

平乱网docsriver.com商家巨力法律书

广州律师业务研究丛书

# 笃行

Cases of Guangzhou Lawyers

广州市律师协会 编

# 广州 律师 案例 集

汇集律师前沿业务实战案例

展现律师思辩精华

为法律实务工作者提供业务策略和操作技巧上的参考

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

广州律师业务研究丛书

# 笃行

## 广州律师案例集

Cases of Guangzhou Lawyers

广州市律师协会 编



### 图书在版编目 (CIP) 数据

笃行：广州律师案例集 / 广州市律师协会编. —北京：  
中国法制出版社，2017. 4

(广州律师业务研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8456 - 5

I. ①笃… II. ①广… III. ①案例 - 汇编 - 广州  
IV. ①D927. 651. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 069418 号

责任编辑：戴蕊 (dora6322@sina.com)

封面设计：杨泽江

---

### 笃行：广州律师案例集

DUXING: GUANGZHOU LÜSHI ANLIJI

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/730 毫米 × 1030 毫米 16 开

版次/2017 年 5 月第 1 版

印张/30 字数/378 千

2017 年 5 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8456 - 5

定价：88.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：010 - 66033393

值班电话：010 - 66026508

传真：010 - 66031119

编辑部电话：010 - 66065921

邮购部电话：010 - 66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010 - 66032926)

“广州律师业务研究丛书”  
总编辑委员会

---

主 任

邢益强

副主任

毕亚林 詹礼愿 肖胜方 王志军 文震殊

黄建水 官选芸 黄 山 朱宝莲

委 员

王立新 卢 坚 卢跃峰 刘孟斌 陈广鹏

陈茵明 林泰松 周 兵 姚忠平 唐健锋

谈 凌 蒋 泓 刘响亮

## 编委会名单

---

### 本册主编

王志军 刘孟斌

### 副主编

杜玉明 黄爱华 林秀芝 赖冬敏 康小鹁

### 编委

李琼 吴凯 吴楠 陈勇儒 林民安  
郑贤春 张旭锋 郭映红 曹宇瞳 董硕 解刚

### 编辑

陈伊乔 卞嘉莉 王勃 林一骏 暨晓惠

## 《广州律师业务研究丛书》编印说明

广州市律师协会（以下简称广州律协）成立于1988年，是依照《中华人民共和国律师法》成立的社会团体。广州律协依法实施自律管理，作为行业的自律性组织，规划发展战略，提供会员服务，促进行业发展。在广州改革开放和现代化建设的大潮中，广州律协坚持不断完善广州律师行业各项自律机制，做好内部建设，目前已形成专门工作委员会和专业（事务）委员会并驾齐驱，服务行业的局面。

广州律协一直致力于提升广州律师行业的专业化、品牌化、规模化发展，广州律师行业从无到有，形成了一支专业领域多元化、业务能力过硬、后备力量充沛的律师队伍。截至2017年4月，广州市共有600多家律师事务所、近11000名执业律师，行业规模仅次于北京、上海，在全国省会城市中居首。律师业务领域越趋宽广，已逐步由刑事、民事领域的传统业务向知识产权、金融证券、电子商务、企业并购重组、高新科技、基础能源建设等新兴业务延伸。广州律师在维护社会公平正义、推进广州新型城市化发展等方面发挥着重要作用，业务能力和专业优势日益凸显。

党的十八届三中、四中全会以来，随着全面深化改革、推进依法治国各项重大举措的实施，广州律师迎来了全新的机遇与挑战。在全面推进依法治国的时代背景下，政治、经济、社会、文化等各领域的改革发展都为律师创造了转型的契机。这也对广大律师发挥职能、履行使命提出了更高更艰巨的要求。站立在改革潮头的广州律师，必须紧紧抓住发展机遇，广泛探索，深入钻研，将律师业务整体水平提升到更高的位置，做时代的弄潮儿。

《广州律师业务研究丛书》正是广州律协为提升广州律师理论及实务研究水平、促进多元化的交流、鼓励律师业务向更高层次发展而组织编著的。该丛书自2014年起组织撰写，旨在充分发挥广州律协各专业（事务）委员会的科研水平，总结广州律师业近年来在各领域的实务经验，展示业务成果和理论水平。

《广州律师业务研究丛书》作为为广州律师业提供专业、深度的案例分析和理论参考的书籍，具有以下特点：

其一，编审专业权威。丛书由广州律协有关领导组成的总编辑委员会审定选题，由资深律师、知名专家撰写研究性案例或论文，由相关专业（事务）委员会甄选及编

辑，强调专业性，保持高标准。

其二，内容丰富多样。丛书内容覆盖面广，针对性强，有的是涉及新类型案件的，有的是分析疑难问题的，有的是源于现行法律尚未明确规定的或者在实践中存在分歧的。

其三，评析客观全面。丛书坚持以事实和法理为依据，对选取的案例进行客观全面的剖析和点评，务求使读者在全面了解案情、厘清法律应用逻辑之基础上，亦可作出自己的深入思考和客观判断。

其四，经验可供借鉴。基于广州律师业务拓展较快、专业化服务领域对实务水平要求较高的形势，丛书注重总结成功的业务经验，在实用性内容上加以延伸，为法律实务工作者提供业务策略和操作技巧上的参考。

《广州律师业务研究丛书》汇集了广州律师的业务成果，总结了广州律师的执业经验，反映了广州律师的理论水平、实务能力和职业风采。这是广州律协业务研究工作的最新尝试，必将推动律师业务总结和经验交流，推进法制进步和社会文明。

广州市律师协会  
2017年4月20日

# 目 录

## 一、保险法律篇

1. 从一起通海水域保险合同纠纷评析保险人的保险  
责任期间 ..... 苏婷婷 黄 晖 / 3  
——A 船务有限公司诉 B 保险公司通海水域保险合同纠纷案
2. 杨某某保险合同纠纷案 ..... 范小强 / 9

## 二、财税法律篇

3. 合并重组案例的税收问题分析与思考 ..... 何海琼 / 15

## 三、房地产法律篇

4. 征用拆迁地块烂尾被拍卖后竞买公司是否需要承担历史遗留  
安置问题的法律适用实例 ..... 尤玉婵 / 23
5. 政府违反法定程序收回国有土地使用权案 ..... 钟扬飞 / 30
6. 浅析以股权转让方式收购房地产项目中对于资产权属存在瑕  
疵问题的法律风险控制 ..... 叶 静 / 37
7. 合作开发房地产合同纠纷案 ..... 赵宏彬 / 44
8. 银行抵押权与买房人权利的冲突解决 ..... 安 娜 / 52  
——对一宗历史遗留问题建设项目办证问题的诉讼分析
9. “小业主”的胜利和“地产大鳄”的教训 ..... 张旭锋 / 57  
——从一例个案看证据收集保全工作在商品房买卖合同纠纷  
案件中的关键作用
10. 关于区分物所有权移转的案例分析 ..... 陈联书 / 64
11. 浅析房屋所有权异议登记制度 ..... 吕春华 / 70
12. 民间借贷中买卖合同性质的分析与认定 ..... 陈联书 / 75
13. 从案例谈“合同解除”异议期的适用 ..... 宋 剑 / 82



14. 房屋买卖中的“善意”与“恶意”之甄别 ..... 刘吉春 / 87
15. 转让登记瑕疵的夫妻共有房产，登记机关应负实质审查义务 ..... 朱永胜 / 93
16. 出租人交付符合约定的房产，承租人能否以环保问题为由  
要求解除合同？ ..... 徐清波 / 102  
——甲公司与自然人乙租赁合同纠纷上诉案
17. 一间厕所引起的连环诉讼 ..... 康小鹤 / 107  
——关于对房屋更正登记相关法律规定的思考和建议
18. 国家经租发还房产被征用的法律适用 ..... 尤玉婵 / 118
19. 大道至简 ..... 丛伟华 / 126  
——两个开发房地产联营合同纠纷案的评析
20. 浅论农村私有房屋买卖合同效力及处理原则 ..... 康小鹤 朱宏亮 / 136

