

S 律师经典案例

Selected Cases on law 第四辑

浙江省省直律师协会 主办
唐国华 主编

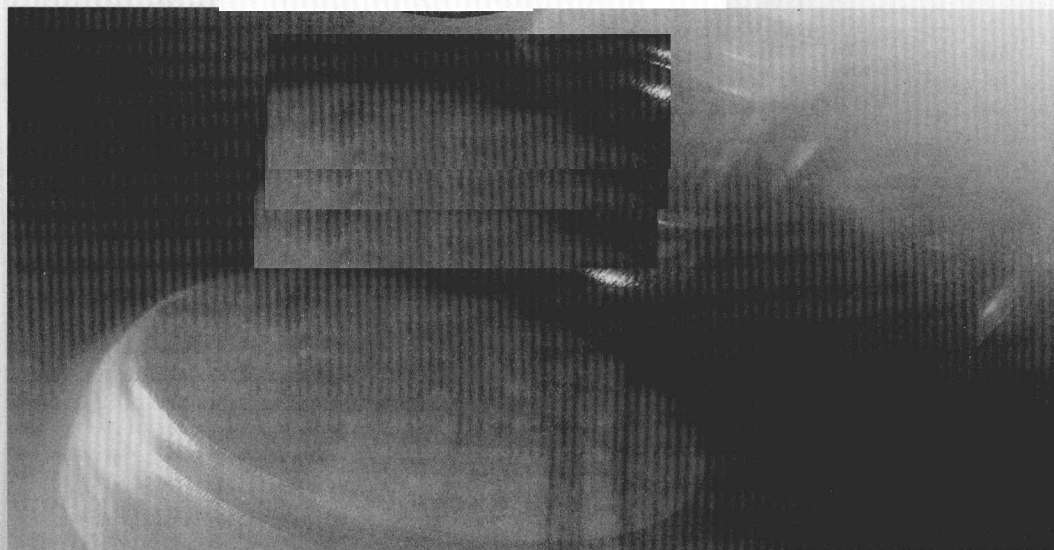


ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

S 律师经典案例

Selected Cases on law 第四辑

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

图书在版编目 (CIP) 数据

律师经典案例. 第4辑 / 唐国华主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2010. 9

ISBN 978-7-308-07826-9

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 (2010) 第 139431 号

律师经典案例(第四辑)

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 杭州余杭人民印刷有限公司

开 本 710mm×960mm 1/16

印 张 22

字 数 372 千

版 印 次 2010 年 9 月第 1 版 2010 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-07826-9

定 价 41.00 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队伍,社会发展的需求是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队伍的专业化水平,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,我们会倍感欣慰。不足之处,真诚地欢迎广大读者提出批评意见。

本书编委会

2010年6月于杭州

目 录

民 事 篇

多因一果侵权行为的赔偿责任

——江苏某公司诉黄某等道路交通事故财产损害赔偿纠纷一案评析

..... 朱敏玲(3)

职务侵权还是个人侵权?

——徐某与王某、杭州某公司、杭州某高校人身损害赔偿纠纷案剖析

..... 陆江涛 张利春(9)

《交强险条例》第22条的理解与适用

——某保险公司诉杨某交强险保险合同纠纷一案评析

..... 万剑飞(14)

退还的保险费应支付给谁?

——一起因财产保险合同的提前终止而引出的纠纷案分析

..... 孔建祥(18)

乘坐同单位员工车辆履行职务发生交通事故受伤如何处理

——朱某诉张某、A公司道路交通事故人身损害赔偿纠纷案评析

..... 王旭东(22)

车辆贬值费问题探析

——一起车辆贬值费20万元获法院支持案件引发的思考

..... 王旭东(28)

当免责条款无效后

——马某诉某某财产保险股份有限公司浙江分公司杭州营业部财产

(2011)杭... 保险合同纠纷案评析..... 徐 涛(35)

没签合同,定金还能返还吗?

