



2

德法相融 天下大同

北京天同律师事务所案例精选

蒋 勇\主编 陈耀权\执行主编

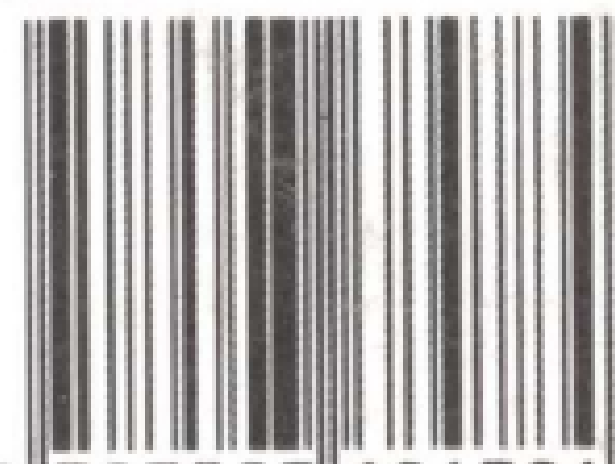
古文献记载：“天同：南斗第四星”，“为福德主，解厄制化。”天同星是福星，具有逢凶化吉、消灾解厄之灵动力。以天同星命名的天同律师事务所倡导“德法相融、天下大同”的法律思想，秉持“信任创造价值”的执业信念。



天同律师事务所弘扬的法律文化立志于为法律职业人提供自己的交流平台,以“叩响法律之门,实践法治理想”为己任。天同法律文化的门形徽标是天同律师事务所徽标的中心部分,以三个方形色块彰显的是“公平”、“正义”、“效率”——法律职业人所追求的法律价值。

 独角兽工作室
平面设计

ISBN 978-7-5036-8478-4



9 787503 684784 >

上架建议:法律实务·疑难经典案例

定价:55.00元

德法相融 天下大同

北京天同律师事务所案例精选

主 编 蒋 勇
执行主编 陈耀权
副 主 编 胡曾铮 刘 燕 李国斌
撰 稿 人 (以姓氏笔画为序)
丁 乐 王 峰 王良珍 王延玲
尹 明 刘 燕 李国斌 陈 凯
陈志坚 陈耀权 张昭华 柏 林
胡曾铮 郭香龙 蒋 勇 廖鸿程



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德法相融 天下大同:北京天同律师事务所案例精选 / 蒋勇主编.
—北京:法律出版社,2008.6
ISBN 978-7-5036-8478-4

I. 德… II. 蒋… III. 案例—分析—中国 IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 062856 号

© 法律出版社·中国

德法相融 天下大同:北京 天同律师事务所案例精选 蒋勇 / 主编	编辑统筹 法律应用出版分社 策划编辑 郑 导 责任编辑 郑 导 装帧设计 乔智炜
--	---

出版 法律出版社	开本 787 × 1092 毫米 1/16
总发行 中国法律图书有限公司	印张 26.125
经销 新华书店	字数 418 千
印刷 北京中科印刷有限公司	版本 2008 年 6 月第 1 版
责任印制 陶 松	印次 2008 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@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(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010-62534456

上海公司 / 021-62071010/1636

深圳公司 / 0755-83072995

西安分公司 / 029-85388843

重庆公司 / 023-65382816/2908

第一法律书店 / 010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5036-8478-4

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言

古天象文献记载：“天同：南斗第四星，为福德主，解厄制化。”天同星是传说中的福星，具有逢凶化吉、消灾解厄之灵动力。五年前，创始合伙人蒋勇、刘燕、田如海三位律师，寄寓天同星之意，创立了天同律师事务所。

“德法相融，天下大同”，天同所总结并一直倡导这样的法律思想，秉持天同在律师业内率先提出的“信任创造价值”的执业信念，为客户提供诚信、专业、高效的法律服务。天同提出：“不求最大，但求最精、最专”，在擅长的领域力争做到最好！五年来，天同的业务涉及法律服务的各个领域，尤其擅长为高端客户的重大、疑难诉讼及仲裁提供全面的解决方案，在诉讼、仲裁领域已成长为国内最优秀的律师事务所之一。

