



NANTIANMING WINDOW

南天明之窗

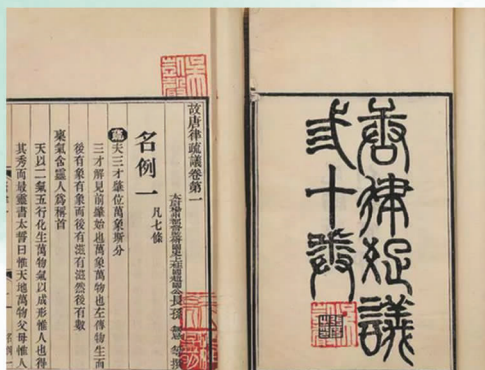
准印证号(粤E)L0180009

二〇二〇年第二期 总第六十四期



本期 要目

动态股权激励简析
欠款追收的时效风险及建议
建筑施工企业法律风险防范分析
商标侵权一定要承担赔偿责任吗
旧村居改造中村集体和村民关心的常见问题
用人单位在履行生效判决时能否代扣代缴税款



《唐律疏议》

机关的工作章程。

永徽元年（650年），唐高宗命长孙无忌、李绩、于志宁等修《永徽律》。永徽二年完成并颁行，共12篇502条。永徽三年，唐高宗又令长孙无忌等对《永徽律》的精

神实质和律文逐条逐句进行疏证解释，以阐明律条文义，并通过问答形式，剖析内涵，说明疑义，撰成《律疏》三十卷，永徽四年颁行。《律疏》与《律》合为一体，统称《永徽律疏》，后世称为《唐律疏议》，又名《唐律》。

此后，武则天、唐中宗、唐玄宗都曾改律，有《垂拱律》《开元律》等名称，但对律文的改动不多。

《唐律疏议》十二篇分别为：一、《名例律》57条，相当于现代刑法总则，主要规定了基本原则和刑罚制度；二、《卫禁律》33条，关于警卫宫殿、保卫关津要塞的法律；三、《职制律》59条，关于官吏职务和驿站官吏方面的法律，例如官有定额，若置员过限，一人杖一百，十人徒二年；四、《户婚律》46条，关于户籍、土地、婚姻家庭等的法律；五、《厩库律》28条，关于饲养牲畜、库藏管理的法律；六、《擅兴律》24条，关于军队调动、工程兴造等的法律；七、《贼盗律》54条，保护政权及生命财产不受侵犯的法律；八、《斗讼律》60条，关于惩治斗殴和违反诉讼制度的法律，例如拦御驾自诉不实杖八十，诬告反坐；九、《诈伪律》27条，惩罚欺诈、伪造行为的法律；十、《杂律》62条，凡不属于其他“分则”篇的都在此规定；十一、《捕亡律》18条，追捕

嫌犯、逃兵和逃亡刑徒、丁役、官奴的法律；十二、《断狱律》34条，关于审讯、判决、执行和监狱管理懂法律，例如拷囚过二百致死，徒一年。

《名例律》规定的基本制度主要有：“五刑”：笞、杖、徒、流、死五种刑罚；“十恶”：谋反、谋大逆、谋叛、恶逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不义、内乱，皆处以重刑，不能赎免，即“十恶不赦”；“八议”：亲、故、贤、能、功、贵、勤、宾这八类人，主要是皇亲故旧、官僚贵族，犯了十恶之外的罪，可以通过各种途径减轻或免于处罚。还规定了公罪私罪划分、自首减免刑罚、共同犯罪处理、合并论罪、累犯加重、故意过失区分、老幼废疾减刑、同居相瞞不为罪、涉外案件处理等原则。

《唐律疏议》总结了汉晋以来立法和注律的经验，不仅对主要法律原则和制度作了严密规定与说明，而且尽可能引用儒家经典作为律文的理论根据，坚持“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”，将伦理道德和法律相结合，以“一准乎理，而得古今之平”著称于世，是中国古代法典的楷模和中华法系的代表作。

《唐律疏议》是中国现存最早的内容完整的法典，此前的法典现都已佚失。其以严谨的结构，简明的文字，精确的注疏，完备的内容，成为宋元明清历代制定和解释法典的蓝本，不仅对唐代的政治经济起到了巨大的促进作用，并对古代日本、朝鲜、越南等国产生过广泛而深刻的影响，是世界中古时代的法典杰作。

隋文帝杨坚建立隋朝后，总结自魏晋南北朝以来的司法经验，颁布《开皇律》，共12篇500条，科条简要，刑罚宽缓，疏而不失。确立笞、杖、徒、流、死五等刑制，用笞刑代替鞭刑，徒、流两刑的最高期限由五年减为三年。创立两条慎于死刑的司法制度：一是各州的死刑判决要送中央最高司法机关复核，最后由皇帝裁决；二是“三奏而后决”。隋炀帝继位后，认为《开皇律》仍然太重，修订更为宽缓的《大业律》。但是，隋文帝晚年、隋炀帝都以诛杀为威，《开皇律》《大业律》都未认真遵守实施。

唐初基本沿袭隋朝法律制度。唐高祖于武德元年（618年）六月诏废隋《大业律》，暂用隋《开皇律》。命令尚书仆射裴寂等人，以《开皇律》为基础，更撰新律。至武德七年编成并颁布施行，此即为《武德律》（12篇500条）。

贞观元年（627年），唐太宗令长孙无忌、房玄龄等，参酌隋律，以“宽简”、“平允”和“画一”为原则，对《武德律》加以修订，于贞观十一年颁行，是为《贞观律》。《贞观律》仍为12篇500条，另颁行了贞观令（1546条）、贞观格（700多条）、贞观式。“律”是法典；“令”是国家制度和政令；“格”是文武百官的职责范围、考核依据；“式”是各中央

宣传普及民法典，律师责无旁贷

新华社北京7月13日电：近日，中央宣传部、中央组织部、中央政法委、中央网信办、全国人大常委会办公厅、教育部、司法部、全国普法办等部门联合印发通知，部署开展《中华人民共和国民法典》学习宣传工作。

通知指出，民法典是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，是新时代我国社会主义法治建设的重大成果，在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律。在全国深入开展民法典学习宣传活动，要深入学习宣传习近平总书记关于全面依法治国的重要论述特别是关于民法典的重要指示精神，深入学习宣传实施民法典的重大意义，深入学习宣传民法典的基本原则和主要内容，让民法典走到群众身边、走进群众心里。

通知要求，要创新宣传形式，在全社会大力营造尊法、学法、守法、用法的浓厚氛围。按照常态化新冠肺炎疫情防控工作要求，结合本地区本部门实际，组织开展民法典宣传教育活动，推动民法典进机关、进乡村、进社区、进学校、进企业、进单位，把民法典宣传融入各类法治宣传阵地，推动民法典融入人民群众的日常生活；大力开展新闻宣传，坚持集中宣传和常态化宣传相结合，组织各级党报、党刊、电台、电视台及所属网站、新媒体精心策划、集中报道，推出权威访谈、开设专栏，刊播系列评论言论和理论文章；积极开展网络宣传，依托各类网站、微博、微信、手机客户端等现代传播平台，通过文字、

图片、视频等形式开展灵活生动的网上宣传，精心创作民法典网络文化产品，举办网络讲座、网络访谈、网上展览等，增强民法典宣传的吸引力和感染力；抓好重点群体的宣传教育，把民法典纳入领导干部学法必修课，作为领导干部年度述法的重要内容，把民法典纳入国民教育体系，加大民法典在大中小学法治教育中的内容占比；加强理论研究阐释，编写适应基层群众接受习惯的系列通俗理论读物；切实加强实践引导，落实“谁执法谁普法”普法责任制，把民法典宣传融入法治实践全过程，推行法官、检察官、行政执法人员、律师以案释法制度，让人们在解决问题中学习民法典知识，迅速掀起民法典学习宣传教育的热潮。

通知强调，各地区各部门认真落实国家工作人员学法用法、新闻媒体和互联网公益普法等制度，加强工作督导检查，推动民法典学习宣传深入开展。开展分众化、对象化宣传，注重群众参与互动，增强学习宣传的针对性实效性。

广东省律师人数在前段时间突破5万，居全国之首。在民法典的宣传普法工作上，如何发挥好这支律师队伍的专业优势，全国人大代表、广东省律师协会会长肖胜方认为：“律协要统筹、律所要聚力、律师要深入”，律师应当深入研读民法典，围绕民法典的体系、特点、新规定及其重大的社会意义，对民法典各

个分编进行深入解读，编制民法典相关专业法律指引和解读等。

习近平总书记强调“实施好民法典是发展社会主义市场经济、巩固社会主义基本经济制度的必然要求。”为此，广东省律协要求全省律师要认真学习贯彻习近平总书记重要讲话精神，提高政治站位，从国家、社会和人民群众利益出发，做好民法典普法宣传工作。各个律师事务所应当联合各类企业党支部，根据企业的需求定制普法课程和材料，并鼓励党员律师发挥先锋模范作用，深入企业进行讲授，助推市场经济发展。

肖胜方指出，广东省一村（社区）一法律顾问工作早年已经完成全省覆盖，推进法律服务扎根基层、贴近百姓。“广东将依托村（社区）法律顾问，发挥专业优势，与各地村委会、居委会联合举办多形式民法典宣讲活动。”

律师对民法典的剖析具有专业性，能够更好地助力各级党委政府、企事业单位、人民群众深入学习、透彻了解民法典。因此，肖胜方鼓励全省律师要做足准备，开展现场讲座或网络公开课等系统化、常态化民法典普法宣讲活动。

宣告中国“民法典时代”正式到来





南天明之窗

2020年第2期

总第64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.tnmlaw.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 汤建城

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：2020年8月6日

印数：3000本

目录 CONTENTS

法律典故

01-《唐律疏议》

行业聚焦

02-宣传普及民法典，律师责无旁贷

律师论坛

05-建筑施工企业法律风险防范分析（纪建斌）

08-“干股”的性质及转让浅析（郑博）

行政法

09-对《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》的个人理解（莫君仪）

11-农村宅基地房屋更正登记案例评析（何卓凡）

税法专题

12-这个税款和滞纳金该怎么追？（黄嘉莹）

13-用人单位在履行生效判决时能否代扣代缴税款？（高丽华）

涉外法

14-涉港澳台民商事诉讼案件证据提交规则简述（姚何静玮）

15-例谈涉外买卖合同的根本违约（古海涛）

融资上市

17-能约定目标公司履行回购义务吗？（李侃童）

18-从境外经验看同股不同权架构（范瑞祥）

公司法专题

19-为设立公司对外签约时，发起人该怎样控制风险（林慧敏）

20-委托代持保险公司股权的协议是否也有效？（康云）

22-有限责任公司股东能否查阅公司会计凭证（杨东）

知识产权

- 23-商标侵权一定要承担赔偿责任吗？（汤建城）
- 24-企业“走出去”如何避免商标被抢注？（廖彩灵）

房产看法

- 26-旧村居改造中村集体和村民关心的常见问题（胡丽丽）
- 28-二手房买卖中怎么认定“情势变更”？（黄淑瑶）

刑事话题

- 29-虚假破产罪简析（肖福来）
- 30-伪证罪主体是否包括被害人（李梓耀）

办案手记

- 31-律师庭前辅导民诉出庭证人的几点心得（麦超莹）
- 32-不能实现目的的集体土地使用权转让协议能解除吗？（何嘉欣）

企业关注

- 33-动态股权激励简析（郑庆柱）
- 35-欠款追收的时效风险及建议（王少猛）
- 37-离职员工不办工作交接，企业怎么办？（陈明君）

评案论法

- 38-登记注册地址迁出纠纷是否属于法院受案范围（杨健豪）
- 39-股东为公司购买设备、垫付职工工资能否认定为出资？（岑景源）

市民话题

- 40-异地投保限制销售区域的保险，合同效力如何？（李庭裕）
- 41-从电子劳动合同看电子签名的法律问题（范元凤）

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-短讯七则

建筑施工企业法律风险防范分析

□ 纪建斌

【摘要】

建筑施工企业法律风险防范与建筑施工企业整体效益息息相关，因此，本文从建筑施工企业法律风险防范视角进行分析，阐述建筑施工企业在不同阶段存在的法律风险，剖析建筑施工企业在不同阶段出现法律风险的成因，并提出了几点建筑施工企业不同阶段法律风险防范对策，以期为建筑施工企业稳定运行提供一定参考。

【关键词】 建筑施工企业；法律风险；招投标

【前言】

市场经济的发展为建筑施工企业规模扩展提供了充足驱动力，为维护自身利益，建筑施工企业大量招揽工程，甚至采取报低价的方式获得工程施工优先权，导致其在工程招标投标合同签订、承包合同履行过程中存在较多法律风险因素，对建筑施工企业生存发展及经营效益造成了较大的威胁。因此，对建筑施工企业法律风险防范进行适当探究就变得非常必要。

一、建筑施工企业法律风险

1、招投标法律风险

招投标风险主要指部分建筑施工企业为保证自身在建设项目施工中优先权，出现的恶意串通、暗箱操作、非法勾结等垄断建筑市场的非法行为¹。

2、转分包法律风险

转分包主要是在建筑施工企业获得工程后，将建设工程肢解后分包给第三方的行为。由于肢解后转包对象资格审核不严格，极易选择

不具备施工资质的分包方。进而致使施工企业面临的无谓诉讼增多，导致建筑施工项目质量低下，甚至存在安全隐患。

3、挂靠法律风险

挂靠主要是建筑施工企业利用挂靠的名义，允许第三方在一定期限内利用自身企业对外承接工程的行为。在挂靠方式实施后，根据我国《合同法》及内部承包协议的范本，一旦挂靠人出现资质不相符、质量安全问题，则被挂靠施工企业需要承担赔偿责任。

4、施工安全法律风险

依据我国《建筑法》第三十九条及第四十五条规定，建筑施工企业在承包工程后，若因构筑物、毗邻建筑物或者特殊作业环境保护不当导致安全损害，建筑施工企业需要承担主要责任²。

二、建筑施工企业法律风险成因

1、自身管理规范度不足

企业规模为其信用度、技术等级主要评判标准，社会中不同类型建筑施工企业为获得更高的经济效益及社会信赖，在没有考虑经济水平、创新能力的基础上肆意扩张，导致违法分包、挂靠、转包现象不断出现。

2、司法权威缺失

司法权威直接影响了社会公众对人民法院、人民法院颁布生效裁判文书的信赖程度及尊重程度。由于我国现阶段部分司法人员缺乏责任感、法律使用能力不足。再加上现行法律体制存在漏洞，司法公开透明程度不足，影响了法律在定分



纪建斌 律师

止争方面的作用，致使司法权威性缺失³。

3、法律信仰淡薄

法律从法理角度而言为特定物质生活环境中上层统治阶级意志体现，也是国家强制力保障的行为规范统称。虽然我国已建立了相对完善的法律体系，但是在建筑施工企业发展过程中，实体法内容实现效力不足，导致多数施工方对法律失去认同感，甚至在权益受侵犯时不会主动寻求法律维护。

三、建筑施工企业法律风险防范

1、规范企业管理

规范的建筑施工企业管理制度是降低建筑施工企业经营发展过程中法律风险的主要手段。因此，建筑施工企业首先应提高法律风险意识，在内部构建以施工合同为主体的法律风险管理体系。从合同文本

起草环节入手,结合业务模块经营、日常管理各项事项开展需求,全方位把控内部合同执行过程中涉及的法律风险。同时为进一步提高内部部门或人员对法律风险识别辨认能力,建筑施工企业应依据系统性、全面性原则,在内部构建以合同为代表的法律风险预先识别防控机制,避免合同签订、执行、或者前期调查阶段风险识别不及时、或者防控不当导致的法律侵害事件。

其次,在以合同为代表的法律风险预先识别防控机制运行过程中,为避免合同倒签、口头订立等情况给自身带来的法律风险威胁,建筑施工企业应结合实际情况,对内部已有的责任追究制度、合同管理制度、合同审核制度进行进一步完善。特别是招投标期间,建筑施工企业应对发标单位所招项目性质、招标人进行全方位分析。并根据图纸,要求造价人员对投标文件、招标文件造价水平进行对比审查,最大限度降低招投标期间遇到的法律风险。

最后,根据建筑施工企业在各个阶段遇到的法律风险特征,在完善内部管理制度的基础上,也可以在内部构建恰当的风险转移机制。适用于建筑施工企业的风险转移模式主要为保险转移、担保转移等方式。如建筑施工企业可以为自身购买延期利润损失保险、职业责任保险、建筑工程一切险等保险。在企业施工期间出现风险事故后,可以将损失转移到保险公司身上,降低法律风险对自身利益损害。同时建筑施工企业可以利用提供担保、联合投标、或者连体分包的形式,在合同签订期间最大程度约定对己方具有一定利益的条款,如设定价格风险机制等,以规避各种法律风险。

2、树立司法权威

为了提高我国司法权威性,降

低建筑施工企业法律风险,一方面,应在《招标投标法》、《建筑法》、《建设工程质量管理条例》、《注册建筑师条例》、《建设工程勘察设计管理条例》、《民用建筑节能条例》、《合同法》等法律规范运行的基础上,以建筑施工企业为主,颁布一系列部门规章辅助制度及司法解释条例⁴。如在我国《合同法》规定的表见代理概念、表见代理构成要件的基础上,对表见代理适用范围、限制条件进行进一步细化规定,以便在一定程度上约束表见代理被泛滥利用的情况。同时基于建筑工程产品特殊性,为避免建筑施工企业施工过程中出现不必要法律风险,可以合同相对人为主体,明确其在审核代理人代理权限方面的责任。并在《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)》中,增设没有经过建筑施工企业允许而私自刻印建筑施工企业分公司或者项目部印章签订合同、实施行为不构成表见代理等相关条例,为建筑施工工程实施规范提供保障。

另一方面,司法公信力建设是一项系统性工程,需要综合考虑教育培训、规范程序、监督制约等多方面因素。因此,相关司法机关应齐抓共管,以维护司法权威性为目标。秉承长期、持之以恒的态度,紧抓、严管司法工作者特别是司法审判者整体素质,全面践行公正、高效、忠诚、为民的司法理念,严厉打击各种损害司法公正性的行为。同时全面贯彻落实有错必纠、执法必严的原则,针对个别存在瑕疵的案件,深入调查探究,并采取一定补救措施,避免对当事人造成二次伤害。在这个基础上,依据科学的态度,开展司法实践改革,全面摒除与司法独立、中立、执法为民理

念不相符的制度或者习惯性做法。并倡导与建筑施工企业相关案件的社会宣贯,以加强社会中建筑施工企业对司法效力的认识,促使其可以主动利用法律武器维护自身权益。

3、培育法律信仰

健全的管理制度规范及良好的法律信仰,是建筑施工企业实施期间法律风险防控的主要手段。因此,一方面,建筑施工企业应从施工合同实施本质入手,以人为主体的,综合考虑诚信、道德、人性等因素,全方位提高参与建筑施工项目每一位人员法律法规认知程度,培育其法律信仰。同时对建筑工程施工参与主体行为进行严格约束,严禁其为获取利益而采取买标、串标、围标、偷工减料等行为,保证整体企业规范化长远发展。特别是对于建筑施工企业运行过程中出现概率较高的违法法律规范分转包情况,根据我国法律法规禁止性规定,应在内部管理条例中设定对应的惩处行为,在内部人员内心深入形成风险法律意识。激发其对我国法律的信仰,避免其在施工实践过程中出现频繁超越红线行为。

另一方面,在激发内部人员法律信仰的基础上,为了在内部形成科学具有逻辑性的法律风险保健预防体系,建筑施工企业应基于建筑行业错综复杂、关系网交错纠结的特点,聘请专门的法律专业出身、且具有建筑专业事务处理经验的法务工作者。避免内部因缺失法律服务工作者、或者法律服务工作者不了解建筑施工项目实践法律风险防控因素而导致的合法权益被侵害情况。

四、结语

综上所述,针对现阶段建筑施工企业不同阶段存在的法律风险因素,应大力关注,结合实际情况,

进行具有实际效力的防范方案及策略的制定。强化合同签订前期法律风险管控及合同执行阶段会审理念,协同内部各部门,构建无漏洞的法律风险管控体系,细化明确对方权利义务,避免法律风险对建筑施工企业可持续长远发展的不利影响。

【参考文献】

[1] 何青芳.探究国有大型建筑施工企业法律风险防范[J].商,

2016(16):251-252.

