



中国法律咨询中心
案例丛书

王欣新
王保树
甘培忠
尹田
叶林
史际春
冯军
刘春田
刘俊海
刘剑文
江平
孙宪忠
孙琬钟
李明德

民商事 法学专家 论证案例

Case Analysis by Legal Experts in
Civil Law and Commercial Law

张所菲◎主编

(中国法学会中国法律咨询中心主任)

李顺德
杨立新
吴汉东
邹海林
应松年
陈甦
陈兴良
陈泽宪
陈桂明
周光权
郑胜利
费宗伟
唐广良
崔建远

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



中国法律咨询中心
案例丛书

民商事法学专家 论证案例

张所菲◎ 主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

民商事法学专家论证案例/张所菲主编. —北京:
中国法制出版社, 2010. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1650 - 4

I. ①民… II. ①张… III. ①民法 - 案例 - 分析 - 中
国②商法 - 案例 - 分析 - 中国 IV. ①D923. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 227396 号

策划编辑 舒 丹 (bjb2bjb2@163.com)

封面设计 蒋 怡

民商事法学专家论证案例

MINSHANGSHI FAXUE ZHUANJIA LUNZHENG ANLI

主编/张所菲

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640×960 毫米 16

版次/2010 年 1 月第 1 版

印张/19.25 字数/227 千

2010 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1650 - 4

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66070042

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

序

马忠

我是今年年初开始分管中国法律咨询中心的，虽然时间不长，但他们积极主动、扎实严谨的工作态度和作风，给我留下了深刻的印象。

中国法律咨询中心自 2005 年 10 月重新启动以来，紧紧围绕党和国家的工作大局，为构建和谐社会、维护社会稳定作出了积极努力，取得了比较好的法律效果和社会效果。

这本案例汇编，是咨询中心重新启动后近四年来受理案件的精选。所选案件典型突出，法律咨询意见全面完整，集专业性、实用性、针对性和研究性于一身，从导语提示、案情简介、焦点争议、法律适用、意见倾向、证据应用等方面，展示出了法学法律工作者，对建设中国特色社会主义法治国家，孜孜不倦，不懈努力的精神。特别是专家们独特的法律视角、精辟的法律分析让人信服，发人深思，令人赞叹。

案例分析使抽象的法律条文具体化、形象化，也为法律学习和研究提供了鲜活而翔实的材料。诚如美国著名法人类学家 E. A. 霍贝尔在论述案例的作用时指出：纷争的案例使我们对法律现象有了最直接的认识。通过案例分析，可以从理论和实践的结合上获取许多新的认知和看法，了解分析问题的思路以及实际应用的经验。这是学习法律理论知识和提高应用能力的有效途径。

法律学科本身就是面向社会，服务社会的。作为社会主义中国的法学法律工作者，一定要牢固树立正确的政治意识，坚持依法治国、执法为民、公平正义、服务大局和党的领导为主要内容的社会主义法治理念，始终保持正确的政治方向；要牢固树立大局意识，自觉服务科学发展，为保增长、保民生、保稳定作出贡献。要牢固树立宗旨意识，自觉服务于人民，做人民满意的法学法律工作者。要牢固树立责

任意识，自觉服务于法治实践。融入实践是法律学科的内在要求，服务实践是法学法律工作者的职业使命。要把实现社会公平正义，维护社会公平正义作为法学法律工作者立足本职、服务人民的重要价值追求，切实承担起这一神圣的职业使命，为在全社会实现公平正义尽心竭力。

依法治国，建设社会主义法治国家既是一项崇高而伟大的事业，又是一项长期而艰巨的任务。我们要为之作出不懈的努力。作为法律咨询中心和法学法律工作者，要充分发挥自身优势，积极主动，开拓创新，以更加饱满的热情，认真负责的工作，积极为各类市场主体提供优质法律服务。“人民是我们的根基和血脉”，要依法维护好人民的合法权益，恪守职业道德，把人民满意作为衡量工作的标准，在工作实践中，不断提高服务大局的贡献力，团结奋进的凝聚力以及开展工作的创造力。

这本案例汇编，也记录了咨询中心近四年来由小到大，一步步走向成熟的成长历程，凝结了法学法律专家和咨询中心工作人员的辛勤劳动。一批才智卓越的法学法律专家的积极参与和工作，使每个得以咨询案件的质量有了充分保证，这也是中国法律咨询中心的最大优势和财富吧。

