

《广东律师》

精选集 2010

A COLLECTION OF GUANGDONG LAWYER

◆ 广东省律师协会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

《广东律师》 精选集 2010

◆ 广东省律师协会 编



主 编：欧永良

副 主 编：陈锡康 肖 文 王 波

执行主编：叶 港

编 辑：刘 玲 吴里新 湛 平 叶芷兰



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

广东律师精选集. 2010 年 / 广东省律师协会编.
—北京: 法律出版社, 2011. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2242 - 0

I. ①广… II. ①广… III. ①律师—工作—广东省—
2010—文集 IV. ①D926.5 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 114532 号

《广东律师》精选集 2010 年
广东省律师协会 编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 戴伟 薛晗
责任编辑 薛晗
装帧设计 马帅

© 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 A5
印张 12.25
字数 332 千
版本 2011 年 7 月第 1 版
印次 2011 年 7 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
网址/www.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/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

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2242 - 0

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

弹指一挥间,中国律师制度恢复至今,已逾三十年。广东律师作为中国律师的先行者,在探索和开创中国特色社会主义的律师制度过程中,留下了非常重要的足迹,为我国的法治实践和众多法规、司法意见的出台提供了宝贵的智力支持。本书就是广东执业律师在长期的办案过程中的经验积累和理论思考的成果。

律师是一种专业性、实践性、操作性很强的职业。律师作为国家法治建设的重要力量,其素质的高低,直接关乎着当事人的合法权益及法律的公平正义在公民心中的形象。长期以来,广东律师群体一直都致力于追求广、博、精、深的业务知识,努力提高自己的理论素养和实践能力,并乐于与同行分享自己的宝贵经验和所思所悟。广东律师同仁对法律实务和理论研究的热情与持久努力,促进了《广东律师》杂志这一思想交流和业务研讨平台的繁荣与发展。

《广东律师》杂志作为广东律师交流学习的一个平台,力求理论与实践相结合,切合律师的实际需要。为进一步总结和升华广东律师的理论研究成果,广东省律师协会组织专家对2010年度《广东律师》所刊载的文章进行了认真评选,并将获奖文章结成本集,以反映广东律师在各方面的重要研究成果。希望本书的出版,能够让广大读者有所裨益,引起更多的讨论、交流与思考,从而为有价值的新思想、新观点的提出创造条件。

编 者

目 录

第一章 民事法律实务

3	建设工程价款优先权行使期限问题研究	黄 英
9	由一起建筑工程合同纠纷案谈“刑民交叉”案件的 司法处理	魏济民 何月姣
17	卖主隐瞒“凶宅”事实买主是否可以撤销合同	陈东文
21	简议《物权法》第 74 条规定与车位车库争议	王腊清
30	侵权法的机会损失规则研究	张民安 林泰松
42	工伤双重赔偿中的价值失衡 ——对一件真实的交通事故工伤案例的分析	陈和芳
52	上班期间感冒、下班突发疾病死亡是否属于工伤	谭卫山 周玉清
57	交通事故中死者应负赔偿责任不能用死亡赔偿金抵偿	严垠章
63	由“涉嫌抄袭教案”谈我国著作权的获得	赵俊杰
68	欧耀多专利确权纠纷抗辩胜诉案	孙大勇

第二章 商事法律实务

77	公司整体变更时股东纳税义务问题研究	李晓丽
84	对“隐名股东”法律地位的辨识	彭中飞

91	非破产清算程序中清算义务人未依法履行清算义务的 侵权责任	张树升
103	我国企业破产重整制度若干问题研究	黄亮平
111	可口可乐并购汇源案之“传导效应” 重大突破、略有不足	冯 江
120	——浅谈新《保险法》对投保人、被保险人、受益人 权益的保护	邱庆刚
128	企业财产险承保家庭财产是否构成欺诈	谭卫山
134	关于支票结算法律风险防范的研究 ——对几起涉及支票纠纷案件的解析	徐洪辉
142	浅谈商业银行在票据贴现业务中的风险防范	刘永峰
148	海上承运人对货物的保险利益有关问题研究	李兆良
160	对一起 FOB 条款下电报放货案件的实证分析	胡叶荣
168	论无船承运人的识别	雷正卿

第三章 劳动法律实务

181	试述不签订书面劳动合同二倍工资的认识误区	蔡 飞 张亚美
187	浅析以“生产经营发生严重困难”为由裁员的法定条件 劳动者不与用人单位签订劳动合同不是用人单位	卢庆波
193	解除劳动关系的法定理由 ——×市××公司与张某劳动争议案评析	罗学源

第四章 刑事法律实务

203	医院里来的不速之客	腾 云
-----	-----------	-----

214	从“中国前首富”黄光裕、杜鹃夫妻刑事案件浅析 “内幕交易罪”	胡文坚
-----	-----------------------------------	-----

