



NANTIANMING WINDOW

南天明之窗

准印证号(粤E)L0180009

二〇二一年第二期 总第六十七期



本期 要目

线上转线下交易风险多

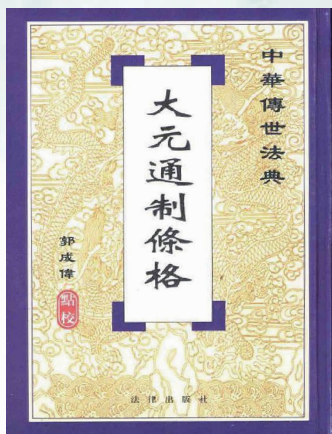
如何处理跨境退货问题

红包虽诱人，纳税不可忘

违约方是否享有合同解除权

粉丝集资打投是不是非法集资

旧村居改造新《指导意见》要点整理与解读



成吉思汗称汗前的蒙古社会通行习惯法“约孙”，成吉思汗创建大蒙古国的过程中，在吸收古老约孙及治世经验的基础上，先后多次颁布过大札撒。《大札撒》是蒙古立国的纲领性文件，其内容大多和游牧民族的生活方式相契合，包含一些处罚性内容，可算是元朝法律的雏形。

1202年（泰和二年）金章宗正式颁布《泰和律》，《泰和律》共12篇、30卷，以唐律为蓝本，结合当时社会现实略有增减。金朝同时还颁行有《律令》20卷、《新定敕条》3卷、《六部格式》30卷，从而形成以《泰和律》为核心的较完备的法律体系。不过此时已是金朝晚期，还战乱不断，对金朝的作用非常有限，但它对元朝初年的立法活动影响很大。

忽必烈入主中原后，曾沿用金国《泰和律》，后来由于出现了汉族军阀李璫的叛乱，动摇了忽必烈对于汉化政策的信心，1271年元世祖忽必烈将国号“大蒙古国”改为“大元”时，下诏废止《泰和律》，司法审判中出现“有例可援，无法可守”的局面。

1290年，元世祖忽必烈命中书参知政事何荣祖编纂法典，何荣祖收集本朝之前颁布的所有临时性诏令法条，选择符合天下统一后实际情况的内容，汇集在一起，编成《至元新格》，次年诏谕“刻版颁行，使百司遵守。”《至元新格》包括公规、选格、

《大元通制》

治民、理财、赋役、课程、仓库、造作、防盗、察狱等十篇，主要是行政法规和原则性规定，对元代中后期的立法活动有较大影响。

元仁宗延祐三年（1316年）开始编纂新的法典，元英宗继承其父元仁宗的以儒治国政策，加强中央集权和官僚体制，启用能臣拜住，大刀阔斧地开展汉化工作，于至治三年（1323年）编成《大元通制》并颁布施行，次年，朝廷下令翻译为蒙古语。

《大元通制》共2539条，分成了三纲一目。三纲是诏制（94条）、条格（1151条）、断例（717条），一目是别类（577条）。在纲目下边又分出了很多的细目。此书元刻本早已失传，现存内阁大库明初墨格写本《通制条格》系其中“条格”部分的残本。“诏制”相当于“编敕”；“断例”，即“断案通例”相当于唐宋“律”；“条格”则相当于“令”“格”“式”。

《大元通制》承袭了中国封建法典的基本精神，沿袭了五刑、十恶、八议、五服等规定。这反映中国传统封建宗法社会所提倡的贵贱上下有等、尊卑长幼亲疏有别，与蒙古游牧贵族的思想也是息息相通的。

《大元通制》具有明显的蒙古因素。

一是蒙古族作为统治民族其生活方式和意志体现法律条文中。例如：关于站赤、投下、驱口和民族等级的规定，是唐宋等朝法律没有的；关于刑罚，笞、杖数额的个位数都是七，相比唐宋刑律一般少打三下，据说元世祖曾明示“天饶他一下，地饶他一下，我饶他一下”；对皇帝的名字，蒙古习俗原是不避讳的，后来受汉法影响，也要避讳了，但违犯者的处罚

方式“口里填土”却是蒙古式的。

二是带有蒙古法因素，《大札撒》的精神都体现在法律条文中。例如：关于宗教，大札撒规定各种宗教，不舍此取彼，不尊此抑彼，一视同仁，不分彼此，《大元通制》的有关条文也总是把“僧、道、也里可温、答失蛮”并列。关于婚制，蒙古实行“父兄弟婚”（子收父妾、弟收兄妻或兄收弟妻），与汉族显著不同，《大元通制》规定“递相婚姻者”，以男方习俗为主，但“蒙古人不在此例”（即蒙古女人与外族通婚也按蒙古习俗）。

《大元通制》体现了元代的蒙古“国俗”与“汉法”并存的二元司法结构。蒙古国原设有札鲁忽赤（断事官），至元二年（1265年）置大宗正府。忽必烈继位后推行汉法，从中统元年（1260年）起建中书省，设置六部，刑部“掌天下刑名法律之政令”。“诸杖罪，五十七以下，司（录事司）县断决；八十七以下，散府、州、军断决；一百七以下，宣慰司、总管府断决。配流、死罪，依例勘审完备，申关刑部待报”。而蒙古人与色目人犯法，由札鲁忽赤进行审断；蒙古人与色目人犯有重罪，一概由大宗正府审理。

“征烧埋银”是元朝创设的一种特别制度，源于蒙古族的命价银习惯法，主要适用于杀人或伤人致死犯罪，对罪犯判处刑罚的同时，向罪犯家属“征烧埋银”白银五十两给苦主（受害人家属），“会赦免罪者倍之”，以此安抚苦主，《大元通制》对此有详细规定。这种刑事附带民事赔偿制度，在中国法律思想史上具有十分重要的进步意义。

最高检、司法部、全国律协 推动构建良性互动新型检律关系

在去年召开的中央全面依法治国工作会议上，习近平总书记对建设德才兼备的高素质法治工作队伍提出了明确要求，为加强检察官和律师队伍建设，构建良性互动检律关系指明了方向，提供了根本遵循。

2019年至今，最高检张军检察长连续3年在全国两会报告中专门强调保障律师执业权利。2021年3月，张军检察长在全国两会报告中明确提出要构建规范有序的检律关系，促进地方检察机关建立律师异地阅卷、远程会见等保障机制，携手司法部、全国律协建立定期会商机制，同构积极、建设性检律关系。

2020年12月，最高检张军检察长、司法部唐一军部长与全国律协的律师代表围绕深入学习习近平法治思想、推动法律职业共同体建设进行专门座谈，达成了多项加强检律合作、助推职能发挥的举措措施。会后，司法部印发通知，最高检下发了《关于加强检律协作推动建立检律定期会商机制的提示》。其后，各省检察院领导高度重视，迅速安排部署，要求控申检察部门切实担起主体责任，拟定年度工作计划，真正把座谈会议要求落地落实落细。很多省级院在工作计划中设置了内容丰富、形式多样的主题活动。

今年2月，最高检发布首批保障律师执业权利典型案例。今年6月，最高人民检察院和司法部联合举办“认罪认罚从宽制度适用疑难问题高级研修班”，对检察官和律师进行同堂培训，深化检律良性互动，强化法律共同体意识。

最近，最高检第十检察厅徐向春厅长在接受记者采访时说：四大检察

办案环节仍不同程度存在保障律师阅卷权、会见权，听取律师意见等保障不到位、不充分问题。特别是认罪认罚案件中存在听取意见不到位和控辩量刑协商不足、质量不高等问题，个别办案人员不明示证据和指控内容，部分值班律师仅就程序性问题和认罪认罚相关规定提供批量服务，导致律师见证签署具结书流于形式。另外，有的地方值班律师力量严重不足，存在一名值班律师在半个工作日内要帮助数十名犯罪嫌疑人，或者集中一次为几十名犯罪嫌疑人见证的情况；个别基层院办案人员在适用认罪认罚从宽制度时，还得现打电话找律师；有的地方值班律师费用保障不足，只能在检察机关有限的办案经费中解决值班律师费用。

2020年1月至12月，全国检察机关共计审查办理侵犯律师执业权利控告申诉案件2021件，同比增长63%。其中，已办结1693件，占总数的84%。从受理案件情况看，反映“限制律师会见通信”的664件，占总数33%；反映“未送达文书或告知移送情况”的360件，占总数的18%；反映“不允许律师查阅摘抄复制案卷材料”的292件，占总数14%。各地在办案中，依法履行监督职能，查实侵犯律师执业权利案件1260件，占办结总数的74%。在查实的案件中，通知纠正760件，发出检察建议500件。

检察机关将进一步加大保障律师执业权利工作力度，着重在抓落实上下功夫。一是进一步强化法律职业共同体意识，深入推进法律职业共同体联合培训。在控告申诉条线培训中邀

请律师授课、增加律师执业权利保障相关课程等。二是在各项检察工作中充分发挥律师作用，加强沟通协商，不断提升质效，充分尊重辩护律师、值班律师意见，做到每案必听意见、凡听必记录、听后有反馈。三是常态化开展保障律师执业权利监督工作，扎实办好每一起律师控告申诉案件，切实依法保障律师执业权利。

中华全国律师协会王俊峰会长在接受记者采访时表示：全国律协将进一步拓展检律合作深度和广度，做好律师执业权利保障工作，努力构建起良性互动、规范有序的新时代检律协作关系。

一是深化律师执业权利保障工作。全国律协积极配合保障律师执业权利专项监督活动，组织各省、市两级律师协会确定了联络员，专门负责与同级检察机关对接，推动律师维权个案的解决，通过月通报、年度总结报告与检察机关互通信息，形成工作合力，共同维护律师执业权利。

二是建立与检察机关的常态化沟通联系机制。与检察机关就信息共享、移送律师申诉控告相关线索、互相通报律师申诉控告线索和案件调查处理情况等建立多层次、多渠道的沟通联系机制，确保信息交换及时，沟通协调顺畅，问题解决高效。

三是加强联合调查研究。就认罪认罚从宽、公开听证、公益诉讼、诉讼监督、律师执业权利保障等工作开展联合调研，对普遍性问题加强研究论证，找准原因，对症下药，通过完善制度机制，实现长效常治，推动检律协作互动走深走实，取得实效。



南天明之窗

2021年第2期

总第67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 程宗利 李周明

罗丽红 温晓琼 李 浩 肖福来

胡丽丽 汤建城 钟远玉 林慧敏

岑景源 麦超莹 姚何静玮

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：2021年8月16日

印 数：3000本

目录 CONTENTS

法律典故

01-《大元通制》

行业聚焦

02-最高检、司法部、全国律协推动构建良性互动新型检律关系

融资上市

05-如何保证自己的股东会话语权，“一致行动人协议”可帮你（吴 珺）

06-特定股东大宗交易股份减持规则要点（邓锦欣）

行政法务

08-行政机关不按法定程序强拆违法建筑物的风险分析（黄淑瑶）

09-醉驾采集血液样本是否具有行政可诉性？（王少猛）

11-政府奖励补贴，想拿就能拿？（麦超莹）

税法专题

12-红包虽诱人，纳税不可忘（唐 栗）

15-股权转让中常见的涉税风险（陈敏怡）

房产看法

16-旧村居改造新《指导意见》要点整理与解读（胡丽丽）

17-违约方是否享有合同解除权？（钟远玉）

公司法专题

19-未通知中小股东参会的公司决议效力如何？（冯可欣）

20-小股东怠于履行清算义务的风险及应对措施（杨静怡）

刑事话题

22-以审判为中心背景下的刑事辩护突出问题研究（纪建斌）

25-粉丝集资打投是不是非法集资（李侃童）

知识产权

26-浅析《反不正当竞争法》修正案的商业秘密保护条款（姚何静玮）

涉外法务

27-涉外合同法律适用常见问题（欧 静）

28-如何处理跨境退货问题（廖彩灵）

评案论法

29-小额贷款公司的贷款行为不受民间借贷纠纷相关法律规定约束（叶伟英）

30-从案例看冷冻胚胎的监管、处置原则（范瑞祥）

企业关注

32-虚拟股权激励方案设计（郑庆柱）

34-个人合伙分割财产前应当进行清算（杨东）

热点话题

36-线上转线下交易风险多（何嘉欣）

37-野生亚洲象群迁徙可能导致的法律问题（何嘉城）

市民话题

38-父母去世，姐姐是否必须扶养幼弟？（范元凤）

40-例谈《民法典》对老年人再婚的保护（黄映彤）

新法解读

41-新《民办教育促进法实施条例》是否限制国有企业参与举办民办学校（林慧敏）

42-不动产抵押登记制度在《民法典》时代的新变化（岑景源）

立法快讯

43-新颁布的法律

43-最新司法解释

44-最新行政法规

今日南天明

45-短讯五则

如何保证自己的股东会话语事权 “一致行动人协议”可帮你

□ 吴 珺

3月12日，苏宁易购发布公告称，公司收到股东通知，张近东与苏宁电器集团于2021年3月11日签署了《一致行动协议》，苏宁电器集团拟在行使股东权利时与张近东采取一致行动。

根据公告，协议签署并生效后，张近东合计拥有公司20.3亿股的表决权，占公司目前总表决权的比例为21.83%。

新闻里提到的“一致行动”是什么呢？

《上市公司收购管理办法》第83条规定，一致行动，是指投资者通过协议、其他安排，与其他投资者共同扩大其所能支配的一个上市公司股份表决权数量的行为或者事实。虽然“一致行动”本身是个上市公司的概念，但这并不影响在有限责任公司进行参照使用。简单来说，一致行动人协议就是几个股东约定在公司的某些事情上保持一致行动的协议，即抱团一致对外的协议。

具体来讲，有限责任公司股东签署一致行动人协议相当于在公司股东会之外又建立了一个不被法律排斥的“小股东会”，在股东会表决或者一致行动协议约定事项发生时，签订一致行动人协议的股东先讨论出一个共同意见，作为各方一致对外的唯一结果，然后再在股东会里表决或者决定该事项是否进行。如果一致行动人中有人没有按照协议约定的一致行动，那他就会违约，

基于一致行动协议而承担违约责任。

实践中，对于公司原始股东来说，签订一致行动人协议的主要目的是掌握公司的实际控制权。因为公司经过多轮融资，原始股东的股权容易被稀释，股权结构的也会相对分散，因而容易导致公司没有实际控制人或公司实际控制人不稳定的情况，一致行动协议能有效保证原始股东对公司的控制力。

对于小股东来说，小股东可以联合其他股东签订《一致行动协议》，通过采取一致行动行使表决权，对抗大股东对公司的完全掌控，防止大股东专断独裁，以此保证小股东的合法权益。

但是，如果一致行动人不一致行动的话，怎么办呢？

比如：甲和乙是奇异果有限责任公司的股东，甲持有奇异果公司20%的股份，乙持有奇异果公司14%的股份，甲乙签订了一致行动协议，约定对奇异果公司的重大事项上投票行为保持一致。

后来，在奇异果公司股东会决议前，甲乙双方达成反对公司分立的一致意见（即投反对票），但在股东会正式表决时，乙方却突然投了赞成票，最后公司分立的决议达到三分之二以上的表决权通过。

这次股东会决议没有违反奇异果公司章程关于股东会决议的其他规定，甲方提起诉讼请求法院撤销该股东会决议，能否得到支持呢？

答案是否定的，因为合同具有



吴 珺 律 师

相对性，一致行动协议只对甲乙双方有效，并不能约束到股东会决议。若一致行动人违反一致行动协议，股东会不能根据《一致行动协议》请求法院撤销该股东会决议。

一致行动协议旨在约定一致行动人在股东会、董事会的表决中保持一致行动，因而一致行动协议中应当明确一致行动的范围、一致表决意见形成的方式等，但一般认为最为核心的是违约责任的承担问题，若一致行动失败时，则会触发违约责任。为促使一致行动人按照一致行动协议约定行使权利，保证一致行动目的的实现，可约定严苛的违约责任加以约束。近年来，由于股权结构不合理引发的法律纠纷呈上升趋势增长。随着创业者、公司合伙人法律意识的提高，（下转第7页）

特定股东大宗交易股份减持规则要点

□ 邓锦欣



邓锦欣 实习律师

4月7日，腾讯第一大股东Prosus（南非报业Naspers子公司）宣布将通过附属公司MIH TC Holdings，以每股575~595港元的要价出售1.919亿股腾讯股票。出售数量相当于腾讯已发行股本的2%。出售完成后Prosus持股比例将从约30.9%降至28.9%。此事件的宣布，在投融资圈引起一片热议，那么相对于港股减持而言，境内股份减持规则是如何的呢？

根据《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》（以下简称“《若干规定》”）、《上海证券交易所上市公司股东及董事、监事、高级管理人员减持股份实施细则》（以下简称“《实施细则》”）、《深圳证券交易所上市公司股东及董事、监事、高级管理人员减持股份实施细则》（以下简称“《减持实施细则》”）的相关规定，上市公司股份

减持的主体分为三类，大股东、特定股东，以及董事、监事、高级管理人员。相较于大股东和董、监、高股份减持而言，特定股东的股份减持更易于受到监管，而大宗交易是一种区别于上市公司股份集中竞价交易和协议转让的另一种交易方式，因此，笔者在此对特定股东通过大宗交易股份减持的相关规则要点进行梳理。

一、特定股东股份减持的定义

《若干规定》、《减持细则》的规定，特定股东减持，即大股东以外持有公司首次公开发行前股份、上市公司非公开发行股份的股东，减持其持有的该等股份。针对上述特定股东减持，需注意：

第一，按照《上市公司证券发行管理办法（2020修订）》第75条、《创业板上市公司证券发行注册管理办法（试行）》第92条的规定（以下统称“《再融资规则》”），“依据本办法通过非公开发行股票取得的上市公司股份，其减持不适用《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》的有关规定。”依上述规定，通过非公开发行取得的上市公司股份，股东减持不再需要遵守《减持实施细则》。而“依据本办法通过非公开发行取得的上市公司股份”，其来源不仅包括通过现金认购的上市公司非公开发行的股份，还包括重大资产重组配套融资发行的股份。

其二，投资者减持因股权激励获得的股份，不适用《减持实施细则》关于特定股份减持的限制。但投资者构成《减持实施细则》规定

的大股东或者担任公司董监高的，仍须遵守《减持实施细则》关于大股东减持、董监高减持的规定。”

二、大宗交易的基本要求

根据沪深两所的交易规则，股东进行大宗交易需要在交易体量上满足以下要求：

1. A股单笔买卖申报数量应当不低于30万股，或者交易金额不低于200万元人民币；

2. B股单笔买卖申报数量应当不低于30万股，或者交易金额不低于20万美元。

具体交易方式上，根据《深圳证券交易所交易规则（2020年修订）》，深交所的大宗交易包括协议大宗交易和盘后定价大宗交易两种方式，其中：协议大宗交易是指大宗交易双方互为指定交易对手方，协商确定交易价格及数量的交易方式，盘后定价大宗交易是指证券交易收盘后按照时间优先的原则，以证券当日收盘价或证券当日成交量加权平均价格对大宗交易买卖申报逐笔连续撮合的交易方式。

根据《上海证券交易所交易规则（2020年修订）》，上交所的大宗交易包括意向申报、成交申报和固定价格申报，当意向申报被会员接受时，申报方应当至少与一个接受意向申报的会员进行成交申报，固定价格申报则与深交所盘后定价大宗交易相同。

交易价格方面，两所规定相同：

1. 有价格涨跌幅证券的成交申报价格，由买方和卖方在当日价格涨跌幅限制范围内确定；

2. 无价格涨跌幅限制证券的成交申报价格，由买卖双方在前收盘价格的上下30%或当日已成交的最高、最低价格之间自行协商确定。

因此，通常对于非ST股份而言，大宗交易的申报价格最低可以在最低至前一交易日收盘价的90%。

需注意，深交所《关于上市公司股东通过大宗交易减持股份不再采用人工受理方式的通知》规定，自2017年7月31日起，上市公司股东根据减持规则通过大宗交易减持股份的，应当采用协议大宗交易方式，并应当将受减持规定限制的股份与不受减持规定限制的股份分别申报卖出。

三、特定股东大宗交易减持的限制

减持节奏上，根据《若干规定》《实施细则》和《减持实施细则》，大股东减持或者特定股份减持，采取大宗交易方式的，在任意连续90日内，减持股份的总数不得超过公司股份总数的2%。其中：大股东包括持股5%以上的股东，特定股份包括公司首次公开发行前发行的股份、上市公司非公开发行的股份。

