

炜衡法律实务丛书

房地产与建设工程 纠纷案件胜诉策略

丛书主编 / 张小炜

本书主编 / 杨 明 李 君

专业律师的胜诉秘笈

经典案例的制胜之道

精选典型案例 详解诉讼策略 点明代理思路 指引胜诉之道

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



房地产与建设工程纠纷案件胜诉策略

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

房地产与建设工程纠纷案件胜诉策略/杨明，李君主编.—北京：中国法制出版社，2020.4

ISBN 978-7-5216-0998-1

I.①房... II.①杨...②李... III.①房屋纠纷-案例-中国②建筑工程-工程施工-合同纠纷-案例-中国 IV.①D922.385②D923.65

中国版本图书馆CIP数据核字（2020）第057636号

责任编辑：李璞娜

封面设计：杨泽江

房地产与建设工程纠纷案件胜诉策略

FANGDICHAN YU JIANSHE GONGCHENG JIUFEN ANJIAN
SHENGSU CELÜE

主编/杨明，李君

经销/新华书店

印刷/

开本/710毫米×1000毫米 16开

印张/36 字数/468千

版次/2020年4月第1版

2020年4月第1次印刷

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0998-1

定价：128.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031

传真：010-66031119

网址：**http: //www.zgfzs.com**

编辑部电话：**010-**

66066627

市场营销部电话：**010-66033393**

邮购部电话：**010-**

66033288

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926）

炜衡法律实务丛书序

《炜衡法律实务丛书》经过一年筹备，终于要面世了，闻之甚喜，应邀作序。

前些年，律师圈内流传着一篇文章，以武林江湖比喻律师江湖，以武林人的快意恩仇、武功绝学而形成的少林、武当、华山等门派来比喻律师界各种规模的律师事务所，甚是有趣，在律师界引来热议，读后印象颇深。律师这个职业由来已久，但在中国，律师制度恢复而形成律师执业形态仅四十余年。任何一个执业形态都会依据自己的规律形成存在的“江湖”，律师执业的独立性、专业性与武林江湖“侠客”的快意闯荡确有相似之处。

武林大侠和门派的江湖地位在于独门的武学，律师在社会中立命在于专业的知识和能力，《炜衡法律实务丛书》便是炜衡人在法律人的“江湖”里，由炜衡多位法律理论功底深厚并具有丰富实战经验的专业领军律师和资深律师将其对所从事的法律业务进行梳理、总结，从而形成系列作品，以分享给业界更多的同仁，以期共同的进步，为中国律师业的发展做出炜衡人应有的贡献。

自2017年以来，炜衡在全平台30余家分所、3000余名专业律师中，推动纵向打造专业化领域，至今已形成20个法律服务专业领域。随着时间的推移，各专业领域一定会践行其强大的专业研究能力、实战经验的“秘笈”，形成在律师这个“江湖”中的地位。

基于炜衡的纵向打造专业领域，《炜衡法律实务丛书》应运而生，

必将成为各专业领域“华山论剑”之地。同时，以此论丛为基地，广发“英雄帖”，让更多的法律人能参与其中，进行交流与探讨。

希望《炜衡法律实务丛书》能成为炜衡律师展现专业能力的平台，逐步奠定炜衡律师在律师这个“江湖”中的地位，并成为同行可以学习的“秘笈”。

北京市律师协会副会长

炜衡管委会主席



序言

诉讼，从字面上说，诉是告诉，讼是争辩是非曲直。诉讼作为明是非、辩曲直、讨说法的重要手段和途径，其本身就如同一个双方鏖兵的战场。而根据司法最终解决原则，诉讼作为解决纠纷最终程序的性质又加剧了其激烈的对抗性。“凡事预则立，不预则废”，围绕着对抗的性质和制胜的目的，当事人和代理律师需要“算在敌先”，在两军对阵之前，先解决好诉讼策略的问题。

诉讼策略即诉讼的对策和谋略，也称诉讼思路。它是当事人和律师根据所掌握证据的基本情况，在对案件的事实、案件的定性和对方可能采取的攻防措施进行分析的基础上，确立案件的基本诉求，以及为了达到该诉求，而对计划采取的诉讼手段和诉讼技巧进行的整体谋划和把握。诉讼策略相对于诉讼技巧而言，确立的是涉及案件全局的整体思路和宏观问题。俗话说“一将无谋，累死千军”，诉讼策略关乎案件的方向和基础，诉讼策略不当，诉讼技巧也就失去了应用的基础和前提。

诉讼策略是当事人和诉讼代理律师排兵布阵的艺术。确立正确的诉讼策略，不仅需要代理人具备良好的法律意识、合理的知识结构、严密的逻辑思维、精湛的表达能力和审慎的工作态度，更需要其具有丰富的办案经验和灵活的应变能力。所谓“兵无常式，水无常形”，从这个意义上来说，与其说诉讼策略是否正确，倒不如说诉讼策略是否具有针对性，如同想在瞬息万变的战场出奇制胜一样，只有具有针对性的诉讼策略，才能有效避免纸上谈兵，在激烈的对抗中克敌制胜，实现当事人利益的最大化。