第五章 律师实务

227	新《律师法》实施与人权保障 ——从新《律师法》实施两年的回顾与展望谈起	梁淑军
232	《律师法》沿革与律师执业权益的维护	蔡海宁 何如
249	论律师职业伦理之独立性的正当性基础	蔡华 颜翔
255	关于完善律师执业责任保险制度的思考	杨日华 吕雪娟
271	中国律师科学发展之律师营销	黄振辉 郭飞英

第六章 法律方法

279	判决书叙事的特点及其限制	刘竹雀
-----	--------------	-----

第七章 理论探析

291	中国移植独立董事制度反思	谢玲丽 张钧
298	建立前科消灭制度初探	刘海燕
304	论环保维权中的私力救济 ——从一则因环境维权引发的刑事案件看我国农民 环境维权之困及其出路	胡仕波
312	交通事故抢救费用垫付制度完善之我见	谭杜君
320	略论统一司法解释与司法自由裁量权	尤顺然
327	论政府法制部门设立公职律师岗的合法、可行性	王学堂

第八章 热点问题

335	房产新政与房地产抵押贷款的风险和防范	伍穗生
345	矿业权如何取得才属合法 ——矿业企业上市之律师重点核查问题解析	卢旺盛
353	“小产权房”若干热点问题研究	杨振平 李 钊
363	美国 337 调查及应对方略	石怀方 江知芸
371	论人大对法院的监督权	钟 坚 田 波
378	推进法治政府建设是应对上策 ——谈《国家赔偿法》修改对行政机关工作的影响	黄庆伟

第一章 民事法律实务

建设工程价款优先权行使期限问题研究	黄 英
由一起建筑工程合同纠纷案谈“刑民交叉”案件的司法处理	魏济民 何月姣
卖主隐瞒“凶宅”事实买主是否可以撤销合同	陈东文
简议《物权法》第74条规定与车位车库争议	王腊清
侵权法的机会损失规则研究	张民安 林泰松
工伤双重赔偿中的价值失衡	
——对一件真实的交通事故工伤案例的分析	陈和芳
上班期间感冒、下班突发疾病死亡是否属于工伤	谭卫山 周玉清
交通事故中死者应负赔偿责任不能用死亡赔偿金抵偿	严垠章
由“涉嫌抄袭教案”谈我国著作权的获得	赵俊杰
欧耀多专利确权纠纷抗辩胜诉案	孙大勇

建设工程价款优先权行使 期限问题研究

黄 英*

在我国,建设工程的建设单位、发包人拖欠建筑施工企业的工程款已经成为建筑行业久治不愈的顽疾,甚至连政府也在拖欠工程款,各地政府拖欠工程款的新闻不时见诸报端。这种现象已经造成了极为严重的社会恶果,政府的形象大为受损,企业的信誉降低,社会的诚信基础被动摇;为追讨欠款,企业和个人甚至采取了极端的方式,令解决问题的成本极大地增加,法律公信力丧失。本来为了解决这一问题,国家在立法上作出了规定,以图用法律的方式突破这一难题。《合同法》第286条规定:“发包人未按照约定支付价款的,承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的,除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外,承包人可以与发包人协议将该工程折价,也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”但从《合同法》实施以来的10年间,虽然法律确认了建设工程价款优先权,但实际情况却是拖欠工程款的数额越来越大,已到了积重难返的局面,以致每逢年底,国务院和地方政府都要为清理拖欠工程款三令五申。这一结果的发生,使我们不得不重新审视工程价款优先权制度的合理性。

* 珠海市金湾区司法局。

一、存在的问题

建设工程优先权应在何时行使,《合同法》没有作出明确规定。2002年6月27日起施行的最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》规定:“建设工程承包人行使优先权的期限为六个月,自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。”最高人民法院的司法解释之所以将建设工程承包人行使优先权的期限设定为6个月,其原因在于特殊保护承包人的权益,促使发包人充分履行支付工程价款的义务,稳定经济秩序。然而,这种规定在实践中已证明其合理性存在问题。

1. 司法解释与《合同法》第286条有冲突。《合同法》第286条规定行使优先权的条件是:未按约定支付价款,在合理的期限内催告,发包人逾期不支付。从这两点来看,优先权行使的期限是工程价款到期并经承包人依法催告,而竣工之日仅意味着承包人完成了约定的工程事项,并不代表工程款已到支付期限。往往是工程竣工了,但还未到双方合同约定的工程款支付时间,在此情况下,承包人根本无法依法催告发包人支付,行使优先权的条件也未能成就。而司法解释只规定工程竣工这一行使的前提条件,不仅与《合同法》的规定不一致,也突破了《合同法》的法定条件,超出了法律授权的范畴,因此,该司法解释的合法性存在问题。

