

“律师之道”系列丛书

THE VOICE OF LAWYER

CASE PROXY RECORDS OF LAWYER ZHAO LI MING

时至今日，我所代理的 1300 多件诉讼案件，无不倾注了我的心血、汗水、智慧、能力和责任。我努力将案子的每一个环节都做得扎实、细致，将所有的证据作科学的组合，将最关键的法律事实呈现出来。

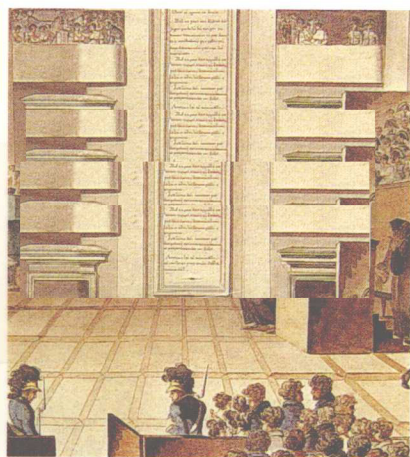
律师的声音

赵黎明律师案件代理实录

赵黎明 著



完整展示办案过程
清晰体现办案思路



年轻律师
手边书



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

“律师之道”系列丛书

THE VOICE OF LAWYER

CASE PROXY RECORDS OF LAWYER ZHAO LI MING

律师的声音

赵黎明律师案件代理实录



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

律师的声音:赵黎明律师案件代理实录/赵黎明著.
—北京:法律出版社,2011.1
(律师之道)
ISBN 978-7-5118-1208-7

I. ①律… II. ①赵… III. ①律师—代理(法律)—
案例—汇编—中国 IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 179603 号

律师的声音

——赵黎明律师案件代理实录
赵黎明 著

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 薛 晗
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

责任印制 陶 松

开本 787×960 毫米 1/16

印张 15.25

字数 211 千

版本 2011 年 1 月第 1 版

印次 2011 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1208-7

定价:29.80 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



作者近照

创造思维 提供思想

蔡明

做事情，用力是称职，用心才是优秀。

一个真正的律师，必须唯从法律，
坚持公平和正义，并始终抱有独立、
批判的品质。

△黎明

自序

从事律师工作 25 年来,我的内心没有过片刻的宁静。无论是白天黑夜,还是春夏秋冬,我都能感受到情感激荡的潮涌。每一个匆匆而至的当事人都是一脸的无辜与困惑,有的甚至是无以复加的悲伤与绝望,我只有回报以同样凝重的心情才能略微安抚他们无助的灵魂。所以在代理案件的过程中,我不敢稍有懈怠,唯恐轻慢了他们的重托,亵渎了律师庄严的使命。走上法庭的我,就如同走上角斗场,每一次开庭,每一次辩论,每一次成败,我都是在沉重与激动中度过,沉重于责任和使命,激动于法律和正义。

在这种出自本性的善良悲情的感染下,我将拥有的法律知识发挥得淋漓尽致,在力所能及的范围内为当事人据理力争,并将当事人的悲苦忧怨通过我的情感流露于言词,倾诉给法官、对方当事人及法庭上每一位善良的人。可以说,在庄严肃穆的法庭上,我深沉的情感、凝聚思想的法律观点几乎都集中在我的代理词里。

时至今日,我所代理的 1400 多件诉讼案件,无不倾注了我的心血、汗水、智慧、能力和责任。我努力将案子的每一个环节都做得扎实、细致,将所有的证据作科学的组合,将最关键的法律事实呈现出来。执业以来,我一直坚持自己“创造思维,提供思想”的办案理念,努力挖掘案件中更深层次的内涵,并以代理词的形式将其转化成说服法官的法律思想。

如今看来,本书收录的代理词令我依然心存遗憾:有的是在短时间内仓促完成、有的是在出庭前一天完成、有的甚至是法庭上的即席表达,字句有欠斟酌之处,文笔粗糙在所难免。回顾过去,将会使遥指未来的坐标更为精确。思虑良久之后,我把一些典型案件的代理词汇编成书,希望广大志士仁人通过这本书而成为我的良师益友,让我在批评中提高、在激励中发展;而同时,如果读者亦能从中获益,则是我最为高兴的事情。

