

## 卷首语 PRELUDE 言金 目标的力量

近日，一段万达董事长王健林在接受采访时的谈话在网上大热。他在评价一些年轻人动不动就说要做首富时说道：“有方向是对的，但是最好先定一个能达到的小目标，比方说我先挣它一个亿……”。这句“先挣一个亿”引发了网友的狂欢和出于各种心态的戏谑，也就很少有人去注意他接下来说的话：“那时我在公司里提的目标，是三年内做到一个亿。”

王健林定下三年内做到一亿目标的时候是1989年，那时他的部门主管还叫“科长”，公司连一千万的资产都没有。二十多年之后，万达集团的地产、酒店、影院已经遍布全国，每个万达广场一定是它所在城市最繁华的地方之一，甚至被称为当地的“新地标”。同时，作为万达集团的缔造者，王健林的财富早以百亿美元为计。

成功学上说，目标是成功的首要因素，目标+坚持=成功是一个基本公式。这个道理古已有之。就像家喻户晓的《西游记》的故事——取经路上，无论徒弟多么难以管束，妖怪多么狡猾诡诈，女儿国国王多么柔情万种，抱定目标的唐僧都没有忘记他的目标和使命，靠着自己的执着获得徒弟死心塌地的跟随，最终功德圆满，为东土大唐取回真经。可以说成功的基本公式在西游记里得到了朴素的诠释。

正确的目标是成功的起点。作家张德芬在《遇见未知的自己》这本书里，告诉读者一个可以心想事成的秘密，其中第一个定律是“你所向往的东西必须是命中注定该是你的，或是与你的更高目标是一致的、有利于人类社会的”。这既是在确定一个目标前要审视的内容，也涵盖了判断当下的目标是否正确的大部分要素。它的前半句听上去有点宿命论的意味，但仔细品味一番，其实是在告诫人们打消那些好高骛远的念头。

相比起成为“首富”这样的宏愿，“先挣一个亿”让目标更加具体，也更具有可预见性。过于抽象的愿望往往会让思想神游到不着边际的地方，也让人不知从何做起。相反，一个具体的目标，更容易让人找到抓手，更容易召唤出我们潜在的能量。就像在去卖场之前已决定买50吋的电视，会比毫无头绪地闲逛更有效率。

有的人在小的目标实现后就会感到非常快乐，有的人觉得能够为之持久奋斗的中长期目标才能点燃激情。不论何种情况，追求目标的过程可以带来愉悦，目标的达成可以让我们满足。正是为了追求这种愉悦和满足，人们才能不安于现状，才能不断前进。



## CONTENTS 目录

### 卷首语

01 目标的力量 | 言企

### 黄河精英

04 黄河精英 | 王景春

### 律师观察

06 侦查阶段委托辩护律师的必要性 | 赵存福

12 调岗、降薪的规范操作及建议 | 王景春

17 浅议创业公司合伙人股权的进入与退出机制 | 马香萍

23 意外伤害保险不能替代工伤保险 | 贺刘峰

26 银行贷款业务展期后原担保如何处理 | 杨眉

31 银行不良资产债权转让中通知义务的履行 | 续婷

### 实务解析

34 作者山西经济广播解析“劳动合同”的相关法律问题 | 董杰

40 著作权侵权认定标准分析 | 韩晓芳 史慧娟

44 医疗纠纷中的举证责任分配 | 李晶晶

49 解除劳动合同纠纷中时效对举证责任的影响 | 张晓莲



目 录 CONTENTS / 03

SHANXI HUANGHE LAW FIRM

扫二维码 关注我们

### 小案大法

52 县政府不是土地征收补偿的受托人 | 李继军

58 准确界定合同类型

——牵住合同案件处理的牛鼻子 | 杨云鹏

66 宅基地拆迁纠纷案例解析 | 赵秀芹

72 婚离了，债离不了 | 贺冰鸽

77 合同解除通知的效力 | 申芳

### 黄河文苑

80 驾考潜规则 | 杨燕洁

83 起华山 | 田国贤

86 梅寄乡愁 且行且惜  
——读《相逢如初见 回首是一生》有感 | 徐成厚

### 解疑释惑

88 最高人民法院《审判指导参考》解答

### 新法速递

92 2016年二季度新法汇总

### 黄河动态

96 山西黄河律师事务所一季度动态

## 黄河精英

### 王景春

ELITE OF HUANG HE



姓名 Name / 王景春  
职务 Position / 山西黄河律师事务所  
项目组主管律师  
电话 Tel / 13834556714  
邮箱 Email / wjchshi@sina.com

#### 基本情况

汉族，毕业于山西大学法学院，2006年开始执业，现担任项目主管律师。

#### 业务专长

合同法律风险管理、投融资法律事务、矿产资源类法律服务及诉讼、企业改制重组与兼并收购。

#### 执业经历

多年服务于煤矿、煤化工及有机硅等大型能源、化工企业，并从事综合性法律顾问服务，在合同法律风险管理、招投标法律风险管理、工程项目建设及投融资、煤矿开采及矿业权融资、大宗商品贸易、旅游等领域积累了丰富的经验，致力于提供专业精准的非诉法律服务，并代理所涉诉讼、仲裁业务。

#### 主要业绩

##### 法律顾问

担任山西三佳新能源科技集团公司、内蒙古伊泰集团有限公司、内蒙古伊泰煤炭股份有限公司等大型能源化工集团公司及其下属分子公司、分支机构的常年法律顾问或专项法律顾问。

##### 近年办理过的部分非诉业务

某能源集团公司短期融资券专项法律服务；  
某能源集团公司股权收益权信托融资专项法律服务；  
某集团公司与某香港公司合资成立投资公司并建设赛马场及相关产业链等专项法律服务；

某煤矿、某电厂、某水处理公司污水处理BOT项目专项法律服务；  
某有机硅化工项目污水处理专项法律服务；  
某煤化有限公司与某能源集团有限公司焦化整合专项法律服务；  
某能源集团公司、某煤炭集团公司招投标风险管理专项法律服务；  
某煤炭集团公司下属煤矿托管及生产合作运营模式专项法律服务；  
某煤炭集团公司煤制油项目EPC/EPCM合同谈判及项目融资专项法律服务；  
某煤炭集团公司、某油品销售公司合同流程管理及授权管理系统建设专项法律服务；  
某煤炭集团公司人力资源改革及用工模式调整法律风险管理专项法律服务。

#### 近年来代理过的部分诉讼业务

杨某某诉某县人民政府煤矿行政侵权、行政赔偿纠纷案；  
陕西某煤矿合作灾害治理模式下涉嫌虚开增值税专用发票案；  
某新材料公司与某集团二建、六建、十三建建设工程施工合同纠纷案；  
某风景区开发有限公司与北京某装饰工程有限公司装饰装修合同纠纷案；  
某煤矿与上海某公司、陕西某公司合同无效纠纷案；  
某集团公司与某投资集团有限责任公司、某资产管理公司融资担保纠纷案。

#### 业务领域相关研究

撰写了《关于煤矿“托管”模式的可行性研究及法律风险评估》、《关于劳务关系的规范处理及操作建议》、《关于企业以“业务外包”形式取代“劳务派遣”用工模式的法律风险评估及操作管理内控指引》、《关于合作开采煤矿的法律界定及税务处理探析》、《关于劳务派遣工退出及裁员的法律风险评估及防范措施》等多篇学术性研讨论文。



# 侦查阶段 委托辩护律师的 『必要性』

在侦查期间，犯罪嫌疑人或其监护人、近亲属对委托辩护律师有几个大的误区：误区一：“刑事案件侦查阶段律师既不能调查证据，也不能复制侦查单位的证据材料，请了也白请。”误区二：“既然案件发生了，判不判刑、怎么判刑都是公安机关、检察院、法院的事，权力在公检法手里，请律师也起不了多大作用。”误区三：“在侦查阶段找律师不如找关系‘花钱放人’，顶多在审判开庭的时候找律师辩护一下就可以了。”

这几种错误观点不仅导致许多当事人、家属上当受骗，在经济上蒙受损失，也给案件的处理带来几个方面的不利后果，如：如果嫌疑人是被冤枉的，便耽误了可以澄清案件事实的机会；失去了对嫌疑人无罪或罪轻的证据的发现机会；如果嫌疑人在看守所出于种种原因作了不真实的陈述，就耽误了在侦查阶段纠正案件事实的机会；耽误了为犯罪嫌疑人办理取保候审、监视居住、保外就医的机会。

法律规定嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，就可以聘请律师为其提供



赵存福

毕业于中国政法大学法律本科，1989年取得律师资格，具有扎实的法律理论基础和26年丰富的执业经验，尤其对刑事辩护有深入的研究，并有专著和大量成功案例。执业期间承办过各类民商事法律纠纷案件，并担任数家企业法律顾问，业务范围覆盖全国。业务领域：刑事辩护、合同纠纷、公司证券业务。

电话：0351-7552132 手机：13623663835  
Email：zhaojunfulvshi@163.com

辩护。因此嫌疑人或其家属在刑事案件被侦查后，应尽快委托律师，使律师从侦查阶段就介入案件，及早会见嫌疑人，了解案件情况，为其提供法律帮助和辩护。笔者作为一名多年的刑事辩护律师，总结了以下经验，认为刑事辩护律师在侦查阶段可以发挥的作用有以下几点：

## 一、与犯罪嫌疑人充分沟通，澄清案件事实，准备辩护思路

在刑事侦查阶段，被采取强制措施的嫌疑人除个别“江湖老手”外，大多数在第一次被羁押后面临的最大问题是难以适应看守所的环境以及侦查人员对案件事实的讯问。以笔者多年的办案经验来看，导致讯问笔录不能全面客观的反映嫌疑人真实意思的原因有以下点：

### 1、“不规则讯问”

这个“不规则讯问”包含的内容很多，包括讯问时间、提问的地点、提问的方式、提问的手断、提问的次数等都与我们日常的工作和生活中的谈话存在时间上的、空间上的、反应能力上的差别，使犯罪嫌疑人的思维难以适应，回答讯问的结果可能与案件客观事

实存在偏差。

### 2、侦查人员对嫌疑人的讯问一般都是有罪讯问，无罪、罪轻讯问被忽视

虽然法律规定侦查人员在办理案件时，应当全面、客观地收集犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪重或者罪轻的证据，但是他们往往做不到，这是由侦查人员的工作特点决定的。侦查人员的职责就是代表国家追究嫌疑人的犯罪行为，所以在对嫌疑人进行讯问时，整个讯问的过程是以怀疑或者认为嫌疑人构成犯罪为前提的，讯问的主题是以模拟嫌疑人的行为如何构成犯罪为轨迹而展开的，讯问的目的是以认定嫌疑人构成犯罪的事实和证据为中心的。这样讯问的结果就是可能会忽视和遗漏对嫌疑人无罪、罪轻的事实和证据的讯问，更不会在讯问笔录中有所记载。

### 3、嫌疑人不懂法律

侦查人员对嫌疑人的讯问不同于我们一般人的日常交流，是按照法律规定的犯罪构成和追究程序进行的。

由于大多数嫌疑人不懂得构成犯罪的刑法理论、构成具体犯罪的法定条件以及追究犯罪的合法程序等法律知识，所以在回答讯问时不能准确陈述符合罪轻条件的事实，甚至将本来无罪的案件陈述为有罪。事实上，大多数人都无法正确、适当、符合法律逻辑地陈述案件事实。

**4、侦查人员为了取得嫌疑人有罪的口供，有可能采用“刑讯逼供”、“引诱”、“欺骗”、“威胁”等不合法的手断进行的讯问**

这种讯问虽然是违法的，但是这样的案例在日常生活中时有发生，“呼格吉勒图案”、“余祥林案”就是“刑讯逼供”的例证，而引诱、欺骗、威胁等手断也是不断被使用。随着我国法治的不断进步，这样的案例会越来越少，但是我们还是必须随时提防它的发生。

正是由于上述原因，往往使一些嫌疑人在接受讯问时，难以对案件进行准确的陈述，无法判断如何回答是“错的”，如何回答是“对的”，因此作出了不利于自己的口供。也有的嫌疑人在接受讯问时，为了回避自己认为不利的事实和罪名，作出触犯更重的罪名的陈述，又或者作出自相矛盾的回答，招致侦查人员的不信任，为案件的处理带来不利的影响。

法律规定嫌疑人可以在侦查阶段聘请律师，就是要通过辩护律师的会见，给嫌疑人获得辩护的机会，就是让嫌疑人在律师的帮助下将那些在第一次讯问过程中由于种种原因没有陈述清楚的案件事实进行完善和补充。辩护律师在会见中可以告诉犯罪嫌疑人如何实事求是地陈述案件发生的全部事实（包括案件发生的原因和背景，案件发生的过程，案件发生以后嫌疑人对案件涉及的人或事采取了什么行为等）。通过辩护律师会见，嫌疑人可以搞清楚哪些案件细节对自己有利，但是在第一次讯问时又没有回答清楚或者回答的不妥，需要在再次接受讯问时予以合理补充。同时，辩护律师可以根据法律规定为嫌疑人进行法律咨询，依法为嫌疑人指明其案件在事实方面的什么行为是合法的，什么行为是犯罪或者违法的，什么行为构成什么罪名，以及是否存在从轻、减轻等情节，让嫌疑人自己懂得其行为究竟是否构成犯罪、构成何种犯罪和犯罪情节的轻重程度。还可以让嫌疑人懂得如何根据自己的案件事实为自己进行合理、合法的辩护。通过辩护律师与嫌疑人的会见，双方可以形成共同的辩护思路，为审判阶段的法庭调查和法庭辩护作好充分的准备，使嫌疑人的辩护权得到充分的行使。因此，侦查期间聘请律师是非常必要的。

