

2011

法律版

司法考试 **随身记** 系列

重点法条

随身记

民事诉讼法 · 刑事诉讼法
宪法 · 行政法与行政诉讼法

法律考试

一册在手
成功在握



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2011 年司法考试随身记系列

重点法条随身记

(民事诉讼法·刑事诉讼法·宪法·
行政法与行政诉讼法)

法律考试中心/组编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

重点法条随身记:民事诉讼法·刑事诉讼法·宪法·
行政法与行政诉讼法/法律考试中心组编. —修订本.

—北京:法律出版社,2010.10

(2011年司法考试随身记系列)

ISBN 978-7-5118-1268-1

I. ①重… II. ①法… III. ①法律—中国—法律工作
者—资格考核—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第191889号

©法律出版社·中国

责任编辑/马丽娟

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092毫米 1/32

印张/8.75 字数/377千

版本/2010年10月第1版

印次/2010年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 978-7-5118-1268-1

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

近几年试卷统计说明,除个别部门法外,90%以上试题都有直接的法条依据,因此,法条复习在司法考试中具有举足轻重的地位。同时,把握法条特别是重点法条,对学习法学理论知识和提高解题能力有着至关重要的作用。

(一)对于广大考生来说,法条复习有两大难题:

1. 列入司法考试范围的法条过万,哪些法条是重点法条?

面对厚厚的一本法律法规汇编,如果每条都记忆理解,无疑难度太大。对于复习司法考试的考生来说,复习的效率非常重要,否则,浪费了很多时间,还不一定能够抓住重点。

对此,本书从列入司法考试范围的1万多个法条中,精选出1000多个重点法条予以精当的解读,从司法考试应试角度有针对性地研究了重点、难点和热点所在,便于考生提高复习效率。

2. 重点法条的考点、题眼、命题角度何在?

这是困扰广大考生的难题。复习司法考试的考生有个共同的感受,就是:虽然看过了法条,但是做题错误率仍然很高。其中的原因,就是复习时没有抓住重点法条的精要,没有从命题角度理解和记忆法条。

因此,本书根据司法考试命题规律,对相关重点法条进行解读,为考生总结记忆要诀,便于考生快速而准确地理解、记忆重点法条。

(二)本书设置以下几个栏目:

1. 重点法条:依照学科分类,根据法律法规修订情况,选取常考和最新修订的重点法条,进行梳理解读。选择重点法条的标准,以重点、常考和具有可考性为依据,并尽量注重知识点的完整性。

同时,根据考生复习习惯,在重点法条的重点字眼下,加上下划线,便于加深考生对重点的理解和记忆。

2. 【相关法条】:重点法条仅仅选取部分法条,打破了原有法条的完整性,容易让考生对法条产生支离破碎、不完整的印象。因此,本书以重点法条为主,在其下列出相关法条及重要司法解释,有助于考生全面把握,关联记忆。

3. 【速记要诀】:对重点法条加以详解,从容易混淆和出错处、如何记忆、如何区分等方面进行简要归纳和总结,加深考生对于重点、难点和疑点的记忆与理解,帮助考生突破自身的极限,顺利通过“爬坡区”。

4. 【例题】:重点法条之后,附录历年司法考试(律考)试题及答案,直观反映考点所在,帮助考生熟悉基本命题规律和试题题型。

5. 考频统计:在重点法条之后,统计2006—2010年司法考试对本重点法条的考查频率,让考生对于本重点法条的重要程度,有个直观的印象,探寻司法考试命题规律。

6. 新法提示:对于当年新增补、新修订法律法规,在正文中加底纹进行提示,个

别法条修正的标示曲线,提请考生特别注意。

(三) 免费电子资料增补:

根据司法考试大纲最新变化,我们将在第一时间发布最新增补的法律法规及司法解释标准电子文本,届时请读者登录法律出版社网站 <http://www.lawpress.com.cn> 免费下载。

此外,因时间仓促,书中错漏之处难免,敬请批评指正,欢迎您提出宝贵意见或建议。来信请寄 kaoshi@lawpress.com.cn。

相信本书可以帮助考生省时高效,事半功倍,全面提高应试能力,成为法条复习和应试备考的必备配套用书。

本书编写组

目 录

民事诉讼法

民事诉讼法	(1)
仲裁法	(63)