如今，回首办理的每一个诉讼、仲裁案件，办案的全过程历历在目。天同律师养成了良好的工作习惯：每个诉讼案件的每一阶段和步骤都会写出详尽的《律师工作报告》，这些工作报告汇总起来，就使得天同律师在总结、分析曾经代理的案件的时候变得如数家珍。这本案例精选可以看出天同律师的几个特点：

第一，天同律师办理案件胜诉率很高。这本书甄选了天同律师迄今已办理结案的案例 49 件：其中，代理最高人民法院再审、二审案件 25 件，代理其他各地法院案件 24 件。在最高人民法院再审、二审的 25 件案件中，和解并完全实现当事人诉讼目标的 2 件，达到当事人上诉目标而撤回上诉的 1 件；由最高人民法院判决结案的 22 件案件中：诉讼请求获得最高人民法院全部支持的有 17 件，大部分支持的有 4 件，未获支持的有 1 件，胜诉率高达 96%。

第二，天同律师办理案件代理意见的质量很高。天同律师代理的案件代理意见全部被法院采纳的案件，被作为指导全国审判工作的典型案例而由最高人民法院选登：2 件胜诉的再审、二审案件被刊登在《最高人民法院公报》；有 7 件胜诉的再审、二审案件分别被刊登在最高人民法院民二庭主编的《民商事审判指导》和最高人民法院立案庭主编的《立案工作指导与参考》。

第三，天同律师具有在全国各地承办案件的能力，并都取得了良好的业绩。本

书选入的案例,一审或再审涉及的法院包括:北京、上海、广东、四川、湖南、河北、山东、浙江、江苏、河南、山西、陕西、江西、甘肃、安徽、福建、海南等 20 多个省的法院。

第四,天同律师办理的案件涉及的领域非常广泛。本书选入的案例包括:民事方面的合同及侵权纠纷、担保纠纷;商事方面的委托理财纠纷、公司股权纠纷与出资纠纷、票据纠纷;刑事方面的死刑判定标准;知识产权方面的著作权保护问题;行政法方面的行政诉讼与行政复议条件,以及案件执行问题,等等。

第五,天同律师主要为中国最高端的客户提供诉讼和仲裁法律服务。包括:中国银行、中国中化集团、中国石化、信达资产管理公司、东方资产管理公司、四川长虹、青岛海尔、国泰君安证券、中国证券监督管理委员会等数十家遍布全国的高端客户。

这本文案例精选中,需要说明的是:在保证案件真实性和“原汁原味”的基础上,考虑到尊重当事人隐私,所有涉案当事人名称均隐去而以某某代替。在编排结构上,每件案件以【导读】形式帮助读者快速抓住案件关键事实及核心争议问题,以【基本案情】的介绍为读者展现原本、完整的案件经过,以【一审情况】或【原审情况】明晰一审法院或原审法院的认定意见与判决结果,以【天同代理】整合天同律师对案件的具体分析及诉讼的基本策略,以【二审结果】或者【案件结果】揭示法院对于案件的审视及对于天同代理意见的评判,以【律师手记】还原天同律师独特的办案心得,以【相关链接】重现案件相关事实报道或法律分析。

通过这种编排方式,尤其是【律师手记】这样的独特的部分,系统还原并放大了法律架构、法律解读、法律执行中遇到的一些问题,详尽分析并分享了天同律师在客户沟通、案件分析、庭审及策略方面的一些经验,对于初窥诉讼门径或有裨益、对于参详诉讼战术或有启发、对于反思诉讼深意或有警示。

本书可谓汇众力而结一晶。40 余万字的内容不足以承载天同律师们 5 年来的辛勤汗水,不足以留印天同律师们 5 年来的酸甜苦辣。天同律师的成长,离不开自身的努力,离不开朋友们的支持! 敝帚自珍,谨以此书的出版向天同所的律师及同事们致敬,向天同的朋友及客户们致谢,更向所有致力于中国诉讼仲裁的公平正义的人们致礼!