衷心希望咨询中心在中国特色社会主义法治建设的伟大实践中，能够谱写出更加精彩和灿烂的篇章！

是为序。

2010年1月

（作者为：中国法学会副会长胡忠）

目 录

民法总则

1. 强制执行国有财产是否就是损害社会公共利益
——建安公司与物业公司建筑工程合同纠纷执行案 1
2. 法律允许“先上车，后买票”吗，如何理解“先上车，后买票”
——A县景区发展公司与新城公司出资纠纷案 9

合 同 法

3. 《联营协议》约定不明时如何认定其性质和效力
——天启集团公司与飞跃公司联营合同纠纷案 19
4. 房地产包销合同属于委托代理合同还是买卖合同
——中通公司与天祥公司、海洋有限公司房地产包销合同纠纷案 31
5. 合同约定事实和客观事实不符，能否仅凭一纸合同约定认定案件事实
——皓天公司与飞马公司合作合同纠纷案 44

6. 政府“一纸通知”能否单方解除合同	
——林先生与镇人民政府合同纠纷案	65
7. 两份不同的商品房买卖合同孰真孰假，第三方收取购房款的行为是否构成表见代理	
——宏远公司商品房买卖合同纠纷案	78

物 权 法

8. 业主委员会未经业主大会决议擅自签订《物业服务合同》的行为是否违反行政法规的强制性规定？从事物业服务活动是否必须具有相应的物业管理资质？应如何理解《物权法》第八十一条关于“其他管理人”的规定？	
——龙先生与万城公司物业服务合同纠纷案	93

公 司 法

9. 法律上如何认定虚拟量化股？法律是否承认和保护虚拟量化股？	
——国先生等 39 人与方圆公司、常先生、方圆（集团）有限责任公司股东身份确认及股东会议召集权纠纷案	108
10. 银行监管部门是否有权责令股东大会取消股东资格	
——金达集团与甲商业银行股权纠纷案	119
11. 股份是股东独有的私权，股份转让及优先购买权的行使，应当由股东自行决定，公司股东会不能越俎代庖	

——林先生诉 A 公司股东会决议侵害股东权纠纷案	134
12. 股权转让的垫资人能否成为公司股东	
——科信公司转股纠纷案	156

拍 卖 法

13. 落槌后又继续拍卖引起的纠纷，落槌是否意味拍 卖合同成立并生效	
——某市土地拍卖纠纷案	172

破 产 法

14. 申请破产主体不适格，被申请破产企业不具备法 定破产原因，法院是否应当受理破产申请	
——关于金玉公司被申请破产清算案	190

知 识 产 权

15. 法院在具体案件中对驰名商标的认定属于个案认 定，不能妨碍其他行政机关、司法机关具有法律 效力的处罚和裁决的执行	
——药业集团驰名商标侵权纠纷案	205
16. 《中华人民共和国商标法》第四十四条“连续三 年停止使用”注册商标应如何理解	
——药业公司商标纠纷案	226
17. 公民、法人的知识产权受到法律的保护，政府应 当适当地介入中小学教材招投标工作，采取的	

行政手段要合理和适当，不能干预公民或法人的私权利

——中小学教材出版招标投标工作涉及的有关法律问题 239

18. 法院能否以行使合同撤销权为由，判决撤销被告允许第三人在其生产的产品、包装和广告宣传上使用被告企业名称或商标的行为

——原告 A 公司诉被告 B 集团、第三人 C 公司撤销权纠纷案 254

程 序 法

19. 人民法院先予执行程序应如何适用

——东方公司执行申诉案 273

20. 如何执行重复查封的标的物

——A 公司申请执行张先生、Y 集团公司案 286

民法总则

1

强制执行国有财产是否就是损害社会公共利益

——建安公司与物业公司建筑工程
合同纠纷执行案

要旨

本案争议焦点在于仲裁裁决是否“认定事实不清”以及执行该仲裁裁决是否会损害社会公共利益。首先，仲裁过程中双方的私下承诺不能取代仲裁庭依调解协议作出的生效裁决。同时，在民事活动领域，国有企业与其他民事主体一律平等，将国有财产等同于社会公共利益而给予特殊的保护，与民法基本原则相违背。

参与本案研究、论证的专家有：

陈 甦：中国法学会商法学研究会副会长、中国社会科学院法学研究所副所长、研究员、博士生导师；

尹 田：中国法学会民法学研究会副会长、北京大学法学院教授、博士生导师；

陈桂明：中国法学会诉讼法学研究会副会长、中国政法大学教授、博士生导师。

案情简介

某建筑安装工程公司（下称建安公司）与某建筑集团物业管理公司（下称物业公司）于1996年1月18日签订《某市建设工程施工合同》，承建物业一条街的新建工程，约定建筑面积为8,000m²。后工程增加一项改建项目，双方另行签订了第二份施工合同。整个工程于1998年1月8日竣工，实际建筑面积为14,808.53m²，工程量增加85%。建安公司于1997年3月10日，向物业公司提交了工程结算书，经物业公司审核，双方签订了《工程结算书》，确定该工程总价值为19,008,360.46元。