刑事诉讼法

刑事诉讼法	(75)
-------------	--------

宪 法

宪法	(158)
选举法	(180)
立法法	(186)

行政法与行政诉讼法

公务员法	(198)
行政许可法	(205)
行政处罚法	(210)
治安管理处罚法	(217)
政府信息公开条例	(223)
行政复议法	(226)
行政诉讼法	(233)
行诉证据规定	(249)
国家赔偿法	(253)
附录:三大诉讼法 19 个主要区别对照表	(265)

民事诉讼法

【导读】 由于民事诉讼法作为一门部门法,具有很强的实践性,因此,其考试内容主要以测试民事诉讼法及相关司法解释为主。而民事诉讼法及其一系列司法解释的内容非常庞杂,理论深奥且知识点琐碎,使考生复习起来难度很大,往往不知从何处入手;有时即使感觉对法律条文的规定已较为熟悉,但做起模拟测试题仍然是稀里糊涂,成绩非常不理想。出现这种情况的关键点在于考生未掌握复习民事诉讼法行之有效的基本方法。实际上,民事诉讼法等程序法具有体系性强、知识点清晰、法条的关联性强等特点,这就要求考生在复习时应当熟悉民事诉讼法的知识体系,掌握一定的技巧,即以需要掌握的具体知识点为支点,以民事诉讼法中关于该知识点的具体规定为基础,系统将其他法律以及司法解释中的相关规定有效结合起来进行分析掌握,而不能只靠死记硬背。

为辅助考生尽快掌握民事诉讼法的相关内容,我们以知识点为线索,以民事诉讼法的规定为基础,将司法解释中的相关规定结合起来对该具体知识点进行分析和解读。

重点法条 1

第五条 【外国人的诉讼地位】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。

外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的,中华人民共和国法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利,实行对等原则。

第十二条 【辩论权】人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论。

第十三条 【处分权】当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。

【速记要诀】 1. 同等原则与对等原则的适用(第5条)。

(1)同等原则是我国民事诉讼法赋予在我国人民法院进行诉讼的外国民事诉讼主体与我国民事诉讼主体同样的诉讼权利,是国民待遇原则在民事诉讼中的具体体现。

(2)对等原则是外国法院对我国诉讼主体在该国法院的诉讼权利加以限制的,我国人民法院对在我国法院进行诉讼的该国诉讼主体给予同样的限制。

2. 辩论原则的具体内容。在理解辩论原则时,需注意以下两点内容:

(1)辩论的形式为口头辩论与书面辩论,辩论原则不同于法庭辩论,法庭辩论是辩论原则的集中体现;

(2)辩论的内容广泛,既包括实体问题的辩论,也包括程序问题的辩论。

3. 处分原则的具体体现。处分原则是民事诉讼法的一项特有原则。当事人可以处分的权利包括民事实体权利与诉讼权利。对民事实体权利的处分主要体现为当事人有权确定、变更、放弃、承认诉讼请求,达成和解协议、调解协议等。对诉讼权利的处分主要体现在是否行使起诉权、上诉权、反诉权,申请再审,申请执行,撤回起诉、上诉等。当事人对其民事实体权利的处分通常是借助对诉讼权利的处分来实现的。由于当事人的处分行为需在法律规定的范围内进行,因此,当事人行使其处分权的行为与法院行使审判权予以审查的行为相结合就成为贯穿民事诉讼整个过程的一条中心线。

【例题】甲向法院起诉,要求判决乙返还借款本金2万元。在案件审理中,借款事实得以认定,同时,法院还查明乙逾期履行还款义务近一年,法院遂根据银行同期定期存款利息,判决乙还甲借款本金2万元,利息520元。关于法院对该案判决的评论,下列哪一选项是正确的?(08/3/38)

- A. 该判决符合法律规定,实事求是,全面保护了权利人的合法权益
- B. 该判决不符合法律规定,违反了民事诉讼的处分原则
- C. 该判决不符合法律规定,违反了民事诉讼的辩论原则
- D. 该判决不符合法律规定,违反了民事诉讼的平等原则

