

全 国 优 秀 律 师 事 务 所 创 办



扫描二维码 关注我们

2016年 第一期

~总第·45期~

山西黄河律师事务所**2015年度典型案例**
对扩大缔约过失责任适用范围的思考
银行承兑汇票保证金的法律分析
对葛某某等人贪污案的案例分析





山西黄河律师事务所成立于1992年，为山西省规模最大的综合型律师事务所，在北京、呼和浩特等地设有分支机构，目前共拥有130名执业律师。

山西黄河律师事务所连续三次被评为“全国优秀律师事务所”，并被司法部授予“全国法律援助先进集体”称号；连续四次被山西省律师协会评为“全省优秀律师事务所”，并多次被评为山西省内“律师及相关法律服务行业十强”和“其他法律服务行业龙头企业”。

山西黄河律师事务所以服务的专业化、团队化为显著特点。为了向客户提供更为精准、高效的法律服务，自2003年起，律所即开始专业化分工，并与时俱进逐步完善，现已设立刑事部、公司证券部、金融与财税部、资源与能源部、行政部、知识产权与涉外部、房地产建设工程部、婚姻与继承部、劳动与侵权部等业务部室，业务涉及刑事、民事、商事、行政、劳资关系等法律事务领域的几十个法律服务业务分支。专业律师承办专业案件，极大地保障了案件的质量。同时，律所开创团队化服务理念，进一步提出“聘请一人即聘请全所”的服务理念，即事务所根据案件需要合理调配全所律师，由专业律师组成专业团队共同完成任务。针对一些重大建设项目或者大型企业涉及公司、投资、专利、涉外、土地、房产、劳动争议等多个方面的复合型法律服务需求，事务所会根据企业需要，以将数名或数十名不同专业的律师组合成项目组入驻企业的方式，随时随地全方位地为法律合作单位提供法律服务。山西黄河律师事务所凭借专业化的团队为数以万计的客户提供了优质的法律服务，取得了良好的社会效应。

山西黄河律师事务所以严苛的业务质量管理为生存根本。为确保服务质量，律所在长期的摸索中形成了一整套业务监控体系，并专门设置业务主管负责全所的业务质量。律所斥资建设案件管理软件系统监控个案办理流程，并组织资深法律专家组成专家组、专家委员会，形成了由部室到专家组再到专家委员会的层层案件讨论机制。目前，律所全部案件均实现从受理到结案、从过程到内容的全程监控，案件办理质量得到了客户的广泛认可。

山西黄河律师事务所每年承办各类诉讼和非诉讼案件千余件，受聘担任百余家企业法律顾问、省内外知名企业的法律顾问。与此同时，事务所为英国、美国、德国、日本、香港及澳门等地区的企业提供法律咨询、商务谈判、知识产权法律事务、项目可行性的律师论证、客户资信调查等法律服务，并先后与香港、台湾等地的律师事务所建立战略合作伙伴关系。

山西黄河律师事务所在过去的二十多年取得了跨越式发展的巨大成就。今后仍将怀抱对法律的忠诚，对公平、公正的不懈追求，竭诚为客户提供高水准的法律服务。

专业化分工明确 团队服务优势明显 业务质量管理严苛

卷首语

律师要在服务行业发展 中实现自身价值

李继印

孟建柱同志在第九次全国律师代表大会上讲到：“这是一个法治昌明的时代，也是一个律师大有作为的时代。”

我省“十三五”规划纲要提出：要着力推进“六大发展”，努力开创我省全面建成小康社会新局面。到2020年地区生产总值和城乡居民人均收入比2010年翻一番；城乡居民收入与GDP同步增长、农村居民收入增速快于城镇居民收入增速；现行标准下的贫困人口全部稳定脱贫，贫困县全部摘帽，消除区域性整体贫困等。

蓝图已经绘就，征途就在前方。随着法治山西的加快建设，我省的法律需求市场和法律服务市场也都在发生着重大的变革，在国家层面的供给侧结构性改革的大势下，我们既存在着重大的机遇，也面临着严峻的考验。法律服务社会经济与行业发展是律师界的社会责任，也是我们必须做出的一个重要选择。对此，我们应当做好以下工作：

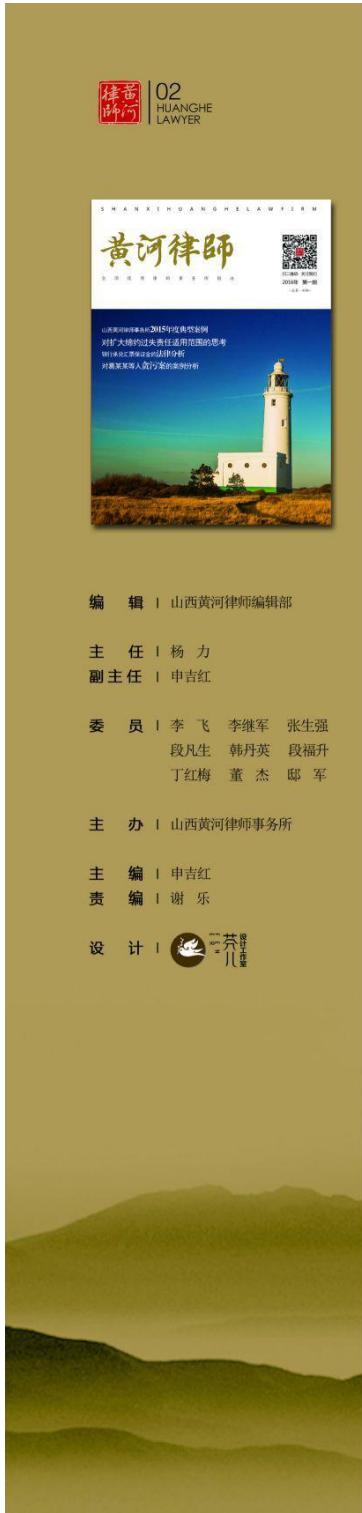
第一，要深入行业并熟悉某些行业的特点和运行规则。每一行业，无论是现代农业、高端制造业、环境保护，还是基础设施建设等等，都带有明显的发展特色和运行规律。律师只有深刻领会相关行业的发展历程、运作模式、存在问题以及未来趋势，才有可能发现和拓展为其提供法律服务的机会和空间。

第二，要将法律基础知识与行业专业知识紧密结合。每一个行业都有适应它的专业流程和规矩，以及解决行业问题的方法和程序，这些都是行业的专业知识，但它不是律师在学校能学到的，只能从在相关行业的“躬行”中体会掌握。律师要为行业提供优质服务，首先需要具备复合型的知识结构，这样才能以律师的思路解决行业面临的具体法律问题。

第三，要掌握行业的发展动态，不断提供解决行业问题的“法律产品”。任何一个行业，都是不断发展的，律师为其提供法律服务也要与时俱进。例如近年来各地政府倡导的PPP模式，“互联网+”行动计划以及针对煤炭、钢铁等过剩产业的去产能、降库存政策等，对于社会经济发展都产生了深远的影响，同时也给法律服务提供了无限的发挥空间。而打造解决行业具体问题的“法律服务产品”，正是我们为相关行业提供专业化、精细化法律服务的抓手。

莎士比亚说过：“凡属过去，皆为序章”，面向社会行业发展提供精准法律服务，黄河律师不能缺席。我们应当取得新业绩，作出新贡献，努力践行孟建柱同志对全国律师的寄语：“紧紧把握经济社会发展的法律需求，找准发挥作用的结合点和着力点，不断拓展法律业务范围和领域，创新和改进法律服务方式，促进法律服务和经济发展深度融合，为实现‘十三五’时期经济社会发展目标作出贡献。”





CONTENTS 目录

卷首语

- 01 律师要在服务行业发展中实现自身价值 | 李继军

黄河精英

- 04 黄河精英 | 侯续香

特别聚焦

- 06 山西黄河律师事务所2015年度典型案例

律师观察

- 18 对扩大缔约过失责任适用范围的思考 | 秦永雄

- 25 浅谈行政诉讼中“人民法院有权要求当事人提供或补充证据” | 侯续香

- 28 以案说法，浅析“特许经营”的法律规定 | 韦泰宇

- 34 商业银行不良贷款清收问题及对策
——以某银行诉毛某、曹某金融借款合同纠纷案为例 | 冯淑霞

实务解析

- 40 银行承兑汇票保证金的法律分析 | 邸军

- 44 探究合同真实意思，准确认定法律关系
——正确区分买卖合同与民间借贷中的担保 | 赵秀芹

- 53 山西省2016年“两金一费”计算标准 | 吴坤

- 58 选准诉讼请求才能实现诉讼目的 | 贺冰鸽



SHANXI HUANGHE LAW FIRM

扫二维码 关注我们

小案大法

62 集体企业的承包经营人不是原始出资人 | 李继军

68 浅谈债权人起诉债务人取得生效判决后，能否再诉连带保证人 | 张宝婷

办案随记

72 最高人民法院民事案件再审立案经验谈 | 李晶晶

文书选登

74 对葛某某等人贪污案的案例分析（节选） | 马捷生

黄河文苑

84 雪夜之羊 | 言 金

88 生活的颜色 | 周效芬

90 2016，我想和这些“宝宝”谈谈 | 王 瑞

新法速递

92 2016年一季度新法汇总

黄河动态

96 山西黄河律师事务所2015年十件大事



黄河精英

ELITE OF HUANG HE



姓名 Name / 侯续香
职务 Position / 山西黄河律师事务所
行政部长
电话 Tel / 13934504744
邮箱 Email / 896223597@qq.com

侯续香

基本情况

侯续香，女，汉族，山西文水人，毕业于山西大学法学院，行政法学专业。现为中北大学法学系教师，并兼职于山西黄河律师事务所，任行政部部长。

业务专长

行政单位法律顾问事宜，行政复议、行政诉讼、国家赔偿等行政诉讼案件。

主要业绩

非诉业务

担任山西省体育局、山西省地方税务局、太原市食品药品监督所等单位常年法律顾问；为山西省煤炭工业厅专项事宜提供法律服务。

诉讼业务

代理某公民诉某区人民政府不服行政征收案件。根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》，为了公共利益的需要，国有土地上单位、个人的房屋可以被征收。但行政机关在实施行政征收行为时，应当对被征收人给予公平补偿。行政机关在作出房屋征收与补偿行为时均应遵循决策民主、程序正当、结果公开的原则依法进行，方可保证其行政征收行为的合法性。

代理某知名大型上市公司诉某工商行政管理机关不服行政处罚纠纷诉讼案件。行政机关作出行政处罚必须按照《中华人民共和国行政处罚法》规定的程序进行，否则会面临因程序违法而被人民法院判决撤销的风险。

代理某公民诉请某行政机关国家赔偿案件。根据《中华人民共和国国家赔偿法》相关规定，行政机关违法作出行政行为，给公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的，应承担国家赔偿责任。行政机关不仅对行政相对人人身权利造成的损害应承担赔偿责任，还对行政相对人财产权利造成损害承担赔偿责任。故行政机关进行行政管理应依法进行。

代理某公民申请某检察院国家赔偿案件。根据《中华人民共和国国家赔偿法》，国家赔偿不仅包括行政赔偿，且包括刑事赔偿。即行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员在行使职



权时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，该机关为赔偿义务机关，应承担国家赔偿责任。

代理某公司诉请某行政机关行政信息公开案件。根据《中华人民共和国政府信息公开条例》，政府信息是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息。信息公开分为行政机关依职权公开的信息和依申请公开的信息。当公民、法人或者其他组织因自身生产、生活、科研等特殊需要时，可向行政机关申请信息公开。政府在作出行政信息公开行为时，应按照法定的程序和方式进行，否则可能会引起行政诉讼。

代理某公民诉某公安机关不作为行政管理纠纷案件。根据《中华人民共和国行政诉讼法》，当行政相对人申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复时，公民有权提起诉讼。这便要求行政机关认真对待行政相对人提出的履行职责申请，依法作出行政行为。

代理某公民诉某人力资源行政管理机关不服工伤认定案件。行政机关在作出工伤认定时应严格按照《中华人民共和国工伤保险条例》及相关法律规定进行。

代理某公民诉某行政机关不服行政许可案件。行政机关在作出行政许可行为时，应依据《中华人民共和国行政许可法》规定的权限、内容、程序、方式等进行，方可保证行政许可行为的合法性。

.....

业务领域的相关研究

发表《税收行政处罚自由裁量权的规范化思考》、《我国行政赔偿的范围及其完善》、《论服务型政府下公务员的素质建设》、《论行政事实行为》、《我国特别权力关系相关问题的探讨》、《论行政事实行为的规范化》、《论给付行政中的诚实信用原则》、《对我国<反垄断法>调整行政垄断的思考》、《加入WTO后山西律师业的发展》、《生命意识与法理精神——论大学生生命教育的法理之维》等多篇文章，完成省内多项课题，并发表专著《行政问责制度研究》。

山西黄河律师事务所2015年度典型案例

二〇一五年年底，我所在太原本部和呼和浩特分所范围内，对本年度的诉讼业务质量进行了综合考评，并在此基础上评选出了十一个年度典型案例。这些典型案例，除有好的案件结果、赢得了社会声誉之外，有些还对同类案件的解决、处理具有一定的指导意义。本期刊特将这十一个案例的基本情况进行汇总、刊发，以彰显成果，并为读者提供借鉴。

典型案例一：杨某某涉嫌贪污罪、受贿罪案

【承办律师】潘仲平

【委托人及诉讼地位】杨某某 被告人

【案情简介】

本案系再审一审案件。杨某某系某县粮食局局长。该县人民检察院指控，杨某某分别于2006年1月份、2005年12月21日、2006年1月、2002年至2003年间、2003年12月、2004年3月、2003年12月8日，利用职务之便，采用多列、虚列支出的手段骗取公款共计93650元。同时，检察院指控，杨某某分别于2003年6月份、8月份，2004年3月份，以收受回扣归其个人所有的方式收取贿赂共计50000元。检察院指控杨某某涉嫌构成贪污罪（七起）和受贿罪（三起）两项罪名。

承办人潘仲平律师认为，首先，杨某某对起诉书指控的七起贪污和三起受贿事实，自始至终全部否认，指控有罪的证据基本上都是证人证言，除此之外，鲜有其他证据支持。不仅如此，证人证言前后矛盾、相互之间矛盾，且矛盾得不到合理的解释。其次，公诉人提供的证人名单上有十九名证人，但在历次开庭审理过程中却无一人出庭接受庭审质证，使得证词的矛盾之处无法得到合理排除。公诉人提供的证据难以达到唯一性、排他性和客观性的基本要求，难以形成证据链。相反，客观的原始证据恰恰表明杨某某无罪。此外，本案公诉人指控的事实经过也存在矛盾和疑点。因为仅凭现有的证据不能认定杨某某有罪，更不能认定杨某某犯有贪污罪和受贿罪，承办律师建议宣告被告人杨某某无罪。

【案件结果】

法院认为，本案公诉机关提供的现有证据无法证实本案被告人杨某某在担任某县粮食局长期间主观上有非法占有公共财物的目的，也不能证明被告人事实上实施了非法占有指控财物的行为，故公诉机关指控被告人杨某某犯贪污罪证据不足，事实不清。同时，公诉机关提供的证据不能证明被告人有索取、收受回扣款的故意，亦不能证实被告人收到了指控的回扣款，故关于被告人受贿的指控不能成立。最终判决被告人杨某某无罪。

【入选理由】

本案结果好。人民法院的判决完全采纳了承办律师的意见。承办律师通过努力，逐一推翻了七起贪污、三起受贿的指控，最终使委托人得到了无罪的判决。



典型案例二：刘某某涉嫌贪污罪案

【承办律师】刘刚

【委托人及诉讼地位】刘某某 被告人

【案情简介】

本案系重审一审案。刘某某系某县地税局税务助征员。2013年11月，某市人民检察院向该市中级人民法院指控刘某某采用“将由某县矿产资源管理办公室代征的七笔税款的进账单以及中国人民银行支付系统专用凭证汇解自收现金缴款书”的手段贪污税款3915000元。

在本案办理过程中，承办人刘刚律师发现，公诉机关指控刘某某犯贪污罪的事实不清、证据严重不足。本案涉案税款并非一定是被刘某某贪污，征税人员开给刘某某的现金缴款书是按照金额而非实际交税单位确定的，只要交税现金金额相等，或者数份进账单的金额大体相等就能开具缴款书，有时候其中产生的差额就由刘某某用小额进账单或现金缴款单抵平，如此以往，难免出现两种情况：第一，现金缴款单不够，但是进账单出现富余；第二，应附现金缴款单的缴款书后面附上了进账单和银行凭证，这些都仅属于违反工作纪律的问题。刘某某利用县矿产资源办公室的进账单汇解自收现金缴款书的行为仅仅是一种工作流程，是刘某某在矿产资源管理办公室代收税款所交票证不符以及大厅征税人员不按时缴纳现金税款情况下的无奈之举。事实上大厅征税人员每天只能交给刘某某小额的现金，刘某某还要每天把大厅征税人员交来的小额现金存入待解户，因为大额税款纳税客户是直接交到待解户的，所以说即便刘某某想贪污都没有机会。所以本案据以认定贪污罪的关键证据不足，税金是否有短缺必须经过全面审计、对账才能下定论。根据疑罪从无原则，不应宣判刘某某有罪。

【案件结果】

一审法院判决刘某某犯贪污罪，判处其有期徒刑十四年。刘某某不服提起上诉。二审开庭时，承办律师重申了自己的辩护意见，终于得到省高级人民法院的认可，认为本案部分事实不清，证据不足，将案件发回重审。重审一审过程中，检察院也认识到了自身证据方面存在问题，撤回了对刘某某的起诉。由此，本案的辩护获得成功。

【入选理由】

本案承办律师前后四次驱车前往三百多公里外的某县看守所会见委托人刘某某，并最终通过努力使检察院撤回起诉，为委托人洗脱了罪名。本案充分体现了律师在保障人权、维护法治方面的积极作用以及我所律师以当事人委托为重，为当事人尽心尽责的工作作风。

注：本刊发稿前，刘某某请求国家赔偿一案已经审查终结，某市中级人民法院做出赔偿刘某某人身自由赔偿金165888.6元以及精神损害抚慰金30000元的决定。

典型案例三：王某某涉嫌贪污罪、受贿罪案

【承办律师】王冬青

【委托人及诉讼地位】王某某 被告人

【案情简介】

王某某系某矿务局下属某公司经理。公诉机关指控其犯有两项罪名，第一项为贪污罪：2013年后半年的一天，华某公司负责人崔某找王某某索要工程款，并说如没钱可以用钢材顶。王让崔找供应科长霍某某办理。霍让华某公司会计张某某办理了领款手续，然后从矿务局财务领取了承兑汇票，但后来该承兑汇票并未给华某公司，霍从市场采购了钢材给华某公司并发货，其间两次截留了差价共计38万余元。2014年3月的一天，王让霍从38万元中拿出20万元给了其妻蔚某，蔚某给女儿汇到深圳。王某某、霍某某贪污38万元；第二项为受贿罪：王某某违法收受郭某某、曹某某等人2.8万元。

接受委托后，承办人王冬青律师进行了阅卷，了解了本案的相关案情，并在阅卷中得知王某某的妻子蔚某坚决不承认霍某某曾给其20万元，以及市检察院是以受贿罪批捕王某某。同时，辩护人经过多次调查，掌握了王某某在2014年春节期间用自己的钱给本局相关部门、局外有关部门发放红包28万元，王某某在2014年度并未通过财务处理“不合理开支”，以及其公司副总、总会知道存在“截留”的情况等情节。

在以上事实清楚的情况下，王冬青律师针对公诉机关指控的贪污罪，从分析本案所涉38万元的产生、去向入手，发表了该款不是公款，其更符合“小金库”的性质特征，认定霍某将20万元交给蔚某的证据不足，故王某某不构成贪污罪的辩护意见。在受贿罪方面，承办人发表了2.8万元受贿行为系侦查机关尚未掌握的事实，王某某进行了主动交代，应认定为自首的辩护意见。

【案件结果】

某市人民法院经审理认为，指控王某某犯贪污罪证据不足，不能成立。王某某构成受贿罪，判决有期徒刑一年零六个月。

【入选理由】

王某某是大型国企正处级干部，其涉嫌贪污罪的社会影响较大。本案贪污罪无罪辩护的成功得益于承办律师认真的潜心工作和细致的调查，再加上丰富的阅历和经验，能够准确把握罪与非罪的界限。本案不仅反映了我所律师的高业务水平，也充分体现了律师在维护公民权益、维护法律公平正义中的贡献。

典型案例四：田某某诉孔某、某矿业公司、某焦化公司采矿权转让合同纠纷案

【承办律师】李飞、李继军

【委托人及诉讼地位】田某某 原告

【案情简介】

①2006年，根据我省关于煤炭资源整合的有关政策，田某某的煤矿与孔某的某煤矿坑口进行整合，在此过程中，田某某与孔某签订了《资源整合投资协议》，约定了双方的权利与义务。后田某某向孔某交付了煤矿，但孔某仅履行了部分义务。整合后的煤矿名称核准为甲煤业公司。

2009年山西省开始第二轮煤矿资源整合，甲煤业公司被列为本案被告某矿业公司的兼并整合范围。此前，田某某因《资源整合投资协议》中约定的未开采的下组煤部分的补偿问题与孔某进行协商，孔某以其投资的煤矿即将被整合为由拒绝履行合同义务。后经核实，甲煤业公司已经被列入某矿业公司的兼并整合范围，田某某遂提起诉讼，诉请法院判令孔某支付下组煤折价款9000余万元，以及下组煤资源价款及补偿款1400万元。2009年12月29日，孔某代表甲煤业公司与某矿业公司、某焦化公司签订了《资产收购协议》，孔某将甲煤业公司的全部有效资产进行了转让，某矿业公司和某焦化公司向孔某支付了转让费等共8800万元。庭审中，法院追加某矿业公司、某焦化公司为第三人，在支付收购价款范围内与被告承担连带责任。

【案件结果】

本案一审在山西省高级人民法院，二审上诉至最高人民法院。最高人民法院审理后将案件发回重审，重一审后双方不服，又上诉至最高人民法院。最高人民法院最终维持了山西省高级人民法院重审一审的判决，判令：解除《资源整合投资协议》；孔某在判决生效后30日内向田某某支付采矿权价款补偿款980万元；某矿业集团与某焦化公司在判决生效后30日内向田某某支付采矿权价款补偿款350万元和矿井资产补偿款600万元，共计950万元。

【入选理由】

本案系由田某某的煤矿在两轮资源整合中权利空置而引发的纠纷，法律主体众多，法律关系复杂，涉案标的额大，除涉及相关法律外，还涉及煤炭资源整合中的一些政策。代理律师接受田某某委托后，对本案予以高度重视，并多次在所里组织专家进行讨论，透彻分析法律关系，确定代理观点，终使本案得到了较为圆满的结果。

同时，人民法院审理本案时，在结合政府煤炭资源整合和煤矿兼并重组整合政策规定的前提下，准确适用了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十六条的规定解决本案采矿权转让纠纷，是本案在司法审判上的亮点，对同类型案件具有重要的指导作用。