——戴某诉杭州某五金公司租赁公司合同纠纷一案评析

..... 马幼蓝(41)

被代位人的主体地位与证据认定

——某咨询公司诉某水泥公司代位权纠纷一案评析..... 陆云良(45)

交通事故无法认定机动车一方被判担九责

——宋某诉王某、出租车公司、保险公司道路交通事故人身损害赔偿纠纷案评析..... 宋桂明(52)

论经营场所的安保义务之界定

——杭州某黄金海岸被告故意伤害致死赔偿案评析..... 杨繁华(60)

接受遗赠的意思表示应当如何作出?

——侯某诉侯奶、侯父、侯叔、侯姑遗赠纠纷案评析..... 张清(67)

本案涉争合同可否单方解除

——对一起房屋租赁合同纠纷案的评析..... 袁园(72)

“遗产”之争

——记一起子女对亡父同居财产分割案..... 刘为平 陈慧梅(76)

租赁合同无效后承租人如何返还财产

——某建材公司诉某置业公司房屋租赁合同纠纷案评析

..... 姜丛华 左斌(81)

车辆“立体燃烧”引发的保险纠纷

——马某诉某保险公司财产保险合同纠纷案评析..... 周毅(90)

正邪的较量

——真假难辨的买卖合同纠纷案..... 来林娟(97)

一起担保纠纷案的处理始末

——工行与新艺公司、某电厂金融借款合同纠纷案评析

..... 行军安(105)

刑 事 篇

生与死的边缘

——为唐某故意伤害案二审辩护..... 金迎春 王军(113)

敲诈勒索罪,还是非法拘禁罪?

——唐某、李某追讨高利贷而拘禁他人案评析... 田 曙 田野(118)

非法经营期货案件的溯及力分析

——为涉案金额 582 亿元的非法经营黄金期货案件辩护

..... 高振华(122)

故意杀人罪还是正当防卫?

——戴甲故意伤害案评析..... 吕 俊(126)

量刑情节在辩护中的灵活应用

——樊某某贩卖、制造毒品案死刑改判案评析..... 黄丽泉(131)

建筑与房地产篇

签约义务与责任之承担

——陈某与 A 公司商品房认购协议纠纷案评析..... 舒 军(137)

业主违章装修问题物业公司之诉权

——记物业公司首次作为原告诉讼解决大批业主违章装修案

..... 李国刚 崔满兴(144)

建筑施工企业以技术专用章签订合同的法律效力和项目负责人涉嫌犯罪是否先刑后民的法律问题浅析

——钢管租赁站与浙江某某建设集团有限公司、杭州某某建筑装饰工程有限公司租赁合同纠纷案件评析..... 郑若阳 忽少宏(149)

房屋质量缺陷修复后的价值贬损问题界定

——蔡某诉某房地产开发公司房屋买卖合同纠纷案评析

..... 吴方荣 金德聪(158)

浅谈建设工程施工合同中的涉税问题

——从一起建设工程施工合同纠纷案说起..... 刘 莺(163)

施工企业如何控制内部承包制度所带来的法律风险

——对乙公司诉甲公司买卖合同纠纷案的思考

..... 陈姣娣 汪占魁(170)

预售商品房抵押的性质及法律效果

——某商品房买卖断供案评述..... 邱 坤 朱景雄(176)

公司与证券篇

- 公司被吊销营业执照后继续开展经营活动的法律后果承担
——雪松公司与吴某某买卖合同纠纷案评析…… 虞军红 张 樱(183)
- 侵犯股东分红权的股东会决议被认定为无效
——朱某诉杭州某投资管理公司股东会决议效力纠纷一案评析
…… 金伟文(187)
- 合同部分当事人的解除权探析
——共同组建公司的《出资协议》可否解除之实例分析
…… 朱亚元(194)
- 当公司虚假变更登记遭遇善意取得制度
——记一起股权转让纠纷案…… 徐 涛(200)
- 挂名股东及合同是否构成显失公平的认定
——甲村民委员会与李某、邹 A、邹 B、邹 C、邹 D、杭州某电缆公司股
权转让合同纠纷案评析…… 吴长富(208)
- 法定代表人侵害公司利益之痛
——监事提起诉讼之思考…… 谷延飞(213)

