



咨询热线: 4001-148-400

Http://www.gzdls.com

E-mail: gzdls@gzdls.com

温州本所: 温州市府路 592 号新益大厦 A 幢四楼

上海分所: 上海市普陀区中江路 388 弄 1 号 207 室

光正大律师

全国优秀律师事务所

GUANG ZHENG DA LAWYER

第 160 期

2017.1

(内部资料 交流赠阅)

光正大律师事务所
光正大(上海)律师事务所

我所荣获首批浙江省著名律师事务所称号

2月26日,浙江省律师协会第九届常务理事会第五次会议在杭州举行。会上,举行了隆重的首批浙江省著名律师事务所认定颁牌仪式。认定浙江光正大律师事务所等全省多家律师事务所为首批“浙江著名律师事务所”。

该称号系浙江省律师协会首次给予达到名所标准的律师事务所的认定。经过申报、评审、公示,最终经省律协九届常务理事会第五次会议审议通过,在全省1300多家律师事务所中共认定52家为浙江省首批“浙江著名律师事务所”。

我所于1996年5月创办设立。二十年来,我所以品牌、人才、业绩为核心竞争力,以精深专业知识,良好的职业道德,丰富的执业经验,务实的工作作风,为客户提供专业、权威、实用、便捷、优质高效的法律服务,赢得了客户的信



任和社会各界的赞誉,获得了“全国优秀律师事务所”、“浙江省优秀律师事务所”及连续四年被评为“温州市十强律师事务所”等系列活动荣誉。此次荣获“浙江著名律师事务所”称号,既是对我所既往努力和成就的高度肯定,更是对我们的激励和鞭策。我们将始终如一地以我们的专业和诚信服务于客户,不辱“浙江省著名律师事务所”的光荣称号,以更优异的服务回馈社会。

我所陈兴良、张永谦律师当选温州市人大代表

我所副主任陈兴良、张永谦两位律师当选为温州市第十三届人民代表大会代表,将参加今年四月召开的温州市第十三届人民代表大会

第一次会议。我所两位当选人大代表的律师表示,将在广泛接触社会和认真思考的基础上,充分反映基层的意见、

选民的呼声,更好地保障司法公正,维护群众根本利益,积极为我市的经济社会发展建言献策,尽心尽力履行好人大代表的职责。

陈兴良高级律师出席鹿城区第九届政协会议并当选为常务委员

2月21日上午,温州市鹿城区第九届政协会议在鹿城区文化中心隆重开幕。我所副主任陈兴良高级律师作为新任的鹿城区本届政协委员,与来自全区各条战线的276名政协委员一道出席了会议,认真履行政

治协商、参政议政职能。会议期间,陈兴良律师结合鹿城区区情,提交了《关于精准扶贫中大力发展农村电商人才队伍建设的建议》及《关于缓解我区停车难,改善交通拥堵的建议》两项提案,并在会议中积极为鹿城

区经济社会发展建言献策,为“创首善之区、建幸福鹿城”贡献力量。另讯:12月24日举行的鹿城区政协九届一次会议上我所副主任陈兴良高级律师当选为温州市鹿城区政协第九届委员会常务委员。

让破产管理业务成为我所特色品牌

——我所破产管理人团队新春年会侧记

本报讯 新年伊始,我所破产管理人团队精英荟萃,在一片轻松祥和的氛围中举行新春年会。我所破产管理人团队领军人周光主任出席会议并讲话。会议围绕如何构建一流管理人团队,与会人员积极建言献策,气氛热烈。

我所是第一批《浙江省人民法院破产案件管理人名册》入册机构之一。从2012年至今,我所破产管理人团队承办的破产案件分布全省乃至福建省下辖部分地区,承办案件数量达七十余件。其中,由我所担任管理人的温州市海鹤药业、兴瓯药业破产重整案入选浙江省高级人民法院十大典型破产案例、2013年温州法院破产审判十大典型案例,并入选最高人民法院2013年第四辑《人民法院案例选》。温州海成建筑工程有限公司;浙江三鼎建设集团有限公司等大型重整案件取得成功,为“僵尸”企业破茧重生、为维护社会稳定、为社会经济转型升级和企业危机救济作出了贡献,取得的成绩有目共睹。同时,我所也在实践中培养了一支拥有近40余人的专

