



献给广大律师和法官的礼物

止惑蠡见

ZHIHUO LIJIAN

评析民商事审判 疑难之争

PINGXI MINSHANGSHI SHENPAN
YINAN ZHIZHENG

■ 王晓东 著

吉林人民出版社

- 原告（上诉人）申请撤诉的，是否可以重新提起诉讼？
- 超过申请执行期限的案件，当事人重新起诉的，人民法院应当如何处理？
- 上级人民法院是否无需理由就可以将自己管辖的案件交由下级人民法院管辖？
- 选择管辖的协议是否适用默示？
- 对超出基层人民法院管辖标的额的督促申请，基层人民法院是否可以使用支付令？
- 拟制法律文书时，主体为自然人或者以自然人身份出庭的代理人是否应注明身份证号码？
- 其他组织的负责人在民商事裁判文书上如何表述以及如何确认诉讼主体？
- 在什么情况下，人民法院可以追加原告或被告？

- 企业更名后进行诉讼，是以原企业名称还是以新企业名称参加诉讼？
- 被申请人提供担保以替换被保全的财产应如何处理？
- 公证送达是否具有法律效力？
- 存款关系、债券关系的请求权是否适用诉讼时效的规定？
- 欠据没有注明日期的，如何确定诉讼时效期间？
- “法定代表人”与“法人代表”的异同？
- 能否通过人民法院的判决确认另一人民法院的裁决错误？
- 裁判文书中当事人的地址应当为“住所地”还是“住所”？
- 不良资产公司将其债权低价转让后，受让人是否可以以超过受让的价格向债务人追偿？
- 债务人有多数债权人，但只将其全部财产抵押给其中一个债权人的，应当如何理解？



献给广大律师和法官的礼物

止惑蠹见

ZHIHUO LIJIAN

评析民商事审判疑难之争

PINGXI MINSHANGSHI SHENPAN
YINAN ZHIZHENG

■ 王晓东 著

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

止惑蠡见:评析民商事审判疑难之争/王晓东著.

—长春:吉林人民出版社,2005.3

ISBN 7-206-04611-8

I. 止… II. 王… III. 民事诉讼—审判—研究—中国

IV. D925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 015723 号

止惑蠡见:评析民商事审判疑难之争

著 者:王晓东

责任编辑:潘丽丽

封面设计:孙 宇

版式设计:张 晓

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

网 址:www.jlpph.com

电 话:0431-5378027

全国新华书店经销

印 刷:长春市华艺印刷有限公司

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:15 字 数:370 千字

标准书号:ISBN 7-206-04611-8/D·1409

版 次:2005 年 3 月第 1 版

印 次:2005 年 3 月第 1 次印刷

印 数:1-6 000 册

定 价:30.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

序

《止惑蠡见》正如其题目所昭一样，是对民商事审判中的疑难问题进行的研究与探索。

我国的民商事审判，主要处理法人之间、法人与经济组织之间的民事纠纷。除此之外，民商事审判还包括审理典型的商业活动领域的个人、法人、经济组织之间的商事纠纷，如证券投资、公司设立、票据、期货、保险行为等引发的纠纷。我国正在进行经济体制改革，随着社会主义市场经济体制的确立与完善，各种新的交易形式和交易手段不断出现，使得民商事审判领域涉及的内容日趋广泛，发生纠纷的类型也非常庞杂。法律的理解与适用中的热点和难点问题也随之而来，在这一领域中，法学理论界和法律实务界的研究与探讨亦十分活跃。

本书作者是吉林省高级人民法院的法官，法学博士。他自1985年开始从事民商事审判工作至现在已经有十九个春秋。在司法实践中，他审理了大量复杂疑难的案件，同时他还不断地进行理论探索，作为吉林大学法学院的兼职教授和中国社会科学院法学研究所民商法的博士后，在研究和学习的同时将长期以来在实践中总结的审判经验与理论密切地结合，不仅注意理论知识的学习和传播，更重视在实践中如何运用理论以解决实际问题。

实践联系理论是本书的一个特色。当前的法学著作大多是从理论方面来研究问题，而缺少从实务出发寻找与理论的结合。本书以

司法实践为中心，在进行理论问题的研究和探讨同时，着重解决实践中的问题，虽然本书不乏法学理论的知识，有时甚至是非常深入的，但与纯粹的法学著作存在一定的区别。本书更注重中国国情，在借鉴国外先进的司法理念和司法财富的同时，体现中华民族的传统和中国的特色，以“扬弃”的态度对待世界法律的历史和经验。尽管其中有些问题似乎没有重大的理论价值，但确是审判实践中急需认真研究解决的；可能有些观点仅只是一家之言，但这种联系实际进行探索的精神无疑是值得发扬的。

