



NANTIANMING WINDOW

南天明之窗

准印证号(粤E)L0180009

二〇一九年第一期 总第六十期



本期 要目

样板房交不交房产税
知识产权维权应打组合拳
从“美图秀秀”看驰名商标认定
朋友圈晒花艺，是否侵犯著作权
拟IPO公司占用集体用地的案例分析
合同违约之损害赔偿并不排除精神损害



李悝（公元前455—前395年），嬴姓，李氏，名悝（kuī），战国时期魏国大臣、政治改革家，他所编写的《法经》是我国历史上第一部比较完整的成文法典，开创了我国刑法史的新纪元。

魏文侯任命其为相国，主持变法事宜，采取一系列措施，使魏国成为战国初期强国。政治上，选贤任能，赏罚严明。李悝主张废止世袭贵族特权，提出“食有劳而禄有功，使有能而赏必行，罚必当。”李悝将无功而食禄者称为淫民，要“夺淫民之禄以来四方之士”。任用有战功或有才能的人，有赏有罚，唯才是用，封君在封国食邑内没有治民之权，只衣食租税，官吏制度大大改善。

经济上，推行“尽地力”和“善平糶”的政策。统一分配耕地给农民，督促农民勤于耕作，增加生产；国家在丰收时平价收购粮食储存，发生饥荒时又平价卖给农民，取有余以补不足，以防粮贵而扰民，或谷贱而伤农。此法的实行，极大地促进了魏国农业生产的发展，使魏国因此而富强。其“重农”与“法治”结合的思想对后世的商鞅、韩非影响极大，李悝是重农主义的开山祖，重农主义在商鞅手中达到了极致，提出“国之所以兴者，农战也。”

李悝在魏国的变法，在中国历史

李悝和《法经》

上产生了深远的影响。在当时便对其他各国震动很大，从而引发了中国历史上第一次轰轰烈烈的全国性变法，成功变法国家都走上了富强之路。后来著名的商鞅变法、吴起变法等，无不受李悝变法的影响。

李悝为了巩固变法成果，汇集各国刑典，著成《法经》一书，通过魏文侯予以公布，使之成为法律，以法律的形式肯定和保护变法，固定封建法权。《法经》的编订，是李悝在法律制度方面作出的重大贡献。

《法经》共六篇，分别是《盗法》《贼法》《囚法》《捕法》《杂法》《具法》。《盗法》是涉及公私财产受到侵犯的法律，例如“窥宫者臙，拾遗者刑”，即使仅有侵占财物的动机，也构成犯罪。《贼法》是有关危及政权稳定和人身安全的法律，例如规定杀一人者死，并籍没其家和妻家；杀二人者，还要籍没其母家。《囚法》又称《网法》，是有关审案断罪的法律。《捕法》是关于“盗”“贼”以外的其他犯罪与刑罚的规定，主要规定了“六禁”，即淫禁、狡禁、城禁、嬉禁、徒禁、金禁，是有关处罚淫乱、狡诈、越城、赌博、群聚、不廉等行为的法律，例如规定“太子博戏则笞，不止则特笞，不止则更立”“犀首（将军）以下受金则诛”。《具法》是关于定罪量刑中从轻从重法律原则的规定，起着“具其加减”的作用，相当于现代刑法典的总则部分。“盗”“贼”“杂”三篇为“罪名之制”，相当于现代刑法典的分则部分。“囚”“捕”二篇多属

于诉讼法的范围。

春秋后期，晋、郑诸国作刑鼎或刑书，以公布新的法律条文。到战国时，随着历史条件的改变，出现了更多的新的成文法典。李悝“撰次诸国法，著《法经》”，成为以后历代法典的蓝本。

李悝的老师是孔子的嫡传弟子子夏，李悝虽然跳出了其师的儒家门墙，成为法家的早期代表人物，却也继承了其师的“重礼”思想。《法经》在废除世卿世禄的同时，却又正式确认了与封建等级相适应的权利和义务关系，例如“大夫之家有侯物”“自一以上者诛”，“丞相受金左右伏诛”，都体现了对“礼”所代表的等级制度的认可。

《法经》继承了《周礼》及《尚书·吕刑》中的各种肉刑如笞、诛、臙、刑、宫等，还规定了大量的连坐刑，如夷族、夷乡等。《法经》充分体现了法家重刑主义的思想，“盗符者诛，籍其家。盗玺者诛。议国法令者诛，籍其家，及其妻氏”等类规定都散发出原始性及野蛮性。

《法经》出现后，魏国一直沿用，后由商鞅带往秦国，秦律即从《法经》脱胎而成，汉律又承袭秦律，故《法经》在中国古代法律史上有非常重要的地位。

《法经》早已失传，只有桓谭《新论》中有关于《法经》内容的简述，《晋书·刑法志》也有类似的记载。《新论》已亡佚，桓谭介绍《法经》的一条保留在明人董说《七国考》之中，是我们今天了解《法经》的重要依据。

（摘编自百度百科、互动百科）

司法部发布全国刑事法律援助服务规范

《法制日报》3月18日报道：近日，司法部发布《全国刑事法律援助服务规范》，要求各地自标准发布之日起组织实施，为受援人提供符合标准的刑事法律援助服务，不断提高刑事法律援助案件受援人满意度。据悉，这也是司法部出台的首个全国刑事法律援助服务行业标准。

该《规范》将“刑事法律援助受援人”定义为经法律援助机构审查批准，接受刑事法律援助服务的个人，包括犯罪嫌疑人、刑事被告人、被害人、自诉人、依法不负刑事责任的精神病人强制医疗案件被申请人、刑事附带民事诉讼当事人。该《规范》将受援人定位为个人，而不是公民，有效保障了外国人、无国籍人依法获得刑事法律援助服务。

该行业标准共9章，对刑事法律援助服务原则、服务类型、法律咨询、值班律师法律帮助、刑事法律援助和服务质量控制等提出具体要求，并给出了承办阶段归档材料目录。

该《规范》细化了刑事诉讼程序中法律援助的服务要求。比如，规定了刑事法律援助承办律师“不得损害受援人的合法权益”“应确保每个诉讼阶段至少会见受援人一次”“应当参加庭审，发表辩护意

见并提交书面辩护意见”等内容，并对未成年人案件办理单独设置章节予以规范，以促进提高刑事法律援助服务质量，不断提升刑事案件受援人满意度。

司法部有关负责人接受《法制日报》记者专访时指出：

党中央、国务院高度重视法律援助工作。习近平总书记强调要在不断扩大法律援助范围的基础上，注重提高法律援助的质量。《法律援助条例》明确规定律师应当为受援人提供符合标准的法律服务。中办、国办《关于完善法律援助制度的意见》（中办发〔2015〕37号）明确要求制定刑事法律援助质量标准。编制发布该《规范》，是落实党中央、国务院关于法律援助工作重大部署的关键举措，对于促进司法公正，增强人民群众在法治领域的获得感、幸福感和安全感具有重要意义。

该《规范》的性质应当是一个事前标准，是提供刑事法律援助服务的一般准则，即合格标准。律师严格依据该《规范》办案、提供咨询及法律帮助，那么这个服务就是合格的，刑事案件受援人的评价自然也是满意的。从这个角度讲，《规范》既是律师的办案指南，也是司法行政机关监管办案质量的依据。

根据该《规范》，律师在刑事诉讼各阶段办理法律援助案件时应注意以下要求：

一是充分会见。承办律师应及时会见受援人，且确保每个诉讼阶段至少会见受援人一次。首次会见时应告知法律援助提供无偿法律服务的性质，表明承办律师身份，询问受援人是否同意为其辩护并记录在案。会见受援人应制作会见笔录。

二是有效辩护。承办律师应当参加庭审，发表辩护意见并提交书面辩护意见。《规范》对侦查、审查起诉、审判程序的刑事法律援助服务提出具体要求，并明确刑事第二审程序、死刑复核程序以及再审程序的辩护工作，参照适用上述要求。

三是及时报告。承办律师接受指派后，遇有可能导致终止法律援助的4种情形时，应向法律援助机构报告；承办律师遇到4类重大疑难复杂刑事案件时，应向律师事务所报告，提请集体讨论研究辩护意见，并及时向法律援助机构报告承办情况。

四是遵规守纪。承办律师不得向受援人收取任何钱物或者利用承办案件的便利谋取其他不正当利益；办理法律援助案件过程中，应接受法律援助机构和受援人监督。





南天明之窗

2019年第1期

总第60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

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：2019年4月20日

印 数：3000本

目录 CONTENTS

法律典故

01-李悝和《法经》

行业聚焦

02-司法部发布全国刑事法律援助服务规范

税法专题

05-样板房交不交房产税？（高丽华）

06-假发票纠纷带给我们的相关启示（巫嘉欣）

“公司法+”专题

08-房地产企业破产中的购房人权益保护（肖福来）

09-破产程序中法定代表人的赔偿责任（林慧敏）

11-对公司章程注册资本条款设置的思考（范瑞祥）

融资上市

12-拟IPO公司占用集体用地的案例分析（李侃童）

13-整体上市的优势与模式选择（黎小华）

知识产权

14-知识产权维权应打组合拳（汤建城）

15-明星照片可以随意使用吗？（高成波）

16-婚姻中的知识产权归属（王明锆）

房产看法

17-主张“双合同”下房屋装修的差价款，法院支持吗？（钟远玉）

19-小区电梯超出保修期后维修费用由谁承担（杨健豪）

20-预售商品房的交付时间及影响（黄丽燕）

刑事话题

- 21-认定骗税，需考虑主观故意吗？（黄嘉莹）
- 22-无证买卖、持有气枪都使不得（邵珠童）

热点话题

- 24-违法海外代购的“罪与罚”（严嘉雯）
- 25-从“王思聪吃热狗”引发的侵权问题思考（杜嘉琦）
- 26-何为村集体股权，如何确权（林铭壮）

评案论法

- 27-公司章程能否规定“股东辞职或被公司辞退时必须转让其出资”（潘永生）
- 28-业主能否以公共基础设施尚未完善为由拒绝收楼（高慧婷）
- 29-从“美图秀秀”看驰名商标认定（王明锷）

新法解读

- 31-对建设工程施工合同司法解释（二）要点的解读（胡丽丽）

企业关注

- 33-单位支付工伤赔偿后能否向实际侵权人追偿？（麦超莹）
- 34-当事人在劳动案件的诉讼阶段增加诉讼请求，有几种结果？（严嘉雯）
- 35-公司股东担任高管也应签订劳动合同（吴 珺）

市民话题

- 36-离婚纠纷中房屋份额“净身出户”的可能性分析（谭彩仪）
- 38-朋友圈晒花艺，是否侵犯著作权？（李松花）
- 39-精神病人离婚纠纷法律疑问解析（钟棠青）

法苑纵横

- 40-如何论证离婚期间夫妻一方的对外民间借贷关系是否成立（姚何静玮）
- 41-合同违约之损害赔偿并不排除精神损害（郑 博）

立法快讯

- 42-新颁布的法律
- 42-最新司法解释
- 43-最新行政法规

今日南天明

- 44-短讯六则

样板房交不交房产税?

□ 高丽华

样板房交不交房产税?这真是 个争议较大的问题,税法对此未有 明确规定,不同的主体站在不同的 角度会有不同的结论。有些税务机 关认为要征,原因是样板房不属于 不征或免征房产税范围。而房地产 开发商认为不征,因为样板房未出 售,只是个开发商的库存商品。而 笔者认为样板房不应征收房产税, 本文说说其中的理由。

一、房产税的征收范围和免征范围

房产税作为财产税的一种,征收的依据是1986年9月15日国务院发布的《中华人民共和国房产税暂行条例》(以下简称暂行条例)。暂行条例第一条、第二条规定,“在城市、县城、建制镇和工矿区拥有房产的,产权所有人应缴纳房产税,产权未确定的,由房产代管人或者使用人缴纳”。第五条规定,“下列房产免征房产税:一、国家机关、人民团体、军队自用的房产;二、由国家财政部门拨付事业经费的单位自用的房产;三、宗教寺庙、公园、名胜古迹自用的房产;四、个人所有非营业用的房产;五、经财政部批准免税的其他房产。”

(说明:房产税一直都存在,但与近几年热议的房地产税并不是同一税种,大家要注意区分开哦!)

二、样板房属于开发商的库存商品

《财政部、国家税务总局关于房产税和车船使用税几个业务问题的解释与规定》(财税地[1987]3号)规定,房屋是指有屋面和围护结构

(有墙或两边有柱),能够遮风避雨,可供人们在其中生产、工作、学习、娱乐、居住或储藏物资的场所。独立于房屋之外的建筑物,如围墙、烟囱、水塔、变电塔、油池油柜、酒窖菜窖、酒精池、糖蜜池、室外游泳池、玻璃暖房、砖瓦石灰窑以及各种油气罐等,不属于房产。从房产的税法定义看,样板房属于房产,可对开发商而言样板房只是待售的库存商品。

针对房地产行业的特殊性,税法给予了特殊规定。《国家税务总局关于房产税、城镇土地使用税有关政策规定的通知》(国税发[2003]89号)第一条规定:“关于房地产开发企业开发的商品房免征房产税问题鉴于房地产开发企业开发的商品房在出售前,对房地产开发企业而言是一种产品,因此,对房地产开发企业建造的商品房,在出售前,不征收房产税;但对出售前房地产开发企业已使用或出租、出借的商品房应按规定征收房产税。”据此,商品房对开发商而言是一种产品,在出售前不征收房产税,但出售前开放商已使用或出租、出借的情况除外,大家对此毫无争议。有争议的是开放商将商品房装修变样板房后,展示给顾客参观,这样是否属于“使用”,开发商作为使用人是否应缴纳房产税?

三、展示样板房不应等同于“使用”

笔者认为开发商展示样板房不应等同于使用商品房。其一,装修不应等于使用。样板房虽然经过装



高丽华 律师

修,可对开发商而言本质上还是个商品。随着我国房地产市场的迅猛发展,顾客需求的变化,如今大多数的商品房都是精装房,精装房未出售前不征房产税。同理,样板房实质上也是个待销售产品,只不过在销售时间或者价格上与同楼盘的商品房有所不同。其二,提供参考标准不应等于使用。样板房的根本作用是供顾客参观,是给顾客装修效果的参照实例。对顾客而言,没有比验货后再交易更叫人放心的。但商品房根本没有办法做到验货交易,因此,样板房的作用也日渐凸显。最后,展示样板房,没有给开发商带来额外收益,仅仅是营销的必需手段。据前文分析,样板房的出现是市场所需,是营销手段,根本没有给开放商带来额外或者更大的收入。不应该将样板房与普通商品房区分,作为房产税的征税对象。(下转第7页)

假发票纠纷带给我们的相关启示

□ 巫嘉欣



巫嘉欣 实习律师

企业在经营过程中，收到对方的假发票并入账，因此被税务机关处罚，真是既委屈又冤枉。其实企业被税务机关处罚，也可以通过民事诉讼途径挽回部分损失。

案例：

2012年1月18日，漳发公司作为发包方（甲方）与承包方张建东（乙方）签订《建筑工程项目承包合同》（以下简称合同），约定承包方式为包工、包料。其中合同第二条工程造价第（二）点约定，“本承包合同乙方承包总价为：（按甲方承包价下浮9%）金额大写人民币叁佰零伍万贰仟伍佰贰拾捌元壹角陆分（不含税），小写人民币3052528.16元（人民币）”。合同第六条工程款支付和结算约定，“结算时乙方应提供工程总价70%以上的材料发票，30%以下的工资表。”合同签订后，双方履行了合同约定的相

关义务，建设工程竣工验收合格。张建东向漳发公司提供有开票企业名称为漳州市益信物资有限公司，发票金额合计为249981元的发票报销工程款。漳发公司将相应的工程款全部支付给张建东。

2014年11月26日至2015年10月28日，漳州市国家税务局稽查局（以下简称漳州稽查局）依法对漳发公司2012年1月1日至2013年12月31日期间的纳税情况进行了检查。2016年3月4日，漳州稽查局作出了漳国税稽处【2016】5号税务处理决定书和漳国税稽查罚【2016】5号税务行政处罚决定书，认定张建东所提供上述发票存在发票代码、发票号码、开票单位名称与从税务机关申购的发票代码、发票号码、开票单位名称一致，但发票的票面金额、项目品名、受票单位、密码区等与从税务机关申购的开具出来的发票不一致，是假票。责令漳发公司补缴包括张建东所提供的假票在内而产生的企业所得税4752130.55元、滞纳金1761071.52元，并处罚款10000元。漳发公司分别于2016年2月2日和2016年3月14日补缴了上述款项。其中，张建东提供假票的金额为249981元，应补缴的企业所得税为249981元 \times 25%=62495.25元、滞纳金为62495.25元 \times 0.05% \times 608天（2014年6月1日至2016年2月2日）=18998.56元、按比例分摊的罚款为62495.25元 \div 4752130.55元 \times 100000元=1315.10元。

漳发公司向法院提起诉讼，要求张建东赔偿税款62495.25元、滞纳

金18998.56元、罚款1315.10元，合计82808.91元及其相应的利息。

2018年9月30日，二审法院判决张建东按照50%责任，赔偿漳发公司滞纳金、罚款等损失合计10156.83元。

法律分析：

一、案涉合同为无效合同，漳发公司及张建东应根据自身过错承担漳发公司的损失。

建筑法第二十六条第一款规定，承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。张建东属于个人，没有相应的工程承包、施工资质。其与漳发公司签订的合同违反了合同法第五十二条第五项，“违反法律、行政法规的强制性规定”，合同无效。此外，张建东提供的材料发票中的建筑材料并非由漳发公司购买，漳发公司将不是其购买的材料的发票用于抵扣其应缴纳的纳税额，该行为属于发票管理办法第二十二条第（二）项规定的让他人为自己开具与实际经营业务情况不符的发票，是虚开的行为，损害了国家税收利益。

根据《合同法》第五十八条规定，“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”由于案涉合同以及履行完毕，工程以及竣工验收合格，漳发公司已经按照合同的约定支付全部工程

款给张建东，张建东也提供了全部工程价款70%的发票，不能返还。据此，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”

对于案涉合同的无效，并非漳发公司一方造成的，双方均有过错，双方应根据过错责任的大小，承担漳发公司的损失。

二、漳发公司作为企业所得税的纳税义务人，缴纳企业所得税是其法定的纳税义务。其补缴的企业所得税不属于因案涉合同无效所造成的损失。

1、《企业所得税法》第一条第一款规定：在中华人民共和国境内，企业和其他取得收入的组织（以下统称企业）为企业所得税的纳税人，依照本法的规定缴纳企业所得税。所以，漳发公司是企业所得税的纳税义务人，应当按照法律规定缴纳企业所得税，而本案被告张建东属于个人，不是企业所得税的纳税义务人。

2、《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；特殊情况下，由付款方向收款方开具发票。《企业所得税法》第八条规定：企业实际发生的与取得收入有关的、合理的支出，包括成本、费用、税金、损失和其他支出，准予在计算应纳税所得额时扣除。本案中，建筑材料实际是由张建东购买用于施工，并非漳发公司购买。即使张建东提供给漳发公司的发票不是“假发票”，但因购买建筑材料的费用并非漳发公司的实际支出，所以漳发公司不得将张建东购买材料的发票作为企业成本，在计算应纳企业所得税额时扣除。也就是说，该笔企业所得税原本就应该由漳发公司缴纳，不属于漳发公司的损失，要求张建东承担该笔税款既无事实依据，也无法律依据。