[2] 仲卫东.建筑施工企业法律风险防范[J].现代职业教育,2016(21):45-46.

[3] 吴枫.建筑施工企业法律风险防范存在的问题及解决措施[J].法制博览,2019(19):55-58.

[4] 任科技.建筑施工企业合同法律风险防范措施探讨[J].科技经济导刊,2016(6):55-59.

(作者简介:纪建斌律师,本所党支部书记、副主任,是广东省律师协会评定的首批建筑与房地产专业律师。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。作者交流电话13535813651)

(上接第8页)

(2) 实际出资人转让股权

第三人明知实际出资人的存在,直接与实际出资人签订股权转让协

议。此时,股权的变更登记需要名义股东的配合,如名义股东以工商登记为由提出反对,则需进入股东资格确认程序,确认股东资格后进

行变更。如果名义股东没有提出反对意见,则可以认定转让有效。

(作者交流电话:16675709721)

(上接第11页)

(二)即使没有发生继承,以证载面积与实际使用面积不符申请更正登记也很难获得支持。事实上,2002年的土地政策对每个人办理集体土地使用权证的面积存在一定的限制,并不是按照实际使用的面积办证。《确定土地所有权和使

用权的若干规定》第五十一条规定,按照本规定第四十五条至第四十九条的规定确定农村宅基地集体建设用地使用权时,其面积超过当地政府规定标准的,可在土地登记卡和土地证书内注明超过标准面积的数量。以后分户建房或现有房屋拆迁、改建、翻建或政府

依法实施规划重新建设时,按当地政府规定的面积标准重新确定使用权,其超过部分退还集体。换言之,只能等待政策调整标准,才有将证载面积更正为实际使用面积的可能。

(作者交流电话:13318328128)

(上接第12页) 税局应对税款滞纳金进行追缴。

本案中赫山法院的判项并没有对税款滞纳金作出判决,所以税局可以就科嘉公司的税款滞纳金348,095.62元作出追缴的决定。

启示1:遇到法院已经对税款进行判决的时候,税务机关应当依据判决书找司法机关进行收缴,对法院未作处理的滞纳金部分,另行追缴。

启示2:在涉税刑事案件中,往往会涉及税款的追缴,法院在写

类似判决时,对于追缴税款的表述应该更加清晰准确。而不能像本案那样,对追缴税款表述为“追缴违法所得”,让税务机关在作出税务处理决定时无所适从。

(作者交流电话:13543676976)

(上接第13页) 建议大家在计算代扣缴税额时,向专业人士咨询,也可以向当地税务机关了解。

三、坚持维护自身合法权益

虽说执行法院受理申请人的强制执行申请后,对被执行人账号款项予

以划扣,属于执行工作的正常做法,但在后续执行进程中发现被执行人确已自动履行了部分或全部给付义务的,则应当相应地及时变更此前的执行措施,以免造成对被执行人合法权益的不当侵害。执行法院在收到丝科

公司的执行异议时,应当查明异议事由,但执行法院只认准生效判决的固执生硬办案方式,实质上已侵害丝科公司的合法权益。丝科公司坚持不懈,最终维护了自身权益。

(作者交流电话:13824543825)

“干股”的性质及转让浅析

□ 郑 博



郑 博 实习律师

干股并不是一个严格的法律概念，因此大家在认识上就存在分歧。有的观点认为干股是空股，不应被法律认可；有的观点认为干股仅是红利股不参加经营，只取得红利。

社会上普遍存在的干股，其实是当事人在意思自治基础上形成的一种市场对人才、知识和能力的合理评价，是实际的资产拥有者和有能力但无资金的人在合作中反复较量、讨价还价、相互妥协的结果。在排除了真正的无偿赠与、从事犯罪活动等因素后，干股的实质是由于人的能力、知识和经验等不被现行法律制度承认为出资方式而又对公司的经营活动有重要意义，为了规避法律的强制性限制，以有形出资的股东假借赠与的方式向这些主体提供股份。

干股主要有以下三种类型：

1、由其他股东或公司赠与股权而获取股东资格的干股持有者

此类情形下，干股持有者可以称之为干股股东，此类股东一般凭借其一技之长而为公司或股东青睐，使之愿意为其出资或赠与其股份。同时，此类股东一般在公司章程、出资证明等形式证据上也具备股东资格认定的要件。

2、没有公开身份的干股持有者

在现实的经济活动中，一些不愿意公开身份，但却掌控公司资源，或对公司的经营活动有重大影响的自然人或法人不投入出资而占有公司股权。其所占有股权的出资并未体现在公司登记或备案的工商材料中，也未体现在公司的股东名册中，而是以他人名义占有公司股权，或干脆用另外的书面协议或仅口头约定享受企业收益。

3、以无形资产出资但没法工商登记，采取“干股”形式

除现金出资以外，《公司法》允许股东以非货币财产出资，比如：机器设备、知识产权、土地使用权等，但“非货币出资”法律限定比较严格，必须是“可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产”，因此，可以办理工商登记的非货币资产种类非常有限。

这样，就有一部分无形资产虽然有价值，但算不上知识产权，无法合法出资成为股本，变通方法就是“干股”，比如某人以技术入股、商誉出资，或者某人掌握了独特的营销渠道、社会资源、秘方、管理经验等，其他股东认为很有价值，

就为他垫付出资，形成干股，但要求把有价值的那部分无形资产带到公司来，股东之间内部有协议，工商登记不显示其内部协议，干股股东表面上和其他股东一样也是货币出资。

现实生活中，干股是否可以转让呢？针对这一问题，需要分以下三种情况分析：

1、实际取得股东资格的干股持有者

对于取得股东资格的干股，如以无形资产出资、其他股东或公司赠与股权的情形。此时，权利人取得股东资格，有权对其所有的股权进行处分，因而有权转让其股份。

2、未取得股东资格的干股持有者

对于仅享有分红权利的干股，权利人实际并非公司的股东，究其根本，其与公司之间存在的是一种债权债务关系，无权对其所持的“股份”进行转让。

3、隐名股东与显名股东转让股份

(1) 名义股东未经实际出资人同意对外转让股权的效力认定

对于名义股东转让股权的法律效力，法律规定较为明确。如果名义股东未经实际出资人同意擅自将股权转让给他人，则其行为属于无权处分，转让行为在效力上存在瑕疵，若经实际出资人追认则为有效。但是，若第三人善意受让，不知名义股东与实际出资人之间的关系，则第三人受让股权属善意，实际出资人不得主张股权转让无效，但可向名义股东要求损害赔偿。

(下转第7页)

对《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》的个人理解

□ 莫君仪

《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》（以下简称行政协议司法解释）于2019年11月27日发布，2020年1月1日正式实施。行政协议司法解释颁布的同时，发布了10个参考案例。我作为政府部门的顾问律师，对于这份行政协议司法解释出台盼望已久。在此前，我心中有不少关于行政协议的疑问一直无法找到法律依据，这些疑问一直淤积在心。读完行政协议司法解释，让我豁然开朗。现将阅读过程形成一些思考和总结，与大家分享。

一、现阶段行政程序中主要法律和司法解释

现阶段行政程序中主要法律和司法解释就是2017年修订的《行政诉讼法》和2017年重新制定的《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉的解释》。最高人民法院公布10个参考案例都是在上述法律规定前判决，在裁判时仍适用当时实施法律和司法解释，读者需要注意。但参考案例裁判意旨能让我们更好理解行政协议司法解释背景和精神。

二、行政协议司法解释主要内容

行政协议司法解释主要规定十二方面的内容：1、定义（第一条）；2、类型（第二条和第三条）；3、原告资格（第五条）；4、诉讼请求类型（第九条）；5、各类型诉讼请求举证责任（第十条）；6、无效、撤销、效力待定的情形认定和法律后果（第十二条至第十五条）；

7、行政机关行使优益权的裁判（第十六条）；8、原告单方解除权的行使和各方的抗辩（第十七条和第十八条）；9、被告违约的裁决（第十九条至第二十条一）；10、相对人不履行协议的处理方式（第二十四条）；11、起诉期限和诉讼时效（第二十五条）；12、约定管辖和仲裁（第七条和第二十六条）。

三、定义

第一个参考案例《大英县永佳纸业有限公司诉四川省大英县人民政府不履行行政协议案》裁判观点重点阐述了行政协议构成四大要素：（1）主体要素，必须一方当事人为行政机关；（2）目的要素，必须为了实现行政管理或者公共服务目标；（3）内容要素，协议内容必须具有行政法上的权利义务内容；（4）意思要素，即协议双方当事人必须协商一致。行政协议司法解释将前述要素概括形成行政协议定义。

四、类型

《行政诉讼法》规定两类协议属于行政协议：政府特许经营权协议、房屋征收补偿协议。行政协议司法解释增加了矿业权出让协议等国有自然资源使用权出让协议；政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议；符合司法解释规定的政府与社会资本合作协议等等。另外，明确排除了行政机关的内部协议、人事协议。

五、原告资格



莫君仪 律师

第五条扩大了行政协议诉讼中原告诉人的范围，除了签订协议的公民、法人或者组织外，公平竞争权人、用益物权人和公租房承租人均具有原告资格。

六、诉讼请求类型

由于行政协议兼具行政行为与民事合同的双重特质，所以其诉讼请求也可以此为界作为划分：第一种基于行政机关单方行使优益权而产生纠纷主张的诉讼请求（撤销行政机关变更、解除行政协议的行政行为，或者确认该行政行为违法）。第二种基于民事合同产生纠纷主张的诉讼请求（行政机关依法履行或者按照行政协议约定履行义务、确认行政协议的效力、行政机关依法或者按照约定订立行政协议、撤销或解除行政协议、行政机关赔偿或

者补偿、其他有关行政协议的订立、履行、变更、终止等诉讼请求)。

七、各类型诉讼请求举证责任

按照行政协议司法解释的规定,被告的举证责任远重于原告。原告仅对撤销、解除行政协议的事由、已履行的事实承担举证责任。被告的举证责任来源于三方面:1、对行使行政职权合法性负有举证责任:被告对自己具有法定职权、履行法定程序、履行相应法定职责负有举证责任。2、对作出行政行为合法性负有举证责任:对于订立、履行、变更、解除行政协议等行为的合法性被告承担举证责任。3、对已经履行事实负有举证责任。

八、无效、撤销、效力待定情形认定和法律后果

行政法中对于无效、撤销有概括区分:无权而为是无效行为;越权而为、滥权而为是违法行为,可予以撤销。

(一) 行政协议无效的情形

如前所述,行政协议兼具行政行为和民事合同两种性质。行政协议如存在《合同法》第五十二条规定的情形之一,可以确认无效。另外,行政协议存在《行政诉讼法》第七十五条的情形之一(实施行政行为主体不具有行政主体资格、实施行政行为没有依据等重大且明显违法情形),也可以确认无效。

结合最高人民法院公布第10个参考案例“徐某某诉安丘市人民政府房屋补偿安置协议案”,就能更深刻理解行政协议无效情形。案例中指挥部与徐某某签订《产权调换补偿协议书》被法院认定无效。主要基于“两套回迁安置房的约定条款严重突破了安置补偿政策(按照政策徐某某只能置换一套安置房)”损害社会公共利益,所以符合《合

同法》第五十二条规定的情形。

(二) 效力待定和可撤销情形

行政协议司法解释第十三条和第十四条所规定的效力待定和可撤销情形与《合同法》是一致的。最高人民法院公布案例5“王某某诉江苏省仪征枣林湾旅游度假区管理办公室房屋搬迁协议案”,被诉行政协议在受胁迫等违背相对方真实意思表示的情形下所签订的,人民法院依法判决撤销该行政协议。

(三) 法律后果

行政协议司法解释规定无效、未生效、可撤销情形下处理原则与合同法一致,返还财产,无法返还就折价补偿。增加了因被告导致无效或撤销行政协议,责令被告采取补救措施。如造成损失的,予以赔偿。

九、行政机关行使优益权的裁判

(一) 在特殊情况下赋予被告变更、解除行政协议的权利

行政协议司法解释第十六条第一款规定,被告对履约中出现严重损害国家利益和公共利益的情形,可行使优益权,作出变更、解除行政协议的决定。如在过程中造成原告损失的,被告予以补偿。结合最高人民法院公布参考案例9“寿光中石油昆仑燃气有限公司诉寿光市人民政府解除特许经营协议案”可以更好理解该规定。案例中寿光市人民政府多次催促昆仑燃气公司完成天然气项目建设,但昆仑燃气公司长期无法完工,致使授权经营区域内居民供气目的无法实现,损害了社会公共利益,解除特许经营协议的法定条件成立。但解除程序应依据《市政公用事业特许经营管理办法》第二十五条之规定告知听证的权利。被告没有履行,为此程序不合法。最终法院判决程序违法但不撤销,被告采取补救措施并对原

告作出补偿。

(二) 变更、解除行政协议的行政行为存在其他情形的裁判规则

1、作出“变更、解除行政协议”的行为存在“主要证据不足的、适用法律和法规错误的、违反法定程序、超越职权、滥用职权的、明显不当”情形,可全部撤销或部分撤销,并重新作出。

2、违法变更、解除行政协议,人民法院判决被告承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等责任。

十、原告单方解除权的行使和各方的抗辩

行政协议司法解释第十七条和第十八条规定原告单方解除权的行使条件和抗辩权与民事法律规范是一致的,只是增加了一个条件原告在行使单方解除权时是以不损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益为前提。

十一、被告违约的裁决

行政协议司法解释第十九条第一款和《行政诉讼法》第七十八条规定差不多。如被告未按约履行或者未依法履行,判决被告继续履行、采取补救措施或赔偿损失。第二款明确规定违约责任,按照行政协议中的违约条款执行。第二十条规定被告预期违约也应承担违约责任。第二十一条规定公共利益需要的情况下导致原告利益受损、履行不能,应作出补偿。

十二、相对人不履行协议的处理方式

“相对人不履行行政协议的处理方式”在此前一直争论不休,究竟提起民事诉讼还是非诉执行?甚至之前立法框架中,倾向于提起民事诉讼。就以《国有土地上房屋征收与补偿办法》为例,对于被征收人不履行行政协议后,(下转第16页)

农村宅基地房屋更正登记案例评析

□ 何卓凡

【基本案情】

郭乙的父亲名郭甲，又名郭某甲。集用（1989）XX号集体土地使用证（地籍号：XX）原登记在郭某甲名下，土地使用权面积为203.19平方米。2002年7月，郭某甲要求将该证更名及将房屋改建，变更后土地使用者为郭甲，土地证号为南府集用（2002）第XX号，证载土地使用权面积为80平方米。

郭甲去世后，郭乙于2008年11月10日以继承人及被赠与人身份向南海国土局申请办理土地登记，要求继承郭甲名下的南府集用（2002）第XX号的土地使用权，该局经审查向郭乙核发了集用（2009）XX号集体土地使用证，证载面积为79.40平方米。

2016年5月18日，郭乙向南海国土局提交《申请书》，认为南集（1989）XX号集体土地使用证自有使用权面积203.19平方米，2002年郭甲将该房屋改建，变更后房屋的自有使用权面积变为80平方米，剩余的123.19平方米被国土部门从土地证中删除，其实剩余的123.19平方米用地已扣除公共部分，并一直为郭甲及郭乙使用，故申请将剩余的123.19平方米宗地土地使用权重新恢复到郭乙名下。南海国土局于2016年6月15日作出《行政服务中心项目答复单》，并送达给郭乙。郭乙对该答复不服，向法院提起行政诉讼。

【法院观点】

（一）法院认为，郭乙是因继

承和赠与取得佛府南集用（2009）XX号集体土地使用证登记的土地，被继承及赠与的土地原登记的权属人为郭甲，土地证号为南府集用（2002）第XX号，证载土地面积为80平方米。从南海国土局提供的《佛山市南海区土地使用权登记申请书》、《宗地平面图》、南府集用（2002）字第XX号《集体土地使用证》等证据可知，郭乙在2008年因继承、赠与申请涉案土地转移登记时，已清楚知道南府集用（2002）第XX号集体土地使用证证载的土地面积仅为80平方米，但郭乙没有提出异议，且同意“变更后该宗地的土地使用权面积不变”，南海国土局是在郭乙提供了相关继承及赠与公证书的情况下，依据南府集用（2002）第XX号集体土地使用证登记的事项及郭乙重新提交的宗地平面图测量的土地面积，向郭乙核发佛府南集用（2009）XX号集体土地使用证。因此，南府集用（2002）第XX号集体土地使用证的核发合法有效。在郭乙未能提供有效证据证明佛府南集用（2009）XX号集体土地使用证登记事项确有错误的情况下，南海国土局不予更正该证登记的土地使用面积，理由充分。

（二）退一步说，即使郭甲原取得的南府集用（2002）第XX号集体土地使用证存在登记错误的情形，因该证涉及的不动产权利已处分，郭乙因继承和赠与已办理了该证所涉土地产权的转移登记，并取得了佛府南集用（2009）XX号集



何卓凡 实习律师

体土地使用证，根据《不动产登记暂行条例实施细则》第八十条第一款的规定，郭乙亦不能对南府集用（2002）第XX号集体土地使用证申请更正登记。

（三）一审法院驳回了郭乙的诉讼请求。郭乙不服，提起上诉。二审法院判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

（一）《不动产登记暂行条例实施细则》第八十条第一款的内容为，不动产权利人或者利害关系人申请更正登记，不动产登记机构认为不动产登记簿记载确有错误的，应当予以更正；但在错误登记之后已经办理了涉及不动产权利处分的登记、预告登记和查封登记的除外。本案败诉的直接原因为郭乙继承了郭甲的不不动产权利。（下转第7页）

这个税款和滞纳金该怎么追？

□ 黄嘉莹



黄嘉莹 律师

税局追缴税款和滞纳金是再正常不过了，但是这个案件中法院却判决撤销税局的追缴决定，并且判决税局返还已经扣缴的税款和滞纳金共92万多元，到底是怎么回事呢？本案中税局的税款和滞纳金到底要怎么追呢？