不同类型的案件具有不同的特点。要制定具有针对性的诉讼策略，首要的是对所代理案件的性质有清醒的认识。在纷繁复杂的各类民商事案件中，房地产与建设工程纠纷案件，有着其鲜明的特点。

从法规层面上看，虽然规范房地产与建设工程纠纷的法律、法规、规章繁多，但是普遍立法位阶较低，大量实践操作主要是由部门规章、地方政府规章，甚至各类规范性文件所调整，当事人往往对此存在认识和理解上的差异。

从纠纷成因上看，房地产与建设工程纠纷案件受经济周期及土地政策、金融政策等宏观调控措施影响较大，不同经济周期下的放松与紧缩调控措施，往往引发该类案件纠纷的潜伏与爆发。

从案件现实成因上看，地价的增值、房价的起伏、资金链的断裂、不同地域实务操作的差异化、合作方式的复杂化、招投标的流于形式、合同设计的不周延、合同签署的不规范均导致房地产与建设工程纠纷层出不穷。

从法律关系上看，物权与债权交叉，民事与行政甚至刑事法律关系交织，在房地产与建设工程纠纷案件中屡见不鲜。

从案件诉讼过程上看，房地产与建设工程纠纷案件普遍因案值大，当事人容易矛盾加重、冲突剧烈，难以息诉而导致诉讼周期长。

只有洞察房地产与建设工程纠纷案件的特点，才能针对性地制定适当的诉讼策略。古人云：“运筹帷幄之中，决胜千里之外。”当事人和律师确立的诉讼策略得当，不仅在处于攻势时能够一招制敌，在处于守势时，亦能起到四两拨千斤的奇效。诉讼策略的确定包括以下内容：

首先，是确定请求权的策略。诉讼律师根据当事人的委托在处理一起房地产与建设工程法律纠纷时，首要工作就是对案件的性质作出分析判断，然后根据选择的案由即法律纠纷的类型，明确应当适用的法律法规并确定当事人的基本诉求或答辩对策，并据此判断对胜诉乃至执行和利益实现的把握程度。可以说，准确把握案件的性质不仅事关案件的走势，更是整个诉讼成败的基石。特别是在案件涉及多个法律关系，存在请求权竞合的情况下，准确界定各种法律关系的性质，并从中选择出适合委托人的诉求和对策，对于诉讼成败尤为重要。

其次，是确立不同诉讼阶段的诉讼策略。诉讼作为争辩是非曲直的过程，需要根据法律规定的一套完整而漫长的程序逐步进行。诉讼是矛盾不可调和的产物，而矛盾是发展变化的。在民事诉讼中，案件处在不同的诉讼阶段，矛盾的焦点和当事人所追求的目标就各不相同。这就需要当事人和律师因时而动，根据案件的具体情况，确立与不同诉讼阶段相对应的诉讼策略。

再次，要注重阶段性诉讼策略与当事人利益最大化策略的有机统一。胜诉是实现当事人利益的重要途径，但当事人利益的最大化绝不仅仅限于胜诉，在很多情况下，胜诉只是实现当事人利益最大化的一个手段。因此，追求胜诉只是确立诉讼策略的初级目标，而通过有效执行把胜诉判决切切实实地转化为当事人的物质利益，或者在诉讼中“不战而胜”，通过和解取得债务人的主动履行，才是诉讼策略的终极目标。

北京市炜衡律师事务所房地产与建设工程法律业务部门二十五年来为政府、开发商、建筑企业、购房人等各类客户提供了涉及房地产一、二级开发，建设、销售与物业管理，房地产项目转让、收购，房地产项目融资、股权并购，合作开发、政府与社会资本合作、项目代建，建设工程价款、质量、工期合同纠纷，房屋买卖、租赁、房产分割等各领域

的全程法律服务。各类专业法律服务的经历与积累，使我们对房地产和建筑工程案件具备了深刻的洞察与理解，而对其中规律的熟练掌握，使我们能够根据不同案件的性质与特点，制定和运用具有针对性的诉讼策略。

本书所选编的是炜衡律师事务所律师代理的20个房地产与建设工程胜诉案例，也是律师运用诉讼策略为当事人取得胜诉的具体展示。本书通过代理律师复盘案件、回顾代理思路、展示代理亮点与生效判决，展现了诉讼策略在具体案件中如何确定、落实和有效运用。这些典型胜诉案例具有广泛的代表性，涉及房地产开发的各个环节和建设工程的不同争议事项。同时，这些胜诉案例也具有很大的影响力，其中既有最高人民法院的公报案例，也有最高人民法院巡回法庭的精选案例。这些经典胜诉案例，也深刻地影响着我国房地产与建设工程领域的法律适用，比如有的胜诉案例确立了我国国有土地招拍挂的法律适用规则，有的胜诉案例确立了房地产项目公司股权回购的规则，有的胜诉案例确立了房地产项目保全错误损失赔偿额的计算规则等，具有很强的借鉴意义。