#### 四、公平贸易法律篇

21. 出口保温瓶被美国官方召回销毁案 ..... 陈均艺 / 145

#### 五、公司法律篇

22. “股权转让”缘何被认定为“合伙” ..... 陈建华 / 157
23. 股东关于股权份额内部约定的效力 ..... 尹 远 / 164

#### 六、海商海事法律篇

24. 关于承运人责任期间起算点“接收货物”的认定 ..... 雷荣飞 / 175
25. 集装箱被海关扣押所涉相关问题及处理建议浅析 ..... 张 静 苏婷婷 / 180  
——A 集装箱运输有限公司诉 B 物流有限公司以及 C 贸易发展有限  
公司集装箱超期使用费、码头堆存费及其他相关费用纠纷案
26. 消失的三百吨大豆应由谁来买单？ ..... 杨梅华 郑 喜 / 186  
——国际海运中含水散货短少典型案例评析

#### 七、金融证券法律篇

27. 论证券市场虚假陈述民事责任法律制度的完善 ..... 翟彩娟 / 193  
——从佛山照明虚假陈述案说起

## 八、劳动与社会保障法律篇

28. 个人保险代理人之法律地位分析 ..... 黄 军 / 203  
——劳动法律关系还是代理法律关系
29. 挂靠教练与驾校之间不构成劳动关系 ..... 江点序 杨国波 / 208  
——陈某诉广州某驾校确认劳动关系纠纷案
30. 用人单位如何合法行使培训或调岗权 ..... 龙 英 / 213
31. 从对一个特殊劳动案件的分析浅谈修订完善劳动争议案件受理  
范围立法的必要性 ..... 钟钦才 / 219

## 九、民事法律篇

32. 虚假身份下的表见代理 ..... 王 新 / 227  
——广东 HW 混凝土有限公司诉黑龙江 YL 建筑工程有限公司  
买卖合同纠纷案
33. 中国铁建港航局集团有限公司诉广东省基础工程公司建设工程  
施工合同纠纷案 ..... 王罕芳 / 235
34. 不交吉拍卖成交后的物权保护 ..... 安 娜 / 244
35. 对不动产受让人物权期待权的保护 ..... 陈国仔 / 249  
——一则案例引发的思考
36. 开发商私自出售抵押给银行的住宅给小业主，小业主全部支付  
房款后是否取得房屋所有权 ..... 宋万俊 / 255
37. 歧路亡羊 ..... 丛伟华 邓素玲 / 262  
——汤×强诉潘×红保证合同纠纷案评析
38. 广州市 A 鞋业有限公司诉某某财产保险股份有限公司广东分公  
司保险合同纠纷案 ..... 洪 婷 / 270
39. 劳动争议 or 人事争议? ..... 林仕军 / 276
40. 安某诉某银行股份有限公司高尔夫信用卡纠纷案 ..... 周 勇 / 281
41. 落实住房限购政策、打击炒房应当实事求是、不能搞  
“一刀切” ..... 王春平 / 289  
——从一宗商品房买卖合同纠纷案检视粤高法 [2013] 403 号文  
之合法性与合理性

42. 巧追第三人，改变诉讼成败 ..... 张 飏 / 296
43. 司机是否属于“第三者”？ ..... 官金福 / 302
44. 无涉外因素的合同约定的涉外仲裁条款是否有效？ ..... 黄 山 / 308
45. 浅析执行异议之诉 ..... 黄建南 / 313

## 十、清算与破产法律篇

46. 股东之间转让股权时，其他股东是否享有优先购买权 ..... 罗 凌 / 321

## 十一、未成年人保护法律篇

47. 袁小某诉张某某未成年人的的人格权利纠纷案 ..... 吴灏驰 / 331

## 十二、信息网络与高新技术法律篇

48. 关于国际通用顶级域名被恶意转移至境外的域名争议解决案 ..... 吴 艺 / 337

## 十三、刑事法律篇

49. 被告人肖某涉嫌生产、销售伪劣产品罪，二审被改变罪名、  
减刑的案例分析 ..... 贺 俊 / 347
50. 邓某建故意杀人被判无罪案评析 ..... 邢志强 / 352
51. 正义会迟到但绝不会缺席 ..... 朱光辉 毕京琨 / 358  
——破坏计算机信息系统无罪案件总结
52. 谢某某受贿案 ..... 南 芳 / 365  
——兼论非国家工作人员受贿罪

## 十四、行政法律篇

53. 股权变更登记行政诉讼案例 ..... 陈作科 莫 邪 / 373
54. 政府招标采购挂牌出让国有土地行为可诉 ..... 蒋正军 / 379  
——××市大远五金建材厂不服××市××县国土资源和房屋管理局  
招标采购挂牌出让国有土地提起行政复议及行政诉讼案
55. 行政合同还是民事合同？ ..... 吴 楠 / 385  
——关于国有土地使用权出让合同的性质之争

## 十五、医事法律篇

56. 医疗损害赔偿纠纷医院被判承担全部责任案例评析 ..... 卢小琴 / 397
57. 三份鉴定报告的效力 ..... 杨会林 / 404  
——王某诉某医院医疗损害责任纠纷案
58. 错发药致孕妇引产的法律 responsibility ..... 李立凯 / 411
59. 牙齿美容能否适用《消费者权益保护法》 ..... 杨会林 / 415  
——隋某某诉穆某医疗服务合同纠纷案
60. 孙某犯非法行医罪案例评析 ..... 朱秀恩 / 422

## 十六、知识产权法律篇

61. 侵害“空客 A380”登机桥发明专利权纠纷案 ..... 刘孟斌 / 431
62. 专利诉讼抗辩因同一电子数据证据反败为胜 ..... 孔东培 / 435
63. 林东梁诉钜强（广州）机械有限公司侵害注册商标专用权  
纠纷再审案 ..... 任 琳 杨文峰 / 441
64. 雅兰实业（深圳）有限公司诉胥某民、敬某某不正当竞争  
纠纷案件评析 ..... 蔡 莉 / 447

## 十七、家庭企业法律篇

65. 司徒某某股权纠纷案 ..... 杨振锋 / 455

## 十八、仲裁法律篇

66. 由一起合资企业合同纠纷仲裁案看仲裁原则的适用 ..... 赵汉根 张 蓉 / 463
- 后 记 ..... / 469

—

## 保险法律篇





# 1. 从一起通海水域保险合同纠纷 评析保险人的保险责任期间

——A船务有限公司诉B保险公司通海水域保险合同纠纷案

苏婷婷 黄晖\*

## 一、案情介绍

2009年10月22日，A船务公司与B保险公司签订《预约保险协议书》，约定：A船务公司将其营运的船舶“中兴8”轮所载货物向B保险公司投保水路货物综合险，在2009年10月10日0时起至2010年10月9日24时止的协议期间内，“中兴8”轮运输的商品，凡属于保险条款列明保险标的范围均作为预约投保范围，适用中国人民财产保险股份有限公司的国内运输保险条款，按运输方式和货物种类不同，适用《国内水路货物运输综合险条款》。同时，2009年版《水路货物运输保险条款》中第六条“基本险”规定，对于因火灾、爆炸、雷电、冰雹、暴风、暴雨、洪水、海啸、崖崩、突发性滑坡、泥石流及在装货、卸货或转载时因意外造成的损失等保险事故造成保险货物的损失和费用，保险人依照本条款约定负责赔偿。第七条“综合险”规定，本保险除包括基本险责任外，保险人还负责赔偿包括符合安全运输规定而遭受雨淋所致的损失等损失。第十一条“责任起讫”条款规定：保险责任自签发保险单（凭证）后，保险货物运离起运地发货人的最后一个仓库或储存处所时起，至该保险凭证上注明的目的地的收货人在当地的第一个仓库或储存处所时终止，但保险货物运抵目的地后，如果收货人未及时提货，则保险责任的终止期最多延长至保险货物卸离运输工具后的15天为限。即，保险责任起讫期间为“仓至仓”。

