



NANTIAN MING WINDOW

南天明之窗

准印证号(粤E)L0180009

二〇一八年第二期 总第五十八期

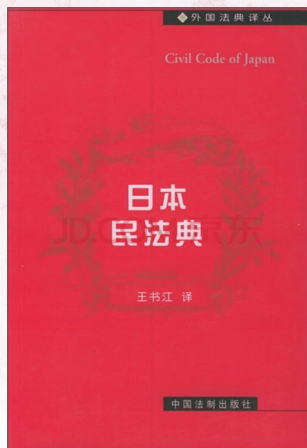


本期要目

什么是不含税价款
网络虚拟资产魂归何处
是技术中立还是不正当竞争
谨防商标沦为商品通用名称

《枪支批复》体现了对形式法治的超越
公司IPO过程中环保处罚问题的解决之道

日本民法典



日本民法典是亚洲第一部民法典，因其根植于亚洲的独特土壤，与我国有相似的历史经历和地域亲缘关系，对我国借鉴意义重大。上世纪二三十年代，中国国民党政府制定《中华民国民法典》时，曾吸收日本民法典的一些规定。

日本明治维新是世界史上的一件大事，维新的重要内容之一是“变法”，这次变法非常急切，在短短的十年内，制定公布了宪法、刑法、商法、民法、法院组织法、三大诉讼法等8部法律或法典，很多是直接把西方法制移植到日本，用以取代全部旧有的法制。一个东方的封建国家，原来几乎没有近代法律，在十年内一变而与欧洲法治先进国家类似，这种立法的规模和速度也是令人惊异的。

日本明治政府1890年颁布的民法典被称为旧民法典。其以法国民法典为精神指导，共设人事编、财产编、财产取得编、债权担保编、证据编五编。存在着物权债权不分、程序法实体法不分、体系混乱、无总则编缺乏总体理论支撑等问题。

其中有关“家庭亲子关系”的内容与日本传统的“家长制”相悖，被广大国民认为“民法出而忠孝亡”，拥护派和反对派开展广泛争论。1892年议会决定延期施行。

1893年日本政府着手重新起草民法。在伊藤博文的统领下，穗积陈重、富井政章、梅谦次郎等人负责起草，在维持日本旧有习俗、特别是家族制度的原则下，参照了当时的德国民法第一草案，1896年议会通过总则编、物权编、债权编，1898年通过亲属编、继承编，全部民法于1898年7月16日施行。这是日本的“新民法”，又被称为“明治民法”。这部民法一直施行到现在。

明治民法在编制上改依德国民法典，分为5编。第1编《总则》，分为人、法人、物、法律行为、期间、时效6章。第2编《物权》，分为总则、占有权、所有权、地上权、永佃权、地役权、留置权、先取特权、质权、抵押权10章。第3编《债权》，分为总则（债权的标的、债权的效力、多数当事人的债权、债权的让与、债权的消灭）、契约（又分为总则与赠与、买卖等14节）、无因管理、不当得利、侵权行为5章。第4编《亲属》，分为总则、户主及家属、婚姻、父母子女、亲权、监护、亲属会议、扶养的义务8章。第5编《继承》，分为家督继承、遗产继承、继承的承认及抛弃、财产的分隔、继承人的欠缺、遗嘱、特留份额7章。

二次大战日本投降后，在盟国占领下，《日本国宪法》于1946年11

月公布。宪法第24条规定，关于婚姻与家族的法律，应该在“个人尊严与两性实质的平等”原则下制定。随后，对民法典中的亲属编、继承编作了重大修改，对前面3编也作了少量修改。把第4编的《户主及家属》一章全部删除、其他有关夫妻不平等的规定予以删除、有关亲权的规定大多删除，把第五编《家督继承》一章全部删除。这样，从法律上断绝了日本根深蒂固的封建家长制，但个别条文仍有家长制的残余，例如，第897条规定：“家谱、祭具及坟墓的所有权，可以不拘前条规定，由按习惯应主持祖先祭祀的人承受。但有由被继承人指定的主持祖先祭祀的人时，则由被指定的人承受。”

此后，尤其是进入新世纪后，日本多次对民法典的部分条文进行修改，以适应社会变化，例如：1999年创立了“任意监护制度”和“监护登记制度”，以应对高龄化社会的到来；2006年对非营利法人制度的重大修改；2016年女性再婚期间限制制度的修改。

日本民法典注重解决了本土化与国际性的关系，将移植过来的西方法律制度在日本加以同化和整合，实现了本土化。另外，日本民法较好的解决了法典化与融合性的关系，为了使得法典在适应性和稳定性中达到平衡，日本民法典规定了一些基本原则来实现法典的稳定，又通过判例法和特别法对法典进行必要的补充，使法典具有生命力。

（摘编自百度百科）

曾祥陆厅长在全省律师代表大会上的讲话（摘要）



7月21日至22日，第十一届广东省律师代表大会第二次会议在广州召开，225名律师代表参加了会议。广东省司法厅党委书记、厅长曾祥陆出席会议并作重要讲话。曾祥陆厅长强调：

一是坚持政治引领党建先行，确保党对律师工作的全面领导落到实处。要突出政治引领，确保律师工作正确的政治方向，坚持党对律师工作的全面领导，确保律师队伍正确的政治道路、政治方向，这是全省律师工作必须始终坚持的政治态度和政治原则，是律师队伍建设最重要、最首要的任务；要坚持党建先行，推动律师行业基层党组织建设全面进步全面过硬，做好律师行业党员基本信息登记核查工作、落实“党组织建在所上”、做好党员发展培养工作、加强党务工作者队伍建设、创新党建工作方式、加强律师行业党建工作示范点建设；要完善制度机制，落实党建工作各项保障措施，协会章程作出重要修改就是建立完善律师行业党建制度的重大举措，接下来还要规范律师事务所党组织工作制度、建立健全律师所管理层和党组织成员双向进入、交叉任职制度、创新工作机

制。

二是找准服务定位，在“四个走在全国前列”新征程中实现新担当新作为。要着力服务加快构建推动经济高质量发展体制机制，广大律师要发挥优势，主动服务打好“三大攻坚战”、积极参与产权保护、助力供给侧结构性改革；要着力服务加快建设现代化经济体系，广大律师要在巩固公司、金融等领域的业务基础上，主动服务新一代信息技术、高端装备制造等战略性新兴产业；要着力服务加快形成全面开放新格局，广大律师要以粤港澳合作中有关法律服务的内容为契机，积极参与涉外仲裁、纠纷调解等涉外法律服务，不断提高服务“一带一路”倡议、粤港澳大湾区、自贸区建设的能力和水平，深入推动粤港澳法律服务业交流合作；要着力服务营造共建共治共享社会治理格局，广大律师要自觉融入公共法律服务体系建设，扎实做好刑事

案件律师辩护全覆盖试点、法律援助值班、村（社区）法律顾问等工作，推进平安广东建设。

三是做强做优广东律师服务业，不断开创新时代律师工作新局面。要持续深化律师制度改革；要全面加强对律师执业行为的监督管理；要筑牢织密律师管理制度、严肃查处律师违法违规行为、注重惩戒质量和效果；要大力加强律师事务所自身建设，要在加强党的建设、队伍建设、专业化分工、协作整合、内部管理等五个方面狠下功夫；要加快推进涉外法律服务业，加大对涉外律师人才的培养和投入，积极为律师行业拓展涉外业务、服务经济社会发展搭建平台；要努力为律师业发展创造良好社会环境，各级司法行政机关和律师协会要切实关心爱护广大律师、做实保障律师执业权利各项措施、推动形成保障律师执业良好氛围。

（摘自中国律师网）





南天明之窗

2018年第2期

总第58期

编印单位: 广东南天明律师事务所

地 址: 广东省佛山市南海区桂城南桂

东路 60-3 花苑广场三座二楼

网 址: www.tmlslaw.com.cn

编委会成员: 李 光 梁 虹 纪建斌

陆垂军 林世彬 魏剑鸿

程宗利 李周明 罗丽红

温晓琼 李 浩 肖福来

胡丽丽

主 编: 李周明(电话: 13590561500)

电 邮: ntmwzh@126.com

发送对象: 本系统、本行业、本单位

印刷单位: 佛山市华禹彩印有限公司

印刷时间: 2018年8月30日

印 数: 3000本

目录 CONTENTS

法律典故

01-日本民法典

行业聚焦

02-曾祥陆厅长在全省律师代表大会上的讲话(摘要)

税法专题

05-什么是“不含税价款”? (黄嘉莹)

06-“以房抵债”涉及哪些税费? (高丽华)

“公司法+”专题

08-浅析我国“执转破”制度(肖福来)

09-国有产权公开转让程序概述(林慧敏)

11-50:50股权结构下公司僵局的破解(冯可欣)

融资上市

12-公司IPO过程中环保处罚问题的解决之道(李侃童)

15-拟IPO企业出资瑕疵问题的解决思路(黎小华)

16-内幕交易规制浅论(陈敏怡)

知识产权

17-谨防商标沦为“商品通用名称”(汤建城)

18-含有宗教元素的商标注册及使用(陈嘉倩)

19-商标与商号冲突的成因与解决路径(王明锷)

热点话题

20-业主无权拒交物业管理费的常见情形(胡丽丽)

21-已付款未网签的房屋被查封该怎么办?(钟嘉嵘)

22-简析业主能否以未收楼为由拒交物管费(高慧婷)

评案论法

- 23-“劝君更尽一杯酒”的法律风险（王少猛）
- 25-上班途中摔伤，如何认定工伤（李浩）
- 26-如实注明“老干妈味”是否侵权？（金比楠）

新法解读

- 27-省国土厅发文推进“三旧”改造（胡丽丽）
- 28-《枪支批复》体现了对形式法治的超越（范瑞祥）

企业关注

- 29-助人为乐真的需防讹诈（叶伟英）
- 30-企业如何应对计算机软件侵权？（欧静）

律师论坛

- 31-浅谈如何规制微信公众号中的侵权问题（杜嘉琦）
- 34-余额宝法律问题与解决建议（郑庆柱）

办案手记

- 35-揭虚假证言，还事实真相（谭彩仪）
- 36-被执行人的唯一住房是否可以执行（钟远玉）
- 38-假离婚？真离婚！（何嘉欣）

法苑纵横

- 39-网络虚拟资产“魂归何处”？（麦超莹）
- 40-是技术中立还是不正当竞争？（陈嘉倩）
- 41-股东知情权那些事儿（陈雪燕）

立法快讯

- 42-新颁布的法律
- 42-最新司法解释
- 42-最新行政法规

今日南天明

- 43-在南海区调解专家库成立大会上的发言（纪建斌）
- 44-短讯九则

什么是“不含税价款”？

□ 黄嘉莹

案例：

甲公司是A市一家制鞋企业，一般纳税人。乙公司是B市一家鞋业销售公司，一般纳税人。甲乙两公司有长期合作关系，甲公司是乙公司的供应商。2016年4月，甲公司接到乙公司的成品鞋订单，甲公司按照订单要求的时间，把成品鞋发送给乙公司。乙公司收货后支付了部分货款。2016年5月14日，甲公司向乙公司传真了一份《请款单》。《请款单》载明成品鞋规格、数量、单价、总价等信息，其中单价一栏标明“单价（不含税）”，总价合计栏载明货款296432元。乙公司收到传真后，在该《请款单》上盖章确认并回传给甲公司，但以资金紧张为由一直拖欠。2016年9月28日，甲公司出于无奈之下把乙公司起诉到了法院，要求乙公司支付含税货款346825.44元 [296432元 (1+17%)]。法院受理后，乙公司没有答辩。开庭审理时，也未派员出庭，法院依法缺席审理。庭审时，主审法官问甲公司出庭人员，《请款单》上的金额是296432元，为什么要求甲公司支付346825.44元？甲公司回答，《请款单》上记载是单价是不含税的，甲公司在收取货款的同时，按税法规定，有权向乙公司收取增值税销项税款50393.44元 (296432×17%)。庭审结束后，法院作出判决，认为“因《请款单》载明的货物单价为不含税，故原告主张按含税价支付货款，没有合同依据，不予支持”，遂

判决乙公司支付甲公司不含税价款296432元及利息。

思考：

该《请款单》上约定的“不含税”，具体是什么意思呢？

一、约定“不含税”，是不含什么税？

“不含税”是指销售价款中不含增值税销项税额。增值税是以商品和劳务在流转过程中产生的增值额作为征税对象而征收的一种流转税。按照我国增值税暂行条例以及“营改增”的规定，销售方在销售商品或者劳务时，向购买方收取的价款包括两部分，一部分是销售额，一部分是增值税销项税额。其中， $\text{增值税销项税额} = \text{销售额} \times \text{税率}$ 。合同约定的价款如果只有销售额，不包括增值税销项税额，就是不含税价款。反过来，不含税价款是指不含增值税销项税额的价款。

二、约定“不含税”，法院怎么判？

如前所述，按照我国增值税制度，销售方向购买方销售商品、提供应税劳务时，不但应当收取商品或者劳务价款（销售额），也应当收取增值税销项税额。假如买卖双方的合同中仅约定了不含税价款（销售额），没有约定销售方是否收取增值税销项税额，如果购买方拖欠合同价款，销售方向法院起诉，请求购买方既支付不含税价款（销售



黄嘉莹 律师

额)，同时支付增值税销项税额，法院会如何处理？司法实践中，这种案件没有统一的裁判思路。有法院认为，约定的“不含税价款”条款无效，购买方应当按增值税法规及相关规定，向销售方支付增值税销项税额，从而判决支持销售方要求购买方支付增值税销项税额的诉讼请求，如湖南省长沙市中级人民法院（2016）湘01民终字7322号民事判决书；也有法院认为，支付款项应当以合同约定为依据，合同没有明确约定购买方向销售方支付增值税销项税额的，销售方此项请求没有合同依据，判决驳回，如本文开篇案例。

三、约定不含税，可否不缴税？

根据增值税暂行条例及其实施细则和“营改增”的规定，在中华人民共和国境内销售货物、提（下转第7页）

“以房抵债”涉及哪些税费？

□ 高丽华



高丽华 律师

【问题由来】

最近，我们在某省税务局网站上看到一则来自俄罗斯联邦最高法院公布的税收争议诉讼案例。该案件中，一企业将其所有的不动产出让给债权人以抵偿债务时未申报缴纳增值税，俄罗斯某税务局对此进行审查后认定该企业“以房抵债”的行为应当征收增值税，双方由此发生争议，并诉至法院。案件经过初审法院、申诉法院、上诉法院、最高法院审理，最终判决认定贷款业务只有在现金交易条件下免征增值税，而非其他交易形式，企业“以房抵债”行为属于应征增值税的销售行为。

由此，我联想到在我国现行税制下，单位或个人“以房抵债”行为可能涉及到多种税费，但由于大家对此的认识并不全面，甚至在处

理以房抵债时未考虑到税务问题，不免会为该经济业务带来一定的税务风险。由于俄罗斯的税制与我国不同，上述案例在我国并不适用，但仍具有借鉴意义，因而引起我对“以房抵债”行为的思考，本文和大家一同探讨“以房抵债”行为的相关税收问题。

【问题分析】

案件事实如下：A公司2012年向B公司借款5000万，借款期限3年，所借款项用于生产经营。2015年借款到期后，A公司无法归还借款，双方达成协议，以A公司名下的一商业楼（购买价3500万，评估价5000万）抵顶B公司的借款本金5800万。

一、“以房抵债”既是清偿债务，也是转让财产

对于A、B公司之间的法律关系性质和效力存在争议，有人认为双方之间的是房产买卖合同关系，有人认为是民间借贷关系。笔者认为，A、B公司之间既成立借贷关系，也成立买卖关系，合同均依法成立并已生效。实际上，A、B公司就同一笔款项先后设立民间借贷和房屋买卖两个法律关系。“以房抵债”是终止借款合同关系，建立房屋买卖合同关系，将借款本金及利息转化为已付购房款，该行为不属于《中华人民共和国担保法》第四十条和《中华人民共和国物权法》第一百八十六条禁止流押的情形，也不属于《中华人民共和国合同法》第五十二条合同无效的情形，因此，A、B公

司之间的“以房抵债”协议合法有效。

二、“以房抵债”的涉税处理

由于“以房抵债”并存两个法律关系，在清偿债务及办理房屋过户的过程中，会发生各种税费。这一点，往往容易被忽视，导致取得抵债房反倒亏了，甚至会引起税务刑事风险。在这里，我们对“以房抵债”一般所涉及的税种予以整理。

（一）增值税

《财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税〔2016〕36号）规定：“贷款服务，以提供贷款服务取得的全部利息及利息性质的收入为销售额征收增值税。”“销售不动产的单位和个人，为增值税纳税人。”

（二）契税

《中华人民共和国契税暂行条例》规定：“房屋权属转移，承受的单位和个人为契税纳税人，应依法缴纳契税。”

（三）企业所得税

《中华人民共和国企业所得税法》第六条规定：“企业以货币形式和非货币形式从各种来源取得的收入，为收入总额。包括：（三）转让财产收入；（五）利息收入。”《中华人民共和国企业所得税法实施条例》第二十五条：企业发生非货币性资产交换，以及将货物、财产、劳务用于捐赠、偿债、赞助、集资、广告、样品、职工福利或者利润分配等用途的，应当视同销售货物、

转让财产或者提供劳务，但国务院财政、税务主管部门另有规定的除外。

（四）土地增值税

《中华人民共和国土地增值税暂行条例》第二条规定：“转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物并取得收入的单位和个人，为土地增值税的纳税义务人，应当依照本条例缴纳土地增值税。”

（五）印花税

《中华人民共和国印花税暂行条例》规定：“书立、受领借款合同、产权转移书据的单位和个人为印花税纳税义务人，按规定缴纳印花税。”

（六）城建税及教育费附加

《中华人民共和国城市维护建

设税暂行条例》及《征收教育费附加的暂行规定》规定：“凡缴纳消费税、增值税的单位和个人，按规定缴纳城市维护建设税和教育费附加。”

三、“以房抵债”中的债务重组利得

实例中，A公司用价值5000万的商品楼抵顶5800万的债务，相当于B公司同意豁免其800万债务。《财政部 国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税[2009]59号）规定，企业债务重组相关交易应按以下规定处理：以非货币资产清偿债务，应当分解为转让相关非货币性资产、按非货币性资产公允价值清偿债务两项业

务，确认相关资产的所得或损失。债务人应当按照支付的债务清偿额低于债务计税基础的差额，确认债务重组所得；债权人应当按照收到的债务清偿额低于债权计税基础的差额，确认债务重组损失。据此，B公司对A公司的债权让步，即借款本金与商品房的公允价格的差额，确认为A公司债务重组所得，应计入企业当期的应纳税所得额中，计征企业所得税。

“以房抵债”交易模式多变且复杂，涉及多个税收负担，只有正确区分“以房抵债”的情形，准确把握相关财税法规，才能做到合理合法、有理有据，从而避免无谓的财税风险。

（作者交流电话13824543825）

（上接第5页）提供应税劳务、发生应税行为以及进口货物的单位和个人，为增值税的纳税人。纳税人应当依照增值税暂行条例及其实施细则和“营改增”的规定缴纳增值税。据此，无论合同约定价款是否“不含税”，也不论法院在民事案件中判决销售方是否应向购买方收取增值税销项税额，销售方均应按照上述规定向税务机关申报缴纳增值税。换句话说，合同“不含税”条款以及法院“不支持收取增值税销项税额”判决都不能成为销售方拒绝缴纳增值税的理由。否则，销售方可能被税务机关认定为偷税而遭受行政处罚，也可能被司法机关认定为逃税罪而承担刑事责任。

四、约定不含税，可否不开发票？

《发票管理办法》第十九条规定，“销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，收款方应当向付款方开具发票”和第二十条“所有单位和从事生产、经营活动的个人在购买商品、接受服务以及从事其他经营活动支付款项，应当向收款方取得发票。”据此规定，无论合同价款是否“不含税”，销售方向购买方收取价款，均应开具发票。否则，按《发票管理办法》第三十五条规定，税务机关可以处以1万元以下罚款。

五、约定“不含税”，究竟为什么？

我们不排除当事人在合同中约定“不含税价款”，存有其他善意，但部分当事人可能借此想达到偷逃税的目的。这种偷逃税的方式的表现是：书面约定“不含税价款”，口头约定销售方开发票要向购买方另加税点，不开票就不另加税点。当事人这种书面约定加口头约定的方式，如果引发民事诉讼，由于法院很可能不支持销售方收取增值税销项税额的请求，而使销售方处于不利地位。同时，因违反税法可能会引发相应的行政责任甚至刑事责任。