①本案相关案情庞杂，由于篇幅所限，此处进行了缩减。

典型案例五：苏某某、张某某诉某国航空公司航空运输人身损害赔偿纠纷案

【承办律师】杨 力 薛 宁

【委托人及诉讼地位】苏某某、张某某 原告

【案情简介】

张某（系苏某某丈夫、张某某父亲）生前系省农科院副研究员、农业专家，2008年10月作为中国援助中非共和国农业项目中方组长赴该国工作。2009年4月23日，张某乘飞机回国，在中非首都班吉机场登上某航AF883航班后去世。某航对此未作解释，仅由该公司驻机场医生出具《死亡证明》。后经核实，该证明所证事实与张某实际死亡情况不符。本案承办律师杨力接受委托后，从2009年8月24日开始数次发函就张某的死因、死亡地点、死亡过程等问题质询该航空公司。该航空公司在同年9月11日、9月30日、2010年1月28日进行过三次回复，但对死亡过程等实际情况表述不一、前后矛盾，存在故意掩盖事实真相的可能。其后，双方就赔偿事宜进行协商，未有结果，委托人作为原告提起诉讼，诉请被告某航依据《蒙特利尔公约》对张某的死亡承担责任，并按SDR 113,000赔偿标准赔偿原告约人民币1,100,000元。

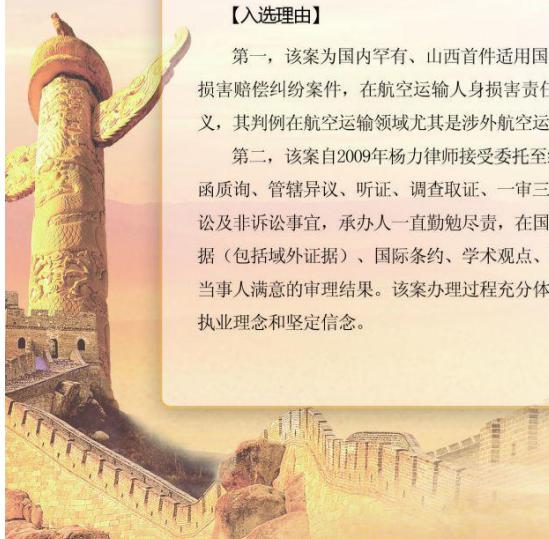
【案件结果】

太原市中级人民法院一审认为被告对张某的死亡存在过错，应予承担侵权责任，但依据国内侵权责任法及人身损害赔偿标准判令被告赔偿430,352元。经双方上诉，山西省高级人民法院裁定原审认定事实清楚，赔偿依据国内侵权责任法及人身损害赔偿标准不当，但以国内标准作为参照并无不妥，驳回双方上诉，裁定维持原判。

【入选理由】

第一，该案为国内罕有、山西首例适用国际条约《蒙特利尔公约》的涉外航空运输人身损害赔偿纠纷案件，在航空运输人身损害责任的判定、承担、赔偿等方面具有典型代表意义，其判例在航空运输领域尤其是涉外航空运输领域的国内司法实务界中将产生重要影响。

第二，该案自2009年杨力律师接受委托至终审裁定，历时六年有余，其间历经往来律师函质询、管辖异议、听证、调查取证、一审三次开庭、媒体采访、专家论证、二审开庭等诉讼及非诉讼事宜，承办人一直勤勉尽责，在国内司法实践尚无相关判例的情况下，对涉案证据（包括域外证据）、国际条约、学术观点、国内法律法规等进行反复研究、分析，终获令当事人满意的审理结果。该案办理过程充分体现本所律师精通法律、维护正义、恪守诚信的执业理念和坚定信念。





典型案例六：张某荣、马某财、楚某利、马某鑫诉宋某某、中国人民财产保险股份有限公司某支公司机动车交通事故责任纠纷案

【承办法律】吴坤、杨燕洁

【委托人及诉讼地位】中国人民财产保险股份有限公司某支公司 被告

【案情简介】

2015年2月15日，宋某忠（持B2驾驶证）驾驶被告宋某某所有的晋B783XX、晋BBDXX挂车由浑源县驶往怀仁县，车辆行驶至应县境内110KM+400M处时，因宋某忠过度疲劳，驾驶车辆向左驶出路路面并坠入道路南侧边沟，发生致乘坐人员马某甩出车外死亡、驾驶人宋某忠受伤、车辆受损的交通事故。应县公安局交警大队认定，宋某忠疲劳驾驶，造成事故，承担本事故的全部责任，乘车人马某无责任。事故发生后，宋某忠被刑事拘留；宋某某与马某家属达成赔偿协议，马某家属在收到65万元赔偿后出具了《谅解书》。

另外，晋B783XX、晋BBDXX挂车在委托人保险公司投保有交强险一份，商业三者险一份（保险金额100万元），乘客座位险一份（保险金额10万元）。

之后，马某家属张某荣、马某财、楚某利、马某鑫向法院提起诉讼，请求法院判令事故车辆所有人宋某某、事故车辆投保保险公司赔偿各原告因马某在交通事故中死亡所形成的死亡赔偿金、丧葬费、被扶养人生活费、精神损害抚慰金等共计743539元。

【案件结果】

原告提出撤诉申请，人民法院裁定准予。

【入选理由】

首先，本案案情疑难复杂，涵盖机动车交通事故责任纠纷中的几大争议问题，包括事故双方当事人在交警大队的主持下达成并履行的和解协议是否对保险人有效力；事故受害人一方在已经获得赔偿后能否再次向车辆保险人主张保险理赔，其诉权的行使有无依据；驾驶人持有与准驾车型不符的驾驶证上路行驶的行为如何定性及是否免赔；保险合同中免责条款要达到何种提示说明义务才可生效；车上乘客在事故发生时被甩出车外死亡，其身份是否应由车上人员转化为交通事故中的第三人，即是应当适用交强险和三者险还是适用车上人员险进行理赔。

承办人吴坤、杨燕洁律师介入本案后，针对上述争议问题结合现行法律规定及最新理论研究成果发表了相关代理意见，并与主审法官多次沟通案情，对上述争议问题进行了深入的讨论和研究，体现了我所律师的业务素养和专业化水平。

其次，审判结果好。通过庭审辩论，法官对我方陈述的相关意见基本采纳，同时原告迫于案件倾向性偏向我方的情势，在庭审结束后，提出了撤诉申请，法院予以准许。

最后，社会效果好。在机动车交通事故责任纠纷及车辆保险合同纠纷中，法官一般会偏向于在有保险公司涉诉时，就裁判由保险公司承担赔偿责任。本案通过承办人的努力，促使法官在诉讼中对保险公司的诉讼权利予以平等对待，也使保险公司在相关事实清楚、适用法律明晰的基础上，能够充分行使拒赔权，为当事人保险公司挽回了巨大的经济损失，节省了后续诉讼成本，获得了当事人的充分认可。





典型案例七：L村村民诉姚某某承包合同纠纷案

【承办律师】杨丽、赵建智、刘丽风

【委托人及诉讼地位】姚某某 告被告

【案情简介】

2006年2月8日，杨某某与Y市L村村民委员会签订荒山承包合同，约定的承包期限为50年，承包费用为每年5000元，双方于2006年2月28日对合同进行了公证，公证处的资料中有L村村民委员会及村民代表大会决定对外承包荒山的会议纪要，并有村委人员及村民代表的签字。合同签订后，承包人每年按照约定支付承包费，截至发生争议时，共缴纳了承包费25000元。后L村村民李某某等570人于2011年5月20日向Y市土地承包经营仲裁委申请仲裁，要求确认2006年2月8日签订的荒山承包合同无效。Y市土地承包经营仲裁委于2013年12月20日作出裁决，裁定承包合同有效。L村村民不服，向Y市人民法院提起诉讼。诉讼过程中，杨某某去世，由其丈夫姚某某和儿子参加诉讼。

承办人杨丽、赵建智、刘丽风三名律师接受委托后，通过对案情的深入了解和对适用法律的分析，认为本案所涉荒山承包合同是有效的，L村村民以该荒山承包合同未经过民主议定程序，违反《土地承包法》第48条的规定而主张合同无效不能成立。律师同时指出，仅靠杨某某近几年的承包规划如期实施，就可以促进和带动L村村民致富；法院依法维护该合同的效力，保障农村土地承包者土地经营权的稳定，将会吸引更多的社会资本进入当地，对于改善当地的经济和民生具有积极的正面效应。人民法院于法于理都应从现实出发，依法确定《荒山承包合同》的有效性。

【案件结果】

双方达成调解协议，原告撤诉。

【入选理由】

本案属于土地承包合同纠纷，其间的矛盾充分体现了契约精神与利益的冲突。本案的结果不仅关涉合同是否有效，更反映了社会对诚信的价值取向，具有典型意义。本案在当地影响大，最终效果好，很好的体现了律师的办案素养和法治精神。

典型案例八：田某某、刘某某诉太原某旅行社、山西某管理咨询有限公司合同纠纷案

【承办法律师】杨力、李晶晶

【委托人及诉讼地位】田某某、刘某某 原告

【案情简介】

田某芳（已死亡）系原告田某某、刘某某之女。2015年5月22日田某芳报名参加了某管理咨询有限公司的培训游学班，并交纳培训费2980元。2015年6月6日该管理咨询公司在未与太原某旅行社签订旅游合同的情况下，安排包括田某芳在内的12名学员及管理咨询公司的员工乘车前往藏山、大寨温泉进行游学培训。6月7日返程途中发生交通事故，田某芳经抢救无效死亡。事后管理咨询公司与旅行社补签了旅游合同。

承办人杨力、李晶晶律师经事后了解得知，管理咨询公司与旅行社就给学员上旅游意外伤害保险一事进行过协商，旅行社承诺将旅游意外险包含在管理咨询公司所交的费用当中，但却未按约定购买保险；管理咨询公司作为团体活动的组织者，明知要给学员上意外险，却没有将学员的相关身份信息提供给旅行社，也没有告知田某芳等学员要购买旅游意外险，未尽到注意义务和协助义务。二者的行为共同导致在田某芳死亡后，田某某、刘某某无法享受本应有的保险赔偿。旅行社作为旅游经营者，管理咨询公司作为旅游组织者，应当承担连带赔偿责任。在协商无果的情况下，原告根据《旅游法》、《合同法》、《侵权责任法》、《民事诉讼法》等法律规定，按照山西省旅游人身意外险的行业惯例，请求人民法院依法判令两名被告连带赔偿10万元。

【案件结果】

本案经过两次开庭审理，最后在法院的主持下原、被告双方达成调解，两被告一次性连带赔偿原告8万元，并于收到调解书当日执行完毕。

【入选理由】

本案的诉讼思路是最大的亮点。

第一，原告以“旅行社未尽提示游客购买旅游人身意外险的法定告知义务，导致游客死后继承人无法获得保险利益赔偿”为由，主张可得的保险利益赔偿的案例，在民事案件的审判实践中较为罕见。本案是一种探索，并且最终获得成功，可为律师办理同类型案件起到指导作用。

第二，本案同时还涉及因交通事故导致的人身损害赔偿问题。承办人从要求旅行社、管理咨询公司承担民事赔偿责任的思路进行诉讼，不仅可以通过交通肇事罪的刑事附带民事诉讼获得被告人的赔偿，还获得了本案两名被告对其保险利益的赔偿；不仅争取到了更多的利益，而且满足了同时追究培训活动组织者和肇事者责任的目的。



典型案例九：侯某某诉贾某某返还原物纠纷案^①

【承办法律】田国贤 贺冰鸽

【委托人及诉讼地位】侯某某 原告

【案情简介】

原告系被告的继母，2010年10月19日与被告父亲登记结婚。2011年，原告与被告父亲通过补齐差价的方式取得所在社区发放给居民家庭的福利房一套。2012年10月4日原告丈夫去世，之后，被告一直居住在原告夫妇所分得的房屋中，原告多次要求被告腾房，也曾要求所在居委会从中调解，但均未果，后原告诉至法院。

原告委托我所承办法律前，已经向法院提交了他人代写的诉状，诉讼请求为“依法分割房屋，并保证原告的合法居住权，以维护原告的合法权益。”接受原告委托后，承办人田国贤、贺冰鸽律师了解到原告的诉讼目的并非分割房屋、取得房屋产权，而是希望被告腾出房屋。承办律师在征得原告同意后，将诉讼请求变更为“判令被告搬出位于某市某区某号的房屋”。

【案件结果】

法院经过审理，判决被告贾某某于判决生效后三十日内给原告腾出房屋。

【入选理由】

该起案件判决结果令委托人非常满意，其原因就在于诉讼请求的及时变更。本案承办法律师在已经开始进行的诉讼程序中，及时发现问题，改变诉讼思路和策略，灵活运用诉讼技巧，充分展示了自身的能力和平，实现了当事人的目标和愿望。办案过程虽然不是轰轰烈烈，但却有在细微处见精妙的效果。

①本案详情参见58页。

典型案例十：曹某某诉大同某精煤有限责任公司工伤保险待遇纠纷案

【承办法律】贺刘峰 张晓莲

【委托人及诉讼地位】曹某某 原告

【案情简介】

曹某某从1994年6月开始在大同某精煤有限责任公司从事井下工作，工种为掘进工。2010年5月8日曹某某在井下工作时颈部受伤，后在中国人民解放军某医院住院治疗，在检查时发现除受外伤外还有其他病症。曹某某在该医院骨外一科、呼吸内科住院治疗55天，于2010年7月2日出院；于2010年10月11日在北京市某医院住院17天，经该院诊断为煤矿矽肺一期。2011年1月25日经大同市劳动能力鉴定委员会鉴定曹某某颈部伤为工伤十级。2011年9月8日经大同市劳动能力鉴定委员会鉴定为工伤四级。曹某某与大同某精煤有限公司协商工伤保险赔偿事宜未果，于2012年4月18日向某县劳动仲裁委申请仲裁，劳动仲裁委员会以其已参加工伤保险，不属于仲裁受理范围为由，作出不予受理案件通知书。后曹某某向法院提起诉讼，要求大同某精煤有限责任公司承担各项工伤保险待遇。

【案件结果】

本案经过一审、二审、申请再审，最终由山西省大同市中级人民法院于2015年11月6日作出判决，撤销原一审、二审民事判决；以每月工资7167.26元为计算标准，判决某精煤有限责任公司在判决生效之后五日内支付曹某某175930.7元；从工伤鉴定结论确定之日（2011年9月）起至确定退休日止，按月支付曹某某伤残津贴5337.95元。

【入选理由】

当事人从2012年4月份申请劳动仲裁到案结事了三年有余，本案原审一、二审人民法院均认定当事人的平均工资为3000元/月。再审时承办人贺刘峰、张晓莲反复阅卷，通过艰难而充分的调查取证，确认了精煤公司为劳动者缴纳保险的基数及当事人工资卡的工资明细，并取得了当事人的实际工资单，从而成功证明当事人平均工资为7167.26元/月，否定了公司所称当事人平均工资为3000元/月的说法。再审法院在认定这一事实的基础上对当事人停工留薪期的工资、一次性伤残补助金及伤残津贴作出远高于原审数额的判决。该结果切实维护了普通劳动者的合法权益，深得当事人的肯定。



典型案例十一：某工程有限公司诉某网络科技有限公司网络服务 合同纠纷案

【承办律师】冯淑霞 贺冰鸽

【委托人及诉讼地位】某工程有限公司 原告（反诉被告）

【案情简介】

原告（反诉被告）某环境工程有限公司与被告（反诉原告）某网络科技有限公司于2015年4月12日签订了《网络营销服务协议》，协议约定，原告授权被告作为网络营销代理公司，为原告提供网络营销咨询、策划、执行等服务，被告接受委托并依照协议条款向原告提供网络营销服务，服务费用为19800元。《网络营销服务协议》签订后，原告按照协议约定履行了付款义务，但被告并没有履行自己的义务，其为原告制作的网站域名及版本系篡改第三方网站，地址、联系人、联系方式等信息也有错误。后原告发现被告将原用于原告网站建设的网址更换为另一家公司，但公司简介及产品信息等均还系原告的信息。原告与被告多次协商并致函，要求其停止侵害，恢复原状，未果。原告遂诉至法院。

诉讼过程中，被告提出反诉，称根据合同约定，合同服务费用为19800元，签订合同当日先付款7000元，2015年4月30日付款3000元，剩余费用于2015年5月12日前付清。但原告公司并没有按照合同约定在2015年4月30日付款3000元，剩余款项也未支付，但此期间被告一直在为原告提供网络服务，本案系原告违约，故要求解除双方合同，并由原告支付违约金。

【案件结果】

法院判决解除原告与被告的《网络营销服务协议》，被告在判决生效之日起五日内返还原告网络营销服务费8000元、律师费3600元，被告删除网站上有关原告的相关信息。

【入选理由】

首先，电子证据的保全，是本案取得较好效果的关键。

承办人冯淑霞、贺冰鸽律师接受委托后，向当事人认真询问案件情况，并得知了委托人并未对与本案有关的证据进行收集。承办人认为本案涉及的是电子证据，而该类证据容易变动甚至灭失，一旦灭失后，委托人的合法权益就难以得到保障。承办人出于为当事人节约成本的考虑，没有选择去做公证，而是向法院递交了证据保全申请，在与承办法官的共同努力下，对网页上的电子证据进行了保全，并在质证阶段进行了充分质证，最终使委托人的诉求得到了支持。

其次，本案的律师费得到了支持。

承办律师认真查看双方签订的合同，注意到双方在合同中曾约定若因网络科技公司的过错导致对方聘请律师解决纠纷，则由网络公司来承担律师费用。承办律师据此与委托人沟通后，在诉讼请求中增加了要求对方支付律师费一项，最终得到了判决的支持。



秦永雄

山西黄河律师事务所资源、能源专业部部长，中共党员，中国人大法律硕士研究生。2006年开始执业，担任多家政府机关、企事业单位法律顾问，业务涉及资源能源、建设工程、金融、行政、招投标法等民商事法律事务。熟悉EPC总承包模式，多次参加EPC合同商务谈判。办理过大量诉讼、非诉讼案件，撰有《煤层气两权重叠法律问题解析》、《EPC总承包及业主法律风险》等文章，理论功底深厚，实务经验丰富。

业务领域：资源能源、金融、行政等相关诉讼、非诉讼法律事务。
电话：0351-7552130 手机：13994293764
Email：qyx1972@sina.com

对扩大缔约过失责任 适用范围的思考

《中华人民共和国合同法》第四十二条规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。”该条被视为对我国缔约过失责任的一般规定，但因对“订立合同的过程”缺乏统一的认识，缔约过失责任的适用范围不够明确。我国理论界一般认为缔约过失责任只适用于合同不成立，或者被确认无效或被撤销阶段。合同成立到生效前是否适用缔约过失责任一直存在争议。2009年5月13日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第八条规定：“依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或合同约定办理批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第（三）项规定的‘其他违背诚实信用原则的行为’，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己

办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成实际损失，应当承担损害赔偿责任。”该条明确了在合同成立之后到合同生效前，一方违背诚实信用原则，不履行法定或约定的义务需承担缔约过失责任，从而扩大了缔约过失责任的适用范围，完善了缔约过失责任理论。但笔者认为我国缔约过失责任的适用范围仍不够全面，它不仅适用于合同未成立、成立至未生效阶段，还应适用于合同生效后的场合，只是表现形式有所不同罢了。

一、我国传统缔约过失责任的适用范围

缔约过失责任理论首先是由德国法学家耶林于1861年在发表于其主编的《耶林学说年报》第四卷上的《缔约上过失，契约无效与未臻完全时的损害赔偿》一文中提出来的。耶林指出：“从事契约缔结的人，是从契约交易外的消极义务范畴，进入契约上的积极义务范畴，其因此而承担的首要义务，系于缔约时须善尽必要的注意。法律所保护的，并



非仅是一个业已存在的契约关系，正在发生中的契约关系亦包括在内，否则，契约交易将暴露于外，不受保护，缔约一方当事人不免成为他方疏忽或不注重的牺牲品！契约的缔结产生了一种履行义务，若此种效力因法律上的障碍而被排除时，则会产生一种损害赔偿义务，因此，所谓契约无效者，仅指不发生履行效力，非谓不发生任何效力。简言之，当事人因自己过失使契约不成立者，对信其契约为有效成立的相对人，应赔偿基于此项信赖而生的损害。”^⑩耶林关于缔约过失责任的理论，被誉为法学上的发现，对各国民立法和判例产生了深远的影响。我国著名民法学者王利明先生认为耶林的这一观点表现出了把缔约上的过失责任看作是契约责任扩张适用的结果，从而完善了债法理论，但同时认为耶林的缔约过失责任仅适用缔约过程中，忽视了合同无效或被撤销的情况，使得缔约过失责任在适用上过于狭窄。因此他将缔约过失责任的概念定义为：“是指在合同订立过程中，一方

因违背其依据诚实信用原则所应负的义务，而致另一方的信赖利益的损失，并应承担民事责任。”^⑪他认为，“在合同订立的过程中，因一方故意欺诈，或意思表示不真实，致使合同无效或被撤销，对有过失一方致他方的损害应适用缔约过失责任”，“只有在合同尚未成立，或者虽然成立，但因为不符合法定的生效要件而被确认无效或被撤销时，缔约人才承担缔约责任。”^⑫缔约过失责任只适用于合同未成立或合同无效或被撤销的前提下，此谓我国关于缔约过失责任适用范围的通说。

二、合同成立至合同生效阶段应适用 缔约过失责任

一般情况下，合同成立即合同生效，但也有例外情形。一是法律、行政法规规定应当办理批准或登记手续的，合同自手续办理完毕时生效；二是当事人对合同效

力约定附有生效条件或期限的，合同自条件成就或期限届满时生效；三是法律规定须履行交付义务才能生效的，合同自交付完毕时生效，如动产质押合同。那么，在合同成立与合同生效并不同步发生时，如果一方违反诚实信用原则并导致另一方损失的，应承担什么责任？学界存在三种不同观点：

第一种观点，违约责任说。该说认为，违反成立未生效合同应承担违约责任。当当事人违反的合同虽然还未生效，但已经依法成立。而判断合同责任与缔约过失责任的标准是合同是否成立。“合同的成立是区分合同责任与缔约过失责任的根本标志。在合同成立以前，因合同关系不存在，则一方因过失造成另一方信赖利益的损失属于缔约过失责任而不属于合同责任，只有在合同成立以后，一方违反合同义务，才构成对合同义务违反并应负合同上的责任。”^④



第二种观点，独立责任说。持该说的学者认为，该阶段产生的责任性质既不同于缔约过失责任，也不同于违约责任，而应是一种独立的责任形态。有的学者认为，“合同已成立，显然已经终结了订约过程。所以，合同成立之后至合同生效之前，一方当事人违背先合同义务对对方利益损害的行为，不属于缔约过错行为，不应适用缔约过失责任。——违约责任以合同生效为前提，违反的是合同约定的义务，而此处所指合同虽已成立但尚未生效，适用违约责任没有基础。——既然不能适用缔约过失责任，也不能适用违约责任，那么，这种责任形态只能是一种特殊的责任形态。考虑其过错发生于合同成立后至合同生效前，笔者称之为效力过失责任。”^⑤还有学者称之为“合同无效责任”，合同无效责任是合同责任向前延伸的第一个阶段，从合同生效开始，延伸到合同成立为止。在这一期间发生的合同责任，是合同无效责任，即由于合同无效而引发的民事责任。^⑥

