



南天明之窗

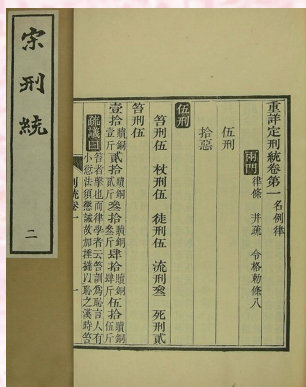
准印证号(粤E)L0180009

二〇二一年第一期 总第六十六期



本期要目

催缴出资属于董事的勤勉义务
早期创业公司的股权分配要点
南海区城市更新行政裁决操作难点分析
非婚同居纠纷的人身关系和财产应如何处理
南海区农村宅基地房屋买卖过户需满足何条件
浅析村级工业园改造提升项目的“拆迁难”问题



《宋刑统》全称为《宋建隆重详定刑统》，是宋朝的基本法典，北宋、南宋均适用该法典，是中国历史上第一部刻板印刷发行的法典。

“刑统”是唐朝后期产生的一种新的立法形式。唐宣宗大中七年（853年）颁布《大中刑律统类》，将《唐律疏议》的条文按性质拆分为121门，然后将“条件相类”的令、格、式及敕附于律文之后，这种将律、令、格、式、敕混为一体，分门统编本朝刑事法律的体例，使人一目了然，五代至宋均效法，例如后唐《同光刑律统类》、后周《显德刑统》。

宋朝初年沿用后周《显德刑统》，后因其“科条浩繁，或有未明”，窦仪等人奏请朝廷修订法律。建隆三年（962年）宋太祖诏令窦仪等六人重新修订刑统。窦仪就是《三字经》中“教五子，名俱扬”的“窦燕山”的长子，“五子登科”从他开始，先后在后晋、后汉、后周、北宋四朝为官。因为“学问优博，多知典故”，被宋太祖委以重任。建隆四年七月，《宋刑统》修编完成，由太祖诏“付大理寺刻板摹印，颁行天下”，成为中国历史上首部刊印颁行的法典。颁行后只在太祖乾德四年（公元966年）、神宗熙宁四年（公元1071年）、哲宗绍圣元年（公元1094年）、高宗绍兴元年（公元1131年）及孝宗年间作过几次修改，但

《宋刑统》

改动内容都很少。

《宋刑统》全书共31卷（含目录1卷）。与唐律一样，共12篇、502条，12篇目仍为名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱。与唐律不同的是，每篇之下分若干门，共213门，每一门都是一个独立的单元，先列明律条及疏议，再按照时间顺序编列唐中期到宋初的敕、令、格、式，朝廷禁令、州县常科等条文，都分类编附于后，使其成为一部综合性法典。其编纂形式层次清晰，便于司法部门查找应用；对防止理解歧义、避免法内漏洞具有积极意义。

在刑罚手段上，《宋刑统》的立法本意是减轻刑罚，改革五代苛刑，沿用唐代的五刑，并另设折杖法，把徒刑、流放刑折成杖刑，免任劳役和远迁的长期痛苦。例如：应处徒刑一年改决脊杖十三放，二年改决脊杖十七放，三年改决脊杖二十放；应处流刑二千里者改决脊杖十七配役一年，三千里改决脊杖二十配役一年。这在宋初确实起到了缓解社会矛盾的作用。后来，随着社会矛盾逐渐尖锐，贼盗猖獗，实际执行的刑罚手段日趋残酷：对重罪犯，折杖数额变成了徒刑、流刑的附加刑，“杀威棍”成常态；出现刺配刑，即先刺面，再杖刑，最后流放，如林冲刺配沧州，一人之身一事之犯兼受三刑；出现凌迟刑，碎刀割死，即恢复肉刑，先执行肉刑，再执行死刑。

《宋刑统》适应社会经济的发展，增加了民商事法律规范内容。《宋刑统》中的“户绝资产”门、“死

商钱物”门、“典卖指当论竞物业”门、“婚田入务”门，都是新增加的唐律中所没有的规定。例如：《宋刑统》卷12“户绝资产”条规定：“诸身丧户绝者，所有店宅、资财，并令近亲转易货卖，将营葬事及量营功德之外，余财并与女，无女均入以次近亲，无亲戚者官为检校。若亡人在日，自有遗嘱处分，证验分明者，不用此令。”对比唐朝的《丧葬令》，《宋刑统》不再将“部曲、客女、奴婢”当遗产处理，改变了他们的人身依附关系，提高了部曲、客女、奴婢的身份地位。

因刊行天下，对《宋刑统》的解读传播随之出现。律学博士傅霖用韵文体裁写出了仅1卷、8韵、1000余字律学读本《刑统赋》，把《宋刑统》中有关定罪量刑的一些通例、原则、注意事项韵而赋之，把每一个条文，都改得像骈体文一样，读起来朗朗上口，例如“诈传制书，情类诈伪；私造军器，罪加私有”，于是在民间广为传诵，成为律学最基本的教科书，在当时与后代都发生了重大影响。南宋时，北方被金人占据，北方的读书人仍然诵读传播《刑统赋》，金、元之间《刑统赋》注本有十种之多。一种法律读本能被敌占区的民众广泛诵读研究，可见其影响之大。这种集中法典要旨，以韵文体加以编排，方便读者掌握的方法，对于今天的法学教育也不无启示。

《宋刑统》是宋代立法思想的重要体现，丰富和发展了中国古代的律典类型，为当时和后世制定法律提供了依据和参考，是研究中华法系法典传承中不可或缺的重要文献。

最高法、司法部推行 为律师提供一站式诉讼服务

《法制日报》报道：1月14日，最高人民法院召开2021年首场新闻发布会，最高法、司法部共同发布《关于为律师提供一站式诉讼服务的意见》，以解决律师在参与诉讼中面临的困难问题为着力点，要求依托律师服务平台、诉讼服务大厅、12368诉讼服务热线等立体化渠道，为律师提供一站式诉讼服务。

《意见》对建立律师履职保障机制作出部署，要求人民法院建立律师参与诉讼专门通道，为律师提供“一码通”服务。律师可以使用律师服务平台等办理立案、阅卷、保全、鉴定、庭审，申请回避、撤诉，申请调查证据、延长举证期限、延期开庭等事务，线上交纳诉讼费用，真正实现了诉讼事务在线办理、网上流转、全程留痕。为保障律师知情权，《意见》提出，依托12368诉讼服务热线一号通办功能为律师提供查询、咨询、诉讼事务办理等服务。为加强权利救济，《意见》要求建立健全法官与律师互评监督机制，律师可以通过12368诉讼服务热线、律师服务平台对诉讼服务事项进行满意度评价，或者提出意见建议。

《意见》还强调服务主体的开放性，不仅为专职律师、兼职律师、公职律师、公司律师、军队律师、法律援助律师等依法执业的律师提供一站式诉讼服务，还结合实际，为基层法律服务工作者、律师助理依法提供相应诉讼服务，充分保障各类法律工作者执业权利。

人民法院律师服务平台于当天正式上线，为律师提供35项在线诉

讼服务。目前，平台上的网上立案、调解、申请退费、掌上法庭、开庭排期避让、申请核实代理关系、回避、调查取证、延长举证期限、撤诉等事项、智能辅

助工具、评价建议、律师一码通等26项功能四级法院已经全部实现。

在1月14日召开的新闻发布会上，最高人民法院立案庭庭长钱晓晨、最高人民法院信息中心主任许建峰、司法部信息中心副主任姚雄森、全国律协副会长蒋敏分别回答了记者的提问。

许建峰主任说：全国法院律师服务平台以中国移动微法院作为主要基础平台，针对律师服务提供一系列专门的功能，具有全国统一的门户、统一的入口，能够跟司法部的“中国律师身份核验平台”对接，且有很多线上和线下衔接。律师在法院工作领域里有很多内容，可能产生时间、排期上的冲突，现在提供了开庭排期智能避让，推动合理规划，将来可能还有很多更科学合理的功能，为律师带来更多便利。

姚雄森副主任说：司法部研发的“中国律师身份核验平台”已于2020年9月初上线试运行，经过4个多月的试运行，目前已具备提供全国律师执业身份核验服务保障的条件。该平台以全国律师综合管理信息系统作数据支撑，构建律师执业



电子证照的创新体系，包括律师执业证实体芯片卡和虚拟数字凭证即“律证码”。目前实体芯片卡正在试点示范应用中，“律证码”已经正式投入使用。

钱晓晨庭长说：为便于律师在诉讼过程中与法官进行沟通交流，律师服务平台设有在线联系法官功能，双方当事人及其代理律师能够在可视、可监督的环境下进行证据交换、质证等工作，做到全程留痕、全程监督。此外，律师服务平台还主动向律师公开其代理案件的立案、开庭、结案，包括鉴定进展情况等信息，为律师依法履职进一步提供支持和便利。以公开促公正、促廉洁。

蒋敏副会长说：确实可以解决一些痛点、难点等问题。现在服务要求越来越高，大量律师需要团队协作，需要助理协同提供服务。诉讼服务平台从机制上、制度上解决问题，规定每个律师都可以有三名助理同时录入这个系统，协助专业律师为当事人提供更好的法律服务，这些都为中国律师行业高质量发展提供了一个非常有益的尝试。



南天明之窗

2021年第1期

总第66期

编印单位：广东南天明律师事务所

地 址：广东省佛山市南海区桂城街道

融通路 22 号智富大厦 29 层

网 址：www.tmlslaw.com.cn

编委会成员：李 光 梁 虹 纪建斌

陆垂军 林世彬 程宗利 李周明

罗丽红 温晓琼 李 浩 肖福来

胡丽丽 汤建城 钟远玉 林慧敏

岑景源 麦超莹 姚何静玮

主 编：李周明(电话：13590561500)

电 邮：ntmwzh@126.com

发送对象：本系统、本行业、本单位

印刷单位：佛山市华禹彩印有限公司

印刷时间：2021年3月16日

印 数：3000本

目录 CONTENTS

法律典故

01-《宋刑统》

行业聚焦

02-最高法、司法部推行为律师提供一站式诉讼服务

融资上市

05-蚂蚁抢着玩的ABS是什么？（吴 珺）

06-注册制下对企业IPO前股权激励审核的变化（范瑞祥）

07-公司存续分立方案对日后IPO审核影响的法律分析（林嘉伟）

行政法务

09-南海区城市更新行政裁决操作难点分析（黄淑瑶）

12-国有土地上房屋征收如何强制执行？（钟远玉）

13-上下班途中的“合理时间”该如何认定？（王少猛）

公司法专题

15-催缴出资属于董事的勤勉义务（林慧敏）

16-清算组成员未依法清算，造成损失的应承担赔偿责任（康 云）

房产看法

17-浅析村级工业园改造提升项目的“拆迁难”问题（胡丽丽）

19-南海区农村宅基地房屋买卖过户需满足何条件？（钟远玉）

涉外法务

20-从司法实际看进出口代理关系中代理人的责任（欧 静）

23-海难救助无效果需支付报酬吗？（古海涛）

刑事话题

- 24-例谈我国“宽严相济”刑事政策（李永亮）
- 25-控告诽谤罪与起诉侵犯名誉权的选择（黄淑瑶）

破产清算

- 26-浅议破产撤销权（肖福来）
- 27-破产程序中房地产企业以房抵债相关问题分析（陈雪燕）

评案论法

- 28-民间借贷新规下如何适用利率保护上限（叶伟英）
- 29-从执行异议纠纷探究购房人的物权期待权（范 例）

企业关注

- 31-自杀身亡的员工家属能否获得赔偿（麦超莹）
- 32-早期创业公司的股权分配要点（郑庆柱）

市民话题

- 33-非婚同居纠纷的人身关系和财产应如何处理？（范元凤）
- 36-让文体活动在“自甘风险”原则下有序开展（欧志明）

新法解读

- 37-对“新担保制度司法解释”的整体理解（李 浩）
- 38-对“新担保制度司法解释”一般规定部分的几点解读（李星星）
- 39-对私募新规的解读（林佳纯）

立法快讯

- 40-新颁布的法律
- 40-最新司法解释
- 44-最新行政法规

今日南天明

- 45-短讯六则

蚂蚁抢着玩的ABS是什么？

□ 吴 珺

11月25日，蚂蚁IPO被暂缓三个多星期后，其发行资产支持专项计划（ABS）获得上海证券交易所通过。上海证券交易所官网显示，已于近期通过蚂蚁集团旗下两家网络小贷公司的各100亿元额度ABS发行，另已受理三笔总计260亿元ABS发行申请。截至目前，蚂蚁已发行7286.03亿元ABS产品。蚂蚁集团发行ABS的新闻让ABS又火了一把。

在证券市场上，会有很多专业术语，比如ABS，在证券市场ABS是什么意思呢？

ABS，即资产证券化，简单说是资产支持证券，ABS英文全称Asset-Backed Security，是指以基础资产所产生的现金流为偿付支持，通过结构化等方式进行信用增级，在此基础上发行资产支持证券的业务活动。是一种具有债券性质的金融工具，以项目拥有的资产投资到债券市场进行融资，产生现金流和剩余权益。

ABS的发行过程是由基础资产的发行人，也就是商业银行、储蓄贷款公司、抵押贷款公司、消费金融公司等等，将贷款或者是应收款项等资产出售给第三方特殊目的载体，通过这种方式来实现相关资产的信用与发起人的信用破产隔离。

资产支持证券最早出现在1970年的美国金融市场，之后被众多成熟市场经济国家接受和采用。

ABS简单来说，就是把明天的资金拿到今天来用。蚂蚁用30亿本金拿到银行去贷款，通过1:2的利息放贷获得60亿元，这样就有了90亿

元的资金。把90亿又投入到ABS，经过多次ABS循环，就可以获得更多资金。

蚂蚁集团花呗/借贷ABS的发行主要依靠旗下两家小贷公司，分别为重庆市蚂蚁小微小额贷款有限公司（花呗对应的主体）和重庆市蚂蚁商诚小额贷款有限公司（借呗对应的主体），注册资金分别为120亿元和40亿元。

蚂蚁集团发行的ABS产品进行了分层设计，花呗ABS一般分为三层，包括优先、次优先、次级，优先级占主要部分。在其中一笔蚂蚁ABS中，优先级、次优先级、次级资产支持证券占比为89%、4%、7%。

ABS出表是蚂蚁做大贷款规模的重要手段之一。蚂蚁集团所促成的2.15万亿元贷款当中，属于表内贷款占比只有2%，其余的98%由合作金融机构发放或者ABS证券化。

不过，备受争议的网络小贷“无限杠杆”行将终结，ABS出表亦将受限。根据央行、银保监会11月发布的小贷新规，网络小贷通过标准化融资（债券、资产证券化产品等）余额不得超过净资产4倍。

ABS融资+出表贷款再形成ABS再融资+再出表的模式，蚂蚁在短短几年时间内迅速做大做强，并创造了丰厚的利润。

根据蚂蚁的招股说明书数据，截至2020年6月30日止12个月期间，花呗日利率可低至约万分之二，大部分贷款的日利率为万分之四左右或以下；借呗日利率可低至约万分之二，大部分贷款的日利率为万



吴 珺 律师

分之四左右或以下。一般而言，借呗用户可以在任何时候提前还款，并通常无罚息。

资管计划、信托计划的投资主要来自公司微贷科技平台业务中以资产证券化模式开展的部分，在该模式下，子公司蚂蚁商诚及蚂蚁小微将部分贷款转让给了由第三方机构设立的资产管理计划，并继续持有计划的少量次级档部分，相关自持的次级档份额以公允价值计量、计入交易性金融资产及其他非流动金融资产。此外，由于蚂蚁商城及蚂蚁小微对所转让的贷款保留了部分风险和报酬，公司同时按照其继续涉入程度确认继续涉入资产（计入其他流动资产、其他非流动资产），并相应确认继续涉入负债（计入其他流动负债、其他非流动负债），其确认金额与其持有的次级档金额相当。

（作者交流电话：18566344099）

注册制下对企业IPO前股权激励审核的变化

□ 范瑞祥



范瑞祥

IPO注册制下，对于拟上市企业的审核与核准制时有比较大的不同。在当前我国证券法及相关法律法规确立的以披露为主、以审核为主的监管思路，对于拟上市企业IPO前的股权激励的法律核查也有了一定的变化。

一、股权激励在法律核查中可能涉及的问题

股权激励在法律核查中可能涉及的问题主要集中在《首次公开发行股票并上市管理办法》第十三条规定：“发行人的股权清晰，控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的发行人股份不存在重大权属纠纷。”这就要求拟上市企业在股权激励的过程中要做到股权清晰，通过间接持股的方式进行股权激励的，应当向上穿透核查到自然人。同时，

在一些股权比较分散的公司，要注意控股股东对于持股平台的控制是否会影响公司控制权的稳定。

二、股权激励审核中的具体要求

1、依法履行决策程序

根据审核问答的要求，拟上市企业实施股权激励的，应当严格按照法律、法规、规章及规范性文件要求履行决策程序，并遵循公司自主决定、员工自愿参加的原则，不得以摊派、强行分配等方式强制实施员工持股计划。这就要求在实践中，企业在实施股权激励时应当根据公司法、章程及其他规章制度的规定，履行相关的程序，同时与员工签订书面的股权激励协议、承诺函等文件，固定双方的意思表示。

2、员工入股问题

根据审核问答的要求，员工入股应以货币出资，并按约定及时足额缴纳。按照国家有关法律法规，员工以科技成果出资入股的，应提供所有权属证明并依法评估作价，及时办理财产权转移手续。这就要求在实践中，企业在实施股权激励前应当考虑员工的支付能力并向员工做好宣讲、说明；员工签署股权激励的相关法律文件后应当敦促员工按照约定及时足额缴纳。另外，以目前披露已成功过会的案例（300873海晨股份）来看：员工认缴股权激励持股平台的出资后，通过向大股东或实际控制人借款的方式取得出资款向企业出资入股的，

在IPO审核时并不一定会成为障碍。申言之，如员工无力在约定的期限内（IPO前）实缴出资的情况下，大股东、实际控制人可以通过与员工签订借款协议向员工提供借款的方式帮助员工顺利完成实缴，避免拟上市企业出现瑕疵出资而影响股改、上市的情形出现。

3、建立健全完善持股平台的机制

根据审核问答的要求，拟上市企业实施股权激励，可以通过公司、合伙企业、资产管理计划等持股平台间接持股，并建立健全持股在平台内部的流转、退出机制，以及股权管理机制。实践中，为了控制权的稳定及管理上的统一便利，企业开展股权激励一般通过持股平台间接持股。这就要求在实践中，企业在实施股权激励前应当设置好一系列的配套文件，规定好平台内的表决、流转、退出、变更登记等方面的机制。相关机制应当写入股权激励方案及股权激励协议由员工签名确认。

另外，拟上市企业制定股权激励计划时，应当进一步考虑到参与激励计划的员工因离职、退休、死亡等原因离开公司时，其间接所持股份权益的处置问题。对于不同情况下员工离开公司时，相关权益的处置应当根据该情况的出现对于公司的影响而有所差异。

（作者交流电话：18566390738）

公司存续分立方案对 日后IPO审核影响的法律分析

□ 林嘉伟

对于一些有分立新设需求的拟上市公司，为加快上市进程，会进行存续分立，突出主业，并将主营业务独立出来上市。公司上市前发生存续分立，对日后IPO审核是否会有影响？

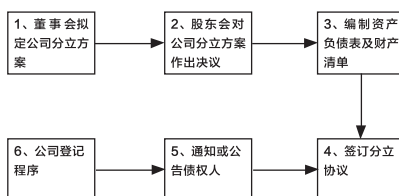
为此我们对公司存续分立方案进行分析，提示存续分立对日后IPO审核的影响，并作出可行性建议。