我们希望，通过展示这些具体案例的诉讼策略，能够给诉讼策略的理论研究提供实务支持，能够对读者有所启发和裨益。我们明白，客户的利益永远是第一位的，为此，我们对案例中的客户名称均作了替代性的脱敏化处理，本书案例仅为学术探讨使用。

我们深知，探索永无止境，我们对诉讼策略的理解和运用还有待于进一步提高，书中的不足之处，也恳请广大读者予以指正，以便我们再版时改进（联系邮箱：yangming@weihenglaw.com）。

炜衡全国房地产与建设工程法律专业委员会主任



2020年2月1日

- [土地出让合同从无效到有效的最高法院二审改判胜诉策略](#)
- [从退地到交地，律师巧用模式切换成功引导先行判决化解七年纠纷](#)
- [房地产合作开发中项目公司股权回购纠纷案件的胜诉策略](#)
- [合资、合作开发房地产合同纠纷的违约责任及损失赔偿数额的认定](#)
- [因不可抗力因素导致的商业地产租赁合同履行障碍纠纷诉讼代理策略](#)
- [公证受托人与买房人恶意串通变卖房产案的胜诉策略与启示](#)
- [明确约定“价税分立”的房屋价款不因增值税下调而调整之胜诉策略](#)
- [限购下的房屋买卖合同解除后果分析](#)
- [房地产项目不当得利案二审反败为胜的策略与启示](#)
- [房地产公司的楼盘名称侵犯他人商标专用权的责任认定及损失赔偿](#)
- [最高法院史上最高额房地产项目保全错误赔偿案的胜诉策略与启示](#)
- [通过申请先行部分裁决破解未完工程撤场难题的仲裁策略](#)
- [律师在建设工程案件鉴定中的有效沟通](#)
- [代理开发商成功应诉与反诉建设工程施工合同纠纷案的胜诉策略](#)
- [错误行使停工抗辩权导致合同解除并返还已付工程款的胜诉策略与启示](#)
- [建设工程存在质量问题但已使用情形下，应否支付工程价款](#)
- [真假实际施工人案胜诉策略](#)
- [发包人在欠付工程款的范围内如何向实际施工人承担责任](#)
- [建设工程内部承包合同纠纷案件三级审理胜诉策略](#)
- [以环境保护为抗辩思路的EMC合同纠纷胜诉经验](#)

土地出让合同从无效到有效的最高 法院二审改判胜诉策略^[1]

——Y市国土局与练达公司国有土地出让合同效力纠纷案

北京市炜衡律师事务所 杨明律师 邹新文律师

【争议焦点】

- ◆案涉出让土地是否涉及政府与社会资本合作？
- ◆案涉土地出让方式究竟是挂牌还是拍卖？
- ◆挂牌中的现场竞价是否属于拍卖？
- ◆土地招拍挂的效力判断是否适用拍卖法？
- ◆否认恶意串通的消极行为人是否要承担举证责任？

【关键词】

土地使用权 出让合同 成交确认书 挂牌 拍卖 恶意串通

【案情简介】

2003年，练达公司在Y市投资进行市政道路建设，Y市政府承诺以向其出让土地使用权的方式进行补偿。后因国家土地政策调整，Y市政府将原定的协议出让改为招拍挂出让。2007年10月2日，Y市国土局委托Y市土地交易中心发布了挂牌出让公告，出让高凉路以北面积为17万平方米的土地，用途为居住用地，起拍价为5548.84万元。练达公司和另一竞买人陈某某（系曹某某、吴某某、陈某某三名自然人合伙）报名参加竞投，练达公司以5569万元的价格竞得土地。练达公司办理土地证后，用上述土地证分别向当地银行办理了借款抵押担保。2009年12月15日，Y市检察院出具阳检函（2009）42号文，称：练达公司在上述土地竞买过程中，利用阮某等黑恶势力，威胁、利诱曹某某等人退出竞拍，事后练达公司法定代表人支付了20万元给阮某，其父先后付给曹某某等人300万元。请政府督促国土部门依法撤销上述土地的拍卖成交确认书，对土地重新公开拍卖。2011年5月13日，Y市国土局向广东省高级人民法院提起诉讼，要求法院判决确认《土地使用权交易成交确认书》和《国有土地使用权出让合同》无效，由练达公司返还土地。

一审判决认为，虽然练达公司和陈某某均辩称是误以为受到黑社会的威胁而支付或收取相关款项，但并没有对此提供足够的证据予以证明，故应承担举证不能的不利后果，可以确认练达公司和陈某某存在恶意串通的行为。《中华人民共和国拍卖法》（以下简称《拍卖法》）第三十七条、第六十五条规定，竞买人之间、竞买人和拍卖人之间不得恶意串通、损害他人利益，否则拍卖无效，应当依法承担赔偿责任。据此，一审判决依据《拍卖法》的上述规定，认定Y市国土局与练达公司

