

實用訴訟案例分析

民事 • 經濟

周水森 金信年 主編

百家出版社

实用诉讼案例分析

民 事 · 经 济

周水森 金信年 主编

百 家 出 版 社

(沪)新登字第 120 号

2018/29/14

实用诉讼案例分析

民事·经济

周水森 金信年主编

百家出版社出版 上海绍兴路 5 号

新华书店上海发行所发行 常熟市印刷二厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 10.625 字数 285000

1992 年 2 月第 1 版 1992 年 2 月第 1 次印刷 印数 1—5000 册

ISBN 7-80576-274-0/D·18

定价：5.50 元

前 言

为了适应改革开放、社会主义商品经济发展和审判工作的实际需要，对《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》(以下简称《民事诉讼法(试行)》)进行修改补充后，《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)，已由中华人民共和国第七届全国人民代表大会第四次会议于1991年4月9日通过并施行。《民事诉讼法》增加了6章65条，修改和补充的范围较广，是一部理论与实践结合、符合中国国情、有利社会主义商品经济机制健全运转的、具有中国特色的社会主义法典。

《民事诉讼法》既为广大人民群众提供了通过行使诉讼权利，维护自己合法权益的法律依据，也为人民法院正确、合法、及时地审理民事、经济纠纷案件规定了具体的操作规程。我们考虑到人民群众的法律意识尚待普及、提高，以及对民事诉讼法律的性质、内容、作用的认识有待进一步加强的现实状况，特以普及、提高民事诉讼法律知识，研讨民事诉讼疑难问题，增强对民事诉讼法律的实际运用能力为宗旨，编写了《实用诉讼案例分析(民事、经济)》一书，为第二个五年普法教育尽绵薄之力。

本书取材于审判实践中的大量生动案例，以新近颁布的《民事诉讼法》为依据，配以翔实的法理分析，阐述了有关诉讼管辖、诉讼当事人、诉讼代理人、诉讼证据、对妨害民事诉讼的强制措施、第一审程序、第二审程序、审判监督程序、督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序、执行程序、涉外民事诉讼程序特别规定等共计20个部分。选编案例包括民事、经济两类，其中既有国内的(包

括涉港、澳、台的),也有涉外的。通过案例分析,论述了《民事诉讼法》有关条文的立法精神和修改前后的不同之处,并对一些疑难问题进行了研究探讨。本书中虽有部分《民事诉讼法》施行前的案例,但它所确立的原则与现行《民事诉讼法》并不违背,因此仍决定编入本书。全书以案叙法,以法析例,内容力争丰富,文字力求通俗,不仅为公民、法人维护自己的合法权益、正确行使诉讼权利提供了一本实用的法律指导读物,也是司法工作者和教学研究工作的一本有价值的参考书,对于法律专业的学员来说,则是一本值得阅读的辅导教材。

本书由周水森(上海市高级人民法院民事审判庭审判员)、金信年(华东政法学院民事诉讼法副教授)主编;浦增平、盛勇强(上海市高级人民法院民事审判庭)、孙敬荣(上海市黄浦区人民法院民事审判庭庭长)为编委。参加编写人员:丁学宏(上海市高级人民法院民事审判庭)、王秋良(上海市高级人民法院研究室副主任)、孔海飞(上海市南汇县人民法院民事审判庭庭长)、应新龙(上海市中级人民法院经济审判庭审判员)、武胜建(华东政法学院民事诉讼法教研室)、翟崇林(上海市虹口区人民法院民事审判庭副庭长)。

由于编写时间仓促,水平有限,在内容、观点、文字表述和编排上难免有不当之处,敬请读者批评指正。

编 者

1991年6月

目 录

一、主管与管辖..... (1)