一、公司存续分立的目 的及所需流程

根据目前《首次公开发行股票并上市管理办法》（以下简称《首发办法》）中对拟上市公司“主营业务突出”以及《首次公开发行股票并在创业板上市管理办法》对拟上市公司“发行人应当主要经营一种业务”的要求，为此公司将主营业务和其他业务独立分开及清晰化，突出主业，加强与明晰对主营业务的经营管理和业务支持，并将主营业务独立出来上市对公司本身是有利的。

公司的存续分立是公司本身的行为，经由公司的股东会决定，做出分立决议进行存续分立。公司分立要依照公司法及有关法律、法规的规定进行，否则其分立可能会引起法律争议。因此，只要公司目前的存续分立方案是依照法律规定的公司存续分立制度进行，一般来说都是符合法律规定的。

对于公司分立的程序如下图所示：



二、拟IPO公司存在分立情形对上市审核的影响

基于相关法律法规及IPO审核要求，拟IPO企业以分立方式剥离部分资产、业务需满足以下要求：

1、公司分立运营时间的要求

《首发办法》规定发行人最近3年主营业务没有发生重大变化，《创业板首发办法》规定发行人最近2年主营业务未发生重大变化。关于非同一控制下企业合并运营时间要求，2010年保代培训以及2018年的“51条”中都有涉及。《〈首次公开发行股票并上市管理办法〉第十二条发行人最近3年内主营业务没有发生重大变化的适用意见——证券期货法律适用意见第3号》发行人对同一公司控制权人下相同、类似或相关业务进行重组提出了运营时间要求。

而对于首发前存在分立的情况，在运营时间上，主要要求发行人最近3年主营业务没有发生重大变化或发行人最近2年主营业务未发生重大变化，否则，发行人业绩不能持续计算，且需重新计算运营时间。公司存续分立用于上市的主体为有限责任公司，改制为股份制公司后仍需经过三年的报告期，因此对此无



林嘉伟

影响。

2、分立程序的要求

公司分立方式包括存续派生分立或新设分立，对于拟IPO企业，一般采取的是存续派生分立，即通过设立新公司，将公司部分资产或业务转移至新设公司。在程序上，公司分立的，根据《公司法》规定，在程序上要求股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。同时，公司分立，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。对于债务承担上，公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约

定的除外。

3、证监会审核分立关注的主要问题

基于分立存在对发行人报告期内财务数据及相关规定及审核对发行人报告期内的规范要求的影响，证监会审核过程中对于发行人报告期内公司分立与报告期外发生的公司分立存在不同的侧重要求。

(1) 报告期外公司分立关注的主要问题

<1>历史上的分立事项及减资事项是否存在纠纷或潜在纠纷；

<2>是否依据法定程序履行了审批及公告等程序；

<3>在债务的分担上，对债务的承担主体及承担方式是否得到明确约定；

如在昭衍新药（603127）；春风动力（603129）在报告期外发生的分立事项，在反馈中要求发行人说明：发行人实施分立和减资的原因，是否履行了相应的程序，包括发行人分立经股东（大）会审议通过、履行了公告程序、制定了分立方案、签订了分立协议、制定了分立的资产负债状况和相关科目明细表、经会计师事务所审计并出具了相应的审计报告、履行了分立验资手续、办理了工商变更登记等；是否存在纠纷或潜在纠纷。近期过会的中国卫通（601698）则被补充明确，发行人是否需对分立企业（航天四维）的债务承担连带责任，是否作出明确约定。

(2) 报告期内公司分立关注的主要问题

结合证监会对发行人报告期内存在分立情形的过会企业如南方泵业（300145，现名中金环境）、蒙娜丽莎（002918）的关注，发行人在报告期内发生分立的，证监会关注的侧重点在于除同报告期外关注的

相关程序合法及不存在纠纷情形外，还关注以下方面：

1) 南方泵业。

反馈意见：请发行人分报表项目对照说明分立对发行人的财务状况和经营成果的影响，发行人公司分立的会计处理是否符合会计准则的规定。

发行人回复：南方泵业分立派生金润投资的各项资产占整体资产的比例不大，且与发行人主营业务无关，此次分立有利于发行人专注主营业务的发展，对发行人财务状况影响较小；通过金润投资2007-2009年度经营成果与发行人经营状况的比较分析，其对发行人经营成果影响甚小。此次分立的会计处理符合会计准则的规定。

2) 蒙娜丽莎。

分立原因：发行人存在两处商业、住宅楼宇房产，根据国务院办公厅颁发的《国务院办公厅关于促进房地产市场平稳健康发展的通知》（国办发[2010]4号），主管部门对房地产市场进行宏观调控。为严格遵从上述精神，考虑到对涉及房地产开发业务的企业上市融资可能进行的调控，发行人持有前述资产将会对上市审核构成较大影响，因此，为消除上市障碍，减少资产与业务的非关联性，发行人需将一块商业服务开发用地及两处商业、住宅楼宇剥离上市主体。

反馈意见：①新分立公司的运营情况，与发行人相关业务是否停止，是否已全面消除同业竞争。②分立过程是否符合相关法律法规的规定，相关会计处理是否符合企业会计准则的规定；在管理层讨论与分析及其他部分，补充披露按剔除公司分立的影响后的可比口径，比较各期报表主要项目的变动情况。

发行人回复：乔康达实业（原

为蒙娜丽莎实业）分立实施日之前已全面停止建筑陶瓷出口业务，并将与该业务相关资产、负债、人员转让或转移至发行人承接，全部尚未执行完毕的业务合同（房屋租赁除外）所对应的权利与义务转由发行人承担。因此，分立实施后乔康达实业主营业务为房地产租赁及相关运营管理，报告期内除对外租赁房产外，未开展任何其他业务。乔康达实业的经营范围为“生产、销售：家用电器、家具、灯饰；物业管理、物业出租；企业投资、股权投资、项目投资”，与发行人不存在同业竞争。剥离的两处商业房产均处于对外出租或拟出租状态，两项资产所涉及费用金额非常小且独立核算。因此，公司分立对主营业务没有影响。

综上所述，公司存续分立处于报告期外，需要把握好相关注意事项，提前清除上市实质性障碍。从法律上来看，公司在存续期间发生存续分立，在分立的过程中符合法律法规的规定，确保公司在分立过程中及分立后均合法、有效存续，则一般不会成为上市的障碍。目前公司存续分立后拟上市的主体为有限责任公司，需经过股份制改制后进入3年的报告期。公司在报告期外就将公司主营业务与其他经营板块进行分离，突出主营业务，加强对主营业务的经营管理和业务支持，可以为日后上市提前做好准备。根据《首发办法》的规定，报告期主营业务不能发生变更的限制性条件，如果公司分立出去的资产和公司的主营业务相关，则很大程度上会影响公司上市，所以对于有存续新设需求的公司来说，在拟上市主体进行股份制改革前进行存续分立对于公司的上市审核是有利的。

（作者交流电话：18923174863）

南海区城市更新行政裁决操作难点分析

□ 黄淑瑶

随着中共中央办公厅、国务院办公厅于2019年6月印发了《关于健全行政裁决制度加强行政裁决工作的意见》，广东省人民政府在2019年8月发布的《广东省人民政府关于深化改革加快推动“三旧”改造促进高质量发展的指导意见》（下称“粤府【2019】71号”）中提出了实行政府裁决和司法裁判的方法以解决城市更新项目中搬迁补偿的争议，随后南海区人民政府在2020年4月发布的《佛山市南海区城市更新实施办法的补充规定》（下称“南府办【2020】4号”）中便沿用了粤府【2019】71号文的规定并进行了细化。本文将结合有关条文规定及实际情况来分析该争议解决方式的落实过程中会有哪些难点或风险，以期能推动我区城市更新工作及制度完善。

1. 南海区城市更新的行政裁决制度

1.1 我国现有的行政裁决制度

目前关于行政裁决的规定，仅散见于《专利法》第五十七条、《土地管理法》第十四条、《森林

法》第二十二条等法律规定中，而关于行政裁决流程的规定可见于建设部印发的《城市房屋拆迁行政裁决工作规程》、国家知识产权局印发的《专利侵权纠纷行政裁决办案指南》等部门规范性文件中。现实中，行政裁决目前仍然存在程序不明确、不规范、制度不完善的问题。

随着党中央对完善矛盾纠纷多元化解机制工作的高度重视，中共中央办公厅、国务院办公厅于2019年6月印发了《关于健全行政裁决制度加强行政裁决工作的意见》（下称“意见”）。意见指出行政裁决是指行政机关根据当事人申请，根据法律法规授权，居中对与行政管理活动密切相关的民事纠纷进行裁处的行为；这也是中央文件第一次对行政裁决的内涵、外延予以明确的界定。从以上定义，可以明确并不是所有行政机关对所有事项都有裁决权，必须是根据法律法规授权。

1.2 南海区城市更新政策中的行政裁决制度

广东省人民政府在“粤府【2019】71号”文中提出了在多数原



黄淑瑶 律师

权利主体同意改造、少数原权利主体不同意改造的情况下，原权利主体可向政府申请裁决搬迁安置协议合理性并要求限期搬迁的政府裁决制度。

其后南海区人民政府在“南府办【2020】4号”文中便沿用了粤府【2019】71号文的规定并进行了细化，较之前《佛山市南海区城市更新（“三旧”改造）实施办法》（南府办【2019】9号）的规定更具可操作性。

南府办【2020】4号中的政府裁决制度			
适用情形 (前提: ① 市场改造主体实施; ② 已经批准的拆除重建类改造项目)	①土地或地上建筑物为多个权利主体按份共有的, 占份额不少于2/3 的按份共有人已签订搬迁补偿安置协议;	裁决内容	①搬迁补偿安置协议的合理性
	②建筑物区分所有权的, 专有部分占建筑物总面积不少于2/3 且占总人数不少于2/3 的权利主体已签订搬迁补偿安置协议;		②并要求限期搬迁
	③拆除范围内用地包含多个地块的, 符合上述规定的地块总用地面积应当不少于拆除范围用地面积的80%;	调解前置	调解成功: 制作行政调解协议书
	④属于旧村庄改造用地, 农村集体经济组织以及不少于2/3 的村民或户代表已签订搬迁补偿安置协议。		调解不成: 作出行政裁决
申请人	原权利主体 或 经批准的改造主体	救济途径	可依法申请行政复议或提起行政诉讼
受理机关	区政府行政裁决机构(司法行政机构)	强制执行	法定期限内不申请行政复议或提起行政诉讼且不履行裁决的, 由区政府申请人民法院强制执行。
名义机关	区政府		

2. 南海区城市更新中行政裁决的操作难点

2.1 行政机关作出行政裁决的依据不足

根据中央文件对行政裁决的定义，行政机关作出行政裁决必须由法律法规授权在先，但目前没有任何一部法律法规对城市更新中的行政裁决制度作出任何关于其定义、裁决内容、有裁决权的行政机关、程序、救济方式等内容规定。事实上，“行政裁决”这个制度本身也面临着不规范、不完善的问题。

南府办【2020】4号关于行政裁决的规定源于粤府【2019】71号文，而粤府【2019】71号文只是一份指导意见，法律位阶属政府规范性文件，不能作为南海区人民政府在城市更新中作出行政裁决的法律依据。在此情况下，当一方不服行政裁决结果提出行政诉讼，要求依据《行政诉讼法》第五十三条一并审查规章以下规范性文件时，就有被法院撤销行政裁决文书的风险。

2.2 “搬迁补偿安置协议”的合理性难以确定

南府办【2020】4号文第五条原文表述为“原权利主体或经批准的改造主体均可向区政府行政裁决机构申请裁决搬迁补偿安置协议的合理性”，此处除了要确定补偿金额的合理性，还包括补偿方式、支付期限、搬迁期限、安置房（如有）的面积、地点等协议条款的合理性，那应该以什么标准作评判呢？

以补偿金额为例，补偿的项目以及每个项目的补偿标准都是需要考虑的。政策文件中没有明确规定补偿项目具体应该有哪些及其含义，自然也不会规定补偿标准。原因也很好理解，城市更新改造项目不同于政府征收，因其发生于两方平等主体之间，更具市场色彩，尤

其在补偿方面不需要政府太多的介入，所以不需要由政府政策文件中具体规定赔偿项目及标准。

（1）以国家征收标准作评判。根据《佛山市南海区人民政府关于公布实施佛山市南海区农村土地征收片区综合地价的通知》，我区农用地征收补偿全面实行征地区片综合地价，综合考虑地类、产值、土地区位、当地经济发展水平和城镇居民最低生活保障水平等因素将南海区土地划分为三类。

区片划分	所含镇（街道）	范 围	执行价（万元/亩）
一类	桂城街道	桂城街道行政区域范围内	26.80
	大沥镇	大沥镇行政区域范围内	
	里水镇	里水镇行政区域范围内	
二类	狮山镇	狮山镇行政区域范围内	24.80
三类	丹灶镇	丹灶镇行政区域范围内	22.80
	九江镇	九江镇行政区域范围内	
	西樵镇	西樵镇行政区域范围内	

该规定仅适用农民集体所有的农用地，但从中可知：第一该标准是某片区的平均值，不能准确反映改造片区的实际土地价值；第二该标准偏低，不符合被改造片区人们的预期价值。加上能被划入三旧改造标图建库且被开发商“瞄准”的改造项目，其地理位置、开发前景一定有其优越性；而国家征收是基于公共利益需要进行的，因此以国家征收标准来衡量城市更新项目补偿金额的标准，显然不当。

（2）以不动产的评估价值作评判。由居中的第三方根据项目地理位置、房屋实际情况（框架结构、装饰装修、是否有报建、产权证、

使用情况）、租赁土地剩余年限等因素有针对性地评估每户补偿金额。实际上，在多数项目中这也是市场改造主体（前期整理人）常用做法。此时裁决机构要做到公平地评判“合理性”，就应该参照法院选定鉴定评估机构的做法，从引入机构到确定评估项目都要体现公平合理，如建立回避机制、采用摇号方式确定机构、充分尊重双方意见及事实基础确定评估项目等做法。此方式虽然耗时较长，但显然更合理，也更公平。

2.3 行政裁决制度是否可以适用于旧厂房改造项目？

2.3.1 南府办【2020】4号文规定的分类情形的合理性

旧厂房中承租人承租的集体土地未必是集体建设用地，未必能报建，更重要的是即使有报建、有领证，根据房随地走的原则，房屋的报建人、所有权人都是土地所有人，即村集体。

（1）“土地或地上建筑物为多个权利主体按份共有的，占份额不少于2/3的按份共有人已签订搬迁补偿安置协议”。此条款提到“按份共有”，对应的是所有权的范畴，与土地承租人无关。

（2）“建筑物区分所有权的，专有部分占建筑物总面积不少于2/3且占总人数不少于2/3的权利主体已签订搬迁补偿安置协议”。此条款提到“建筑物区分所有权”，同样是对应的是所有权的范畴，与土地承租人无关。

（3）“属于旧村庄改造用地，农村集体经济组织以及不少于2/3的村民或户代表已签订搬迁补偿安置协议”。此条款提到“旧村庄”、村民或户代表签订搬迁补偿安置协议，对应的应该是旧村居改造的程序。因为在旧厂房改造项目中，不需要

村民或户代表签署搬迁补偿协议，仅需要集体成员针对是否同意改造等相关事项进行表决。

可见以上三款规定均不适用于旧厂房改造项目。

(4) “拆除范围内用地包含多个地块的，符合上述规定的地块总用地面积应当不少于拆除范围用地面积的80%”。有观点认为该条款是指地上原有建筑物不符合安全生产、城乡规划、生态环保、建筑结构安全等情况的地块总用地面积占拆除范围用地面积80%以上的改造项目，此时部分旧厂房改造项目或许能满足该情形。但对比该款规定与其他三款规定的表述，该适用情形与权利人无关，仅与面积有关，这是不是意味着仅符合该规定的改造项目的权利人的意愿就要让位于改造的现实需要呢？

2.3.2 原权利主体未明确包含使用权人（此处特指向村集体承租集体土地的第一手承租人）

此处讨论的实质问题是，集体土地承租人是否有申请裁决或成为

被申请人的权利。因南府办【2020】4号文的表述为“原权利主体或经批准的改造主体均可向区政府行政裁决机构（司法行政机构）申请裁决……”，而未明确原权利主体仅指所有权人，还是包含使用权人；而且如2.3.1中的分析，分类情形中未含有土地使用权人可以适用的情形。

如果说集体土地承租人一般不会主动申请裁决，所以不考虑它是否能成为申请人的问题，那在经批准的改造主体申请裁决针对土地使用权人的搬迁补偿安置协议的合理性的情形下，被申请人应为该土地的所有权人还是使用权人？如果被申请人仅为土地所有权人即村集体，土地使用权人将不能发表自己的意见甚至对此毫不知情，有损害土地使用权人合法权益的可能。反过来，如果认定土地使用权人可以成为裁决的被申请人，那也应该相应地给予其申请裁决的权利。

因此，有必要修改相关表述，完善旧厂房改造项目适用行政裁决的情形；并对“原权利主体”加以

定义，将土地的第一承租人纳入申请人及被申请人的行列。

3. 总结

行政裁决作为解决城市更新改造项目中权利主体与改造主体之间纠纷的制度，相较于法院解决纠纷的方式而言效率更高、更专业，但同时面临着附带性司法审查的风险、裁决过程中判断标准不明、旧厂房改造项目适用情形的制定不合理的问题亟待解决。由于行政裁决制度的现行规定不明确、不完善且司法实践案例非常少，因此，在城市更新深化推进的进程中，行政裁决制度的应用应谨慎，且需结合城市更新项目的实际不断完善。如根据项目实际，对“原权利主体”等作出清晰的定义、完善旧厂房改造项目适用行政裁决的情形，并推动城市更新行政裁决制度入法或争取成为行政裁决的试点地区，以提供合法、充分的依据。

（作者交流电话：13602232107）

（上接第12页）而且出具的补偿决定合法有效，否则会因内容与程序不合法被撤销，第二，在申请执行过程，提交的资料要齐全且有事实和法律依据，否则会被法院裁定不予执行。因此，对于征收机关，申请司法强制拆除有利于征收项目的推进和收地，在项目陷入僵局时，可利用强制执行方式达到征收目的。

对于被征收人，在政府因公共利益需要而执行征收时，不能一味要价过高，认为自己做着“钉子户”

就能获得更多或额外补偿。因征收项目补偿方案的制定是经各职能部门论证，补偿项目是法定，补偿标准一般以第三方鉴定机构作出的评估报告为准，可调整性不大，不同项目之间差异仅限于项目会根据实际情况设置签约、搬迁奖励或补助。如果政府在执行征收的过程是合法合规合理，其是可依法申请强制执行完成搬迁、清拆。本律师认为，被征收人对于自身合法权益可以提出主张，但是过分、不合理的诉求很可能不被征收部门认可。被征

收人即使对征收决定、补偿决定不服提出复议、诉讼，可能走过各种程序后，耗时耗力仍是不能提高补偿标准。当发生强制执行，被征收人最多按补偿决定取得补偿款，征收奖励、征收补助将无法获得，此时的被征收人将会得不偿失。因此，本律师建议，被征收人的诉求应当在法律框架下去主张，尽量在签约期限内与征收部门友好协商，力争获取应有补偿、奖励。