第三种观点，缔约过失责任说。主张该说的学者认为，在这一阶段发生的违反义务的行为，在本质上属于对先合同义务的违反，应承担缔约过失责任。如有学者认为：“缔约过失责任与违约责任的根本区别在于缔约过失行为发生于合同尚未生效的缔约阶段，而违约行为发生在合同生效以后——在合同成立到生效的这段时间内，一方突然反悔对对方造成损失的，当事人应负缔约过失责任，而非违约责任。”^⑦

笔者赞同第三种观点。第一种观点将合同成立和合同生效混为一谈，归为一体，不符合我国合同法的规定。合同成立和生效是两个不同的概念，合同的成立虽然是当事人对合同主要条款达成一致意思表示，但在其生效前对合同当事人之间并不能产生法律上的约束力。承担违约责任的前提是生效的合同，合同虽然已经成立但并未生效，在法律上还未产生合同约束力，违约责任根本无从谈起。第二种观点没有将合同的缔结视为一个动态的过程，而是将合同的缔结、成立、生效视作一个个静态的点，从而片面理解合同的订立，将合同的订立只停留在合同的成立上。事实上，合同成立至合同生效也属于合同订立的范畴。同时，如果将“效力过失责任”或“合同无效责任”和“缔约过失责任”分别适用不同的阶段，那么，一方面，很难判断哪些违反先合同义务的过错行为产生于合同成立之前或合同成立之后或贯穿于合同成立前后，从而无法区分“效力过失责任”或“合同无效责任”与“缔约过

失责任”的适用界限；另一方面，即使能够判断过错行为的产生时间，但若过错行为从合同成立前持续至合同成立后但未生效这一时段的话，当事人可能要同时承担“效力过失责任”和“缔约过失责任”的双重责任，这显然不合理、不公平。因此，解决问题的最佳办法莫不如放弃在“缔约过失责任”概念之外另创所谓“效力过失责任”或“合同无效责任”，将对合同成立后生效前这一时间段内的违反先合同义务的过错行为的规制纳入“缔约过失责任”制度中来。

三、缔约过失责任亦存在于合同生效后，只是表现形式不同

学者间对合同生效后是否存在缔约过失责任存在不同的意见。我国大部分学者认为缔约过失责任不应适用于合同有效成立的场合，但近年来一些年轻学者认为合同生效后仍存在缔约过失责任。从国外立法例及司法实践看，合同有效成立的情况下也可适用缔约过失制度。《意大利民法典》第1440条规定：“如果欺诈不是能够导致合意形成的诈欺，则尽管没有诈欺，该契约会根据不同的条件缔结，但是契约有效；不过，恶意缔约人要承担损害赔偿责任。”再如《国际商事合同通则》第3.18条规定：“无论是否宣告合同无效，已知或理应知道合同无效理由的一方当事人应承担损害赔偿责任，以使另一方当事人处于如同其未订立合同的地位。”从国外的



司法实践看，德国、日本均已经把缔约过失责任的适用范围扩大到合同有效成立的某些状况。如在德国，当卖方在合同缔结前的说明中未涉及标的物特质或者瑕疵时，可以承担担保责任与缔约过失责任的竞争；在具有专门知识的卖方与无经验的买方之间的合同中，即使卖方对标的物的品质说明与瑕疵并无关联，也可以成立缔约过失责任。在日本则主要是标的物有瑕疵和缔约人违反保证的两种情况。〔崔建远：“缔约过失责任论”，《吉林大学社会科学学报》，1992年第3期。〕

笔者认为，缔约过失责任是以违反先合同义务为前提的，违反先合同义务发生在缔约过程中即从合同开始订立至合同生效之前，而缔约过失责任是因违反先合同义务而应承担的责任，是违反先合同义务

的法律后果。合同即使生效，违反先合同义务的情形可能存在，因此，相应的缔约过失责任也应存在。不过，合同生效后，缔约过失责任因先合同义务性质的不同而有所不同，笔者试结合案例予以说明。

（一）因违反先合同主义务而产生的缔约过失责任

所谓先合同主义务，是指在订立合同过程中，合同生效之前所发生并与生效合同标的有直接关系的，由合同双方当事人承担的法律义务。违反先合同义务通常表现为隐瞒标的的事实情况或提供与标的相关的虚假信息，如质量瑕疵问题。

违反先合同主义务的缔约过失责任又可分两种。

其一，如生效合同或法律对该先合同主义务有约定或规定的，缔约过失责任与

违约责任发生竞合，可选择其一。实践中，通常由违约责任代替缔约过失责任，因为前者是无过错责任，后者为过错责任，前者不需要举证，更易于诉讼。

甲向乙购得二手房一套，因装修较好，另支付装潢补偿款3万元。甲入住一年后，房间、客厅、厨房到处都是白虫子。专门防治白虫子的公司整治后指出，这些虫子存在至少四五年了。甲因家中所有木质装潢均遭破坏，需重新装修，就其遭受的损害与乙协商未果，甲以乙未提供质量完好的房屋要求赔偿损失诉至法院。本案中乙存在缔约过失责任和瑕疵担保责任即违约责任的竞合。甲与乙签订房屋买卖合同时，乙有义务就房屋重要信息作如实陈述，以使甲做出是否买受的正确判断。现乙未履行提供真实的、重要的房屋信息之义务，故意隐瞒房屋内有白蚁这一重要情况，导致甲足以信赖该房屋的质量完好而签订买卖合同并遭受损害，对此，乙应负缔约过失责任。从另一角度分析，乙应保证其提供的房屋质量符合相关的法律规定，不存在瑕疵。鉴于乙提供的房屋存在质量问题，应承担瑕疵担保责任即违约责任，此时，违约责任和缔约过失责任竞合，甲可直接选择违约责任。

其二，如该先合同主义务在生效合同中没有约定，也没有法律规定，应适用缔约过失责任。

甲与乙签订了《房屋买卖合同》，后甲按合同约定履行了给付房款等合同义务。甲在拿到房屋钥匙后，了解到所购房屋内发生过杀人案件，现场十分凶险，惨不忍睹，于是到派出所核实情况，得到确认。由于甲的妻子对杀人案件十分忌讳，不敢居于此房，不得不租房另住，所以甲要求解除购房合同，并要求乙赔偿购房差价损失及租房损失等共计八万元。乙勉强同意退房，但拒绝赔偿损失。本案，乙故意隐瞒其出售的房屋内发生过凶杀案件，违反基于诚信原则而产生的先合同主义务，虽然法律对此没有直接规定，双方在购房合同中对此也未有约定，但乙的行为给甲造成损失，应当承担缔约过失责任。

（二）因违反先合同附随义务而产生的缔约过失责任

所谓先合同附随义务，是指在订立合同过程中，合同生效之前所发生的、与生效合同标的无直接关系的义务，如协助、通知、保密等义务。违反先合同附随义务的缔约过失责任与违约责任是并存的，不因合同的生效而消失或被代替。实践中，因合同生效后缔约过失责任通常不被追究，因此造成了合同生效后不存在缔约过失责任的假象。

甲乙分别居住在两个城市。乙需要一台挖掘机，在网上得知甲有一台要出售，后双方口头约定乙于6月10日到甲的



居住地签订购买协议。6月10日，乙来到甲处，甲有事外出，但没有通知乙，乙只好返回，乙为此支出路费、饭费等共计1000元。后双方终于在6月18日签下了购买协议。6月28日，乙要求甲赔偿其第一次签约的费用1000元，被拒。本案中，在甲、乙签订买卖合同过程中，甲变更了签约日期，但未通知乙，使乙额外支出相关的签约费用。甲的行为给乙造成了损失，虽然合同生效，但该损失并非违约的后果，甲仍应承担缔约过失责任。

四、结语

经过上文论述，缔约过失责任适用于合同不成立、成立至未生效和生效的所有情况，这无异于其不受适用范围之限制，今后研究缔约过失责任的适用范围将无意义。为此，笔者试着为缔约过失责任重下定义：缔约过失责任是因当事人在订立合同过程中违反应负的先合同义务，致对方信赖利益损失，而无论合同成立与否、生效与否均应承担的一种民事责任。以上观点难谓成熟，亟待指正。

注释：

- ①王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第一册），中国政法大学出版社1998年版，第88-89页。
- ②王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社1996年3月第1版，第598页。
- ③王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社1996年3月第1版，第598页。
- ④王利明、崔建远：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社1996年版，第134-135页。
- ⑤姜淑明：“先合同义务及违反先合同义务之责任形态研究”，《法商研究》，2000年第2期。
- ⑥杨立新：“中国合同责任研究（上）”，《河南省政法管理干部学院学报》，2000年第2期。
- ⑦王雪梅：“缔约过失责任与违约责任之比较”，《政法论坛》，2001年第6期。
- ⑧崔建远：“缔约过失责任论”，《吉林大学社会科学学报》，1992年第3期。

EVIDENCE IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

浅谈行政诉讼中 “人民法院有权要求当事人提供或补充证据”



侯续香

山西黄河律师事务所行政部部长。中北大学法学院行政法学教师，精通行政法及行政诉讼法，同时著有《行政问责制度研究》等著作。连续多年担任山西省体育局、山西省地方税务局、太原市食品药品监督所等行政单位法律顾问，办理过多起政府及政府部门涉诉的行政案件以及国家赔偿案件，拥有丰富的行政诉讼经验。

业务领域：行政、合同、资源能源法律事务。

电话：0351-7552130
手机：13934504744
Email：896223597@qq.com

修改后的《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）自2015年5月1日实施以来，其三十九条规定的人人民法院可以要求当事人提供、补充证据的职权在实务中屡屡被适用。笔者曾在一个案件的庭审中，经历了人民法院行使该项职权的过程，深切感受到第三十九条规定的适用中极容易出现问题。现笔者将相关问题提出来，与大家共同探讨，以期抛砖引玉之作用。

人民法院依照法律规定要求当事人提供、补充证据的实例

2015年10月，笔者在某人民法院参加一起案由为不服行政处罚决定的行政诉讼的开庭审理活动，笔者代理原告。在法庭调查阶段被告举证时，被告提交了行政处罚案卷中的视频光盘，但该光盘在被告的

举证期限内并没有向法院提交过。故笔者在质证时，提出应根据《行政诉讼法》第三十四条的规定，视为被告没有该证据。此时，主审法官向被告提问了该视频资料的主要内容，之后以“根据《行政诉讼法》第三十九条的规定，人民法院要求当事人提供或补充证据”为由宣布休庭，引起原告以及旁听人员的一片质疑声。

人民法院要求当事人提供或补充证据职权在实践中容易产生的问题

那么，人民法院的上述行为是否符合法律规定？《行政诉讼法》对被告提交证据的期限以及人民法院要求当事人提供和补充证据的法律规定应如何适用？

《行政诉讼法》第三十四条规定：





“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据。但是，被诉行政行为涉及第三人合法权益，第三人提供证据的除外”。该条“被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据”是本次《行政诉讼法》修改增加的内容。同时，该法第三十九条规定：“人民法院有权要求当事人提供或者补充证据”。

人民法院依照上述第三十九条规定要求当事人提供或者补充证据在司法实践中容易产生以下疑问：

是否会使第三十四条的规定失去意义？

根据《行政诉讼法》中的规定，当事人包括原告、被告、第三人。关于举证责任的分配，《行政诉讼法》第三十四条规定，被告对其作出的具体行政行为负有举证责任；被告

不提供或无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据。《行政诉讼法》第六十七条又规定：“被告应当在收到起诉状副本之日起十五日内向人民法院提交作出行政行为的证据和所依据的规范性文件，并提出答辩状”，因此，被告应在收到起诉状副本之日起十五日内向人民法院提交证据，如被告不提供或者无正当理由逾期提供，视为没有证据。但按照《行政诉讼法》三十九条的规定，如被告在举证期限内没有提交证据，人民法院可以在庭审中要求被告提供或者补充证据，那么法律规定被告的举证期限还有何意义？三十四条规定的“被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据”是否会失去法律意义？

是否会发生被告怠于完成举证责任的情况？

《行政诉讼法》第三十九条的规定，如被人民法院不当理解和适用，



就会出现人民法院帮助被告甄选证据的违法行为。对于被告而言，会出现即使其没有在举证期限内正确选择应提交的证据，也会在法庭调查过程中按法院的要求提交相应证据的情况。那么，被告可能就会对法律规定的举证期限以及所提交的证据的内容缺乏重视，因为其会依赖人民法院要求当事人补充提供证据的权利补强其证据。

是否会让原告产生人民法院帮助被告完成举证责任的疑惑？

在行政诉讼中，由于被告行政机关和人民法院同属于国家机关，作为原告的公民、法人和其他组织，原本就易产生人民法院会和行政机关“官官相护”的误解，如在行政诉讼中，当被告出现举证疏忽，人民法院又在审理过程中要求被告补充证据，那么，原告就更会认为人民法院在对被告实

施“救火行为”。长期如此，公民、法人和其他组织便会对人民法院审理行政诉讼的过程和结果失去信任，对法律追求的公平正义失去信仰。

立法建议

为避免上述问题发生，建议由最高人民法院以解释的形式明确《行政诉讼法》第三十九条的规定，具体内容可以是“人民法院不能为证明被诉行政行为的合法性要求被告提交或补充证据。”最高人民法院做如此解释，不仅可以严格被告的举证责任，督促行政机关合法行政，而且有利于我国的行政管理相对人树立对人民法院司法行为以及对我国法律实施的信仰，真正实现我国法律所追求的公平和正义。

以案说法，浅析 “特许经营”的法律规制

在这个经济一体化飞速发展的时代，多元化的投资经营模式逐渐从世界各地进入中国市场。其中源自美国的“特许经营”，利用其独特的经营方式与较低的成本创造了一个“商业神话”，并一度成为中国市场的重要商业模式。但是由于我国关于“特许经营”的法律法规极为滞后，缺乏强有力的制度约束，很多特许人利用自身的优势欺骗加盟商，从中骗取加盟费，少数特许人甚至以此方式来变相“非法集资”，从事犯罪活动。这不仅会影响到整个中国市场经济的秩序，更有甚者会引发诸多的社会问题。笔者将以案说法，浅谈现实生活中“特许经营”存在的问题，为未来逐步完善、规范相关法律制度作出展望，希望借此机会能够与更多的同仁探讨交流。

案情简介

2014年初，张某在闲暇上网时看到了经营服装生意的A公司的加盟招商广告，由于张某本就打算自己开店，浏览网页后看到该公司提供的服装样式新颖、款式众多，且承诺会给加盟商有力的后台和技术支持，并100%包换存货，觉得条件非常的优厚。次日，张某便直接乘车到A公司总部进行考察。在经过与A公司一个月的交流之后，张某与其签订了一份“联营开店协议书”，之后，张某回到自己的家乡，租赁了某商厦的一间商铺，经营销售A公司品牌服装的生意。

但是，当张某首次接到A公司第一批货后，便发现大货与A公司总部样品的面料存在巨大差异，但A公司一再坚持大货与样

韦泰宇



毕业于西安空军工程大学，曾先后在中国人寿保险股份有限公司以及国际贸易公司从事相关的管理及法律服务工作，并担任内蒙古某大型房地产开发公司法律顾问，在公司法律事务、保险纠纷等专业领域中积累了较为丰富经验。业务领域：合同纠纷，金融保险纠纷，刑事辩护。

电话：0351-7552130 手机：18335149685
Email：165304837@qq.com

品是以同样的面料生产的。可是，在接下来的数月里，问题不仅没有得到改善，反而越来越多。A公司之后几次给张某发的大货服装中，部分服装存在强烈的刺鼻性异味，部分服装号码不全，手感极差，甚至有些夏装轻轻一扯就撕烂了。另外，A公司以“过季”就影响了二次销售为由，单方更改合同约定，对张某的存货不予全额退换。张某的店铺后因客户投诉服装问题被当地工商局及商厦要求下架并停业。张某随后联系A公司，要求提供解决方案，协商未果后张某将A公司诉至法院，请求法院解除合同，要求A公司返还已经支付的加盟费、管理费及损失共计10余万元。

随后，张某委托质监局对A公司的服装进行了检验，质监局最终出具了“综合判定不合格”的鉴定报告。一审法院经审理

后认为张某与A公司所签订的“联营合作协议”，名为联营，实为加盟，二者的关系为“特许经营”的法律关系，A公司未能提供合格产品，是导致合同无法继续履行的直接原因，遂判决A公司返还张某加盟定金和管理费，驳回张某的其他诉讼请求。A公司不服，提出上诉。二审法院经审理后驳回上诉，维持原判。

终审判决已经生效，但当张某再次去找A公司时，该公司早已人去楼空。张某现已向法院申请强制执行，希望通过法律的强制力来挽回自己的经济损失。

“特许经营”的定义及特点

笔者通过各方面的了解，以及从其他加盟商反馈的情况来看，A公司就是一家以

全国招商加盟的方式骗取他人加盟费的皮包公司，张某的情况并非个案，而是普遍现象。

“特许经营”是指特许者将自己所拥有的商标（包括服务商标）、商号、产品、专利和专有技术、经营模式等以特许经营合同的形式授予被特许者使用，被特许者按合同规定，在特许者统一的业务模式下从事经营活动，并向特许者支付相应费用的经营模式。现实生活中，同时符合以下几点特征的，即为特许经营关系：

- 1、特许人对某一商标、商号、产品、专利或专有技术等拥有所有权。
- 2、特许人授权他人在特定的时间和地域使用其上述权利。
- 3、特许人授权他人使用上述权利时要求被授权人按照特许人统一的经营模式和管理模式进行活动。
- 4、被授权人支付特许人权利使用费和其他费用。

我国法律对“特许经营”的规定及市场现状

《商业特许经营管理办法》（以下简称“办法”）以及《商业特许经营管理条例》（以下简称“条例”）对想要成为特许人的经营者提出了基本的要求和条件，即特许人从事特许经营活动应当拥有成熟的经营模式，并具备为被特许人持续提供经营指导、技术支持和业务培训等服务的能力。特许人从事特许经营活动应当拥有至少两个直营店，并且经营时间超过1年。特许人应当自首次订立特许经营合同之日起15日内，依照“条例”的规定向商务主管部门备案。在省、自治区、直辖市范围内从事特许经营活动的，应当向所在地省、自治区、直辖市人民政府商务主管部门备案；跨省、自治区、直辖市范围从事特许经营活动的，应当向国务院商务主管部门备案。





但是，在社会生活中，在鱼龙混杂的招商加盟广告中，所有的经营者都能符合这样的基本要求和条件吗？这些经营者又是否向商务主管部门备案？笔者通过网络及实地调研，对自称“特许人”的经营者们是否满足成为特许人应当具备的条件进行了公示信息的基本筛查，在查询这些经营者的工商信息以及核实宣传单中的宣传内容时，笔者发现实际情况恰恰相反，绝大多数的经营者是不符合成为特许人的基本条件和要求的，广告宣传中夸大其词、过度宣传是非常普遍的现象。这些经营者在没有达到能够成为特许人条件的情况下，大肆在社会上公开招募加盟商。他们往往以零成本投资、高收益回报为诱饵，吸引众多的投资者加盟，然后以各种各样的名义收取高额的加盟费及管理费。

签订了加盟合同后，这些特许人实际上并没有足够的技术力量支持加盟商开展经营活动，在产生纠纷后，便以格式条款中一些不公平的条款来逃避本应承担的责任。

特许人不具备特许资格，是否必然导致“加盟合同”无效

《合同法》第五十二条规定了合同无效的五种情形：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。笔者重点想要提及的是第五点，第五点中所称的强制性规定进一步分为效力性规定和管理性规定。司法

实践中，只有违反效力性规定的合同才会认定为无效合同，而对于本文涉及的“特许经营合同”在实践中一般都被认定为有效合同。因为无论是“办法”还是“条例”均是管理性规定，而并非效力性规定。因此，根据《合同法》的规定，不能仅凭特许人不具备特许资格而直接认定合同无效。如果想要确认加盟合同无效，就必须存在《合同法》中认定合同无效的特定情形。

完善规范机制，促进健康发展

对于不具备特许资格的经营者开展特许经营活动的，虽然条例中明确了商务主管部门的财产惩罚措施，但是在实践中的可操作性并不强，因为这类经营者的实际盈利收入不会真实

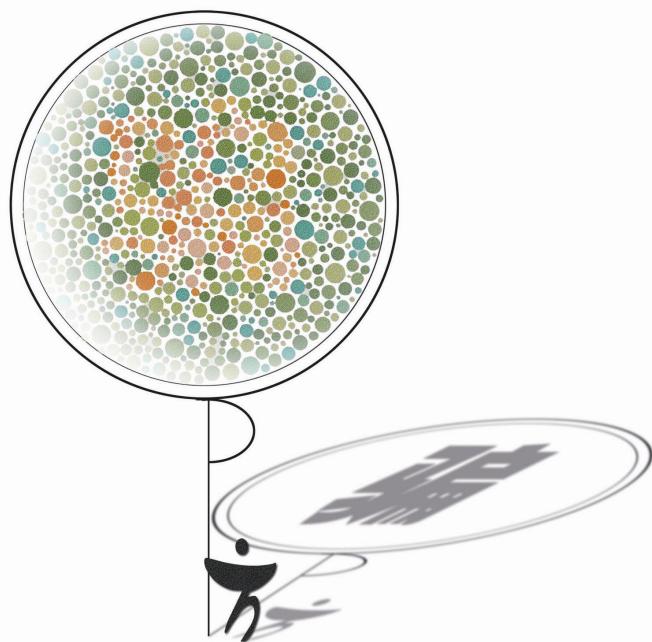


地体现在明处，数十万元的罚款对他们来说也许只是高回报中的一根牛毛。仅仅依靠这样的一种措施无法有效的规范特许加盟的乱象，更无法保障特许经营商业模式的健康发展。

此外，现有的“条例”和“办法”均未规定特许人不依法披露企业真实、具体信息而需要承担的法律责任，使得信息披露制度与备案制度形同虚设。

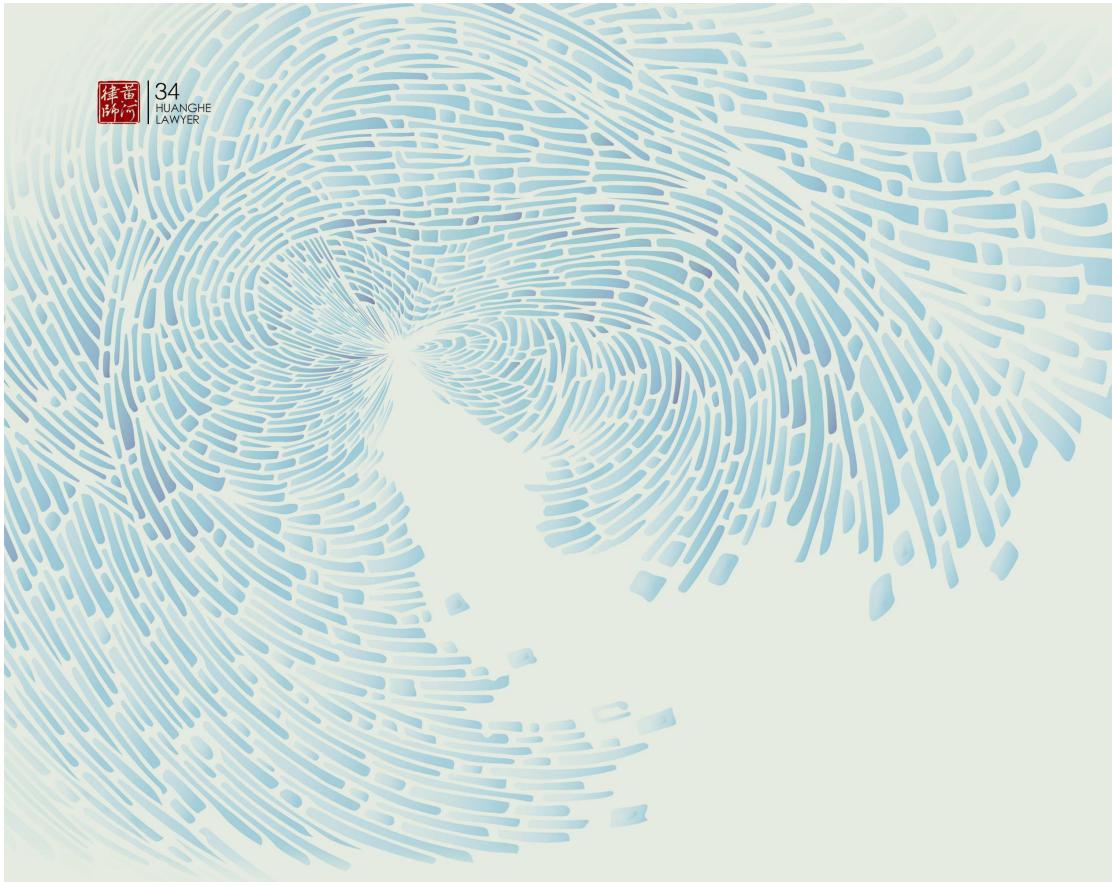
笔者认为，针对目前特许经营的问题，应完善相关法律法规中的特许人信息披露制度与相应的惩罚措施，增加特许人信息披露的内容，要求特许人在签订加盟合同时将真实的经营信息、产品质量保证与技术服务承诺，以及知识产权无瑕疵的保证以条文的形式文字化、具体化、规范化，并增加特许人、被授权人在合同签订时以及合作过程中的违约法律责任。与此同时，规范被授权人加盟后的经营行为也非常重要，不仅要守约，更要维护特许人的商业声誉。合作双方互信互助，才能实现共赢，才能使整个经济市场健康的发展。

