律师经典案例

Selected Cases on law 第五辑

浙江省省直律师协会　主办

唐国华　主编



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

律师经典案例

（第五辑）

唐国华　主编

ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目（CIP）数据

律师经典案例．第5辑／唐国华主编．—杭州：浙江大学出版社，2011．11
ISBN 978-7-308-08956-2

Ⅰ．①律… Ⅱ．①唐… Ⅲ．①案例—分析—中国
Ⅳ．①D920．5

中国版本图书馆CIP数据核字（2011）第157950号

律师经典案例（第五辑）

唐国华　主编

责任编辑　周卫群
封面设计　刘依群
出版发行　浙江大学出版社
（杭州市天目山路148号　邮政编码310007）
（网址：http://www.zjupress.com）
排　　版　杭州中大图文设计有限公司
印　　刷　富阳市育才印刷有限公司
开　　本　710mm×960mm　1/16
印　　张　21.25
字　　数　360千
版 印 次　2011年11月第1版　2011年11月第1次印刷
书　　号　ISBN 978-7-308-08956-2
定　　价　39.00元

版权所有　翻印必究　　印装差错　负责调换
浙江大学出版社发行部邮购电话（0571）88925591

前　言

随着中国律师业的进一步发展，律师业的专业化水平正逐步发展和提高。我们提倡并鼓励建设专业化的律师事务所和律师，社会发展的需求使社会各层面诸如刑事、民事、行政、知识产权、建筑与房地产、招投标等领域都需要相应的专业律师提供优质的法律服务。简单如离婚纠纷、债权债务纠纷、刑事辩护，复杂如股票上市、收购兼并、大型基建项目等均离不开专业的律师。只有以专业化为前提和基础的律师事务所和律师团队，才是律师业正确的发展方向，才能产生 1＋1＞2 的效应。

为推动和促进律师事务所和律师的专业化水平，也使律师的办案实践成果能有效传播与交流，案例是集律师经验、技能、智慧等诸多因素的重要载体。当然，律师不同于专业学者，更不同于作家，为应对日益繁杂的案件工作，大多数律师终日埋头于案件的处理中，因此，非有特殊兴趣和坚定意志恐怕难以将自己的角色转换到学术研究中来。但是，通过办理各类案例，尤其是经典案例为律师提高专业水平、促进交流等提供了一个重要途径。

为此，浙江省省直律师协会召开了律师经典案例征集研讨会，各省直律师积极投稿，经本书编委会集体评议，选了其中部分优秀经典案例出版。案例归类为民事专业、刑事专业、公司与证券专业、建筑与房地产专业、劳动与社会保障专业、行政法专业、知识产权专业、招投标专业、破产专业等九个专业。通过对经典案例讨论点评，充分展现了律师承办案件精华之处，也加强了律师对案件处理经验、技能的相互交流，反映出广大律师的实践成果。

本书案例均为律师作者本人已经办结案件，希望通过本案例选能对律师同行、其他法律职业共同体、法律职业兴趣爱好者及其他社会人士有一定借鉴和帮助，我们倍感欣慰。不足之处，真诚地欢迎广大读者提出批评意见。

本书编委会

2011 年 6 月于杭州

目　录

民　事　篇

船舶建造合同的主体适格及质量验收争议
——金某、宏盛公司船舶建造合同纠纷案评析 …… 杨　捷(3)
母亲能否作为原告追索孩子的抚养费
——黄某、左某同居关系子女抚养纠纷案评析 …… 陈益娟(8)
信托纠纷还是委托合同纠纷之辨析
——记一起因股权代持而引发的纠纷…… 刘为平　司　扬(12)
形式审查还是实质审查
——应某诉浙江某公司管辖权纠纷案评析…… 章　栋(20)
执行案件中案外人权益的保护不仅仅是程序问题
——吉林省 A 镇镇政府作为执行案外人提起诉讼的遭遇
…… 刘为平　陈慧梅(26)
仅凭项目部印章,公司是否担责
——胡某诉某建设公司等借贷纠纷一案评析
…… 金迎春　王　军(32)
人格混同的认定及法律责任
——某涉外买卖合同纠纷案评析…… 金迎春　覃桃云(36)
阳光律师为市场开拓保驾护航
——一起追索货款案纪实…… 朱昌明(41)
如何认定第三者责任险的理赔范围
——王某诉某物流公司、保险公司交通事故纠纷案评析
…… 张元欣　肖建琪(45)

需要全本请访问 www.ertongbook.com

保险人未尽说明义务导致超赔责任
——一场关于保险期限的争辩…… 张红艳(50)