（作者交流电话：13543676976）



浅析我国“执转破”制度

□ 肖福来



肖福来 律师

执行转破产程序（简称“执转破”制度），即指在执行案件中，执行法院发现作为被执行人的企业法人具备破产条件的，经执行当事人之一同意，裁定中止执行并将案件移送相应管辖法院，从而由个别清偿转入债权人集中公平清偿的程序。该程序既是强制执行程序的终结，也是破产程序的开始，是连接执行程序与破产程序的通道或者节点。

执行难一直是我国法院饱受诟病的问题，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第513条至516条初步确立了“执转破”制度这一新的程序，标志着执行与破产程序的衔接机制趋于制度化，随着该制度的实施，将起到疏通执行与破产两个程序的

关键作用。但《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》对“执转破”制度只是做了总体的规定，第516条规定，当事人不同意移送破产或者被执行人住所地人民法院不受理破产案件的，执行法院就执行变价所得财产，在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后，对于普通债权，按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。这实际上是通过“倒逼”机制逼迫债权人主动就范，主动向法院申请被执行人破产，但具体如何操作，并无详细规定。

2017年1月20日，最高人民法院印发《关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》的通知，该通知是为了推进执行案件移送破产审查工作，有利于健全市场主体救治和退出机制，有利于完善司法工作机制，有利于化解执行积案，是人民法院贯彻中央供给侧结构性改革部署的重要举措，是当前和今后一段时期人民法院服务经济社会发展大局的重要任务。为促进和规范执行案件移送破产审查工作，保障执行程序与破产程序的有序衔接，该通知从以下几个方面对各级人民法院提出要求：1、明确执行案件移送破产审查的工作原则、条件与管辖。2确定执行法院的征询、决定程序的具体操作指引。3、明确移送材料及受移送法院的接收义务。4、确立受移送法院破产审查与受理原则。5、上级法院对执行案件移送破产审查的监督。该通知是对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和

民事诉讼法〉的解释》中的“执转破”制度的法院工作流程的进一步细化，为“执转破”制度落地执行提供了更为具体的保障。

2018年3月4日，最高人民法院印发《全国法院破产审判工作会议纪要》的通知，该通知明确执行程序与破产程序的有效衔接是全面推进破产审判工作的有力抓手，也是破解“执行难”的重要举措。要求全国各级法院深刻认识执行转破产工作的重要意义，大力推动符合破产条件的执行案件，包括推动执行不能案件进入破产程序，充分发挥破产程序的制度价值。对各级法院的要求是：1、法院必须主动履行审查告知、释明义务和移送职责。2、法院必须设立执行转破产案件的移送和接收制度。3、法院必须做好破产案件受理后查封措施的解除或查封财产的移送。4、法院内部必须做好破产审判部门与执行部门的信息共享。5、强化对各级法院执行转破产工作的考核与管理。该通知强调了破产制度的重要作用，对各级法院提出硬性要求，必须做好“执转破”工作，这为进一步落实执转破制度提供了更充分的保障。

综上，“执转破”制度将在今后的几年内不断落实和完善，为进一步发挥破产制度在市场经济中的重要作用提供了有效保障，我们相信“执转破”制度将为解决执行难问题带来新的契机。

（作者交流电话：13702638080）

国有产权公开转让程序概述

□ 林慧敏

根据国有产权转让的相关规定，笔者对国有产权公开转让程序作如下整理：

一、标的企业股东（下称“转让方”）按照企业发展战略做好产权转让的可行性研究和方案论证。

转让方对于转让标的企业产权，根据企业发展、行业发展、区域性发展等情况对产权转让的可行性进行研究，且作出可行性报告。

产权转让需符合《国有企业资产交易监督管理办法》第二条的规定“……有利于国有经济布局和结构调整优化，充分发挥失常配置资源作用……”。

二、国有资产监督管理机构批复同意立项对标的企业进行产权转让。

国有资产监督管理机构根据转让方提交的产权转让可行性研究报告对该产权转让项目进行批复。

三、进行内部决议。

转让方按照企业章程和企业内部管理制度进行决策，形成书面决议。涉及职工安置事项的，安置方案应当经职工代表大会或职工大会审议通过；涉及债权债务处置事项的，应当符合国家相关法律法规的规定。

四、转让方委托会计师事务所对标的企业进行审计。

产权转让事项经批准后，由转让方委托会计师事务所对标的企业进行审计，并出具审计报告。审计包括对法定代表人进行离任审计，对标的企业进行清产核资。

五、转让方委托具备相应资质

的评估机构对转让标的的进行资产评估。

转让方按照《国有资产评估管理办法》委托具备相应资质的资产评估机构对转让标的进行评估。评估范围包括标的企业的所有资产。该评估结果作为清产核资与财务审计的基础。

六、制定产权转让方案。

转让方对转让的标的企业产权指定转让方案。

转让方案应包括以下内容：企业基本情况，资产评估结果，清产核资结果，职工安置方案，债权债务处置方案，转让方式，转让价格，受让方应具备的条件，重大事项披露等。

七、国资监管机构和人民政府对产权转让方案进行审批。

国资监管机构负责审核国家出资企业的产权转让事项。其中，因产权转让致使国家不再拥有所出资企业控股权的，须由国资监管机构报本级人民政府批准。

八、转让方向产权交易机构申请公开挂牌竞价转让产权。

转让方在产权交易市场公开转让产权。产权转让申请的受理工作有产权交易机构负责承担。转让方应当向产权交易机构提交产权转让公告所需相关材料，并对所提交材料的真实性、完整性、有效性负责。

九、转让方通过产权交易机构对外披露产权转让信息，公开征集意向受让方。

转让方应当就产权转让信息通过产权交易机构进行公告。产权转



林慧敏 律师

让公告应当对转让方和转让标的企业基本情况进行披露，包括但不限于：

1.转让方、转让标的及受托会员的名称；

2.转让标的企业性质、成立时间、注册地、所属行业、主营业务、注册资本、职工人数；

3.转让方的企业性质及其在转让标的企业的出资比例；

4.转让标的企业前十名出资人的名称、出资比例；

5.转让标的企业最近一个年度审计报告和最近一期财务报表中的主要财务指标数据，包括所有者权益、负债、营业收入、净利润等；

6.转让标的（或者转让标的企业）资产评估的备案或者核准情况，资产评估报告中总资产、总负债、净资产的评估值和相对应的审计后

账面值；

7.产权转让行为的相关内部决策及批准情况。

转让方在产权转让公告中应当明确为达成交易需要受让方接受的主要交易条件，包括但不限于：

1.转让标的挂牌价格、价款支付方式和期限要求；

2.对转让标的企业职工有无继续聘用要求；

3.产权转让涉及的债权债务处置要求；

4.对转让标的企业存续发展方面的要求。

转让方在产权转让公告中充分披露对产权交易有重大影响的相关信息。

转让方根据标的企业实际情况，合理设置受让方资格条件，公开征集意向受让方。受让方资格条件可以包括主体资格、管理能力、资产规模等。

产权转让公告必须符合其他相关规定。

十、意向受让方向产权交易机构提出产权受让申请，产权交易机构登记受让意向并作出资格审核意见。

意向受让方在信息公告期限内，向产权交易机构提出产权受让申请，并提交相关材料。产权交易机构应当对意向受让方进行登记。

产权交易机构应当对意向受让方提交的申请及材料进行齐全性和合规性审核，并在信息公告期满后5个工作日内将意向受让方的登记情况及其资格确认意见书面告知转让方。转让方在收到产权交易机构的资格确认意见后，应当在5个工作日内予以书面回复。经征询转让方意见后，产权交易机构应当以书面形式将资格确认结果告知意向受让方，并抄送转让方。

通过资格确认的意向受让方在事先确定的时限内向产权交易机构交纳交易保证金（以到达产权交易机构指定账户为准）后获得参与竞价交易资格。

十一、公开竞价交易，确定受让方，转让方与受让方签订产权交易合同。

产权转让信息公告期满后，产生两个及以上符合条件的意向受让方的，由产权交易机构按照公告的竞价方式组织实施公开竞价；只产生一个符合条件的意向受让方的，由产权交易机构组织交易双方按挂牌价与买方报价孰高原则直接签约。

产权交易机构应当在确定受让方后的次日起3个工作日内，组织交易双方签订产权交易合同。双方签订合同后，产权交易机构应当依据法律法规的相关规定，按照产权转让公告的内容以及竞价交易结果等，

对产权交易合同进行审核。

十二、受让方结算交易资金。

产权交易机构实行交易资金统一进场结算制度，开设独立的结算账户，组织收付产权交易资金。

受让方应当在产权交易合同约定的期限内，将产权交易价款支付到产权交易机构的结算账户。受让方交纳的交易保证金按照相关约定转为产权交易价款。

受让方将产权交易价款交付至产权交易机构结算账户后，产权交易机构应当向受让方出具收款凭证。对符合产权交易价款划出条件的，产权交易机构应当及时向转让方划出交易价款。转让方收到交易价款后，应当向产权交易机构出具收款凭证。

十三、产权交易机构出具产权交易凭证。

产权交易双方签订产权交易合同，受让方依据合同约定将产权交易价款交付至产权交易机构资金结算账户，且交易双方支付交易服务费用后，产权交易机构应当在3个工作日内出具产权交易凭证。

十四、产权变更登记。

根据产权交易合同约定，转让方与受让方对标的企业产权进行变更。

（作者交流电话：13823416704）

（上接第11页）规定了“当事人不能协商一致致使公司存续的，人民法院应当及时判决”。本案中，C某在提起公司解散诉讼前，已通过其他途径试图化解与B某之间的矛盾，但双方仍不能达成一致意见。两审法院也给予慎用司法手段解散公司的考

虑，积极进行调解，但均未成功。此外，C某持有A公司50%的股份，也符合《公司法》关于提起公司解散诉讼的股东须持有公司10%以上股份的条件。

综上所述，A公司已经符合《公司法》及《公司法司法解释二》所

规定的股东提起解散公司之诉的条件。S高院从充分保护股东合法权益，合理规范公司治理结构，促进市场经济健康有序发展的角度出发，依法作出了解散A公司的判决。

（作者交流电话：13726336305）

50：50股权结构下公司僵局的破解

□ 冯可欣

《公司法》第一百八十二条将“公司经营管理发生严重困难”作为股东提起解散公司之诉的条件之一。判断“公司经营是否发生严重困难”，应从公司组织机构运行状态进行综合分析。公司虽处于盈利状态，但其股东会机制长期失灵，内部管理有严重障碍，已陷入僵局状态，可以认定为公司经营管理发生严重困难。对于符合《公司法》及相关司法解释规定的其他条件的，人民法院可以依法判决公司解散。下面通过案例进行说明：

A公司成立于2008年1月，B某与C某系该公司股东，各占50%的股份，B某任公司法定代表人及执行董事，B某任公司总经理兼公司监事。A公司章程明确规定：股东会决议须经代表二分之一以上表决权的股东通过，但对公司增加或减少注册资本、合并、解散、变更公司形式、修改公司章程做出决议时，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。股东会会议由股东按照出资比例形式表决权。

2012年起，B某和C某两人之间的矛盾逐渐显现。同年5月9日，C某提议并通知召开股东会，由于B某认为C某没有召集会议的权力，会议未能召开。同年6月7日、7月6日、8月9日、9月19日、10月29日，C某委托律师向A公司和B某发函称，因股东权益受到严重侵害，C某作为享有公司股东会二分之一表决权的股东，已按照公司章程规定的程序表决并通过了解散A公司的决议，要求B某提供A公司的财务账册等资料，并对

A公司进行清算。同年6月10日、7月9日、8月12日、9月21日、10月31日，B某发函称，C某做出的股东会决议没有合法依据，B某不同意解散公司，并要求C某交出公司财务资料。

无奈之下，C某向某市中院提起诉讼，诉称：A公司经营管理发生严重困难，陷入公司僵局且无法通过其他方法解决，其权益遭受重大损害，请求解散A公司。A公司及B某辩称：A公司运营状态良好，不符合公司解散的条件。S中院于2013年12月8日判决驳回C某的诉讼请求。宣判后，C某向S高级人民法院提起上诉，要求撤销一审判决，依法改判解散A公司。

S高级人民法院经审理认为：首先，A公司的经营管理已经发生严重困难。根据《公司法》第182条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（简称《公司法司法解释二》）第1条的规定，判断公司的经营管理是否出现严重困难，应当从公司的股东会、董事会或执行董事及监事会或监事的运行现状进行综合分析。“公司经营管理发生严重困难”的侧重点在于公司管理方面存在严重内部障碍，如股东会机制失灵、无法就公司的经营管理进行决策等，不应片面理解为公司资金缺乏、严重亏损等经营性困难。本案中，A公司仅有B、C两位股东，两人各占50%的股份，A公司章程规定“股东会决议须经代表二分之一以上表决权的股东通过”，且各方当事人一致认可，“二分之一以上”不包括本数。



冯可欣 律师

因此，只要两名股东的意见存有分歧、互不配合，就无法形成有效表决，显然影响公司的运营。A公司已持续4年未召开股东会，无法形成有效的股东会决议，也就无法通过股东会决议的方式管理公司，股东会机制已失灵。两位股东互有矛盾，B某管理公司的行为，已无法贯彻股东会的决议。C某作为监事不能正常行使监事职权，无法发挥监督作用。由于A公司的内部机制已无法正常运行、无法对公司的经营做出决策，即使尚未处于亏损状况，也不能改变该公司的经营管理已发生严重困难的事实。

其次，由于A公司的内部运营机制早已失灵，C某的股东权、监事权长期处于无法行使的状态，其投资A公司的目的无法实现，利益受到重大损失，且A公司的僵局通过其他途径长期无法解决。《公司法司法解释（二）》第5条明确（下转第10页）

公司IPO过程中环保处罚问题的解决之道

□ 李侃童



李侃童 律师

（一）环保处罚在上市过程中的严重性

环保问题无小事。环保问题是全国上下都比较关注的问题，从国家战略层面来讲，政府越来越重视此类问题。从这几年证券监督机构的规则发展轨迹来看，证券监督机构对环保问题的处理也越来越严格。

《首次公开发行股票并上市管理办法》第十八条规定：“发行人不得有下列情形：（一）最近36个月内未经法定机关核准，擅自公开或者变相公开发行过证券；或者有关违法行为虽然发生在36个月前，但目前仍处于持续状态；（二）最近36个月内违反工商、税收、土地、环保、海关以及其他法律、行政法规，受到行政处罚，且情节严重；（三）最近36个月内曾向中国证监会提出发行申请，但报送的发行申请文件有虚假记载、误导性陈述或重

大遗漏；或者不符合发行条件以欺骗手段骗取发行核准；或者以不正当手段干扰中国证监会及其发行审核委员会审核工作；或者伪造、变造发行人或其董事、监事、高级管理人员的签字、盖章；（四）本次报送的发行申请文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏；（五）涉嫌犯罪被司法机关立案侦查，尚未有明确结论意见；（六）严重损害投资者合法权益和社会公共利益的其他情形。”根据本条第二款来看，证券监督机构要求发行人在IPO报告期内，不得受到情节严重的行政处罚。

那么何为情节严重呢？一般来说，证监会认为，只要是罚款或以上的行政处罚，即为情节严重的行政处罚，但是，出具行政处罚的行政机关书面认定不属于情节严重的行政处罚除外。正因为这样，我们经常见到政府部门会出具“该企业36个月以内不存在重大违法违规行为”的无违规证明。

然而，判断企业的行政处罚情节是否严重，除了考虑罚款金额之外，还要综合衡量各种因素，如发行人的主观故意程度、社会影响程度、是否造成严重后果、是发行人本身还是子公司或分支机构的行为、是否存在屡教不改的情况、发行人在问题之后的后续整改情况等等。在实践中，存在处罚高达50万却因为不存在主观过错而不构成实质性障碍的案例，也存在处罚仅几万元

却被证监会卡住的案例。作为中介机构，不能单纯以无违规证明作为判断的依据，如果在IPO项目中遇到环保违规行为，还是要给予足够的重视，并且尽量穷尽核查手段：如实地考察环保设备运行情况、走访当地居民的意见、访谈主管环保部门看法等等，对环保问题严格把关。

（二）环保处罚的案例分析

1、永太科技（002326）

在永太科技的上市过程中，就因为“故意不正常使用水污染处理设施、废水超标排放”的行为而先后三次受到了台州市环境保护局及临海市环境保护局的处罚决定，分别受到责令恢复正常使用水污染处理设施及罚款3万元、6万元、7万元的行政处罚。永太科技在三次罚款之后均及时缴纳了罚款。而且在此三次行政处罚之后，永太科技为杜绝此类问题的发生，进一步加强环境保护工作，进行了生态化改造整治，并邀请了有关领导及专家组成验收组，就其生态化改造整治完成情况进行验收。同时，永太科技还委托了专业机构对厂区进行重新规划，新的规划对区域划分清晰，消防、疏散通道合理，全厂实施清、污水分流。针对这个问题，永太科技的律师、保荐人认为：发行人针对上述行政处罚，均已采取相应的整改措施，并已经通过相关部门的验收，此前不规范的行为已经得到

了规范，从整改至今未再发生类似事故，因此上述处罚不构成本次发行上市的实质性障碍。此外，作出相关处罚决定的临海市建设规划局、临海市国土资源局、临海市安全生产监督管理局、临海市环保局和台州市环保局分别出具证明，认为上述行为不构成重大违法行为。

2、澳洋科技（002172）

在澳洋科技的上市过程中，因为各类环保问题，出现过被环保局处罚、被群众投诉、被媒体报道的情况。

在2004年企业设立之初，分别受到了玛纳斯县环保局及新疆维吾尔自治区环保局的处罚，分别处以1万元、4万元的处罚。其被处罚原因系企业设立之初，收购的原玛纳斯县棉浆粕厂的原环保处理设备陈旧、运行不稳定，公司已按时缴纳罚款。此后，公司还积极采取多种措施，加大环保工作力度，一方面进行限产，以减少废水排放量，另一方面，公司积极组织专家进行论证，确定了进一步的治理方案。对此，澳洋科技的保荐人、律师发表了意见：公司已采取了及时、有效的整改措施，积极消除影响，并未造成重大后果，该整改措施已经得到新疆维吾尔自治区环保局的确认，自上次处罚至今，没有再发生过任何重大环境污染事件，没有受到环保部门的处罚。

在2006年之前，曾有群众投诉公司的发电厂水井问题、废气问题、沙漠废水水库问题。新疆维吾尔自治区环境保护局针对群众投诉的问题，对公司进行了实地调查和检测，之后，新疆维吾尔自治区环境保护局、昌吉回族自治州环境保护局、玛纳斯县委、县政府以及群众代表

召开了环境污染治理情况通报会，投诉群众充分了解公司各项治污措施，对公司改善环境付出的努力表示肯定和满意。该次通报会消除了社会的不良影响，有效地解决了群众对投诉问题的不满。

在2006年初，公司的废水排放管线出现了突突破裂时间，公司在玛纳斯县政府、当地环保部门的指导下，采取了紧急处理措施：一是紧急停产，停止向废水排放管内排放废水，二是组织出动机械疏通防洪渠、排碱沟，及时为受影响农户派水，三是打开应急排放阀门，将管道内的积水排入玛纳斯河老河床并对漏点进行修复。在事件发生后，公司为强化环保管理，设置了环保领导工作小组，增加配备了管道巡查人员，制定了应急预案制度，采取了相应应急预案措施，确保杜绝该类事件的发生。当地媒体在5月份就此事件刊登了相关报道，然而，该部分报道与实际出入很大，存在很大程度的夸大和不实，公司及保荐人对此一一否定。经澳洋科技的保荐人、律师现场勘查，中介机构发表意见：该事件系客观原因造成，且公司及时采取有效措施，未造成重大环境污染事故，有关媒体报道的重大环境污染和违法排污问题不存在。国家环境保护局、新疆维吾尔自治区环境保护局、昌吉回族自治州环境保护局、玛纳斯县环境保护局针对该问题均出具了证明，证明此事件不属于重大污染事故，且公司采取了及时、有效的整改措施，积极消除影响，未造成重大后果，亦没有产生上述报道所反映的严重现象。