（作者交流电话：13431655309）

国有土地上房屋征收如何强制执行？

□ 钟远玉



钟远玉 律师

根据《民法典》及《国有土地上房屋征收与补偿条例》规定，政府为了公共利益需要可对民众的房屋进行征收，但是，在项目具体征收过程中，通常会存在房屋权属人对征收的流程或是补偿方案持有异议，不配合签订补偿协议，也不配合征收搬迁工作。在项目征收工作陷入僵局下，推进项目以保障建设项目用地需求非常重要。此时政府可采取司法强制执行收回房屋及对应土地使用权。

一、申请强制执行的流程

《最高人民法院关于办理申请人民法院强制执行国有土地上房屋征收补偿决定案件若干问题的规定》第一条规定：申请人民法院强制执行征收补偿决定案件，由房屋所在地基层人民法院管辖，高级人民法院可以根据本地实际情况决定管辖法院。第二条规定：申请机关向人民法院申请强制执行，除提供《条例》第二十八条规定的强制执行申

请书及附具材料外，还应当提供下列材料：（一）征收补偿决定及相关证据和所依据的规范性文件；（二）征收补偿决定送达凭证、催告情况及房屋被征收人、直接利害关系人的意见；（三）社会稳定风险评估材料；（四）申请强制执行的房屋状况；（五）被执行人的姓名或者名称、住址及与强制执行相关的财产状况等具体情况；（六）法律、行政法规规定应当提交的其他材料。第九条规定：人民法院裁定准予执行的，一般由作出征收补偿决定的市、县级人民政府组织实施，也可以由人民法院执行。该司法解释规定了强制执行的管辖法院为被征收房屋所在地基层法院。申请执行的条件和材料重点是作出的补偿决定书合法有效，并送达被征收人，同时有针对本次执行的社会稳定风险评估报告。另外，被征收房屋的强制执行一般为“裁执分离”，即由受理法院出具执行裁决书，后由作出补偿决定的市、县人民政府负责实施强制拆除。

本律师团队在具体经办南海区征收项目过程中，承办过多起被征收人不配合征收拆除司法强制执行案件，在总结多方经验的基础上，制定了以下大概流程供大家参考：

1. 区政府作出《补偿决定书》
2. 被征收人在期限内不复议或诉讼，且补偿决定书已生效后，由区政府作出《履行行政决定通知书》
3. 《履行行政决定通知书》发出后，被征收人仍不履行，区政府向区法院递交强制执行材料

4. 区法院接收执行材料后，认为强制执行的申请符合形式要件且材料齐全的出具《受理通知书》

5. 区法院经审查执行材料，认为符合法律规定，出具《行政执行裁定书》裁定准予执行并送达

6. 区政府收到《执行裁定书》后，作出《执行通知书》并送达给被执行人

7. 被执行人在《执行通知书》发出后仍未履行搬迁交付义务，则由区政府出具《执行公告》

8. 被执行人未在《执行公告》规定的期限内履行交付义务，由区政府依法组织实施强制执行

9. 区政府组织各部门强制被征收人搬离后拆除房屋。

二、看法与建议

本律师团队在经办政府相关征收项目过程中，时常会接到咨询：项目需要在期限内交地，征收工作紧张，但是被征收人不配合，如何推进征收项目？是否束手无策？非也，对于国有土地房屋征收，法律法规规定了征收的条件、依据和流程，而且对被征收人不予配合情况下，政府可采取强制执行。法律规定了行政机关可以执行行政强制措施，虽负责房屋征收的部门或政府，其没有行政强制执行权，但其可以向法院申请强制执行。上述介绍了征收国有土地房屋强制执行流程，说明向法院申请强制执行有法可依，有具体流程。但是必须强调的是，征收机关申请强制执行需要满足一定条件：第一，项目征收程序是合法的，（下转第11页）

上下班途中的“合理时间”该如何认定？

□ 王少猛

【案情简介】

原告陈某系第三人嘉兴公司车间工人，工作时间是8:30至17:30时。2019年7月29日，原告陈某在未请假的情况下，于16:30时许离开公司，驾驶无号牌二轮摩托车回家。16时45分，原告陈某在途径中与轻型货车相撞发生交通事故。经认定，陈某不负事故责任。

2019年9月20日，原告陈某向被告某人社局申请认定工伤。2019年11月13日，被告作出人社伤认字[2019]691号不予认定工伤决定书，对原告受伤不予认定工伤。原告陈某不服不予认定工伤决定书，遂提起行政诉讼。

原告陈某诉称：陈某提前一小时下班仅属于违法劳动纪律行为，并不影响陈某实质下班的性质和申请认定工伤的资格，否则这种轻微过错而失去工伤保险资格的严重后果不够合理，也有违《劳动法》和《工伤保险条例》保护劳动者立法本意。违反企业规章制度与是否构成工伤是两个不同的法律关系，即使陈某未履行请假手续提前下班，也仅属于企业内部管理问题，企业可依据相关规章制度作出处理。但工伤认定实行无过错责任原则，其违反企业规章制度的行为并不影响工伤认定结论，所以陈某发生事故时应当属于“下班途中”，依法应被认定为工伤。请求依法撤销被告不予认定工伤决定书，依法认定原告属于工伤。

被告人社局辩称：陈某于2019年7月29日16时45分许发生交通事故，不属于下班合理时间内合理路线，不符合工伤认定条件。

【法院认为】

法院生效裁判认为：根据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第六条第（一）项的规定，在合理时间内往返于工作地与住所地、经常居住地、单位宿舍的合理路线的上下班途中，应当认定为“上下班途中”。“上下班途中”应是在合理时间内经过合理路线。上下班途中时间是工作时间的合理延伸，不仅包括职工正常上下班的途中时间，还应该包括职工加班加点上下班途中时间以及因合理事由引起变动的上下班时间等情形。而本案中陈某的“提前下班”并不属于下班的合理时间。

【案例评析】

“提前下班”是指劳动者在早于用人单位规定的下班时间内下班的情形。在“提前下班”途中发生非本人主要责任的交通事故伤害而引发的工伤认定行政诉讼中，争议焦点在于如何认定“提前下班”是否属于下班途中的“合理时间”的问题。

一、是否属于“合理时间”，必须结合劳动制度来综合判断。

劳动关系的存在是工伤认定的前提。用人单位的作息制度、请假制度等劳动制度，构成了其与劳动者之间劳动关系的基石。法院对于下班的“合理时间”的判断，也必须在此基础上展开，换言之，判断一个劳动者回家途中发生交通事故的时间是否处于下班途中的“合理时间”内，必然要结合用人单位的作息制度、请假制度等劳动制度来综合判断，否则劳动者在任意时间点的回家行为都将被判断为“合理”，整个劳动管理制度将受到严重的破坏。完全脱离用人单位劳动



王少猛 律师

制度来讨论下班时间，会使得“合理时间”的认定变成毫无根据的“空中楼阁”，因此，将劳动者违反劳动制度的行为与“合理时间”的认定完全割裂的做法并不可取。

用人单位作为规则的制定者，在劳动关系中处于强势地位，劳动法律规范注重劳动者合法权益的保护及双方地位的平衡，但并非一味地偏袒劳动者。下班途中的时间属于工作时间的合理延伸，但提前下班的行为属于“非正常下班”的行为，劳动者付出劳动的减少以及对劳动管理制度的违反必然会对用人单位合法权益造成损害，在此途中发生非本人主要责任的交通事故若不加以区分的一律认定为工伤，势必会给公众以劳动纪律制度可以被任意破坏而无需对此负责的误导，造成不好的社会导向并最终侵蚀劳动关系的基石。因此，“提前下班”只有在具备了一定的合理性条件的情况下，

才能被视为下班途中的“合理时间”。

二、“提前下班”能够被认定为下班途中的“合理时间”，至少应当满足下列两项条件之一：

1. “合理事由”包括两个方面：劳动者已经履行了请假手续；劳动者虽未履行请假手续，但是发生了不宜继续工作的突发情况。

前者的请假同样可以以口头方式提出，即使在劳动制度强制要求书面的情况下仍应综合考虑口头请假的合理性；后者的突发情况根据常理判断已经达到劳动者不宜继续工作的程度，例如疾病或身体不适较为严重已不宜继续工作，需要回家休息或前往医院

检查治疗，或者家中出现火灾、亲属出现意外等需要前往处理的情况。本案中，陈某并未请假，而是私自提前从离开公司回家，也否认当天存在任何身体不适导致需要休息的情形，此时，陈某的“提前下班”行为属于无正当理由的提前离岗行为。

2. “合理限度”指的是劳动者离开工作岗位的时间与正常下班时间，相距时间不应过长。

这个限度应当结合劳动者和用人单位具体的工作性质、具体工时以及工作惯例等因素综合判断，在正常的8小时工作制的劳动制度下，建议以半个小时为“合理限度”的参考标准，即

提前半小时内下班，可以认定其未超过下班的“合理限度”。但这一限度不宜过分固化，应当综合考虑劳动者的行业风纪、岗位惯例、工种特点等因素，根据个案进行自由裁量。

综上所述，“提前下班”是否属于“合理时间”？应当围绕“合理事由”和“合理限度”展开，以上两项条件仅需满足一项即可认定“提前下班”属于下班的“合理时间”内。实务中对“合理事由”和“合理限度”的审查的关键在于证据的认定，应当合理运用举证责任分配的规则，在充分核实证据后进行综合的判断。

（作者交流电话：13923129559）

（上接第16页）

根据《中华人民共和国公司法》第一百八十九条第三款的规定，清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。刘某自愿作为XX公司清算组成员，在不了解XX公司债务的情况下，操办了XX公司的清算注销手续，向市场监督管理局提交了“企业债务在进入清算之

前已支付完毕；企业无债权债务”的《清算报告》，给华思创公司造成了损失，应就华思创公司主张的因XX公司被注销而无法受偿的货款290800元承担赔偿责任。

【法院判决】

曾某艳、刘某、郭某俊对XX公司应负债务290800元向华思创公司承担连带清偿责任。

【律师分析】

根据上述判例可知，刘某虽不是XX公司的股东，但其为清算组成员之一，负有忠于职守，依法履行清算的义务。若清算组成员在从事清算事务的过程中，违反法律、行政法规或者公司章程的规定，即未依法履行清算义务给公司或者债权人造成损失，应承担赔偿责任。

（作者交流电话：15919166053）

（上接第19页）填写《农村宅基地权益资格名库申请审批表》及承诺书，同时向农村集体经济组织提交身份证、户口簿、户内股权及成员证或集体经济组织成员证明

2. 初审：由农村集体经济组织进行初审并公示5个工作日，公示无异议后出具无异议证明

3. 复审：村（居）委会收到资料后进行复审，形成名录库，签注审核意见

4. 联合审：村（居）委会将审核意见提交至街道农业农村办，经街道农业农村办、不动产登记中心、自然

资源所等部门联合审查。审查后公示5个工作日，公示无异议后出具无异议证明

5. 入库：街道农业农村办出具南海区农村宅基地批准入资格认定（名录库成员）证明。

四、不得纳入宅基地申请人准入资格名录情形

根据《佛山市南海区农村宅基地管理规定》规定，申请人依据政策规定属于在可建区内且达到申请条件，可以向本农村集体经济组织提出申请，但是以下情形是不得纳入宅基地申请人准入资格名录库：

1. 申请人或配偶在本农村集体经济组织范围内已有宅基地，或已申购社区公寓未退出的；2. 申请人的父母、子女在本村（居）委会范围内的宅基地涉及“一户多宅”（含已建未登记的宅基地、社区公寓）；3. 申请人自2008年4月30日之后出卖、赠与或者以其他形式转让宅基地或其地上建筑物或社区公寓，或将宅基地改为经营场所等非生活居住用途后，再次申请宅基地的；4. 申请人征地拆迁时已有住宅安置或承诺放弃宅基地安排的；5. 其他不符合纳入的情形。

（作者交流电话：13431655309）

催缴出资属于董事的勤勉义务

□ 林慧敏

一、案例

斯曼特公司成立于2005年1月11日，系外国法人独资的有限责任公司，股东为开曼斯曼特公司，认缴注册资本为1600万美元。

深圳斯曼特公司章程规定，公司成立后90天内股东应缴付出资300万美元，第一次出资后一年内应缴付出资1300万美元。

股东开曼斯曼特公司于2005年3月16日至2005年11月3日分多次出资后，欠缴出资5000020美元。2011年8月31日，一审法院裁定追加开曼斯曼特公司为被执行人，在5000020美元范围内对深圳斯曼特公司债权人承担清偿责任。经强制执行，深圳斯曼特公司股东开曼斯曼特公司仍欠缴出资4912376.06美元。因开曼斯曼特公司没有其他可供执行的财产，一审法院于2012年3月21日裁定终结该次执行程序。

深圳斯曼特公司在《说明》中明确，胡秋生等六名董事对深圳斯曼特公司股东欠缴出资所造成深圳斯曼特公司的损失4912376.06美元（以深圳斯曼特公司破产案件受理日2013年6月3日当日美元兑人民币汇率中间价折算，折合人民币30118760.10元）承担连带责任。

二、法院判决

一审、二审法院均认为：在股东未全面履行出资义务时，董事或因协助股东抽逃出资、或因负有监督职责而未履行、或因对增资未尽忠实勤勉义务等情形而承担相应责任，但不应将股东未全面履行出资义务的责任一概归因于公司董事。如果董事仅仅是怠于向未全面履行出资义务的股东催缴出资，以消

极不作为的方式未尽忠实勤勉义务，而该不作为与公司所受损失之间没有直接因果关系，那么要求董事对股东未履行全面出资义务承担责任，则缺乏事实和法律依据。因此，驳回了深圳斯曼特公司的诉讼请求。

再审法院认为：股东开曼斯曼特公司未缴清出资的行为实际损害了深圳斯曼特公司的利益，胡秋生等六名董事消极不作为放任了实际损害的持续。股东开曼斯曼特公司欠缴的出资即为深圳斯曼特公司遭受的损失，开曼斯曼特公司欠缴出资的行为与胡秋生等六名董事消极不作为共同造成损害的发生、持续，胡秋生等六名董事未履行向股东催缴出资义务的行为与深圳斯曼特公司所受损失之间存在法律上的因果关系。胡秋生等六名董事未履行向股东催缴出资的勤勉义务，违反了《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款规定，对深圳斯曼特公司遭受的股东出资未到位的损失，应承担相应的赔偿责任。

三、律师分析与建议

在本案中，根据各级法院对于本案争议焦点的论述，可见分歧在于：追缴股东出资是否属于董事勤勉义务的范围。

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的解释(三)(下称“公司法司法解释三”)第十三条第四款规定，“股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求未尽公司法第一百四十七条第一款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任，人民法院



林慧敏 律师

应予支持；董事、高级管理人员承担责任后，可以向被告股东追偿。”根据该条文可知，在增资款项未缴足时，董事可能因违反勤勉义务而追责。但是对于股东在公司出资时，董事是否有该催缴义务并无明确规定。

但，在本案中最高院所称“在公司注册资本认缴制下，公司设立时认缴出资的股东负有的出资义务与公司增资时是相同的，董事、高级管理人员负有的督促股东出资义务也不应有所差别”，所以，无论是公司出资还是增资，催缴出资都包含在董事的勤勉义务内涵中。

因此，对于董事，履行其勤勉义务最好保存好履行义务证据，例如本案，可以召开董事会，做出董事会决议，以公司或者董事会名义向股东催缴出资。

(作者交流电话：13823416704)

清算组成员未依法清算， 造成损失的应承担赔偿责任

□ 康 云



康 云 律 师

实践中，关于清算义务人与清算组的概念人们经常容易混淆，认为清算义务人就是清算组成员。但两者虽可竞合却并非完全等同，即清算义务人可以是清算组成员之一，但是清算组成员不一定是清算义务人。《民法典》第70条规定“法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”根据公司法的规定，有限责任公司的清算义务人是全体股东。根据《社会团体登记管理条例》《事业单位登记管理暂行条例》和有关实施细则的规定，社会团体的清算义务人是其业务主管单位及其他有关机关；事业单位的清算义务人是其举办单位和其他有关机关。清算义务人未及时履行清算义务，造成损害的，应当承担民事责任。那么，清算组成员从事清算事务时，应注意

的事项与履行的程序有哪些？违法清算会有怎样的后果呢？

【案情简述】

2014年，华思创公司与深圳市XX科技有限公司（以下简称“XX公司”）签订了两份《购销合同》，两份合同总价款290800元，均约定，货到15天付清全款，逾期付款每日按照逾期货款金额的千分之三支付违约金。2014年6月18日，华思创公司已履行交货义务，XX公司签收送货清单；XX公司收到货物后应及时履行付款义务，但XX公司至今未履行付款义务。另查明，XX公司的《清算报告》第一条第三款显示：公司于2014年1月5日决定注销；并于2014年1月8日到深圳市市场监督管理局已进行清算组成员备案。曾某艳为清算组负责人，刘某为清算组成员（曾某艳担任公司法定代表人，刘某担任公司文员）。清算组成员负责清算公司财产，通知或者公告债权人，处理与清算有关的公司未了结的业务；清缴所欠税款；清理债权债务；处理清偿债务后的剩余财产；代表公司参与民事诉讼。第三条显示：企业债权、债务的处理情况：1、企业的债权在公司清算之前已全部收回。2、企业债务在进入清算之前已支付完毕。第四条显示：企业剩余资产3927200.14元整，由股东按投资比例分配，股东郭某俊分得90%，为3534480.13元，股东曾某艳分得10%，为392720.01元。3、企业无债权债务。投资人处有曾某艳、郭某俊签字，清算组成员有曾某艳、刘某签字。落款时间为2015年5月10

日。XX公司已注销登记，注销日期为2015年5月14日。后，华思创公司提起诉讼，诉讼请求为“1. 曾某艳、刘某、郭某俊支付华思创公司货款290800元；2. 曾某艳、刘某、郭某俊支付华思创公司违约金至实际清偿之日止，暂计算至2015年11月23日为X元。3. 本案诉讼费、保全费由三被告承担。”

【争议焦点】

曾某艳、刘某、郭某俊应承担的责任。

【法院认为】

根据《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（二）》第十九条的规定，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人在公司解散后，恶意处置公司财产给债权人造成损失，或者未经依法清算，以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记，债权人主张其对公司债务承担相应赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。本案中，曾某艳、郭某俊在XX公司未就全部债务清偿完毕的情况下，即称债务已支付完毕，系以虚假清算报告骗取了注销登记，曾某艳、郭某俊也于庭审中表示XX公司的《清算报告》不真实，也即是XX公司确实以虚假清算报告骗取了注销登记，即曾某艳、郭某俊作为公司股东未依法履行清算义务，因此致使债权人华思创公司受损，华思创公司主张曾某艳、郭某俊对XX公司债务承担赔偿责任，该院予以支持。（下转第14页）

浅析村级工业园改造提升项目的“拆迁难”问题

□ 胡丽丽

2007年，佛山市南海区开始实施“三旧”改造。走过13年，积累了“南海经验”，形成了“南海模式”。从统计数据看，南海村改越改越快，越改越好。近几年，在政府、村集体及村改主体的共同努力下，村级工业园升级改造取得的成绩有目共睹。现阶段“大拆除”的完成为后期的“大建设”、“大投入”奠定了良好的基础。