劳动与社会保障篇

- 事实劳动关系是否存在
——一张巨额欠薪单据引发的再审疑案…… 厉 健(223)
- 劳动者加班时间的举证责任在谁?
——朱某与杭州某服装有限公司劳动争议纠纷案评析
…… 楼一萍 王旭东(229)
- 企业按内部规定为员工代付的房屋按揭款的定性
——一起由企业为员工代付房屋按揭款引发的纠纷
…… 陈 淦 程 岚(233)
- 终止劳动合同无须提前 30 天
——杭州某集团有限公司诉景某劳动争议纠纷案评析…… 李 明(239)
- 代通知金与经济赔偿金的区别与适用
——侯某诉上海某乐器有限公司劳动纠纷争议案评析…… 黄丽泉(245)

知识产权篇

方法发明专利的举证及禁止反悔原则的适用

——评浙江某竹胶板有限公司与宜兴某竹木业有限公司侵犯方法发明专利权纠纷案…………… 罗 云(253)

网站应对其频道的侵权行为承担责任

——原告 ZY 音像制品有限公司诉被告 GF 股份有限公司某分公司侵犯著作权纠纷一案评析…………… 黄伟源(261)

服装知识产权保护法律问题研究

——A 服装公司诉杭州某服装有限公司商标、专利侵权系列纠纷案评析…………… 黄卫红(267)

是咨询服务合同还是特许经营协议?

——某甲汉庭公司诉某丙公司特许经营纠纷案评析…………… 王红燕(273)

行政法篇

行政行为还是民事行为?

——陈某某诉某镇人民政府确认拆除房屋行为违法案…………… 王忠涨(283)

行政机关履行法定职责的审查尺度与行政阻却事由

——评顾某等 11 人和 T 市国土资源局 H 分局不履行法定职责纠纷案…………… 罗 云(287)

行政诉讼中的官民和解机制

——行政争端解决新机制…………… 毛洪辉(294)

命令式的行政指导

——一起由城中村旧城改造引发的行政诉讼…………… 徐风烈(298)

招投标篇

未经招投标的建筑设计合同是否必然无效以及其结算标准

——某建筑设计公司诉某房地产公司建筑设计合同纠纷案

..... 刘效权(307)

非诉法律服务篇

涉外法律服务中的原则与机变

——某外商独资企业向境外银行借款案例介绍

..... 赵箭冰(313)

从“火线救急”到“运筹帷幄”

——律师在并购项目风险控制与尽职调查中的作用

..... 金迎春 陶 伟(321)

创业板上市法律实务解析

——以某电子股份有限公司在创业板上市为例

..... 梁 瑾 陈 轶(326)

律师在大型电力集团并购中的作用

——华润并购 GZ 集团法律服务评析 陆利忠(334)

4500 万国债纠纷处理手记 陈 臻(340)

后 记 (344)

