



# NANTIANMING WINDOW

# 南天明之窗

准印证号(粤E)L0180009

二〇一八年第三期 总第五十九期



## 本期 要目

党建引领，一路前行  
股权收购中的或有债务处理  
浅析破产企业法定代表人的法律义务  
法院在民事执行程序中能否扣缴个税？  
浅谈农村集体经济组织成员权利的保护  
酒后坐副驾未开车，也可被追究刑事责任

# 支部为根，行业是成长的土壤

□ 纪建斌



尊敬的各位领导，各位来宾，同志们：

大家上午好！

今天，对南天明律师事务所党支部来说，是一个十分重要的日子——南天明党建活动室在我所新的办公楼正式挂牌！这是我所政治生活中的一件大事！非常感谢各位领导和嘉宾出席今天的揭牌仪式，你们将和我所党员、同事一起见证了 this 光荣的时刻！

南天明党支部成立于2005年2月，受南海区司法局党总支的领导，现为南海区两新组织党建工作示范党支部。南天明党支部自成立以来，带领广大党员发挥政治核心作用，认真贯彻执行上级党组织的精神，围绕律所“开拓进取，共创明天”的战略方针开展各项工作，取得了一个又一个的成绩，多次获得司法行政机关和行业党组织的表扬和嘉奖。今年7月，我所党支部被省律师行业党委评为“全省律师行业先进基层党组织”，这是我所党支部至今获得的最高荣誉。

虽然南天明律师党建工作取得了一定的成绩，但距离上级对我们的要求还有很大的距离。社会组织党支部如何定位？如何确定工作重点？如何创新？如何进一步加强党建工作？这些都是摆在我们党支部面前的难题。而就在上个月，党中央印发了《中国共产党支部工作条例（试行）》，对党支部工作作出了全面规范，给我们提供了党支部建设的基本遵循。《党支部工作条例》对于加强党的组织体系建设，全面提升党支部

的组织力，强化党支部政治功能，巩固党长期执政的组织基础，具有十分重要的意义。

按照《党支部工作条例》的要求，南天明党支部将在今后做好以下几方面的工作。

第一、学习宣传贯彻党的十九大精神 and 习近平新时代中国特色社会主义思想。

宣传和贯彻落实党的理论和路线方针政策，宣传和执行党中央、上级党组织和本所党支部的决议，讨论决定或者参与决定本所重要事项，充分发挥党员模范带头作用，努力完成律所的各项工作。要团结组织群众，学习党的基本知识和法律业务知识，做好思想政治工作和意识形态工作。

第二、做好对党员的教育、管理、监督和服务工作。

党支部要突出政治教育，提高党员素质，坚定理想信念，增强党性，严格党的组织生活，开展批评和自我批评，维护和执行党的纪律，监督党员切实履行义务，保证党员权利不受侵犯，关怀和帮扶生活困难的党员，依规稳妥处置不合格党员。

第三、结合实际，完成条例中专门

对社会组织党支部安排的重要任务。

党支部要引导和监督律所依法执业，全体律师诚信从业，教育引导全体员工增强政治认同。党支部要引导律所所有序参与党委、政府的中心工作和社会治理工作，引导和支持全体党员、律师积极参与公共法律服务，进一步做好我所一直参加的律师服务进村居、法律援助、社区矫正、民事纠纷调解等公共法律服务工作，承担更多的社会责任。

同志们！党支部是党的基层组织，是党的组织体系中的基本单元。党的十八大以来，以习近平总书记为核心的党中央高度重视党支部建设，要求把从严治党落实到每个支部、每名党员，推动全党形成大抓基层、大抓支部的良好态势，取得了明显成效。现在《党支部工作条例》已经印发，我所全新的党建活动室也正式挂牌，律所党建工作也在上周写入律所的《章程》之中，我们正好趁此良机，学习《条例》，贯彻《条例》，夯实基层战斗堡垒，为南天明党支部取得更大的胜利而努力奋斗！

谢谢大家！

（这是2018年12月5日党支部书记纪建斌律师在广东南天明律师事务所党建活动室揭牌仪式上的讲话稿）



# 党建引领，一路前行

□ 李 光



尊敬的梁副书记，尊敬的各位领导，各位嘉宾，各位同事：

大家上午好！

今天是一个特殊的日子，是南天明律师事务所发展历程中的重要时刻！非常感谢各位领导和嘉宾能亲临现场，出席我所党建活动室和律师调解工作室揭牌仪式！

1995年，中国律师制度改革的春风吹拂南粤大地，南海市经济律师事务所律师的几名青年骨干律师，响应党的号召，辞去公职，创办了合伙制的南海市天明律师事务所，这就是今天的广东南天明律师事务所！律所创办之初，人员不足10人，面积不足百平，虽然只有我一名中共党员，但仍坚持参加司法局党支部的组织生活。

2000年，律所开办五周年之际，南天明办公楼面积超过600平方米，人员增加到30人，党员增加到3人，成立了自己的党小组，组织关系仍然在司法局党支部。

2005年，在律所创办的第10年，南天明自购办公面积已达1300平方米，人数达到60人，正式党员9人。南天明律师事务所党建工作迎来了重要的时刻——按照上级党组织的要求，南天明成立了独立党支部！从此，南天明党支部作为中国共产

党在南天明律师所的战斗堡垒，一直发挥着重要的政治引领作用。

2008年，在南天明党支部成立3年之后，南天明律师事务所各项工作突飞猛进，在各个方面取得了优异的成绩。南天明党员达到13人，全所员工90人，业务收入始终名列前茅。在当年参加全国律协组织的优秀律师所评选中，支部建设、党员义工、信访维稳、发展党员等等，为我所加分不少。最终，南天明所获评全国优秀律师事务所，而这也是我所迄今为止获得的最高荣誉之一！

我至今还清楚地记得，在授牌仪式上，时任省厅律管处处长的梁震同志，对我所提出了更高的要求，希望我所围绕“规范”和“拓展”两条主线发展。

2018年，距离南天明获得全国优秀律师所过去了整整10年！这10年间，南天明在规范化管理、专业化分工、团队化服务等方面取得了长足的进步，业绩稳步增长！并且在广州和顺德先后开办了分所。上个月，我们乔迁到千灯湖顶级写字楼，办公面积2150平方米，全所人数达到160人，党员人数达到20人，入党积极分子2名。南天明又迎来了发展壮大的重要机遇！

今天，在全省上下认真学习贯彻落实习近平总书记视察广东重要讲话精神的关键时刻，南天明党建活动室挂牌了！这表明南天明将一如既往地重视律所党建工作，坚持党的领导，切实保障党的各项方针政策在律所得到贯彻和落实，促进我所各项事业的蓬勃发展！

同时，今天也举行南天明律师调

解工作室挂牌仪式！多年来，我所律师积极参与信访、调解工作，积极预防和有效化解了大量社会矛盾，维护社会和谐稳定，曾在2012年12月被司法部通报表扬！今后，我所律师将更多地参与公共法律服务，尤其是涉诉涉法方面的调解工作。我认为，相较于司法调解和行政调解，律师调解有其独特的优势。律师参与调解，有利于与各方当事人交流、取得其信任，从而促进各方相向而行。同时，律师能充分利用自己的专业知识，提出易于各方当事人接受的调解方案，促使纠纷解决。律师参与调解，可以推动纠纷解决多元化治理体系的建设，从而更好地维护社会秩序，弘扬法治精神，维护社会公平正义。

1995至2018，南天明风雨兼程，一路前行！“开拓进取，共创明天”，南天明党建从无到有，由弱变强！南天明取得的每一个成绩，都离不开上级党组织、司法行政机关和政府相关部门的领导和支持！离不开律师协会、其他行业协会、合作客户及委托人的支持和信任！离不开全体南天明人的辛勤付出！在此，我谨代表全体南天明人，对各位领导、各位嘉宾、各位朋友、各位同事说一声：谢谢！

最后，再次感谢各位出席今天的揭牌仪式！祝各位身体健康！万事如意！祝南天明明天会更好！

谢谢大家！

（这是2018年12月5日李光主任在广东南天明律师事务所党建活动室、律师调解室揭牌仪式上的讲话稿）



## 南天明之窗

2018年第3期

总第59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街道

融通路22号智富大厦29层

网 址：[www.tmlslaw.com.cn](http://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](mailto: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12月26日

印 数：3000本

## 目录 CONTENTS

### 行业聚焦

01-支部为根，行业是成长的土壤（纪建斌）

02-党建引领，一路前行（李光）

### 税法专题

05-法院在民事执行程序中能否扣缴个税？（黄嘉莹）

06-破产程序中税收债权与抵押债权的受偿次序分析（高丽华）

### 破产法专题

09-浅析破产企业法定代表人的法律义务（肖福来）

10-浅析破产法中的破产宣告程序（岑景源）

12-破产程序中，所有权保留买卖合同该如何处理？（肖福来）

### “公司法+”专题

13-股权收购中的或有债务处理（黎小华）

14-公司陷入僵局，股东可否直接申请法院强制解散公司？（岑景源）

16-公司解散后清算主体不履行清算义务的法律后果（陈雪燕）

### 房地产专题

17-“三旧”改造能否成为解除《租赁合同》的尚方宝剑？（胡丽丽）

19-国有土地上房屋征收与集体土地上房屋征收的区别（莫君仪）

20-唯一住房可否强制执行（杨健豪）

### 知识产权

21-浅论著作权的独创性标准（高成波）

22-“捂脸”商标被抢注，还能愉快的聊天吗？（李松花）

### 刑事话题

24-酒后坐副驾驶未开车，也可被追究刑事责任（李浩）

25-从心理学角度浅析犯罪动机的特性与形成（冯法街）

## 评案论法

- 26-从一则继承纠纷看婚内物权变更（潘永生）
- 28-包工头拖欠工资，发包人和承包人难逃责任（谭彩仪）

## 新法解读

- 29-从滴滴顺风车乘客遇害案看社会对《电子商务法》的期待（董秋倩）

## 律师论坛

- 30-浅谈农村集体经济组织成员权利的保护（林世彬）
- 31-例谈如何处理购房“双合同”下装修质量差纠纷（黄淑瑶）

## 市民话题

- 34-三种涉婚姻法协议的法律效力分析（李浩）
- 36-购房优惠需核实，莫待落空才后悔（胡丽丽）
- 37-劳动者达到退休年龄，其劳动关系是否自动终结（严嘉雯）

## 法苑纵横

- 38-农村相邻关系纠纷宜调解解决（麦超莹）
- 39-仅知道“买卖不破租赁”还不够（钟远玉）
- 40-例谈农村鱼塘承包的法律认识问题（钟棠青）

## 立法快讯

- 41-新颁布的法律
- 41-最新司法解释
- 42-最新行政法规

## 今日南天明

- 43-短讯六则

## 法律典故

- 46-民国民法典

# 法院在民事执行程序中能否扣缴个税？

□ 黄嘉莹

根据《中华人民共和国个人所得税法》及《中华人民共和国个人所得税法实施条例》相关规定，个人取得的民间借贷的利息收入需要缴纳个人所得税。收取利息的个人以每次收入额为应纳税所得额，向税务机关申报并缴纳税款。

在民间借贷法院强制执行案件中，债权人为申请执行人。法院强制执行被执行人的财产后，会将借款本金和利息等支付给债权人。这时，法院可以代扣债权人利息收入的个税款后，再将税后的利息收入支付给债权人吗？

去年年底，我国某些地区已经开始实行法院代扣代缴的措施：法院将与税务局对民间借贷案件利息收入个人所得税进行联合管控，具体操作是该院在为民间借贷案件当事人发放利息前，将通知当事人先到地税主管机关足额缴纳个人所得税，当事人凭完税凭证到法院领取相关执行款，对不配合缴纳个税的，该院将代扣代缴。

有人认为，因为没有相应的法律法规或者司法解释的明确规定，所以法院在发放执行款的时候，不能要求申请执行人提供完税凭证，在申请执行人没有完税凭证时，也不能代扣代缴个税。法院只能根据《最高人民法院关于执行款物管理工作的规定》（法发〔2017〕6号）的规定在规定时间内发放执行款。进一步讲，法院并不是税法上的“扣缴义务人”，法院为自己设立代扣代缴义务，并不符合税法的规定。

笔者不同意上述的观点。上述某

地区法院的做法是有依据并且可行的。分析如下：

## 一、债务人在向债权人支付利息时应当依法代扣代缴个人所得税

《个人所得税》第八条规定，“个人所得税，以所得人为纳税义务人，以支付所得的单位或者个人为扣缴义务人。”民间借贷利息收入中，申请执行人即债权人是纳税义务人，被执行人即债务人是扣缴义务人，所以利息款应当包含税款和税后利息。换句话说，债务人应该在支付利息的时候代扣代缴相应的个人所得税款，再将税后利息支付给债权人。

## 二、法院强制执行的利息款包含应当向国家支付的税款

通过上述分析可知，法院通过强制执行程序执行回来的利息，是包括税款和税后利息两个部分的，如下图所示：

当法院强制执行利息款后，债务人已没有向债权人支付利息的义务，该支付义务已通过强制执行程序转移到法院，所以法院在支付执行款时，应当代债务人履行向国家缴纳税款的义务，并向债权人发放税后利息。

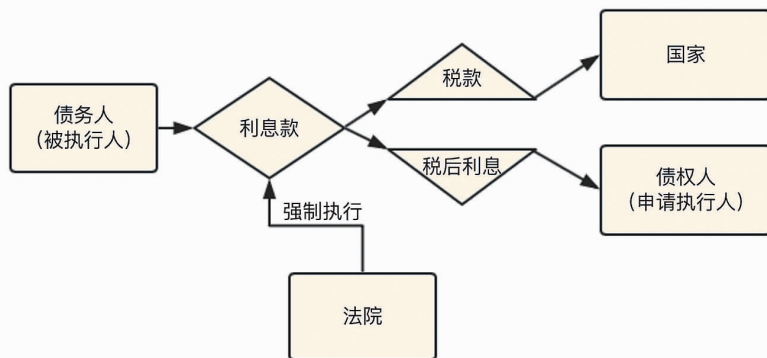
## 三、法院在发放执行款时代扣缴义务人向国家支付个税款符合相关法



黄嘉莹 律师

## 律法规的要求

《税收征收管理法》第五条规定，“各有关部门和单位应当支持、协助税务机关依法执行职务。”《最高人民法院关于人民法院大力支持税收征管工作的通知》[法（行）发〔1989〕31号]第四点规定，“人民法院在审理经济纠纷和其他案件中，要注意发现当事人或其他人有无偷税、漏税或违法减免税等违法行为，积极向税务机关提供有关情况或提出司法建议，（下转第8页）”



# 破产程序中税收债权 与抵押债权的受偿次序分析

□ 高丽华



高丽华 律师

## 【提要】

税收代表公共利益，我国法律赋予税收优先权。在企业破产清算程序中，同样也对税收债权赋予一定程度的优先权，《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《破产法》）和《中华人民共和国税收征收管理法》（以下简称《税收征管法》）对该问题进行了规定。但由于《破产法》和《税收征管法》在立法规范、沿革、目的、宗旨不一，引起了群众对税收债权的优先权的质疑，税务机关为什么要与民争利？本文引用一则破产债权确认纠纷案例，分析企业破产程序中税收债权与抵押债权的受偿次序问题。

## 【案例】

原告中国农业银行股份有限公司绍兴越城支行（以下简称越城支行）

诉被告绍兴金宝利纺织有限公司（以下简称金宝利公司）与第三人绍兴市柯桥区国家税务局（以下简称柯桥国税）破产债权确认纠纷案〔(2016)浙0603民初字第10874号〕。2010年10月起，越城支行先后与金宝利公司签订了四份借款合同，共向金宝利公司发放贷款1410万元。2013年6月，金宝利公司以其名下不动产为上述借款设定了抵押，并办理了抵押登记。2014年9月，法院受理了金宝利公司的破产申请，并依法指定了破产管理人。2014年11月，破产管理人作出的《债权审核确认单》上确认越城支行1410万元债权为财产有担保债权，同时备注：“该债权额予以审核认定，但绍兴市国税局其中37,419,373.07元税收优先权优先于贵行有财产担保的债权。”越城支行认为其对金宝利公司享有的1410万元债权系有抵押担保的债权，根据《破产法》规定，应当优先于柯桥国税的税收债权。故诉请要求撤销破产管理人作出的《债权审核确认单》中关于柯桥国税享有的37,419,373.07元税收优先于其享有1410万元债权的认定。金宝利公司答辩称：1、破产管理人依据《税收征管法》相关规定作出的债权审核认定合法，越城支行享有的债权优先性后于柯桥国税的税收债权；2、越城支行的抵押权在2013年6月设定。

法院总结本案的争议焦点在于越城支行对金宝利公司享有的案涉有财产担保的1410万元债权与柯桥国税对金宝利公司享有的37,419,373.07元税

收债权之间，何者更具有优先性。经审理，根据《税收征管法》第四十五条、《破产法》第一百零九条及第一百一十三条规定，及本案原告越城支行与第三人柯桥国税各自案涉债权的发生时间看，法院判定破产管理人作出原告之案涉债权为有财产担保之债权，并认定第三人案涉税收债权优先于原告的上述有财产有担保债权的债权审核结果，符合法律规定。

## 【分析】

破产债权的申报与确认是破产清算程序中的重要环节。在破产程序中，主要存在四种债权：担保债权、职工债权、税收债权与普通债权。相对纳税人而言，税务机关一向被视为强势主体，但在破产程序中，税务机关的地位会发生变化。税务机关的行政程序无法正常适用，只能接受法院指挥，与民事债权人一起，与破产管理人合作，相对被动地推动破产程序往前进行。由于税收债权优先在破产清算程序中适用的法律规定不明确甚至存在不一致，税收债权与有担保债权的清偿顺序到底孰先孰后的问题，在司法审判实践中引发了诸多难题。

一、法律规定不明确，越城支行主张并非毫无依据

《税收征管法》第四十五条第一款规定：“税务机关征收税款，税收优先于无担保债权，法律另有规定的除外；纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的，税收应当先于抵押权、质权、留置权执行。”

《破产法》第一百零九条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。”《破产法》第一百一十三条第一款规定：“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；（三）普通破产债权。”据此，关于税收债权与有担保债权的清偿顺位，法律规定产生了分歧。《税收征管法》主张按形成的先后时间区分，对于在税收债权发生之前已设定的有担保债权，则有担保债权优先于税收债权受偿，若税收债权发生在前，则税收债权优先于有担保债权受偿。《破产法》中规定，有担保债权的权利人对特定财产享有优先受偿的权利，有担保债权并没有放在清偿顺序里。

《税收征管法》与《破产法》两部法律的立法规范、沿革、目的及精神均有所不同，致使规定发生差异。《税收征管法》旨在规范税收征收和缴税行为，保障国家税收收入；公平清理债权债务，保护债权人和债务人的合法权益是《破产法》的立法目的。围绕税收债权与有担保债权受偿顺序问题，司法界与学界展开了讨论。既然《破产法》第一百零九条规定有担保债权的权利人享有特定财产的优先受偿权，同时第一百一十三条规定赋予了税收债权一定的优先权，在破产程序中，就应当遵循《破产法》规定，而根据有担保的债权的形成时间，再去与税收债权形成时间进行对比，确定受偿次序。再者，在实践中，税收债权优先于有担保债权

的，即意味着部分或者全部的税收债权将优先于破产费用及共益债务，且优先于职工债权，如此必然会损害民事主体的利益，违法《破产法》规定。因此，案例中越城支行主张其有担保债权应优先于柯桥国税的税收债权并非毫无道理。