3、阳谷华泰（300121）

在阳谷华泰上市报告期内，阳

谷县环保局认为公司向外排放高浓度的化工废水，并对公司做出了处罚决定书，处罚决定为：责令华泰停产整治，并处罚款50万元。

这件事的起因，是自然人李某与公司分管环保人员沟通提出河北有一造纸厂可使用公司的废水，运费由公司来承担，分管人员考虑到可以节约处理成本，同意由其运输公司废水至河北造纸厂，但要求其将废水务必送至造纸厂，然而李某并未履行承诺，而是擅自将废水倾倒。环保部门对公司进行了处罚，相关部门对李某进行了拘留。

针对该事件，阳谷县环保局出具了《关于行政处罚决定书的说明》，认为：公司已缴纳了罚款并进行了停产整治，停产整治效果良好，同意重新恢复生产；公司本次行为不属于重大违法行为。公司本身也迅速采取了一系列措施，避免该类事件再次发生：召开了总经理办公会，分析事故原因，对相关责任人员给予了处分，并在全公司通报批评；进一步加强了内部控制，制定了有针对性的管理控制措施。对此，发行人的保荐人及律师认为：发行人主观上无故意且未直接实施违法行为，该违法行为属于发行人个别工作人员疏忽，轻信他人言论导致倾倒废水事件的发生，发行人没有主动倾倒废水的主观故意；该行为的发生属发行人执行环保内部规定不严格，管理缺失造成的，该类问题次数有限、数量有限且没有造成严重的污染后果，没有给当地水体造成严重不良影响；处罚机关亦出文认定上述行为不属于重大违法行为，因此，上诉环保处罚不构成发行人本次发行的实质障碍。

（三）对于环保处罚的思考

纵观整个资本市场，受到环保处罚的企业不仅在上市过程中面临重重障碍，就连上市公司都如履薄冰，部分上市公司也因此而陷入股价下跌的怪圈，或者是在重组融资的过程中受阻。

环保部与证监会亦就上市环保核查不断颁布新政策，我们可以明确看到监管部门释放的信号：①对于环保主体的环保责任并不会减轻，只会更加常态化，将更重的主体责任放给了环保责任主体自身，而政府更加偏向于事后监督和处罚；②证监会对于环保核查的要求

没有变化，但是核查的责任由原来的环保部门转移至中介机构，中介机构要进行全面、有效的环保核查。

在律师和保荐机构执业过程中，可能没法穷尽证明合法合规的事项。因此，中介机构需尽量采用多样化复合的手段履行核查义务，多角度验证披露的企业信息的真实性和准确性。在保证尽职尽责的前提下，谨慎把握发表意见的尺度，做力所能及的承诺，发表的每项意见力求有依有据。

对于重污染行业企业，中介机构的核查义务较重，发表意见的风

险也较大。一般认为，中介机构可以通过对行业内企业及企业自身的业务流程和业务模式的掌握判断污染物排放的基本状态和可能性，然后通过各方面的辅助核查和外围验证，对企业提供的基本信息进行验证和核查，以支撑发表的结论意见。对于非重污染行业企业，企业本身的环保风险和义务均较少，中介机构核查的力度和范围较上述重污染企业也相对宽松和简单些，但也须尽量寻找多种指标进行复合和多维度论证。

（作者交流电话：13929108225）

（上接第15页）工商部门及当地政府的明确意见关乎到相关程序及资金来源的合法性。对于瑕疵程序的补救，应尽可能取得工商部门确认问题已得到解决并免于处罚的明确意见。

5、股东承诺

即使出资瑕疵可以通过补救手段解决，但为进一步明确责任避免拟上市公司的不必要纠纷，股东要出具对该出资瑕疵承担相应责任的承诺。全体或责任股东承诺对出资

瑕疵可能导致的上市公司损失承担无条件、连带赔偿责任；责任股东外的其他股东接受问题的解决。

6、中介机构意见

拟上市公司出现出资瑕疵，由中介机构就瑕疵及解决结果，分析该瑕疵对注册资本的充实及公司经营是否存在实质影响，并发表明确意见。如以实物、知识产权、土地使用权等非货币资产出资，但未办理财产转移手续的情况下，中介机

构可以就未办理财产转移手续对公司的影响给出分析意见：尽管非货币资产未转让至公司名下，但相关资产实际交与公司占有及使用，且股东未就公司使用相关资产取得或按照相关安排收取费用等，则按实质重于形式原则，在股东将相关资产所有权/使用权转移给公司，且由验资机构出具补充验资报告后，该出资瑕疵不构成上市实质性障碍。

（作者交流电话：15800077600）

（上接第16页）

1.完善证券内幕交易监管法律体系

我国证券市场要想加强对内幕交易的法律监管，基础就在于更加深入地推进《证券法》等相关法律层面的建设，并且应当配合这些基本法律规定，更加详细地形成具有可操作性的执行法规和具体的实施细则，例如尽快拟定并出台禁止内

幕交易的专项法律，从而可以逐步针对上市审查、投资信托管理、证券代理、清算和交割、交易所运行、证券自律管理等具体的监管项目设计和形成专门性的管理法规。同时实现过程中，尽量在符合国情的同时，和国际相关立法接近和靠拢，保证我国证券市场内幕交易监管的法律体系建设更加地顺畅、国际化。

2.完善证券信息披露制度

信息披露是防止内幕交易的基本手段。《证券法》确立了保护投资者利益的宗旨，但是在应该采取何种方式保护投资者的利益不受侵害的问题上，不同的国家都有着不同的想法。有的国家则认为，要解决这一问题重点应该是对市场信息披露。

（作者交流电话：13418431103）

拟IPO企业出资瑕疵问题的解决思路

□ 黎小华

根据中国证监会《首次公开发行股票并上市管理办法》规定，发行人的发行条件之一为：发行人的注册资本已足额缴纳，发起人或者股东用作出资的资产的财产权转移手续已办理完毕，发行人的主要资产不存在重大权属纠纷。对于拟上市企业的出资是否充实、是否存在纠纷是重要审核要点，所以不管金额大小，也要认真对待。企业出资存在瑕疵也比较常见，对于拟上市公司而言，如果能以合适的方式解决，就不会构成实质性障碍。出资瑕疵问题可以归为两大类，一类是出资不实，还有就是出资存在程序上的瑕疵。

一、出资瑕疵问题

1、出资不实的情形

出资不实的情形包括但不限于以下情形：出资未办理财产转移手续；出资未能及时到位；出资资产价值低于认购股本的价值；出资之后抽逃出资；出资未办理财产转移手续；股东拿不能用于出资的资产出资；股东拿公司的资产出资等。

以上情形的实质是股东实际出资的价值小于工商登记中显示的“实缴”价值，造成了公司资产的缩减，不仅损害了公司利益，也损害了公司的债权人的利益。

2、出资存在程序上的瑕疵的情形

由于出资程序已由公司法、公司登记管理条例的法律法规中规定，出资的程序瑕疵问题出资不实问题

更为显而易见。常见的出资程序瑕疵有：实物等非货币性资产未经过评估；出资/增资未经过验资；出具相关报告的资产评估机构或验资机构不具备证券从业资质；验资或评估报告有瑕疵等。主要为股东以实际足额出资，但具有各种各样形式上或程序上的瑕疵。

二、主要解决方法及思路

可能同一种瑕疵情形放在不同的企业会有不同的解决方法，但问题解决的思路是较为统一的，这也是穷尽所有办法和经验得出的。主要解决的思路如下：

1、股东补足出资

在无法通过复核、出资凭证等证明出资充实，或本来就出资不充实的情况下，只能通过股东补足出资解决。股东可以采取以下方式补足：（1）以货币资金补足（包括两种：一是股东再拿出现金资产补足，这种形式最直接、简单，也是较为推荐的；二是股东以应付该股东的应付股利补足（如未分配利润经过股东大会或股东会作出利润分配决议后产生应付该股东的股利补足）；（2）以固定资产或无形资产等资产补足；（3）以债权补足的。后两种涉及评估作价程序以及权属是否明确等问题，一般很少作为注资问题的补救方法。

2、瑕疵资产转让

拟上市公司股东以权属存在瑕疵的资产出资（如职务发明），一般由原股东用等额货币资金置换出瑕



黎小华 律师

疵资产，如果是对于公司有重大影响资产，还应当继续授权或者赠与给公司使用。

3、验资报告复核

以下情形需要出具验资复核报告：因出资不足，由股东补足出资的；实际出资情况与验资报告不符，但验资报告日前后已缴足资本的；验资报告存在形式瑕疵的（如资金错误、出资形式与实际不符或不明确），确认拟上市公司的注册资本已实际到位。

但如果原出资时未经验资机构验资的，则不适应验资报告复核，因为无可复核的出资证明及报告。

4、取得批文及证明

在注册资本充实的情况下，最好取得工商行政部门的明确意见。在涉及企业改制或摘除“红帽子”的过程中或上市准备前，取得(下转第14页)

内幕交易規制浅论

□ 陈敏怡



陈敏怡 律师

一、内幕交易的概念

内幕交易，也称为“内部人交易”、“内线交易”、“内情者交易”，是指证券交易内幕信息的知情人和非法获取证券内幕交易信息的人利用内幕信息所从事的证券交易活动。

二、内幕交易规制的内涵

随着我国证券市场迅速发展，内幕交易也粉墨登场，并时不时发生了以内幕交易为主的证券欺诈行为，且愈演愈烈，例如北大方正副总裁王川内幕交易案、高法山内幕交易案。内幕交易规制就是通过法律手段对证券市场中存在的内幕交易行为进行强制性地监督和管理，以预防内幕交易行为的发生，保证投资者的合法权益不受侵害，保证证券市场平稳、有序发展。

三、我国证券内幕交易法律规

制

为打击内幕交易这一顽疾，我国建立了行政、民事、刑事三位一体的法律法规体系，在打击内幕交易方面取得了突出成绩。但是，随着我国资本市场功能充分发挥，市场交易越来越活跃，内幕交易也变得更为复杂、多变，并呈现多发之势。由于内幕信息存在易泄露，交易隐蔽性强、认定标准模糊困难等特点，与之相关的立法监管手段又存在欠缺，所以尽管我国一直在努力打击和防止内幕交易行为，内幕交易行为还是屡禁不止。

我国证券监管体制总体上是借鉴美国的监管体制，□用政府主导模式。1998年，国务院证券委与中国证监会合并，明确证监会对全国证券期货市场实行集中统一监管。1998年12月颁布的《证券法》，进一步以法律的形式明确了政府主导的集中统一监管体制。《证券法》和《公司法》是我国证券法规体系的基本法，是第一层次；国务院制定的法规是第二层次；证监会制定的各项部门规章构成了我国证券法律体系的第三层次；证券交易所和证券业协会制定的有关自律规章制度为第四层次。

四、我国证券内幕交易现状的具体表现

近年来，我国证券内幕交易案件之所以频频发生、屡禁不止，除与内幕交易低成本高收益的内在特性有关外，也与我国内幕交易立法

和监管存在缺陷直接相关，主要体现在如下：

1. 监管机构行政执法手段有限

虽然《证券法》和其他相关法律法规对拒绝、阻碍证券监督管理机构及其工作人员依法实施监督检查、调查的情况作了规定，要求当事人配合调查，但并未明确规定拒绝、阻碍和隐瞒时的法律后果，很难追究不予配合人员的责任，很大程度上限制了其在实践中的操作性。

2. 我国缺乏专门对内幕交易进行规制的法律

目前我国对证券内幕交易的法律规制仅体现在《证券法》、《刑法》这两部法律极为有限的条文中，中国证监会为有效开展内幕交易的案件的调查工作，制定了《内幕交易行为认定指引》，但其作为证监会稽查部门内部的指导性规则效力较低。我国法律体系中尚缺一部专门对内幕交易进行规制的法律。

3. 内幕交易认定标准不够明确

首先，非公开性标准不够明确。内幕信息已经以法定方式公开，但未给市场充分的消化吸收时间，此刻内幕人员是否就可高枕无忧地立即进行交易？这些问题都尚不明确。其次，重大性标准比较模糊。《上市公司信息披露管理办法》定义为“可能影响证券市场价格的重大信息”，由于信息是否产生重大影响往往很难确定，鉴定标准较模糊。

五、我国证券内幕交易法律监管制度的完善(下转第14页)

谨防商标沦为“商品通用名称”

□ 汤建城

一、概念界定

关于何为“商品通用名称”，相关法律法规并未进行清晰的界定。在“商品通用名称”相关的民事或行政纠纷愈来愈多的背景下，最高人民法院为了统一裁判标准，通过判决述理的方式对“商品通用名称”的概念进行了界定。最高人民法院在(2013)民申字第1642号案件中，将“商品通用名称”界定为：对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场较为固定的商品，在该相关市场内通用的称谓，可以认定为通用名称。约定俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准。

二、经典案例引入【(2013)民申字第1642号】

(一)案情

在原告沁州黄小米(集团)有限公司诉被告一山西沁州檀山皇小米发展有限公司、被告二山西沁县檀山皇小米基地有限公司侵害商标权纠纷中，原告诉称：1、“沁州黄”是原告经广泛使用和大力宣传形成的知名品牌，是原告具有较高知名度的未注册商标和企业字号，已经和沁州黄公司形成唯一对应关系。2、“沁州”为原告所有的驰名商标。3、二被告使用“沁州黄”字样侵犯了其关于“沁州黄”的未注册商标专用权及“沁州”注册商标专用权。被告抗辩称：1、“沁州黄”符合通用名称对广泛性和规范性的要求。檀山皇发展公司、檀山皇基地公司提交了大量证据证明“沁州黄”为通用名称。2、“沁州”在历史上长期作为地名使用，目前沁县、长治市内许多单位仍在其名称中使用“沁

州”二字。“沁州”注册商标虽然被认定为驰名商标，但其仍是地名商标，显著性较弱，无权禁止他人对地名的正当使用。

(二)案情关键点梳理

经过梳理,本案需要理清的关键点有:

- 1、“沁州”为原告所有的驰名商标。
- 2、原告对沁州黄小米品种提纯复壮、产业化及商品化有突出贡献。
- 3、原告申请“沁州黄”注册商标被商标局驳回。
- 4、国家质检总局2005年第210号公告,通过对原告提出的沁州黄小米地理标志产品专用标志使用申请的审核,并给予注册登记。

5、国家质量监督检验检疫总局核准了山西老香醇食品有限公司等四家企业提出的专用标志使用申请：自2013年2月1日起核准上述企业使用其申请的地理标志保护产品专用标志。附件所列被核准使用地理标志产品专用标志的企业包括檀山皇基地公司,核准使用的地理标志保护产品为“沁州黄小米”。

(三)最高人民法院认定

1989年山西省农业建设厅编辑的《山西省农作物品种志》记载1987年商业部粮食购销司编著的《粮食商品手册·名优品种》均将“沁州黄”作为小米品种进行描述。2004年7月1日实施的中华人民共和国国家标准《原产地域产品沁州黄小米》(GB19503-2004)及2008年11月1日实施的中华人民共和国国家标准《地理标志产品沁州黄小米》(GB/T19503-2008),对“沁州黄小米”的定义均为:源于古沁州,即现今山西省长治市所辖沁县、武



汤建城 律师

乡、襄垣及屯留县境内特定的小米产区,选用沁州黄等优质品种,按照特定生产技术规程种植的谷子加工而成的粳性小米。“沁州黄”并非沁州黄公司最初使用并创造的名称。沁州黄公司对沁州黄小米品种提纯复壮、产业化及商品化的贡献,不能成为主张“沁州黄”不构成通用名称的理由。沁州黄公司也未提交相关证据证明“沁州黄”已经与其形成了一一对应关系。因此,“沁州黄”是一种谷物品种的通用名称。而关于地理标志的相关认定也进一步佐证了这一事实。同时,原告的“沁州”注册商标虽然具有较高知名度,但是无权禁止其他企业将“沁州黄”文字使用在以“沁州黄”谷子加工而成的小米商品上,以表明其小米的品种来源。因此,被告也不侵犯原告的“沁州”注册商标专用权。

三、法律意见

知名商标在使用的过程中由于维护不当而最终成为(下转第19页)

含有宗教元素的商标注册及使用

□ 陈嘉倩



陈嘉倩 律师

在琳琅满目的商标中，含有宗教元素的商标就显得尤为特别，因此在商标申请及使用中，需要对其特别规定有所了解。在商标审查实践中，对于含有宗教元素的商标是否能够通过审查，主要是看该商标是否具有“不良影响”，即是否有《商标法》第十条第八款“有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的”的情况出现。

在《商标审查标准》中，“其他不良影响”是指商标的文字、图形或者其他构成要素对我国政治、经济、文化、宗教、民族等社会公共利益和公共秩序产生消极的、负面的影响。当含有宗教因素的商标具有下列情形之一时，则会被判定为有害于宗教信仰、宗教感情或者民族信仰：（1）宗教或者民族信仰的偶像名称、图形或者其组合；（2）

宗教活动地点、场所的名称、图形或者其组合；（3）宗教的教派、经书、用语、仪式、习俗、专属用品以及宗教人士的称谓、形象。宗教或者民族信仰的偶像，例如妈祖、观音、碧霞元君等等；宗教活动的地点、场所例如玄妙观、麦加等等；宗教的派别、宗教人士的称谓，例如全真、小和尚等等。

相反，当商标中的文字或者图形虽然与宗教或者民族信仰有关，但是具有其他含义或者其与宗教有关联的含义已经泛化，不会使公众将其与特定宗教或者民族信仰相联系，则不判为有害于宗教信仰、宗教感情或者民族信仰，如：太极（原为道教标志，现已泛化）。且根据《宗教事务条例》的相关规定，宗教团体、宗教活动场所依法兴办社会公益事业时，同样可以在不损害其他宗教活动场所利益的前提下，宗教团体和经其授权的宗教企业以专属于自己的宗教活动场所名称作为商标申请注册，此类情况同样也不被判为有害于宗教信仰、宗教感情或者民族信仰。

具体如何认定含有宗教元素的商标是否具有不良影响，最高人民法院关于“泰山大帝”商标一案的认定也许能给我们参考或启示。在该案件中，双方当事人的最终争议焦点在于“泰山大帝”这一称谓是否在宗教中确有存在。在山东万佳公司提交的材料中，的确均未出现“泰山大帝”这一称谓；但在泰山石

膏公司提交的材料及相关报道中，则对“泰山大帝”有所提及。最高院则认为，在考量“泰山大帝”这一称谓是否在宗教中确有所指，除考量双方当事人提交的证据材料之外，还需要考量相关宗教机构人士的认知以及该宗教在我国的实际发展情况。最终，最高院认定，虽然大部分书籍及报道中，并未将“东岳大帝”、“泰山神”对应为“泰山大帝”，但仍有部分书籍或新闻中有所提及；且泰安市民族与宗教事务局、泰安市道教协会等出具了相关的证明材料，证明“泰山大帝”为道教神灵的称谓；另外，在道教发展的漫长过程中，报道丰富、记载众多，对于道教的神灵称谓不能仅限于国家官方记载。最终，最高院认定“泰山大帝”这一商标，具有宗教含义，可能损害宗教信仰及宗教感情，从而造成不良影响。

因此，在对含有宗教元素的商标进行注册及使用，应当考虑的是，所含的宗教元素在该宗教领域中是否确有所指，并损害了宗教信仰及宗教感情，造成不良影响。但值得注意的是，若该宗教元素在漫长的社会发展中被泛化后，或具有其他含义，不再会使公众将其与特定宗教或者民族信仰相联系，不再将其仅对应宗教派别中的神灵或者场所等时，则不认为损害宗教信仰及宗教感情，造成不良影响。

（作者交流电话：18926601123）

商标与商号冲突的成因与解决路径

□ 王明镔

商标(Trade Mark)与商号(Trade Name),是企业重要的无形资产。

二者无论是功能作用还是保护范围,既有重合,亦有区别。商标是依据《商标法》申请注册而来;商号可依据公司法、企业法等依法登记取得。两者受法律制度规制,但同受法律保护,没有轻重之分。二者在功能上的主要区别则在于:前者主要显示商品来源,彰显商品声誉;后者则主要用于区分民事主体,为企业特定化的标志,是企业具有法律人格的表现,其彰显了企业商业信誉和承担民事责任的能力。在市场经济中,良好的商标与商号状态能为商事主体带来“晕轮效应”,放大、增强市场经营者和消费者对其持有人的信心,是企业品牌效应的两个重要环节。成功的企业,无不爱惜自己的商标与商号的“羽毛”。

