

'96 版

律考人员必备书
司法人员重点参考书

全国律师 资格考试 案例精解

30 天
快速进阶

• 精选精解

• 覆盖面宽

• 专家指导

• 考点评析

• 举一反三

• 实用高效

• 律考办案

• 全真自测

• 热身训练

知识出版社

全国律师资格考试案例精解

30 天快速进阶

编著 本书编写组

知识出版社

图书在版编目(CIP)数据

全国律师资格考试案例精解:30天快速进阶/《全国律师资格考试案例精解》编写组编著. —北京:知识出版社, 1996.5

ISBN 7-5015-1264-7

I. 全… II. 全… III. 律师-考核-自学参考资料 IV. D926.5

中国版本图书馆CIP数据核字(96)第05484号

全国律师资格考试案例精解 · 30天快速进阶 ·

编 著	本书编写组
顾问	刘文华
责任编辑	刘东风
出版发行	知识出版社
	(北京阜成门北大街17号 邮编100037 电话8343191)
经 销	新华书店北京发行所
印 刷	北京外文印刷厂

850×1168 1/32 17印张 540千字

1996年5月第1版 1996年5月第1次印刷

ISBN 7-5015-1264-9/D·31

印数10000册 定价25.00元

主 编 高光明

副主编 方天中 宋淑华 沈贵荣

编写组成员(以姓名笔划为序)

尤海法 尹秀超 邓建中 刘宏音 朱庄义

宋宇红 宋明清 张旭光 孟新军 赵树文

崔更国 崔 英 韩成锋 董志强 焦姝珩

廖淑媛

前 言

我国律师资格考试始于1986年,由于当时的社会环境以及人们主观思想的影响,其规模远较今日为小,参加者亦多为已从事律师工作的人。自此,律师资格考试每两年举行一次,分别于1988年、1990年、1992年进行了三次。1993年司法部律师司宣布将律师资格考试改为一年一次,据统计,1993、1994年两次律师资格考试的参加者均逾十万,1994、1995年正式允许香港、澳门符合条件的考生参加律师资格考试。至此,全国律师资格考试已成为在全国具有一定影响的职业资格考试。

律师资格考试业属初创,其中难免存在一些不尽人意之处,诸如试题内容、形式的变化较大,各次试题难度不一,等等。但最使考生注意的是律师资格考试的难度在逐年增加,如何提高应试能力,顺利通过律师资格考试,成为广大考生的难题。

律师资格考试的题型虽然变化较大,然而仍表现出一个明显的趋势:从理论到实务,令人眼花缭乱的法律知识都是以案例的形式出现。这就要求考生需具备解决实际问题的能力,因而在复习中应格外注意进行案例阅读、训练,养成案例分析的能力。

以往考生进行案例的阅读、训练,使用的案例主要依靠部门法案例的单行本,而要收集到各部门法的案例谈何容易;各部门法案例单行本少说也有三四十万字,一般考生难以承受对几百万字各部门法案例广泛阅读研究的重负,而且一般的案例集并不是针对律师资格考试编写的,所以,据其复习效果也就很难尽如人意。

。为了解决考生在复习中遇到的这个困难,我们针对律师资格考试的特点,精心挑选各部门法案例,编集成书,并对每个案例的问题与可能的考点进行评析,从而使考生能在最短的时间获得较好的收益。

以下结合律师资格考试的具体情况,依部门法种类,对案例复习作一分析:

一、民法

民法理论博大精深,我国尚无民法典,民法法律体系尚属滞后,以《民法通则》为核心,辅之以《婚姻法》、《继承法》、《收养法》等,在目前我国民法体系中占一席之地的合同法由于律考归入经济法内容中测试,因此尤使民法测试部分的可测法规范围少得可怜。因此,民法理论成为考生的受测重点,但试题并不使用“什么是民事行为?民事行为与民事法律行为的区别是什么?”等诸如此类的形式,而是采取案例形式进行测试。因此日常生活中实实在在的并不起眼的小事情出现在试卷上,而其中所包含的民法关系并非简单。

