

德法相融

tiantong 天同

天下大同

北京天同律师事务所 案例精选 (二)

蒋 勇 \ 主编 陈耀权 \ 执行主编

古文献记载：“天同：南斗第四星”，“为福德主，解厄制化。”天同星是福星，具有逢凶化吉、消灾解厄之灵动力。以天同星命名的天同律师事务所倡导“德法相融、天下大同”的法律思想，秉持“信任创造价值”的执业信念，不求最大，但求最精、最专，致力于成为中国高端民商事诉讼最佳解决方案提供者。

德法相融 天下大同

北京天同律师事务所案例精选 (二)

主 编 蒋 勇

执行主 编 陈耀权

撰 稿 人 蒋 勇

丁 乐

郑厚哲

王 坤

陈耀权

郭香龙

李博雅

刘煜暄

宋 玉

彭 卿

赵莉波

张永辉

王 峰

郑 玮

祁 科



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

北京天同律师事务所案例精选. 第二辑 / 蒋勇主编.
—北京: 法律出版社, 2010. 7
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0785 - 4

I. ①北… II. ①蒋… III. ①案例—分析—中国
IV. ①D920. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 084389 号

北京天同律师事务所案例精选(第二辑)

蒋 勇 主 编

责任编辑 郑 导
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 × 1092 毫米 1/16
版本 2010 年 8 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京忠信诚胶印厂

印张 16 字数 182 千
印次 2010 年 8 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张宇东

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0785 - 4

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言

时光荏苒。在2010年这个火热的夏天,《北京天同律师事务所案例精选》(第二辑)终于付梓问世。回望本书从动议、起草,经几番增删直到最终集结出版的历程,不禁感慨万千。可以说,本书的每一个字都凝结了天同律师无数个漫漫长夜的辛勤汗水,更充满了帮助客户圆满实现合法权益时的欣慰与自我价值实现。

本书化茧成蝶的这两年,正是天同律师事务所发展最为迅速的两年:

2009年春,天同加入中世律所联盟(SGLA),并在SGLA五个核心法律执业团队中的诉讼及争议解决团队扮演重要角色。2009年夏,天同迁入了东方广场新的办公区域,迈上了新的发展平台。2009年底,天同获评中国信达资产管理公司“年度优秀法律服务中介机构”。2010年,天同首次参选《亚洲法律事务》(ALB)年度法律大奖评选即获得“专业律师事务所”及“纠纷解决律师事务所”两项大奖提名……

一个个天同历史上的重要事件,标志着天同一次又一次实现自我超越,向着中国诉讼、仲裁领域最优秀的律师事务所的目标不断坚定前行。

两年里,天同继续秉持“信任创造价值”的执业理念和“不求最大,但求最精、最专”的执业精神,为高端客户的重大、疑难诉讼及仲裁提供诚信、专业、高效的法律服务。特别是,天同敏锐地把握了由《民事诉讼法》修改而直接引起的再审改革大潮,代理最高人民法院案件数量不断增加且保持着极高的胜诉率,不断巩固在业内相关领域的领军地位。天同,立志成为中国高端民商事诉讼最专业解决方案的提供者。

本书选取的案例继承了《德法相融,天下大同》——北京天同律师事务

所案例精选》的突出特点：

第一，天同律师办理的案件胜诉率极高。本书甄选了天同律师办理结案的案例 26 件：其中，代理最高人民法院二审、再审案件 20 件，代理其他各地法院、仲裁机构案件 6 件。其中，和解并完全实现当事人诉讼目标的 4 件；在判决结案的 22 件案件中：诉讼请求获得最高人民法院全部支持的 17 件，绝大部分支持的 4 件，未获支持的仅 1 件，胜诉率高达 96%。这些案件中，2 件被刊登在《最高人民法院公报》；1 件被刊登在最高人民法院民二庭主编的《民商事审判指导》，作为指导全国审判工作的经典案例。

第二，天同律师办理的案件遍布全国各地。本书选入的案例，二审或再审涉及的法院包括：北京、广东、山东、浙江、河南、辽宁、四川、湖北、湖南、江西、陕西、吉林、重庆、新疆、甘肃和海南等十多个省、直辖市、自治区的高级人民法院。

第三，天同律师办理的案件涉及业务领域广泛。本书选入的案例包括：借款与担保纠纷、侵权纠纷、委托合同纠纷、公司股权纠纷与出资纠纷、信用证纠纷、租赁合同纠纷、建设工程纠纷及海商纠纷等。同时也包括行政诉讼案件以及案件执行问题，等等。