## 二、为嫌疑人发现、收集证据信息，防止证据毁灭

如前所述，虽然有法律规定，但侦查人员为了追究嫌疑人的刑事责任一般只着重收集对嫌疑人不利的证据材料，很少主动调查对嫌疑人有利的证据线索，并且这种情况已成为侦查的陋习而难以杜绝。侦查阶段有辩护律师的参与，可以根据法律的规定收集有关犯罪嫌疑人不在现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负责任的精神病人的证据，并及时告知侦查机关，也可以向有关部门申请调取对嫌疑人有利的证据，防止证据被忽视或因时间太久而灭失。

## 三、防止侦查人员对嫌疑人进行“引诱”、“欺骗”、“威胁”式讯问或者“刑讯逼供”，对非法取证行为提出控告

辩护律师通过会见嫌疑人，在与嫌疑人进行全方位的交流以后，可以了解到侦查人员在讯问时是否进行了引诱、欺骗、威胁甚至刑讯逼供的非法讯问，进行了何种非法讯问，以及在讯问笔录中有哪些“口供”是在非法讯问下产生的，并对嫌疑人陈述的相关情况进行记录，然后进一步核实其真实性。

——首先是对“案卷笔录”进行前后内容的比对，在律师掌握一定的事实证据以后，依法向侦查单位提出书面反映，依法向有关部门提出控告，依法对有关侦查人员提出回避申请，防止该侦查人员继续对嫌疑人进行“刑讯逼供”，同时也警示其他侦查人员对嫌疑人的讯问必须合法进行。避免侦查期间侦查人员采用上述非法方法收集嫌疑人的口供，避免产生不真实的口供，为以后的法庭辩护作好证据上的充分准备，得到合理的判决结果。

有的嫌疑人或家属会怀疑，嫌疑人在律师会见之前已经向司法侦查人员陈述了案件的“全部事实”，即使有部分陈述不妥或者是因被非法讯问而违背自己的真实意思进行了陈述，仅凭律师会见又能否改变局面，对此我的回答是肯定的。一般在刑事案件中，



大多数的嫌疑人是承认案件基本事实的，但是如果司法人员对嫌疑人进行了非法讯问，导致嫌疑人之前的陈述没有表达准确，律师会见之后可以纠正之前的错误。而且律师在了解清楚情况之后，能够向有关办案单位提出非法证据排除申请，通过该程序排除非法取得的证据，维护嫌疑人的合法权益。

#### 四、稳定嫌疑人的心理和情绪

一方面，嫌疑人在被采取强制措施之后就与外界失去了联系，会非常渴望了解外面的情况。因为被强制与社会隔离，尤其是在知道“进来”就难出去、难以预料究竟会被如何判决的情况下，更是期望能与单位、朋友以及家人有一点点沟通，将自己没有完成的事情或者重要的秘密、隐私进行妥善的安排，防止给自己、家人或者他人造成损失，因此需要律师进行会见。

另一方面，被采取强制措施的嫌疑人，由于突然断了与外界的联系，尤其是失去与最可靠的家人或者朋友的联系，容易产生孤独、疑虑、恐惧的情绪。有的人因此整夜难以入眠或者患上了其他疾病，原来就患有疾病的嫌疑人病情更加严重。更可怕的是，在这种精神状态下，嫌疑人为了逃避精神上或者疾病所带来的痛苦，为了尽量减少与侦查人员见面的机会或者缩短讯问的时间，侦查人员喜欢问什么问题，他们就回答什么问题，侦查人员让他们说什么，他们就说什么，随意作出对自己不利的口供。在这种情况下，嫌疑人非常迫切地需要自己信任的人来帮助他。同时，他也非常希望了解外面家人的情况，更是期望能得到家人的信息，得到家人对他的支持，而这种信息同样需要通过律师来传达。

此外，被羁押的嫌疑人每天可以见到的人非常有限，虽然可以与监管人员、公检法人员沟通，但是由于身份和地位的差异，嫌疑人会存在“对抗”心理，对他们产生不信任的抵抗情绪，无法交流。他们还可以见到的人就是同在一个“号子”里的“监友”，但“监友”以法盲居多，社会闲散分子居多，他们的一些不当的“言论”会严重影响嫌疑人的心理，进而使其陷入胡思乱想的状态，整日恐慌、害怕、猜疑。就像笔者曾经会见的许多嫌疑人所说，“一旦进来了，又没别的事，除了胡思乱想就是胡思乱想，不然还能想什么呢？”有的人甚



至对自己的妻子和家人也不再信任，唯一盼望能与聘请的律师见面，给他一个生活的希望。

笔者认为，律师在会见时与当事人进行的情感交流和案件交流同样重要。通过与当事人在案件事实方面的交流，为其打赢官司增强信心；稳定其胡思乱想的心理状态，排除他的一切顾虑，让其全心全意作好为自己辩护的思想准备。同时，辩护律师必须纠正和开导嫌疑人的思想，防止嫌疑人在被司法机关采取强制措施后，因为恐慌害怕而产生“破罐子破摔”的心理，在回答侦查人员的讯问时语言表达不正确、案件事实陈述不清，最终产生不利的结果。

#### 五、帮助嫌疑人办理取保候审、监视居住、保外就医的手续

辩护律师通过会见，能够了解嫌疑人本来的身体状况、在看守所的身体状况以及其他有关事实情况，依法帮助符合取保候审、监视居住、保外就医条件的嫌疑人向侦查单位提出申请，办理上述法律手续。对符合条件但是侦查单位不予批准的申请，继续向上级单位反映情况。

综上所述，侦查阶段聘请辩护律师是非常必要的，律师的作用是任何人所不能代替的。维护嫌疑人的合法权益，需要律师的法律帮助和努力才能实现。



# 调岗、降薪 的规范操作及建议

## 前言：

在市场经济形势低迷，或者企业经济效益不好的情况下，企业面临经营、管理等多种困难，尤其在面对行业改革或调整、产业升级等企业重大挑战的时候，如何避免一刀切的裁员，如何协调劳资双方的和谐关系，共度难关，是很多企业必须解决的问题。很多企业选择裁员，但劳动合同建立后具有一定稳定性，劳动合同履行期内的终止或解除，对用人单位而言设置有很多条件，这既是维护稳定的劳动关系、保护劳动者合法权益的必然要求，也是限制用人单位的一种手段，用人单位操作不当将为此承担一定成本甚至惩罚性赔偿。

那么，企业能否根据经营需要及员工个人情况变化对劳动合同内容进行合理调整，尤其是对劳动者岗位和薪酬进行调整，以及怎样操作才能风险最小，是目前很多企业考虑的主要问题。

## 一、企业调岗、调薪的性质及法律依据

(一) 根据《劳动合同法》第十七条、三十五条规定，工作内容和劳动报酬是劳动合同的必备条款；用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。

(二) 调岗的直接依据：《劳动合同法》第四十条。该条虽然是对无过失性辞退的规定，但其中也明确了用人单位有主动调岗或协商调岗的选择权：

1、劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

2、劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

3、劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

(三) 调薪的直接依据：《劳动合同法》第四十七条“用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平”。

可见，企业作为市场经济主体，在调薪上有一定的自主权和主动权，在相应条件下也具有调岗的主动权和选择权，但须符合相关条件和程序。

## 二、关于调岗的规范操作及建议

### (一) 调岗的方式和条件

#### 1、协商调岗

劳动合同也是合同，经劳资双方平等协商，可以变更劳动合同约定的内容，也就是说，双方就岗位调整或变更达成一致的意思表示后，可以进行调岗。

#### 2、法定调岗（单方调岗）

根据《劳动合同法》第四十条规定的情形调岗：

(1) 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，用人单位有权另行安排工作；

(2) 劳动者由于不能胜任工作，用人单位有权单方调整工作岗位；

(3) 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，用人单位可以与劳动者协商变更劳动岗位。

#### 3、约定调岗

关于此类调岗，司法实践中存在一定争议。笔者认为，根据《劳动合同法》第三条规定，订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。这意味着，假如合同约定“可根据需要对员工岗位进行调整”，或者在合同中约定岗位调整的条件或标准，应当理解为双方真实的意思表示。劳动合同条款具有拘束力，双方均应履行。

(1) 双方在书面劳动合同中明确约定用人单位可以根据需要单方面调整劳动者工作岗位。如在“工作内容”条款中，可约定：“甲方可以根据生产

和工作需要及乙方的身体状况、工作能力和表现升、降乙方的职务，在告知及听取乙方意见后，调整乙方的工作岗位和工作内容，乙方愿意服从甲方的安排”。

(2) 双方在书面劳动合同中明确约定用人单位可以调整劳动者工作岗位的条件。如劳动者存在违反用人单位规章



王景春

项目主管律师。毕业于山西大学法学院，2006年开始执业。多年服务于煤矿、煤化工及有机硅等大型能源、化工企业，并从事综合性法律顾问服务。在合同法律风险管理、招投标法律风险管理、工程项目建设及投融资、煤矿开采及矿业权融资、大宗商品贸易、旅游等领域积累了丰富的经验。业务领域：合同法律风险管理、投融资法律事务、矿产资源类法律服务及相关诉讼、企业改制重组与兼并收购。

电话：0351-7552490  
手机：13834556714  
Email：wjc1vshi@sina.com



制度，达到何种情形，用人单位可以进行调岗。

## （二）关于调岗的操作建议

关于调岗的具体操作法律没有作出统一规定，但是一些省份出台的意见可以作为参考，笔者将相关要点归纳如下：

- 1、调岗应当满足两个基本前提：（1）双方协商一致（包括合同约定）；（2）采取书面形式（调整后须达成书面意见）。
- 2、协商变更优先，风险最小。
- 3、因劳动者不能胜任工作的调岗，用人单位应掌握充分的证据证明劳动者不胜任现有工作岗位，即该劳动者确实不能按照单位的要求完成劳动合同约定的任务或者同工种岗位人员的工作量，在实践当中需要以“岗位说明书”、“目标责任书”等文件予以佐证；劳动者被调岗后能胜任新的工作，如果不具备适任能力，用人单位还应当负责培训教育，以使劳动者能适应新的工作岗位。

4、在调岗引发的诉讼实务中，用人单位须证明调岗的充分合理性。如用人单位为增加企业竞争力而调整经营范围或生产模式需要对某些内设部门或岗位进行合理的调整，继而需要对相应的劳动者岗位进行调整等，这些情况下的调岗应当可以认定是基于生产经营的合理需要进行的。

5、根据不同岗位的薪酬标准，不同岗位的劳动报酬必然会有差别，如果要求用人单位向被调岗的劳动者支付的劳动报酬只能多于调岗前或者与调岗前完全一致，有失偏颇。因此劳动者被调岗后的工资水平可以略低于原岗位工资水平，但幅度不能过大。

6、调岗不能具有侮辱性或惩罚性，该规定的宗旨在于防止用人单位通过调岗调薪对不服从管理或与之发生纠纷的劳动者进行羞辱、处罚，或者以此手段迫使劳动者自行提出解除劳动合同，以逃避支付解除劳动合同经济补偿金的责任，达到变相裁员的目的。

7、无其他违法违规的情形。

8、调岗协商不成，应当按照劳动合同解除进行处理并依法履行相关程序、承担责任。

如广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》（粤高法【2012】284号）第22条作了如下规定：“用人单位调整劳动者工作岗位，同时符合以下情形的，视为用人单位合法行使用工自主权，劳动者要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持。（1）调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要；（2）调整工作岗位后劳动者

的工资水平与原岗位基本相当；（3）不具有侮辱性和惩罚性；（4）无其他违反法律法规的情形。”

## 三、关于调薪的规范操作及建议

### （一）调薪的方式和条件

根据《劳动法》第四十七条的规定，企业可就工资分配方式和工资水平享有一定分配自主权；调整的依据是本单位的生产经营特点和经济效益（如经营特点发生变化，或者经济效益下滑）。

据此，调薪的方式有：

1、根据企业生产经营特点和经济效益进行重新设定。

2、协商变更：即用人单位与劳动者协商一致，变更劳动合同约定的劳动报酬，并通过书面的形式予以确认。

3、单方变更：

（1）根据前述劳动合同法第四十条，以调岗方式进行调薪：这一条是基于“以岗位调整合法为前提，岗变薪变”的原则。



(2) 由于劳动者违反用人单位规章制度，用人单位按照规章制度给其降职降薪处罚。至少应满足以下三个条件：

A、首先要求用人单位必须要有存在明确的规章制度，并明确列举按照降职降薪处理的具体情形，且不违反法律规定和一般合理；

B、规章制度的制定要符合法定的程序，比如经过民主程序和公示程序。

C、有充分的证据证明劳动者存在违纪行为。

(3) 采取结构性浮动工资，在约定范围内进行调整：用人单位可以在劳动合同中约定工资构成由固定工资和浮动工资组成。固定工资包括：基本工资、岗位工资、职位工资、技能工资；浮动工资包括：绩效工资、奖金、提成等。浮动工资在劳动合同约定范围内可以进行调整。

(4) 其他情况的单方变更。

在实践中，一些地方解释及司法判例支持用人单位在劳动合同中特别约定的用人单位单方调岗调薪权。例如上海市高院民一庭《关于审理劳动争议案件若干问题的解答》第15条：“用人单位和劳动者约定，用人单位有权根据生产经营需要随时调整劳动者工作内容或岗位的，双方为此发生争议的，应由用人单位举证证明其调职具有充分的合理性。用人单位不能举证证明其调职具有充分合理性的，

调岗调薪无效，双方仍应按原劳动合同履行。”

## (二) 关于调薪的操作建议

1、调薪属于《劳动合同法》第四条规定的涉及劳动者切身利益的重大事项，在重新设定或调整时应当符合平等协商确定程序、协商修改完善程序、告知和公示程序。

2、调薪不得违反法律禁止性规定，如同岗同酬、最低工资保障等。

3、劳务派遣关系中的降薪，主要考虑企业与派遣公司签署的用工协议中是否约定了派遣工的固定薪酬。（1）如果有明确约定，则建议首先考虑与派遣公司签署相关变更协议，再由派遣公司及企业先后（或共同）向涉及的员工（或员工代表）开会说明整体市场环境下滑、企业需要降薪的情况，允许员工自主选择是接受降薪还是主动离职，并签署知情同意书。（2）如果没有明确约定，则以沟通、协商变更为原则。

