

总第35集

【最新司法解释】

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

【借款合同专题】

论我国民间借贷法律制度的完善

【指导性案例】

土地承包经营权取得纠纷不属于人民法院民事案件主管范围

【最高人民法院二审案件解析】

诉讼时效中断事由的认定及处理

【民事审判信箱】

应当订立无固定期限劳动合同之日的确定

民事审判指导与参考

Reference and Guide to Civil Trial

中华人民共和国最高人民法院

民事审判第一庭/编

奚晓明/主编

2008年第3集 • 总第35集

民事审判指导与参考

Reference and Guide to Civil Trial

中华人民共和国最高人民法院
民事审判第一庭/编
奚晓明/主编

编辑委员会

主 任：杜万华

副 主 任：俞宏武 程新文

委 员（以姓氏笔画为序）：

冯小光 孙延平 张雅芬 张进先
陈现杰 杨永清 辛正郁 徐瑞柏
韩 玫 韩延斌

执行编辑：辛正郁

执行编辑助理：姚宝华



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事审判指导与参考. 2008年. 第3集:总第35集/
奚晓明主编;最高人民法院民事审判第一庭编. —北京:法
律出版社, 2008. 12
ISBN 978-7-5036-8971-0

I. 民… II. ①奚…②最… III. 民事诉讼—审判—中国—
参考资料 IV. D925.118.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第169355号

民事审判指导与参考(总第35集)
奚晓明 主编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 郑 导
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
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 陶 松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 18.25
字数 300 千
版本 2009年1月第1版
印次 2009年1月第1次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址/www.lawpress.com.cn
电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908
第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5036-8971-0

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

民事审判指导与参考

特约通讯员名单

北京高院	陈 特
天津高院	王屹松
河北高院	胡华军
山西高院	何炳武
内蒙古高院	刘文华
辽宁高院	唐学峰
吉林高院	冯彦彬
黑龙江高院	张洪洋
上海高院	薛文成
江苏高院	沈明磊
浙江高院	程建乐
安徽高院	王晓萍
福建高院	黄浩洪
江西高院	欧阳军
山东高院	刘学圣
河南高院	周志刚
湖北高院	钟 莉
湖南高院	王 鹏
广东高院	陈吉生
广西高院	周 蹈
海南高院	刘 嘉
重庆高院	邬 砚
四川高院	张天智
贵州高院	张爱琪
云南高院	尹 波
陕西高院	张军政
甘肃高院	杨 磊
青海高院	韩 锐
宁夏高院	徐福荣
新疆高院	崔文举
军事法院	包遵耀

目 录

【最新司法解释】

- 最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人
协议管辖的民商事案件判决的安排 1
- 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 8

【最新司法文件】

- 最高人民法院印发《关于处理涉及汶川地震相关案件适用法律问题的
意见(一)》的通知 12
- 最高人民法院印发《关于为推进农村改革发展提供司法保障和法律服务的
若干意见》的通知 15

【司法解释理解与适用】

- 《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》的
理解与适用——宋晓明 张勇健 刘敏 25
- 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》的理解与适用——宋晓明 刘竹梅 张雪梅 39

【建设工程施工合同专题】

- 建设工程案件审判实务中的有关问题——夏正芳 58

【合伙专题】

- 人合——合伙纠纷案件审理中一个不可忽视的因素——韩玫 72

【婚姻家庭专题】

探望权再探：从法律适用和完善的角——姬广胜 78

【借贷合同专题】

论我国民间借贷法律制度的完善——曹启东 86

【侵权专题】

关于涉交强险法律问题的调研报告——湖南省高级人民法院民一庭 103

【劳动争议专题】

《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》实施后劳动争议案件相关情况分析与预测——深圳市中级人民法院民六庭 111