历次律师资格考试,以民法部分的测试由易到难尤为明显。这因为民法理论完善、复杂,是诸部门法中最难掌握的,其相应的法律条文的贫乏使理论功底不扎实的考生,在全面复习民法法条之后仍感不足以应付考试。

本书民事案例部分,注意以案例的形式覆盖民事法律理论的主要内容。同时涉及法规囊括了律师资格考试指定的范围。

在民事单行法中,分别对继承法、婚姻法、收养法编写了案例。

继承法自1986至1992年四年的民法考题中占了很大比重,尤以1990年为明显。但1993年律考试题中却基本放弃了对它的测试,窃以为这是因为继承法是我国民事法律中较成熟的法律之一,加之相应的司法解释,一般的继承问题均只需简单背出相应条文即可,实乃送分题,对于律考这样一种择优汰劣的考试来说实无必要占太大比重。也正由于此,本书继承法案例选择了难、深的原则,不对一些基本问题予以涉及。

婚姻法在历次律考中一直不占显著地位,这是由于其内容较少。法律规定原则化,法律及其司法解释中的具体化规定,则只指其事无甚意思,难以考出水平。本书也只选少量较复杂及有易为考生忽略之处的案例。

收养法往往与婚姻家庭、继承等相联系,实践中具单独意义的,也多仅在收养之时(尤其是外国人在我国收养子女),因此本书亦将收养融入婚姻、继承法部分中。

二、知识产权

知识产权法所包含的三个法律(商标法、专利法、著作权法)中,以商标法最为简单,而以著作权法较繁杂,著作权法律关系中往往涉及多方主体。著作

权法除在 1992 年著作权法实施后的第一次律考中曾出过一道 20 分的贯穿全法的试题外,在历届律考中亦不占甚大比重。商标法情况较为类似。然而值得注意的是由于保护知识产权呼声的日益提高,知识产权仍是律考的一个重点,由于知识产权附于“知识”之上,律考试题依实际情况将之与企业活动、经济生活相结合,从而使其更加复杂化、科学化。

同时需在此一提的是,由于我国已进行单独的专利代理人、商标代理人的考试,所以过于细节化的试题应是不为律考所取的。

本书针对知识产权法中所涉及知识产权的基本内容所编案例,难度适中,覆盖面广,统筹安排了各部分的比例。

三、刑法

历届律考试题对刑法的测试,主要考查考生分析实例的犯罪构成,在此基础上确定罪名等基本内容,由于刑事法律已趋修改前夕,庞杂的体系难为考生掌握,即使司法部指定的法规范围中也并不将所有补充规定列出,因此刑法部分案例本书采取大覆盖面,各类犯罪均予选择收录,形式上重犯罪构成,以使考生在复习中养成思维习惯。

四、经济法

经济法是律考的一个重点,其涉及法律、法规范围广、数量大、可考性强。其核心是合同法,由于多种原因,我国尚无统一的合同法,而代之以三个单行的法律:经济合同法、技术合同法和涉外经济合同法。

本书亦以三法分类,分别编写案例,由于合同的性质决定适用的具体法律,所以编排体系上不作过细划分,否则等于明确了合同种类,也就等于直接明确了适用的法律,对复习效果必然会有影响。而作为律考中的试题,则应首先区分三法的调整范围,否则失之毫厘,谬以千里。

五、企业法

企业作为市场活动中的重要主体,为历届律师资格考试所重视,且所占比例越来越大。公司法及三资企业法又是企业法中的重点,据此本书企业法律制度一部分,亦强调了相应的重点。

六、程序法

程序法可分为四大部门：民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法、仲裁法。民事诉讼法内容最多，在历届律考的程序法试题中所占比例亦最大。行政诉讼法与民事诉讼法有许多相同、相似之处，因此行政诉讼法的特别之处多为律考测试的重点。