## 二、《税收征管法》与《破产法》并无冲突

《破产法》的修订无疑是提升了有担保债权的地位，使其在受偿顺序中处于优先中的优先次序。有学者主张《破产法》间接否定了《税收征管法》第四十五条在破产程序上的适用。也有学者认为，在破产程序中，《破产法》是普通法，《税收征管法》是特别法，基于“特别法优于普通法”的原则，应当适用《税收征管法》的规定。学界观点均有一定道理，笔者认为，在破产程序中，《税收征管法》与《破产法》的适用并无冲突。理由如下：

第一，《税收征管法》明确规定，税收债权优先于有担保债权系附有条件的，即需税收债权发生在担保物权设定之前。该规定旨在防范当事人之间通过恶意串通，而对纳税人的责任财产设定不当之负担，损害国家利益。案例中，法院认为，当事人之间的交易以信用为基础，而及时并积极履行纳税义务是当事人信用之基础。设定物上担保之目的在于补足相对方之信用，保障债权人之权利。若债务人或担保人本身存在欠缴税款之情形，则说明其本身存在信用不足。笔者认同法院观点。当双方信任不足的情况下，《税收征管法》为当事人设有相应途径，获悉相对方是否存在欠税情形。此种制度设计已为当事人进行交易时评估相对方之信用提供保护。若担保人在获悉担保人存在欠税情况仍设定担保，所产生的法律后果也应当自行承担。

第二，《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第一百七十条规定，“担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。”《税收征管法》第四十五条第一款的规定应当为《物权法》第一百七十条规定的除外情形。如上所述，税收债权优先于担保物权系附有条件的特别规定，《破产法》第一百一十三条关于破产债权清偿顺序的规定系对破产债权清偿顺序的一般性规定，《破产法》的上述一般性规定并无排除适用《税收征管法》第四十五条。尽管《税收征管法》第四十五条并未明确是在破产程序的适用，但基于保障国家税款的目的，当出现税收债权先于担保物权形成的特定情形下，立法作出优先于担保物权的特别安排，应当予以维护。

案例中，越城支行的有担保债权发生时间及其抵押权的设立时间均晚于柯桥国税的案涉税收债权，符合《税收征管法》第四十五条第一款关于税收债权优先于担保物权的規定，应当适用该规定，确定二者案涉债权优先性之先后顺位。

## 三、建议

（一）修订完善法律规定，协调不一致。武汉大学财税与法律研究中心主任熊伟建议对《破产法》进行修订，将担保债权列入破产债权，将设定担保的财产列入破产财产，并使税收债权与有担保债权处于同一清偿顺位，二者发生竞合，则按照《税收征管法》的规定，以形成时间先后作出处理，税收债权优先于设定其后的担保债权受偿。解决企业破产中的涉税问题，需要税收征管法和企业破产法分工合作，国家税务总局与最高人民法院应就破产程序中的税收债权与有担保债权的优先权问题进行有效沟



通，统一认识。

(二) 建议当事人在设定担保前，应尽可能了解债务人的欠债欠税情况。《税收征管法》第四十六条规定，“纳税人有欠税情形而以其财产设定抵押、质押的，应当向抵押权人、质权人说明其欠税情况。抵押权人、质权人可以请求税务机关提供有关的欠税情况。”法律赋予抵押权人、

质权人有向税务机关查询对方当事人欠税情况的请求权，这是对于当事人权益的事前保护。为保障自身权益，建议当事人尽可能了解债务人的欠债欠税信息，避免破产程序中，出现后于税收债权受偿的情形。当事人未通过合法途径获悉对方当事人之欠税情况，或获悉后仍为其设定担保，应承担相应风险。

综上所述，由于立法不明确，对于破产程序中税收债权与抵押债权的受偿次序问题争议非常大，尽管学界和判例均有支持适用《税收征管法》第四十五条规定，但反对声音也并非无道理。笔者认为，应从立法层面解决分歧，完善立法才是关键。

(作者交流电话：13824543825)

(上接第5页) 并将有关材料移送税务机关依法处理。如发现犯罪线索，应及时将有关材料移送检察机关处理。”该文件虽然距今出台已有28年的时间，但仍现行有效，法院在执行中如需支持税收征管工作，依然适用该司法解释。

所以法院可以要求申请执行人凭

完税凭证领取执行款，如果申请执行人怠于履行纳税义务，法院应当代被执行人履行缴纳税款的义务后，将税后利息发放给申请执行人。

#### 建议：

虽然法院在发放执行款前代被执行人向国家支付个人所得税有法律依据，但是，依据过于粗疏，由此导致

各方对法院执行行为产生疑虑。因此，我们建议，在立法层面或者通过司法解释、行政法规，就法院执行工作与税收征管工作衔接问题予以细化，使其操作性更强。

(作者交流电话：13543676976)

(上接第11页) 重新回复原状，善后问题将十分复杂。因此，在破产企业被人民法院宣告破产后，即使出现了上述情形，人民法院也不应裁定撤销破产宣告裁定，而应该让破产清算程序继续进行。

#### 六、破产宣告后，如破产财产清偿破产债权后仍有剩余的，应如何处理？

破产宣告后，有可能因为破产财产价值上涨等原因导致破产财产价值大于破产债权总额，在此情况下，应当如何处理？对此，目前法律并没有做出明确的规定。

笔者认为，破产宣告后，如破产财产在清偿破产债权仍有剩余的，则剩余部分应当用于清偿破产期间停止计算的利息、违约金等债权；如清偿上述债权后仍有剩余的，管理人应当请求人民法院裁定终结破产程序，并将剩余财产依法分配给破产企业的股东。

首先，债权人对破产企业享有

的债权不因破产企业进入破产程序而免除。《中华人民共和国企业破产法》第四十六条第二款规定：“附利息的债权自破产申请受理时起停止计息”，该项规定是法律针对破产债权作出的特殊规定，即在破产财产不足以清偿全部债权的情况下暂不将破产受理后所产生的利息列入清偿范围，但并非直接免除该部分利息。因此，破产财产已清偿全部破产债权的情况下，该部分利息应当支付；同理，在破产财产已清偿全部破产债权的情况下，应当向债权人支付相应的违约金。

其次，最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十一条第一款规定：“下列债权不属于破产债权：(一)行政、司法机关对破产企业的罚款、罚金以及其他有关费用；(二)人民法院受理破产案件后债务人未支付应付款项的滞纳金，包括债务人未执行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金

的滞纳金；(三)破产宣告后的债务利息；……”。《全国法院破产审判工作会议纪要》第28条规定：“……破产财产依照企业破产法第一百一十三条规定的顺序清偿后仍有剩余的，可依次用于清偿破产受理前产生的民事惩罚性赔偿金、行政罚款、刑事罚金等惩罚性债权”。根据上述规定可知，破产财产清偿破产债权后的剩余部分可用于清偿惩罚性债权。

再次，《中华人民共和国公司法》第一百八十六条第二款规定：“公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。”因此，在《中华人民共和国企业破产法》没有明确规定的情况下，在清偿破产企业的全部债权后，应当将剩余财产配给破产企业的股东。

(作者交流电话：13630014429)

# 浅析破产企业法定代表人的法律义务

□ 肖福来

随着我国企业破产制度的逐步完善，以及政府在对推动企业清理过程中逐渐认识到破产制度的重要性，最高人民法院近几年一直在大力敦促各地法院尽快完善破产案件的受理及审判机制，为破产案件快速审理夯实基础，而且随着企业破产制度改革的进一步深化，我国破产案件数量大量增加。在这种破产案件大量增加的趋势下，公众需要对破产企业的相关人员在破产程序中法律地位充分了解。而法定代表人是企业的灵魂和掌舵人，对企业经营情况了如指掌，一旦企业进入破产程序，其有义务配合法院及管理人推进破产程序。根据《中华人民共和国企业破产法》的规定，法定代表人在破产期间有以下几个方面的义务。

## 一、妥善保管破产企业的财产、印章和账簿、文书等资料。

法定代表人作为破产企业的经营者，其对破产企业的人财物都很清楚，是破产企业的财产、印章和账簿、文书等资料直接责任人，其有义务向管理人移交破产企业的财产、印章和账簿、文书等资料。若法定代表人拒不向管理人移交的，或者伪造、销毁有关财产证据材料而使财产状况不明的，人民法院可以对其依法处以罚款。

## 二、根据人民法院、管理人的要求进行工作，并如实回答询问。

在破产程序中，人民法院负责整个破产程序把控，其作出决定所依据的信息来源是管理人、破产企业和债权人，而破产企业的关键人

就是法定代表人，法定代表人在企业对外活动中就是企业的正式代表人。因此，法定代表人有义务根据人民法院进行工作，并如实回答询问。管理人作为破产程序的实际操作盘手，需要对破产企业要形成多层次、全方位的了解，管理人充分搜集文书资料的基础上，需要对破产企业的财产、债权债务等相关情况作进一步核查和了解，因此管理人的工作离不开法定代表人的配合。

## 三、列席债权人会议并如实回答债权人的询问。

管理人是破产企业的接管方，其对破产企业的财产、债权债务的了解有一定局限性，相关情况局限于接收和调查取得的书面材料，因此，了解企业具体情况的法定代表人必须列席债权人会议，若债权人询问破产企业相关情况，法定代表人应当如实回答债权人。根据《中华人民共和国企业破产法》第一百二十六条规定，若法定代表人经人民法院传唤，无正当理由拒不列席债权人会议的，人民法院可以拘传，并依法处以罚款。

## 四、未经人民法院许可，不得离开住所地。

破产期间，为了保证破产程序及时有效推进，有效配合管理人工作，法定代表人若要需要离开企业住所地，必须征得人民法院许可。根据《中华人民共和国企业破产法》第一百二十九条规定，若法定代表人擅自离开住所地的，人民法院可以予以训诫、拘留，可以依法并处罚款。



肖福来 律师

## 五、不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。

法定代表人作为陷入债务危机或僵局的破产企业的核心管理者，其可能对破产企业的经营失败负有责任，因此，法定代表人在破产期间不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。另外，根据《中华人民共和国企业破产法》第一百二十五条规定，若法定代表人违反忠实义务、勤勉义务，致使所在企业破产的，依法承担民事责任。自破产程序终结之日起三年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。

综上，法定代表人应当对自己在破产程序的法律地位有充分认识，在遵守破产程序对自己要求的前提下，也要运用法律武器保护自身权益。

(作者交流电话：13702638080)

# 浅析破产法中的破产宣告程序

□ 岑景源



岑景源 律师

## 一、破产宣告的定义

破产宣告，是指人民法院依照法律规定宣告债务人破产的诉讼程序。破产宣告是破产程序中十分重要的节点。债务人被法院破产宣告前，尚存在挽救的可能性；一旦人民法院宣告债务人破产，就意味着破产案件正式进入破产清算程序，也意味着债务人最终只能走向关停注销的结局。

## 二、破产宣告的情形

《全国法院破产审判工作会议纪要》第五条第23款规定：“人民法院受理破产清算申请后，第一次债权人会议上无人提出重整或和解申请的，管理人应当在债权审核确认和必要的审计、资产评估后，及时向人民法院提出宣告破产的申请。人民法院受理破产和解或重整申请后，债务人出现应当宣告破产的法定原因时，人民法院应当依法宣告债务人破产。”

《中华人民共和国企业破产法》第十二条规定：“人民法院受理破产申请后至破产宣告前，经审查发现债务人不符合本法第二条规定情形的，可以裁定驳回申请。”

根据上述规定可知，破产宣告的情形包括以下三种：

（一）人民法院受理破产清算申请后，无人提出破产重整申请或破产和解申请的

人民法院受理破产清算申请后，第一次债权人会议上无人提出破产重整申请或破产和解申请的，管理人应当向人民法院及时提出破产宣告的申请。但是，在此情况下，管理人应当在申请破产宣告前完成债权审核确认和必要的审计、资产评估的工作，以进一步查明破产企业的资产负债情况。如果管理人完成上述工作后，发现破产企业不符合《中华人民共和国企业破产法》第二条规定的“不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力”的情形的，则人民法院可以裁定驳回破产申请。

（二）人民法院受理破产重整申请后，重整失败的

人民法院受理破产重整申请后，如果破产企业出现下列情形的，人民法院应当宣告其破产：

1、重整期间，破产企业的经营状况和财产状况继续恶化，缺乏挽救的可能性，管理人或者利害关系人请求人民法院宣告该企业破产的；

2、重整期间，破产企业有欺诈、恶意减少其财产或者其他显著不利于债权人的行为，管理人或者

利害关系人请求人民法院宣告该企业破产的；

3、重整期间，由于破产企业的行为致使管理人无法执行职务，管理人或者利害关系人请求人民法院宣告该企业破产的；

4、破产企业或者管理人未按期提出重整计划草案的；

5、重整计划草案未获得通过且未获得人民法院的批准，或者已通过的重整计划未获得人民法院批准的；

6、破产企业不能执行或者不执行重整计划的，管理人或者利害关系人请求人民法院宣告该企业破产的。

（三）人民法院受理破产和解申请后，和解失败的

人民法院受理破产和解申请后，如果破产企业出现下列情形的，人民法院应当宣告其破产：

1、和解协议草案经债权人会议表决未获得通过，或者已经债权人会议通过的和解协议未获得人民法院认可的；

2、和解协议因债务人的欺诈或者其他违法行为而成立，人民法院裁定该协议无效的；

3、债务人不能执行或者不执行和解协议，和解债权人请求人民法院宣告该企业破产的。

## 三、破产受理与破产宣告的区别

破产受理，是指人民法院依法受理破产企业的债权人、破产企业或破产企业的清算责任人提出的破产重整、破产和解或者破产清算的申请。

根据《中华人民共和国企业破产法》的相关规定，人民法院收到破产申请后，应当在法律规定的期限内裁定是否受理。一旦法院受理相关申请，则意味着企业正式进入破产程序。因此，破产受理是破产程序开始的标志。但是，人民法院受理破产申请后，人民法院还可以根据破产企业的实际情况裁定驳回破产申请，破产企业也有可能通过破产和解或破产重整程序恢复生产经营的可能性。

但是，一旦破产企业被人民法院宣告破产，则人民法院不得再驳回破产申请，且破产企业也不得再进入破产重整或破产和解程序。因此，破产宣告后，破产企业只能通过破产清算程序进行注销。

#### 四、破产宣告的效力

##### (一) 对债务人的效力

根据《中华人民共和国企业破产法》的相关规定，破产宣告前，破产企业称为债务人，破产企业的财产称为债务人财产。破产宣告后，破产企业称为破产人，破产企业的财产称为破产财产；破产企业不得再转入重整程序或和解程序，应当在依法清理债务后进行注销。

##### (二) 对破产企业高级管理人员的效力

《中华人民共和国公司法》第一百四十六条规定：“有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：……（三）担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；……”

《中华人民共和国企业破产法》第一百二十五条第二款规定：“企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务，致使所在企业破产的，依法承担民事责任。有前款规定

情形的人员，自破产程序终结之日起三年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。”

企业的董事、监事、高级管理人员执行职务的行为将直接关系到企业的存续和发展。因此，如果破产企业是经破产清算（不包括破产重整、破产和解）后终结破产程序，且破产企业的董事、监事、高级管理人员对破产企业的破产负有个人责任（如：违反忠实义务、勤勉义务等）的，则破产企业的董事、监事、高级管理人员不仅需要赔偿破产企业的相应损失，还将受到一定的任职限制（自破产程序终结之日起三年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员）。

由于破产宣告意味着破产企业正式进入破产清算程序，且不得进入破产重整或破产和解程序，因此，破产宣告即意味着相关破产企业的董事、监事、高级管理人员将最终承担上述法律责任。

##### (三) 对债权人的效力

《中华人民共和国企业破产法》第一百零七条规定：“债务人被宣告破产后，……人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权称为破产债权。”

《中华人民共和国企业破产法》第一百零九条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。”

根据上述规定可知，破产企业被人民法院宣告破产后，管理人应当依法对破产企业的破产财产进行变价，并对变价款进行分配。对破产企业的特定财产享有担保权或者其他优先权的债权人可以经由处置担保物或者特定财产获得优先清偿，普通债权人则只能根据法律规定的清偿顺序中获得清偿。

#### 五、破产宣告障碍

##### (一) 破产宣告障碍的定义

破产宣告障碍，是指阻止人民法院宣告破产企业破产、进行破产清算的法定事由。破产企业因为具有法定破产事由（如：“不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务”、“不能清偿到期债务，并且明显缺乏清偿能力”）而进入破产程序，但是进入破产程序后，如果由于某些法定情形的发生而使破产事由消失的，则人民法院就不应再宣告破产企业破产，而应裁定终结破产程序。

##### (二) 破产宣告障碍的情形

根据《中华人民共和国企业破产法》的相关规定，破产宣告障碍包括以下两种情形：

(一) 来源于外部的破产宣告障碍，即由于外部的原因而导致破产原因消失，其中又包括两种情况：

一是在进入破产程序后，破产企业以外的第三人为破产企业的全部债务提供足额担保；第三人的担保必须为破产企业的所有债务均提供担保，且为破产企业的所有债务提供的担保都必须是足额的；否则，不能构成破产宣告障碍。

二是第三人帮助债务人清偿了全部债务，但只有当第三人已经实际清偿债务人所欠的全部债务的情况下，才能构成破产宣告障碍。

(二) 来源于内部的破产宣告障碍，即破产企业自己清偿了全部到期债务。破产程序是因为破产企业不能清偿债务而开始的，如果在破产宣告前债务人已经将全部债务予以清偿，则破产程序自然没有必要继续进行。

因为破产清算程序的进行具有不可逆性，所以上述情形只有在破产宣告前出现才构成破产宣告障碍。

在破产企业被宣告破产后，管理人就会紧接着开展破产财产的变价、分配等工作。如果人民法院在破产宣告后又裁定撤销破产宣告裁定，破产财产也难以（下转第8页）

# 破产程序中，所有权保留买卖合同 该如何处理？

□ 肖福来 律师

所有权保留是指在移转财产所有权的商品交易中，根据法律的规定或者当事人的约定，出卖人将标的物转移给对方当事人占有，但仍保留其对该财产的所有权，待对方当事人支付部分或全部价款，或完成特定条件时，该财产的所有权才发生移转的一种法律制度。我国《合同法》第一百三十四条规定，当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。在破产程序，所有权保留买卖合同该如何处理呢？

一、一般情况下，在标的物所有权转移给买受人前，管理人有权决定解除或者继续履行合同。

我国《破产法》第十八条规定，人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。也就是说一般情况下，管理人有权决定是否履行所有权保留买卖合同，但标的物所有权已转移给买受人的除外。管理人决定解除或履行有相应时间限制，管理人自破产申请受理之日起2个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起30日内未答复的，视为解除合同。管理人继续履行合同的，对方当事人应当履行。但对方当事人有权要求管理人提供担保，管理人不提供担保则视为解除合同。

## 二、几种具体情况分析

1、出卖人破产，管理人决定继续履行所有权保留买卖合同的，买受

人应当按照原买卖合同约定支付价款或者履行其他义务。

管理人决定继续履行的，买受人应当按照原买卖合同约定支付价款或者履行其他义务，买受人未依约支付价款或者履行完毕其他义务，或者将标的物出卖、出质、或者有其他不当处分，给出卖人造成损害，管理人有权依法主张取回标的物的。买受人已经支付标的物总价款75%以上或者第三人善意取得标的物所有权或者其他物权的除外。管理人有权要求买受人继续支付价款、履行完毕其他义务，以及承担相应赔偿责任。

2、出卖人破产，管理人决定解除所有权保留买卖合同的，买受人应当向管理人交还买卖的标的物。

管理人决定解除的，买受人应当向管理人交还买卖的标的物，买受人不得以自身已按约支付价款或者履行义务，或者将标的物出卖、出质或者有其他不当处分情形进行抗辩。在买受人没有违约的情况下，买受人已支付价款所形成的债权作为共益债务清偿。否则，管理人有将买受人债权列为普通破产债权。