2. 工程款优先权虽然具有担保物权的性质,但从本质上来看,仍属于一般债权,不论担保物权还是债权都应受到时间的限制。在建设工程施工合同履行过程中,发包人违约拖欠工程款时,依据《民法通则》的规定,承包人提起诉讼的时效期间应为2年,也就是从合同约定的工程款支付期限届满之日起计算为2年。而因具有担保物权的性质,建设工程价款优先权的权利保护期间应该更长,司法解释使物权的地位落后于债权,这与民法的一般原理相悖。工程款优先权的行使期限只有6个月,在债权行使期间远远没有届满的时候,工程款优先权就已经消灭。因此,作为担保物权的建设工程价款优先权先于其从属的主债权而消灭,其担保作用将丧失殆尽。

3. 规定6个月的期间明显不合理,不能真正起到保护承包人利益的作用。承包人要实现对工程价款的优先受偿权,其前提必须是工程价款已得到发包人和承包人的共同确认,即需要经过双方对工程款结算。而结算是依建筑工程施工合同的约定进行。如果双方未能达成一致的结算价格,就需要通过诉讼程序或仲裁程序来确定工程价款。在确定工程价款后,承包人需要向发包人发出支付工程款的催告,要求发包人在一定的期限内支付工程款。经过上述程序后,承包人才可以行使优先权。由此可见,从工程竣工到承包人能否实际行使优先权,其需要完备上述程序的时间一般都会超过6个月。司法解释规定的期限过短,极有可能使承包人无法在6个月内行使优先权。

建设工程本身的特点决定了工程价款的结算需要较长时间,如果发包方故意拖延结算时间,则承包人在6个月的期限内根本不可能行使优先权。立法的本意是保护承包人,而实践的结果恰恰相反。在法院审结的工程款纠纷案件中,很多很难能获得法院对承包人行使优先权予以支持,均因为超过6个月才提出优先受偿权的请求,都被法院以超过6个月期限的规定而驳回。

4. 起算时间从建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算不合理。这与建筑行业的惯例不相符。建设工程竣工之后,首先必须进行工程价款的结算程序,在工程价款确定后,发包人违约未支付工程款时,承包人才可能行使优先权。由此可见,在竣工之日至结算结束之日期间,承包人是无法行使优先权的,而且一旦结算阶段超过6个月,承包人即丧失了行使优先权的手段。

规定从工程竣工之日起计算,则未竣工的建筑工程的承包人不能行使优先权。现在因为各种原因,造成许多工程发生停建、缓建的情况,甚至是烂尾工程,如果仅对竣工工程规定了优先权,那么对于停建、缓建工程的承包人来说,无疑是极不公平的,况且,此种情况下承包人的权益更应得到法律的充分保护。

因此,最高人民法院的司法解释,将建设工程价款优先权的行使期限规定为6个月,具有明显的缺陷,在实际操作中,很难做到保护承包人

能以优先权的法律手段来维护自己的利益。

二、建设工程优先权行使期限的完善

从各国的立法来看,对建设工程承包人行使优先权的期限一般都没有限制,或设定了比较长的期限。例如,《法国民法典》第 2262 条规定:一切物权或债权的诉权,均经 30 年的时效而消灭,援用此时效者无须提出权利证书,他人也不得对其提出恶意的抗辩。民事诉讼案件,都涉及诉讼时效。而且,不少民事案件,最终都以债权人超过了诉讼时效而败诉。这样的判决和结果,从我国现行民事法律制度来说,是合适的,体现了法律的公正和公平。但是,从事实的方面或者角度,或者从法律制度的本意来说,是不公正和不公平的。因为,对诉讼时效抗辩的流行和经常发生债权人因超过诉讼时效而败诉的后果,说明诉讼时效制度本身和实施中存在问题,说明诉讼时效制度本身和实施中对债权人很不利。债务人如果能依靠诉讼时效制度轻而易举地逃避应该履行的债务,人们就应该考虑诉讼时效制度及实施本身的问题了。因此,我们可以借鉴其他国家的经验,对优先权的行使期限设定一个合理的、能够充分保护承包人有效行使优先权的时间。从以下方面考虑设定行使期限。

1. 从优先权的性质来设定优先权的期限。

建设工程价款优先权虽然具有担保物权的特性,但其实质上仍然是一般债权。债权清偿请求是以债务是否到期为条件的,只有到期的债务,债权人才能要求债务人履行支付或给付的义务。从债权的性质来分析,建设工程中承包人行使优先权的前提是其所依据的建设工程合同所形成的债权到期,而且发包人未给付工程价款。最高人民法院的司法解释规定的工程竣工之日只是债权到期的前提条件,并非债权到期之日。在我国的建设工程施工合同中,大多数是分期支付工程款,余款在工程竣工交付使用一段时间才会给付。而且合同约定结算的条件往往是竣工验收合格后多少天内支付,但实际上,很大部分工程的竣工和验收并不是同一天,经常会在竣工后才进行验收工作。若以竣工之日作为优先权行使期限的起算日,则造成优先权尚未成立之时就开始计算优先权的行使期限,显然与优先权的性质互相冲突。从优先权的性质来分析,承