需要说明的是：在保证案件真实性的基础上，考虑到尊重当事人隐私，所有涉案当事人名称均隐去而以某某代替。同时，本书承袭了《德法相融，天下大同——北京天同律师事务所案例精选》的编排结构，每件案件以【导读】形式帮助读者快速抓住案件关键事实及核心争议问题、以【基本案情】的介绍为读者展现原始、完整的案件经过、以【一审结果】或【原审结果】明晰一审法院或原审法院的认定意见与判决结果、以【天同代理】整合天同律师对案件的具体分析及诉讼的基本策略、以【二审结果】或者【案件结果】揭示法院对于案件的审视及对于天同代理意见的评判、以【律师手记】系统还原并放大了法律架构、法律解读、法律执行中遇到的一些问题，分享了天同律师在客户沟通、案件分析、庭审及策略方面的一些经验，以【相关链接】重现案件相关事实报道或法律分析。

本书与《德法相融，天下大同——北京天同律师事务所案例精选》均

是天同八年来的成果精粹。它们镌刻了天同的点滴成长,铭记了天同律师的酸甜苦辣。回忆天同过往之辉煌,离不开自身的不懈努力,更离不开朋友们的支持与帮助。展望天同明日之伟业,更当夕惕若厉,行健不息。

谨以此书的出版,向天同的各界朋友及客户致谢!向为中国法治建设不断贡献力量的法律执业者致敬!向所有曾经和现在在天同挥洒青春的天同人致礼!

编者
2010年7月

目 录

第一部 最高人民法院再审、二审案件

- 一、国有商业银行与金融资产管理公司就金融不良债权转让协议发生纠纷,人民法院应否受理
 - 某国有资产管理公司济南办事处与某国有商业银行周村支行金融债权转让协议纠纷管辖权异议案 3
- 二、确定权利的性质应以权利的内容为依据
 - 四川某银行与烟台某银行转贴现合同纠纷案 13
- 三、政策性不良债权剥离过程中的诉讼时效问题
 - 某资产管理公司与某化学工程公司、某化学工程公司海南公司借款担保合同纠纷再审案 26
- 四、名为股权转让,实为终结联营合作关系
 - 四川某生物药业股份公司与某药业有限责任公司出资纠纷案 32
- 五、如何理解《海商法》第9条“第三人”的含义
 - 马来西亚某公司与绍兴某进出口公司侵权纠纷案 43
- 六、抵押登记未完成而第三人合法受让房产的,债权人不得要求第三人对该房产所担保的债务承担还款责任
 - 某资产管理公司、吉林某股份有限公司、吉林某商场、吉林某房地产集团公司借款合同纠纷上诉案 51
- 七、消极确认之诉中的举证责任分担
 - 某资产管理公司与某钢铁集团公司确认担保之债不存

在纠纷案·····	62
八、债权转股权过程中被出资人的认定	
——陕西省某县水泥厂、某建材集团公司、陕西省某建材公 司债权转出资纠纷上诉案·····	77
九、如何认定公司对股东提供担保行为的效力	
——某资产管理公司与某创业有限公司、某控股有限公司、 湖南某股份有限公司等借款担保合同纠纷·····	91
十、如何认定两笔贷款之间“以贷还贷”关系	
——某银行汉口支行与某信托投资公司借款合同纠纷案·····	100
十一、以划拨土地上的建筑物设定抵押,未经土地管理部门批 准,该抵押是否合法有效	
——某国有资产管理公司与烟台某宾馆借款抵押合同纠纷案 ·····	107
十二、受让方未支付股权转让款,转让方能否要求解除股权转让 合同	
——甘肃某集团公司与北京某商贸公司股权转让合同纠纷案 ·····	119
十三、适用赔偿性违约金应以存在实际损失为前提	
——新疆某经贸有限公司与新疆某轻型建材有限责任公 司租赁合同纠纷·····	126
十四、合理运用诉讼策略,维护客户正当利益	
——北京某置业公司与山西某资产投资经营公司委托合 同纠纷案·····	133
十五、如何认定出让国有土地的闲置时间	
——河南某实业有限公司与河南某市政府、某开发区管理 委员会行政诉讼案·····	141
十六、企业能否因改制而免除保证责任	
——某资产管理公司成都办事处与成都某通信公司借款	

