以 A 选项的留置送达正确。

根据《民事诉讼法》第 88 条之规定，邮寄送达以回执上注明的收件日期为送达日期。可见，邮寄送达的完成以回执为标志，而非看送达回证。送达回证没有寄回，并不影响送达的生效，B 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 88 条之规定，直接送达诉讼文书有困难的，可以委托其他人民法院代为送达。可见，委托送达只能适用于不同法院之间，而不能委托当事人所在单位向

当事人送达法律文书，C 选项错误。

《民事诉讼法》第 87 条第 1 款规定：“经受送达人同意，人民法院可以采用传真、电子邮件等能够确认其收悉的方式送达诉讼文书，但判决书、裁定书、调解书除外。”因此，裁定书不能适用电子送达，D 选项错误。

考区二 保全与先予执行

（2015-3-80）李根诉刘江借款纠纷一案在法院审理，李根申请财产保全，要求法院扣押刘江向某小额贷款公司贷款时质押给该公司的两块名表。法院批准了该申请，并在没有征得该公司同意的情况下采取保全措施。对此，下列哪些选项错误？

- A. 一般情况下，某小额贷款公司保管的两块名表应交由法院保管
- B. 某小额贷款公司因法院采取保全措施而丧失了对两块名表的质权
- C. 某小额贷款公司因法院采取保全措施而丧失了对两块名表的优先受偿权
- D. 法院可以不经某小额贷款公司同意对其保管的两块名表采取保全措施

【答案】ABC

【解析】本题考查财产保全。

《民诉解释》第 154 条第 2 款规定：“查封、扣押、冻结担保物权人占有的担保财产，一般由担保物权人保管；由人民法院保管的，质权、留置权不因采取保全措施而消灭。”所以，A、B 选项的说法错误。

《民诉解释》第 157 条规定：“人民法院对抵押物、质押物、留置物可以采取财产保全措施，但不影响抵押权人、质权人、留置权人的优先受偿权。”可见，C 选项的说法错误。法院对质押物进行保全，并不需要质押权人的同意，D 选项的说法正确。因此，A、B、C 选项当选。

（2015-3-81）甲公司生产的“晴天牌”空气清新器销量占据市场第一，乙公司见状，将自己生产的同类型产品注册成“清天牌”，并全面仿照甲公司产品，使消费者难以区分。为此，甲公司欲起诉乙公司侵权，同时拟申请诉前禁令，禁止乙公司销售该产品。关于诉前保全，下列哪些选项正确？

- A. 甲公司可向有管辖权的法院申请采取保全措施，并应当提供担保
- B. 甲公司可向被申请人住所地法院申请采取保全措施，法院受理后，须在 48 小时内作出裁定
- C. 甲公司可向有管辖权的法院申请采取保全措施，并应当在 30 天内起诉

D.甲公司如未在规定期限内起诉，保全措施自动解除

【答案】ABC

【解析】本题考查诉前行为保全。

在本题中，甲公司在起诉乙公司之前向法院申请诉前禁令，属于诉前行为保全。《民事诉讼法》第101条规定：“利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请。人民法院接受申请后，必须在48小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。申请人在人民法院采取保全措施后30日内不依法提起诉讼或者申请仲裁的，人民法院应当解除保全。”该题就是对这一法条的直接考查，A、B、C选项正确。D选项所言“保全措施自动解除”错误，应当是由法院来解除保全。因此，A、B、C选项当选。

（2014-3-97）甲县的葛某和乙县的许某分别拥有位于丙县的云峰公司50%的股份。后由于二人经营理念不合，已连续四年未召开股东会，无法形成股东会决议。许某遂向法院请求解散公司，并在法院受理后申请保全公司的主要资产（位于丁县的一块土地的使用权）。关于许某的财产保全申请，下列说法正确的是：

- A.本案是给付之诉，法院可作出保全裁定
- B.本案是变更之诉，法院不可作出保全裁定
- C.许某在申请保全时应提供担保
- D.如果法院认为采取保全措施将影响云峰公司的正常经营，应驳回保全申请

【答案】CD

【解析】

本题考查解散公司诉讼中的财产保全。

公司解散是指已成立的公司基于一定的合法事由而使公司消失的法律行为，它意味着一种法律关系的从有到无。因此，解散公司诉讼属于变更之诉。财产保全通常适用于给付之诉。但相关司法解释对公司解散诉讼进行了特别规定，也可以适用保全制度。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（即《公司法解释二》）第3条规定：“股东提起解散公司诉讼时，向人民法院申请财产保全或者证据保全的，在股东提供担保且不影响公司正常经营的情形下，人民法院可予以保全。”可见，公司解散诉讼可以适用保全，但务必具备两项基本条件：（1）股东（原告）必须提供担保；（2）保全不能影响公司的正常经营。所以，A、B选项错误，C、D选项正确

（2016-3-43）李某与温某之间债权债务纠纷经甲市M区法院审理作出一审判决，要求

温某在判决生效后 15 日内偿还对李某的欠款。双方均未提起上诉。判决履行期内，李某发现温某正在转移财产，温某位于甲市 N 区有可供执行的房屋一套，故欲申请法院对该房屋采取保全措施。关于本案，下列哪一选项正确？

A.此时案件已经审理终结且未进入执行阶段，李某不能申请法院采取保全措施

B.李某只能向作出判决的甲市 M 区法院申请保全

C.李某可向甲市 M 区法院或甲市 N 区法院申请保全

D.李某申请保全后，其在生效判决书指定的履行期间届满后 15 日内不申请执行的，法院应当解除保全措施

【答案】C

【解析】本题考查执行前保全。

《民诉解释》第 163 条规定：“法律文书生效后，进入执行程序前，债权人因对方当事人转移财产等紧急情况，不申请保全将可能导致生效法律文书不能执行或者难以执行的，可以向执行法院申请采取保全措施。债权人在法律文书指定的履行期间届满后 5 日内不申请执行的，人民法院应当解除保全。”这是对执行前保全的规定，A 选项所言不能申请保全是错误的。D 选项所言“15 日”也是错误的，应为“5 日”。

执行前的保全由执行法院实施。根据《民事诉讼法》第 224 条第 1 款之规定，生效的民事判决由一审法院或者与一审法院同级的被执行财产所在地法院执行。结合本案而言，甲市 M 区法院是一审法院，甲市 N 区法院是财产所在地法院，二者皆可成为执行法院，也可成为保全法院。故 B 项错误，C 项正确。

（2012-3-82）关于民事诉讼中的财产保全和先予执行，下列哪些选项正确？

A.二者的裁定都可以根据当事人的申请或法院依职权作出

B.二者适用的案件范围相同

C.当事人提出财产保全或先予执行的申请时，法院可以责令其提供担保，当事人拒绝提供担保的，驳回申请

D.对财产保全和先予执行的裁定，当事人不可以上诉，但可以申请复议一次

【答案】CD

【解析】

本题考查财产保全和先予执行。

根据《民事诉讼法》第 100 条第 1 款之规定，诉讼中的财产保全可依申请也可依职权作出（诉前保全只能依申请）。根据《民事诉讼法》第 106 条之规定，法院进行先予执行应当根据当事人的申请，不能依职权作出裁定。所以 A 选项错误。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

在适用案件范围方面，财产保全的案件范围没有法定限制；理论上而言，财产保全通常适用于给付之诉的案件。但《民事诉讼法》第 106 条之规定，先予执行只适用于以下案件：（1）追索赡养费、扶养费、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。所以 B 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 100 条和第 107 条之规定，诉讼中的财产保全和先予执行，人民法院都是可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，驳回申请。因此，C 选项正确。

《民事诉讼法》第 108 条规定：“当事人对保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。”并且根据《民事诉讼法》第 154 条之规定，财产保全与先予执行的裁定都不得上诉。所以 D 选项正确。

第九章 法院调解

考区一 调解程序

（2012-3-35）村民甲、乙因相邻关系发生纠纷，甲诉至法院，要求判决乙准许其从乙承包的土地上通过。审理中，法院主动了解和分析甲通过乙土地的合理性，听取其他村民的意见，并请村委会主任做双方工作，最终促成双方同意调解。调解时邀请了村中有声望的老人及当事人的共同朋友参加，双方互相让步达成协议，恢复和睦关系。关于法院的做法，下列哪一说法正确？

- A.法院突破审判程序，违反了依法裁判原则
- B.他人参与调解，影响当事人意思表达，违反了辩论原则
- C.双方让步放弃诉求和权益，违反了处分原则
- D.体现了司法运用法律手段，发挥调解功能，能动履职的要求

【答案】D

【解析】

本题考查法院调解的程序。

根据《法院调解规定》第3条之规定，人民法院可以邀请与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的企业事业单位、社会团体或者其他组织，和具有专门知识、特定社会经验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人协助调解工作。因此，本题题干中法院的做法正确，A、B、C项皆错误，D项正确。

（2012-3-39）甲诉乙损害赔偿一案，双方在诉讼中达成和解协议。关于本案，下列哪一说法正确？

- A.当事人无权向法院申请撤诉
- B.因当事人已达成和解协议，法院应当裁定终结诉讼程序
- C.当事人可以申请法院依和解协议内容制作调解书
- D.当事人可以申请法院依和解协议内容制作判决书

【答案】C

【解析】

本题考查法院调解的程序。

根据《法院调解规定》第3条之规定，人民法院可以邀请与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的企业事业单位、社会团体或者其他组织，和具有专门知识、特定社会经

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人协助调解工作。因此，本题题干中法院的做法正确，A、B、C 项皆错误，D 项正确。

（2011-3-42）根据《民事诉讼法》及相关司法解释，关于法院调解，下列哪一选项错误？

A.法院可以委托与当事人有特定关系的个人进行调解，达成协议的，法院应当依法予以确认

B.当事人在诉讼中自行达成和解协议的，可以申请法院依法确认和解协议并制作调解书

C.法院制作的调解书生效后都具有执行力

D.法院调解书确定的担保条款的条件成就时，当事人申请执行的，法院应当依法执行

【答案】C

【解析】

本题考查法院调解的程序与效力。

根据《法院调解规定》第 3 条第 1 款之规定，法院可以邀请与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的企业事业单位、社会团体或者其他组织，和具有专门知识、特定社会经验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人协助调解工作；经各方当事人同意，法院可以委托前款规定的单位或者个人对案件进行调解，达成调解协议后，法院应当依法予以确认。所以，A 选项正确。

根据《法院调解规定》第 4 条第 1 款之规定，当事人在诉讼过程中自行达成和解协议的，法院可以根据当事人的申请依法确认和解协议制作调解书。故 B 选项正确。

有给付内容的生效调解书才有执行力，否则没有给付内容，则没有执行力。故 C 选项错误。

《法院调解规定》第 19 条第 1 款规定：“调解书确定的担保条款条件或者承担民事责任的条件成就时，当事人申请执行的，人民法院应当依法执行。”因此，D 选项正确。

考区二 调解协议与调解书

（2018 仿真题）小明与小丽系夫妻，小丽向甲法院起诉小明离婚。在法院主持下达成调解协议，约定 A 县和 B 县的两套房屋都给小丽。法院根据调解协议制作调解书向双方当事人送达签收后，小丽发现调解书中写成 A 县、B 县两套房屋分别归属小明与小丽。下列选项正确的是？

A.调解书因欺诈而可向法院起诉撤销

- B.调解书因不符合当事人意思表示而可撤销
- C.当事人可以法律适用错误为由对调解书申请再审
- D.法院可以通过裁定方式对调解书内容予以补正

【答案】D

【解析】本题考查法院调解书的补正。最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第16条规定：“当事人以民事调解书与调解协议的原意不一致为由提出异议，人民法院审查后认为异议成立的，应当根据调解协议裁定补正民事调解书的相关内容。”因此，只有D选项正确。

（2016-3-85）达善公司因合同纠纷向甲市A区法院起诉美国芙泽公司，经法院调解双方达成调解协议。关于本案的处理，下列哪些选项正确？

- A.法院应当制作调解书
- B.法院调解书送达双方当事人后即发生法律效力
- C.当事人要求根据调解协议制作判决书的，法院应当予以准许
- D.法院可以将调解协议记入笔录，由双方签字即发生法律效力

【答案】ABC

【解析】本题考查涉外民事诉讼的法院调解。

《民诉解释》第530条规定：“涉外民事诉讼中，经调解双方达成协议，应当制发调解书。当事人要求发给判决书的，可以依协议的内容制作判决书送达当事人。”我们可对该条规定作如下解读：（1）原则上，涉外民事诉讼的调解案件应当制作调解书；（2）在例外情况下（系指当事人申请法院制作判决书的情况），法院也可以不制作调解书，而制作判决书。本题的A项与C项就是围绕该条规定展开的。A项作为一个独立选项，措辞表意完全忽略了例外情形，有失恰当。官方答案将其作为正确选项，属于有瑕疵的答案。另外，C项所言“应当予以准许”与上述规定中的“可以”之说在语义学上存在不符之处；但根据上述规定之立法意图，C项表述的观点应是成立的。

《民事诉讼法》第97条第2-3款规定：“调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。”据此，调解书应当在法院送达当事人且经当事人签收后才生效。故B项所表述内容在语义学上有失偏颇。但官方答案认为B项正确，系从理论上将当事人签收行为囊括于广义的送达程序之中。我们在司考真题中应对送达程序作上述的广义理解。

《民事诉讼法》第98条规定：“下列案件调解达成协议，人民法院可以不制作调解书：（一）调解和好的离婚案件；（二）调解维持收养关系的案件；（三）能够即时履行的案

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

件；（四）其他不需要制作调解书的案件。对不需要制作调解书的协议，应当记入笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后，即具有法律效力。”另根据最高法院《民事调解规定》第13条之规定，上述规定所言“其他不需要制作调解书的案件”是指当事人各方同意在调解协议上签名或者盖章后生效的案件。本案不符合前述规定所有情形，不能适用调解笔录结案。因此，D项错误。

（2016-3-42）甲公司因合同纠纷向法院提起诉讼，要求乙公司支付货款280万元。在法院的主持下，双方达成调解协议。协议约定：乙公司在调解书生效后10日内支付280万元本金，另支付利息5万元。为保证协议履行，双方约定由丙公司为乙公司提供担保，丙公司同意。法院据此制作调解书送达各方，但丙公司反悔拒绝签收。关于本案，下列哪一选项正确？

- A.调解协议内容尽管超出了当事人诉讼请求，但仍具有合法性
- B.丙公司反悔拒绝签收调解书，法院可以采取留置送达
- C.因丙公司反悔，调解书对其没有效力，但对甲公司、乙公司仍具有约束力
- D.因丙公司反悔，法院应当及时作出判决

【答案】A

【解析】本题考查法院调解。

最高法院《民事调解规定》第9条规定：“调解协议内容超出诉讼请求的，人民法院可以准许。”故A项正确。在本案中，丙公司是调解书的担保人。根据《民事调解规定》第11条第2款之规定，案外人提供担保的，法院制作调解书应当列明担保人，并将调解书送交担保人；担保人不签收调解书的，不影响调解书生效。由此可见，法院向担保人“送交”调解书的行为并不叫“送达”，也就没有“留置送达”一说，故B项错误。另外，担保人丙公司的反悔不影响调解书生效，且对丙公司也会生效，故C项与D项都错误。

第十章 一审普通程序

考区一 起诉与受理

（2018 仿真题）甲乙发生口角，乙将甲房屋的门窗砸坏，并造成甲的轻伤。甲起诉要求乙赔偿财产损失，法院审理后，判决认定甲的诉讼请求成立。判决生效后，甲认为自己不仅财产上受到损失，精神上也受到损害，于是又向法院起诉，要求乙赔偿因该侵权行为导致的精神损害。关于本案，以下何种观点是正确的？

- A.精神损害应当予以赔偿，人民法院对甲的起诉应当受理
- B.甲未在前诉中主张精神损害赔偿，判决生效后又基于同一侵权事实起诉请求精神损害赔偿，人民法院不当受理
- C.对于该起诉是否受理，要区分受害人甲是否在诉前意识到精神损害的存在。如果没有意识到，就可以向法院起诉；如果已经意识到，但当时没有请求的，人民法院不当受理
- D.在前诉中没有提出精神损害赔偿请求，但声明保留的，人民法院对关于精神损害的起诉应予受理

【答案】B

【解析】

本题考查一事不再理原则。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第6条规定：“当事人在侵权诉讼中没有提出赔偿精神损害的诉讼请求，诉讼终结后又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。”精神损害赔偿必须与损害赔偿同时提出，不得单独起诉，本题答案为B。

（2017-3-42）甲、乙两公司签订了一份家具买卖合同，因家具质量问题，甲公司起诉乙公司要求更换家具并支付违约金3万元。法院经审理判决乙公司败诉，乙公司未上诉。之后，乙公司向法院起诉，要求确认该家具买卖合同无效。对乙公司的起诉，法院应采取下列哪一处理方式？

- A.予以受理
- B.裁定不予受理
- C.裁定驳回起诉
- D.按再审处理

【答案】B

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

【解析】

本题考查重复起诉不予受理（一事不再理）原则。《民诉法解释》第 247 条规定：“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。当事人重复起诉的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉，但法律、司法解释另有规定的除外。”据此，法院对重复起诉的案件应当不予受理（已受理的裁定驳回起诉）。所谓“后诉与前诉的当事人相同”，是指当事人范围的同一性与重复性，既包括后诉与前诉的当事人地位相同，也包括后诉与前诉的当事人地位相反（即被告诉原告）。根据本题所述案情，后诉为乙公司起诉甲公司合同无效，当事人与前诉相同，诉讼标的也与前诉相同（同一个合同关系），且后诉的诉讼请求（确认合同无效）实质上否定了前诉裁判结果（违约的认定必须基于合同有效）。因此，构成了重复起诉。B 选项正确。

（2015-3-48）张丽因与王旭感情不和，长期分居，向法院起诉要求离婚。法院向王旭送达应诉通知书，发现王旭已于张丽起诉前因意外事故死亡。关于本案，法院应作出下列哪一裁判？

- A. 诉讼终结的裁定
- B. 驳回起诉的裁定
- C. 不予受理的裁定
- D. 驳回诉讼请求的判决

【答案】B

【解析】

本题考查起诉与受理。《民事诉讼法》第 119 条规定：“起诉必须符合下列条件：（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。”本案在起诉之前，被告王旭已经死亡，说明已经没有明确的被告，不符合起诉的条件。根据《民诉解释》第 208 条第 3 款之规定，立案后发现不符合起诉条件的，裁定驳回起诉。本案中法院向被告送达应诉通知书，说明已经立案，此时发现不符合起诉条件，应当裁定驳回起诉。因此，只有 B 选项当选。在此，我们举一反三，对题目稍作拓展：（1）若法院在立案前即发现王旭死亡，则应裁定不予受理；（2）若王旭在立案后才死亡，则法院应裁定诉讼终结。

（2013-3-44）何某因被田某打伤，向甲县人民法院提起人身损害赔偿之诉，法院予以受理。关于何某起诉行为将产生的法律后果，下列哪一选项正确？

- A.何某的诉讼时效中断
- B.田某的答辩期开始起算
- C.甲县人民法院取得排他的管辖权
- D.田某成为适格被告

【答案】A

【解析】

本题考查起诉行为的法律后果。

民事诉讼从法院受理之日正式开启，受理的法律后果主要包括：（1）法院产生审理权和审理职责；（2）法院的排他管辖权形成；（3）当事人的诉讼地位确定；（4）审理期限开始计算。可见，C选项属于受理的法律后果，而非起诉的法律后果，C选项错误。

A选项中，何某在起诉时即意味着向田某主张实体权利，此举可导致诉讼时效的中断，A选项正确。

根据《民事诉讼法》第125条之规定，法院应当在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告，被告应当在收到之日起15日内提出答辩状。可见，被告答辩期从收到起诉状副本之日起算，B选项错误。

当事人适格，是指能在具体案件中以自己名义作为原告起诉或者作为被告应诉的资格。在原告起诉时，并不意味着被告一定是适格的，被告是否适格需要法院在审理过程中予以查明。所以D选项错误。

（2012-3-79）关于起诉与受理的表述，下列哪些选项正确？

- A.法院裁定驳回起诉的，原告再次起诉符合条件的，法院应当受理
- B.法院按撤诉处理后，当事人以同一诉讼请求再次起诉的，法院应当受理
- C.判决不准离婚的案件，当事人没有新事实和新理由再次起诉的，法院一律不予受理
- D.当事人超过诉讼时效起诉的，法院应当受理

【答案】ABD

【解析】

本题考查起诉与受理。

根据《民诉解释》第212条之规定，裁定不予受理、驳回起诉的案件，原告再次起诉的，如果符合起诉条件，人民法院应予受理。这是因为，对不予受理和驳回起诉的裁定，只是对案件程序问题的处理，并未涉及实体问题，再次起诉时只要符合法定条件即应受理。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

A 选项正确。

根据《民诉解释》第 214 条之规定，原告撤诉或者人民法院按撤诉处理后，原告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，6 个月内又起诉的，可不予受理。可见，在原则上，针对撤诉的案件再次起诉时法院应当受理，关于离婚案件的特殊规定只是例外。因此，B 选项正确。

根据《民事诉讼法》第 124 条第（七）项之规定，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。可见，第一，针对原告起诉的限制，此处有“6 个月”的规定；第二，本规定只限制原告的起诉，并不限制被告的起诉，被告起诉时无论新情况新理由，法院都应受理。因此，C 选项错误。

根据《民诉解释》第 219 条之规定，当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理；受理后对方当事人提出诉讼时效抗辩，人民法院经审理认为抗辩事由成立的，判决驳回原告的诉讼请求。这是因为，诉讼时效属于实体问题的范畴，法院在进行实体审判时才能触及，在处理起诉与受理的程序时并不考虑诉讼时效问题。所以 D 选项正确。

（2011-3-78）关于普通程序的重要性，下列哪些选项正确？

- A.普通程序是一审诉讼案件的审理程序
- B.民事诉讼法的基本原则和基本制度在普通程序中有集中体现
- C.普通程序是民事审判程序中体系最完整、内容最丰富的程序
- D.其他审判程序审理案件时遇有本程序没有特别规定的，应当适用普通程序的相关规定进行审理

【答案】BCD

【解析】

本题考查普通程序的基本特征。

《民事诉讼法》第 174 条规定：“第二审人民法院审理上诉案件，除依照本章规定外，适用第一审普通程序。”可见，普通程序具有基础性，二审程序也有可能参照适用。故 A 选项错误。B、C、D 三个选项所言，都是普通程序的基本特征，体现了普通程序与其他诉讼程序的区别。B 选项说明普通程序具有基础性，C 选项说明普通程序具有完整性，D 选项说明普通程序具有广泛适用性。三个选项都正确。

（2011-3-79）关于民事起诉状应当包括的内容，下列哪些选项正确？

- A.双方当事人的基本情况
- B.案由

C.诉讼请求

D.证据和证据来源

【答案】ACD

【解析】

本题考查民事起诉状的法定内容。

《民事诉讼法》第 121 条规定：“起诉状应当记明下列事项：（一）原告的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位、住所、联系方式，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务、联系方式；（二）被告的姓名、性别、工作单位、住所等信息，法人或者其他组织的名称、住所等信息；（三）诉讼请求和所根据的事实与理由；（四）证据和证据来源，证人姓名和住所。”因此，A 项、C 项和 D 项正确。B 选项错误。需要指出的是，根据《民事诉讼法》第 152 条之规定，“案由”属于判决书的法定内容。

考区二 审理程序

（2013-3-36）执法为民是社会主义法治的本质要求，据此，法院和法官应在民事审判中遵守诉讼程序，履行释明义务。下列哪一审判行为符合执法为民的要求？

A.在李某诉赵某的欠款纠纷中，法官向赵某释明诉讼时效，建议赵某提出诉讼时效抗辩

B.在张某追索赡养费的案件中，法官依职权作出先予执行裁定

C.在杜某诉阎某的离婚案件中，法官向当事人释明可以同时提出离婚损害赔偿

D.在罗某诉华兴公司房屋买卖合同纠纷中，法官主动走访现场，进行勘察，并据此支持了罗某的请求

【答案】C

【解析】

本题考查法官的职权行为与释明义务。

法官的释明权，是指为了明确当事人所主张的请求和事实，而促进当事人充分陈述或指挥其举证的诉讼指挥权。最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第 3 条规定：“当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。”可见，A 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 106 条之规定，先予执行必须依当事人申请进行，而不得依法院职权，所以 B 选项错误。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

C 选项属于法官释明权的范围，正确。

法院调查收集证据包括依职权收集和依当事人申请收集两个方面。根据《民诉解释》第 96 条之规定，法院依职权调取证据的范围包括：（1）涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；（2）涉及身份关系的；（3）涉及公益诉讼的；（4）当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；（5）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。可见，D 选项并不符合上述依职权调取证据的法定情形，是错误的。

（2013-3-43）下列哪一选项中法院的审判行为，只能发生在开庭审理阶段？

- A.送达法律文书
- B.组织当事人进行质证
- C.调解纠纷，促进当事人达成和解
- D 追加必须参加诉讼的当事人

【答案】B

【解析】

本题考查庭前阶段与庭审阶段的审判行为。

送达法律文书，既可以发生在审前阶段（如向被告送达起诉状副本），也可发生于庭审中（如向当事人送达延期审理决定书），因此 A 选项错误。

质证是在庭审过程中，由诉讼当事人、诉讼代理人在法庭的主持下，对所提供的证据进行宣读、展示、辨认、质疑、说明、辩驳等活动。B 选项正确。

最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第 1 条规定：“人民法院对受理的第一审、第二审和再审民事案件，可以在答辩期满后裁判作出前进行调解。在征得当事人各方同意后，人民法院可以在答辩期满前进行调解。”因此，法院调解既可以发生在审前阶段也可发生于庭审中，C 选项错误。

《民事诉讼法》在第十二章第二节“审理前的准备”中，第 132 条规定：“必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当通知其参加诉讼。”可见，追加当事人可以发生在审前阶段，D 选项错误。