大股东自持股比例减持至低于5%之日起90日内，通过大宗交易继续减持的，仍应遵守前述规定。大股东减持至低于5%、但仍为控股股东的，还应遵守有关大股东减持的规定。大股东减持至低于5%、但持有特定股份的，对特定股份的减持仍应遵守有关特定股东大宗减持的规定。

为了避免相关股东通过“过桥交易”和打散持股的方式规避相关减持规则，相关减持规则还规定以下3项特殊规定：

1. 受让方通过大宗交易受让前述股份时，受让方在受让后6个月内，不得转让所受让的股份；

2. 大股东与其一致行动人的持股合并计算，并共同遵守减持数量限制、共用相关减持额度；

3. 投资者及其一致行动人之间，采取大宗交易、协议转让等方式转让股份的，视为减持股份，同样需要遵守相关规定。

四、股份减持顺序和减持的额度计算

对于大股东及特定股东持有多种不同来源股份的，其减持股份过

程中，计算相关减持比例按以下优先顺序原则予以执行：

1. 股东持有的公司首次公开发行前的股份；

2. 股东持有的上市公司非公开发行股份，其中，同时持有解除限售时间不同的股份的，优先计算解除限售时间在先的股份；

3. 股东持有非集中竞价交易取得的股份。

关于B股、H股、优先股的规则适用问题，《〈上海证券交易所上市公司股东及董事、监事、高级管理人员减持股份实施细则〉问题解答（一）》规定：

1. 计算公司股份总数时，应当合并计算公司发行的A股、B股和境外上市股份（含H股等）；

2. 计算大股东持股比例时，应当合并计算其持有的A股、B股和境外上市股份（含H股等）；

3. 计算规则规定的股东减持数量、减持比例时，仅计算股东减持A股的股份数量；

4. 优先股不计入公司股份总数，其减持也不适用《细则》。

（作者交流电话：15916168221）

（上接第5页）其越来越重视股权结构的设计与不良公司股权结构的调整优化。

一致行动人协议就是设计、调

整股权架构时常用的股权工具之一。

不论企业处于哪一个发展阶段，是已经步入高速发展的快车道，还

是正处于起步打拼阶段，都不可忽视股权结构设计问题。

（作者交流电话：18566344099）

（上接第8页）参照相邻地块同类建筑的补偿标准对其赔偿请求作出赔偿决定。”

该案件反映出观点：违法建筑物不能一概以违法为由认定其

不具有合法利益，从而不承担赔偿责任。

综上，如果行政机关违法拆除相对人的违法建筑物，除了会被法院确认行政行为违法或无效，还需在行政

赔偿诉讼中承担举证责任、承担不利后果，赔偿相对人因此遭受的合法利益的损失，且该损失应参照相邻地块同类建筑的补偿标准计算。

（作者交流电话：13602232107）

行政机关不按法定程序强拆违法建筑物的风险分析

□ 黄淑瑶



黄淑瑶 律师

违法建筑物，对于城市管理者而言虽然碍眼，但由于监管不力及历史建成等多种原因，在城市中大量存在。法律法规赋予了特定行政机关查处和拆除违建物的权力，但在如“征收”、“三旧改造”等特定项目背景下，总有些地方为了加速推进项目，实施违法拆除行为。本文将分析行政机关未经合法程序强拆违法建筑物有哪些风险。

一、行政行为被确认违法或无效

在佛山市，对违法建筑物作出查处决定和强制拆除的决定，需根据《城乡规划法》、《广东城乡规划条例》、《行政强制法》、《佛山市违法建设查处办法》、《广东省人民政府关于在佛山市开展相对集中行政处罚权工作的公告》等相关

规定进行，实施主体除需具备相应职权，还必须遵循法定的流程。

如未按法律规定作出限期拆除决定或实施拆除行为属于程序违法，需要根据违法程度确认违法或确认无效。根据《行政诉讼法》第七十四条，如行政行为被确认违法，因已实际拆除违建物致行政行为不具有可撤销内容，法院仅会判决确认行政行为违法，不需要撤销。

二、承担造成行政相对人损失的举证责任

首先，根据《行政诉讼法》第三十八条第二款，行政机关因其违法行政强制行为，导致行政相对人客观上无法举证证明因该行政强制所致实际财产损失的，该举证证明责任转移由行政机关负担。其次，对行政相对人所主张的、双方均未能举证证明的财产损失，人民法院有权裁量决定损失的合理范围和价值。第三，根据《行政强制法》第四十四条，行政强制拆除决定的复议、诉讼期限届满，是行政机关依法强拆的前提。在该期限之内，行政相对人的合法财产受法律保护。同时，依比例原则，公民违法建设的法律责任也不能扩大到其合法的私有财产，对由此导致的、经司法审查确认的合法损失，强拆实施机关应承担全部赔偿责任。

三、承担行政赔偿责任

根据《行政诉讼法》第七十六条，人民法院判决确认违法或者无

效的，可以同时判决责令被告采取补救措施；给原告造成损失的，依法判决被告承担赔偿责任。

行政机关强拆违建物最终是否应承担行政赔偿责任有以下观点：

1. 根据《国家赔偿法》第二条、《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第三十三条，因违建物本身不存在合法权益，相应法律后果由建造者自行承担。

(2020)粤06行终811号行政判决书、(2021)粤06行终87号行政判决书就是持该种观点，最终虽确认行政机关实施强制拆除行为违法，但被拆除的根本原因是建造者不遵守法律规定进行违法建设，并无损害当事人的合法权益，无需承担赔偿责任。

2. 违建物是否存在合法权益的问题应从案涉建筑物性质、同一区域相同情况的处理及被强拆建筑物残值等方面综合考量。

(2019)辽行终612-1号行政判决书就是持该种观点，判决就损失赔偿部分发回重审，最终结果见(2020)辽行终1325号行政判决书：“本案一审诉讼阶段，沈河区政府针对涉案地区发布了《土地征收启动公告》，因行政相对人在违法强拆行为中获得的赔偿数额不应低于正常情况下所能获得的补偿。即使涉案地块没有被征收，沈河区政府也应当对上诉人存在多少合法权益进行调查后，(下转第8页)

醉驾采集血液样本是否具有行政可诉性？

□ 王少猛

【基本案情】

2020年7月27日，李某饮酒后驾驶机动车发生交通事故。后被查获涉嫌酒后驾驶机动车，某市公安局交通警察支队扣押李某机动车驾驶证后，将李某带至医院抽取血样进行检验。李某认为，抽取血样检验系法定行政强制措施，但公安机关在对其实施前述行政强制措施时，未遵循《中华人民共和国行政强制法》的规定，涉案《公安交通管理部门行政强制措施凭证》也系事后开具并要求李某补签。故李某诉至法院，请求判决确认公安机关对李某实施的检验血液行政强制措施违法，并予以撤销。

【法院判决】

法院认为，血液检验行为只是在查处醉酒驾驶行为过程中，为调查、收集违法证据所实施的阶段性行为，不是最终的处理结果，李某针对该行为提起行政诉讼，不具有独立的诉讼利益。血液检验行为不属于人民法院行政诉讼的受案范围，并据此裁定不予受理。

【案例评析】

醉酒驾驶机动车不仅危及机动车驾驶人人身安全，且对社会公共安全构成严重威胁。采集血液检验行为不宜认定为刑事司法行为，其符合行政强制措施外观，但属不可诉的阶段性行政行为。

一、采集血液检验行为符合行政强制措施构成要件

行政强制措施是指行政机关在行政管理过程中，为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发

生、控制危险扩大等情形，依法对行政相对人的人身自由或财物实施暂时性控制的行为。根据《道路交通安全违法行为处理程序规定》第二十二条规定，检验体内酒精、国家管制的精神药品、麻醉药品含量属于行政强制措施。执法实践中，公安机关交通管理部门对机动车驾驶员进行呼气酒精含量检验和血液酒精含量检验，都是其在履行道路交通安全管理职责过程中，为避免、制止酒后驾驶机动车妨害道路交通安全甚至危害社会公共安全的情形，对机动车驾驶人人身采取暂时性约束进行检验的行为。司法实践中对于呼气检验属于行政强制措施一般不存在争议；而与呼气检验相较，抽血检验行为在性质上并无本质区别，仅在检验范围和暂时性约束程度有所区别。采取呼气酒精含量检验一般是对特定时间、特定路段的不特定机动车驾驶员进行检验，而进行血液酒精含量检验一般具有特定性，即系对经呼气检验发现超过标准临界值的机动车驾驶员要求进行该项检验；进行呼气检验时执法机关采取的暂时性约束措施较弱，一般仅要求驾驶员停车接受检查，而对涉嫌酒驾的机动车驾驶员带至医院进行抽血检验时可能会采取具有一定强制力的措施，至少在特定时段限制了其进行其他活动的人身自由，且根据驾驶员的醉酒程度也可能使用警绳等约束性措施至其酒醒。故，醉驾者采集血液检验行为单独来看，符合行政强制措施的构成要件。



王少猛 律师

二、采集血液检验行为属不可诉的阶段性行政行为

第一，采集血液检验行为本身并不产生行政法律效力。公安机关交通管理部门将涉嫌醉驾者带至医院采集血液进行血液酒精含量检测，检验结果系由检测单位出具，是对被检测血液样本中酒精含量数据的客观记录，并不体现行政机关的意思表述，该检验行为本身并不对相对人产生行政法律效力，相对人对该行为不具有诉的利益。

第二，采集血液检验行为被后续执法行为所吸收。涉嫌醉驾的机动车驾驶员并非因检验结果本身受到刑事制裁或者行政处罚，而是司法机关或者执法机关在办理刑事案件或者行政案件过程中将检验结果作为证据，最终是否采纳由司法机关或者执法机关作出判断。故该行为只是整个执法行为的一个阶段，被后续执法行为所吸收。

第三，对采集血液检验行为进行司法救济无正当理由和必要性。单纯从保护相对人权益的角度，当然是给予其最广泛最全面的救济对其最为有利。而根据司法审查有限原则，行政诉讼中司法权在监督行政权时，其介入行政权领域的深度和广度上必须保持一个限度，旨在保证行政权的行使有足以控制社会秩序的基本效率。如对采集血液检验行为可单独进行司法救济，则对执法机关办理行政案件中的鉴定、勘验、检测等行为均可单独进行司法救济，导致整个行政执法程序延宕，

影响社会管理秩序。故在保障相对人对后续终局性的行政行为可进行司法救济的前提下，对上述鉴定、勘验、检测等行为进行实体司法审查并无必要。

综上，无论是在醉酒驾驶行政处罚程序中，还是在醉酒驾驶刑事案件立案前，对醉酒驾驶人进行血液检验，只是整个醉酒驾驶行为查处过程中的一个执法环节，是为固定醉酒驾驶人违法证据所实施的阶段性行为，并不是最终的处理结果。该阶段性行为虽然外观符合可诉行政行为的特点，但如果法院对该阶

段性行为进行审查，将可能妨碍行政处罚程序或刑事司法程序的正常发展，使本应正常推进的行政处罚程序或刑事司法程序中止或中断。同时，该阶段性行为的效力，也会因最终行政处罚决定或刑事司法裁判的作出而被吸收，其合法性亦可以在此后的行政程序或刑事司法程序中予以审查。故此种情况下，相对人对该阶段性行为提起行政诉讼，并无独立的诉讼利益，不应单独纳入行政诉讼的受案范围。

（作者交流电话：13923129559）

（上接第15页）实物、有价证券和其他形式的经济利益等均为股权转让收入。同时，现行税收政策对违反公平交易原则或不配合税收管理的纳税人规定了税收保障措施，即由主管税务机关依规定的核定方法顺序（依次按照净资产核定法、类比法以及其他合理方法）核定股权转让收入。秉承计税基础相衔接的原理，取得股权的原值应按照纳税人取得股权时的实际支出进行确认。特殊情形下，按转增额或原持有人的股权原值或税务机关核定的前次转让方股权转让收入进行确认。从而使得整个转让环节前后衔接，避免重复征税。

需注意，如纳税人在评估报告中做假，将未出资的部分在评估报告中更改为实缴出资，以此降低应纳税所得额的，则可能面临偷税的法律责任。

三、新股东以不低于净资产价格收购股权

《关于个人投资者收购企业股权后将原盈余积累转增股本个人所得

税问题的公告》（国家税务总局公告2013年第23号）规定：一、1名或多名个人投资者以股权收购方式取得被收购企业100%股权，股权收购前，被收购企业原账面金额中的“资本公积、盈余公积、未分配利润”等盈余积累未转增股本，而在股权交易时将其一并计入股权转让价格并履行了所得税纳税义务。股权收购后，企业将原账面金额中的盈余积累向个人投资者（即新股东）转增股本，有关个人所得税问题区分以下情形处理：（一）新股东以不低于净资产价格收购股权的，企业原盈余积累已全部计入股权交易价格，新股东取得盈余积累转增股本的部分，不征收个人所得税。（二）新股东以低于净资产价格收购股权的，企业原盈余积累中，对于股权收购价格减去原股本的差额部分已经计入股权交易价格，新股东取得盈余积累转增股本的部分，不征收个人所得税；对于股权收购价格低于原所有者权益的差额部分未计入股权交易价格，新股东取得盈

余积累转增股本的部分，应按照“利息、股息、红利所得”项目征收个人所得税。新股东以低于净资产价格收购企业股权后转增股本，应按照下列顺序进行，即先转增应纳税的盈余积累部分，然后再转增免税的盈余积累部分。

最后，股权转让涉税问题向来被大众所关注，《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告2014年第67号）施行后，进一步明确了个人股权转让中关于转让行为认定、收入确认原则、核定条件及方法、股权原值的确认、股权转让的纳税时点等相关问题，减少了实践中关于个人股权转让所得税问题的涉税争议。但是，该文并不能解决现实中的所有涉税问题，尤其对于股权“平价转让”行为是否符合67号公告的相关规定，是否属于股权转让明显偏低，如果偏低是否有正当理由都是实务中不得不面对的现实问题。

（作者交流电话：13418431103）

政府奖励补贴，想拿就能拿？

□ 麦超莹

【案情简介】

A公司是文化传媒公司，于2015年10月与某高新区管委会签订《合作协议》，约定由管委会给予A公司连续三年100%租金补贴，同时约定了A公司在三年内必须完成的招商引资、孵化创业团队、发展会员等具体任务，但协议中对于补贴支付时间和需要提交资料没有详细约定。从2017年5月开始，A公司开始拖欠场地租金，各项具体任务也只是完成了小部分，所以管委会拒绝发放租金补贴。A公司随后以某某区人民政府为被告，提起了行政诉讼，笔者受区政府委托代理诉讼。

【律师说法】

一、本案属于民事诉讼还是行政诉讼范围？

平等的民事主体间签订的协议，属民事协议；引发的纠纷，按照民事救济程序解决。随着行政管理方式的多样化和行政管理理念从高权命令向协商、合作的转变，行政机关在法律规定的职权范围内，通过协商一致的方式约定其与行政管理相对人之间的权利义务关系，此种协议也被统称为行政协议（行政契约、行政合同）；由此引发的纠纷，一般通过行政救济程序解决。《行政诉讼法》第十二条第一款规定：“人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：……（十一）认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的。”《最高人民法院关

于审理行政协议案件若干问题的规定》第一条规定：“行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。”因此，行政协议一般包括以下要素：一是协议有一方当事人必须是行政主体；二是该行政主体行使的是行政职权；三是协议目的是为实现社会公共利益或者行政管理目标；四是协议的主要内容约定的是行政法上的权利义务关系。所以，本案属于行政诉讼受案范围。

二、原告目前是否有权提出起诉？

从《合作协议》的内容来看，双方当事人约定了三年的合作期，及原告必须在三年内完成的目标。根据合同中当事人权利义务对等的的基本原则，应当理解为只有在原告完成了三年期目标后，管委会才有义务支付相关租金补贴。由于协议的具体履行期限为2016年至2018年，故原告提起本案诉讼时尚未届支付租金补贴的期限，其诉请支付租金补贴明显缺乏法律依据。

虽然《合作协议》未就原告申请租金补贴的具体条件作出约定，但由于租金补贴是从财政资金拨出，基于财政资金管理的一般原则，原告所提交的材料也应当符合清晰、完整的要求。但是原告提交的租金补贴申请材料明显不符合形式要求，具体表现在：1、大部分发票服务名称不清晰，无法分辨是租金发票、



麦超莹 律师

管理费发票或是其他发票。2、完成报告中的案例均没有具体材料佐证。由于原告提交的申请材料明显不符合要求，其诉请支付租金补贴的前提条件尚不具备。

三、原告长期经营不善，管委会拒绝支付补贴是否合法有据？

签订《合作协议》的初衷，就是为了推进某某区大众创业、万众创业以及传统产业升级转型，促进某某区经济高速健康发展。但在合同履行期限已过大半的情况下，原告的工作完成量与预设目标仍相去甚远，按现有进度客观上已难以完成预设目标。且原告目前已被列入经营异常名录，并出现经营困难，长期拖欠租金及管理费。结合上述情况，管委会有理由质疑原告既无意愿、也无能力在本地持续稳定经营，实质已不符合申请租金补贴的条件。（下转第14页）

红包虽诱人，纳税不可忘

——网络红包背后的个人所得税问题浅析

□ 唐 栗



唐 栗

近几年随着电子商务及电子支付的蓬勃发展，各种抢红包活动方兴未艾。仅以2021年春节为例，支付宝集五福瓜分5亿元，抖音分20亿元，拼多多分28亿元，更遑论618、双十一、年货节等平时各种购物节发放的消费红包、购物红包等。除了这些平台及大公司发放的网络红包之外，随着我国无现金支付的全面普及，普通企业以及个人之间发网络红包更加常见，小到在微信群里抢几分钱的拼手气红包，大到赠与恋人的巨额红包，大家早习以为常。

人人都热衷于抢红包，但又有几人了解网络红包背后隐藏的一系列涉税问题，凭“实力”抢来的红包竟面临缴纳个人所得税甚至被开除的风险？这并非危言耸听，正是

笔者朋友前段时间面临的困扰。

小吴在一家大型药企任职，待遇优厚，同时公司内部各种保密措施也数不胜数。其中，公司劳动合同及员工手册中明确规定员工不得在外兼职，一经发现公司可解除劳动合同。小吴在今年的个人所得税年度汇算清缴中发现自己多出了几笔劳务报酬所得！公司行政也注意到了这几笔劳务报酬，询问小吴是否在外兼职，小吴惊出一身冷汗，自己分明没有兼职，从何而来的劳务报酬所得？后经查证，原来这几笔劳务报酬竟是小吴在某宠物用品公司微信群内抢来的红包，该宠物用品公司代扣了小吴的个人所得税并向税务部门申报缴纳。原来小吴平时的爱好是饲养宠物猫，因经常在各类社交平台及微信群中晒猫而小有名气，该宠物用品公司将这些活跃的“猫届小网红”拉入群内，不时向其邮寄免费产品试用，且不定期在群内派发红包，以获得大家产品体验及晒图并用于产品宣传广告及企业推广。小吴正是领取了微信群内发放的红包被代扣了个人所得税，被公司怀疑在外兼职，差点丢掉了工作！

诚然，小吴的情况只是极端的个例，但作为经常发红包、收红包的普通民众，也不妨了解下网络红包是否需要缴税、又该如何缴税。

一、个人之间发放网络红包

个人之间发放各种网络红包已非常普遍，不论是春节拜年、还是

平日里亲友间的人情往来、或是节日、生日的祝福，没有一个是发红包解决不了的问题。一般来说，个人之间发放的网络红包是无需缴税的。根据《国家税务总局关于加强网络红包个人所得税征收管理的通知》（税总函[2015]409号）的规定：个人之间赠送网络红包，不属于个人所得税法征税范围，不需要缴纳个人所得税。

不过笔者认为，不能机械的看待该条款，该规定主要是针对亲友等“熟人”之间正常的人情交际或馈赠的行为不征收个人所得税。双方存在亲戚或朋友的身份关系，且一般都是有来有往，互相发放红包的。如果租户通过微信红包的形式向自然人房东支付房租，或雇主给钟点工阿姨发放红包支付其保洁费用，虽仍是个人之间发放网络红包，但房东及钟点工阿姨均需缴纳个人所得税。

