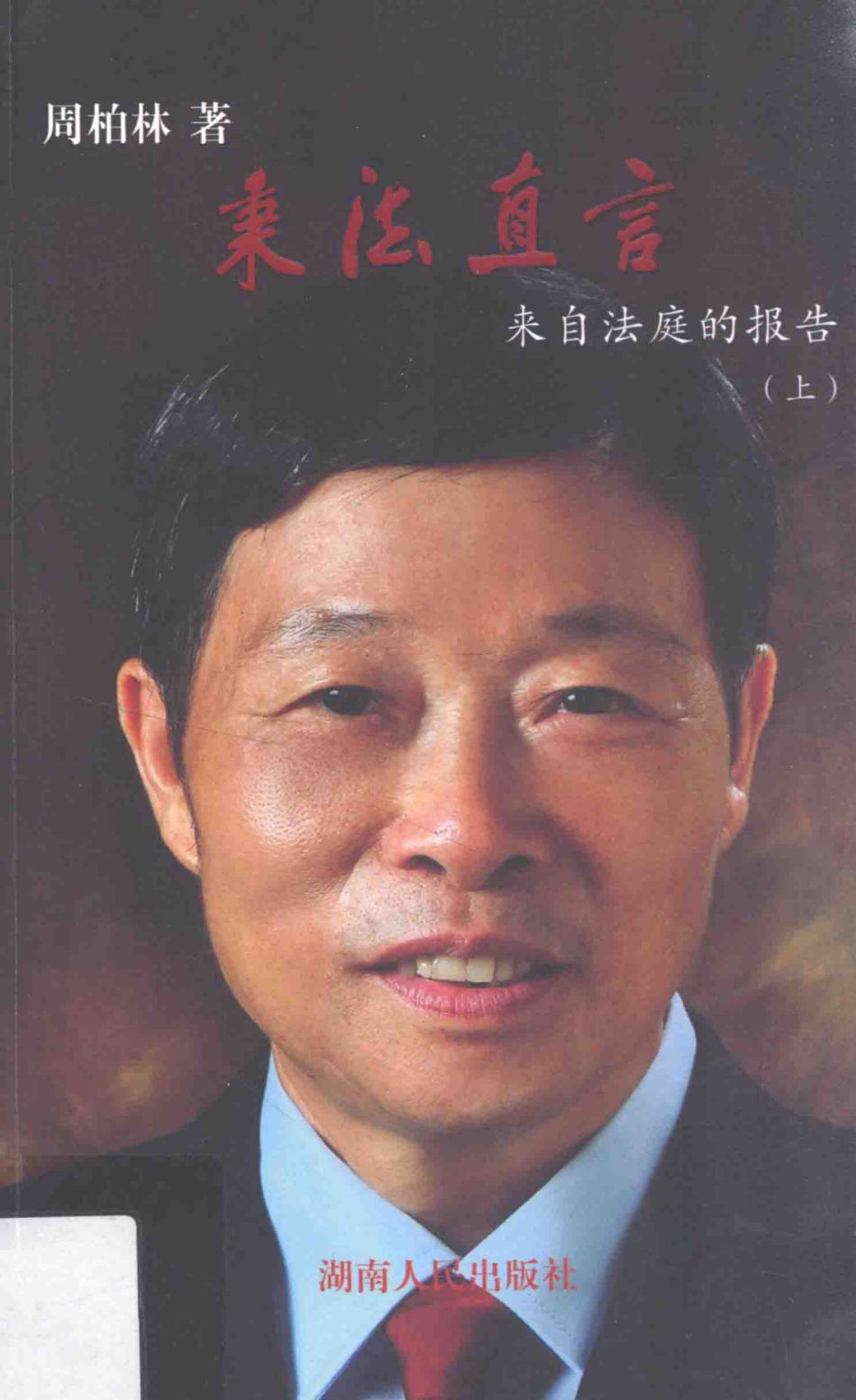


周柏林 著

秉法直言

来自法庭的报告

(上)



湖南人民出版社

秉法直言

来自法庭的报告

(上)

周柏林 著

CS 湖南人民出版社

本作品中文简体版权由湖南人民出版社所有。
未经许可，不得翻印。

图书在版编目（CIP）数据

秉法直言：来自法庭的报告 / 周柏林著. — 长沙：湖南人民出版社，2013.7

ISBN 978-7-5438-9670-3

I. ①秉… II. ①周… III. ①诉讼—案例—中国 IV. ①D925.05

中国版本图书馆CIP数据核字（2013）第183858号



秉法直言：来自法庭的报告

编 著 者 周柏林
责任编辑 李思远 黎晓慧
装帧设计 周宗泽 黄冰冰
封面题字 周广军
封面摄影 毛泽翔

出版发行 湖南人民出版社 [<http://www.hnppp.com>]
地 址 长沙市营盘东路3号
邮 编 410005
经 销 湖南省新华书店

印 刷 湖南诚远印务有限公司
版 次 2013年9月第1版
2013年9月第1次印刷
开 本 850×1168 1/32
印 张 21.75
彩 插 16P
字 数 500千字
书 号 ISBN 978-7-5438-9670-3
定 价 56.00元（上、下册）