我所村改律师团队从2013年开始一直参与村级工业园改造提升项目的法律服务，见证了村改项目的变迁和发展。这么多年来，村改项目中的“拆迁难”问题仍然是项目实施的拦路虎，直接影响项目的推进进度。“拆迁难”问题的存在有多方面的原因，现结合我所律师团队服务村改项目中遇到的一些常见法律问题，从以下几个方面分析“拆迁难”的问题：

一、拆迁补偿成本居高不下，村改主体因对拆迁补偿基础法律关系认识不清，很容易作出错误的清退策略，导致改造成本不降反增，

村改项目的拆迁清退补偿阶段，最主要解除的法律关系是租赁合同关系。由于诉讼需时较长且有诉讼风险，为了加快项目的推进，以往村改项目主要采取协商的方式对承租人或实际使用人进行补偿。通过多年的补偿惯例，形成了现时“高成本”的拆迁补偿标准。

但由于项目改造成本的控制，现在许多村改项目在前期整理方案

中对改造项目的拆迁补偿金额进行了严格的限制。因此，对于承租人的清退问题，村改实施主体开始趋向通过诉讼等法律途径确定法定的补偿金额，以求达到降低拆迁成本的目的。但我们发现，不少村改实施主体并没有委托专业的律师团队对项目的租赁合同情况进行分析并制定详细的清退或诉讼策略。不少项目因草率发出解除通知书或提起解除租赁合同（或确认租赁合同无效）的错误诉讼策略，被法院判决驳回村集体解除合同的诉讼请求或判决租赁合同继续履行而结案的案例。从裁判文书网中，很容易查询到因各种错误认识，导致诉讼失利的情况。这一结果直接令清退的工作陷入僵局，从一定程度上既延误了清退的时间，也增加了清退的金钱成本。

不是所有的租赁合同均能采取诉讼的方式进行处理的。由于村改项目的租赁合同大部分是长期租期的合同，补偿的金额巨大，且涉及到原承租人对租赁标的物预期的期待利益，基于维护合同交易稳定及合同的有效性，司法机关以维持合同稳定性为原则，村改的实施不一定作为合同终止的理由。在村改项目中，诉讼策略的实施应根据项目用地性质、租赁合同履行情况及租赁合同解除权等具体情形综合判断后决定清退策略，慎用诉讼处理拆迁补偿问题。

二、村改项目的拆迁补偿数额



胡丽丽 律师

一般以评估机构的评估数据作为补偿基础，但评估机构的选定程序不公正或评估报告脱离实际，影响拆迁补偿工作的推进

越来越多的服务机构瞄准村改项目，作为第三方服务机构参与到村改项目当中。其中，评估机构作为土地前期整理工作中的第三方服务机构之一进入项目，为拆迁补偿费用进行评估测算。但是，评估机构出具的评估报告要作为补偿依据，需要规避以下两方面的问题：

（一）评估机构的选定程序未遵循公平公开公正的原则，选定的评估机构作出的结果不能直接作为补偿依据

《国有土地上房屋征收评估办法》第四条的规定，可作为选定评估机构程序的参考。《国有土地上房屋征收评估办法》第四条“房地产价格评估机构由被征收人在规定时间内协商选

定；在规定时间内协商不成的，由房屋征收部门通过组织被征收人按照少数服从多数的原则投票决定，或者采取摇号、抽签等随机方式确定。具体办法由省、自治区、直辖市制定。”对于评估机构的选择，应遵循公平公开公正的原则，按照上述规定，可通过协商选定、投票决定或公开随机的方式选定。如果选定评估机构程序存在瑕疵或不公开不规范的，评估机构不被认可导致评估报告丧失公信力的风险将大大提高。

（二）部分评估机构对改造项目中“拆迁补偿”的法律规定认识不足，评估结果脱离项目实际和法律规定，影响拆迁补偿工作的推进

我们在服务过程中发现，由于部分评估机构没有正确认识村改项目中租赁合同的法律关系，也没有对项目中的租赁合同法律关系分别进行个案分析，存在采取“一刀切”的方式进行评估。评估报告时常会出现如下情形：

1、评估机构依据“国家征收”的相关规定和评估办法，对村改项目的拆迁补偿问题进行评估。评估项目和评估数据未考虑村集体与承租人之间的租赁合同约定，导致评估的补偿数据与双方合同约定和法律规定的补偿标准不一致。

2、评估机构对改造项目的评估方法和评估标准未能统一，出现不同评估机构对同一评估项目的评估结果存在较大差异的情形。

村改项目大部分是村集体经济组织主动申请改造的，不属于法律规定的国家征收，不能直接套用国家征收的评估办法。如果评估报告出现上述脱离改造项目实际的情形或评估数据出现前后不一的情况的，评估报告的权威性也将受到质疑和推翻，无法作为项目拆迁补偿的依据或参考，导致拆迁补偿的数据丧失基础，使项目原

本的“拆迁难”问题加剧。

因此，除了评估机构以外，还有测绘、摸底调查等服务机构的服务经验和服务水平将直接影响项目的实施推进。第三方服务机构对村改项目的法律、政策认识和专业程度也是村改项目选取服务机构时需要关注的问题。

三、村改项目的拆迁补偿类别及补偿标准没有明确的指引和办法，也是“拆迁难”存在的原因之一

村改项目前期整理成本的限制与被拆迁承租人补偿的要价之间的矛盾是村改项目“拆迁难”的主要矛盾。如前所述，评估机构在评估改造项目的拆迁补偿时也没有统一的规范指引和行业标准。事实上，现时村级工业园改造项目的拆迁补偿也没有“官方”的补偿办法或指引，没有一把合理合法的“尺”去量度应该补偿多少。各人心中的预期没有较明确的标准，这无形增加了村改主体与承租人的“拉锯”时间，直接影响了村改项目的拆除进度。

其实，南海区实施村改已积累了丰富的经验，各项目的补偿也有了较为明确的类别，补偿的办法也应以“实际损失”为依据。虽不能直接搬用国有土地上房屋征收的补偿办法对租赁合同进行补偿，但是，也应当归纳总结出适合村改的补偿办法，规范补偿项目和补偿办法，使村改项目有基本的补偿尺度，提高补偿的效力，明确补偿金额的预期。

四、强制执行的实施需要法定程序作为前提，强制执行始终需要通过严格的法定程序才能实施

除了补偿金额的确定难外，实现搬迁的问题仍然是值得关注的拆迁难问题。在村改项目中，租期届满或合同终止后，租户不肯搬迁的情况也不少见。许多租户意图通过强制使用的方式，迫使急需实施改造的村改主体

给予一定金额的补偿，甚至有些租户在租赁合同没有约定已建设建筑物归属的情况下，提出要求支付建筑物投资价值的损失。对于这种情况，许多村改项目一般也以适当补偿搬迁费的方式进行劝退，秉承以和为贵的作风。而且，在租户不愿搬走的情况下，如利用法定程序进行强制搬迁，也需要通过数月的诉讼程序。因此，有些项目也忽视通过诉讼清退的可能性。毕竟，强制清退需要在取得租户需履行搬迁移交义务的生效判决后才能申请强制执行。但是，村改的实施一般有2-3年的时间，甚至更长。虽然诉讼需时较长，但是，一般一年内即可取得生效判决。因此，对于租期届满或租赁合同终止后租户不愿搬走的个案，应当及早通过诉讼方式处理，尽早清退租户。这样既免除了后期时间紧迫影响项目推进的风险，也能通过诉讼形成良好的依法搬迁的氛围，不助长恶意讹诈补偿的歪风。

2020年度南海区村改在“拆迁难”的大背景下能超额完成拆除任务，足已证明南海区政府及村改参与部门对村改工作下足了功夫。“拆迁”是难，但村改项目的拆迁问题应该在项目实施的最初期开始重视，重视项目的摸底调查，通过调查实现详细、全面的尽职调查报告并制定详细的清退策略和方案。村改在有计划有策略的情况下实施，会越走越不难。

因此，村改实施主体在项目实施过程中不能只关注项目的规划指标、开发强度、开发价值等后期开发问题，也要在村改实施过程注重拆迁问题、搬迁成本等前期整理问题，注意利用法律团队等其他专业团队尽早参与到项目的前期整理中，借助各方面专业力量做到事前分析、事中研判，从而化解拆迁难问题。

（作者联系电话：13630062960）

南海区农村宅基地房屋买卖过户 需满足何条件？

□ 钟远玉 律师

一、案例简介

1990年，陈某将登记在自己名下的宅基地房屋出售给何某，约定出售价为2万元。在双方签订房屋买卖合同时，陈某和何某均为佛山市南海区某经济社的成员。陈某出售房屋后将户籍迁至广州的城镇户口。30年后，何某以不清楚法律，以为房屋移交使用则视为拥有房屋所有权，现才知道需要办理转移登记，遂于2020年6月向佛山市南海区人民法院提起诉讼，诉求：1. 要求陈某协助办理宅基地房屋（含对应集体土地使用权）的过户手续；2. 案件诉讼费由陈某承担。

本律师接受被告陈某的委托代理本案件，对案件进行研究，参与开庭、质证和答辩。在案件审理期限，原告何某为达到房屋过户条件，其将自身名下的一处宅基地房屋赠与给其直系亲属。期间，法院向各个政府职能部门调查取证，发出调查函询问涉讼房屋（含对应土地使用权）是否可转移至原告名下。

法院判决认为，根据《土地管理法》第六十二条规定：农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。第五款规定：农村村民出卖、出租、赠与住宅后，再申请宅基地的，不予批准。案件中，原告起诉时已经有一处宅基地。在案件审理期间，其将自身名下宅基地赠与给案外人。但原告未申请纳入宅基地资格名库。基于职能部门的复函中明确若原告不属于农村宅基地权益资格名库成员的，无

法协助执行转移登记。据此，法院驳回原告诉讼请求协助办理涉讼房屋过户的请求。

二、法律分析

（一）农村宅基地买卖过户的限制

《土地管理法》（2020年修正）第六十二条第一款规定：农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。第五款规定：农村村民出卖、出租、赠与住宅后，再申请宅基地的，不予批准。第六款规定：国家允许进城落户的农村村民依法自愿有偿退出宅基地，鼓励农村集体经济组织及其成员盘活利用闲置宅基地和闲置住宅。据此，现行法律规定了宅基地“一户一宅”的原则，允许集体经济组织成员内部出售，但是在一方将已有宅基地出卖、出租、赠与后，不得再申请宅基地。

《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（国发〔2004〕28号）第二条第（十）款规定：改革和完善宅基地审批制度，加强农村宅基地管理，禁止城镇居民在农村购置宅基地。国务院办公厅《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》（国办发〔1999〕第39号）第二条第2款规定：农民的住宅不得向城镇居民出售，也不得批准城镇居民占用农民集体土地建住宅，有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地使用证和房产证。据此，我国政策禁止将农村宅基地使用权及房屋向本集体经济组织成员以外的城镇居民转让。

（二）南海区农村宅基地买卖过户条件

《中央农村工作领导小组办公室农业农村部关于进一步加强农村宅基地管理的通知》（中农发〔2019〕11号）规定：在征得宅基地所有权人同意的前提下，鼓励农村村民在本集体经济组织内部向符合宅基地申请条件的农户转让宅基地。基于宅基地的所有权属于农民集体所有，法律政策规定禁止对外买卖，如在集体内部转移，需符合相关批准条件。本案中，虽原告是涉讼房屋所在地集体经济组织成员，但是最终法院驳回其诉求办理转移过户登记请求，问题在于原告不属于农村宅基地权益资格名库的人员。根据《佛山市南海区农村宅基地管理规定》（南府〔2018〕13号）第三十六条规定：宅基地地上房屋的有偿转让，受让人应为本村（居）范围内的任一农村集体经济组织成员且属于宅基地申请人准入资格名录库的人员。在同等条件下，农村集体经济组织有优先购买权。该规定说明了宅基地买卖转移过户需要满足以下条件：本村（居）范围内的农村集体经济组织成员且属农村宅基地权益资格名库的人员。

三、申请纳入农村宅基地权益资格名库流程

那如何申请进入农村宅基地名库？根据南海区宅基地相关政策及农村宅基地权益资格名录库办事指南规定，具体流程为：

1. 申请：（下转第14页）

从司法实际看进出口代理关系中代理人的责任

□ 欧 静



欧 静 律师

随着世界经济全球化进程的不断推进，我国采取了开放式的经济发展模式，进出口贸易在经济发展中的地位更为突出，外贸进出口代理的作用日益显著，各种进出口代理中出现的纠纷也日益增多。其中进出口代理公司在国际贸易中扮演中国企业与国际连接的桥梁，我们从审判角度来看在实际的进出口贸易关系中代理人的法律责任和风险。

案情介绍

2019年6月1日，T公司（卖方）与香港某公司洽谈，达成口头供货协议，T公司向美国出口儿童鞋，每次订货的数量、单价和船期通过邮件发送配码表的方式确定。交付方式为FOB宁波。即由T公司自行

承担运费将货物运到香港公司指定的宁波港，抵港后运送至美国的费用由香港公司承担。后双方通过邮件和微信的方式沟通货物样板、商标、订单、进仓、价格、质量、包装等问题。但是由于T公司没有货物出口资质，故香港公司指定了进出口代理Y公司为T公司代理出口报关，香港公司与Y公司签订了出口代理合同。

T公司根据香港公司的要求准备货物，并运输至宁波港。在货物进仓后，将货物的型号、数量、金额等信息告知出口代理Y公司，以制作报关资料。为了出口报关需要，T公司与进出口代理Y公司签订了11份《购货确认书》。《购货确认书》约定：Y公司向T公司购买女童靴、女童单鞋等11种货物，约定货款合计为500万元；到货方式为买方自提，费用为买方负责。结算方式为电子转账，出货后3个月内支付货款。前述8份购货合同的货物转运期限为2019年8月，后3份购货确认书的货物装运期限为2019年9月。T公司向Y公司出具了前述合同的发票。香港公司收到货物后向Y公司付款。Y公司收到外汇后，换算成人民币收取了代理费后向T公司支付货款，并根据发票和外汇金额以自营出口方式申报了退税，退税款作为贷款支付。

后因香港公司资金周转出现问题，香港公司无法按时支付货款。T公司多次向香港公司催款未果。

因此T公司根据《购货确认书》向法院起诉出口代理Y公司，要求Y公司支付全部货款。

本案焦点在于Y公司与T公司是否存在买卖合同关系。一审法院认为：根据Y公司与T公司签订的《购货确认书》、T公司开具的为买方为Y公司的增值税专用发票、Y公司签订的《发票签收单》以及Y公司向T公司多次付款等可以证明T公司与Y公司构成买卖合同关系。判决Y公司需要向T公司支付货款。后Y公司不服判决，上诉至中院。

二审法院审理后，认为Y公司与T公司不存在买卖合同关系，判决撤销一审判决，驳回T公司的全部诉讼请求。

案件评析

本案系一起典型的因出口代理贸易引发的纠纷，涉及生产商、中间商、代理出口商三方交易主体。为什么本案的一审与二审会做出完全不同的判决结果呢？在这类纠纷案件的中，主要是要确定三方主体之间的法律关系以及法律责任的承担。进出口代理Y公司在这三角贸易关系中究竟扮演这什么角色，是否有足够的证据支撑，是本案审理的重点。

目前实践中外贸出口代理的一般操作流程为：由外商通过国内不享有外贸经营权的企业或个人（中间商）下定单给国内生产企业（生产商），或者由中间商联系外商后

下定单给生产商，定好货物的品名、数量、金额、质量、交货期等内容，并参照代理出口的方式委托享有外贸经营权的外贸代理企业（代理出口商）出口。就法律关系而言，生产商与中间商之间存在买卖合同或加工合同关系，中间商和代理出口商之间存在委托代理出口合同关系。但是，由于外贸出口的政策与实践出口退税申报操作中存在不对接的情况，在出口退税的实操中存在“税票合同”。即本案中Y公司在货物出口后单方面制作的，用于办理出口退税所用的11份《购货确认书》。

本案中，Y公司虽然与T公司签订了《购货确认书》，但是双方并没有实际履行该合同。T公司仅以发票开具记录、Y公司的付款记录、发票签收单和税款抵扣记录证明其已经向Y公司交付了货物并没有得到法院的支持。根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释（2012年版）》第八条，出卖人仅以增值税专用发票及税款抵扣资料证明其已经履行交付标的义务，买受人不认可的，出卖人应当提供其他证据证明交付标的物的事实。

其次，T公司实际上并不是直接将货物交付至Y公司，Y公司作为出口代理公司并没有参与货物贸易。反而是T公司根据报关的要求主动向Y公司提供货物贸易信息。从而推断T公司是明知Y公司是提供出口报关代理服务的，出口货物并不是Y公司所有。

最后，T公司一直与香港公司沟通货物样板、价格、数量、包装、质量、船期等交易细节。虽然T公司与香港公司没有正式签订书面的买卖合同，但是邮件沟通内容已经构成买卖的合意，也符合国际

贸易的交易惯例。而且T公司多次向香港公司催款，也证明了T公司是明确知悉其交易的对象是香港公司。

因此，在本次三角贸易关系中，虽然Y公司没有与T公司签订书面的进出口代理合同，但是从货物的流转情况和沟通往来的证据足以证明Y公司是出口代理角色，根据委托方的要求代理货物出口，收取一定的代理费用。T公司是国内生产商，根据香港公司的订单要求生产、交付货物。香港公司是案涉货物的买方，也是案涉货款的责任人。

委托代理进口属于民事代理中的一种，理论上和司法实践中认为应当适用《中华人民共和国民法典》第九百二十五条、第九百二十六条的规定，这是我国在合同法中确立的间接代理制度。根据《民法典》第九百二十五条的规定，受托人虽然是以自己的名义与第三人订立合同，但如果第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系，该合同可以直接约束委托人和第三人。那么，具体在进出口代理的过程中，代理出口公司应该准确把握其在出口贸易关系中的法律地位，以降低自身的风险。

一、明确法律地位，正确区分外贸进出口与代理环节的当事人义务。

国内厂商与出口代理商签订的“税票合同”模糊了中间商和出口代理商的民事地位，不但隐含着巨大的商业风险，同时也在法律后果上也影响了民事责任的承担。在发生纠纷时，如无明确约定，国内厂商大多数会根据“税票合同”向代理出口公司主张出口代理商是买受人，要求出口代理商承担货款清偿责任。在国内厂商完成基本的举证

责任之后，出口代理商则需要用大量的证据来证明其不是真正的买受人，只是担任办理出口退税的角色。否则，出口代理商就要替代外商承担清偿货款的责任。

为了避免这种商业风险，在三角或者多交贸易关系中，出口代理商要对各方当事人有清晰的认知，不可随便按委托人的要求签订合同或其他文件。出口代理商可以选择与国内厂商签订书面的委托代理合同，明确其代理出口的法律地位，以免不必要地加重自己的责任。

二、积极履行代理审查义务，避免被动地承担税务风险。

国家税务总局公告2017年第35号《关于调整完善外贸综合服务企业业务出口货物退（免）税有关事项的公告》第一条规定：“外贸综合服务企业（以下简称综服企业）代国内生产企业办理出口退（免）税事项同时符合下列条件的，可由综服企业向综服企业所在地主管税务机关集中代为办理出口退（免）税事项（以下称代办退税）：（一）符合商务部等部门规定的综服企业定义并向主管税务机关备案。（二）企业内部已建立较为完善的代办退税内部风险管控制度并已向主管税务机关备案。”