（2012-3-40）关于民事案件的开庭审理，下列哪一选项正确？

- A.开庭时由书记员核对当事人身份和宣布案由
- B.法院收集的证据是否需要进行质证，由法院决定
- C.合议庭评议实行少数服从多数，形成不了多数意见时，以审判长意见为准
- D.法院定期宣判的，法院应当在宣判后立即将判决书发给当事人

【答案】D

【解析】

本题考查一审普通程序的审判程序。

根据《民事诉讼法》第 137 条之规定，开庭审理前，书记员应当查明当事人和其他诉讼参与人是否到庭，宣布法庭纪律；开庭审理时，由审判长核对当事人，宣布案由，宣布审判人员、书记员名单，告知当事人有关的诉讼权利义务，询问当事人是否提出回避申请。因此，A 选项说由书记员核对当事人和宣布案由错误。

根据《民事证据规定》第 51 条之规定，法院依当事人申请调查收集的证据，作为提出申请的一方当事人提供的证据进行质证；法院依职权调查收集的证据应当在庭审时出示，听取当事人意见，但不需质证。可见，法院依申请调查收集的证据需要质证，依职权调查收集的证据不需要质证，这是法律规定，法院不能自行决定。因此，B 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 42 条之规定，合议庭评议案件，实行少数服从多数的原则。但是，当合议庭形成不了多数意见时，应当作为疑难案件由审判委员会讨论决定。因此，C 选项所言“以审判长意见为准”是错误的。实际上，此选项旨在考查民诉法与仲裁法的不同。《仲裁法》第 53 条规定：“裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。”

根据《民事诉讼法》第 148 条之规定，人民法院对公开审理或者不公开审理的案件，一律公开宣告判决；当庭宣判的应当在 10 日内发送判决书，定期宣判的在宣判后立即发给判决书。因此，D 选项正确。

考区三 撤诉、缺席判决、延期审理、诉讼中止与诉讼终结

（2017-3-81）对张男诉刘女离婚案(两人无子女，刘父已去世)，因刘女为无行为能力人，法院准许其母李某以法定代理人身份代其诉讼。2017 年 7 月 3 日，法院判决二人离婚，并对双方共有财产进行了分割。该判决同日送达双方当事人，李某对解除其女儿与张男的婚姻关系无异议，但对共有财产分割有意见，拟提起上诉。2017 年 7 月 10 日，刘女身亡。在此情况下，本案将产生哪些法律后果？

- A.本案诉讼中止，视李某是否就一审判决提起上诉而确定案件是否终结
- B.本案诉讼终结
- C.一审判决生效，二人的夫妻关系根据判决解除，李某继承判决分配给刘女的财产
- D.一审判决未生效，二人的共有财产应依法分割，张男与李某对刘女的遗产均有继承权

【答案】BD

【解析】 本题考查诉讼终结。

本题作为离婚案件，一审法院系对解除婚姻关系与分割财产进行了合一判决。因此，在当事人上诉的情况下，一审判决并未生效，其中的解除婚姻关系部分当然也未生效。根据《民事诉讼法》第 151 条之规定，离婚案件诉讼过程中一方当事人死亡的，会导致诉讼终结。因此，只有 B、D 选项是正确的。

（2015-3-43）甲县法院受理居住在乙县的成某诉居住在甲县的罗某借款纠纷案。诉讼过程中，成某出差归途所乘航班失踪，经全力寻找仍无成某生存的任何信息，主管方宣布机上乘客不可能生还，成妻遂向乙县法院申请宣告成某死亡。对此，下列哪一说法正确？

- A. 乙县法院应当将宣告死亡案移送至甲县法院审理
- B. 借款纠纷案与宣告死亡案应当合并审理
- C. 甲县法院应当裁定中止诉讼
- D. 甲县法院应当裁定终结诉讼

【答案】 C

【解析】

本题考查宣告死亡案件的管辖、诉讼中止和当事人的变更。

根据《民事诉讼法》第 150 条第 1 款第（五）项之规定，本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的，中止诉讼。在本题中存在两个案件，一是成某诉罗某借款纠纷案，二是成妻申请宣告成某死亡案，且后一案件发生在前一案件的诉讼过程中。《民诉解释》第 55 条规定：“在诉讼中，一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的，裁定中止诉讼。人民法院应当及时通知继承人作为当事人承担诉讼，被继承人已经进行的诉讼行为对承担诉讼的继承人有效。”因此，如果成某死亡，那么前一案件的原告就不再是成某而变更为成某的继承人；如果成某没有死亡，则被告仍然是成某。可见，前案必须以后案的审理结果为依据，前案应当诉讼中止。B、D 选项错误，C 选项正确。

另外，《民事诉讼法》第 184 条第 1 款规定：“公民下落不明满四年，或者因意外事故下落不明满二年，或者因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存，利害关系人申请宣告其死亡的，向下落不明人住所地基层人民法院提出。”可见，本题中宣告死亡案件的管辖法院应为乙县法院，A 选项中乙县法向甲县法院移送管辖错误。因此，C 选项当选。

（2011-3-81）法院开庭审理时一方当事人未到庭，关于可能出现的法律后果，下列哪些选项正确？

- A. 延期审理

- B.按原告撤诉处理
- C.缺席判决
- D.采取强制措施拘传未到庭的当事人到庭

【答案】ABCD

【解析】

本题考查诉讼中特殊情况的处理。

根据《民事诉讼法》第 146 条之规定，必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的，可以延期开庭审理。故 A 选项正确。

根据《民事诉讼法》第 143 条之规定，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理。故 B 选项正确。

《民事诉讼法》第 144 条规定：“被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。”可见 C 选项正确。

《民事诉讼法》第 109 条规定：“人民法院对必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。”所以，D 选项也正确。

（2008-3-40）法院对于诉讼中有关情况的处理，下列哪一做法正确？

- A.杨某与赵某损害赔偿一案，杨某在去往法院开庭的路上，突遇车祸，被送至医院急救。法院遂决定中止诉讼
- B.毛某与安某专利侵权纠纷一案，法庭审理过程中，发现需要重新进行鉴定，法院裁定延期审理
- C.甲公司诉乙公司合同纠纷一案，审理过程中，甲公司与其他公司合并，法院裁定诉讼终结
- D.丙公司诉丁公司租赁纠纷一案，法院审理中，发现本案必须以另一案的审理结果为依据，而该案又尚未审结，遂裁定诉讼中止

【答案】D

【解析】

本题考查对诉讼中特殊情形的处理。

根据《民事诉讼法》第 150 条之规定，中止诉讼的情形包括：（1）一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；（2）一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；（3）作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；（4）一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；（5）本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；（6）其他应当中止诉讼的情形。A 选项属于不可抗拒的

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

事由，法院可以适用中止诉讼，但决定方式错误，应当是裁定中止诉讼。故 A 选项错误。D 选项属于诉讼中止的情形，正确。

根据《民事诉讼法》第 146 条之规定，需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或者需要补充调查的，可以延期审理。B 选项属于延期审理的情形，但裁定方式错误，应当适用决定。B 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 151 条之规定，只有当事人死亡的事由才会导致诉讼终结。C 选项中的公司合并，并不属于诉讼终结的情形，C 选项错误。

考区四 民事裁判

（2016-3-46）某死亡赔偿案件，二审法院在将判决书送达当事人签收后，发现其中死亡赔偿金计算错误（数学上的错误），导致总金额少了 7 万余元。关于二审法院如何纠正，下列哪一选项正确？

- A.应当通过审判监督程序，重新制作判决书
- B.直接作出改正原判决的新判决书并送达双方当事人
- C.作出裁定书予以补正
- D.报请上级法院批准后作出裁定予以补正

【答案】C

【解析】

本题考查判决书中笔误的救济方式。根据《民事诉讼法》第 154 条之规定，补正判决书中的笔误应当适用裁定方式。根据《民诉解释》第 245 条之规定，笔误是指法律文书误写、误算，诉讼费用漏写、误算和其他笔误。结合本案而言，死亡赔偿金计算错误应属笔误。故只有 C 项正确。

（2014-3-82）关于民事诉讼程序中的裁判，下列哪些表述正确？

- A.判决解决民事实体问题，而裁定主要处理案件的程序问题，少数涉及实体问题
- B.判决都必须以书面形式作出，某些裁定可以口头方式作出
- C.一审判决都允许上诉，一审裁定有的允许上诉，有的不能上诉
- D.财产案件的生效判决都有执行力，大多数裁定都没有执行力

【答案】AB

【解析】

本题考查民事诉讼的裁判。

民事判决，是指法院对于民事案件和非讼案件审理终结时，对案件的实体问题所作出

的终局性的判定。民事裁定是指人民法院对民事诉讼和执行程序中程序问题以及个别实体问题作出的权威性判定。裁定只处理保全和先予执行等少数实体问题。所以，A 选项正确。

根据《民事诉讼法》第 152 条之规定，民事判决必须适用判决书的方式。《民事诉讼法》第 154 条第 3 款规定：“裁定书应当写明裁定结果和作出该裁定的理由。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。”可见，裁定主要也是书面方式，有时也可用口头方式。故 B 选项正确。

关于判决与裁定的上诉问题，应作如下理解：（1）原则上一审判决可以上诉，但最高人民法院的一审判决、小额诉讼程序的判决、非讼案件的判决等例外不得上诉；（2）原则上一审裁定不得上诉，但不予受理、驳回起诉、管辖权异议、不予受理或驳回破产申请等裁定可以上诉。故 C 选项错误。

关于执行力，大多数裁定皆无执行力，只有保全、先予执行等少数裁定具有执行力；而对判决来说，它分为给付判决、确认判决和变更判决，只有给付判决在生效后才具有强制执行力，单纯的确认判决和变更判决不具有执行力。可见，判决的执行力与财产案件无关，而与判决中是否具有给付内容有关。故 D 选项错误。

（2012-3-41）甲公司诉乙公司货款纠纷一案，A 市 B 区法院在审理中查明甲公司的权利主张已超过诉讼时效（乙公司并未提出时效抗辩），遂判决驳回甲公司的诉讼请求。判决作出后上诉期间届满之前，B 区法院发现其依职权适用诉讼时效规则错误。关于本案的处理，下列哪一说法正确？

- A.因判决尚未发生效力，B 区法院可以将判决书予以收回，重新作出新的判决
- B.B 区法院可以将判决书予以收回，恢复庭审并向当事人释明时效问题，视具体情况重新作出判决
- C.B 区法院可以作出裁定，纠正原判决中的错误
- D.如上诉期间届满当事人未上诉的，B 区法院可以决定再审，纠正原判决中的错误

【答案】D

【解析】

本题考查对于法院判决错误的救济手段。

最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第 3 条规定：“当事人未提出诉讼时效抗辩，

人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。”可见，本题中法院依职权适用诉讼时效规则错误。另外，诉讼时效保护的是权利人的胜诉权，超过诉讼时效之后权利人丧失了胜诉权但未丧失起诉权，因此本题中法院的错误是一种实体

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

错误。针对此种错误，《民诉解释》第 242 条规定：“一审宣判后，原审人民法院发现判决有错误，当事人在上诉期内提出上诉的，原审人民法院可以提出原判决有错误的意见，报送第二审人民法院，由第二审人民法院按照第二审程序进行审理；当事人不上诉的，按照审判监督程序处理。”所以，ABC 选项错误，D 选项正确。

（2012-3-47）关于民事訴訟的裁定，下列哪一选项正确？

- A.裁定可以适用于不予受理、管辖权异议和驳回诉讼请求
- B.当事人有正当理由没有到庭的，法院应当裁定延期审理
- C.裁定的拘束力通常只及于当事人、诉讼参与人和审判人员
- D.当事人不服一审法院作出的裁定，可以向上一级法院提出上诉

【答案】C

【解析】

本题考查民事裁定。

根据《民事诉讼法》第 154 条之规定，只有针对不予受理、管辖权异议、驳回起诉三项裁定可以提起上诉，其他裁定不可以上诉。所以 D 选项将例外情况当作原则进行了表述，无疑错误。A 选项中的不予受理和管辖权异议适用裁定，但驳回诉讼请求应当适用判决，所以也错误。

根据《民事诉讼法》第 146 条之规定，必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的，法院可以延期审理。因此，B 选项中并未说明是必须到庭的当事人，并且延期审理应该适用决定方式而非裁定，所以 B 错误。

判决和裁定的拘束力有所不同。判决的效力，除及于当事人、诉讼参与人和审判人员之外，其中对事实认定的既判力还会及于案外其他所有人。但裁定一般只及于当事人、诉讼参与人和审判人员，而不对社会其他人发生效力。在裁定中，先予执行的裁定属于例外，它的效力与判决相同，及于所有人；财产保全裁定也是例外，其效力也要及于占有保全财产的第三人。因此，C 选项的说法正确。

（2011-3-100）针对判决解除婚姻关系的案件，关于法院宣判时应当向双方当事人告知的内容，下列选项正确的是：

- A.上诉权利
- B.上诉期限
- C.上诉法院
- D.判决生效前不得另行结婚

【答案】ABCD

【解析】

本题考查离婚案件一审宣判时法院的附带告知义务。

《民事诉讼法》第 148 条规定：“人民法院对公开审理或者不公开审理的案件，一律公开宣告判决。当庭宣判的，应当在 10 日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。宣告判决时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的法院。宣告离婚判决，必须告知当事人在判决发生法律效力前不得另行结婚。”基于此，A、B、C 和 D 四个选项都正确。

第十一章 一审简易程序

考区一 简易程序的一般规定

（2017-3-43）夏某因借款纠纷起诉陈某，法院决定适用简易程序审理。法院依夏某提供的被告地址送达时，发现有误，经多方了解和查证也无法确定准确地址。对此，法院下列哪一处理是正确的？

- A.将案件转为普通程序审理
- B.采取公告方式送达
- C.裁定中止诉讼
- D.裁定驳回起诉

【答案】D

【解析】

本题考查简易程序中的送达。

根据《民诉解释》第140条之规定，适用简易程序的案件，不适用公告送达。因此，首先排除了B选项。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》第8条规定了简易程序中对被告送达应诉通知书的不同情况。该条规定：“人民法院按照原告提供的被告的送达地址或者其他联系方式无法通知被告应诉的，应当按以下情况分别处理：

（一）原告提供了被告准确的送达地址，但人民法院无法向被告直接送达或者留置送达应诉通知书的，应当将案件转入普通程序审理；（二）原告不能提供被告准确的送达地址，人民法院经查证后仍不能确定被告送达地址的，可以被告不明确为由裁定驳回原告起诉。”综上，若原告提供了准确的被告地址，法院送达不到时应转入普通程序；若原告不能提供被告的准确地址（且法院也无法查明），法院送达不到时应以原告起诉不符合条件（《民事诉讼法》第119条起诉条件第二项“有明确的被告”）为由裁定驳回起诉。根据本题所述案情，法院应当裁定驳回起诉。故A、C选项错误，D选项正确。

（2015-3-83）郑飞诉万雷侵权纠纷一案，虽不属于事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的案件，但双方当事人约定适用简易程序进行审理，法院同意并以电子邮件的方式向双方当事人通知了开庭时间（双方当事人均未回复）。开庭时被告万雷无正当理由不到庭，法院作出了缺席判决。送达判决书时法院通过各种方式均未联系上万雷，遂采取了公告送达方式送达了判决书。对此，法院下列的哪些行为是违法的？

- A.同意双方当事人的约定，适用简易程序对案件进行审理
- B.以电子邮件的方式向双方当事人通知开庭时间

- C.作出缺席判决
- D.采取公告方式送达判决书

【答案】CD

【解析】本题考查简易程序。

《民事诉讼法》第157条规定：“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，适用本章规定。基层人民法院和它派出的法庭审理前款规定以外的民事案件，当事人双方也可以约定适用简易程序。”因此，法院同意双方当事人适用简易程序的约定是合法的，A选项不应选。

《民诉解释》第261条第1款规定：“适用简易程序审理案件，人民法院可以采取捎口信、电话、短信、传真、电子邮件等简便方式传唤双方当事人、通知证人和送达裁判文书以外的诉讼文书。”所以，B选项是合法的。

《民诉解释》第261条第2款又规定：“以简便方式送达的开庭通知，未经当事人确认或者没有其他证据证明当事人已经收到的，人民法院不得缺席判决。”本题中，法院通过电邮方式发送的开庭通知并未经过双方当事人确认回复，法院不得缺席判决，C选项是违法的。《民诉解释》第140条规定：“适用简易程序的案件，不适用公告送达。”D选项是违法的。因此，C、D选项当选。

（2014-3-79）当事人可对某些诉讼事项进行约定，法院应尊重合法有效的约定。关于当事人的约定及其效力，下列哪些表述错误？

- A.当事人约定“合同是否履行无法证明时，应以甲方主张的事实为准”，法院应根据该约定分配证明责任
- B.当事人在诉讼和解中约定“原告撤诉后不得以相同的事由再次提起诉讼”，法院根据该约定不能再受理原告的起诉
- C.当事人约定“如果起诉，只能适用普通程序”，法院根据该约定不能适用简易程序审理
- D.当事人约定“双方必须亲自参加开庭审理，不得无故缺席”，如果被告委托了代理人参加开庭，自己不参加开庭，法院应根据该约定在对被告两次传唤后对其拘传

【答案】ABCD

【解析】

本题考查证明责任分配、起诉与受理、简易程序的适用以及拘传的适用。

证明责任的分配通常由法律进行明确规定，当法无规定时，《民事证据规定》第7条又进一步明确：“在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。”可见，法院必须全面、公正地确定证明责任的承担，而不能仅仅根据当事人之约定分配证明责任。A 选项错误。

撤诉是指法院受理案件后宣告判决之前，当事人要求撤回其起诉的行为。撤诉只是撤回了起诉程序，原告并未放弃自己的实体权利，故还可以再次起诉。《民诉解释》第 214 条第 1 款规定：“原告撤诉或者人民法院按撤诉处理后，原告以同一诉讼请求再次起诉的，人民法院应予受理。”当事人之间诉讼和解的约定不能剥夺原告起诉的权利，故 B 选项错误。

在民事诉讼法上，简易程序抑或普通程序的选择权，最终归属于法院。当事人可约定的空间极小，基层法院及其派出法庭审理民事案件时，当事人双方有权约定适用简易程序，但仍然需经法院的审查同意（见最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第 2 条）。根据《民事诉讼法》第 157 条之规定，基层法院审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件时，必须适用简易程序，此时当事人便不得约定适用普通程序。综上可见，C 选项错误。

D 选项中，双方当事人的约定是无效的，原告无故缺席法庭可能会导致按撤诉处理（《民事诉讼法》第 143 条），被告的无故缺席可能会导致缺席判决（《民事诉讼法》第 144 条）。另外，被告委托了代理人出庭，即与自己亲自出庭之效果无异，法院不得再对其适用缺席判决或者拘传。故 D 选项错误。

（2013-3-41）关于简易程序的简便性，下列哪一表述是不正确的？

- A. 受理程序简便，可以当即受理，当即审理
- B. 审判程序简便，可以不按法庭调查、法庭辩论的顺序进行
- C. 庭审笔录简便，可以不记录诉讼权利义务的告知、原被告的诉辩意见等通常性程序内容
- D. 裁判文书简便，可以简化裁判文书的事实认定或判决理由部分

【答案】C

【解析】

本题考查简易程序。

《民事诉讼法》第 158 条第 2 款规定：“当事人双方可以同时到基层人民法院或者它派出的法庭，请求解决纠纷。基层人民法院或者它派出的法庭可以当即审理，也可以另定日期审理。”A 选项的表述正确。

简易程序是基层法院及其派出法庭审理简单的民事案件所适用的一种独立的第一审程序，它是在一审普通程序基础上的程序简化，可以不完全按照普通程序的庭审顺序进行，

B 选项的表述正确。

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》第 24 条规定：“书记员应当将适用简易程序审理民事案件的全部活动记入笔录。对于下列事项，应当详细记载：

（一）审判人员关于当事人诉讼权利义务的告知、争议焦点的概括、证据的认定和裁判的宣告等重大事项；（二）当事人申请回避、自认、撤诉、和解等重大事项；（三）当事人当庭陈述的与其诉讼权利直接相关的其他事项。”可见，C 选项的表述错误，是应选选项。《民诉解释》第 270 条规定：“适用简易程序审理的案件，有下列情形之一的，人民法院在制作判决书、裁定书、调解书时，对认定事实或者裁判理由部分可以适当简化：（1）当事人达成调解协议并需要制作民事调解书的；（2）一方当事人明确表示承认对方全部或者部分诉讼请求的；（3）涉及商业秘密、个人隐私的案件，当事人一方要求简化裁判文书中的相关内容，人民法院认为理由正当的；（4）当事人双方同意简化的。”所以，D 选项的表述正确。

（2011-3-43）下列哪一选项属于《民事诉讼法》直接规定、具有简易程序特点的内容？

- A.原告起诉或被告答辩时要向法院提供明确的送达地址
- B.适用简易程序审理的劳动合同纠纷在开庭审理时应先行调解
- C.在简易程序中，法院指定举证期限可以少于 30 天
- D.适用简易程序审理民事案件时，审判组织一律采用独任制

【答案】D

【解析】

本题考查简易程序的特点。

这不是一道好题。本题考查对法条的死记硬背，必须选出“《民事诉讼法》直接规定”的内容。A 选项不是《民事诉讼法》直接规定的。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》第 5 条第 1 款规定：“当事人应当在起诉或者答辩时向人民法院提供自己准确的送达地址、收件人、电话号码等其他联系方式，并签名或者捺印确认。”

B 选项不是《民事诉讼法》直接规定的，而是《简易程序规定》第 14 条的规定。

C 选项不是《民事诉讼法》直接规定的。《简易程序规定》第 22 条规定：“当事人双方同时到基层人民法院请求解决简单的民事纠纷，但未协商举证期限，或者被告一方经简便方式传唤到庭的，当事人在开庭审理时要求当庭举证的，应予准许；当事人当庭举证有困难的，举证的期限由当事人协商决定，但最长不得超过 15 日；协商不成的，由人民法院决定。”

《民事诉讼法》第 39 条第 2 款规定：“适用简易程序审理的民事案件，由审判员一人

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

独任审理。”故 D 选项正确。

（2011-3-96）2011 年 7 月 11 日，A 市升湖区法院受理了黎明丽（女）诉张成功（男）离婚案，并适用简易程序审理此案，在案件开庭审理时组织调解。关于本案调解，下列选项正确的是：

- A.法院在开庭审理时先行调解的做法符合法律或司法解释规定
- B.法院在开庭审理时如不先行组织调解，将违反法律或司法解释规定
- C.当事人未达成调解协议，法院在当事人同意情况下可以再次组织调解
- D.当事人未达成调解协议，法院未再次组织调解违法

【答案】ABC

【解析】

本题考查离婚案件的法院调解。

根据最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第 14 条之规定，婚姻家庭纠纷和继承纠纷在适用简易程序进行开庭审理时，应当先行调解。本题中，适用简易程序审理了该离婚案件。因此，A 项和 B 项正确。

最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第 1 条规定：“人民法院对受理的第一审、第二审和再审民事案件，可以在答辩期满后裁判作出前进行调解。”也就是说，在裁判作出前，当事人愿意调解的，法院还可以进行调解。调解本身即是当事人处分权的行使。因此，C 选项正确。

D 选项中，当事人已经进行了先行调解，即满足了法定先行调解的必经程序，而后未达成调解协议，法院可以视案件情况确定是否再次组织调解，如果不再组织调解也是可以的。所以 D 选项错误。

（2010-3-87）关于适用简易程序的表述，下列哪些选项正确？

- A.基层法院适用普通程序审理的民事案件，当事人双方可协议并经法院同意适用简易程序审理
- B.经双方当事人一致同意，法院制作判决书时可对认定事实或者判决理由部分适当简化
- C.法院可口头方式传唤当事人出庭
- D.当事人对案件事实无争议的，法院可不开庭径行判决

【答案】ABC

【解析】

本题考查简易程序的特点。

最高人民法院《简易程序规定》第2条第1款规定：“基层人民法院适用第一审普通程序审理的民事案件，当事人各方自愿选择适用简易程序，经人民法院审查同意的，可以适用简易程序进行审理。”故A选项正确。

根据《民诉解释》第270条之规定，适用简易程序审理的案件，经当事人双方同意简化的，法院在制作判决书、裁定书、调解书时，对认定事实或者裁判理由部分可以适当简化。故B选项正确。

《民诉解释》第261条第1款规定：“适用简易程序审理案件，人民法院可以采取捎口信、电话、短信、传真、电子邮件等简便方式传唤双方当事人、通知证人和送达裁判文书以外的诉讼文书。”因此，C选项正确。

简易程序虽然简便，但开庭审理是其底限特征，不得适用不开庭审理。因此，D选项错误。

考区二 小额诉讼程序

（2018 仿真题）针对小明诉王小毛返还借款1万元的案件，某县法院适用小额诉讼程序进行了审理。下列关于民事诉讼小额诉讼程序的说法中，哪些是正确的？

- A.如果王小毛是俄罗斯国籍，则法院不应适用小额诉讼程序审理
- B.经当事人同意，小额诉讼程序可以不设举证期限与答辩期
- C.在小额诉讼案件中，法院对当事人的管辖权异议作出裁定后，当事人不服时可以提起上诉
- D.对小额诉讼案件的判决，既不能上诉，也不能申请再审

【答案】AB

【解析】

本题考查小额诉讼程序。《民诉解释》275条之规定，涉外民事纠纷不能适用小额诉讼程序审理。故A选项正确。《民诉解释》第277条第3款规定：“当事人到庭后表示不需要举证期限和答辩期间的，人民法院可立即开庭审理。”所以B选项正确。《民诉解释》第278条规定：“当事人对小额诉讼案件提出管辖异议的，人民法院应当作出裁定。裁定一经作出即生效。”故C选项错误。根据《民诉解释》第426条之规定，对小额诉讼案件的判决可以申请再审。所以D选项是错误的。