三、漳发公司的补缴滞纳金及罚款属于漳发公司的损失，张建东应承担50%责任，予以赔偿。

对于漳发公司，其错有二：其一，其将工程承包给没有施工资质的张建东施工，并要求承包人张建东结算时提供工程总价70%以上的材料发票。其二，漳发公司付款时未对案涉发票的真实性进行严格审核。

张建东的过错：对于漳发公司要求其提供发票用于抵扣企业所得税这一明显违反法律规定的要求，积极配合并且提供虚假发票，造成漳发公司被税务机关处罚并且缴纳滞纳金。

综上，人民法院认为，漳发公司被税务机关处罚，双方负有同等责任，应该各自负担50%的责任。

结语：

其实企业不仅可以事后通过诉讼来追回自己的部分损失，还要注意事前的预防，在签订合同时应更加谨慎，特别注意发票条款的合法订立，必要时还可以咨询相关专业人士，双管齐下，最大限度的维护企业的合法权益。

（作者交流电话：13794012264）

（上接第5页）

【结语】税法将未售商品房不作为征税对象，是对房地产开发商的

一种税收优惠，但未对“使用”作进一步解释，结合样板房的特性，样板房与普通商品房本质无异，从

立法目的看，笔者认为不应将未确权的样板房作为征税对象。

（作者交流电话：13824543825）

（上接第16页）却并不属于孳息或自然增值，因此婚前个人持有的知识产权在婚姻关系存续期间取得或明确可以取得的财产性收益也属于夫妻共同财产。

四、登记于夫妻一方名下的知识产权虽不构成夫妻共同财产，但可能被用来偿还夫妻共同债务

根绝《婚姻法》第四十一条、《婚姻法》司法解释（二）第二十五条和二十六条，我国对于夫妻共同债

务实行的的是连带偿还制度，即夫妻双方对于夫妻共同债务承担补充连带责任。在此制度下，如果夫妻共同财产不足以清偿夫妻共同债务，则夫或妻应以其个人特有财产连带偿还夫妻共同债务，即使该夫妻已经协议或经法院判决离婚，抑或夫妻中的一方已经死亡。因此，即使婚姻关系中的知识产权为个人特有财产，不构成夫妻共同财产，该知识产权也完全可能被用来偿还夫妻

共同债务。

五、结语

行文至此，关于作家丈夫和其妻子的分歧，从法律的角度已经有了答案：丈夫作为小说的作者，该小说的著作权归丈夫本人享有；妻子对该小说不享有著作权，因此，无权以未经其同意为由阻止丈夫发表该小说；但是丈夫出版小说后所得的收益属于夫妻共同财产，妻子可享有相应份额。

（作者交流电话：15015810308）

房地产企业破产中的购房人权益保护

□ 肖福来



肖福来 律师

近些年来，我国对房地产行业的调控力度加大，很多房地产企业因资金链断裂等原因进入破产程序。房地产企业的破产具有行业特殊性，房地产开发过程中往往存在待继续履行的合同，如施工合同、商品房买卖合同、物业服务合同、按揭贷款合同、融资担保合同、合作开发合同等，权利人包括工程款优先权人、购房人、物业企业、按揭贷款银行、融资机构、税务机构等。一般债权人通常都是希望以货币形式进行清偿，而购房人更多期待的是房地产企业交付所购房屋，因此购房人的诉求明显有别于其他破产债权人，购房人权益保护已成为房地产企业破产程序中的疑难问题。

一、避免购买风险项目

房地产企业一旦进入破产程序，购房人的权利将受到很大影响和限制，房地产企业陷入破产境地并非没有征兆，例如项目进度远远慢于预期、交楼时间延迟、项目长期拖欠工程款等。因此，购房人在购房前应当充分了解房地产项目基本情况。若不幸遇到了开发商破产，购房人该如何自我保护呢？

二、哪些情况下购房人有权要求继续履行合同？

（一）已付清购房款的购房人

在购房人已付清全部购房款的情况下，管理人无权根据《破产法》第18条第1款规定行使解除权，管理人的解除权只适用于双方均未履行完毕的合同。购房人有权要求破产管理人继续履行合同，若存在延期交楼或延期办证等情形，购房人还有权根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》或双方合同约定主张延期交楼和办证等违约责任。

（二）已支付超过50%购房款的消费者购房人

根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第2条规定，承包人的建设工程价款优先受偿权不得对抗已付款全部或大部的消费者购房人的物权请求，即已支付全部或大部购房款的消费者购房人比建设工程价款优先受偿权更为优先，而所谓消费者购房人系为满足生活居住需要而购

房，而非用于经营。

（三）房屋买卖合同已经预告登记的购房人

在司法实践中，预告登记（包含网签行为）具备权利预设的效力，并延伸出破产保护功能，破产管理人在这种情况下也无权行使解除权，但在这种情况下购房人是否能够对抗承包人的建设工程价款优先受偿权尚存在一定争议。

三、购房人在破产程序中如何主张权利

购房人要求继续履行合同的，实际上购房人行使的是物权请求权和物权瑕疵赔偿的金钱请求权。物权请求权具化为房屋具备交付条件的购房人付清剩余房款后，办理过户登记，取得房屋所有权。房屋不具备交付条件，还是在建工程的，购房人付清剩余房款后，取得在建工程一部分。物权瑕疵赔偿的金钱请求权仅作为普通债权。购房人要求继续履行合同的，实际上行使的是购房损失赔偿的金钱请求权。但无论何种金钱请求权，都是普通债权，只有在物权请求权因转化为物权才会取得实质上的优先效力。

综上，购房人应当谨慎选择楼盘，提前做足功课，若不幸遇到房地产企业发生破产的情形，先明确自己一方的履行情况，找到最有效的自我保护办法，必要时候也可以寻求专业法律人士的帮助。

（作者交流电话：13702638080）

破产程序中法定代表人的赔偿责任

□ 林慧敏

一、案件事实

2007年6月21日奥昌公司变更登记为香港联合科技控股有限公司单方控股。

2012年9月19日，奥昌公司以公司资产不足以清偿全部债务但仍有拯救生机为由，申请重整。

2012年9月26日法院作出(2012)温龙破(预)字第2号民事裁定书，依法裁定奥昌公司重整。2012年10月10日法院作出(2012)温龙破字第2-1号决定书，指定浙江天经律师事务所担任奥昌公司管理人。

2012年10月31日张某杰向管理人陈述，香港联合科技控股有限公司只是名义股东，实际是自然人出资，且专项审计报告中也没有反映2007年6月21日奥昌公司股权变更的情况。

2013年5月20日法院作出(2012)温龙破字第2-1号民事裁定书，终止奥昌公司重整程序，宣告奥昌公司破产。经审计发现，奥昌公司于2012年6月20日至2012年9月2日归还丁某国借款金额合计3318910元。2012年6月20日的614500元、7月11日的300000元领款凭证系张某杰审批。但其他六张领款凭证均系无任何审批，且公司财务也未核实丁某国身份的情况下，对其个别清偿。

张某杰为奥昌公司法定代表人原担任公司董事长，郑某平担任公司监事长兼财务部经理，张某迪担任公司监事职务。

奥昌公司认为张某杰、郑某平、

张某迪系奥昌公司的股东，张某杰原担任公司董事长，郑某平担任公司监事长兼财务部经理，张某迪担任公司监事职务。根据奥昌公司资产负债表记载，截至2012年5月31日止，奥昌公司负债率为126.81%，已资不抵债，不能偿还到期债务。人民法院受理其重整申请前6个月内仍对债权人丁某国的债务个别进行清偿，应依法予以撤销，并可要求追回已归还的款项，但张某杰在约定的期限内未向管理人提供丁某国的身份、户籍信息，致使管理人无法向丁某国追回款项，造成公司财产损失。张某杰作为公司的法定代表人，决定同意偿还丁某国债务，负有领导审批责任；郑某平作为公司监事长兼财务部经理，负有审查监督的责任，但在丁某国多张收回借款领款凭证未经张某杰审批的情况下仍向丁某国偿还债务，也负有财务监督的直接责任；张某迪作为公司的股东兼监事，也未履行监督的职责，参与该债务的偿还，也负有监督的直接责任；以上三人对该债务的偿还均存在故意及重大过失。故起诉，请求判令：张某杰、郑某平、张某迪共同偿还奥昌公司3318910元。

二、裁判思路

一审法院认为：奥昌公司对丁某国的清偿属于《中华人民共和国企业破产法》第三十二条规定的个别清偿行为。由于奥昌公司对丁某国的个别清偿，且张某杰未能提供领款人丁某国的详细身份信息，其



林慧敏 律师

提供的丁某国身份线索该院经公安人口信息查询后亦无法获得确认，导致奥昌公司无法向丁某国追偿已个别清偿的3318910元，造成奥昌公司及其债权人相应的利益受损。张某杰作为奥昌公司的法定代表人兼执行董事对奥昌公司的个别清偿行为负有过错，在奥昌公司无法向丁某国追索的情况下应承担相应的赔偿责任，奥昌公司要求其赔偿3318910元的诉讼请求该院予支持。郑某平作为奥昌公司的会计，其做账行为系履行职务，没有证据证明郑某平担任奥昌公司监事一职并存在过错，奥昌公司要求其承担赔偿责任无事实与法律依据，该院不予支持。同时，亦没有证据证明张某迪担任奥昌公司监事一职并存在过错，其介绍奥昌公司向丁某国借款的行为并不构成承担责任的法定理由，奥昌公司要求其承担赔偿责任无事实与法律依据，该院不予支持。

判决如下：一、被告张某杰于本判决生效之日起十日内赔偿原告温州奥昌合成革有限公司3318910元；二、驳回原告温州奥昌合成革有限公司的其他诉讼请求。本案诉讼费33351元（原告已预缴），由被告张某杰负担。

二审本院认为：《中华人民共和国企业破产法》第一百二十八条规定：“债务人有本法第三十一条、第三十二条、第三十三条规定的行为，损害债权人利益的，债务人的法定代表人和其他直接责任人员依法承担赔偿责任。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第十八条规定：“管理人代表债务人依据企业破产法第一百二十八条的规定，以债务人的法定代表人和其他直接责任人员对所涉债务人财产的相关行为存在故意或者重大过失，造成债务人财产损失为由提起诉讼，主张上述责任人员承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。”张某迪作为奥昌公司的监事及股东，介绍丁某国借款给奥昌公司，并以自己的名义持丁某国的凭证向奥昌公司管理人申报债权，足见其与丁某国关系特殊，但未能提供丁某国的详细身份信息，导致奥昌公司无法向丁某国追讨个别清偿的3318910元，应承担赔偿责任。郑某平作为奥昌公司的监事长以及财务主管，其对公司的财务行为应尽到勤勉义务。根据公司资产负债表显示奥昌公司于2012年5月31日已资不抵债，鉴于2012年6月20日的614500元、7月11日的300000元领款凭证系张某杰审批，故郑某平对该二张收款收据合

计914500元不应承担赔偿责任。但其他六张领款凭证均系无任何审批，且公司财务也未核实丁某国身份的情况下，对其个别清偿，郑某平作为财务主管又系张某迪持丁某国向奥昌公司管理人申报债权的受委托人，应承担赔偿责任。本院认为郑某平、张某迪应属奥昌公司向丁某国个别清偿的“其他直接责任人员”，但郑某平、张某迪均未能提供丁某国的详细身份信息，导致奥昌公司无法向丁某国追讨个别清偿的3318910元，存在故意或重大过失，依法承担赔偿责任。

判决如下：一、撤销一审民事判决；二、张某迪、张某杰于本判决生效之日起十日内赔偿上诉人温州奥昌合成革有限公司3318910元；三、郑某平对第二项判决款项在2404410元范围内承担共同赔偿责任。

三、建议

公司法定代表人作为公司一个机构，具有其法定的职责。公司进入破产清算后，管理人对于债务人的法定代表人与其他直接责任人员符合《破产法》第一百二十八条【债务人有本法第三十一条、第三十二条、第三十三条规定的行为，损害债权人利益的，债务人的法定代表人和其他直接责任人员依法承担赔偿责任。】、《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（二）第十八条【管理人代表债务人依据企业破产法第一百二十八条的规定，以债务人的法定代表人和其他直接责任人员对所涉债务人财产的相关行为存在故意或者重大过失，造成

债务人财产损失为由提起诉讼，主张上述责任人员承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持】规定情形的，可要求法定代表人与其他直接责任人员承担赔偿责任。因此，作为公司法定代表人，需要注意：

（一）公司已出现不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的时候，法定代表人应当注意不为无偿转让财产、以明显不合理的价格进行交易、对没有财产担保的债务提供财产担保、对未到期的债务提前清偿、放弃债权、对个别债权人进行清偿、为逃避债务而隐匿转移财产、虚构债务或者承认不真实的债务的行为。否则，公司法定代表人将可能因此而承担赔偿责任。

（二）在公司出现不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力，或者有明显丧失清偿能力可能的情形，公司法定代表人应当依据公司的章程向股东会提出是否对公司申请破产清算、破产重整或破产和解。

（三）公司在进入破产程序后，作为法定代表人应当注意履行《破产法》第十五条规定的义务：1.妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料；2.根据人民法院、管理人的要求进行工作，并如实回答询问；3.列席债权人会议并如实回答债权人的询问；4.未经人民法院许可，不得离开住所地；5.不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。

（作者交流电话：13823416704）



对公司章程注册资本条款设置的思考

□ 范瑞祥

公司章程是公司股东共同制定的规范公司组织和行为的根本准则。它在公司运行中的作用十分关键，堪称公司的“宪法”。但是，一方面，许多公司不太重视公司章程的制定，往往只是在工商部门提供的章程范本上简单做一下“填空题”，导致实务中公司章程的内容千篇一律；另一方面，有些公司在设置个性化的章程条款时，内容明显不合理。不合理的章程一来使得企业需要多次补正以完成工商登记，二来也为公司的未来发展埋下不少隐患。

其实，每个公司的情况存在很大差异，如果公司能够结合实际情况就公司章程条款进行个性化的设计，可以使公司的发展更加切合股东利益、期望，提升公司的治理水平，提前减少公司未来发展的隐患。

《公司法》对于公司章程条款的设计给与了企业很大的自由度，如《公司法》第十六条规定：“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议”；第四十二条规定：“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。”

本文将就公司章程中注册资本及出资时间的条款进行分析：

2013年《公司法》修改后，注册资本实缴制修改为注册资本认缴制，且取消了有限公司最低出资额。同时，股东的出资期限由股东在公司章程中自行约定。由此，实

务中出现了以下三种极端现象：

（1）一元公司

由于取消了最低出资额的限制，理论上可以创立注册资本为一元的公司。但是实务中，这种“创新”往往显得公司视经营为儿戏。随着全国企业信用信息公示平台的上线，交易相对方很容易就能查找公司的注册资本。在此情况下公司的注册资本就是公司信用的体现。公司与交易对方签订合同，参加招投标、申请资质等往往都需要在注册资本上达到一定的数额。最后，设立公司，要投入资金的地方很多，股东根本不可能仅向企业投入一元就能使企业公司正常营业。因此，设立一元公司往往只是部分人标新立异的方式，而不符合经营的实际。

（2）亿元公司及超长出资时间

注册资本过高及设定不合理的超长出资时间这两种极端现象往往相伴而来，股东们将注册资本订立得过高，“打肿脸去充胖子”，给公司增加“信用”，另一方面试图通过超长的出资时间规避需要实缴高额出资的风险。但是，《公司法》虽然取消了设立时股东向公司实际出资的限制，但是各股东以其认缴的金额承担责任的原则没有变。设立有限公司的目的之一在于通过有限责任避免股东因创业失败需要对外承担无限连带责任，进而鼓励投资创业。将注册资本定得过高，无疑使股东从一开始就承担了



范瑞祥 实习律师

过高的风险。同时，根据《破产法》的规定，公司一旦被宣告破产，股东对公司的出资义务将“加速到期”，即无论公司章程如何规定出资期限，股东的出资义务均视为已经到期，股东应当立即履行缴纳出资的义务。因此，试图通过规定“超长”出资期限来对冲实缴过高的认缴出资风险的做法并不可行。

综上所述，投资人在设立公司时应综合未来经营的需要、股东承担风险的能力等方面设计公司章程中的注册资本及出资时间条款。同时，在公司设立后，持续经营的过程中根据公司的发展需要，通过增资、减资等方式动态调整公司的章程中的注册资本、出资时间条款，以适应企业不同发展阶段的不同需要。

（作者交流电话：18566390738）

拟IPO公司占用集体用地的案例分析

□ 李侃童



李侃童 律师

《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：（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。从这个条文可以看出，在一个公司IPO的过程中，土地作为公司发行上市的主要资产，是发行条件非常重要的一环，如果权属不清，则不符合上市条件。

《土地管理法》第四十三条第一款规定：任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公公上市和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。第六十三条规定：农民集体所有的土地的

使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设。在实践中，有一些拟IPO公司租赁的土地并不是国有土地，而这些公司中大部分取得集体用地的目的既不属于兴办乡镇企业或村民建设住宅，也不属于公共设施和公益事业建设等情况。也就是说，这些拟IPO公司即使取得农村集体建设用地使用权的过程合法合规，但是也有可能因为租赁农村集体用地用于非农业建设而存在法律瑕疵，从而不符合上市条件，被证监会否决。

在2005年，广东省人民政府发布了《广东集体建设用地使用权流转管理办法》，该办法第三条规定：取得农民集体土地进行非农业建设，应当符合国家有关产业政策及当地土地利用总体规划、城市规划或村庄、集镇规划。同时，第七条规定：出让、出租和抵押集体建设用地使用权，须经本集体经济组织成员的村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意。对于广东省的公司来说是非常幸运的，涉及集体土地问题的案例，均可围绕该管理办法进行论证，得到发审委的普遍认可。

香山股份（002870）在上市过程中就因有三项租赁厂房使用的土地为集体用地而被发审委提问，请求保荐机构及发行人律师就租赁房产是否合法合规、是否对发行人生产经营造成重大不利影响作出回答。保荐机构及律师论证了公司的厂房已经取得了用途为工业用地的集体土地使用证，土地使用权类型

为划拨，可用于企业生产；该厂房所在土地的租赁已经获得有所有权的经济联合社2/3以上村民代表同意；周边可替代生产场所较多，厂房搬迁不会对公司的生产经营产生重大影响；市政府出具证明，证明租赁房产所处地段尚未纳入拆迁改造范围，且在未来3-5年暂无拆迁计划，不会影响公司的正常生产经营；实际控制人兜底承诺由其承担因房产产权瑕疵导致租赁终止而给公司造成的全部损失。

四通股份（603838）在上市过程中也遇到过类似的问题，公司租用了集体土地及地上厂房，并在租赁期间将该土地用于生产与加工车间。保荐机构及律师首先承认了租赁集体土地用于非农建设违法违规，但是论证了该部分集体土地面积小，占公司已取得土地使用证的全部国有土地使用权面积的比例低，而且搬迁难度小，制定了搬迁方案，搬迁费用较低，不会对公司的经营产生重大影响，最后，市国土资源局出具证明且实际控制人兜底承诺。