业破产管理人团队,积累了较丰富的从事破产管理业务的经验。我所破产管理人团队的素质、经验、业绩已经得到各地法院和业界的肯定。

破产案件是一项十分复杂、实践性很强的综合性业务,涉及法律、财务、社会、经济等诸多领域。同时,由于破产案件涉及各方利益,情况错综复杂,很多案件在处理过程中没有经验可以借鉴,管理人必须善于在法律框架下柔性处理问题。这对破产管理人的综合素质提出了高要求。因此,不断提高破产管理人律师团队的破产专业知识水平无疑是至关重要的。为此,本次新春年会特地邀请温州中源立德会计师事务所郑建初会计师给与会人员详细介绍了破产企业账册和资产负债表中的重难点。

年会上,周光主任就如何构建专业的管理人团队作了讲话,他指出,《企业破产法》赋予破产管理人参与破产程序的全过程、具体管理破产中各项事务的职责,处于整个破产程序的中心地位,起着举足轻重的作用。管理人正逐步成为具有独立性、中立性和专业性的民事主

体参与到破产程序中。从目前我省破产管理人的现状来看,(1)整体上呈现两极分化的趋势且各地发展不均衡;(2)多数管理人团队成员不稳定,缺乏团队内部管理制度;(3)各地区对如何发展管理行业缺乏清晰的思路;(4)管理人实际能力参差不齐,还不能适应新形势下破产案件审理的需要,亟待提高。培养职业化的管理人队伍,确保管理人队伍的优化,大大提高工作质量和工作效率,应从以下几个方面入手:

1.标准化方案。破产作为企业退出市场的法定形式,将在相当长的时间内存在,且破产案件将会常态化。因此,作为破产管理人在面对各式各样不同案件时,我们对案件处理的各个方向要准确、细致、到位。

2.专业化分工。一支专业的管理人团队应具备高度的团队合作意识,例如在破产清算的繁琐案件中,债权申报、债权审查、债权人会议召开、债权分配等一系列环节中要求相互协调,把握每个环节才能顺利完成,想独立实现自我的成功,不依靠团队的力量是万万不行的。(下转第2版)

- 我所连续第四年获评温州市十强律师事务所
- 我所再获温州市2016年度律师事务所百分制考核优胜单位称号
- 我所荣获鹿城区2016年度功勋企业称号
- “光正大律师”再获鹿城区名牌商标称号

春天里的凯歌

新春伊始,我所凯歌连连,捷报频传。

- 我所连续荣获2013、2014、2015、2016年度“温州市十强律师事务所”称号;
- 我所被温州市司法局、温州市律师协会评为“温州市2016年度百分制考核优胜单位”;
- 我所被鹿城区人民政府认定为鹿城区2016年度功勋企业;
- “光正大律师”再获鹿城区名牌商标称号;
- 所首席合伙人、副主任王正善律师被评为温州市律师行业2016年度优秀党支部书记;
- 所执行主任叶林枫律师因2016年度在参与社会公益工作方面成绩突出,受到温州市律师协会个

人嘉奖;

- 所副主任陈兴良律师被评为“温州市律师协会2016年度优秀工作委员会委员”;
 - 所副主任严恒系律师、王春美律师以及非诉部黄璜律师被评为“温州市律师协会2016年度优秀专业委员会委员”;
 - 杨邦宝律师、李晓律师荣获“温州市律师行业2016年度优秀党员”称号;
 - 周海鹏律师被评为温州市律师行业2016年度优秀团干部;
 - 李鸿鸿实习律师被评为温州市律师行业2016年度优秀团员。
- 回顾2016的喜悦与收获,展望2017的奋斗和希冀。新的一年,光正大人将不懈努力,奋勇前行,再创辉煌!

感谢读者

——《光正大律师报》告别语

在丁酉年新春来临之际,《光正大律师报》将走完15年的办报里程,自2017年2月起停刊。在此,我们向广大读者告别。

《光正大律师报》2003年5月创刊,至今已经发行了15年,发行量最多时曾超逾万份。15年弹指一挥间。蓦然回首,当我们深情地翻阅160期报纸的一个个版面、一篇篇文章,凝结着我所律师在办案之余的理性思考和辛勤笔耕,编辑字斟句酌的修改和排版谋划;承载的是我所灿烂多彩的律师文化,折射的是我所律师的职业操守和价值取向,传递的是公平正义的法治理念,她纪录与见证了我所发展的点点滴滴,成为我所品牌形象的重要窗口。同时,她也累积和留存了一份弥足珍贵并具有史料价值的光正大文献

和档案。

《光正大律师报》在与读者共同前行的道路上,一封封恳切的来函、一个个真诚的电话、一双双关注的目光,是读者给予《光正大律师报》的关爱和支持。读者的目光在这里停留,才是她最精彩的时刻,但愿《光正大律师报》与读者多年的陪伴是有价值的,倘若如此,我们将深感欣慰。在此,我们谨对广大读者长期以来的支持与爱护,表达最深挚的感谢!