同日稍后，A船务公司与B保险公司又签订了《补充协议》，该《补充协议》第三条约定，在协议载明的保险期限内，被保险人在运单项下发送的货物，保险责任从

\* 苏婷婷、黄晖，广东恒运律师事务所。

载货船舶驶离起运港时起至到达目的港卸货泊位停靠为止（装船和卸船过程中造成的货损不属于保险责任）。

2010年6月6日，A船务公司将一批重量为4,722.61吨的玉米从大连港运往揭阳红东码头，并签发水路货物运单。6月12日，“中兴8”轮抵达揭阳红东港锚地，6月13日17时靠泊码头，经收货人检验发现货物完好后开始卸货，21时停止卸货关舱。6月14日7时开舱卸货，22时停止卸货关舱。6月15日和16日，因下雨未开舱卸货，其中6月16日9时10分，为了腾出码头让其他船舶卸货，“中兴8”轮离开码头抛锚。6月17日6时重新靠泊码头，12时30分开舱卸货，发现船舱外侧进水，货物出现不同程度湿损。经B保险公司委托检验公司进行检验认为，货损原因是舱盖密封设施存在缺陷且在降雨过程中未加盖篷布保护、6月15日至16日所降暴雨引起雨水从舱盖渗漏所致。

## 二、争议焦点

本案货损原因是“中兴8”轮舱盖密封设施存在缺陷且在6月15日至16日降雨过程中未加盖篷布保护、暴雨引起雨水从舱盖渗漏所致。根据《水路货物运输保险条款》第六条基本险规定，“中兴8”轮因暴雨所致的货物损失属于《水路货物运输保险条款》和《补充协议》约定的保险责任范围内的损失。A船务公司和B保险公司对此均无异议。

但是，双方对该货损事故是否发生于B保险公司的保险责任期间存在较大争议。A船务公司认为根据《水路货物运输保险条款》第十一条的约定，保险责任期间为“仓至仓”，而且《补充协议》第三条仅约定保险责任期间于“到达目的港卸货泊位停靠为止”，但并未进一步明确约定是“首次靠泊”还是在首次靠泊后因故离开泊位、此后再进行的二次靠泊。“中兴8”轮于首次靠泊之后因故离泊到锚地，在锚地期间遭受暴雨导致货损，此后又从锚地二次到泊位靠泊卸货。因此，涉案货损事故不仅发生在“仓至仓”期间，而且发生在“到达目的港卸货泊位停靠之前”，因此系发生于保险责任期间。然而，B保险公司却认为，《补充协议》第三条对保险责任起讫期间的约定优先于《水路货物运输保险条款》第十一条的约定，而该第三条不仅明确约定保险责任期间为“从载货船舶驶离起运港时起至到达目的港卸货泊位停靠为止”，而且明确约定“装船和卸船过程中造成的货损不属于保险责任”，而本案货损系发生于卸货开始之后，亦即卸船过程中，因此不属于保险责任期间。



### 三、法院判决

#### (一) 一审判决

广州海事法院做出的一审《民事判决书》中认为，A船务公司与B保险公司签订的保险合同，由《预约保险协议》和《补充协议》组成，其中《补充协议》是对《预约保险协议》约定的变更和补充，当《补充协议》的约定与《预约保险协议书》的约定不一致时，应以《补充协议》的约定为准。根据《补充协议》第三条，“中兴8”轮载货从起运港驶离时起至船舶航行至目的港卸货泊位靠泊时止，并不包括船舶在目的港卸货泊位靠泊之后的卸货过程或重新驶离和靠泊，即B保险公司的保险责任至运载本案货物的“中兴8”轮到达目的港卸货泊位揭阳红东港码头停靠为止。“中兴8”轮于2010年6月13日17时停靠揭阳红东港码头卸货，依约定B保险公司对本案货物运输的保险责任期间到此时终止。经检验货物在保险责任终止时完好，没有发现货损。该轮在卸货过程中于6月15日至16日因暴雨而受损，系发生在本案保险期间终止之后。虽然“中兴8”轮曾于6月16日停止卸货离开码头抛锚，并于6月17日重新靠码头卸货，但该离泊、靠泊发生在“中兴8”轮靠泊卸货后的卸货过程中，属于卸货过程中的一部分，其重新靠码头不是《补充协议》中关于保险责任终止时约定的船舶驶离起运港航行到目的港卸货泊位靠泊的靠泊。因此，驳回A船务公司关于要求B保险公司赔偿涉案货损的请求。

#### (二) 二审判决

A船务公司不服一审判决，上诉于广东省高级人民法院。广东省高级人民法院做出的《民事判决书》中亦认定，因《补充协议》签订在《预约保险协议书》之后，若两份协议的条款存在冲突，应视《补充协议》系对《预约保险协议书》的补充、修改与变更，应以签订在后的《补充协议》的条款为准。

二审法院同时认定，2009年版《水路货物运输保险条款》第十一条规定的“仓到仓”责任期间与《补充协议》第三条约定的“港到港”责任期间相冲突。因《补充协议》签订在后，且《补充协议》中明确将责任起讫作为合同条款之一，相较于《预约保险协议书》在签订当时并未将《水路货物运输保险条款》作为合同附件予以明确而言，作为保险人的B保险公司在《补充协议》中将责任起讫条款向投保人和被保险人A船务公司予以了明示，A船务公司作为承运人，熟悉航运业务特点，其对B保险公司当时所明示的该责任起讫条款并未提出异议，并签字同意，应视为接受了签订在后的《补充协议》中的责任起讫条款，而该条款应作为认定涉案货物的保险责任期间的最终依据，对双方均有约束力。

《补充协议》第三条责任起讫条款中的“装船和卸船过程中造成的货损不属于保险责任”的说明应视为对责任期间的特别说明，即装货和卸货过程不属于保险责任期间，针对卸货而言，船舶一旦停靠泊位完毕即保险责任期间终止，卸船过程中造成的货损不属于保险责任。本案事实表明，“中兴8”轮于2010年6月13日17时停靠揭阳红东港码头，随即进入卸货状态，B保险公司保险责任期间到此时已终止，卸货过程中发生的一切状况与保险人无关。涉案货损系发生于保险期间终止之后的6月15日至6月16日的卸货期间，已不属于保险责任期间。虽然“中兴8”轮曾于6月16日停止卸货离开码头抛锚，并于6月17日重新靠码头卸货，但该离泊、靠泊不是新的运输航次，而是本航次中船舶到达卸港泊位之后的卸货过程，超出了保险责任期间。因此驳回上诉，维持一审判决。

### （三）再审裁定

对于二审《民事判决书》，A船务公司仍不服，并向最高人民法院申请再审。最高人民法院出具《民事裁定书》仍认为，双方当事人就涉案保险合同先后签订了《预约保险协议书》和《补充协议》，《补充协议》应视为对《预约保险协议书》的变更与补充。当二者约定不一致时，应以《补充协议》的约定为准。《预约保险协议书》约定适用的《水路货物运输综合险条款》第十一条规定了“责任起讫”，但《补充协议》又对“责任起讫”重新做出了约定，因此应以签订在后的《补充协议》的“责任起讫”条款为准。同时，涉案《补充协议》第三条的括号部分是对起讫时间作出的进一步说明，不属于《保险法》第十七条第二款中规定的免除保险人责任的条款，“对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。”该条以及括号部分既不属于格式条款，按照一般理解也不存在歧义，因此合法有效。鉴此，二审判决认定涉案货损发生在保险责任期间终止之后具有合同及法律依据，依法驳回A船务公司的再审申请。

