



NANTIANMING WINDOW 南天明之窗

准印证号(粤E)L0180009

二〇二〇年第三期 总第六十五期



本期 要目

股东知情权如何行使
初创企业如何分配股权
整容失败能否要求退一赔三
制造虚假债务可构成诈骗罪
没有征税依据，就是退税依据
《土地管理法》新修改条款对征收和补偿的影响



《唐六典》全称《大唐六典》，是一部关于唐代官制的行政法典，规定了唐代中央和地方国家机关的机构、编制、职责、人员、品位、待遇等，注中又叙述了官制的历史沿革。“六典”之名出自《周礼》，后世缘此设六部，故名。《唐六典》共三十卷，近三十万字。

开元十年（公元722年）唐玄宗李隆基召起居舍人陆坚修《六典》，并亲自制定编写纲目，由集贤院总其事。在中书令张说、萧嵩、张九龄等人的先后主持下，徐坚、韦述、刘郑兰、卢善经等十余人参与修撰。经16年努力，开元二十六年撰成并注释后，于次年由宰相李林甫奏呈皇帝。所以，书题为唐玄宗御撰，李林甫奉敕注。

《唐六典》是唐朝的国家机构组织法。

为适应社会的发展，开元时期唐玄宗进行过一次大规模的政府机构改革，《唐六典》以法典编纂的形式确认、巩固和扩大了机构改革的成果。《唐六典》按照改革后的国家机关体系进行编纂，详尽规定各部门的机构设置、官员编制、职掌权限、各部门之间的关系，以及官吏任用等一系列制度，使大唐帝国的组织架构一目了然，是一部国家机关组织法。

按《唐六典》定制，唐朝政府机构有：

三师、三公：为中央最高顾问。三师即太师、太傅、太保，三公即太

《唐六典》

尉、司徒、司空，皆“训导”“论道”之官，“非道德崇重则不居其位”。

中书门下政事堂：为国家最高权力机构。中书省主出令，门下省主审议，尚书省主奉行。中书、门下省乃是“佐天子而统大政”的决策机关。

御史台：为中央最高监察机关，设台院、殿院、察院。

尚书六部：国家行政中枢，每部又分设四个司。吏部，设吏部、司封、司勋、考功四司；户部，设户部、度支、金部、仓部四司；礼部，设礼部、祠部、膳部、主客四司；兵部，设兵部、职方、驾部、库部四司；刑部，设刑部、都官、比部、司门四司；工部，设工部、屯田、虞部、水部四司。

此外，还有九寺（太常寺、光禄寺、大理寺、鸿胪寺等）五监（国子监、军器监、百工监等）十二卫（左右监门卫、左右千牛卫、左右羽林军等）等中央政府办事机构及东宫、后官、王府等皇家事务机构。

地方机构主要有：道：为地方监察区，全国分为10道，后来增划为15道；府、州：为地方一级行政区；县：为地方二级行政区；都护府：为边区地方最高行政机构，所属机构如州府之制。

《唐六典》是唐朝的职官编制法

为防止机构和冗员膨胀，历代统治者都非常重视职官编制立法。《唐六典》是盛唐官制成熟与定型的一大标志，它明确了这一时期天下官员的总数。“凡诸司置官，皆有定制”是《唐六典》的一大追求与特色。

“定制”的重要内容就是定岗、定责、定编、定级。例如：“御史台”

先列“御史大夫一人，从三品；中丞二人，正五品”，然后叙其职掌：“御史大夫之职，掌邦国刑宪典章之政令，以肃正朝列，中丞为之贰”，最后再叙其相关的业务规章制度。这使得全书虽然规模宏大，但却条分缕析，纲目清楚。

《唐六典》对政府机关编制员额的规定还有刑法保障。《唐律·职制律》规定：“诸官有员数，而署置过限，及不应置而置（谓非奏授者），一人杖一百，三人加一等，十人徒二年。”即如果违反规定，主管官要按妄增的人数，负刑事责任。

《唐六典》的历史地位

《唐六典》结束了唐朝前期行政法律规范庞杂无序，同一个部门的职守、法规，散见于令、格、式几大部类之中，征引、查找都十分繁琐的局面。此前，中国的法典基本上是刑法典，《唐六典》标志着中国法制史上出现了刑法典和行政法典双峰并立、二水分流的新局面。

《唐六典》将当时最常用和最重要的令、式及有关典制，分门别类地摘录、归入到中央三省、六部、九寺、五监、十二卫、东宫、后官、王府等国家机关和州、县等地方机关以及各类职官中去。创构了一个规模宏大、纲目清楚、叙述规范的编纂体例，让使用者一目了然，其立法技术继往开来，显示出独树一帜的进步性和优越性。

《唐六典》是现存最早的完整的行政法典性质的文献，它不仅是唐代立法活动的一个卓越成就，而且对后世行政立法的发展，特别是对唐以后历代会典的编纂具有深远影响，在中国行政立法史上具有重大意义。

值班律师与认罪认罚从宽制度落实

前不久，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部共同发布《法律援助值班律师工作办法》(以下简称《办法》)。这意味着值班律师工作规范化制度化建设取得新的进展。

司法部等五部门有关负责人就《办法》有关问题回答记者提问时指出：习近平总书记多次对法律援助工作作出重要指示。2018年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》确立了值班律师制度，2019年中办、国办印发《关于加快推进公共法律服务体系建设的意见》，明确提出“加强法律援助值班律师工作，推进法律援助参与认罪认罚从宽案件办理工作，依法保障刑事诉讼当事人合法权益”。《办法》的制定与实施，对于促进公正司法和人权保障，深化依法治国实践，具有重要的意义。

《办法》共五章三十六条。第一章“总则”，规定了《办法》的制定目的和依据，明确了值班律师的内涵、工作原则、组织实施部门及相关职责。第二章“值班律师工作职责”，明确了值班律师的法定职责，细化了值班律师提供法律咨询、帮助申请变更强制措施、犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书在场提供法律帮助的具体要求。第三章“法律帮助工作程序”，规定了人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关在保障值班律师工作中应当履行的义务，法律援助机构及值班律师履职要求，值班律师会见、阅卷权利的保障等。第四章“值班律师工作保障”，规定了法律援助工作站的设

置、值班律师工作管辖、法律帮助补贴标准，明确建立值班律师各项工作制度，健全人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关会商通报机制，以及司法行政机关、法律援助机构、律师协会对值班律师履行相应的监管和指导职责。第五章“附则”，明确了国家安全机关、中国海警局、监狱履行职责涉及值班律师工作的，适用办法中关于公安机关的规定，废止“两高三部”《关于开展法律援助值班律师工作的意见》。

《办法》主要有四大亮点：

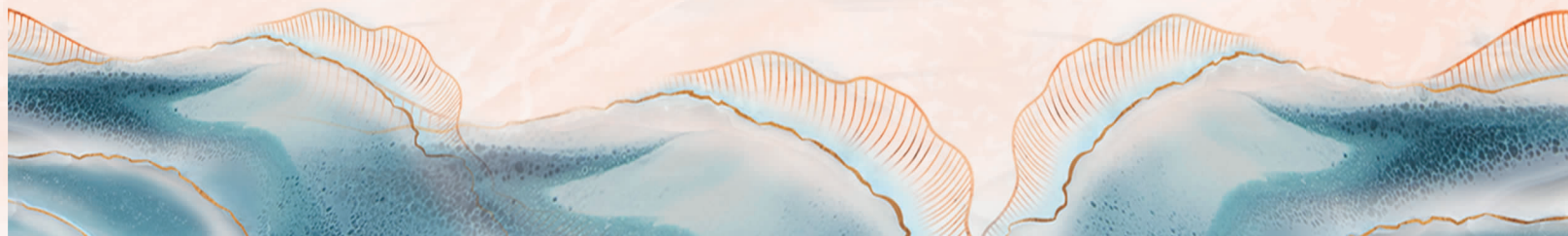
一是进一步明确了值班律师提供法律帮助的内容与范围。刑事诉讼法以及“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》对值班律师的工作职责作出了相应的规定。在此基础上，《办法》第二章以专章的形式，规定了值班律师工作职责，对法律帮助的主要事项、认罪认罚案件中的法律帮助内容、法律咨询的具体内涵等作出了详细的规定，为法律援助值班律师如何依法履职和开展工作，设计了一套实用且全面的操作指南。

二是注重强化值班律师提供法律帮助的刚性力，规定了检察机关说理机制。在实践中，值班律师虽然可以就认罪认罚案件的法律适用问题提出意见。但是，对于司法机关是否听取的问题，尤其是对于司法机关“听不进去”的情形，缺乏相应的保障规定。为此，《办法》建立了检察机关说理机制。如《办法》第八条规定，在审查起诉阶段，犯罪嫌疑人认罪认罚的，值班律师可

以就法律规定的事项向人民检察院提出意见。值班律师对前款事项提出意见的，人民检察院应当记录在案并附卷，未采纳值班律师意见的，应当说明理由。这不仅有助于鼓励值班律师积极提供法律帮助，也从机制上强化了值班律师参与的有效性及其法律帮助的质量。

三是防止签署具结书值班律师在场的形式化问题。《办法》第十条规定，值班律师对人民检察院量刑建议、程序适用有异议的，在确认犯罪嫌疑人系自愿认罪认罚后，应当在具结书上签字，同时可以向人民检察院提出法律意见。犯罪嫌疑人拒绝值班律师帮助的，值班律师无需在具结书上签字，应当将犯罪嫌疑人签字拒绝法律帮助的书面材料留存一份归档。这就有助于防止值班律师的参与活动流于形式，使其真正通过提供有效的法律帮助来更好地保障人权。

四是全流程优化值班律师工作运行机制。《办法》在已有法律规定的基础上，第三章专章规定了法律帮助工作的主要程序及其流转等问题，第四章专章规定了值班律师工作保障的各项要求与制度安排。这些规定不仅将法律援助值班律师的工作流程、工作要求、工作方式等问题进行了详细的规定，也使值班律师制度的全流程运行机制得以建立起来。与《办法》其他章节的内容可以更好地相互协同，使我国法律援助值班律师制度及其日常工作的全流程得以优化，值班律师工作机制更为科学、流畅和高效。





南天明之窗

2020年第3期

总第65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.tnslaw.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12月2日

印 数：3000本

目录 CONTENTS

法律典故

01-《唐六典》

行业聚焦

02-值班律师与认罪认罚从宽制度落实

律师论坛

05-房地产管理体制法治化探究(纪建斌)

08-关于律师参与信访工作的思考(吴岱昕)

税法专题

09-没有征税依据，就是退税依据(高丽华)

10-我拿的薪酬是税后的吗？(巫嘉欣)

涉外法务

11-涉外夫妻财产关系的法律适用(廖彩灵)

12-涉外运输合同中托运人行使变更履行权利

应遵循公平原则(古海涛)

融资上市

13-从蚂蚁金服宣布上市谈股权架构(李侃童)

16-对赌协议是利器还是毒药？(邓锦欣)

行政法务

17-“政府信息不存在”的举证方式(王少猛)

公司法专题

19-股东知情权如何行使(林慧敏)

20-公司为股东股权转让提供担保的效力问题(杨 东)

知识产权

21-药品说明书能否受著作权法保护(汤建城)

22-浅谈商标的淡化(高成波)

房产看法

- 23-农村集体经济组织的民主议定程序对土地流转合同效力的影响（胡丽丽）
- 24-不可抗力对租赁合同履行的影响（钟嘉嵘）
- 25-房屋存在轮候查封时能否要求继续履行房屋买卖合同？（黄淑瑶）

刑事话题

- 26-制造虚假债务可构成诈骗罪（叶伟英）
- 27-转化型抢劫是否可以认定为正当防卫（刘诗雨）

企业关注

- 29-用人单位调岗调薪的合法性分析（陈敏怡）
- 30-初创企业 如何分配股权（郑庆柱）
- 32-如何出具离职证明？（梁晓彤）

评案论法

- 33-如何认定保本投资协议的性质？（岑景源）
- 34-关于同人文学法律纠纷的案例解读（何卓凡）
- 35-“试管婴儿”案例评析（何雪欣）

市民话题

- 36-整容失败能否要求退一赔三？（麦超莹）
- 37-中介跑路，租客和房东怎么办？（吴 珺）
- 38-婚内债务焦点：配偶对外负债，我需要偿还吗？（李松花）

新法解读

- 40-《土地管理法》新修改条款对征收和补偿的影响（莫君仪）
- 41-对《民法典》规制“性骚扰”的解读（何嘉欣）
- 42-《民法典》试用合同新规浅析（肖福来）

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-短讯六则

房地产管理体制法治化探究

□ 纪建斌

【摘要】

法律制度为现阶段社会生产生活的各方面提供重要保障，从法律角度逐步完善和健全房地产管理体制，将能够更好发挥其作用和优势。本文主要从房地产市场调控政策的法治化分析入手，重点介绍产业政策、金融政策以及税收政策方面的相关内容，并阐明从法律角度管控房地产管理体制的重要性，提出一些科学可行的完善建议，为更好推进房地产管理体制的健康稳定运行提供一定参考。

【关键词】 法律层面 房地产管理体制 房地产市场

1. 前言

房地产行业是现代经济发展的重要组成部分，其对于人们生活、社会经济增长具有重要影响。我国现阶段房地产管理体制实际运行过程中还存在着一些问题，影响到了产业健康发展运行，不利于房地产市场的稳定发展，从法律层面进行细致分析和研究，积极采用科学合理的方式和手段加以完善和优化，将能够起到良好效果。

2. 法律视角下调控房地产市场的政策

2.1 产业政策

从法律层面分析和管控房地产市场，提升房地产管理体制的总体应用效果，可以发挥积极作用。实际调控房地产市场的过程中，该项工作包含实体内容和程序性规范，前者为土地规划、土地供给计划等方面，后者则是有效实施土地相关

计划内容的规范。强化法律制度的调控，能够在很大程度上确保房地产计划的顺利实施，有效约束相关主体。房地产是国民经济中的先导型产业和支柱型产业，国家为其出台多种优惠措施，这主要是集中在鼓励规模经济方面的政策；同时国家还为房地产市场秩序混乱现象、投资过热现象出台一定限制性措施实现调整目标。

2.2 金融政策

金融部门的大力支持，是构建成熟房地产市场的重要前提，为促进该项工作的顺利开展，需要加强法律制度。金融政策通过法律法规的形式，给房地产各项经营业务的有效开展提供合理的金融服务，其中包含经营贷款、土地开发贷款、住房抵押贷款、股票以及土地债券方面。如果房地产市场实际运行过程中面临投资不足的情况，可发挥积极货币政策扶持作用；而反之，当市场运行处在投资过热的情况下，需要将房地产市场中货币资金的实际投放量加以控制。

2.3 税收政策

房地产市场调控活动中，充分发挥税收政策的优势可以起到良好效果，其中主要是针对开发、管理以及转让等环节进行的，采用单一或者多种组合措施，如开征、减免以及停征等，灵活调控整个房地产市场。税收法定主义是现阶段税收工作的基本原则，为提升房地产市场总体调控效果，也需要坚持税法这一依据，针对房地产纳税主体、税收种类、优惠政策以及税率等方



纪建斌 律师

面内容进行科学制定。

3. 房地产管控体制法治化的重要性

房地产管理体制在有效应用过程中，存在着一定不足，主要表现在以下几个方面：

第一，管理任务存在着模糊性。该项工作包含较多方面，涉及到多种环节，需要强化不同部门之间的联系。现实工作中，分配管理任务环节不够明确细致，容易引发一些问题；设置的管理机构不够健全，效用不佳，一些地区仅有建设职能机构，虽然能够落实基础任务，但是无法有效提升房地产整个行业运行的管理质量和效率。

第二，政府干预性较强。政府严格管制房地产行业，尽管能够在一定程度上优化配置和利用各项土地资源，但是在市场经济深入发展过程中，政府管制过多，将会制约整个行业的健康稳定运行。

第三, 房地产管理体制不够统一集中。地区特征会给房地产行业发展产生较大的影响, 主要是体现在管理基础、管理范围以及管理条件等方面, 为有效强化科学调控效果, 需要设置出匹配度较高的机构开展管理工作, 同时还要设置好一些针对性较强的管理内容^[1]。

房地产在社会经济建设与发展过程中占据重要地位, 房地产管理体制充分有效调控整个房地产市场, 加强法律层面的管控, 能够为房地产管理体制的顺利实施提供准确的支持和依据, 切实采用科学合理的法律政策, 能够有效提升房地产业实际发展水平。

4. 房地产管理体制法治化的完善建议

4.1 持续完善经营管理体制

房地产管理体制在良好调控市场运行, 促进行业健康发展方面发挥着积极作用。

第一, 当前房地产行业发展过程中, 需要注意提升市场自身调节能力, 使其更好适应市场经济体制的内在需求, 同时还要注重发挥政府的监督工作, 促进中央政府和地方政府之间保持着密切联系和协调, 持续提升监管工作实施力度, 及时发现房地产市场运行中的一些不良行为, 并加以有效处理和解决, 全面增强整个行业的经营管理能力。

第二, 从立法角度不断健全房地产相关法律法规, 为房地产管理体制的良好构建和运行提供法律支持。从我国国情和房地产行业实际情况出发, 持续健全法律, 给经营管理工作的合法、合理化发展奠定基础。

第三, 房地产市场发展过程中容易受到多种因素的影响, 发生一些混乱问题, 不利于整个产业的健

康稳定发展, 针对这种情况, 需要持续优化房地产法律体系, 减少政府的过度干预行为, 提升法律法规的可操作性^[2]。

4.2 建构合理价格管理体系

地价和房价是房地产市场中的核心问题, 为有效解决此类问题, 需要在法制化管理角度中纳入房地产的相关价格因素。

第一, 房地产行业发展过程中, 为有效确定好合理的地价和房价, 需要有效使用法律法规作为支持, 为使其形成价格确定的依据, 还需要注重采用固定化的形式。

第二, 房地产跟社会公众的日常生产生活息息相关, 其价格和消费者、开发商、国家利益密切相关, 因而在实际确定价格的过程中, 相关价格评估机构要保持着强烈的责任意识。而政府也要注重将宏观指导价加以定期公布, 尤其是最高限价和最低价。

第三, 在法律层面保护房地产价格管理体系的运用效果, 建议使用“高空建筑权”, 加强法律的保护效果, 这一权力是针对高层建筑进行的, 通过设定好一定的楼层, 超过其层级的则由国家、集体掌握其土地使用权。

4.3 切实完善税收法规

税收法治化在有效强化房地产管理体制运行效果方面发挥着重要作用, 具体实施过程中, 要做到:

第一, 使用差异化税率。这是从房地产种类出发而采取的策略, 如按照房地产建筑用途、种类的具体情况, 选择使用不同的税率, 从而促进普通居民住房的售价得以稳定, 并鼓励开发一些中低档住宅建筑^[3]。

第二, 积极分析、清理、取消一些不合理收费现象, 从而有效降低房地产开发商的生产经营成本,

从而减少房价上涨情况。在房地产行业发展中的一些必要收费项目中, 可以达到“以税代费”效果, 有效防止随意征收费用的情况发生。不断健全税收相关法律, 合理扩展其在房地产市场中的调控范围, 为房地产管理体制的有效运行提供良好的支持。

第三, 在国内房地产管理体制发展过程中, 积极发挥税收政策的优势和作用, 可以有效借鉴国外的先进经验和法律政策, 例如所得税方面。

4.4 健全金融法律制度

实际有效促进房地产管理体制的稳定运行, 发挥其应有的作用和价值, 需要注重不断健全和优化金融法规。各大商业银行要高度重视房地产信贷部的相关工作, 为便于管理和拓展金融业务, 可以建设专门的住房储贷银行。从房地产管理体制工作开展情况出发, 建设专门的房地产信用制度, 为房地产行业发展中的具体贷款方式、信贷规模和利率水平提供有效控制依据。切实开展房地产相关项目管理工作, 尤其是注重把握和房地产关联度较大的金融项目, 如融资、住房公积金等^[4]。

5. 结束语

房地产管理体制实际发展过程中还存在着一定不足, 影响到房地产行业的健康发展, 需要从法律角度入手, 积极采用科学合理的方式加以应对, 如通过持续完善经营管理体制, 建构合理价格管理体系, 切实完善税收法制, 以及健全金融法律制度, 可以起到良好效果。

【参考文献】

- [1] 吴兰花. 从法律角度看房地产管理体制 [J]. 智富时代, 2019 (3): 82-82.