综上，笔者在本文中针对特许经营模式的现状和相关制度的完善简要地陈述了一些观点和意见，相信现实中仍有大量的相关问题有待我们去发现，并寻找最为合理的解决办法。笔者在这里期待与大家在理论上和实务中共同发现问题，想办法解决问题，为建设法治国家贡献自己微薄的力量。



您看清楚了吗？

运用慧眼，防止被骗



商业银行不良贷款清收问题及对策

——以某银行诉毛某、曹某金融借款合同纠纷案为例

冯淑霞



毕业于西南政法大学法律硕士学院法律硕士专业，研究生学历。2013年7月加入黄河律师事务所，为婚姻家庭、合同纠纷、侵权专业组律师。办理过合同纠纷、抚恤金纠纷、离婚纠纷等案件二十余件，秉承“坚持信念、精通法律、维护正义、恪守诚信”的执业理念，为当事人提供最专业的服务。业务领域：劳动争议、交通事故、婚姻纠纷、合同纠纷、金融借款纠纷等。
电话：0351-7552102 手机：13593194890
Email：326176167@qq.com



从2013年开始，受经济下行的影响，钢铁、煤炭等产能过剩行业以及抗风险能力差的中小微企业成为不良贷款的“重灾区”。就目前情况来看，在多重因素影响下，商业银行不良贷款增加、相关诉讼纠纷增多的趋势仍将持续。总体来说，商业银行的金融借款合同纠纷案件案情简单，法律关系明确，且证据相对确实、充分，在诉讼中大多都能胜诉，但这类案件同时也存在着先天的问题及法律风险。本文将以笔者办理过的一个案件为例，对商业银行贷款的先天问题及存在的法律风险进行分析，试图提出一些切实可行的解决办法。

案情阐述

毛某作为借款人，与某银行于2013年4月10日签订《综合授信合同》，合同约定，毛某可向该银行申请使用的最高授信额度为100万元人民币，授信期限为24个月，自2013年

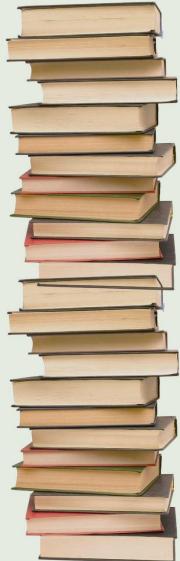
4月11日起至2015年4月11日止，并约定了违约责任以及利息、罚息的计算方式。为确保《综合授信合同》的顺利履行，曹某作为担保人，与该银行于2013年4月11日签订《最高额担保合同》，该合同约定曹某所担保的最高债权额为100万元人民币，担保方式为连带责任保证。贷款期限内，毛某按时支付利息，贷款到期后，未能按时偿还本金，也不再支付利息，截至起诉时，尚欠该银行本金100万元及相应的利息、罚息。该银行于2014年6月19日向法院提起诉讼，同时申请了财产保全措施。经审理，法院于2015年3月30日作出判决，支持了该银行的全部诉讼请求。

该案从起诉到判决历时9个月之久，虽然银行最终拿到了胜诉判决，但过程并不理想，存在很多问题。该案只是商业银行清收案件中的一个缩影，笔者将以此案为例在以下论述中对商业银行不良贷款清收存在的问题进行具体分析。

此类案件进程中的难点

(一) 送达难

1、借款人难找到。法院受理案件后，在送达诉讼文书时，难



以找到借款人。因为当该笔借款发生清收问题时，借款人在银行备案的联系方式及联系地址均发生了变化，而对于这种变化，按照借款合同约定，借款人应当及时通知银行，但是借款人往往并不按照合同约定履行通知义务。此时银行负责该笔贷款的业务经理也未能及时掌握相关信息，将导致案件进入诉讼程序时，法院无法按照银行提供的地址找到对方当事人，即借款人。上述案例中就是因为找不到借款人毛某，无法送达法律文书及开庭传票，导致了开庭时间的拖延。

2、邮寄送达存在问题。因找不到借款人本人，法院会按照银行提供的地址邮寄送达诉讼文书，但也经常因找不到收件人被退回，或者是虽然找到了收件人，但是收件人拒收，影响了案件的开庭审理。

3、留置送达困难。法律虽然规定了留置送达的方式，但是留置送达在实践中难以实行。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第八十二条的规定：“受送达人在送达回证上签字或盖章的，由送达人在送达回证上记明情况，把送达文书留在受送达住所，即视为送达。”法律规定的留置送达，需要有见证人在场，而实践中，因为见证是义务性协助，并无法律上的强制，所以很难实现。很多人协助送达的积极性不高，也有部分单位或个人因惧怕打击报复，产生“事不关己”的消极态度，不敢也不愿做送达见证人，或者虽然到场却不愿在送达回证上签字盖章，导致留置送达难。

4、公告送达时间长。根据《中



中华人民共和国民事诉讼法》第九十二条的规定：“受送达下落不明，或者用本节规定的其他方式无法送达的，公告送达。自发出公告之日起，经过六十日，即视为送达。”公告送达法律文书是在受送达人下落不明时才能进行的。法院如公告送达开庭传票，还应给予15天的举证期，在公告期满后第三天上午开庭，共需78天。而且在法院判决后，一般情况下还需再次公告送达判决书，时间为60天，一审判决还得给予15天的上诉期，共需75天。公告送达时间长，势必会影响案件的审理进程。

(二) 保全难

1、没有财产可供保全

虽然贷款时，银行对借款人的财产情况及还款能力做过审查，但此种审查只是形式审查，并没有实际核实。一些借款人为达到借款

的目的，提供虚假的财产信息，包括并不真实的房产所有权人、房产证号、房屋坐落号、车辆所有权人、车牌号等，导致法院无法根据银行提供的财产线索作出保全措施。

2、财产在贷款后起诉前已转移

有时借款人向银行提供的财产线索虽然真实具体，但借款人出于种种考虑，不愿意偿还借款。为了逃避债务，借款人在借款到期之前已将名下财产转移，致使法院无法再作财产保全。

(三) 保全的财产不足以清偿全部债务

很多时候，根据银行提供的财产线索及法院的查询结果，所查封、冻结的财产价值远远不足以清偿所欠债务。

(四) 借款人缺乏还款意识 在其他银行还存在不良贷款

一些借款人缺乏基本的诚信，故意逃避债务，一些则缺乏还款意识。据了解，上述案例的借款人已到了外地，联系方式和居住地址均发生了变化，无法联系，同时借款人在其他银行也有贷款不能按期清偿。

以上这些问题都会导致商业银行贷款不能按时清收。

商业银行不良贷款清收 中法律风险的表现

(一) 对不良贷款的发现滞后

商业银行发现不良贷款一般有两个时间点：一是借款期限内，借款人不能按时支付到期应付利息，发现不良产生；二是借款期限内按时支付利息，借款到期后不能按时归还本金，发现不良产生。银行并不能对借款人做到实时监督，所以对于借款人资产状况的恶化不能及时发现。银行一般认为，只要借款人能够按时支付利息，就不存在到期



偿还本金的风险，实际上，在借款人仍能按时支付利息的情况下，他的偿贷能力可能已经出现了问题，只是银行没有注意到这种变化。

(二) 对不良贷款的法律风险认识仅仅限于不丧失诉讼时效

商业银行对不良贷款的认识仅仅限于不丧失诉讼时效，银行认为只要不丧失诉讼时效，就还可以采取诉讼措施清收贷款，这是一种片面的认识。因为并不是只要通过诉讼，就一定能清收回贷款，清收贷款存在多方面的风险，诉讼时效丧失只是其中一个方面。

案件启示和建议

(一) 全面、深入了解客户，做好前期财产调查，维护银行债权

好的不良贷款清收结果，建立在对不良借款人全面、充分、深入了解的基础上。

只有对借款人进行全面、充分、深入了解，才能最大限度的利用法律赋予的权利，最大限度的加大清收的效果。比如深入了解借款人的财产情况，债权债务情况等。

(二) 全面了解担保人的财产及信用情况

商业银行小微贷款大多都是信用贷款，信用贷款比抵押贷款风险更高，在借款人不能按时偿还贷款的情况下，需要依靠担保人承担连带责任保证来清收欠款，因此，对担保人进行全面深入的了解是防止不良贷款产生的重要环节。

(三) 对借款人及担保人提供的财产线索进行实质审查

银行放款需要借款人及担保人提供财产线索，在这种要求下，借款人为达到借款目的，往往会向银行提供虚假的财产线

索，而银行对此并不作实质审查，造成贷款清收难的后果。未防止不良贷款的产生，保障贷款的清收，签订借款合同之前，银行应实质考察借款人及担保人的财产状况及还款能力。案例中，该银行放款时，虽留有借款人毛某的房屋、车辆线索，但并没有进行实质审查，如查看房屋权证、车辆行驶证，导致在财产保全时，因为财产信息不具体或者不真实，无法作出有效的措施。

（四）贷款发放后及时了解借款人及担保人的财产变化情况

贷款发放后，对借款人及担保人资产及还款能力的调查并不应结束，相反，银行应保持与借款人及担保人的联系，及时了解借款人及担保人财产状况和还款能力的变化。

（五）从源头上减少不良贷款的产生，是降低不良贷款清收风险的最有效的手段

不良贷款是商业银行在经营管理中必须面对的一个问题，只有从提高商业银行的经营管理水平和对风险的预防、控制、化解能力入手，根本解决商业银行不良贷款的形成机制，从源头上减少、遏制不良贷款的产生，才能从根本上降低不良贷款的清收风险，从而降低商业银行的运营风险。



LEGAL ANALYSIS

银行承兑汇票 保证金的法律分析

“



邱 军

业务一部部长。硕士研究生学历。自执业以来，专心致力于房地产建筑工程、银行保险业等业务领域的理论研究，并先后成功代理了百余起疑难、复杂案件，为当事人挽回了巨额的经济损失。多年来担任多家大型房地产企业、金融企业常年法律顾问，擅长并多次参与公司设立、公司兼并收购、股权重组、资产重组、企业改制等专项法律事务。勤勉敬业，善于将理论与实践结合，曾在各级刊物发表多篇专题论文，并多次获奖。业务领域：金融、证券、房产业务。

电话：0351-7552131 手机：13753110239
Email：514641130@qq.com

”

今年在担任太原某银行常年法律顾问期间，受该银行的委托，处理了几起关于银行承兑汇票保证金的纠纷。主要的起因是因为客户存放在银行的银行承兑汇票保证金被法院查封和划扣，但是银行不同意扣划，遂在二者间产生了一些纠纷和争议，于是笔者做为银行的委托代理人，与执行法院进行了多次的交涉和沟通。在与法官的沟通中，虽然法官最后都同意了笔者的观点，但笔者感觉到各个法院对于银行承兑汇票保证金的法律性质，在认识上有很大的差异，有些法院的认识更是存在明显的错误。所以，本文中将就保证金的问题，做一下认真的梳理和分析。

关于银行承兑保证金，目前银行通常是按下列模式开展业务——为了更直观，我举一个例子。中华公司为开具银行承兑汇票而向银行提出了申请，银行审核后与中华公司签订合同，授权中华公司可以开具100

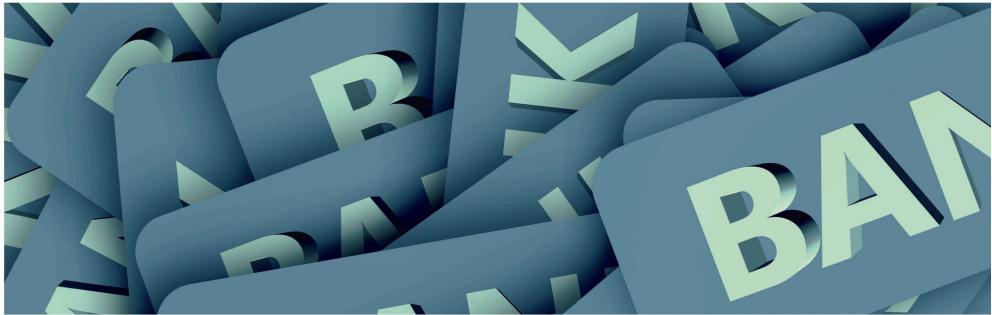


万元的承兑汇票，还约定了中华公司应当在汇票到期日前全额还款100万元。同时，中华公司的法定代表人王一与银行签订了质押担保合同，由王一在银行开立存款账户，并在账户上存款100万元，王一同意用此100万元存款为中华公司提供担保，在中华公司未按期还款时，银行有权直接从王一的存款账户中划扣中华公司未履行的还款。上述合同签订后，王一以个人名义在银行开立了储蓄存款账户，并存入100万元，银行首先将王一的100万元存款进行了系统内部的冻结。之后中华公司向长江公司开出了100万元的期限6个月的银行承兑汇票，支付了中华公司业务往来中应付给长江公司的100万元货款。6个月以后，中华公司因经营不善，没有归还银行100万元承兑款；长江公司持有银行的承兑汇票，要求银行付款，银行按照承兑汇票票面的记载，将100万

元支付给了长江公司。此时，一般情况下，银行会从系统中直接扣除王一的100万元的保证金，用以偿还中华公司的欠款，到此时，该笔银行承兑业务就完成了；至于王一和中华公司的民事责任，由当事人自行主张。这就是在正常情况下的
一笔银行承兑业务的流程，我们可以看出，在这个业务中主要涉及以下

几个法律关系：
一、银行和中华公司之间，实质上是一种借款法律关系。中华公司开出了100万元的银行承兑汇票，其实质上就是向银行借款100万元，因为银行要替中华公司向长江公司付款100万元。不过这个借款不是立即支付，而是在承兑汇票到





期后才支付；中华公司要按照约定，按期偿还银行的100万元，所以，银行和中华公司的承兑业务，实质上就是附期限的借款法律关系。

二、银行和王一之间，是质押担保的法律关系。王一在银行开立了个人储蓄账户，将100万元存入账户，并将100万元存款单质押给银行，这就属于《物权法》中的权利质押，质权人是银行，质押物是存款单。根据《物权法》第二百二十四条的规定“以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权

自权利凭证交付质权人时设立”可知，在银行和王一签订了质押合同，王一将100万元存入银行时，银行自然就保留了存款单据，这时在银行的质权就已经设立了。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十五条规定，“债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。”据此规定，银行就对王一账户上的100万元存款有了优先受偿权，如果中华公司没有按期归还银行的借款，银行作为质权人，就有权排除王一的其他债权人的权利，而对这100万元的存款则可以直接扣划，以实现银行的质权。

三、银行和长江公司之间，是票据法律关系。长江公司是债权人，银行是债务人，在汇票到期后，银行要无条件支付长江公司100万元。





从以上的分析可以看出，银行对于王一的100万元是依法享有优先权的。但是，在承兑汇票出票后至汇票到期前的时间内，经常会出现因王一有其他的欠款，法院需要查封王一的账户，甚至是强制划扣王一的存款的情况，这个时候银行作为这笔资金的优先权人，就需要依法主张权利，这时常常会因利益的冲突，引发矛盾。所以最高人民法院、中国人民银行《关于依法规范人民法院执行和金融机构协助执行的通知》（法发〔2000〕21号）中第九条规定，“人民法院依法可以对银行承兑汇票保证金采取冻结措施，但不得扣划。如果金融机构已对汇票承兑或者已对外付款，根据金融机构的申请，人民法院应当解除对银行承兑汇票保证金相应部分的冻结措施。银行承兑汇票保证金已丧失保证金功能时，人民法院可以依法采取扣划措施。”这个规定，就是基于质押的理论作出的，合理的平衡了各方的法律关系。

虽然有以上的规定，但是法院在执行过程中，经常会强调法院的查封和执行是公权力行为，要优先于银行的质权。这种说法其实是严重错误的。虽然法院是在行使公权力，但是法院行使权

利的基础是“王一”的债权，从法律上讲，银行的优先权是可以对抗“王一”的其他债权的。所以，即使是法院来执行，也并不会改变债权的性质，银行依然可以行使优先权来抗辩；而从公权力机关的角度来讲，是要维护法律的公平和正义，而不是维护哪一方的利益。法院应当综合、全面的考量各个当事人的权利和利益，而不能以侵害其他人的合法权益为代价来保护一方的利益。这同时也要求银行要完善质押的相关手续，并积极主张合法权益。如果银行已经承兑了汇票，而出票人没有按期偿还债务，那么银行就对该保证金有权行使优先权，可以要求法院停止执行、解除查封，以维护自身的合法权益。



从以上的分析可以看出，银行对于王一的100万元是依法享有优先权的。但是，在承兑汇票出票后至汇票到期前的时间内，经常会出现因王一有其他的欠款，法院需要查封王一的账户，甚至是强制划扣王一的存款的情况，这个时候银行作为这笔资金的优先权人，就需要依法主张权利，这时常常会因利益的冲突，引发矛盾。所以最高人民法院、中国人民银行《关于依法规范人民法院执行和金融机构协助执行的通知》（法发〔2000〕21号）中第九条规定，“人民法院依法可以对银行承兑汇票保证金采取冻结措施，但不得扣划。如果金融机构已对汇票承兑或者已对外付款，根据金融机构的申请，人民法院应当解除对银行承兑汇票保证金相应部分的冻结措施。银行承兑汇票保证金已丧失保证金功能时，人民法院可以依法采取扣划措施。”这个规定，就是基于质押的理论作出的，合理的平衡了各方的法律关系。

虽然有以上的规定，但是法院在执行过程中，经常会强调法院的查封和执行是公权力行为，要优先于银行的质权。这种说法其实是严重错误的。虽然法院是在行使公权力，但是法院行使权

利的基础是“王一”的债权，从法律上讲，银行的优先权是可以对抗“王一”的其他债权的。所以，即使是法院来执行，也并不会改变债权的性质，银行依然可以行使优先权来抗辩；而从公权力机关的角度来讲，是要维护法律的公平和正义，而不是维护哪一方的利益。法院应当综合、全面的考量各个当事人的权利和利益，而不能以侵害其他人的合法权益为代价来保护一方的利益。这同时也要求银行要完善质押的相关手续，并积极主张合法权益。如果银行已经承兑了汇票，而出票人没有按期偿还债务，那么银行就对该保证金有权行使优先权，可以要求法院停止执行、解除查封，以维护自身的合法权益。



买卖合同的标的和目的，仍然是房屋过户，是房屋所有权的转移，所以这样的方式也应当是被禁止的。事实上，对于以签订买卖合同这样的方式为民间借贷提供担保，在2015年9月1日开始实施的《最高人民法院关于审理民间借贷纠纷案件适用法律若干问题的规定》中已有明确规定，其第二十四条第一款是这样的：“当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的，人民法院裁定驳回起诉。”据此规定，只要认定双方签订买卖合同的真实意思是为民间借贷合同提供担保，那么人民法院便会按照民间借贷法律关系审理。

相关案例

案例一：李某与武某系夫妻关系，双方于1997年4月5日向王某借款27000元，承诺同年6月5日还本付息，

赵某为该借款提供担保，借款时李某与武某明确表示“以房产做抵押”。李某与武某没有按照约定时间还款，王某也没有找李某与武某索要过该笔借款。1998年3月13日，武某与赵某签订《购房协议书》，约定武某将位于腾飞路的房屋六间出售给赵某居住，价格为50000元，协议落款有武某、李某及赵某签名，李某的签名系武某仿签，李某并不在场，王某为见证人。协议签订后，赵某并未向武某支付购房款，但武某为赵某出具收到50000元房款收据一支。同日，赵某出具《以房作保证》一份，称“如两月之内李某归还赵某伍万，房子归李某所有。如到期不能归还，房子由赵某自行处理。”1998年8月，赵某入住武某与李某的房屋。2013年初，李某知道后找赵某，要求赵某返还房屋，赵某不同意。2013年12月9日，李某以武某与赵某的房屋买卖行为损害了其合法权益为由，将武某与赵某诉至一审法院，请求确认武某与赵某签订的《购房协议书》无效。

案例二：A公司于2006年12月以466万元价格从当地国土部门受让一国有建设用地。经规划部门批准，准备开发别墅楼工程项目。2008年12月，A公司与B公司签订施工合同，委托B

公司承建该项目。工程于当年10月开工，双方约定A公司每月按形象进度的70%付款，验收合格时付至工程款的80%，余款在保修期满后三个月内结清。施工不久，双方因A公司无力付款，以致B公司拖欠农民工工资而产生纠纷。问题闹到当地政府部门，政府清欠办介入协调。2009年1月初，双方达成补充协议，A公司承诺在月底前付给B公司300万元，如到期不能给付则将项目土地使用权以500万元的价格一次性转让给B公司。补充协议签订后，A公司仍未付款。B公司便于2009年3月诉至法院，要求A公司履行补充协议，将涉案土地使用权变更至自己名下。

案例三：2011年7月25日，郑某与A房地产公司签订一份《商品房买卖合同》，主要内容为郑某购买A公司面积6200平米的房屋（登记有房号），单价为8000元/平米，总价款4960万元，此外，付款时间、期限，办理房产证的时间等等约定的都很清楚，是一份完善的《商品房买卖合