## 四、案例评析

本案的争议焦点在于：1. 应依据《预约保险协议》中约定适用的《水路货物运输综合险条款》第十一条的“责任起讫”条款，还是应当依据《补充协议》第三条“责任起讫”条款判定保险人的保险责任期间；2. 《补充协议》中第三条“责任起讫”是否属于格式条款；3. 船舶到达目的港卸货泊位靠泊时间点的确认。以下分述之。

（一）应依据《预约保险协议》中约定适用的《水路货物运输综合险条款》第十一条的“责任起讫”条款，还是应当依据《补充协议》第三条“责任起讫”条款判定保险人的保险责任期间

首先，单从文义、字面解释角度看，所谓“补充”即意味着《补充协议》是对《预约保险协议》相关内容的补充、修改和变更，故《补充协议》与《预约保险协议》若有不同约定时，应以《补充协议》中的约定为准。

其次，从合同订立的先后顺序上看，《补充协议》的签订时间晚于《预约保险协议》，故《预约保险协议》为先合同，《补充协议》为后合同，根据合同法中“后合同优于先合同”的基本原则，本案《补充协议》中关于保险责任期间的约定应优于《预约保险协议》。

再次，从合同具体内容上看，《预约保险协议》的内容较为笼统、概括，缺乏具体性约定；而《补充协议》则是在《预约保险协议》原则性约定基础上的进一步细化，内容更为详细具体、更具可操作性。因此，内容更为详尽具体的《补充协议》应优先于笼统的《预约保险协议》。

## （二）《补充协议》中第三条“责任起讫”是否属于格式条款

二审中，A船务公司提交了在B保险公司投保同样险种的另外三条船舶的《预约保险协议》和《补充协议》，意图证明《补充协议》中第三条“责任起讫”是B保险公司单独拟定和重复使用的，属于格式条款，因而无效。

但B保险公司却认为该条并非格式条款，理由是：首先，相对于B保险公司庞大的业务量而言，有四条船舶采用《补充协议》作为保险合同尚根本达不到我国法律有关格式条款所规定的“重复使用”的条件。其次，本案中双方在同一天先后当面签署了《预约保险协议》和《补充协议》。相较于《预约保险协议》，签订在后的《补充协议》扩大了保险责任的范围，同时相应缩短了保险责任起讫期间（即，从“仓至仓”缩短到“港至港”）。据此事实可知，双方对《预约保险协议》和《补充协议》进行过充分的协商，否则如果双方未进行协商，则根本没有必要再签订一份《补充协议》，也根本没有必要专门将双方对“保险责任范围”和“保险责任起讫期间”的变更和调整在《补充协议》中予以体现。再次，《补充协议》第三条仅是对“保险责任起讫期间”的约定，其既没有免除B保险公司的主要责任，也没有加重A船务公司的责任或排除A船务公司的主要权利。

## （三）船舶到达目的港卸货泊位靠泊时间点的确认

《补充协议》第三条“责任起讫”条款约定，保险人的保险责任从载货船舶驶离起运港时起至到达目的港卸货泊位停靠为止（装船和卸船过程中造成的货损不属于保险责任）。根据文意解释原则并按常理考虑，《补充协议》第三条约定的据以确定保险

责任期间终止时间的目的港靠泊，应当理解为船舶到达目的港后的首次靠泊，而不能将其无限扩大解释为船舶到达目的港靠泊后因其他需要的任意一次靠泊。“中兴8”轮于2010年6月13日17时停靠揭阳红东港码头，随即进入卸货状态，B保险公司的保险责任期间到此时已终止。经检验货物在保险责任终止时完好，没有发现货损。虽然“中兴8”轮曾于6月16日停止卸货离开码头抛锚，并于6月17日重新靠码头卸货，但该离泊、靠泊不是新的运输航次，而是本航次中船舶到达卸港泊位之后的卸货过程，超出了保险人保险责任期间。一审、二审、再审法院对此认定完全正确。

**【点评】**本案的争议焦点在于：1. 应依据《预约保险协议》中约定适用的《水路货物运输综合险条款》第十一条的“责任起讫”条款，还是应当依据《补充协议》第三条“责任起讫”条款判定保险人的保险责任期间；2. 船舶到达目的港卸货泊位靠泊时间点的确认。

对于第一个争议焦点，各个法院通过审理均认为，《补充协议》应视为对《预约保险协议书》的变更与补充。当二者约定不一致时，应以《补充协议》的约定为准。这一结果符合我国法律的有关规定。为避免争议，这也警示保险双方，在需对保险条款进行变更而签订补充协议时，最好可以加上“前后签订的协议出现不一致时以何种版本为准”的条款，以明确双方之间的权利义务。

对于第二个争议焦点具有一定的典型意义。实践中，船舶靠泊后，经常会因为其他原因可能出现二次靠泊的情况。这就容易对何为“靠泊”产生分歧。本案中，法院认为在判定船舶到达目的港卸货泊位靠泊时间点时，应以船舶到达目的港靠泊后的首次靠泊为准，而非船舶到达目的港首次靠泊后因某些原因离泊而后的再次靠泊。这对保险实践中双方缔约保险条款时对何为“靠泊”具有较为明确的指导意义。

（点评人：陈向勇 广东敬海律师事务所）

## 2. 杨某某保险合同纠纷案

范小强\*

### 一、案情介绍

2013年7月23日，杨某某与人保某公司签订保险合同，合同载明的保险期限为2013年8月8日到2014年8月7日，保险车辆的车牌为粤A97\*\*\*，其中第三者责任保险的保险限额为50万元，有购买不计免赔特约险。

2013年9月8日，杨某某驾驶粤A97\*\*\*号车辆与行人旷某某、旷某发生碰撞，造成旷某某送医院抢救无效死亡、旷某受伤的后果。事故发生后杨某某叫来案外人王某冒名顶替，广州市公安局交通警察支队白云一大队作出【2013】第A00068号《道路交通事故认定书》认定王某承担事故全部责任。

后【2013】第A00068号《事故认定书》被依法撤销并重新作出【2013】第A00068-1号《道路交通事故认定书》，认定交通事故发生时的驾驶人为杨某某，杨某某事故后没有报警、抢救伤者，弃车逃逸，并于2013年11月6日被抓获，交警认定杨某某承担事故的全部责任。

事故发生后杨某某与交通事故的受害人达成调解协议，赔付受害人旷某某家属95万元。同时杨某某垫付伤者旷某6万多元医疗费，杨某某依据已经被撤销的【2013】第A00068号《道路交通事故认定书》及垫付医疗费凭据向人保某公司申请理赔，人保某公司向杨某某预赔47061.94元。

### 二、仲裁情况

杨某某向广州仲裁委员会申请仲裁，要求人保某公司在商业第三者责任保险限额内支付保险金50万元。同时人保某公司向广州仲裁委员会提出反请求，要求杨某某返还预赔保险金47061.94元及利息。

---

\* 范小强，北京市盈科（广州）律师事务所。

仲裁庭认为杨某某与人保某公司签订的合同合法有效，人保某公司已经就免责条款履行了提示说明义务，杨某某的行为符合保险合同约定的免责约定。广州仲裁委员会裁定：1. 杨某某向人保某公司返还 47061.94 元；2. 对杨某某的全部仲裁请求不予支持。