[2] 胡金红. 健全房地产安全管理体系必要性的研究——评《房地产全生命周期安全管理:体系与实施》[J]. 中国安全科学学报, 2018 (6): 121-122.

[3] 王仙菊. 我国房地产法律制度及其经济法律关系 [J]. 河北企业, 2019 (6): 00101-00102.

[4] 王晓轩. 房地产信托相关法律问题研究 [J]. 福建茶叶, 2019 (4): 00258-00259.

(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, 被评为“全国优秀律师”。作者交流电话 13535813651)

(上接第08页) 律师团队是依靠向他人提供专业法律服务获得报酬的, 所以在政府层面上为了更好让律师团队开展工作, 适当提高律师

参与信访工作的经费保障, 提高律师参与信访工作的相关待遇。再者就是建立激励机制, 可以通过宣传、表彰等方式, 让积极参与、能

真正帮助解决信访问题的律师和律师所, 能提高声誉, 提升品牌价值。

(作者交流电话: 13226677062)

(上接第09页) 后有退税, 如果征税依据都没有了, 税务机关凭什么还拿着纳税人的钱? 纳税人问税务机关拿回自己的钱, 反被要求提供依据, 岂不怪哉。

【结语】

或许站在税务机关实务工作的角度, 税务机关要想作出退税决定是需要考虑多方面因素。但税务机关的工作顾虑不应让纳税人背锅,

针对税收法律未规定的情形该如何处理, 需要税务机关运用行政合理性原则, 正确行使自由裁量权, 实现税收公平。

(作者交流电话: 13543676976)

(上接第10页) 也有可能要纳税人自噎苦果了。

【结语】

新个税法的实施之后, 我们要特别注意扣缴义务人是否有为我们

代扣代缴个人所得税, 必要时可以向扣缴义务人索取完税凭证, 确保我们的收入是税后收入。同时也可以我们在合同中约定清楚工资或者劳务报酬是税前还是税后, 税款由哪一方承

担。如果我们约定的价款是税后价款, 且税款由对方承担, 但是对方没有履行代扣代缴义务的, 我们可以尝试通过民事诉讼向对方追讨。

(作者交流电话: 13794012264)

(上接第11页) 由于婚姻家庭关系与不动产物权关系交织在一起, 更应厘清不同冲突规范的选用标准。

(二) 未雨绸缪, 如何维护自身权益。

(1) 结合夫妻财产情况, 选择对己有利的夫妻财产制度。

充分了解相关国家的法律规定, 涉外夫妻根据双方的婚姻家庭特点、经济发展状况、基本法律制度等诸多因素, 综合考量采用何种夫妻财产制度。例如法国将夫妻财产制度确立为共同财产制、分别财产制以及婚后所得参与制的综合财产制度, 而美国的大部分州主要采用夫妻分别财产制。

(2) 婚姻存续期间以书面形式约定夫妻双方的财产适用法律。

从经常居所地法律、国籍国法律、主要财产所在地法律中确定夫妻财产关系适用的法律, 以避免夫妻一方或双方通过善意或恶意的行为, 促使国籍或经常居所地发生变动, 从而使涉外夫妻财产关系适用的法律也随之发生变动, 破坏夫妻财产关系的稳定性。

(3) 正确选择适用法律, 最大程度地保护自己的利益。

一旦产生纠纷, 可以在专业人士的帮助下, 尽可能充分了解相关国家的法律规定。合理选择诉讼地是保证

法律能够正确执行的前提, 所以在诉讼之前建议综合咨询, 以求达到最佳的诉讼效果。在案件的审理过程中, 也可以灵活运用其他国家已经生效的相关判决, 在纠纷解决中获得更多的主动权。

综上所述, 随着涉外婚姻的日益普遍以及涉外投资的大幅增长, 相关夫妻财产纠纷也逐渐增多。越来越多的国家在内国法中对夫妻财产的规定逐渐细化, 在制度完善的同时也带来了更多法律冲突问题。应慎重选择适用法律, 保障自身权益。

(作者交流电话: 13534578818)

关于律师参与信访工作的思考

□ 吴岱昕



吴岱昕

信访，是我国在行政领域为公民提供的一种救济手段，通过投诉、求决等方式，向人民政府提出意见或寻求帮助，以保护其利益。

目前，随着市场经济的迅速发展和法治建设的不断完善，信访问题尤其是涉法涉诉信访问题日趋增加，化解难度不断加大，给信访工作带来沉重压力，给社会稳定增加了很多不安定因素。在开展信访工作中积极探索引入律师接访机制，充分发挥律师专业优势，引导群众通过法律渠道解决问题，在解决信访问题、化解社会矛盾、维护秩序稳定等方面起到了很大作用。例如，佛山市南海区从2010年开始通过公职律师参与、购买第三方律师服务等方式引入律师团队介入信访工作，提高了信访办理质量与访前分流率。

为适应社会矛盾多元化发展趋

势和信访法治化建设工作要求，通过引入律师参与信访工作，率先在构建社会矛盾多元化解机制上开展了深入的探索，律师、义工、社工、“两代表一委员”、社会调解组织等越来越多第三方力量被引入到信访工作中，将会逐步发展成为化解社会矛盾的多支中坚力量。

信访工作的一个重要特点就是高度涉法性，集中体现为：1、信访案件中大多数是涉法涉诉案件，有许多信访问题存在疑难、复杂的法律关系。2、很多上访群众对其信访问题所涉及的法律进行过专门学习研究或者咨询过专业法律人士，所以上访时谈及其法律性质界定等相关问题时，会与信访部门的工作人员说的“头头是道”。这种情形下，信访部门如果出现不是很专业的答复或者答复得随意一些，就会让他们极不满意，导致其反复上访，问题越来越难以解决。

在法规层面上，《信访条例》第十三条早已明确规定：“设区的市、县两级人民政府可以根据信访工作的实际需要，建立政府主导、社会参与、有利于迅速解决纠纷的工作机制”，“信访工作机构应当组织相关社会团体、法律援助机构、相关专业人员、社会志愿团体等共同参与，运用咨询、教育、协商、调解、听证等方法，依法、及时、合理处理信访人的投诉请求”。国家已从法规层面对律师等第三方力量参与信访工作给予了明确支持，也指明了社会矛盾化解往多元化解发展的总体方向。

在法治属性方面：律师熟悉法律诉讼业务，对法律和政策的理解较为准确，让他们参与信访工作，最大限度的发挥其专业优势，积极为信访案件的处理提出切实可行的法律意见，供有关部门采纳、借鉴，有助于信访案件及时合理合法解决，促进信访工作法治化水平的提升。在中立属性方面：律师是非官方的法律专业人士，处于中立地位，没有处理纠纷的决定权，地位相对超然。在提供法律意见支持、开展矛盾调解化解过程中，当事人面对律师的心理压力相对较小、对抗性也明显减弱，更容易坦诚相对。律师依据自身的认知及经验所提出的化解矛盾纠纷的建议，也更容易被当事人接受和认同。灵活属性方面，相对于诉讼或者司法调解、行政调解，律师参与矛盾纠纷化解的受限性较小，只要能确保当事人的合法权益，可以采取相对灵活的处理方式，例如为当事人解释法律、分析利弊，提出替代性解决方案，商请当事人相互谅解、妥协，化解矛盾纠纷等。

以下是对律师能更好参与信访工作的两点小建议：

1、提高律师团队的政策法规水平，可以向他们提供信访工作岗前培训，主要是通过岗前指导政治理论和业务规范等，让律师团队能够从理论和实践上为信访接待工作打下坚实的基础。

2、提高律师参与信访工作财政支持力度，建立完善律师参与信访工作激励机制。（下转第07页）

没有征税依据，就是退税依据

□ 高丽华

【案例】

2009年3月3日，刘玉秀签订《商品房预售合同》，购买案涉房屋，房屋登记在刘玉秀名下。2009年3月6日，刘玉秀与刘欣登记结婚。2010年1月26日，刘玉秀与刘欣协议离婚，并约定案涉房屋归刘欣所有，刘玉秀协助办理过户。2010年4月，刘玉秀与范旭东因民间借贷纠纷诉至法院，双方达成和解后由法院制作民事调解书，确定刘玉秀在约定时间偿还借款，逾期未还款的，刘玉秀应将案涉房屋抵债，后范旭东申请了法院强制执行。

2011年9月5日，刘玉秀向西城税务局第七税务所缴纳了营业税、城市维护建设税、教育费附加等税款。

2012年，刘欣起诉刘玉秀，要求判令将涉案房屋过户到刘欣名下，经审理，法院判决刘玉秀协助刘欣办理不动产变更登记手续。现涉案房屋已登记于刘欣名下。2012年4月20日，法院判决撤销刘玉秀与范旭东达成的民事调解书。

2016年12月13日，刘玉秀向西城税务局提出退税申请，请求退还其于2011年9月5日缴纳的营业税42500元、城市维护建设税2975元、教育费附加1275元，共计46750元。2016年12月26日，西城税务局作出《被诉通知书》，对刘玉秀的退税申请不予审批。理由主要有：一是超过三年退税申请期限；二是认为纳税人提出交易失败，税局应退税的主张，没有法律依据，不能成立。2017年1月9日，刘玉秀提出行政复议

申请，复议机关维持西城税务局的决定。刘玉秀不服，遂将税务机关诉至法院。

〔上述事实摘自（2019）京2行终964号行政判决书，裁判日期系2020年4月28日〕

【分析】

笔者赞同法院的判决，认为税务机关应该给刘玉秀办理退税。并分析如下：

一、当年缴纳的税款自交易取消后已不再是税款

一审法院认为，刘玉秀曾缴纳的税款自其与范旭东基于以房抵债的行为不具备法律效力时，已不符合税的根本属性。通俗点就是，刘玉秀当年缴纳的营业税、城市维护建设税、教育费附加，因原交易取消，款项的性质发生了改变，不再属于税款，就是一笔错放在国家兜里的属于纳税人的钱。严格来说，刘玉秀所谓的申请退税，也并不是退税，而是要求税务机关返还财产。既然如此，本案不适用《税收征管法》第五十一条规定。

二、超额税款才适用三年退税申请期限

退税制度的理解与适用问题，一直争论不休。大体上分为两派意见，恰好就是刘玉秀和西城税务局各自观点。一方认为曾缴纳的税款不再属于税款性质，不适用三年退税申请期限的限制；另一方认为纳税人申请退税应该受三年时限限制，法律不保护躺在权利上睡觉的人。笔者认为，《税收征管法》第五十



高丽华 律师

一条适用的前提是“超过应纳税额缴纳的税款”。前提条件一是纳税人负有纳税义务，二是缴纳的税款超过应纳税额，申请退税时才受三年时限。本案中，当民事调解书被撤销后，刘玉秀不再负有纳税义务，其以缴纳税款名义实际缴纳的款项，自然不受三年时限。

三、没有征税依据，就是退税依据

现行税收法律法规中，有退税条件的明文规定，例如刚提到的《税收征管法》，再如针对退还契税方面的规定，加上税务机关内部反复强调“法无授权不可为”“税收法定原则”等执法准则，导致遇到纳税人申请退税时，税务机关形成条件反射——退税必须要有依据，如果找不到相应依据，就不退税。事实上，这是一个逻辑错误。先有征税，（下转第07页）

我拿的薪酬是税后的吗？

□ 巫嘉欣



巫嘉欣 律师

新个税法实施以来，大家感受到了实实在在的税收优惠，子女教育、住房贷款利息、住房租金、赡养老人等六大项目都可以进行专项扣除。但是大家在沐浴个税改革春风时，也不要掉以轻心，还要向扣缴义务人了解清楚自己拿到的钱是不是税后的，否则就有可能需要自行办理纳税申报（自行缴纳个税）。

一、支付所得的单位或者个人为扣缴义务人，应代扣代缴个人所得税。

《个人所得税法》第九条第一款规定，“个人所得税以所得人为纳税人，以支付所得的单位或者个人为扣缴义务人。”扣缴义务人每月或者每次预扣、代扣的税款都应当在次月15日内缴入国库，并向税务机关报送扣缴个人所得税申报表。

根据上述规定，纳税人取得的工资薪金、劳务报酬、稿酬等收入，

都是由扣缴义务人代扣代缴个人所得税后才向纳税人支付，也就是俗称的税后收入。纳税人在正常情况下无需进行个人所得税的纳税申报。同时，如果扣缴义务人没有履行扣缴义务为纳税人代扣代缴个人所得税，那么税务机关除了向纳税人追缴税款以外，还将对扣缴义务人进行罚款并且责成扣缴义务人限期将应扣未扣、应收未收的税款补扣或补收。

二、新个税法实施后，扣缴义务人没有按照规定代扣代缴个人所得税的，个人需要自行办理纳税申报。

《个人所得税法》第十条第（三）项规定，取得应税所得，扣缴义务人未扣缴税款，纳税人应当依法办理纳税申报。第十三条第二款规定，纳税人取得应税所得，扣缴义务人未扣缴税款的，纳税人应当在取得所得的次年六月三十日前，缴纳税款；税务机关通知限期缴纳的，纳税人应当按照期限缴纳税款。

个人所得税法规定，扣缴义务人没有扣缴个人所得税是纳税人需自行办理纳税申报的情形之一，明确了纳税人有纳税申报的义务。这一规定，其实是对扣缴义务人没有履行扣缴义务后续救济措施的补充，纳税人不能再理所当然的以为扣缴义务人必定会帮我们扣缴个人所得税，也不得坐以待毙税务机关追缴税款，而是要主动进行纳税申报。

三、纳税人自行办理纳税申报背后风险重重

值得大家注意的是，个人所得税法规定扣缴义务人没有履行扣缴义务代扣代缴个人所得税时，纳税人需要自行纳税申报。这一规定，给各位纳税人带来的绝不仅限于一项义务，还有规定背后隐含的风险。

首先，根据《税收征收管理法》第六十二条规定，纳税人未按照规定的期限办理纳税申报和报送纳税资料的，或者扣缴义务人未按照规定的期限向税务机关报送代扣代缴、代收代缴税款报告表及有关资料的，由税务机关责令限期改正，可以处二千元以下的罚款；情节严重的，可以处二千元以上一万元以下的罚款。新个税法实施以前扣缴义务人没有为纳税人扣缴个人所得税，税务机关一般会处罚扣缴义务人。如今，纳税人没有按时、按规办理纳税申报，也存在被税务机关处罚的风险。

接着，《关于个人所得税自行纳税申报有关问题的公告》（国家税务总局公告2018年第62号）第一条第二款规定，需要办理汇算清缴的纳税人，应当在取得所得的次年3月1日至6月30日内，向任职、受雇单位所在地主管税务机关办理纳税申报，并报送《个人所得税年度自行纳税申报表》。对于部分实际工作地点与任职、受雇单位不一致的纳税人来说，自驾过百公里、购买一张高铁票或是一张飞机票，回到用人单位所在地办理纳税申报，也是有可能存在的。只是这其中产生的交通费、误工费等损失，如果没有事前的约定，（下转第07页）

涉外夫妻财产关系的法律适用

□ 廖彩灵

2020年6月29日,甘薇因不履行法律文书确定的义务而被上海市高级人民法院发布公告限制出境。回顾乐视控股集团创始人贾跃亭与甘薇离婚一案,假设本案中甘薇在美国法院提起离婚诉讼,根据贾跃亭在美国居住近3年,其次请求分割夫妻的部分财产在美国境内,再之,贾跃亭向美国法院申请个人破产重组的情况下,美国法院更有可能识别该案件为涉外离婚诉讼,但该案涉及的财产分割部分,美国各州对婚姻也有独立的立法权,适用的财产制度和离婚财产分配制度也不同。因此,随着跨国民事交往日益繁多,跨国婚姻也不断增多,随之形成的涉外夫妻财产关系法律适用该如何确定,当事人该如何选择法律的适用,才更有利于保障自身权益。

(一) 涉外夫妻财产关系的法律适用的确认问题

(1) 夫妻意思自治为前提,按照应按法律条文规定的顺序适用。

在我国涉外婚姻情形主要包括:①一方为外国人一方为中国人;②双方均为外国人,在中国境内长期居住或主要财产所在地在中国;③双方均为中国人,婚姻缔结地在国外。根据我国《涉外民事关系法律适用法》第24条规定:“夫妻财产关系,当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的,适用共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法律。”可见,涉外夫妻财产关系的法律适

用首先由夫妻当事人意思自治,即至多可以由夫妻双方三个法域的法律中进行选择;夫妻意思自治缺位时,按照规定应首先适用共同经常居所地法律。

(2) 涉外夫妻不动产财产关系的法律适用

关于涉外夫妻不动产财产关系,我国法律规定有上述《涉外民事关系法律适用法》第二十四条以及第三十六条规定:“不动产物权,适用不动产所在地法律。”根据第三十六条规定,在涉外婚姻中,夫妻双方对位于中国大陆境内的不动产,因确认不动产所有权而引发的纠纷,应由不动产所在地人民法院管辖,并适用不动产所在地的法律,即中国的法律作为准据法。在第二十四条和第三十六条中存在冲突规范,该如何选择来确定涉外夫妻财产关系?