实用通俗是本书的另一特色。本书通过争论与评析方式对民商事审判中出现的热点和难点问题，进行理论上的分析，提出解决方案。全书共分为两个部分：其一程序篇，是对民商事审判适用程序法方面的问题进行解答和评论；其二实体篇，是对民商事审判实践中出现的问题进行解答和理论分析。具体行文都是采用异议提起、各家争论和最后评析的方式。这种方式无疑会使从事司法实际工作的读者感到亲切，使他们从中了解日常所遇到问题的渊源和解决方案；同样，这种方式也会使从事法学理论研究的读者了解审判实践中的现实问题，为他们架起一座通往实践的桥梁。因此，《止惑蠡见》不仅对律师和法官有重要的实用价值，同时也对立法者、法律研究者、教育者和法律学习者等“法律人”有重要的价值，它表达的不仅是个人对民商事法律适用的宝贵经验和独到见解，而且也是对我们所有“法律人”在中国民商事审判之路中遇到的问题和疑惑的缩影，以及对这些经验和见解的记录。

《止惑蠡见》出版之际，仅书数语，向民商事法律界的“法律人”介绍，是为序。

奚晓明

前 言

《止惑蠡见》是我的第一部法学专著，在放弃了将我的博士论文作为第一部专著出版，而急于将这部书首先奉献给广大的法律界同仁时，我的心情是不言而喻的，她可以见证我从事民商事审判的过程，记录我在此过程中的困惑和思索，代表我认知理论法学和实用法学同步发展的艰辛和作为一名法官的历程。我自己常常暗自思忖，怎样才能架通一座法官与律师、当事人之间可靠的法律桥梁，对案件的认知是在一个平台之上，无论从何种角度，我们都具有同样的信念和原则，那就是法学理论和法学实务认识的统一。

笔者和其他所有的法官一样，首先是对法律有着浓厚的兴趣。为了满足工作的需要和对法律知识的渴求，不断重复从理论到实践，再重新回到理论的过程中，至今已有十九个春秋，与法律结下了不解之缘。我所经历的过程是我国法律界从百废俱兴到逐渐发展、提高、改革和完善的一个过程。是从法律不健全到立法如雨后春笋、司法改革百花齐放、渐入佳境的过程；法官职业化、专业化呼声高涨；依法治国、建设法治国家渐成一种时代的要求；是与世界接轨，与时俱进的年代。特别是中国加入 WTO 后，更需要从根本上对立法进行理念上的改革。时代发展的需求和法律实践的进步，不仅体现在法学理论的发展和繁荣，同时也表现在适用法学的广泛与深入。法律的理解与适用中的热点和难点问题也随之而来，法学理论界和法律实务界亦十分活跃。在这种形势的鼓舞和影响

下，我撰写了这部著作，她记述了我的这些体会和在理论上的探讨，在实践中具有一定的指导作用。特别要指出的是，当前的著作大多是从理论方面来研究实务，而缺少从实务出发寻找理论的结合而进行探讨。“实践是法律之母”，本书所论及的问题都是与审判实践密切相关的，其直接目的还是为了实用法学的健康发展服务，促进法学的繁荣和发展，以便与读者同仁共同探讨、交流和理解有关的法律问题，以起到“抛砖引玉”的作用，共同为我国法学和法律的发展贡献微薄的力量。

本书记述了我从事民商事审判工作以来在实践的基础上对法学方面问题的研究，通过争论与评析方式回答民商事审判中出现的实际问题以及如何进行解决，在解决的同时进行理论上的分析。本书共分为两个部分：其一程序篇，是对民商事审判适用程序法方面的问题进行解答和评论分析；其二实体篇，是对民商事审判实践中出现的问题进行解答和评论分析。特别是注重对实际问题的解决提出具体的意见和方式、方法。在内容上具有以下特点：

一、注重中国国情。从中国国情出发，在借鉴国外先进的司法理念和司法财富的同时，体现中华民族的传统和中国的特色，以“扬弃”的态度对待世界法律的历史和经验。

二、以司法实践为中心。在进行理论问题的研究和探讨的同时着重解决实践中的问题。通俗、易懂、实用是本书的特征。无论采用何种方法和方式进行研究和探索，最终的目的都是为司法实践服务，解决实际问题，避免脱离实践为了研究而研究。