3、买受人破产，管理人决定继续履行所有权保留买卖合同的，管理人应当及时向出卖人支付价款或者履行其他义务。

管理人决定继续履行的，原买卖合同中约定的买受人支付价款或者履行其他义务的期限在破产申请受理时视为到期，管理人应当及时向出卖人支付价款或者履行其他义务，管理人无正当理由未及时向出卖人支付

价款或者其他义务，或者将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分，给出卖人造成损害，出卖人有权取回标的物。但买受人已支付标的物总价款百分之七十五以上或者第三人善意取得标的物所有权或者其他物权的除外。

出卖人未能向管理人取回标的物，主张买受人继续支付价款、履行完毕其他义务作为共益债务清偿。

4、买受人破产，管理人决定解除所有权保留买卖合同的，管理人有权要求出卖人返还已支付价款，出卖人取回买卖标的物。

管理人决定解除的，有权要求出卖人返还已支付价款，出卖人取回买卖标的物。

出卖人取回买卖标的物，但取回的标的物价值明显减少给出卖人造成损失的，出卖人可从买受人已支付价款中优先予以抵扣后，将剩余部分返还给买受人；对买受人已支付价款不足以弥补出卖人标的物价值减损损失形成的债权，作为共益债务清偿。

出卖人未能取回标的物，有权依法主张买受人继续支付价款、履行完毕其他义务，以及承担相应赔偿责任。因买受人未支付价款或者未履行完毕其他义务，以及管理人将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分导致出卖人损害产生的债务作为共益债务清偿。

综上，破产程序中，所有权保留买卖合同的解除或继续履行的决定权一般情况下在管理人，但买受人已付款75%以上的除外，因解除或继续履行所形成的债务作为共益债务清偿。

（作者交流电话：13702638080）

# 股权收购中的或有债务处理

□ 黎小华

在股权收购活动中，目标企业的在财务报表或会计账簿上的对外负债不一定能完全反映该企业的所有负债，如被收购企业对外构成违约、侵权，但尚未最终确定的债务，对外担保而可能承担的债务，因违反法律法规可能被司法及行政机关追责或处罚，此类无法通过被收购企业的财务报表或会计账簿反映出来，这就构成了目标企业的或有债务。收购股东成功取得目标公司的股权后，这种潜在债务一旦爆发且数额巨大，目标公司不得不先行承担该等债务，这必然会对目标公司的财务运作产生重大影响。目标公司事后再向原股东追偿，很可能遭遇原股东没有偿付能力。收购方可从以下方面规避和降低此类风险。

## 一、对或有负债进行充分的前期审查

前期调查中尽可能发现目标企业的潜在负债，重点可以从以下几个方面进行审查：注册资金是否到位、企业涉及诉讼情况、重大合同的签订和履行、税收合规性、劳动合规性、环境保护合规性、产品质量、企业运营资质有效性等。

调查手段也需要穷尽，不仅需要向目标企业索取相关资料（该部分资料需要目标企业承担真实性责任，并过好记录），还需要通过第三方渠道获取信息，如相关官方机构、交易对方等。

## 二、收购协议中设置保护收购方的条款

### 1、陈述与保证条款

该条款要求交易对手对目标公司在定价基准日以前的财务状况和法律状况予以陈述，并对陈述内容的真实性、完整性、充分性作出保证。针对交易对手的重大隐瞒或者疏漏，设置相应的违约责任。

### 2、背景和目的条款

在收购合同中记载交易背景和目的条款，有助于阐明双方在本次交易中的共同目标和各自目标。如果在交易过程中，发现目标公司存在重大债务至目的不能实现，收购方可以援引合同法中“不能实现合同的目的”的规定和收购合同中的目的条款要求解除合同。

### 3、第三方担保条款

如果交易对手诚信或履约能力存在问题，可以要求交易对手提供第三方担保如银行保函、第三方信用保证或者财产抵押质押担保，避免收购方在事后追偿落空。

### 4、合理分布付款节点

根据收购过程中阶段性特点合理分布付款的节点，特别是在交割日以后，约定“或有债务的责任期限”后的付款节点，收购方发现目标企业有未披露的或有负债，要求抵扣未支付的相应交易价款。

### 5、违约条款

针对或有债务，可能有的情况是交易对手也无法准确披露的，可约定在产权交割后，只要发生额度差超过一定标准的或有债务时，收购方才可向交易对手追索。超过一定额度，可约定不仅需要追索，还需要支付违约金，并且赔偿损失。



黎小华 律师

### 6、调整收购额度条款

发现重大或有债务后，将全部收购改为部分收购，并且要求原股东以仍持有的目标公司的股权设定质押担保，目标公司偿付后可要求原股东通过减少持有股权的方式进行补偿。

## 三、其他应对方法——分期收购

分期收购，就是将全部收购的股权份额分为多个阶段完成，收购方先收购一部分股权，实现对目标公司的控制，在经过一定时间段观察后，充分了解目标企业情况后，再实施对后续股份的收购。同时可要求原股东以仍持有的目标公司的股权设定质押担保，在发现重大或有债务后，要求原股东减少持有股权的方式进行补偿。

（作者交流电话：15800077600）

# 公司陷入僵局，股东可否 直接申请法院强制解散公司？

□ 岑景源 律师

## 【案情简介】

一、富钧公司注册资本1000万美元，永利公司占40%的出资比例，仕丰公司占60%的出资比例。

二、仕丰公司向江苏省高级人民法院提起诉讼，称富钧公司股东间的利益冲突和矛盾，使得富钧公司的运行机制完全失灵，作为权力机构的董事会无法对富钧公司的任何事项作出决议，公司运行陷于僵局，经营管理发生严重困难，导致富钧公司及大股东合法权益受到严重侵害，请求判令解散富钧公司。

三、富钧公司答辩称，永利公司与仕丰公司合作成立富钧公司后，实际上运作均由仕丰公司委派的董事张某进行，黄某虽是董事长但不参与经营。2005年4月7日，张某擅离职守，黄某才接手经营管理到现在。黄某一直要求仕丰公司委派董事张某回来履职，召开董事会，但其从来没有回富钧公司履行义务，不能召开董事会以及股东之间的矛盾是由仕丰公司引起的。富钧公司并未出现公司僵局，更没有出现经营管理严重困难，公司一直在正常发展，且发展势头很好。仕丰公司委派的董事张某在山东成立了与富钧公司经营同种产品的同镒公司。仕丰公司提出诉讼就是为了解散富钧公司，以达到其所成立的同镒公司独占市场的目的。请求驳回仕丰公司诉讼请求。

四、永利公司陈述称：同意富钧公司的意见。

五、江苏省高级人民法院作出（2007）苏民三初字第3号《民事判

决书》，判决如下：解散富钧公司。

六、富钧公司不服原审判决，向最高人民法院提起上诉，最高人民法院作出（2011）民四终字第29号《民事判决书》，判决如下：驳回上诉，维持原判。

## 【法院裁判思路】

### 一、一审法院认为（江苏省高级人民法院）

有限责任公司除资合性特征之外还具有较强的人合性，股东通常既是公司的投资者又是公司的经营者，股东之间的信任与合作是公司正常经营的重要基础。从有限责任公司制度产生以来，为确保公司稳健经营，公司运行始终体现资本民主的“股份多数决”原则。当股东之间丧失了彼此间的信任发生公司僵局时，一方股东控制着公司的经营权和财产权，对其他股东存在事实上的强制和严重的不公平，事实上剥夺了其他股东基于投资股份所享有的合法经营管理权利，是公司符合司法解散的条件之一。公司是否能够解散取决于公司是否存在僵局，而不取决于僵局产生的原因和责任。因此，富钧公司、永利公司关于矛盾由仕丰公司引起而不能解散公司的抗辩理由缺乏法律依据，该院不予采纳。

富钧公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，且通过其他途径也无法解决，故对持有公司全部股东表决权60%的仕丰公司提出解散富钧公司的请求，依法予以准许。

### 二、二审法院认为（最高人民

### 法院）

富钧公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决，仕丰公司作为持有60%股份的股东，提出解散富钧公司的请求，符合公司法的规定，应予准许。

## 【公司治理建议】

### 一、何谓“公司僵局”？

公司僵局，是指《中华人民共和国公司法》第一百八十二条规定的“公司经营管理发生严重困难”的情形，即：公司的权力运行发生严重困难，股东会、董事会等权力机构和管理机构无法正常运行，无法对公司的任何事项作出任何决议。但是，如果只是公司的业务经营发生严重困难，因经营不善导致严重亏损，而不存在权力运行发生严重困难的情况的，则不属于上述规定中的“公司经营管理发生严重困难”。

### 二、公司陷入僵局，股东可否直接申请法院强制解散公司？

在公司章程已约定解散事由的情况下，如果公司章程中规定的解散事由出现，则股东可以依据公司章程的约定请求人员法院解散公司（但是，可以通过修改公司章程而使公司存续）。

相反，在公司章程没有约定解散事由的情况下，股东请求人民法院解散公司应同时满足下列三个条件：①公司经营管理发生严重困难、②继续存续会使股东利益受到重大损失、③通过其他途径不能解决。如果公司陷入僵局，但未具备上述

规定中的其他两个条件，则股东请求解散公司的请求往往难以得到法院的支持。

### 三、公司解散是否应当考虑公司僵局产生的原因以及过错？

(上接第20页)也不需要给被执行人三个月的宽限期。

回到上述案例中，原告吴某与被告陈某的纠纷是金钱债权纠纷，若该房产确实是陈某唯一住房，需考虑该

(上接第16页)

**一审法院判决：**一、拓恒公司偿付存亮公司贷款1,395,228.6元及相应的违约金；二、房恒福、蒋志东和王卫明对拓恒公司的上述债务承担连带清偿责任。宣判后，蒋志东、王卫明提出上诉。

### 二、二审法院认为（上海市第一中级人民法院）

二审法院认为：上诉人蒋某、王某虽然诉称其已将拓恒公司的股权转让给了房某，但未提供相应的证据予以证明，且拓恒公司的工商登记中蒋某、王某仍为拓恒公司的股东，故本院有理由认定两上诉人仍为拓恒公司的股东，有义务在拓恒公司被吊销营业执照后及时组成清算组对拓恒公司进行清算。本案中，根据已查明的事实，拓恒公司的三名股东并未依法成立清算组履行法定的清算义务，且拓恒公司的相关账册也无法找到，导致对拓恒公司的清算在现在已不可能，因此，原审法院认定因拓恒公司的股东怠于履行清算义务，导致无法对拓恒公司进行清算，并据此要求拓恒公司的三名股东对拓恒公司的债务承担连带责任具有法律依据，应予维持。两上诉人上诉认为拓恒公司在被吊销营业执照前已背负了大量的债务，因此，即使怠于履行义务也与拓恒公司

公司能否解散取决于公司是否存在僵局以及是否符合《中华人民共和国公司法》规定的实质条件，而不取决于公司僵局产生的原因和责任。《中华人民共和国公司法》没有

房产是否超过陈某生活所必需，若超过陈某生活所必需，人民法院可采取“以大换小、以好换差、以近换远”等方式执行，拍卖陈某名下房产；其次需考虑是否符合《最高人民法院关于

财产灭失之间没有关联性。对此，本院认为，两上诉人提供的证据只能证明人民法院无法找寻到拓恒公司的财产，无法证明拓恒公司的财产在被吊销营业执照前已全部灭失，因此，拓恒公司的三名股东怠于履行义务与拓恒公司的财产、账册灭失之间具有因果联系，两上诉人的该点上诉理由不成立，本院不予采纳。两上诉人二审期间提供了相关证据欲证明其并未怠于履行清算义务，但本院注意到，两上诉人提供的仅为其委托律师进行清算的委托代理合同及律师的证明，该些证据仅能证明两上诉人欲对拓恒公司进行清算，但实际上清算并未进行，因此不能认定两上诉人依法履行了清算义务，故对两上诉人的该点上诉理由由本院亦不予采纳。

**二审法院判决：**驳回上诉，维持原判。

### 公司治理建议

一、公司在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始自行清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。公司股东不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任实施逃避债务、损害公司债权人利益的行为，否则应当对公司债务承担连带责任；公司解散，依法应

限制过错方股东解散公司，因此即使一方股东对公司僵局的产生具有过错，其仍然有权请求解散公司。

(作者交流电话：13630014429)

人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十条规定的三种情形，在符合三种情形之一的情况下，人民法院可强制执行陈某该房产。

(作者交流电话：13539728254)

当清算的，清算组应当自成立之日起十日内将清算组成员、清算组负责人名单向公司登记机关备案；资不抵债的，清算责任人应向人民法院申请破产清算。

二、有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东、公司的实际控制人或在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任的第三人应对公司债务承担清偿责任。

三、有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，应当依法在公司被吊销营业执照后履行清算义务，不能以其不是实际控制人或者未实际参加公司经营管理为由，免除清算义务。

综上，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，应在其造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任。上述清算主体因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，其应对公司债务承担连带清偿责任。因此，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东应及时办理公司清算事项，避免因怠于履行清算义务而承担相应的赔偿责任。

(作者交流电话：13630061267)



# 公司解散后清算主体 不履行清算义务的法律后果

□ 陈雪燕



陈雪燕 律师

## 案情简介：

1、2007年6月28日，存亮公司与拓恒公司建立钢材买卖合同关系。

2、存亮公司履行了7,095,006.6元的供货义务，拓恒公司已付货款5,699,778元，尚欠货款1,395,228.6元。

3、房恒福、蒋志东和王卫明为拓恒公司的股东，所持拓恒公司股份比例分别为40%、30%、30%。

4、拓恒公司因未进行年检，2008年12月25日被工商部门吊销营业执照，至案件起诉时股东未组织清算。

5、拓恒公司无办公经营地，账册及财产均下落不明。

6、拓恒公司在其他案件中因无财产可供执行已被中止执行。

7、原告上海存亮贸易有限公司诉称：其向被告常州拓恒机械设备有

限公司供应钢材，拓恒公司尚欠货款1,395,228.6元。被告房恒福、蒋志东和王卫明为拓恒公司的股东，拓恒公司未年检，被工商部门吊销营业执照，至今未组织清算。因其怠于履行清算义务，导致公司财产流失、灭失，存亮公司的债权得不到清偿。根据《公司法》及相关司法解释之规定，房恒福、蒋志东和王卫明应对拓恒公司的债务承担连带责任。

8、被告蒋志东、王卫明辩称：1. 两人从未参与过拓恒公司的经营管理；2.拓恒公司实际由大股东房恒福控制，两人无法对其进行清算；3.拓恒公司由于经营不善，在被吊销营业执照前已背负了大量债务，资不抵债，并非由于该二人怠于履行清算义务而导致拓恒公司财产灭失；4.蒋志东、王卫明也曾委托律师对拓恒公司进行清算，但由于拓恒公司财物多次被债权人哄抢，导致无法清算，因此该二人不存在怠于履行清算义务的情况。

9、被告拓恒公司、房恒福未到庭参加诉讼，亦未作答辩。

## 法院裁判思路

一、一审法院认为（上海市松江区人民法院）

一审法院认为：存亮公司按约供货后，拓恒公司未能按约付清货款，应当承担相应的付款责任及违约责任。房恒福、蒋志东和王卫明作为拓恒公司的股东，应在拓恒公司被吊销营业执照后及时组织清算。因房恒福、蒋志东和王卫明怠于履行清算义务，导致拓恒公司的主要财产、账册

等均已灭失，无法进行清算，房恒福、蒋志东和王卫明怠于履行清算义务的行为，违反了《公司法》第二十条、第一百八十三条及相关司法解释的规定，应当对拓恒公司的债务承担连带清偿责任。拓恒公司作为有限责任公司，其全体股东在法律上应一体成为公司的清算义务人。《公司法》及相关司法解释并未规定蒋志东、王卫明所辩称的例外条款，因此无论蒋志东、王卫明在拓恒公司中所占的股份比例为多少，是否实际参与了公司的经营管理，两人在拓恒公司被吊销营业执照后，都有义务在法定期限内依法对拓恒公司进行清算。

蒋志东、王卫明辩称拓恒公司在被吊销营业执照前已背负大量债务，即使其怠于履行清算义务，也与拓恒公司财产灭失之间没有关联性。根据查明的事实，拓恒公司在其他案件中因无财产可供执行被中止执行的情况，只能证明人民法院在执行中未查找到拓恒公司的财产，不能证明拓恒公司的财产在被吊销营业执照前已全部灭失。拓恒公司的三名股东怠于履行清算义务与拓恒公司的财产、账册灭失之间具有因果联系，蒋志东、王卫明的该项抗辩理由不成立。蒋志东、王卫明委托律师进行清算的委托代理合同及律师的证明，仅能证明蒋志东、王卫明欲对拓恒公司进行清算，但事实上对拓恒公司的清算并未进行。据此，不能认定蒋志东、王卫明依法履行了清算义务，故对蒋志东、王卫明的该项抗辩理由不予采纳。（下转第15页）

# “三旧”改造能否成为解除《租赁合同》的尚方宝剑？

□ 胡丽丽

佛山市南海区某镇B经济社有200亩工业区，地上有旧厂房18间，均全部处于租赁状态。其中一承租人大大制衣厂于2004年与B经济社签订了《租地合同》，承租B经济社40亩建设用地后建成厂房并开办企业，一直经营至今。《租地合同》约定租期50年，前五年租金为3元/平方米/月，第六年至第二十年租金为5元/平方米/月，第二十一年至第四十年租金为8元/平方米/月。B经济社于2013年取得大大制衣厂租赁地块的土地使用权证，用途为工业用地，但一直未能办理房产证。

B经济社拟通过“三旧”改造政策开发上述200亩工业区，于是，向佛山市南海区人民政府申请认定上述200亩工业区为“三旧”改造项目。2016年12月，佛山市南海区人民政府认定了一批次“三旧”改造项目，其中包含上述200亩工业区改造项目。

于是，B经济社向大大制衣厂发出了《解除通知书》，称项目地块需进行“三旧”改造，解除与大大制衣厂之间的《租地合同》。

**B经济社能否以“三旧”改造的实施作为解除与大大制衣厂之间《租地合同》呢？我们分情况进行简要分析：**

**1、假设《租地合同》约定“三旧”改造的实施作为《租地合同》的解除条件**

根据我国《合同法》第四十五条“当事人对合同的效力可以约定

附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。”第九十三条“当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除的条件成就时，解除权人可以解除合同。”等规定，如果大大制衣厂与B经济社在签订《租地合同》时已约定“三旧”改造的实施作为《租地合同》解除的条件，那么，B经济社有权解除合同。

但是，由于大大制衣厂一直在经营，需要时间解决搬迁和人员安置等问题。因此，B经济社应给予大大制衣厂适当的场地交还时间。

**2、假设《租地合同》约定“国家征收”作为《租地合同》的解除条件**

征收是指国家为了公共利益的需要，依照法律规定对土地进行征收并给予补偿。征收是国家通过行政权力强制实施的，而且，是依照法定的程序完成整个征收流程。B经济社将自己的集体建设用地进行改造，是民事主体为了自己的利益实施的民事行为，不能等同于国家公权力的征收行为。因此，“三旧”改造不属于国家的征收行为，也不是为了公共利益的需要。而是，B经济社为了获取更大的经济效益，拟破坏原来的法律关系。因此，B经济社不能以国家“征收”作为解除合同的理由。

**3、假设《租地合同》没有约定合同的解除条件，是否具备法定事**



胡丽丽 律师

**由解除合同**

《合同法》第九十四条“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。”规定了合同的法定解除权，B经济社可以审查《租地合同》的履行情况，是否存在其他事由已经达到合同约定或法定的解除情形。

**4、“三旧”改造的实施是否属于因客观原因变化而导致的情势变更**

“三旧”改造是土地权属人向政府申请，拟通过“三旧”改造政策

将自己名下的土地进行升级改造，是权属人自发性的民事行为，受权属人自身意志的影响。权属人改造的目的是实现自身更高的经济效益。“三旧”改造项目的实施虽受客观事实的影响，但是，更取决于权属人的主观意志，仅为政策的倡导，不是国家意志的体现。

