

学校的理想装备

电子图书·学校专集

校园网上的最佳资源

著名律师精彩辩词
(上)

 **eBOOK**
内部资料 非卖品

作者简介

胡晓琪（1962.11— ）生于上海，毕业于华东政法学院法律系，现任上海市中广律师事务所商贸部主任，中国法学会会员，上海浦东新区企业家协会理事，法律顾问。执业 10 年来，先后办理各类案件 600 余件，担任 30 余家法律顾问，形成了在商贸、房地产方面的专业特色，成功地为新加坡客户在浦东新上海商业城房产项目中提供全过程法律服务。曾发表论文 20 余篇，其中《探索房地产项目全过程法律服务的新思路》一文获优秀论文奖。曾获上海市黄浦区律师执业服务标兵。

单位名称：上海市中广律师事务所
详细地址：上海市延安东路 1234 号黄浦政法大楼 14 楼
邮政编码：200003
联系电话：（021）63275830 63277402

国际设备买卖合同纠纷案 胡晓琪

案情简介

1993 年 4 月 29 日台湾升意机械工业股份有限公司（以下简称升意公司）与南方长毛绒织物制品有限公司（以下简称南方公司）在南方市签订一份生产长毛绒面料全套流水线设备买卖合同。合同规定南方公司向升意公司购买生产长毛绒面料的生产线全套设备 129 台，价值 215 万美元（CIF 价格），交货地点为中国南方市港，交货时间不得超过 1993 年 12 月 31 日，付款方式以 L/C（信用证）支付。

合同签订后，升意公司按期交货 125 台机械设备，价值 147 万美元。另外 4 台压光剪毛机，南方公司擅自违反合同从德国购进，价值 68 万美元。设备经安装调试，符合合同技术要求。升意公司仅收到货款 71.1 万美元，尚欠 75.9 万美元没有收到。双方协商不成，升意公司于 1995 年向南方市中级人民法院起诉，要求南方公司支付设备款 75.9 万美元。

代理词

尊敬的审判长、审判员：

上海市中广律师事务所接受台湾升意机械股份有限公司（以下简称升意公司）的委托，指派胡晓琪律师担任升意公司诉南方长毛绒织物制品有限公司（以下简称南方公司）国际设备买卖合同纠纷一案的特别授权代理人。今天引人注目的涉台国际设备买卖合同纠纷案，在这里公开审理。刚才我们又认真地听取了南方公司之代理人的长篇代理意见。归纳言之，本案双方争议的焦点仍然是：（1）仲裁协议是否有效？中国法院是否有权管辖？（2）南方公司是否应支付设备款 75.9 万美元给升意公司？为了依法履行代理人的职责，代理人依据事实与法律，兹就此案提出如下代理意见：

一、仲裁协议是否有效？中国法院是否有权管辖？

南方公司认为，升意公司与南方公司签订的国际设备买卖合同中第 11 章第 2 条规定：“如果双方友好协商不能解决争议，与本合同有关的全部争议必须按国际商会的调解和仲裁原则，由按此原则指派一个或几个仲裁人作出唯一的，也是最终的裁决，仲裁地点在中国北京，仲裁程序以中文进行”。根据我国《民事诉讼法》第 257 条之规定：“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。当事人在合同中没有订立仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议，可以向人民法院起诉”。

我们认为，仲裁协议互相矛盾，仲裁协议依法不成立，系无效协议，中国法院有管辖权，因为：

1. 仲裁协议是通过仲裁方式解决国际经济贸易争议的基本前提。

如果没有仲裁协议的存在，就不可能有仲裁的发生。仲裁协议有两种表现方式：合同中的仲裁条款和专门的仲裁协议。中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则第 3 条第 2 款规定：“仲裁协议系指当事人有合同中证明的仲裁条款，或者以其他方式达成的提交仲裁的书面协议”。根据我国《仲裁法》第 16 条规定：“仲裁协议应当具有下列内容：（1）请求仲裁的意思表示；（2）仲裁事项；（3）选定的仲裁委员会。”据此，仲裁协议内容必须合法，齐全，否则因仲裁条款不明确，不完整，互相矛盾，就可能造成协议无效。

2. 仲裁协议选择的仲裁机构与仲裁规则互相矛盾。

所谓仲裁规则是指国际组织或常设仲裁机构制定的如何进行仲裁的程序性规章。该合同中的仲裁协议规定，仲裁适用国际商会的仲裁规则，仲裁地点则为中国北京。国际商会是一个为世界商业服务的非政府间组织，下设国际商会仲裁院，总部在巴黎，该仲裁院有其自己的仲裁规则。按照中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则第 7 条规定：“凡当事人同意将其争议提交仲裁委员会仲裁的，均视为同意按照本仲裁规则进行仲裁。”也就是说在中国北京进行仲裁不适用其他国际商会仲裁院的仲裁规定，根据我国《仲裁法》第 17 条规定：“约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的仲裁协议无效。”

3. 仲裁协议被确认无效后，并不影响整个合同的存立有效和执行。

根据我国《仲裁法》第 5 条规定，当事人达成仲裁协议，但仲裁协议被确认为无效的，人民法院应立案受理。升意公司有权根据我国《民事诉讼法》第 244 条之规定，有权向有管辖权中华人民共和国的法院起诉。

二、南方公司是否应支付设备款 75.9 万美元给升意公司？

南方公司认为，其已通过案外人香港汪亚公司转交给升意公司，故不同意再次支付设备款 75.9 万美元给升意公司。我们认为南方公司没有完全履行付款义务，理应承担付款责任，其理由：

1. 首先我们应该肯定升意公司与南方公司，于 1993 年 4 月 29 日签订的国际设备买卖合同，除个别条款及仲裁协议互相矛盾外，不影响整个合同的效力。升意公司与南方公司符合我国《涉外经济合同法》第 2 条规定的主体资格，整个合同的内容是合法的，有效的，此合同的当事人为升意公司和南方公司，不存在其他当事人，即非三方当事人。在庭审调查时，南方公司也承认合同的当事人为升意公司和南方公司，南方公司也未能向法庭提供三方当事人签订的合同。

2. 根据我国《涉外经济合同法》第 16 条规定：“合同依法成立，即具有

法律约束力，当事人应当履行合同约定的义务，任何一方不得擅自变更或者解除合同。”

升意公司按合同规定，已按时、按质履行了设备交货义务，经检验设备运行情况良好，南方公司也承认设备质量符合合同的技术要求。因南方公司违约，擅自从德国购进4台压光剪毛机（价值68万美元），故升意公司实际交付机械设备125台，价值147万美元，南方公司违反合同规定，升意公司不存在违约行为。

3. 关于设备的价款，应按合同办理，还是按商检机构核价为准？

根据双方签订的合同规定，合同总价215万美元CIF，南方市港交货，并将技术合同、设备价格作为合同附件。我国《涉外经济合同法》第8条规定：“合同订明的附件是合同的组成部分。”合同的附件与合同具有同等法律效力。CIF是在国际贸易中使用最为普通的一种贸易术语。根据《国际贸易术语解释通则》规定，作为卖方的升意公司有义务按合同的规定，提供货物及有关单证；而作为买方的南方公司，其义务在受领卖方价提供的符合合同规定的各项单证，并按合同规定支付价金。升意公司与南方公司在签订合同时，对设备价格进行协商，完全符合我国《民法通则》第4条规定：“民事活动应当遵循自愿、公开、等价有偿、诚实信用的原则。”所以此设备价格应按合同规定CIF价格结算。

4. 南方公司收到设备后，没有按时付款给升意公司，理应承担违约责任，依法应清偿设备款。

根据双方签订的合同支付条款规定，南方公司应以L/C（信用证）支付给升意公司。根据庭审查明：升意公司系合同的卖方，又是设备的制造商。根据合同第3章第3条第1款规定，升意公司作为卖方作为出资部分（45%即98.1万美元）支付给制造商（升意公司）显然是矛盾的。法庭调查已证实：升意公司没有出具98.1万美元不可撤销的保证函给南方公司，南方公司也未能提供证据。升意公司作为合同的卖方即制造商，南方公司作为合同的买方应按合同付款给升意公司。现升意公司仅收到71.1万美元设备款，尚有75.9万美元设备款没有收到。

5. 对合同第3章第3条第2款的执行，南方公司委托香港汪亚公司转付给升意公司。

根据我国《民法通则》的规定，南方公司与香港汪亚公司建立委托代理关系，南方公司通过银行将85万美元支付给香港汪亚公司，但香港汪亚公司没有转交给升意公司，香港汪亚公司在信函中也承认，并将85万美元作为投资款给南方公司，据此，南方公司没有履行完付款义务，合同第3章第3条第2款没有生效。因此该条款的先决条件，必须是南方公司要收到合同第3章第3条第1款规定的要件即98.1万美元保证函后方能开具信用证，显然，南方公司没有履行完付款义务，升意公司与案外人香港汪亚公司也没有建立起委托关系。

综上所述，因仲裁协议互相矛盾，仲裁协议无效，我国法院依法有权管辖。升意公司与南方公司已建立起国际设备买卖合同关系，合同内容除个别条款矛盾不受外，整个合同内容合法有效，升意公司已履行交货义务，南方公司收货后未按合同要求付款，显属违约行为，理应承担民事法律责任。我们坚信合议庭一定会根据查明的事实，核实属实的证据，根据我国《涉外经济合同法》、《国际货物买卖合同公约》及有关的国际惯例等法律，作出客

观、公正、合法的判决。

以上代理意见，敬请合议庭慎重考虑并希望得到采纳。

审判结果

南方市中级人民法院经审理，裁定升意公司与南方公司签订的仲裁条款无效，南方市中级人民法院有权管辖，并依法作出判决，责令南方公司在判决生效后十天内支付给升意公司设备款 75.9 万美元。

作者简介

王滋楚（1949.9— ），中共党员，汉语言、法律双大专学历。湖北省第三律师事务所主任。国家执业税务师。湖北省法学会刑法专业委员会理事。武汉仲裁委员会首批仲裁员。

从业 10 年来，每年都要办理 40 余件诉讼、非诉讼法律事务。担任十余家大中型企事业单位常年法律顾问，为委托人挽回或避免上千万元经济损失。在诸多法律事务中，犹擅长处理内外贸经济纠纷、企事业法律顾问事务和房地产、工程承包纠纷，并取得一定成效。

曾在省市级报刊杂志上发表过多篇文章、论文，有些被《中国跨世纪战略文献》，《改革理论与实践》等全国人型理论文集人选、采用。曾被评为省直机关优秀党员和优秀律师。

单位名称：湖北省第三律师事务所
详细地址：武汉市汉阳区翠微路 19 号
邮政编码：430050
联系电话：（027）4847144 9053803

南征北战讨公道

王滋楚

1995 年 7 月 4 日，中央电视台焦点访谈节目在晚上黄金时间披露了一典型案件：广东省湛江市中级人民法院经济审判庭原副庭长谢永生利用办理汉阳特种汽车制造厂与广东省遂溪县选矿厂质量赔偿纠纷上诉案的机会，索取、收受被上诉人广东省遂溪县选矿厂贿赂款 2.5 万元，已被检察机关逮捕。该节目同时报道，湛江市人民检察院已决定提请广东省人民检察院按照审判监督程序对谢永生所承办的这一案件提出抗诉。一时间，这件案子成了人们普遍关心的焦点，在全国范围内产生了一定影响。一年多过去了，最近广东省湛江市人民检察院正式函告，广东省人民检察院已决定不抗诉。至此，这件在中央电视台披露过的案件终于画上了句号。作为汉汽厂的代理人，我有幸参与了该案的上诉代理工作，回忆办理此案的日日夜夜，仿佛就在昨天，令人难以忘怀。

临危受命

1991 年 6 月原告广东省遂溪县选矿厂到被告汉汽厂购买一台载重车，价款 23 万元，由原告付送车费，被告派司机将车送至原告单位。同年 12 月原告投入营运。至 1992 年 4 月，发动机坏了，原告电告被告派人维修，被告未予理睬。同年 11 月 8 日该车在南宁路段运输途中，发动机发生恶性故障不能启动，原告将车拉到南宁修理厂停放待修，同时电告被告速派人检修而遭拒绝。后原告找到发动机生产厂家宝鸡某柴油机厂，由该厂派两名检修工前去修理。检修过程中，两工人发现该机已经修理过，一些零配件已拆卸或更换过，一些零配件已烧坏。单方面分析造成发动机故障与原维修有关，因此认定该机是旧机不属保修范围。经维修原告已付修理费 4 万余元。1993 年 4 月 26 日该车修好投入运输。由于停车维修时间达 5 个半月，造成原告直接经济

损失 70 余万元。双方就经济损失赔偿问题不能达成协议，原告遂在自己住所地提起诉讼，请求更换产品并赔偿停运六个月经济损失 42 万元，养路费 3 万元以及两次修理费 4 万元，合计 49 万元。被告没有请律师，没有在答辩期内提出管辖异议，收到开庭通知后却以管辖不当为由不派人参加开庭。于是法院根据上述事实作出缺席判决，判令被告：一、赔偿停车维修期间损失 42 万余元，二、支付养路费等 3 万余元，三、补偿修理费、零件费 4 万余元，承担诉讼费 1 万余元；以上合计 51 万余元。

前不久我曾来过汉汽，对厂里没在答辩期内提出管辖异议及不派人参加开庭深表遗憾。我当时已估计到法院会作出缺席判决，而且是一边倒的判决，用我们的行话说叫满判。现在当我再次被通知到该厂时，这些预计已成现实。我的心沉甸甸的，我觉得手里的七八页判决书有千斤重。“我们研究过了，上诉！”50 多岁、满头白发的李厂长把一杯茶放到我面前，说话时一激动，茶水溅到茶几玻璃上。

望着李厂长那期待的目光，我心里像开了锅似的。如果一审认定事实属实，汉汽厂是负有不可推卸的责任的。但就案子本身看，一审判决的确存在一些问题。如未经权威机构检验，怎么认定质量有问题，赔偿损失的计算依据是什么；等等。但是话又说回来，现在全国都在大抓质量，案子又是在广东这样开放地区，原告名义上是集体企业，实际是夫妻店，法外因素这只看不见的手会不会操纵案子的走向，再加上一审这么个一边倒、高起点的判决，二审不要说翻案，就是想大幅度改判都是难上难啊。

“我接，我们谈具体情况吧。”我努力平抑着内心的冲动，平静地对厂长说。

我和厂里委派的另一位代理人老李顶风冒雨到湛江市中级人民法院顺利地办理了上诉手续。但在遂溪县法院请求查阅案卷时却碰到了麻烦。据以定案的证据材料被审判长以写结案报告要用为由婉拒。由于关键材料没有看到，无法展开调查，只好静等法院通知。

打开缺口

盛夏 7 月，我接到湛江市中级人民法院的出庭通知书。按当地法院规定，二审以书面审理为主，一般不再开庭。经我们多次联系，合议庭考虑到我们一审缺席，许多证据未经质证，遂采纳了我们的请求，二审以调解方式进行，先质证，后调解。

我决定立即赶赴湛江，抢在开庭前阅卷，调查。

当我坐在略显简陋的中级法院办公室里详细地看完了一审全部案卷的时候，心情是忧喜参半。

原告起诉前，汉汽厂曾派人前去调查处理，回汉后向领导提交了一份汇报材料。该材料从开拓产品市场，维护消费者权益，平息诉讼角度出发，根据当时掌握的资料，分析了造成发动机损坏的原因，建议主动承担一定责任。后因原告索价太高，没有达成协议。就是这份汇报材料的复印件现在竟然完整地装订在卷宗里，并且成了原审认定被告自己也承认质量有问题的重要证据。我在司法实践中曾多次碰到这样的情况，当事人或其工作人员，由于不懂法、讲义气甚至捞取好处或者三者兼而有之，向对方提供不利于己方的证据，并且当律师询问时完全加以否认，使我们无法加以防范。面对这样的证据，我能不忧吗？

卷宗里第二个方面的证据使我转忧为喜。

本案争议的焦点之一是该发动机在两名检修工维修之前是否发生过故障并经过修理。因为两名工人的证词表明，他们在检修时发现该机已经维修过，一些零部件已拆卸或更换过，一些零配件已烧杯，单方面分析造成故障与原维修有关。如果原告在此次事故之前修理过，那么检修工所称的“原维修”是指原告自己。也就是说，由于原告自己的不当维修导致该机再次发生严重故障，责任显然在原告一方。如果原告没有维修过，才能指控被告以旧充新，以次充好，将质量不合格的产品销售给原告。

正是在这个关键问题上，卷宗里留下了原告自己提供的大量证据。原告起诉状称“1992年4月，发动机坏了。”原告致被告电传称“1992年4月就坏了，后我们自己请人修理。”原告在一审庭审调查中又陈述说“1992年4月发动机坏了”。原告诉请赔偿两次修理费共计4万余元。原审判决对1992年4月发动机坏了的事实予以确认，但却将两次修理费悄悄改成一次用去修理费4万余元，真是欲盖弥彰。

本案争议的另一焦点是原告的经济损失究竟有多少。原审认定原告因停车维修，被迫终止与防城外轮代理公司的运输合同，造成直接经济损失达70万元之巨，判令被告“酌情”赔偿42万余元。但是原告提交法庭的该运输合同却跟原告和法官开了一个不大不小的玩笑。该合同规定的运输费用是防城港至南宁（包括轻重车往返一次）包干运费1400元/40吨，原告使用的车子是30吨货载，按吨位计算应为每趟价1050元。原告起诉状承认每天运一趟，一个月25天计为26250元，除去油料、零配件等费用外，每月损失仅为1.8万余元。原告起诉前曾致函被告称该车于1993年元月发动机发生故障，而不是诉状所称的1992年11月8日。这个函的原件在我方手中，因一审未去开庭而未呈交法庭。显然，停车待修的时间只有三个月。这样算下来原告停车待修期间的经济损失仅为5万余元。原审认定70万判决42万元完全没有事实根据。

对簿公堂

庭审质证的结果证实了我判断的正确，被上诉人在自己提供的证据面前陷入了无法自圆其说的窘境。

他们一会儿说1992年没确定发动机是否坏了，一会儿又说发动机是坏了，但因没有进口零部件而没有维修。但当我问道：“你们在诉状及一审开庭中多次陈述说发动机坏了，现在又加以否认，怎么解释，哪种说法符合客观事实？如果没坏、没修为何要求赔偿两次修理费用？”被上诉人无法回答。

在赔偿损失这个问题上，被上诉人更是自相矛盾，不能自拔。他们先说除了长途外，还有短途，所以损失很大。我反驳道，被上诉人及原审法院都是以那份运输合同为索赔依据，现在的问题是按此合同能否判令上诉人承担40余万元的赔偿。被上诉人又说按质量法可以加倍赔偿，我立即反诘道：“那么先搞清基数，基数搞准了再来谈能否加倍，被上诉人能否说清楚基数是多少呢？”对方顿时语塞了。

按说审到这一步案情已经真相大白了，但审判长却突然提出了质量鉴定问题，征询双方对此问题的意见。

前二天我阅卷后同老李去了南宁修理厂。所见所闻使我们感到该发动机两次修理时均未进行故障分析和质量检验。现该发动机离第一次修理已经二

年多，离第二次也已一年多。时过境迁，换下来的零配件大部分已不复存在。在此情况下再来进行质量鉴定显然因缺乏原始依据而毫无价值。

我们坦率地表明了看法，对方则明确表示同意做鉴定。审判长决定双方在半个月之内拿出是否同意做质量鉴定的书面意见，然后他宣布休庭。

第二次从湛江返汉，我们对案子肯定会改判这一趋势已经有了较清楚的认识，但能改判到什么程度还心中无底，毕竟一审判了50多万啊。至于质量鉴定问题，尽管我们已当庭提出不同意鉴定的理由，但从证据角度看，这些理由还不充分，而且阅卷时我发现对方去过发动机生产厂家，调取的证据明显违背客观事实真相，需要有相反的符合客观情况的证据来证明案件真实情况。我们的想法得到厂里支持，于是又踏上了北上宝鸡的旅程。

北上之行的最大收获是在发动机厂看到了两名检修工返回工厂汇报时写的修理经过。该材料证实他们去南宁修理厂时，该厂修理人员已将发动机部分分解，也就是说他们也未看到发动机损坏的原始状况。同时他们也并未认定该机是旧机，原告提交法庭的那份修理工证词是他们按照原告的要求另外写的，对此该厂出具了证明材料，纠正了两名工人的错误。

收集到这些证据我的心踏实了。我们将证据传真给法院，同时以汉汽厂名义正式致函法院，再次表明了不同意做鉴定的立场。

办成铁案

中秋节前夕，一纸出庭通知书再次把我们召到了湛江。

简陋的会议室里，双方对面而坐。审判长宣布：“应被上诉人请求，我院委托有关部门对该车发动机质量进行了技术鉴定，现宣读鉴定结论并听取双方意见。”

由广西某质检站所做的技术鉴定，由于没有了解或者说是回避了该机1992年进行过修理这一关键问题，加上缺少原始资料，只能通过检查部分残存的零配件，分析被上诉人自己摄制的照片以及参照两名检修工的证言来进行鉴定，结果得出该机是劣质产品的结论。对这种鉴定方法及必然得出的错误结论我们早已料到，为此我们曾再三表示这种鉴定毫无意义，其结论不可能反映客观事实真相，不能作为定案依据，然而审判长没有采纳我们的意见。

我再次陈述了我方对鉴定结论的不同意见，被上诉人见鉴定结论对他们有利，更加有恃无恐，强硬要求我方赔偿70万元损失，否则要到中国质量万里行去曝光。由于双方分歧太大，调解无法进行，审判长宣布休庭候判。

终于，春节前几天，我们拿到了终审判决书。二审判决认定，上诉人产品不合格，造成对方经济损失，应负全部责任。但被上诉人要求巨额赔偿不合理，不予支持。为此判决上诉人补偿给被上诉人汽车修理费2.8万元，经济损失4万元，养路费等3.4万元，三项合计10万余元。

我们对二审判决对本案事实的认定深表遗憾，对其能实事求是地计算损失表示满意。我们再次致函法院，表示有保留地接受这一判决，并在1995年春节之后主动履行了这一判决。我们以为本案已经结束，谁知到了7月，中央电视台焦点访谈披露了本案审判长谢永生在本案审理期间大肆收受被上诉人贿赂问题，检察机关就此提出了抗诉。我们才知道是对方当事人在赔了夫人又折兵的情况下告发了谢。节目一经播出，有人怀疑被上诉人给了2.5万元，还被减了40万，上诉人肯定给的更多。我和我的当事人心里十分坦然，但我们无言以对。我们明白，检察机关的结论将是我们最好的回答。整整一

年多过去了，最近湛江市人民检察院明确答复我们，经广东省人民检察院检察委员会审查，已决定不抗诉。该案终于经受了二级检察机关的审查，办成了铁案。

作者简介

王恒谦（1960— ）汉族，三级律师，现在河南省偃师通联律师事务所执业。1978年取得助理统计师职称，1991年12月从事专职律师工作。承办过“台湾同胞李隆宣状告孙东霞侵权纠纷案”，“洛阳市西毫肉联厂与黑龙江海达公司火腿肠质量纠纷案”及我国首例不服行政处罚案“洛阳市作家书社状告洛阳市工商行政管理局西工分局行政处罚案”、“韩殿军等故意伤害案”等等，深受当事人好评，被授予“优秀律师”称号。

单位名称：河南省偃师通联律师事务所

详细地址：河南省偃师市人民政府一楼（民主街27号）

邮政编码：471900

联系电话：（0379）7713026 7711908

郑单八号玉米种子纠纷上诉案

王恒谦

上诉人河南省偃师市种子管理站因与被上诉人河南省国营浚县农场种子公司、偃师市府店镇人民政府、浚县张存文等356户农民购销郑单八号玉米种子纠纷一案，不服河南省浚县人民法院（1995）浚法经二初字第245—278号经济判决，向鹤壁市中级人民法院提起上诉。

原审法院认定1989年11月被告国营浚县农场种子经浚县工商局注册登记，可自产、自销种子。1994年11月，被告国营浚县农场种子持鹤壁市种子管理站种子准调证，通过偃师市农牧局田某等联系，在偃师市府店镇农业技术综合服务站购买郑单八号玉米杂交种11880公斤，每公斤4.20元，合款49896元。当时有偃师市种子管理站出具的种子质量合格证（填写种子代码为GB4404—85），种子调出证明和偃师市植保站出具的调运证，但均未扦取样品。被告国营浚县农场种子公司将11880公斤种子运回后未复检，以每公斤6元和5.6元的价格售给农民，获利20648元（浚县工商局已作处理）。本案原告356户村民购买被告农场种子郑单八号玉米种子5752.75公斤，种植面积1806亩，苗期瘦黄，农民只顾施肥浇水，可秆细穗小，秋收前农民向浚县工商局投诉，浚县工商局会同有关部门到田间进行调查，并委托河南省种子质量监督检验中心站对被告农场种子所售玉米种子郑单八号进行田间检验，检验结论玉米种子纯度为10.7%，根据GB4405—84，该种子纯度不合格。1995年9月19日由浚县农委组成玉米产量调查组对原告田间进行测产抽样调查，1995年秋季玉米平均每亩产量为257.6公斤。浚县统计局农调队证明原告当年秋季玉米总计减产301171公斤，以当时市场玉米价格每公斤1.64元计算，合款493924元，应予赔偿。被告农场种子超越经营范围，对购进种子没有扦取样品，且未复检，并对种子质量合格证没有严格审查，应承担15%的赔偿责任。第三人种子管理站没有认真履行自己的职责，严重违反《种子管理条例》的规定，对未做抽检的种子开具种子质量合格证和准调证，致使伪劣种子流入市场，给农民造成严重损失，应承担65%的赔偿责任。第三人府店镇政府下属单位农业技术综合服务站对杂交种没有经营权，且通过非正常渠道套购他人的种子，未做检验予以销售，

应承担 20% 的赔偿责任，因该服务站不具备法人资格，且无独立承担民事责任能力，故应由镇政府承担。根据《中华人民共和国民法通则》第 43 条、第 50 条、第 121 条、第 122 条第 1 款，第 134 条 7 项判决如下：（1）被告农场种子应赔偿原告一方经济损失 74089 元；（2）第三人种子管理站应赔偿原告 321050 元；（3）第三人府店镇人民政府应赔偿 98785 元。本案诉讼费 37687 元，保全费 7020 元，保全实际支出费用 2000 元，勘验费 1000 元，鉴定费 300 元，由被告农场种子承担 4259 元，第三人府店镇人民政府承担 5678 元，第三人偃师市种子管理站承担 18754 元，其余由原告承担。

偃师市种子管理站不服一审判决，以原判判令其赔偿 321050 元没有事实和法律根据为由，向鹤壁市中级人民法院提出上诉。

鹤壁市中级人民法院审理认为，原审法院认定因销售不合格的玉米杂交种子造成严重经济损失的事实清楚，但认定“合格证”完全属种子管理站的责任不妥，各方责任划分亦有不当。被上诉人农场种子公司与原审第三人府店镇人民政府的下属单位农业技术综合服务站，均无权经营玉米杂交种子，属违法经营。综合服务站在出售该批玉米杂交种子前应当进行质检而没有检验，出售时应当共同取样扦封而没有扦封，有重大过错，属该案伪劣种源责任承担者。被上诉人农场种子公司明知对方提供的“三证”很不规范，因受利益驱动影响，不认真审查，盲目购买。将该批种子运回后，依照《种子管理条例》的有关规定，明知应当进行复检而未复检，直接将不合格的种子销售给农民，扩大了经济损失。从购销关系方面讲，农场种子公司与综合服务站责任相当，应平等地承担经济责任。上诉人种子管理站是种子管理职能部门，熟知“三证”的规范要求，但却提供了不合格的准运证和缺乏基本要件的合格证，即无检验员的印章，使不合格的玉米种子流入市场。对此，种子管理站负有不可推卸的责任。农场种子公司因管理站提供的“合格证”缺乏主要印章，为弥补该批玉米种子证件的重大缺陷，采取不正当的手段，加盖了鹤壁市种子管理站的种子检验员曹锡武的代号印章，以此证明该批玉米种子合格售给农民。就其玉米种子合格证的来历讲，国营浚县农场种子公司的责任大于偃师市种子管理站，理应承担大于种子管理站的经济责任。上诉人种子管理站部分上诉理由成立，应予采纳。

鹤壁市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 153 条第 1 款第（三）项之规定，判决如下：（1）维持浚县人民法院（1995）浚法经二初字第 245—278 号经济判决第四项，即原告张某等 356 户村民应得赔偿（2）撤销原判决第一、二、三项；（3）被上诉人农场种子公司赔偿 356 户农民经济损失 271658 元；（4）被上诉人府店镇人民政府赔偿 356 户农民 172873 元；（5）上诉人种子管理站赔偿 356 户农民 49393 元。一审案件受理费等 46007 元，被上诉人农场种子公司负担 14680 元，被上诉人府店镇政府负担 9341 元；上诉人偃师市种子管理站负责分担 2670 元，其余由原告分担。

二审案件受理费 37687 元，上诉人种子管理站负担 3769 元，被上诉人农场种子公司负担 20728 元，被上诉人府店镇人民政府负担 13190 元。

评析

本案属于因种子质量引起的损害赔偿集团诉讼，牵涉到农民的切身利益，搞不好就会影响社会的安定，加之上诉人跨地区打官司，更增加了难度。

所谓集团诉讼，是指当事人一方人数众多，形成一个庞大的临时性集团的诉讼。对于 356 户农民诉请赔偿，被告和第三人都认为应该赔，但是谁应该赔，各方赔偿的比例发生了分歧，笔者和另一律师河南省学苑律师事务所的尹西明在二审中强调：

一、原审法院认定上诉人开具种子质量合格证具有法律效力有悖法规规定。

所谓合格证，是表明种子质量已经达到或符合国家或地方规定的种子质量标准的书面证明。国家农业部根据国务院授权颁发的《中华人民共和国种子管理条例农作物种子实施细则》第 61 条规定：“《种子质量合格证》必须由生产经营单位的持有省、自治区、直辖市农业厅（局）核发的《种子检验员证》的检验员签发，并加盖种子检验专用章”。河南省农牧厅颁发的《河南省农作物种子“三证”管理暂行办法》第 18 条也规定：“《种子质量检验合格证》由省农牧厅审批的检验员签发，并加盖‘种子检验专用章’后生效”。但该合格证：（1）记载的内容并不是由持有省种子检验员证的马彤蛟填写，而是由既非种子管理站工作人员，又未持有种子检验员证的偃师市农牧局田某填写；（2）合格证上加盖的是毫无法律价值的行政公章，而非加盖法规要求的必须加盖的“种子检验专用章”；（3）合格证上并未加盖偃师市种子管理站检验员马彤蛟的“豫种监检 0070”号编号章；而是“豫种监检 0089”（经查 0089 号豫种监检章是种子管理站站长曹锡武的编号章）；（4）玉米的国家标准代码是 GB4405—84，而该合格证却写的是 GB4404—85，不知所代何物；（5）缺样品编号、取样日期、检验日期、合格证的编号；（6）合格证的水分本应用 符号，却被错填为 符号等，故不属具有法律意义上的有效合格证。理由是最高人民法院公报（总第四十四期）第 128 页至第 130 页刊登了一个经最高人民法院审判委员会讨论通过的案例。在该案例中也涉及到了一个检验合格证，最高人民法院根据未注明批号，没有检验负责人的签字，而认定该证为无效检验合格证，并进而认定该证不是检验合格证。尽管这两个案件不尽相同，但在合格证问题上却十分类似，且该公报已明确规定该案例为最高人民法院的司法解释，具有普遍的约束力，请二审法院参照执行。

二、原审法院认定上诉人开具准调证给农场种子公司缺乏事实依据。

准调证是种子管理机构证明其同意调出或调入农作物种子的书面证明。河南省《农作物种子管理条例》第 40 条规定：“玉米……等主要农作物杂交种子的……省内市（地）间调运，必须持有调出市（地）种子管理机构的准调证。”但原审中，被告并没举出偃师市种子站或洛阳市种子管理站给其出具的格式准调证，其所提供的手写证明，（1）并不是种子管理站工作人员所写；（2）该证明是浚县种子分公司调回玉米调杂种，而非证明农场种子分公司调出玉米调杂种，二者的主体不同、调出与调回也有明显的区别。

三、原审被告提交的鹤种管调字第 006 号准调证无效。

因为，首先，此证原是原审被告调给卫辉市郑单八号玉米种所用，将“卫辉市”三字划掉，添上“偃师市”三字，划掉与添写既非开证人所为，又未在涂改处加盖公章；其次，从原审被告方王某的笔录看，被告从 1994 年 11 月 8、9 日才说去偃师调玉米种子，根本不可[]

能早在 10 月 25 日就开出准调证；第三，准调证应由调出市（地）种子管理机构即洛阳市种子管理站开具，但本案却是由调入市的鹤壁市种子管理

站开具，与河南省《农作物种子管理条例》第 40 条不符；第四，准调证附注：“此联由调出单位妥善保存备查”，即应由偃师市种子管理站保存备查，但为何却反由被告保存了呢？

四、原审被告经工商登记的经营方式是自产自销，但却超经营范围，外购玉米杂交种子销售，是违反行政规章的行为。

河南省农牧厅、河南省工商行政管理局、豫农种字（1994）第 14 号文件第二条：“‘两杂’种子只能由县级以上人民政府农业行政部门的种子组织经营……其他任何单位和个人不得经营，亦不得超经营范围，更不得到种子基地抢购套购。”

五、原审被告对调入的种子未予复检，即行销售，违反了河南《省农作物种子管理条例》第 27 条，应负责向农民赔偿。

六、依照行政规章偃师市种子管理站既不是玉米种子的调出单位，又不是调入单位，不应赔偿。

我国《种子管理条例农作物种子实施细则》第 64 条规定：“调出县的种子，由调出单位负责检验，调入单位复检”。本案中的调出单位是府店镇人民政府下属的府店镇农业技术综合服务站，调入单位是原审被告，一审判决令偃师市种子管理站赔偿属认定主体错误。

七、不具有法律意义上的合格证也早已超过了有效期。

《河南省农作物种子“三证”管理暂行办法》第 21 条：“《种子质量检验合格证》的有效期为：1. 调运种子：种子函到达调出地后次日起在两次发芽试验时间内；2. 销售种子：该批种子销售到播种结束。”

八、原审判决适用法律不当。

本案应优先适用《中华人民共和国消费者权益保护法》，却错误适用《中华人民共和国民事诉讼法通则》。理由是，（1）新法优于旧法；（2）特别法优于普通法；（3）“消法”第 54 条规定：“农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，参照本法执行”。

代理意见绝大部分被二审法院采纳，维护了委托人——偃师市种子管理站的合法权益，代理效果之好，为全国此类纠纷诉讼案中所仅见。

作者简介

邓连戈 41岁，中共党员、大学文化，法学士，二级律师，现任内蒙古包头诚信律师事务所主任。

1981年从事律师工作，1987年任内蒙古包头市律师事务所主任，1994年辞职，开办包头市道家合伙制律师事务所——包头诚信律师事务所。合著论文《合伙制律师事务所管理模式的探索》曾获司法部颁发的优秀论文优秀奖。

单位名称：包头诚信律师事务所
详细地址：内蒙古包头市昆都仑区市府西路14号
邮政编码：014010
联系电话：(0472) 5143359

作者简介

李刚 35岁，中共党员，大学文化，三级律师，现任包头诚信律师事务所副主任。1988年从事律师工作，任内蒙古巴盟磴口县律师事务所主任，1994年辞职作为合伙人之一开办了包头诚信律师事务所。合著论文《合伙制律师事务所管理模式的探索》曾获司法部颁发的优秀论文优秀奖。

单位名称：包头诚信律师事务所
详细地址：内蒙古包头市昆都仑区市府西路14号
邮政编码：014010
联系电话：(0472) 5143359

违约责任和法律体现

——包头市郊区新城永丰加工厂与西安市未央区华西电器制造厂玻璃纤维回收合同案
邓连戈 李刚

基本案情简介

1993年3月包头市郊区新城永丰加工厂（以下简称加工厂）从《中国乡镇企业报》上见到河南省信息中心技术服务部（以下简称服务部）登载了一则“联营办厂产品包销三年以上”的广告。受这一广告的诱惑，通过服务部的中介作用，1993年3月18日加工厂与西安市未央区华西电器制造厂（简称制造厂）签订了一份玻璃纤维回收合同，同日通过服务部交纳了信誉抵押金18000元，制造厂出具了收据。双方在回收合同中约定由制造厂向加工厂提供玻璃纤维制造技术及机械设备6台，加工生产的玻璃纤维由制造厂回收，1993年6月10日交36吨，以后每两个月10日交36吨，合同有效期为三年，从1993年3月18日至1996年3月18日总计回收540吨，每吨单价4000元，合计价款216万元。生产玻璃纤维的主要辅料软化剂由制造厂长期免费供给，合同终止时制造厂收回设备并退回信誉抵押金。同时合同还规定，无论哪方违约，均按合同总额的10%罚款。

合同签订后，制造厂于1993年3月31日培训完加工厂工人，4月15日开始从西安托运机器设备，5月6日货到包头。由于机器设备比约定的时间晚到，故制造厂方的合同签字人致函加工厂明确表示“收到机器设备时合同开始生效。”此后加工厂便积极组织生产，到1993年7月生产出玻璃纤维8吨后，软化剂便全部用完，故加工厂便要求制造厂尽速提供软化剂并对已生产出的玻璃纤维进行验货。但制造厂一直不予处理。无奈加工厂于1993年8月8日亲赴西安解决此事，但交涉无果，加工厂只得被迫停产。由于协商解决无望，故加工厂于1994年3月8日向包头市昆都仑区人民法院提起诉讼。

案件争议的焦点及双方的各自观点

本案在实体上的争议主要体现在以下几点：

1. 关于信誉抵押金能否认定为定金的问题。

被诉方制造厂认为，信誉抵押金不是定金，因为定金为合同之担保方式，须以当事人明示为前提，双方所签合同中并未指明信誉抵押金就是定金，所以信誉抵押金就不能认为是定金。

对此我们从证据和法律两个方面进行了分析论证，提出了本案中所提及的信誉抵押金实质上起着定金作用的观点。首先河南省信息中心技术服务部所刊登的“联合办厂 产品包销三年以上”的广告中明确载明“每个分厂须交返销产品保证金1.8万元，签三年合同。”该服务部所提供的《联办玻璃纤维厂可行性论证书》中关于具体联合办厂的方法及双方承担的责任条款中也明确规定：“该技术不收转让费，只收每个分厂返销产品保证金1.8万元（三年合同期满后，如数退还保证金，也可以每执行一年就退三分之一），三年内各分厂产品不得自销，否则除退回全部机械设备外，产品返销保证金不再退还。”服务部所登载的广告及可行性论证书是得到制造厂首肯和确认的。这表明加工厂所缴纳的18000元之内涵就是为了制约各加工厂家自销其产品，就是为了确保产品回收合同能够得以履行，显而易见这种设定完全是一种合同之担保方式。其次从玻璃纤维回收合同的说明条款中也可以看出，所谓18000元信誉抵押金并非是对制造厂提供设备的一种抵押担保，而是担心加工厂不履行交付纤维义务而设定的一种违约罚则。正如合同所载明的“信誉抵押金待交货后退给乙方。”上述表明，本合同中的信誉抵押金或曰返销产品保证金完全符合约定定金的法律定义。因此我们认为，本合同中虽未明示信誉抵押金就是定金，但从双方当事人真实的意思表示方面考察，从所谓信誉抵押金所发挥的实际作用方面来考察，应当认定所付的18000元的信誉抵押金具有定金的性质，故在本案中应当适用双倍返还的法律原则。

2. 关于违约责任的认定与违约金数额计算问题。

被诉方制造厂认为，加工厂未能依照合同约定按时完成约定数量的交货义务，故违约责任完全在于加工厂。即使违约按合同规定的10%罚款也属违法无效。

确认当事人应否承担违约责任，首先应考察该合同是否合法有效，作为无效合同当然无从谈及违约责任问题。关于合同效力问题，我们认为该合同在性质上应属于《工矿产品购销合同条例》所调整的范围，根据法律的规定，根据当事人从广告要约、共同考察项目、签订合同、交付信誉抵押金、对工

人进行技术培训以及发运设备组织生产等全过程看，双方当事人意思表示是真实的，除违约罚款约定 10% 有违法律的规定外，该合同的各项条款均为合法有效。所以本案不能按照无效合同的处理原则来解决。既然本案应按有效合同来处理，那么就应分析双方当事人的过错责任，从而形成正确的法律归责。

从证据上看，原告加工厂从签订合同、交付信誉抵押金、派出工人接受培训等一系列环节上均无过错，更无违约之处。在实际履行中，加工厂积极地筹措资金，完成了正式生产的一切前期准备工作。按照 1993 年 3 月 18 日约定，交货日期 1993 年 6 月 10 日交 36 吨，但是制造厂提供的所谓成套机械设备直到 1993 年 5 月 6 日才从西安运抵包头。这种迟延交付设备的违约行为表明在 1993 年 6 月 10 日前是不可能交付 36 吨玻璃纤维的。基于此情，经双方多次协商，制造厂为表示其违约的欠意，故授权签订合同的代表人致函加工厂明确表示：“收到机器设备时合同开始生效。”这实际上是对合同的一种修改，也是对可以顺延交货期限的一种承诺。机器设备迟延晚到，那么返销产品的期限就应相应顺延。尽管该信函未加盖制造厂的公章，但从法律上讲不能视此行为是越权代理。

基于交货期限可以顺延的承诺，加工厂便积极进行生产。当生产出 8 吨玻璃纤维之后，出现了软化剂不够的情况。按照合同规定，软化剂应由制造厂提供，基于此情，加工厂一方面要求制造厂尽速发运软化剂，一方面要求依据合同约定尽速派员到加工厂对已生产出的玻璃纤维进行质量验收。但是这些合法的要求无人理睬。无奈加工厂厂长亲赴西安进行交涉，但是这一合理合法的要求仍未获解决。由于没有软化剂，导致加工厂被迫停产，此后便进入了艰难的协商及诉讼之中，

上述证据所能映证的客观事实表明，导致玻璃纤维回收合同不能按约履行的过错责任人完全在于制造厂一方，作为加工厂并无任何过错。事实上被上诉人制造厂根本就不想履行产品回收的合同义务，故才制造了众多的人为障碍。我国《经济合同法》第 29 条明确规定：“由于当事人一方过错，造成经济合同不能履行或不能完全履行，由有过错的一方承担违约责任。”很显然在本案中被诉方制造厂负有不可推卸的应承担违约的法律责任。

确定了违约的责任主体之后，那么下面所要解决的就是违约金的比例及计算问题。根据被诉方自己印制的《玻璃纤维回收合同》违约责任规定“甲乙双方如有违约行为的发生，对方经济损失由责任者承担，无论哪方违约，均按合同总额的 10% 罚款。”我们认为该合同由于属于《工矿产品购销合同条例》所调整的范围，且玻璃纤维又属于通用产品，故违约金的比例应在法定违约金 1% 至 5% 中选定，所以从法律上讲双方约定的 10% 应依法确认无效。但决不能以无效为由，而不判令违约者不承担违约责任。所以根据最高人民法院有关司法解释，被上诉人制造厂应按合同总金额 216 万元的 5% 承担 10.8 万元的违约金。此乃不仅是对违约者的法律制裁，也是对守约者所造成的经济损失的合理补偿。

两级人民法院的审理与判决

原告包头市郊区永丰综合加工厂依据合同履行地法院管辖之原则依法向包头市昆都仑区人民法院提起诉讼，被告西安市未央区华西电器制造厂对此

提出了管辖异议。在管辖问题上，经包头市中级人民法院终审裁定，最终确定了包头市昆都仑区人民法院对本案享有管辖权。我们受本案原告的委托参与了本案的一、二审全部诉讼活动。

一审法院经审理后认为：“双方签订的玻璃纤维回收合同部分有效部分无效。合同中关于违约责任中违约金约定的比例超过了《工矿产品购销条例》的有关规定是无效部分。其余有效部分双方应全面履行，由于被告以书面形式向原告表示机器设备到位后合同正式生效，那么交货期自然应顺延，所以原告没有违约，被告不来人验货且停止供应软化剂给原告造成很大的损失，应当承担违约金。双方都要求解除合同，故合同应终止。被告所收原告的18000元信誉抵押金实质上起着定金作用，被告不履行合同应双倍返还。故本院依据《中华人民共和国合同法》第14条、第29条第1款、第31条、《工矿产品购销合同条例》第36条第1项、《中华人民共和国民事诉讼法》第130条之规定，判决如下：（1）被告支付原告违约金10.8万元，双倍返还原告定金计3.6万元，两项合计14.4万元在判决生效后十日内付清。（2）被告付清上述款项时，原告退回被告6台机械设备。（3）原告其他诉讼请求不予支持。”

制造厂对一审法院判决不服，故依法提起上诉。二审人民法院经审理后认为：“有效的经济合同一经签订就对双方具有法律约束力，双方应积极履行，合同中违约条款超出了法律有关规定应确定为无效部分。上诉人应积极供应软化剂以便保证合同的顺利履行，但在上诉人去西安交涉后仍不积极给软化剂也未验货，给上诉人造成一定损失，应承担违约责任。关于信誉抵押金在本合同中具有定金作用，上诉人不履行应双倍返还，故原审法院认定事实清楚适用法律正确，上诉人的上诉理由不能成立。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第153条第一款第一项之规定判决如下：驳回上诉，维持原则。”至此一场艰难的诉讼终于划上句号，本案现也已执行终结。

体会与思考

本案的核心焦点问题其一是信誉抵押金的定性问题；其二是违约归责及违约金计算问题。要解决上述问题，首要前提就是要认真地对证据进行分析判断，这样才能论证清楚信誉抵押金的准确内涵及违约归责的责任主体。在本案中我们运用了大量的相关证据，包括直接证据和间接证据，通过这些证据链条，产生了我们的基本判断。依据这些结论，根据我国的法律规定，从而提出了我们合法的权利主张。本案涉及问题较多，既有程序方面的问题，也有实体方面的问题，双方争议很大。由于庭前准备工作充分，故我们的代理意见得到了两级人民法院的支持和采纳。

作者简介

王崇辉（1936.11— ）福建省莆田县人，中共党员，大专文化，高级律师，任莆田县律师事务所主任，福建省律师协会三、四届理事会理事，莆田县人民政府法律顾问，莆田县专家咨询决策委员会委员，中国犯罪学研究会会员。

1959年参加工作，1981年参加组建莆田县律师事务所，1984年取得律师资格，1986年担任律师事务所主任。15年来，带动全所律师努力以法律知识为经济建设服务。担任20多家县乡镇政府、国营企业和中外合资企业的法律顾问，在依法治政、依法治企业工作中作出较大的贡献，有较高的声誉。并先后撰写《六十五万元货款完璧归赵》、《律师执业素质之我见》、《复关后律师工作的前景和挑战》、《只要依法治，何愁被告当》第20多篇论文或案例总结，参加华东片或福建省律师实务经验交流会，分别被《福建律师》、《福建司法行政研究》、《湄洲日报》等报刊所刊用。《三被告人在不同时间强奸同一妇女不构成轮奸罪》一文，入选《中国当代律师辩护词代理词精选》一书。

曾先后荣获莆田市、县，福建省司法系统先进工作者，莆田市优秀律师。所领导莆田县律师事务所获得福建省先进律师事务所的荣誉称号。他的名字和业绩被载入《中华名律师辞典》、《中国当代名人大典》、《中国专家人名辞典》、《中华当代名人辞典》等书。

单位名称：福建莆田诚毅律师事务所

详细地址：莆田荔兴大酒店二楼

邮政编码：137400

联系电话：2298226

购销合同纠纷

王崇辉

案情简介

1985年3月11日，莆田县旅游服务公司（下称莆田旅游公司）与晋江县罗山供销公司（下称罗山供销公司），于厦门签订了进口冷暖机购销合同，确定由罗山供销公司供应顺风牌冷暖机一万台，每台单价为人民币261元，总货款为261万元，质量要求以报海关商检证为准。合同签订后，经双方三次协商，更改了合同的部分内容，即供货总数为2500台，每台单价为人民币258元，牌号“顺风牌”底下加上“富山牌”标号，其他内容不变。

同月25日，莆田旅游公司按合同规定汇给罗山供销公司货款64.8万元。可是到了交货时间，罗山供销公司无货可付，于5月21日才交冷暖机20台（其中富山牌16台，豪华牌4台），6月2日又交货400台（富山牌和豪华牌各200台），提货时，罗山供销公司没有向莆田旅游公司提供商标证，提货后，莆田旅游公司因冷暖机质量低劣，无法销售，多次向罗山供销公司提出交涉，但罗山供销公司以“冷暖机提货单已开具，合同已履行”为由，拒绝协商解决。

经厦门海关和厦门商检局获悉，罗山供销公司所提供的冷暖机是从厦门鸿山乐园转手买来的，鸿山乐园又是从港商购进的。该货于4月9日抵厦门港，4月26日经厦门商检局抽样检验为不合格产品。厦门商检局曾以质检经字（85）第032号文通知指出“厦门有12家贸易公司进口各种型号冷暖机，经抽样检查，绝大多数为不合格的。”莆田旅游公司再三向罗山供销公司提出退货退款，要求当面洽谈，合理解决，无法得到罗山供销公司的接受，才于7月15日向厦门市中级人民法院起诉。

审判结果

厦门市中级人民法院经济庭经过一番调查弄清事实，两次召集双方当事人及其代理律师，意图调解结案，但因双方意见分歧很大，无法达成协议，只好开庭审理。于11月11日做出判决，认定罗山供销公司与莆田旅游公司所签订的进口冷暖机购销合同是有效合同。但是罗山供销公司没有按照合同规定提供质量合格的进口冷暖机，这是违反合同的行为，应承担违约责任。判决：莆田县旅游公司已提走的420台冷暖机，经商检后凡质量不符合合同要求的，罗山供销公司应予调换；经商检合格的进口冷暖机，造成经济损失由罗山供销公司承担；尚未提取的2080台冷暖机作退货处理。

一审判决后，原、被告双方均不服，罗山供销公司以“提供进口冷暖机质量合格，且提货单已开具，需方不能退货”为由；莆田县旅游公司认为“已提走的420台冷暖机是商检不合格的商品应全部退货”。双方均上诉于福建省高级人民法院。

二审法院经审理认为：罗山供销公司提供的进口冷暖机没合格证，经商检为不合格商品，不得销售，不得使用，原审对莆田县旅游公司已提走的420台作调换处理不妥。据此，二审法院依法判决：

- （1）莆田县旅游公司已提走和未提走的冷暖机全部退给罗山供销公司；
- （2）罗山供销公司应于判决书发生法律效力20天内把总货款人民币648000元一次性付还莆田县旅游公司。

评析

本案经过一审、二审的审理，涉及购销合同、进口商品管理两种不同的法律关系。理清两者关系，分清责任，颇有研究意义。

本案原告莆田县旅游公司的诉请中分为两个部分：一是要求被告罗山供销公司无法按期提供进口冷暖机应承担违约责任；二是要求被告退还货款。从案件事实看，原告与被告确实订有购销合同及补充协议，被告确实也收到原告汇给的货款人民币648000元。但无法按合同规定时间供货。尽管提货单已开具约定的冷暖机全部台数，只能提取420台，况且也是质量低劣的不合格商品。

《经济合同法》第32条规定“由于当事人一方的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行，由有过错一方承担违约责任”。《工矿产品购销合同条例》第35条第1项规定：“供方不能交货的，应向需方偿付违约金。”据此，本案判决没有责令罗山供销公司向莆田县旅游公司偿付违约金，冷暖机是专用产品，违约金的数额应是不能交货部分货款总值的10%至30%，是

为不妥。

《商检法》第7条规定：“‘一切’进口商品都必须在规定的限期内进行检验，未经检验的不准安装投产，不准销售，不准使用。”罗山供销公司提供的420台进口冷暖机是商检不合格的，是不准销售使用的商品。一审判决依据《工矿产品购销合同条例》第35条第2项的规定，供方所交产品品样、型号、规格、花色、质量不符合合同规定的需方不能利用，由需方负责包换。其实，当时罗山供销公司对进口的冷暖机是没有合格的商品包换，“调换”的判决无法实现。那二审判决“莆田县旅游公司已提走和未提走的冷暖机全部退还给罗山供销公司”，这是符合本案的事实和法律规定的。

作者简介

逢宗贤（1949— ）1969年入伍，1982年转业到公安机关工作，1986年起从事律师工作，法学本科毕业，中共党员，现为青岛弘安律师事务所三级律师。热爱律师工作，擅长法律顾问、刑事辩护和经济纠纷代理工作。80年代末就曾为被一审判处有期徒刑的被告人作无罪辩护成切。代理经济纠纷案件往往能够反败为胜，受到当事人的好评。1994年被青岛市司法局荣记三等功一次，还多次被评为先进工作者。

单位名称：青岛弘安律师事务所
详细地址：山东省胶南市文化路45号
邮政编码：266400
联系电话：（0532）8182715 8183594

证据戳谎言 被告得胜诉 逢宗贤

没有借钱，华某却给张某写了借款24万元的借条，还款期限、违约责任、借款的日期、经办人华某的姓名和华某所在单位的公章一应俱全。

真可谓大千世界无奇不有。

既然没有借钱，怎么会写借条呢？原来，张某曾介绍华某的所在单位与北京某公司签订了一份加工费为350万元的加工定作合同。合同经公证处公证后，1994年9月12日，在共同下榻的北京山西大厦华某住的客房里，张某向华某要事先约定的中介费，华某说加工活儿还没有干，尚未挣到钱，哪有钱付中介费？张某即要华某给写下借条。荒唐的是，华某义气心理作祟，不加深思，竟按张某的要求给写了借条。

以华某所在单位为被告，张某持借条于1995年1月向其所在地法院即莱州市人民法院起诉，并聘请了律师代理诉讼。诉请法院判令被告还清借款24万元并赔偿经济损失。法院给被告送达起诉状副本的同时，采取了财产保全措施，冻结了被告的账户。

被告收到诉状副本，才得知借条一事，加之账户被冻结，经理心急如焚。

该案很快就在被告当地传开。人们都说，被告有口难辩，纵然是有千张嘴也说不清楚，官司必败无疑。华某自知给公司闯了祸，悔恨交加，为弄个清白，一个劲地催促经理聘请律师代为应诉。

被告委托了我作为其诉讼代理人。了解了有关情况后，我为被告拟写了电报稿，发给了原告和法院，言明被告没有授权华某借钱，今得知华某给原告写了借条并加盖公章。对此，被告不予认可，并坚决反对。这是为了防止被告因知道他人以自己的名义进行民事行为，不表示反对被视为同意而承担民事责任。

我知道这是一起棘手的案件。但我想，作为代理该案的律师，如果也认为真假难辩，束手无策，是不应该的。因而，我着重在收集证据上下功夫，几经周折，收集了必要的证据。确信华某虽然给原告写了借条，但原告并没有借给华某钱。

也许原告害怕写借条时的在场人向法庭作证，证明华某虽然写了借条，

但原告并没有借给被告钱，从而打破其借机获取不义之财的美梦。于是，原告隐瞒实情，虚构了事实。

阅卷时我发现，原告向法庭讲其 24 万元钱的来源时，第一次说其中有自己的 15 万元，另外 9 万元是借了王某的；另一次又说其中有自己的 8 万元，其余的 16 万元是借了几个朋友的。在钱的来源问题上，原告的陈述前后矛盾，针对这种情况，我以子之矛，攻子之盾，使原告不能自圆其说，案情初露端倪。

原告在回答是何时何地吧借款交付给华某的问题时称，是在 1994 年 9 月 12 日下午二三点钟，华某到莱州原告家里去拿的钱并写了借条。我以华某在北京山西大厦的住宿发票和住宿登记，以及在场人的证言等证据说明，1994 年 9 月 12 日原告和华某同住在北京山西大厦，而北京距山东莱州原告家甚远，在同一时间，华某和原告出现在莱州是不可能的，确凿的证据戳破了原告的谎言，案情更加明了。

综合这些问题后，我指出，原告作贼心虚，辩解漏洞百出，谎言不攻自破。他本想以虚构的事实来说明被告借了他的钱，但结论却只能适得其反，被告实际上并没有借原告的钱。

结合《民事诉讼法》第 63 条之规定，我向法庭阐明了自己的看法。该条列举了书证、物证等 7 种证据后，接着明文规定：“以上证据必须经查证属实，才能作为认定事实的根据。”我认为，所谓对证据查证属实，不仅指查证证据的形式属实，更重要的是要查证证据的内容属实。原告所持的借条是书证，它是被告方华某所写的不假，但该借条的内容却是假的。用民法原理来分析，该借条也是无效的，这是因为，它的内容并不是华某的真实意思表示。我希望法庭按照《民事诉讼》第 64 条第 2 款“人民法院应当按照法定程序，全面地客观地审查核实证据”之规定和第 116 条“审判人员必须认真审核诉讼材料，调查收集必要的证据”之规定办案，做到明察秋毫，善断疑案，不要被假象所迷惑，不能仅凭原告所持的借条断案，而是应该去伪存真，透过现象看本质，切实把好办案质量关。

莱州市人民法院没有主观臆断，也没有偏袒本地人，而是全面客观地分析了证据材料，坚持了以事实为根据，以法律为准绳的办案原则，最终采纳了我的代理意见，依法判决：驳回原告张某的诉讼请求，案件受理费 6260 元全部由原告承担。原告没有上诉，判决业已生效。

荒唐的借条官司，以被告胜诉结案。是律师全面地吃透案情，认真地收集并恰当地运用证据，正确地理解和引用法律条文，并取得法院认同的结果。

作者简介

占厚耀（1947.9— ）1986年取得律师资格、现任湖北省随州市第三律师事务所主任、党支部书记、三级律师。并担任二十余家企事业单位的常年法律顾问。

撰写的通讯《依法治厂，企业兴旺》、《肖某的行为是否构成贪污罪》，在《法制建设》上发表。《正当行为舆论监督不构成侵害名誉权》在《中国当代律师辩护词代理词精选》一书发表。论文《律师工作意识》、《企业设司法联络员好处多》发表在《律师世界杂志》上。先后发表通讯、案例分析、报道计一百余篇。经手的百余件案件中有60%的被告人获从轻判处，五人获无罪释放。在代理经济、民事案件中坚持调解原则，使70%的案件得到圆满结案。

曾连续十余年被评为地市系统先进工作者、优秀辩护人、办案能手等。

单位名称：随州市第三律师事务所

详细地址：湖北省随州市大北街11号

邮政编码：441300

联系电话：（0722）3221654 3221637

随州市民政福利综合公司上诉案

占厚耀

案情简介

上诉人：随州市民政福利综合公司（一审被告）。

代理人：占厚耀，随州市三所律师（二审代理人）。被上诉人：随州市国债服务部（一审原告）。

一审判决：随州市福利金属加工厂借原告周转金196万元由被告随州市民政福利综合公司负责清偿，并按2%比率承担资金占用费，被告王爱东负连带清偿责任。案件受理费、诉讼活动费、财产保全费41130元由原告负担5130元，二被告共同负担36000元。

判决后，上诉人不服提出上诉，占厚耀律师作为二审代理人，依法出庭，发表代理意见（见代理词）。

二审判决结果：

1. 撤销随州市人民法院判决；
2. 福利综合公司不承担负责清偿之责。
3. 王爱东清偿国债服务部周转金196万元及资金占用费及贷款利率。
4. 一审诉讼费41130元由王爱东负责，二审诉讼费28610元由国债服务部负担。

代理词

审判长、审判员：

随州市律师事务所接受本案上诉人随州市民政福利综合公司的委托，指

派律师占厚耀作为其上诉随州市财政局国债服务部借款纠纷案的上诉审代理人。本律师接受委托后，对案情进行了必要的调查、了解，查阅了一审有关材料，参与了庭审调查，对案情有了详细了解。现就本案事实，上诉人、被上诉人各自的责任，应承担的法律后果以及如何处理本案发表如下代理意见：

一、本案事实及纠纷的引起

1995年2月10日，被上诉人随州市财政局国债服务部（简称国债部）与被上诉人王爱东签订了一份200万元的借款合同，借款时王爱东以随州市福利金属加工厂（简称金属加工厂）的名义，并盖有公章和私章，但其主管部门民政福利综合公司（简称福利公司）不知道其借款。合同签订后，国债部分别汇款140万元到黄州市机电设备公司，56万元到随州市工行信托部。合同约定还款时间是借款的同月25日，时间仅半个月。借款时王爱东称有一艘建勤一号货轮作抵押。到期后，王爱东没有还这笔款。国债部于1995年12月21日起诉到随州市人民法院，经一审判决，上诉人不服提起上诉。从上述发生的事实分析，本代理人认为：国债部与王爱东签订的借款合同属无效合同，理由：

1. 双方主体资格均不具备。国债部是市财政局的内部职能部门，不是独立法人，国债部无权签订借款合同，借款合同样本上规定有“市财政局审批意见”，而公章上仅是国债部，市财政局领导没有签批；同时国债部也不是借款的金融机构，进行金融借贷业务必须有经人民银行批准的营业证书，国债部不具备这个资格，王爱东也不具备借款的资格。金属加工厂于1994年9月已经实际破产，所有厂里的财产全部用于抵偿了欠银行的贷款，租用场地已到期被他人收回。

2. 没有按借款合同用途用款。贷款申请称，为扩大生产，购进材料，需周转金200万元。而王爱东将借到的196万元用于个人购建勤一号货轮，把厂里的资金变为个人资产。

3. 借款合同需经借款方、主管部门、贷款方财政局、开户银行四方签章，而该合同实际上只有王爱东和国债部的杨军两人签章，缺少必要的要件。

4. 王爱东所称以私人建勤一号作抵押实属虚构的情节，王爱东借款就是买建勤一号船，怎么能用还没有买回的建设勤一号船作抵押物呢？

总之，国债部与王爱东签订的借款合同从形式到内容均属无效。无效民事行为从开始就不受法律保护，无效行为导致的后果应由行为人王爱东个人承担民事责任。

二、本实上诉人福利公司与王爱东的关系

金属加工厂本属王爱东私人办的厂，这个加工厂是1993年王爱东从徐建勤手中买的，财产属王爱东个人所有，企业性质名为集体实为私营，王爱东就是加工厂，加工厂也是王爱东，王爱东在1995年2月借款200万元时，厂里仅只是王爱东一个人了。为什么注销金属加工厂？因为金属加工厂在1994年4月停业，1994年、1995年两年都没有年检，1994年9月设备和场地都没有了。依据企业法人登记管理条例第22条之规定，金属加工厂符合吊销营业执照的条件，直到1995年9月工商企业登记再次清理，上诉人不得已才予以注销，此举属合法行为。从形式上看加工厂已注销，但实际上王爱东至今仍将营业执照副本和厂公章保管，拒不交出。金属加工厂注销前是王爱东一个人，现在还是王爱东一个人，注销不注销不是关键，谁借钱谁还才是正理。

王爱东在加工厂歇业一年多之后，又背着上诉人到国债部借 200 万元巨额资金用于个人购船，这种行为纯属个人行为，与公司无关。根据最高人民法院关于审理借贷案件若干问题的意见第 14 条规定，本案应由王爱东个人承担民事责任。

三、被上诉人国债部的责任

1. 国债部没有融资业务，背着财政局，背着福利公司，与王爱东个人签订借款合同，且借款时不考察、不了解、不掌握资金流向、不掌握资金用途，借款责任人擅自作主将巨额资金借出又不及时收回，行为人构成玩忽职守。

2. 借款合同中设立的保证条款，建勤一号货轮实际上是假设的，国债部根本没有考察，国债部应承担主要责任。

3. 国债部贷出 200 万元巨额资金没有履行法定手续。银行贷款 5 万元就要经行长集体研究，如果是正常借款 200 万元周转金，不仅要经财政局局长集体研究，还要经政府分管财经的市长批准。

4. 借款合同约定 200 万元，而汇款 196 万元，剩余 4 万元到什么地方去了，不得而知。

5. 借款合同规定应由其主管部门签章，为什么不让主管部门知道借款之事？从 1995 年 2 月 25 日至 9 月调日，历时半年多，金属加工厂并没有注销，国债部为什么不与福利公司通气？总之，国债部贷款行为人已构成渎职失职的刑事责任。

四、本实上诉人福利公司的责任

一审判决书认定：“福利加工厂应如数清偿借款，但由于该厂已被其主管单位民政福利公司注销，注销后又未清理财产、账务和债权债务，故应由民政福利公司承担民事责任。”一审判决明显错误。

1. 从时间上看，还款时间是 1995 年 2 月 25 日前就应该还，注销是同年的 9 月 22 日，时间相隔 7 个多月，没有注销前的 7 个多月就没有还，这能怪注销吗？

2. 这笔借款本与金属加工厂无关，属王爱东个人购船，怎么能让加工厂还款呢？

3. 注销前对加工厂的账务和债权债务已经清理，根本无 200 万元债务的账目。因借 200 万元属王爱东借加工厂名义，实属个人借款，根本没有入加工厂的账，怎么能说没有清理债权债务呢？

4. 福利加工厂不是因为注销后才歇业停产，而是歇业、停产一年半以后才依法注销。

5. 对加工厂来说，形式上注销了，但对王爱东来说，仍和没有注销一样，公章、执照仍在王爱东手中，至今不交给工商部门。

从承担民事责任法律规定看，上诉人不应承担民事责任。承担民事责任必须有侵权行为，有损害事实，有主观过错，行为与结果之间有因果关系，上述四要件同时具备才承担民事责任。而本案上诉人不符合上述法律特征，因此不承担民事责任，不论是事实还是法律规定，都是合法、合情、合理的。

五、本案证据问题

一审法院收集的船舶证件无效。

1. 王爱东所提供的不是建勤一号船的所有权证，而是营运证，不能说明建勤一号归王爱东所有，且是复制件，上面无时间、无编号，证明时间矛盾重重，其要害是无许可证号码。依据船舶管理条例，无许可证号码的营运证

属无效证件。

2.王爱东提供的变更购船价格协议，已是超过还款时间3个多月后的五月份了。

一审法院将上述证据作为判案依据，显与法律规定相悖。根据最高人民法院关于运用《民事诉讼法》若干问题的意见中第78条规定：“关于证据材料为复制件提供人拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证，对方当事人又不予承认的，在诉讼中不得作为认定事实的依据”。在二审中被上诉人仍然拿不出证据原件，且船舶运输的所有人姓名有更改之嫌，这根本不能作为判案依据，请二审法院予以纠正一审的错误认定。

六、本案应如何处理

代理人认为根据已查明事实，应依法撤销一审判决，发回一审法院移送公安机关以刑事责任查清案情，追回流失的资金，这才是彻底解决本案的有效途径。借款人王爱东以合法形式掩盖非法目的，虚构建勤一号船作借款抵押物，将款借到后购进建勤一号船变成个人财产，王爱东的行为构成刑事立案标准。出借人国债部超越职权，借出200万元巨额资金不考察，不及时收回，约定200万元回扣4万元，放款责任人读职失职、玩忽职守，同样构成刑事立案标准。因此，本案不是简单的民事纠纷，从深层次剖析，借、贷双方责任人均构成刑事立案标准。

本案上诉人福利公司对本案实体不应承担民事责任，应依法退出本案诉讼。

- 1.实施借贷行为时，福利公司根本不知道。
- 2.金属加工厂是依法注销的，加工厂从1994年就停产歇业，符合注销法律特征。
- 3.注销前进行债务清理时没有200万元的债务。
- 4.王爱东借款属个人行为不是加工厂行为。王爱东借款个人购船事实俱在。
- 5.王爱东借款或加工厂借款与注销无联系，不是因为住销加工厂而无法清偿借款，而是王爱东个人将款用于购船与加工厂无关。

综上所述事实和理由，以及法律规定，请二审法院依据事实和法律，重视、考虑代理人的代理意见，做出公正的裁决。

作者简介

朱中道（又名朱龙芬）（1936.2— ）汉族，江西省遂川县人。中学就读于吉安市白鹭洲中学（前身宋朝鹭洲书院），1962年毕业于江西师范学院（现江西师大）中文系本科，中共党员。曾在上饶师专、上饶行署和遂川县革委会工作，1979年调入遂川县人民法院任助理审判员。中华人民共和国律师暂行条例颁布后，于1982年参加江西省司法厅组织的律师资格考试，成绩合格。1983年正式调入遂川县法律顾问处，挂牌开业，1988年晋升二级律师，先后任遂川县律师事务所副主任、主任。现在执业于吉安地区吉州律师事务所，是该所合伙人之一。兼任江西省律师协会刑事辩护委员会副主任，南昌仲裁委员会仲裁员，江西法制报特约记者和遂川县第十一届政协委员。曾先后为二十余家担任法律顾问，承办刑、民案三百余件，有《荆棘与皇冠》、《律师要为老区人民提供优质法律服务》第十余篇法学文章发表在省内外法制报刊上，为当事人避免和挽回经济损失上千万元。其律师业绩被选入《中华名律师辞典》，1994年版《中国当代名人词典》。

单位名称：吉安地区吉州律师事务所
详细地址：江西省吉安市井冈山大道附71号
邮政编码：343000
联系电话：（0796）8243673

本案的“特种传票”应属无效行为 朱中道

某县农行记账员邱某，难却朋友邱甲与刘某借钱之情，邱某转向县日杂公司出纳员邹某借。两人经过商量，从1988年9月至1989年1月，邹某以付土纸款为名，从邱某的营业所分5次取现金66000元，邱某写借条给邹某，邱甲、刘某写借条给邱某。邱甲与刘某把借来的公款用于做生意、买汽车等。后在做生意中亏损，造成公款不能全部归还。邹、邱一再催要，也没有结果。

1989年6、7月间，邹得知日杂公司要到银行核对账目。赶紧找邱某想办法，否则，问题将会暴露。邱某瞒天过海，利用银行内部掌握使用的“特种传票”，按现金支出的次后时间，以“冲转错账”为名，分别于1988年10月16日、12月31日从该县财政账上转51000元，1989年1月6日从该县林业账上转15000元，合计66000元以均衡日杂公司的账。邹某利用另一本现金支票借出公款，存根自存未交。所以，日杂公司在银行营业所核对账目时，没有露馅。邱某本想在事情过去后，再次使用“特种传票”悄悄从日杂公司账上把这笔钱冲回到两个转出的账上去，但未来得及做，即于1989年10月17日案发，被限制人身自由。邱某在县检察院基本上一次把问题交代清楚，次日传讯邹某，亦供述实情。本案县财政、县林业两个账上所少的款，至1990年12月21日结案时仍然搁着。仅追回挪用公款37000余元，其余无法追回，对相差近30000元是否从日杂公司把钱转回到原账上的问题，检察机关持不同意见。

我就“特种传票”的使用范围、效力问题，询问了农行的刘经济师，他依据有关法律规定明确指出：“特种传票”的“特”字主要体现在效力和使

用范围的有限性方面，它仅限于银行营业部门内部会计结算，与银行内部结算或核算无关的业务不能使用本凭证。其使用范围仅限于三方面：

1. 银行自身资金项目（科目）之间发生的转账业务；
2. 银行为开户单位之间发生转账业务，有权主动代收代扣款的收付业务，无须单位表示意思。如按规定应承担罚款、赔偿金、滞纳金等凭有关手续即可办理；
3. 银行业务部门记账串户的错账冲正。

根据刘经济师的答疑，邱某使用“特种传票”是违反财政金融纪律的。

由本案的“特种传票”引出两个法律问题：

一、刑事处罚违反民法财产所有权的关系

某检察院以（90）第1号免予起诉决定书，对邹某免予起诉。认定邹某“构成挪用公款罪，鉴于被告人邹某在案发前多次催促邱某，归还了公款”。我受委托担任本案被告人邱某的辩护人，对这样的认定提出异议：日杂公司的公款不能认定为已经归还，因为邱某使用“特种传票”是遮人耳目的违纪行为，根据特种传票的使用范围，开户单位之间没有错账，也就不存在所谓“冲正”。本案挪用的仅是日杂公司的公款，如认定已经归还了，就承认了邱某的做法合法有效，从而无端侵犯了县财政、县林业账上的合法财产所有权，在刑事处罚中违反了民法原则。为此，我于1990年5月14日依法向检察、审判机关提出书面建议，本着实事求是的原则，予以澄清。1990年11月2日我又在一审辩护中，再次重申我的观点，指出：本案挪用公款就是日杂公司的66000元，对邹某不能认定为归还了公款。不论邱某在本案中如何起作用，没有邹某所开出的5张现金支票，公款是挪用不到的。邱某向邹某写了借条，邱甲、刘某向邱某写了借条。如果认定邱某使用“特种传票”正当合法，归还了日杂公司的公款，在认定邹某“归还”的同时，首先应该认定邱某“归还”，否则，本案的一种行为就变成了两个互相矛盾的适用对象。对我的建议和辩护，有关方面未置可否。本案未追回的公款至本案审结仍挂在县财政、县林业账上。我认为在刑事案件中，违反民法财产关系的原则，是不能容许的。

二、鉴定结论文不对题

本案在起诉到审判机关之前，没有依据我国《刑事诉讼法》第88条的规定就“特种传票”问题作出鉴定。鉴定结论是证据的一种，对案件所涉及的专门技术性问题，依法应由具有专门知识的人进行鉴定，作出结论，署名并加盖鉴定单位公章。鉴定结论要联系全案其他证据分析、对照，不得仅凭鉴定结论认定案件事实，以做到公正审判。我建议对本案的“特种传票”必须作出公正客观的鉴定结论，随后我递交了银行刘经济师的鉴定结论。但法院在开庭审理时所宣读的一个会计师事务所的鉴定结论（未让律师查阅），大意是本案邱某伙同邹某挪用公款，邱某起了主谋作用。对3张“特种传票”使用得对不对，是否有效，并没有涉及，这样显然违背请求鉴定的初衷。法院所宣读的鉴定，存有三个问题：其一，把请求鉴定“特种传票”是否有效合法这一专业技术性的问题，越俎代庖，变成了对全案责任的认定，法院据此下判，以一种证据代替了全案的事实，显然与法不符。对于案件事实的认定应根据全案所搜集到的各种证据分析比较，由审判机关本身做出，然后依照法律规定下判。这里会计师的一个带技术性问题的专门鉴定结论变成了对全案事实的认定。如此“鉴定”不是可以推论出，凡涉及有带专业技术问题

鉴定结论的案件，离开审判机关也可以得出审判结果了吗？显然，这既不合法，也自我贬低了审判机关的独立审判职能。其二，会计师的鉴定并没有解决本案“特种传票”的疑难，本案所挪用的公款，到底应认定是县日杂公司的，还是县财政、县林业部门的？如按免于起诉决定书的认定，邹某归还了公款，那么缺少的就是财政、林业账上的公款，根据民法原理，这样认定是毫无道理的。其三，本案不采纳律师递交的鉴定结论，而采用审判机关委托会计师事务所作出的鉴定结论，这样做只要合理合法无可非议，但应让律师查阅，以分析其是否符合本案事实，是否符合逻辑和客观公正。根据刑事诉讼法第 115 条、116 条、117 条之规定，鉴定结论不仅应当当庭宣读，而且要听取当事人和辩护人的意见，对持有异议的，还可以申请补充或重新鉴定。根据律师查阅案卷的规定，鉴定结论不是法院内部讨论案件的材料，不让律师查阅的做法不妥。被告人、辩护人对本案的鉴定结论，一再声明有异议，而法院仍回避这一问题，有失公正。

综上所述，本案邱某采取罩眼法，为逃避账户查对，私自违纪采用“特种传票”的行为是不合法的、无效的。检察机关据此得出的结论是错误的，审判机关在判决时有意回避这个问题，也不应该。问题明摆着，县财政、县林业的账上无差错，也就不允许使用“特种传票”作错账“冲正”。这两个账上无缘无故少了几万元，邹某与邱某都应认定没有归还公款，执法机关不应当视而不见。短少的这笔款，实质上是日杂公司的款。

作者简介

张建国 三级律师，中共党员。现任济南百脉律师事务所主任，党支部书记。1981年参加工作，1989年从事专职律师工作，1990年取得律师资格。连续多年被评为济南市司法系统先进个人、章丘市执法先进个人、优质司法干部、“社会综合治理先进个人”，1995年荣获“首届泉城优秀青年十佳律师”称号。济南百脉律师事务所也被评为济南市司法局先进集体。

曾先后担任38家企事业单位、政府部门的常年法律顾问，办理各类案件500余起，为企业和当事人挽回经济损失1500万元，为企业和当事人追回欠款1000余万元。有多篇论文在省级刊物上刊登并获奖。其中，《该案人民法院不应受理》在《穴众法制》上发表，《人身损害赔偿案件应适用精神赔偿》在山东省司法厅组织论文选中获二等奖。山东省《大众法制》专题报道了其先进事迹。

单位名称：济南百脉律师事务所
详细地址：章丘明水汇泉路54号
邮政编码：250200
联系电话：(0531) 3215024

集团公司承包经营案 张建国

1990年11月15日，任副乡长职务的张某作为企业经营者，代表甲水泥厂同乡工业公司签订《承包经营责任制合同书》，承包期为三年，承包指标为三年实现税前利润186万元，完成产量126000吨，工业产值1650万元。完成承包利润后，留利分成为上缴40%，企业留成60%。企业留成中，分别用于技术改造50%，奖励基金30%，福利基金20%。作为主要承包者张某的收入分为三档：完成任务享受基本工资；超额完成利润指标的20%，享受基本工资的一倍，30%为一半，50%为二倍；若产值超千万，70万元利润以上享受基本工资的三倍。1991年9月，为适应市场需求，乡人民政府决定新建年产可达30万吨的大型乙水泥厂，并于1992年10月20日领取企业法人营业执照，法定代表人同为张某。乡工业公司为使乙厂顺利投产，以甲厂名称上变更为乙厂的名义先后向某市技术监督局、商检局、工商行政管理局提出申请，原甲厂三级计量合格证、原注册商标随之并入乙厂使用。1993年6月15日，乡人民政府组建某集团公司，张某被任命为集团公司法定代表人，甲、乙二厂均为集团公司下属具有独立法人资格的企业。

1993年，该集团公司被评为最佳效益企业。根据市政府文件规定的奖励标准，完成各项计划指标，特别是完成当年利润承包指标的基础上，以资金利税率、产品销售率的高低确定奖励比例，分别按超额部分的5%、10%奖励企业的厂长或经理。1994年元月25日，经乡党委、政府决定对有突出贡献的厂长、经理实行重奖，奖励张某8.8万元。

1994年6月因工作需要，乡政府、党委免去张某集团公司经理和甲、乙二厂厂长职务。张某遂以其在任集团公司经理期间，集团公司被评为“最佳效益企业”，乙厂系甲厂名称上的变更，其任甲厂厂长与乡工业公司签订的

《承包经营责任制合同书》适应变更名称后的乙厂，结合此合同约定的承包指标，乙厂 1994 年的税后利润 5130000 元；超额完成利润 4190000 元，依据乡政府文件应获 10% 的奖励即 49 万元乡政府未发为由，于 1994 年 8 月向某市中级人民法院提起诉讼，要求兑现并赔偿经济损失 50 余万元。

对于此案，有三种不同的观点：

1. 本案属于承包合同纠纷。张某与乡工业公司签订的承包合同合法有效。乡政府文件应视为对企业承包经营者作出的承诺，张某以此为据要求兑现奖金于法有据。

2. 本案属于行政诉讼案件。理由是张某起诉依据为乡政府所下发文件中规定的奖励标准，不兑现奖金是具体行政行为。根据《中华人民共和国行政诉讼法》的有关规定，公民对行政机关具体行政行为不服的，可以向人民法院提起行政诉讼。

3. 该案既非民事权益争议合同纠纷，也不是行政案件，不在人民法院主管的范围内，应当依法裁定不予受理或驳回起诉。

笔者同意第三种观点，理由如下：

一、甲厂、乙厂、某集团公司均为独立的企业法人

这三个企业都分别领取《企业法人营业执照》并经年检注册，有独立的税务登记和企业管理。虽然张某曾同时担任三个企业的法定代表人，但不能说明是企业名称上的变更和是一个管理机构。甲、乙二企业之间的计量变更和商标换证采用企业名称变更的形式是有意规避法律，减少审批环节。根据最高人民法院 1994 年 3 月 30 日法复 [1994] 4 号的司法解释，判定企业是否是独立的企业法人应当以工商登记为基本标准的原则，上述三个企业应分别予以确认企业法人资格。

二、甲厂的承包合同不能推定适用乙，更不适用集团公司

既然甲厂和乙厂之间没有并为一个企业的演变关系，那么，乙企业与乡工业公司没有签订承包经营合同就未实行承包经营责任制。同时，张某在甲厂完成承包指标并已按合同领取承包期间工资及奖励，这更说明乙厂未实行承包经营。张某以甲厂的承包指标套入乙厂完成产值、利润计算超产部分，而不顾甲乙两厂在生产规模上的巨大差距显然没有法律依据。这也是同乡政府文件中规定的奖励获得最佳效益企业称号的实行承包经营的企业负责人相悖的。而集团公司虽被评为“最佳效益企业”，但该集团回公司亦未实行承包经营，作为集团公司经理的张某显然不在受奖励之列。

三、乡政府 24 号文件不具有法律效力

1993 年最高人民法院《全国经济审判工作座谈会纪要》第三条明确规定了人民法院审理经济案件适用和参照的法律法规的范围。该 24 号文件是乡级人民政府下发的，不具有规范性文件的效力。而且，该文件所规定的奖励数额违背了国务院颁发的集体企业参照执行的《全民所有制企业承包经营责任制暂行条例》第 5 章第 33 条“企业经营者的年收应高于本企业职工年平均收入的 1—3 倍”的规定，是违法的。

四、该案不属人民法院审理的行政案件受理范围

本案张某的诉讼请求为兑现奖金，依据《行政诉讼法》第 12 条第 3 款的规定，行政机关对工作人员的奖励、任免等决定，人民法院不应作为行政案件受理，应当由行政部门内部解决。应依法裁定驳回原告的诉讼请求。

法院采纳了律师意见，依法裁定：驳回原告起诉，案件受理费由原告负

担。

作者简介

孙继长（1949— ）北京华龙律师事务所执业律师，经济师，北京市人。北京师范大学数学系本科毕业生。1985年参加司法部中华全国律师函授中心第一期学习，作为优秀学员1987年被推荐担任企业法律顾问。毕业四个月时为止业成功调解几十万元的债权债务。现持有数学、法学、企业管理学、工业会计学等毕业证书或结业证书。1988年考试取得律师资格。几年来为社会各界代理经济诉讼百余件，案件涉及金属购销、金融借贷、建筑施工、房地产、国际贸易、联营等诸多方面，多次使难案起死回生。多年的实践积累了丰富的企业管理经验和企业营销经验，谙练经济合同运作。为进行过法律服务的中外合资企业和外资企业审查、起草、修改合同总价款达5亿美元。

单位名称：北京华龙律师事务所
详细地址：北京市崇文门西大街7号
邮政编码：100005
联系电话：（010）65126352 67117927

联营企业的债务由谁偿还 孙继长

我国民法通则第三章第四节对联营作出专节规定，包括第51条、第52条和第53条。我们可以把联营分为三种类型。

第一种类型是法人型联营，又称为紧密型联营。它是具备了法人条件，经主管机关核准登记，取得法人资格的联营，形成一个具有法人资格的实体。按照法律规定，法人型联营以自己独立的财产承担民事责任。对于法人型联营企业的债务，只由该联营企业的独立财产偿还并且仅负有限责任。

第二种类型是合伙型联营，又称为半紧密型联营。它是由参加联营的各方按出资比例或按合同约定，以各自所有或者经营管理的财产承担民事责任。按照法律规定或者合同约定承担连带责任的，要承担连带责任。合伙型联营企业的债务一般由联营企业现有财产清偿，不足部分由参加联营各方负连带清偿责任。联营各方对内，应按照合同约定的损益分配比例或者出资比例承担各自的责任。联营各方对外，都有义务清偿全部债务，履行了全部或部分债务的一方有权向其他各方追偿它们应当承担的份额。