二、企业向本单位员工派发网络红包

一般来说，企业向本单位任职的员工派发网络红包，因该红包与员工任职或受雇息息相关，应按“工资、薪金所得”项目缴纳个人所得税，由企业代扣代缴。但企业以网络红包的形式向本单位少数职工发放的、具有临时性生活困难补助性质的福利费，是免征个人所得税的。政策依据为《个人所得税法》第四条第一款第四项规定，福利费免征个人所得税。《个人所得税法

实施条例》第十一条规定，个人所得税法第四条第一款第四项所称福利费，是指根据国家有关规定，从企业、事业单位、国家机关、社会组织提留的福利费或者工会经费中支付给个人的生活补助费。

另外只有企业出资以自身名义向员工派发的网络红包才需按照“工资、薪金所得”缴纳个人所得税，如果公司股东、高管个人出资向员工派发网络红包，宜认定为个人之间发放网络红包的情形，属于馈赠行为，员工是不需要缴纳个人所得税的。当然，如果部分企业出于少缴纳员工社保费用或协助员工偷逃个人所得税等非法目的，而由企业的股东、高管等个人通过向员工派发网络红包的形式发放全部或部分的工资、奖金，则不属于个人之间发放网络红包不征收个税的范畴，这种情况下，公司和员工均可能面临违法风险，同时该红包应按“工资、薪金所得”项目缴纳个人所得税。

三、企业向本单位以外的人随机派发现金网络红包

企业向大众随机派发现金红包属于赠送礼品，其主要目的在于业务宣传，很可能将该笔支出作为业务宣传费，作为个人，则应按照偶然所得项目计算缴纳个人所得税，税款由派发红包的企业代扣代缴。

根据财政部税务总局联合发布的《关于个人取得有关收入适用个人所得税应税所得项目的公告》（财政部税务总局公告2019年第74号）第三条规定：企业在业务宣传、广告等活动中，随机向本单位以外的个人赠送礼品（包括网络红包），以及企业在年会、座谈会、庆典以及其他活动中向本单位以外的个人赠送礼品，个人取得的礼品收入，按照“偶然所得”项目计算缴纳个

人所得税。

不过类似支付宝集五福分红包的活动，大多数人辛苦集福一个月，分得不到一两元，这种情况下无需缴纳个税。根据《国家税务总局关于1元以下应纳税额和滞纳金处理问题的公告》（国家税务总局公告2012年第25号）规定，主管税务机关开具的缴税凭证上的应纳税额和滞纳金为1元以下的，应纳税额和滞纳金为零。因此，对于企业随机派发的现金网络红包每笔应纳税额不满1元，即每笔现金红包金额不足5元的，无需缴纳个人所得税。

四、企业派发的非现金网络红包

除了现金红包，企业更爱发放购物红包、消费券、代金券、满减券等各种名目繁多的非现金网络红包。与现金网络红包不同，非现金网络红包需满足企业预先设定的条件才能使用相应的“红包”，所获得的“红包”也只能用于购买该企业或平台特定的商品或服务，并不能提现或转让，本质上属于商家的促销行为。且个人领取了此类非现金网络红包后，并不一定实际使用，也不满足个人所得税的所得要求，无需缴纳个人所得税。

根据《国家税务总局关于加强网络红包个人所得税征收管理的通知》（税总函[2015]409号）的规定：对个人取得企业派发的且用于购买该企业商品（产品）或服务才能使用的非现金网络红包，包括各种消费券、代金券、抵用券、优惠券等，以及个人因购买该企业商品或服务达到一定额度而取得企业返还的现金网络红包，属于企业销售商品（产品）或提供服务的价格折扣、折让，不征收个人所得税。

五、企业向本单位以外的特定人群发放的现金网络红包

与前文企业向本单位以外的人

随机派发的现金网络红包不同，这类现金网络红包是企业面向完成其“要求”或“任务”的特定人群发放的。最常见的就是在电商平台购物完成之后，商家给予好评返现的网络红包。这类红包并不是随机发放，必须是购买了商家的商品或服务的人群，且需要在平台上公开发表好评的内容，商家才会向其发放现金网络红包。通常认为，好评返现的红包仍然属于税总函[2015]409号第一条之规定：对个人取得企业派发的现金网络红包，应按照偶然所得项目计算缴纳个人所得税，税款由派发红包的企业代扣代缴。

另外，大家比较熟悉的还有拼多多等平台在用户邀新客达到一定数量后可提现的“提现红包”以及电商“刷单红包”。“刷单红包”自不必说，现今刷单行为已从最初的发动身边亲朋好友下单，发展到专业的刷单机构全程包办；甚至从最初的寄空盒或者小礼品，发展到物流公司配合做单。与此同时，仍有相当数量的个人，尤其是全职主妇等群体依然以帮助网店刷单作为其收入的主要来源之一。因此，这部分“职业刷单”的人群从商家处获得的现金网络红包，视为劳务报酬并无太大争议，应按照劳务报酬缴纳个人所得税。而需要邀请、激活一定数量的新用户而获得的“提现红包”，虽然达到提现标准后所提取的现金无任何使用限制，因此不少人认为满足“偶然所得”的构成要件，应依据“偶然所得”项目缴纳个人所得税，由商家代扣代缴。但笔者认为，达到“提现红包”的提现标准较高，不仅需要在限定的时间内邀请大量的新用户，新用户还需下载、注册、激活相关软件，绝大多数的人很难达到提现的标准，往往半途而废；而极少数坚持到最

后成功提现红包的用户，则付出了巨大的时间及精力，商家也通过该用户的邀新行为获得大量的新用户及新用户的信息、数据，并且达到了较大的宣传和推广的目的，因此笔者认为这种提现难度较大的红包视为商家支付给推广者的劳务报酬更合理，可按照劳务报酬由商家代扣代缴个人所得税。

但需要注意的是，无论是刷单行为还是好评返现行为，均违反了《反不正当竞争法》，本质是一种虚假或引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者，是违法的行为，对于商家而言，可能面临补税、被处罚、甚至构成逃税的风险；对于个人而已，则可能面临被犯罪分子以刷单或好评返现为名，实则骗取其钱财的风险。

六、企业向本单位以外的特定人群发放具有赔偿性质的网络现金红包

淘宝、拼多多等平台对商家延迟发货的行为，均会向消费者发放延迟发货的赔偿红包。而因为商家未履行承诺，或商品、服务质量存在瑕疵等违约行为，商家一般也是首选与消费者沟通协商并向其发放具有赔偿、补偿、违约金性质的网络现金红包进行私下和解。这类红包实质上属于赔偿款、补偿款、违约金，并不在我国个人所得税征收的范围，消费者收到此类红包自然无需缴纳个税。

由此可见，个人抢网络红包是否需要纳税、如何纳税不可一概而论。正在形成的无现金社会中，网络红包运用的场景越来越多，也越来越复杂，从发放网络红包请客吃饭、人情往来，到进行复杂的商业营销、宣传，甚至利用网络红包输送利益、行贿受贿、非法赌博，各种生活中的非法律行为、商业上的非法律行为甚至违法犯罪行为通过小小的网络红包交织在一起。因此，尽管税务机关对于网络红包如何缴纳税款问题相继出台了相关的规定，但在理解这些条款时，忌教条主义，应结合税法、税务机关以往的规定，重点应通过了解发放、接受网络红包双方的身份、关系，发放网络红包的真实原因，发放的频次、数额大小，甚至查看双方过往的聊天记录等析出所发放的网络红包的真实性。对其准确性之后，是否需要纳税及如何纳税问题也就迎刃而解。

对于发放网络红包进行商业营销的企业而言，虽然当下没有实施更加严格的监控，从而得以野蛮生长，但随着技术的发展、数字货币的兴起，我国在不久的将来必然会对网络红包实行更加严格的监管，税务机关也将加强对网络红包涉及的应纳税额的征收，如果企业忽视上述趋势，那么如今“成也网络红包”，今后可能面临“败也网络红包”。

同时，虽然目前对于大多数个人而言，对网络红包秉持的态度还是：抢，就完事了！但随着某市民因抢几块钱红包而被发放红包的企业代扣了个人所得税并向税务局申报，从而导致其申请的低保、住房补贴等未能通过审核等案例见诸于报端，以及本文开头提及的小吴，差点因抢了网络红包丢了金饭碗，此类事件对于从事特殊行业或者需要使用个人纳税记录办理相关事宜的特殊人群还是有一定的警示作用。

小吴就向笔者表示，从那以后，她看到网络红包再也不敢像以前一样第一时间冲去抢红包了，而是要先判断一下这些红包是否有可能被视为劳务报酬而被网络红包发放方代扣个税并向税务部门申报缴纳，为此，她还恶补了个人所得税的相关法律知识。而在此之前，小吴跟大部分普通民众一样，认为自己并没有学习、了解税法及税收政策的必要。可见，“法到用时方恨少”，税收与个人社会生活息息相关，涉税问题可能以意想不到的方式影响你的生活。与其遭遇突如其来的困扰，不如未雨绸缪，了解与自己相关性较高的税收知识，即便是抢网络红包这样看似不起眼的小事，也值得我们普通人关注背后蕴藏的基本税收原理及税收政策，提高纳税意识。

（作者交流电话：19920137642）

（上接第11页）

参照《中华人民共和国民法典》第五百二十七条第一款规定：“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，

以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。”根据上述规定，由于原告存在经营状态严重恶化、有丧失持续经营能力的重大风险等情形，作为协议相对方为保障自身合法权益、暂不履行金钱给付义务，

既合法也合理。

【法院判决】

该案一审某某区政府胜诉，A公司不服提起上诉。省高院审理后于近期作出二审判决，维持原判。

（作者交流电话：13928572361）

股权转让中常见的涉税风险

□ 陈敏怡

当前我国股权交易市场日趋活跃，根基于股权交易行为所产生的所得，不管是个人，还是企业都具有纳税义务，但是实践中由于股权交易双方的认识误区或者故意行为，导致股权交易行为存在很多涉税风险。因此，提升对股权转让中涉税事项法律风险的认识和掌握将越来越重要。

一、申报的股权转让收入明显偏低且无正当理由的，税务机关有权核定收入。

《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告2014年第67号）规定符合下列情形之一，视为股权转让收入明显偏低：第一，申报的股权转让收入低于股权对应的净资产份额。第二，申报的股权转让收入低于初始投资成本或低于取得该股权所支付的价款及相关税费。第三，申报的股权转让收入低于相同或类似条件下同一企业同一股东或其他股东股权转让收入。第四，申报的股权转让收入低于相同或类似条件下同类行业的企业股权转让收入。第五，不具合理性的无偿让渡股权或股份。第六，主管税务机关认定的其他情形。

一般税务机关在认定“股权转让收入明显偏低”时，首先会判断个人股东申报的股权转让收入是否会低于股权所对应的净资产份额，由于股东对企业进行股权投资，公司净资产增值部分应由股东享有，股东转让的其实是享有企业净资产的权利，由于税务机关无法判断股东之间是否真正进行了“平价转

让”，还是通过其他形式私下进行了经济利益的交换，因此对于没有“正当理由”的平价转让，通常使用核定的方式，计算股东的股权转让收入。

但并不是所有的平价股权转让，税务机关都会对其进行核定。如果纳税人有正当理由进行平价股权转让，在向主管税务机关办理股权转让纳税申报时，报送计税依据明显偏低但有正当理由的证明材料，税务机关会认可其申报的股权转让计税基础。

目前，我国税法针对个人股东股权转让收入明显偏低，规定了四种例外情形：第一，能出具有效文件，证明被投资企业因国家政策调整，生产经营受到重大影响，导致低价转让股权。第二，继承或将股权转让给其能提供具有法律效力身份关系证明的配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹以及对转让承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人。第三，相关法律、政府文件或企业章程规定，并有相关资料充分证明转让价格合理且真实的本企业员工持有的不能对外转让股权的内部转让。第四，股权转让双方能够提供有效证据证明其合理性的其他合理情形。

二、“未实缴出资”的股权转让原值的确认

国家税务总局2014年第67号公告规定股权原值的计税依据为：第一，以现金出资方式取得的股权，按照实际支付的价款与取得股权直接相关的合理税费之和确认股权原值；第二，以非货币性资产出资方



陈敏怡 律师

式取得的股权，按照税务机关认可或核定的投资入股时非货币性资产价格与取得股权直接相关的合理税费之和确认股权原值；第三，通过无偿让渡方式取得股权，具备本办法第十三条第二项所列情形的，按取得股权发生的合理税费与原持有人的股权原值之和确认股权原值；第四，被投资企业以资本公积、盈余公积、未分配利润转增股本，个人股东已依法缴纳个人所得税的，以转增额和相关税费之和确认其新转增股本的股权原值；第五，除以上情形外，由主管税务机关按照避免重复征收个人所得税的原则合理确认股权原值。

对于股权转让行为，应当按照公平交易的基本原则确定股权转让收入。转让方因股权转让，在转让当期或后续期间获得的各种形式及名义的现金、（下转第10页）

旧村居改造新《指导意见》 要点整理与解读

□ 胡丽丽



胡丽丽 律师

佛山市城市更新局在今年3月2日发布了《关于拆除重建类旧村居改造项目实施指导意见》(佛更新【2021】2号,本文简称“《指导意见》”)。该《指导意见》从2021年4月1日起实施。本文整理、归纳了《指导意见》对“拆除重建类旧村改造项目”首次明确的几点规定和亮点,与大家分享:

一、明确了前期服务机构的准入条件、服务期限等要求

(一)明确前期服务机构准入条件

1. 资金要求:佛山市内独立法人机构、实缴资本5000万以上,资金存款2000万以上;

2. 能力要求:具备土地测绘、数据调查、方案编制、房地产评估、拆迁补偿、法律事务的技术能力;

3. 经验要求:具有旧村改造项目改造或服务经验

(二)明确前期服务期限不超过2年+1年(经村居表决、镇政府同意,延期不超过1年)

(三)明确前期服务机构在服务期间不能转让合同的权利义务

(四)满足下列条件,前期服务机构可有条件转为市场改造主体

1. 项目不涉及详细规划新编、修编或局部调整

2. 前期服务机构满足本指引的市场改造主体准入条件(详见本文第三点)

3. 前期服务协议有明文约定可转为市场改造主体

4. 已完成前期服务协议约定工作,经村集体表决通过及政府备案

二、明确纳入旧村居改造范围的用地构成和要求

(一)宅基地及其紧密相关的附属设施用地面积应占项目范围用地面积/规划经营性净用地面积50%以上

(二)片区统筹内国有建设用地不超过项目范围总用地面积20%可纳入改造范围

(三)2009年12月31日已实际建设使用的留用地,允许调整规划后经表决纳入改造范围

三、明确市场改造主体准入条件

(一)主体要求:佛山市内独立法人机构、实缴资本1亿元,无不诚信记录;

(二)资金要求:有不少于5亿元资产或资金证明,每10万平方米

的村民住宅拆迁量需提供1亿元的存款证明

(三)经验要求:具有旧村居改造经验

四、明确市场改造主体动迁期限、强制退出和转化机制

(一)明确动迁期限不超过2年+1年(经村居表决+镇政府同意,延期不超过1年)。

(二)在动迁期限内,动迁签约率需达80%,超出期限强制退出,挂帐后重新选定市场改造主体。

(三)动迁期限内签约率达80%,可报批转为项目实施主体。

五、引入预告登记制度

对已签订补偿安置协议的房屋,可按协议约定办理被拆迁房屋的预告登记。预告登记是指为了保全债权的实现,保全物权的顺位请求权等而进行的提前登记。拆迁补偿阶段引入预告登记制度,可有效防止被拆迁人在签订《补偿安置协议》后被拆迁房屋进行处分而影响《补偿安置协议》的履行及项目拆迁进程的推进。

六、允许先行供地

满足下列条件的,允许部分独立地块先行供地:

1. 地块安置补偿签约率达100%,满足出具规划设计要点要求

2. 签订出让合同前完成公益性用地移交并完成地上建构筑物拆除

3. 签订出让合同时承诺优先建设公益性项目建设并无偿移交政府,安置地块。(下转第18页)

违约方是否享有合同解除权？

□ 钟远玉

【案情简介】

2017年12月28日，黄某作为购房者与某地产公司签订了《商品房预售合同》，约定以总价742093元购买一套房屋。合同第五条付款方式约定：按揭付款，首期款应于2017年12月28日前支付372093元，商业性贷款37万元。黄某应在首付款支付后7日内将申请银行贷款所需应由买受人提供证件资料，逾期提交，买受人以自有资金在10日内补足，否则出卖人有权解除合同，买受人承担房屋总价款的10%的违约金。后因黄某银行流水不符合贷款银行审批要求，银行未放款。黄某基于无力支付剩余房款，无法继续履行合同，于2020年10月15日向法院起诉：1.解除与某地产公司之间商品房预售合同；2.某地产公司返还购房款372093元；3.某地产公司承担案件诉讼费。

【法院审理】

法院认为：本案争议焦点为：1.涉案合同能否解除及解除的原因；2.黄某是否应承担违约责任。

关于争议焦点一，根据合同约定，黄某支付首期款后，剩余37万元应办理按揭贷款。黄某在将相关贷款申请资料提交后，因银行流水问题一直未获银行批准，贷款未能办理原因应归责于黄某。合同已对黄某延迟支付合同价款时某地产公司的解除权进行了约定，在合同签订近两年后，某地产公司既没有催告黄某，也没有要求黄某继续履行合同，致使涉案合同长期处于不确

定状态。黄某购买某地产公司开发的房屋，从签订合同至办理贷款直至房屋建成收房交付需要较长时间，属于长期性合同。现黄某已经支付首期款，目前仍在偿还其他房屋的贷款，其银行流水也不充分，黄某无法办理贷款，也无其他方法替代履行，但黄某的违约并无无恶意，强行继续履行合同可能对其造成更为严重影响，也显失公平。某地产公司在早已知晓黄某无法办理贷款其情况下，在两年多的时间也不催告，放任合同僵局发生，明显违反诚实信用原则。因此，黄某起诉要求解除合同，符合法律规定，准予解除合同。

关于争议焦点二，涉案合同的解除，是因双方形成合同僵局下违约方诉求解除合同，即便法院判决解除合同，违约方应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或免除。黄某应根据合同约定及法律规定，承担相应的违约责任。经法院释明，某地产公司要求黄某承担合同总价款10%的违约金。为化解当事人的纠纷，减少当事人的讼累，法院对合同解除的法律后果一并进行处理，最后法院判决合同解除，返还抵扣违约金后的房款于黄某，驳回黄某其他诉讼请求。

【律师看法】

本案中，黄某因个人银行流水问题无法办理按揭贷款，无法按预售合同约定向某地产公司支付剩余房款，责任归责于黄某，其是违约方。法院支持了黄某解除合同诉讼



钟远玉 律师

请求，即表明认可作为违约方主张解除合同的权利。

理论上，合同严守是诚实信用原则的必然要求，也是契约自由最为核心的价值体现，合同解除权是法律赋予非违约方的一项违约救济权利，违约方不享有合同解除权。而且，《民法典》颁布之前，《合同法》第九十四条规定：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。该规定针对是守约方方具有解除合同的权利。

但是，在合同履行过程中，经常会出现合同僵局。对比《合同

法》、《九民纪要》与《民法典》规定，合同出现僵局下，对于违约

方解除权依据有一定区别，具体如下：

《合同法》	《九民纪要》	《民法典》
<p>第一百一十条：当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：</p> <p>（一）法律上或者事实上不能履行；</p> <p>（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；</p> <p>（三）债权人在合理期限内未要求履行。</p>	<p>48.【违约方起诉解除】</p> <p>违约方不享有单方解除合同的权利。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利，在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院应依法予以支持：</p> <p>（1）违约方不存在恶意违约情形；</p> <p>（2）违约方继续履行合同，对其显失公平；</p> <p>（3）守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。</p> <p>人民法院判决解除合同的，违约方本应承担的违约责任不能因解除合同而减少或免除。</p>	<p>第五百八十条：当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：</p> <p>（一）法律上或者事实上不能履行；</p> <p>（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；</p> <p>（三）债权人在合理期限内未请求履行。</p> <p>有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。</p>