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



签订的《土地使用权交易成交确认书》和《国有土地使用权出让合同》无效。

收到一审判决后，练达公司到处咨询，希望能找到二审改判的有效方案，但此前咨询的结果，让他们倍感无望。因为，土地竞价环节确实存在练达公司相关人员支付另一竞买人300万元的情况，这一基本事实的存在，加之检察院出具的检察建议函让很多律师望而却步，当事人一直未看到让其充满信心与希望的诉讼策略和方案。

在当事人叙述的过程中，杨明律师注意到一审判决认定案涉土地是拍卖出让，而当事人叙述的却是挂牌出让。这一细节引起了他的注意，为此，他仔细查看了当事人带来的证据资料。同时，他又认真查阅了判决主文，发现一审法院适用的是我国《拍卖法》第三十七条、第六十五条规定，即竞买人之间、竞买人和拍卖人之间不得恶意串通、损害他人利益，否则拍卖无效，应当依法承担赔偿责任。

就在这边沟通、边询问、边查阅的过程中，凭借二十多年先后从事检察官和律师职业的丰富诉讼经验，杨明律师对本案作出了初步判断：“这个案件的一审判决有问题，二审可以从认定事实与适用法律的角度争取改判，而且多年来从事房地产法律服务的经验告诉我，一旦最高法院改判本案，将会对我国土地招拍挂中的法律适用产生重大影响，这个案子我们可以接！”听到这一充满信心的断语，几位当事人眼前一亮。在听了杨明律师关于本案诉讼策略的初步思路后，当事人更是表示真是不虚此行，于是双方很快办理了委托代理手续。

【诉讼策略】

诉讼策略即关于案件代理的对策与谋略。杨明律师在其出版的《赢在庭外——诉讼策略的案例实证分析》一书中指出，诉讼策略是当事人和诉讼律师排兵布阵的艺术。确立正确的诉讼策略，不仅需要代理人具备良好的法律意识、合理的知识结构、严密的逻辑思维、精湛的表达能力和审慎的工作态度，更需要其具有丰富的办案经验和灵活的应变能力。所谓“兵无常式，水无常形”，从这个意义上来说，与其说诉讼策略是否正确，倒不如说诉讼策略是否具有针对性，如同想在瞬息万变的战场出奇制胜一样，只有具有针对性的诉讼策略，才能有效避免纸上谈兵，在激烈的对抗中克敌制胜，实现当事人利益的最大化。根据上述原则，杨明、邹新文律师为本案拟定了“层层递进证错误，攻防结合促逆转”的诉讼策略。在这一策略指引下，两名代理律师在所剩不多的短短上诉期内，加班加点完成了二审新证据的收集、分析、取舍和上诉状的撰写、提交工作。

凡事预则立，不预则废。精心的庭前准备和诉讼策略确立之后，本案在位于深圳的最高人民法院第一巡回法庭进行了公开开庭审理。而激烈的庭审质证、答辩过程，也成了两位代理律师落实、验证其诉讼策略的过程。

层层递进证错误。杨明、邹新文两位律师先从事实的角度剥茧抽丝，论证本案案涉土地出让方式是挂牌而非拍卖。根据案涉土地使用权出让当时适用的《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》和涉案土地使用权的挂牌公告，涉案土地出让程序显然为挂牌而非拍卖。两位律师进一步指出，不能将挂牌中的现场竞价等同于独立的拍卖。因为，按照

上述出让规定，“在挂牌期限截止时仍有两个或者两个以上的竞买人要求报价的，出让人应当对挂牌宗地进行现场竞价，出价最高者为竞得人”。显然，本案中2007年10月31日在Y市国土局进行的现场竞价会是挂牌程序的组成部分，而非独立的拍卖行为。而且，当日现场竞价会的参与人数也印证了当时是挂牌中的现场竞价程序而非独立的拍卖出让土地方式。如果强行认定2007年10月31日的现场竞价会是独立于挂牌的拍卖程序，则按照《招标投标挂牌出让国有土地使用权规定》第十六条关于拍卖中“竞买人不足三人，或者竞买人的最高应价未达底价时，主持人应当终止拍卖”的规定，由于当日仅有练达公司和陈某某两名竞买人，当日的拍卖实际上是无法进行的，竞价结果仍应以此前的挂牌报价为准。而按照Y市国土局提交的《国有土地使用权竞买报价表》，2007年10月30日11时，陈某某提交的竞买报价为5558.84万元，当日11时48分练达公司提交的竞买报价为5569万元。在此情况下，仍然是练达公司在挂牌竞价中成交。反过来说，如果认定现场竞价会是独立的拍卖出让，则基于当日竞买人人数为2人，拍卖会无法进行的客观情况，当天是否存在串通行为都不会对此前的挂牌竞价结果产生实质性影响，更谈不上损害国家利益。两位律师进而强调指出，由于《拍卖法》适用的对象是拍卖企业的拍卖行为，因此，即便认定本次土地出让是拍卖，由于其实施者是国土部门而非企业，也不应当适用《拍卖法》。