第三种类型是合同型联营，又称为松散型联营。它是由联营各方按照协议约定各自独立经营，各自承担民事责任的联营。合同型联营产生的债务一般由联营各方独自承担自己的债务。

在上述三种类型联营中，第二类联营即合伙型联营产生的债务清偿问题较为复杂。在我代理过的经济案件中曾遇过类似案件，现与同行探讨。

某省A厂与另一省B供电局及C厂，三家于1988年组成联营企业。按照联营合同约定，A厂出资金若干，占联营总投资的50%；B供电局供应电力占总投资的40%；C厂提供场地、厂房占总投资的10%。合同约定联营企业投产后所生利润或亏损，按照上述投资比例分享或分担。联营企业投产后向当地工商银行贷款500万元。1989年因经营不善被迫停产歇业。正值当地工商行政管理局对企业进行企业法人核准登记工作，因停产歇业，ABC三方投

资人均未负责联营企业申请核准登记工作，该联营企业未取得企业法人营业执照。当地工商银行向地方中级人民法院起诉，请求联营企业支付贷款本息及其他损失共计 700 万元。

因联营企业歇业，法院通知联营三方到庭应诉。庭审中，联营三方各自的代理律师一致认为联营企业具备法人条件，属于法人型联营，应以联营企业现有财产 300 万元抵债承担有限清偿责任，对于尚欠 400 万元债务则由债权人工商银行自己承担损失。在诉讼中，联营一方律师向法庭提供了证据：由联营企业所在地工商行政管理局出具的关于联营企业具有法人资格的证明。地方中级法院经审理认为联营企业属于法人型联营，判决联营企业以现有全部财产 300 万元偿还工商银行。

如果一审法院认定无误，即如果联营企业属于法人型联营，那么一审判决是正确的。然而，工商银行不服一审判决又找不到其他理由，在这个时候聘请我担任二审代理人向地方高级法院提起上诉。开庭前我阅读了全部案卷材料，开庭后我据理力争。我的目标是证明联营企业不是法人型联营而是合伙型联营，这样就可以用联营企业现有财产 300 万元抵债之后，再由参加联营的 ABC 三方负连带责任偿还 400 万元，以维护债权人工商银行的全部债权。

在二审庭审中，联营三方的律师一致认为，工商行政管理局证明联营企业具有法人资格，是对该企业属于法人型联营的追认，证明该联营企业自始至终具有法人资格。三方律师要求二审法院驳回上诉维持原判。

作为上诉人工商银行的代理人，我认为联营企业不具有法人资格，属于合伙型联营。我的依据有以下两点：

1. 我国民法通则第 51 条及有关条款明确规定“经主管机关核准登记，取得法人资格。”因此取得法人资格的必要条件是：经主管机关核准登记。并不是具备了法人条件的企业即取得法人资格，它与社团法人资格的取得是不同的。该联营企业因停产歇业没有申请主管机关核准登记，因而并没有取得法人资格。退一步讲，假使该联营企业具有法人资格也会因其停产歇业失去法人行为能力；同时因该企业停产歇业几年一直未进行年检注册而丧失法人资格。所以说，追认该企业具有法人资格的证明没有任何法律效力。

2. 联营各方投资以后如果组成一个新的法人型联营企业，那么这新的法人与原投资各方法人企业在法律上有平等的地位和人格。新的法人联营企业一经成立，原投资各方即丧失了自己投出资产的控制权，这是法人型联营企业的本质特征。本案参加联营的三方投资人在合同中明确约定了投资比例、收益比例和亏损分担比例均为 50：40：10，这足以证明联营企业是合伙型联营。实质上联营企业并没有自己的独立财产，因此该联营企业自始至终不具有法人资格。

最后，地方高级法院采纳了我的意见，认定本案联营属于合伙型联营，作出终审判决首先以联营企业现有财产 300 万元偿还工商银行，然后由 ABC 三方负连带责任再偿还 400 万元。

终审判决保护了上诉人工商银行的合法债权。

作者简介

何秉群（1963. 12— ）河北省鹿泉市人。河北大学法律系本科毕业，获法学学士学位，现攻读中国人民大学民商法硕士学位。1986年毕业分配到大学教授法律，并先后在河北省律师事务所、河北省经济律师事务所任兼职律师。1995年1月领衔创办石家庄昭衡律师事务所，担任主任至今。

从业十年，办理了大量经济、民事案件，受到有关部门和当事人的好评，多次被评为优秀兼职律师，1995年度被评为石家庄市优秀律师、石家庄市司法行政系统先进个人，1997年被评为石家庄市首届十佳律师。主要著作有：《经济法概要》（主编）、《购政金融法新论》（主编），并在省级以上报刊发表论文数十篇。

单位名称：石家庄昭衡律师事务所
详细地址：石家庄市和平西路481号
邮政编码：050071
联系电话：（0311）7829431 7829797

一起历时八年的结算纠纷案 何秉群

这是一起与诈骗犯罪交织的结算纠纷案，历时8年，经过了5次审理，惊动了最高法院。有关案情被拍成电视连续剧《恶梦醒来迟》在中央电视台播放，被编成纪实文学作品在全国发行，《河北日报》、《经济日报》、《人民日报》都曾报道，案情复杂、处理曲折。

损失巨款

1988年8月，河北广播电视大学科技开发咨询服务中心（以下简称开发中心）欲购彩电100台，时赵县圪塔头供销社等也委托开发中心购买彩电200台。后定州市温改平称其处有彩电300台，温改平以定州市百货采购供应站综合商场名义同开发中心签订了购销合同。此后，在7天的时间里，开发中心三次共拿出66万元。第一笔：8月16日，定州市明月店信用合作社（以下简称明月店信用社）营业员给温开了一张16万元的空头存折，温用此存折换取了开发中心16万元的汇票。此款转入明月店信用社后，信用社当日从中扣除温货款5万元，利息830元，转到定州市西关信用社7.5万元，余款由温改平支取。第二笔：8月19日，开发中心带28万元的汇票到明月店信用社，并向信用社提出，款汇齐后以开发中心名义存起来。可款到明月店信用社后，该社竟让温改平支取203500元，余款存入温改平名下。第三笔：同月21日，赵县圪塔头供销社交给开发中心金额22万元的汇票，该汇票注明“收款单位：定州明月店经营部，账号：1356001；汇款用途：电视机”。此款在通过中国农业银行定州支行（以下简称定州农行）转汇过程中，被转入该行个人储蓄专柜赵进贤名下，而后赵支取现金12万元，余款转入农行明月店办事处被他人支取。这样，开发中心66万元巨款转眼之间就没有了。

山重水复

开发中心没有购到彩电，即向定州农行、明月店信用社及温改平索要有关款项，从定州农行截留的 22 万元中追回 76005.10 元，从温改平处追回 109680 元及价值 11600 元的物品。接着温改平以诈骗罪被判刑入狱。

一审：开发中心为追回余款，诉至石家庄市新华区人民法院，该院 1992 年 4 月 28 日判决：（1）定州农行偿付开发中心货款 143924.90 元，赔偿损失 51245 元（2）明月店信用社偿付开发中心货款 16 万元，赔偿损失 57345.60 元。

二审：定州农行、明月店信用社不服一审判决，上诉至石家庄市中级人民法院，1992 年 8 月 24 日，该院维持原判。

申诉：定州农行、明月店信用社仍不服，又向河北省高级人民法院申请再审，1993 年 6 月 5 日河北省高级人民法院予以驳回。

再申诉：定州农行还是不服，向最高人民法院再行申诉，最高人民法院经调卷审查认为：开发中心通过银行外部传递将 66 万元货款交给了温改平，温已取得了该货款的支配权。之后，定州农行根据温改平的意思表示，将部分货款用于偿还温欠赵俊贤的债务，据此不能认为定州农行侵犯了开发中心的利益，原判认定定州农行截留开发中心的货款属事实不清，适用法律不当。据此，1994 年 5 月 12 日，河北省高级人民法院裁定：石家庄市中级人民法院另行组成合议庭再审并中止原判决的执行。

力陈己见

面对最高人民法院的倾向性意见，开发中心压力很大，几近绝望，来石家庄昭衡律师事务所又聘请作者为其诉讼代理人。针对定州农行的再审申请，经过全面分析案情，作者仍然认为定州农行、明月店信用社应当承担民事责任，随即向石家庄市中级人民法院提出了长达四千余字的代理词，力陈己见：

（一）石家庄市新华区人民法院、石家庄市中级人民法院受理并审结此案并非重复审理。

1. 本案从整体上来说，存在着两种不同的关系：一是开发中心与定州综合商场的所谓合同关系，二是开发中心与定州农行的结算关系。根据 1987 年两院一部通知精神，法院可以审理法人之间的经济纠纷部分，以使当事人的合法权益得到及时充分的保护。因此，属于刑事犯罪的，由公、检、法机关处理；属于开发中心与定州农行的结算关系即经济纠纷，完全可以也只能由法院分案审理。

2. 定州农行所谓的依刑事附带民事处理之说，既无事实根据，亦无法律依据。定州农行与开发中心的结算纠纷，以及承担由此所产生的民事法律责任，与温改平因诈骗犯罪承担刑事责任，是两种不同性质的法律事实。追究定州农行的侵权民事责任，是依据其违反银行结算规定，中途截留货款；追究温改平的刑事责任，是依据其诈骗行为。因此，追究温改平的刑事责任，并不能免除定州农行的侵权责任，如果依定州农行所谓的刑事附带民事之说，只能以追回的赃款给开发中心，而不让定州农行承担赔偿责任，这既不符合我国法律的规定，也不利于保护债权人的合法权益。

（二）开发中心并未通过银行外部传递将货款交给温改平，温不是货款的所有人，对货款也无支配权：

1. 温改平不是该汇票的所有人和合法持有人。汇票的收款单位是“定州

明月店经营部”，而不是“温改平”。温既不是该汇票的收款单位，也不是汇票的付款单位或其委托人，因此不是汇票所有人。定州农行所谓“明月店经营部是明月店信用社所辖区的一个个体户，负责人是温改平”之说是编造事实。其一，温改平只是当地一个普通农妇，并不是什么个体户，这在石家庄市新华区人民法院一审卷3第36页询问温改平笔录中已很清楚：“问：你是个体户吗？（温）答：不是，我从来没有到工商局办过执照”。其二，汇票写为“明月店经营部”系笔误，应为“明月店营业部”，这可由该汇票委托书（存根）、汇票支款凭证及赵县圪塔头供销社出纳员张焕敏证明证实。

同时，该汇票明确写明：“本汇票一律记名，不准流通转让”；当时执行的1983年12月《票汇结算办法》第五项也规定“汇票一律记名，不准流通转让”。也就是说，持票人只能是收款单位定州明月店经营部，或是付款单位赵县圪塔头供销社及其委托人开发中心，温改平等不能成为该汇票的合法持有人。

2. 定州农行中途截留该款时，温改平并不享有该款的所有权和支配权。首先，从开发中心与综合商场的合同关系的履行结果来说，定州农行将22万元货款转入赵进贤个人储蓄账号时，温改平并未将货物“电视机”交于开发中心，即没有“支付对价”，因此其货款的所有权仍属开发中心，而不属温改平。其次，从该预付款的性质来讲，它不是实现商品与货币交换过程中的实际支付，而是为实现这种交换创造的必要条件，因此，预付款只是在供方依合同规定将商品交付需方时，才能成为供方的销货收入。预付款的所有权是随着商品所有权的转移而转移的，没有商品所有权的转移，预付款的所有权是不会转移的。再次，从汇票的性质来讲，汇票不同于现款。1983年12月中国人民银行《关于实行票汇结算办法的通知》第三项指明：“票汇结算凭证是由汇出银行签发，经过客户外部传递，由汇入银行凭票付款的重要票据”。也即汇票只是支付凭证，但不是货币。在票据解付前，票面金额并不等于票据的现值。温持有汇票，并不等于持有货款，亦谈不上对货款享有所有权，更谈不上支配权。付款必须符合结算制度。正是因为定州农行违反结算规定，才使得此款被错误支付。

（三）定州农行所谓依温的意思表示将货款支配，即中途截留，违反当时银行结算制度，应负赔偿责任。

1. 解付此款违反规定。

（1）定州农行违反了一汇到底的原则。该款收款单位是“定州明月店经营部”，账号“1356001”，因此，该款如果转汇应汇入明月店营业部1356001账号，而不应在定州农行中途截留。事实上，该汇票注明收款人为“定州市明月店经营部”，账号为1356001，而此账号为“定州市明月店信用社”的账号，收款人名称与账号不符。根据银行结算规定，在定州任何个人都是不能持汇票办理结算的，该款只有汇款人本身或其委托人才能取出。否则定州农行按规定只能将该款退回赵县圪塔头信用社。除汇款单位外，该“22万”任何个人或单位均无法取得。

（2）1983年12月《票汇结算办法》第11条载明“收款人凭汇票向汇入银行取款的，必须交验身份证件或有关单位足以证实收款人身份的证明，并在汇票背面‘收款人盖章处’盖章或签字，经银行检查同意后，才能办理取款手续”。该办法附件二第二部分第二款还规定：“汇入行接到个人交来的汇票和汇票解讫通知时，必须认真审查无误后，办理付款手续。”温改平

等一不是收款单位，二无收款单位的委托证件和任何购货证明，三未在汇票背面盖章或签字，定州农行仅凭熟人关系，就将 22 万元货款全部转入与款毫无关系的赵进贤个人储蓄，错误解付，违反了结算制度。

2. 转入赵进贤个人储蓄是违反银行结算制度的。当时执行的 1977 年 11 月《中国人民银行结算办法》第 10 条规定：“汇入银行对汇入的采购资金必须凭当地有关部门同意采购的证明，以汇出单位的名义开立采购账户，由银行按当地市场管理的有关规定监督支付。”中国人民银行 1982 年规定，国营、集体企业单位的公款不得以任何名义存入个人储蓄。“22 万”汇票明确写出：汇款用途“电视机”，定州农行对于 22 万元巨款的性质是明知的，依法只能“以汇出单位的名义开立采购账户”或按银行结算制度规定，汇票背书应盖汇票记名的收款单位即“明月店经营部”的公章，款只能转入该单位的账户，但定州农行依然违反规定，不经审查批准转入赵的个人储蓄专柜，致使款被解付，其责任不可推卸。

3. 大量解付现金违反现金管理的规定。《票汇结算办法》第 11 条第 3 款规定：“收款人需要支取现金的，还应按照现金管理的规定审查”。依据当时执行的《中国人民银行结算办法》第 10 条第 6 项之规定“汇入银行对汇入的采购资金除采购员旅差费可支取少量现金外，一律转账结算。”对此款“采购资金”的性质，定州农行是明知的，仍然将此款转入并不是收款单位的赵进贤的个人账户后大量解付现金，也违背了现金管理的规定，这是造成货款解付的重要原因。

（四）定州农行中途截留货款是故意违反银行结算制度。

1. 1989 年 3 月 3 日石家庄市公安局询问经办人王杰时，王称：“1988 年 8 月 23 日上午 9 时许，我行副行长刘农化领着定州市交通队赵振立在营业室找到我，刘农化给我一张汇票让我给办一下，我接到汇票一看，是从赵县圪塔头供销社（范庄营业所）汇来的，收款单位是定州明月店经营部，账号 1356001，金额 22 万元整。我对刘农化讲，这张汇票应该转到明月店信用社，刘农化讲不用了，存到咱们这儿吧。我对刘农化讲存到咱们这儿是不允许的，如存上，你签字吧。”（石家庄市中级人民法院卷第 36 页）

2. 1989 年 2 月 25 日询问刘农化笔录：问：（22 万）正常如何办？刘答：正常应该是赵县汇到定州农行后，再转到明月店信用社，正常业务关系不用行长签字；问：22 万转入个人储蓄专柜允许吗？刘答：是不允许的，违反银行规定。（石家庄市中级人民法院卷第 29 页）

因此，定州农行明知中途截留 22 万元巨款，转入赵进贤的个人储蓄专柜之行为是违反银行有关规定的，开发中心 22 万元货款被错误解付，是定州农行故意违背《中国人民银行结算办法》等有关结算制度直接造成的。

综上所述，作者坚持认为，石市两级法院受理审结此案合法，并非重复审理。开发中心亦未通过银行外部传递将货款交于温改平，温也不享有此款的所有权和支配权，定州农行中途截留货款，故意违反银行结算制度，应当承担由此给开发中心造成的损失。

柳暗花明

上述意见终于被石家庄市中级人民法院采纳，1996 年 5 月 20 日，该院秉公执法，依法判决定州农行和明月店信用社赔偿给开发中心造成的损失。之后，作者又与河北省高级人民法院执行庭联系，在该庭指导下，1996 年 9

月，一审法院对判决进行了强制执行，开发中心终于索回了早应索回的有关款项。

作者简介

任翔 42岁，中共党员，安徽省合肥市人，毕业于华东政法学院法律系，法学学士。从事律师工作13年，现为安徽安泰律师事务所（原所名：安徽省经济律师事务所）执业律师，知识产权部主任。

1986年曾被安徽省司法厅、安徽省律师协会评为先进律师工作者，多次被评为优秀党员。系安徽省法学会经济法研究会会员、《中国律师》杂志社特约撰稿人。参与办理这一些国内、省内外颇有影响的大案要案。如：两罪改一罪从轻处罚的原省机械工业厅副厅长刘玉山贪污、受贿案（见新华社北京1989.10.16电及1990.2最高人民法院公报）；蒙冤六载、终得平反的省煤炭设计院总工程师李英贪污案（见1993.1.19安徽法制报。安徽电视台社会之窗栏目作采访报导，社会反响强烈）；合肥地区建国以来规模最大一次的特大流氓团伙非法制造、买卖枪支、私藏枪支弹药案（见新安晚报1993.11.15报道），以及安徽省首起计算机软件侵权案（见1995.2.10人民法院报）等。曾在省级以上报刊杂志、业务研讨会上发表若干法学理论文章，如：《试论第三人的法律地位》、《知识产权质押合同权利义务浅析》、《对土地承包经营权物权化的思考》、“悬赏广告的法律问题”、《知识产权与企业发展》、《无效经济合同二题辨析》等。工作认真，善于质疑，既严格把握法条之本旨，又注重办案的实际效果，着力维护委托人的合法权益，崇尚公平与正义。

单位名称：安徽安泰律师事务所

详细地址：安徽省合肥市荣事达大道75号富康大厦九层

邮政编码：230001

联系电话：（0551）2644768

购销菜籽、豆粕合同纠纷案的代理

任翔

案情简介

1989年5月20日和6月30日，安徽省农业厅原下属单位省农工商联合总公司（需方，以下简称总公司）与高文霞（供方）签订农副产品联营协议。联营协议的主要条款是：总公司投款20万元委托高文霞收购农副产品；高文霞按国家规定收购农副产品；总公司负责联系销路，销售后与高文霞结清账务，销售中双方按买断形式各负其责。该协议实际是购销合同。总公司按约预付高货款20万元。之后，因政策原因，合同未能履行。高也因经营亏损，20万元预付款未及返还总公司。同年7月12日，总公司又与上海川沙油脂厂（需方）签订一份购销1000吨菜籽合同。川沙油脂厂预付30万元货款给总公司，由于上述原因，该合同亦未能履行。总公司与川沙油脂厂协商，总公司返还10万元，余下20万元待政策许可后，继续履行。1989年12月初，淮南永才油脂厂（私营企业）因当时市场豆粕价格下跌，库存豆粕滞销，厂方要高文霞帮助推销，高便找到总公司。总公司与川沙油脂厂联系，该厂同意要货。高即将此情反馈给永才油脂厂，但该厂担心川沙油脂厂付款有问题，

遂找高要求总公司出函提供信用保证。总公司在 1989 年 12 月 4 日函中写有“货发上海后，如川沙厂不予付款，由我公司负责”的内容。同年 12 月 7 日，高文霞又以己为需方，永才油脂厂为供方，签订 3.5 万公斤菜籽和 15 万公斤豆粕购销合同。高文霞据实检验，计款 27.96 万元。嗣后，高文霞实际交付川沙油脂厂菜籽、豆粕等计款 29 万余元。高文霞自开发票交川沙油脂厂结算。由于川沙油脂厂与高文霞无购销合同关系，川沙油脂厂取货后，除与总公司结清前期 20 万元预付款欠账外，余下货款也全部退给总公司。之后，总公司又与高文霞结清了前期 20 万元预付款账，余下货款全部汇给高文霞。高于 1990 年 3 月 6 日亲笔书写字据称：今收到上海方汇给豆粕菜籽 29 万余元（即日起货款及包装费全部结清）。总公司于同年 3 月 12 日，拍发电报将该字据内容告知永才油脂厂。而高文霞收到货款后，实际给付永才油脂厂货款 13 万元，尚有货款 14.96 万余元拖欠未还。永才油脂厂眼见索款无望，遂于 1992 年 4 月状告高文霞和总公司，要求两被告返还货款，赔偿损失。鉴于总公司此时已撤销，改由省农业厅作为被告参加诉讼。

此案历经一审、二审、再审，耗时一年零六个月方得平息。

判决结果

一审，淮南市大通区人民法院审理认为：原告永才油脂厂同被告高文霞签订的购销油菜籽、豆粕合同为有效合同；原公司 1989 年 12 月 7 日出据的担保有效。高文霞故意违约，应负全部违约责任。因原公司被撤，故其主管单位被告省厅应负代为被告高文霞履行债务的责任。判决高文霞偿付原告永才油脂厂货款、利息、违约金计 232173.97 元，若不按期履行，由被告省厅代为履行。

二审，淮南市中级人民法院审理认为：总公司截留永才油脂厂货款是不妥的，应予偿还，因总公司被撤销，故由其主管单位省厅代为承担赔偿责任。总公司与高文霞之间债权债务属另一法律关系。原判认定事实清楚，审判程序合法，省厅的上诉理由不能成立。判决：撤销原判；安徽省农业厅偿还永才油脂厂货款及违约合计 204141.19 元。

再审，安徽省高级人民法院审理认为：高文霞永才油脂厂签订的菜籽、豆粕购销合同因违反国家法律和行政法规，应认定为无效合同。对此纠纷高文霞应负全部责任。总公司收回高文霞偿还的 20 万预付款，属合法正当行为，不构成截留货款，其出具的介绍业务信函不构成担保，不应承担责任，省农业厅申请再审的理由成立，应予支持。判决：撤销一、二审民事判决；高文霞返还永才油脂厂菜籽、豆粕折款 149608.8 元及相应银行利息。

代理意见

笔者在作为安徽省农业厅的委托代理人，参与了一审、二审、再审的代理活动。限于篇幅，在此仅将申请再审意见发表如下：

一、二审认定事实的主要证据不足

1. 二审判决书写道：“经审理查明 1989 年 12 月 7 日，永才油脂厂与高文霞，在总公司出函（1989 年 12 月 4 日函）担保的前提下，签订了一份购销油菜籽、豆粕合同。”继而又通过对货款流向的叙述，得出结论“总公司

截留油脂厂货款是不妥的，应予偿还，因总公司被撤销，故由其主管单位省厅代为承担偿还责任。”

将公函作为合同的前提，虽然不是从时间顺序意义上认定的，而是从实质意义（对合同的担保）上去认定的。因为二审判决书明确写道“原判认定事实清楚。”可是与一审时一样，二审没有对担保的范围结合相应证据作出具体评析论证，“前提”与“合同”之间的民事法律关系诸要素交代不清。

事实上，原公司12月4日函没有明示愿与债务人高文霞共负债务的意见表示，也没有明示向淮南方承诺该批贷款结算的意思表示。该函明确无误地表达了三层意思：一是明确信息的可靠性。告诉淮南方，上海方需要油菜籽、豆粕等。二是介绍高文霞同淮南方直接签订供需合同协议。三是货到上海后，如上海方不付款由该公司负责。反之，上海方付了款，原公司便无责可负。这是作为提供信息的原公司出于对上海方信誉可靠性、真实性负责而做的承诺。试想一下，在当时的情况下，合同签与不签，原公司也无法肯定，合同若签其内容（权利、义务）是什么，原公司也无法肯定，怎么可能轻率地向淮南方保证该批货款的结算呢？况且根据供销关系，上海方付款的对象是高文霞而不是淮南方。庭审时，本厅代理人任翔律师一再发问淮南方的经办人李朝新：“你有没有要求原公司保证一定要将货款汇到永才油脂厂？”李避而不答却坚持说：“反正，我认为这（指公函）就是担保。”可见，所谓担保，仅仅是淮南方单方面的意思表示而已，对原公司毫无约束力可言。故而实质上（原公司出函对与永才油脂厂之间的购销合同的货款结算做出保证）的前提是不存在的。

2.原公司派人和高文霞前往上海办货物交接和货款结算，是应高文霞之约所为。将该批货款用以偿还债务，亦是高文霞对自己享有的民事权利自行处分的结果。高文霞面对淮南方，承认欠款事实，愿意还款，并且有亲笔所书还款计划在卷，声称此事与原公司没有关系。对此，尚有一审判决书、转交法院的书面还款计划和任翔律师访问高文霞笔录为凭。最直接的证据就是高写的收条，承认收到上海方汇给的货款290372元，承认货款及包装费全部结清。高文霞收到货款，原公司让其打收条本身是履行财务手续的需要，无可厚非。高文霞当庭出于利害关系和受到蛊惑的原因，否认用该批货款偿还原公司的债务是自愿的，这只能表明是一种反悔和抵赖行为，不足采信。因此有关高文霞自行处分民事权利的行为，二审判决未予认定，有失公正。二审判决认为“总公司截留油脂厂货款是不妥的，应予偿还。”但是为什么不妥，没有论及，难以理解。本厅坚持认为，作为原公司是取之有据，合理合法。事实依据是，原公司收到的是高文霞自愿归还原公司的欠款，有协议、汇票、收条和高的陈述等为凭。法律依据是我国民法通则第84条和第108条的规定以及相关的司法解释。

3.既然二审确定的案由也是购销油菜籽、豆粕合同纠纷，本厅在二审庭审时也明确指出本案的被告是高文霞，那么作为该合同的一方当事人（债务人）的高文霞究竟是不是适格被告？是否应当承担民事责任以及如何承担民事责任？二审判决只字未提，这是漏判。客观上起到了为高开脱的作用。在一审时，作为原告的淮南市永才油脂厂是以油菜籽，豆粕购销合同拖欠贷款纠纷为由，起诉高文霞和本厅并要求共同承担民事责任的。这种诉讼的请求，在二审时，永才油脂厂没有撤回和变更。就起诉人对法院的请求而言，它是引起法院对民事权利义务纠纷进行审判的一种手段；就起诉人通过法院向两

被告提出的要求而言，它以民事法律关系是否存在和是否被侵犯作为前提条件。两者关系密切不可分割。实体意义上的诉是通过程序意义的诉加以保护和实现的。对于合法之诉，法院应作出实体的判决。一审判决，因合同产生的拖欠货款、银行利息和违约金由高文霞偿付；高文霞不能按期履行，由省厅代为履行，省厅不服上诉，淮南市永才油脂厂在二审时要求维持这一判决。那么，二审法院就应该对这个诉的成立与否、俩被告承担或是不承担民事法律责任作出判决。而不应该漏判高文霞，否则高文霞在本案中岂不成了“多余的被告”？

4. 二审法院认为“总公司与高文霞之间债权债务属另一法律关系。”言下之意是，这一法律关系不是本案审理的对象和范围。令人费解的是，本厅并没有起诉高文霞，高文霞也没有起诉本厅。根本就不存在这个诉，这是其一。既然原公司与高文霞之间的债权债务属另一法律关系，与本案审理的购销油菜籽、豆粕合同纠纷不可同日而语，却为何又将查明的高文霞曾欠原公司19.8万元的事实写入二审判决书？岂不多此一举，徒劳无益？这是其二。若论截留，原公司截留的是高文霞的货款，不是永才油脂厂的货款，如果有何“不妥”，具有原告人资格的应是高文霞而不是永才油脂厂。因为根据民事诉讼法第108条的规定，只有高文霞才与“截留”货款的原公司有直接利害关系，符合起诉本厅的条件，这是其三。

二、二审法院没有引用与本案事实相关的实体法进行判决

本厅上诉称“原判认定事实不清、适用法律不当，违反诉讼程序，公开进行不公正审判。”二审判决认为“原判认定事实清楚，审判程序合法”，至于适用法律是否得当未明确交代，可是判决引用的法律依据却是民事诉讼法第153条第1款第2项（原文：（二）原判决适用法律错误的，依法改判；）此乃矛盾之一。

一审法院认定公函就是担保，故引用民法通则第89条第1款第1项有关保证人责任的规定下判，判农业厅承担连带责任，二审法院既然也认为事实清楚，理应赞同，却为何将一审法院引用的与事件事实相“配套”的法律，视为适用法律错误呢？此乃矛盾之二。

依照司法解释，全部改判或部分改判的二审判决书，除首先引用民事诉讼法的有关款项外，还应引用改判所依据的实体法的有关条款项。但是，二审判决在实际上已认定一审法院适用法律错误之后，对应该适用的正确的法律条文却无文字表述。据此，本厅认为，原公司的行为并无违反什么法律规定，无须承担法律责任。二审法院依情下判，不是严肃执法的表现，应予纠正。

综上所述，二审判决谬误，违法之处颇为严重，本厅特申请你院对本案提起再审，依法论理，秉公执断，以维护本厅的合法权益免受侵犯。

作者简介

庄稼人（1944.8— ）汉族，江苏邳州市人，高级律师。1966年南京粮食经济学院毕业（后取得法律大专学历）。自愿分配到祖国最艰苦的内蒙古卓资县粮食局工作。1977年2月调至陕西省西北第二合成药厂工作（其间，1982年6月在陕西省华阴县任兼职律师，1984年3月取得律师资格）。1985年4月调到连云港市任锦屏磷矿专职法律顾问和连云港市律师事务所兼职律师。1987年4月调任连云区律师事务所任副主任、主任（后更名为连云港海洋律师事务所）。多年来致力于承办疑难复杂的刑事辩护案件、重大疑难的经济纠纷案件和兼任大中型企业常年法律顾问，一直以耿直、倔强、质朴、坚韧为性格特征。被评为江苏省先进律师、省优秀法律顾问、省优秀辩护律师和市十佳律师。

单位名称：连云港海洋律师事务所

详细地址：连云港市墟沟中山西路259号

邮政编码：222042

联系电话：（0518）2311424 23117211395131687

280万元货款代偿协议 终被确认为合法有效 庄稼人

这是一起债务代偿纠纷案，丙方欠乙方货款325.5万元，甲方愿为丙方代偿其中280万元给乙方，三方意思表示真实，并不损害国家利益和社会共同利益，且手续合法。然而一审法院判决代偿协议无效。笔者作为本案乙方诉讼代理人，经过一审、二审的不懈努力，终使该代偿协议被法律确认有效，获得胜诉。

1992年10月，湛江市化工建材公司（简称化建公司，为丙方）拖欠南京化学工业（集团）公司连云港碱厂（简称碱厂，为乙方）货款325.5万元。因一时无力偿还，深圳外贸信大贸易公司（简称信大公司，为甲方）愿为化建公司代偿碱厂280万元，并要求碱厂供给优惠纯碱15000吨，碱厂同意。1993年5月26日，三方在碱厂经过充分协商，签订一份《协议书》。协议规定：“甲方同意代替丙方偿还货款人民币贰佰捌拾万元整（280万元）给乙方，并作为甲方该项业务的成本。”协议还规定：“甲方与丙方不存在经济关系，乙方与丙方的经济关系与甲方无关，甲方代丙方偿还的欠款仅作为乙方供货给甲方的先决条件。甲、乙双方必须严格执行1993年5月26日签订的购销合同（具体条款详见本协议附件）的全部条款。本协议书一式三份，自三方法定代表人（或委托代理人）签名加盖公章后生效。同日，即1993年5月26日，甲、乙双方又签订《购销合同书》一份，合同约定：由乙方供给甲方一级工业纯碱15000吨，连云港港口交货，交货价为1350元/吨，乙方代办连云港至蛇口港的运输、运费、保险费140元/吨，货物分四批发运（并规定具体时间和数量略），其中第四批必须于1994年元月20日前发货，如甲方在元月20日前仍无法租赁船只，乙方保证在3月30日前将货物运抵深

圳港。合同还规定甲方必须在每批装船前7天将每批货物数量之货款办理有效的银行汇票交给乙方，合同还对质量、包装、结算以及违约责任作了规定。

《协议书》、《购销合同书》签订后，信大公司即时交给碱厂两张汇票，合计285.7万元，其中280万元作为履行《协议书》用款，5.7万元为履行《购销合同书》预付货款。

1993年8月10日，碱厂电报通知信大公司：“船期已定，受载期为8月15日至8月20日，数量为3800吨，请贵公司于8月15日前带款提货。”1993年8月13日信大公司回复称：“因我方销售客户百般刁难，至今仍无法确定销售方向，请求贵处推迟合同项下第一批纯碱的装运时间。”8月14日碱厂回电同意推迟发货，并表示何时再发货，必须经双方协商同意后方能执行。之后，信大公司一直未要求碱厂发货，也未带款提货。1994年3月5日，碱厂电告信大公司，要求履行合同，并告知速带款提第四批货。1994年3月10日，信大公司回电，请求每吨货物价格降为CIF黄浦港1300元，3月14日碱厂复电不同意降低。1994年6月13日，信大公司传真函告碱厂：请求（1）欠账30—40天付款；（2）调低纯碱价格；（3）纯碱发往地改为广州；（4）从7月起，每月10日前发3000—4000吨。1994年6月17日，碱厂传真答复，同意信大公司的要货数量、批量和收货地，出厂价格降到1340元/吨，需带款提货或派员来厂面谈，信大公司没有回电。1994年8月1日，信大公司电报致碱厂，要求碱厂务必于8月10日前退回280万元，否则将依法追究法律责任。碱厂于1994年8月3日诉至连云港市中级人民法院，请求依法终止1993年5月26日购销合同，并判令信大公司支付违约金101万余元，依法确认信大公司代化建公司向碱厂偿还280万元货款的法律事实，判令化建公司立即偿还45.5万元欠款及滞纳金，判令信大公司及化建公司承担诉讼费。

在一审审理中，原告碱厂把信大公司作为被告、把化建公司作为第三人参加诉讼。被告信大公司在法庭辩论中强调1993年5月26日三方所签协议无效，理由是：

1. 碱厂从信大公司收取280万元货款损害了国家利益和集体利益，既然碱厂是以优惠价供应给信大公司15000吨纯碱，分明是以减少国家收入为前提条件的；

2. 此种行为显失公平，信大公司白白地拿出280万元给碱厂，自己却什么好处也没有得到；

3. 提出碱厂使用胁迫手段促成信大公司法定代表人在协议上签字，违背自愿原则；

4. 指责碱厂对购销合同故意违约，应支付违约金35万元，支付银行利息102.85万元。

笔者和周长生律师作为碱厂委托代理人，在法庭辩论中坚决支持碱厂的主张，向法庭强调指出：三方所签货款代偿协议并没有损害国家利益和集体利益。碱厂有其企业自主权，在完成国家计划之外，将超额产品以何种价格销售给他人是碱厂自己的事。何况碱厂以接近于市场平均价的纯碱销售给信大公司，并没有损害国家利益和集体利益，这样做可以把第三人拖欠的货款及时收回，反而有利于集体利益。信大公司以此为由否定协议效力显然太牵强了。至于显失公平的说法更难成立：信大公司事先有一种预测，认为虽然代化建公司偿还280万元货款，可以优惠购到15000吨优质纯碱，如能迅速

在南方市场上转销出去可赢利至少 400 万元，反过来还可以再向化建公司追偿 280 万元，岂不是平等互利的吗？至于 15000 吨纯碱未能实现购销业务，那是信大公司当初对市场行情预测失误，到履行合同时南方市场纯碱价格下降，自己不愿履行合同，恶意促成购销合同不履行，这根本谈不上显失公平。关于信大公司答辩所说该协议是他们在胁迫下所签订的，更是不能成立：信大公司主动到碱厂购碱，应化建公司和碱厂要约，其法定代表人亲自来碱厂，经充分协商签订货款代偿协议，并亲自在协议书上签名加盖公章，立即代化建公司给付碱厂 280 万元，怎么能说是在胁迫下所为呢？

当上述事实基本查清以后，信大公司又提出他们手中有一份《协议书》缺少化建公司的印章，和碱厂在诉讼中也曾出现一份《协议书》缺少化建公司印章的复印件，于是认为《协议书》违背第六条“关于本协议书一式三份，自三方法定代表人（或委托代理人）签名加盖公章后生效”的约定，请求法院判令协议无效。对此问题化建公司委托代理人首先提出反驳：

1. 支持碱厂关于协议有效的主张；
2. 支持碱厂决于购销合同未能履行是信大公司故意违约在先的观点；
3. 化建方确实在《协议书》上加盖印章，我们手中的《协议书》都有三方单位的公章，至于信大公司的那份缺了化建公司印章《协议书》可能是传递中误造成的，且协议已经实际履行，不存在无效问题。对此问题，笔者也强调指出：事实上，这份协议书签订的远不止三份，现在原告和第三人手中的协议均有三方单位印章和法定代表人或委托代理人签字，而被告手中却冒出一份缺第三人印章的协议书来。原告处也有一份缺第三人印章的协议书复印件，是协议草签时的多余副本；待第三人的委托代理人将已经加盖原告和被告两单位印章的协议书带回去盖上第三人印章再分别传递给原、被告后，这样三方手中都有了完全生效的协议书，故协议书不存在要式条款不具备的问题。

最高人民法院对协议或合同生效的要式条款曾这样规定过：盖章为生效，法定代表人（或委托代理人）签字也为生效；还有一种情况，即使未盖章或签字但双方（或三方）当事人确实参与签订合同并且实际履行的，也视为生效。而现在，该协议书三方不但签字盖章，而且被告已实际履行代第三人还款一年之久，再提出协议无效，确实令人可笑。

然而，十分令人遗憾的是，1994 年 12 月 30 日，一审法院却判决协议无效，具体判决内容是：

1. 原、被告及第三人方于 1993 年 5 月 26 日签订的协议无效。原告在向本院起诉时提供的协议（复印件）与被告所持的协议第三人没有盖章一致，故仍应认定第三人在各方所持的协议上未全部盖上章，因此该合同不符合加盖公章后生效的条件，应认定无效。原告应于本判决书生效之日起十日内返还被告 285.7 万元人民币。

2. 原、被告双方签订的购销 15000 吨纯碱合同有效，被告未在合同规定的第一批供货时间内带款提货，应承担违约责任。该合同终止履行，被告信大公司应于判决生效之日起十日内向原告碱厂 偿付违约金 25. 8525 万元。

3. 第三人化建公司尚欠原告碱厂货款 45.5 万元及利息（从该款拖欠之日起，按银行同期贷款利率计息）于本判决生效之日起十日内一次性给付。

对于上述判决，三方当事人均不服。化建公司首先提起上诉，继而碱厂

及信大公司也分别上诉，上诉于江苏省高级人民法院。

1995年8月22日，江苏省高级人民法院经济庭开庭审理，在庭审中化建公司出示三份新的证据：

1. 某市金达发展有限公司工贸部负责人王某曾因另外业务违约致使化建公司未能如数收回货款，王某与化建公司达成协议，协议约定只要化建公司能向信大公司提供15000吨纯碱的货源，王某促成信大公司代化建公司偿还280万元货款（出示协议书复印件）；

2. 王某又被聘为信大公司化工进出口部负责人，王某以该负责人身份与信大公司签订一份《合作经营协议书》，其内容说明信大公司是自愿按王某意图代化建公司付280万元货款的；

3. 化建公司持一份碱厂督促他们在三方协议上立即加盖印章的函件，足以说明三方手中既有缺化建公司印章的协议书也有三方全部加盖印章的协议书。信大公司在庭审中仍强调一审意见，没有任何新的观点。

笔者在二审代理中进一步强调指出：公民之间的债权债务转移、法人之间的债权债务转移，只要当事人自愿代偿，并且不损害国家利益和社会公共利益，法律没有明确禁止，均属有效行为，应当得到法律的支持。

第三人拖欠原告货款，是前期购销合同形成的累计款项。是合法的债权债务关系。原告向第三人索回自己的货款，更是无可非议、合理合法。但第三人无力偿还，通过内在的约定将部分货款的债务转移给被告，被告自愿接受这种转移，愿为第三人代偿其中280万元，原告同意接受。三方自愿协商一致并签协议，完全符合《民法通则》第55条规定的合法条件，即“行为人有相应的行为能力；意思表示真实；不违反法律或者社会公共利益。”同时，三方签订债务代偿协议，完全符合《民法通则》第91条规定：“合同一方将合同的权利、义务全部或部分转让给第三人的，应当取得另一方同意，并不得牟利。”现在问题是化建公司将债务部分转让给信大公司，已经取得碱厂同意。碱厂也没有因此牟利，它得到的是它自己应该得到的合法债权（即通过合同应得到的货款之债），信大公司通过三方协议履行代化建公司承付280万元货款的义务，之后又反悔，这种反悔行为直接违背《民法通则》第57条的规定：“民事法律行为从成立时就具有法律约束力。”以及该法律第72条规定：“按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移。”至于被告人第三人偿还280万元后，被告和第三人之间是否形成新的权利义务关系只能由被告和第三人之间的单独约定来决定。而且那是另外一起民事法律关系。按照民法原理，债的转移、债的代偿，有的是附条件的，有的则是一种赠与关系。

笔者在二审代理词中继续指出：一审法院判决协议在要式条款方面不具备，即判协议无效，显然是违背事实的。事实上，三方在协议书上均签字，盖印。不存在化建公司没有盖印的事实。信大公司抓住了协议上第六条规定，从而否定协议效力，今天法庭上化建公司出示新的证据，充分证明当时在碱厂签协议时，只有他们方面是委托代理人在协议上签字的，信大公司和碱厂都在协议上立即签字盖印。这样，碱厂和信大公司分别留一份（缺化建公司印章的协议）在手中做凭据，化建公司的代理人又带着这些缺少他们公章的协议书回到湛江盖印（故以碱厂方面写的督促函说明），然后分别再传递给信大公司和碱厂，从而达到三方手中都有盖三个公章的协议书。除此之外，信大公司和碱厂又都有盖两个公章（缺化建公司公章）的协议书（原先分别

留在手中做凭据的那一份)。在诉讼过程中碱厂有关人员疏忽大意,出示了那个缺公章的协议书复印件,信大公司就抓住不放,反而隐匿了他们手中有三方盖章的协议书,不出示,并且对此大作文章,从而促成一审法院作出不当判决。我们提请二审法院注意到最高人民法院 1987 年 7 月 21 日《关于在审理经济纠纷案件中,具体适用〈经济合同法〉的若干问题的解答》第 1 项第(3)条规定的“合同签订人未持委托单位出具的任何授权委托书证明签订合同的,如果委托单位未予盖章,合同不能成立。责任由签定人自负;如果委托单位已经开始履行,应视为对合同签订人的行为已予追认,因而对该合同应当承担责任,需要继续履行的应当继续履行。”按此规定,这份协议根本不存在无效问题。化建公司副经理持法人授权委托书来碱厂签协议,信大公司是法定代表人亲自来签协议,碱厂更是如此。如果按照信大公司的主张,他们手中有一份协议书上缺化建公司的印章,以此确认协议无效,那只有化建公司方面才有权否定协议效力,信大公司和碱厂都无权否认协议的效力,因为按信大公司的主张,三方协议书都没有缺少他们的印章,事实上信大公司对这份协议书的签订最坚决,法定代表人亲自在碱厂待了五天,亲自反复修改协议内容,并且亲手将 280 万元货款汇票立即付给碱厂,他们还有什么理由再否定协议的效力呢?

江苏省高级人民法院充分采纳了笔者的代理意见和化建公司代理律师的意见,于 1995 年 12 月 25 日作出终审判决,判决三方所签代偿 280 万元贷款协议为有效协议,判决信大公司支付碱厂中途退货的违约金 202500 元。并判化建公司偿还碱厂所欠余款 45.5 万元及滞纳金,从而结束了这起持续两年之久的货款代偿纠纷案。

作者简介

苏立飞（1963— ）汉族，1985年参加政法工作，1990年毕业于中国政法大学法律系专科。内蒙古法学会会员，内蒙古律师协会会员，现工作在内蒙古兴安盟律师事务所。三纪律师，曾在中国政法大学《函授教学》上发表《论社会主义制度下律师的地应和责任》及任《内蒙古律师》上发表《司法行政机关的律师管理工作之我见》。自1990年做律师工作以来，为近十家国营大中型企业担任常年法律顾问，承办各类案件达百起。

单位名称：乌兰浩特市兴安盟律师事务所
详细地址：内蒙古自治区兴安盟律师事务所
邮政编码：137400
联系电话：（0482）8213992

一起建筑合同结算纠纷的代理 苏立飞

案情介绍

1991年8月22日，发包人内蒙古有色地质勘查局乌兰浩特办事处与承包人乌兰浩特市第二建筑工程公司签订了建筑安装工程承包合同。合同由发包人施工代表陈宝库执笔，合同规定开工日期为同年8月22日，同年10月20日竣工，工程造价为每平方米190元，工程总造价为145711.00元，并订有违约责任及拨付工程款的方法。该合同经双方盖章后送乌兰浩特市建工局备案，市建工局的一名同志说此合同文本式样已作废，要求按新的建筑安装工程合同式样重新填写。于是发包人施工员就用新的合同式样按原合同重新填写了五份合同，并盖上发包人单位的公章，然后给承包人代表马某盖承包单位的公章。但承包人施工代表取走合同后没有及时把合同送回发包人，经发包人施工代表多次催要，承包人代表以种种理由推托，因此，承包方在此项工程结束进行结算时也没有拿出合同。在结算过程中，承包方与发包方根据原合同标准每平方190元的造价结算，由于发包方发现有质量问题，不能一次性全部结清。经双方协商，就尾欠款21274.13元给承包人写了一张欠据，同时约定此剩余工程款应在回访期间承包方将验收不符合要求的工程重新修理后统付。承包方按约定回访，到1993年，承包方对尾欠款向兴安盟中级人民法院执行庭申请强制执行，经兴安盟中级人民法院执行庭调解，发包方将欠款给付了承包人。1995年2月份，承包方施工代表马长河以发包方违约为由向乌兰浩特市人民法院提起诉讼。在诉讼过程中，承包人向法庭提交了与原施工合同内容不同的合同。一审法院经过开庭审理认定原告提供的合同合法有效，并判决发包人给付承包人工程款50497.90元，经济损失14520.00元，违约金39484.49元，取证送答费4000.00元，利息及诉讼费等共计15万多元。发包方（被告）败诉后，对这样的判决不服，委托我作为二审的代理人，参与了此案的二审诉讼活动。

代理词

我接受上诉人内蒙古有色地质勘查局乌兰浩特办事处的委托，依法担任其诉讼代理人，以维护上诉人的合法权益。

一、上诉代理人对一审法院判决的几点意见

原判决认定被上诉人向一审法院所提供的合同有效是没有法律依据的。因为在一审诉讼期间被上诉人提供的合同是被上诉人单方私自篡改的假合同，是被上诉人单方的意思表示，是无效的法律行为。

原判决认定上诉人逾期付工程款属违约行为，应承担违约责任是没有事实依据的，因为1992年上诉人全系统进行机构改革，上诉人就对所有的工程进行了结算。在结算过程中由于此工程存在质量问题，所以就尾欠被上诉人工程款21274.13元，经双方协商而且被上诉人同意，上诉人暂欠21274.13元，并给被上诉人写了一张欠据，待回访期过后，把不合格工程返修后一次性结算清。这张欠据的欠款数加8000元回访费再加上已给付的工程款正好与原合同预算总造价146000.00元相符，这个数字充分反映了被上诉人与上诉人已经根据原合同以每平方米190元的造价结算清。

1993年5月，被上诉人就上诉人所欠的工程款21274.13元诉至兴安盟中级人民法院执行庭。执行庭审判员王某承办此案后，对上诉人的212小汽车裁定扣押，被上诉人在诉状里提到上诉人欠被上诉人尾欠工程款21274.13元，经承办人调解双方达成了还款协议。上诉人一次性还清了尾欠款。这个诉讼请求反映了上诉人实际所欠被上诉人的尾欠工程款21274.13元是根据原合同的造价结算出来的。据此，被上诉人要求上诉人按假合同中的造价给付被上诉人的工程款是没有法律依据的，上诉人没有承担的义务。一审法院还判定上诉人承担工程审核费，去集宁送答法律文书费及一审诉讼费全部由上诉人承担。代理人认为，上诉人不存在违约事实，这些费用的形成是由被上诉人篡改合同造成的，因此这些费用应当全部由被上诉人承担。

二、代理人对上诉审的代理意见

代理人认为，上诉人是发包单位，此项发包合同均由上诉人施工员陈某负责填写，陈某根据原地勘局乌兰浩特办事处的主任会议确定的造价，先后与乌兰浩特市和平工程队和乌兰浩特市第二建筑工程公司签定原承包合同及新式样合同。代理人接受此案后，将被上诉人在一审法院所提供的合同委托兴安盟检察院分院做了司法文字鉴定，鉴定结论是该合同的封底系上诉人单位陈宝库的字迹，合同内容是其他人的字迹，这充分验证了被上诉人将上诉人提供的真合同采取偷梁换柱的方法改变了原合同内容，在合同封底封面不变的情况下将合同内容重新填写，提高造价，其目的是让上诉人造成违约事实。这样，如果按一审法院认定的假合同有效，那么被上诉人就会轻而易举地得到十几万元的赔偿。因此，代理人请求兴安盟中级人民法院依法确认被上诉人提供的合同是无效的民事法律行为。上诉人提供的真合同应当受法律保护。

上诉人代理人认为，两个相同工程同时发包给两个建筑工程公司，这个事实也能反映本案的基本事实。上诉人在1991年8月22日将两个相同造价的工程分别承包给被上诉人和乌兰浩特市和平建筑工程队（见和平承包合同），这个事实就充分证明了上诉人两个建筑承包合同是相同的，工程造价也是相同的，所以被上诉人在假合同中的造价高出和平建筑工程队每平方米80元是不能成立的，这个造价是被上诉人单方的意思表示，属无效的民事法

律行为。

代理人在调查取证过程中，掌握了与本案有关的证据。被上诉人在施工过程中，因施工现场缺砖便委托上诉人向乌兰浩特市第一机砖厂赊欠红砖款 16280.00 元。由于上诉人与被上诉人在工程结算中没有扣除此款，因此，乌兰浩特市第一机砖厂向乌兰浩特市人民法院提出诉讼，要求上诉人给付红砖款 16280.00 元，上诉人接到起诉状后请求乌兰浩特市人民法院依法合并审理被上诉人欠上诉人的红砖款 16280.00 元。在诉讼过程中，办案人员了解到上诉人欠被上诉人尾工程款已经由兴安盟中级人民法院执行庭受理。于是乌兰浩特市人民法院主持调解了本案，双方自愿达成调解协议，并附有乌兰浩特市法院给兴安盟中级人民法院协助执行通知书，通知书要求兴安盟中级人民法院将上诉人欠被上诉人的尾工程款中扣除 16280.00 元，由市法院转给乌兰浩特市第一机砖厂。在诉讼过程中，乌兰浩特市法院承办人给被上诉人的委托代理人做的笔录中称“乌兰浩特地勘七队欠我公司 28000.00 元”，即被上诉人向兴安盟中级人民法院申请支付的 2 万多加上回访费 8000.00 元，这一事实也能证明被上诉人向一审法院所提供的合同是假合同，是没有法律效力的合同。代理人请求兴安盟中级人民法院依法认定被上诉人的合同是无效的法律行为。

综上所述，一审认定被上诉人提供的合同有效是没有法律根据，上诉人代理人请求兴安盟中级人民法院依法撤销原判决，做出公正的判决，以维护上诉人的合法权益。

审理结果

兴安盟中级人民法院经过认真的调查、取证、认证，认为上诉人的上诉请求合理合法，认定乌兰浩特市人民法院对此案的判决事实不清，证据不足，遂撤销乌兰浩特市人民法院的判决，驳回乌兰浩特市第二建筑工程公司的诉讼请求，一、二审诉讼费由被上诉人承担。

作者简介

曹全南（1948.5— ）汉族，江苏苏州人，华东政法学院法学专业本科毕业，二级律师。现任江苏省律师协会理事，苏州市律师协会常务理事，苏州市仲裁委员会仲裁员，苏州金太律师事务所主任。先后在公安局、检察院、法院工作过三年，在此之前曾从事中学教育及行政领导工作 12 年。1984 年 5 月始正式从事专职律师工作，期间曾兼任太仓市司法局副局长分管律师工作，1995 年恳请辞去副局长之职，专事从事律师工作。

作风正派，顾全大局，敢挑重担，业务能力强，思维敏捷，专注于律师工作。在办案的同时积极撰写论文、案例分析、调研文章数十篇，先后在全国、省内外有关刊物上发表，是当地律师界及社会公众确认的知名度较高的律师。

对律师事业充满着爱，愿为耕耘者，默默无闻地去开创中国律师事业的现在和未来；愿为铺路石，盼青年律师青出于蓝而胜于蓝，让律师事业无满阳光和希望。

单位名称：苏州金太律师事务所
详细地址：江苏省太仓市向阳路 15 号
邮政编码：215400
联系电话：（0520）3541148

78 万元美元完璧归赵 ——太仓首例国际仲裁案胜诉 曹全南

1995 年 7 月 10 日，中国国际经济贸易仲裁委员会作出裁决，裁决香港达华杰有限公司应将苏州凯密考气雾罐有限公司支付的定金 78 万美元返还并支付此定金的利息。至此，历时 18 个月之久的太仓市首例国际仲裁案以胜诉而划上了圆满的句号。

案情简介

苏州凯密考气雾罐有限公司（以下简称申诉人）是设立于太仓市的一家中外合资企业。1992 年 9 月 3 日，申诉人与香港达华杰有限公司（以下简称被告人）签订了总价 500 余万美元的《多功能气压罐生产线全套设备合同》。申诉人引进的气雾罐生产线成套设备是一项交钥匙工程，被告人提供的是全新的、技术先进的成套设备。合同规定申诉人向被告人支付定金，被告人向申诉人交付合同设备的全套工程技术资料（以下简称技术资料），随后再由申诉人开列贷款信用证，被告人交付设备、安装及双方对生产线进行验收等。合同对双方各项义务的履行期限、履约形式等都作了明确的规定。

合同签订后，申诉人依约履行了支付 78 万美元的定金义务。按合同规定，被告人应于合同签订日起 120 日内向申诉人提供合同设备的全套工程技术资料，技术资料的内容由合同的附件加以规定，同时还规定了技术资料的制作要求。如除个别采用国际通用尺寸外，须全部采用公制标准，并用英文

和中文书写，同时还规定了技术资料的交付方式，如采取空运方式等。

而被诉人在履行合同时却以传真的形式向申诉人交付了生产车间设备布置施工图和设备基础布置施工图的前半部分的示意草图。后又从汕头邮寄给申诉人部分汕头建达气雾罐有限公司的技术资料复印件，但这些资料大多数系英文复印件，未进行翻译，只有个别资料与合同规定有偶然巧合，巧合资料占合同规定资料的 15.625%。

鉴于被诉人在事实上并未在合同规定的期限内向申诉人交付过任何合同规定的技术资料，被诉人的履约率实际为零。为此，申诉人分别于 1993 年 8 月 5 日和 8 月 19 日致函被诉人，要求其在限期内全面履行合同义务，然而被诉人仍未交付技术资料。申诉人认为，工程技术资料的交付是被诉人的一项重要义务，又是申诉人得以履行合同的重要条件。由于被诉人不能按合同规定，而且又不能在申诉人允许的宽限期内履行交付技术资料的义务，申诉人依据《中华人民共和国涉外经济合同法》，第 29 条第 2 款之规定，于 1993 年 8 月 28 日正式致函被诉人解除合同，并要求被诉人返还定金 78 万美元及承担相应的违约责任。被诉人不同意解除合同，申诉人遂委托律师依据合同中的仲裁条款，于 1993 年 12 月 1 日向中国国际经济贸易仲裁委员会提出书面仲裁申请。

申诉人意见

申诉人称：合同签订的时间为 1992 年 9 月 3 日，因此，被诉人履行其交付技术资料的义务的期限应为 1993 年 1 月 3 日前。事实上，被诉人仅仅以传真的形式向申诉人交付了生产车间设备布置施工图和设备基础布置施工图的前半部分。这些资料非正式提供，只是示意草图。其余的技术资料，被诉人均未能按合同规定的要求提供。1992 年 12 月，申诉人曾赴被诉人在内地的投资公司广东汕头建达气雾罐有限公司进行考察，与被诉人进行了技术交流并索取了部分技术资料。12 月 25 日，被诉人从汕头寄给申诉人部分汕头建达气雾罐有限公司的技术资料复印件。但这些资料大多数系英文本复印件，未进行翻译，只有个别资料与合同规定有偶然巧合，占合同规定资料的 15.625%，这些考察资料的交付不能取代被诉人交付资料的义务。

事实上被诉人未在合同期限内向申诉人交付过任何合同规定的技术资料，被诉人从未用空运方式向申诉人提供过任何东西，未向申诉人提供过中英文对照的技术资料，被诉人的履约率为零。申诉人分别于 1993 年 8 月 5 日和 8 月 19 日致函被诉人，要求其在限期内全面履行合同义务，然而，被诉人仍未交付技术资料。

申诉人认为：工程技术资料的交付是被诉人的一项重要义务，又是申诉人得以履行合同的重要条件。由于被诉人不能按合同而且又不能在申诉人允许的宽限期内履行交付技术资料的义务，故合同的履行已成为不必要，申诉人有权依据《中华人民共和国涉外经济合同法》第 29 条第 2 款之规定解除合同。1993 年 8 月 28 日，申诉人正式致函被诉人解除合同。现申诉人要求被诉人依法承担违约责任，申诉人的仲裁请求为：

1. 要求被诉人返还定金 78 万美元；
2. 要求被诉人偿还 78 万美元之利息，利息自 1992 年 11 月 24 日

被上诉人辩解

被诉人称：被诉人曾通过多种途径向申诉人交付技术资料，只因当时双方关系较好，所以被诉人交付技术资料时均没有要求申诉人当场签收。不过，除双方在会谈纪要、信函和传真中零星提到被诉人交付了技术资料外，从诸如申诉人方有关人员如王征等人的调查笔录及有关补签的单据、往来的函等综合来看，被诉人是交付了合同规定的技术资料的。

至于部分技术资料被诉人没有提供，也是由于申诉人的不配合造成的。因申诉人未能确定厂房，被诉人不可能设计出真正有用的“生产车间设备施工图”、“设备基础施工图”、“电力控制箱的整体图和各工段的位置”、“压缩机的位置图”和“辅助设备的布置和施工图”等。

被诉人认为：被诉人已经交付了大部分工程技术资料，履行了自己的义务，尚有少量资料没有交付，也是因为申诉人不作为造成的，因此，被诉人没有违约。申诉人没有开出早就应该开出的信用证，违反了合同的规定和双方约定的工程进度表，造成了单方面的违约。根据《中华人民共和国合同法》，申诉人无权单方面解除合同，而被诉人完全可以根据申诉人不开具信用证的违约行为解除合同或追究申诉人的违约行为。

被诉人答辩称拒绝申诉人的所有仲裁请求。仲裁庭意见

仲裁庭意见如下：

1. 本案双方当事人未就合同适用的法律作出选择。仲裁庭基于合同的签订地和履行地均在中国之事实，依据最密切联系原则，决定本案合同争议的准据法应为中华人民共和国法律。

2. 关于技术资料问题。因被诉人在合同中均有交付技术资料的义务，仲裁庭认为，被诉人对其已交付了技术资料之事实负有举证责任。被诉人虽举出诸如王征签收单、当事人当时的往来函电以及王征等人的证人证言等证据，但这些证据仅能证明被诉人曾向申诉人交付部分技术资料，未能证明这些技术资料是符合合同规定的技术资料。而且，被诉人向申诉人交付的资料也未能按合同要求采用中英文书写并采用空运方式交付，对此，被诉人没有否认。因此，仲裁庭认为，被诉人并未如约完全履行其应负的交付技术资料的义务。

在申诉人给予被诉人宽限期后，被诉人仍未能履行其交付技术资料的义务。根据《中华人民共和国合同法》第 29 条第 2 款关于“当事人一方在合同约定的期限内没有履行合同，而且在被允许推迟履行的合理期限内仍未履行合同，另一方有权通知该方解除合同”的规定，申诉人有权通知被诉人解除合同。因此，申诉人于 1993 年 8 月 28 日通知被诉人解除合同之行为应予以认可并得到支持。

基于上述对于技术资料问题的认定，仲裁庭认为，合同的解除系由于被诉人违约所致，故仲裁庭支持申诉人提出的仲裁要求，即被诉人应将申诉人支付的定金 78 万美元返还给申诉人并支付申诉人此 78 万美元的利息，利息自 1992 年 11 月 24 日起算，月利率为 13%。

作者简介

扈庆彬(1964.1—)江苏沛县人,1983年毕业于徐州师范大学中文系。1990年取得律师资格并从事律师职业,现任徐州人人律师事务所主任。仗义执言,力辩在苏北地区争议和影响很大的建委副主任丛继军挪用公款案、徐春花故意伤害案,并在报刊发表办秦纪实文章《“错应”的辩护》、《“咬舌案”辩护记》,使这两起由于新闻媒介的提前介入与定调而格外复杂案件中的当事人得以无罪释放和减轻处罚。敢于承办各类新型业务和疑难复杂案件,曾代理六起经济大案的被告单位出庭应诉,在十分被动的情况下扭转局面,反败为胜,为当事人避免了近亿元的经济损失。同时积累了较为丰富的诉讼经验,以所承办案件为主要内容潜心写作。在《中国律师》、《律师与法制》、《江苏律师》等报刊上发表《“亚运官司”诉讼记》、《船行万里法护航》、《一起代销合同纠纷案的诉讼》、《抗辩式庭审质证技巧》等26篇10余万字的专业文章和论文。

单位名称:徐州人人律师事务所

详细地址:沛县沛城镇徐沛路85号建行2楼

邮政编码:221600

联系电话:(0516)4631718 4636123

“pm”与“ppm”之争 扈庆彬

一、符号之误引起的百万元诉讼

1993年12月24日,江苏省沛县化学助剂厂(简称助剂厂)与乙市机械设备化工医药保健进出口公司(简称进出口公司)签订了一份购销100吨氧化锌的合同。合同规定:助剂厂于1994年4月至8月每月向进出口公司提供20吨氧化锌,每吨7050元,总价款705000元;助剂厂代进出口公司托运至指定的连云港市建华仓库,进出口公司分期支付每批的货款和运费;质量标准为:氧化锌纯度99.7%,符合GB3494—83国家标准,其中的重金属含量为砷30ppm,镉20ppm,铅50ppm。合同订立后,助剂厂如约在1994年4月至7月交付了前4批货物总计80吨氧化锌。进出口公司在付清货款和运费后,分批报关将货物运至澳大利亚销往澳商。澳商经检测后,认为货物质量不符合合同要求,遂向进出口公司提出退货并索赔,进出口公司亦因此准备向助剂厂退货索赔。为达到本地诉讼之目的,进出口公司电告助剂厂继续发运第五批货物,到货地点由原来的连云港建华仓库变更为进出口公司仓库。为诱使助剂厂发货,进出口公司在所在地银行办理了第五批货物的银行汇票141000元,并由签发银行签盖了转讫印鉴和结算章。进出口公司把上述付款凭证电传给助剂厂后,旋即又到签发银行办理了退款手续。助剂厂不知是计,按约继续将第五批氧化锌20吨代办托运至进出口公司仓库。进出口公司待查收入库后,立即申请乙市法院采取诉前财产保全,查封了这批货物,接着又向乙市法院起诉,要求判决助剂厂返还货款564000元,赔偿经济损失人民币100964元、美金26438元,并承担本案的全部诉讼费用。乙市法院受理此案后,同时冻结了助剂厂的银行存款余额7万元。

助剂厂在接到起诉状后，丈二和尚摸不着头脑：本厂产品质量不仅早已达到 GB3494—83 国家标准，而且还已达到美国、日本等国国际标准，其中的重金属含量铅 0.037%，镉 0.02% 等，而现在进出口公司却以质量问题索赔，这岂非纯属无理？

律师受托后经认真审查合同，发现了此中的奥妙：合同中铅、镉、砷等重金属含量的比率“pmm”实际为百万分比的英文缩写，而根本不是助剂厂所认为的百分比“pm”，一字之差，相差整整百倍！因此，合同中规定的重金属含量铅 150ppm、镉 20ppm、砷 30ppm 换算成百分比即为铅 0.015%、镉 0.002%、砷 0.003%。这是极其严格的高质量标准，远远超出助剂厂生产的氧化锌所达到的国家标准和国际标准。

二、据理力争管辖权

经仔细分析证据，代理律师认为：此案管辖权应属助剂厂所在地法院，乙市法院不具有管辖权，而没有管辖权的法院所做出的判决是没有法律效力的，故应从程序上力争管辖权。为此，律师以被告住所地、合同履行地皆在助剂厂所在地为由提出管辖权异议。然而，乙市法院依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（简称《意见》）第 31 条规定，裁定驳回助剂厂提出的异议。于是，代理律师又向苏州市中级人民法院提出上诉。

上诉的主要事实和理由：《意见》第 31 条虽然规定：“诉前财产保全，由当事人向财产所在地的人民法院申请。在人民法院采取诉前财产保全后，申请人起诉的，可以向采取诉前财产保全的人民法院或者其他有管辖权的人民法院提起。”但适用此规定进行诉前财产保全和取得管辖权是有一定条件限制的。首先，根据《民事诉讼法》第 94 条、95 条、96 条的规定，进行财产保全的前提必须是所保全的财物为被申请人所有，同时是本案的诉讼标的物或与本案牵连的财物，二者缺一不可。而本案中，双方采用的是代办托运的交货方式，即助剂厂代进出口公司向承运人办理货物托运手续，运费由进出口公司负责，助剂厂所在地为货物发运地，亦即合同履行地，根据《民法通则》第 72 条规定的精神，依合同方式取得财产的，财产所有权从财产交付时开始转移。因此，助剂厂在所在地向承运部门办理了托运手续后，这批货物的所有权及全部的风险责任皆转移给了进出口公司。由此可见，乙市法院采取财产保全的这批货物的所有权是申请人进出口公司的，而并非属于被申请人助剂厂，乙市法院自然不能根据进出口公司的申请对进出口公司自身的财产进行诉前财产保全。这样，乙市法院依据《意见》第 31 条第 2 款规定取得的管辖权岂不是“皮之不存，毛将焉附”？可见，作为第五批货物的 20 吨氧化锌，虽属本案的诉讼标的物或与本案有牵连的财物，但因不同时具备为被申请人助剂厂所有的要件，故乙市法院不能对之采取诉前财产保全，其适用《意见》第 31 条规定予以保全后从而夺取管辖权的做法是错误的，应依法将此案移送有管辖权的助剂厂所在地法院审理。

律师的意见得到了苏州市中级人民法院的认可，但中院同时又认为，连云港市人民法院亦有此案的管辖权，理由是连云港市是合同的履行地。为此，律师又急忙向法庭提交了建议书，认为：根据法律规定并参照省高院司法文件解释，当事人在购销合同的到货地（如到达站、到达港、到达地）栏目中填写的地点，是当事人对使用运输工具运输货物到达地点的约定，而不是对财产交付地点即所有权转移地点的约定，因此不能以合同注明的到货地作为

对合同履行地的特殊约定。连云港市建华仓库只是进出口公司指定的到货地点，并非是使所有权转移的货物交付地，因而不是本案的合同履行地。本案的合同履行地只有一个，即助剂厂所在地，因为它是货物发运地，合同规定的交货方式又是代办托运，根据《意见》第 19 条规定，采用此种方式交货的，货物发运地为合同履行地。收到律师的建议书后，中院经过慎重研究，终于决定将此案移送助剂厂所在地法院审理。在此情势下，进出口公司提出和解。

三、一波三折“和为贵”

为避免缠讼，助剂厂同意和解，虽是和解，谈判中却是唇枪舌剑，质量责任则是双方争执的焦点。律师作为助剂厂代表参加了谈判。

进出口公司首先提出：“由于助剂厂提供质量不符合合同要求的货物导致澳商索赔，这是毋庸置疑的客观事实，况且我公司已向澳商赔偿，助剂厂也理应向我公司赔偿。”

助剂厂对此论辩：“我厂与进出口公司订立的内贸合同和进出口公司与澳商订立的外贸合同是两个各自独立的法律关系，不能混为一谈。合同仅对当事人双方有约束力，因为这是它们对各自权利、义务、责任做出的约定，然而无权对第三方做出任何约定并强加于人。因此，进出口公司与澳商订立合同和赔偿的事实并不能作为向我厂索赔的依据和理由。进出口公司未在法定期限内提出质量异议，根据《工矿产品购销合同条例》之规定，视为我厂所供产品质量符合合同规定标准。”

进出口公司辩称：“合同未规定需方提出质量异议的期限，法律、法规亦未对此做出规定。因此，根据最高人民法院法经[1993]195号《关于对无法定和约定期限的工矿产品内在质量提出异议应如何确定期限问题的复函》之司法解释：‘在工矿产品购销合同中，当事人对产品的内在质量没有约定提出异议的期限，又无法定期限的，可以比照《工矿产品购销合同条例》第15条第3项之规定，需方应在收到货物之日起6个月内提出异议。’我公司提出的质量异议是在6个月期限内，因此应受法律保护。”

助剂厂对此予以辩驳：“适用最高人民法院法经[1993]第195号司法解释的前提，是提出质量异议的期限合同无约定，法律、法规亦无规定。然而，本案所涉的氧化锌购销合同对提出质量异议的期限虽无约定，但法律、法规却是有明确规定的。商业部1985年10月发布的《五金交电化工商品购销合同实施办法》第14条规定：由供方组织装车（船）、承运部门按现状（或件数）交接的商品，对在交接点验时包装完好无法从外部发现的商品内在质量，日后发现问题者，需方在接货20天内凭化验证明向供方索赔。然而，进出口公司提出质量异议早已超出此期限，且货物经过了多日的海上往返运输。进出口公司作为贸易商在收货后又将此货销往澳商，动用了该货物。根据法律规定并参照省高院[1993]96号司法文件解释，即使进出口公司在质量异议期限内提出了质量异议，但由于全部动用了该标的物，对已动用部分的标的物，应视为质量符合合同约定。”

最后，进出口公司提出：“尽管双方对ppm质量标准存在重大误解，但助剂厂在订立合同之初不认真审核存在过错，并因此造成我公司重大经济损失，理应承担过错责任，赔偿我公司部分经济损失。”

助剂厂对此论辩道：“ppm是百万分比，砷、镉、铅等重金属含量标准如此之高实属罕见，远远超出国家标准和美、日等发达国家的国际标准，属不易执行之标准。根据法律规定并参照省高院司法文件解释，合同约定的产

品质量标准不易执行的，按国家标准、行业标准、企业标准的顺序执行。助剂厂提供的该批氧化锌是绝对达到 GB3494—83 国家标准的，更何况进出口公司提出质量异议时超出法定期限并动用了该货物。进出口公司经济损失可能为客观事实，但客观事实并不等于法律事实，因此我厂不能赔偿。但鉴于进出口公司诚意和解，我厂愿做出让步，返回该批氧化锌之货款，进出口公司则退回我厂提供之氧化锌。”

经过几个回合的辩论，双方终于在 1994 年的 10 月 31 日签订了和解协议，进出口公司退回助剂厂 100 吨氧化锌，助剂厂返还进出口公司前 80 吨氧化锌货款及运费；助剂厂向苏州市中院撤回管辖权上诉；进出口公司放弃索赔，向乙市法院撤回起诉并承担撤诉费用，同时请求乙市法院解除对助剂厂银行账户的查封。1994 年 11 月 16 日，双方履行协议完毕。

作者简介

李正斌（1939.11— ）湖南省临湘市人，中华全国律师函授中心毕业，曾任中共临湘县委会、临湘县公安局、政法委员会、司法局、人大常委会、律师事务所通讯报导员、党委秘书、副股长、副局长、副主任、主任、主任科员等职。1985年5月聘为律师工作者。1986年9月取得律师资格。现为湖南省第一律师事务所律师。10多年来，办理过刑事、民事、经济、非诉讼案件300多起，使40多个犯罪嫌疑人和被告人受到从轻、减轻或免除处罚，为法律顾问单位租委托人挽回经济损失3000多万元。工作认真负责，学习精神强，肯钻研大要难案件，并在《中国律师报》、《湖南律师》等报刊发表过《长风破浪会有时》、《败官司胜诉了》、《浅谈经济执法中的地方保护主义与案件受理中的管辖权异议》、《是工程结算纠纷不是债务纠纷》、《璠吐尔逊告状》等30多篇案例和论文，其中有的还被收入《现代论文选》和《中华改革英杰》。因此，被人们誉为“不战而屈人之兵”，在全国主省都有过一定影响。

单位名称：湖南省第一律师事务所
详细地址：长沙市韶山路2号
邮政编码：410011
联系电话：（0731）4407221 4461168

是工程结算纠纷不是债务纠纷 李正斌

案情简介

1987年11月30日，临湘市（原为县）电子研究所与临湘市桃林建筑工程公司（原桃林建筑队）签订电子楼《建筑安装工程施工合同》。该工程为框架结构，6层864平方米，预算工程造价189534.67元。1987年12月开工，1988年12月竣工。工程竣工后，中国建设银行临湘市支行对工程项目进行了结算，结算工程总造价294526.10元，较预算造价超出104991.43元。为此，临湘市电子研究所疑惑不解，至1989年底，仅支付给施工方工程款226672元，尚欠67854.10元。1991年9月12日，桃林建筑工程公司以债务纠纷向临湘市人民法院起诉。

初审

临湘市人民法院收到本案后，认为建设银行是财政部授权对建筑工程进行预算结算审查的唯一合法单位，他们审查核实的工程款是合法有效的。因此临湘市人民法院同意以债务纠纷立案。1992年2月23日，我接受本案被告人临湘电子研究所的委托，担任其委托代理人。3月25日，我向临湘市人民法院递交了《答辩状》，提出了本案是建筑工程结算纠纷，不是债务纠纷。7月28日，我们还向临湘市人民法院、中国人民建设银行临湘市支行送去了《关于请求重新核实电子研究所综合楼基建工程项目与工程结算的报告》。

然而法庭未采纳我们的意见，对建筑工程项目及工程计算不予复核，草率下判。1992年8月15日，临湘市人民法院（1992）法经初字第125号《民事判决书》判决被告临湘市电子研究所欠原告桃林建筑工程公司工程款67854.10元，息金23508元，合计91362.10元，在本判决书发生法律效力之日起一个月内付清。

失机

初审判决后，我们认为法庭轻信原告的指控，不听被告的正当要求，对建筑工程及结算未予复核，判决极不合理，决定上诉。上诉期间，临湘市电子研究所请来了概预算员，搬出了建设资料和图纸，法庭不组织复核，自己复核，决心要找到更充足的上诉理由。时间一天天地过去，请来的预算员因病因事迟迟拿不出资料，直到第15天，9月6日，星期日，我才赶忙写好《上诉状》。9月7日，我将《上诉状》和6517元上诉费送给法院。法院承办人员说：“上诉期超过了。”我说：“昨天是星期日，法律规定，如果期间届满的最后一天是节假日，则以节假日后的第一日为期间届满的日期。”承办人员又说：“《判决书》是8月21日送达的，今天已是第17天了。”我吃了一惊，原来是临湘市电子研究所办公室的老郑将8月21日误记为8月22日，这样就超过了一天的上诉期，临湘市电子研究所失去了上诉的机会。

再审

上诉失去了机会，申诉也是当事人的权利。1992年10月28日，我们向临湘市人民法院送去了《申诉状》，要求再审。再审法庭认为并经审判委员会讨论确认：本案为建筑安装合同结算纠纷，原审以欠款纠纷结案不妥，原审被告在庭审时已就工程结算造价提出异议，请求复核，在工程造价与原预算相差悬殊的情况下，原审不按照有关法律规定对该项工程重新鉴定而草率下判明显不当。11月6日，临湘市人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》审判监督程序，裁定再审，原审中止执行。再审期间1992年11月8日，临湘市电子研究所再一次向临湘市人民法院递交了《关于要求重新复核电子楼结算的申请书》。12月10日，临湘市人民法院委托岳阳市建设工程造价管理办公室（简称“造价办”）对电子楼工程结算进行鉴定、复核。“造价办”接受委托后，三番五次进行了现场勘测，并审查了施工记录，查对了设计变更通知，核定了临湘市电子楼造价。1993年11月4日，临湘市人民法院根据“造价办”的鉴定，再审判决撤销该院（1992）法经初字第125号《民事判决书》，原审被告临湘市电子研究所承担电子楼基建工程款21419.95元，原审原告桃林建筑工程公司不仅要补回尚欠的67854.1元工程款，而且还要返还给原审被告临湘电子研究所多付的工程款12477.05元。

终审

再审判决后，1993年11月16日，临湘市桃林建筑工程公司不服，上诉至岳阳市中级人民法院。中院认为：本案是临湘市电子研究所和桃林建筑工程公司为电子楼建筑安装工程期间就工程结算发生的纠纷，并非欠款纠纷。

原审判决以“债务纠纷”作为案由不妥，再审判决将案由定为建筑安装工程合同结算纠纷是正确的。但是，再审判决所认定的工程款只以岳建定字（1988）第02号文件，而未同时按第04号两个文件进行调价，其判决主要证据不足。于是，岳阳市中级人民法院重新委托“造价办”对电子楼工程造价予以复核。“造价办”重新复核后，1994年6月20日岳阳市中级人民法院以（1994）岳民终字第01号《民事判决书》判决电子楼基建工程款240470.35元，除去已付的工程款226672元，临湘市电子研究所还应支付给临湘市桃林建筑工程公司基建工程款13798.35元。终审判决工程造价比原结算少54055.75元，我的委托单位临湘市电子研究所付给桃林建筑工程公司的款项较初审判决91362.10元少77563.75元。

分析

电子楼建筑安装工程款结算纠纷，诉讼期长达2年零8个月，经二级法院、三审结案，终于使我的委托单位被告临湘市电子研究所胜诉了。

此案之所以胜诉，关键是本代理人紧紧抓住了对本案性质的认定，是建筑工程结算纠纷，而不是债务纠纷。同时，及时递交了《关于请求重新核实电子楼研究所综合楼基建工程项目与工程结算的报告》，从而通过事实证明，这确实不是一宗债务纠纷，而是建筑工程结算纠纷。再是坚信所请求的理由没错，虽然在一审判决后上诉错过期限，还是通过申诉和应诉获得了本案的胜利。

此案虽然胜诉了，但反躬自问，还是有教训的。上诉期限这个法律条文，作为一名律师来说当然是滚瓜烂熟。然而，在此案中自己却轻信了委托单位办公室人员所记载的收到《判决书》的日期，而且又是在收到《判决书》的第15天才写好《上诉状》，错过了上诉的机会，延误了办案时间。我的教训是，凡是要上诉的，在时间上要宜早不宜迟。

作者简介

刘锦玉（1958— ）安徽省淮北市人，二级律师，淮北北方律师事务所主任。1982年安徽大学中文系毕业，1988年电视大学法律专业毕业。曾任淮北市司法局办公室副主任，原淮北市经济律师事务所副主任。1993年创办淮北北方律师事务所，任主任。

社会知识广博，业务功力深厚，精于律师谋略，善于把政策、法律与现实结合起来，在原则问题上刚正不阿，在策略问题上注重实效。以善办重大疑难经济案件著称，已办理过在全省有重大影响的案件四件，曾因此荣立二等功一次。1996年被授予淮北市优秀青年称号。

单位名称：淮北北方律师事务所
详细地址：安徽淮北市相山北路
邮政编码：235000
联系电话：（0561）3032427 3032074

新型经济合同纠纷案

刘锦玉

1992年9月1日，安徽省甲公司与河南省乙商厦签订了商厦招商合同书。该合同书分为两个部分。第一部分是“合同条款”，规定有效期自1992年9月1日起至1994年8月31日止，甲公司租用乙商厦二楼和五楼，租用面积7400平方米，租赁形式是押金租赁（注：即除租金以外另预交押金），应交押金每平方米1421.62元，合计押金1052万元，租金及杂费148万元，合同期满押金不付利息全额返还。“合同条款”中还约定甲公司可以委托乙商厦经营及代租，并有违约条款。合同书的第二部分是“甲方委托乙方经营及代租赁合同书”，规定甲公司将租赁乙商厦的二楼和五楼计7400平方米自1992年9月1日始至1994年8月31日止委托乙商厦代为经营及转租，乙方在甲方交纳所有合同款项计1200万元后接受委托，1993年9月1日至25日由乙方支付甲方税后利润216万元，1994年度合同终止时再支付甲方利润216万元。委托合同到期后，由乙方全额退还甲方所付的押金、租金、杂费合计为1200万元。招商合同书还另附合同条款对照说明及招商公告。合同签订后，甲公司向乙商厦支付了押金、租金、杂费计1200万元，但合同期满后，乙商厦只向甲公司支付过30万元利润，押金、租金、杂费1200万元分文未退。由此发生纠纷，甲公司向河南省高级人民法院提起诉讼。笔者作为甲公司的法律顾问参与收集证据，起草诉讼文书，指导代理律师参与诉讼活动，对代理意见的形成起到了主导和决定作用，并参与起草和最后决定了代理词（注：因在笔者担任甲公司法律顾问前，甲公司已在河南省委托了代理律师）。

本案争议的焦点和难点是合同是否有效。有的律师认为该合同书实际上是企业之间的借贷合同，应按最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》，认定合同无效，甲公司的利润不予保护。笔者则认为招商合同是一种新型合同，对此法律尚无专门规定，从合同的形式和内容看不能等同于借贷合同，也不宜套用最高人民法院的上述解答，应当按有效合同提

出代理意见。具体地讲，笔者是反复衡量以下四个方面后决定坚持按有效合同处理的。

一、认定新型经济合同的效力应依据国家政策和民法通则的基本规定，不宜硬套某个具体条文和司法解释

最高人民法院《全国经济审判工作座谈会纪要》也明确指出：“在市场经济中，合同的纽带作用更加重要。人民法院在审理经济合同纠纷案件时，要尊重当事人意思表示，当事人在合同中的约定只要不违反法律规定，不损害国家利益和社会公共利益，对当事人各方即具有约束力，人民法院根据合同的约定确定当事人各方的权利和义务。”本案合同也符合上述司法文件精神。因为首先，这一交易形式是促进经济发展，繁荣市场经济的一种有效形式；其次，当事人意思表示真实；第三，无论是租赁合同条款部分还是委托经营及代租合同条款部分均不违反法律，不损害国家利益和社会公共利益。所以，应当认定合同有效。

二、从合同履行的客观结果看是否有利于社会主义市场经济建设

法律无非是现实经济关系的反映，法律也应当而且必须反映经济关系，只不过立法与现实经济关系的变化有个时间差罢了。只要当事人合同行为客观上有利于社会主义市场经济建设，尽管法律对此尚无明文规定，但司法上应确认这种合同行为的有效性。本案中，乙商厦正是靠这种合同履行得来的资金完成了总面积 20000 多平方米商厦建设，其规模超过“郑州亚细亚”。该商厦的开业，促进了城市繁荣，刺激了当地工商业发展，解决了很多人的就业问题，为当地带来了可观的利税收入，客观上已经证明当事人合同行为符合繁荣社会主义市场经济的要求，促进了社会主义市场经济的发展，因此，应当确定合同有效。

三、参考合同履行地政府部门对此类合同明示的态度

行政部门干预司法是错误的。但是，政府对某一类经济合同的态度，是赞成还是反对，往往反映了当地经济发展的客观需要，在这一点上，政府部门与司法机关的认识往往具有一致性，所以政府对某类经济合同的态度容易引起当地司法机关的共鸣，对法院如何确认该类合同的效力具有举足轻重的作用。本案中，招商合同是经过当地工商行政管理局鉴证的，乙商厦的整个招商活动得到了当地市政府经委、建委等部门的大力支持。而且，作为招商合同主要内容的招商公告经有关部门批准，先后多次在河南日报、新乡晚报和新民晚报等有重大影响的报纸上发布。这说明不但乙商厦的当地市政府，而且河南省政府有关部门对这种招商合同持有明示鼓励的态度，这非常有利于对合同有效性的认定。