新技术的发展改变着传播环境,信息的载体更加丰富多样,光正大律师报虽然停办,但光正大律师事务所网站、光正大律师事务所公众号依然继续为大家服务。各位读者朋友,让我们挥挥手告别,在每个明天再见!

主编:陈兴良 | 编辑:家园

本报电话:56891986



光正大律师官方网站
http://www.gzdls.com

(上接第1版)

3.职业技能、素养、道德的培养。技能是一个人享有的专有才能,执业律师由于已经取得相应的资质,从某种意义上说,已具有与其职业角色相匹配的职业技能。但对破产事务而言,仍需专门的培训与加强;素养主要体现在责任感和团队意识。有了责任感,才能做到自动自发地去做事情,能够时刻思考如何让自己的工作品质做到最佳;职业道德,能反映出一个人的人品,一

让破产管理业务成为我所特色品牌

个人的思想,一个人的修养,这是我们做人的准则,也是管理人履职的思想基础。

4.勤勉忠诚履职。在团队中,每一个人都不是一个独立的个体,要养成良好的事先请示,事中交流,事后汇报的习惯,以及同事之间的沟通、协作与配合,恪尽职守,勤劳务实、敬

业忠诚。在团队领导者的带领下,勤勉忠诚地履行职责。

5.学习能力。要使自己能够胜任管理人的职责,我们需要更努力充实自己,要像海绵一样吸取一切有益的知识,让自己时时处在不断学习、不断进步的轨迹上。

最后,周光主任谈到,随着信息

时代和知识经济的发展,知识以前所未有的速度在更新,新兴的律师业务不断产生,法律服务市场的竞争也日益激烈。一个成熟的大所,要有一个或者多个主打业务作为特色品牌。我所在企业破产管理业务方面,所管理层对此有较明确的战略决策,介入破产管理业务较早,

有相对的先发优势,已经初步形成了一个专业化的管理人团队,结合破产案件的实务操作,不断地进行着积极的探索和创新,取得的成绩有目共睹,有了一定的知名度、信誉度、美誉度。我们要进一步加强的管理人团队职业化、专业化建设,努力把破产管理业务做大做强,使破产管理业务成为我所的特色品牌,进一步推进我所的规模化、专业化、品牌化建设。

(原稿稿:非诉部李成霆)

案情缘起

某天下午,被告张某驾驶公交车行经某地段时,车辆右部与右侧非机动车道内由原告李某驾驶的三轮车发生碰撞,三轮车受碰撞后冲破路边隔离栏后又与人行道内胡某停放的轿车右侧发生碰撞,造成原告李某受伤及隔离栏和三轮车受损的交通事故。经交警认定,被告公交车司机李某应承担事故全部责任,原告李某及案外人胡某不承担事故责任。后原告李某向法院提起诉讼,请求判令:1、被告李某赔偿原告医疗费、住院伙食补助费、护理费、营养费、误工费、伤残赔偿金、被抚养人生活费、交通费、精神抚慰金、鉴定费经济损失;2、被告某公交公司对上述经济损失承担连带赔偿责任;3、李某驾驶的大型普通客车保险承保公司(以下简称A保险公司)在保险限额内先予赔偿;4、胡某的轿车交强险承保保险公司(以下简称B保险公司)承担无责任赔偿责任;5、诉讼费由被告承担。

法院审理

本次事故发生经过及责任均十分明确,对此原被告双方当事人无异议,本案的争议焦点集中于本次事故中B保险公司是否应在交强险无

对一次交通事故引发索赔纠纷的评析

张晓琴

责任赔偿限额范围内赔偿原告李某的损失。

对此存在两种截然相反的观点,一种认为虽然胡某的轿车无责,但根据交强险条例规定,交通事故中无责任的车辆亦应在交强险无责任赔偿限额范围内对受害人的损失承担先予赔偿责任;另一种认为本次事故中,轿车是停放在路边时被碰撞,事发时车辆处于停放的状态,本次事故不是由该车所导致,因此不应该承担赔偿责任。