2010年12月于西安

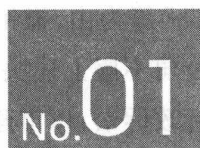
目 录

No. 01	超越职权的行政行为应予撤销 ——陕西省物资产业集团总公司劳动服务公司不服 西安市城乡建设委员会行政决定案	1
No. 02	不应将政府转发文件的行为视为行政处理决定 ——西安市建一公司与西安市高新区碑林征地撤村 转户领导小组办公室土地使用权纠纷案	12
No. 03	政府主导的商业建设不属国家建设 ——西安市花园百货商场与西安花园饭店联营、 租赁合同纠纷案	24
No. 04	商标侵权行为不能仅局限于生产和销售 ——西安市食品厂与西安市红星乳品厂等侵犯商标 专用权纠纷案	35
No. 05	兵工企业外部安全区土地不得擅自使用 ——西安昆仑机械厂与长安县城建石料厂相邻侵权 纠纷案	40
No. 06	争议土地权属应依法确定给长期直接使用者 ——西安毛毯厂与西安华山机械制造有限公司土地使用权 纠纷案	50

- | | | |
|---------------|---|-----|
| No. 07 | 储蓄存单与委托贷款协议没有关联性
——王鹏等三人与中国建设银行陕西省眉县支行
存单合同纠纷案 | 57 |
| No. 08 | 租赁合同的转让与转租性质完全不同
——西安市电扇厂与西安市台安贸易有限责任公司
等市场房屋租赁纠纷案 | 65 |
| No. 09 | 不能因表述瑕疵否定反担保的性质
——中国工商银行西安市分行直属支行与中国电子
进出口陕西公司等反担保合同纠纷案 | 72 |
| No. 10 | 融资租赁不是租赁与贷款的简单相加
——延安卷烟厂、延深实业发展公司与中国工商银行
陕西省信托投资有限公司融资租赁合同纠纷案 | 87 |
| No. 11 | 券商按要求处置集中账户的款项没有过错
——陕西证券有限公司等与陕西华能实业公司返还
财产纠纷案 | 93 |
| No. 12 | 存款的公私性质应结合账号科目来认定
——中国华夏证券公司西安营业部与中国建设银行
陕西省铁道专业支行存单合同纠纷案 | 100 |
| No. 13 | 款项折抵问题不容忽视
——陕西省农业综合开发总公司与陕西省戏剧家
协会联建合同纠纷案 | 106 |
| No. 14 | 口头合同同样具有法律约束力
——陕西松茂食品娱乐有限公司与西北二轻产品
展销中心房屋租赁合同纠纷案 | 113 |

No. 15	银行对存储关系的建立仅负有形式审查义务 ——中国银行西安市分行兴庆支行与交通部某公路 勘察设计院储蓄存款合同纠纷案	119
No. 16	法定代表人依章程履职的后果由法人承担 ——中国银行西安市分行北大街支行与陕西凯迪克 置业有限公司存单纠纷案	127
No. 17	承租人同样有权获得经济补偿 ——西安前进出租汽车公司、西安市莲湖区糜家桥 村民委员会与西安万业房地产开发有限公司 征地补偿纠纷案	134
No. 18	保险人对其代办员出具的缴费凭证承担民事 责任 ——西安华林机电石化公司与中保财产有限公司 西安市解放路支公司财产保险合同纠纷案	142
No. 19	虚报隐瞒资产状况将导致股权转让价格条款 无效 ——陕西东隆集团有限责任公司等与海南赛格实业 股份有限公司股权转让合同纠纷案	151
No. 20	军事院校亦应受到合同约束 ——陕西丹尼尔市场股份有限公司与中国人民解放 军第四军医大学等企业经营权转让合同纠纷案	156
No. 21	私人资本不得投资新闻媒体 ——西安人民广播电台与陕西高歌文化传播有限 责任公司联营合同纠纷案	163

No. 22	会议纪要也是协议的一种形式 ——西仪股份有限公司等与国信证券有限责任公司 借款保证合同纠纷案	183
No. 23	合同性质应视实际履行而定 ——陕西省体育局与西安中江科技实业有限责任 公司企业租赁经营合同纠纷案	192
No. 24	挂名股东不具备合法股东身份 ——陕西秦经房地产开发有限责任公司股权转让 纠纷案	204
No. 25	储户资金被骗银行无过错不承担责任 ——西安市商业银行与永安财产保险股份有限公司 存单纠纷案	210
No. 26	政府应承担其主导工程项目的民事责任 ——灞桥热电有限责任公司等与南阳市卧龙农工贸 产业基地、灞桥区政府清淤工程纠纷案	218
No. 27	行政法规的处罚性规定不影响合同效力 ——西安市商业银行与健桥证券股份有限公司等 借款担保合同纠纷案	229