这里所说的外贸综合服务企业是指具备对外贸易经营者身份，接受国内外客户委托，依法签订综合服务合同（协议），依托综合服务平台，代为办理包括报关报检、物流、退税、结算、信保等在内的综合服务业务和协助办理融资业务的企业。原《国家税务总局关于外贸综合服务企业业务出口货物退（免）税有关问题的公告》已经被废止。

由此可见，为鼓励国际贸易，国家政策在税务优惠、对贸易代理

的权限也是逐渐放宽。实务中，往往国内厂商委托出口代理商，与出口代理商签订双合同，一份是国内货物购销合同，一份是代理出口服务合同，出口代理商以自营名义出口，双方在代理服务合同中约定代理服务费的收费标准、退税款的支付、发生货物质量、收汇、退税风险责任的承担等内容。也就是说签订的购销合同，出口代理公司与外商签订的出口合同、外贸公司以自己名义报关、出口收汇等都是为了满足退税的要求，对于生产企业和

出口代理商来说，真正约束双方和实际履行的是代理出口服务合同。虽然出口代理商是以自营出口，但是实际出口并非由其自行生产，因此为了避免出现虚假货物出口的情况，出口代理商应当严格履行查验国内厂商等措施，严防国内厂商与贸易商勾结串通，利用代理公司骗取国家出口退税的行为。

三、出口代理应该严格履行代理约定的义务，否则承担相应损失。

代理出口公司与委托人之间是

委托关系，需按照代理合同约定严格履行代理责任。根据法律规定，代理人因过错给委托人造成损失的，委托人可以要求代理人赔偿。因此在代理合同中，双方应当将代理权限和内容清晰约定。

出口代理公司在对外贸易中虽然实际上只是代理的角色，但是如果操作上稍有不慎，有可能承担外商的风险。因此出口代理公司应该严格遵守贸易规定代理出口报关，与委托人签订代理合同。

（作者交流电话：13631404527）

（上接第23页）上述条款是对当事人基于“无效果无报酬”原则确定救助报酬的海难救助合同的具体规定。与此同时，救助公约和我国海商法均允许当事人对救助报酬的确定另行约定。因此，在救助公约和我国海商法规定的“无效果无报酬”救助合同之外，还可以依当事人的约定形成雇佣救助合同。在本案中，投资公司与南海救助局经过充分磋商，明确约定无论救助是否成功，投资公司均应支付报酬，且“加百利”轮脱浅作业过程中如发生任何意外，南海救助局无需负责。依据该约定，南海救助局救助报酬的获得与否和救助是否有实际效果并无直接联系，而救助报酬的计算，是以救助船舶每马力小时，以及人工投入等事先约定的固定费率和费用作为依据，与获救财产的价值并无关联。因此，本案所涉救

助合同不属于救助公约和我国海商法所规定的“无效果无报酬”救助合同，而属雇佣救助合同。对于雇佣合同救助下的报酬支付，因海商法和救助公约没有规定，可以按照我国合同法的相关规定，对当事人的权利义务予以规范和确定，最后，最高院撤销二审判决，维持了一审判决。

三、启示

1、按照王淑梅法官的话说：本案对如何正确解读有关国际规则、准确适用国内相关法律具有重要意义，对大力倡导和鼓励海上救助、防范海洋污染具有重要影响。在“一带一路”战略构想下，以本案的审理为契机，未来我国海事司法的话语权将会进一步提升。

2、通过本案，体现法律裁判更加尊重和重视当事人的真实意思及约定内容，尤其是在《民法典》

中，多处新增了“当事人另有约定的除外”等表述，对于问题的认定和处理，较以往更加多样化和灵活，响应了当事人的处理商业问题的需求，也体现法律不断跟随经济活动的步伐。侧面也要求当事人的律师对商业问题的处理要更加灵敏、对于法律问题更有前瞻性。

3、通过本案，还体现法官并未将目光仅停留在海商法，而是将案件涉及的问题置于一个大的法律体系去思考，用合同法制度补充调整海商法所无法调整的一些问题。放眼国际司法实践，开阔视野。在《民法典》的多个编中，也有类似的法律条文的体现，这要求我们要对法律问题不能片段化、孤立化，而是要将法律融会贯通，没有规定的地方更要学会参照其他编的条文，或者其他法处理。

（作者交流电话：13534431918）

（上接第24页）出于义愤而杀害被害人，其社会危害性固然大，但相比较之下，独自游玩在浙江西湖的谭某，却无缘无故被人杀害并被强制猥亵，被告人杀人的原因是出于对人命的漠

视，存在对受害人强制猥亵的动机，针对的是社会不特定的对象，其杀人具有随机性，所以在刑法上对其进行评价应该较护士刺死闺蜜案要更重一些，事实上两个案件的判决结果都体

现了这层道理。

这两个死刑案件的结果差别，是法官在宽严相济观念下正确利用法律审判的体现。

（作者交流电话：15627733223）

海难救助无效果需支付报酬吗？

□ 古海涛

一、案情简介：

投资公司所有的“加百利”游轮载有原油约5.4万吨，8月12日在琼州海峡北水道附近搁浅，船舶及船载货物处于危险状态，严重威胁海域环境安全，事故发生后，投资公司授权上海代表处就“加百利”轮搁浅事宜向南海救助局发出紧急邮件，请南海救助局根据经验安排两艘拖轮进行救助，并表示同意南海救助局的报价。当日20时，上海代表处通过电子邮件向南海救助局提交委托书，委托南海救助局派出“南海救116”轮和“南海救101”轮到现场协助“加百利”轮出浅，承诺无论能否成功协助出浅，均同意按每马力小时3.2元的费率付费，计费周期为拖轮自其各自的值班待命点备车开始起算至上海代表处通知任务结束、拖轮回到原值班待命点为止。“南海救116”轮和“南海救101”轮只负责拖带作业，“加百利”轮脱浅作业过程中如发生任何意外南海救助局无需负责。另，请南海救助局派遣一组潜水队员前往“加百利”轮探摸，费用略。8月13日，投资公司还提出租用“南海救201”轮将其两名代表从海口运送至“加百利”轮。南海救助局向上海代表处发邮件称，“南海救201”轮根据租用时间计算总费用。

与此同时，为预防危险局面进一步恶化造成海上污染，湛江海事局决定对“加百利”轮采取强制过驳减载脱浅措施。经湛江海事局组织安排，8月18日“加百利”轮利用高潮乘潮成功脱浅，之后安全到

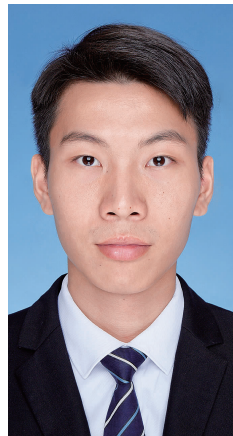
达目的港广西钦州港。

另查明涉案船舶的获救价值为30531856美元，货物的获救价值为48053870美元，船舶的获救价值占全部获救价值的比例为38.85%。

二、判决情况：

一审法院认为：本案是一宗海难救助合同纠纷，搁浅事故发生后，投资公司委托其代理人上海代表处向南海救助局发出邮件，要求南海救助局根据经验安排两条拖轮进行救助，并称同意南海救助局的报价。此外，投资公司还委托上海代表处以邮件的方式向南海救助局提交委托书，约定救助所使用的船舶、人力（潜水员）及报酬计付标准等。南海救助局根据上述约定派出了船只进行救助，并且救助行为效果良好。但一审法院也根据合理支出原则，调低了两船的救助费用，最终判决投资公司需支付659万余元费用。

后投资公司提起上诉，广东高院作出（2014）粤高法民四终字第117号民事判决，认为：海代表处代表投资公司向南海救助局发出的委托书约定无论是否能成功协助“加百利”轮出浅，投资公司均会支付费用，本案救助过程也显示，南海救助局在参与救助的过程中，实际服从于船方指示。可见，本案救助系合同救助，救助方应按照被救助方的指挥进行救助活动，不论救助是否有成果，被救助方都应该按照救助方使用的人力和设备按约定支付报酬。根据《海商法》第一百七十九条规定，涉案救助合同的



古海涛

上述约定依法有效，不论南海救助局实施的救助作业效果如何，其均有权向投资公司主张救助报酬。但是，二审法院依据《海商法》第一百八十三条规定，将投资公司应支付的金额，更换成按照船舶获救价值占全部获救价值的比例，即38.85%向南海救助局承担救助报酬，投资公司应负担的救助报酬为256万元。

南海救助局不服二审判决，申请再审，最高院作出（2016）最高法民再61号民事判决，认为：救助公约和我国海商法对海难救助问题作了专门规定，救助公约第十二条、海商法第一百七十九条规定了“无效果无报酬”的救助报酬支付原则，救助公约第十三条、海商法第一百八十条及第一百八十三条在该原则基础上进一步规定了报酬的评定标准与具体承担。（下转第22页）

例谈我国“宽严相济”刑事政策

□ 李永亮



李永亮 律师

《最高人民印发关于宽严相济刑事政策的若干意见的通知》中指示，“贯彻宽严相济刑事政策，要根据犯罪的具体情况，实行区别对待，做到该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪”的基本原则。本文将对比分析两起广受关注的故意杀人案，对于刑事审判中如何体现宽严相济，特别在死刑犯罪之中，如何选择适用死缓及死刑立即执行，希望能够帮助理解我国现行的宽严相济刑事政策。

护士刺死闺蜜案：2018年1月，湖南永州零陵地区一酒店内，某女子因情感纠纷及经济纠纷198刀刺死闺蜜。案发后，嫌疑人方某被追捕归案，如实供述自己的罪行，确定属于同性情感及经济纠纷引发该案。2018年12月一审法院依法判决被告人成立故意杀人罪，判处被告人死刑缓期两年执行。检察院不服提起抗诉，二审法院维持一审判决。当时在社会上引

起较大争议。

浙大学生被害案：被告人熊志城因沉迷赌博，觉人生无望，自暴自弃，游离浪荡。2018年11月流窜到杭州市西湖景区飞来峰，于傍晚时分遇到独自游玩的浙大女生谭某，心生杀意，使用随身携带的尖刀连续捅刺谭某胸腹部数刀，并将谭某推下附近的陡坡。后熊志城爬至陡坡下，对谭某进行猥亵，并不顾谭某的哀求，持尖刀切割谭某颈部等部位数刀，致谭某死亡。最后，法院以故意杀人罪判处被告人熊志城死刑，剥夺政治权利终身；以强制猥亵罪，判处有期徒刑五年；两罪并罚，决定执行死刑，剥夺政治权利终身。

法律分析：

这两个案件具有可比性，虽然案情不同，罪数不同，但都是故意杀人，致一人死亡，到底是什么原因导致出现不同的审判结果？

从两件案件看，手段都是极度残忍的，被告人都是使用利器杀害被害人，都没有自首的情节。在护士杀死闺蜜案中，竟然砍了被害人196刀，完全是想致被害人于死地，没有留一丝余地，事后逃窜。浙大女生被害案之中，被告人因沉迷网络赌博，负上巨额债务，在心灰意冷之际，杀害正在西湖景区游玩的浙大女生谭某，并强制猥亵，犯罪手段极其恶劣。

虽然两个案件的犯罪手段都恶劣，但法院认定护士杀死闺蜜案被告人具有法定的“坦白从宽”情节，应判处死刑但可以立即执行，检察院提起抗诉后二审法院仍维持原判。而在浙大女学生被害案中，法院认为

“作案动机极其卑劣，手段极其凶残，后果极其严重，社会危害性极大，依法应予严惩”，遂判决死刑立即执行。

都是以极其恶劣的手段故意杀人，为什么一个被判处死缓，一个被判处死立执？笔者认为，就社会危害性而言，浙大女学生被害案较护士刺死闺蜜案更严重。浙大女学生被害案之中，被害人谭某与被告人熊志城之间根本不认识的，两人没有任何感情上的纠纷，也没有金钱上的纠葛，完完全全就是陌生人。案发之时，被告人临时起意，见到在独自游玩的谭某，遂起杀心，在致谭失去反抗能力之后还强制猥亵。而在护士刺死闺蜜案之中，二人存在同性恋关系，在案发前被害人长期在被告人家里面吃喝，而且被害人劝被告人参加网络赌博，致使被告人把自己房子抵押还赌债。在被告人花光钱财之后，被害人以找到男朋友为由向被告人提出分手，导致惨案发生。这种因感情纠纷引发的杀人案件，即所谓“激情杀人”，相比谋杀和浙大学生被害案那种滥杀无辜，社会危害性相对小些。

这两个故意杀人案审判结果的差异，清楚的体现了我国现行的“宽严相济”刑事政策及其理念。《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第22条规定：“对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪，因劳动纠纷、管理失当等原因引发、犯罪动机不属恶劣的犯罪，因被害方过错或者基于义愤引发的或者具有防卫因素的突发性犯罪，应酌情从宽处罚”。就护士刺死闺蜜案而言，其基于感情、(下转第22页)

控告诽谤罪与起诉侵犯名誉权的选择

□ 黄淑瑶

“你再咁讲，我可以告你诽谤的”，他对对方竖着一根食指，带着凶狠的眼神，义正辞严地给予最后一番警告。熟悉TVB的朋友应该可以很快“脑补”出这样的画面。在平常我们也会接到这样的咨询，“他这样说，我可不可以告他诽谤？”

无论在香港还是大陆，“诽谤”的字面意思理解起来都是一致的；但根据大陆法律规定，“告他诽谤”就需要我们先厘清咨询人的目的，他是想追究对方民事责任要求停止侵权、赔礼道歉、赔偿损失，还是要控告对方要求公安机关追究其刑事责任。因为“诽谤罪”是刑事领域的罪名，要循民事途径的救济就需要提起名誉权侵权之诉。

在刑事领域，诽谤罪的规定见于《刑法》第二百四十六条：“捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外”，其保护的是自然人的人格尊严和名誉权。从条文看，其构成要件有三：①捏造事实，该事实非客观存在（但方式不同有可能构成侮辱罪）；②对象特定，不一定指名道姓但第三人可以据此判断被害人属于特定对象；③情节严重，主要是指多次捏造事实诽谤他人的；捏造事实造成他人人格、名誉严重损害的；捏造事实诽谤他人造成恶劣影响的；诽谤他人致其精神失常或导致被害人自杀的等。可见，并不是任何诽谤行为都可以入罪的。

在民事领域，诽谤只是侵犯名誉权的行为方式之一，最终是否需要承担侵权责任以及承担何种侵权责任还要具体分析。根据《民法典》第一千零二十四条，名誉是指社会民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价；名誉权是任何组织或者个人就其品德、声望、才能、信用等的社会评价不受他人侵犯的权利。而侵犯名誉权的构成要件有四：①行为人实施了侵犯名誉权的行为，包括但不限于诽谤、侮辱、宣扬他人隐私等行为 ②确实存在被侵权人的综合评价被降低的事实 ③行为与损害事实之间有因果关系 ④行为人主观上有过错。

在李某诉某研究所名誉权纠纷一案中【案号：（2020）粤01民终11826号】，因某研究所认为李某存在窃取和冒用其他研究院的研究成果并以此进行宣传 and 开展业务，故在其官网刊登带有“学术行为不端”、“道德败坏”、“品行恶劣”、“行为不端”、“剽窃”字眼的文章，并撤销李某的研究院资格和职务；李某据此认为该行为侵犯他的名誉权故要求停止侵权、赔礼道歉及赔偿精神损失。法院判决要点有二：一、无论李某是否确有学术不端的行为，研究所出于自身管理取消李某的资格和职务，公告内容也应仅限于解除职务和取消资格的事宜，而不能对他人人格任意作出否定性评价，文章内容超过单位正常管理的必要限度，给李某造成了行业内的负面影响，应承担相应法律责任；二、赔礼道歉的形式和范围应与某研究



黄淑瑶 律师

所实施侵权行为的形式与范围相同。由于某研究所的侵权行为尚未造成严重后果，公开赔礼道歉足以弥补李某所受伤害，故不支持其精神损害的诉讼请求。

可见，侵犯名誉权之诉除了要证明符合四个构成要件之外，名誉权损害事实的严重性也是衡量承担何种侵权责任和具体责任大小的重要因素。在一些案件中，会出现虽有侵权行为，但由于持续时间短、影响人数少等原因并没有给受害人带来社会评价的降低，法院判决驳回原告诉讼请求。

以上就是关于诽谤罪和侵犯名誉权之诉定义、构成要件以及两者的区别。所以在大陆，“我可不可以告他诽谤”大多数时候的答案都是否定的，换成“我可不可以告他侵犯我名誉权”会更为恰当。

（作者交流电话：13602232107）

浅议破产撤销权

□ 肖福来



肖福来 律师

随着我国破产案件数量的不断增加，大家可能经常会听到某某公司破产消息，2021年3月1日《深圳经济特区个人破产条例》正式实施，这将破产制度推向了我国法治进程的风口浪尖，很多人对破产有抵触情绪，认为无论是企业破产还是个人破产都可能成为债务人逃废债的重要途径，这是对破产制度的误读，规范的破产制度恰恰是阻止逃废债的重要手段，同时也能促进经济的良性循环，而破产撤销权就是阻止逃废债的重要手段，债权人可以通过破产撤销权保护自身权益，破产撤销权在破产程序中有着重要的作用。

一、破产撤销权定义

《破产法》对破产撤销权并无明确定义，破产撤销权从属于民法撤销权。具体是指管理人对债务人在破产申请受理前的法定期间内进行的欺诈债权人或损害对全体债权人

公平清偿的行为，申请法院予以撤销并追回财产的权利。《民法典》第五百三十八条对于撤销权是这样定义的：“债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。”

《破产法》第三十一、三十二条对撤销权进行了列举性的规定，具体包括破产受理前一年内下列行为：（1）无偿转让财产的；（2）以明显不合理的价格进行交易的；（3）对没有财产担保的债务提供财产担保的；（4）对未到期的债务提前清偿的；（5）放弃债权的以及破产受理前6个月内，债务人有破产法第二条第一款规定的情形，仍对个别债权人进行清偿的。

二、破产撤销权行使

破产法规定管理人通过向破产受理法院提起破产撤销权纠纷之诉，相对方因上述可撤销行为而取得的债务人财产，管理人有权追回。也就是说管理人需要提起专门的诉讼进行撤销。而众所周知，撤销权有除斥期间，那么破产撤销权有无时间限制？破产法对于可撤销行为做了破产前6个月和1年的限制，但对于管理人行使时间并无规定，但从主从关系上来看，破产撤销权仍受民法典撤销权的规定限制，即受《民法典》第一百五十二条规定，当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日

起九十日内没有行使撤销权，当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。也就是说管理人应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使破产撤销权或者自上述可撤销行为发生之日起五年内行使，否则撤销权消灭。

笔者以“破产撤销权纠纷”案由进行在裁判文书网进行大数据检索，全国包含判决、调解文书的案件1171宗，其中广东37宗，浙江455宗，江苏217宗，浙江和江苏的管理人在撤销权的行使上走在全国的前列。

三、管理人的责任与风险

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）第九条第二款规定，管理人因过错未依法行使撤销权导致债务人财产不当减损，债权人提起诉讼主张管理人对其损失承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。若管理人未依据《破产法》第三十一条的规定请求撤销债务人无偿转让财产、以明显不合理价格交易、放弃债权行为的，债权人依据《民法典》第五百三十八条、第五百三十九条等规定提起诉讼，请求撤销债务人上述行为并将因此追回的财产归入债务人财产的，人民法院应予受理。

