



辩方 视角与公正理念

刘革新 主编

VIEWS OF
DEFENDERS AND
CONCEPT OF
JUSTICE

人民法院出版社
The People's Court Press

辩方视角与公正理念

刘革新 主 编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

辩方视角与公正理念/刘革新主编. —北京: 人民法院出版社, 2004.1

ISBN 7-80161-688-X

I. 辩… II. 刘… III. ①民法-案例-分析-中国
②商法-案例-分析-中国 IV. D923.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 123484 号

辩方视角与公正理念

刘革新 主编

责任编辑 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号 (100101)

电 话 (010) 65290561 (责任编辑) 65290516 (出版部)
65290558 65290559 (发行部)

网 址 [www. courtpress. com](http://www.courtpress.com)

E - mail [courtpress@sohu. com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 保定市大丰彩印厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 232 千字

印 张 8.625

版 次 2004 年 3 月第 1 版 2004 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-688-X/D·688

定 价 18.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)



律师与律师事务所(序)

应主编之请为本书作个序,当静下心来提笔的时候,真心感到时间的飞逝。回想十年前从事律师职业时拜师的情景仍然历历在目,创立金诺律师事务所也已八载。

进入一个行业有一个好的领路人,对于个人的成长确有着莫大的益处。我从业的恩师是律师界的老前辈赵光裕先生,师傅当年“效率、质量、风格、形象”的教导仍然时时回响在耳边。十年的职业生涯中也是时时努力以此为准则,不断要求自己做的更好。

服务的高效优质意味着工作的艰辛,所以律师是一个很辛苦的职业。尤其是要做一个好的律师,每天高强度的工作十几个小时自是家常便饭。在我的记忆中,自从国家有了双休日,两个休息日完全没有工作的总计不超过五次。职业共性外的律师,风格形象是极富个性化的。

律师是助人解决问题的,但绝不是单纯的就事论事。优质的服务,诸多时候是需要律师站在相当的高度上把握问题的方向。尤其是在处理非诉讼法律事务过程中,可能涉及的法律问题本身就是多方面的,同时每一个问题的背后可能隐藏了其他方面的问题,有些问题甚至已经超出了法律本身的范畴,包括社会的、政治的,这些都是需要律师通盘考虑的。一个好律师绝不是解决了一个问题,带来了一堆问题的人。

每个律师都有其自身的特点,有的高噪大腔、侃侃而谈,有的不温不火、娓娓道来。而这些方面既是律师个性化的体现,又是其综合素质的一种反映。

做一个好的律师与管理好一个律师事务所之间有着莫大的区别。在天津市律师事务所不断拆分的背景下,金诺所在八年的历

程中,从一个只有三个合伙人,二十平方米办公间的小所,发展到七位合伙人,三十位专职律师的一个具有相当规模的律师事务所,得益于合伙人的共同理念和良好的运作机制。

把律师职业作为一种事业来追求,还是一个快速脱贫的途径来操作是两种完全不同的办所思路。“道不同不相为谋”,如果是两种不同理念的人聚在一起,事务所是不可能持续发展的。金诺所自成立之时,其创始合伙人与其他合伙人在制定了严格的管理制度的同时,确认了软性的合伙规则,它更多的从理念上强调一致性,并确定了如果制度妨碍事务所发展即对制度进行调整的原则。

在事务所的发展中,金诺不断总结,逐渐形成具有自身特色的企业文化,形成了“winners is a team”,“法律工厂”,“质量、信誉重于生命”等诸多理念。并在此指导下形成了专业的分工和团队的协调配合,为客户提供了既有专业深度,又是全面细致的优质服务。

创新是金诺的又一特点,律师是个实践性、操作性极强的工作,但最终能够获得良好的结果需要扎实的理论基础,为了保持整个律师队伍良好的理论水平,金诺创立了“研究发展中心”,吸收了一位专门从事理论教学研究的合伙人负责研发和培训,并建立了严格的培训制度。事务所惟一进行考勤纪录的是隔周的培训,坚持不懈地培训,使原本全部是正规院校毕业的金诺人的理论基础更扎实,知识更新更快捷,从而保证金诺人能不断与时俱进。把事务所作为企业运作是金诺的又一特点,2003年金诺又创立了市场开发和客户维护部,短短半年时间,已显示出其对事务所发展的巨大的推动力。