【参考答案】 B

(08/3/38, 06/4/3, 06/3/35)

重点法条 2

第二十二条 【一般地域管辖】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。

对法人或者其他组织提起的民事诉讼,由被告住所地人民法院管辖。

同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的,各该人民法院都有管辖权。

第二十三条 【特别规定】下列民事诉讼,由原告住所地人民法院管辖;原告住所地与经常居住地不一致的,由原告经常居住地人民法院管辖:

- (一)对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼;
- (二)对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼;
- (三)对被劳动教养的人提起的诉讼;
- (四)对被监禁的人提起的诉讼。

【相关法条】 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民诉意见》)

4. 公民的住所是指公民的户籍所在地;法人的住所是指法人的主要营业地或者主要办事机构所在地。

5. 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。

6. 被告一方被注销城镇户口的,依照民事诉讼法第二十三条规定确定管辖;双方均被注销城镇户口的,由被告居住地的人民法院管辖。

7. 当事人的户籍迁出后尚未落户,有经常居住地的,由该地人民法院管辖。没有经常居住地,户籍迁出不足一年的,由其原户籍所在地人民法院管辖;超过一年的,

由其居住地人民法院管辖。

8. 双方当事人都被监禁或被劳动教养的,由被告住所地人民法院管辖。被告被监禁或被劳动教养一年以上的,由被告被监禁地或被劳动教养地人民法院管辖。

9. 追索赡养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的,可以由原告住所地人民法院管辖。

10. 不服指定监护或变更监护关系的案件,由被监护人住所地人民法院管辖。

11. 非军人对军人提出的离婚诉讼,如果军人一方为非文职军人,由原告住所地人民法院管辖。

离婚诉讼双方当事人都是军人的,由被告住所地或者被告所在的团级以上单位驻地的人民法院管辖。

12. 夫妻一方离开住所地超过一年,另一方起诉离婚的案件,由原告住所地人民法院管辖。夫妻双方离开住所地超过一年,一方起诉离婚的案件,由被告经常居住地人民法院管辖;没有经常居住地的,由原告起诉时居住地的人民法院管辖。

13. 在国内结婚并定居国外的华侨,如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理,当事人向人民法院提出离婚诉讼的,由婚姻缔结地或一方在国内的最后居住地人民法院管辖。

14. 在国外结婚并定居国外的华侨,如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理,当事人向人民法院提出离婚诉讼的,由一方原住所地或在国内的最后居住地人民法院管辖。

15. 中国公民一方居住在国外,一方居住在国内,不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼,国内一方住所地的人民法院都有权管辖。如国外一方在居住国法院起诉,国内一方向人民法院起诉的,受诉人民法院有权管辖。

16. 中国公民双方在国外但未定居,一方向人民法院起诉离婚的,应由原告或者被告原住所地的人民法院管辖。

17. 对没有办事机构的公民合伙、合伙型联营体提起的诉讼,由被告注册登记地人民法院管辖。没有注册登记,几个被告又不在同一辖区的,被告住所地的人民法院都有管辖权。

【速记要诀】 1. 注意“经常居住地”确定中的几个要素:(1)公民离开住所地至起诉时;(2)已连续居住一年以上的地方;(3)但公民住院就医的地方除外。

2. 确定一般地域管辖的原则是原告就被告,即由被告所在地(包括住所地、经常居住地)人民法院管辖。

3. 确定一般地域管辖的例外情况是被告就原告,即由原告所在地人民法院管辖。在掌握第23条时,需注意以下两点:

(1)第1款与第2款强调的是身份关系的诉讼,如果是财产关系诉讼,仍然适用原告就被告原则;

(2)第3款与第4款强调的是被告一方被监禁或者被劳动教养。

特别注意 与《民诉意见》第8条规定的双方都被监禁或者被劳动教养管辖确定的区别。

4. 《民诉意见》第9条规定的追索赡养费案件,其确定管辖的标准是几个被告是否在同一辖区。如果在一个辖区,则适用原告就被告原则;否则,则适用被告就原告

的例外。

(09/3/80,09/3/98)