陈某与其妻子谢某原为中国籍,随后均加入美国籍,于2004年1月在我国香港地区结婚。2009年4月,陈、谢夫妻二人购买位于上海的房产,登记在男方陈某名下。2014年3月,后夫妻双方感情淡漠,陈某提起离婚诉讼并要求随该房产进行分割。争议期间,陈某长居上海,谢某长居美国。一审法院认为适用第36条,夫妻双方有共同财产在上海,虽谢某长期在美国生活,但其在我国法院提起离婚诉讼,故因离婚案件而引起的法律纠纷,适用我国法律。二审法院认为,陈、谢二人均为美国公民,应当适用第24条规定予以确定涉案房屋是否为夫妻共同财产。二人近年来无共同经常居所



廖彩灵 实习律师

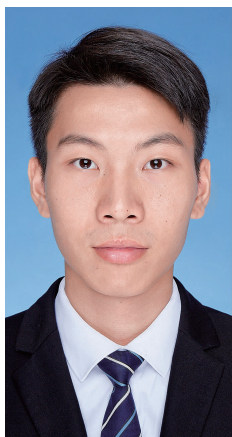
地,故应适用双方共同国籍国即美国法律确定涉案房屋的归属。由此可见,实践中司法裁判对这一问题的处理结果也不尽相同,第24条与第36条所保护的权益侧重点不同,第24条侧重于对内调整夫妻财产关系,第36条侧重于规范不动产物权的对外效力。

第24条将当事人的共同国籍国、共同经常居所地作为冲突规范适用的两个重要的连结点,但第24条的适用仅限于因夫妻身份关系而产生的财产权益,而不涉及第三人的利益。若不动产所有权纠纷涉及第三人利益,或者并非基于夫妻身份关系而产生的财产争议,笔者认为,则应将其归于涉外不动产物权关系,适用第36条的规定更有利于保障权利人的物权。

综上所述,在涉外夫妻财产关系中的财产为不动产时,(下转第07页)

涉外运输合同中托运人行使变更履行权利应遵循公平原则

□ 古海涛



古海涛 实习律师

【典型案例】

2014年6月，浙江隆达不锈钢有限公司（以下简称“隆达公司”）由中国宁波港出口一批不锈钢产品至斯里兰卡科伦坡港，货物报关价值为366918.97美元。隆达公司通过货代向A.P.穆勒-马士基有限公司（以下简称马士基公司）订舱，涉案货物于同年6月28日装载于4个集装箱内装船出运，出运时隆达公司要求做电放处理。2014年7月9日，隆达公司通过货代向马士基公司发邮件称，发现货物运错目的地要求改港或者退运。马士基公司于同日回复，因货物距抵达目的港不足2天，无法安排改港，如需退运则需与目的港确认后回复。次日，隆达公司的货代询问货物退运是否可以原船带回，马士基公司于当日回复“原船退回

不具有操作性，货物在目的港卸货后，需要由现在的收货人在目的港清关后，再向当地海关申请退运。海关批准后，才可以安排退运事宜”。2014年7月10日，隆达公司又提出“这个货要安排退运，就是因为清关清不了，所以才退回宁波的，有其他办法吗”。此后，马士基公司再未回复邮件。

涉案货物于2014年7月12日左右到达目的港。马士基公司应隆达公司的要求于2015年1月29日向其签发了编号603386880的全套正本提单。根据提单记载，托运人为隆达公司，收货人及通知方均为VENUSSTEEL PVT LTD，起运港中国宁波，卸货港科伦坡。2015年5月19日，隆达公司向马士基公司发邮件表示已按马士基公司要求申请退运。马士基公司随后告知隆达公司涉案货物已被拍卖。

【判决情况】

一审法院认为：隆达公司系涉案货物托运人且持有全套正本提单，马士基公司系承运人，双方当事人之间成立海上货物运输合同法律关系。货物到港前，隆达公司要求马士基公司改港或者退运，但马士基公司已明确告知货物距抵达目的港不足2天，无法安排改港或退运。货物抵港后，隆达公司作为涉案货物的托运人和正本提单持有人，理应及时关注货物状态并采取有效措施，但直至货物被海关拍卖长达半年时间内，隆达公司均未采取自行提货

等有效措施，相应货损风险应由隆达公司承担。据此判决驳回隆达公司的诉讼请求。

二审法院作出了截然不同的判决。认为：根据《合同法》第308规定：“在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，但应当赔偿承运人因此受到的损失。”本案中，涉案货物于2014年7月12日到达目的港，在此之前的7月9日，隆达公司通过货代向马士基公司申请改港或者退运。依据以上法律规定，隆达公司作为涉案货物的托运人，在货物交付收货人之前，可以要求承运人马士基公司改港或者退运。若马士基公司采取措施配合隆达公司变更或解除合同，依法可向隆达公司主张相应损失。因此，二审法院支持了一审原告的部分诉讼请求。

最高院再审后认为：（一）《海商法》未就航程中托运人请求变更运输合同的权利予以规定，故本案可适用合同法的有关规定。因为海上货物运输具有特殊性（运输量大、航线固定等），本案中因为承运船舶距离到达目的港只有两三天时间的情形下，马士基公司主张由于航程等原因无法安排改港、原船退回不具有操作性，客观合理。因此马士基公司无需为涉案货物安排改港或者退运。（二）关于马士基公司是否应当赔偿隆达公司的货损问题，（下转第15页）

从蚂蚁金服宣布上市谈股权架构

□ 李侃童

2020年7月20日，蚂蚁科技集团股份有限公司（以下简称“蚂蚁金服”）宣布，启动科创板和港交所主板同步发行上市的计划，以进一步支持服务业务数字化升级并扩大内需。消息一出，蚂蚁整层楼“发出财富自由的声音”即刷爆网络。据市场分析，蚂蚁金服本次上市，估值至少2000亿美元，约合1.4万亿人民币。翌日，蚂蚁金服概念股开盘大涨，京能置业、新开普、润和软件、君正集团等纷纷涨停。截至收盘，蚂蚁金服概念股中共有18家股票涨停。

其实，自蚂蚁金服成立以来，上市传言始终不断，毕竟是国内估值最高的“独角兽公司”（所谓独角兽公司，一般指估值10亿美元以上，创办时间相对较短的未上市公司）。2019年底，蚂蚁金服董事长井贤栋就宣布了集团的组织架构调整的计划，彼时，不少对市场敏感的人就嗅到了蚂蚁金服即将有重大举动的味道。至2020年7月中，蚂蚁金服在浙江省市场监督管理局进行了将名称从浙江蚂蚁小微金融服务集团股份有限公司变更为蚂蚁科技集团股份有限公司，并将经营范围作了较大的调整，此时，很多人意识到，蚂蚁金服重启IPO上市计划的时候到了。

（一）蚂蚁金服与阿里巴巴

蚂蚁金服是一家致力于为中国及全球的消费者及小微企业提供普惠金融服务的科技公司，主要依靠持续科技创新及与金融机构开展合作，经营数字支付服务及金融科技平台服务，同时不断推进全球化的

战略。蚂蚁金服核心的“支付”业务及庞大的市场占比份额具有巨大的商业前景，是围绕着支付宝打造的金融集团，拥有强大的盈利能力。

作为普通消费者，很多人都知道蚂蚁金服、支付宝、阿里巴巴，这些都“是马云的”，但搞不清楚他们的关系。追溯支付宝的背景和发展历史，不难发现支付宝本来隶属阿里巴巴旗下，后来经过两次股权转让，现在是蚂蚁金服的全资子公司。

据蚂蚁金服的介绍，蚂蚁金服起步于2004年成立的支付宝，是支付宝的唯一股东。而蚂蚁金服的前身就是在2000年10月19日成立的“浙江阿里巴巴电子商务有限公司”。2013年3月，支付宝的母公司宣布将以支付宝为主体筹建小微金融服务集团。2014年10月，“浙江阿里巴巴电子商务有限公司”即变更名称为“浙江蚂蚁小微金融服务集团股份有限公司”，即现在我们所称的“蚂蚁金服”。时至今日，蚂蚁金服的家族成员包括支付宝、余额宝、蚂蚁花呗、蚂蚁借呗、蚂蚁森林、网商银行、芝麻信用。简单来说，一切跟钱相关的，花钱、赚钱、借钱、省钱的，都与蚂蚁金服相关。

而我们平时所称的“阿里巴巴”，并不是上面提到的“浙江阿里巴巴电子商务有限公司”，而是“阿里巴巴网络技术有限公司”（以下简称“阿里巴巴”），这个阿里巴巴已于2014年9月19日在纽约证券交易所正式挂牌上市。阿里巴巴的注册地并非中国境内，而是在开曼群岛。而



李侃童 律师

且，据阿里巴巴提交的招股文件显示，股东日本软银集团持股占比34.4%，雅虎持股占比22.6%，马云持股占比8.9%，蔡崇信持股占比3.6%。也就是说，阿里巴巴的股东中，外资公司持股的比例高达57%，超过半数。因此，与蚂蚁金服的前身浙江阿里巴巴电子商务有限公司不同，根据公司法，阿里巴巴是一家外资公司。

同时，两家公司不仅在国别上存在差异，在股权架构和组织架构上也有很大差别。阿里巴巴的股权架构是著名的“阿里巴巴合伙人制度”，是众多公司法讲堂的经典案例之同股不同权，也是导致阿里巴巴当时（阿里巴巴在纽交所上市时，上交所还没有成立科创板，深交所的创业板也还未改制）不能在境内证券交易所上市的原因之一。而蚂蚁金服集团则采用了有限合伙企业

的形式，将公司搭建成一个持股平台，通过合伙企业间接持股的形式，形成公司实际控制人与目标公司资金之间的安全隔离。

（二）蚂蚁金服的股权架构和有限合伙企业

在公开信息中我们可以看到，蚂蚁金服共有23名股东，这23名股东中并没有自然人股东。蚂蚁金服的股东可以简单分为3类：阿里系高管持股平台、国字头资本、私募基金。第一类，阿里系高管持股平台，其中杭州君瀚股权投资合伙企业（有限合伙）（以下简称“君瀚投资”）的持股比例约为43%，杭州君澳股权投资合伙企业（有限合伙）（以下简称“君澳投资”）持股比例约为32%，这两家合伙企业的股权占比共75%。第二类，国字头资本，持股比例约13%，包括社保基金、中建投、中国人寿等。第三类，私募股权基金，占股比例约12%，包括郭广昌旗下的基金、马云和好友虞锋一起成立的云锋资本、胡祖六博士创立的春华资本等。马云的企业家朋友，如巨人集团史玉柱、华谊兄弟王中军、九阳集团王旭宁、鱼跃医疗吴光明等均通过云锋资本间接持有蚂蚁金服股权。

作为蚂蚁金服的最大股东，君瀚投资有2个法人股东和2个自然人股东，分别为：杭州云铂投资咨询有限公司、杭州君洁股权投资合伙企业（有限合伙）和马云、谢世煌。其中，马云直接持股比例为1.88%。

作为蚂蚁金服的第二大股东，君澳投资有2个法人股东和24个自然人股东，2个法人股东分别为：杭州云铂投资咨询有限公司、杭州君济股权投资合伙企业（有限合伙）。

我们可以从蚂蚁金服的股权架构中清晰地看到，其两大股东君瀚投资和君澳投资，均为有限合伙企业，且均有一个共同的合伙人，即

杭州云铂投资咨询有限公司（以下简称“云铂投资”）。云铂投资成立于2012年10月22日，注册资本为1010万元人民币，唯一股东为马云。

有限合伙企业属于特殊的合伙企业，由普通合伙人（General Partner，简称GP，同时也称为执行事务合伙人）和有限合伙人（Limited Partner，简称LP）组成。普通合伙人执行合伙事务，并对合伙企业债务承担无限连带责任，在君瀚投资和君澳投资中，云铂投资就是该两个有限合伙企业的普通合伙人。有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担有限责任，上述两大股东中，除了云铂投资之外的其他合伙人都是有限合伙人。也正是因为有限合伙企业存在独特的GP+LP对企业债务存在非均等的风险承担，使得执行事务合伙人即此案例中的云铂投资拥有绝对的话语权，对企业的经营和投资计划，不需要经过有限公司的股东会、董事会等经营管理层的会议决定，普通合伙人可以在合伙协议中明确企业的决策流程。同时，普通合伙人还对外代表有限合伙企业，不仅可以对企业的经营管理方案直接作出决策，还具备有限公司的法定代表人的特征。再者，有限合伙人的退出也不需要频繁进行工商变更登记，有限合伙企业的诸多优点，使得这种企业形式成为众多上市公司所青睐的对外投资过程中的间接持股方式。云铂投资及其背后的唯一股东马云，就是这样设计了多层级的有限合伙企业，无限放大了其投资回报，以股权杠杆原理获得了蚂蚁金服的控制权。

另外，在普通的有限公司股权中，股权一经工商登记便具有公示效力，但经营并非一成不变，在漫长的公司成长期甚至是上市等待期，

不缺乏新人进老人出的情况发生。新人的入股价格和持股条件可能与老人不同，退出机制也可能有差异。但不管新人、老人持股，均需通过合伙协议约定进退规则。如果把所有的合伙人放在一个合伙企业的池子里，可能增加合伙协议的复杂程度和难度系数，很容易发生法律纠纷。所以，将股东分类装入不同的合伙企业，不仅方便管理，还便于约定退出机制。君澳投资、君瀚投资、君洁投资、君济投资，就都是利用了有限合伙企业的规则，把不同的股东、合伙人放在不同的池子里，灵活地处理各个池子里的人员进退，减少法律纠纷。

（三）持股平台与股权激励

再进一步分析君瀚投资的股权架构，我们可以看到其他24个自然人合伙人分别为：彭蕾、陆兆禧、邵晓峰、张勇、王帅、金建杭、王坚、姜鹏、曾鸣、戴珊、吴泳铭、童文红、武卫、井贤栋、俞思瑛、彭翼捷、张宇、张建锋、胡晓明、程立、蒋芳、吴敏芝、刘振飞、樊路远。这24个自然人中，蒋芳（集团首席人才官）、邵晓峰（集团秘书长）、张勇（集团董事局主席）等人均为阿里巴巴集团的高级管理人员，同时多名股东均有在蚂蚁金服担任要职的职业经历，如彭蕾曾任蚂蚁金服董事、支付宝中国董事长兼总裁，井贤栋为蚂蚁金服现任总裁，程立为蚂蚁金服首席技术官，彭翼捷为蚂蚁金服首席市场官，曾松柏为蚂蚁金服人力资源部资深副总裁。因此可以得知，君瀚投资的自然人合伙人普遍为核心管理层成员。

而在君瀚投资的合伙人之一杭州君洁股权投资合伙企业（有限合伙）和君澳投资的合伙人之一杭州君济股权投资合伙企业（有限合伙）中，彭蕾、井贤栋、樊路远、俞永

福、韩歆毅、曾松柏、胡喜等高级管理人员，均有曾经或现在于蚂蚁金服及支付宝公司任职的经历。

显而易见，这两家有限合伙企业是典型的间接持股型持股平台，是蚂蚁金服创设的股权激励平台。其激励对象不仅止于蚂蚁金服及支付宝员工，甚至包括现任的阿里巴巴员工，或许这也是未来大公司发展的必然趋势，通过关联公司间的协议合作，达到员工交叉持股的利益共赢。随着公司业务领域的不断发展和壮大，有丰富经验的核心技

术人员始终是公司良性发展不可或缺的关键，蚂蚁金服、阿里巴巴亦然。阿里巴巴在招股说明书表示公司未来的发展依赖于核心管理层及各类负有经验和能力的人士，随着公司规模的不断壮大，阿里巴巴的业务领域在不断对外开拓，如何提供技术支持依赖于员工的持续服务和技术能力，如果流失了关键人员，人员的重新招募和培训所支出的成本将远远超过利用股票或现金兑现方式激励和留住现任的技术人员。

马云通过这种设计，将蚂蚁金

服乃至阿里巴巴的高管纳入蚂蚁金服的股东队列中，以蚂蚁金服及支付宝的强大盈利能力，为合作伙伴提供公司利益，真正意义上实现了资源配置和利益共享。

每个股权架构设计，都有其独特的意义。如何进行“四两拨千斤”、如何进行资源配置、如何实现利益共享，都可以从股权设计开始考虑及调整。蚂蚁金服之后的上市之路怎么走，员工如何实现“财富自由”，让我们拭目以待吧！

（作者交流电话：13929108225）

（上接第12页）根据海商法第八十六条，承运人马士基公司将涉案货物运至目的港后，因无人提货，将货物卸载至目的港码头符合前述法律规定。托运人隆达公司已了解货物到港的大体时间并明知涉案货物在目的港无人提货，但在长达8个月的时间里未采取措施处理涉案货物致其被海关拍卖的责任不由马士基公司承担。因此，最高院改判支持一审判决。

【案件评析】

因本案适用中国法律，本案属海上货物运输合同纠纷，适用海商法的规定，对于海商法中没有规定

的内容，可以适用合同法的相关规定进行漏洞的填补和补充解释。

二审法院使用《合同法》第308条对托运人的权利的解释，其实略有机械地解释法条的意思，说理中也有部分不符合认为只要认定托运人具有变更合同履行情况的权利，就可以不受约束地行使。二审法院清楚法条中表述托运人的权利是用“可以要求”的表述字眼，实际上这并非请求权，而是托运人的单方形成权，如托运人要求变更合同履行，承运人就只能接受，而另行向托运人要求赔偿损失。而最高院的观点在此基础上修正了托

运人的该单方形成权下，承运人仍具有部分消极抗辩的事由，这个事由可能是托运人提出变更运输合同在客观上不可能或者经济上不合理、实践中不可行等。

最后，从该案例中其实还能举一反三，本案引用《海商法》第89条，其实《民用航空法》第119条，不管海陆运输、铁路运输、航空运输的规定都是相似，遵循的规定也可类推适用。在作为托运人一方时，如果货物不能顺利清关，自身一定要负责地处理应对。

（作者交流电话：13534431918）

（上接第16页）在承诺期满后，原作出对赌承诺的股东可能仍需对投资人承担对赌失败的责任。

那么对于企业而言，对赌协议究竟是利器还是毒药呢？这显然是

不能一概而定的，对赌成功自然是双赢，对赌失败的代价显然是很惨重的。前有蒙牛对赌协议成功从而上市，后有小马奔腾因上市对赌协议失败引发破产清算。因此，谨慎

签约，量力而行。实事求是地评估公司的盈利能力和前景，全面考虑到签署对赌协议的利弊，不要被一时的利益冲昏头脑。

（作者交流电话：15916168221）

（上接第23页）涉案合同有经过民主议定程序的情形。但是，土地流转的行为发生多年，农村集体经济组织以外的承租人或使用人建设或使用流转土地多年的，法院会认为“农村集体经济组织以该合同未经村民集体讨论决定、违反民主议定程序

为由请求确认涉案合同无效，明显有违诚实信用原则，与事实不符，于法无据，本院不予支持。”因此，法院认为土地由他人使用多年且集体经济组织多年未提出异议的情况，可以判断相关合同的签订或“签订时”符合农村集体经济组织成员的

意愿。

因此，农村集体经济组织对外签订的“土地流转合同”未经“民主议定程序”的，不一定影响合同的效力，应结合合同签订和履行的具体情况进行判断。

（作者联系电话：13630062960）

对赌协议是利器还是毒药？

□ 邓锦欣



邓锦欣 实习律师

前段时间有媒体爆料星爷周星驰抵押“天比高”12号海景洋房给银行用于借贷，而星爷四年前的一起对赌恰在此时到期。据披露的对赌协议显示，由于最近几部星式喜剧口碑、票房均十分惨淡，星爷对赌失败。媒体猜测，星爷抵押“天比高”12号海景洋房的款项或用于支付对赌失败的数亿元的业绩补偿款。

“对赌协议”究竟是什么？

对赌协议（Valuation Adjustment Mechanism, VAM）与赌博无关，其直译意思是“估值调整机制”，实际上就是期权的一种形式。通过条款的设计，对赌协议可以有效保护投资人利益。

对赌协议就是收购方（包括投资方）与出让方（包括融资方）在达成并购（或者融资）协议时，对于未来不确定的情况进行一种约定。对赌协议是投资协议的核心组成部

分，是投资方衡量企业价值的计算方式和确保机制。

根据对赌协议的法律后果进行的分类，对赌协议主要有以下三种。

一是现金补偿对赌。当目标企业未能如期实现对赌目标时，目标企业或原股东将给予投资方一定数量的货币作为补偿，但投资人在企业中的股份本身并不被回购。

二是股权补偿对赌。当被投资企业触发对赌条款时，需根据约定向投资方给予一定数量的股权作为补偿。未能实现对赌目标时，目标企业和（或）原股东将向投资方给予一定数量的股权进行补偿。

三是股权回购对赌。当被投资企业未能如约完成对赌目标时，目标企业、股东或其实际控制人将按照投资方的投资款加事先约定好的固定回报价格回购投资方所持股份，以使投资方退出投资。

以周星驰为例，2017年，A股上市公司新文化以及新文化实控人杨震华控制的另一家公司以13.26亿元联合收购了周星驰一人控制的PDAL公司51%的股权。PDAL被收购后，总估值高达26亿元，溢价非常高。但当时PDAL成立不过两年时间，截至2016年9月末公司净资产不过6200余万元。

正是在这巨大的利益趋势下，周星驰方（PDAL公司）承诺，2016年至2019年，四年实现的净利润目标不低于人民币10.4亿元。如果实际净利润不足净承诺数，不足部分将由周星驰进行现金补偿及回购。

也正因为这一对赌，才会衍生

今天舆论讨论的热潮。由此，再一次证明，利益与风险是并存的。虽然对赌抛出的利益是难以抗拒的，但其中的风险同样也是不容小觑的。

第一重风险是过高的业绩目标未达标，需兑付巨额的现金或补偿股权。在人类社会中，容易犯的大错误，往往是反馈周期很长的行为。就像目前还在肆虐的新冠病毒，如果没有潜伏期，病毒的传播链条很快就能被切断。期初，在投资款的吸引下以及对行业发展前景的高估下，融资方很可能会给自己定下了一个过高目标，一旦承诺期满而业绩未达标，融资方需根据约定向投资方兑付巨额的现金或补偿一定数量的股权。