【案情】

2017年7月6日，赫山法院作出（2017）湘0903刑初202号刑事判决书：查明科嘉公司将接受的38份增值税专用发票全部在国税部门进行了抵扣，共计抵扣税款577,273元的事实，认定科嘉公司构成虚开增值税专用发票罪，并处罚金二十万元，对公安机关扣押的科嘉公司违法所得577,273元予以追缴，上缴国库。该刑事判决已经生效。

2018年9月19日，税局认为，科嘉公司案件已经赫山法院审结，

并作出刑事判决。公安机关以税款为标的物扣押了科嘉公司577,273元税款，赫山法院作出判决：判处有期徒刑二十万元；扣押税款577,273元，已由公安机关上缴国库，但未经主管税务机关按规定上缴国库。遂对科嘉公司作出税务处理决定：补缴增值税577,273元；按日加收滞纳金348,095.62元。

2019年4月3日，税局对科嘉公司作出税收强制执行决定书：从科嘉公司账户中扣缴以下款项，缴入国库：税款577,273元；滞纳金348,095.62元。

2019年4月16日，科嘉公司对税局上述的税务处理决定和税收强制执行决定不服，向桃江法院提起诉讼。经审理，桃江法院作出判决：撤销税局作出的税务处理决定和税收强制执行决定，并由税局返还已经扣缴的税款和滞纳金共925,368.62元。

案例来源：中国裁判文书网，案号（2019）湘0922行初63号，2019年7月8日。

【分析】

税局不能在赫山法院已经对税款作出追缴的判项后，对同一事实作出追缴税款的决定

从上述案情得知，税局之所以要对科嘉公司进行追缴税款，是因为税局认为赫山法院判项只写了追缴科嘉公司的违法所得，而不是写追缴科嘉公司的税款，违法所得和税款并非同一概念，所以税局在刑事判决生效后，对科嘉公司进行追

缴税款的决定。

但是，我们通过分析赫山法院查明的事实，可以清晰地知道法院判项中“公安机关扣押的科嘉公司违法所得577,273元”，其实是科嘉公司接受增值税专用发票后，根据发票载明的税额进行认证抵扣的增值税进项税款，两者性质及数额一致。所以，当赫山法院判决追缴577,273元的情况下，税局依据同一事实作出追缴税款的决定，缺乏事实依据和法律依据。

本案税款如何追缴？

《最高人民法院、最高人民检察院、国家税务总局关于印发〈关于办理偷税、抗税案件追缴税款统一由税务机关缴库的规定〉的通知》（高检会〔1991〕第31号）第四条规定，“偷税、抗税案件经人民法院判决应当予以追缴或退回的税款，判决生效后，由税务机关依据判决书收缴或退回。对被告人和其他当事人以及有关单位，拒绝依据判决书缴纳或划拨税款的，由人民法院强制执行。”所以，本案中税局追缴税款应该依据上述规定，与司法机关进行沟通，对已上缴国库的577,273元税款进行划转，由税务机关缴库，保证国家税款入库。

本案滞纳金如何追缴？

根据《中华人民共和国税收征收管理法》第三十二条，“纳税人未按照规定期限缴纳税款的，扣缴义务人未按照规定期限解缴税款的，税务机关除责令限期缴纳外，从滞纳税款之日起，按日加收滞纳税款万分之五的滞纳金”，（下转第7页）

用人单位在履行生效判决时 能否代扣代缴税款？

□ 高丽华

一些执行法院坚持，生效民事判决书的判决金额就是强制执行的金額，不支持被执行人主动履行代扣代缴义务，造成最终支付给申请执行人的金額与判决书上不一致的行为，认定这种行为系拒绝全面履行生效判决文书的不当行为。近期，笔者看到一则案例，经过被执行人的努力，终于得到复议法院的支持，认定被执行人代扣代缴税款属于履行生效判决的行为，推翻执行法院的相关的认定。

【案例】

高某与丝科公司劳动争议纠纷一案（2014深中法劳终字第5058号），法院判决丝科公司应向高某支付未签订劳动合同双倍工资差额、经济补偿金、加班工资，合计30209.83元。2014年12月24日，丝科公司代扣代缴个人所得税4668.71元后，将余款25526.12元支付到高某账号。2015年1月13日，执行法院从丝科公司账上扣划30849.02元（超额部分为滞纳金）。

丝科公司对执行措施不服，向执行法院提出执行异议。执行法院裁定：生效的法律文书是执行款项计算的依据，依据生效法律文书扣划被执行人的款项并无不当；不能排除纳税义务人不应计税和可以依法抵扣的情况，故应由申请执行人自行向税务机关申报纳税；被执行人擅自为已经离职且为此进行劳动争议诉讼的员工进行所谓的代扣代

缴，系拒绝全面履行生效法律文书的不当行为。

丝科公司对异议裁定不服，向上级法院申请复议。复议法院认为：丝科公司代扣代缴高某个人所得税，于法有据；丝科公司对高某负有按照生效判决给付相应金额的义务，同时对国家负有从应给付款项中代扣代缴税款的义务，丝科公司代扣代缴的税款，原本便是高某应当向国家缴纳的税款，故，丝科公司代扣代缴的税款，应当视为是丝科公司履行生效判决所确定的给付款项的组成部分。裁定撤销执行裁定，重新核算执行标的。

【分析】

本案虽然不是指导案例、公报案例，但笔者认为复议法院的做法应该被赞赏，且对执行实务具有一定的指导意义。在具体应用时，笔者认为有以下几点需要注意：

一、积极履行代扣代缴义务

执行法院认为，丝科公司为离职员工代扣代缴个人所得税，系拒绝全面履行生效法律文书的不当行为。该认定不符合相关法律规定。个人所得税以所得人为纳税义务人，以支付所得的单位或个人为扣缴义务人。据此，不管高某是否离职，都不改变丝科公司系代扣代缴义务人的认定，更不会免除其作为代扣代缴义务人应承担的义务和责任。丝科公司在收到生效判决后，立即向税务机关咨询是否需要代扣



高丽华 律师

代缴个税，并将税局的答复形成证据，再去代扣代缴税款和向高某支付税后所得。这一系列行为系积极履行代扣缴义务，且为其提出执行异议和执行复议打下坚实基础。

二、正确计算代扣代缴税额

复议期间，法院就纳税义务人应纳税额等问题去函当地税局，税局函复：未签订劳动合同二倍工资差额属于惩罚性赔偿，不视为个人因任职受雇取得的劳动所得，不征收个人所得税。而丝科公司在计算代扣代缴税额时，将未签订劳动合同二倍工资差额也算作工资薪金所得了，造成错误代扣缴个税，导致产生了小部分执行滞纳金。未签订劳动合同二倍工资差额是否属于个税应税所得问题，在税收实务中存在争议。（下转第7页）

涉港澳台民商事诉讼案件 证据提交规则简述

□ 姚何静玮



姚何静玮 律师

当前我国正处于更高水平对外开放的新阶段，面临世界百年未有之大变局，机遇与挑战并存，随着粤港澳大湾区的概念进一步深入，内地与港、澳、台之间的经贸合作往来也更加密切。随之而来的是涉港澳台诉讼案件数量的不断攀升。众所周知，打官司主要打的是证据，诉讼程序中的举证责任以及证据能否被采信，将直接影响诉讼的结果。而我国法律对涉港澳证据的提交规则，并没有十分详细的规定，寥寥数笔见于《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十六条的规定，即“当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的，应当履行相关的证明手

续。”只能作为原则指导审判实践，为此，笔者整理涉港澳台诉讼案件证据提交规则，以供读者参考。

一、关于举证责任分配的问题

香港、澳门和台湾与大陆同属中国，但却有各自独立的法域。因此，涉港澳台商事案件既不同于国内商事案件，也不同于涉外商事案件。关于审理涉港澳台商事案件程序的法律适用，《民事诉讼法》没有明确规定。司法实践中是参照涉外商事案件处理的。

在涉港澳台民商事案件中，双方可以约定适用哪一地区的法律，但诉讼程序适用法院所在地法律，这是国际上的通行做法。而举证责任属于程序内容，因此举证责任的分配规定应适用案件管辖法院所在地的法律规定。需要注意的是，当事人对已为人民法院认可的台湾地区有关法院作出的民事判决所认定的事实无需举证。但如果对方当事人有相反证据足以推翻该判决认定的事实的，则不能免除当事人的举证责任。对于香港、澳门地区法院的诉讼文书确认的事实，亦照此办理。

二、关于在港、澳、台地区形成证据的证明手续

1、对当事人提交的在香港地区形成的证据，须先经司法部在香港任命的委托公证人(香港律师)出具有关

关公证文书，再由司法部在香港设立的“中国法律服务(香港)有限公司”审核并在公证文书正文上加盖转递章，才具有效力。

2、对当事人提交的在澳门地区形成的证据，须先经司法部在澳门任命的委托公证人(澳门律师)出具有关公证文书，再由司法部在澳门设立的中国法律服务(澳门)有限公司审核并在公证文书正文上加盖转递章，才具有效力。

3、对当事人提交的在台湾地区形成的证据，须先由台湾公证机构公证，出具公证书。然后公证书正本交至使用该证据材料所在地省级(省、自治区、直辖市)公证员协会或中国公证员协会，请求进行认证。公证书副本由台湾财团法人海峡交流基金会转递至大陆的海峡两岸关系协会，再转递至上述收受公证书正本的公证员协会，相互进行对比，确认真实性并进行认证，出具证明书，即具有法律效力。

三、无需办理证明手续的证据

以下三类证据无需办理证明手续，主要包括：

- 1、国际流通的商业票据，如银行汇票、商业汇票等；
- 2、通过司法协助协定或外交途径取得的证据材料；
- 3、我国驻外使领馆取得的证据材料以及当事人没有异议的证据材料。

(作者交流电话：1380970686)

例谈涉外买卖合同的根本违约

□ 古海涛

【基本案情】

2008年4月11日，中化国际（新加坡）有限公司（以下简称中化公司）与蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司（以下简称克虏伯公司）签订了购买石油焦的《采购合同》，中化公司按约支付了全部货款，但克虏伯公司交付的石油焦HGI指数仅为32，与合同中约定的HGI指数典型值为36-46之间不符。中化公司认为克虏伯公司构成根本违约，请求判令解除合同，要求克虏伯公司返还货款并赔偿损失。

后续为避免涉案石油焦长期存放造成损失进一步扩大，中化公司以市价出售给案外人某公司，出售系争石油焦过程中承担的额外费用合计52万美元。

HGI指数表示石油焦的研磨指数，指数越低，石油焦的硬度越大，研磨难度越大，指数越高，则石油焦的硬度越低，研磨难度越低；中国国内企业对石油焦的硬度指标要求一般不低于45，在磨机型号允许的情况下，也接受部分硬度在35以上的石油焦，硬度为32的石油焦现实中很罕见。

【裁判结果】

江苏高院认为：双方当事人买卖合同中明确约定，涉案石油焦的HGI指数典型值在36-46之间。经检验涉案石油焦的HGI指数为32，中化公司据此主张，涉案石油焦的HGI指数远远低于双方买卖合同所约定的标准，亦低于国内销售的一般石油焦的质量，导致涉案石油焦难以在国内市场销售，签订买卖合

同时的预期目的无法实现。

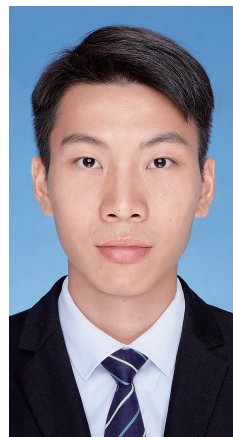
另因HGI指数不同的石油焦，对研磨设备的要求也就不同，HGI指数低达32的石油焦必然会对研磨设备有特殊的要求，这也就意味着此类石油焦的市场需求极为有限。因此，克虏伯公司交付HGI指数低达32的石油焦给中化公司，必然会给中化公司的销售造成极大困难，这等于实际上剥夺了中化公司签订涉案采购合同期望得到的利益，故克虏伯公司的行为构成根本违约。

被告克虏伯公司提起上诉，最高院对事实部分无改变，但改变部分判决结果。

最高院认为，被告构成违约，但不构成根本违约，说理如下：

一、从双方当事人对石油焦需符合的化学和物理特性规格约定的内容看，合同对石油焦的受潮率、硫含量、灰含量、挥发物含量、尺寸、热值、硬度（HGI值）等七个方面作出了约定。而从目前事实看，对于克虏伯公司交付的石油焦，中化公司仅认为HGI指数一项不符合合同约定，而对于其他六项指标，中化公司并未提出异议。正如江苏高院在一审判决中指出的即使是中化公司一方提交的上海大学材料科学与工程学院出具的说明，亦不否认HGI指数为32的石油焦可以使用，只是认为其用途有限。故可以认定虽然案涉石油焦HGI指数与合同约定不符，但该批石油焦仍然具有使用价值。

二、本案一审审理期间，中化公司为减少损失，经过积极的努力



古海涛 实习律师

将案涉石油焦以“未低于市场合理价格”予以转售，这一事实说明案涉石油焦是可以以合理价格予以销售的。

三、综合考量其他国家裁判对《销售公约》中关于根本违约条款的理解，买方在不存在不合理的麻烦的情况下，能使用货物或转售货物，甚至打些折扣，质量不符依然不是根本违约。故本院认为克虏伯公司交付HGI指数为32的石油焦的行为，并不构成根本违约。

律师分析：

对于是否构成违约的观点，一审二审都已认定，但判决结果的区别，在于争议焦点“被告的不合格交付行为是否构成根本违约”所得出的结论不同。

一审法院认为：对于交付的标的物与合同要求不符的违约行为，即使客观上仍有使用价值，但已经

剥夺了当事人的期待利益，构成根本违约。二审法院认为：即使标的物不符合合同要求，但标的物如仍有使用价值，且原告已以合理价格转售成功，就不构成根本违约。

由此可看到一二审法院不同点在于：一审法院以“主观解释”方法，代入到当事人在买卖合同里为双方设定权利义务的语境内分析违约的程度，得出原告被实际剥夺合同期待利益的结论；二审法院则进一步对“合同期待利益”进行解释，认为既需要审查合同约定内容，分析克服违约所需努力的程度，又对合同外诉争标的物实际能否使用，能否投入到市场流通进行评价，得出诉争标的物“合同期待利益”仍

未被剥夺的结论。

【本案启示】

“合同期待利益”植根于合同目的，合同目的判断主要还是依据合同内容进行反映，在我国合同法理论下，只要违约方交付的标的物严重不符合合同约定，该种不符合的情形已经严重阻碍了合同正常履行时目的的实现，被违约方难以克服、甚至根本不能达到原有合同目的，就可以认定为违背合同目的。

而本案最高院的观点是：只要标的物客观上仍然具有某种使用价值，尤其是具备经济价值，即使标的物的使用价值较合同约定的有所减损，仍然可以确定为符合“合同期待利益”。作者认为随着中国进一步

国际化，这种看法可能是以后买卖合同中的潮流，就是判断违约方违约的程度时，引入一般“市场交易观念”，以一般交易主体对该种标的销售可能性的考量。另一方面，也说明以后认定根本违约的情况可能会更加严格，如果当事人的利益能够通过例如减价请求权、损害赔偿请求权等予以维护的，都不会轻易判决违约方构成根本违约，最后，最高院的做法是对一贯提倡维护合同关系稳定、鼓励交易的理念的贯彻，本案作为指导性案例和公报案例，起到了良好的示范作用。

（作者交流电话：13534431918）

（上接第10页）行政机关救济措施未有规定。补偿决定是针对“期限内未达成协议”或“房屋所有权人不明确”的情况而作出，申请强制执行的前提是“在房屋补偿决定书规定的期限内未履行搬迁义务的”。由此可见，行政机关不能以此为由作出补偿决定，也不能以此为由申请强制执行。《佛山市国有土地上房屋征收与补偿办法》第四十五条规定得更明确，如被征收人不履行协议，政府提起诉讼，法院生效判决后被征收人不履行生效判决后，再申请强制执行。

现行政协议司法解释第二十四条将争论终结，明确规定了相对人不履行行政协议的救济方式，由行政机关作出履行协议的决定或行政处理决定；若到期仍未履行，申请强制执行。最高人民法院参考案例1大英县永佳纸业有限公司诉四川省大英县人民政府不履行行政协议

案在裁判观点中对该问题作充分的论述“在相对人不履行行政协议约定义务，行政机关又不能起诉行政相对人的情况下，行政机关可以通过申请非诉执行或者自己强制执行实现协议救济。行政机关可以作出要求相对人履行义务的决定，相对人拒不履行的，行政机关可以该决定为执行依据向人民法院申请强制执行”。

十三、起诉期限和诉讼时效

行政机关变更、解除行政协议是行使优益权，是一个行政行为，所以起诉期限由行政诉讼法及其司法解释确定。不依法履行、未按约履行属于民事行为，由民事法律规范确定。最高人民法院参考案例3“成都亿嘉利科技有限公司、乐山沙湾亿嘉利科技有限公司诉四川省乐山市沙湾区人民政府解除投资协议并赔偿经济损失案”明确解析了这一点：“案系因成都亿嘉利公

司、乐山亿嘉利公司对沙湾区政府未履行案涉《投资协议》而提起的请求解除协议的行政诉讼，应参照适用民事法律规范关于诉讼时效的规定，不再适用起诉期限的规定。”

十四、约定管辖和仲裁

行政协议司法解释规定了行政协议的当事人也可参考民事合同案件的管辖，书面选择被告所在地、原告所在地、协议履行地、协议订立地、标的物所在地等与争议有实际联系地点的人民法院管辖的，但不得约定仲裁，不得违反级别管辖和专属管辖。

行政协议司法解释与十大参考案例一并公布，是法治社会进步，既终结了学术界之间争论，规范了各地法院做法，也有利于各参与方依法行使权利履行义务。

（作者交流电话：13798687993）

能约定目标公司履行回购义务吗？

□ 李侃童

在私募投融资领域，我们经常会看到一份普通的《增资协议》背后看到一份隐藏的《增资补充协议》，里面可能会有这样的条款：“如目标公司在xx年xx月xx日前未能实现上市，甲方有权要求乙方溢价购买甲方持有的目标公司股权”。这种条款是典型的“上市对赌和回购条款”，即当在约定时间内被投资公司还未能实现上市（或者至少进入上市的申请流程中），原股东就要按照合同约定向被投资者回购其部分股权。

然而，有些情况下，各方在对赌协议中约定的并不是由“原股东回购”，而是约定由“目标公司”对其股权进行回购。国内鲜有法院判决由目标公司履行回购义务，而去年6月份的“江苏华工案”，就是少数判例中的一例。

投资人华工公司在2014年与目标公司扬锻公司及11位原股东签订《补充协议》，约定扬锻公司在该年年底未能在境内上市的，华工公司有权要求扬锻公司以现金形式收购其持有的股份。

该股权回购条款在一审、二审均认定为无效的情况下，被再审法院认定为有效。再审法院认为，我国《公司法》并不禁止有限责任公司回购本公司股份，有限责任公司回购本公司股份，既不会损害公司股东及债权人利益，亦不会构成对公司资本维持原则的违反，前提是履行法定的程序。在有限责任公司作为对赌协议约定