关于《合同法》规定，第110条规定违约方可在三种情形下，对非违约方继续履行的主张行使抗辩，拒绝履行相关的合同义务，但却不能当然的消灭双方之间的权利义务关系，只要守约方不提出解除合同，则违约方仍要受合同的约束，据此，该合同法未明确规定违约方有解除权。在司法实践中，支持违约方可以解除合同裁判理由多数是：不具备履行条件、合同目的不能实现、避免社会资源浪费，公平原则、维护社会利益等。

关于《九民纪要》，第48条规定了违约方起诉解除合同，使得违约方行使合同解除权有了明确依据。本案例的判决基本上依据《九民纪要》的规定来说理。但是，根据纪要应用范围的说明，“纪要

不是司法解释，不能作为裁判依据进行援引。《会议纪要》发布后，人民法院尚未审结的一审、二审案件，在裁判文书‘本院认为’部分具体分析法律适用的理由时，可以根据《会议纪要》的相关规定进行说理。”由此可以看出，《九民纪要》是对之前法院司法实践中形成的类案规则进行了内部文件确认，但尚不构成法院作出裁判的法律依据。

关于《民法典》，第580条规定与合同法第110条规定的区别，民法典增加了第二款，规定了当事人而不只是相对人或另一方有权请求终止合同权利义务关系，说明了不仅守约方有权请求终止合同权利义务关系，违约方也有权。当违约方主张解除合同时，守约方有权主张

违约方承担违约责任。另外，为了防止违约方滥用权利造成合同的不稳定，对于违约方解除合同，民法典规定了必须是司法解除，而不是当事人的通知解除，从而又有效地限制了违约方的合同解除权。

基于《九民纪要》和《民法典》的规定，在法律层面为违约方摆脱合同僵局提供了可行路径，在特殊情形下赋予了违约方解除合同的权力。为应对违约方逃避合同义务，守约方损失难以界定的情况，笔者建议在合同中预先设置完善的违约责任条款，以期最大程度保障作为守约一方的利益，即在违约方主张解除合同时，守约方可以依据合同约定追究对方一定违约金。

（作者交流电话：13431655309）

（上接第16页）独立占地的城市基础设施、公共服务设施先于融资地块建设与验收

律师提醒：从《指导意见》的规定可以看出，旧村居改造项目中的《前期整理服务协议》、市场改造主

体的《招商文件》、《项目改造协议》、《项目实施方案》、《补偿安置协议》等法律文书贯穿旧改全流程。法律文书的内容与旧改政策密不可分。因此，旧改过程中的法律文书由熟悉旧改政策的专业律师团队参与起

草，可保证改造项目的法律文书符合法律、政策和项目实际需求，保证项目的顺利推进。

欢迎沟通交流！

（作者联系电话：13630062960）

未通知中小股东参会的公司决议效力如何？

□ 冯可欣

《公司法》第22条第2款规定了公司决议在程序违反法律法规或章程，在内容上违法章程的两种情形下可被撤销的法律后果。而《公司法司法解释四》第五条亦规定了公司决议在形成程序上存在瑕疵将导致该决议不成立。从上述两条法律规定，可以看出决议可撤销与决议不成立均采用了“程序违反法律法规或章程”的事由。由此产生的一系列问题，即如何确定哪些具体事项瑕疵达到何种程度将会导致决议可撤销或是决议不成立。

本文将从两个案例的比较分析出发，结合公司决议行为不成立与可撤销之区分，探讨当股东会会议未通知中小股东参会时，其作出公司决议的效力认定问题。

一、案情简介

（一）案例一

案外人沙某某和张某某共同出资设立A公司，其章程规定：股东会会议分为定期会议和临时会议，并应当于会议召开十五日以前通知全体股东。定期会议每个月召开一次，代表十分之一以上表决权的股东，执行董事，监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。

2017年12月，占股75%的沙某某召开了临时股东会，并在决议中通过了将其股份分别转让给5个人的股权转让事项。

2019年5月31日，A公司通知张某某，临时股东会议于当日18时在上海市某处举行，会议议题为审议公司的经营计划和下步工作安排、确定公司其他事项。该通知于同日

送达张某某。在该次股东会会议中，股东成员应到6人，实到5人，张某某缺席，经出席会议股东成员一致通过将同意参会的5名股东将所持有的股权转让给第三人的决议。

2019年7月，张某某向上海某区人民法院起诉，以A公司为被告，请求法院判令撤销被告于2019年5月31日作出的股东会决议。

（二）案例二

K公司的股东共四位，分别为：A公司、B公司、C公司及D公司。公司章程规定，股东会会议应当于会议召开十五日以前通知全体股东。

2018年6月，K公司向D公司寄送快递，相关快递面单上内件品名项手书“关于按时交还码头的通知函”，通知函中并未记载召开股东会会议事宜。

2018年8月3日，K公司召开股东会会议，应出席股东四人，实际出席股东三人，并作出决议：同意K公司以每年1,380万元的价格承包给Z公司经营。

后D公司向一审法院诉请确认系争股东会决议不成立。

二、裁判观点

（一）案例一

案例一的争议焦点为A公司的股东会会议是否存在召集程序瑕疵，以及该瑕疵是否导致系争股东会决议应予以撤销。

上海某区人民法院认为：A公司的股东会会议召集对象上的瑕疵属于程序瑕疵，该程序瑕疵将从根本上剥夺原告行使表决权的机和可能。虽然原告作为小股东，其所持



冯可欣 律师

表决权占比低，但其依然可能通过在股东会会议上的陈述等行为行使其优先购买权，或影响其他股东的表决行为，不能因为其表决权占比低就忽视其行使表决权的权利，故系争股东会决议可撤销。

（二）案例二

案例二的争议焦点为：K公司股东会会议是否存在召集程序瑕疵，以及该瑕疵是否影响系争股东会决议的成立。

上海某中院认为：K公司的股东会会议召集对象上的瑕疵属于严重的程序瑕疵，对股东会决议的成立有根本性影响，故系争股东会决议不成立。首先，股东会决议属于多方当事人的决议行为，会议“多数决”的正当性就在于程序正义，即决议必须依一定的程序作出。召集对象上的瑕疵直接导致部分股东无法获知股东会会议的召开信息，（下转第24页）

小股东怠于履行清算义务的风险 及应对措施

□ 杨静怡



杨静怡 实习律师

根据《公司法》第一百八十一条、第一百八十三条规定，公司因非破产原因解散后，应按照法定程序对公司进行清算。当公司财产不足以清偿对外债务或明显缺乏清偿能力，依法应当进行破产清算。一般情形下，股东作为有限责任公司的清算义务人之一，应对公司的资产、负债等进行全面清算。但在实践中，部分控股股东为了逃避债务的履行，往往不在法定期限内成立清算组，怠于履行清算义务，而本无话语权的小股东则可能需对公司债务承担连带清偿责任。本文将试从司法实践中的相关案例的裁判要旨出发，对股东怠于履行清算义务进行分析，并就小股东如何应对怠于履行清算义务的风险提供相应的建议。

一、股东怠于履行清算义务的

认定

根据《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的规定（二）》（以下简称《公司法司法解释二》）的规定，以“是否导致公司无法进行清算”作为区分清算义务承担的责任为清偿赔偿责任或连带清偿责任。其中《公司法司法解释二》第十八条涉及清算义务人的上述两种责任，包括“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”，和“怠于履行清算义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算”。

司法实践判断清算义务人因怠于履行清算义务而承担连带清偿责任的要点主要在于两点，一是清算义务人是否构成怠于履行清算义务；二是清算义务人怠于履行清算义务与公司无法清算之间是否存在因果关系。

（一）清算义务人是否构成怠于履行清算义务

在司法实践中，法院通常会将以下情形认定为清算义务人怠于履行清算义务。

1. 公司被吊销营业执照后，清算义务人未在法定期限内成立清算组

李毅敏、中国电子科技集团公司第五十五研究所清算责任纠纷案——（2017）最高法民申2428号

法院认为：维信公司在2012年12月被吊销营业执照解散后，该公司股东李毅敏、骏发公司应在十五

日内成立清算组开始清算。李毅敏、骏发公司未在法定期限内对维信公司进行清算，系公司股东怠于履行清算义务的情形。

2. 清算义务人仅成立清算组但未实质性开展清算工作的

尹明玉、杨商娟股东损害公司债权人利益责任纠纷案——（2019）浙10民终1044号

法院认为：公司清算包括清理公司财产，通知、公告债权人，清理债权、债务等一系列程序。虽然公司为此成立了清算组并在报纸上发布清算公告，但尹明玉和杨商娟提供的证据不足以证明该清算程序已经实质开展且已依法清算完毕，故无法认定尹明玉和杨商娟在公司自行清算程序中已经依法履行股东清算义务。

（二）清算义务人怠于履行清算义务与公司无法清算之间是否存在因果关系

根据《公司法司法解释二》第十八条第二款规定，作为清算义务人的股东承担连带清偿责任的前提在于其因怠于履行清算义务而导致财产、账册、文件灭失，最终造成无法清算的后果，即“怠于履行清算义务”与“公司无法清算”之间需存在因果关系。

此外，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）第十五条进一步明确规定了“因果关系抗辩”，即负有清算义务的股东需举证证明其“怠于履行义

务”与“公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算”之间不存在因果关系。

如在鹰潭金蝉君汇投资有限合伙企业诉徐某甲、胡某某等股东损害债权人利益责任纠纷案中【(2020)京01民终1404号】，法院认为股东已通过举证证明公司财务账册的丢失系第三方责任，而非由于股东原因，股东和公司财务账册丢失没有因果关系。

因此，即便出现“公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算”的结果，如非股东原因导致上述结果的发生，股东亦无需就公司债务承担连带清偿责任。

综上，法院在审理相关债权人请求公司股东承担清算赔偿责任等损害公司利益责任纠纷时，对于公司股东是否构成怠于履行清算义务，以及怠于履行清算义务与公司无法清算之间是否存在因果关系进行严格的审查。当股东的行为不属于“怠于履行清算义务”或该行为与“公司无法清算之间”不存在因果关系，股东则无需承担相应责任。

二、小股东不构成怠于履行清算义务情形的建议

《九民纪要》第十四条进一步明确了“怠于履行清算义务”情形的认定，股东可通过举证其“采取积极措施”或“未参与公司经营管理”、“未担任公司董事会/监事会成员”等方式证明其不构成怠于履行清算义务的情形。

在司法案例中，法院亦主要通过上述《九民纪要》规定的情形对股东是否构成怠于履行清算义务进行审查。

(1) 股东既不是公司董事会或者监事会成员，亦没有选派人员担任该机关成员，且从未参与公司经营管理

中国太龙集团（股份）有限公司与深圳市永盛米业有限公司、深圳市华坤艺术发展有限公司股东损害公司债权人利益责任纠纷案——(2019)粤0391民初2792号

法院认为：华坤公司及崔艳丛虽系高正公司股东，该二股东均仅占高正公司4%的股权，且从现有证据来看，华坤公司未选派人员担任高正公司董事会或监事会成员、崔艳丛亦非该公司董事会或监事会成员，该二股东亦未参与公司的经营管理，故原告主张华坤公司及崔艳丛对高正公司的债务承担连带责任的诉讼请求，不予支持。

因此，根据上述司法案例，股东如向公司董事会或监事会选派成员，可通过协议明确约定自己不参与公司日常经营决策等内容证明自己未实际参与公司经营管理。此外，如股东不参与公司的实际经营，可依据公司章程的相关约定，积极行使股东知情权，依法书面向公司申请查阅会计凭证、账簿等资料，了解公司真实财务情况。

(2) 清算义务人提交财务账册等材料

深圳市高发实业投资集团有限公司、汤婕股东损害公司债权人利益责任纠纷案——(2020)粤民再69号

法院认为：东方公司作为债权人，根据《公司法司法解释二》第十八条第二款之规定，请求高发公司、汤婕、柳玉平、源远公司作为泽盛达公司的股东对案涉债务承担连带清偿责任。一、二审期间，高发公司、汤婕、柳玉平提交了会计凭证目录、帐册目录、会计报表目录及《财务资料移交清单》等证据，主张其并不存在怠于履行义务的行为，泽盛达公司的账务资料是存在的，泽盛达公司完全可以清算，但一、二审法院对此并未审查，径自

就在本案审判程序中无法审查泽盛达公司财务账册是否齐全、是否足以进行清算，在(2014)深中法破字第11-4号民事裁定书仍发生法律效力效力的情况下，该裁定书对本案有拘束力为由，判决高发公司、源远公司、汤婕、柳玉平作为泽盛达公司的股东对案涉债务承担连带清偿责任，事实不清。因此裁定撤销一审、二审判决。

因此，根据上述司法案例，股东作为清算义务人时可书面请求控股股东等其他清算义务人清理公司主要财产、妥善保管公司账册等重要资料。如其他清算义务人消极履行其义务的，股东可保留上述书面证据以此证明自己为履行清算义务采取了一定积极行为。

(3) 及时在法定期限内请求控股股东等其他清算义务人对公司进行清算

依据《公司法》第一百八十一条以及第一百八十三条规定，公司因依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销或依照本法第一百八十三条的规定予以解散的，应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组，开始清算。因此当股东发现公司存在上述公司应当解散事由之日起15日内，如公司或其他股东、董事会等未依法组织清算的，代表十分之一以上表决权的股东可以书面形式提请召开临时股东会，针对公司成立清算组等事宜进行审议。

三、结语

在司法实践中，法院对于股东因怠于履行清算义务而承担连带清偿责任的认定存在着观点不一致的情形，但仍然主要围绕着清算义务人是否构成怠于履行清算义务以及清算义务人怠于履行清算义务与公司无法清算之间是否存在因果关系这两点进行审查。（下转第24页）

以审判为中心背景下的刑事辩护突出问题研究

□ 纪建斌



纪建斌 律师

【摘要】

我国现代刑事诉讼制度是充分保障犯罪嫌疑人、被告人辩护权的诉讼制度，庭审实质化是该诉讼制度的核心，具备以审判为中心的基本特征。基于此，本文以审判为中心背景下的刑事辩护突出问题为切入点，提出几方面应对措施，希望能够起到积极借鉴作用。

【关键词】以审判为中心；刑事辩护；突出问题

在国家法制建设的进程中，我国新一轮司法改革的重心已经转向以审判为中心的诉讼制度。以审判为中心的诉讼制度，为辩护律师创造了更有力的辩护条件，进一步保障了犯罪嫌疑人和被告人刑事辩护权利，受到全社会的关注和支持。

但是，凡事不能一概而论，以审判为中心背景下的刑事辩护仍然存在一些突出问题，需要进行更一步的研究与分析。

一、以审判为中心背景下的刑事辩护突出问题

（一）证据核实及举证责任问题

我国《刑事诉讼法》中明确了辩护人的举证职责，即根据刑事案件事实和法律，根据相关调查核实的证据，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者从轻、减轻、免除其刑事责任的材料和意见，在我国现行法律范畴内维护犯罪嫌疑人或者被告人的诉讼权利和其他合法权益。但是近几年，我国现行法律规定仍然没有充分吸纳刑事犯罪量刑规范化成果，从而导致辩护人在举证后仍需等待警方的再次侦查，等待侦查结束后才能取得有效证据，而这往往会导致核查难度和举证风险的进一步增加[1]。例如，当辩护人在证人证言的收集过程中，往往会出现证人主观意识发生变化，或者出现收集程序不规范的问题，而这将导致辩护人因妨碍他人作证罪而有入刑的风险。

（二）交叉询问与庭审质证问题

在刑事诉讼案中，在被告人拒不认罪的案件中，控方证据明确支持被告人有罪，而辩方证据坚持被告人无罪，双方明确对立，在这种情况下需要确保证人、鉴定人以及

侦查人员出庭作证，尤其是辩方所要求的人员。当控辩双方证人、鉴定人以及侦查人员出庭作证时，需要接受双方的质证和询问，这就是交叉询问制度。但在我国，交叉询问制度没有充分体现交叉询问的优势，往往在庭审时需要由先提出提请通知的一方发问，然后另一方再发问，这种询问是一种顺序询问而非交叉询问。而且，交叉询问对发问者的询问技巧有较高要求，需要不断进行培训，但是我国刑事辩护率一直在低位徘徊，虽然现在在全国某些地方开展刑事辩护全覆盖工作，即使能够做到证人、鉴定人以及侦查人员都出庭作证，也不能确保被告人都能够获得律师有效辩护，因此交叉询问制度难以顺利实行。

（三）监察机关调查权与辩护人会见问题

自2018年《中华人民共和国监察法》颁布实施后，经常出现同一个案件中普通刑事辩护与监察机关调查交叉的问题，从而导致监察机关干预辩护人会见的情况[2]。例如，在某次刑事辩护中，一名被告人同时存在行贿罪和开设赌场罪，当对犯罪嫌疑人开设赌场罪进行审查和起诉时，相关监察机关就其行贿罪进行介入调查，同时以其涉及行贿案件为主要原因进行干涉，导致辩护律师无法与犯罪嫌疑人会见，致使其难以及时获得应有的辩护权利。

二、以审判为中心背景下的刑事辩护突出问题应对措施

（一）证据核实及举证责任规范化

在以审判为中心背景下的刑事辩护，其证据核实从广义上是指公安机关、检察院、法院所属办案人员以及辩护律师和代理律师，针对同一案件事实中的不同证据进行核实，确定哪些证据属实，哪些证据不实；从狭义上是指当侦查活动结束后，案件处于审查起诉或者审判阶段，公安机关、检察院、法院的相关办案人员及审判人员，以及辩护人需要依法对案件证据资料进行核实。因此在刑事诉讼审查起诉阶段，辩护人需要在办案机关收集和移送证据的基础上，也就是在将控方举证责任告知犯罪嫌疑人后，通过当庭质问、庭外征求意见等方式，对证据资料进行调查核实和补充。

《中华人民共和国刑事诉讼法》相关规定指出，自案件移送审查起诉之日起，辩护人可以向犯罪嫌疑人或者被告人核实查证相关证据，可以查阅、摘抄和复制此次案件的案卷资料。因此，辩护人在证据核实过程中，需要严格依据相关法律法规，在规定时间内进行证据核实和验证工作。此时，刑事案件处于审查起诉阶段，侦查已经结束且已经收集完证据，辩护人需要考虑这一现实因素，充分了解刑事案件犯罪事实以及犯罪嫌疑人的罪名认证，并根据辩护视角，向犯罪嫌疑人核实相关证据资料。此外，关于辩护人的举证责任问题，辩护人不仅需要向公安机关、检察院和法院提交补充侦查证据资料以及书面法律意见，还需要详细了解辩护人举证条件和程序，从而及时收集和掌握对查明案件真相的有力证据。而且，为切实保障辩护人合法权益，

公安机关、检察院和法院需要对辩护人提出的证据及时审查，并根据审查结果依法做出认定[3]。

（二）设立科学交叉询问与庭审质证制度

如上文所述，当辩方与控方主张对立时，如果辩方拥有能够证明被告人无罪的证据，需要确保相关证人和专家出庭作证，不仅需要接受控方的质证，还要对控方证据提出质证。刑事诉讼改革需要根据我国刑事庭审改革力度，逐步建立科学合理的交叉询问制度。要做到这一点，首先需要保证交叉询问制度优先应用在被告人主张无罪的案件中，明确控辩双方证人的对立和分歧，需要被告人和辩护人申请的控方证人、鉴定人侦查人员出庭，对其进行面对面的言辞质证，从而全面、客观地查明案件真相。其次，在作证时，不管是出庭中的谁提出要求，都需要先由公诉人对出庭作证人员进行直接询问，切实履行其举证责任和作证义务，之后再由被告人、辩护人行使质证权，对出庭作证人员进行交叉询问，反之，如果辩方有证人和鉴定人出庭作证，需要遵循同样程序。然后，在交叉询问过程中，辩护人需要遵循交叉询问相关规则，采用开放式或者封闭式问题进行询问，坚决禁止诱导式提问，确保证言的真实性和可靠性。最后，要优先保证被告人主张无罪的案件中，被告人没有委托辩护律师的情况下，能够及时获得法律援助律师的辩护，从而确保辩方能够切实行使质证权，对控方证人、鉴定人和侦查人员进行交叉询问。此外，对于辩护人交叉询问技术能力不足问题，需要加强交叉询问制度和询问技巧业务培训，促使辩护律师真正了解交叉询问制度的诉讼原理和开展方式，确保其熟

练掌握和应用交叉询问技能，提高诉讼效率。

（三）合理处理监察机关调查权与辩护人会见问题

在现行《监察法》中，监察委被赋予了部分调查和留置的权利，涵盖检察机关和公安机关部分管辖罪名，但是却没有认可被调查人的获得辩护的权利，使得辩护人能够发挥的作用在一定程度上受到约束[4]。在这种形势下，以审判为中心背景下的刑事辩护过程中，辩护人如何解决监察机关和普通刑事案件的交叉矛盾和重复，确保犯罪嫌疑人的辩护权利，需要进行深入探讨研究。《监察法》中规定，当被调查人既涉及严重职务犯罪、又涉及其他非法犯罪，需要以监察机关为主要调查机构。但是，监察机关的调查方向和内容通常都处于保密阶段，尤其当犯罪嫌疑人涉及重大职务犯罪时，辩护人根本无权获得相关信息，也无法会见犯罪嫌疑人，从而难以保障犯罪嫌疑人的辩护权利。因此，在监察机关调查案件的过程中，为切实保障法律赋予犯罪嫌疑人的辩护权，需要进一步加大与监察机关的沟通途径和法律机制，最大限度重视辩护人提交的法律意见书、征询函等书面材料，以确保辩护人能够合理合法行使辩护权。此外，辩护人也可以鼓励被调查人主动认错，协助其通过法律途径提出的相应诉求，保障被调查人的相关权益。

三、结束语

总之，为确保刑事案件犯罪嫌疑人、被调查人、被告人相关权益在法律范畴内获得保障，需要深入研究当下刑事辩护中存在的突出问题，根据我国刑事庭审改革方向，重视以审判为中心背景下的刑事辩护，通过规范证据核实及举证责任、

设立科学交叉询问与庭审质证制度、合理处理监察机关调查权与辩护人会见问题等措施，确保刑事辩护工作顺利开展。

【参考文献】

[1] 顾永忠. 以审判为中心背景下的刑事辩护突出问题研究 [J]. 中国法学, 2016 (2) :65-85.