编者
2008 年 6 月

目 录

第一部 最高人民法院再审、二审案件

一、《担保法》施行前发生的保证行为对于保证期间约定不明的,如何确定保证人的担保责任期间? ——海南某银行与海南某木业公司、工贸公司、信托公司借款合同担保纠纷案	3
二、如何理解与适用《担保法解释》第 39 条“旧贷”与“新贷”? ——某资产管理公司与河北某冶金公司、某钢铁公司借款担保合同纠纷上诉案	16
三、单独以划拨土地上的建筑物设定抵押权的效力 ——某银行与山东某汽贸公司借款合同抵押担保纠纷	28
四、揭开证据面纱 探究当事人的真实意思表示 ——成都某信用合作社与成都某建筑设计公司、某商贸公司借款合同担保纠纷案	35
五、主管部门越权审批的对外担保效力如何? ——广州某港口开发公司与上海某银行、深圳某银行、深圳某国际财务公司及上海某房地产开发公司借款合同、担保纠纷上诉案	42
六、债权人未按约定形式通知保证人,保证人可否免责? ——四川某银行与成都某物流公司最高额保证合同纠纷	50
七、国家机关作为保证人的合同效力 ——某纸业集团与某银行、某省发展计划委员会、财政厅借款合同担保纠纷案	55
八、约定三年后再转让发起人股份的协议效力 ——湖南某国有资产管理局与湖南某房地产开发公司股权转让纠纷上诉案	62

九、对 1999 年《证券法》第 123 条之“公司章程变更”的理解与适用	
——上海某物业公司与湖南某盐业公司、某证券公司股权确权纠纷上 诉案	79
十、一天之内两份协议,股权转让价格迥异,真假是非?	
——陕西某实业发展公司与甘肃某投资有限公司股权转让款债务纠 纷	86
十一、异地律师配合与庭审和解优势之实现	
——福建某汽车改装厂与福建某房地产开发公司、某国有资产管理 局、某农资开发总公司股权纠纷上诉案	95
十二、主管部门的审批对外资企业股权转让协议效力的影响	
——澳门某创业投资公司、某新技术开发公司与香港某贸易公司股 权转让纠纷案	105
十三、金融机构受托理财第一案:受托人善管义务与报告义务的关系	
——上海某证券经纪公司与广西某水电发展公司委托理财纠纷案	112
十四、非金融机构受托理财纠纷第一案	
——北京某资产管理公司与山东某能源集团公司委托理财纠纷案	120
十五、《关于审理证券、期货、国债市场中委托理财案件的若干法律问题》	
一文发表后最高人民法院审理的委托理财纠纷第一案	
——西藏某药业集团公司与甘肃某证券有限公司委托理财纠纷	129
十六、委托人受欺诈出具空白撤销指定交易申请书的,如何判定各方对撤 销指定交易后果的责任?	
——湖南某矿业公司与深圳某投资公司、湖南某证券经纪管理公司 委托理财纠纷	138
十七、一种新类型的以存单为表现形式的借贷纠纷	
——陕西某银行与陕西某信托投资有限公司存款纠纷	148
十八、国企改革过程中应慎重处理产权关系	
——某资产管理公司合肥办事处与安徽某化工厂、某制药厂、某医 药集团公司借款担保纠纷	160
十九、撤销权之诉中的“合理价格”的正确理解	
——某银行淮北分行与安徽某煤矿开发公司、某汽车改装厂撤销权 纠纷上诉案	170

二十、如何正确分析、应对不利事实	
——成都某商贸公司与某银行成都市分行、成都某进出口公司损害赔偿纠纷案	176
二十一、天同所初试牛刀	
——四川某股份有限公司与江西某商业发展公司购销合同纠纷最高人民法院指定再审、执行和解案	184
二十二、能否适用公示催告程序宣告空白存单无效?	
——四川某城市信用合作社与广东某商业银行存单纠纷最高人民法院提审案	195
二十三、司法判决不能超出原告诉讼请求	
——上海某物资采购局与上海某房产开发公司房屋开发纠纷最高人民法院指定再审案	204
二十四、当事人拆分涉案标的应如何确定管辖法院?	
——北京某房地产开发公司与山西某资产经营管理公司委托合同纠纷八案管辖权向最高人民法院申请再审案	212
二十五、从当事人的约定出发确定意外事件导致合同义务未如期履行的法律后果	
——中国某建设集团公司与青岛某房地产开发公司土地联合开发纠纷最高人民法院再审案	218

