

活 的 法 律

(第二卷) 非凡律师事务所 主编

2



商務印書館

活 的 法 律

(第 二 卷)

非凡律师事务所主编

商 务 印 书 馆

2004 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

活的法律. 第二卷/非凡律师事务所主编. —北京:商务印书馆, 2004

ISBN 7-100-03920-7

I. 活… II. 非… III. 诉讼—案例—分析—中国

IV. D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 078903 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

HUÓDE FǎLǚ

活 的 法 律

(第 二 卷)

非凡律师事务所主编

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北 京 民 族 印 刷 厂 印 刷

ISBN 7-100-03920-7/D·321

2004 年 1 月第 1 版

开本 850 × 1168 1/32

2004 年 1 月北京第 1 次印刷

印张 14

定价:23.00 元

感言于《活的法律》(第二卷)出版

(代序)

非凡律师事务所主编的《活的法律》一书要出第二卷,事务所主任律师贺海仁博士盛情相邀,嘱托我为本书写一个序。对此,我既感荣耀,也觉惶恐。荣耀的是,从嘱托方面讲,那是对我的一种承认、一种抬爱;惶恐的是,要为他人付出心力、珍爱有加的作品写序,在受托方言,不由得不细细地掂量自己的分量——我是否能堪当此任?是否够格?我的真实想法是,以我现在的积累或成就——如果有的话,写序是万不敢当的,而且不瞒诸位,舞文弄墨至今,无论为己还是为人,都没有像样地写过什么序,对于写序的滋味和个中道道,自然难明究竟,真是贻笑大方了!不过,盛情之下有勇夫,既然写不了序,那就谈点感受吧,我想,谈点具体感受还是可以的。

《活的法律》第二卷像第一卷一样,是从《判例与研究》杂志的“判例评析”栏目已刊发的文章中选编汇集而成。《判例与研究》在业内已经颇有声名,尽管迄今为止,它仍然是一份没有国家正式刊号的内部刊物。从1995年首刊至今,近十年来,海仁律师和非凡律师所的同仁持之以恒,为刊物的编辑、流传付出了巨大心力。对于他们的付出,我表示由衷的钦佩和赞赏。

《活的法律》的每篇文章在体例上都由基本案情、裁判要旨和法理评析三个部分组成,重点是在法理评析。每篇文章都是以真实的案例为基础,许多文章是由主审法官亲自写作。以“活的法律”来总揽其意,我想编者是要向读者展示法律多个侧面的实际情况,诸如,“本本上的法律”在具体场景中的实际运用情况,蕴含在法律条文和具体裁判结果背后的法理,与正式法律渊源相对并影响裁判的各种非正式法律渊源,在事实认定和法律解释过程中不同诉讼主体的参与,等等。这样做的社会意义,我体会至少有以下两个方面:

其一,促进裁判说理,顺应透明司法、民主司法的要求。我国司法改革的一项重要内容就是增加司法裁判的说理性。人们常说,我国以往的司法判决不透明、不民主,是典型的法官或法院说了算的“威权主义”。这种“威权主义”的色彩影响至今,它的一个最显著的表现,就是裁判“不讲理”:在判决书中,缺乏对当事人之间事实争点和法律争点的提示和关照,没有在回应案件争点的意义上对判决理由的厘定,忽视在判决理由和判决结果之间展示明确的逻辑关联。这样的判决主要凭靠的是法院的威权,而非裁判的说理;它给人的印象是宣示权力,而非解决纠纷;它虽然针对具体的纠纷给出了解决纠纷的结论,却没有为诉讼当事人释疑解惑,给他们的诉讼主体地位以应有的关注,使他们对裁判的理由和推理过程心知肚明。这样的状况,不符合民主社会的司法理念,严重影响了司法的社会公信力,阻碍了司法作用的发挥。我以为,说我国以往的司法判决带有浓重的“威权主义”色彩不假,但笼而统之地斥之为“不讲理”,可能并不准确。总体说来,此一时彼一时,还是由于社会转型使得人们的自我意识以及对司法的预期、对裁判

文书的要求有了重大变化。说以往的司法判决“不讲理”，可能有真不讲理的情况，也有讲理不充分的情况，更有在裁判文书中没有充分展示说理过程的情况。当然，不管是什么情况，今后的司法裁判尤其一些疑难案件的司法裁判，都不能再不讲理：不仅要讲理、讲法理，而且要讲大理、讲大法理，即既讲法理，也讲事理、情理和文理；不仅要持之有据、言之成理，而且要在判决书中晓之以理、示之以理。促进裁判说理，在法律职业内部营造说理的氛围，并以此为契机推动司法和法律环境的整体改善，显然是《活的法律》一书的社会意义之一。