同》，并且办理了备案登记手续。同时，双方签订一份《回购协议》，约定：现A公司欲回购郑某购买的商品房，如在一个月内回购，应支付郑某房屋价款5060万元，在两个月内回购，支付郑某5160万元，在三个月内回购，支付郑某5260万元，以此类推。郑某在收到A公司购房款后，双方终止商品房买卖合同，同时郑某应立即协助A公司办理房屋备案解除手续。2011年7月28日，郑某向A公司汇款5000万元，三份汇款凭证上用途均记载为“购房款”，2011年8月2日，A公司出具了“今借到郑某4960万元”的借条。后来，A公司先后向郑某支付300万元。

2011年8月5日，A公司与当地国土资源局签订《成交确认书》，载明A公司以5000万元的成交价，取得一块面积为39493平米的国有建设用地使用权。

2013年，郑某向法院起诉，请求判令A公司向其偿还借款本金4960万元及利息。

案例四：2007年6月27日，杨某与B公司签订《商品房买卖合同》，约定B公司将其开发的位于某项目的53间商品房出售给杨某（登记有房号），该合同也是一份标准的商品房买卖合同。合同签订当日，杨某即付清了340万元购房款，B公司向其开出了《销售不动产统一发票》，但该发票由B公司持有，并于次日到当地房地产管理局办理了商品房买卖备案登记。事实上，杨某并未直接将购房款支付给B公司，而是根据B公司的要求付给了B公司的债权人严某，用以归还B公司欠严某的债务。B公司与严某之间是一种什么样的关系？2007年2月，B公司与严某签订《借款合同》，借款340万元，B公司为此与严某签订《商品房买卖合同》，并将所售房屋办理了备案登记。B公司与杨某签订的《商品房买卖合同》所涉房屋，即为B公司向严某出售的房屋。B公司与杨某签订合同，杨某将340万元支付给严某后，B公司当日将严某的备案登记撤销，第二天申请将杨某

作为购房者进行备案登记。B公司自与杨某签订《商品房买卖合同》的第二天起，先后分九次向杨某汇款共67.4万元。

2009年9月，杨某以B公司未按约定交付房屋为由，起诉至法院，要求确认双方签订的《商品房买卖合同》有效，判令B公司交付房屋并支付违约金。

法律关系的梳理

以上案例有两个共性：

1、各案例中的双方之间均有借款合同或者借条、还利息的凭证等能证明借贷关系存在的相关证据；

2、除例二签订土地使用权转让协议以外，案例中的双方之间均签订有有效的《商品房买卖合同》并且大多已经办理了商品房预售的备案登记。而签订《商品房买卖合同》或土地使用权转让协议(该项以下简称“第二份合同”)的真实意思或者说目的是什么呢？案例中有的当事人是在签订借款合同时就签订了商品房买卖合同，这种情况一般都是为了债的担保，是出借人因担心在借款期限届满时借款方还不了钱，而要求借款方签订该商品房买卖合同为自己的债权提供担保，通过最终

取得房屋的所有权的方式，确保自己的债权得到实现；而另一种情况，是在借款时没有提供担保，双方在借款期限届满后达成共识，同意以其他方式保证债的履行，比如案例二，工程款到期不给，双方达成补充协议，将土地使用权转让给出借方。但是无论是在还款期限届满前还是届满后，签订合同的目的最终都是为了实现债权。

遇到这种两种法律关系并存的情况，作为出借人，大多情况下选择的都是要求确认第二份合同有效，或者要求履行第二份合同，办理过户，支付违约金等这样的诉讼思路。分析其原因，在发生纠纷的情况下，作为出借人，考虑的比较多的还是偿还能力，正是因为没有了偿还能力，直接要钱是要不回来了，不如起诉要房或土地使用权。

法院一般的审判原则

判断当事人之间的法律关系的性质，不能仅看合同的名称、形式和内容，更重要的是分析当事人之间法律关系的本质，要结合双方当事人的证据，探究合同签订时双方当事人的真实意思，进而对当事人之间的法律关系作出判断。下面结合人民

法院的判决结果分析该类型案件，以此给我们办理该类型案件提供思路参考。

以上第一个案例：当事人之间有民间借贷关系，借款到期后，借款人不能还款，因而出借人与其妻子签订《购房协议书》，并向其出具承诺书。从出借人与借款人签订《购房协议书》和向借款人出具

《以房作保证》的行为分析，出借人并不是一定想要借款人的房屋，而是首先要求其还款，在不能还款时才要求履行房屋买卖合同，房屋由其处理。所以，可以认定签订合同的目的不是为了买房，而是为了实现自己的债权，该合同是民间借贷合同的担保。因为该案系借款方起诉要求确认



商品房买卖合同无效，原一审法院没有审理双方之间的借贷关系，直接审理双方间商品房买卖合同，认为合同无效；二审某市中院仍然是审理商品房买卖合同，认为构成了表见代理，判决商品房买卖合同有效；借款方提起再审，省高院虽然认定双方系民间借贷关系，商品房买卖合同是民间借贷关系的担保，但是却并没有对

此做出进一步的认定。个人认为，是错误的。

第二个案例：本案也是经过几次审理，一审法院认为既然建设方不付工程款，施工方就应该根据补充协议取得土地使用权，二审法院对这样的判决予以了维持。后来建设方申请再审，被驳回后又申诉至最高人民法院。最高人民法院认为，补充



协议中以土地抵工程款的约定系流质契约，根据相关规定属无效条款。

案例三：第一，从郑某本人签订《商品房买卖合同》及《回购协议》的行为来看，郑某的本意不是买房，否则其不会在同一天又签订回购协议；第二，从A公司的行为来看，它的真实意思也不是通过签订商品房买卖合同将房屋卖给郑某，而是尽快从郑某处取得4960万元，然后用该笔钱去竞拍土地，其真实目的是在融资；第三，从A公司向郑某先后支付300万元来看，郑某承认该笔款项是利息，A公司虽然不认可，但是其没有证据证明该款项属于什么性质；第四，从商品房买卖合同本身看，也不符合一般交易习惯。这份商品房买卖合同所涉标的有商铺，有住宅，但是商铺与住宅是同一个单价，不同的层次也是同一个单价，这不符合常理。另外，郑某付款时间是在2011年7月，约定的交房

时间是2012年5月，A公司为其开具《销售不动产发票》的时间是在2012年9月，远远滞后于郑某的付款时间。在商品房交易中，购房者在支付了购房款后长期拿不到发票，甚至到了交房日期仍然拿不到发票却不与开发商交涉也是不合常理的。所以说，本案郑某与A公司签订商品房买卖合同并非以取得涉案房屋所有权为目的，而是为了实现资金融通。“卖方”取得资金用于竞拍土地，“买方”收取利息，商品房买卖合同不过是为了担保“买方”郑某债权的实现。郑某直接起诉要求A公司偿还借款本金及利息，这样的诉讼思路是正确的，也得到了法院的支持。但是A公司却一直称自己与郑某是商品房买卖合同关系，要求履行商品房买卖合同关系。

案例四：第一，关于双方签订《商品房买卖合同》时的真实意思。首先从B公司一方看，B公司与杨某签订商品房买卖

合同后取得340万元，B公司急于取得该笔钱是因为其向严某所借债务已届清偿期，B公司必须按时清偿上述债务，以避免严某依照借钱时与其签订的《商品房买卖合同》，以总价340万元取得案涉房屋的所有权。换句话说，B公司不愿意让严某取得商铺所有权，才与杨某签订合同。那么，B公司又与杨某签订合同，是因为其愿意把商铺卖给杨某吗？从案情中可以得知，B公司以同样的价格就同样的标的与杨某签订《商品房买卖合同》，而据法庭调查，杨某与B公司主要负责人并不相识，其与B公司也没有其他经济往来，作为理性的市场主体，B公司没有理由在资金严重不足的情况下，想方设法从严某处收回房屋再以同等价格销售于杨某。由此可以看出，B公司与杨某签合同的真实意思显然是想保住商铺，所以向杨某借款340万元偿还严某的债务，而不是向其出售商铺。

其次从杨某一方看，在签订合同后，杨某按照B公司指示将钱款付给了严某，说明杨某对B公司与严某的交易行为是知情的；既然他知道B公司与严某签的商品房买卖合同就是B公司与严某借贷关系的担保，那么，他也应当知道B公司与他签订合同的目的不是卖商铺，而是借款。

所以说，从签订合同的当事人双方的行为分析，他们的真实意思应当是借款，而不是房屋所有权的转移。

第二，B公司没有将《销售不动产发票》交给杨某。杨某作为买房人，其支付了340万元购房款，但是在具备条件的情

况下，一直没有向B公司索要发票，而发票又是办理房屋产权登记必备的材料，由此可以判定，自合同签订到纠纷发生两年多的时间里，杨某没有找B公司就办理房产证的问题进行过交涉，这与一般购房者的做法明显不符，更不符合交易习惯。所以不能认定双方之间存在真实的商品房买卖法律关系。

第三，从B公司向杨某先后支付60余万元来看。B公司与杨某签订《商品房买卖合同》的第二天，即向杨某账户支付10万元，后来又陆续分九次向杨某支付共计60余万元。对于该款项，杨某始终不说明是什么款、因为什么原因收款。经法院多次要求，杨某仍拒绝做出说明，而B公司称该款系利息。考虑到民间借贷支付利息的一般做法，所以最后法院认定该款系B公司支付给杨某的利息，也进一步认定了双方间系借贷关系。

第四，从双方签订的商品房买卖合同的内容来看。这是一份备案的商品房买卖合同，是格式合同，内容很完备，但是从填写的内容来看，却又与一般的合同不同：双方当事人没有在合同中约定单价，而是以一口价340万元的方式，交易了近1500平米的商铺。此种不约定单价的售房方式与一般的房地产交易习惯也不符。

综合以上几个案例，判断当事人之间签订合同的真实意思，主要看双方当事人当时的真实目的，再从合同履行方面做认真分析。以上几个案例中，当事人的真实意思其实都是民间借贷，并通过签订“第二份合同”的方式，为民间借贷关系提供

担保，以保证债权的实现。尽管签订第二份合同的行为并没有直接设立抵押权，但也足以在双方当事人之间成立一种非典型的担保关系，并想借此规避《担保法》、《物权法》等关于抵押担保的直接规定。但如我们前面所说，签订《商品房买卖合同》的结果就是为了取得房屋所有权，商品房买卖合同的标的物就是房屋，所以其本质还是房屋所有权的转移，因此，试图以签订商品房买卖合同的方式规避法律关于抵押担保的规定是实现不了的。既然都属于担保，就应当遵循物权法有关禁止流质的原则，也就是说在债权人实现担保债权时，对设定的担保财产应当以拍卖或变卖的方式受偿，而不应当直接取得其所有权。

师，我们不能仅看合同的名称、形式和内容，重要的是分析当事人之间法律关系的实质，探究其签订合同的真实意思。如果《商品房买卖合同》中售房方并未准备实际交付房屋，而购房一方也不关心房屋的交付及所购房屋的产权情况，且出售一方已经陆续向购房一方支付了相应的利息，那么就应当认定双方系借贷关系，第二份合同只是借贷合同的担保。我们在诉讼时，就不能选择按照第二份合同提起诉讼，否则法院就会以违反物权法禁止流质的规定而不予支持。当然，遇到这种情况，法院也会释明，要求变更诉讼请求，如果坚持不变更，则会裁定驳回起诉。



目前这类型的案件在实践中有很多，如果双方间确实有借款的合意，出借人向借款人实际支付了款项，同时双方又签订了《商品房买卖合同》或《土地使用权转让合同》，遇到这种情况，做为代理律



吴 坤

毕业于中国政法大学法学院，拥有十一年法律从业经历，在法律和经济管理两个领域均接受过系统的专业训练，并具有丰富的法律风险管理实践经验。曾经担任大、中型民营企业常年法律顾问，为公司设立、并购、重组提供一揽子法律服务，协助客户实现商业目标。近年来致力于企业风险管理的研究，可以为客户提供系统识别、测评、量化、控制和管理法律风险的整体解决方案，为企业法律风险控制提供精细化管理服务，帮助客户提高管理的效率，降低成本。曾为太平洋保险公司、平安保险财产公司等多家银行、保险公司及分支机构、保险中介机构提供保险产品开发、保险方案设计、重大合同审查、保险争议调解等非诉讼法律服务，代理各类保险纠纷仲裁、诉讼。法律功底扎实，思维缜密，勤勉负责。业务领域：企业法律风险管理、新三板融资、银行保险相关业务。

山西省2016年度 “两金一费”计算标准

人身损害赔偿案件，是律师实务中最常遇到的案件，而残疾赔偿金、死亡赔偿金及被抚养人生活费的计算问题，即“两金一费”的计算，也是该类案件最主要的问题。目前，可以作为人身损害索赔依据的规定主要有《民法通则》、《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见(试行)》以及《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(下称《人身损害解释》)、《侵权责任法》、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国侵权责任法>若干问题的通知》。

残疾赔偿金的赔偿标准：根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级，按照受诉法院所在地上年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，自定残之日起按二十年计算。但六十周岁以

上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。受害人因伤致残但实际收入没有减少，或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的，可以对残疾赔偿金作相应调整。（《人身损害解释》第二十五条）

交通事故人身损害赔偿案件中，身体受到多处伤残的，残疾赔偿金的计算要根据每个伤残程度综合计算。（国GB18667—2002《道路交通事故受伤人员伤残评定》附录B）

死亡赔偿金的赔偿标准：按照受诉法院所在地上年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，按二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。（《人身损害解释》第二十九条）

被抚养人生活费的赔偿标准：根据扶养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。被扶养人为未成年人的，计算至十八周岁；被扶养人无劳动能力又无其他生活来源的，计算二十年。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。

被扶养人有数人的，年赔偿总额累计不超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居民人均年生活消费支出额。（《人身损害解释》第二十八条）

2010年7月1日《侵权责任法》实施后，“被抚养人生活费”将不能作为单独的一项诉求获得法律支持，而是将数额计入残疾赔偿金或死亡赔偿金。（《最高人民法院关于适用<中华人民共和国侵权责任法>若干问题的通知》第四条）

丧葬费的赔偿标准：按照受诉法院所在地上年度职工月平均工资标准，以六个月总额计算。（《人身损害解释》第二十七条）

上述赔偿标准提到的“城镇居民人均可支配收入”、“农村居民人均纯收入”，“城镇居民人均消费性支出”、“农村居民人均年生活消费支出”，“职工平均工资”，均按照政府统计部门公布的各省、自治区、直辖市以及经济特区和计划单列市上一年度相关统计数据确定。

上一年度，是指一审法庭辩论终结时的上一统计年度。（《人身损害解释》第三十五条）

根据山西省《2015年国民经济和社会发展统计公报》统计数据：按经常居住地分，城镇居民人均可支配收入为25828元，城镇居民人均消费支出为15819元；农村居民人均可支配收入为9454元，农村居民人均消费支出7421元。

山西省2015年度全省城镇单位在岗职工平均工资尚未公布，在该数据公布前，相关费用（主要为丧葬费）计算仍按照2014年度山西省非私营单位从业人员年平均工资计算。根据山西省人力资源和社会保障厅公布的信息，2014年度全省城镇单位在职职工平均工资计算为48069元。

为便于在实务中能快速准确计算，现将2016年度山西省“两金一费”分别列表参照。

附表见下页：



山西省2016年城镇居民人均可支配收入为25828元(见附对应表表一)

等级 年 限 金 额	一级	二级	三级	四级	五级	六级	七级	八级	九级	十级
100%	90%	80%	70%	60%	50%	40%	30%	20%	10%	
60岁以下20年	516560.00	461904.00	413248.00	361592.00	309936.00	258280.00	206624.00	154968.00	103312.00	51656.00
61岁-19年	490732.00	441658.80	392585.60	343512.40	294439.20	245366.00	196292.80	147219.60	98146.40	49073.20
62岁-18年	464904.00	418413.60	371923.20	325432.80	278942.40	232452.00	185961.60	139471.20	92980.80	46490.40
63岁-17年	439076.00	395168.40	351260.80	307353.20	263445.60	219538.00	175630.40	131722.80	87815.20	43907.60
64岁-16年	413248.00	371923.20	330598.40	289273.60	247948.80	206624.00	165299.20	123974.40	82649.60	41324.80
65岁-15年	387420.00	348678.00	309936.00	271194.00	232452.00	193710.00	154968.00	116226.00	77484.00	38742.00
66岁-14年	361592.00	325432.80	289273.60	253114.40	216955.20	180796.00	144636.80	108477.60	72318.40	36159.20
67岁-13年	335764.00	302187.60	268611.20	235034.80	201458.40	167882.00	134305.60	100729.20	67152.80	33576.40
68岁-12年	309936.00	278942.40	247948.80	216955.20	185961.60	154968.00	123974.40	92980.80	61987.20	30993.60
69岁-11年	284108.00	255697.20	227286.40	198875.60	170461.80	142054.00	113643.20	85232.40	56821.60	28410.80
70岁-10年	258280.00	232452.00	206624.00	180796.00	154968.00	129140.00	103312.00	77484.00	51656.00	25828.00
71岁-9年	232452.00	209206.80	185961.60	162716.40	139471.20	116226.00	92980.80	69735.60	46490.40	23245.20
72岁-8年	206624.00	185961.60	165299.20	144636.80	123974.40	103312.00	82649.60	61987.20	41324.80	20662.40
73岁-7年	180796.00	162716.40	144636.80	126557.20	108477.60	90398.00	72318.40	54238.80	36159.20	18079.60
74岁-6年	154968.00	139471.20	123974.40	108477.60	92980.80	77484.00	61987.20	46490.40	30993.60	15496.80
75岁以上5年	129140.00	116226.00	103312.00	90398.00	77484.00	64570.00	51656.00	38742.00	25828.00	12914.00

山西省2015年度农村居民残疾赔偿金(人均纯收入为9454元)给付对应表(表二)

年 限 金 额 年 级 等 级	一级	二级	三级	四级	五级	六级	七级	八级	九级	十级
100%	90%	80%	70%	60%	50%	40%	30%	20%	10%	
60岁以下20年	189080.00	170172.00	151264.00	132356.00	113448.00	94540.00	75632.00	56724.00	37816.00	18908.00
61岁-19年	179626.00	161663.40	143700.80	125738.20	107775.60	89813.00	71850.40	53887.80	35925.20	17962.60
62岁-18年	170172.00	153154.80	136137.60	119120.40	102103.20	85086.00	68068.80	51051.60	34034.40	17017.20
63岁-17年	160718.00	144646.20	128574.40	112502.60	96430.80	80359.00	64287.20	48215.40	32143.60	16071.80
64岁-16年	151264.00	136137.60	121011.20	105884.80	90758.40	75632.00	60505.60	45379.20	30252.80	15126.40
65岁-15年	141810.00	127629.00	113448.00	99297.00	85086.00	70905.00	56724.00	42543.00	28362.00	14181.00
66岁-14年	132356.00	119120.40	105884.80	92649.20	79413.60	66178.00	52942.40	39706.80	26471.20	13235.60
67岁-13年	122902.00	110611.80	98321.60	86031.40	73741.20	61451.00	49160.80	36870.60	24580.40	12290.20
68岁-12年	113446.00	102103.20	90758.40	79413.60	68068.80	56724.00	45379.20	34034.40	22689.60	11344.80
69岁-11年	103994.00	93594.60	83195.20	72795.80	62396.40	51997.00	41597.60	31198.20	20798.80	10399.40
70岁-10年	94540.00	85086.00	75632.00	66178.00	56724.00	47270.00	37816.00	28362.00	18908.00	9454.00
71岁-9年	85086.00	76577.40	68068.80	59560.20	51051.60	42543.00	34034.40	25525.80	17017.20	8508.60
72岁-8年	75632.00	68068.80	60505.60	52942.40	45379.20	37816.00	30252.80	22689.60	15126.40	7563.20
73岁-7年	66178.00	59560.20	52942.40	46324.60	39706.80	33089.00	26471.20	19853.40	13235.60	6617.80
74岁-6年	56724.00	51051.60	45379.20	39706.80	34034.40	28362.00	22689.60	17017.20	11344.80	5672.40
75岁以上5年	47270.00	42543.00	37816.00	33089.00	28362.00	23635.00	18908.00	14181.00	9454.00	4727.00

山西省2016年度居民死亡赔偿金、死者的被抚养人生活费给付对应表(表三)

项目 年 金 额 限	死亡赔偿金（以“收入”为计算依据）			被抚养人生活费（以“支出”为计算依据）		
	城镇可支配收入 25828	农村人均纯收入 9454	城镇消费支出 15819	农村消费支出 7421	年限（周岁）	城镇消费支出 15819
60岁及以下20年	516560.00	189080.00	316380.00	148420.00	0岁-18年	284742.00
61岁-19年	490732.00	179626.00	300561.00	140999.00	1岁-17年	268923.00
62岁-18年	461904.00	170172.00	284742.00	133578.00	2岁-16年	253104.00
63岁-17年	439076.00	160718.00	268923.00	126157.00	3岁-15年	237285.00
64岁-16年	413248.00	151264.00	253104.00	118736.00	4岁-14年	221466.00
65岁-15年	387420.00	141810.00	237285.00	111315.00	5岁-13年	205647.00
66岁-14年	361592.00	132356.00	221466.00	103894.00	6岁-12年	189828.00
67岁-13年	335764.00	122902.00	205647.00	96473.00	7岁-11年	174099.00
68岁-12年	309936.00	113448.00	189828.00	89052.00	8岁-10年	158190.00
69岁-11年	284108.00	103994.00	174099.00	81631.00	9岁-9年	142371.00
70岁-10年	258280.00	94540.00	158190.00	74210.00	10岁-8年	126552.00
71岁-9年	232452.00	85086.00	142371.00	66789.00	11岁-7年	110733.00
72岁-8年	206624.00	75632.00	126552.00	59368.00	12岁-6年	94914.00
73岁-7年	180796.00	66178.00	110733.00	51947.00	13岁-5年	79095.00
74岁-6年	154968.00	56724.00	94914.00	44526.00	14岁-4年	63276.00
75岁以上5年	129140.00	47270.00	79095.00	37105.00	15岁-3年	47457.00
说明	1. 一审法庭辩论终结时,按上一年度数据计算。 2. 住所地、经常居住地的数据高于受诉法院,按高的计算。 3. 成年被扶养人指,既无劳动能力又无其他生活来源的。			16岁-2年	31638.00	22263.00
				17岁-1年	15819.00	14842.00
						7421.00

注:在司法实践中,受害人构成残疾的,一般参照伤残等级系数确定丧失劳动能力的程度,计算时应乘以相应的伤残赔偿指数。



贺冰鸽

毕业于北方民族大学法学专业，2010年考取会计资格证，2011年考取会计初级职称，精通企业法律财务知识。现为婚姻家庭、合同纠纷、侵权专业组律师，成功代理过数起复杂婚姻家庭案件、遗产继承案件及债权债务等民事案件。业务领域：子女抚养纠纷、离婚财产分割、离婚损害赔偿、重婚认定及遗产分割纠纷等婚姻家庭专业领域。

电话：0351-7552102 手机：15235354029

Email: he_bingge@126.com

选准诉讼请求才能实现诉讼目的

诉讼请求作为诉讼当事人诉至法院，要求法院予以判决的请求，在民事诉讼中的重要性不言而喻。同一个案子，在不同的诉讼请求下，判决结果大相径庭。选择合适的诉讼请求，对原告利益的保护至关重要。笔者在近期办理的一起案件中对此深有感悟。