第二重风险是忽略控制权的独立性。在投融资的过程中，投资人作为新股东通过股权转让或增资扩股的方式进入融资方，原股东的股权会被稀释，原企业控制人可能会因此丧失对企业的绝对控制权，在企业日后发展经营决策的问题上丧失话语权。

第三重风险是作出对赌承诺的股东退出公司后可能仍需对投资人承担对赌失败的责任。在对赌的过程中，原作出对赌承诺的股东可能会基于违反竞业禁止义务或者是投资人与公司其他股东“抱团”，剥夺作出对赌承诺的股东的经营权等原因被动或主动退出公司，如果原作出对赌承诺的股东在转让公司股权时没有和公司及投资人就对赌协议的义务作出明确的约定，剥离自身与对赌协议的关系，（下转第15页）

“政府信息不存在”的举证方式

□ 王少猛

【基本案情】

2018年11月2日，谢某向某镇政府邮寄信息公开申请书，要求某镇政府以书面形式公开2016年谢某所在经济社与某镇政府签订的征地、拆迁、安置协议。2019年1月21日，某镇政府经检索：“2016年谢某所在经济社与某镇政府的征地、拆迁、安置协议，结果为无。”2019年1月25日，某镇政府作出信息公开告知书，内容为：“你申请公开某经济社与某镇政府签订的征地、拆迁、安置协议等信息，答复如下：经检索，你申请公开的信息不存在”。谢某不服镇政府的答复，向法院提起行政诉讼。

一审法院审理认为，《中华人民共和国政府信息公开条例》第十七条规定：“行政机关制作的政府信息，由制作该政府信息的行政机关负责公开；行政机关从公民、法人或者其他组织获取的政府信息，由保存该政府信息的行政机关负责公开…”，第二十一条第（三）项规定：“对申请公开的政府信息，行政机关根据下列情况分别作出答复：…（三）依法不属于本行政机关公开或者该政府信息不存在的，应当告知申请人，对能够确定该政府信息的公开机关的，应当告知申请人该行政机关的名称、联系方式…”，《机关档案工作条例》第十三条规定：“机关文书部门或业务部门一般应在第二年上半年向档案部门移交档案，交接双方根据移交目录清点核对，并履行签字手续”，《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若

干问题的规定》第五条第一款规定：“被告拒绝向原告提供政府信息的，应当对拒绝的根据以及履行法定告知和说明理由义务的情况举证。”本案中，被告某镇政府仅通过检索后即答复原告申请公开的信息不存在，应视为被告未履行说明理由义务，被告作出的告知书认定事实不清、证据不足，应当予以撤销。

某镇政府不服一审判决提起上诉。

二审法院审理后驳回上诉，维持原判。

【评析】

政府信息公开案件存在一个客观事实，如果当事人申请的政府信息客观上不存在或者被申请行政机关没有制作或保存该信息的，行政机关往往会作出政府信息不存在的答复。对行政机关的这种答复一般很难取得当事人的理解，甚至会引起当事人与行政机关的对立。

根据行政诉讼证据规则的一般规定，行政机关对于被诉具体行政行为的合法性负有举证责任，行政机关对于信息是否存在应该进行举证，如果不能证明信息不存在，行政机关将承担败诉的后果。但是，举证责任分配还有一个重要原则，即诉讼当事人对其认为不存在的事实不需要承担举证责任，也无法举证。这就陷入一个困境，即当事人认为存在相应的信息资料，但行政机关认为不存在信息资料。在审判中，对信息不存在的政府答复行为的举证责任如何认定？行政机关需要举什么样的证据证明其已履行举证责任？



王少猛 律师

“政府信息存在”与否，仅是一个结果，造成这一结果的原因多种多样，有以下情形：（1）申请公开的信息不属于行政机关的职权范围，因而政府信息不存在；（2）申请公开的信息属于行政机关的职权范围，政府信息应当制作或获取，但政府部门没有履行法定职责而未形成或获取；（3）申请公开的信息虽然属于行政机关的职权范围，但没有引起行政机关制作或获取的原因事实，政府信息没有制作或获取过而确实不存在；（4）申请公开的政府信息形成或获取过，但由于行政机关的疏漏而丢失或灭损；（5）政府信息存在，但政府部门出于某种目的而声称不存在。因此，现实情况是多种多样的，仅仅通过检索有时并不能证明“政府信息不存在”的答复具有合法性。

根据《政府信息公开条例》第二

十一条第三项规定：“依法不属于本机关公开或者该政府信息不存在的，应当告知申请人，对能够确定该政府信息的公开机关的，应当告知申请人该行政机关的名称、联系方式。”《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第十二条规定：“有下列情形之一的，被告已经履行法定告知或者说明理由义务的，人民法院应当判决驳回

原告的诉讼请求：（一）不属于政府信息、政府信息不存在、依法属于不予公开范围或者依法不属于被告公开的……”该条共列举了八项内容，有的行政机关只需要履行法定义务，有的行政机关需要履行说明理由义务。因此，根据上述相关法律规定，行政机关对“政府信息不存在”的情况，仅仅通过检索之后，告知当事人信息不存在是远远未能

达到举证责任的。应当对“政府信息不存在”的理由进行合理说明，并在庭审时相应进行举证，而检索不能等同于合理说明。应该围绕行政机关是否已履行“合理说明”，审查其“合理说明”提交的证据是否充分、准确。

（作者交流电话：13923129559）

（上接第19页）但公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外；（二）股东为了向他人通报有关信息查阅公司会计账簿，可能损害公司合法利益的；（三）股东在向公司提出查阅请求之日前的三年内，曾通过查阅公司会计账簿，向他人通报有关信息损害公司合法利益的；（四）股东有不正当目的的其他情形。

第一，《公司法》对股东知情权并无强制性的规定，因此，公司股东可以对股东知情权的限制或者其他的协商性条款在公司章程进行

约定。

第二，在公司章程并没有对股东知情权进行约定的情况下，根据上述规定，股东行使知情权有前置程序，即股东需要向公司提出书面的请求。公司拒绝股东的请求的，该股东可请求法院行使相应的权利。

第三，公司股东行使知情权要求查阅公司会计账簿，公司认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅。而对于不正当目的，《公司法》司法解释四种列举了三

项，一式股东自营或者为他人经营与公司主营业务有实质性竞争关系业务的，二是股东为了向他人通报有关信息查阅公司会计账簿，可能损害公司合法利益的，三是股东在向公司提出查阅请求之日前的三年内，曾通过查阅公司会计账簿，向他人通报有关信息损害公司合法利益的。对于股东之间的同业竞争，公司股东可将股东之间同业竞争作为股东知情权的行使的限制条件，也可以排除该限制条件。

（作者交流电话：13823416704）

（上接第20页）除非公司在章程中表示放弃该权利。其次，在立法目的上而言，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）第二条第（六）款第17项明确《公司法》第16条系“为了防止法定代表人随意代表公司为他人提供担保给公司造成损失，损害中小股东利益”而对法定代表人的代表权进行限制。公司有无担保能力并非该条规定之立法目的，该条的主要目的是规定公司提供担保的决议形成程序。

关于公司为股东股权转让提供担保是否会构成出让股东抽逃出资，

从而导致该担保无效，笔者认为并不必然。在抽逃出资的方式中，公司为股东股权转让提供担保最接近的是关联交易，而关联交易是否必然损害公司、其他股东或者债权人的利益呢？答案是否定的。由于公司在该关联交易中扮演的是担保人的角色，在承担支付股权转让款的责任后，公司依然可以向债权人即出让股东追偿，公司的权益并不必然遭受损失。此外，公司为他人提供担保属于私法自治范畴，应当在确保合法的前提下遵循当事人的真实意思表示。因此，仅在公司与股东恶意串通的情形下，公司为股东

股权转让提供担保应当被认定为抽逃出资，从而导致公司担保无效。

综上所述，笔者认为公司为股东股权转让提供担保并不必然无效，若公司提供担保的决议形成符合公司章程规定、符合《公司法》中关于公司担保决议形成程序的要求，且不构成抽逃出资，则担保当然有效。而在认定相关交易是否构成抽逃出资时，应当根据案件实际情况审慎考虑，争取在保护相关方合法权益不受侵害的前提下尊重公司自治。

（作者交流电话：13250586974）

股东知情权如何行使

□ 林慧敏

关于公司股东的知情权是目前股东之间纠纷的一个非常常见的问题，特别是对于小股东而言，在大股东对公司进行控制而排挤小股东，使得小股东对公司的经营情况不了解的情况下，无疑是无法保证小股东的权利的。现在我们从一则案例了解一下知情权如何行使。

一、案情简介

2009年5月8日淳客公司成立，类型为有限责任公司，注册资本为112.5万元。现工商登记法定代表人为简家甫，股东为：中赫公司，持股比例60%；京泰公司，持股比例40%。

2018年12月13日，京泰公司向淳客公司、中赫公司发送《函告》，称2018年9月开始多次要求其向京泰公司法定代表人提供淳客公司会计账簿、会计凭证、报表等相关资料供其查阅，以保障我公司作为股东的知情权但至今未果。再次要求请收到本函后当日向我公司法定代表人白芳提供淳客公司会计账簿、会计凭证等相关资料供其查阅，以保障我公司作为股东的知情权！淳客公司认可收到上述函件。

后来，京泰公司诉至法院，要求查阅、复制淳客公司自2018年7月1日起至2019年12月10日止的财务报表（包括资产负债表、现金流量表）、会计账簿。

一审庭审中，淳客公司主张京泰公司法定代表人白芳散播谣言、扰乱公司经营，且白芳和京泰公司有违反竞业禁止的行为，京泰公司行使股东知情权存在不正当目的，

并提交了淳客公司董事会决议、邮件、收购协议、经公证的微信截图等证据予以佐证。

二、法院判决

一审法院认为：股东有了解公司经营状况和财务状况的权利。淳客公司的公司章程中对此权利也未加以限制。因此，京泰公司作为淳客公司的股东，有权向淳客公司行使股东知情权。淳客公司及中赫公司提交的经公证的微信截图不能证明京泰公司和淳客公司之间有实质性的竞争关系。此外，淳客公司及中赫公司提交的邮件证据均是白芳与中赫公司工作人员之间的，无法看出该证据与京泰公司的关联性，亦无法证明京泰公司行使股东知情权存在其他不正当目的。判决支持京泰公司诉讼请求。

二审法院认为：本案中，京泰公司要求查阅淳客公司的财务报表、会计账簿等，属于其作为有限责任公司股东应享有的知情权。淳客公司以京泰公司具有不正当目的为由拒绝查阅，则应对京泰公司是否具有不正当目的并可能损害其合法权益承担举证责任。淳客公司未提供充分证据证明销售咖啡豆系淳客公司的主营业务，且京泰公司销售咖啡豆的行为可能损害淳客公司合法权益。淳客公司亦未提交充分证据证明白芳与远芳懿德咖啡文化传播（北京）有限公司存在关联。因此，驳回上诉，维持原判。

三、分析建议

《公司法》及相关司法解释对于股东知情权的规定主要有：《公司法》



林慧敏 律师

第三十三条规定，股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东要求查阅会计账簿，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅；《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》（四）》第八条规定，有限责任公司有证据证明股东存在下列情形之一的，人民法院应当认定股东有公司法第三十三条第二款规定的“不正当目的”：（一）股东自营或者为他人经营与公司主营业务有实质性竞争关系业务的，（下转第18页）

公司为股东股权转让提供担保的效力问题

□ 杨 东



杨 东 律师

股权转让是股东退出公司的重要途径，实践中，公司为股东股权转让提供担保的情况并不少见，但是该做法的效力却值得商榷。因为公司在履行担保责任即以公司财产向股权转让方支付股权转让款后，股权转让方存在以该种方式抽逃出资的嫌疑，进而影响公司该担保行为的效力。

经过检索发现，在司法实践中，关于公司为股东间股权转让担保的效力问题，有两种截然相反的判断，以下是相关案例法院说理：

1. 认为担保无效【(2016)苏0509民初1223号】

关于原告要求被告顺薇公司承担连带清偿责任的诉请，本院认为：其一，顺薇公司为其股东之间的股权转让交易提供担保，其保证债务

数额与股东蒋秋萍实际出资额相当，顺薇公司承担保证责任的直接后果即为顺薇公司向其股东退还出资，实际造成公司资本的不当减少，造成股东在公司成立后变相抽逃出资，从而违反公司法关于禁止抽逃出资的强制性规定；其二、公司法仅在公司回购股东股权的情形下允许公司向股东支付出资款，而股权回购需在法律规定的特定情形下并经特定程序之后才可实施，公司为股东间的股权转让提供担保的行为实际是以公司财产担保股权转让款的支付，公司承担保证责任无异于发生了公司回购股东股权的情形，违反了公司法关于股权回购的强制性规定；故顺薇公司为杭网公司提供保证担保的行为应认定为无效。原告蒋秋萍与被告顺薇公司对上述担保行为的无效均存在过错，故被告顺薇公司应依法对不超过债务人杭网公司不能清偿的债务部分的分之一承担赔偿责任。

2. 认为担保有效【(2016)最高法民申2970号】

本院经审查认为，本案争议焦点是万晨公司是否应该对胡升勇欠付的股权转让款承担连带责任。本院认为，陈伙官对胡升勇欠付的剩余股权转让款1815万元及利息向一审法院提起诉讼，其中诉讼请求之一为要求目标公司即万晨公司承担连带责任。万晨公司根据《股权协议书》已于2012年8月22日完成了股权变更登记，陈伙官已经不再是

万晨公司的股东，股权转让发生在陈伙官、胡升勇两个股东之间，陈伙官出让自己持有的万晨公司60%的股权，胡升勇受让股权并应承担支付股权转让款的义务，《股权协议书》约定万晨公司承担连带责任，不存在损害其他股东利益的情形。万晨公司承担连带责任系经过公司股东会决议，是公司意思自治的体现，并不违反法律强制性规定。

通过上面的案例，结合学界的研究，发现认为担保无效的主要理由有二：一是公司为股东股权转让提供担保，实际上构成了出让股东抽逃出资，违反了《公司法》第35条关于股东不得抽逃出资的规定；二是部分公司未形成有效决议即为股东股权转让提供担保，违反了《公司法》第16条关于公司担保的规定。而认为担保有效的理由同样有二：一是公司为股东股权转让提供担保，不存在损害其他股东利益的情形；二是该担保行为属于公司私法自治范畴，系公司真实意思表示。

关于公司能否为股东股权转让提供担保，法律实际上并无明确规定，学界有观点认为《公司法》第16条规定系对公司担保能力的规定，笔者对该观点并不认同。首先，《公司法》第16条规定，公司提供担保应当依照公司章程的规定，说明公司可以在章程中明确公司可以为股东股权转让提供担保，（下转第18页）

药品说明书能否受著作权法保护

□ 汤建城

根据《药品说明书和标签管理规定》第9条的规定，药品说明书是包含药品安全性、有效性的重要科学数据、结论和信息，与药品包装、标签等随药品共同使用，用以指导公众安全、合理使用药品，是国家食品药品监管部门批准的药品证明文件必备的重要组成部分，对于保证公众用药安全、保障公众对医药产品知情权十分重要。为此，各国无不对药品说明书的内容及格式作出规定。

我国司法实践中关于药品说明书能否受著作权法保护存在不同观点

在陕西金方药业有限公司与济南三友利生物技术有限公司侵害专利权、著作权、不正当竞争纠纷案中，山东省两级法院均对金方药业公司主张其药品说明书享有著作权的请求不予支持；在苏州二叶制药有限公司与湘北威尔曼制药有限公司、湖南唯楚医药有限公司著作权侵权纠纷案中，长沙市两级法院均判决认定二叶公司侵害了威尔曼公司的药品说明书著作权；在湘北威尔曼制药股份有限公司与佛山市弘兴医药有限公司著作权权属、侵权纠纷案中，法院判决认为，药品说明书不宜认定为受著作权法保护的客体，因涉案药品说明书并非著作权法意义上的作品，故不存在侵犯著作权的侵权行为，判决驳回了威尔曼公司的诉讼请求。三个案例代表了我国司法实践中关于药品说明书著作权问题的两种不同观点：否定说和肯定说。

否定说认为，药品说明书系严格遵循国家药品行政管理法规对药品使用说明书格式的要求而撰写的对药品客观属性的描述，其表达上不具有独创性，不构成著作权法上的作品。其理由如下：是否具有独创性是能否成为著作权法意义上的作品而受著作权法保护的前提，药品说明书不具有独创性，故不受著作权法的保护。依照国家药监局《药品说明书和标签管理规定》第3条第1款规定，药品说明书的内容最终必须通过国家药监局审批核准才能使用，因此药品说明书不是由药品申报注册者或研发生产者独立完成。依照该规定第9条规定，国家药监局对药品说明书的内容、格式、书写要求都有严格的规定和限制，并且其是否需要进行修改或修改的内容的决定权均在国家药监局，药品说明书的起草者几乎没有创作的余地 and 空间，难有独创性，因此不受著作权法的保护。

肯定说认为，药品说明书本身不属于行政性文件，包含有药物实验过程、实验数据内容的药品说明书属于具有独创性的智力成果，应受著作权法保护。

实际上，药品说明书在内容上系依照国家药品行政管理法规规定的格式，对药品属性、用法、用量、副作用、禁忌等进行介绍，使用的词汇及语言基本上都是严谨标准的通用物理、化学、药学等科学研究语言以及国际通用的计量单位，不需要也不可能使用独创的词



汤建城 律师

汇或语言，表达空间受到极大的限制。因此，一般情况下药品说明书并非某个自然人或集体的思想表达，很难体现出独创性，不能作为著作权法上的作品而受著作权法的保护。不可否认，药品说明书所表达的实验数据和结论本身是药品研发人员的研究成果，包含着研发人员的创造性劳动。但实验数据和结论的文字表达（说明书的内容）与实验数据和结论本身是两个不同的概念和范畴，文字表达属于著作权法调整的范畴，实验数据和结论则属于数据保护和专利保护的范畴，不能将实验数据和结论的创造性混淆为其文字表达的独创性，并以此认定药品说明书为著作权法意义上的作品。

（作者交流电话：13662320145）

浅谈商标的淡化

□ 高成波



高成波 律师

品牌作为现代社会商品服务指向来源的重要标志，已成为衡量企业价值的重要体现。在品牌的价值日益凸显，而影响品牌的核心要素之一就是商标权。而在经济社会中，经营者使用他人的知名商标来推广自己的商品，并且进行广告促进销售的情况非常多，这种行为常常称为“搭便车”行为。而这种现象呈现日益严重的趋势。在此情况下产生了一个新的法律问题——商标淡化。

一、商标淡化的内涵

当前国内外的学者对商标淡化的认识比较一致。普遍认为商标淡化是一种新的知识产权侵权类型，与传统的商标侵权有区别，在侵权的程度上有所不同。关于商标淡化的相关规定，国外立法走在前列的如《美国联邦商标反淡化法》，其将商标淡化概念定义为：淡化是指减少、削弱驰名商标对其商品或服务

的识别性和显著性能力的行为，不论驰名商标所有人与他人之间是否存在竞争关系，也不论是否存在混淆、误解或欺骗的可能。而中国学者在淡化的定义上认为：驰名商标淡化一般是在不同种类的商品上使用驰名商标所有人的驰名商标，从而减损、削弱驰名商标显著性、识别性和对消费者吸引力的行为。

二、商标淡化的构成要素

商标淡化的构成要素一是原告的商标必须具有足够的显著性，值得他人去淡化；二是原告必须说明淡化的可能性。关于反淡化保护资格中显著性的认定，学界通常认为核心有两个要素，一是商标的显著性，二是知名度；但对此无论法律法规还是学界都有很大的争议。商标的反淡化保护不仅仅考虑“驰名”，还有一些其他因素，知名度和美誉度应当并重，甚至从内在价值考虑应该更多考虑美誉度。