1. 专利申请权发生纠纷, 可向人民法院 起 诉..... (3)
2. 中级人民法院管辖哪些一审民事 案 件? (5)
3. 普通涉港、澳、台民事案件应由基层人民法院管
辖 (7)
4. 一般民事案件由被告住所地法院 管 辖..... (8)
5. 原在内地登记结婚, 现双方均居住在香港 能 否
回内地向人民法院提起离婚诉讼?..... (9)
6. 联营合同纠纷宜由联营体所在地法院 管 辖..... (10)
7. 旅行社违约, 游客起诉如何确定 管 辖? (12)
8. 我国法院对在国外就读生相互间发生的债 务 纠
纷是否有管辖权?..... (14)
9. 旅游途中食物中毒应向何地法院 起 诉? (15)
10. 游乐园內被人伤害应向何地法院 起 诉? (16)
11. 人民法院对涉及在华外国公民遗产的诉讼具有
管辖权 (18)
12. 航运途中船舶相撞应由何地法院 管 辖? (19)
13. 船舶撞坏码头产生纠纷, 只有所在地法院才能
管辖..... (20)
14. 涉港、澳的投资款所有权纠纷, 可由投资款所在
地法院审理..... (22)
15. 法院发现案件不属自己管辖应如何 处 理? (24)
16. 此案为何要指定 管 辖? (25)
17. 经济纠纷当事人就管辖权提出异议, 受理法院应

予书面裁定…………… (27)

二、审判组织与回避…………… (30)

18. 审判组织发生变化是否还要征询当事人回避意见? …………… (31)
19. 此案为何更换审判人员? …………… (33)
20. 无正当理由申请回避应予驳回…………… (34)

三、当事人…………… (37)

21. 未成年人致人损害或者遭受他人侵害,当事人不是他们的监护人,而是未成年人…………… (39)
22. 企业法人的工作人员在生产经营中致人损害的,被告应是企业法人而不是工作人员…………… (41)
23. 因产品质量不合格致人损害,销售者、生产者谁当被告,由原告选择…………… (42)
24. 法人的分支机构能否以自己的名义提起诉讼?… (44)
25. 为扑灭火灾受损,引起灾情的人不明,受害人应向谁索赔? …………… (46)
26. 游客骑马娱乐摔伤,公园应否当被告? …………… (48)
27. 住宅区内窨井盖脱落致行人受害,受害人应向谁索赔? …………… (50)
28. 购销合同的质量反诉,宜与货款本诉一并审理… (51)
29. 有担保人的债务诉讼,债务人与担保人应作为共同被告…………… (54)
30. 合同专用章的非法出借人应与借用人共同参加诉讼…………… (56)
31. 窗户玻璃坠落致人损害,房屋使用人和出租人应列为共同被告…………… (58)
32. 数个债权人诉告同一债务人,能否合并审理? … (60)

33. 法定继承人争讼遗产, 他人主张受赠, 应如何确定其诉讼地位? (61)
34. 连环购销合同的上、下家, 可作为第三人参加诉讼..... (64)
35. 承租人将房屋供他人使用, 出租人请求终止租赁合同收回房屋, 法院应通知实际使用人作为无独立请求权的第三人参加诉讼..... (66)
36. 当事人一方人数众多, 可以推选诉讼代表人进行诉讼 (68)

四、诉讼代理人..... (71)

37. 一般委托代理人, 不能就被代理人的实体权利作出处分..... (72)
38. 港澳同胞在内地人民法院参加诉讼, 如何办理委托代理手续? (74)
39. 法定代理人互相推诿代理责任的, 应由人民法院从中指定一人代为诉讼..... (75)
40. 共同诉讼的当事人, 可以委托自己一方的其他当事人作为诉讼代理人..... (77)
41. 委托代理人不能再行委托他人代为诉讼..... (78)

五、诉讼证据..... (81)

42. 内容相同的两份证据, 哪份有效? (84)
43. 原告持有“借款合同”, 为何不能胜诉? (85)
44. 三份遗嘱, 如何采信? (87)
45. 客户持有的对号铜牌也是证据 (89)
46. 经过公证的合同并非都是有效合同..... (91)
47. 虽无借据, 但有证人证明的借贷关系应予认定... (93)
48. 口头遗嘱在什么情况下方为有效? (94)

49. 诉讼中能否要求作亲子鉴定? (96)
50. 原告不能对自己的主张举证,应承担败诉责任… (97)
51. 被告有相反证据推翻原告证据,可驳回原告起诉
..... (99)
52. 借用金项链遗失,借用人应负举证责任..... (100)
53. 电视机无声无像,诉讼中该由谁举证? (101)
54. 蜂皇浆瓶炸伤六龄童,诉讼中对产品质量是否合
格应由谁举证? (103)
55. 飞石击伤路人,由法院查证定案..... (104)
56. 欠赌债的欠条证明有无法律效力? (106)