四、判断审理法院的态度

笔者的立意并不是要无原则地迎合法院，而是认为对新型经济合同的效力正因为一时法律无明文规定，而主要靠司法过程认定，虽具有客观性，但也在一定程度上取决于审理法院的主观认识。事实上各地法院认定也不完全一致。因此，准确地判断审理法院对合同效力所持态度，是代理律师决定采取何种策略以实现代理效果的一个重要方面。笔者当时就判断河南省高级人民法院会认定合同有效，而且对有效性的认定会以达成调解协议的形式实现。笔者这样判断的依据是：（1）依据合同背景，党和国家政策及合同履行客观上有利于社会主义市场经济建设，根据有关司法原理和最高人民法院有关司法精神，应当认定合同有效。（2）如认定合同无效，会使法院陷入两大

矛盾。其一，认定合同无效就是否定这种招商活动，不利于当地经济发展，也使当地政府部门难以接受；其二，认定合同无效，执行起来必然有利于当地和被告而不利于原告，有失司法公正原则，必然使原告上诉至最高人民法院，难以预料最高人民法院如何裁判。（3）被告是得利方而又故意违约，理应受罚，又具有执行能力，只要法院有理有据对被告施加一定影响，能够调解成功，这对当事人双方及法院、政府部门都能接受。

根据上述四个方面的分析，我们提出了合同有效的代理意见，始终坚持合同的有效性。最后，河南省高级人民法院反复调解，当事人达成调解协议，原告的全部债权（包括利润）在调解书中得以确认，实际上也即确认了招商合同为有效合同。

作者简介

刘焱国 48岁，中共党员，三级律师，襄樊市律师协会理事，襄樊市襄城区律师事务所主任。

1968年入伍，在部队从事保卫工作11年，多次在部队军、师举办的保卫干部培训班和省公安学校进修，为日后律师工作奠定了基础。1988年评为初级律师职称，1992年评为中级律师职称。曾先后成功办理过郭兴红强奸案的无罪辩护、周明元虚开增值税发票和偷税案的无罪辩护，代理襄樊油厂诉襄阳县金华粮油贸易公司不正当竞争案等新颖和有影响的案件，先后在中国律师报和律师世界杂志上发表过《六年律师工作业务报告》、《一起不正当竞争案代理经过》、《真假李逵难分辨，律师依法化纠纷》等文章。1992年、1993年两次被襄城区委评为优秀党员，1995年被襄樊市政府评为“最佳办案手”。

单位名称：襄樊市襄城区律师事务所
详细地址：湖北省襄樊市檀溪路
邮政编码：441021
联系电话：(0710) 3513280 3525129

君子协定引发三角债
悉心代理干戈化玉帛
刘焱国

1993年湖北省襄樊市油脂公司（下称襄樊公司）内部科室实行承包责任制。当年5月，天津市河北区粮食局京津公路粮油管理站（下称京津粮站）与襄樊公司业务科长阎玉甫口头协商请其代购油菜籽，价格随行就市，阎负责组织货源，京津粮站派人在襄樊验质验斤。同年7月5日和24日京津粮站分两次向襄樊公司汇款110万元。阎在收到货款后共向京津粮站发运油菜籽10个车皮计60万公斤。京津粮站在与阎协商代购油菜籽业务的同时，还找阎联系购买芝麻，因阎手里无货，便将这笔业务介绍给湖北省随州市油脂公司（下称随州公司）。后来，随州公司在未与京津粮站签订芝麻购销合同的情况下，便向京津粮站发运芝麻6万公斤。随州公司找京津粮站结算货款时，京津粮站先说芝麻质量不行数量不够，后又说这批芝麻是襄樊公司的货，只要襄樊公司结清油菜籽款，就立即付清芝麻款。双方经过多次协商没有结果，随州公司遂于1995年2月18日向随州市人民法院提出诉讼，状告襄樊公司和京津粮站拖欠芝麻款171240元。此案尚未审理，京津粮站于1995年9月8日也在天津市河北区人民法院起诉襄樊公司返还购买油菜籽余款111479.80元。襄樊公司在接到两案的起诉状后，先后委托我为两案的代理人。我接受委托后，意识到这两案均非襄樊公司因正常业务产生的债务，而是经办人口头协议留下的后患。如若两案败诉，将使襄樊公司蒙受巨大的经济损失。我的代理职责就是使其免受损失或将损失减少到最低限度。

一审失利，似乎山穷水尽

襄樊公司的业务科长阎玉甫是上述两案的关键人物，经我向其调查了解，掌握了如下情况：在随州公司状告襄樊公司拖欠芝麻款一案中，阎只是作为中间人向随州公司提供信息而已，除此，他与随州公司和京津粮站再无其他关系。1993年5月27日随州公司向京津粮站发运芝麻6万斤，未收到货款。在多次催要无果的情况下，1994年2月3日，随州公司经理吕华友来襄樊公司找阎，说阎与京津粮站比较熟悉，请阎帮忙把这笔欠款要回来，并将事先写好的一份《付款协议》和1993年5月27日向京津粮站发运芝麻的明细表拿出来让阎在上面签名。《付款协议》的内容是：“经双方商定，乙方（随州公司）于1993年5月27日替甲方（襄樊公司）代发芝麻800件（由随州发往天津市京津粮站）计12万市斤。因包装破损，天津市京津粮站实际结算数量为116000市斤。经甲、乙双方协商芝麻单价为1.66元一市斤，计款192560元整。此款由乙方直接向甲方结算……甲方应在1994年2月底以前付款5万元，剩余款1994年3月15日以前全部付清。若到期不付清，由甲方按月息1.5%计息，并负担经济损失。”本来是随州公司与京津粮站之间的芝麻购销关系，《付款协议》却将其变成了襄樊公司与京津粮站之间的芝麻购销关系。因此，阎不同意在《付款协议》和发货明细表上签名，吕见阎不签名，就缠着与阎套近乎，泡蘑菇，并说若收不回此款，他将面临落选的可能。阎勉为其难，便在《付款协议》和发货明细表上的落款襄樊公司后面签了名。但又明确表示他只能是帮吕到天津要款，而不能由襄樊公司付款。签名后，吕把《付款协议》给阎留了一份，发货明细表则带走了。我和襄樊公司的领导对上述情况进行了分析，认为对襄樊公司有利的因素一是吕若承认其对阎的许诺，则本案可顺利了结；二是京津粮站是真正的收货人、受益人，随州公司将其也作为被告之一予以起诉，最终襄樊公司是不会承担支付货款的责任的。对襄樊公司的不利因素是1993年5月27日随州公司的发货明细表和1994年2月3日的《付款协议》都将襄樊公司作为供方，阎当时是业务科长，法人对阎的行为是应当承担责任的。襄樊公司接到随州公司的起诉书半年之后，于1995年9月28日才接到随州市法院定于10月4日开庭传票。届时，我和襄樊公司副经理鲁德计参加了诉讼。开庭时，法庭首先说明因京津粮站对本案的管辖权提出了异议，故随州公司已撤销了对该被告的起诉。现本案的被告只有襄樊公司一家了。听了法庭的说明，鲁副经理和我虽然感到突然，但也觉得它是我们预料之中的。原来，襄樊公司也曾想过要对本案的管辖提出异议，但恐怕把管辖地争不到襄樊，那时，反而对襄樊公司不利。于是，便放弃了这一权利。这次开庭，双方争论的焦点是襄樊公司对阎玉甫在《付款协议》和发货明细表上的签名应否承担责任的问题。随州公司认为，阎是襄樊公司的业务科长，按照我国《民法通则》第43条的规定，襄樊公司对阎的上述行为应承担民事责任。我的主要代理意见是阎在《付款协议》和发货明细表上的签字是在同情吕华友尴尬处境下所为。按照《民法通则》第55条有关规定，该行为不是阎本人真实意思的表示，应属无效的民事行为。随州法院没有采纳我的意见，于1995年12月31日，对本案做出判决：襄樊公司偿付随州公司货款171240元，并承担延期付款的违约金55481元和随州公司为追索货款花去的费用10456.3元，共计237177.3元。

二审险胜，并非柳暗花明

收到一审判决书后，阎玉甫连呼“冤枉，冤枉”，襄樊公司也认为由他们向随州公司支付这笔货款情不通，理不顺。于是委托我代为向襄樊市中级人民法院提起上诉。上诉后，我反复琢磨一审败诉的根本原因主要是没有充足的证据证明阎玉甫在《付款协议》和发货明细表上的签名不是其真实意思的表示。二审中若对这个问题没有突破性的进展，则结果也不会有突破性的进展。后来，我在与二审承办此案的法官交换对本案的看法时，法官也认为原审判决无多大挑剔之处，我的代理意见显得过于苍白无力。在二审中，要改变这一被动局面，关键的问题还在于要用足够的证据来证明阎的签名不是其真实意思的表示。为此，经多方努力，我又收集到如下证据：第一个证据是随州公司向京津粮站发运芝麻的火车大票。大票记载发运时间为1993年5月21日。第二份证据是阎玉甫在1993年5月27日11时50分由襄樊到北京的飞机票一张。第三份证据是京津粮站与随州公司于1993年6月6日就购销芝麻的数量、质量以及对有争议的问题的解决办法所达成的一份协议（简称《六·六协议》）。该协议的需方为京津粮站，供方为随州公司，供方签约人为王炼（随州公司党支部书记）。

以上证据至少可以说明以下三点：第一，随州公司向京津粮站发运芝麻的时间是1993年5月21日，而其在一审中向法院出示的发货明细表中的发运时间却是1993年5月27日。随州公司如此更改发货时间，其用意何在，昭然若揭。第二，阎玉甫在1993年5月27日11时30分后就要登机由襄樊飞往北京，他不可能在当日11时30分以前还在远离襄樊150多公里之外的随州与随州公司的有关人员看货、发货并在发货明细表上签字，而这一点正好是随州公司在一审中反复强调和坚持的。这张小小的机票有力地揭示了阎于1993年5月27日在发货明细表上签字的虚假事实和人为痕迹。第三，随州公司与京津粮站签订的《“六·六”协议》证实了随州公司与京津粮站的购销合同不受襄樊公司所左右。仅就该购销合同而言，它与襄樊公司也根本不存在什么委托和被委托的关系。在二审庭审时，我以一审的代理意见为基础，又适时地应用上面的证据材料，把话说够，把理讲透，终使二审法院接受了我的部分代理意见，并做出了将此案发回重审的裁定。案情发展到这一步对襄樊公司来讲，虽说不算是一次胜诉，但他们也认为这是一个小小的胜利。因为它使襄樊公司在本案中开始由被动向主动方面转化，为其争取胜诉带来了转机 and 希望。

“重审”未审，庭外握手言和

二审法院裁定将本案发回原审法院重审后，我仍忧心重重。因为上诉后发回重审的案子，其结果并不一定就是上诉方胜诉，这样的例子不胜枚举。但我也乐观的一面，因为既然发回重审，一审法院只要摒弃地方保护主义，充分考虑襄樊公司的意见，秉公判决，本案的结果不一定会对襄樊公司不利。

襄樊公司收到二审法院发回重审的裁定书是1996年5月初，这时离京津粮站起诉襄樊公司拖欠货款一案的时间已有半年之久。京津粮站所在地法院或许是因为在等待随州公司诉襄樊公司货款纠纷一案的审理结果，所以迟迟未开庭。这对襄樊公司来说十分有利。起码它摆脱了两面应诉的被动局面，可以集中主要精力解决其与随州公司的矛盾。为了进一步稳定京津粮站，襄樊公司在我的建议下，由其法定代表人——经理袁建中向京津粮站多次打去

电话，表示在其与随州公司的案件了结后，他们会妥善解决与京津粮站的油菜籽货款纠纷的。

二审法院将案件发回原审法院重审一个多月，襄樊公司一直未接到本案的开庭传票，直到1996年6月19日，重审法院承办此案的法官才同随州的有关人员和代理律师一同来到襄樊公司。但既未送来开庭传票，也没有就地开庭的迹象。其主要用意是要襄樊公司给付芝麻款。而要款理由仍和一审时一样。我知道上述情况后，认为法官这次襄樊之行的目的十分明确。也许他们认为随州公司胜诉的理由不足，因此并不打算通过判决而是想通过诉讼调解途径来解决双方的讼争。我意识到诉讼调解对襄樊公司来说并不是一件好事。这时，一个以庭外非诉讼调解、“兵不血刃”彻底解决三方纠纷的指导思想迅速在我脑海里形成。于是，我在与他们面谈时，除了重述二审的代理意见外，直接了当地提出了本案受益人是京津粮站，是否请他们派员到襄樊来，由襄樊公司、随州公司、京津粮站三方参加，用非诉讼调解的方法了结此案的建议。法官对此表示同意。襄樊公司便及时与京津粮站沟通联系，京津粮站也立即作答，并委派了两名老业务员赶到襄樊。

怎样做好三方面的协调工作呢？我分析了他们之间的关系。购销油菜籽合同和购销芝麻合同都与襄樊公司和京津粮站有关，而随州公司只与后一个合同有关。因此，襄樊公司与京津粮站是诸多矛盾中的一个主要矛盾。根据毛泽东同志关于抓住了主要矛盾一切问题就会迎刃而解的教导，我首先做京津粮站的工作。第一，解决油菜籽欠款纠纷。经我了解，1993年7月31日阎玉甫确与京津粮站的业务人员达成协议，即襄樊公司尚欠京津粮站一车油菜籽。这次协商，必须解决这个问题。也就是说襄樊公司必须向京津粮站返还这笔货款。襄樊公司对此虽无异议，但又提出京津粮站诉讼请求返还111479.80元货款，数额过高，缺乏依据，请京津粮站对此做些让步。我也向京津粮站指出，双方虽有协议，但对油菜籽的价格、数量一直没有做过明确规定，京津粮站的诉讼请求也不一定站得住脚。请他们考虑襄樊公司的意见。话说到这一步，京津粮站便爽快地表示：可以让步，将原定襄樊公司返还油菜籽款降为7、8万元。后又经过多次协商，加之襄樊公司与京津粮站多年来一直保持着良好的业务往来关系，京津粮站同意襄樊公司向其返还油菜籽款的数额还可下降，待收到此款后即撤回对襄樊公司的起诉。第二，解决芝麻货款纠纷。我反复向京津粮站讲明，本案的芝麻购销合同无论是京津粮站直接与随州公司签订的，还是直接与襄樊公司签订的，购方、受益人均是京津粮站。京津粮站对此不承担义务是说不过去的。再说，其就所购芝麻的数量、货款金额等事项，曾与随州公司和襄樊公司达成过协议，表示愿向随州公司支付货款，这次协商应兑现此款。京津粮站认为我的话有理，欣然同意在襄樊公司答应向其返还油菜籽款后，即支付购买芝麻款。在解决襄樊公司与京津粮站的货款纠纷后，剩下随州公司的工作就好做了。我在与随州公司协商时的意见是：第一，重申了二审庭审时的观点，并且反复讲明其与襄樊公司的争讼，若不能胜诉，则对其不利；若能胜诉，则襄樊公司还要上诉。到底鹿死谁手，未可预料。再说这样旷日持久地争讼下去，对其也不利。第二，转达了京津粮站向其迟付货款的原因主要是由于随州公司发运的芝麻质量达不到国家标准，且在芝麻中掺有菜籽，这是与我国的有关法律规定相悖的。仅此，便应承担一定的民事责任。再说，若其与襄樊公司的争讼败诉，势必要告京津粮站。该案的管辖地在天津。异地告状，劳神费力，耗时伤财，

唯有通过这次协商才是解决议争的唯一有效途径。第三，京津粮站愿付芝麻货款，但要求随州公司做出让步，并不承担利息。对上述意见随州公司考虑再三，特别是考虑到发往京津粮站的芝麻确实存在质量差和掺假成份，又考虑到多次赴天津索款无结果等诸多因素，于是也表示接受调解，并明确提出可将货款由原定数额做些减少，但要求由襄樊公司向其支付这笔货款。

在做通三方工作后，6月24日便达成了和解协议，其主要内容是：（1）襄樊公司退还京津粮站油菜籽款5万元；（2）襄樊公司向随州公司支付芝麻款121240元；（3）京津粮站愿向襄樊公司支付芝麻款171240元，扣除襄樊公司应向其返还的5万元油菜籽款后，实付121240元；此款由京津粮站于1996年7月上旬直接转给随州公司；（4）随州公司收到121240元货款后，其与京津粮站均应在各自所在地法院撤回对襄樊公司的起诉。上述协议内容已于1996年7月10日前全部履行。至此，一场长达一年多的三方争讼，经过一审、二审、重审之后，终于通过非诉讼调解方式，以三方都表示满意的结局告终。

作者简介

李辉（1950— ）辽宁沈阳人，插过队，当过机关干部。1981年开始从事律师工作，二级律师。现任辽宁省律师协会理事，盘锦市律师协会、法学会理事，盘锦市光辉律师事务所主任，盘锦市司法局副局长。

曾在《中国律师》、《中国律师报》、《律师与法制》杂志上发表《一桩汽车买卖的法庭辩论》、《浅析五种讨债法》、《辩护律师在行使诉讼中的法律地位》、《数额较大是盗窃罪重要条件之管见》等文章 13 篇。从业数年，承办行、经、民、刑各类案件 679 件，审查起草合同 586 份，撰写法律意见书 121 份，为委托人挽回损失 9600 万元。近年来向专业化方面努力，对技术合同金融证券和知识产权等业务有所见长。

单位名称：辽宁省盘锦市司法局

详细地址：辽宁省盘锦市兴隆台区市府大街 2 号

邮政编码：124010

联系电话：（0427）2822825

省厅级行政文件撤销索赔代理案

李辉

1991 年春，我在律师事务所工作期间，曾受理了一起涉及省厅级规范性文件效力度的非诉讼索赔代理案。尽管委托人开始几乎不抱什么希望，但经过律师的不懈努力，最终结果是国家最高行政决策机关国务院财政部行文撤销了省财政厅错误文件，为当事人挽回了近 17 万元的经济损失。本案首尾历时 13 个月之久，是笔者从事律师工作以来承办案件中涉及行政层次最高、颇费周折的案件。

事出有因—179 号文件作怪

1988 年 3 月，N 省财政厅依据公安厅的呈请，下发了财预字 179 号《关于解决打击经济犯罪活动经费问题的批复》的文件。该文件第 2 款规定：“可从退还给被骗单位的财物中提成 30% 作为办案经费”。至废止之日，该文件已在全省范围内执行近 5 年时间。

1990 年 11 月，辽河油田粮食供应公司（以下简称粮食公司）和台安县新开河供销社（以下简称供销社）发往甲地劲松粮油经销站（以下简称粮站）大米 90 万公斤。粮站在没有支付货款的情况下，将货物转销到乙地，乙地工商部门以未经省粮食部门批准属非法越境运销为由将货物全部扣押。此后乙地的公安局又以刑事诈骗嫌疑犯将粮站法定代表人收容审查。在侦察尚未终结之前，公安局于 1990 年 12 月 24 日打白条强行在应该返还给粮食公司和供销社的大米中提走了 12 万公斤，折款 17.2 万元，理由是执行 179 号文件，弥补办案经费的不足。两个单位的领导纵然有千般不解，然而眼望加盖财政厅大印的红头文件，也只好无可奈何地踏上了归途。生性倔犟的粮食公司经理归来后，手持 179 号文件影印件和公安局提成收据多方探讨均无结果，最后于 1991 年 3 月 18 日来到我所在的律师事务所。

查寻考证—179号文件是否有效

当看到179号文件中“从退还给被骗单位财物中提成30%”的规定，我立刻意识到它与国务院三令五申的关于“公、检、法部门的办案经费与罚没收入彻底脱钩”，坚持“收支两条线”的原则相悖在进一步深化细致的考证之后发现，N省财政厅〔88〕179号文件违背财政部〔86〕228号文件《罚没财物和追回赃款赃物管理办法》中关于“执法机关依法收缴的赃款赃物一律上缴国库，任何机关不得截留坐支”的规定，也违背财政部〔90〕79号文件《关于加强公检法部门罚没收入管理和保证办案经费的通知》中“一些地方和部门无视国家财政法规实行办案经费补助直接从罚没收入中提成……。凡已实行的要坚决纠正过来”的规定。此时可以定论：179号文件违背上级主管部门财政部文件精神，是错误的、无效的行政文件，自发起日即不具有行政执行的效力。所以，公安机关依此文件收取提成款也是错误的，所收财物应该如数退还给被收单位。

缜密分析——选择最佳方案

从哪里入手才能索回公安机关非法收取的提成款？受案之初，我曾有过状告公安局和省财政厅的念头。但经过细致的法律分析，我发现这是一条死路。原因是目前我国行政诉讼尚属起步阶段，人民法院对案件的受理范围仅限于对具体行政行为合法性审查，对行政机关制定条例、规章等规范性文件的抽象行为没有审查权。本案所涉N省财政厅颁发179号规范性文件属抽象行为，所以法院因没有审查权而不能受理。本案中所涉公安机关非法收取提成款行为虽属具体的行政行为，但因有179号文件为依据，使这一行为具有表面上的合法性，所以法院也不能受理。

经过反复研究和苦苦思索，我感到要索回非法提成款，必须首先将“有效”的但却是不适当的文件撤销，这才是一个极为恰当的切入点。根据《中华人民共和国宪法》第89条13、14款和《地方各级政府组织法》第53条3款的规定，有权撤销该文件的只有发文机关自己和发文机关的主管机关国务院财政部。而在省财政厅和财政部之间，我则认为与其让省财政厅自己撤销不适当的行政文件，还不如选择财政部更为有利。我在理清出这些头绪之后才真正有些踌躇了。一个名不见经传的小律师，要敦请国务院财政部行文撤销省厅级行政文件，谈何容易！俗话说：“没有金钢钻别揽瓷器活”，我既然揽了瓷器活，看来就必须到国务院去取“金钢钻”了！

北京之行——力争财政部发文

经过一番准备之后，我携带以律师事务所的名义写给财政部的《关于对〔88〕N财预字179号文件是否违背财政部有关规范性文件精神并应如何处理的咨询书》及该案的全部证据资料，抱了不讨来“金钢钻”誓不罢休的决心，于1991年5月10日登上了去北京的列车。财政部的有关领导在倾听了我的口头陈述，审阅了咨询书和证据材料之后，当即明确答复：“179号文件不符合国家现行有关规定精神，不具有执行的效力”。但在撤销文件的实

质性问题上是显得不那么果断了。

3天后，我得到的答复是：已用电话通知N省财政厅，请自行与他们联系。此时，我意识到财政部不能果断行文而由财政厅自己撤销文件几乎是不可能的！后来的实践也验证了这一推断。在我坚决诚恳的请求下，4天之后，我终于得到了财政部行文的初稿。此时此刻，我就像手捧17.2万元巨款一样兴奋不已。然而当得知还要按程序经司长、主管部长签字审批，大约要等1、2个月的时候，我的心立刻凉了半截。与其说是长时间等待难挨，莫不如说是担心夜长梦多会有其他变故，文件难以下发，导致将此案置于进退维谷的窘境。

我在辗转中又想出一个折衷的办法：可以不正式行文，用便函的形式主送给我的律师事务所，为今后协调方便同时抄送两省财政厅。10天的北京之行，我终于携带财政部的红头文件（便函）登上了返程的列车。经验告诉我，这仅仅是此案的希望所在。

几经周折——两省协调无效

基于众所周知的原因，财政部的复函没有使用刚性的“予以纠正”，而是使用了“应予纠正”的柔性解释，财政部把面子留给了N省财政厅，却把粗大坚硬的尾巴留给了我。在此后两个多月的时间里，辽宁省财政厅和我本人多次用电话与N省财政厅联系，陈述理由，但均得不到确切答复。到8月初，财政部在京召开下半年计划会议，我携带写给N省财政厅的咨询书及财政部的红头文件随辽宁省财政厅领导进京面见N省财政厅领导，得到的答复是：“情况已经清楚，正在协调处理”，当我请某领导在写给该省财政厅的咨询上签署意见然后由我前往该省加盖公章时被婉然拒绝，得到的答复是：会议结束后立即研究，请稍候音。接下来又是3个月毫无结果的电话联系。最后，辽宁省财政厅的领导无可奈何地宣布：“我们爱莫能助了”。

柳暗花明——N省的千里之行

在依法行政的今天，省厅级财政部门下发了不适当的文件，但面对最高行政机关“应予纠正”的明确指示，在5个月的时间里无动于衷，使我怒火中烧。11月6日，我开始了N省之行。当握着省财政厅领导的手时，我戏谑地说：“老厅长，5个月不给确切答复，您是诚心请我来这里作客喽！”两天的交涉毫无结果。我情急之中扔出了撒手锏。对于财政厅179号文件的错误，财政部已有定论，但考虑到你们的自尊，没有直接撤销，时至今日你们不置可否的态度令人不能容忍，今天您必须做出抉择性的答复，要么维持，要么撤销。如果您要维持179号文件，回头我找省长和国务院；如果您撤销179号文件，我立即找公安机关索款；如果得不到答复，我将在此地召开一次新闻发布会，借助舆论界来讨论贵厅是否应该给予答复的问题。经过这样一番慷慨陈词，老厅长只好向我出示了一份公文。阅读了全文使我百感交集。原来N省财政厅早已在收到财政部便函的1个月后即1991年6月25日就已正式行文废止了179号文件中与现行规定相抵触的部分，仅碍于某种原因，企图长久拖延到我方自动放弃索款为止。由于我的不辞艰辛千里奔波，使老厅长实实在在感觉到他遇上了一个不达目的决不罢休的女律师之后，才拿出

了纠正公文。当手捧这份公文的时候，我真正品味出恒心和韧性对律师来说是何等重要啊！

向目标挺进——最后的时间表

1991年11月28日，我与粮食公司经理登上了开往乙地的列车。

12月1日9时，县公安局长手拿财政部、财政厅的红头文件不置可否地说：“文件发错了，提成款也已经花完了，公安局现在没有这一大笔经费可以退赔。”

12月1日10时30分，市财政局局长答复，我们最高司令部明文纠正，市财政没的说，但必须请示市长。

12月1日13时，市长答复：我们会依法办事的，请敬候2天，待我们研究后做出明确答复。

12月2日10时到市长顾问律师处呈递全部材料，求得同行支持。

12月3日8时30分，到该市法律界有拍板定案权威的法院院长处，呈递全部材料影印件求得支持。我紧锣密鼓地做了这一系列工作之后，只好静静地等待……。

12月4日全天，市长召集全市法律界头面人物，人大主任、政法委书记、法院院长、检察院检察长、公安局长、司法局长、市长法律顾问等人参加的联席会议，讨论此案的处理办法。

12月5日8时，市长秘书通知：请直接找公安局长。

12月5日13时，我们携款踏上了胜利的归途。

至此，这起涉及省厅级行政文件效力的索款诉讼代理案，就这样画上了圆满的句号。此案无疑是一个成功的案例，然而在成功的道路上充满了艰辛，充满了磨难，这期间律师锲而不舍的坚韧精神和恰到好处的办案技巧是至关重要的。

作者简介

李旭光 69 岁，汉族，大专文化，山东烟台莱州市人。1951 年参朋革命工作，先后担任人民银行西安市分行人事干部、党总支副书记、中共西安市监委会干事。1958 年调政法机关，历任西安市和新城区人民检察院检察员，雁塔区检察院副检察长兼党支书、区纪检委常委、西安市人民检察院正处级检察员，曾获最高人民检察院荣誉证书和奖章。现为陕西律师事务所特邀律师。

单位名称：陕西律师事务所
详细地址：西安市建国路信義巷 14 号
邮政编码：710001
联系电话：7449227 7435429
业务部地址：西安市西大街 100 号院内
邮政编码：710002

抓住关键以理取胜

李旭光

案情简介

委托人、原告杨怀春，系礼泉县水泥厂原副厂长，在该厂承包投标竞争中落标。被告是省级一家大报社（以下简称报社），其两名代理人是省级另一律师事务所律师、律师。

1988 年 8 月 3 日，报社在头版头条发表李、王、丁三位记者所写题为《礼泉水泥厂承包厂长刘育英不断受到恶人诬告并图谋伤害》的报道（以下简称“八三报道”），内容严重失实，有的甚至无中生有，侮辱诽谤，直接侵害了杨等四名原告人的名誉权和人格尊严，在全县、全省乃至全国造成不良影响，给原告在政治、经济和精神方面都带来严重后果。原告诉至被告所在地西安市中级人民法院。

1989 年 12 月，我接办此案时得知法院即将开庭，在听取了委托人对案情叙述和看了有关资料后经再三考虑，决定抓住被告“八三报道”主题“……承包厂长刘育英不断受到恶人诬告并图谋伤害”这一关键，放弃全部次要节枝问题，就原告是不是“恶人”、有没有“诬告并图谋伤害”刘育英的事实一一剖析，据理辩论，变被动为主动，使劣势转优势，结果法院判处原告胜诉。

代理词

审判长、合议庭：

我作为本案第二原告人杨怀春的委托代理人，参与杨诉报社侵害其名誉权一案的诉讼活动，依法维护委托人的合法权益。在听取了杨等对案情的叙述和看了其提供的部分材料，特别是参加了法庭公开庭审调查，本代理人认为：原告指控被告侵害其名誉权的基本事实清楚，要求被告停止侵害、消除

影响、恢复名誉、赔偿损失的诉讼请求合理。被告以新闻机构有舆论监督职责等拒不认错，想要逃避承担民事责任是不能得逞的，希望法庭充分注意，公正判决。

“八三报道”首先武断地肯定原告人是“恶人诬告并图谋伤害刘育英”，这是没有事实根据的侮辱诽谤。被告答辩说：“文章（指八三报道）标题使用‘恶人诬告’‘图谋伤害’这两个词组，是根据原告所作所为的事实而归纳总结的”，“恶人即坏人，图谋伤害的人，诬告他人的人总不是好人、善人吧！”对这一强词夺理的答辩，本代理人讲以下反驳意见：

1. 被告称：“恶人即坏人”。那么，什么是坏人？原告杨怀春是不是坏人？这是必须搞清楚的首要问题。中国社会科学院语言研究所编印的《现代汉语词典》注释：坏人是品质恶劣的坏分子。中央有关政策文件明确指出：一切反革命分子都是坏分子，政治骗子、叛变分子、流氓分子、品质极端恶劣的蜕化变质分子，都属于其他坏分子。原告人杨怀春是中共党员、全民干部（现被贬为工人）、复转军官，有企业经理、厂长国家统考合格证书，怎么能说是“坏人”呢？难道中国共产党能容许“坏人”留在党内？人民解放军能吸收“坏人”当指战员？国营工厂能让“坏人”当副厂长，经济管理干部国家考试指导委员会能给“坏人”颁发企业经理、厂长国家统考合格证书吗？被告的谬论不但是对原告人名誉权的直接侵害和诽谤，也是对我党、我军、组织人事和教育部门的间接攻击和诬蔑。

2. 什么是诬告？原告杨怀春有否诬告行为？最高人民检察院法纪检察庭有关资料解释：诬告陷害罪是指捏造犯罪事实，伪造证据，向国家机关做虚假告发，意图使他人（包括犯人）遭到陷害受到刑事处分的行为。中国社会科学院倡议编辑的《法学词典》释义：诬告是指故意捏造事实，向司法机关控告，使无罪者入于罪，使有轻罪者入重罪的行为。那么，原告人杨怀春向那个国家机关、特别是司法部门诬告过刘育英？伪造了些什么证据？受理的国家司法机关在什么时间、怎样结论或处理刘的？被告当庭回答本代理人提问时说：“办公室存有这方面的材料。”希望当庭出示。

需要强调的是：一定要出示杨怀春在“八三报道”前向国家司法机关告发刘育英的“诬告”材料和有关机关的查处结论或处理材料，决不能把“八三报道”以后杨等九人为了说明“八三报道”全部失实，要求报社领导派人查清事实公布于众，而写给报社总编，同时呈送省委文教书记和宣传部长的署名信来混淆视听，进行搪塞。

至于有的同志曾向纪检委及业务上级反映过产品质量问题，是党员和公民的正当权利，是否失实？算否“诬告”？有关部门是会按照《关于处理控告、申诉案件的试行规定》程序办理的，作为新闻机构的报社及其工作人员，无权给党员下政治性结论，更无权给公民定触犯刑律的“诬告”罪名。

3. 关于“图谋伤害”问题。尽管被告人当庭回答本代理人提问时说没有杨怀春。有关部门《调查报告》中也没有提到过杨，实际上杨根本没有搞所谓“图谋伤害”。然而，“八三报道”第一段就把杨列入阎应堂等人以内，被告人当庭回答审判长提问时说：“等人是两人以上，是指四个原告人”。杨又是四位原告中的第二位。“八三报道”无疑把杨列入“等人”以内，从而给原告杨怀春造成有“图谋伤害”刘育英的恶劣影响，被告的侵权责任是推脱不掉的。

总之，原告人杨怀春既不是“恶人”、“坏人”，更没有“诬告并图谋

伤害”行为，他的所作所为是光明正大的。被告在“八三报道”中强加给杨种种莫须有的罪名所造成的一切恶果，必须依法承担全部责任。

主题错了一切皆错，对于“八三报道”中其他严重失实甚至无中生有的诸多问题，为了不浪费时间，本代理人不打算一一辩驳，请其他三位原告及委托的代理人去辩论。

中央《关于当前报刊新闻广播宣传方针的决定》指出：“不论表扬或批评，必须实事求是，真实可靠，决不能道听途说，弄虚作假，浮夸失实”，“批评要选择典型事例，点名批评要慎重，事实一定要核对清楚，要事先听取党的有关部门的意见和被批评者本人的意见。”《宪法》规定了保护公民的言论、出版的自由和权利。但是，新闻工作者和所有公民一样，在行使《宪法》和法律规定的权利时，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民合法的自由和权利，“禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”被告发表的“八三报道”违背了中央《决定》和《宪法》、法律，侵害了原告人杨怀春的名誉权和人格尊严，违反了《民法通则》第101条规定，应当负民事责任。根据《民法》通则第120条、134条规定，原告人诉请人民法院判令被告停止侵害、恢复名誉、赔偿损失是合理的，应该得到充分支持。

作者简介

关国兴中共党员，大学文化，1985年3月调入司法系统。1987年被黑龙江省司法厅任命为实习律师。1992年通过全国律师资格统一考试，取得律师资格，1993年晋升为三级律师，现任黑龙江省讷河市明达律师事务所副主任。

从业10年来，先后被黑龙江省司法厅、齐齐哈尔市司法局分别荣记个人二等功、三等功各一次，获得振兴鹤城奖章，获得讷河市劳动模范、文明市民等荣誉称号。

职业信条是：诚实，正直，荣誉只能代表过去，它并不表示未来；作为一名律师，维护当事人的合法权益，这是天职，为了维护当事人的合法权益，不惜奉献自己的一切。

单位名称：黑龙江省讷河市明达律师事务所

详细地址：讷河市政法楼内

邮政编码：161300

联系电话：(0452) 3322498 3323441

一起经律师努力通过抗诉程序 再审改判的五十万元担保案 关国兴

案情简介

1992年12月，黑龙江省讷河市糖酒公司经理刘文到中国银行讷河支行联系贷款50万元收购农副产品。中行要求必须有担保，刘文请其主管部门商贸委领导张玉春给找个担保单位，商贸委领导以行政领导的身份强令讷河市百货大楼为糖酒公司担保，讷河市百货大楼在不具备担保条件的情况下，出于行政压力，同意担保。1992年12月16日糖酒公司会计王洪带着商贸委主任张玉春写的便条到百货大楼办理了担保手续。王洪填写了50万元贷款不可撤销担保书（日期未填），百货大楼在50万元借款合同书保证人处和不可撤销担保书上盖了公章和当时的法人代表马文林名章。王洪根据中行的要求从百货大楼会计室提取五张空白转账支票交给中行作为担保抵押，每贷10万元押一张支票，并在百货大楼留存的支票根上填写：“中行抵押贷款共五张，支票号码1158—1162”。次日，王洪到中行办理了贷款审批手续，将抵押支票和不可撤销担保书交给了中行信贷科。于当日和22日两次共提出贷款50万元，约定还款日期是1993年2月15日，月利率7.2/00。到期未还，中行于1993年2月26日将此笔贷款转为逾期贷款，糖酒公司于1993年4月24日前分五次全部还清50万元贷款全部本息。根据不可撤销担保书第4条规定“在全部贷款本息及费用清偿后自动失效”，因此，该担保书已失效作废。

另查，讷河市糖酒公司又于1993年2月26日，在没有办理任何担保手续情况下，从中行贷款30万元，借款合同保证人处未盖任何单位公章及名章，约定还款日期是1993年7月15日，月利率7.2/00。到期未还转为逾期贷款，中行从糖酒公司账户扣划1.5万元，剩余28.5万元及利息至今未付。

该笔贷款到期前，中行要求糖酒公司补办担保手续，并且拿出三张百货大楼为 50 万元贷款担保时抵押的空白转账支票（中行还有两张）让换成百货大楼新法人代表印鉴的支票为这 30 万元贷款作抵押。由于百货大楼新法人代表马英杰未同意而没有办成。后由糖酒公司会计王洪将此三张空白转账支票还给了百货大楼。

1993 年 9 月 26 日，中国银行讷河支行隐瞒了上述事实，用百货大楼为糖酒公司 50 万元贷款担保的不可撤销担保书（日期填为 1993 年 2 月 21 日）和中行留存的两张空白转账支票以及糖酒公司 1993 年 2 月 26 日 30 万元借款合同书作为依据，诉至讷河市人民法院，要求百货大楼对此 30 万元贷款负连带清偿责任。百货大楼总经理陈世华亦委托常年法律顾问代理诉讼，据理力争，可一审法院未采纳代理人的意见，在没有查清事实的情况下，与 1995 年 12 月 25 日以（1995）讷经初字第 1066 号民事判决书结案。判令讷河市百货大楼对此 30 万元借款及利息负连带清偿责任。委托律师恪守职责，依据《民事诉讼法》第 185 条第 1 款第 1 项之规定，申诉至讷河市人民检察院，齐齐哈尔市人民检察院于 1996 年 7 月 8 日依法向齐齐哈尔市中级人民法院提出抗诉。

申诉理由

律师接受委托后，认为讷河市百货大楼根本没有给糖酒公司 30 万元贷款提供担保，50 万元贷款担保不可撤销担保书已履行完毕，百货大楼不应对糖酒公司 30 万元贷款承担连带清偿责任。（1995）讷经初字第 1066 号民事判决书认定事实不清，判决所依据的不可撤销担保书已于 1993 年 4 月 24 日自行失效，判决百货大楼承担连带清偿责任错误。

代理词（节选）

一、讷河市百货大楼没有给讷河市糖酒公司 30 万元贷款提供担保

1993 年 2 月 26 日讷河市糖酒公司与中国银行讷河支行签订的 30 万元借款合同书上保证人处未盖任何单位公章及名章。该合同第 7 条规定：本合同经甲方、乙方、保证人或公证处签章后生效，各持一份，借款本息还清后本合同自动失效。

《民法通则》第 62 条：民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。也就是说在民事法律行为中设定一定的条件，把条件的成就与否作为民事法律行为效力发生或消除的根据。讷河市糖酒公司与中国银行讷河支行签订借款合同把保证人或公证处盖章后生效，就作为附条件的民事法律行为。因此，作为担保人的讷河百货大楼对于上述贷款合同所造成的一切法律后果不承担任何责任。另外糖酒公司经理刘文也承认并证实糖酒公司贷款 30 万元未找到任何单位担保。

二、一审法院判决所依据 50 万元不可撤销担保书已作废

50 万元不可撤销担保书因 1993 年 4 月 24 日糖酒公司偿还了全部贷款及利息，根据担保书第四条“在全部贷款本息及费用清偿后自动失效”之规定而作废。另外糖酒公司会计在 50 万元贷款不可撤销担保书上未填年月日，只盖了百货大楼公章及原法人代表马文林名章，起诉用的担保书上日期为 1993

年2月21日,而百货大楼法人代表已于1993年1月30日由马文林换成马英杰,并于1993年2月15日开始启用新印鉴,原法人代表马文林名章废止。

三、担保单位意思表示不真实,在违背真实意思情况下,同意担保,依法不承担任何责任

从讷河市百货大楼担保的情况看,是违背担保人真实意愿的。糖酒公司办理这笔贷款时,法人代表多次找商贸委主要领导,该负责人以行政领导身份,责令当时大楼经理给担保。以50万元担保合同产生经过,担保人与债务人之间相互信任程度,担保合同签订环境等方面系统审查,对于行为人能够证明自己属于违背真实意思的情况,就应该以意思表示不真实而推定担保合同无效。

担保合同中担保人意思表示真实,就是担保人内心必须愿意以自己的财产或名义提供担保,愿意在债务人不履行债务时依约定承担代为履行或代偿责任。因此认定担保人意思表示真实只能依据行为人的外部行为和内心愿望相一致,决不能任凭外部行为事实,推定内心心愿。

四、中国银行讷河支行对30万贷款的追索已超过诉讼时效,依法不受法律保护

查《民法通则》第135条,向法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年。同时第137条还规定诉讼时效期间从知道或应当知道权利被侵害时计算。

讷河糖酒公司是1993年2月26日贷款至1993年7月25日到期,共计5个月,一直到1994年3月催款,已超过8个月,依法不受法律保护。从担保理论讲,保证合同约定有保证期限的,保证人只在约定期限内承担责任。债权人向担保人主张权利时超过保证期限的,保证人即不再承担责任。在此有一个如何认识保证期限的起始时间问题。代理人认为,保证期限的起始时间,应从主合同规定义务履行期间完毕后开始计算。也就是说保证合同约定有保证期限的,保证人只在约定期限内承担责任。债权人向保证人主张权利时超过保证期限的保证人即不再承担责任。

中国银行讷河支行至今未向法庭举证证明有任何诉讼时效中断的情形存在。银行虽于诉讼时效期间内曾要求借贷人履行还款义务,但借贷合同与担保合同是两个不同的合同,其法律关系亦不同。向借款人提出要求,并不当然等于向保证人也提出了要求,此乃不言而喻之公理。

五、担保单位不具有代偿能力,不具备担保条件

在担保签约时,讷河市百货大楼不具有足够财产,不具有稳定经济收入,担保时欠中国工商银行讷河支行等金融部门727.2万元,这一点代理人认真查阅了讷河百货大楼会计报表。最高法院法研复(1988)39号文件又强调经济合同的保证人应是具有代为履行或者代偿能力公民,企业法人以及其他经济组织。作为银行部门贷款实行三级审查负责制,即信贷员把好调查关,处(科)长把好评估关,主管行长把好审批关。可他们对事业和国家信贷资金不负责任。作为银行发放贷款,必须了解借款企业和担保单位资金情况,对贷款合法性、安全性、盈利性等进行核实,测定贷款风险。

综上所述,(1995)讷经初字第1066号民事判决书认定事实不清,主要证据不足,判决讷河市百货大楼承担连带清偿责任错误。

审理结果

1996年8月29日，齐齐哈尔市中级人民法院由院长王生贵签发的（1996）齐民监字第26号民事裁定：本案指令讷河市人民法院另行组成合议庭进行再审；再审期间，中止原判决的执行。

1997年新春，本案重新审理，撤销原审判决，讷河百货大楼依法不承担任何担保责任，由此一切法律后果由借贷双方根据其过错责任的大小自行承担。

作者简介

李世义（1949— ）出生于陕西清涧。中共党员，法学副教授。理论、法律双大专和经管本科学历。1970年参加工作，先后在清涧县农行、公安局、党校、宣传部工作。1985年调榆林地委党校主讲法学，先后任政治教研室和科社教研室副主任。1981年考取兼职律师工作者，1984年取得正式律师资格。先后办理刑辩、刑代、民代、经代、行政诉讼和非诉讼代理等各类案件200余起，担任企业常年法律顾问，积累了丰富的实际经验。现系榆林地区律师事务所兼职律师、中国法学会榆林地区联络员、中国干部教育法学研究会与陕西省法学会会员。

注重理论研究，发表论文多篇并获奖。合撰、合编、主编、编著出版法学著作7部。主编的《实用法学纲要》与专著《法律教学研究与释疑》双获奖；1994年主编的《市场经济法概论》出版后引起社会重视；1995年主持的省级立项科研课题——《邓小平法制思想与市场经济法制建设》发表并获奖。

单位名称：中共陕西榆林地委党校
详细地址：陕西榆林市瓦窑沟上巷10号
邮政编码：719000
联系电话：（0912） 3284623

本案经济损失究竟应由谁来承担

李世义

榆林地区靖边县农民白培湖，1985年4月7日持延安市第一建筑公司1985年3月2日给靖边城建局出据的便函，内容为：“靖边县城建局：同意我公司助理工程师殷鹤良同志受聘承担你县靖边县联营建筑公司技术指导工作。”向城建局申请资质审查，要求成立联营建筑工程公司，声称他们和延安市一建公司合作，由一建公司解决技术力量。经主管业务的副局长彭某审查，认为符合成立建筑企业等级技术标准，于4月9日向县工商局出据了资质审查证明，要求给办理营业执照。在这一证明上，有常务副县长思某的指令性亲笔批示：“工商局：同意成立，请工商局给办理审批手续。”在建筑企业开业申请登记表上，“经济性质：集体”；“批准机关：靖边县建设局”；“经营范围：主营土建，兼营建筑材料”；“资金总额：20万元”；“从业人员：151人，其中管理人员7人”，殷鹤良是工程师，韩某是技术员，还有白培湖、双某、张某某等5人。登记表上建设局签有“同意办理执照”的意见，并盖公章。4月11日工商局签发了营业执照，经济性质是联营，核定的经营范围是“土、木、砖工程建筑，加工建筑材料。”

联建公司成立后，在建设局、工商局、建行、城关镇、市政所等单位的直接参与下，先后于4月22日、5月9日、5月11日多次举行座谈会，承包了城关镇张家畔村的三层综合服务大楼工程，图纸设计、用料、施工全由联建公司大包干，先建二层和三层局部，造价25万元。联建公司因无固定从业人员，又雇佣江苏工程队施工，合同言明：图纸设计、用料、工程质量该队概不负责，只赚工资42800元。5月20日开工，建设局局长段某和张某、李某及市政所领导亲自放好红线后，由施工员李某放施工线，段局长等人亲临

现场看到结束。此后一直用草图施工。6月15日，建设局彭副局长、张某等人参加了隐蔽工程验收。7月上旬第一层完工后，建行因无图纸无合同，责令停工，拒付资金。联建司四次派人去延安未取得图纸，后白培湖亲赴延安取回图纸，因无设计部门发图专用章，建设局不予放行，又将图纸带回延安交给殷鹤良，盖上“延安地区设计室发图专用章”后，由李某拿来靖边，建设局见章就予放行。图纸解决后，白培湖出50元雇李某起草合同，由工商局合同股长李某修改定稿后，7月26日在工商局会议室，有建设局、工商局、建行、公证处等单位的16人审议承包合同，定稿后由工商局打印好，于7月31日双方正式签字，建设局、工商局部盖了公章。8月2日，双方各向工商局交鉴证费24.30元，但合同落款日期仍打印为5月15日。二层快完时，双方议定三层一次性竣工，甲方给乙方增资6万元，共计31万元整，竣工时间由10月延期到年底（无书面合同）。9月11日，延安地区设计室给靖边县建设局来函，内容为：“图纸非我室设计，图章属伪造，对该工程不负任何技术责任。”建设局段局长收到此函后，只让张某通知白培湖图纸系私人设计，未责令停工或采取其他措施，便将信函锁入办公桌内达三月之久。12月22日验收工程时发现：大楼顶部处理由三油两毡减为二油一毡，用副品沥青；三层走廊比二层走廊缩回20厘米，三层顶部又比走廊缩回37厘米，顶部积水全流到三层阳台，并将灌入楼内；一层共11根混凝土大梁全部裂缝。至此甲方才得知图纸系私人设计，发图章是私刻的。村委会当即涉诉到靖边县仲裁委员会，县仲裁委员会聘请榆林地区设计室高某和地区建设局赵某加固处理，在11根大梁下面都加做了实心砖墙，将营业大厅全部隔成小间，并从延安一建公司追回一车沥青款（顶设计费）1970元。

由于本案涉及县上的机关和有关领导干部，仲裁委员会又刚成立，在县工商局的领导之下，查案遇到很大困难，进展缓慢。村委会被迫于1986年8月18日撤销仲裁申请，状诉榆林地区中级人民法院，要求鉴定楼房、追查责任、赔偿损失。中院经济庭于11月14日正式立案。1987年3月27日开庭公开审理，查明了下列问题：

1. 联建公司是“四无”皮包公司，20万元资金是工商局企业股股长唆使叫那样填写的，营业执照在开庭后被吊销。

2. 殷鹤良仅是延安市一建公司聘用的施工员，图纸系殷冒充延安地区设计室私人无证非法设计，经鉴定，该图纸根本不能用于施工。

3. 发图章系殷花700元（已付500元）雇福建省晋江县花溪瓷砖厂推销员吴某私刻。

4. 联建司的经济性质在开业申请登记表中填写的是“集体”，现被划掉“集体”填上“联营”，但不知是何人何时何故所为。

5. 建设局审批过联建公司的领导班子，1985年6月19日城建局（85）13号文件正式任命经理白培湖，副经理殷鹤良、韩某。该文报县政府，抄送建行、财政局、计委。

6. 成立公司没有县长批示的规定和先例，思某这次批示按本人讲：“白培湖成立这个公司是经政府行政会议研究决定的，”“如果会议没有定，我不会给签字的”。但县政府的会议记录查不到记载。

7. 1970元设计费是延安市一建公司收的账，靖边县仲裁委员会也是从一建公司追索此款，审理期间还扣押在靖边县工商局。

8. 1986年4月，靖边县仲裁委员会聘请榆林地区建设局赵某和榆林地区

设计室高某对大楼加固补强,同年11月22日还是他俩对工程做出鉴定结论：“楼房已经经过加固处理,我们认为可以交付使用”；“本大楼的建筑耐久年限估计为20—30年。”

9.1988年5月4日,中级人民法院委托赵某和高某对大楼重新鉴定,结论为：“该大楼已无法交付使用,以危险建筑定性为妥。”

10.张家畔村已支付工程款255968.25元,仲裁受理费3000元,一审法院受理费1680元,鉴定费640元,代理费4650元,以及诉讼中到处催案等各种杂支2万余元。村委会为打官司,已经卖了2亩地和贷了1万元贷款。

一审开庭审理时,法院将联建公司列为被告,将城建局、工商局列为第三人,但到1989年3月8日宣判时,(1989)第1号民事判决书中只列联建公司一家被告,判决内容是：“(1)原告张家畔村委会与被告联营建筑工程公司1985年5月15日签订的建筑工程承包合同无效。(2)综合服务大楼的所有建筑材料共折价255968.25元归张家畔村委会所有。(3)被告联营建筑工程公司再赔偿原告经济损失5万元。(4)殷鹤良非法设计所得1970元依法没收上缴国库。案件受理费1680元,鉴定费640元由被告联营建筑工程公司承担。”

原告不服一审判决,向陕西省高级人民法院提起上诉,事实和理由主要是：

一、造成本案承包合同无效的过错方除联建公司外,还有靖边县城建局、工商局和县政府,一审法院不追究这些单位的责任是错误的

联建公司纯属“四无”皮包公司,靖边县城建局、工商局、县政府均清楚底细。城建局作为基建业务主管单位,不按规定搞资质审查,随意放行图纸,从协商到定案,从放线到验收,请吃次次到,事事都做主,特别是当白培湖的诈骗手段暴露后,主要领导长期扣压延安市建筑设计室的来函,是造成本案严重后果的直接责任方之一。工商局明知联建公司是“四无”公司,却唆使诱导白培湖将9个合伙人填成151人,将殷鹤良的助工升格为“工程师”,将20000元资金填写为20万元,滥发营业执照,为越级承包施工合同鉴证,主动弄虚作假,使一个无效合同合法化,造成重大经济损失,应当承担赔偿责任。常务副县长一反常规,亲笔批示指令工商局给白培湖办理审批手续,当然不是以个人名义签发指令的,县政府也应承担一定责任。现在联建公司被工商局撤销,又没有明确的主管单位,除应追究直接责任人员白培湖、殷鹤良等人的法律责任外,应该由城建局、工商局共同负责清理债务,进行赔偿。法律依据：一是《民法通则》第121条规定：“国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中,侵犯公民、法人的合法权益造成损害的,应当承担民事责任。”二是国务院(1985)102号文件《关于进一步清理和整顿公司的通知》中规定：“呈报单位和各级人民政府各有关部门,要对成立公司认真进行审核,因审核不当而造成严重后果的,要承担经济、法律责任。”

二、一审判决“综合服务大楼的所有建筑材料共折价255968.25元归张家畔村委会所有”不能成立

本案所涉综合服务大楼,有关部门鉴定结论很明确,是由无证越级施工队伍,按照根本不能用于施工的图纸修建的工程,加之偷工减料严重,施工质量极差,是已无法交付使用的危险建筑物。这样给上诉人造成的经济损失,不仅仅是已支付的255968.25元,还有三年来的正常营业收入损失和因此而花费的其他费用损失。整个工程按质量标准修好才价值31万元,江苏施工队

仅工资就赚了 42800 元，怎么能把一座危楼的废料折合为 25 万余元，抵销上诉人已付的价款呢？

三、联建公司已不存在，判决由其再赔偿 5 万元经济损失是空的

联建公司本来是皮包公司，营业执照名为集体，实质是几个农民合伙经营搞诈骗。现在诈骗行为败露，营业执照被吊销，一审判决由联建公司赔偿 5 万元，既无主体，又无明确对象，何年何月又向谁追偿呢？被上诉人实质上是个人合伙。根据《最高人民法院关于贯彻执行民法通则若干问题的意见》第 49 条之规定，“个人合伙或者个体工商户，虽经工商行政管理部门错误地登记为集体所有制企业，但实际为个人合伙或者个体工商户的，应当按个人合伙或者个体工商户对待”。《民法通则》第 35 条第 2 款规定，“合伙人对合伙的债务承担连带责任”。所以，应将白培湖的其他合伙人都追加为共同被告，承担赔偿责任。

四、1970 元沥青款是延安市一建公司所收，不能以殷鹤良非法设计所得收缴，应当判归上诉人补偿损失

省高院很重视该案，经认真阅卷研究，迅速裁定发回原审法院重审。

本案发回重审后，围绕谁是本案被告，本案经济损失究竟应由谁来承担，争议很大。有的说，联建司是个体经济，应由白培湖一人负责；有的说，这是个人合伙，应由 8 名公司管理人员共同负责；有的说，这是集体性质，执照被吊销，应由主管部门和审批单位负责清理债务；有的甚至说，这是行政部门的事情，干脆驳回起诉，让受害人自找出路。

本案融犯罪、渎职、关系网和经济纠纷为一体，牵扯的国家机关和领导干部比较多，造成的后果严重，社会反响很大。在整个案件的查证审理过程中，受到的干扰很大。农民求助于律师，代理律师一方面在法庭上举证并提供法律依据，协助法庭公正断案；另一方面奔走于省地人大等有关机关间，寻求权力机关的督办帮助；还在县处级领导干部普法培训班组织对该案的讨论，寻求共识，造成舆论声势。

1990 年元月 8 日，地区中院重新组成合议庭，再次公开审理了此案。这次将白培湖个人列为被告，将城建局和工商局列为第三人。1990 年 2 月 23 日，榆中法经审字（1990）第 2 号民事判决书对本案判决如下：（1）原被告于 1985 年签订的建筑工程承包合同无效。（2）废楼的建筑材料价值 96100 元归原告所有，拆迁费用由原告自负。（3）造成大楼报废的直接经济损失 159868.25 元由被告白培湖赔偿 5 万元，第三人城建局赔偿 7 万元，第三人工商局赔偿 3 万元，原告张家畔村委会自负 9868.25 元。一、二审案件受理费 3360 元由被告白培湖承担 1500 元，第三人城建局承担 800 元，第三人工商局承担 560 元。原告张家畔村委会承担 500 元，大楼鉴定费 640 元由原告承担。中院在判决经济纠纷的同时，对有关直接责任人员的处理提出了司法建议。

本案宣判后，第三人城建局、工商局均提起上诉，主要理由是企业在经营管理中发生了问题，应由企业自身承担，不能追究他们的责任，特别是经济赔偿责任。张家畔村委会积极答辩，驳斥了其上诉理由。省高院在审理过程中，做了大量的协调工作，两上诉人申请撤回上诉。1990 年 9 月 24 日，陕高法经字（1990）第 33 号民事裁定书裁定，准予两上诉人撤回上诉。至此，长达 5 年之久的诉讼终于划上句号。

在当时没有颁布《国家赔偿法》和《行政诉讼法》还没有生效实施的特

定历史条件下，一场“民告官”的官司，历经艰辛，虽然结局不完全尽如人意，但国家机关向老百姓承担赔偿责任，“官”向“民”认错，在本地法制发展史上确属罕见。难怪在很长的一段时间内，激起了社会舆论的涟漪，成为人们饭后茶余的普遍话题。

作者简介

杨胜贤（1936.12— ）国家一级律师，现任四川省律师协会理事，江油市律师事务所主任。1960年毕业于西南政法学院法律本科，曾从事政法、财经工作。1981年从事律师工作，擅长经济法律事务，受聘于江油市政府和30多家大中型企业担任法律顾问，为企业转换经营机制深化改革提供高效优质的法律服务，并撰写《我们为企业转换经营机制提供法律服务的几点具体做法》等七篇文章发表交流。1994年被评为绵阳市劳动模范，1995年被评为四川省司法行政系统先进工作者，1996年7月被评为第一届四川省十大律师。单位名称：江油市律师事务所

详细地址：四川江油市东大街160号

邮政编码：621700

联系电话：（0816）3262492 3264557

严格区分合同性质准确适用诉讼管辖 ——百万元技术开发研制经费被顺利索回 杨胜贤

案情简介

承接方：航空航天部第六二四研究所（下称原告）与委托方：G市食品厂（下称被告），经过协商，于1992年1月11日签订了由原告为被告研制“真空薄膜熬糖灌注成型夹心糖果生产线”的技术开发合同一份，并在J市科委办理技术合同登记手续。合同约定内容“按广东肇庆南方糖果厂引进的英国贝克公司CC7型糖果线为样机，由原告在消化吸收基础上研制该糖果生产线”；技术要求：生产能力基本达到或接近引进线标准，生产品种为实心或果酱圆形夹心糖果；合同约定开发研制费总额200万元，分四次付清（合同签署盖章后15天内付40万元，之后三个月内付60万元，调试前再付40万元，交付验收时付清余款60万元）。合同约定的责任：委托方（被告）应按期如数付款，接工艺布置条件图做好生产线安装调试的各项基础工作，为安装调试人员提供工作、生活条件等；承接方（原告）应按期将上述糖果生产线在委托方安装调试成功，交付使用，提供质检合格证，使用维护说明书及保修和免费培训操作人员等。合同约定了履行进度、期限，但未明确约定合同履行地点。合同还就技术成果享有、风险责任承担及违约责任等事项做了具体约定。合同生效后，原告依约对糖果生产线进行了研制、交运和安装调试，并在1993年2月22日向被告办了验收移交手续，有“移交协议”。至此，原告已切实履行了合同约定的义务，但被告只两次向原告给付研制经费100万元，尚余100万元未按合同约定期限给付。原告曾多次催促被告给付，被告每次都以资金紧缺为由，请求原告缓期收回，并愿承担逾期付款利息，被告仅此一招便拖延付款半年。当原告在1993年9月再次以坚决态度要求被告给付100万元余款时，被告便开始反目，声称原告“曾拆走糖果生产线部件致使生产停顿”，要原告赔偿经济损失40万元，如不赔偿，就不结算余款。原告认为这是被告欲长期拖欠巨额研制费的节外生枝，所谓拆走生产

线部件一事，是生产线移交后，被告不按合同履行付款义务，且态度骄横，原告派往被告方的催款人员出于义愤而拆走了生产线上的电脑控制箱，事发后被告当即派员同原告协商，在保证尽快给原告付款的前提下，原告同意于次日将电脑控制箱安装妥善，使生产线及时恢复运行。双方认为此事是在设备检修时发生的并及时处理，不存在停产损失，后互不追究。但事过半年，被告为何又重提此事，并要求原告赔偿根本不存在的 40 万元停产损失呢？照被告的法定代表人 W 的说法是：现在不是我拖欠原告 100 万元研制费的问题，而是原告赔偿我超过 100 万元的经济损失问题，W 意欲何为已不言自明。原告为维护自身合法权益决定委托律师代理走依法解决之路。

律师代理

我接受原告委托后，首先听取了他们对本案更详尽的陈述；其次，还就合同签订、履行过程中所发生的问题做了仔细的提问，问及他们对这一纠纷最关切的问题是什么？他们说最耽心的是在 G 市打这个官司可能要陷入地方保护主义的泥潭，即使能打赢官司还是要输掉钱。为此，我一面告诉委托人解决纠纷进行诉讼都要据实依法行事，不能把诉讼的胜负押在某个问题上；另一方面反复认真研究合同及有关资料，通过全面深入的分析，使我觉得被告及 G 市有关部门对这起合同纠纷的认识和答询有偏颇，我认为原告对这起合同纠纷的诉讼不独 G 市法院才有管辖权，其根据和理由是：

1. 被告及有关部门忽视了合同的性质，产生了对这起合同纠纷诉讼管辖的误导。

被告及有关方面都把这起研制糖果生产线的合同视为购销机器设备，认为该生产线要由原告为被告进行安装调试并验收移交，所以他们便根据最高人民法院〔法经复（1990）11号〕《关于购销合同履行地的特殊约定问题的批复》：“该安装调试验收地即为特殊约定的合同履行地”。因此，他们都认定这一合同的履行地是 G 市，若原告追收百万元巨款就非得在 G 市法院诉讼不可。我认为上述观点是混淆了这起合同的性质，如前案情简介说明这起合同性质显然不是经济合同，而是技术开发合同。由此引起的合同纠纷理应适用技术合同法及其相关的法律规范调整，而不能适用经济合同法调整。1987 年 11 月 1 日起施行的《技术合同法》第 53 条明确规定：“本法实施以后订立的技术合同，不适用经济合同法。”由于合同性质不同，适用法律不同，履行时间、地点等都不尽相同。因此，在技术合同法已经施行 6 年后，被告及 G 市某些部门还将技术合同纠纷案的诉讼管辖答询为按经济合同法办理，不能不是一种误导。

2. 按照合同约定依法确定合同履行地。

如前所述，原被告双方订立的研制糖果生产线技术开发合同是严格按照技术合同法签订的。技术合同法第 15 条 1 款规定“技术合同的条款由当事人约定”，该款第 3 项履行计划、进度、期限、地点和方式就属约定范围，而原、被告所签合同第 4 条就是对履行计划、期限做了约定，但对履行合同的地点未明确约定。为此，应根据 1989 年 2 月 15 日国务院批准国家科委发布的《技术合同法实施条例》第 21 条第 2 款规定：“（三）履行地点不明确的，技术开发合同在研究开发方所在地履行。”显然原告的所在地 J 市已属这起合同的履行地。

3. 准确适用诉讼管辖，及时慎重提起诉讼。

这起技术开发合同履行地的依法确定，消除了原告为行使诉权在诉讼管辖方面的隐忧，坚定了依法维护自身合法权益的信心。为此，原告于 1993 年 11 月 5 日向本单位所在地 J 市法院，以追索技术开发研制经费为案由对被告提起诉讼。

审理结果

法院受理后，及时组成了合议庭，并于 1993 年 11 月 10 日赴 G 市向被告送达应诉文书，同时又通知原告及代理律师同往 G 市做好与被告调解的准备。开始被告拒绝应诉，声称“J 市法院对本案无管辖权，只有在 G 市法院起诉才应诉。”被告还请来了主管部门的领导为其伸腰壮胆，J 市法院审判人员为了缓和双方气氛，一面直接做双方当事人的工作，一面要求双方的诉讼代理人交换意见，于是我便与被告的代理人 A 相互交谈，A 说据他的当事人讲合同是订购糖果生产设备，原告将设备运去被告处安装调试验收移交，按购销合同履行地应是被告方，如果是这样的话，这个案子就不该 J 市法院受理。A 的提问不出我所料，他还没注意到这起合同性质和应适用的法律，我设想最有可能的是 A 没有看见过这份合同文本。于是我问 A 是否看过这份合同，A 说只听被告说过，于是我出示技术开发合同文本给 A 过目，A 看后虽已觉得技术合同与经济合同性质应有区别，但这份技术合同也未明确约定合同的履行地就是原告的住所地。至此，我明白了 A 对这起合同纠纷的诉讼管辖仍有含糊。于是我将前述“按照合同约定依法确定合同履行地”的理由和适用的法律向 A 重述了一遍。思维敏捷的 A 听后，表示赞同我的观点，认为按技术合同 J 市法院也对本案有管辖权，并表示立即向他的当事人做解释工作。与此同时，我进一步就被告长期拖欠原告巨额研制经费的经过事实及应负的法律责 任做了阐明，A 对此较理解，认为欠账终归要还才是。A 在征得被告的同意后主动提出双方进行友好协商解决的途径。在双方当事人及代理人的参加下，本着务实、友好谅解的原则，最终达成了“被告在 1994 年 2 月 28 日前分三次付清原告研制经费 100 万元及利息 2 万元，其他无争议”的协议，为保证协议的履行，最后由 J 市法院制作了（1993）J 法民初字第 1483 号民事调解书，确认双方自愿达成的付款协议“符合法律有关规定”，使这起被无理拖欠达一年的百万元研制经费顺利索回。

作者简介

杨学海 59 岁，生于河北省太行山区一个农民家庭，汉族。1949 年入团，1956 年入党，1962 年毕业于北京大学法律系。当时担任班长，积极响应党的号召，志愿报名到西藏、新疆工作。后被分配到新疆自治区党委组织部。1965 年参加农村社会主义教育运动，担任工作组长。1970 年去五七干校劳动，担任班长、副连长。1975 年分配到新疆国防工办保卫处，曾担任驻厂工作组长。1988 年被评为副编审。同年参加全国律师资格统一考试，以高分取得律师资格。后调入乌鲁木齐市第一律师事务所任专职律师。1992 年被评为二级律师。1996 年 10 月 23 日司法部指定的北京市律师职务高评委全票通过同意评为国家一级律师。1994 年被选为乌鲁木齐市律师协会副会长。1996 年 8 月被评选为乌鲁木齐首届优秀律师第一名。1997 年 3 月被评为新疆自治区优秀律师。曾发表过 20 多篇论文。其中 5 篇被国家级论文集选用刊出。编审了 5 本书。自先提出“单对抗矛盾”概念和“矛盾适合状态”理论。

单位名称：乌鲁木齐第一律师事务所

详细地址：新疆乌鲁木齐市中山路 105 号建银大厦 1110 号

邮政编码：830002

联系电话：(0991) 2629056 2812729

假冒货主、充当原告 一审胜诉案被更正的二审代理 杨学海

乌鲁木齐市天山区人民法院（1995）天经初字第 238 号民事判决书称：经审理查明，1986 年（被告）服务公司从（原告）蓝天公司提走广东产太空服 224 袋，每袋 50 件，每件单价 7.50 元，总计货款 84000 元。1986 年 5—8 月分两批（110 袋和 113 袋）224 袋太空服全部转卖给（第三人）新疆布尔津县农机公司，农机公司收货后出具了收条。农机公司向服务公司付款 6000 元，但服务公司未将此款给付蓝天公司。故蓝天公司诉至本院，要求农机公司立即支付欠款 78000 元及其利息 75348 元和经济损失 5540 元。

该判决书称：“本院认为，服务公司提货后又将此货全部卖给了农机公司，农机公司已付款 6000 元，尚欠 78000 元属实，应及时给付蓝天公司，拖欠不付应承担延期付款的利息……。判决如下：

- 一、农机公司将货款 78000 元给付蓝天公司；
- 二、延期付款的利息 63027.90 元由农机公司偿付给蓝天公司
- 三、诉讼费用 3000 元由农机公司偿付给蓝天公司。”

该判决书送达后，农机公司不服提起上诉。

本律师作为农机公司二审诉讼代理人，经询问当事人和阅卷后，未发现本案的太空服为蓝天公司所有、所经营的任何直接证据，只发现案卷中记载的蓝天公司代理人称该太空服是蓝天公司的以及服务公司法定代表人称该太空服是从蓝天公司买来的笔录。唯一的一个所谓的间接证据就是 1993 年 9 月 10 日以服务公司名义给蓝天公司出具的一个函件：“蓝天公司：我从贵处拿的太空服，我公司转卖给了布尔津县农机公司商店、每件 7.5 元，11200

× 7.5 元 = 84000 元，已给付 6000 元，现尚欠 78000 元，拟定 10 月给付清。”落款为服务公司，并盖有服务公司的公章。

我当时思考，服务公司卖给农机公司是每件 7.5 元，而蓝天公司起诉书中的单价也是每件 7.5 元。如果如此，那么服务公司就是白经手一通，一分钱也不赚。这是不正常的。另一方面，蓝天公司索要贷款，按理应该依据蓝天公司卖给服务公司的价格，为什么本案中蓝天公司的诉讼请求却依据服务公司卖给农机公司的价格，这更是不正常的。还有，被告服务公司和第三人农机公司都不属天山区人民法院管辖，如果是依据合同履行地的话，可是本案又没有任何合同书，也没有关于合同履行地就是在天山区的任何证据。

于是我脑子里出现了这样的疑问：这批太空服到底是不是蓝天公司的？有什么证据可以证明属于蓝天公司？何以证明是在天山区交的货？

我找到农机公司的张经理问：“这批太空服是蓝天公司的吗？是蓝天公司卖给服务公司后，服务公司再卖给你们的吗？”

张经理说：“我们是从服务公司买来的，这没有错。但服务公司是哪里买来的？因当时经办这个事的是我们公司下属商店的人……对了，一个姓陈的伊犁人曾向我们要货款，他说有服务公司委托其要货款的委托书，他曾说太空服是他的，是他卖给服务公司的”。

我问：“有证据吗？”

她说：“没有。”

我问：“一审开庭时怀疑过该批货是蓝天公司卖给服务公司的吗？”

她说：“没有，我们的律师也没有说。”

费了很大的劲，我们终于从 700 公里以外的伊犁哈萨克自治州糖烟酒公司找来了那位姓陈的陈达凯先生。我将本案一审判决交他阅读，他失去了平静，十分气愤：“本来是我们的太空服，怎么成了蓝天公司的？法院怎么这样胡判？”我记下了下述调查笔录：“1986 年，我弟弟他们的公司（即深圳市政商贸公司）经销太空服，经联系，新疆商运修理厂劳动服务公司（即本案的服务公司）看过样品决定要后，我便将 12000 余件太空服（即 239 包）发给了服务公司，双方并签有购销合同。当时约定收货后付款。结果八九年了，至今一分钱也没有付，我要过多次，每次都说是没有钱，不能付款。货卖给了别人，别人不给我们付款，我们怎么能给你们付款？”同时，陈先生还向我出示了有关这批太空服经销的合同书原件、服务公司收到这批太空服后经办人员打的收条原件、深圳公司委托陈经办此项业务的委托书，该批货从广州运往乌鲁木齐的火车大票以及服务公司委托陈先生去布尔津县索要该批太空服货款的函件。事到如今，真相已经大白：蓝天公司假冒该批太空服的货主，充当原告。现在，该是揭穿他们的画皮，该是真正以事实为根据，以法律为准绳裁判的时候了。

经商定，他愿出庭作证，并愿将手中的有关证据交给二审法庭。同时我也表示给农机公司做工作，争取尽快把太空服货款偿付，具体办法由他们双方商定。1995 年 9 月 7 日上午，乌鲁木齐市中级人民法院正式开庭。蓝天公司法律顾问、本案诉讼代理人陈某和崔某仍然坚持说该批太空服是他公司的，是他公司卖给了服务公司。审判长让其提供供货的凭据，蓝天公司诉讼代理人陈某说：“因年代太久了，供货凭据无法提供，但我们公司的流水账可以证明，服务公司的经理张某是认可的，他出具的证据我们已提交给法庭。”

审判长立即宣读这个所谓证据——即那个以服务公司名义，并盖有服务公司公章的证明该批太空服是服务公司从蓝天公司买来的函件。之后，审判长问蓝天公司的诉讼代理人陈某：“这份函件是不是你写的？”

陈某回答：“是我写的。”

服务公司法定代表人张某看到陈达凯出庭作证，一反一审的腔调说：“当时我给他的是一张空白函，是让陈某买啤酒的。”

审判长问：“蓝天公司，既然服务公司拿你们的货，他们自己为什么不写函，而让你写？”

陈某说：“当时张某打了草稿，我抄上后，张某盖的章。”

张某说：“我没有这件事的印象。”

陈达凯一五一十地当庭作证，并将有关证据材料交给法庭。蓝天公司和服务公司未提出任何质疑。

法庭调查结束后，在辩论时我发表了下述代理意见：

本案被上诉人——即本案一审原告人（蓝天公司）根本不具备诉讼主体条件，完全是伪造的“冒牌货”原告。刚才的庭审调查表明，本案所涉及的供销合同的标的物（即太空服）的所有人（即主人）是“深圳市政商贸公司”，并非被上诉人——蓝天公司，这里有供方深圳市政商贸公司与需方新疆乌鲁木齐商运司修理厂劳动服务公司于1986年2月8日所签订的供销合同书，还有当时被上诉人委托的经办人林良荣、孟志刚给供方代理人陈达凯开具的《收据》；此外还有供方代理人提供的火车大票；当然，供方代理人陈达凯当庭作的证更具有不可置疑的证据证明作用。另一方面，冒牌的货主蓝天公司提供不出任何一个有证据作用的证据。蓝天公司的代理人刚才提出的所谓他们单方面做的流水账可以作证以及提出并坚持说只要蓝天公司说货是自己的，服务公司经理也说货是蓝天公司的，那么人民法院就得认定货是蓝天公司的，就要给予法律保护。对此本代理人认为，这是法盲天真的随心所欲，竟还理直气壮地拿到中级人民法院的法庭上来（据说还得到某法院民庭某位法官的支持），真使人感到可悲、可怜、可气。第三方面，作为1986年该批货物的需方，而后再将该货物卖给我方的劳动服务公司经理张某，刚才在法庭上又作证说该批货物“是不是从蓝天公司卖来的我不清楚，因为当时这个事不是我干的，那时我未到劳动服务公司来。”总之，说货主是蓝天公司的证据一个也没有；而说货主是深圳市政商贸公司的证据应有尽有，十分充分确凿，没有任何怀疑，对此，恳请二审法院予以认真考虑。

恳请二审法院对被上诉人伪造证据的行为依法做出处理。本案太空服的货主本是深圳市政商贸公司，然而蓝天公司却要冒天下之大不韪说成是自己的，并且还要异想天开地通过人民法院的判决来达到骗取该批货款的目的，真是胆大妄为。为达此目的，所以不得不伪造证据以欺骗人民法院的法官。其中：新疆起重运输机械劳动服务公司出具的所谓重要证据就是伪造的。

通过刚才的法庭调查，劳动服务公司的经理（法定代表人张某）证明说：“那个证明的文字是蓝天公司的法律顾问（即本案代理人）陈某亲自写的；而上面的劳动服务公司的公章，也不是我张某盖的，而是以前给的空白函，是让其买啤酒的空白函。”根据张某的说法，上述证据就是陈某伪造的。但陈某在法庭上则说：“上述证明的文字确实是自己写的，是根据张某起草的文稿抄了一遍，而公章则是张某盖上去的。”

由此可见，张某和陈某在法庭上的说法似乎很不一致，即一个说是陈一

个人伪造的，另一个说是两人串通伪造的；但实质上都是一致的，即反正都是伪造的。因此本代理人请求二审法院必须依法追究其法律责任，以显示我国法律和我国人民法院的公正和威力。

综上所述，本案真正的货主是深圳市政商贸公司，蓝天公司是冒牌的货主，因此恳请人民法院驳回蓝天公司的诉讼请求，并出具法律文书以追究蓝天公司当事人和劳动服务公司当事人的法律责任，惩处这种利用人民法院的审判手段妄图达到骗取他人巨额财富的罪恶行为。

1995年9月28日乌鲁木齐市中级人民法院开庭宣判了（1995）乌中经终字第276号民事判决书：

“本院认为，本案连环购销关系是在深圳公司、服务公司、农机公司之间发生的，与蓝天公司无关。蓝天公司不能证明其与服务公司之间太空服购销关系的存在，蓝天公司要求给付货款的诉讼请求没有事实依据，本院不予支持。蓝天公司编造其与服务公司发生购销行为的事实，伪造证据，并公然向人民法院提起诉讼，严重侵害了服务公司、农机公司的合法权益，严重扰乱了人民法院的诉讼程序。本院将予以惩处（另行作出处罚决定书）。原审判决认定事实有误，处理错误。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第153条第1款第3项之规定判决如下：

一、撤销乌鲁木齐市天山区人民法院（1995）天经初字第238号民事判决；

二、驳回蓝天公司的诉讼请求。”

随后乌鲁木齐市中级人民法院又宣布了《罚款决定书》和《拘留决定书》：

“对蓝天公司处以20000元罚款，限收到本决定十日内交纳。”

“对陈某拘留15天。”

宣判后，蓝天公司也未向二审法院提交所谓的流水账证据，陈某却提出了复议申请，而后又两次作出书面检查，最后又撤回复议申请。

蓝天公司提出复议申请后，经新疆维吾尔自治区高级人民法院审理，最后作出了复议决定书：

“本院认为，蓝天公司与服务公司之间并无购销关系，服务公司也未将对农机公司享有的债权转移给蓝天公司，蓝天公司法律顾问陈某在原审法院调查时已承认服务公司欠蓝天公司货款的有关欠款证明是其所写，且不能证明是服务公司经理张某与其共同所为。即使可证明张与蓝天公司有共同编造事实伪造证明材料的事实，亦不能免除陈某因该公司伪造证据应予罚款的处罚，故已无对该欠款证明进行司法鉴定的必要。蓝天公司以编造的欠款证明为根据提起诉讼，使原一审法院做出误判，严重妨碍了人民法院的诉讼程序，其责任在蓝天公司。故原二审法院对其处以20000元之罚款并无不当。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第102条第1款第1项之规定，判决如下：驳回复议申请，维持原决定。”

至此本案终结，乌鲁木齐市中级人民法院英明地办理了一件大快人心的案件。我作为本案胜诉方的代理人，自然感到欣慰和自豪，因为我做出了一名律师应有的行为。《乌鲁木齐晚报》、《新疆法制报》等报刊对新疆这次第一次发生的法律顾问亲自伪造证据并冒充原告提起诉讼案件作了新闻报道。此后，陈达凯先生收到了84000元的太空服货款；与一审判决的应付金额相比，我的当事人农机公司少偿付了46%的货款，即少偿付65489.72元。可谓皆大欢喜，可是对于蓝天公司来说，似乎马上就要到手的149489.72

元却出乎意料地不翼而飞，反而自己还得必须交出 2 万元的罚款和白白拿出 1 万多元的诉讼费，特别是自己的法律顾问被拘留 15 天。真可谓“偷鸡不着蚀把米”。然而，这就是法律，这就是法律公正含义的具体体现。此时此刻，也是正派律师人生价值最充分的体现。当然，本案也有美中不足之处，这就是对服务公司的不良行为没有能够同时给予公正裁判。

作者简介

林杰坤（1967.11— ）现任广东省揭阳市律师事务所副主任、三级律师。

1990年7月毕业于汕头大学法律系法学专业，获法学学士学位。同年，取得律师资格。1991年1月起在律师事务所从事专职律师工作至今。六年来，承办过名类案件三百宗，尤擅长办理经济类案件，曾成功代理过揭阳首例企业破产案件，为境外银团贷款出具法律意见书，为企业股份制改造出具意见书等，担任30多家企事业单位常年法律顾问。工作之余，撰写、发表《试论安乐死的合法构成》及《试论我国企业集团的法律地位》等论文。

单位名称：揭阳市律师事务所

详细地址：揭阳市区新兴东路进安街79号二楼

邮政编码：522000

联系电话：（0663）8628664 01382311912

接受“划拨财产”后应负 清偿债务义务的诉讼 林杰坤

案情简介

1994年7月9日，Y市石油化工公司因生意缺乏资金，向Y市c城市信用社合作社借款90万元，借期至1994年10月8日。借期届满后，石化公司仅归还借款利息。本金90万元经与信用社协商，同意转贷，于1994年11月9日双方办理了继续借贷90万元的手续，期限至1995年2月8日。借期届满后，石化公司无力偿还借款本息，信用社遂委托律师起诉。诉前律师查明：石化公司系Y市贸易总公司下属单位，1994年10月，以Y市贸易总公司为核心层企业，以Y市石油化工公司等18家企业为紧密层成员企业，组建“Y市贸易集团公司”，各方成员企业订有“组建Y市贸易集团公司协议书”。“协议书”第四条规定：“紧密成员企业的人、财、物所有权均属于集团公司。”据此，Y市贸易集团公司于1994年12月9日将市石化公司的所有固定资产（房产，价值200万人民币）全部无偿收归集团公司，并办理房产过户手续。但工商登记上仍保留了石化公司的法人地位。根据上述情况，律师认为：Y市贸易集团公司将石油公司的固定资产无偿收归集团公司，导致石化公司无力还清信用社借款90万元，其行为侵害信用社的合法权益，集团公司既要享受石化公司的财产权利，就理应在享受财产价值范围内为石化公司承担清偿债务的义务。因此，将Y市贸易集团公司列为本案第二被告告诉至法院。

Y市中级人民法院经审理认为：Y贸易集团公司既享有石化公司价值200万元固定资产的权利，就应在200万元范围内为石化公司拖欠信用社的90万元借款本息承担连带清偿责任。Y市贸易集团公司不服提出上诉，其理由是：（1）Y市贸易集团公司将石化公司的财产收归集团公司是行政行为而非民事行为，因此不宜在本案中合并审理；（2）市石化公司具有法人地位，依

法债权债务应自负；(3)石化公司的固定资产是原Y市贸易总公司划拨，无偿取得的，因此集团公司将其无偿收回合理；(4)市贸易总公司划拨固定资产给石化公司时曾收取石化公司200万元，系属借款而非房屋转让价款，而发生在市贸易总公司与石化公司之间的借款关系与本案无关。根据上述理由，集团公司要求广东省高级人民法院判决驳回原判对其责任部分的判决。

二审法院审理认为：Y市贸易集团公司将石化公司价值200万元的固定资产产权无偿收归集团公司所有，其行为侵害了信用社的合法权益，集团公司的上诉缺乏事实及法律依据，原判认定事实清楚，适用法律正确。据此，判决驳回上诉。维持原判。

以下是信用社代理律师林杰坤在二审发表的代理词：

代理词

审判庭：

我是被上诉人C城市信用社的代理人。我认为，原审判决认定事实清楚，适用法律准确，上诉人上诉请求缺乏事实依据及法律依据。其上诉理由我们在答辩中已做了辩驳，这里不再重复。现我针对上诉人的上诉及上诉人为什么必须对Y市石油化工公司拖欠C信用社的借款承担共同清偿责任的问题补充陈述以下代理意见，供审判庭合议时予以考虑、采纳。

代理人认为：Y市石油化工公司虽在名义上具有法人资格，但其系上诉人Y市贸易集团公司的紧密层成员企业，其人、财、物所有权均属于上诉人。这种人事、资产上的合并关系必然使上诉人与市石化公司之间形成一种法律上的权利义务。基于这种权利义务关系，上诉人应对市石化公司的债务承担一定的共同清偿责任。理由是：