超越职权的行政行为应予撤销

——陕西省物资产业集团总公司劳动服务公司不服西安市
城乡建设委员会行政决定案

案情简介

1985年2月,西安市规划局将莲湖路64、66号院土地4.609亩(含代征路0.222亩)定点陕西省物资产业集团总公司劳动服务公司(以下简称物资产业公司)修建招待所使用。同年5月3日,西安市城乡建设委员会(以下简称市建委)以市建征字[1985]137号文批复由物资产业公司征用上述土地。同年8月29日,物资产业公司办理了国有土地使用证,并办理了测量、规划等手续,后即对莲湖路64、66号院的43户居民(88间民房)进行拆迁和安置。截至1992年年底,共拆迁安置41户,仅余2户。1994年2月23日,市建委作出市建城字[1994]06号决定,以“物资总公司西安劳司仅做了部分居民动迁,八年有余

未能按照规划实施建设”等为由,撤销原批复,收回 64、66 号院土地使用权。物资产业公司不服上述决定,于同年 3 月 29 日向西安市中级人民法院提起行政诉讼,以市建委越权行政为由,请求撤销市建城字[1994]06 号决定。

赵黎明律师为本案物资产业公司诉讼代理人。

一审代理词

审判长并合议庭:

陕西海普律师事务所接受物资产业公司的委托,指派我担任其诉讼代理人,依法出席今天由审判长主持的行政侵权一案的开庭审理。我作为原告物资产业公司诉讼代理人,向法庭出示了有关本案的证据材料,查阅了法院卷宗及被告市建委向法庭提供的有关证据,并听取了法庭调查。本代理人认为,本案的事实是清楚的,被告市建委对原告物资产业公司具体的侵权行政行为是明确的。现依据本案事实和法律、法规规定,发表如下代理意见,供审判长、审判员在本案合议时参考。

一、被告市建委的具体行政行为违反法定程序

《土地管理法》第 19 条规定,收回用地单位的土地使用权,注销土地使用证,由土地管理部门报县级以上人民政府批准。《西安市城市规划管理办法》第 16 条第 2 款对注销土地使用证的,也强调了由市土地管理部门报市人民政府批准。本案被告市建委作出具体行政行为时,并未依照上述法律、法规规定报经西安市人民政府批准,西安市人民政府对被告市建委的具体行政行为既没有专门批准,更未专项授权;西安市人民政府在被告市建委具体行政行为之前所出示的没有任何文号的手写的便笺,显然不能称其为批准文件或专项授权。被告市建委却诉称,这是一种授权。代理人认为,被告市建委的这一诉称是没有根据的,也是极不严肃的。(1)授权必须是专项的,而且须出具专门的授权委托书;市政府的便笺则不具有这一特点,该便笺不仅没有授权

委托的“一般”或“专门”字样,更无授权委托的具体权限及责任承担。(2)授权必须是法律、法规明确的,或法律、法规明确不禁止的。而被告市建委诉称的授权是《土地管理法》和《西安市城市规划管理办法》均不允许的,两法对土地使用权的收回,明确规定须报市人民政府批准。因此,该便笺只能表明西安市人民政府对被告市建委行文撤销的一种同意通知,但被告市建委如何行文撤销,如何按照法律、法规的规定履行报批手续,均没有报经市人民政府的行文批准;故被告市建委的授权这一之论点不能成立,更不能将市政府的这种便笺通知视为被告市建委已按照法律的规定履行了法定的批准手续。被告市建委以其并没有报经西安市人民政府批准的具体行政文件企图收回或注销原告物资产业公司的土地使用权,其具体行政行为显然严重违反了法定程序。