法院经审理认定,轿车在事故发生时处于静止的停放状态,而本次事故发生系由原告李某驾驶的三轮车受碰撞后再行碰撞轿车所致,原告李某受伤的损害后果与轿车之间并无保险理赔上的近因关系,因此,遂判决B保险公司无须承担交强险无责任限额赔偿责任。

笔者评析

首先,应当明确,交强险理赔并非适用无过错责任原则。作为责任保

险中的特殊一种,交强险的理赔亦不能逸于保险理赔的基本原则之外,保险公司对于保险责任的承担必须以被保险人需要承担民事赔偿责任为前提。虽然交强险条例特别规定了被保险人对发生的交通事故无责任时,保险公司亦应在无责任赔偿限额内承担赔偿责任,但被保险人对发生的交通事故无责任并不能直接等同于被保险人对发生的交通事故无需承担赔偿责任。对此,道交法明确规定,机动车与非机动车驾驶人、行人间发生交通事故,机动车一方没有过错的,承担不超过百分之十的赔偿责任。因此,交强险无责任赔偿其本质是建构于法律对机动车驾驶人一方拟制的赔偿责任基础之上的。

其次,交强险无责任限额赔付应以近因原则为依据。作为保险领域国际通用的基本原则之一,虽然目前我国保险法并未明确规定,但实践中在界定事故是否属于保险范畴时应以此原则作为确定保险责任的基本依据。

本案交通事故的发生可分解为如下过程:公交车→三轮车→隔离栏→轿车,原告李某受伤的初始外力来源于被告李某驾驶的公交车,在原告李某受公交车强力碰撞后,其所驾驶的三轮车即处于失控状态,并进而发生碰撞隔离栏和案外人胡某停放的轿车的后果。上述经过是一个连贯的快速过程,虽然实际上导致原告李某受伤的原因既包括公交车的碰撞,又包括碰撞隔离栏和碰撞案外人胡某停放的轿车,但由于原告李某所驾驶的三轮车在受到公交车的碰撞后已经处于失控的危险状态,在假设周边并不存在隔离栏和其他车辆的情况下,原告受伤的事实仍然会不可避免的发生,因此,李某受伤的近因并非是碰撞隔离栏和案外人胡某的停放车辆,其受伤的直接和根本原因是由被告李某所驾驶的公交车碰撞所致。原告李某虽然实际与案外人胡某停放于路边的车辆发生碰撞,但由于案外人胡某的行为在本案中并无可责性,与

原告李某受伤之间也并不存在保险理赔上的近因,故案外人胡某无需对原告李某承担赔偿责任,相应的案外人胡某的轿车交强险承保的B保险公司自然也就无须对原告李某的损失承担交强险无责任限额的赔偿责任。

当然,由于交通参与主体之间时刻处于相互运动关系之中,汽车并非在任何停放情况下都对周围的人和物无害。如果汽车随意停放影响他人正常通行,亦会产生威胁人身和财产安全的可能。对此应当具体案情具体分析,在综合分析致害原因的基础上,以保险理赔的近因原则为参照,合理准确的界定行为人是否应承担赔偿责任及责任承担的限度,杜绝法律的机械理解,唯此方能确保案件处理的公平与公正。

(作者系本所民事二部律师)



笔者近期代理某银行办理了一起银行票据承兑业务中涉及刑民交叉的案件。本文将结合该真实案例,分析银行承兑汇票承兑业务中涉及骗取票据承兑罪对担保人担保责任的影响。

基本案情

2012年9月,某百货公司与某银行签订《银行承兑协议》,约定百货公司申请银行对其签发的总金额为2000万元的银行承兑汇票进行承兑。百货公司法定代表人王甲以及某服饰公司作为保证人分别与银行签订《保证合同》、《最高额保证合同》,均同意为主合同项下全部债务提供连带责任保证。上述合同签订后,银行依约为百货公司签发的总金额为2000万元的银行承兑汇票办理了承兑。2013年3月,汇票到期,因百货公司未依约支付票款,导致银行垫款。2013年7月,银行向法院提起诉讼,要求百货公司偿付票款,并要求保证人服饰公司以及王甲承担

一起银行票据承兑业务中涉及刑民交叉的案件

陈明贤

担保责任。法院在审理过程中得知,百货公司法定代表人王甲涉嫌骗取票据承兑罪已被公安机关立案侦查。2014年1月,法院以王甲涉嫌骗取票据承兑罪为由裁定驳回银行的起诉。