在向派遣员工开会说明过程中，应注意以派遣公司为主，以突出派遣公司的用工主体地位：员工签署同意书，也应当与派遣公司签署。

### 4、针对正式合同制员工的降薪

企业拥有决定降薪的自主权，应满足上述关于程序合法和实体不违法的要求。

此外，对于正式员工的降薪，建议在部门调整——岗位调整——工资调整（降薪）的顺序下进行，相对比较容易被接受。如果不调整岗位而降薪，则应考虑在（1）全员等比例降薪，或（2）工作量减少的情形下进行。

### 5、操作防范措施：

(1) 确保降薪方案对岗不对人，保证形式、内容合法合规。

(2) 做到降薪方案的制定、协商、公示、告知等全过程留痕，做好归档工作。



马香萍

毕业于山西大学法律系，多年央企建筑工程企业管理及高校法学教学工作经验，曾受聘于数家大型国企及私营集团公司担任常年法律顾问。从业以来积累了丰富的建筑工程法律实务及公司日常法务、投融资等业务经验，办理过多起复杂民商事诉讼及非诉案件。业务领域：建筑工程、房地产类法律事务；公司（日常法务、重大合同谈判、投融资、兼并重组等）、证券、金融类法律事务；资源类法律事务；知识产权类法律事务等。  
电话：0351-7552490 手机：13073573089  
Email：sxmfp@126.com

# 浅议创业公司合伙人股权的进入与退出机制

就是创业公司股权分给谁，分多少的问题。

## (一) 创业公司合伙人的选择

一般而言，创业公司合伙人应该是价值观一致，专注于共同选择的事业，有共同的创业心态和目标，能力资源互补，相互信任，并能在未来相当长的一段时间内（根据行业特点，可以是3-5年，也可以是5年以上）全身心投入公司事务的伙伴。

根据实务经验，笔者认为不适宜选择作为创业公司合伙人的有：

### 1、不参与公司经营的天使投资人

通常，公司创业之初最缺乏的就是资金，一旦有天使投资人投入资金支持，创始人会很痛快地将其纳入创业合伙人行列，按照投入资金比例给天使投资人分配股权。这样做在企业发展初期不会存在什么问题，而一旦企业发展壮大，甚至因为多轮融资乃至上市给股东带来巨大利益的时候，在全职投入公司经营的合伙人与不参与公司经营的投资者之间就容易产生公司控制权争夺及巨大的股权利益分配不公隐

## 一、创业公司合伙人股权的进入机制

创业公司在企业初创时期需重点关注合伙人的选择及合伙人的股权分配问题。通俗点讲

患，甚至影响到后续的融资通道。

创业公司的价值是需要整个创业团队长期投入时间和精力去实现的，天使投资人持有的股权应该纳入投资方持股行列而非创业合伙人行列。根据创业投资的市场法则，天使投资人以真金白银入股，是按投大钱占小股（一般为10-20%）的方式分得股权，成为公司股东，但非创业合伙人；而长期全职投入公司经营的创业者则投小钱占大股，为公司创业合伙人。

#### 2、短期渠道资源、技术支持提供者

创业初期，迫于在渠道、技术等方面的需求，创始人可能会轻易地给相关资源、技术提供者发放股权。如果上述资源提供者不能兑现承诺，如原材料渠道提供者因国家政策、人事变动、市场因素等原因不能提供原材料、兼职技术提供者不能持续保证技术支持等，不仅意味着创业者给上述资源提供者发放股权的目的不能实现，而且会导致股权分配不公平甚至股权难以收回的法律风险。

对于该类资源承诺者或者兼职人员，建议只谈利益合作，如项目提成或者服务外包等，一事一结。

#### 3、早期普通员工

公司创业早期，正处于事业的起步阶段，一方面需要引进各类人才，另一方面资金相对紧张，工资成本压力较大。为了吸引并留住人才，公司往往许诺给受聘公司的早期员工发放一定比例的股权。当然，对于那些既有创业能力，又有创业心态，对公司事业高度认同，经过一定的磨合期可以共同创业的核心员工或者骨干员工，可以尽早安排股权，让他们变成合伙人。但是一方面，公

司未来的发展蓝图在现时只是一个美好的愿景，什么时候实现无法定论，或许遥遥无期，所以对于普通员工而言，他们更在意的是涨工资，股权激励效果有限。另一方面，早期员工流动性大，股权管理成本很高。

对于创业公司早期普通员工，建议发放股权期权，既可以起到吸引并留住人才的作用，同时对公司的长远发展也有利。

### （二）创业公司合伙人股权的进入机制

创业公司合伙人股权的进入即股权的分配问题，在股权分配层面是股权架构问题，在公司治理层面则是控制权问题。实现控制权最直接有效的方法就是控制股权。但是，从公司长远发展的角度来看，在考虑公司控制权的同时，更需慎重考虑公司股权的预留，以方便后续融资及人才的引进和激励。

1、股权分配应遵循三原则：公平、效率、控制力



股权安排是一个动态过程，随着公司的发展壮大需要不断调整股权结构。但无论初创阶段还是后续发展阶段，股权分配都应遵循公平、效率、控制力三原则。

#### 2、创业公司股权分配比例

一般而言，创业公司合伙人团队持股应

超过50%。这不仅保证了创业公司合伙人团队对公司的控制权，也有利于公司后续融资及人才引进。

根据个性化需求，创业公司需预留一定比例的股权放入股权池，用于公司后续融资及人才的引进和员工股权激励，股权池的股权由核心创始人代持。通常，投资者股权预留比例约20-30%，人才引进和员工股权激励比例约10-20%。

#### 3、创业合伙人团队与外部资本控制权的分配

创业公司在发展壮大的过程中，资本的需求和人才的引进都会不断稀释合伙人团队手中持有的股权比例，尤其是多轮融资引进的资本会大比例稀释合伙人团队股权，直接引发控制权的转移。这就需要在引进资本之初就对公司控制权作一个宏观规划和微观设计。

实务中，对于股权被稀释的情况，通常的做法是通过投票权委托、一致行动人计划等实现控制权。在海外市场还可以通过AB股计划（就是同股不同权）达到创业合伙人控股的目的。比如Facebook、百度公司上市时均使用了投票权1:10的AB股模式，保证创始人掌控公司。

需要说明的是，创业合伙人团队对公司的控制权只是相对控制权，即只是对公司的经营管理权的控制。我国公司法规定同股同权，不允许直接实施AB股结构，但公司法允许有限责任公司在公司章程中对投票权进行特别约定，允许股份有限公司股东在召开股东大会时，将自己的投票权授予其他股东代为行使，从而实现创始人以少数股权控制公司的目的。同时，为保护投资人的投资权



益，创业公司合伙人与投资者一般会在投资协议中约定，投资者享有对公司少数特定重大事项一票否决权，以实现创业合伙人团队与投资者之间权利的监督制衡。

4、创业公司合伙人内部控制权分配  
在确保创业合伙人团队控制权的前提下，创业合伙人团队内部应公平体现既有贡献，并确保核心创始人（不限于一人）的持股比例占绝对优势，以实现公司决策系统的正常运转。

### 二、创业公司合伙人股权的退出机制

创业公司发展过程中难免会遇到创业合伙人的变动，而创业公司的价值是需要经过所有合伙人一起投入一段相当长的时期后才能实现的。从平衡留守创业合伙人与中途退出合伙人之间的利益的角度出发，中途退出的创业合伙人，不应该继续成为公司创业合伙人，不应继续享有公司发展的预期价值。因此如何处理中途退出的创业合伙人手中的股权就成为创业公司需要解决的问题。

比如，某创业合伙人持有创业公司20%的股权，但干了八个月就离职走人。如果该离职合伙人继续保留这20%的股权，对其他

继续留守打拼的创业合伙人会很不公平，会影响他们投身企业后续发展的积极性。因此，对创业合伙人的股权设定股权分批成熟机制与股权回购制度很有必要。

### (一) 创业合伙人股权分批成熟机制

所谓创业合伙人股权分批成熟机制，是指股权初始分配时，每个创业合伙人均会获得属于他的全部股权。但是，股权最终成熟是以服务一定期限或者达到一定目标为条件的。一旦某个创业合伙人中途离职，创业公司或其他留守创业合伙人有权按照事先约定的股权成熟期限或目标核定股权成熟比例，并按约定的回购条件核定回购价格，回购该离职合伙人一定比例的股权。

创业合伙人股权分批成熟机制可以分为期限模式和目标模式。期限模式是按期限分批成熟，成熟期可以是五年、四年或者三年。目标模式是按照企业发展的阶段性目标来分批成熟。



#### 1、期限模式

以创业合伙人股权成熟机制设定五年的成熟期为例，第一年是创业合伙人的最短服务期。在这一年內，如创业合伙人能够全职投入创业公司，其股权可以成熟五分之一，剩余五分之四的股权可以约定按季度或者按月分批成熟。如果该创业合伙人在一年零三个月后离职，其可以带走的已经成熟的股权比例为25%。剩余三年零九个月75%的股权将由创业公司或其他留守创业合伙人按约定核算价格回购。如果该创业合伙人全职投入创业公司的时间不足一年，没有达到最短服务期，那么其第一批股权（即五分之一）都还没有成熟，在离开创业公司时将不持有公司任何股权，全部股权都被回购。

#### 2、目标模式

目标模式是指当创业企业实现某些阶段性目标后，创业合伙人手中一定比例的股权才能成熟。比如，销售业绩分层达标，按相关层级核定股权的成熟度。再如，产品成熟度分级达标，按产品成熟级别核定股权成熟度，等等。

创业企业可以根据自己的实际情况，综合考虑可作为股权成熟阶段性目标的事项，比如：实现A轮融资时，股权成熟一部分，实现B轮融资时，股权再成熟一部分；市场占有率达到一定比例时，股权成熟一部分，比例提高到一定程度时，再成熟一部分；APP活跃用户数达到一定量时，股权成熟一部分，提高至一定量时，再成熟一部分等。



目标模式下的目标设定一定要非常明确，不能产生歧义，否则，对股权是否成熟或成熟级别会产生争议，给公司带来不必要的麻烦。

### (二) 创业合伙人离职时的股权回购制度

回购制度是平衡离职创业合伙人和公司及其他留守创业合伙人利益的重要制度。我国公司法虽然对公司的股权回购有限制性规定，但却给予了相当程度的公司自治权。因此除了可以在创业合伙人协议当中进行约定外，还可以在公司章程中规定，由留守创业合伙人行使股权回购权。

关于回购股权的定价问题，首先应恪守公平原则，承认离职合伙人对创业公司的历史贡献，根据其离职时的特定情况，按照一定溢价或折价回购股权。



关于回购价格的确定，建议按初始股权购买价格或者持股比例可参与分配的公司净资产或净利润为基数，在此基础上按一定的溢价或折价倍数确定回购价格，也可以按照公司最近一轮融资估值的一定折扣价回购。对于具体回购价格的确定，需要具体分析公司的商业模式，做到既可以让退出合伙人分享企业成长收益，又不让公司有过大现金流压力，并预留一定调整空间。

实务中，有些创业合伙人在退出创业公司时不同意公司回购股权。针对该问题，建议在相关协议和章程中规定高额违约金罚则，以对冲该风险。

创业公司合伙人股权的进入与退出是一个不断变化的动态过程，实务操作既要符合创业公司个性化需求又要不断适时调整，对制度的设计和制定者是一个不可小觑的挑战！



现实生活中，一些单位不为员工参加工伤保险，而是以购买商业人身意外险的方式进行替代；也有的单位为员工参加工伤保险后，还购买了商业人身意外险。那么，企业是否可以以购买商业人身意外险的方式替代参加工伤保险？两种保险的员工发生工伤后，是否可以获得商业人身意外险与工伤保险两份赔偿？

工伤保险，在我国《社会保险法》、《劳动法》、《工伤保险条例》等法律法规中进行了规定，是保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的员工依法从国家和社会获得物质帮助，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险的社会保险制度，是我国社会保险的重要组成部分。而意外伤害保险，是指投保人根据合同约定向保险人支付保险费，保险人在被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的商业保险行为。



贺刘峰  
电话：0351-7552102  
手机：13233685219  
Email：13233685219@163.com

劳动交通医疗侵权专业部部长。毕业于太原理工大学，获得法学和管理学双学士学位。从2010年至今，办理过百余件劳动争议案件及刑事案件，为维护农民工、未成年人权益做出了突出贡献。多年来，连续荣获太原市教育系统“五五普法优秀律师”，山西省公益性法律服务优秀个人称号，并多次被评为省级“优秀共青团员”。业务领域：劳动争议、交通事故、婚姻家庭继承等民事案件的代理，刑事辩护。

## 一、工伤保险与意外伤害保险的性质决定了企业不可以以购买意外伤害保险的方式替代参加工伤保险

参加工伤保险是政府的强制行为，是企业的法定义务，其缴纳费率、领取条件、补偿标准等都由法律法规进行了规定，属于法定的标准，企业与职工之间不能约定不缴其工伤保险或少缴工伤保险，也不能约定将不属于工伤的行为视为工伤。如果企业不依法足额为职工缴纳工伤保险，不仅会被强制缴纳，会受到社会保险行政部门的处罚，若职工发生工伤，还要按照工伤保险条例规定的标准赔偿职工。而商业人身意外伤害险是一种商业行为，不属于企业的强制性义务，保险当事人双方可以约定交费的多少、领取的条件等。因此，企业必须参加工伤保险，不能以为职工购买商业人身意外险替代工伤保险，但是可以在参加工伤保险的同时，另外自愿为职工办理人身意外伤害保