三、围绕热点和难点问题进行研究和探讨。着重解决司法实践中的热点和难点问题。热点问题注重理论探讨，难点问题注重实践应用，在程序和实体方面各有侧重。

本书汇集的大多是在审判实践中进行过专门研究和思考的问题。主要以最高人民法院的司法解释、司法信箱的解答和审判实践

中已经生效的判例为依托，并在此基础上进行研究和完善，自认为具有普遍性、典型性和影响性。论述虽是一家之言，但衷心希望她能够成为广大律师和法官的忠实伴侣。

这是一个“新生儿”的诞生，她不仅稚嫩且难免有很多的缺陷，书中的缺憾、疏漏及缺点和错误在所难免，恳请广大读者和法学界同仁不吝赐教。在此，笔者致以最诚挚的感谢和深深的敬意。

作 者

2005 年 1 月

目 录

前 言·····	(1)
----------	-------

程序篇

一、诉与诉权的问题·····	(3)
【症结之一】诉是一种请求，还是一种法律制度？·····	(3)
【症结之二】当事人提起给付之诉的，是否必须含有确 认之诉的内容？变更之诉是否可以独立存 在？·····	(4)
【症结之三】人民法院对合同纠纷案件审判中或者审结后， 当事人是否可以就合同中的质量问题单独提 起诉讼？·····	(6)
【症结之四】原告（上诉人）申请撤诉的，是否可以重新 提起诉讼？·····	(8)
【症结之五】案外人就同一事实提起诉讼的应当如何处 理？·····	(9)
【症结之六】双方当事人因合同履行发生纠纷，一方当事 人依据合同履行地和被告住所地的规定在自 己住所地的人民法院起诉，本案的第三人以 其中一方当事人侵权为由也向自己住所地的	

- 人民法院起诉是否适当? (11)
- 【症结之七】二审中发现一审时原告不符合起诉条件, 如何
处理? (13)
- 【症结之八】二审中发现一审违反级别管辖规定, 如何处
理? (15)
- 【症结之九】一、二审驳回起诉的裁定确有错误, 应当如
何处理? (16)
- 【症结之十】当事人提起上诉后又下落不明的, 如何处
理? (17)
- 【症结十一】判决继续履行合同的案件, 原告再次起诉的,
人民法院是否受理? (19)
- 【症结十二】如何适用驳回起诉与驳回诉讼请求? (20)
- 【症结十三】一方当事人按照一审判决履行后, 另一方当
事人上诉后是否有胜诉权? (22)
- 【症结十四】当事人超过上诉期限提起上诉, 如何处
理? (23)
- 【症结十五】超过申请执行期限的案件, 当事人重新起诉
的, 人民法院应当如何处理? (25)
- 【症结十六】再审案件中原审被告能否提起反诉? (26)
- 【症结十七】再审案件能否发回重审? (28)
- 【症结十八】再审案件中, 原审原告提出撤诉的, 人民法
院是否允许? (30)
- 【症结十九】抗诉案件中二审人民法院是否对全案进行审
理? (31)
- 【症结二十】再审上诉发回重审的案件, 是否应当在撤销
再审判决的同时对原有的一审判决也一并撤
销? (33)

【症结二十一】	检察机关能否代替当事人在抗诉中提出新的诉讼请求?	(35)
【症结二十二】	债务人怠于履行债务, 并且放弃债权、无偿转让财产或者以明显不合理的低价转让财产的, 债权人如何保护自己的债权? ...	(37)
【症结二十三】	人民检察院能否对民事调解书提起抗诉?	(38)
【症结二十四】	人民检察院能否对撤销仲裁裁决的民事裁定提起抗诉?	(40)
【症结二十五】	当事人之间因合同纠纷案件进行诉讼, 按照合同履行地或者被告住所地的人民法院管辖的规定, 受理案件的人民法院作出裁判后, 败诉的一方当事人是否可以以侵权之诉向其他人民法院起诉?	(41)
【症结二十六】	被告方反驳的主张完全可以吞并和抵销原告的主张, 但是, 被告方没有提起反诉, 人民法院是否可以对其反驳的主张予以审理?	(43)
二、主管与管辖问题		(46)
主管		(46)
【症结二十七】	政府调整划转企业国有资产引起的纠纷是否归人民法院主管?	(46)
【症结二十八】	如何确认政府主管部门对企业的调整、划转中发生的纠纷和平等主体之间的民事纠纷(如何区分案件是否归人民法院主管)?	(48)
【症结二十九】	民事诉讼中关于主管问题发生争议的应当	