### 三、案例评析

本案最主要的争议焦点为免责条款是否合法有效，保险公司是否履行了提示说明义务。

#### （一）保险人对免责条款说明义务的立法变化

2009 年 10 月 1 日施行的《保险法》第十七条规定：“订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。”上述法律规定仅就保险人的一般说明义务和明确说明义务作了较为原则的规定。

2013 年 6 月 8 日实施的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（二）》第十条规定：“保险人将法律、行政法规中的禁止性规定情形作为保险合同免责条款的免责事由，保险人对该条款作出提示后，投保人、被保险人或者受益人以保险人未履行明确说明义务为由主张该条款不生效的，人民法院不予支持。”

从上述立法变化来看，保险人对以法律、行政法规的禁止性规定作为免责条款，从明确说明义务降低为提示义务。

#### （二）对违反法律、行政法规的禁止性规定行为，降低保险人明确说明义务，符合保险制度的精神

1. 无证驾驶、酒后驾驶、肇事逃逸等属于社会危害极大的违法行为。对于此类行为如果被保险人通过保险将赔偿责任风险转嫁，虽然暂时保护了受害人的权益，但却降低了违法行为人的违法成本，实际上纵容了违法行为的发生。

2. 将法律禁止性规定的行为作为免责条款不同于其他免责条款，驾驶人应当了解违法行为的含义和法律后果，此类免责条款减轻保险公司的明确说明义务符合保险法最大诚信原则和立法的目的。

3. 保险的目的就是减轻侵权人的赔偿负担，分散风险。逃逸作为一种保险合同约定的免责条款，并无加重侵权人的赔偿责任，也没有损害受害人的合法权益。广东省

高级人民法院（2014）粤高法民复字第1号《就肇事逃逸免责条款是否适用于商业三者险的批复》，就十分清晰地对这一法理作出了阐释。

### （三）保险免责条款提示义务的履行方式

结合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（二）》第十一条规定、《广东省高级人民法院关于审理保险合同纠纷案件若干问题的指导意见》第九条规定，保险人应该在投保单、保险单或保险凭证、保险条款上通过特殊标记的方式足以引起投保人知悉该免责条款以及相应的法律后果，保险人即完成了提示说明义务。

### （四）逃逸行为作为保险合同中的免责事由之例外

1. 逃逸行为交强险不能免责。《机动车交通事故责任强制保险条例》或交强险保险条款并未将肇事逃逸列入免责事由范围。《机动车交通事故责任强制保险条例》第二十四条规定，机动车肇事逃逸的，由救助基金先行垫付相关费用并可向责任人追偿。但该条规定的前提条件为肇事者逃逸后无法确定肇事车辆情形下，为保障受害人得到及时救治才由救助基金垫付，但不能据此得出保险公司免赔的结论。

2. 特殊情形下的逃逸行为保险人不能免责。交通事故发生后，肇事人因被围攻，人身受到伤害威胁而离开现场，或司机为抢救伤者离开事故现场，或司机发生交通事故时并不知情而离开现场等特殊情形，虽然交警部门根据《道路交通安全法》第七十条规定，认定司机承担全部责任。但上述行为无扩大损害的后果，且主观方面没有逃逸的故意，因而对于特殊情形下的逃逸行为笔者认为保险公司不能免责，但应由当事人提供充分的证据予以证实。

**【点评】** 本案例是适用最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（二）》第十条规定的典型案例。作者从保险人对免责条款说明义务的立法变化出发，深入浅出地论述了《保险法司法解释（二）》第十条规定降低保险人明确说明义务符合保险制度的精神。同时，作者还从实际操作层面阐释了保险免责条款提示义务的履行方式。难能可贵的是，作者还进一步提出了创新观点：逃逸行为作为保险合同中的免责事由不能一概而论，在实践运用中应当有例外情形。本案例对于律师承办因为免责条款引发的保险纠纷有很好的指导意义。

（点评人：文桃丽 广州卓信律师事务所）





二

财税法律篇





### 3. 合并重组案例的税收问题分析与思考

何海琼\*

#### 一、合并重组的案例背景情况

1999年，自然人陈某与刘某合资设立了A公司，双方分别持股50%。A公司投资参股了B公司，A公司为B公司的大股东，持有B公司80%的股权，还有自然人王某、C公司分别持有B公司10%的股权，B公司购买某工厂的股权，经过多年经营积累，工厂的经营效益日益高涨。现有意整合工厂资产申请发行股票上市。鉴于B公司除了持有工厂股权外，没有其他经营业务，为简化管理层级，理顺持股关系，拟A公司吸收合并B公司。具体操作方案是A公司吸收合并B公司，B公司解散。在B公司注销后，A公司直接持有工厂的股权，陈某、刘某、原B公司股东（自然人股东王某、C公司）共同作为A公司的股东。

#### 二、合并重组方案因税收问题而“流产”

企业合并重组涉及的资产及负债转移时流转环节是否需要缴纳增值税、营业税、土地增值税及契税等问题，还涉及被吸收合并企业及其股东的所得税问题。最大的难点在于企业所得税和个人所得税问题。

本案例的操作过程中，最大的问题也在于所得税问题上。A公司与B公司的主管税务机关分别是公司注册地的地税局和国税局，其一主管税务机关认为被合并企业B公司的企业法人股东可按有关合并重组文件的规定，在合并重组交易满足特殊性税务处理的前提条件下，在合并环节不需缴纳企业所得税，享有递延纳税待遇，而被合并企业B公司的自然人股东则不适用上述合并重组文件的规定，在合并环节需缴纳自然人股东的个人所得税，不享有递延纳税待遇。为此本合并重组案例中的自然人股东需缴纳个人所得税，而企业法人股东却无需缴纳企业所得税。B公司的股东因各自“身

\* 何海琼，广东君信律师事务所。

份”不同而所需承担的税务成本不一样，关于税务成本承担问题争执不下而导致最终合并重组方案“流产”。

### 三、合并重组的企业所得税之税收规定

国家税务总局自1997年、1998年起颁布规定明确外资企业、内资企业的合并重组的所得税处理，2000年进行了修改，2009年颁布了59号文、2010年发布了4号公告、2015年发布了48号公告，该等政策对于适用所得税特殊税务处理的规定逐次细致、合理、明确、严谨，有关税务机关的监管要求越来越严格，现行合并重组所得税的处理按59号文及4号公告、48号公告的规定进行规范。具体规定简介如下：

2009年，财政部和国家税务总局联合出台《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税200959号，以下简称“59号文”）。59号文件对于适用特殊性税务处理的合并企业所需具备条件规定的较为明确：如提高合并时股权支付比例的要求，强调合并时股权支付对价不低于交易支付额的85%（或同一控制下且不需要支付对价），增加要求必须满足权益的连续性以及经营的连续性，才可以享受特殊性税务处理的待遇。同时，采用特殊性税务处理还需要企业当事各方在该重组业务完成当年企业所得税年度申报时，向主管税务机关提交书面备案资料，证明其符合各项特殊性重组规定的条件。企业未按规定书面备案的，一律不得按特殊重组业务进行税务处理，强调税务机关的审批监管。

在采用特殊性税务处理时，合并后的存续企业性质及适用税收优惠的条件未发生改变的，可以继续享受合并前该企业剩余期限的税收优惠，其优惠金额按存续企业合并前一年的应纳税所得额（亏损计为零）计算。

对不符合特定条件的企业合并，则只能采用一般性税务处理原则，不得享受重组合并的税收优惠。采用一般性税务原则进行处理时，被合并企业应该在当期确认有关的资产转让所得或者损失，同时被合并企业及其股东要按照清算进行企业所得税处理；合并取得资产的计税基础按照公允价值确定；被合并企业的亏损不得在合并企业结转弥补。