【涉农案件专题】

土地承包经营权流转纠纷审判实务若干问题研究——姜梅 116

【指导性案例】

未完工程承包人是否可以主张优先受偿工程款 122

建设工程施工合同无效,但建设工程经竣工验收合格,发包人请求参照合同约定支付工程价款的,应予支持 125

当事人以婚姻法规定的无效婚姻四种情形以外的理由申请宣告婚姻无效法院不予支持 129

合伙纠纷还是劳动争议 133

如何认定合同的显失公平 137

法院判决解除合同后如何起算解除日期 142

因产前检查疏失导致缺陷儿出生相关医疗机构应否承担侵权责任 146

连环购车未办理转移登记机动车发生交通事故致人损害登记车主应否承担损害赔偿责任 155

用人单位解除事实劳动关系是否应向劳动者支付经济补偿金 162

伤残津贴可否一次性给付 167

土地承包经营权取得纠纷不属于人民法院民事案件主管范围 170

居民住宅小区的外墙面所有权属于谁 176

【最高人民法院二审案件解析】

- 诉讼时效中断事由的认定及处理——宁安市双龙实业有限公司
与哈尔滨铁路局拆迁补偿合同纠纷上诉案——冯小光 182
- 表见代理行为的构成与认定——宁夏龙海房地产开发有限公司
与宁夏合木生物技术开发有限公司、杨建国、杨建宁、韦生荣
合作开发房地产合同纠纷上诉案——韩延斌 197
- 在建房屋抵押合同的效力认定——彭先明与贵阳市商业银行、
贵州龙里大地房地产开发有限公司借款担保合同纠纷上诉案——张雅芬 209
- 应以备案合同文本还是存档合同文本作为结算工程价款的依据
——西安市临潼区建筑工程公司与陕西恒升房地产开发有限
公司建设工程施工合同纠纷上诉案——吴晓芳 221
- 税收征管法律、行政法规与民事合同效力——上海众昌置业发
展有限公司与上海盛天房地产咨询有限公司、上海联鑫房产
咨询有限公司商品房包销合同纠纷上诉案——辛正郁 234
- 买卖合同被解除时已办理交付和登记的标的物应如何处理——
济南市公共交通总公司与济南润华投资置业有限公司、济南
新惠德实业有限公司土地使用权转让合同纠纷上诉案——陈朝仑 243

【研讨与争鸣】

- 诉讼调解：模式设计和原则适用——王松 256

【法官沙龙】

- 从蒙书看童蒙口中的法律——周瑞春 268

【民事审判信箱】

- 定作人发现承揽人交付的工作成果有质量瑕疵，应当在多长时间
内提出异议 275
- 继父母与继子女之间形成的抚养关系不能自然终止 277
- 租赁合同未经登记不影响合同的效力 278
- 残疾赔偿金、死亡赔偿金是不是精神损害抚慰金 279
- 应当订立无固定期限劳动合同之日的确定 282
- 公路、桥梁等收费权能否出质 283

【最新司法解释】

最高人民法院关于内地与香港特别行政区 法院相互认可和执行当事人协议管辖的 民商事案件判决的安排

(2006年6月12日最高人民法院审判委员会
第1390次会议通过 自2008年8月1日起生效)
法释[2008]9号

根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第九十五条的规定,最高人民法院与香港特别行政区政府经协商,现就当事人协议管辖的民商事案件判决的认可和执行问题作出如下安排:

第一条 内地人民法院和香港特别行政区法院在具有书面管辖协议的民商事案件中作出的须支付款项的具有执行力的终审判决,当事人可以根据本安排向内地人民法院或者香港特别行政区法院申请认可和执行。

第二条 本安排所称“具有执行力的终审判决”:

(一)在内地是指:

1. 最高人民法院的判决;
2. 高级人民法院、中级人民法院以及经授权管辖第一审涉外、涉港澳台民商事案件的基层人民法院(名单附后)依法不准上诉或者已经超过法定期限没有上诉的第一审判决,第二审判决和依照审判监督程序由上一级人民法院提审后作出的生效判决。

(二)在香港特别行政区是指终审法院、高等法院上诉法庭及原讼法庭和区域法院作出的生效判决。

本安排所称判决,在内地包括判决书、裁定书、调解书、支付令;在香港特别行政区包括判决书、命令和诉讼费评定证明书。

当事人向香港特别行政区法院申请认可和执行判决后,内地人民法院对该

案件依法再审的,由作出生效判决的上一级人民法院提审。

第三条 本安排所称“书面管辖协议”,是指当事人为解决与特定法律关系有关的已经发生或者可能发生的争议,自本安排生效之日起,以书面形式明确约定内地人民法院或者香港特别行政区法院具有唯一管辖权的协议。