第二部 其 他

二十六、中外合作经营企业股东出资不实责任的认定	
——深圳某化学集团公司与余某某执行异议案	229
二十七、暂缓执行与恢复执行的有关问题	
——广东某进出口公司与厦门某橡胶制品公司、某银行厦门分行侵权纠纷执行案	236
二十八、执行回转及向中国证监会申请收购要约豁免程序	
——湖南某国有资产管理局与湖南某房地产开发公司股权转让纠纷案的强制执行	241
二十九、律师应以勤勉细致的工作应对“执行难”	
——中国某水利集团公司与重庆某电力集团公司执行纠纷案	250

三十、企业依法减资与出资不实、抽逃资金的区别	
——广东某电器元件销售公司与山东某空调制造厂代理合同纠纷 申请追加山东某电器集团公司为被执行人案	257
三十一、行政划转国有企业过程中, 如何理解“原企业债权债务由变更后的上级主管单位接收”?	
——北京某建筑集团公司不服广州市中级人民法院变更被执行人裁定提出执行异议案	263
三十二、小品的法律保护问题	
——何某某、高某某诉 A 省电视台、A 省广播电视音像出版社、广州某音像制作有限公司、北京某书店著作权邻接权侵权纠纷案	270
三十三、民间文学艺术的法律保护	
——北京某文化策划公司诉北京某工艺品开发中心著作权侵权纠纷案	281
三十四、周密计划与恰当运用诉讼策略	
——成都某电器制造公司与厦门某电子制造公司商标侵权纠纷案	293
三十五、行政机关的行政职责与行政裁量权	
——股民艾某某诉中国某政府部门不履行法定职责案	301
三十六、行政复议申请人的资格	
——股东余某某等不服某政府部门不予受理行政复议申请决定提起行政诉讼案	308
三十七、正确选择管辖法院对案件的关键性影响	
——四川某电器集团公司不服湖南省某县工商行政管理局行政处罚决定案	314
三十八、军队开办企业无偿移交地方, 接收单位的民事责任	
——西安某物资供应公司诉北京某实业发展公司、北京某工业集团公司欠款纠纷案	322
三十九、代理国债买卖抑或资金拆借	
——四川某证券公司与成都某信用合作社债务纠纷	331
四十、付款银行对票据的形式审查义务	
——某银行三亚分行与湖南某贸易公司、某银行海口分行汇票结算赔偿纠纷案	340

四十一、如何巧妙破解政策难题	
——国内某化学工业集团公司与美国某数据传输公司转让中国 某电信股份公司股份事宜	349
四十二、原告方的首要举证责任	
——株洲某建筑工程公司诉某银行海南分行出具虚假存款证明 纠纷案	353
四十三、建筑工程承包合同结算依据的确定	
——北京某建筑工程公司与北京某商业贸易公司建筑工程承包 合同拖欠工程款纠纷案	357
四十四、分期付款买卖合同中的利息计算	
——北京某汽车交易市场有限公司诉北京某出租汽车有限公司 分期付款买卖合同纠纷案	366
四十五、代理律师应尽力促使当事人利益最大化	
——北京某信托投资公司与四川某信托投资公司、山西某信托投 资公司债务纠纷案	373
四十六、对诉讼时效制度的正确理解和把握	
——山西某空调生产有限公司、某电冰箱生产有限公司与北京某 百货购销公司买卖合同纠纷案	378
四十七、正确定性法律关系对案件的解决至关重要	
——北京某电子公司与张某某股权转让纠纷	385
四十八、律师见证失实应承担的民事赔偿责任	
——福州某技术进出口公司诉福建某律师事务所见证不当赔偿 纠纷案	391
四十九、从犯罪后果和社会效果谨慎适用死刑	
——刘某某故意杀人上诉案	399

第一部 最高人民法院
再审、二审案件

一、《担保法》施行前发生的保证行为对于保证期间约定不明的,如何确定保证人的担保责任期间?