攻防结合促逆转。两位律师庭前即意识到在本案不适用《拍卖法》情况下，则要防止二审适用《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第五十二条关于恶意串通的规定继续认定出让合同无效。那么，本案是否存在恶意串通就成了最大的焦点与难点。一审判决认定本案存在恶意串通的主要依据是检察建议函和另案刑事生效判决，貌似很扎实，但两位代理律师却指出了其在证据链上的漏洞：其一，该检察建议未被其上级机关认可；其二，刑事案件的被告均是另案当事人，刑事

生效判决中并无明确认定练达公司参与恶意串通的证据；其三，当地工商机关的调查结论认为恶意串通证据不足。在并未形成完整证据链条的情况下，本案作为民事案件，仍应按照谁主张、谁举证的原则进行证明责任分配。但一审中对举证责任的分配严重错误。在练达公司和陈某某等人均否认恶意串通的情况下，练达公司对该消极事实并不承担举证责任。该恶意串通的举证责任在原告，而非是由被告举证其未恶意串通。

庭审战机稍纵即逝。在进行上述论证的同时，杨明律师利用庭审发问机会对本案的第三人即另一竞买人陈某某等人发问，第三人当庭承认系对当地投资环境没信心才放弃本次竞买土地，放弃竞买时并不知道练达公司给钱一事。杨律师及时将这一情况提请书记员记录在案。由于灵活应对，及时捕捉了庭审出现的良机，当庭固定了证据，进一步印证了练达公司之所以支付300万元是误以为对方是黑社会捣乱的，双方缺乏恶意串通的主观上的沟通。

庭审辩论中，两名代理律师还结合本案的前因后果加强对公平、效益等社会效果的论证。杨明律师指出，本案起因缘于练达公司为政府修路，政府承诺以土地补偿，练达公司仅前期投入就达7000余万元。而本案土地的出让价5569万元远远超过3985万元的评估价，政府并未产生损失。目前练达公司已取得了土地证，且为第三人设定了抵押权。如果认定土地出让无效收回土地，既不利于社会关系和交易秩序的稳定，增加社会管理成本，也不利于土地资源的有效利用，不利于公共利益。

庭审结束后，两位代理人在代理词中通过图表的方式对庭审中争议的五个焦点问题进一步进行了富有说服力的总结分析：一是本案地块系以政府和社会资本合作为前提而进行的补偿。由本案的缘起可以看出练达公司取得土地是基于为政府修建市政道路，而由政府进行的土地补偿，练达公司取得土地并未损害国家利益。二是案涉土地出让方式系挂

牌而不是拍卖。对此，可以从挂牌公告上得出这一明确结论。三是挂牌中的现场竞价不改变案涉土地系挂牌出让的结论。四是鉴于《拍卖法》仅适用于拍卖企业的拍卖行为，故国土部门主持的土地招拍挂不应适用《拍卖法》。五是从举证责任分配上，提出恶意串通对练达公司而言系消极事实，故该消极事实不应由其承担举证责任。

上述“层层递进证错误，攻防结合促逆转”的诉讼策略有效还原了案件事实，把一审判决认定事实和适用法律错误的问题清晰地呈现在二审法官面前。2015年12月5日，最高人民法院第一巡回法庭对该案作出民一终字第143号民事判决书，该终审判决全面采纳了杨明、邹新文律师代理练达公司提出的上诉观点，对一审判决作出了全面改判，确认本案《土地使用权交易成交确认书》及《国有土地使用权出让合同》合法有效。该终审判决确定了如下裁判规则：

其一，土地挂牌中的现场竞价属于土地挂牌程序中的一个操作环节，并非拍卖；

其二，《拍卖法》所规范的是拍卖企业的拍卖活动，因此土地出让中的拍卖不适用《拍卖法》；

其三，在当事人双方均否认串通、共谋的情况下，不能将该消极事实的举证责任分配给该消极行为人。

最后，在本案诉讼费的承担上，最高法院认为本案并非财产型案件，故一审认定的160余万元的案件受理费应按100元收取。考虑到练达公司向陈某某等人给付金钱款的事实，即使是迫于黑恶势力的恐吓所为，也毕竟不是一种适当、合理的解决问题的方式，他人因此而产生竞买人之间存在恶意串通的怀疑亦属正常。而Y市检察院、Y市国土局分别提

出检察建议、提起本案诉讼的行为，正是基于合理怀疑而作出的，是为了维护市场秩序、保护国家利益而履职尽责的正当行为，并无过错，故而100元案件受理费应由练达公司承担。

【代理词】 [2]