的股份回购主体的情形下，投资者作为对赌协议相对方所负担的义务不仅限于投入资金成本，还包括激励完善公司治理结构、以公司上市为目标的资本运作等。投资者在进入目标公司后，亦应依《公司法》的规定，对目标公司经营亏损等问题按照合同约定或者持股比例承担相应责任。该案中，对赌协议关于股份回购的条款内容，是华工公司与扬锻公司特别设立的保护华工公司利益的条款，属于缔约过程中当事人对投资合作商业风险的安排，系各方当事人的真实意思表示。同时，对赌条款约定的年回报率并不明显过高，符合企业正常经营规律。华工公司、扬锻公司及全体股东关于投资收益的约定，不违反国家法律、行政法规的禁止性规定，不存在《合同法》第五十二条规定的合同无效的情形，亦不属于合同法所规定的格式合同或者格式条款，不存在显失公平的问题。因此，该股权回购条款有效。

再审法院认定股权回购条款有效，认为股权回购具备“法律上的履行可能”之后，进一步论述了该条款是否具备“事实上的履行可能”。再审法院认为，扬锻公司在华工公司注资后，其资产得以增长，而且在事实上持续对股东分红，其债务承担能力相较于华工公司注资之前得到明显提高。扬锻公司在持续正常经营，参考华工公司在扬锻公司所占股权比例及扬锻公司历年分红情况，对赌条款中约定



李侃童 律师

的支付不会导致扬锻公司资产的减损，亦不会损害扬锻公司对其他债务人的清偿能力，不会因该义务的履行构成对其他债权人债权实现的障碍。

可以看出来，再审法院的裁判逻辑是在认定公司回购条款有效的基础上，对公司回购条款是否具备法律上和事实上的履行可能作进一步判断。

不过在实践中，这样的案例其实比较少见，更多的法院会像一审、二审法院一样，认为由目标公司履行回购义务的对赌条款为“保底条款”，进而认定其为无效。从投资者的角度来看，还是“原股东回购”比“公司回购”更为安全，目前法院一般都会对这样的条款予以肯定。

（作者交流电话：13929108225）

从境外经验看同股不同权架构

□ 范瑞祥



范瑞祥 律师

对于同股不同权架构，境外一般称为“不同投票权”（WVR 全称 Weighted Voting Rights）；香港联交所《主板上市规则》中对同股不同权架构定义为：附带于某特定类别股份大于或优于普通股投票权投票权力，或与受益人于发行人股本证券经济利益不相称的其他管治权利或安排架构。即：就差异化表决权安排；其中最为常见的是双重股权架构（Dual-Class Share Structure）。

例如：A公司发行10股股份，创始股东、天使轮投资者、A轮投资者、B轮投资者、C轮投资者各持有2股；但创始股东持有的2股对应的每股投票权是1股10票，天使轮、A轮、B轮、C轮投资者持有的8股对应的每股投票权是1股1票。则该公司存在两种不同种类的股份，创始股东拥有不同投票权。为了区分不同投票权股东和其他股东持有的股份在投票权上的差

异，通常会把不同投票权股东持有的股份划分为A类股，其他股东持有的股份划分为B类股。

其实从上述例子不难看出，虽然创始股东只持有公司2股的股份，但其在公司的投票权上却拥有了20票（ $2 \times 10 = 20$ ），而其他股东，虽然一共持有公司8股的股份，但在投票权上，却只有8票。实质上，创始股东只凭公司20%的股份就掌握了公司71.42%的表决权，对于公司绝大多数的事项都拥有了一票决定权。

综上所述，不同投票权的优缺点就很明显了：不同投票权的优点在于将公司的经营权、控制权牢牢地控制在公司的创始股东（通常是公司的实际经营管理层）手上；而从另一方面来讲，这也是不同投票权的缺点：这一定程度上使得企业的所有者——股东无法参与公司大部分的经营决策中。亦即，通过不同投票权这一工具，进一步放大了现代公司治理的特点——企业所有权与经营权的分离。同时也放大了公司治理的一大难题——代理成本问题。具体而言：

当公司进入发展的十字路口时，可能出现持股比例高的其他股东为了短期利益希望公司往“歪路”走的时候，这时候拥有不同投票权股东可以不受其干扰，在兼顾长期利益的情况下选择公司未来的道路；这也是为什么当公司发展严重依赖不同投票权股东时，不少机构投资者在一定程度上愿意让渡自己的利益，支持不同投票权股东拥有超级表决权，以达到激励和利益绑定的效果，促使公司更好更快地发展。

当然，对于“一言堂”的不同投票权股东，公司的其他参与方还是会给予其一定的限制，如：

1、将不同投票权与不同投票权股东的任职及持有股份挂钩，设置不同投票权终止情形（即常听到的日落条款），市场上日落条款多为基于事件的日落条款即：当出现一定情形时，不同投票权对应的股份的表决权恢复为一股一票；常见情形如下：

（1）不同投票权股东不再在公司任职（如：不再担任董事或被认定为不再具有担任董事的能力或不符合担任董事的条件等）；（2）不同投票权股东将持有股份转让给他人；（3）不同投票权股东持有股份比例低于一定比例（如：香港联交所《主板上市规则》规定为相关权益人需持有大于等于10%股权）；（4）股东死亡、失去行为能力等。

2、明确约定部分事项的表决不能适用不同投票权架构，仅能适用一股一票。如小米上市时的章程规定，对于以下事项每股仅可投一票：

（1）修订大纲或该等细则，包括修改任何类别股份附带的权利；（2）委任、选举或罢免任何独立非执行董事；（3）委任或撤换核数师；（4）公司主动清盘或解散。

“日光底下无新事”，同股不同权架构听起来虽是一个比较新的名词，实质上也是一种对控制权进行分配的合约安排。通过同股不同权架构将现代公司治理特点进一步放大。也难怪同股不同权架构大多都出现在对于增长快、迭代快的“新经济”公司了。

（作者交流电话：18566390738）

为设立公司对外签约时， 发起人该怎样控制风险

□ 林慧敏

近来，收到不少公司设立方面的咨询，例如发起人设立公司，公司未成立，发起人在设立过程中产生的债务如何承担，相关的债权人该向谁主张权利，发起人以自己的名义为拟成立的公司签订合同，公司成立后，责任如何承担等等，为此，通过小案例，对于公司未成立过程中形成的责任承担及公司成立后责任承担进行分析解答。

案例一：A、B拟成立一个有限公司C，约定A出资60万元，占总出资额的60%，B出资40万元，占总出资额的40%。A向D承租一个办公室，作为C的住所，租金10万并已支付。为了筹备开业，B以C的名义向E采购了一批20万元办公设备，B再以自己名义向G购买了一批120万元生产设备，但均未支付。A、B对于上述的费用知悉，并无异议。此后，A不想再与B合作，C公司没有成立。

一、E、G能否向B要求支付货款能否向A要求支付货款？

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第四条规定：公司因故未成立，债权人请求全体或者部分发起人对设立公司行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。

根据上述规定，E可以向A要求支付货款，也可以向B要求支付货款，也可以要求A、B对货款承担连带的清偿责任。

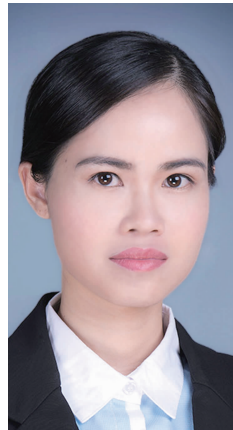
二、假设A向E、G支付了货款

共140万元，A、B在C设立过程中产生的费用如何分摊？

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第四条规定：公司因故未成立，债权人请求全体或者部分发起人对设立公司行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。部分发起人依照前款规定承担责任后，请求其他发起人分担的，人民法院应当判令其他发起人按照约定的责任承担比例分担责任；没有约定责任承担比例的，按照约定的出资比例分担责任；没有约定出资比例的，按照均等份额分担责任。因部分发起人的过错导致公司未成立，其他发起人主张其承担设立行为所产生的费用和债务的，人民法院应当根据过错情况，确定过错一方的责任范围。

在上述案例中，A支付了货款140万元，支付了租金10万元，共支付了150万元。如AB没有设立协议中约定承担的份额，则按照出资比例承担。则A承担90万元，B承担50万元。

案例二：A、B拟成立一个有限公司C，约定A出资60万元，占总出资额的60%，B出资40万元，占总出资额的40%。A向D承租一个办公室，作为C的住所，租金10万并已支付。为了筹备开业，B以C的名义向E采购了一批20万元办公设备，B再以自己名义向G购买了一批120万元生产设备，但均未支付。A、B对于上述的费用知悉，并无异议。此后，C公司成立，并对于上述B购买生产设备的行



林慧敏 律师

为予以确认，并同意履行相应的义务。

一、在C承认B以自己名义购买设备的协议，并同意履行相应的义务的情况下，G能否向B主张该120万元的货款能否向C主张该120万元的货款？

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第二条规定：发起人为设立公司以自己名义对外签订合同，合同相对人请求该发起人承担合同责任的，人民法院应予支持。公司成立后对前款规定的合同予以确认，或者已经实际享有合同权利或者履行合同义务，合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持。

上述案例中，在C成立且承认B与G签订的合同的情况下，（下转第21页）

委托代持保险公司股权的协议是否也有效？

□ 康 云



康云 律师

根据公司法的规定，履行出资义务并记载于公司股东名册，经工商登记的出资人为股东，出资人因取得股东资格而享有股东权利。在商事活动中，由于部分公司对股东的身份有特殊的要求，或者是某些投资者不愿透露自己的身份或经济状况，故采取与他人签署代持协议的方式进行投资活动，通过代持人间接实现参与投资公司的经营管理和取得投资收益等相关权益，显名股东与隐名股东由此产生。

【案例】

2011年11月3日，A公司与B公司签订《信托持股协议》，约定：A公司为C人寿保险股份有限公司4亿股的股份的实际出资人，现通过信托的方式委托受托人B公司持股。B

公司同意接受A公司的委托。同时，协议还对信托股份的交付方式、信托期限、信托股份的管理方式、费用承担、委托人和受托人的权利义务、信托收益的分配和信托股份的归属等作了约定。

2014年10月30日，A公司向B公司发出《关于终止信托的通知》，要求B公司依据2011年11月3日签订的《信托持股协议》终止信托，将信托股份过户到A公司名下。但因出现分歧，B公司不予协助办理过户手续。

2015年，A公司向人民法院提起诉讼，请求B公司将其受托持有的4亿股C公司股份立即过户给A公司，并办理相关的股份过户手续。

争议焦点：关于A公司、B公司之间的《信托持股协议》效力应如何认定，A公司要求将讼争4亿股股份过户至其名下的诉讼请求能否得到支持。

一审法院（某高院）判决：B公司将其受托持有的4亿股C公司股份于判决生效之日起十日内过户给A公司，并配合办理相关的股份过户手续。

二审法院（最高院）裁定：撤销高级人民法院作出的一审判决；发回高级人民法院重审。

【法律分析】

一、代持股协议的效力如何认定？

最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定

（三）第二十四条规定：“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无合同法第五十二条规定的情形，人民法院应当认定该合同有效。”

根据上述规定可知，实际出资人与显名股东订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，但由显名股东出面行使股权，属于双方的自由约定，根据缔约自由的精神，只要不存在合同法第52条规定的合同无效情形，该代持股协议有效。

二、本案中，关于保险公司代持股协议的效力如何认定？

本案中，最高院认为：保险公司的股权禁止代持，实际出资人与显名股东签署的代持协议违反了《合同法》第五十二条第四款的规定，应认定为无效。理由如下：

（一）中国保险监督管理委员会制定的《保险公司股权管理办法》第八条规定：“任何单位或者个人不得委托他人或者接受他人委托持有保险公司的股权。”

（二）从《保险公司股权管理办法》禁止代持保险公司股权的制定依据和目的来看：《保险公司股权管理办法》属于部门规章，并非法律、行政法规，但该管理办法关于禁止代持保险公司股权的规定与《中华人民共和国保险法》加强对保险业的监督管理，维护社会经济秩序和

社会公共利益，促进保险事业的健康发展的立法目的一致。

(三)从《保险公司股权管理办法》禁止代持保险公司股权规定的内容来看，该内容不与更高层级的相关法律、行政法规的规定相抵触，也未与具有同层级效力的其他规范相冲突，具有正当性与合法性。

(四)从代持保险公司股权的危害后果来看，允许隐名持有保险公司股权，将使得真正的保险公司投

资人游离于国家有关职能部门的监管之外，加大保险公司的经营风险。由于保险行业涉及众多不特定被保险人的切身利益，这种潜在经营风险在一定情况下将危及金融秩序和社会稳定，进而直接损害社会公共利益。

(五)根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第四款规定“有下列情形之一的，合同无效：(四)损害社会公共利益；……。”故《信托

持股协议》应认定为无效。

综上，股权代持有风险，投资者需慎之又慎！应特别注意在保险行业与证券行业，股权代持是红线。因涉及众多不特定人的切身利益，危及金融秩序和社会稳定，当纠纷产生时，法院可能会认为签署的股权代持协议损害社会公共利益，从而仍定该协议无效。

(作者交流电话：15919166053)

(上接第19页)作为债权人G可以选择向B主张120万元的货款，也可以向C主张120万元的货款。

二、E能否向C主张20万元的办公设备款？

《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》(三)》第三条规定：发起人以设立中公司名义对外签订合同，公司成立后合同相对人请求公司承担合同

责任的，人民法院应予支持。

根据上述规定，E可以向C主张20万元的设备款。

律师建议：综上，在签订设立协议中，为了避免发起人牵扯到待设立公司的债权债务中，可以待设立公司名义签订合同，如未能确定公司名称，可在对外签订的合同中明确合同的权利义务由新设立的公司享有和承担，也可以在新公司成

立后，与合同双方签订三方协议，承接发起人在合同中的全部权利义务，发起人退出合同的履行。另外，为了明确发起人在公司设立过程中的责任，就可以双方在设立过程中的权责比例进行约定，避免在设立过程中产生的责任比例与出资比例不匹配。

(作者交流电话：13823416704)

(上接第22页)(1)我国法律法规并未明确规定股东有权查阅会计凭证；(2)《会计法》将会计凭证与会计账簿归为并列关系，会计账簿并不涵盖会计凭证。认为股东可以查阅公司会计凭证的理由主要有：(1)根据会计账簿的形成过程、作用，会计账簿应当包括会计凭证方才符合会计原理；(2)《公司法》第三十三条的立法目的在于充分保护股东的知情权，若股东不能查阅公司会计凭证，股东知情权的实际价值将大打折扣。

笔者认为，有限责任公司股东有权查阅公司会计凭证，但应当加以适当的限制，从而平衡股东权利与公司利益之间的关系。如前文所言，股东查阅会计凭证的意义在于

可以直接地了解公司的真实经营状况，保障股东特别是小股东的权利，使股东知情权更加丰满。但是股东查阅会计凭证也会面临直接接触公司商业秘密的问题，处理不当则会损害公司以及其他股东的利益。因此，应当在股东行使知情权查阅公司会计凭证时给予一定的限制：(1)正当目的。《公司法》第三十三条规定，股东要求查阅公司会计账簿，公司认为股东具备不正当目的的，可以拒绝提供查阅并说明理由。股东查阅会计凭证亦可引用正当目的这一理由。若公司有合理依据认为股东的查阅会计凭证存在不正当目的，则可以拒绝查阅。(2)必要性。股东查阅公司会计凭证时，亦应当提出书面申

请，并说明查阅目的与查阅相应会计凭证的必然联系，如通过查阅公司三会决议、财务报告、会计账簿等资料均无法解决相关问题等。(3)保密协议。为防止泄露公司商业秘密，公司可要求股东及相关辅助人员在查阅公司会计凭证时签订保密协议，从而保障公司的利益不受损害。

综上所述，股东查阅公司会计凭证的权利与公司利益之间存在一定的现实矛盾，在处理时不应过于绝对，而应当根据具体情况，以允许股东查阅为原则，辅以合理的限制条件，从而达到双方合法利益最大化效果。

(作者交流电话：13250586974)

有限责任公司股东能否查阅公司会计凭证

□ 杨 东



杨 东 实习律师

知情权是股东重要权利之一，《公司法》第三十三条规定，有限责任公司股东可以要求查阅公司会计账簿，但《公司法》及我国其他现行法律并未规定股东是否可以查阅作为会计账簿附件的原始凭证、记账凭证等会计凭证，导致同案不同判。若股东不可查阅会计凭证，则难以了解和掌握公司的经营情况、盈亏情况、财产状况等，查阅会计账簿的根本目的难以实现，股东的利益也难以得到保障；若股东可以查阅会计凭证，则股东有机会直接接触公司业务情况甚至商业秘密，如果重要资料被不当利用，公司利益则可能遭受侵害。因此，如何平衡股东与公司之间的利益，确定股东知情权的行使范围，显得尤为重要。

在司法实践中，有限责任公司股东能否通过行使知情权来查阅公

司会计凭证，也有不同的观点，笔者检索了以下案例：

（一）认为股东不能查阅公司会计凭证

1. （2019）粤民申3270号

再审法院审查认为，根据展业泰公司（再审申请人，股东）的申请再审所述理由，主要是展业泰公司对旅游集团（再审被申请人，公司）行使股东知情权的查阅范围问题。《中华人民共和国公司法》第三十三条、第九十七条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第七条对股东知情权的主体、诉权以及查阅范围作出了明确的规定，并未将制作公司会计账簿涉及的有关凭证列入股东可以行使知情权的范围。二审判决依据上述法律规定，认定展业泰公司关于要求查阅及复制旅游集团的会计账簿、会计凭证以及该公司名下全部银行账户的流水清单、其他公司的特定文件材料等主张，超出了上述法律规定的股东知情权的查阅范围，驳回其相应的诉讼请求，并无不当。展业泰公司的再审申请理由缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

2. （2019）云01民终4529号

二审法院认为：结合《中华人民共和国会计法》第十五条“……会计账簿包括总账、明细账、日记账和其他辅助性账簿。”的规定，股东要求查阅会计账簿的范围，应仅止于总账、明细账、日记账和其他辅助性账簿，并不包括公司会计凭证。故上诉人要求查阅并复制会计

凭证（含记账凭证、相关原始凭证及作为原始凭证附件入账备查的有关资料）的诉讼请求于法无据。

（二）认为股东可以查阅公司会计凭证

（2019）粤03民终12899号

法院观点：股东对公司经营状况的知悉，最重要的内容之一就是通过查阅公司账簿了解公司财务状况。依据会计法第九条的规定，各单位必须根据实际发生的经济业务事项进行会计核算，填制会计凭证，登记会计账簿，编制财务会计报告。第十四条规定，会计凭证包括原始凭证和记账凭证。办理本法第十条所列的各项经济业务事项，必须填制或者取得原始凭证并及时送交会计机构……记账凭证应当根据经过审核的原始凭证及有关资料编制。第十五条第一款规定，会计账簿登记，必须以经过审核的会计凭证为依据，并符合有关法律、行政法规和国家统一的会计制度的规定。因此，公司的具体经营活动只有通过查阅原始凭证才能知晓；不查阅原始凭证，中小股东可能无法准确了解公司真正的经营状况。据此，郑炜（本案股东）查阅权行使的范围应当包括会计账簿（含总账、明细账、日记账和其他辅助性账簿）和会计凭证（含记账凭证、相关原始凭证及作为原始凭证附件入账备查的有关资料）。