其二，面向生活、面向法律实践，提升法律学习、研究和教学的品质。每一个案件都是一个生动的故事，每一个判决都是一个生动的法律故事。案例是活生生的，是形象直观的，它有时间、有地点、有人物、有情节、有过程、有结果，它既向我们展示了法律调整的明晰简单，也向我们展示了法律生活的错综复杂。通过案例来研习法律，阐释法理，可以使我们有身临其境的感觉，可以最大限度地消除法律与生活、研习者与法律、研习者与生活之间的隔膜。反观迄今为止的法律学习、研究和教育，尽管在案例教学、在理论面向实践方面人们付出了许多努力，但是贯穿其中的主色调还是注重法条本身，注重法律概念和原理的抽象阐释和灌输。这是一种从“本本上的法律”出发、以“本本上的法律”为焦点的法律研习和教学方法；我讲你听、我主动你被动，其结果是满脑子的法律条文、法律概念和法律原理，却难以为哪怕最简单的案件纠纷裁剪出合体的法律外衣。脱离法律的实际运用，脱离对纠纷解决的实际关照，导致了法律研习、法律教育与法律实践的“两张皮”；导致了法律教条主义者与法律经验主义者的分野。包括律师、法官、检察

官和法律教师在内的法律家群体应该成为法治或迈向法治社会的工程师,而要扮演社会的工程师,就不能不了解法律的实际运用,了解法律被运用于其中的具体社会纠纷和社会场景。对于研习法律的人来说,最重要的可能不是掌握法律条文,而是运用法律条文解决问题或纠纷,以及在问题或纠纷的解决中推进法律的发展。《活的法律》一书汇集了各种类型的案件,许多案件在业界和社会曾有广泛影响,以这些案件的裁判为对象进行深入的法理分析,展示法律的实际运用过程,为法律研习和教育提供真实的素材,进而提示法律研习和教育的新方法,提升其品质,这同样是此书显著的社会意义之所在。

以上是从“事功”的角度,表达了我对海仁他们编刊出书所取得的成绩的赞赏。其实,在我看来,这还不是最重要的,因为事情做得好不好,是不是有价值,是水平和判断力的问题。人的水平有高低、能力有大小,重要的是精神追求、精神风貌。有鉴于此,我还想就他们的努力做一点“清议”。

编辑刊物和出版书籍,在时下中国是再普通不过的事情。杂志编得再好,也不过是千万种杂志中的一种;书籍写得再出色,也只是万千好书中的一种。海仁他们编书出刊的举动是平凡的,这种平凡的举动之所以让我感触良多,更是因为在这种平凡中包含着某种精神,包含着某种不平凡的大道理。这就是中国律师业在目前和今后的发展中所最需要的公益担当的问题。

我想,包括不少律师在内的很多人都会认为,一个律师事务所花那么多的财力人力、操那么多的心去编刊出书,多少有点不务正业。是啊,从做好律师业务多赚钱的角度看,海仁他们的举动的确有点非理性、有点不符合“经济人”的假设。很多人从事律师工作,

最原初的动机就是要赚钱、赚大钱，而之所以要赚钱，为的是凸现自我、享受生活。在他们当中，比较强的一类会对自己提出要求：把律师的“活”做漂亮了！从技术的角度看，他们也确实出色的律师。但是，他们身上有太多的商人气息，视律师业为纯粹的商业，视自己的法律服务为纯粹的商品，为的是得到客户支付的好价钱。他们很少关心赚钱以外的事，他们除了费尽移山心力一味编织自己的关系网、营造自己特殊的执业和生存空间外，对其他一切则显得麻木，既不关心律师业的整体发展，也不关心律师制度和法律制度的改革完善。

时下的中国律师业的确弥漫着太多的商业主义气息，而作为支撑现代律师业和律师制度的主导意识形态——职业主义精神，则显得稀薄。职业主义的价值取向是强调利他主义、融“小我”于“大我”的。豪气一点的说法是：维护宪法和法律的尊严，追求社会正义；缓和一点的说法是：通过为客户提供出色的法律服务，成就自我，造福社会。国内律师时常羡慕国外律师在社会和制度上获得的荣宠，殊不知在漫长的历史过程中，他们一代又一代地付出了多大的努力。利他主义是一种很容易挂上嘴的口号、标签，但要真正在自己的日常生活和工作中身体力行，则需要巨大勇气，否则，“拔一毛利天下而不为”这样的说法就不会在人群中流传，并在事实上为一些人包括一些律师所遵行。