——海南某银行与海南某木业公司、工贸公司、
信托公司借款合同担保纠纷案

【导读】

对如何确定保证期间约定不明的保证人应承担的担保责任期间,最高人民法院1994年4月15日颁布的《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》(以下简称“1994年8号文”)与《担保法》、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)的规定并不一致。鉴于此,最高人民法院于2002年8月1日颁布了144号司法解释《关于处理担保法生效前发生保证行为的保证期间问题的通知》(以下简称“2002年144号文”),在一定程度上解决了这一问题。但对《担保法》施行前发生的保证行为对保证期间约定不明、债权人在2002年144号文下发前已经向保证人主张过权利的,债权人能否以144号文为依据再向保证人主张权利,从字面上144号文未臻明确。最高人民法院在对本案的审理中对该问题作出了肯定的回答,该案也是最高人民法院在颁布2002年144号文后对如何理解144号文所审理的第一起案件。解读该案,对了解我国担保法发展脉络和正确确定担保人应承担的保证责任,不无裨益。

【基本案情】

上诉人(一审原告):海南某银行

代理人:北京市天同律师事务所陈耀权律师

被上诉人(一审被告):海南某工贸公司(以下简称工贸公司)

被上诉人(一审被告):某信托投资公司(以下简称信托公司)

一审被告:海南某木业公司(以下简称木业公司)

一审法院:海南省高级人民法院

一审案号:(2003)琼民二初字第3号

二审法院:最高人民法院

二审案号:(2003)民二终字第175号

1992年11月28日,海南某银行与木业公司的前身签订借款合同,约定海南某银行发放贷款985万美元,最后还款日为1996年10月30日;工贸公司的前身和信托公司的前身分别承诺为此贷款承担不可撤销的连带保证责任,担保书自借款合同生效之日起生效,至还清贷款本息及其他费用后终止。1992年12月至1994年1月,海南某银行先后向木业公司的前身发放贷款977余万美元,截至1994年12月14日本息合计1020余万美元。但至合同约定的最后还款日,木业公司的前身和木业公司并未履行还款义务,工贸公司的前身及工贸公司、信托公司的前身及信托公司也未承担担保责任。木业公司分别于1998年1月、1999年6月30日、2000年11月23日和2002年4月10日向海南某银行出具债务确认书,承认尚欠贷款本金1020余万美元及利息;工贸公司分别于1996年5月7日、1997年1月9日、1998年1月和1999年5月30日收到海南某银行的催收贷款通知书,信托公司于1998年7月13日收到海南某银行的催收贷款通知书,但木业公司和两保证人均未履行还款义务。

海南某银行于2003年1月9日向海南省高级人民法院提起诉讼,要求木业公司偿还贷款本金1020余万美元及利息,工贸公司和信托公司对全部债务承担连带责任。一审法院另查明,工贸公司在其1999年度、2001年度和2002年度年报中均披露对木业公司985万美元贷款提供了担保,且称因最高人民法院颁布了144号文,使该公司被免责的担保责任被激活。

【一审情况】

海南省高级人民法院一审过程中,各方当事人对案件以下主要事实并无争议:(1)海南某银行与木业公司签订的借款合同合法有效,海南某银行已发放了贷款,木业公司应承担还本付息的责任。(2)工贸公司和信托公司出具的担保书合法有效。保证期限约定为至贷款本息全部清偿后失效,属于约定不明。(3)在主债务履行期届满后两年内,海南某银行已向工贸公司和信托公司主张权利。但从海南某

银行最后一次向保证人主张权利,至海南某银行提起本案诉讼,已超过两年时间。

一审过程中,各方的主要争议是:

1. 工贸公司和信托公司能否因保证期间或诉讼时效而免除担保责任,144 号文对本案是否适用。

海南某银行认为,最高人民法院 144 号文规定,《担保法》施行前发生的担保行为对保证期间约定不明的,债权人可在该文下发后半年内要求保证人承担保证责任。既然没有主张过权利的债权人都有权要求保证人承担责任,根据举轻明重原则,积极行使过权利的债权人(在 144 号文下发前已向保证人主张过权利的债权人)当然也可以 144 号文为据向保证人主张权利。因此,工贸公司和信托公司不能以保证期间届满或诉讼时效超过为由主张免除担保责任。工贸公司和信托公司认为,从海南某银行最后一次向保证人主张权利,至提起本案诉讼,已超过两年时间,因此保证人因诉讼时效届满而免责;144 号文的适用前提,是在 144 号文下发前,债权人没有向保证人主张过权利,但本案中海南某银行已经向工贸公司和信托公司主张过权利,因此 144 号文对本案不适用。