然而在我们提供法律服务的过程中,我们发现:大部分企业虽然均做到了有意识地对核心业务提出商标注册申请,但是却往往忽略了对其商号的保护,以至于在苦心经营数载甚至数十载后,自身品牌已经具有了一定知名度,却发现市场中存在不少“傍名牌”、“搭便车”的对象。这些行为不仅损害了企业的声誉和商品或服务的形象,更再无形中减损了企业潜在的交易机会,增加了交易成本。

商标与商号冲突的根源,主要是因为商标注册与企业名称登记的主管

部门不同。前者属于国家工商行政管理总局商标局职能,而后者则属于各级工商局的职能,但由于在现阶段,国家工商行政管理总局商标局与各级工商局之间难以实现信息资源共享,更无提交叉检索。于是,在两种不同的注册管理体制之下便形成了法律真空,从而出现数量众多相同或近似的商号与商标并存的情形,更是为“恶意抢注”、“搭便车”或“傍名牌”等行为大开方便之门。

在现代知识产权保护体制下,若想将企业商标和字号截然分开是万不可能的。在市场活动中,商事主体的名声及其商品或服务所代表的品味或形象同样彰显价值。理论上,甚至有些学者主张企业商号与商标均属于知识产权的范畴。而在实务当中,在知识产权策略上较为成熟的企业一方面往往事先便将其商号注册为商标,从而形成对商号双重法律保护的模式,以维护自身品牌和声誉;另一方面,在企业存续过程中,其对市场上是否存在与其持有的商标、商号所类似商标、商号的亦保持着持续的高度敏感,通过对处于公告期商标进行异议或对已注册商标提出撤销申请等法律途径,来保持自身商标、商号的纯洁性。

商标权与商号权之间的权利冲突的顽疾,固然能通过商事主体安排、实施合理的知识产权策略来对症,企业可尽量将字号与商标相统一,有意识



王明镔 实习律师

地创造具有自身特征的统一的企业形象,既标志商品或服务又代表企业形象。但是解决问题的根本之策仍在于商标权与商号权的顶层设计安排。在法律制度方面,协调现有商标、商号法律规范,消除立法空白和立法矛盾;在行政机构方面,有关部门应该尽快改革现有的企业字号、商标管理机制。目前国内企业字号只能在登记机关辖区内得到一定的保护,出此范围,企业间的字号可以相同而不受限制,由此,无法限制他人将别人的字号作为自己的商标而登记注册。一言以蔽之,商标和商号权利冲突的解决既需要在实践中摸索解决的办法,更需要从法律制度上做根本的解决。

(作者交流电话:15015810308)

(上接第17页)“商品通用名称”的情形屡见不鲜,较为知名的案例有“阿司匹林”成为某种药品的通用名称、“吉普”成为越野汽车的通用名称、“优盘”成为小型存储器的通用名称等。

当一个商标知名到一定程度又疏于维护而最终成为某种商品的通用名称时,则意味着企业苦心孤诣打造并具有高价值的商标流入公共领域,这对企业来说是无法挽回的巨大损失。

因此,通过专业人士进行商标维护,是确保企业品牌不断增值并且安全使用的重要渠道。

(作者交流电话:13662320145)

业主无权拒交物业管理费的常见情形

□ 胡丽丽



胡丽丽 律师

作为物业管理公司的法律顾问，在日常的物业管理顾问服务过程中，经常会听到业主拒绝缴纳物业管理费形形色色的理由。如果是物业管理企业没有按照《物业管理服务合同》的约定履行物业管理义务的，业主要求减免物业管理费的，物业管理企业可以在查清权责后作出适当的减免，但是，遇到下面的几种情况，业主就必须按照约定足额支付物业管理费了。

情况1：业主委员会与物业服务企业签订了《物业管理合同》，业主是否有义务向物业服务企业支付物业管理费？

业主委员会是由业主选举产生，代表业主行使共同管理权的民间组织。《中华人民共和国物权法》第七十八条规定：“业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有约束力。”及《物业管理条例》第七条规定：“业主在物业管理活动中，履行下列义务：……（五）按时交纳物业服务费用；……”，业主委员会代表业主与

物业管理企业签订《物业管理服务合同》。另外，《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第一条规定：“建设单位依法与物业服务企业签订的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务企业签订的物业服务合同，对业主具有约束力。业主以其并非合同当事人为由提出抗辩的，人民法院不予支持。”

情况2：居委会与物业服务企业签订了《物业管理合同》，业主是否有义务向物业服务企业支付物业管理费？

由于各种客观原因，房地产企业将商品房交付业主后至业主委员会成立是需要一定的时间。在业主委员会成立之前且原物业管理公司因故退出物业管理服务的，众多业主未能就聘请新的物业服务企业达成一致意见前，只能由政府相关部门或居委会牵头，聘请物业管理公司。住房和城乡建设部《业主大会和业主委员会指导规则》第五十八条规定：“因客观原因未能选举产生业主委员会或者业主委员会人数不足总数的二分之一的，新一届业主委员会产生之前，可以由物业所在地的居民委员会在街道办事处、乡镇人民政府的指导和监督下，代行业主委员会的职责。”另外基于无因管理的法律概念，居委会未受业主的委托，也无法律上的义务，为避免业主利益受损失而自愿为业主管理事务或提供服务的事实行为。在物业管理企业履行了物业管理服务的情况下，业主应当依据该《物业管理合同》支付物业管理费。因此，居委会

与物业管理企业签订的《物业管理合同》对业主发生法律效力。

情况3：业主未与小区所在的物业服务企业签订《物业管理合同》，业主是否有义务向物业服务企业支付物业管理费？

如前所述，根据《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第一条，建设单位依法与物业服务企业签订的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务企业签订的物业服务合同，对业主具有约束力。业主以其并非合同当事人为由提出抗辩的，人民法院不予支持。因此，在物业管理企业履行了物业管理服务的情况下，业主应当依据该《物业管理合同》支付物业管理费。

情况4：业主能否以房屋存在质量问题为由拒交物业费？

业主与开发商构成商品房买卖合同关系，业主与物业服务企业构成物业服务合同关系，两个法律关系是独立的。根据合同相对性，若房屋存在质量问题业主应向开发商主张权利，不得以此为由拒交物业费。

情况5：业主能否以失窃、楼上住户装修导致业主房屋漏水，财物受损等原因拒交物业费？

业主以失窃、楼上住户装修导致业主房屋漏水受损等原因拒绝缴纳物业管理费的，应根据财物受损的原因和物业管理企业是否已尽合理的物业管理服务义务作为判断。《佛山市物业管理条例》第六十五条规定：“物业服务企业应当做好物业管理区域内的公共秩序维护工作，（下转第24页）

已付款未网签的房屋被查封该怎么办？

□ 钟嘉嵘

购买一手商品房需要网签，这应该是每位购房者都知道的事。但如果真的购买了一手商品房又没有进行网签，同时因开发商的其他纠纷导致该商品房被查封，购房者需要怎么做才能维护自己的权益呢？

2013年8月，朱某全款购买了一套一百多平方米的商品房，并在交款后获得了开发商出具的收据作为收款凭证，且签订了书面买卖合同。2014年3月，朱某拿到了该商品房的钥匙并进行了装修，用作自住。朱某自交款后多次找到开发商要求进行网签，但开发商以各种理由推脱，不与朱某进行网签。不进行网签，房产证也无法办理，这令朱某非常苦恼。2015年初，开发商因欠款被告上法庭，朱某所购买的商品房也因此被查封。

由于无法进行网签和办理房产证的原因是开发商拒绝配合，是开发商的过错，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》第十七条：被执行人将其所有的需要办理过户登记的财产出卖给第三人，第三人已经支付部分或者全部价款并实际占有该财产，但尚未办理产权过户登记手续的，人民法院可以查封、扣押、冻结；第三人已经支付全部价款并实际占有，但未办理过户登记手续的，如果第三人对此没有过错，人民法院不得查封、扣押、冻结。

由于法院是依据申请人的申请来查封此房屋，对朱某的购买情况并不知情，需要朱某向法院提出异议，请求法院对购买的房屋进行解封。因此，经过较长的时间仍未能进行网签的，购房者应主动积极了解自己所购商品房的情况，查询该商品房是否被查封。一旦发现上述情况，购房者应第一时间向查封法院提出异议并提交相关书面材料，避免钱房两失。

另外，根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条：金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十；（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。

对于朱某的情况，朱某与开发商之间有书面买卖合同，有收款凭证，而且未办理过户登记非因自身原因，因此朱某应在向法院提出执行异议的过程中，提交上述相应证据，如果证据确实充分，法院会支持朱某的请求，对房屋进行解封，更不会对房屋进行拍卖。



钟嘉嵘 律师

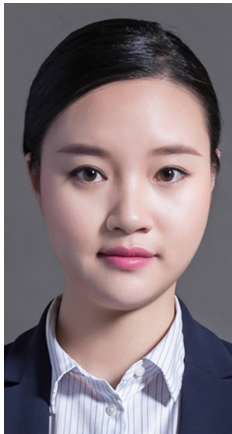
该如何避免上述情况的发生呢？

在实际购买一手房的过程中，交付定金时一般都会签订认购协议。认购协议上都会约定具体房号、实际房款、定金数额、网签时间等内容。一般情况下，网签时间是签订认购协议之日起七天内。只要有约定具体的网签时间，购房者就可要求开发商在约定的网签时间内与自己进行网签。如果超过了约定的网签时间仍未进行网签的，购房者应先以书面形式通知开发商进行网签，经过通知后仍未能进行网签的，购房者可以要求开发商依据认购协议的约定承担违约责任或双倍返还定金。

（作者交流电话：18666500490）

简析业主能否以未收楼为由拒交物管费

□ 高慧婷



高慧婷 律师

在佛山，购房者办理购房手续时，需要与开发商签订商品房买卖合同、补充协议（如有）等合同文件，同时为了免去繁杂的后续手续，大多楼盘会在签订前述合同时一并让购房者签订前期物业管理协议，对物业管理费的交纳起算时间作了明确约定，通常约定自业主收楼后开始交纳物业管理费。如果，开发商已发出收楼通知，但业主因自身原因迟延收楼，或因物业质量问题拒绝收楼的，物管公司通知交纳物管费时，业主能否以未收楼为由拒交物管费？

一、法律规定解析

《物业管理条例》第四十一条规定：“已竣工但尚未出售或者尚未交给物业买受人的物业，物业服务费用由建设单位交纳。”

法律规定已竣工但尚未交付给购房者的物业，物管费由开发商承担。按照常理来说该规定是合理的，按照一般情形，开发商未将物业交付给购房者，即购房者从实际上未占有和使用物业，无法亲身享受物业管理公司带来的服务，购房者便无需交纳物管费，此时基于开发商和物管公司签订的物管合作协议，物管公司提供了前期物业管理服务，此时物管费由开发商承担。

但是，若开发商按照合同约定按时向业主发出收楼通知，而业主因自身原因迟延收楼，或因物业质量问题拒绝收楼的，此情形是否仍然视为“物业尚未交给物业买受人”？首先，我们应分析清楚视作收楼的界限。现通过下面的一个案例对问题作出分析。

二、案例分析

原告业主诉称购买了某楼盘的物业，收到开发商的收楼通知后，于2010年11月20日到涉案物业进行检验，发现物业存在多处质量问题，并在《交楼验收表》上提出了整改意见。后在2010年11月20日至2013年12月13日期间，原告业主向开发商提出16次书面维修申请。现起诉该楼盘开发商，要求开发商立即交付符合居住使用条件且无质量问题的物业。法院经审查，涉案物业所在工程已于2010年11月20日前取得《建设工程施工质量验收监督意见书》和《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案表》，

涉案物业已具备交付条件。另原告于2010年11月20日对涉案物业进行检验，并在《交楼验收表》上提出了整改意见，因房屋存在质量问题拒绝收楼，但双方签订的合同《补充协议》约定，开发商对商品房履行保修、维修责任的，履行保修、维修责任期间，不视作延期交楼。最终法院确认原告于2010年11月20日办理了收楼手续，视作已收楼。

案件中业主以物业存在质量问题为由拒绝接收房屋，但法院认为物业已具备法定的交付条件，另业主已对物业进行验收，且双方签订的合同《补充协议》明确约定履行保修、维修责任期间不视作延期交楼，因此应视为业主已办理收楼手续，接收了物业。

笔者认为，该案里的主要争议点是业主能否以房屋存在质量问题为由拒收物业。涉案物业因已具有验收备案表等相关政府部门文件，具备法定交付条件是无可非议的，而业主提出的质量问题是一般质量问题，可通过开发商后期维修、保修来解决，不属于影响正常居住的重大质量问题。开发商履行保修责任时，不影响业主正常接收和使用该物业，业主拒绝接收物业没有合同及法律依据。就算双方签订的合同或补充协议没有“到履行保修、维修责任期间不视作延期交楼”的相关约定，也将视为业主已办理收楼手续，接收了物业。

在上述案件的情况下，无其他正当理由，业主不得(下转第24页)

“劝君更尽一杯酒”的法律风险

□ 王少猛

【案情简介】

王坤与黄元、王璐等11人均均为大学同学。2017年10月1日19时许，同学聚餐一起喝酒，酒到酣时，互相暴大学期间的糗事。王坤与黄元大学期间同时喜欢王璐，后来王坤与王璐好了。黄元对这事念念不忘，趁之酒兴，劝王坤喝酒说：“你情场得意，今晚你必须陪我喝酒”。王坤表示自己酒量不好。除王璐之外，其它同学也起哄劝酒。王璐劝王坤不要喝太多酒。但王坤出于面子，随与黄元斗酒。21时许，王璐看到王坤喝了许多酒，便劝王坤、黄元不要喝了，但两人不予以理睬，继续斗酒，最终两人都喝趴了。22时许，醉酒的王坤被王璐送家里休息。次日早上8时，王坤家人发现王坤身体出现异常后，立即将王坤送往医院救治，经医生检查发现王坤已死亡。后经某司法鉴定所鉴定：王坤血液中检测出乙醇平均含量为465.11mg/100ml。王坤亲属认为，黄元、王璐等人与王坤喝酒，致使其不幸身亡。该11人应连带赔偿王坤家属死亡赔偿金、抚养费、医疗费等费用，总共123万余元。

【法院判决】

经法院审理认为，王坤是具有完全民事行为能力的成年人，对过量饮酒可能造成的危险后果应当有足够清醒的认识，其在聚会喝酒过程中，不能理性控制饮酒，导致过量饮酒而发生死亡，应承担40%责任；黄元在聚会期间，与王坤斗

酒，主观上有过错，应承担40%的责任；另8位同学聚会期间起哄王坤、黄元斗酒，未尽到劝阻义务，应承担20%责任；王璐在本案中尽到了相应的安全注意义务，不承担责任。

【评析】

本案是一起因过量饮酒死亡而引发的民事赔偿纠纷案件。由于我国酿酒历史悠久，酒文化源远流长，各地都有大同小异的饮酒风俗，受此风俗习惯的影响，每年因过量饮酒或不良饮酒习俗造成人身伤亡的事件是屡见不鲜。对此类案件的审理，一般是要在查明伤亡原因和分清责任的基础上，按照过错责任或公平责任的原则，确定当事人应承担或分担的损失比例。那么，在聚会饮酒中出现伤亡后果需要承担责任的情况有那些呢？大致有以下四种：

1、故意灌酒、劝酒型。在我国不少地方的“酒文化”中形成了“不喝醉不够朋友”的风俗，有的干脆“舍命陪君子”。劝酒、灌酒者明知或者应知他人因身体疾病不能饮酒，或者刚刚痊愈不宜再饮酒，或者共饮人明确表示因酒量所限或者身体状况不适宜等原因不能继续饮者，或者有证据足以证明某一共饮者不宜继续饮酒，仍违背其意愿，强劝、力劝其共饮等等，就具备损害他人健康的故意或者重大过失。对由于这一情形和原因造成的损害后果的，应认定为具有主观过错，根据有关法律规定，灌酒、



王少猛 律师

强行劝酒者应承担主要赔偿责任。

2、放纵型饮酒。酒友明知与其饮酒的人患有某种疾病或酒量有限或发现饮酒后的不良反应以及明知其它不良后果（如酒后驾驶）等，但仍不履行劝阻义务而与之对饮，对于该“酒友”的生命和安全不管不问、任其发展因而导致该“酒友”人身损害后果发生的，应认定为与受害人对饮的人具有间接故意的过错，根据有关法律规定，对对饮者应区别不同情况责令其承担1/3以上赔偿的法律责任。

3、不予救助型。酒友之间因有“相约饮酒协议”的存在，双方不仅达成了共同饮酒的默契，而且由于共同饮酒过程中相互之间距离最近，相互之间还具有最容易获取和发现饮酒者是否酒醉以及是否有不良反应等信息的便利和特征，从

控制论和信息传播原理的角度来看，同饮人之间对于发现有不良反应情况后，均具有及时通知、及时协助救护、及时照顾和帮助等法律和道德上的义务。出现这种情况，如果同饮人违反了这些义务的一项或几项或所有事项而造成其他“酒友”人身损害后果发生的，应认定“同饮者”的行为对损害后果的发生具有原因力，“同饮者”应按照原因力的比例各自承担相应的赔偿责任。这一观点的根据是《最高人

民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条第二款的规定：“两人以上没有共同过失，但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的，应当根据过失大小或者原因力比例，各自承担相应的赔偿责任。”

4、双方均无过错型。司法实践中还出现过这样一种情况：一位酒友只劝另一位酒友饮用了少量的酒，结果却诱发了对方疾病甚至死亡后果的发生，而劝酒者先前不知

其病情，被劝酒者也认为少量饮酒不会发生危险，这种情况下，根据公平责任，可酌情判令劝酒者适当承担补偿责任。其依据是我国《民法通则》第132条的规定：“当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任。”综合来看，前三种类型均适用过错责任原则，第四种类型适用公平责任原则。

（作者交流电话：13923129559）

（上接第20页）协助维持物业管理区域内治安秩序，依法依约进行值班、巡逻工作……。”物业服务企业对物业管理区域内的治安秩序的维持仅有协助责任，因此只要物业服务企业采取了合理的预防措施，依据《物业管理合同》约定安排保安执勤和定时定点巡逻，则业主不得以失窃为由拒交

物业费。同样根据《佛山市物业管理办法》第六十五条，物业服务企业对物业管理区域内的公共秩序有管理责任，不包含专有部分，对于发生在业主专有部分内的损失，业主应向相关责任方追索，因此若楼上住户装修导致业主房屋漏水，业主可以侵权为由向楼上住户主张权利，不得拒交物业费。

因此，小区管理不能没有物业管理，物业管理企业履行了法定或约定的义务，尽到合理适当的义务的，业主不能拒交物业管理费。业主拒交物业管理费有理还是无理，法律自可定断。

（作者交流电话：13630062960）

（上接第22页）以存在一般质量问题为由拒绝接收物业，就算业主拒绝接收物业钥匙或拒绝签订同意收楼的文件，也视为开发商完成了法律上的交付手续，业主验收当天视为开发商将物业交付给业主，收楼后的

物管费由业主依法、依约承担。

如业主因自身原因延迟收楼的，法律对此暂无明确规定，但主流观点认为，开发商发出收楼通知书后业主无正当理由未前往办理手续，进行过书面催告后仍不办理

的，视作开发商已在合同约定的交楼期限将物业交付给业主，物业的一切法律风险转移给业主承担，业主应依法、依约承担收楼后的物管费。（作者交流电话：15920433048）

（上接第25页）规定的车辆在道路上因过错或者意外造成的人身伤亡或者财产损失事件。“车辆”是指机动车和非机动车；“道路”是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方，包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。

“非本人主要责任”事故认定

应以公安机关交通管理部门、交通运输、铁道等部门或司法机关，以及法律、行政法规授权组织出具的相关法律文书为依据。

在此，提醒广大上班族，骑行途中一定要注意安全，如果发生碰撞或伤害，一定要及时报警，保留证据，便于维护自身合法权益。如果在上下班合理路线发生的交通事

故中不承担责任，则不仅可以向侵权人提起侵权赔偿，还可以按照《工伤保险条例》的相关规定，申请工伤认定、享受相关工伤保险待遇。用人单位在这种情况下要尊重法律，不能仅按自我认识理解工伤。