情势变更，是指合同有效成立后，因不可归责于双方当事人的客观事由发生，以致合同履行的基础丧失。如前所述，“三旧”改造的实施是权属人有计划、有目的自行申请启动和施行的，而不是不可归责于双方的不能在订立合同时可预见的客观事由发生。因此，“三旧”

改造的实施或者用地纳入“三旧”改造的范围的情况不属于情势变更。

#### 5、《租地合同》解除的前提是《租地合同》合法有效

《租地合同》的效力受土地性质、土地用途、租赁年限等因素的影响。如果租赁的用途与土地的性质、规划的用途不一致的，或者土地的租赁年限超过同用途国有用地的土地使用年限，那么，《租地合同》极大可能是无效的。除非，土地性质得以变更或者补正。如果《租地合同》本来就是无效，就不存在合同解除的情况，而是，直接按照无效合同处理。

“三旧”改造项目的实施，无疑

给土地权属人和社会带来了巨大的经济效益和社会效益。但是，在实施“三旧”改造时，不能否认已存在的合法法律关系，以维护合同法最基本的契约精神。作为“三旧”改造项目的土地权属人、承租人、前期整理人等参与主体，应当在法律的基本框架中寻找各自的平衡点，合法合理的解决问题，不能滥用自己的权利或增加他人的义务。因此，能否以“三旧”改造的实施作为解除租赁合同的理由，要具体情况具体分析，不能一概而论。

（作者交流电话：13630062960）

（上接第19页）

集体土地上房屋征收依据是土地征收的批复，土地征收批复只允许复议，不允许诉讼。《行政复议法》第三十条第二款规定，据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征收土地的决定为最终裁决。《行政复议法实施条例》第二十五条规定，申请人依照行政复议法第三十条第二款的规定申请行政复议的，应当向省、自治区、直辖市人民政府提

出行政复议申请。行政诉讼法第十三条四项规定：法院对“国防外交等国家行为、对公务员的奖惩任免等行为、法律规定最终裁决行为”不予受理。

集体土地上房屋补偿标准有争议处理方式，先协调，再裁决，最后诉讼，而且必须先申请裁决再诉讼。征地补偿、安置争议不影响征收土地方案的实施。依据是《土地法实施条例》第二十五条第三款：该条款规定，对补偿标准有争议的，

由县级以上地方人民政府协调；协调不成的，由批准征收土地的人民政府裁决。《最高人民法院关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定》第十条，土地权利人对土地管理部门组织实施过程中确定的土地补偿有争议，直接向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理，但应当告知土地权利人先申请行政机关裁决。

（作者交流电话：13798687993）

（上接第21页）创作性的智力创作，因而不能构成著作权。

笔者在查阅多个典型案例后发现：法院在认定作品不具有独创性论述时多以：“排列顺序以及形式也是有限的，可穷尽的”作为表述依据。可见排列顺序方式“有限”，对应的是创作领域的表达“自由”、“无限”。如另一个根据数据绘制成图表的案例

中，由于依据数据特征，通过“软件”将数据绘成图表展现的“图形”，因为数据是固定或特定的，而致使展现或表达方式成为有限的可穷尽。法院也据此认定该图形作品不具有独创性，不受著作权法保护。

综上所述，要构成著作权法意义上的作品，必须具有独创性及可以复制两个特征，才能受到著作权法

的保护。对独创性标准，我国法律上并无直接规定，实践中，一方面根据不同的作品类型探索不同的独创性标准，而另一方面也需要借引国外独创性的标准对不同的作品类型标准作为参考，再以具体的案例归纳详细的标准，才能不断探索把握适合我国国情的独创性标准。

（作者交流电话：13630005000）

# 国有土地上房屋征收与集体土地上房屋征收的区别

□ 莫君仪

旧城区的改造征收是国有土地上的房屋，旧村庄的改造征收是集体土地上的房屋，但是同一个基础设施项目征收既有国有土地上房屋又有集体土地上房屋，容易造成混淆。两者在适用法律、征收程序等有明显的区别，具体补偿项目差别不大，征收部门在操作和实践中必须区别对待。

## 一、区别

### （一）适用法律、法规和地方政策

国有土地上房屋征收直接适用《国有土地上房屋征收和补偿条例》，集体土地上房屋征收适用《土地管理法》和《土地管理法实施条例》。

在佛山市国有土地上房屋征收还适用《佛山市国有土地上房屋征收和补偿办法》的相关规定。佛山市并未制定征地的相关政策，南海区由于是“三块地”（宅基地、土地征收和集体建设用地）流转试点改革地区，于2018年1月颁布和施行了《佛山市南海区农村土地征收管理试行办法》。在南海区，土地征收适用该试行办法。

### （二）实施程序

国有土地上房屋征收程序主要是房屋征收决定程序、实施程序

（签订征收补偿协议）、房屋征收补偿决定程序、强制搬迁程序。集体土地上房屋征收程序主要是土地征收与补偿的批准程序、实施程序（签订征收补偿协议）、强制交地搬迁程序。

### （三）征收标的

国有土地上房屋征收主要征收标的是房屋，国有土地使用权是一

并收回。集体土地上房屋征收主要征收标的是土地，房屋是附着物，随同土地一并征收。

### （四）实施主体

国有土地上房屋征收的实施主体是市、县级人民政府房屋征收办公室，集体土地上房屋征收的实施主体是市、县人民政府国土资源管理部门。

### （五）强制搬迁

国有土地上房屋征收启动强制搬迁的行政行为是市、县人民政府作出房屋征收补偿决定；集体土地上房屋征收启动强制搬迁的行政行为是县级以上人民政府土地管理部门作出责令交出土地的决定。

### （六）争议处理和权利救济

国有土地上房屋征收中的征收决定和补偿决定均允许复议和诉讼，集体土地上房屋征收中的征收批复只能复议不能诉讼，补偿标准由征地的县级人民政府协调和批准征地的政府裁决。

## 二、两种性质土地上房屋征收的补偿标准

国有土地上房屋征收补偿的项目有房屋价值、装修及附着物价值、搬迁费、临时安置费、停产停业损失。

集体土地上房屋征收补偿，法律和法规没有明确的。中央纪委、监察部发布《中共中央纪委办公厅、监察部办公厅关于加强监督检查进一步规范政府拆迁行为的通知》[中



莫君仪 律师

纪发〔2011〕8号]，在《土地管理法》等法律法规作出修订之前，集体上房屋拆迁，要参照新颁布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》的精神执行。《最高人民法院关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定》第十二条规定，征收农村集体土地时未就被征收土地上的房屋及其他不动产进行安置补偿，补偿安置时房屋所在地已纳入城市规划区，土地权利人请求参照执行国有土地上房屋征收补偿标准的，人民法院一般应予支持，但应当扣除已经取得的土地补偿费。

所以，两种性质土地上房屋征收补偿项目差异不大。

三、集体土地上房屋征收的争议解决和救济方式（下转第18页）

# 唯一住房可否强制执行

□ 杨健豪



杨健豪 实习律师

## 案例简介:

2015年,被告陈某因需资金周转而向原告吴某借款165万元,双方借款合同约定借期为一年,借期内利息为2%/月。还款期限届满后,经原告吴某多次催促,被告陈某仍未偿还吴某借款本金及利息,吴某遂向法院起诉,法院支付吴某的诉讼请求,判决陈某向吴某偿还借款本金165万元及利息,判决生效后陈某拒不履行判决,吴某遂向申请强制执行,法院在强制执行过程中,依法查封陈某名下位于广州市海珠区的房产一套并委托评估公司对该房产进行评估,后法院裁定公开拍卖权属人为陈某的该房产。陈某不服该裁定,以该房产属个人唯一住房为由提出执行异议,请求撤销执行裁定,终止拍卖程序。陈某该异议请求能否被法院支持,关键是看唯一住房是否可强制执行。

## 相关法律依据:

1. 《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 对被执行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。

第七条 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。

2. 《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》:

第二十条 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)对被执行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。

## 法律分析:

判断唯一住房能否强制执行的前

提,是要区分金钱债权执行和非金钱债权执行。

非金钱债权的执行不受唯一住房的限制。《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》第六条中规定的“拍卖、变卖或者抵债”都是将非金钱形式的财产变为金钱形式和用途的措施,由此可以看出,“不得拍卖、变卖或者抵债”的意思是不得在金钱债权中强制执行唯一住房。对于非金钱债权的执行,强制过户或交付房屋是其执行措施,并不涉及“拍卖、变卖或者抵债”。另外,《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》第二十条也强调在“金钱债权执行中……”,由此可以看出,只有金钱债权的执行才考虑执行标的物是否唯一住房。因此非金钱债权的执行不受执行标的物是否是被执行人唯一住房的限制。

金钱债权的执行并非一律受唯一住房的限制。若符合《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》第二十条规定的三种情形,被执行人的唯一住房也可强制执行。对于交付房屋这种非金钱债权的执行,只要给被执行人三个月的宽限期,唯一住房也可以执行。需注意,该三个月的期间并非异议期,不管被执行人是否在三个月内提出异议,其名下的唯一住房依然可以被强制执行。虽然该司法解释并没有明确规定强制过户这一非金钱债权的执行如何处理,但是在司法实践中,对于过户的强制执行,既不受唯一住房的限制,(下转第15页)

# 浅论著作权的独创性标准

□ 高成波

著作权的客体是指作品，论述作品的必要条件和本质属性都指向“独创性”。独创性，也称为原创性，是著作权（版权）法特有的概念。独创性的意义是什么？知识产权通说普遍认为，知识产权与一般有形物不同，要具备知识产权的构成标准，必需具备与别不同的独特性质，如：专利权是新颖性和创造性，商标权是可区别性（可识别性），而对于著作权而言，就是独创性。

构成著作权法意义的“作品”并受到著作权法的保护，必需具备独创性。独创性在我国现行法律法规中有明确指向，其中《著作权法实施条例》第2条规定：“著作权法所称的作品，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。”由此可见著作权具有独创性不是唯一条件，但是必要的条件。

不同国家对独创性的认定标准不同，有学者将独创性标准分为以德国为代表的大陆法系独创性标准，以及以美国代表的英美法系独创性标准。

其中德国著作权法第2条规定“本法所称之著作，仅指人格的、精神的创作。”由此可见德国著作权法在法理上把“创作高度”作为构成作品的要件。德国最高法院也有判例宣布：“只有达到一定艺术水平的美术作品，才受著作权法保护。即这些创作必须是作者运用一定高度的创造力，进行创造活动，而非单凭技巧的劳动和一般的智力活动。”我们可理解为简单的组合排列，机

械性串连或者不在平均水平以上的创作活动，不具有独创性。另外创作的高度还是一定程度上体现作者的“个性”或个人特征。与之对应的是无个性或无个人特征的作品，即使作品在平均水平之上，仍不构成德国著作权法意义上的作品，不受著作权的保护。

关于独创性在美国的内涵，联邦最高法院在1903年对独创性作了规定：“只要一件作品是由作者独立完成的，它就具有独创性。”而“独立完成”这个标准则成为“个性”的解释定义，作品只要包含了某种独特的东西就构成作品。此观点认为独创性，只要求作者独立完成而不是抄袭就具备独创性，而不要求作品有“创作高度”，作者制作的作品是使用自己独立制作的表达，就形成著作权法意义上的作品。

**在我国著作权法关于独创性的标准是什么？**

关于独创性的标准和含义，在我国现行的著作权法中并没有明确的答案，而仅在上面提及的《著作权法实施条例》第2条中对作品的定义引入“独创性”概念。又在该条例第3条中将创作定义为：创作指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。那么定义“独创性”又回到定义“创作”本身上。

笔者查找独创性标准资料发现，法律并无具体规定独创性标准，法院在处理“独创性标准”相关争议焦点问题时，是需要根据具体事实而定，不存在适用于所有作品的统一标准。也就是说，什么类型的作



高成波 律师

品或者事实作品，构成什么样的独创性标准。不同类型作品对独创性要求不同。

但总的来说我国对作品保护的独创性要求并没有采用德国的“创作高度要求”，但是适当肯定作品应该具有某种“创造性”。例如“电视节目预告表”案件中，法院认定电视台的节目预告表虽然包含制作人的辛勤劳动，但是节目表仅是播出时间与节目名称对应关系，则不具有独创性，不应成为著作权法意义上的作品，不受著作权法的保护。而另外的“出版发行名录”案中，法院认为出版发行名录中所收集的邮政编码、单位名称、地址、联系人电话等单项要素均不具有独创性，其表现表达的“排列顺序以及形式也是有限的，可穷尽的”，虽然原告付出了资金、劳动和时间，但不是著作权所称的具有（下转第18页）

# “捂脸”商标被抢注，还能愉快的聊天吗？

□ 李松花



李松花 实习律师

近日，细心的网友发现，大家经常使用的“捂脸”表情包居然被抢注了，注册人并不是其设计者腾讯公司。

	商品/服务	衬衫; 婴儿全套衣; 围巾; 帽; 袜; 手套 (服装); 服装; 鞋; 领带; T恤衫; <a href="#">查看详细信息</a>		
	类似群	2501;2502;2503;2504;2505;2507;2508;2509;2510;2511;		
	申请/注册号	27608754	申请日期	2017年11月21日
	国际分类	25		
	申请人名称 (中文)	金召平		
	申请人名称 (英文)			
	申请人地址 (中文)	浙江省义乌市大陈镇楂林一村4组		
	申请人地址 (英文)			
	初审公告期号	1611	注册公告期号	是否共有商标
	初审公告日期	2018年08月13日	注册公告日期	否
	专用权期限		商标类型	一般
	国际注册日期		商标形式	
	后期指定日期		优先权日期	
	代理/办理机构	浙江明达商标事务所有限公司		
	商标流程	<a href="#">点击查看</a>		
		LIVE/APPLICATION/Published for Opposition 初审公告		

根据中国工商行政管理总局商标局的查询，“捂脸”商标于2017年11月21日申请注册，申请人是浙江义乌的一名服装经营者，现在已经处于初审公告阶段。那么现阶段吃瓜群众们最关心的法律问题莫过于以下几点：

## 一、“表情”为什么可以注册为商标？

《商标法》第8条规定：“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。”根据《商标法》30条：“申请注册的商标，凡不符合本法有

关规定或者同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的或者初步审定的商标相同或者近似的，由商标局驳回申请，不予公告。”

从上述规定可以看出，任何能够将商品与他人的商品区别开的标志，都可以申请注册为商标，表情包作为一种图形商标注册，具有一定的识别度，不属于商标法禁止注册的情形（商标法第11、12条），不属于禁止作为商标使用的情形（商标法第10条）。因此，只要表情包不侵犯他人的在先合法权利，也不存在相同或类似产品上的在先申请，是可以作为商标作为注册的。

## 二、申请人将“捂脸”表情申请注册为商标，是否侵犯了腾讯的

## 相关权利？

根据中国工商行政管理总局商标局的查询显示，“捂脸”商标的公告异议期为2018年8月14日至11月13日，腾讯也公开表示，将在法定时限内对该商标提出异议申请。根据《商标法》的第32条：申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。腾讯可能提起异议的理由如下：

“捂脸”商标有可能侵犯腾讯的在先著作权。“捂脸”商标最早出现在大众视野中是源自2016年11月份微信表情包的更新，根据设计师称，该系列表情包自2016年6月底开始设计，到11月初正式上线，设计

灵感来自于周星驰式幽默电影的黄金时期，周星驰影片中常出现一些夸张搞笑的“捂脸”动作，用来表示“口眼睨”。因此，对于明显具有独创性、可复制性、合法性的“捂脸”表情包，一旦设计完成，无需注册登记，腾讯公司即享有著作权，对于非腾讯公司的第三人申请注册“捂脸”商标的行为，极有可能侵犯了腾讯公司的在先著作权而被异议驳回注册申请。

### 三、“捂脸”商标注册后，吃

(上接第24页)

《刑法》第一百三十三条（交通肇事罪）规定：违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有

(上接第25页) 这些心理反应往往会产生某种动力，促使人去做出一定的行为，其中包括犯罪行为，以求实现需要的满足或替代性满足。所以，与一般行为动机的形成机制一样，犯罪动机的形成总是首先基于人的需要的不能满足，欲求不满是犯罪动机形成的第一个条件。但是，需要指出的是，不管是什么因素或刺激引发人的犯罪动机和犯罪行为，都是通过激发需要不满足而发挥作用的。

(二)缺乏调节能力。需要产生以后，如果不能得到满足，人会因为挫折感的产生而激发行为的动力，其中就包含着犯罪的可能。但如果个体具有相应的道德和法律素质和心理适应的能力，能够调节自己的需要结构，就不会导致犯罪行为。在需要得不到满足的情况下，个体既可以谋求以新的其他合理途径来实现需要的满足，即改变策略，也

### 瓜群众还能愉快的聊天吗？



“捂脸”表情包进化史

根据中国工商行政管理总局商标局的查询显示，“捂脸表情”商标核定使用商品/服务项目为“第25类”，包括T恤衫；服装；衬衫；婴儿全套衣；鞋；帽；袜；手套（服装）；领带；围巾，共计10个品类。

根据法律规定，注册商标的专

其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。

根据《刑法》第一百一十四条、第一百一十五条的规定，以危险方法危害公共安全的，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期

可以另一种能满足的需要来替代（补偿）；个体既可以压抑和克制自己的需要，或对需要进行再认识，降低抱负水平，也可以通过心理防卫机制，采取妥协性的措施，使自己免受因挫折带来的焦虑和紧张，从而避免产生一些过激行为，走向犯罪。可见，需要虽然是犯罪行为的基础，但“就行为的评价说，重要的不是需要本身，而是满足它们的形式和方式；不是要求本身，而是个人对它们的认识和接受水平。”具有良好心理素质和社会教养水平，亦即具有良好自我调节水平和能力的人，在需要得不到满足，产生挫折感时，往往会正确对待需要以及需要的不满足，抑制犯罪动机的产生，避免犯罪。总之，如果个体具有调节能力，不管何种需要得不到满足，均不会使人形成犯罪动机。因此，缺乏调节能力，是形成犯动机的一个

用权，限于核准这册的商标在核定使用的商品或者服务项目上，因此，即使有人将“捂脸”商标作为商标注册了，只要我们不是在它核定使用的第25类中的商品或服务上使用，就不构成对这个商标的侵权。况且，对于广大吃瓜群众来说，使用这个“捂脸”商标是在网络聊天或者交流互动中，不属于在商业活动中的使用，更加不会产生侵权问题，所以大家可以放心使用啦。

徒刑；致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，则可处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

最后，笔者还是要希望大家牢记“喝酒不开车，开车不喝酒”！

(作者交流电话：15307577000)

重要条件。在限于主客观条件的影响，人有许多需要得不到满足的情况下，调节能力的培养和提高应该成为预防犯罪动机形成和犯罪行为发生的一个重心。这也是探讨犯罪动机的价值所在。

(三)采用犯罪手段。显然，需要得不到满足并不会导致犯罪。只有当需要受阻时，个体缺乏调节能力，才有可能形成犯罪动机，走向犯罪。但这也只是一种可能性。个体在需要受阻且缺乏调节能力的情况下，也有可能变得消沉，或采取非理性的但却不违法的消极行为来解决困境。只有当个体谋求以反社会的犯罪的手段和方式来满足需要时，才会形成犯罪动机。所以，犯罪动机的形成是缺乏自我调节能力的人在需要不能得到满足时，谋求以反社会的违法犯罪手段和方式来满足自己需要的结果。

(作者交流电话：18107527454)