本书在民事诉讼、行政诉讼案例部分，除注意了覆盖面之外，注意了案例具有一定难度。

日前，全国人大刚刚通过了对刑事诉讼法的修改，鉴于其施行尚需一段时间，根据以往律考的经验，1996年律考当着眼于刑诉的基本原则及修改涉及的具体内容。

另外，对海商法亦专篇编写了少量案例，以使考生有所感性认识，并借以复习海商法的基本内容。

本书在编写中得到了北京市金诚律师事务所、北京市恒通律师事务所的大力帮助，在此表示感谢。

编 者

1996年3月于北京

目 录

前言.....	1
第一篇 程序法.....	1
第一章 民事诉讼.....	1
第二章 刑事诉讼.....	47
第三章 行政诉讼.....	78
第二篇 刑事.....	117
第三篇 民法.....	164
✓第一章 民事.....	164
✓第二章 婚姻家庭法律制度.....	236
第三章 知识产权.....	262
第一节 著作权.....	262
第二节 商标权.....	277
第三节 专利权.....	286
第四篇 经济法.....	312
第一章 经济合同.....	312
第二章 技术合同.....	373
第三章 企业法律制度.....	394
第四章 财税.....	420
第五章 房地产.....	440
第六章 涉外经贸.....	458
第七章 海事.....	485
附 录 成果测试及答案.....	495

第一篇 程序法

第一章 民事诉讼

案例 1

【案情】 1992年夏季,经中间人张大千介绍,辽宁省某市属钢材经营公司业务人员孙小二来到北京市某钢铁厂,要求购买该厂钢材二千万吨。该年全国钢材市场曾有暴涨趋势,当时钢材供应紧张,但由于中间人的能干,该钢铁厂还是答应供应钢材经营公司钢材一千零五十万吨。当下双方在钢铁厂招待所里签订了购销钢材的合同,对钢材的数量、规格、价款、付款方式、发货方式都作了详细规定,钢材经营公司当即按合同约定交付定金50万元。该钢铁厂依约按期通过铁路将钢材托运到了钢材经营公司。货到后,钢材经营公司未按合同付款,钢铁厂几次去电催要。钢材经营公司回电称钢材质量有问题,不符合合同约定,造成钢材积压,尚未销售出去,因而尚不能付款。钢铁厂闻讯,即派人前往钢材公司催要款项。经了解,1991年夏秋之际,钢材公司所在地区钢材紧缺,经销者大赢其利。1992年上半年钢材价格仍有看涨势头,钢材公司预测该年秋季钢材还会紧缺,认为将有利可图,便购进钢材一千零五十万吨。结果该地区从不同渠道进了大批钢材,造成积压,销售很困难。公司只好拖欠货款。钢铁厂去人时,钢材公司已压价将钢材销完,不但没赢利,还略有亏损。鉴于此,钢铁厂人员经请示厂领导后,同意钢材经营公司少付一部

货款。钢材经营公司同意按合同价格的75%付款,钢铁厂则要求按合同价

款的85%付款。双方协商多次,仍达不成协议,钢铁厂便向人民法院提起民事诉讼,要求钢材经营公司从速返还货款及利息。

【问题与考点】 钢铁厂应向哪里的人民法院提起诉讼?此案应由哪里的人民法院管辖?