重点法条 3

第二十四条 【合同纠纷管辖】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。

第二十五条 【协议管辖】合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖,但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

【相关法条】《民诉意见》

18. 因合同纠纷提起的诉讼,如果合同没有实际履行,当事人双方住所地又都不在合同约定的履行地的,应由被告住所地人民法院管辖。

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

购销合同的实际履行地点与合同中约定的交货地点不一致的,以实际履行地点为合同履行地。

20. 加工承揽合同,以加工行为地为合同履行地,但合同中对履行地有约定的除外。

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

22. 补偿贸易合同,以接受投资一方主要义务履行地为合同履行地。

23. 民事诉讼法第二十五条规定的书面合同中的协议,是指合同中的协议管辖条款或者诉讼前达成的选择管辖的协议。

24. 合同的双方当事人选择管辖的协议不明确或者选择民事诉讼法第二十五条规定的人民法院中的两个以上人民法院管辖的,选择管辖的协议无效,依照民事诉讼法第二十四条的规定确定管辖。

【速记要诀】 1. 合同纠纷案件的管辖包括协议管辖与法定管辖。在确定合同纠纷案件的管辖时,有效协议管辖优先于法定管辖适用。

在判断协议管辖是否有效时,需注意《民事诉讼法》第25条以及《民诉意见》第24条的规定,通常情况下,无效协议管辖约定有以下几种:(1)口头协议无效;(2)选择的管辖法院不明确的协议无效;(3)选择两个以上法院的协议无效;(4)违反级别管辖与专属管辖的管辖协议无效。

2. 合同纠纷案件的法定管辖。协议管辖约定无效或者双方当事人对合同纠纷案件未作出协议管辖约定时,应按照下列确定法定管辖的方法确定合同纠纷案件的管辖法院:

(1)被告住所地有管辖权。

(2)合同履行地的确定分三步:①确定双方当事人对履行地(包括购销合同中的交货地)的约定,如果双方当事人未约定合同的履行地,则案件只能由被告住所地人民法院管辖。②看约定履行地与双方当事人住所地的关系,即如果约定履行地在其

中一方当事人住所地,则不论合同是否实际履行,该履行地均有管辖权;如果约定履行地在双方当事人住所地以外的第三个地点,则合同实际履行时,该履行地有管辖权;如果合同未实际履行,则该履行地无管辖权。③约定履行地与实际履行地不一致时,如果是购销合同,则按照实际履行地确定案件的管辖法院;如果是加工合同,则按照约定履行地确定合同案件的管辖法院。

(06/3/40,06/3/84)

重点法条 4

第二十九条 【侵权行为管辖】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。

【相关法条】《民诉意见》

29. 因产品质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼,产品制造地、产品销售地、侵权行为地和被告住所地的人民法院都有管辖权。

【速记要诀】 1. 第29条的“侵权行为地”包括侵权行为实施地与侵权结果发生地。

2. 产品质量侵权纠纷的管辖。与民事实体法所规定的产品质量不合格致人损害民事责任的承担相适应,产品质量侵权纠纷诉讼,以下法院有管辖权:(1)产品制造地;(2)产品销售地;(3)侵权行为实施地;(4)侵权结果发生地;(5)被告住所地。

3. 因报刊、杂志等引起的侵权纠纷案件中,往往侵权结果发生地具有多样性,即存在若干侵权结果发生地。

【例题】 甲县的电热毯厂生产了一批电热毯,与乙县的昌盛贸易公司在丙县签订了一份买卖该批电热毯的合同。丁县居民张三在出差到乙县时从昌盛贸易公司购买了一条该批次的电热毯,后在使用过程中电热毯由于质量问题引起火灾,烧毁了张三的房屋。张三欲以侵权损害为由诉请赔偿。下列哪些法院对该纠纷有管辖权?(07/3/80)

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

【参考答案】 ABD

(08/3/82,08/3/97,07/3/80,06/3/88)

重点法条 5

第二十六条 【保险纠纷管辖】因保险合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。

第二十七条 【票据纠纷管辖】因票据纠纷提起的诉讼,由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。

第二十八条 【运输合同纠纷管辖】因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼,由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。