# 酒后坐副驾未开车 也可被追究刑事责任

□ 李 浩



李 浩 律师

## 【案情回顾】

被告人蒋某是一家KTV的工作人员；另一名被告张某一向喜欢热闹，张某时不时呼朋唤友去该KTV聚餐、唱歌。

去年11月19日晚上，张某和朋友晚饭时喝了不少酒，可他不自以为然，饭后驾车载友来到蒋某所在的KTV继续娱乐。其间，两人开怀畅饮，一直玩到次日凌晨。

此时，张某自觉不胜酒力，蒋某便提出由她开车相送。张某将自己的车钥匙交给蒋某，并由她驾驶该车搭载张某等人离开KTV。

于是，饮酒后的2人怀着侥幸的心理开车上路。刚开出去没多久，蒋某醉意上头，汽车撞上马路中间的护栏，随后被交警查获。

## 【案件结果】

经鉴定，蒋某血液中的酒精浓度为206毫克/100毫升，构成醉驾。该事故造成护栏损失2100元。归案后，被告人张某、蒋某如实供述了犯罪事实，庭审中认罪。

法院审理认为，被告人张某明知被告人蒋某大量饮酒，仍将自己的汽车交给蒋某在道路上驾驶，蒋某和张某的行为均已构成危险驾驶罪。

根据刑法中共同犯罪的理论，在明知他人犯罪的情况下，提供工具的行为属于帮助犯，可成立共同犯罪。

在这起案件中，被告人张某、蒋某均起主要作用，均系主犯。不过，两名被告人自动投案并如实供述自己的罪行，综合考虑各种因素，作出共同犯罪、从轻处罚的判决。

该案是苏州判处的首例危险驾驶共同犯罪案件。

## 【法律解析】

在司法实践中，危险驾驶的共同犯罪可以分为以下几种情况：

一是在饮酒过程中，行为人明知驾驶员必须驾车出行，仍极力劝酒或胁迫、刺激其饮酒，且饮酒后不为其找代驾的行为。

二是行为人明知驾驶员饮酒，教唆、胁迫或命令驾驶员驾驶机动车的行为。

三是车辆所有人明知借车人已经醉酒且要求驾驶机动车时，仍将车辆出借给借用人的行为。

## 【律师提醒】

不要向醉酒的人员出借车辆，

不向驾驶员强行劝酒，不要指派、胁迫醉酒的驾驶员驾驶机动车，否则将会受到法律制裁。此外，危险驾驶罪还有多种情形，比如追逐竞驶等等。这些情形均有可能存在共同犯罪。

## 【法律规定】

国家质量监督检验检疫局发布的《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》(GB19522—醉酒驾车的测试2004)中规定：饮酒驾车是指车辆驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于20mg/100ml，小于80mg/100ml的驾驶行为。醉酒驾车是指车辆驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于80mg/100ml的驾驶行为。

《道路交通安全法》第九十一条规定：饮酒后驾驶机动车的，处暂扣六个月机动车驾驶证，并处一千元以上二千元以下罚款。因饮酒后驾驶机动车被处罚，再次饮酒后驾驶机动车的，处十日以下拘留，并处一千元以上二千元以下罚款，吊销机动车驾驶证。

醉酒驾驶机动车的，由公安机关交通管理部门约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任；五年内不得重新取得机动车驾驶证。

《刑法》第一百三十三条之一(危险驾驶罪)规定：在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金。有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。(下转第23页)

# 从心理学角度浅析 犯罪动机的特性与形成

□ 冯法街

犯罪动机是犯罪心理的核心内容，也是犯罪心理的重要标志。不同的犯罪动机不仅能引发犯罪人实施不同类型、不同性质的犯罪行为进而达成其犯罪目标，而且还能直接反映出犯罪主体的主观恶性程度的大小及其犯罪行为的社会危害性的差异。因此，我们需要了解犯罪动机的特性以及犯罪动机如何形成。

所谓犯罪动机，就是激发、推动并维持犯罪人实施犯罪行为并达成一定犯罪目标的内在动力。犯罪动机作为一种内在动力，它不仅促使犯罪行为产生。而且使犯罪行为朝着一定方向发展，最终实现一定目标达成犯罪人的某种目的，即实现其一定的犯罪目标。犯罪动机是犯罪人个性的不良倾向在消极环境和条件下，进一步膨胀和歪曲的结果；同时，犯罪动机的产生和实施，又反过来深化犯罪人个性中的不良倾向。

心理学的理论认为，需要引起动机，动机产生行为，行为趋向目的，目的实现满足，满足导致新的需要。就常态而言，人的行为背后必有动机，而动机则来自于人的需要。所以，需要是人类行为的原动力，这已是心理学的常识。虽然需要是人的行为的原动力，但仅有需要尚不足以使人产生满足需要的行为。需要不具有指导行为和规定行为的作用。只有动机才可能直接推动人进行活动，以达到一定的目的。动机是引起人活动的直接原因。动

机对人的行为的推动作用来自于人的需要，需要是通过动机而对人的行为产生作用的；动机对人的行为的指导作用和规定作用则来自于人在后天社会生活中所习得的各种观念、规范准则。

## 一、犯罪动机的主观恶性

动机作为行为的直接动因，其与需要的区别就在于动机中包含有满足行为人需要的行为指向和行为手段与方式，而这种指向和手段与方式具有道德和价值的评判性。犯罪动机作为推动犯罪人实施犯罪行为的内心起因，具有与刑事法律的对抗性以及应受惩罚性，即具有犯罪性。犯罪动机在心理驱动机制上即具有危害社会和他人的违法犯罪目的并与满足需要的违法犯罪手段与方式相联系。犯罪动机的这一特点，决定了犯罪动机的负价值性。犯罪动机通常不是犯罪构成要件，但它能反映行为人主观恶性的程度。因此，犯罪动机具有主观恶性。虽然不同的犯罪动机反映出犯罪人主观恶性的不同程度，但犯罪动机一定是恶性的，不存在所谓中性的犯罪动机。犯罪动机的主观恶性并不在于其背后的需要，而在于满足需要的行为指向和行为手段与方式。

## 二、犯罪动机的形成

犯罪动机的形成是个非常复杂的心理过程，但这一过程是有规律可循的，人们是可以认识的。一般来说，犯罪动机的形成体现为以下三个连续的过程。



冯法街 律师助理

(一)需要不能满足。严格来说，当我们论及犯罪动机来自于人的需要的时候，实际上意味着犯罪动机来自于人的需要的不能满足。在社会生活中，每个人总是存在着多种不同的需要，包括生物性的和社会性的，物质性的和精神性的，而且还会不断产生新的需要。不管何种需要，实际上都会因为社会条件和个体自身条件的制约，不可能都得到满足。就范围而言，许多需要的满足超出了社会 and 个体的条件所能达到的界线，就程度而言，需要本身具有无限性特征，需要的满足无止境。因此，在现实生活中，人的许多需要难以满足是正常的现象。从心理学的角度看，人在需要得不到满足时会产生挫折感，表现为焦虑、紧张和不安等。（下转第23页）

# 从一则继承纠纷看婚内物权变更

□ 潘永生



潘永生 律师

## 【案情简介】

王某与李某于1998年结婚。婚后，李某因与其他异性保持不正当关系，两人感情已经破裂。为了子女的健康成长，双方决定分居。双方于2015年签订《分居协议书》，约定：婚后购买的位于佛山市南海区桂城街道的一处房产归王某个人所有。该房产登记在李某名下，因尚有贷款未清，无法办理变更登记手续。

2017年6月，王某因病猝死，未留下任何遗嘱。后李某与子女就上述房产的继承产生纠纷，诉至法院。

## 【意见分歧】

一方认为该房产仍属于夫妻共有财产。王某与李某虽然在《分居协议书》中约定了该房屋归王某所有，但直至王某死亡，该房屋仍登

记在李某名下。故《分居协议书》并未实际履行，因此应根据物权登记主义原则，确认该房屋属于王某与李某夫妻共同财产。王某死亡后，该房产的一半属于王某的遗产，一半属于李某的财产。

一方认为该房产属于王某的个人财产。《分居协议书》是王某、李某就夫妻共有财产进行分割的协议，不存在无效、可撤销的情形，该《分居协议书》已经生效。物权的公示登记与否不影响物权变动效力。

## 【分析】

双方的争议焦点为房产的权属变动问题。我们试从以下两个方面厘清：

第一，本案应当优先适用《物权法》还是《婚姻法》的相关法律规定？

笔者认为应优先适用《婚姻法》的相关规定处理为宜。理由如下：

物权领域，法律主体因物而产生联系，《物权法》作为调整平等主体之间因物之归属和利用而产生的财产关系的基础性法律，重点关注主体对物的关系，其立法旨在保护交易安全以促进资源的有效利用。而《婚姻法》作为身份法，旨在调整规制夫妻之间的人身关系和财产关系，其中财产关系则依附于人身关系而产生，仅限于配偶之间或家庭成员之间因身份而产生的权利义务关系，不体现直接的经济目的，而是凸显亲属共同生活和家庭职能的要求。故《婚姻法》关于夫妻子

女等特别人伦或财产关系的规定不是出于功利目的创设和存在，而是带有“公法”意味和社会保障、制度福利的色彩，将保护“弱者”和“利他”价值取向直接纳入权利义务关系的考量。

因此，婚姻家庭的团体性特点决定了《婚姻法》不可能完全以个人为本位，必须考虑夫妻共同体、家庭共同体的利益，与《物权法》突出个人本位主义有所不同。在调整夫妻财产关系领域，《物权法》应当保持谦抑性，对《婚姻法》的适用空间和规制功能予以尊重，尤其是夫妻之间关于具体财产制度的约定不宜由《物权法》过度调整，应当由《婚姻法》去规范评价。本案中，王某与李某所签协议关于房屋的分割，属于夫妻内部对财产的约定，不涉及家庭外部关系，应当优先和主要适用《婚姻法》的相关规定，《物权法》等调整一般主体之间财产关系的相关法律规定应作为补充。

第二，《物权法》上的不动产登记公示原则在夫妻财产领域中是否具有强制适用的效力。

笔者认为，王某与李某所签《分居协议书》已经确定房屋归王某一人所有，虽仍登记在李某名下，并不影响双方对上述房屋内部处分的效力。理由如下：

《物权法》以登记作为不动产物权变动的法定公示要件，赋予登记以公信力，旨在明晰物权归属，保护交易安全和交易秩序，提高交易效率。但实践中，由于法律的例外

规定、错误登记的存在、法律行为的效力变动、当事人的真实意思保留以及对交易习惯的遵从等原因，存在大量欠缺登记外观形式，但依法、依情、依理应当给予法律保护的事实物权。《物权法》第二十八条至第三十条对于非基于法律行为所引起的物权变动亦进行了例示性规定，列举了无需公示即可直接发生物权变动的情形。当然，这种例示性规定并未穷尽非因法律行为而发生物权变动的所有情形，《婚姻法》及其司法解释规定的相关情形亦应包括在内。

在夫妻财产领域，存在大量夫妻婚后由一方签订买房合同，并将

房屋产权登记在该方名下的情形，但实际上只要夫妻之间没有另行约定，双方对婚后所得的财产即享有共同所有权，这是基于《婚姻法》规定的法定财产制而非当事人之间的法律行为。因为结婚作为客观事实，已经具备了公示特征，无须另外再为公示。而夫妻之间的约定财产制，是夫妻双方通过书面形式，在平等、自愿、意思表示真实的前提下对婚后共有财产归属作出的明确约定。此种约定充分体现了夫妻真实意愿，系意思自治的结果，应当受到法律尊重和保护，故就法理而言，亦应纳入非依法律行为即可发生物权变动效力的范畴。因此，

当夫妻婚后共同取得的不动产物权归属发生争议时，应当根据不动产物权变动的原因行为是否有效、有无涉及第三人利益等因素进行综合判断，不宜以产权登记作为确认不动产权属的唯一依据，只要有充分证据足以确定该不动产的权属状况，且不涉及第三人利益，就应当尊重夫妻之间的真实意思表示，按照双方达成的婚内财产分割协议履行，优先保护事实物权人。

综上，王某与李某在《分居协议书》中已约定房产归王某个人所有，即使登记在李某名下，仍属于王某的个人财产。

(作者交流电话：13929982232)

(上接第29页)

第二，滴滴在推广顺风车的公开宣传中，含有非常明显的不良内容，宣称顺风车提供“非常sexy的场景”。这违反广告法。工商部门应当对此给予相应处罚。第三，滴滴和快的“烧钱大战”，通过补贴来抢占用户，借助资本优势形成“头部效应”占据市场。滴滴和快的在抢占市场份额时，以低于成本价格提供服务从而达到排挤竞争对手的目的。这种行为系恶性竞争，是滥用市场支配地位，可能违反《反垄断法》。对于这些不正当竞争和垄断行为，有关行政部门应当运用行政权力，主动干预，依法对其进行处罚。

另一方面，让我们了解一下《电子商务法》如何规定电商责任，新出台的《电子商务法》第三十八

条规定：“电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求，或者有其他侵害消费者合法权益行为，未采取必要措施的，依法与该平台内经营者承担连带责任。对关系消费者生命健康的商品或者服务，电子商务平台经营者对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务，或者对消费者未尽到安全保障义务，造成消费者损害的，依法承担相应的责任。”

该条第一款规定了电商平台与经营者承担连带责任，这无疑为消费者提供了两条维权路径。消费者在权益受损后，既可以向平台内的经营者主张权利，也可以向电商平台主张权利。

但是，遗憾的是，该条第二款又为电商降低了责任。电商为尽到审核义务或者对消费者未尽到安全保障义务，造成消费者损害的，电商承担“相应的责任”。

“相应的责任”是什么责任？这种故意模糊化的责任界定势必造成消费者维权的困难。乐清案如果适用该条第二款，滴滴平台仅仅承担“相应的责任”，而非连带责任。这不利于处于弱势的消费者来维权。

最后，我们知道企业有逐利本性，单凭自律、自觉、自我修养、道德约束是不够的，电商平台健康运行和发展，离不开科学、合理的法律、法规和制度。

(作者交流电话：13336479854)



# 包工头拖欠工资 发包人和承包人难逃责任

□ 谭彩仪



谭彩仪 律师

2016年7月，某建设集团有限公司将其承建的某花苑工程分包给某建设工程有限公司，某建设工程有限公司把部分工程分包给何某，何某再聘请陈某等二十人组成班组施工，主要从事砌体、内外抹灰、外墙贴砖等工作。工程于2016年8月开工，2017年6月完工，期间某建设工程有限公司将工程分包劳务费支付给何某，再由何某分配给陈某等二十人。但某建设工程公司从2017年3月起拖欠何某工程分包劳务费一百多万元，何某因此无法向陈某等二十人发放工资。2017年9月，某建设工程有限公司在陈某等二十人的要求下出具《工资确认表》，确认拖欠陈某等二十人工资一百多万元。此后，陈某等人多次向某建设工程有限公司催讨工资但均无果，陈某等二十人迫于无奈下向劳动仲裁委申请劳动仲裁，

请求裁决某建设工程有限公司及某建设集团有限公司共同支付拖欠的工资一百多万元。

在劳动仲裁庭审中，某建设工程有限公司答辩确认其有工程施工资质，《工资确认表》上的工资不包含材料费等其他费用，因某建设集团有限公司拖欠其工程款二百多万，致使其无法向何某支付工程分包劳务费。某建设集团有限公司辩称因陈某等二十人与其没有劳动关系，因此其无义务向陈某等二十人支付工资，同时确认拖欠某建设工程有限公司工程款二百多万元。

劳动仲裁庭经审理后认为，因某建设工程有限公司是符合用人单位资格和建设施工资质的用人单位，把建设工程项目分包给无建设施工资质的自然人何某施工，属于违法分包行为。根据《广东省工资支付条例》第三十六条“不具备本条例第二条规定的用人单位资格的承包人拖欠或者克扣劳动者工资，作为发包方的用人单位应当先支付工资，再依法向承包人追偿。”及第三十七条第三款“分包建设工程的发包人违法分包、转包或者违法允许他人以本企业名义承揽工程发生拖欠工资的，由分包建设工程的发包人垫付劳动者工资。”的规定，某建设工程有限公司应当先支付陈某等二十人工资，再依法向何某追偿。根据《广东省工资支付条例》第三十七条第二款“分包建设工程的承包人拖欠或者克扣劳动者工资的，分包建设工程的发包人在未结清的工程款额度内先

行垫付劳动者工资，垫付部分抵扣工程款。”的规定，因某花苑工程已于2017年6月竣工，但某建设集团有限公司至今仍拖欠某建设工程有限公司工程款二百多万元，因此某建设集团有限公司应当在未结清的工程款额度内承担垫付陈某等二十人工资的责任，垫付部分抵扣工程款。综上，劳动仲裁委裁决某建设工程有限公司向陈某等二十人支付拖欠的工资一百多万元，某建设集团有限公司承担在未结清的工程款额度内垫付陈某等二十人工资的连带责任，垫付部分抵扣工程款。

律师点评：《中华人民共和国合同法》第二百七十二条款第三款规定：禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条规定：实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。因此，在某建设工程有限公司将工程违法分包给何某及某建设集团有限公司拖欠某建设工程有限公司工程款的情况下，劳动仲裁委裁决该两公司承担相应的工资支付责任合法。

(作者交流电话：13425706325)

# 从滴滴顺风车乘客遇害案 看社会对《电子商务法》的期待

□ 董秋倩

8月24日，乐清姑娘赵某乘坐滴滴顺风车失联，警方后证实赵某被滴滴司机钟某强奸、杀害。8月31日，全国人大常委会通过《电子商务法》，明年1月1日开始实施。

公众质疑滴滴公司：为什么连续发生乘客遇害案？滴滴公司应承担什么责任？滴滴公司在管理上、技术上存在什么缺陷和漏洞？电商平台在维护消费者权益方面是否应承担相应责任，承担什么责任？

其实在电子商务有关三方主体中，最弱势的是消费者，其次是电商经营者，最强势的是平台经营者，所以电子商务法在均衡地保障电子商务这三方主体的合法权益时，适当加重了电子商务经营者，特别是第三方平台的责任义务，适当地加强对电子商务消费者的保护力度。

首先，滴滴公司是否应承担法律责任？应承担什么责任？滴滴公司应当承担的民事责任。第一，事前，滴滴公司没有尽到信息审核义务，没有对司机、车辆进行严格筛选。而且，乐清案中的司机在前一天因有犯罪嫌疑而被投诉，但是滴滴公司没有及时进行处理，没有阻止其接单，而让该司机继续运营。事中，滴滴没有尽到安全保障义务。乘客运输首要责任就是安全。滴滴的安全保障设置和措施欠缺，不能防止司机对乘客实施违法行为。具体而言，滴滴公司没有对车辆安装轨迹跟踪、定位装置从而能够同步掌握车辆行踪，滴滴没有在APP上设

置一键报警和路径分享等能够让乘客及时将安全信息推送给家人或直接报警的功能，滴滴公司没有提前将车辆和司机信息向公安机关报备等。事后，滴滴在被害人家属报警后数小时后，才向公安机关提供了相关司机及车辆信息，让公安机关错失了遏制犯罪、解救被害人的机会。

第二，滴滴公司违约，违反了其与乘客之间的运输合同。根据合同法，滴滴公司和司机、乘客之间系客运合同关系。滴滴平台和司机共同组成提供运输服务的一方合同主体——承运方，乘客是接受运输服务的另一方合同主体，双方构成运输合同关系。在合同关系中，滴滴承担将乘客安全、准时运送到目的地的合同义务，乘客则有义务支付运输费。滴滴平台和司机之间是利益共同体，滴滴公司通过平台寻找客源，然后向司机派单，指派司机提供运输服务，滴滴公司收取一定比例的运费。滴滴和司机虽不是雇佣劳动关系，却是分工合作、分享利益的协作共同体关系。乐清案中，滴滴没有履行运输合同义务，没有安全地将乘客安全送至目的地。滴滴违反合同，应承担违约责任。