二、被告市建委的具体行政行为超越职权

我们知道,被告市建委不具有管理土地的专项职责,具有这一专项职责的部门是各级土地管理局(包括土地局成立之前的房地产管理局)。也正如被告市建委代理人今天在法庭上所讲的,他们主管的是西安市城市规划建设,无土地管理的具体职责。本代理人认为,本案被告市建委在《土地管理法》实施前,以市建征字〔1985〕137号文致莲湖区城建环保局,批复并同意原告物资产业公司在莲湖路64、66号院筹建招待所征地迁民,是法律许可的。但《土地管理法》实施以后,有关土地征用、使用、建设用地及土地使用权的收回或注销,均应由土地管理部门依法行使。为此,《土地管理法》第19条专门规定了收回或注销土地使用权是土地管理部门的专项职权。所以,本案被告市建委在《土地管理法》自1986年实施后的今天,仍以土地管理者的身份对原告物资产业公司实施具体的行政行为显然超越了其职权,违反了法律的规定。被告市建委代理人今天在法庭上强调,原批文是他们下发的,对其撤销仍应由他们来行使。本代理人认为,如果仅从程序上讲,被告市建委的这种做法是可行的。但原批文的撤销因直接涉及土地使用权收回或注销的实体问题,而对这一实体问题的处理由谁来上报实施,《土地管理法》对此明确规定为土地管理部门。可见,被告市建委无权行使土地使用权收回或注销的这

一实体权力。但事实上,被告市建委却以这种超越职权的行为,直接违反《土地管理法》的规定并谎报市政府,以致使市政府错误地发出了让被告市建委行文撤销的便笺。被告市建委的这种行为,无疑是对原告物资产业公司的一种行政侵权。故被告市建委的具体行政行为属超越职权,不容置疑。

三、被告市建委的具体行政行为缺乏事实根据

被告市建委在其具体行政行为的市建城字〔1994〕06号文中称,“经查,批复下达后,仅做了部分居民的动迁外,至今8年有余,仍未能按照规划实施建设”。这一“经查”,就是被告市建委收回和注销原告物资产业公司土地使用权的主要依据。代理人认为,被告市建委的这一说法是没有事实根据的。理由如下:

1. 仅做了部分居民的动迁,不是事实。被告市建委并没有经查认定的证据,因而无法向原告物资产业公司出示,更无法向今天的法庭出示。相反,被告市建委向法庭出示的“国家建设用地居民拆迁登记表”和原告物资产业公司向法庭出示的“已安置被动迁居民的情况说明”,完全证实了原告物资产业公司对该地居民的动迁不是部分,也不是大部分,而是绝大部分(这是市规划局市城规字〔1992〕138号文中所认定的事实)。证实了是除2户(实际是陈秦生一户)的41户居民的全部动迁,百分点达到了98%或者95.35%,这是本案不可否认的事实。对此,被告市建委代理人在刚才的法庭调查中也是完全认可的。(审判长问:“原告讲已拆迁41户、征地4.609亩,是否正确?”被告答:“正确。”审判长问:“决定中的‘居民动迁’指什么?”被告答:“指面积。”审判长问:“但决定上表明的是‘居民动迁’而没有面积?”被告答:“对。”)所以,被告市建委以这种不可否认的事实企图达到收回或注销原告物资产业公司土地使用权之目的,其结果只能是对其具体行政行为的否定。

2. 8年未能实施建设,主要是被告市建委的行为所致。代理人之所以这样认为是因为:(1)被告市建委直接干扰原告物资产业公司与“钉子户”陈秦生的拆迁仲裁。原告物资产业公司自1985年征用拆迁莲湖路64、66号院以来,一直与被拆迁户陈秦生为拆迁之事进行交涉(实际上自1982年以来该“钉子户”就曾阻止原告上级单位省物资集团总公司所属的省机电公司对该