因此，管理肩负保护债权人利益的责任和义务，及时调查和追回不当减少的债务人财产，最大限度的维护债权人的合法权益。

（作者交流电话：13702638080）

破产程序中房地产企业以房抵债相关问题分析

□ 陈雪燕

一、什么是“以房抵债”

(一) 概念

以房抵债指房地产企业在破产受理前后,通过签订抵债协议或签订商品房买卖合同,将房产抵偿给债权人,用于清偿债务的行为。

(二) 特征

(1) 用于抵债的房产属于在建工程

(2) 所抵偿债务主要为清偿期届满后的债务

(3) 抵债主体为房地产企业与债权人

(4) 以房抵债大部分发生在破产受理前

(三) 一般操作模式

1、签订以房抵债协议

房地产企业与承包方直接签订以房抵债协议,约定房地产企业将在建商品房直接抵给承包方,以冲抵欠付的工程款。

2、签订商品房买卖合同

房地产企业与承包方单独签订商品房买卖合同,约定承包方从房地产企业购买在建商品房,应付购房款直接冲抵应收的工程款,双方相互出具购房款和工程款的收据或签订结算协议。

二、如何处理“以房抵债”问题

(一) 以签订以房抵债协议为例

1、行使破产撤销权

以房抵债发生在破产受理前六个月内。根据《企业破产法》第三十二条规定,因房地产企业已具备破产原因,仍在破产受理前六个月

内与承包方达成以房抵债协议,抵债行为属于对个别债权人的清偿行为,根据上述规定,管理人有权依据该规定请求人民法院撤销。

2、确认清偿行为无效

以房抵债发生在破产受理后(管理人尚未接管期间)。根据《企业破产法》第十六条规定,因房地产企业已进入破产程序,房地产企业与债权人在破产受理后达成以房抵债协议,抵债行为属于对个别债权人的债务清偿,该清偿行为应无效。

【案例:请求确认债务人行为无效纠纷——浙江省宁波市中级人民法院(2020)浙02民终2875号】

3、解除以房抵债协议

若以房抵债发生在破产受理六个月内,以房抵债实际为房地产企业以在建商品房作为对应付承包方到期债务的一种清偿方式,系当事人双方真实意思表示,不违反相关法律法规的禁止性规定,也不存在应被认定为无效之情形,以房抵债理应认定为有效协议。

虽然以房抵债协议有效,但以房抵债是否能够达到清偿债务的目的,关键还在于以房抵债行为是否履行完毕。房地产企业在破产受理后以房抵债协议尚未履行完毕,即抵债商品房未交付更未变更产权登记,若管理人选择继续履行将必然侵害其他债权人公平受偿的权利,实质也属于破产受理后对债权人的个别清偿行为,且不能增加房地产



陈雪燕 律师

企业财产收益。

另外,承包方基于该以房抵债协议对抵债商品房所享权利也非破产优先保护的消费者权利。因此,管理人应不再履行以房抵债协议,应当解除,并告知承包方以基础法律关系向管理人申报工程债权。

(二) 以签订商品房买卖合同为例

房地产企业与承包方直接签订商品房买卖合同,双方互负的购房款和工程款进行抵销并结算。因房地产企业与承包方双方所签商品房买卖合同并非双方真实意思表示,实际系保障承包方工程债权得以清偿,签订商品房买卖合同真实意思是对到期工程款的一种担保措施。

《民法典》第一百四十六条规定“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”(下转第30页)

民间借贷新规下如何适用利率保护上限

□ 叶伟英



叶伟英 律师

案情简述：

2011年4月2日，H因偿还银行贷款需要向D借款人民币800万元，借款期限为3个月，月利率为3%，当天D通过银行转账的方式向H转账人民币776万元。2011年4月3日，双方补签《借款合同》并约定违约情况下的律师费承担事宜，H出具《借款借据》记载收到D转账支付800万元。借款后，H不定期向D偿还借款本息，截止到2013年11月20日，H共计向D转账款项合计11353000元。2018年，D认为H尚未清偿借款本息，故通过微信方式要求H还款本金80万元，但H未明确作出承诺。

2020年9月9日，D向禅城区人民法院提起诉讼，主张H偿还借款本金80万元及按照起诉时一年期贷款市场报价利率3.85%的四倍（即15.4%）计算自2014年1月1日起至清偿本息之日止的利息，暂计至

2020年8月31日为821333.33元，同时主张H承担律师费53000元，合计主张金额1674333.33元。

办案历程：

本律师接受H的委托代理了本案，经过研究分析，除去诉讼时效的抗辩观点外，本律师认为案涉民间借贷的借贷利率应适用2020年8月20日颁布的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定（2020修正）》第三十二条第二款“借贷行为发生在2019年8月20日之前的，可参照原告起诉时一年期贷款市场报价利率四倍确定受保护的利率上限。”的规定，故在2020年11月5日开庭时对新的司法解释的规定进行了强调，认为按照新的司法解释的规定，H已经超额清偿了借款本息。

由于新的司法解释颁布实施不久，对于该条款的适用是存在未明确的地方，故本律师希望通过既判案例以肯定我方观点的正确性。开庭前，本律师在裁判文书网搜索到500多个曾经引用上述法条的案例，其中有十多个案例的情形是吻合法条所规定的适用要件并获得法院支持的，案例均分布在广东省以外的省份，本律师挑选了10个案例提供给承办法官参考。

开庭后，本律师继续搜索相关案例，并搜索到广东省已出现同类型案例并提交给承办法官参考，但佛山市内依然无一例。

法院判决：

2020年12月10日，本律师收到禅城区法院作出的一审判决书，法院

支持本律师的观点，认为案涉借贷关系的利率应适用最新的司法解释关于利率保护上限的规定，并按照实际转账金额为本金核算借款利息，得出结论认定H已经超额向D清偿借款本息，故驳回D的全部诉讼请求。

法条解读：

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定（2020修正）》是最高人民法院在2020年8月19日发布并决定在2020年8月20日施行的关于审理民间借贷案件的最新司法解释，取代了2015年9月1日施行的《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》[文号：法释〔2015〕18号]，其中最大修正点之一是关于民间借贷利率的保护上限，从此前的“三段论”到现在的“一刀切”。但“一刀切”的适用是附条件的，必须同时满足两个要件，一是2020年8月20日之后法院受理的一审案件，二是借贷行为发生在2019年8月20日之前的，未同时满足上述两个要件的，均不能适用新的司法解释第三十二条第二款的规定。

从立法目的的角度解读新的司法解释第三十二条第二款，可以看出国家立法机关对于纠正民间借贷市场乱象的态度是非常强硬的，歇制非法牟利、扰乱金融秩序的同时更多的是歇制暴力催收、套路贷等违法犯罪行为的发生，对于民间借贷行为频繁发生的现今社会的发展而言起到规范化、稳定化的重要作用，是与时俱进的立法。

（作者交流电话：13590555691）

从执行异议纠纷探究购房人的物权期待权

□ 范 例

随着城市房地产市场日趋火热，购房人与开发商之间的纠纷也日益增多，本文将通过案例分析探究购房人的物权期待权。

案情简述：

2015年8月，A房地产公司与C签订《广东省商品房买卖合同》，约定A房地产公司将A地商品楼宇1101房出售给自然人C，售价62万元。鉴于出卖人已为采用按揭贷款方式支付房款或公积金的买受人向按揭贷款银行提供了连带保证责任，如买受人逾期偿还贷款，出卖人可以单方解除合同等等。合同签订后，C向A房地产公司支付了首期购房款19万元，B银行也向A房地产公司支付了贷款43万元。2015年9月，C取得预告登记权利人的地位。2017年9月7日，B银行向A房地产公司、C发出《提前归还贷款通知书》，载明因C拒不履行还款义务，故通知C贷款立即提前到期及承担银行为实现债权而产生的费用，A房地产公司作为担保人应对债务承担连带保证责任。同日，A房地产公司代C向B银行偿还前述债务46万元。同日，A房地产公司向C发出《公司函》，通知C在收函后2个工作日内到A房地产公司处办理解除合同手续并结清相关费用。

2017年10月，自然人D起诉C等人，法院经审理后作出民事判决，判决C向D支付欠款。该判决生效后，D向法院申请强制执行，执行过程中，法院作出执行裁定，裁定拍卖或变卖C所有的1101号房。A房地产公司向法院提出执行异议，请求中止对1101号房的拍卖，后被法院驳回。A房地产公司随即提起执行异议之诉。涉诉房屋

尚未办理房地产权证。

法院认为：

虽然根据物权法定原则、物权公示原则，A房地产公司对1101房享有物权，但由于C已经履行完毕房屋买卖合同义务并取得预告登记权利人的地位，对1101房享有对抗A房地产公司处分权的物权期待权，因此，A房地产公司对1101房享有的民事权益并不能排除本案执行。

案例分析：

一、物权期待权是什么，有什么效力？

物权期待权的概念在《中华人民共和国民法典》中没有直接提及，但其权利属性客观存在。笔者认为：物权期待权是购房人在未办理过户登记手续的状态下所拥有的能对抗不动产所有人的债权人的一种权利。该权利的存在是为了保护购房人在履行了购房合同义务后至办理过户登记手续前这一阶段免受不动产所有人的债务影响。根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称“执行异议复议的规定”），如购房人符合相应条件，具有物权期待权，可排除不动产所有人的债权人申请法院强制执行该不动产。

二、物权期待权形成要件有哪些？

根据执行异议复议的规定第二十八至第三十条，物权期待权可分为以下三类，包括一般买受人的物权期待权、房屋消费者的物权期待权以及预告登记权利人的物权期待权。由于预告登记权利人的物权期待权过于简单，因此以下仅对一般买受人的物权期待



范例 律师

权、房屋消费者的物权期待权的形成要件进行归纳：

（一）一般买受人的物权期待权

1. 在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；
2. 在人民法院查封之前已合法占有该不动产；
3. 已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；
4. 非因买受人自身原因未办理过户登记

（二）房屋消费者的物权期待权

1. 在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；
2. 所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；
3. 已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。

在实际适用中，由于执行异议复议的规定第二十八条是关于无过错不

动产买受人物权期待权的保护条件，属于一般条款，对于所有类型的被执行人均适用。而第二十九条是关于房屋消费者物权期待权的保护条件，是专门针对作为房地产开发企业的被执行人而规定的特别条款。如果被执行人为房地产开发企业，且被执行的不动产为登记于其名下的商品房，同时符合了登记在被执行人名下的不动产与登记在被执行的房地产开发企业名

下的商品房两种情形，则执行异议复议的规定第二十八条与第二十九条适用上产生竞合，既可以适用特别条款也可以适用普通条款。如果适用执行异议复议的规定第二十八条更有利于保护房屋消费者的合法权益，可以直接适用该条。

三、本案法院认定所带来的启发

根据本案案情，不难发现本案中购房人拥有的是预告登记权利人的物

权期待权。但现实生活中，一般购房人可能仅是办理了商品房买卖合同备案登记，并未办理预告登记。这种情况下，应参照执行异议复议的规定第二十八条、第二十九条的规定，看购房人是否存在一般买受人的物权期待权或房屋消费者的物权期待权，从而适用。

（作者交流电话：18520967086）

（上接第27页）房地产企业与承包商方签订商品房买卖合同实际为双方以虚假意思表示实施的民事法律行为，应为无效。

管理人在审查债权时，在判断所签商品房买卖合同是否属于双方真实意思表示，还需结合买受人是否为债权人、买受数量、后续是否转卖等多个因素综合判断。

三、以房抵债合同解除后的债权审查

（一）以房抵债等购房人不具有优先受偿权

房地产企业通过以房抵债、让

与担保或者虚假按揭等方式与债权人或者购房人签订房屋买卖合同，以偿还借款、担保借款或者获得银行资金等。由于这类合同项下的债权人或者购房人，不是以“满足其生活居住需要”购买房屋的消费者，所以其债权不具有优先受偿权。

（二）管理人应按基础法律关系的性质认定债权

“应按基础法律关系的性质认定债权”，系指如果以房屋抵偿工程款，该购房人债权是工程款债权；以房屋抵偿民间借贷，该购房人债权是民间借贷；以房屋抵偿供应商

货物价款，该购房人债权是供应商债权，等等。

管理人可参照《河北省高级人民法院破产案件审理规程（试行）》（冀高法〔2019〕95号）第101条规定：“消费购房者享有优先受偿权。消费购房者债权优先于建设工程价款受偿。债权人以购房者名义申报债权，管理人经审查存在虚假按揭、以房抵债、设定让与担保等情形的，人民法院应按基础法律关系的性质认定债权。”

（作者交流电话：13630061267）

（上接第37页）抵押权人在主债权诉讼时效届满前未行使抵押权，抵押权人在主债权诉讼时效届满后请求涂销抵押权登记的，人民法院依法予以支持。”第三种，新担保制度解释与九民会议纪要有冲突的，应适用新担保制度解释，例如在公司对外提供担保的规定中，九民会议纪要第17条后半段规定，“法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的，构成越权代表，人民法院应当根据《合同法》第50条关于法定代表人越权代表的规定，区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力：债权人善意的，合同有效；反之，合同无效。”而新担保制度司法解释第7条第一款规定，“公司的法定代表人

违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定，超越权限代表公司与相对人订立担保合同，人民法院应当依照《民法典》第六十一条和第五百零四条等规定处理：

（一）相对人善意的，担保合同对公司发生效力；相对人请求公司承担担保责任的，人民法院应予支持。

（二）相对人非善意的，担保合同对公司不发生效力；相对人请求公司承担赔偿责任的，参照适用本解释第十七条的有关规定。”

从条款中可以看出，在公司对外提供担保的规定中最大的区别就是，对于担保合同效力的认定，纪要中如相对人非善意，则担保合同无效，而

在新司法解释中如相对人非善意，“担保合同对公司不发生效力”，这里仅是对签署承担担保责任的公司不发生效力，而非否定担保合同效力，也就是说承担担保责任的公司理论上有权追认该担保的权利，而担保合同是否有效则要依据合同编和担保制度规定单独审查其效力。

以上仅是笔者对于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》条文的整体理解，紧接着笔者会对依据担保制度的司法解释，逐条提出自己的见解和看法。

（作者交流电话：15307577000）

自杀身亡的员工家属能否获得赔偿

□ 麦超莹

2021年2月8日凌晨，广东省湛江市公安局发布通报称，2月7日17时40分许，湛江市徐闻县公安局民警徐某兴(男，40岁)持枪击伤该局民警吴某波(男，46岁)后企图自杀。该新闻震惊全国，吃瓜群众不禁陷入深思，公务员或员工自杀，家属能否获赔？

首先，可以肯定的是，自杀不构成工伤。《工伤保险条例》第十六条规定“……有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：……(三)自残或者自杀的。”据此，如能确认劳动者属于自杀的，即不能认定为工伤。

接下来，自杀是否属于非因工死亡？非因工死亡待遇属于国家社会保障体系以及企业对于职工在遭遇相关的风险时对其特定家属所提供的必要物质援助和抚恤。日常生活中，在很多企业老板看来，“自杀”是指自然人自愿或故意采取各种手段结束自己生命的行为，它与患病死亡、意外死亡有着本质的区别。如果员工因为失去工作、金钱、地位、自尊、重要的人、事、物而陷入崩溃，从而走上绝路，企业还需要另外支付赔偿款，简直是无妄之灾。但是，《全国总工会劳动保险部关于劳动保险问题解答》虽于1964年开始实施，现并未失效，该文件第68条已经明确“凡属政治性自杀(指确有可靠材料)都不享受劳动保险待遇。如果是因家庭纠纷和其他生活问题而自杀者，可比照劳动保险条例第十四条非因工死亡的规定处理。”也就是说，

政治原因例如因敌我矛盾而畏罪自杀、因犯有严重错误而自杀身死，均不可以获得赔偿；因领导管理教育不当，以及本人不能正确对待入党、入团、提干、奖惩、家庭、婚姻、疾病等问题而自杀身死的，其家属都可以获得赔偿，军人和公务员就按照病故处理，员工就按照非因工死亡对待。

在广东地区，主要执行《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定》(粤劳薪〔1997〕115号)的规定，即：“职工(含离退休人员)因病或非因工负伤死亡，发给丧葬补助费、供养直系亲属一次性救济金(或供养直系亲属生活补助费)、一次性抚恤金。丧葬补助费的标准：3个月工资(月工资按当地上年度社会月平均工资计，下同)；供养直系亲属一次性救济金标准：6个月工资；一次性抚恤金标准：在职职工6个月工资；离退休人员3个月工资。已参加社会养老保险的离退休人员死亡，由当地社会保险机构按养老保险有关规定发放待遇；在职职工因病或非因工负伤死亡，除有规定纳入社会保险支付的地方外，由企业按上述标准发给死亡抚恤待遇。”按照2019年佛山市城镇非私营单位在岗职工年平均月工资7200元计算，一个员工如果自杀身亡，家属大概可以获得108000元。

公务员的赔偿标准，按照《关于国家机关工作人员及离退休人员死亡一次性抚恤金发放有关问题的通知》第一条：“……病故的，为



麦超莹 律师

上一年度全国城镇居民人均可支配收入的2倍加本人生前40个月基本工资或基本离退休费。”由所在单位支付一次性抚恤金、丧葬费等费用。

遇到员工自杀身亡的，用人单位应第一时间报警及通知家属，并通过录像、证人证词、物证等手段保留必要的证据。与家属协商期间，用人单位应查证死者的法定继承人范围，审核继承人身份是否真实合法。若家属要求单位打款至非死者名下的账户，收款人应当提供委托收款的公证书。如果双方就赔偿费用达成一致意见的，应签署相关协议及保留书面的费用支付凭证。

生命无价，这个世界虽然不完美，但总有人守护着你！

(作者交流电话：13928572361)

早期创业公司的股权分配要点

□ 郑庆柱



郑庆柱

早期创业公司的股权分配设计主要牵扯到两个本质问题：一个是如何利用一个合理的股权结构保证创始人对公司的控制力，另一个是通过股权分配帮助公司获取更多资源，包括找到有实力的合伙人和投资人。那如何才能确保公司股权分配能满足公司的实际发展需要呢，笔者有以下几点建议：

一、股权分配规则尽早落地。

许多创业公司容易出现的一个问题是在创业早期大家一起埋头一起拼，不会考虑各自占多少股份和怎么获取这些股权，因为这个时候公司的股权就是一张空头支票。等到公司的钱景越来越清晰、公司里可以看到的价值越来越大时，早期的创始成员会越来越关心自己能够获取到的股份比例，而如果在這個時候再去讨论股权怎么分，很容易导致分配方式不能满足所有人的预

期，导致团队出现问题，影响公司的发展。

二、股权分配机制。

一般情况下，参与公司持股的人主要包括公司合伙人(创始人和联合创始人)、员工与外部顾问、投资方。在创业早期进行股权结构设计的时候，要保证这样的股权结构设计能够方便后期融资、后期人才引进和激励。

当有投资机构准备进入后，投资方一般会要求创始人团队在投资进入之前在公司的股权比例中预留出一部分股份作为期权池，为后进入公司的员工和公司的股权激励方案预留，以免后期稀释投资人的股份。这部分作为股权池预留的股份一般由创始人代持。

而在投资进来之前，原始的创业股东在分配股权时，也可以先根据一定阶段内公司的融资计划，先预留出一部分股份放入股权池用于后续融资，另外预留一部分股份放入股权池用于持续吸引人才和进行员工激励。原始创业股东按照商定的比例分配剩下的股份，股权池的股份由创始人代持。