（作者交流电话：15307577000）

上班途中摔伤，如何认定工伤

□ 李 浩

如今，电动自行车已作为百姓出行的重要交通工具，因此引发的交通事故也层出不穷。比如，骑电动车上班路上因路面结冰滑倒受伤、被路过的车辆掉落物砸伤、速度过快与他人发生碰撞等。发生事故后，能被认定为工伤吗？

案例：

老王是某物业公司保安，2017年3月的一天早上，老王和往常一样骑着电动自行车去上班。经过一段颠簸路面时，不小心撞到路上散落的石块导致摔倒受伤，经医院诊断为粉碎性骨折。老王摔倒后，及时报警，交警大队依法作出了《道路交通事故认定书》，认定老王负此次事故同等责任。于是，老王向某人社局申请工伤认定，某人社局认为老王受到的事故伤害，符合《工伤保险条例》规定，属于工伤认定范围，依法作出了《认定工伤决定书》。

工伤认定作出后，物业公司却认为老王是自己撞到石块摔倒、负事故同等责任，不应当被认定为工伤。于是物业公司向法院提起诉讼，请求撤销该工伤认定。

法院审理后认为：老王是物业公司员工，在上班途中合理路线及上班的合理时间发生交通事故受伤，并且在交通事故中承担同等责任，其受伤时间、地点、过程符合《工伤保险条例》“在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故伤害的”规定，应认定为因工负伤。公安机关出具的《道路交通事故认定书》认定老王“撞到路上散落的石

块摔倒受伤”的事实，可以确定老王非因自身主要原因导致摔倒受伤，物业公司没有证据证明老王在事故中负主要以上责任，故判决驳回物业公司要求撤销工伤认定的诉讼请求。

从上述这个案件中，我们可以看到：虽然老王在此次交通事故中负同等责任，但交通事故认定书中没有写明老王负事故主要责任，这符合《工伤保险条例》规定的“非本人主要责任”，故老王在上班路上发生的这起事故被认定为工伤。

律师释法：

职工上下班途中发生交通事故认定为工伤，必须同时满足三个条件，即合理路线、合理时间、非本人主要责任，缺一不可。

1. “上下班途中”的合理路线

《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》明确了人民法院应予支持的“上下班途中”四种认定情形：

(1) 在合理时间内往返于工作地与住所地、经常居住地、单位宿舍的合理路线的上下班途中；

(2) 在合理时间内往返于工作地与配偶、父母、子女居住地的合理路线的上下班途中；

(3) 从事属于日常工作生活所需要的活动，且在合理时间和合理路线的上下班途中；

(4) 在合理时间内其他合理路线的上下班途中。

2. “上下班”的合理时间

从时间角度出发，一般理解是



李 浩 律师

上下班途中首先应该是按单位规定的上下班时间计算，大部分单位都会有相关的规定。

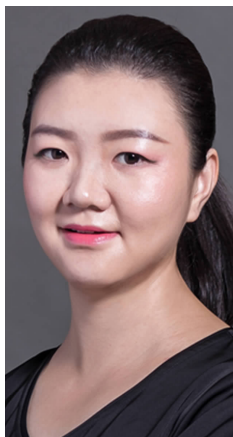
而最新的司法解释显然扩大了这个规定的外延。司法解释界定的合理时间可以说比较宽泛，非常人性化。公众上下班有一个时间区域，可能早一点，可能晚一点，有时候下了班以后，还要加一会儿班，或者是等交通的高峰时段过了之后再回家，这些都应该属于合理时间。法律认同的这些情况，有利于保护劳动者的权益。

3.非本人主要责任

该条规定的“非本人主要责任”事故包括非本人主要责任的交通事故和非本人主要责任的城市轨道交通、客运轮渡和火车事故。其中，“交通事故”是指《道路交通安全法》第一百一十九条(下转第24页)

如实注明“老干妈味”是否侵权？

□ 金比楠



金比楠 律师

我们都熟悉的驰名商标“老干妈”，注册人为贵阳老干妈公司，该商标于2003年5月21日核准注册，核定使用商品为30类：豆豉、辣椒酱（调味）、炸辣椒油等商品，经续展，“老干妈”商标专用期限至2023年5月20日。

2015年9月14日，贵阳老干妈公司的委托代理律师在公证员的陪同下，在北京欧尚公司位于北京市朝阳区香宾路66-1的商铺处购买了三支牛肉棒，单支销售价格为24.8元，并当场取得购物小票以及发票一张，发票上加盖有北京欧尚公司来广营店的印章。牛肉棒的商品包装上部标有贵州永红公司所拥有的“牛头牌及图”商标，中部印有“老干妈味”字样；包装背面标有商品品名为“老干妈味牛肉棒”，注明配有牛肉、豆豉、鱼露等，还写明了牛肉棒的制造商是贵州永红公司，地址是贵州省

惠水县永红绿色食品工业园。

“老干妈”商标曾在2011年、2014年、2015年、2016年多次被国家工商行政管理总局商标局、国家工商行政管理总局商标评审委员会和相关法院认定为驰名商标。众所周知，驰名商标最重要的一个特点为全面保护和跨类保护。

贵州永红公司所拥有的“牛头牌及图”为系列注册商标，核定使用商品为第29类牛肉食品。“牛头牌及图”曾在2010年被商标局认定为驰名商标。

贵州永红公司自2014年开始购入贵阳老干妈公司生产的“老干妈”牌豆豉作为调料生产涉案商品，贵州永红公司生产的牛肉棒除了标明的“老干妈味”，还有“原味”、“麻辣”、“香辣”、“黑胡椒”等其他口味商品。2015年贵州永红公司生产的“老干妈味牛肉棒”销售收入总计为219485.7元。

“老干妈”商标作为驰名商标，可以享有跨类保护。传统混淆理论认为“商品来源存在混淆的可能”是商标保护的基础，而贵州永红公司使用“老干妈味”字样并非用于识别来源，如何认定贵州永红公司的使用行为则成为本案定案的关键。

驰名商标具有极强的广告效应，即使无混淆仍可能侵害权利人的合法利益。理由如下：从商标功能视角解释“商标使用”，可以将其分为“识别性商标使用”和“广告性商标使用”。识别性商标使用侵权行为目的是使消费者对来源产生混淆，属于混淆式侵权；而广告性商标使用

侵权行为的后果在于淡化驰名商标的显著性，属于淡化式侵权。本案中贵州永红公司将驰名商标作为自己牛肉棒产品的系列名称，用贵阳老干妈公司的驰名商标来描述自己的产品，会使消费者误以为其生产的产品与商标权人贵阳老干妈公司具有某种联系，贵州永红公司将“老干妈味”作为一种口味，有可能导致驰名商标的显著性、识别性减弱，甚至会导致其名称通用化。因此，贵州永红公司的行为侵犯了贵阳老干妈公司所拥有的“老干妈”商标专用权。

商标权人有专用权和禁用权，其所享有的专用权和禁用权均体现了对商标功能的维护与发挥，对商标权的侵害，实质是对商标功能的损害。贵州永红公司用驰名商标描述自己产品的口味，虽不属于识别性商标使用，但属于广告性商标使用，仍然符合判定商标侵权的条件，因为其行为淡化了商标使用的显著性，有可能导致“老干妈”驰名商标显著性、识别性减弱，甚至会导致其通用名称化。

因此，对于使用驰名商标作为其产品的描述性使用和指示性使用，引起消费者对产品来源产生某种不恰当的联系，致使驰名商标所享有的优良商誉投射到所生产的产品之上，不属于合理使用范畴，应当认定为侵权。法院也是以该理由认定贵州永红公司侵权。

（作者交流电话15815698199）

省国土厅发文推进“三旧”改造

□ 胡丽丽

今年上半年,经广东省人民政府同意,广东省国土资源厅颁发《关于深入推进“三旧”改造工作的实施意见》(下称“《意见》”)。该《意见》总结了以往“三旧”改造政策的实施情况,结合实际情况,对“三旧”改造政策进行进一步优化和明确。让我们看一下该《意见》的几个亮点:

一、《意见》明确标图建库的标准,鼓励整合土地和连片改造并有条件合并改造的流程,缩短审批时间

《意见》鼓励整合零散用地:“在旧村庄和旧城镇改造中,宗地数量多且面积小的,可以将相邻多个宗地作为整体入库。”同时,《意见》放宽项目用地纳入标图建库的范围:“2009年12月31日前已建设使用,地块上盖物基底面积占入库单元地块面积比例达30%以上”有条件地可纳入标图建库的范围。也就是说,《意见》明确纳入标图建库的项目用地,不需要大部分面积建有上盖建筑物,只要建设时间早于2009年12月31日,上盖面积占30%以上的地块,在符合《意见》其他要求的情况下,可纳入标图建库的范围。该《意见》拓宽了“三旧”改造单元地块的开发面积,可有效使有上盖建筑物和相邻的没有上盖建筑物的用地整合开发并利用“三旧”改造政策连片开发提供依据。

但《意见》明确已认定为闲置土地的用地,不得申请纳入改造范围。

《意见》对改造迫切的用地允许同步办理土地征收和标图建库手续,加快“三旧”改造的流程。按照以往文件,“三旧”改造项目的立项需要以项目地块已纳入“标图建库”为前提,未纳入标图建

库的项目用地必须先申请入库后再申请立项。但《意见》对改造迫切的用地,有条件地允许同步办理征收手续和入库手续。缩短了项目改造的时间。

二、尊重历史,合理确定项目改造主体

《意见》明确,对于2009年12月31日前已实际实施征地,但无合法征地手续或征地手续不完善的,按照用地发生时的法律法规完善征收手续后,以土地权属人为改造主体。如签订征收协议后已发生转让,以受让人作为改造主体。

由于经济发展导致的土地急速开发,不得不承认90年代、00年代存在未经合法手续即开发使用土地的情况。《意见》尊重历史,从实际情况出发,对历史遗留的问题给予正视并依据法律提供解决的途径。

三、加快“三旧”用地审批,将部分审批权限下移

《意见》明确旧村庄集体建设用地转为国有建设用地的,土地征收手续分用地行为发生时段,由地级市人民政府根据省人民政府的委托进行审批。同时也明确加快完善历史用地手续。

四、规范“三旧”改造供地方式,部分用地可采取协议出让

《意见》明确“涉及“三旧”改造的供地,属政府收回储备后再次供地的,必须以招拍挂牌方式出让,其余可以协议方式出让。“《意见》将协议出让的供地方式进一步有条件地拓宽。但是,协议出让的土地仍需经地价评估、集体决策、结果公示等法定流程以保证协议的合法和合理性。同时,《意见》鼓励农村集体经济组织通过多种合作方式实施改造。



胡丽丽 律师

五、鼓励和完善“三旧”改造司法裁决途径

《意见》明确,集体经济组织或国有用地及其上盖物业的所有权人应依据双方签订的出让、出租、抵押合同的约定进行补偿,对补偿标准有争议的,由合同双方自行协商或采取民事诉讼途径解决。该规定表明,实施“三旧”改造的土地,对相关权利人造成影响的,土地权属人与相关权利人就补偿的纠纷是民事法律关系,应根据双方的合同约定及法律规定,结合相关权利人实际受到的损失,合法合理地进行补偿,而不是采取一刀切或固定的标准进行赔偿。

其实,作为广东省“三旧”改造综合试点的佛山市南海区,在该《意见》出台前,已对相关问题进行了先试和先行。该《意见》总结了试点地区“三旧”改造项目切实可行的经验,向广东省全省推广。该《意见》具有高度的指引性,但各地仍需根据实际情况执行相应的细则来落实《意见》的实施。

(作者交流电话:13630062960)

《枪支批复》体现了对形式法治的超越

□ 范瑞祥

近日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》（以下简称《枪支批复》），对以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题作出了规定。

《枪支批复》明确规定：“对于非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、持有、私藏、走私以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支的行为，在决定是否追究刑事责任以及如何裁量刑罚时，不仅应当考虑涉案枪支的数量，而且应当充分考虑涉案枪支的外观、材质、发射物、购买场所和渠道、价格、用途、致伤力大小……以及行为人的主观认知、动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节，综合评估社会危害性，坚持主客观相统一，确保罪责刑相适应。”

《枪支批复》所针对的正是这些年来反复出现的对枪支的认识错误问题。具体而言就是当事人认为其所买卖持有的枪支是玩具枪，但在客观上却是法律上禁止个人持有的枪支。长期以来，司法部门在处理涉枪案件时，一直存在着客观主义的唯数额论、唯焦耳论的倾向，却在一定程度上忽视了对行为人主观方面的综合评估。其中的典型案例如天津的赵春华案：51岁的赵某在街头摆的射击摊上，6支枪形物被鉴定为枪支，最终赵某被判有期徒刑三年，缓刑三年。

其实，对枪支的认识错误是一种非常特别的认识错误。在德国刑

法理论中这属于归类性错误。

首先，归类性错误不同于单纯的事实认识错误。在单纯的事实认识错误中，行为人并不存在价值观的混乱，他只是主观上对一个纯粹的事实出现了误认。但在归类性错误中，行为人却出现了评价的错误。其次，归类性错误不是禁止错误，禁止性的错误是对某种行为是否为法律所禁止出现的误解，而不是对客观事实规范属性的误解。

因此归类性错误一种评价性错误，一般应当遵循“在外行领域的平行性判断”，根据社会主流的价值观念，按照一般人的观念进行判断。这种价值观念不是行为人的价值观念，也不是法律强推的价值观念，而是道德生活所赋予的一般人之价值观念。

其实，无罪过不为罪，是我国刑法最基本的刑法理论，但是在过去的实务中由于条件或认识上的不足，在枪支认识错误等问题上一直存在着客观归罪的情况。其定罪量刑的原则基本上是根据客观损害结果来决定对行为人的处罚，不考虑主观罪过。

西方国家在过去的一、二百年里经历了两个重要的法治阶段：形式法治国、实质法治国：形式法治国强调法的确定性，实质法治国强调社会福利，同时自然法学、法律实证主义作为两大指导思想贯穿这两个阶段的始终。现代西方哲学家哈贝马斯在对当代新自然法学、法律实证主义的回应中认为，一方面新自由主义强调道德却远离社会现实，另一方面法律实证主义丧失了道德

的规范性视角，默认现实。因此必须对它们各自进行批判性重构将它们结合起来

过去在我国的司法实践中，司法机关总是习惯性的认为，民众必须接受法律所推行的价值观，而忽略了法律的价值观念本身来源于民众朴素的道德期待。法律只是道德的载体，权力意志不能任意产生道德法则，道德在法律之上，法律及立法者的意志在道德之下。法律应当是最低限度的道德。法律的超验权威不是人的理性所创造的，而是写在历史、文化、传统和习俗中，写在活生生的社会生活之中。在过去一段时间内我国法治建设虽然经过了改革开放以来的不断发展，但仍然留有形式法治国的一些弊端，具体表现在枪支认定中唯数额论、唯焦耳论，正当防卫认定中片面根据死亡结果来认定等。

当下中国法治建设的主要挑战之一是在几十年的时间内同时跨越西方近一、二百年跨过的两个法治阶段。一方面司法机关要在法律的规定内办理案件满足形式法治的需要，另一方面，也要在一定程度上照顾人民的道德期待。这就需要通过主体之间的“商谈”达成对规则的共识，通过多元的沟通互动重构同一性。代表正义的法律永远需要倾听民众的道德诉求。

因此，尽管有人认为此次《枪支批复》显得有点姗姗来迟，但无论如何，仍然为《枪支批复》走出客观归罪阴霾，超越形式法治的进步点赞。

（作者交流电话：18566390738）

助人为乐真的需防讹诈

□ 叶伟英 律师

案情简述：

2016年10月，吕布在蜀国公司门口突发疾病倒下，蜀国公司员工张飞发现后，叫唤自己的同事关羽一起，使用自己的小汽车把吕布送到三国医院就诊。三国医院接诊后，迅速进行抢救，抢救过程中，三国医院通知张飞缴纳医疗保证金2000元。张飞平时品行良好、乐于助人，于是就按照三国医院的指示代吕布缴纳了保证金2000元。张飞和关羽在医院等候了一会儿后，就回蜀国公司上班了。

2017年8月，蜀国公司收到法院传票和起诉状，原来是吕布的儿子吕小布以吕布非因工死亡为由起诉蜀国公司，请求确认吕布与蜀国公司存在劳动关系并支付医疗费、未签劳动合同二倍工资差额、丧葬补助金、一次性抚恤金等合共12万元。吕小布提供以下证据：1、医疗费收据；2、封面印有蜀国公司名称的信封；3、日记本（吕小布自称是在吕布居住的位于蜀国公司旁边的出租屋发现的，某页纸写着“2016年5月入职蜀国公司，100元/日”，没有任何人的落款签名）。

蜀国公司法定代表人刘备看到法院的材料后，火冒三丈，认为吕布不是蜀国公司的员工，不存在劳动关系，更不应该支付上述款项。后蜀国公司开庭时，极力否定劳动关系的存在，不同意吕小布的诉求。

第一次开庭时，关于吕布的工作情况等询问，吕小布一问三不知。第一次开庭后，法院主动到三

国医院调取当时吕布就诊时的医疗费单据，发现有一医疗费单据是由张飞签名的。其后，法院认定，如吕布不是蜀国公司的员工，张飞作为蜀国公司的员工为吕布预交医疗保证金的行为显然与常理不符，确认吕布与蜀国公司存在劳动关系，并判决蜀国公司支付医疗费、未签劳动合同二倍工资差额、丧葬补助金、一次性抚恤金等合共10万元。

律师分析：

《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条规定：

用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定》第十条规定：

职工（含离退休人员）因病或非因工负伤死亡，发给丧葬补助费，供养直系亲属一次性救济金（或供养直系亲属生活补助费）、一次性抚恤金。

丧葬补助费的标准：3个月工资（月工资按当地上年度社会月平均工资计，下同）。

供应直系亲属一次性救济金标准：6个月工资。

一次性抚恤金标准：在职职工6个月工资；离退休人员3个月工资。

已参加社会养老保险的离退休人员死亡，由当地社会保险机构按养老保险有关规定发放待遇；在职职工因病或非因工负伤死亡，除有

规定纳入社会保险支付的地方外，由企业按上述标准发给死亡抚恤待遇。

根据上述规定，确认劳动关系存在与确认劳动关系不存在的差别十分巨大，极有可能导致被告面临十多万甚至数十万的赔偿和费用承担。案例中，法院认定劳动关系存在的依据是常理，认为“如吕布不是蜀国公司的员工，张飞作为蜀国公司的员工为吕布预交医疗费保证金的行为显然与常理不符”。法院的认定显然是有失偏颇的，法律与常理是有明显界限的。当然，在司法实践当中，法院结合常理分析案情并作出判决是正常的，但常理不应该是主要的分析依据，常理只能作为辅助的分析依据，否则极易造成类似于本案的道德绑架或冤假错案。

律师建议：

上述案例是一起真实发生的案例（为保护当事人隐私，名称均使用化名），法院认定的内容真实出现在判决书当中。劳动争议案件当中，同情弱者的观念是普遍存在、难以消除的，对于企业是不利的，企业在用工时应制定完善的规章制度，防范用工风险。就本案而言，企业进行员工培训时，应警示员工助人为乐也要讲究方式方法，心怀谨慎才能把好事做好，才能避免不必要的纠纷。

（作者交流电话：13590555691）

企业如何应对计算机软件侵权?