本书的编辑出版只是一个开始,我们将做得更好——锐意进取的金诺人不断追求目标。

十年有感代序。

赵保东

二〇〇三年八月二十七日

Page

๑๒๓๔๕๖๗๘๙๑๐๑๑๑๒๑๓๑๔๑๕๑๖๑๗๑๘๑๙๒๐๒๑๒๒๒๓๒๔๒๕๒๖๒๗๒๘๒๙๓๐๓๑๓๒๓๓๓๔๓๕๓๖๓๗๓๘๓๙๔๐๔๑๔๒๔๓๔๔๔๕๔๖๔๗๔๘๔๙๕๐๕๑๕๒๕๓๕๔๕๕๕๖๕๗๕๘๕๙๖๐๖๑๖๒๖๓๖๔๖๕๖๖๖๗๖๘๖๙๗๐๗๑๗๒๗๓๗๔๗๕๗๖๗๗๗๘๗๙๘๐๘๑๘๒๘๓๘๔๘๕๘๖๘๗๘๘๘๙๙๐๙๑๙๒๙๓๙๔๙๕๙๖๙๗๙๘๙๙

——《海河漕运图》案例评析 黄煜 (144)

诚信是竞争的根本准则

——评甲公司诉乙公司等侵犯商业秘密案…………… 常子轩 (159)

被吊销营业执照的公司主体地位及其股东责任

——评甲公司诉丙公司买卖合同欠款纠纷案……………周 晶 (170)

是恶意抗辩还是善意取得

—丁银行诉丙银行票据纠纷案 杨春明 (182)

——评甲有限公司诉丁支行、戊分行营业部赔

答案..... 段东梅 (193)

A 市甲科学院是否应负担医疗费? 段素珍 (203)

乘出租车发生交通事故受害人索赔 段素玲 (210)

贷款合同中的担保

——甲房地产公司诉乙某及丙银行返还保证金

纠纷案 梁书刚 (216)

修船合同的特殊性

——评甲轮船公司诉乙修船公司修船合同

纠纷案 卢红妍 (226)

劳动合同解除的法律后果

——丁某诉甲可编程控有限公司劳动争议

案件..... 谢利锦 (238)



事业体制下离退休人员在企业体制下养老金待遇

——评王某等 15 名离退休人员诉甲化学工程

公司养老金纠纷案 段东梅 (249)

行政法案例

我国行政诉讼受案范围

——评乙某诉甲学院要求撤销行政处分案 段东梅 (255)

后 记 (265)

合同法案例

合同履行中的不安抗辩权 和后履行抗辩权

——评甲电梯有限公司与乙轴承有限公司的
买卖合同纠纷案

唐 震

一、案情介绍

1996年5月23日，甲电梯有限公司（以下简称甲公司）与乙轴承有限公司（以下简称乙公司）签订了《电梯销售合同》。该合同约定乙公司向甲公司订购美国某品牌全进口电梯两台，合同总价款CIF上海270 000美元，合同约定的付款时间为：合同签订后乙公司支付定金54 000美元；乙公司在收到甲公司设备到港单据后15日内支付202 000美元；设备到岸后15日内再支付13 500美元。

合同签订后甲公司从美国为乙公司订购了上述电梯设备，并在合同约定的时间内运送到上海，在1996年12月将供齐。但乙公司仅按合同约定支付了定金54 000美元，却未按合同支付后两笔货款，虽经甲公司多次催要，乙公司也多次作出还款保证，但其仅在1998年8月27日支付21 600美元，余款始终未付。同时，在此期间由于乙公司没有支付能力，甲公司与乙公司协商先不交付电梯，而是由甲公司将电梯储存在某仓库，待乙公司付

完全款后再提货。甲乙双方合同第 11 条约定：凡有关本合同或执行本合同所发生的一切争执应通过甲乙双方协商解决，如不能解决则应请中国国际贸易促进会对外贸易仲裁委员会 A 分会（以下简称仲裁委）按照其规定的仲裁程序暂行规定在 A 市进行仲裁。甲公司遂按照该仲裁条款于 1999 年 11 月 23 日向仲裁委提出仲裁申请，要求仲裁委依法裁决乙公司支付所欠货款、违约金及由甲公司代垫的仓储费用等。