第三十条 【交通事故管辖】因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼,由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖。

第三十一条 【海损事故管辖】因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼,由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。

第三十二条 【海难救助管辖】因海难救助费用提起的诉讼,由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。

第三十三条 【共同海损管辖】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。

【相关法条】《民诉意见》

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

30. 铁路运输合同纠纷及与铁路运输有关的侵权纠纷,由铁路运输法院管辖。

【速记要诀】 确定特殊地域管辖的两条规律:

(1)被告住所地人民法院有管辖权,但因海难救助费用和共同海损纠纷提起的诉讼除外;

(2)与争议案件事实有密切联系地点的人民法院有管辖权。

重点法条 6

第三十四条 【专属管辖】下列案件,由本条规定的人民法院专属管辖:

(一)因不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地人民法院管辖;

(二)因港口作业中发生纠纷提起的诉讼,由港口所在地人民法院管辖;

(三)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。

【相关法条】《民事诉讼法》

第二百四十六条 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。

《海事诉讼特别程序法》

第七条 下列海事诉讼,由本条规定的海事法院专属管辖:

(一)因沿海港口作业纠纷提起的诉讼,由港口所在地海事法院管辖;

(二)因船舶排放、泄漏、倾倒油类或者其他有害物质,海上生产、作业或者拆船、修船作业造成海域污染损害提起的诉讼,由污染发生地、损害结果地或者采取预防措施地海事法院管辖;

(三)因在中华人民共和国领域和有管辖权的海域履行的海洋勘探开发合同纠纷提起的诉讼,由合同履行地海事法院管辖。

【速记要诀】 1. 国内民事诉讼专属管辖与涉外民事诉讼专属管辖的区别:即国内专属管辖直接确定某类案件由某个具体的人民法院管辖,其他人民法院无权管辖,也不允许当事人以协议的方式改变管辖,因此,其目的在于排除其他人民法院的管辖权;而涉外专属管辖则仅仅规定某类特殊案件由中华人民共和国法院管辖,其目的在于排除其他国家法院的管辖权。

2. 《海事诉讼特别程序法》第7条第(1)项对《民事诉讼法》第34条第(2)项作了补充性规定,即港口作业纠纷由港口所在地法院管辖,该法院是指港口所在地的海事法院,而非地方法院。

【例题】 甲县居民刘某与乙县大江房地产公司在丙县售房处签订了房屋买卖

合同,购买大江公司在丁县所建住房1套。双方约定合同发生纠纷后,可以向甲县人民法院或者丙县人民法院起诉。后因房屋面积发生争议,刘某欲向法院起诉。下列关于管辖权的哪种说法是正确的?(06/3/40)

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

【参考答案】 B

(06/3/40)

重点法条 7

第三十五条 【选择管辖】两个以上人民法院都有管辖权的诉讼,原告可以向其中一个人民法院起诉;原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的,由最先立案的人民法院管辖。

【相关法条】《民诉意见》

33. 两个以上人民法院都有管辖权的诉讼,先立案的人民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的人民法院。人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已先立案的,不得重复立案;立案后发现其他有管辖权的人民法院已先立案的,裁定将案件移送给先立案的人民法院。

《刑事诉讼法》

第二十五条 几个同级人民法院都有权管辖的案件,由最初受理的人民法院审判。在必要的时候,可以移送主要犯罪地的人民法院审判。

《行政诉讼法》

第二十条 两个以上人民法院都有管辖权的案件,原告可以选择其中一个人民法院提起诉讼。原告向两个以上有管辖权的人民法院提起诉讼的,由最先收到起诉状的人民法院管辖。

【速记要诀】 1. 共同管辖发生的前提是两个以上人民法院对同一案件均有管辖权。

2. 管辖权冲突的解决办法是由最先立案的人民法院管辖。这里需注意:(1)先立案的人民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的人民法院。(2)人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已先立案的,不得重复立案。(3)立案后发现其他有管辖权的人民法院已先立案的,裁定将案件移送给先立案的人民法院。