- 如何解决? (49)
- 【症结三十】 刑事案件的犯罪嫌疑人利用借款合同进行诈骗,有担保人担保,金融机构是否可以向担保人追偿? (51)
- 【症结三十一】 对企业内部承包的经营合同人民法院是否应当受理? (52)
- 【症结三十二】 当事人在合同中约定的仲裁机构被撤销,人民法院是否可以受理? (53)
- 【症结三十三】 人民法院撤销仲裁裁定,当事人能否申请再审? (54)
- 【症结三十四】 当事人对仲裁协议效力有异议,应向哪一级人民法院提起诉讼? (55)
- 【症结三十五】 发生水事纠纷,当事人如何进行诉讼? ... (56)
- 【症结三十六】 哪些存单纠纷案件由人民法院主管? ... (57)
- 管辖..... (59)
- 【症结三十七】 被告在十五日的答辩期限内没有提出管辖权异议的,受案的人民法院是否就对该案件享有管辖权? (59)
- 【症结三十八】 当事人是否可以对二审人民法院内部不同的审判庭审理其上诉案件提出管辖权异议? (60)
- 【症结三十九】 上级人民法院是否无需理由就可以将自己管辖的案件交由下级人民法院管辖? ... (62)
- 【症结四十】 与非银行金融机构拆借资金没有合同,如何确定管辖权? (64)
- 【症结四十一】 买卖合同双方当事人是否可以协议约定“两地”人民法院管辖,发生纠纷的应当由哪个

人民法院管辖?	(66)
【症结四十二】选择管辖的协议是否适用默认?	(67)
【症结四十三】人民法院对管辖权异议成立作出的移送裁 定是否留出上诉期限?	(69)
【症结四十四】无管辖权的人民法院是否有权裁定原告撤 诉?	(70)
【症结四十五】有关管辖权的异议被驳回后,新追加的被 告是否还可以提出管辖权异议?	(71)
【症结四十六】请求人民法院确认解除合同效力的案件, 应当如何确定管辖权?	(72)
【症结四十七】口头协议发生纠纷如何确定管辖?	(73)
【症结四十八】对超出基层人民法院管辖标的额的督促 申请,基层人民法院是否可以使用支付 令?	(74)
三、主体适格问题	(77)
【症结四十九】原告起诉被告不适格的,人民法院应当如 何处理?	(77)
【症结五十】被告被兼并已经完成,但未办理工商登记 的,如何确认诉讼主体?	(78)
【症结五十一】拟制法律文书时,主体为自然人或者以自 然人身份出庭的代理人是否应注明身份证 号码?	(79)
【症结五十二】其他组织的负责人在民商事裁判文书上如 何表述以及如何确认诉讼主体?	(80)
【症结五十三】担保人担保时不具备主体资格如何处 理?	(82)
【症结五十四】某金融机构在筹建阶段为他人借款提供	

- 担保是否应作为义务主体并承担保证责任？ (83)
- 【症结五十五】 未经清算即被撤销的法人企业，其债权人应当向谁主张债权？ (84)
- 【症结五十六】 审理企业分立案件中债权人只起诉其中某个债权人而没有起诉其他债权人的，人民法院应当如何处理？ (86)
- 【症结五十七】 仲裁机关和人民调解委员会是否可以成为民商事纠纷案件的当事人？ (87)
- 【症结五十八】 自然人能否成为联营的主体？ (88)
- 【症结五十九】 在什么情况下，人民法院可以追加原告或被告？ (89)
- 【症结六十】 在诉讼中，处于被告地位而原告又没有告诉的当事人，人民法院将其追加为被告还是第三人？ (91)
- 【症结六十一】 空壳的民事主体及法人资格如何确认？ ... (92)
- 【症结六十二】 再审时原审当事人已不存在，如何处理？ (94)
- 【症结六十三】 企业更名后进行诉讼，是以原企业名称还是以新企业名称参加诉讼？ (94)
- 【症结六十四】 建筑企业借用建筑资质签订建筑安装合同的，发生纠纷时出借单位是否应参加诉讼？ (96)
- 【症结六十五】 是否应追加买卖合同中接收标的物的企业为共同诉讼被告？ (97)
- 【症结六十六】 人民法院判决确认的债权是否可以转让（有偿、无偿）他人申请强制执行？ ... (98)