民事篇

多因一果侵权行为的赔偿责任

——江苏某公司诉黄某等道路交通事故财产损失 赔偿纠纷一案评析

朱敏玲*

案情简介

2005年12月20日17时40分,黄某(第一被告)驾驶宁波某公司(第二被告)所有的小型客车途经杭甬高速公路往杭州方向16公里+800米处追尾碰撞季某驾驶的江苏某公司所有的小型客车,后两车停于高速公路车道内,季某、黄某下车于高速公路车道内等待交警处理。17时45分,刘某(第四被告)驾驶浙江某公司(第五被告)所有的小型客车途经事发地,在避让过程中追尾碰撞小型客车,后又与黄某及高速公路护栏发生碰撞,同时导致小型客车碰撞小型客车及季某,事故同时造成黄某受伤,三车及高速路产不同程度损失。事故经交通事故认定书认定:季某、黄某驾驶机动车在道路上发生交通事故,未按照规定在车后50米至100米处设置警告标志;刘某驾驶机动车在高速公路行驶过程中,未集中注意力,发现情况过迟措施不当,导致事故发生,均违反道路交通安全法律,故该事故因刘某和季某的共同过错以及刘某和黄某的共同过错而产生,刘某和季某的行为对发生事故所起的作用以及过错的严重程度基本相当,刘某和季某对该事故造成车辆、路产损失及季某死亡的损害后果,分别承担事故的同等责任;刘某和黄某的行为对发生交通事故所起的作用以及过错的严重程度基本相当,刘某和黄某对该事故造成车辆、路产损失及黄某受伤的损害后果,分别承担事故的同等责任。

本案原告江苏某公司以道路交通事故财产损害赔偿纠纷为由将黄某、宁波某公司、某保险公司宁波分公司、刘某、浙江某公司、中国某保险公司柯

* 朱敏玲,女,江西财经大学法律硕士,从事交通事故人身损害赔偿、债权债务及刑事案件辩护等领域专业法律服务,浙江龙剑律师事务所主任,专职律师。

桥支公司等诉至法院。要求法院判决六被告赔偿车辆等各种损失共计41295元。

本案中,季某系江苏某公司驾驶员,黄某(第一被告)系宁波某公司(第二被告)驾驶员,刘某(第四被告)系浙江某公司驾驶员,发生事故时均为履行职务行为。宁波某公司所有的小型客车在某保险公司宁波分公司(第三被告)投保了第三者责任险,投保金额为50万元,保险期限为2005年11月2日至2006年11月1日;浙江某公司(第五被告)所有的小型客车在中国某保险公司柯桥支公司(第六被告)投保了第三者责任险,投保金额为20万元,保险期限为2005年12月16日至2006年12月15日。第四被告刘某与第五被告浙江某公司的委托代理人由笔者担任。

争议焦点

一、本案的事故认定

原告江苏某公司认为,季某驾驶的第一辆车被黄某驾驶的第二辆车追尾碰撞,后两车停于高速公路车道内,待交警处理。而后刘某驾驶第三辆车未集中注意力,发现情况过迟措施不及碰撞两车导致事故发生。为此,黄某、刘某应承担事故的全部责任。

第一被告黄某认为,其和季某未置放安全警告标志是一种违规行为,但这并不必然导致第二次追尾碰撞事故的发生。刘某驾驶第三辆车开车注意力不集中,发现情况过迟措施不及,是追尾碰撞的直接原因,应负事故的全责。

第三被告某保险公司宁波分公司认为,第一次追尾没有造成损失,所以不存在赔偿。第二次追尾系第四被告刘某和原告在驾驶中的一些违规行为造成,与其无关。

第四被告刘某认为,其为履行职务行为,故应由第五被告浙江某公司承担赔偿责任。关于责任交警部门已经有认定,都是承担同等责任的,故不应当全部承担,只能承担相应责任。

第五被告浙江某公司认为,对第四被告的责任,其愿意承担应当赔偿原告三分之一的责任。

二、关于本案的赔偿数额

原告的车辆等各种损失共计人民币39559元是否都是因第二次追尾碰

撞事故产生的?庭审中,原告陈述在第一次追尾碰撞后车辆有轻微损失,第一被告、第二被告认为没有损失。第四、五、六被告在庭审中未主张和举证证明原告车辆第一次追尾碰撞后有严重损失及损失数额。