综合来说，拟IPO公司占用集体用地用于非农业建设始终是违法违规的事情，但如果公司取得集体土地使用权的途径合法合规，且有搬迁计划、搬迁难度小、费用低、对公司经营生产没有重大影响的话，发审委还是给了一定的空间的。如要做到合法合规、万无一失，那公司最好还是通过合法途径租赁合法的国有土地进行生产运营吧。

（作者交流电话：13929108225）

整体上市的优势与模式选择

□ 黎小华

一、整体上市的定义

整体上市的定义有广义和狭义两种。广义的整体上市的是指符合上市条件的集团公司将其主要资产、业务整体改制为股份公司进行上市。狭义的整体上市是相对于分拆上市而言，分拆上市是指一家公司将其部分资产、业务或某个子公司改制为股份公司进行上市的做法。对于已经上市的公司为了减少与控股股东关联交易，或者优化上市产业结构、延长产业链，而实现控股股东主业、资产或法人整体上市的一种战略措施。目前，我国资本市场上所涉及的整体上市主要是相对于分拆上市而言的狭义整体上市，本文介绍的也为狭义的整体上市。

二、整体上市的优势

1、带来利润增长和估值的好处。

可以使上市公司获得业绩增长和估值溢价两方面的好处。在整体上市过程中，会将上市公司关联公司中的优质资产、业务整合到整体上市的主体中来，从而增加整体上市后的总资产（优质资产），同时往往会由于整合而增加公司盈利能力，如果是同向整合则会让主业更加突出，行业地位更具优势，故带来业绩增长和估值的溢价。

2、有利于减少关联交易和避免同业竞争。

在公司上市审核中，同业竞争是被禁止的，关联交易也是需要尽量避免和有效保持公平的，但公司在发展壮大过程中难免由于各种原

因而存在关联交易和同业竞争，在上市整改过程中，都需要对上述为进行处理。对于有些公司，可能在上市整改中存在上述遗留问题，而且即使是上市后也有同业竞争隐患、关联交易发生等问题。而在整体上市整合之后，此类情形的问题将会有很大程度的解决。

3、整体上市有助于集团公司进一步完善和优化产业链，提升市场的资源配置功能与产业整合功能。

实施分拆上市的公司往往存在的情况是，资产不完全，不完整，对集团公司的依赖较大，而且这部分资产往往是规模较小，竞争实力和盈利能力不强，缺乏规模效应。这种状况严重阻碍了上市公司的长远发展，甚至威胁到一部分上市公司的生存能力。通过横向或者纵向对关联方收购，可以形成规模效应，增强企业的市场竞争力。

三、整体上市的模式

整体上市角度来看，模式主要分为换股IPO、换股吸收合并、反向收购三种。

1、换股IPO

换股IPO是指控股股东集团公司整体改制为股份有限公司，公开发行股票并换股吸收合并下属已上市的子公司，最终实现集团公司整体上市，同时原已上市的子公司退市并注销。一般要经过股票发行、上市交易、母公司收购、已上市公司被吸收合并等流程。一般来说，换股和吸收合并是同时进行、不可分割的两个行为。



黎小华 律师

2、换股吸收合并

换股吸收合并是指集团公司旗下上市公司之间（同一实际控制人）换股吸收合并实现整体上市，如果集团公司旗下有数家上市公司，并且横向同业或纵向上下游产业链的业务关系密切，可选择一家上市公司为主，通过换股形式来完成对其他上市公司的并购，实现集团公司内部相关资产的整体上市。

3、反向收购

反向收购是指上市公司反向收购控股股东集团公司或其主业资产实现整体上市。若集团公司资产量较大，需要的收购资金压力较大，可通过多次反向收购来实现。资金的来源可以是自有资金，也可向集团公司定向发行一定数量的股票，换取集团公司拥有的经营性资产或股权。

（作者交流电话：15800077600）

知识产权维权应打组合拳

□ 汤建城



汤建城 律师

2014年8月31日,《全国人民代表大会常务委员会关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》发布。随后,佛山市、武汉市、合肥市、杭州市、宁波市等多个区域相继设立跨区域集中管辖知识产权案件的知识产权法庭。全国各地的知识产权保护力度空前加大,侵权判赔额显著提升。但是,由于民事案件“不告不理”,权利人若想最大程度地利用国家公权力保护其知识产权,还应当为国家公权力创设保护通道,即充分运用专利、商标、著作权、不正当竞争的“组合拳”打击知识产权侵权行为。

【案例】广东A电器有限公司成立于1994年。长期以来,广东A电器有限公司秉持设计精良、品质高超、品类齐全的企业作风,加之多层次、宽领域的广告宣传,产品获得了国际国内多项荣誉,在全球范围内形成了较大的销售规模。同时,广东A电器有限公

司具有较高的商标保护意识,其早于2000年以前就将其字号A注册为了商标。

A电器有限公司于2015年在广西省南宁市注册成立,后于2016年将经营地址变更为广州市。同时,A电器有限公司向国家商标局注册了a商标(a商标与A商标构成商标近似)。在经营过程中,A电器有限公司将Aa组合使用于产品包装及相应的宣传画册上。成立以来,A电器有限公司的产品销售额巨大。

【事实分析】

A电器有限公司成立的目的是为了混淆广东A电器有限公司的产品市场,从而牟取不正当利益。首先,由于广东A电器有限公司的存在,因此在相同行政区域、相同行业上以相同字号注册企业存在较大障碍,故A电器有限公司首先成立于广西省南宁市,后变更经营地址为广州市。其次,A电器有限公司以与A标志相近似的a标志注册了商标,由于a是A的衍化形式,该标志的使用本身就极易造成市场混淆。为了充分傍名牌,A电器有限公司还将Aa组合使用于产品包装及相应的宣传画册上。

【法律分析】《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条第三款规定:“擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)、姓名(包括笔名、艺名、译名等)”;《商标法》第五十八条规定:“将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用,误导公众,构成不正当竞争行为的,依照《中华人民共和国反不正

当竞争法》处理。”本案中,首先,广东A电器有限公司的产品深受市场欢迎且获得国内国外多项荣誉,同时,在广泛的广告宣传下,企业名称具有较高的知名度,故A字号属于有一定影响的企业名称。A电器有限公司擅自使用他人具有一定影响的企业名称,且从其行为可以判断,A电器有限公司具有强烈的主观恶意。因此,A电器有限公司擅自使用他人字号的行为构成不正当竞争行为。其次,广东A电器有限公司是A商标的商标权人,A电器有限公司未经许可擅自将A商标注册为企业名称,其行为同样构成不正当竞争行为。

A电器有限公司对广东A电器有限公司构成不正当竞争,应当依法承担侵权责任。此外,为了杜绝A电器有限公司的傍名牌行为,充分维护自身的合法权益,广东A电器有限公司应当充分评估A电器有限公司的行为是否同时构成侵犯商标权行为。本案中,A电器有限公司将Aa组合使用于产品包装及相应的宣传画册上,虽A电器有限公司经过工商行政管理部门核准取得A字号的字号权,但是在实际使用过程中,其脱离企业全称而突出实用A字号。由于广东A电器有限公司经注册依法取得A商标的专用权,A电器有限公司突出实用A字号的行为依法侵犯了广东A电器有限公司的注册商标专用权。

【法律建议】广东A电器有限公司保护自身知识产权,应当使用“商标侵权&不正当竞争”的组合拳,即追究A电器有限公司的不正当竞争行为,又追究其侵犯商标权行为。

(作者交流电话:13662320145)

明星照片可以随意使用吗？

□ 高成波

近期著名影星范某因“税”事闹的沸沸扬扬，吸引了所有媒体及公众的关注。但是，与范某相关的其他类型案件却鲜有提及。也就在此期间笔者承办了一起明星肖像权侵权案件，案件涉及的主角之一便是范某。

案情简介：

某A公司系一家大型家居定制公司，于2015年在其公众号上发表一推广文章标题为：“冰冰有‘李’，你有我‘门’”。文章中使用了一张范某与李某（范某男朋友）合照，并用于“蹭热度”商业推广。两年后即2017年末，李某的代理人对上文做了网络公证。其后，于2018年6月李某以侵犯其肖像权为由将A公司起诉至北京市海淀区法院。

那么，法院是否会支持李某的诉讼请求，认定A公司侵犯其肖像权呢？

法律分析：

由于新法《中华人民共和国民法总则》仅定义规定了肖像权是公民人身权利的其中一种，却没有关于肖像权侵权的直接规定。而《中华人民共和国民法通则》第100条规定：“未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第139条规定：“以营利为目的，未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等，应当认定为侵犯公民肖像权的行为。”在未有新法出台之前旧法关于肖像权侵权的相关规定

仍然有效。

从上述法律规定可知，如果使用他人的肖像权，为自己的公司、品牌打广告或者为产品作商业性推广，这些典型的商业行为，都可能认定为以营利为目的。对于本案中这类“蹭热度”的推文，一旦使用了明星的照片，最终会被认定为侵犯公民肖像权的行为。

笔者从大数据检索分析，最典型的肖像权侵权案例当属于“葛优躺”系列案（前一段期间，许多网络写手“蹭热度”未经授权使用葛优先生躺睡的照片）。“葛优躺”系列案除未经同意使用肖像行为外，还带有丑化人物形像特性。也正如此，“葛优躺”系列案如果不是和解撤诉结案，无一例外被判侵犯肖像权，而且判赔额度比一般明星要高许多。

是不是只要使用了明星照片都会涉及侵权？其实也不尽然。还有那些情况下可以使用明星的肖像权？笔者归纳主要有以下两种情况：第一种情况是签订肖像权使用合同，也就是获得了合法的肖像使用授权。这种情况最直接也最为有效。

第二种情况是依照法律规定合理使用他人肖像。比如为了社会公共利益的需要而使用公民肖像，属于肖像的合理使用。最常见的是为了新闻报道的需要，可以未经肖像权人的同意而使用其肖像。但该肖像必须是新闻报道的有机组成部分，是为新闻报道服务，同时用于新闻报道时，要避免侵犯该肖像权人的隐私权。



高成波 律师

另外记者采访时，对一些污染环境、违反社会公德的人和事，通过照片和写文章的方式进行了揭露曝光，行使的是正常的舆论监督，其目的是为了维护社会公德，并且不是以盈利为目的，而且也不存在侮辱丑化当事人的肖像，此情况也不构成侵犯肖像权。

总结：

肖像权是人身权的一种，它是指通过摄影、绘画、雕塑等造型艺术或者其他艺术形式在客观上再现的自己形象所享有的专有权。而明星的肖像权因具有巨大的商业价值，更是被大量非法使用。因此在日常使用他人特别是明星的照片时要非常注意，一旦涉及未经授权使用明星的肖像，那怕只是用于微信、微博推广，都有可能侵权。

（作者交流电话：13630005000）

婚姻中的知识产权归属

□ 王明镔



王明镔 实习律师

对于婚姻关系中的夫妻财产，我国实行法定财产制为主、约定财产制为辅的制度。原则上采取法定财产制，即在婚姻关系存续期间，除个人特有财产和夫妻另有约定外，夫妻双方或一方所得的财产，均归夫妻共同所有，因此又称夫妻婚后所得共同制。一般而言，夫妻共同拥有房屋、货币、汽车之类的有形之物，这较容易理解。但是，夫妻是否共同拥有无形的知识产权呢？比如：作家丈夫以自己的家庭生活为原型创作了一本小说，丈夫希望发表该小说，但妻子坚决不同意。依法应由谁决定该小说的命运，是丈夫、妻子、还是妻子和丈夫共同决定？

一、夫妻双方共有因知识产权所产生的收益，除非另有约定，知识产权属于一方特有财产，不得请

求分割。

我国《婚姻法》对夫妻共同财产和夫妻个人特有财产作了补充式的列举性规定。根据该法第十七条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的知识产权收益，归夫妻共同所有”，对于在婚姻关系存续期间一方取得的知识产权，其权属本身并不归夫妻双方共有，除非另有约定，但因知识产权所产生收益却属于夫妻共同财产。

实践中，夫妻双方离婚时，对于婚姻关系存续期间取得、却仅登记于一方名下的知识产权，另一方常以该知识产权属于夫妻共同财产为由提出分割请求。但是，上述分割请求往往得不到法院的支持。如在程某、邱某离婚后财产纠纷案中，程某与邱某共同创建了“小鯤米线”品牌，该品牌具有较高的知名度。而在双方婚姻关系存续期间，丈夫程某以“小鯤米线”注册了商标。离婚后，妻子邱某向法院起诉，要求分割“小鯤米线”商标。法院经审理后认为，婚后夫妻一方取得的知识产权本身归一方专有，并不属于夫妻共同财产，但由其取得的经济利益，属夫妻共同财产，即知识产权的收益为夫妻共同财产。本案中，邱某要求分割注册商标等婚姻关系存续期间的夫妻共同财产的请求，于法无据且证据不足，不予支持。

二、夫妻共有的知识产权收益，仅指婚姻关系存续期间、实际取得或者已经明确可以取得的财产性收

益，不包括离婚后取得的财产性收益。

如前所述，在夫妻关系存续期间一方因知识产权所产生收益属于夫妻共同财产。但是，如何判断一项知识产权的收益是否属于“婚姻关系存续期间所得”，是以知识产权的取得时间，还是以收益的取得时间，还是存在其他时间标准？

根据《婚姻法》司法解释（二）第十二条的规定，《婚姻法》第十七条第三项规定的“知识产权的收益”，是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。因此，收益的实际取得或者已经明确可以取得”系判断“知识产权的收益”的标准时。夫妻共有的知识产权收益，不包括离婚后取得的财产性收益，即使该知识产权本身的取得时间在婚姻关系存续期间。

三、婚前个人持有的知识产权在婚姻关系存续期间取得或明确可以取得的财产性收益均属于夫妻共有的知识产权收益。

《婚姻法》第十七条所规定的夫妻婚后所得共同制度，仅强调“所得”的时间，即婚姻关系存续期间，不问其原由或依据。此规定最突出影响是《婚姻法》司法解释（三）第五条，即夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。

对于知识产权而言，婚前个人持有的知识产权属于个人特有财产，该点毫无疑问。但是，基于该知识产权而产生的财产性收益，（下转第7页）

主张“双合同”下房屋装修的差价款，法院支持吗？

□ 钟远玉

楼市火热，房价高企，各地政府相应实行限价限购政策。包括本地在内的很多房地产热点城市都实行限购政策并执行严格的“限价”“限签”，限购区内对于超过该区域网签指导价的项目，都暂时不予网签。在这样的环境下，某些开发商推行“双合同”。

“双合同”，指的是在“限价”政策之下衍生而来，将总房款拆分为房款和装修款，从而与购房人签订的商品房买卖合同和装修合同，那么，签订“双合同”有何法律风险？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标准而请求装修差价款判决思路，并思考“双合同”存在的法律风险。

一、案情简介

购房人王某与开发商签订《商品房买卖合同》，约定购买开发商开发建设的商品房一套，合同售价为90万元，为毛坯房，交付标准按《商品房买卖合同》约定执行。同日，王某和装修公司、开发商三方签订《委托装修合同》，约定由装修公司包工包料完成，装修费为24万元。约定甲方（王某）自愿认可丙方（开发商）交付房屋给乙方（装修公司）即视为已交付甲方。房屋的装修在交付使用时如存在属于工程保修范围的质量问题的，乙方承担保修、修复责任。因为不满意房屋装修质量，王某诉诸法院，请求开发商和装修公司对其损失；约定

装修款和实际评估中装修价值之间的差价额进行赔偿。

二、法院裁判思路

本案其中的争议焦点为：王某主张装修差价款能否得到支持？

法院认为：王某与装修公司、开发商签订的《委托装修合同》，约定由王某在办理收楼手续时或由开发商在约定交楼期限届满之次日，将涉案房屋交给装修公司装修，但是涉案房屋已经是带装修状态。根据上述情形并结合当时的房地产调控政策，可以认定王某在购买涉案房屋时，虽然分别与开发商、装修公司签订“毛坯房”买卖合同与装修合同，但涉案房屋实际上带装修出售，装修合同所约定的装修费用反映的并非真实装修成本，而是房价的一部分，其与“毛坯房”买卖合同所约定的价款，共同构成涉案房屋的总价款。由于装修费用实际属于房价款的一部分，故自然不存在王某所主张的装修差价额问题，驳回王某要求开发商、装修公司赔偿装修差价款的诉讼请求。

从上述案例中可以得知法院对待“双合同”一般原则。

1、关于商品房买卖合同效力问题：开发商与购房人签订的“双合同”虽然违反了政府调控的规定，但是没有违反法律的强制性规定，该合同是有效合同，双方应按照合同约定履行合同。

2、关于装修合同认定：购房人在购买涉案房屋时，虽然与开发商



钟远玉 律师

分别签订“毛坯房”买卖合同和装修合同，但如房屋实际上是带装修出售，可以认定装修合同所约定的装修费用反映的并非真实装修成本，而是房价款的一部分，其与“毛坯房”买卖合同所约定的价款，共同构成涉案房屋的总价款。

三、政府职能部门对“双合同”态度

关于“双合同”合理性，不少人都提出疑问。在佛山区域，政府职能部门对“双合同”曾在网络发言平台表示过：

关于购房时出现毛坯房合同和装修合同分别签订的双合同问题，目前国家没有相关法律法规明确该行为是否违规，不能简单认定双合同即违规，另外国家鼓励和推广带装修交房，因此房地产项目带装修交房具有合理性。

四、风险提示

“双合同”本身不违反法律强制性规定，自愿签订的“双合同”是合法有效的。当认定装修款是购房款一部分，购房人主张装修差价款额一般不予支付，但不代表“双合同”没有风险，也不代表“双合同”一定合规。

（一）购房人签订“双合同”的风险

1、“双合同”的签订变相提高了购房人的首付金额。

签订“双合同”捆绑装修，给购房人带来了更大的首付压力。因有些开发商约定装修款只能一次性支付，就算能贷款，装修贷款对比购房贷款，一般银行对装修贷款年限短和贷款金额少。因此，签订“双合同”，会导致购房人提高了首付金额。

2、装修合同约定的装修金额与实际的装修不符，装修由开发商掌握，质量难以保证。

当购房人需购买房屋且与开发商签署“双合同”时，就等同于默

认了装修合同上的装修标准。因装修标准是由开发商所决定，因此装修质量将由开发商把关。高额的装修费用遇到不对等的装修材质，购房人利益得不到保障。

3、因政府实行限购限价政策，当政府认为“双合同”违反了政策，开发商可能会被行政部门予以处罚，存在延期交楼或不能办理过户登记手续的风险。

（二）开发商推行“双合同”的风险

开发商推行“双合同”模式，目的是为了规避政府限价的有关规定。“双合同”合法，但这并不意味着“双合同”合规。如开发商不存在实际装修内容而被行政部门予以处罚并要求整改的，那么，开发商与购房人签订的“双合同”可能面临延期交付或无法办理登记过户等影响，从而引发购房人要求退房从而需对购房人承担违约责任。当前佛山市相关监管部门主要从以下四方面对“双合同”是否违规进行界定：