三、合伙人股权代持。

一些创业公司在早期进行工商注册时会采取合伙人股权代持的方式，即由部分股东代持其他股东的股份进行工商注册，来减少初创期因核心团队离职而造成的频繁股权变更，等到团队稳定后再给。

四、股权绑定。

创业公司股权真实的价值是所有合伙人与公司长期绑定，通过长

期服务公司去赚取股权，就是说，股权按照创始团队成员在公司工作的年数，逐步兑现。道理很简单，创业公司是大家做出来的，当你到一个时间点停止为公司服务时，不应该继续享受其他合伙人接下来创造的价值。

股份绑定期最好是4到5年，任何人都必须在公司做够起码1年才可持有股份(包括创始人)，然后逐年兑现一定比例的股份。没有“股份绑定”条款，你派股份给任何人都是不靠谱的！

五、有的合伙人不拿或拿很少的工资，应不应该多给些股份？

创业早期很多创始团队成员选择不拿工资或只拿很少工资，而有的合伙人因为个人情况不同需要从公司里拿工资。很多人认为不拿工资的创始人可以多拿一些股份，作为创业初期不拿工资的回报。问题是，你永远不可能计算出究竟应该给多多少股份作为初期不拿工资的回报。

比较好的一种方式创始人是给不拿工资的合伙人记工资欠条，等公司的财务比较宽松时，再根据欠条补发工资。

也可以用同样的方法解决另外一个问题：如果有的合伙人为公司提供设备或其它有价值的东西，比如专利、知识产权等，最好的方式也是通过溢价的方式给他们开欠条，公司有钱后再补偿。

(作者交流电话：13928216110)

非婚同居纠纷的人身关系和财产应如何处理？

□ 范元凤

随着社会观念的进步和恋爱自由化，越来越多的人选择试婚甚至不婚，非婚同居群体越来越庞大。同居虽然甜蜜，但是一旦感情破裂，双方由如胶似漆的情人变成陌路人，人财两空成为同居一方的可悲结局。当爱已成往事，引发的人身关系如何处理呢？期间的财产应当何去何从呢？

一、概念解读：

非婚同居是指男女双方对外以家庭为名义，在1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后未办理结婚登记手续，而较为稳定的共同居住生活在一起的事实状态。包括：

（一）未婚型同居：指同居双方均未与他人依法登记结婚，均为单身。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第三条“当事人提起诉讼仅请求解除同居关系的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理”的规定，对于未婚型同居，法律不予保护，即法院只解决同居期间子女抚养和财产纠纷问题，对单纯诉请解除同居关系的，法院不予受理，同居当事人应自行解除。

（二）已婚型同居：指同居双方或其中一方已与他人依法登记结婚，有法定的配偶。根据《民法典》第一千零四十二条“禁止有配偶者与他人同居”的规定，对于已婚型同居，法律绝对禁止。

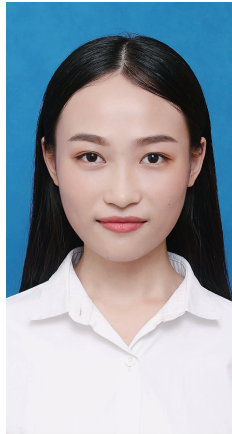
二、人身关系

（一）非婚同居者之间的监护问题

非婚同居可能会面临的一种情况是同居者中的一方突发意外或是步入老年丧失部分或全部民事行为能力时，如果没有其他合适的法定监护人履行监护职责，那么另一方在未建立婚姻关系的背景之下能否具备监护资格。

1、法定监护。根据《民法典》第二十八条“无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（一）配偶；（二）父母、子女；（三）其他近亲属；（四）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意”，非婚同居者之间即使已经以夫妻的名义持续性共同生活在一起，但因未办理结婚登记手续，仍然不是对方法律意义上的配偶。因此，如果存在被监护人的其他法定监护人已经过世或是其他法定监护人无监护能力或者对被监护人明显不利的情况，那么同居者之间的另一方可以向相关部门申请，经过相关部门的同意后具备法定监护资格。

2、意定监护。根据《民法典》第三十三条“具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人，在自己丧失或者部分丧失民事行为能力时，由该监护人履行监护职责”的规定，非婚同居者之间可以通过意定监护的方式让对方成为自己的监护人，然而意定监护的设立需要在被监护人具备



范元凤 律师

完全民事行为能力人的情况下提前确定好监护人。

（二）同居期间生了孩子，同居关系解除后孩子的抚养权属于谁？

非婚同居的人身关系不是合法夫妻关系，不受法律保护。《民法典》第一千零五十四条“无效的或被撤销的婚姻自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务...当事人所生的子女，适用于本法关于父母子女的规定”，《民法典》第一千零七十一条第一款“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和其实”，即同居期间所生子女，属于非婚生子女、亲生子女，与婚生子女享有同等权利。相应的，解除同居关系时非婚生子女抚养权的解决方式也与离婚时处理婚生子女抚养权的方式类似。

即《民法典》第一千零八十四条的规定,孩子的年龄阶段不同,对孩子抚养权的分配也是不同的,具体的主要分为以下三个阶段:(1)不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则;(2)已满两周岁的子女,父母双方对抚养问题协议不成的,由法院根据双方的具体情况,包括双方的经济、身体等情况,并从有利于子女身心健康、保障子女合法权益出发来决定抚养权的归属;(3)子女已满八周岁的,对于其抚养权的分配,应尊重子女的真实意愿。

(三) 非婚同居伴侣是否互相享有继承权?

继承权的取得有三种方式,法定继承、遗嘱继承及遗赠扶养协议指定。由于后两种方式都是基于被继承人的自由选择,不存在法律限制,因此仅对第一种方式进行讨论。非婚同居伴侣并非法律上的配偶,因此非婚同居伴侣并不属于法律规定的法定继承人,不能以配偶身份继承遗产。

但是,这也不意味着在没有遗嘱和遗赠扶养协议的情况下,同居期间一方死亡,另一方绝对不能分得遗产。《民法典》第一千一百三十一条“对继承人以外的依靠被继承人扶养的人,或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分给适当的遗产”,因此如果生者是依靠死者生前扶养的人,或者对死者生前扶养较多的人,可以根据相互扶助的原则,分给其适当的财产。

三、财产处理

(一) 内部财产关系

1、契约优先原则

在非婚同居期间,应允许当事人就同居期间的财产属性进行约定,以契约的形式规定哪些财产属于共同财产,哪些属于个人财产,对于契约,应该采用书面形式。

同居双方在解除非婚同居的关系

时,对于同居期间的财产分割有约定的或达成协议的,就应当按约定和协议来分割。同居双方就财产问题达不成协议的,则按照法定财产制解决。

2、共同所得的财产,按一般共有财产处理。

参照《民法典》第一千零五十四条,在婚姻自始无法律约束力的情况下,对于同居期间的财产当事人之间有协议的,按协议处理;协议不成的,由法院按照照顾无过错方原则判决。

简而言之,一般在解除同居关系时,对于同居期间一方的工资、奖金和生产、经营的收益以及因继承、赠与等途径所取得的合法收入,原则上归其本人所有。同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产,按一般共有财产处理。按份共有人对共有的不动产或者共享有份额,没有约定或者约定不明确的,按照出资额确定;不能确定出资额的,视为等额享有。

实践中的多数情况是,非婚同居双方在持续性的同居生活期间发生了财产混同,双方把工资、奖金等经济收益用来购置房产、车辆并共同还贷,或者是共同投资股票等理财产品,无形中增加了确认出资份额方面的举证难度,由此法院在判决时会综合双方关于出资情况的证据及陈述、对涉案财产的贡献,兼顾照顾妇女的利益,如非婚同居双方已生育子女还需考虑子女的利益,酌定双方可以分得的比例或具体数额。

(二) 外部财产关系

非婚同居当事人在社会经济活动中,不可避免地要与外部第三人发生某种经济联系,而由此引发的经济纠纷,就不能单独地由非婚同居当事人双方自由约定或自行处置,还需要兼顾第三人的利益。

共同生产、生活形成的债务,按共同债务处理。该处理原则的前提必

须是同居双方共同生活、生产所形成的债务。对于同居双方内部而言,应当共同承担;对于债权人而言,如果债务人为同居双方一人时,债权人必须证明该债务是同居双方为了共同生产、生活所负债务,否则只能向债务人个人主张债权。

当非婚同居主体之间对财产的属性进行了书面约定时产生的公信力,法律予以认可。也就是说,任何第三人,如果信赖该协议的效力,并依据该协议与同居当事人一方或双方开展经济活动时,有权依据此协议,单独向一方或双方主张权利或履行义务。如果同居当事人未征得第三人的同意,而擅自变更或撤销该协议,则对第三人产生变动效力,第三人仍可以原协议的内容主张权利或履行义务。

四、常见疑问

(一) 解除非婚同居关系时一方承诺向另一方支付补偿金是否具有约束力?

在一方欲解除同居关系而另一方不同意时,可能会发生通过支付一笔补偿费或以借款、欠款、分手协议等形式承诺日后支付补偿金为条件来解除的情形。对于该等款项或承诺的性质,从司法实践中看,该等补偿金属于不可强制执行的自然债务,是否支付全凭承诺人自身的意愿,法律不会进行干涉,法律只承认被承诺人对该款项保持受领给付的权利。即该等补偿金已经支付,支付人不可要求返还,但是若该等承诺未能实现,被承诺人也无法通过法律手段要求承诺人支付。

(二) 解除非婚同居关系时是否可要求对方赔偿?

1、同居关系不等同于夫妻关系,民法典并未明确规定解除同居关系时,一方是否有权向另一方要求赔偿;

2、一方在解除同居关系时,无权要求另一方给予赔偿,非婚同居的生活方式是男女双方当事人对自己生活

状态的选择，法律不予强加干涉；

3、同居关系中的当事人与婚姻关系中的配偶存在很大的不同，同居中的一方很难能够像夫妻中的配偶一样得到法律的保护。

因此，一般情况下，解除同居关系时，一方无权向另一方要求赔偿。但这并不是绝对的，如果同居期间的其他权利受到侵害，比如身体健康权，财产权等，是可以向对方要求赔偿的，只不过此时的“赔偿”不同于单纯的解除同居关系而要求的赔偿，是一种侵权损害赔偿。

（三）非婚同居期间签订的忠诚协议是否具有法律效力？

如同很多夫妻一样，为了避免另一方出轨，男女双方会签订忠诚协议，但是，夫妻忠诚协议的法律依据为《民法典》第一千零四十三条“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱”，而同居男女属于恋人关系，并未办理婚姻登记，其在法律上并没有相互忠诚的义务，双方都享有相互选择保持或终止恋爱关系的权利，因此从法律上来说并不会存在“出轨”一说，即非婚同居的双方对于感情的忠诚属于道德义务，双方因恋爱感情产生纠葛不属于法律调整的范畴，即使签订了

忠诚协议，其也不会受其约束。

（四）非婚同居关系破裂，签订的《分手协议》是否有效？

实践中，男女双方在解除同居关系时，往往会签订协议书，就解除同居关系及子女、财产处理等问题予以约定。《民法典》第一百四十三条“具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗”，这是对民事法律行为生效要件的规定。民事法律行为成立之后，具备生效的要件才能使民事法律行为发生法律效力上的效力，发生设立、变更或者消灭的民事法律关系的法律后果。

由此可见，《分手协议》实质上是对双方共同生活期间产生的共同财产、子女抚养等问题所作出的处理协议。结合男女双方真实意思表示，在不违反法律禁止性规定、社会公序良俗的前提下协商一致，以此签署的协议是有效的。同时，如果一方不履行协议书，另一方可以就履行协议诉至法院。

社会在变化，现在很多人喜欢只恋爱不结婚，也就是选择游走于法律门外的“新婚姻”方式，进行非婚同

居式相处，一旦产生纠纷，最终受伤的还是感情的弱势方。但是如果侵犯到个人人身或者财产损害的，建议还是要积极拿起法律武器维护自己应有的权益。

五、给非婚同居男女的建议：

（一）可以协议的形式保护同居期间个人的财产和公共财产。协议最好是要找律师做见证，证明真实性，检查是否有遗漏想，审查合法性，更好保护自身的合法权益。

（二）对自己购买的物品留好相关的证据。对于双方共同出资购买的物品，最好双方有个相互的记录，将个人物品与共同物品相区别。

（三）同居双方出于风险方面的考虑，可以自立遗嘱、律师见证或公证遗嘱，在遗嘱中给非婚生子女保留必要的遗产份额，必要时需要提前做好与非婚生子女的亲亲子鉴定，以保证同居者、非婚生子女的利益。

（四）要知道如何找到对方，同居案件送达难是一个很普遍的问题。同居一方为了开始新的生活，往往藏得无影无踪，因此要多了解同居人相关情况，确保能找到人。

（作者交流电话：15723213098）

（上接第36页）只要没有故意或者重大过失的，无须承担责任。“自甘风险”规则解除了民众参与文体活动的疑虑，从而有利于积极参加相关文体活动。而活动组织者是否承担责任，关键在

于是否尽到合理的安全保障义务，具体包括活动安排、风险告知、事发后的积极救助等。自甘风险条款让责任承担更加公平明晰，能帮助解除当事人参与体育活动时候法律上的疑虑，

有效破解担责难题。这将促进全民理性、积极地参加体育活动，为全民健身打开另一扇门。

（作者交流电话：13148987682）

（上接第38页）

（二）担保人内部约定承担连带共同担保责任，或者约定相互追偿权但未约定分担份额的，各担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分；

（三）担保人内部未作任何约定

时，若各担保人在同一份合同上签字、盖章或者按指印，则承担了担保责任的担保人有权请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分；

（四）除以上三种情形外，承担了担保责任的担保人无权请求其他担保人分担向债务人不能追偿的部分。

基于此，笔者建议，各担保人在签署担保合同时一定要注意对内部追偿权及追偿比例等作出明确约定，或尽量约定各担保人之间的相互追偿权，以尽量保障自己的受偿权利。

（作者交流电话：18875132665）

让文体活动在“自甘风险”原则下有序开展

□ 欧志明



欧志明

生活中，因参加自发进行的文体活动、参加学校组织的体育比赛等高风险活动而意外受伤引发的纠纷不在少数。1月4日，北京市朝阳区人民法院首次适用民法典“自甘风险”条款审理并宣判了一起因原告在打羽毛球活动中被击伤右眼而引发的案件，法院驳回了原告全部诉讼请求。《中华人民共和国民法典》确立了“自甘风险”规则，在第1176条规定：“自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受害人不得请求其他参加者承担侵权责任，但是其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。”它适用的典型领域是一些激烈的对抗性竞技比赛，如足球、篮球、拳击、赛车、赛马等，其特点是行为人在整个过程中并非扮演完全消极的角色，而是积极地参与其中，参与了损害的形成过程；发生意

外伤害往往是此类活动正常的内在风险。此外，一些自助游、自驾游等也同样适用。

根据民法典关于“自甘风险”原则的规定，其适用的条件主要有以下几个方面：第一，从适用范围来看，一方面，它须为文化体育活动，诸如饮酒、聚会、垂钓、乘车、学生相互打闹等均不适用。另一方面，该活动须存在多个参加者，因此，跳高、蹦极等单人运动不应适用该规定。第二，行为人必须具有相应的民事行为能力，按照一般正常智力水平可以预见危险的存在，并可做出理性的分析和有效的选择。第三，行为本身具有风险性。从事的活动具备相关风险，且该风险自始至终是客观存在的。其中，风险性指行为过程中有可能产生的并非一定产生的损害后果。如果该活动不具有相关风险或者必然发生损害后果，则不适用该规定。第四，主观上的明知性和自愿性。行为人应明知参与此活动存在一定的风险，仍自愿参加。自愿方式应包括口头明确同意或签订声明、合同等书面明示方式，也包括行为人以自愿参加活动的行为而表示的默认。第五，行为具有合法性和利益性。行为人作出的行为不是为了履行道德或法律义务而承担风险，而是为了获得某种利益而选择进入到有危险的活动中，比如为了荣誉、获得满足感、挑战自我等，但不可违反公序良俗。第六，其他参加者没有故意或重大过失。这是区分过错原则和适用“自甘风险”的关键，“自甘风险”只是对其他参加者一般过失的免责，如果其他参加者有故意或者重大过失

的，会适用过错原则或其他原则。

《民法典》自甘风险规则应用范围包括体育活动同场竞技参与者之间发生的伤害，观众在观看体育比赛时因场上竞赛行为发生的伤害，非商业性的、AA制的户外探险旅游活动中发生的伤害。明知风险、自愿参与、固有风险和无故意无重大过失是构成自甘风险的要件。

《民法典》规定自甘风险的目的是不使体育活动参与者在各方均无过错的情况下承担赔偿责任义务，有利于我国体育休闲户外旅游行业的发展。虽然现行《民法典》对自甘风险的规定只免除了其他参加者对于体育固有风险的责任，但《民法典》对公平分担的限制，将使体育赛事组织者、体育场馆经营者、管理者和开展体育活动的学校在各方均无过错的体育伤害中，不至于再按照公平分担原则承担责任。

当事人自愿参与有一定风险的文体活动，本应认识到活动危险性，由此产生的正常风险也应当由当事人自己承担，他人只有在故意或有重大过失的情况下才承担责任。此前，侵权责任法及相关司法解释对此类案件没有作出明确规定，处理结果不尽相同。如果仅按照公平原则来处理，判决双方都有责任，难以体现公平正义。民法典将“自甘风险”正式确立为新规则，写进法典，有利于司法裁判的统一，能够有效引导人们谨慎参与危险活动，也有利于学校等机构正常开展文体活动。

民法典确立的“自甘风险”规则对引导民众积极参与文体活动具有重要意义，（下转第35页）

对“新担保制度司法解释”的整体理解

□ 李 浩

2020年12月31日，最高人民法院发布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》，自2021年1月1日起施行。目前，一般称为该解释为“新担保制度司法解释”，以便与2000年发布的担保法司法解释以作区分。既称是“新”司法解释，从形式和内容上也的确有诸多新的地方，笔者藉由此次机会也对司法解释进行一次性梳理，以便给大家在日常使用中提供一个更大的视角。

担保制度解释的整体上发生了两个大的变化，一个是结构性变化，一个是历史性变化。

首先，所谓结构性变化，也可以说是体系性变化，即担保制度从形式主义转换为功能主义。担保制度的功能主义主要是指从1952年美国统一商法典第九编开始，将比较零散和灵活的担保类型，统一定义为担保权益。这样的规定更有利于日常商事活动中的行为规则更为统一、开放、透明。结合本次担保制度解释的规定，除了将典型担保外有抵押、质押、留置、保证四种外，还同时规定了典型担保的适用规则也扩大到可以适用部分非典型担保，比如所有权保留买卖、融资租赁、保理。之前，我们在司法实务中更多的把所有权保留买卖、融资租赁等认定为权利更多指向的是标的物的所有权，但今天我们开始逐步转换思路，例如认为关于某设备的融资租赁合同中，设备出租人和设备使用人之间针对机器设备等动产关于设备使用人违约时所有权的归属

约定，其意思表示更近于担保物权而非所有权归属。

其次，本次担保制度的司法解释还有一个历史性变化。纵观我国担保制度的历程，大约可以分为三个阶段：

第一阶段，1995年担保法到2000年的担保法司法解释。这个阶段解决了担保制度从无到有的过程，但其中的一些概念明细错误，比如担保法第41条规定：“当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。”