（2016-3-81）李某诉谭某返还借款一案，M市N区法院按照小额诉讼案件进行审理，判决谭某返还借款。判决生效后，谭某认为借款数额远高于法律规定的小额案件的数额，

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

不应按小额案件审理，遂向法院申请再审。法院经审查，裁定予以再审。关于该案再审程序适用，下列哪些选项正确？

- A.谭某应当向 M 市中级人民法院申请再审
- B.法院应当组成合议庭审理
- C.对作出的再审判决当事人可以上诉
- D.作出的再审判决仍实行一审终审

【答案】BC

【解析】

本题考查小额诉讼案件的再审。

《民诉解释》第 426 条规定：“对小额诉讼案件的判决、裁定，当事人以民事诉讼法第 200 条规定的事由向原审人民法院申请再审的，人民法院应当受理。申请再审事由成立的，应当裁定再审，组成合议庭进行审理。作出的再审判决、裁定，当事人不得上诉。当事人以不应按小额诉讼案件审理为由向原审人民法院申请再审的，人民法院应当受理。理由成立的，应当裁定再审，组成合议庭审理。作出的再审判决、裁定，当事人可以上诉。”可见，针对小额诉讼案件应当向原审法院申请再审，且再审适用合议制，故 A 项错误，B 项正确。

另外，从上述规定可知：若当事人以原裁判错误申请再审，再审裁判不得上诉；若当事人以小额诉讼程序适用错误为由申请再审，再审裁判可以上诉。本案中，谭某认为不应适用小额诉讼程序，故 C 项正确，D 项错误。

（2015-3-84）根据《民事诉讼法》相关司法解释，下列哪些案件不适用小额诉讼程序？

- A.人身关系案件
- B.涉外民事案件
- C.海事案件
- D.发回重审的案件

【答案】ABD

【解析】

本题考查小额诉讼程序的适用案件范围。

《民诉解释》第 275 条规定：“下列案件，不适用小额诉讼程序审理：（一）人身关系、财产确权纠纷；（二）涉外民事纠纷；（三）知识产权纠纷；（四）需要评估、鉴定或者对诉前评估、鉴定结果有异议的纠纷；（五）其他不宜适用一审终审的纠纷。”可见，A、B 选项正确。

《民诉解释》第 273 条规定：“海事法院可以审理海事、海商小额诉讼案件。案件标

的额应当以实际受理案件的海事法院或者其派出法庭所在的省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十为限。”可见，海事案件可以适用小额诉讼程序（此乃特别规定），C选项错误。

根据《民诉解释》第257条之规定，发回重审的案件不能适用简易程序，鉴于小额诉讼程序属于简易程序的范畴，当然也就不能适用小额诉讼程序，所以，D选项正确。因此，A、B、D选项当选。

（2014-3-40）赵洪诉陈海返还借款100元，法院决定适用小额诉讼程序审理。关于该案的审理，下列哪一选项错误？

- A.应在开庭审理时先行调解
- B.应开庭审理，但经过赵洪和陈海的书面同意后，可书面审理
- C.应当庭宣判
- D.应一审终审

【答案】B

【解析】

本题考查小额诉讼程序。

小额诉讼程序隶属于简易程序，是简易程序中更加特殊的一种程序，这是在掌握小额诉讼程序时需要理解的一大前提。根据最高人民法院《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第14条之规定，诉讼标的额较小的纠纷在开庭审理时应当先行调解。因此A选项正确。

最高人民法院《简易程序规定》第23条规定：“适用简易程序审理的民事案件，应当一次开庭审结，但人民法院认为确有必要再次开庭的除外。”一审的普通程序与简易程序都是必须开庭审理，不得书面审，小额程序也是如此，故B选项错误。

《简易程序规定》第27条规定：“适用简易程序审理的民事案件，除人民法院认为不宜当庭宣判的以外，应当当庭宣判。”小额诉讼程序应当当庭宣判，C选项正确。

《民事诉讼法》第162条规定：“基层人民法院和它派出的法庭审理符合本法第157条第1款规定的简单的民事案件，标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资30%以下的，实行一审终审。”小额诉讼程序一审终审，故D选项正确。

第十二章 二审程序

考区一 二审的启动

（2018 仿真题）甲购买了乙、丙共有的汽车，因甲未支付汽车费被乙、丙起诉到法院，一审法院判决甲向乙、丙支付汽车费 19 万元，分 3 个月履行。甲、乙、丙均不服判决，提出上诉：甲请求改判支付 18 万元，因为汽车的方向灯花了，花费 1 万元；乙、丙要求一次性支付完 19 万元。关于二审当事人地位的表述，下列哪一选项是正确的？

- A.乙、丙是上诉人，甲是被上诉人
- B.乙是上诉人，甲、丙是被上诉人
- C.丙是上诉人，甲、乙是被上诉人
- D.甲、乙、丙均为上诉人

【答案】D

【解析】

本题考查二审当事人的确定。《民事诉讼法解释》第 176 条规定，双方当事人和第三人都提出上诉的，均为上诉人。可见，本案甲、乙、丙均提起上诉，应均为上诉人，D 项正确。

（2017-3-44）甲、乙、丙三人共同致丁身体损害，丁起诉三人要求赔偿 3 万元。一审法院经审理判决甲、乙、丙分别赔偿 2 万元、8000 元和 2000 元，三人承担连带责任。甲认为丙赔偿 2000 元的数额过低，提起上诉。关于本案二审当事人诉讼地位的确定，下列哪一选项是正确的？

- A.甲为上诉人，丙为被上诉人，乙为原审被告，丁为原审原告
- B.甲为上诉人，丙、丁为被上诉人，乙为原审被告
- C.甲、乙为上诉人，丙为被上诉人，丁为原审原告
- D.甲、乙、丙为上诉人，丁为被上诉人

【答案】A

【解析】

本题考查二审当事人地位的确定。

《民诉解释》第 319 条规定：“必要共同诉讼人的一人或者部分人提起上诉的，按下列情形分别处理：（一）上诉仅对与对方当事人之间权利义务分担有意见，不涉及其他共同诉讼人利益的，对方当事人为被上诉人，未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明；（二）上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见，不涉及对方当事人利益的，未上诉

的同一方当事人为被上诉人，对方当事人依原审诉讼地位列明；（三）上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的，未提起上诉的其他当事人均为被上诉人。”结合本案而言，甲认为丙的赔偿额过低，只对丙有意见，而对乙的赔偿额没有意见，对丁的3万元总额的主张也无意见。因此，只有丙是被上诉人，乙和丁应按原审诉讼地位列明，A选项是正确的。

（2016-3-44）甲、乙、丙诉丁遗产继承纠纷一案，甲不服法院作出的一审判决，认为分配给丙和丁的遗产份额过多，提起上诉。关于本案二审当事人诉讼地位的确定，下列哪一选项正确？

- A.甲是上诉人，乙、丙、丁是被上诉人
- B.甲、乙是上诉人，丙、丁是被上诉人
- C.甲、乙、丙是上诉人，丁为被上诉人
- D.甲是上诉人，乙为原审原告，丙、丁为被上诉人

【答案】D

【解析】

本题考查二审当事人诉讼地位的确定。

根据《民诉解释》第70条之规定，在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼。本案中的甲、乙、丙三人位必要共同诉讼原告。《民诉解释》第319条规定：“必要共同诉讼人的一人或者部分人提起上诉的，按下列情形分别处理：（一）上诉仅对与对方当事人之间权利义务分担有意见，不涉及其他共同诉讼人利益的，对方当事人为被上诉人，未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明；

（二）上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见，不涉及对方当事人利益的，未上诉的同一方当事人为被上诉人，对方当事人依原审诉讼地位列明；（三）上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的，未提起上诉的其他当事人均为被上诉人。”结合本案而言，甲提起上诉认为分配给丙和丁的遗产份额过多，对丙和丁有意见，因此丙和丁是被上诉人；乙未提起上诉，且甲对乙也无意见，则乙应依原审诉讼地位（原审原告）列明。综上所述，只有D项正确。

（2013-3-48）甲对乙享有10万元到期债权，乙无力清偿，且怠于行使对丙的15万元债权，甲遂对丙提起代位权诉讼，法院依法追加乙为第三人。一审判决甲胜诉，丙应向甲给付10万元。乙、丙均提起上诉，乙请求法院判令丙向其支付剩余5万元债务，丙请求法院判令甲对乙的债权不成立。关于二审当事人地位的表述，下列哪一选项正确？

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

- A.丙是上诉人，甲是被上诉人
- B.乙、丙是上诉人，甲是被上诉人
- C.乙是上诉人，甲、丙是被上诉人
- D.丙是上诉人，甲、乙是被上诉人

【答案】A

【解析】

本题考查二审案件中的上诉人与被上诉人。

根据《民诉解释》第 82 条之规定，在一审诉讼中，无独立请求权的第三人无权提出管辖异议，无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉，被判决承担民事责任的，有权提起上诉。如果一审法院没有判决无独立请求权第三人承担民事责任，第三人便不能上诉。本题中，乙没有被判决承担责任，所以乙不能上诉。丙是上诉人，丙的上诉对甲是不利的，则甲是被上诉人；丙的上诉并没有造成对乙的不利，故乙不是被上诉人。综上所述，A 选项正确。

（2010-3-98）丙承租了甲、乙共有的房屋，因未付租金被甲、乙起诉。一审法院判决丙支付甲、乙租金及利息共计 10,000 元，分五个月履行，每月给付 2,000 元。甲、乙和丙均不服该判决，提出上诉：乙请求改判丙一次性支付所欠的租金 10,000 元。甲请求法院判决解除与丙之间租赁关系。丙认为租赁合同中没有约定利息，甲、乙也没有要求给付利息，一审法院不应当判决自己给付利息，请求判决变更一审判决的相关内容。关于二审中当事人地位的确定，下列选项正确的是：

- A.丙是上诉人，甲、乙是被上诉人
- B.甲、乙是上诉人，丙是被上诉人
- C.乙、丙是上诉人，甲是被上诉人
- D.甲、乙、丙都是上诉人

【答案】D

【解析】

本题考查上诉人与被上诉人的确定。

《民诉解释》第 72 条规定：“共有财产权受到他人侵害，部分共有权人起诉的，其他共有权人应当列为共同诉讼人。”本案中，丙承租的房屋为甲、乙共有，因丙未付租金，甲、乙起诉属于必要共同原告。另外，根据《民诉解释》第 317 条之规定，双方当事人和第三人都提出上诉的，均为上诉人。本案中，原告甲与乙、被告丙均提出了上诉，因此都是上诉人。只有 D 选项正确。

（2017-3-45）张某诉新立公司买卖合同纠纷案，新立公司不服一审判决提起上诉。二审中，新立公司与张某达成协议，双方同意撤回起诉和上诉。关于本案，下列哪一选项是

正确的？

- A. 起诉应在一审中撤回，二审中撤回起诉的，法院不应准许
- B. 因双方达成合意撤回起诉和上诉的，法院可准许张某二审中撤回起诉
- C. 二审法院应裁定撤销一审判决并发回重审，一审法院重审时准许张某撤回起诉
- D. 二审法院可裁定新立公司撤回上诉，而不许张某撤回起诉

【答案】B

【解析】

本题考查二审中的撤回起诉与撤回上诉。

在二审过程中，双方当事人达成和解之后的撤诉，既可以是撤回上诉，也可是撤回起诉。《民诉解释》第 338 条规定：“在第二审程序中，原审原告申请撤回起诉，经其他当事人同意，且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，人民法院可以准许。准许撤诉的，应当一并裁定撤销一审裁判。原审原告在第二审程序中撤回起诉后重复起诉的，人民法院不予受理。”可见在本案中，在双方合意的前提下，原告张某在二审程序中撤回起诉理应得到准许（且不必先由二审法院发回重审）；且张某撤回起诉之后，法院应同时撤销一审判决，此时上诉人新立公司的上诉即失去了意义。综上，只有 B 选项正确。

（2016-3-45）甲公司诉乙公司买卖合同纠纷一案，法院判决乙公司败诉并承担违约责任，乙公司不服提起上诉。在二审中，甲公司与乙公司达成和解协议，并约定双方均将提起之诉予以撤回。关于两个公司的撤诉申请，下列哪一说法正确？

- A. 应当裁定准许双方当事人的撤诉申请，并裁定撤销一审判决
- B. 应当裁定准许乙公司撤回上诉，不准许甲公司撤回起诉
- C. 不应准许双方撤诉，应依双方和解协议制作调解书
- D. 不应准许双方撤诉，应依双方和解协议制作判决书

【答案】A

【解析】

本题考查二审中的撤回起诉与撤回上诉。

《民诉解释》第 337 条规定：“在第二审程序中，当事人申请撤回上诉，人民法院经审查认为一审判决确有错误，或者当事人之间恶意串通损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，不应准许。”该条是对二审中撤回上诉的规定。第 338 条又规定：“在第二审程序中，原审原告申请撤回起诉，经其他当事人同意，且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，人民法院可以准许。准许撤诉的，应当一并裁定撤销一审裁判。原审原告在第二审程序中撤回起诉后重复起诉的，人民法院不予受理。”该条则是对二审

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

中撤回起诉的规定。第 339 条接着规定：“当事人在第二审程序中达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的请求，对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人；因和解而申请撤诉，经审查符合撤诉条件的，人民法院应予准许。”可见，二审达成和解之后当事人可以撤诉，此处的撤诉既可以是上诉人撤回上诉也可以是原审原告撤回起诉；如果原审原告撤回起诉的，二审法院应当一并裁定撤销一审裁判。所以，A 项正确，B、C、D 项错误。

（2011-3-40）吴某被王某打伤后诉至法院，王某败诉。一审判决书送达王某时，其当即向送达人郑某表示上诉，但因其不识字，未提交上诉状。关于王某行为的法律效力，下列哪一选项正确？

- A.王某已经表明上诉，产生上诉效力
- B.郑某将王某的上诉要求告知法院后，产生上诉效力
- C.王某未提交上诉状，不产生上诉效力
- D.王某口头上诉经二审法院同意后，产生上诉效力

【答案】C

【解析】

本题考查上诉的方式。根据《民事诉讼法》第 156 条之规定，上诉应当递交上诉状。《民诉解释》第 320 条规定：“一审宣判时或者判决书、裁定书送达时，当事人口头表示上诉的，人民法院应告知其必须在法定上诉期间内递交上诉状。未在法定上诉期间内递交上诉状的，视为未提起上诉。”因此，C 选项正确，A、B、D 错误。

考区二 二审的审判

（2017-3-82）朱某诉力胜公司商品房买卖合同纠纷案，朱某要求判令被告支付违约金 5 万元；因房屋质量问题，请求被告修缮，费用由被告支付。一审法院判决被告败诉，认可了原告全部诉讼请求。力胜公司不服令其支付 5 万元违约金的判决，提起上诉。二审法院发现一审法院关于房屋有质量问题的事实认定，证据不充分。关于二审法院对本案的处理，下列哪些说法是正确的？

- A.应针对上诉人不服违约金判决的请求进行审理
- B.可对房屋修缮问题在查明事实的情况下依法改判
- C.应针对上诉人上诉请求所涉及的事实认定和法律适用进行审理
- D.应全面审查一审法院对案件的事实认定和法律适用

【答案】AC

【解析】

本题考查二审的审理范围。

民事诉讼二审程序遵循有限审查原则，原则上限于上诉请求范围之内。《民诉解释》第323条规定：“第二审人民法院应当围绕当事人的上诉请求进行审理。当事人没有提出请求的，不予审理，但一审判决违反法律禁止性规定，或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的除外。”在本题中，上诉人力胜公司只针对违约金部分进行了上诉，而未涉及房屋质量与房屋修缮费用问题。因此，二审法院不得审理房屋质量问题的事实认定部分。综上所述，A、C选项是正确的，B、D选项是错误的。

（2015-3-82）章俊诉李泳借款纠纷案在某县法院适用简易程序审理。县法院判决后，章俊上诉，二审法院以事实不清为由发回重审。县法院征得当事人同意后，适用简易程序重审此案。在答辩期间，李泳提出管辖权异议，县法院不予审查。案件开庭前，章俊增加了诉讼请求，李泳提出反诉，县法院受理了章俊提出的增加诉讼请求，但以重审不可提出反诉为由拒绝受理李泳的反诉。关于本案，该县法院的下列哪些做法正确？

- A.征得当事人同意后，适用简易程序重审此案
- B.对李泳提出的管辖权异议不予审查
- C.受理章俊提出的增加诉讼请求
- D.拒绝受理李泳的反诉

【答案】BC**【解析】**

本题考查二审程序中的发回重审。根据《民诉解释》第257条之规定，二案发回重审的案件不能适用简易程序，故A选项错误。

《民诉解释》第251条规定：“二审裁定撤销一审判决发回重审的案件，当事人申请变更、增加诉讼请求或者提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求的，依照民事诉讼法第140条规定处理。”也就是说，二案发回重审时的变更、增加诉讼请求或者提出反诉，适用一审程序的相关规定；在一审中变更、增加诉讼请求或者提出反诉的时间应当是案件受理后、法庭辩论结束前。本题中在案件开庭前增加诉讼请求、提出反诉，是合法的。所以，C选项正确，D选项错误。

根据《民事诉讼法》第127条之规定，当事人提出管辖权异议应当在一审程序的答辩期间，二案发回重审之后不能再提管辖权异议，故B选项正确。因此，B、C选项当选。

（2014-3-47）甲诉乙人身损害赔偿一案，一审法院根据甲的申请，冻结了乙的银行账

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

户，并由李法官独任审理。后甲胜诉，乙提出上诉。二审法院认为一审事实不清，裁定撤销原判，发回重审。关于重审，下列哪一表述正确？

- A.由于原判已被撤销，一审中的审判行为无效，保全措施也应解除
- B.由于原判已被撤销，一审中的诉讼行为无效，法院必须重新指定举证时限
- C.重审时不能再适用简易程序，应组成合议庭，李法官可作为合议庭成员参加重审
- D.若重审法院判决甲胜诉，乙再次上诉，二审法院认为重审认定的事实依然错误，则

只能在查清事实后改判

【答案】D

【解析】

本题考查二审程序中的发回重审。二审发回重审时，尚未作出生效的裁判，一审中采取的财产保全不应随意解除。A选项错误。

最高人民法院《关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》第9条规定：“发回重审的案件，第一审人民法院在重新审理时，可以结合案件的具体情况和发回重审的原因等情况，酌情确定举证期限。如果案件是因违反法定程序被发回重审的，人民法院在征求当事人的意见后，可以不再指定举证期限或者酌情指定举证期限。但案件因遗漏当事人被发回重审的，按照本通知第5条处理。如果案件是因认定事实不清、证据不足发回重审的，人民法院可以要求当事人协商确定举证期限，或者酌情指定举证期限。上述举证期限不受‘不得少于30日’的限制。”可见，二审发回重审之后，一审法院要视情况决定是否重新确定举证期限，B选项所言“必须重新指定举证时限”是错误的。

根据《民诉解释》第257条之规定，发回重审的案件，不得适用简易程序审理。故C项前半句话正确。但《民事诉讼法》第40条第2款规定：“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。”所以，C选项中应当另行组成合议庭，李法官不得参加重审，C选项错误。

《民事诉讼法》第170条第2款规定：“原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。”可见，发回重审只得一次，D选项正确。

（2014-3-83）关于民事诉讼二审程序的表述，下列哪些选项正确？

- A.二审既可能因为当事人上诉而发生，也可能因为检察院的抗诉而发生
- B.二审既是事实审，又是法律审
- C.二审调解书应写明撤销原判
- D.二审原则上应开庭审理，特殊情况下可不开庭审理

【答案】BD

【解析】

本题是对二审程序的综合考查。

民事诉讼法的二审程序中，并无检察机关提起抗诉的规定；刑事诉讼法的二审程序，可以通过当事人上诉和检察院抗诉而发生。两者应当区分开来。所以 A 选项错误。

《民事诉讼法》第 168 条规定：“第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。”可见，我国民事诉讼的二审程序既审事实问题也审理适用法律问题，故 B 选项正确。

《民事诉讼法》第 172 条规定：“第二审人民法院审理上诉案件，可以进行调解。调解达成协议，应当制作调解书，由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销。”可见，二审调解书不应写明撤销原判，二审调解生效后原判已经直接视为撤销。C 选项错误。

《民事诉讼法》第 169 条规定：“第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，可以不开庭审理。”故 D 选项正确。

（2012-3-43）关于民事诉讼二审程序的表述，下列哪一选项错误？

A.二审案件的审理，遇有二审程序没有规定的情形，应当适用一审普通程序的相关规定

B.二审案件的审理，以开庭审理为原则

C.二审案件调解的结果变更了一审判决内容的，应当在调解书中写明“撤销原判”

D.二审案件的审理，应当由法官组成的合议庭进行审理

【答案】C

【解析】

本题考查二审程序。

一审普通程序具有广泛的适用性。法院适用一审简易程序、二审程序和再审程序审理民事案件时，若该程序无特别规定，则应参照适用普通程序的相关规定。因此，A 选项正确。

《民事诉讼法》第 169 条第 1 款规定：“第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，可以不开庭审理。”因此，二审程序以开庭审理为原则、以不开庭为例外，B 选项正确。

《民事诉讼法》第 172 条规定：“第二审人民法院审理上诉案件，可以进行调解。调

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

解达成协议，应当制作调解书，由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销。”因此，二审调解书中并不需要写明“撤销原判”，C 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 40 条之规定，人民法院审理第二审民事案件，由审判员组成合议庭。所以，D 选项正确。

（2011-3-44）二审法院根据当事人上诉和案件审理情况，对上诉案件作出相应裁判。下列哪一选项正确？

A.二审法院认为原判对上诉请求的有关事实认定清楚、适用法律正确，裁定驳回上诉，维持原判

B.二审法院认为原判对上诉请求的有关事实认定清楚，但适用法律有错误，裁定发回重审

C.二审法院认为一审判决是在案件未经开庭审理而作出的，裁定撤销原判，发回重审

D.原审原告增加独立的诉讼请求，二审法院合并审理，一并作出判决

【答案】C

【解析】

本题考查二审对一审裁判的处理方式。

根据《民事诉讼法》第 170 条第 1 款第（一）项之规定，原判决认定事实清楚，适用法律正确的，二审法院应当以判决方式驳回上诉，维持原判决。故 A 选项的“裁定”方式错误。

《民事诉讼法》第 170 条第 1 款第（二）项规定，原判决适用法律错误的，二审法院应当依法改判（而不能发回重审）。故 B 选项错误。

《民事诉讼法》第 170 条第 1 款第（四）项规定，原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，二审法院裁定撤销原判决，发回原审法院重审。C 选项即属于严重违反程序的情形，处理方式得当，C 选项正确。

《民诉解释》第 328 条规定：“在第二审程序中，原审原告增加独立的诉讼请求或者原审被告提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解；调解不成的，告知当事人另行起诉。双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的，第二审人民法院可以一并裁判。”所以，D 选项中，未经双方当事人同意直接一并判决是错误的。

考区三 二审的和解与调解

（2018 仿真题）庄勇诉柳文请求返还由柳文占有的一尊唐代玉佛古董，一审判决古董所有权属于庄勇，柳文应予返还。庄勇不服提起了上诉。二审过程中，小明向二审法院主张对玉佛古董的所有权。下列哪些说法是正确的？

- A.二审法院可以直接将小明列为第三人，予以审理并作出判决
- B.二审法院可以列小明为第三人，并经其同意后作出判决
- C.二审法院可以对小明的主张进行调解
- D.二审法院若调解不成，则应撤销原判，发回一审法院重审

【答案】CD

【解析】

本题考查二审程序对遗漏有独立请求权第三人的处理。《民事诉讼法解释》第 327 条规定：“必须参加诉讼的当事人或者有独立请求权的第三人，在一审程序中未参加诉讼，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解；调解不成的，发回重审。”故，C、D 项是正确的。

（2017-3-46）石山公司起诉建安公司请求返还 86 万元借款及支付 5 万元利息，一审判决石山公司胜诉，建安公司不服提起上诉。二审中，双方达成和解协议：石山公司放弃 5 万元利息主张，建安公司在撤回上诉后 15 日内一次性付清 86 万元本金。建安公司向二审法院申请撤回上诉后，并未履行还款义务。关于石山公司的做法，下列哪一表述是正确的？

- A.可依和解协议申请强制执行
- B.可依一审判决申请强制执行
- C.可依和解协议另行起诉
- D.可依和解协议申请司法确认

【答案】BC（根据旧法官方答案为 B）

【解析】

本题考查二审中达成和解后的处理方式。

《民诉解释》第 339 条规定：“当事人在第二审程序中达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的请求，对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人；因和解而申请撤诉，经审查符合撤诉条件的，人民法院应予准许。”二审程序中当事人达成和解协议之后，可以选择申请法院制作调解书或者申请撤诉（包括上诉人撤回上诉或原审被告

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

撤回起诉)；但是，和解协议本身是没有强制执行力的。就本案而言，二审和解之后当事人选择了撤回上诉。最高人民法院《关于发布第一批指导性案例的通知》（法〔2011〕354号）中，2号指导案例指出：“民事案件二审期间，双方当事人达成和解协议，人民法院准许撤回上诉的，该和解协议未经人民法院依法制作调解书，属于诉讼外达成的协议。一方当事人不履行和解协议，另一方当事人申请执行一审判决的，人民法院应予支持。”实际上，最高人民法院在此类推适用了执行和解制度。最高人民法院《关于执行和解若干问题的规定》（2018）第9条规定：“被执行人一方不履行执行和解协议的，申请执行人可以申请恢复执行原生效法律文书，也可以就履行执行和解协议向执行法院提起诉讼。”综上，本案的基本逻辑在于——建安公司撤回上诉之后，一审判决生效，但需先看和解协议的自动履行情况：若和解履行完毕，则纠纷得以解决；若和解未得履行，则石山公司既可按照已生效的一审判决申请强制执行，也可就履行和解协议向法院重新起诉。因此，BC选项正确。