刑事篇

对在讨债过程中限制债务人人身自由而致债务人死亡所构成犯罪的定性探讨
——徐某某、张某、王某、李某过失致人死亡案评析 …… 陈益娟(55)
对故意伤害案中手段特别残忍的认定
——某故意伤害案评析…… 吴长富(60)
多得的钱是集体的吗?
——一起职务侵占案的罪与非罪…… 田 暐 田 野(63)
力辩抗诉,罪不当诛
——程某故意杀人案案例辨析…… 吕思源 傅德法(67)
一份《采伐合同》采伐出的悲与喜
——叶某滥伐林木案评析…… 张利春(71)
证据有缺陷的案件是否可以从轻?
——一起故意杀人案件的辩护…… 田 暐 徐丽娟(75)
重新鉴定,积极赔偿,一审死刑二审改判死缓
——许某某故意伤害案评析…… 胡红星(78)
刑事案件辩护中情与法冲突的量刑权衡
——为美籍博士丁某等人特大非法经营抗癌假药案件辩护
…… 高振华(82)

行政法篇

办理停止社会保险缴费手续是否得当
——纪某诉某市社会保险管理服务局劳动和社会保障纠纷一案评析
…… 陈洵熙 郭 芳(89)
工程建设项目招标投标活动投诉处理中的证据采信问题
——对A监理公司与B省发展和改革委员会投诉处理意见行政复议案的评析…… 陈姣娣 郭 恒(93)
针对非法“拆危”的维权之路
——一起强制拆迁行政再审案的评述…… 吕思源 王 成(98)

违章建筑行政处罚方式变更
——邵某诉某县规划局规划行政处罚争议案评析
…… 麻　侃　毛洪辉(103)

公司与证券篇

非本人签字的股权转让合同效力的认定
——陈A诉麻某、张A、张B、浙江某制造有限公司股权转让合同纠纷一案评析…… 陈洵熙　郭　芳(111)
公司股东未履行清算义务是否需对公司债务承担连带清偿责任
——××环氧有限公司诉××铜箔板有限公司及其股东买卖合同纠纷案评析…… 姜丛华　姜建林　左　斌(118)
公司侵权赔偿责任在公司注销后是否应当由股东承担
——宁波某通信有限公司诉张×、郑×侵犯著作财产权纠纷案评析
…… 徐　安　刘家朋(125)
强行平仓是期货公司的权利还是义务
——评某期货公司诉施某期货经纪合同纠纷案
…… 林德平　沙中梅(131)
股东资格确认之探究
——从一起股权纠纷案说起…… 王　军　陆江涛(135)

建筑与房地产篇

安置房购买权是否可以分割
——陆丁诉陆A等分家析产纠纷案件评析 …… 徐　涛(145)
工业用地上所建房屋转让合同的效力
——评一起房屋买卖合同的纠纷案…… 冯济桅　王　增(150)
交房义务与责任之承担
——田某与章某房屋转让合同纠纷案评析…… 舒　军(158)
浅谈建设工程造价结算及利息的起算问题
——浙江省某建设有限公司诉浙江某置业有限公司建设工程施工合同纠纷案评述…… 赵全强　周　斌(165)

浅析工业用地上综合用房买卖相关问题
——王××诉杭州××混凝土有限公司房屋买卖合同纠纷案评析
…… 赵全强　谭佳晶(174)
实际施工人突破合同相对性原则主张工程款的适用及限制
——一起实际施工人起诉总承包人、转承包人、违法分包人要求支付工程款案件的评述…… 崔丽芳(179)
转让未获所有权的房屋,其转让行为是否有效
——合同相对方转让未过户房产给其配偶所产生的房屋买卖合同纠纷分析…… 徐伟平(184)
开发商对“楼薄薄”是否应当承担民事责任
——业主诉某控股集团有限公司商品房买卖合同纠纷案评析
…… 戴文良　刘　珂　叶永祥　陈科杰(189)
浅析工程款结算之“送审价”
——杭州某置业有限公司与浙江某建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案评析…… 戴梦华　朱湘君(194)
城市扩展语境下催生的“黑市场”,该叫停了
——某一商铺租赁合同纠纷案评析…… 邓　恒　徐　飞(200)
非同一村集体组织成员间房屋买卖合同效力应如何认定
——龚某、黄某、龚建某、楼某诉王某房屋买卖合同纠纷再审案评析
…… 贾为中　蓝亚莉(205)
国外仲裁裁决的拒绝承认与执行
——浙江某建设集团公司申请不予承认与执行蒙古仲裁委员会仲裁裁决案评析…… 唐国华　姚　杰(211)
新政下买方贷款落空能否解除合同?
——黄某某、刘某某与梁某某房屋转让合同纠纷案评述
…… 李国刚　金炜亮(215)
“跳单”情况下委托方应向中介支付违约金
——A 公司与梁某居间合同纠纷案评析 …… 郑　磊(219)
因发包人破产引发的建筑企业内部经济承包纠纷
——王某诉浙江某建筑公司建设工程合同纠纷一案评析
…… 郝　利(224)