[2] 郭国良. 以审判为中心背景下的刑事辩护突出问题研究 [J]. 文存阅刊, 2018, (0z2) :169.

[3] 段礼平. 基于审判为中心的刑事辩护突出问题探究 [J]. 法制与社会, 2018, (033) :41-42.

[4] 何百坤. 基于审判为中心背景的刑事辩护突出问题分析 [J]. 法制与社会, 2018 (10) :110-111.

(作者简介: 纪建斌律师, 本所党支部书记、副主任, 现担任最高人民检察院民事行政案件咨询专家、华南师范大学律师学院兼职教授、佛山市政府立法顾问、佛山市人民检察院监督员、佛山市律协副会长、上市公司独立董事等社会职务, 被评为“全国优秀律师”。作者交流电话13535813651)

(上接第19页) 故严重违背程序正义。其次, 对于小股东而言, 虽然其所持表决权占比低, 不足以实质性改变股东会决议结果, 但其依然可能通过在股东会会议上的陈述影响其他股东的表决行为, 不能因为其表决权占比低就忽视其行使表决权的权利。最后, 未通知股东也使得相关股东因不知晓股东会决议的存在而无法及时主张权利救济。

三、法律分析

通过对上述两个案例的比较分析, 我们不难发现上述案例均是股东会会议的召集对象存在着瑕疵, 即在未通知小股东参加会议的情况下而直接由其他股东作出相关的公司决议, 但法院却得出两种不同的裁判结果。因此, 明确未通知小股东参会的股东会决议的效力的前提在于对公司决议行为不成立与可撤销之间进行区分。

公司决议的成立需以表决权主体依据法律或章程规定, 通过相应

的召集程序和表决方式作出公司的意思表示为要件。当股东会议无决议能力, 如未作召集程序、未满足人数的最低要求而作出的公司决议等, 该决议不成立。而可撤销的公司决议建立在公司决议行为成立的基础上, 如股东会会议有召集程序和表决方式, 但存在瑕疵, 此时公司决议已成立。

可见, 虽然公司决议不成立与可撤销的事由都属于程序瑕疵, 但两者的区别在于程序瑕疵的严重违法程度。公司决议不成立的程序瑕疵的严重程度高于可撤销的公司决议且该瑕疵无法被补正, 《公司法司法解释(四)》第5条列举了公司决议不成立的情形, 明确了程序瑕疵的严重程度应达到如“未召开会议”、“未对决议事项进行表决”等情形的程度。从公司法及相关的司法解释的立法意图来看, 其目的在于约束部分股东通过违法程序假借多数决的意思表示形成公司

决议, 以达到其侵害中小股东利益的非法行为。因此, 无论是公司决议不成立或是可撤销, 均应以程序瑕疵导致公司决议的内容对中小股东权利侵害的严重程度来定。

四、相关建议

公司大股东在经营管理公司时应遵守《公司法》和本公司《章程》的规定, 尊重中小股东的程序权利, 避免不必要的纠纷。

对于中小股东而言, 虽然其表决权占比较小, 但应充分行使自身的股东权利, 参与股东会并发表相应的观点, 防止股东会会议成为大股东侵害中小股东利益的工具。另, 当其他股东违法法律法规、章程的规定作出公司决议侵害中小股东的合法权益时, 其应按照股东会会议召集程序的瑕疵程度主张公司决议不成立或可撤销。

(作者交流电话: 13726336305)

(上接第21页) 《九民纪要》第十四、十五条亦为小股东指明了方向, 即首先通过“已为履行清算义务采取积极措施”、“未实际参与公司经营

管理”等方面证明自己不构成“怠于履行清算义务”的情形; 其次通过举证证明自己怠于履行清算义务与“公司主要财产、账册、重要文

件等灭失, 无法进行清算”的结果之间没有因果关系, 从而保证小股东免于承担怠于履行清算义务责任。

(作者交流电话: 15723213098)

粉丝集资打投是不是非法集资

□ 李侃童

如今娱乐圈出现了大量选秀节目，造就了一大批选手，选手选秀获得好的名次之后，自然地就成为了“偶像”。相对而言，选秀节目中也涌现了一大堆的“粉丝”。粉丝圈不只是交流偶像的作品八卦、日常生活，还是一个巨大的商圈。无论是偶像还是粉丝，都尝到了“粉丝经济”的甜头。

拽着“选秀”这根羊毛使劲薅，层不穷的选秀类型让大家花了眼。对于粉丝而言，当然希望自己选的选手能站上舞台闪耀全世界，于是“集资打投”应运而生。

与此同时，很多网友就很好奇，这个粉圈的集资打投跟法律上的非法集资有区别吗？如果粉头卷款跑路，应该怎么追究责任，挽回损失？

如果实实在在追过爱豆或者追星的人，曾经会有过“集资”买专辑、“集资”买周边、甚至“集资”打投的经历。在粉圈里，“集资”是个常见的用词，起初是为了团购爱豆的专辑、周边而聚拢资金，这样可以剩下不少运费等成本，还能跟卖方“杀价”。

这些集资会被用到什么地方呢？

①秒切：此处指在艺人的杂志或者专辑开售后，以极短的时间完成一定数额的销量。

②生日会集资：凑集一定的金额，在艺人生日当天在各大城市的LED投放生日画面或者视频，或者给艺人送上实际的生日礼物。（多为奢侈品、高端护肤品及高科技产品）

③线下应援：艺人参加线下活动，粉圈就会通过现场发光物（荧

光棒，灯牌等）、配合演出、统一服装应援物、食物应援及鲜花布景板等方式支持艺人。

但随着粉圈的发展壮大，业态混乱，“集资”就成了各家粉丝对一个重要因素，这直接体现了一个艺人的商业价值大小。为了自家粉圈的虚荣心、为了自家偶像获得更好的资源，不少粉丝仍然会“一掷千金”，只是让自家偶像更加有排面。

了解过“集资”存在于粉圈的意义，我们再看看与“非法集资”有什么关联。

非法集资多指刑法上“违反国家金融管理法规非法吸收公众存款或变相吸收公众存款”或“以非法占有为目的，违反有关金融法律、法规的规定，使用诈骗方法进行非法集资”的情形。

即有非法的目的，且扰乱的是国家金融秩序的非法聚拢公众资金的行为才算是法律意义上的“非法集资”，该行为通常伴随着一定的盈利性。

而粉圈常说的“集资”，笔者认为，性质更像是民法所说的附义务的赠与行为，即粉丝将资金汇入粉头的账户，并且附带了粉头须把这笔资金用于自家偶像的打投的强制性义务。而进行这个行为的粉丝并不要求有投资盈利的目的，而汇集资金的粉头也没有承诺收益，整个“集资”行为不具有盈利性。因此，当某家粉头捐款跑路的时候，大家不要再盲目随大流说非法集资诈骗哦！

由于粉圈里的业态混乱，后援



李侃童 律师

会的规章制度也并不完善，有些心思不纯的粉丝容易堕入歧途卷款跑路，而且事发报案后也难以追究，最后石沉大海。

为爱发电本来是一件很有勇气的事情，但想为自家爱豆出一份力的大家也应该擦亮自己的眼睛，尽量选择一些靠谱的粉丝后援会。例如有完善的规章制度，每个集资项目都有明细列出且同时有资金限额，后援会主要成员留存个人真实联系方式等等，不要脑袋发热就把自己辛苦攒下的钱全部投进去。

但如果真的被粉头卷款跑路了，大家一定要保存好转款凭证等系列证据，并在集资平台进行举报，同时拿着相关证据到公安局报警，要求追究粉头侵占资金的责任。

最后，一句话送给大家：追星需理智，打钱需谨慎！

（作者交流电话：13929108225）

浅析《反不正当竞争法》修正案的 商业秘密保护条款

□ 姚何静玮



姚何静玮 律师

2019年4月23日，全国人民代表大会常务委员会通过了《关于修改〈中华人民共和国反不正当竞争法〉的决定》，第二次对《反不正当竞争法》进行了修改。这次修改的全部内容都集中在商业秘密条款，由此可见我国立法机关推进商业秘密保护的决心和大胆尝试，是我国商业秘密保护制度变革的又一次重大突破。修改的内容主要包括：商业秘密法律内涵、商业秘密责任主体、商业秘密侵权增加惩罚性赔偿、提高法定赔偿上限以及举证责任的明确，都充分体现了本次反不正当竞争法修改的方向以及对国际社会规则的适应，为我国商业秘密的保护提供了有力的法律保障，本文对此试加探讨，略陈管见。

一、增加侵犯商业秘密行为类型 新《反不正当竞争法》第九条

第一款第（一）项的规定中新增经营者不得实施以“电子侵入”的方式获取商业秘密，这是为顺应现行数字经济环境下依托于新技术衍生出的侵权行为类型。传统的商业秘密在载体层面表现为纸质资料，侵权行为主要是以窃取纸质材料，随着互联网的普及，实现了商业秘密的载体从传统的纸质资料到电子数据，引发了更多电子窃取行为，窃取手段呈现多样化，此次修改将依托于新技术的这类手段统一以“电子侵入”来命名，其旨在对互联网新技术下所频发的不同于传统的方式侵犯商业秘密行为进行规制。新法将其明确规定之后，以“电子侵入”方式所取得的商业秘密，就无需再适用其他不正当手段这一兜底条款。

同时，新修订的《反不正当竞争法》还为间接侵权行为的认定提供了依据。即教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密也是侵犯商业秘密的行为。

二、扩大商业秘密侵权责任主体适用范围

新修订的《反不正当竞争法》的侵权责任主体包括经营者及经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织。这在很大程度上防范了商业秘密的二次泄密。因为企业在诉讼中除了员工及其他经营者之外，必然会有多

方其他人员在履职中知悉并获取相应的商业秘密，在此过程中都会产生二次泄密的风险，进一步打击企业开发商业秘密的积极性。因此，扩大责任主体也在一定程度上为企业的商业秘密提供了更加合理的保护。

三、扩充商业秘密的定义

新修订的《反不正当竞争法》第九条第四款对商业秘密的界定变更为：“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。”通过商业信息这个上位概念，使其之前的技术信息、经营信息成为一个不完全列举，将商业秘密的范围不限于所属行业，进一步扩展了企业商业秘密保护的范畴，即使难以划分为技术信息或经营信息，但是符合商业秘密的秘密性、商业价值性和保密性等三个构成要件的，具有商业意义的任何信息，均视为商业秘密。这样的定义与当今世界大多数国家的规定相接轨，也符合随着社会和经济发展而产生的商业秘密范围逐渐扩大的趋势。

四、新增惩罚性赔偿规定

新修订的《反不正当竞争法》第十七条规定，经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以按照本条赔偿方法确定数额的一至五倍确定赔偿数额。同时，该法条还将侵犯商业秘密、混淆行为的法定判赔额的上限提高至500万元，加大了保护力度。

总之，（下转第31页）

涉外合同法律适用常见问题

□ 欧 静

国际贸易合同审查中，首要关注的条款便是争议解决条款和法律适用的问题。合同如何适用法律也是直接影响当事人权利义务的重要因素，所以在合同约定时必须重视法律适用问题。

关于合同纠纷适用的实体法律一般以意思自治优先。但合同双方约定法律适用时应注意以下几点：

一、非涉外合同约定适用境外法，约定无效。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《法律适用法解释》）第六条规定：“中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效。”该条款只赋予涉外民事关系当事人选择适用法律的权利，对于非涉外合同，当事人没有选择适用法律的权利，只能适用中国法。

关于如何认定涉外民事关系，《法律适用法解释》第一条做出了明确的解释，民事关系具有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事关系：1、当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人；2、当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外；3、标的物在中华人民共和国领域外；4、产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外；5、可以认定为涉外民事关系的其他情形。

因此是否可以约定适用境外法律取决于是否具备前述的涉外因素。

二、涉外法律适用注意避免违反法律法规的强制性规定和损害国家公共利益。

1. 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四条、第五条规定了不得约定适用境外法而应直接适用中国法的一般情形，即境外法的适用将损害中国社会公共利益的，不发生适用境外法的效力；境外法的适用将规避中国法强制性规定的，同样不发生适用境外法的效力。

2. 法律适用法解释第十条规定通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用中国法律的情形，分别是（1）涉及劳动者权益保护的；（2）涉及食品或公共卫生安全的；（3）涉及环境安全的；（4）涉及外汇管制等金融安全的；（5）涉及反垄断、反倾销的；（6）应当认定为强制性规定的其他情形。

3. 涉及以下合同的纠纷必须适用中国的法律：中外合资经营企业合同；中外合作经营企业合同；中外合作勘探、开发自然资源合同；中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业股份转让合同；外国自然人、法人或者其他组织承包经营在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业合同；外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业



欧 静 律师

股东的股权的合同；外国自然人、法人或者其他组织认购中华人民共和国领域内的非外商投资有限责任公司或者股份有限公司增资的合同；外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业资产合同。

三、涉外合同是否可适用与合同没有联系的法律？

涉外合同的法律适用主张以意思自治为优先，尊重当事人的意愿。《法律适用法解释》第七条规定“一方当事人以双方协议选择的法律与系争的涉外民事关系没有实际联系为由主张选择无效的，人民法院不予支持。”因此，如当事人已经协商选择了合同的准据法，应当以诚实信用为原则，遵守合同约定。

如果合同中当事人没有选择法律，（下转第31页）

如何处理跨境退货问题

□ 廖彩灵



廖彩灵 律师

今年的“618”购物狂欢节，在对冲疫情影响、拉动消费和内需、推动经济增长等方面都起到了重要作用，同时“618”消费也进一步将跨境贸易企业的促销活动以线上形式推向世界各地。在购物狂欢节之后，相应的消费纠纷也会随之而来，面临跨境退货，作为消费者、跨境交易商家应该如何应对？

一、典型案例

原告德国温奇公司于2015年8月至12月与被告鑫东公司签订多份户外遮阳棚及侧墙买卖合同，约定被告向原告交付总计27,000套户外遮阳棚及侧墙，货物最终客户为阿尔迪超市，货物交付地点为德国。合同签订后，被告将生产的货物托运，原告则按约支付了所有价款。原告和阿尔迪超市在货物到达目的地后对其进行了委托检验，检验报告显示顶部织物克重及抗紫外线指数等系数均低于合同

约定。阿尔迪超市为此要求退货。原告随后于2016年5月3日通过电邮将检验结果告知被告、要求退货、赔偿损失并商洽运回重做的可能性，经清点的最终退货数量为14,152套遮阳棚及侧墙，由原告从阿尔迪超市不同分部运回后存放于荷兰或英国的仓库。这些货物又经中国检验集团不来梅有限公司检验判定为不合格。原告为此向阿尔迪超市进行了退款和赔偿。原被告双方就此未有协商结果，原告起诉被告部分解除案涉合同，要求被告返还货款并赔偿违约损失和费用。

二、案情分析

本案经法院审理后认定被告未使用约定规格的产品面料，导致原告被最终用户退货并索赔，故被告理应退还质量不合格产品对应的货款及利息给原告。但是由于双方的采购合同条款未涉及解约退货退款的具体内容，法院在判决时该如何处理关于跨境退货问题？

（一）考虑境外主体的特殊性，综合考量跨境退货的可行性

结合本案在双方未约定退货条款的情况下，法院考虑到如果依常规作出先退货后退款的处理，在目前被告涉及多起被诉案件且下落不明的情况下，跨境退货不仅存在操作困难还会导致原告的损失进一步扩大。因此，原告可在被告先履行退款义务后，再行根据被告选择的退货方式予以配合，鉴于被告违约在先，则届时相应的退货费用应由被告承担。法院判决的处理的方式有效降低了守约方退货成本，但是仍未明

确退货的具体方式。

（二）适用国际贸易术语确定办理退货的权利义务

在与上述案例类似的（2014）浦民二（商）初字第S1099号案中，上海市浦东新区人民法院在征询双方当事人退货意愿及综合考虑跨境退货可行性的情况下，判决解除双方的买卖合同。原告美国西茉莉公司作为卖方以FOB洛杉矶（洛杉矶港船上交货）的方式向被告南京舜鑫公司退回系争货物；被告南京舜鑫公司赔偿运费、仓储费损失，原告美国西茉莉公司以FOB洛杉矶方式交付退货后，无需支付货款。

三、启示

（一）在合同中明确双方关于退运货物权利义务，发生纠纷时妥善保管货物

国际货物退运并非国内退货一般简单，国际货物退运涉及免税退运进口、征税退运进口有两种入境方式，因此双方在合作协商过程中应针对发生货物退运情况时的处理方式，从而节约退货成本，降低自身风险。再之，在国际贸易中，为了维护自身的利益，买卖双方均应在任何情况下都尽到妥善保管义务，如此才能将货物损失降低到最小。

（二）及时了解新政策，调整交易方式

关于跨境退货问题，我国海关总署在2020年推出《关于跨境电子商务零售进口商品退货有关监管事宜的公告》（海关总署公告2020年第45号），大幅提升跨境网购退货的便利性，（下转第31页）

小额贷款公司的贷款行为不受民间借贷纠纷相关法律规定约束

□ 叶伟英

【案情简述】A小额贷款公司（以下简称A公司）是经当地金融监管部门审批的能够从事贷款业务的机构。2019年6月，A公司与陈先生签订《金融借款合同》，约定陈先生向A公司借款人民币100万元，利率为年利率18%，借款期限为12个月，利息按月清偿。借款期间，陈先生按照约定支付了前9个月的借款利息，但其后就不再继续支付。2020年9月，A公司将其对陈先生享有的债权协议有偿转让给关先生，A公司、关先生分别向陈先生书面告知债权转让的事宜。关先生多次催促陈先生清偿借款本金，但陈先生均表示无力偿还。2021年2月，关先生以民间借贷纠纷为案由向法院提起诉讼主张陈先生清偿借款本金和按照年利率18%计算借款利息，法院立案受理。开庭时，陈先生以案涉借款利率应当适用《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》的相关规定进行抗辩，借款利息不应以年利率18%计算。

【争议焦点】1. 上述案例是否属于民间借贷纠纷？2. 上述案例若不属于民间借贷纠纷，是否可以参照民间借贷纠纷相关法律规定计算利息？

【律师分析】上述案例的诉讼双方当事人均为自然人，因关先生立案时未委托律师，自然而然地以民间借贷为案由申请法院立案。但根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（2020修正）第一条“本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人和非法人组织之间进