（2016-3-47）王某诉赵某借款纠纷一案，法院一审判决赵某偿还王某债务，赵某不服，提出上诉。二审期间，案外人李某表示，愿以自己的轿车为赵某偿还债务提供担保。三人就此达成书面和解协议后，赵某撤回上诉，法院准许。一个月后，赵某反悔并不履行和解协议。关于王某实现债权，下列哪一选项正确？

- A.依和解协议对赵某向法院申请强制执行
- B.依和解协议对赵某、李某向法院申请强制执行
- C.依一审判决对赵某向法院申请强制执行
- D.依一审判决与和解协议对赵某、李某向法院申请强制执行

【答案】C

【解析】

本题考查二审中达成和解后的处理方式。

《民诉解释》第339条规定：“当事人在第二审程序中达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的请求，对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人；因和解而申请撤诉，经审查符合撤诉条件的，人民法院应予准许。”二审程序中当事人达成和解协议之后，可以选择申请法院制作调解书或者申请撤诉（包括上诉人撤回上诉或原审原告撤回起诉）；但是，和解协议本身是没有强制执行力的。就本案而言，二审和解之后当事人选择了撤回上诉。最高人民法院《关于发布第一批指导性案例的通知》（法〔2011〕354号）中，2号指导案例指出：“民事案件二审期间，双方当事人达成和解协议，人民法院准许撤回上诉的，该和解协议未经人民法院依法制作调解书，属于诉讼外达成的协议。一方当事人不履行和解协议，另一方当事人申请执行一审判决的，人民法院应予支持。”综

上所述，只有 C 项正确。

（2015-3-44）齐远、张红是夫妻，因感情破裂诉至法院离婚，提出解除婚姻关系、子女抚养、住房分割等诉讼请求。一审判决准予离婚并对子女抚养问题作出判决。齐远不同意离婚提出上诉。二审中，张红增加诉讼请求，要求分割诉讼期间齐远继承其父的遗产。下列哪一说法正确？

- A.一审漏判的住房分割诉讼请求，二审可调解，调解不成，发回重审
- B.二审增加的遗产分割诉讼请求，二审可调解，调解不成，发回重审
- C.住房和遗产分割的两个诉讼请求，二审可合并调解，也可一并发回重审
- D.住房和遗产分割的两个诉讼请求，经当事人同意，二审法院可一并裁判

【答案】A

【解析】

本题考查二审程序中对特殊问题的调解。

根据《民诉解释》第 326 条之规定，对当事人在一审程序中已提出的诉讼请求，原审法院未作审理、判决的，二审法院可以调解，调解不成的发回重审。在本题中，对于一审法院漏判的住房分割的诉讼请求，二审法院可先调解，调解不成，发回重审，而不得直接一并裁判。根据《民诉解释》第 328 条之规定，在二审程序中，原审原告增加独立的诉讼请求的，二审法院可以调解，调解不成的告知当事人另行起诉；双方当事人同意由二审法院一并审理的，二审法院可以一并裁判。在本题中，对于二审新增加的遗产分割的诉讼请求，二审法院可先调解，调解不成告知另行起诉，双方当事人同意二审法院一并审理的也可一并裁判。综上所述，A 选项正确，B、C、D 选项错误。因此，A 选项当选。

（2012-3-42）经审理，一审法院判决被告王某支付原告刘某欠款本息共计 22 万元，王某不服提起上诉。二审中，双方当事人达成和解协议，约定：王某在 3 个月内向刘某分期偿付 20 万元，刘某放弃利息请求。案件经王某申请撤回上诉而终结。约定的期限届满后，王某只支付了 15 万元。刘某欲寻求法律救济。下列哪一说法正确？

- A.可向一审法院重新起诉
- B.可向一审法院申请执行一审判决
- C.可向一审法院申请执行和解协议
- D.可向二审法院提出上诉

【答案】AB（根据旧法官方答案为 B）

【解析】

本题考查二审和解后的处理。

二审程序中达成和解后的撤诉，既可是撤回起诉，也可是撤回上诉，此处要看当事人的选择。本题中，当事人选择了撤回上诉。在最高人民法院《关于发布第一批指导性案例的通知》（法〔2011〕354号）中，2号指导案例指出：“民事案件二审期间，双方当事人达成和解协议，人民法院准许撤回上诉的，该和解协议未经人民法院依法制作调解书，属于诉讼外达成的协议。一方当事人不履行和解协议，另一方当事人申请执行一审判决的，人民法院应予支持。”实际上，最高人民法院在此类推适用了执行和解制度。最高人民法院《关于执行和解若干问题的规定》（2018）第9条规定：执行人一方不履行执行和解协议的，申请执行人可以申请恢复执行原生效法律文书，也可以就履行执行和解协议向执行法院提起诉讼。”综上，本案的基本逻辑在于——王某撤回上诉之后，一审判决生效，但需先看和解协议的自动履行情况：若和解履行完毕，则纠纷得以解决；若和解未得履行，则刘某既可按照已生效的一审判决申请强制执行，也可就履行和解协议向法院重新起诉。因此，A、B选项正确。但需指出，该题A、B选项内容有所改动，“可”在原先考题中为“只能”。原有选项内容是对旧法的考查，最高人民法院是在2018年发布了《关于执行和解若干问题的规定》，其中第9条修改了旧法。若按原有真题的选项内容，则该题现无正确答案。

（2010-3-80）二审法院审理继承纠纷上诉案时，发现一审判决遗漏另一继承人甲。关于本案，下列哪些说法正确？

- A.为避免诉讼拖延，二审法院可依职权直接改判
- B.二审法院可根据自愿原则进行调解，调解不成的裁定撤销原判决发回重审
- C.甲应列为本案的有独立请求权第三人
- D.甲应是本案的共同原告

【答案】BD

【解析】

本题考查二审法院对于特殊问题的处理。

《民诉解释》第70条规定：“在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应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意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应将其列为共同原告。”本案中，二审法院审理继承纠纷上诉案时，发现一审判决遗漏另一继承人甲，继承人甲应当作为一审中的必要共同原告。所以，C选项错误，D选项正确。

《民诉解释》第327条规定：“必须参加诉讼的当事人或者有独立请求权的第三人，在第一审程序中未参加诉讼，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解；调解

不成的，发回重审。”所以，A 选项错误，B 选项正确。

（2010-3-99）丙承租了甲、乙共有的房屋，因未付租金被甲、乙起诉。一审法院判决丙支付甲、乙租金及利息共计 10,000 元，分五个月履行，每月给付 2,000 元。甲、乙和丙均不服该判决，提出上诉：乙请求改判丙一次性支付所欠的租金 10,000 元。甲请求法院判决解除与丙之间租赁关系。丙认为租赁合同中没有约定利息，甲、乙也没有要求给付利息，一审法院不应当判决自己给付利息，请求判决变更一审判决的相关内容。丙还提出，为修缮甲、乙的出租房自己花费了 3,000 元，请求抵消部分租金。关于甲上诉请求解除与丙的租赁关系，下列选项正确的是：

- A. 二审法院查明事实后直接判决
- B. 二审法院直接裁定发回重审
- C. 二审法院经当事人同意进行调解解决
- D. 甲在上诉中要求解除租赁关系的请求，须经乙同意

【答案】CD

【解析】

本题考查二审原告增加诉讼请求时的处理方式。

本案中，甲在上诉中提出解除与丙的租赁关系，这一请求在一审中并未提出，因此属于二审中新增加的诉讼请求。根据《民诉解释》第 328 条第 1 款之规定，在二审程序中，原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的，二审法院可根据当事人自愿原则就新增加的诉讼请求或反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。因此，选项 A 和 B 都错误，C 选项正确。

根据《民事诉讼法》第 52 条之规定，对于必要共同诉讼人，一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认才对其他共同诉讼人发生效力。而本案中，甲提出的解除租赁关系的请求也涉及到了乙的权利，需要经过乙的同意才会生效。所以，D 选项正确。

（2010-3-100）（接上题）关于丙提出用房屋修缮款抵消租金的请求，二审法院正确的处理办法是：

- A. 查明事实后直接判决
- B. 不予审理
- C. 经当事人同意进行调解解决，调解不成的，发回重审
- D. 经当事人同意进行调解解决，调解不成的，告知丙另行起诉

【答案】D

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

【解析】

本题考查二审中对新提反诉的处理。

根据《民诉解释》第 328 条第 1 款之规定，在二审程序中，原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的，二审法院可根据当事人自愿原则就新增加的诉讼请求或反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。丙提出用房屋修缮款抵消租金的请求，属于一审被告在二审中提出的一个反请求，属于反诉。因此，只有 D 选项正确，A、B、C 选项都错误

第十三章 再审程序

考区一 再审的启动

（2015-3-42）关于法院制作的调解书，下列哪一说法正确？

- A.经法院调解，老李和小李维持收养关系，可不制作调解书
- B.某夫妻解除婚姻关系的调解书生效后，一方以违反自愿为由可申请再审
- C.检察院对调解书的监督方式只能是提出检察建议
- D.执行过程中，达成和解协议的，法院可根据当事人的要求制作成调解书

【答案】A

【解析】

本题考查调解书、申请再审的条件、检察监督方式和执行和解。

《民事诉讼法》第98条第1款规定：“下列案件调解达成协议，人民法院可以不制作调解书：（一）调解和好的离婚案件；（二）调解维持收养关系的案件；（三）能够即时履行的案件；（四）其他不需要制作调解书的案件。”本题A项是对本条第（二）项的直接考查，可以不制作调解书。所以，A选项正确。

《民事诉讼法》第202条规定：“当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决、调解书，不得申请再审。”所以，B选项错误。

根据《民事诉讼法》第208条第1款和第2款之规定，人民检察院对损害国家利益、社会公共利益的调解书的监督方式有抗诉和检察建议两种，故C选项错误。该法第230条第1款规定：“在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。”在执行中，已经存在执行根据，达成和解协议的应当记入笔录，而不能再制作调解书。所以，D选项错误。因此，A选项当选。

（2014-3-80）就瑞成公司与建华公司的合同纠纷，某省甲市中院作出了终审裁判。建华公司不服，打算启动再审程序。后其向甲市检察院申请检察建议，甲市检察院经过审查，作出驳回申请的决定。关于检察监督，下列哪些表述正确？

- A.建华公司可在向该省高院申请再审的同时，申请检察建议
- B.在甲市检察院驳回检察建议申请后，建华公司可向该省检察院申请抗诉
- C.甲市检察院在审查检察建议申请过程中，可向建华公司调查核实案情
- D.甲市检察院在审查检察建议申请过程中，可向瑞成公司调查核实案情

【答案】CD

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

【解析】本题考查检察监督的方式。

《民事诉讼法》第 209 条规定：“有下列情形之一的，当事人可以向人民检察院申请检察建议或者抗诉：（一）人民法院驳回再审申请的；（二）人民法院逾期未对再审申请作出裁定的；（三）再审判决、裁定有明显错误的。人民检察院对当事人的申请应当在 3 个月内进行审查，作出提出或者不予提出检察建议或者抗诉的决定。当事人不得再次向人民检察院申请检察建议或者抗诉。”可见，当事人必须在上述三种法定情形下方可申请检察建议，并且申请检察建议或者抗诉仅限于一次机会，故 A、B 选项错误。

《民事诉讼法》第 210 条规定：“人民检察院因履行法律监督职责提出检察建议或者抗诉的需要，可以向当事人或者案外人调查核实有关情况。”因此，C、D 两选项正确。

（2013-3-49）关于检察监督，下列哪一选项正确？

- A.甲县检察院认为乙县法院的生效判决适用法律错误，对其提出检察建议
- B.丙市检察院就合同纠纷向仲裁委员会提出检察建议，要求重新仲裁
- C.丁县检察院认为丁县法院某法官在制作除权判决时收受贿赂，向该法院提出检察建议
- D.戊县检察院认为戊县法院认定某公民为无民事行为能力人的判决存在程序错误，报请上级检察院提起抗诉

【答案】C

【解析】

本题考查检察监督。

根据《民事诉讼法》第 208 条之规定，检察建议只能是由人民检察院向同级人民法院提出。A 选项中，甲县检察院只能对甲县法院提出检察建议，而不能向乙县法院提出，故错误。检察院无权向仲裁委员会提出检察建议。所以，B 选项错误。

针对公示催告程序中的除权判决，不能适用审判监督程序。根据《民事诉讼法》第 208 条之规定，“审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为”，检察院不能抗诉，但可以提出检察建议，故 C 选项正确。由此可见，检察院提出检察建议的案件范围要大于可抗诉的案件范围。认定某公民为无民事行为能力人的判决，属于适用特别程序案件，不能适用审判监督程序，因此人民检察院也不能提起抗诉（但可提出检察建议）。故 D 选项错误。

（2011-3-77）根据《民事诉讼法》以及相关司法解释，关于离婚诉讼，下列哪些选项正确？

- A.被告下落不明的，案件由原告住所地法院管辖

- B.一方当事人死亡的，诉讼终结
- C.判决生效后，不允许当事人申请再审
- D.原则上不公开审理，因其属于法定不公开审理案件范围

【答案】AB

【解析】

本题考查离婚案件的一些特殊诉讼程序。

根据《民事诉讼法》第 22 条之规定，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，由原告住所地人民法院管辖。身份关系诉讼，主要包括离婚案件、收养关系案件、继承案件以及追索赡养费抚养费抚育费案件等。因此，A 选项正确。

根据《民事诉讼法》第 151 条之规定，离婚案件一方当事人死亡的，终结诉讼。故 B 选项正确。这也是因身份关系无法进行继承而引起的结果。《民事诉讼法》第 202 条规定：“当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决、调解书，不得申请再审。”但要注意，离婚诉讼的生效判决包括解除婚姻关系的判决和维持婚姻关系两种情况，前者不得再审，而后者可以再审。另外，根据《民诉解释》第 382 条之规定，离婚案件中的财产分割问题的生效判决，当事人也可以申请再审。由此可见，C 选项的说法太过片面，是错误的。

《民事诉讼法》第 134 条规定：“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。”可见，离婚案件属于依申请不公开的案件，而非法定不公开。所以 D 选项错误。

（2010-3-42）李某向 A 公司追索劳动报酬。诉讼中，李某向法院申请先予执行部分劳动报酬，法院经查驳回李某申请。李某不服，申请复议。法院审查后再次驳回李某申请。李某对复议结果仍不服，遂向上一级法院申请再审。关于上一级法院对该再审申请的处理，下列哪一选项正确？

- A.裁定再审
- B.决定再审
- C.裁定不予受理
- D.裁定驳回申请

【答案】D

【解析】

本题考查申请再审的案件范围。

根据《民事诉讼法》第 204 条之规定，当事人申请再审的，法院有两种处理方式：一种是裁定再审；另一种是裁定驳回再审申请。本题中，李某“对复议结果不服”申请再审，不属于申请再审的法定事由，故法院应当裁定驳回申请。但需要指出的是，如果当事人对

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

先予执行的裁定不服，可以申请再审，本题所言是“先予执行裁定的复议结果”，则不能申请再审。所以，只有 D 选项正确。

（2010-3-47）张某诉季某人身损害赔偿一案判决生效后，张某以法院剥夺其辩论权为由申请再审，在法院审查张某再审申请期间，检察院对该案提出抗诉。关于法院的处理方式，下列哪一选项正确？

- A.法院继续对当事人的再审申请进行审查，并裁定是否再审
- B.法院应当审查检察院的抗诉是否成立，并裁定是否再审
- C.法院应当审查检察院的抗诉是否成立，如不成立，再继续审查当事人的再审申请
- D.法院直接裁定再审

【答案】D

【解析】

本题考查再审的启动方式。

对于当事人申请再审的案件，法院经过审查后会作出再审裁定或者驳回申请的裁定；但是对于检察院抗诉的案件，法院必须作出再审裁定，不得驳回抗诉。如果既有再审申请又有抗诉的案件，法院必须裁定再审。这一做法也有明确的法律依据：根据最高人民法院《关于适用审判监督程序若干问题的解释》第 26 条之规定，人民法院审查再审申请期间，人民检察院对该案提出抗诉的，人民法院应当裁定再审；申请再审人提出的具体再审请求应纳入审理范围。所以，本题应选 D 选项。

考区二 再审的审判

（2017-3-38）丙公司因法院对甲公司诉乙公司工程施工合同案的一审判决(未提起上诉)损害其合法权益，向 A 市 B 县法院提起撤销诉讼。案件审理中，检察院提起抗诉，A 市中级人民法院对该案进行再审，B 县法院裁定将撤销诉讼并入再审程序。关于中级法院对丙公司提出的撤销诉讼请求的处理，下列哪一表述是正确的？

- A.将丙公司提出的诉讼请求一并审理，作出判决
- B.根据自愿原则进行调解，调解不成的，告知丙公司另行起诉
- C.根据自愿原则进行调解，调解不成的，裁定撤销原判发回重审
- D.根据自愿原则进行调解，调解不成的，恢复第三人撤销诉讼程序

【答案】C

【解析】

本题考查第三人撤销诉讼与再审程序的关系。

根据《民事诉讼法》第 56 条第 3 款之规定，第三人撤销之诉应向作出生效裁判的法院提出。在本题中，丙公司向 B 县法院提起第三人撤销诉讼，即说明 B 县法院为原工程施工合同案的生效判决法院。现由 A 市中院进行再审，提高了再审法院的级别，此即构成了提审。又根据《民事诉讼法》第 207 条之规定，上级人民法院按照审判监督程序提审的，应当按照二审程序进行再审。第三人撤销诉讼与再审程序不能并行，原则上应将撤销诉讼并入再审程序一并处理。《民诉解释》第 302 条全面规定了第三人撤销诉讼并入再审程序之后的处理方式，如下：“第三人诉讼请求并入再审程序审理的，按照下列情形分别处理：

（一）按照第一审程序审理的，人民法院应当对第三人的诉讼请求一并审理，所作的判决可以上诉；（二）按照第二审程序审理的，人民法院可以调解，调解达不成协议的，应当裁定撤销原判决、裁定、调解书，发回一审法院重审，重审时应当列明第三人。”前已述及，本案的再审适用二审程序。故只有 C 选项是正确的。

（2015-3-46）周立诉孙华人身损害赔偿案，一审法院适用简易程序审理，电话通知双方当事人开庭，孙华无故未到庭，法院缺席判决孙华承担赔偿责任周立医疗费。判决书生效后，周立申请强制执行，执行程序开始，孙华向一审法院提出再审申请。法院裁定再审，未裁定中止原判决的执行。关于本案，下列哪一说法正确？

- A.法院电话通知当事人开庭错误
- B.孙华以法院未传票通知其开庭即缺席判决为由，提出再审申请是符合法律规定的
- C.孙华应向二审法院提出再审申请，而不可向原一审法院申请再审
- D.法院裁定再审，未裁定中止原判决的执行错误

【答案】B

【解析】

本题考查一审简易程序的送达方式和再审程序。

《民诉解释》第 261 条第 1 款规定：“适用简易程序审理案件，人民法院可以采取捎口信、电话、短信、传真、电子邮件等简便方式传唤双方当事人、通知证人和送达裁判文书以外的诉讼文书。”所以，A 选项错误。

该条第 2 款规定：“以简便方式送达的开庭通知，未经当事人确认或者没有其他证据证明当事人已经收到的，人民法院不得缺席判决。”因此，本题中的电话方式送达如果没有其他证据证明孙华已经收到则进行缺席判决就是违法的，B 选项中的再审申请便是合法的，B 选项正确。

《民事诉讼法》第 199 条规定：“当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审；当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

案件，也可以向原审人民法院申请再审。”在本题中，双方当事人均为公民，故可以向原审人民法院申请再审，C选项错误。

《民事诉讼法》第206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、裁定、调解书的执行，但追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件，可以不中止执行。”本题中的案件系追索医疗费用案件，法院裁定再审后可以不中止执行，D选项错误。因此，B选项当选。

（2014-3-50）万某起诉吴某人身损害赔偿一案，经过两级法院审理，均判决支持万某的诉讼请求，吴某不服，申请再审。再审中万某未出席开庭审理，也未向法院说明理由。对此，法院的下列哪一做法正确？

- A.裁定撤诉，视为撤回起诉
- B.裁定撤诉，视为撤回再审申请
- C.裁定诉讼中止
- D.缺席判决

【答案】D

【解析】

本题考查再审程序中对特殊问题的处理。

根据《民诉解释》第403条之规定，法院审理再审案件时符合缺席判决条件的，可以缺席判决。根据《民事诉讼法》第144条之规定，被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。再审案件中，再审被申请人的地位类同于被告地位，本案中的被申请人万某无正当理由拒不到庭，再审法院可以适用缺席判决。故D选项正确。

（2013-3-81）周某因合同纠纷起诉，甲省乙市的两级法院均驳回其诉讼请求。周某申请再审，但被驳回。周某又向检察院申请抗诉，检察院以原审主要证据系伪造为由提出抗诉，法院裁定再审。关于启动再审的表述，下列哪些说法是不正确的？

- A.周某只应向甲省高院申请再审
- B.检察院抗诉后，应当由接受抗诉的法院审查后，作出是否再审的裁定
- C.法院应当在裁定再审的同时，裁定撤销原判
- D.法院应当在裁定再审的同时，裁定中止执行

【答案】ABC

【解析】

本题考查再审程序。

《民事诉讼法》第 199 条规定：“当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审；当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，也可以向原审人民法院申请再审。”本题并未说明被告是否公民（也就意味着有可能双方皆为公民），A 选项所言“周某只应向甲省高院申请再审”，完全排除了向原审法院申请再审的可能性，是不准确的。

根据《民事诉讼法》第 211 条之规定，人民检察院提出抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当自收到抗诉书之日起 30 日内作出再审的裁定。可见，针对检察院抗诉的案件，法院必须裁定再审，而不能裁定驳回抗诉，B 选项错误。

《民事诉讼法》第 206 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、裁定、调解书的执行，但追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件，可以不中止执行。”也就是说，再审程序开始，只是中止执行程序，原判决并没有被撤销。如果真需要撤销原判的，必须在经过再审审理之后。因此，C 选项错误，D 选项正确（本题不具备上述规定中的可以不中止执行的例外情形）。

（2013-3-82）韩某起诉翔鹭公司要求其依约交付电脑，并支付迟延履行违约金 5 万元。经县市两级法院审理，韩某均胜诉。后翔鹭公司以原审适用法律错误为由申请再审，省高院裁定再审后，韩某变更诉讼请求为解除合同，支付迟延履行违约金 10 万元。再审法院最终维持原判。关于再审程序的表述，下列哪些选项正确？

- A.省高院可以亲自提审，提审应当适用二审程序
- B.省高院可以指令原审法院再审，原审法院再审时应当适用一审程序
- C.再审法院对韩某变更后的请求应当不予审查
- D.对于维持原判的再审裁判，韩某认为有错误的，可以向检察院申请抗诉

【答案】ACD

【解析】

本题考查再审程序。《民事诉讼法》第 204 条第 2 款规定：“因当事人申请裁定再审的案件由中级人民法院以上的人民法院审理，但当事人依照本法第 199 条的规定选择向基层人民法院申请再审的除外。最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件，由本院再审或者交其他人民法院再审，也可以交原审人民法院再审。”可见，本题中省高院可以提审，也可以指令原审法院再审。《民事诉讼法》第 207 条第 1 款规定：“人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉；发生法律效力的判决、裁定是由第二审法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定；上级

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。”本题中，如果提审则适用二审程序；如果指令原审法院再审，由于原审法院是二审法院，所以也是适用二审程序。因此，A选项正确，B选项错误。

根据《民诉解释》第405条第1款之规定，人民法院审理再审案件应当围绕再审请求进行。当事人的再审请求超出原审诉讼请求的，不予审理；符合另案诉讼条件的，告知当事人可以另行起诉。所以C选项正确。

《民事诉讼法》第209条第1款规定：“有下列情形之一的，当事人可以向人民检察院申请检察建议或者抗诉：（一）人民法院驳回再审申请的；（二）人民法院逾期未对再审申请作出裁定的；（三）再审判决、裁定有明显错误的。”可见，韩某认为再审裁判有错误的，有权向检察院申请抗诉。故D选项正确。

（2010-3-82）关于再审程序的说法，下列哪些选项正确？

A.在再审中，当事人提出新的诉讼请求的，原则上法院应根据自愿原则进行调解，调解不成的告知另行起诉

B.在再审中，当事人增加诉讼请求的，原则上法院应根据自愿原则进行调解，调解不成的裁定发回重审

C.按照第一审程序再审案件时，经法院许可原审原告可撤回起诉

D.在一定条件下，案外人可申请再审

【答案】CD

【解析】

本题综合考查再审程序。《民诉解释》第405条第1款规定：“人民法院审理再审案件应当围绕再审请求进行。当事人的再审请求超出原审诉讼请求的，不予审理；符合另案诉讼条件的，告知当事人可以另行起诉。”所以，选项A和选项B中的新增诉讼请求，都不属于再审审理范围，即使调解也是不可以的，法院对此应当直接裁定驳回申请。A、B选项都错误。

《民诉解释》第410条第1款规定：“一审原告在再审审理程序中申请撤回起诉，经其他当事人同意，且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，人民法院可以准许。”因此，C选项正确。

原则上只有本案当事人才可以申请再审，但执行程序中的案外人也可以申请再审，此属例外。根据《民事诉讼法》第227条之规定，在执行过程中，案外人对执行标的提出异议，法院裁定驳回的，若案外人认为原判决错误，则有权对原判申请再审。因此，D选项正确。

第十四章 非讼程序

考区一 特别程序

（2018 仿真题）小明与王小毛当街发生口角，小明殴打了王小毛致其受伤，花去医药费若干。某人民调解委员会对该纠纷进行了调解，并制作了调解协议。后小明持调解协议向人民法院口头申请了司法确认。下列说法正确的是？