六、期间、送达..... (108)

57. 答辩期内法院能否开庭审理案件? (110)
58. 因出差在外而耽误上诉期限,能否申请顺延? ... (112)
59. 调解书为何要当事人本人签收? (114)

七、法院调解..... (116)

60. 调解不成,应及时判决..... (117)

八、财产保全和先予执行..... (119)

61. 财产保全能否在立案前采取? (120)
62. 外轮肇事,受害人能否向人民法院申请诉前保
全? (123)
63. 申请财产保全不当,申请人应赔偿对方所受损失
..... (125)
64. 恋爱中产生的财产争议,能否申请财产保全? ... (127)
65. 案件未了,当事人能否申请出境? (128)
66. A 区法院为何不能查封菲亚特轿车?..... (130)
67. 离婚案被告能否申请先予执行?..... (131)

九、对妨害民事诉讼的强制措施…………… (134)

- 68. 对反诉被告能否适用拘传? …………… (135)
- 69. 原、被告同时被罚款,为何执行时间不同? …… (137)
- 70. 司法拘留错误应及时纠正…………… (138)
- 71. 旁听者哄闹法庭被依法拘留…………… (140)
- 72. 拘留也可以委托异地法院代为执行…………… (141)
- 73. 非法买卖房屋被判无效,有关部门应办理证照转移…………… (142)

十、诉讼费用…………… (144)

- 74. 离婚案件受理费应如何判明? …………… (145)
- 75. 判决不准离婚的案件,应否将已收取的财产受理费退还原告? …………… (147)
- 76. 二审发回重审的案件不应确定诉讼费用…………… (148)

十一、第一审普通程序…………… (151)

(一) 起诉和受理…………… (152)

- 77. 合同双方分别申请仲裁和起诉的,仲裁机关应不予受理…………… (153)
 - 78. 后手持票人能否直接对出票人提起追索票款诉讼?…………… (156)
 - 79. 金项链引起风波谁是原告?…………… (157)
 - 80. 离婚案原告撤诉后又起诉有无时间限制? …… (159)
 - 81. 原告滥用诉权,人民法院应当裁定驳回起诉…………… (160)
 - 82. 原告因证据不足撤诉,在取得新证据后应重新起诉还是申诉?…………… (162)
 - 83. 离婚案原告因被告继承所得房产而提出新的诉讼请求,法院应否合并审理? …………… (164)
- ### (二) 开庭审理…………… (166)

84. 无效经济合同遗留的财产争议,可允当事人依法
调解..... (166)
85. 为什么法院不准原告撤诉?..... (170)
86. 法定代理人被指定后拒绝出庭,法院依法可以缺
席判决 (171)
87. 原告中途退庭,法院可缺席判决..... (173)
88. 依简易程序审理的案件转为普通程序审理后,审
限如何计算?..... (175)
- (三) 诉讼中止和终结..... (177)
89. 一方当事人在诉讼中死亡,案件应如何处理? ... (178)
90. 诉讼中止已 30 余年,只要符合恢复审理条件的
仍应继续审理 (179)
- (四) 民事判决、裁定和决定..... (181)
91. 离婚判决未生效,又结“良缘”吞苦果..... (183)
92. 当事人对一审离婚判决未上诉,法院应出具判决
生效证明 (184)
93. 大陆、台湾离婚夫妻如何申请复婚? (185)
94. 不服民事制裁决定书,可向上一级法院申请复议
..... (186)

十二、简易程序..... (189)

95. 法官可以电话传唤当事人吗? (189)

十三、第二审程序..... (192)

96. 在上诉期内原审法院已发现判决有误应如何处
理?..... (192)
97. 当事人仅就部分判决上诉,二审应如何审查一审
判决?..... (194)
98. 一审遗漏必要的共同诉讼人,二审能否追加? ... (196)

- 99. 离婚案件被告没有到庭,法院能否判决? (198)
- 100. 上诉人撤回上诉,是否等于撤回起诉? (199)
- 101. 一审判决离婚,一方当事人在上诉期内死亡,判
决是否生效? (200)
- 102. 二审法院审理离婚案件时发现被告怀孕应如何
处理? (202)

十四、特别程序 (204)