行资金融通的行为。经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用本规定。”的规定，虽然案涉的双方当事人均为自然人，但案涉的证据、原始法律关系等均是围绕金融借款行为而展开的，且A公司是属于金融监管部门批准设立的能够从事贷款业务的金融机构，审理该案件依法不适用《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，故案涉纠纷案由应调整为金融借款合同纠纷，而不属于民间借贷纠纷。

在金融借款合同纠纷的法律关系当中，计算利息的法律依据应当引用《中华人民共和国民法典》当中第三编“合同”的相关规定，不受《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》的约束，故关先生依法有权主张以年利率18%计算借款利息。

除了A公司之类的小额贷款公司之外，融资担保公司、融资租赁公司、典当行等类金融机构的贷款行为是否与小额贷款公司的认定一致，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》中并没有明确，故广东省高级人民法院曾发函征询最高人民法院的意见，最高人民法院2020年12月29日作出《最高人民法院关于新民间借贷司法解释适用范围问题的批复》（2021年1月1日施行），批复第一条“关于适用范围问题。经征求金融监管部门意见，由地方金融监管



叶伟英 律师

部门监管的小额贷款公司、融资担保公司、区域性股权市场、典当行、融资租赁公司、商业保理公司、地方资产管理公司等七类地方金融组织属于经金融监管部门批准设立的金融机构，其因从事相关金融业务引发的纠纷，不适用新民间借贷司法解释。”进一步明确了类金融机构的借贷行为认定，填补了《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》的部分空白。

【律师建议】近年来，最高院为纠正金融市场的乱象特别是民间借贷乱象，陆续出台了多个规范金融借贷行为、民间借贷行为的司法解释，涉案当事人在选择案由、法律适用方面应当谨慎，必要时应当咨询专业律师意见，避免自身权益受损。

（作者交流电话：13590555691）

从案例看冷冻胚胎的监管、处置原则

□ 范瑞祥



范瑞祥 律师

近年来，迫于社会竞争激烈、工作压力大等原因，越来越多的年轻人正在推迟组建家庭或者推迟生育。由于年龄、环境污染、不良生活习惯等因素的影响，较多夫妻面临不孕不育的问题。而体外受精等人工辅助生育技术的出现为解决不孕不育和推迟生育提供了技术支持。一般而言，夫妻在选择体外受精时，需要制作多个胚胎，由医院培育后择优植入女方体内。为保证成功生育，剩余的胚胎将被冷冻保存以作备用。

在我国，关于夫妻在离婚或者夫妻一方或双方死亡后对人体冷冻胚胎（以下也简称“冷冻胚胎”）的监管、处置纠纷时有发生。甚至出现了夫妻双方死亡后，其失独父母欲为保“血脉”而争夺冷冻胚胎的案件。

目前，我国暂未出台专门的法律对如“冷冻胚胎”等的人类辅助生殖技术进行规定。但司法实践中，司法

机关通常适用、援引法律法规及相关指引以作出案件的审判，如《人类辅助生殖技术管理办法》《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》。《民法典》第一千一百二十二条规定：遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承。该条既规定了遗产的一般定义，又从反面限制了继承的遗产的范围。

从案例看，目前我国的审判实践中，对于冷冻胚胎的监管、处置原则主要有：

（一）伦理原则

根据《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》，人类辅助生殖技术伦理原则主要包括：有利于患者的原则、知情同意的原则、保护后代的原则、社会公益原则、保密原则、严防商业化的原则、伦理监督的原则。

在个案的审判中，法院一般会对伦理原则进行考虑，审查人类辅助生殖技术的开展、冷冻胚胎的监管、处置是否会违反伦理原则。但不同法院对于伦理原则违反的审查标准存在区别。

如：对于夫妻一方死亡或下落不明的情况下，另一方要求医疗机构继续为其进行人类辅助生殖是否违反伦理原则的判断上：在（2016）浙0902民初3598号案中，法院认为：“即使周某死亡，原告作为丧偶妇女，要求其夫妇通过实施人类辅助生殖技术获得的冷冻胚胎继续孕育子女，亦有别于该社会公益原则中所指称的单身妇女要求实施人类辅助生殖技术的情形。故本院认为，被告继续为原告实施人

类辅助生殖技术不违反前述社会公益原则。”但在（2017）鲁0103民初7541号案中，法院认为：本案中，原告在其配偶死亡后即成为单身妇女，被告为其实施人类辅助生殖技术将违反上述部门规章的规定。

除对是否违反社会公益原则的认定存在区别外，在上述两个案例中，法院对于是否符合保护后代原则、知情同意原则也存在不同的认定。

（二）法律规则

对于冷冻胚胎的监管、处置所适用的法律规则一般适用《民法典》合同编、继承编的规定。

首先，对于冷冻胚胎的监管、处置按照一般按照双方签署的知情同意书的约定处理。同时，对于知情同意书内容的解释问题上，在（2016）浙0902民初3598号案中，法院认为知情同意书的条款为格式条款的情形下，当有两种以上解释时，应当作出有利于提供格式条款一方的解释。

其次，在夫妻一方或双方死亡时，对于冷冻胚胎的监管、处置问题上：

对于夫妻一方死亡且没有留下遗嘱明确对冷冻胚胎如何监管、处置时，是否认定为原合同终止的问题上，不同法院结合知情同意书的内同可能存在不同的认定：在（2016）浙0902民初3598号案中，法院认为：“实施人类辅助生殖技术，是不育夫妇行使生育权的一种形式，实施人类辅助生殖技术过程中获得的胚胎的处置权，应视为生育权的延伸，具有人身专属性。若不育夫妇不放弃冷冻胚胎，则人类辅助生殖技术实施机构无权处置。只有不育夫妇予以放弃，才产生人类辅

助生殖技术实施机构具体如何处置冷冻胚胎的问题。……前文已经论述过，周军表达了以冷冻胚胎孕育子女的意愿，原告实施胚胎移植术不违反周军的意愿，故不能认定周军愿意放弃冷冻胚胎，那么，以放弃冷冻胚胎为前提的后续处置，亦无从谈起。……原告要求实施胚胎移植术，是继续履行既有的医疗服务合同的请求。故即使周某未作出新的意思表示，亦不必然对继续履行合同构成妨碍。”而在（2016）浙0902民初3598号案中，法院认为：“从合同本身内容来看，原告、公某与被告签订的两份《冷冻胚胎解冻及移植知情同意书》中均载明每次冷冻胚胎复苏移植前需要夫妇同时签字确认。现公某已经死亡，无法作出该项意思表示，且原告也未举证证明公某体外受精胚胎移植

术失败后曾表示过想再次进行冷冻胚胎复苏移植的意愿，故合同所约定的进行冷冻胚胎复苏移植的条件无法实现。原告要求被告继续履行合同缺乏合同上的依据。”

最后，对于夫妻一方死亡且没有留下遗嘱明确对冷冻胚胎如何监管、处置时。在（2013）宜民初字第2729号案中，一审法院认为：“体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎为具有发展为生命的潜能，含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的。”后在（2014）锡民终字第01235号，二审法院认为：“现沈某、刘某意外死亡，合同因发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行，医院不能根据知情同意书中的相关条款单方面处置涉

案胚胎。在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，结合本案实际，应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属：一是伦理……二是情感……三是特殊利益保护。胚胎是介于人与物之间的过渡存在，具有孕育成生命的潜质，比非生命体具有更高的道德地位，应受到特殊尊重与保护。根据卫生部的相关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕，但并未否定权利人对胚胎享有的相关权利，且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定，医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。”

（作者交流电话：18566390738）

（上接第26页）《反不正当竞争法》第二次修改中对商业秘密制度的修订是值得肯定的，内容上扩充了商业秘密

的法律内涵，降低了二次泄密的风险，明确了举证责任规则，是我国加强知识产权保护的表现，也是强

化商业秘密法律体系，提升创新能力的重要举措。

（作者交流电话：13809706861）

（上接第27页）则可适用合同缔结地法，或者适用与合同有最密切联系的法律，或适用法院推定的法律。

四、注意法律中对特殊类型关系的规定

《中华人民共和国涉外民事关系

法律适用法》中规定不动产物权，适用不动产所在地法律；有价证券，适用有价证券权利实现地法律或者其他与该有价证券有最密切联系的法律；权利质权，适用质权设立地法律。在《中华人民共和国海商法》和《中华

人民共和国民用航空法》等法律中，也对特殊类型合同的法律适用作出了规定。因此，在拟定相关合同的法律适用条款时，应关注中国法中关于该等合同法律适用的特别规定。

（作者交流电话：13631404527）

（上接第28页）对商家而言，退货需要及时在中国国际贸易“单一窗口”向原验放海关发送退货申报清单。

办理跨境退货退运手续，要求

严格，操作复杂，成本较高。因此很多企业将退货商品在境外打折销售或报废处理，导致企业财产损失，导致企业成本增加，因此企业应加

强完善关于跨境退货流程的设定，从而维护企业自身利益，解除发生纠纷的后顾之忧。

（作者交流电话：13534578818）

（上接第36页）失信惩戒等，以确定买家的信用情况；再次，消费者在付款前应明确约定定做商品的情况，建议要求尽量具体化，包括材质、尺寸规格、颜色、工期、包装等，

并建议分期付款，避免经营者卷款而逃或以次充好。

三、注意保留证据，依法主动维权。

消费者在交易前后，要有意识

地保留好商家信息、沟通记录、购物链接、下单凭证等页面截图，当自身合法权益受到损害，消费者要依法主动维权。

（作者交流电话：13411005733）

虚拟股权激励方案设计

□ 郑庆柱



郑庆柱

在无须大幅度增加薪资福利的情况下，作为对公司核心员工的最佳激励方式，虚拟股权激励，作为长期激励的方案，已被越来越多的企业所采用。律师所等机构在给企业设计长期激励方案时，也常常会推荐虚拟股权激励方案。

虚拟股权激励方案设计步骤如下：

步骤一：确定股权激励的对象及其资格条件

企业首先要明确，激励对象是针对全体员工，还是只对部分核心员工。为了保证虚拟股权在精神激励方面的效果，此激励手段比较适合只针对核心员工。这可以让公司所有员工明确意识到，只有公司的优秀人才，才能享受到虚拟股权。它代表了一种“特权”。如果其他员工想获得这种“特权”，就必须努力工作，取得高绩效，努力让自己成

为核心员工。

虚拟股权激励的对象范围及资格条件可以界定为：

1. **高级管理人员**：具有一年（含）以上本公司工作服务年限，担任高级管理职务（总经理、副总经理、总经理助理等）或有高级职称的核心管理层（如营销总监、财务总监等）；

2. **中层管理人员**：具有二年（含）以上本公司工作服务年限，担任中层管理职务（如高级经理、人力资源经理等）的人员；

3. **骨干员工**：具有三年（含）以上本公司工作服务年限，并获得两次以上“公司优秀员工”称号的员工，或者拥有独特专业技能、处于关键技术岗位的骨干员工（如高级企划、培训师等）。

步骤二：确定虚拟股权激励对象的当期股权持有数量

确定虚拟股权持有数量时，一般可以把持有股权分为职位股、绩效股和工龄股等，根据公司具体情况划分等级和数额。换句话说，根据虚拟股权激励对象所处的职位、工龄长短以及绩效情况，来确定其当年应持有的虚拟股权数量。

第一，确定职位股。

这是指公司根据虚拟股权激励对象在公司内所处不同职位而设定的不同股权数量。一般来说，在同一个层次的激励对象，其职位股权可有所不同，但波动应控制在一个较小范围内。

可每年年初，对于上述三类虚拟股权激励对象，先根据其所处职

位确定他们的职位股基数。

第二，确定绩效股。

这是指公司根据股权享有者的实际个人工作绩效表现情况，决定到年底是否追加和追加多少的绩效虚拟股权。

每年年初，公司可预先确定三种股权享有者的年度考核绩效指标；每年年末，根据绩效实际完成情况，按比例分别确定最终增加的股权数量（增加股权数量 = 本人职位股基数 × 绩效完成程度 × 50%）。另外，公司应规定一个享有绩效虚拟股权的最低绩效完成比例限制。例如，当年绩效完成情况低于90%的人员，取消其享有当年绩效股的资格。

第三，确定工龄股。

可以依据员工在本公司工作服务年限，自劳动合同签订后员工到岗之日起至每年年末，按照每年100股的标准增加股权数量。

第四，计算股权数额。

将上述三类股权累加，为该股权享有者的当年股权数额。

需要补充说明的是，遇到特殊情况，如对公司有特别重大贡献者，其具体虚拟股权数量的确定可由公司人力资源部门上报，交由公司最高管理层或公司薪酬考核委员会决定。

步骤三：确定股权持有者的股权数量变动原则

由于职位和绩效等因素的变动，使得持有人的股权数量会发生改变。职位变动时，职位股的虚拟股权基数随之调整；随着员工工龄的增加，其工龄股也会逐渐增加。对于员工

离职的情况，非正常离职（包括辞职、辞退、解约等）者虚拟股权自动消失；正常离职者可以将股权按照一定比例折算为现金发放给本人，也可按照实际剩余时间，到年终分配时参与分红兑现，并按比例折算具体分红数额。如果股权享有者在工作过程中出现降级、待岗处分等处罚时，公司有权减少、取消其分红收益权即虚拟股权的享有者。

步骤四：确定虚拟股权的性质转化原则

根据公司经营发展状况和股权享有者的岗位变动情况，公司必然会面临虚拟股权的性质转化问题。原则上讲，虚拟股权持有者可以出资购买自己手中的虚拟股权，从而把虚拟股权转换为公司实有股权。在转让时，公司对于购股价格可以给予一定的优惠。

在公司虚拟股权的性质转化时，可以原则规定，经虚拟股权享有者申请，可以出资购买个人持有的不低于50%的股权，将其转换为实有股权，公司对于购股价格给予不高于实有股权每股净资产现值的9折优惠。

另外，一些特殊情况下，也可经公司领导层协商之后，将员工持有的虚拟股权转换为干股（即公司的设立人或者股东依照协议无偿赠予非股东的第三人的股份），从而让股权享有者获得更大的股东权利，既可以享受到类似于虚拟股权的分红权，而且还可以享有表决权和股权的离职折现权。

步骤五：确定虚拟股权的分红办法和分红数额

首先在公司内部建立分红基金，根据当年经营目标实际完成情况，对照分红基金的提取计划，落实实际提取比例和基金规模，并确定当年分红的基金规模的波动范围。

如果分红基金在利润中的提取比例，是以前一年的奖金在公司净利润中所占比例为参照制订的，为了体现虚拟股权的激励性，可以把分红基金提取比例的调整系数定为1~1.5。

假如在实行虚拟股权激励制度的上一年度，公司净利润为114万元，上年年终奖金总额为6.58万元，则首次分红基金提取比例基准 = (首次股权享有者上年年终奖金总额 ÷ 上一年公司净利润) × (1 ~ 1.5) = (6.58 ÷ 114) × (1 ~ 1.5) = 5.8% × (1 ~ 1.5)

则最高线：5.8% × 1.5 = 8.7%

中间线：5.8% × 1.3 = 7.5%

最低线：5.8% × 1.0 = 5.8%

而首次分红基金 = 虚拟股权激励制度的当年公司目标利润（例如200万元）× 首次分红基金提取比例，分别对应如下：

最高线：200 × 8.7% = 17.4万元

中间线：200 × 7.5% = 15万元

最低线：200 × 5.8% = 11.6万元

另外，在实际操作中，公司本着调剂丰歉、平衡收入的原则，还可以在企业内部实行当期分红和延期分红相结合的基金分配原则，这样可以有效地减少经营的波动性对分红基金数额变动所带来的影响。

假设公司当年分红基金数额为15万元，其将当年分红基金的85%用于当年分红兑现；当年分红基金的15%结转下年，累加到下一年提取的分红基金；以后每年都按照这个比例滚动分红基金。

步骤六：确定虚拟股权的每股现金价值

按照以下公式计算出虚拟股权每股现金价值：

虚拟股权每股现金价值 = 当年实际参与分配的分红基金规模 ÷ 实际参与分红的虚拟股权总数。

首先，应确定参与分红的股权总数，即加总所有股权享有者当年实际参与分红的股权数量，得出参与分红的股权总数。然后，按照上述公式，计算出每股现金价值。

实行虚拟股权激励制度的第一年，假定其当年实际分红基金数额为12.75万元，而当年实际参与分红的虚拟股权总数为115800股，所以根据公式，其当年虚拟股权每股现金价值 = 127500元 ÷ 115800股 = 1.10元/股。

步骤七：确定每个虚拟股权持有者的具体分红办法和当年分红现金数额

将每股现金价值乘以股权享有者持有的股权数量，就可以得到每一个股权享有者当年的分红现金数额。

若某员工持有的股权总数为5800股，则其当年可拿到的虚拟股权分红数额 = 1.10元/股 × 5800股 = 6380元。

员工应按照“当年分红兑现：结转下年 = 90%：10%”的比例结构滚动分配分红现金。即当年发放分红现金的90%部分，剩下的10%部分计入个人分红账户，然后结转到虚拟股权享有者下年的分红所得中。步骤八：在公司内部公布实施虚拟股权激励计划的决议

公司管理层在确定要实施虚拟股权激励制度之后，应在公司内部公布实施该激励制度的决议，并进一步详细介绍实施此项激励制度的流程和内容，详细告知企业员工获得虚拟股权的程序，让员工积极参与进来，把这项激励措施真正落实到位。

对于那些经营业绩不错，但是短期内又无法拿出大笔资金来激励核心员工的企业，不妨尝试一下虚拟股权激励制度，或许会收到意想不到的效果。

（作者交流电话：13928216110）

个人合伙分割财产前应当进行清算

□ 杨 东



杨 东 律师

《合伙企业法》规定，合伙企业分配剩余财产前，应当进行清算，合伙企业财产在支付清算费用、职工工资、社会保险费用、法定补偿金及缴纳所欠税款、清偿债务后，合伙人方可进行分配。现行法律对合伙企业的清算以及财产分配作出了明确的规定，那么个人合伙是否有相关规定？个人合伙分割财产是否以清算作为前提条件？清算应当何时进行？笔者拟通过案例分析对上述问题进行解答。

一、案例

（一）基本案情【（2015）溪民一初字第00269号】

2001年2月23日，蔡静与李云霞签订了《合作协议书》一份，协议约定：蔡静与李云霞合作经营木制品，筹建木制品加工厂。一、双方就准备经营的项目投资20-30万元，先由李云霞组织资金，其中10万元属蔡静向李云霞借款。二、双方本着互利互惠、

利润共存、风险共担的原则。三、双方每年结算一次，净利润各50%，如需扩大生产另行商定。四、协议从2001年2月23日至2003年2月30日，如需提前或延期双方另行协商。协议签订后，双方开始经营木材生意。2001年6月17日至2003年8月27日间，蔡静由漠河劲涛火车站向本溪发1266.3286立方米板方材，其中发往本钢物资供应处振兴木材加工厂5车皮小方材，计364.744立方米。发往本溪小堡材料站专用线12车皮板方材，计901.5542立方米。收货人为关明奎。蔡静诉至法院，要求对以上17车皮板方材（1266.3286立方米）进行清算，依据合作协议对利润进行分成，对李云霞和关明奎所得房产增值部分进行分成。在诉讼过程中李云霞向蔡静提起反诉，要求蔡静返还合同中约定的先期借款10万元及利息。

审理过程中，蔡静向法院提出会计审计申请书，要求对2001年2月23日至2003年8月27日合伙期间发往本溪的12车皮板方、5车皮小方的销售账目及经营木材的财务状况及利润数额进行审计。本溪市中级人民法院委托本溪清华司法鉴定所进行了审计，后本溪清华司法鉴定所因申请人无法提供17车皮板方的价格及会计资料，无法单独核算出17车皮板方的原料成本为由，出具了司法鉴定延期、中止、退鉴申请表。2016年9月20日，蔡静向法院提出价格评估申请书，要求对发往本钢物资供应处振兴木材加工厂5车皮小方和发往本溪小堡材料站专用线12车皮板方材进行价格评估。