三、商标淡化行为的认定

驰名商标的淡化有两种方式，一种是弱化，另一种是丑化。弱化指对于他人驰名商标的使用，削弱或淡化了该驰名商标与特定商品或服务之间的强有力关联，弱化是最典型的淡化。而丑化是指将他人的商标用于质量低劣的商品或服务上，或用于非法的或不道德的活动中。根据商标侵权相关规定，认定淡化的一个重要要素就是“关联”，即使用商标和驰名商标之间存在关联，两者如果不存在关联，则不会有淡化的问题。就弱化而言，这种关联最终指向是破坏了驰名商标的显著性；而对于丑化而言这种

关联损害了驰名商标的声誉。两者在“关联”问题上，如果消费者根本不把标记与著名或驰名商标联系在一起，则淡化就根本无从发生。

因此，不论是混淆还是淡化，消费者一定是会将某标志与两个来源联系在一起即使是在淡化的情况下，在消费者的意识中，两个来源还是有联系的，只不过这种联系不是混淆，而是一种意识中的联想。这是淡化与一般商标侵权“混淆”最核心的区别。

传统上将商标侵权分为两种类型。第一种是：第三人将与注册商标同一或者类似的商标使用于与指定商品、服务同一或者类似的商品或者服务，使商品或者服务的来源发生混淆；第二种是：第三人将与注册商标同一或者类似的商标使用于非同一起或者类似的商品或者服务，虽然没有使商品或者服务的来源发生混同，却使商标的来源出处识别力发生了稀释化。而目前有学者认为：第三人将注册商标作为普通或通用名称使用，使商标的来源出处识别力弱化消失，这种通用名称化行为就是淡化的表现之一。

综上所述，关于商标淡化认定标准如下：一是有明确的侵权主体，即“淡化”行为有被救济的前提；二是被淡化商标必须是具有强烈显著性（或达到驰名标准淡化才有意义）；三是侵权行为人有使用他人商标的行为；四是使用行为是商业性使用（排除商标合理使用因素）。而关于使用的行为对商品或服务的来源产生混淆是否作为标准，学界仍有一定的争议。

（作者交流电话：13630005000）

农村集体经济组织的民主议定程序对“土地流转合同”效力的影响

□ 胡丽丽

农村集体经济组织是我国土地所有权的一个重要主体，其通过对土地使用权的出让、出租、发包等流转方式，使土地资源得到更好的利用，并以此提高土地使用价值，增加集体经济的收益，提高农民的收入。近几年，我们发现很多农村集体经济组织的土地流转纠纷案件中，农村集体经济组织对外签订的合同是否经过“民主议定”程序，成为了案件中一个突出的焦点。我们以“民主议定”作为关键词，通过大数据检索系统对佛山市的相关案件进行了搜索和研判，与大家就“民主议定”对农村集体经济组织合同效力的影响进行分享。

一、农村集体经济组织对外签订“土地流转合同”前，应当经过民主议定程序

根据《土地管理法》第六十三条、《农村土地承包法》第十九条、《中华人民共和国村民委员会组织法》第二十四条等相关规定，农村土地使用权的出让、出租、发包等土地流转行为属于农村集体经济组织对集体财产的处分。农村集体经济组织作为法人只是农村集体资产的管理主体，而不是集体资产的所有者，因此，上述集体财产的处分必须依法经过集体经济组织成员或成员代表的“民主议定”程序，并符合大部分集体经济组织成员的意愿后方能对外签订“土地流转合同”。但农村集体经济组织的章程等相关规定对数额或面积较小的土地流转

行为规定不需经过“民主议定”程序的除外。

二、未经过“民主议定”程序而对外签订的“土地流转合同”是否必然无效

二十世纪九十年代，佛山市工业用地需求旺盛，大量的农村集体经济组织将土地，特别是建设用地对外进行流转，以解放生产力和适用工业的发展。农村集体经济组织手里各种形式的《租赁合同》、《土地使用权转让合同》、《土地有偿使用合同》、《土地转让合同》等，大部分是形成于那个时候。

随着经济和城镇化的发展，上述已流转的土地价值也随之飙升。农村集体经济组织因“翻历史欠账”、“新官不认旧官账”而产生大量纠纷。许多人翻出历史旧账，寻找推翻上述合同的理由。其中，对外签订的流转合同未经“民主议定”程序成为许多翻旧帐案件的一个重要理由，都要求法院判决因“违反法律、法规强制性规定”而合同无效。司法界对未经“民主议定”程序是否属于违反法律、法规的效力性强制性规定的问题，经历了长时间的争论。2017年10月，广东省高级人民法院颁布的《关于审理建设用地使用权合同纠纷案件指引》第十九条明确规定：“农村集体建设用地流转、集体留用地转让等属于涉及村民利益的重要事项，根据村民委员会组织法第二十四条的规定，应当经村民会议或者村民代表会议讨论决定。



胡丽丽 律师

对于违反民主议定程序的土地使用权流转合同，农村集体经济组织主张合同无效的，应予支持。合同相对人经对村民会议或者村民代表会议决议进行审查，有理由相信合同符合民主议定程序，农村集体经济组织以违反民主议定程序为由主张合同无效的，不予支持。合同相对人以违反民主议定程序为由主张合同无效的，不予支持。城镇农村的合作经济组织、基层群众自治组织处分重大财产违反民主议定程序的，参照本条规定处理。”从广东省高级人民法院的指导意见中，基本能辨别广东高院就“民主议定”程序对合同效力认定的态度。

从大数据检索的案例中，我们发现，虽然有些案件中未有证据反映双方在签订合同前，（下转第15页）

不可抗力对租赁合同履行的影响

□ 钟嘉嵘



钟嘉嵘 律师

在出租方和承租方发生租赁合同纠纷时，不可抗力时不时会被被告作为抗辩理由之一，请求人民法院驳回原告的全部诉讼请求。在现行法律法规中，对不可抗力的规定不是非常清晰，导致在司法实践中不管是否发生不可抗力，被告常以此抗辩。

今年新冠疫情爆发，导致全国各地发生大量的租赁合同纠纷，基本上以出租方请求承租方支付全额租金为主要诉讼请求，更有甚者请求解除租赁合同；而承租方则以不可抗力为由，请求人民法院减免部分或全部租金（即驳回诉讼请求）。由于疫情影响大，故最高法院分别发布了《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）》（下称《指导意见（一）》）、《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）》（下称《指导意见（二）》），为各级法院处理相关纠纷提供指导意见，各方当事人也可参照指导意见来处理相关纠纷。

在本文中，笔者结合《指导意见（一）》、《指导意见（二）》的规定，分析不可抗力对履行租赁合同的影响。

一、因新冠疫情所引起的民事纠纷，违约方以不可抗力为由请求免责的，应当举证。

《指导意见（一）》明确，要依法准确适用不可抗力规则，严格把握适用条件。人民法院审理涉疫情民事案件，要准确适用不可抗力的具体规定，严格把握适用条件。其中，第二条规定，对于受疫情或者疫情防控措施直接影响而产生的民事纠纷，符合不可抗力法定要件的，适用《中华人民共和国民法总则》第一百八十条、《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条等规定妥善处理；其他法律、行政法规另有规定的，依照其规定。当事人主张适用不可抗力部分或者全部免责的，应当就不可抗力直接导致民事义务部分或者全部不能履行的事实承担举证责任。

虽然合同纠纷的处理，在合同有效的前提下，以当事人约定为优先，但是在发生不可抗力时，违约方可以不可抗力为由，请求免除部分或全部责任。《指导意见（一）》明确了违约方必须就不可抗力进行举证。在租赁合同中，如承租方以新冠疫情这一不可抗力请求免责的，应当举证证明其因新冠疫情导致无

法正常使用租赁物，如其承租的商铺无法正常营业、因隔离等原因没有居住在其承租的住宅内等，均应进行举证，否则要承担举证不能的责任，即不能免责，应当按照约定全额支付租金。

二、不同类型的租赁物，有不同的处理原则。

在实际中，存在不同类型的租赁物，合同当事人所签订的租赁合同会有不同的处理原则。为此，《指导意见（二）》作出了原则性的规定。

1、用于经营的房屋（如商铺）

承租房屋用于经营，疫情或者疫情防控措施导致承租人资金周转困难或者营业收入明显减少，出租人以承租人没有按照约定的期限支付租金为由请求解除租赁合同，由承租人承担违约责任的，人民法院不予支持。

2、临时场地

为展览、会议、庙会等特定目的而预订的临时场地租赁合同，疫情或者疫情防控措施导致该活动取消，承租人请求解除租赁合同，返还预付款或者定金的，人民法院应予支持。

3、小微企业、个体工商户承租国有企业等单位的房屋

承租国有企业房屋以及政府部门、高校、科研院所等行政事业单位房屋用于经营，受疫情或者疫情防控措施影响出现经营困难的服务业小微企业、个体工商户等承租人，请求出租人按照国家有关政策免除一定期限内的租金的，（下转第28页）

房屋存在轮候查封时能否要求继续履行房屋买卖合同？

□ 黄淑瑶

轮候查封，根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第二十八条，指已被人民法院查封、扣押、冻结的财产，其他人民法院可以进行轮候，在查封、扣押、冻结解除后，登记在先的轮候查封、扣押、冻结自动生效。而本文讨论的问题是，在房屋已被查封并存在多个轮候查封的情况下，首封人（即已生效查封的申请人）能否基于双方的房屋买卖合同要求继续履行合同、办理过户手续？

一、案情简介

陈一与胡伟于2016年10月就海岸花园1001房签订《房屋买卖合同》，随后买方胡伟按合同约定支付了房屋的定金及首期款、并取得银行拟发放的《同意购房抵押贷款意向书》，但卖方陈一并未履行提供办理过户交易所需的资料、办理银行存款及房产抵押权涂销手续、协助办理房屋产权变更等义务。2017年5月，胡伟起诉到法院要求陈一协助办理房屋过户手续，并申请财产保全查封了涉案房屋（首封）。后来因陈一未能清偿案外人林二、董三、杨四的金钱债务，案外人分别起诉到法院，并申请财产保全，受理法院轮候查封涉案房屋。

二、问题分析

法院应否支持胡伟要求陈一协助办理房屋过户手续的请求？即在房屋存在多个轮候查封的情况下首封申请人能否要求继续履行房屋买

卖合同？

首先，在胡伟已按合同约定支付了定金及首期款后，陈一未能履行协助义务导致房屋未能办理过户手续、胡伟的合同目的未能实现，已然构成根本违约。胡伟可依据《合同法》第九十四条、第一百零七条选择解除合同或要求陈一继续履行。

但根据《合同法》第一百一十条，法律上或者事实上不能履行的，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时，不能要求履行。因此，我们需要分析涉案房屋存在轮候查封会否使房屋的过户构成法律上的不能履行。

三、轮候查封的效力

根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第二十八条、《最高人民法院关于查封法院全部处分标的物后轮候查封的效力问题的批复》，轮候查封在现有查封措施解除后才正式生效，人民法院对已查封、扣押、冻结的财产进行拍卖、变卖或抵债的，原查封、扣押、冻结的效力消灭，人民法院无需先行解除该财产上的查封、扣押、冻结，可直接进行处分，有关单位应当协助办理有关财产权证照转移手续；即轮候查封不属于正式查封，仅具有预期效力，人民法院依然可以对已查封、扣押、冻结的财产进行拍卖、变卖或抵债。

本案中胡伟申请财产保全查封涉案房屋，是为了实现其合同目



黄淑瑶 律师

的——办理房屋过户，根据《民事诉讼法》第一百零一条而申请的；轮候查封不属于正式查封、不应影响到首封的效力。即如果因为存在轮候查封就认定房屋买卖合同不能继续履行，就迫使胡伟只能要求解除合同、返还已支付房款并赔偿违约金，转换成金钱债务；当陈一不主动履行债务，法院要执行陈一的财产，包括另行拍卖、变卖涉案房屋。这样，一来破坏了交易的稳定性，二来令财产保全设立的初衷落空，极大地损害了胡伟的利益。

综上，轮候查封不具有正式查封的效力，在房屋存在轮候查封时首封申请人依然可以基于双方之间的房屋买卖合同要求继续履行合同义务、办理房屋过户手续。

（作者交流电话：13602232107）

制造虚假债务可构成诈骗罪

□ 叶伟英



叶伟英 律师

【案情简述】

2015年初，陈三在与其他人闲谈中发现小额放贷业务有利可图，便自行筹集10万元资金，对外宣称自己从事小额放贷业务。梁五因需偿还银行贷款，通过朋友介绍便向陈三借款6万元，月利率为3分，借款期限为2个月，双方签订了借款合同。同日，陈三向梁五转账6万元，现场要求梁五即时退还现金5100元（借款手续费1500元，2个月利息3600元），梁五向陈三出具收据确认收到陈三借款6万元。借款期限届满后，梁五无法如期清偿借款本息，陈三要求梁五签订一份9万元的借款合同和收据，声称这9万元借款取代此前的6万元借款本息，并同日向梁五转让款项9万元，又即时要求梁五向陈三朋友账户转账9万元，告知梁五按照9万元本金偿还本息就行，借款期限和借款利率不变。

梁五按照9万元本金偿还了1个月利息后便没有继续还款了，陈三遂向当地法院起诉梁五偿还借款本金15万元及相应利息，附以两次借款的借款合同、收据、转账凭证。梁五没有出庭应诉，受理法院判决梁五向陈三清偿借款本金15万元及相应利息。执行过程中，梁五的房产被法院拍卖，判决书全面有效执行。梁五父母知晓此事后，认为陈三的行为属于高利贷，所以带着梁五到公安机关报案，公安机关以陈三涉嫌诈骗罪为由立案侦查并移送检察院审查起诉，案件业经法院判决，陈三犯诈骗罪被判处有期徒刑2年，并处罚金。

（注：本案中人物已经过化名处理）

【争议焦点】

陈三的行为是否构成诈骗罪？

【律师分析】

案例中，陈三与梁五之间涉及到两次借贷行为，我们就两次借贷行为分别作分析：

第一次借贷行为中，陈三确实向梁五借出了款项，但采取了“砍头息”的方式借款，按照《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》第二十七条“借据、收据、欠条等债权凭证载明的借款金额，一般认定为本金。预先在本金中扣除利息的，人民法院应当将实际出借的金额认定为本金。”的规定，借款本金按照实际借出金额认定，即借款本金实际为54900元，陈三以6万元本金起诉梁五，陈三的部分诉讼请求不符合法

律规定，存有部分虚假诉讼之嫌，但不至于构成犯罪。

第二次借贷行为中，陈三实际上是没有向梁五借出款项的，陈三策划了相关的行为和制造了相关的证据，陈三以虚构的借款事实提起诉讼，获得了非法的利益并且造成梁五严重经济损失和恶劣的社会影响，陈三的行为符合《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》（以下简称《意见》）第1款关于“套路贷”认定的特征，根据该《意见》第4款“实施‘套路贷’过程中，未采用明显的暴力或者威胁手段，其行为特征从整体上表现为以非法占有为目的，通过虚构事实、隐瞒真相骗取被害人财物的，一般以诈骗罪定罪处罚”的规定，陈三的行为确已构成诈骗罪，法院的判决依法有据。

【律师警示】

近年来，由于民间借贷活动乱象横生，引申出较多的社会不和谐、不稳定因素，国家层面已经意识到民间借贷活动需要规范化，否则对于公民权利、金融秩序、社会犯罪率等造成极其消极影响，故陆续出台了多个司法解释对民间借贷相关的行为进行规范，极力纠正民间借贷活动中的歪风邪气、甚至是违法犯罪。在国家严打态势之下，我们任何人都需要警醒，切勿贪图高利息而踩踏了法律的红线，否则追悔莫及。

（作者交流电话：13590555691）

转化型抢劫是否可以认定为正当防卫

□ 刘诗雨

转化型抢劫被规定在《刑法》第269条，具体规定是：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，按照刑法第二百六十三条的规定定罪处罚。”我们可以想象，大多数行为人在实施了盗窃、诈骗、抢夺行为被人当场发现后，一定会有一定的反抗行为企图逃脱，但是这些反抗行为一定都是此处所说的为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场实施的暴力行为吗？如果行为人只有一个且并未携带任何凶器或者说可以用来抵抗的工具，却被多人拿着工具围殴，也不可以进行反抗吗？如此一来，行为人的权利是否会受到过多的侵害？是否会助长民众动用私刑的不良风气？

这就涉及到对正当防卫概念的理解。正当防卫规定在《刑法》的第20条：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”与我们的论题有关的重要部分是这其中的“不法侵害”应当如何认定。是行为人实施了盗窃、诈骗和抢夺行为（以下统称犯罪行为），实施不法侵害的是行为人，民众的抓捕行为是正当防卫，为什么要讨论行为人的正当防卫问题？笔者认为，虽然很少见，但是确实存在一些行为人在实施犯罪行为时被人发现，第一反应是乖乖归罪，或者说只会有出于本能的轻微的反抗行为，但是有时候群众并不

感到解气，或者说有些群众的下意识反应就是要教训行为人，并不会注意到行为人的主观心理，就会导致行为人会处于一个单方面挨打的状态，一旦出现反抗或抵挡行为，即使是被动的，也很容易会被认定为构成转化型抢劫。而且因为司法实践中“为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证”这一主观心态是很难认定的，很多法官也认为行为人被迫追捕最好就不要反抗，不然很容易导致罪行加重。

笔者认为，这种心理是不利于保护行为人的合法权益的，而且体现出了鼓励民众动用私刑的一种心态。但是我们也不能允许行为人的所有反抗行为都能轻易被认定为正当防卫，这将会造成过度保护。分析犯罪后的反抗行为是否构成正当防卫其实是可以使行为人不被认定为转化型抢劫从而获得较轻判决的辩护思路之一。笔者认为张明楷教授在《唐雪防卫行为的简要分析》一文中对正当防卫的构成的分析可以运用在此处。

张明楷教授提出，认定正当防卫首先要整体地看待施暴者的不法侵害行为，即施暴者所做出的行为的危险性，其次要对比双方的力量，然后还要考虑防卫者对自己防卫行为的克制，如并不是一开始就采取激烈的防卫手段。在分析犯罪后的反抗行为是否构成正当防卫的过程中，我们首先要考虑双方力量的悬殊程度，可以从双方人数对比、双方是否携带工具或武器以及是何种工具或武器等方面进行综合判断。



刘诗雨

然后还要考虑行为人对自己反抗行为的克制，以及行为人反抗行为的强烈程度。假如行为人是空手入室盗窃被追打，然后本想乖乖归案，结果却被人（可以是一人也可以是多人）拿着木棍等各种工具或武器殴打，行为人被动承受挨打直到无法忍受疼痛，出于保护自己的目的（此主观目的在司法实践中也很难认定，所以应结合案情中出现的各种客观情形来综合判断）才做出轻微的反抗，即使无意中伤害到了追捕人，只要没有造成严重后果，都不应认定为转化型抢劫，特别是追捕人的行为会严重危害到行为人的人身安全时，就更不应该将行为人的反抗行为认定为转化型抢劫中的暴力行为。

笔者认为，当追捕人的行为已经超过了惩罚行为人的犯罪行为的必要限度，特别是会给行为人造成

严重人身伤害时，追捕人的行为就从正当防卫转化成了不法侵害，行为人是针对此做出防卫的。当然，张明楷教授表示正当防卫不像紧急避险那样以“不得已”作为条

件，这是出于对受害人利益的优先考虑，但是这一点在此处不应得到适用。因为行为人本身是犯罪者，是过错一方，不应像受害人一样得到优待与同情，所以行为人构成正

当防卫应以“不得已”“不得不”为条件，以限制行为人滥用正当防卫制度逃避法律责任，从而实现真正平衡的公正判决。

(联系电话：15521425096)