审理判决

法院审理认为,本次交通事故共涉及两次追尾碰撞事故。第一次追尾碰撞:季某驾驶的第一辆车与黄某驾驶的第二辆车追尾碰撞造成车辆损失。第二次追尾碰撞:发生第一次追尾碰撞事故后,两车停于高速公路车道内,季某、黄某下车于高速车道内,后刘某驾驶第三辆车由于注意力不集中,发现情况过迟措施不及,追尾碰撞第二车辆,同时导致第二车辆碰撞第一辆车。因本案原告的损失基本上都是发生在第二次追尾碰撞中,故本事故仅确认导致第二次追尾碰撞各方责任大小。法院认为,就季某驾驶的第一辆车在第二次追尾碰撞中受侵权而言,刘某的违规行为与黄某的违规行为构成了“多因一果”侵权,即他们应当根据过失大小或原因力比例各自承担相应的赔偿责任。原因如下:(1)刘某的违规行为是导致第三辆车追尾碰撞第二辆车,从而导致原本静止的第二辆车碰撞第一辆车的原因力之一;黄某的违规行为也是导致刘某驾驶的第三辆车追尾碰撞第二辆车,从而导致原本静止的第二辆车碰撞第一辆车的原因力之一。(2)刘某与黄某没有共同故意或共同过失,即各自违规过错内容不一样,故不构成有意识联络的共同侵权,不承担连带责任。(3)行驶状态下的刘某的过错行为与静止状态下黄某的过错行为,两者相结合不具有时空统一性,也就是说两者不是直接结合而是间接结合导致碰撞第一辆车的后果,故刘某的过错行为与黄某的过错行为也不构成有意识联络的共同侵权,不承担连带责任。那么,如何根据侵权人的过失大小或原因力比例确定相应的赔偿责任呢?法院认为,导致第二次追尾碰撞发生的因素有:(1)季某驾驶机动车在道路上发生交通事故,未按照规定在车后50米至100米处设置警告标志。(2)黄某驾驶机动车在道路上发生交通事故,未按照规定在车后50米至100米处设置警告标志。(3)刘某驾驶机动车在高速公路行驶过程中,未集中注意力,发现情况过迟措施不及。法院认为,如果季某、黄某中一人按规定设置警告标志,那么就不会导致事故发生。因此,导致第二次追尾碰撞的发生是因为季某、黄某均没有设置警告标志的违规行为与刘某违规驾车行为的间接结合造成。前后两者对发生交通事故所起的作用以及过错的严重程度基本相当,应分别承担事故的同等责任。故刘某的违规行为对第二次追尾碰撞事故的发生

应负 50% 的事故责任,季某、黄某的共同违规行为对第二次追尾碰撞事故的发生应负 50% 的事故责任。因黄某驾驶的第二辆车停在季某驾驶的第一辆车的后面,其为防止后面车辆碰撞的主要义务较季某的注意义务大,故黄某对第二次追尾碰撞事故的发生应负 30% 的事故责任,季某对第二次追尾碰撞事故的发生应负 20% 的事故责任。综上,刘某应对原告的车辆等损失承担 50% 的赔偿责任,黄某应对原告的车辆等损失承担 30% 的赔偿责任,原告自身承担 20% 的责任。

因第四、五、六被告在庭审中并未主张和举证证明原告车辆第一次追尾碰撞的具体损失数额,根据本案的实际情况,法院确认,本案的赔偿数额为人民币 39559 元,由原、被告在各自的过错责任内承担。