障厅：你厅《关于建筑企业参加意外伤害保险问题的请示》（新劳社字[2001]25号）收悉。现就有关问题答复如下：工伤保险是社会保障的一个重要组成部分，是国家强制实施的一项社会保障制度。按照《劳动法》第七十二条“用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费”的规定，中国境内的企业无论是否参加了商业保险中的人身意外伤害保险，都必须参加工伤险，并依法缴纳工伤保险费。人身意外伤害险不能替代工伤保险。企业在参加工伤保险的同时，可根据本单位的实际情况，为职工办理人身意外伤害保险。”

在一些危险行业中，我国法律强制规定要求企业办理意外伤害保险，如我国《建筑法》第四十八条规定：“建筑施工企业必须为从事危险作业的职工办理意外伤害保险，支付保险费”，国务院《建设工程安全生产管理条例》第三十八条规定：“施工单位应当为施工现场从事危险作业的人员办理意外伤害保险。意外伤害保险费由施工单位支付。实行施工总承包的，由总承包单位支付意外伤害保险费。意外伤害保险期限自建设工程开工之日起至竣工验收合格止”。但是建筑企业办理的意外伤害保险仍然不能替代工伤保险，企业在办理了意外伤害保险的同时，还应当参加工伤保险。我国劳动和社会保障部《关于做好建筑施工企业农民工参加工伤保险有关工作的通知》（劳社部发[2006]44号）第一条也指出：“建筑施工企业要严格按照国务院《工伤保险条例》规定，及时为农民工办理参加工伤保险手续，并按时足额缴纳工伤保险费。同时，按照《建筑法》



对此，劳动和社会保障部办公厅曾在二〇〇一年四月二十四日的《关于参加商业保险中的人身意外伤害险后是否还应当参加工伤保险问题的复函》（劳社厅函[2001]113号）中进行了明确，即：“新疆维吾尔自治区劳动和社会

规定，为施工现场从事危险作业的农民工办理意外伤害保险。”

## 二、同时有意外伤害险与工伤保险的职工发生工伤后，可以获得意外伤害险与工伤保险两份赔偿

同时有意外伤害险与工伤保险的职工发生工伤后，获得意外伤害险与工伤保险两份赔偿不同于意外伤害保险中的“重复投保”。首先，意外伤害险属于人身保险业务，法律未禁止重复投保和重复赔偿，受益人可以根据保险合同的约定就一起伤害事故获得多份保险赔偿。所谓重复投保，我国《保险法》第五十六第四款对其进行了规定：“重复保险是指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别与两个以上保险人订立保险合同，且保险金额总和超过保险价值的保险。”同时该条对重复投保时的保险理赔方式进行了规定，重复保险的各保险人赔偿保险金的总和不得超过保险价值，除合同另有约定外，各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿保险金的责任，即保险中的损失补偿原则。但是，该规定仅适用于财产保险业务。我国《保险法》第九十五条规定：“保险公司的业务范围：（一）人身保险业务，包括人寿保险、健康保险、意外伤害保险等保险业务。”可见，意外伤害险属于人身保险业务，而人身保险业务标的是人而不是物，人的生命和身体无法用金钱衡量。无论被保险人从责任方获得了多少赔偿，都不能说已经获得了充分的补偿，所



以我国法律没有禁止人身保险业务重复投保和重复赔偿。因此，受益人可以根据保险合同的约定就一起伤害事故获得多份保险赔偿。

其次，职工获得意外伤害险赔偿后，仍然可以向除保险人以外的第三人请求赔偿。我国《保险法》第四十六条规定：“被保险人因第三者的行行为而发生死亡、伤残或者疾病等保险事故的，保险人向被保险人或者受益人给付保险金后，不享有向第三者追偿的权利，但被保险人或者受益人仍有权向第三者请求赔偿”，也就是说职工可以获得意外伤害险与工伤保险两份赔偿。该处的第三者应当理解为除保险人、被保险人或受益人以外的第三人，在企业为投保人的情况下，企业也应当理解为该处的第三者，即职工获得意外伤害保险赔偿后，仍然有权向企业要求工伤赔偿。

因此，工伤保险赔偿与人身意外伤害商业保险赔偿并不冲突，意外伤害险不能替代工伤保险，职工获得意外伤害保险赔偿后，仍然可以要求工伤保险的赔偿。

## 银行贷款业务展期后 原担保如何处理

杨眉



某股份制银行法律顾问组成员，擅长办理金融案件，同时成功办理近百起民事纠纷及其他类型案件，拥有专业的法律知识和丰富的工作经验，具有较强的表达、沟通、判断能力及逻辑分析能力。业务领域：金融法律服务，金融借款合同纠纷、人身损害赔偿纠纷、婚姻家庭继承纠纷等经济、民事类型案件。

电话：0351-7552102 手机：15834075579  
Email：641702526@qq.com

笔者在担任某银行法律顾问期间，遇到了许多有关银行日常业务的法律咨询，其中不乏贷款展期（即延长还款期）后原担保应如何处理的法律问题。现将几个具有代表性的归纳总结一下。



在办理单笔贷款业务展期或授信期限延长时，原借款合同及担保合同中约定的各项担保措施是否适用于变更后的业务

贷款展期是对原有贷款期限的延展，性质为合同变更，而非形成新的债权债务。借款合同履行期限的变更意味着从属的抵押合同中写明的债务人履行债务的期限也将随之变更。《贷款通则》第十二条规定，“申请保证贷款、抵押贷款、质押贷款展期的，还应当由保证人、抵押人、出质人出具同意的书面证明；已有约定的，按照约定执行。”根据上述规定，借款人申请展期首先需取得保证人、抵押人或者出质人的书面同意，书

面同意的方式包括但不限于在展期合同上签章确认或签订书面确认函等方式。

抵押登记部门在办理抵押登记时，往往会在《房屋他项权证》或《土地他项权证》的权利存续期限栏内填写抵押时间，如“X年X月X日至X年X月X日”，该期限一般为主债务的借款日到还款的最后期限日。对此，建设部对中国建设银行《关于反映房地产抵押登记有关问题的函》的复函（建房函[1998]36号）中答复：“一、地方房地产管理部门在进行房地产抵押登记时，要求约定抵押期限是依据相关地方法规和我部56号令《城市房地产抵押管理办法》的有关规定进行的。我部在《城市房地产抵押管理办法》



中，要求抵押合同的内容必须有抵押期限，主要目的：一是为了保障双方当事人的合法权益，二是当抵押期限到来时，如果抵押人未能履约，抵押权人即可依法实现抵押权，处分抵押物并优先受偿。至于抵押

效力问题，民法和担保法都有明确的规定，所以不存在因设定抵押期限致使银行无法行使抵押权问题。从各地的实践看，我部也从未接到过因这类问题导致银行不能行使抵押权的投诉。”

同时，我国《担保法》司法解释第十二条第一款明确规定：“当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间，对担保物权的存续不具有法律约束力”。根据该规定，当事人在担保合同中没有必要约定担保期间，登记机关要求设置担保期间的，当事人不受其约束。如果当事人在担保合同中约定了抵押期限、质押期限的，或者登记机关在登记时将抵押权登记为借款期限的，在该期限届满后，抵押权、质权继续存续，不因此消灭。这主要是因为担保物权从属于被担保的债权而存在，其价值是以担保物的交换价值担保债权的实现，债权不消灭，已合法存在的担保物权没有单独归于消灭的理由；只有债权消灭时，担保物权才归于消灭。

实务中，银行与贷款人在原签订的《借款合同》、《授信协议》中一般会明确约定“甲方（债权人）和乙方（债务人）之间就主合同项下的债务履行期限、利率、金额等达成展期协议或变更有关条款，或甲方在主合同项下债务履行期内根据主合同规定调整利率的，无需征得乙方的同意或通知乙方，且乙方均予以认可，不影响乙方依据本合同所承担的抵押担保责任”；在与抵押人或出质人签订的《抵（质）押合同》、《最高额抵（质）押合同》中通常会约定“抵（质）押期间指从本合同生效之日起至主合同项下

债权诉讼时效届满期间”；在新签订的《展期协议》中也会有“在抵（质）押借款的情况下，抵押（出质）人承诺继续以其所有的或依法有权处分的财产提供抵（质）押，原与贷款人签订的抵（质）押合同继续有效，并负责按照有关规定办理抵押（质）物登记（或备案）、公证及保险手续”的内容，并由抵押（出质）人予以确认。根据以上合同条款的约定，实践中原业务项下的各类担保也应仍适用于展期后的业务。

**单笔贷款业务展期或授信期限延长时，原担保合同中约定的抵押措施已在登记机关办理过的抵押登记手续是否需要变更**

我国《城市房地产抵押管理办法》对抵押的变更登记有明确规定。《城市房地产抵押管理办法》第二十六条规定：“房地产抵押合同应当载明下列主要内容：……（六）债务人履行债务的期限；……”；第三十五条规定，“抵押合同发生变更或者抵押关系终止时，抵押当事人应当在变更或者终止之日起15日内，到原登记机关办理变更或者注销抵押登记”。根据上述规定，若抵押合同中约定的债务人履行债务的期限发生了变更，则应当去原来的登记部门办理抵押登记变更。

过去的实践中，各地房地局、工商局等部门对是否办理抵、质押变更登记操作不一，但大部分登记管理机关都不予办理变更登记。若地方不动产登记管理机关在有关不动产登记的规范性文件中对应当办理抵押登

记变更做出了明确规定，则在实际操作中，应当根据主管登记机关的规定，办理抵押登记变更。例如，《北京市房屋登记工作规范》（京建法〔2014〕10号）第4.1.1.4.1条规定，“有下列情形之一的，抵押人、抵押权人应当申请一般抵押权变更登记：……（三）抵押标的物范围、担保主债权数额、债务履行期限、担保债权范围、抵押权顺位发生变化”。根据上述规定，若抵押合同中约定的债务人履行债务的期限发生了变更，则应当办理抵押登记变更。

司法实践中，在贷款展期或授信期限延长的情况下，如果原贷款或授信项下已办理过抵押登记，且抵押人已书面同意就展期后的授信继续提供抵押担保，则即使未办理抵押变更登记，人民法院对银行方就抵押房产的优先受偿权也予以支持。

今年公布的《不动产登记暂行条例实施细则》第六十八条规定：“有下列情形之一的，当事人应当持不动产权属证书、不动产登记证明、抵押权变更等必要材料，申请抵押权变更登记：……（三）债务履行期限变更的；……”，第七十二条规定：“有下列情形之一的，当事人应当持不动产登记证明、最高额抵押权发生变更的材料等必要材料，申请最高额抵押权变更登记：……（四）债权确定的期间变更的；……”，即一般抵押权“债务履行期限变更”及最高额抵押权“债权确定的期间变更”成为办理抵押权变更登记的法定事项，所以应就贷款展期的情况进行抵押权变更登记。



在采矿权抵押业务中，国土部门出具的《采矿权抵押备案函》中已明确规定抵押登记备案期限，如该抵押对应的主债权展期，但《备案函》上的备案期限已到期，原备案函是否失效

国土资源部于2000年11月1日颁布了《矿业权出让转让管理暂行规定》（以下简称《暂行规定》）。该《暂行规定》将探矿权、采矿权划为财产权，统称为矿业权，明确矿业权“适用于不动产法律法规的调整原则”以及“矿业权人依法对其矿业权享有占有、使用、收益和处分权”。上述矿业权性质的认定以及矿业权人权利的明确为采矿权抵押制度的确立奠定了基础。而该《暂行规定》第六条“矿业权人可以依照本办法的规定出租、抵押矿业权”的规定又为采矿权的抵押提供了充分的法律依据。依据相关条文内容，采矿权的抵押采取登记备案制度，以矿业权作抵押的债务人为抵押人，应当与债权人（抵押权人）签订抵押合同，并持抵押合同和矿业权许可证到原发证机关办理备案手续。采矿权许可证的发证机关同时也是采矿权抵押登记的主管部门，这意味着可以保证矿业权抵押在发证机关行政管理权限之内具有公示效力。这是目前矿业权设定担保物权的法律依据，但是相关法律法规尚没有对采矿权的抵押变更登记作出规定。



实践中，国土部门通常在采矿权抵押备案函中将备案期限截止至所担保借款约定还款的最后期限日，如果所担保的借款展期，那么就可能出现采矿权抵押备案函上的备案期限早于主债权到期日的情况。在这种情况下，经咨询登记机关的工作人员得到的答复是，如果过了备案期限，该备案失效，需要重新办理备案登记，不做变更登记。因此，如果主债权展期的话，应去登记机关办理采矿权抵押重新备案登记，重新确定备案期限。

## PERFORMANCE OF THE OBLIGATION TO NOTIFY 银行不良资产债权转让中 通知义务的履行



续 婷

曾任山西尔瀛能源贸易有限公司任办公室法务，现为山西黄河律师事务所专职律师，担任中国民生银行山西省分行的法律顾问。办理过信用卡诈骗案、故意杀人案等刑事案件，以及合同、离婚、房屋租赁合同等民事纠纷案件。业务领域：公司、银行金融业务；离婚、合同纠纷。

电话：0351-7552130  
手机：18734860890  
Email：2298849319@qq.com

在银行做审查合同的工作已将近一年，对转让方银行和受让方AMC生效的要件  
债权转让的法律问题接触较多，也有一些经验。以下就该类实务应注意的法律问题略谈一二。

在银行与AMC签订的《债权转让合同》中，经常有关键性的一个约定条款：“本合同项下债权转让事宜，是否向相关债务人及担保人发出书面通知以及办理相关抵押权、质权变更登记手续，由甲乙双方协商决定。如一方提出需通知或办理变更手续，另一方应予以配合，因通知或办理变更手续而产生的费用由提出方承担。”对该合同条款的修正在债权转让中起着重要的作用，影响着被转让债权的实现。