一、上诉人与Y市石油化工公司不存在行政上的隶属关系

首先，市石油化工公司行政上的主管部门是Y市贸易总公司而不是上诉人，这有市石化公司的工商登记材料为据（证据1）。其次，上诉人组建后，市石化公司的主管部门仍没有改变，这有Y市人民政府揭府函（1994）64号文《关于同意组建Y市贸易集团公司的批复》为据（证据2），该批复载明：集团公司组建后，各成员企业的隶属关系不变。上述两点说明，上诉人与市石化公司不存在行政法律关系。因此，有关主管部门（开办单位）对下属单位的法律责任方面的规范性规定不适应本案。

二、根据“组建Y南贸易集团公司协议书”的规定（证据3），市石化公司与上诉人属于集团公司与成员企业之间的关系，南石化公司系上诉人的紧密层成员企业。这种依协议而形成的隶属关系属于民事法律关系

首先，从“组建协议”的性质看，是各平等主体之间在自愿协商的基础上订立的协议书，属经济合同。其次，根据《国家体改委、国家经委关于组建和发展企业集团的几点意见》（证据4）第四条规定，企业集团不得兼有政府的行政职能。由此可见，上诉人与市石化公司这种集团公司与紧密层成员企业之间的关系属于民事法律关系而非行政法律关系。

三、市石化公司属于上诉人的紧密成员企业

这种紧密层的内涵依据“组建协议”第四条规定是：市石化公司的人、财、物所有权均属上诉人。具体的体现是，上诉人据此于1994年底将属于石

化公司所有的固定资产，包括位于Y市区新兴东路口贸总大楼底层三间铺面72.01平方米，第五层办公场所110.92平方米和位于Y市区新兴东路尾，面积1196.37平方米的厂房无偿收归集团公司，并办理了房产过户手续（证据5—9）。

这里需要向法庭陈述说明以下几点事实：

其一，市石化公司上述三处房产所有权的来源与上诉人无关。上诉人在上诉中讲述三处房产原属上诉人前身贸易总公司所有，这个说法是不符合事实的，同时也违背法律。因为，Y市贸易总公司与上诉人是不同的两家企业，贸易总公司只是上诉人的核心层企业，并不等于上诉人的“前身”。况且，市石化公司1993年2月取得上述房产所有权时，上诉人还根本没有成立（证据10），因此，怎么可能这三处房产属于上诉人所有呢？显然，上诉人的上诉是不符合事实的。

其二，市石化公司取得上述三处房产的所有权是有偿的。1993年2月，Y市贸易总公司将上述三处房产以“划拨”名义过户给市石化公司。同月，市石化公司通过原Y县工商联城市信用合作社（现更名为Y市C城市信用合作社）及原Y县M城市信用合作社（现更名为Y市M城市信用合作社）转账200万元人民币给市贸易总公司（证据11—12），在转账用途上明确载明系“划拨房款”。因此，这种“划拨”实际上是有偿转让，属于一种民事法律行为。因此，上诉人在上诉状中讲所谓房产系“无偿划拨”一说是符合事实的。

其三，上诉人称石化公司转账给市贸易总公司的二百万是借款根本不符合事实。

1. 1993年2月25、26日二张转账支票明确载明系“划拨房款”，白纸黑字，怎能说成是“借款”？

2. 市石化公司1994年12月20日的审计报告（证据13）并没有应收市贸易总公司200万元借款的审计记录，证明该借款不存在。

3. 在原审开庭过程中，作为上诉人所称的债权人的市石化公司从没有提到过“借款”一说，在上述房产的转让问题上，其向原审法院提交了“划拨房款”的转账凭证。

4. 退一步讲，即使有借款的事实存在，也与上诉人无关，它只能证明市石化公司在市贸易总公司还有200万元的债权。审判庭：

根据上述事实理由，代理人认为：

1. 本案中根本不存在上诉人所称的两种不同性质的法律关系，即民事法律关系与行政法律关系的问题。不管是石化公司与市贸易总公司的房产转让关系，还是上诉人与石化公司的隶属关系，都是民事法律关系。因此，上诉人与市石化公司具备共同承担民事责任的前提。

2. 市石化公司的人、财、物所有权均属于上诉人，这种关系必然使上诉人与市石化公司之间形成一种法律上的权利义务关系。本来依照法律规定，一家企业的人、财、物所有权均属于另一家企业，那么，在法律上就产生了合并的法律后果，被兼并企业的债权债务也就应该随之由享有权利的企业来承担。但是，上诉人在具体运作上，一方面享有石化公司的人、财、物所有权，另一方面仍保留石化公司的法人资格，这是不符合法律规定的。因为，一家企业的人、财、物所有权均统属于另一家企业，那么这家企业的法人资格就已名存实亡了，在法律上应该注销。但上诉人没有这样做，其目的很明

显：回避法律、逃避债务。这种只要权利、不要义务的行为不仅违背了我国法律的规定，而且侵害了债权人的合法权益。为了更清楚地说明这个问题，下面让我们来看一看石化公司的审计情况：

Y市审计师事务所1994年12月20日对市石化公司截至1994年底9月30日止的损益及资产负债情况的审计报告（证据13）表明：截至1994年9月30日止，市石化公司的亏损总额达3808158.09元，负债额达25695450.18元。而1994年底，上诉人为确立其在属下企业的中心地位将石化公司的固定资产——对外承担民事责任的物质保障全部无偿收归集团公司。之后，却以石化公司具有法人资格而拒绝承担相应的民事责任。无疑，上诉人拒绝承担民事责任是一种致债权人合法权益于不顾的违法行为。

3. 上诉人以法人资格问题为借口拒绝承担责任，但其上诉理由却自相矛盾。

按照上诉人的逻辑，成员企业具有法人资格，其债务就应由其独立承担，与集团公司无关。但是，上诉人对待Y市贸易总公司的债权债务却视为自身的债权债务，甚至将贸易总公司视为其“前身”。而事实上，市贸易总公司作为上诉人的核心层，其法人资格却仍是保留的。为什么贸易总公司具有法人资格而上诉人还将其债权债务视为自身的债权债务？因为市贸易总公司作为上诉人的核心层，其人、财、物所有权均属于上诉人，理所当然，上诉人应为其承担民事责任。同理上诉人也应承担市石化公司的民事责任。

4. 根据1987年12月16日《国家体改委、国家经委关于组建和发展企业集团的几点意见》中企业集团的内部管理这一节第13条：“企业集团要正确处理国家、地方、部门、成员企业之间的利益分配关系，照顾到各方面的利益，做到利益均沾、风险共担。集团成员企业之间的经济往来，要遵循平等、互利有偿的原则，不要搞无偿转让，更不允许损害国家利益。”上诉人以集团公司的地位享有了市石化公司的固定财产权，利益是沾了，但风险上诉人却不愿意承担。此外，按上述规定，集团成员之间不允许搞无偿转让，上诉人却搞了。那么，上诉人不承担责任就是违反法律、政策的规定。

5. 如果上诉人在本案中不承担民事责任，将给今后司法审判实践带来一个消极的示范案例，同时也不利于保护债权人的合法权益。

因此，综合上述理由，代理人认为，原审判决认定事实清楚、适用法律正确。上诉人的上诉没有事实依据和法律依据，请二审法院依法维持原判，驳回上诉人的上诉。

上述代理意见，请二审法院考虑并予采纳。谢谢！

作者简介

周应青（1966.1— ）出生于江苏阜宁。1990年至1992年参加全国高等教育法律专业自学考试，经南京大学主考，取得大学专科毕业证。1993年10月被司法部律师资格审查委员会授予律师资格。1994年5月起在盐城正义律师事务所从事律师工作，曾先后办理重大经济、行政案件数十起，为当事人追索债权和挽回经济损失达200余万元。对经济法和行政法有一定的学习和研究，擅长办理经济和行政案件，为人刚正。1995年被评为盐城市“十佳法律工作者”。

单位名称：盐城正义律师事务所
详细地址：江苏阜宁县人民政府院内
邮政编码：224400
联系电话：（0515）7211295

一起列“无独立请求权的第三人” 不当案的诉讼代理 周应青

1995年元月初，江苏省盐城市某县人民法院基层法庭受理了该县塑料厂诉崔某代销合同货款纠纷一案。在提交答辩状期间，被告崔某提出书面答辩理由：其已在1994年底委托本厂业务员朱某从云南业务单位将贷款汇至原告账户，归还了所欠代销风筒布款。法庭根据崔某的答辩理由，通知朱某作为无独立请求权的第三人参加诉讼。

朱某接法庭通知后，认为此案与己无关，便前来咨询。经朱某陈述得知：崔某身兼两职，一方面是原告塑料厂在某地所设代销点的负责人；另一方面又是矿山设备厂（以下称设备厂）的法定代表人。设备厂是村办集体所有制企业，崔某为塑料厂代销风筒布是个人负责，个人从中获取报酬，与设备厂无关。朱某是设备厂的业务员，1994年底因设备厂欠朱某2万余元的业务费，无款支付。崔某便以设备厂法定代表人的身份，授权朱某去云南某业务单位追索货款，并口头约定如追到欠款约2.2万元，即抵偿所欠朱某的业务费。临行前，崔某还将设备厂盖好公章的空白介绍信和授权委托书各一份交予朱某，让朱某去云南追取货款时自填备用。因朱某在此之前尚欠塑料厂在五里所设代销点的风筒布款1.8万元，所以，朱某从云南业务单位追取货款后，汇至塑料厂五里代销点的账户，以偿还其所欠布款。

朱某的陈述是否属实，尚无证据证实。于是，在办理诉讼代理委托手续之前，我与朱某办了单项非诉讼法律事务委托手续。即先对朱某陈述的有关事实进行调查取证，如查证属实，再办理诉讼代理手续。办了非诉讼事务委托手续后，我即开展了调查取证工作。首先到工商行政管理部门，查证设备厂属集体所有制企业法人，而非崔某个体经营或个人承包经营，同时还查证设备厂无经销风筒布的经营权。然后赴五里代销点，查证朱某确实去云南追款之前，欠该代销点1.8万元的风筒布款。不久，朱某又提供了设备厂欠其业务费的结、结账凭据。取得上述证据后，我接受了朱某的委托，担任其诉讼代理人。开庭前，我通过阅卷，又查得崔某系个人与塑料厂订立了代销

合同，其代销风筒布的行为与设备厂无关。

1995年2月13日，法庭对本案公开开庭审理。在法庭调查阶段，我提供了庭前调查收集的工商行政管理部门出具的证明文书、五里代销点负责人出具的书面证言及设备厂欠朱某业务费的结账凭据。上述证据，经当庭质证无异。

法庭辩论时，我基于法庭调查时查证的事实，依据当时公布不久的最高人民法院（法发 1994 29号）《关于在经济审判工作中严格执行 中华人民共和国民事诉讼法 的若干规定》第9条之规定，提出代理意见：

要公正审理本案，应理顺下列几种不同的法律关系

第一，本案原告塑料厂与被告崔某之间的代销合同关系；第二，由崔某个人负责的代销点与设备厂之间的关系；第三，朱某与设备厂之间的关系及朱某与五里代销点之间业已形成的购销合同关系。原告塑料厂的诉讼请求是要求被告崔某清偿所欠代销的风筒布款。原告主张的这一权利，正是基于塑料厂与崔某之间的代销合同关系产生的，离开了这一代销合同关系，原告的主张就不能成立。所以，只有第一种关系才是本案要予以确认和处理的讼争法律关系，而其他关系均与本案无关。

不能将崔某与设备厂混为一谈

设备厂是集体所有制企业法人，崔某虽是设备厂的法定代表人，但其代销风筒布的行为是个人行为，而非代表设备厂行使法定代表人职权的职务行为。所以，由个人代销行为产生的债务，应由崔某个人负责清偿，而不应转嫁由其代表的另一独立民事主体设备厂承担。

朱某从云南追取的货款是设备厂的货款，而不是属于崔某个人所有的货款

朱某的追取贷款行为与原告塑料厂及由崔某个人负责的代销点均不产生权利义务关系。而仅与设备厂产生一定的法律关系，但这是案外之事，与本案无关。

综上所述，朱某不仅与塑料厂和崔某均不形成权利义务关系，而且与本案的处理结果也构不成法律上的利害关系。即本案原、被告之间发生争议的法律关系——代销合同关系，与朱某收取设备厂的货款而与设备厂发生的法律关系之间无直接牵连。所以，朱某不应为本案无独立请求权的第三人。

时隔两周，该院在本案经院长提交审判委员会讨论决定后做出判决：（1）由被告崔某对原告塑料厂负清偿货款之责；（2）第三人朱某对原告和被告均不负偿还义务。一审判决后，原、被告当事人在法定上诉期间均未提起上诉。

后记：在我办理的经济纠纷案件中，本案并算不上重大或复杂、疑难。我之所以选择本案例，原因有二：一是借本案说明律师庭前调查取证工作的重要性。二是针对当前审判机关中存在的审判人员不重视律师的正确意见、甚至蔑视律师的现象。

作者简介

范明亮 41 岁，汉族，大专文化，中共党员。1986 年经全国律师资格统考取得律师资格，系河南商丘龙华律师事务所二级律师。

从事律师工作 10 年来，独立承办各类案件 1000 起，为企事业单位挽回经济损失 8000 多万元。深受当事人的信赖、好评。把办案中的经验，体会，认识甚至争议，上到理论高度，先后在《河南法制报》上发表《此案保证人不应承担连带责任》、《此案被告的主管机关应列为当事人》；《法制世界》杂志上发表《信贷合同中保证人不承担责任的几种情况》。与他人合著《社会主义市场经济法律读本》专著出版发行。

工作中也曾多次被评为先进工作者，商丘地直机关优秀党员、商丘地区办案能手、河南省先进工作者、河南省优秀律师等。1996 年被河南省司法行政系统评为优秀律师。

单位名称：河南省商丘龙华律师事务所
详细地址：河南省商丘市归德南路 152 号
邮政编码：476000

此案上诉人的保证责任应予解除

范明亮

A 保险公司信贷担保纠纷一案，1994 年 9 月诉到法院，1996 年 11 月审结。历时二年二个月，历经两级法院四次审理，终于审结。我作为 A 保险公司一方特别授权代理人，对该案进行了四次独自代理。通过调查取证和法庭查证，解除上诉人 A 保险公司保证责任事实存在，证据充足，法律规定明确，理应依法解除。

1990 年 6 月 16 日 B 民政福利企业公司工艺制品厂（下称 B 工艺制品厂），由 A 保险公司出具了空白担保书，在 C 中国银行某支行（下称 C 中行）贷款 20 万元。该借款合同规定借款期限：“本贷款自 1990 年 6 月 16 日至 1990 年 12 月 16 日止还清贷款本息。”借据上注明：“偿还日期 1990 年 12 月 16 日，贷款利率月 9.24%，贷款账号 017361031508。”借贷双方又把空白担保书填上借款期限一年。1990 年 12 月 16 日借款到期，借款人无力归还贷款，借贷双方于 1990 年 12 月 17 日达成延期还款协议，将原借款单位 B 工艺制品厂更换为 D 绚丽图像厂；将还款期限延长 6 个月至 1991 年 6 月 17 日，贷款利率由月 9.24% 降低为月 8.64%；贷款账号由 017361031508 变更为 017403503123。借贷双方这一变更行为：一是没有告知担保人，更没经担保人同意；二是变更了借款单位，即由 B 工艺制品厂变更为 D 绚丽图像厂；三是变更了借款内容，如延长了还款期限、降低借款利率等。但 C 中行却辩解为：一是变更还款期限至 1991 年 6 月 17 日，仍在担保书借款一年的期限内；二是 B 工艺制品厂和 D 绚丽图像厂是一个单位（再审法院认定一个单位两个牌子）。对此，本代理人认为：C 中行却忽视了主合同与从合同的关系。合同法原理规定：根据两个合同相互间的关系，可将合同分为主合同与从合同。主合同指不赖他合同的存在而能独立存在的合同。从合同是以主合同的有效存在为前提的合同。具体本案借款合同（被担保合同）为主合同，担保

合同为从合同，担保所产生的法律关系与被担保的合同是依存关系。即从合同依赖于主合同的存在而存在，没有主合同就没有从合同。在主合同与从合同就同一内容不一致时，应依主合同的规定为准。事实上借贷双方也是在 20 万元借款 6 个月期满后的第二天将还款期限延长至 1991 年 6 月 17 日的。因此，C 中行所谓变更还款期限仍在担保书借款期限一年之内之说，其理由不能成立。

再者，工艺制品厂是由 B 市工商行政管理局进行工商登记，隶属 B 民政福利企业公司领导，并由该公司注入资金开办。而 D 绚丽图像厂是由 B 地区工商行政管理局进行工商登记，两个企业虽然法定代表人都为一人，但它们是两个相互独立的企业法人单位。任何把二者认定为一个企业两个牌子的观点都是有违事实的。但 C 中行在借款人 B 工艺制品厂借款到期无力归还的情况下，未经担保人同意擅自更换借款单位，将债务转移他人，并延长还款期限，降低借款利率。再审法院判决中却引用最高人民法院法发（1994）8 号《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第 12 条：“债权人与被保证人未经保证人同意，变更主合同履行期限的，如保证合同中约定有保证责任期限，保证人仍在原保证责任期限内承担保证责任；如保证合同中未约定保证责任期限，保证人仍在被保证人原承担责任的期限内承担保证责任”去调整借贷双方 1990 年所发生的借、贷变更行为，判决原担保人“A 保险公司仍在原保证责任期限内承担保证责任”，显属适用法律错误。

第一，该案未经担保人同意，不仅仅变更了还款期限、账号，降低借款利率等。而且变更了借款单位，将债务转移他人，此案不适用该司法解释第 12 条。

第二，该变更行为发生在 1990 年 12 月，只能适用行为发生时的法律、法规、司法解释，而不应适用变更行为发生三年后，最高人民法院 1994 年《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》去调整 1990 年发生的变更行为。对此，最高人民法院 1995 年 8 月 30 日《关于认真学习、贯彻票据法、担保法的通知》第 3 条规定：“对在《票据法》、《担保法》施行前发生的票据纠纷案件、担保纠纷案件诉至法院的，适用当时的有关规定。”学理解释 1996 年《人民司法》第二期对此进一步明确指出：“人民法院审理时应当适用行为发生时的有关法律、法规规定。”由此可见，再审法院审理 A 保险公司 1990 年 6 月 16 日为借款人 B 工艺制品厂信贷、担保纠纷一案，适用最高人民法院 1994 年《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第 12 条，去调整其变更行为，属适用法律不当。

第三，最高人民法院《关于认真学习、贯彻票据法、担保法的通知》第 4 条规定：“《票据法》、《担保法》施行后，最高人民法院在两部法律颁布前作出的有关票据、担保问题的司法解释，凡与《票据法》、《担保法》抵触的，除本通知第三条所述情况（即适用行为发生时的法律、法规。笔者注）外，不再适用。”那么，再审法院判决引用的最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第 12 条，是否与《担保法》相抵触呢？该司法解释第 12 条规定：“债权人与被保证人未经保证人同意，变更主合同履行期限的，如保证合同中约定有保证责任期限，保证人仍在原保证责任期限内承担保证责任。”如保证合同未约定保证责任期限，保证人仍在被保证人原承担责任的期限内承担保证责任。从该司法解释第 12 条规定看出：只要保证人对被保证人实施了担保行为，不论债权人与被保证人如何

变更主合同履行期限，不论担保人知道与否，不论担保合同有无担保期限规定，担保人对债权人与被保证人变更主合同履行期限的行为，都将继续承担保证责任。它显然与《担保法》第 24 条“债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任”的法条相抵触，该司法解释第 12 条应不再适用。那么，具体本案：借贷双方 1990 年 12 月 17 日未经担保人同意擅自更换借款单位、延长还款期限、降低借款利率等这一变更行为，处理此案适用何时法律，即是适用变更行为发生时的法律、法规、司法解释，还是适用变更行为发生三年后的法律、法规、司法解释，将是本案的关键，它直接关系到担保人的保证责任能否解除的问题。根据最高人民法院《关于认真学习、贯彻票据法、担保法的通知》第 3 条规定：“对在《票据法》，《担保法》施行前发生的票据纠纷案件，担保纠纷案件诉至法院的，适用当时的有关规定。”据此，处理此案只能适用变更行为发生时的有关规定。

最高人民法院法（经）复（1988）4 号《关于借款合同双方当事人未经保证人同意达成延期还款协议后保证人是否继续承担担保责任的批复》中规定：“在保证合同中，保证人只应对经他同意，签字（盖章）的保证内容承担担保责任。……但借贷双方在合同履行中，不通知担保人，亦未征得担保人同意，于同年 4 月下旬达成书面协议，将还款日期延长一个月，这一变更，应视为成立了新的法律关系，解除了原来的担保合同。”保证人不再继续承担保证责任。

其次，最高人民法院 1991 年 7 月 2 日《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第 16 条规定：“借期届满，债务人未偿还欠款，借、贷双方未征求保证人同意，而重新对偿还期限或利率达成协议的，保证人不再承担保证责任。”据此，上诉人 A 保险公司的保证责任应予解释。

再次，A 保险公司 1990 年 6 月 16 日为 B 工艺制品厂借款担保，到 1990 年 12 月 16 日该借款到期，借款单位无力归还借款，C 中行并没向担保人主张权利。而是和借款单位一起，在未经担保人同意的情况下，与借款单位协商一致，达成延期还款，更换新的借款单位，降低借款利率的协议。结果，变更后的借款单位仍无力清偿借款。C 中行于 1994 年 9 月对变更后的借款单位 D 绚丽图像厂和对 B 工艺制品厂的借款担保人 A 保险公司列为共同被告提起诉讼。但 C 中行从 1990 年 6 月 16 日同意 A 保险公司为 B 工艺制品厂借款担保，到 1994 年 9 月起诉 A 保险公司，这四年多的时间里，C 中行从没向担保人主张过权利。《民法通则》第 135 条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，”据此，C 中行对 A 保险公司的起诉已超过诉讼时效，其行为不受法律保护。

总之，再审法院判决中把原借款单位 B 工艺制品厂与变更后借款单位 D 绚丽图像厂两个相互独立的企业法人硬认定为“一个企业两个牌子”，实属认定事实错误。针对借贷双方，1990 年 12 月 17 日未经担保人同意，变更借款单位、延长还款时间、降低借款利率等这一变更行为，处理此案最高人民法院当时就有规定而不适用，却适用变更行为发生三年后，最高人民法院 1994 年 4 月 15 日《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第 12 条，去调整借贷双方 1990 年所发生的变更行为，并于 1996 年 5 月 6 日判决“担保人 A 保险公司仍在原保证责任期限内承担保证责任。”这显然违背了最高人民法院 1995 年 8 月 30 日《关于认真学习、贯彻票据法、担保

法的通知》第3条：“对在《票据法》、《担保法》施行前发生的票据纠纷案件。担保纠纷案件诉至法院的，适用当时的有关规定。”实属适用法律错误。上诉人A保险公司特要求上诉审法院依法撤销原判，改判解除A保险公司的保证责任。

上诉审法院对A保险公司的上诉意见及本代理人的代理意见，结合本案案情进行了认真审理。认为：“被上诉人C中行与B工艺制品厂，D绚丽图像厂和A保险公司签订的借款合同，展期协议和保证均属有效。借期届满后，B工艺制品厂未偿还欠款，C中行不通知担保人A保险公司，亦未征得担保人同意，将借款人C工艺制品厂变更为D绚丽图像厂，并降低借款利率，且向D绚丽图像厂发出了逾期贷款催收通知书。D绚丽图像厂实际偿还了部分借款，故A保险公司不再承担保证责任。原判认定事实清楚，证据较为充分，但适用法律错误，责任划分不当。依照最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第16条第2款……判决如下：……A保险公司不负保证责任。

此案经过一审、二审、再审、上诉审法院审理，我作为A保险公司特别授权代理人，对该案进行了四次代理。根据借、贷双方在借款到期后来经担保人同意，达成延期还款、变更借款单位、降低借款利率等变更行为，依照最高人民法院有关解除担保的司法解释，提出了解除A保险公司保证责任的代理意见。尽管该案比较曲折，时间长达二年多，但终使A保险公司的保证责任得以解除，从而避免了担保人承受重大经济损失。此案的代理成功，卓有成效地维护了委托方的合法权益，赢得了委托方信赖、好评。

作者简介

张友三（1939.11— ）湖北天门市人，高中文化，共产党员，仙桃市第一律师事务所律师。

1955年参加工作，先后在县委、县政府、县（市）政协工作。自1966年担任县民政局副局长起，即从事领导工作。1980年起担任县（市）市法局副局长兼县（市）法律顾问处主任。1985年授予律师资格，1979年5月后首次担任杜水清抢劫杀人案被告的辩护人，自此步入律师行列至今。

1980、1984年分别被选为湖北省律师协会一、二届理事会理事；沔阳县政协二、三、四、五届政协委员、仙桃市政协一、二届政协委员。1992年参加《中国国情大事典》编委会为编委。先后获得先进工作者，优秀共产党员，省干部理论学习先进个人等光荣称号。1992年11月中国社会经济研究中心授予副研究员职务。1996年4月湖光省公证律师专业高级职务评审委员会授予三级律师职务。单位名称：湖光省仙桃市司法局

详细地址：湖北省仙桃市勉阳大道二路一号

邮政编码：433000

联系电话：（0728）3223978 3228973

不真实的意思表示签定的合同 ——以虚设标的合同应该怎么下判 张友三

案情简介

1993年2月28日，花木公司与天志公司签订了一份购销粮食意向书，双方约定，由天志公司向花木公司提供早稻1000吨，单价每吨390元。同年3月，花木公司与油脂公司签订了购销早稻谷合同。合同约定，由花木公司向油脂公司提供早稻谷450吨，单价每吨530元，货款总额为240300元。其间双方当事人八一大桥粮站看货取样，现场验收质量，小样对大样，交货地点在供方仓库，结算方式为油脂公司提交全额货款给付花木公司，其中现金不少于50%，先付款后提货。合同还规定：油脂公司需付定金30%，计款72090元。供方收到需方定金后合同生效。合同签订后，花木公司同年3月5日、6日分两次共收到油脂公司付款92000元（除应付定金外，下余19900元为购货款）。同年3月9日，油脂公司到八一大桥粮站提货时，发现八一大桥粮站的粮食属国家专储粮，其销售必须有上级粮食部门的批示，八一大桥粮站因未接到上级主管部门的有关指示，故拒绝发货，致使油脂公司提货扑空。当日，花木公司与天志公司签订了正式的购销稻谷合同，合同规定，由天志公司供给花木公司早稻谷480吨，单价每吨420元。花木公司预付定金40%，计款80640元。根据合同，花木公司给天志公司已付款85000元（除应付定金外，下余4360元为购货款）。同年3月13日，油脂公司再次前往提货，仍然遭到八一大桥粮站站长的拒绝。于是，花木公司、天志公司要求改在九真粮站管理所柳河粮站发货，通过反复做工作，油脂公司经办人才勉强在柳河粮站提走了早稻谷57.4吨。此时，经三方协商，下次（3月21日）

供货由油脂公司付清全部货款，供方保证一定提供八一大桥粮站的粮食。同年3月18日，花木公司经办人因故离岗，又办理特别委托由天志公司直接向油脂公司发货，货款按每吨420元由需方直接划入天志公司账户。3月20日，油脂公司电告天志公司“迟延下周（即3月23日）提款下货”。3月23日，油脂公司经办人带10万元汇票到天门后，坚持提供八一大桥粮站的货。然而，天志公司却说只能发柳河粮站的货，油脂公司再次提货未成。4月3日，油脂公司和花木公司双方的经办人经过反复协商，最后达成一致协议：决定退款。后因天志公司未退款给花木公司，花木公司也未退款油脂公司，故退款无果，遂酿成纠纷。

案例分析

此案在法院审理过程中，出现了两种分歧意见：

一种意见认为：此购销合同应为有效合同，理由如下：（1）依《经济合同法》第6条规定：“经济合同依法成立，即具有法律约束力，当事人必须全面履行合同规定的义务，任何一方不得擅自变更或解除合同。”本案中，油脂公司与花木公司三次看货取样是天门市八一大桥粮站早稻谷，是以书面合同形式签定的，合同效力应该成立。另一种意见认为：国务院发布的《农副产品购销合同条例》中的第17条第1款规定供方违反合同的责任，因对方在交售的农副产品中掺杂使假，以次充好，需方有权拒绝接收，供方同时应向需方偿付该批货款。同时按本条例第18条需方违反合同的责任是第5项规定“未按合同规定期限付款的，应按中国人民银行有关延期付款的规定向供方偿付延期付款的违约金”。按此规定可以看出，掺杂使假，以次充好交付的农副产品并没有明文规定应认定此类合同无效，其解决办法是需方拒收，供方应偿付需方一定比例的违约金。因而，此案亦可以不认定为无效经济合同。因此两种意见相持，各执其理，互不相让。

那么，如何确定此购销合同的效力呢？

第一，油脂公司以开仓取样时，先后连续三次取的早稻谷样品均是天门市八一大桥粮站的样品，而且经过粮油质量监督检验黄粒米1.8%，而实际上在执行合同时，硬将天门市九真柳河粮站的早稻谷销给需方，且黄粒米经检验超过3.8%，且有杂质多，水分高的残疵质量问题，这样不难看出花木公司与天志公司采取了某种欺骗手段。并且，在油脂公司看样并检验后，明确告知花木公司及天志公司下次提货非八一大桥粮站早稻谷而拒绝提货，并不得掺杂，必须符合国家规定的质量标准。然则，花木公司又串通天志公司出面，表示一定提供八一大桥的早稻谷，结果几次前去提货，都被该仓库主任拒绝，并声明：这是国库粮，没有上一级粮食主管部门的批文，任何人都不得开仓提货。这些都表明花木公司与天志公司的行为属于弄虚作假、隐瞒真相的欺诈行为并且情节恶劣。《民法通则》第58条第3项规定：“一方以欺诈，胁迫或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为行为应确定无效的民事行为。”合同是双方的法律行为，适用此项规定，故应按此规定执行，油脂公司与花木公司之间的购销合同应属无效合同。

第二，即花木公司与天志公司签订合同名为担保履行合同是否有效的问题。

本案的关键是连环合同是否有效的问题。依本案而论，天志公司是以保

证人承担履行第一合同的身份出现做保证人的。对此是否应该承担民事责任呢？在此案二审中，就被保证的合同的效力问题，保证人是否存在责任问题也产生了两种分歧意见。

一种意见认为：天志公司不负连带赔偿责任，理由是：（1）保证合同是从合同，其效力从属主合同，主合同被确认无效后，从合同自然无效，保证人当然不负赔偿的责任；（2）《民法通则》第89条第1项规定：“保证人向债权人保证债务人履行债务，债务人不履行债务的，按照约定由保证人履行或者承担连带责任；保证人履行债务后，有权向债务人追偿。”这里应该强调的是在签订担保合同时，特别强调了“由于供方经办人因故离岗，此项业务特委托天志公司办理”，同时还强调了“关于货款按每吨420元，由需方直接划入天志公司账户”等文字约定，据此，天志公司应依法承担保证责任。同时也符合司法解释的精神，最高人民法院（经）复（1987）5号批复指出：“在担任的经济合同被确认无效后，若被保证人应当返还财产而不能返还或者应当赔偿损失而不能赔偿时，除有特殊的约定外，保证人应当承担连带责任。”这里明确把“特殊约定”排除在保证人承担连带责任之外，而本案中，合同担保条款约定此项业务由天志公司办理，然而天志公司因系国务院明令禁止的无自有资金、无场地、无设备的“空壳”公司，根本无法按照合同规定按时提供早稻谷货源，纯系几个职工“下海经商”打“空手道”的企业，因此，应该依法承担担保责任。因此，对本案一、二审法院判决油脂公司全部败诉是有悖我国法律及有关规范性文件的规定的。最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》第122项规定：“被担保的经济合同确认无效后，如果被保证人应当返还财产或者赔偿损失的，保证人有过错的，应当承担民事责任”。保证人是担保合同履行的关系人，被保证人提供担保人，债权人要求债务人提供保证人目的是为了能使合同按约定的内容（即标的）更好地履行。对债权人来说，有了保证人，其对合同的履行及不履行造成自己损失的弥补信心大大增强了；对保证人来讲，自然应对被保证人的情况以及被保证的主合同内容充分了解。那种认为主合同确认无效后，保证合同作为从合同也就无效，从而保证人就不负任何责任的观点是欠妥当的。主合同无效，从合同也无效，因此，在这两个合同被确认无效之后，要处理无效合同的责任。在本案中，一、二审法院并非如此，非但没有判今天志公司所负合同义务，而是要求债权人承担损失。那种认为从合同随主合同无效随之无效，就不能让保证人承担任何责任的观点，混淆了两种不同性质和责任，即有效保证责任和无效合同的责任。

第二种意见认为：应把主合同和定金区分开来。本案中的主合同是早稻谷购销合同，从合同文本中确有定金之约，根据民法理论，主合同无效或者不能成立，则从合同自然无效。本案涉及到定金这种合同的担保形式。从我国《民法通则》和《经济合同法》的规定看，定金是合同当事人一方预先支付给另一方的一笔金钱，其目的在于担保合同的履行。从定金的目的和作用的不同角度，可分为几种：（1）成约定金，以定金的交付为债的成立要件，在定金交付前债的关系视为不存在。（2）证约定金。以定金的交付作为债成立的证明。依这样定金的功能，只要一方接受了他方交付的定金，即证明债的关系已经成立。（3）违约定金。以定金作为债的不履行的赔偿。（4）解约定金，以定金作为保留解除权的代价，即交付定金的一方可以定金的抛弃而有权解除合同，受有定金的一方可双倍返还定金而取得解除合同的权力。

我国《民法通则》第 89 条第 3 项规定：“当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或收回。给付定金的一方不履行债务的，无权要求返还定金；接受定金的一方不履行债务的，应当双倍返还定金。”我国《经济合同法》第 14 条也规定：“当事人一方可以向对方给付定金。经济合同履行后，定金应当收回，或者抵作价款，”本法本条第 2 款还规定：“给付定金的一方不履行合同的，无权请示返还定金。接受订金的一方不履行合同的，应当双倍返还定金。”依照以上法律规定，可以看出定金合同具有从属性和实践性，然而一、二审法院均下判定金归天志公司所有，而对债权人因主合同无效造成的损失却弃之不顾，这是有违于民法的公平、正义之精神的。因此，债权人提起再审申请，认为一、二审如果不让天志公司承担责任是有悖民法公平原则的；从社会公德角度，也是难为人们所接受，按债权人说，“这个苦果子实在咽不下去”。

总之，一、二审法院的判决有悖于现行法理，不符合我国法律的规定，因而提起再审。通过再审正本清源，终于恢复了一起历时三年零五个月的经济纠纷，打了一个圆满的句号。

诉讼过程

一审判处结果：

1993 年 12 月 20 日经湖北省天门市人民法院以（1994）天经初字 001 号《民事判决书》判决如下：（1）花木公司与油脂公司和天志公司与花木公司签订的购销早稻谷合同终止履行。（2）油脂公司存于花木公司定金 61351.6 元不予返还。（3）花木公司存于天志公司的定金 60892 元不予返还。（4）油脂公司支付花木公司违约金 2064.84 元，花木公司支付天志公司违约金 17749 元。

1994 年 1 月 6 日，油脂公司以一审判处是颠倒黑白，严重违反“以事实为根据”和“重证据”法律原则为由，向荆州地区中级人民法院提起诉讼。同年 9 月 14 日，湖北省荆州地区中级人民法院以（1994）荆经终字 140 号《经济判决书》判决如下：（1）维持天门市人民法院（1994）天经初字第 001 号民事判决第一项，撤销第二、三、四项。（2）油脂公司应向花木公司偿付下欠货款 10741.6 元，支付违约金 10482 元。其未履行合同部分的定金 62894 元归花木公司所有。（3）花木公司偿付下欠货款 19748 元，支付违约金 8874 元。其未履行合同 7901.75 元，花木公司应向油脂公司给付 123721.24 元。

此案在一、二审理诉讼过程中油脂公司一一败诉。油脂公司一再申明对方两个公司根本无货可提供，纯属虚设标的，因此不服二审判决，为了澄清是非，辨别真假，讨回公道，故依照我国《民事诉讼法》第 182 条的规定，向荆州市中级人民法院提起再审申请，中级人民法院受理后，通过反复调查，重新收集证据，于 1996 年 9 月 10 日做出了再审裁定，其判决是：按照《中华人民共和国合同法》第 6 条、第 14 条、第 29 条，《农副产品购销合同条例》第 17 条第 1 项，第 18 条第 5 项，《中华人民共和国民事诉讼法》第 184 条之规定作出判决如下：（1）维持本院（1994）荆经终字第 140 号经济判决第 1 项；撤销该判决第 2、3 项；（2）油脂公司向花木公司偿付下欠货款 1546.12 元，并付逾期付款违约金 472.34 元；（3）花木公司向油脂公司支付不能交货部分违约金 10482.43 元（按不能交货部分货款总 5% 计算）；

(4) 花木公司向油脂公司返还定金 62894.53 元及其被占用期间的银行利息 24762.84 元；(5) 花木公司从油脂公司所得执行款 22766.96 元予以返还，并支付占用期间的银行利息 4832.95 元；(6) 花木公司向天志公司偿付下欠货款 10104.8 元，并支付逾期付款违约金 2874.82 元；(7) 天志公司向花木公司付不能交货部分违约金 8874.6 元（按不能交货部分货款总值 5% 计算）；(8) 天志公司向花木公司返还定金 70996.8 元及其被占用期银行利息 27901.75 元；(9) 上列 2—5 项相冲抵后，花木公司应向油脂公司给付 123721.24 元；上列 68 项相冲抵后，天志公司应向花木公司给付 94793.53 元。”就这样，一起历时三年零五个月的经济纠纷案，总算分清了是非曲直，做出了公正的判断。

作者简介

李广（1951— ）二级律师，淄博鲁中律师事务所主任、创始人。山东工业大学毕业，1981年起开始律师执业，先后在中国专利局、烟台大学、司法部高级律师培训中心进行深造培训。擅长办理涉外经济合同纠纷、三资企业和项目谈判及疑难复杂的经济合同纠纷案件。曾因刑事辩护成绩突出荣立三等功一次。1995年度评为淄博市首届法律业务优秀人才。现为中国法学会会员，淄博市律师协会常务理事，市长法律顾问，《律师与法律》杂志社特约记者，淄博市经济合同仲裁委员会仲裁员。

单位名称：淄博鲁中律师事务所
详细地址：山东省淄博市张店区洪沟路
邮政编码：255007
联系电话：（0533）2181226

公司瘫痪谁之过 ——一起公司股权纠纷案件剖析 李广

一起纠纷引发了四桩讼案，涉及侵权、产权、行政、实体、程序等若干问题，且互为被告案情复杂新奇，发人深思。究竟谁是真正的被告？问题该如何解决？请注意案情脉络，分析发展趋势。

案情介绍

1. 村委成为股份公司的被告

山东省淄博市周村区是最早被国务院划定的农村股份制试点区之一。早在1991年，该区开始在乡镇企业中大张旗鼓地进行股份制试点。淄博玻璃钢股份有限公司就是这个时期的产物。该公司前身是淄博玻璃钢厂，名义上是周村镇爱国村的集体企业，实际上主要由袁姓兄弟四人及其亲属投资兴建。改制前，村委作为企业的上级主管部门，除了每年收取一点管理费外，并不顾及这家企业的事情。

1992年，爱国村委协助玻璃钢厂进行股份制改造，通过资产评估、量化折股，制订了公司章程，进行了工商登记，挂上了“淄博玻璃钢股份有限公司”的牌子，按现代企业模式进行运作。一年多之后，爱国村委仍以主管部门身份对玻璃钢股份有限公司发号施令。1995年3月12日，要与其签订责任承包合同，遭到公司董事长的拒绝，理由是公司是股份公司，属无主管企业，不存在承包问题。次日，村委仍拒绝，理由是公司是股份公司，属无主管企业，不存在承包问题。次日，村委负责人下令给公司切断生产电源，同时发文撤销袁聿敏的董事长职务，迫使公司关门停产。

针对这一行为，股份公司于4月4日向法院经济庭提起诉讼，状告村委侵犯公司的经营自主权，立案后因人为干预未及时审理。

此间，爱国村委通过翻阅改制时公司上报的文件，发现公司章程与村委拟定的章程内容上存在歧意，于是向镇政府做了书面报告，镇政府据此报告

行文建议区农村改革试验领导小组（改制审批机关）撤销玻璃钢股份有限公司章程，要求区工商局吊销其营业执照。5月22日，区改革试验领导小组发红头文件，撤销“淄博玻璃钢股份有限公司”。文件一到，区法院便以此为依据，认定公司法人资格被取消，裁定驳回原告玻璃公司的起诉，当事人不服提起上诉。上诉状及卷宗在一审法院搁置三个月。1995年8月2日，区工商局依爱国村委的申请，将玻璃钢股份有限公司的营业执照变为淄博玻璃钢厂，“恢复村办集体性质”。此间，公司工厂一直处于瘫痪状态。

2. 公司董事长成为村委的被告

在一审驳回起诉的第三天，此案被告爱国村委以原告人身份对玻璃钢股份有限公司董事长袁聿敏、副董事长袁聿军两兄弟提起诉讼，案由是两被告“侵吞了原玻璃钢公司的价值300余万元的全部财产”。同时原告爱国村委提出保全申请。同一法院约另一法庭民事庭受理此案，当即下达裁定书，正式查封玻璃钢公司的全部财产，冻结银行账号，收缴公章证照，让停产后的留守职工回家待业。

被告袁氏二兄弟收到起诉书后，口头辩解，申明企业已成为股份公司，其财产属全体股东共同所有，根本不存在侵吞之事，再说爱国村委将董事长、副董事长（自然人）列为被告，为何株连其他股东，更不对法人采取强制措施。此案受理后，承办人员除查封冻结审计财产之外，迟迟不进行实质性审理。工厂大门始终紧闭，职工纷纷离职。

3. 镇政府成为股份公司的被告

在玻璃钢公司状告爱国村委侵犯企业经营自主权一案中，因一审法院驳回起诉的依据是周村政府和周村区农村改革试验领导小组的文件，公司认为该机关具体行政行为侵犯了企业的权利，近日内准备以两机关为被告提起行政诉讼。

同时，周村区工商局在公司与村委纠纷未决之前，公司工厂瘫痪之机未经公司申请而依职权将股份公司的营业执照变更为普通企业营业执照，经清算强行将股份性质更改为集体性质，这一具体行政行为也侵犯了公司的权利。现已提出行政复议申请。

各方对本案的认识及理由

1. 村委的观点

爱国村村委主要负责人认为：玻璃钢股份有限公司的前身是玻璃钢厂，该厂长期使用村里的土地，打着集体的招牌，享受村办企业的一切待遇，向村委按时交纳管理费，属地道的村办集体企业。当年改制，是一种潮流，一种形式，只不过走过场而已，改来改去，总不能将集体财产改到私人手中。本村类似情况有十几家，如果都像玻璃钢公司一样不服从村委管理怎么办？全体村民怎么办？早知法律规定股份公司无主管部门，当初还不如不搞股份制改造。即使搞了股份制，还不是集体大头，个人小头，仍然应由村委说了算。玻璃钢股份有限公司袁氏兄弟既然不服从管理，村委当然有权停他的电，撤他的职。关于停电，村委还有一套理论：假如公司是村委的下属，村委就有权停电关门，假如公司不是村委的下属，那么电是通过村委的变电器输送，村委也有权不给供电。

2. 玻璃钢公司的观点

玻璃钢公司法人代表认为：公司前身是玻璃钢厂，该厂是由袁氏兄弟与其他几名村民于 1984 年自筹资金建立的，建厂时村委只是出具了一张介绍信，使用了“村办集体”的名称，其他资金设施分文未投，当时所占用的土地是建厂人的责任田。建厂十几年来，职工们辛辛苦苦从数百元积累到数十万元财产，每年向村委上交各项费用。股份制改造时，全部财产理所当然地应折股量化给公司创始人和全厂职工，村委只不过拥有土地股权。况且，改制时股东们不同程度的另有投资，手中持有股权证。因此，公司属真真正正的股份制企业，村委无权收取红利以外的任何费用，也不应对公司发号施令。村委某些人关心的是其手中权力，并不关心什么股份不股份制，所谓章程问题，只不过是村委的借口而已。

3. 有关部门的观点

周村区农村改革试验区领导小组负责人认为：乡村企业进行现代体制改革大方向是正确的，不过改制时玻璃钢公司负责人擅自修改了公司章程内容，瞒过了村、镇政府，是一种错误行为，我们根据镇政府的报告，撤销了该公司的章程并无不当，从实质上看，撤销公司章程并不等于撤销公司，因为领导小组没有撤销企业的权力，只有工商行政部门才有这个权力。至于撤销章程后如何处理，我们认为可以根据当时的实际情况重新制订章程，协商解决矛盾。

周村镇政府负责人认为：玻璃钢公司不服从村委管理是不对的。该公司负责人擅自变更章程内容属于侵吞集体财产的行为，建议有关部门撤销玻璃钢公司，暂不进行股份制改造，追究董事长的法律责任。

一审法院的处理方式

在玻璃钢公司诉村委侵权一案中，经济庭承办人员经审查诉状，立案后迅速拟出裁定书，要求被告爱国村委立即送电，恢复生产。但此裁定书被分管院长压下，案卷被搁置一旁，待周村镇政府和试验区领导小组的文件一下，便以“公司被撤销法人资格”为由驳回起诉。原告人在法定时间内提出上诉，一审将卷宗拖延约三个月后才交到二审法院。

而在村委诉玻璃钢公司董事长、副董事长侵吞集体财产一案中，民事庭立案后当即查封了公司的财产，收缴了公司公章、证照，冻结了公司银行账号，让职工统统回家。在进行财产清理之后，未实质性审理。立案三个月后，即 1995 年 8 月 23 日，法院以开庭方式宣布了第 8 号民事裁定书，裁定同意原告村委撤诉，但该裁定书主文用判决认定方式，叙述了本案的案情，引用了有关行政部门的文件，支持了原告的诉讼请求。宣布撤诉裁定当日，用警车护送村委人员强行接管公司。

承办律师的意见及法律依据

1. 承办律师认为：本案因玻璃钢股份公司不服从原上级主管部门村委的管理而引起。在公司拒签责任合同后村委断然采取强制措施，一方面给公司停电关门，一方面四处活动，八方串通，利用权力优势决心撤销该股份公司。

律师认为：企业无论是否有上级主管部门，均应有自己的经营自主权，这一点在国务院颁布的“乡村集体所有制企业条例”中早有明确规定。即使

上、下级之间产生纠纷，作为一级村民委员会也无权擅自给企业停业停产，村委的这一举动无疑构成侵权。另外，企业和村委的矛盾，完全可以通过正常渠道解决，或行政处理，或诉讼处理，总不能以侵权对侵权，以违法治违法，更不能采用停止生产扩大损失的手段来解决因管理方面产生的矛盾。因此，股份公司以村委侵犯其经营自主权为由提起诉讼，做法是正确的，理由是充分的，法院应予依法支持。这一点，具体承办此案的法官看得清清楚楚，立案后当即拟出的“恢复送电，保证生产”的裁定书目的就是在尽量避免损失的前提下审理此案。可惜，这种想法受到来自上面的干预，致案件未及时审理。立案两个月后，一审突然做出“驳回原告起诉”的裁定，其根据是案件审理期间有关部门撤销了“公司的法人资格”（事实上，公司的法人资格至今也未撤销）。一审的裁定无疑偏袒一方，支持违法，使村委的非法行为合法化。在事实上，裁定书引用的证据一条也不存在；在程序上，既然原告的法人资格被撤销，诉讼主体也就不存在了，那么法院又向谁“驳回”起诉呢？尽管如此，公司仍然及时提出上诉，这时一审法院发现自己裁定书中的疵漏，于是将上诉状连同卷宗一起压下，怂恿村委四处活动，煽动工商部门撤销公司的法人资格，以堵塞裁定漏洞。过了三个多月，工商部门终于发出一份《关于变更玻璃钢股份有限公司名称》的文件，该文件形式上变更企业名称，实质上改变企业性质。工商局的这做法亦超出了其职权范围。企业的经济性质是由企业的产权结构决定的，是一种客观现实，属于什么性质，只能登记什么性质，任何部门无权变更既定的经济性质，在这里工商局与法院不谋而合地为村委的非法行为缝制合法外衣。

周村区爱国村村委诉玻璃钢股份有限公司董事长、副董事长二人侵吞集体财产一案中，村委反客为主，力图使袁氏两兄弟俯首就范。尽管起诉前审计部门对公司的财产进行两次审计，起诉后法院又认真审计了一次，按他们的意思，就是从民事案件中找出刑事案件。法官在向被告人讯问之后，一个劲动员被告反诉，说如不反诉案件不好审理。这时的袁氏兄弟已感秀才遇到兵，有理说不清。法院拖拖拉拉又是三个月，在村委方面积极努力之下，终于等到工商局变更企业名称的文件，用裁定的方式、判决的口气准予原告撤诉，用警车护送撤诉方接管是非之地。法院对此二案的处理，取得适得其反的效果。撤诉后，不几天引发了一场流血殴斗，致双方对立情绪更加激化。究其原因，一审法院没有注意本案实质。

2. 本案的实质焦点是：企业实行股份制改造时产权界定不清引起的纠纷。周村地区推行股份制时，《公司法》尚未颁布。当时的股份制叫做“股份合作制”，国务院为此专门于1990年2月12日制订了条例，条例规定：“三户以上劳动农民，按照协议，以资金、实物、技术、劳力等作股份，自愿组织起来从事生产经营活动……实行民主管理，又有一定比例的资金分红……能独立承担民事责任，经依法批准建立的经济”组织，称为股份合作制企业。该条例还规定，这种企业的最高权力机构是“股东大会或代表大会”。周村区搞的股份制改造，是“按企业的财产来源设置乡村集体股，社团法人股、个人股、国家股四种股份”。

玻璃钢公司在章程中设置了前三种股份，即集体股，企业股和个人股，其中个人股一部分来源于原企业积累的自有资金，按不同条件量化到人。问题就出在“企业财产来源上”。公司负责人认为，玻璃钢厂原由村民自己筹资建立，当时村委只是出具一张介绍信，企业戴上一顶村办集体的“红帽子”，

村委并无实际资金投入，因此财产量化时不应有村委的股份。

村委认为：十几年来该厂一直顶着村办集体企业的名义，按集体企业交纳税费，理所当然地属村办企业，财产最化时当然拥有绝对股权。这一原则分歧，在股份改造时并未表露出来，只是在公司章程中埋下痕迹。公司负责人把章程中的“集体股、企业股”统统认定为企业股，企业是他们自己建立起来，当然全部股份应归企业人员所有。村委负责人则认为：集体股是全体村民股，企业又是村委的企业，村委拥有绝对股权。认识上的分歧并未影响股份制改造。“淄博玻璃钢股份有限公司”经过一系列审查、审批手续，牌子终归挂出去了，公司按股份制模式运行了二年，这时村委仍以“婆婆”自居。当发现发号施令不灵时，才如梦方醒，昔日的权力、威风已如烟逝去。尽管可以享受股东的权利，但已不可能像往日那样指手划脚，随心所欲。眼下全村二十几家企业进行了股份制改造，如果都像玻璃钢公司一样不听话，村委还有什么权力？村干部还有什么威风？于是千方百计，挖空心思用尽一切手段拿掉“股份制”这块牌子，作为村委顶头上司的周村镇政府，大概也意识到这一点，在双方争执中坚定地站在村委一边支持停电，支持停产，下达了玻璃钢股份公司“暂不搞股份制改造，追究公司负责人侵吞集体财产的法律责任的红头文件。正是“暂不搞股份制改造”这一提法，给尔后的区农村改革试验领导小组、区工商局乃至法院制造了理论根据：“不搞改造就等于还没搞改造，没搞改造就是原来的村办企业，村办企业就得服从村委领导”。这种极左时期常见的荒谬逻辑，居然成为法律依据。

股份制改造过程是客观事物的产生、发展、变革过程，是一个不可逆转的实在现象。改制经过了一系列的复杂活动，且经过有关部门法定认可，原企业的财产权利经过重新分配，企业的性质已有根本的变化，且改制在二年前已经结束，不存在搞不搞的问题，而是如何完善提高的问题。

建立现代企业机制，推行股份制，是我国进行经济体制改革的重要步骤，是大势所趋，改革中出现的问题，产生争议属正常现象，但一出现问题就否定全局，停止不前甚至走回头路，则是非常现象，特别是以权力压改革，以权力抗法律的现象，更是不能容忍的。

律师认为：公司与村委在股份制改造中产生纠纷，在财产归属上存有争议，是农村经济体制改革中的正常现象，可以通过行政或法律途径予以解决。问题的症结是村、镇某些负责人对股份制的错误认识，认为企业实行股份制影响了他们的利益，动摇了他们的权力，于是打着维护集体利益的幌子不遗余力地整垮一家好端端的企业。几个月的折腾，使得淄博玻璃钢股份有限公司损失惨重，大伤元气，职工们丢掉了饭碗，股民们忧心忡忡。该村其他股份制企业，也都不知所措，觉得似有大祸临头。

这就是“暂不实行股份制改造”、“恢复原集体企业性质”造成的效应。可见，本案纠纷的根源来自于一部分掌有权力的人对改革的错误意识，他们应当为此承担责任。

肯定周村区农村股份制改造成绩与主流，端正思想认识，纠正错误倾向，将股份制改造纳入法制轨道，运用《公司法》及其配套法规规范已经建立的公司，乃是解决本案纠纷的基本原则。

作者简介

谷辽海 35岁，汉族，浙江人，大学法学硕士，1989年开始从事律师工作。1994年初，领衔创办海南辽海律师事务所；同年12月被选举为海南省律师协会理事。1994年首都几家专业报刊，如中国法制日报、中国律师报、最高人民法院机关刊物《人民司法》等，以及海南日报、海口晚报、海南广播电台、海口广播电台等各大新闻媒体均宣传过该律师的创所业绩。现该所注册专职律师10多人，另有文秘、出纳、会计等管理人员，拥有现代化办公设施。创所三年以来，先后受聘担任数家大型企事业单位的首席常年法律顾问。

在从事律师工作的同时，谷辽海律师还频频地撰稿。先后受聘担任中国法制日报特约撰稿人、特约记者，1994和1995年任中国法制日报上撰写、发表十多万字各类体裁的文章。

单位名称：海南辽海律师事务所

详细地址：海口市海秀大道19号首力大厦12层

邮政编码：570206

联系电话：(0898) 6750052 (0) 1397565408

“红城湖国际大厦B座”期房转让纠纷

谷辽海

红城湖国际大厦B座期房转让纠纷，涉及六家房地产公司，即：海南厚南旅业有限公司（以下简称厚南公司）、海南凯鹏房地产开发有限公司（以下简称凯鹏公司）、海南银泰置业股份有限公司（以下简称银泰公司）、海南四方投资公司（以下简称四方公司）、海南日森置业公司（以下简称日森公司）、海南明海投资公司（以下简称明海公司）。期房转让合同总价款逾亿元，争议标的额1900万元人民币。各家公司相互之间有合作开发、预售、转预售等连环合同法律关系。发生于1993年2月至5月之间，短短的四个月，期房一边破土施工，一边频频易主。每易其主，均能轻松地升高一个价位，且供不应求，紧俏得很。但好景不长，转预售至日森公司和明海公司（均为原告）时，没几天，也就是同年6月，中央宏观调控，银根紧缩，经济骤然降温，海南房地产形势急转直下，资金异常紧张，致使后续公司（买家）难以继续履行合同的付款义务，也难以脱手炒出去，从而引发诉讼。

红城湖国际大厦B座期房位于海南省琼山市府城镇龙昆南路5号，土地使用权为厚南公司享有。1993年1月，琼山市政府给该公司颁发了国有土地使用证。同年，该市计委批准同意兴建红城湖国际大厦B座，并给办理了报建手续。B座项目占地面积4700平方米，楼高25层，总投资人民币9980万元。同年2月间，厚南公司与凯鹏公司签订合建红城湖国际大厦B座协议书，约定一方出土地，另一方出资，并按比例分成，凯鹏公司负责该大厦的销售。同年3月4日，凯鹏公司与银泰公司签订一份《红城湖国际大厦B座转让合同书》。合同约定：凯鹏公司将红城湖国际大厦B座预售给银泰公司，建筑总面积为27000平方米，每平方米3250元；银泰公司在合同签订3日内付第一期购房款1800万元，开工即打入第一根桩时付第二期购房款即1300万元，

第二层结构完毕时付第三期购房款即 1200 万元,其他每期付款均根据工程进度做出了相应的规定。合同还约定了开、竣工日期及双方的违约责任。合同签订后,银泰公司依约先后支付给凯鹏公司 3100 万元。与此同时,在同年的 4 月 13 日,银泰公司以每平方米 3800 元单价将该大厦转让给四方公司并签订了《合同书》。合同约定四方公司于合同签订之日起 3 日内付 500 万元,同年 4 月 30 日前付 500 万元,同年 5 月 10 日前付 1500 万元,开工(即打入第一根桩时)付 1300 万元给银泰公司。合同其他条款与凯鹏公司跟银泰公司所签的相同。同年的 5 月 25 日,四方公司又以每平方米 4020 元单价,将该大厦转让给明海公司和日森公司,并签订了合同;合同内容与前述合同条款大致一样,只是价款和支付期限有别。四方公司共收到两原告 1900 万元。凯鹏公司和厚南公司直至 1993 年 7 月才开始打桩,至今尚未完成基础工程。

1994 年 7 月 2 日,原告明海公司和日森公司将四方公司和银泰公司作为共同被告,向海口市中级人民法院提起诉讼。两原告在起诉书中提出:他们在履约过程中才了解到被告四方公司并不具有红城湖国际大厦 B 座的出让权,四方公司和银泰公司在行政上属同一系统;凯鹏公司作为发展商,与银泰公司签订预售合同时,根本未取得 B 座的土地使用权及规划许可证,未经有关部门批准登记,因此,所签订的一连串预售、转预售合同均是无效,要求两被告共同返还预购房款 1900 万元,并赔偿经济损失。同年 8 月 22 日,海南银泰置业股份有限公司收到海口市中级人民法院的应诉通知书,特别授权海南辽海律师事务所主任谷辽海律师为其代理人,全权代理。

接受委托后,我们审阅了委托方所提供的厚南公司与凯鹏公司所签的合作建房合同、土地使用权证书、立项批准书、规划报建等有关材料、我的当事人与凯鹏公司所签预购合同及付款凭据、原告明海公司和日森公司的起诉书副本。经过审查、斟酌,在开庭之前,我首先向海口市中级人民法院提出了如下的代理意见:其一,本案争议标的物为不动产,坐落在琼山市境内,应由海南省海南中级人民法院管辖;其二,我的当事人作为共同被告,主体资格不符合;其三,为公正全面审理本案,正确认定合同的性质是否有效,应将另外两家公司即凯鹏公司和厚南公司追加为第三人;其四,原告要求返还 1900 万元,同样,我的当事人已经支付给凯鹏公司的 3100 万元应一并予以解决。

1995 年 3 月 31 日,海口市中级人民法院采纳了本代理人的第一点代理意见,认为本案诉争标的物应由不动产所在地法院管辖。为此,该院制作(1994)海口市房初字第 74 号民事裁定书,裁定将本案移送海南省海南中级人民法院处理。移送后,本代理人继续向海南中级人民法院申请,要求追加厚南公司和凯鹏公司为第三人参加诉讼。1995 年 10 月 10 日,海南中院公开开庭审理,厚南公司、凯鹏公司被列为第三人。法庭旁听席上座无虚席,全省各大新闻媒体和中央驻琼新闻记者及其听众一百多人参加了旁听。

海南辽海律师事务所接受本案被告海南银泰置业股份有限公司委托和指定,由我偕同一般代理人该公司副总经理沈国军先生出席当天的法庭进行代理活动。我们的意见是:

一、原告在起诉书中将我的当事人列为共同被告,没有事实和法律根据

我认为,合适的主体资格应是第三人。原告认为第一被告和我的当事人在行政上是属于同一系统的,因此可作为共同被告,但庭审中没有举证加以

证实。

我认为，即使原告所述事实成立，我国法律也没有规定：在行政上属于同一系统的，可以作为共同被告；况且事实并非如此。我的当事人和第一被告，彼此之间，均系完全独立的法人，行政上没有共同的直接主管部门。本案先前在海口中级法院审理时，本代理人在提出管辖权异议的同时，就说明我的当事人被告主体资格不妥，更适合与另外几家公司一起担当第三人参加诉讼。我的当事人没有与原告签订任何合同，相互间从未曾有直接经济往来，与原告不存在法定的或约定的民事权利和民事义务，彼此不存在民事法律关系。银泰公司对原告没有直接返还购房款或承担其他经济责任之义务。需要说明的是，在房地产高潮时，原告受经济利益的驱使，急于向第一被告转预售争议之期房，以获取投机高额利润，这一点刚才第一被告已经予以充分阐述，我不再重复。翻开原告的转预售合同更可以说明问题，即我的当事人未曾在该合同上签署任何认可性的文字和印章。

二、银泰公司向凯鹏公司预售红城湖国际大厦 B 座所签订的合同为有效合同

理由是：作为预售方的本案第三人凯鹏公司具备完全的民事行为能力，主体合格；同样作为预售方的银泰公司也符合民事法律关系的主体资格；合同内容没有违反国家禁止性法律、政策规定，双方意思表示真实，体现了我国民法通则规定的民事活动等价有偿、平等互利原则。法庭调查资料显示：作为预售方的凯鹏公司与厚南公司签有合作兴建红城湖国际大厦 B 座的合同，办理了立项、规划报建等手续，凯鹏公司负责销售。虽然合作双方未到国土部门办理登记手续，欠缺一些文件资料，但本案产生在特定的历史环境，况且作为合作一方的厚南公司具有土地使用权证书和报建的一切合法手续。当时国家对于期房销售合同和合作建房合同必须具备哪些条件和手续，没有做出具体明确规定，海南省和海口市尚未实施期房预售许可证制度，而且当时期房销售带有社会普遍性，遍及全国各地，大部分房地产纠纷案件均系不规范的。为此，最高人民法院在 1993 年 11 月 24 日召开的全国民事审判工作会议，对审理房地产案件提出了具体意见，根据会议纪要精神，房地产纠纷双方当事人所签的合同，只要民事主体意思表示真实，双方是在公平、自愿、等价有偿的基础上达成协议的，内容没有违背国家禁止性法律规定的，只是未履行一定手续的，没有损害国家和社会公共利益的，一般应承认其有效。在本案中，我的当事人与凯鹏公司签订合同后，按合同约定期限，履行了付款义务，共投入 3100 万元。根据上述分析，双方所签的合同应认定为有效。

最后，尚须澄清的问题是：刚才法庭上第三人凯鹏公司认为我的当事人违约，即 600 万元没有及时支付；但是从本代理人递交的证据可以说明 600 万元资金在 1993 年 5 月即半年前就被借用，可是银泰公司并没有计算其银行利息。凯鹏公司认为我的当事人尚未支付第三期 1200 万元，本代理人需提请其注意的是：根据合同规定，凯鹏公司在第二层结构完毕时，我的当事人支付 1200 万元，但令人遗憾的是，现在争议之大厦第一层结构尚未完成，我的当事人如何支付第三期房款呢？

三、银泰公司将红城湖国际大厦 B 座转预售给本案第一被告的行为应认定为有效

我的当事人对期房支付了 3100 万元之后，于 1993 年 4 月 13 日，与本案第一被告经过协商一致，自愿达成了转预售红城湖国际大厦 B 座的合同，双

方当事人均符合民事法律关系的主体资格。关于该转预售期房行为的效力问题，本代理人认为，只要转预售方和转预购方订立合同时贯彻了意思自治原则、合法原则和公平原则，又是在特定时期达成的契约，应视为有效。期房转让的次数，国家至今尚未做具体规定，根据现行的《城市房地产管理法》第45条规定，预售商品房再行转让的问题，由国务院规定，但国务院至今没有规定。当时的情况下，期房转让次数不可能给予限制也不应加以限制。从主观上看，承认期房是商品，就没有理由去限制它流通；从客观上看，债的非公示性以及我国当时还尚未建立期房转让登记制度，况且，期房多次转让又是客观存在。作为转预售方的银泰公司在向上手方凯鹏公司支付一定的预购款后，实施转预售行为，且具备我国民法规定的有效要件，我的当事人转预售行为应视为有效。

综上所述，本案期房交易中，我的当事人既是经营者，又是投资者。作为预购者，为了红城湖国际大厦B座能早日建成，实实在在地付出了巨额代价，履行了自己应尽的义务，不存在过错和违约责任；而作为预售方的凯鹏公司将工期一拖再拖，工程进度缓慢，而今又彻底停顿下来，导致我的当事人巨额资金被积压，对此，第三人凯鹏公司应负主要过错责任，而厚南公司作为合作建房单位，对凯鹏公司不能履行合同负有连带责任。本案期房预售和转预售合同的订立、履行发生于“房地产热”这一特殊历史时期，有其特定的社会、经济等原因，当时法律法规和政策没有明令禁止和反对期房预售、转预售行为，相反，为吸引国内外资金、开发和繁荣海南房地产市场，特区政府又对此采取了默认的态度。因此，法院应当保护民事主体在法律或政策许可范围内的民事活动。

1995年11月1日，海南省海南中级人民法院制作（1995）海南民二初字第42号民事判决书。法院认为：红城湖国际大厦B座的土地是政府批准由厚南公司使用的，厚南公司与凯鹏公司合作兴建该项目，已经琼山市计委和建委批准同意，因此，双方的合作行为应为有效。尔后，凯鹏公司根据双方签订的合作协议，将该大厦预售给银泰公司，该行为符合商品房预售的必要条件，亦应认定有效。银泰公司依照合同约定已付购房款3100万元给凯鹏公司，但厚南公司与凯鹏公司至今尚未完成基础工程。由于厚南公司和凯鹏公司违约，该大厦的预售合同已无法履行且履行已不必要，该预售合同应予解除。厚南公司和凯鹏公司本应按合同约定承担违约责任，但该合同约定该大厦竣工时间不够具体明确，因此，无法确认承担责任的多少，可在返还购房款的同时承担银行利息。银泰公司在该大厦尚未动工前又转售给四方公司，接着四方公司再次将该大厦转售给明海公司和日森公司，几经转售，均未到政府有关部门办理登记手续，属炒买行为，依法均应认定无效，各方当事人应各自返还房款并赔偿利息。根据《中华人民共和国合同法》第26条第1款第3项和《中华人民共和国民法通则》第53条第1款第5项之规定，判决如下：（1）解除凯鹏公司与银泰公司于1993年3月4日签订的《红城湖国际大厦B座转让合同书》、四方公司与明海公司、日森公司于1993年5月25日签订的《红城湖国际大厦B座合同书》均无效；（3）限于本判决书发生法律效力之日起两个月内，厚南公司与凯鹏公司将3100万元购房款及其利息还给银泰公司；银泰公司将1950万元购房款及其利息还给四方公司；四方公司将1900万元购房款及其利息返还给明海公司和日森公司（以上利息均从付房款之日起至还款之日止按建行同期同类贷款利息计算）。

法院判决后，各方当事人均表示服判，不提出上诉。

此案从 1994 年 8 月起诉，至 1996 年 3 月结案，期间经两家中级法院，终于结案，是在改革开放形式下较为典型的案例。

历时一年零八个月，红城湖国际大厦 B 座合作开发、销售、转让争议一案终于划上了句号。掩上厚厚的卷宗，总结一年多来的代理活动，有以下的体会和启迪：原则性与灵活性相结合，依法保护市场主体的合法权益。

本案期房预售、转预售连环合同纠纷，是在海南乃至全国房地产立法尚不健全的背景下发生的，是海南房地产超常规发展过程中产生的新类型纠纷案件。从严格意义上说，当事人之间签订的“红城湖国际大厦 B 座”期房预售、转预售合同，按照现在国家法律和海南地方性法规政策的有关规定，因没有向政府有关主管部门及时履行登记手续，也没有向国家缴纳有关税费，有的不符合转预售条件，依法应全部认定无效。但是，从海南特区房地产市场实际考虑，始于 1992 年至 1993 年上半年超常规发展的海南房地产市场，由于法律法规不健全，加之政府管理也不严格，绝大多数房地产开发经营活动与行为都存着这样或那样的形式缺陷，诉讼至法院的此类纠纷，90%以上都是这样。为此，我受托承办此案，在全案中贯穿了原则性与灵活性的代理观点。首先，坚持合同自治原则，提出合同是否有效，关键是看各方当事人签约时意思表示是否一致。其次，我的当事人作为预购者和转预售者，也就是中间炒家，其利益要不要保护？能不能保护？这是本案最为敏感、争论和分歧较大的一个难题，也是我在代理意见中着重阐述的。我认为，在市场经济条件下，应当保护炒家的正当利益，保护炒家的利益是市场经济规律的必然要求。没有房地产的买和卖，就不会形成房地产市场，也就不可能有房地产经济的发展。海南房地产业之所以走过了超过其他经济特区 10 年速度的发展历程，成为海南国民经济的支柱产业，就是因为海南的房地产市场的买卖交易活跃。只有保护市场主体在其经营活动中获得的正当利益，才会促进房地产市场经济的进一步发展。按照市场经济的要求来理解和适用法律，就必须大胆保护市场主体在其经营活动中获得的正当利益，才会促进房地产市场经济的进一步发展。按照市场经济的要求来理解和适用法律，就必须大胆保护市场主体的合法权益。

此外，在本案代理中，我充分发挥了律师的主观能动性。在对我的当事人极为不利的境况下，抓住了主动权，如原告海南日森置业公司、明海投资公司将我的当事人与海南四方投资公司作为共同被告，向海口中级法院提起诉讼，被告海南四方投资公司资不抵债、名存实亡，而我的当事人系中国建设银行总行下属公司，在海南投资 3 亿多元人民币，经济实力雄厚；如果败诉，将全部由我的当事人承担巨额的经济赔偿责任，后果不堪设想。我受托后，首先提出了管辖权异议，认为该案系不动产争议，应由不动产所在地法院受理，也就是应该由海南中级人民法院管辖。之后，我又详细认真地审查了本案的所有期房销售合同和相关文件，提出我的当事人被告主体资格不符合，应为第三人。与此同时，极力主张、申请追加发展商海南厚南旅业公司和凯鹏房地产有限公司作为第三人，共同参加诉讼，避免同一个案件先后做出两份相互矛盾的判决书，增加当事人的诉讼费用，从而及时有效地保护了委托人的合法权益，从被动状态转为主动，减轻了讼累，充分发挥了律师参预诉讼的积极作用。

作者简介

钟荣(1968.5—)广东化州人,1987—1991年就读于海军人连舰艇学院,获工学士学位,1988—1991年参加中国政法大学法律专业本科函授,1994年考取律师资格,同年底,从事律师工作。历任航海长、作训参谋、副舰长、秘书,现为海军38009部队法律顾问处专职律师(副营职海军上尉)。担任12家军工企业法律顾问,代理军地有影响的案件多宗,在解放军报、海军报等报刊上有所建树,先后被评为先进干部、优秀党员,并立功嘉奖多次。

单位名称:广东省湛江市38009部队法律顾问处

详细地址:广东省湛江市38009部队法律顾问处

邮政编码:524003

联系电话:(0759)2237353

被告完全履行代销协议,
原告之诉无事实和法律依据,应予驳回
钟荣

案情简介

1995年12月20日,广东省潮州市枫溪镇成发陶瓷供销部(下称原告)与海军湛江市海勤经营部签订了《代销协议书》。协议书规定:由甲方(即原告)委托乙方(即被告)代销日用、工艺等陶瓷产品;产品代销价格按甲方出厂价,以提货单或调拨单(另加包装费2%,运费、装卸费10%)的价格为准。经双方协商,乙方按代销货款的一定比例收取手续费;乙方收到货款后,即给甲方结算,并扣回其他代垫费用。经双方协商可以先付给甲方本次货物的10%20%货款;每季度甲乙双方进行对账并及时结清货款。代销协议书签订后,原告先后两次共供货值款166912.30元给被告代销,期间双方均能按协议履行。1996年5月,双方因销售的货款和对账问题发生争执,原告要求终止代销协议,被告也表示同意,5月25日双方签订了交接对账说明,确认:乙方(即被告)为甲方(即原告)卖出货物折款55822.56元。乙方按协议扣回20%手续费11164.51元。甲方实收到乙方为其卖出货款34000元。甲方主动要求拉走商品,计货款111089.74元。之后双方已进行了交接。后原告知道被告处尚有销售利润14409.59元,便以被告原任经理曾与其口头约定销售利润归其为由向被告追索,但其未能提供证据(仅有一份4月23日宋某的“谈话记录”),而被告否认双方有约定而拒绝归还销售利润,致引起纠纷。原告于1996年6月24日诉至法院。被告委托钟荣律师为其诉讼代理人。

代理词

审判长、审判员:

依照有关法律规定,我作为被告湛江市海勤经营部(以下称被告)的委托代理人,依法参加本案的诉讼活动。现针对原告潮州市枫溪镇成发陶瓷供

销部（以下称原告）的起诉理由和本案应当说明的问题，发表以下意见，请合议庭充分考虑。

一、被告是一个独立的销售业法人，有权决定其内部的经营决策，并不受干涉

原、被告双方于 1995 年 12 月 20 日签订了代销日用、工艺陶瓷产品《协议书》（附件之一）。《协议书》规定了双方的权利与义务：由原告提供陶瓷产品，被告负责代销，并按代销货款的一定比例收取手续费。这份《代销协议书》已由双方法人代表签字盖章后生效，完全符合法律有关规定，是有效的合同，应受法律保护。

这份《代销协议书》是一份购销合同。根据《经济合同法》、《购销合同条例》等有关规定，作为合同的双方在合同签订后，其核心问题就是根据法律规定和合同约定，各自正确适当地履行其义务。根据《合同法》第 2 条规定，合同双方应是平等的民事主体，作为平等民事主体的被告，是独立的销售业法人，只要其按照《协议》约定履行其义务（即销售产品，在按比例扣取代销手续费后，按《协议》约定的价格，折算返还货款），而在其内部，特别在市场经济条件下，有权决定其自身的经营决策，别人根本无权干涉，原告也不例外。在这里，我强调说明一点：被告并不是原告下属一个销售部，双方是平等主体；况且《协议书》根本就没有对其经营有所制约：一没有规定市场调节价，二没限额。所以，原告如若干涉被告的经营活动则是违法的。

二、被告并无违约，反而完全履行其义务，给原告带来了良好的经济效益

原告在起诉状中称：双方口头承诺代销手续费定为不超过利润的 20%，被告强行扣下货款的 20% 手续费，并拒不交付货款，给原告造成严重的经济损失。果真如此吗？最好还是用事实来回答。原告于 1995 年 2 月 27 日和 1996 年 1 月 31 日共供货折款人民币 166912.30 元，被告于 1996 年 2 月 5 日根据《代销协议》第 9 条之规定付给原告 10%—20% 货款共计人民币 14000.00 元（附件之三）。在销售过程中，被告根据市场需要，调整经营决策，改进服务措施，积极推销，于 5 月初便按协议规定售出折合人民币 55822.58 元的货物（10607.17 元尚未收到款，价格为调拨单价加 12% 的包装、运输、装卸费）。在销路较好的情况下，根据《代销协议》第 6 条规定，即手续费收取与计算，经双方协商，被告按代销货物的一定比例收取手续费；被告收到货款后，即给原告结算，并扣回其他费用。双方分别于 5 月 22 日、25 日由双方法人代表签订了《交接对账说明》，亦即是《代销协议书》的补充协议，已经双方法人代表签字盖章，合法有效。既然是合法有效的协议，就应完全履行。被告已按此协议履行，于 2 月 5 日、5 月 15 日、6 月 6 日在扣回 20% 的货款代销手续（11164.51 元）后交付原告货款 44658.07 元（附件之二、三、四）。这里有《代销协议书》、《交接对账说明》、《收据》等证据。基于以上事实，原告的起诉理由是不能自圆其说，不攻自破的。在这里我还提醒原告：法律是讲证据的。

同时，双方签订的《交接对账说明》（附件之五、六）也是一份终止协议。导致《代销协议》的终止也事出有因。原告在被告为其开拓湛江市场，形势看好之时，为了赚取更大的利润，进一步霸占市场，于 1996 年 5 月在紧靠被告的民治路八号自开了一个销售部（名称：湛江市外经科技器材总公司经营部）后便借口被告延迟结算，从供货、结算等方面处处刁难，并擅自主

张终止协议，被告也是顺其意而同意终止的，从而圆了其独占的心愿，也可知其险恶用心，体现了其贪婪的一面。

所以，被告在合同履行过程中，不仅没有违约，反而完全履行义务，为原告达到预料的销售效果，同时，在市场疲软的情况下，为其产品在湛江的销路拓开了市场，为其企业注入了生机，请问其损失何在？我相信社会还是有公理的。

三、原告在起诉状中陈述的某些事实是虚构的，也没有法律依据

1.关于口头承诺问题。在这里，我给法庭提供一个信息：原经理宋某是5月被解聘职务的，其对组织有积怨，其证言不可信，这里有宋某的《行政复议书》。同时，我请原告回答两个问题：一是口头承诺是何时做出的？当时结算时，为什么不提供？在庭审中得知口头承诺是4月23日做出的，《交接对账说明》是5月22日、5月25日签订的。口头承诺在先，《交接对账说明》在后，这说明什么？

2.关于结算问题。《代销协议书》、《交接对账说明》上白纸黑字写明，代销手续为货款的20%，而其在起诉书称为利润的20%。我请问原告：你的利润是多少？很明显只有原告知道，经济活动中有如此合同吗？更有甚者，为了达到上述目的，竟于5月27日将5月22日《交接对账说明》骗去，当场撕掉，可知其手段之卑劣。只是我细心的当事人把撕掉的《交接对账说明》点点捡起，重新贴起，现原件、复印件均在这里，提请法庭勘验采信。

3.关于经济损失问题。原告称其货款、货物搬运费及耽误产品销售等经济损失应由被告负担。《民法通则》第111条、《经济合同法》第29条规定：由于当事人一方的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行的，由有过错的一方承担违约责任。很明显，要弄清是谁的过错的问题，以上已阐述很清楚。被告在履行过程中已尽了义务，造成协议终止主要在原告，其根本没有损失可言，反而给被告造成不应有的损失：一是由于原告擅自要求终止协议，使一个销售部一下子中断了货源，更有甚者，原告还使用极为卑劣的手段指使亲戚谢某暗中把被告的客户拉走，并多次威胁、恫吓被告，企图干扰被告的正常经营（附件之十一），从而造成了销货的直接损失和已打开的市场信誉的间接损失，达15000元；二是被告为原告保管货物达15日之久，以日保管费50元计算被告损失750元。在此，我提出反诉。

综上所述，原告为了追求其个体利益，不顾国家法律的规范，不仅没有按合同尽义务，把自己的意志强加于人，损害了被告的合法权益，同时也打乱了有序的社会主义市场经济。在这里我特别强调指出：湛江海勤经营部是海军企业局下属的一个单位，是一个特殊主体，原告侵害的是军队的利益，也是国家的利益。为此，我请求法庭驳回原告的全部诉讼请求，判令其赔偿原告损失15750元，迅速向被告提供已结贷款的增值税发票。

审理结果

法院认为：原被告签订的代销协议是有效协议，后双方自愿终止了协议的履行，并已进行了结算和交接，故对双方的交接应予确认。关于销售利润问题，因双方没有书面约定，原告提出双方口头约定，但又未能提供充分证据，故原告的诉讼请求不予支持。判决：驳回原告的诉讼请求；本案受理费786元，其他诉讼费100元，均由原告负担。

作者简介

姚峰（1955.10— ）现任济源市凌峰律师事务所主任。1982年元月毕业于郑州大学法律系，先在中央第二政法干部学校任教，后到地方人大从事文秘工作，继而开始律师生涯。任教期间，曾主编《刑事辩护案例选析》（西南政法学院出书），其中既有对刑法理论的实际运用，又有对律师在刑事辩护工作中应当掌握的原则和方法的系统论述。由于对中国律师从业艰难的深刻了解，无意问津律师职业，但又阴差阳错地走进了律师队历。执业八年，历经磨难，但在逆境中始终不肯低下高贵的头。扶正祛邪，仗义执言，依法办案，不屈不挠。1989年元月、1992年3月至7月，先后在中国人民大学、中国高级律师、高级公证员培训中心进修和培训，对涉外经济领域中的法律问题兴趣甚浓。

单位名称：河南济源市凌峰律师事务所
详细地址：河南济源市天坛中路
邮政编码：454650
联系电话：（0391）6695389 6699680

邵原镇焦化厂诉宏鑫股份合作公司煤矿承包合同纠纷案 姚峰

案情简介

河南省济源市邵原镇焦化厂（以下简称甲方）是依法设立的集体矿山企业，因资金困难，决定寻找投资者将其所属的五号矿井承包经营。经人介绍，与江苏徐州宏鑫股份合作公司（以下简称乙方）开始接触和磋商，双方在互相考察对方情况并几经协商后，于1994年11月17日签订了《邵原镇焦化厂五号矿井承包经营合同》。合同规定：甲方把五号矿井承包给乙方经营，期限四年。乙方每年向甲方交纳承包费60万元，承包前先交20万元，作为接管矿井的条件，接管经营一个月内再交10万元。承包半年末，交后半年承包费30万元。乙方承包后必须接受甲方直接领导，按甲方的井田采掘规则进行采掘，严禁乱采乱掘。甲方保证乙方正常生产用电；甲方向乙方提供五号矿井三证（采矿许可证、煤炭生产许可证、营业执照）复印件和炸药物品购买许可证，乙方承包期间，自行交纳五号矿井的产品税、所得税、劳务费和社会治安费。除此以外，资源税、矿产资源补偿费、城建费、安全费、地销费、管理费、维简费、教育费、教育附加费等由甲方负担支付。甲方做好社会协调，协助乙方搞好正常生产。甲方准许乙方独立核算、自主经营，不得干涉乙方煤炭生产和销售管理，并协助乙方办理营业执照及税务登记。合同签订后，乙方组织资金20多万元投入到五号矿井，使原来停产的五号矿井迅速恢复了生产，并出现勃勃生机。1995年5月18日，五号矿井发生井下伤亡事故，被济源市煤炭局责令停产整顿。原告以此为契机，向人民法院提起诉讼，指责乙方在执行合同中屡屡违约：（1）不按合同规定的时间交纳后半年承包费30万元；（2）不按电业部门规定的时间交纳电费，致使电业部门对焦化厂全部停电；（3）不按合同规定的开采范围开采，采取掠夺性经营、破坏

矿井；（4）不接受甲方安全检查、监督，不按《煤矿安全规程》的要求进行作业，造成井下伤亡事故。诉讼请求：（1）判令被告（乙方）承担违约金两万元及违约行为给原告造成的经济损失40万元；（2）终止承包合同，收回五号矿井经营权。

代理意见

作为本案被告代理人的姚峰在法庭上发表的代理意见如下：

一、被告在执行合同中是否屡屡违约，一是需要对具体情况进行分析，二是需要对原告提供的有关事实和证据进行认真审查判断，辨别真伪

1.关于被告承包半年未交30万元承包金的问题。被告在答辩中提出不是欠交30万元，而是11万元。因为上半年已经交纳49万元，超交19万元。庭审调查中，原告承认被告上半年实交款项42万元，但又提出：该款中含被告用他们的材料款5万多元，另外，被告卖给他们原煤1900多吨，因没开发票结算，税金应扣而未扣，计2万多元。去掉该二项款，等于被告上半年实际交甲方承包费34万多元，欠交下半年承包费25万多元。尽管原被告双方由于算账原则和方法的不同得出的结论也不同，但下半年承包费没有交清这一事实是双方都不否认的。庭审查明的事实证明，这完全是原告违约所造成的结果。原被告双方签订承包合同时，被告曾郑重其事地向原告提出：煤矿生产用电能不能保证？当时原告方一再表示能够保证。承包合同第7条对原被告双方的这一意思表示做了明确记载和反映，该条规定：“甲方必须保证乙方正常生产用电。”但实际情况怎么样呢？被告承包半年内，五号矿井共累计停电741小时。由于重新送电后恢复生产不是瞬间内就能完成的事情，所以，停电741小时，耽误生产最少在1500小时以上。即便按1500小时计算，也是足足两个月的时间。按月产4000吨煤，每吨80元钱计算，两个月不能生产，给被告造成的直接经济损失是64万元，如果不是原告方给被告造成的这些损失，那么，被告承包半年未交清下半年承包费是没有任何问题的。既然原告方首先违了约，那么，被告方没有按期如数交够下半年承包金，当然是事出有因，情有可原。