案情简介

原告系被告的继母，2010年10月19日与被告父亲登记结婚。2011年，原告所在社区给居民发放福利房，分配方式为：以家庭为单位，按人头分配，每家一户房屋，每人38平米，多出来的面积补齐差价。原告夫妇补齐差价后分得一套97.18平米的房屋。2012年10月4日原告丈夫去世，之后被告一直居住在原告夫妇所分得的房屋中，导致原告未能在此居住。原告多次要求被告腾房，也曾要求所在居委会从中调解，但均未果，后原

告诉至法院。

起诉伊始，原告的诉讼请求为“依法分割房屋，并保证原告的合法居住权，以维护原告的合法权益”。接受原告委托后，在与原告的多次沟通中，笔者了解到原告的诉讼目的并非分割房屋进而取得房屋所有权，而是希望被告腾出房屋，让原告在有生之年能老有所居。考虑到本案的客观情况、原被告之间的特殊关系和原告的真实诉讼目的，在征得原告同意后，笔者将诉讼请求变更为：“责令被告搬出位于XX处XX号房屋”。

法院裁判

一审法院认为，原告和其丈夫在社区分得XX处XX号房屋后，依法享有对该房屋的合法居住使用权，现原告主张腾出该房屋，其理由和证据充分，被告对该房屋使用权的归属也不持异议，但提出要求延缓一年时间，原告



对此不同意。结合本案的实际情况，原、被告在一起居住使用也不便于双方的生活。因此，被告应当给原告腾出该房屋，由原告居住使用。故依照《中华人民共和国民法通则》第七十五条的规定，判决被告于判决生效后三十日内给原告腾出位于XX处XX号房屋。

案件分析

本案诉争房屋作为原告与其丈夫婚后取得的财产，属于夫妻共同财产，原告对该房屋必然享有权利，但并非全部权利。为使原告利益实现最大化，对原告诉讼请求的选择尤为重要。现就本案变更前后的诉讼请求予以分析。

一、诉讼请求变更前

本案最初的诉讼请求为“依法分割房屋，保证原告的合法居住权”。但因诉争房屋系

原告所在居委会发放的福利房，至起诉时仍未办理房产证，此时要求分割房屋，很可能面临法院以“产权不明”为由驳回诉讼请求的诉讼风险。而且，即使房屋不存在产权瑕疵，变更前的诉讼请求也存在着诸多问题。

首先，按照变更前的诉讼请求，该案案由为遗产继承纠纷。因原告的亡夫还有其他法定继承人，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第七十条“在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼”之规定，本案还涉及追加其他法定继承人参加诉讼的问题，不仅不能实现原告的诉讼目的，还会延长诉讼时间，增加原告诉累。

其次，诉争房屋系原告与其丈夫的婚后共同财产，原告丈夫去世后，原告与被告及



其他法定继承人应依法继承原告丈夫的遗产。根据《中华人民共和国继承法》第二十六条的规定“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产”分割诉争房屋时，原告先取得诉争房屋的一半份额，然后再作为法定继承人与被告及其他法定继承人一起继承房屋的另一半。如此分割完毕后，原告虽然对诉争房屋享有大部分份额，但并非全部份额，被告和其他法定继承人对诉争房屋也享有一定的份额。这样一来，本案的判决结果将有三种可能，一是原告、被告与其他继承人按份共有诉争房屋，也就是原告、被告和其他法定继承人分别享有其份额；二是诉争房屋归原告所有，原告支付给被告及其他法定继承人相应的房屋价款；三是诉争房屋归被告或其他法定继承人所有，被告或其他法定继承人向未取得房屋的法定继承人（包括原告）支付相应的房屋价款。

这样一来，原告要完全取得房屋的居住权，必然要支付给被告部分房屋价款，而原告年事已高，无任何经济收入，没有能力支付该部分价款。判决结果显然达不到原告的诉讼目的。

再次，原、被告系继母子关系，身份比较特殊，按变更前的诉讼请求主张，被告会产生原告想要与其争夺财产的怀疑，从而激化原、被告之间的矛盾，不利于纠纷的解决。

二、诉讼请求变更后

变更后的诉讼请求为“判令被告搬出位于XX处XX号房屋”。

诉讼请求变更后，本案案由由继承纠纷变为返还原物纠纷，相对于变更前的诉讼请求，法律关系变得简单清晰明了：本案所涉房屋属于原告夫妻共同财产，原告有合法的居住权，完全拥有占有、使用的权利，原告居住于此，天经地义，合情、合法、合理！

首先，诉争房屋为原告所在居委会给本社区居民分配的安置房，既然是安置房，根据安置办法，分配对象具有特定性、针对性，即以



家庭为单位进行分配。当年，原告与丈夫二人作为一个独立完整的家庭而分得房屋，原告作为房屋的两位权利人之一，自然享有合法的居住权。

其次，虽然诉争房屋未取得房屋产权证，但房屋作为客观存在的财产形态，能够为权利人占有、使用、收益，为贯彻物权法“定纷止争、物尽其用”的基本精神，法院必然会结合本案诉争房屋存续多年且已入住数年的现实情况，基于对现存利益认可的原则，对诉争房屋的使用权作出处理。

再次，原告仅要求被告腾房，而不要求分割财产，会打消被告心中原告是要与其争夺财产的疑虑，缓和原、被告之间的关系，利于矛盾的解决。被告庭审中的表现也足以说明这一点，庭审中其未做任何辩解，对讼争房屋属原告夫妻所有表示认可，只是希望原告看在自己现在周转困难的份上，给自己一年的宽限期，一年后搬出去。

这样一来，本案的诉讼风险明显降低，让法院在解决纠纷的同时，更好地保障了原告的权利，让古稀之年的原告，能够在有生之年，老有所居，颐养天年。

该起案件判决结果之所以能够如原告所愿，归根结底在于诉讼请求的及时变更。作为原告的一方，有在法律的框架内选择诉讼请求的权利，而选择适当的诉讼请求，对实现诉讼目的、追求原告利益的最大化，起着至关重要的作用。

CONTRACTED OPERATOR

集体企业的承包经营人 不是原始出资人

【案情摘要】

B县S庄煤矿成立于1990年5月，系B县S庄村村民委员会开办的集体所有制企业。1995年11月6日，甲方村委会、乙方陆某与胡某签订一份《S庄煤矿开发协议书》，约定：1、乙方投资建设煤矿一新井；2、乙方投资形成的资产由投资人所有；3、新井自主权为村委会，经营权归乙方；4、新井的经营期限为10年，到期后井口归还集体，所购置的一切财产设备折价支付乙方。

经村委会同意，陆某、胡某于1998年10月将煤矿经营权转让给任某经营。

1999年6月18日，甲方任某与乙方陆某签订了一份《S庄煤矿股份转让协议书》，约定：1、甲方投资坑口设备、财产、电力设施全部属于乙方所有；2、甲方债务大约30万元左右全部由乙方负责归还；3、村委会负责办理证照，确保井口合法，电路、交通畅通；4、本协议书生效后，甲方无权干涉乙方正常经营。该协议由甲乙双方签字，村委会负责人签注“同意”，

并加盖公章。

2002年12月15日，由甲方B县S庄煤矿、乙方陆某、丙方杨某与周某共同签订《B县S庄煤矿转让主井经营权合同书》。约定甲方为了发展企业，引进外资转让经营权，乙方愿意接受，丙方同意并向乙方支付转让投资费用100万元。具体约定如下：1、合同期限10年，即从2002年12月10日至2012年12月9日；2、付款方式：合同签订时付款100万元；3、债权债务：合同生效前的债权债务由乙方负责清理，以后的事务由丙方负责；乙方应交付丙方全部财务章和公章；合同生效后，乙方现有的煤矿所有设备、财产和丙方以后投资的所有设备财产归丙方；4、乙方和甲方签订的协议，在本合同生效后作废。丙方每年上缴村委会管理费50000元，并无代价提供小学摊派的烧煤；5、丙方期满后，经营





权归甲方所有。村委会代表煤矿签字盖章。

2003年3月，杨某、周某与任某协议转让煤矿经营权，村委会向工商局出函，任命任某为煤矿法定代表人。

2004年11月，村委会与任某签订了《S庄煤矿经营权有偿有期转让合同书》，约定村委会将煤矿经营权转让，期限15年。

2009年10月，山西省煤矿企业兼并重组整合工作领导组办公室批复H市政府、Y煤业集团，同意Y煤业集团整合B县S庄煤矿，整合后的矿井名称为：Y煤业集团T煤矿有限公司。

2014年3月，陆某向法院提起诉讼，请求确认2002年12月15日以后其为B县S庄煤矿原始出资人。其理由是：1995年起，原告就是S庄煤矿的原始投资人，村委会未投资；1999

年原有股东退出，煤矿财产所有权、经营权归原告所有；2002年12月15日，因债务无法偿还，故原告经村委会同意达成协议书，由丙方杨某、周某经营煤矿，现有设施设备、证件交给丙方保管使用。半年后，丙方将煤矿私自转让给任某；2004年，县乡村三级煤矿管理领导组办公室对全县煤矿进行改制，村委会私自将煤矿转让给任某，合同期为15年。村委会未通知原告参与改制，将原告的财产无偿转让给受让人，侵害了原告的资产所有权。目前煤矿被兼并重组，依据有关政策，原告作为煤矿的投资经营办矿人，理应得到补偿。

【各方争议焦点】

焦点一：S庄煤矿是集体企业，还是“名为集体，实为个人”？

陆某认为：1995年11月6日的《S庄煤矿开发协议书》已确认了原告系煤矿的原始投资人，以后因原有股东退出，煤矿的所有资产均应归原告所有。煤矿建设的费用也全部系由原告承担。因此，S庄煤矿实际上“名为集体，实为个人”，只是由于当时政策不允许个人办矿，才挂靠到集体名下。

村委会认为：本案的案由是企业出资人权益确认纠纷，依据最高人民法院民事案由规定理解，出资人权益是指企业出资方在企业中享有的资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利。该权益内容由法律规定和企业章程来确定。原告应当提供出资证明文件、公司章程和工商登记等证据材料来主张其权利。

针对本案，原告没有任何证据证明其系煤矿的开办人或者出资人，相反无论是工商登记资料，还是相关合同的约定，均证明S庄煤矿自1990年成立至今一直就是村委会开办的集体企业，该性质始终未变，因此，村委会作为煤矿的出资人身份一直没有发生任何变化，除村委会之外再无其他主体成为煤矿的出资人。

另外，村委会从未与原告陆某有过约定，确认过煤矿系其个人开办企业、只是挂靠集体。因此S庄煤矿不存在“名为集体，实为个人”这一事实。

焦点二：陆某是煤矿的承包经营人，还是原始出资人？

陆某认为：2002年12月15日以前，原告对煤矿一直存在投资，理应属于S庄煤矿的原始出资人。

村委会认为：从现有证据看，原告陆某在1995年11月6日—1998年10月、1999年6月18日—2002年12月15日两段期间内，曾是S庄煤矿的承包经营人。另外，原告提供的一份（2000）B民初字第99号《民事判决书》也显示：“S庄煤矿是村办煤矿，集体性质，属于有证合法煤矿，村委会每年要向煤矿经营者收取一定数额的管理费。煤矿由其委托代理人陆某经营”，显然原告陆某只是煤矿的承包经营人，在承包经营期间存在部分投资，但是并非煤矿的原始出资人。

焦点三：2002年12月15日以后，陆某是否是煤矿的原始出资人？是否存在可补偿利益？





陆某认为：原告是煤矿的实际投资人，2002年的《B县S庄煤矿转让主井经营权合同书》只是将煤矿的经营权转让给杨某和周某，并没有转让财产所有权，合同书约定的“合同生效后，乙方现有的煤矿所有设备、财产和丙方以后投资的所有设备财产归丙方”，就是相关财产归杨某和周某保管使用。2009年煤矿被兼并整合，目前补偿款尚未到位，原告理应成为补偿受益人。

村委会认为：原告陆某只是煤矿的承包经营人，其在承包经营期间享有承包经营权和承包期间投资资产的收益权，2002年的《B县S庄

煤矿转让主井经营权合同书》早已生效并履行完毕，陆某得到了100万元的在煤矿投资的财产设备的补偿款，煤矿的经营权也已经由村委会转让给杨某和周某，此后S庄煤矿已经与陆某没有权利义务关系，因此陆某不可能在2002年12月15日以后是煤矿的原始出资人。合同书约定的“合同生效后，乙方现有的煤矿所有设备、财产和丙方以后投资的所有设备财产归丙方”，不能理解为相关财产归杨某和周某保管使用，属于原告对于合同条款的误读。煤矿被兼并整合属实，但是2002年12月15日原告并非煤矿的权利人，故原告不存在任何可补偿利益。

【本案审理情况以及判决结果】

法院认为：B县S庄煤矿从成立时起，该矿名称、实际经营人虽经多次变更，但是根据原、被告提供的该矿工商登记材料，煤矿的性质一直都为集体所有。2002年12月15日的《B县S庄煤矿转让主井经营权合同书》约定，杨某和周某支付给原告投资费用100万元；合同生效后，乙方现有的煤矿所有设备、财产和丙方以后投资的所有设备财产归丙



方；丙方期满后，经营权归村委会所有。因此，原告对煤矿的经营权、财产所有权已经转让给杨某和周某，此后，其对煤矿的经营权、财产所有权已经丧失，因此2002年12月15日以后原告不再享有煤矿的经营权和财产所有权。

综上，法院判决如下：依法确认原告陆某在2002年12月15日以后不再是B县S庄煤矿的实际投资人。

【律师评析】

一、本案中原告陆某对乡村集体所有制企业的法律规定存在误解

依据《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》第三条“**乡村集体所有制企业是我国社会主义公有制经济的组成部分**”、第十八条“**企业财产属于举办该企业的乡或者村范围内的全体农民集体所有，由乡或者村的农民大会（农民代表会议）或者代表全体农民的集体经济组织行使企业财产的所有权。企业实行承包、租赁制或者与其他所有制企业联营的，企业财产的所有权不变**”之规定，煤矿作为村委会开办的集体所有制企业，其所有权人、出资人以及采矿权人均属村委会，而非陆某。

尽管本案的相关合同中体现了“**投资**”、“**股权转让**”等用语，但是陆某并不因此而成为煤矿的所有权人或者股东。陆某应属于承包经营人，其在村委会许可下，可以享有的是煤矿的承包经营权和投资资产的收益权，但是煤矿的所有权仍属村委会。

二、对陆某的身份认定以及其在本案中可能存在的权益

本案的证据显示，B县S庄煤矿成为企业法人早于陆某介入煤矿投资的时间，此前陆某并非煤矿的投资人。在1995年11月6日《S庄煤矿开发协议书》中，明确约定陆某系投资人之一，投资新井的资产权属归陆某、胡某，但是煤矿的所有权归村委会，陆某

享有的是煤矿经营权，经营期满，投资资产折价支付陆某、胡某，显然陆某只是煤矿的承包经营人之一；煤矿经营权转让后，确认陆某在承担煤矿的债务后又重新取得煤矿经营权的1999年6月18日《S庄煤矿股份转让协议书》中，陆某取得的也只是煤矿的经营权，而不可能是“股权”，因为任某在煤矿就没有股权，村委会与陆某也没有任何协议确认陆某的煤矿股东身份。

因此，对于陆某而言，其合法的身份是S庄煤矿的承包经营人，其享有的合法权益包括：（1）依据承包经营协议在经营期间享有经营权和经营利益；（2）在经营期间对投资资产的占有、使用、收益权；（3）在经营期间因煤矿被兼并重组整合而获得的补偿；（4）经营期满，对投资资产残值依据约定的处置权。

基于此，针对本案，2002年的《B县S庄煤矿转让主并经营权合同书》产生的法律后果是：（1）经营期限终止，经营权由村委会授予杨某、周某；（2）陆某在煤矿的投资资产折价100万元转让给杨某、周某；（3）合同生效后，陆某与村委会的原协议终止，陆某不再是煤矿的承包经营人，也不再是在煤矿投资资产的所有权人。

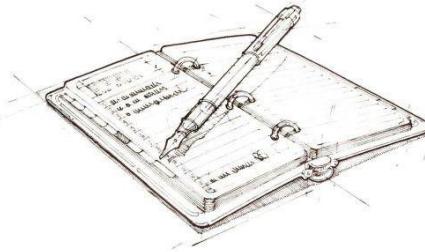
三、人民法院审理煤矿原始投资人需具备的条件

本案纠纷的产生，深层次的原因在于煤矿的原承包经营人认为其在煤矿存在投资，而其知道煤矿被兼并重组整合后，整合主体将支付被兼并煤矿较大金额的补偿，进而希望通过诉讼获得部分补偿。

但是原告希望法院确认其煤矿原始投资人的主体身份，应至少具备以下情况之一时才符合条件：

- (1) 原告在煤矿成立时有原始出资，或者在经营期间被吸收为股东，并且登记于工商管理部门；(2) 村委会与原告有书面约定，煤矿系个人投资，只是挂名的集体企业；(3) 在原告承包经营煤矿期间，煤矿改制为原告个人独资或者参股的企业。

在以上情形均不具备的情况下，人民法院将无法支持原告的诉讼请求。





JOINT GUARANTOR

浅谈债权人起诉债务人取得生效判决后， 能否再诉连带保证人

笔者最近接受当事人A公司的委托，办理了一例保证合同纠纷案。在本案中，A公司向B出借资金200万元，并且约定由C对此笔借款承担保证担保责任，方式为连带保证。B的债务到期以后，在A公司的一再催要下，B仍然有50万元欠款未还。A公司在诉讼时效期限内向法院提起了诉讼，请求B履行还款义务。经过审理，法院判决B向A支付借款本金及利息共计84万元。判决生效后，经过执行，B不具备偿还能力，A的债权没有得到实现。之后债权人一再要求保证人C履行保证义务，均未得到回应，A无奈之下将C诉至同一法院，请求判决C履行其对A的保证责任。但本案在立案一开始便不太顺利，法院以“一事不再理”为由拒绝受理。现笔者就此类情况中所涉及的法律问题

进行分析和探讨。

对于本案中涉及的问题，主要存在三种观点：第一种观点认为，A的起诉违反了“一事不再理”的原则，应当予以驳回；第二种观点认为A的起诉是基于不同的法律关系，并没有违反“一事不再理”原则，法院应予支持；第三种观点折中了前两种观点，认为A可以先行将其起诉B的案件进行执行终结，然后向法院提供执行终结证明，在此前提下，法院应当受理，但是A只能就未获清偿部分要求C承担保证责任。

笔者赞同第三种观点，理由如下：

一、连带责任保证之债不同于连带之债，其与主合同之债属于两个法律关系

《民法通则》87条规定“连带之债是指债权人或者债务人一方人数为二人以上，依照法律的规定或者当事人的约定，享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行义务；负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额”。普通连带之债的产生往往是基于共同的行为或原因，例如共同经营、共同侵权等，连带债务人承担连带责任的基础是同性质的行为或原因导致产生的同一债务。此外，连带债务的特点是对外连带，对内按份，其在本质上属于一个债。而连带保证责任的产生并不是基于同一性质的行为或原因，因为债务人承担责任是基于其与债权人签订了某一项具体合同，而保证人承担责任是基于保证人的保证行为，以及债权人对其的信任。因此，连带保证债务与主合同债务实质上是基于两个不同的法律关系而产生，是不同的两个债，债权人即便已经对债务人提起诉讼，之后仍然可以根据保证之债再行对保证人起诉。

实践中，由于很多人对上述两种连带之债产生了概念上的混淆，导致在法律的适用上出现了错误。

二、依据法律规定，本案不属于法定“一事不再理”或重复起诉情形

关于“一事不再理”原则，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十四条规定，“人民法院对下列起诉，分别情形，予以处理：（一）依照行政诉讼法的规定，属于行政诉讼受案范围的，告知原告提起行政诉讼；（二）依照法律规定，双方当事人达成书面仲裁协议申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁；（三）依照法律规定，应当由其他机关处理的争议，告知原告向有关机关申请解决；（四）对不属于本院管辖的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉；（五）对判决、裁定、调解书已经发生法律效力的案件，当事人又起诉的，告知原告申请再审，但人民法院准许撤诉的裁定除外；（六）依照法律规定，在一定期限内不得起诉的



张宝婷

毕业于西南政法大学，获得民商法学硕士学位，在公司法律事务方面拥有良好的理论基础和丰富的实践经验，先后为多家大型企业提供法律服务，办理过众多复杂的民商事案件。业务领域：公司、金融、合同纠纷法律事务。

电话：0351-7552130
手机：18235171120
邮箱：446463137@qq.com





案件，在不得起诉的期限内起诉的，不予受理；（七）判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。”

同时，最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第二百四十七条规定了何为依法应当禁止的“重复起诉”，即“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。当事人重复起诉的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉，但法律、司法解释另有规定的除外。

显而易见，先起诉债务人未获清偿后再起诉连带保证人并不属于上述法律规定的“一事不再理”或“重复起诉”的情形。因此，从法律上来说法院也不应拒绝受理本案。

三、从《担保法》的立法本意和法理上说，应更加强化连带责任保证中保证人的责任

《担保法》的立法本意在于通过设立担保加强对债权人合法权益的保护，保障债权人能够获得充分的受偿。不论是一般保证还是连带保证，立法目的均是为了增加债权实现的可能性，只是保证方式有所不同。如果将法律解释为债权人在起诉债务人后，就不能起诉连带保证人，而不管债权能不能获得充分受偿，则完全违背了《担保法》的立法本意。

此外，《担保法》之所以将保证方式区分为一般责任保证和连带责任保证，是因为在法理上二者也是有所区别的。一般保证责任规定的是在债务人不能履行债务时，即对债务人进行起诉或仲裁并依法强制执行仍不能履行债务时，才由保证人承担保证责任；而连带责任保证的债权人在债务人到期不履行债务时，便可要求保证人承担保证责任。所以，连带保证的责任更为严格，对债权人的保护力度更强。既然一般保证的保证人都要在债务人不能履行全部清偿义务时承担债务剩余部分的保证责任，而本应该承担更多义务的连带保证人在出现上述案件情形时反而无需承担任何责任，这显然是荒唐的，是与立法本意相悖的。

而对于《担保法》第十八条、《担保法》解释第一百二十六条中规定的债权人可以选择债务人或者保证人来履行债务，有些人认为是唯一选择，即选择了一方履行就不能再起诉另一方。笔者认为，法律作这样的规定为的是强化连带保证人的责任，而不能理解为债权人只有唯一的选择权。

四、第三种观点更具有可操作性

笔者在对本案进行立案过程中，发现法院不愿意受理本案除了因为对法律的理解有误之外，还有一个很重要的原因是本案债权人起诉债务人的案件已经进入执行程序，如果允许债权人再起诉保证人，将会有两个生效判决的执行，法院担心债权人实际受偿金额会大于债权金额。笔者认为，能否提起诉讼与执行结果是否合理是两个法律问题，法院应当按照立法本意和法律规定先受理此案，至于执行结果中如果真的出现了债权人受偿金额高于债权金额该如何处理，从理论上讲，不论是债务人还是连带保证人，都可以依照不得得利起诉要回。而具体到实践中，为了方便操作，法院可以要求债权人提供其起诉债务人的案件已执行终结的证明，再判决保证人承担未履行部分的保证责任。