首先来分析债权转让的生效要件：

1、对转让方银行和受让方AMC生效的要件

依法成立的债权转让合同只要由银行与AMC签署，就在银行与AMC之间发生效力。在实践中的一个问题是，债权转让合同的签署是在银行的省级分行与AMC设在各地的办事处之间进行的，但不良贷款的发放行很多是银行的二级分行或支行，这种主体不一致的转让效力如何？根据银行一级法人的法律地位以及资产处置操作权限，省级分行有权代表其下设分、支行签署债权转让协议，所以该种转让程序是合法有效的。

2、对债务人、担保人生效的要件

根据《合同法》第八十条规定“债权人转让权利的，应当通知债务人，未经通





知，该转让对债务人不发生效力”可知，债权转让对债务人生效的条件是债权人必须对债务人履行通知义务。但是合同法并没有规定债权人履行通知义务的方式和期限。

债权转让对担保人的生效，是否也应履行通知程序，相关法律均未作出规定。笔者认为，基于担保债权依附于主债权之原理，担保债权应当随主债权的转让一并转让，所以不需要单独通知担保人债权转让的事实。

最高法院《关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“《规定》”）第六条规定，“金融资产管理公司受让国有银行债权后，原债权银行在全国或者省级有影响的报纸上发布债权转让公告或通知的，人民法院可以认定债权人履行了《中华人民共和国合同法》第八十条第一款规定的通知义务。在案件审理

中，债务人以原债权银行转让债权未履行通知义务为由进行抗辩的，人民法院可以将原债权银行传唤到庭调查债权转让事实，并责令原债权银行告知债务人债权转让的事实。”该条文明确了债权转让过程中可以采用在全国或者省级有影响的报纸上发布债权转让公告或通知的方式通知债务人。

综上所述，在银行与AMC的不良资产债权转让过程中，通知债务人是十分重要的环节，转让方或受让方负有通知债务人的义务。但由于合同法中并未明确规定通知债务人的形式和通知债务人的期限，何时通知、以何种方式通知债务人可由当事人自行决定。在业务实践中，考虑到商业目的或便于债权的清收，银行常常采取暂缓通知债务人的方式维持原债权债务的关系，或者以本文开始的条款约定通知债务人的事项。此时应注意以下三点问题：

第一，在合同审查过程中会发现，虽然银行和AMC可以在合同中自行约定通知债务人的时间和方式，但是双方并没有将该时间和方式真正写入合同之中，而只是像前述条款所述，约定“由甲乙双方协商”。因没有合同义务的约束，极易导致在合同的具体履行过程中，债权人没有去通知债务人的情形发生，造成债权转让对债务人不发生效力。

第二，通知债务人的主体应当是债权出让方，也就是银行，而不能由银行和AMC在转让合同中协商确定。这是因为，一方面前述《规定》中只明确提到了债权人（出让方）的通知义务；另一方面，从理论上说，如果债权转让由受让人通知，使债权人存在否认转让、仍要求债务人向自己履行的机会，明显有违法律的诚实信用原则。

第三，债务人知晓债权转让的事实，不能直接认定债权转让对债务人发生效力。债务人在没有收到债权人的债权转让通知前，不论其是否实际知晓债权转让的情况，债权转让对债务人均不发生法律效力，债务人仍向原债权人履行债务。所以无论银行与AMC依前述条款的约定协商采用何种形式通知债务人，银行在履行通知义务之时均应保留证据。



## 作客山西经济广播 解析“劳动合同”的相关法律问题

近日，受山西经济广播邀请，笔者在其一档节目中就用人单位和劳动者普遍关心的“双倍工资”、“劳动争议的诉讼时效”、“经济补偿金”、“赔偿金”等法律问题以案例的形式进行了详细解析。上述问题在劳动争议纠纷中具有普遍性，但由于法律规定的模糊以及受限于法律从业人员个人对法律的认识和理解存在偏差，实务中不可避免的出现了相同案件处理结果却明显不同的情况。因对劳动争议的解决以及劳资关系的处理拥有较为丰富的工作经验，笔者此次借助山西经济广播的平台就上述问题进行了集中讲解，以期为大家提供借鉴。现就作客节目的内容总结如下：

### 一、双倍工资问题

根据《劳动合同法》第八十二条的规定，用人单位未与劳动者签订书面劳动合同，在两种情况下应当支付双倍工资：其一是用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的情况；其二是用人单位违反劳动合同法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍工资的情况。

实践中，一些用人单位不与劳动者签订书面劳动合同，导致发生劳动争议时，劳动者因无法直接有效证明与用人单位的劳动关系而无法维护自己的合法权益。因此，为了切实保障劳动者的合法权益，《劳动合同法》第八十二条规定了上述规定，以提高劳动合同的签订率。但是要引起注意的是，上述两种情况



董杰



刑事部、公益部部长。山西青年五四奖章、山西省五一劳动奖章获得者，山西省妇女儿童工作先进个人，全国保护未成年人先进个人，2011年度“感动山西”候选人。执业13年来，在诉讼和非诉讼领域积累了丰富经验，擅长刑事辩护业务，办理了众多职务犯罪、经济类犯罪、暴力犯罪以及未成年人犯罪案件，最大限度的维护了当事人的合法权益。业务领域：刑事案件的辩护及代理，尤其在单位法定代表人、负责人等人员的刑事违法犯罪预防方面拥有丰富经验。

电话：0351-7552377 手机：13734015757 Email：dj5757@126.com

下支付双倍工资的起算点不同：第一种情况下，用人单位支付双倍工资的起算点是用工之日起第一个月满之时，即第一个月不支付双倍工资，从第二个月起支付双倍工资；第二种情况下，起算点是“应当订立无固定期限劳动合同之日”。对于何时为“应当订立无固定期限劳动合同之日”，《劳动合同法》第十四条规定有明确规定。

“双倍工资”是《劳动合同法》保护劳动者权益的一大亮点，是劳动者维护自己合法权益的“有力武器”。但是双倍工资的支付期限是否应当有限制呢？这在实践中存在争议。对于上述第一种情况，即不签订固定期限劳动合同的双倍工资支付期限为11个月，大家不存在争议；有争议的是未签订无固定期限劳动合同时双倍工资的支付期限问题，对此法律未做明确规定，导致司法实践中裁判尺度很不统一。有观点认为，双倍工资应支付到用人单位与劳动者签订无固定期限劳动合同之日止，因为在此期间用人单位的违法行为一直处于持续状态；有观点认为，双倍工资应当

有上限限制，最多不能超过11个月，因为双倍工资的规定，是以提高劳动合同的签订率为目的，在保护劳动者权益的同时，也要考虑用人单位的利益。

笔者认可第二种意见，用人单位未与劳动者签订书面劳动合同，支付双倍工资应以11个月为上限。前面已经提到，《劳动合同法》之所以规定“双倍工资”是为了提高劳动合同的签订率，绝不是以惩罚用人单位为目的。如若“双倍工资”没有上限，对用人单位来讲会加重用工成本，造成不公平。而对劳动者来讲，应得工资，即一倍工资是其付出劳动的价值体现，而另外一倍工资是对用人单位的惩罚，劳动者没有付出劳动，是凭空所得，如若没有上限，这对其他签订劳动合同的劳动者来讲也不公平，因为不符合法律对同工同酬的基本要求。具体到《劳动合同法》第八十二条规定来看，该条是针对不签订书面劳动合同应支付双倍工资的规定，而无固定期限劳动合同也是书面劳动合同，因此，不签订书面的无



固定期限劳动合同，与不签订书面的固定期限劳动合同应当具有同样的法律后果。

公平、公正是法律适用的基本原则，因此，只有各方利益都能得到同等保护，才能达到法律效果与社会效果的统一。因此，对于双倍工资应当有上限限制。

## 二、主张双倍工资的诉讼时效问题

双倍工资的诉讼时效问题，在司法实践中同样存在认识不统一、裁判不统一的情况。而解决双倍工资的诉讼时效问题，首先要确定双倍工资的性质，即双倍工资是否属于劳动报酬？如其是劳动报酬，就要适用劳动争议诉讼时效的特别规定，如不是劳动报酬，就只能适用劳动争议诉讼时效的一般规定。

上面我们提到，双倍工资其实由两部分组成，一是劳动者付出劳动的对价，体现劳动者的劳动价值；二是用人单位因违反《劳动合同法》的强制性规定，依法应对劳动者支付的惩罚性赔偿。据此，劳动者要求用人单位支付的“双倍工资”是指第二种情况，其并非是劳动者付出劳动所应得到的劳动报酬。

是否属于劳动报酬，在适用诉讼时效制度维权时有何不同呢？我们看法律的规定：

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定：“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。”第四款规定：“劳动关

系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。”该条第一款属于诉讼时效的一般规定，第四款属于诉讼时效的特别规定。

从上述法律规定来看，劳动者主张劳动报酬的，可以在劳动关系终止之日起一年内提出。如不是主张劳动报酬，则要从知道或应当知道权利被侵害之日起一年内提出，否则就丧失了胜诉权。

“双倍工资”是用人单位比照正常工资报酬应支付的惩罚性赔偿，由于依法不属于劳动报酬，只能适用诉讼时效的一般规定。用人单位未与劳动者签订书面劳动合同时，劳动者就已经知道自己的权利受到了侵害，故主张权利的诉讼时效应从此时起计算一年，如若超出此时间，即丧失了胜诉权。



## 三、经济补偿金与赔偿金问题

通过对司法实践中法律事例的观察，在维护劳动者权益时，经济补偿金受到更多关注，而赔偿金问题则受到了忽视。其结果是适用法律的根本错误。

根据《劳动合同法》的相关规定，经济补偿金与赔偿金适用的前提条件不同，经济补偿

金适用于用人单位合法解除劳动合同的情况，而赔偿金则适用于用人单位违法解除或者终止劳动合同的情况。赔偿金与经济补偿也不并处，用人单位支付了赔偿金的，不再支付经济补偿金。

### (一) 常见的经济补偿金给付条件

1、劳动者在《劳动合同法》第三十八条的规定的情形下解除劳动合同的<sup>②</sup>。

2、用人单位向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的（《劳动合同法》第三十六条）。

3、用人单位依照《劳动合同法》第四十条规定行使无过失性辞退权解除劳动合同的。

4、用人单位依照《劳动合同法》第四十一条第一款规定进行经济性裁员解除劳动合同的<sup>③</sup>。

5、除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，因劳动合同期满而终止劳动合同的<sup>④</sup>。

6、用人单位被依法宣告破产；用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的。

7、其他情形。

### (二) 经济补偿金的给付标准及计算

《劳动合同法》第四十七条规定：“经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上，不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。”



“劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。”“本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或终止前十二个月的平均工资。”

### （三）赔偿金的给付条件和标准

根据《劳动合同法》第四十八条规定：“用人单位违反本规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。”

用人单位违反《劳动合同法》规定解除或终止劳动合同的行为主要包括以下两种：

第一，用人单位违反《劳动合同法》第四十二条的规定，在法律明确规定不得解除劳动合同的情形下解除劳动合同<sup>⑩</sup>。

第二，用人单位在解除劳动合同时，没有遵守法定的程序。即用人单位没有按照《劳动合同法》第四十条的规定，提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资，而违法解除或终止与劳动合同。

根据《劳动合同法》第八十七条规定，赔偿金的支付标准为经济补偿金的二倍。

通过提高用人单位违法解除劳动合同的成本，可以在一定程度上遏制用人单位违法解除或者终止劳动合同的行为。但是，用人单位违反本规定解除或终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同，用人单位同意继续履行的，可以不向劳动者支付赔偿金。

①《劳动合同法》第十四条规定，有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；

（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；

（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

②《劳动合同法》第三十八条规定：用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；

（二）未及时足额支付劳动报酬的；

（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；

（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；

（五）因本法第二十六条规定的情形致使劳动合同无效的；

（六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

③《劳动合同法》第四十条规定：有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

④《劳动合同法》第四十一条第一款：有下列情形之一，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：

（一）依照企业破产法规定进行重整的；

（二）生产经营发生严重困难的；

（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；

（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

⑤《劳动合同法》第四十二条：劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：

（一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；

（二）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；

（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；

（五）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

（六）法律、行政法规规定的其他情形。



史慧娟

毕业于西北政法大学，法学硕士。2007年取得法律职业资格，对房地产及建筑工程、煤炭资源整合、企业收购及上市等法律事务有深入研究。曾办理过多起相关诉讼及非诉讼案件，并取得良好的效果。业务领域：房地产及建筑工程、煤炭资源整合、企业收购及上市。

电话：0351-7552490 手机：13509732003  
Email：lawyershj@163.com



韩凤芳

外国语语言学硕士，具备多年国企管理经验。在商标、金融、涉外法律事务方面具备良好的理论基础和丰富的实践经验。业务领域：商标、知识产权相关非诉及诉讼法律事务；信托、项目融资相关法律事务；公司治理结构规范化相关法律事务；涉外商事及信用证相关法律事务；合同拟定、审查及合同纠纷相关法律事务。

电话：0351-7552490 手机：13834684300  
Email：369anne@163.com

## 著作权侵权认定 标准分析

近年来，影视行业增长势头强劲，发展迅猛，与传统产业的景象形成了鲜明对比。在大IP概念背景下，品类繁杂的各种影视作品不断涌现在消费者面前。但与此同时，在繁荣的表象下，关于作品原创性的问题也逐渐显现。所以当琼瑶与于正的著作权侵权纠纷诉讼一浮出水面，就立刻受到了各方持续关注，该案终审结果的确定也在文化影视行业以及知识产权司法领域引起极大反响。