合同纠纷案	151
十七、如何认定一般债权质押合同的效力	
——湖南某银行与湖南某置业公司质押合同纠纷案	164
十八、信用证开证行审单义务的限制	
——某资产管理公司重庆办事处与重庆某房产公司信用 证垫款纠纷上诉案	172
十九、侵害抵押权应承担的责任	
——某资产管理公司重庆办事处与重庆某置业开发公司 侵权纠纷案	182
二十、仲裁协议约定的仲裁机构尚未组建,仲裁协议效力如何认 定?	
——景德镇市某实业有限公司与某置业有限公司房屋买 卖合同纠纷管辖权异议上诉案	193

第二部 其 他

二十一、如何实现建设工程价款优先受偿权	
——中国某建设集团公司与广东某路桥发展公司、广东 某银行工程欠款纠纷执行案	205
二十二、未获股东大会批准的增资扩股协议效力如何认定	
——深圳某控股公司、北京某集团公司、某证券公司增 资纠纷案	211
二十三、被查封的股权如何实现转让过户	
——北京某科技公司与某证券公司、北京某建设公司转 让被查封的股权案	218
二十四、承包经营方可否直接受领拆迁补偿款	
——北京某工业公司与北京某汽车公司、北京某市场侵 权赔偿纠纷	225
二十五、设备买卖合同中的验收义务	

——上海某实业发展公司与福建某家居制造公司买卖

合同纠纷仲裁案 232

二十六、企业间借款问题的处理

——北京某建设公司与某实业公司合资合同纠纷案 239

北京天同律师事务所案例精选(第二辑)

第一部 最高人民法院 再审、二审案件

一、国有商业银行与金融资产管理公司就 金融不良债权转让协议发生纠纷， 人民法院应否受理

——某国有资产管理公司济南办事处与某国有商业银行
周村支行金融债权转让协议纠纷管辖权异议案

【导读】

2009年3月30日，最高人民法院印发《〈关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要〉的通知》（法发〔2009〕19号）（以下简称《纪要》），在强调金融资产管理公司与国有银行就政策性金融资产转让协议发生纠纷起诉到人民法院的，人民法院不予受理的同时，对政策性不良债权与商业性不良债权做出了界定，并对政策性不良债权转让协议纠纷是否受理规定了不当得利之诉的例外情形，意义十分重大。解读本案，对理解《纪要》最新精神及司法审判的价值取向，正确区分政策性金融不良债权转让和商业性不良债权转让，探寻金融不良债权转让协议纠纷的司法救济途径，不无裨益。

【基本案情】

再审申请人(一审原告、二审被上诉人):某国有资产管理公司济南某办事处(以下简称“济南办”)

代理人:北京市天同律师事务所 陈耀权律师、彭卿律师

再审被申请人(一审被告、二审上诉人):某国有商业银行周村支行(以下简称“周村支行”)

一审法院:济南铁路运输中级法院

一审案号:[2008]济铁中商初字第8号

二审法院:山东省高级人民法院

二审案号:[2008]鲁民辖终字第68号

再审法院:最高人民法院

再审案号:[2009]民申字第1315号

2004年2月,某国有商业银行与某金融资产管理公司达成“可疑类贷款转让框架协议”。同日,依据该框架协议,济南办与周村支行签订了债权转让协议,济南办受让了周村支行的部分债权,该协议第2条约定,协议转让债权的划转时间点为2003年12月31日,2003年12月31日之后回收的本息归济南办所有。济南办受让上述债权后,依法向债务人进行追偿遭拒。后经查明得知,周村支行在签订债权转让协议当日对债务人的相关抵押物进行了拍卖,拍卖款7445万元全部由周村支行受偿。济南办在与周村支行多次交涉未果后,向济南铁路运输中级法院提起诉讼,请求周村支行履行债权转让协议,返还抵押物拍卖所得中属于其依债权转让应得的款项。周村支行提出管辖权异议被驳回,随后上诉至山东省高级人民法院。

山东省高级人民法院做出[2008]鲁民辖终字第68号民事

裁定书,以“本院经审查认为,该案系国有资产管理公司接收国有商业银行的不良资产产生的债权转让合同纠纷,根据最高人民法院《关于人民法院是否受理金融资产管理公司与国有商业银行就政策性金融资产转让协议发生的纠纷问题的答复》([2004]民二他字第25号)(以下简称《25号答复》)之规定,该案不属于人民法院受理范围”为由,驳回了济南办的起诉。