四、第三人问题·····	(100)
【症结六十七】 如何区分有独立请求权第三人和无独立请求权第三人? ·····	(100)
【症结六十八】 人民法院如何判决无独立请求权第三人承担民事责任? ·····	(102)
【症结六十九】 在民商事纠纷案件中是否可以将行政机关追加为第三人? ·····	(104)
【症结七十】 债务人在代位权诉讼中以何种身份参加诉讼? ·····	(106)
【症结七十一】 债权人行使代位权诉讼与执行到期债权诉讼的区别? ·····	(107)
【症结七十二】 委托贷款协议纠纷中如何确认诉讼主体? ·····	(109)
【症结七十三】 债权人向人民法院起诉债务人之后, 是否有权向同一人民法院对次债务人提起代位权诉讼? ·····	(110)
【症结七十四】 合同转让后, 是否应当将转让人与被转让人都列为被告? ·····	(111)
【症结七十五】 以存单为表现形式的借款纠纷案件如何确定诉讼主体? ·····	(112)
【症结七十六】 在审理案件中能否为查清案件事实而追加第三人? ·····	(113)
【症结七十七】 关于债权转让中可以追加第三人参加诉讼的几种情况如何确定? ·····	(115)
【症结七十八】 第三人不参加诉讼应如何处理? ·····	(116)
五、财产保全问题·····	(118)
【症结七十九】 被申请人提供担保以替换被保全的财产应	

- 如何处理? (118)
- 【症结八十】对被申请人的预期财产收益能否采取保全措施? (120)
- 【症结八十一】在一审民商事纠纷案件结案后, 人民法院是否可以采取保全措施? (121)
- 【症结八十二】“协助执行”是义务还是权力? (123)
- 【症结八十三】冻结单位存款的届满日期如何确定? ... (124)
- 【症结八十四】二审人民法院审理期间, 冻结被申请人的存款期限届满, 由一审还是二审人民法院决定是否采取相应的措施? (125)
- 【症结八十五】申请财产保全的原告就同一被告(债务人)与其他案件的原告相比是否有优先受偿权? (127)
- 【症结八十六】借款合同签订后, 立即向人民法院提出财产保全申请, 人民法院采取的保全措施是否可以作为当事人主张诉权的一种标志? (128)
- 【症结八十七】对案外人能否实施财产保全措施? (130)
- 【症结八十八】人民法院能否对被申请人投资的企业采取财产保全措施? (131)
- 【症结八十九】人民法院能否对原告的财产采取保全措施? (133)
- 【症结九十】对以代位权进行诉讼的次债务人是否可以采取财产保全措施? (134)
- 【症结九十一】已被人民法院冻结的单位银行账户, 其他人民法院是否可以继续冻结? (136)
- 【症结九十二】工会为其投资开办的企业欠债承担连带责任

任或为其他企业担保承担赔偿责任时, 人民法院能否冻结、划拨工会经费及工会经费集中户里的款项?	(138)
【症结九十三】国有企业下岗职工基本生活保障资金是否允许冻结或划拨?	(139)
六、期间、送达问题	(142)
【症结九十四】如何判断保证期间与诉讼时效期间的区别与联系?	(142)
【症结九十五】担保法实施前的保证期间没有约定或者约定不明的, 如何确定保证责任期间? ...	(143)
【症结九十六】邮寄上诉状的上诉期限应当如何计算? ...	(145)
【症结九十七】用简易程序审理的民商事纠纷案件, 当事人提出要求的, 答辩期是否受十五日的限制?	(146)
【症结九十八】租赁房屋合同纠纷中对不定期的租赁关系的解除以及出租人出卖房屋的, 应当在“合理的期限”通知对方, 如何理解“合理的期限”?	(147)
【症结九十九】当事人表示上诉, 但是在上诉期限内未交纳上诉状如何处理?	(149)
【症结之一百】如何界定对买卖标的物质量提出异议的期限?	(150)
【症结一百零一】民商事纠纷案件的上诉期限应当从何时开始计算?	(151)
【症结一百零二】被吊销或注销营业执照的企业如何进行送达通知其参加诉讼?	(152)
【症结一百零三】人民法院在送达时, 当事人拒收法律文	