在琼瑶与于正案件的进行过程中，笔者代理的发生在某省一著名编剧与一著名作家之间的一起著作权侵权案件也在紧张进行。这起案件与琼瑶诉于正案既有相似之处，又各具特点，其审理时间也因程序和实体方面的种种原因，而跨越了琼瑶诉于正案的整个一、二审过程。这也使得笔者对文学作品著作权侵权司法认定标准的前后变化有了实证性的认识和思索。本文拟从笔者的认识出发，对当前司法领域著作权侵权认定的标准及问题进行简要分析。

### 一、著作权保护的客体

著作权保护的客体是作品，我国《著作权法》第三条以列举的方式规定了著作权法意义上的作品形式。著作权法对作品的保护，并不是对作品所试图体现的思想、主题、情感或原理的保护，而是对创作者在体现这些思想、主题、情感或原理时所运用的具体表达方式的保护。这种具体表达方式，在不同的作品中体现为不同的形式：在文学作品中，是对人物、故事情节的描述；在音乐作品中，是由音符组合而成的节奏；在美

术作品中，是线条、色彩、构图的运用；在计算机软件中，则是不同编程语言下各种命令的编排。

在文学作品的修改权、改编权等的侵权纠纷中，需要对作品的具体表达方式是否构成实质性相似进行比对。即使同样是文学作品，具体表达也会因作品的体裁不同而各自具有鲜明特色。这也导致相同体裁的作品之间的比对相对容易进行，而不同体裁作品之间的比对，则还需要考虑因体裁不同所引起的表达差异方面的因素，较常见的是小说形式的作品与剧本或直接影视剧形式的作品之间的比对，比如琼瑶诉于正案中便是小说和剧本与剧本之间的比对。笔者代理的案件中也存在这种情况，权利作品是小说和剧本形式的两部作品，被诉侵权作品则是一部影视剧形式的作品。这种情况下，因作品体裁不同，其具体表达方式也各不相同，对各自作品的具体表达的认定也因此需要区别对待。

著作权侵权认定中最关键的问题，是如何具体界定不同作品中的具体表达，以及如何把握思想和表达的划分边界。以文学作品为例，创作者的思想需要通过对具体人物形象的刻画来体现，对人物形象的刻画则需要通过对人物所经历的具体事件来体现，事件又需要一个个情节来体现，情节则最终需要一行行的文字来体现。在划分思想和表达时，将界限设置在文字、情节、事件、人物这些层面中的哪一点最为合适，是一个需要考量的问题。简单地以情节作为表达层面的因素显然存在问题。张小姐瘫痪、张小姐努力学习、张小姐学会了外语和针灸这几个情节，如果按照不同的顺序组合，会形成完全不同的逻辑关系。所以，在琼瑶诉于正案中，法官采用了在单个情节比对基础上

再进行整体比对的认定方式，将基于情节排布顺序形成的逻辑推演关系而不是单纯的情节作为著作权法意义上的表达加以保护。这无疑是一种更为科学合理的认定，这一认定也为我国文学作品的著作权侵权纠纷审理树立了相对明确的标杆。

### 二、著作权侵权的认定标准

我国《著作权法》及其实施条例并没有对著作权侵权的认定标准作出条文性的规定或指引，只是在司法实践中逐渐确立了以“接触加实质性相似”为基本原则的侵权认定标准。

接触是著作权侵权的构成要件之一，而且应当作为实质性相似认定的前提。接触的认定根据是否公开发表分为两种情况，若是权利作品已经公开发表，则根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条的规定，推定被诉侵权人构成著作权法意义上的接触。琼瑶诉于正案中关于接触的认定就属于此种情形。若是权利作品没有公开发表，则需要有证据证明被诉侵权人实际接触过权利作品。笔者代理的案件中，因两部权利作品一部已发表另一部未发表，所以以上两种接触的情形都有涉及。

对接触的认定在大多数著作权侵权案件中均属于容易认定的事实之一，不构成审理的重点和难点。但前述关于接触的认定标准都是建立在权利作品先于被诉侵权作品形成的基础上，即权利作品属于在先作品。如果有证据证明权利作品形成于被诉侵权作品之后，则对接触的认定就在很大程度上失去了意义。事实上也的确存在这样的情形。有鉴于此，笔者以为，对权利作品和被诉侵权作品何者为在先作品的认定，应当先于或重于对接触的认定。



这将又引出另一个问题，即未公开发表的作品如何证明作品的形成时间。公开发表（不论何种发表形式）的作品可以以发表时间作为作品形成时间的有力证据，未公开发表作品却较难以客观证据来证明作品的形成时间。在当前著作权侵权纠纷多发的趋势下，这一问题值得引起创作者的注意，最好通过及时进行作品权利登记或其他手段有效保护自己的作品，以防范侵权行为发生。

对于实质性相似的认定标准，即构成相似的具体表达达到怎样的程度时，可以认定为构成实质性相似，目前的司法实践对此并没有定论。在一部动辄几十万字的小说作品和一部几十集的影视作品中，究竟有多少个人物或情节具有相似性就可以构成侵权，也没有可资参照的比例或标准。在琼瑶诉于正案中，被告之一就提出了这一抗辩理由。该案判决以双方作品在整体外观上具有相似性认定构成实质性相似。可见认定实质性相似，既要从量的方面考虑——考察相似表达在权利作品和被诉侵权作品中各自所占比例是否达到一个较高的程度，也要从质的方面考虑——考察相似表达是否构成作品的重要部分或最具独创性的部分，并结合本文后述内容进行综合考量。

### 三、相似性比对的方式

著作权侵权的认定过程可以总结为“对权利作品和被诉侵权作品在具体表达方式上是否构成实质性相似进行判断”。实践中通过对作品进行相似性比对来判断。就文学作品而言，有直接比对和抽象概括比对两种方式。

直接比对是对作品内容进行直观的比对，一般适用于相同体裁的作品对比中。琼瑶诉于正案之前的著作权侵权案例中，有不少就采用了直接比对的方式。直接比对的方式往往会有利于被诉侵权一方，因为在侵犯著作修改权或改编权的纠纷中，很少有侵权者会直接抄袭权利作品文字层面或情节层面的内容。在庄羽诉郭敬明著作权侵权案件中，相似性的比对也因此进行得非常艰难。如果是不同体裁的作品之间进行直接比对，认定具有相似性的难度会更高。

抽象概括比对方式则是先对作品的内容进行概括总结，再对概括总结的内容进行相似性比对。这种比对方式更适



用于不同体裁作品之间进行的比对。琼瑶诉于正案就选择了此种方式，先将各自作品概括为桥段或桥段组合，然后对这些桥段和桥段组合进行比对和相似性认定。

抽象概括比对方式在一定程度上可能有利于主张权利一方，因为这种比对方式存在一个突出的问题，即原告对作品进行抽象概括总结的准确性问题。原告会天然地认为被诉侵权作品是抄袭了权利作品并稍作改动，被告却认为自己完全是在描述另一个完全不同的人物或故事。琼瑶诉于正案中的被告之一也对此提出了质疑，认为原告的作品比对方式不科学，其概括的桥段不准确，是原告按照自己的诉讼需要进行的任意拼凑。对此该案判决以对受众观赏体验的相似度调查结果予以回应。但是，这种受众调查的方式毕竟不可能推广运用到众多需要进行相似性比对的侵权案件中。如何克服在抽象概括作品内容过程中的主观性，避免不准确的概括比对误导法官的判断，是一个需要解决的问题。

### 四、著作权侵权认定中应注意的问题

文学作品著作权侵权的相似性比对是一个高难度的复杂过程。许多法官在审理此类案件时倾向于借助专业鉴定意见或专家辅助人的意见，不仅因为一般作品都篇幅巨大，比对工作量巨大，也不仅因为前述的各种标准尚不明确，还因为在比对过程中需要综合考虑各种相关因素，不断动态调整认定标准。

首先，在侵权认定时应当排除属于公有领域素材、有限表达和必要场景的相似性成分。公有领域素材是指处于公有状态的作品和技术发明等，这部分素材任何人都可以自由利用而不构成侵权，比如《西游记》中唐僧师徒的人物设定和故事情节。有限表达是指对特定思想的表达方式只有一种或极其有限，此时即使构成相似，也不属于侵权，比如现代家庭剧中的人物关系设置。必要场景是指某个特定状况下必须接续产生的情境，琼瑶诉于正案判决中使用了特定情境一词。言情剧中的恋爱情节，谍战剧中有关密码、代号等情节都属于此。类型剧之所以出现正是因为各种必要场景在不同类型剧中逐渐固化，成为其中不可或缺的因素。因此相同类型的作品中出现相似的必要场景，并不构成侵权。但是实践中关于公有领域素材、有限表达和必要场景的认定并非清晰明确，在一部作品中往往是上述成分和作者自己的独创性成分密不可分，如何具体认定和划分，还需要细致的分析。在岳德宇诉俞敏洪、群言出版社等侵犯其著作财产权案件中，法

院判决就因没有合理区分有限表达和创作者的独创性内容而受到较大争议。

其次，在进行相似性比对时应当对虚构作品和非虚构作品作出区分。在虚构的作品中，作者具有较大的自由创作空间与创作方向，不同作者创作的差异通常也较大，其作品内容相似的可能性较小，因此在这种情况下，认定作品相似的标准会较高。而在非虚构作品中，作者往往基于某些史实进行创作，作者的自由创作空间较小，不同作者基于相同史实创作的作品，其内容相似的可能性相对较高。在这种情况下，认定作品相似的标准应当低于虚构作品的相似性认定。实践中，主张权利一方一般倾向于认为权利作品属于虚构作品，而不承认其是基于史实进行的创作，如此更利于实现其诉讼目的。这时被诉侵权方需要加大举证力度，以否定权利作品的独创性或者充分证明己方作品的创作来源。

另外，如何把握合理借鉴的界限也是应当考虑的问题。当前整个影视行业“跟风”作法盛行，在跟拍卖座题材时，适当搭车借用前者的思想创意或部分情节，属于合理借鉴范畴，一般不构成侵权，但如果借鉴超过一定限度，就可能构成侵权。关于合理借鉴，琼瑶诉于正案判决中还确定了一个考量因素，即如果权利作品流传广泛，影响深远，则其他作者对此的注意义务应当提高，否则即使基于创作者不自觉的借鉴行为，也有可能被认定为侵权。

任何一个产业的繁荣，都需要合理的法律制度对各方权益进行有效保障才能实现。当前的影视行业中还存在许多现象，比如从不同的作品中“搬运”情节拼凑成新作品的作法，都亟需规范。但相信随着著作权侵权纠纷裁判尺度的日渐精准，这个行业会获得更加健康的发展。



## 医疗纠纷中的举证责任分配

近两年，笔者共参与办理了约35件医疗纠纷案件。总结这些案件，无论是从法院的审判实践还是从律师的实务来看，由原告方提出司法鉴定申请、完成医疗过错和因果关系的举证责任似乎已经成为了医疗纠纷的惯例。近期，笔者遇到一起原告不提鉴定申请的案例，由此引发了对该问题的思考。

众所周知，当事人要想让自己的诉讼请求得到人民法院的支持，必须向人民法院提供相应的证据。审判实践中，法官审理医疗纠纷案件通常会归纳以下几个法庭争议焦点：第一，医院对患者的诊疗是否有过错、该过错与患者的损害后果之间是否存在因果关系；第二，患者的损失情况。这

些都是需要用证据加以证明的基本事实，必然牵涉到举证责任的分配问题。《民事诉讼法》规定，“当事人对自己提出的主张有责任提供证据”，没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果，即“谁主张、谁举证”原则。该原则普遍适用于民事诉讼案件，但医疗纠纷案件中举证责任的分配和认定，却因患者的地位相对弱势以及该类案件具有较强的专业性而为较特殊。

### 一、《侵权责任法》实施之前，医院方要就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系以及不存在医疗过错承担举证责任

《侵权责任法》实施之前，人民法院审理医疗纠纷案件的法律依据主要有《民法通则》及其司法解释、《医疗事故处理条例》和最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，归责原则也体现在这些法律法规及司法解释中。《民法通则》第106条第2款“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任”的规定，采用的是过错责任原则，且并没有对医疗损害责任作出专门的规定。在从前的司法实务中，对于经鉴定不构成医疗事故，但构成侵权行为的案件，法院亦会判决医疗机构承担损害赔偿责任。因为经医疗事故技术鉴定不属于医疗事故的医疗行为，并不排除存在过错以及因医疗行为导致患者人身遭受损害，也就是说，即使不构成医疗事故，但如果医疗行为确有过错，医疗机构还是应当承担损害赔偿责任。因此，法院审理此类案件适用的是过错责任原则。

2002年4月1日最高人民法院颁布的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规则》）第四条规定：“下列侵权诉讼按照以下规定承担举证责任：……（八）因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。”该项规定确立了医疗损害责任纠纷在归责原则上适用过错推定的原则，在举证责任分配上适用举证责任倒置的规则，即由医院来证明其医疗行为与损害后果之间不存在因果关系及不存在医疗过错。这样的归责原则加重了医院的举证责任，看似保护了相对弱势的患者的利益，实则不然。

第一，在举证责任倒置的情况下，医疗机构承担举证责任的方式无非是提交病历资料和申请医疗事故鉴定或医疗过错司法鉴定，而无论申请哪种鉴定，选择权在医方，患者无权干涉。医疗事故的鉴定由