（二）裁判观点

本院认为，双方系因合伙协议清算产生的纠纷，争议的焦点是盈余分配。对此，蔡静应提供其经营期间的双方共同认可的对账单或对双方合伙期间的全部账目进行审计，而后进行分配。本案中蔡静提供的证据不能证明双方合伙期间的盈余情况。而蔡静申请对发往本钢物资供应处振兴木材加工厂5车皮小方和发往本溪小堡材料站专用线12车皮板方材进行价格评估的主张，因只是双方经营中的一部分，故对蔡静申请价格评估，本院不予支持。综上，蔡静要求对双方合作经营期间所发生的17车皮板方材（1266.3286立方米）的盈亏进行清算，依据合作协议进行分成，对合作经营期间被告所得财产（房产、商业门市房）增值部分进行分成的请求，证据不足，故本院不予支持。关于李云霞诉要求蔡静偿还借款十万元及利息的诉讼请求，因双方合伙尚未最后清算，故本院亦不予支持。

（三）判决

1. 驳回原告蔡静（反诉被告）的诉讼请求；

2. 驳回反诉原告李云霞（被告）的诉讼请求。

二、分析

（一）个人合伙清算有无相关规定？

《民法典》施行前，个人合伙纠纷基本参照《合伙企业法》处理，《民法典》施行后，一般认为合同编中的合伙合同一章是对个人合伙的相关规定。

（二）个人合伙财产分配是否应当以清算为前提条件？

关于个人合伙清算，《民法典》第九百七十八条规定：“合伙合同终止后，合伙财产在支付因终止而产生的费用以及清偿合伙债务后有剩余的，依据本法第九百七十二的规定进行分配。”该条虽未直接出现“清算”字眼，但从其描述的内容可以知道个人合伙在分配合伙财产前也应当进行清算，即清算为个人合伙财产分配的前提条件。

从上述案例的裁判观点中也可以看出，原告起诉要求根据合作协议对利润进行分成，但由于未能提供经营期间的双方共同认可的对账单或对双方合伙期间的全部账目进行审计，法院认定双方当事人未对合伙进行清算，故不予支持原告诉讼请求。

但是，除了上述案例外，笔者亦检索到了其他裁判结果不同的案例【(2018)冀02民终720号】，该案中，合伙双方于起诉之时早已实际结束合伙，合伙期间并没有健全的财务制度，

故无论是合伙结束时还是诉讼期间，清算均已无可能。但该案原告向法院提交了其于合伙期间自行记载的现金日记账，结合被告在其他证据中对原告记账数额的确认，法院在缺乏原始会计凭证、合伙未实际清算的情况下，以原告举证已达高度盖然性来认定应当分配合伙财产的数额，最终判决被告支付原告相应款项。

从上述两个案例，结合《民法典》的相关规定可以得出，个人合伙中，清算是合伙财产分配的前提，但若个人合伙实际已无法清算且有其他间接证据可以认定合伙财产情况时，合伙人可依据间接证据反映的结果直接对该财产进行分配，需要注意的是，此时对于证据的要求相对较高。

（三）个人合伙清算应当在何时进行？

根据《民法典》第九百六十九条第二款规定：“合伙合同终止前，合伙人不得请求分割合伙财产。”因此，

合伙清算应当在合伙终止后进行。除此之外，根据上述案例可知，在诉讼过程中，合伙人可以向法院提交司法审计申请或评估申请，法院同意审计申请后，以审计结果作为合伙清算结果。需要注意的是，审计结果需要基于合伙期间的会计账册、凭证等财务资料作出，若合伙期间财务制度不健全，财务资料不齐备的，则可能无法出具审计结果。

三、结论及建议

综上所述，个人合伙财产分配一般应当以清算为前提，仅在其他证据齐备，足以反映合伙期间财务状况的前提下，可以该证据反映的情况进行分配。因此，建议合伙人在合伙期间注意制作保存财务账册、凭证、债权债务相关资料，并在合伙结束时及时进行清算。

（作者交流电话：13250586974）

（上接第37页）亚洲象群迁移惹出来的麻烦，还得由当地人民政府承担，可见人和自然的和谐相处的重要性，破坏自然不尊重大自然规律的后果，最终还得由人类自身承担，恰便是《民法典》第九条的规定应运而生的根本缘由，生态文明发展成为基本国策的应有之义。

最后笔者有个想法，如果亚洲象群最终迁徙到位，择风水宝地而

栖息居之而不肯离去。可是该地块刚好处于集体所有的农地上，而政府有意在此规划建设一个亚洲象群栖息生态保护区、亚洲象群国家保护公园的情况时，又应当如何处理呢？根据《民法典》第一百一十七条，《土地管理法》第二条第4款的规定，国家为了公共利益的需要，是可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。但至于为亚洲象群成立保护区的目的

是否构成《土地管理法》第四十五条的公共利益的认定，笔者认为需要跨学科的综合分析和评估，取决于对亚洲象群繁衍、栖息的保护是否构成生态环境和资源保护的公共利益，同时亦须考虑到对于经济发展、生态发展的平衡取舍。

亚洲象群迁徙引出的法律问题思考，真是有趣！

（作者交流电话：18813961014）

（上接第40页）当上述问题都通过《民法典》的规定得以解决时，老年人们的黄昏恋便不再困难重重。老年人能

在晚年寻觅到自己心中所爱并非一件坏事，相反这是让老人找到自己思绪所托、生活所托的又一途径。因此，

有《民法典》相关规定能为老年人排忧解难，“黄昏恋”潜在问题便不用怕！

（作者交流电话：13727326327）

（上接第42页）得以更加有效的发挥定分止争的作用；同时，政府部门也紧跟法制建设的脚步，出台与法律

制度相配套的政策及工作流程，使法律制度得以更好的实施。因此，从不动产抵押登记制度的小变化可

以看出，我国的法治建设确实已经逐渐踏上了新的台阶。

（作者交流电话：13630014429）

线上转线下交易风险多

□ 何嘉欣



何嘉欣 律师

2020年底，佛山市消委会收到一宗货不对版，商家失联的投诉。2020年9月，乔女士在一家名叫“翡翠怡尊”的淘宝店想定制一个翡翠手镯，客服让乔女士加客服微信，声称在微信朋友圈更能了解产品的详情。于是，乔女士加了客服提供的微信，并且淘宝客服承诺手镯产品质量与店家描述的一致。但乔女士收到货后，发现跟店家说的产品完全不一样，找专业人士看过后也表示产品质量不一致。乔女士跟卖家多次沟通无效，后来卖家甚至还失联。因双方协商无果，乔女士遂投诉至佛山市消委会。

由于本人是佛山市消委会律师顾问团律师，为此，本人被邀就案件的处理给予法律意见。

佛山市消委会接收就这宗消费投诉后，向佛山市南海区平洲珠宝玉器协会寻求珠宝行业专家的帮助，

发现在行业协会受理的同一经营者类似案情的消费投诉达到9宗。经了解，该公司已被列入经营异常名录。而以上9宗投诉共通点为，通过淘宝网诱导添加私人微信，然后通过微信进行交易，商家通过微信发布的图片、视频展示均与消费者收到的实物有较大差距，实际市场价值远低于销售价。

佛山市消协通过拨打快递单号上的发货人电话，以及网店上产品宣传介绍中的手机号码，均无人接听。查看网店，也没有公示营业执照等相关信息，顿时调查工作陷入僵局。为了打破僵局，佛山市消委会咨询本律师，本律师答复：根据2019年1月1日起施行的《电子商务法》第二十七条规定，电商平台在经营者申请进入平台销售商品时要对其核验、登记，建立登记档案。据此规定，佛山市消委会向阿里巴巴（中国）有限公司发函，要求阿里巴巴协助调查涉案网店的相关主体情况，包括提供网店经营者注册资料及经营状态。阿里巴巴收函后遂向佛山市消委会提供了被投诉人的企业信息和联系电话。根据该信息，佛山市消委会约谈经营者法定代表人进行调解，经营者表示乔女士实际收到的货物与销售展示的货物属于同一货物，乔女士之所以认为不属于同一件产品可能是过分运用拍照和修图技巧导致了视觉差距。但平洲玉器行业协会的专家则认为乔女士收到的手镯与商家展示的图片不属于同一件产品，乔女士收到的手镯即使用修图的技术也不能达

到经营者所展示的效果。最终经多方协调，经营者同意翡翠手镯由乔女士保留并在一周内退还7500元解决此事。最终，案件得以解决。

这宗案件的金额虽然不大，但具有典型意义，消费者通过各类电商平台购买类似翡翠等具有主观价值判断的商品时，忍不住商家的诱惑转线下交易，谁知货不对板，这时消费权益就难以保障了。

为起警示作用，本律师针对此类线下交易，提出如下消费建议：

一、选择正规商家，切勿私下交易。

消费者网购时，应主动查看店铺的企业资质、对于未按规定进行市场主体登记或未按规定公开其注册登记信息的，要及时向电商平台经营者反馈，并谨慎购买其店铺商品。切记：绝对不要离开平台进行线下支付。根据淘宝网退货售后规则，对于线下交易，淘宝网无法监管介入处理，即淘宝网无法查明双方交易过程，也无权力冻结卖家线下所收的货款、用卖家店铺押金先行赔付。届时，消费者维权将陷入被动。

二、如消费者特殊情况下选择线下交易，建议消费者要审查卖家资质，并尽量分期付款、货到付款。

首先，在下单前要求经营者出示营业执照、经营者身份证，一旦发生纠纷也找到明确的对象；其次，消费者可利用国家企业信用信息公示网、中国裁判文书网、中国执行信息公开网等官网查询卖家的资质、卖家是否涉及诉讼、（下转第31页）

野生亚洲象群迁徙可能导致的法律问题

□ 何嘉城

根据新华社消息，原本栖息在云南西双版纳的一群野生亚洲象，今年一路北迁，经普洱市墨江县、玉溪市元江县、红河州石屏县后抵达玉溪市峨山县，一度进入昆明境内，估计仍会在人口较多区域迁移。野生亚洲象群迁徙的动态和消息已经成为互联网的流量热点，甚至引起国际上多国媒体的持续关注。然而，由于大象本身的体积庞大、力量惊人的原因，成群结队的亚洲象群迁徙活动势必对迁徙沿途周边的环境和公私财产造成不容忽视的破坏。这便引发笔者的一些思考，现简要分析一下野生亚洲象群迁徙可能导致的法律问题以及初步解答，以求抛砖引玉。

据报道，亚洲象群曾闯入中国科学院的西双版纳热带植物园，还进入园内东部作物保护与育种基地，并对基地内的设施、植物造成极大的破坏。据现场人员反映，情况危急的时候亚洲象群距离植物园核心区只有一步之遥，如果亚洲象群一旦进入核心区，那么六十年代以来几代科研人员收集和保存的一万三千多种植物，尤其是一千三百五十多种珍稀濒危植物就会毁于一旦，造成难以挽回的巨大损失。无独有偶，不久之前，东北虎“完达山一号”进入附近村落的伤人的事件也引起群众的广泛关注。这里引出的法律问题是，如果亚洲象群、东北虎真的即将对重大公共利益或人民生命造成严重威胁，能否进行围捕甚至猎杀？

首先，根据《国家重点保护野生动物名录》规定，亚洲象、东北虎属于国家一级保护级别的动物，如果非因

法定事由围捕、猎杀亚洲象群、东北虎，将违反《野生动物保护法》第二十一条、《陆生野生动物保护实施条例》第十一条甚至触犯《刑法》第三百四十一条构成危害珍贵、濒危野生动物罪。然而我国在立法时已经充分考虑到野生保护动物的特性及其可能出现失控的情况而致使重大公共利益和群众生命、财产安全陷入紧迫危险之中，因此上述引用的条文中都有兜底条款设置。如出现特殊情况，必须猎捕国家一级重点保护动物时，经报国务院野生动物保护主管部门可申请特许捕猎。当然如果在紧急情况下，时间条件上不允许时，必须当机立断紧急捕猎时，就只能引用《刑法》第二十一条的紧急避险的规定和立法本意来阻却违法事由，免除刑事责任。

紧急关头的法律问题虽解决，但仍不能解决因亚洲象群迁徙中造成的经济损失问题。据目前来看，亚洲象群向北迁徙的几个内，路程长达四五百公里，初步估计已破坏沿途的农作物、财产等造成的经济损失高达六百八十万元，以后不排除会造成更大的损失甚至人员伤亡。那么这部分的经济损失应该由谁承担，由谁向受损者补偿呢？

根据《野生动物保护法》第十九条的规定，亚洲象群造成的损失应当由当地人民政府给予补偿。而有条件和有具体实施办法的地方人民政府由开展野生动物损害赔偿保险业务的保险机构进行赔偿。而根据《云南省陆生野生动物保护条例》第九条和《云南省重点保护陆生野生动物造成人身财产损害补偿办法》第二条明确规定

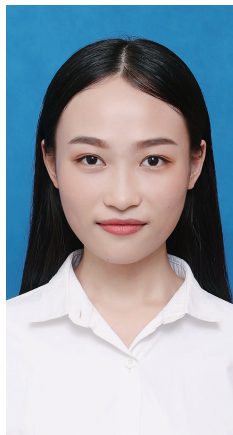


何嘉城 实习律师

补偿的情形和补偿的主体。至于具体的补偿方法如何？据悉，云南省已启动野生动物肇事公众责任保险定损赔付工作。所谓野生动物肇事公众责任保险是指由政府部门投保，因野生动物造成公众人身伤害及财产损失，保险公司按照一定标准进行赔付的保险。该险种2010年在西双版纳开始试点，保险责任为西双版纳州范围内发生的所有亚洲象肇事损失。2011年，保险区域扩大为西双版纳全州及普洱市、临沧市部分区县，保险责任范围也扩展为因国家及云南省重点保护的陆生动物(包括亚洲象、黑熊、野猪、蛇等)造成的公众人身伤害及财产损失。2014年该险种实现了全省16个州市的全覆盖。至于野生动物肇事公众责任保险费是由云南省级财政全额支付，部分州市(如西双版纳)还得到中央财政专项支持，符合上述法律法规的规定。因此，(下转第35页)

父母去世，姐姐是否必须抚养幼弟？

□ 范元凤



范元凤 律师

电影《我的姐姐》正在热映，而“父母去世姐姐是否必须抚养幼弟”、“20岁女孩需要养三个弟妹欲轻生”也相继挂上微博热搜。影片中父母车祸身亡，留下没见过几面的成年姐姐与年幼弟弟，姐姐在父母车祸去世后，是否需要承担起抚养年幼弟弟的责任，很多人很震惊，凭什么让她养？

一、法律依据：

《民法典》第二十七条：父母是未成年子女的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

《民法典》第一千零七十五条规定：有负担能力的兄、姐，对于父

母已经死亡或者父母无力抚养的未成年弟、妹，有抚养的义务。由兄、姐抚养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有抚养的义务。

具体而言，如果父母死亡或者没有监护能力，依次由祖父母（外祖父母）、成年兄姐承担。若祖父母（外祖父母）不具有监护能力，成年兄姐应当承担该义务。兄姐在个人选择和法定义务之间，应该首先法定义务。

二、形成兄弟姐妹间抚养义务的条件

（一）负有抚养义务的兄弟姐妹的范围

兄弟姐妹包括同胞兄弟姐妹、同父异母或同母异父兄弟姐妹、养兄弟姐妹和继兄弟姐妹。

在一般情况下，兄弟姐妹应由父母抚养，因而他们相互之间不发生抚养与被抚养的权利义务关系。但是在特定条件和特定情况下，兄、姐与弟、妹之间会产生有条件的抚养义务。当然，法律对兄弟姐妹间抚养义务的规定，主要是从同胞兄弟姐妹之间的关系来确定的，因为他们是血缘关系最密切的旁系同辈血亲。对于半血缘的同父异母或者同母异父兄弟姐妹，以及没有血缘关系的养兄弟姐妹和继兄弟姐妹，如果符合法律规定的条件和情形，其相互之间也将产生抚养与被抚养的权利义务关系。

（二）兄弟姐妹形成抚养义务的条件

兄、姐抚养弟、妹，或者弟、

妹抚养兄、姐不是必然发生的法定义务，而是有条件的。

简而言之，就是应尽抚养或赡养或扶养义务的父母、子女或者配偶不能尽其抚养或赡养或扶养义务时，由有能力的兄弟姐妹来承担抚养义务。兄弟姐妹间的抚养义务是第二顺序的，具有递补性质。但兄弟姐妹间一旦形成抚养义务，那么该义务又是不可推卸的法定义务，义务人应当自觉履行。

1. 产生兄、姐对弟、妹的抚养义务，应当同时具备下述三个条件：

第一、弟或妹须为未成年人，即不满18周岁。如果弟、妹已经成年，虽无独立生活能力，兄、姐亦无法定抚养义务。

第二、父母已经死亡或者父母无力抚养。这里包含了两种情况：一是父母均已经死亡，没有了父母这第一顺序的抚养义务人。如果父母一方尚在且有抚养能力，仍应由尚在的父或母承担抚养义务。二是父母均尚在或者一方尚在但都没有抚养能力，比如，父母在意外事故中致残没有了劳动能力和生活来源，便产生了由有负担能力的兄、姐抚养弟、妹的义务。

第三、兄、姐有负担能力。在前述两项条件具备时，兄、姐对弟、妹的抚养义务并不必然发生，只有兄、姐有负担能力时，才产生抚养弟、妹的义务。

2. 产生弟、妹对兄、姐的抚养义务，亦应当具备下述三个条件：

第一、兄或姐缺乏劳动能力又缺乏生活来源。如果兄、姐虽缺乏

劳动能力但并不缺少经济来源，比如，受到他人经济上的捐助或自己有可供生活的积蓄的，则不产生弟、妹的扶养义务。同时，如果兄、姐虽缺少生活来源，但有劳动能力，兄、姐可通过自己的劳动换取生活来源，在此情况下，弟、妹亦无扶养兄、姐的义务。

第二、兄或姐没有第一顺序的扶养义务人，或者第一顺序的扶养义务人没有扶养能力。比如，兄、姐没有配偶、子女，或兄、姐的配偶、子女已经死亡或者配偶、子女没有扶养能力。如果兄、姐的配偶

尚在或者有子女且有扶养能力，应由这些第一顺序的扶养义务人承担扶养义务。

第三、弟或妹由兄、姐扶养长大且有负担能力。这里包含两个方面的因素：一是弟、妹是由兄、姐扶养长大的。这表明在弟、妹未成年时，父母已经死亡或父母无抚养能力，兄、姐对弟、妹的成长尽了扶养义务。按照权利义务对等原则，弟、妹应承担兄、姐的扶养责任。二是弟、妹有负担能力，若无负担能力则不负扶养义务。

很多网友纷纷表示：弟妹们永

远不应该成为姐姐们生命中的重担，没有谁的人生应该是为了别人而存在的...