(上接第24页) 人民法院应予支持。

4、承租非国有房屋用于经营而不能正常经营的

承租非国有房屋用于经营，疫情或者疫情防控措施导致承租人没有营业收入或者营业收入明显减少，继续按照原租赁合同支付租金对其明显不公平，承租人请求减免租金、

延长租期或者延期支付租金的，人民法院可以引导当事人参照有关租金减免的政策进行调解；调解不成的，应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更合同。

律师建议：虽然因新冠疫情引起的租赁合同纠纷数量爆增，但是在最高院发布了《指导意见（一）》、

《指导意见（二）》后，各级人民法院对相关纠纷案件的审理均有较为明确的处理原则，各方当事人在纠纷发生后，可先参照指导意见的规定自行协商并妥善解决，可避免诉累，增加时间和金钱的成本。

(联系电话：18666500490)

(上接第32页) 因为离职证明的立法本意是为了证明劳动关系终结，而非证明劳动关系因何种原因而终结，并且在实践中对于劳动者能否找到下一份工作至关重要。

如果用人单位确实要写明离职原因且该离职原因对员工不利的，建议如实填写，不可夸大或填写猜测内容。否则，用人单位不仅存在被员工要求重新出具离职证明的风

险，如果因该份离职证明给员工造成损失的，用人单位还可能需要承担损失赔偿责任。

(联系电话：15670387221)

(上接第33页)

《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》第二十九条第一款规定：“借贷双方

对逾期利率有约定的，从其约定，但是以不超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍为限。”

因此，如果乙要求A公司向支付

违约金高于按照合同成立时一年期贷款市场报价利率的四倍计算利息的，超出部分法院将可能不予支持。

(作者交流电话：13630014429)

(上接第34页) 若创作仅为满足个人创作愿望或原作读者的需求，不以营利为目的，新作具备新的信息、新的审美和新的洞见，能与原作形成良性互动，亦可作为思想的传播而丰富文化市场。但该案中，江南利用读者对金庸作品中武侠人物的喜爱提升自身作品的关注度后，以营利为目的多次出版且发行量巨大，其行为已超出必要限度。尤其是江南2002年首次出版时把书名副标题定为“射雕英雄的大学生涯”，将自己的作品直接指向金庸作品，借助金庸作品的影响力吸引

读者获取利益的意图尤为明显。因此，法院认定江南的行为具有不正当性，与文化产业公认的商业道德相背离，应为反不正当竞争法所禁止。法院的依据是《反不正当竞争法》的第二条：“经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。”

由上可见，“同人文学”如果作为创作练习，不以营利为目的进行传播，则不构成不正当竞争。

有学者认为，法院认定江南的行为没有侵犯原作者的著作权，但

认定江南的行为存在不妥，借《不正当竞争法》的兜底条款（第二条）用“诚实信用”来处理，实质上是原作者“在《著作权法》保护范围以外的著作权”受到了侵害。

不管怎么说，同人小说市场需要法律进一步予以规范。“同人文”如果作为创作练习，不以营利为目的进行传播，则不构成不正当竞争，但同人创作者一旦涉及到在商业上对他人作品的利用，就必须小心谨慎，以免埋下诉讼隐患。

(作者交流电话：13318328128)

用人单位调岗调薪的合法性分析

□ 陈敏怡

2020年，受新冠肺炎疫情的冲击，我国市场经济受到较大影响，许多中小企业承受较大的经济压力，低成本运行是大部分企业的共同选择，而降低用工成本更是其最直接的自救方法之一。但在实际操作中，用人单位单方面调岗调薪却是受到法律法规的严格限制的，只有在法律明确规定的情形下，用人单位才享有调岗权。

根据《劳动合同法》第40条第（一）项规定，劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的，用人单位可以解除劳动合同。也就是说如果劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，用人单位是可以单方调岗的，且无需征得劳动者同意。《劳动合同法》第40条第（二）项规定，劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的，用人单位可以解除劳动合同。这就说明在劳动者不能胜任工作时，用人单位可以有两种选择，一是对劳动者进行培训；二是对劳动者进行调岗。这也是法律赋予用人单位的调岗权。

可见，用人单位单方调岗调薪的法定情形主要有两种：一是劳动者患病或非因工负伤，在医疗期后不能从事原工作的；二是劳动者不能胜任工作的。只有符合以上法定情形，企业才可以直接对员工进行调岗调薪，而无需征得员工同意。但值得注意的是，每一种法定情形

都有其特定的适用前提，当用人单位与劳动者发生争议时，通常是由用人单位承担主要的举证责任。特别是当用人单位以劳动者不能胜任工作为由对其进行调岗降薪时，用人单位需要列举充分的证据证明其员工符合因不胜任工作的调岗降薪的情形。

从法律层面来讲，不胜任工作是指企业根据绩效考核制度和岗位职责要求对员工从工作业绩、工作能力、工作表现和工作态度等方面进行考核，其考核结果表明员工不符合工作岗位的要求，完全不能或基本不能完成工作任务。因此要判定员工不胜任工作，需具备如下条件：（1）约定清晰的岗位职责或工作要求；（2）员工明确知悉的绩效考核制度；（3）公平公正的考核过程；（4）与考核标准相对应为“不胜任”的考核结果。

绩效考核是对员工工作能力、工作表现和工作态度的评价，目的是根据评价结果反映员工是否能够有效地完成本职工作，绩效考核评价可以是肯定的、中性的和否定的，而否定性的绩效考核评价即说明该员工的工作能力、工作表现和工作态度等均不符合其职责要求，此也正是不胜任工作的体现。只有当用人单位通过其规章制度、考核制度、考核结果等充分证明员工不胜任工作，用人单位才可对其进行调岗降薪。

而目前，很多公司采用“末位淘汰制”作为其绩效管理制度，其



陈敏怡 律师

实际上具有一定的非法性，“末位淘汰制”与不胜任工作并不能混为一谈，两者属于不同的概念，即便人人都能胜任工作，但仍然会有排在末位的员工，此时将其“淘汰”显然是违反法律规定的。最高人民法院《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》中也规定：用人单位在劳动合同期限内通过“末位淘汰”或“竞争上岗”等形式单方解除劳动合同，劳动者可以用人单位违法解除劳动合同为由，请求用人单位继续履行劳动合同或者支付赔偿金。因此，用人单位在制定其规章制度以及考核制度时也应结合法律的规定，避免使用不恰当的制度引发不必要的劳资纠纷和法律诉讼。

（作者交流电话：13418431103）

初创企业 如何分配股权

□ 郑庆柱



郑庆柱

一个人的力量是有限的，要做大事业，必须要有一个具有战斗力的团队，作为企业的创始人，最重要的就是要给自己确立必要的合作原则。这个原则并不是针对某个人或某个阶段而设立，而是必须要有公司经营的原则、与人合作的原则。不仅要考虑眼下与合伙人的合作，还应该考虑事业做大后与更多的人之间的合作。如果自己能坚守设立的原则底线，相信很多事情做起来就不那么复杂了。而且，一定也能长久下去。

太多朋友间合作的失败案例都告诉我们一个道理：不把兄弟感情和合作伙伴区分开来，便会不断地被兄弟情义所困扰，其结果是既伤了感情又做不好事情。一起合作的兄弟会更看重讲原则、讲游戏规则的合作伙伴。即便是再好的兄弟，一旦共同参与到经济活动中来，对

财富都是有所期望的，这是人的正常心理。只不过，有的人碍于情面不愿意说出来而已。

怎么处理好合伙人与利益的分配关系，组建一个好的合作团队，其实，在前辈的成功经验中，也是有章可循的。

因此，在处理公司股份的分配时，一些基本概念要明白。

一、股份的几种形态。

1、股东

从一般意义上说，股东是指向公司出资并对公司享有权利和承担义务的人。但由于公司的类型不同以及取得股权的方式不同，对股东的含义可作不同的表述。按我国《公司法》的规定，在我国境内设立的公司可分为有限责任公司和股份有限公司。有限责任公司的股东是指在公司成立时向公司投入资金或在公司存续期间依法继受取得股权而享有权利和承担义务的人（一般创业者注册的都是有限责任公司）；股份有限公司的股东就是公司成立时或在公司成立后合法取得公司股份并对公司享有权利和承担义务的人。自然人投资以后，通过公司所在地的工商局注册，进行公司股权登记，这样才能成为真正意义上的股东。这种出资并在工商进行了股权登记的股东，对公司经营的赢利和亏损都会按所占有股份的多少承担相应的义务。

2、干股

还有一种是“干股”的形式。干股是指未出资而获得的股份，但其实干股并不是指真正的股份，而是

指按照相应比例分取红利。

干股的概念往往存在于民间，特别是私营企业，很多私企的老板们为了笼络一些有能力的人（通常是公司业务骨干），希望给予这些人一定的红利，但是又不想给这些人实际控制权或者只是给予部分控制权，所以就假设这些人占有一定比例的股份，并且按照这种比例进行年终分红，以达到进可攻退可守的目的，于是就有了干股。

老板们给予干股的时候，有的会签署一些协议，有的没有，但是基本上无论哪种，持有干股的人都不具有对公司的实际控制权。所以这种干股协议叫做分红协议更加贴切。干股一般不会承担公司亏损的义务，只是享受作为奖励的一种分红。

3、股份期权

股份期权是企业的所有者给予高级管理人员以约定的价格，购买未来一定时期内公司股份（或股票）的权利。实施股份期权的最终目的是激励经营管理者与员工共同努力，以实现企业的长期发展目标。使职业经理人能够稳定地企业中长期工作，眼光更着眼于企业和自己的长期效益。“期权”不是免费的，它是以约定的价格，购买未来一定时期内公司的股份（股票）。

期权额度没有固定的规定，是公司内部的管理行为。但期权一般不超过公司总股份的10%，但也不是绝对的。另外一条规定是，如果高级管理人员本身是股东，而且持有的股份已经超过10%了，就不应当再

享受期权制。因为期权主要是给予一些没有股权的高级管理人员的。对于上市公司，期权股票应该是能够自由流通的社会公众股，其来源是公司回购的库藏股票。对于非上市公司，采用的是“虚拟”期权形式。期权获授者的业绩考核是实现期权的一个重要条件。

二、股份分配没有固定标准，能占多少股份，要看有多少能力。

1、没有哪一本书上能告诉你，你的企业股份要依照什么样的标准来划分，因为这是一个很个性的问题，要解决这个问题，除了要掌握一定的共性知识外，股份比例的划分关键在于你企业目前的实际情况。

2、具体分配到人头股份量一定要与该股东对公司拥有的价值量对等，即股东可以以投入的资金、拥有知识产权、拥有的行业经验、拥有的社会资源、目前在公司的角色分配与承担的责任义务等方面来衡量他目前对于公司的价值是多少，这个值就是他应该得到的公司股份。

3、在划分股份以前，首先要衡量目前该公司的总体价值是多少，即目前的实物资产与无形资产的总和，前者比较好估算，而后者须通过专门的评估或双方以要约的形式来确定。对于新成立的公司来说，除有形资产外的就是无形资产，这时的评价是最为麻烦的。但可以通过双方要约与协商来确定一个大家都能接受的数字。

4、在股份分配的方式上，可以不必一次就将股份划分到位，可以先以利润分成（干股）、期权等形式

处理股权问题。

迄今为止，在中国互联网企业当中，腾讯的创业团队可以说保留得是最完整的——包括首席技术官张志东、首席信息官许晨桦、首席执行官陈一丹等依然是公司高层。

马化腾还是认为，腾讯之所以成功，除了最初的几个创业者都是同学外，最重要的是，公司的股本结构比较合理。这也是马化腾最得意之笔。

有这样一段往事：马化腾当年相邀四位伙伴共同创业，他出主要的启动资金。有人曾经想加钱占更大的股份，马化腾一口回绝：

根据我对你能力的判断，你不适合拿更多的股份。他解释说，个人未来的潜力要和应有的股份匹配，不匹配就要出问题。拿大股的不干事，干事的股份又少，矛盾就会发生。

相比早期传统行业的企业家对股权的懵懂，马化腾们的股权治理意识已经明显苏醒。他说，如果另外一个人更重要，就算他没钱，先欠着后面补都行，股份要跟你未来做的贡献和能力以及在公司起的重要性尽量匹配。

不仅如此，马化腾还自愿把所占的股份降到47.5%。要其它股东的总和比他多一点点，不要形成一种垄断、独裁的局面。但同时，他又要求自己出主要的资金，占大股，因为，如果没有一个主心骨，股份大家平分，到时候肯定出问题。

可见，股份的分配不但要结合自己企业的具体情况，还要考虑股份受益者的能力。给股份的目的就是要想让强人一起来共建、共享这

个企业。

三、股份制不要一步到位。

让员工入股是做大企业必须要做的工作，但是具体怎么操作要根据实际情况制定详细的方案，制定方案要尽量考虑周全长远，先做实验然后再根据实践的发展慢慢调整，不要一步到位，给自己多留一些余地。

1、当员工提出入股的时候，证明你的事业发展让员工都看到希望。其实在员工不提出入股的时候，很多企业需要留住人才时都会自动提出让员工入股的福利措施。

2、员工入股前应该制定好公司的各项规章制度及岗位职责，制定股东权益和职责。这样让员工既可作为股东又可以按照原来分配的工作岗位做好本职工作。

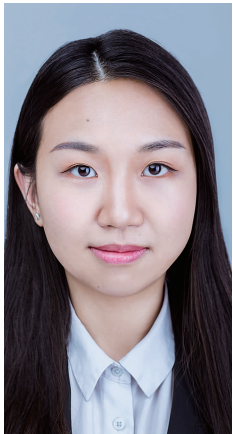
3、员工入股，分为分红干股（也叫空股）和实际股份两种。员工年终分红股，是企业主为了激励员工留住员工时给员工或是高层主管的一种承诺，比如答应每年拿出年终盈利的多少作为股份分红。如果是实际增资入股，就应该对公司资产进行评估预算，作为企业主再衡量要拿出多少股份让新员工增资入股，双方谈妥后，到工商局进行注册股东成员变更。这样员工就成为公司真正的股东。

总之，企业在分配股份时，需要根据实际情况灵活掌握，不一定一步到位就是股份分配，可以由提成方式的绩效工资过渡到干股分红再到拥有真正的股份，成为真正股东。

（作者交流电话：13928216110）

如何出具离职证明?

□ 梁晓彤



梁晓彤 实习律师

某公司员工大江,于2018年10月入职某电脑销售公司,两年后提出离职,公司以其未办理离职交接手续为由拒绝向大江出具离职证明。后来,大江收到了另一家公司的录用通知,但新公司要求新入职员工必须提供上一家公司的离职证明。因大江无法出具离职证明而被新公司拒绝录用。经与原公司协商无果后,大江以原公司未依法为其出具离职证明而导致自己遭受损失为由提起了劳动仲裁。那么,用人单位能否以此为由拒绝为员工出具离职证明呢?

一、开具离职证明是用人单位的法定义务

根据我国《劳动合同法》第50条、第89条的相关规定,用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明,并在十五日内为劳动者办理档案和

社会保险关系转移手续。劳动者应当按照双方约定,办理工作交接。用人单位依法应当向劳动者支付经济补偿的,在办结工作交接时支付。用人单位违法未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明,由劳动行政部门责令改正;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

由此可知,用人单位为离职员工开具离职证明是其法定义务,这与员工是否依法办理工作交接属于两种不同的法律关系。即使员工未按照劳动合同或法律规定办理工作交接,用人单位也应当依法为员工开具离职证明,否则可能面临行政处罚的后果或者承担损害赔偿责任。但是如果用人单位依法需要向离职员工支付经济补偿金的,可在员工未办理工作交接前拒绝支付,直至员工依法办理完毕工作交接后支付。

二、如何开具离职证明?

1. 必备内容

在实务中,员工离职原因形形色色,怎样的离职证明才是合法有效的呢?根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》(以下简称“条例”)第二十四条的相关规定:用人单位出具的解除、终止劳动合同的证明,应当写明劳动合同期限、解除或者终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限。

从以上规定可知,条例已对离职证明的必备内容进行了明确规定,即一份合法有效的离职证明必须载明劳动合同期限、解除或终止日期以及工作岗位、工作年限这四部分内容。

2. 其他内容

在实务中,许多用人单位往往还会在离职证明中载明员工的离职原因等内容,比如“该员工离职因为严重违反公司规章制度”、“该员工不能胜任工作”等。那么,增加类似内容的离职证明是否具有法律效力?员工可否请求用人单位重新出具呢?

针对此问题,广东省高级人民法院(2019)粤民申3686号案例裁判要点指出:用人单位出具的解除、终止劳动合同的证明,应当写明劳动合同期限、解除或者终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限。上述规定并未禁止将解除劳动合同的原因记载在解除劳动合同证明书上,原告也未提供证据证明《解除(终止)劳动合同证明书》记载的原因不实。因此,原告主张《解除(终止)劳动合同证明书》的内容侵害其平等就业的权利,理由不成立,本院不予支持。

3. 根据以上分析,在出具离职证明时,用人单位应当注意:

(1) 条例中所规定的四大内容一定要据实填写。

有时候员工基于增加工作经验或其他原因的考虑,要求单位多写在职时间或工作年限,此种违背事实的做法有风险,可能对用人单位不利。

(2) 离职原因不能随意填写

虽然法律法规并未禁止用人单位在离职证明上写明员工离职原因,但是这并不代表用人单位可以随意填写该部分内容。(下转第28页)

如何认定保本投资协议的性质？

□ 岑景源

【案例】

A公司为自然人独资有限责任公司，自然人甲为其唯一股东。后A公司与自然人乙签订《投资分红协议书》，约定：乙向A公司投入资金人民币100,000元取得A公司10%的股权；A公司每月月底结算净利润，并向乙方支付净利润的10%作为分红；若A公司经营不善导致亏损，乙无需承担责任；乙投入的资金由A公司自主支配，但乙不得干涉A公司的运营；乙投资满一年后，可提出撤资；乙撤资需提前三个月通知A公司，A公司应向乙发放全部利润分红，并向乙返还全部投资本金，协议终止；如A公司不按协议约定向乙发放利润分红或返还投资本金的，每逾期一天，应向乙支付应支付金额日万分之五的违约金。

《投资分红协议书》签订后，甲、乙未到工商登记部门办理相应的变更登记手续。

后A公司未能按时向乙发放利润分红，乙遂要求撤资，但A公司未能按约定返还投资本金。

问：乙与A公司之间是否存在投资关系？是否可以认定乙为A公司的股东？

【分析】

（一）乙与A公司之间的关系应认定为民间借贷法律关系

乙与A公司虽然订立了《投资分红协议书》，但《投资分红协议书》同时约定：乙不得干涉A公司的运营，并有权获得A公司净利润

的10%作为分红；另外，乙在一定期限后可要求A公司返还投资本金，且无需对A公司的亏损承担责任。

《中华人民共和国公司法》第三条第二款规定：“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”本案中的《投资分红协议书》的相关约定明显违反上述法律规定。

因此，乙与A公司之间因签订《投资分红协议书》而建立的法律关系不应认定为公司法意义上的投资关系，也不应认定乙为A公司的股东。从《投资分红协议书》约定的内容来看，相当于A公司向乙借款并定期向乙支付利息。因此，认定乙与A公司之间存在民间借贷法律关系更为合理。

（二）乙要求撤资前的利润分红可以认定为借款期内的利息，但其利率不得超过法律规定的上限

《投资分红协议书》约定，A公司应向乙按月发放其净利润的10%作为分红。在乙要求撤资前，A公司有权按照协议约定占用乙的投资资金，乙有权要求A公司按照协议约定支付利润分红。因此，《投资分红协议书》约定的利润分红，其性质为双方约定的合同期限内的资金占用费，相当于借款期内的利息。

《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》第二十六条第一款规定：“出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，