综上所述，笔者认为，观点三立足于立法本意和法律规定，且充分地考虑了各方当事人的利益和当前的实际，最具合理性。笔者在与法院充分沟通之后，法院最终受理了此案，现此案已进入正常审理程序。

附与本案相关的其他法律规定：

《担保法》第十八条：当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

第一百二十六条：连带责任保证的债权人可以将债务人或者保证人作为被告提起诉讼，也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第六十六条：因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告。保证合同约定为一般保证，债权人仅起诉保证人的，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼；债权人仅起诉被保证人的，可以只列被保证人为被告。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释第



李晶晶

团支部书记，山西大学法学院法律硕士。拥有扎实的法学理论基础及丰富的刑事辩护经验，承办过多起重大职务犯罪及经济犯罪刑事案件，熟悉民事案件业务，参与办理数十件某三甲医院医疗纠纷案件，有丰富的诉讼、调解经验。业务领域：刑事辩护，医疗纠纷，交通事故损害赔偿及合同纠纷。

电话：0351-7552376 手机：13546721702
Email : 178956534@qq.com

最高人民法院 民事案件再审立案经验谈

近期笔者前往最高人民法院办理一件民事再审案件的立案，亲眼目睹很多人因为资料或手续不全被拒绝受理而失望离开，其中也包括很多律师。笔者作此文，希望对申请民事再审的人有所帮助，以便能够一次成功。

经验之一：准备好材料再去

因最高院面对的是来自全国各地的申诉案件，因此对于申诉材料的内容和格式都有严格的要求，这也是申诉能否被受理的最重要的条件。笔者虽然经过了再三准备，也还是因为材料问题被拒绝。

相信大家都能够在网上查找到关于去最高院申请再审立案时应当准备的材料清单，笔者在这里结合自身经验将这些材料再次予以明确：

第一，一审、二审裁判文书的原件或复印件，一份即可，但要求必须能够看清楚文书的内容（尤其是作出裁判文书的时间一定要能够看清楚），缺页或字迹模糊都不行。在这里有

两点要提醒大家：一、拍照后打印出来的所有材料最高院都不收；二、如果申请再审的时间超过了终审判决作出后的六个月，则必须提供法院送达终审裁判文书的送达回证复印件，包括笔者在内的很多人都忽略了这个材料，不得不回去补充。

第二，再审申请书，必须是原件，并且要按照被申请人的数量+1准备。再审申请书的内容要求具备以下四个部分：申请事由、申请事项、事实部分和再审申请的理由。其中申请事由必须具体写明再审申请符合《民事诉讼法》



第二百条的哪几项规定；申请事项必须要将申请再审的具体请求予以明确；事实部分要将案件的经过、诉讼过程和裁判结果进行概括。

第三，证据，包括原审中提供的主要证据和申请再审的新证据。复印件即可，为方便给被申请人查看，也要按照再审申请书的数量准备。

第四，申请人的身份信息材料。申请人如果是个人，需提供身份证复印件；如果是单位，需提供企业营业执照、组织机构代码证复印件和法定代表人身份证明原件。以上材料一份即可。

第五，委托代理人身份证明。由律师代为立案的申诉案件，需要律师提供律师事务所函和授权委托书原件，以及加盖律师事务所公章的律师证复印件。

第六，光盘，这也是被很多人忽略的材料。最高院要求将以上第一至第五项内容都刻入一张光盘中，其中第一至第二项内容，要求有WORD和PDF两种格式的文档；第三至第五项内容要求PDF格式。笔者此次去立案就看到很多人或者因为没有准备光盘，或者因为没有准备PDF格式的文档被拒绝受理。

以上材料都准备齐全了，就可以前往最高院立案了。

经验之二：掌握最高院的办公时间和地点

最高院接待申诉的时间为周一、周二、周四全天（上午8:30至11:30，下午13:30至16:30），周三全天不接待，周五下午不接待。掌握好最高院的办公时间，就能够有效利用时间，还能节约成本。

最高院的申诉立案大厅位于小红门乡红寺村40号，从北京西站乘坐出租车大约需要30分钟左右的时间，如果时间不紧张的话乘坐公交车比地铁更为方便，最高院门前有71路和524路公交车站，且车辆较多，很好等。

经验之三：了解最高院民事案件申请再审的流程

律师在这里可以享受很多优待，比如进门时有律师



通道，进门后可以不过安检直接进入大厅，进入大厅后一层有律师窗口。法官根据案件的类型会发给律师相应颜色的表格，民事案件申请再审是绿色表格。按照要求填写好表格以后，法官会对律师填写的内容与材料进行初步的审核，核实后在表格上盖章，并告知律师到二层的哪个接谈区跟法官见面。

上了二楼，需要排号。因一楼已经将案件的基本情况录入系统，二楼的法警就能看到信息并安排与法官见面的顺序。需要说明的是，如果去的时间较晚，虽然能够排上号码但是不一定能够立刻与法官见面，可能需要下午或者次日才能与法官见面。这时候需要律师发挥善于沟通的特长，如果资料准备的比较齐全，法警也会视情况“加号”，笔者对此深有体会。

进入接谈区跟法官见面后，法官会对律师提供的材料进行仔细审核，如果材料无误，就会让律师填写送达地址确认书和诉讼材料收取清单。填写完毕以后，法官会与律师进行简单的沟通，主要是要律师概括陈述申请再审的理由。交流完毕以后法官在诉讼材料接收清单上签名并加盖“最高人民法院收取诉讼材料专用章”，律师就可以离开了。但这仅是初步受理，是否立案还需等待最高院的通知。

以上就是笔者梳理的最高院申请民事案件再审的过程，希望对大家有所帮助。



马捷生

专家委员会委员。二级高级法官。退休后于2010年5月被山西省高级人民法院返聘，负责刑事审判质量监督，并对刑事案件审判进行指导。在三十多年的刑事案件审理工作中，纠正了许多重大的冤案错案，有众多死刑、死缓案件被改判无罪。极高的专业水平和认真负责的工作态度得到了最高人民法院的肯定与好评。

电话：0351-7552135 手机：13803496813

对葛某某等人贪污案的 案例分析（节选）

编者按：

葛某某，原系某银行县支行行长，因涉嫌犯有贪污罪被提起公诉。检察院指控：

1、葛某某在担任银行行长期间，以该行名义向县财政局申请资金40万元，转到私营企业账户，提现后交由被告人王某某保管；以县金融领导组名义向县财政局申请资金62万元，私设账户，交由被告人王某某保管；指使王某某等财务人员，利用虚假票据，先后从单位账务中套出资金765677.6元，交由出纳李某保管。之后，葛某某与被告人王某某、戴某某多次利用虚假发票从上述三笔资金中套取现金348644元。

2、葛某某以奖励金融机构及先进个人的名义向县政府申请资金20万元，然后以下

乡补助费和购买人民币纪念册奖品的名义将其中的141600元发放给金融机构负责人，剩余的58400元据为己有（案发后已退还银行）。

3、葛某某在任期间，还指使被告人王某某、戴某某利用虚开、虚填发票的手段，从单位大账上套取现金74069元。

检察院据此指控葛某某犯有贪污罪。一审法院经过审理，认定葛某某犯有贪污罪，对其判处有期徒刑十年六个月。

我所专家马捷生老师对判决进行了认真研究分析，认为本案一审判决存在多处违反事实与法律的重大问题，遂著此文。本文不仅是对本案判决中存在的问题进行的系统整理、阐述，而且可称为刑事诉讼的学习教材。



总的问题

(一)一审判决自己补充、变更公诉机关没有指控的重要事实，实属严重违反法律规定。具体是：

1、在40万元第1笔、第3笔、第4笔、第5笔、第7笔中，起诉书均指控的是：“王某某在其保管的40万元中支出”。判决书全部删掉了“王某某在其保管的40万元中支出”的重要事实，分别变更为“葛某某将该款套取”、“葛某某将现金套取”、“葛某某将10000元套取”等新的事实。判决书在五笔事实中变更了贪污罪的主体。

2、在62万元第2笔、第5笔中，起诉书只指控“王某某在其保管62万元中列支”。

判决书认定“被告人王某某、戴某某背书后予以支出”，将被告人戴某某补充为两起犯罪事实中的贪污主体。

对于在一审法院审理期间发现的被起诉书漏掉的或指控不当的犯罪事实该如何处理，这个重要的程序问题常常被人们忽视。根据刑诉法解释第180条规定，如果在“庭前准备程序”中，人民法院发现了起诉书在“被告人身份”、“犯罪的时间、地点、手段、后果、以及其他可能影响定罪量刑的情节”，还有“证据材料”存在问题的，应当依据刑诉法解释第181条第（三）项规定：“不符合前条第二项至第八项规定之一，需要补充材料的，应当通知人民检察院在三日内补送”。如果是在“审理期间”又发现了新

的犯罪事实，应当依据刑诉法解释第243条规定：“审判期间，人民法院发现新的事实，可能影响定罪的，可以建议人民检察院补充或者变更起诉，检察院不同意或者在7日内未回复意见的，人民法院应当就起诉书指控的犯罪事实，依照本解释第241条的规定作出判决裁定”。可见，无论是在“庭前准备程序”还是在“审判期间”，发现了起诉书中的问题，人民法院都不能自己补充、变更。

从法律规定检察机关的处理方式看，“补充”是指添补、充实，就是针对起诉书中遗漏的或不足的内容；“变更”是指改变、更动，就是针对起诉书中错误的或不当的内容。从刑诉法解释第241条人民法院对一审公诉案件的判决结果看：“（四）证据不足，不能认定被告人有罪的，应当以证据不足、指控的犯罪不能成立，判决宣告被告人无罪”；“（五）案件部分事实清楚，证据确实、充分的，应当作出有罪或者无罪的判决；对事实不清、证据不足部分，不予认定”。可见，人民法院也不能自己补充、变更起诉书中的问题。

此案一审判决补充、变更的起诉书指

控的七笔犯罪事实，都属于起诉书“需要补充材料的”内容或人民法院发现的“新的事实”，这些内容不是“可能影响定罪的”重要事实，而是“直接”影响定罪的重要事实。一审法院没有依据法律规定，建议检察院对这七笔犯罪事实进行补充或变更，而是自己补充、变更，混淆了“指控与审判两种诉讼职能的界限”，严重违反了法律规定。据此，判决认定的这七笔事实，依法均不能成立。

(二) 一审判决删掉全部书证实为错误。

此案既然认定是以“虚开收据”的方式进行贪污的案件，那么虚开的收据应当是此案最重要的、最有证明力的实物证据。一审法院可以依据收据上的时间、地点、金额以及经手人、负责人、批准人等内容确认案件事实，被告人无可辩驳。因为“实物证据的证明力一般大于言词证据”，据此，起诉书将收据列为本案第一证据。然而，一审判决不知何理由，在二十七笔犯罪中竟然没有认定一份收据！不仅删掉了起诉书认定的全部书证，而且还未



在判决中具体说明全部删掉的理由。这种做法违反了刑诉法解释第246条规定，即：裁判文书应当写明控辩双方的意见，并说明采纳、不采纳的理由。

没有了实物证据，如何审查言词证据的客观真实性？！“在司法实践中，往往是最用实物证据来审查言词证据的真伪。”刑诉法解释第74条第（八）项、第80条第（七）项，都明确规定了证人证言、被告人供述的审查原则，即：只有查明证人证言、被告人供述“与其他证据之间能否相互印证、有无矛盾”，才能确认他们的真实性。一审判决删掉全案的实物证据——书证，造成此案的证人证言、被告人供述的真实性已经无法审查了，那么，案件事实的真实性还如何审查？

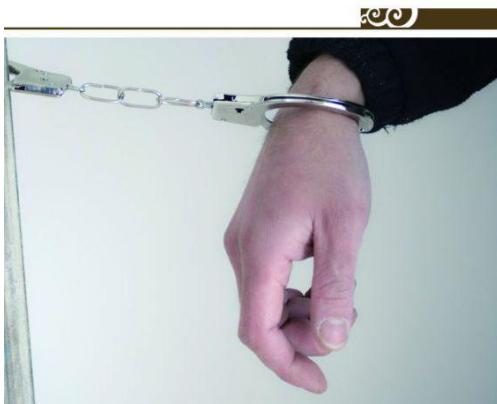
另外，判决删掉了全部书证，等于又删掉了一类证据——“辨认笔录”。一审法院人为地丢掉了核实印证言词证据材料的两类证据！



（三）此案认定葛某某为主犯，竟然没有认定葛某某的一次供述或辩解！实属严重违法！

被告人的供述与辩解是其向公安机关及人民法院所作的陈述，是认定犯罪事实的重要证据。同时，被告人的供述和辩解又是行使辩护权的重要方式。被告人依法享有辩护权是一项重要的宪法原则。不管被告人作有罪供述还是作无罪辩解，人民法院都应当充分听取，并保障被告人的辩护权合法行使。此案认定葛某某为主犯，量刑最重，竟然不认定其一次供述与辩解！定一个人的罪，竟然不知道他是如何供述与辩解的！被告葛某依法享有的知情权、陈述权、辩解权都被剥夺了，严重违反了法律关于“尊重和保障人权”的基本原则！

此案葛某某并没有沉默、拒绝供述，相反对每笔钱款都有供述。判决书还认定他“交待了部分犯罪事实”，“对40万元”、



“62万元”、“76万元”的事实“予以供认”。那为什么不认定被告人交待了的供述与辩解呢？而且，判决为什么不说明全部不认定的理由是什么呢？同样违反了刑诉法解释第246条关于裁判书“应当写明采纳、不采纳的理由”的规定。

没有了葛某某本人的直接证据（供述与辩解），要认定葛某某贪污，仅依据间接证据定案，就必须符合刑诉法解释第105条规定，即：“间接证据之间相互印证”，“全案证据已经构成完整的证明体系”，“案件事实足以排除合理怀疑，结论具有唯一性”。此案其他被告人只能证明交给葛某某款（葛还不承认），不能直接证明葛贪污，因此，被告人的供述应为证明葛某某贪污的间接证据。此案只用一、两个间接证据定案，间接证据形成“完整的证明体系”了吗？！“排除合理怀疑”了吗？！根本谈不上！证据成了一面之词，犯罪事实还如何让人相信？！

（四）此案最错误的作法是：全部事实都是依据言词证据来确认的。

此案二十七笔犯罪事实要么用一名被告人的供述、一名证人的证言来确认，要么用二名被告人的供述、一名证人的证言来确认。刑诉法哪里规定有仅用言词证据就可以定案的规则？证据是法定的，证据规则也是法定的，不能自己确定。

我们知道，被告人供述是必须用“其他证据来证明”才能使用的补强证据，未经补强不能使用。证人证言是随时可能发生变化的不稳定的言词证据，也必须有“其他证据印证”才能确认其真实性。此案

被告人王某某供述将款给了葛某某，没有葛某某本人供认以及其他任何证据补强，不能使用。此案中证人均与被告人有多年经济往来上的“利害冲突”，他们的证言均是“不利于被告人的证言”。依据刑诉法解释第109条规定，这些证人证言均“应当慎重使用，有其他证据印证的可以采信”。总之，没有其他证据印证的，不能采用。此案证人有饭店和酒店的老板，他们证明收据是虚开或空白，再没有其他任何证据证明，不能确信其真实性。主要证人会计李某证明款给了葛某某。但卷内有多笔她证明“没有看清”、“记错了”或“错记给葛某某了”（公七P35—52页），证人的记忆能力无法确信。

没有实物证据，只凭两三个“不稳定的”、“应当慎重使用的”言词证据怎么可以定案？法律规定的“重证据，不轻信口供”的证据原则哪里去了！？“证据确实、充分”的定案原则又到哪里去了？！

（五）此案认定葛某某在全案中均是主犯，实属主观臆断。

现在暂且以判决认定的“构成犯罪”来分析。全案二十七笔犯罪事实是完全独立的，有着不同的犯罪时间（跨度六年）、犯罪地点、被告人、证人、犯罪手段以及金额等，犯罪事实之间均没有联系。确认主、从犯应当依据法律规定，“在共同犯罪中起主要作用的，是主犯”，“起次要或者辅助作用的，是从犯”。“次要的作用是相对主犯而言的”，即应查明每一笔中各被告人实施的具体行为、起的作用，特别是谁占有了款项的后果，来认定贪污罪



的主、从犯。

此案认定葛某某“指使虚开”收据，只有被告人王某某或戴某某的供认，再无其他任何证据，尤其是没有葛某某供述的印证，不能认定葛某某“指使虚开”。退一步说，即使认定，其性质也属于“犯意”提出（判决也认定），除此之外葛某某再没有实施其他行为，如：索取空白收据、虚填金额、虚假报账、支出现金，最后个人占有（贪污）。认定贪污犯罪的主从关系应当把谁最终将公款非法占有作为区分主、从犯的最主要的行为。起诉书就指控有十笔是王某某实施主要行为并“支出现金”的。一审判决将其中五笔补充变更为“葛某某套取现金”，实属程序违法，认定错误。应当认定起诉书指控的十笔均是王某某实施了一系列行为，并且最终“支出现金”，王某某应当为这十笔的主犯。而与王某某相比，葛某某在这十笔中仅仅是“指使虚开”（葛本人还不全认可），

没有实施其他具体行为，尤其是没有“将款支出”（占有）。无论从行为还是作用，特别是结果上看，都应当认定葛某某实施了次要的行为，应为十笔中的从犯。不能因为葛某某是行长就必然是主犯。此案又不是集团犯罪，葛某某怎么可能明知别人贪污，还要指使虚开收据让别人贪污？葛某某怎么应当成为别人贪污的主犯，并为别人贪污的行为承担全部责任呢？！贪污犯罪，是非法占有公共财物的犯罪，不把谁占有款项作为最主要的行为，还谈什么主、从犯呢？

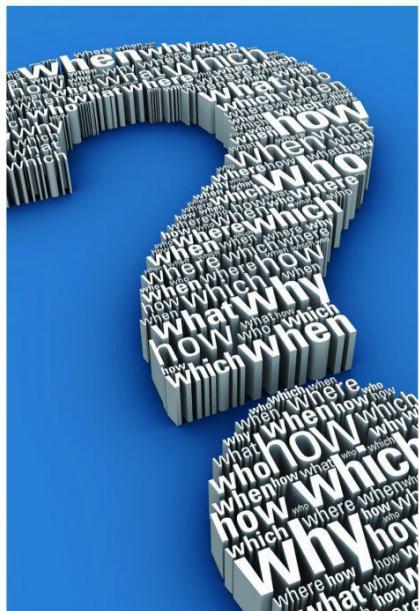
应强调的是：此案不存在共同贪污性质。案中三名被告人共同签字、审核、批准报账的行为是所有单位财务制度的规定要求，不是三人共同商量的贪污手段。因为三被告人主观上没有共同贪污的意思联络，即商议共同或个人将公款占为己有的“犯罪联络”，客观上也没有实施相互分工、相互配合、共同分赃的贪污行为。明显不符合共同犯罪

的构成要件。判决认定三人共同贪污犯罪实属主观推断，客观归罪。

(六) 检察院、一审法院竟然拒绝对被告人王某某的原始流水账本进行调查核实，实属违法！

起诉期间，银行工作人员又发现了王某某的原始账本，该账本记载了多年来数笔收据的花销情况。这是一个多么重要的证据，必须认真依法查清。被告人王某某不可能明知自己以后会被逮捕，而提前数年做假账，为自己将来开脱罪责。因此，该原始流水账本具有相当的客观性、真实性。从账目记录的内容看，该账目内容已涉及到判决的七笔犯罪事实（40万元中第1、3、5、7、8笔；62万元中第7笔；76万元中第2笔）。对此，本案辩护人向检察院以及法院提出了核实新证据的申请，但检察院、一审法院均不予理睬，违反了刑诉法第39条、192条的规定：辩护人认为被告人无罪或者罪轻的材料未提交的，有权申请检察院、人民法院调取新的物证，申请重新鉴定。

令人不解的是，检察院没有将该原始账本作为证据立案，没有开庭出示，更没有让被告人、辩护人进行质证、辨认，但一审判决却在40万元第5笔，以及自己否定的起诉书指控的第19笔中作为证据使用！严重违反刑诉法解释第63条关于“证据未经法庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，不能作为定案的根据”的规定。



(七) 关于葛某某的自首问题。

一审判决认定：“葛某某案发后虽主动投案，但只交待了部分犯罪事实，不能如实供述自己的全部犯罪行为，不符合自首的构成要件”。一审法院怎么可以自己编造自首的规定？！

最高院法释〔1998〕8号《关于自首问题的解释》明确规定：“（二）如实供述自己的罪行是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实”。可见，法律规定的是“主要犯罪事实”，不是“全部犯罪行为”！最高院《刑法解释与适用》也说明：“关于被告人认罪的含义”，是指：“被告人对指控的基本犯罪事实无异议，即可以认为是被告人认罪”，并且还进一步解释：“并不要求被告人完全同意检察机关的指控”。可见，法律规定的是“基本犯罪事实”，也没有规定“全部犯罪行为”！

另外，法律还规定了“主要犯罪事实”的内容：“犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述部分犯罪的行为，认定为自首”（按一审判决，此情节也不是自首！），“共同犯罪的案件中的犯罪嫌疑人，除如实供述自己的罪行，还应当供述所知的同案犯”（这里强调自己“所知的”！），“主犯应当供述所知其他同案犯的共同犯罪事实”（这里强调的也是自己“所知”的！）。可见，法律都没有规定“全部犯罪行为”！

一审判决自己编造自首规定以及构成要件，再认定被告人不符合这个规定与构成要



件，然后不认定被告人自首。这种作法真让人不可理解。

此案葛某某主动投案后，做到了如实交代自己的“主要犯罪事实”、“基本事实”，即：承认起诉书指控的“虚开单据支出现金”的主要事实；承认有些是自己让他们虚开的收据；承认参与此案的还有王某某、戴某某等人；承认是自己批准的，甚至还表示自己应当承担领导责任，他们不应当承担责任，即没有推卸自己的任何责任。葛某某的行为完全符合法律关于自首的规定，应当依法认定其构成自首。

此案的关键问题是：葛某某虽然承认了“主要事实”、“基本事实”，但他辩解：全部现金都用于单位的不能正常报销的开支中，自己的行为到底构成什么性质他说不清，但自己与他人都没有非法占有已有。被告人对自己行为性质的辩解，是否影响自首成



立？答案也是明确的。根据最高院司法解释规定：“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。被告人对行为性质的辩解不影响自首的成立”（法释【2004】2号批复）。

另外，此案辩护人是以无罪辩护的，按道理不好再强调自首问题。但是，如果法院否认辩护人的无罪辩护，认为葛某某等人的行为构成犯罪，那么就应当在认定葛某某构成犯罪的前提下，依法考虑葛某某是否符合自首。如果符合自首条件却不认定自首，就违反法律规定，属于认定事实错误，适用法律不当！如果以被告人辩解“没有将款据为己有”为由而不认定自首，就是强迫被告人自证其罪！就是违反刑诉法“尊重和保障人权”的基本原则的！