- 103. 能否申请宣告解放前失踪的公民死亡? (207)
- 104. 为提妻子银行存款,丈夫申请认定妻子无行为能
力 (208)
- 105. 对孤儿监护权的争议应适用什么程序审理? (210)
- 106. 利害关系人对认定财产无主案件提出权利主张
的,应如何处理? (211)
- 107. 能否请求人民法院确认亲子关系? (213)

十五、审判监督程序 (215)

- 108. 当事人认为法院生效判决有错,可向法院申请再
审 (216)
- 109. 按审判监督程序再审的案件能否申请撤诉? (220)
- 110. 对事实不清的二审再审案件,宜径行改判还是发
回重审? (222)
- 111. 案外人主张权利正确,是起诉还是再审? (224)
- 112. 没有给付内容的判决,再审时还须中止原判决的
执行吗? (225)
- 113. 离婚案件中的财产问题能否申请再审? (227)

十六、督促程序 (229)

- 114. 债务人书面提出要求分期偿还债务,能否视作异

议?.....	(230)
十七、公示催告程序.....	(232)
115. 支票出票人能否申请公示催告?	(233)
116. 空白支票遗失能否申请公示催告?	(234)
十八、企业法人破产还债程序.....	(235)
117. 清算组织清偿债务有误,法院依法予以纠正.....	(236)
118. 个体工商户死亡后资不抵债,如何清偿?	(237)
十九、执行程序.....	(240)
119. 行政处罚决定是否都要申请人民法院执行?.....	(242)
120. 申请执行有期限吗?	(244)
121. 判决归继承人所有的房屋原有他人使用,继承人 申请执行还是另行起诉迁让?.....	(246)
122. 对不履行义务的当事人依法予以强制执行.....	(248)
123. 执行中当事人能不能协商和解?	(249)
124. 离婚后女方要求按判决抚养孩子遭男方拒绝,法 院能否强制执行?.....	(251)
125. 对拒不履行判决安排职工工作的企业,可否采取 强制执行措施?.....	(252)
126. 当事人自觉履行的案件,案外人对判决有异议应 如何处理?.....	(254)
127. 银行能否拒绝协助法院执行?	(255)
128. 对隐匿财产拒不还债的被执行人,法院有权进行 搜查	(257)
129. 已执行完毕的案件,经再审改判后应执行回转.....	(258)
二十、涉外民事诉讼程序特别规定.....	(261)

130. 外国法院能否受理以中国为被告的诉讼?	(262)
131. 外国公民能否委托外国驻华使领馆代聘中国律 师代理民事诉讼?.....	(264)
132. 涉外经济合同有仲裁条款,一方欺诈能否向法院 起诉?.....	(266)
133. 我国法院能否代外国法院送达诉讼文书?	(268)
134. 境内外当事人上诉期限相同吗?	(270)
135. 我国公民已经外国法院判决离婚,能否在我国法 院单独提起分割夫妻共同财产诉讼?.....	(271)
136. 如何向人民法院申请承认外国法院涉及中国公 民的离婚判决?.....	(273)
137. 已经外国法院判决离婚,能否再向我国法院起 诉?	(274)
附录: 中华人民共和国民事诉讼法	(277)
后记	(326)

一、主管与管辖

主管是指法院审判一定范围民事纠纷的权限，即确定法院与其它组织之间解决民事纠纷的分工权限。社会生活中民事纠纷大量存在，种类繁多，不可能也没有必要都诉诸法院。因此，产生了法院主管的问题，其目的是防止法院与其它组织之间因职权不明而互相推诿。

根据我国法律规定，应由人民法院依照民事诉讼程序审理的案件有：由民法调整的民事关系所发生的案件，由婚姻法调整的婚姻家庭关系所发生的案件，由经济法规调整的经济关系发生纠纷后，依法由人民法院审理的案件。

主管与管辖有着密切的关系。主管是确定管辖的前提，管辖体现主管的范围。只有先确定案件归法院主管，才能进一步确定案件在法院组织系统内属哪一级和哪一个地区法院管辖。

管辖是指确定不同级别的人民法院之间和同级人民法院之间，受理第一审民事、经济纠纷案件的权限和分工。按照不同的标准，管辖可分为级别管辖、地域管辖（包括一般地域管辖、特别地域管辖和专属管辖）、裁定管辖（包括指定管辖、移送管辖和管辖权转移）和协议管辖。