- A. 小明单方持调解协议向法院申请司法确认是违法的
- B. 申请司法确认调解协议必须以书面方式，口头方式是违法的
- C. 在法院裁定调解协议有效之后，王小毛可以调解违反自愿为由对裁定向法院申请再审
- D. 在法院裁定调解协议有效之后，王小毛可以调解违反自愿为由对裁定向法院提出异议

【答案】AD

【解析】

本题考查调解协议的司法确认程序。

根据《民事诉讼法》第 194 条之规定，申请确认调解协议之效力应由双方当事人共同向法院提出申请，故 A 项的说法正确，当选。

《民事诉讼法解释》第 355 条规定，当事人申请司法确认调解协议，可以采用书面形式或者口头形式。故 B 项说法是错误的，不当选。

根据《民事诉讼法解释》第 360 条之规定，调解协议违反自愿原则的，法院应当裁定驳回申请，而不应裁定调解协议有效。又依《民事诉讼法解释》第 374 条之规定，适用特别程序作出的判决、裁定，当事人、利害关系人认为有错误的，可以向作出该判决、裁定的人民法院提出异议。可见，对特别程序之裁判的纠错程序是异议程序，而不能适用再审程序。故 C 项不选，D 项当选。

（2017-3-47）李某因债务人刘某下落不明申请宣告刘某失踪。法院经审理宣告刘某为失踪人，并指定刘妻为其财产代管人。判决生效后，刘父认为由刘妻代管财产会损害儿子的利益，要求变更刘某的财产代管人。关于本案程序，下列哪一说法是正确的？

- A. 李某无权申请刘某失踪
- B. 刘父应提起诉讼变更财产代管人，法院适用普通程序审理
- C. 刘父应向法院申请变更刘妻的财产代管权，法院适用特别程序审理

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

D.刘父应向法院申请再审变更财产代管权，法院适用再审程序审理

【答案】B

【解析】

本题考查宣告失踪案件的申请主体以及财产代管人的变更。

根据《民事诉讼法》第183条第1款之规定，下落不明人的利害关系人有权向法院申请宣告公民失踪。本题中，李某作为刘某的债权人，有权申请宣告刘某失踪，故A选项是错误的。根据《民诉解释》第344条第2款之规定，失踪人的财产代管人经人民法院指定后，失踪人的其他利害关系人申请变更代管的，人民法院应当告知其以原指定的代管人为被告起诉，并按普通程序进行审理。因此，B选项正确，C、D选项错误。此处原理在于，在非讼案件中，若产生相关争议需要处理，必须通过诉讼程序重新解决。

（2017-3-97）2015年4月，居住在B市(直辖市)东城区的林剑与居住在B市西城区的钟阳(二人系位于B市北城区正和钢铁厂的同事)签订了一份借款合同。2017年3月，因借款合同发生纠纷，二人到正和钢铁厂人民调解委员会请求调解。林剑与钟阳在调解委员会的主持下达成了调解协议，相关人员希望该调解协议被司法确认，下列说法正确的是：

A.应由林剑或钟阳向有管辖权的法院申请

B.应由林剑、钟阳共同向有管辖权的法院申请

C.应在调解协议生效之日起30日内提出申请，申请可以是书面方式，也可以是口头方式

D.对申请的案件有管辖权的法院包括：B市西城区法院、B市东城区法院和B市北城区法院

【答案】BC

【解析】

本题考查调解协议确认案件的特别程序。

《民事诉讼法》第194条规定：“申请司法确认调解协议，由双方当事人依照人民调解法等法律，自调解协议生效之日起30日内，共同向调解组织所在地基层人民法院提出。”可见，此类案件应由双方当事人共同向法院提出申请，所以A选项错误，B选项正确。

调解协议确认案件由调解组织所在地基层法院管辖，本案应由正和钢铁厂人民调解委员会所在地的北城区法院管辖，故D选项错误。

根据《民诉解释》第355条之规定，当事人申请司法确认调解协议，可以采用书面形式或者口头形式。故C选项正确。

（2015-3-45）李云将房屋出售给王亮，后因合同履行发生争议，经双方住所地人民调

解委员会调解，双方达成调解协议，明确王亮付清房款后，房屋的所有权归属王亮。为确保调解协议的效力，双方约定向法院提出司法确认申请，李云随即长期出差在外。下列哪一说法正确？

- A.本案系不动产交易，应向房屋所在地法院提出司法确认申请
- B.李云长期出差在外，王亮向法院提出确认申请，法院可受理
- C.李云出差两个月后，双方向法院提出确认申请，法院可受理
- D.本案的调解协议内容涉及物权确权，法院不予受理

【答案】D

【解析】

本题考查确认调解协议案件的审理程序。

《民事诉讼法》第194条规定：“申请司法确认调解协议，由双方当事人依照人民调解法等法律，自调解协议生效之日起30日内，共同向调解组织所在地基层人民法院提出。”可见，调解协议确认案件由调解组织所在地基层法院管辖，所以，A选项错误；此类案件应由双方当事人共同在调解协议生效之日起30日内提出申请，所以，B、C选项错误。

《民诉解释》第357条第1款规定：“当事人申请司法确认调解协议，有下列情形之一的，人民法院裁定不予受理：（一）不属于人民法院受理范围的；（二）不属于收到申请的人民法院管辖的；（三）申请确认婚姻关系、亲子关系、收养关系等身份关系无效、有效或者解除的；（四）涉及适用其他特别程序、公示催告程序、破产程序审理的；（五）调解协议内容涉及物权、知识产权确权的。”根据此处第（五）项之规定，D选项正确。

（2013-3-83）甲区A公司将位于丙市价值5000万元的写字楼转让给乙区的B公司。后双方发生争议，经丁区人民调解委员会调解达成协议：B公司在1个月内支付购房款。双方又对该协议申请法院作出了司法确认裁定。关于本案及司法确认的表述，下列哪些选项是不正确的？

- A.应由丙市中级人民法院管辖
- B.可由乙区法院管辖
- C.应由一名审判员组成合议庭，开庭审理司法确认申请
- D.本案的调解协议和司法确认裁定，均具有既判力

【答案】ABCD

【解析】

本题考查调解协议确认案件的特别程序。

《民事诉讼法》第194条规定：“申请司法确认调解协议，由双方当事人依照人民调

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

解法等法律，自调解协议生效之日起 30 日内，共同向调解组织所在地基层人民法院提出。”因此，本题的管辖法院应是丁区基层法院，A 选项和 B 选项都错误。

《民事诉讼法》第 178 条规定：“依照本简易程序审理的案件，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。”可见，原则上特别程序案件应适用独任制；此处的调解协议确认案件标的额为 5000 万元，可以认为属重大案件，适用合议制，但应由三名审判员组成合议庭。另外，确认调解协议案件不存在当事人之间的争议，属于非讼案件，不应开庭审理。所以，C 选项错误。

生效裁判所具备的对事的确定力，也叫既判力，是指裁判对当事人的争议能够从法律上进行定论，当事人不得再行争执。可见，司法确认的裁定具有既判力。但是，调解协议本身只是具有合同效力，而无既判力。D 选项错误。

（2012-3-44）关于《民事诉讼法》规定的特别程序的表述，下列哪一选项正确？

- A.适用特别程序审理的案件都是非讼案件
- B.起诉人或申请人与案件都有直接的利害关系
- C.适用特别程序审理的案件都是一审终审
- D.陪审员通常不参加适用特别程序案件的审理

【答案】C

【解析】

本题考查特别程序。

根据《民事诉讼法》第 177 条之规定，人民法院审理选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件、认定财产无主案件、确认调解协议案件和实现担保物权案件，适用特别程序。其中，选民资格案件属于诉讼程序，其他案件系非讼案件。因此，A 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 181 条之规定，对选举委员会针对选民资格的申诉所作的处理决定不服的公民，皆可以起诉。起诉人不限于选民本人，还可以是其他不服的公民。可见，选民资格案件中并不要求起诉人与案件有直接利害关系。B 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 178 条之规定，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。因此，C 选项正确。D 选项中的“通常”之说错误，应该是陪审员一概不参加特别程序的审理。

（2010-3-35）张某与李某产生邻里纠纷，张某将李某打伤。为解决赔偿问题，双方同意由人民调解委员会进行调解。经调解员黄某调解，双方达成赔偿协议。关于该纠纷的处

理，下列哪一说法正确？

- A. 张某如反悔不履行协议，李某可就协议向法院提起诉讼
- B. 张某如反悔不履行协议，李某可向法院提起人身损害赔偿诉讼
- C. 张某如反悔不履行协议，李某可向法院申请强制执行调解协议
- D. 张某可以调解委员会未组成合议庭调解为由，向法院申请撤销调解协议

【答案】A

【解析】

本题考查人民调解协议的效力。

根据《人民调解法》第 31 条之规定，人民调解协议具有合同效力。可见，无论原纠纷是何种法律关系，只要经当事人达成了人民调解协议，且对协议履行发生争议，就一概转化成了合同纠纷。所以，A 选项正确，B 选项错误。

根据《人民调解法》第 33 条第 2 款之规定，法院依法确认调解协议有效，一方当事人拒绝履行或者未全部履行的，对方当事人可以向法院申请强制执行。据此可知，调解协议经过司法确认后可以申请法院强制执行，本题中的调解协议并没有经司法确认，不具有强制执行的效力（只有合同效力）。所以 C 选项错误。

《人民调解法》第 19 条规定，人民调解委员会根据调解纠纷的需要，可以指定一名或者数名人民调解员进行调解，也可以由当事人选择一名或者数名人民调解员进行调解。据此可知，可以根据案情决定由一名调解员进行调解，因此，本题中由黄某一一人进行调解程序合法。D 选项错误。

（2014-3-44）甲公司与银行订立了标的额为 8000 万元的贷款合同，甲公司董事长美国人汤姆用自己位于 W 市的三套别墅为甲公司提供抵押担保。贷款到期后甲公司无力归还，银行向法院申请适用特别程序实现对别墅的抵押权。关于本案的分析，下列哪一选项正确？

- A. 由于本案标的金额巨大，且具有涉外因素，银行应向 W 市中院提交书面申请
- B. 本案的被申请人只应是债务人甲公司
- C. 如果法院经过审查，作出拍卖裁定，可直接移交执行庭进行拍卖
- D. 如果法院经过审查，驳回银行申请，银行可就该抵押权益向法院起诉

【答案】D

【解析】

本题考查实现担保物权案件的特别程序。

《民事诉讼法》第 196 条规定：“申请实现担保物权，由担保物权人以及其他有权请

求实现担保物权的人依照物权法等法律，向担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院提出。”可见，实现担保物权案件应由基层法院管辖，A 选项错误。

本案的被申请人应是抵押义务人汤姆，所以 B 选项错误。

《民事诉讼法》第 197 条规定：“人民法院受理申请后，经审查，符合法律规定的，裁定拍卖、变卖担保财产，当事人依据该裁定可以向人民法院申请执行；不符合法律规定的，裁定驳回申请，当事人可以向人民法院提起诉讼。”因此，D 选项正确。据此规定，对于拍卖抵押财产的裁定，应由当事人向法院申请执行，法院不能直接移交执行庭执行。故 C 选项错误。

考区二 督促程序

（2018 仿真题）小明向果源公司购买了 6 万元的榴莲，后小明以甲公司提供的榴莲不符合约定为由拒绝付款。为此，果源公司向法院申请支付令，要求小明支付 6 万元货款。在支付令异议期间，果源公司又向另一法院提起诉讼，要求小明支付货款并承担违约责任。下列说法正确的哪一项？

- A.因在督促程序过程中，故果源公司无权起诉
- B.果源公司的起诉行为不能阻止支付令的效力，两个法院的程序应当同时进行
- C.果源公司的起诉行为产生债务人异议的法律后果
- D.果源公司起诉后，受理支付令申请的法院应裁定终结督促程序

【答案】D

【解析】

本题考查督促程序的终结情形。根据《民诉解释》第 432 条之规定，人民法院受理支付令申请后，债权人就同一债权债务关系又提起诉讼的，法院应当裁定终结督促程序，已发出支付令的，支付令自行失效。该项规定的原理在于，债权人提起的民事诉讼程序吸收了督促程序。故只有 D 项正确。

（2017-3-83）甲公司购买乙公司的产品，丙公司以其房产为甲公司提供抵押担保。因甲公司未按约支付 120 万元货款，乙公司向 A 市 B 县法院申请支付令。法院经审查向甲公司发出支付令，甲公司拒绝签收。甲公司未在法定期间提出异议，而以乙公司提供的产品有质量问题为由向 A 市 C 区法院提起诉讼。关于本案，下列哪些表述是正确的？

- A.甲公司拒绝签收支付令，法院可采取留置送达
- B.甲公司提起诉讼，法院应裁定中止督促程序
- C.乙公司可依支付令向法院申请执行甲公司的财产

D.乙公司可依支付令向法院申请执行丙公司的担保财产

【答案】AC

【解析】

本题考查督促程序。

《民诉解释》第 431 条规定：“向债务人本人送达支付令，债务人拒绝接收的，人民法院可以留置送达。”故 A 选项正确。

《民诉解释》第 433 条第 1 款规定：“债务人在收到支付令后，未在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。”本题中，B 县法院发出支付令，而债务人甲公司向 C 区法院起诉，并不影响支付令的效力，支付令在异议期满后产生强制执行力。故 B 选项错误，C 选项正确。

《民诉解释》第 436 条第 1 款规定：“对设有担保的债务的主债务人发出的支付令，对担保人没有拘束力。”可见，本案的支付令对担保人丙公司并无约束力，D 选项是错误的。

（2016-3-82）单某将八成新手机以 4000 元的价格卖给卢某，双方约定：手机交付卢某，卢某先付款 1000 元，待试用一周没有问题后再付 3000 元。但试用期满卢某并未按约定支付余款，多次催款无果后单某向 M 法院申请支付令。M 法院经审查后向卢某发出支付令，但卢某拒绝签收，法院采取了留置送达。20 天后，卢某向 N 法院起诉，以手机有质量问题要求解除与单某的买卖合同，并要求单某退还 1000 元付款。根据本案，下列哪些选项正确？

- A.卢某拒绝签收支付令，M 法院采取留置送达正确
- B.单某可以依支付令向法院申请强制执行
- C.因卢某向 N 法院提起了诉讼，支付令当然失效
- D.因卢某向 N 法院提起了诉讼，M 法院应当裁定终结督促程序

【答案】AB

【解析】

本题考查督促程序。

根据《民诉解释》第 431 条之规定，向债务人本人送达支付令，债务人拒绝接收的，人民法院可以留置送达。故 A 项正确。

《民事诉讼法》第 216 条第 2-3 款规定：“债务人应当自收到支付令之日起 15 日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。”在本案中，债务人卢某在 20 天后才向另外的

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

N 法院起诉。《民诉解释》第 433 条第 1 款规定：“债务人在收到支付令后，未在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。”因此，B 项正确，C 项与 D 项错误。

（2015-3-47）甲向乙借款 20 万元，丙是甲的担保人，现已到偿还期限，经多次催讨未果，乙向法院申请支付令。法院受理并审查后，向甲送达支付令。甲在法定期间未提出异议，但以借款不成立为由向另一法院提起诉讼。关于本案，下列哪一说法正确？

- A.甲向另一法院提起诉讼，视为对支付令提出异议
- B.甲向另一法院提起诉讼，法院应裁定终结督促程序
- C.甲在法定期间未提出书面异议，不影响支付令效力
- D.法院发出的支付令，对丙具有拘束力

【答案】C

【解析】

本题考查督促程序。

《民诉解释》第 433 条规定：“债务人在收到支付令后，未在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。债务人超过法定期间提出异议的，视为未提出异议。”因此，A、B 选项错误，C 选项正确。

《民诉解释》第 436 条第 1 款规定：“对设有担保的债务的主债务人发出的支付令，对担保人没有拘束力。”可见，D 选项错误。因此，C 选项当选。

（2014-3-46）黄某向法院申请支付令，督促陈某返还借款。送达支付令时，陈某拒绝签收，法官遂进行留置送达。12 天后，陈某以已经归还借款为由向法院提起书面异议。黄某表示希望法院彻底解决自己与陈某的借款问题。下列哪一说法正确？

- A.支付令不能留置送达，法官的送达无效
- B.提出支付令异议的期间是 10 天，陈某的异议不发生效力
- C.陈某的异议并未否认二人之间存在借贷法律关系，因而不影响支付令的效力
- D.法院应将本案转为诉讼程序审理

【答案】D

【解析】

本题考查督促程序。

《民诉解释》第 431 条规定：“向债务人本人送达支付令，债务人拒绝接收的，人民法院可以留置送达。”所以 A 选项错误。

《民事诉讼法》第 216 条第 2 款规定：“债务人应当自收到支付令之日起 15 日内清偿

债务，或者向人民法院提出书面异议。” B 选项也错误。

对支付令的异议，是指债务人认为支付令有错误，以书面方式向法院提出不应履行支付令所载给付义务的一种意思表示。此种异议既包括否认支付令所载的法律关系，也包括认可法律关系但给付义务已经履行完毕，C 选项属于后者，陈某异议成立，会导致支付令失效。所以，C 选项错误。

《民事诉讼法》第 217 条第 2 款规定：“支付令失效的，转入诉讼程序，但申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的除外。”故 D 选项正确。

（2013-3-84）胡某向法院申请支付令，督促彗星公司缴纳房租。彗星公司收到后立即提出书面异议称，根据租赁合同，彗星公司的装修款可以抵销租金，因而自己并不拖欠租金。对于法院收到该异议后的做法，下列哪些选项正确？

- A.对双方进行调解，促进纠纷的解决
- B.终结督促程序
- C.将案件转为诉讼程序审理，但彗星公司不同意的除外
- D.将案件转为诉讼程序审理，但胡某不同意的除外

【答案】BD

【解析】

本题考查督促程序。

本题中，债务人通过主张抵销而否定了租金的债务，属于合法的债务人异议。《民事诉讼法》第 217 条规定：“人民法院收到债务人提出的书面异议后，经审查，异议成立的，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效。支付令失效的，转入诉讼程序，但申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的除外。”所以，B 选项和 D 选项正确，C 选项错误。

根据最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第 2 条之规定，适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产还债程序的案件，婚姻关系、身份关系确认案件以及其他依案件性质不能进行调解的民事案件，人民法院不予调解。可见，督促程序案件不能适用法院调解。故 A 选项错误。

（2011-3-85）甲公司因乙公司拖欠货款向 A 县法院申请支付令，经审查甲公司的申请符合法律规定，A 县法院向乙公司发出支付令。乙公司收到支付令后在法定期间没有履行给付货款的义务，而是向 A 县法院提起诉讼，要求甲公司承担因其提供的产品存在质量问题的违约责任。关于本案，下列哪些选项正确？

- A.支付令失效

- B.甲公司可以持支付令申请强制执行
- C.A 县法院应当受理乙公司的起诉
- D.A 县法院不应受理乙公司的起诉

【答案】AC

【解析】

本题考查对支付令的异议。

《民诉解释》第 433 条第 1 款规定：“债务人在收到支付令后，未在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。”分析此项规定可见，债务人在收到支付令后，如果向其他法院起诉，则不影响支付令效力；如果向发出支付令的法院起诉，即构成债务人异议，会导致支付令失效。本案中，乙公司的起诉是合乎条件的，因此法院应当受理。所以，A 和 C 选项正确，B 和 D 项错误。

（2010-3-89）关于支付令，下列哪些说法正确？

- A.法院送达支付令债务人拒收的，可采取留置送达
- B.债务人提出支付令异议的，法院无需审查异议理由客观上是否属实
- C.债务人收到支付令后不在法定期间提出异议而向法院起诉的，不影响支付令的效力
- D.支付令送达后即具有强制执行力

【答案】AB

【解析】

本题综合考查督促程序。

《民诉解释》第 431 条规定：“向债务人本人送达支付令，债务人拒绝接收的，人民法院可以留置送达。”因此，A 选项正确。

根据《民诉解释》第 437 条之规定，债务人在法定期间提出书面异议的，法院无须审查异议是否有理由，而只进行形式审查（并非实质审查）。因此，B 选项正确。

《民诉解释》第 433 条第 1 款规定：“债务人在收到支付令后，未在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。”由此可知，债务人在收到支付令后，如果向其他法院起诉，则不影响支付令效力；如果向发出支付令的法院起诉，会导致支付令失效，因为起诉本身就是一种提出异议的方式。因此，C 选项表述不准确，错误。

《民事诉讼法》第 216 条规定：“债务人应当自收到支付令之日起 15 日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。”因此，支付令的强制执行力在债务人收到的 15 日后才产生，而不是送达后就产生。D 选项错误。

考区三 公示催告程序

(2017-3-48) 海昌公司因丢失票据申请公示催告，期间届满无人申报权利，海昌公司遂申请除权判决。在除权判决作出前，家佳公司看到权利申报公告，向法院申报权利。对此，法院下列哪一做法是正确的？

- A. 因公示催告期满，裁定驳回家佳公司的权利申报
- B. 裁定追加家佳公司参加案件的除权判决审理程序
- C. 应裁定终结公示催告程序
- D. 作出除权判决，告知家佳公司另行起诉

【答案】C

【解析】

本题考查公示催告程序中的权利申报程序。

根据《民诉解释》第 450 条之规定，利害关系人在公示催告期间向人民法院申报权利的，人民法院应当裁定终结公示催告程序；利害关系人在申报期届满后，判决作出之前申报权利的，同样应裁定终结公示催告程序。可见，利害关系人在除权判决作出前的权利申报都是合法的，此时法院应终结公示催告程序。故 C 选项正确。

(2016-3-83) 大界公司就其遗失的一张汇票向法院申请公示催告，法院经审查受理案件并发布公告。在公告期间，盘堂公司持被公示催告的汇票向法院申报权利。对于盘堂公司的权利申报，法院实施的下列哪些行为正确？

- A. 应当通知大界公司到法院查看盘堂公司提交的汇票
- B. 若盘堂公司出具的汇票与大界公司申请公示的汇票一致，则应当开庭审理
- C. 若盘堂公司出具的汇票与大界公司申请公示的汇票不一致，则应当驳回盘堂公司的申请
- D. 应当责令盘堂公司提供证明其对出示的汇票享有所有权的证据

【答案】AC

【解析】

本题考查公示催告程序。

《民诉解释》第 451 条规定：“利害关系人申报权利，人民法院应当通知其向法院出示票据，并通知公示催告申请人在指定的期间查看该票据。公示催告申请人申请公示催告的票据与利害关系人出示的票据不一致的，应当裁定驳回利害关系人的申报。”由此直接可见，A 项与 C 项正确。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

《民事诉讼法》第 221 条第 1-2 款规定：“利害关系人应当在公示催告期间向人民法院申报。人民法院收到利害关系人的申报后，应当裁定终结公示催告程序，并通知申请人和支付人。”公示催告程序是一种非讼程序，法院对于利害关系人的权利申报只进行法定的形式审查程序，而无开庭审理阶段，也不需要当事人提供证据证明，故 B 项与 D 项错误。

（2015-3-85）甲公司财务室被盗，遗失金额为 80 万元的汇票一张。甲公司向法院申请公示催告，法院受理后即通知支付人 A 银行停止支付，并发出公告，催促利害关系人申报权利。在公示催告期间，甲公司按原计划与材料供应商乙企业签订购货合同，将该汇票权利转让给乙企业作为付款。公告期满，无人申报，法院即组成合议庭作出判决，宣告该汇票无效。关于本案，下列哪些说法正确？

- A.A 银行应当停止支付，直至公示催告程序终结
- B.甲公司将该汇票权利转让给乙企业的行为有效
- C.甲公司若未提出申请，法院可以作出宣告该汇票无效的判决
- D.法院若判决宣告汇票无效，应当组成合议庭

【答案】AD

【解析】

本题考查公示催告程序。

《民事诉讼法》第 220 条规定：“支付人收到人民法院停止支付的通知，应当停止支付，至公示催告程序终结。公示催告期间，转让票据权利的行为无效。”所以，A 选项正确，B 选项错误。

《民事诉讼法》第 222 条规定：“没有人申报的，人民法院应当根据申请人的申请，作出判决，宣告票据无效。判决应当公告，并通知支付人。自判决公告之日起，申请人有权向支付人请求支付。”可见，法院必须依申请作出除权判决，C 选项错误。

《民诉解释》第 454 条规定：“适用公示催告程序审理案件，可由审判员一人独任审理；判决宣告票据无效的，应当组成合议庭审理。”D 选项正确。因此，A、D 选项当选。

（2012-3-46）甲公司因票据遗失向法院申请公示催告。在公示催告期间届满的第 3 天，乙向法院申报权利。下列哪一说法正确？

- A.因公示催告期间已经届满，法院应当驳回乙的权利申报
- B.法院应当开庭，就失票的权属进行调查，组织当事人进行辩论
- C.法院应当对乙的申报进行形式审查，并通知甲到场查验票据
- D.法院应当审查乙迟延申报权利是否具有正当事由，并分别情况作出处理

【答案】C

【解析】

本题考查公示催告程序中的权利申报。

根据《民诉解释》第 450 条之规定，利害关系人在公示催告期间向人民法院申报权利的，人民法院应当裁定终结公示催告程序；利害关系人在申报期届满后，判决作出之前申报权利的，同样应裁定终结公示催告程序。本题中，乙在公告期满第 3 天（除权判决尚未作出）向法院申报权利，是合乎法律规定的。因此，A、D 选项都错误。

公示催告程序属于非讼程序，并不存在开庭和辩论程序，故 B 选项错误。

《民诉解释》第 451 条规定：“利害关系人申报权利，人民法院应当通知其向法院出示票据，并通知公示催告申请人在指定的期间查看该票据。公示催告申请人申请公示催告的票据与利害关系人出示的票据不一致的，应当裁定驳回利害关系人的申报。”可见，在利害关系人申报权利之后，法院并不去从实质上审查权利申报的真实性，只对其进行形式审查，因此 C 选项正确。