2.关于被告不按电业部门规定的时间交纳电费，致使电业部门对焦化厂全部停电的问题。邵原镇焦化厂的全部用电（包括五号矿井、二号矿井、炼焦车间）均为和邵原镇相邻的山西省垣曲县瑶头乡供电所供应。在电费的收缴上，供电所直接对的是焦化厂，焦化厂向被告收取电费后连同自己应交的部分一并上交供电所。根据供电所的证明，从1994年12月至1995年6月，供电所共向焦化厂收取电费53538.89元。根据被告所持的原告所开电费收据，证明被告从1994年12月至1995年6月，共向原告交纳电费7次计款41560元。原告说被告不按时交纳电费，不知道有什么证据比原告自己所开的电费收据更能说明问题？至于供电所对焦化厂全部停电，那完全是原告自己导演和策划的事情。这一事实，供电所的证明已经很含蓄、很婉转地予以说明。原告之所以这样做，完全是为了制造事端，欺人耳目，嫁祸于被告。

3.关于被告不按合同规定的开采范围开采，采取掠夺性经营，破坏矿井的问题。被告在井下的采掘工作是直接受到原告的管理、指导和监督的，如果被告不按合同规定的开采范围开采，原告肯定会马上提出批评进行纠正

的，但事实上，原告方过去从未对被告的采掘工作提出过任何异议。至于掠夺性经营，破坏矿井，更是与被告的井下采掘行为沾不上边。原告如此指责被告，其依据是 1995 年 3 月 20 日，原告给被告下达了《实行风险抵押金的规定》，该规定要求被告全年完成采煤 4 万吨，半年完成西巷掘进 200 米，但被告承包半年末，采煤 20227 吨，西巷掘进完成 80 多米。据此，原告方认为被告在搞掠夺性经营，破坏矿井。按照原告方的观点，采煤多，掘进少，采掘失调，就是掠夺性经营，破坏矿井。但事实上，采掘失调和掠夺性经营破坏矿井并不能完全画等号。采掘失调通过一些补救措施，完全可以达到采掘平衡，这同采掘工作中的挑肥拣瘦、越层越界开采、采富弃贫、浪费资源、开采保安煤柱等掠夺性经营行为有质的区别。况且，根据原、被告双方签订的承包合同，西巷掘进是由原告负责组织人力并负担费用的，被告负责该岩巷的提升费用，如果说西巷掘进没有达到原告规定要求，其责任也主要不在被告。据此，我们认为，原告把被告采煤多掘进少归结为掠夺性经营、破坏矿井，是根本不能成立的。

4. 关于被告不接受原告的安全检查、监督，不按《煤矿安全规程》的要求进行作业，致使井下发生伤亡事故的问题。被告承包五号矿井后，总的来讲，还是接受、配合、支持原告的安全检查、监督的。其中有一些顶牛现象，主要是原告方的个别检查人员以老来自居、吹毛求疵、态度蛮横所引起。如果说被告方在这方面有错误的话，也是个别现象，不能把个别上升为一般。五号矿井年产煤不过 4 万吨左右，根据《河南省地方煤矿管理条例》，年产 9 万吨以上的煤矿执行《煤矿安全规程》，年产 9 万吨以下的煤矿执行《小煤矿安全规程》。原告按《煤矿安全规程》的标准来要求被告，显然有些苛求。至于被告承包期间发生井下伤亡事故，被告确实负有不可推卸的责任，对此，被告已按《矿山安全法》第 40 条的规定接受了处罚。但是，原告在这个事情上难道就没有责任吗？被告承包五号矿井前，矿上的安全生产管理一片混乱，安全责任制没有落实，负有安全责任的特种作业人员未经考核合格取得资格证书就上岗作业的几乎占了一半。被告承包后，原告要求被告必须安排好五号矿井原有从业人员。由于这些人员中有不少人素质很差，所以，尽管被告十分注意按照矿山安全法的有关规定，经常对职工进行安全教育培训，仍然免不了安全事故的发生。5 月 28 日发生的采煤班长违章从事放炮作业造成伤亡事故，是五号矿井长时间来积淀的问题所必然引起的结果。原告把安全事故责任完全归结到被告身上，难免有推脱和强加之嫌。

二、被告在异省他乡经营煤矿、靠遵纪守法、诚实信用安身立命，绝无言行不一之举。原告在被告承包煤矿后处处牵制被告，构成违约显而易见

原、被告双方在签订承包合同前的协商中，被告方的法定代表人特别强调两方面的问题：一是煤矿有关证件必须齐全，二是正常生产用电必须保证，不论缺少哪一个条件，我们都绝不承包。这两方面的条件，原告方当时满口答应保证满足，承包合同中对此规定的十分清楚。但被告承包后，原告恰恰在这两个最重要的问题上完全违约。

根据矿产资源法规定，任何矿山企业都必须依法取得采矿许可证。五号矿井原有的采矿许可证在被告承包前，已经过期和失效（有效期届满未办理延期手续）。被告承包后，要想合法经营，必须首先取得采矿许可证。根据国务院发布的《煤炭生产许可证管理办法》，“煤矿企业应当以矿（井）为

单位，申请领取煤炭生产许可证。”而要申请领取煤炭生产许可证，必须有依法领取的采矿许可证。原被告双方签订的承包合同第 14 条规定：甲方协助乙方办理营业执照及税务登记。办理这两项事务，没有采矿许可证、煤炭生产许可证是绝对不行的。《乡镇煤矿管理条例》第 13 条规定“申请开办乡镇煤矿，由资源所在地的县级人民政府负责管理煤炭工业的部门审查申请人的办矿条件。”“经审查符合办矿条件的，申请人应当凭煤炭工业主管部门审查同意的文件，依照有关法律、法规的规定，办理采矿登记手续，领取采矿许可证。”这是一系列具体复杂的工作，这个工作是应当由原告出面，被告协助、配合才能完成的。但是，原告没有根据合同规定为被告办理好应该处理的有关证件，使被告在承包经营中一直不能心里踏实、放心大胆地去干。

除了办理证件方面的违约之外，原告在用电问题上的违约也使被告不寒而栗。签订合同前，原告曾承诺被告矿上有一台发电机，如果供电不能保证，可以用发电机发电，不影响正常生产。但是，被告承包后，原告自食其言，乘被告方管理人员不在，把这台发电机弄了个无影无踪。

原告在上述两个问题上的违约，给被告造成的经济损失和精神打击是难以弥补的，是无法形容的。对此，被告保留提起反诉的权利。

三、原告诉请被告承担违约金和赔偿金缺乏事实和合同依据，要求终止承包合同是原告的真实目的，但于法无据，也不符合合同本身的规定精神

原告指责被告违约，只有欠交承包费一事是事实，其他都不能成立，欠交承包费事出有因，情有可原。如果说此行为给原告造成损失应承担违约金和赔偿金的话，那么，原告在用电问题上的违约应当向被告支付多少违约金和赔偿金，敬请法庭依法裁决。

要求终止承包合同是原告的全部真正目的。尽管原告指责被告多处违约，要求被告支付违约金和赔偿金，但那还不是原告的真实目的，只不过是以此想以此为终止承包合同寻找合理理由打下坚实基础罢了。

为什么原告在被告承包五号矿井前积极鼓动、劝说被告承包，而在被告承包半年后一百八十度大转弯，要求终止承包合同呢？因为被告已经满足了原告急于用钱的愿望和要求，为五号矿井注入了生机和活力，原告可以在此基础上经营了。他们知道五号矿井只要投入，就会有丰厚的产出，他们不能眼睁睁地看着被告在承包经营中获取大量利润。

五号矿井是邵原焦化厂在债台高筑、内外交困、濒临倒闭的情况下，由邵原镇主要领导亲自出面，多方考察了被告方的情况后，鼓励被告承包经营的。承包前，焦化厂欠银行贷款 200 多万元，工人工资几十万元，许多在焦化厂辛辛苦苦工作的工人，六、七个月拿不到工资，基本上没有了生产积极性。正是由于此，焦化厂才于 1994 年 10 月间停产。被告是在焦化厂全部停产一个多月后同原告签订合同开始承包经营五号矿井的。承包后被告不仅一次性先期给原告提供了几十万元资金，而且在组织、恢复矿井生产，保证工人工资，调动生产积极性方面，也进行了巨大投入。被告承包后，焦化厂五号矿井很快焕发了生机。从 1994 年 11 月 17 日开始，截止 1995 年 5 月中旬，五号井共出煤 20227.1 吨，在此期间，被告方上交了国家税金，上交了焦化厂大部分承包费，按月付清了生产工人工资，购置了一些固定资产。可以说原先处于破产边缘的焦化厂，在被告方承包经营五号矿井后，有了起死回生的希望。虽然对半年经营情况进行核算后，承包方还实际亏损 192441.15 元，

但只要承包方继续经营下去，前景是十分可观的。就在这种情况下，原告方的个别人眼红了。可以说，这场诉讼的真正根源正在于此。

尽管原告方为达到解除合同之目的费尽心机，寻找了种种理由，但这些理由一经推敲，就会破绽百出。根据经济合同法，经济合同依法成立，即具有法律约束力，当事人双方必须全面履行合同规定的义务，任何一方不得擅自变更或解除合同。解除合同的法定要件是经济合同法第 26 条规定的几种情况，本案原告要求解除合同，没有一条能够成立的法定要件。再以约定解除合同的条款看，原告与被告双方仅在合同中有这样的约定条款，“乙方如不按甲方井田设计规划采掘，甲方有权进行经济处罚，或终止合同。”除此外，再无其他终止合同的约定条件。由于被告在承包经营中不存在不按甲方井田设计规划采掘，乱采乱掘问题，所以，原告要求终止承包合同的主张不论从哪个方面看，都不应得到法律保护和支持。

本案结果：

本案一波三折，其中真正体现了法律与金钱、关系、人情的较量。案件承办人完全同意姚峰律师的代理观点和意见。但由于种种原因，一直没有判决。法院承办人一直主张和敦促双方协商调解，在经过将近二年马拉松式的诉讼后，双方最终在调解协议上签了字。

作者简介

郭国汀(1958.1—)1984年毕业于吉林大学法律系国际法专业,1985年全国首届法律院校法律英语师资进修班结业,1987年和1990年两次考取上海海运学院国际海商法专业硕士研究生,1984年开始执业于福建对外经济律师事务所,现任至理(福州)律师事务所副主任;1994年被评为二级律师,同年被选入《中国社会科学家大辞典》(英文版);1995年赴香港 Richards Butler 律师行海事航运部工作半年。自1988年以来,已先后在《中国海商法年刊》、《仲裁与法律通讯》、《中国海商法协会通讯》、《律师与法制》、《中国律师》、《法学评论》、《远洋运输》、《世界海运》、《海事审判》等22家专业杂志上发表论文、评论、案析130余篇。自1992年始,经由大连海事大学出版社、中国政法大学出版社、中国对外经济贸易出版社出版了六部法学专、译著:《现代提单》(1992)、《审判的艺术》(1993)、《国际经贸的法律与律师实务》(1994合著)、《当代中国涉外经贸纠纷案精析》(1995主编)、《国际海商法律与律师实务》(1996主编译)、《外贸案例法律文书选编》(1996)。另译有《国际商事合同》(1987)、《如何利用法庭戏剧打赢官司》(1986)、《c.i.f.和f.o.b.合同》(1997)、《提单与银行跟单信用证》(1997)、《项目融资》(1997)等五部专著。迄今已主办各类案件数百起,涉外案件120余起,其中部分案件具有全国性和国际性影响。

单位名称:至理(福州)律师事务所

详细地址:福州市湖东路152号中山大厦25层

邮政编码:350003

联系电话:(0591)7855642 7855741(传真)

香港机绣厂知行有限公司诉厦门鸿山
针织制衣公司、厦门外运公司、厦门
外轮代理公司担保提货纠纷案
郭国汀

案情简介

1988年8月18日,原告知行有限公司(卖方)与厦门鸿山针织制衣公司在厦门签订了一份买卖一台日本“百灵达”电脑高速绣花机合同,价款37.42万港元。付款方式:(1)8月25日在香港预付定金5万港元;(2)交货前两周在香港付清余款。装运期:订立合同之日起两个半月内。随后,鸿山公司委托香港伟光国际贸易公司预付了定金5万港元。11月6日,知行公司通知日本厂方发运电脑绣花机,并寄给鸿山公司一份空白抬头的指示提单(副本)。11月17日,该机由日本国日照丸轮运抵厦门。

12月7日,应鸿山公司的请求,厦门外运公司在了解了鸿山公司工商登记资料及银行存款情况后,出具了一份给厦门外代公司的《保证交还正本提单保证书》,承诺由于担保提货所致外运之损失愿负连带责任。12月8日,鸿山公司持副本提单和外运出具的保函向外代办理担保提货手续。鸿山公司

提走锈花机存放在厦门保税仓库。1989年4月3日，经厦门海关批准，鸿山公司将该机从保税仓库提出转交给石狮精工针织制衣有限公司以冲抵原欠借款。知行公司自1988年11月6日至1989年8月期间，曾多次向鸿山公司追讨货款。鸿山公司亦曾于1989年5月9日书面要求分期付款，并取得原告同意。终因鸿山公司未付货款，原告于1989年8月17日，以鸿山公司侵权为由向厦门中级法院起诉鸿山公司，同时将外代列为共同被告。厦门中级法院于1990年1月追加外运为共同被告。

争议问题：

1. 厦门外运能否成为本案共同被告？
2. 外代准许鸿山公司担保提货是否构成侵权？
3. 外代能否成为本案的共同被告？
4. 本案是否已超过诉讼时效？

分析与评论

1. 厦门外运不是本案之当事人，不能成为本案共同被告。

首先，上诉人与原审原告之间不存在任何民事法律关系。两者之间一无买卖合同关系，二没有运输合同关系，三不存在保证合同关系，四不存在侵权之债的法律关系。因此，外运对原告没有任何义务，原告对厦门外运根本没有诉权。

其次，诉权包括程序意义上的和实体意义上的诉权。后者是指要求法院明确被告的义务和要求法院强制履行该义务的权利。但是享有实体意义上的诉权的前提必须是有实体法律关系的发生。若没有发生实体法律关系，也就无从产生诉权。

再次，任何诉讼都必须同时具备两个要件，即诉讼标的和诉讼理由。而诉讼标的是指原告提出的，与被告有争议，并要求法院通过审判加以解决的法律关系及权利主张。作为给付之诉的标的则是指原被告之间发生争议的法律关系及原告要求被告履行义务的请求权。本案之诉讼标的乃因被告鸿山公司之侵权行为所产生的侵权之债的法律关系及原告要求被告鸿山公司履行其侵权损害赔偿义务的请求权。而在原告与外运之间并不存在任何民事法律关系，原告对外运亦没有请求权。因此，只有证明外运也构成对原告的侵权行为时，才能基于侵权之债的法律关系起诉外运，否则，原告对外运之诉就成了没有诉讼标的之诉了。

第四，由保证书所设立的保证合同关系仅存在于外代、外运与鸿山之间。外运是对外代作出保证，而非对原告作出保证。外运保证的是及时交还提单，及由于担保提货所致承运人所受损失，而非保证被告鸿山公司履行买卖合同。原告并非该保证合同之当事人，也非其利益人或权利人，外代才是该保证合同之当事人、利益人、权利人。因此，原告无权，只有外代才有权基于保证合同向外运索赔由于其担保提货而遭受的损失。

最后，依民法基本原理，诉的合并审理的前提必须有共同诉讼标的，或属同一类诉讼标的，此原理在民法第53条得到确认。质言之，不同的法律关系是不能作为共同诉讼的。

由于本案的诉讼标的是基于被告鸿山公司的欺诈性侵权行为所产生的侵权之债法律关系及由此而产生之请求权，又由于原告与外运之间不存在任何民事法律关系（既不存在保证合同关系，也不存在侵权之债的法律关系），因此，原告对外运没有诉权，原告诉外运没有诉讼标的，外运当然不能成为本案被告。至于存在于外运、外代与鸿山公司之间的保证合同关系与原告无涉，是另一种法律关系，即使外代要依保证合同起诉外运，依法也不能合并审理。判令外运对鸿山之侵权行为负连带责任于法无据，因而是错误的。

2. 外代不存在对原告的共同侵权行为。

原审认定被告鸿山公司构成对原告的欺诈性侵权行为无疑是正确的，但认定外代审查担保手续有过错，因而构成共同侵权则缺乏说服力。

最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》若干问题的意见第 68 条规定：“一方当事人故意告知对方虚假情况或故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可认定为欺诈行为”。由此可见，构成欺诈性侵权行为的要件是：（1）虚假陈述或隐瞒真相；（2）行为人主观上只能是故意，而不可能是过失。而要构成共同欺诈性侵权则行为人必须有共同故意。

外代接受外运担保，准许收货人提货的行为显然不具有构成侵权行为的要件，更不构成欺诈性侵权行为之要件。

第一，外代的行为并未违反强制性的法律规范。虽然依国际惯例原则上应凭正本提单提货。但作为该原则的补充和例外依国际习惯亦允许承运人在某种条件下无须凭正本提单放行货物，即（1）因正本提单迟到，收货人凭副本提单加担保提货；（2）因提单遗失、被盗、灭失，经公示催告程序后，凭担保提货；（3）当收货人不明或收货人拒绝提货时，承运人无须凭正本提单放货，只须将货交港埠当局或合法经营仓库提存即可。事实上，担保提货制度是得到各国商业习惯所认可的。例如：日本商法 518 条规定：“……有价证券持有人，丧失其证券，已申请公示催告时，得提供相当担保使依证券原意为履行”。日本最高法院于昭和五年曾判决：“承运人对未交还提单即予交付货物，乃信其无损及提单持有人之利益，则银行对此项交付予以保证，亦本诸万一其交付，有害及待有人权利人之情形为之，此等商业习惯，本院认为无悖于公秩良俗”。而包玉刚的环球航运公司船队，其提单为适用英国法律，也同意担保提货。我国理论界、实务界和法律界对此种商业习惯亦予首肯。例如：张既义的《海商法概论》第 78 页、（82）租字第 532/394 号文、（83）国港（06）号文、1990 年中国海商法协会国际海运提单法律与实务研讨会纪要，均确认了此种习惯。由此可见，担保提货并不为法律所禁止，而为世界各国所奉行，自无侵权之说。

第二，外代的行为不具有任何欺诈性，其没有虚假陈述，也没有隐瞒真相，事实上，外代本身也是被告鸿山公司欺诈侵权的受害者。

第三，外代不存在审查担保手续不严之事实。鸿山公司为收货人，而外运的保证是合法、有效的，因而谈不上有何过错。外代完全是按国际习惯，按我国有关行政规章办理担保提货的。

第四，外代缺乏与被告的共同欺诈故意。认定两个行为人的行为构成欺诈性共同侵权，必须证明两者有欺诈的共同故意，迄今我们并未看到任何此种证明。

由上述可以得出这个结论：承运人准许担保提货的行为并不一定都构成侵权行为，只有在承运人明知或理应知道收货人有恶意时仍允许其担保提

货，或承运人欺诈或参与欺诈，或向非收货人凭担保放货之情况下，承运人才构成侵权。

在记名提单，或指示提单经记名背书或指示提单，不记名提单，真正的收货人凭担保提货之场合，即使损害了提单持有人利益，也只是对海运合同的违约。而在提单灭失、收货人已付款之情况下，担保提货人不可能损害任何人之权益，也就不存在任何责任。

在本案中，我们认为外代准被告鸿山担保提货的行为充其量属违约，根本不构成侵权，更不构成欺诈性侵权行为。

3. 关于外代之诉讼法律地位。

外代实际上仅是日本东方船务公司之代理人，其在委托授权范围内所为之一切代理行为之法律后果应由委托人东方船务公司承担。因此，除非能证明外代越权、无权代理或应与承运人负连带责任，否则，原告亦不应起诉外代。原审对上述问题亦未查明。

根据最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》若干问题的意见第 83 条、通则第 65 条和第 79 条之规定，只有在授权委托不明和明知委托事项违法仍行代理之情况下，代理应与承运人负连带责任，可作为共同诉讼人。

本案若承运人明确授权可以担保提货，则外代无任何责任可言，一切后果应由承运人承担。若依法可推定承运人对外代有此种授权，外代同样无须负责。本案应可推定东方船务公司对外代有此种授权。因为：（1）中、日两国之法律与判例均认可担保提货的制度；（2）外代之经营范围包括了中外籍客货船在港口之一切代理，当然包括了担保提货在内；（3）事实上，日本东方船务公司下属之载货船日照丸在厦门港卸货时，并未收回本案所涉之货之正本提单即已离港，这一事实本身证实其追认了外代担保提货的做法。

4. 本案已过诉讼时效。

“海牙规则”第 3 条 6 款规定：“除非从货物交付之日或应交付之日起一年内提起诉讼，承运人和船舶，在任何情况下，都应免除对灭失或损坏所负的一切责任”。因此，提单纠纷的诉讼时效，无论是基于违约还是侵权都只有一年。

虽然原告是在诉讼时效范围内起诉外代的，但其是以欺诈性侵权法律关系而起诉外代的，上述已充分证明外代不存在对原告的侵权更不存在对原告的欺诈性侵权，而告错对象、告错法律关系、告错诉讼标的并不能视为诉讼时效中断。质言之，告错法律关系也就等于没有起诉。

根据《民法通则》第 135 条及 140 条之规定，诉讼时效因提起诉讼，当事人一方提出要求或者履行义务而中断。也即，只要权利人向对方当事人、债务保证人、债务人的代理人主张权利或向法院提出保护其民事权利的要求，或义务人同意履行义务，诉讼时效即为中断。

若是基于正确的法律关系而主张权利诉讼时效中断自属公论。若系依不存在的或错误的法律关系主张权利，则其所主张的权利本身并不存在，当然不能视为已主张权利。我们认为通则规定的“主张权利”、“提出保护民事权利的请求”、“向法院请求保护民事权利”指的是既存的、合法的民事权利，对于不存在的民事权利或非法的主张当然不在法律保护之列。因此，基于不存在的、错误的法律关系所提出的权利主张是不存在的权利，因而诉讼时效并不中断。

综上所述，由于原告与外运之间不存在任何民事法律关系，原告对外运

之诉也就没有诉讼标的，因而原告对外运没有诉权。外运不是本案之当事人，不能成为共同被告，充其量仅能成为无独立请求权之第三人。至于保证合同关系与原告无涉，仅存在于外代、外运与鸿山公司之间。只有外代，作为保证合同的唯一受益人，才有权基于保证合同起诉外运，但这是另一个法律关系，因而依法不能与本案合并审理。判令外运负连带责任是错误的。担保提货的行为并不一定是侵权行为，在承运人明知或理应知道收货人有恶意，或承运人欺诈或参与欺诈，或承运人向非收货人凭担保放货时才构成侵权；而在其他情况下则可能构成违约，亦可能毫无责任可言，本案外代之行为不构成侵权，更不构成欺诈性共同侵权。外代不存在越权，或无权代理或应与承运人负连带责任之情形，因此其代理行为的法律后果应由承运人日本东方船务公司承担。本案由于原告起诉外代是基于欺诈性侵权法律关系，因而告错了诉讼标的致诉讼时效不中断，因而原告只能向被告鸿山公司追偿。

处理结果

1. 一审法院认定：“知行公司仍持有正本提单，故仍拥有绣花机的所有权。鸿山公司未付货款，明知无正本提单，利用副本提单和保函办理担保提货，提出绣花机并私自将其转让，其行为已超过合同范围，具有严重的欺诈性，已构成侵权。厦门外代未对担保手续进行严格审查即准许鸿山公司办理担保手续让其提走绣花机，是有过错的。两被告的行为对造成本案原告所有权被侵害的事实是不可分割的，因而构成共同侵权，依法应负连带责任。厦门外运作为担保人应对鸿山公司的侵权行为负连带责任”。判：（1）鸿山公司应赔偿知行公司货款与利息计 45.72 万港元。（2）厦门外运和外代负连带责任。

2. 二审法院认定：“鸿山公司凭副本提单及厦门外运保函到外代提取绣花机并擅自转让给石狮精工公司以冲欠款，致绣花机无法返还给知行公司，其行为已逾越合同约定范围，构成侵权。厦门外代凭副本提单及担保准许鸿山公司提取货物，其行为违反了国际海运惯例凭正本提单交货的原则，是有过错的。厦门外运依法出具担保，但没有认真审查鸿山公司的资信情况，有过失过错，外代和外运的行为对知行公司所有权被侵害的事实是不可分割的，构成共同侵权，依法应负连带责任。判：驳回上诉维持原判。

作者简介

晋良柱（1931.12— ）四川省简阳市人，汉族，高等专科文化。1950年参加工作，任书记员、串讯员、审判员。司法改革后，1952年任越西县人民法院副院长并主持工作。1957—1958年在中央政法干部学校西北分校进修。1959—1969年任宁南县民败局、二轻局、农机局副局长。1970—1980年参加国家重点建设，任水利工程移民安置组长、国营大中型项目施工科长、设备安装供销科长，对设计施工、水电汽机物料有一定技术知识，参与企业管理工作。1981年恢复重建律师制度，调入凉山州律师事务所同时取得律师资格，曾任副主任、省律协理事、省法学会常务理事。十多年来参加全国和西南西北片区渣学理论讨论和律师业务研讨会8次，在省以上报刊发表论文20多篇。1988年评聘为一级律师，多次评为省州等先进工作者。

单位名称：四川省凉山彝族自治州司法局
详细地址：四川省西昌市三岔口南路69号州司法局
邮政编码：615000
联系电话：（0834）2173023

巨额货款被骗以后 晋良柱

这是一起名为损害赔偿纠纷实为刑事犯罪案件，也是一起名为经济合同纠纷实为利用经济合同进行诈骗和民事欺诈行为相互渗透在一起，涉及五省数十位当事人的案件。案件由原告云南省石油公司大旧庄分公司（简称大旧庄）1990年10月以民事损害赔偿起诉，乌鲁木齐市中级人民法院于11月做出裁定：“一冻结新疆石油管理局克拉玛依炼油厂（简称克炼厂）银行账户存款100万元；二冻结第三人四川西昌汽车运输公司（简称西运公司）银行账户存款65万元，三冻结第三人山东拆船工业联合公司（简称拆船公司）银行账户存款42万元”而引起，同案被告中国银行乌鲁木齐市分行（简称中行）和中国工商银行乌鲁木齐支行（简称工行）以结算事故在列，但却漏列了第一被告人河南濮阳市华业贸易公司和其在新疆开办的河濮克拉玛分公司（简称华业公司）及法定代表人唐振祥。

（一）1989年1月华业公司与拆船公司签订联销沥清协议，拆船公司依约汇给华业公司3000吨沥清款。华业公司未按规定在两月内发货，以运输困难为由退款52万元，12月又退款42万元。同年6月华业公司又与西运公司签订代购汽油500吨合同，价款85万元，由自治区石油局老干部书画服务社担保，将款转入该社再转付华业公司。同年8月大旧庄经自治区石油局老干部书画服务社牵线与唐振祥相识，8月14日唐振祥以华业贸易公司名义将与克炼厂在1989年3月24日签订的购销汽油1000吨合同转让给大旧庄，8月15日大旧庄业务员蔡兴高把事先存在工行沙办火车站分理处的临时存款144万元以汇票方式汇入克炼厂，克炼厂财务科在开“预收货款通知单”时，将交款单位写成河南华业公司，后大旧庄多次找克炼厂更正，克炼厂财务科于1989年10月23日才做了更正，将交款单位变更为大旧庄蔡兴高，财务科会计将此情况电告已返河南的唐振祥。

因克炼厂无货供应，同年 11 月大旧庄持正式退款手续要求克炼厂将 144 万元购油款退回。克炼厂以此款有争议，唐振祥来电报称，未经他的允许任何人不得动用为由拒退，并明确表示待唐振祥和蔡兴高双方到场，把款搞清楚后再说。同年 11 月 27 日蔡兴高得知唐振祥从河南返新疆，立即赶到克炼厂宾馆，要求唐同去克炼厂说明情况，被唐拒绝，当晚双方达成补充协议。协议规定：“一大旧庄分公司委托华业公司在新疆办理采购汽油业务，二华业公司不得将此款挪用其他任何业务，三华业公司在代理此业务期间，未经双方协商，大旧庄不得单独将款私自抽出或退回。”补充协议签订后，大旧庄蔡兴高拿着协议再次找克炼厂，要求保障货款安全，克炼厂答复，款现在任何人都动不了。

此后，唐振祥为将此款弄到手，便到克炼厂财务科，询问会计这笔款有何手续才能取走，会计告诉他，有大旧庄的介绍信就行了。同年 12 月 2 日，唐振祥在当初大旧庄写给新疆各炼油厂的一张求援汽油介绍信上添加了“因无法发运，另寻渠道，款暂返回原处”的内容，克炼厂凭此信将应退给大旧庄蔡兴高的 144 万元汇票交给了唐振祥。唐持汇票到中行乌鲁木齐明园分理处要求将这笔款存入他的私人帐户，明园分理处经办人员说，汇票背面的被背书人一栏内要有该汇票收款人蔡兴高私人印鉴方可存入。因已到下班时间，唐说章在招待所，明天盖好再来。晚间唐振祥委托他人刻制了蔡兴高的私人印章，中行把汇票当作背书转让，按同城跨系统银行票据交换经工行审核支付后，便解进唐振祥事先在该处开立的帐户内。与此同时西运公司进京人员从国家民委、国家计委和铁道部取到批文到新疆解决了火车运力，但却无油可供，在担保人的督促下，唐振祥主动提出退款，三方协议终止原合同。当第三人见汇票上是写的蔡兴高问唐时，唐振祥说：“我与蔡兴高有全权委托代理手续，这 144 万元就包括你们西运公司的购油款在内。”12 月 9 日唐便以退货款的名义从其帐户上转汇西运公司 85 万元，第二日又以同样名义转汇拆船公司 42 万元，余款被其挥霍。案发后公安机关将唐振祥缉拿归案，追回赃款 50 余万元，尚有 80 多万元未能追回。

乌市中院认为唐振祥以骗取的款归还债务，其民事行为无效，克炼厂明知是大旧庄货款仅凭一纸介绍信将汇票交给唐振祥，为其诈骗提供方便，其行为构成侵权，应赔偿大旧庄损失，中行将不具背书转让条件的汇票解进唐的帐户，为诈骗巨款创造了条件，应负一定责任，工行按结算制度审查和办理汇票手续无过错，第三人以退货款为名接收骗取来的款项，应返还原告。为此判决：唐振祥应返还大旧庄本金 30 余万元，按唐汇给第三人的货款按比例返回原告，以充抵唐的退款数额。大旧庄的利息和其他损失 25 万余元，由克炼厂赔偿 70%，中行赔偿 15%，驳回大旧庄对工行的诉讼请求。宣判后各被告和第三人均不服，向自治区高院提起上诉，经高院审查后裁定中止审理。

（二）利用经济合同进行诈骗活动，除了行骗者骗术狡猾之外，在签订经济合同中，一些企业和其他经济组织不按照经济合同法办事，不重视建立健全对经济合同管理的规章制度和监督机制，以致在签约的过程中出现违章违纪和违法的行为，为诈骗活动大开方便之门，因此产生本案的原因是错综复杂的多种因素造成的。

一是华业贸易公司实际是经营饮食服务、商店、旅馆之类的小本经营的服务性公司，注册流动资金只有几万元。华业公司其经营范围绝无石油产品的购销项目，按规定不是石油经销单位不能签订购油合同。但克炼厂却于

1989年3月与华业公司唐振祥签订了028号购油合同，并非法开办了河濮克码分公司，致华业公司能利用该合同与大旧庄签订变更购油合同，进行诈骗活动。同时又违反了国办发（1989）10号《关于制止预收预付货款的紧急通知》精神，使诈骗得以有机可乘。

二是原告大旧庄用人失当，把巨款交给不具备采购人员条件的人事干部蔡兴高，负有不可推诿的领导责任。蔡兴高因急于购油，轻信唐振祥的骗局，将购油事项全权委托给唐，盲目地签订定货合同的变更协议，并把公司开出求购油的专用介绍信交唐，任其使用，为其诈骗创造了条件。同时又将自带银行汇票写明货款的144万元交唐一起转入克炼厂账户，克炼厂在预收货款通知单中的交款单位填为唐的华业公司，后虽更改为购油款的款权人属于蔡兴高，但又签订所谓的补充协议“不得单方面将款私自抽出或退回”，致使原告自身丧失了对该款的自由支配权。后因购油无望，原告已意识到汇款遇到危险时，不采取积极措施，抱着不负责任的态度任其发展，充分说明原告自身的失职行为。

三是克炼厂的某些人接受唐振祥的贿赂，为其诈骗行径大开绿灯。克炼厂经人介绍，不仅不审查华业公司根本没有经营石油产品的权利就与之签订购销1000吨的购油合同，致唐振祥利用该合同进行诈骗。特别是唐为了打通关系，从河南发出50台彩电、18台冰箱，以高进低出形式向克炼厂有关人员行贿6万多元，因此，在唐振祥篡改了的云南石油公司介绍纸上，批准给不属于大旧庄人员的唐振祥办理退款手续，并且选用了对真正的债权人是一种最危险的结算方式，不论其是故意或者过失，克炼厂在客观上对唐振祥骗取银行汇票，完成其诈骗行为，负有不可推诿的责任。特别是克炼厂销售科副科长林炳仁（已收审），擅自批准将大旧庄的贷款给唐振祥办理了退款手续，有内外勾结共同诈骗之嫌。

四是在金融业务活动中的违章违纪现象和工作人员的粗枝大叶，为诈骗最后得逞提供了条件。克炼厂开好退款单办好银行汇票委托书交到工行克拉玛依金龙镇分理处办理银行汇票手续，将款汇回蔡兴高的原行原账户乌市工行火东南站分理处，但因唐振祥在中行明园分理处开有临时账户，唐持汇票以伪造背书转让的方式，交中国银行以跨系统银行签发的转账银行汇票的解付。按结算办法同城票据交换将银行汇票的解讫通知提交给同城的有关银行审核支付后抵用，因进账汇票留在代理行中行明园分理处，工行无法核对蔡兴高在该处预留的印章与背书转让的背书的印章是否真实，而只能核查联行的印章的真实与清晰和压数机压印的金额与大写的汇票金额相一致，因而解汇。由于蔡也属临时存款户，只付不收，付完为止，不计利息，其在工行的预留印鉴是作为分次支取款项的依据，不是审核背书的依据。中国人民银行总行会计司对工行办理此笔汇款的解答中指出“此笔汇票办理中，只承担划付工作，在汇票真实要素齐全的情况下，无工作责任。”但中行明园分理处将不完全具备背书转让条件的汇票按背书转让而解进唐振祥的账户，客观上为诈骗的前后得逞开了方便之门。

（三）这一涉及面很广的民事诉讼，是在撇开刑事诈骗犯罪分子的情况下，以纯民事纠纷案件审理判决的。虽然自治区高院做了中止审理的裁定，但对原审判决提出如下分析与研究：

首先从诉讼程序上看，本案作为刑事案件既然已在公安机关办理过程中，不应该就同一案件又进行民事审判，这显然是违反诉讼程序的。一方面

是主体不合格，漏列了被告华业公司，而同时又错列了与本案原、被告毫无法律关系的第三人。无论是原告大旧庄还是被告第三人，都是与河南华业公司，以及华业公司与克炼厂之间的合同关系，他们都是以华业公司的名义签订的。最高人民法院给新疆维吾尔自治区高院的复函中也指出“既已被认定为诈骗罪行，则属刑事案件中的追赃问题，人民法院不能作为民事案件受理”，显然违反诉讼程序。

其次就财产关系的转移来看，克炼厂在预收货款通知单中，后来既已明确为原告大旧庄蔡兴高所有，克炼厂是原告 144 万元的当然债务人。克炼厂将本来属于原告的购油货款拱手交给了唐振祥，这只能认定这是克炼厂与唐振祥两者之间的给予行为，而不能证明克炼厂与大旧庄之间债权债务关系的了结。因为原告人没有给克炼厂开出任何收款收据，更没有收到 144 万元的退货款，克炼厂也没有偿还原告人的 144 万元债务，原告与克炼厂的债权债务关系依然存在。原告应向克炼厂追索其债务，而不应向其他方面索赔。其他方面与原告人没有事实上和法律上的必然联系，更不存在什么损害赔偿的问题。

再次从民事法律关系上看，第三人善意有偿取得该财产，应当依法维护第三人的合法权益。唐振祥既已取得写有退货款的 144 万元银行汇票，并已进入其在银行自己的账户，从其账户内以汇票方式返还第三人的货款是情理中的事。由于票据是由出票人签发的载明一定金额的由付款人无条件支付的流通证券，从票据的占有性看，票据权力的处分及行使以票据存在为前提，若不占有票据，则无法主张权利，第三人对持票人无权审查，也没有责任进行审查，判决“以第三人接收骗取的货款来抵偿所欠自己的债务应该返还”是于法无据的。我国民法通则第 66 条规定，代理人没有代理权、超越代理权或者代理权终止的行为，侵害了被代理人的合法权益，应由代理人本人承担民事责任。第三人只有在与代理人恶意串通或者明知代理人没有代理权、超越代理权或者代理权终止而与其实施民事行为给他人造成损害的，才由第三人和行为人负连带责任。最高人民法院关于贯彻执行中华人民共和国民法通则若干问题的意见第 89 条规定：第三人善意、有偿取得财产的，应当维护第三人的合法权益，对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。显然本案第三人不应返还财产。

最后，货币不是特定物，这种客体在社会财产中占有特殊的地位。要保证它们在经济法律中的绝对稳定性。刑法上的赃是指纳贿盗窃所得之物，因诈骗盗窃行为而取得的财物，因赃物变得的财物，或因搬运寄等故意购买的赃物，应以赃物论而予以追赃，但第三人善意有偿取得的这种不特定物，不能以赃物论，也不适用民法通则有关“返还原物的”的规定。第三人将返回的贷款直接归还了银行的专项贷款，怎么返还，唐振祥大肆挥霍浪费，也不能向餐饮娱乐等接收单位追收返还，否则就会引起社会经济秩序的混乱。

作者简介

陈向东（1960.6— ）1982年毕业于徐州师范学院，1988年获江苏省自学考试法律专业大专毕业证书，1993年获得华东政法学院法律专业本科毕业证书。

1988年从事律师工作，1990年通过全国律师资格考试，获得律师资格证书。从事律师工作9年来，共担任15家国家机关、企事业单位、私营企业常年法律顾问。共办理上千件刑事、民事、经济、行政等纠纷案件，避免和挽回上千万元经济损失。先后在全国性报刊《律师与法制》、《法制日报》、《中国律师报》上及省级刊物《江苏法制版》、《江苏律师》上发表10篇文章。其中办理的烟台建筑承包纠纷案的代理词被《律师与法制》杂志社出版的《全国大案、要案代理词、辩护词精选》一书收录。

现任徐州同心律师事务所副主任律师，三级律师。

单位名称：江苏徐州同心律师事务所

详细地址：江苏睢宁县中山北路2号

邮政编码：221200

联系电话：（0516）8331934

942万元工程承包合同纠纷案应诉记

陈向东

500余万元的巨额索赔

这是一起巨额建筑安装工程承包合同纠纷案。

1991年5月7日，山东省烟台市经济技术开发区房地产公司（以下简称房地产公司）向烟台市中级人民法院经济技术开发区审判庭提起诉讼，请求法院判处被告江苏省睢宁县建筑安装总公司（以下简称建安总公司）：
（1）支付工程逾期600多天的违约金3531964.72元。（2）继续履行合同，立即组织施工。（3）按合同规定赔偿因逾期竣工而造成的经济损失。（4）由被告承担诉讼费及因诉讼而发生的其他费用。烟台市中级人民法院以诉讼标的942万元（工程造价十违约金）的建筑工程承包合同纠纷案予以立案，并预收房地产公司诉讼费及其他有关费用20.8万元。5月15日，法院将诉状副本及出庭应诉通知书送达建安总公司，并于同日裁定冻结建安总公司在睢宁县建设银行之存款300万元，在未满此款数额之前，只准收进，不准支出。

建安总公司接到诉状及应诉通知书后，如雷轰顶。如若败诉，那么后果不堪设想，353万多元的违约金、150万元的续建赔款以及赊欠当地的几十万元建筑材料款，这意味着建安总公司遍及大庆、辽河、胜利等油田工地的万余名建筑大军长达两年的辛勤汗水将付诸东流，公司面临着破产的威胁。

77%的工程形象进度

这起案件的起因是这样的：1989年4月11日，房地产公司通过招投标

的方式与建安总公司签订了一份建筑安装工程承包合同。合同规定：建安总公司承建开发区 8 号小区群体住宅楼工程，建筑总面积 18011.41 平方米，共 11 栋，工程总造价 5886607.86 元，一次包死。建设工期 130 天，从 1989 年 4 月 11 日起至同年 8 月 20 日竣工，承包方必须确保工期，每提前或拖延一天竣工，按工程总造价的万分之十予以奖罚。工程拨款根据实际完成的工程形象进度按月拨付。此外，合同还对技术资料提供、场地清理、工程质量、项目变更、竣工验收等加以规定。

合同签订后，因施工人员紧缺，加之政治风波的发生，施工队伍迟迟不能上马，直到 5 月才陆续进入工地开工三栋。七月份，11 栋楼房全面施工。施工中，由于房地产公司建设资金准备不足，时常拖欠工程进度款，以致工程建建停停，直到 1989 年年底才竣工三栋，并交付使用。最使建安总公司头痛的是，原订合同总造价太低，根本不能保证工程的建成。建安总公司除了自带数十万元资金全部垫付于工程建设外，又在烟台当地赊欠了几十万元建材。尽管如此，还是不能把工程完成。工程形象进度只达 77%，如果把剩余工程全部完成，那么建安总公司还要再贴进 150 万元。为此，建安总公司多次向房地产公司提出，要求增加合同造价，但都未能实现。万般无奈，建安总公司于 1990 年上半年单方撤走了全部施工人员，剩余 8 栋工程全线停工。此后，房地产公司多次专程到建安总公司协商，但因双方对增加工程造价款数额分歧太大，未能达成一致意见，工程长期被搁置。

形势非常严峻，如此巨大的建筑纠纷案引起了被告所在地省、市建工行业领导人的严重关注。危难之际，笔者受托担任了建安总公司的诉讼代理人。

艰难中的跋涉

怎样打好这场官司，将损失压到最低限度，这是被告代理律师所面临的一个严峻问题。要减少经济损失，推翻违约条款，就必须否定合同效力。笔者就此案有关专业问题无数次向建工行业工程技术人员及管理人员请教，向他们搜集有关建工行业的法律规定等规范性文件。通过了解，笔者意识到全面工期条款的不可行性。我国《建筑安装工程承包合同条例》第 9 条规定合同工期，除国务院另有规定外，应执行各省、自治区、直辖市和国务院主管部门颁发的工期定额。经查阅，1985 国家城乡建设环境保护部颁发了《建筑安装工程工期定额》。它是制定招标标底、投标标价和签订发承包合同的重要依据。8 号小区住宅楼工程是多层群体住宅楼，据此规定，工程工期应为 590 天。这还不包括冬季施工允许停工的顺延天数，也不包括变更设计和其他原因的影响。既然国务院主管部门颁发了工期定额，就应严格执行，而不能任意协商，否则工期过长或过短都是不合理的。原订合同工期 130 天远远低于国家规定，属无效条款，原告方依据该条款向被告赔偿逾期 600 多天的 353 万元的违约金是没有合法依据的。

为进一步扩大战果，笔者又专程前往烟台调查了解合同签订之前有无正式标底，因为此合同是经过招投标方式签订的。标底是国家对工程造价的一种规定。据原技术人员反映，发包方可能没有标底。后通过对有权审查标底的烟台市建行调查，证实了该建筑承包合同是通过招投标方式签订的。但在招标之前，发包方根本没有制定出正式工程标底，而是搞什么“明标暗投”。工程标底是根据设计图纸和国家的预算定额、收费标准等计算出来，它是工

程价格的一种表示，投标过高或过低都是不合理的，属废标。被告方自压标价，以远远低于工程造价投标并与之签订合同，违反了国家规定，合同造价无效。

合同无效的五大理由

1991年6月13日，烟台市中级人民法院如期开庭，法庭调查长达两天多。在临近法庭调查结束时，笔者为查明庭审中未涉及的问题及时向原告方发问：8号小区住宅楼工程是否列入国家的投资计划？有无计划任务书？答复“否”。值此时刻，代理律师对案件发展充满着希望和信心。

庭审第三天，双方进入辩论阶段，原告方的一位年逾50岁的老律师先声夺人，在一开始的代理发言中就引用了有关条文来论证合同的有效性，并重申被告应当承担巨额的违约金及其他损失，继续履行合同，把剩余工程建成。

焦点十分明确，原告方的意见早在笔者预料之中，因此，笔者就已拟好了辩驳提纲答辩。

1.《经济合同法》第4条规定：“订立经济合同必须遵守国家法律，必须符合国家和计划要求。”第18条规定：“建设工程承包合同，必须根据国家规定的程序和国家批准投资计划、计划任务书等文件签订。”8号小区住宅楼工程是房地产公司自筹资金建设的，房地产公司在订立合同时只有开发区管委会对工程设计任务书的批复，没有被批准的设计文件和概预算，没有列入当年基本建设计划，属计划外工程。

2.房地产公司建设资金在开工前没有完全落实，缺口太大，造成施工拨款常常拖欠当月所需工程形象进度款，拖欠时间少则20多天，多则月余。拖欠数额也是巨大的，少的几十万，多则上百万，直接违反了建设银行山东省分行关于转发《基本建设工程价款结算办法》（试行）通知中第2条第2款之规定，造成工程停停建建，大量机械设备闲置，人员窝工停工，延长了工期，并给被告造成巨额经济损失。此外，还由于原告方原因致使施工现场“三通一平”没完成，工地上经常出现停电断水，亦影响工程如期完成。

3.在签订合同直至施工过程中，房地产公司没有土地使用手续。根据《中华人民共和国土地管理法》第43条规定，房地产公司在未经批准的情况下擅自使用土地，属非法用地，故工程是违法建筑。

4.合同工期和合同造价的确定极不合理，违反国家规定，应属无效。

5.1988年《山东省建设工程招投标暂行条例》明确规定：对于招标的工程必须具备下列招标条件：（1）有审批机关批准的设计文件和概算，并已列入当年基本建设计划；（2）建设用地手续已办妥，施工现场“三通一平”已经完成；（3）资金、材料、设备和协作配套条件均已落实，并能保证供应；（4）工程标底业经城乡建设主管部门和建设银行审定。房地产公司在上述条件均不具备的情况下擅自招标，违反了《暂行条例》规定。《暂行条例》第29条规定：违反本规定的招标投标及所签订的工程承包合同均属无效。本案中原、被告签订的合同不但违反了作为地方性规章的《暂行条例》，而且也违反了《经济合同法》、《建筑安装工程承包合同条例》的有关规定，是无效的合同，没有法律约束力。

《经济合同法》第10条规定：经济合同被确认无效后，当事人依据该合同所取得的财产应返还给对方，有过错的一方应赔偿对方因此所受的损失。

鉴于原告不具备工程建设条件，违法发包，原告有着不可推卸的过错责任，被告亦有责任。正由于原告的诸多过错，使被告蒙受了巨大的经济损失，原告应当予以赔偿。

被告反获得 22 万元的补偿

辩论中，双方争论的焦点是合同是否有效。因为这直接决定原、被告的命运。但在大量事实和法律面前，原告方最后也不得不承认合同内容的违法性，并且同意与被告调解。

合议庭经过认真商讨，决定取消原定研究的审理方案——按原告诉讼请求进行审理和判决，改为在合同无效基础上予以调解。

鉴于发包方房地产公司在施工中向承包方建安总公司共拨付了约 505 万元工程款，建安总公司除自带一部分款项用于工程外，又从当地赊欠了几十万元材料。目前，现有工程形象总价值已大于房地产公司拨款数，如若移交工程，还需原告再支付一定数量工程款，调解难度很多。1991 年 6 月、8 月、10 月，法庭共进行了三次调解。最后，原、被告双方终于在互谅互让的基础上达成一致意见：（1）被告将未建完的 8 栋住宅楼按目前工程形象交付给原告。（2）原告再拨付给被告工程款 22 万元。（3）被告将 8 号小区 8 栋住宅楼的施工图、竣工图、隐蔽工程记录、材料合格证及其他有关工程资料支付给原告。被告自愿承担诉讼费 37641.31 元，余下诉讼费全由原告承担。法院并于同日下午（91）烟中法开经字第 2 号民事判决书。

至此，这起历时半年的巨额建筑安装工程承包合同纠纷案告终，作为被告的建安总公司长长地松了一口气，500 多万元违约损失避免了，22 万元工程款挽回了。庆幸之余，他们一再由衷地感谢律师在这起诉讼中的巨大作用。

作者简介

梅培华（1953.8— ）中国人民大学法律系毕业，法学学士学位。高纪律师，证券执业律师，经济师。1985 年取得律师资格和律师执照，并于同年任对外贸易经济合作部所属长城对外经济律师事务所执业律师至今。1988 年在英国伦敦 LOVELL WHITE DUR-RANT 律师事务所和英国 SLAUGHT & MAY 律师事务所香港分所工作实习。1989 年被外经贸部人事司任命为业务一处副处长。执业 13 年来，一直为广大中外委托人所信赖和聘用，特别是在外商投资、国际商业贷款、证券发行与投资、公司组建与并购等领域内有较多的实际经验。

单位名称：长城律师事务所

详细地址：北京市光华路乙 12 号外经贸部咨询大楼 8 层

邮政编码：100020

联系电话：（010）65051910 1301139989 65051558（传真）

国际互联网址：gwlawyer@mx.eei.go.cn

商业贷款债权转股权的案例

梅培华

1990 年年初，新疆维吾尔自治区主管外资外贸工作的黄副主席及新疆区经贸厅阿厅长、外资处刘处长等一行七八人急如星火地赶到北京外经贸部约见外资司、条法司的负责同志，汇报新疆一家合资酒店所面临的重大危机和困难，请求外经贸部给予协助解决。案精简略如下：1985 年 8 月新疆乌鲁木齐经济开发总公司（以下简称“乌总”）与香港佳华电器有限公司（以下简称“佳华”）签署了合作经营合同，依照合同约定：双方在乌鲁木齐市合作建设一家四星级豪华大酒店“新疆环球大酒店”（简称“环球酒店”），总投资为 2500 万美元，由佳华负责筹集建设所需的外汇资金，合作期 17 年，还款期 10 年，本息还清后双方按比例分成，合作期满后全部酒店的财产和权益归中方。这是全新疆唯一一家最高星级的酒店（至今仍是唯一最高星级的酒店）。由于外方佳华的王某声称与某中央领导有背景，这个项目从立项、审批到开工建设一直受到当时的中央领导同志、自治区及市各级领导关照与支持，一路绿灯，体现出特事特办的精神。按照其可行性报告，环球酒店应在两年内建成开业。该合同规定由乌总负责提供场地、三通一平和红线外配套工程，佳华自筹 300 万美元注册资金并负责在国外银行筹措贷款 2200 万美元用于酒店建设，因此佳华向香港的某国际知名大银行（简称“贷款银行”）申请 2200 万美元的贷款，而该项贷款由乌总提供全额担保（按国家有关规定乌总既无权也无力提供担保，但经领导批示，当地外管局特批准予担保）。该合同规定酒店应与 1987 年 9 月完工，最迟不迟于 1988 年 1 月开业。这样一个领导重视，各方支持的重点项目，理应水到渠成，按期开业。然而当我 1990 年 5 月受新疆方面的授权和委托，作为新疆方面的律师正式接手此案时，贷款银行已通过中国律师发出律师信告之新疆方面，贷款银行已决定将诉诸法律向担保人（乌总）起诉追讨其所担保的贷款银行与佳华之间“新疆环球大酒店”2200 万美元贷款协议项下到期应还的贷款本息（截至 1990 年 5

月 25 日到期应还的贷款本息合计为港币 2.07 亿元，约合 2580 万美元左右，并以每天 66000 元港币的过期利息不断增长。此时佳华在外债务高达近 5000 万美元并已在香港被美国波士顿第一国民银行等债权人起诉而面临破产清算），这时的环球酒店仅完成了主体工程，装修工程资金无着落而久拖不下，酒店已九易开业日期，何时开业尚不得知，而此时已投入酒店项目的资金数额已远远超过了 2200 万美元贷款，达到 3257 万美元之巨，其中包括贷款银行的贷款本息 2580 万美元，及自治区计委、财政厅等各部门不得不投入的补救资金。

这家贷款银行作为世界著名的大银行之一，其声誉和严谨的银行作风是毋庸置疑的。借债还钱，担保履约，无论从法律上，还是从情理上，此时中方都处于被动地位和困境，限于篇幅略去诸多情节不说。而我的任务自然是要阻止贷款银行的法律诉讼，并且解救限期偿还资金的危机，难易程度可想而知。这对我来说从业近十年来也是第一次面对这么强硬的谈判对手，棘手的案子和如此数额巨大的诉讼债务，并且我还是作为处于被动地位的被告人律师。说实话，部里把任务交给我们所的时候，我还称病在家里躲了三天没上班，但还是没躲过去，当律师准都想做有把握的案件，想充当赢家的律师，可最后还是让我来接这个烫手的山芋。

接案后多次听取新疆方面的情况介绍，分析案情利弊，查阅法规资料，研究方案对策，二周后会同有关部门一起赴新疆实地调查了解情况，掌握大量第一手资料，找到了贷款银行的要害短处和把柄，在此基础上和贷款银行驻京首席代表就新疆环球大酒店 2200 万美元的贷款本息债务开始艰苦的谈判。我和首席代表谈了多少次已记不得了，正式的谈总有十几次，历时一年半，新疆就去了十二三次之多。刚开始贷款银行态度非常强硬，声称新疆方面若不立即全部偿还贷款本息（贷款银行知道新疆方面已经准备好了资金还贷银行，只是由于一些技术细节问题和贷款银行过于着急地采取法律行动惊动了中央有关部门），否则就通过法律诉讼解决，并在香港和海外的舆论和媒体上广泛披露和报道此事。同时贷款银行乘其高层领导访华时，与几位国家领导人提及并请求过问此事，开展上层攻势，声称若不还钱将关系到中国国家的信誉和改革开放政策的国际影响。而对于新疆方面为尽量减轻负担提出债务重整的分期偿还的方案贷款银行一概不谈，坚持立即全部还钱。

关于新疆贷款本息债务重整事宜我们与贷款银行进行多次商务谈判，并先后三次在新疆自治区政府领导和党委常委会上专题汇报，共同研究案情制定方案。综合各方面的情况来看，我方在本案中处于被动位置，欠债还钱虽然是天经地义，但我方也应抓住对方把柄据理力争，减少损失，依法维护自身的合法权益。贷款银行是世界最著名的老牌银行之一，文件正规一丝不苟，行风规范制度严谨，行员素质毋庸置疑。我查阅了所有本案例中银行贷款和担保的有关文件、材料和证据，该项目贷款文件均由英国最著名的律师事务所草拟制作，文件像大多数国际上惯常使用的银行贷款协议文本一样严谨而规范，详尽而确切地表达每一措词的含义，乍看起来令人感到无从下手又无懈可击，并且在本案中的所有书面文件，表面上都说明贷款银行是合法债权人。虽然我曾经于 1987—1988 年在英国伦敦一家著名的律师事务所（LOVELL WHITE DUR-RANT）培训过，特别在该所的金融及证券部门实习过三个月，了解过在银行贷款中的国际惯例和文本的规范，以及贷款协议履行和运作中的特定程序，回国后也曾参加过项目融资和银团贷款协议的谈判工作，那也是

很不够的。对照以前的经验和资料，我反复仔细地阅读卷中的每一份材料，试图从中发现些什么，多次找有关当事人了解每一提款和用款的细节和过程。在有的文件和使用贷款的过程中，我发现该酒店的外资方王某在贷款协议签署生效后不久和中方不知情的情况下使用了原应由贷款银行负责保存备查的贷款文件附件二“提款书格式”签字样本，非法利用已有中方负责人签字的银行贷款协议附件二“提款书格式”留样备查原件，在贷款银行提取了4460万元港币工程款，并违反贷款协议的规定将该款私自挪用。按照贷款协议的规定，借款人提款时应向贷款银行提交贷款协议中规定格式的“提款书”并由已在贷款银行保存备查的“提款书格式”上留样签字的借款人的两名指定签字人签字方为合法有效。然而，借款人指定签字人之一的王某，竟然使用了原应在贷款银行保存的贷款协议附件二“提款书格式”样本在贷款银行提取了4460万港币工程款（上面已有中方指定签字人的签字留样）。毫无疑问，贷款银行有不可推卸的责任和过失，贷款银行作为一家国际上著名的大银行，不应该也不可能出现如此大的疏漏和过失。从提款程序上来讲，也只有与银行内部人员的默契配合下才能顺利提款，也就是说，银行工作人员在提款人使用标明为贷款协议附件二“提款书格式”提款时，不可能不注意到这是提款书格式的签字样本，居然也睁一眼闭一只眼，而银行的部门主管人员在核批该笔提款时也默认同意这种违约提款行为的发生。这实际上应认为是一种里应外合的欺诈提款行为，如果没有银行关键人员的默契配合，外方王某不可能使用提款书格式提款得逞，也不可能提款后协助其将该笔工程款违约转到王某的香港账户内。无论从什么角度来看，贷款银行对此事都应负有不可推卸的责任：其一，贷款协议附件的“提款书格式”不能作为提款书使用，这是任何银行都知道的基本常识，这可能在贷款银行自己的历史上也是极为罕见的，如果没有银行内部人员的有意作为，银行是绝不会出现这样显而易见的“过失”；而且至今贷款银行也无法拿出那份未曾使用过的贷款协议附件二“提款书格式”签字留样原件，因为一笔提款提出后，银行方面必须有相对应的符合规定要求的提款文件销账存查，以做到账款相符，同时银行也必须在提款文件上做盖销记录留底保存，以证明该笔款项何人何时提往何处。其二，按照贷款协议的规定，借款人必须在贷款银行的监督下将该贷款协议项下的提款汇往贷款协议中指定的银行账户内（在该贷款协议中指定的银行账户是中国银行乌鲁木齐分行），同时依照贷款协议的规定，贷款银行从保护自身利益出发也有权监督借款人依照贷款协议的规定提取和使用该贷款协议项下贷款，如果借款人未依照贷款协议规定提取或使用贷款时，贷款银行应履行其贷款协议中应负的监督责任，谨慎核查，善意制止并在贷款银行认为必要时有权拒绝借款人提款或终止继续向借款人提供贷款。也就是说当王某使用“提款书格式”提款时贷款银行就违反贷款协议放任监督检查的责任，犯了一个错误，而王某欲将款项违反贷款协议汇往自己在香港账户时，贷款银行再次违反贷款协议放任监督检查的责任，犯了另一个错误，造成该款脱离监管而损失无法追回。

说实话当时在整个案件中，翻遍案卷资料，对照国际惯例，我也只能找到贷款银行的这一个“把柄”和错误，从开始到最后，我手里也只是一份被王某使用过的“提款书格式”的传真件，那是经中方多次要求后，贷款银行才将王某提款时使用的提款文件——“提款书格式”传真给中方。贷款银行当然不愿意暴露自己的把柄和过失，但如银行不出示该笔款项的提款文件，

那么贷款银行就要对该笔款项的去向和损失承担责任，贷款银行别无选择只能出示那份在“提款书格式”空白处王某打印有提款数额和汇往银行及其账号的“提款文件”。而这份原应由贷款银行留底保存的贷款协议附件二的“提款书格式”上已有作为借款人的中外方指定签字人的签字，当时交由外方王某送交贷款银行保存以备日后正式提款核对二人签字时用。因在“提款书格式”上端已打印有明显的“附件二”字样，所以在“提款书格式”上的“提款数额”，“汇往银行及其账号”等栏都是空白的。王某正是利用了这份已有中方签字的空白的“提款书格式”，在“提款数额”和“汇往银行及其账号”的空白栏内打印了自己指定的银行和账号将款项提出转走。贷款银行寄希望不要被人识破或即使识破也可将责任推向借款人一方，因为“提款书格式”上已有借款人两名指定签字人的正本签字。但贷款银行也清楚地知道“提款书格式”是不能用来提款的，只能用来核对提款人的签字。要知道银行在任何时候也不会轻易认输的，何况是一家著名的老牌银行，死马当活马医吧。其实，刚开始与贷款银行的首席代表谈判时，我也不能百分之百确定那份“提款书格式”是不是真的被借款人外方王某拿去提了款，依照我的经验判断和逻辑推断也只有这一个可能被利用的漏洞存在，因为通过查账和核对材料，其他经中方签字的正常提款都能对得上茬儿，而这一笔款项中方没有正式的提款书上签过字却提了款。我想贷款银行绝不至于疏忽到在没有中方签字的提款书上让外方王某提款，这样责任就再明显不过了。因此我意识到也只能选择这个突破口，否则贷款银行是不会认输的。在前几轮谈判中，我一直在试探性地提到或请贷款银行出示那份由他们保存应为空白的附件二——“提款书格式”，而贷款银行首席代表非但不预理睬，却连让借款人还款都不提，只提出根据“贷款担保协议”要求担保人履行担保义务立即偿还全部贷款，对借款人和贷款协议避重就轻或只字不提，并声称：担保人如不履行担保协议的义务，他们将诉诸仲裁通过法律解决。我意识到贷款银行此举明显是要将贷款协议与担保协议分隔开来处理解决，使贷款银行从其在贷款协议中有过失和瑕疵的被动地位变为在担保协议中无过失和瑕疵的主动地位。从法律上讲，贷款协议和担保协议确是两个相互独立的法律文件，担保人无条件为借款人担保的地位使得担保人应在贷款银行发出要求担保人根据担保协议偿还借款人所借之款项时应无条件立即偿还。但此时我必须抓住要贷款银行出示原应作为贷款协议附件二的空白“提款书格式”这一关键要害问题，迫使贷款银行回到贷款协议上来谈判。应该说贷款银行手上不是没有那份“提款书格式”，只不过不再是空白的了，而贷款协议后面的那份附件二已经不再有，它已被冒用作为提款文件了。经过与贷款银行的几次正面交锋，对方态度非常强硬，就是不谈提款书格式问题，坚持要求担保人履行担保协议，并且说这是银行可以接受的做法。但我也开始强硬地坚持要首先搞清贷款协议附件二“提款书格式”是否空白的存在，否则我方将首先在当地人民法院提起外方王某诈骗提款的刑事诉讼。我在谈判中告诉贷款银行的首席代表，如果我方提起诈骗的刑事诉讼程序，从立案到审理时间是漫长而无法估计的，因为诈骗当事人外方的王某已携款逃之夭夭，不知去向。而贷款担保协议的履行将因贷款协议履行过程中发生了刑事诈骗犯罪而暂停履行，因为在同一案件中刑事诉讼的级别要优先于民事诉讼的级别，也就是说，在同一案件里，既发生了刑事案又发生了民事案或其他案件时，一般优先审理刑事案，然后再审理民事案，尤其是与诈骗财产有关的刑事犯罪更是如此。况且诈骗

一事也与贷款银行内部人员有关。这样，贷款银行既拿不到钱，又不知要等到什么时候才能审结刑事诈骗案。贷款银行首席代表仔细听后有了一点松口的表示，但他需要回香港与上司和银行的律师们进行磋商讨论。几个星期后首席代表回到北京告诉我，可以接受我的建议，讨论在此之前提出的“环球大酒店贷款债务重整方案”，但有一个先决条件即在重整方案实行之前，新疆方面要偿还 380 万美元的到期利息，以便他们对上也好交待。我认为是可以接受的，偿还到期利息也表示我方愿意合作的诚意。谈判是一门艺术，退一步进两步则是谈判的技巧；能让一家国际上知名的大银行屈尊就范已是不易，那能一点儿台阶也不给呢。听到这个消息使我十分振奋。第一，我原来不敢百分之百确定的“提款书格式”已被使用的疑问得到了没有证实的证实；我也知趣地不再提起“提款书格式”问题。第二，这家国际知名的大银行如果能够接受债务重整方案的话，其意义不仅在于解决困扰新疆多年的环球酒店贷款债务，更为重要的是创立了一个先例：境外银行受其所在地银行法的限制，不得直接投资或持股，而这家银行一百多年的历史上都未曾这样做过，但它将在本案中破这个例。因为在 80 年代和 90 年代，中国的三星级以上的酒店至少 90% 以上是依靠境外银行贷款或合资外方向银行再贷款建设的，由于种种人为的和效益方面的主客观原因，不少酒店的贷款不能到期偿还，甚至连到期利息的偿还都成问题，背上沉重的债务包袱或陷入债务纠纷中。创立这个先例的意义在于它将影响到其他境外银行在中国贷款项目中所遇到的同样问题有了一个可以借鉴的解决途径，这就是贷款债务转为投资股权的方法。

在此后与贷款银行首席代表的谈判中，双方有了更多的共同语言。我进一步阐述我的建议，双方采取合作态度债务重整协商解决的话，对双方都将有利；对贷款银行而言，可以避免自身的瑕疵和常时间无把握的诉讼，甚至血本无归坏账处理，对上司和总部都不好交待。在债务重整方案下，贷款银行将部分贷款转为酒店的投资并可间接持有酒店股权，不仅可以避免资金损失，还可能通过酒店的经营得到更多的利益补偿，只不过把原来 3 年的贷款期限变为 6 年的投资回收期。而 20 年的合资期也许会令贷款银行最后发现这是一项收益颇丰的最佳投资呢。对新疆方面而言，抓住了一个有钱的“大财主”不仅解决了困扰多年的贷款纠纷和建设资金问题。更重要的是酒店建成开业后，由于有了这家国际知名银行的参与，酒店的知名度和经营管理都将不同凡响，因为这时新疆和贷款银行的利益真正地捆在一起了，贷款银行的地位从债主要变为合作伙伴，贷款银行也开始要为酒店的赢利而煞费苦心，尽心尽力，贷款银行负责指定管理集团和酒店总经理，确保酒店效益不断增加，否则投资回收会变成空话。

在与贷款银行谈判中始终得到了新疆自治区党委和政府领导的关心和支持。此时此刻我已九进新疆了，这次进新疆是向自治区党委和政府领导汇报债务重整的具体方案和决定拍板的。而此时我似乎有充分的信心和较大的把握。汇报前我进行详细的方案准备，特别在专业术语通俗化和利弊分析比较方面较多准备，因为参加汇报会的都是自治区党委和政府两套班子的主要领导和各厅局的主要领导，对融资业务和法律关系都较陌生。因为这个项目的特殊性和影响很大，汇报会由当时的区党委第一书记主持，区主席和顾委主任等在新疆的党政领导几乎都来了，加上各厅局领导差不多有一百人。我也觉得有些紧张，不知道会是什么结果，这些领导们能不能相信和接受建议方

案和我的分析。汇报会开始，我简要介绍了项目融资中的惯常做法和法律关系以及造成我方被动的问题，分析了贷款银行方面的过失和他们可能采取的对策，汇报了债务重整方案利弊和可行性。对于会上提出的疑问和问题我都尽量做了解释和答复，但唯一令他们担心的仍是我有多大把握能赢能卖施债务重整方案，看的出他们对我还是缺乏信心，不太相信我仅用“提款书格式”问题就能扳倒贷款银行。另外还有一个决策责任的问题，本来已是个烫手的山芋，万一再决策失误，谁来承担责任。看起来领导们一时很难下决心拍板，我想我立下“军令状”，说服领导下决心拍板，才能抓住有利战机，解决贷款债务重整问题。因此我在会上说，只要排除“干扰”，授予我全权与贷款银行进行债务重整方案的谈判，我认为有90%以上的把握可以与贷款银行达成有利于新疆方面的最佳债务重整方案，如果谈判失败或者由于我判断失误的原因所致，我愿意承担责任。但应当指出的是，虽然我们抓住了贷款银行的一个“把柄”，并不等于我们自身没有过错和把柄，我们在抓别人“把柄”的时候，也要正确在估计自身的把柄和过错，实是求是据理力争，我相信在各方面的积极配合下，完全可能实现有利于新疆方面的债务重整目标。第一书记征求了几位主要领导意见后拍板决定由我全权负责和主持一线班子与贷款银行的债务重整谈判，各有关厅局组成二线班子配合一线的谈判。自治区党委对此专门发了纪要文件，数次在省级党委和政府领导会上讨论研究，说明如此重视一个合资企业的债务纠纷，我想这也是十分罕见的。

我拿到授权书和“军令状”即开始了与贷款银行的谈判。此后虽有曲折和反复，但债务重整方案一直是在我们预想的贷款银行将债权转股权、贷款转投资的框架内进行，只不过双方谈判进展时快时慢、寸金必争和在讨价还价中进行。前后经过近一年的艰苦谈判，终于达成一揽子解决的协议：贷款银行认识到作为国际知名银行在其处理客户的业务时应保持合理的谨慎及其在履行贷款协议中的过失，同意将签署债务重整协议之日的贷款本息总额40%（1740万美元）自行认购并转为贷款银行在环球大酒店中投资的股权和注册资本，由贷款银行取代原合资外方成为环球大酒店外方股东，同时取消了借款人逾期偿还贷款的罚息，贷款银行承诺在酒店发生资金困难时将予以支持，贷款银行指定酒店管理集团和酒店总经理，而新疆方面应在债务重整协议签署之日起的15天内偿还到期利息380万美元。这样的债务重整方案对新疆应是最佳的结果，不但为新疆方面解除压了六年之久沉重的债务包袱，而且使濒于倒闭的酒店由于贷款银行投资参股注入资金重又恢复生机。项目建设进展顺利，现在早已开张营业。

这次债务重整方案的谈判成功，为项目融资中的贷款债务纠纷解决开辟了一条新路，受到国家外资管理部门和外汇主管部门的重视。全国三资企业和项目融资贷款很多，如能抓住有利时机和环节进行债务重整，则意义重大，可使全国利用外资的贷款债务减轻很大一部分。我们也愿意为其他有关类似问题的企业和项目提供咨询和服务。

作者简介

杨志清（1941.2— ）中共党员，汉族，四川省成都市人，四川省资阳市经济律师事务所主任，二级律师。1961年毕业于西南师范大学音乐系，1981年起从事律师工作。曾6次脱产到政法院校培训，通过函授、自考取得高等教育法律本科、英语大专毕业证书。

从事律师工作16年来，先后为50余家政府部门、外商及大、中、小型企事业单位担任法律顾问，办理涉外及各类案件600余件。为当事人挽回经济损失2000余万元。数十次参与三资企业及横向经济联合、体制改革的谈判、制作，审查法律文书。为15件（人）做无罪辩护获得成功。曾先后7次评为地、县两级的先进个人。在国家级、省级报刊上发表法学论文及律师业务学术文章十余篇。

单位名称：法助律师事务所

详细地址：四川省资阳市马巷子街

邮政编码：641300

联系电话：（0832）6223195 6224672

实行许可证制度的科技成果必须 经国家有关部门批准方能生产或转让 杨志清

律师在诉讼活动中，如何代理科技成果转让合同的纠纷案件，区分不同的科技成果转让性质，适用不同的法条和政策，确认合同的有效无效，向法院提供有效法律文本和证据，使法院做出正确的裁处，现将作者遇到的一件《科技成果A转让协议书》纠纷案件的诉讼代理过程及结果提出来，和同行们共同磋商，以待提高。

案情及审理情况

某甲研究的一项科技成果A（除虫中草药汁，属农药）转让给某乙，双方签订了《科技成果A转让协议书》。协议规定：由某甲将自己研制的科技成果A有偿转让给某乙；某甲收取某乙一次性转让入门费12000元；某甲负责把配方、生产工艺交给某乙并负责指导设备的安装、调试、培训人员直至生产出合格产品，负责办理好专利申请号；协议生效时，某乙先付给某甲技术入门费现金7200元，其余4800元在专利申请号下来，待产品合格时一并付清；如一方违约应向另一方按转让入门费12000元的25%支付违约金。协议签字盖章后到某市公证处进行了公证。某甲签约后到某乙处指点熬药两次，并于某年3月31日向中国专利局申报该技术专利，但至今未获得专利权证书。某乙按约付给某甲转让入门费7200元后，一直未办到生产许可证，双方因此发生纠纷。某甲诉至一审法院。一审法院认为某甲原告所签的技术转让合同合法有效。判决某乙将转让费4800元、违约金3000元合计7800元付给某甲，某乙承担全部诉讼费用。某乙及其代理人以一审判决违法，转让协议无效等为由上诉于二审法院。

二审法院审理后认为：某甲与某乙所签订的转让协议实属专利技术实施许可合同。某甲研制的该专利技术属国家实行许可证制度的技术。其转让应当符合国家主管部门的规定。但某甲的科技成果 A 的转让违反了国家的有关法条和政策，其转让条件不成熟，故某甲与某乙签订的协议属无效协议。对此某甲应负主要责任。某乙盲目与某甲签订合同，亦有一定责任。某甲（被上诉人）与某乙（上诉人）在二审法院主持下调解达成如下协议：

1. 由被上诉人返还上诉人技术转让入门费 7200 元；
2. 本案诉讼费 522 元由被上诉人承担。

另外，被上诉人给上诉人造成的经济损失，由上诉人谅解，不予补偿。

二审依法撤销一审的违法判决，使一起错误判决得到及时纠正，依法保护了上诉人的合法权益。

律师在诉讼中提供的法条政策及理由

1. 本案的所谓技术转让违背有关法律、法规规章及有关政策的规定。

（1）所谓技术转让违背农药生产的生产许可证制度。

由农业部、林业部、化工部、卫生部、商业部、国务院环境保护领导小组共同制定的（82）农业保字第 10 号行政规章：“颁布《农药登记规定》的通知”第 2 条：“凡用于防治农、林、牧业的病虫、杂草和其它有害生物以及调节植物的生长的农药品种（包括化学农药的原药和加工制剂及生物农药）均属本规定的管理范围。”

第 4 条：“凡国内生产的农药新产品，投产前必须进行登记，未经批准登记的农药不得生产、销售和使用。”

第 6 条：“各单位申请农药品种登记时，必须按第 5 条规定提供资料一式四份和样品，经化工部对其生产技术和产品标准；卫生部对其毒性和少许残留量；国务院环境保护领导小组对其环境质量影响；农业部对其应用效果和安全使用进行审查并签署意见（或各部门委托所属有关单位审查）；商业部对其生产质量包括规格提出要求。然后由农药登记审查委员会进行综合评价，符合条件的，农业部发登记证。”

（2）本案涉及的专利只有专利申请号，直到现在也未获得专利权。

某甲仅以申请号做所谓专利技术转让，违反《中华人民共和国合同法》第 38 条规定：“技术转让合同涉及专利的应当注明发明创造的名称，专利申请人和专利权人，申请日期、申请号、专利号，以及专利权的有效期限。”此规定是一个完整的规定，没有规定只要有专利申请号就可以转让。否则就是非专利技术转让或专利权申请转让。

（3）化学工业部文件 1991 化计字第 37 号文件关于农药行业贯彻 1990 化计第 540 号《实施意见的补充规定》中规定：“禁止投资生产这种无确切化学结构及组成比例的混合物。”

农药及准许生产的法定要件是：农药必须经过国家评审委员会评审鉴定，经过批准进行登记后，即有生产许可证后才能进行生产或技术转让，因此某甲与某乙所签定的所谓技术转让协议书的法定要件不能成立。应属无效协议书。

2. 国家科委办公厅 1987 年 4 月 5 日发出的《关于技术市场若干具体政策的说明》第 6 点：“关于什么样的技术可以进入技术市场进行转让”？其中

规定“涉及国家安全和社会公共利益的技术……国家实行许可证制度的技术，其转让应当符合主管部门的规定”。

某甲研制的科技成果 A 属农药，是涉及社会公共利益的技术。农药生产技术和农药对空气和水有污染，对动、植物和人的生长及健康有影响，因此规定了最低的残留量标准以下才允许生产。所以某甲所研制的科技成果既属于涉及社会公共利益的技术，又属于国家实行许可证制度的技术，其转让应当符合主管部门的规定，其技术未获得国家生产许可证，所以属于技术转让不成熟的不得转让的技术。

律师在本案诉讼代理中的作用

本案的一审原告、被告，二审上诉人与被上诉人双方均有律师做诉讼代理人，而一审的被告二审的上诉人的诉讼代理律师，根据谁主张谁举证的原则，在办理本案中做到：

1. 吃透案情。首先在熟悉全案情况的基础上逐条逐句逐字研究双方签定的《科技成果 A 转让协议书》内容，吃透协议书的内容和实质。

2. 深入调查，广泛搜集证据。一是到省市区三级农牧主管部门进行科技技术咨询。二是查找、收集有关的法律、法规、规章、制度和政策，找到与本案有关的适用的法条。通过科学技术咨询和有关法条，证实本案是属于实行许可证制度的科技成果，既是涉及社会公共利益的科技成果，又是只有专利申请号而未取得专利权的技术成果，此合同签订的条件不成熟。三是调查、收集有关的证人证言及物证书证。证实某甲的科技成果 A 的实际效果未达到协议规定的的数据。

3. 本案的科技成果 A 虽有某省农科院有关研究所的鉴定结论属科技成果，但要将科技成果转化为商品，投入正规生产，还得要按有关法律、法规，由农业部牵头组织由各部委的专家分别对该科技成果对大气和水的污染，对人、畜、植物的生产和健康的影响，及其色装进行实验鉴定做出评议，同意登记的发给生产许可证才允许生产。

通过上述诉讼代理活动过程，形成时本案全局的轮廓，形成了律师对本案的诉讼代理意见。二审法院接受了本案上诉人的诉讼代理律师的代理意见（被上诉方的诉讼代理律师未能提出有力的反驳意见），表明上诉人的律师的观点和结论是正确的，也就是本文的标题“实行许可证制度的科技成果必须经国家有关部门批准方能生产或转让”。不具备上述的规定，也就是不具备法定规定的要件，即应视为商品生产或技术转让未成熟，其签订的转让协议书应确认为无效协议书。

作者简介

李玉明（1957.9— ）中共党员，文学文化，籍贯山东省肥城县。做过知青、工人和教师，最终走上了律师的道路。现任中国水利水电第三工程局专职法律顾问、法律顾问室主任。专业技术职务经济师，安康地区律师事务所兼职律师。1980年至1983年在成都大学数学系数学专业攻读理论数学，1985年开始在教书之余自修法律，取得陕西省高等教育自学考试法律专业大学专科和大学本科毕业证书，修完了从自然科学到社会科学的有关学业。1988年考取律师资格，同年从事兼职律师工作。在任中国水利水电第三工程局法律顾问期间，经手处理过多起疑难复杂案例，多次被水电三局评为先进工作者、优秀共产党员。

单位名称：中国水利水电第三工程局法律顾问室

详细地址：陕西安康市中国水利水电第三工程局法律顾问室

邮政编码：725011

联系电话：（0915）3434436 3431999

四川省德阳市第六建筑工程公司诉
中国水利水电第三工程局射洪螺丝
池电航工程分包合同结算纠纷案
李玉明

案情简介

1989年10月28日，中国水利水电第三工程局分局（以下简称涪江分局），在承建四川射洪螺丝池电航工程中，将该工程的主、副厂房（包括安装间、通讯室）及闸坝梁预制工程分包给四川省德阳市第六建筑工程公司（以下简称六建司）。合同约定：工期为1989年12月20日到1990年11月1日；合同工程量为建筑面积3046.9平方米，闸坝梁混凝土预制1315.62立方米，若遇设计变更，工程量按实增减。工程造价为290.84万元，一次总价包死。工程所需主要建材由涪江分局以合同价让售，在工程结算中扣除。1990年2月，六建司进场施工，同月涪江分局开始预付部分工程款并计价拨付建材。1991年9月28日，双方达成“会议纪要”，涪江分局先补偿六建司人员窝工、机械和周转材料呆班损失20万元，“对于六建司要求补偿73万元待以后再进一步协商解决。”同年11月8日，双方签订核定预算协议，对分包工程和新增项目、变更项目、模板指标材料价差等进行核定，将合同造价调增为355.6万元。1992年双方仍因工期、工程预付款、人工、机械呆班损失等发生纠纷，同年2月六建司停止施工并撤离施工人员。同年5月19日，涪江分局以（1992）004号文致函六建司，表示以总额42万元作为对六建司的最终补偿，要求六建司6月1日前恢复风机室施工，7月底前完成全部尾工。此后，德阳六建司仍以种种理由未予复工。涪江分局将未完成工程自行完成（其中部分项目交由董某某承建）。1992年10月14日，六建司以人员、机械停窝工损失为由向四川省遂宁市中级人民法院提起诉讼，要求中国水利水电第三工程局赔偿89.69万元。次年3月8日，再次提起补充起诉，要

求确认分包合同无效，并要求依照《四川省（九〇）建筑安装工程预算定额》重新确定工程造价，将起诉请求追加到 210.92 万元，因此形成诉讼。

诉讼过程及审理结果

水电三局委托本局法律顾问室律师李玉明、金建峡代理诉讼。1993 年 6 月 8 日，遂宁市中级人民法院依法公开审理本案。在法庭审理过程中，原、被告双方各执一词，针锋相对。

六建司诉称：涪江分局既无工商登记，又无《营业执照》，擅自以自己名义从事建筑工程转包，且数额巨大，其行为严重违反《建筑安装工程承包合同条例》及国家有关工商企业管理规定，应认定分包合同无效；工程项目国家定额已经调整，依建设部、四川省有关规定，应依照《四川省（九〇）建筑安装工程预算定额》重新核定工程造价。经有关单位核算，工程造价应为 475.20 万元。涪江分局迟延交付工作面、造成延长工期 13 个月之久，六建司为此造成人员停工、窝工、机械呆班、模板等周转材料延长使用费等损失 893693.43

万元。

水电三局辩称：涪江分局作为自己的内部分支机构，受命全权负责射洪螺电工程建设。作为三局的代表机构，涪江分局有权代表三局在授权范围内的民事行为。双方签订的分包合同是在平等协商基础上，按议标程序做的，是双方真实意思表示的结果，不存在合同无效的依据。其次，分包合同是射洪螺电工程总承包合同的从合同，而主合同——射洪螺电工程合同从标底编制到招标议标均以（八五）定额编制预算，直至 1991 年 11 月 8 日，双方最终确定工程造价，六建司也没有提过异议。至于六建司主张人工、机械停窝工损失 89 万元，更是严重失实。据查，六建司曾因自己施工力量不足将副厂房（±0）以上全部工程及（±0）以下部分工程，以包工不包料形式转包给射洪武安乡王某某施工队施工；1991 年 6 月 28 日，六建司向涪江分局公安科申领《施工出入证》仅 22 人；涪江分局及电航建设单位曾几次致函计都县人民政府请求督促六建司加强现场施工力量。而且 1992 年 2 月，六建司擅自撤离施工人员，拒绝尾工施工，致使分包工程中尚有 18 项尾工未完成，经预算未完工程价款为 239416.33 元。

四川省遂宁市中级人民法院 1993 年 6 月 20 日下达（1993）法经初字第 03 号民事判决书：

（1）被告（水电三局）应偿付原告（六建司）工程价款 3556509 元，及约定补偿原告经济损失 42 万元（含已偿付银行贷款 20 万），两项一共 3976509 元；已付款计 3908310.88 元；品迭后由被告偿付原告工程款 69198.12 元；（2）原告应返还被告未完工程价款 239416.33 元及违约金 12000 元；（3）被告补偿因迟延交付工作面，造成停工、机械呆班、脚手架及钢模板延长使用费等经济损失 199360.19 元；以上三项品迭后由被告给付原告 16141.98 元；（4）由原告在判决生效后将分包工程竣工资料交被告保存。