地的征用动迁),而被告市建委在这种拆迁交涉中始终站在“钉子户”的立场上。1993年5月,原告物资产业公司将其与“钉子户”陈秦生之间的纠纷向市拆迁办申请仲裁。正在市拆迁办仲裁进行顺利之际,被告市建委却于同年6月18日致函市拆迁办负责人,言明:“关于莲湖路64、66号院建设矛盾协调处理问题,我委和市规划局已办理了近两年,现正积极进展,请贵办知道这个情况,予以支持为盼”。市拆迁办负责人对被告市建委来函未予理睬,仍继续进行仲裁。为此,被告市建委又找到主管拆迁办的市房地局长,使其在被告市建委6月18日的致函上亲笔批注了:“过去拆迁遗留问题,建委、规划局正在处理,请尊重建委意见”。这样,原告物资产业公司与“钉子户”的拆迁仲裁因被告市建委的插手调处而中断。(2)正如被告市建委致拆迁办的便函上所讲,他们为原告物资产业公司与“钉子户”调处纠纷已近两年,但其在调处中始终为“钉子户”开绿灯,为原告物资产业公司设置障碍。被告市建委曾多次强调,原告物资产业公司在申请用地之前,陈秦生就是该处土地的合法使用人。这种强调在今天被告市建委向法庭宣读的答辩状中仍然清晰可见。而事实上,被告市建委的这种认可完全偏离了客观事实。1982年5月,陈秦生因债务及房地产纠纷案,需履行莲湖区人民法院〔1981〕莲法民初字第984号民事调解书,后陈报告于当时的征地单位即原告上级所属的省机电公司,希望该公司能够给其借款,拆迁时可在房产折价中扣除。不难看出,陈秦生是以借款的形式将其所有的房屋抵押、折价给了省机电公司使用。再者,原告物资产业公司申请用地前,由规划局测量队勘测的成果表及其附属资料系完全抄自1982年8月征用给省机电公司的成果表,该成果表及其附属资料标明了已征地的坐标及43户被拆迁居民的具体位置。更何况陈秦生所占用的土地面积在1981年108号房产证上仅有12间半房屋所占用的面积数,且其中的5间已于1954年典当他人而无法收回,该房产证上还特别注明了土地属于国家所有的字样;至于陈秦生1958年7月的土地房屋所有证已经随国家宪法规定的“城市土地一律属国家所有”而废除。否则,被告市建委怎么能同意省机电公司1982年征用该土地,怎么又能批复同意原告物资产业公司1985年征用动迁该地居民43户、拆除民房88间而新建招待所呢?可见,被

告市建委的这种强调是站不住脚的。然而,被告市建委就是以这种认可为“钉子户”陈秦生不搬迁向原告物资产业公司强调了8年有余。(3)为了在建设用地上实施建设、排除“钉子户”等各方面的干扰,几年来,原告物资产业公司向市建委、市规划局、市房地局、市政府以及省、市领导等反映了这些情况,这些部门和领导(除被告市建委)对原告物资产业公司不能按期建设的情况是理解和支持的。市规划局于1992年9月28日以市城规字〔1992〕138号文报告西安市人民政府,客观反映了原告物资产业公司与“钉子户”的拆迁矛盾,严肃指出了原告物资产业公司合法取得的土地使用证是受国家法律保护的,陈秦生一家不得以任何借口阻拦工程建设,否则应负法律责任;市房地局于1993年4月24日以市房管字〔1993〕49号文注销了陈秦生莲湖路64号付4号房屋所有权证,指出陈家在已征用的土地上,利用已经过期失效的临时建筑许可证,新建房屋,与规划局批准不符,违反了国家法规的有关规定,因而,对其房产证进行了注销;省、市政府主管城建的领导对原告物资产业公司的反映也给予了积极的批示。然而,尽管如此,被告市建委仍对原告物资产业公司的上述反映设置障碍,他们一方面站在“钉子户”的立场上调处此事,一方面又强调此地属历史遗留问题,陈秦生又系台属,愿对西安的建设进行投资。还将此事谎报于市政府个别领导人,致使市政府办公厅个别领导人错误地向市政府报告此事,并最终形成建委第06号撤销决定。从上述事实可以清晰地看到,是被告市建委的行为直接或间接地导致了原告物资产业公司8年未能实施建设。

3. 除了上述被告市建委的行为外,还有一些情况需要说明。(1)“钉子户”陈秦生借其父原系国民党将军杨虎城部队的少将副官,参加过西安事变,借其弟系台湾高雄县商人,借原告物资产业公司持有国有土地使用证的建设用地系所谓祖遗宅基地等说辞,谎称其弟已引进资金1000万元人民币要在该建设用地上建商贸大厦,并到处反映,要求落实统战政策,致使省委办公厅信访办、西安市统战部、西安市台胞台属联谊会等部门和领导均向被告市建委及市规划局致函,这种致函行为在客观上无疑影响了原告物资产业公司的拆迁建设;不仅如此,陈秦生之子还对原告物资产业公司在该地进行拆迁的