第三，滴滴平台未能保障消费者安全。根据消费者权益保障法规定，作为运输服务的提供者的滴滴平台，应当保障消费者安全。但是，乐清案中，滴滴平台有着明显的缺陷和漏洞，这些缺陷是导致被害人



董秋倩 律师助理

死亡的原因之一。因此，滴滴平台应承担相应的责任。乐清案中的被害人近亲属，可以根据民法总则、消费者权益保护法向滴滴公司主张权利，要求滴滴公司承担民事赔偿责任。

其次，滴滴公司应当承担的行政责任。第一，滴滴是否存在非法运营状况？据了解，在一些城市，滴滴并没有获得批准，其运营是非法的。近年来，有自然人因为未被审批从事运营而被处以非法经营定罪，受到刑罚处罚。滴滴公司在一些城市，同样是未经审批而非法运营，却没有被有关部门处罚。滴滴公司在发展中，过度追求规模化，形成垄断，但是对其确有违法行为的，有关部门不应放纵。

(下转第27页)

# 浅谈农村集体经济组织成员权利的保护

□ 林世彬



林世彬 律师

当前，因很多农村集体土地被国家大量征用，这直接导致农村集体经济组织获得了巨大的土地补偿款，获得巨大的资产收益，同时，农村集体经济组织产生了诸多收益分配纠纷，引发了诸多信访事件，甚至越级信访或群体性信访事件，增加了社会不和谐、不稳定的因素，而地方人民政府又疲于应付此类纠纷，严重影响建设幸福和谐美丽的新农村。

## 一、农村集体经济组织成员的概念

农村集体经济组织收益分配纠纷本质上是农村集体经济组织成员权利的保护问题，首要解决的是农村集体经济组织成员资格问题，最后解决的是农村集体经济组织成员

的收益分配问题。

“农村集体经济组织成员”一词首次出现在2003年3月1日施行的《中华人民共和国土地承包法》中，在《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2005]6号)也出现过，但对“农村集体经济组织成员”的定义或概念未作出任何表述。

2006年8月9日，广东省人民政府以粤府令第109号公布的《广东省农村集体经济组织管理规定》第十五条采取列举的方式对“农村集体经济组织成员”作了规定：1.原人民公社、生产大队、生产队的成员，户口保留在农村集体经济组织所在地，履行法律法规和组织章程规定义务的，属于农村集体经济组织的成员。2.实行以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制时起，集体经济组织成员所生的子女，户口在集体经济组织所在地，并履行法律法规和组织章程规定义务的，属于农村集体经济组织的成员。3.实行以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制时起，户口迁入、迁出集体经济组织所在地的公民，按照组织章程规定，经社委会或者理事会审查和成员大会表决确定其成员资格；法律、法规、规章和县级以上人民政府另有规定的，从其规定。4.农村集体经济组织成员户口注销的，其成员资格随之取消；法律、法规、规章和组织章程另有规定的，从其规定。

综上，我们可以将“农村集体经济组织成员”的概念表述为在农

村集体经济组织生产或生活，与农村集体经济组织形成权利义务关系的人。

## 二、农村集体经济组织成员权利保护现状

(一)农村集体经济组织成员资格确认问题

### 1.立法滞后。

对于农村集体经济组织成员资格确认问题，我国法律法规并没有统一明确的规定，而且农村集体经济组织章程中有关成员资格的取得和消灭的规定普遍存在与现行法律法规相违背，从而增加处理农村集体经济组织成员资格确认的难度。对此，全国各地政府纷纷出台相应的规范性文件作为处理的依据，但差异甚大，确认标准不统一，损害政府及其职能部门、司法机关的权威，亦未能体现法律的严肃性。

### 2.权利救济方式单一，耗时长。

当前，人民法院不受理农村集体经济组织成员资格确认之诉，全部由人民政府作出行政处理，对行政处理决定不服的，当事人可以提出行政复议或直接提出行政诉讼。在实践中，部分人民政府对成员资格确认申请拒不作出处理，当事人只能先对人民政府的不作为提出行政诉讼。该不作为为行政诉讼通常历经基层人民法院一审和中级人民法院二审，最后才进入行政处理阶段。而即使进入行政处理阶段，部分人民政府也会作出驳回申请的处理决定，然后又经过一审人民法院和二审人民法院的行政诉讼，如果二审

人民法院责令人民政府重新作出行政行为的，必然会产生新一轮的行政诉讼。历经多次的行政诉讼，当事人花费的时间太长，司法成本也太高，严重不利于农村集体经济组织成员权利的保护，亦会产生新的矛盾和纠纷。

3.行政处理方式不能及时全面保护农村集体经济组织成员的权利。

由人民政府采取行政处理的方式对农村集体经济组织成员资格进行确认，属于行政确认行为，而行政确认行为具有不溯及既往效力，当事人只能从人民政府作出行政处理决定之日起具有农村集体经济组织成员的权利，而当事人在人民政府作出行政处理决定之前的有关权利是无法保护的。换言之，当事人对人民政府作出行政处理决定之前的有关收益分配是无法主张的。

(二)农村集体经济组织成员收益分配问题

农村集体经济组织成员收益分配以取得农村集体经济组织成员资格为前提。取得农村集体经济组织成员资格的当事人是否可以提出民事诉讼？对此，各地人民法院有不同的做法。部分人民法院是可以受理的，也有部分人民法院不予受理。

受理此类案件的理由是：《中华人民共和国物权法》第六十三条第二款规定“集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵

害集体成员合法权益的，受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销”，2008年最高人民法院作出的《民事案件案由规定》，将“侵犯农村集体经济组织成员权益纠纷”作为所有权利项下的三级案由。

不受理此类案件的理由是：1.人民法院难以对具有农村集体经济组织成员资格的集体收益分配数量和金额作出恰当的审查认定，容易诱发更多的争议和矛盾；2.司法实践中，农村集体经济组织收益分配具有较强的时效性，在人民法院作出民事判决书生效前，农村集体经济组织已经将收益分配完毕，民事判决书难以执行，引发新的矛盾，甚至引发群体性事件，不利于社会和谐稳定。

农村集体经济组织侵害农村集体经济组织成员收益分配权的，广东省佛山市南海区人民法院是不受理此类民事案件的。受侵害的农村集体经济组织成员直接持农村集体经济组织成员资格文书向人民政府申请处理，由人民政府向人民法院提出非诉强制执行。

### 三、农村集体经济组织成员权利保护的对策

为了减少农村集体经济组织成员分配纠纷，建设幸福和谐美丽的新农村，在全国尚未对农村集体经济组织成员资格确认进行立法之前，

笔者建议可以由广东省人民代表大会率先制定农村集体经济组织成员特别保护法。

(一)可以参考广东省各地方政府制定的规范性文件尽可能全面详细列举农村集体经济组织成员资格的取得和消灭，统一确认标准。

(二)明确规定镇级人民政府对农村集体经济组织的收益分配具有监管责任，出现收益分配方案程序不符合议事规定、未预留一定比例准备金、侵害集体成员合法权益等情形的，镇级人民政府有权冻结或不批准收益分配方案。

(三)明确农村集体经济组织成员资格确认由镇级人民政府进行行政确认，在行政确认之前，可以进行行政调解，并对处理期限及程序作出特别规定，尽可能迅速予以处理。

(四)明确具有农村集体经济组织成员资格的成员合法权益受到侵害的，直接由成员持农村集体经济组织成员资格相关凭证向镇级人民政府提出申请，并由镇级人民政府直接向人民法院申请强制执行。

(五)明确规定对于拥有股权证或已事实上享受农村集体经济组织分红的农村集体经济组织成员，其分配权利受到侵害的，农村集体经济组织成员可以依法向人民法院提出民事诉讼解决。

(作者交流电话：13809228920)

(上接第33页)在房屋本身以精装房报建销售的情况下，将《商品房预售合同》和《装修合同》视作同一份购房合同的两部分，“将装修款”视作总房价的一部分，因此法院不

会支持实际装修价值与装修合同约定的装修价款之间的差价。如果说，有什么诉求是法院可以支持的，那就只有在购房人能举证证明开发商和装修公司消极应对自身的维修责

任且涉案房屋仍存在需要修复的瑕疵时，法院才会酌情支持装修瑕疵折价补偿。

(作者交流电话：13602232107)



# 例谈如何处理购房 “双合同”下装修质量差纠纷

□ 黄淑瑶



黄淑瑶 实习律师

因楼市调控中的“限价”政策出台，开发商选择“双合同”的方式以规避政策，从而导致了实际装修质量与装修款不等价、被分出来的“装修款”无法申请住房贷款从而加大购房人经济负担、还有业主不同意“被委托”装修公司代为收楼等问题。本文关注的是第一种情况，分析“双合同”下法院对购房人因不满意房屋装修质量请求损害赔偿的态度和判决结果，并从法律层面评价“双合同”的做法及法院的判决。

什么是“双合同”？简单来说，就是在“限价”政策之下衍生出的，将总房款拆分为房款和装修款，从而与购房人签订商品房买卖合同和装修合同两份合同。

下文将结合案例，分析“双合同”下法院对购房人因不满意房屋

装修质量请求赔偿的态度和判决结果。

## 一、案情简介

以来源于中国裁判文书网、案号（2018）粤01民终3121号的判决书为例。2013年9月30日，君华公司（甲方，卖方）与王婉玲（乙方，买方）签订《商品房预售合同》及《补充协议》。同日，王婉玲（甲方，发包方）与电白公司（乙方，承包方），君华公司（丙方）签订《委托房屋室内装修合同》，约定甲方已购买丙方开发的涉案房屋，为毛坯交楼，甲方同意委托乙方具体承接本单元的室内装修工程；同时甲方不可撤销地委托乙方在该商品房达到《商品房买卖合同》约定的交付标准时，先代为验收并与丙方办理收楼手续。2015年6月23日，电白公司受王婉玲委托办理房屋的收楼手续；2015年9月20日，电白公司向王婉玲发出《工程移交通知书》，但2015年9月29日，王婉玲在验收涉案房屋时，提出房屋存在质量问题，并委托广州双枪工程技术咨询有限公司对涉案房屋进行查验，验房总结：墙砖空鼓风险系数五颗星，整改意见为要求开发商对墙砖空鼓位置打掉重铺或灌浆处理，墙面不平风险系数五颗星，整改意见为严重不平一定要用白水泥修补平或铲掉重新找平、用腻子粉找平以后会产生裂纹。之后，电白公司对部分问题进行了修复，但仍然存在墙面空鼓和地面不平整的问题，王婉玲因此一

直拒绝收楼。

## 二、案由是什么？应该适用什么法律？

购房人签订了商品房预售合同和装修合同，因为不满意房屋装修质量诉诸法院，请求开发商和装修公司对其损失（包括但不限于租金损失、约定装修款和实际评估中装修价值之间的差价、开发商逾期交房等）进行赔偿，此时的案由应该是装饰装修合同纠纷还是商品房预售合同纠纷？

法院通过当事人陈述、提交的证据或法院调查，不难得知涉案房屋是通过《商品房预售合同》和《委托房屋室内装修合同》两份合同来进行出售的，实质为带装修交付房屋，装修费用属于房价款的一部分，故案件案由属于商品房预售合同纠纷，应适用商品房预售合同相关法律法规的规定。

强调应适用商品房预售合同的相关法律法规的规定，而不是装饰装修的相关法律条文，原因是有人认为装修房屋是开发商或装修公司已经完成装修的房屋，应当达到交付后便可适宜居住的标准，并符合国家规定的必要的质量要求和标准；但根据《最高人民法院关于审理商品房预售合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（下称《最高院解释》）：第13条第2款“交付使用的房屋存在质量问题，在保修期内，出卖人应当承担修复责任；出卖人拒绝修复或者在合理期限内拖延修复

的，买受人可以自行或者委托他人修复。修复费用及修复期间造成的其他损失由出卖人承担”，即在房屋质量存在瑕疵时，购房人不能以此拒绝验收，即便未达到装修合同中规定的要求和标准。

### 三、法院驳回了什么请求？支持了什么请求？

（一）逾期交房违约金。根据《最高院解释》第13条第2款，在房屋存在质量瑕疵时应由开发商负责维修，购房人不得借此拒绝验收房屋；尽管可能存在开发商已经进行了维修但购房人仍然不满意的情况，但购房人可以自行维修或委托第三方维修，由此支出的合理费用由开发商和装修公司承担。因此法院认为，在此情况下，不存在开发商逾期交房，自然不会支持购房人逾期交房违约金的请求。

（二）租金损失。紧接着上面的结论，如果开发商拒绝维修或维修后购房人仍然不满意，购房人选择自行维修或委托第三方维修，房屋也不至于一直不能入住，故其拒绝收楼而引起的租金损失应由其本人承担。

（三）装修款差价。因为法院将《商品房预售合同》与《装修合同》视作同一份购房合同的两部分，装修合同所约定的装修费用反映的并非真实装修成本，故装修款应被视作购房款的一部分，自然不存在装修款的差价。

（四）装修瑕疵折价补偿。这项请求法院支持与否要看开发商的态度，如果开发商愿意积极承担其维修责任，则法院将不予支持瑕疵部分折价损失；如果开发商消极应对，拒绝或维修后问题仍然存在，则法院将酌情支持该损失。因此，购房人第一需要举证证明开发商消极应

对自身的维修责任，第二需要举证证明涉案房屋仍存在需要修复的瑕疵，在此情形下，法院才会酌情判决开发商及装修公司承担合理的装修瑕疵折价赔偿。

（五）诉讼费用。不止是在这一类案件，很多诉讼中原告都会提出被告承担诉讼费的诉讼请求，但往往不能得到支持。事实上，根据我国现行法律及司法解释，除了知识产权的侵权案件有相关条文支持侵权人承担权利人为制止侵权行为所支付的合理开支外，其他领域并无类似规定。因此，双方的其他纠纷除非在协议中对诉讼费、律师费的承担已作约定，否则法院不会支持该项请求。

### 四、购房人的合法诉求无法实现？

首先，购房人认为装修质量不好，但法律上诸如墙面空鼓、墙面裂缝较多、卫生间防水工程不符合相关技术规范等问题只能被评价为房屋瑕疵。《中华人民共和国建筑法》第六十一条规定：“交付竣工验收的建筑工程，必须符合规定的建筑工程质量标准，有完整的工程技术经济资料和经签署的工程保修书，并具备国家规定的其他竣工条件。建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或验收不合格的，不得交付使用”。建设部颁发的《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收备案管理办法》等文件，都清楚规定着房屋办理竣工验收备案的条件；且对于住宅，还需要提交《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》。即房屋交付已有政府在前严格把关，也正是这样，才会有购房人不得以房屋存在质量瑕疵为由拒绝收楼的规定。但如果房屋存在质量缺陷，那就另当别论了，根

据《最高法解释》第12条、第13条第1款：“因房屋主体结构质量不合格不能交付使用，或者房屋交付使用后，房屋主体结构质量经核验确属不合格，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持”、“因房屋质量问题严重影响正常居住使用，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持”。

另外，“双合同”为什么被法院认定为有效？根据《合同法》第52条，合同无效有五种情形：①一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；②恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；③以合法形式掩盖非法目的；④损害社会公共利益；⑤违反法律、行政法规的强制性规定。可见，“双合同”的做法即使与现行楼市调控政策相违，但政策不是法律，也不是行政法规，因此“双合同”并不属法律规定的无效合同中的任意一种情形，即“双合同”的做法不会在法律层面上被评价为无效。有关的规定可见于《广东省高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》第七条第八款。但这不代表双合同的做法就是合法合规，如果在签订装修合同过程中存在违反明码标价相关规定的行为或是购房者被欺诈、强迫签订等行为，即不是双方的真实意思表示，都会使合同效力存在瑕疵，购房人都可以向物价局、住建管理局等相关部门反映，或向法院请求撤销合同并赔偿损失。

因此，笔者认为法院在处理这类案件时事实认定正确无误，且符合我国现行法律及相关规定，并不存在罔顾当事人的合理诉求的情形。

### 五、小结

综上，法院一般也会承认“双合同”的合法性，（下转第31页）

# 三种涉婚姻法协议的法律效力分析

□ 李 浩



李浩 律师

**“同居保证书”有没有法律效力？**

**案例：**40岁的包工头苏某，10年前来到深圳打工，近几年因承包建筑工程腰包渐鼓。2010年5月，苏某结识了22岁的女子赵某。虽然两人年龄差距有十几岁，但多次接触后还是擦出了“爱的火花”。不过，苏某其实早已结婚并育有一子。

2015年3月，在赵某的强烈要求下，苏某写下一份“同居保证书”：“我保证三个月内与妻子离婚，然后跟赵某结婚，如果做不到，我愿意赔偿赵某20万元。特此承诺”。落款处有苏某的签名和日期，苏某还在保证书上摁了手印。之后，苏某与赵某以夫妻名义生活在一起。2016年2月底，苏某以二人性格不合为由提出分手，并称不愿意再见到赵某。之后，无论赵某怎么纠缠，苏某都不再搭理。

2016年7月，忍无可忍的赵某拿着苏某所写的“同居保证书”向法院起诉，要求法院判令苏某支付20万元违约金。赵某认为“那份保证书其实是我和苏某之间的协议，苏某违约了就应该支付违约金，这也是他不讲信用应该付出的代价”。

不过，这样的说法并没有得到法院的认可，赵某的诉讼请求被驳回。

**分析：**所谓“同居保证”，一般是指男女双方在恋爱阶段，为了保证同居关系而约定一方支付违约金给另一方，一旦一方违反约定，则应支付另一方违约金。“同居保证”的出现原意是为了维护双方的同居关系，希望通过这种方式来约束双方不能轻易地提出分手。但在现实中，一旦男女双方感情破裂，“同居保证”往往变成了一方要钱的借口。我国《民法通则》第七条规定，民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会公共秩序。设置“同居保证”违背了这一原则，应属无效。《中华人民共和国民法总则》第八条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”第一百五十三条第二款作了具体规定，违背公序良俗的民事法律行为无效。因此，“同居保证”保证的是法律不予认可的同居关系的稳定性，这种约定违背法律禁止性规定及公序良俗，应属于无效的民事行为。

从形式和内容两个方面，结合法律的规定，“保证书”只有在不涉及及夫妻双方的人身关系，不违反

我国《婚姻法》等民事法律的基本原则时才能具有法律效力，否则便会因为违反法律基本原则而无效。

**“净身出户协议”有没有法律效力？**

净身出户是指离婚时，一方不带走任何财产。但这种行为，在中国的《婚姻法》里没有依据。在这个问题上，法律是存在争议的，目前法律还没有明文规定这类协议的效力，是否有效要具体问题具体分析。

就目前的司法实践而言，一般情况下法律是不支持所谓的附条件的“净身出户协议”的，如一方提出离婚，则自愿净身出户。我国婚姻法明确规定，公民有婚姻自由的权利，既包括结婚自由又包括离婚自由。以协议的方式限制对方离婚自由，将放弃全部财产作为离婚的条件，本质就是限制了公民的离婚自由，是违法的。所以这种“净身出户协议”就是无效的。

同时《婚姻法》第十九条规定：夫妻双方可以约定结婚以前及婚姻关系存续期间所得的财产归属，例如归各自所有、共同所有、部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。也就是说夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有，这样的约定是有法律效力的。

**“婚内忠诚协议”有没有法律效**

力？

唐某与余某于2010年8月登记结婚，当天双方还签订一份夫妻忠诚协议，约定：“如任一方有违背夫妻忠诚的婚外情等行为，自愿放弃夫妻共有房屋的一半产权份额。”2016年9月，唐某与王某同居被发现，嗣后余某在不要求离婚的情况下单独诉请唐某履行夫妻忠诚协议，并承诺若唐某不再“违约”时给予其永久居住权。