结算书签订后，物业公司未按约定如期支付建安公司工程款项，建安公司依双方约定的仲裁条款于1999年7月向仲裁委员会提起仲裁。仲裁过程中，建安公司的负责人与物业公司签署《承诺书》，承诺建安公司在收到尚欠工程款1,779万元后，将其中的779万元返还给物业公司，建安公司只收1,000万元。仲裁期间，双方均未向仲裁委员会提及该《承诺书》。

仲裁委员会经过调解，在双方当事人就结余工程款和工程质保金的本息及补偿费、违约金支付等当庭达成协议（该协议由仲裁庭存档，未交与双方当事人）的基础上，于2000年1月27日作出《裁决书》，裁决物业公司向建安公司支付人民币19,008,360.46元本金及利息。

由于物业公司并未按仲裁《裁决书》履行裁决事项，建安公司于2001年3月15日向市中级人民法院申请强制执行，全部工程价款当时共执行变现6,278,560.84元，剩余款项鉴于物业公司支付能力有限，市中级人民法院于2004年10月9日作出民事裁定，裁定将物业公司在某实业投资有限公司的全部股权，以16,290,084.90元抵债给建安公司。

在强制执行过程中，物业公司和案外人某建筑集团有限公司（下称建筑集团，前身系军办企业，后移交地方管理，物业公司是建筑集团的全资子公司）提出，本案建安公司与物业公司原法定代表人达成

默契，以便给双方带来巨额的非法经济利益。物业公司和建筑集团质疑工程总量、虚增工程造价未依法审计和仲裁裁决书确认的工程结算和施工合同的工程概算相比差距悬殊为由，向市中级人民法院提出执行异议，请求对仲裁裁决不予执行，并撤销该院在本案执行程序中已经作出的全部《民事裁定书》、《执行通知书》和《协助执行通知书》。

市中级人民法院于2004年12月15日进行了听证，但建安公司反映，市中级人民法院并未通知其参加听证。经听证和审查后，市中级人民法院于2005年4月13日作出民事裁定，认为“在仲裁前，申请人与被执行人的负责人通过达成书面协议的形式，承诺将回收工程款中的一部分返还给被执行人，作为对价，被执行人的代理人在仲裁审理时未对申请人的请求标的提出抗辩，致申请人承包的工程造价并未经过造价核定即以调解的形式得到裁决结果的确认”，并且根据2002年1月29日，中国人民解放军某军区司令部直属工作部发出《关于收回“物业一条街”的函》，决定收回物业一条街，由该部接收管理，以仲裁庭认定事实的主要证据不足和被执行人的国有企业性质，对该仲裁的执行可能会产生国有财产遭受损失，社会公共利益受到损害的结果为由，作出第一项裁定：对仲裁委员会裁决书不予执行，对物业公司和建筑集团的其他诉讼理由未予支持。第二项裁定为：该院已经作出的执行措施不予撤销和回转。

建安公司不服市中级人民法院于2005年4月13日作出的民事裁定，向市中级人民法院申请复议。2005年10月8日，市中级人民法院以其未提交新的证据为由驳回复议。

省高级人民法院于2005年8月22日以复函答复市中级人民法院：撤销市中级人民法院于2004年10月9日作出的民事裁定和2005年4月13日作出的民事裁定第二项。撤销上述裁定后，建安公司的合法权益另循法律途径解决。

分析论证

一、市中级人民法院 2005 年 4 月 13 日作出的关于不予执行仲裁裁决的裁定值得商榷

（一）市仲裁委员会的仲裁裁决不存在“认定事实的主要证据不足”问题

1. 仲裁庭依据双方当庭自愿达成的还款协议作出裁决，不构成“认定事实的主要证据不足”。

仲裁《裁决书》的作出分两种情况：一种是根据事实、证据和法律规定作出；另一种是根据当事人双方达成的调解书或协议结果作出。本案仲裁裁决是在当事人双方达成还款协议的基础上作出的，只涉及双方是否自愿和合法的问题，并不涉及“认定事实的主要证据不足”的问题。

遵循民法的意思自愿原则，民事主体有权决定自己的利益及处分自己利益的权利。因此，当事人无论在诉讼外或者诉讼中自愿达成的协议，依法具有法律效力，同时，合法有效的协议，应当成为法院或者仲裁庭裁判案件的证据。