□ 欧 静



欧静 律师

虽然计算机软件的应用越来越广,但是中国的知识产权制度建立较晚,中国企业的版权意识普遍较弱。再加上一些国外大型计算机软件公司采用先故意放任盗版,以实现迅速扩大市场份额的市场营销形式,使国内盗版软件广为应用。很多企业使用了盗版软件而不知。本文将讨论企业面对计算机软件侵权时应当如何应对和防范。

软件是存储于硬盘、光盘、优盘、软盘等数据存储设备之中,表现为程序加文档的集合体。实质上,软件是一系列的按照特定顺序组织的计算机数据和指令的集合。《著作权法》第三条规定了计算机软件著作权的保护对象。根据《计算机软件保护条例》的规定,计算机软件的侵权行为主要包括制作、销售盗版软件、网络非法销售传播软件、计算机硬盘预装软件、最终用户使用盗版软件、冒用他人源程序获取软件登记等。在企业中常见表现方

式为以下四种:

一、相互拷贝软件的行为。企业内部员工为了方便办公而相互拷贝,或者不同计算机设备上的相互拷贝行为。

二、计算机上预装的软件。为了吸引顾客,计算机(硬件)的商家在出售计算机时将未经许可的软件预装在计算机上,并未明确告知企业该软件为盗版。

三、非法出租软件。对软件具有使用权的企业以营利为目的将软件非法出租给他人使用。

四、躲避计算机软件权利人设定的保护措施下载使用计算机软件。利用计算机权利人保护措施漏洞或者可以避开计算机软件权利人设计的保护措施,即日常所说的“越狱”,而下载使用计算机软件。

根据侵权的实际情况,企业要对其侵权行为承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任之外,损害公共利益的还将会受到行政处罚;触犯刑律的还要依法追究刑事责任。

最近一些大型的国外软件公司,如微软、Autodesk等,在国内开展了大范围的维权活动,通过发函的形式要求企业停止侵权行为,购买正版软件。如果企业收到软件著作权人的律师函时,不当的处理有可能会造成重大的名誉和经济损失。因此建议企业遇到该类情况时可采取以下措施:

一、找到可能侵权的软件,确定是否为企业行为。

企业收到律师函后应当组织有关人员对公司软件进行自查,圈定侵权

的软件所在的载体,确认该软件的来源,确认该软件的使用是否为企业员工日常工作所需,是否是员工的私人行为。如果侵权行为属实,要进一步核实侵权软件数量、使用方式及范围,并马上停止侵权行为。

二、核实权利人身份和权利保护状态。

企业可以通过在中国版权保护中心查询确定软件的权利登记人和权利信息。由于著作权不以登记为权利要件,如果不能在国家版权保护中心查到权利登记人,可以通过软件使用界面的声明来确定权利利人。《计算机软件保护条例》第十四条规定,软件著作权自软件开发完成之日起产生。自然人的软件著作权,保护期为自然人终生及其死亡后第50年的12月31日;软件是合作开发的,截止于最后死亡的自然人死亡后第50年的12月31日。法人或者其他组织的软件著作权,保护期为50年,截止于软件首次发表后第50年的12月31日,但软件自开发完成之日起50年内未发表的,本条例不再保护。

三、根据企业使用软件的实际情况,与权利人进行协商,以较低的成本投入实现企业软件的正版化。

《计算机软件保护条例》第三十条:“软件的复制品持有人不知道也没有合理理由应当知道该软件是侵权复制品的,不承担赔偿责任;但是,应当停止使用、销毁该侵权复制品。企业可以通过寻找软件本身和权利保护范围的瑕疵、以及企业自身实用软件的实际情况是否存在企业不需承担赔偿责任的情况等方面来与权利人进行协商。

(作者交流电话:13631404527)

浅谈如何规制微信公众号中的侵权问题

□ 杜嘉琦

微信公众号作为自媒体的主要表达渠道，分别由订阅号、服务号、企业号三个部分构成，笔者在此仅针对订阅号和服务号平台进行讨论。订阅号和服务号作为微信发布消息的主要平台，虽不及微博开放程度高，但因推送的消息水平高、质量佳、画面美而在大众中拥有了相当好的口碑，所以成为了一些机关、团体、企事业单位以及个人用户提高知名度和影响力的途径。

微信公众号的好口碑在于其所推送的高质量内容，此类内容一般是由文字、图片、语音、视频、背景音乐等多种形式组合而成，既然一条推送的消息上附载这么多的作品，就免不了要讨论关于著作权作品侵权的问题。

一、著作权作品的概念

依据《著作权法实施条例》第2条的规定，著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。由此可见，著作权法上的作品均应具有以下特点：（1）有独创性；（2）能以有形形式复制；（3）是文学、艺术和科学领域内的一种智力成果。

二、构成侵权的条件

自微信公众平台推出以来，有关公众号内发布推送的作品侵犯他人著作权的问题层出不穷。下面笔者以“中山商房网”微信公众账号所有人（下称原告）诉“最潮中山”运营方（下称被告）的微信侵权纠纷案为例分析一下当中构成侵权的条件。

案情：原告在2014年间先后向已订阅其公众号的公众推送了题为《中山谁最高？利和高度将被刷新/解密中山高楼全档案》、《初八后大幅度降温/阴雨天气》、《莫笑老饼/为您推介中山四大名饼》的三篇文章，并且在文章中特别注明了“任何公众号未经许可不得私自转载或抄袭”字样。后原告通过调查发现被告在其公众号平台上推送了三篇文章《谁是中山第一高楼？中山高楼全档案！祝全体中山人更上一层楼！与你放眼中山！》、《中山下周大幅降温最低7度！你爸妈知道吗？扩散周知！》及《中山四大名饼，你都吃过了吗？中山人转走》，从内容上看，与原告对应文章作品的基本内容（包括中心思想和文字表达方式）相一致，仅仅修改了一些提示性的语句，且三篇文章中仅第三篇载明了作者及来源。

（一）未经授权转载（使用）他人作品，且不注明作者和作品来源

从本案来看，涉案的三篇文章作品均为文章作者独立创作而成，是具有独创性的原创作品，应当受到《著作权法》的保护。被告对《中山谁最高？利和高度将被刷新/解密中山高楼全档案》、《初八后大幅度降温/阴雨天气》两篇文章，在未经授权的情况下擅自使用，使用后又不载明作者及来源，甚至作出修改题目和个别语句以期把他人作品变成自己作品的行为，属于剽窃行为，该行为已严重侵犯了原告著作权中的署名权、修改权、信息网络



杜嘉琦 实习律师

传播权及获得报酬等权利，原告有权请求被告赔偿损失并承担相应责任。

（二）未经授权转载（使用）他人作品，但注明了作者和作品来源

被告对涉案作品《莫笑老饼/为您推介中山四大名饼》，在原告明确表明“任何公众号未经许可不得私自转载或抄袭”的情况下仍然擅自转载，虽载明了作者和来源，但因违背了著作权人的意愿，属于侵犯著作权人所享有的修改权、信息网络传播权及获得报酬权的情形，原告有权请求被告赔偿损失并承担相应责任。

（三）未经授权抄袭他人文章的中心思想，经过文字加工后成为新的文章，未注明本文的思想来源

根据《著作权法》“只保护表达而不保护思想”的二分法原理，假若被告在其微信公众平台上推送的

三篇文章仅与原告相对应的三篇文章的中心思想内容一致，而文字表达方式不一致，那么被告所推送的三篇文章也同样属于具有独创性的作品，著作权由被告享有，原告无权请求被告承担侵权责任。

（四）借鉴他人发表作品时的排版风格和方式，且未注明参考来源

假若被告所推送的三篇文章与原告相对应的三篇文章虽文字表达方式不一致，但中心思想内容一致，排版方式相近，且插入的图片及音乐亦归属同种风格，从读者的感官上来看二者十分雷同。那这种情况下被告是否侵犯了原告的著作权？

首先，从文字表达方式来看，属于具有独创性的文字作品，不构成侵权；其次，从插图和背景音乐来看，只要经过相关权利人同意许可并支付相应报酬即可使用，被告使用风格相近的插图和背景音乐不构成侵犯原告著作权的侵权行为；最后，读者的感官是对两个公众号上所推送的消息的一种整体上的感受，而非认为当中某一单独作品雷同或相似，甚至相同。在此种情况下，根据《著作权法》第十四条“汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品，为汇编作品，其著作权由汇编人享有，但行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权。”规定，若该推送消息在经过文字、图片、背景音乐等多种形式组合过后，能体现编辑对内容选择和编排的独创性，则构成汇编作品，由汇编人享有著作权，那么被告则极有可能构成侵权。

三、微信公众号频频出现侵权现象的原因

（一）缺乏具备创作能力的专业人才

许多企业、团体、个人，甚至一些机关、事业单位均想利用微信公众平台发布消息便利，受众群体稳定的优点，以达到提高自身影响力的目的。但受制于微信公众号仅能向已订阅公众号的读者群体推送消息这一设定，要想能让大众关注并转发该消息，其实并不容易。总结高人气文章的特点，就是内容有吸引力，或思想深刻，或诙谐幽默，或贴近生活引起共鸣……如此说来，内容是微信公众平台的第一竞争力。一部分公众号的运营者为了能定期产出“高质量的作品”，特地聘请一些热爱生活 and 写作的人士写稿，再由专人把写好的稿子通过加工编辑，配以插图、音乐、视频等整合到一起，在固定的时间向已订阅的读者们进行推送。

这样一套流程下来，需要花费很多人力资源和资金，而从现实社情来看，大多运营者都不愿意在公众号中投入过多的人力物力，很多公众号连一个专业人士都没有，写出的内容语句不通、主题模糊，吸引不了粉丝，从而无法满足他们想要通过公众号扩大影响力的需求。为了既能满足他们的需求，又能实现以最小的投入得到最大限度的回报，他们开始做起了“搬运工”，先确定好推送主题，然后在其他网络媒体上寻找自己所需的资源，再通过一些简单的修改，即直接在自己的微信公众号上进行发布。

（二）著作权人难以发现被侵权，侵权成本较低

相比起开放性高，人人都能参与评论的微博，微信公众号的特点是开放性低，只能向粉丝群体进行文章推送，且限制推送的次數和留言互动，是一个相对封闭的空间。在这样一个空间中，除了订阅公众号的读者朋友能马上获知该平台所

发布的推文，其他人只能通过订阅者的分享才能获知该推文内容。由此看来，即使推文的原作者被侵犯著作权，也无法在第一时间甚至相当长的一段时间内发现自己被侵权的事实，或许还存在完全发现不了自己被侵权的风险，这样就更谈不上维护著作权的问题了。

在这样的环境下，侵权者既能达到扩大影响力和提高知名度目的，而又不需要付出巨额的成本，还不需要担心侵权问题，对于他们来说何乐而不为。因此在微信公众平台上出现了越来越多的“搬运工”，到处抄袭、剽窃、擅自转载他人的原创作品。

（三）投诉机制不健全，权利人维权成本过高

微信公众平台虽有专门的侵权投诉平台，但其侵权投诉机制并不健全。从目前来看，微信公众平台的投诉方式主要有以下两种：1.在线“申请侵权投诉”；2.电话投诉。如采用第一种方式，一方面来说，花费的时间周期过长，不利于权利人维护自己的名誉和其他权利，另一方面即便确认了侵权，侵权人仅需删除文章及赔礼道歉，处罚较轻起不到威慑作用；而采用第二种方式客服往往避重就轻，采取一问三不知的方式回答。

在发生的众多侵权案件中，也不乏走诉讼途径维权的著作权人。但因微信公众平台开放性低致使传播范围有限，即使对著作权人的人身权及财产权造成了侵害，也难以界定其因被侵权所遭受的实际损失。再者，许多侵权的公众号并未实现盈利，也无法确定一篇推文给他们带来的收益，故此也难以界定侵权人的违法所得。根据《著作权法》第49条“权利人能够根据自己的实际损失、侵权人的违法所得或者法

院根据各种情形判处在50万元以下的赔偿。”规定，著作权人在难以界定自己实际损失，也无法证明侵权人违法所得的情况下，其难有依据来主张赔偿额。

四、如何防止侵权

（一）著作权人进行著作权声明

著作权人对于自身享有著作权的作品，应当在作品的开头或结尾对转载许可、著作权报酬等信息作出声明。这样有利于在作品分享传递的过程中及时维护著作权人权利，也有利于在著作权人发现侵权之时将此声明作为补强证据，印证侵权人的侵权事实。

（二）定期进行普法宣传，建立微信公众号的监管平台

腾讯官方应定期在微信公众平台发送相关的法律法规，尤其是相关的著作权知识，通过平台向所有的公众号进行推送。此举有利于增强公众号运营者的著作权保护意识，

树立侵权需担责的认知，亦有利于从根源上减少著作权纠纷和微信公众号侵权纠纷。

腾讯公司身为微信公众平台的管理者，应当主动约束管理微信公众平台上出现的侵权行为，通过完善内部规章制度，要求所有微信公众平台运营者在引用他人文章时需注明出处。再通过建立一个独属于微信公众号的监管平台，以不定期抽检的方式，检查平台中的公众号是否存在擅自转载等侵权行为。

（三）完善投诉机制，加大侵权人的侵权成本

要想能有效遏制侵权行为频频发生的情况，微信官方需要完善微信公众平台的投诉机制：1.提高处理“在线申请侵权投诉”的效率；2.对客服进行上纲上线的培训；3.对投诉处理结果设置梯度，加大侵权人的侵权成本。如根据不同的侵权行为，将其划分为三个层级，其

中一层级处理结果为赔礼道歉及删除文章，二层级处理结果为禁号一周且赔偿损失，三层级处理结果为永久封号且赔偿损失等。设置梯度的目的主要在于区分不同侵权行为的恶劣程度给予相应惩罚；若继续沿袭现在这种对不同的情况作出相同处理结果的方式，则会使得侵权者怀有顺势而为的消极心理，产生“既然都要受到处罚，只要选择对我发展最有利的方式即可”、“反正处理结果最重也只是赔礼道歉及删除侵权文章，我何不好好利用这些文章先把我的知名度提上去”等错误的想法。

在自媒体如此发达，信息资源唾手可得的时代，我们更应该守住法律底线，严格按照法律法规的要求行事，构建一个积极向上，规范有序的思想、信息交流环境。

（作者交流电话：18588865801）

（上接第34页）多渠道增加居民财产性收入具有重大推动作用。但是，与这种发展势头不相适应的是法律的严重滞后。第三方支付是在政策模糊、法律真空与监管缺位的大环境下摸索着前进的，承担着巨大的法律风险与政策风险。相关的法律基础理论研究不够成熟，现实法律制度设计缺乏理论支持，这些问题时刻威胁着第三方支付的健康发展。尽管为完善第三方支付业务，中国人民银行先后颁布了《非金融机构支付服务管理办法》《支付机构客户备付金存管办法》等相关法规，但相对于传统金融业，互联网金融为新兴的金融领域，我国目前尚未形成关于互联网金融的法律体系，因此为了更好地促进余额宝等互联网基金的健康稳定发展，尽快出台

相关法律势在必行。比如第三方支付平台证券销售资格问题、举证责任分配问题、消费者保护等问题亟待解决。

（二）完善基金交易信息披露制度。

我国证券法中有对于证券投资基金信息披露制度的相关规定，但是对于投资者通过第三方支付平台购买基金的信息披露的相关法律制度不够完善。因此，为了培育和完善的市场运行机制，增强市场参与各方对市场的理解和信心，进一步完善基金交易信息披露制度具有重要意义。首先，基金信息披露管理方面的法律法规应该对通过第三方支付平台购买基金的信息披露规定作出严格规定，比如第三方支付平台应当在其首页刊登基金管理公司的

基本情况介绍、公司经营业绩介绍以及基金产品存在的风险介绍。为投资者在作出投资判断前提供依据，增强投资者风险意识。其次，基金管理人应当与第三方支付平台联合创办信息披露官方主页，对于基金合同、托管协议、定期报告、投资收益等对投资者切身利益具有重要影响的信息及时进行披露并定期披露更新信息内容。第三，应当进一步完善投资者的申诉和监督机制。与基金有关的信息对于投资者的投资判断几乎起到决定性作用，因此，若赋予投资者监督信息披露的权利，不但能够进一步增强投资者风险意识和维权意识，同时能进一步完善信息披露制度。

（作者交流电话：13928216110）

余额宝法律问题与解决建议

□ 郑庆柱



郑庆柱 实习律师

2013年6月13日，阿里巴巴旗下的第三方支付平台支付宝正式推出一项新的功能——余额宝，其实质为支付宝的合作方天弘基金管理有限公司提供的一款名为增利宝、集增值功能和支付功能为一体的货币型基金新产品。相比于传统的公募基金，余额宝具有操作流程简便、收益率高、最低限购金额没有限制、使用灵活等显著特点。余额宝用户只需将支付宝内资金转入余额宝账户，即可像使用支付宝一样随时进行转账、缴费、消费。余额宝自推出以来吸引了众多互联网金融消费者，天弘基金靠此一举成为国内最大的基金管理公司，余额宝也成为中国互联网金融发展史上的重要里程碑。

在加快推进利率市场化和互联网金融快速发展的宏观背景下，余额宝对于满足投资者特别是中小投

资者的低风险理财需求、多渠道增加居民财产性收入、发展普惠金融、促进货币市场发展均具有积极意义。但是，在余额宝业务开展过程中，存在着销售、宣传推介行为不规范，风险揭示不足及风险管理不到位等法律问题，其安全性、公平性、监管性问题亟待解决。

一、余额宝的法律问题

（一）余额宝片面强调货币基金高收益，风险揭示不足。

余额宝自身宣传、推介行为不够规范。余额宝从其本质上来说，是一种借助具有基金支付机构资质的第三方支付电子商务平台进行销售的货币基金，主要投资于国债、央行票据、商业票据、银行定期存单等短期、风险小的货币市场工具。与其他类型的基金相比，货币基金具有风险低、流动性好的显著特征。货币基金是厌恶风险、对资产流动性和安全性要求较高的投资者进行短期投资的理想工具，或是暂时存放现金的理想场所。但是，尽管货币基金的风险较低，并不意味着货币基金没有投资风险。即货币基金与银行存款不同，并不保证收益水平，其同样会存在利率风险、购买力风险、信用风险、流动性风险。

（二）基金信息披露不完善，不利于投资者利益保护。

基金信息披露不仅能培养和完善市场运行机制，也能够增强市场参与各方对市场的理解和信心。同时，真实、准确、完整、及时的基金信息披露是树立整个基金行业公信的基石。根据《证券投资基金销

售机构通过第三方电子商务平台开展业务管理暂行规定》，基金销售机构通过第三方电子商务平台开展基金销售活动的，应当在第三方电子商务平台的醒目位置披露其工商登记信息和基金销售业务资格信息，并提示基金销售服务由基金销售机构提供。但笔者进入到余额宝官方主页后发现其仅以一行小字提示“支付宝打造的余额增值服务，把钱转入余额宝即购买了由天弘基金提供的增利宝货币基金，可获得收益”，并未找到天弘基金工商登记信息和基金销售业务资格信息。

二、余额宝法律问题完善的相关建议。

余额宝虽然具有诸多法律方面的漏洞，但是随着互联网金融的蓬勃发展，像余额宝一样的第三方支付、手机银行、比特币、P2P等业务的推广已成为大势所趋。因此，如何改变余额宝存在的法律问题现状，更好地保护金融消费者的合法权益成为当前的重中之重。结合前文分析的余额宝存在的问题，提出相关完善的建议如下。

（一）完善互联网金融的法律体系。

余额宝虽然自推出以来就走在合法与非法的钢丝上，处于舆论的风口浪尖处，但是余额宝作为一项金融创新产品，对于推动我国金融市场的活跃无疑具有正面意义和积极影响，只是必须被严格置于法律法规和监管之下。余额宝作为一种新兴的理财方式，对于满足中小投资者的低风险理财需求、（下转第33页）

揭虚假证言，还事实真相

□ 谭彩仪

2014年6月，黄某被某美容店聘请为厨师，负责为美容店的员工买菜、做饭、送餐等。因美容店免费为员工租赁了房屋作为员工宿舍，且该宿舍设有厨房厨具等设施，黄某的工作地点遂被安排在员工宿舍里。美容店设有行政主管、财务主管等职位，行政主管由李某担任，负责办理员工入职、离职等手续，财务主管由余某担任，负责发放工资、缴交费用等。美容店所有员工每月的工资及黄某每月买菜的报销费用均通过余某名下的银行账户发放。自黄某入职后，美容店没有与黄某签订劳动合同、购买社保。2017年7月，美容店通过行政主管李某通知辞退黄某，且拒绝作任何赔偿。

黄某不甘心自己的合法权益被侵害，申请法律援助，笔者受指派担任黄某的代理人，向劳动仲裁委申请劳动仲裁，请求确认黄某与美容店成立无固定期限劳动合同关系及美容店向黄某支付违法解除劳动合同关系的赔偿金等。在案件审理期间，美容店答辩称与黄某不存在劳动关系，因黄某是由余某等员工自行聘请提供餐饮服务，且由余某支付餐饮服务费用，因此黄某与余某等人的行为与其无关，其无须向黄某支付任何费用。美容店为证明其主张，申请了余某出庭作证。余某作证确认美容店的说法，并称美容店没有名叫李某的员工，其每月向黄某支付的工资及买菜的报销费用均由其