1、是否明码标价，是否存在违反明码标价相关规定的行为。

2、项目销售时是否明确告知购房人项目是否带装修销售，购房人是否知悉带装修销售情况和标准，是否自愿签订相关协议，是否存在销售欺诈行为。

3、装修协议的装修内容与装修价款是否相符，能否出具相关装修造价的证明材料，是否存在虚假、虚高装修的行为。

4、实际装修情况是否符合装修标准协议约定，是否存在违反合同约定的行为。

综上所述，在现在的政策及市场环境，开发商有一定的主动权，但推行“双合同”需合法合规，避免被政府行政部门处罚。作为购房人，签订“双合同”是无奈之举，购房人应在购房时应考虑自己情况和注意购房资金筹备，避免签订合同后无法按期支付购房款和装修款，导致需承担违约责任。

（作者交流电话：13431655309）

（上接第21页）外贸企业即使违规，如果没有存在“明知他人意欲骗取国家出口退税款”的情况，也不一定会构成骗税罪。

三、认定外贸企业构成骗税罪，需考虑主观故意

根据刑法和相关司法解释的规定，在其他企业利用了外贸企业进行骗税的情况下，如果外贸企业主观上对此是明知的，才构成骗税罪。至于对“主观”的认定，在司法实践中，有法院认为“外贸企业在不见客户、不见货物、不见外商的情况下，允许挂靠人自带客户、自带货源、自行报关从事出口业务，违

反了‘四自三不见’规定，其有能力和义务判断出广某公司提供的虚假材料，但其没有履行审查义务，可认定其主观上对骗取出口退税是明知的”。[见（2018）桂01刑终354号刑事判决书]

笔者认为法院的认定存在问题。问题在于，刑法及司法解释要求，当“四自三不见”与主观故意并存的时候，才构成骗税罪，但法院认为“四自三不见”就等于主观故意，并且等于骗税罪。这样的推理打破了违规与犯罪认定的界限，认为违规即犯罪，违背了罪刑法定的原则。

广州法院推送的典型案例恰好解决了这个问题。广州中院认为，广州某贸易企业“存在违法违规情形，但并无证据证实广州某贸易公司主观上明知挂靠人具有骗取出口退税的故意，不能排除其确系被挂靠人蒙蔽的合理怀疑”，作者认为广州法院的认定符合罪刑法定的原则。

企业违规不必然涉嫌犯罪，在对犯罪的认定上，应坚持罪刑法定、疑罪从无的精神，不能对企业的违规情形进行有罪推定，司法机关在遇到类似案件是应审慎。

（作者交流电话：13543676976）

小区电梯超出保修期后维修费用由谁承担

□ 杨健豪

佛山市某小区业主因历史原因，并没有交纳住宅专项维修资金，近期该小区某栋楼的电梯因故障而停运，对业主生活造成极大不便，但电梯已过三年保修期，小区业主和物业服务企业因谁该承担电梯维修费而产生争执。物业服务企业认为，在业主与开发商签订的商品房买卖合同中明确约定，电梯保修期为三年，在保修期内由开发商负责维修，超过保修期后由业主承担维修义务，因此电梯维修费不应由物业服务企业承担；小区业主则对物业服务不满意，以物业服务企业服务不到位为由拒交任何费用。

要分析该问题，要从建筑物区分所有权的相关规定出发，结合权利与义务相一致的原则作具体分析。

电梯属专有部分还是共有部分

《物权法》第79条规定：建筑物及其附属设施的维修资金，属于业主共有。经业主共同决定，可以用于电梯、水箱等共有部分的维修。根据该条，电梯属于共有部分，也就是说电梯属小区业主共有。

有的业主会说，即使电梯是业主共有，但业主已经向物业服务企业交纳了物业费，物业费中包含了电梯维修费，因此电梯维修的费用应由物业服务企业承担。针对该观点，继续往下分析。

物业服务企业是否须承担维修电梯的费用

在保修期内，电梯的维修由开发商或电梯生产销售企业负责，该点并无争议；争议往往发生在电梯保修期

届满之后，《住宅专项维修资金管理办法》第3条规定：本办法所称共用设施设备，是指根据法律、法规和房屋买卖合同，由住宅业主或者住宅业主及有关非住宅业主共有的附属设施设备，一般包括电梯、天线、照明、消防设施、绿地、道路、路灯、沟渠、池、井、非经营性车场车库、公益性文体设施和共用设施设备使用的房屋等。该办法第18条规定：住宅专项维修资金应当专项用于住宅共用部位、共用设施设备保修期满后的维修和更新、改造，不得挪作他用。《物业管理条例》第53条第2款也规定：专项维修资金属业主所有，专项用于物业保修期满后物业共用部位、共用设施设备的维修和更新、改造，不得挪作他用。从以上三条可以得知，只要超出保修期，电梯之类的共用设施设备的维修费用应从住宅专项维修资金中列支而非从物业费中列支。

电梯超出保修期后的维修费用应由业主承担

回到本案例，该小区业主因历史原因并没有交纳住宅专项维修资金，那么维修电梯的费用应由哪方承担？《物业管理条例》第53条第1款规定：“住宅物业、住宅小区内的非住宅物业或者与单幢住宅楼结构相连的非住宅物业的业主，应当按照国家有关规定交纳专项维修资金。”交纳住宅专项维修资金是业主的法定义务，而电梯维修费从住宅专项维修资金中列支，因业主没有交纳住宅专项维修资金而产生的电梯维修费由业主承担，并无损



杨健豪 律师

害业主权益。另一方面，根据《物权法》第72条规定：业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务；不得以放弃权利不履行义务。业主对电梯享有共有及共同管理的权利，同时亦应承担相应的维修义务，这是权利义务相统一的自然要求。

至于维修费用在业主之间如何分摊，根据《佛山市物业管理办法》第72条第3款：单幢房屋整体共用部位、共用设施设备的维修、更新、改造，由该幢房屋的业主按照拥有专有部分房屋建筑面积比例承担。笔者认为，依据该条，电梯维修费用按照本栋业主专有部分面积的比例进行分摊。

综上，小区电梯超出保修期后维修费用应由业主按其专有部分面积比例承担。

(作者交流电话：13539728254)

预售商品房的交付时间及影响

□ 黄丽燕



黄丽燕 实习律师

预售商品房的交付时间是买受人关注的重点之一，因为这关乎于业主的入住计划、房屋与资金使用计划等。然而预售商品房的交付时间到底如何界定并存在什么样的影响呢？

一、预售商品房的交付时间

根据《商品房销售管理办法》第三十条之规定房地产开发企业应当按照合同约定，将符合交付使用条件的商品房按期交付给买受人。未能按期交付的，房地产开发企业应当承担违约责任。现买卖双方签订商品房预售合同时，基本使用住建部发布的《商品房预售合同（示范文本）》（GF-2014-0171）。示范合同第十一条第（一）款中明确了双方约定交付时间，第十一条第（二）款约定开发商将达到约定的交付条件以后在上述的约定时间届满前将查验房屋的时间、办理交付手续的时间地点及需要携带的证件材料的通知书面送达买受人。买受人未收到交付通知书的，以本合

同约定的交付日期届满之日为办理交付手续的时间，以该商品房所在地为办理交付手续的地点。

据此，预售商品房的交付时间应该是买受人办理交付手续完毕之日，如房屋达到交付条件但买受人未收到交付通知书的以合同约定的交付日期届满之日为交付时间。若预售商品房在约定之日未能达到交付条件的，应以达到交付条件后开发商书面通知后买受人办理交付手续完毕之日为准。另外，房屋达到了交付条件且开发商已经书面通知买受人，买受人无理由拒绝接收房屋的，应当以书面交房通知确定房屋交付时间。

二、预售商品房交付时间的违约责任

在商品房买卖关系中，开发商主要义务是在约定的时间届满前将预售商品房交付给买受人。如上所述，未能按期交付的，房地产开发企业应当承担违约责任。但因不可抗力或者当事人在合同中约定的其他原因，需延期交付的，房地产开发企业应当及时告知买受人。如开发商存在逾期交付的违约行为，买受人可根据双方签订的合同中约定追究开发商的违约责任。在《商品房预售合同（示范文本）》（GF-2014-0171）第十二条中明确了开发商需要承担的逾期交付的违约责任，具体违约责任由买卖双方约定。

三、预售商品房交付时间对房屋毁损、灭失的风险转移的影响

预售商品房交付时伴随着房屋毁损、灭失的风险转移的问题，《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》中

第十一条第二款规定，房屋毁损、灭失的风险，在交付使用前由出卖人承担，交付使用后由买受人承担；买受人接到出卖人的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的，房屋毁损、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。因此预售商品房的交付之日亦是房屋毁损、灭失的风险转移之日，即商品房交付使用后应由买受人承担房屋毁损、灭失的风险。

四、预售商品房交付时间对保修期的影响

虽然预售商品房交付后房屋毁损、灭失的风险转移至买受人，但是房屋使用过程中存在质量问题时，买受人可否向开发商主张履行保修义务？《商品房销售管理办法》第三十三条，房地产开发企业应当对所售商品房承担质量保修责任。当事人应当在合同中就保修范围、保修期限、保修责任等内容做出约定。保修期从交付之日起计算。故买受人接收房屋后保修期开始计算，在保修期内开发商应承担对房屋存在质量问题进行修复的责任，开发商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开发商承担。

原则上，预售商品房的交付时间由双方协商一致后在合同中明确约定，开发商应于约定的交付时间届满前将符合交付条件的房屋交付给买受人。一旦开发商逾期交付，买受人拥有追究开发商的违约责任的权利。

（作者交流电话：13923291430）

认定骗税，需考虑主观故意吗？

□ 黄嘉莹

外贸企业存在“四自三不见”（即自带客户，自带货源，自带汇票，自行报关和不见进口产品，不见供货货主，不见外商）情况，就等于其存在骗税的主观故意吗？法院在判决时还需要考虑其主观故意吗？广州中院最近颁布的典型案例给此类案件提供了有意义的参考。

2018年12月17日，广州市中级人民法院召开新闻发布会，公开发布《广州法院产权保护状况》白皮书暨产权保护十大典型案例。

在其中一宗典型案例中，被告单位广州某贸易公司为外贸企业，具有进出口经营权和出口退税权，被告人徐某某任该公司法定代表人，为该公司实际负责人。2013年，经与林某坤、张某萌商议，被告人徐某某同意林某坤、张某萌挂靠被告单位德某公司从事服装出口业务，由被告单位德某公司负责提供加盖公章的空白采购合同和报关单给林某坤、张某萌，由林某坤、张某萌自行负责组织货源和自行报关出口，被告单位德某公司在收到林某坤、张某萌提供的出口合同、报关单证及发票等资料后，再向国税部门申请退税，并按照出口金额每美元收取人民币0.03元至0.05元的比例收取手续费。2013年10月至2014年11月间，被告单位德某公司通过上述方式共申请退税款人民币1398万余元，其中已经实际退税人民币1025万余元，所申请的退税款扣除应收取的挂靠费后，余款均汇入林某坤指定的账户。

广州中院审理认为，广州某贸易

公司及其主管人员徐某利用广州某贸易公司作为进出口公司可以申请退税的资质，为他人提供挂靠服务，在不见客户、不见货物、不见外商的情况下，允许挂靠人自带客户、自带货源、自行报关从事出口业务，并持挂靠人提供的发票申请退税，存在违法违规情形，但并无证据证明广州某贸易公司主观上明知挂靠人具有骗取出口退税的故意，不能排除其确系被挂靠人蒙蔽的合理怀疑，因此判决广州某贸易公司和徐某无罪。判后，检察机关提起抗诉，后又撤回抗诉，一审判决已经生效。（案例来源：金羊网《被他人蒙蔽？广州一民营企业家涉嫌骗取出口退税终获无罪》，作者董柳）

简析：

一、外贸企业存在“四自三不见”违规情况，不允许办理退税

出口退税政策的实施促进了我国的对外贸易，但是也存在个别出口企业与不法分子勾结骗取退税。国家税务总局在各类骗税案中发现，“不少出口企业是因急功近利，违反外贸经营的正常程序，在‘客商’或中间人自带客户、自带货源、自带汇票、自行报关和出口企业不见出口产品、不见供货货主、不见外商的情况下进行交易的。这种交易并无商品，发票和报关单，相关凭证均是伪造的，从而为不法分子骗取退税提供了便利条件”。为了保护国家和企业的经济利益，1992年7月8日，国家税务局经贸部发布了《关于出口企业以“四自、三不见”方式成交出口的产品不予退税的通知》



黄嘉莹 律师

（国税发〔1992〕156号），文件明确规定，对出口企业成交的“四自三不见”业务，一律不予办理退税。

二、外贸企业存在违规情况，不一定构成刑法上的骗税罪

从国家税务总局的文件可以看出，骗税案件部分是因为企业存在“四自三不见”的情况导致的，但并不是说，企业存在“四自三不见”的情况，就必然导致骗税的产生。《最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条规定，“有进出口经营权的公司、企业，明知他人意欲骗取国家出口退税款，仍违反国家有关进出口经营的规定，允许他人自带客户、自带货源、自带汇票并自行报关，骗取国家出口退税款的，依照刑法第二百零四条第一款、第二百一十一条的规定定罪处罚。”所以，（下转第18页）

无证买卖、持有气枪都使不得

□ 邵珠童



邵珠童 实习律师

我国《刑法》第一百二十五条、第一百二十八条分别规定了非法买卖枪支罪和非法持有枪支罪，不能无证买卖、持有枪支，大家都明白。但近些年随着网购的兴起，仿真气枪被鉴定为枪支进而判定为非法买卖、持有枪支案件的数量不断增加，并引发舆论热议。很多被告人都是从小就爱玩枪，梦想长大后当军人做警察，长大后梦想没实现但仍然爱玩枪，看到网上可以购买气枪，就买一支玩一玩，接着发现网上还有更好的就再买一支……他们真的只是打一打气球、麻雀什么的，但最后案发都被判定为犯罪。本文对仿真气枪的鉴定标准、审判现实及辩护技巧进行简单探讨。

一、仿真气枪鉴定标准

气枪是否属于枪支的鉴定标准，目前暂无《刑法》明文规定，但是普遍采用公安部的相关规定进

行判定。

根据公安部2010年修订的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》第三条第（三）款规定：“对不能发射制式弹药的非制式枪支，按照《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》（GA/T 718-2007）的规定，当所发射弹丸的枪口比动能大于等于1.8焦耳/平方厘米时，一律认定为枪支。”

值得注意的是，1.8焦耳/平方厘米大约为气枪伤害人眼的最低限度，约为制式枪支标准的1/140，是香港鉴定标准的1/4，而穿透人体皮肤大约需要4焦耳/平方厘米以上的枪口比动能。故不可因为气枪威力较小便忽视其中的违法风险。

二、气枪定罪标准

根据《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》：“一、个人或者单位非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物，具有下列情形之一的，依照刑法第一百二十五条第一款的规定，以非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪定罪处罚：（一）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存军用枪支一支以上的；（二）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存以火药为动力发射枪弹的非军用枪支一支以上或者以压缩气体等为动力的其他非军用枪支二支以上的；”

即2支及以上气枪构成定罪标准，若数目为1支则多被被公安机关直接收缴。

三、知名案件——天津老太气枪案

2016年8月至10月间，天津赵春华在天津市河北区李公祠大街海河亲水平台附近摆设射击摊位进行营利活动。同年10月12日22时许，赵春华被公安机关巡查人员查获，当场收缴枪形物9支及配件等物。经天津市公安局物证鉴定中心鉴定，涉案9支枪形物中的6支为能正常发射、以压缩气体为动力的枪支。赵春华于2016年12月27日被天津市河北区人民法院以非法持有枪支罪判处有期徒刑三年六个月。

因为此案中的气枪违法标准与生活常识严重不符及天津老太的不幸遭遇，社会对此产生巨大反响，引起司法机关的重视。经上诉，二审当庭宣判赵春华有期徒刑三年，缓刑三年。此事得到了较圆满的解决。法院判决部分内容如下：

二审法院认为，赵春华明知其用于摆摊经营的枪形物具有一定致伤力和危险性，无法通过正常途径购买获得而擅自持有，具有主观故意。赵春华非法持有以压缩气体为动力的非军用枪支6支，依照刑法及相关司法解释的规定，属情节严重，应判处三年以上七年以下有期徒刑。考虑到赵春华非法持有的枪支均刚刚达到枪支认定标准，其非法持有枪支的目的是从事经营，主观恶性程度相对较低，犯罪行为的社会危害性相对较小，二审庭审期间，其能够深刻认识自己行为的性质和社会危害，认罪态度较好，有悔罪表现等情节；天津市人民检察院第一分院也建议对赵春华适用缓刑，故酌情对赵春华予以从宽处

罚。二审法院认为一审判决认定赵春华犯非法持有枪支罪的事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,审判程序合法。综合考虑赵春华的各种情节,对其量刑依法予以改判,以非法持有枪支罪判处上诉人赵春华有期徒刑三年,缓刑三年。宣判后,二审法院依法对赵春华解除了羁押措施。赵春华表示认罪服判。

四、新变化

2018年3月,最高法最高检对气枪刑事案件定罪量刑问题出示新批复。《最高人民法院最高人民检察院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》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、是否易于通过改制提升致伤力,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。”

在此之后,结合天津老太气枪案,我国的气枪刑事案件量刑上呈现趋轻趋势。根据媒体报道,山东甚至出现一例免除刑事处罚案例(被告人出售气枪百余只),但笔者并未根据相关信息查询到此案的公开判决,故对此案真实性存疑。

五、相关启示

1、气枪鉴定标准低,切忌因气枪威力较小便忽视其法律风险;

2、涉案气枪除少部分外,大多价格超过2000元,且通过微信等聊天工具交易,故应对类似情形保持警惕;

3、枪支数目是影响量刑的最重要标准之一;

4、结合2018年最高法最高检的最新批复,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、是否易于通过改制提升致伤力,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被纳入综合考量标准,故辩护意见应从多方面着手为法官提供参考意见;

5、辩护技巧上,结合我国的司法现实,讨论《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》的效力意义不大。在无罪辩护成功率较低的前提下,建议积极寻找从轻、减轻情节,争取量刑3年及以内进而为争取缓刑奠定基础。考虑到天津老太气枪等案的影响力和指导意义,此类气枪案件缓刑多为最优解。

(作者交流电话:15918162205)

(上接第24页)偷逃应缴税额在二百五十万元以上的,应当认定为“偷逃应缴税额特别巨大”。

走私普通货物、物品,具有下列情形之一,偷逃应缴税额在三十万元以上不满五十万元的,应当认定为刑法第一百五十三条第一款规定的“其他严重情节”;偷逃应缴税额在一百五十万元以上不满二百五十万元的,应当认定为“其他特别严重情节”:

(一)犯罪集团的首要分子;

(二)使用特种车辆从事走私活动的;

(三)为实施走私犯罪,向国家机关工作人员行贿的;

(四)教唆、利用未成年人、孕妇等特殊人群走私的;

(五)聚众阻挠缉私的。

三、走私普通货物罪与逃税罪的区别

两罪分别隶属于刑法的不同章节,走私普通货物罪偷逃的税收是以进出境的货物或物品的流转额为征收对象的税赋,征收机关为海关;逃税罪逃避的税收是以经济单位和公民个人在国内经济活动中所产生的应税收入额或应纳税所得额为征税对象的税赋,征收机关为税务局。虽然两罪的行为结果均是逃避了国家规定应当缴纳的税款,其刑事可

罚性也正是基于逃避应缴税款的行为及数额,但两罪的犯罪客体、犯罪对象及客观行为均不相同。

另外,两者的入罪机制不同。逃税罪中,纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报的,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任(即“首罚不刑”原则,范冰冰因此不负刑事责任);而走私普通货物罪,偷逃应缴税额达到人民币十万元以上即可入罪,没有首罚不刑的例外规定。