难是难点儿，但是，从中国的法律文化传统、中国律师制度和律师业的历史、以及中国律师业的长远发展看，要强身健体，解决时下中国律师业在自身建设和外部环境方面的内忧外困，我们还是不能不弘扬职业主义理性，淡化商业主义气息。

中国的律师制度，是清末修律运动中仿效西方典章制度的一

个产物。在精神实质上,现代律师制度内含的是自由、平等和民主的精神,这与中国固有的以宗法等级为基调的法律文化传统相去甚远。在外部形态上,律师职业很容易被混同于中国传统社会中人所不屑的在道德和法律缺乏正当性的“讼师”、“讼棍”一类。因此,在律师制度作为中国社会法制现代化的一种重要标识被引入之后,需要正名,以便正本清源;需要循名责实,进行自由、平等和民主精神的滋润。在中国社会,律师业的发展和律师制度的实际运作,常常面临双重危险:一是在外部关系上,与中国传统法律文化和人们的固有心态格格不入而遭排拒;二是在内部组织上,因丧失现代精神而发生实际蜕变。

二十多年来,中国的律师制度和律师业进行了以社会化为特征的重大变革。随着律师事务所由国家事业单位转化为为社会提供法律服务的中介组织,以及律师由“国家的法律工作者”转化为“社会的法律工作者”,中国律师业也朝着自治自律、中介化、专业化的方向发展。与此相伴随,中国律师业一直面临着一种严峻的考验,即,当律师业最终从国家公职范围中脱离出来从而彻底割断与国家权力相连的“脐带”后,失去国家权力背景或依托的中国律师业是否能够获得足够的资源去实现自己维护民权、促进法治和实现社会正义的职业使命?是否具有足够的自我拓展能力?

在许多法治发达的社会,律师制度自始就是其制度构架的一个有机部分,律师业通过与周围社会环境的长期磨合,已转化为一种获得广泛的社会认同并包含律师业在各方面活动的现实合理性的职业传统。相比之下,中国律师制度和律师业的重塑,面对的是社会制度构架的既成格局,而且还有历史传统方面的诸多障碍。中国律师业的发展面临着如何形成自己的职业传统,如何赢得社

会认同从而在社会中扎根的问题。就此而言,最急切的要求是,面对浓重的商业主义气息,反其道而行之,张扬利他主义的职业精神。

律师要注重自己的社会参与,强调自己的公益担当。公益担当不仅表现在引人注目的政治参与,当人大代表、政协委员、政府官员,而且更体现在日常工作和生活中不事张扬、也不起眼的各种社会责任。中国律师业在整体上已经失去了往日对政府力量的向往和凭靠,它必须把自己的根深植于社会,深植于社会生活;而社会是由寻常的人、寻常的事组成的,即使我们志在高远,我们也不能不甘于平常。

编辑《判例与研究》,出版《活的法律》,是平凡的,但是,有感于编者的追求,我辈能不击节称赞吗!

张 志 铭

2003 年 10 月于北京南城

目 录

行政诉讼判例

- 辽宁成大股份有限公司诉海门海关行政诉讼案…………… 潘荣伟(3)
- 垫江县自来水公司诉重庆市工商行政管理局
- 违法处罚行政诉讼案 …………… 金代权 李雪莲(12)
- 马春建诉邓州市人民检察院国家赔偿案 …………… 黄新波(24)

刑事诉讼判例

赵珂珂、杨利娜等四人故意伤害案

- 论共犯在逃案件附带民事部分的审理 …… 牛振宇(37)

林将杰合同诈骗、诈骗、票据诈骗案

- 如何把握合同诈骗罪的构成及处理使用

- 数种诈骗方法诈骗的行为 …………… 肖中华(49)
- 申瑞来合同诈骗案 …………… 姜先良(65)
- 张月芳挪用公款、非法经营同类营业案…………… 金泽刚(73)
- 周志伟职务侵占案 …………… 曹 坚(85)
- 何兆领故意杀人案

- 中国内地与澳门刑事管辖冲突及协调问题

- 研究 …………… 杨 鸿 赵 军 吴海涛(96)