再次提起诉讼

笔者作为银行的代理律师,认为上述裁定值得商榷。因诉讼时效即将届满,遂再次于2016年4月提起诉讼,诉讼请求仍为要求百货公司偿付票款,并要求某服饰公司以及王甲承担担保责任。

在本案诉讼过程中,骗取票据承兑罪刑事案件也有了最终的判决结果,根据刑事判决,法院查明,2012年9月,王乙(百货公司股东,被告王甲之子,王甲挂名公司法定代表人但未参与实际经营)采用伪造的百货公司与某销售公司的《购销合同》等材料,获取银行总金额为2000万元的承兑汇票,法院最终判决认定王乙犯骗取票据承兑罪,并责令王乙退赔违法所得,返还被害单位某银行。

本案焦点问题为:在法院已认定票据承兑业务中存在骗取票据承兑罪,并认定由被告人王乙将违法所得退赔给银行的情形下,本案银行再次

起诉要求百货公司承担偿付垫款的责任能否予以支持?服饰公司及王甲作为保证人是否因王乙犯骗取票据承兑罪导致保证合同无效而免除保证责任?

诉讼中,笔者就本案焦点问题发表的代理意见概括如下:一、王乙的犯罪行为不影响原告银行与被告百货公司签订的《银行承兑协议》的效力。二、票据具有无因性,票据基础关系不影响票据关系,票据基础关系的欠缺并不当然导致票据行为无效。即便本案银行承兑汇票项下不存在真实交易背景,但是持票人持有的汇票具备《票据法》规定的有效要件,汇票真实有效,原告基于真实的汇票办理兑付后,形成对被告百货公司的债权合法,系本案主合同项下发生的债务,被告应承担偿付责任。三、原告与各担保人签订的保证合同意思表示真实,内容合法有效。原告与被告百货公司签订的《银行承兑协议》项下发生的债务均属于保证合同约定的担保范围内,各担保人应依据担保合同承担相应的担保责任。

法院审理及判决

法院经审理,最终采纳了笔者的代理意见,判决支持了银行的诉讼请求。法院认为:根据票据无因性理论,

票据的基础关系独立于票据关系,票据基础关系(包括票据原因关系)的效力不影响票据关系的效力。根据《票据法》第十条规定“票据的签发、取得和转让,应当遵循诚实信用的原则,具有真实的交易关系和债权债务关系”,票据行为应有真实的票据原因关系,即真实的交易关系。但该条规定应属管理性规范,基础关系欠缺并不当然导致票据行为无效。根据《票据法》第十三条规定“票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由,对抗持票人”,票据基础关系(包括票据原因关系)的效力不影响票据关系本身。本案中银行承兑汇票项下即便不存在真实交易背景,票据基础关系无效,该汇票仍因符合《票据法》相关规定应为有效。《商业银行法》、《贷款通则》等相关法律法规并未规定商业银行违反贷款中严格审查义务的民事责任,上述规定均是从商业银行风险控制角度加以规范,属管理性规范,原、被告即使违反相关规定,亦不影响原告与百货公司之间的信贷行为的效力和《最高额保证合同》的效力。王乙以欺骗手段取得银行票据承兑,给银行造成特别重大损失,该行为明显属不当。从本案基础事实看,本案所

涉的《银行承兑协议》、《最高额保证合同》、《保证合同》均系当事人之间真实意思表示且并不违反法律的相关规定,合法有效。合同签订后,原告依约履行了合同义务,被告理应承担还款及担保责任,其不履行的行为已经构成违约,理应向原告承担违约责任。法院最终判决百货公司偿付银行汇票垫款(应扣除王乙退赔部分),并判决服饰公司及王甲对上述付款义务承担连带清偿责任。

笔者评析

虽然笔者代理银行获得本案胜诉,但在司法实践中,各地法院对类似案件情况的处理存在不同结果。如有法院认为,关于《银行承兑协议》的效力问题,被告人犯骗取票据承兑罪已获刑,其利用虚假材料,导致银行放贷,根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第三项规定,以合法形式掩盖非法目的合同应认定无效,故《银行承兑协议》自始无效,担保合同作为从合同也因主合同无效而依法认定为无效。

如据上述判决,将直接导致银行担保债权落空。因此,银行在办理票据承兑业务时应加强风险防范,为避免类似情况出现,应对客户提供的资料做一定的尽职调查,了解客户有无实际经营业务。实践中,有些银行不管客户有无真实交易背景,都一律给予办理票据承兑业务,实属不妥。