一审宣判后六建司不服，同年 7 月 3 日上诉至四川省高级人民法院。六建司在上诉中除继续坚持以前主张外，进一步指出建设单位曾就整个电航工程结算给予水电三局 1584 万元补偿，六建司至少应按比例得到相应的补偿。

水电三局认为：建设单位给予水电三局补偿在 1989 年 12 月 22 日，而水

电三局与六建司之间核定预算时间是 1991 年 11 月 8 日，相差近两年，建设方给予水电三局补偿其中一个重要因素是水电三局在电航建设中承担了全部材料价差风险，而在分包合同中六建司是以合同不变价从水电三局取得主材，六建司没有承担价差风险；从法律关系上讲，建设方与水电三局是总承包关系，而水电三局与六建司是分包关系，两种不同的法律关系不能类比。

关于一审认定的水电三局约定补偿六建司 42 万元（含银行贷款 20 万元），是在六建司拒绝恢复施工四个月以后，水电三局为促其尽快恢复施工而附条件承诺的民事法律行为，条件就是要求六建司 6 月 1 日以前恢复施工，7 月底以前完成所有尾工工程，然而，六建司以种种理由并未恢复施工。水电三局为保证电航如期发电，不得已自己组织尾工施工。

四川省高级人民法院 1994 年 2 月 26 日以川高法经终字（1993）第 109 号民事判决书终审判决如下：

1. 维持四川省遂宁市中级人民法院（1993）法经初字第 03 号民事判决第二项，即由原告返还被告未完工程价款 239416.33 元及违约金 12000 元；

2. 维持四川省遂宁市中级人民法院（1993）法经初字第 03 号民事判决第 3 项，即由被告补偿原告因迟延交付工作面，造成停工、机械呆班、脚手架及钢模板延长使用费等经济损失 199360.19 元；

3. 维持四川省遂宁市中级人民法院（1993）法经初字第 03 号民事判决第 4 项，即由原告在判决生效后将分包工程竣工资料全部交给被告保存；

4. 撤销四川省遂宁市中级人民法院（1993）法经初字第 03 号民事判决第 1 项，即被告应偿付原告分包工程价款 3556509 元及约定补偿原告经济损失 42 万元（含银行贷款 20 万元），两项共计 3976509 元，已预付 3908310.88 元；品迭后由被告偿付原告工程款 69198.12 元；

5. 由水电三局偿付六建司工程款 3556509 元，已预付工程款 3908310.88 元（其中预付款 1791200 元、材料、机械租用费 2117110.38 元），品迭后六建司应退水电三局工程款 351801.88 元。

以上 1、2、5 项品迭后，六建司应偿付水电三局 403858.02 元。本案受理费、其他诉讼费计 20000 元由六建司承担。

初步分析评价

德阳六建司诉水电三局建设工程分包合同结算纠纷案，是一个典型的建设工程承包合同纠纷反败为胜的案例。

六建司在诉讼过程中提出了 210 万元的诉讼请求，经过省、市两级法院二审终结，六建司非但没有实现自己的诉讼请求，反而应偿付水电三局 403858.02 元。本案双方争执的焦点在于：（1）工程分包合同是否有效；（2）分包工程是否应依《四川省（九 0）建筑安装工程预算定额》重新核定工程造价；（3）六建司主张停窝工、机械呆班、周转材料延长使用费等经济损失 893693.43 元是否属实；（4）涪江分局附条件补偿六建司 42 万元（含 20 万元银行贷款）是否成立。

作者简介

王静波（1963.10— ）毕业于吉林大学法律本科，汉族。1988年考取律师资格，1992年从事专职律师工作。现在内蒙古牙克石市林城律师事务所执业（原牙克石市律师事务所）。

单位名称：内蒙古牙克石市林城律师事务所
详细地址：内蒙古牙克石市林城胜利西街北侧1号
邮政编码：022150
联系电话：（04801）7302132 7303392 7203489

装饰工程合同纠纷案 王静波

案情简介

1993年9月19日，原告内蒙古牙克石市联营商场与被告牙克石市东方装饰公司经协商一致签订了装饰工程协议书。协议书中规定：“甲方（原告）委托乙方（被告）装饰联营商场后接商场‘家具总汇’门栋（40平方米），工期为1993年9月20日—10月10日，合同一经签定，图纸立即生效，乙方要按图施工，使用规定的材料，保证工程质量，按期完成工程，甲方在签定合同后即预付给乙方工程总造价70%，双方如有违约，违约方向对方赔偿由违约造成的一切经济损失”。虽然协议书中工期为20天，但这只是被告在起草合同时多写了10天，实际上原告当时已和被告商定好9月30日装饰工程完工。因在此之前，原告定于所装饰的“家具总汇”10月1日开业，请柬都已发出，日期无法更改。原告按协议规定首先付给被告预付款5000元，而被告的施工人員却迟迟不肯开工，原告派人多次催促其开工，被告都以其正在备料为借口继续拖延，直到开业的前一天被告也没有正式开工，原告只好先开业，后装饰了。事后，当原告要求被告继续履行合同时，被告仍然是我行我素，漠然处之，并无理要求原告重新签订合同，同时提出更多的苛刻条件，使原告无法接受，无奈只能要求被告退回其预付款，可是被告既不退款，也不履行合同，几经交涉都未有结果。为此原告起诉到牙克石市人民法院，要求被告退回原告预付款5000元，及其利息308元，合计5308元。

代理词

审判长、审判员：

根据我国法律规定，我接受牙克石市联营商场的委托，担任其诉讼代理人，进行代理活动。出庭前，我认真做了调查取证工作，和当事人也进行了多次交谈。今天又经庭审调查，使我对本案有了更加清楚的认识，现根据事实和法律提出以下代理意见。

1.通过庭审调查，我认为本案的客观事实应是：1993年9月初，正当市纪检委刘波同志在原告单位执行公务之际，被告经理高旨军托刘波帮助其联

系原告单位“家具总汇”的装璜业务。刘波便把高旨军（过去的战友）介绍给原告单位孙喜芳经理，因孙经理不了解被告单位的装璜技术水平，更不认识高旨军，只凭刘波的介绍和高旨军的自我表白。孙喜芳经理当时一再强调“家具总汇”定于1993年10月1日开业，开业之前要求一定完工，被告经理当即就说保证能完工，说得很诚恳。因此，孙经理考虑到工作关系、刘波的面子及高旨军的态度也就答应了，这一情况证人刘波证言中已证实。关于工程总造价，孙经理当时和高旨军、刘波讲的是12500元，装饰工程协议书中第一项规定工程总造价虽然是经过涂改的14500元，但协议书的第三项又恰好证明总造价是12500元，即这里无形中增加了2000元，合同的装饰工程期是9月20日—10月10日完工，计20天等等。这些规定原告的法定代表人孙喜芳也一直未知，因为此协议是原告单位王忠良签的，且未盖单位公章。1993年9月19日王忠良又和被告签定了设计图纸。原告于1993年9月15日付被告预付款5000元（有收据为凭），被告当时没提出异议，即同意先接受5000元预付款，剩下竣工后结算。庭审调查出示的装修字据已证实（即先给5000元，剩下9500元完工两天内付给），可是被告拿到5000元预付款却迟迟不肯开工，直到1993年9月26日才钉上几个方子，26日以后再没人（证人证实，工人来了不愿干活，说被告单位给的工钱少，被告单位大批师傅到别处干活，致使原告单位的活只能往后拖）。因原告单位定于“家具总汇”1993年10月1日开业，请柬都已发出，无法收回，原告非常焦急，几次派人催促无济于事，无奈只好在开业的前一天将钉劈的几个方子拆下来迎接开业，以上事实有证人王忠良、邢爱平、何玉歧、张宇峰（办事人）、杨旭光（安装灯具的师傅）都已证实。开业后，孙经理又去找刘波要求被告继续施工，王忠良也去找高旨军。可是被告却提出变更原合同和设计图纸的要求，拿来已事先拟好的装修字据和联营家具商场门脸用料单叫原告方签字，原告认为此变更协议是不公正的，即由原来图纸上的有机玻璃片换成有机片，蓝宝石磨边镜换成宝石蓝镜子。通过方才庭审调查已知后换的材料价格明显低于原图纸上的用料价格，可总价却由原来的12500元提高到14500元，即用料价格降低，总造价却没降低，反而是提高了，同时还要求完工两日内让原告付9500元，不给原告验收时间，因为有些粘的材料一两天是看不出是否粘合没有，要须过几天才能看出来，这也改变了原来协议书中关于验收合格后才能结算的条款。这正是被告对工程质量不负责任的表现。对这种不平等的“协议”，原告没有签字，而被告却以此为借口，不履行原订合同的规定，又不退预付款。

2. 被告严重违反合同规定，除应退还原告预付款5000元外，还应支付违约金3000元。

根据上述事实，被告首先违反了原订的口头协议，即10月1日前交工，这是当初被告经理和原告单位定好的，庭审调查中出示的书面证据已证实确是10月1日开业，所以说被告答辩状中说原告10月28日开业也是荒诞无稽的。至于书面协议上的日期10月13日，并非是原告单位法定代表人的本意，已违背了原告单位的真实意思，只是后来看到被告单位开业前只钉几个方子，且不能保证质量，预付款已付。至此王忠良代签的协议书原告单位已实际履行，已成为有效合同。无奈只能开业后再求被告保证质量继续装修了。可是，被告却违反原订协议的规定，不想按图施工，使用规定的材料，以次充好，不给原告验收时间，即只收工程款，不保证工程质量，此种行为严重

地损害了原告的利益，违反了平等互利的原则。我国经济合同法第 5 条规定：“订立经济合同应当遵循平等互利、协商一致的原则，任何一方不得把自己的意志强加给对方，任何单位和个人不得非法干预。”因此，原告对此变更协议不签字是合理合法的。

我国经济合同法第 27 条规定变更或解除经济合同的通知或协议，应当采取书面形式，除由于不可抗拒，致使经济合同的全部义务不能履行或者由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同的情况以外，协议未达成之前，原经济合同自然有效。本案原被告变更合同的两个协议均未达成，又不存在不可抗拒和合同约定的期限内没有履行合同的情况，那么，原、被告双方签订的装饰工程协议书仍然有效，但被告却一直以不答应其提出的苛刻条件为由拒绝履行原合同。时至今日，原告多次催促无效，给付的 5000 元预付款又不予退还，这与理与法都是相违背的。我国经济合同法第 28 条规定，由于当事人一方的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行，由有过错的一方承担违约责任。最高人民法院关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用经济合同法的若干问题的解答中第 9 条（条例或者细则，对违约金不做具体规定，完全由当事人自行约定的，如建筑安装工程承包合同规定就是）中关于违约金的数额规定中规定：违约金的数额一般以不超过合同未履行部分的价金总额为限，对超出部分可不予保护。本案原订合同不能完全履行，实属被告一方的过错，即主观故意行为，所以被告应承担违约责任，支付违约金 3000 元，这个违约金数额并未超过合同未履行部分的价金总额，退还原告 5000 元预付款。

3. 被告反诉无理。

被告答辩称 9 月 21 日进行下料及到现场并将装饰骨架全部成形，只剩下进行贴面工作，同时谎称按原告要装饰的尺寸进行下料损失 1600 元，这也纯属无稽之谈。1993 年 9 月 26 日被告方才钉了几个方子，以后就没去，致于损失问题，庭前法院人员及原、被告工程技术人员根据被告提供的工程用料对此已当面做了查验，证明其所提供的工程用料都是正在销售的商品，根本没有下料之说。退一步讲，即便是原告的工程备料，那也只看到用于装饰工程的蓝宝石磨边镜、霓虹灯管、不锈钢反射牌三种，其他备料没看见。致于不锈钢反射牌，据王忠良讲开始联系时就有，何况这些材料不一定是给原告备的料，且既能销售，又能用在别处装璜业务上，因此，被告谈到损失 11800 元是不存在的，应驳回其诉讼请求。

4. 被告要求原告承担违约责任是没有事实根据的。

被告答辩时说，原告强迫其撤出施工现场是不实之词，实际上是被告自己不来施工。原告虽未按合同的 70% 规定付预付款，但当时先付 5000 元预付款，被告已同意接收，这个事实也已被后来被告给原告的装修字据上的内容所证实，即同意先收 5000 元预付款，完工后再收 9500 元。至此，被告开始默认至后来明确表示先接收 5000 元，这不能单纯地说原告因此违约；退一步讲，即使是算违约，最多也只是过失违约，何况未给被告造成什么经济损失。我国最高人民法院关于贯彻执行《经济合同法》若干问题的意见第 2 条关于违约金规定中规定：对于过失违约的，没有给对方造成经济损失，可以考虑适当减免违约金，因此，原告可以免除违约金，不承担违约责任。

判决结果

内蒙古自治区牙克石市人民法院(1994)牙经初字第20号民事判决书判决：被告退还原告预付工程款5000元及占款利息450元，于判决生效后十日内付清。

办案小结

1994年4月18日，我接受原告牙克石市轻工产品联营商场委托后，就进行了紧张地调查了解工作。经查得知被告牙克石东方装饰公司确实是不按合同规定施工，即只享受权利，不尽义务，无偿地占用原告支付的工程预付款5000元不予返还。根据此事实，我为原告代书起诉状到法院立案。牙克石市人民法院立案后，我又针对对被告方的答辩理由和法院办案人员及法院聘请的工程装饰技术专家及其有关人员到东方装饰公司备料现场进行核实，我们在现场没有看到被告所述的其为原告工程装璜所备的材料，现在存的材料都是正在销售的商品及专家鉴定被告没有丝毫损失，很显然被告是在说谎话，上述情节也正好和证人证言相吻合。法院随即开庭审理。庭审时，我作为原告的代理律师出示了大量的证据材料，证人都已到庭对质，我和被告及其代理律师也进行了激烈的辩论，最后终于以被告方前后口径不一，漏洞百出，案情真相大白而告终。面对律师有理有据的辩护意见，法院判决原告胜诉，原告对代理律师的工作感到非常满意。通过此案的代理使我深深地体会到，辛苦地大量调查取证，不给对方当事人留有作伪证的时间，攻其不备，抓住时机，获取原始证据，协助法庭及时调查是非常重要的。只有这样才能再现事物的本来面貌，夺取最后的胜利。可见代理律师积极主动工作对法庭能公正审理此案是起很大作用的。所以说在此案的审理中，律师起到了举足轻重的作用，法庭也全部采纳了律师的代理意见。当事人反映，原告联营商场对一审判决结果非常满意，对代理律师工作表示感谢，认为代理律师为其挽回了经济损失，维护了商场的合法权益。

作者简介

谢光伟（1952.2— ）三级律师，中共党员，县人大代表。江西省永新县人。大专文化，中国政法大学法律专科毕业。当过工人、教师、干部。1982年从事律师工作。1985年省厅批准为实习律师，1987年授予律师资格。从事律师工作15年，办理各种民事、经济案件500余件，刑事辩护200余件，担任企事业、政府部门法律顾问60多家。在为老区及贫困地区外出打工人员处理各种伤亡事故及劳务纠纷中取得了良好的效应。先后在省内外法律专业报刊上发表文章7篇，有的获地区、县优秀奖，还获得过全县政法系统笔录赛第二名。

单位名称：永新县律师事务所
详细地址：永新县政府大院一楼
邮政编码：343400
联系电话：（0796）7722612 7721285

保险公司是应否负赔偿责任 谢光伟

案情简介

投保方永新县里田塑料厂于1987年10月9日与县保险公司签订了保险合同，合同有效期一年。

1987年12月17日，投保方在宁冈塑料厂购得化工原料硬脂酸钡和硬脂酸铅（袋装）计5吨（该厂又是从外地购进），用车从宁冈运回永新。途中，有两包原料冒白烟，装运人发现后当即丢弃，其余原料完好无损。原料当晚到厂入库。凌晨，原料起火燃烧。待发现抢救不及，全部烧毁（冒白烟，起蓝色火焰）。原料损失价值16000余元。

保险公司处理结果

事故发生的当天，投保方即向保险方报了险。保险方派员到现场勘查，认定事故的出现在该厂库房内，但起火原因未查明。投保方向保险方提出索赔。保险方拒赔。理由有两条：

（1）该原料纯属在途商品；（2）在途中及入库后发生化学反应。不属企业保险条款第3章第6条保险范围。

法律分析

笔者认为，保险方拒赔理由不能成立，应负赔偿之责。其理由是：

1. 双方签订的财产保险合同完备，具有法律效力，应予维护。

（1）按照法律规定，投保人须具备三个条件，即当事人具有权利能力和

行为能力；对保险标的具有保险权益；同时又交付了保险费用。投保方同时具备上述三个要件。

(2) 保险标的明确记载：产品及材料、设备电动机 10 台。

(3) 保险金额 48000 元。

(4) 保险责任期限：1987 年 12 月 9 日零时起至 1988 年 12 月 8 日 24 时止。

2. 保险方拒赔理由不能成立。

拒赔理由之一，此材料商品“纯属在途商品。”笔者认为此批化工原料是库存物资，不属在途商品。其理由：

(1) 在途商品，顾名思义是正在运输途中的商品。保险方在勘查中认定，财产坐落地点：里田；出险地点：厂房内。保险方既然承认是在库房内出险，就不存在“在途商品”。保险方难道连“途中”和“厂房内”两个方位概念都分不清吗？

(2) 此批原料是可以确定的利益，即投保方已取得货物的所有权。既是库存物资又是投保项目中的材料（保险总额 48000 元，除了机电设备 28000 元其余 20000 元是原材料），当时库存物资只剩这批原材料价值 16000 余元，属在保物质。

保险方拒赔理由之二，此批物资“在途中及入库后发生化学反应”没有科学的依据。他们既未通过消防部门，也未通过化工部门检测鉴定，仅凭自己的主观想象推定，不能成为定案依据。

法院立案后，办案人员前后走访过几家中型化工厂的技术人员，均不能解释产品火灾原因。笔者带着这个问题专程走访了江省化工产品检测中心。化工部门提供的资料表明：硬指酸钡纯粹的是白色轻质的粉状，比重 1.45，熔点较低，不溶于水，溶于热的乙醇。硬指酸铅纯粹的白色粉末，比重 1.323，熔点 105 度，普通的是带微黄的粉末，熔点较低，有毒，具有耐热性滑腻性，不溶于水，溶于乙醇和乙醚。据《化工辞典》两种原料的性能，从 12 月份的气温和温度来讲都不超过它们各自的熔点；从当时装运及堆放的条件来讲，也不会产生自燃现象，怎么会产生化学反应呢？笔者认为，本案应该说是一起意外事故。保险方在拒赔通知中引用企财险条款第 3 章第 6 条的规定，该条款是列举了五条原因造成的损失，保险人员赔偿责任；其中第一项是“火灾”“爆炸”。本案情况恰恰符合该项保险赔偿责任范围，而不属《中华人民共和国财产保险合同条例》第 8 条规定“由于投保方的故意而发生的保险事故，造成保险财产损失的保险方不承担赔偿责任”的范围。

3. 保险方应负赔偿之责任。

按照法律规定，保险合同是保险关系双方之间订立的一种在法律上具有约束力的协议，即根据当事人双方的约定，一方支付保险费给对方，对方在保险标的遭受约定事故时，承担经济补偿责任或者约定事故发生时履行给付义务的一种法律行为。双方签订的财产保险合同，是以企业或家庭的财产为保险对象的保险，保险人对上述保险标的因自然灾害或者意外事故造成的物资损失承担赔偿责任。综上所述，投保按合同规定履行了自己应尽的义务。现在因意外事故造成了物资损失，就有向保险方要求赔偿的权利。

本案审理中，通过摆事实，讲法律，分清了是非，保险方对笔者的意见表示接受。法院在以定本案的事实和运用法律的前提下，主持调解，达成调解协议。保险方承担了赔偿责任。

作者简介

董朴民（1957.2— ）西安人，1984年从事律师工作至今整十年。1987年中华全国律师函授中心毕业，被推荐为品学兼优学员。1988年取得全国律师资格证书。1992年兰州大学法律系自学大专毕业。1993年被聘任为律师事务所负责人。曾有《见证——又一律师业务新天地》、《改革大潮中的律师执业环境》等论文发表于《中国律师报》、《甘肃律师》等报刊杂志并获三等奖，其中《我的律师之路》获中国律师举办的“律师之路”征文优秀奖。有较强的律师业务能力和工作水平。

单位名称：甘肃省肃北蒙古族自治县律师事务所
详细地址：甘肃省肃北蒙古族自治县律师事务所
邮政编码：736300

巧取证据，妙收欠款 董朴民

三年以前，我办理了一件非诉讼经济案件，案情历历在目，至今难以忘怀。

1992年10月18日早晨，肃北蒙古族自治县医药公司经理张文武匆忙来0到我的办公室，向我诉说了他借给敦煌市杨家桥乡杨家堡三村村民许宗清2500元借款无法收回的苦恼和忧愁。

1992年3月29日，许宗清来到肃北蒙古族自治县医药公司，找到经理张文武，说有四吨甘肃药材愿以每市斤二元（市场价每市斤3元）的低价出售给医药公司。因在医药公司马路对面的新华书店租了一间营业房准备开商店，要交营业房押金2500元，由于来的匆忙，一时拿不出这么多钱交押金，请医药公司先借款给他2500元。次日拉来甘草药材后从甘草价款中扣除。医药公司张经理考虑到甘草很便宜能赚钱，也考虑到以前购买过许的甘草，打过交道并知道他的家，更考虑到许宗清在医药公司对面新华书店租房开商店，完全能控制他，就同意借给2500元，当时一没写合同，二没立任何字据，三没第三人在场，总认为第二天运来甘草就可以钱货两清，因而只是口头约定。谁知，当日下午许宗清与新华书店没有达成租房协议，许宗清也就没有来送药材甘草，医药公司张经理也于4月1日匆匆忙忙到酒泉开会半日，回来将此事忘得一干二净。直到10月30日，会计问这2500元去处时，张经理才傻了眼。如果现在问许宗清要此款不承认怎么办？给会计如何报帐？一连想了五天没有结果，会计已觉察有问题，便立即汇报给上级主管部门卫生局。初步认为是贪污或挪用。

张经理以乞求的眼光看着我，问我这个律师能不能向人民法院起诉追回这2500元借款，不然，他就成了贪污犯了。

听了张经理的诉说，根据法律有关规定，经过分析，我明确地告诉他想通过诉法要回这2500元的希望不大，因为你既未与许宗清订立书面合同、又没有任何借款证据，也没有第三人在场证明此事，拿不出曾借给许宗清2500元的有效证据，法院是不会受理你的案子的。

张经理听了后，焦急地说，死马当着活马医，就麻烦你写个诉状让我到法院碰碰运气吧！不然我可真成了贪污犯了！我只好给写了诉状。法院果然不受理。

看着张经理拿着法院退回来的诉状，神情沮丧的样子，我心里边也在为他着急。是啊！2500元是小事，这贪污可是大事呀！作为人，我不忍心看着不管，作为律师，职责告诉我不能把他拒之门外一推了之。怎么办呢？我一方面劝他不要着急，另一方面告诉他一定想方设法尽力为他办理此案，张经理怀着感激之情走出了我的办公室。

张经理虽然去了，我的心却久久不能平静。人常说应人事小，误人事大。已经答应办理此案，怎样尽力？如何追回借款？心里没底！

我认真分析，本案若要追回借款，关键问题是证据，那么如何取证呢？思考再三，我便以张经理的名义给许宗清写了这样一封信：

许宗清同志：

您好！你于6月29日与我达成协议以每市斤2元价出售给我公司甘草药材4吨，同时于当日在我办公室拿走12500元作为购甘草的定金，时至今日达四个月之久，还不见你送的甘草。如果没有甘草也就算了，请你见信后立即将我公司购甘草药材的定金12500汇来。勿误。

肃北蒙古族自治县医药公司张经理

1992年16月19日

信写好后立即挂号发走，留下来的便是耐心的等待，张经理天天跑我办公室。问我有办法没有，我一再劝说正在想办法解决。

10月25日下午，张经理拿来了许宗清的信，感到莫名其妙，对我说，我从来没有给许宗清写过信，他却说“来信收到”是什么意思？还有信的内容我一点也不懂你看一看，我急忙接过信，一看，信的原文是这样写的：

张经理：

来信收到，你真是贵人多忘事，我借你款的时间是3月29日，不是6月29日，这里有与新华书店签订的没达成协议的租房合同上的时间为证。借你的款是事实，可我当时只借了你2500元而不是12500元，这有证人，3月29日我给新华书店经理交房租押金时就说这2500元是从医药公司借的。当时是借你的款，并不是购甘草的定金。商店没办成，回敦煌后我妻已将甘草处理，甘草的事怪我，有责任，没讲信用。可你不能把借你2500元说成是12500吧！你也太没良心了，这样坑人。

许宗清

1992年10月22日

看完信后，我一看表，离去敦煌的班车还有五分钟就要发车，便急忙把许宗清的信和有关文书装到公文包，拉着张经理的手说，你的案子有希望了，快与我一块去敦煌找许宗清要款，详细情况坐上班车再对你说。

上了班车，我才给张经理说明了写信的意图，信是我以你的名义给许宗清写的。我故意将借款时间推后三个月，借款数额增大到12500元，还把借款说成是购甘草的定金，许宗清看了信后必然会发急来信更正，他的回信更正就是借款收据，咱们就是拿他的回信作为证据向他追要这2500元的借款。张经理这时才明白。

我与张经理持许宗清的回信赶到敦煌，找到许宗清索要借款。许宗清果然跟我们要借据。当我们拿出他的回信时，他这才明白，连呼上当。

许宗清企图赖帐不还，又知我们手中有他的回信作凭证，更知自己没送甘草有过错责任，自知理亏，诚恳接受我的批评，当面不停的向张经理赔礼

道歉，当场归还了借款。

返回肃北，第二天，张经理又来到我的办公室说，救人救到底，送佛送到西天，求你再给县卫生局说明情况，我便与张经理一块到卫生局讲明了2500元的来龙去脉，局长听了本案经过，看了本案材料及许宗清回信后说，好险啊！你们若再迟来一会儿，我们就把张经理停职检查的文件下发上报了，小王，快到检察院要回报案材料去。张经理，你应好好感谢董律师，更应吸取教训。

张经理握着我的手，激动地说：“董律师，要不是你，我这贪污的帽子是永远取不掉了，经理也当不成了，是你还了我一个清白。”

作者简介

朱妙春 51 岁。1965 年工科大专毕业。1985 年取得律师资格之后，曾在上海工程技术大学和华东政法学院深造。是中国专利代理人，中国知识产权研究会和中国版权研究会会员。1992 年入选《中国名律师辞典》。

擅长知识产权案件诉讼，1986 年以来先后代理了“鲁迅稿酬案”、“围城一汇校本”、“太阳部落舞剧剧本”、“晨钟响彻黄昏”、“青少年学吉他”、“POS 计算机软件”以及“夹筋强力包装袋”、“微晶取暖器”、“矿泉水及加工装置”、“液压压桩机”等数十起重大版权和专利案件。

办案注意总结和探讨，先后发表过《从鲁迅稿酬案看版权法律问题》、《版权诉讼代理中的苦干法律问题》、《著作权诉讼存在问题及对策》、《专利侵权诉讼代理技巧》、《对专利权的立体保护》等知识产权方面的文章逾 10 万字。

单位名称：上海市金茂律师事务所
详细地址：上海市北京东路 431 弄 15 号 5 楼 C.D 座
邮政编码：200001
联系电话：(021) 63292847

我国首例舞剧版权案

朱妙春 唐济民

案情简介

内蒙古女作家涂小雷，于 1984 年完成的舞剧文学剧本《火》曾引起许多艺术家的关注。前上海歌剧舞剧院副院长李仲林为将剧本搬上舞台，曾与作者签定协议，排演此剧，并将片断拿到上海电视台 1988 年春节晚会上演出。但因经费等问题中断排演。1991 年 7 月，当涂小雷持上海歌剧舞剧院集资报告，如约搞到 3 万元赞助款，赴沪准备继续排演《火》剧时，却发现上海歌剧舞剧院正在排演的舞剧《太阳部落》中，剽窃了《火》剧本的主要情节。

《火》剧的编剧署名是刘润，而改编署名正是李仲林等 4 人。为此，涂小雷于 1993 年 7 月委托上海经济贸易（现改名为“金茂”）律师事务所律师为代理人，向上海市中级人民法院起诉。

1994 年 1 月 5 日，上海市中级人民法院依法作出一审判决：上海歌剧舞剧院应公开登报向涂小雷赔礼道歉，并赔偿损失 6500 元，承担鉴定费 3000 元及诉讼费 510 元。上海歌剧舞剧院不服一审判决，提起上诉。

上海市高级人民法院开庭审理此案后，当庭进行了调解，但未成功。最后，法院终审判决：一审判决认定事实清楚，适用法律正确；准许上海歌剧舞剧院向涂小雷当庭宣读赔礼道歉的内容，增加赔偿损失 2000 元，并承担鉴定费及诉讼费。至此，历时 14 个月的我国首例舞剧剧本版权案降下帷幕。以下系本案原告代理人发表的一审代理词。

代理词

审判长、审判员：

上海市经济贸易律师事务所接受本案原告涂小雷的委托，指派我们作为其代理人出席今天的庭审。通过刚才的庭审调查，以及本代理人对全案有关事实的调查，现发表代理意见如下：

一、舞剧剧本《火》是原告创作的作品，原告依法对该剧本享有著作权

原告从小喜欢舞剧艺术，在与舞剧界的长期接触中，感到舞剧不景气的症结在于舞剧的创作上。1984年，原告因心脏病开始长期休养，想利用这段时间写一些舞剧本子，便开始寻找题材、收集素材、提炼主题、升华立意等独立创作工作。

首先，在寻找题材上，中国猿人头盖骨已被发现多年，但至1984年，我国的电影、电视、话剧、歌剧、舞剧、京剧等艺术品种无一涉猎这一题材。那么，是否有勇气选择这一题材？这一题材又能否发展成为以舞蹈为表现手段的戏剧呢？这首先成为创作这一舞剧须独立思考的问题。原告常想：美国只有200年的历史，但人家能横写竖写，前后左右写，醒着梦着写，甚至将题材挖掘到印第安人头上，并淋漓尽致地表现在艺术舞台上，我们的祖先——50万年前中国猿人取火的壮举，为什么就不能写成舞剧剧本？为什么不能表现在舞台上呢？因此，原告最后决定以“中国猿人取火”为其创作题材。

其次，在收集素材上。写这个舞剧剧本，字数虽然不多，却要查寻涉及到几十万年前甚至百万年前的史料。为此，原告跑遍北京的各大博物馆、图书馆、访问过著名的学者，并先后两次赴周口店中国猿人遗址收集素材。原告为此作了几万字的史料笔记，并写有日记、随笔，另有相片几百幅，而且这些史料并非查到了就可以一古脑儿写进剧本，还必须筛选出可以舞蹈、可以发展成为戏剧的素材。因此，在这一点上也体现了原告的独立创作工作。

最后，在提炼主题、升华立意上。舞剧作为以舞蹈为表现手段的戏剧，已不同于一般的舞蹈，提炼主题、升华立意的问题显得格外重要。《火》剧本取材于远古，主题是通过先祖取火、与自然搏斗的描写，反映我们民族历史坎坷、不改初衷的奋取精神。另外，主题除反映作者对题材的认识外，还客观地反映了作者的社会经历和人格。原告一生坎坷，对生活、事业有一个信条：“宁可累死在中途，不蹲在起点”。其人生经历和追求，强烈地反映在剧本的主题和立意上。

凡此种种，表明《火》剧本是经过原告独立地、艰辛地创作劳动而写成的，根据《中华人民共和国著作权法》第二条之规定，原告对该剧本享有著作权。而且舞剧剧本《火》的艺术价值得到广大文艺界人士的肯定。1984年5月至1987年9月间，原告持《火》剧本先后拜访了中国舞蹈家协会吴晓邦、王镇先生、《舞蹈论丛》主编胡大德先生、上海市文化局创作中心主任严明邦先生等等，其中也包括被告李仲林先生，艺术家们都不约而同给予《火》剧本以很高的艺术评价。

二、三名被告的行为均已构成侵权

首先，舞剧《太阳部落》有相当的内容取自《火》剧本。

第一，虽然舞剧《太阳部落》由《炎黄之光》改编而成，但与《炎黄之光》剧本不完全相同。我们先从构成戏剧的几个要素来看。主题上，《炎黄之光》描写了炎黄二帝联合起来，打败蚩尤、统一华夏的历史，《太阳部落》

的第三、四幕虽然体现了《炎黄之光》的主题，但在其第一、二幕中出现了与《炎黄之光》主题无关的大段剧情，似乎体现了另一个主题。人物上，《炎黄之光》的主要人物有轩辕、神农、蚩尤、少典等，《太阳部落》除了有上述人物外，还有第一、二幕中出现的元和嫫。此外，在场景、服装、道具上也存在明显的不同。然后，我们再从剧情看，《太阳部落》第一、二幕中，主要有这些情节描写：原始人生活困苦、凄凉，同伴间相互搏斗，原始人向上苍倾诉痛苦，伏拜祈求光明和温暖；人们为生存而劳作；欢快求偶；被野兽侵扰；男主人公勇敢地从野兽口中救出女主人公；驱赶野兽以后，被推举为首领；男主人公取火成功，火光照亮大地，人们围火狂欢，煽火添柴，跳着劳动节奏的木棒舞和爱情舞等。然而，这些情节都是《炎黄之光》剧本中没有的，有的即使有，也仅是貌似。

第二，《太阳部落》与《炎黄之光》的不同之处显然来自于原始创作的《火》剧本的内容。关于这一点，中国作家协会作家权益保障委员会接受上海市中级人民法院的委托，邀请了中国作家协会、中国戏剧家协会、中国舞蹈家协会、中国版权研究会有关专家仔细审阅了《火》剧本、《炎黄之光》剧本和《太阳部落》舞剧录像，并作出了鉴定结论。该鉴定认为：李仲林改编编导的《太阳部落》舞剧与涂小雷所著《火》舞剧文字剧本，在第一幕和第二幕中劳作、求偶、被野兽侵扰、男主人公勇敢站出从野兽口中救出女主人公、驱赶野兽后，男主人公点火添柴、众人围火群舞欢呼等主要情节，从构思、题材选用、表现形式、人物设置、服装、道具、时代背景上有相同和类似之处。而且，在刚才庭审过程中，鉴定人指派尹莉同志从六个方面作了更为详细、明确的说明：

1. 涂小雷著的《火》舞剧剧本是写中国猿人从认识火、取火，到利用火与野兽和大自然斗争的故事。上海歌剧舞剧院演出的舞剧《太阳部落》的第一、二幕主要是叙述中国猿人在与大自然、猛兽搏斗中认识火、取火的故事。

2. 《火》舞剧剧本中第一幕“山顶之夜”中文字是这样表述故事情节的：50万年前的中国猿人洞，蒙蒙的光亮，人物呈剪影，洞中寒冷、凄凉、风雨入侵，远处传来阵阵令人心悸的野兽嚎叫。人们受冻饿的折磨、蜷缩、依偎、抖瑟。舞剧《太阳部落》的序幕是这样的：昏暗的舞台上，舞台设计如山洞，演员赤裸身体，以树叶遮体，呈不同姿势的身体造形；电闪雷鸣，野兽嚎叫，中国猿人生活在原始森林和山洞中，充满悲闷和恐惧的气氛。

3. 《火》舞剧剧本中第一、第二幕的文字有这样的情节表述：月亮钻出乌云，皎洁生辉，四周静悄悄。中国猿人小心翼翼地探身洞外，仔细张望，谛听周围的动静，当他们确定没有野兽的威胁时，才相继跨出洞口；他们向月亮倾诉生活的困苦，祈求光明和温暖，以各种姿态匍地伏拜。舞剧《太阳部落》序幕完后，舞台上灯暗，随着音乐又渐起，灯光逐渐亮起来（灯光呈黄色似月光）：在昏暗的光亮中，有饰中国猿人的女演员若干，呈各种姿态匍地伏拜；黑暗处，一扮猿人的表演者，四肢着地，慢慢向台中走来，抬身做舞姿，然后又慢慢走向台中，走向两个伏地的表演者中间，抬头合手向月亮祈求光明和温暖，众女猿们群舞，舞蹈表现他们向月亮诉说什么；舞台灯光逐渐亮，随着鼓声，众女猿匍地伏拜。

4. 《火》舞剧剧本第二幕“火的召唤”中有这样的情节描述：黎明，东乌冉冉，猿人欣喜若狂，涌出洞外，开始为生活奔波劳作；众汉子各负猎物归来，围住妇女，夸耀自己的力量，人们各得其乐。舞剧《太阳部落》接着

女猿人祈求光明群舞后是：灯光渐亮，满台呈桔黄色的灯光，如黎明的太阳洒向舞台，众女猿人舞，音乐渐快，表现出欢乐的气氛；忽然音乐强，一群男猿人负猎物归来，众女猿人围上；众男猿人奔至舞台中起舞，向众女猿人显示着自己的力量。

5.《火》舞剧剧本第二幕中第二段有这样的情节表述：当人们正欢乐地劳动和求偶时，遭到人类天敌野兽的侵扰，人们绝望地后退；男女老少中国猿人蜂拥而至，木棒、石块一齐投来，向野兽展开殊死的搏斗；智从乱草断崖中跃出，他高举长矛迅跑、追击，呼唤着伙伴。舞剧《太阳部落》接上段舞蹈，众男女猿人群舞，表现出劳动的欢乐；音乐渐慢，灯光渐暗，众男女猿人各自分开，男女猿人互相追逐，做亲热舞姿，表现求偶；突然，音乐骤起，一声野兽的嚎叫，打破了充满温馨、寂静的舞台，一雄狮从台角跃出，冲向台中，把在寂静中亲热的众男女猿人吓得四处奔逃，众男女猿人用木棒、石块与野兽展开搏斗；一女猿人被雄狮追逐，紧急关头，一男猿人手持木棒从断崖中跃出，他高举木棒与雄狮搏斗，赶走雄狮，救出女猿人；舞台中又出现三只野兽围攻一女猿人，一男猿人高举木棒出现在山崖中，并挥舞木棒与三只野兽搏斗，赶走野兽救出女猿人。

6.《火》舞剧剧本第四幕“光明颂歌”第一段有几个情节，文字是这样表述的：火炬照亮了洞穴，人们第一次看清自己的居室，大家惊奇、叹息；智点燃篝火，人们欢喜地围火狂舞，甚至从火上跳来跳去，人们烤火，温暖使他们身体舒展；有了光明，人们对色彩、对美有了新的认识；大家看清了自己居室的伙伴，小伙子是那样健壮、热情，少女是那样温柔、秀美，他们眼中闪现出从来未有过的光彩。舞剧《太阳部落》接上段舞蹈，第二幕，灯暗，一点火光在台中闪耀；大幕过后，一男猿人手持火把，舞到台中，点燃篝火，顿时舞台灯光通亮，呈桔黄色，舞台设置还是山洞，因此山洞中充满光明和温暖；众男女猿人欢喜若狂，围火起舞，一对男女猿人在篝火旁舞，他们跳来跳去，众男女猿人用各种舞姿，表现着他们有了火后的欢乐和祈求到光明的欣喜。

然而，李仲林的代理人对鉴定人的行为能力表示怀疑并对被鉴定为相似的第5点表示异议。本代理人认为：1.本案涉及舞剧剧本和舞剧的舞台表演，包含了文学、戏剧、舞蹈、版权等多门学科，鉴定人均由这些学科的专家组成，其鉴定能力还值得怀疑吗？2.鉴定的程序合法，鉴定人接受法院的委托，邀请8位专家在仔细审阅后作出了结论，8位专家均在结论上签了名，表示他们已达成一致意见，除非被告能证明其中至少有一位专家的签名非其真实意思表示，否则不能推翻该鉴定结论。3.被告代理人仅对相似处的第5点表示异议，并不能因此推翻整个鉴定结论，因为鉴定中的其他5点仍然成立，哪怕只有一处成立，被告也构成侵权。数量上的多少不能决定性质上的变化。

其次，舞剧《太阳部落》中较之原剧本新增的上述内容是被告李仲林未经原告同意，从《火》剧本中剽窃而来的。

早在1984年10月，原告便与李仲林相识。当时李就看了原告的《火》剧本并表示了浓厚的兴趣，还给原告留下了3个地址希望彼此能保持联系。在此后的一段时间里，双方始终以书信方式保持着创作上的交流。到了1987年9月，经严明邦同志的推荐，原告与李仲林经过协商考虑后签订了“《火》演出合同”，开始了合作，直到1991年初。在这3年多的时间里，双方共同探讨、互相交流，赴南通参加国际艺术节，一起选择演员。所以，李仲林不

仅掌握了《火》剧本，而且也吸收了原告创作该剧本的整体艺术构思，其具备了侵犯《火》著作权的客观条件。

1991年7月，舞剧《太阳部落》在上海商城演出时，节目单上赫然写明李仲林为首席改编。据李称：《太阳部落》是根据《炎黄之光》改编而成。然而，改编的内容又恰恰与《火》剧本的部分内容相吻合，并且又未经原告同意，所以，其行为明显地构成了侵权。在庭审过程中，被告上海歌剧舞剧院及李仲林均称：李仲林列首席改编是一种荣誉署名，李并未参与改编工作，但被告却始终不能提供有力的证据来证明这一点。

此外，无论是在答辩状中，还是在庭审过程中，李仲林均无法说明改编《炎黄之光》的内容来源于何处。

最后，代理人阐述一下三名被告的侵权内容：

被告李仲林未经原告同意，擅自将《火》剧本中部分内容“改编”在《炎黄之光》中后成为《太阳部落》，属剽窃行为，显已构成侵权。被告上海歌剧舞剧院未经原告同意，擅自使用了《火》剧本，侵犯了原告的署名权、表演权、获酬权。被告刘润始终坚持自己是《太阳部落》的唯一作者，而事实上，《太阳部落》兼有《火》、《炎黄之光》的内容，是原告与刘润的合作作品，应由两人共同署名，刘润的陈述显然是要剥夺另一作者的著作权，因此也构成侵权。

综上所述，事实已表明，三名被告的行为已明显侵犯了原告《火》舞剧剧本的著作权。根据《中华人民共和国著作权法》第46条之规定：“剽窃、抄袭他人作品的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任，并可以由著作权行政管理部门给予没收非法所得、罚款等行政处罚。”被告李仲林应当承担剽窃他人作品的民事责任。根据《中华人民共和国著作权法》第45条之规定：“未经著作权人许可，以表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的，应承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。”被告上海歌剧舞剧院应当承担擅自表演、改编他人作品的民事责任。被告刘润的行为属《中华人民共和国著作权法》第45条规定的：“其他侵犯著作权以及与著作权有关的权益的行为”。所以，也应当承担相应的民事责任。

作者简介

陈荣(1960.9—)上海市第一律师事务所律师,金融证券法律部主任,中国法学会会员,经济学学士。

多次参与中外合资企业项目谈判、投资确权案、涉外劳动争议、股票交易、期货交易等新型案件,多家新闻媒体作了报道。现担任金融证券、上市公司、中外合资、国营大型企事业单位的法律顾问二十余家。

论文专著《试论独家投标的法律效力》、《我国首例证券(股票)交易仲裁案的处理及启示》、《章太炎重孙章明杰劳动争议案代理词》等分别刊于《上海律师》、《中国律师报》、《青年社交》等刊物。1996年4月在中华全国律师协会民事法律专业委员会三居一次会议发表论文《我国首例证券(股票)交易仲裁案的处理及启示》。

单位名称:上海市第一律师事务所
详细地址:上海淮海中路1285弄8号
邮政编码:200031
联系电话:(021)64316475 64311118

上海市首宗期货交易纠纷案

陈荣 吴炜

案情简介

原告周俊于1992年12月22日在被告上海润丰商品期货有限公司开立期货交易资金帐户,并签订“客户合约书”、“风险公开声明”、“户口处理权声明”、“调拨资金授权书”、“操作授权书”各一份,之后,原告在被告处从事国际商品期货交易。

1993年2月5日,经纪人严某将其他客户所下的买入5口咖啡的指令误下到原告帐上。2月8日原告获悉后即声明此笔交易与己无关,要求经纪人自行处理,2月9日,经纪人分3次卖出5口咖啡,共计亏损10806.25美元。此后,原告要求被告赔偿损失,经多次交涉未果。1993年4月初,原告向上海市中级人民法院起诉,成为上海市第一起国际商品期货交易侵权案。

1993年11月12日,上海市中级人民法院经过长达6个多月的审理后依法判决:一,被告应赔偿原告经济损失10806.25美元;二,本案诉讼费455.86美元由被告负担。

经济界、法律界人士在评述该案时,认为本案对保护期货市场客户的合法权益,繁荣期货市场是一个促进,对尚在发育中的我国期货市场也是一次警示,对将期货市场纳入规范化和法制化的轨道有着十分重要的意义。本文系原告代理人在庭审时发表的代理词。

代理词

审判长、审判员:

上海市第一律师事务所接受本案原告周俊的委托,指派我们担任其诉讼

代理人。现在依据事实和法律提出代理意见如下：

一、关于引起本案纠纷的起因

本案首先要阐明的事实是造成纠纷的起因究竟是被告的经纪人下错单子还是原告委托问题。因为两者性质完全不同，如果混淆，则无法从法律上分清责任。据调查，1993年2月5日晚上，原告在被告交易场内看期货交易行情，但一直未下过买卖指令。在此期间，经纪人严某的另一个客户付岗从北京来电对严下指令买进5口咖啡。2月8日晚上原告因身体不适未去交易场内，9点30分左右严突然电话告知原告将付岗指令买进咖啡的买单下到了原告的帐号内，原告当即声明，此笔交易与己无关，无论盈亏均须由严自行处理并承担责任。上述事实，均有证人证词予以证实。付岗证实：“2月5日12点左右我指令严买进5口咖啡，第二天周六我打电话给严问情况，严讲他买错了，买入周俊帐下5口咖啡，严讲再另外替我补入5口咖啡。”石旭东证实：“2月8日晚10点左右，周俊的经纪人严对我讲，他在2月5日由于填错了单子，给周俊的帐号上买进了5口咖啡，问我该怎么办。”宋伟国证实：“今天2月8日，严打电话给我，说闯祸了，要借10万元。晚上11时左右我到润丰公司，严说把付岗要买的单子下错了，下到周俊帐上了，造成经济损失10万元，准备赔给周俊。”代理人认为，上述证词充分说明造成原告1万多美金损失，引起本案纠纷的直接起因是被告的经纪人的工作差错即下错单子造成的，而被告用一个委托的法律概念来掩盖下错单子的客观事实，违背了实事求是的精神，是站不住脚的。

二、关于原告出借0589帐户的事实。

1992年12月24日，原告在被告公司开立帐户0021与0589。因当时被告公司刚建立不久，帐户开立有限制，另一客户付岗在征得被告指派的经纪人严某的同意之后，借用原告0589帐户。此后，原告使用0021帐户，付岗使用0589帐户，各自独立，互不往来。证人付岗对此陈述道：“当时听说开帐户很难，没有熟人不行，我提出要使用周俊的一个帐户，这帐号0589与周俊的另一个帐户分得很清楚，0589帐下的100万人民币是1992年12月25日，我将在中国经济开发信托投资公司上海证券业务部翔殷路营业部做股票的100万资金，以转帐支票形式转入润丰公司的。”我对严讲：“你不能混淆我和周俊的两个帐号。”严说他知道，在适当的时候会将0589帐号的帐户客户名字改成我！证人宋伟国证实：“严的客户共有三个，一个是我，一个是周俊，另一个是付岗。付岗向周俊借0589帐户，他们两个的资金各归各，下单也各归各。”上海证券业务部翔殷路营业部在付岗于1992年12月25日署名的100万元人民币转帐支票上证明“此支票系中经公司划出（付岗委托款划出）”，并加盖公章。被告公司的财务帐册对此也有案可查。上述证据表明：0021与0589两个帐户的资金来源、资金所有是截然不同的，其资金使用、交易指令的下达也完全不同，付岗使用0589帐户是不否认的客观事实，被告对此也是默认的，从未有过任何异议。现在被告企图以否认付岗使用0589帐户这一事实来达到否认经纪人下错单子的失误，以混淆事实推卸责任，这与被告过去认可的借用帐户事实和对客户的承诺是相违背的，也是无法自圆其说的。

三、关于全权委托问题

1. 被告一再辩称原告开立帐户及交易系全权委托，因此被告无须征得客户同意，便可买进卖出，而由客户承担一切责任。代理人认为，委托问题是

一个法律上的代理关系，全权委托更有着严格的限定，其概念不得任意解释，实践中如全权委托，委托人必须以书面形式对被委托人以特别的授权，并注明具体的内容事项。而被告为表明确有全权委托一事，提供了一张某客户在本案纠纷发生后写就的非全权委托声明及3月份以后的买单，以此反证全权委托的存在。代理人认为，对全权委托这事关公司与客户双方权利义务严肃的法律问题，被告必须提供足够的正面证据，而不能用反证的方式来证明。况且这是一份本案纠纷发生后写就的文字，与本案没有直接的联系，从形式上、时间上都不具备作为证据的效力。

2. 被告没有制定过任何业务方面包括委托问题的规章制度。对于被告所称的客户如要非全权委托须写声明书，否则即为全权委托的说法，被告公司的许多经纪人和客户都闻所未闻。被告公司的原经纪人、业务组长俞慧晶陈述：“对于非全权委托，客户要在声明书一类的文字上签字的做法，没有听说过。”客户张贵东陈述：“所有客户都一样，没有全权委托与非全权委托之说，具体的时候都是听我们的。”上述证词充分表明被告所称的全权委托在事实上是不存在的。此外，在被告提供给原告的有关文件中也并无全权委托交易的文字。全权委托4个字只出现在被告编写的“期货投资手册”上，但也表述的明明白白，仅限于操作。代理交易与操作是两个不同的概念，交易是对商品买进卖出自主决定、盈亏自负的行为，而操作是根据客户指令通过电脑等设施传递买卖信息的行为，盈亏由下指令者自负，而与操作者无关，交易贯穿于整个买卖过程，而操作仅仅是中间一个传递信息的环节。被告故意将两者等同起来，以达到混淆事实，推卸责任的目的。

3. 被告所谓的全权委托违反我国的有关规定和国际惯例。在期货市场的法律法规尚未出台之前，应参照国内有关的法律法规，客户合约书第九条也明确规定，“期货交易中须遵守当地各有关交易所订的规则及当地对商品买卖的法律规定。”首先，从国内有关规定看，《上海金属交易所规则(试行)》第65条规定：“会员单位在受理委托时，应要求客户填写交易所委托书或以其它书面委托方式(含电传、电报指令)，委托内容包括买卖商品的名称、质量品级、数量、价格范围、交割月份、委托期限等。”《深圳有色金属交易所交易规则》第32条也有与此内容相同的规定。《上海证券交易所市场业务试行规则》第76条明确规定证券商不得受理全权委托。其次，从国际惯例看，《美国商品期货交易细则》第4条规定：“本公司接受客户委托下单后，会以最迅速方法将指令入市交易，”这就意味着每次都要由客户委托才能下单。台湾《国外期货交易法》第18条规定“期货交易之行为，应由期货交易人逐项明确授权，不得开立概括授权之帐户。”这些国际惯例与规定都充分证明被告的全权委托之说，是缺乏依据的。

4. 鉴于被告对全权委托的任意解释和原告对被告处理客户业务中一些问题的疑虑，代理人在刚才的事实调查阶段曾要求被告出示引起本案纠纷的5口咖啡在芝加哥期货交易所的成交单，被告当庭表示无法提供。代理人特别提请法庭对此成交事实予以彻底查实。

综上所述，代理人认为，被告因工作差错造成原告10806.25美元的经济损失，又百般推卸，拒不承担赔偿责任。为维护原告的合法权益，并促进我国期货市场的规范法、法制化，提请法庭依据有关事实和法律作出公正判决。

作者简介

周严(1964—)出生于天津,1969年因父、母工作调动举家迁入重庆;原学机器制造专业四年,助理工程师职称,后专修法律,1993年通过律师资格考试,现为四川联合律师事务所青年骨干律师、重庆市律师协会会员、重庆企业法律工作者协会会员。多次代理具有一定影响的重大案件并取得较好效果,维护了当事人的合法权益,在各级报刊上发表文章十数篇。

单位名称:四川联合律师事务所
详细地址:重庆市渝中区民权路42号
邮政编码:630010
联系电话:(0811)63845697

融资债券纠纷案

周严

原告:重庆有价证券公司(以下简称证券公司)
法定代表人:蒋钢,总经理
被告:中国天府可乐集团公司(重庆)(以下简称可乐公司)
法定代表人:邱林,总经理
被告:重庆冠生园食品工业总公司(以下简称食品公司)
法定代表人:邓建生,总经理

1994年9月21日,重庆有价证券公司一纸诉状将中国天府可乐集团公司和重庆冠生园食品工业总公司推上了重庆市中级人民法院经济庭被告席。原告证券公司诉称:经双方充分协商,原告与第一被告可乐集团公司于1992年11月9日正式签订了《重庆有价证券公司代理发行1992年短期融资券协议书》,以助销方式全数代理第一被告发行一年期融资债券500万元人民币,第二被告食品公司出具担保书保证第一被告按期还本付息;1993年11月债券到期,第一被告仅支付利息45万元人民币,余款未能及时偿付,此后虽经原告累次催促,第一被告却以种种理由推拖搪塞,拒不履行其义务,乃向法院起诉,请求法院依法判令第一被告立即偿付债券本金500万元人民币,利息125万元人民币及本案的全部诉讼费用,第二被告对上述各款承担连带偿付责任。

由于此案涉及金额较大,两被告又都是知名企业,故此案成为一时之热点。在此情况下,我代理第二被告参加本案的诉讼活动。通过调查取证,掌握了此案的基本概况:1992年,第一被告为了获得调整产品结构、开发新产品所需要的资金,拟向中国人民银行重庆市分行申请发行短期融资债券,派人来第二被告处请求提供担保,由于当时第一被告生产经营状况如日中天,效益可靠、信誉良好,且与第二被告既是近邻又同属轻工行业的龙头企业,故在进行了基本的考查和了解后,于1992年9月3日(担保书中所打印的日期为1990年9月3日,由于各方人员变动较大,故一时不能确定是粗心笔误所致亦或确系1990年所为,但原告及第一被告均认为是笔误所致,第二被告认为前者可能性更大)出具了一份加盖公章的担保书,其具体内容为:“经我公司对可乐公司历年来生产经营及资债情况了解,该公司发行短期融资券

为调整产品结构和开发新产品所需的材料、包装，属流动资金贷款，待产品卖出后，有能力偿还本金和利息，我公司愿为此次发行 700 万元短期融资债券的债务偿还担保”；同日，第一被告以“天集司财（1992）字第 008 号”文向中国人民银行重庆市分行提出申请，1992 年 11 月 3 日，中国人民银行重庆市分行以“重人行复（1992）字第 175 号”文批准第一被告发行 1992 年企业短期融资债券 500 万元，期限一年，年利率 9%，并规定该融资债券由原告证券公司代理发行，发行期限 1 个月。同年 11 月 9 日，原告与第一被告根据中国人民银行重庆市分行的批复，签订了《重庆有偿证券公司代理发行 1992 年短期融资债券协议书》，具体内容为：原告同意以助销方式全数代理第一被告发行一年期融资债券 500 万元，债息率为年息 9%，到期一次还本付息，融资债券的设计、印刷、宣传、保管、发行、兑付及到期的回收销毁，均由原告负责，原告应于 1992 年 11 月 26 日前向第一被告支付资金 500 万元人民币；为保证融资债券到期能按时兑付，第一被告应于 1993 年 11 月 16 日前向原告支付本息 545 万元人民币；原告代理发行第一被告融资债券的各种费用共计 6 万元人民币，由第一被告承担；第一被告应保证融资债券的按期兑付，若第一被告不能按期支付债券本息，原告有权向第一被告加收每日万分之五的罚息。其后，原告如约代理第一被告发行了融资债券并于 1992 年 11 月 26 日将 500 万元人民币全额划至第一被告帐上，1993 年 11 月，融资债券到期应兑付，但由于第一被告资产重组及其它原因造成资金困难，仅将 45 万元利息划至原告帐上，此后双方虽经多次磋商，余款却一直未能清结，故原告向法院提起诉讼。在进行了大量的案头工作的基础上，虽然第二被告上上下下对此案信心不足，但代理人已胸有成竹，明确了问题的关键所在。1994 年 11 月 9 日，法院通知三方当事人到庭进行庭前调解，在明确主要事实后，原、被告均表示愿意调解，第一被告提出：可乐公司欠原告融资债券款是事实，但由于近几年饮料市场国外知名品牌大举内侵，竞争激烈，公司已面临内忧外患、举步维艰的困境，三角债包袱沉重，主要资产已与外国企业合资，新一届领导班子刚刚成立，留守人员仅能维持基本的生活水平，现暂无力偿还债务，但公司将尽力在 1996 年后逐步还清债务，请原告予以谅解和支持；原告法定代表人及代理人认为：第一被告欠款属实，理应立即偿还，也有能力偿还。因为第一被告将其主要资产用于与外资企业合资并在合资企业中占有相当股份，而且合资时外资企业按约给予相当数量的补偿金给第一被告，因此债务履不履行完全由第一被告主观因素决定；同时，第二被告为第一被告担保融资债券款按期偿还，事实清楚，义务约定明确，理应承担连带偿付义务。作为第二被告的代理人，我提出如下观点：其一，第二被告曾为第一被告担保融资债券款的偿付是事实，但同时担保书中也明白无误地载明“此次发行 700 万元短期融资债券的债务偿还”由第二被告担保，出具担保书的落款日期为“1990 年 9 月 3 日”；其二，原告诉称：“1992 年 9 月 3 日，被告可乐公司向中国人民银行重庆市分行申请发行短期融资债券。1992 年 11 月 3 日，中国人民银行重庆市分行以‘重人行复（92）字第 175 号’文批准，可乐公司向社会发行 1992 年企业短期融资券 500 万元，期限一年，年利率 9%；其三，就目前三方当事人所提交的全部材料来看，不能确实肯定担保书到底是 1990 年 9 月 3 日出具或是 1992 年 9 月 3 日出具，也没有担保书与第一被告申请发行融资债券行为存在内在联系的特别说明。由于担保书中所载日期与第一被告申请日期相隔两年之久，且债券发行数量也存

在 200 万元之巨的差异、那么在原告及其他当事人提不出其他有力证据的情况下，根据国家有关法律的规定，请求法院驳回原告对第二被告的起诉；同时，根据原、被告双方的陈述，希望双方本着互谅互让的原则，在法庭的主持下，妥善解决双方的争议。由于原告与第一被告双方意见的差距较大，法庭宣布庭前调解结束，择日开庭审理。

在此后的一段时间，本代理人一方面在第二被告内部进行深入的调查了解，寻找当时具体的承办人员，落实担保书的出具时间；另一方面，积极与原告及第一被告接触，详细了解整个事件的各个环节，筛选关键材料，以应付可能出现的各种情况。在走访原告与第一被告的有关人员及阅卷时，代理人无意中获得了这样一条信息：1993 年 11 月融资债券到期后，由于被告可乐公司不能按期偿付本息，原告曾与第一被告达成了一个延期付款的协议，经核实，第二被告对此协议毫不知情。经过深入调查，掌握了 1993 年 11 月，由于第一被告仅将 45 万元利息划至原告帐上，余款无力偿付，经第一被告请求，原告遂与第一被告及第一被告的开户行中国工商银行九龙坡支行签订了一个三方协议，该协议规定：由原告预先垫付债券款，以保证兑付；第一被告必须于 1994 年 6 月 30 日前付债券本金款 500 万元给原告，考虑到“发行协议”规定的万分之五罚息和原告垫资的损失，第一被告应向原告支付垫付债券款利息，该利息以月息 25‰ 计算，其中正规利息为月息 10.98‰，罚息为月息 14.02‰。经过与第二被告研究，本代理人果断放弃了以前的代理策略而换之以第二被告已充分有效地履行了担保责任而参予诉讼。

1994 年 12 月 14 日上午 9 时，证券公司诉可乐集团公司、食品工业总公司短期融资债券纠纷案，正式在重庆市中级人民法院经济庭开庭。在原告及第一被告陈述了事实及各自观点后，我代表第二被告发表如下代理意见：第二被告为第一被告发行一年期融资债券提供担保是事实，但在“重人行复（92）字第 175 号”文《有价证券公司代理发行 1992 年短期融资券协议书》及第二被告出具的担保书所规定的期限内，第二被告充分、切实地履行了担保责任。由于原告在明知第一被告不能按期偿付债券本息且第二被告毫不知情的情况下，与第一被告及其开户银行签订了延期付款的协议，第二被告事后也没有任何参与其间或追认的表示，这在客观上已免除了第二被告的担保责任。根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国合同法》及《最高人民法院关于贯彻执行（中华人民共和国民事诉讼法通则）若干问题的意见》、《最高人民法院关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用（合同法）的若干问题的解答》的有关规定，请求法院依法判令免除第二被告的担保责任，合议庭采纳了第二被告代理人的意见。

市中级人民法院经济庭经审理、合议后，于 1995 年 2 月 9 日以“（1994）重经初字第 712 号”民事判决书作出如下判决：

一、由被告可乐公司付给原告证券公司融资券本金 500 万元和利息 19166.66 元（自 1993 年 11 月 16 日至 1995 年 2 月 16 日止），此款于本判决生效后十日付清。

二、食品工业总公司的担保责任予以免除。

三、本案收取案件受理费 41260 元，诉讼活动费 2000 元，共计 43260 元，由被告可乐公司负担。（此款已由原告垫付，被告在支付融资券本金和利息时连同此款一并付给原告）。

作者简介

马琳 山东省泰安蓝天律师事务所主任、高级律师、泰安市仲裁委员会委员、山东省律师协会常务理事、中华全国律师协会理事、亚洲太平洋律师协会会员。

曾先后为 5 所大学、9 所中专、7 个教师进修学校、上百家企事业单位、团体、机关、市五大班子领导上法制课，听者达数万人次。多年来，还为电台、报纸的听众和读者解答法律询问、讲授法律知识。享有颇高的知名度。多次被评为先进工作者。

在无编制、无场所、无经费情况下，独身创建了泰安市第二律师事务所。经一年多的奋斗，成绩卓著，在省里介绍了经验。后又毅然辞掉公职，创建了泰安市首家合作制律师事务所。建所以来，各项业务指标人均数在泰安市律师事务所中年年保持第一，在山东省律师事务所中也名列前茅。年年荣获“泰安市十佳律师事务所”榜首，且被省司法厅评为“职业道德建设先进集体”。年年荣获“泰安市十佳律师”，被省司法厅荣记二等功。承办了许多泰安市的著作权纠纷案、期货纠纷案、股票纠纷案、非专利技术纠纷案、中外合资纠纷案等。其中，“孔府家酒”著作权纠纷案系全国第一例，引起了较大的反响，代理观点被不少报纸、杂志和专著引用或转载。现不仅担任国内许多单位的常年法律顾问，而且还担任香港、台湾、泰国客商的常年法律顾问，受到他们的一致好评。

1995 年，作为中华全国律师代表成员参加了亚洲太平洋律师协会在泰国举办的国际会议。

单位名称：山东省泰安蓝天律师事务所
详细地址：山东省泰安市双龙池东方圆宾馆
邮政编码：271000
联系电话：(0538) 8518232 8226587

作者简介

任传祯 山东省泰安蓝天律师事务所副主任。华东政法学院本科毕业。自从事律师来，凭着敬业精神、良好的业务素质和踏实的工作作风取得了可喜成绩。曾被评为市直机关先进个人，被市司法局记个人三等功，被省司法厅记二等功。1995 年和 1996 年被评为十佳律师。1993 年被评为泰安市直机关先进工作者。1994 年 9 月毅然辞掉公职参加全市第一家合伙制律师事务所的创建。在为改革开放的经济大潮服务方面，不断地拓宽服务领域，参与了首例“期货交易纠纷案”、“股票交易纠纷案”、“书法著作权纠纷案”等新型案件的代理，且取得了较好的效果。先后多次在市广播电台为听众解答法律咨询，成为广大听众的知心朋友。担任十七个单位的常年法律顾问，积极宣讲法律，审查、草拟经济合同，使聘请单位防患于未然，仅 95 年就避免或挽回经济损失达 4000 余万元。无论是参与刑事案件的辩护还是其它诉讼、非诉讼案件的代理，都能够尽职尽责，先后接受当事人赠送的锦旗十多面，表扬信多封，受到当事人一致好评。

单位名称：山东省泰安蓝天律师事务所
详细地址：山东省泰安市双龙池东方圆宾馆
邮政编码：271000
联系电话：（0538）8514660 8226587

对“孔府家酒”书法著作权
纠纷案几个法律问题的看法
马琳 任传祯

“孔府家酒”驰名中外，但因“孔府家酒”包装上的书法所引起的书法著作权纠纷案恐怕鲜为人知。1985年初，山东曲阜酒厂为推出一种新产品——“孔府家酒”，派本厂设计科科长张良登门请求徐寿璋先生书写酒名。徐寿璋先生经一番推敲后，挥毫写下三种书体的包装用字：（1）酒瓶贴红签字——隶书“孔府家酒”；（2）酒瓶斗方贴红——隶书“酒”；（3）套盒版面——行书“孔府家酒”。上述9字经曲阜酒厂“进行了加工处理后”，全部被采用。曲阜酒厂为了自己的利益，任意将“孔府家酒”等字从原酒包装的版面上游离出来，无限扩大着它们的使用范围。现在，“孔府家酒”四字已洒遍天下，随处可见。它以客观物质存在的独特形式为该厂的这一酒类产品起到了告知、召示、宣传、美化和标志的作用，使人们获得了深刻的印象，产生了由衷的好感，大大提高了产品的视觉审美价值。

自1993年夏季以来，徐寿璋先生为应邀出国举办个人书法展览而极需先出版一部书法集的困难时期，在别人的提示下便通过写信、电话、托人等方式数次恳求曲阜酒厂曾奇栋厂长让其厂给予出版赞助，并承诺在即将出版的书法集中从6个方面对曲阜酒厂作全面的、高品位的、永久性的宣传。然而，徐寿璋先生所采取的多种措施和苦口婆心的劝语，竟丝毫没有打动曾厂长的仁义之心和同情之感，更没有唤醒曾厂长的法制观念和版权意识。一年中，徐寿璋先生从曾厂长那里得到的仅是：不予答复，不予理采，不予接见或无声的拒绝，无礼的冷遇，无期的回避。

面对此情此景，徐寿璋先生这位两袖清风的穷知识分子，忍无可忍，不得已只好依据法律解决问题，于是就聘请了律师作为代理人，依法保护自己的著作权。代理律师在作了大量的调查之后，一开始就试图在当事人双方搭起一座桥梁，努力促使双方沟通，争取通过协商解决问题。在这期间，律师表现出了极大的诚心和耐心，但曾奇栋这位刚愎自用的厂长却一再回避，拒绝协商。于是，徐寿璋先生便向泰安市郊区人民法院以“侵权之诉”状告曲阜酒厂。送达诉状后，曲阜酒厂提出了管辖异议，但被郊区人民法院驳回。此后，曲阜酒厂又上诉至泰安市中级人民法院。曲阜酒厂几乎在提管辖异议的同时，以“确权之诉”向曲阜市人民法院状告了徐寿璋先生。对此，徐寿璋先生也提出了管辖异议，但也被曲阜市人民法院驳回，为此，徐寿璋先生又向济宁市中级人民法院提起了上诉。正当两地中级人民法院对管辖上诉进行审理之际，山东省高级人民法院出乎意料地下达了通知，裁定此案由济宁市中级人民法院审理。于是，济宁市中级人民法院将“确权之诉”和“侵权之诉”进行了合并审理，双方当事人既是原告又当被告。开庭进行了三次，双方的代理人针对许多问题进行了激烈的辩论，双方争论的主要焦点是：第一、“孔府家酒”等字书法著作权的归属问题；第二、“孔府家酒”等字书

法著作权的许可使用问题；第三、“孔府家酒”等字书法著作权的使用报酬问题；第四、“孔府家酒”等字保护作品完整权问题。

律师评析

一、“孔府家酒”等字的书法著作权人是徐寿璋先生

我国著作权法第 11 条规定：“著作权属于作者，本法另有规定的除外”。这是世界各国确立著作权归属的最基本的原则。著作权属于作者，是世界公认的准则，肯认并神圣作者对于作品的权利，乃是肯认和神圣人格之道。

“孔府家酒”等字的作者是山东曲阜“孔子故里书画院”院长，被称为“圣人门前一支笔”的著名书法家徐寿璋先生。徐寿璋先生的书法，特点突出，与众不同，素来为日本、韩国、新加坡及国内外书法界和广大爱好者所称赏。邓颖超同志生前曾与徐寿璋先生长时间座谈书法艺术，并当面称誉徐寿璋先生的行书“自成一家，堪称徐体”。享誉全国的“孔府家酒”四个字，正是徐体风格的代表作，它清俊潇洒、风格别致，豪纵恣肆，引起了国内外人士的普遍喜爱和一致好评，为孔府家酒的包装起到了画龙点睛的作用。

1985 年初，徐寿璋先生接受曲阜酒厂的委托，书写“孔府家酒”等字书法，当时没有用合同的方式约定著作权的权属问题。根据《著作权法》第十七条“受委托创作的作品，著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人”的规定，“孔府家酒”等字书法著作权属徐寿璋先生是无可置疑的。

然而，使人不可思议的是，曲阜酒厂竟然曲解《著作权法》第十一条第二项规定，该条款规定：“由法人或者非法人单位主持，代表法人或者非法人单位意志创作，并由法人或者非法人单位承担责任的作品，法人或者非法人单位视为作者”。硬说“孔府家酒”等字的著作权属于曲阜酒厂。对此，我们只要把上述法律规定和事实真象结合起来加以分析，就非常明显地看出，曲阜酒厂的所做所为纯属生拉硬扯，牵强附会，强词夺理，颠倒黑白。第一、曲阜酒厂一口咬定“孔府家酒”等字是由本厂“主持”下创作的。事实上，曲阜酒厂与徐寿璋先生既不属于一个系统，更无隶属关系；既不属于同一个组织，更无任何联系。也就是说，曲阜酒厂对徐寿璋先生无权领导、无权调遣、无权支配、无权制约。在这种情况下，曲阜酒厂在“孔府家酒”等字创作上，凭什么“主持”徐寿璋先生？又怎么可能“主持”徐寿璋先生？以何种方式“主持”了徐寿璋先生？究竟又“主持”了徐寿璋先生什么？事实真象是，在“孔府家酒”等字创作上，是曲阜酒厂派人登门向徐寿璋先生求助，恭请徐寿璋挥笔题字。如此而已，岂有他哉？可见，对“孔府家酒”等字的创作，所谓曲阜酒厂的主持，纯是地地道道的曲解。第二、曲阜酒厂一口咬定“孔府家酒”等字代表了本厂的“意志”。事实上，写字本身只能是一种个人独立创作的行为。书法是按照自己长期千锤百炼形成的特殊书写方式、书写习惯、书写风格来支配、运转自己的手和笔以表达自己的创意和构思，从而完成一种凝聚着自身精神特质的造型艺术。可谓我行我素，我写我字。所以，它无法用自己的手和笔去表现别人构想的具体形态字样的，更无法以别人的头脑来驱动或调节自己手臂的微妙活动的。因此，书法家书写过程，具有其无法替代的自产性和独创性，这是最起码的生理常识和艺术常识。对此，可以肯定他说，曲阜酒厂是说不出“孔府家酒”等字的哪一点，

哪一横、哪一竖、哪一勾、哪一挑、哪一撇、哪一折、哪一捺是代表了本厂的“意志”？又是如何代表的？难道在徐寿璋先生书法艺术的内涵中能够包含着曲阜酒厂的思维因素吗！至于“孔府家酒”这一名称，确实是由曲阜酒厂提出的，且代表了其意志。但是，著作权法保护的是以线条、色彩构成的具有审美意义的平面造型艺术，即书法，而不是方块汉字及它所代表的含意和内容，可见，对“孔府家酒”等字的创作，所谓代表曲阜酒厂的“意志”，纯是地地道道的无知。第三、曲阜酒厂一口咬定“孔府家酒”等字由本厂承担“责任”。事实上，对“孔府家酒”这个名称和含义而代表着的那一类产品，曲阜酒厂应该承担责任的。也就是说，如果在名称的选取上与其他单位的产品名称重复或相似的，在含义上不准确或不符合，在产品质量上低劣或质次，其责任不在别人，只能由曲阜酒厂负责，这正所谓责无旁贷。但是，至于“孔府家酒”等字书法所体现出的以线条、色彩构成的具有审美意义的平面造型艺术，以及由这几个字所表现出来的徐寿璋先生个人的书法功力、艺术修养、性情体现及客观审美效应，曲阜酒厂是当然不能负责的，也是无法负责的，更无从谈及什么责任。可见，对“孔府家酒”这一书法作品，所谓由曲阜酒厂承担“责任”，纯是地地道道的诡辩。

二、曲阜酒厂侵害了著作权人的许可使用权

著作权的许可使用，是指著作权人许可他人在一定范围、期限、地域，采用一定的方式利用其作品的一种法律行为。使用他人作品必须取得许可是各国著作权法对作者权益保护的体现，也是著作权人权利的自然延伸，综观我国整个著作权的立法，对于许可使用权利界线规定是比较清楚、比较系统的，这对许可使用别人作品就有了明确的法律依据。曲阜酒厂使用“孔府家酒”等字，应当与徐寿璋先生签订书面合同，规定许可的期间、范围、使用方式、享受权利、违约责任等，以便使著作权许可使用合同双方当事人的合法权益得到充分有效的保护。然而，曲阜酒厂从1985年使用至今，一直不签订书面的合同，这就违背了我国《著作权法实施条例》第32条关于“同著作权人订立合同或者取得许可使用其作品，应当采取书面形式……”的规定。由此可知，曲阜酒厂对“孔府家酒”等字书法著作权一直还没有取得合法的许可使用权。

“孔府家酒”等字本是用于酒的包装上，曲阜酒厂如果根据形势需要改变“孔府家酒”等字的使用用途，使用形式，使用场所，按照法律规定，可以采用两种方式：一是同著作权人订立合同，一是取得著作权人的许可。但是，曲阜酒厂并没有这样做，而肆无忌惮地将“孔府家酒”等字从原酒包装的版面上游离出来，不断扩大它的使用范围，将其使用在橱窗上、建筑物上、交通工具上、电视屏幕上、甚至人们穿的汗衫上……。根据我国《著作权法》第23条“使用他人作品应当同著作权人订立合同或者取得许可……”和第25条“合同中著作权人未明确许可的权利，未经著作权人许可，另一方当事人不得行使”的规定，曲阜酒厂的上述行为已经并且正在严重侵害着“孔府家酒”等字的许可使用权。

使用他人作品不但应当同著作权人签订合同，而且还应当遵守期限。对此，我国《著作权法》第26条明确规定：“合同的有效期限不超过十年，合同期满可以续订”。这一规定，就充分表明，不允许将著作权一次卖绝，而是采取了保护作者权利有期限的合同制度。同时，还表明不超过十年，在这个期间，双方当事人可以自由约定，但超过该期间，再约定则因违反禁止性

法律规范而无效，曲阜酒厂使用“孔府家酒”等字早已超过了十年，又不续订书面合同，我行我素，目空一切，很显然，这也是对“孔府家酒”等字著作权的侵害。

总之，退一步讲，既是徐寿璋先生许可曲阜酒厂使用“孔府家酒”等字，那也是有限制的，而不是无限制的。权利不过是一种自由行为的限度，表现为一种利益。然而，权利是法律规定的，绝对不得滥用，这便是权利运行的一般法则。著作权中的许可权也如此，它必须有一定的限度，在此限度内是合法的，超过了这种限度便是违法的。所以，那种认为只要使用他人作品，就可以不受期限、地域、方式、范围、性质等限制的想法是完全错误的，而那种肆意使用的行为更是不可思议的。

三、曲阜酒厂侵害了著作权人的获得报酬权

获得报酬权又称收益权，它是指作者有权因使用、转让作品而使这种潜在的经济利益变成现实。著作权法特别需要解决的问题，是由传播作品产生的利益关系，而利益关系中，最直接涉及到的就是著作权人的经济利益的保护，作者从其作品传播中获得合理的报酬，并保护这种权利，这是世界各国版权法通行的原则。文学、艺术和科学作品的作者，是民族文化的承袭者，是社会精神财富的创造者。他们的作品凝结自己的心血，是自己独创性智力劳动成果。他们的这种劳动，应当受到社会的尊敬，他们的这种作品，应当受到特殊的保护，这是我们党和国家尊重知识、尊重人材，执行知识分子政策的重要体现，也是我国著作法保护的范畴，根据我国《著作权法》第十条第五项规定，著作权人对自己的作品应当享有“使用和获得报酬权”。著作权的许可他人使用作品，就和使用人之间形成了一种关系。这是一种带有给付内容的合同关系：著作权人授与许可权，使用人因获得了许可权而负有支付报酬的义务。可是，曲阜酒厂使用徐寿璋先生的“孔府家酒”等字书法十多年来却没有支付分文的报酬，也没有给予作者任何礼遇。当徐寿璋先生于1993年主张报酬权时，曲阜酒厂不但不给而且恶语伤人。由此可见，曲阜酒厂侵害了徐寿璋先生的获得报酬权。

四、曲阜酒厂侵害了著作权人的保护作品完整权

保护作品完整权是属于著作权中的人身权，又称“尊重权”，具有不可转让性和不可剥夺性，它是著作权的精髓和灵魂。纵观现实，《世界人权宣言》着重地把著作权宣布为一项基本人权，各国著作权立法中都规定了“保护作品完整权”，而我国著作权法，则明确规定了使用作品时不得侵犯著作权人的人身权利，这就充分表明，著作权中的人身权是何等重要。作品属于作者人格领域的一部分，在作品上烙上了其人格的痕迹。对作者而言，人身权最重要，任何人使用他人作品，都以不侵害作者著作权中的人身权力为前提，我国在民法文化传统上是很欠缺的，特别是著作权文化传统更欠缺。在实际生活中，使用作品的组织往往以大欺小，倚势压人，漠视和掠夺作者权利的现象时有发生。而不少作者，对获得报酬权还知道些，但对人身权则知之甚少，也正是因为如此，助长了侵犯者的侵权欲望和侵权行为。曲阜酒厂的所做所为不正是这样吗！

书法是精神世界的一种产物，是可以凭借寄托情思的一种艺术形式。人之为书，一件书法作品有自己的独特构思，在笔墨之中已经溶入了作者的心血，注入了作者的感情，一点一画都可以成为性情的体现。因此，对书法作品，别人是不能任意修改的，否则，就会影响作品的完整性和纯洁性，在名

誉上造成不良影响，在精神上造成极大的创伤，在财产上造成严重损失。由此可知，只要是未经作者同意，擅自修改书法作品，就是侵权，即不论侵权人主观上是故意还是过失，是恶意还是善意，只要在客观上起到了歪曲、篡改的效果，就认为是侵害了作者保护作品完整权。曲阜酒厂在未经著作权人的许可，擅自改变了“孔府家酒”等字的使用方式时，使一些临摹的“孔府家酒”等字严重变形，拙劣不堪，作品的形象受到了严重的歪曲。根据我国《著作权法》第10条第4项“保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利”的规定，很显然，曲阜酒厂对“孔府家酒”等字著作权中的保护作品完整权已构成了严重的侵害。

总之，面对现实，世界上绝大多数国家在其著作权立法中，对著作权中人身权的保护措施正日益完善，一切以不侵害著作人人身权为前提。我国与国际著作权保护接轨，也把保护人身权放到了首位，由此可见，保护著作权中人身权是尤为重要的，非常必要的。

作者简介

王保涵（1949.5— ）毕业于前国立英大法律系。解放前参加革命，一贯从事政法及政教工作。1980年起任律师。现为星韵律师所（浙江杭州）律师。17年来，工作出色，成绩卓著，如95年杭城“迷你”月饼商标案，曾作为被告代理人，以其深厚的法学造诣、娴熟的诉讼技巧，不仅使被告不输官司，而且使原告撤销了“迷你”商标。该案为全国数十家新闻媒体报导，海外欧州时报、澳门日报及香港多家报刊也都不断披露，影响颇大。

现兼任杭州市人大代表、市人大法工委委员、杭市企洁协会总顾问、省精邀监察员、省经营会法务部主任及杭州仲裁委仲裁员等。

先后编著、王编出版法律书籍7本，颇受好评。如《继承问答159—有吾求》，即被评为‘95杭市社科优秀作品并获奖。

单位名称：浙江杭州星韵律师所

详细地址：浙江省杭州市南山路14号602室

邮政编码：671000

“迷你”月饼商标侵权案代理札记

王保涵

1995年9月，杭州一年一度的中秋月饼大战刚刚鸣金收兵。突然硝烟又起，杭州天都食品公司状告杭州粤杭芸香食品有限公司（芸香食品厂）商标侵权。于是，一场全国首例月饼商标侵权纠纷案，由此拉开了帷幕。

受 聘

金秋9月，杭州粤杭芸香食品公司总经理陈平来到杭州星韵律师事务所，并将一份起诉状副本摆在笔者的面前。

原告杭州天都食品公司诉称：“1994年1月21日，国家商标局核准原告拥有面包、糕点、月饼的‘迷你’商标专用权。被告杭州芸香食品公司在1994年、1995年生产的月饼包装盒上均使用‘迷你’字样，侵犯了原告的商标专用权，给原告造成经济损失……”。

查 证

首先，笔者与委托人作了长谈。委托人谈了许多“理由”，归结起来一句话：“你们到市场看看，就知道‘迷你’月饼的生产情况了。”

于是，我们立即走街串巷地走访杭城的多家食品生产企业及食品商店，还买了大包小包的包装月饼，证实杭州生产或经销“迷你”月饼厂家店家确实不少。

我们又通过信函或去人调查，得知生产“迷你”月饼的食品企业在全国许多大中城市比比皆是。

定 略

通过深入全面的调查，大景的事实，使我们得出的结论是：（1）“迷你”月饼是全国上千家食品企业均在生产的一种小型广式月饼；（2）“迷你”月饼是广式月饼中的一种规格、一个品类；（3）“迷你”月饼既然是一种月饼的规格、品类的名称，那么即是产品的通用名称。

对照《商标法》第八条，“本商品的通用名称”及“直接表示商品的质量……及其特点的”不得作为商标注册，“已经注册的商标，违反本法第八条规定的或者以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，由商标局撤销该注册商标，其他单位或者个人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。”

吃透了事实与法律，于是我们定下了代理本案的方略：一方面，以企业名义向国家商标评审委员会正式提出申请，请求裁定“迷你”月饼注册商标为不当注册，给予撤销；代理人同时以被告法律顾问的身份向商评委提出《法律建议书》，建议裁定撤销原告的“迷你”商标；另一方面，积极应诉，做好准备，参与庭审。

庭 审

1995年10月19日，杭州市西湖区人民法院正式开庭。

原告方的主要指控仍如起诉状所述。而我方则认为，被告方在其本厂生产的月饼盒上印有“金装迷你月”字样，并未构成对原告注册商标“迷你”的侵权。因为大量的事实表明（1）“迷你月饼”是广式月饼的一种月饼规格的通用名称，它是一种商品的规格、品类名称，全国各地食品厂家使用“迷你”月饼这个通用名称的有成千上万家之多。例如杭州圣爱娜食品公司月饼盒的盒面就印有“品种：迷你广式月饼”；开心园食品有限公司的月饼盒盒面也印有“类别：金秋意浓——迷你广式月饼”；杭州天香食品厂的天香迷你月饼，盒上印有“食品名称：广式迷你月饼”。所以，广大食品厂家都以“迷你”月饼作为广式月饼的一种规格、品类名称，被告也同样使用了这种约定俗成的通用名称，有什么过错可言呢？（2）广式月饼在港澳地区早就流行，它是吃早茶时的一种点心、糕点。80年代初，由于广式月饼个大量重，广州白天鹅宾馆等开始生产一种小型的、小规格的月饼（当时不对外出售），港人就称之为“迷你月饼”。所谓“迷你”即是mimi即“小型的”之意。它是广式月饼中四大系列（“加头”、“足斤”、“七星伴月”、“迷你”）产品中的小型广月的通用名称。这个名称的形成，凝聚了广大月饼糕点师的辛勤劳动，是广大食品企业的共同创造，是一种社会财富，原告以此“迷你”作为注册商标，岂不是贪天之功以为己有！（3）原告自己也未合法使用“迷你”注册商标，原告天都公司虽有了“迷你”注册商标但并没有使用，而是以“天都”及其八角形图案作为注册商标。这只要看一下原告生产的月饼盒就一清二楚。原告月饼盒的正面上方是“天都”两字，两字的中间是一个八角形图案，紧靠“天都”两字及八角形的旁边，是个法定的注册商标的标记“R”，整个盒面上还印有无数的“天都”的字样，中间为“迷你月饼”四字。看了这样的包装，谁都会认定这是“天都”牌的“迷你”月饼。而且盒子的背面还印有“……中秋节购买，请认准‘天都’标记”的字样。这就充分的说明原告自己也把“迷你”月饼作为商品通用名称，而把“天都”作为注册