然而，法律界对于余某能不能单独诉请唐某履行夫妻忠诚协议却产生了分歧。

一种意见认为，我国原则上实行夫妻共同财产制，若承认夫妻忠诚协议的单独可诉性，无异于将夫妻共同财产“从左口袋放到右口袋”，徒增司法成本。根据婚姻法第四十六条、婚姻法解释（一）第二十九条、婚姻法解释（二）第二十七条的规定，只有协议离婚后或者诉讼离婚时才能提起损害赔偿诉讼，离婚是损害赔偿的前置程序，违反夫妻忠诚协议当然属于损害赔偿，亦应以离婚为前提。

另一种意见认为，法律没有明文规定不应成为不受理即剥夺诉权的理由。首次违反夫妻忠诚义务的一方具有较大改过自新的可能，承认夫妻忠诚协议的单独可诉性，可惩罚警醒过错方，挽救陷入危机的婚姻，不能因离婚损害赔偿请求须以解除婚姻关系为前提而否认夫妻忠诚协议的单独可诉性。

很多法律实务人士赞同第二种意见，其理由为：

夫妻忠诚协议是指夫妻双方在婚前或者婚后约定，婚姻关系存续期间，一方违反夫妻忠实义务时，

过错方按照约定给付对方若干财产或履行约定的协议。夫妻忠诚协议具有如下特点：

1.符合民事法律行为构成要素。夫妻忠诚协议符合民法通则第五十五条规定的民事法律行为行为人具有相应的民事行为能力、意思表示真实、不违反法律、行政法规的强制性规定、不违背公序良俗的生效要件，是有效的民事法律行为。

2.符合婚姻法立法精神。婚姻法第四条规定，夫妻应当互相忠实，互相尊重。无论该条规定的夫妻忠实义务是道德义务还是法律义务，均不可否认法律对“重婚”“有配偶者与他人同居”等违反夫妻忠实义务行为的规制。实现夫妻忠诚协议的内容只是手段，目的在于通过处罚过错方挽救婚姻。

3.本质属于附条件的协议。婚姻法第十九条规定：夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。可见，我国婚姻法认可夫妻分别财产制。夫妻财产协议约定的财产给付内容以身份关系为前提，本不适用合同法的违约条款，但约定条件成就后的财产给付内容便转化为债权债务关系。

综上，夫妻忠诚协议意在通过签订协议、互相约束、设定责任等私力手段，在夫妻原有感情的基础上进一步增进信任、互敬互爱并在约定条件成就时自愿接受惩罚。将财产“从左口袋放到右口袋”是夫妻约定财产制的延伸，在不起诉离婚时要求对方按照约定给付财产内容符合私法自治原则，亦可以达到提示、警醒过错方，修复夫妻感情

的目的。而民事诉权是国家赋予人民司法救济的请求权，诉权是连接民事纠纷与诉讼程序的“桥梁”，目的在于使权利得到有效救济，行使诉权的方式即行使起诉权。单独诉请履行夫妻忠诚协议内容符合民事诉讼法第一百一十九条规定的起诉条件。而且，本案中的夫妻忠诚协议是双方自愿签订，无胁迫、欺诈等可撤销或无效情形，亦不违背善良风俗，是婚姻法第四条“夫妻应当互相忠实”规定的具体化。

由此可见，夫妻忠诚协议的特点与民事诉权的适用对象决定了夫妻忠诚协议可以单独诉讼。否则：一方面，忽视感化对方、挽救婚姻功能。余某不诉请离婚而仅要求履行夫妻忠诚协议，可见余某对婚姻并未彻底失去信心，与唐某夫妻感情尚未彻底破裂。而给予唐某房屋永久居住权，未对唐某的生活造成实质性影响，以财产给付作为代价对过错方唐某的不轨行为予以惩戒只是手段，其诉讼目的在于让唐某认识错误、感化对方，更重要的是以此修复首次受损的婚姻关系、维系多年的夫妻感情。另一方面，侵犯无过错方的离婚自由。在当事人未诉请离婚的情况下，若强制性将离婚作为承担夫妻忠诚协议约定义务的前置条件，势必导致当事人为解气，无奈下违心地诉诸离婚以惩罚对方，使得原本可以恢复的夫妻感情得不到应有的救济，导致权利救济与“违约”惩罚倒挂。否认其单独可诉性，无异于放任、纵容婚姻不忠行为，可能导致人们失去对婚姻的信心、对法律的信任。

（作者交流电话：15307577000）



# 购房优惠需核实，莫待落空才后悔

□ 胡丽丽 律师

## 基本案情：

2016年7月12日，赖先生与优优房电商平台公司（化名，下称“优优房公司”）签订《VIP会员购房优惠协议》，协议约定赖先生购买优优房公司合作开发商旗下的项目住房的，可享受开发商5万抵15万的优惠。签订协议后，赖先生支付了5万元，优优房公司出具了收据。

赖先生在优优房公司工作人员的推介下，与某开发商签订了《商品房买卖合同》，购买了位于佛山市三水区的某套商品房，总房价为717835元。赖先生后认为，其购买的商品房并未享受5万抵15万的优惠。于是，赖先生向某开发商及优优房公司要求兑现优惠承诺。开发商回复并未承诺给予任何人5万抵15万的优惠。优优房公司未作回复。赖先生委托律师向优优房公司发出律师函，要求兑现承诺。否则，解除合同。优优房公司仍未作任何的回复。

于是，赖先生将优优房公司起诉至人民法院，请求判令：1、解除《VIP会员优惠协议》；2、要求优优房公司返还5万元；3、赔偿损失10万元。优优房公司未出庭应诉。

## 法院认为：

赖先生主张解除合同关键在于该合同是否符合合同解除的条件。合同解除分为合意解除和法定解除。显然，双方并未达成解除合同的合意，不存在合意解除的情形。本案中，赖先生签订《VIP会员优惠协议》后支付了5万元，并在优优房公司的推介下购买了商品房，但优优房公司并未兑现5万抵15万的承诺，以其实际行动表明不履行优惠兑现的义务，已构成根本违约，赖先生有权解除合同。优优房公司应向赖先生返还已收取的5万元。但是，《VIP会员优惠协议》约定“可享受开发商5万抵15万的优惠”。但是，该约定属于为协议外的当事人“开发商”设定的义务，某开发商并非合同当事人，该约定属于效力待定。开发商回复没有该优惠且至今未追认，因此该约定应为无效。赖先生主张优优房公司赔偿损失10万元，缺乏依据，不予支持。

## 律师提醒：

对于个人而言，商品房买卖是一宗标的额巨大的交易，在作出购买决定前，应核实与商品房交易有关的重要信息，例如：商品房的具

体位置、面积、户型、价款、购房优惠、付款方式、税费等。

本案中《VIP会员优惠协议》所记载的优惠并未有某开发商的盖章确认。在赖先生与某开发商签订《商品房买卖合同》时，某开发商并未表示接受《VIP会员优惠协议》记载的优惠条件。这可以证明该5万抵15万的优惠仅仅是优优房公司单方向开发商设定的义务，并未得到开发商的确认。因此，在购房时，对于房地产中介公司、代理公司、销售人员等主体作出的优惠承诺，作为购房人应当在签订《认购协议》、《商品房买卖合同》前向相关承诺兑现主体进行核实并要求体现在《认购协议》、《商品房买卖合同》当中。在优惠承诺并未确定前，购房人应谨慎作出是否购买的决定。

房地产市场在各项政策调控和监管下，已越趋向规范和公开透明。但是，不排除有个别主体仍借助房地产市场炽热后的余温谋取不当的利益。但是，房地产市场也在趋于平稳，购房时保持清醒，遇问题咨询专业人士，就不会被“优惠”一叶蔽目了。

（作者交流电话：13630062960）

（上接第37页）在法律位阶上，劳动合同法居于上位，基于劳动者依法享受基本养老保险待遇而认定劳动合同终止具有更有力的法律依据，如果法院以此作为说理的核心或许更具说服力。

当然，存在上述判例也有其必然性，从判例可知，劳动者达到退休年龄，其劳动关系不必然自动终结。为了避免劳动关系的外延和我国社保基金的缺口不断被扩大，关于达到法定退休年龄却未享受基本

养老保险待遇或领取退休金的劳动者群体的相关立法亟待完善，如此才能让司法更显公平公正，以免有失偏颇。

（作者交流电话：13690250830）

# 劳动者达到退休年龄， 其劳动关系是否自动终结

□ 严嘉雯

一般而言，我们都认为到了退休年龄的劳动者，其与用人单位的劳动关系即终结，此后就开始享受基本养老保险待遇、领取退休金，然后安享晚年。这是最普遍的情况，但实际生活中也有一部分劳动者，达到了法定退休年龄，但不能享受基本养老保险待遇，这部分特殊的群体又该如何定性呢？

## 案例概述：

2016年1月1日，翠花与酸菜鱼公司签订劳动合同，合同期限自2016年1月1日至2020年1月1日止。2017年12月，酸菜鱼公司向翠花发出通知，称翠花于2018年1月1日达到法定退休年龄，因此终止劳动合同。翠花认为，自己虽然达到法定退休年龄，但未享受基本养老保险待遇，因此不同意终止劳动合同。翠花于2018年1月11日向酸菜鱼公司住所地的劳动人事仲裁委员会申请仲裁，请求恢复劳动关系，继续履行劳动合同。该劳动人事仲裁委员会以翠花主体不适格为由，于同日作出《不予受理通知书》，翠花不服遂将酸菜鱼公司一纸状告至法院。法院根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第二项和《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第七条规定，认为判断双方是劳动关系还是劳务关系，应该以劳动者是否领取养老保险待遇作为判断标准。另法院认为《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条可以

理解为权利性条款，即劳动者达到法定退休年龄，双方可以选择终止劳动合同，不能认为只有达到退休年龄，就自动转化为劳务关系。法院最终认定酸菜鱼公司属于违法终止劳动合同，且在酸菜鱼公司明确不再继续履行劳动合同的前提下，判令酸菜鱼公司向翠花支付违法终止劳动合同的赔偿金。

## 相关规定：

《中华人民共和国劳动合同法》

第四十四条 有下列情形之一的，劳动合同终止：

……

（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》

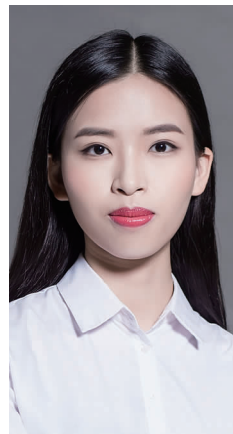
第二十一条 劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》

第七条 用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。

## 法律分析：

劳动关系是指劳动者与用人单位依法签订劳动合同而在劳动者与用人单位之间产生的法律关系。劳动者接受用人单位的管理，从事用人单位安排的工作，成为用人单位的成员，从用人单位领取劳动报酬和受劳动保护。



严嘉雯 律师

劳务关系是平等主体之间就劳务的提供与报酬的给付所达成的协议，遵循意思自治、合同自由和等价有偿的原则，雇主与雇员之间形成的是一种债权债务关系，劳务关系不受劳动法调整，应适用民法通则、合同法的规定。

劳动关系和劳务关系适用的法律法规不同，保障力度也不一样，相比之下，劳动关系的保障更加完善。因此，基于相关的法律法规的规定存在矛盾和疏漏，站在以人为本的角度考虑，上述案例中法院的说理有一定道理，但也不能让人完全信服。

立法者在立法时默认劳动者达到法定退休年龄即开始享受基本养老保险待遇或领取退休金，而忽略达到法定退休年龄却未享受基本养老保险待遇或领取退休金的劳动者群体。（下转第36页）

# 农村相邻关系纠纷宜调解解决

□ 麦超莹



麦超莹 律师

## 【案例回顾】

房屋结构“飘南不飘北”一直是A村的村规民约，且A村宅基地投标时一直坚持该规定。关生是13号房屋屋主，杨生是12号房屋屋主。双方房屋相邻一条小巷，因杨生在其房屋北面二楼和三楼墙上安装了两个防盗网，违反了村规“飘南不飘北”的规定，双方就此产生纠纷。经居委会的调解，双方达成一致意见而签订《协议书》，杨生承诺：2018年3月17日后，安排人员拆除防盗网，并承诺一个月内必须完成工程。但杨生一直未履行该协议。

律师认为，关生与杨生就涉案防盗网的拆除已经达成一致意见，并在居民委员会的见证下签订《协议书》，该协议书没有违反法律法规的强制性

规定，属于杨生自由处分自己财物的行为，同时杨生也没有证据证明签订协议书时有欺诈、胁迫等情形，之后也没有报警或提出撤销之诉，该协议书已经生效，双方均应严格遵守。杨生在签订《协议书》的同时，就是默认了自己的行为已经给相邻方造成了妨碍或损失。

**从该案件，可以看出农村相邻关系纠纷的某些特点：**

**（一）涉及的社会背景复杂。**相邻关系纠纷案件背后有着错综复杂的社会关系，案件当事人多是邻居、同组村民或是亲戚。部分案件当事人背后代表着不同的家族利益，极易形成群体性案件，处理不善可能成为社会不稳定因素。本案中，就是因为杨生与关生的姐姐产生矛盾在前，后杨生又与关生产生矛盾，逐渐演化为关杨两个姓氏之间的矛盾。

**（二）诉讼标的额小，但处理难度大。**相邻关系纠纷的产生都起源于生产、生活当中一些常见小事，但这关乎当事人基本生产、生活便利以及家族“脸面”，矛盾尖锐且长期积累，极易引发突发性事件、人身伤害甚至犯罪案件。在诉讼中，当事人往往将权利绝对化，没有意识到权利和义务的对等性，导致败诉当事人频频闹访和上诉，且极易导致双方日后摩擦不断、矛盾升级，严重的甚至引发故意伤害。本案中，两个防盗网价值小，法院只是按照最低标准收了50元诉讼费。

**（三）适用法律法规难。**我国目前有关处理相邻关系纠纷案件的法律法规较为原则，较为抽象，可操作性差，给法官留下过大的自由裁量空间，在司法实践中极易形成同类案不同判的结果，不利于妥善处理相邻关系纠纷案件，也极易为矛盾进一步激化、案结事未了埋下隐患。有些审判人员缺乏农村生活经验，不了解当地习俗，对于相邻权案件没有进行实地勘查，没有听取村（居）委会的意见，没有为实际执行奠定基础，仅凭自我经验审理，导致不具备可执行性或根本无法执行。

**（四）执行难度大。**目前，在审理时实际可操作性和社会效果往往与是否合法相悖，所作判决常常不能从根本解决问题，进而导致案件执行难。上述案例中，即使法院判决了关生胜诉，后续的执行也是一个难题，因为即使法院派员前去拆除防盗网，后续杨生再次安装防盗网的时间成本和经济成本也很小。

当然，调解是化解纠纷比较行之有效的途径，相对于判决，调解具有意思自治、简便灵活、经济高效、易于执行等优点，它可使矛盾纠纷以较平和的方式化解，能够保持或促进双方关系和睦。因此，处理相邻纠纷必须重视调解工作，由村（居）委会或者法院主持下调解，尽快息讼止争，妥善处理相邻关系，莫让邻居成仇人。

（作者交流电话：13928572361）

（上接第39页）抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。”

**小结：**房屋买卖法律关系与租赁

法律关系中，各方当事人都要注意“买卖不破租赁”原则及例外的适用，注意防范相关的法律风险，以免未能

达到自己的合同目的，给自己及企业带来不必要的麻烦和纠纷。

（作者交流电话：13431655309）

# 仅知道“买卖不破租赁”还不够

□ 钟远玉

## 案情简介:

2016年3月31日,天地公司与刘某签订《物业租赁协议》,约定天地公司将登记在其名下的涉案商铺出租给刘某经营美容或美发店。刘某已对租赁物业现场勘查确认并知晓该物业抵押、涉及诉讼被查封等情况,租赁期限自2016年4月1日起至2022年3月31日。由于天地公司拖欠银行债务,涉案物业被人民法院拍卖,翟某于2016年6月17日的拍卖会上竞得涉案物业。2016年8月17日,翟某要求物业管理处向刘某发出《停电通知》,通知:因通过法院拍卖业主竞得商铺,现业主不续约,来函要求管理处对商户进行停电处理等内容。2016年10月13日,翟某向法院提起诉讼,诉求:1.确认刘某与天地公司就涉案商铺签订的《物业租赁协议》对翟某不具有约束力。2.刘某立即搬离涉案商铺,并支付自2016年9月1日起至实际搬离之日止的租金损失。

## 法院裁判:

一、一审法院认为,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第六十六条第一款以及《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第二十条规定,天地公司与刘某就涉案商铺签订的《物业租赁协议》,约定刘某已对租赁物业现场勘查确认并知晓物业抵押、涉及诉讼被查封等情况,可见,刘某在签订租赁合同前,是清楚涉案商铺已经设立抵押权,且被法院查封。翟某通过诉讼拍卖取得涉案物业所有权,其请求确认天地公司与刘某就涉案商铺签订的《物业租赁协议》对翟某没有约束力,符合法律规定,故一审法院

予以支持。由于翟某在2016年8月17日通知物业管理处对涉案物业进行停电,后期没有恢复通电,造成刘某无法实际经营,实现合同目的,驳回翟某要求租金损失的诉求。一审法院判决:1.刘某与天地公司签订的《物业租赁协议》对翟某不具有约束力。2.驳回翟某的其他诉讼请求。

二、双方均对一审不服,提起上诉。二审法院认为,物业租赁协议明确约定刘某已经对租赁物业现场勘查确认并知晓该物业抵押、涉及诉讼被查封等情况,而后翟某通过诉讼拍卖取得涉案商铺的所有权,一审法院判决确认物业租赁协议对翟某没有约束力,合法有据。因翟某在二审中不能举证推翻一审的相关认定,其要求刘某支付租金损失没有依据。二审法院驳回各方上诉,维持原判。

## 延伸阅读:

### 一、买卖不破租赁的规定

“买卖不破租赁”是民法中一个重要的制度,是指在房屋租赁关系存续期间,即使所有权人将房屋转让给他人,对租赁关系也不产生任何影响,买受人不能以其已成为房屋的所有人为由否认原租赁关系的存在并要求承租人返还房屋,承租人仍然可以向新的权属人主张租赁权。法律依据:《中华人民共和国合同法》第二百二十九条“租赁物在租赁期间发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释(试行)》119条第2款“私有房屋在租赁期内,因买卖、赠与或者继承发生房屋产权转移的,原合同对租赁人和新房主继续有效。”



钟远玉 律师

### 二、买卖不破租赁的例外

物业新的权属人是否均应执行已经成立租赁关系?根据本案的判决很明显存在例外,买卖不破租赁存在以下例外情形:①抵押权登记在先,抵押权实现后,受让人不受租赁合同的约束。②在人民法院查封的不动产之上设定的租赁关系。法律依据:《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第二十条规定“租赁房屋在租赁期间发生所有权变动,承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的,人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当事人另有约定的除外:①房屋在出租前已设立抵押权,因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的;②房屋在出租前已被人民法院依法查封的。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第六十六条第一款规定“抵押人将已抵押的财产出租的,(下转第38页)



# 例谈农村鱼塘承包的法律认识问题

□ 钟崇青



钟崇青 实习律师

农村鱼塘发包是农村经济社利用村集体资源为村民创收的一种方式，通常鱼塘都是由本村村民承包，根据《农村土地承包法》的规定，经村集体三分之二以上的村民同意，可以由本经济社以外的其他人承租经营。经本村村民承包后也可进行转租，出租给经济社以外的人进行经营，双方签订转租协议并经发包方经济社的同意即生效，由经济社与承租方建立合同关系，由承租方向经济社交付租金及管理费。