(作者交流电话:13690250830)

(上接第26页)财务等问题进行划分,主要规定了经济社的权利义务。社委会、成员代表大会以及成员大会的职权都在这三章中进行详细的规

定,同时规定了整个经济社的收益分配的方法。

(四)合并、分立、解散以及附则最后的两章主要是规定了经济

社的合并、分立、解散应由成员大会通过,以及相关的财产处置都得经本社成员大会表决等内容。

(作者交流电话:13662319027)

违法海外代购的“罪与罚”

□ 严嘉雯



严嘉雯 律师

《中华人民共和国电子商务法》在今年年初正式实行，与我们日常生活息息相关的海外代购进一步引起大众的关注。如今，海外代购行为已被正式立法规范，而合法的代购行为与违法犯罪行为的界限则需要厘清。

【案情简介】

游某开设淘宝店用于销售进口高档服装，其在香港多家知名服装公司刷卡支付大量采购各种服饰，通过快递邮寄、雇请“水客”偷带及自行携带等方式走私入境，并由其淘宝网店在境内销售牟利。游某在香港刷卡购买并走私入境的服饰上千万元，经核定，上述服饰偷逃税款共计人民币三百多万元。

【判决结果】

一审判决认为，被告人游某违反国家法律、法规，走私普通货物进境后在国内销售牟利，偷逃应缴

税额特别巨大，其行为已构成走私普通货物罪。游某归案后如实供述自己的犯罪事实，依法可以从轻处罚，遂以走私普通货物罪，判处被告人游某有期徒刑十年，并处罚金人民币五百五十万元；查获的服装、鞋子、包等走私货物五千余件，依法予以没收。扣押的其他货物、物品，折价后作为被告人游某违法所得予以追缴。

二审法院经审理认为，原判认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法，维持一审法院对游某的定罪量刑部分；撤销一审判决第二项对移交及查获物品的处理部分；扣押的非走私货物、物品，折价后抵作上诉人游某的罚金，上缴国库。

【法律分析】

一、海外代购与走私的界限

海外代购行为是否违法取决于代购后是否申报和缴纳税款。以盈利为目的，在未向海关如实申报的情况下，将从境外购买的商品运输入境销售的行为属于逃避海关监管、偷逃应缴关税的违法行为。当偷逃应缴税额达到人民币十万元以上这一数额较大的标准时，依照我国刑法第一百五十三条的规定，构成走私普通货物罪。

二、走私普通货物罪的定罪量刑标准

我国《刑法》第一百五十三条规定：

走私本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外的货物、物品的，根据情节

轻重，分别依照下列规定处罚：

（一）走私货物、物品偷逃应缴税额较大或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金。

（二）走私货物、物品偷逃应缴税额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金。

（三）走私货物、物品偷逃应缴税额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑。

对多次走私未经处理的，按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税额处罚。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第十六条规定：

走私普通货物、物品，偷逃应缴税额在十万元以上不满五十万元的，应当认定为刑法第一百五十三条第一款规定的“偷逃应缴税额较大”；偷逃应缴税额在五十万元以上不满二百五十万元的，应当认定为“偷逃应缴税额巨大”；（下转第23页）

从“王思聪吃热狗”引发的 侵权问题思考

□ 杜嘉琦

国民老公王思聪因吃热狗的照片而登上微博热搜榜，网友们不仅将其用作表情包，还根据“王思聪吃热狗”的照片创作出小游戏、油画、漫画、素描等一系列的作品，更有嗅到商机的商家从中衍生出手机壳、T恤等产品。比起跟风更换头像、使用表情包或者是购买相应的系列产品，我们更应该关注的是当中隐藏的侵权问题，不要等问题出现才追悔莫及。

网友们未经王思聪本人同意，擅自根据其本人照片创作表情包、小游戏、油画、漫画、素描等作品的行为，是否侵犯了王思聪的肖像权？

根据《中华人民共和国民法通则》第一百条规定，“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像”，由此可得知，侵犯肖像权有两个构成要件，一是未经本人同意，二是以营利为目的。也就是说，网友们虽未经王思聪本人同意在其本人照片的基础上创作出表情包及相关作品，但若仅是为了娱乐大众，而非用于商业用途，且并未以营利为目的，则不构成侵权行为。而在本事件当中，商家从中衍生出手机壳、T恤等产品，并通过网络、线下等多种途径进行售卖，无疑符合了侵犯肖像权的两个构成要件，但是否就侵犯了王思聪本人肖像权呢？

肖像权，是指自然人对自己的肖像享有再现、使用或许可他人使用的权利。关于肖像权最典型的案例则是“葛优躺案”，艺龙公司在进行商业宣传时，使用了电视剧《我爱我家》中

葛优所饰演的人物“纪春生”在沙发上瘫坐的截图，葛优对此提起诉讼，最后法院以一般社会公众在看到该造型时除了联想到剧目和角色，也不可避免地与葛优本人相联系，该表现形象亦构成原告的肖像内容为由，支持了葛优的诉讼请求。我们从本案中可以看到，之所以葛优的肖像权能够延伸到其“表演形象”，主要在于一般社会公众能够将“表演形象”及演员本人的面部特征一一对应起来。所以我们在讨论商家售卖产品的行为是否应定性为侵权行为的时候，应根据商家所售卖得产品上所印制图片的不同来进行区别分析。如果产品上印制的是“王思聪吃热狗”的照片，则毫无疑问地侵犯了王思聪的肖像权。但如果产品上印制的仅是网友们以“王思聪吃热狗”照片为基础所创作的一幅漫画呢？虽然根据该幅漫画所显示的形象，很容易能令大众在心理上联想到王思聪，但这并不能从直观上反映出王思聪的体貌特征，从视觉效果上来看，无法产生肖像权所要求的“一一对应”的效果，故笔者认为单凭一幅漫画来认定侵犯王思聪的肖像权存在极大的难度。

此外，若商家在其售卖的手机壳、T恤等产品上印制了网友们所创作的油画、漫画、素描等作品，那不仅侵犯了王思聪的肖像权，还有可能侵犯了作品作者的著作权。因为该类作品是由特定的网友独立创作而成的，具有独创性，并且该类作品能够以有形形式进行复制，所



杜嘉琦 实习律师

以作品的作者享有著作权。而从大多商家对该类产品进行生产、售卖的行为来看，首先其并未于产品上注明印刷作品的作者名称，且其大量生产该类产品的行为应被判定为传统意义上的复制行为，故笔者认为商家的行为存在侵权的风险。如商家在售卖产品前并未征得作品作者的同意，也未向作者支付相应报酬的，那么商家侵犯了作品作者享有的著作权中的署名权和复制权。

虽然大家都是出于对国民老公的喜爱之情，才会对此进行创作并予以分享、传播，但是我们生活在信息网络传播时代，应该懂得在娱乐的同时注意限度，这样不仅是维护他人的权益，更是为了维护自己的权益。

(作者交流电话：18588865801)

何为村集体股权，如何确权

□ 林铭壮



林铭壮 律师

时有新闻报道：“佛山乐从小涌村终于等到分红的大头！分红总金额超16.8亿元，村民每股可分得23万多元，据称最高一户可获400万元分红！”每次看到这样的新闻，内心都会十分的激动，但这所谓的“股权”到底是何物，南海区所有镇街的村集体刚搞过“确权工作”，笔者有幸以律师身份提供法律服务，而一些城市居民和外地朋友对此感兴趣，笔者因此叨叨这“南海区的确权工作”。

一、源头

据了解佛山市南海区政府自2015起便开始大力宣传“确权工作”，目标是为了进一步理顺农村集体经济组织产权关系，规范集体经济管理，维护集体经济组织成员的合法权益，按照农村土地承包经营权（股权）“确权到户、户内共享、

社内流转、长久不变”的总体目标，并根据《南海区XX镇（街）XX股份合作经济社章程（样本）》修订各经济社、经联社章程，即坊间流传的“确死股”。

此次确权其实并非是南海区首次确权到户，之前也实施过类似的确权方案，但由于各种原因，演变成了“确权到人”，但随着历史的发展，“确权到户”才是真正符合时代发展的，因此这次才重新确定“确权到户”的方案。“确权到户”与“确权到人”、新旧章程的区别大致是：由以往的“个人购股，股权在人”变化为“个人购股，股权在户”。

二、“确权到户、户内共享”

所谓的“确权到户、户内共享”从字面上分析就是本社股权确权到户后，实行按户确定股权、按户管理股权，按户进行股份分红。这里所指的“户”并非通俗意思上的“户”，而是以户籍管理部门核发的户口簿为基础，对户口簿内所有具有本社成员资格的登记人口的统称，即所谓的“股权户”。

“户内共享”的方式则根据“意思自治”原则由户内成员自行约定，通过协议的方式来确定户内成员股权份额，股权分红等，对于户内成员的约定，经济社亦或者经联社不做任何的干涉，只需要户内成员到经济社或者经联社办理备案手续便可。而对于户内没有协议约定的，则按照“公平原则”，将股权户内的股权平均分给户内的每一位成员。

三、“社内流转、长久不变”

“社内流转”顾名思义即股权可

以在经济社或者经联社中进行流转，因已确权到户，因此股权的流转也是户与户之间的流转，但是在流转过程中应当设置上下限，以避免股权过分集中或者出现股权户销户的情形。但根据“长久不变”的原则，无论社内股权如何流转，最终经济社或者经联社的股权在确权时点之后的数量是不发生任何变化的，即“生不增，死不减”。

四、解读《南海区XX镇（街）XX股份合作经济社章程（样本）》

（一）总则、股权的核定和确认

总则是整份章程的核心思想所在，该章中规定了此次确权的整体思路，即“确权到户、户内共享、社内流转、长久不变”；而股权的核定和确认主要约定了在确权时点前成员购股的问题，约定了哪些人群可以购股以及购股价格的问题。

（二）成员资格界定、股权管理、成员的权利和义务

这三章主要规定了确权时点后，成员资格的界定标准，即在确权时点后股权已经确认，无法再增加社内的股权，所以章规定符合怎样资格的人才能成为经济社的成员，并享有成员的福利待遇。后两章则主要是规定了成员之间如何按照“户内共享、社内流转”的指导思想进行股权的管理、股权的转让、股权户的销户、户内成员的权利义务、违规的处罚方式等问题。

（三）组织机构、资产的经营和管理、财务管理和收益分配

这三章的内容主要是对经济社组成以及资产、（下转第23页）

公司章程能否规定“股东辞职或被公司辞退时必须转让其出资”？

□ 潘永生

【案情简介】

李某、张某、王某于2015年6月成立一有限责任公司，李某出资100万元，占该公司10%的股份。2015年12月上旬，该公司决定召开股东大会临时会议修改公司章程。李某经公司通知未参加临时会议。修改后的公司章程第10条规定“公司成立一年后，经公司董事会半数以上同意，股东之间可以相互转让其全部或者部分出资。股东退休且离开工作岗位、调动、自动离职、协议解除劳动合同、终止劳动合同、辞职、除名、开除或其他特殊情况离开本公司，其全部出资必须转让给公司股东，无受让人的由全体股东均等认购。”修改后的公司章程经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过，并经当地工商行政管理部门核准备案。2016年6月，李某与公司协议解除劳动合同。2016年7月1日，公司董事会根据《公司章程》第10条和股东会决议，决定李某的出资由公司股东张某受让。2016年7月2日，公司通知李某办理退款手续。事后，经多次协商未果，李某向法院提起诉讼，诉请法院确认公司强行转让李某的股权行为违法。

【案情分析】

通过上述案例，我们可以看出股东李某、张某、王某之间的分歧在于：在公司章程里约定股东辞职时必须转让其出资的规定是否具有法律效力。股权是公司的核心要素，

稳定的股权有利于公司的健康发展。公司股权的不稳定不但增加运营成本，而且对其他股东、公司、社会都是极为不利的。在公司的初创期为了保证公司股权的稳定，设定这样的一个条款确实能避免整个公司因为某一个“离心股东”陷入困境甚至走向解散、破产。但是，再好的条款设计也不能违反法律的强制性规定，那么有限责任公司在章程里规定“股东辞职或被公司辞退时必须转让其出资”的法律效力如何？

公司章程是公司的“宪法”，章程具有法定性。《公司法》规定了绝对必要记载事项，制定、修改有着严格的法定程序并经登记取得公示的效力。同时，章程具有自治性。有限责任公司人合色彩比较重。在公司的运营管理中，股东往往是公司的管理层，公司的组建、稳定发展依赖于股东间的相互信任，这就需要以章程作为自治规则。公司章程是全体股东共同意志的体现，依法制定的公司章程一经生效，公司及股东均受章程的约束，必须在章程规定的范围内活动。

2015年12月上述公司股东会临时会议决议修改的公司章程经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过，并经当地工商行政管理部门核准备案，该章程即对公司及股东具有约束力，公司章程第10条规定“公司成立一年后，经公司董事会半数以上同意，股东之间可以相互转让其全部或者部分出资。股东退休



潘永生 律师

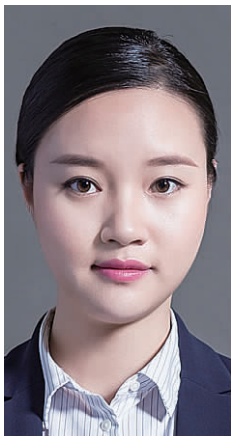
且离开工作岗位、调动、自动离职、协议解除劳动合同、终止劳动合同、辞职、除名、开除或其他特殊情况离开本公司，其全部出资必须转让给公司股东，无受让人的由全体股东均等认购。”该规定及表决程序均不违反法律、法规的禁止性规定。李某与公司解除劳动合同，公司董事会决定将李某的出资由公司其他股东受让符合公司章程第10条规定。李某作为公司的股东之一，应当受该公司章程的约束，故该民事行为应为有效。

综上，公司股东在设立、变更公司章程时，在没有违反法律、法规的强制性规定的前提下可以发挥最大的意思自治，确保公司稳定发展。

(作者交流电话：13929982232)

业主能否以公共基础设施尚未完善为由拒绝收楼

□ 高慧婷



高慧婷 律师

每个业主都期望收楼后住进设施完善、环境优美的小区，但并非事事均如人意，如果业主在验收时发现小区公共基础设施未尽完善，甚至暂时无法使用的，能否以此为由拒绝收楼呢？本文将通过一个案例进行解析。

一、案例简述

（一）2016年3月29日，购房人陈女士与某投资公司签订《商品房买卖合同》及《商品房买卖合同补充协议》，购买该投资公司开发建设的一套商品房，合同约定交付期限为2017年3月31日前。根据涉案《商品房买卖合同》第九条关于出卖人逾期交房的违约责任的约定，逾期交房违约金应计算至“实际交付之日止”。同时第十一条约定，涉案商品房的交付时间应为验收期限（买受人收到《收楼通知书》之日起第五日）届满之日。

（二）该投资公司向陈女士邮寄《收楼通知书》，通知陈女士办理收楼时间为2018年1月28日，当天陈女士前往涉案楼盘看楼，但其以楼盘存在质量问题为由拒绝收楼。

二、法院裁判观点

陈女士辩称，涉案房屋不符合交付标准，水电未通、电梯未按约定安装、无绿化工程、公共设施未完善、消防设施未通水、公共花园、道路、排水系统未完工、地下室无基本照明设施、铝合金窗及玻璃未安装完成、无访客对讲机、智能卡等，该现状已严重违反《商品房买卖合同》的交楼约定标准及有关法律法规关于商品房交付使用的规定。虽然案涉房屋已取得《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案表》，但只能说明涉案房屋符合相关部门的竣工验收标准，不代表其符合居住生活使用条件，陈女士有权拒绝收楼。

一审法院认定，根据涉案合同第十一条约定，涉案商品房达到合同约定的交付标准，应同时符合以下条件：（1）拟交付的商品房坐落位置、户型与本合同约定相符，竣工测绘面积符合本合同约定（包括面积差异在本合同允许范围内）；（2）该商品房经竣工验收合格；（3）已按照本合同第十一条的规定出示相关文件。事实上，案涉房屋已具备以上三个条件，达到合同约定的交楼标准。对于陈女士主张涉案房屋公共基础设施尚未完善，故不符合交楼标准的观点，法院认为，首先公共基础设施并非交

楼标准之一；其次，《商品房买卖合同补充协议》已注明案涉楼盘处于分区不同步建设阶段。虽然案涉房屋所在楼栋已竣工，但其他部分楼栋仍处于施工建设当中，部分公共基础设施尚未完善符合常理，陈女士签约时对该情况是应当预见到的。且本案中，陈女士并未提供充分的证据证明该部分尚未完善的基础设施对其接收及使用涉案房屋造成正常无法容忍的不便。因此，陈女士因自身原因拒绝收楼，应视为该投资公司已完成房屋交付，法院认定交付时间为2018年2月2日（2018年1月28日起算第五天）。

二审法院认为一审法院上述的认定并无不当，予以维持。

三、律师分析

业主拒绝收楼，往往为了维护自身权益，但拒绝收楼权利的行使也必须依法有据，除了分析开发商交付的房屋是否违反法律强制性规定外，业主也可了解开发商交付的房屋是否违反合同的约定，《商品房买卖合同》条款一般含有交付标准的约定，如交付的房屋不符合交付标准的，业主则有权拒绝收楼，直至开发商整改完毕。

公共基础设施在交付标准里往往难以体现，如业主要以公共基础设施未完善为由拒绝收楼，除了证明交付现状不符合合同约定外，更重要是能够证明该基础设施严重影响正常居住和生活，否则，在无充足证据的情况下单纯表述公共基础设施的现状，败诉风险自然高。

（作者交流电话：15920433048）

从“美图秀秀”看驰名商标认定

□ 王明镔

驰名商标，是指经过国家工商总局商标局、商标评审委员会或人民法院等有权机关依照法定程序认定为在中国国内为公众广为知晓并享有较高声誉的商标。驰名商标最早来自于《保护工业产权巴黎公约》。按照国际和国内的知识产权法律法规，驰名商标制度是为充分保护知名商标所有权人的合法权益而创设的，其宗旨是合理保护相关的商标所有权，维护公平竞争，制止侵犯他人商标专用权的行为。因此，驰名商标被赋予了较为广泛的排他性权利，比如对驰名商标的保护不仅仅局限于相同或者类似商品或服务，就不相同或者不相类似的商品申请注册或者使用时，都将不予注册并禁止使用。

根据《商标法》第十四条规定，认定驰名商标需要考虑如相关公众对该商标的知晓程度、该商标使用的持续时间、该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围以及该商标作为驰名商标受保护的记录。根据《驰名商标认定与保护规定》第九条规定，申请认定驰名商标的申请人需要提供该商标使用、注册的历史和范围的材料，该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围的材料，如广告宣传和促销活动的方式、地域范围、宣传媒体的种类以及广告投放量等，以及证明该商标的主要商品在近三年的销售收入、市场占有率、净利润、纳税额、销售区域等材料。

但是，我们正处于的互联网大时代。众所周知，互联网企业依托

与网络信息技术和大量的资本投入，可以在短期内疯狂抢占流量与用户，获得高度的曝光率。换句话而言，该商标的知晓程度一定会比传统行业来的更快。那么互联网企业的商标驰名性应该如何证明？我们可通过贝荣雄与厦门美图网科技有限公司（以下简称美图公司）“美图秀秀”商标无效宣告一案进行分析：