营销电话：0731-82683348

（如发现印装质量问题请与出版社调换）

谨以此书

献给

为公平正义民主法治而睿智前行的人们

前 言

常言道“十年磨一剑”。我却有十年著一书的经历。

2003 年年初,也就是我的《律师实务录》出版 5 年后,集 32 宗案例的《律师实务录》续集脱颖而出。承蒙司法部、湖南省司法厅和读者诸君的抬爱,该书遴选为北京“改革大潮中的律师成就展”参展图书和律师培训教材。我想再精选 36 宗案例,汇集 100 宗案例,为我国民主与法制建设尽绵薄之力。整整十年过去了,《乘法直言:来自法庭的报告》终于付梓。

《乘法直言:来自法庭的报告》仍保持了《律师实务录》的三性,即:

一、内容上的多样性:按个案分,有民事商事代理 23 宗,行政代理 2 宗,刑事辩护 3 宗,商事仲裁 8 宗。

二、体例上的新颖性:一改法律案例分析通常的案情简介、问题和法律、法理分析的常态,律师案例部分以时间的先后顺序,分案件由来、律

师工作和案件结果归纳；仲裁案例则按争议焦点、仲裁亮点、裁决文书整理，使读者不仅能对案例的事实和所适用的法条、法理有所认识，而且能对律师、仲裁工作有客观的了解。

三、法务中的参考性：全书共收录法律服务原文 213 篇，其中，上册 95 篇，下册 118 篇。对法务工作者而言，这些抛砖引玉的法律文书，其参考价值应是毋庸置疑的。

《秉法直言：来自法庭的报告》亦具鲜明的个性，独特地体现在下面这些典型案例之中，或仗义昌言，或秉公而断，或引起立法者、司法者注意，催生了新的法律和司法解释。

2004 年我办理广西、广东、湖南、湖北、浙江等省 17 户被拆迁人因某市人民政府提前 42 年收回某大厦国有土地使用权，再出让给开发商建商业广场而产生的城市房屋拆迁安置民事、行政系列案件，深感正确认定什么是公共利益，对推进我国城镇化进程和实现社会稳定尤为重要，撰写了《公共利益——亟待规范的法律概念》一文，在“中南六省（区）律师协作暨律师业务研讨会议”上宣读并发表，提议借鉴台湾地区《土地法》和欧盟《反倾销条例》中对公共利益的界定，为我所用。6 年后的 2011 年 1 月 19 日，国务院第 141 次常务会议通过的《中华人民共和国国有土地上房屋征收与补偿条例》中，首次以法规形式，明确

了公共利益的概念和内涵,与敝人建议大同小异。

2007年,笔者寻找证据,办结了张某危害公共安全案。结案后,我将办案过程写成《律师取证救人一命——张某以危险方法危害公共安全案辩护报告》发表,呼吁尽快出台我国刑事诉讼证据规则,特别应包括非法证据排除规则和传闻证据限制规则,进一步创造公正司法的条件。值得欣慰的是,3年之后的2010年6月24日,最高人民法院制定了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》,现已实施。