电影的最后，孰是孰非，也没有一个明确的答案，谁都不知道姐姐最后会如何选择，血浓于水的亲情，似乎永远没有是非之分，以至于无法袖手旁观。但我们可以明确的是，事情一定会往好的方向发展，希望每一对父母能想清楚自己的经济实力，想清楚物质和感情不能一碗水端平，对自己负责，对“姐姐们”负责，对“弟妹们”负责。

(作者交流电话：15723213098)

(上接第42页)《民办教育促进法实施条例》修订并不影响民办学校举办者的范围。

三、国有企业可设立实施义务教育的非营利性民办学校

《中华人民共和国义务教育法》第62条规定：“社会组织或者个人依法举办的民办学校实施义务教育的，依照民办教育促进法有关规定执行；民办教育促进法未作规定的，适用本法。”

《中华人民共和国民办教育促进法》第19条规定：“民办学校的举办者可以自主选择设立非营利性或者营利性民办学校。但是，不得设立实施义务教育的营利性民办学校。”

根据上述规定，符合规定的社会组织或个人可以设立非营利性或者营利性民办学校，但是如设立的民办学校是实施义务教育的，那么只能设立非营利性民办学校。

因此，国有企业可设立实施义务教育的非营利性民办学校。

但是为了规范通过资本运作控制非营利性学校进行获利的行为。新修订《民办教育促进法实施条例》

第十三条第3款规定：“同时举办或者实际控制多所民办学校的，不得改变所举办或者实际控制的非营利性民办学校的性质，直接或者间接取得办学收益；也不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争。任何社会组织和个人不得通过兼并收购、协议控制等方式控制实施义务教育的民办学校、实施学前教育的非营利性民办学校。”

四、新修订《民办教育促进法实施条例》第八条并未规定国有企业不得举办或者参与举办实施义务教育的民办学校。

新修订《民办教育促进法实施条例》第八条第1款规定：“地方政府不得利用国有企业、公办教育资源举办或者参与举办实施义务教育的民办学校。”

司法部、教育部负责人就《民办教育促进法实施条例》修订答记者问中，记者问：“在营造更加公平的办学环境方面，《条例》作了哪些规定？”司法部、教育部的负责人答：“为了营造更加公平的办学环境，《条例》进一步完善民办学校

的设立制度。一是规范地方政府、公办学校参与办学的行为。增加规定：地方政府不得利用国有企业、公办教育资源举办或者参与举办实施义务教育的民办学校；实施义务教育的公办学校不得举办或参与举办民办学校，其他公办学校不得举办或者参与举办营利性民办学校；公办学校举办或者参与举办民办学校，不得仅以品牌输出方式参与办学，举办或者参与举办非营利性民办学校，不得以管理费等方式取得或者变相取得办学收益。”

从上述问答可认为：第一，进一步明确法律规定国家机构不能作为民办学校的举办者；第二，政府财政资金不能直接举办或参与举办民办学校；第三，政府不得利用财政资金的优势通过其他机构举办民办学校挤压社会组织或个人的民办学校，形成不公平的办学竞争环境。

综上，新修订的《民办教育促进法实施条例》并没有限制国有企业以国有资产参与举办民办学校。

(作者交流电话：13823416704)

例谈《民法典》对老年人再婚的保护

□ 黄映彤



黄映彤 实习律师

对于老年人而言，要实现“婚姻自由”并非像初婚者那般来得轻易。除了担心世俗的眼光外，还要思考如何应付子女的阻挠，最后还要苦恼婚后或百年归老后财产的分配问题。面对这一道道阻挠，那些单身的老年人即便能在晚年幸运地遇到那个爱的他（她），也不一定冲突破难关去拥抱爱。

王大爷与妻子共育有一子一女，王大爷的妻子年轻时因病去世，留下王大爷辛苦地将孩子带大。现在子女都各已成家，且离开王大爷单独生活。最近，王大爷与跳舞认识的李阿姨同居被女儿发现了。在子女的强烈反对下，王大爷无奈坦言，自儿女成家后自己孤独一人生活，没有个能相互照应的对象也没有个能相互倾诉心声的对象，终日郁郁寡欢。但自从遇见李阿姨后，生活便开始有了生机与乐趣。因此，王大爷想和这位晚年

“知己”登记结婚，成为真正的夫妻。王大爷子女对于这个突然走进他们生活的陌生女子非常抗拒，极力反对父亲与李阿姨结婚，认为李阿姨就是贪图自己父亲的退休金及父亲名下的房屋。对是否结婚的问题，王大爷甚是苦恼。

其实，老年人的这些顾虑也是立法者们立法过程中的关注重点。而民法典时代的来临，正为老年人的晚年寻爱之路排忧解难。

首先，面对子女的反反对，王大爷与李阿姨是否还能做结婚登记？答案非常肯定，是可以的！《民法典》中第一千零六十九条规定：“子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母离婚、再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而终止。”简而概之，对于老年人“黄昏恋”的自由，作为子女的是不能轻易说不能的，更不能以停止赡养义务相逼干涉老年人再婚，否则将承担相应的法律责任。

其次，便是儿女们最担心的老年人再婚财产问题。《民法典》第一千零六十五条是这样规定的：“男女双方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、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或者约定不明确的，适用本法第一千零六十二条、第一千零六十三条的规定。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，对双方具有法律约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有，夫或者妻一方对外所负的债务，相对

人知道该约定的，以夫或者妻一方的个人财产清偿。”以王大爷为例，为了解决子女的担忧，王大爷与李阿姨在结婚登记前可以先以书面形式约定各自婚前财产的归属问题、婚后王大爷退休金的归属问题、婚后各自对外所负债务承担问题等。这样清晰明了的财产约定签订下来，子女们的担忧便能一消而散。

最后，便是解决房子的问题了。王大爷与李阿姨的“黄昏恋”终于修成正果，但更为年长的王大爷还是担心，若自己万一先于爱人离开人世，那自己的子女会不会将这位继母“扫地出门”？国家同样也关注到这一问题，并在立法上给出相应解决方法。《民法典》第三百六十六条规定：“居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。”换言之，王大爷可以在不改变自己房子所有权的前提下，通过书面形式为李阿姨设立居住权。这样，即便是王大爷百年归老后，李阿姨也能通过行使居住权保证自己“老有所居”。但是，值得注意的是，居住权是登记生效的！《民法典》第三百六十八条规定：“居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外。设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。”因此，王大爷与李阿姨间除了需以书面形式订立居住权合同，还应向登记机关申请居住权登记。另外，《民法典》还规定，以遗嘱方式设立居住权的，同样受法律支持。

由此一来，（下转第35页）

新《民办教育促进法实施条例》 是否限制国有企业参与举办民办学校

□ 林慧敏

2021年4月7日国务院公布修订后的《中华人民共和国民办教育促进法实施条例》，自2021年09月01日开始实施。其中第八条第8条第1款规定：“地方人民政府不得利用国有企业、公办教育资源举办或者参与举办实施义务教育的民办学校。”引起争议，有认为该条限制了国有企业举办或参与举办民办学校，也有认为并没有限制。笔者认为，从条款的行文来看，直接限制的是地方人民政府，而非国有企业。分析如下：

一、关于公办学校与民办学校的定义

《中华人民共和国民办教育促进法》第2条规定：“国家机构以外的社会组织或者个人，利用非国家财政性经费，面向社会举办学校及其他教育机构的活动，适用本法。本法未作规定的，依照教育法和其他有关教育法律执行。”第5条：“民办学校与公办学校具有同等的法律地位，国家保障民办学校的办学自主权。”

《中华人民共和国教育法》第54条：“国家建立以财政拨款为主、其他多种渠道筹措教育经费为辅的体制，逐步增加对教育的投入，保证国家举办的学校教育经费的稳定来源。企业事业组织、社会团体及其他社会组织和个人依法举办的学校及其他教育机构，办学经费由举办者负责筹措，各级人民政府可以给予适当支持。”

从上述规定定义民办学校是国家机构以外的社会组织或者个人，利用非国家财政性经费，面向社会举办的学校及其他教育机构。

而公办学校作为民办学校的相对概念，可以定义为国家机构用国家财政性经费，面向社会举办的学校及其他教育机构。

二者区别主要是举办者以及举办学校的经费来源。民办学校举办者是国家机构以外的社会组织或者个人，公办学校举办者是国家机构；民办学校经费来源是非国家财政性经费，公办学校的经费来源是国家财政性经费。

二、国有企业可以国有资产举办民办学校

《中华人民共和国教育法》第26条第1、2款规定：“国家制定教育发展规划，并举办学校及其他教育机构。国家鼓励企业事业组织、社会团体、其他社会组织及公民个人依法举办学校及其他教育机构。”

《中华人民共和国民办教育促进法》第2条规定：“国家机构以外的社会组织或者个人，利用非国家财政性经费，面向社会举办学校及其他教育机构的活动，适用本法。本法未作规定的，依照教育法和其他有关教育法律执行。”第十条第一款规定：“举办民办学校的社会组织，应当具有法人资格。”

《民办教育促进法实施条例》第二条规定：“国家机构以外的社会组织或者个人可以利用非国家财政性



林慧敏 律师

经费举办各级各类民办学校；但是，不得举办实施军事、警察、政治等特殊性质教育的民办学校。民办教育促进法和本条例所称国家财政性经费，是指财政拨款、依法取得并应当上缴国库或者财政专户的财政性资金。”第八条第2款规定：“以国有资产参与举办民办学校的，应当根据国家有关国有资产监督管理的规定，聘请具有评估资格的中介机构依法进行评估，根据评估结果合理确定出资额，并报对该国有资产负有监管职责的机构备案。”

根据上述规定，国有企业是企业法人且作为非国家机构的社会组织，是可以国有资产举办学校的。

新修订的《民办教育促进法实施条例》关于民办学校的举办者范围与修订前的条文一致。（下转第39页）

不动产抵押登记制度 在《民法典》时代的新变化

□ 岑景源



岑景源 律师

2021年1月1日,《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)正式施行。由于《民法典》中关于抵押权的规定有诸多变化,自然资源部于2021年4月6日发布了《关于做好不动产抵押权登记工作的通知》(自然资发[2021]54号,下称《通知》),以落实《民法典》对抵押权的规定。以下,笔者将结合《民法典》及相关法律法规对《通知》的规定进行解读,以便读者进一步了解不动产抵押登记制度在《民法典》时代的新变化。

一、登记时需明确记载抵押担保的范围

抵押权人与抵押人通常会在抵押合同中约定抵押权的担保范围(包括:主债权及其利息、违约金等附属债权等)。但是,此前我国大部分地

区的不动产抵押登记系统并未设置“担保范围”栏目,仅能记载“被担保主债权数额(最高债权数额)”,且只能填写固定数字,从而导致抵押登记与抵押合同的约定不一致,故《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)曾经指出,“人民法院在审理案件时应当充分注意制度设计上的差别,作出符合实际的判断”:对于登记系统未设置“担保范围”栏目的地区,建议人民法院以合同约定认定担保物权的担保范围;对于不动产登记系统设置与登记规则比较规范的地区,人民法院应当以登记的担保范围为准。

有鉴于此,《通知》规定,不动产登记机构要明确记载抵押担保范围,并在“抵押权登记信息”页、“预告登记信息”页增加“担保范围”栏目。

因此,在订立抵押合同时,除约定被担保的主债权数额外,还应当明确约定不动产抵押的担保范围,同时在办理抵押登记时填写清楚,避免日后产生纠纷。

二、登记时需明确记载禁止或限制转让的约定

《民法典》颁布前,《中华人民共和国物权法》是禁止抵押人在未经抵押权人同意的情况下转让抵押财产的。但是,《民法典》改变了上述规定,明确规定抵押人可以转让抵押财产。另一方面,为了保护抵押权人的合法权益,《民法典》规定抵押权人与抵押人可以在抵押

合同中通过约定禁止或限制抵押财产的转让;同时,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》还规定,如果该约定已经记载于不动产登记簿,则可以对抗抵押财产的受让人,抵押权人有权主张抵押财产的转让不发生物权变动效力。

有鉴于此,《通知》规定,不动产登记机构应当根据申请在不动产登记簿“是否存在禁止或限制转让抵押不动产的约定”栏记载转让抵押不动产的约定情况,并在“抵押权登记信息”页、“预告登记信息”页增加“是否存在禁止或限制转让抵押不动产的约定”栏目。

因此,为保护自己的权利,抵押权人应注意在抵押合同中增加禁止或限制转让抵押不动产的约定,同时在办理抵押登记时登记该约定。

三、转让约定禁止或限制转让的抵押不动产的,需受让人、抵押人及抵押权人三方共同申请转移登记

为进一步保护抵押权人的权利,《通知》还规定,对于已经约定禁止或限制转让的抵押不动产,抵押期间转让的,应当由受让人、抵押人(转让人)和抵押权人共同申请转移登记。另外,对于《民法典》施行前已经办理抵押登记的不动产,抵押期间转让的,未经抵押权人同意,不予办理转移登记。

四、结语

随着《民法典》的出台,我国的法律制度日益完善,(下转第35页)

新颁布的法律

★中华人民共和国军人地位和权益保障法

(全国人民代表大会常务委员会, 2021-6-10)

★中华人民共和国数据安全法

(全国人民代表大会常务委员会, 2021-6-10)

★中华人民共和国军事设施保护法

(全国人民代表大会常务委员会, 2021-6-10)

★中华人民共和国海南自由贸易港法

(全国人民代表大会常务委员会, 2021-6-10)

★中华人民共和国印花税法

(全国人民代表大会常务委员会, 2021-6-10)

★中华人民共和国安全生产法(修改)

(全国人民代表大会常务委员会, 2021-6-10)

★中华人民共和国反外国制裁法

(全国人民代表大会常务委员会, 2021-6-10)

★中华人民共和国乡村振兴促进法

(全国人民代表大会常务委员会, 2021-4-29)

★中华人民共和国反食品浪费法

(全国人民代表大会常务委员会, 2021-4-29)

★中华人民共和国海上交通安全法

(全国人民代表大会常务委员会, 2021-4-29)

★中华人民共和国教育法(修改)

(全国人民代表大会常务委员会, 2021-4-29)

★关于修改〈中华人民共和国道路交通安全法〉等八部法律的决定(修改了《中华人民共和国道路交通安全法》《中华人民共和国消防法》《中华人民共和国进出口商品检验法》《中华人民共和国广告法》《中华人民共和国草原法》《中华人民共和国民用航空法》《中华人民共和国海关法》《中华人民共和国食品安全法》的个别条款)

(全国人民代表大会常务委员会, 2021-4-29)

★中华人民共和国全国人民代表大会组织法(修改)

(全国人民代表大会, 2021-3-11)

★中华人民共和国全国人民代表大会会议事规则(修改)

(全国人民代表大会, 2021-3-11)

★关于完善香港特别行政区选举制度的决定

(全国人民代表大会, 2021-3-11)

最新司法解释

★关于办理窝藏、包庇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, 2021-8-9)

- ★关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定
(最高人民法院, 2021-7-28)
- ★人民检察院民事诉讼监督规则
(最高人民法院, 2021-7-26)
- ★关于审理申请注册的药品相关的专利权纠纷民事案件适用法律若干问题的规定
(最高人民法院, 2021-7-4)
- ★关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)
(最高人民法院, 2021-6-29)
- ★人民检察院公益诉讼办案规则
(最高人民法院, 2021-6-29)
- ★关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见(二)
(最高人民法院、最高人民检察院、公安部, 2021-6-17)
- ★人民法院在线诉讼规则
(最高人民法院, 2021-6-16)
- ★关于知识产权侵权诉讼中被告以原告滥用权利为由请求赔偿合理开支问题的批复
(最高人民法院, 2021-6-3)
- ★关于审理银行卡民事纠纷案件若干问题的规定
(最高人民法院, 2021-5-24)
- ★关于上海金融法院案件管辖的规定(修改)
(最高人民法院, 2021-4-21)
- ★关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释(修改)
(最高人民法院, 2021-4-13)
- ★关于正确确定县级以上地方人民政府行政诉讼被告资格若干问题的规定
(最高人民法院, 2021-3-25)
- ★关于审理国家赔偿案件确定精神损害赔偿适用若干问题的解释
(最高人民法院, 2021-3-24)
- ★关于进一步加强虚假诉讼犯罪惩治工作的意见
(最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部, 2021-3-4)

最新行政法规

- ★建设工程抗震管理条例
(国务院, 2021-7-19)
- ★中华人民共和国土地管理法实施条例(修订)
(国务院, 2021-7-2)
- ★生猪屠宰管理条例(修订)
(国务院, 2021-6-25)
- ★中华人民共和国民办教育促进法实施条例(修订)
(国务院, 2021-4-7)
- ★粮食流通管理条例(修订)
(国务院, 2021-2-15)
- ★医疗器械监督管理条例(修订)
(国务院, 2021-2-9)
- ★行政事业性国有资产管理条例
(国务院, 2021-2-1)

南海区慈善会党支部来我所开展党建交流活动

5月8日，佛山市南海区慈善会党支部书记郭婉霞、宣传专员梁嘉慧在南海区民政局邓柱洪同志的陪同下来到南天明律师所开展党建交流工作，我所李光主任、梁虹副主任，我所党支部委员肖福来律师等党员参加了交流活动。

来宾首先参观了我所的党建活动室和党建走廊，宾主双方就如何建设党建走廊进行了热烈讨论。参观结束后，双方就党建工作进行座谈。座谈会上，我所支部委员、合伙人肖福来律师重点介绍了我所党建引领所建、党建促进业务发展的模式及部分工作方法和心得体会。我所李光主任表示，“南天明”作为佛山本土律所，一直积极致力于深耕本土，服务本地，自身作为党员也要求全所党员积极发挥先锋模范作用，在一线为人民服务。

来宾对我所的党务工作表示赞赏，并指出党建与所



建、党建与业务相结合重要性，双方就如何利用今年建党一百周年的契机开展党建工作进行了深入探讨。

董秘培养班走进上市公司与董秘交流



由南天明律师所联合瀚蓝环境、伊之密、蒙娜丽莎等上市公司与中山大学法学院举办的“证券法务新星计划”，又叫董秘培养班，已连续四年举办四期。5月15日，第四期董秘班学生们在南天明指导老师的带领下来到瀚蓝环境和伊之密参观学习。

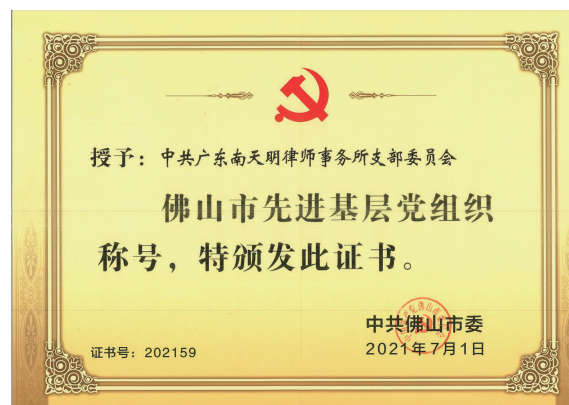
在瀚蓝环境的南海固废处理环保产业园，同学们参观了“地球蓝朋友·南海环保科普馆”、生活垃圾焚烧发电项目，还与瀚蓝环境的董事会秘书兼社会责任发展部经理汤玉云开展了深入交流分享，汤总结合工作实务介绍了法律在企业发展过程中起到的作用，回答了同学们的各种提问。

在广东伊之密精密机械股份有限公司，同学们参观了压铸机大机车间，并与董事会秘书兼副总经理肖德银先生、智能互联部陈立尧总监、法务部曾昌文经理进行了深入交流，同学们就上市公司法务工作的各个方面及法律专业的职业规划等提出了一系列问题，三位老总都以自己的经历及工作实际向大家做了分享，敏锐的同学们抓住机会就物联网的实务应用向陈总请教了很多问题。



南天明党支部荣获“佛山市先进基层党组织”称号

在建党一百周年之际，佛山市委召开全市“两优一先”表彰大会，对全市优秀共产党员、优秀党务工作者和先进基层党组织进行表彰，中共广东南天明律师事务所支部委员会荣获“佛山市先进基层党组织”称号。这份荣誉是上级党委对我所党建工作的充分肯定，是对我所坚持党建引领、从严抓好党建各项工作的鼓励和鞭策。南天明律所党支部将会在今后的工作中继续坚持不忘初心，牢记使命，抓好党员队伍建设，再创佳绩，再立新功！



学习本地党史，缅怀革命先辈



7月9日，我所党支部开展主题党日活动，组织律所党

员及业务骨干前往南海区里水镇北沙沈村，参观中共南三花工委旧址，学习革命先辈的浴血奋斗历史，感受新中国的来之不易。

到达展厅后，我们静静坐下，听75岁的老党员沈燮州同志从四个方面讲述了南三花工委旧址的前身今世，讲述了沈少刚、杜路等革命先辈的英雄事迹。沈老声情并茂，绘声绘色，给我们上了一堂生动形象的党史课。课后全体党员面对党旗，举起右手，重温入党誓词。

展厅分为序章、党的诞生、隐蔽战线、革命成果、走进新时代五个展区，以珍贵的藏品和历史资料，展示1945年至1949年，中共南三花工委以里水北沙沈村为根据地，开展地下革命斗争的英勇历史。

南天明人积极参与核酸检测点志愿服务

佛山市南海区启动大规模核酸检测行动后，需要大量的服务人员，南海区律师行业党委发动各律所参与志愿服务，“南天明”迅速响应，党支部书记纪建斌律师带头报名，其他已经打过2针新冠疫苗的同事全部报名参加。

5月29日，林慧敏律师主动参加了花苑社区核酸检测点的志愿服务，6月3日，我所林嘉伟、唐粟、曾浩柱等人到南海区体育馆检测点参与志愿服务，6月5日，纪建斌律师等人继续参加南海区体育馆检测点志愿服务，6月5日，我所顺德分所的李侃童律师参加了顺德区大良街道的志愿服务。南天明人在这次核酸检测志愿服务中，服从安排，准时到岗，指引市民扫码登记信息，帮助市民在手机上填写信息，协助维持现场秩序，耐心解答市



民疑问，获得了各方好评。



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49号津滨腾越大厦北塔607

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15楼

电 话 \ 传 真：0757-22910248 邮编：528300