二、仲裁和审判过程

在甲公司向仲裁委提出仲裁申请后，乙公司提交答辩的同时提起仲裁反申请。乙公司的主要答辩意见为：甲公司违反《电梯销售合同》第 3 条第 2 款的约定，未向乙公司提供设备到港的单据文件（包括海运提单、发票、质量保证书、装箱单、原产地证明书），而合同约定乙公司在收到甲公司的单据文件后 15 日内支付合同总金额的 75%，即 202 500 美元。乙公司认为：根据合同约定的付款方式、付款条件及付款期限，其付款义务属于民法通则和合同法规定的附条件和附期限的民事行为，只有在所附条件成就时或所附期限届满时，乙公司才能履行付款义务，但事实上由于合同所附的条件一直未成就，所以乙公司自然就不能履行付款的义务。同时其仲裁反请求提出几项反请求事项：1. 立即交付两台电梯；2. 支付违约金 13 500 美元；3. 赔偿差价 10 万美元；4. 赔偿经济损失人民币 92 万元。乙公司提出反仲裁请求的主要理由包括：1. 电梯是以乙公司的名义申报入关的，甲公司不是电梯的所有人，而是乙公司进口货物的代理人，根据合同约定和海关的相关法规应立即交货；2. 甲公司违约在先且拖延交货，不仅影响乙公司的工程工期，而且由于延期交货造成乙公司的电梯差价损失 10 万美元，同时又因为这两台电梯属于海关监管货物，使乙公司不能采取购买其他电梯的补救措施；3. 甲公司迟延交货造成乙公司赔偿建筑公司因工程停工的损失。

甲公司针对乙公司的仲裁反请求提出答辩意见：1. 甲公司

不是合同货物的进口代理人，双方的合同是买卖合同，甲公司是卖方，而乙公司是买方，乙公司向甲公司支付的是购买货物的合同价款，而不是代理费，甲公司经国家工商局核准的经营范围也包括进口经销国内不能生产的某品牌电梯产品。因此，甲公司的进口行为不是代理行为，双方之间是买卖关系，而非委托代理关系。2. 乙公司已经提取了货物，由甲公司保管货物是双方协商的结果。合同约定 CIF 上海交货价为 270 000 美元，乙公司已在货运代理公司完成提单到提货单的转换手续，显然已经接受了货物。提货后由于乙公司资金出现问题无法支付余款，才经双方协商由甲公司负责保管货物。3. 纠纷的产生是因为乙公司自身没有支付能力，属于其违约在先，故无权要求差价损失。4. 工程停工的直接原因也是由于乙公司的违约和资金不到位，产生的后果应由其自行负责。

双方争议的主要焦点在于甲公司是否按合同约定履行了先交付单据的义务。甲公司在仲裁中没有提出已交单的直接证据，但认为交单的相关证据应由乙公司提供，因为双方在销售合同约定的价格是 CIF 价格，根据 1990 年《国际贸易术语解释通则》的规定，买方即乙公司应负责办理进口许可证、批准文件及海关手续。乙公司作为进口免税证明的权利人及收货人是办理通关手续的惟一权利人，只有乙公司报关或者委托报关行报关才能办理通关手续及换单手续，没有乙公司填报、加盖公章办理通关手续，货物是不可能通关、提货的。因此，有关单据甲公司已肯定提供了乙公司，否则乙公司的货物不可能已通关，所以相关单据应由乙公司提供。而乙公司坚持称从未收到过甲公司的有关单据，所以不能履行付款义务，同时也没有提供相关证据的责任。

仲裁庭在两次开庭审理后作出了裁决。对于交单问题，仲裁庭认定：“……提单上的收货人是被申请人（乙公司），提单须送至船代换取提货单，才能凭此提货。在提单上必须要有收货人乙公司的有效盖章。此外，按照海关的有关规定，报关时也需由被申请人提交有关单据（副本提货单、发票、装箱单以及免税证明

等),经海关核对无误后才能放行。因此,被申请人关于申请人(甲公司)违约在先的主张,仲裁庭认为缺乏依据,不予支持……。”

在仲裁庭做出裁决后,乙公司不服又向A市中级人民法院提起申请要求法院撤销上述仲裁裁决。乙公司提出以下主要申请理由:1.仲裁委在审理时将双方订立的内贸合同错误地定性为外贸合同,混淆了内贸与外贸这两种不同的法律关系,在程序上偏袒了甲公司,造成该仲裁裁决程序不公。2.甲公司没有按照乙公司和仲裁庭的要求,提供包括进口电梯合同、报关单在内的重要证据材料,在重要证据未经质证的情况下,仲裁庭匆忙作出违反程序的裁决,显属不公。3.仲裁庭对乙公司提出的仲裁反请求,未按照仲裁法的有关规定逐项进行审查,未对相关证据进行质证。4.甲公司在请求中仅要求乙公司支付违约金,并没有要求乙公司支付逾期付款利息,而仲裁庭却在明确驳回甲公司违约金要求的情况下,要求乙公司按年利率6%的标准向甲公司支付逾期付款的利息,明显超过甲公司的仲裁申请范围,违反了仲裁法第58条第1款第(2)项的规定。