2. 工贸公司在年报中披露担保事宜,是否构成对债务的自认和诉讼时效的重新计算。

海南某银行认为工贸公司在年报中主动披露担保事宜,构成了对债务的自认和诉讼时效的重新计算;工贸公司则认为,年报披露仅是对客观事实的陈述,并不包含任何将自动履行债务的意思表示,不能成为诉讼时效中断的事由。

海南省高级人民法院一审确认木业公司应承担还本付息的责任,对工贸公司和信托公司应否承担担保责任,一审判决认为:(1)工贸公司和信托公司在担保书中将保证期限约定为至贷款本息全部清偿后失效,属于约定不明,保证人应在被保证人承担责任的期限内承担责任,而借款合同约定的最后一笔还款日为 1996 年 10 月 30 日,因此工贸公司和信托公司的保证期限为两年,即到 1998 年 10 月 30 日止。(2)海南某银行已在保证期限内向保证人主张了权利,因此保证期间结束,开始计算诉讼时效。海南某银行最后主张权利的时间 1999 年 5 月 30 日和 1998 年 7 月 13 日距海南某银行起诉之日 2003 年 1 月 9 日,已超过两年的诉讼时效期间。(3)工贸公司虽在年报中披露本案担保事宜,但不构成向海南某银行承诺愿意履行保证责任的意思表示;其在 2002 年年报中称 144 号文激活了其被免除的担保责任,系对 144 号文的误解,因此年报的披露不构成诉讼时效的中断。(4)本案中,海南某银行已向保证人主张了权利,因此,不符合 144 号文件的规定。2003 年 9 月 16 日,海南省高级人民法院作出(2003)琼民二初字第 3 号《民事判决书》,判令木

业公司向海南某银行偿还借款 10,209,886.86 美元及利息,驳回海南某银行对工贸公司和信托公司的诉讼请求。

【天同代理】

海南某银行不服该一审判决,上诉至最高人民法院,并委托天同律师作为代理人参加最高人民法院对本案的二审。

从 2003 年 9 月底起,天同律师即对案件的法律适用问题进行了深入的研究,着重从我国担保法律制度的发展演变、1994 年 8 号文、《担保法》及《担保法解释》对保证期间和保证债务诉讼时效的不同规定,以及 2002 年 144 号文的出台背景和立法目的角度,论证两保证人的保证责任不能免除,并最终确定了如下两点意见并重的代理策略。

1. 2002 年 144 号文对本案完全适用,海南某银行可以 144 号文为据要求工贸公司和信托公司承担保证责任。

144 号文出台的直接背景,系《担保法》及其司法解释颁布后,人民法院主流观点将保证期间视为除斥期间,即使对《担保法》施行前的担保行为也是如此,因而四家资产管理公司共有三千多亿元的债权面临全部落空的危险。在四家资产管理公司均向最高人民法院并联合向财政部呈报紧急报告后,最高人民法院为防止国有资产流失而下发 144 号文作为权宜之举。但实质上,则是最高人民法院对《民法通则》施行以来我国十多年担保法理论与司法实践发展脉络的梳理,对不同司法解释间矛盾之处的衔接,以及对当事人间利益的平衡。

我国《民法通则》仅在第 89 条第 1 款中对保证问题作了原则性规定,具体如何确定债权人、债务人与保证人三者间的法律关系则由最高人民法院通过若干司法解释在司法实践中不断完善。其中,最有影响和决定性意义的是最高人民法院 1994 年 8 号文。针对保证期间约定不明的问题,其第 11 条规定,“保证合同中沒有约定保证责任期限或者约定不明确的,保证人应当在被保证人承担责任的期限内承担保证责任”。据此,只要债务人的诉讼时效期间未完成,保证人就永远不因期间而免除保证责任。可见 1994 年 8 号文对债权人的保护最为充分,但对保证人至为不利。

但随着《担保法》的施行,最高人民法院对该问题的态度发生了变化。根据《担保法解释》第 31 条、第 32 条和第 34 条第 2 款的规定,保证期间系除斥期间;约定不明的,保证期间为主债务履行期届满之日起二年;从债权人向保证人主张权利之日起,开始计算诉讼时效。只要债权人未在主债务履行期届满后两年内向保证