第十五章 涉外民事诉讼程序

（2014-3-42）张某诉美国人海斯买卖合同一案，由于海斯在我国无住所，法院无法与其联系，遂要求张某提供双方的电子邮件地址，电子送达了诉讼文书，并在电子邮件中告知双方当事人收到诉讼文书后予以回复，但开庭之前法院只收到张某的回复，一直未收到海斯的回复。后法院在海斯缺席的情况下，对案件作出判决，驳回张某的诉讼请求，并同样以电子送达的方式送达判决书。关于本案诉讼文书的电子送达，下列哪一做法是合法的？

- A.向张某送达举证通知书
- B.向张某送达缺席判决书
- C.向海斯送达举证通知书
- D.向海斯送达缺席判决书

【答案】A

【解析】

本题考查电子送达。

国内民事诉讼与涉外民事诉讼的电子送达方式有所区别。《民事诉讼法》第87条第1款规定：“经受送达人同意，人民法院可以采用传真、电子邮件等能够确认其收悉的方式送达诉讼文书，但判决书、裁定书、调解书除外。”这是国内电子送达的规定。《民事诉讼法》第267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：……(七)采用传真、电子邮件等能够确认受送达人收悉的方式送达；……”这是涉外电子送达的特别规定。两相比较，注意以下几点：（1）涉外电子送达特别规定只适用于在我国无住所当事人，在我国有住所的涉外诉讼当事人仍旧适用国内电子送达的一般规定。（2）涉外电子送达需要受送达人确认收悉；国内之一般规定除此之外，还需要经受送达人同意，而且判决书、裁定书、调解书不可电子送达。本题中，被告海斯在我国无住所，适用特别规定，但其并未确认收悉诉讼文书，故电子送达皆为无效，C和D选项皆错误。原告张某在我国有住所，故适用国内电子送达之一般规定，判决书不适用电子送达，因此B选项错误，A选项正确。

（2014-3-84）2012年1月，中国甲市公民李虹（女）与美国留学生琼斯（男）在中国甲市登记结婚，婚后两人一直居住在甲市B区。2014年2月，李虹提起离婚诉讼，甲市B区法院受理了该案件，适用普通程序审理。关于本案，下列哪些表述正确？

- A.本案的一审审理期限为6个月

- B.法院送达诉讼文书时，对李虹与琼斯可采取同样的方式
- C.不服一审判决，李虹的上诉期为 15 天，琼斯的上诉期为 30 天
- D.美国驻华使馆法律参赞可以个人名义作为琼斯的诉讼代理人参加诉讼

【答案】BD

【解析】

本题是对涉外民事诉讼的综合考查。

根据《民事诉讼法》第 270 条之规定，国内民事诉讼的一审与二审审限对涉外民事诉讼并无约束力，涉外民事诉讼没有审限的法定限制。因此 A 选项错误。

《民事诉讼法》第 267 条是对涉外民事诉讼送达方式的特别规定，但它只适用于“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”。可见，在涉外民事诉讼中，法院对在国内有住所当事人送达文书时仍然适用国内民事诉讼的一般规定（《民事诉讼法》第七章第二节“送达”）。本题中，双方当事人在中国都有住所，B 选项正确。

《民事诉讼法》第 269 条规定：“在中华人民共和国领域内没有住所的当事人，不服第一审人民法院判决、裁定的，有权在判决书、裁定书送达之日起 30 日内提起上诉。”这是对涉外民事诉讼之上诉期的特别规定，但其中也明确指出适用于“在中华人民共和国领域内没有住所的当事人”。在中国有住所之当事人对判决的上诉期，仍然按照国内民事诉讼一般规定的“15 日”（《民事诉讼法》第 164 条）。所以，李虹与琼斯的上诉期都是 15 日。C 选项错误。

《民诉解释》第 528 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。”所以 D 选项正确。

（2013-3-47）关于涉外民事诉讼管辖的表述，下列哪一选项正确？

- A.凡是涉外财产诉讼与我国法院所在地存在一定实际联系的，我国法院都有管辖权，体现了诉讼与法院所在地实际联系原则
- B.当事人在不违反级别管辖和专属管辖的前提下，可以约定各类涉外民事案件的管辖法院，体现了尊重当事人原则
- C.中外合资经营企业与其他民事主体的合同纠纷，专属我国法院管辖，体现了维护国家主权原则
- D.重大的涉外案件由中级以上级别的法院管辖，体现了便于当事人诉讼原则

【答案】A

【解析】

本题考查涉外民事诉讼管辖。

诉讼与法院所在地实际联系原则，是我国涉外民事诉讼确定管辖时的一项基本原则。例如，涉外民事诉讼中的牵连管辖就是体现了该项原则。《民事诉讼法》第 265 条规定：“因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。”因此，A 选项正确。

关于 B 选项，涉外民事诉讼的协议管辖并无特别规定，应当适用国内诉讼协议管辖的一般规定。根据《民事诉讼法》第 34 条之规定，只有合同或者其他财产权益纠纷可以适用协议管辖，但不得违反级别管辖和专属管辖。可见，B 选项中，“各类涉外民事案件”的表述错误，应当限于“合同或者其他财产权益纠纷”。

《民事诉讼法》第 266 条规定：“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。”可见，中外合资经营企业与其他民事主体的合同纠纷，并不等同于履行中外合资经营企业合同而发生的纠纷，未必专属我国法院管辖。C 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 18 条之规定，重大涉外案件由中级以上级别的法院管辖；但是，这并非体现了便于当事人诉讼的原则，而是基于重大涉外案件的重要影响，才提高了一审法院的管辖级别（反倒是不方便当事人诉讼）。因此，D 选项错误。

（2010-3-85）住所位于我国 A 市 B 区的甲公司与美国乙公司在我国 M 市 N 区签订了一份买卖合同，美国乙公司在我国 C 市 D 区设有代表处。甲公司因乙公司提供的产品质量问题诉至法院。关于本案，下列哪些选项正确？

- A.M 市 N 区法院对本案有管辖权
- B.C 市 D 区法院对本案有管辖权
- C.法院向乙公司送达时，可向乙公司设在 C 市 D 区的代表处送达
- D.如甲公司不服一审判决，应当在一审判决书送达之日起十五日内提起上诉

【答案】ABCD

【解析】

本题综合考查涉外民事诉讼的特殊规定。

《民事诉讼法》第 265 条规定：“因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民

共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。”本题中，M市N区属于合同签订地，C市D区属于代表机构所在地，两地法院都有管辖权，因此A和B选项正确。

根据《民事诉讼法》第267条之规定，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：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。因此C选项正确。

根据《民事诉讼法》第269条之规定，在中华人民共和国领域内没有住所的当事人，不服第一审人民法院判决、裁定的，有权在判决书、裁定书送达之日起30日内提起上诉。需要注意，“30日”的特别规定只能适用于在我国领域内无住所当事人，如果当事人在我国有住所，仍然要适用国内民事诉讼的一般规定，即15日。注意此处考点的要领在于，只看当事人的住所，而不看其国籍。甲公司在我国有住所，故D选项正确。

第十六章 执行程序

考区一 执行程序的一般理论

（2018 仿真题）瑞盛公司诉齐天公司货物买卖合同纠纷一案，甲市 A 区法院判决齐天公司向瑞盛公司支付货款 580 万元。一审判决生效后，瑞盛公司将判决确认的 580 万元债权转让于海实公司。此时，齐天公司仍不履行义务，案件欲进入执行程序。下列说法正确的是？

- A. 必须由瑞盛公司向法院申请执行，后由执行法院裁定将申请执行人变更为海实公司
- B. 必须由瑞盛公司和海实公司共同向法院申请执行
- C. 可直接由海实公司向法院申请执行
- D. 海实公司可直接向法院申请执行，但执行法院应裁定将申请执行人变更为瑞盛公司

【答案】C

【解析】

本题考查执行程序的申请主体。最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 18 条规定，申请执行人是生效法律文书确定的权利人或其继承人、权利承受人。另根据最高人民法院 34 号指导案例“李晓玲、李鹏裕申请执行厦门海洋实业（集团）股份有限公司、厦门海洋实业总公司执行复议案”的裁判要点，生效法律文书确定的权利人在进入执行程序前合法转让债权的，债权受让人即权利承受人可以作为申请执行人直接申请执行，无需执行法院作出变更申请执行人的裁定。因此，只有 C 项正确。

（2010-3-90）根据《民事诉讼法》和相关司法解释规定，关于执行程序中的当事人，对下列哪些事项可享有异议权？

- A. 法院对某案件的执行管辖权
- B. 执行法院的执行行为的合法性
- C. 执行标的的所有权归属
- D. 执行法院作出的执行中止的裁定

【答案】AB

【解析】

本题综合考查执行程序中的异议。民事诉讼中的异议问题，必须依赖于法律或司法解释的明文规定。根据最高人民法院《执行程序解释》第 3 条之规定，当事人有权对执行法院的管辖权提出异议，A 选项正确。

《民事诉讼法》第 225 条规定了当事人、利害关系人对执行行为的异议制度。故 B 选

项正确。

《民事诉讼法》第 227 条规定了案外人对执行标的的异议制度。但需注意，对执行标的的所有权归属，只能是案外人提出异议，本案的当事人无权提出异议。而本题题干中问的是“当事人”，所以 C 选项错误。对执行中止的裁定，不能提出异议。D 选项没有法律依据，错误。

考区二 对执行行为的异议、案外人异议

（2017-3-41）易某依法院对王某支付其 5 万元损害赔偿金之判决申请执行。执行中，法院扣押了王某的某项财产。案外人谢某提出异议，称该财产是其借与王某使用的，该财产为自己所有。法院经审查，认为谢某异议理由成立，遂裁定中止对该财产的执行。关于本案的表述，下列哪一选项是正确的？

- A. 易某不服该裁定提起异议之诉的，由易某承担对谢某不享有该财产所有权的证明责任
- B. 易某不服该裁定提起异议之诉的，由谢某承担对其享有该财产所有权的证明责任
- C. 王某不服该裁定提起异议之诉的，由王某承担对谢某不享有该财产所有权的证明责任
- D. 王某不服该裁定提起异议之诉的，由王某承担对其享有该财产所有权的证明责任

【答案】B

【解析】

本题考查执行异议之诉。

根据《民诉解释》第 307-309 条之规定，执行异议之诉要么由案外人作为原告，要么由申请执行人作为原告，被执行人无权提起执行异议之诉。依《民诉解释》第 306 条之规定，针对法院的执行中止裁定，应由申请执行人提起执行异议之诉。在本题中，应由易某而非王某作为原告起诉。《民诉解释》第 311 条规定：“案外人或者申请执行人提起执行异议之诉的，案外人应当就其对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益承担举证证明责任。”这也符合证明责任的“谁主张、谁举证”之一般分配规则。在本题中，应由案外人谢某承担对其享有该财产所有权的证明责任。综上，B 选项正确。

（2017-3-77）汤某设宴为母祝寿，向成某借了一尊清代玉瓶装饰房间。毛某来祝寿时，看上了玉瓶，提出购买。汤某以 30 万元将玉瓶卖给了毛某，并要其先付钱，寿典后 15 日内交付玉瓶。毛某依约履行，汤某以种种理由拒绝交付。毛某诉至甲县法院，要求汤某交

付玉瓶，得到判决支持。汤某未上诉，判决生效。在该判决执行时，成某知晓了上述情况。对此，成某依法可采取哪些救济措施？

- A.以案外人身份向甲县法院直接申请再审
- B.向甲县法院提出执行异议
- C.向甲县法院提出第三人撤销之诉
- D.向甲县法院申诉，要求甲县法院依职权对案件启动再审

【答案】BCD

【解析】

本题考查执行异议与第三人撤销之诉。

根据本题所述案情，毛某依买卖合同起诉汤某一案中，成某作为玉瓶的真正所有权人，可以有独立请求权第三人身份参加诉讼，但因不知情况而未参诉。根据《民事诉讼法》第56条第3款之规定，第三人因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明生效判决内容错误，损害其民事权益的，有权提起第三人撤销之诉。故C选项正确。

本案现已进入执行程序，此时成某作为案外人也有法律途径维护自己的权利。《民事诉讼法》第227条规定：“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起15日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起15日内向人民法院提起诉讼。”可见，在执行程序中，案外人成某可通过对玉瓶提出异议来维护权利；若执行法院驳回成某异议，此时成某与原判有关（即认为原判错误），有权针对原判申请再审。故B选项正确。但需指出，成某作为案外人申请再审必须以提出案外人异议的程序为前提，而不能未经异议程序直接申请再审。故A选项错误。

D选项考查的申诉，不是民事诉讼法的制度，而是由宪法所规定的一般制度。《宪法》第41条第1款规定：“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”本题中，成某行使申诉权，可以成为法院获悉自己生效裁判错误的一种信息来源渠道。故D选项也是正确的。

（2017-3-84）龙前铭申请执行郝辉损害赔偿一案，法院查扣了郝辉名下的一辆汽车。查扣后，郝辉的两个哥哥向法院主张该车系三兄弟共有。法院经审查，确认该汽车为三兄弟共有。关于该共同财产的执行，下列哪些表述是正确的？

- A.因涉及案外第三人的财产，法院应裁定中止对该财产的执行

- B.法院可查扣该共有财产
- C.共有人可对该共有财产协议分割，经债权人同意有效
- D.龙前铭可对该共有财产提起析产诉讼

【答案】ABCD（官方答案为BCD）

【解析】

本题考查对共有财产的执行。

本题主要考查了最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第14条。该条第1款规定：“对被执行人与其他人共有的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结，并及时通知共有人。”故B选项正确。

该条第2款规定：“共有人协议分割共有财产，并经债权人认可的，人民法院可以认定有效。查封、扣押、冻结的效力及于协议分割后被执行人享有份额内的财产；对其他共有人享有份额内的财产的查封、扣押、冻结，人民法院应当裁定予以解除。”由此，C选项也正确。

该条第3款规定：“共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。诉讼期间中止对该财产的执行。”申请执行人的代位诉讼旨在避免共有财产的分割拖延，终究还是在保护自身利益。可见，申请执行人龙前铭有权代位提起析产诉讼，故D选项正确。

至于A选项，似乎直接搬用了该条第3款的最后一句规定“诉讼期间中止对该财产的执行”。出题人可能认为，在析产诉讼之前就不中止执行。这其实是对该条规定的生搬硬套与错误理解。该规定只是强调了析产诉讼过程中的执行中止，但并未否定诉讼之前的执行中止。在本案中，郝辉的两个哥哥主张汽车共有权，这是案外人在针对执行标的提出案外人异议。《民事诉讼法》第227条对案外人异议的处理作了直接规定：“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起15日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起15日内向人民法院提起诉讼。”由此可见，案外人异议理由成立的，法院就应裁定中止执行。本案中，法院已经审查确认了汽车的共有权，故应裁定执行中止。A选项也是正确的。

（2014-3-49）对于甲和乙的借款纠纷，法院判决乙应归还甲借款。进入执行程序后，由于乙无现金，法院扣押了乙住所处的一架钢琴准备拍卖。乙提出钢琴是其父亲的遗物，申请用一台价值与钢琴相当的相机替换钢琴。法院认为相机不足以抵偿乙的债务，未予同

意。乙认为扣押行为错误，提出异议。法院经过审查，驳回该异议。关于乙的救济渠道，下列哪一表述正确？

- A.向执行法院申请复议
- B.向执行法院的上一级法院申请复议
- C.向执行法院提起异议之诉
- D.向原审法院申请再审

【答案】B

【解析】

本题考查当事人对执行行为的异议。

本题中，乙作为被执行人，认为法院的扣押行为错误，所提异议属于当事人对执行行为的异议。考生应当注意区分当事人、利害关系人对执行行为的异议与案外人对执行标的的异议（《民事诉讼法》第 225、227 条）。《民事诉讼法》第 225 条规定了执行行为异议，如下：“当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起 15 日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起 10 日内向上一级人民法院申请复议。”所以，只有 B 选项正确。

（2011-3-47）关于执行行为异议与案外人对诉讼标的异议的比较，下列哪一选项错误？

- A.异议都是在执行过程中提出
- B.异议都应当向执行法院提出
- C.申请异议当事人有部分相同
- D.申请异议人对法院针对异议所作裁定不服，可采取的救济手段相同

【答案】D

【解析】

本题考查执行行为异议和案外人对诉讼标的异议的区别。

执行行为异议与案外人对诉讼标的异议都是以执行程序为前提，都是申请人在执行过程中向执行法院提出的异议。因此，A 和 B 选项正确。

关于 C 选项，案外人异议的提起主体是案外人，执行行为异议的提起主体包括当事人和利害关系人，此处“利害关系人”其实也就是当事人之外的“案外人”。故 C 选项正确。D 选项中，执行行为异议，当事人、利害关系人对裁定不服的，救济的手段是申请复议（见《民事诉讼法》第 225 条）；案外人对执行标的异议裁定不服，救济手段是申请再审或者另行起诉（见《民事诉讼法》第 227 条）。因此，D 选项错误，当选。

（2013-3-100）由于郭某拒不履行返还钢材买卖合同价款的仲裁裁决，仲裁申请人兴源公司向法院申请执行。法院在准备执行郭某的一批字画时，朱某向法院提出异议，主张自己才是这些字画的所有权人，郭某只是代为保管。关于朱某的异议和处理，下列选项正确的是：

- A.朱某应当以书面方式提出异议
- B.法院在审查异议期间，不停止执行活动，可以对字画采取保全措施和处分措施
- C.如果朱某对驳回异议的裁定不服，可以提出执行标的的异议之诉
- D.如果朱某对驳回异议的裁定不服，可以申请再审

【答案】AC

【解析】

本题考查案外人对执行标的的异议。

《民事诉讼法》第 227 条规定：“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起 15 日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。”可见，A 选项所言“书面方式”是正确的。

本题中，朱某对字画提出异议，主张自己对字画的所有权，而原判案件属于兴源公司与郭某的钢材买卖合同纠纷，因此案外人异议与原判无关，朱某可以提出异议之诉，而不能申请再审。C 选项正确，D 选项错误。

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》第 16 条第 1 款规定：“案外人异议审查期间，人民法院不得对执行标的进行处分。”本题中，法院在审查异议期间，不停止执行活动，可以对字画采取保全措施，但不得处分。所以，B 选项错误。

（2015-3 不定项）张山承租林海的商铺经营饭店，因拖欠房租被诉至饭店所在地甲法院，法院判决张山偿付林海房租及利息，张山未履行判决。经律师调查发现，张山除所居住房以外，其名下另有一套房屋，林海遂向该房屋所在地乙法院申请执行。乙法院对该套房屋进行查封拍卖。执行过程中，张山前妻宁虹向乙法院提出书面异议，称两人离婚后该房屋已由丙法院判决归其所有，目前尚未办理房屋变更登记手续。

（1）（2015-3-98）对于宁虹的异议，乙法院的正确处理是：

- A.应当自收到异议之日起 15 日内审查

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

- B.若异议理由成立，裁定撤销对该房屋的执行
- C.若异议理由不成立，裁定驳回
- D.应当告知宁虹直接另案起诉

【答案】AC

【解析】

本题考查执行异议的处理方式。

《民事诉讼法》第 227 条规定：“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起 15 日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。”该条是对案外人执行异议的处理方式的基本规定。从中可以看出，A、C 选项正确。如果异议理由成立，法院应当裁定执行中止而不是撤销执行，B 选项错误；D 选项所言“直接”告知另案起诉也错误。因此，A、C 选项当选。

（2）（2015-3-99）如乙法院裁定支持宁虹的请求，林海不服提出执行异议之诉，有关当事人的诉讼地位是：

- A.林海是原告，张山是被告，宁虹是第三人
- B.林海和张山是共同原告，宁虹是被告
- C.林海是原告，张山和宁虹是共同被告
- D.林海是原告，宁虹是被告，张山视其态度而定

【答案】D

【解析】

本题考查执行异议之诉的当事人。

《民诉解释》第 308 条规定：“申请执行人提起执行异议之诉的，以案外人为被告。被执行人反对申请执行人主张的，以案外人和被执行人为共同被告；被执行人不反对申请执行人主张的，可以列被执行人为第三人。”可见，作为申请执行人的林海起诉时，应当以案外人宁虹为被告，被执行人张山如果反对林海的主张则为共同被告，如果不反对则可以列为无独立请求权第三人。因此，只有 D 选项当选。

（3）（2015-3-100）乙法院裁定支持宁虹的请求，林海提出执行异议之诉，下列说法可成立的是：

- A.林海可向甲法院提起执行异议之诉
- B.如乙法院审理该案，应适用普通程序

C.宁虹应对自己享有涉案房屋所有权承担证明责任

D.如林海未对执行异议裁定提出诉讼，张山可以提出执行异议之诉

【答案】BC

【解析】

本题考查执行异议之诉的审理程序。

《民诉解释》第 304 条规定：“根据民事诉讼法第 227 条规定，案外人、当事人对执行异议裁定不服，自裁定送达之日起 15 日内向人民法院提起执行异议之诉的，由执行法院管辖。”所以，本案的管辖法院应为执行法院乙法院，A 选项错误。

《民诉解释》第 310 条规定：“人民法院审理执行异议之诉案件，适用普通程序。”可见，B 选项正确。

《民诉解释》第 311 条规定：“案外人或者申请执行人提起执行异议之诉的，案外人应当就其对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益承担举证证明责任。”C 选项所言案外人宁虹对自己享有房屋所有权承担证明责任正确。

《民诉解释》第 309 条规定：“申请执行人对中止执行裁定未提起执行异议之诉，被执行人提起执行异议之诉的，人民法院告知其另行起诉。”可见，被执行人张山不得提起执行异议之诉，D 选项错误。因此，B、C 选项当选。

（2010-3-49）甲公司申请强制执行乙公司的财产，法院将乙公司的一处房产列为执行标的。执行中，丙银行向法院主张，乙公司已将该房产抵押贷款，并以自己享有抵押权为由提出异议。乙公司否认将房产抵押给丙银行。经审查，法院驳回丙银行的异议。丙银行拟向法院起诉，关于本案被告的确定，下列哪一选项正确？

A.丙银行只能以乙公司为被告起诉

B.丙银行只能以甲公司为被告起诉

C.丙银行可选择甲公司为被告起诉，也可选择乙公司为被告起诉

D.丙银行应当以甲公司和乙公司为共同被告起诉

【答案】D

【解析】

本题考查异议之诉的当事人。

《民诉解释》第 307 条规定：“案外人提起执行异议之诉的，以申请执行人为被告。被执行人反对案外人异议的，被执行人为共同被告；被执行人不反对案外人异议的，可以列被执行人为第三人。”本案中，乙公司否认将房产抵押给丙银行，可见被执行人乙公司反对了案外人异议，应当成为共同被告。因此，只有 D 选项正确。

考区三 执行和解

（2015-3-49）甲乙双方合同纠纷，经仲裁裁决，乙须偿付甲货款 100 万元，利息 5 万元，分 5 期偿还。乙未履行该裁决。甲据此向法院申请执行，在执行过程中，双方达成和解协议，约定乙一次性支付货款 100 万元，甲放弃利息 5 万元并撤回执行申请。和解协议生效后，乙反悔，未履行和解协议。关于本案，下列哪一说法正确？

- A.对甲撤回执行的申请，法院裁定中止执行
- B.甲可向法院申请执行和解协议
- C.甲可以乙违反和解协议为由提起诉讼
- D.甲可向法院申请执行原仲裁裁决，法院恢复执行

【答案】CD

【解析】

本题考查执行和解。

《民诉解释》第 466 条规定：“申请执行人与被执行人达成和解协议后请求中止执行或者撤回执行申请的，人民法院可以裁定中止执行或者终结执行。”可见，对甲撤回执行的申请，法院应当裁定终结执行，A 选项错误。

最高人民法院《关于执行和解若干问题的规定》（2018）第 9 条规定：“被执行人一方不履行执行和解协议的，申请执行人可以申请恢复执行原生效法律文书，也可以就履行执行和解协议向执行法院提起诉讼。”可见，和解协议并无强制执行力，但有合同效力，一方当事人不履行和解协议的话，能够强制执行的还是原生效法律文书，另权利人也可就和解协议另行起诉。因此，B 选项错误，C、D 选项正确。因此，C、D 选项当选。

（2014-3-85）甲诉乙返还 10 万元借款。胜诉后进入执行程序，乙表示自己没有现金，只有一枚祖传玉石可抵债。法院经过调解，说服甲接受玉石抵债，双方达成和解协议并当即交付了玉石。后甲发现此玉石为赝品，价值不足千元，遂申请法院恢复执行。关于执行和解，下列哪些说法正确？

- A.法院不应在执行中劝说甲接受玉石抵债
- B.由于和解协议已经即时履行，法院无须再将和解协议记入笔录
- C.由于和解协议已经即时履行，法院可裁定执行中止
- D.法院应恢复执行

【答案】AD

【解析】

本题考查执行和解。

执行和解是指在法院执行过程中，双方当事人经过自愿协商，达成协议，结束执行程

序的行为。执行和解的主体是双方当事人，法院不能参与和解，也就不能劝说任何一方当事人。故 A 选项正确。

《民事诉讼法》第 230 条第 1 款规定：“在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。”可见，执行和解必须记入笔录，而无论是否即时履行，所以 B 选项错误。

根据《民诉解释》第 467 条之规定，执行和解协议已经履行完毕的，人民法院不予恢复执行。最高人民法院《执行规定（试行）》第 87 条也规定：“当事人之间达成的和解协议合法有效并已履行完毕的，人民法院作执行结案处理。”和解协议履行完毕之后，法院应当执行结案，而非执行中止。C 选项错误。

《民事诉讼法》第 230 条第 2 款规定：“申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议，或者当事人不履行和解协议的，人民法院可以根据当事人的申请，恢复对生效法律文书的执行。”在本题中，乙履行和解协议时交付的玉石是赝品，因此其中存在欺诈的情况，法院应当依据甲的申请恢复执行。故 D 选项正确。