本案中，建安公司与物业公司在有关工程款纠纷仲裁过程中，双方在其签章确认的《工程结算书》确定的工程总价值的基础上，就结余工程款和工程质保金的本息及违约金等的支付，当庭达成还款协议，在无任何证据证明此份协议违背双方真实意愿的情况下，仲裁庭据此裁决物业公司应付款项，符合法律规定，其理由有两点：

（1）在达成还款协议的情况下，仲裁庭应当依据协议确定的金额而不得依据当事人实际所欠款项作出裁决。例如，甲欠乙 100 万元人民币，但达成协议甲仅向乙偿还 90 万元人民币，则依法发生乙自愿放弃其权利的结果，仲裁庭依法只能依据该协议裁决还款 90 万元人民币而非 100 万元人民币。

（2）在达成还款协议的情况下，鉴于认定实际欠款的准确金额已无任何法律意义，因此，仲裁庭无需认定实际欠款金额，更没有理由

在双方无争议的情况下自行决定对工程造价重新进行核定。在仲裁双方当事人对事实有一致说明，对解决纠纷有一致协议的情形下，要求仲裁庭再去调查、质证和审定“认定事实的主要证据”，不合法理要求。

据此，本案仲裁庭需要认定的事实，是双方是否就还款金额达成协议，而不是客观上一方当事人所欠款项的金额。市中级人民法院2005年4月13日作出的《民事裁定书》的认定是不妥的。

2. 双方于仲裁期间签署的一方向另一方返还收取的部分工程款项的《承诺书》，不能成为确认仲裁裁决“认定事实的主要证据不足”的依据。

本案中，建安公司与物业公司于仲裁期间签署《承诺书》，承诺收到尚欠工程款后将向物业公司返还部分款项，但双方均未将此《承诺书》提交仲裁庭。市中级人民法院2005年4月13日作出的《民事裁定书》认定，这一行为导致物业公司在仲裁审理时未对物业公司的请求标的提出抗辩，并导致仲裁庭认定主要事实的证据不足。这一认定是不能成立的。

根据证据规则，仲裁庭裁决案件只能依据当事人提交的证据，如果当事人有证据而不提交，应承担由此产生的不利后果。也就是说，仲裁庭依据当事人提交的证据所证明的事实作出裁决，即使与客观上发生的事实不符，其裁决亦不构成“认定事实的主要证据不足”。

（二）市中级人民法院将“国有财产”混同于“社会公共利益”并予以特殊保护，违背民法的基本原则

在民事活动领域，国有企业的财产不能等同于社会公共利益。国有企业和其他法人组织以及自然人的财产一律平等。物业公司以损害公共利益为由提出不予执行仲裁裁决的申请，不能成立。物业公司与建安公司都是平等的市场主体，仅仅因为物业公司是国有企业，便认定与其有关的利益就属于社会公共利益，显然不妥。

市中级人民法院的《民事裁定书》认为：“由于被执行人的国有企业性质，对该仲裁的执行可能会产生国有财产遭受损失，社会公共利益受到损害的结果。”市中级人民法院的裁定将“国有财产”与

“公共利益”简单地划上等号，以此认定主要事实的证据不足，进而否定仲裁裁决的效力，有不当使用司法权力之嫌。

国有财产与社会公共利益是两个概念，社会公共利益是不特定的多数人的利益，国有财产的主体是特定的，与其他市场主体在法律上是平等的。在当今市场经济发展和全球经济一体化的过程中，将二者混为一谈有损于市场主体平等，在对外经济交往中则有损于中国的国有企业形象，不仅不符合民法的基本原则，也有违立法保护公共利益的本意。即使本案中物业公司有利益损失，也与社会公共利益无关。

二、对《承诺书》的认定和处理

（一）关于《承诺书》的认定

这份《承诺书》，有以下要点值得注意：其一，《承诺书》是一个单方获益的意思表示；其二，《承诺书》的受益方是物业公司，而不是该公司中的个人或某些人；其三，签订《承诺书》的人是建安公司的代表人；其四，《承诺书》的用纸是有“某建筑集团物业管理公司”字样的办公用纸。^①