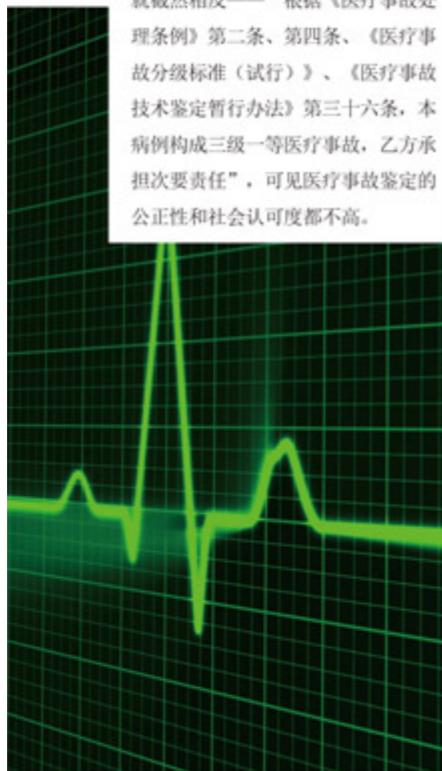
李晶晶

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



卫生行政部门设立的医疗事故鉴定委员会来执行，鉴定主体为医学会，但是医学会的成员多数是当地医疗界人士，因利益冲突等原因鉴定意见具有不确定性。在一实例中，某地医学会对一病例经过鉴定得出的意见为：

“综上分析，根据《医疗事故处理条例》第二条、第三十三条等，本病例不构成医疗事故”，患方对该鉴定提出异议后，经过重新鉴定得出的结论就截然相反——“根据《医疗事故处理条例》第二条、第四条、《医疗事故分级标准（试行）》、《医疗事故技术鉴定暂行办法》第三十六条，本病例构成三级一等医疗事故，乙方承担次要责任”，可见医疗事故鉴定的公正性和社会认可度都不高。



# MEDICAL DISPUTES

第二，笔者认为，举证责任倒置的设计缺乏对医疗行业特殊性的考量。加重医疗机构的举证责任，给医疗机构和医务人员造成了巨大的责任和负担，使医生不能勇于追求和探索新的医疗技术，影响医学科学的发展；一些医生不愿意做难度高风险大的手术，变手术治疗为保守治疗；许多医生通过“多做检查和化验”留下证据保护自己，导致医疗费用大幅上涨，在一定程度上助长了“过度医疗”现象，也给有限的医疗卫生资源造成了浪费。

二、《侵权责任法》实施之后，一般的医疗纠纷案件患方需就医疗行为存在过错承担举证责任，医院仅就医疗行为与损害后果之间不存在因果关系承担举证责任

2010年7月1日实施的《侵权责任法》第五十四条规定：“患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任”。该法明确了医疗损害责任纠纷不再适用过错推定原则，而由过错责任原则代替，对该类纠纷的举证责任分配产生了颠覆性的影响，也带来了程序上的一些变化。患方在立案时一般都会主动提出医疗过错司法鉴定申请，鉴定的事项为“医院的诊疗行为是否存在过错、过错与损害后果之



间是否存在因果关系以及过错的参与度”，法官也认为这是现在的医疗纠纷的惯例。那么是不是患方要承担所有举证责任呢？笔者认为，患方实际上是帮助医疗机构完成了举证，有时患方根本不需要提起司法鉴定申请。

侵权法的规定，实际是对医疗行为存在过错的举证责任进行了划分，即由患方举证证明医疗行为存在过错，但该法对因果关系的举证责任问题没有明确规定；同时，因《证据规则》没有废止，对过错与损害后果之间是否存在因果关系的举证责任的规定仍然有效，即由医疗机构来承担。因此，患方只要证明医疗行为有过错即完成了举证责任，至于有无因果关系的举证责任则由医疗机构承担，如果医方不提供证据加以证明，将承担举证不能的不利后果。我们不能因为侵权法对医疗过错的举证责任进行了规定，就笼统地认为所有的举证责任都应当全部归于患方，这实际上加重了患方的举证责任和诉讼成本。

三、《侵权责任法》对医疗纠纷中的几种特殊情形实行过错推定原则，患者仅需要对医疗机构存在这几种特殊情形承担举证责任

那么证明医疗行为有过错是否必须要通过司法鉴定呢？笔者对此持否定意见。结合笔者办理的相关案例，以下这些情形不需要司法鉴定就能够证明医疗行为有过错：医院给患者输入的血液制品来源不明；未查明病因的患者出院时，医院未进行相关风险和医学建议的告知；拟定给患者做A手术，实际做了B手术但未告知患者；患者在院内死亡后，未告知尸检；等等。

以上这些过错都不需要通过司法鉴定来证明，但是对于患方认为的医疗机构在医学专业方面的过错，例如用药是否正确、液体输入量是否过多、抢救措施是否恰当等，就不是一般常人都能判断的，必须通过司法鉴定才能明确。

医疗过错的问题明确之后，医院就要对过错与损害后果之间不存在因果关系进行举证了。在这个问题上，笔者认为，对于医疗机构过错明显、不需要通过鉴定就能证明的情形，医疗机构应当提出司法鉴定申请，但鉴定事项应仅限于患方提出的医疗过错与损害后果之间是否存在因果关系以及过错参与度；对于需要患方通过司法鉴定才能证明医院存在过错的情形，从节约诉讼成本、提高诉讼效率的角度，笔者认为，可以由法院将因果关系的鉴定与医疗过错的鉴定一并委托，鉴定费用由患方和医疗机构分别承担。这样，双方才完成了各自应当承担的举证责任。

《侵权责任法》第五十八条规定：“患者有损害，因下列情形之一的，推定医疗机构有过错：（一）违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范



的规定：“（二）隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；（三）伪造、篡改或者销毁病历资料。”对于属于这三种情形的，不必通过医疗过错司法鉴定，如果患者能够证明医疗机构有上述行为，法院直接推定医疗机构有过错，并承担全部责任。当然，患者需要证明医疗机构违反了法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定或存在伪造、篡改病历资料的事实，有时也需要通过司法鉴定来认定。例如患方诉称医院伪造医疗风险告知书的签字，应当根据“谁主张、谁举证”原则，提出笔迹鉴定申请，经鉴定才能确定医院有无伪造病历的基本事实。但司法实践中，法官对于推定医院有过错、承担全部责任是相当慎重的，在下判决前一定会尽全力说服患方通过医疗过错司法鉴定来确定医院的过错责任程度，就连一个地方的法院在推定医院全责的认定上也存在很大的差异，有时患方为了配合法院会放弃“伪造、篡改病历”主张，这相当于放弃了获得医院全部责任的赔偿，这提示作为代理人的我们在适用过错推定原则时也要谨慎考虑诉讼结果。

综上所述，对于一般的医疗损害责任纠纷案件，我们不能按照实践中的惯性思维和法院的惯性做法，通过提出司法鉴定申请由患方来完成所有的举证责任，而是应当在对案件的事实和证据综合分析后，根据医疗机构的过错情形、当事人的经济承受能力作出正确的判断，由医患双方各自完成因果关系和医疗过错的举证责任。

## 解除劳动合同纠纷中 时效对举证责任的影响



张晓莲

毕业于西南政法大学法律硕士专业，2011年加入山西黄河律师事务所。曾经成功办理过李某股权转让纠纷案、康某工伤保险待遇纠纷案、大同某公司劳动争议案等三十多起案件，获得当事人的好评。业务领域：企业法律风险防范、破产重整等公司业务，道路交通事故损害赔偿责任纠纷、劳动争议、医疗纠纷等人身损害赔偿案件。  
电话：0351-7552102 手机：18603464026  
Email：458253376@qq.com

笔者在为某用人单位代理多起开除、除名、辞退、解除劳动合同等的劳动争议案件时，在与仲裁员或者法官的沟通过程中，发现仲裁员或者法官倾向于如果用人单位无法提供已经与劳动者解除劳动合同的书面证据材料，将支持劳动者解除劳动关系的请求并要求单位支付经济补偿金，甚至最低生活补助金，而几乎不会考虑劳动者在三四年甚至更多年以前已经自行离职的实际情况。但是这样就导致一个非常滑稽的后果，那就是几年前、甚至几十年前就已经自行离职的劳动者仍可以通过仲裁、诉讼，要求用人单位支付经济补偿金、最低生活补助金，这显然增加了用人单位的用工成本和经营、管理成本，有损用人单位的权益。笔者相信这绝不是立法者的本意。

笔者认为，之所以出现这样的情况，主要原因在于司法人员对劳动争议仲裁时效的适用法律不正确，导致已经明显超过时效的案件依然进入了仲裁程序，甚至享有了胜诉权。

在《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》实施之前，劳动争议的仲裁时效的法律依据是自1995年1月1日起施行的《中华人民共和国劳动法》，



该法第八十二条规定，“提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起60日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。”而对于什么是“劳动争议发生之日”，最高人民法院在《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》（以下简称《劳动争议解释（二）》）第一条中进行了详细的规定，其中包括“人民法院审理劳动争议案件，对下列情形，视为劳动法第八十二条规定的‘劳动争议发生之日：……（二）因解除或者终止劳动关系产生的争议，用人单位不能证明劳动者收到解除或者终止劳动关系书面通知时间的，劳动者主张权利之日为劳动争议发生之日……’”。这个规定意味着无论劳动者与用人单位之间因解除或终止劳动关系的争议事实上发生于何时，只要用人单位无法完成相应的举证，那么劳动者从何时开始主张权利，仲裁时效就从何时开始计算。这也将导致这样一个结果：如果用人单位无法举证其书面通知劳动者解除劳动合同，那么双方的劳动关系将一直受到法律的保护。

笔者认为，这样的规定，在督促用人单位完善人事管理、保护善意劳动者的同时，给一些存有恶意的劳动者的恶意诉讼留下了可乘之机，也无法体现诉讼时效制度督促权利人积极行使权利的价值。

2008年5月1日，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（以下简称《调解仲裁法》）施行，其中第二十七条规定，“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。”根据该规定，劳动争议案件的时效不再适用《劳动法》60日的规定，而成为一年，起算时间也不再是“劳动争议发生之日”，而是“当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日”。因为法律规定发生了变化，以前规定为依据的司法解释即《劳动争议解释（二）》的第一条也不应当再被适用。

基于此，笔者认为，在劳动者长期旷工且单位长期（一年以上）不发放工资和承担劳动者其他应有待遇的情况下，双方中的任何一方在提起仲裁时，都应受到一年仲裁时效的制约，起算点从劳动者不在用人单位工作且用人单位不再发放工资之日起计算。因为此时双方都知道或者应当知道自己的权利受到了侵害。如果任何一方提起仲裁的时间超过一年，则应当认定为超过了仲裁时效。



《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第三条规定：“当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。”这说明在民事诉讼过程中，法院不能对有关诉讼时效的问题向当事人释明，更不能在没有对诉讼时效进行审理的情况下主动援引诉讼时效的规定进行裁判，而应当由义务人自行行使时效抗辩。但是，根据人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》（以下简称《办案规则》）第三十条第（三）项的规定，仲裁申请的提出在法定时效期间内是受理仲裁申请的前提条件。也就是说，在劳动争议案件中，仲裁机构应对仲裁时效进行主动审查，以作出是否受理案件的决定。

并且，若在立案审查阶段认为

申请人的申请未超过仲裁时效而使案件进入实体仲裁审理，仲裁庭仍然应当对仲裁时效进行主动审查。根据《调解仲裁法》第六条的规定，“发生劳动争议，当事人应当对自

己提出的主张，有责任提供证据”，即劳动者在主张自己的权利时首先应当对自己主张的基本事实进行举证，劳动者应当证明自己与用人单位之间是否存在劳动关系，何时存

在劳动关系，以及阐述劳动关系的现状状况。这时，仲裁机构应当对案件是否超过仲裁时效进行审查，不仅审查是否超过诉讼时效，还应根据法律规定审查是否有中止、中断等情形。经审查后认为已超过仲裁时效的，应当根据《办案规则》第三十二条的规定，直接撤销案件，并将撤销决定在五日内通知当事人。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六条和《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十三条规定均规定“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任”。但是，对于已过一年仲裁时效的上述劳动争议仲裁案件，不应当再要求用人单位对相应

事项进行举证，也不应因为用人单位举证不能而裁定由其承担不利后果。

对于仲裁后再起诉的上述案件，如果仲裁机构作出的不予受理的裁决或撤销案件的决定系因超过仲裁时效，被告一方一般也会在诉讼阶段以时效问题进行抗辩，人民法院应对此进行审查；又如如果仲裁阶段没有提到时效问题而在诉讼阶段被告提出了时效抗辩，人民法院也应对被告的抗辩进行审查。对于超过诉讼时效的，应该驳回原告的诉讼请求，而不应当要求用人单位继续承担举证责任。

由此，在劳动者长期旷工，用人单位也长期（超过一年）不再为其承担任何工资、待遇的情况下，首先应当正确适用有关时效的法律。判定申请人的仲裁请求、原告的诉讼请求是否超过了诉讼时效，再对案件进行审理，进一步依照法律的规定要求当事人承担举证责任，而不是一味地要求用人单位对相关事实进行举证。

当然，在现实中我们并不能完全排除一些用人单位存在恶意与劳动者解除劳动合同的行为，先口头通知与劳动者解除劳动关系，在劳动仲裁审理中又否认其解除劳动关系的行为，故意造成劳动者旷工的假象，以拖延时间，规避支付劳动者经济补偿金的义务。因此，笔者提醒广大劳动者，在对用人单位口头与其解除劳动合同时，要加以提防，慎重对待。一定要在用人单位不提供工作岗位、停发工资或者口头解除劳动合同时一年之内取得相应证据，主张自己的权利。



# TRUSTEE

## 县政府不是土地征收补偿的受托人



李继军

业务主管。民盟太原市委委员，太原市政协委员，太原仲裁委员会仲裁员，建筑法律高级讲师。  
业务领域：建设工程（房地产）、矿产资源类法律事务，侧重于大型建设工程项目、矿产资源项目的索赔与反索赔业务。

电话：0351-7552491  
手机：13834151354  
Email：lj0351@163.com



### 【案情摘要】

2012年9月7日，因高速公路建设需要占用X县境内的部分林地，某高速公路建设管理处（下称建管处）与X县人民政府（下称县政府）签订了一份《X县至H市高速公路建设项目永久性征占X县林地协议书》（下称《征占林地协议书》），双方约定：