民事诉讼判例

- 李景芬、黄志董诉黄作珍、洪家彬抚养纠纷案 高建学(113)
- 北京市金龙整流器厂诉邱谢波联营合同纠纷案
- 无人继承的遗产的法律处置 喻 敏(136)
- 姜顺珍诉国泰证券有限公司、何行毅、焉占翠、中兴信托
投资有限责任公司、成都蜀都会计师事务所、成都资产
评估事务所等二十四名被告赔偿损失案 刘哲昕(144)
- 陈银升、陈增国、黄卫娟诉叶庆良、兰溪市柏社乡
人民政府、兰溪市供电局人身损害赔偿案 陆 泳(155)
- 曹正标、曹正兰、曹群、喻惠珍诉中国人寿保险公司
如东县支公司保险合同纠纷案 顾 尧(176)
- 美国微软公司诉北京亚都科技集团侵犯计算机软件
著作权案
- 最终用户的侵权责任 金勇军(189)
- 浙江省对外经济贸易财务公司、洪大增、李纯、沈明龙诉
陈勇、叶关润、遂昌钢铁总厂道路交通事故
损害赔偿案 陆永棣(204)
- 江苏省南通经济技术开发区长江贸易部诉中国商报社、
徐祥根、上海公益拍卖有限公司侵犯著作权、名誉权
及不正当竞争案 施汉嵘 沈 兵(229)
- 北京恒升远东电子计算机集团诉王洪、中国计算机世界
出版服务公司、生活时报社侵犯名誉权案 张薇薇(241)
- 英特艾基系统有限公司诉北京国网信息有限责任公司
不正当竞争、商标侵权案 赵 玲(255)

福建省晋江市磁灶岭畔芳芳陶瓷厂诉福建省南安市

恒盛陶瓷建材厂侵犯商标专用权案…………… 刘学圣(267)

商事诉讼判例

北京建业工程设计软件研究院诉原音、高晓军、胡捍军、

陈卫、北京理正软件设计研究所侵犯商业秘密案

——计算机软件商业秘密的界定及法律保

护…………… 刘 勇(281)

广汉市万达城市信用社诉广汉市拓新有限公司、

陈道循、刘晓琴抵押借款合同纠纷案 … 沈 晖 吴立亚(294)

青岛英和尔科技发展有限公司诉青岛日鼎运动器材

有限公司、郑东升购销合同欠款纠纷案

——免则、并存的债务承担及保证辨析 ……… 曹 伟(307)

华夏银行诉上海乔丰有限公司、北京金马房产发

展有限公司借款合同纠纷案…………… 陈 洪(315)

日本月亮人针织有限会社诉南通日出服装有限公司

货款纠纷案…………… 王 燕 张 骥(324)

上海旭业房地产经营开发有限公司诉上海华信诚

实业有限公司财产损害赔偿案…………… 陆栋生 陈 燕(332)

陈泳君、陆雁容诉韩国大韩航空有限公司损害

赔偿案…………… 何远卿 陆栋生(345)

上海物资贸易中心股份有限公司诉黄建国、何云妹

股权转让纠纷案…………… 魏改莲(358)

云南省纺织品进出口公司诉中国银行北京分行、

云南省分行保理业务纠纷案…………… 陈 永 张 璋(368)

美宝莲(苏州)化妆品有限公司诉天津开发区

益商百货总公司分销协议纠纷案

——经销和代销的区别…………… 桂庆凯(381)

海南凯立中部开发建设股份有限公司诉中国证

券监督管理委员会证券发行管理纠纷案

——证券监管与司法审查…………… 湛中乐 李凤英(390)

广东省海洋渔业局诉中国船舶原料供应福建有限公司、

台州市东海海运有限公司油污损害赔偿案…………… 徐曾沧(415)

上海东方疏浚工程有限公司诉沪东造船厂船舶碰撞

损害赔偿案

——海事侵权案件中不可抗力的判定标准…………… 郑田卫(424)

行 政 诉 讼 判 例



辽宁成大股份有限公司 诉海门海关行政诉讼案

潘 荣 伟

〔基本案情〕

1999年5月29日,由高晓敏为船长的巴拿马籍“同心泉”号轮(9922N航次),从香港启航至大连。同月31日,在浙江省台州海域东经122°06′、北纬28°23′处,被海门海关依法实施登轮检查。船上载有100只空集装箱和88只重集装箱,船方当场仅提供了46只重集装箱的载货清单。海门海关遂出具扣留凭单。后经开箱查验,没有船舶载货清单或提单副本的42只重集装箱中,有7只集装箱里装有国家限制进口货物,其中被查的FBLU4081960号箱中装有原告的74箱高弹力纱。据此,1999年8月24日,海门海关作出海门关调查(1999)03号行政处罚决定书,没收在扣的上述货物。高晓敏、辽宁成大股份有限公司、大连集装箱码头有限公司、黑龙江省机械进出口公司、香港明华船务有限公司等单位不服,分别于1999年9月14日、15日、24日、27日、30日向中华人民共和国杭州海关申请行政复议。杭州海关认为,海门关调查(1999)03号处罚决定,认定事实清楚,定性准确,但决定中适用《中华人民共和国