他员工以微信或转账方式交给其后再由其转账支付给黄某；黄某从事餐饮服务的房屋是由其与其他员工向房东承租，其每月通过微信或转账方式向其他员工收取租金。

黄某认为余某作证称的与事实不符，认为余某作了虚假证言，笔者遂向法院申请调查取证，请求调取美容店为员工购买社保的记录及余某名下银行账户的资金往来记录。法院同意了我方的申请，经调查取证发现美容店在2014年6月至2017年7月期间均有为李某等人购买社保，余某固定在每月月初向李某等人支付款项。

一审法院经审理后认为美容店及余某主张其他员工通过转账方式向余某支付订餐费用，但又不提供相关转账证明，与常理不符。余某未举证证明其收取其他员工房租金的证据，且结合余某代美容店支付员工工资及相关费用的情况，认定黄某工作的地点由美容店提供。一审法院综合全案的事实，认为黄某与美容店的法律关系符合劳动关系的法律特征，采信黄某关于与美容店成立劳动关系的主张，并认定美容店辞退黄某的行为违法，判决美容店须向黄某支付赔偿金等。

本案的戏剧性在于，美容店为达到其抗辩的目的，以余某的证言及证据作为其利器，但恰恰是余某的证言成为了黄某胜诉的有力帮助。若余某所作的证言是真实的，则其作证的事情一定可以与其它众多事



谭彩仪 律师

情对应起来，例如余某主张黄某由其与其他员工共同聘请，则其应能提供证据证明其与其他员工关于聘请黄某的合意是如何达成的及是如何分担聘请费用的。但如余某所作的证言是虚假的，则其所作证的事实实在案情细节上与其周围的环境根本无法对号入座，若余某主张美容店没有名叫李某的员工，但美容店却在多年里每月均为李某购买社保，且余某在每月的工资支付日均向李某转账支付款项，余某的说法与其及美容店的行为自相矛盾。因此，法庭认为余某的证言是虚假的，美容店的抗辩也就无法得到法庭的支持。

笔者代理的该案后被评为南海区2017年度“十大法律援助案例”。

(作者交流电话：13425706325)

被执行人的唯一住房是否可以执行

□ 钟远玉 律师

【案例】

2014年，天浪公司承租了谢某在佛山市南海区大沥镇一处厂房，约定租金每月为2万元，于每月10日前向谢某交纳租金等费用。胡某与林某为天浪公司的两个股东，按照公司章程规定，两股东认缴出资额为各100万元，已实缴出资各1万元，剩余99万在2020年12月31前缴足，公司发生债务或依法解散清算时，如资不抵债，未缴出资的股东应缴足出资。

后因天浪公司长期拖欠租金等款项，谢某于2016年向法院起诉解除租赁合同并要求天浪公司支付租金等费用，并诉求陈某与林某在未缴出资范围内承担清偿责任。最终法院判决，谢某与天浪公司签订的租赁合同解除，天浪公司应向谢某支付拖欠的租金20万元，陈某与林某在未缴出资99万元额度内承担清偿责任。判决生效后，天浪公司、陈某、林某未按期履行义务，于是谢某向法院申请强制执行，拍卖属于林某所有的位于佛山市南海区的一间房屋，林某向法院提出执行异议，请求中止拍卖涉案房屋。

一、林某提出执行异议的理由

林某是离婚妇女，其有三个未成年需要抚养，没有积蓄，也没有工作，还要偿还房屋月供款。涉案房屋建筑面积仅90平方米，是其一家四口人的唯一居所，如果法院拍卖，其一家四口必将无家可归，甚至流落街头。按照《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》第六条规定：“对被继承人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋，人民法院可以查封，但不得拍卖、变

卖或者抵债。因此，要求法院中止拍卖涉案房屋。

二、案件办理经过

在办理本执行案件过程中，代理律师结合事实与法律依据，有力辩驳了林某在执行异议、执行复议程序中提出的异议理由。认为其提出涉案房屋是其一家四口的唯一住房，法院应停止拍卖的理由不充分。抗辩依据有：其一，林某名下的涉案房屋面积约90平方米，即使按照林某主张的涉案房屋必要居住人数，结合涉案的房屋的建筑面积，人均居住面积已经超过佛山市南海区廉租住房人均居住面积15平方米的标准，已经超过生活所必需。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》第七条规定：“对于超过被执行人及其所扶养家属生活所必需的房屋和生活用品，人民法院根据申请执行人的申请，在保障被执行人及其所扶养家属最低生活标准所必需的居住房屋和普通生活必需品后，可予以执行。”因此，法院应继续拍卖涉案房屋。其二，林某提出“唯一住房不可执行”的法律依据是旧规定（自2005年1月1日起施行），现新法律规定在符合一定条件下，唯一住房也可以执行。根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（自2015年5月5日起施行）第二十条规定：“金钱债权执行中，符合下列情形之一，被执行人以执行标的系本人及所扶养家属维持生活必需的居住房屋为由提出异议的，人民法院不予支持：（一）对被继承人有扶养义务的人名下有其他能够维持生活必

需的居住房屋的；（二）执行依据生效后，被执行人为逃避债务转让其名下其他房屋的；（三）申请执行人按照当地廉租住房保障面积标准为被执行人及所扶养家属提供居住房屋，或者同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋的变价款中扣除五至八年租金的。执行依据确定被执行人交付居住的房屋，自执行通知送达之日起，已经给予三个月的宽限期，被执行人以该房屋系本人及所扶养家属维持生活的必需品为由提出异议的，人民法院不予支持。”因此，依据新法优于旧法，唯一住房在满足上述某些条件时是可以强制执行的。现谢某同意房屋变卖款中扣除租金保障林某基本居住，法院应依法拍卖林某的房屋。

最终，执行案件在执行异议与复议程序阶段，法院均驳回林某要求中止拍卖涉案房屋的异议请求，执行法院继续进行拍卖涉案房屋的程序。

三、法律知识学习

从上述案例中，我们可以得知，唯一住房不可执行存在例外。按照法律规定，在金钱债权的执行中，以下三中情况下是可以执行的。所谓的金钱债权的执行，即以给付金钱为标的的执行。可执行情况有：

（一）对被继承人有扶养义务的人名下有其他能够维持生活必需的居住房屋的。

对被继承人有扶养义务的人包括配偶、父母、子女等。但是由于债的相对性，使得不宜将被执行人的债务直接或间接地强加给对被继承人具有扶养义务的人，即法律不能强制要求对被继承人具有扶养义务的人承担为被执

行人提供居住房屋的义务，因为这间接地起到了对被执行人有扶养义务的人替被执行人承担履行债务的效果，也明显超过了对被执行人有扶养义务的人根据婚姻法等法律规定本应承担的扶养义务。实践中，可能法院很难仅仅依据这一条来驳回被执行人对唯一住房的执行异议。

(二) 执行依据生效后，被执行人为逃避债务转让其名下其他房屋的。

裁判文书或者调解书等执行依据生效后，被执行人为逃避债务转让其名下其他房屋的，申请执行人对于被

执行人尚存的唯一住房可以申请强制执行，对于其转让、赠与的房屋在符合《合同法》第七十四条规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。”的情况下，可以通过行使撤销权

的方法来维护自己的合法权利，从而要求继续拍卖房屋。

(三) 申请执行人按照当地廉租住房保障面积标准为被执行人及所扶养家属提供居住房屋，或者同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋的变价款中扣除五至八年租金的。

这是“唯一住房不可执行”的兜底条款，即只要申请执行人为被执行人提供一定标准的住房或者从标的房屋的执行款中扣除五至八年的房租的，就可以强制执行被执行人的唯一住房。

(作者交流电话：13431655309)

(上接第43页)纠纷，分析双方各自的责任，降低业主过高的心理预期，强调开发商的责任，帮业主逐人分析退楼或者继续履行的利弊，使得业主明白政府是重视其维权诉求的，让他们回归正确的维权途径，防止事态进一步恶化。

二是业主有串联、异动的情况下，跟进到位。

经过近一个月的细致工作，大部分业主都进入和开发商协商的程序之中。但是，部分广州客户始终不满意调解方案，提出过高的要求。临近五一假期，业主得知开发商要在五一试营业，就开始串联，计划五一假期来现场统一维权，给开发商压力。因为我们有几个律师受业主邀请进入他们的维权群，得知这个情况后，及时有针对性地开展工作，对重点客户上门工作，稳定他们的情绪。同时，我们安排6名经验丰富的律师，五一假期在现场值班，随时接待来访的业主，疏导、缓解、说服，防止案情出现反复。

三是发展商有新的方案或者任何让步的情况下，扎实促和。

整个合同纠纷的调解过程，情况

确实比较复杂，尤其是最后退楼的业主，又涉及与两家装修公司之间的装修合同纠纷，要平衡开发商、业主和装修公司三方的利益，谈判异常艰难。在这个过程中，但凡开发商或者装修公司有一点让步，我们就立即联系当事业主，促进双方相向而行，而不是越走越远。

经过近8个月的努力，总共1400多名业主，大部分通过调解的方式解决了问题，有30余户业主通过诉讼解决纠纷，再没有群体信访和越级上访的情况发生。

(二) 承接业主投诉开发商的调解工作

凭借多年的信访值班和xx广场案所积累的经验，我们又积极探索多元化纠纷解决机制，并于2017年12月份与佛山市南海区国土城建和水务局(住建)市场科构建第三方调解机构，由本所律师团队就住建局所收到的投诉案件，在限定的时间内组织相关当事人进行居中调解。截至2018年7月份，本所律师团队合计召开调解会60场，涉及人数290人，其中调解成功58人，成功率20%，未能调解成功的，我

所律师都会出具一份法律意见书，供双方当事人后续程序中，或者协商或者诉讼中参考。虽然从数据上分析，调解成功率仅有20%，但调解律师及时、专业的法律分析和评价所体现的法治导向社会效果不是这个数据所能全面反映的。律师作为第三方参与相关投诉案件的调节，有利于化解矛盾于未严重时，就算不能及时化解矛盾，我们可以宣传正确的维权方法，防止矛盾的进一步升级，维护了社会的稳定。

今天，我又荣幸成为南海区调解专家库成员，是我作为律师调解员的一个新起点，希望能够与各位专家多沟通，多交流，互相学习，共同提高调解水平，为建设法治社会贡献自己的力量！

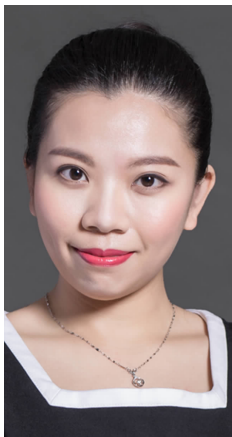
谢谢大家！

(作者交流电话13535813651)

【编者按：本文是根据“南天明”党支部书记、副主任纪建斌律师2018年8月8日在佛山市南海区调解专家库成立大会上的发言整理的而成】

假离婚？真离婚！

□ 何嘉欣



何嘉欣 律师

这篇文是我对一个办结案件的回顾与感想。不得不感慨，现实的生活往往比电视剧还精彩。

案件基本情况：A男是公职人员，B女在私营企业任职，二人婚后生育一孩子。2010年时，双方为了生二孩，A男为了不影工作，遂与B女协商，以“假离婚”的方式再生二孩，《离婚协议》对部分财产进行处分，其中一房产归女方所有且不对男方作补偿，孩子归男方抚养，女方无需支付抚养费，另外一车并没有写入《离婚协议》中。“假离婚”后，B女去外地工作，A男则在本地工作、抚养小孩。双方平素也有往来。2013年时，A男以B女名义购房，A男承担了大部分首期款，B女承担了少部分首期款。至于供楼款，前期A男有现金存入B女还贷账户，后期则由B女承担。期间，B女使用A男的支付宝消费3万余元。二孩政策放开后，男方协商与女方复婚，女方不同

意。2017，B女怀上C男小孩，并起诉要求A男办理房屋过户手续。

我代理A男，并提出反诉，主张分割《离婚协议》的房产、2013年同居期间购置的房产。

庭上，B女声泪俱下，指责A男没有关心她，A男家人对她发难时没有帮忙，没有把她户口迁到南海，让她独自在外工作承担沉重的房贷，并称如果不是把房产写到女方名下，她当初也不会签《离婚协议》。A男则控诉B女，没有关心小孩，没有关心家庭，无情无义。法院组织调解，B女不同意把房产赠予给她与A男的小孩，双方无法协商一致。

一审判决，房产归B女；2013年所购房产归B女，B女返还A男支出的首期款及利息；B女返还A男部分支付宝消费。

从结果看来，A男在“假离婚”一仗上彻底输了，不仅人没了，房也没了。

对于上述结果，代理律师都能预见也告知了当事人，道理在于没有“假离婚”一说，都是真离婚，成年人要对自己的言行负责。积极应诉和坚持反诉目的是为了要创造机会给当事人与对方和解。因此，A男对于判

决结果，心底是遵从的，只不过对双方这十几年的感情竟然用如此冰冷的判决书形式呈现，心中的痛苦、悔恨难以言表。

我近几年办理了不少离婚或者婚后财产纠纷的案件，当中就有不少因“假离婚”而引发的纠纷，当事人都轻视了“离婚协议”的效力。无论是为了购房而假离婚，还是为了“生二孩”，当事人都以为二人的感情能风雨无阻，复婚是必然的事。然而，事态的发展总是事与愿违：总会出现一方反悔不愿意复婚的情况。一旦发生争议，就麻烦大了。但是，根据现行法律法规，婚姻存续与同居是截然不同的两个概念，无论从保护当事人的角度还是纠纷处理原则、处理成本上，均完全不同，必须谨慎对待！下表是我归纳的《婚姻关系与同居关系适用法律、财产处理原则及诉讼费对比表》，供各位参考。（见附件）

缔结婚姻和解除婚姻都是严肃的课题，所以公民都应学法、懂法，在法律的范围内行使自己的权利，千万不要自作聪明“钻法律空子”。

（作者交流电话：13411005733）

类别	主要适用法律	财产处理原则	诉讼费
婚姻关系	《婚姻法》及其司法解释	共同共有为原则，各自所有为例外（如有婚内财产协议约定）	1. 案件受理费50~300元。2. 财产分割费（20万以内不另行缴纳，20万以上，按照0.5%加计） 以100万为例，费用：（50~300）+4000元（普通程序）
同居关系	《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》	对共同所得的收入及共同购置的财产享有共有权利。一方劳动所得的收入或受赠所得的财产属个人财产	根据比例累进计费。 以100万为例，费用：13800元（普通程序）

网络虚拟资产“魂归何处”？

□ 麦超莹

有否想过，有一天遭遇不测，个人名下的余额宝、微信钱包、比特币怎么办？假设时光倒回十年，这个担心可能是多余的。那时候中国人的钱，大部分都存在银行里，就算少数人买了点理财和基金，也多半通过银行渠道购买的。如果意外身故，过去一般处理流程是：法定继承人拿着死亡证明、身份证件甚至法院判决，可以挨个银行去查询和提取。但是，如果一旦到了互联网世界，情况就变得异常复杂了……

网络虚拟财产涉及的领域种类繁多，而且不同人的网络虚拟财产分布可能完全不同。阿里巴巴余额宝、腾讯理财通、京东小金库、P2P网贷投资、网络游戏账号、电商网站账号、QQ账号、社交网站账号……除了这些，还有很多人在网络空间上面存了自己的重要资料、照片、文件等，要想拿回来这些网络财产面临着4重难关：1、钱在哪个平台？登录账号密码多少？仅有自己知道；2、国内众多的理财网站和平台，继承人难以一一排查；3、很多涉及到网络财产的平台并非实名制，在这种情况下，继承人即使知道，也很难有证据去确认证明某个账号就属于其亲人的。4、网站方若要赖，删除相关的充值交易记录，那就真的是死无对证。

在不可阻拦的智能化社会革新面前，我们的大部分财富将储存于线上的事实将不容置疑。然而令人担忧的是，目前我国网络虚拟财产的继承程序，在法律条文上处于“无法可依”的尴尬境地。《中华人民共和国继承法》自1985年10月1日施行起至今，鲜

有修改与调整，在当初立法时期，互联网技术尚未发展迅猛，但如今信息革命造成的社会发展巨变，一个人的生命中实际有两种社会属性，一则现实社会关系，一则虚拟社会关系。在总五章、共三十七条的继承法中，只字未提网络遗产继承相关的司法程序，导致诸多问题产生。

《中华人民共和国民法总则》在第五章“民事权利”中首次对网络虚拟财产进行了规定，虽然仅一句话，但却是我国立法跨出的一大步，也就是在第127条中写道，“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”自此，“网络虚拟财产”这一名词正式由法律明文规定进入公众视野。在网络虚拟环境中产生的虚拟财产，虽然以数据形式存在于特定空间，但由于其具有一定价值，能满足人们的需求，具有合法性，能够为人所掌控，属于在一定条件下可以进行交易的特殊财产，故而其具有财产利益的属性。那么网络虚拟财产如何继承？

首先，无论是传统意义上的财产还是网络虚拟财产，立遗嘱依然是解决纠纷的有效手段。立遗嘱时，用户可在遗嘱中准确写明登录其网络账户需要的具体信息和明确描述继承人该如何使用和管理该网络账户。这种方法最能简便快捷地将被继承人的信息与被继承人的身份一一对应。平时，有投资的理财网站和平台的账号和密码必须备份，最好同时也告诉一位至亲的人，防范于未然。

其次，对于后期已经进行了网络实名认证的网络虚拟账户，则只需要



麦超莹 律师

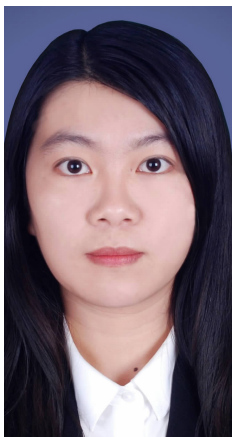
提供被继承人的真实姓名以及身份证号、银行卡号等相关真实的信息，即可准确的认定该网络虚拟账户属于该实名认证的身份信息准确的被继承人的遗产。所以，网络实名认证是确定被继承人身份最方便快捷且最为准确的方法，因此，为了规范日后我国网络空间秩序和构建网络虚拟财产继承规则，应尽快加大网络实名认证账户的范围，提高网络用户进行网络虚拟资产交易、进行网上发言等网络活动的身份信息准确度。

最后，目前国外的互联网遗产继承业务已经有创办先例，deathswitch、legacylocker等网站均可提供付费继承服务。每年19美元的服务费，来保证有朝一日将相关的网络资产继承凭证以邮件方式发到受益人的邮箱中。这种做法也值得借鉴。

（作者交流电话：13928572361）

是技术中立还是不正当竞争？

□ 陈嘉倩



陈嘉倩 律师

现在大部分的视频网站都有一个共同的特点，就是在观看其提供的免费视频之前必须观看一段时长不定的广告，少则15秒，多则100秒以上，若要跳过广告，大部分视频网站的一贯做法就是购买会员。这是目前互联网行业惯常的经营方式，也符合我国互联网市场发展的阶段性特征。

为了吸引更多用户，有部分软件开发的公司则开发出了一些可以跳过或拦截相关视频网站中的视频广告的软件，以供用户使用。凡视频节目和视频广告的播放原理落入其开发的软件中“看视频不等待”运行原理的，用户均可通过该软件跳过相关视频网站的视频广告。而这种拦截视频网站广告的行为究竟是对视频网站构成不正当竞争，还是仅仅属于一种技术中立的情况？

浙江首次审理的利用软件拦截

视频广告不正当竞争纠纷案——乐网拦截视频广告纠纷案的判决则对此作出了明确的判定。在庭审过程中，被告杭州硕文有限公司认为视频网站强制用户观看不可跳过的冗长的片头广告的行为不具有正当性，不存在合法性法益；并以“乐网”软件技术中立为由，主张该软件的主要功能是让用户能够自行屏蔽其认为对网络信息安全构成威胁的信息。同时被告杭州硕文有限公司认为虽然该新技术的出现会使视频网站某些既得利益受到损失，但这是市场经济下竞争和技术进步的结果，这是视频网站应当为其商业模式承担的相应风险。经过审理，法院认为：视频网站向用户提供免费视频的同时在片头播放一定时间的广告，据此收取广告费既是视频网站经营收入的重要来源，也是弥补经营成本的重要组成部分。这种“免费视频+广告”的商业模式既未违反法律规定，又属于互联网行业惯常的经营方式，由此形成的商业利益是合法权益。被告杭州硕文有限公司违反诚实信用原则和公认的商业道德，破坏了其正常的商业活动，属于不正当竞争行为。