北京市炜衡律师事务所关于代理Y市练达公司与Y市国土资源局建设用地使用权出让合同纠纷案的代理词

尊敬的合议庭：

北京市炜衡律师事务所接受Y市练达房地产开发有限公司（本案上诉人，简称练达公司）的委托，指派我们担任其与Y市国土资源局（本案被上诉人，简称Y市国土局）建设用地使用权出让合同纠纷上诉案件的委托代理人。通过庭审调查，代理人认为：本案一审判决将挂牌认定为拍卖认定事实错误；依据《拍卖法》作出判决适用法律严重错误，一审判决应予撤销并改判。为此，发表如下代理意见，请予以采纳。

一、一审判决先入为主，在未经分析论证的情况下，将Y市国土局的土地挂牌直接认定为拍卖，对土地出让方式的事实认定错误

一审判决归纳的案件第一个争议焦点是：“涉案出让合同的效力，即练达公司在涉案土地的拍卖过程中是否存在恶意串通损害国家利益的行为。”这一归纳与其此后径行适用《拍卖法》的做法体现了一审判决先入为主的审判思路，即涉案土地的出让方式就是拍卖。然而这一认定与本案的现有证据，甚至与一审法院已经查明的部分事实都明显矛盾：

Y市国土局一审提交的证据1-12，包括《挂牌委托书》《国有土地使用权挂牌出让公告》《挂牌规则》等充分证明了：Y市国土局于2007年9月30日委托Y市土地交易中心向社会公开挂牌出让位于Y市江城区高凉路北侧地的一幅国有土地使用权，面积为177113.63平方米，土地用

途为居住用地，挂牌起拍价为5548.84万元。Y市土地交易中心于2007年10月2日在《Y市日报》上发布了国有土地使用权挂牌出让公告。

练达公司一审提供的证据45《挂牌公告费票据》、补充证据第四组证据1《挂牌服务费票据》均证明了涉案土地系挂牌出让。在此点上，一审原、被告双方的证据并无冲突，即双方的上述证据均证明本案中国有土地使用权的出让方式为挂牌出让而非拍卖出让。

二、一审判决将土地挂牌中的现场竞价，错误地认定为与挂牌并行的独立的土地拍卖方式

1.招标、拍卖、挂牌方式是出让国有土地使用权的三种不同方式，三种出让方式程序不同，不能将挂牌中的现场竞价等同于独立的拍卖。

根据《招标投标挂牌出让国有土地使用权规定》（国土资源部发布，自2002年7月1日起施行，本案涉案土地出让时适用，2007年11月1日起施行对该规定予以修改后的《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》），招标、拍卖、挂牌方式是出让国有土地使用权的三种不同方式，三种出让方式程序不同，不能将挂牌与拍卖混为一谈。

根据上述规定第二条的规定，拍卖出让国有土地使用权，是指出让人发布拍卖公告，由竞买人在指定时间、地点进行公开竞价，根据出价结果确定土地使用者的行为。而挂牌出让国有土地使用权，是指出让人发布挂牌公告，按公告规定的期限将拟出让宗地的交易条件在指定的土地交易场所挂牌公布，接受竞买人的报价申请并更新挂牌价格，根据挂牌期限截止时的出价结果确定土地使用者的行为。因此，拍卖出让与挂牌出让体现了不同的竞价程序，不容混淆。根据本案涉案土地使用权的挂牌公告，本案中土地出让程序显然为挂牌而非拍卖。

2.挂牌中的现场竞价仍是挂牌程序的组成部分，而非独立的拍卖出让方式。

无论是《招标投标挂牌出让国有土地使用权规定》第十九条的规定，还是Y市土地交易中心的挂牌公告（见Y市国土局一审证据2），都明确了“在挂牌期限截止时仍有两个或者两个以上的竞买人要求报价的，出让人应当对挂牌宗地进行现场竞价，出价最高者为竞得人”。显然，本案中2007年10月31日在Y市国土局进行的现场竞价会是挂牌程序的组成部分，而非独立的拍卖行为。

事实上，2007年9月21日国土资源部对《招标投标挂牌出让国有土地使用权规定》进行修订，并于2007年11月1日起施行的《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》第二条第四款更明确规定“本规定所称挂牌出让国有建设用地使用权，是指出让人发布挂牌公告，按公告规定的期限将拟出让宗地的交易条件在指定的土地交易场所挂牌公布，接受竞买人的报价申请并更新挂牌价格，根据挂牌期限截止时的出价结果或者现场竞价结果确定国有建设用地使用权人的行为。”这再次印证了现场竞价是挂牌出让程序的一个组成部分，而不是独立的拍卖。

3.2007年10月31日现场竞价会的参与人数印证了当时是挂牌中的现场竞价程序而非独立的拍卖出让土地方式。

如果强行认定2007年10月31日的现场竞价会是独立于挂牌的拍卖程序，则按照《招标投标挂牌出让国有土地使用权规定》第十六条关于拍卖中“竞买人不足三人，或者竞买人的最高应价未达到底价时，主持人应当终止拍卖”的规定，由于当日仅有练达公司和陈某某两名竞买人，故当日的拍卖实际上是无法进行的，竞价结果仍应以此前的挂牌报价为准。而按照Y市国土局提交的《国有土地使用权竞买报价表》，2007年