实践中，有关鱼塘承包纠纷的案例较多，总体上都是因为承租方法律意识淡薄而引起的，以下举两个案例进行讨论分析：

## 案例一：

王某承包经济社一鱼塘，在鱼塘塘基上修建一间猪棚，经营一年后因个人原因放弃经营，向经济社提出解除承包合同，缴纳租金及管

理费后签订了解除协议。随后由同村村民谢某承包该鱼塘，谢某利用猪棚养猪的时候遭到王某的阻拦，王某称该猪棚是其修建的，属于其个人财产，谢某无权使用该猪棚养猪。谢某就向经济社反映，经济社约谈王某，但王某执迷不悟、我行我素，经多次调解仍无果。经济社就向王某发《拆除猪棚通知函》，要求王某自收到通知函之日起5日内拆除该猪棚，因为《鱼塘承包合同》中约定，承租方退租时候应将鱼塘恢复原状，如果新任塘主愿意使用的除外。王某对经济社的通知函置之不理，经济社只能请人进行拆除，为此花费1100元的拆除费用。经济社要求王某承担该笔拆除费用，但王某却充耳不闻。经济社遂以追偿权纠纷为由向法院提起诉讼，请求法院判令王某支付该笔拆除费用给经济社。

根据《鱼塘承包合同》和《解除协议》的约定，王某在退租时候有义务恢复鱼塘的原状，除非新塘主愿意使用。现如今，新塘主谢某愿意使用，但王某不给谢某使用，谢某发告知函给经济社，要求经济社拆除。经济社要求王某拆除却无果，委托第三方进行拆除，我认为该笔拆除费用是由王某承担，于法于理都是可行的。王某缺乏法律意识，抵抗经济社的正常经营活动，最终只能损财失礼，承担相关法律责任。

## 案例二：

刘某承包经济社的鱼塘，经营一个月后转租给李某，并与经济社签订三方协议，约定李某向经济社缴纳租金及管理费。李某正常经营

两年后，第三年的租金却突然没交了。经济社找到李某，李某称迟点交纳，经济社考虑到鱼塘承包经营困难，就答应李某迟点再交，但直到年底，李某仍没有交纳租金及管理费，经济社就向李某发出《通知函》，通知李某自收到该通知函之日起解除双方的合同，李某应5日内交付租金及管理费。李某的同居弟弟签收了该通知函，李某不理该通知函，仍拒绝交纳拖延支付的租金及管理费。经济社委托律师对李某提起民事诉讼，一审庭审中李某提出：因为《鱼塘承包合同》约定，承租方迟延交纳租金一个月的，经济社可以解除合同，他以为经济社在其拖延交纳租金一个月时就会解除合同。但该解除权属于经济社，经济社有解除合同的权利，有选择继续履行合同的权力，并非拖延交纳租金达一个月就一定解除合同。最终法院判决：李某承担拖延交纳的一年租金及管理费，合同自经济社的通知函到达李某处后解除。李某严重缺乏法律知识，导致一年内无经营利用鱼塘，荒废了鱼塘一年，但租金及管理费却照常交纳，真可谓可怜又可气。但经济社代表着村民集体利益，必须依规办事，李某必须按照判决书确定的义务履行判决内容。

农村村民普法工作任重道远，全民普法、提升村民法律意识，是我国法治进程的一个重要关节点。律师依法代理案件、细心解释法律和判决，法院依法判决个案、执行生效判决，都是重要的普法方式。

（作者交流电话：13823414689）

## 新颁布的法律

### ★中华人民共和国消防救援衔条例

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-10-26)

### ★中华人民共和国人民法院组织法(修订)

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-10-26)

### ★关于修改《中华人民共和国野生动物保护法》等十五部法律的决定

(含《野生动物保护法》《计量法》《大气污染防治法》《残疾人保障法》《妇女权益保障法》《广告法》  
《节约能源法》《防沙治沙法》《农业机械化促进法》《农产品质量安全法》《循环经济促进法》《旅游法》  
《环境保护税法》《公共图书馆法》《船舶吨税法》)

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-10-26)

### ★关于修改《中华人民共和国公司法》的决定

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-10-26)

### ★关于专利等知识产权案件诉讼程序若干问题的决定

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-10-26)

### ★中华人民共和国国际刑事司法协助法

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-10-26)

### ★关于修改《中华人民共和国刑事诉讼法》的决定

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-10-26)

### ★中华人民共和国人民检察院组织法(修订)

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-10-26)

### ★中华人民共和国电子商务法

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-8-31)

### ★中华人民共和国土壤污染防治法

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-8-31)

### ★中关于修改《中华人民共和国个人所得税法》的决定

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-8-31)

## 最新司法解释

### ★关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的决定

(最高人民法院、最高人民检察院, 2018-12-12)

### ★关于进一步全面落实司法责任制的实施意见

(最高人民法院、最高人民检察院, 2018-12-4)

★关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院、最高人民检察院，2018-11-28）

★关于公证债权文书执行若干问题的规定

（最高人民法院，2018-9-30）

★关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件适用法律若干问题的意见

（最高人民法院、最高人民检察院、公安部，2018-9-28）

★关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释

（最高人民法院、最高人民检察院，2018-9-26）

★关于互联网法院审理案件若干问题的规定

（最高人民法院，2018-9-6）

★关于人民法院确定财产处置参考价若干问题的规定

（最高人民法院，2018-8-28）

## 最新行政法规

★消防救援衔标志式样和佩带办法

（国务院，2018-11-6）

★专利代理条例

（国务院，2018-11-6）

★行政区划管理条例

（国务院，2018-10-10）

★国务院关于修改部分行政法规的决定

（包括《卫星地面接收设施接收外国卫星传送电视节目管理办法》《有线电视管理暂行办法》《中药品种保护条例》《卫星电视广播地面接收设施管理规定》《反兴奋剂条例》《易制毒化学品管理条例》《国务院关于经营者集中申报标准的规定》《外国企业常驻代表机构登记管理条例》《戒毒条例》《残疾预防和残疾人康复条例》共10部行政法规）

（国务院，2018-9-18）

★全国经济普查条例（修改）

（国务院，2018-8-11）

★医疗纠纷预防和处理条例

（国务院，2018-7-31）

## 《短讯六则》

### 第二届证券法务精英计划正式开课

2018年11月3日上午，中山大学法学院与南天明律师事务所合办的第二届证券法务精英班在南天明广州所（珠江新城富力盈凯广场28楼）会议室举行开班仪式，并进行了第一次授课。

在开班仪式上，中山大学法学院分管教学的任强副院长作了精彩的讲话，肯定了南天明律师事务所对于中山大学法律人才培养的支持并希望共同努力争取将“证券精英课程”在下一学年纳入法学院的选修课。并寄语学生要珍惜南天明律师事务所提供的培训机会，好好锻炼自己的能力。

“南天明”李光主任致辞时指出：随着资本市场的发展，很多上市公司、拟上市公司对证券领域法律人才的需求与日俱增，开展本次计划正是为了培养出可以走向相关岗位的法律人才。

南天明顺德所执行主任李侃童律师向同学们介绍了自己到美国南加州大学修读法律并考取纽约州律师执照的经历，并欢迎同学们就到国外进修法律及研究国外法律等相



关方面与其进行探讨。

该班第一次课程的内容为：我国多层次资本市场的特点及应用大数据进行法律检索的技巧，由南天明顺德所上市部郑庆柱副部长主讲。在讲到大数据应用技巧时，同学们纷纷使用电脑进行实际操作。

### 联盟兄弟到访南天明



2018年10月31日上午，全球精品律所联盟（EGLA）成员——湖北鸣伸（武汉）律师事务所支部书记、主任纪德军律师来“南天明”参观交流。“南天明”李光主任、纪建斌书记、梁虹副主任等合伙人热情接待，并参与交流。

湖北鸣伸所与广东南天明所有很多共同之处，都源于国办所并承袭国办所的优秀传统；都重视党建工作并取得较高荣誉；都是当地规模所、综合所；都从地级市发展到在省城开分所。

纪德军主任从EGLA活动上得知“南天明”的发展状况后，专程来访“南天明”，探讨专业化发展的经验和前景，交流律所管理、分所建设、业务开拓等方面的做法和心得。座谈会上，李光主任、纪建斌书记详细回答了纪德军主任询问，“南天明”参加交流的合伙人就各自分管的业务与纪德军主任进行了深入交流。

纪德军主任也分享了湖北鸣伸律师所文化建设等方面的经验，着重介绍了湖北鸣伸所“利他”文化五个层次的内涵及建设“利他”文化的成效，让我们深受启发。

通过此次交流，双方达成共识，将保持密切联系，在各个方面的互相学习，共同进步。

## “南天明”在第二届佛山律师论坛上喜获丰收



2018年11月18日，第二届佛山律师论坛在佛山新城中欧中心隆重举行，本市主管单位领导、公检法机关的代表、省律协的领导、珠三角兄弟市律协的代表及本市广大律师参加了本次论坛。

在本次论坛的宣读获奖论文名单环节，共有30篇优秀论文获奖，其中一等奖3篇、二等奖4篇、三等奖8篇、优秀奖15篇。“南天明”陈敏怡、邵珠童的《论律师参与的医疗纠纷调解机制的完善》获得一等奖，范瑞祥的《正当

防卫限度问题探讨》获得二等奖，黄嘉莹的《论综服企业虚假单证备案税务处理的合理性》获得三等奖，冯可欣的《论国有僵尸企业破产的税务问题资产》、黎小华的《如何在章程中设定解决公司僵局的相关条款》获得优秀奖。此次论文评比，“南天明”律师投稿最多，获奖者也最多，充分显现了“南天明”坚持走专业化道路、长期注重实务研讨的专业效果。

在分论坛环节，“南天明”律师分组参加四个分论坛活动，积极与众多同行交流，提升自我。

我所肖福来律师在分论坛二上作为发言嘉宾做了专题分享，分享主题为“以党建促所建”，介绍了南天明律所的党建工作心得。

我所党支部书记、市律协副会长纪建斌律师主持了分论坛三，该分论坛的主题是“提高发展平衡性和协调性”，发言嘉宾和点评嘉宾身份多样，思想丰富。纪律师主持幽默自然，台上台下交流顺畅，真正达到了启迪思维、交流思想的论坛目的。

## “南天明”乔迁新居

2018年11月19日，广东南天明律师事务所正式搬入新办公楼办公，新办公楼位于佛山市南海区桂城融通路22号智富大厦29楼。

29楼视野开阔。东眺广州，近在咫尺；北面绿水环绕，与大沥、盐步隔江对望；西边是城市中轴线——千灯湖；南边是中央大街、“金融高新区”地铁站。

这里是广东金融高新区的核心区，有利于融入广东高端产业集群，准确把握法律服务新趋势，自购智富大厦29层办公，彰显南天明人的恒心和胸怀。

南天明人一清早齐齐赶到新办公楼，在简单而庄重的揭牌仪式后，同事照了各种大小合影。然后，开始新一天的工作……



## “南天明”律师在行业体育比赛中喜获佳绩

2018年11月24日至25日，广东省律师协会举办的2018年广东省律师体育比赛在中山市隆重举行。佛山市律协满额报名参赛，共



选拔了14名队员参加全部项目的比赛。“南天明”律师积极响应号召，踊跃报名。经过选拔，“南天明”共有四名律师（实习律师）获得参赛资格。

11月24日早上，比赛开幕式在中山市乒乓球馆隆重举行。随后，紧张激烈的比赛正式开始。经过逐项角逐，“南天明”四名参赛队员在展现活力、获得友谊的同时，都获得了较好的成绩：纪建斌律师荣获乒乓球男子团体第四名；胡丽丽律师、潘永生律师荣获趣味比赛（定点投篮、三人四足、单脚跳接力、踢毽子等）团体赛第八名；黄丽燕实习律师荣获中国象棋女子个人赛第四名、混合团体赛第八名。

“南天明”律师积极参加律师行业的各种交流活动，在此次全省律师行业的年度体育比赛中，充分展现了“南天明”的活力与风采，在活动中相互交流、学习，在赛事内外均有收获，增加了与全省各地律师的联系，获得了宝贵的同行情谊。

## “南天明”隆重举行党建活动室、律师调解室揭牌仪式



12月5日上午，广东南天明律师事务所所在佛山市南海区桂城融通路22号智富大厦大堂举行党建活动室、律师调解工作室揭牌仪式，省、市、区主管部门领导，本地党委、政府部门领导，关心“南天明”的朋友，友好商协会代表，“南天明”顾问单位等客户代表，300多个单位共计400多人参加了揭牌仪式。

参加活动的各级领导代表有：广东省司法厅党委副书记、副厅长，广东省律师行业党委书记梁震同志；广东省律师协会吴兴印副会长；广东省司法厅律管处黄婷处长；佛山市司法局党委书记、局长赖洪健同志；佛山市司法局党委委员、副局长，佛山市律师行业党委书记程少云同志；佛山市律师协会钟坚会长；南海区政协党组副书记、副主席张衍昌同志；南海区司法局党组书记、局长唐建强同志；南海区社会组织党委丁坚书记等。

中山大学法学院，华南理工大学法学院，广东省统计局，广东股权交易中心，佛山贸促会，南海区委、组织部、统战部、区委办（区府办）、经科局、信访局、公资办、金融办、消防大队、工商联、妇联，顺德区司法局，顺德区工商

联，全球精品律所联盟（EGLA）等相关单位领导代表也出席揭牌仪式。

有12个友好商协会、近百个企事业单位或个人，共赠送了112个花篮表示祝贺。

上午10点半仪式开始，“南天明”李光主任首先致辞，接着由党员代表汤建城律师、党支部书记纪建斌律师分别汇报工作。

南海区司法局党组书记、局长唐建强同志致辞时，充分肯定了“南天明”律师在参与重大复杂纠纷调解中取得了突出成绩和良好社会效果，希望今天的活动能带动南海区律师行业党建工作和律师调解工作全面深入开展。

佛山市司法局党委书记赖洪健局长在讲话中指出“南天明”是我市第一批合伙制律所，也是全国优秀律所，现在高标准建设党建活动室、律师调解室，充分体现了大所应有的担当和责任，祝“南天明”党建引领，大展宏图！

广东省律师行业党委委员、省律协副会长吴兴印同志代表省律协对“南天明”隆重举行党建活动室、律师调解室揭牌仪式表示祝贺，强调了在律师

行业开展党建工作的重要性，充分肯定了“南天明”在党建工作上取得突出成绩。

广东省司法厅党委副书记梁震副厅长在讲话中指出：“南天明”是广东省律师行业的一面旗帜，十年前已获得“全国优秀律所”的称号，现在利用乔迁新办公楼的机会，专门设立党建活动室、律师调解室，可喜可贺！希望“南天明”借助揭牌仪式这个形式，把这两项工作做得更好，立出标杆，做出榜样。并对律师行业如何做好党建工作、调解工作提出了指导性意见。

最后，由省、市、区三级领导的代表为广东南天明律师事务所党建活动室、律师调解工作室牌匾揭开红纱，仪式圆满结束。

揭牌仪式开始前，省司法厅和市、区司法局领导及省、市律协领导视察了“南天明”的党建活动室、律师调解工作室，梁震副厅长在视察中指出：律所作为重要的社会组织一定要重视和加强党建工作，结合工作实际完成党支部条例中对社会组织党支部的具体要求，创新实干，抓住要点，争创律师行业党支部建设的新标杆；律师调解工作要落实最高人民法院、司法部的规定及省高院、省司法厅的实施细则，通过实践探索律所调解工作室发挥作用的有效方式。



# 民国民法典



民国民法典指《中华民国民法》，包括总则、债(权)、物权、亲属、继承等五编，由国民党政府于1929年至1931年颁布实施，是中国历史上第一部颁布实施的民法典。该法典在国统区适用20年，1949年中国共产党发布文告，废止了包括民法典在内的国民党政府“六法全书”，中华人民共和国成立后，该法典仅限于在我国台湾地区施行。

在清末维新变法过程中，清政府修订法律馆于1911年完成《大清民律草案》的起草，还没来得及颁布实施，清政府就垮台了。1912年1月民国南京临时政府成立，虽然孙中山很重视立法工作，但执政时间太短。1912年4月民国进入北京北洋政府时期，北洋政府于1915年起草《民律草案亲属编》，至1926年完成共五编的《民律草案》，还未完成立法程序，北洋政府也垮台了。

民国南京临时政府时期、北京北洋政府时期、民法典实施前的国民党政府时期，实际适用的民事法律是“前清现行律”。民国成立后，孙中山总统根据司法总长伍廷芳的建议，向参议院提出了有条件援用清末法律的咨文。1912年4月3日，参议院在《议决暂时适用前清之法律咨请政府查照办理文》中指出“嗣后，凡有关民事案件，仍应照前清现行律中规定办

理。”所谓“前清现行律”，是指沈家本等人对《大清律例》进行修改而成的《大清现行刑律》(1910年颁行)。《大清现行刑律》是刑事与民事不分的法律，其中的民事部分，包括“服制”“户役”“田宅”“婚姻”“钱债”等大部分或一部分，以及户部则例的“户口”“民人继嗣”，“田赋”中的“开垦”“坍涨拨补”“牧场征租”“寺院庄田”“撤佃条款”“滩地征租”等有关条款，这些内容一直适用至《中华民国民法》公布施行时为止，成为民国前期的实质民法。

1927年，北伐战争胜利，军阀割据和混战的局面结束，南京国民政府成立。为了规范内部事务，也为了应付各大国在议决撤销在华领事裁判权之前对我国司法状况所进行的调查，国民政府加快了立法步伐。1928年10月，立法院宣告成立，胡汉民任院长。次年1月，立法院指定立法委员傅秉常、史尚宽、焦易堂、林彬、郑毓秀等5人组织民法起草委员会，并聘司法院院长王宠惠、考试院院长戴传贤及法国专家宝道(Georges Padoux)为顾问。

民国民法典是分编起草，分编通过，分别施行的。1929年1月，民法起草委员会成立后即开始起草总则编，完稿后由立法院三读通过，1929年5月23日公布，同年10月10日起施行。债编于1929年4月开始起草，同年11月22日公布，1930年5月5日起施行。物权编于1929年8月开始起草，同年11月30日公布，与债编同时施行。1930年7月开始起草亲属编及继承编，同年12月分别公布，1931年5月5日施行。至此，民国民法典全部公布施行，共1225条，分五编，各编都有配套的《施行法》。

从《大清民律草案》到《民国民律

草案》，再到民国民法典，有许多一脉相承的共同之处，如均为五编，均是总则、债(权)、物权、亲属、继承的编排顺序，只是章节、条款上有所增减，维护的阶级利益因时代的变迁有所侧重。三者都注意移植外国民法，并体现了趋附现代民法潮流的特点。民国民法典借鉴了德国、日本、瑞士等国家的民法原则及大量条文；同时，也继续确认了中国封建家族主义的原则和婚姻、继承制度。

民国民法典的编纂基础是《大清民律草案》与《民国民律草案》，而这两部民律草案的蓝本实质上是《德国民法典》，且民国民法典编纂之时，社会也正处于社会本位思想占主导地位时期，即强调社会公共利益的时期。民国民法典以社会本位主义为民法典的立法原则，十分注重对社会公益的保护：以维护公共秩序和善良风俗为原则；对所有权进行限制；对契约自由进行限制；引入无过失责任；酌情减免义务人的责任。另外，强调平等原则在民法典中的应用：包括男女平等、雇佣人与受雇人的平等、债务人与债权人的平等、承租人与出租人的平等、以及所有权人与佃权人之间的平等，内容非常广泛。

民国民法典受当时的民法潮流的影响，是民商合一的民法典。通常属于商法总则的经理人及代办商，商行为之交互计算、行纪、仓库、运送营业及承揽运送等项均并入债编。

民国民法典是政治精英和法律专家合作立法，民众意见被忽略了，例如1933年江苏省商会联合会呈请修订民法典681条(有关合伙债务之规定)，引起讨论，若广泛征求民意不致如此。(摘编自互动百科)



## 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街道融通路22号智富大厦29层  
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