岑景源 律师

但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外。”

因此，如果乙要求A公司向其发放的利润分红高于按照《投资分红协议书》成立时一年期贷款市场报价利率的四倍计算的利息的，超出部分法院将可能不予支持。

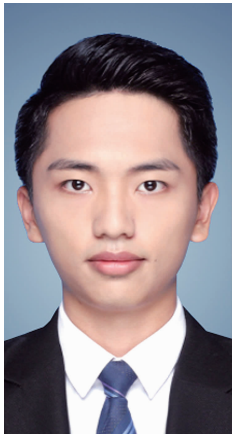
（三）A公司逾期返还投资本金而产生的违约金可以认定为逾期利息，但其利率不得超过法律规定的上限。

《投资分红协议书》约定，如A公司不按协议约定向乙返还投资本金的，每逾期一天，应向乙支付应支付金额日万分之五的违约金。因此，该部分违约金是在A公司未能按期归还投资本金的前提下产生的，其性质为逾期还款的惩罚性赔偿金，相当于逾期利息。

（下转第28页）

关于同人文学法律纠纷的案例解读

□ 何卓凡



何卓凡

本文选取的案例是金庸诉江南等著作权侵权及不正当竞争纠纷案，案号为2016 粤0106民初12068号。原告查良镛与被告江南均是著名作家。查良镛，笔名金庸，著名武侠小说作家，其创作的新派武侠小说《射雕英雄传》《天龙八部》等早已享誉华文文坛。杨治，笔名江南，内地幻想文学的领军作家，代表作《此间的少年》、《九州·缥缈录》、《龙族》，也多次荣登作家富豪排行榜，2013年版税高达2550万。此案所涉及的小说是江南的成名作《此间的少年》。小说内容是当代的大学校园生活，但小说中的人物名字使用了金庸四部武侠小说中的人物名：郭靖、黄蓉、令狐冲、乔峰、杨康、小龙女等，共60多个，基本性格和人物间关系也与金庸作品中接近。该小说一开始是在网络上免费提供阅读，

受热捧后商业化，发行出版并四次再版，当江南正商议转让该小说的影视改编权时，金庸以侵犯著作权为由把江南告上了法庭。这类小说一般称为“同人小说”，是指利用他人的原作品中的人物角色、故事情节或背景设定等元素进行的二次创作的小说，这样的创作方式近20年在网络文学中非常流行。但此类作品是否侵犯原作品的著作权，一直没有定论。因此本案又被称为国内“同人文学第一案”。

各大媒体以XXX和XX著作权纠纷报道该案，但其实本案除了涉及著作权侵权，还涉及到不正当竞争。后者也是本案的争议焦点之一，这正是此类案件的重要诉讼策略，应该有律师的功劳在里面。在庭审过程中，律师也发挥着重要作用。原告律师花费了大量的时间去举证被告的侵权行为，将原告、被告的作品一一仔细对比；对于原告的损失，原告律师采取了合理的方式计算，并最终得到了法院的支持。

法院经审理认定：江南创作《此间的少年》没有侵犯金庸的著作权，但江南就其创作的《此间的少年》出版发行销售，其行为构成不正当竞争。

该判决折射出来的价值取向主要有以下三个方面：

第一，文学作品中的人物姓名是不受著作权保护的作品元素。因此使用原作品的人物姓名不构成《著作权法》规定的侵权行为。

第二，虽然利用原作品的名字、人物性格特征、基本关系等，但只

要不构成“实质性相似”就不属于侵权行为。

我国《著作权法》中没有规定新作品利用原作品到何种程度算构成侵犯著作权，但司法实践中往往采纳国际通用的评价方式——“接触+实质性相似”判定法。“接触”是指后作品的作者有无可能接触到原作，如果原作品是公开发表的，一般视同“接触”；“实质性相似”是个较为模糊的判定标准，判断是否具有“实质性相似”通常采用“思想和表达二分法”来判断，思想不落入著作权法保护范围，只有原创性的表达才享有著作权，因此比较是否相似，只判断作品中关于情节和内容的具体“表达”方式。

本案判决书指出：《此间的少年》不构成著作权侵权。虽然该作品使用了金庸四部作品中的大部分人物名称、部分人物的简单性格特征、简单人物关系以及部分抽象的故事情节，但并没有将情节建立在金庸作品的基础上，而是在不同的时代与空间背景下，围绕人物角色展开撰写全新的故事情节，创作出不同于金庸作品的校园青春文学小说，部分人物的性格特征、人物关系及相应故事情节与金庸作品截然不同，情节所展开的具体内容和表达的意义并不相同。

第三，以营利为目的商业使用原作品的元素，超过必要的限度，构成不正当竞争。

判决书指出：“同人作品”一般是指使用既有作品中相同或近似的角色创作新的作品，（下转第28页）

“试管婴儿”案例评析

□ 何雪欣

【基本案情】

2016年,王小某的父亲王某君与俞某某签订《试管婴儿包成功代孕协议》,该协议约定由王某君自行提供精子,俞某某为其安排代孕母亲进行试管婴儿怀孕。2016年底,王小某出生了,小王出生后按照规定须在出生医学证明上填报母亲信息,王某君便找来了其公司员工沈某,将沈某的信息填在出生证明“母亲”一栏上。2019年,王某君以沈某与王小某无任何血缘关系为由,以王小某的名义提起诉讼,要求确认王小某与沈某不存在亲子关系。

沈某辩称其与王某君系同居关系,双方想要一个共同的孩子,但由于其多次取卵做人工受孕失败,只能借他人卵子与王某君的精子体外受孕后植入沈某体内,虽王小某与其并不存在医学上的血缘关系,但沈某称与王某君有共同的合意委托他人提供试管婴儿代孕服务,且其是王小某的分娩妈妈,又实际养育王小某至今,其应为王小某的母亲。

【裁判结果】

一审法院认为合法的亲子关系受法律保护。所谓亲子关系即父母子女关系,包含父母与其亲生子女、养子女或继子女的关系,而父母与其亲生子女是最近的直系血亲。夫妻有权行使生育权,在自然生育不能的情况下,可选择人工生育的方式,但必须符合国家相关法

律、法规的规定。王某君自行提供精子,由非法中介供卵进行试管婴儿代孕所生,显然与沈某没有生物学上的血缘关系。沈某主张其为王小某的分娩妈妈,但从代孕协议来看,沈某、王某君分别作为委托方,并接受代理方安排代孕妈妈,其中没有言明由沈某自行代孕这一关键事实。从医院孕妇产检和分娩记录反映,产妇姓名虽登记为沈某,但血型、身高、生育史等基本信息均与被告沈某不符。王某君与沈某虽存在特殊的男女关系,但最终未转变为合法的婚姻关系,双方私下进行人工生育,其行为属于法律法规明令禁止的,也违反公序良俗。无论沈某与王佩君是否同居关系、王小某是否沈某分娩、沈某是否抚养王小某,均改变不了非法代孕行为带来的社会后果及法律后果,故法院最终判决王某君与沈某不存在亲子关系。后沈某不服上诉,二审法院维持原判。

【案情分析】

当今社会,由于生殖医学技术的不断发达,“试管婴儿”技术的成熟使无数对夫妻圆了“孩子梦”,但随之产生的处于灰色地带的“代孕”现象层出不穷。卫生部发布的《人类辅助生殖技术管理办法》第三条第二款规定“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。”显而易见,我国法律明确禁止



何雪欣 实习律师

代孕行为。再者,我国《合同法》并未对代孕协议作出规定,代孕协议的效力无法从法律上得到认定,但从当前的案例看来,我国法院一般会认定代孕协议违背公序良俗的原则从而认定无效。在上述案例中,王某君、沈某与案外人俞某某私下进行人工生育,属于法律法规明令禁止的行为,其所签订的代孕协议亦因违背公序良俗原则而不受法律保护,且王某君与沈某不存在合法的婚姻关系,虽沈某登记在王小某的出生证上登记为母亲,但经过法院的事实认定,沈某亦非王小某的分娩母亲,因此沈某与王小某不存在任何的亲子关系。

(作者交流电话:13302851353)

整容失败能否要求退一赔三？

□ 麦超莹



麦超莹 律师

前段时间，厦门吴女士花了100多万元买了一辆玛莎拉蒂轿车，不过，车主却发现这辆车之前发生过事故，还出过保险！于是，车主将汽车经销商起诉到法院，要求对方退一赔三，最终法院支持了车主请求，车主获赔440万！如今很多爱美人士会选择到民营整容医院进行微调、微整，假如手术未能达到预期甚至失败，能否如这位玛莎拉蒂车主一样，主张退一赔三呢？

我国民法理论对医疗美容服务是否适用《消费者权益保护法》存在不同观点，尚无定论。《消费者权益保护法》于2013年修订时对此虽不无争论，但以分歧较大，未达成共识为由未予以明确。我国现行法律、行政法规、司法解释对医疗

美容服务是否适用《消费者权益保护法》没有明确规定。

笔者认为，首先要明确的前提是医疗美容服务是否适用《消费者权益保护法》。《消费者权益保护法》第二条规定：“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。”据此，《消费者权益保护法》作为特别法，其适用范围应限于“生活消费”的目的。

但是，医疗美容服务与通常以疾病治疗为目的的医疗行为确有不同。但医疗美容与一般诊疗行为均属经患者同意而实施的对人体有侵袭性的行为，本身具有高风险。依照《医疗美容服务管理办法》第二条第一款、第二款的规定：“本办法所称医疗美容，是指运用手术、药物、医疗器械以及其他具有创伤性或者侵入性的医学技术方法对人的容貌和人体各部位形态进行的修复与再塑。本办法所称美容医疗机构，是指以开展医疗美容诊疗业务为主的医疗机构。”与一般的医疗服务合同关系一样，医疗美容服务合同中，医疗机构对患者所负的给付义务同属手段债务，而非结果债务。经卫生行政部门许可取得医疗机构执业许可证的医疗机构提供的医疗美容服务本质上属于医疗行为，不属于生活消费的范畴，不应适用《消费者权益保护法》第五十五条规

定的惩罚性赔偿责任。

从医疗服务合同角度，患者主张医疗机构提供的医疗美容服务存在不完全履行或者不履行的情形的，可依据《中华人民共和国合同法》第一百零七条的规定，请求医疗机构承担违约责任。同时造成患者固有利益损害的，患者也可以依据《中华人民共和国侵权责任法》第五十四条的规定，请求医疗机构承担医疗损害责任。

另外，现行法律、法规禁止医疗机构及其医务人员对接受医疗服务的患者保证疗效或者治愈率。比如《广告法》第十六条第一款的规定。对医疗美容服务的具体风险，固然应由医疗机构承担告知说明的义务，但患者对医疗美容服务的风险性难谓不知。一般整容医院术前都会让患者签署知情同意书，但如果医院提供医疗美容服务存在夸大宣传、虚假宣传，误导患者接受医疗美容服务的，依据现行法律规定，应由行政主管部门依法予以处理。

尽管退一赔三的请求有可能不被法院支持，但是患者应当在追求美的路上时刻擦亮双眼，注意在合同中就修复术应达何种效果做出明确约定，并保存好服务合同、手术方案、手术记录和费用支付凭证等证实医疗服务合同关系确实存在的证据，必要时也可以对整容医院的广告进行公证。

（作者交流电话：13928572361）

中介跑路，租客和房东怎么办？

□ 吴 珺

下面，跟大家聊聊中介跑路，房东和租客该怎么办的问题。

一、中介收了租客的租金，却没有给房东而跑路了，房东能直接向租客要租金？或者房东能直接赶走租客收回房子？

要解决问题，须理清中介在租房中的角色定位。在日常生活的租房中，中介会根据中介与房东签订不同合同而扮演不同的角色，若中介和房东签订的是《委托合同》，中介和房东是委托关系；若中介和房东签订的是《租赁合同》（本文仅指中介先从房东那把房租过来，经过房东同意的转租，再以自己名义出租给房客的租赁合同），中介和房东是租赁关系（即中介为二手房东）。

在前者的条件下，如果租客按约定给中介支付租金，即使中介跑路未支付房东房租，则房东也不可解除中介与租客签的合同，也无法要求租客再支付租金。此时，房东可以根据《委托合同》要求中介承担违约责任。

在后者的条件下，租房过程中存在两个合同：一个是房东（出租人）与中介（承租人）的合同；一个是中介与租客（次承租人）的合同。所以，根据合同相对性，房东只能要求中介付租金。而且，因为中介和房东之间存在合法有效的租赁合同，而且房子是经过房东同意转租出去的。所以，此处租客可以基于租赁合同的连续占有而突破合同相对性，不仅对中介而言对于房屋的占有属于有权占有，而且对于房东而言亦属于有权占有。因此，

只要租客按照合同约定向中介履行了房租支付义务，即使中介未向房东支付房租，房东也不能赶房客走。

但是，房东可解除与中介之间的租赁合同，从而赶走租客：虽然租客对于房东而言属于有权占有，但是这种占有是以中介与房东之间合法有效的租赁合同为前提，一旦该租赁合同因解除而消灭，房客对于房屋的占有依据便不再连续（“房东——中介——房客”变成“房东x中介——房客”），从而变成无权占有。因此，在中介不交租金时，房东可基于租赁合同的约定（一般会在合同中约定不交房租便解除合同的条款）或者基于《合同法》第94条赋予的法定解除权解除与中介之间的租赁合同，从而使房客丧失对房屋合法占有的基础法律关系，以此赶走房客。

二、租客应怎么合法维护自己的权利？

1. 代为清偿

《民法典》第524条规定：债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。债权人接受第三人履行后，其对债务人的债权转让给第三人，但是债务人和第三人另有约定的除外。此处适用代为清偿的情形是指“中介先从房东那把房租过来，再以自己的名义出租给房客”的情形。因为与租客签订合同的是中介，所以这个合同并不约束“房东”，但是，中介



吴 珺 律师

跑路将导致租客存在被房东赶走的可能。因此租客对于中介与房东之间的租赁合同的履行具有合法利益关系，租客可以代替中介向房东支付租金，而且房东不可以拒绝。如果我们代替中介向房东支付租金，势必导致我们多支付一部分租金，对于多出的该部分租金，我们可以向中介主张“不当得利返还请求权”。

2. 要求中介承担违约责任

如前所述，房东是有权赶走租客的，此时租客与中介的租赁合同也无继续履行的可能，而且过错在中介方，那么租客就可以以中介严重违约要求解除租赁合同，并要求其承担违约责任。该违约责任先看租赁合同是否约定，如果没有约定，可要求其承担实际损失，比如搬家费用、重新租同类房屋的差价以及重新租房期间的住宿费用等。

（下转第39页）

婚内债务焦点： 配偶对外负债，我需要偿还吗？

□ 李松花



李松花 律师

在婚姻关系存续期间，夫妻中的一方以个人名义对外负债，其配偶在哪些情况下应当承担还款责任？在哪些情况下无需承担还款责任？

【要点阐述】

A、B为夫妻，婚姻存续期间内，A以个人名义对外负债，B在不同情况的相关责任分别如下：

B确认过债务，作出了共同借款的意思表示（包括借款时确认与事后确认），或债权人证据证明B对此笔债务知情的（举例：如虽然是A的名义借款，但实际上汇入了B的账户），应当认定为夫妻共同债务；

B不确认债务、也无证据证明其对债务知情，但债务未超过家庭日常生活所需→一般认定为夫妻共

同债务→除非B提供证据证明该款项未用于家庭共同生活；

B不确认债务、也无证据证明其对债务知情，且债务超过了家庭日常生活所需→一般不认定为夫妻共同债务→除非债权人提供证据证明该款项用于夫妻共同生活、共同生产经营。

以上分析的法律依据为：《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（法释〔2018〕2号）

【具体认定】

一、法院如何认定A所负债务是否超过了家庭日常生活所需？

在上述后两种情况下，对于A所负债务是否超过家庭日常生活所需的判断就变得尤其重要。而对于家庭日常生活所需的判断标准，根据最高人民法院民事审判第一庭程新文庭长在接受采访时的解读，主要有三大标准：

①首先，八大类标准：即食品烟酒、衣着、居住、生活用品及服务、交通通信、教育文化娱乐、医疗保健、其他用品及服务；

②其次，相当性标准：家庭日常生活范围应与家庭生活状态等大体相当。同时根据夫妻双方的身份、职业、资产、收入等共同生活的状态和当地一般社会生活习惯予以认定；

③再次，必要性标准：家庭日常生活需要是家庭日常的必要消

费，即刚需而非奢侈消费，如饮食服装、日用所需、老人赡养、子女教育等。

实践中，家庭日常生活所需的判断是由法院结合实际情况进行推定，无需诉讼双方进行举证证明。

二、若法院推定A债务未超过日常生活所需，配偶B应当如何保障自己？

若法院推定该债务未超过家庭日常生活所需，而配偶B认为该债务款项未用于家庭生活，那么配偶B就应当承担举证责任，实践中常见的举证情况是：

①举债期间家庭未购置大宗财产或存在大额开支情形；

②债务发生时处于夫妻感情不睦、分居、协议离婚或离婚诉讼过程中，配偶B有稳定收入且能维持家庭正常开支的；

③债务用途指向A从事赌博、吸毒等违法犯罪活动的；

④债务用途指向A单方的高额消费，如购买奢侈品等与家庭生活、共同生产经营无关的活动；

⑤配偶B对A的投资经营行为完全不知情，且未享受投资经营收益的，如家庭开支均由配偶B的收入承担；

⑥可证明A所负的债务没有用于家庭共同生活的其他情形。

若配偶B对上述情形无法进行举证，那么该债务将会认定为夫妻共同债务，债权人有权要求AB任意一方偿还或双方共同偿还。

三、若法院推定A债务超过了日常生活所需，债权人应当如何保障自己的利益，要求夫妻共同偿还？

若法院推定该债务超过了家庭生活所需，债权人应当提供证据证明该款项用于AB的夫妻共同生活或共同生产经营支出：

(一) 首先，针对用于夫妻共同生活支出，常见的举证情况是：用于家庭房产车辆购置支出、家庭教育支出、家庭保险支出、家庭投资

支出等，且夫妻双方均无法说明该款项的其他合理来源的；

(二) 其次，针对夫妻共同生产经营支出，常见的举证情况是：

①A举债用于夫妻双方共同从事的投资、经营事项。例如：A因经营公司所需，以个人名义对外负债，而B同时为该公司股东，或B担任公司财务人员等职务的；

②A举债是用于债务人单方从事的投资、经营事项，但债务人配偶

分享投资经营收益的。例如：配偶B虽未参与A的实际经营，但B没有稳定收入，家庭开支均由A经营所得支出的；

③可证明A所负的债务用于了家庭生活、共同经营的其他情形。

若债权人对上述情形无法进行举证，那么该债务将会认定A的个人债务，非夫妻共同债务，债权人仅有权向A进行追偿。

(作者交流电话：13590575324)

(上接第37页)

【提醒】和中介签订租赁协议，应查看中介机构是否正规，有无营业执照等。最合适的方法是通过中

介见到房东和房东签订，如果只能和中介签，一定要查看中介和房东之间的委托代理协议或者租赁协议、房东的授权委托书，最好能复印上

述协议及证件。尽量不要和中介签一次性交满一年房租的合同，最好是按月支付或者季度支付。

(作者交流电话：18566344099)

(上接第40页) 第四，征收补偿协议有效更有利于约束协议双方履行，包括支付补偿款和交付安置房。

三、土地补偿的时点影响补偿金额

(一) 新《土地管理法》第四十八条的规定

新《土地管理法》第四十八条第三款规定：“征收农用地的土地补偿费、安置补助费标准由省、自治区、直辖市通过制定公布区片综合地价确定。制定区片综合地价应当综合考虑土地原用途、土地资源条件、土地产值、土地区位、土地供求关系、人口以及经济社会发展