从上述关于股东能否查阅公司会计凭证的说理，可以总结，认为股东无权查阅公司会计凭证的理由主要有：（下转第21页）

商标侵权一定要承担赔偿责任吗？

□ 汤建城

近日，佛山市中级人民法院公布了2019年知识产权民事案件典型案例，笔者代理的一起我方当事人被诉商标侵权纠纷案件名列其中。该案件被评为典型案例的主要理由在于被告的行为虽被判定侵害了原告的注册商标专用权，但因原告没有实际使用该商标，被告无须承担赔偿责任，这正是我方主张的理由。本案件进一步厘清了国家保护商标真正的内在价值，具有广泛的指导意义。

【案情】

原告某生化工程公司以侵害注册商标专用权为由对某厨具厂提起诉讼，要求法院判令被告停止侵权行为，并且赔偿原告损失20万元。一审法院审理后认为，被告未经许可使用了原告的注册商标，依法构成侵权，判令被告停止侵权行为并赔偿原告经济损失55000元。后本人代理被告向佛山市中级人民法院提出上诉。本人代理意见为：被告从事厨房电器的生产和销售，原告虽然在厨房电器商品上注册了涉案商标，但原告是生化工程设备公司，其从未在厨房电器商品上使用涉案商标，涉案商标对其而言无任何经济价值。因此，即使被告侵权了，被告也无须承担任何经济赔偿责任。

佛山市中级人民法院经审理认为：被告制造、销售被控侵权商品的行为确实侵犯了原告的注册商标专用权。但是，原告在本案一审及二审期间均未提交使用涉案注册商标的有效证据，依据《中华人民共和国商标法》第六十四条的规定，

“注册商标专用权人请求赔偿，被控侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人民法院可以要求注册商标专用权人提供此前三年内实际使用该注册商标的证据。注册商标专用权人不能证明此前三年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任”，被告无需承担赔偿责任。

【案件焦点】

本案件的焦点在于：1、侵权者应该承担何种侵权责任？2、如何认定商标是否已经实际使用？

关于争议焦点1，通常而言，知识产权侵权者应该承担的侵权责任主要集中在停止侵权及赔偿损失两方面。一般情况下，停止侵权与赔偿损失是并行的责任承担方式。但本案中，由于原告未实际使用涉案商标，而商标侵权判赔额的高低与商标本身的知名度及商标价值息息相关。因此，原告实际未使用涉案商标的情形构成在停止侵权与赔偿损失的责任承担方式上进行分别判定的正当理由。

关于争议焦点2，商标的“实际使用”是指将商标实际使用于权利人商品上以及与该商品相关的经营活动中的商标使用行为，将商标使用于与权利人商品无直接关系的商品上的行为不构成法条规定的“实际使用”。本案中，原告提交了《广东酒店用品》《福建厨具》杂志广告、购销合同、广东增值税专用发票、广东省酒店用品行业协会证明等证据证明其实际使用了涉案商标，



汤建城 律师

但是，这些证据或者在本案诉讼提起之后形成或者无周边证据进行佐证而不被采纳。最终，法院认为原告在提起诉讼之前从未使用涉案商标。

【指导意义】

在商标维权案件中，涉案商标是否已经实际使用对维权结果有重大影响。本案的指导意义在于为维权者准备其维权证据指明了方向。即：在无其他证据证明对商标有实际使用的情况下，当事人仅在广告中宣传商标标识，没有证据显示商标实际使用于其商品上，不能视为当事人近三年内实际使用了该注册商标。该判例显示的裁判规则指明，过度保护不使用的商标会浪费资源，尤其是对“商标贩子”申请商标却不使用、浪费社会资源的行为应予以抑制。

（作者交流电话：13662320145）

企业“走出去” 如何避免商标被抢注？

□ 廖彩灵



廖彩灵 实习律师

诉争8年的“中国乔丹侵权案”以美国AIR JORDON 品牌胜诉落下帷幕。在疫情期间，国内涉及抢注疫情相关的行为屡见不鲜，从“火神山”“雷神山”到“钟南山”“李兰娟”“李文亮”等，近1500件与此次新冠肺炎疫情相关的商标注册申请已被实施管控。防止商标抢注一直是个难题，若要将产品或服务推广至国外，企业应当及时在国内外相应的国家和地区进行商标注册。若未及时向国外申请商标注册以保护自己的商标，很容易遇到海外企业抢注中国商标的情况，国外企业不但可以制造商标纠纷，并以此作为阻击或者延缓中国企业和产品进入其所在国市场的利器，进而垄断市场，且向被抢注商标的企业索要巨额商标转让费，或进行商标倒卖等牟取额外利益。

佛山某服装公司陈老板在1995

年收购了其他三家相似类型的服装公司，也成功注册了商标，经多年的苦心经营，也形成了自己的品牌价值，在2017年，陈老板与团队打算大举进军东南亚市场时，却发现自己的商标已经被德国的某服装公司抢先注册，而此公司正是陈老板一直合作的商业伙伴，德国服装公司借陈老板公司的商标在东南亚各地都没有注册之机，于2010年在老挝、柬埔寨、泰国、缅甸等7个国家将陈老板商标在第43类服装行业类上抢先注册在自己名下。最终陈老板不得不接受以巨额资金向抢注人德国公司回购商标权的和解条件。

在国内成功注册的商标在国外能否成功注册？因为知识产权保护有地域性，中国企业的商标在国内完成注册受到中国法律的保护，并不意味着在其他国家也受到保护。即使中国国内的驰名商标，也不会因其在国内的驰名，而在其他国家当然受到保护。想要得到具体国家或地区的保护，必须先在该国家或地区相关政府部门申请登记注册，才能得到保护。一旦商标被抢注，无论被抢注的企业采取何种措施，都将花费较大成本，延缓其进军海外市场的步伐。中国企业要“走出去”，其国外商标注册一定做到注册先行，以防患于未然。

国际商标注册有那些策略以及途径？商标国际注册主要包括三种途径：单一国家注册、地区注册和马德里国际注册。（一）单一国家注册。即依据各申请国法律，向各国商标主管机关递交商标注册申请。

例如，中国企业向美国专利商标局递交商标注册申请，寻求美国商标法律的保护。（二）地区注册。即向一个区域的商标主管机关申请注册商标，该效力及于区域内各成员国。例如，企业向欧盟知识产权局递交商标注册申请，其效力及于欧盟各成员国。（三）马德里商标国际注册。即根据《商标国际注册马德里协定》或《商标国际注册马德里协定有关议定书》的规定，在马德里联盟成员国间进行的商标注册。马德里体系实质就是一个中转机构，即世界知识产权组织国际局，为缔约方国民到其他缔约方注册商标提供一条便捷的途径。申请人通过原属局向国际局这个平台递交注册申请，国际局收到注册申请后，将申请件分发给各个指定注册国。商标申请人向本国的商标主管机构递交一份国际注册申请书，便能够使其商标在马德里联盟的多个国家获得保护。企业因根据自身的情况选择合适的国际商标申请途径，及时进行国际商标规划布局。

中国企业商标在海外被抢注的现象仍屡见不鲜，企业该采取怎样的应对策略，护航企业出海经商：

（一）尽早进行海外商标注册，做到有备无患。我国企业若要走向国际化，开拓海外市场，要将眼光放长远，要形成全球商标战略意识。同时与海外客户合作时，也应该留个心眼，可以与客户以签订合同的方式，详细明确的知产权保护的内容，以及规定违约责任。预先保护自我权益。

（二）建立海外商标监测预警机制。我国企业应该设立国际商标专业服务团队，有意培养国外的商标服务团队，建立并不断完善海外商标“防火墙”，这样能够先发制人将抢注商标扼杀于摇篮。另外，企业发动自己在海外经销商或代理商对市场上的抢注商标侵权产品进行重点关注，从而达到一种监督的功能。

（三）熟悉国际法律规则。企业准备进军一个陌生市场之前，应当先认真研究国际规则及各国商标法

律法规，当发生商标抢注时，可以及时采用多种解决纠纷策略，比如：通过律师警告函、协商转让、溢价购买、商标异议、无效宣告等方式解决。

（四）积极应对纠纷，保存好证据。企业的商标在海外被他人抢注后，因跨国维权所需的巨大成本与预期收益的不确定性，企业在面对侵权采取消极的态度处理，为再次遭遇商标侵权埋下隐患。实行商标保护的国家均重视商标的使用价值，

普遍规定了连续三年或五年不使用的，即有可能被他人请求撤销。企业在积极应对商标纠纷的同时，应及时做好证据的保存，更好的维护自身的利益。

综上，商标是一个企业的灵魂，企业要走向国际，应提前做好国际商标布局，才能市场中占据有利位置，必须加强品牌保护的意识，尽早进行国际商标保护，预防国际抢注。

（作者交流电话：13534578818）

（上接第28页）

值得关注的是，在2020年5月28日正式发布的《民法典》中，“情势变更”正式在法律层级得到确立，其第533条规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当

事人一方明显不公平的，受不利影响当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同”，与《司法解释二》第26条相比有几处改变，但与本案的判决结果并不冲突。

五、建议

当卖方或买方对于房屋买卖合同有特别的合同目的、要求、顾虑时，例如学位房、环境因素等，可以在合同中予以明确，或者直接通过约定附条件解除合同的条款对自身权益进行保障，以免在顾虑变成现实时显得被动无助。

（作者交流电话：13602232107）

（上接第29页）

（二）客观要件有一定局限

本罪客观上表现为通过“隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方法转移、处分财产”并实施虚假

破产行为。但实施虚假破产行为不应作为要件，若行为人为了通过破产逃债，实施了相关转移处分财产的行为就应满足客观要件。

综上，我国破产体系建设仍处

于初级阶段，随着破产实践增加，破产理论研究的深入，相关法律和制度将会越来越完善。

（作者交流电话：13702638080）

（上接第31页）证人作为非专业人士，在法庭庄严肃穆的氛围下，以及对方专业律师的盘问下难免会紧张而导致词不达意。假如在庭上出现这样的情形，轻者证人证言不被采信，重者证言可能恰好证明了对方的观点，更有甚者，可能被认定为作伪

证，给证人及律师带来风险。谨慎起见，可以在适当时机组织模拟法庭，让证人直观地体会庭审程序以及质询环节，使其做到发言简明扼要、直击要害，方能应对对方律师的狂轰乱炸。

三、其他细节要求

除了上述几项，律师还需要提醒证人带身份证、开庭时候不能旁听、需要签署保证书、等签好笔录后再离开等等，当然还应该提醒证人不能提供虚假证言。

（作者交流电话：13928572361）

旧村居改造中村集体和村民关心的常见问题

□ 胡丽丽



胡丽丽 律师

虽然城市更新相关政策在佛山市南海区已经实施多年，但是，在我们参与的多个旧村居改造项目中，我们发现有不少人对旧改的一些问题一知半解。为了帮助旧村居改造各参与方理解城市更新（三旧改造）的法律和政策，下面我从村集体和村民的角度，以问答的形式，解说旧村居改造的常见问题：

问：从项目实施方案通过到土地出让，需要多长时间呢？

项目实施方案通过后，改造的时间需要根据项目的具体情况来定，一般是2-4年时间。但有些项目改造面积较大，涉及物业和权利人较多的，改造的时间会再长些。项目地块的拆迁补偿、平整拆迁、用地手续的审批、出让手续的完善均需要时间，也要看各方利益主体和参与主体的配合

程度。

问：听说“卖地”不能直接由村“卖”，哪是怎么一回事？

我国实行严格的土地管理和出让制度，按照《土地管理法》的规定，土地的所有权分为国家所有和集体所有。集体土地进行流转开发，有两种途径：

一种是不改变土地所有权主体，土地保留集体用地性质，土地所有权始终在农村集体手里，农村集体只将土地的使用权的一定年限出让给他人使用，获取土地使用款。使用期满后，农村集体收回土地和建筑物。另一种是改变土地所有权主体，将集体用地转为国有用地，将土地所有权转为国家所有，由政府将土地的一定使用年限出让给他人使用，农村集体获得土地出让后的一定款项作为出让的补偿。其中，集体用地转为国有用地后出让的“卖地”流程是：

集体用地转为国有用地



土地储备中心收储



市、县人民政府出让



县级以上土地管理部门

与受让人签订出让合同

因此，以上情况的“卖地”主体是市、县人民政府。

问：保留农村集体性质的建设用地“卖地”与集体用地转为国有用地后“卖地”有什么异同？

两者的区别主要有：1、土地所有

权人不同。前者所有权人是农村集体，“卖地”保留集体所有权；后者所有权人是国家，农村集体不再享有土地所有权。2、使用权期限届满后土地和物业归属不同。前者收归农村集体所有；后者土地使用权可在续期申请通过后补缴土地出让金延长使用期限，物业始终属物业权属人所有。3、开发用途不同。前者用途只能是工业、商业等经营性用途；后者可开发工业、商业等用途，还可开发商品住宅等。4、市场出让价格不同，因前者保留土地所有权且期满后收回土地和物业，因此，前者市场出让价较后者低。

问：开发商如何保证项目改造的完成？

除了选择有实力的市场改造主体（开发商）外，项目的完成需要市场改造主体和村民共同推进和努力。改造资金的投入是项目改造的关键因素。开发商成为改造主体后，需要按阶段支付一定的保证金来担保项目的实施。例如：选定市场改造主体时，需缴纳2000万履约保证金。在项目实施方案和拆迁补偿安置方案表决通过后，需再缴纳10000万。

问：我作为被拆迁人，是跟村集体签订补偿合同，还是跟开发商签订补偿合同呢？

宅基地原本是集体所有的土地，拆迁补偿协议的签约主体一般有两种方式。一种是被拆迁人与村集体签订的双方协议，一种是被拆迁人与村集体、市场改造主体（即开发商）签订的三方协议。

问：我的宅基地自建房首层是临街的商铺，现在对外经营小商品百货。这种情况，是补偿住宅还是商铺呢？

如果宅基地上的房屋是住宅性质的用房。按照法律和相关政策规定，回迁房将按照住宅性质的房屋进行回迁。现在的政策对此无明确规定。但是，按照“一村一策”的原则，也可在确定拆迁补偿方案时，就该种情况进行商议并经集体有权成员表决确定补偿的方式。

问：我的宅基地自建房能否获得同等面积的实物安置？

按照南海区现行的政策，将根据宅基地自建房的合法建筑面积，按以下原则处理：

(1)关于合法建筑物：①认定的合法建筑面积小于等于320m²的（按户），全部给予实物补偿；②认定的合法建筑面积大于320m²的（按户），给予320m²的实物补偿，超出320m²的部分，按照市场评估价给予货币补偿。

(2)合法建筑外的其他土地及地上建筑物，根据“一村一策”的原则，由各村（居）集体经济组织自行补偿标准；

例如：如果自建房房产证登记面积是340m²的，可以最多置换320m²的回迁房。如果登记面积是310m²（少于320m²）就置换310m²的回迁房。

问：我承租村的地40年，已经投资建房了。如果因改造要被拆迁，我能拿到什么补偿呢？

在租赁合同有效的情况下，这属于租赁合同因改造而提前解除的情形。作为承租人，可以与集体经济组织、改造主体协商补偿的问题。一般的补偿项目有：建筑物的价值补偿、搬迁费用的补偿、临迁安置的补偿、剩余租期预期利益的补偿和其他奖励等。补偿的项目和数额是需要根据实际的损失确定。

问：为什么我们改造100亩的土地，在开发商拍地的时候只有75亩的呢？

根据城市更新政策的规定及满足公共配套等公益性用地的要求，改造项目需提供一定比例（不少于25%）的土地面积作为公益性用地。

改造项目的开发需要建设公园、公厕、道路等公共配套设施，公益性用地的提留，也是为了提高改造项目的环境价值，是非常必要的。

如果改造的一工业园地块转为国有用地后出让的，作为原权属人的村集体可取得多少出让补偿收益呢？

根据改造后功能的不同，改造成工业、商业、居住用地的出让收益补偿均不同。以“工改居”的挂帐收储公开出让方式供地为例，规划容积率2.5（含）以下部分，按公开市场成交价的50%补偿，规划容积率2.5以上部分，按公开市场成交价的5%补偿。不同的改造类型，不同的出让方式均不同，计算也较为复杂，最好是让专业人士根据项目情况做一个测算。

问：选定市场改造主体后，能否实现三年内建出回迁安置房？

项目实施方案及拆迁补偿安置方案，经集体经济组织表决通过后可启动回迁安置区供地，如果回迁安置区与拆除区域不在同一区域的，有实现的可能。具体要根据项目的实施情况和村民、租户的配合程度等各种因素才能确定。

问：回迁安置住宅是农民公寓还是商品房啊？

根据项目的实际情况，如果用地可单独安排的，可以保留集体性质，因此，回迁安置住宅可以是保留集体性质的农民公寓。如果将安置地块申请并办理有偿使用手续转为国有土地后建设为商品房，回迁安置房可以是商品房。这就要根据项目的规划条件和集体经济组织大部分成员的意愿了。

问：开发商建好可销售物业先销售完毕跑路怎么办？我的回迁房建设有无保证？

旧村居改造拆迁补偿安置工作遵循“先安置、后拆迁”“先村民和村集体回迁物业、后开发商可销售物业（即融资物业）”的原则进行开发，因此，回迁物业的交付是有一定保证的。

问：回迁安置房是市场改造主体（开发商）分配给我还是村分配给我呢？

回迁物业的分配主体要结合拆迁补偿协议的约定及产权转移手续登记的要求和程序进行确定。回迁房可以是村集体接受开发商建好的回迁物业后，由村集体向个人分配；也可以是开发商与村集体经济组织直接向个人分配。回迁房的回迁分配可以理解成是村集体经济组织以回迁房置换拆迁宅基地自建房，只是程序或签约形式不同而已。

问：回迁安置房要达到什么条件才能交付呢？

回迁安置房的交付条件至少是经竣工验收合格并取得竣工验收备案文件的房屋。一般会参考同一项目中普通商品房的交付条件。另外，在拆迁补偿安置方案中对交付的条件和交付的标准都会有具体的条件，交付标准可以是毛坯交付，也可以是带装修交付。如果拆迁补偿时，已经对原宅基地自建房的装修进行补偿的，一般交付的回迁房是毛坯的居多。

问：如果回迁安置房是商品房的，后期我要交什么费用呢？

回迁安置的商品房需要根据商品房的有关管理规定缴纳相应的税和费。例如：契税、印花税、物业维修资金，还有回迁房交付后的物业管理费等等。与普通商品房基本一致。但是，回迁安置房在一定范围内可享受契税的税收优惠政策。

（作者联系电话：13630062960）

二手房买卖中怎么认定“情势变更”？

□ 黄淑瑶



黄淑瑶 律师

合同履行过程中，如果赖以存在的客观情况发生变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，可以依据“情势变更”原则请求解除合同。那在二手房买卖合同关系中，该怎么认定当事人的合同目的？怎样的“客观情况”变化才能被认定为“情势变更”呢？