法院认为,合法财产受法律保护,公民由于过错侵害他人财产的,财产所有权人有权要求赔偿。本案中,季某驾驶机动车在道路上发生交通事故,未按照规定在车后 50 米至 100 米处设置警告标志,对第二次追尾碰撞事故的发生负有过错;黄某驾驶机动车在道路上发生交通事故,未按照规定在车后 50 米至 100 米处设置警告标志,对第二次追尾碰撞事故的发生负有过错;刘某驾驶机动车在高速公路行驶过程中,未集中注意力,发现情况过迟措施不及,对事故发生负有过错。原告作为受损车辆所有权人,其主张赔偿修理费 38679 元、拖车费 360 元、ICR 费 20 元,符合法律规定,法院予以支持;对原告主张的交通费,因该损失系客观存在,结合本案情况酌情处理,法院对其中合理部分交通费 200 元予以支持。法院认为,刘某与黄某的过错行为间接结合导致第二次追尾碰撞事故发生,构成“多因一果”侵权行为,应对原告车辆等损失承担按份责任。根据事故各方责任大小,刘某应对原告的车辆等损失承担 50% 的赔偿责任,黄某应对原告的车辆等损失承担 30% 的赔偿责任,原告自身承担 20% 的责任,第一被告黄某系被告宁波某公司驾驶员,发生事故时系履行职务行为,故黄某的侵害行为由宁波某公司承担民事赔偿责任;第四被告刘某系第五被告浙江某公司驾驶员,发生事故时系履行职务行为,故刘某的侵害行为由浙江某公司承担民事赔偿责任。第三被告某保险公司宁波分公司和第六被告中国某保险公司柯桥支公司,分别是事故车辆的第三者责任商业险的保险人,尽管不是《中华人民共和国道路交通安全法》第 76 条规定的机动车第三者责任强制保险,但是根据《中华人民共和国保险法》第五十条规定,保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害,可以依照法律的规定或者合同的约定,直接向该第三者赔偿保险金。故本案中二被告保险公司的被告主体是适格的,应在保险责任限额范

围内替代被保险人直接向第三人支付保险金。据此,法院依照《中华人民共和国民法通则》第一百零六条第二款、《中华人民共和国保险法》第50条第一款、第五十一条之规定,判决如下:一、浙江某公司赔偿江苏某公司车辆等各种损失人民币39559元的50%,即人民币19779.5元,此款由中国某保险公司柯桥支公司在保险责任限额范围内直接支付给黄某、季某,于本判决生效十日内付清。二、宁波某公司赔偿江苏某公司车辆等各种损失人民币39559元的30%,即人民币11867.7元,此款由某保险公司宁波分公司在保险责任限额范围内直接支付给黄某、季某,于本判决生效十日内付清。三、江苏某公司的其他诉讼请求。

经典分析

本案关键在于多因一果的侵权行为中损害赔偿分配问题。在民事诉讼实践中,如何确定在多因一果情况下侵权损害赔偿的民事责任问题,一直是民事损害赔偿案件的一个难点。本案按传统侵权行为法理论“共同侵权为连带责任,多因一果为按份责任”的原则来分配本案的民事责任。

从“为自己行为负责”侵权法基本原则出发,无意识联络的共同侵权人只应对自己的行为后果负责。即在无意识联络的共同侵权结果发生后,由于偶然因素使无意识联络的数个行为造成同一损害,不能要求其中一人承担全部责任,即不能按一般共同侵权的规则承担连带责任。无意识联络的数人侵权属于单独侵权而非共同侵权,因为行为人之间主观上并无共同过错即无共同意识联络,各行为人的行为也只是单独的行为,只是因为偶然因素两者相结合造成了同一损害而已。也正是由于在形式上表现为数人侵权而致同一损害,才习惯上把其归为共同侵权一类。对于无意识联络的共同侵权,一般应由各侵权人依其过错程度,单独承担相应的责任,而非全部责任或连带责任。具体到本案,对于被告适用无过错责任,对于车主及受害人适用过错责任来分担其应当承担的民事责任,也是符合我国《民法通则》中的公平原则的。关于多因一果情况下民事责任的承担问题,我国《民法通则》未作具体规定。本案一个损害结果是由包括受害人、行为人的行为在内的多个原因引起的。多个原因结合形成共同原因,共同原因中的各个原因在多因一果侵权损害民事责任的分担上具有相对的决定作用,即原因行为的原因力大,行为人应承担较多的责任;原因行为的原因力小,行为人应承担较小的责任。在确定多因一果侵权责任的承担时,除了考虑因果关系的原因力大小外,还必须与加害人的主观过错程度结合起来全面考虑。本案