（2010-3-45）法院受理甲出版社、乙报社著作权纠纷案，判决乙赔偿甲 10 万元，并登报赔礼道歉。判决生效后，乙交付 10 万元，但未按期赔礼道歉，甲申请强制执行。执行中，甲、乙自行达成口头协议，约定乙免于赔礼道歉，但另付甲一万元。关于法院的做法，下列哪一选项正确？

- A. 不允许，因协议内容超出判决范围，应当继续执行生效判决
- B. 允许，法院视为申请人撤销执行申请
- C. 允许，将当事人协议内容记入笔录，由甲、乙签字或盖章
- D. 允许，根据当事人协议内容制作调解书

【答案】C

【解析】

本题考查执行和解。

既然是执行和解，有双方合意作为前提，当然可以超出判决范围。故 A 选项错误。

《民诉解释》第 466 条规定：“申请执行人与被执行人达成和解协议后请求中止执行或者撤回执行申请的，人民法院可以裁定中止执行或者终结执行。”可见，达成执行和解之后的程序走向，法院只得依据当事人申请而予以处理，不得“视为”撤销执行申请。故 B 选项错误。

《民事诉讼法》第 230 条第 1 款规定：“在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。”故 C 选项正确。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

调解书之法律效力同于判决书。执行程序中已经存在生效的执行依据，则不可能再作出另外一份具有同样效力的调解书。故执行程序中不得适用法院调解。而和解协议不具有生效裁判的效力，执行程序可适用和解。故 D 选项错误。

考区四 执行承担、执行担保、参与分配

（2017-3-49）钱某在甲、乙、丙三人合伙开设的饭店就餐时被砸伤，遂以营业执照上登记的字号“好安逸”饭店为被告提起诉讼，要求赔偿医疗费等费用 25 万元。法院经审理，判决被告赔偿钱某 19 万元。执行过程中，“好安逸”饭店支付了 8 万元后便再无财产可赔。对此，法院应采取下列哪一处理措施？

- A.裁定终结执行
- B.裁定终结本次执行
- C.裁定中止执行，告知当事人另行起诉合伙人承担责任
- D.裁定追加甲、乙、丙为被执行人，执行其财产

【答案】D

【解析】

本题考查执行承担。

《民诉解释》第 473 条规定：“其他组织在执行中不能履行法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定执行对该其他组织依法承担义务的法人或者公民个人的财产。”在本题中，被告“好安逸”饭店（同时也是被执行人）是甲、乙、丙开设的合伙企业。根据《民诉解释》第 52 条之规定，合伙企业是其他组织的一种。作为合伙企业的被执行人不能履行义务的，可对全体合伙人予以执行，而无需重新起诉。故只有 D 选项是正确的。

（2016-3-49）何某依法院生效判决向法院申请执行甲的财产，在执行过程中，甲突发疾病猝死。法院询问甲的继承人是否继承遗产，甲的继承人乙表示继承，其他继承人均表示放弃继承。关于该案执行程序，下列哪一选项正确？

- A.应裁定延期执行
- B.应直接执行被执行人甲的遗产
- C.应裁定变更乙为被执行人
- D.应裁定变更甲的全部继承人为被执行人

【答案】C

【解析】

本题考查执行承担。

《民诉解释》第 475 条规定：“作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。”在本案中，其他继承人放弃继承后，应当由乙继承甲的全部遗产。因此，只有 C 项正确。

（2013-3-99）由于郭某拒不履行仲裁裁决，仲裁申请人兴源公司向法院申请执行。郭某无力归还 100 元现金，但可以收藏的多幅字画提供执行担保。法院批准了郭某的执行担保申请。关于执行担保的效力和救济，下列选项正确的是：

- A.批准执行担保后，应当裁定终结执行
- B.担保期满后郭某仍无力偿债，法院根据兴源公司申请方可恢复执行
- C.恢复执行后，可以执行作为担保财产的字画
- D.恢复执行后，既可以执行字画，也可以执行郭某的其他财产

【答案】CD

【解析】

本题考查执行担保。

《民事诉讼法》第 231 条规定：“在执行中，被执行人向人民法院提供担保，并经申请执行人同意的，人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。被执行人逾期仍不履行的，人民法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产。”可见，采取执行担保之后会导致暂缓执行，而不能裁定执行终结，A 选项错误；而且，C 选项正确。

恢复执行后，除去执行担保财产之外，被执行人的其他财产当然也属于可执行的对象，故 D 选项也正确。

《民诉解释》471 条规定：“被执行人在人民法院决定暂缓执行的期限届满后仍不履行义务的，人民法院可以直接执行担保财产，或者裁定执行担保人的财产，但执行担保人的财产以担保人应当履行义务部分的财产为限。”因此，法院的恢复执行并不需要当事人申请，B 选项错误。

（2016-3-48）甲向法院申请执行郭某的财产，乙、丙和丁向法院申请参与分配，法院根据郭某财产以及各执行申请人债权状况制定了财产分配方案。甲和乙认为分配方案不合理，向法院提出了异议，法院根据甲和乙的意见，对分配方案进行修正后，丙和丁均反对。关于本案，下列哪一表述正确？

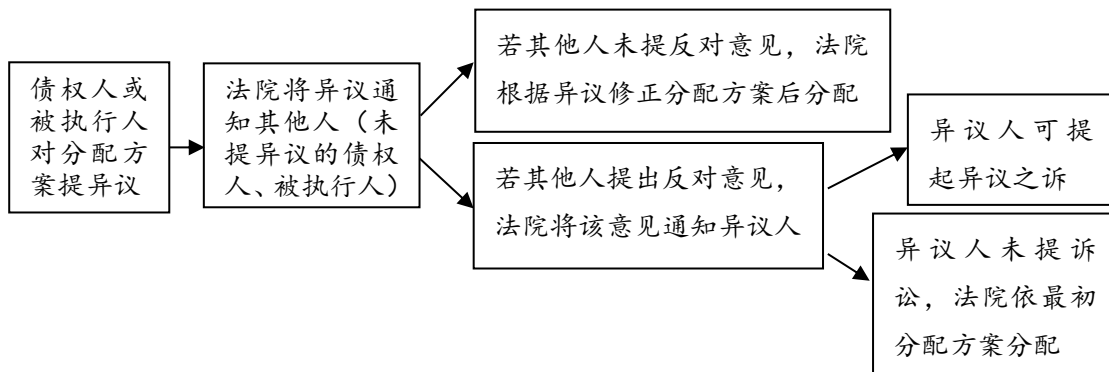
- A.丙、丁应向执行法院的上一级法院申请复议
- B.甲、乙应向执行法院的上一级法院申请复议

C.丙、丁应以甲和乙为被告向执行法院提起诉讼

D.甲、乙应以丙和丁为被告向执行法院提起诉讼

【答案】D

【小提示】



【解析】

本题考查参与分配异议之诉。

《民诉解释》第 512 条规定：“债权人或者被执行人对分配方案提出书面异议的，执行法院应当通知未提出异议的债权人、被执行人。未提出异议的债权人、被执行人自收到通知之日起 15 日内未提出反对意见的，执行法院依异议人的意见对分配方案审查修正后进行分配；提出反对意见的，应当通知异议人。异议人可以自收到通知之日起 15 日内，以提出反对意见的债权人、被执行人为被告，向执行法院提起诉讼；异议人逾期未提起诉讼的，执行法院按照原分配方案进行分配。”该条是针对参与分配方案异议的处理规定。其基本逻辑在于：债权人或者被执行人对法院的参与分配方案可以提出异议→未提出异议的债权人、被执行人又可对异议提出反对意见→异议人针对反对意见向执行法院起诉（以提出反对意见的债权人、被执行人为被告）。结合本案而言，丙和丁提出了反对意见，郭某未提反对意见，故异议人甲、乙应当以丙、丁为被告提起诉讼。综上所述，D 选项正确。

（2011-3-46）执行程序的参与分配制度对适用条件作了规定。下列哪一选项不属于参与分配适用的条件？

- A.被执行人的财产无法清偿所有的债权
- B.被执行人为法人或其他组织而非自然人
- C.有多个申请人对同一被申请人享有债权
- D.参与分配的债权只限于金钱债权

【答案】B

【解析】

本题考查参与分配的条件。

根据《民诉解释》第 508 条第 1 款之规定，被执行人为公民或者其他组织，在执行程序开始后，被执行人的其他已经取得执行依据的债权人发现被执行人财产不能清偿所有债权的，可以向法院申请参与分配。由此可见，A 和 C 选项正确。

在 B 选项中，被执行人不能是法人但可以是自然人，如果法人的话应当适用破产程序，故 B 选项错误。

根据最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 90 条之规定，已经取得金钱债权执行依据的其他债权人有权申请对被执行人的财产参与分配。故 D 选项正确。

考区五 执行措施

（2016-3-84）田某拒不履行法院令其迁出钟某房屋的判决，因钟某已与他人签订租房合同，房屋无法交给承租人，使钟某遭受损失，钟某无奈之下向法院申请强制执行。法院受理后，责令田某 15 日内迁出房屋，但田某仍拒不履行。关于法院对田某可以采取的强制执行措施，下列哪些选项正确？

- A. 罚款
- B. 责令田某向钟某赔礼道歉
- C. 责令田某双倍补偿钟某所受到的损失
- D. 责令田某加倍支付以钟某所受损失为基数的同期银行利息

【答案】AC

【解析】

本题考查执行措施。

《民事诉讼法》第 111 条第 1 款第（六）项之规定，被执行人拒不履行人民法院已经发生法律效力判决、裁定的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。可见，A 项正确。

本案判决中并没有为田某设定赔礼道歉的义务，另外赔礼道歉也不属于执行措施的范畴，故 B 项错误。

《民事诉讼法》第 253 条规定：“被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。”可见，迟延履行

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

责任在金钱债务中适用利息，在非金钱债务中适用迟延履行金。本案判决所确定的是交付房屋的义务，是一种非金钱债务。《民诉解释》第 507 条又规定：“被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱给付义务的，无论是否已给申请执行人造成损失，都应当支付迟延履行金。已经造成损失的，双倍补偿申请执行人已经受到的损失；没有造成损失的，迟延履行金可以由人民法院根据具体案件情况决定。”故 C 项正确，D 项错误。

（2013-3-98）由于郭某拒不履行仲裁裁决，仲裁申请人兴源公司向法院申请执行。郭某无力归还 100 万元现金，但可以收藏的多幅字画提供执行担保。担保期满后郭某仍无力还款，法院在准备执行该批字画时，朱某向法院提出异议，主张自己才是这些字画的所有权人，郭某只是代为保管。针对本案中郭某拒不履行债务的行为，法院采取的正确的执行措施是：

- A.依职权决定限制郭某乘坐飞机
- B.要求郭某报告当前的财产情况
- C.强制郭某加倍支付迟延履行期间的债务利息
- D.根据郭某的申请，对拖欠郭某货款的金康公司发出履行通知

【答案】ABCD

【解析】

本题考查执行措施。

最高人民法院《关于限制被执行人高消费的若干规定》第 1 条规定：“被执行人未按执行通知书指定的期间履行生效法律文书确定的给付义务的，人民法院可以限制其高消费。”第 3 条规定，被执行人乘坐交通工具时，选择飞机、列车软卧、轮船二等以上舱位的属于高消费行为。第 4 条规定：“限制高消费一般由申请执行人提出书面申请，经人民法院审查决定；必要时人民法院可以依职权决定。”综上，A 选项正确。

根据《民事诉讼法》第 241 条之规定，被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，应当报告当前以及收到执行通知之日前一年的财产情况。所以 B 选项正确。

《民事诉讼法》第 253 条规定：“被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。”可见，C 选项正确。

最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第 61 条第 1 款规定：“被执行人不能清偿债务，但对本案以外的第三人享有到期债权的，人民法院可以依申请执行人或被执行人的申请，向第三人发出履行到期债务的通知。”所以，D 选项正确。

第十七章 仲裁制度

考区一 仲裁一般理论

(2011-3-36) 关于民事仲裁与民事诉讼的区别, 下列哪一选项正确?

- A. 具有给付内容的生效判决书都具有执行力, 具有给付内容的生效裁决书没有执行力
- B. 诉讼中当事人可以申请财产保全, 在仲裁中不可以申请财产保全
- C. 仲裁不需对案件进行开庭审理, 诉讼原则上要对案件进行开庭审理
- D. 仲裁机构是民间组织, 法院是国家机关

【答案】D

【解析】

本题考查民事仲裁和民事诉讼的区别。

根据《民事诉讼法》第 224 条与《民诉解释》第 393 条之规定, 具有给付内容的生效判决书和生效仲裁裁决书都具有执行力。故 A 选项错误。

根据《民事诉讼法》第 100 条与《仲裁法》第 28 条之规定, 在诉讼和仲裁中当事人都可以申请财产保全。故 B 选项错误。

《仲裁法》第 39 条规定: “仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的, 仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。” 诉讼与仲裁原则上都应开庭审理。故 C 选项错误。

《仲裁法》第 14 条规定: “仲裁委员会独立于行政机关, 与行政机关没有隶属关系。仲裁委员会之间也没有隶属关系。” 仲裁机构是民间组织, 法院是国家的审判机关。D 选项正确。

考区二 仲裁协议

(2017-3-35) 住所在 M 省甲县的旭日公司与住所在 N 省乙县的世新公司签订了一份建筑工程施工合同, 工程地为 M 省丙县, 并约定如合同履行发生争议, 在北京适用《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》进行仲裁。履行过程中, 因工程款支付问题发生争议, 世新公司拟通过仲裁或诉讼解决纠纷, 但就在哪个仲裁机构进行仲裁, 双方产生分歧。对此, 下列哪一部门对该案享有管辖权?

- A. 北京仲裁委员会
- B. 中国国际经济贸易仲裁委员会

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

C.M 省甲县法院

D.M 省丙县法院

【答案】B（原官方答案为D）

【解析】

本题考查仲裁协议的效力与民事诉讼的专属管辖。

最高人民法院《仲裁法解释》第4条规定：“仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。”根据本题所述案情，仲裁协议只约定了《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》。而中国国际经济贸易仲裁委员会在北京设有总会，在深圳、上海、重庆、武汉、杭州等地设有多家分会，从仲裁规则本身并不能确定仲裁机构，因此本案并未约定明确的仲裁机构。另外，《仲裁法》第18条规定：“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。”本案中，双方对在哪个仲裁机构进行仲裁产生了分歧，说明并未达成补充协议，故仲裁协议无效，应当适用诉讼方式而不能通过仲裁方式解决纠纷。根据最高人民法院《民诉解释》第28条第2款之规定，农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖，即适用不动产纠纷的专属管辖，由不动产所在地法院管辖。而本案中的工程地为M省丙县，故只有D选项是正确的。

但需指出的是，本题官方答案存在瑕疵。根据仲裁协议之约定，“在北京适用《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》进行仲裁”。由此，也可综合判断出双方约定了确定的仲裁机构，即中国国际经济贸易仲裁委员会北京总会。此种逻辑之下，又可推出仲裁协议有效的结论。依此路径，则B选项正确。

另有一种观点认为，专属管辖排斥协议仲裁，故本题只能适用D选项的专属管辖。这是错误的认识。在效力层级上，民事诉讼法上的专属管辖排斥协议管辖，但不能对抗协议仲裁。仲裁适用于合同纠纷和其他财产权益纠纷，建筑工程施工合同纠纷当然可以适用仲裁方式予以解决。

（2017-3-50）住所在A市B区的两江公司与住所在M市N区的百向公司，在两江公司的分公司所在地H市J县签订了一份产品购销合同，并约定如发生合同纠纷可向设在W市的仲裁委员会申请仲裁（W市有两个仲裁委员会）。因履行合同发生争议，两江公司向W市的一个仲裁委员会申请仲裁。仲裁委员会受理后，百向公司拟向法院申请认定仲裁协议无效。百向公司应向下列哪一法院提出申请？

A.可向W市中级法院申请

B.只能向M市中级法院申请

C.只能向 A 市中级法院申请

D.可向 H 市中级法院申请

【答案】AD（根据旧法官方答案为 A）

【解析】

本题考查仲裁协议效力的确认。

仲裁协议的效力之确认，当事人既可向法院也可向仲裁委员会申请确认。在本题中，当事人向法院申请确认。最高人民法院《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》（2017-12 通过）第 2 条第 1 款规定：“申请确认仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人住所地、被申请人住所地的中级人民法院或者专门人民法院管辖。”可见，本题中，M 市（申请人住所地）、A 市（被申请人住所地）、H 市（仲裁协议签订地）、W 市（仲裁委员会所在地）的中级法院都有管辖权。综上所述，A、D 选项正确，B、C 选项错误，错在“只能”二字。

（2017-3-85）住所在北京 C 区的甲公司与住所在北京 H 区的乙公司在天津市 J 区签订了一份买卖合同，约定合同履行发生争议，由北京仲裁委员会仲裁或者向 H 区法院提起诉讼。合同履行过程中，双方发生争议，甲公司到北京仲裁委员会申请仲裁，仲裁委员会受理并向乙公司送达了甲公司的申请书副本。在仲裁庭主持首次开庭的答辩阶段，乙公司对仲裁协议的效力提出异议。仲裁庭对此作出了相关的意思表示。此后，乙公司又向法院提出对仲裁协议的效力予以认定的申请。下列哪些选项是正确的？

A.双方当事人约定的仲裁协议原则有效

B.仲裁庭对案件管辖权作出决定应有仲裁委员会的授权

C.仲裁庭对乙公司的申请应予以驳回，继续审理案件

D.乙公司应向天津市中级法院申请认定仲裁协议的效力

【答案】BC

【解析】

本题考查仲裁协议的效力。

根据《仲裁法解释》第 7 条之规定，当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效；但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方未在仲裁庭首次开庭前提出异议的除外。由此可见，本案中这种约定可裁可诉的仲裁协议原则上是无效的，只是当事人未在法定期限内提异议的才有效。故 A 选项错误，应改为“原则无效”。

乙公司在仲裁庭主持首次开庭的答辩阶段才提出异议，并不符合“首次开庭前”的期限规定，此时仲裁协议应为有效（符合前述例外规定），仲裁庭有权继续审理，C 选项是

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

正确的。

对案件进行仲裁是仲裁委员会的权力，仲裁庭只是代表仲裁委员会在行使仲裁权。因此，B 选项所言“仲裁庭对案件管辖权作出决定应有仲裁委员会的授权”是正确的。

最高人民法院《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》（2017-12 通过）第 2 条第 1 款规定：“申请确认仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人住所地、被申请人住所地的中级人民法院或者专门人民法院管辖。”由此可知，乙公司可向北京市或者天津市的中级法院申请认定仲裁协议效力。故 D 选项错误。需指出的是，原题 D 选项中的“可”为“应”；为更好地适应最新司法解释的考查，笔者在此作了修改。

（2017-3-95）2015 年 4 月，居住在 B 市(直辖市)东城区的林剑与居住在 B 市西城区的钟阳(二人系位于 B 市北城区正和钢铁厂的同事)签订了一份借款合同，约定钟阳向林剑借款 20 万元，月息 1%，2017 年 1 月 20 日前连本带息一并返还。合同还约定，如因合同履行发生争议，可向 B 市东城区仲裁委员会仲裁。至 2017 年 2 月，钟阳未能按时履约。2017 年 3 月，二人到正和钢铁厂人民调解委员会(下称调解委员会)请求调解。调解委员会委派了三位调解员主持该纠纷的调解。如调解委员会调解失败，解决的办法有：

- A. 双方自行协商达成和解协议
- B. 在双方均同意的情况下，要求林剑居住地的街道居委会的人民调解委员会组织调解
- C. 依据借款合同的约定通过仲裁的方式解决
- D. 通过诉讼方式解决

【答案】ABD

【解析】

本题考查民事纠纷解决方式。

本案所指纠纷是林剑与钟阳之间的借款合同纠纷。理论上，此种纠纷可以通过和解、人民调解、仲裁、民事诉讼等方式予以解决。本案中，双方当事人达成了仲裁协议，约定由 B 市东城区仲裁委员会仲裁。根据《仲裁法》第 10 条之规定，仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。可见，B 市作为直辖市，国内仲裁委员会只有一家，下辖区并无仲裁委员会，因此东城区仲裁委员会并不存在，故本仲裁协议并未约定仲裁委员会。《仲裁法》第 18 条规定：“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。”而根据本案的案情表述，当事人并未达成仲裁的补充协议，故仲裁协议无效，本案不得适用仲裁。综上所述，A、B、D 选项正确，C 选项错误。

(2016-3-95) 住所地在 H 省 K 市 L 区的甲公司与住所地在 F 省 E 市 D 区的乙公司签订了一份 90 万元钢材买卖合同。合同在 B 市 C 区签订，双方约定合同履行地为 W 省 Z 市 Y 区，同时约定如因合同履行发生争议，由 B 市仲裁委员会仲裁。合同履行过程中甲公司与乙公司发生争议，甲公司欲申请仲裁解决。因 B 市有两个仲裁机构，分别为丙和丁仲裁委员会（都在 B 市 C 区），乙公司认为合同中的仲裁条款无效，欲向有关机构申请确认仲裁条款无效。关于确认的机构，下列选项正确的是：

- A. 丙仲裁委员会
- B. 丁仲裁委员会
- C. B 市中级法院
- D. B 市 C 区法院

【答案】ABC

【解析】

本题考查仲裁协议效力的确认。

《仲裁法》第 20 条第 1 款规定：“当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。”可见，当事人既可向法院也可向仲裁委员会申请确认仲裁协议的效力。本案仲裁协议约定了 B 市仲裁委员会（B 市有丙仲裁委员会和丁仲裁委员会两家仲裁机构），所以丙仲裁委员会和丁仲裁委员会皆可进行仲裁协议效力的确认。故 A 项与 B 项正确。

最高人民法院《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》（2017-12 通过）第 2 条第 1 款规定：“申请确认仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人住所地、被申请人住所地的中级人民法院或者专门人民法院管辖。”若去法院确认仲裁协议的效力，本案可由仲裁协议约定的仲裁机构所在地（B 市）、仲裁协议签订地（B 市 C 区）或者申请人住所地（F 省 E 市 D 区）、被申请人住所地（H 省 K 市 L 区）的中级人民法院管辖，即 B 市中级法院、E 市中级法院与 K 市中级法院有管辖权，故 C 项正确，D 项错误。

(2016-3-98) 甲市 L 区居民叶某购买了住所在乙市 M 区的大亿公司开发的位于丙市 N 区的商品房一套，合同中约定双方因履行合同发生争议可以向位于丙市的仲裁委员会（丙市仅有一家仲裁机构）申请仲裁。因大亿公司迟迟未按合同约定交付房屋，叶某向仲裁委员会申请仲裁。大亿公司以仲裁机构约定不明，向仲裁委员会申请确认仲裁协议无效。经

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

审查，仲裁委员会作出了仲裁协议有效的决定。大亿公司又向丙市中级人民法院请求确认仲裁协议无效。对此，正确的做法是：

- A.丙市中级人民法院应予受理并进行审查
- B.丙市中级人民法院不予受理
- C.仲裁庭在法院就仲裁协议效力作出裁定之前，应当中止仲裁程序
- D.仲裁庭应继续开庭审理

【答案】BD

【解析】

本题考查仲裁协议的效力。

《仲裁法解释》第13条第2款规定：“仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后，当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的，人民法院不予受理。”在本案中，仲裁委员会已经作出了仲裁协议有效的决定，大亿公司又向丙市中级人民法院申请确认仲裁协议无效，法院应当不予受理。故B项与D项正确。

（2015-3-50）大成公司与华泰公司签订投资合同，约定了仲裁条款：如因合同效力和合同履行发生争议，由A仲裁委员会仲裁。合作中双方发生争议，大成公司遂向A仲裁委员会提出仲裁申请，要求确认投资合同无效。A仲裁委员会受理。华泰公司提交答辩书称，如合同无效，仲裁条款当然无效，故A仲裁委员会无权受理本案。随即，华泰公司向法院申请确认仲裁协议无效，大成公司见状，向A仲裁委员会提出请求确认仲裁协议有效。关于本案，下列哪一说法正确？

- A.A仲裁委员会无权确认投资合同是否有效
- B.投资合同无效，仲裁条款即无效
- C.仲裁条款是否有效，应由法院作出裁定
- D.仲裁条款是否有效，应由A仲裁委员会作出决定

【答案】C

【解析】

本题考查仲裁条款独立性、仲裁协议效力的确认机构。

《仲裁法》第19条规定：“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。仲裁庭有权确认合同的效力。”可见，仲裁庭有权确认合同效力，A选项错误。仲裁协议具有独立性，不受合同效力的影响，B选项错误。

《仲裁法》第20条第1款规定：“当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。”可见，仲裁委员会和法院都有权确认仲裁协议

的效力，但是法院具有优先权。所以，C 选项正确，D 选项错误。因此，C 选项当选。

（2012-3-48）武当公司与洪湖公司签订了一份钢材购销合同，同时约定，因合同效力或合同的履行发生纠纷提交 A 仲裁委员会或 B 仲裁委员会仲裁解决。合同签订后，洪湖公司以本公司具体承办人超越权限签订合同为由，主张合同无效。关于本案，下列哪一说法正确？

- A.因当事人约定了 2 个仲裁委员会，仲裁协议当然无效
- B.因洪湖公司承办人员超越权限签订合同导致合同无效，仲裁协议当然无效
- C.洪湖公司如向法院起诉，法院应当受理
- D.洪湖公司如向法院起诉，法院应当裁定不予受理

【答案】C

【解析】

本题考查仲裁协议的无效。

《仲裁法》第 18 条规定：“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。”可见，仲裁协议中约定了两个以上仲裁机构导致约定不明确时，当事人还有达成补充协议的机会，达不成补充协议时仲裁协议才是无效的。A 选项说“当然”无效，显然错误。

仲裁协议的效力具有独立性。《仲裁法》第 19 条第 1 款规定：“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。”因此，B 选项中主合同的无效并不会影响仲裁协议的效力，B 选项错误。

本题中的仲裁协议对仲裁机构的约定是不明确的，并且没有指出是否达成补充协议的情况，因此可以由此认定洪湖公司向法院起诉时仲裁协议是无效的，法院也就具有管辖权，应当受理案件。所以，C 选项正确，D 选项错误。

（2010-3-43）甲、乙因遗产继承发生纠纷，双方书面约定由某仲裁委员会仲裁。后甲反悔，向遗产所在地法院起诉。法院受理后，乙向法院声明双方签订了仲裁协议。关于法院的做法，下列哪一选项正确？

- A.裁定驳回起诉
- B.裁定驳回诉讼请求
- C.裁定将案件移送某仲裁委员会审理
- D.法院裁定仲裁协议无效，对案件继续审理

【答案】D

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

【解析】

本题考查仲裁范围以及仲裁协议对法院管辖的影响。

《仲裁法》第3条规定：“下列纠纷不能仲裁：（一）婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。”可见本题中，因遗产继承发生纠纷，是不能进行仲裁的，仲裁协议无效。同时，继承案件属于民事诉讼法上的专属管辖。

《民事诉讼法》第33条第（三）项规定：“因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。”因此，遗产所在地法院是能够管辖本案的。

D选项正确，A、B、C都错误。

（2010-3-84）甲公司与乙公司签订了一份钢材购销合同，约定因该合同发生纠纷双方可向A仲裁委员会申请仲裁，也可向合同履行地B法院起诉。关于本案，下列哪些选项正确？

A.双方达成的仲裁协议无效

B.双方达成的管辖协议有效

C.如甲公司向A仲裁委员会申请仲裁，乙公司在仲裁庭首次开庭前未提出异议，A仲裁委员会可对该案进行仲裁

D.如甲公司向B法院起诉，乙公司在法院首次开庭时对法院管辖提出异议，法院应当驳回甲公司的起诉

【答案】ABC

【解析】

本题考查可裁可诉协议的效力。

根据《仲裁法解释》第7条之规定，当事人约定争议可向仲裁机构申请仲裁也可向法院起诉的，仲裁协议无效；但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方未在仲裁庭首次开庭前提出异议的除外。据此可知，当事人约定争议可裁也可诉的，仲裁协议无效。如果甲公司向A仲裁委员会申请仲裁，乙公司在仲裁庭首次开庭前未提出异议，A仲裁委员会可对该案进行仲裁。因此，选项A和C正确。

在可裁可诉的约定中，仲裁协议无效之后，管辖协议部分仍然存在。《民事诉讼法》第34条规定：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”可见，本案作为合同纠纷，约定合同履行地法院管辖是有效的。故B选项正确。既然B法院有管辖权，则D选项是错误的。

考区三 仲裁保全

(2014-3-77) 甲县的佳华公司与乙县的亿龙公司订立的烟叶买卖合同中约定, 如果因为合同履行发生争议, 应提交 A 仲裁委员会仲裁。佳华公司交货后, 亿龙公司认为烟叶质量与约定不符, 且正在霉变, 遂准备提起仲裁, 并对烟叶进行证据保全。关于本案的证据保全, 下列哪些表述正确?