2010年，国家税务总局发布了《企业重组业务企业所得税管理办法》（国家税务总局公告2010年第4号，以下简称“4号公告”），4号公告是根据《企业所得税法》及其实施条例、《税收征收管理法》及其实施细则和59号文制定的，其就59号文适用的具体问题进一步细化，例如对税收优惠政策承继问题规定更为细致。4号公告还规定重组参与各方、如何判断具有商业目的等，同时强调了税务机关对采用特殊性税务处理的企业的管理及后续跟踪的制度。

2014年，财政部、国家税务总局发布《关于促进企业重组有关企业所得税处理问

题的通知》(财税〔2014〕109号),对股权收购、资产收购、股权及资产划转等问题作出进一步规定,但没有对合并重组事宜作出规定。

2015年,国家税务总局发布了《关于企业重组业务企业所得税征收管理若干问题的公告》(2015年第48号,以下简称“48号公告”)。48号公告增加规定须审查合并前12个月交易情况,并要求合并各方应向主管税务机关提交重组前连续12个月内有无与该重组相关的其他股权、资产交易情况的说明,并说明这些交易与该重组是否构成分步交易,是否作为一项企业重组业务进行处理。

#### 四、合并重组案例在操作中适用特殊性税务处理所碰到的问题

根据59号文、4号公告、48号公告规定,企业合并时资产及负债的转移的所得税的税务处理可采用一般税务处理及特殊税务两种处理方式。

在一般税务处理模式下,A公司应按公允价值确定接受各项资产和负债的计税基础。被合并企业B公司应视为按公允价值转让、处置全部资产,计算资产的转让所得,依法缴纳所得税。被合并企业B公司以前年度的亏损,不得结转到合并企业弥补。被合并企业B公司的股东取得合并企业的股权视为清算分配。

在特殊税务处理模式下,A公司接受B公司资产和负债的计税基础,以B公司的原有计税基础确定;B公司合并前的相关所得税事项由A公司承继;可由A公司弥补的B公司亏损的限额=B公司净资产公允价值×截至合并企业业务发生当年年末国家发行的最长期限的国债利率;B公司股东取得合并企业股权的计税基础,以其原持有的被合并企业股权的计税基础确定。

A公司吸收合并B公司必须符合下列条件的,才可以适用特殊性税务处理规定:

- (1) 具有合理的商业目的,且不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的;
- (2) 被合并的资产或股权比例符合规定的比例;
- (3) 企业重组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动;
- (4) B公司股东在合并发生时取得的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%,或属于同一控制下且不需要支付对价的企业合并;
- (5) 企业重组中取得股权支付的原主要股东,在重组后连续12个月内,不得转让所取得的股权。

现行税收法律及国家税务总局的规定没有对企业合并适用特殊税务处理时被合并企业的自然人股东是否需要缴纳个人所得税问题予以十分明确的规定(个别地方的税务机关对此作出规定,如海南省及大连市)。在企业合并适用特殊税务处理模式下,B公司的资产和负债按原账面价值合并到A公司,A公司资产并无增值且B公司股东的

投资成本并无变化，A公司合并前后控制的营业和资产并不变化（股东权益连续性和经营连续性继续保持），A公司股东的投资成本并无变化，也不存在股东获得收益问题，整个合并重组交易满足特殊性税务处理的条件，被合并企业的法人股东依政策享有递延纳税待遇，对于被合并企业的自然人股东从理论而言也应给予与企业法人股东同样的递延纳税待遇，才符合国家税务总局出台若干企业重组税务优惠政策的本意：鼓励具有商业目的，不具有交易现金流的企业重组合并交易。

但由于上述合并重组的文件只提及了企业所得税问题，对于被合并企业的法人股东在合并环节不需缴纳企业所得税是明确的，有依据的，但对于被合并企业的自然人股东在合并环节是否需要缴纳个人所得税则没有提及，实际执行过程中不同的税务机关有不同的理解。

本案例的操作过程中，A公司与B公司的主管税务机关分别是公司注册地的地税局和国税局，其一主管税务机关认为被合并企业B公司的企业法人股东可按上述合并重组文件的规定，在合并重组交易满足特殊性税务处理的前提条件下，在合并环节不需缴纳企业所得税，享有递延纳税待遇，而被合并企业B公司的自然人股东时则不适用上述合并重组文件的规定，在合并环节需缴纳自然人股东的个人所得税，不享有递延纳税待遇。为此本合并重组案例中的自然人股东需缴纳个人所得税，而企业法人股东却不需缴纳企业所得税。

由于国家税务总局没有对合并时采用特殊税务处理时被合并企业的自然人股东的个人所得税计缴问题作出明确规定，对于如何具体计算个人所得税也有不同理解，有人认为按清算所得计缴个人所得税，有人认为按转让股权所得计缴个人所得税，有不少的争议与困惑。

如果按股权转让计缴B公司个人股东的所得税，其计缴依据是2015年1月1日施行的《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（2014年第67号公告），其第十二条规定：申报的股权转让收入低于股权对应的净资产份额的。其中，被投资企业拥有土地使用权、房屋、房地产企业未销售房产、知识产权、探矿权、采矿权、股权等资产的，申报的股权转让收入低于股权对应的净资产公允价值份额的，视为股权转让收入明显偏低。第十四条规定：“在股权转让收入明显偏低的情形下，主管税务机关可按净资产核定股权转让收入；股权转让收入按照每股净资产或股权对应的净资产份额核定。被投资企业的土地使用权、房屋、房地产企业未销售房产、知识产权、探矿权、采矿权、股权等资产占企业总资产比例超过20%的，主管税务机关可参照纳税人提供的具有法定资质的中介机构出具的资产评估报告核定股权转让收入。”

## 五、案例评析

在上述案例中，该合并重组方案为同一控制下不需要支付现金对价的企业合并，其目的在于理顺管理关系，减少管理层级，提高决策效率，显然具有合理的商业目的，不以延迟、少缴税为目的，符合所得税特殊性处理的条件，合并重组没有任何法律障碍，但在操作该合并重组方案时发现，被合并的 B 公司之股东因身份不同所需承担的税收负担完全不同，B 公司的企业法人股东在合并时不需缴纳任何税款，而 B 公司的自然人股东在合并时需按清算所得或股权转让所得计缴个人所得税，在 B 公司自然人股东并没有获得任何现金对价或其他非股权支付对价时，该自然人股东却需要按视为公允价值转让股权计缴个人所得税，如果该自然人股东计缴个人所得税后，该个人所持有 A 公司的股权成本将按公允价值确定，这与 59 号文所确定原则“被合并企业股东取得合并企业股权的计税基础，以其原持有的被合并企业股权的计税基础确定”不符，与 B 公司其他企业法人所持有 A 公司股权的计税基础也不一样，这种差异不合常理，也没有法理，体现不了国家税务总局出台税收政策鼓励和促进正常经营需要的企业合并、分立业务的健康发展的本意与目的，一个合理的商业合并方案可能因为自然人股东与企业法人股东所承担的税收负担不一样，以至于最终无法实施。

其实在 48 号公告中，已明确有关合并重组交易中，被合并企业股东和分立中被分立企业股东，可以是自然人，肯定了被合并企业中可以有自然人的股东，但却不对自然人股东的所得税是否可以特殊性处理进行规定，而是规定合并交易各方中的自然人应按个人所得税的相关规定进行税务处理，而在个人所得税的有关规定中，却没有任何关于合并重组所涉及个人所得税的规定，对各被合并企业的自然人股东因合并而发生的股权转换只能按一般股权转让处理，才会产生上述同一合并重组交易中同为股东因身份性质不同而有不同的税务处理，承担的税收负担不同。如果这是因为个人所得税的有关规定来不及作出配套规定，那就是因为法律法规不配套而造成的问题，如果国家税务总局出台有关政策的本意是要区别企业法人股东与自然人股东所享有不同的税收政策，则带有歧视的问题，造成合并重组方案税务处理复杂的局面，这与国家鼓励具有合理商业目的的企业合并的精神不符。