10月30日11时，陈某某提交的竞买报价为5558.84万元，当日11时48分练达公司提交的竞买报价为5569万元。在此情况下，仍然是练达公司在挂牌竞价中成交。反过来说，如果认定现场竞价会是独立的拍卖出让方式，则基于当日竞买人人数为2人，拍卖会无法进行的客观情况，当天是否存在串通行为都不会对此前的挂牌竞价结果产生实质性影响，更谈不上损害国家利益。

三、一审判决对（2009）阳中法刑一初字第18号一审刑事判决中的部分内容的认定加入了其主观推理，且断章取义，一审判决认定的事实并非该生效刑事判决所载明的事实

一审法院引用了Y市中级人民法院关于另案当事人阮某、阮某秋的（2009）阳中法刑一初字第18号一审刑事判决书。认为“由于阮某、阮某秋在涉案土地拍卖中的违法行为不具备黑社会组织犯罪的性质，虽然Y市中级人民法院在该案中的一审刑事判决书中认定其不构成黑社会性质，但认定了阮某、阮某秋非法干扰涉案土地拍卖的违法事实，对此，阮某、阮某秋亦未提出上诉或异议”。这一认定并非另案刑事判决的准确表述，更无法推理出练达公司与陈某某恶意串通的结论。事实与理由是：

1.一审判决引用另案刑事判决时断章取义，且引用的内容并非另案刑事判决查明的事实，而是另案刑事判决中的法官评述。

另案一审刑事判决中涉及涉案土地的完整表述是“对于公诉机关指控被告人阮某、张某群、阮某秋所实施的闸坡旅游大道南区土地、闸坡海滨路边土地、市区高凉路北侧土地的恶意串通拍卖、非法干扰拍卖案中，虽有证据证明各被告人实施非法干扰拍卖、恶意串通拍卖的违法行为，但没有证据证明这些违法行为的黑社会性质组织犯罪属性”。

可见，另案一审刑事判决此段表述是法官的评述，是对另案犯罪嫌疑人此节不构成犯罪的理由阐述，而非事实认定，即不是生效判决所载明的事实，由于刑事判决书并未将此节作为犯罪事实认定，故另案当事人阮某、阮某秋才未提出上诉或异议，因此，刑事判决书中的此段表述并非清晰的与本案当事人相关的事实认定，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条之规定，并不能直接作为本案中无需证明的恶意串通的事实直接加以认定。

而且，另案一审刑事判决的此段表述是对三名犯罪嫌疑人涉及的对三块土地的非法干扰拍卖进行的集中评判，因重点是阐明其不构成犯罪的理由，所以并没有认定如何干扰土地拍卖的具体事实，更没有区别是挂牌出让还是拍卖出让。

2.依据另案刑事判决无法推导出练达公司与陈某某恶意串通的结论。依据该刑事判决充其量只能得出被告人阮某、阮某秋非法干扰涉案土地拍卖的违法事实，而阮某、阮某秋并非练达公司员工，练达公司、陈某某也不是刑事案件的被告人，对于阮某、阮某秋与练达公司、陈某某等人是否直接存在明确的恶意串通的主观故意和意思沟通，根本不能依据该刑事判决得出明确的结论。所谓练达公司、陈某某恶意串通的事实根本就不是生效判决所载明的事实。

四、一审判决使用另案刑事判决书中对另案当事人的事实认定，推断出本案当事人存在恶意串通的结论与本案大量证据和生效法律文书相悖

一审判决仅仅依据另案刑事判决书认定了阮某、阮某秋非法干扰涉案土地拍卖的违法事实，就直接得出了练达公司与陈某某存在恶意串通的结论。而事实上，作为本案当事人的练达公司和陈某某均否认存在恶

意串通。而一审判决也知道“练达公司和陈某某在本案均辩称是受胁迫支付收取相关款项”，但认为双方“并未对此提供足够的证据予以证明，显然，练达公司与陈某某的举证无法推翻刑事判决认定的违法事实”。

一审判决的这一认定存在一个明显的逻辑错误，即假定刑事判决已认定练达公司和陈某某存在恶意串通行为，而事实上，刑事判决并不存在这样的事实认定，刑事判决仅认定了阮某、阮某秋非法干扰涉案土地拍卖的违法事实。但是，阮某、阮某秋非法干扰涉案土地拍卖的违法事实与练达公司和陈某某存在恶意串通行为不能直接画上等号。

实际上，是一审判决利用另案刑事判决中的只言片语得出了另外一个结论，即练达公司和陈某某存在恶意串通行为，但一审判决的这一事实认定不仅与当事人双方的陈述相矛盾，也与本案大量证据和生效法律文书相悖：