本条所称“特定法律关系”,是指当事人之间的民商事合同,不包括雇佣合同以及自然人因个人消费、家庭事宜或者其他非商业目的而作为协议一方的合同。

本条所称“书面形式”是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容、可以调取以备日后查用的形式。

书面管辖协议可以由一份或者多份书面形式组成。

除非合同另有规定,合同中的管辖协议条款独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响管辖协议条款的效力。

第四条 申请认可和执行符合本安排规定的民商事判决,在内地向被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的中级人民法院提出,在香港特别行政区向香港特别行政区高等法院提出。

第五条 被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地在内地不同的中级人民法院辖区的,申请人应当选择向其中一个人民法院提出认可和执行的申请,不得分别向两个或者两个以上人民法院提出申请。

被申请人的住所地、经常居住地或者财产所在地,既在内地又在香港特别行政区的,申请人可以同时分别向两地法院提出申请,两地法院分别执行判决的总额,不得超过判决确定的数额。已经部分或者全部执行判决的法院应当根据对方法院的要求提供已执行判决的情况。

第六条 申请人向有关法院申请认可和执行判决的,应当提交以下文件:

- (一)请求认可和执行的申请书;
- (二)经作出终审判决的法院盖章的判决书副本;
- (三)作出终审判决的法院出具的证明书,证明该判决属于本安排第二条所指的终审判决,在判决作出地可以执行;
- (四)身份证明材料:
 - 1. 申请人为自然人的,应当提交身份证或者经公证的身份证复印件;
 - 2. 申请人为法人或者其他组织的,应当提交经公证的法人或者其他组织注册登记证书的复印件;

3. 申请人是外国籍法人或者其他组织的,应当提交相应的公证和认证材料。

向内地人民法院提交的文件没有中文文本的,申请人应当提交证明无误的中文译本。

执行地法院对于本条所规定的法院出具的证明书,无需另行要求公证。

第七条 请求认可和执行申请书应当载明下列事项:

(一)当事人为自然人的,其姓名、住所;当事人为法人或者其他组织的,法人或者其他组织的名称、住所以及法定代表人或者主要负责人的姓名、职务和住所;

(二)申请执行的理由与请求的内容,被申请人的财产所在地以及财产状况;

(三)判决是否在原审法院地申请执行以及已执行的情况。

第八条 申请人申请认可和执行内地人民法院或者香港特别行政区法院判决的程序,依据执行地法律的规定。本安排另有规定的除外。

申请人申请认可和执行的期间为二年。

前款规定的期间,内地判决到香港特别行政区申请执行的,从判决规定履行期间的最后一日起计算,判决规定分期履行的,从规定的每次履行期间的最后一日起计算,判决未规定履行期间的,从判决生效之日起计算;香港特别行政区判决到内地申请执行的,从判决可强制执行之日起计算,该日为判决上注明的判决日期,判决对履行期间另有规定的,从规定的履行期间届满后开始计算。

第九条 对申请认可和执行的判决,原审判决中的债务人提供证据证明有下列情形之一的,受理申请的法院经审查核实,应当裁定不予认可和执行:

(一)根据当事人协议选择的原审法院地的法律,管辖协议属于无效。但选择法院已经判定该管辖协议为有效的除外;

(二)判决已获完全履行;

(三)根据执行地的法律,执行地法院对该案享有专属管辖权;

(四)根据原审法院地的法律,未曾出庭的败诉一方当事人未经合法传唤或者虽经合法传唤但未获依法律规定的答辩时间。但原审法院根据其法律或者有关规定公告送达的,不属于上述情形;

(五)判决是以欺诈方法取得的;

(六)执行地法院就相同诉讼请求作出判决,或者外国、境外地区法院就相同诉讼请求作出判决,或者有关仲裁机构作出仲裁裁决,已经为执行地法院所认可或者执行的。

内地人民法院认为在内地执行香港特别行政区法院判决违反内地社会公共利益,或者香港特别行政区法院认为在香港特别行政区执行内地人民法院判决违反香港特别行政区公共政策的,不予认可和执行。