一、案情简介

2017年1月，徐一与李一丹签订《存量房买卖合同》，约定徐一将其名下位于广州番禺区的房子转让给李一丹，甲方如未按本合同规定的期限交房的，每日应按该房地产成交价0.05%的标准向乙方支付违约金。之后徐一拒绝继续履行合同，6月27日，李一丹起诉请求徐一继续履行合同以及按合同约定标准支付违约金。

徐一答辩称其卖房是为了在佛

山市南海区购买新建商品房，保证自己的女儿有学位就读，但2017年3月24日佛山市发布限购政策导致其无法购买新建商品房，5月31日再次发布限购政策导致其无法购买二手房；因为双方均无法预料政府政策变化，因此在情势变更成立的情况下，徐一应享有合同解除权，双方互不承担违约责任。

二、“情势变更”——合同赖以存在的客观情况发生变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的

情势变更原则可见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（下称“《司法解释二》”）第二十六条；结合最高法判例（2017）最高法民申3380号，认定情势变更需满足以下条件：①合同赖以存在的客观情况确实发生变化；②须为当事人所不能预见的；③情势变更必须不可归责于双方当事人，也就是由除不可抗力以外的其他意外事故所引起；④情势变更的事实发生于合同成立之后，履行完毕之前；⑤情势发生变更后，如继续维持合同效力将导致合同当事人之间的利益严重失衡或者不能实现合同目的，对当事人显失公平。

三、合同目的与“显示公平”

房屋买卖合同关系中，在双方并未在合同中有特别约定或足够证据支持的情况下，一般认为卖房人的合同目的是收取房款，买房人的合同目的是取得房子的所有权。

基于这样的观点，本案二审法

院的判决思路为：卖方没有特别说明其合同目的或约定附条件解除合同条款——其合同目的应为取得价款——南海区限购政策的出台不妨碍合同继续履行且继续履行时合同目的可以实现——不会导致利益失衡，不属于显失公平——不属于情势变更——卖方应该继续履行合同。

四、综合分析

尽管涉及到限购政策原因导致徐一不能在佛山市南海区购买房屋从而其女儿不能在南海区上学，但事实上，其女儿已经在涉案房屋所在小区的配套学校就读，该答辩理由第一不属于合同赖以存在的客观情况，第二并不能体现出对徐一“显失公平”；加上双方在合同磋商、订立的过程中并没有体现除了收取房款之外的其他目的，也没有因此约定附条件解除合同的条款，所以也无法通过合同约定内容支持徐一的答辩意见。

二手房买卖中“情势变更”多见于政府限购政策发布之后，购房者没有购房资格导致其合同目的不能实现；而商品房价格浮动则属于可预见风险，法院一般不会支持。事实上出于维护交易稳定和安全的原则，司法实践中对“情势变更”的认定非常严格，最高人民法院在《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》中明确“如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用的，应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核”。（下转第25页）

虚假破产罪简析

□ 肖福来

一、什么是虚假破产罪

虚假破产罪是2006年6月实施的《中华人民共和国刑法修正案(六)》的新增罪名,具体是指公司、企业通过隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方法转移、处分财产,实施虚假破产,严重损害债权人或者其他人的利益的行为。新增该罪名是为了惩治“假破产,真逃债”,保障了债权人利益,维护了社会经济秩序。

二、构成要件

(一) 主体要件

本罪主体可以由公司、企业构成。根据《中华人民共和国企业破产法》和《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》的规定,既包括公司法上的有限责任公司、股份有限公司,也包括具备法人资格的全民所有制企业、集体企业、中外合资企业、中外合作经营企业以及外商独资企业。

(二) 主观要件

本罪在主观方面必须由故意构成,行为人必须具有损害债权人利益的直接故意,过失不构成本罪。本罪的犯罪动机和目的往往是为了逃债,但犯罪目的和动机不影响本罪的成立。

(三) 客体要件

本罪侵犯的客体是复杂客体,包括公司、企业的破产制度和债权人或者其他人的合法权益。

(四) 客观要件

首先,实施了隐匿财产、承担虚构的债务或者其他转移财产、处分财产的行为。其次,实施了虚假

破产,这里的虚假破产是指企业未达到破产界限,伪造破产原因申请破产。再次,严重损害了债权人和其他人的利益,即必须给债权人和其他人造成重大财产损失。三个客观要件必须同时具备,缺一不可。

三、虚假破产罪立案和量刑标准

(一) 立案标准

《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》的通知第九条规定,公司、企业通过隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方法转移、处分财产,实施虚假破产,涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:1、隐匿财产价值在五十万元以上的;2、承担虚构的债务涉及金额在五十万元以上的;3、以其他方法转移、处分财产价值在五十万元以上的;4、造成债权人或者其他直接经济损失数额累计在十万元以上的;5、虽未达到上述数额标准,但应清偿的职工的工资、社会保险费用和法定补偿金得不到及时清偿,造成恶劣社会影响的;6、其他严重损害债权人或者其他人的利益的情形。

(二) 量刑标准

本罪虽然为单位犯罪,但却是对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。

四、与妨碍清算罪的异同点

(一) 相同点

两罪都属于妨碍公司、企业经



肖福来 律师

营管理秩序罪,主体、客体相同。

(二) 不同点

1、发生时间不同。妨害清算罪的犯罪行为发生在清算期间。虚假破产罪的犯罪行为发生在清算前。2、适用范围不同。妨害清算罪所指的清算包括破产清算、自行清算、强制清算。虚假破产罪所指的清算仅为破产清算。3、构成要件不同。虚假破产罪要求实施虚假破产行为。妨碍清算没有该要求。大陆法系一般将虚假破产、妨碍清算等类似罪名定义为“破产欺诈罪”。

五、虚假破产罪不足与完善

(一) 犯罪主体上有一定局限

本罪刑事责任承担人为公司、企业的直接负责的主管人员或其他直接责任人员,应当扩大到其它参与实施虚假破产的人。

(下转第25页)

伪证罪主体是否包括被害人

□ 李梓耀



李梓耀

伪定人、记录人、翻译人，该规定限制的主体范围较窄，特别是伪证罪的主体是否包括被害人在学术上存在一定的争议，对此笔者总结了如下几个问题与分析。

（一）否定说

该观点认为伪证罪主体不包括被害人，因为在我国刑事诉讼法当中证人和被害人是不同概念，既然刑法没有将被害人规定在伪证罪的主体范围当中，那么被害人的伪证行为就不能用伪证罪来规制。另外被害人相比较证人而言，其在诉讼中与案件的利害关系更为密切，因此被害人陈述的可信度和客观性远低于证人证言。尽管提取被害人陈述与询问证人均适用刑事诉讼法第一百二十五条的规定，但也仅表示

二者的提取方式一样，不能表示二者的证明力相同，因为被害人陈述一般会基于自身利益而存在夸大的情况，所以侦查机关在提取被害人陈述的时候会特别注意排除其主观性因素，而且审判方在审理认定被害人陈述时也会更加谨慎，故比较被害人陈述和证人证言对刑事诉讼程序的妨害程度，被害人陈述带来的负面影响明显更小，因此根据刑法的谦抑性，被害人不是伪证罪的犯罪主体。

（二）肯定说

相应地，有学者认为被害人是伪证罪的犯罪主体，因为：

第一，根据《刑事诉讼法》第四十八条，证据包括被害人陈述，因此根据扩大解释伪证罪的主体包括被害人。

第二，被害人陈述与证人证言的提取方式相同，说明从刑事诉讼法角度看两者对于案件事实的认定同等重要，而且被害人是案件的当事人，是犯罪行为的直接受害者，所以其对案件事实往往比较了解，故客观来说被害人陈述和证人证言对于认定案情真相的重要性大致相当，因此被害人作虚假陈述应当受到伪证罪的处罚。

（三）笔者观点

相比较两种观点，笔者赞同肯定说，因为：

第一，尽管从规范上来看，我

国《刑事诉讼法》当中多次出现列举被害人和证人的法条都是区分两者的概念的，例如刑事诉讼法规定了证人为自然人，被害人可以是法人等，但是并不意味着从刑法学理论角度就必须要按照刑事诉讼法的规定来解释概念。以刑法用语的角度看，“证人”在概念上本就包括狭义的证人、被害人和鉴定人，将这三者统称为广义上的“证人”不会影响一般人的认知和预测可能性，所以从刑法学角度看被害人作虚假陈述应当受伪证罪规制。

第二，从刑罚配置上来看，法律赋予了被害人如实陈述的义务。刑事诉讼法第六十条规定凡是知道案件情况的人都有作证的义务，故被害人当然有作为当事人的如实提供证据、陈述的义务。再者，被害人是刑事案件中的受害方，当其提供虚假陈述时就要和捏造事实的诬告陷害罪行为人一样接受刑事处罚，虽然这在刑罚配置上有矫枉过正之嫌，但是在实务中被害人陈述对案件事实的认定也同样重要，被害人的虚假陈述或刻意隐瞒会严重影响案情认定的客观性，进而破坏刑事诉讼程序的合理秩序和国家刑罚权，因此被害人违反如实陈述的义务必须受到伪证罪的处罚。

综上所述，伪证罪的主体应当包括被害人。

（作者交流电话：15521504659）

律师庭前辅导民诉出庭证人的几点心得

□ 麦超莹

证人证言作为一种证据形式，可以有效弥补因缺乏物证、书证等其他证据形式而造成的事实空白。无论是古代法律戏剧还是TVB律政剧集，都会有证人出庭作证等精彩桥段。作为律师，应该为证人出庭做好充分准备，以下是两个小情景：

情景一：

法定继承案件，被继承人遗留有农村分红180万，5个子女（一子四女）就遗产分配问题发生纠纷，一审法院以“农村中男丁承担较多赡养责任”为由判决儿子多分遗产，女儿委托我所律师代理二审。律师在整理一审资料时发现，被继承人的弟弟早期经商，设有家族基金，被继承人的生活费均是其弟弟负担，故在二审申请了被继承人的侄子出庭作证。考虑到该证人年纪较大，是香港人，所以律师庭前与之说明内地法院开庭的基本步骤，采取模拟法庭等方式，做好庭前演练，最终二审法院采信了证人证言，判决各人平分遗产。

情景二：

外嫁女子女股权案件，经济社不服一审提起上诉，理由是外嫁女当时入股曾书面承诺放弃子女购股资格。由于承诺书没有原件，二审中，对方律师申请了一位一审参与旁听的村民出庭作证，拟证明承诺书的真实性。因为证人听不懂普通话，所以法官发问需要对方律师翻译，浪费庭审时间较多，证人陈述2004年他仅是负责把承诺书张贴在公共栏上，讲话时候思维发散，没有重点。我方律师紧紧抓住他没有

亲眼见证外嫁女在承诺书上签名这一重要环节，且其参与了一审旁听，从而否认其证言的三性，最终法院没有采纳该证人证言。

证人出庭接受询问一般分为三个步骤：法官询问；本方律师的直接询问，目的是帮助证人更好地阐述事实，并对重点事实予以强调；对方律师的盘问，主要针对证人证言中可能存在的漏洞、矛盾进行询问，以否定证言的真实性。这是考验证人是否真的对案情足够了解，以及是否有足够的心理承受能力，可以在法庭上有限的时间内，清晰冷静地通过描述还原当时的场景。一般情况下，证人都是普通老百姓，从事与法律或诉讼无关的职业，缺乏出庭的经验。在面对训练有素的对方律师盘问时，证人往往会经受极大的精神压力，如缺乏准备，容易出现证人不了解庭审程序而在庭上进行发散性、主观性发言的情况，很有可能出现严重失误，产生对己方极其不利的后果，进而影响案件的裁决。从上述的两个小情景可见，律师对出庭证人进行庭前辅导是非常必要的，至少可以包括以下方面：

一、充分了解证人的背景

前期通过与己方当事人的沟通，分析证人出庭的必要性，是否存在利害关系。例如情景一中，证人身份是被继承人的侄子，对被继承人情况有一定了解，其证言就有一定可信性。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第69条规定：“申请书应当载明证人的姓名、职业、住所、联系方式，作证



麦超莹 律师

的主要内容，作证内容与待证事实的关联性，以及证人出庭作证的必要性。”，律师应当对自己的证人基本情况有足够的认识，才能结合案件的情况，帮自己的证人进行准备，了解其与诉讼事项有关的背景，如教育、工作背景等，习惯其表述方式，甚至是思维模式或逻辑，才可能在不违背客观事实的基础上尽量避免由于证人当庭情绪波动而造成的不利。上述两个情景中的当事人均听不懂普通话，律师需要庭前与书记员和法官沟通，请求法庭尽量使用本地通用的白话开庭。

二、提示证人理清其想证明的内容

由于庭前律师已经在证人出庭申请书上写清楚出庭必要性，一般的法官在核对完证人身份后，也会询问其出庭想证明的内容，这就要求证人应思路清晰。（下转第25页）

不能实现目的的集体土地使用权转让协议能解除吗？

□ 何嘉欣



何嘉欣 律师

陈女士是大沥某经济社社员，2016年4月30日，陈女士在该经济社举办的宅基地竞投会中竞得③号地块（集体土地使用权证、房屋所有权证齐备）。经公示，陈女士与经济社签订《集体土地使用权长期出让协议书》并向经济社支付出让款30余万元。在该协议书第六条中约定：乙方（陈女士）如需对上述地块进行改建，甲方（经济社）不予办理报建手续，但乙方必须按照大沥镇规定的建筑设计要求进行施工（详见附图的规定），乙方在施工开线时，必须由甲方的社委会成员及村建办人员现场监线，符合建筑设计要求后才能施工。施工期间，乙方必须做到文明施工、安全施工，发生任何安全事故，责任由乙方负责，甲方不承担任何连带责任，乙方

在施工过程中必须接受甲方的监督。建筑设计要求如下：（1）建筑总高度不超过12米，建筑总层数不超过3层。（冷巷退缩尺寸见附图）。

正当陈女士满心欢喜的准备建房时，才发现经济社出让的土地性质为仓储用地，根本不是宅基地，无法按协议书说的可建造12米的房屋。陈女士不甘心，又向佛山市自然资源局南海分局咨询，分局口头回复：“仓储用地”的使用有最小面积及周边条件要求，而陈女士涉案地块面积小于最小土地开发利用面积，故陈女士地块不符合报建要求。陈女士知道后可着急了，她一心买地建房，却不能建，如何是好？陈女士遂向我们咨询她与经济社的协议能解除吗？她已支付的30余万元款能退回来吗？

一方观点认为：陈女士和经济社的《集体土地使用权长期出让协议书》不可解除。理由在于：陈女士和经济社的《集体土地使用权长期出让协议书》是自愿签订、且土地有土地使用权证、房屋所有权证，陈女士也是经济社成员，《集体土地使用权长期出让协议书》并不违反法律法规的强制性规定，合法有效，双方应按《集体土地使用权长期出让协议书》履约。陈女士拿着双证原件，所以地块为仓储地属性也是清楚的，陈女士依然竞投，故其应承担法律后果。且经济社在《集体土地使用权长期出让协议书》明确，如陈女士需对上述地块进行

改建，经济社不予办理报建手续，所以，陈女士不但不能解除该协议书，还不得要求经济社办理报建手续。

另一方观点认为：陈女士和经济社的《集体土地使用权长期出让协议书》可解除。理由在于：陈女士无法使用涉案土地，《集体土地使用权长期出让协议书》的目的不能实现。《集体土地使用权长期出让协议书》约定了建设设计要求，且陈女士竞得土地时，土地上仅有围墙并无其他建筑物，故陈女士势必要进行建设才能使用涉案土地，而建设需要经办理规划报建手续才能进行，而《集体土地使用权长期出让协议书》约定经济社不协助办理报建手续，但经济社作为土地权属人理应协助办理报建手续以保障陈女士能正常使用涉案土地。经济社不协助办理报建手续，导致陈女士无法使用，所以，根据《合同法》第九十四条规定，陈女士可主张解除《集体土地使用权长期出让协议书》。

上述观点也分别是经济社和我们代理陈女士的观点，最终法院支持了我方的观点，判决经济社全额退还出让款30余万元，陈女士在判决书生效之后也顺利拿到了出让款。

通过这个案件，也警示在集体土地交易的过程中，竞投者需认清土地性质及协议约定，切莫报侥幸之心，谨慎交易。

（作者交流电话：13411005733）

动态股权激励简析

□ 郑庆柱

任正非曾说：华为能够走到今天，主要得益于“分钱分得好”。资产会随着年份增长,折旧程度增加；但人会随着经验的增长和公司的培养——越来越值钱。

【什么是股权激励】

是企业为了激励和留住核心人才而推行的一种长期激励机制，是目前最常用的激励员工的方法之一。股权激励主要是通过附条件给予员工部分股东权益，使其具有主人翁意识。

【什么是静态股权】

公司会根据激励对象的工作经验或对公司业绩贡献等判断其对公司的价值,给予激励对象相应的公司股权,股权比例是稳定的,不会因激励对象未来贡献的多少而变化。

【什么是动态股权】

即是“论功行赏”。公司先制定相关的贡献值标准，根据记录的成员贡献，按比例获取相应股权。比例会根据各人每个阶段贡献的多少而变化。

【企业为什么需要动态股权激励】

股权激励模式有很多种，但很多都起不到效果的原因在于模式是死的，到了某个时间点员工就可以躺在功劳簿上睡大觉。如果企业实现了动态激励，动态的考量需要从历史贡献、现在的价值、公司发展规模、公司组织架构等多方面来考量。

【例子】

员工张三在至新公司工作满三年后，在2020年3月获得了2019年度30%的红利10万元并以1元/股的价格

格转为至新公司10万股股份。张三过去的人力资本贡献便已物化为10万股物质资本。2020年度结束后，张三可通过10万股分取红利20万元、股价增值到3元/股而获得回报。但这部分回报的收益权是物质资本10万股本身应得的，跟张三的人力资本再无任何关系（回报总额和张三的人力资本发挥状况有一定关系，人力资本越积极发挥作用，企业的业绩越好，物质资本所获得回报的绝对额越高）。在2020年度，张三所拥有的人力资本并不因为持有10万股物质资本而消失了，相反由于有了物质资本的支持、更多的工作经验，人力资本变得更为强大，其对工作业绩的贡献更大，张三会继续要求公司对其人力资本给予回报。但至新公司实施的是静态股权激励，在2020年度不再搞股权激励，甚至未来也不知道什么时候再搞。这样，张三的人力资本就失去了2020年的回报，2020年以后的回报也没了保障。因此，其劳动热情呈垂直下降趋势。

【动态股权激励对象】

适用企业类型:中小型企业或初创期企业。

激励对象类型:对业绩产生直接影响,针对公司关键性员工。

【动态股权激励重要步骤】

(1) 制定里程碑:

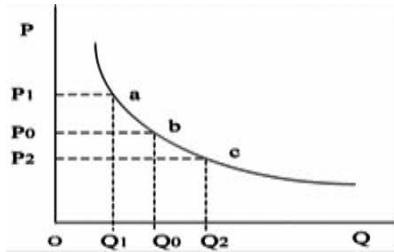
在公司的发展或项目进度计划时，在表上设立一些重要的时间检查点，这样一来，就可以在项目执行过程中利用这些重要的时间检查点来对项目的进程进行检查和控制。