争议商标：第12454059号

美图秀秀
MEITUXIUXIU

引证商标：第7099841号

美图秀秀

一、商标评审阶段

2015年7月24日，美图公司对贝荣雄注册的“美图秀秀meituxiuxiu”商标提出无效宣告。2016年8月1日，商评委裁定：“美图公司第7099841号‘美图秀秀’商标使用在‘已录制的计算机程序（程序）、计算机程序（可下载软件）、电脑软件（录制好的）’商品上构成的驰名商标。争议商标构成对引证商标的复制、摹仿。争议商标在化妆品、牙膏等商品上的使用，不正当地借用了引证商标的知名度，易使相关公众混淆或认为与申请人直接存在某种关联，致使申请人的利益可能收到损害。根据《商标法》第十三条第三款、第四十五条第一款、第二款和第四十六条的规定，争议商标



王明镔 实习律师

予以无效。”

二、行政诉讼一审阶段

贝荣雄不服商评委裁定，向北京知产法院提起行政诉讼。贝荣雄诉称：一、引证商标构成驰名证据不足；二、引证商标的核定使用商品范围与诉争商标的核定使用商品范围关联性不强，故诉争商标的注册使用不易误导公众，并不会使第三人利益受到损害。

经审理后，一审法院认定商评委裁定美图公司的引证商标“美图秀秀”构成驰名商标是正确的，并同时指出，足以使相关公众认为诉争商标与驰名商标具有相当程度的联系，而减弱驰名商标的显著性、贬损驰名商标的市场声誉，或者不正当利用驰名商标的市场声誉的，属于《商标法》第十三条第三款规定的“误导公众，致使该驰名商标

注册人的利益可能受到损害”的情形。引证商标中的显著识别部分“美图秀秀”文字，该文字组合本身无特定含义，具有较强的固有显著性，经美图公司大量使用，与美图公司建立了特定对应关系。而争议商标与引证商标的文字部分完全相同，即便两商标核定使用的商品和服务类别有所区别，仍然容易使相关公众认为存在相当程度的联系。争议商标的注册割裂了相关公众对引证商标与美图公司提供的服务之间的固有联系，从而减弱驰名商标的显著性，进而损害了美图公司作为驰名商标权利人的利益。

三、行政诉讼二审阶段

贝荣雄不服一审判决，上诉至北京市高级人民法院。在上诉理由中，贝荣雄提出美图公司在争议商标申请日之前处于亏损或净利润较少的经营状态，违反了《驰名商标认定和保护规定》第九条第一款第二项、第五项的规定，不应构成驰名商标。

二审法院经审理后在判决中明确指出虽然美图公司在2010至2013年期间的净利润数额较低，但净利润数额只是引证商标知名度

美誉度的判断因素之一，对引证商标是否达到驰名的程度仍应以该商标在核定使用的商品上的显著性和知名程度为判断标准，并应考虑到互联网行业的经营特点，即软件开发和市场推广阶段的资金投入可能会大于短期内的利润回报。美图公司通过长期、广泛、持续的宣传和使用，核定使用在已录制的计算机程序（程序）、计算机程序（可下载软件）、电脑软件（录制好的）商品上的引证商标在图片处理类软件中占据了较大的市场份额，具有较广的销售区域，已经在中国境内为相关公众广泛知晓并享有较高的声誉，构成驰名商标。

四、行政诉讼再审阶段

贝荣雄对北京高院判决不服，向最高人民法院申请再审。最高院经审理后认为，根据《商标法》第十三条第三款的规定，引证商标“美图秀秀”构成驰名商标，且“美图秀秀”并非固有词汇，具有较强的固有显著性，诉争商标和引证商标二者共存于市场，容易被消费者误认为产品或者产品的来源主体存在关联，进而割裂引证商标与美图公司直接的固有联系，损害美图公司作为驰名商标权利

人的合法利益。因此，二审判决认定诉争商标违反了商标法第十三条第三款的规定并无不当。裁定驳回贝荣雄的再审申请。

不可否认的是，如果商标属于驰名商标，该商标核定使用的主营商品可能会因为该商标的光晕效应从而占据较大市场份额，而企业也将更容易盈利，但是商标的驰名程度本质上系该商标在核定使用的商品上的显著性和知名程度。因此，在认定驰名商标时，应结合不同行业背景、企业经营模式、亏损原因，采取综合判断标准，而企业的盈利情况仅作为认定驰名商标的参考。具体而言，传统行业可能因技术更迭、产品换代或经营不善等原因造成亏损，从而导致商标显著性和知名程度下降，但互联网企业在资本的驱动下，可能为抢占市场与流量进行巨额投入，虽然该行为能迅速为商标带来大量的曝光率，但与此同时，也可能造成的一定亏损，或无法盈利。显然二者是存在本质区别的。综上所述，判定是否是驰名商标，应区别对待不同行业背景、企业经营模式，以商标的显著性和知名程度为根本。

（作者交流电话：15015810308）

（上接第37页）另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。最高人民法院发布的指导案例66号：《雷某某诉宋某某离婚纠纷案》列出的裁判要点为：“一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前，隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，离婚分割夫妻共同财产时，依照《中华人民共和国婚姻法》第四十七条的

规定可以少分或不分财产。”在《雷某某诉宋某某离婚纠纷案》法院的裁判理由为：一方在离婚诉讼期间或离婚诉讼前，隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，侵害了夫妻对共同财产的平等处理权，离婚分割夫妻共同财产时，应当依照《中华人民共和国婚姻法》第四十七条的规定少分或不分财产。

在审判实践中，当离婚纠纷出

现一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的情形时，法院通常都会判决该方少分财产，但判决不分的几乎没有。

结语：在离婚纠纷中让配偶“净身出户”房屋份额的可能性不是没有，但较罕见。建议夫妻双方在涉及财产分割时及时关注最新的法律适用及案例，理性处理纠纷。

（作者交流电话：13425706325）

对建设工程施工合同司法解释（二） 要点的解读

□ 胡丽丽

《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（二）》（下称“司法解释二”）于2019年2月1日施行。该司法解释二在《合同法》及原司法解释的基础上，结合建设工程施工合同的审判实践和建设工程施工合同的特点，在建设工程施工合同的招标投标缔约行为、中标合同效力、合同无效后的处理、工期争议、质量保证金争议、工程鉴定、工程价款的优先受偿权等方面进一步进行了明确，对建设工程施工合同纠纷案的司法审判给出了更具实际意义的指引。本文从以下几个方面，试解读司法解释二的条文含义：

一、司法解释二体现了建设工程施工合同的特殊性

建设工程施工合同具有行政干预的特殊性。虽然《合同法》规定了自愿、公平、意思自治的原则，但是，建筑工程施工合同是为实现符合质量要求的建筑物竣工验收合格的目的而在构筑建筑物过程中形成的债权债务关系。而建筑物的质量问题关系到千家万户使用人的人身和财产安全，因此，建设工程施工合同具有维护社会公共利益的特征，因此，司法解释二从条文的字里行间可以看出建设工程施工合同非绝对契约自由的民事合同，具有行政干预的特点。例如，按照《招标投标法》的规定，关系公共利益、公众安全的建筑工程必须按规

定采用招投标方式选取施工方。

二、通过招投标签订的建设工程合同的效力优先

正如前一项所言，建设工程施工合同具有行政干预的特点，对属于必须经过招投标程序的项目以及已经选择采用招投标订立合同的项目，必须受《招标投标法》的约束。原司法解释的第二十一条规定“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”明确了中标合同的地位高于其他当事人另行签订的合同，这也体现了行政干预的特点。

司法解释二的第一条规定“招标人和中标人另行签订的建设工程合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。……”第九条规定“发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持……”这些条款继续坚持了上述观点。上述条款的制定，其中的目的是规范建设工程施工合同的法律关系，防止招标投标人在采取招投标形式签订中标合同后，又作出



胡丽丽 律师

违背中标合同的约定，损害其他投标人的利益，从而保护建设工程施工合同能够达到制定的规范招标投标活动，保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益，提高经济效益，保证项目质量制定的法律目的。

三、招投标程序具有严肃性，通过招投标订立的合同生效时间应为中标通知书送达之时，而非双方签订《合同书》之时

采取招投标方式订立的合同一般经历招标人招标——投标人投标——招标人发出中标通知的过程。这个过程从合同法的角度进行理解为：招标人发出邀约邀请——投标人发出要约——招标人发出承诺的过程，一旦招标人承诺到达投

标人，双方的合同从法律上即告成立。《合同法》规定了建设工程施工合同必须采取书面形式，但是，对于“书面”这个形式是否应理解为“合同书”呢？我认为不能仅仅理解为合同书。应当理解为采取了文字等有形形式订立的书面文件。司法解释二第十条规定“当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持。”该条规定也反映了同样的观点。招投标文件均能清晰地载明工程的范围、建设工期、工程质量、工程价款等内容，甚至有完整的拟签订的合同条款。双方当事人签订的中标合同应当与招投标文件的一致，不应当存在与招投标文件相背离的约定。在双方当事人签订的合同与招投标文件不一致的情况出现时，肯定内有猫腻。为了维护招投标程序的严肃性，司法解释二以第十条明确了招

投标文件作为结算依据，同时也证明了采取招投标方式订立的建设工程施工合同成立时间在中标通知书送达之日。

四、工程价款优先受偿的范围仅限于工程价款，且优先受偿权行使期限为6个月

在发包方欠付工程价款的情况下，承包人对工程变现的价款享有优先受偿的权利。司法解释二第二十一条明确：受偿的范围不包括逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等；而且，承包人必须在发包人应当给付建设工程价款之日起6个月内主张。该6个月的行使期限应当理解为除斥期间。如果在上述6个月内未行使的，不得再主张优先受偿权。

五、明确了实际施工人对转包人或者违法分包人的代位求偿权

建设工程层层转包、分包的情况在这个行业已司空见惯，导致了建筑行业的工程款欠付的情况屡屡发生。为了保护农民工的权益，原

司法解释的第二十六条、司法解释二的第二十四条突破了合同相对性的原则，为实际施工人越位对发包人主张工程价款的提供了救济的权利。实际施工人突破合同相对性向发包人主张权利是由于其在上手未履行工程款支付责任后，才不得以向发包人主张权利。但是这一结果的出现，一般均因为其上手作为转包人急于向其前手或发包人主张权利而导致的，因此，司法解释二第二十五条明确了实际施工人对急于行使权利的转包人和违法分包人行使代位权诉讼的权利，从而保护了实际施工人在主张权利过程中具有切实可行的救济途径。这也一定程度地能促使各个合同当事人及时主张自己的权利。

司法解释二的出台，对建筑行业的规范发出了重要的信号，其中包括以上几个方面。我们相信法律体系的不断完善，能为建筑行业的法治建设提供更有力的依据。

（作者交流电话：13630062960）

（上接第41页）但《合同法》第122条规定了：因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。这一责任竞合条款的规定使得第一种情形下的精神损害并不是没有救济途径。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第四条规定：具有人格象征意义的特殊纪

念物品，因侵权行为永久性灭失或者毁损，物品所有人得以侵权为由，向人民法院请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。因此对于第二种情形下的精神损害，只要其构成了侵权行为，就可以根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》得到救济，而司法实践也确实如此。

原因在于，从违约方视之，其对合同也有信赖利益，正是其基于

合同信赖利益本身的考虑，作为一个理性人的违约，在充分考虑违约可能造成对方信赖减损的程度，并综合考虑自身利益，及违约是否对于自己不是最坏而作出违约行为。非违约方的信赖利益需要保护，违约方对法律制度及合同信赖利益本身的信赖同样需要保护。法律本身就是在分配利益与风险，双方的利益风险法律都必须考虑到。

（作者交流电话：16675709721）

单位支付工伤赔偿后能否向实际侵权人追偿？

□ 麦超莹

【案情简介】

易强公司雇请莫某到某一工地做水泥工，没有为其购买社保。开平公司负责工地的风井施工，因风井口上踏脚用的模板在莫某踩上去承重后突然破烂，莫某坠落后死亡。莫某家属在法院主持下，与易强公司就工伤保险待遇纠纷达成了调解，易强公司一次性支付85万予莫某家属。莫某家属出具《确认函》，将莫某死亡引起的纠纷的追偿权确认由易强公司行使，后易强公司起诉开平公司要求赔偿85万。

【律师说法】

本案的一个关键点就是易强公司没有为劳动者购买社保，所以才引发后期系列纠纷。工伤保险作为社会保险的一种，是由国家通过立法来强制执行的。在立法规定的范围内，用人单位必须为职工办理参加工伤保险，并为职工缴纳费用。根据《工伤保险条例》的相关规定，中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所等组织和有雇工的个体工商户必须依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或雇工（以下称“职工”）缴纳工伤保险。因此，用人单位应当参加工伤保险，理应为其职工缴纳工伤保险费。用人单位职工受到工伤损害后理应由社保基金进行赔付，但由于用人单位未为其职工参加工伤保险，出现工伤事故，导致工伤事故赔偿责任转由用人单位承担，这

是由于用人单位未缴纳工伤保险费这一违法原因造成的。

在施工过程中，开平公司、易强公司未认真落实安全生产主体责任，对事故发生负有重要责任；莫某作为成年人，踩踏风井上的挡板，对事故发生亦有责任。在莫某家属诉易强公司工伤保险待遇纠纷案件中，开平公司的法律地位，就是致害的第三人。诚然，莫某家属在收取85万工伤赔偿款后，依然能够以侵权为由单独起诉开平公司，但本案要讨论的是，在易强公司支付了莫某家属85万后，能否因安全责任追究开平公司的责任，要求开平公司赔付易强公司85万？

律师认为，《工伤保险条例》仅支持追偿权的情况：1.用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位；2.个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。前述单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，有权向相关组织、单位和个人追偿。用工单位承担工伤保险责任后向相关单位、组织和个人追偿，其实质是承包单位建筑施工企业承担的工伤保险责任属替代责任，用工单位承担工伤保险责任后，其对与其不存在劳动关系的



麦超莹 律师

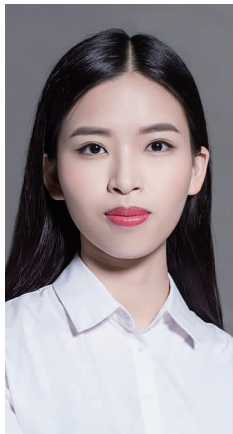
劳动者承担工伤保险责任享有追偿权。所以，本案情况不属于《工伤保险条例》中规定可以行使追偿权的情况。

丧葬补助费、一次性抚恤金、一次性救济金及补偿金，合计85万，这些赔偿是基于劳动关系而产生，且在侵权赔偿中没有对应的项目，目前用人单位就此部分行使追偿权尚缺乏法律依据。职工在工作期间因第三人侵权构成工伤的，职工向用人单位主张工伤保险赔偿后，用人单位向侵权人（第三人）追偿的工伤赔偿费用属于因其违法行为所承担的损失，法律是不应当保护的，因此，用人单位工伤赔偿后不应享有向第三人的追偿权，后果理应由用人单位自行承担。

（作者交流电话：13928572361）

当事人在劳动案件的诉讼阶段增加诉讼请求，有几种结果？

□ 严嘉雯



严嘉雯 律师

法律依据

《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》第六条：人民法院受理劳动争议案件后，当事人增加诉讼请求的，如该诉讼请求与讼争的劳动争议具有不可分性，应当合并审理；如属独立的劳动争议，应当告知当事人向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

以案释法

案例一：黄某在劳动仲裁过程中并未提及要求支付绩效奖金，在诉讼中增加诉讼请求要求用人单位支付上一年度绩效奖金，经法院审查认为，黄某在诉讼中增加的诉讼请求与本案争议不存在不可分性，法院不予一并处理。

案例二：刘某在答辩中提出的

要求用人单位支付加班工资的请求，既未在申请仲裁中提出，亦未在本案中起诉提出诉讼请求，且属可分的独立的劳动争议内容，刘某可另行向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

案例三：罗某主张1月22日和23日、24日的加班费由申请仲裁时的90.52元、643.68元分别增加为本案的118.97元和845.98元，法院在本案中一并作出处理。后该主张经法院审查认定该加班与罗某的缺勤相抵，其加班费主张没有得到法院支持。

案例四：聂某起诉主张的违法解除赔偿金超过仲裁请求的数额，经法院审查，因聂某增加的请求同属违法解除赔偿金之请求，与仲裁请求具有不可分性，因此法院经核算后认定，聂某主张的赔偿金额未超过公司依法应支付的金额，并以此判令公司按照聂某诉讼主张的赔偿金额数额支付。

律师分析

一、人民法院受理劳动争议案件后，当事人增加诉讼请求的处理方式共有两种：本案中合并审理和告知其另行申请仲裁，而这两者的区分关键在于：是否具有可分性。若仲裁中并未提出，且可分属独立的劳动争议内容，则不存在不可分性，法院不予合并审理，当事人可向另行向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。（见案例一）

二、《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》

第六条的适用于该劳动争议已经起诉并经法院受理后当事人增加诉讼请求的情形，如当事人并未起诉提出诉讼请求而贸然在答辩中提出相关请求，该情况并不符合第六条的适用范围。（见案例二）

三、法院同意合并审理并不意味着法院会支持该请求。该请求能否得到支持的关键在于负有举证责任一方是否充足提供证据证明相关事实，并经过法院的进一步审查认定。（见案例三）

四、若劳动仲裁中已有某项特定请求，包括但不限于劳动者请求仲裁委判令用人单位支付加班费、违法解除赔偿金等，但诉讼请求中对某项特定请求的金额进行变更增加的，经法院核算后，若符合事实和法律规定，司法实践也会予以支持。（见案例四）

五、当事人增加诉讼请求不仅仅局限于劳动仲裁中的申请人不服仲裁结果提起诉讼时增加诉讼请求，理论上还应当包括劳动仲裁中的被申请人不服仲裁结果提起诉讼的情形。

六、无论对于劳动者或是用人单位，仲裁和诉讼的过程都相对比较繁琐而漫长，如若劳动仲裁时能尽量做好充足的准备并仔细确认或核算每一项请求，又或者提前咨询或委托专业人士处理，则能避免不必要的麻烦，减少劳动仲裁或相关诉讼带来的负面影响。

（作者交流电话：13690250830）

公司股东担任高管也应签订劳动合同

□ 吴 珺

无论是公司的创始人亦或高管员工，只要在公司任职工作，都属于是劳动者，而用人单位则是作为法人的公司本身，《劳动合同法》明确规定用人单位应与每个劳动者都签订劳动合同，这是强制性规定，并没有创始人或高管的例外之说。下面借以一个案例给读者作出分析。

案例：

2014年，张某与其他人合股成立了一某互联网公司，作为创始人之一，张某持股10%，并在某互联网公司中担任了人事总监及副总经理职务。但在职期间，公司一直未与其订立书面劳动合同，甚至拖欠其部分工资。2017年张某因公司拖欠其工资并未签订劳动合同为由，依据《劳动合同法》的规定起诉至当地仲裁委，主张某互联网公司支付劳动报酬及未签订书面劳动合同的二倍工资差额等款项。仲裁期间，张某出具了一份工作证明，证实张某除了是公司的股东，还是本公司的正式员工，担任公司副总经理。张某在公司工作时负责与员工签订劳动合同、审核员工的公积金、社保的缴纳、离职员工解除劳动合同的经济补偿金数额的审核、支付、工资发放等人事工作。