第十条 对于香港特别行政区法院作出的判决,判决确定的债务人已经提出上诉,或者上诉程序尚未完结的,内地人民法院审查核实后,可以中止认可和执行程序。经上诉,维持全部或者部分原判决的,恢复认可和执行程序;完全改变原判决的,终止认可和执行程序。

内地地方人民法院就已经作出的判决按照审判监督程序作出提审裁定,或者最高人民法院作出提起再审裁定的,香港特别行政区法院审查核实后,可以中止认可和执行程序。再审判决维持全部或者部分原判决的,恢复认可和执行程序;再审判决完全改变原判决的,终止认可和执行程序。

第十一条 根据本安排而获认可的判决与执行地法院的判决效力相同。

第十二条 当事人对认可和执行与否的裁定不服的,在内地可以向上一级人民法院申请复议,在香港特别行政区可以根据其法律规定提出上诉。

第十三条 在法院受理当事人申请认可和执行判决期间,当事人依相同事实再行提起诉讼的,法院不予受理。

已获认可和执行的判决,当事人依相同事实再行提起诉讼的,法院不予受理。

对于根据本安排第九条不予认可和执行的判决,申请人不得再行提起认可和执行的申请,但是可以按照执行地的法律依相同案件事实向执行地法院提起诉讼。

第十四条 法院受理认可和执行判决的申请之前或者之后,可以按照执行地法律关于财产保全或者禁止资产转移的规定,根据申请人的申请,对被申请人的财产采取保全或强制措施。

第十五条 当事人向有关法院申请执行判决,应当根据执行地有关诉讼收费的法律和规定交纳执行费或者法院费用。

第十六条 内地与香港特别行政区法院相互认可和执行的标的范围,除判决确定的数额外,还包括根据该判决须支付的利息、经法院核定的律师费以及诉讼费,但不包括税收和罚款。

在香港特别行政区诉讼费是指经法官或者司法常务官在诉讼费评定证明书中核定或者命令支付的诉讼费用。

第十七条 内地与香港特别行政区法院自本安排生效之日(含本日)起作出的判决,适用本安排。

第十八条 本安排在执行过程中遇有问题或者需要修改,由最高人民法院和香港特别行政区政府协商解决。

附:截止 2006 年 5 月 31 日,内地经授权管辖第一审涉外、涉港澳台民商事案件的基层人民法院名单

附:

内地经授权管辖第一审涉外涉港澳台 民商事案件的基层人民法院名单

(截止 2006 年 5 月 31 日)