【评析】 本案属于合同纠纷的案件。根据民事诉讼法第24条的规定: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。本案原告是钢铁厂,被告钢材经营公司,因此本案应由钢材经营公司住所地的人民法院或者合同履行地的人民法院管辖。钢材经营公司是一个法人,法人以其主要经营机构所在地为住所地,钢材公司主要经营机构在辽宁某市,该案可由该市的人民法院管辖。

同时,根据《民事诉讼法》的规定,合同纠纷也可以由合同履行地人民法院管辖。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第19条规定: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;代办托运或者按木材、煤炭送货办法的,以货物发运地为合同履行地。本案的交货方式是托运,钢材发运地是北京,所以本案的合同履行地是北京。因此,北京地区的人民法院对本案也有管辖权。究竟向哪里的人民法院起诉,原告有选择的自由。根据民事诉讼法第35条的规定,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。

综上所述,钢铁厂应向被告住所地辽宁省某市或合同履行地北京地区的人民法院起诉。本案由最先立案的被告住所地或合同履行地的人民法院管辖。

案例2

【案情】 1993年10月,A县向往印刷厂(以下简称印刷厂)与B县大鹏有色金属实业公司(以下简称公司)在B县签订印刷合同一份。合同规定:“公司委托印刷厂印刷野鸟牌收录机说明书一万本,样本由公司提供,纸张由印刷厂负责;每本单价0.4元,价款总计人民币4000元;公司须预付定金1000元;交货日期为同年12月底,由印刷厂负责将全部说明书送到公司;任何一方违约,均按《经济合同法》的有关规定承担违约责任。”合同签订后,公

021-58001221

司依约交付了1000元定金。印刷厂即根据对方所交样本开始制版,至同年11月底,印刷厂将第一批试印的500本送交公司。公司经验收认为质量合乎要求,收下货物,同时提出因市场销路发生变化,要求印刷厂停止履行合同,所收定金扣除500本价格后予以返还。印刷厂遂于同年12月向A县人民法院提起诉讼,请求判令公司承担违约责任并继续履行合同。

公司在接到A县人民法院应诉通知书和起诉状副本时,恰逢公司所聘法律顾问因事外出,于是公司领导决定在法律顾问回来之前凭以往经验作出相应处理,没有办理应诉手续,而立即给A县法院发了公函,函中以本案的合同交货地和被告所在地均在B县为由,认为根据《民事诉讼法》第24条之规定,A县法院对本案没有管辖权,依法应移送B县人民法院。A县人民法院在收到公司公函后,当即通知印刷厂第一次庭审因故延期,并根据民事实体法和民事诉讼法有关法律规定,认为该院对本案有管辖权,遂出具书面裁定,驳回了公司提出的管辖权异议。公司不服裁定,遂向C市中级人民法院提出上诉,请求撤销A县法院裁定,将案件移送B县人民法院。C市中级人民法院经审理后认为,A县人民法院的裁定书认定事实清楚,理由充分,公司的上诉理由不能成立,遂驳回上诉,维持原裁定。A县人民法院在二审裁定生效后,经过庭审核定有关事实,作出缺席判决:由公司向印刷厂支付所收500本说明书价款、中途废止合同的违约金,鉴于市场变化,原订合同停止履行。诉讼费用全部由公司负担。一审判决后,公司不服,仍上诉至C市中级人民法院。二审法院审理后,认为一审法院认定事实清楚,适用法律正确,驳向上诉,维持原判。

【问题与考点】 1. 对管辖权的争议应在什么时候提出?

2. 该案二审法院是以什么理由裁定驳回公司的管辖权异议的?

【评析】 1. 《民事诉讼法》第24条至第33条,根据诉讼者与受诉法院之间的关系,对特殊民事纠纷的地域管辖作了特别规定,学理上称之为特别管辖。特别管辖对同一案件往往规定当事人可在两个或两个以上具有管辖权的法院进行选择,这就给此类案件管辖法院的确定带来了一般民事纠纷所没有的复杂性。此外,一段时间以来,地方保护主义在一定范围内作怪,争抢管辖权以维护地方狭隘利益,管辖权争议故有一定内在必然性。为解决这个问题,民诉法作出相应规定。