商标使用。既然原告自己都未合法使用“迷你”注册商标，又怎能苛责他人对“迷你”商标的侵权？原告这样的行为，不正说明“迷你月饼”是月饼的通用名称，因此不敢光明正大地作为商标来使用吗？

更有甚者，原告在1993年的月饼盒上（铁印盒）就印有“迷你”“天都”字样，并在其旁印有“R”。现经查实，当时原告既无“迷你”注册商标，更无“天都”注册商标。这岂不是在光天化日之下明目张胆地假冒注册商标吗？

总之，被告有自己响当当的注册商标“芸香”，根本不需要用“迷你”作为商标，“迷你”月饼仅仅是月饼的通用名称。因此，被告根本没有侵权的故意或过失，当然也不必承担侵权的责任。并且被告的“芸香牌”迷你月饼与原告的“天都牌”迷你月饼，从内外包装上，迥然不同，泾渭分明，根本不可能误导消费者！

法庭上原告一再强调，在核准商标一年内，如无人提出异议，商标即属确定有效。因此，“迷你”商标属正当注册。而我方则指出，不当注册商标，任何单位或者个人均可请求国家商标评审委员会裁定撤销，而并不受一年异议时间的限制。这是1993年修订后的《商标法》第二十七条所明文规定的。

辩论终结，法庭征求调解意见。被告方理直气壮地提出：“调解可以，但是要以原告向国家商评委主动申请撤销不当注册，向全国食品行业认错道歉为基础。”显然，调解无望。

法庭休庭后宣布：本案事实清楚，证据确凿，定于11月6日宣判。

庭审结论很明显对被告不利，所谓“事实清楚”、“证据确凿”无非是指原告拥有合法注册商标。庭审后的第二天，法庭对被告营业账目进行清查。这一情况表明，法庭已在作确定赔偿额的准备。

撤 诉

一石激起千重浪。天都诉芸香的商标案，一经新闻传媒披露，立即引起了巨大的社会反响。广州、杭州、上海、南京、无锡、成都、苏州等大中城市的200余家食品企业，其中包括广州白天鹅宾馆、广州酒家企业集团、广州东方宾馆、广州莲香楼、广州陶陶居酒家、上海冠生园食品公司、上海杏花楼、上海梅龙镇（集团）凯司令食品厂等知名企业，纷纷向国家商标评审委员会提出撤销“迷你”注册商标专用权的申请或表示。

开庭后，被告代理人深感形势不容乐观，眼看11月6日的定期宣判即将来临。

于是，代理人又第二次向国家商评委提出法律建议书，并附送大量物证，力陈“迷你”商标为不当注册商标，请求尽快裁定。

终于，11月1日，被告代理人收到国家商评委的电传，内称“……经审查该申请符合《中华人民共和国商标法》有关规定，我会予以受理。”代理人乃立即向法院提出法律建议书，建议合议庭根据民事诉讼法有关条款的规定，对本案延期宣判，中止诉讼。

11月6日，这个原定宣判的日期，法庭如期开庭并宣布裁定“中止诉讼”

不久，国家商评委终局裁定撤销“迷你”注册商标；原告天都公司提出撤诉申请，西湖区人民法院依法裁定准予撤诉。

余 音

天都诉芸香的商标纠纷案，终局结果是：被告没输官司，原告的“迷你”商标被撤销，并以撤诉而偃旗息鼓。回顾此案，联想到普法学习，感到普法教育中，有时学得片面、学得肤浅，影响效果。例如本案，自从法院立案之日起，就引起了社会广泛关注，不仅国内数十家新闻传媒不断跟踪报导，海外欧州时报、澳门日报、香港多家报刊也纷纷披露。查其原因，除了迷你月饼为人人知晓，对“迷你”官司当然关心之外，关键在于象“迷你”这样的商标究竟该不该注册？注册了，可不可以再撤销？撤销程序又如何？等等这些问题，一时间使人们莫衷一是。对此，甚至法律界的专业人员，也有心中无数的，认为“商标注册，一年内无异议，就动不掉了。”这就说明，人们在学习商标法时的片面性与肤浅性，只知宣传商标注册的重要性，强调商标意识，而对商标法的禁止性规定，商标注册的严肃性重视不够。殊不知不该注册商标，如果冒着大不韪去注册，即使注册商标到手，到头来还是要搬起石头砸自己的脚的。本案天都公司的“迷你”商标被撤销，不正说明问题了吗？

作者简介

任贵福（1937～）河北省定州市人。全国律函毕业。技师、经济师。现在并州律师事务所任专职律师。全国“镇反”、“三反、五反”和83年全国“严打”期间，曾先后在中央军委786部队临时军事法庭、太原市河西区人民法院工作。1984年起在太原市第六律师事务所实习。1986年全国统考取得律师资格，从事律师工作至今。曾担任10余家企业常年法律顾问，办理各类案件500余件。1992年9月接受太原洗涤剂厂和中国洗涤用品协会常务理事单位委托，代理了轰动全国的“玉羊”洗粉广告侵权案并胜诉。曾与《山西日报》社主任编辑洛士正合作在《生活潮》杂志发表文章。

单位名称：并州律师事务所
详细地址：山西太原市府西街260号
邮政编码：030002
联系电话：（0351）4223883

“玉羊”洗粉广告侵权案 任贵福

案情简介

1992年7月，正当山西太原有奖销售商战期间，河南省商丘华侨洗涤剂总厂生产的“玉羊”牌洗粉，以太原影都商场为总经销，在太原和山西全省市场正式开始了总量为5000吨、总额为100万元的超级巨奖销售活动。设特奖2名，各奖“桑塔纳”轿车一辆；一等奖2名，各奖“夏利”轿车一辆；二等奖3名，各奖“重庆长安”面包车一辆，奖售办法“每购10袋（38.5元）‘玉羊’洗粉，可获奖券一张。”为出奇制胜，河南省商丘华侨洗涤剂总厂和太原影都商场从7月11日起，在报纸、电台大做广告，其广告宣称：“玉羊”洗粉是“世界首创、国家专利”，“划时代的结晶”，“中国洗涤业更新换代产品”；该产品“无磷、无铝、高效、浓缩、多功能”；“去污力超过国家标准”，“既可洗涤皮肤、衣物，还可洗涤水果、蔬菜、餐具、灶具，还可用作洗发、洗手和洗澡剂”；是“唯一无毒的洗涤用品”。“普通的洗衣粉、肥皂等洗涤用品均含磷、含铝，会对人体诱发老年性痴呆症，肾衰竭病，组织学骨软化、非缺铁贫血，等等”。广告宣传，造成了广大消费者的疑惑，怀疑国家制订的洗涤用品标准，是有害于人民的，纷纷来电、来函询问太原洗涤剂厂普通洗衣粉是否有毒？并要求退货或停发订货。从7月中旬到8月上旬不到20天的时间，太原洗涤剂厂就减少销售额达336万余元，直接经济损失达20余万元。1992年8月2日太原洗涤剂厂就河南省商丘华侨洗涤剂总厂和太原影都商场广告侵权问题，紧急报告中央、省、市有关部门，中国洗涤用品工业协会。国务院、有关部委、省、市领导、新闻单位，对此给予了高度重视。太原洗涤剂厂作为原告，向太原市中级人民法院提起诉讼。我以原告代理人身份参加了该案的活动。

代理词

审判长、审判员：

我依法接受本案原告太原洗涤剂厂的委托担任其代理人，出庭参与本案的诉讼活动。开庭前，我仔细地阅读了原告的起诉书和案卷材料，走访了国家、省、市有关部门，有关科研单位和部分专家教授，就本案涉及的有关问题进行了详细的调查了解，今天又听取了法庭调查。为了维护原告和全国洗涤剂用品行业的合法权益，履行代理职责，现根据事实和法律，向法庭提出如下代理意见：

一、二被告广告侵权的基本事实

1992年夏季，正值太原商战期间，本案第一被告河南省商丘华侨洗涤剂总厂，在本案第二被告太原影都商场密切配合下，利用新闻媒介制造一起波及三晋（山西），轰动华夏（中国），殃及全国洗涤剂用品行业的广告侵权案，首当其冲的受害者是地处侵权行为发生地的原告太原洗涤剂厂和太原肥皂厂。

请看如下事实：

1. 二被告为推销其“玉羊”洗粉，趁太原商战之机，以百万元巨奖销售方式，利用新闻媒介，采取不指名的手段，以和同类产品作比较为名，贬低别人，抬高自己刊登广告。二被告在宣扬自己的产品的同时，在广告中，对全国洗涤剂用品进行污蔑性、攻击性宣传，贬低“普通的洗衣粉、肥皂等洗涤剂用品均含磷、含铝，会对人体诱发老年性痴呆症、肾衰竭症、组织学骨软化、非缺铁性贫血等等”。

2. 二被告唯恐消费者不相信他们贬低同类产品的宣传，他们在“玉羊”洗粉包装袋的说明中和传单上宣称：“玉羊”洗粉的“效率是普通洗衣粉的3—4倍”，“已将市场上的块状、粉状，浆状和液体的合成洗涤剂的功能全部加以综合”。又于同年7月14日在《山西广播电视报》上以半版篇幅，极力宣扬“玉羊”洗粉是“划时代的结晶”、“中国洗涤业更新换代产品”，并煞有介事地告诫消费者“当您买到一袋“玉羊”牌无毒多功能洗粉，您会惊讶地发现：现在简单了，以后再也不需要去买洗衣粉、洗洁净、洗头膏、香皂、肥皂等洗涤剂用品了。‘玉羊’洗粉真是多功能，一物多用”。二被告在利用报纸、传单等作上述广告宣传的同时，还利用电台、电视台反复进行广泛宣传。上述事实还可从《山西工人报》社记者贺海毅发表在该报1992年9月10日头版《关于“玉羊”的话题：听太原某商场总经理任晓东一席谈》一文和刊登在《山西经济日报》1993年3月24日署名王娅发表的《任晓东和“玉羊风波”的风波》一文中得到证实。

代理人认为，二被告贬低同类产品的广告宣传，来势之猛，打击面之广，是我国建国以来前所未有的。他们为了局部利益，置国家利益于不顾，采取极不严肃，极不认真。极不负责任的作法，把矛头直接指向我国新兴的洗涤剂用品工业和国家现行洗涤剂用品强制性标准，大有一夜之间踏平全国300余家洗涤剂用品生产企业的势头，这是绝对不能允许的。

二、被二被告贬低的普通洗涤剂用品安全无毒，对人体无害

为澄清被二被告贬低的普通洗涤剂用品对人体是否有毒有害，代理人走访了国家轻工业部质量标准司、中国洗协科学技术委员会、省、市标准局等有关部门和于福良、华章照、肖村夫、纪锡平、刘鑫源、袁志超等洗涤剂用品行业著名高级专家教授，澄清了如下事实：

1. 国家轻工业部质量标准司 1992 年 9 月 5 日, 以 (92) 轻质标便字 058 号文给太原市第六律师事务所复函: 餐具洗涤剂产品的现行标准是 GB9985—88 国家标准。洗衣粉产品的现行标准是 GB1317—91 国家标准。这两项国家标准都是由轻工部提出, 由轻工部日用化学工业研究所 (全国表面活性剂洗涤用品标准化中心) 技术归口, 经国家技术监督局批准发布的。任何生产餐具洗涤剂和洗衣粉产品的厂家都必须达到标准中规定的各项技术指标才可出厂。凡符合本标准的产品, 对人体是无害的”。(见原件复印件)。

2. 中国洗协科学技术委员会, 1992 年 8 月 4 日给山西省标准局的复函中称: “用于洗衣服用的天然水质都有一定量的钙、镁盐类, 像我国北方地区含量高达万分之三至四, 这些钙、镁盐类对洗涤剂的去污性能影响很大, 所以洗涤剂的配方中, 一般都加入三聚磷酸钠来螯合水中的钙、镁离子, 这样对去污性能可大大提高。三聚磷酸钠的动物口服半致死量为 3.1g/kg, 对人是无毒的, 磷酸盐本身是生物体必须的成份之一, 每人每天需摄入一克至二克的磷才能满足人体生长、发育与代谢的需要。磷酸盐也是国内外准许使用的食品添加剂, 所以洗涤剂中所含的磷酸盐对人体本身绝对不会造成伤害。

3. 早在 1978 年 12 月 20 日, 国家轻工部曾以 (78) 轻塑化字第 135 号《关于洗衣粉是否对人体有害的报告》一文, 向国务院的报告中以实例说明: “在日常生活中, 使用的按着国家标准生产的洗涤用品, 对人体是安全的”。

4. 1993 年 2 月 17 日, 中国洗协受轻工部委托在北京召开了“洗涤用品安全问题专家论证会”, 17 名全国洗涤用品行业的专家出席了会议, 专家们从科学的角度和事实来证实, 目前按着国家标准生产的洗涤用品对人体是安全的, 产品是高质量的。

三、二被告以广告形式, 贬低同类产品, 已构成侵权

商丘华侨洗涤剂总厂、太原影都商场趁太原商战之机, 为了获取高额利润, 采取不正当手段, 置国家和人民的利益于不顾, 毫无科学根据地利用传播媒介, 大肆贬低我国过去和现在按照国家标准生产和销售的洗涤用品, 给广大消费者造成极大的恐惧心理, 怀疑国家制定的洗涤用品标准是有害于人民的, 损坏了政府的威信和国家形象, 扰乱了正常的洗涤用品市场秩序, 直接危及全国洗涤用品生产企业及名优产品、出口创汇产品生存与发展, 严重干扰了深化改革和对外开放的顺利进行。其行为: 1. 违反了《广告管理条例》第 3 条, “广告内容必须真实、健康、清晰、明白, 不得以任何形式欺骗用户和消费者”的规定。2. 违反了该《条例》第 8 条“不得刊播, 设置、张贴”、“弄虚作假”、“贬低同类产品”的广告内容之规定。代理人接受原告委托后, 为了进一步弄清《广告管理条例》第八条(六)项规定如何适应的问题, 以(92)并六律字第 33 号函请国家工商局广告司, 国家工商局广告司于 1992 年 9 月 15 日, 以广字(1992)第 33 号函复: “《广告管理条例》第 8 条(6)项所说的贬低同类产品的广告是指指名的或不指名的、特指或者泛指, 直接的或间接的故意降低对他人产品的评价, 损害他人产品商业信誉的广告”。

审判长、审判员, 1992 年 9 月 27 日, 拥有 334 个成员单位, 11 万职工的中国洗涤用品工业协会常务理事单位代表, 曾授权本律师分别于 1992 年 10 月 23 日在《科技消息报》, 11 月 11 日在《法制日报》、11 月 17 日在《中国经营报》上, 就“玉羊”洗衣粉广告侵权一案, 发表了《严正声明》。

综上所述, 由于二被告无视国家有关法律规定, 故意实施侵权行为, 给原告和全国洗涤用品行业的声誉和产品信誉造成了无法估量的损害损失, 我

认为原告要求二被告赔偿经济损失 20.43 万元、名誉损失 10 万元，是合理合法的。代理人请求法庭在查明事实的前提下，依法判令二被告在相应范围内刊登更正广告，赔礼道歉，并赔偿经济损失。衷心希望法庭采纳代理意见，尽快做出公正判决。谢谢！

审判结果

在法院审理过程中，太原洗涤厂、太原日用化学总厂已分别与追加的被告山西工人报社、山西广播电视报社自行达成了和解协议，法院也采纳代理人意见，判令河南商丘华侨洗涤剂总厂，太原影都商场，立即停止侵权，并在原刊发侵权广告相同的版面、篇幅作更正广告，向原告公开赔礼道歉，诉讼费由四家被告分担。一审判决后当事人各方均未上诉。

作者简介

杨其生 上海市沪江律师事务所高级律师。1950年参加公安政法工作，50年代任过派出所所长，60年代任过检察院起诉科科长，70年代任过图书馆管理员及区宣传部外事宣传接待员，1982年归队后任沪江律师事务所副主任，1988年12月20日被评高级律师。

学习努力、工作认真、思想解放、开拓进取，能跟上时代发展需要，参加律师工作十多年来，办理了各类案件450多件，尤其随着国家经济建设的飞速发展和浦东开放改革的深入发展，在对律师工作提出了新的要求的情况下，已担任了三家中外合资企业、四家证券公司、四家银行、二家房地产公司等二十多家的法律顾问，取得了较好的经济效益和社会效益。曾获二次记功，三次记大功。

在十多年的律师工作中，承办了多起大案名案，在宣传社会主义法制和律师制度上取得了令人瞩目的成绩，展现了律师工作者的风采。受理一起美国某轮船公司罗某涉外房产纠纷案，案件办结后，受到了外事侨务部门和有关方面的重视，并在上海《文汇报》上作了真名真姓大篇幅报道，起到了良好的社会效益。担任《中国集成电路大全》总主编赵保经先生的委托代理人，向法院提供了大量的事实根据，引用了大量的著作权方面法律根据，得到了法院的支持和采纳，取得了胜诉。此案在法庭上的代理词被收集进了《大案、名案辩护词代理词精选》一书中。

单位名称：上海市沪江律师事务所
详细地址：上海市四川北路1717号
邮政编码：200080
联系电话：(021) 63253593

《CMOS 集成电路》著作权案代理词 杨其生

案情简介

原电子工业部中国电子器件工业总公司于1981年6月组织成立《中国集成电路大全》(以下简称《大全》)前八分册编写委员会，主编系赵保经，并确定编委会成员薛春刚等4人组成编写小组编写前八分册中的《CMOS 集成电路》分册。1982年，薛春刚未经《大全》编委会许可，邀请了原单位工作的沈雷帮助薛分担分配给其的编写任务。1985年2月，《CMOS 集成电路》分册由国防工业出版社出版，署名为《大全》编写委员会。1985年5月，沈雷得悉《CMOS 集成电路》分册已出版而编写人员中未署其名，又发现薛春刚撰稿的第十三章第六节系抄袭其发表在1983年第2.3期《电子技术应用》杂志上的同名文章，为此，沈雷与薛春刚为署名一事进行交涉，未果。期间，《大全》编写委员会根据沈雷所撰的稿件发给其稿费人民币800元，但沈一直未取，沈起诉后，该款由法院代管。

1987年1月16日，原告沈雷诉被告薛春刚侵犯了他对《CMOS 集成电路》一书应有的署名权，并要求追索被告所侵吞的稿费。原告还称：其参与了该

书的编写工作；被告薛春刚撰写的该书的第十三章第六节是抄袭其已发表在杂志上的同名文章，要求被告公开赔礼道歉、赔偿损失，并提出对该章节享有著作权。

被告薛春刚辩称：原告沈雷无权在该书编写人员中署名，他不是编写人员，实际上数年前我出于情谊，借此编书之际，使沈得到略展才华的机会。在该书中我有意识的选用了他的某些章节，但根本不是抄袭，因为：

一、在该书的编写说明中已提及该书由“上海无线电十四厂沈雷工程师提供了部分章节资料”；

二、该书出版后，根据他提供的章节资料已留给他 800 元稿费；

三、该书出版后又给了他样书一本。

上海市某区法院立案后于 1988 年 6 月 1 日决定追加编委会为本案的被告。并指定该编写委员会主编赵保经为法定代表人参加诉讼。本文作者系编委会的诉讼代理人。

代理词

根据《中华人民共和国民事诉讼法》（试行）第五十条之规定，上海市虹口区第一律师事务所接受了《中国集成电路大全》编写委员会的全权委托，并指定我担任该《大全》编委会的诉讼代理人，今天依法出庭，参加本案的诉讼活动。

开庭前，我们详细查阅了本案全部卷宗材料，走访了上海市出版局、上海市文化局、上海市求知书社、上海市图书馆等有关单位和部门，进行了大量的调查研究，在充分了解了本案案情的基础上，刚才又听了原被告当事人在法庭上的陈述。据此，我们认为原被告与编写委员会间的实质问题，就是《中国集成电路大全》CMOS 集成电路分册的署名权和版权问题。

我们在辩论这个问题时，必须以事实为根据和有关版权政策为依据，真正维护著作者，编辑者的合法权益调动广大作者的创作积极性、主动性、创造性，使科学技术成果专门知识迅速地应用于物质生产，有效地贯彻经济建设必须依靠科学技术，科学技术必须面向经济建设的方针，繁荣我国的科学技术文化事业，促进社会主义精神文明和物质文明的建设。据此，必须应用确凿充分与事实的、法律的、证据的理论依据来进行辩论，这是我们法律工作者和参与诉讼者都必须坚持的原则。据此，我们就根据事实和法律，对本案提出如下几点意见，请法庭在审理本案时，能够给予充分的重视和采纳。

一、关于《中国集成电路大全》版权的归宿问题，这是本案的首要问题，必须明察清楚

我们大家知道，著作权的主体是很广泛的，它可以是公民、法人，也可以是国家。从《大全》编写的整个过程来分析判定，无论从事实上来看，还是从整个来往行文来看，还是从有关人员提供的材料看，都可以证明这部大型丛书版权的归宿，既不属于沈雷所有，也不属于薛春刚所有，也不属《大全》编委会所有，而是属于电子工业部和中国电子器件工作总公司所有。很明显这是一部以法人组织名义编写的固定官办巨型丛书。其版权应归法人组织享有。我们的理由是：

（1）在本书的序言中十分明确地说明：鉴于我国集成电路发展的新形势和应用与生产部门的迫切需要，经电子工业部领导同意，中国电子器件工作

总公司于 1980 年 10 月开始筹备《中国集成电路大全》(以下简称《大全》)的编写工作,在国防工业出版社和许多有关部门与单位的积极配合和大力支持下,于 1981 年 6 月组成《大全》前八册编写委员会。这是一套比较完整的国产集成电路系列品种、特性、工作原理和应用的工具书。

(2) 国防工业出版社在 1984 年 5 月 25 日向全国发出“新书预告”中,也明确指出,为“促进我国电子工业的进一步发展由电子工业部组织编写了《中国集成电路大全》,并介绍这是一部正确应用各类集成电路的必不可缺的参考书与工具书。

(3) 全体编写人员的组成,在这里必须注意到这样一个最基本的事实,《大全》并不是由编委会几个人合作编著的,而是由电子工业部和中国电子器件总公司在全国范围内以正式行政机构发文的形式,并经由国内 30 多家电子专业工厂、研究所推荐上报《大全》,编委会人选名额经电子工业部、中国电子器件工作总公司批准后,才于 1981 年 6 月 5 日宣布成立《大全》编委会(当时上海无线电十四厂组织上只推荐上报薛春刚一人),同年 6 月 11 日由《大全》编委会四名成员—吴文(国营 744 厂)、黎必源(北京器件三厂)、薛春刚(上海无线电十四厂)和朱介炎(上海元件五厂)组成《大全》下属 CMOS 集成电路分册编写组,并由吴文担任组长(即该分册主编)。

(4) 作者或其他版权所有者要出版必须通过出版单位,一般应要签订约稿协议(或合同)和签订出版协议(或合同),谁是版权所有者,谁就能签订出版协议(或合同)。我们来看一看出版《大全》的实际情况吧。在《大全》1985 年 2 月出版之前的 1980 年 12 月 16 日,就由电子工业部中国电子器件工业总公司与国防工业出版社签订了约稿协议和后来的出版合同,商定了出版《大全》的各项事宜,(P18)我们认为根据我国《民法通则》和文化部《图书期刊版权保护试行条例》的规定,有著作权的人(或单位)才有权与出版单位签订出版协议(或合同)。也就是说,出版协议(或合同)是版权所有人(或单位)与出版社之间关于使用作品的协议,根据出版协议,版权所有者将作品交给出版社出版,而由出版社支付约定的稿酬,在社会和司法实践中出版协议(或合同)是使用版权的最基本重要的法律形式。出版协议又可视作版权所有者授予出版社出版其作品的许可证。这个法律关系由谁来完成呢?事实很明显是由电子工业部,中国电子器件工业总公司一手完成的,并非是《大全》编委会。据此,作为诉讼的主体是电子工业部,中国电子器件总公司,不是《大全》编委会。

当然在目前也有一个具体问题,经过体制改革,电子工业部中国电子器件工业总公司已解体分成了三个单位,1.中国微电子局(职能局),2.中国微电子发展研究中心(具有法人资格),3.中国器件公司(企业性质具有法人资格)。但根据《中华人民共和国合同法》和国家有关条例政策规定:拥有版权的法人组织发生变更和消灭时,如果法人组织被合并,则归合并后的法人组织所有;如果该法人组织分为几个法人,则由分设的几个法人组织共同所有;该法人组织如果被撤销,其版权则归出版单位所有;如果出版单位也被撤销,则版权为归国有。况且中国电子器件工业总公司解体后债权债务制作清册,经原电子工业部批准同意全部交给中国器件公司由公司负责清偿。《大全》及《CMOS 集成电路》的未尽之事也由该公司负责处理的。据此,我们认为《大全》编委会不具备团体法人资格,既不能从事独立的活动,又没有财产和经费,连各编写人员的差旅费、打印费、样稿费等均有编写人员

原单位支付。故编委会不拥有《大全》的版权的主体。编委会是编写《大全》的一个临时机构，其编委成员均属《大全》组织者的聘用（或兼职），且编委会的工作内容是具体实施总的编写方针政策及指导原则，负责编写中的一切事务，包括组织日常的编写活动，审稿、改稿、审核等。编委会在本丛书中不享有版权的权利，也不能承担本案的民事责任和经济损失。决不能在北京传唤不到一个真正拥有版权的法人组织的法定代表来参加诉讼，而将《大全》编委会的总主编赵保经同志作为法人代表的被告传唤到庭来参加诉讼，于情、于理、于法不符。

二、《大全》编委会与原告沈某之间的关系是什么样的关系

根据事实和编写关系来看，既无组织关系，又无工作关系，又无法律关系。编委会是1981年6月2日成立，并确定各分册的编写组长（即分册主编）。沈某是迟到1982年春夏由薛春刚以私人同事关系邀请沈雷帮助薛春刚分担原分配给后者的编写任务，从而参与该分册的编写工作的。赵保经同志作为《大全》总主编当时就向薛春刚提出：此纯属你私人邀请，编委会不作邀请，因此编委会和电子工业部以及电子器件公司从来没有发文邀请沈雷参加编写工作。而沈雷所在单位——上海无线电十四厂也从来没有发文提出增加沈雷编写名额的申请。所以此后沈雷所提供的部分章节资料，都是经由CMOS集成电路编写组成员加工或修改后，由薛春刚出面提交给编委会和国防工业出版社的。因此沈雷本人与《大全》编委会既无组织关系又无法律关系，更谈不上与《大全》编委会有什么著作纠纷和民事法律责任。更何况该分册编写组早在沈雷参与前就已成立，各分册都选有一位负责人作为分册编写组组长（即分册主编）。

《大全》的组织者为了把编写工作搞好，需要有一个编书经验丰富的同志来担任总主编，负责这部巨型丛书的编写和审定的组织领导。赵保经由全体编委成员一致通过而列为《大全》的总主编。在整个编写过程中和今天法庭的审理中，原告沈雷对编委会也提不出对它有什么实质性侵权行为，而且编委会或主编的署名和作者的署名也不是一个等同的概念。主编大体可分三种：第一种请德高望重或编写经验丰富的同志来担任；第二种两人以合著者的作品推荐其中的一人来担任；第三种是由编委成员提名，多数编委赞同或选举通过来担任。作者署名必须是直接创作作品的人，换句话说，只能通过自己的独立思考，运用自己的技巧与方法直接创作反映自己个性与特点的作品的人，才是版权法里所指的作者。至于对于职务行为作品，为编写者提供资讯意见和提供资料或审读，校订稿件或提供其他服务的人，不能称为作者。今天在座的很多是作者，出版界的专家 and 老前辈，比我了解得更深刻全面，一套巨型丛书的编委会与该套丛书中的每一分册（或卷）的作者，也是完全不同的两个概念，即编委会总主编或编委会每一成员，并不都是下属各分册的作者，正如总主编并没有列入《CMOS集成电路》作者行列之中。据此编委会与原告沈某之间没有直接的法律关系。

三、《大全》中每一分册都没有编写组和分册主编（组长）

涉及到各个分册的编写人署名等问题，一概规定都在各分册书前的编写说明中予以说明，而该“编写说明”一文皆是由各分册的编写组自行撰写的，其中包括现在正在开庭审理的CMOS集成电路分册的编写说明一文，也正是由该分册的编写组自行撰写的。《大全》编委会是无权越俎代庖的。超出自己的职务范围去处理别人所管的事，否则编委会倒有可能以后真正成为侵犯该

分册编写组著作权的被告了。我们认为在该分册“编写说明”写了上海无线电十四厂沈某工程师提供了部分章节资料，足够恰如其分的了。

关于稿费问题，上已指出，沈雷与薛春刚存在着私人之间协作关系，沈雷所书写的或提供的所有稿件或资料从来没有直接递交给编委会或国防工业出版社，而全是交由薛春刚加工处理并经该分册编写组再转交编委会或出版社手中，至该书出版时，编委会只根据分册编写组的说明和对各种稿件的质量意见，酌情给予沈雷留出 800 元稿酬费。如有什么出入也只是薛春刚、沈雷两人之间的分配问题。更何况《大全》以及 CMOS 集成电路这一分册，稿酬费是由出版社和《大全》组织编写单位商定，并经由电子工业部中国电子器件工业总公司批准，并由总公司发放的，而又不是编委会几个人有权决定和发放的。怎能将此扯到编委会的身上。看来这是由于某些人人为地误将国定巨型丛书与私人合伙组织编写的一般书籍混为一谈了，这一点也必须澄清。

综上所述：沈雷诉薛春刚版权纠纷案与《中国集成电路大全》编写委员会，既无组织关系，又无工作关系，也无法律关系，故《大全》编委会不能承担任何法律责任。请审判长、审判员明查事实的基础上，作出符合客观实际，合情合理合法的裁决。

作者简介

林学君（1957.11.20—）法律大专文化，系长沙市律师协会干事，湖南华湘律师事务所副主任律师，湖南省刑法学会理事、省律协知识产权委员会委员。

自1985年开始从事律师工作、1990年取得律师资格。先后承办过在全省乃至全国有重大影响的案件10余起。其中，93年承办的“苏三山”股票误导索赔案，在全国证券界引起轰动，全国新闻媒体相继报道或专题讨论；代理词被收入《律师手册》和《大案名案辩护词代理词精选》书中。96年承办的《南湖疑影》著作权案代理词被《律师与法制》和《湖南律师》杂志刊登。93年承办的“文宽时教师扰乱社会秩序”一案，被湖南省高级人民法院改判无罪后，得到《中国律师报》和其他报刊的登报表扬。并多次被推荐参加中南六省（区）律师业务研讨。发表论文10余篇，得到有关法律专家和同行的好评。

单位名称：湖南华湘律师事务所
详细地址：长沙市尚德街28号司法局内
邮政编码：410005
联系电话：（0731）4447822

《南湖疑影》著作权案 林学君

案情简介

《南湖疑影》著作权被北京农村读物出版社（该社于1993年7月并入中国农业出版社）侵权一事，经作者茂梅诉诸法律后，长沙市芙蓉区人民法院于1996年4月22日进行了公开审理，并依法追加本书选编者张稚枫、刘毅然为第三人参与诉讼。经过第一轮的唇枪舌战后休庭。8月20日法院两次公开审理，认定被告及第三人应承担侵权的民事责任，并当庭作出如下判决：北京农村读物出版社、中国农业出版社和第三人张稚枫、刘毅然立即停止侵权，向原告茂梅赔礼道歉；第三人张稚枫、刘毅然赔偿原告茂梅20115元，被告负连带责任；被告赔偿原告茂梅第二版、第三版损失19634.4元，并承担茂梅其他损失9670元。本案诉讼费2000元，由被告承担1200元，第三人承担800元。原告茂梅不服，认为对侵权盗版者打击不力，赔偿数额太少，向长沙市中级人民法院提起上诉。二审法院在维持一审原告胜诉及获赔偿金额的基础上，改判中国农业出版社增加赔偿上诉人茂梅经济损失8000元。

代理词

审判长、审判员：

湖南华湘律师事务所接受本案原告茂梅的委托，指派我担任其代理人，参与今天的诉讼。开庭前，我认真查阅了案卷，并进行了一些调查，刚才又听取了法庭调查，使本代理人对本案有了更进一步的了解。本代理人认为，

本案被告中国农业出版社和北京农村读物出版社及第三人张稚枫、刘毅然侵犯原告茂梅著作权事实存在，原告的诉讼请求有理。为了履行代理人的职责，现依据有关事实和法律发表代理意见如下，请法庭在合议时参考。

一、关于本案的侵权事实

1987年，素有“通俗文学快枪手”之称的我省女作家茂梅，在《今古传奇》杂志上发表了约12万字力作——《南湖疑影》。该小说以推理性、通俗性、惊险性、可读性强，深受广大读者的喜爱，力作发表后，《今古传奇》杂志社和作者茂梅收到了许多读者的来信对此作品倍加赞赏，同时得到了电影厂、其他出版社关于将此作品改编成电影和发行单行本的邀请。正当原告茂梅协商改电影剧本和出单行本之际，1989年，原告茂梅突然在我省文化市场上发现了农村读物出版社非法盗版的《今古奇案》一书，将原告茂梅12万字的力作《南湖疑影》收编该书之首，并在卷首的“内容提要”上着重介绍了该小说的情节和特征，以吸引广大读者，从而使被告农村读物出版社达到非法获利的目的。原告茂梅得知被告这一严重侵犯著作权的行径后，非常气愤，当即去信提出抗议，并要求被告停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失。谁知被告收信后不以为然，竟谎称“稿费 and 样书早已准备好，只是不知茂梅的地址，故无法邮寄”，对自己的侵权行为，毫无道歉之意。当茂梅收到来信及羞辱人格的所谓800元稿费和样书后，更加气愤，马上去信要求被告对非法侵权事实作出说明，并道歉、赔偿损失。然而，被告回信却是推卸责任的说话，称：“责任编辑早已调离本单位，无法查证。”要原告去找选编者张稚枫和刘毅然。当原告再次去信，主张自己的合法权益时，却石沉大海、杳无音讯。更为恶劣的是，被告明知故犯，为了再次非法获利，竟置法律和作家抗议于不顾，于1990年、1992年连续二次提高价格重新印刷，非法出版发行，多次严重侵犯我的当事人的合法著作权，致使我的当事人在事业上和精神上遭受严重打击，竟抱病卧床二年之久。据原告聘请的心理医生证实：原告是在极大的心理压力下造成精神崩溃，其原因是被告盗版，造成事业上、经济上的损失所致。在这几年中，由于原告茂梅病魔缠身，已无力从事创作，使许多的约稿和电影剧本的修改都无法兑现，加上被告人多次盗版，抢先占有文化市场所带来的恶果，也使广州花城出版社为其出版单行本的计划成为泡影。

以上事实证明：被告北京农村读物出版社和中国农业出版社及第三人——一本书选编者张稚枫、刘毅然严重违反《图书期刊版权保护试行条例》和《著作权法》的有关规定，侵犯了原告茂梅的合法知识产权，造成茂梅在精神上的极大损害，事业受挫，理应依法赔礼道歉、赔偿损失。

二、本案被告及第三人是否有著作权的问题

被告北京农村读物出版社和中国农业出版社在答辩中都称：经选编后的《今古奇案》一书，虽选录了原告茂梅的《南湖疑影》小说，但选编者及出版者对该书均享有编辑权和出版权等著作权。本代理人认为，本案受理的是《南湖疑影》著作权案，不牵涉到其他作品。就本小说而言，被告及第三人未经原作者茂梅同意和签订出版合同就擅自选编、出版，是非法的，均不享有著作权，而是属于侵权行为。

被告又辩称：《今古奇案》的著作权人是选编者，而不是原告，我社没有侵犯原告的著作权；如若造成侵权，也是选编者侵犯了原告的权利，原告无权诉我侵权。现据第三人刘毅然、张稚枫述称：我们是受被告委托代为选

编《今古奇案》这套书的，从编书开始我们就提醒了责任编辑同期刊社和作者联系，并两次提供名单、地址，已完满地尽到了责任。关于选编者署名的问题，我们在发稿时就明确表示不署我们名字，交稿时设计扉页版式样上写的是“本社选编”。看样时才见有我们的名字，出版社说是“漏掉改正”。再说出版社也没有把我们当成著作权人，重印、印多少我们都不知道，也没有补发过一分钱选编费或印数稿酬，也未补发过一本样书，还谈得上什么“著作权人？”据此，本代理人认为，所造成的侵权行为，被告有不可推却的责任。

三、本案被告及第三人应负的法律責任

我国《著作权法》第二十三条明确规定：“使用他人作品，应当同著作权人订立合同或取得许可，本法规定可以不经许可的除外。”在《著作权法》颁布实施之前，文化部于1984年1月15日颁布的《图书期刊版权保护试行条例》第六条规定：“任何单位和个人，使用他人受保护的作品，应征得版权所有人同意并支付经济报酬。”并在第五条五项和第十三条中规定：通过合法途径，以出版、复制等形式使用他人作品的全部或部分权利，须签订合同，作者有权获得经济报酬，否则，作者或其他版权所有人有权要求停止侵权行为和赔偿损失。同时在该《试行条例》第十条六项中规定：“未经版权所有人同意，以翻印、选编等方式使用其已经发表的作品，属于侵犯他人版权的行为。”

根据以上法律规定，被告北京农村读物出版社和中国农业出版社及第三人张稚枫、刘毅然，选编作者茂梅的作品，编辑成《今古奇案》一书出版发行，事先未征得作者茂梅的同意并签订出版合同，事后也未给足作者应得的经济报酬，其行为是违法的，理应根据法律规定赔礼道歉，赔偿受害人的经济损失。请法庭作出公正的判决。

四、通过本案审理将产生的社会效益

我国历来重视知识产权的保护，曾颁布了许多条例和法规，1991年6月《中华人民共和国著作权法》正式颁布实施，1992年10月，我国又正式加入了《伯尔尼保护文学艺术作品公约》和《世界版权公约》。尽管政府著作权主管部门和新闻媒体对保护著作权作了大量的宣传普及工作，但至今为止，严重侵犯著作权的现象在某些使用作品的部门还依然存在。象本案被告及第三人明知使用他人作品应履行必要的法律手续，却为了赚钱，明知故犯，在作者的一再抗议下，接二连三地盗版侵权，屡次犯规。当我和原告茂梅专程进京要求合理解决时，竟遭冷遇，不予配合。好在首都的新闻界、出版界、文学界的许多有正义感的朋友，特别是北京新闻出版局的同志，克服地方保护主义，对我们的工作予以大力支持，终于取得了北京农村读物出版社多次侵权非法印制原告作品谋取利益的有力证据，最终使北京农村读物出版社坐在了今天的被告席上。

我在这里引用权威人士、国家版权局副局长沈仁干先生发表在《法制日报》上的一段话，作为我的代理词结束语。他说：面对侵权者，特别是那些明知故犯的侵权者，作为受害者的作家、艺术家和科学家要呼唤、要斗争，不要沉默。著作权是法律规定的公民的民事权利，每个享有著作权的公民或著作权继承人，都应依法主张自己的权利。当权利受到侵犯时不去主张权利，而是保持沉默，只能助长侵权行为的蔓延，使更多的作者和著作权人的正当权益受到侵害，挫伤更多的创作积极性，影响文学艺术和科学事业的繁荣与

发展。当权利受到侵犯时，作者与其他著作权人应当拿起法律武器捍卫自己的权益，应当大声唤醒广大公众关心和尊重知识产权，唤回那些侵权者的良知与道德。我们的司法机关和各级著作权管理机关，有责任也有义务积极帮助受害者与侵权者进行斗争，及时受理受害人的申诉与请求，追究侵权者的法律责任或给予行政处罚。对于那些明知故犯者，特别是那些侵权盗版者，应当罚得他们名誉扫地，倾家荡产。不如此，不足以制止侵犯著作权的违法犯罪活动和维护法律尊严，促进社会主义精神文明建设。

作者简介

苏永红（1953.6—）本科学历，汉族，中共党员，1982年从事律师工作，担任烟台瀛都律师事务所主任律师职务，二级律师。

从事律师工作近十六年来，能够从事《律师法》规定的各项业务，尤长于海事业务。近几年，共办理海事海商案件700余件，涉及标的额达6000余万元。

自1993年以来，个人连续3年被长岛县政府记功，在烟台市人事局、烟台市司法局两次组织的全市“双先”评比活动中，个人在1990年和1995年被评为“先进律师”。

单位名称：烟台瀛都律师事务所

详细地址：长岛县府街112号

邮政编码：265800

联系电话：（0535）3212226

一起特大海损赔偿案例

苏永红

案件起因

1992年10月3日，被告香港明华船务有限公司所属8000吨级“华琼”轮自香港开往天津，经老铁山水道遇到风浪，转向登州水道避风而误入长岛11家原告扇贝养殖区，致使该区业已成熟的扇贝及养殖物资均遭较大程度的损坏。10月5日8时左右，华琼轮起锚开航，并欲从原告养殖区中穿行冲出。在白天能见度极好的情况下，华琼轮不顾原告作业船员的一再呼救与阻拦，强行从养殖区内斜穿驶过，因该船推进器被扇贝架子缠住，才被迫停车抛锚。由于其所抛锚的养殖区非锚地，加之受风流的影响，船体出现大幅度移动，使原告养殖区又遭大面积的严重破坏。

代理经过及一、二审判决结果

10月6日我受11个单位原告的委托后，根据当时的实际情况，立即采取了三项紧急措施：

第一，立即组织有关人员出海勘验，调查取证。10月6日，即接受委托的当天，就组织长岛县港监、渔政、养殖指挥部、受损单位的部分当事人及被告所属华琼轮船长，一道勘验了该船出口部分的现场。华琼轮船长亲自对照罗盘指挥按自己船出来的航线查看海区受损情况后，留下了现场笔录。10月10日该船长又亲自查看了该船抛锚处造成的损失面积，清点损失行数，给所在养殖区的当事人写下了损失情况证明。10月12日，在青岛海事法院的主持下与被告的代表人共同参加对入口损失现场进行了勘验，也留下了勘验

笔录。

第二，依法申请青岛海事法院扣押肇事船。根据原告的要求，青岛海事

法院于 10 月 9 日依法对华琼轮进行了扣押。

第三，要求华琼轮提供相应的担保。

1993 年 8 月 20 日，1993 年 9 月 18 日分别在青岛海事法院二次开庭审理此案。根据调查的事实，庭审中陈述了我的代理意见：

1. 我国军民通用的航海资料及航海保证部统一印发的海图及港口资料都明确标明“庙岛海峡（登州水道）只准 200 吨以下小船航行”，而被告的船属 8000 吨级的大货轮，根本不允许其在此航行。被告所属华琼轮不顾海图明令禁止，向此地航行时，为了躲开海图所标新井州浅滩，被迫向航道北端养殖区行驶，以致侵害了原告人的民事权利。

2. 10 月 5 日，天气晴朗，风平浪静，能见度极好，被告所属华琼轮不该在此条件下不顾原告人作业船员的呼救与阻拦，再次强行从养殖架子冲过，其目的无非是为了逃避由其造成的损失所必须承担的赔偿责任。但事与愿违，该船在推进器被养殖架子死死缠住后，才不得不被迫抛锚。

3. 由前所述，被告无奈抛锚后困于周围全是养殖架子的养殖区内，受风流的影响，不规则地向两侧大幅度甩动（请注意：这是一艘 8000 吨级的货船），继续侵害其抛锚地周围的养殖区域，致使该区受损面积逐步扩大。

4. 事故发生后，华琼轮船长唐永明表示，这次事故是由于被告方的过错造成的，并对此事故的造成无任何争议。

综上所述，被告所属华琼轮本不应向庙岛海峡航行，但其不顾明令禁区，以致于 10 月 3 日误入养殖区造成损失。10 月 5 日，该船的故意破坏行为又使损失继续扩大，因此本案的过错完全由被告造成是不容置疑的。

针对被告答辩的观点，在法庭上反驳道：

1. “华琼”轮不属紧急避险。根据气象预报，10 月 2 日风力已达到 8 级，该船本应到就近港锚泊避风，而为何要在 10 月 3 日 11 时到远在 150 海里以外的“登州水道”去紧急避险，这说明被告明知此地不准大船航行，才抛出紧急避险的言词做挡箭牌来开脱责任。

2. 原告人属合法养殖，答辩称：“原告在该水道进行养殖是违法的”。原告养殖区是经长岛县人民政府根据渔业法第 10 条的有关规定将养殖区划分给原告使用，并逐级上报市水产局。1992 年 8 月 3 日中华人民共和国烟台渔港监督处第 6 号渔港通报予以确认，即“长岛县水产局报告为发展水产养殖在大黑山以西海域新培养殖区 2600 亩，并在该养殖区布设了 3 个水产作业标，3 点连线内为养殖区。”对此，被告在不查阅有关航海资料和卷宗材料的情况下，就断章取义地将合法养殖说成是违法养殖。事实证明被告所属华琼轮船长在此航行中也发现左舷有水产养殖作业标。

3. 被告请求驳回起诉与被告所述自相矛盾，答辩称：“根据事实和依据，请求驳回原告的诉讼请求”。对此，我们认为被告这种对法律毫不负责的说法是自相矛盾的。第一，有船长亲自留下的证明条；第二，有法院主持下进行的现场勘验笔录；第三，有损害事实的存在；第四，有被告侵权行为原始材料的录像、录音及照片；第五，原告养殖合法等等。在这些无可辩驳的事实面前，被告要求驳回起诉是想逃避法律责任。

1993 年 9 月 18 日，青岛海事法院一审判决，被告蛇口明华船务有限公司承租原告长岛县南长山镇南城村村委会等 11 个单位全部损失，共计人民币 680 万元。被告不服一审判决，上诉至省高级人民法院。1994 年 7 月和 11 月山东省高级人民法院分别两次历经 6 天的开庭审理，于 1994 年 12 月本案

二审以维持原判而结束。

办理该案件的收获体会

海事案件难办，难就难在取证，资料少时间性强。我承办的这起海事案，成功的关键在于调查取证当中把握住三点：

1. 海事案，海上办。发案地点在海上，就到大海上取证。除组织县渔政部门有关人员以及陪同青岛海事法院同志到发案海区调查取证外，还先后多次铺水盖浪赴发案海区勘验，清点养殖物资，取证。为掌握第一手资料，每一个受损海区受损程度都做到——查清，为法庭辩论准备了充足的根据。

2. 海事案，大家办。办海事案离不开有关部门的大力配合，要查清发案时的天气情况，需气象部门出具有关证明；要确定受损海区的准确位置，需渔政、渔监部门的配合；而要计算受损物资及产品准确数字，需养殖指挥部提供可靠的数据。所以说争取这些部门的大力支持和配合，也是打赢这场官司的关键。

3. 海事案，立刻办。海事案的取证工作就象救火一样，一刻也不能耽误，因为发案现场是在海上，天气和海流变幻莫测，转瞬之间证据可能被大海冲洗得一干二净。从这种意义上讲，越是风浪大，越要立即赶到现场。我接到当事人委托后，立即组织有关部门对现场进行了勘验，留下了大海冲不走、时间抹不掉的证据，特别是请肇事船长一道勘验受损情况，并留下现场笔录及录像、录音，这对案件得以顺利胜诉起到了决定性作用，也是立于不败之地重要一环。

作者简介

刘泽震（1926.9— ）共产党员、一级律师，现任南京市法德（原第一）律师事务所首席业务指导。重庆市人。南京大学法律系本科毕业。曾任南京市中级人民法院审判员、南京市司法局科长等职。1980年衔命创建南京市首家律师事务所，82年初取得律师资格。曾任江苏省律师协会常务理事（两届）、省律师高评委委员（三届）、南京市人大法制委委员（两届）、全国律协非诉专业委委员（两届）、南京大学兼职教授。现任江苏国际文化交流中心理事（连任三届）、江苏省海峡两岸关系研究会常务理事兼法律服务部主任等职。担任过大学、报社、电视台、研究院以及其他多家企事业单位的法律顾问。参加过多次涉外经济谈判。办过许多重大复杂的刑、民案件。在省级以上刊物发表过二十多篇文章。曾由法律出版社、江苏人民出版社分别出版过与人合著的法律著作两种。83年曾参加中国法律工作者代表团出访印度和泰国。曾获南京市人民政府给予的立功晋级奖励。先后由《新华日报》和全国侨联主办的《法律咨询》杂志分别以《为了法律的尊严》和《他敢呼吁“刀下留人”》为题向公众作过介绍。

单位名称：南京法德律师事务所
详细地址：江苏省南京市中山东路448号15层
邮政编码：210002
联系电话：（025）4407290 3227759

万吨巨轮沉没以后 刘泽震

这是一起重大海损事故引起的水上交通肇事刑事诉讼和海事索赔纠纷。两案的性质和诉讼主体完全不同，但关系极为密切，故合并介绍。

案情

1981年10月12日21时41分半，在上海长江口南水道H16灯浮联线附近发生了一起船舶碰撞事故。交通部上海航道局的“航浚4006”万吨自航耙吸式挖泥船（以下简称“航浚”）被江苏省食品公司的“建邺”号千吨冷藏货船（以下简称“建邺”）的船头从左舷前部切入，造成严重破损，于半个月以后沉没。

事故发生后，先由吴淞港监站调处。航道局要求食品公司承担全部责任；港监站则要食品公司赔偿总损失的70%，未能达成协议。后由交通部上海港务监督调处，按照国际惯例要求两船平均分摊，双方均不服，遂移送上海水上检察院处理。该院经过侦查，认为两船值班船员对事故的发生均负有重大过失责任，乃于1983年7月向上海市中级人民法院提起公诉，将“航浚”的三副许某列为第一被告人；“建邺”的三副顾某列为第二被告人。笔者接受第二被告人的委托，为其辩护。

事故发生前后的主要情况是这样的：

出事前，“航浚”按计划深水航道内进行挖泥作业。泥舱满载后，须

驶往抛泥区卸载。按照规定，此时应当关闭作业灯号并显示掉头灯号，以引起其他航行船舶的注意，早作避让。但该轮未照章办事，致使他船无法觉察其转向和横越航道的动向；发现“建邺”时，又未按章履行其作为“让路船”的义务早让宽让；并疏于了望、判断失误，反加大舵角向右旋回，越出深水航道，与在自然水深航道中航行的“建邺”交叉相遇，终致碰撞。

“建邺”在航行中偏离计划航线，违章驶入进口航道。当与“航浚”接近、构成碰撞危险局面时，在与对方勾通联络、弄清对方动向之前，没有按章减速、停船，而向左避让，导致碰撞。

两船相撞，“航浚”左舷前部被撞出高4.22米、宽0.5至1.2米的大洞，立即大量进水。为了避免阻塞航迫造成封港的严重后果，“航浚”立即抢驶至九段沙浅滩搁浅。当时船体大部在水上，只有泵机舱和泥泵舱进水，部分设备受损。次日由上海救助打捞局打捞，因与航道局对打捞方案发生争议，延误了时机。随后，经过风浪冲击，船体由原来的右倾2.5度变为37.5度，首纵倾14度，造成首楼、右舷、主甲板及所有附属机械全部浸水，机舱部分进水，全船基本沉没。出事34天以后方打捞出水。仅打捞费即达160万元。后经两家船厂和两家电机厂进行修理，最后还不得不回日本原厂更换全部电缆和修理远动控制装置。共花修理费410余万元，合计损失578万余元。

“建邺”船首破损面积为2×2平方米，修好后即投入营运，支付修理费6万余元。

辩护

（一）本案颇为特殊，有以下三个难点：

1. 笔者担任辩护人虽是受第二被告人的委托，但是由于刑事诉讼的结果势必直接左右民事责任的分担，所以船舶所有人食品公司极为关心此案的审判。他们为笔者进行调查和学习航海知识创造了各种方便条件。但又担心律师不懂航海知识，所以又委托了一位航运工程师担任第二辩护人。乍看起来这似乎是好事，但却带来一些额外的困难。第二辩护人出于某些考虑，着力推翻原鉴定结论，另行绘制航迹图，主张第二被告人无罪。以致笔者不得不努力去说服食品公司的领导和被告人，承认应负刑事责任，律师只能作争取免刑的辩护。

2. 本案由于是处于对立的两个被告人共同造成的一个犯罪结果，因而在刑事责任的划分上必然要“互相推诿”。笔者就不得不同时面对公诉人和第一被告人的辩护人（两位航道局的法律顾问），处于两面“作战”的态势。

3. 水上交通事故涉及的特殊问题：

（1）航道问题：在长江口外的茫茫大海之上，航道是用能够自动发光的航标（灯浮）加以指示的，由依次编号的单、双两行灯浮界定供巨轮航行的深水航道。由航道局的挖泥船经常疏浚以保证必要的深度。在双号灯浮联线南侧1100米宽的水域为自然水深航道，供小型船舶行驶。靠近灯标的500米为进口航道，另600米为出口航道。

（2）船舶位置和肇事地点问题：海上无法保持事故现场。碰撞的时间和地点只能根据双方陈述来确定。如不一致，则须按双方的航海日志和车钟记录所记载的时间、航向、航速、用车、用舵情况结合船舶性能、气象（风向、

风速)、海流(潮汐的流向、流速及潮位)诸因素进行推算,绘制出两船活动的轨迹即航迹图,求出相交点,以此确定碰撞地点。

(3)关于确定碰撞责任的依据问题:主要根据《1972年国际海上避碰规则》,还有《上海港港章》以及其他有关规定。也要参考船舶检验报告和有关的技术鉴定。

(二)辩护的主要论点:

本案刑事责任的确定既着眼于被告人的过失方面,又着眼于损害的结果,甚至可以说主要考虑的是后者。因为如果损失不是如此巨大,是不必追究刑事责任的。对于海上碰撞的损害结果,国际上习惯于不分情况一律平摊。在这种观点的影响下,起诉书将全部损失认定为两个被告人共同造成,只作“主要责任”和“重要责任”的区分。笔者在辩护中,为了改变这种看法,就着力于将碰撞与沉没划分开来,将损失也相应地分成两部分。为此就集中力量论证沉没不是碰撞的必然结果,第二被告人只对碰撞造成的直接损失承担责任。

辩护词主要内容:

1.关于碰撞的责任。

(1)第二被告人驾船违章走了反道,责任无可推卸。但并不因此而改变“建邺”为直航船、“航浚”为让路船的性质。“航浚”和第一被告人均无权对“建邺”走反道一事提出指责,更不能借此推卸或减轻自己应负的责任。

(2)关于第二被告人在用舵方面的责任。笔者抓住两船计时器存在半分钟的差距这一点,纠正“航浚”旋回的初始时间;同时引用该船船员的证言,提出实际的初始船位。修正了航迹图所标的两船碰撞前的相对位置。“航浚”在“建邺”的右舷而非左舷,从而证明“建邺”在避碰措施中使用左舵并不象起诉书所说是“盲目”和“错误”的。

(3)关于用车的责任。笔者一面从该船自身性能说明立即停船的不可能;同时强调“航浚”始终显示作业灯号,造成第二被告人判断的困难。在小雨中的海面一片漆黑,根本不可能预见到“航浚”的旋回,以致没有减速停车。因而不存在过失责任。

所以,第二被告人只应负次要责任。

2.关于沉没的责任

以交通大学所作的《沉没计算书》为根据,充分利用其中关于“航浚”泵机舱和泵舱同时进水导致沉没和“泵机舱单独进水,船不致沉没或翻沉”的结论,通过计算和分析论证其沉没并非不可避免。为何终于沉没,原因在于:

(1)没有及时关闭两舱之间的水密门,以致一舱受损两舱进水。

(2)没有及时抛泥卸载。

(3)所有浮力舱均进水,足见未按章经常关闭各浮力舱的水密门。

(4)没有及时打捞出水,在风浪中全船覆没。

以上几种原因都与第二被告人无关,因而不应令其承担沉没的直接责任。

3.回答第一被告人辩护人的指责。

辩护中,第一被告人的辩护人提出“建邺”不适航,故应对事故负主要责任。理由是:

(1)船长、三副均为退休船员。

- (2) 电罗经误差 10 度，导致航向偏差。
- (3) 没有六频道无线电话设备，以致不能和“航浚”沟通联络。
- (4) 违章装运甲板货，阻塞通道妨碍抢救。

笔者对此答复如下：

(1) 虽是退休船员，但均持有有效的驾驶执照，按规定可以临时聘用，而且经国家港监核准驾船出海。

(2) 电罗经误差已经发现并公告于驾驶台，计算中均作了修正。而且该船另有磁罗经。就该船吨位而言，不装电罗经也属合格。偏离计划航线是驾驶员有意接近灯标以利于观测判断，并非罗经误差引起。

(3) 按规定超过一千吨的船舶才必须装设无线电话，“建邺”仅千吨，可以不装。

(4) 在不妨碍通行的条件下，甲板装货并非违章。而且并未因此影响抢险活动。

总之，“建邺”是经过船检合格放行出海的，不存在不适航的问题。

判决结果为：第一被告人判处有期徒刑一年半，缓刑二年；第二被告人判处有期徒刑一年，缓刑一年。上诉后仍维持原判。

代理

1984 年初，上海航道局向上海市中级人民法院提起了索赔之诉，要求判令食品公司承担 60% 的责任，赔偿该局 360 余万元和外汇额度 160 万元以及诉讼、律师等费用。笔者担任食品公司的第一代理人。

在答辩状中，笔者首先针对上海航道局“以上海港港监吴淞监督站于 1981 年 11 月对事故责任的分析”为据向食品公司索赔的要求，指出法院已经发生法律效力判决具有绝对的排他性，原告以吴淞监督站的意见与之对抗显然是错误的。同时就延误打捞造成全船沉没的责任问题请求法庭调查。后来笔者又到江南造船厂访问了负责监修“航浚”并陪同赴日修理的修船科科长和工程师，搞清了该船浮力舱的结构和进水的原因，也了解到赴日修理的必要性等。在查阅案卷时，又从法院的调查笔录里掌握了“航浚”船长在指挥抢救和延误打捞等方面存在过失的证据，为出庭辩论作了充分的准备。

在法庭进行答辩的主要论点：

1. 法院判决两船驾驶员的刑事责任为 3：2，“航浚”应负主要责任。原告在诉状中声称“此次碰撞事故应由被告轮负主要责任，”直接与两审裁判相抵触。

2. 本案是一件民事纠纷，与水上交通肇事一案的诉讼性质、主体和目的均不相同，不能相提并论。但是因两案均基于同一事实，其关系之密切也是显而易见的。一件责任事故中责任者的刑事责任与事故所引起的民事责任在一般情况下应当是一致的，所以在确定本案的民事责任时，不能脱离刑事案件的判决。不过，在特殊情况下，如果不只是由于应负刑事责任的责任人一人的过失，还有其他某些没有或者无须追究刑事责任的法人或者公民的过失，共同造成了一个总的损害结果的话，两种责任的划分比例就不应是相等的了。所以民事责任的确定又不完全受刑事判决的约束。就这一事故而言，刑事判决实际解决的是两船驾驶员对造成碰撞应负的责任。“航浚”驾驶员承担其中的 60%。但在碰撞以后，由于延误了打捞的时机，使得本来船身大

部在水面以上的搁浅发展到全船基本沉没，导致损失扩大 10 倍之多。这就显然存在着另外的某些过错。所以，“航浚”应当承担的民事责任的比重显然要超过驾驶员所承担的刑事责任的比重，也就是说应该在 60% 以上。

3. 在刑事诉讼中笔者论证了“航浚”的沉没并非不可避免。碰撞后船长既未及时下令，船员也没有积极主动去关闭两舱之间的水密门（本来是应该随时关闭的）；又没有立即抛泥减载，致使两舱进水而搁沉。该船船长既有指挥抢险不力、不当的一面，还有平时管理不善，对船员缺乏应变训练的一面，因而应对沉没承担一定的责任。

4. “航浚”的设计具有抗沉性。为了保证船舶的浮力，船的两侧各有浮力舱三个，必须经常保持密闭。但据救捞局的潜水员、组长和副局长以及江南造船厂参加修理的人员证明，沉船的浮力舱各个水密门全部都是开着的。打捞起浮后船检局的检验报告也证明各浮力舱均积沙 0.5 至 1.6 米。这就必然导致船舶下沉，并造成打捞的困难和延误。这进一步暴露了该船管理的混乱。

5. 船长更大的过错还在于对自己的船舶心中无数，作了错误的判断，造成打捞的延误。原告自己提供的记录证明船长在研究打捞方案的会议上提出“裂口位置在泵机舱。各舱水密门全已关死。本船设计是一舱进水不沉。加紧抽空泵机舱和泥泵舱泥水，船舶即得补偿浮力，可以起浮不沉。”因此他便主张只是“小弄弄”，反对救捞局的正规作业方案。结果抽水三天，边抽边进，徒劳无益。又过了四天，刮起了六级以上的大风，不得不停业作业 13 天，船被风浪吞没。如果不是船长盲目反对，一周的时间是足够打出水的了。

以上这些应由“航浚”船长承担的责任是与被告方面没有任何关系的。

辩论中笔者还提出“航浚”船龄已有 7 年，超过了额定寿命的三分之一。部分设备在修理中得到更新，所以在计算中应该扣除折旧差额。另外，该船本应定期作例行的大修。经过此次彻底修理，省去了一次大修的开支，也应作适当的扣除。

以上答辩意见，得到合议庭的充分重视。由于调解无效，法庭最后判决由食品公司赔偿上海航道局 160 余万元。较起诉请求减少了 200 万元。双方均未上诉。历时三年的纠纷终获解决。

（原载《中国律师》1990 年第 2 期）

附录一

辩护词

审判长、人民陪审员：

南京市第一法律顾问处接受本案第二被告人顾某的委托，指派我担任他的辩护人，在今天的法庭上依法为其进行辩护。

经过仔细地查阅和研究案卷材料、进行必要的调查访问，今天上午参加了本案的法庭调查。刚才又听了公诉人发表的公诉词和第一被告人许某的辩护律师的辩护词。根据事实和法律，为我的委托人、被告人顾某提出以下两方面的辩护意见：

第一方面：关于两船碰撞的事故中顾某的责任问题

起诉书指控顾某在事故中的过失是走错航道、在避碰时用舵、用车错误。

现对此三点分别作如下的分析：

1.关于航道问题：顾某驾驶出口的“建邺”轮在通过H18灯浮时，行驶在上海港规定的进口航道上，无论其有何主客观的原因，都不能改变其违反有关规章制度的性质，因而应对由此而产生的后果承担法律责任。辩护人对此不持异议。但有必要指出：“建邺”轮在航道上的错误并不改变其为直航船的性质。“航浚4006”轮（以下简称为“4006”）出槽以后，在自然水深航道内旋回航行，起诉书认定其“应为让路船”。因此，他就没有理由指责“建邺”轮的这一错误，更不能以此作为推卸自身责任的借口。本辩护人对“4006”方面对此提出的指责，不作答辩。

2.关于“建邺”轮在避碰措施中使用左舵的问题：起诉书称被告人顾某是“盲目驾船向左转向”、“错误地采取了向左避让的措施”。《1972年国际海上碰避规则，第十七条第三款规定，在交叉相遇局面下，直航船发觉让路船没有按照碰避规则采取适当行动而独自采取操纵行动以避免碰撞时；如当环境许可，不应对本船左舷的船采取向左转向”。这一规定并不一般地反对任何情况下的左转向，而仅限于“对在本船左舷的船。”所以起诉书也是以“4006”存在于“建邺”左舷为前提的。但是，当“建邺”轮在以左舵10度转向时，也就是在21391/2的时候，“4006”究竟是在“建邺”的左舷还是右舷，是一个值得认真研究的问题。对于检察院提出的由上海海运学院张则谅副教授所作的两船碰撞事故技术鉴定书，顾某委托的另一位辩护人己就某些专门性问题提出商榷。本辩护人具备航海专门知识，不能从技术上提出新的意见。但是从查阅案卷材料中发现的若干情况，可以说明以下几个问题：

顾某始终供称他在21391/2时看见“4006”超过“建邺”船头，“他绿灯过我驾驶台”。在海事报告书上，“建邺”填写的“21391/2见4006已接近我轮正前方，同时看到他船绿舷灯，继续向右移动”。两者并无矛盾。因顾某处在“建邺”首尾线上看到“4006”绿舷灯时，实际上“4006”船身的三分之二已越过“建邺”船首。据了解顾某一贯是个小心谨慎的人，如果说“4006”还在“建邺”左舷，而且两船又在不断接近，他怎么会采取这样一种于己于人极为不利的行动呢？对于一个头脑正常的人来说，这简直是无法理解的。那么，顾某说21391/2以后，“4006”已在“建邺”右舷。除了他本人的陈述以外还有没有其他根据呢？这就牵涉到鉴定书和航迹图的问题。张副教授解释说“初始船位与确定双方的责任没有多大的关系”，本辩护人对此不能完全同意。因为“4006”的初始时间和初始船位会影响21391/2时两船的相对位置。试将“4006”旋回开始的时间和地点按下述情况加以修正，顾某的陈述就将得到证实：

首先，“4006”开始旋回的时间，航迹图定为2136。但是，直到刚才，许某仍反复坚持是从2135分开始。本辩护人也认为应从2135分开始。但是由于两船时间本来就有半分钟的差距，作图是以“建邺”时间为准，那么图上的初始时间，在“4006”方面就应还原为21351/2，再按照双方的要求仍以2135为开始，那么图上的“4006”的时间就一律要后退半分。照此推算，图中“4006”2140位置的时间，先还原为“4006”原来的时间标准，应为21391/2，按照双方要求随着初始时间倒回半分，就应相应的改为2139。然后再换成“建邺”的时间，加半分，就变成21391/2。所以当“建邺”在21391/2时，“4006”就处在图中原来“4006”2140分的位置上。

其次，“4006”初始船位究竟在哪里？按照公诉人当庭宣读的航道六处工程科下达给“4006”的施工任务书和该船船长在航海日志上填写的当晚夜班命令上都明确：白天挖边线，夜间槽内施工。船长还作证，他写的夜班命令必须执行。从检察院侦查卷中还可看出：当班舵工袁某，水手吴某，浚工长俞某都一致证明当时是在航槽中线偏北处施工。吴某还具体讲出“两排灯在我船两边”，俞某也讲“我当时看到离浮筒还有一段距离”。在法庭调查中，许某竟说施工任务书和船长夜班命令部可以不执行，值班驾驶员可以灵活掌握等等，这是根本无法使人相信的。许某又说因任务紧，船长口头告诉他挖槽北的。但是经过检察员查明，就在出事故的前一天晚上，许某刚上船代三副职务，船长亲自带领他进行示范性操作时就是挖的槽内，难道那时任务就不紧了吗？而在10月12日船长刚把命令写在纸上，又怎会马上口头去推翻呢？所以许某坚持自己是在北边灯浮连线上施工的说法，根本不合情理因而是不能相信的。航迹图没有采纳许某的意见是理所当然的。但是航迹图将初始船位定在槽北底线，与三个证人所提的“中线偏北”差距仍较大，应该再向南移才够合理。

再其次，是两船在21391/2时的相对位置问题。从航迹图中按比例尺最得两船在21391/2时（“4006”应在图中2140位置）与H18—H16灯浮连线的正横距离，“建邺”约为140米，“4006”约为100米，所以“4006”处于“建邺”的左舷。但如将“4006”的初始位置南移50米，“4006”就存在于建邺的右舷了。

因此，顾某将“建邺”左转向完全是由于“4006”旋回出槽，并越过了“建邺”的船头，构成了“存在着碰撞危险的局面”时被迫采取的避碰措施，并不如起诉书所说的那样是盲目的和错误的。

3.关于“建邺”轮在避碰措施中的用车问题。严格他说，在出现了“存在着碰撞危险的局面”时，“建邺”轮应该及早减速、停车。到2140才减为前进二确实是晚了。但是，如前所述，从出现碰撞局面到发生碰撞相距仅两分钟，所以，即使在21391/2时就变为倒车，由于船舶本身技术性能的限制（要三分钟左右才能翻出倒车，船才能由前进变为后退），仍不能在碰撞前将船停住。而且，作为让路船的“4006”，在越过“建邺”船头之后，为何仍继续大舵角向右旋回，实在是令人无法理解的，甚至可以说是极不正常的。顾某看见该船悬挂的是施工作业灯，只考虑到是在横越自然水深航道，所以没有预见其右侧继续旋回过来。这种情况就很难说是他应该预见而未预见。只能说是他难以预见甚至是无法预见的了。

在事故之前，“4006”既疏于了望，最初对两船的距离就作了不正确的估计。在开始旋回时，又不依章关闭施工作业信号灯，更没有依章打开掉头信号灯，使他船对其动向无法作出正确判断。另据当班水手吴某证明：“那天挖泥，驾驶员精力不集中，与杨某吹牛……掉头灯从来没有提起过。施工从来不开掉头灯的。”许某也自认：“施工作业信号灯意义我是知道的，但我们掉头频繁，一般是不关的”，“我没下今开掉头灯”。这些都说明“4006”忽视规章制度不是偶然的。许某本人的工作态度也是很很不认真的。所以这次事故，虽然从表面上看来是“建邺”撞了“4006”，实际上乃是一贯忽视规章制度的“4006”造成了碰撞事故。两船如果不是以这样一种角度和方式碰撞，而如许某及其辩护人所要求的那样：“建邺”轮加到左满舵的话，两船船舷相撞，“建邺”就难免船沉人亡的悲惨结局。所以应该说“建邺”轮是

这一事故的受害者。

当然，我们应当承认，既然发生了碰撞，两船的避碰措施都不能被认为是有助于避免碰撞的，任何一个方面都不能说自己是完全正确的。所以，顾某在用车上是有一定缺点的。但由于他是难以预见到“4006”会出现这种反常的动向，所以是情有可原的，不应过于苛求。

综上所述，辩护人认为在碰撞责任上，被告人顾某主要的过错是违反规章驶入了进口航道，与碰撞具有一定的因果关系，但不是碰撞的主要因素；在用舵方面没有错误；在用车方面有不足之处。所以对于碰撞事故应负一定的过失责任。而许某是首先造成碰撞危险局面的人，既然起诉书认定他应负主要责任，对比起来，顾某就只能承担次要责任。所以起诉书认定顾某“应对该事故承担重要责任”的论断，是不能成立的。

第二方面：关于事故造成的损失及其责任的分析

两船碰撞后，“建邺”轮自身损失不足10万元，可以略而不谈。“4006”左舷破损、沉没，打捞、修理费用共达578余万元。这一巨大损失乃是检察院对本案进行侦查起诉的基础。但是，被告人顾某除了对碰撞事故应负一定责任之外，对“4006”的沉没是否也要承担责任，就值得认真研究。因为船舶的沉没并非碰撞的必然结果。多数碰撞并不导致沉没。而“4006”是日本在70年代建造的现代化工程船舶，具有较好的抗沉性。为何一撞就沉？

现辩护人就下列数点加以考察：

1. “4006”为什么会沉没？

经交通大学船舶设计研究所编制的该船“沉没计算书”的结论证明该船“泵机舱及泵舱同时进水，首吃水约10.9M、尾吃水约5M”，因此，两舱同时进水，船首进水沉没，不发生翻沉。

该计算书同时计算出，“泵机单独进水，船不致沉没或翻沉”。

从上述计算结果，是否还可推论出以下一种情况呢？就是：

虽然泵机舱和泵舱同时进水，如该船处于空载状态，也不致沉没，据我们从有关方面查得，该船满载泥重为7218吨，吃水7.024米，空载自重5396吨，吃水3.45米。可得出每米吃水线载重约2000吨。又据检察院从“4006”施工日报表查得事故当时该船吃水为6.5米。再据沉没计算书算出两舱进水时首吃水10.9米，尾吃水5米，平均吃水7.95米。所以由于两舱进水所增加的吃水为 $7.95 - 6.5 = 1.45$ 米，折合进水重量为2900吨左右。再看该船进水前吃水（6.5米）与空载吃水（3.45米）之差为3.05米，所以该船当时所载之泥重约6100吨，比两舱进的水多了一倍还多。由此证明前述推论可以成立。

2. 能否避免沉船

按前述分析，有两种办法可以避免沉没：

一是立即关闭泵机舱与泵舱之间的水密门。由于关闭有一个过程，虽然难保泵舱完全不进水，但可以大大减少进水，从而避免沉没。

二是立即卸载。当时该船所载的6000多吨泥如果卸空以后，即使两舱进水，吃水也不过 $3.45 + 1.45 = 4.9$ 米，肯定不会沉没。而且由于吃水浅了，两舱实际进水还会减少。

如果以上两个办法同时采取，该船就根本不致发生沉没。

3. 沉没的责任属谁？

从检察院摘录的上海航道局六处《关于自航耙吸式挖泥船船舶管理制

度》第2章第13条规定：船长“在船舶发生危险或海损事故时，应立即会同政委共同作出决定，采取一切办法，组织全体船员进行抢救，以免扩大损失，贻误时机。……”

“4006”与“建邺”碰撞时，该船船长已在驾驶台上，按照上述规定，他理应立即组织指挥全体船员进行抢救，采取一切自救措施以避免损失的扩大。

首先他应下令关闭一切水密门。他作了没有？没有。泵机舱与泵舱之间的水密门是泵机舱的机匠孙某徐某俩人在水已经升到了该舱的上层、淹及膝盖时才自发地去关闭的。而据后来打捞船“沪捞51号”的潜水大组长吴某反映泵舱与泵机舱的水密门有两公分左右隙缝没有关上。”这不难看出以下几个问题：一是船长没有及时下令；二是两个机匠平时接受的安全应变教育不够，见到进水没有立即想到去关闭水密门，而是水淹到他们在舱内无法存身时才想到去关，当然是“马后炮”，毫无意义的了；三是水密门的技术状态不良，不能完全密闭，这是平时缺乏检查和没有按章定期进行救生演习的结果。这些都表明船长没尽到应尽的职责。

同时，船长应该下令抛泥。船舶碰撞后有沉没的危险时，船长另一重要措施就是减轻船载，对“4006”来说就是抛泥。当时船长在驾驶台上，既可亲自操纵抛泥，也可命令浚工员抛泥。但他都没有做。船长对检察员说：“碰撞后，想抛泥，没电了。”今天在法庭调查时许某也说是“想抛泥，没有电”。足以证明船长没有抛泥的行动。他们究竟想没想，那是他们脑子里的事，法律要求的是行为，他没有动手也没动嘴，就没有行为。

再者，从国家船舶检验局上海办事处(81)3702号检验报告中可以看出，“4006”经打捞起浮以后“发现首楼各舱室、横向推进舱、泵机舱、泥泵舱、所有浮力舱、机舱和泵舱间通道均积沙，深度在0.5米至1.6米之间”。又从“4006”81年10月12日航海日志中看出，船在碰撞后的记录为“2145泵舱进水，2145测水深2M，关浮力舱、双进四驶滩”。这些记载均证明为保证船的浮力而设计的浮力舱本应经常保持密闭状态，但该船却是在碰撞后过了四分钟才去关闭，以致削弱了该船的自浮能力。这既是造成该船迅速沉没的因素之一，也是该船管理不良的一个表现。

还有以下三点疑问，请求法庭加以查明：

(一) 泵机舱和泵舱之间的水密门是否无法关闭？据了解该水密门为横向滑动启闭结构，甲板上还有液压手动操纵装置，(有无集中控制的电动启闭装置也要请法庭查明)进水压力对其关闭的影响是不大的。据审判长告知，经试验，以手动装置在甲板关闭该水密门需时两分半钟。而据泵机舱机匠孙某证明，出事时该水密门只开着一半。那么关闭时间也就只需75秒。果在出事故后即下令关闭，待关好时只不过一二分钟，泵舱进水自然大为减少。由于孙某他们没有得到命令，自己一时又没想到，待到恍然大悟，自发跑去关闭时，关好后已距碰撞六分钟之久，晚了四分钟，如照“4006”方面所称洞口每分钟进水一千吨，这四分钟就进了四千吨水，比前面计算的进水量2900吨还要多许多，船怎能不沉？在这里我们也不禁对每分钟进水1000吨的说法产生了疑问。据记载“4006”破洞高4.22米，宽约0.5—1.2米。从照片上看洞口呈纺锤形，上下尖，中间宽。又据“建邺”修理记录，该船水下受伤部分高约0.8米。是“建邺”船首插入“4006”，所以该船水下受伤部分的高度与“建邺”相同。破洞在进水前水下部分为倒梯形，上底宽1.2米，下

宽 0.5 米，高 0.8 米，面积为 0.68 平米。当然随着进水增加，船体下沉。这个面积会逐渐增大，但又随着进水的增加，舱内水面与海水平面间的水位差逐渐减少。因而进水量有增有减，不断改变，而且这个变化是非常复杂的，不是简单计算所能求得。所以对每分钟进水千吨、阻碍水密门的关闭之说实难轻信。

（二）抛泥无电之说也不可信。该船船钟停在 2145 分上，加上与“建邺”相差的半分钟，应为 2145 1/2，说明停电是在碰撞四分钟以后。无论由船长或驾驶员亲自操纵还是命令浚工员操作抛泥，时间都是宽裕的，而且这与一船泥全部抛完的时间并无关系，只要泥门打开了，泥就早晚会自动全部淌到海底去。其实这船泥只要淌掉一半，即使已经沉没也会自浮出水。何况由于船载减轻，船体随之上浮，破洞进水自然减少，已进的水还会自动流出。许某还有一个说法，就是说“浚工配电分板在泵机舱下部，一进水就跳掉了。子母钟用的机舱电，泵机舱的子母钟在上部，一只钟进水，所有钟就停了。所以是抛泥的电先停”。此话也有一定道理，应予考虑。参考我国《钢质挖泥船建造规范》的规定，泥泵舱的电气设备应尽可能安装在最大吃水线以上的空间。日本船舶设计不会不考虑这个问题，总不会安装在泵机舱下部的最下部。（前一个“下部”是与该舱的上部相对的称呼，是一舱被铁栅走道水平隔为上下两层）所以从进水到配电板跳闸断电不会没有时间距离。当然，我们的猜想不一定正确，所以请求法庭查明。

（三）前述船舶检查报告记载，“4006”碰撞后“于 2145 时搁浅在航槽北头，船当时右倾 2.5 度。事后由上海打捞局打捞。在打捞过程中，发生船倾 37.5 度，首纵倾约 14 度，进一步造成首楼、右舷六个浮力舱、主甲板所有附属机械全部侵入水中，机舱部分进水”。这一损失的进一步扩大究竟是因为“4006”搁滩位置不当，还是打捞措施失误，也要请法庭加以查明。

综上所述，“4006”在碰撞以后，如果迅速采取适当的自救措施，完全可以避免沉没，碰撞双方只需分摊补洞和维修泵机舱设备的损失，其数额最多不会超过现有损失的十分之一。因此，损失扩大到后来那种程度，显然是由于另外一种过失造成，不再属于两个被告人碰撞过失的范围。特别是被告人顾某在出事后派出小艇靠拢“4006”，探询是否需要帮助，该船表示无须帮助。所以他对“4006”的应变抢险是无能为力的。

现在，让我们用刑法来衡量一下被告人的行为：刑法第 12 条规定“应当预见自己的行为可能发生危害社会结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信可以避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。过失犯罪法律规定的才负刑事责任”。按照这一条规定，被告人顾某应该预见到违反规章制度，走错航道，就可能会造成交通事故，但他疏忽大意而没有预见，造成了船舶碰撞这一危害社会的结果，触犯了刑法第 113 条“从事交通运输的人员违反规章制度，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役”的规定。不过在本案中，没有人员伤亡，国家财产损失的十分之九应由造成沉没的人承担责任，下余的十分之一的损失还应两个被告人承担责任，而顾某又只应负次要责任，这种情况在海损事故中可以说是比较轻微的了。刑法第 32 条规定“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚”。

辩护人最后的意见是：顾某的行为构成了交通肇事罪，但因情节轻微，建议法庭判决对其免于刑事处罚。

以上意见提供法庭参考，并请认真予以考虑。

辩护人 刘泽震律师

1983年9月20日

附录二

代理词

审判长、审判员：

南京市第一法律顾问处接受本案被告江苏省食品公司的委托，指派我担任该公司的代理人，参与本案原告交通部上海航道局提起的海事索赔纠纷一案的诉讼。

在此之前，本律师曾作为被告所有的“建邺”轮当班驾驶员顾某在上海市人民检察院分院向你院提起公诉的水上交通肇事一案中的辩护人，参与该案的诉讼。当时在执行职务的过程中，我曾查阅过有关的全部案卷材料，对事故发生的原因、过程和后果，均有比较详细的了解。在参与本案诉讼的过程中，又查阅了本案的案卷材料，并做过一些必要的调查访问。刚才又参加了法庭调查，听取了原告代理人的发言。现作以下的答辩：

1981年10月12时41分半，被告所有的“建邺”轮与原告所有的“航浚4006号”轮（以下简称“航浚”轮）在长江口南水道H18与H16灯浮联线附近发生碰撞。事故发生后，上海市人民检察院分院经过长期侦查，对两船的直接责任人——“建邺”轮当班驾驶员顾某和“航浚”轮当班驾驶员许某提起公诉。经上海市中级人民法院依法公开审理，对两被告人分别给予刑罚处罚。顾某不服一审判决，依法向上海市高级人民法院提起上诉。二审裁定驳回上诉，维持原判。两审都肯定了在这次事故中，被告人许某是“碰撞事故的主要肇事者”；顾某“负有重要责任”。所以判处许某有期徒刑一年六个月，缓刑二年；顾某有期徒刑一年，缓刑一年。由此可见，对这一事故应负主要责任的，就人员而言是许某，就船只而言，当然就是“航浚”轮了。对于这一点，原告本来是充分了解的。但在本案起诉状中原告却提出与两审判决和裁定完全相反的意见，声称“此次碰撞事故应由被告轮负主要责任”。刚才原告方面的诉讼代理人也就碰撞责任问题提出一些补充意见。由于我们认为两审判决、裁定已发生法律效力，作为法人和公民，只有遵守和服从的义务，没有权利再对其进行任何讨论和争辩。所以对于这个问题，在这里不作任何具体的答辩。

但是，由于本案是一个民事索赔纠纷，需要解决的是两船的民事责任问题。责任事故中责任者的刑事责任与由于事故所引起的民事责任在一般情况下本来应当是一致的。所以在确定本案的民事责任的时候，不能脱离许某、顾某二人水上交通肇事一案的判决。不过，在特殊情况下，如果不只是由于应负刑事责任的责任者一人的过失，而且还有其他某些没有或者无须追究刑事责任的法人或者公民的过失，共同造成了一个总的损害结果的话，刑事责任和民事责任的划分就不完全相等。所以民事责任的确定又不完全受刑事判决的约束。就本案而言，两船碰撞的责任在刑事判决中已经明确，许某负主要责任。但在碰撞以后，造成“航浚”轮的沉没，使原告一方的损失扩大到570余万元，就还存在着另外的某些过错。因此，“航浚”轮应该承担的民事责任的比重就应该大于许某所应承担的刑事责任的比重。理由如下：

一、碰撞造成的直接后果是“建邺”轮船首破损，洞口约为 2×2 平方米；“航浚”轮左舷泵机舱部位破损，洞口高4.22米，宽0.4—1.2米。大量进水以后，于2145时搁浅在航槽北头。船当时右倾2.5度（见国家船舶检验局上海办事处[81]3702号检验报告）。从原告起诉状附件三的第一张照片也可看出，该船只是搁浅，大部浮在水上，并未沉没。除泵机舱和泵舱进水，部分设备受损之外，主机舱和主甲板上的全部机械设备均完好无损。该船水下货舱均是泥舱，装载作业时挖得之泥沙和泥水，没有经济价值，也谈不到什么经济损失。在上述船检报告中又写道：“在打捞过程中，发生船右倾37.5度，首纵倾约14度，进一步造成首楼、右舷六个浮力舱、主甲板所有附属机械全部浸入水中，机舱部分进水”，从起诉状附件三的第三张照片看出，船已接近完全沉没。由此可见，两船碰撞和“航浚”轮的沉没并非同时相继发生，沉没不是碰撞的必然结果，其间显然存在着若干其他因素，不能不作进一步的考察和分析。

二、上海市人民检察院分院在对两船碰撞发生的交通肇事的案件的侦查过程中曾委托交通大学船舶设计研究室对“航浚”轮的沉没情况进行计算，在计算书中提出该船“泵机舱和泵舱同时进水。……船首进水沉没，……，泵机舱单独进水，船不致沉没或翻沉。”（见该院侦查卷第三册170页）。值得注意的是在本案法院的案卷内保存的由原告提供的《航浚4006轮被撞后抢救过程情况记录表》内10月4日的记载中，记明当日11时13分在该船上召开的有上海救捞局蔡副局长、沈副总工程师以及原告方面的局长、处长和船长参加的会议上，“航浚”轮船长介绍：“本船设计是一舱进水不沉”。作为船东的代表人航道局的副局长当时没有提出任何异议。那就说明该船虽是特种工程船舶，但在设计时船东是有抗沉要求的，所以它应符合和遵守我国《海船抗沉性规范》的要求。该《规范》4.2.13规定：“水密舱壁上所有水密门均须于航行中保持关闭，若因船的操作而必须开启者，应作随时能关闭的准备”。该船受伤破口位置仅在泵机舱一舱。泵机舱与相邻的泵舱之间本有水密门相隔，不致两舱同时进水。据原告方面称：因为操作需要，该水密门不能经常关闭。那么，按照前述《海船抗沉性规范》的规定，就应作好随时能关闭的准备。只要事前确有良好准备，在事故发生后立即关闭了，就不致泵舱大量进水，船舶也就不会沉没。据悉该水密门为横向滑动启闭结构，在舱内可以手动关闭，在甲板上也有液压手动操纵装置。按照前述《规范》规定，处于正浮状态的船舶，其水密门用手动操纵完全关闭不得超过90秒，至于该船有无电动启闭水密门的装置过去我们曾经要求法庭查明，如果有的话，规范规定动力操作完全关闭只须60秒。对于在航行中必须开启的水密门，还须能由驾驶室的总操纵站在紧急情况下集中控制加以关闭，即使在失电情况下也可用临时应急电源控制关闭，又据审理此事故刑事案件的审判长告知，经他试验以液压手动装置关闭该水密门需时两分钟，（因为存在着与合格船员在体力上的差距。）而据该船机匠孙某证明，出事时水密门只开着一半，按照《规范》要求完全关闭只需45秒；即使按审判长的试验，也只需75秒。孙某同时证明他“是在舱内大量进水、我叫徐同志马上跑到上层。我把车关了。我俩再从上层到甲板，当离开泵机舱上层时，水已经到了我们的膝盖。我俩跑上甲板就到液压间把两扇水密门都关了。……从船碰撞到我俩水密门摇好大约六分钟左右”。（见检察院侦查卷第二册第十七页。）从以上情况可以看出，一是船长没有使用驾驶台上的总操纵站关闭水密门（如无

此项装置自当别论)；二是船长没有下令关闭水密门。这两点都说明船长指挥组织抢救不力，以致损失扩大；三是泵机舱的两个机匠见到进水，既未立即报告请示，也没有及时去关闭水密门，而是等到水已淹到他们在舱内无处存身时才想到去关，以致延误时机，为时已晚。(已在碰撞四分钟以后。)这说明他们平时接受的安全应变教育极差，平时没有按章定期组织抢险、救生的训练、演习，以致在关键时刻束手无策。这是该船平时管理不善的严重后果之一。

三、前述船检报告中还证明“航浚”轮打捞起浮以后，所有浮力舱均积沙，深度在0.5米到1.6米之间，另据上海救捞局“沪捞3号”一队队长马某证明，打捞时抽浮力舱的水24小时抽水抽不完，后在右边第一浮力舱开洞，“由组长左某下去检查发现水密门根本没有关好”。救捞局“沪捞51号”二队潜水大组组长吴某也证明“4006轮二边浮力舱未关闭，打捞上后我们才关上。”又证明潜水员下去后发现“有两个水密门没有关，还有浮力舱也未关闭”。救捞局副局长蔡某也说“经我们潜水员下去了解，4006右面浮力舱的门没有关闭而引起大量进水，造成右斜度”。浮力舱是为了保证船舶的浮力而设计的，必须经常保持关闭。全部进水以后，必然削弱该船的自浮能力，加速船舶下沉，并给后来的打捞造成很大的困难，以致延长救捞时间，使损失进一步扩大。(对此将在后面另加论述。)这也是该船平时管理不善的严重后果之一。

四、上海市人民检察院分院对刑事案件的侦查报告中提到从“航浚”轮《施工日报表》中查得事故当时该船吃水为6.5米。由此可以推算出该船当时载有挖得之泥沙约六千吨左右。我为顾某提出的辩护词中曾经详加论证：如果该船能及时抛泥卸载，即使两舱进水，尚不致沉没。该船船长及三副许某均以“想抛泥，没有电”为借口推卸责任。但是从两船碰撞到该船失电之间有一定的时间距离。船长如能抓住时机，及时下令抛泥，就可以避免沉没，至少可以减少损失。但经检察院侦查证明，船长既未下令也未亲自操纵抛泥。如果他曾如此做过，由于无电，未见效果，他可以没有责任。但他根本没有做过，就没有理由规避责任。

五、本来只是局部搁沉的船只，在打捞过程中竟被搞得绝大部分沉没，简直成了“越捞越沉”，以致损失严重扩大，为什么产生这样的情况，原告方面本来无从得知。幸亏这次法庭对此作了比较深入的调查。从案卷材料中看出：打捞船“沪捞51号”是在事故次日即81年10月13日进位工作的。一直到同年11月15日才将“航浚”轮打捞起浮出水，历时一月有余。其间由于大风停止工作13天，实际打捞18天。打捞费用高达160万元。这说明打捞工作极不顺利。客观上，从10月19日起出现了六级以上大风，这是不可抗力的因素，不能责备任何方面。但在18日以前气象正常，打捞工作一直在进行之中。但那些日子的工作基本上毫无效果，以致延误了时间，遇上大风。在风浪潮水的冲击下，船体从右倾2.5度发展到右倾37.5度，终致大部沉没。对此，过去“航浚”轮与救捞局互有意见，互推责任。但从卷中看出，救捞局的人讲：“据4006船长报告：泵机舱左边撞破一小洞进水，其它舱水密门是关闭的，都未进水。要求‘捞51’靠上4006轮作简单的封堵洞，抽出泵机舱的水即可自浮。……我们当时是准备大弄，不是航道局所想的小弄弄”。(救捞局救捞处处长赵某语。)"4006轮向我们介绍有关水密门关闭，只要封堵舱即可起浮。后实际上并非如此，有些水密门、浮力舱并未关闭。”

(“捞 51”潜水组组长吴某语。)“当时 4006 向我们反映有关水密门、浮力舱已关闭,只要采取简单封堵舱口就可以(有)浮力。”(“沪捞 3 号”一组组长章某语。)“因为 4006 轮当时介绍水密门等关闭的,机舱内抽浮力舱的水是可以抽的,……后因 24 小时抽不完。后通过风口打气进去,发现有许多管子部位还在漏气,水还是抽不完……”(“沪捞 3 号”队长马某语。)这些话的可靠性可以从原告提供的《航浚 4006 轮被撞后救捞过程情况记录表》得到证实。该表载有:10 月 14 日 11 时 13 分在有两局领导人参加的会议上,4006 船长介绍“裂口位置在泵机舱,各舱水密门全已关死。本船设计是一舱进水不沉,加紧抽空泵舱和泵机舱的泥水,船舶即得到补偿浮力,可以起浮不沉。”

正因为“航浚”轮船长对船舶自身的情况不明,作出了完全错误的判断,所以航道局领导只打算“小弄弄”,救捞局也就不可能制订正确的抢救方案。以致没有及时采取有力措施,花了几天的功夫去抽水,一边抽一边进,浪费能源事小,因为耽误时间而造成的损失就太大了。所以客观地来看,救捞过程中损失的进一步扩大,主要责任仍在原告方面。反正不管怎么说,航道、救捞两个局在打捞“航浚”轮过程中的失误,总不好要江苏省食品公司为他们承担责任。

六、驳两种无原则的论点

有一种说法认为船出了事故,在这种紧急情况之下,不能要求船员能够象正常条件下那样有秩序地进行工作,难免忙中有错。或是说船员素质普遍如此,不能脱离实际,要求过高。我们认为:船长是全船最高的指挥员,他对全船人员的生命和船上全部财产的安全负有不可推卸的责任。而且必须具有临难不苟、从容应变的品质和能力。原告方面制订的《自航耙吸式挖泥船船舶管理制度》第二章第十三条规定:船长“在船舶发生危险和海损事故时,应立即会同政委共同作出决定,采取一切办法,组织全体船员进行抢救,以免扩大损失,贻误时机”。船长没有执行这一规定,或者是不具备执行这一规定的水平和能力,那就是失职或者根本不称职。对于因此而造成了重大损失的船长,如果国家宽恕他,不追究他的刑事责任;所在单位里谅解他,不追究其行政责任,被告方面自然不予过问。但是原告方面任用了这样不称职的船长,造成了损失,也只好自己承担。没有理由要求被告也对其加以谅解,并帮助分食苦果。

还有一种说法,认为你“建邺”轮如果不和人家相撞,大家不都没有事吗?既然撞了,由此引起的一切损失只好双方分摊。这种似是而非的论调是经不起具体分析的。首先,两船碰撞一事已经两级法院审判确定是原告方面负主要责任,原告并非无辜受害。其次,碰撞给“航浚”造成的损失并不特别严重,以致该船船长和其他主要船员不是都认为问题不大,只要简单地封堵洞口、抽抽水就解决的吗?大量打捞费用和修理费用则是因为船舶本身管理不善、抢救不力和打捞延误而引起的。而这三个方面的过错都是和被告没有关系的,所以怎能硬拽住被告一起承担责任呢?