知识产权篇

著作权案件中对被侵权人权利的适当限制
——上海某知识产权代理有限公司与浙江某报社著作权侵权纠纷案评析…… 孔建祥(231)
知识产权案件中公证保全的程序合法性问题
——记上海某公司诉陈某侵犯外观设计专利权纠纷案
…… 王忠涨　金岐岚　陈　飞(239)
十二例手机视频网站著作权侵权纠纷案公证保全瑕疵评析
…… 李根美　王　增(244)
对一职务发明创造之争的思考
——评一起专利权属纠纷案…… 陈晓军　邓　恒(250)
商标确认不侵权诉讼的适用
——评《品×》杂志社与 B 报社商标确认不侵权纠纷案 ……
…… 罗　云(259)

劳动与社会保障篇

分公司经营承包人以分公司名义签订劳动合同的效力
——鲍××诉浙江××建设有限公司劳动合同纠纷案评析
…… 赵全强　谭佳晶(271)
工伤待遇与经济补偿金可以同时要求
——宋某某诉浙江某管业有限公司劳动争议纠纷案评析
…… 冯　森(277)
同一个连续的合同期内的两种不同法律关系:劳动关系和雇佣关系
——对劳动者先试用后再与劳务派遣单位签订合同一案的评析
…… 钟亲元(280)
用人单位违法辞退员工的代价
——周某诉某控股有限公司劳动争议纠纷案诉讼技巧
…… 王旭东(286)
总经理拒绝与用人单位签订劳动合同,单位无须支付双倍工资
——王某与某物业公司劳动争议纠纷案评析 … 邱　坤　蒋依恒(293)

劳动争议案件的时效问题
——一起劳动争议案件引发的思考…… 陆江涛　朱　迪(297)

非诉法律服务篇

国际工程承包法律服务工作手记
…… 朱宏文　朱　磊(305)
浅析重大输变电工程法律风险防范
…… 刘　营　颜方乐(312)
某世界500强公司并购杭州某公司股权项目评述
…… 夏晓明(318)
中小板上市法律实务解析
——以某重工股份有限公司在中小板上市为例
…… 梁　瑾　张倩瑜(324)

后　记…… (331)

民 事 篇

需要全本请访问 www.ertongbook.com

船舶建造合同的主体适格及质量验收争议

——金某、宏盛公司船舶建造合同纠纷案评析

杨　捷*

案情简介

原告：金某、宏盛造船公司（以下简称宏盛公司）

被告：顺达船务公司（以下简称顺达公司）

宏盛公司委托金某与被告于2008年7月18日签订了船舶建造合同，约定由宏盛公司为被告建造16500DTW近海散货船一艘，使用泰达船舶设计公司设计、经浙江省船舶检验局审定批准的ZC船舶图纸。被告在合同签订后将全船图纸送CCS福建审图中心进行审批，原告负责申请浙江省船舶检验局台州检验处检验，检验合格后，取得海上船舶检验证书簿转入泉州船检，并同时办妥相关证书。开工时间为2008年7月，交船时间为2009年4月，交船地点浙江省台州临海。船舶总造价7508万元，合同签订时付200万元，船体合拢后付300万元，2008年春节付500万元，船舶下水后再付500万元，余款6008万元待被告办理完船舶入籍后、放船时一次性付清。船舶质量保修期为交船后12个月。2008年7月20日，宏盛公司与被告签订了《船舶建造补充合同》，对上述船舶的部分船体结构及设备等作了补充约定。2009年5月28日，宏盛公司、金某作为乙方与被告作为甲方又签订了《船舶建造补充合同》，载明因受金融风暴等影响，甲、乙双方本着共渡难关等原则补充约定：将上述船舶的合同总造价降低为6650万元，并对价款的支付时间和方式作了相应的变更。