《民事诉讼法》第38条规定:“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。”本案中公司就A县人民法院对本案的管辖权提出异议,A县人民法院对该管辖权异议正式出具书面裁定,并告之上诉权,是符合《民事诉讼法》第38条规定的。“应当在提交答辩状期间提出”既赋予当事人有管辖异议权,又防止当事人滥用管辖异议权,干扰人民法院正常审判工作。根据《民事诉讼法》第113条之规定:人民法院应当在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告,被告在收到之日起15日内提出答辩状。被告提出答辩状的,人民法院应当在收到之日起5日内将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的,不影响人民法院审理,对于逾期提出的管辖权异议,人民法院将不再审查。

2. 至于公司的管辖权异议在二审时之所以被驳回,其根本原因是公司混淆了购销合同的履行地和加工承揽合同的履行地。本案中印刷厂与公司之间的合同是加工承揽合同,而不是购销合同。本案的委托印刷是由承揽方按定作方要求完成一定的加工行为,并不是由合同规定转移物的所有权,根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第20条规定: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。本案合同的印刷行为实施地在印刷厂,其所在地A县人民法院对该合同纠纷依法具有管辖权,所以A县人民法院及二审法院认定事实,适用法律都正确。

案例3

【案情】 张艳丽与胡志华于1988年结婚。胡从事推销业务,经常外出,性好酗酒,回到家则对张施暴且讽刺张名字虽取得美,人却长得出奇的丑。1993年5月,张以夫妻感情已经破裂为由向玉明市A区人民法院起诉,要求与胡离婚。A区法院受理后,查明原告张艳丽(女)的家庭住址、工作单位和户籍均在B区。被告人胡志华虽然婚前探亲曾住A区父母处,但其工作单位和户口却在湖北省C县,他与张艳丽结婚后家安在B区。因此,A区法院认为此案不属自己管辖,遂将案件移送B区人民法院处理。

B区人民法院受理后,认为原、被告结婚后家虽安在B区,但被告的工作单位和户口都在湖北C县,遂根据《民事诉讼法》第36条的规定,将案件移送给湖北C县人民法院审理。

湖北省C县法院接到此案后不久,给B区法院复函称:“我院受理此案后,经两次传胡志华谈话,认为此案主要事实难以查清,胡志华本人亦要求回

在原籍处理,同时被告单位现已迁至河北省D县,因此,特将全部案卷材料移送你院查办。”

B区法院以“被告单位既已从你县迁至河北D县,则应由你院直接将案件移送D县人民法院审理”为由,又将案件退回湖北C县人民法院。不久,河北省D县人民法院以胡志华已回玉明市治病为由,将案件退回玉明市B区法院。B区法院以胡志华一直住在A区父母处为由,将案件转送A区人民法院审理。

【问题与考点】 1. 本案应该由哪个法院管辖?

2. C县人民法院和B区法院以及D县人民法院对案件的移送正确吗?应如何移送?

【评析】 1. 《民事诉讼法》第22条第一款规定,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。根据《民法通则》和最高人民法院的有关司法解释,公民以其户籍所在地为住所地,公民离开住所地最后连续居住一年以上的地方,为经常居住地。本案原告向被告提起离婚诉讼,一般说,应由被告住所地人民法院管辖,但被告的住所地与经常居住地不一致的,应由其经常居住地人民法院管辖。这方便诉讼,有利于调查取证。本案被告同原告结婚后安家在玉明市B区,从1988到1993年已连续居住5年,玉明市B区即为被告经常居住地,因此,上案应由玉明市B区人民法院管辖。

2. 案件中人民法院对本案的几次移送,除A区法院的移送合法外,其他都是不符合法律规定的。民事诉讼中的移送管辖,是指没有管辖权的人民法院接受原告起诉后,发现案件不属于本院管辖时,应当查明这个案件归哪个法院管辖,并将该案移送有管辖权的人民法院。《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。本案中,受理原告起诉的A区法院审查后,认为本案不应由本院管辖,应由被告经常居住地B区法院管辖,并将案件移送给B区人民法院是正确的。而B区人民法院以被告户籍和工作单位都在湖北C县为由,将案件移送给湖北C县法院,C县法院将案件自行移送给河北D县法院,D县法院又将案件退回B区人民法院,这一系列做法都是违反《民事诉讼法》规定的。《民事诉讼法》规定受移送的法院不得再自行移送的目的,是为了保护当事人的诉讼权利,以免法院之间互相推诿,影响案件的及时审理。