因而值得思考与关注的问题是：国家在制定有关税收政策时，一是要注重各方当事人所涉及的税收负担，是否有不合理的税收“歧视”；二是要注意各种税种的规定相配套、各部门法律规定相一致的问题，以免法律法规与政策不配套产生种种实际执行过程中的问题，实际影响了有关政策的执行及效果。

**【点评】**合并是企业重组的方式之一，企业重组作为企业在日常经营活动以外发生的法律结构或经济结构重大改变的交易，包括企业法律形式改变、债务重组、股权收购、资产收购、合并、分立等，企业重组时，通常会涉及企业所得税、个人所得税、增值税、土地增值税、营业税、契税、印花税等的处理，如果能进行相应的税务筹划将会给企业减轻重组的税负成本，其中，最为重要的也是最为难办的是所得税的筹划，也即企业所得税和个人所得税的筹划。

本文作者首先对我国企业重组业务中涉及的税收相关规定进行了梳理，再通过一起合并案例对其中所涉及的规定、问题、现状等提出了自己的分析及思考，企业重组时涉及的企业所得税，财政部、国家税务总局等下发了不少文件是给予优惠减免或者可以递延缴纳的，而对于重组中涉及的个人所得税基本上不存在相应的优惠、减免或者递延缴纳等待遇，这种区别企业法人股东与自然股东并给予不同的税收政策，则带有歧视的性质，并造成合并方案税务处理复杂的局面，与国家鼓励具有合理商业目的的企业合并的精神不相符。因此，建议国家在制定有关税收政策时，一是要注重各方当事人所涉及的税收负担，是否有不合理的税收“歧视”；二是要注意各种税种的规定相配套、各部门法律规定相一致的问题，以免法律法规与政策不配套产生种种实际执行过程中的问题。

本文作者提出的我国目前企业法人股东与自然股东的税收政策上不同待遇的规定，确是现实存在的，对此，一可以如本文作者文中所写向相关部门提出建议，二可以在目前法律规定的合法范围内进行合理操作，使得企业的重组顺利进行并尽量减轻企业税负。本文作者在对相关税收政策进行梳理时，遗漏了其最后着笔的个人所得税的规定，如果能够弥补文章结构将更完整。

(点评人：徐立 广东海之华律师事务所)



三

房地产法律篇





## 4. 征用拆迁地块烂尾被拍卖后竞买公司是否需要承担历史遗留安置问题的法律适用实例

尤玉婵\*

### 一、当事人本情况及案由

案由：房屋拆迁裁决纠纷

原告：甲——某市南村乡××堂

被告：乙——市国土资源和房屋管理局

第三人：省A局；省B公司；市C公司；市D公司

### 二、案情介绍

1995年2月，乙核发拆许（1995）第036号《房屋拆迁许可证》及房[95]拆字036号《某市国土资源和房屋管理局城市房屋拆迁公告》，许可市C公司对某区某路以北，某路以东地块进行征用，负责房屋拆迁。案涉某路76号，76号之一、之二、之三，贤思街108号房屋位于该地块。1996年5月，乙以国土建用函字〔1996〕第78号文同意由省A局（A）、省B公司（B）、市C公司（C）共同开发该地块，拆迁期限延期至1998年1月21日。后由于A、B与C之间有经济纠纷，A、B起诉C胜诉并进入申请强制执行阶段。2005年4月，某市中级人民法院发出（2004）中法执字第1607号《委托拍卖函》，委托乙对包含涉案房屋在内的某市某路以北、某路以东地段3420平方米的土地使用权进行公开挂牌出让。出让挂牌公告明确：“竞得人需协助办理有关手续，A和B两家拆迁单位承诺，地块出售后，在前期投入补偿款扣下500万元用作解决该地块拆迁、安置遗留问题所需费用，不足部分仍由两家拆迁公司支付，与竞

\* 尤玉婵，广东润科律师事务所。

得人无关。”2005年9月，D公司通过公开招拍挂牌出让竞得上述地块使用权。2007年8月，某市国土资源和房屋管理局某区分局以上述五间涉案房屋代管人的身份与拆迁人省A局、B公司、C公司分别签订了房屋拆迁补偿协议书，由上述拆迁人对涉案房屋包括租户作补偿安置，后甲向区法院起诉要求确认某区分局以代管人身份与ABC签订的房屋拆迁补偿协议无效，一二审法院支持了甲的诉讼请求，上述几份房屋拆迁补偿协议无效。

由于甲与拆迁人ABC就涉案房屋拆迁补偿安置达成协议，于2010年5月份向乙申请裁决，乙依法受理。由于甲不同意接受由拆迁人所提供的给原租户使用的永迁安置房屋作为涉案房屋的产权调换房的补偿方案，要求原址回迁安置。由于裁决案件受理时地块已经拍卖，ABC已无法在原址提供产权自有的房屋补偿给甲，甲要求回迁安置的方式不具有可行性。甲表示如果回迁安置无法实现，可选择货币补偿方式。各方均同意通过摇珠确定评估机构，委托该评估公司对涉案房屋以2010年5月11日为估价时点作出评估报告：五间房屋的市场评估价全交吉价值为人民币35,993,687元、不交吉总价值为人民币25,265,581元，拆迁各方均未对上述评估结果提出异议。

2012年9月26日，乙依据相关规定作出国房拆裁字〔2010〕第17号房屋拆迁裁决书，裁决如下：一、申请人甲与各被申请人（省A局、B公司、C公司）共同到本局办理相关货币补偿手续；二、被申请人应一次性支付申请人货币补偿款25,265,581元及利息；三、被申请人支付评估费用。甲对上述裁决不服，向广东省住房和城乡建设厅申请复议，该厅于2013年2月6日作出粤建复决〔2013〕5号行政复议决定书，维持被告上述裁决。

甲仍不服，起诉至区法院，认为第三人D应当与其他第三人ABC共同承担拆迁安置补偿责任；要求D应当对甲进行原址产权调换补偿；第三人共同赔偿甲的租金损失、临迁费、延期安置补偿费共23,375,379元；要求乙对甲承担赔偿责任赔偿租金、临迁费、延期安置补偿费、房屋交吉价、涉案地块属于旧城区增加赔偿价总共60,455,241元。第三人ABC也分别向区法院提起诉讼。

### 三、争议焦点

#### 1. 原告是否具备本案的主体资格？

第三人ABC在一审中均认为：原告甲作为一个社会团体，至今未提供任何社团登记材料，原告不具备本案的主体资格，而且认为被告在作出裁决时没审查原告的主体资格是有问题的。被告乙认为甲具备本案主体资格，甲的身份被省高级人民法院（2009）粤高法民一申字第3026号民事裁定书认定就是市房产档案中的××堂。

## 2. 法律适用的问题

由于本案被告乙市国土资源和房屋管理局是在1995年对该地块核发《拆迁许可证》及《房屋拆迁公告》，涉案房屋在1997年2月被拆除，原告在2010年才向被告申请裁决，被告于2012年作出裁决。从1995年到2012年期间，经历了国务院颁布的《城市房屋拆迁管理条例》曾两度被修改，而本市的《房屋拆迁管理办法》同样经两度修改。在庭审过程中，原被告双方就适用哪年的拆迁条例和行政法规持有不同意见，原告甲认为应该适用对自己最有利的2004年的拆迁条例，被告认为应该适用核发拆迁许可证时所适用的拆迁条例和行政法规。