郑庆柱

这些重要的时间检查点被称作项目的里程碑。

每一个时间点相当于一个发展阶段,每个阶段都具有不同的风险水平。公司每到达一个里程碑就可进行一次动态股权变更(如,公司顶住了风险到达了Q1里程碑,就可进行一次动态股权分配)。



(P为风险度,Q为里程碑)

(2) 贡献点

贡献点必须明确，如公司设定“销售创利”为“贡献点”。如果销售人员“打扫卫生”是不会计为贡献。激励员工积极去销售创利。

(3) 贡献值

①公司设定一个贡献值标准。例如,激励对象做到了公司设定的贡献点,贡献值的标准就是去判断这个贡献点做的程度。如果达到了贡献值的标准,激励制度就会将其“贡献

率”转化为“股权”。

(4) 计提点

计提时点必须要明确,例如销售人员需要发展付费会员,付费会员达到500个时,销售人员可计提贡献值。

【例子】(见下表)

【建议】

不能过早过多地给予股份,起不到激励作用。
不能按照未来的期望分配股权,市场具有不确定性。
(作者交流电话:13928216110)

贡献点	激励对象	贡献点描述	贡献值标准	计提点
合伙人投现金	全体执行合伙人	投入现金	现金的金额	投入现金时
销售人员销售创利	销售人员	发展付费会员	付费会员人数	付费会员达到500个时

注:

- ① 一个公司内,不同的激励对象,根据他们的职位,负责事务的不同,贡献点与贡献值,计提点标准都不同。
② 为“贡献点”设置“台阶”,以避免记录的繁琐。例如销售到付费会员每达20人记录一次,销售到5人则等到满20人时再做计入。

(上接第39页) 债务人管理人提出异议的,人民法院应予支持: (一) 债务人股东因欠缴债务人的出资或者抽逃出资对债务人所负的债务; ……”
根据该规定可知, 即使股东对公司享有债权, 也不得以相关债权与其对公司的出资义务进行抵销。其法理在于, 股东欠缴的出资属于破产企业(即公司)的财产, 应当

在破产程序中按照相关法律规定予以分配, 不得进行单独清偿; 如果允许股东以债权抵销其出资义务, 则相当于以破产企业的财产单独清偿了股东的债权, 严重侵犯了其他债权人的利益。就本案而言, 甲、乙因购买机器设备、垫付职工工资形成的对H公司的债权, 均不能抵销其对H公司应履行的出资义务; 甲、

乙可在履行出资义务后, 另行向H公司管理人申报债权。
【提示】
股东对公司的投入并不等同于出资。股东应按照章程约定的出资方式、法律规定的出资程序履行出资义务; 否则, 股东的投入将不被认定为出资。
(作者交流电话: 13630014429)

(上接第40页) 保险公司不能跨地区卖, 但消费者可以跨地区买, 因此消费者购买限定地区销售的保险并

并不意味着限定理赔的地域范围。
但需要提醒的是, 消费者在投保时应当在充分了解保险合同内容,

了解其中的承保范围再进行投保, 避免不必要的风险。
(作者交流电话: 18819255393)

(上接第41页) 电子合同签订的同时, 建议充分发挥语音、视频的作用, 通过语音、视频等方式由签订双方认可电子合同的相关内容。一旦发生争议, 能最大程度的保障自身的合法权益。

六、小结

随着科技的发展, 电子签名的

灵活性、便捷性、高效性, 使得电子合同受到越来越多人的青睐。尤其是现在全球处于疫情的特殊时期, 对于跨地区办公交易、甚至跨国办公交易, 签订电子劳动合同、电子买卖合同, 使用电子签名等具有很大的价值和意义。但是鉴于现

阶段并不具有统一的标准和标识, 而数据电文仍旧存在较大的不确定性以及安全隐患, 笔者认为, 在使用电子签名及时签订电子合同后, 再通过邮寄等形式补签一份内容相同的书面合同是万全之策。
(作者交流电话: 15723213098)

欠款追收的时效风险及建议

□ 王少猛

【案例简介】

2013年8月29日开始，何某向佛山某陶瓷公司购买陶瓷产品。2014年3月18日，双方通过对账，何某签名确认拖欠货款951890元，并承诺于2014年5月30日前还清货款。但何某在期限届满之后，并没有支付货款。之后，佛山某陶瓷公司经多次进行催要，何某拒绝支付货款。2018年3月21日，佛山某陶瓷公司向人民法院提起诉讼。

何某辩称：双方确认支付货款时间为2014年5月30日，佛山某陶瓷公司提起诉讼的时间为2018年3月21日。根据《民法通则》二年诉讼时效期间的规定，佛山某陶瓷公司的起诉不应受到法律保护。

在庭审过程中，佛山某陶瓷公司提供的《债务逾期催收通知书》，证明在2016年5月11日通过EMS特快专递向何某寄出《债务逾期催收通知书》，诉讼时效已中断，现在提起诉讼未超过诉讼时效。何某辩称未收到《债务逾期催收通知书》，不产生诉讼时效中断的法律效果。

法院经审理查明：双方欠款金额、还款期限没有异议。

关于佛山某陶瓷公司2016年5月11日向何某发出的催收欠款的特快专递，经法院查询，邮政公司表示查询期间已过无法查询。

2016年4月21日，何某因脑溢血送往人民医院抢救治疗，至2016年7月18日才出院。

一审法院认为：本案的争议焦点即2016年5月11日，佛山某陶瓷公司向何某邮寄债务逾期催收通知

书的行为是否引起诉讼时效的中断。本案中，佛山某陶瓷公司所提供的邮寄凭证虽能够证明已向何某邮寄催收文书，且主张基于对邮政企业服务的合理信赖，推定该邮件已向何某送达。但何某亦举证证实该期间一直未在原住所地居住，其证据足以推翻推定邮件已送达的事实。佛山某陶瓷公司未能提供证据证明2016年5月11日邮寄的债务逾期催收通知书到达债务人，未能引起诉讼时效中断的法律效力。一审法院遂判决驳回佛山某陶瓷公司的诉讼请求。

佛山某陶瓷公司不服原审判决，提起上诉。市中级人民法院判决驳回上诉，维持原判。

佛山某陶瓷公司不服生效判决，申请再审。省高级人民法院于2019年10月21日作出裁定：驳回佛山某陶瓷公司的再审申请。

【案例评析】

债权人向债务人采取邮寄方式送交主张权利文书，应当以意思表示到达债务人为准。债权人应对其邮寄的催收文书负举证责任，如不能证明邮件已送达或应当送达债务人，且债务人有相反证据推翻债权人所提供的证据，则不应认定债权人已主张权利，其发送邮件的行为亦不具有诉讼时效中断的效力。

一、诉讼时效中断的法定事由

诉讼时效中断，是指在诉讼时效期间，因法定事由而使已经经过的时效期间归于无效重新计算。根据《民法总则》第一百九十五条的规定，权利人向义务人提出履行请



王少猛 律师

求的，诉讼时效中断。这一法定事由的成立应当具备以下条件：1、作出意思表示的主体具有处分权，一般应为权利人本人；2、接收该意思表示的主体应为履行义务人；3、该意思表示到达或应当到达义务人。

二、权利人提出履行请求的表现方式

根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第十条规定，当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的，认定为权利人提出要求，产生诉讼时效中断的效力。即权利人主张权利时应采用到达主义，具备双重要件时方可引起中断事由。其中双重要件是指权利人单方向义务人作出主张权利的意思表示，以及该意思表示到

达义务人这2个条件。因请求权发生于特定当事人之间,权利人主张权利需依赖于意思表示到达义务人而证明。权利人在私法领域中有权在法律允许的范围内对权利进行处分,如意思表示未到达义务人,义务人基于合理信赖,有理由认为权利人已免除义务。因此,如推翻义务人基于合理信赖认可的新交易秩序,与诉讼时效维护社会公共秩序的根本目的不符。

三、邮寄催收主张权利的效力认定

关于采取邮寄方式主张权利的效力问题,最高人民法院在[2003]民二他字第6号《关于债权人在保证期间通过邮局以特快专递方式向保证人发出逾期贷款通知书,但没有保证人对邮件签收或拒收的证据,能否认定债权人向保证人主张权利的复函》载明:债权人通过邮局以特快专递的方式向保证人发出逾期贷款通知书,在债权人能够提供特快专递邮件存根及内容的情况下,除非保证人有相反证据推翻债权人所提供的证据,应当认定债权人向保证人主张了权利。该复函内容,虽是对权利人及保证人之间的效力认定进行界定,同样可适用于权利人与义务人之间进行判断。即权利人所提供的邮寄凭证能够证明已邮寄催收文书,这是基于对邮政企业开展邮政服务的合理信赖,具有证据推定的证明力。但义务人能够提

供证据推翻该合理信赖的,即含有意思表示的催收文书发出但未能到达义务人的,基于前述的意思表示到达主义,无法认定权利人已向义务人主张权利并引起诉讼时效中断。

本案中佛山某陶瓷公司已提供邮寄凭证证明已向何某邮寄催收文书,并基于合理信赖推定意思表示已到达何某一方。何某因抗辩未收到催收文书而发生举证责任的转移,因其举证证实该期间一直未在原住所地居住,在医院住院治疗的事实,使其具备推翻合理信赖的但书情形。故即使佛山某陶瓷公司主张权利并作出了催收行为,但因催收通知未到达义务人,义务人不知晓催收行为而不产生法律效力。此时,佛山某陶瓷公司再行主张诉讼时效中断的,法院不予支持。

催收欠款风险防范建议:

第一,企业管理逾期贷款时应注意时效问题。要加强对逾期贷款的管理,根据逾期时间长短、风险大小进行排队,加强清收工作,避免逾期贷款因超过诉讼时效期间而失去法律保障问题的出现。

第二,对于诉讼时效期间内无法收回的货款,要千方百计争取寻找诉讼时间中止、中断、延长的事由,并注意保存证据。可以采用下列办法续展时效:

1、不断地催欠款人还款,并让欠款人写出还款计划,加盖欠款人公章或签名,促使其履行债务。

2、协商制定还款协议,双方盖章或签名,以保住即将过诉讼时效的债权。

3、双方对账,签署对账日期,这样,既便于诉讼,又能延续诉讼时效。

4、起草清理欠款的会谈纪要,双方加盖公章或签名。

5、对于到外地催款的,尽量要求欠款人支付路费,然后保留支付凭证,保留车票、宿费发票,以证明一直在主张权利。

6、对于发出催收通知书而债务人拒不签字的,可以找公证部门公证催收文书送达过程。

7、约定送达地址,按约定地址送达均视为合法有效的送达。一方地址变更的,应在变更后五日内书面通知对方,否则,对方依上述地址的送达仍为合法有效之送达。

第三、即使诉讼时效已过,仍然发出催收函等催收,要求义务人签收催收函,可起到特殊的法律效果。最高人民法院(1999)法释7号文《关于超过诉讼时效期间借款人在催收通知单上签字或盖章的法律效力的批复》规定超过诉讼时效期间借款人在催收通知单上签名或者盖章的行为视为债务人对原债务的重新确认。因此,即使诉讼时效已过,仍然发出催收函等催收,可以达到山重水复疑无路,柳暗花明又一村的效果。

(作者交流电话:13923129559)

(上接第37页)或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制,给用人单位造成损失的,应当承担赔偿责任。”若因离职员工一方原因,未完成交接工作导致用人单位受损的,用人单位是可向离职员工主

张赔偿责任。但需注意,根据《劳动争议调解仲裁法》、《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》、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》等相关规定可知,在劳动争议

中,用人单位承担更多的举证责任。因此,公司应积极保留相关的证据。

(作者联系电话:15521082357)

离职员工不办工作交接，企业怎么办？

□ 陈明君

【案情简介】

2012年9月1日黄某入职广东XX物业服务有限公司（以下简称“物业公司”），工作岗位为工程部经理。2018年11月2日，黄某与物业公司签订解除劳动合同协议书，约定于2018年11月6日解除劳动合同。黄某应当于离职前完成所有工作移交手续。工资结算至离职之日，并给予黄某4万元的经济补偿，支付时间为11月15日。

2019年9月，黄某申请劳动仲裁，主张物业公司未支付离职工资及经济补偿金。物业公司答辩称愿意支付黄某离职工资及经济补偿金，但由于黄某未完成工作交接，所以在需要在黄某完成工作交接后支付。

仲裁委查明，黄某签订的《员工离职物件移交清单》中，记载有“工程费发票未清还”一项，而黄某在此项记载中写到：发票在李某处（物业公司副经理，工程负责人，已离职，李某的移交清单中其并未签名）。工程费发票事宜，双方确认黄某离职前曾代表物业公司与广东XX建筑工程有限公司开会，会后签订的会议文件中注明：“工程款发票已交黄某”。仲裁委员会作出裁决，要求物业公司在裁决生效之日起三日内支付黄某离职前的工资，但驳回黄某要求物业公司立即支付经济赔偿金的请求。

黄某不服，提请诉讼，要求物业公司支付工资及经济补偿金。

争议焦点：物业公司能否暂缓支付经济补偿金？

【法院认为】

《中华人民共和国劳动合同法》第五十条第二款规定，“劳动者应当按照双方约定，办理工作交接；用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。”由此，办结工作交接问题是支付解除劳动关系经济补偿金的法定抗辩事由。

本案中，物业公司主张黄某未交还工程款发票，未办结工作交接，因而不支付约定的解除劳动关系经济补偿金；黄某主张有关工程款发票并无交给其持有。同时，法院认为，黄某所主张签订会议文件时无注意查看有关内容并不符合常理。而黄某作为一个具有完全民事行为能力的人，应对其行为负责。由此，物业公司主张工程款发票在黄某处有事实依据，而黄某对此并无相反证据反驳，故法院采信并认定黄某未办结工作交接，对此物业公司不予支付黄某解除劳动关系经济补偿金，有事实和法律依据。

【法务建议】

通过检索相关案例，用人单位援引《劳动合同法》第五十条第二款，主张暂缓发放经济补偿金的，需如上述案例中物业公司一样，有充分证据证明员工未完成工作交接，且员工负主要责任。否则暂缓支付经济补偿金的主张将不被支持。

同时还需注意，上述案例中，物业公司对仲裁委员会要求向黄某支付工资的裁判结果没有提出异议，因此诉讼中法院对工资支付问



陈明君 实习律师

题未做过多的论述。实际上，即便物业公司对工资支付提出异议，法院亦是不会支持的。因为《劳动合同法》第五十条第二款是对工作交接、经济补偿金的规定，并未涉及员工工资。离职员工的工资支付根据是《工资支付暂行规定》第九条、《广东省工资支付条例》第十三条，公司应在解除或终止劳动合同时一次付清员工工资，否则，属于违反《劳动合同法》、《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》等相关法律、法规、规章规定，劳动行政部门可以责令企业期限内支付和补足差额，如果企业逾期不支付的，可以责令企业按应付金额50%以上100%以下的标准向劳动者加付赔偿金。

再者，《劳动合同法》第九十条规定：“劳动者违反本法规定解除劳动合同，（下转第36页）

登记注册地址迁出纠纷是否属于法院受案范围

□ 杨健豪



杨健豪 律师

【案例简介】

王某与产权人陈某签订《商铺租赁协议》，约定王某承租陈某的商铺用于企业经营，并约定：协议到期后若不再续约或提前解除，王某应在5天内将公司注册地址迁出，若逾期，王某按每天200元向陈某支付违约金。协议签订后，王某即利用该商铺注册成立了一家公司并经营。后王某提出解除租赁协议，经双方协商原租赁协议解除，但王某却一直未到登记机关办理注册地址迁出手续，在登记机关的系统中显示王某仍占用着陈某的商铺作为其公司的注册地址。当陈某又把商铺租给新租户时，才发现其商铺地址仍被王某的公司作为登记注册地址，致使登记机关无法给新租户办理企业登记注册，新租户便向陈某提出解

除租赁。陈某遂要求王某立即将注册地址迁出并要求王某支付违约金，因双方协商未果，陈某诉之法院，要求王某将注册地址迁出并支付200元/天的违约金。

法院经审理后判决：1、王某向陈某支付违约金，自协议解除之日起至王某将公司注册地址从陈某商铺迁出之日止，按200元/天计算；2、驳回陈某其他诉讼请求。

【法律分析】

本案中，陈某的诉讼请求有两项：1、要求王某将其公司注册地址从商铺地址迁出；2、要求王某支付未及时迁出注册地址的违约金。

关于陈某要求王某迁出注册地址的诉讼请求。首先，根据《公司法》、《企业法人登记管理条例》及《企业法人登记管理条例实施细则》的规定，迁出注册地址是企业变更登记事宜，由市场监督管理部门具体负责，不在人民法院职权范围内；其次，法院审理案件时会考虑该判决是否具有可执行性，基于本项诉讼请求涉及到的行政职权，若人民法院在没有接收地点的情形下判令被告强行迁出，将会导致案涉企业成为没有住所地的商事主体，显然市场监督管理部门无法执行该判决，因此注册地址的迁出不具备强制执行的条件。综上，人民法院对于该类诉讼请求的处理原则一般为：出租人请求承租人迁出注册地址的诉讼请求不属于人民法院民事诉讼的受案范围，一般不予处理该诉讼请

求。

关于陈某要求王某支付未及时迁出工商注册地址违约金的诉讼请求。不论是基于新承租人办公的需要，还是基于陈某与王某之间租赁协议的约定，陈某均有权要求王某尽快迁出，如果王某拒不迁出，除根据合同约定需承担违约责任向陈某支付违约金外，因逾期迁出造成陈某损失持续扩大的，相关责任亦应当由王某承担。

综上，承租人逾期迁出租赁房屋内企业登记注册地址的，出租人有权根据合同约定要求承租人承担违约责任，具体标准需在合同中约定明确；但要求承租人迁出登记注册地址的请求不属于人民法院受案范围，出租人须向市场监督管理部门反映相关情况。

【风险防范建议】

1、作为出租方，在签订租赁合同同时要在租赁合同中明确约定迟延、拒不迁出、注销营业执照注册地址的违约责任。

2、作为承租方，也应遵循诚信原则，在租赁关系终止或者解除后及时到市场监督管理部门迁出所占用的他人房屋的注册地址，以免给出租方、自己或他人造成损失。

3、同时，承租方在出租方要求明确约定迁出、注销营业执照注册地址的情况下，可以与出租方约定迁出、注销的合理期限，以及除合理期限内仍不能迁出外的免责因素。

（作者交流电话：13539728254）

股东为公司购买设备、垫付职工工资 能否认定为出资？

□ 岑景源

【案例】

2013年5月，甲、乙共同设立H公司，H公司注册资本为500,000元，H公司章程约定：甲、乙均以货币方式出资，甲认缴出资300,000元、乙认缴出资200,000元。

2015年，因经营管理不善，H公司资不抵债，H公司的债权人向法院申请对H公司进行破产清算。2015年7月，法院裁定受理H公司破产清算一案，并依法指定N律师事务所为H公司管理人。