水平等因素，并至少每三年调整或者重新公布一次。”启动征地至征地批复生效一般时间跨度较长，如果跨越两个不同时期片区综合地价，且地价为上升趋势，签订征地补偿协议以哪个时期的片区地价为准？

(二) 土地补偿的时点影响补偿金额

《国有土地上房屋征收与补偿条例》规定对被征收房屋价值的

补偿评估时点为房屋征收决定公告之日。征收土地，如果参照上述规定，评估时点和补偿时点定在土地征收公告之日，会造成不公

平。根据现在房地产市场上涨趋势，越往后签订补偿协议，价格越高。笔者认为土地补偿时点定在征求补偿安置方案程序完成后形成反馈意见稿时更合适。

今年3月30日自然资源部发布了《土地管理法实施条例》(征求意见稿)，对外收集意见。但新《土地管理法实施条例》至今仍未通过。以上意见，只能是笔者一家之言，供大家互相探讨。上述所议问题要待新《土地管理法实施条例》出台和其他配套法律法规完善，才能最终有所定论。

(作者交流电话：13798687993)

(上接第41页) 人格权受到侵害的，受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权，不适用诉讼时效的规定。

问：用人单位如何适应民法典要求预防性骚扰？

答：(1) 制定预防、制止性骚扰的相关措施，比如修改《员工手册》、设立预防性骚扰的举报投诉渠道等、宣讲预防、制止性骚扰的法律知识。

(2) 面对员工提出的性骚扰，单位应积极应对。一方面要调查了解事实，保存证据。需注意对涉嫌性骚扰员工及被骚扰员工的名誉权、

隐私权保护，以免受害员工信息被公开后造成二次伤害。另一方面也要注意避免因举报人诬陷影响被举报人的名誉。

(3) 对于查证属实的性骚扰，单位应及时、依法对员工进行处理，并以儆效尤。

(作者交流电话：13411005733)

《土地管理法》新修改条款对征收和补偿的影响

□ 莫君仪



莫君仪 律师

新修订的《土地管理法》于2020年1月1日实施，征收条款变动较大，与普罗大众的利益息息相关。本文着重探讨《土地管理法》第四十五条（公共利益的情形）、第四十七条（征收程序）、第四十八条（征收补偿安置）修改对征收和补偿的影响。

一、三旧改造中商业项目与法定征收关系

（一）新《土地管理法》第四十五条的规定

新《土地管理法》增加了第四十五条关于公共利益情形的规定。房屋征收为了公共利益，已有共识。新《土地管理法》第四十五条在《国有土地上房屋征收与补偿条例》第八条基础上进行丰富，其范围更广。特别引人关注是第五项：

为了公共利益的需要，在土地利用总体规划确定的城镇建设用地范围内，经省级以上人民政府批准由县级以上人民政府组织实施的成片开发建设需要用地情形之一，可以依法实施征收。

（二）三旧改造中商业项目是否属于法定征收？

笔者认为绝大部分三旧改造中商业项目都不属于法定征收。只有符合《土地管理法》第四十五条上述规定的四个条件，才能认定为法定征收：

- 1、为了公共利益的需要（如在偏远的地方，商业项目促进整体经济、就业等发展）；
- 2、在土地利用总体规划确定的城镇建设用地范围内；
- 3、经省级以上人民政府批准成片开发建设；
- 4、县级人民政府组织实施。

我们部门今年年初就办理了一件因实施商业项目对旧厂房进行改造导致租赁合同解除的案件，佛山市中级法院最终认定村集体收回土地使用权的行为不属于法定征收，就是根据上述四个法定条件中两个：案涉土地三旧改造是为了村集体经济的发展，改造后用于商住，不符合公共利益；其次，实施主体是村集体，而不是政府组织。

二、征收批复生效前，已签订的征收补偿协议的效力

（一）新《土地管理法》第四十七条的规定

新《土地管理法》第四十七条规定了申请征收土地前期工作，其中一项就是“与拟征收土地的所有权人、使用权人就补偿、安置等签订协议”，第五款规定“相关前期工作完成后，县级以上地方人民政府方可申请征收土地。”换言之，未申请征地就要先签订征收补偿协议。

（二）先签订的征收补偿协议的效力问题

一种观点认为此阶段的征收补偿协议是效力待定，待征收批复

生效后，征收补偿协议才生效。另一种观点认为此阶段的征收补偿协议有效。其主要依据是《土地管理法实施条例》（征求意见稿）第三十一条第二款，对个别未签订征地补偿安置协议的，县（市）人民政府应当依据征地补偿安置方案和补偿登记结果作出征地补偿安置决定。

笔者倾向于第二种观点，但理由确有所不同。第一，法律至今未规定“征地补偿协议生效”是以批准为前提。个人认为，法律不可能规定征地补偿协议以批准为前提，不然征地工作无法开展。第二，新《土地管理法》已将先批后征精神变成了先补偿安置后征地审批。大量实践证明，先补偿安置后征地审批模式更有利于基础设施和社会发展，更有利于社会和谐稳定。第三，司法实践案例中，法院认为批地前补偿协议是有效的。（下转第39页）

对《民法典》规制“性骚扰”的解读

□ 何嘉欣

“性骚扰”一直是大多数人不太愿意面对的话题。一方面是因为性骚扰取证难，通常，性骚扰的双方当事人往往地位不平等，手段具有隐蔽性、多样性等，可谓防不胜防。另一方面，遭受性骚扰之后，还缺乏对施害者的有力惩罚措施。民法典出台之前，立法对性骚扰的规制主要散见于特别法中。《妇女权益保护法》第四十条规定：“禁止对妇女实施性骚扰。受害妇女有权向单位和有关机关投诉。”第五十八条规定：“违反本法规定，对妇女实施性骚扰或者家庭暴力，构成违反治安管理行为的，受害人可以提请公安机关对违法行为人依法给予行政处罚，也可以依法向人民法院提起民事诉讼。”《女职工劳动保护特别规定》也有类似规定，规定在劳动场所，用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰。《未成年人保护法》也规定禁止对未成年人实施性侵害。但上述法条缺乏可操作性和力度，往往施暴者只会承担无关痛痒的舆论谴责，长久以往，受害者也就失去维权的勇气和信心。

而近年来，无论是源起于美国的“Me Too”运动、韩国的“姐姐来了”，还是国内的几次声浪，都点燃了越来越多人说出自己的经历或公开反对性骚扰的勇气。所以，《民法典》中关于“性骚扰”的规定应运而生，硬核而至。

问：究竟什么是性骚扰？发黄笑话算吗？

答：《中华人民共和国民法典》第一千零一十条：违背他人意愿，

以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。

也就说说，《民法典》所明确的性骚扰的侵权形式，除了典型的肢体行为外，还包括“言语、文字、图像”，且在立法技术上采用“列明+兜底”的方式，用“等”字涵盖了其他可能存在的侵权形式。判断是否构成性骚扰，除判断内容是否与性相关外，核心是判断是否“违背他人意愿”，如受害人已经明确表达了抵触和反感，行为人仍然实施骚扰行为，受害人可以要求行为人承担相应的民事责任。此外，性骚扰除暴力强迫外，更多表现为非暴力性的与性有关的行为，如以下流语言挑逗对方，向其讲述个人性经历、黄色笑话或色情内容，出示色情文字图像，故意触摸、碰撞、亲吻对方的性敏感部位等等。

问：男性受到性骚扰，能受保护吗？

答：《民法典》对性骚扰的规制不再区分性别、年龄，凡是违背自然人意愿的性骚扰行为，受害人均有权依法请求行为人承担民事责任。这比以前只保护女性或未成年人绝对是个里程碑式的进步。

问：在单位受到性骚扰，可以告单位吗？

答：一般而言，性骚扰的责任人是骚扰者，但是基于性骚扰出现的场所多为工作场所，对此《民法典》第一千零一十条第二款规定了机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置



何嘉欣 律师

等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。

也就是说，单位对于防治性骚扰的义务涵盖了事前和事后两个维度，因此，判断单位是否应当承担民事责任，要看单位是否履行了该等义务。例如，在性骚扰发生之前，单位是否制定、公布了反性骚扰的相关规定？在收到当事人申诉以后，单位有没有积极的展开调查？在调查之后有没有积极的对行为人进行处置？这些问题，相信都会成为判定单位责任的关键考虑因素。也就是说，如果受害者能举证用人单位未采取合理的措施调查并制止员工实施的性骚扰行为的，是可以一并主张单位承担侵权责任的。

问：性骚扰民事责任的承担方式有哪些？

答：《民法典》第九百九十五条规定，（下转第39页）

《民法典》试用合同新规浅析

□ 肖福来



肖福来 律师

随着现代消费模式的发展，很多商家以“试用买卖”模式推销自己的新产品，以此加深客户的产品体验，提高销售成功率。我国《民法典》合同编对试用买卖中的多个问题作出了明确规定，那什么是“试用买卖合同”？消费者在这类合同中如何保护好自己？

试用买卖合同实际上是一种特殊买卖合同，是指当事人双方约定于合同成立时，出卖人将标的物交付买受人试用或者检验，并以买受人在约定期限内对标的物的认可为生效要件的买卖合同。买受人在试用期限届满之前明确表示不购买标的物，那么双方的买卖合同不生效，买受人在试用期结束后归还标的物给出卖人，这实际上是消费者先使用再决定是否购买的消费模式。

一、关于试用期的规定

《民法典》第六百三十七条规定：试用买卖的当事人可以约定标的物的试用期限。对试用期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，由出卖人确定。

该条规定包含三层意思：1、试用期限可以由买卖双方约定。2、双方对试用期限没有约定或者约定不明的，可按照《民法典》第五百一十条规定可以进行补充约定。达成补充约定的，按照补充约定来确定试用期限。3、无法达成补充约定的，直接由出卖人确定试用期限，即出卖人有权随时要求终止试用。

二、购买选择权

《民法典》第六百三十八条规定：试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。试用期限届满，买受人对是否购买标的物未作表示的，视为购买。试用买卖的买受人在试用期内已经支付部分价款或者对标的物实施出卖、出租、设立担保物权等行为的，视为同意购买。

该条规定包含两层意思：1、试用期限届满，买受人对标的物既不表示购买，也不表示拒绝购买，视为同意购买。如果买受人在试用期限届满后仍在保持“沉默”，那表示买受人愿意购买，应当及时履行付款义务。2、买受人对试用买卖的标的物支付了部分价款，或者对标的物实施出卖、出租、设立担

保物权等行为的则视为同意购买，也就是说买受人用实际行动履行付款义务或行使标的物权利人处分为时，则视为其同意购买。

三、标的物使用费

《民法典》第六百三十九条规定：试用买卖的当事人对标的物使用费没有约定或者约定不明确的，出卖人无权请求买受人支付。

该条规定包含两层意思：1、双方有约定按约定。如约定缴纳使用费应当缴纳；未约定缴纳则无需缴纳。2、没有约定或者约定不明确的，无需缴纳使用费。即除非约定，否则不用缴纳费用。

四、标的物的风险负担

《民法典》第六百四十条规定：标的物在试用期内毁损、灭失的风险由出卖人承担。

在合同履行期间，有时会遇到标的物意外灭失风险的问题，原则上是由对标的物享有所有权的一方负担意外灭失风险的后果。在标的物试用期内，标的物意外毁损灭失的风险，都由出卖人负担。但由于在试用期，标的物在买受人的控制之下，买受人应妥善保管标的物，若由于买受人的原因造成标的物的毁损和灭失，则买受人当然需要承担赔偿责任。

《民法典》合同编对试用买卖从以上几个方面做出了规定，这即支持新的消费模式的发展，也对其中的双方权利义务做出了规定和指引，避免纠纷发生。

（作者交流电话：13702638080）

新颁布的法律

★ 中华人民共和国著作权法（修改）

（全国人民代表大会常务委员会，2020-11-11）

★ 中华人民共和国退役军人保障法

（全国人民代表大会常务委员会，2020-11-11）

★ 中华人民共和国生物安全法

（全国人民代表大会常务委员会，2020-10-17）

★ 中华人民共和国未成年人保护法（修订）

（全国人民代表大会常务委员会，2020-10-17）

★ 中华人民共和国出口管制法

（全国人民代表大会常务委员会，2020-10-17）

★ 中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法（修改）

（全国人民代表大会常务委员会，2020-10-17）

★ 中华人民共和国国徽法（修改）

（全国人民代表大会常务委员会，2020-10-17）

★ 中华人民共和国国旗法（修改）

（全国人民代表大会常务委员会，2020-10-17）

★ 中华人民共和国专利法（修改）

（全国人民代表大会常务委员会，2020-10-17）

★ 中华人民共和国城市维护建设税法

（全国人民代表大会常务委员会，2020-8-11）

★ 中华人民共和国契税法

（全国人民代表大会常务委员会，2020-8-11）

最新司法解释

★ 关于加强著作权和与著作权有关的权利保护的意见

（最高人民法院，2020-11-16）

★ 关于知识产权民事诉讼证据的若干规定

（最高人民法院，2020-11-16）

★ 关于规范量刑程序若干问题的意见

（最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部，2020-11-5）

★ 关于审理涉船员纠纷案件若干问题的规定

（最高人民法院，2020-9-27）

★ 关于依法办理“碰瓷”违法犯罪案件的指导意见

（最高人民法院、最高人民检察院、公安部，2020-9-22）

★ 关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定

（最高人民检察院、公安部，2020-9-17）

★ 关于依法加大知识产权侵权行为惩治力度的意见

（最高人民法院，2020-9-14）

- ★ **关于完善统一法律适用标准工作机制的意见**
(最高人民法院, 2020-9-14)
- ★ **关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释 (三)**
(最高人民法院、最高人民检察院, 2020-9-12)
- ★ **关于涉网络知识产权侵权纠纷几个法律适用问题的批复**
(最高人民法院, 2020-9-12)
- ★ **关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定**
(最高人民法院, 2020-9-10)
- ★ **关于审理专利授权确权行政案件适用法律若干问题的规定 (一)**
(最高人民法院, 2020-9-10)
- ★ **关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见**
(最高人民法院, 2020-9-10)
- ★ **关于建立教职职工准入查询性侵违法犯罪信息制度的意见**
(最高人民检察院、教育部、公安部, 2020-8-20)
- ★ **关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定 (修改)**
(最高人民法院, 2020-8-19)
- ★ **关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定**
(最高人民法院, 2020-8-14)
- ★ **关于为创业板改革并试点注册制提供司法保障的若干意见**
(最高人民法院, 2020-8-8)
- ★ **关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定**
(最高人民法院, 2020-7-30)
- ★ **关于统一法律适用加强类案检索的指导意见 (试行)**
(最高人民法院, 2020-7-27)
- ★ **关于刑事案件涉扶贫领域财物依法快速返还的若干规定**
(最高人民法院、最高人民检察院、公安部, 2020-7-24)
- ★ **中华人民共和国社区矫正法实施办法**
(最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部, 2020-6-18)

最新行政法规

- ★ **国家科学技术奖励条例 (修订)**
国务院——(2020-10-7)
- ★ **行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定 (修订)**
(国务院, 2020-8-7)
- ★ **中华人民共和国预算法实施条例 (修订)**
(国务院, 2020-8-3)

“南天明”再助“哈士奇”发行可转债



南天明顺德所帮助广东哈士奇制冷科技股份有限公司（简称“哈士奇”）在广东股权交易中心成功发行金额为1000万元的可转债。可转债分为2期募集，首期500万元和第二期500万元已经分别募集完毕。

在募集过程中，南天明顺德所担任发行人哈士奇公司的专项法律顾问，提供全程法律服务。在项目实施期间，“南天明”与广东股权交易中心、投资公司、会计事务所高效配合，为项目的顺利实施提供了全方位的法律服务。

党建引领，扶贫助学

为贯彻落实党的十九大会议精神，深入推进精准扶贫及乡村振兴战略，今年5月“南天明”与罗定市龙湾镇金充村签订了为期两年的结对帮扶协议。8月20日，南天明所党支部、团支部、义工队一行六人前往龙湾镇金充村开展支部共建与捐资助学活动。

金充村党总支及村委班子成员、南天明党员代表一起参加了支部共建活动，双方就支部建设、党员教育、人才培养、技术帮扶、乡村振兴等各方面进行了全面交流，对下一步开展具体活动进行了深入地探讨。

在结对帮扶暨捐赠助学金仪式上，南天明代表现场为金充村10名贫困大学生发放了助学金，三名青年律



师与三名大学生代表现场结对，对其后续学业予以支持帮助。

专业的青年律师获任专业机构职务



今年成立的佛山市城市更新协会，为了更好发挥协会专家会员的专业能力，特设立四个专业委员会：政策研究专委会、规划设计专委会、前期整理专委会、业态运营专委会。经过协会的审查和评选，“南天明”合伙人、房产部部长胡丽丽律师被聘为佛山市城市更新协会前期整理专业委员会委员，聘期五年。

11月10日，广东省商标协会举办广东省重点商标保护名录的评审专家聘书颁发仪式，“南天明”合伙人、知识产权部部长汤建城律师受聘担任广东省重点商标保护名录评审专家。根据相关文件规定，驰名商标、老字号商标、国家知识产权局注册批准的地理标志证明商标、集体商标以及其他满足条件的商标都是重点商标保护名录范围。

南天明顺德所变更办公地楼层

南天明顺德所为了扩大办公面积，从原来的顺德区大良恒基国际金融大厦17楼搬迁到15楼。9月23日，举行了简单而隆重的乔迁仪式，期望延续南天明专业、高效、及时的精益服务传统，给客户更好的体验。

南天明顺德所位于顺德区德胜中央商务区，该区汇集顺德区政府、顺德喜来登酒店、顺德保利洲际酒店，顺德博物馆、德胜中轴线金凤凰等地标配套，坐拥金融街核心地段，交通便利，风景优美。



南天明与中大法学院的合作持续推进



9月9日上午，南天明律师所梁虹副主任等一行六人应邀至中山大学法学院与李明章书记、任强副院长沟通继续推进“证券法务新星计划”工作。

9月26日，证券法务新星计划第三期结业仪式暨第四期开班仪式在中山大学法学院模拟法庭举行，中山大学法学院副院长任强教授，“南天明”的李光主任、梁虹副主任，“蒙娜丽莎”董事兼董事会秘书张旗康先生，“伊之密”副总经理兼董事会秘书肖德银先生，“瀚蓝环境”高级证券事务经理曾宪绵先生等上市公司的特邀嘉宾，第三期培训班的学员及讲师参加了本次活动。当日下午，中大法学院众多重视资本市场的在校本科生、研究生积极报名参加第四期证券法务新星培训，南天明讲师团队以逐一面试的方式遴选了第四期学员。

10月24日，第四期证券法务新星培训班顺利开课，具有国际视野的李侃童律师主讲了第一课。

与EGLA成员齐聚海口探讨合作创新

10月22日至25日，海南自贸港法治与创新国际高峰论坛暨全球精品律所联盟（EGLA）第十八次合伙人大会在海口隆重举行，来自中国国际商会、海南省司法厅、海南省第一中级人民法院、海南大学、海南国际仲裁院、海口国际投资促进局等机构的嘉宾，来自中国、法国、意大利、韩国、俄罗斯、越南、印度尼西亚、日本等国的联盟成员代表，共约三百多人参加了会议，本次论坛全球现场直播，遍布世界各地的成员所律师同步在线收看了视频。

“南天明”作为EGLA的联盟成员，本次派出党支部书记纪建斌律师、合伙人李浩律师赴海口参会，与来自全球各地的律师探讨如何发挥联盟优势，开展实务合作，了解海南自贸港的发展前景，聆听各界专家的专业讲座。

本次大会上，来自印度、新加坡、越南、澳大利亚、



马来西亚、塞尔维亚、俄罗斯、意大利、希腊、巴基斯坦、波兰的11家境外律师所及4家国内律师所加入了联盟，EGLA的全球性越来越强。



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15楼
电 话 \ 传 真：0757-22910248 邮编：528300