针对相同的情况，国外则有不一样的看法。德国法院在2004年电视精灵拦截电视广告案和2015年Ad-block plus拦截网页广告案中，均认为被告的行为不构成不正当竞争。美国联邦最高法院则认为，这种轻微的损害不应该通过法律来解决，而是应该通过积极的市场竞争来解决，视频公司必须面对依存于经济

活动自由和创新力量的市场挑战，其应该与广告合作商共同来唤醒和保持观众对广告的兴趣，或者通过技术创新来抵制广告屏蔽技术对其所造成的影响。在美国的视频网站上，广告不能遮挡全屏，最多只占全屏的三分之一，而且广告通常都为半透明状态。国外某Y视频网站的广告5秒后可以由用户任意选择关闭还是继续看下去，但即使是那5秒钟的广告也不能遮挡全屏。若用户点击广告，将会在视频框之外显示广告内容，并不影响用户正常观看其选择的视频。其认为这种广告模式能够平衡各方利益，迫使广告商提高广告质量，为不被用户在5秒后直接关闭，倒逼广告商必须将广告拍得更具有艺术性，更具吸引力，更具可看性，这样用户才不会主动关闭广告。一刀切地默认全屏遮挡广告，广告商主动提升广告艺术性的动力就会相应减少。

目前，在我国法律中并没有对上述拦截软件的行为进行明确的界定，仅有寥寥数个判决，我国互联网市场发展的现阶段特征，也是正符合“付费点播观看无视频广告的视频节目”或“广告+免费视频”的经营方式。故笔者认为此类软件的技术本身是中立的，但此类中立的技术仍可以成为不正当竞争的工。固然国外的做法更能体现经济活动的自由及激发市场的创新性，但基于不同的市场环境，不能片面地认为哪一种模式更公平或者更合理。

（作者交流电话：18926601123）

股东知情权那些事儿

□ 陈雪燕

股东知情权，是指公司股东了解公司信息权利。知情权是股东行使表决权的一个前提，是股东其他一切权利的基础。但股东知情权到底包括哪些权利？股东能知情到什么程度？行使中有没有什么限制？现在来说说关于股东知情权那些事儿。

一、原始凭证能否查阅？

《公司法》第三十三条规定了“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿。”《公司法》第九十七条规定了“股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告，对公司的经营提出建议或者质询。”

从法条规定可看出，股东知情权的内容分为查阅权、复制权、建议权和质询权。其中，对查阅内容有争议的是原始会计凭证是否属于股东知情权的查阅对象？从实践中来看，一方面，原始会计凭证是公司的重要秘密，如果泄露可能会对公司造成重大影响；另一方面，当原始会计凭证对股东维护自身权利具有重要意义时，应该允许有条件的查阅与取证。这两者之间如何取舍平衡，应结合具体案例进行个案分析。

二、隐名股东能否查阅？

隐名股东作为实际出资人，依法享有股权，但其可否依据享有的股权行使包括股东知情权在内的股

东权利，法律并没有明确规定。此时，作为股东权利之一的显名权就显得尤为重要了，《公司法》司法解释（三）第二十三条规定：依法履行出资义务的当事人，可以向公司主张显名权。第二十四条第三款规定：隐名股东未经其他股东过半数以上同意，不得行使显名权。从法条规定可看出，隐名股东虽然因实际出资而享有股权，但其出资并非是在履行其义务，而是在履行其与名义股东签订的股权代持协议的义务，所以隐名股东无法当然行使显名权。故隐名股东欲行使股东知情权也应当取得其他股东过半数同意，或者隐名股东也可通过诉讼确认其股东资格，从而享有股东知情权。

三、查阅是否附条件？

《公司法》在保障股东知情权的同时，也对其做了如下限制条件：（1）股东在提出查阅的要求时，股东必须向公司递交书面的请求；（2）股东在查阅公司账簿时有合法的目的，并且要向公司说明其目的。如果有合理的依据认为股东查阅公司账簿有不正当目的、可能损害公司合法利益时，可以拒绝提供查阅。争议焦点在于“正当目的”如何进行认定？

首先，股东查阅的范围应当与其目的具有关联性，并且应当与股东的投资利益相关联，即与实现股东在公司中的利益或者公司本身的整体利益相关联，另外，该目的还应当与公司利益保持一致，不能给公司带来损害。但该衡量标准主观



陈雪燕 实习律师

性极强，若要求股东证明自己提出的查阅目的正当，则会大大加重其查阅的难度，因而法院审理时一般由公司来举证证明股东的查阅目的具有不正当性，这也更加合乎公司法保护股东利益的理念。

四、结语

作为股东个人欲行使知情权的，需向公司提出书面请求并说明目的，给予公司必要的准备时间即可，若公司不同意或者不回复股东的行权请求，那股东可以通过诉讼方式来保障自身权利；对于公司而言，如果有股东提出行使知情权的请求，如需查阅公司账簿、重要决议等，一般来说，公司应当允许，只有当公司有足够证据证明该股东要求行使知情权具有不正当目的方可拒绝股东的行权请求。

（作者交流电话：13630061267）

新颁布的法律

★中华人民共和国英雄烈士保护法

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-4-27)

★中华人民共和国人民陪审员法

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-4-27)

★关于修改《中华人民共和国国境卫生检疫法》等六部法律的决定(含《国防教育法》《国家情报法》《反恐怖主义法》《国境卫生检疫法》《精神卫生法》)

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-4-27)

最新司法解释

★关于上海金融法院案件管辖的规定

(最高人民法院, 2018-8-7)

★关于依法妥善审理民间借贷案件的通知

(最高人民法院, 2018-8-1)

★关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释(四)

(最高人民法院, 2018-7-31)

★关于适用《中华人民共和国民事诉讼法总则》诉讼时效制度若干问题的解释

(最高人民法院, 2018-7-18)

★关于印发《综合整治骚扰电话专项行动方案》的通知

(工业和信息化部、最高人民法院、最高人民检察院等, 2018-7-18)

★关于设立国际商事法庭若干问题的规定

(最高人民法院, 2018-6-27)

★关于撤销裁判文书网公示信息请求的答复

(最高人民法院, 2018-6-25)

★关于仲裁机构“先予仲裁”裁决或者调解书立案、执行等法律适用问题的批复

(最高人民法院, 2018-6-5)

★关于严格规范民事案件延长审限和延期开庭问题的规定

(最高人民法院, 2018-4-23)

★关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复

(最高人民法院、最高人民检察院, 2018-3-8)

最新行政法规

★人力资源市场暂行条例

(国务院, 2018-6-29)

★奥林匹克标志保护条例

(国务院, 2018-6-28)

★快递暂行条例

(国务院, 2018-3-2)

在南海区调解专家库成立大会上的发言

□ 纪建斌

各位领导，各位专家，同志们：

大家早上好！

今天在这个大会上以专家代表发言，我是有点紧张的。刚才李局长作为信访接访专家发言，说不敢自称专家，这让我更谨慎了。我们“南天明”团队做信访和调解工作，最初就是跟李局长带领的信访团队学习的。从最初的信访局法律顾问、个案包案跟踪，到现在全天信访值班接访，经过与信访局合作这么多年，我们的团队学到了很多调解方法。我想今天之所以指定我作为律师调解专家代表发言，可能是这两年我在律师调解工作方面参与的稍微多一些。我现在是广东省律师调解中心调解员，佛山市律师调解中心主任，广东南天明律师事务所律师调解工作室负责人。今天利用这个机会，我谈一下我个人的体会。

一、律师参加调解工作的意义

律师参加调解工作，能充分发挥法律人士的专业优势，更好地满足人民群众需要，是完善我国人民调解制度的创新举措，是推进多元化纠纷解决机制改革的有力抓手，也是公共法律服务体系建设的重要组成部分。

律师参与调解工作，很早就有了，实际大量存在，比如劳动纠纷、家事纠纷、医疗纠纷、交通事故等等。开展的方式也是多种多样，有的参加各种调委会、调解室，例如担任村委、居委人民调解委员会调解员；有的参与法院的诉调对接；有的加入信访调解等等。对于调解工作，今年自上而下有了新的要求，有了更高的要求。今年3月份，按照司法部和最高人民法院的要求，广东省律师协会率先成立

律师调解中心，对接法院民事案件，以解决法院“案多人少”的矛盾；同时，也接受当事人自行委托的案件，积极化解社会矛盾。从4月份开始，包括佛山律协在内的各个地市律协，全部成立了律师调解中心，并组建律师调解员队伍，正式参与民事案件立案后的调解工作，取得了一定的成绩。

关于律师参加调解工作，今年还有一个创新，就是司法行政机关和律师协会，在各区试点成立律师事务所律师调解工作室的制度，全市各区现在都只有一至三家律师所在进行试点。我们南天明律所调解工作室也是上个月刚刚成立，具体怎么操作，还在摸索阶段，今天成立了南海区调解专家库，对我们来说是一件大好事，希望各位专家以后多多指导。

另一方面，我认为律师参加调解工作，也能促使自己加强业务学习，提高专业能力和专业水平。

律师调解是专业调解，要体现法治理念，不能只是“和稀泥”。律师调解纠纷是一项兼具情、理、法的综合性工作，对调解员的个人专业水平、综合素质和能力要求都很高，因此，要真正做好律师调解工作，需要我们不断地加强业务学习、不断增强调解专业素质。

律师主持纠纷调解工作，首先自己要快速弄清纠纷涉及的所有法律问题，只有这样才能帮当事人客观、全面的分析各自的诉求。另外，律师在调解中是以中立的第三人的身份进行居间磋商，一定要在实体和程序上做到公平、公正，恪守律师职业道德和执业纪律，切实发挥好律师在预防和

化解矛盾纠纷中的专业优势、职业优势和实践优势，让纠纷当事人切身感受到律师调解的专业性和公正性，真正起到定纷止争的作用。

二、“南天明”参与的两组需要律师调解的案件

下面我介绍两组南天明律师事务所律师参与调解、解决纠纷的代表性案例。

（一）××广场合同纠纷案

2017年2、3月份，××广场一千多名业主与开发商因合同纠纷无法解决，引发群体性信访和越级上访事件。自2017年4月7日起，在区委、区政府领导的高度重视及区住建局、区信访局及区司法局领导的联合指导之下，本所组建了24人的专业律师团队形成一对一的服务调解模式，全程参与处理××广场合同纠纷案件，通过分析案情、理顺业主诉求，搭建业主与开发商之间平等协商的平台，律师团队凭借着过硬的专业知识以及耐心、细心的优质服务，经过8个多月的努力，基本上解决××广场合同纠纷案件，降低双方当事人的诉讼成本，维护了社会稳定。

在这个案件中，我认为我们在三个时间节点上把握的比较准确，开展工作到位，为最终调解解决纠纷打下坚实的基础。

一是刚刚接受委托，介入合同纠纷之初，站准定位。

2017年4月初，我们团队介入合同纠纷的调解。当时的情况比较紧急，业主群情激奋，到处上访。同时，业主对是选择退楼还是接受开发商10%的补偿，也是犹豫不决。在这种情况下，我们准确定性合同(下转第37页)

《短讯九则》

顺德区司法局领导莅临南天明顺德所座谈指导

8月9日下午，佛山市顺德区司法局叶翠青局长、冯炳全副局长等一行5人，来到广东南天明（顺德）律师事务所参观并指导工作。“南天明”李光主任、纪建斌副主任及顺德所梁虹主任、李侃童执行主任及多名顺德所同事热情接待来访领导。

会议上，李光主任、顺德所梁虹主任分别介绍了南天明所及南天明顺德所的创建历史、发展现状，重点说明了南天明顺德所的发展规划。

叶翠青局长表示，律所的法律服务水平应当与经济发展相匹配，顺德为营造良好的营商环境，正大力促进顺德律师行业的发展，提升法律服务质量，希望南天明律所能



继续完善自身，不断进步。

冯炳全副局长表示，很高兴“南天明”为顺德企业融资上市提供专业支持，提高顺德资本市场的法律服务水平。希望“南天明”提供更多法律服务产品，带动顺德律师行业发展。

“南天明”确定了“专业化、精品化”的发展定位



7月6日，“南天明”2018年中总结大会在本所大会议室召开，各位合伙人、各部门负责人共计26人全部准时、全程参加会议。会议中各自总结主管、分管工作。说成绩，用数据，用事实；说问题，直指关键；说计划，注重

措施；说对律所发展的思考，简洁明了、短小精悍。各自的措施、做法，都富有启发性，可以相互激发、相互借用、相互配合。

李光主任总结发言时，着眼于律所发展的长远思考，明确了“南天明”的定位——专业化、精品化，指出这是我们南天明律所发展的原则和方针。李光主任指出：2013年我所进行管理和分配制度改革时，就明确了走稳健发展的道路，没有选择律师数量扩张的道路；我们是本地律所，我们只能通过专业化、精品化不断提高服务水平，在切实解决当事人的法律服务需求中发展壮大。

“南天明”举行股权律师业务专业讲座

6月1-3日，由广东南天明律所“股+”律师团队主办的股权律师课程——“动态股权分配机制+股权激励从理论到实践的演变过程”在我所大会议室举行。来自广州、深圳、中山的20多名律师、南天明律所从事公司相关业务的律师、多名企业代表参加了该课程。

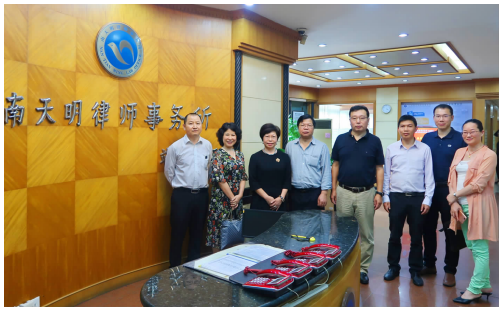
6月1日晚上7点-9点，倪修智律师（泰和泰深圳所）主讲谈判与报价课程。6月2日上午9点到下午5点30分，安柏静律师（北京大成所）主讲企业股权激励课程。6月2日晚上7点到9点，罗毅律师（成都大成所）主讲“管理升级——计点制”课程。6月3日上午9点到下午5点30分，罗



毅律师主讲动态股权机制课程。

通过本次活动，我所律师与股+团队建立了稳固合作机制，在公司股权业务上强化了同行沟通，专业水平将更上一层楼。

南海区司法局领导两次莅临我所指导工作



4月11日下午，南海区司法局分管律师管理等工作的吴以焯副局长、公律科科长李文滔、司法局党总支专职副书记周铭谦、南海区律师行业党总支书记莫晓兰、南海区律师服务中心秘书长陈晓葵一行5人莅临我所检查指导工作。我所李光主任及所有未外出办案的合伙人参加了座谈会。与会人员就律师业热点问题进行了热烈讨论。座谈会



后，司法局领导按律师事务所年度考核标准对我所进行了全面检查，对我所管理规范、严格给予高度评价。

5月30日下午，南海区司法局分管宣传等工作的钟伟文副局长、法宣科张洁珍科长莅临我所调研法治宣传工作，与我所李光主任、梁虹副主任、纪建斌副主任、程宗利副主任等合伙人进行了深入交流。我所李光主任与梁虹副主任向司法局领导介绍了我所的法治宣传工作情况，并提出非常愿意为南海区法治宣传工作的发展继续努力。

“南天明”承办“律师说税”专题讲座



5月23日下午，由南海区工商业联合会主办、南天明律师事务所承办、广东股交中心等单

位协办的“律师说税”税法专题讲座在广东股交中心五楼会议中心举行。约150家企业的财务主管人员或财务人员共计200多人前来听课。讲座开始前，南海区工商联李仁声副主席、“南天明”李光主任分别代表主办、承办单位致辞。

主讲人为：“南天明”副主任、佛山市律协税务法律专业委员会主任魏剑鸿律师；中国法学会财税法学研究会副会长、华南理工大学法学院院长蒋悟真教授。

魏剑鸿律师讲解了三大问题：第一，税制改革与征管环境变化。强调我们不能只关心“减税降负”，还要看到并行的“打虚打骗”。第二，税收法律思维。以具体鲜活的案例解说了税收法律思维的重要性。第三，税企合法有效沟通。征管环境变了，大家都要讲法律；企业要借助专业人士熟悉税法。

蒋悟真教授对魏律师的评座进行了学术点评并介绍了理论界对当前税收热点问题的观察思考。

“南天明”又助力31家企业实现资本红



5月22日，广东股交中心举行了“深耕服务·助力股改”之新增企业挂牌仪式，南天明助力31家企业成功挂牌，敲响鸣锣，迎来资本红。

梁虹副主任代表“南天明”出席了本次活动，并对本次成功挂牌的企业表示衷心的祝贺。

这次由我所服务在广东股交中心主板及科技板成功挂牌的31家企业是：元通胶粘、亿达股份、奥达金属、东品美业、贝瑞尔科技、中德科技、鑫融发材料、金纳科技、星格新材料、库乐科技、百丽池股份、博舍股份、巴斯特股份、奔宇股份、鼎华科技、拓林股份、宏冠股份、赛威股份、爱禾科技、龙之声股份、韩德股份、永基股份、源宝宝股份、永能电缆、颐达科技、潇湘股份、顺恒鑫股份、智汇股份、佳视股份、佛山青鸟股份、立绅股份。

“南天明”党支部获评“全省律师行业先进基层党组织”

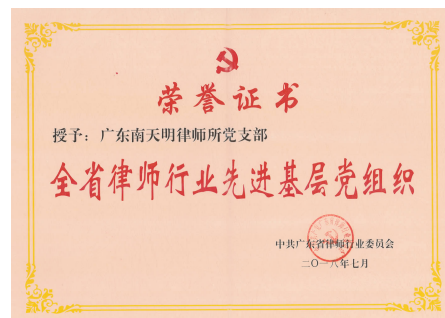
2018年7月22日，第十一届广东省律师代表大会第二次会议在广州召开，省司法厅党委书记、厅长曾祥陆、省司法厅党委副书记、副厅长、省律师行业党委书记梁震、省律师行业党委副书记、省律协会会长肖胜方等领导出席了会议。

会议表彰了先进党组织和党员，广东南天明律师事务所党支部获得“全省律师行业先进基层党组织”的荣誉。

广东南天明律师事务所支部成立于2005年2月，是南

海区第一个律师事务所党支部，支部现有正式党员15人，

其中党员合伙人3人，党员律师11人。南天明支部经过十四年的发展，逐渐形成了具有律师特色的政治过硬、业务精湛、凝聚力强的基层党支部。



“南天明”正式加入全球精品律所联盟！



2018年5月9-11日，“第二届全球律所合作发展论坛暨律师私董会”、“全球精品律所联盟（EGLA）成立大

会”在徐州成功举办。来自五大洲“一带一路”沿线的外国驻华使领馆等机构的上百名嘉宾以及210多名律师代表先后参加了这次活动。

目前全球精品律所联盟（EGLA）成员律所已达到70家，包括部分国内律所和“一带一路”沿线各主要地区的境外律师事务所，均是全球中大型规模、专注商事业务、团队年轻化、专业化的品牌大所和新锐强所，律师人数达5000余人。

2018年5月11日，我所纪建斌副主任代表我所参加加盟签约、授旗、授军旗仪式，并在会上致辞，我所正式加入全球精品律所联盟。我所纪建斌律师、李浩律师被任命为EGLA管委会委员。我所将借助联盟的力量不断提升精品化水平。

“南天明”与岭南公证处结为战略合作伙伴

2018年6月，佛山市岭南公证处代表杨红、杜启成莅临我所，与我所合伙人及骨干律师进行深入交流。

我所李光主任、各部门负责人分别介绍了我所不同业务的不同公证需求，并交流未来可以合作的方向与措施。

岭南公证处与我所签订了《公证法律业务战略合作框架协议》，建立长期业务合作关系。

佛山市岭南公证处由市司法局、市公证协会共同组建，是由市司法局直属管理，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、独立承担民事责任的证明机构，是全



国公证体制改革试点公证处之一，是全省首家备案制公证处。



广东南天明律师事务所

GUANGDONG NANTIANMING LAW FIRM

南天明所地址：广东省佛山市南海区桂城南桂东路60-3号(花苑广场三座)

电 话：0757-86322900 86322911 86333976 86338187

传 真：0757-86322982 邮编：528200

<http://www.tmlslaw.com> 邮箱：1229937582@qq.com

南天明广州所地址：广州市天河区华夏路16号富力盈凯广场2810单元

电 话 \ 传 真：020-85279836 邮编：510000

南天明顺德所地址：大良新区国泰南路3号恒基国际金融大厦17层1702

电 话：0757-22910248 邮编：528300