(作者系本所金融部主任、律师)



案情简介

2013年12月1日,退伍军人黄某结束了军旅生涯回到老家,发现父母09年离婚时赠与于他的房屋,由于未来得及过户到自己名下,因其父亲欠债而被他人查封,并即将进入拍卖程序。眼看本该属于自己的房屋将落入他人之手,黄某便向房屋的执行法院提出异议,但异议被驳回。之后,黄某向房屋所在地某市中级人民法院提起案外人执行异议之诉,但某市中级人民法院审理后,认为:黄某请求停止对坐落在某市某处房产执行的诉讼请求,理由不成立,便驳回了黄某的诉讼请求。黄某不服一审判决,遂委托笔者为代理人提起上诉,希望通过二审的途径维护自身的合法权益。

接受委托后,笔者根据一审的判决、案件证据撰写了上诉状提起上诉,要求“二审法院撤销一审判决,依法改判或者发回重审。”

争议焦点

本案的争议焦点是:黄某父母离婚时的赠与合同是否合法有效;黄某是否有权请求停止对涉案房产的执行?

各方观点

被上诉人观点:涉案房屋登记在黄某父亲的名下,该房屋的所有权没有转移给黄某,仍归黄某父亲所有,该房屋可以被执行,黄某提出停止执行没有依据,一审判决完全正确。

我方观点

一、上诉人黄某因父母的赠与行为已受赠取得诉争的房产,为本案涉诉房产的实际所有人。

1、被上诉人黄某父亲与第三人史某于2009年5月11日离婚时,双方签订《调解协议》协议将诉争的房产赠与上诉人黄某,该《调解协议》已经由【(2013)某民初字第*号判决书】确认合法有效。当时,黄某尚未成年,由抚养人母亲史某代黄某接受该房产,并一直居住在该房屋内,对该房产行使占有、使用、收益至今,可见黄某接受父母赠与房产的行为已经完成。根据《中华人民共和国物权法》第十五条规定“当事人之间订立有关

设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力”。上诉人黄某依父母赠与协议已实际取得标的物,未变更登记只是物权未设立。

据此,上诉人黄某已受赠合法取得该房产,为本案涉诉房产的实际所有人。

2、上诉人在一审举证期限提交的证据:(1)《调解协议》、《民事判决书》等证据材料,以及二审期间向法院提交的证据,这些证据材料环环相扣,已形成一条完整证据链证实:黄

父亲与史某赠与房产给儿子是父母离异时正常的民事行为,并非是为了逃避债务、规避法律而转移夫妻财产,此时该赠与行为与王某之间无任何利害关系。而黄某父亲再婚后与妻子刘某所欠下的债务,理由由黄某父亲与刘某自行清偿,上诉人黄某作为受赠房产的合法持有人,不应该为黄某父亲与刘某的债务而无辜地承担责任。一审判决实际上也是对黄某的一种伤害,明显侵犯了黄某的合法权益。

三、上诉人黄某受赠本案涉诉房产后,未及及时办理产权变更登记手续,本身不存在过错。

我为退役军人维权

——记笔者代理的一宗案外人执行异议之诉的上诉案

潘晓珍

某父亲、史某赠与上诉人黄某房屋的事实,及上诉人黄某受赠、合法取得涉案房产的事实。而生效的法院裁判文书确认的事实,无需经过再次证明,就可直接作为定案证据使用,具有确定性、排他性的法律效力,证明效力高于其它证据的证明效力,也大于本案房产证的证明力。

综上,本案上诉人黄某依父母的赠与已依法取得诉争房产的所有权,为本案涉诉房产的实际所有人。

二、本案被上诉人黄某父亲与第三人史某赠与黄某房产的行为并没有侵害到被上诉人王某的合法权益。

2009年5月黄某父亲与史某在离婚时对夫妻共同财产进行了分割处分,而本案被上诉人王某与黄某父亲、刘某之间的民间借贷发生在2011、2012年,黄某受赠房产时被上诉人王某与黄某父亲、刘某之间的民间借贷尚未发生。可见2009年黄某

受赠本案涉诉房产时仅16周岁,当时因未满18周岁房管部门称要到18周岁才可办理产权变更登记受赠房产。2013年10月份黄某应征入伍服役。而当他退伍回来后该房产已被法院查封。可见,未能办理房产变更登记并非黄某过错所致,黄某自始至终不存在过错。