1.这一认定与广东省人民检察院粤检发侦监字（2011）15号函相矛盾。本案肇始于Y市人民检察院阳检函（2009）42号《关于对高凉路北侧三幅国有土地重新拍卖处理的意见函》。但该函已被广东省人民检察院2011年5月17日粤检发侦监字（2011）15号《关于练达公司申诉案的处理意见函》（练达公司一审提交证据34号）所否定。此函明确指出42号函中“认定的练达公司竞拍高凉路北侧地块过程中的违法事实”，“鉴于终审判决对该事实未予认定，检察机关应尊重法院判决，该行为是否涉嫌行政违法，应由行政执法机关依职权作出判断和依法处理”。Y市人民检察院本身于2011年7月19日向练达公司出具的（2011）阳检群函复字2号《信访答复函》（练达公司一审提交证据35号）亦自我否决了42号函，认为“应由相关行政执法机关依职权作出判断和依法处理”。

2.这一认定与Y市工商行政管理局阳工商（2010）11号文（练达公

司一审提交证据32号)相矛盾。Y市工商行政管理局2010年6月13日向Y市人民政府出具的阳工商(2010)11号《关于相关竞买人涉嫌在国有土地使用权拍卖中恶意串通一案的情况报告》(练达公司一审提交证据32号)中认为,练达公司和陈某某的违法事实不清、证据不足、违法事实不成立,应予销案。

需要强调的是,招拍挂过程中的恶意串通是行政违法行为,应由行政执法机关依法调查认定。因此,Y市工商局11号文形成的调查结论远比生效刑事判决中的只言片语更具有针对性和权威性。

3.这一认定与和阳工商支告字第(2010)06号文和生效的(2011)阳城法行初字第23号、(2011)阳中法行终字第1号行政判决书相矛盾。依据阳工商(2010)11号文,Y市工商局分别向练达公司和陈某某作出阳工商支告字第(2010)06号、07号《Y市工商行政管理局行政处理结果告知书》(06号文见练达公司一审提交证据33号,07号文见陈某某一审提交证据1),认定练达公司违法事实不清、证据不足、违法事实不成立,予以销案。此后,虽然Y市工商局又于2011年7月4日向练达公司发出阳工商支告字(2011)01号《告知书》,称撤销(2010)06号《告知书》,但这一决定先后被Y市江城区人民法院(2011)阳城法行初字第23号《行政判决书》(练达公司一审提交补充证据第五组第2号)和Y市中级人民法院(2011)阳中法行终字第1号《行政判决书》(练达公司一审提交补充证据第五组第3号)所撤销。因此,阳工商支告字第(2010)06号《Y市工商行政管理局行政处理结果告知书》关于练达公司违法事实不成立的认定已被生效的行政判决书所确认。

五、练达公司虽然在挂牌成功后向阮某、陈某某等人支付了款项,但系基于其对当地黑恶势力的恐惧,并非基于事前的恶意串通

恶意串通的基本构成要件是行为人事前达成主观故意上的相互沟通，在客观行动上相互配合，并在后果上损害了国家、集体或第三人利益。本案当事人的行为并不符合上述构成要件特征。

首先，一审判决书以另案一审刑事判决书已认定“阮某、阮某秋非法干扰涉案土地拍卖”，而练达公司向阮某等支付了20万元，得出了本案练达公司与陈某某等人之间恶意串通的结论。但是，这一认定明显缺乏证据链条印证。即便从Y市国土局一审提交的阮某、阮某秋的供述看，阮某、阮某秋均供述其并不认识练达公司的任何人员，阮某秋是和陈某某进行联系的。而Y市国土局一审提交的陈某某的证言则证明练达公司徐某和他讲过“这帮人如果真是想买此地皮，就由他们买，如果是来捣乱的，花170—180万元费用我都可以出”。很显然，即便是按照被上诉人提供的上述笔录，也不能证明练达公司与陈某某等人之间存在恶意串通，相反，其证明了练达公司事后付款主要是怕黑社会捣乱。

其次，练达公司虽然向曹某某等人支付了300万元，但其主观上是基于对方可能是黑恶势力的误判，基于花钱买平安的意图。而陈某某放弃现场竞价并非基于其事前已得到了练达公司付款的承诺，而是猜疑受到威胁以及对地块的开发信心不足，从陈某某等人的陈述看，其收受300万元亦是猜疑人身安全受到黑恶势力威胁。正是在这种相互猜疑的状态下，练达公司与陈某某等人均产生了认识错误，而这种认识错误从客观上来看，导致了陈某某在现场竞价会上放弃举牌，练达公司虽然摘牌了土地，但基于破财消灾的错误认识，向曹某某等人支付了300万元。按照主客观相一致的事实认定原则，练达公司与陈某某既无恶意串通故意，也不存在恶意串通行为。

应当阐明的是，按照谁主张谁举证的基本诉讼原则，在练达公司和陈某某等人均否认恶意串通的情况下，练达公司对该消极事实并不承担