特别注意 三大诉讼法在同一问题上有不同规定:《刑事诉讼法》是由最初受理的法院管辖,《行政诉讼法》是由最先收到起诉状的法院管辖。

重点法条 8

第三十六条 【移送管辖】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。

【相关法条】《民诉意见》

34. 案件受理后,受诉人民法院的管辖权不受当事人所在地、经常居住地变更的影响。

35. 有管辖权的人民法院受理案件后,不得以行政区域变更为由,将案件移送给变更后有管辖权的人民法院。判决后的上诉案件和依审判监督程序提审的案件,由原审人民法院的上级人民法院进行审判;第二审人民法院发回重审或者上级人民法院指令再审的案件,由原审人民法院重审或者再审。

【速记要诀】 1. 移送管辖发生的前提,是已经受理案件的人民法院认为自己对该案件无管辖权,就可以将案件移送给自己认为有管辖权的人民法院。

2. 移送管辖的次数只能是1次,即受移送的人民法院认为对移送的案件无管辖权,既不能将案件退回移送法院,也不得自行再将受移送案件移送给其他认为有管辖权的法院,只能提请上级人民法院(指自己的上级人民法院)指定管辖。

3. 管辖恒定原则,即人民法院对争议案件能否正当行使审判权,仅仅取决于其受理案件时是否有管辖权,人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地以及行政区划变更的影响。

(09/3/80,08/3/82,06/3/90)

重点法条 9

第三十七条 【指定管辖】有管辖权的人民法院由于特殊原因,不能行使管辖权的,由上级人民法院指定管辖。

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。

【相关法条】 〈民诉意见〉

36. 依照民事诉讼法第三十七条第二款规定,发生管辖权争议的两个人民法院因协商不成报请它们的共同上级人民法院指定管辖时,如双方为同属一个地、市辖区的基层人民法院,由该地、市的中级人民法院及时指定管辖;同属一个省、自治区、直辖市两个人民法院,由该省、自治区、直辖市的高级人民法院及时指定管辖;如双方为跨省、自治区、直辖市的人民法院,高级人民法院协商不成的,由最高人民法院及时指定管辖。

依前款规定报请上级人民法院指定管辖时,应当逐级进行。

【速记要诀】 1. 因特殊原因不能行使管辖权的,由该人民法院自己的上级人民法院指定管辖。

2. 管辖权发生争议,且协商不了的,由共同上级人民法院指定管辖。但是,报请共同上级人民法院指定管辖时,应当逐级进行。在管辖权争议未解决前,任何一个法院不得抢先作出判决,否则上级人民法院可以其作出的判决以违反程序为由撤销,并将案件移送或者指定其他人民法院审理,或者由自己提审。

3. 上级人民法院指定管辖,应书面通知报送的人民法院和被指定的人民法院。报送的人民法院接到通知后,应及时告知当事人。

(10/3/39)

重点法条 10

第三十八条 【管辖异议】人民法院受理案件后,当事人对管辖权有异议的,应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议,应当审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳回。

【速记要诀】 1. 人民法院对当事人管辖权异议的处理形式是裁定,而不是判决

或决定。

2. 对该裁定不服的,当事人可以上诉,但不可以申请再审。

3. 异议提出时间为提交答辩状期间。

【例题】关于管辖权异议的表述,下列哪一选项是错误的?(07/3/40)

A. 当事人对一审案件的地域管辖和级别管辖均可提出异议

B. 通常情况下,当事人只能在提交答辩状期间提出管辖异议

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

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

【参考答案】 D

(07/3/40)

重点法条 11

第四十条 【一审审判组织】人民法院审理第一审民事案件,由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭,合议庭的成员人数,必须是单数。

适用简易程序审理的民事案件,由审判员一人独任审理。

陪审员在执行陪审职务时,与审判员有同等的权利义务。

第四十一条 【二、重、再审审判组织】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。

第四十二条 【审判长】合议庭的审判长由院长或者庭长指定审判员一人担任;院长或者庭长参加审判的,由院长或者庭长担任。

第四十三条 【评议原则】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。

【速记要诀】 1. 合议庭的成员人数须为单数。

2. 不同审判程序中合议庭的组成不同,但是,重审与再审必须另行组成合议庭,以防止审判人员先入为主。

3. 吸收陪审员组成一审合议庭时,审判员与陪审员有同等的权利义务。

4. 合议庭评议案件实行少数服从多数的原则。需注意形不成多数人意见时,民事诉讼与仲裁的区别:民事诉讼中不能按照审判长的意见作出判决,但仲裁中则应当按照首席仲裁员的意见作出仲裁裁决。