公司辩称：因为公司仍处于创立阶段，人事制度并不完善，导致未与员工签订劳动合同；更何况张某存在特殊性，他并不属于普通员工，他是公司的五名联合创始人之

一，又是公司的副总经理及人事总监，甚至持股10%，上述情况都可以证明张某的创始人身份。因此，公司并不需要与张某签订劳动合同，更不需要向其支付未签劳动合同二倍工资差额。

本案经过仲裁、法院审理，最终法院认为：张某虽然属于公司的股东之一，持有公司10%股份，但他同时也是任职公司副总经理，作为《劳动合同法》保护的劳动者，某互联网公司应依法与张某签订劳动合同。所以，某互联网公司应依法向张某支付未签劳动合同二倍工资差额。

律师建议：

依据国内现行劳动法规，创业团队如在公司任职，也是有可能成为“劳动者”的，也有权利要求公司与其签订劳动合同的。而如果公司未依法与创业团队（在公司任职的）签订劳动合同，则依据劳动合同法第八十二条的规定，公司很有可能为此付出昂贵的代价，向未签合同的创业团队成员支付高额的“未签劳动合同二倍工资差额”。

如用人单位的人事管理部门高管或主管人员未签书面劳动合同的，并以此要求用人单位支付双倍工资，如果用人单位能够证明订立劳动合同属于该人事管理部门高管、主管人员的工作职责，可不予支持。反之，如果有证据证明人事管理部门负责人或主管人员曾向用人单位提



吴 珺 律师

出要求签订劳动合同，反遭用人单位拒绝的，用人单位同样需要支付未签订劳动合同的双倍工资。

用人单位必须为在公司里工作并存在劳动关系的的所有人员签订劳动合同，不能因某些人为公司创始合伙人、创业团队人员等就例外，除非他们并未与公司另行建立劳务关系或者他们仅作为投资者而不参与公司的经营管理。因此根据《劳动合同法》，作为公司创业团队成员，只要在公司充当“劳动者”的，公司均应与其签订书面劳动合同。与员工签订书面劳动合同是用人单位的法定义务，因此无论是普通员工还是高管，用人单位都应当与其签订书面劳动合同。

（作者交流电话：18566344099）

离婚纠纷中房屋份额“净身出户”的可能性分析

□ 谭彩仪



谭彩仪 律师

在处理与离婚有关的咨询及案件时，本人经常听到当事人咬牙切齿地说诸如“我要TA净身出户”、“我如何能令TA净身出户”之类的话语。“净身出户”在百度百科里的解释是指“在婚姻双方决定离婚时，婚姻的一方要求另一方退出婚姻时不得到任何共同财产。通俗化的说就是离婚时一方要求另一方放弃一切钱财，只带自己的身体走。”换句话说，“净身出户”针对的是夫妻共同财产，而非个人财产。我国法律明确规定夫妻共同财产有以下几种类型：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产（遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产除外）；（五）其他应当归共同所有的财产；

（六）一方以个人财产投资取得的收益；（七）男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；（八）男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费；（九）夫妻一方个人财产在婚后产生的收益（除孳息和自然增值外）（上述第一至五项为《中华人民共和国婚姻法》第十七条第一款规定，第六至八项为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》规定，第九项为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》规定）。因财产来源的多样性和保证个人基本生存的必要性，要配偶在离婚纠纷中完全得不到任何共同财产彻底净身的可能性极低。考虑到目前离婚纠纷中夫妻双方争议的主要财产通常是房屋，且房屋价值在普通人群的财产比例中占了大部分，因此本文讨论的是配偶在离婚纠纷中对房屋份额“净身出户”的可能性。

从是否自愿来看，“净身出户”可分为自愿净身出户和被动净身出户。

一、自愿净身出户是指自愿约定将房屋归对方所有，一般有婚内约定房屋权属和协议离婚约定房屋权属两种情形。在出于自愿的情况下，夫妻双方约定将房屋归另一方所有，是否就一定产生“净身出户”的后果？

案例一：陈某与张某系夫妻关

系。陈某与张某在婚后共同全资购买一套商品房，产权登记在陈某和张某的名下。因张某对婚姻缺乏安全感，且放弃就业在家照顾两名儿女，为维持家庭的稳定，在张某的要求下，陈某与张某签订了一份《房屋归属约定书》，约定登记在陈某和张某名下的房屋归张某所有，自双方签字之日起生效。《房屋归属约定书》签订后，陈某与张某没有到房地产管理部门办理房屋产权过户手续。后来，陈某与异性王某发生婚外情。张某得知此事后，诉至法院，要求与陈某离婚及确认登记在陈某和张某名下的房屋全部归张某所有。但陈某明确表示反对，认为登记在双方名下的房屋应作为夫妻共同财产平均分割。张某能否凭《房屋归属约定书》取得陈某名下房屋的全部产权份额？

《中华人民共和国婚姻法》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。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。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。

有一种观点认为：根据上述第十九条规定，我国的夫妻财产约定模式有三种，分别为分别所有、共同共有和部分共同共有。而夫妻双方约定将婚姻关系存续期间所得的

财产归一方所有，不属于上述三种财产约定模式中的任意一种类型，因此不适用《中华人民共和国婚姻法》第十九条的规定。而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第六条规定：婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房屋赠与另一方，赠与方在赠与房屋变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。《中华人民共和国合同法》第一百八十六条规定：赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。换言之，即使一方约定将婚姻关系存续期间所得的房屋赠与另一方，但只要还未办理房屋过户登记手续，一方都可以行使任意撤销权，撤销对另一方的赠与。

有另一种观点认为：婚内关于财产分割的约定只要是自愿、合法签订的，且没有损害他人的利益，则该约定对夫妻双方产生约束力。即使在分割财产后，没有办理产权过户手续，也不影响约定的效力。

因此，在案例一中，如基于第一种观点，因张某与陈某在签订《房屋归属约定书》后未办理房屋产权过户手续，因此张某要求凭《房屋归属约定书》取得陈某名下房屋的全部产权份额的请求不会得到支持，及不会产生让陈某“净身出户”的后果。但如基于第二种观点，张某的请求就会得到支持，陈某就丧失了房屋份额。

基于审判实践中存在不同观点及因此而产生不同的法律效果，建议夫妻双方在婚姻关系存续期间签

订财产权属约定协议后，应及时到相关政府部门办理登记备案手续，切实落实协议内容，方能最大限度保障自身权益。

案例二：李某与何某系夫妻关系。李某与何某在婚后共同全资购买一套商品房，产权登记在李某和何某的名下。因两人属于闪婚，性格不合的特点在婚后逐渐显露出来，甚至影响到了日常生活。在多次争吵下，李某与何某均同意离婚，双方签订了《离婚协议书》，约定李某与何某离婚，登记在双方名下的房屋归何某所有。双方原约定在签订离婚协议后就去民政局办理离婚手续。但因家中突出现变故，到民政局办理离婚的事情便一拖再拖。直到一年后，双方才再决定办妥相关手续。但因李某的工作在这期间发生了变动，工资收入受到了较大的影响，因此李某表示登记在两人名下的房屋要对半分。何某坚决表示不同意，认为李某当初既然签订了离婚协议，就应按离婚协议办理离婚手续。因双方协商不成，李某遂起诉到法院，请求判决与何某离婚及登记在双方名下的房屋平均分割。李某的请求能否得到支持？何某能否凭《离婚协议书》取得房屋的全部份额？

目前审判实践中主流观点认为：李某与何某签订的《离婚协议书》约定的房屋归何某所有是以李某与何某双方协议离婚为前提条件的，而协议离婚需双方到民政局办理离婚手续。因此，该《离婚协议书》在李某与何某到民政局办理了离婚登记手续才生效。如在《离婚协议书》签订后，一方反悔而未到民政局办理离婚手续的，则《离婚协议书》不生效。现双方未协议离婚，且李某向法院起诉请求平均分割房

屋，则《离婚协议书》不能作为分割李某与何某名下房屋权属的唯一依据。何某仅凭《离婚协议书》并不能取得房屋的全部份额。

基于此，如夫妻感情确已破裂坚决要离婚，则应在拟定离婚协议后及时到民政局办理离婚手续，让离婚协议不成为一纸空文。

二、被动净身出户是指非出于己方自愿的目的，房屋归对方所有。此种情形较少遇见。有可能出现的是基于照顾一方的原则和基于一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务两种情形。

关于第一种情形，《中华人民共和国婚姻法》第三十九条第一款规定：离婚时，夫妻共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。因此，如夫妻双方对房屋的归属达不成一致意见而诉诸法院时，如房屋价值不高，且子女由一方抚养，抚养方是女方，且女方不具备而男方还有其它居住条件的情况下，法院判决房屋归女方所有的可能性存在，但该种可能性仍较低。因该条法律规定适用的原则是照顾子女和女方权益，而不是因男方有过错，因此，法院在运用该条法律规定判决夫妻共同财产归属时并不会只考虑子女和女方权益而对男方不管不顾，更不会罔顾男方的基本生存权益。

关于第二种情形，《中华人民共和国婚姻法》第四十七条第一款规定：离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，（下转第30页）

朋友圈晒花艺，是否侵犯著作权？

□ 李松花



李松花 律师

晒朋友圈，已经成为我们必不可少的生活时尚之一。旅游的时候，第一时间拿出手机/相机拍照并分享到朋友圈；聚会的时候，朋友圈九宫格同框；用餐的时候更是“手机先吃”。晒朋友圈，已与我们的生活越来越密切。但是，在知识产权逐渐受到重视的大环境下，晒朋友圈也不能“任性而为”。这不，只是因为朋友圈晒了一束鲜花，导致一对好朋友反目成仇，并最终闹上法庭。

案情简介：因廖某亲属过生日，廖某向自己的好友花艺人汪某订购了一束鲜花，还拍照发了朋友圈。不料，花艺人汪某却以侵犯著作权为由将廖某告上了法庭。

一审法院认定：济南市历下区人民法院经审理后认为，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。著作权法实施条例第四条规定：“著作权法和本条例中下列作

品的含义：…（八）美术作品，是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品”。世界知识产权组织《著作权与邻接权法律术语汇编》中对于独创性的认定是“著作权法的原创性要求，是就内容的构思及其表现形式而不是就作品中体现的单纯思想、信息或方法提出的。”插花作品是以花草组合等方式构成的具有审美意义的立体的造型艺术作品，具有独创性的插花作品可以据此获得法律保护。本案中，汪某的插花是否具有独创性是决定其作品能否得到著作权法保护的关键。从双方认可的插花照片分析，涉案花束在色彩、搭配、植物线条上，未能体现其独创性特点，不属于著作权法保护范围的作品。廖某辩称汪某的插花不是著作权法保护范围的作品的主张，予以采信。据此，驳回了汪某的全部诉讼请求。

二审法院认定：汪某对一审判决不服，提出上诉。济南中院经审理后认为，作品的创作性要求作品能够体现作者的个性表达，但不应对创作性提出过高的要求，也不应对作品的文学或艺术价值提出过高要求。就涉案花束而言，汪某对于作品的创作性，分别从色彩搭配与过渡、花材的选择等方面进行了阐释。且从廖某作为消费者购买花束用于婚礼的事实本身，也能够说明其对于汪某制作的花束在主观上是认可的。从廖某拍照的照片来看，涉案花束在视觉上具备相应的美感。综合以上因素，本院认为涉案花束具备独创性，且能够以有形形式予以复制，具有实用性，能够作为美

术作品中的实用艺术品受到著作权法保护。廖某对涉案花束享有所有权，而著作权归汪某所有，但涉案花束所有权的让渡，并不导致其著作权的转移，在双方未就涉案花束的著作权作出约定的情况下，涉案花束的除展览权以外的其他著作权仍属于汪某。汪某将涉案花束拍照后上传到微信朋友圈的行为，其受众仅限于特定群体，传播范围有限，且廖某主观上没有恶意，也没有获取经济利益的意图，客观上并未给汪某造成不良影响，在此情况下其行为应视为对其所有权的正当行使。即便其是面向社会公众展示其购买的花束，仍属于行使展览权的范畴，未侵犯著作权。

综上，原审判决认定事实基本清楚，但在认定涉案花束的独创性上采用标准过高，结论不正确，本院予以纠正；廖某拍照并上传微信朋友圈的行为系对其所有权的正当行使，著作权人不得限制。原审判决关于涉案花束不构成作品的认定虽有不当，但判决结果正确，应予维持。2017年8月16日济南中院依据法律有关规定，作出了“驳回上诉，维持原判”终审判决。

律师提示：尽管最终本案中廖某拍照上传朋友圈的行为未被认定为侵犯著作权，但这个案件也给我们提了一个醒，我国现在对于知识产权越来越重视，很多原来我们觉得理所应当的事情可能就会涉及到侵权。为避免纷争，对于一些具有独创性的原创作品，如果需要向不特定的第三人展示，事先征得原作者的同意，也是十分必要的。

（作者交流电话：13590575324）

精神病人离婚纠纷法律疑问解析

□钟棠青

一方婚前隐瞒精神病史，另一方在婚后突然发现自己的配偶是精神病人，婚姻变成了枷锁，将自己禁锢在痛苦的深渊，其权益应如何维护？

真实案例：在广州市花都区居住的黄强与李雪于2017年初登记结婚，婚后生育有女儿小黄，双方一直很恩爱，共同经营和谐的家庭。就在2018年5月份的一天，李雪突然在家倒地抽搐，口吐白沫，吓得黄强立即拨打120急救电话，经过医生的诊断为癫痫病，该病的发病时间不定时，过一段时间就恢复正常。黄强在此之前不知道李雪是精神病人，现在知道自己朝夕相伴的另一半是精神病人后感到恐惧，没有勇气继续和李雪相伴终生了，向律师咨询婚姻效力问题和精神病人离婚纠纷的法律规定问题。

黄强与李雪的婚姻效力如何？《中华人民共和国婚姻法》第七条规定：“有下列情形之一的，禁止结婚：（一）直系血亲和三代以内的旁系血亲；（二）患有医学上认为不应当结婚的疾病。”癫痫病不属于《婚姻法》第七条规定的情形，因此黄强和李雪的婚姻属于有效婚姻。

黄强怎么维护自己的权益？黄强与李雪就婚姻关系的解除可以协议离婚或者诉讼离婚。

黄强与李雪若协商不成提起诉讼，李雪能否出庭应诉？根据相关司法解释，不能辨认自己行为的精神病人的离婚诉讼，当事人的法定代理人应到庭参加诉讼，其法定代理人不能到庭的，人民法院应当在

查明事实的基础上，依法判决。

关于精神病人的婚姻纠纷案件，对认定感情是否破裂有特别的规定。最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》第三条明确规定“婚前隐瞒了精神病，婚后经治不愈，或者婚前知道对方患有精神病而与其结婚，或一方在夫妻共同生活期间患精神病，久治不愈的”视为夫妻感情确已破裂，李雪属于婚前隐瞒精神病的情形。久治不愈按照一般社会观念应有相当长的治疗期限，多次治疗一般应掌握在三次以上。

假如另一半确实患有精神病，双方结婚后感情尚可，虽因另一半患有精神疾病，但不足以导致夫妻感情破裂，另一半作为精神病患者，配偶在生活上应给予积极照顾，身体上给予积极治疗，精神上给予体贴慰藉。因此，精神病人的婚姻案件并不是一定判决离婚，感情是否破裂仍是精神病人婚姻案件判决的根本准则。

结合分居情况，在夫妻共同生活期间患精神病的情形，患病后多次住院，长期在家服药治疗，仍未治愈的实际情形，应视为久治不愈，且双方分居生活达两年之久，互不履行夫妻义务的，可以确定夫妻感情确已破裂。

精神病人离婚纠纷案件具有特殊性、复杂性的特点，结合相关案例和我国婚姻法律及司法解释的规定，就婚姻案件审理的司法观点总结如下：1.婚前患精神病，经治不愈，夫妻感情没有建立的，可以判



钟棠青 律师

离婚；2.婚后患精神病的或者知道对方婚前患精神病，经三次以上治疗无效的，为经久治不愈，结合分居及双方感情不和因素，判定离婚；3.儿女归正常一方抚养，精神病一方若有经济收入的，应承担适当的抚养费；4.财产的分割，因双方均没有法定的过错，应当平均分配。

我国婚姻政策关于婚前体检的规定，并不是强制性的，在结婚登记的时候也没有要求出具婚前体检报告，这就为婚姻期间突然发现自己的配偶原来患有精神病埋下了病根，若双方已经生育了小孩，这将会导致家庭的悲剧和下一辈的痛苦。在此，我建议各位单身的朋友不要为了结婚而结婚，一定要充分了解对方及对方家人的身体健康状况、遗传病、性格等特征后再登记结婚，婚姻将是一生中重要的决定，慎重选举自己的人生！

（作者交流电话：13823414689）

如何论证离婚期间夫妻一方的对外民间借贷关系是否成立

□ 姚何静玮



姚何静玮 律师

最高人民法院2015年6月发布的《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》明确了民间借贷的效力，并为民间借贷案件的审理提供了审判依据。

根据诉讼实务，在民间借贷案件中，“借条、收据、银行转账流水”这三样证据如果齐备，基本可以奠定民间借贷关系成立有效的基础，但如果民间借贷关系竞合了其他的法律关系时，确认民间借贷关系的“铁律”是否还成立？笔者希望通过本文的案例，能够引发读者更深层次的思考。

B因不满A长期出轨C（俗称“包二奶”），经过两年多的“一哭二闹三上吊”挽救婚姻失败后，最终决定向法院提起诉讼要求与A离婚，并主张A在婚姻过程中是过错方，要求分割大部分的夫妻共同财产。而A在B和他进

行拉锯战的两年多时间里已经做好了“充分”的准备，如转移大量的资产给C，为C购置大量的资产，以及串通一些朋友“制作”债务。A为了把这些“债务”做的更逼真，和“债权人”做了充分的准备，如借条、收据、以及纹丝合缝的转账记录。当B提起离婚及财产分割的诉讼请求时，A就将这些债务一份一份地丢出来，一方面给B以沉重的打击，另一方面隐匿了夫妻共同财产，无疑剥夺和侵害了B在夫妻共同生活中的夫妻共同财产权益。而作为B，对A的所谓“债权人”既不认识，也从无了解，A主张借款已全部用于工厂经营，因此借款全部属于夫妻共同债务，经过测算后如果A主张的这些债务成立，则B不仅无法从夫妻财产中获得相应的分割，还要承担巨额的偿还责任。这显然对B不公，更纵容了A的非法行为，但如果从举证责任的分配角度来看，若要B来举证A的前述债务为虚假债务，则事实上确有很高难度。

可见，当民间借贷关系竞合了婚姻关系及其他财产关系时，亦即民间借贷关系不再纯粹时，则不能死板沿用认定借贷关系的证据，而需要综合以下几个方面去认定：

第一 借贷关系合同订立的时间

如借贷合同订立时间发生在离婚诉讼期间，则需要重点考虑借款是否符合逻辑和常理。如债务人提供了债权人提供借款的转款凭证，则应要求提供借款用途的证据，一般情况下，离婚期间，双方对财务都较敏感，离