第二阶段，2007年物权法及2019年九民会议纪要。这个阶段，重点在于对担保制度特别是一些细节的完善，特别是2019年的九民会议纪要，第一次将非典型担保纳入到担保体系中，比如纪要第66条表明：“当事人订立的具有担保功能的合同，不存在法定无效情形的，应当认定有效。虽然合同约定的权利义务关系不属于物权法规定的典型担保类型，但是其担保功能应予肯定。”

第三阶段，2021年民法典及新担保制度司法解释。这个阶段，在于对担保规则的归纳和担保制度适用的整理。例如，根据新担保解释，将五种典型担保中的“定金”删除，只剩抵押、质押、留置、保证四种。但定金担保制度并非完全废除，而是将其放在民法典合同编通则分编中第八章违约责任部分。定金部分，另一个需要注意的问题是民法典只在违约责任一章规定了违约定金，而根据旧的担保法司法解释，定金按作用和目的又可以分为立约定金、成约定金、解约定金、违约定金等，



李 浩 律师

但民法典对此又没有相应规定，实务中如何处理。笔者认为双方约定通过定金担保方式来保障合同的订立、解除等，只要该条款无效就应该尊重当事人意思表示，同时原司法解释的内容可以作为说理援引。

另外在民法典及新担保制度司法解释出台后，其担保规定也与九民会议纪要的部分有重叠，在如何使用的问题，笔者认为应该分为三种情况：

第一种，新担保制度解释与九民会议纪要规定一致的，应适用新担保制度解释；

第二种，新担保制度解释未规定，九民会议纪要有规定，且与民法典及新担保制度解释不冲突的，可以适用九民会议纪要。例如，九民会议纪要第59条第一款关于主债权诉讼时效届满的法律后果的条款中规定，“抵押权人应当在主债权的诉讼时效期间内行使抵押权。”（下转第30页）

对“新担保制度司法解释” 一般规定部分的几点解读

□ 李星星



李星星

2020年12月31日，由最高人民法院公布的《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称“新担保制度司法解释”）于2021年1月1日起施行。总体来看，新担保制度司法解释梳理了包括原担保法司法解释在内的与担保有关的10个司法解释，清理了与民法典不一致的规定，吸收了其与民法典相一致的部分，而且对这些条款内容整合完善，进一步明确法律适用的具体规则，从而形成了包括一般规定、保证、担保物权和非典型性担保在内的四部分内容，每一部分都各有亮点。本文中，笔者就一般规定部分的几个亮点之处作简要分析。

一、非上市公司越权担保的认定标准

关于非上市公司越权担保的认定标准问题，担保制度司法解释主要规

定在第七条，分析具体法律规定后，笔者认为此次修改后的核心内容主要为：

（一）公司法定代表人对外提供担保的，必须有公司机关经公司法规定程序作出的同意对外担保的有效决议作为权利基础和来源，如法定代表人未有相关文件授权的，即构成越权担保，对该行为的处理方式参照民法典第61条和第504条：即除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对公司发生效力；

（二）对相对人增加形式审查义务，相对人是否有证据证明其在订立担保合同时对公司同意对外提供担保的股东会或者董事会决议进行形式审查是区分相对人善意与否的关键。如相对人无法证明其已进行形式审查的，则推定为非善意，担保合同对公司不发生效力，如相对人请求公司承担赔偿责任的，参照担保制度司法解释第17条的规定处理；如相对人有证据证明其已履行过形式审查义务的，应当认定其为善意相对人，担保合同对公司发生效力，如该相对人请求公司承担担保责任的，人民法院应当支持，但是公司有证据证明相对人明知或者应当知道该决议系伪造、变造的除外。

二、共同担保情况下担保人的代位求偿权

担保制度司法解释第18条规定：同一债权既有债务人自己提供的担保，又有第三人的担保的，承担了担保责任或者赔偿责任的第三人，有权利主张行使原债权人对债务人享有的担保物权。笔者认为：该条规定实质上认可了作为第三人的担保人承担担保责

任后即取得原债权人对债务人所享有的该部分债权，其本质上属于债权转让，所以担保人不仅取得相应部分的本债权，而且同时取得原债权人从属于该债权的对债务人财产所享有的抵押权等担保物权。简而言之，担保人不仅可以向债务人追偿，也可以行使原债权人对债务人的包括抵押权等从权利在内的全部权利。

但有一个问题值得关注：如果同一债务有两个以上第三人提供担保的，担保人能否直接受让债权继而取得原债权人对债务人的债权及其他担保性权利呢？担保制度司法解释第14条对此作出了禁止性规定：同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人受让债权的，人民法院应当认定该行为系承担担保责任。受让债权的担保人作为债权人请求其他担保人承担担保责任的，人民法院不予支持；该担保人请求其他担保人分担相应份额的，依照担保制度司法解释第13条的规定处理。笔者认为本条规定意在避免出现共同担保中，某一个担保人通过受让债权的方式，向其他担保人全额主张债权，从而使其免于承担担保责任，并损害其他担保人利益的行为。

三、共同担保中担保人之间的追偿权

担保制度司法解释第13条明确了共同担保情形下担保人内部追偿相关规定，即共同担保情形下，担保人内部追偿的前提及限制如下：

（一）担保人内部约定追偿权及分担份额的，承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照约定分担份额；（下转第35页）

对私募新规的解读

□ 林佳纯

2021年1月8日,中国证监会发布《关于加强私募投资基金监管的若干规定》(以下简称“规定”),目的是为进一步加强私募投资基金监管,严厉打击各类违法违规行为,严控私募基金增量风险,提升行业规范发展水平,保护投资者和相关当事人的合法权益。

该《规定》共14条,主要包括以下内容:

(一) 规范私募基金管理人名称、经营范围和业务范围

《规定》第二条明确了私募基金管理人的名称和经营范围必须包含基金类型及基金管理的字样,使得私募基金管理人明显区别于其他的金融主体机构。业务范围上,要求私募基金管理人不得从事与私募基金存在利益冲突的相关业务,如民间借贷、担保、保理等。《私募投资基金登记备案的问题解答(七)》中也明确表明“对于兼营民间借贷、民间融资、配资业务、小额理财、小额借贷、P2P/P2B、众筹、保理、担保、房地产开发、交易平台等业务的申请机构,这些业务与私募基金的属性相冲突,容易误导投资者。”因此,对于业务上存在冲突的私募基金管理机构,中国基金业协会将不予登记。

(二) 优化集团化私募基金管理人监管

《规定》要求私募基金管理人的出资人不得有代持、循环出资、交叉出资、层级过多、结构复杂等情形,不得隐瞒关联关系或者将关联关系非关联化。该条款主要是针对《私募基金管理人须知》中第五条关于机构出资人及实际控制人相关要求的重申。而

同一单位、个人控股或者实际控制两家及以上私募基金管理人的,应当具有设立多个私募基金管理人的合理性与必要性,全面、及时、准确披露各私募基金管理人业务分工,建立完善的合规风控制度。

(三) 重申细化非公开募集和合格投资者要求

《规定》进一步细化《私募投资基金监督管理暂行办法》合格投资者的范围。对于国务院金融监督管理部门监管的机构依法发行的资产管理产品、合格境外机构投资者、人民币合格境外机构投资者,视为合格投资者,并且不再穿透核查最终投资者,这一规定为私募基金引入长期资金扫除了制度障碍。

(四) 明确私募基金财产投资要求

《规定》第八条明确列举了私募基金财产不得投资的活动,这既是对《基金备案须知》相关内容的重申和丰富,亦是作为区别于其他募集资金形式的要素之一。其次,对于明股实债投资活动的禁止,也对私募机构提出更高的合规要求。

(五) 强化私募基金管理人及从业人员等主体规范要求

《规定》不仅对基金管理人及其从业人员的行为作出规范性要求,同时该规范性要求指向的对象还包括私募基金管理人的出资人和实际控制人、私募基金托管人以及私募基金销售机构及其他私募基金服务机构及其出资人、实际控制人。对此,相关的主体也要践行谨慎勤勉的义务,规范开展相关业务。

(六) 明确法律责任和过渡期安排



林佳纯

对于违反规定的私募机构及其从业人员,《规定》明确中国证监会及其派出机构有权依法从严监管,采取行政监管措施、市场禁入措施,实施行政处罚等,对于涉嫌犯罪的,将依法移送司法机关并追究相关的刑事责任。同时,《规定》也明确了基金业协会的自律监管职责,对于违反规定的,基金业协会也可以依法依规进行处理。

《规定》自发布之日起实行。对于规定施行前已登记的私募基金管理人,证监会也根据不同的情形安排了相应的过渡性措施,相应的有要求一年内完成整改的情形,例如经营冲突业务的私募基金管理人;对于基金未及时备案或存在管理未备案基金的情形,证监会要求六个月内完成整改等等,私募基金管理人需根据规定的要求严格执行。

(作者交流电话: 13229276957)

新颁布的法律

★中华人民共和国动物防疫法（修订）

（全国人民代表大会常务委员会，2021-1-22）

★中华人民共和国行政处罚法（修订）

（全国人民代表大会常务委员会，2021-1-22）

★中华人民共和国海警法

（全国人民代表大会常务委员会，2021-1-22）

★中华人民共和国预防未成年人犯罪法（修订）

（全国人民代表大会常务委员会，2020-12-26）

★中华人民共和国国防法（修订）

（全国人民代表大会常务委员会，2020-12-26）

★中华人民共和国长江保护法

（全国人民代表大会常务委员会，2020-12-26）

★中华人民共和国刑法修正案（十一）

（全国人民代表大会常务委员会，2020-12-26）

最新司法解释

★关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释

（最高人民法院，2021-3-2）

★关于执行《中华人民共和国刑法》确定罪名的补充规定（七）

（最高人民法院、最高人民检察院，2021-2-26）

★关于为跨境诉讼当事人提供网上立案服务的若干规定

（最高人民法院，2021-2-3）

★关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释

（最高人民法院，2021-1-26）

★关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释

（最高人民法院，2020-12-31）

★关于适用《中华人民共和国民法典》时间效力的若干规定

（最高人民法院，2020-12-29）

★关于修改《民事案件案由规定》的决定

（最高人民法院，2020-12-29）

★关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定

（最高人民法院，2020-12-29）

★关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）

（最高人民法院，2020-12-29）

★关于适用《中华人民共和国民法典》继承编的解释（一）

（最高人民法院，2020-12-29）

★关于适用《中华人民共和国民法典》物权编的解释

（一）

（最高人民法院，2020-12-29）

★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（一）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-29）

★关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-29）

★关于新民间借贷司法解释适用范围问题的批复

（最高人民法院，2020-12-29）

★关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释

（最高人民法院、最高人民检察院，2020-12-28）

★最高人民法院关于废止部分司法解释和司法解释性质文件的决定

（最高人民法院，2020-12-26）

★关于在民事审判工作中适用《中华人民共和国工会法》若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理铁路运输损害赔偿案件若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于债务人在约定的期限届满后未履行债务而出具没有还款日期的欠款条诉讼时效期间应从何时开始计算问题的批复（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理涉及农村土地承包经营纠纷调解仲裁案件适用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于国有土地开荒后用于农耕的土地使用权转让合同纠纷案件适用法律问题的批复（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的解释

（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理商品房买卖合同司法解释适用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理城镇房屋租赁合同具体应用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理侵犯专利权纠纷案件适用法律若干问题的解释（二）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）（修改）

★关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理存单纠纷案件的若干规定（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理军队、武警部队、政法机关移交、撤销企业和与党政机关脱钩企业相关纠纷案件适用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释（修改）

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的解释（二）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（四）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（五）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理票据纠纷案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于对因资不抵债无法继续办学被终止的民办学校如何组织清算问题的批复〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（三）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理期货纠纷案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理期货纠纷案件若干问题的规定（二）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释（二）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释（三）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释（四）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理船舶碰撞和触碰案件财产损害赔偿的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★最高人民法院关于审理海上保险纠纷案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★最高人民法院关于审理船舶碰撞纠纷案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理海事赔偿责任限制相关纠纷案件的若干规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于人民法院民事调解工作若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于当事人申请承认澳大利亚法院出具的离婚证明书人民法院应否受理问题的批复〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于对与证券交易所监管职能相关的诉讼案件管辖与受理问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于军事法院管辖民事案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于产品侵权案件的受害人能否以产品的商标所有人为被告提起民事诉讼的批复〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★最高人民法院关于诉讼代理人查阅民事案件材料的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》审判监督程序若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于涉外民事案件诉讼管辖若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理涉及公证活动相关民事案件的若干规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用简易程序审理民事案件的若干规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理商标案件有关管辖和法律适用范围问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民

事纠纷案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于商标法修改决定施行后商标案件管辖和法律适用问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于人民法院对注册商标权进行财产保全的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理植物新品种纠纷案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于人民法院扣押铁路运输货物若干问题的规定

〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于产业工会、基层工会是否具备社会团体法人资格和工会经费集中户可否冻结划拨问题的批复〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于人民法院能否对信用证开证保证金采取冻结和扣划措施问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于对被执行人在银行的凭证式国库券可否采取执行措施问题的批复〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》执行程序若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于委托执行若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于民事执行中财产调查若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于执行和解若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于执行担保若干问题的规定〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于法院冻结财产的户名与账号不符银行能否自行解冻的请示的答复〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于对林业行政机关依法作出具体行政行为申请人民法院强制执行问题的复函〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释〔修改〕

（最高人民法院，2020-12-23）

★关于依法惩治非法野生动物交易犯罪的指导意见

（最高人民法院、最高人民检察院、公安部等，2020-12-18）

★关于印发《依法惩治长江流域非法捕捞等违法犯罪的意见》的通知

（最高人民法院、最高人民检察院、公安部、农业农村部，2020-12-17）

★关于审理食品安全民事纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）

（最高人民法院，2020-12-8）

★关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释

（最高人民法院，2020-12-2）

★关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的补充安排

（最高人民法院，2020-11-26）

最新行政法规

★防范和处置非法集资条例

（国务院，2021-1-26）

★排污许可管理条例

（国务院，2021-1-24）

★医疗保障基金使用监督管理条例

（国务院，2021-1-15）

★企业名称登记管理规定（修订）

（国务院，2020-12-28）

★政府督查工作条例

（国务院，2020-12-26）

★国务院关于修改和废止部分行政法规的决定

（国务院，2020-11-29）

党建引领,致敬本地防疫一线

12月21日,冬至,天气寒冷。“南天明”党支部与大沥集中隔离场所第一临时党支部联合开展“党建引领,暖心工程”联合党建慰问活动。

南海区副区长、大沥集中隔离场所第一临时党支部支部书记乔吉飞,大沥镇党委副书记、大沥集中隔离场所第一临时党支部副书记李柏添和我所党支部书记纪建斌,我所主任李光一起向集中隔离点的医护人员、公安干警、安保人员和酒店工作人员等赠送御寒用品,向他们致以诚挚的节日问候。

大沥集中隔离点自8月8日接受外地隔离人员以来,一线工作人员坚持不懈,切实为隔离人员办实事,对隔离人员的日常生活予以关心,在精神上给予特殊关爱,



共同筑牢疫情防控的铜墙铁壁,始终保持零投诉、零传播、零感染的良好记录,他们为民众的健康安全付出了艰辛的劳动和辛勤的汗水。

“南天明”获EGLA联盟2020年度“十大党建活动奖”



全球精品律所联盟(EGLA),为适应一带一路战略及中国企业的国际化法律需求而成立,目前拥有100家成员

律所,覆盖了全球27个国家及中国大陆各省和港澳台地区,共有律师1万多人,是一个由中国律师主导的全球律所联盟,在内地律所中开展党建工作是必然自觉。

2021年1月,EGLA联盟在55家内地成员中评选“十大党建活动奖”,经过事迹申报展示、社会监督等评比环节,广东南天明所与江苏碧泓所、青海观若所、福建旭丰所、江苏茂通所、湖北忠三所、浙江智仁所、广西万益所、陕西博硕所、安徽志豪所一起获得2020年度“十大党建活动奖”。

年后复盘,共创明天

1月16日,广东南天明律师事务所、广东南天明(广州)律师事务所、广东南天明(顺德)律师事务所在智富大厦29楼的大会议室召开2020年度总结会,“南天明”全体合伙人、各团队负责人及各部门代表百余人参加了会议。

会议第一环节,复盘年度工作,明确新一年的规划。各团队的负责人及成员代表、合伙人依次发言,最后是李光主任做总结报告。

会议第二环节,是新加入合伙人的欢迎仪式。林慧敏、钟远玉、岑景源、姚何静玮、麦超莹等5名青年律师按律所规则晋升为南天明律所合伙人,在仪式上他们分别表达了感想和决心。

会议第三环节,年度表彰。此前根据年度考核规则,



评出了年度“先进团队”“优秀主管”“先进个人”“实务研讨先进个人”,本环节所领导为他们颁发了证书和奖金,全体同事给予热烈的掌声。

南天明参政律师积极认真履职



2月4日，佛山市十五届人大六次会议开幕，我所副主任林世彬律师作为市人大代表参加了会议。2月7日，佛山市南海区第十三届政协第六次会议开幕，我所副主任梁虹律师作为区政协常务委员参与会议。2月8日，佛山市南海

区十六届人大六次会议开幕，我所副主任林世彬律师作为区人大常委会委员积极参会。

梁虹律师为了履行好政协职责，根据今年扩大内需、拉动消费的工作重点，经过多次到顺德渔人码头调研，到南海区桂城滨河地带走访，梁虹律师提交了《借鉴成熟经验，打造夜经济品牌项目》的提案，该提案已引起多方面重视，已被“南方+”“佛山+”和《珠江时报》等媒体广泛报道。

林世彬律师为了履行好人大职责，今年在广泛调研的基础上提交了《关于理顺镇（街道）综合行政执法的建议》的议案，针对市人民政府在推行落实各区镇街综合行政执法过程中出现需要统筹、协调解决的问题，建议由市人民政府制定有关理顺各区镇街综合行政执法制度，确保调整由镇街实施综合行政执法工作进行顺利。

“南天明”与佛科院知法学院开展合作交流

2月25日，南天明律所主任李光律师、副主任梁虹律师、南天明顺德所执行主任李侃童律师前往佛山科学技术学院法学与知识产权学院开展交流学习，知法学院党委罗月红书记对“南天明”一行人的到来表示欢迎和感谢。

此次交流学习座谈会主要是围绕人才专项培养及搭建三方平台展开。李光主任介绍了“南天明”此前实现律所-学校-企业三方互动发展方面的探索和经验；罗月红书记介绍了学院基本情况和办学特色。双方围绕如何提升法学专业学生实务能力的相关事宜进行了探讨，希望充分发挥双方资源优势，为校企联合、产业融合及实现佛山产业



发展战略做出应有的努力。

开展《民法典》系列讲座



2021年1月1日，与我国每个人、每个单位密切相关的《中华人民共和国民法典》正式实施，在此前后，

“南天明”律师适应社会各界的需求，开展了一系列关于《民法典》的普法宣讲活动。其中，11月12日林世彬等律师在南海区工商界女企业家商会，11月19日程宗利律师在广东南海控股投资有限公司及下属企业，12月4日程宗利律师在南海区信盈企业策划总公司及下属企业，12月21日程宗利律师在佛山市南海景隆投资控股有限公司及下属企业，1月12日李浩律师在丹灶镇镇属国企，1月21日陆垂军律师等人在广东金宇恒软件科技有限公司，举行了关于《民法典》的讲座。这些讲座都根据听众及所在单位的实际，宣讲《民法典》与听众相关的新规定，并结合听众身边的实际案例，给出风险防范的思考及建议。



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