经审计，H公司管理人发现甲、乙均未缴纳H公司的出资，故向法院提起诉讼，请求法院判令：（1）甲向H公司缴纳出资人民币300,000元及利息；（2）乙向H公司缴纳出资人民币200,000元及利息。

该案审理过程中，甲、乙提出以下答辩理由：（1）甲、乙作为股东为H公司购买了价值700,000元机器设备，供H公司使用，最后H公司无力经营时，相关机器设备已用于抵偿H公司的债务。（2）H公司停业后，H公司拖欠职工工资高达200,000元，甲、乙直接以自己的资金垫付了H公司的全部职工工资。甲、乙认为，他们已通过不同形式将远远超过H公司注册资本的资金投入了H公司，已履行了对H公司的出资义务。

经审理，法院依法作出判决，支持了H公司管理人的全部诉讼请求。

【分析】

（一）股东应按照章程约定的出

资方式出资

《中华人民共和国公司法》第二十五条规定：“有限责任公司章程应当载明下列事项：……（三）公司注册资本；……（五）股东的出资方式、出资额和出资时间；……”。

根据该规定可知，股东应按照国家章程规定的认缴的出资额及出资方式出资，不能以其他方式进行出资。就本案而言，H公司的章程已经明确规定了甲、乙应以货币出资，为H公司购买设备、为H公司垫付职工工资均不符合章程约定的出资形式。因此，在H公司的章程没有对出资形式进行修改的情况下，除货币出资以外的其他出资方式均不被认定为出资。

（二）股东应按照法律规定的出资程序出资

《中华人民共和国公司法》第二十七条规定：“股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；……对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。……”。

《中华人民共和国公司法》第二十八条规定：“……股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。……”。

根据上述规定可知，无论是以



岑景源 律师

货币形式或是非货币形式出资，法律均规定了相应的出资程序，股东应当按照规定的程序履行出资义务。就本案而言，甲、乙购买的机器设备虽为H公司使用，但未进行过财产价值评估，亦未依法办理财产权的转移手续，不符合以非货币财产出资的程序；甲、乙虽为H公司垫付了职工工资，但相关款项并未存入H公司的账户，不符合以货币出资的程序。因此，上述行为均不属于履行出资义务。

（三）股东不得以出资义务抵销公司对股东的债务

《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）》第四十六条规定：“债务人的股东主张以下列债务与债务人对其负有的债务抵销，（下转第34页）

异地投保限制销售区域的保险， 合同效力如何？

□ 李庭裕



李庭裕 实习律师

【案情概要】

A先生为广东人，在广州买了房子，因业务原因长期往返于湖南与广东之间，因为机缘巧合，了解到了某大型商业保险公司湖南省分公司（以下简称“湖南分公司”）所销售的一款家庭财产保险产品，相较于该公司广东省分公司的同一种产品，湖南省分公司所销售的保险产品有着较大的优惠，同时还有丰富的赠品，A先生借助一次出差的机会，在湖南就其房屋投保了该家庭财产保险并全额缴纳了保险费，保险公司向A先生开具保险单及发票，保险单列明了保险标的信息。

A先生拿到保险单发现，保险单上面标注着“限在湖南省销售”，A先生担心万一广州的房子出现什

么事故，保险公司以房屋不在湖南省境内为由拒绝理赔将会损失惨重，因此A先生咨询，案涉保险合同是否有效？

【法律分析】

要确定案涉保险合同是否有效，需要从保险合同的生效要件进行分析，在本案中，房屋的所有人A先生在湖南以该房屋为保险标的向某大型商业保险公司湖南省分公司进行投保，如实向保险公司披露了房屋的现状、周边治安状况及其他相关内容，湖南分公司经过核查后同意承保并给出保险报价，根据《中华人民共和国保险法》第十三条规定：“投保人提出保险要求，经保险人同意承保，保险合同成立。保险人应当及时向投保人签发保险单或者其他保险凭证。保险单或者其他保险凭证应当载明当事人双方约定的合同内容。当事人也可以约定采用其他书面形式载明合同内容。依法成立的保险合同，自成立时生效。投保人和保险人可以对合同的效力约定附条件或者附期限。”由此可得，若保险公司同意承保案涉保险，应视为保险合同双方当事人就合同的条款达成一致意见，保险公司与A先生成立财产保险合同关系，保险合同自成立时生效，同时，从《中华人民共和国保险法》第十四条（保险合同成立后，投保人按照约定交付保险费，保险人按照约定的时间开始承担保险责任）也可以看出，保费的缴纳

是合同约定的投保人在合同成立后所应履行的义务，是合同的结果而非条件。这种义务本身，在合同成立之前是不存在的，因此是否缴纳保险费用，对合同的成立及生效并没有影响，且A先生已经向湖南分公司支付全额保险费用，随后湖南分公司向A先生交付了保险单及发票，保险公司应当按照约定的时间开始承担保险责任，不应不存在A先生所担心的保险公司以房屋不在湖南省境内的拒赔理由。

那么合同上所标注的“限在湖南省销售”又是怎么回事呢？2015年修订的《保险公司管理规定》四十一条、四十二规定除了保险机构参与共保、经营大型商业保险或者统括保单业务，以及通过互联网、电话营销等方式跨省、自治区、直辖市承保业务外，保险公司的分支机构不得跨省、自治区、直辖市经营保险业务。保险监管部门之所以颁布这一规定，原因有二，一是如果盲目放开销售区域，将不利于行业监管，保险公司为抢夺市场份额，可能会引起无序竞争、过度竞争；二是避免一些公司盲目开展业务，导致服务能力及水平跟不上，出现客服电话打不通、理赔时效慢的问题，会影响人们对保险行业的信心。不过，上述的这些规定，都只是保险监管部门对保险公司的限制，目的是保障客户的权益，不能对客户进行限制，也就是说，（下转第34页）

从电子劳动合同看电子签名的法律问题

□范元凤

2020年3月4日，人力资源社会保障部办公厅发出《关于订立电子劳动合同有关问题的函》，明确：“用人单位与劳动者协商一致，可以采用电子形式订立书面劳动合同。采用电子形式订立劳动合同，应当使用符合电子签名法等法律法规规定的可视为书面形式的数据电文和可靠的电子签名。用人单位应保证电子劳动合同的生成、传递、储存等满足电子签名法等法律法规规定的要求，确保其完整、准确、不被篡改。符合劳动合同法规定和上述要求的电子劳动合同一经订立即具有法律效力，用人单位与劳动者应当按照电子劳动合同的约定，全面履行各自的义务。”

根据《中华人民共和国电子签名法》（下称“《电子签名法》”）的相关规定，对于有关电子签名涉及的法律问题介绍如下：

一、电子签名的含义

指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份且表明签名人认可其中内容的数据。其中的“数据电文”，是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息。

二、电子签名的使用

对于合同或其他文件、单证等文书，当事人可以约定使用或不使用电子签名。法律规定可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力，因此一旦约定使用，当事人则不得仅因为其采用了电子签名而否定文书的法律效力。但是，法律也明确了电子签名不适用

于下列文书：涉及婚姻、收养、继承等人身关系的；涉及土地、房屋等不动产权益转让的；涉及停止供水、供热、供气、供电等公用事业服务的；法律、行政法规规定的不适用电子文书的其他情形。

三、电子签名的条件要求

法律规定同时符合下列条件的才视为可靠的电子签名：

（一）电子签名制作数据用于电子签名时，属于电子签名人专有；

（二）签署时电子签名制作数据仅由电子签名人控制；

（三）签署后对电子签名的任何改动能够被发现；

（四）签署后对数据电文内容和形式的任何改动能够被发现。

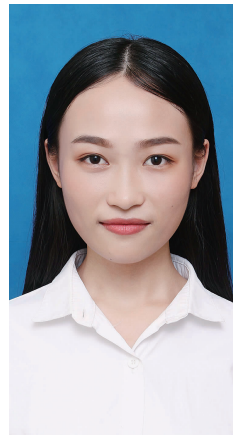
此外，当事人也可以选择使用符合其约定的可靠条件的电子签名。

四、电子签名的实例

（一）如果当事人双方约定，个人某些情况下的验证码、指纹及虹膜的电子提取信息均可以视为电子签名；

（二）扫描公章加在电子合同之上；

（三）通过第三方电子认证服务提供商者（“第三方”）进行。合同一方在第三方进行认证后（会取得“电子签名认证证书”），通过第三方提供的程序对电子合同进行签署；签署完毕后合同对方将收到相应的通知（一般会有账号、密码），合同对方根据相应账号密码登录后完成签署。而后双方可以通过第三



范元凤 实习律师

方取得签署后的合同。

律师建议：对于较大的项目，为避免后续双方对合同是否成立产生纠纷，或者为便于在产生争议后及时取得有效证据，应尽可能通过第三方服务机构进行电子签名。

五、电子签名的法律效力

《电子签名法》规定，“可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力。”

《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》亦规定，“当事人提交的电子数据，通过电子签名、可信时间戳、哈希值校验、区块链等证据收集、固定和防篡改的技术手段或者通过电子取证存证平台认证，能够证明其真实性的，互联网法院应当确认。”

【律师提醒】

签订电子合同时注重留存证据。（下转第34页）

新颁布的法律

★中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法

(全国人民代表大会常务委员会——(2020-6-30))

★中华人民共和国公职人员政务处分法

(全国人民代表大会常务委员会, 2020-6-20)

★中华人民共和国档案法(修订)

(全国人民代表大会常务委员会, 2020-6-20)

★中华人民共和国人民武装警察法(修订)

(全国人民代表大会常务委员会, 2020-6-20)

★中华人民共和国民法典

(全国人民代表大会, 2020-5-28)

★中华人民共和国固体废物污染环境防治法(修订)

(全国人民代表大会常务委员会, 2020-4-29)

最新司法解释

★全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要

(最高人民法院, 2020-7-15)

★关于行政机关负责人出庭应诉若干问题的规定

(最高人民法院, 2020-6-22)

★关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(三)

(最高人民法院, 2020-6-8)

★关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(二)

(最高人民法院, 2020-5-15)

★关于依法妥善办理涉新冠肺炎疫情执行案件若干问题的指导意见

(最高人民法院, 2020-5-13)

★关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见(试行)

(最高人民检察院、国家监察委员会、教育部等九部委, 2020-5-7)

★关于依法严惩利用未成年人实施黑恶势力犯罪的意见

(最高人民法院 最高人民检察院 公安部、司法部, 2020-4-23)

★关于对配偶父母子女从事律师职业的法院领导干部和审判执行人员实行任职回避的规定

(最高人民法院, 2020-4-17)

★关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(一)

(最高人民法院, 2020-4-16)

★关于全面加强知识产权司法保护的意见

(最高人民法院, 2020-4-15)

★关于推进破产案件依法高效审理的意见

(最高人民法院, 2020-4-15)

★关于废止《最高人民法院关于办理非法经营食盐刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的决定》

(最高人民检察院, 2020-3-27)

★关于适用《中华人民共和国刑法》第三百四十四条有关问题的批复

(最高人民法院、最高人民检察院, 2020-3-20)

★关于办理涉窨井盖相关刑事案件的指导意见

(最高人民法院、最高人民检察院、公安部, 2020-3-16)

★关于进一步加强国境卫生检疫工作依法惩治妨害国境卫生检疫违法犯罪的意见

(最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、海关总署, 2020-3-13)

★人民检察院、保密行政管理部门办理案件若干问题的规定

(最高人民检察院、国家保密局, 2020-3-12)

最新行政法规

★保障中小企业款项支付条例

(国务院, 2020-7-5)

★关于在中国(海南)自由贸易试验区暂时调整实施有关行政法规规定的通知(涉及《中华人民共和国海关事务担保条例》《中华人民共和国进出口关税条例》《中华人民共和国国际海运条例》《中华人民共和国船舶和海上设施检验条例》和《国内水路运输管理条例》的部分规定)

(国务院, 2020-6-18)

★化妆品监督管理条例

(国务院, 2020-6-16)

★国务院关于修改和废止部分行政法规的决定(修改《中华人民共和国渔业法实施细则》《城市供水条例》《城市房地产开发经营管理条例》《人工影响天气管理条例》《兽药管理条例》《中华人民共和国船员条例》《护士条例》; 废止《防治布氏杆菌病暂行办法》《中华人民共和国公民出境入境管理法实施细则》《开发建设晋陕蒙接壤地区水土保持规定》《药品行政保护条例》《卖淫嫖娼人员收容教育办法》《外国公司船舶运输收入征税办法》《中华人民共和国中医药条例》《中华人民共和国行政监察法实施条例》《疫苗流通和预防接种管理条例》《行政学院工作条例》)

(国务院, 2020-3-27)

★农作物病虫害防治条例

(国务院, 2020-3-26)

《短讯七则》

区委、区司法局领导到“南天明”调研律师工作



3月20日上午，佛山市南海区委郭家新常委、南海区委区府办高小勇副主任、南海区司法局唐建强局长及李颖珊主任、周铭谦副书记一行5人到我所调研律师工作。“南天明”李光主任及所有在所的合伙人参加了调研活动。

郭家新常委等领导首先参观了“南天明”的党建活动室、律师调解室、模拟法庭、档案室、办公室等硬件设施。

调研座谈会上，郭家新常委介绍了此次调研活动的目的，了解律师及律师所的发展情况。

李光主任汇报了“南天明”的发展历程、各主要业务的发展情况、“南天明”的公司化、一体化管理经验。党支部委员肖福来介绍了“南天明”党建工作情况。梁虹、魏剑鸿、程宗利三位副主任介绍了各自分管的专业工作情况。

唐建强局长结合南天明律师事务所汇报的情况，说明南海区

司法局在律师管理工作中主要是做好服务，积极与公检法沟通，业务上鼓励百花齐放。

郭家新常委最后总结说：“南天明”在李光主任的带领下发展得很有特点；在意识形态方面对南天明很放心。维护社会公平、正义，更能体现律师价值，希望律师多支持党委政府工作，多支持司法行政工作！

“南天明”成立未成年人保护志愿服务队

6月20日上午，佛山市南海区第十一届童玩节启动仪式在佛山南海万达广场顺利举行，主题为“童心逐梦·益起成长”，旨在引导儿童少年学会思考、学会关爱、学会互助，我所义工队作为志愿者参与到本次活动。

活动中，南海区未成年人保护律师志愿服务队宣布正式成立。我所合伙人胡丽丽律师作为代表参与授旗仪式，从区检察院未成年人刑事检察科科长手中接过队旗，标志着我所未成年人保护志愿服务队正式成立。

“南天明”义工队一直致力于公益服务、回报社会，现在，又组建未成年人保护志愿服务队，将更有针对性、



更专业地在未成年人法律保护领域践行公益，彰显法律对未成年人保护的重要价值。

助学圆梦,南天明人在行动



7月16日上午,在佛山市高明区夕阳红志愿服务队引荐下,我所主任李光律师、支部书记纪建斌律师带领多名党员及义工队员到佛山市高明区明城镇西村参加“拥抱阳光,圆梦助学”活动,探望在读贫困大学生。

李光等律师与在读贫困大学生们进行深入交流,了解他们的家庭情况、在校学习情况以及各自对未来的职业规划等。最后确定“南天明”与三名在读的贫困大学生结对帮扶,按每人每年8000元的标准资助到他们大学毕业。

“南天明”与华南公证处探索新型合作模式

4月24日,广东南天明律师事务所与广东省佛山市华南公证处签署战略合作协议。华南公证处主任何成辉、副主任陈建堂,南天明所党支部书记纪建斌、副主任梁虹、副主任林世彬及温晓琼、李浩等合伙人出席签约仪式。双方与会人员就如何进一步合作,进行了深入探讨。

此前,双方在证据保存、协议合同、担保提存、继承赠与等领域已开展了良好合作。双方此次签约深化合作,将进一步提升各自服务领域的核心竞争力,更好地满足社会对法律服务的需求。



“南天明”律师的法律援助水平获主管部门认可

5月27日上午,佛山市南海区司法局在南海迎宾馆召开2020年第二季度法律援助工作会议暨骨干律师培训活动,活动中给第三期法援专家、上年度获奖律师颁发了证书。

我所副主任纪建斌律师被续聘为“佛山市南海区第三期法律援助专家顾问团成员”,麦超莹律师主办的援助曾某等73名员工追回441338.69元劳动报酬案荣获“2019年度南海区十大法律援助案例”。

南天明党支部与蒙娜丽莎党总支签约结对共建

4月23日上午，中共广东南天明律师事务所党支部与中共蒙娜丽莎集团党总支在蒙娜丽莎集团总部举办结对共建签约仪式。

南天明党支部书记纪建斌、律所主任李光等4人，蒙娜丽莎集团党总支书记邓啟棠、副书记张旗康等6人参加了本次活动。活动中，纪建斌书记介绍本次“百千万”送法进民企公益法律服务活动的情况及南天明律所的党建工作；邓啟棠书记除了介绍公司发展情况外，重点介绍了通过“强基深化高引领”推动集团党建工作的情况。随后双方就“五个一”活动做了初步安排和计划。最后双方进行赠书和结对共建签约。

双方结对共建后，将陆续开展“五个一”活动，即由蒙娜丽莎集团党总支书记为南天明党员律师上一次党课、双方共同办一次主题党日活动、纪建斌律师围绕蒙娜丽莎



集团发展中遇到的法律问题举办一次法律讲座、南天明党员律师为蒙娜丽莎集团进行一次法治体检、双方在年底共同开一次组织生活会。

“南天明”到龙舟文化基地开展年中团队建设活动



7月11日上午8点，我所全体同事（除工作值班、出差同事外）准时赶到里水镇贤鲁岛的纳德利龙舟文化基地参加年中总结和团队建设活动。上午的总结会上，首先由各部门及广州分所、顺德分所的负责人逐一总结上半年工作、介绍下半年措施，交流工作经验。其次，由义工队负责人、各组村居顾问代表汇报相关工作。最后，由党支

部纪建斌书记专题总结党建工作、李光主任全面总结全所业务工作。李光主任强调面对疫情要积极发挥主观能动性，发展新的业务模式，要求大家在接下来的日子里克服困难，努力拼搏，再创佳绩！

从中午的祥龙宴开始是龙舟体验活动。龙舟饭别有风味，接着观看了龙舟文化视频，了解佛山龙舟文化，学习、

练习划行技巧和安全要求，体验龙舟披红点睛仪式和醒龙鼓。最后，参会同事分成五组进行直道竞速赛和龙舟拔河赛，经过小组赛、半决赛、决赛决出两项冠军，隆重举行颁奖仪式。划龙舟，讲究配合一致；争胜负，需要奋勇拼搏。这个团建活动名副其实。



广东南天明律师事务所

GUANGDONG NANTIANMING LAW FIRM

南天明所地址：广东省佛山市南海区桂城街道融通路22号智富大厦29层
电 话：0757-86322900 86322911 86333976 86338187
传 真：0757-86322982 邮编：528200
<http://www.tmlslaw.com> 邮箱：1229937582@qq.com
南天明广州所地址：广州市天河区华夏路16号富力盈凯广场2810单元
电 话 \ 传 真：020-85279836 邮编：510000
南天明顺德所地址：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