七、结论

由于“建邺”轮三副顾某在造成两船碰撞的事故中承担的刑事责任与“航浚”轮三副许某在同一事故中承担的刑事责任为二与三之比,通俗他说就是“四、六开”。所以被告方面对碰撞造成的经济损失(不包括因管理不善、抢险不力和打捞延误而扩大的损失)只应承担 40%的赔偿责任。至于具体数

字，请求法庭主持核算，剔除非海损修理费用和非直接费用部分，同时还要合理地考虑到更新设备的折旧差额和由此而节省的一次例行大修费用诸种因素。

最后，再就原告方面提出的三个具体问题作简要的答复：

一、原告就“建邺”轮电罗经误差 10 度，无六频道超高频电话，主要船员是临时借用的这几点指责“建邺”轮为不适航，因而要求船舶所有人承担大于直接责任人所应承担的责任。关于这三个问题在刑事审判中法庭已经作过审查，“建邺”轮不存在不适航的问题，原告的指责不能成立。

二、原告指责“建邺”轮在碰撞以后没有顶住洞口，以致大量进水，致使“航浚”轮无法抢救。这一问题在刑事审判中亦已作过审查。“建邺”轮从破口退出纯属客观原因，主观上没有责任。以上两点将由我方的第二代理人作具体答辩。

三、原告主张按 1981 年 11 月上海港港监吴淞监督站对事故责任的分析意见要求被告赔偿全部损失的 60%，金额达 360 万元之巨，还有外汇额度 100 余万元，这是完全无视两审法院对直接责任者刑事判决的无理要求。已经发生法律效力判决是具有绝对排他性的，凡是与之抵触的一切意见在法律上都是无效的。所以原告的主要诉讼请求是根本不能考虑的。至于两项附带的诉讼请求（诉讼费和律师费）按照规定应视诉讼结果而定，在此自然无须多说。

以上意见请合议庭认真予以考虑，对本案作出公正的处理。

诉讼代理人 刘泽震律师

1984 年 7 月 20 日

作者简介

袁施敏（1959.2—）浙江省杭州市人。曾“上山下乡”，做过工人，任过教师。1988年8月广播电视大学法律专业毕业，同年取得律师资格并开始从事律师职业。现任浙江省杭州市第一律师事务所（光华律师所）执业律师。

从1979年起，主要办理涉外贸易纠纷和经济合同纠纷。担任多家省级进出口公司的常年法律顾问，挽回经济损失近数千万元。每年度均有业务论文发表。《对外贸易代理的若干法律思考》一文在《律师世界》上发表后，又被《中国跨世纪战略文献》收录。

单位名称：光华律师事务所（浙江杭州）

单位地址：杭州市延安路484号综合办公楼2号楼12层

邮政编码：310006

联系电话：（0571）5105648 9036795

析一起海上货运代理纠纷案

袁施敏

海上货运代理，指货运代理人接受货主或承运人委托，在授权范围内以委托人名义或以代理人身份，办理海上货运事宜。这样的法律关系，可根据货主委托产生，称货代。也可根据承运人委托产生，称船代。本案是作为货主的浙江省国际贸易有限公司与作为货代的浙江省集运有限公司之间的海上货运代理纠纷。

目前我国业已实现对国际货运代理关系的法律调整，故委托双方均应依法行事。对外贸易经济合作部吴仪部长1995年6月29日签发的95第5号令《中华人民共和国国际货物运输代理业管理规定》发布施行至今已一年有余。我国的货运代理行为正在该规定和其它相关政策的调整下，逐步走向法制化。本文拟通过分析一起海上货运代理纠纷案，就货主与货代之间的委托代理行为谈谈看法。

案情简介

浙江省国际贸易有限公司（简称国贸或原告）与浙江省集运有限公司（简称集运或被告）于1994年5月3日签订了委托代理合同，约定国贸公司委托集运公司在宁波口岸出口货物，合同对代理的业务范围、分工、费用结算等，作了具体明确的规定。尔后，国贸公司委托集运公司代理出运一只20集装箱（真丝茄克衫，货值60300美金）。

5月14日，中国宁波外轮代理公司（简称船代）签发了已装船提单（中国远洋运输公司cp127B提单），托运人为国贸公司，收货人凭EXISTENCE ENTERPRISE LTD的指示，船名为“熊岳城”565航次。月21日集运公司未经国贸公司授权，擅自传真提单签发人，中国宁波外轮代理公司称：“该票正本提单在寄往香港途中，能否烦请招商给予担保提货。”同日，根据宁波外代公司要求，集运公司又传真宁波外代称：“因客户寄香港正本提单尚未收

到，烦请传真招商能否以正本提单传真件及银行担保提货，由此产生的一切责任由我公司承担。”并加盖了集运公司的章。宁波外轮代理公司接集运公司传真后，于同日向招商发出传真称：“烦请货主凭公司担保 B/L 传真件提货，由此产生的后果由我公司负责。”5月24日，浙江国贸将发票为 G4N104H 全套单据（包括 3/3 正本提单）委托中国银行浙江分行向香港代收行托收，因招商根据宁波外代公司的指令，让客户凭公司担保及提单传真件将货物提走。由于客户未赎单提货，中国银行浙江分行将用于办理结汇手续的全套单证退还国贸公司，造成国贸公司货款损失 60300 美金，利息损失约 10 万人民币。

国贸公司为追回货款，在多次向客户追讨无果的情况下，委托某国际追帐公司向客户追帐，由于追索未成功，国贸公司决定通过诉讼途径挽回损失。

这是一起海上货运代理合同纠纷的典型案，兹就本案诉讼的事实，证据和涉及的法律问题以及一审判决，剖析如下。

诉讼对象问题

1992 年 11 月 7 日颁布的《中华人民共和国海商法》第 72 条规定：“货物由承运人接收或者装船后，应托运人要求，承运人应当签发提单”。第 71 条规定：“提单，是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。”《汉堡规则》第 1 条第 7 款给提单下的定义是：“提单是指证明海上运输合同和货物由承运人接管或装载以及承运人保证凭以交付货物的单据。”《海牙规则》通过以后，各海运国家一般均承认提单有以下三个作用：（1）提单是承运人出具的货物收据；（2）提单是运输合同或者运输合同成立的依据。（3）提单是物权凭证。

既然提单是物权凭证，那么，谁持有提单，谁就可以提货。提单持有人，不管他是否真是该货的主人，只要他能递交提单，就可提货。因此，国贸公司持有中国宁波外轮代理公司签发的提单（中国远洋运输公司 CD127B 提单），就有权向宁波外轮代理公司提货或索赔，也可将提单作为诉讼证据，通过法院对其起诉。从这个角度分析，根据事实和法律规定，宁波外轮代理公司可以成为国贸公司的被告人，承担损失。

根据国贸公司与集运公司签订的代理合同，集运公司作为国贸公司的货代，应当在代理合同规定的权限内行使代理权。但是，集运公司未经授权，擅自传真宁波外轮代理公司称：“该票货正本提单在寄香港途中，能否烦请招商给予担保提货”。集运公司的这个行为，在双方的代理合同中没有授权，浙江国贸也没有另行特别授权，事后，国贸公司也没有追认。因此，这是越权代理。由于集运公司的擅自指令行为，致客户未赎单提货，最终造成浙江国贸公司货款和利息损失。《中华人民共和国民法通则》第 66 条第一款规定，“没有代理权，超越代理权或代理权终止后的行为，只有经被代理人的追认，被代理人才承担民事责任，未经追认的行为，由行为人承担民事责任。”

因此，从这个角度分析的事实和法律依据，浙江集运有限公司也可以成为浙江国贸的诉讼对象，即被告人，由其承担货款及利息损失。

诉讼的问题

所谓时效，指的是法律确认的某种权利得以行使的时间范围。这种权利超过法定的期限而不行使，即归消灭。诉讼时效也就是指法律规定的关于保障权利通过诉讼实现请求权利的有效期限，在诉讼时效届满前，权利人有权依诉讼程序强制义务人履行义务。在诉讼时效届满后，权利人虽可提起诉讼，但只有程序意义上的诉权，其主张的权利却不能得到保障。因而丧失实体意义上的诉权。1992年的《中华人民共和国海商法》第257条第1款规定：“就海上货物运输向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为一年，自承运人交付或者应交付货物之日起计算。”1924年《海牙规则》第3条第6款规定：“除非从货物交付之日或应交付之日起一年内提起诉讼，承运人和船舶，在任何情况下，都应免除对货物灭失或损坏所负的一切责任。”由此可见，提单争议的诉讼时效无论是基于违约还是侵权都只有一年期限。

根据本案的事实，浙江国贸公司如果可提单签发人宁波外轮代理公司为诉讼对象而起诉，依法不能超过一年的期限。由于浙江国贸公司未在一年内提起诉讼，而是采用非讼方法，委托国际追帐公司讨债，期限超过一年。因而其权利得不到法律保障。

又据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第135条规定，“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。”这是法律关于民事权利受侵害后，提起诉讼的时间规定，有二年的期限。根据本案的事实，浙江集运公司对浙江国贸公司的超越代理权的行为，浙江国贸公司可以提起诉讼，而且尚未超过诉讼时效。

通过对上述诉讼时效和诉讼对象的分析，结论：以浙江集运有限公司为被告，提起诉讼，以达到挽回货款和利息损失之目的。

析一审法院判决

浙江国贸公司对浙江集运公司提起诉讼后，1996年8月17日经一审法院判决，驳回诉讼请求。这个判决对浙江国贸来讲真是晴空霹裂。告宁波外轮代理公司，因自己委托国际追帐公司讨债而误了诉讼时效，告浙江集运公司又被驳回诉讼请求。那么一审法院的理由是什么呢？一审法院认为：双方系海上货运代理合同关系，浙江集运公司无权指令无单放货，凭正本提单放货是承运人的义务。浙江国贸公司的货物被客户无单取走，系香港船代的擅自行为所致，与浙江集运公司凭正本提单传真件及银行担保函放货的指令，没有因果关系。浙江集运公司对此不应承担责任。浙江国贸公司应向承运人主张权利。浙江国贸公司向集运主张的权利，证据理由不足，不予支持。这个判决笔者认为错误的。

一、认定事实不清

浙江集运公司当时发了两份超越代理权的传真给宁波外轮代理公司。一份指令请招商给予担保提货；另一份指令请招商以B/L传真件及银行担保提货。宁波外轮代理公司接受指令后，即向招商发出了“凭公司担保及B/L传真件提货”的指令。可见宁波外轮代理公司是接受浙江集运公司的指令而给招商发指令的，其内容与浙江集运公司的第一份指令相同。一审法院认为浙江集运公司的第一份指令未被宁波外轮代理公司接受的观点是错误的。

二、一审判决使用集运公司无权指令无单放货的“无权”二字，显

然也是错误的，有故意混淆概念之嫌。

对于原告来讲，未对被告授权，那么被告是无权指令船代无单放货。但是，对于船代来讲，被告是原告的代理，只要被告有指令，船代没有义务审查是否超越代理权，船代就可依据所发指令执行。所以，被告是有权指令船代无单放货的。至于被告给船代的指令是否受原告委托，对船代是无关的，那是原被告之间的关系。事实上被告指令船代无单放货也被船代接受。不仅如此，船代根据被告的指令执行，而且招商也依据船代的指令执行。因此，无论从事实上，还是从国际货运惯例上讲，被告对船代有权发指令的，一审判决使用“无权”二字显然错误。

三、一审判决认定被告给船代的第一份指令是被告业务经办人以个人名义所发，言下之意与被告公司无关，这又是错误的，违背客观事实。

海上货运代理合同是双方法人行为，并非个人订立的合同，被告指派业务员具体操作，其业务经办人的行为，只能代表被告公司行为，而不能代表个人。况且被告的业务经办人也是在被告公司内特定的代表公司的传真机上给船代发指令，并有业务经办人签名。一审判决认为是以个人名义的行为，实属违背客观事实，是错误的。

四、本案是侵权纠纷。被告既没有合同规定的权利，也没有原告的另行特别授权，擅自指令船代无单放货，这是超越代理权的侵权行为。

原告销售给外商客户的货物，由于被告的超越代理权的侵权行为，造成原告货物被提走，银行向原告退回全套单证的后果。这个后果是被告擅自指令船代无单放货，船代依据被告指令通知招商无单放货，招商按被告给船代指令而执行的结果。各行为人的发出指令，接受和执行指令，以时间上看是延续的，从内容上看是一致的，已形成环状链形结构，环环相扣，链链相结。因此，应当认定被告超越代理权实施的侵权行为，与原告不能安全收汇的后果存在法律上的因果关系，但是原审判决认为原告浙江国贸公司的货被无单提走与被告浙江集运公司的擅自行为没有因果关系，这又是错误的。

综合上述观点，一审判决驳回浙江国贸公司对浙江集运公司的起诉请求，由于在认定事实存在错误，所以判决适用的法律也就显然不当，判决是错误的。浙江国际贸易有限公司对此可以通过上诉，进行第二审诉讼加以纠正。

笔者有幸作为国际贸易有限公司的诉讼代理人，亲自参加了这起海上货运代理合同纠纷引起的海商案件的第一审和第二审诉讼活动。在本文即将完稿的时候，浙江国贸公司不服一审判决的上诉案，经高级人民法院二审审理。判决内容是：第一、撤销一审法院的判决；第二、由浙江集运有限公司赔偿浙江国际贸易有限公司货款损失 60300 美元 利息损失人民币 10 万元 第三、本案一、二审诉讼费由浙江集运公司承担。

行文至此，忽然想到教训二字。是的，作为浙江集运有限公司的教训是深刻的。浙江集运有限公司根据代理协议，其职责是货运代理，提货放货的事完全与之无关，是承运人的工作范围，浙江集运无义务自添麻烦去对提货一事发什么指令。但是，事实上却发出了超越代理权的指令，为什么这样做呢？据浙江集运公司的经办人称，当时接到货主浙江国贸公司经办人的电话指示，所以才这样做的。但我们调查了浙江国贸公司的有关业务经办人，则称：从未打过电话，发过指令，况且全套单证交中国银行浙江分行托收是 5 月 24 日，而被告擅自指令是 5 月 21 日，当时单证还在原告手上，尚未交银

行，怎么会打电话指示提单在寄往香港途中呢。对于这个有否电话指示的问题，根据法律规定，只有被告举证，即证明原告有电话指示的证据，否则，被告只能承担败诉后果。法律又一次表明它的严肃和无情。

作者简介

马越平 现年 39 岁，二级律师，先后毕业于河北大学中文系本科和中国政法人学法律系本科。1984 年开始从事律师工作，曾任河北省经济律师事务所律师主任。1996 年辞去现职，创办河北冀华律师事务所并任该所主任，兼任河北省青年联合会常委、石家庄市桥西区人大代表等职，是河北省第一位辞去现职的正处级干部。曾多次被河北省司法行政系统评为“先进工作者”“优秀共产党员”等。

十几年来，先后担任过 80 余家企、事业和机关团体的常年法律顾问，多次参与亿元以上的合资、联营合同的谈判和签订，办理各类案件 1000 余起，为委托人避免和挽回经济损失近亿元。全国首起艺术作品丢失赔偿案；全国最大的专利侵权案等一批有影响的案件均出面代理。以敏锐果断、业务娴熟、沉着稳健、刚柔并济而活跃在法庭内外。

问及他如何才能当一名好律师，他说：“每一个案件对律师来讲是他千百个案件中的一个，但对当事人说往往是他一生中的一个，因此，无论哪个案件，我都要竭尽全力！”正义、知识、责任，这是马越平办案胜诉率高的基础。一位委托人送他一面锦旗，上书：“马到成功”。

单位名称：河北冀华律师事务所

详细地址：石家庄市仓安路华都大厦 507 室

邮政编码：050091

联系电话：（0311）3822208

一幅寄联 五年风波 ——中国首起书法作品丢失赔偿案 马越平

1990 年 10 月，我作为著名书法家黄绮先生的特别代理人，代理了其字画装裱工王立成的丢失作品赔偿案。该案经过保定市中级人民法院一审，河北省高级人民法院二审于 1994 年 1 月 13 日结案。此案被称为中国第一例书法作品丢失赔偿案，它在我国新闻界、书画界引起了广泛的反响，受到了人们的普遍关注，《法制日报》、《文汇报》、《新闻出版报》、《河北日报》、《艺术家》等多家报纸和杂志对此案予以了详细报道。

本案原告黄绮，现年 83 岁，曾任中国书法家协会副主席，现任中国书法家协会顾问，河北省书法家协会主席、河北省文联副主席、河北省政协常委等，早年师从于北京大学文字学家唐兰先生，曾当过闻一多先生的助手，在国内书界、学界有相当大的地位与影响，是河北省书法、文化界的泰斗，曾被日本书画界称为“中国书画界第一人”。被告王立成，是自学书画篆刻取得一定成绩的青年装裱师，曾任河北省青年书法家协会副主席兼秘书长，后任保定市长城房地产开发股份有限公司总经理。1986 年经黄绮先生的学生李凌介绍，王立成开始为黄绮装裱字画，一年多的时间里，王立成为黄绮装裱了 200 多副字画。1988 年 6 月，黄绮在其住所将十件书法作品交付被告，托其装裱，其中包括一副对联，本案诉讼起因正是源于这副对联。这副楹联八尺长，上联为“横看蟹意”，下联为“静得龟年”，对联两旁有 150 多个小

行书的题跋，上书：约在三十岁时，夜梦一老翁立于巨龟背上，顺江而下，手捧楹联赠余曰：“思美人得延年之道在此”。归而展视，联文为此二句八字。梦盖由临睡前读宋玉《神女赋》后而构成，“美貌横生”与“志态横出”，借蟹之横意出之。蟹未必美，静或是对冲动而言，老人必有戒乎？次日凌晨，按所见楹联尺寸，仿作者人擘窠大书，后经战乱流离丧失。当时尚未完婚，今逾四十余年，补记趣事，而书法亦应有所变异矣。

五个月以后，被告告知原告。因这期间出差不在家，又由于搬家等原因，不慎将那副大楹联丢失。不久原告即向石家庄市公安局报案，后经侦察未果。原告即决定通过民事诉讼的方式要求王立成赔偿。黄绮找到我请我代理其对王立成的民事诉讼，听完黄绮对事实的陈述，我认为本案胜诉的关键有两个，一个是对王立成丢失楹联事实的认定；另一个是对该幅楹联价值的确定。王立成拿走该幅楹联时没有打收条，其与黄绮之间又无书面合同约定，认定该事实有一定难度；另外，我国法律并没有规定如何对书法作品予以定价，如何确定该楹联的价值也是本案的一个难点。围绕这两个难点，我进行了大量的调查取证工作，在这些证据的基础上，经与黄绮先生商量，我们将索赔的数额定在5万元。1990年10月22日，我将写好的起诉状及有关证据送至保定市中级人民法院。该院经过研究于1991年5月15日对此予以正式立案。

经过几番周折，直到1993年3月10日，这场中国首起书法艺术品丢失赔偿案才得以开庭审理。由于此案没有类似的先例，审判便是开端的审判。原告黄绮因年事已高、身体欠佳等原回未出庭，我与被告及其代理律师准时出庭。在法庭调查阶段，我方出示了原告向被告点交10幅作品时，原告学生在场及石家庄市公安局提供的有关证据。被告对丢失原告楹联一事也予以承认。因此，本案的第一个难点解决了。围绕着该楹联的价值问题，我与被告及其代理律师展开了激烈的法庭辩论。

辩护词（节选）

一、被告及其代理人提出，原告请求赔偿5万元没有依据，而我认为，原告请求赔偿的数额是有依据的

首先，必须明确，原告有权提出自己作品的价格。这正如被告方所说，书法作品没有国家价格，其价格的高低只能由买卖双方议价，既然允许议价，原告当然有权提出自己认为的价格。

其次，原告提出5万元的价格也并不是自己凭空想象的，是有着自己的理由的：

第一，这幅作品是原告晚年创作的精品。之所以说这幅作品是精品有几个方面的理由：一是这幅作品有独特的创作经历。对联的题跋记述了这一经历。原告早年曾因梦而得此联，创作出来后在战乱中丢失，四十年以后的今天又创造出来，这使作品蒙上了一层浪漫主义的色彩。二是李凌的证词。李凌是原告的学生，他证实这是原告晚年最好的作品。十多年来，李凌如果发现原告哪幅作品写得好提出拿回自己家去临摹，原告无不应允，唯有这次不允许，只允许其在黄家临摹。这足见原告对这幅作品的珍爱。而李凌虽是黄先生的学生，但与被告关系也很好，其证词可信程度是较大的。三是原告在将这十幅字交给被告装裱时，曾专门嘱咐其将这幅大对联裱好点。对此，公安机关在侦察此案时，王立成这样承认，李凌也这样做证。四是如果这字确

实是被小偷偷走的，有钱、有古人字画、有家电，被告家值钱的东西还多的是，但都不偷，只偷这幅对联，足见这对联之珍贵。五是原告曾无偿送给被告数幅作品，这副大对联如非精品，原告也绝对不会如此伤心并诉诸法律。以上几方面说明这副对联是原告晚年创作的精品无疑。

每一位艺术家都有自己创作的精品。晋代书法家王羲之传世之作有十六幅之多，但其代表作只有《兰亭序》。而原告这幅大对联就是其晚年创作的精品，当然其价值要高于一般作品。

第二，日本朋友曾愿出 20 万元人民币来买这副大对联。在 1988 年日本一代表团访华，原告曾向他们介绍了自己有这样一幅对联，一日本朋友当场表示愿出 20 万元来买此作品，原告因珍惜自己的精品而未肯卖。这有李凌的证词可以证实。

第三，1992 年 9 月，日本国鹤岗市河北新报社、庄内日报社等单位邀请黄绮访日并举办书法作品展，书展前曾打算销售部分作品，对五十五幅作品标了价，其中八尺条且有一、二个字的作品价格均在 360 万至 600 万日元之间，折合人民币即是在 18 万至 30 万之间。一幅丈二条，只书一“鹰”字，标价 4800 万日元，折合人民币 240 万元。而本案中丢失的作品是对联，是两个八尺，且有百余字的题跋，是精品。

第四，原告在国内展销着几幅作品，涿州市东方地毯有限公司宾馆有一幅，内容系一“鹰”字，尺寸为八尺，标价为 15000 元；另在河北饭店也有一幅，内容为“狮吼”二字，标价为 15000 元。上述二幅作品均为单幅，均为一字或两字，均没有题跋，均没有什么独特的创作经历，均不是什么精品。

从以上原告作品在国际国内的标价看、从原告此幅作品的实际情况看，原告请求赔偿 5 万元不是高了而是低了，之所以定的低了些，是原告考虑到字画定价有一定难度，同时考虑到被告的赔偿能力。我认为原告这一请求数额合情合理，法庭应予以支持。

二、关于原告作品和启功、赵朴初作品价值的比较

被告方提出，原告提出的作品价格，比我国书法界的老前辈启功、赵朴初作品义卖价格还高，而原告在书协副主席排在倒数第几位等等。

本代理人不清楚启功、赵朴初书法作品的情况，但如果比较一下的话，我看也是有益的，因此，我也在此谈谈我的几点看法。

第一，原告丢失的这副大对联是其晚年的创作的精品，不知启、赵二位先生义卖的是不是精品？是精品和不是精品价值虽不是天壤之别，确也是不可同日而语的。

第二，原告这幅作品是两个八尺的大对联，有 150 余字的题跋，有独特的创作经历，不知道启、赵二位先生义卖的作品有无这样的情形？

第三，启、赵是中国书法界的老前辈，而原告同样是中国书法界的老前辈；在中国书协副主席名次的排列中，原告可能是排在较后的位置上，但我们必须指出，中国书协副主席的排列名次不是其作品艺术价值的排列名次。

第四，启功、赵朴初在国内的知名度是很高的，但是应当指出，这是与他们个人一是皇室成员、一是佛教领袖的特殊身份不无关系。但是，能被日本书界尊称为“中国书法界第一人者”的唯有原告，能给个人建立书法艺术馆的唯有原告！

综上所述，原告这幅作品由于尺寸大，又是对联，且有 150 多字的题跋，有独特的创作经历，属于精品，在国内卖上 5 万元同样不能说是高了。

三、关于标价是否有参考价值的问题

被告方提出，没有卖出的作品的标价没有参考价值。本代理人认为：

首先，没有卖出，只能说没有实现这一商品的价值，但这并不等于说它没有价值，它的使用价值和价值依然存在。假如我们有个工厂生产一种美国制式的彩电，标价 2000 元人民币，虽然价钱不高但由于制式不同仍不能卖出，我们能说这台彩电一块钱不值吗？能说谁偷了白偷吗？原告的作品也一样，卖不出不等于它没有价值和使用价值，其价值和使用价值依然存在。

其次，标价和实际售价之间可能有些差距，但并不是所有标价和实际售价都有差距，同时差距也不可能天上差到地下。原告正是考虑了这一因素，才提出了 5 万元的诉讼请求，如果不考虑这一因素，诉讼请求就会大于 5 万元。

此外，被告代理人还提出：“我也可以找个人写幅字，标价 1 万元，没人买也这样标，这有参考价值吗？”本代理人认为，如果这个人比原告造诣还深的书法家，其标价仍有参考价值；但如果是一个半文盲的人写的字，只能说这是逗乐子。

四、关于是否可以参照国外的价格的问题

被告方代理人提出，在中国发生的法律事实，不能参照在国外的价格，本代理人首先认为，这种说法没有法律依据；其次，书法作品做为一种商品，不仅仅在中国有实用价值，在日本以及世界许多国家都有其实用价值，它是一种可以流通的商品，不能说没有卖到国外就可以不参考在国外的价格了。

五、关于原告提出 5 万元价格依据的准确性问题

被告代理人认为，原告提出的五万元的价格没有充分的事实依据。本代理人认为，勿庸讳言，原告提出这一赔偿数额的确没有十分准确的依据。艺术作品有其特殊性，这就是它的独创性和不可重复性。故艺术作品的赔偿不可能象其它财产的赔偿一样，可以精确到元、角、分来计算它的价值。但是，原告起诉的基本事实清楚，基本证据确实，而且其请求赔偿的数额不是高了而是低了，因此应当得到法庭的支持。

如果认为原告现有证据不能够证实被丢失的作品恰好价值五万元，一分不多一分也不少，因此就认为证据不足，那就等于说原告你不该请求赔偿。因为，要我方拿出那样的证据来可以说是绝对不可能的，这无论原告是请求赔偿五万元还是五千元、五百元，甚至五十元。此论如果成立，以后装裱工匠岂不可以随意“丢失”委托人的字画？这还谈什么保护艺术家以及公民的合法权益？

六、关于被丢失的作品是否有文物价值的问题

被告代理人认为，原告的作品谈不上文物价值，并提出经走访某某先生，得知只有死去的人的作品才可以算是文物。本代理人不同意这种观点。

本代理人认为，究竟什么是文物，不能听张三说、李四说。我们国家有《文物保护法》，我们应当依照该法对文物的解释为根据。《文物保护法》第二条对文物的范围进行了列举式规定。其中第四项规走：“重要的革命文献资料以及具有历史、艺术、科学价值的手稿、古旧图书资料等”属于文物。原告是中国书协副主席、河北省书协主席、享誉中外的著名书法家、教授，其作品均具有很高的艺术价值，而此幅作品是其晚年的精品，艺术价值更高，显然应当属于文物。至于被告代理人提出的只有死去的人作品才算是文物以及某位公民对文物的解释等，均属随意解释、街谈巷议之类，没有法律依据。

七、关于原告的风格问题

被告的代理人在刚才的发言中，讲述了一段关于书法家舒同的高姿态的“佳话”，认为原告也应学习学习舒同，发扬发扬风格等等，而本代理则认为：

首先，我们国家是一个法制国家，公平、等价有偿、诚实信用是我国民法的基本原则。尽管我们国家雷锋很多，但雷锋精神的高风格只能是号召、提倡和鼓励，而不得强求，这同我们不能要求被告积极主动地赔偿十万元一样，也不能要求原告答应五万元的赔偿不要了。

其次，原告在过去和被告的交往中，风格从来就是很高的。别的不说，单是原告赠送给被告的书法作品就有好多幅！

最后，原告向人民法院提出赔偿诉讼这一事实同样不能说风格低了，而应当说风格高了。因为，目前社会上有不少的作家、艺术家以及其他知名人士，为自己的地位、名声、面子所累，听任别人侵犯自己的合法权益，不敢拿起法律武器来保护自己，这既损害了法律尊严，还助长了社会上的不正之风，也损害了自己的合法权益。而原告在被告损害了自己的合法权益的时候，不怕损名声、不怕失地位、不怕丢面子，勇敢地拿起法律武器来维护自己的合法权益，这应当说，原告的风格是高尚的！是值得我们赞扬、提倡和鼓励的！

辩论结束后，法庭当庭提出调解，但双方并未达成调解协议。

保定市中级人民法院于1993年6月3日作出如下判决：

一、被告王立成赔偿原告黄绮人民币3000元整，于本判决生效后十日内一次付清；

二、保留原告黄绮对原作品的追索权，原件找到后归原告所有，原告将3000元退还给被告。

诉讼费90元由被告王立成负担。

黄绮对此判决不服，又委托我以一审法院对本案事实认定错误、判决赔偿数额过低为由向河北省高级人民法院提起上诉。

河北省高级人民法院在接到黄绮的上诉书后即开始了深入的调查、走访，经过反复研究、探讨，认为被上诉人接受上诉人委托，为上诉人装裱书法作品理应妥善保管，如期制作交还。被上诉人却以丢失为由未能返还，依法应照价赔偿，但作为书法作品，无原件可供评定，上诉人的其他书法作品也从未出售过，无法准确定价。现上诉人坚持要求返还原物，属正当要求，王立成有义务负责查找返还。原判决认定被上诉人将上诉人的作品丢失证据不足，参照他人书法作品的售价不妥，据此，在多次调解无效的情况，根据《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》有关条款作出如下判决：

一、撤销保定市中级人民法院（1991）保市民初字第01号民事判决；

二、上诉人黄绮的书法作品原件归黄绮所有，保留黄绮对原作品的追索权；

三、被上诉人王立成付给上诉人黄绮8000元人民币作为保证金。于判决送达之日起10日内一次付清，并负责继续查找，原件返还上诉人后，上诉人退还被上诉人8000元人民币。

一审诉讼费130元，二审诉讼费330元，均由王立成负担。

至此，这起悬案六载的中国第一起书法艺术作品丢失赔偿案偃旗息鼓，

终有定局。官司似可以掩卷，然思味不能结断。黄王案作为中国书画界首案，具有典型意义，一方面它展示了随着经济体制的变革我国文化市场产生自我发展的繁荣景象一方面又说明，文化人已经懂得并开始运用法律武器来保护自己的合法权益。由此亦应看到，随着经济的发展，完善我国法律体系已提上日程。否则，我们的法制建设就不可能适应人们的日益增长的物质和文化需求。就黄绮书法作品丢失赔偿案而言，法律是否应有对丢失艺术品怎样作价、怎样赔偿、怎样实施之类的条款呢？可见，我国的法制建设，还应进一步加强和完善，跟上经济发展的步伐。

作者简介

陈锦荣（1945.1— ）广东省潮州市人，中共党员，大学本科学历，现为潮州市对外经济律师事务所兼职律师，本职为潮州市卫生进修学校中医副主任医师、校长。1969年毕业于广州中医药大学医疗系本科，1972年结业于广东省卫生干部进修学院，曾兼任公安部门法医工作，1984年被潮州市司法局吸收为法律顾问处“兼职律师工作者”，1985年被广东电大潮州分校聘为法律系兼职刑法教师，1986年通过全国自次律师资属考试，取得律师执业证。

陈锦荣自学成为律师，每年办案30多宗，重视法理研究，先后在《中国律师报》、《广东法制报》、《汕头法制报》、《律师世界》、《法庭》杂志、《韩山师院学报》和地方日报发表法律文章80多篇，出版《法苑求是》、《情·理·法》二套系列书。现着手编写《实用人体伤害法学》一书。1996年被《中国律师报》评为优秀特约记者（二等奖），该报在“旋转舞台”栏目中以“三星学者陈锦荣”为题做过全方位的报导。

单位名称：广东省潮州市对外经济律师事务所
详细地址：广东省潮州市永护路马围前巷25号501室
邮政编码：521011
联系电话：（0768）2264280

一宗房屋连环买卖 原业主反悔纠纷案的代理 陈锦荣

1985年5月的一天，潮安县庵埠镇居民杨炎豪拿了一份庵庭民字（82）第75号《潮安县庵埠人民法庭民事裁定书》到潮州市法律顾问处，对该庭对其房屋出卖所提的反悔意见“驳回”的裁定表示不服。顾问处主任阅看了该《裁定书》，发觉《裁定书》有三处违背现行法律：（1）房屋买卖纠纷属于实体诉讼，不适用裁定；（2）不能以人民法庭的名义制作《裁定书》并加盖法庭印章；（3）该《裁定书》没有载明可上诉或申请复议条款。于是，顾问处出了一份《法律意见书》，潮州市人民法院依法撤销了《裁定书》，原告杨炎豪又将《民事诉状》送到撤销潮安县合并潮州市后的潮州市庵埠人民法庭，6天后，被告潮州市潮安首饰厂接到诉状副本，到潮州市法律顾问处请律师，我接受了领导的指派和当事人的委托，担任被告代理人。

原告方增加了新加坡华侨杨再盛，以“强行压价收购原告侨房”为由要求赎回

争讼的房屋系庵埠镇中山路7号，1916年由杨炎豪之祖父杨方城向陈子寿买受，解放初至1958年租给杨秀木，后列入私房改造产，由房管部门租给国洪，国洪加入了庵埠五金厂，该屋便改为五金厂的“铺面”，由五金厂向房管部门付租金。

1962年，房管部门落实政策，将以上房屋的产权“撤管”，归还原业主，

但仍由五金厂承租，每月给业主 6 元 3 角 4 分的租金。1969 年“七二八”强台风时，该房屋被风刮了左前角，前墙裂开，向外倾斜，已成危房。厂长杨启程为安全使用，向业主商量改建，或费用分担，或由厂建后，逐月抵除费用，但杨炎豪不同意。经双方再协商，同意对该危房以时价 650 元转让给承租方五金厂，经潮安县庵埠公社地方财政管理所批准后，双方钱房两清，立字为凭并交接房产证。

成交之时，五金厂改为庵埠农机配件厂，由农机厂对该房进行重建，作厂房使用，1982 年，重建后的二层楼房，与潮安县首饰厂对换，成为首饰厂的厂房，1985 年，由首饰厂以 20500 元卖给从事糖烟酒买卖的郑浩松。

1982 年的诉讼，“原告人”只有杨炎豪，但 1985 年的诉讼，增加了新加坡华侨杨再盛为第一“原告人”，请求事项第一条便是“被告单位强行压价收购原告的侨房应依法按价赎回”。

究竟有没有强行压价收购？没有！根据人民法院对 1971 年间房屋时价的资料证实，那 20 平方米的旧房以 650 元成交，价格还偏高。查该房不属侨房，新加坡杨再盛所在的房份，其妻在买卖中明知而不提异议，后来又收受一半的房款。原告的理由显然不成立，尤其是第二条诉讼请求“被告单位应依法归还原告的铺屋租金，自 1971 年 5 月至归还之日，每月人民币 6 元 3 角 4 分”，更是缺乏理由（原出租屋已被买入后改建为二层楼房）。

法庭辩论很剧烈。原告方坚持要落实“华侨房产政策”和“对文革期间挤占房屋应归还”的政策，本律师认为该房屋纠纷，只涉及买卖有无效，不属“落实华侨政策”的范畴，即使是“落实华侨政策”，也不属人民法院管辖，至于是否为文革挤占，原告之诉不成立。对“共有人明知而不提异议”，在司法解释中已肯定了“其买卖行为有效。”

1987 年 10 月 30 日，潮州市人民法院以（1987）州法民庵字第 78 号《民事判决书》判决，判决“原、被告 1971 年 10 月 8 日经原庵埠公社财政管理所鉴证的买卖关系有效”。原告不服上诉，汕头市中级人民法院认为原审适用法律不当，违反法定程序，应予撤销，发回重申。

重审期，追加第三人郑浩松，原告提出了“只卖旧杉木，无卖厝”的新理由

重审期间，潮州市人民法院依法追加郑浩松为“第三人”，他是有独立诉讼请求的“关系人”，必须参与诉讼。

原告放弃了原审关于“压价收购侨房”和“文革挤占”的理由，而提出了“只卖旧杉木，无卖厝”的新理由。原来，因房屋倒塌，仅存旧杉木，没有房屋可言，土地又不能买卖，成交之时，契约写成《转让旧杉木》，但其中注明“因房屋破漏无力修理，转让旧杉木给该厂重修，上盖建筑”，其所在大队也签具意见：“同意该员转让”，配件厂又将契约报庵埠公社财政管理所，批示了“经研究确系危房，又是生产需要，同意办此手续，今后业权归农机配件厂所有”。于是，原告抓住了“转让旧杉木”而否定了转让旧房屋。

针对（1）是买卖旧房屋，还是买卖旧杉木；（2）财政管理所有无权鉴证房屋买卖，再审庭双方又展开了针锋相对的辩论。为了应付这场辩论，我向潮州市房地产交易所索取《意见书》，又从 1971 年原农机配件厂的账本中，

查出了杨炎豪亲笔写下的《收款收据》，同时也了解了当时旧杉木的价格。我胸有成竹地提出代理意见：（一）原、被告买卖的标的物是原先租赁的旧房屋，除了契约附注和有关部门审批外，原告在《收款收据》上明明白白地写上了“兹收到二轻庵埠农机配件厂购红旗路（即中山路）7号旧房屋款陆佰伍拾元”；（二）根据房管局的《意见书》载：“由于1981年以前潮安县未成立房地产管理局，庵埠镇的地财行使了房管的职能。”（三）原告认为是“卖旧杉木”，在当时那些旧杉木，利用价值不高，最多也是一百几十元；（四）“卖旧杉木”哪能连房屋产权证都交给对方？以上批驳，使原告方哑口无言。

1989年6月24日，潮州市人民法院又发出（1989）州法民监字第01号《民事判决书》，认定“原告以转让旧杉木形式把已被拆毁部分杉木的房屋出卖给被告，并经主管部门审批鉴证，手续完备，买卖关系成立，应视为买卖关系有效”，于是，判“座落于潮州市庵埠镇中山路七号的二层楼房一间，业权属潮州市潮安首饰工艺厂所有、潮州市潮安首饰工艺厂与郑浩松的房屋买卖关系有效”。原告不服，又再上诉。

第二次上诉，上诉人提出“企业单位不得购买或租用私有房屋”的法规，以证实买卖无效

第二次上诉，杨炎豪等上诉人将诉讼理由转向“企业与私人购房”属无效行为，引用了1984年最高人民法院关于《城市私有房屋管理条例》公布前机关、团体、部队、企业、事业单位不得购买或租用私有房屋，如因特殊需要购买或租用私有房屋时，须经县以上人民政府批准。”上诉人的观点是，上诉双方的房屋买卖行为，由于未经县一级人民政府所批准，因此无效。

面对着上诉人使出的第三套理由，我又从事实和法规上下功夫，在辩论阶段，又发表了如下代理意见：（一）根据潮安县二轻工业局档案，原潮安县农机配件厂的购房，已经审批；（二）最高人民法院1985年8月10日以（1985）法民字第14号“关于国营企业购买私房已成使用多年经办批准手续后可承认买卖关系有效的批复”规定，被上诉人经庵埠公社地财和县上级局同意，且拆建、使用多年，潮州市房地产公司庵埠镇房管所在《私有房屋出卖申请表》上批了“情况属实，根据最高人民法院1985法民字第14号文件，同意补办契税手续。”于是，上诉人又在事实和法规面前败了下来。

1990年3月26日，广东省汕头市中级人民法院发出（1989）汕中法民上字第269号《民事判决书》。作出“驳回上诉，维持原判”的终审判决。

胜诉后的思考

本房屋买卖连环案，时经8年，历经原审、再审、上诉审、重审、上诉终审等五次审理。由于杨炎豪等人不断变换“诉讼理由”，致应诉方只好“以守为攻”，以事实和法规予以逐一驳斥，终于取得“五战五胜”的好结果，有效地维护了企业和第三人的合法权益。

在这一系列诉讼中，笔者注重了有关证据的收集，在有关部门的支持下，取得了房屋买卖的有关证据；在法律法规上，做到广泛学习、深入理解，“斗智”而不“斗气”，终于赢得了这场8年民事诉讼的最后胜利。

本案属原卖屋人眼看房地产价格飞涨，认为前卖出价格太低，尤其是与首饰厂拆建后再卖给第三人的价格之比，为 30 多倍，更是眼红，产生了反悔得利、“见利忘义”的念头，甚至不顾事实，制造出厂方以“出身问题”动武力“迫卖”的经过。作为代理人的我，不受被代理人意气所转移，将当事人的应诉引上“以事实为依据，以法律为准绳”的正确诉讼轨道上来，出现了文明诉讼、以理服人、以案说法的好局面，使对方输了官司不结仇。

作者简介

张太义（1930.7—）河南省洛阳市白马寺镇马沟村人，离休前任河南省洛阳市中级人民法院院长，现任洛阳市经济法、行政法研究会会长。洛阳洛神律师事务所特邀律师。大专文化程度。

自1949年参加工作以来，历任河南省洛阳市公安局人民警察、公安派出所正、付所长、市公安局秘书科科长，中国第一拖拉机制造厂保卫处科长、处长、分厂党委书记、洛阳市中级人民法院院长、党组书记、中共洛阳市委纪律检查委员会委员、政法委委员、洛阳市第7、8、9届人民代表大会代表、中共洛阳市委第5届党代会代表、第6、7届党代会特邀代表。在任职期间曾多次被评为模范工作者、先进工作者、优秀党员。担任一拖总装分厂党委书记期间该厂曾被评为先进分厂和大庆式为厂。1991年离休后任市经济行政法研究会会长，河南省洛阳市法学会会员、中共洛阳市委政法委员会督察员、洛神律师事务所特邀律师。曾先后担任过洛阳市大、中型工业企业法律顾问、办理颇有社会影响的期货按金交易等集团诉讼案、无形商品拍卖案、购物还款集团诉讼案、“白云魂”电视连续剧著作权纠纷案等经济案件的代理和一拖厂劳服总公司总经理挪用公款案、市百货公司党委书记受贿案等刑事辩护案。上述案件的代理与辩护结果，在洛阳地区都取得了较好的社会效果。同时，从50年代开始曾在报刊上发表过多篇文章，如50年代在河南日报上发表过《宣传贯彻婚姻法的形式与效果》。

1958—1960年期间在拖厂保卫处写过诸多破案与防范的经验，1978年在人民日报上发表过《是支农还是坑农》的文章（主要谈拖拉机质量问题），行政诉讼法颁布后，在洛阳日报上发表过《浅谈行政诉讼当事人的法律地位》等。

单位名称：河南省洛阳洛神律师事务所
详细地址：河南洛阳市七里河花诚饭店二楼
邮政编码：471003
联系电话：（0379）4857040 3931556

作者简介

蔡治民（1936.8—）河南偃师市人，中共党员，大学文化程度，三级律师，电力工程师，原毕业于郑州电力工业学校及清华大学夜校部发电厂、电力网专业。1981年曾先后在北京国家电力工业部直属三工局、国家林业部机关及林产工业设计院等单位分别任技术组长、副科长及工程师等职务。“文革”后，开始对法律和律师产生了浓厚的兴趣和热爱，通过自学期望早日成为律师工作者，以便借助律师的合法身份，来为人民大众谋求法律帮助，为社会各界为当事人主持公道，伸张正义，维护他们的合法权益。于1981年在陕西考取律师任职资格，并开始在陕西省咸阳市区做兼职律师工作。1983年调至河南省，在洛阳市第一律师事务所任专职律师。并于1985年经考核合格后正式取得律师资格。在1985年至1992年期间，通过了司法部创办的中华全国律师函授中心和全国高级律师、高级公证员培训中心的律师考业的培训，于1988年被评为三级律师。先后被洛阳市法学会，河南省法学会吸收为

会员，提任洛阳市经济法行政法研究会理事。与他人合作发表有《管理法学与依法治市》、《依法管理与治理》，《依法治市层次上的几个问题》，以及《依法治城与依法治市》等四篇论文，并收入河南人民出版社 1991 年 9 月出版发行的《管理法学若干理论问题》一书中。

在多年的律师岗位上，曾先后多次获得了“优秀共产党员”和“先进工作者”称号。在任洛阳市老诚律师事务所主任期间，该所被省司法厅评为从业清廉、先进律师事务所。

单位名称：河南省洛阳洛神律师事务所
详细地址：河南洛阳市七里河花城饭店二楼
邮政编码：471003
联系电话：（0379）4857040 3931556

一槌定音与两槌定音是非之争 张太义 蔡治民

案情简介

1993 年 5 月 15 日某市无线电管理委员会委托该市价格事务所拍卖 152.500MHZ 无线传呼频率。委托书载明：受委托人无转委托权，受委托人在委托权限内所实施的法律行为，委托人均予承认。根据委托协议，受托人价格事务所在报刊登了拍卖公告。并于 5 月 18 日下午在歌舞厅进行了“152.500MHZ”无线传呼频率的专项公开拍卖。在拍卖会上宣读的“拍卖规定”主要内容（共 6 条）是：拍卖参加者购买入场券进入拍卖场，即表示同意遵守本规定所列的各项条款，并接受本规定的各项约束。参拍者凭入场券在进口处领取叫号牌，并预付保证金 50 元，退场时保证金凭叫号牌退还。拍卖时主拍人先报起拍价，并规定加价幅度（5000 元），然后参拍者以“起立，举牌，叫价”同时进行的方式应价或加价，以叫价最高者，得主拍人击锣为此项拍卖成交定局。非参拍人员不得叫价，如有违例，参拍无效劝告退场。拍卖成交后，当场开票付款，办理一切手续。参拍者叫价属要约阶段，成交后不得反悔，反悔者全部没收预交的信誉金（5 万元）。下午 3 时 50 分，由价格事务所主持该市电业局、开拓公司、神州旅社等多家参加竞拍，市公证处两名公证员到场公证。拍卖开始后，当主拍人宣布拍卖的起拍价为 18 万元，加价幅度为 5000 元或 5000 元的倍数后，开拓公司代表举起 38 号报价牌，起立叫价 18 万元，神州旅行社代表举起 80 号报价牌，起立叫价 20 万元，电业局代表举起 88 号报价牌，叫价 22 万元。后一段时间（近 10 分钟），无人再举报价牌叫价，主拍人反复重复道：“88 号电业局报价 22 万元，还有报价的没有？我最后再问三遍……”，随后主拍人在连问四声“还有人报价没有”之后，敲响了锣声，并举手宣布“成交”。在锣音响后的余音中，开拓公司一位代表喊了声“有”，另外一位代表才起立举起了 38 号报价牌，为此开拓公司向主拍人及公证人员提出，其叫价在锣响之前，公证人员提出看现场录像，后又宣布到电视台“鉴定”，经过“鉴定”，公证人员宣布：“由于主拍人规定最后叫三次（遍）敲锣定音，但结果叫了四次，故拍卖无效，重新再拍”。对此电业局代表根据拍卖规定向主拍人及公证人员提出异议，但未被采纳。

在电业局表示不放弃已取得的无线传呼频率使用权的前提下，严正声明要诉诸法律，义愤地离开了拍卖现场。此后，主拍人根据公证人员的意见，继续进行拍卖活动，起拍价定为 22 万元，当开拓公司报价 24 万元之后，再没有其他单位报价，主拍人二次敲锣定音，宣布以 24 万元成交。1993 年 6 月 7 日市无委办按照价格事务所的拍卖结果通知，以无办字（1993）06 号文件，批准开拓公司使用“152.500MHZ”无线传呼频率，并同开拓公司签订了频率使用缴费合同。电业局于 6 月 3 日以价格事务所违反“拍卖规定”为由向市中级人民法院提起经济诉讼，并将价格事务所列为被告，将公证处、市无线电管理委员会、开拓仪表公司列为第三人，案由为：拍卖无线传呼频率纠纷。一审法院经审理认为：价格事务所为拍卖“152.500MHZ”无线传呼频率所制定的“拍卖规定”，实质上是当事人之间就此次拍卖活动所达成的协议，既没有违反法律和政策，也没有损害社会公共利益，而且有利于促进社会主义市场经济的发展、具有法律约束力，当事人必须全面履行。因此，按“拍卖规定”第 4 条“以叫价最高者，得主拍人击锣为此次拍卖成交定局”的规定，第一次击锣后拍卖已经成交，当事人双方应按约履行，任何一方不得擅自变更或解除。主拍人在电业局报出 22 万元的最高价后，宣布再问三遍（次）而实际上问了四遍后才击锣，这不属拍卖规定条款，而且主拍人多问一遍本身就增加了其他竞买人叫价竞买的机会。因此在拍卖已经成交的情况下，又再次进行拍卖的行为无效，应承担民事责任。第三人无线电管理委员会基于上述行为与第三人开拓公司签订的无线传呼频率使用缴费合同及办理的有关手续亦属无效。第三人开拓公司据此取得的无线传呼频率使用权同样无效。其要求赔偿损失的请求，与本案不属同一法律关系不予合并审理。第三人公证处在履行职务中，依法只能对拍卖的真实性、合法性进行公证，无权确认拍卖行为的效力。因此，市公证处公证人员在拍卖发生纠纷后宣布第一次击锣无效与法无据，属越权行为，但该行为属另一法律关系，不予合并审理。故此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国民事诉讼法通则》以及《中华人民共和国合同法》的有关条款规定，作出如下判决：一、“市价格事务所就拍卖 152.500MHZ 无线传呼频率所敲的第一锣有效，拍卖成交，市电业局已取得了”152.500MHZ”无线传呼频率的使用权。二、市无线电管理委员会办公室与开拓公司签订的频率使用缴费合同无效。三、市无线电管理委员会办公室将使用“152.500MHZ”无线传呼频率的有关手续交与电业局，电业局缴纳频率使用费 22 万元。四、市价格事务所向电业局支付赔偿费 8000 元。

一审判决后，市价格事务所不服，上诉至省高级人民法院。高院对这起市场经济运行中出现的新类型案件十分重视，主管付院长带领办案人员于 1994 年 5 月 17 日亲赴发案地，召集各方当事人进行调解。在二审法院主持下，市政府以及有关部门的支持协助下，在实事求是、分清是非责任的基础上，五方当事人本着互谅互让，有利于生产的原则，终于 1994 年 6 月 4 日达成了调解协议。至此，这起闻名全国的首例无线传呼频率使用权拍卖纠纷案得到圆满解决，历时一年有余。

在这起闻名全国的首创无线传呼频率使用权拍卖纠纷案件诉讼中，原被告及第三人共五方当事人，均分别聘请了自己信赖的代理律师。在法庭上，各方代理人分别发表各自的代理意见，原告电业局二律师的代理意见，被合议庭采纳。

代理词（节选）

一、第一槌击锣合法有效

市电业局是本次拍卖的合法买得者，其事实与理由是：1. 第一锣符合民法通则的规定应为有效。（见“民法通则”第55条之规定）本次拍卖活动，首先主拍单位有市政府的专项批文，应视为与自己的业务活动相适应。主拍人具备法人资格有无委会办公室的委托书，有代理资格。因此，行为人具有相应的行为能力。其次，主拍人意思表示真实，主拍人从击锣时起，主观就认为电业局已经中买，锣响后又举起右手宣布“成交”。所以，上述行为完全是主拍人的真实意思表示，就在案发后，本律师调查询问主拍人，主拍人仍然坚持说“我认为我所敲的第一锣是有效的……”。本案立案后，主拍人在答辩状中仍然讲“第一锣响前的活动和行为，从总体上讲是正常的，符合我们发布的《无线电传呼频率公开拍卖规定》的各项要求，再次是从拍卖开始到第一锣敲响均不违反法律：政策和双方约定，也正是“民法通则”第55条所规定的，不违反法律和社会公共利益等。2. 《市无线传呼频率公开拍卖规定》，是这次拍卖活动的规范性文件。在这次拍卖活动中，任何人不得以任何借口变更或解除。常言道没有规矩不能成方圆，本“规定”就是本次拍卖活动的“规矩”和“小宪法”，对所有参与本次拍卖活动的人都有约束力，都应该严格遵守。“拍卖规定”的第三条和第四条二款之规定十分明白，在本次拍卖活动中原告市电业局严格按照《规定》应价，当原告叫价22万元后，到锣响前没有再叫价者，故主拍人不但以手槌击响锣，而且还同时举起右手宣布“成交”，上述一系列行为完全符合本次拍卖的“规定”。因此，第一锣为本次拍卖的有效锣声。3. 主拍人再喊三声（遍）或四声，都没有法律约束力，不属“拍卖规定”内容，不影响本次第一锣拍卖的成效。理由是：正如前面讲的本次拍卖活动只能是以事前主拍单位所发布的“公开拍卖规定”为行为准则，这是主拍方和竞买方事前约定好的，而且拍卖开始时主持人当众宣布的，它不仅对参拍人有约束力，而且对所有在场的人都有约束力。所有参与本次活动的人都心须严格遵守，主拍人最后该喊几声几遍“拍卖规定”中没有具体规定，双方也没有约定，国家的法律，法规也没有规定，所以没有约束力也不影响大局。因此，主拍人最后喊几遍不能视为规则规定，只能作为主拍人督促各竞买人抓紧报价，莫失良机的举措，均不影响“一槌定音”的规定。4. 公证人员无权否定第一锣的法律效力。在拍卖活动中，主拍人、监拍人、记录人、公证员等各有各的职责范围。既不能失职也不能越权。拍卖公证是国家公证机关根据拍卖人的申请，依法证明商业性公开竞争的非法定程序，以便将标的物拍卖给出价最高者，其活动的真实性、合法性的证明活动。办理拍卖活动公证事项应遵循公开、公平、平等的竞争原则，公证员主要证明拍卖活动的全过程的真实合法，即主拍人意思表示真实，内容无违法，公证员认为符合上述条件及行为的就出证，否则就不出证。因此，公证员的权利是出证或不出证。本案的事实是在第一锣响，发生争议后，公证员在拍卖场上宣布：“一起到电视台看了拍卖现场的电视录像，由于主拍人规定最后再叫三遍，拍卖敲锣定音，结果叫了四遍，这次拍卖无效重新再拍”。这显然是公证员的越权行为，因为公证员的权利只是出证或不出证，公证员根本没有权利判定前拍有效或无效，更不能宣布重新再拍。况且公证员宣布

前的争议是开拓公司叫价在前还是击锣在前的问题，看录像，鉴定，主要是解决此一问题，而不是多叫几遍或少叫几声的问题，和第一锣声有效没效的问题，看录像后公证员却避开原争议焦点不谈而大讲特讲主拍人叫三声和四声的技节问题，并武断地公然宣布前段拍卖无效，重新再拍，有意把争议的焦点转移，企图推翻第一锣的法律效力，公证员根本无此权力。故公证员宣布“拍卖无效”其行为本身就是与法无据，就是无效的。5. 公证员要否定第一锣的主意早有所定。（因篇幅字数有限不再一一摆事实）。

二、第二次击锣不仅是无效的，而且也是荒唐可笑的

1. 出具第二锣的公证书是不符合公证条例的有关规定的。2. 根据“民法通则”第 58 条的规定，无效的民事行为从行为一开始起就没有法律约束力。3. 根据公证程序第 17 条一款的规定，公证处办理招标、投标、开奖、拍卖等公证事项，承办公证员，应亲临现场，对其真实性，合法性予以审查核实。对真实合法的当场宣读公证词。当第一锣响后，电业局愤然离去，表示要到法院告状，神州旅行社也认为，根据本次拍卖规定，第一锣响后，主拍人宣布成交，是完全有效的，市电业局即是合法的中买者，公证员宣布无效没有法律依据，故出于义愤也随之愤然退出拍卖场以示抗议。此次竞买的三家只剩下开拓公司一家了，对重新拍卖只剩一家竞买的公证员知否，审查了没有？如果知道，这种局面能继续重拍吗？如果不知道，请问你的职责是什么？这样的独家竞买，符合法律和公证条例吗？显然违法。

三、本案中所涉及的“拍卖公证书”的法律效力问题

《民事诉讼法》第 67 条明确规定，经过法定程序公证证明的法律行为。法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。经我们二律师的调查取证，得到了大量证明，是足以推翻公证书的相反证据，并提交法庭质证（略）。为此人民法庭应坚持有错必纠的原则，重新认定事实，并将真实情况通报原公证机关，提出要求公证机关撤销公证书的效力的司法建议，以维护国家司法制度的统一性和严肃性，同时也有利于防止个别人持不真实的公证书进行欺骗行为，损害他人的合法权益。故 319 号公证书应撤销。

四、在我国目前（当年）对“商品（无形）拍卖”方面无章可循，无法可依的情况下，解决本次拍卖纠纷应遵循的规章只能是《无线传呼频率公开拍卖规定》这唯一的规范性文件。其他再无规章、文件可循

五、应追究主拍单位的违约责任以及失职问题，并依法赔偿给电业局造成的各种经济损失

六、是非责任和我们的意见

回顾这次拍卖活动中产生诸多问题的主要原因，总的是没有经验所致，但就其是非责任来讲，应是公证员越权和主拍人失职两个因素促成。即第一锣敲响后，公证员越权武断地否定第一锣，而主拍人失职不敢坚持第一锣的真实合法性。以致造成了继续错误地重拍，如果公证员不越权，只就出证与不出证表示意见，对第一锣不作肯定或否定的下结论，第一锣有无效力由主拍人来定就不会形成如此局面造成如此下场和结果。反过来，如果公证员宣布否定第一锣，而主拍人认定自己击锣和宣布成交有效，公证员不出证，不加干涉主拍人坚持成交也不会出现现在的后果。因此，越权和失职是造成这次纠纷的直接而主要的原因。综上，我们请法庭务必注意上述情况和意见，以便正确判定是非、过错，明确责任。同时，要求把电业局已经依法获得的

152.500MHZ 传呼频率使用权判归原告，并依法追究有关违约方的经济和法律
责任，并赔偿给电业局造成的一切损失。最后需要特别指出和感谢的是电视
台及时地有效地给我们录下了拍卖当天发生纠纷前后的实况（录像带），使
得法院在认定事实时有了可靠的视听资料作为铁证，否则，后果则不堪设想。
事实胜于雄辩，这就是本案顺利审结的特点。

作者简介

周彦荣 37岁，河南省新乡市人，中共党员，中国人民解放军北京卫戍区法律顾问处律师，中校军衔。

1977年8月知青插队；1978年12月应征入伍；1988年毕业于中国人民大学法律系；1990年5月经司法部、总参某部培训考核，获得全军首批军事法律顾问资格，1991年2月担任北京卫戍区军事法律顾问处专职法律顾问；1993年参加全国律师资格统考获得律师资格，成为总政司法局首批公告的军队律师，至今从事专职律师工作。

几年来，积极主动地为首长、机关和广大官兵提供法律服务，同时受聘担任所属部队企业等单位法律顾问，办理法律事务百余件，民事经济纠纷诉讼三十多件，为部队挽回了重大经济损失，依法维护了部队和官兵的合法权益。先后两次受到嘉奖，两次荣立三等功。

单位名称：中国人民解放军北京卫戍区法律顾问处

详细地址：北京市复兴路23号法律顾问处

邮政编码：100036

联系电话：(010) 68217711 转 8246

一起医疗事故纠纷诉讼代理

周彦荣

案情介绍

1992年1月3日，原告韩某（女，30岁），因腰部扭伤第四腰椎滑脱0.7CM，住进某部队医院（被告）治疗。1月18日原告特聘解放军301总医院骨科医师主刀，为原告施行“腰4—5椎间盘摘除、腰4—5椎间盘植骨融合术。”术后由于种种原因椎体滑脱加重。在此期间，原告又患肝炎，因被告无传染科，将其转到解放军292医院治疗痊愈。1992年10月9日原告住进解放军304医院再次治疗腰伤病，304医院为原告做了第二次手术，施行“改良性器械植骨固定复位术”。术后，滑脱椎体复位，可下地活动。于是，原告认为被告为其做的手术是医疗事故，要求被告赔偿经济损失。被告则以1993年12月北京市海淀区医疗事故技术鉴定委员会对此鉴定不属于医疗事故为由，不同意索赔。为此，原告于1994年1月4日，向当地人民法院提起诉讼。原告提出的理由是：

- 1.原告在被告处做第一手术后，病情未见好转，遂到北京市5个大医院求诊（诊断结果大致相同），即腰4—5椎体滑脱，术后症状加重。因此，被告为其施行的手术无疑是一起医疗事故，主要表现有两点：（1）手术中摘除了不该摘除的椎间盘，这是手术方案中根本没有的；（2）手术方案是植骨复位，但打开后既没有复位，也没有植骨，未做任何滑脱治疗而造成严重塌悬滑脱。

- 2.解放军304医院对原告施行的第二次手术，是“改良性器械植骨固定复位术”，手术获得成功，显然证明了原告手术方案是错误的。

- 3.为原告做手术的主刀医师系301医院离休人员，已失去行医资格，被

告聘请他为原告手术，负有过错责任。

4. 由于被告给原告长期服用过期药物（有的甚至过期 10 年），并输入带有肝炎病毒的血液致使原告又患上了丙型肝炎。

原告诉状中提出，在此情况下，生命健康受到损害、蒙受了巨大经济损失，因此，请求法院确认被告侵犯了其生命健康权，判令被告一次性赔偿其各种经济损失合计 15 万元人民币。

办案经过

笔者作为被告的代理人参加诉讼，详细查阅了案卷，针对原告起诉书的内容，着重进行了五个方面的调查取证：

1. 查清手术方案中是否有摘除椎间盘方案，术前手术方案是否征得原告及家属同意。

2. 查清手术方案是否有错误。请教医学专家教授论证，椎间盘到底该不该摘除，被告施行手术过程中有无过失。

3. 查清海淀区医疗事故技术鉴定委员会对被告手术治疗的鉴定结论。

4. 查清被告聘请已离休的 301 医院医师是否有行医资格，按照有关规定是否可以聘请。

5. 查清被告对原告患丙型肝炎有无过失。被告是否给原告长期服用过期药物导致患丙肝，是否给原告输入带有丙肝病毒血液。

代理人围绕以上五个问题进行广泛深入地调查，先后走访了三十多人次，获取了二十多份证明材料。从而为出庭代理、发表意见、反驳原告不实之词，提供了有力的依据。根据对全案的调查，笔者认为，解决本案的关键是，认定被告对原告施行的手术是否为医疗事故。就本案而言，代理人认为，尽管被告为原告做的手术远期效果不好，症状加重，但并非为医疗事故。因此，在诉讼调解中，应采取强硬态度，但不排除照顾原告的实际困难，在尊重事实的基础上，可作出适当让步。

代理意见

在法庭审理时，笔者发表了如下代理意见：

一、关于是否为医疗事故的问题

根据《医疗事故处理办法》规定：“医疗事故，是指在诊疗护理工作中，因医务人员诊疗护理过失，直接造成病员死亡、残废、组织器官损伤导致功能障碍的。”也就是说，医疗事故的行为必须有诊疗护理工作中的过失，才构成医疗事故，否则，就不是医疗事故。就本案而言，被告代理人认为，被告为原告施行的手术，在诊疗护理中没有过失，因此，应当认定本案不是医疗事故。这是因为：

1. 被告对原告病情诊断明确，手术顺利完好。

原告 1992 年 1 月 3 日住进被告医院后，被告为其做全面检查（包括解放军 301 医院 MRI 检查）的同时，先后两次请 301 医院骨科主任会诊，诊断为：（1）L4.5 椎体滑脱症；（2）L4.5 椎间盘突出。因其保守治疗无效，又系外科手术适应症。被告经充分术前准备，特聘 301 总医院骨科医师为其主刀手术，1992 年 1 月 18 日在硬膜外麻醉下施行 L4.5 椎间盘摘除和 L4.5 椎间盘

植骨融合术。手术过程顺利，历时 2 小时零 5 分钟，麻醉满意，术中证实与术前诊断相符合。术毕安返病房卧硬板床休息，应用抗生素预防感染，手术后无并发症，术后近期观察腰腿痛症状较术前逐渐有好转，患者及家属较为满意，术后 66 天拍 X 光片显示 L4.5 椎体滑脱程度与术前无明显差别，位置尚满意等等（详见手术记录）。

2. 被告按手术方案为原告施行手术，摘除椎间盘没有过错。

原告诉称“手术方案摘除了不该摘除的椎间盘，这是手术方案中根本没有的。”这一说法，既违背客观事实，也缺乏科学根据。根据手术报告记载，是有手术方案的，而且是被告特聘 301 医院骨科医师共同制定的，手术方案为：“（1）L4.5 椎间盘摘除；（2）L4.5 椎间植骨融合术。”事实上在 1992 年 1 月 16 日上午手术之前，被告主治医师按规程已将手术方案通知了原告及丈夫，同时说明了腰椎体滑脱至今仍属难治之症，外院有多次手术而不成功的例子，患者即使手术顺利，术后近期仍不能恢复劳动等情况。在此之后，原告表示愿意接受手术方案，并在手术报告上签了字。由此可见，原告是非常清楚手术方案的，但原告于事实而不顾，硬说摘除椎间盘是手术方案中根本没有的，实属无稽之谈。至于该不该摘除椎间盘？这要由骨科医学专家根据病情诊断来确定，而原告不是骨科医学专家，并不具备这方面的医学专业知识，又有什么依据认定椎间盘不该摘除呢？根据被告的病情诊断，原告不但患有椎体滑脱症，而且还患有椎间盘突出，椎间盘突出本身就是一种疾病，因其压迫了神经，这是引起患者腰腿痛症的主要原因之一。为了治愈腰腿痛症，即可将其摘除。这是医学常识，是医学界众所周知的。因而，被告摘除原告的椎间盘是有科学依据的，无可非议。

3. 被告为原告施行“植骨融合术”没有过错。

原告诉称：“手术方案是植骨复位，但打开后既没有复位，也没有植骨，未做任何滑脱治疗而造成严重塌悬滑脱。”被告代理人认为，这不符合事实，其理由是站不住脚的。根据手术报告和事实证明，被告为原告施行的手术方案，并非是植骨复位术，而是植骨融合术。植骨融合术，在骨科医学上是治疗椎体滑脱最常用的一种方法。它与植骨复位手术的共同之处在于都是植骨，但治疗椎体滑脱的方法是有区别的。植骨复位术，是将滑脱的椎体植骨复位；而植骨融合术则是在已经滑脱的椎体位置上植骨融合，阻止椎体继续滑脱，然后经长期治疗，远期可使椎体逐渐复位。以此达到治疗目的。由于被告选择的是植骨融合术治疗方案，当然就不可能近期将患者的椎体滑脱复位。但是，不能就此说被告选择植骨融合术的手术方案是错误的，甚至否定被告对原告的植骨滑脱治疗！至于植骨融合术的远期效果如何，能不能达到 100% 的成功率，这与患者个体差异、术后配合治疗等诸多因素有着密切关系。如果远期效果不好达不到 100% 的成功，那么，这有待于医学专家在学术上做进一步探讨。从原告术后住院治疗的近期效果看，其腰腿痛症较术前有所好转，术后第 66 天拍 X 光片检查，椎体植骨融合位置正常，原告本人比较满意。从原告术后远期效果看，腰腿痛症加重，这是其转至 292 医院治疗肝病期间出现的，这与她的个体差异、术后配合治疗等因素有关。而原告在 292 医院是否按被告医嘱配合治疗，不得而知。因此，原告认为术后腰腿痛加重远期效果不好，是植骨融合术所致没有根据。

4. 鉴定结论不是医疗事故。

原告曾于 1993 年 9 月向北京市海淀区医疗事故技术鉴定委员会申请，请

求鉴定被告对其施行的手术为医疗事故。被告接到医疗事故技术鉴定委员会的通知要求后，会同上级（292 医院）和有关专家首先进行调查，调查结论不构成医疗事故。之后，医疗事故技术鉴定委员会，又邀请了五位在京大医院骨科专家教授组成鉴定组，经过认真全面地调查取证和分析研究，鉴定组认为：该院在诊断及手术方法选择上没有什么错误，并于 1992 年 12 月 29 日作出了“本例不属医疗事故”的鉴定结论。应当说这是最具权威性的鉴定结论。但原告却诉称鉴定委员会无视客观实际，没有公证地审查证据，听信一面之词等等。被告代理人认为，原告否定鉴定委员会的鉴定结论，是没有根据的。因此建议合议庭尊重鉴定委员会的鉴定结论。

5. 被告聘请 301 医院医师为原告施行手术的行为没有过错。

被告为原告治疗的骨科主治医师，在本院曾独立施行过多例成功的椎间盘摘除和植骨融合术，其能力完全可以胜任，只是因原告系被告单位一干部的家属，为慎重起见，才特聘 301 医院骨科医师共同会诊，确定手术方案，共同为原告施行手术的。而为原告主刀手术的 301 医院大夫，是 301 医院乃至全国著名骨科专家，代表着 301 医院骨科医学权威，不但技术能力属一流水平，而且临床经验十分丰富。根据手术记录，该医师对患者的病情和手术，并没有诊疗上的失误。尽管已于 1991 年 12 月离休，但仍然有技术职称，根据有关规定仍可以接受本院或外院的聘请行医。因此，被告聘他为原告施行手术没有过错，是符合有关规定的。

二、关于原告患肝炎病的问题

原告诉称：“由于被告给其长期服用过期药物（有的甚至过期十年），并输入带有病毒的血液致使原告患上丙型肝炎，要求被告补偿损失。”被告代理人认为，原告方的上述理由和要求是不能成立的，因为：

1. 被告并未给原告服用过期药物。据被告代理人查证，所谓原告服用过期药物，实际上是原告术后有一次发现服用的山楂药丸有虫子（应该说这属生产厂家的问题），而非过期药物，况且原告并没有服用。另一次是原告外用氯霉素眼水和上霉素眼药膏，将 82 年批准厂家生产日期，误认为是 82 年厂家生产产品的日期。由此可见，原告并非长期服用过期药物。即使原告服用了那一次长虫子的山楂药丸，也不至于患丙型肝炎，稍有医学常识的人都会明白这一点。

2. 原告说被告为其输入带有丙肝病毒血液缺乏根据。据被告代理人调查了解，被告对原告施行手术输入的血液（包括输血器），均是解放军 307 医院驻京部队中心血站提供的。“中心血站”于 1992 年 3 月才开始检测血液丙型肝炎。如按北京市卫生局文件通知，正式检测血液丙型肝炎在 1992 年 7 月。在此之前国家并未规定要求对献血者检测丙型肝炎，按过去规定只检测甲肝和乙肝。而原告手术时间是 1992 年 1 月 18 日，早于国家规定检测丙肝的时间，也早于“中心血站”开始检测丙肝的时间。假如被告确实为原告输入了带有丙肝病毒血液的话，那么，被告及“中心血站”均无过错，不承担任何责任。因为当时国家未规定检测丙型肝炎。问题是原告并未提供就是被告为其输入丙肝血液的证据，这就不能够排除原告本身就患有丙型肝炎的可能性。因此，原告称其患丙型肝炎是被告输血所致，缺乏根据。

三、调解原则和具体意见

1. 调解应当依照北京市人民政府 1990 年 3 月 10 日第 3 号令《北京市〈医疗事故处理〉实施细则》的有关规定、依照北京市海淀区医疗事故技术鉴

定委员会的鉴定结论进行。

2. 因被告为原告施行的手术鉴定结论不属医疗事故，以及原告未提供被告使其患丙型肝炎的证据，所以，就不存在被告侵犯原告生命健康权的问题，被告不应对原告进行赔偿。

3. 鉴定结论虽然不属于医疗事故，但鉴定组认为被告在术后治疗护理方面的缺陷，建议医院给予适当的经济补偿。本代理人同意这一建议。另外，原告做了第二次手术，增加了痛苦与经济负担，现在家庭经济确实困难，因此，原告所欠被告 2564.60 元医疗费予以免交。

4. 本案诉讼费应由原告承担。

以上代理意见，敬请合议庭考虑。

审判结果

在法庭审理过程中，我们向法庭陈述了上述意见，并提供了充分的证据材料，同时与对方律师反复交换意见。我们的理由得到合议庭的赞同，也得到了对方律师的基本认可。但原告及家属仍然坚持己见，不同意调解，最后法院作出判决。

法院认定：被告为原告施行“腰 4—5 椎间盘摘除及椎间盘植骨融合术”，术后椎体滑脱加重，但此次纠纷经海淀区医疗事故技术鉴定委员会鉴定不属于医疗事故，且原告未向本院提供其 15 万元损失的证据，故本院对原告要求赔偿其 15 万元损失的诉讼请求，不予支持。鉴于被告在术后治疗、护理方面的缺陷，故被告应适当补偿原告的损失并免收原告的住院费用。综上所述，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 119 条，判决如下：

1. 被告将原告交纳的 3000 住院押金退还原告。
2. 被告补偿原告损失 5000 千元。
3. 案件受理费 210 元由被告承担。

几点体会

1. 调查仔细认真，积极走访和请教医学专家教授，收集了大量的较为充分的证据。

2. 依据事实、法律和有关文件，以及鉴定结论，结合案情论证了被告为原告诊疗工作中无过失的充分理由。

3. 在坚持原则、维护委托代理人合法权益的前提下，动员被告从人道主义考虑，作出适当让步。取得了合议庭的赞同和支持，并使对方达到心理平衡。

4. 先礼后兵，工作细致，最终收到了比较满意的效果，避免了被告当事人的经济损失。