2009年10月10日，浙江省船舶检验局台州检验处颁发了《海上船舶

* 杨捷，女，毕业于杭州大学法律系，主要办理民商事诉讼业务，浙江六和律师事务所专职律师。

检验证书簿》,船名"顺××",船籍港泉州,船舶制造厂宏盛公司,船舶所有人和经营人均为被告顺达公司。

同日,宏盛公司、金某作为乙方还与被告顺达公司作为甲方签订了《船舶建造补充合同》载明上述船舶在规定时间内建造完工,船舶已经试航,对船舶存在的缺陷修正完毕,船舶已处于正常的适航状态。并约定了余款支付方式和期限、违约责任及担保。

之后,双方按合同约定于2009年10月10日办理了"顺××"船舶交接手续。同日,双方还签署了《船舶交接纪要》,载明"顺兴隆"船舶现已建造完工并经检验合格发证,被告对船舶质量无异议并验收合格同意接收。船舶交接纪要仅由金某签字,未加盖宏盛公司印章。次日,被告向金某出具欠条,载明欠金某造船款5000万元。

2009年10月19日,中国船籍社福州国内船舶检验中心在泉州对"顺××"轮颁发了《海上船舶检验证书簿》,其中防止油污证书、载重线证书、适航证书上盖有"临时"字样。次日,被告所属的"顺××"轮,向台州椒江海事处递交了从台州临海至秦皇岛的《航次船舶签证申请单》,该处于同日受理申请并给予出港签证,而后"顺××"轮驶离台州港。

被告因未按约履行付款义务,原告遂向宁波海事法院提起船舶建造合同欠款纠纷之诉,被告顺达公司认为金某属表见代理,不具有原告主体资格,并以原告船舶质量不合格为不需要支付船舶建造欠款的抗辩理由。

争议焦点

一、金某的诉讼主体是否适格

依据我国现行法律法规的规定,个人并不具有造船资质,不能作为建造船舶的主体。金某是否具备原告主体资格,还直接牵涉到本案多个民商合同的效力及民事行为是否合法等问题。被告顺达公司认为金某在本案构成表见代理,不具备原告的主体资格。

二、船舶质量保证期保修期间的质量合格标准

由于被告提出船舶质量鉴定的申请超过了举证期限,也没有在本案中提起反诉,因此有关船舶质量是否合格并未成为两审法庭归纳的争议焦点,但是本案有关船舶质量是否合格的争议则贯穿案件审理的始终。

审理判决

一审审理判决：一审法院根据当事人双方的陈述及提供的被确认有效的证据，认定：两原告内部存在挂靠造船关系，在宏盛公司对外承建被告订购的船舶过程中，金某对内负责造船款投资，宏盛公司负责船舶建造，在宏盛公司与被告签订的船舶建造合同项下的造船价款及其支付方式进行变更后，宏盛公司和金某共同对外与被告设立了船舶建造合同项下的价款结算法律关系。

一审法院认定了金某原告主体适格。

二审审理判决：经审理查明，金某与宏盛公司系挂靠法律关系，并与宏盛公司约定，由宏盛公司负责技术。虽然2008年7月18日《船舶建造合同书》载明合同双方为顺达公司和宏盛公司，但在2009年5月28日、2009年10月10日补充合同中金某均与宏盛公司并列作为建造单位列明，且在2009年10月11日顺达公司出具的欠条中明确欠金某造船款5000万元，故金某是合同的一方的共同履行者，其垫资购买建造船舶的材料，又参与船舶交接以及与顺达公司的结算，故金某具有原告的诉讼主体资格。

经典评析

一、金某是否构成表见代理

由于《合同法》第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。且若合同相对人主张构成表见代理的，应当承担举证责任，不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素，而且应当证明其善意且无过失地相信行为人具有代理权。金某在承建船舶过程中并不符合表见代理的法律规定，原被告双方提供的证据都不能证明金某属于表见代理，因此一审法院经合议庭当庭评议后，释明金某并不构成表见代理。

二、船舶建造相关的当事人

一般来说，船舶建造合同是界定合同双方权利义务的基本依据。我国造船行业适用比较普遍的是国家交通部制定的国内造船合同文本，该文本内容比较完善，其中合同当事人包括：定作方（船东）、承揽方（或称建造方）。

船舶建造合同的当事人一般是定作方和承揽方，还包括担保方。但在

我国的司法实践中,在建造船舶合同的履行前后还涉及相关合同比较多,牵涉当事人比较复杂。在船舶设计时,委托设计方和设计方要签订船舶设计合同。如果在建造过程中,需要对船舶设计进行修改,则设计方也要介入建造过程;在建造过程中,还包括材料、机电设备等供应合同,船舶需要融资的,要涉及抵押贷款合同、融资合同等;船东为多人的,涉及合资(合作)合同,需要对在建船舶投保的,涉及在建船舶保险合同等等;需要委托监理公司对建造过程进行监理的,需要签订委托监理合同;而一旦选定相应的船舶检验机构和检验标准,也需要签订相应的合同。