确定管辖，应按步骤进行。首先应确定级别管辖，然后再确定地域管辖。在确定地域管辖时，应先确定专属管辖，再确定特别地域管辖，最后才是一般地域管辖。理由是：专属管辖具有排他性，属于专属管辖的案件，排除一般和特别地域管辖的适用。特别地域管辖优先适用于一般地域管辖。

裁定管辖中设置的指定管辖、移送管辖和管辖权转移（包括上调性转移、下放性转移和指令性转移），是适应审判实践中出现的需要，以确定管辖法院的一项补充性和变通性的重要制度。

我国人民法院的体系分为四级，即最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院和基层人民法院。它们都代表国家行使审判权，当纠纷发生而又需要法院审判时，首先必须确定该项纠纷应由哪一级、哪一个人民法院具体行使审判权。从这个意义上说，管辖权便是落实审判权的首先措施，换句话说，审判权的行使取决于法院对该纠纷有无管辖权。明确了管辖分工，便于法院正确、及时地行使审判权。对当事人来说，也需要明确自己应向哪一级、哪一个人民法院行使诉权，以便及时起诉，保护自己的合法权益，避免四处奔波，起诉无门。

本书所编的管辖案例，是基于对法院正确、及时地行使审判权和当事人正确行使诉权、及时起诉，这样两方面意义上进行选编的。此外，还根据《民事诉讼法》第23条第1项规定，对不在我国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼，由原告住所地法院管辖以及原告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地法院管辖，即诉讼理论上称为“原告就被告”的例外情况，以及随着商品经济的发展，经济交往中出现的种种新情况，通过案例详加分析。如联营合同纠纷履行地确定案例，根据法人型、合伙型和合同型等不同类型的联营，依照民事诉讼法的“两便原则”，分别为联营法人、新经济实体注册地和被告所在地法院管辖的确定。此案例同时也是运用《民事诉讼法》基本原则，有效地弥补民事诉讼制度与社会生活实际要求之间差距的典范。又如按《民事诉讼法》第24条对合同纠纷管辖法院的规定所编案例，以及当事人有权提出管辖异议案例，引用《民事诉讼法》第38条的规定所作的分析中，既是对地方保护主义和当事人滥用诉权的制约，又为保障人民法院审判工作的正常进行和解决被告不应诉的问题提供了法律依据。这

一切对当事人和法院两方面诉讼主体来说，无疑都是十分重要的。

此外，根据改革开放、发展社会主义商品经济的需要，以及涉港、澳投资款所有权纠纷增多的现实情况，有关的实体法的相继颁布，相应地增加了程序方面的规定。对《民事诉讼法》以及其它法律文件中这方面的新规定，我们都重点考虑选编案例，予以说明。

1. 专利申请权发生纠纷，可向人民法院起诉

1989年3月，临海第二制冷机厂技术科副科长王某，辞职后进入该市制冷技术开发研究所工作。入所后，承接了所里下达的家用电冰箱制冷剂简易加注枪的试制工作，并被任命为该项目负责人。经过4个月的紧张工作，该项目于同年8月试制成功。有关部门在技术鉴定报告中认为，该加注枪结构小巧、使用简便、计量准确，实为家用电冰箱生产、维修企业的理想机具。同年8月底，王某以个人名义向国家专利局申请该产品的实用新型专利。其申请在同年10月出版的专利申请公告上刊出后，在研究所内引起了极大的反响。许多科研人员认为，王某将所里下达的试制项目的研究成果申请为个人专利，侵害了该所的合法权益。为此，研究所于同年11月向临海市专利管理机关提出异议，请求确认该实用新型技术属王某在完成单位正常工作中的职务发明成果，其专利申请权应归单位所有。王某则向专利管理机关提出，该项目虽属在进研究所后试制完成，但其构思却系在原单位工作时利用原学知识和近20年实践经验完成，并提交了其本人1989年1月至2月工作日记中所记载的构思过程和有关数据。认为该技术应属本人的非职务发明，请求确认他的专利申请权。专利管理机关在核定有关事实后认为：王某在1989年3月调入现研究所前，对家用电冰箱制冷剂简易加注枪技术进行过一定的研究，积累了一定的经验。然而现申请专利技术的主要技术特征——真空加压原理和小型电子计量