综上所述,依照《民事诉讼法》第22条之规定,本案应由B区人民法院管辖。依照《民事诉讼法》第36条之规定,C县法院、B区法院以及河北D县法院对案件的移送都是不正确的。

案例4

【案情】 某市宇航服装厂与万家乐百货商场是两家相邻的企业单位。1993年5月,万家乐百货商场为装修门面,经宇航服装厂同意,在该厂外墙安装有“万家乐百货商场”字样的霓虹灯。1993年7月,宇航服装厂为扩大生产,在原有基础上施工加层,该工程承包给某区房屋修建公司。房屋修建公司的职工在施工中不慎将百货商场的霓虹灯损坏,宇航服装厂厂长得知后表示愿意承担新装霓虹灯的费用。数月后,宇航服装厂加层工程完毕,由于该厂领导发生变更,新上任的厂长不愿承担百货商场新装霓虹灯所需费用。为此万家乐百货商场向法院起诉,要求宇航服装厂赔偿800元。鉴于该案事实清楚、情节简单,双方争执金额不大,法院受理后适用简易程序。审判的那天,原告百货商场、被告方宇航服装厂都派代表准时到庭,审判员方明也来了,书记员李甲却因昨晚发病不能来,当事人双方认为该纠纷标的的不大,要求审判员开庭当即了结此案。方明见双方都同意,于是决定自己多辛苦点,自己一边审问,一边记录。庭审中,审判员询问双方是否申请审判员回避,原、被告均表示不请求回避。法庭调查中,被告提出百货商场在该厂房墙上安装霓虹灯,应酌情支付一定使用费,且该灯的损坏系房屋修建公司所为,应该公司负责赔偿。庭审结束后,经原告申请,追加房屋修建公司为共同被告,继续审理。在第二次审理中,仍由方明任审判员,张乙暂代李甲任书记员,当事人回答无需回避。庭审中,房屋修建公司提出,自己与宇航服装厂的合同早已履行完毕,在结算时,该厂从未提出有关赔偿问题,认为对此无需承担责任。三方各持己见,调解不成。法庭考虑到本案审理中,情况发生变化,争议较大,应适用普通程序,审判组织改为合议庭,书记员由病愈后的李甲担任。在未征求对合议庭组成人员回避的意见,当天法庭当庭宣判由房屋修建公司赔偿原告750元。公司对此提出上诉。据查,李甲与百货商场的总经理是同父异母兄弟。

【问题与考点】 1. 法庭在第一次适用简易程序中有没有违反民事诉讼法规定的地方? 如果有,是什么?

2. 审判组织由独任制改为合议庭是否还要征询当事人回避意见?

【评析】 1. 《民事诉讼法》第142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,适用简易程序。《民事诉讼法》第40条第二款规定适用简易程序审理的民事案件,由审判员一人独任审理。本案中基层法院法庭只有方明任审判员审理是合法的,但他在第一次适用简易程序对当事人的纠纷开庭时,一边审理,一边记录,这种自审自记的做法是不合法的。

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》第172条规定,适用简易程序审理案件,人民法院应将起诉内容,用口头或书面方式告知被告,用口头或其他简便方式传唤当事人、证人,由审判员独任审判,书记员担任记录,不得自审自记。法律将审、记分开,既可使审判人员集中精力审问,又可使法庭审问能被客观、准确地记录下。本案中,方明在第一次开庭中的自审自记显属违法。