法院在审理后认为:“申请人乙公司与被申请人甲公司虽然均为中国企业法人,但被申请人经国家工商行政管理局批准的经营范围内包括进口经销不能生产或不能替代的某品牌电梯产品,其在国内进出口代理公司及拥有进出口货物免税证明的三资企业交易中的地位相当于国外的电梯制造商,国家亦允许此种交易直接以外汇结算。因此,申请人作为拥有免税证明的三资企业向被申请人购买两部电梯的行为,应视同我国境内拥有进出口权的企业与外商的国际货物买卖处理,双方发生的买卖事宜,应视作涉外经济贸易范畴。根据仲裁法第65条的规定,本案应适用该法第70条的规定进行处理……。仲裁庭根据被申请人的仲裁请求及原涉外经济合同法的规定,裁决申请人以年利率6%向被申请人支付逾期付款的利息;未违反民事诉讼法第260条第1款第(4)项的规定。因为此处的违约金与逾期付款利息,法律本质属

性相同，故被申请人认为仲裁裁决超出被申请人仲裁请求的理由不能成立。”法院因此裁定驳回了乙公司撤销仲裁裁决的申请，至此本案的仲裁和诉讼告一段落。

三、法理分析

通过对案情和仲裁、诉讼过程的基本介绍，我们可以看出本案当事人双方争议的主要焦点集中在如何履行合同义务、合同的法律性质以及对争议的法律适用上。其中，对合同履行中两种不同抗辩权的适用是把握本案事实的关键，下面仅从合同履行抗辩权的角度作一些法理分析。

本案甲、乙公司签订的合同是买卖合同，买卖合同是转移财产所有权的合同，其主要内容即卖方按约定交付标的物，买方按约定支付价款。买卖合同中双方当事人的权利、义务是相互对应的，一般而言卖方的主要义务是：1. 向买方交付标的物并转移标的物的所有权，这是卖方最基本的义务；2. 卖方对标的物的瑕疵担保义务，包括物的瑕疵担保和权利瑕疵担保。而买方的主要义务则是：1. 按合同约定向卖方支付货款，这是买方最基本的义务；2. 按合同约定的地点、时间和方式接受标的物。买卖合同对双方的义务可以约定为同时履行，也可以约定为一方先履行而另一方后履行。无论义务是同时履行还是履行有先后顺序，只要合同约定了，就应严格按约定履行，否则将会承担违约责任。可以说只要有合同的履行，就可能存在履行中的抗辩权。

所谓抗辩权，是指对抗请求权或者否认对方权利主张的权利，也称异议权。合同履行中的抗辩权一般可分为同时履行抗辩权、后履行抗辩权和不安抗辩权，合同法在第 66 条至第 69 条对此作了规定。这三种抗辩权互相补充，形成了一个完整的整体，共同保护合同履行中当事人各方的利益。

同时履行抗辩权，是指互负债务，没有先后履行顺序的，其当事人一方在他方未对待给付以前或者不适当履行时，可以有拒绝履行自己义务的权利。对此合同法第 66 条规定：“当事人互负



债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。”在行使同时履行抗辩权时，应符合下列条件：1. 必须是同一双务合同中的双方当事人互负债务互享债权；2. 必须是双方当事人互负的债务均已届清偿期；3. 必须是对方当事人没有履行债务；4. 必须是对方的对待给付义务是可能履行的。在实践中应注意，不符合上述条件的，不能行使同时履行抗辩权，否则可能导致违约。本案并不涉及同时履行抗辩权，而是后履行抗辩权和不安抗辩权。

后履行抗辩权，是指在双务合同中，约定的义务有先后履行顺序的，负有先履行义务的一方当事人未按照合同履行债务的，后履行债务的一方当事人可以依据对方的不履行行为，拒绝对方当事人履行要求的权利。对此合同法第 67 条规定：“当事人互负债务，有先后履行顺序的，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”这说明在先履行义务人不履行义务或者履行义务不符合约定时，后履行义务一方即有权行使这种抗辩权利。本案中的乙公司就是以甲公司没有按合同约定的条款履行先交付单证义务，而拒绝履行后付款义务的。如果本案中的甲公司确实没有履行约定的先交付单证的义务，那么乙公司的抗辩是合理合法的；反之，则是乙公司在滥用后履行抗辩权逃避其应该履行的义务。从仲裁和审判的过程可以看出，甲公司虽无交单的直接证据，但根据国际贸易惯例和海关的有关规定，可以推断出甲公司已交单的事实，由此乙公司行使后履行抗辩权的理由站不住脚。这说明在行使后履行抗辩权时，后履行义务人必须要有充分的证据证明先履行义务人没有按约定履行（包括不履行或不完全履行）义务，否则，行使权利不当将会承担违约责任。