因此,船舶建造合同中,除了出现多种形式的船东、船舶所有权人外,实践中还存在名为买卖船舶,实为船舶建造合同当事人,以及有融资困难造成的多名大小股东集体出资成为定作方的情况。

而在建船舶的所有权归属一直是海商法领域的争议热点。由于海商法以及船舶登记条例等法律法规均没有对在建船舶所有权归属做出明确规定,所以对于在建船舶所有权归属一直没有统一定论。如果建造合同对在建船舶所有权归属做出明确约定的,法院在审判实践中一般均认为应以约定为准;而办理在建船舶所有权登记也是以建造合同为准,只是未经登记的所有权约定只对合同当事人有约束力,不得对抗第三人。如果当事人对在建船舶所有权没有约定的,则情况就更为复杂。一种观点认为,以《合同法》第二百六十四条"定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的,承揽人对完成的工作成果有留置权"的规定分析,则在建船舶的所有权应属于定作人。另一种观点认为,所有权按归属应属于物权法调整范围,以合同法规定界定物权归属实属不当,在物权法没有对建造中船舶所有权做出规定情况下,应当参照建造合同对付款方式约定来界定所有权,总的原则是以在建船舶使用的材料设备款的投入来源来界定相应的所有权,谁的投入为主,谁就应当享有所有权。在难以区分投入的情况下,按照实际投入的比例实行按份共有。还有一种观点认为,如果建造合同对船舶建造中的风险做出明确约定的,可以参照合同中对风险的约定来界定所有权归属,承担风险的一方享有所有权。

我们认为,第二种观点较为合理。在建船舶所有权归属涉及当事人权益保障,享有在建船舶所有权的一方在建造合同履行中的权益更加有保障。由于船舶的价值构成中原材料和设备的价格占大部分,加工费所占的比例要小得多,以原材料和设备的投入方作为船舶所有权归属方,有利于保护主要投入方的权益,更加公平合理。

本案中,一审法院和二审法院均持第二种观点。

三、船舶质量保证期或保修期质量标准问题

船舶建造合同中,通常会有船舶质量保证期或免费保修期条款,约定在质量保证期内发生船舶质量问题,造船方免费修理。对于超过质量保证期的船舶质量问题,造船企业是否还应承担赔偿责任,审判实践中则经常发生争议。一般而言,产品质量责任属于强制性规范,但我国《产品质量法》并未明确规定产品的质量保证期问题。审判实践中一般认为,首先,设置船舶质量保证期的意义主要在于确定纠纷发生时各方当事人的证明责任归属,而非限定造船人承担船舶建造质量责任的时间尺度,也即质量保证期并非造船人承担绝对船舶质量责任的最终期限。其次,《产品质量法》第45条对"缺陷"所作的定义表明,产品"瑕疵"与产品"缺陷"是两个不同的概念,只有当买受者所购产品不具有应当具备的使用性能、产品标准或不符合产品说明、实物样品等方式表明的质量状况时,才属于质量瑕疵,由销售者根据与买受者之间的买卖合同关系承担责任。本案中涉案船舶在交船时经浙江省船舶检验局台州检验处检验符合国家规定的标准及合同约定的标准,颁发了《海上船舶检验证书簿》,在福建入籍时中国船籍社福州国内船舶检验中心又经过检验合格后,在泉州对"顺××"轮颁发了《海上船舶检验证书簿》,因此该船舶在交付时显然不存在质量不合格的情形。被告在合同约定的质量保证期届满,原告提起船舶建造欠款之诉后,提出船舶有质量问题,如果仅仅是使用性能上的不符合要求,根据合同约定造船企业可以不再承担责任。但如果该"不符合要求"已进一步造成船舶在使用性、效能性以外的其他人身、财产损失,比如主机设备突然不能运作,造成船舶沉没、货物受损、人员受伤,那么可以认定船舶存在"危及人身、他人财产安全的不合理的危险",属质量缺陷问题。本案船舶也没有上述情形出现,被告方在超过举证期限后才提出质量异议,我们理解为仅为针对欠款而提出的抗辩策略。当然,如果确实存在上述情形,被告还是可以另案提起船舶质量纠纷之诉,要求作为生产者的造船企业予以赔偿。

需要全本请访问 www.ertongbook.com