四、一审法院驳回上诉人黄某就立即停止对涉案房产的执行及确认该房产属于上诉人所有的诉求,没有事实与法律依据。

黄某父亲、史某与上诉人黄某之间的房产赠与行为真实、合法、有效,当事人有权处分自己的财产,国家也没有相关法律规定没有变更登记,赠与行为就不成立。根据我国《城市私有房屋管理条例》、《合同法》第44条、最高法院《关于适用合同法若干问题的解释(一)》第九条规定,赠予房产当事人未办理变更登记过户手续,并不影响赠与行为的效力,不影响赠与合同的成立。

事实上上诉人黄某从受赠房产起已实际对房产进行占有、使用、收益至今,黄某父亲早在赠与行为生效时就丧失了对该房产的所有权,黄某才是本案涉诉房产的实际所有人。根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第三十一条“有下列情形之一的,人民法院应当作出解除查封、扣押、冻结裁定,并送达申请执行人、被执行人或者案外人:(一)查封、扣押、冻结案外人财产的;”的规定,本案查封的房产实际上是案外人黄某的财产,法院应该依法解除查封。因此,一审法院驳回上诉人黄某就立即停止对涉

离婚之后,离婚时两人就共同财产签署调解协议,将其中的涉案房产赠与婚生子黄某所有并没有损害他人的利益。黄某据此请求停止对涉案房产执行的上诉理由成立,本案予以支持。原审驳回黄某该项诉讼请求不当,依法应予纠正。判决如下:一、撤销某市中级人民法院(2014)温某执异初字第8号民事判决书;二、停止对王某申请的坐落某市某处房屋的执行。”

律师评析:

现在离婚的家庭越来越多,父母在离婚时把夫妻共同财产特别是房产赠与未成年子女在社会中也普遍存在,由于父母、未成年子女法律意识的淡薄及办理产权过户手续在程序上的繁琐,一般的家庭会在子女成年后到房管部门办理,但孩子从未成年到成年需要几年或十几年的时间,若离婚后的父母在经济上出现了危机,其债权人可以根据物权法向法院申请对登记在该债务人名下的房产进行查封。本案讼争的起因即是如此。

本律师认为虽涉案房产权属尚未办理变更登记手续,但是并不影响赠与合同本身的效力,本案的赠与合同应认定为合法有效。另外被上诉人王某与黄母父亲、刘某之间的债权债务关系发生在黄某父亲与黄某母亲离婚之后,离婚时两人就共同财产签署调解协议,将其中的涉案房产赠与婚生子黄某所有并没有损害他人的利益。因此,黄某据此请求停止对涉案房产执行的上诉理由成立,据此应该停止对该房屋的执行。

带着美丽的梦,这位少年走进了军营,脱掉了军装,却总不愿梦醒,因为角色的转换带来太多现实的困惑。黄某通过二审保住了受赠的房产,但对方不服又申请再审,再审还是维持原判。

(作者系本所刑事部律师)



题记:江平教授著作《我所能做的是呐喊》读后感

不管我活着,
还是我死去,
我都是一只牛虻,
快乐地飞来飞去。

不知道,今天还有多少人知道牛虻(亚瑟·勃尔顿),以及他临刑前读给爱人的诗。不知道还有多少人还记得英国女作家艾·丽·伏尼契代表作《牛虻》。那是上世纪五十年代由中国青年出版社翻译出版的一本小说,它讲述了意大利革命党人牛虻参与反对奥地利统治者、争取国家独立统一的斗争,最后为之献出了生命的故事。小说涉及了斗争、信仰、爱情、牺牲这些色彩浓重的主题,深受当时我国年轻人喜爱及争相传阅,甚至作为定情信物。

我知道,你可能忘了,不怪你,我知道你可能正在为拼爹或物欲而烦恼。

年轻的亚瑟·勃尔顿羞涩、单纯、轮廓精致,正在读大学,是富商的儿子,今天叫富二代,笃信上帝。为了争取意大利独立,加入青年意大利党。由于被警察密探神父诱骗,在一次忏悔中透露了革命党行动计划和战友们的名字,以致他同战友一起被捕入狱。连他的情侣琼玛都以为是他亚瑟告的密,用耳

光打落了爱情。当他正为自己幼稚自责、沉浸在“教会怎么会出卖自己”的疑惑中时,获知自己竟是最敬爱的主教蒙太尼里的私生子,心目中的偶像瞬间崩溃,震惊之中他愤怒发狂,挥舞铁锤打碎了心爱的耶稣圣像,然后伪装自杀,流亡南美洲。