包人行使优先权期限的起算日应为债权到期之日。

2. 优先权期限的性质决定优先权的设定。

从司法解释来看,法院规定优先权的行使期限是一种除斥期间,并且规定为不变期间,没有中止、中断、延长等情形。除斥期间是一种特殊行使期限或责任免除期限,是法律规定债权人积极行使权利的最长期限,即在法律规定的权利有效期间内,当期间届满该权利当然消灭。由于除斥期间届满直接导致债权人失权,故在确定除斥期间起止时间时应充分保证债权人权益。因此设置该期限时必须保证债权人能够行使权利。如《担保法》中规定的保证期间是从主债务履行届满之日起计算,而非主债务履行期限中。作为从属于工程价款债权的优先权,若设定其起算日在工程价款到期前,此时,承包人尚无权向发包人主张工程价款,更无权行使优先权,若优先权的行使期限只有6个月,往往在工程价款还没有到期时,优先权已经消灭,这显然是侵害了承包人的权利。

3. 优先行使期限设定的建议。

建设工程一般具有投资大、技术复杂、施工周期较长的特点,工程价款的决算需要较长的时间,而且发包方往往以拖延决算的方式来达到拖欠工程价款的目的,因此在设定建设工程价款优先权的行使期限时,应不短于被保护债权的诉讼期限。《民法通则》规定一般债权的诉讼时效为2年,建设工程款优先权的行使期限也应与此规定相一致,以避免法律的冲突。对于行使期限起点如何设定,应从以下方面考虑:

(1) 合同中已明确约定了付款期限,发包方与承包方在建设工程施工合同中,就工程款的支付时间作出约定的,或者虽然合同中没有明确约定,但双方就工程价款支付期限又达成了一致协议的,优先权行使期限的起点应从工程价款支付期限届满时起计算。

(2) 合同中未约定付款期限,双方事后又未达成一致协议的,优先权行使期限的起点应依最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第16条规定的付款时间届满之日起计算:

- a. 建设工程已实际交付的,为交付之日;
- b. 建设工程没有交付的,为提交竣工结算文件之日;
- c. 建设工程未交付,工程价款也未结算的,为当事人

起诉之日。

(3) 只有当事人的民事权利完全实现了, 优先权时效才因适用对象不存在而无适用余地。如果将最高人民法院司法解释规定的“建设工程承包人行使优先权的期限为 6 个月”误认为保护民事权利的请求权并将其作为诉讼时效的适用对象, 则会导致只要当事人起诉其权利就会得到法院保护, 这样诉讼时效不再有适用余地。最高人民法院司法解释规定的“建设工程承包人行使优先权的期限为 6 个月”, 应只能理解为承包人向发包人提出优先权的时间, 不应当是承包人依据《合同法》的规定向法院提出优先权诉讼的时效规定, 承包人行使优先权的诉讼时效应为《民法通则》规定的一般债权适用的 2 年诉讼时效。因此, 承包人虽未在司法解释规定期限内向发包人行使优先权, 但不丧失起诉权, 而权利的最终实现才是诉讼时效的终结。

由一起建筑工程合同纠纷案 谈“刑民交叉”案件的司法处理

魏济民 何月姣*

【案情简介】

2007年11月,广州市某区基本建设投资管理机构(以下简称基建办)作为某大桥工程招标人,委托招标代理机构广州市某建设顾问有限公司办理大桥工程招标事宜。行为人李某某等人使用伪造的江西某高速公路工程有限责任公司(以下简称高速公路公司)印章,同时使用高速公路公司法定代表人曹某某和公司副总经理高某某的虚假签名,假冒高速公路公司名义,向招标人开具法定代表人证明书和授权书,编制了虚假投标文件进行投标并中标。行为人周某使用伪造的高速公路公司印章,假冒高速公路公司名义,与基建办签订了《广州市某区某大桥工程施工合同》(以下简称《施工合同》)。之后,行为人谢某某使用伪造的高速公路公司印章,假冒高速公路公司名义,与刘某某签订《广州某区某大桥工程施工目标责任管理合同》(以下简称《施工管理合同》),将工程非法转包给刘某某施工队进行施工。

由于管理混乱,刘某某施工队施工不力,工程质量出现问题,大桥工程被迫停工。

基建办认定高速公路公司就是与他们签订合同的真实主体,于

* 广东华瑞兴律师事务所。