- A. 在仲裁程序启动前, 亿龙公司可直接向甲县人民法院申请证据保全
- B. 在仲裁程序启动后, 亿龙公司既可直接向甲县人民法院申请证据保全, 也可向 A 仲裁委员会申请证据保全
- C. 法院根据亿龙公司申请采取证据保全措施时, 可要求其提供担保
- D. A 仲裁委员会收到保全申请后, 应提交给烟叶所在地的中级法院

【答案】AC

【解析】

A 选项, 《民事诉讼法》第八十一条第二款: 因情况紧急, 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下, 利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据。由此可知, 亿龙公司可以直接向被申请人住所地法院甲县人民法院申请诉前证据保全。因此, A 选项正确。

B 选项, D 选项, 《仲裁法》第 46 条: 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下, 当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的, 仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。由此可知, 亿龙公司只能向仲裁委员会申请证据保全, 仲裁委员会收到申请后, 应转交给烟叶所在地的基层法院。因此, B.D 选项错误。

C 选项, 《民事诉讼法》第八十一条第三款: 证据保全的其他程序参照适用本法第九章保全的规定。《民事诉讼法》第一百零一条第一款: 利害关系人因情况紧急, 不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的, 可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保, 不提供担保的, 裁定驳回申请。由此可知, 诉前证据保全, 申请人应当提供担保。因此, C 选项正确。

综上所述, 本题答案为 AC。

第十八章 仲裁程序

考区一 仲裁庭的组成

（2012-3-49）某仲裁委员会在开庭审理甲公司与乙公司合同纠纷一案时，乙公司对仲裁庭中的一名仲裁员提出了回避申请。经审查后，该仲裁员依法应予回避，仲裁委员会重新确定了仲裁员。关于仲裁程序如何进行，下列哪一选项正确？

- A.已进行的仲裁程序应当重新进行
- B.已进行的仲裁程序有效，仲裁程序应当继续进行
- C.当事人请求已进行的仲裁程序重新进行的，仲裁程序应当重新进行
- D.已进行的仲裁程序是否重新进行，仲裁庭有权决定

【答案】D

【解析】

本题考查仲裁回避的法律后果。

《仲裁法》第37条规定：“仲裁员因回避或者其他原因不能履行职责的，应当依照本法规定重新选定或者指定仲裁员。因回避而重新选定或者指定仲裁员后，当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行，是否准许，由仲裁庭决定；仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序是否重新进行。”基于此，本题中在更换仲裁员之前已经进行的仲裁程序是否有效，应当由仲裁庭来决定。A和B选项都错误。C选项中，当事人的请求也需要最终由仲裁庭决定，该项也错误。正确的选项是D。

（2016-3-50）甲公司与乙公司因合同纠纷向某仲裁委员会申请仲裁，第一次开庭后，甲公司的代理律师发现合议庭首席仲裁员苏某与乙公司的老总汪某在一起吃饭，遂向仲裁庭提出回避申请。关于本案仲裁程序，下列哪一选项正确？

- A.苏某的回避应由仲裁委员会集体决定
- B.苏某回避后，合议庭应重新组成
- C.已经进行的仲裁程序应继续进行
- D.当事人可请求已进行的仲裁程序重新进行

【答案】D

【解析】

本题考查仲裁回避。

《仲裁法》第36条规定：“仲裁员是否回避，由仲裁委员会主任决定；仲裁委员会主任担任仲裁员时，由仲裁委员会集体决定。”本案中的首席仲裁员苏某并未特别说明是仲

裁委员会主任，所以其回避应由仲裁委员会主任决定，A 项错误。

《仲裁法》第 37 条第 1 款规定：“仲裁员因回避或者其他原因不能履行职责的，应当依照本法规定重新选定或者指定仲裁员。”可见，本案中首席仲裁员苏某回避之后，只需依法重新选定或指定首席仲裁员即可，另外两名仲裁员不能更换，B 项所言“合议庭应重新组成”是不准确的。但必须指出，该选项在真题中属于低水平的瑕疵选项。诸位考生仅需知晓该选项考查内容即可，不需对选项本身作无谓的争议。

《仲裁法》第 37 条第 2 款规定：“因回避而重新选定或者指定仲裁员后，当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行，是否准许，由仲裁庭决定；仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序是否重新进行。”可见，C 项错误，D 项正确。

（2014-3-98）京发公司与蓟门公司因合同纠纷向 S 仲裁委员会申请仲裁。在仲裁规则确定的期限内，京发公司选定仲裁员李某作为本案仲裁庭的仲裁员，蓟门公司未选定仲裁员，双方当事人也未共同选定第三名仲裁员，S 仲裁委主任指定张某为本案仲裁庭仲裁员、刘某为本案首席仲裁员，李某、张某、刘某共同组成本案的仲裁庭，仲裁委向双方当事人送达了开庭通知。关于本案中仲裁庭组成，下列说法正确的是：

- A.京发公司有权选定李某为本案仲裁员
- B.仲裁委主任有权指定张某为本案仲裁员
- C.仲裁委主任有权指定刘某为首席仲裁员
- D.本案仲裁庭的组成合法

【答案】ABCD

【解析】

本题考查仲裁庭的组成方式与程序。

《仲裁法》第 31 条第 1 款规定：“当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的，应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员，第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员是首席仲裁员。”因此，京发公司选定李某为本案仲裁员是合法的。A 选项正确。

《仲裁法》第 32 条规定：“当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的，由仲裁委员会主任指定。”本案中，蓟门公司未在规定期限内参与选定第二名与第三名仲裁员，所以仲裁委员会主任便有权进行直接指定。故 B、C、D 选项都正确。

考区二 仲裁的审理

（2013-3-95）兴源公司与郭某签订钢材买卖合同，并书面约定本合同一切争议由中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁。兴源公司支付 100 万元预付款后，因郭某未履约依法解除了合同。郭某一直未将预付款返还，兴源公司遂提出返还货款的仲裁请求，仲裁庭适用简易程序审理，并作出裁决，支持该请求。关于仲裁协议的表述，下列选项正确的是：

- A.买卖合同虽已解除，但仲裁条款具有独立性，兴源公司可以据此申请仲裁
- B.兴源公司返还货款的请求是基于不当得利请求权，与买卖合同无关，不应据此申请仲裁
- C.仲裁协议未约定适用简易程序，仲裁庭不应适用简易程序审理
- D.双方选择的中国国际经济贸易仲裁委员会是涉外仲裁机构，本案不具有涉外因素，应当重新选择

【答案】A

【解析】

本题考查仲裁协议与仲裁程序。

《仲裁法》第 19 条规定：“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。”所以，A 选项正确，B 选项错误。

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2015 版）第 56 条（简易程序的适用）规定：“（一）除非当事人另有约定，凡争议金额不超过人民币 500 万元，或争议金额超过人民币 500 万元但经一方当事人书面申请并征得另一方当事人书面同意的，或双方当事人约定适用简易程序的，适用简易程序。（二）没有争议金额或争议金额不明确的，由仲裁委员会根据案件的复杂程度、涉及利益的大小以及其他有关因素综合考虑决定是否适用简易程序。”可见，简易程序的适用，原则上并不取决于当事人的约定，C 选项错误。

《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（2015 版）》第 3 条（受案范围）规定：“（一）仲裁委员会根据当事人的约定受理契约性或非契约性的经济贸易等争议案件。（二）前款所述案件包括：1.国际或涉外争议案件；2.涉及香港特别行政区、澳门特别行政区及台湾地区的争议案件；3.国内争议案件。”可见，中国国际经济贸易仲裁委员会有权仲裁国内的争议案件。所以，D 选项错误。

（2012-3-85）关于法院与仲裁庭在审理案件有关权限的比较，下列哪些选项正确？

- A.在一定情况下，法院可以依职权收集证据，仲裁庭也可以自行收集证据
- B.对专门性问题需要鉴定的，法院可以指定鉴定部门鉴定，仲裁庭也可以指定鉴定部门鉴定

C.当事人在诉讼中或仲裁中达成和解协议的，法院可以根据当事人的申请制作判决书，仲裁庭也可以根据当事人的申请制作裁决书

D.当事人协议不愿写明争议事实和判（裁）决理由的，法院可以在判决书中不予写明，仲裁庭也可以在裁决书中不予写明

【答案】AB

【解析】

本题考查法院与仲裁庭的权限。

根据《民事诉讼法》第 64 条之规定，法院在民事诉讼中可以调查收集证据，包括依职权和依申请两种方式。《仲裁法》第 43 条也规定：“当事人应当对自己的主张提供证据。仲裁庭认为有必要收集的证据，可以自行收集。”因此，A 选项正确。

根据《民事诉讼法》第 76 条之规定，人民法院可以指定鉴定部门进行鉴定。《仲裁法》第 44 条也规定：“仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，可以交由当事人约定的鉴定部门鉴定，也可以由仲裁庭指定的鉴定部门鉴定。”因此，B 选项正确。

《民事调解规定》第 18 条规定：“当事人自行和解或者经调解达成协议后，请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的，人民法院不予支持。”《仲裁法》第 49 条规定：“当事人申请仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书，也可以撤回仲裁申请。”所以，仲裁庭对于仲裁和解可以制作裁决书，但法院对于诉讼和解不能制作判决书。C 选项错误。

《民事诉讼法》第 152 条规定：“判决书应当写明判决结果以及作出该判决的理由。判决书内容包括：（一）案由、诉讼请求、争议的事实和理由；（二）判决认定的事实和理由、适用的法律和理由；（三）判决结果和诉讼费用的负担；（四）上诉期间和上诉的法院。”可见，法院必须在判决书中写明争议事实和判决理由。另外根据《仲裁法》第 54 条之规定，在裁决书中，当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的，可以不写。所以 D 选项错误。

考区三 仲裁的结果

（2016-3-99）双方当事人于仲裁过程中达成调解协议，仲裁庭正确的结案方式是：

- A.根据调解协议制作调解书
- B.应当依据调解协议制作裁决书
- C.将调解协议内容记入笔录，由双方当事人签字后即发生法律效力
- D.根据调解协议的结果制作裁决书

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

【答案】AD

【解析】

本题考查仲裁调解。

《仲裁法》第 51 条规定：“仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。”可见，双方当事人仲裁程序中达成调解协议之后，仲裁庭既可以制作调解书也可以制作裁决书，但无适用调解笔录结案的做法。因此，A 项与 D 项正确，C 项错误。另外，B 项的错误之处在于“应当”二字，应当是“可以”。

（2014-3-99）京发公司与蓟门公司因合同纠纷向 S 仲裁委员会申请仲裁。在评议裁决结果时，仲裁员李某和张某均认为蓟门公司存在严重违约行为，合同应解除，而首席仲裁员刘某认为合同不应解除，拒绝在裁决书上签名。最终，裁决书上只有李某和张某的签名。关于本案的裁决书，下列表述正确的是：

- A.裁决书应根据仲裁庭中的多数意见，支持京发公司的请求
- B.裁决书应根据首席仲裁员的意见，驳回京发公司的请求
- C.裁决书可支持京发公司的请求，但必须有首席仲裁员的签名
- D.无论蓟门公司是否签收，裁决书自作出之日起生效

【答案】AD

【解析】

本题考查仲裁裁决。

《仲裁法》第 53 条规定：“裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。”在本案中，李某和张某已经形成了多数意见，此时应按照多数意见作出裁决，而不能根据首席仲裁员的意见。故 A 选项正确，B 选项错误。

根据《仲裁法》第 54 条之规定，裁决书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章；对裁决持不同意见的仲裁员，可以签名，也可以不签名。所以，首席仲裁员刘某作为少数意见者，可以不签名，C 选项错误。

《仲裁法》第 57 条规定：“裁决书自作出之日起发生法律效力。”可见，裁决书之生效无需当事人的签收，D 选项正确。

（2014-3-100）京发公司与蓟门公司因合同纠纷向 S 仲裁委员会申请仲裁。开庭当日，蓟门公司未到庭，也未向仲裁庭说明未到庭的理由。仲裁庭对案件进行了审理并作出缺席

裁决。S 仲裁委员会将裁决书向双方当事人进行送达时，蓟门公司拒绝签收，后蓟门公司向法院提出撤销仲裁裁决的申请。下列表述正确的是：

- A. 蓟门公司应向 S 仲裁委所在地中院提出申请
- B. 法院应适用普通程序审理该撤销申请
- C. 法院可以适用法律错误为由撤销 S 仲裁委的裁决
- D. 法院应以缺席裁决违反法定程序为由撤销 S 仲裁委的裁决

【答案】A

【解析】

本题考查撤销仲裁裁决的程序。

根据《仲裁法》第 58 条之规定，当事人在申请撤销仲裁裁决时，应当向仲裁委员会所在地的中级人民法院提出。所以，A 选项正确。

法院对撤销仲裁裁决的申请进行审查核实后，应当裁定撤销仲裁裁决。对此裁定，当事人不得上诉（无二审程序），也不能适用再审程序。可见，法院在撤销仲裁裁决时适用的是一种特殊的对仲裁裁决进行纠错的程序，而不是民事诉讼法上的一审普通程序。B 选项错误。

《仲裁法》第 58 条规定了下述几种可撤销仲裁裁决的情形：（1）没有仲裁协议的；（2）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；（3）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（4）裁决所根据的证据是伪造的；（5）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（6）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的；（7）该裁决违背社会公共利益的。其中并无适用法律错误的情形，所以 C 选项错误。

《仲裁法》第 42 条第 2 款规定：“被申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以缺席裁决。”在本案中，开庭时被申请人蓟门公司未到庭，也未向仲裁庭说明未到庭的理由，因此仲裁庭作出的缺席裁决是合法的。故 D 选项错误。

（2011-3-50）根据《仲裁法》，仲裁庭作出的裁决书生效后，在下列哪一情形下仲裁庭不可进行补正？

- A. 裁决书认定的事实错误
- B. 裁决书中的文字错误
- C. 裁决书中的计算错误
- D. 裁决书遗漏了仲裁评议中记录的仲裁庭已经裁决的事项

【答案】A

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

【解析】

本题考查仲裁裁决书的补正。《仲裁法》第 56 条规定：“对裁决书中的文字、计算错误或者仲裁庭已经裁决但在裁决书中遗漏的事项，仲裁庭应当补正；当事人自收到裁决书之日起 30 日内，可以请求仲裁庭补正。”因此，A 选项中裁决书认定的事实错误不可补正，正确；B、C、D 选项都错误。

考区四 仲裁裁决的撤销与不予执行

（2018 仿真题）格瑞公司与利达公司签订空调买卖合同，双方约定：因合同履行发生争议，协商不成，由 A 仲裁委员会仲裁解决。格瑞公司向利达公司供货后，因空调存在质量问题造成利达公司销售额大幅度下降，并积压大量空调，损失严重。利达公司根据仲裁协议向 A 仲裁委员会申请仲裁，仲裁委员会对该案作出了仲裁裁决，格瑞公司申请人民法院撤销该裁决，人民法院受理了此案。下列哪些说法是正确的？

- A. 格瑞公司应向仲裁委员会所在地中级人民法院或者利达公司住所地中级人民法院提出申请
- B. 人民法院应当组成合议庭审理此案
- C. 若利达公司提出申请执行该仲裁裁决，受理执行申请的人民法院应当在受理后裁定中止执行
- D. 人民法院裁定撤销裁决的，应当将裁定向辖区所属的高级人民法院报核

【答案】BCD

【解析】

本题考查仲裁裁决的撤销程序。

《仲裁法》第 58 条规定：“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决……”当事人可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决，不能向通达公司住所地的中级人民法院提出申请，故 A 选项表述错误。

《仲裁法解释》第 24 条规定：“当事人申请撤销仲裁裁决的案件，人民法院应当组成合议庭审理，并询问当事人。”故 B 选项正确。

《仲裁法解释》第 25 条规定：“人民法院受理当事人撤销仲裁裁决的申请后，另一方当事人申请执行同一仲裁裁决的，受理执行申请的人民法院应当在受理后裁定中止执行。”C 选项正确。

根据最高法院《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》第 2 条之规定，各中级法院或专门法院办理非涉外涉港澳台仲裁司法审查案件，经审查拟认定仲裁协议无效，不

予执行或撤销我国内地仲裁机构的仲裁裁决，应向高级人民法院报核。所以，D 选项正确。

（2016-3-100）在仲裁中，法院根据当事人的调解协议制作了裁决书，一方当事人以调解协议超出仲裁请求范围请求法院不予执行仲裁裁决，法院正确的做法是：

- A.不支持，继续执行
- B.应支持，并裁定不予执行
- C.应告知当事人申请撤销仲裁裁决，并裁定中止执行
- D.应支持，必要时可通知仲裁庭重新仲裁

【答案】A

【解析】

本题考查仲裁裁决的不予执行。

《仲裁法解释》第 28 条规定：“当事人请求不予执行仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决书的，人民法院不予支持。”根据该条规定之意图，依当事人双方之合意作出的仲裁裁决或调解书，是不得申请不予执行的。本案中的仲裁裁决是根据调解协议作出，大亿公司不得申请不予执行，故只有 A 项正确。另外，从法理角度来看，调解协议作为双方合意，也是可以超出仲裁请求范围的。

（2012-3-50）甲公司因与乙公司的合同纠纷向某仲裁委员会申请仲裁，甲公司的仲裁请求得到仲裁庭的支持。裁决作出后，乙公司向法院申请撤销仲裁裁决。法院在审查过程中，甲公司向法院申请强制执行仲裁裁决。关于本案，下列哪一说法正确？

- A.法院对撤销仲裁裁决申请的审查，不影响法院对该裁决的强制执行
- B.法院不应当受理甲公司的执行申请
- C.法院应当受理甲公司的执行申请，同时应当告知乙公司向法院申请裁定不予执行仲裁裁决
- D.法院应当受理甲公司的执行申请，受理后应当裁定中止执行

【答案】D

【解析】

本题考查仲裁裁决的撤销。

《仲裁法》第 64 条规定：“一方当事人申请执行裁决，另一方当事人申请撤销裁决的，人民法院应当裁定中止执行。人民法院裁定撤销裁决的，应当裁定终结执行。撤销裁决的申请被裁定驳回的，人民法院应当裁定恢复执行。”本题中，法院正在审查乙公司的仲裁裁决撤销申请，尚未正式裁定撤销，此时甲公司向法院申请执行仲裁裁决，法院还是应当

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

受理执行申请。但是，在受理执行之后，根据上述规定应当同时裁定中止执行。所以，A和B选项错误，D选项正确。C选项中，针对不予执行仲裁裁决，由当事人依申请进行，法院并没有告知当事人可以申请不予执行裁决的职责，因此该选项错误。

（2011-3-49）甲不履行仲裁裁决，乙向法院申请执行。甲拟提出不予执行的申请并提出下列证据证明仲裁裁决应不予执行。针对下列哪一选项，法院可裁定驳回甲的申请？

- A.甲、乙没有订立仲裁条款或达成仲裁协议
- B.仲裁庭组成违反法定程序
- C.裁决事项超出仲裁机构权限范围
- D.仲裁裁决没有根据经当事人质证的证据认定事实

【答案】D

【解析】

本题考查仲裁裁决的不予执行的情形。

根据《民事诉讼法》第237条之规定，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（1）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（2）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；（3）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（4）裁决所根据的证据是伪造的；（5）对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（6）仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。在本题中，A项属于没有仲裁协议的情形，符合第（1）项情形，法院不应驳回甲的不予执行的申请。B项中仲裁庭组成违反法定程序，符合第（3）项情形，法院不应驳回甲的申请。C项中裁决事项超出仲裁机构权限范围，属于第（2）项情形，法院不应驳回甲的申请。《仲裁法》第39条规定：“仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。”可见，法院可以不根据经当事人质证的证据认定事实。在D项中，仲裁裁决没有根据经当事人质证的证据认定事实，这并不属于不予执行的情形，法院应驳回甲的不予执行的申请。

（2010-3-44）关于法院对仲裁的司法监督的说法，下列哪一选项错误？

- A.仲裁当事人申请财产保全，应当向仲裁机构申请，由仲裁机构将该申请移交给相关法院
- B.仲裁当事人申请撤销仲裁裁决被法院驳回，此后以相同理由申请不予执行，法院不予支持

C.仲裁当事人在仲裁程序中没有提出对仲裁协议效力的异议，此后以仲裁协议无效为由申请撤销或不予执行，法院不予支持

D.申请撤销仲裁裁决或申请不予执行仲裁裁决程序中，法院可通知仲裁机构在一定期限内重新仲裁

【答案】D

【解析】

本题考查法院对仲裁的司法监督。

《仲裁法》第28条第2款规定，当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。所以选项A正确。

《仲裁法解释》第26条规定，当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。故选项B正确。

《仲裁法解释》第27条规定，当事人在仲裁程序中未对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后以仲裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。所以，选项C说法正确。

根据《仲裁法》第61条之规定，申请撤销仲裁裁决程序中，法院可通知仲裁机构在一定期限内重新仲裁。但是，在申请不予执行仲裁裁决程序中，法律并没有关于重新仲裁的规定，仲裁机构不得重新仲裁。因此，D选项错误。

（2010-3-86）甲公司因与乙公司合同纠纷申请仲裁，要求解除合同。某仲裁委员会经审理裁决解除双方合同，还裁决乙公司赔偿甲公司损失六万元。关于本案的仲裁裁决，下列哪些表述正确？

- A.因仲裁裁决超出了当事人请求范围，乙公司可申请撤销超出甲公司请求部分的裁决
- B.因仲裁裁决超出了当事人请求范围，乙公司可向法院提起诉讼
- C.因仲裁裁决超出了当事人请求范围，乙公司可向法院申请再审
- D.乙公司可申请不予执行超出甲公司请求部分的仲裁裁决

【答案】AD

【解析】

本题考查仲裁中的超裁及处理。

《仲裁法解释》第19条规定：“当事人以仲裁裁决事项超出仲裁协议范围为由申请撤销仲裁裁决，经审查属实的，人民法院应当撤销仲裁裁决中的超裁部分。但超裁部分与其他裁决事项不可分的，人民法院应当撤销仲裁裁决。”因此，选项A正确。

仲裁裁决超过仲裁协议范围的，对超过部分，当事人可以请求人民法院裁定不予执行，

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

人民法院裁定不予执行超范围部分后，才可以针对超范围部分向法院提起诉讼，而不是仅仅基于因仲裁裁决超出了当事人请求范围，就可以直接向法院起诉。因此，选项 B 错误。

仲裁实行一裁终局的制度，裁决作出后，当事人不能申请再审。因此，选项 C 错误。

根据《民诉解释》第 477 条之规定，仲裁机构裁决的事项部分属于仲裁协议的范围，部分超过仲裁协议范围的，对超过部分，人民法院应当裁定不予执行。故 D 选项正确。