十三年充满苦难的流浪生活,磨

愿意放弃主教位置保他性命,而他要求蒙太尼里在上帝和儿子间做出选择。蒙太尼里选择在批准判决书上签了字。

狱中,牛虻在给琼玛的一封信里,写上了他们儿时熟稔的一首小诗:

“无论我活着,还是我死去,我都是一只快乐的飞来飞去的牛虻。”

一只牛虻永远在叮着我们

毛毅坚

炼了亚瑟。当他重返意大利时,形象已经大变:跛脚,左臂扭曲,左手缺二指。但却是一个坚强、冷酷、稳健的“牛虻”了。他受命撰文揭露教会的骗局,他用辛辣的笔一针见血地指出,以红衣主教蒙太尼里为首的自由派实际上只是教廷的忠实走狗。牛虻和战友们一起积极准备武装起义,但在一次偷运军火的行动中,自己却因为蒙太尼里的突然出现,错愕之中垂下枪口,被蜂拥而上的警察逮捕。

狱中,蒙太尼里劝他悔过归降并

“牛虻”死了,蒙太尼里先疯后死,只剩琼玛孑然风中!

“牛虻”的特性就是死叮,不过用枪叮,用枪批判,永远是亲情破碎,兽性圆满,活人倒下,墓碑站立。

英国女作家艾·丽·伏尼契将她写的这本书题为《牛虻》,是因为作者自幼尊敬古希腊哲学家苏格拉底。苏格拉底。他不停的话,雅典法庭以不敬神和腐蚀雅典青年思想之罪名起诉他,站在庭上他说:

“我这个人,打个不恰当的比喻说,是一只牛虻,是神赐给这个国家的;这个国家好比一匹硕大

的骏马,可是由于太大,行动迂缓不灵,需要一只牛虻叮叮它,使它的精神焕发起来。我就是神赐给这个国家的牛虻,随时随地紧跟着你们,鼓励你们,说服你们,责备你们。朋友们,我这样的人是不容易找到的,我劝你们听我的话,让我活着。”

但他仍被判死刑,我不知道,他

是否因说话而死的第一人,但他的“对世界一无所知”却成了说话和对话的永恒前提,提醒说话者,自己可能是错的。

一只牛虻永远在叮着我们,这就是知识分子的灵魂!

附江平教授著作《我所能做的是呐喊》的主要观点:

●用“呐喊”这个词,就是说要有声音,有自己独立的声音。

●我认为,中国现在仍然需要思想解放运动。因此,也就需要有人去多呼吁。

●支撑我的信念就是最简单的

那个东西,我始终认为,中国走向法治,走向民主,这是谁也不能改变的潮流。

●只要我认为,我的良知,我的良心告诉我应该怎么做,我就不会违背。

●总结起来无非是一句话,知识分子终究有一个命运的概念。家事国事天下事,终究会关心,你和这个命运终究联系在一起。

●生活底线实际上是道德底线。再怎么讲,我们做人还应该有一个道德底线。



先正大律师 第71期 2009.7

巧用反担保 妙解企业愁

本刊特刊

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第72期 2009.8

“百万借据”是真是假?

本刊特刊

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第68期 2009.5

事实不清可变更 程序违法应撤销

法院判令撤销公安机关行政处罚决定

——记我所王主任代理的一起行政诉讼案

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第70期 2009.7

我所律师法律服务新模式

律师办公桌搬到了企业

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第79期 2010.4

我所已为温州9家小额贷款公司设立提供全程法律服务

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第81期 2010.6

拳拳公益心 五载显真情

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第76期 2010.1

弘扬传统美德 培育律师一代新人

我所举行新执业律师拜师仪式

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第86期 2010.11

我所被评为“浙江省服务经济建设突出贡献律师事务所”

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第92期 2011.5

我所党支部开展丰富多彩活动纪念建党90周年

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第100期 2012.1

文化为律 律人为本

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第129期 2014.6

温州市第六次律师代表大会隆重召开

我所周光主任再次当选为市律协会长

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第143期 2015.8

敲响法律之门

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第150期 2016.3

我所荣获“全国优秀律师事务所”称号

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第155期 2016.8

互联网不是法外之地

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

先正大律师 第158期 2016.11

我所二十周年庆典活动隆重举行

以案说法

法律动态

法律小知识

所微说明

重温《先正大律师报》

往期回顾，为了一段忘却的记忆。