【例题】根据我国民事诉讼法和相关司法解释的规定,下列关于审判组织的哪一表述是错误的?(06/3/37)

A. 第二审程序中只能由审判员组成合议庭

B. 二审法院裁定发回重审的案件,原审法院可以由审判员与陪审员共同组成合议庭

C. 法院适用特别程序,只能采用独任制

D. 独任制只适用于基层法院及其派出法庭

[参考答案] C

(08/3/83, 06/3/37, 06/3/89)

重点法条 12

第四十五条 【回避的适用情形】审判人员有下列情形之一的,必须回避,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、诉讼代理人的近亲属;
- (二)与本案有利害关系;
- (三)与本案当事人有其他关系,可能影响对案件公正审理的。

前款规定,适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

第四十六条 【回避申请】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。

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。

第四十七条 【回避决定】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。

第四十八条 【回避决定的时限及后果】人民法院对当事人提出的回避申请,应当在申请提出的三日内,以口头或者书面形式作出决定。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。人民法院对复议申请,应当在三日内作出复议决定,并通知复议申请人。

【速记要诀】 1. 回避的对象与法定情形。在掌握回避的法定情形时需注意与《仲裁法》第34条规定的回避法定情形的区别。

2. 申请回避的时间:回避申请应当在案件开始审理时提出;但若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。

3. 是否回避的决定程序:院长担任审判长的回避,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。

4. 人民法院应以决定形式作出回避,而不是以裁定形式。

(10/3/37)

重点法条 13

第四十九条 【诉讼当事人】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。

【相关法条】《民诉意见》

40. 民事诉讼法第四十九条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产,但又不具备法人资格的组织,包括:

- (1)依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织;
- (2)依法登记领取营业执照的合伙型联营企业;
- (3)依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业;
- (4)经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体;
- (5)法人依法设立并领取营业执照的分支机构;
- (6)中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构;

- (7)中国人民保险公司设在各地的分支机构;
- (8)经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业;
- (9)符合本条规定条件的其他组织。

41. 法人非依法设立的分支机构,或者虽依法设立,但没有领取营业执照的分支机构,以设立该分支机构的法人为当事人。

42. 法人或者其他组织的工作人员因职务行为或者授权行为发生的诉讼,该法人或者其他组织为当事人。

45. 个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的,其雇主是当事人。

46. (1)在诉讼中,个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的,应在法律文书中注明登记的字号。

49. 法人或者其他组织应登记而未登记即以法人或者其他组织名义进行民事活动,或者他人冒用法人、其他组织名义进行民事活动,或者法人或者其他组织依法终止后仍以其名义进行民事活动的,以直接责任人为当事人。

51. 企业法人未经清算即被撤销,有清算组织的,以该清算组织为当事人;没有清算组织的,以作出撤销决定的机构为当事人。

【速记要诀】 确定当事人的规则:

1. 当事人资格的确定。自然人的当事人资格始于出生,终于死亡;法人或其他组织的当事人始于依法成立,终于依法终止。

2. 其他组织的具体范围,特别是注意理解合伙组织,以区别合伙人作为共同诉讼人的情况。理解其他组织时重点需注意两点:(1)合法成立;(2)有一定的组织机构和财产。

3. 法人作为诉讼当事人的具体情况。

4. 责任人作为诉讼当事人的具体情况。

5. 雇佣关系中当事人的确定取决于该人员是否从事雇佣合同规定的生产经营活动。

6. 法人被撤销时当事人的确定关键是看有无清算组。

【例题】 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,下列哪一选项是正确的?(10/3/40)

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

【参考答案】 C

(10/3/40,10/3/46,08/3/84,07/3/97,06/3/88)

重点法条 14

第五十三条 【共同诉讼】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。