（八）此案最核心的问题：判决中没有葛某某等人将公款“非法占有”的任何证据！

认定贪污必须依据贪污罪法定的构成要件，其中核心要件就是：被告人必须将支出的现金“非法占有”。此案葛某某等三名被告人以及数名证人，没有任何一个人供认和证明款项被某个被告人“非法占有”！检察院的起诉书也没有指控一笔款项是被某个被告人“非法占有”，只是认定了：被告人“在40万元中支出”、“在62万元中支出”、“在76万元中列支交给葛某某”。一审判决的事实中仍然没有认定哪个被告人将款“非法占有”，也只是认定“在40万元中套取现金，将该款给葛某某”、“在62万元中套取现金，将该款交给葛某某”、“由王某某、戴某某背书后予以支出”。特别是判决书主文更没有最终确认三被告人将款“非法占有”！可以看出，起诉书、判决书都在回避现金被谁“非法占有”这个贪污罪的法定构成要件。

“支出”、“套取”以及“交给”葛某某、王某某，并不是贪污罪的法定构成要件，要认定是否构成贪污罪，还必须认定款被“支出”、“套取”以及“交给”葛某某、王某某后，葛、王是“用于单位”还是“非法占有”。只有认定了谁非法占有，才能认定谁构成贪污犯罪！

总之，此案判决中没有关于任何被告人“非法占有”款项的证据！因此，葛某某等人贪污的罪名依法不能成立！另外，依据三被告人一致供述，不能排除被“支出”的“钱都用于单位各种开支”的合理解释，不能得出他们已经“非法占有”的唯一结论。这就是一审判决最核心的错误所在。

其实，明眼人一眼就能看出，此案所涉的是违反财经制度的小金库的取款报销方式。为了寻找单位不正常开支的经费，报销不合理的费用，许多单位都有这样的违规行为。此案的证人会计、出纳李某、韩某某、周某等人都证明：根据该行财务审核制度，超支后就不能报销，所以就用别的科目列支后用于这些开支。特别是当检察员问韩某某“你们为什么要用虚列的开支进行出账？”韩答：“因为我们单位财务每个科目的钱是固定的，到每年年底，我们就把有余额的科目，用虚列开支票据套出来，用于其他开支”（公九 P31）。他们道出了此案的性质。政法机关应当严格区分贪污犯罪与违反小金库财经制度的违法行为的界限，严格区分罪与非罪，使真正贪污的人受到追究，不能把违规的人当成犯罪处罚！





雪夜之羊 THE POWER OF PUBLIC WELFARE

文/言企



二〇〇九年隆冬的一天
事务所内忙碌如常
一位老人怀揣着心事和一个鼓鼓的布包
走进了李飞主任的办公室

“老人家，你找我有什么事？”
“李主任，求你救救我的儿子！”

原来这位老人的儿子
涉嫌故意杀人罪
被控入狱已多时
老人坚信娃清白
千里迢迢到省城，来见这位赫赫有名的大律师

一番长谈，一人流泪，一人蹙眉
细细思量，这案子真有冤枉
“老人家，你放心，你儿子的案子我接下”

听闻这话，老人扑通一声跪地上
皲裂黝黑的手
掏出早已捂热的棉布包
“李主任，这些钱你收起”
“李主任，你别嫌少，为了救儿子，
我把几亩水浇地卖了”

只见那不见颜色的方布包里
露出零零碎碎、新旧不一的钞票
李主任见状心头一紧，扶起老人，直摆手道



“老人家，我怎么能要你的卖地钱”

“这案子，我所免费援助你”

“地，你快去赎回来”

几个不眠夜，几轮阅卷
几多思考，几番讨论
一个成熟的辩护思路终于成形

转眼到了开庭的日子
高寒地区下起鹅毛大雪
一切都很顺利
唯独回程时被大雪困在了路上

路边旅馆中夜宿一晚
清晨的阳光把雪照得透亮
老人在屋外早早等候
他的肩上还扛着一只羊
“李主任，谢谢你”
“说什么你也得收下这只羊”



看着老人肩上还未化完的雪
李主任已经松开的手
又将老人的手紧紧握上
雪夜送羊
这是百姓对援助律师的感谢
也是他们对法律援助的热望

你是否听说过这样一位律师
在去忻州开庭的路上
遭遇车祸仍忍痛前往
只因为等待她的
是一个无依无助的男孩儿

你是否听说过这样一位律师
为患尘肺病的农民工
义务奔企业，下煤矿
跑仲裁，找法院
差点把工伤认定部门的门槛磨光
历经三年寒暑
最终讨回二十五万元赔偿
让农民工的眼泪在眼眶里直打晃

你是否见过这样一群律师
无论面对三月的料峭
还是十二月的冬寒
带着对法律的信仰走上街头
把一个又一个法治宣传日过得像自己的节日
一遍遍不厌其烦地作答再作答

你是否见过这样一群律师
他们经常出现在电视节目和广播里
也许是您开车路上常听的《法律援助热线》
也许是妈妈爱看的《一拨就灵》
从他们的话语里
您总能知道哪些事情一做就违法
您总能知道自己拥有什么权利

对，这就是黄河律师



十三年一千三百二十四件援助案
 百余名律师共参与；
 八百二十二宗刑事辩护
 一人被无罪释放，十人被死刑改判
 六十八人被判缓刑，四百余人被减刑或从轻处罚
 这是黄河律师为法治与正义贡献的力量

无论是富有还是贫穷
 生命只有一次
 自由同样可贵
 所以黄河律师迸发了敢移泰山的力量
 无论是富有还是贫穷
 权利需要保障
 正义需要伸张
 所以黄河律师挺起了维护贫弱的脊梁

一面面锦旗
 道出了受助人的感激
 “全国法律援助先进集体”
 见证了黄河律师的成绩

但是这里只是开始，
 黄河律师的目标还在更远的地方

老人的儿子最终被无罪释放
 而黄河律师会一直铭记
 那个雪天里的羊的故事。



THE COLOR OF LIFE
生活的颜色



周效芬

毕业于兰州大学法学院，获法律硕士学位。主修房地产建设
工程相关法律，在该领域法律事务方面拥有丰富理论和实践经验，
并办理过数起成功案例。业务领域：房地产、工程建设、交通事故、
婚姻家庭法律事务。

电话：0351-7552102 手机：18234022889 Email: 445648237@qq.com

毕业几年来总在不断搬家，总是没有机会
把这个装满零碎物品的箱子好好的整理一下。
下雨天百无聊赖，准备把这个箱子给腾出来，
再把里面的东西整理一下。箱子里是大学时候
的一些笔记、书籍，还有几件舍不得扔的小工
艺品。把它们依次放置在书架上，一个小型的
色块模板从一本书里滑落了下来。这是一个普
通的色板，按照各种图案分出各种颜色，是大
学时候的一个好友送的。“这个送你，希望你
以后的生活如它一样色彩斑斓”，还记得她送
我时的表情，玩笑中透露着郑重。毕业三年多，
我们已经很少联系，只是偶尔打个电话，说一
些无关痛痒的笑话——就像我们的日子过得真
如那块色板一样五彩斑斓。

也不知道是心灵感应还是什么不可解释的
缘由，一天后我接到好友的电话。她说现在的
日子就像北方的冬天，总是雾茫茫的，万人置

身于大型灰炉中，任何一种颜色都加入了灰色的
成分。她说她的生活色块已经就剩下灰色了，让
我帮她找找生活的色块在哪里。其实好友毕业后
就职于政府部门，不能说是捧上了金饭碗，却也
没有生活压力，日子安逸稳定，是现在许多人梦
寐以求的生活。可是她说她每天上班都在重复同
样的事情，面对一样的面孔，每天在评职称的压力
下工作；回家后还要面对一堆家务，生活已经
成了不断重复既定程序。她说羡慕律师的工作，
有钱有闲，能够实现自我价值。

我不知道天底下有什么工作是真正的有钱有
闲没有风险的。但我知道这个有钱有闲的工作绝
不是律师。大家平时看见的是律师每天只需要动
动嘴皮子就能动辄收入几万的代理费，但是谁又
知道这个律师为了案子冒了多大的风险去调查取
证，跑了多少趟法院跟法官沟通案情，在短短几
千字代理词的背后又有多少个彻夜未眠。在我们



没有深入了解一个行业时，我们只能看见它的光鲜。所以在你还没有完全看到某项工作的艰辛之前，不要妄言热爱它。因为热爱不是在真空状态下想象出来的词汇，而是在日常生活中的一种默默的坚持。我不知道好友的工作是怎么样的无聊、重复。我只知道，那是她当年自己的选择——一份在无数次的公务员考试后，终于被国家体系接纳的工作。也许现在的工作不是她所喜欢的，但不一定律师就是她的热爱。

“我们活着是因为热爱，我们结婚是因为相爱”，这是在大学校园里，几个臭味相投的人，站在最简单的立场，为以后的生活设定的一个基准。我们年轻的时候可以站在自认为最安全、最纯净的地方评判这个社会的丑恶、肮脏，甚至藐视别人的匆忙以及拥挤。但是当我们真正踏足社会这个舞台的时候却不知道该迈

哪只脚，更别提驾驭生活。其实许多的事情是在我们真正的接触后才能知道是否能够坚持下去，然后才能谈是否热爱它。就像律师这个职业，只有真正做过律师的人才能知道其中的滋味。不管是否有苦都会坚持的人才能谈热爱。因为“热爱”是在你实际接触之后还是想要坚持之时，才能去谈的话题。因为热爱中不光有一时的热情，更有持之以恒的耐性。

生活的真正样子从来都是忙忙碌碌，没有一种生活可以让你天天晒着太阳享受高薪，即使有也可能变成生命中不能承受之轻。我们说停下来，在真实的生活中找找梦想的模样没有错，但是真正的模样并不在别处，最终还是要还原到真真实实的生活中，还原到令你感动的那些瞬间。只有你真切体验过生活，才能品味到它的色彩斑斓。

2016 我想和这些“宝宝”谈谈



王 瑞

拥有两年在IT外企公司从业的工作经历，深悉外商投资、国际贸易、知识产权保护等法律知识。2013年成为我所专职律师后，专注于刑事辩护业务，思维严谨，口头表达和逻辑思维能力强，具有较强的独立分析和综合判断能力；办案严谨负责，认真细致，能在被授予的权限范围内为委托人争取最大的合法权益。业务领域：刑事辩护、知识产权、涉外诉讼。

电 话：0351-7552376
手 机：13485342971
Email:tieqixiawr@
hotmail.com

“光阴似箭”是我最喜欢的成语之一，自打从小学三年级范文《难忘的一件事》里初识，便深深爱上，成为无数考试作文的无脑开头。相比于“岁月如梭”带给人的那种有如“慈母手中线，游子身上衣”的乡愁与眷恋，我觉得光与箭的意象更像是一位纵横江湖一生孤寂的大侠看透了这世间的情仇恩怨。不管怎样，2015年的日子一去不返，同行的还有那些曾经气贯长虹的杠杆牛市、人声鼎沸的扫码大街、如饥似渴的创投机构、红极一时的互联网金融，剩下的是苟延残喘、人去楼空、抱团取暖、一地鸡毛，以及我们的2016。

当我们以为，在经历了资本市场的跌宕起伏之后，2015的最后一月终于偃旗息鼓，可以安稳收场的时候，e租宝倒了。15个月90万用户，750亿投资，机场、车站、球场、CCTV……满大街都是广告的e租宝倒了。其实P2P平台跑路消失在这一年里早已变得稀松平常，但由于一些缘由，还是让我关注。年初时候，朋友问我钰诚集团这么干能撑多久，我笑谈也就是一年，没想到一语成谶。关于互联网金融的商业模式，估计每个小区的大爷大妈都能从临街商铺的理财顾问口中听到不同的版本和花样：像泛亚交易所这样稍微动了点脑筋的，如果还请到各路学者前来站台，就已经算是高手了；至于大大集团，单单从名字来说，就不仅犯讳，而且让人一度认为就是一个卖泡糖的。其实所有的模式就是一句话——“阿姨，您看现在银行利率这么低，买我这个的收益是它的十倍。这期马上就卖完了，您还犹豫什么？”

我们不敢确定这个世界上有没有超越经济周期的商业模式，但可以确定这个世界上没有欠债一定还得起的民间借贷。毕竟经营有风险，投资需谨慎。我相信一些高举金融创新旗帜，游走在灰色地带的从业者们一开始也没打算直接圈钱走人，可是逾期的金额越来越大，坏账的标的越来越多，再加上时不时搞个资金池，补了别人

的窟窿却终究补不上自己的，没有退路的他们只能撂下挑子兵行险招。说到底，互联网是底层人士的集体狂欢派对，金融却是所谓精英的私人俱乐部，从来只有高帅富闲得无聊去民间体验生活，没有普通人可以轻易混到上流社会去改变人生。

当野蛮生长的互联网金融在一片花团锦簇欢乐祥和中刚刚孕育出丰满的理想，那些由天生的原罪与后天的贪婪共同编制而成的桎梏却已牢牢缚住了从业者们的翅膀。几只白天鹅从水面划过，留下粼粼水波和投资者的手足无措。企业经营者往往充满冒险精神，成功了就是企业家；而P2P的问题在于，平台经营者在用理财用户的钱冒险，这种冒险既缺乏约束，又不容易被发现。

2016，我想和这些“宝宝”谈谈。当完善了风控、规范了流程、减少了线下团队却成本高企，当提高了门槛、加强了监管、透明了操作却人气不再，你们是否还能依然彪悍地面对这个太阳每天照常升起的世界？



2016年一季度 新法汇总

法律>>>

2016年2月26日，《中华人民共和国深海海底区域资源勘探开发法》经中华人民共和国第十二届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过，自2016年5月1日起施行。该法分七章，共计二十一一条，涉及勘探开发、环境保护、科学技术研究与资源调查、监督检查、法律责任等内容，是第一部规范中国公民、法人、其他组织在国家管辖范围以外海域从事深海海底区域资源勘探、开发活动的法律。我国是《联合国海洋法公约》的缔约国，本法的施行除满足我国现实立法需求外，也是我国切实履行《联合国海洋法公约》义务的体现。

2016年3月16日，《中华人民共和国慈善法》由中华人民共和国第十二届全国人民代表大会第四次会议通过，自2016年9月1日起施行。该法分为十二章、一百一十二条，是我国的首部慈善法，开启了中国依法治“善”的时代。在内容上，该法对慈善活动进行明确界定，同时在规范慈善组织设立运营、慈善财产来源和使用、开展慈善服务、促进慈善事业发展等方面作出规定，明确了信息公开、监督管理等措施，强化了法律责任，提高了相关违法行为的违法成本，为慈善活动的开展提供了指引，为做好慈善工作提供了法律保障。

行政法规>>>

2016年2月6日，国务院公布了《国务院关于修改部分行政法规决定》，自公布之日起施行。该决定经2016年1月13日国务院第119次常务会议通过，对包括《中华人民共和国企业法人登记管理条例》、《中华人民共和国道路运输条例》、《机动车交通事故责任强制保险条例》等在内的66部行政法规的部分条款予以了修改。该决定系国务院对取消和调整行政审批项目、价格改革和实施普遍性降费措施涉及的行政法规进行清理、修改之后作出的，目的是依法推进简政放权、放管结合、优化服务改革。

2016年3月10日，国务院公布了《全国社会保障基金条例》，自2016年5月1日起施行。该条例经2016年2月3日国务院第122次常务会议通过，是全国社会保障基金自2000年设立以来，首个有关全国社会保障基金的条例。条例规定，全国社保基金由中央财政预算拨款、国有资本划转、基金投资收益等资金构成，用于补充和调剂人口老龄化高峰时期养老保险等社保支出，并明确了基金投资运营和监督、风险管理等制度，强化了审计、公开等监管措施。

司法解释 >>>

2016年2月15日，最高人民法院公布《最高人民法院关于对人民法院终结执行行为提出执行异议期限问题的批复》（法释〔2016〕3号），自2016年2月15日起施行。该批复针对湖北省高级人民法院《关于咸宁市广泰置业有限公司与咸宁市枫丹置业有限公司房地产开发经营合同纠纷案的请示》作出，于2015年11月30日由最高人民法院审判委员会第1668次会议通过，内容为“当事人、利害关系人依照民事诉讼法第二百二十五条规定对终结执行行为提出异议的，应当自收到终结执行法律文书之日起六十日内提出；未收到法律文书的，应当自知道或者应当知道人民法院终结执行之日起六十日内提出。批复发布前终结执行的，自批复发布之日起六十日内提出。超出该期限提出执行异议的，人民法院不予受理。”

2016年2月22日，最高人民法院公布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》（法释〔2016〕3号），自2016年3月1日起施行。该解释于2015年12月10日由最高人民法院审判委员会第1670次会议通过，共二十二个条文，重点内容包括不动产登记与物权确认或基础关系争议，预告登记的效力，特殊动产转让中的“善意第三人”，发生物权变动效力的人民法院、仲裁委员会的法律文书的范围，按份共有人优先购买权的司法保护，善意取得制度的适用等六个方面。



2016年2月24日，最高人民法院公布《最高人民法院关于海事诉讼管辖问题的规定》（法释〔2016〕2号），自2016年3月1日起施行。该规定于2015年12月28日由最高人民法院审判委员会第1674次会议通过，主要对三个方面的内容进行了调整：一是扩大了部分海事法院的管辖范围，二是将海事行政案件重新纳入海事法院管辖，三是对管辖异议案件的救济渠道作出了新的规定。该规定的出台是“一带一路”建设和长江经济带发展规划两个重大国家战略在我国海事司法活动中的体现，旨在完善海事诉讼管辖制度，推进海事司法改革，提升海事案件审判质量，为沿江沿海经济的发展提供充分的司法保障。

2016年2月24日，最高人民法院公布《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》（法释〔2016〕4号），自2016年3月1日起施行。该规定于2015年12月28日由最高人民法院审判委员会第1674次会议通过，对2001年9月11日颁布的法释〔2001〕27号《关于海事法院受理案件范围的若干规定》作了两个方面的修改，一是对“2001年规定”的63项海事案件类型作少量适当调整；二是重点在原有规定63项海事案件类型基础上增加45项案件类型，将海事案件类型增加至108项。增加的案件类型主要是四类：一是传统航运贸易中新出现的民商事纠纷案件；二是海洋开发利用和海洋生态环境保护类民商事纠纷案件；三是民事诉讼法修订后和海事诉讼实践中新出现的程序性案件；四是具体细化海事行政案件类型。

2016年3月21日，最高人民法院公布《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》（法释〔2016〕1号），自2016年4月1日起施行。该解释于2016年1月25日由最高人民法院审判委员会第1676次会议通过，共计三十一条，主要涉及权利要求解释、间接侵权、标准实施抗辩、合法来源抗辩、停止侵权行为、赔偿额计算、专利无效对侵权诉讼的影响等专利审判实践中的重点难点问题，此外还对近年来倍受关注的功能性特征、标准必要专利、禁止反悔规则、发明专利临时保护期等问题作了规定。

山西黄河律师事务所

2015年十件大事



2015年3月起，我所为山西省重点建设项目“长治到临汾高速公路项目”提供安全生产专项法律服务。这是我所首次为重大建设项目提供专业性较强的专项咨询服务。

“七一”期间，我所党支部及党支部组织委员白晶，党员律师王景春、刘丽风分别被中共山西律师行业党委评为“优秀党支部”、“优秀党务工作者”、“优秀党员律师”称号。

9月10日，中欧法律援助合作项目高级考察团一行十九人，在司法部法律援助中心主任左秀美及山西省司法厅有关领导的陪同下到我所交流座谈。我所法律援助工作的成果和经验介绍给考察团成员留下深刻印象。

10月9日至11日，我所组织包括总所、呼和浩特分所在内的全体员工，前往革命圣地延安开展“传承革命精神，同心共筑中国梦”主题教育活动。

10月16日，由我所工会主席段凡生律师带队，税务专家薛建兰律师牵头，我所专家委员会专家、执业二十年以上律师共十五人前往台湾进行为期八天的业务交流与游览。期间，专家们到台湾地区2015年度最佳事务所“寰瀛律师事务所”进行了“开拓视野，增进交流、搭建合作平台”为主要内容的交流座谈，并提出了构建两所合作平台的框架意向。

11月，我所“商标数字证书”申请经国家商标局审核通过。至此，我所可以通过网上通道代理当事人进行商标注册申请，开拓了商标代理服务领域。

11月15日，我所主任李飞作为山西省公益事业促进会的副会长应邀参加“2015山西省公益慈善论坛”，本次论坛以“倡导社会正能量，以公益慈善践行美丽中国梦”为主题，李飞主任就公益事业的发展方向、企业家的社会责任相关法律制度的完善进行了主题发言。该会的法律服务部设在我所。

11月28日，在山西省律师协会成立30周年纪念大会上，我所李飞、白建芳、段凡生、段福升四位律师被授予“光荣从事律师工作30年”银质纪念章。同时，我所被授予“诚信执业、坚守法治”主题实践教育活动先进单位称号。

我所积极适应法律服务采购方式的新变化，2015年共参加法律服务招投标项目16个，法律服务入库项目16个，共计32个。

以项目组方式提供法律服务是我所团队化服务的独特模式，继已有三佳和伊泰两个项目组之后，2015年又拓展了民生银行和朔州人保两个项目组，并得到了客户单位的赞誉。



我所举行

精彩黄河

2015年度年终总结暨表彰大会



2016年1月18日，我所举行2015年度年终总结暨表彰大会，对我所2015年度的工作开展情况及2016年度的工作规划进行了总结和展望，并对在2015年的各项工作中有突出表现的7个团队、20名个人以及“2015年度黄河所典型案例”的承办法律师进行了表彰和奖励。

大会先由业务主管李继军宣布我所评选出的“2015年度黄河所典型案例”。会上，工会主席段凡生就如何促进律师工作的积极性，科学高效的管理事务所作了《关于促进“律师创业、律业创新、律所发展”的若干意见》的发言；北京天澜智慧知识产权代理有限责任公司总经理尚继栋先生作了《天澜智慧公司介绍与发展思路》的发言。

会议进行到最后，李飞主任对我所2015年度的工作进行了全面总结，同时，他提出2016年黄河所将继续坚持“规模化、专业化、品牌化、国际化”的目标，以“专业、团队、质量、品牌、拓展”十字方针为核心全面展开工作，改革创新、锐意进取，为打造百年律所而努力。

黄河所全体员工以及北京天澜智慧知识产权代理有限责任公司、北京屿渡翻译有限责任公司员工共同参加了本次年会。会后，我所举办了迎新酒会，大家在享受美食之余还欣赏到了丰富多彩的文艺节目，参加了趣味游戏环节。在热烈欢快的气氛中，所有人共同举杯，祝愿黄河所在新的一年中取得更加瞩目的成绩。





崇尚法治

黄河
律师

山西黄河律师事务所

SHANXI HUANGHE LAW FIRM

地址：山西省太原市亲贤北街189号梅园大厦9层
邮编：030006
电话：0351-7552135 0351-7552100
网址：[Http://www.sxhhls.com](http://www.sxhhls.com)
微博：[Http://weibo.com/sxhhls](http://weibo.com/sxhhls)

山西黄河（呼和浩特）律师事务所

SHANXI HUANGHE (HUEHAOTE) LAW FIRM

地址：呼和浩特市赛罕区新华东街26号万达广场B座22层
邮编：010020
电话：0471-5193880
网址：www.sxhhls-het.com