合同法第 68 条、第 69 条确立了不安抗辩权制度。所谓不安抗辩权，是指若双方约定一方先为履行时，有先为履行义务的一方在履行前发现他方的财产明显减少而有难为给付之虞时，可要

求他方为对待给付或提供相当的担保。在他方为对待给付或提供相当担保前，该方得拒绝自己的给付。^① 合同法第 68 条规定：“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。”在行使不安抗辩权时，应当具备以下条件：1. 合同确立的债务合法有效；2. 双方当事人互付债务且有先后履行顺序；3. 合同成立后后履行义务的一方当事人出现财务状况恶化且有难以履行合同的可能；4. 不安抗辩权须由先履行义务的一方当事人提起。在本案中，有后履行付款义务的乙公司由于股东方投资款不到位等原因造成不能按时支付甲公司的货款，就应属于合同法第 68 条第（4）项规定的情形。甲公司以出现法律规定的可能损害自己利益并导致合同无法履行的情形为由，为保护自己的利益不受损害，与乙公司经过多次交涉达成协议暂不交付电梯，而是由甲公司进行保管，待乙公司付完货款后再提取，这是典型的行使不安抗辩权来保护自己权益的例子。那么作为合同约定的负有先履行义务的一方当事人，在对方出现合同法第 68 条规定的情形时将如何行使不安抗辩权呢？合同法第 69 条对此做了规定：“当事人依照本法第 68 条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。”该条规定了当事人行使不安抗辩权应该承担的义务和同时享有的权利。应该承担的义务有：一是通知的义务；二是在对方提供履约担保后恢复履行的义务。享有的权利则是在对方不能恢复履约能力时有解除合同的权力。法律为追求双务合同中各方利益的相对公平，一方

① 苏俊雄：《契约原理及其实用》，（台湾）中华书局 1983 年版，第 144 页。

面，为保障先履行合同义务人免受损害而设立不安抗辩权；另一方面，为对方当事人考虑，让主张不安抗辩权的当事人承担上述两项义务。本案中，甲公司在得知乙公司无法支付剩余货款后，积极与其多次协商，应该说已完全履行了行使不安抗辩权时的通知等义务，而乙公司并没有能提供法律上认可的履约担保，故甲公司可以有权解除合同，也可以要求乙公司继续履行合同义务并承担相应的违约责任。但由于本案涉及的标的物是海关监管物品，有关的进口免税手续也是乙公司的，所以甲公司不能解除合同而只能选择要求乙公司继续履行合同。

抗辩权是合同履行中的保障各方当事人利益的一种制度。合同当事人应当充分利用法律的规定，在处于合同关系中的不同的法律地位时，利用上述三种抗辩权维护自己的利益。例如，作为先履行义务一方，在对方当事人出现可能不能正常履约的情形时，应该充分利用不安抗辩权来保护自己的利益不受损害，正如本案中甲公司所做的那样。又如，作为后履行义务的一方，在对方的先履行义务不符合约定时，也完全可以充分利用后履行抗辩权来保护自己的利益。同时，也应该看到抗辩权制度实质是平衡合同各方利益的一个制度，它是一个双刃剑，善于利用它，就能发挥正面的积极作用；反之亦然。

四、案例点评

本案案情看似简单但又较为曲折，仲裁委和法院经过审理作出了符合事实和法律的裁决，最后以甲公司胜诉而告终，但在本案的仲裁和审理过程中还是留下一些值得人借鉴的东西。

交单问题一直是双方在仲裁和诉讼中争议的焦点，对于是否已交单这一关键事实的直接和间接证据，甲公司在仲裁中一直未能提交，这一点对甲公司来说极为不利，很可能面临败诉的风险。试想一下，如果甲公司没有证据证明自己已履行了先交单的义务，那么又如何向乙公司提出付款主张呢？按民事诉讼的一般举证责任原则，“谁主张，谁举证”，甲公司应承担自己已将有关