【天同代理】

济南办不服二审法院裁定,委托天同律师向最高人民法院申请再审。

一、前期分析论证

天同自收到案件相关材料后,立即组织律师团队进行了分析讨论。天同律师认为本案主要争议焦点在于:济南办与周村支行的不良金融债权转让纠纷,是否属于人民法院受理范围。

经过初步分析,天同律师认为本案能否被法院受理的关键有两个:一是济南办与周村支行的债权转让协议是否为政策性金融资产转让协议,即是否应该适用最高人民法院《25号答复》之规定;二是如果本案涉及的是政策性金融资产转让,济南办是否能够起诉周村支行,人民法院是否应予受理。

为此,天同律师从两个方面进行了深入研究:一是法律、法规研究,天同律师对《25号答复》出台的背景,以及最高人民法院《纪要》组织了讨论;二是本案事实情况分析,即对济南办提供的关于涉案债权转让过程中的相关协议制定的背景及具体内容进行分析。

据此,天同律师认为:

(一)本案所涉金融债权属于商业性不良债权转让,不应适

用《25 号答复》

1. 从相关协议内容来看,本案应属于商业性不良债权转让

本案所涉债权在资产处置程序、方法、财务核算体系方面都与政策性金融资产转让完全不同,是国有商业银行通过招投标批发的商业化方式完成剥离。按市场原则通过竞买方式确定价格,符合《金融资产管理公司商业化收购业务风险管理办法》中关于商业化收购业务的规定,其转让行为具有明显的商业性。

2. 从债权转让发生的时间来看,本案应属于商业性不良债权转让

《纪要》第 12 条规定,政策性不良债权是指 1999 年至 2000 年上述四家金融资产管理公司在国家统一安排下通过再贷款或者财政担保的商业票据形式支付收购成本从中国银行、中国农业银行、中国建设银行、中国工商银行以及国家开发银行收购的不良债权;商业性不良债权是指 2004 年至 2005 年上述四家金融资产管理公司在政府主管部门主导下从交通银行、中国银行、中国建设银行和中国工商银行收购的不良债权。济南办与周村支行签订债权转让协议的时间为 2004 年,依据《纪要》的界定,应属于商业性不良债权转让。

(二)本案与《25 号答复》针对的金融债权转让案件有着较大区别,即使本案属于政策性金融资产转让,济南办也依法享有诉权

《25 号答复》涉及的案件起因是:在签订债权转让协议时,银行隐瞒了该债权已超过法定申请执行期限的事实,致使资产管理公司受让的债权清收无望。这类案件中所谓损害事实与银行剥离不良资产行为不存在因果关系,因为投资人在购买债权时,该债权超过法定申请执行期限的事实已经存在,并不是债权转让后由于银行的过错行为导致超过法定申请执行期限的,且

银行并未因此获得实际利益,故投资人应自己承担不利后果。由此可见,《25 号答复》系对债权转让之前国有商业银行的瑕疵行为免于追索,以保障国有商业银行有序剥离不良债权,维护金融秩序。即签订债权转让协议之后,即使受让方发现国有商业银行在转让之前存在侵权或违约等瑕疵行为,导致债权转让后,受让人无法收回债权,受让人也不能以此为由追究国有商业银行的法律责任。

但本案中,债权转让协议明确约定 2003 年 12 月 31 日之后的债权回收本息归济南办所有,周村支行在债权转让之后实施了受偿行为,并拒绝将受偿的本息返还给济南办,其行为不仅获利,而且与济南办的损害事实有着密不可分的关系,故应承担相应的法律责任。何况济南办请求归还相应款项,是基于周村支行在债权转让后的不当得利行为,而并非对国有银行转让前的瑕疵行为进行追索,也没有否定转让协议的效力,并不违背《25 号答复》及《纪要》的立法初衷。因此,依据《纪要》精神,债务人不知道不良债权已经转让而向原债权人国有银行清偿并以此对抗受让人追索之诉的,受让人可以对国有银行提起返还不当得利之诉,本案应由人民法院受理。

为充实我方的这一最新观点,天同律师进一步对《25 号答复》出台背景进行研究,了解到湖南省高级人民法院曾对如何具体贯彻《25 号答复》组织过四大国有资产管理公司长沙办事处及各主要商业银行驻长沙分支机构相关负责人进行集体探讨,并于 2005 年 7 月 14 日针对上述《25 号答复》出台了《湖南省高级人民法院关于审理涉及不良金融资产转让纠纷的指导意见》(以下简称《湖南省指导意见》)。其中第 6 条规定,国有银行将不良金融资产转让后继续向债务人收贷,取得该不良金融资产的受让人请求银行返还已收贷款的,人民法院应予支持。由此