因此，对于该《承诺书》应当做如下认定：

1. 由于物业公司是独立法人，是以自己的财产享有权利、履行义务和承担责任，并且《承诺书》的受益人是整个物业公司。因此，就该《承诺书》所涉及的法律关系而言，是物业公司单纯的获得利益，并且该《承诺书》没有任何损害物业公司利益之处。只有在该《承诺书》的受益人是物业公司中的个人或部分人的情况下，物业公司才可以主张该《承诺书》有可能损害公司利益。就《承诺书》而言，在物业公司纯粹受益的情况下，物业公司及其案外人建筑集团，以该《承诺书》使己方受益为由，主张仲裁裁决无效，显然于理不合。除非《承诺书》的受益人是物业公司中的个人或部分人，否则，物业公司及其案外人建筑集团，无权以《承诺书》为由提出任何抗辩。因此，物业公司及建筑集团，无权以存在《承诺书》为由否定仲裁裁决的效力。

2. 就建安公司而言，该《承诺书》是单纯的让渡利益。其以向对

^① 此为本案所涉证据。

方当事人让渡利益来换取仲裁过程的顺利，是对自己经济利益的处分，并无违法之处。所以，只有建安公司因《承诺书》的签署而受到利益损失，只有建安公司才可以对《承诺书》的有效性提出质疑。如果《承诺书》的签署者是无权所为或被迫所为，建安公司可以提出《承诺书》无效的抗辩。在建安公司未就此提出抗辩的情况下，该《承诺书》的存在，丝毫也不影响仲裁裁决的效力。

由于《承诺书》的存在，物业公司已经让建安公司让渡了巨额利益，进而又以《承诺书》的存在，否定建安公司的剩余利益，这对建安公司是不公平的。

3. 《承诺书》的存在，只是使建安公司的资产流失，而并没有使物业公司的资产流失。因为《承诺书》的获益方是物业公司，认为物业公司会获得利益而提高建筑工程价款数额，进而认为导致国有资产流失。这一观点在逻辑上不成立。

物业公司是独立法人，是建筑承包合同的一方当事人，《承诺书》使建安公司获得的工程款的一部分又回到物业公司的账上，这在经济效果上等同于压低工程款，实际上是压低了建安公司的利益诉求。如果说物业公司本身有故意提高工程款的情形，其一，应以充分的证据举证；其二，物业公司作为独立法人，自己提出愿意承担的工程款的数额，具有法律效力；其三，案外人建筑集团的否定没有法律效力，当然也不具有举证否认仲裁裁决的效力。

（二）对《承诺书》的处理

《承诺书》是在仲裁过程中作出的，此后，双方当事人又达成了调解协议。对此《承诺书》有两种处理方法：

1. 解释为调解协议改变了《承诺书》，被承诺方不再要求承诺方履行原来承诺的义务，这是最可靠的解释。从法律上解释，当事人之间的合意行为如果前后矛盾，通常推定为合同变更。按此解释，本案的仲裁裁决显然与《承诺书》无关，不能因为《裁决书》未涉及《承诺书》就认定为存在错误。

2. 当事人在仲裁裁决作出后对《承诺书》发生争议，可由当事人起诉，按诉讼程序解决，由法院判决该《承诺书》的效力，如果被认

定有效，则建安公司在获得工程款之后，应当根据法院判决归还部分给物业公司。市中级人民法院不应根据《承诺书》作出不予执行仲裁裁决的裁定。

三、市中级人民法院对本案的处理在程序上有不妥之处

市中级人民法院作出不予执行的裁定只能发生在执行程序开始之前，不能发生在执行程序开始之后。执行一部分之后再裁定不予执行，裁定之前的执行内容就会发生无法处理的难题，一方面不能回转，因为仲裁裁决并未被撤销，原先的执行并无错误；另一方面，如不回转，对已执行的部分，当事人无法进一步通过新的仲裁或诉讼主张权利。

四、本案现状存在程序上的问题

1. 省高级人民法院依复函形式撤销民事裁定于法无据。不论市中级人民法院 2005 年 4 月 13 日作出的民事裁定的内容是否妥当，其毕竟是生效的司法文件，省高级人民法院以复函的形式，撤销该民事裁定的第二项，于法无据。且仅仅撤销其第二项，使建安公司的权益更难保障。

2. 依法不得剥夺任何一方的抗辩权利。如果在执行本案的过程中，确有证据表明，双方恶意串通，虚报工程造价，并以达成协议的方式试图获得不法利益，并产生损害第三人利益的后果，省高级人民法院才能对有关裁决作出不予执行的裁定。但对前述事实的确认，必须依照法律程序且不得剥夺任何一方当事人的抗辩权利。与此同时，在确认工程实际造价的条件下，对于当事人未虚报的工程款部分，应当予以执行，不应在保护一方当事人或者第三人利益的同时，将另一方当事人的合法权益置于难以获得法律救济的境地，从而使其相对方当事人获得不法利益。

（汇总撰写：徐晓平）