## 3. 涉案的《挂牌出让公告》效力是否及于被拆迁人？

2005年法院委托被告司法拍卖该地块，被告向外发布的《挂牌出让公告》明确：“竞得人需协助办理有关手续，广东省A局和广东B公司两家拆迁单位承诺，地块出让后，在前期投入补偿款扣下500万元用作解决该地块拆迁、安置遗留问题所需费用，不足部分仍由两家拆迁公司支付，与竞得人无关。”原告认为此《挂牌出让公告》效力只及于出让人及竞得人，并不及于被拆迁人。被告在2005年8月16日发出的关于本案土地的《土地使用权出让挂牌公告》明显违反相关规定和土地使用权交易常规，效力不及于原告，D竞拍本地块时，三拆迁人既未取得该地块使用权，更没有合法有效的拆迁结案手续，根据《广东省拆迁城镇华侨房屋规定》第十、十一条规定，D应对原告进行原产权调换的安置补偿。事实上对于出让拍卖公告效力问题的认定关系到竞得人D是否需要承担甲的房屋拆迁补偿安置义务。

## 四、法院判决

本案经过法院一审两次公开开庭审理后，作出了一审判决，维持了被告乙所作出的房屋拆迁裁决书，驳回了原告甲的诉讼请求；驳回了原告甲的赔偿请求。原告不服，提起了上诉，二审法院维持了一审判决。对于上述争议焦点，两审法院审理查明认为：

1. 关于各第三人对于原告主体资格认定的问题，经乙市中级人民法院（2009）穗中法民五终字第446-450号民事判决书认定王某具有甲组织的委托代理人身份、经省高级人民法院（2009）粤高法民一申字第3026号民事裁定认为原告甲就是市房产档案中的××堂，王某的身份一直没有改变，故认定原告具有本案诉讼主体资格，王某可以作为××堂的代表人参加诉讼。而省A局、B公司、C公司对原告主体资格有异议依据不足，法院不予支持。

2. 对于被告作出的涉案拆迁裁决的合法性问题，法院认为被告发布的《广州市国有土地使用权挂牌出让公告》无论是其内容还是出让程序均符合《招标投标挂牌出让

国有土地使用权规定》、《广东省土地使用权交易管理规定》和《广州市国有土地使用权公开出让规则》的相关规定，在未经法定程序撤销或宣布无效之前，对各方当事人均有法律效力，是处理涉案地块纠纷的依据。如原告对被告的《公告》有异议，可另寻其他法律途径解决。

3. 法院认定被告所作的涉案裁决所依据的法律法规正确。《国有土地上房屋征收与补偿条例》第三十五条规定：“本条例自公布之日起施行，2001年6月13日国务院公布的《城市房屋拆迁管理条例》同时废止。本条例实施前已依法取得房屋拆迁许可证的项目，继续沿用原有的规定办理，但政府不得责成有关部门强制拆迁。”涉案地块依法取得房屋拆迁许可证的时间是1995年，根据上述规定，被告应依据当时的法律法规进行处理。对于原告所主张适用2001年1月1日实施的《城市房屋拆迁管理条例》与2004年1月1日实施的《广州市城市房屋拆迁管理办法》要求对涉案拆迁房屋补偿上浮20%没有依据，法院不予支持。

4. 涉案房屋发还拆迁前处于出租状态，ABC已对原租户进行安置，因此被告按照不交吉价格作价补偿亦不违法。原告主张涉案房屋全部出租，并对租户进行安置事实不清证据不足，按不交吉补偿违法理据不足，法院不予支持。

5. 由于涉案地块已经法院拍卖出让，无法在原址提供产权自有的房屋补偿安置，且原告已经接受货币补偿方式，故被告采取货币补偿方式作出裁决亦无不当。原告现主张应进行原产权调换的安置补偿本院不予支持。

6. 原告主张被告赔偿租金损失、临迁费、延期安置补偿费的请求，由于其未能提供充分证据证实被告裁决造成其上述损失，原告该项请求依据不足，本院亦不予支持。

7. AB主张以拆迁公告时的评估价格为准以及其不应承担补偿责任均理据不足，本院不予支持。

## 五、案例评析

针对案件争议焦点及综合案情，笔者观点如下：

1. 原告具备本案的主体资格，法院支持原告的观点是正确的

原告主体资格经乙市中级人民法院（2009）穗中法民五终字第446-450号民事判决认定王某具有甲组织的委托代理身份，经省高级人民法院（2009）粤高法民一申字第3026号民事裁定认定原告就是涉案的被拆迁人，并且上述判决书、裁定书均已生效。《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第六十八条规定：“下列事实法庭可以直接认定：（一）众所周知的事实……（四）已经依法证明的事实……前款

(一)、(二)、(四)、(五)项,当事人有相反证据足以推翻的除外。”依据该条规定的第四款可知,法院对于已经依法证明的事实可以直接作出认定,除非有异议一方提出足以推翻的证据除外。在本案中,原告的主体资格已经早在2009年经过广东省高级人民法院予以确认,而省A局、B公司、C公司并无提供任何证明原告不具有主体资格的证据材料,因此,法院依据上述裁定认定原告具备本案的主体资格是正确的。

## 2. 关于本案法律适用的问题

2011年11月国务院颁布施行的《国有土地上房屋征收和补偿条例》第三十五条规定:“本条例自公布之日起施行。2001年6月13日国务院公布的《城市房屋拆迁管理条例》同时废止。本条例施行前已依法取得房屋拆迁许可证的项目,继续沿用原有的规定办理,但政府不得责成有关部门强制拆迁。”依据该条例规定,本案所适用的法律法规应当是与“作出拆迁许可”这一行政行为之时所施行的法律法规相对应。本案所涉地块拆迁许可证是1995年核发,1995年适用的是1991年实施的《城市房屋拆迁管理条例》,因此,被告依据1991年实施的《城市房屋拆迁管理条例》对涉案房屋的拆迁补偿作出裁决是正确的,也符合法律不溯及既往的原则。

而原告提出认为应当依据2001年实施的《城市房屋拆迁管理条例》与2004年实施的《广州市城市房屋拆迁管理办法》对涉案拆迁房屋主张上浮20%来进行补偿,显然,原告是对行政法规理解错误,混淆了各个时期的房屋拆迁行政法规的适用,甚至是试图通过混淆所有的拆迁条例以最利于自身的法律适用以获取更多的补偿。

## 3. 《国有土地使用权挂牌出让公告》的法律效力问题

由于本案属于不服国土资源和房屋管理局作出的房屋拆迁裁决书的行政诉讼,因此法院只针对该行政机关所作出的房屋拆迁裁决这一行政行为的合法性进行审查。该行政机关发布的《国有土地使用权挂牌出让公告》属于该行政机关作出的另一个行政行为。该《国有土地使用权挂牌出让公告》无论是其内容还是出让程序均符合《招标投标挂牌出让国有土地使用权规定》、《广东省土地使用权交易管理规定》和《广州市国有土地使用权公开出让规则》的相关规定,在未经过法定程序撤销或宣布无效之前,对各方当事人均有法律效力,是处理涉案地块纠纷的依据,行政机关据此作出房屋拆迁裁决书具有合法性。因此法院在拆迁裁决行政诉讼案中,不会对发布《挂牌出让公告》这一行政行为是否应予撤销作出处理,如果一方当事人对行政机关作出的该项行政行为有异议,可以另案起诉,要求拆迁裁决案中中止审理,待申请撤销《国有土地使用权挂牌出让公告》的案件有结果才恢复裁决案件的审理。据此,两审法院作出上述认定和维持国土资源和房屋管理局的房屋拆迁裁决书的判决是正确的。