广东省

广州市越秀区人民法院

广州市海珠区人民法院

广州市天河区人民法院

广州市番禺区人民法院

广州市萝岗区人民法院

广州市南沙区人民法院

深圳市福田区人民法院

深圳市罗湖区人民法院

深圳市宝安区人民法院

深圳市龙岗区人民法院

深圳市南山区人民法院

深圳市盐田区人民法院

佛山市禅城区人民法院

东莞市人民法院

湛江经济技术开发区人民法院

惠州市大亚湾经济技术开发区人民法院

山东省

济南高新技术产业开发区人民法院

淄博高新技术产业开发区人民法院

泰安高新技术产业开发区人民法院

烟台经济技术开发区人民法院

日照经济开发区人民法院

河北省

石家庄高新技术产业开发区人民法院

廊坊经济技术开发区人民法院

秦皇岛市经济技术开发区人民法院

湖北省

武汉市经济技术开发区人民法院

武汉东湖新技术开发区人民法院

襄樊高新技术产业开发区人民法院

辽宁省

沈阳经济技术开发区人民法院

沈阳高新技术产业开发区人民法院

大连经济技术开发区人民法院

江苏省

苏州市工业园区人民法院

无锡市高新技术产业开发区人民法院

常州高新技术产业开发区人民法院

南通经济技术开发区人民法院

上海市

浦东新区人民法院

黄浦区人民法院

吉林省

长春市经济技术开发区人民法院

吉林高新技术产业开发区人民法院

天津市

天津市经济技术开发区人民法院

浙江省

义乌市人民法院

河南省

郑州高新技术产业开发区人民法院

洛阳市高新技术开发区人民法院

四川省

成都高新技术产业开发区人民法院

绵阳高新技术产业开发区人民法院

海南省

洋浦开发区人民法院

内蒙古自治区

包头稀土高新技术产业开发区人民法院

安徽省

合肥高新技术产业开发区人民法院

最高人民法院根据审判工作的需要,对授权管辖第一审涉外、涉港澳台民商事案件的基层人民法院进行增减的,在通报香港特别行政区政府后,列入附件。

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

(2008年8月11日最高人民法院审判委员会
第1450次会议通过 自2008年9月1日起施行)
法释[2008]11号

为正确适用法律关于诉讼时效制度的规定,保护当事人的合法权益,依照《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定,结合审判实践,制定本规定。

第一条 当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩,但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的,人民法院不予支持:

- (一)支付存款本金及利息请求权;
- (二)兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权;
- (三)基于投资关系产生的缴付出资请求权;
- (四)其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。

第二条 当事人违反法律规定,约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的,人民法院不予认可。

第三条 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。

第四条 当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩,在二审期间提出的,人民法院不予支持,但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

当事人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩,以诉讼时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的,人民法院不予支持。

第五条 当事人约定同一债务分期履行的,诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算。

第六条 未约定履行期限的合同,依照合同法第六十一条、第六十二条的规定,可以确定履行期限的,诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算;不能确定履行期限的,诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算,但债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的,诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算。

第七条 享有撤销权的当事人一方请求撤销合同的,应适用合同法第五十五条关于一年除斥期间的规定。

对方当事人对撤销合同请求权提出诉讼时效抗辩的,人民法院不予支持。

合同被撤销,返还财产、赔偿损失请求权的诉讼时效期间从合同被撤销之日起计算。

第八条 返还不当得利请求权的诉讼时效期间,从当事人一方知道或者应当知道不当得利事实及对方当事人之日起计算。

第九条 管理人因无因管理行为产生的给付必要管理费用、赔偿损失请求权的诉讼时效期间,从无因管理行为结束并且管理人知道或者应当知道本人之日起计算。

本人因不当无因管理行为产生的赔偿损失请求权的诉讼时效期间,从其知道或者应当知道管理人及损害事实之日起计算。

第十条 具有下列情形之一的,应当认定为民法通则第一百四十四条规定的“当事人一方提出要求”,产生诉讼时效中断的效力:

(一)当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书,对方当事人在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的;

(二)当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利,信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的;

(三)当事人一方为金融机构,依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的;

(四)当事人一方下落不明,对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的,但法律和司法解释另有特别规定的,适用其规定。

前款第(一)项情形中,对方当事人为法人或者其他组织的,签收人可以是其法定代表人、主要负责人、负责收发信件的部门或者被授权主体;对方当事人为自然人的,签收人可以是自然人本人、同住的具有完全行为能力的亲属或者被

授权主体。

第十一条 权利人对同一债权中的部分债权主张权利,诉讼时效中断的效力及于剩余债权,但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。

第十二条 当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的,诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。

第十三条 下列事项之一,人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力:

- (一)申请仲裁;
- (二)申请支付令;
- (三)申请破产、申报破产债权;
- (四)为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡;
- (五)申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施;
- (六)申请强制执行;
- (七)申请追加当事人或者被通知参加诉讼;
- (八)在诉讼中主张抵销;
- (九)其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。

第十四条 权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求,诉讼时效从提出请求之日起中断。

第十五条 权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告,请求保护其民事权利的,诉讼时效从其报案或者控告之日起中断。

上述机关决定不立案、撤销案件、不起诉的,诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算;刑事案件进入审理阶段,诉讼时效期间从刑事裁判文书生效之日起重新计算。

第十六条 义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为的,应当认定为民法通则第一百四十四条规定的当事人一方“同意履行义务。”

第十七条 对于连带债权人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由,应当认定对其他连带债权人也发生诉讼时效中断的效力。

对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由,应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。

第十八条 债权人提起代位权诉讼的,应当认定对债权人的债权和债务人