婚夫妻双方以借款支付共同生活或用于共同经营的可能并不大。

第二 债务人的经济能力

虽然法无禁止即自由，法律没有规定有经济能力的人就不可以举债，但如果债务人有足够的经济能力负担日常生活支出和经营业务支出，却要大量对外举债，则明显不合逻辑，可以作为不应认定为夫妻共同债务的辅证。

第三 债权人与债务人之间的关系

通常在本案所述的情况之下，小额债权债务，债务人没有虚构的必要，而大额的债务如双方之间互不相识，或没有打过交道，就轻而易举出借，如债务人对其与债权人之间的关系没有合理的解释，则亦可以成为不认定为夫妻共同债务的辅证。

根据最高人民法院《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》，“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”

综上所述，如果从以上几个方面都能够论证该债务不是夫妻共同债务，则论证债务属于虚构债务的成功率也会增高，不仅可以更大程度保护配偶的夫妻共同财产权利，也能给虚构债务的当事人给予法律的制裁。

（作者交流电话：13809706861）

合同违约之损害赔偿并不排除精神损害

□ 郑博

我国《合同法》第一百一十三条规定了合同违约的损害赔偿范围：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

从这一条文的规定来看，我们还无法明确判定其是否包括了精神损害。要解决此问题，首先应该明确合同损害赔偿制度的作用。侵权之损害赔偿主要在于填平损失，其惩罚功能并不明显。那么合同的损害赔偿制度是否也是同样的功用呢？美国学者富勒指出：所有这要点可归结于这一公式：在对因信赖某合同而发生的损失寻求赔偿的诉讼中，我们不会故意使原告处于一种比假定合同得到完全履行时所应处的状态更好的状况。信赖利益论的创始人富勒在此虽然是强调损害赔偿的结果是不能使赔偿权利人在赔偿后的状况好于合同履行后的状况，但其却从反面说明了损害赔偿的目的在于使未违约的一方能够实现其对合同的信赖利益，正如李永军教授所言：“正是由于损害赔偿的这一基本特征，决定了损害赔偿的基本目的应该是：使受害方的利益达到如同合同履行后所应达到的状态。”合同作为当事人意思自治的结果，在合同订立后双方对特定的对方即有一定的信赖利益，信任能够从对方履行合同中取得相应的

利益。在一方违约的情况下，另一方的利益就无法满足，故法律设立了损害赔偿制度这一独立的救济手段。既然合同违约的损害赔偿制度的目的在于使当事人得到相应的信赖利益，那么《合同法》第113条规定的损害赔偿范围是否包括了精神损害呢？

对于合同违约造成的精神损害事实上应区分两种不同的情况，一种是合同的目的是以达到精神娱乐，而因违约使一方当事人这一合同目的落空；另一种是合同的标的物（非标的）本身包含一定的精神要素，违约造成了标的物的损毁造成当事人精神的损害或者是合同的违约造成了一定的人身伤害（其一般存在于加害给付中）而引起的精神损害。对于第二种也就是合同标的本身并非精神要素性质的精神损害。对于这两种不同情况，因合同的信赖利益本身的不同，其是否构成《合同法》第113条之损失是不同。

对于第一种精神损害，因合同本身即以达到精神的娱悦为目的，如旅游合同，合同的信赖利益本身即精神利益，因一方的违约，这种精神的娱悦即无法满足。损害分为积极的损害与消极的损害，前者即为现有利益的减损，后者即为可得利益的丧失。这种精神娱悦的无法满足即属于后者，是一种可得利益的丧失，当然属于精神损害。根据信赖利益的损害赔偿目的说，理所当然，这种情况下的精神损害属于《合同法》第113条所含的损失。

对于第二种，即标的本身并非精神性质，而是因为对标的物的毁



郑博 实习律师

损或者加害给付等原因造成了精神损害，在此并非《合同法》第113条规定之损失。其原因在于，此种合同之目的并非精神性的，其不属于合同信赖利益本身。当然这种解释确实过于勉强，很难成立。但我们需要注意的是，《合同法》第113条第一款后半部分又规定了损害赔偿的可预见性限制。事实上，对于损害赔偿的可预见性限制，一般认为其属于信赖利益原则的当然延伸。对于非违约方的精神利益的损害违约方是无法在违约时预见的，违约方无从知道对方对合同的标的物本身具有特殊的精神利益，但如果对方在订立合同时明确告知了，那么就另当别论，不过其依旧非《合同法》第113条规定这可赔损失。

虽然第二种情形下的精神损害并不属于《合同法》第113条规定这可赔损失，（下转第32页）

新颁布的法律

★中华人民共和国外商投资法

(全国人民代表大会常务委员会, 2019-3-15)

★中华人民共和国车辆购置税法

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-12-29)

★中华人民共和国耕地占用税法

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-12-29)

★关于修改《中华人民共和国农村土地承包法》的决定

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-12-29)

★中华人民共和国公务员法(修订)

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-12-29)

★关于修改《中华人民共和国村民委员会组织法》《中华人民共和国城市居民委员会组织法》的决定

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-12-29)

★关于修改《中华人民共和国产品质量法》等五部法律的决定(含《中华人民共和国产品质量法》《中华人民共和国义务教育法》《中华人民共和国进出口商品检验法》《中华人民共和国预算法》《中华人民共和国食品安全法》)

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-12-29)

★关于修改《中华人民共和国电力法》等四部法律的决定(含《中华人民共和国电力法》《中华人民共和国高等教育法》《中华人民共和国港口法》《中华人民共和国企业所得税法》)

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-12-29)

★关于修改《中华人民共和国劳动法》等七部法律的决定(含《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国老年人权益保障法》《中华人民共和国环境噪声污染防治法》《中华人民共和国环境影响评价法》《中华人民共和国民办教育促进法》《中华人民共和国民用航空法》《中华人民共和国职业病防治法》)

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-12-29)

★关于修改《中华人民共和国社会保险法》的决定

(全国人民代表大会常务委员会, 2018-12-29)

最新司法解释

★关于为深化两岸融合发展提供司法服务的若干措施

(最高人民法院, 2019-3-25)

★关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要

(最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、生态环境部, 2019-2-20)

★关于办理非法从事资金支付结算业务、非法买卖外汇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, 2019-1-31)

★关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见

(最高人民法院、最高人民检察院、公安部, 2019-1-30)

★关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排

(最高人民法院, 2019-1-18)

★关于发挥商会调解优势推进民营经济领域纠纷多元化解机制建设的意见

(最高人民法院、中华全国工商业联合会, 2019-1-14)

★关于依法惩治妨害公共交通工具安全驾驶违法犯罪行为的指导意见

(最高人民法院、最高人民检察院、公安部, 2019-1-8)

★最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定

(最高人民法院, 2018-12-27)

最新行政法规

★关于修改部分行政法规的决定(含《中华人民共和国国境卫生检疫法实施细则》《外国民用航空器飞行管理规则》《国境口岸卫生监督办法》《外国籍船舶航行长江水域管理规定》《城镇土地使用税暂行条例》《军用饮食供应站供水站管理办法》《法规汇编编辑出版管理规定》《船舶和海上设施检验条例》《发票管理办法》《国际航行船舶进出中华人民共和国口岸检查办法》《契税暂行条例》《内河交通安全管理条例》《中华人民共和国中外合作办学条例》《企业国有资产监督管理暂行条例》《民用运力国防动员条例》《军人抚恤优待条例》《进出口货物原产地条例》《进出口商品检验法实施条例》《放射性同位素与射线装置安全和防护条例》《机动车交通事故责任强制保险条例》《血吸虫病防治条例》《濒危野生动植物进出口管理条例》《民用核安全设备监督管理条例》《全国污染源普查条例》《废弃电器电子产品回收处理管理条例》《自然灾害救助条例》《烈士褒扬条例》《车船税法实施条例》《招标投标法实施条例》《缺陷汽车产品召回管理条例》《社会救助暂行办法》《快递暂行条例》《中外合资经营企业法实施条例》《电力供应与使用条例》《合伙企业登记管理办法》《中国公民收养子女登记办法》《地震安全性评价管理条例》《技术进出口管理条例》《药品管理法实施条例》《道路运输条例》《船员条例》《民用机场管理条例》《企业法人登记管理条例》《渔港水域交通安全管理条例》《化妆品卫生监督条例》《国际海运条例》《艾滋病防治条例》《农业机械安全监督管理条例》《古生物化石保护条例》等49部行政法规)

(国务院, 2019-3-2)

★生产安全事故应急条例

(国务院, 2019-2-17)

★中华人民共和国个人所得税法实施条例(修订)

(国务院, 2018-12-18)

《短讯六则》

“南天明”举办高水平专业培训

3月26日，大名鼎鼎的陈少文老师在广东南天明律师事务所大会议室上了整整一天的表达思维训练课，从上午9点到下午6点，大家仍意犹未尽，预约下次。

陈少文老师是中年有为的业界能人，以前是公认的司法考试培训金牌讲师，现在不仅是“中南政法”律师学院副院长，国内外多家知名大学兼职教授、访问学者，还是Icourt、“得到”APP、点睛网等知识服务机构争相聘请的演讲课讲师。

这次我们荣幸的请到少文老师来佛山讲课，参加这次培训的学员除南天明人外，还有部分本地和香港律商界热爱演讲的朋友。

开课前半个月建立微信群，老师布置了4道演讲、交流训练作业，例如挑选自认为好的演讲视频，进行结构化表达分析。所有人都认真完成作业，及时发到群里交流。

集中培训时老师主要讲思维方法，训练演讲思维，全



程互动，人人参与。课程快结束时，进行每人限时表达练习，检验学习成果。更重要的是让我们明白了平常要积累什么，怎样持之以恒的自我锻炼。

南海“两会”上的南天明律师



2月25-27日是南海区的2019年“两会”时间，南海区政协第十三届委员会第四次会议、南海区第十六届人民代表大会第四次会议相继召开，“南天明”的梁虹律师、林世彬律师分别参加了政协会和人代会。

南天明律师事务所副主任梁虹律师是南海区本届政协的

常务委员，每年花费大量时间开展调研，积极参加政协的各项活动，为南海区新发展建言献策。梁虹所提案《关于南海区“烂尾楼”处置对策的建议》获评为区政协第十三届三次会议以来优秀提案，在本次大会上，梁虹委员领取了荣誉证书。

本次会议前，梁虹委员根据自己的工作经验，积极思考本地民营企业发展和法治社会建设的需要，深入调查研究，与谭国洪委员联名提交了《完善纠纷多元化解机制，更好服务民营企业》的提案，为本地民营企业的发展建言献策。

南天明律师事务所副主任林世彬律师是南海区第十六届人民代表大会的人大代表、人大常委会常务委员，全程参加了本次大会，认真履行代表和委员职务。大会前，林世彬律师结合律师的行业特点和专业知识，深入调研，撰写了《关于健全律师调解制度，促进矛盾纠纷多元化解机制的建议》，提交给本次大会，希望能促进本地法治社会的建设，促进本地律师行业的发展。

《方圆》杂志专版报道了“南天明”

新闻眼-所刊·NEWS

本期特别推荐：广东南天明律师事务所风采

【鉴赏】

熟悉南天明的人都知道《南天明之窗》，也有朋友是通过《南天明之窗》认识南天明人，更多朋友是通过《南天明之窗》更深入认识南天明所及其律师，这本期刊，南天明律师一直坚持了二十年。

解读法律，宣传法治文化，评案论法，剖析经典案例，展示论文，分享办案心得，提示风险，解答市民疑问等内容，都是南天明律师精心设计的内容，各专业部门律师也会根据各自专业和爱好撰写文章，通过精挑细选之后，聚合成为一本内容丰富的刊物。在这本刊物中，既展示了律所和律师的专业能力，也体现了律师服务于社会的重要功能。

《南天明之窗》注重内容的专业性、丰富性、可读性。“立法快讯”“新闻关注”“今日南天明”“南天文明案”“文心雅龙”“法律融融”等栏目，图文并茂，内容形式丰富多彩，好懂可读。每期登载的律师论文不超过2篇，并且只挑选切合热点、篇幅较短、深入浅出的论文，有故事、有法理的案例分析类文章最多，专业和非专业类读者都喜欢。

《南天明之窗》的栏目在基本稳定的同时，又不断推陈出新。“新法解读”“评案论法”“热点话题”“市民话题”等读者反映好的栏目长期进行内容的更新，随着业务的发展，又适时推出“税法专题”“融资上市”“公司治理”等新栏目。市场大潮风起云涌，南天明律师觉得还需要一份清醒和自信，要更加相信专业的力量。

【封面】

《南天明之窗》封面上部是固定不变的刊名和注册LOGO，体现了刊物20年历史的连贯性。期刊LOGO以稳重的蓝色为基调，将“南天明”读音的首字母变形为祥云翱翔蓝天的动感图形，展现了南天明稳健进取、追求高远的风格。封面中下部是窗户窗形及窗外风景，画面寓意南天明人的追求，充满活力、积极进取、团结协作、境界高远。这既是一本可供律所内部交流的刊物，也搭建起了与外部沟通的桥梁，注重专业性、可读性，追求平实中见典雅。

【开篇】

每一期卷首语都关心行业当下的重点、热点。《党建引领，一路前行》是主任李光在南天明党建活动室、律师调解工作室揭牌仪式上的致辞，回顾了南天明所成立23年来所走过的历程。从小到大，稳步成长，坚持专业化、团队化，着力塑造律所品牌，坚持党建引领所建，党员和律师同步增加，自觉履行社会责任，积极参与与公共法律服务，运用专业能力化解社会矛盾，弘扬法治精神，体现了一位老党员、老律师、律所带头人的职业情怀。



李光
广东南天明律师事务所主任



《方圆》杂志2018年第12期第9页“新闻眼-所刊”栏目专版报道了广东南天明律师事务所的《南天明之窗》及李光主任。

《方圆》杂志是最高人民法院主管、检察日报社主办的法律新闻期刊，是全国六大法制好期刊、第二届国家期刊奖百种重点社科期刊。《方圆》杂志记者因我所是“全国优秀律所”而关注到《南天明之窗》，联系采访了我们。

该期“新闻眼-所刊”从《南天明之窗》第五十九期这个视角观察报道广东南天明律师事务所。报道分三个部分：“开篇”部分，介绍“卷首语”的《党建引领，一路前行》，这是李光主任在南天明党建活动室揭牌仪式上的致辞，体现了一位老党员、老律师、律所带头人的职业情怀。“封面”部分，介绍了《南天明之窗》注重专业性、可读性的特点及平实中见典雅、稳健进取、追求高远的风格。“鉴赏”部分，介绍了《南天明之窗》是如何展示“南天明”品牌和专业度的，说明了《南天明之窗》所表现的价值追求及南天明人对未来发展的决心。

《南天明之窗》坚持了20年，是长期主义的生动体现，以坚持不懈的专业精神，为顾问单位等客户提供稳定、新鲜的法律知识，展现南天明律所坚持专业化、打造“南天明”法律服务品牌的稳健进取形象。

“南天明”舞蹈队赴珠海演出

2019年1月6日，珠海市律师协会“逐梦远航·再出发”主题文艺汇报演出在珠海市区度假村酒店千禧宫盛大举行。“南天明”舞蹈队代表佛山市律师协会参加演出，获得广泛好评。佛山市律协赴珠海演出代表队由副会长纪建斌律师带队前往。

此次汇演的节目内容形式多样、内容丰富，各兄弟律师协会精心准备了10个精彩节目，为观众呈现了丰富多彩的视听盛宴。

南天明舞蹈队在汇演中表演充满青春活力的舞蹈，风格干练，契合律师职业，十分抢眼。表演时，观众掌声和欢呼声此起彼伏，台上台下汇成了一片激情四溢的海洋。



“南天明”6名青年获模拟法庭大赛大奖

2018年12月至2019年1月，佛山市律师协会举办了“2018年佛山市青年律师模拟法庭大赛”。大赛分初赛、复赛、决赛三个阶段。大赛以市直、五区律师工作委员会为单位，自由组队参赛，其中禅城区、南海区、顺德区各选派2支队伍，市直、三水区、高明区各选派1支队伍参赛，共9支队伍。每支队伍由4-7名尚在实习期或执业不超过3年的青年律师组成。

“南海一队”由南天明所的6名律师、实习律师与栢泓所的1名实习律师组成，每次赛前、赛中都精心准备，利用“南天明”新办公楼的模拟法庭进行演练，常加班到深夜。“南海一队”在南海区律师工作委员会资深律师的指导下出色发挥，经过初赛、复赛，进入决赛。

决赛由南海一队与顺德一队分别以原被告代理律师的身份进行比拼。佛山市中级人民法院的“全国优秀法官”徐立伟副院长与佛山市律协的韩丽茹、杜圣操副会长模拟审判员并担任评委。在法庭辩论环节，双方选手剑拔弩张的气氛让现场观众印象深刻。原告方南海一队以强硬的态度、“咄咄逼人”的气势向被告屡屡发难，而被告方顺德一队则以沉稳的方式回应，几次唇枪舌战，让每一位观众都屏气凝神，跟着双方选手的节奏进入比赛状态，现场气氛十分紧张。最



终，顺德一队以微弱优势获得团体冠军，南海一队获得团体亚军，南海一队的邵珠童（“南天明”实习律师）凭借其在决赛中的出色发挥，获得了决赛最佳辩手奖。该决赛在网易新闻客户端进行同步网络直播，因双方表现都十分精彩，有近30万人同步在线观看该比赛，反响巨大。

在此次大赛中，“南海一队”还获得了“最佳书状奖”，南天明的林铭壮律师获得半决赛最佳辩手奖。参加此次大赛的林铭壮、严嘉雯、邵珠童、郑博、杜嘉琦、黄淑瑶等6名“南天明”青年都是最佳书状奖、团体亚军这两项团体奖的获得者，林铭壮、邵珠童还获得了最佳辩手的个人奖。

“南天明”再次获评大良街道“优秀中介服务机构”



2019年3月4日，顺德区大良街道办事处举行了“顺德区百家金融机构对接万家民营企业（大良站）启动暨2018年度大良街道优秀中介服务机构授牌仪式”。顺德区副区长蔡伟，大良街道党工委书记、办事处主任霍茂昌，顺德区经济和科技促进局常务副局长谭素，副局长杨艳生，

大良街道党工委委员、经科局局长潘卓辉等领导及有关商协会、服务机构、企业代表共约250人出席了本次活动。

大良街道党工委副书记、办事处主任霍茂昌表示，2018年，实现地方生产总值534.25亿元，增长6.2%；规模以上工业企业产值387.57亿元，增长9%；全社会固定资产投资136.53亿元，增长14.33%；工商税收122.62亿元，增长5.2%。借助本次百家金融机构对接万家民营企业在大良启动的契机，大良街道将促进金融机构与本地企业的沟通联动，发展多元化金融服务平台，以金融资本撬动优势产业向微笑曲线两端延伸。

此次活动还对2018年度大良街道优秀中介机构进行表彰，广东南天明（顺德）律师事务所凭借在企业股改、挂牌上市、投融资等资本市场法律服务的突出表现，获得“2018年度大良街道优秀（中介）服务机构”荣誉称号，是本次荣获此项殊荣的十一家机构中唯一一家律师事务所，同时也是“南天明”连续第三年获得该项殊荣。



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.tmslaw.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：顺德区大良国泰南路3号恒基国际金融大厦1702室

电 话 \ 传 真：0757-22910248 邮编：528300