2. 申请回避是当事人一项很重要的诉讼权利,人民法院在审理民事案件时对此应充分保障。《民事诉讼法》第45条规定,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书面方式申请他们回避:

- ①是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属;
- ②与本案有利害关系;
- ③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。

《民事诉讼法》第43条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,如果在此期间当事人未申请回避,法院也未自行回避,而确实存在应当回避的理由,这种情况属于程序严重违法。本案中,基层法院在开始审理时,认为事实清楚,权利义务关系明确,当事人的争议也不大,因而适用简易程序,但在审理过程中,发现情况有重大变化,当事人之间争议较大,根据最高人民法院的司法意见第170条规定,适用简易程序审理的案件,审理期限不得延长,在审理过程中,发现案情复杂,需要转为普通程序审理的,可以转为普通程序,由合议庭进行审理。但决不能因为在独任庭中已询问当事人,当事人回答无需回避,进而在改为合议庭时图省事、怕麻烦而疏漏要重新询问当事人是否有回避申请这一重要程序。本案中第一审法院既没有自行回避,由于法庭疏漏,当事人也未提出申请,程序上违反了民事诉讼法规定,二审人民法院应依法撤销原判,发回重审。

案例 5

【案件】 周学文是明光小学三年级学生, 现年 11 岁。张兵武, 现年 13 岁, 是明光小学五年级学生。1993 年 10 月 5 日下午放学后, 周学文与张兵武以及其他几个小朋友同行回家, 一路上打打闹闹, 捉迷藏、做游戏。周学文用一个小石子打伤了张兵武的头部, 张兵武用手一摸, 鲜血沾染手指, 张大怒。立即就地捡起石子还击。因没打着, 更怒, 张兵武即解下腰间的皮带, 追赶周学文。追上后, 乘周学文不备, 用皮带朝周学文的头部打去, 结果打伤了周学文的右眼, 当即致周眼角出血。回家后, 周学文的父母立即将其送进了医院。经检查, 打伤了视网膜, 住院做了手术, 支付医药费 3000 元。经医生诊断, 周学文右眼视力受到严重损害, 下降到 0.3。出院后, 周学文的父亲找到张兵武的父亲, 要求赔偿周学文就医期间的住院费和手术费, 张兵武的父亲以是你家儿子先把兵武的头打出血才引起兵武反手自卫为借口, 拒绝赔偿。在街道办事处调解无效的情况下, 周学文的父亲走进人民法院, 以张兵武的父亲为被告, 向法院起诉, 要求其赔偿损失。

人民法院受理后认为, 本案原告应当是周学文, 被告应是张兵武, 他们各自的父亲周明刚、张汤应作为他们各自的法定代理人参加诉讼。因此, 人民法院依法更换了原告、被告。经审理认为, 原告的起诉应予支持, 即依法判决被告赔偿原告的经济损失。

【问题与考点】 本案的原告、被告应当是谁? 人民法院将周学文、张兵武更换为原告、被告是否正确?

【评析】 《民事诉讼法》第 49 条规定, 公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。公民是民事活动中民事权利的享有者和民事义务的承担者, 是重要的民事主体。我国《民法通则》规定公民从出生起到死亡之时止, 具有民事权利能力。即公民从出生起就具有享有民事权利和承担民事义务的资格。公民依此而进行民事活动, 在民事活动中公民的权利受到侵犯怎么办? 民事诉讼法则赋予公民民事诉讼能力以保护。所谓民事诉讼能力是指享有民事诉讼权利和承担民事诉讼义务的能力, 是民事主体在诉讼法上的资格, 只有具备民事诉讼权利能力, 在自己的权益受到侵害或与他人发生争议时, 才能依法提起诉讼, 请求人民法院的司法保护, 民事诉讼能力是以民事权利能力存在为前提的, 民事诉讼能力同民事权利能力一样, 始于出生终于死亡, 不能转让, 不得剥夺。有权利, 则必有资格。因此任何公民, 包括未成年人、精神病