还有2005年~2010年办结的几桩商事仲裁和商事代理案均可圈可点,在全省乃至全国均系有较大影响力的法务案例。

1987年夏天,一次偶然的机会,让我走上了法律人之路。回首27年执业律师和16年仲裁员生涯,深感当律师难,当仲裁员难,当好律师、好仲裁员更难。

我以为:我们要析万物之理,仗人间之义,判天地之美,就应当坚持“真诚、勤奋、正直、无畏”的八字准则。

真诚:即真心诚意。牢记联合国犯罪与预防大会《关于律师作用的基本原则》第十五条规定:律师应始终真诚地尊重其委托人的利益。

勤奋:即勤劳奋发。在任何时候都应根据法

律、公认的准则，以及律师、仲裁员的职业道德，自觉、勤奋地采取行动，履行勤勉尽责之义务。

正直：靖共尔位，正直是与。对当事人负责，对自己负责，对法律负责，对国家负责。这四个方面的负责就是对正直内涵的扩展，应成为衡量律师、仲裁员是否正直的具体标准。

无畏：无私才能无畏，无畏才能直言。要不顾任何风险，即使赴汤蹈火也在所不惜，天塌下来也要坚持真理。

我们应做到这四点，再加上不断提高自己的幽默感、判断力和潜在力，努力多替公民做一些有利的事业，为社会进步、繁荣、正义而辩护和裁决。

但愿《乘法直言：来自法庭的报告》能对希望了解律师、仲裁员的读者诸君有所裨益。

最后，请允许我以拙词一首，作为本文的结语。

浪淘沙·岁月感怀

晃眼几十年，
岁月如烟。
欣逢盛世史无前。
国泰民安良政策，
如日中天。

育种海崖边，
敢为人先，
教书干部仲裁员。
法务昌言伸正义，
明镜高悬。

周柏林

二〇一三年七月于长沙

目 录

民、商事代理案件

案结事了又起诉 芙蓉法院驳诉求 ——某公司诉刘某等代销合同案	1
人去楼空追债难 还本付息好商量 ——某公司诉某企业买卖合同案	22
程序合法事实清 适当改判显公平 ——某公司上诉某园施工合同案	30
来修去舍有约定 侵权索赔无理由 ——某公司与周某等租赁合同案	43
债务主体调查清 变更起诉审理明 ——某办事处与某公司合同案	67
合同标的不明确 连带责任要分清 ——某公司与某广告公司合同案	97

国防建设要投资 法律帮助来实施	
——某大学与某公司施工合同案	129
国有股权拟转让 律师依法出意见	
——某公司与宇某等股权交易案	134
电视台汽车被扣 律师所帮助解押	
——某电视台等与周某等借贷案	137
个人入股是事实 集资诈骗无理由	
——郭某与刘某知青酒家征股案	146
安置补偿争权益 违心和解签协议	
——陈某等与某公司拆迁补偿案	158
旅客住宿不慎伤 医疗费用各半担	
——某宾馆与刘某住宿合同案	189
医患双方有纠纷 调解息事又宁人	
——刘某诉某医院医疗合同案	196
集资建房有纷争 律师参与调解成	
——某酒厂与陈某集资建房案	210

行政代理案件

楼下营业楼上拆 业主维权中南海	
——陈某等申请保护人身财产案	217

刑事辩护案件

- 年幼无知入歧途 法律帮助听清楚
——潘某涉嫌贩毒案 255
- 故意伤害刑附民 互谅互让调解成
——吴某等诉聂某刑附民赔偿案 268

商事仲裁案件

- 债务转移应保护 解除合同已认同
——毛某与某公司买卖合同案 276
- 一房二卖非诚信 惩罚赔偿一倍银
——屈某与某公司买卖合同案 283
- 民事行为有效力 行政法规不溯及
——某公司与某酒店承包合同案 293
- 电视频道非主体 广告纠纷不审理
——某公司与某电视频道合同案 305
- 确认合同无效力 返还财产赔损失
——刘某与某公司买卖合同案 309

本书适用法汇总表 316

后 记 321

案结事了又起诉 芙蓉法院驳诉求

——某公司诉刘某等代销合同案

委托人:刘某,商人,男,住湖南省长沙市

邱某,女,商人,住湖南省长沙市

律师所案号:金律(2006)第12、22号

金律(2007)第6、22、21、23号

金律(2008)第11、12、9号

法院案号:(2006)芙民初字第595号

(2007)芙民初字第1529号

(2008)长中民一终字第2094号

【案件由来】

2006年4月26日,委托人刘某、邱某(尔后有邓某)来湖南金桥律师事务所诉称:

因代购代销合同纠纷,湖南某房地产开发有限公司诉请人民法院判令其交付155,654元售房款及税费并赔偿损失40万元,而此款早已移交,委托律师担任代理人,维护其合法权益。

2007 年 6 月 12 日,继前述案件撤诉后,湖南某房地产开发有限公司再次以同一事实和理由起诉三委托人交付 155,654 元售房款、税费,并要求赔偿 75 万元损失,刘、邱、邓再次委托原承办律师代理本案,参加诉讼活动。

【 律 师 工 作 】

一、申请取证

调查取证申请书

长沙市芙蓉区人民法院:

在你院受理的湖南某房地产开发有限公司诉我代销代购合同纠纷的(2006)芙法民初字第 595 号案件中,根据有关证据规则的司法解释的规定,申请调查收集如下证据:

李某向长沙市芙蓉支行(建行)抵押贷款合同书及履行合同的情况,以证明李某已经付给某公司第一期即首期购房款。

该单位地址:长沙市芙蓉中路侯家塘西北角。

专此申请

申请人:被告邱某

二〇〇六年四月二十八日

二、应诉答辩(1)

民事答辩状

答辩人(即被告):刘某、邱某。

被告刘某、邱某就原告湖南某房地产开发有限公司诉代购代销合同纠纷案作如下答辩:

一、你院确定为“代购代销合同纠纷”的案由错误。

你院2006年3月31日(2006)芙民初字第595号《应诉通知书》中,写明某公司本诉案由为“代购代销合同纠纷”,依据的是原、被告双方的《“某某大厦”售楼部承包合同》,而对该合同纠纷,此前的2005年3月15日的长沙市中级人民法院(2004)长中民一初字第168号《民事判决书》、2005年7月8日的湖南省高级人民法院(2005)湘高法民一终第47号《民事判决书》以及2005年12月15日长沙市中级人民法院的(2005)长中民一初字第318号《民事判决书》,均认定为商品房预售包销合同纠纷案。

本案当事人之间的民事法律关系,如前述三份判决书所认定的,根本不是行纪合同纠纷类别中的代购代销合同纠纷,而应该是最高人民法院2003年6月1日起施行的《关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》第20条所指的商品房包销合同纠纷。

二、某公司起诉已过诉讼时效。

根据《“某某大厦”售楼部承包合同》第五条第1款,某公司与刘某、邱某的包销结算工作日为三个工作日,又根据双方均认可某公司违约解除合同之日为2003年5月15日的事实,那双方结算

届满日应为 2003 年 5 月 18 日。按照我国《民法通则》第一百五十五条的规定,双方因包销合同纠纷的诉讼时效起始日应当为 2003 年 5 月 19 日,终止日应为 2005 年 5 月 18 日,某公司于 2006 年 3 月 21 日才起诉于你院,可见其已超过诉讼时效 307 天。

三、李某购某商厦 1104 房款及税费 155,654 元早已移交某公司。

原告某公司诉称“被告在商品房销售过程中,房款均由被告承包的营销中心直接收取,由营销中心的财务人员李某英向客户开具收据,但被告尚有 1102 房李某的购房款 155,654 元没有交付给原告”。

但事实并非如此。

将某公司起诉时向法院提交的 0312845 号《湖南省长沙市往来结算统一凭据》(2003 年 4 月 19 日李某付 134,166 元按揭首付房款)与 No 614258 号《收款凭证》(2003 年 4 月 19 日李某交契税、保险费 21,488 元)这两张单据复印件,对照 2003 年 5 月 26 日移交人李某英与接交人唐某颖(系某公司财务人员)两人签署的《收款凭证》和《湖南省长沙市往来结算统一凭据》移交接交清单一对照,足以证明上列李某斌的收款凭证和统一凭据,与其他 234 份收款凭证和 82 份统一凭据一道,由李某英移交给了唐某颖收。

稍有一点生活常识的人都知道,接收了收款凭证和统一凭据原件,就是接收了该证项内的货币资金,如果凭证与账目不对,谁都不会在移交表上签名。更何况早在 2004 年,长沙市中级人民法院审理邱某诉某公司、刘某商品房包销合同纠纷的(2004)长中民一初字第 168 号案件时,某公司向法院提交的证据清单中的“证明的事实”栏内,就清楚地写明:“原告已结清账目及办理交接手续后才离开公司”。

四、某公司请求判令被告承担 40 万元纯属无稽之谈。

某公司诉称“由于被告的内部矛盾不能妥善解决,陈某坚、李某亮先后退出售楼部,包销合同也于 2003 年 5 月解除。截至 2003 年 5 月 15 日,经原、被告共同努力,共实现销售 52,440,033 多元,销售面积 14,151.59 平方米。被告在销售过程中,没有经原告书面同意,擅自将部分商品房低于约定均价售出,造成亏损 200 多万元,扣除 10 套特惠房的金额,被告至少应承担 40 万元的损失。”

对此,答辩人认为某公司诉称既不符合事实,亦自相矛盾。

(一)包销人在包销期间共销 85 套某商厦的商品房,所有《商品房买卖合同》,均由出卖人某公司签章,而非售楼部签章。既然盖了单位公章,当然是某公司的行为,怎能说“被告在销售过程中,没有经原告书面同意,擅自将部分商品房低于约定价售出,造成亏损 200 多万元”呢?

(二)如果说某公司诉称的“被告在销售过程中,没有经原告书面同意,擅自将部分商品房低于约定均价出售,造成亏损 200 多万元”成立,则显然与某公司前述的“截至 2003 年 5 月 15 日,经原、被告共同努力,其实现销售 52,440,033 多元,销售面积 14,151.59 平方米”相矛盾。

包销人“擅自”低价售出商品房,出售人已经认可为“原、被告共同努力”销售的范畴,又怎能认为包销人造成亏损 200 多万元,并向其主张 40 万元的亏损呢?

总之,某公司诉称 200 多万元的亏损不是事实,要求刘某、邱某承担 40 万元损失更是无稽之谈,而根据包销合同第六条甲方责任第 7 款,价格优惠应由某公司承担。

五、邱某不应对销售部财务承担责任。

虽然邱某是《“某某大厦”售楼部承包合同》的签字人即包销人之一,但鉴于包销人刘某、邱某、邓某之间有 2001 年 1 月 21 日