- 1、高速公路在X县境内永久性征用林地55.61公顷。
- 2、依据双方确认的高速公路占用征收林地《评估意见》，林地补偿费、安置补偿费和林木补偿费共计3003100元；依据《山西省高速公路建设征地拆迁管理办法（暂行）》拆迁管理费计收47446元，合计3066556元。

### 3. 建管处的权利和责任：

- (1) 享有被征占用林地的使用权；
- (2) 足额向县政府支付补偿费用；
- (3) 依法办理建设用地手续。

### 4. 县政府的权利和责任：

- (1) 协调林业主管部门审核申报永久性征占林地手续；
- (2) 划拨土地和办理批复手续，并移交土地使用权；
- (3) 将该高速公路X县境内征占林地的补偿费用全额支付到林户。

2012年9月9日，高速公路X县段建设协调领导组（X县领导组）向建管处发函，称“根据2012年9月9日县政府高速拆迁会议精神，鉴于林地评估意见与当地实际情况出入较大，县政府作为拆迁主体，在不截留建管处支付的专项补偿费的前提下，按照我县确定的补偿标准进行调整后再做补偿。”

2012年9月10日，建管处向X县高速领导组回函，称“同意县政府做为拆迁主体，在不截留建管处支付的专项补偿费的前提下，按照县政府确定的补偿标准进行补偿。”

2012年9月25日，建管处将《征占林地协议书》约定的征占林地各项补偿费用30505556元支付给县政府。

在县政府征收林地过程中，因陈某对县政府按照《高速公路建设工程X县境内涉及房屋、土地及附着物征收补偿标准》执行的林木补偿有异议，多次上访，县政府成立了专门的协调工作组，并于2014年10月25日出具了《关于高速公路永久性占用陈某林木赔偿款的情况说明》（下称《情况说明》），确定给予陈某的林木补偿款为2727216元。

2014年12月1日，陈某出具《承诺》，称：“同意县政府协调工作组的意见。”

2014年12月11日，县政府授权当地镇政府与陈某签订一份《高速征占土地补偿协议》，约定经各方商定，并依据《情况说明》，确定陈某的林木补偿款金额为2727216元。

协议签订后，县政府支付了协议约定款项。

2015年6月，陈某以县政府未按照《评估意见》支付补偿款为由，以委托合同纠纷向Q县法院提起诉讼，诉讼请求为：判令县政府立即支付其林木补偿款1009640元，并从2015年7月1日起按照中国人民银行同期贷款利率支付利息。



**【一审法院审理情况】**

一审中，Q县法院通知建管处作为第三人参加诉讼。

法院认为：建管处与县政府签订《征占用林地协议书》征占X县土地，该土地包含原告所租用种植林木的地块，县政府作为被征占单位与建管处签订协议，同时又作为原告林木补偿款的接收人，受建管处的委托向原告发放补偿款。《征占用林地协议书》约定的标准系省林业厅组织的《评估意见》标准，建管处也依据《评估意见》足额将款项支付给县政府。县政府自己又重新制定了补偿标准，违反了《土地管理法》第四十七条第四项“被征收土地上的附着物和青苗的补偿标准，由省、自治区、直辖市规定”的规定，但县政府将其新的补偿方案函告了建管处，建管处复函同意县政府新的补偿方案，实质上是对《征占用林地协议书》的违约，其应当依据《征占用林地协议书》所确定的补偿标准补足原告的林木补偿款，并从原告起诉之日起按照银行贷款利率支付利息。故判决：建管处于判决生效后十日内支付原告林木补偿款1009640元，并从2015年7月1日起按照中国人民银行同期贷款利率支付利息。

**【二审法院审理情况】**

建管处不服一审判决，向L市中级人民法院提起上诉。

**1. 建管处上诉理由：**

(1) 一审判决将本案的案由确定为委托合同纠纷错误

本案中，陈某认为县政府尚1009640

元林木补偿款拒不支付，显然本案是因林木补偿标准而产生的纠纷。因土地征收补偿本身系行政行为，而民法意义上的委托关系是不包括行政行为的，本案显然不是委托合同纠纷。

另外，依据《土地管理法》、《土地管理法实施条例》等规定，包括林地征收在内的土地征收是国家因高速公路建设需要强制性地将属于农村集体所有的土地收归国有，并对被征收人给予补偿的行政行为。建管处系各项补偿款缴纳单位，县政府系补偿实施单位，作为行政机关的县政府与建管处非平等主体，不存在委托关系。一审判决认定建管处系征占单位，县政府系被征占单位，双方系委托关系，应属根本错误。

(2) 一审判决刻意回避陈某出具《承诺书》、签订《征占土地补偿协议》的效力问题。《承诺书》和《征占土地补偿协议》系陈某自愿签订，合法有效，同时该《征占土地补偿协议》已经履行完毕。陈某另行诉讼再次主张权利应属滥用诉权，一审法院对此不予审查显然违背了本案的基本事实。

**(3) 一审判决适用法律错误**

一审判决认定“县政府自己又重新制定了补偿标准，显然违反此规定（《土地管理法》第四十七条）”错误。《评估意见》显然不是“由省、自治区、直辖市规定”的“补偿标准”，《土地管理法》第四十七条规定并不代表禁止市县人民政府在实施土地征收时根据具体情况制定实施

细则。县政府文件的效力也不应由一审判决迳行裁判。

(4) 针对本案，一审法院无权以民事案件受理，一审违反法定程序。陈某对县政府协调工作组《情况说明》确定的标准不认同，依据《土地管理法实施条例》第二十五条规定，应当走行政协调裁决程序，或者依据《行政诉讼法》等规定，通过行政诉讼申请人民法院撤销或者确定县政府的行政行为无效。

(5) 建管处不应承担针对陈某的任何责任。

**2、陈某的答辩意见**

(1) 一审法院认定事实清楚、证据充分，应予维持；

(2) 一审法院适用法律正确；

(3) 县政府不同意将林木补偿1009640元发放给被上诉人，必然要返还给上诉人建管处，建管处应当向上诉人支付该款项。

3、本案由二审法院正在审理中。

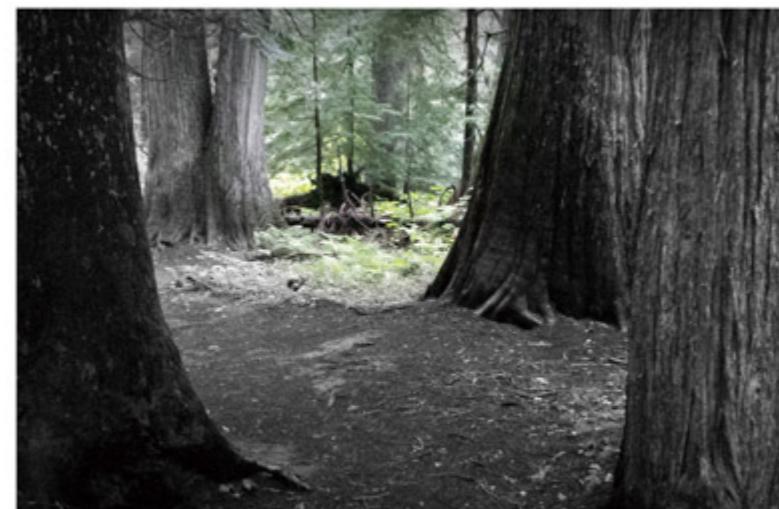
**【评析意见】**

本案有几个值得关注的问题。

1、在陈某并未要求建管处向其支付补偿款的情况下，法院能否判令建管处承担责任

在本案一审中，陈某明确要求县政府向其支付补偿款，在二审阶段，也只是称“县政府不同意将林木补偿款1009640元发放给被上诉人，必然要返还给上诉人建管处，建管处应当向上诉人支付该款项。”显然，陈某对建管处没有明确的诉讼请求。

笔者认为，抛开本案审理的实体问题，如果一审法院经审理认为建管处应当承担责任，依据最高人民法院《关于民事诉讼证据若干规定》第三十五条“诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第三十四条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求”的规定，一审法院应当告知陈某变更诉讼请



求。显然，在陈某对建管处没有诉讼请求的情况下，法院无权直接判令建管处承担支付林木补偿款的责任。

#### 2、建管处能否构成对《征占用林地协议书》的违约

《征占用林地协议书》尽管约定了建管处与县政府的双方权利与责任，但是该协议所涉土地征占和补偿系县政府作为实施主体的行政行为，显然该协议属于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》所称的行政协议，本案不存在建管处委托县政府征占土地和进行补偿的事实基础和法律依据。建管处将《征占用林地协议书》约定的征占用林地各项补偿费用支付给县政府后，就已履行了自己的职责。

同时，依据《山西省高速公路建设征地拆迁管理办法（暂行）》规定，建设单位可以依据法律法规和拆迁补偿标准做出预算，与市人民政府签订征地拆迁费用总包干协议，由市人

民政府负责拆迁补偿安置的实施工作。显然，在签订《征占用林地协议书》后，因实施补偿工作的需要，制定全县统一的补偿标准并组织实施，是县政府职责范围内的事务。2012年9月9日，县政府致送建管处的函以及建管处的回函，只是强调了县政府作为实施主体包干使用各项补偿款并且不截留建管处支付的专项补偿费的原则，不存在征得建管处同意才调整补偿标准的问题。

笔者认为：《征占用林地协议书》不是民事协议，自然也不存在建管处因为回函而导致对《征占用林地协议书》的违约问题。

#### 3、陈某签订了《补偿协议》后，能否要求县政府另行支付林木补偿款

依据《土地管理法实施条例》第二十五条“征地补偿、安置方案报市、县人民政府批准后，由市、县人民政府土地行政主管部门组织实施。对补偿标准有争议的，由批准征用土地的人民政府裁决。征地补偿、安置争议不影响征用土地方案的实施”之规定，陈某对县政府执行的林木补偿款的标准有异议，依法应通过行政协调裁决程序处理。

实际上，陈某并未走行政协调裁决程序，而是走了信访程序，在县政府组成工作组重新对其请求进行核实并出具了《情况说明》后，陈某认可并签订了《补偿协议》，且得到了补偿款。

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十九条第二款“当事人在调解中对民事权益的处分，不能作为审查被诉行政行为合法性的根据”之规定，法院不能对《补偿协议》进行合法性审查，显然该《补偿



协议》合法有效，陈某无权要求县政府另行支付林木补偿款。

#### 4、一审法院能否受理本案

本案纠纷并非民事纠纷，依据《民事诉讼法》第一百二十四条“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；……”以及最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第二百零八条第三款“立案后发现不符合起诉条件或者属于民事诉讼法第一百二十四条规定情形的，裁定驳回起诉”的规定，一审法院不应以民事案由受理本案，受理后也应裁定驳回原告起诉。

显然，一审法院不应以委托合同纠纷审理本案。

#### 【后记】

本刊印发前，L市中级人民法院针对本案做出了终审裁定。

法院认为：陈某对《补偿协议》中涉及的林木补偿款计算数额予以签字认可，且该协议已履行完毕，其提起民事诉讼无事实与法律依据；《征占用林地协议书》并非民事协议，建管处与县政府并非委托合同关系，建管处与陈某之间也不存在民事权利义务关系；县政府重新制定附着物补偿标准且已经下发文件，系行使行政职能，与陈某之间并非民事法律关系，陈某作为民事主体起诉无事实及法律依据。故裁定如下：

撤销一审判决，驳回陈某的起诉。

杨云鹏 &gt;&gt;&gt;&gt;&gt;&gt;&gt;&gt;&gt;&gt;&gt;&gt;&gt;



大型企业法律项目组成员。本科毕业于山西大学法学院，研究生毕业于武汉大学法学院诉讼法专业。曾就职于央企航天科技集团519厂，担任企业法律顾问。在此期间对公司运营相关法律问题有了深入的了解，并承办了多起涉企纠纷，积累了大量的企业法务及合同纠纷处理经验。2012年成为专职律师，先后办理了多起刑事、民事纠纷案件，受到当事人好评。业务领域：企业法律事务、合同纠纷处理、劳动纠纷等。

电话：0351-7552490 手机：15834118197 Email：yyplaw@163.com

## 准确界定合同类型 ——牵住合同案件处理的牛鼻子



2012年9月，无灾害治理施工资质的A公司与无灾害治理施工资质的B公司签订《X煤矿土石方剥离等工程承包协议》，双方约定：A公司将通过合法方式取得的X煤矿灾害治理工程范围内的开采经营权（此时，A公司并未与X煤矿签订书面灾害治理工程合作协议书，仅以会议纪要的形式达成了合作意向，但已经实际入场施工）转让给B公司，B公司按照协议向A公司支付相应的承包费用。

2012年11月，A公司法定代表人新注册成立的一人有限责任公司——无灾害治理施工资质的C公司与X煤矿签署《灾害治理工程合作协议书》，协议约定：C公司与X煤矿合作开展灾害治理工程项目。在X煤矿的直接管控下，C公司自行组织实施灾害治理工程，并向X煤矿交纳矿产资源补偿费、安全生产管理费和保证金，其中矿产资源补偿费和安全生产管理费按治理区回收残煤销售量×吨煤提取费计算。未经X煤矿书面同意，C公司不得擅自将本合作协议约定的权利、义务全部或部分转让给第三方，更不得分包、转包或买卖。基于C公司与A公司的关联关系，B公司并没有与C公司重新签订书面合同，但一直实际施工至2015年7月。2015年7月，C公司与B公司产生纠纷。协商无果的情况下，2015年11月B公司一纸诉状将C公司、X煤矿及C公司的股东诉至某高院，认为C公司与X煤矿签订的《灾害治理工程合作协议书》及其与C公司形成的事

包为名转让灾害治理区域的煤炭开采权的行为，且未经有权审批机关依法批准，违反了《矿产资源法》及《探矿权采矿权转让管理办法》的禁止性规定，存在《合同法》第52条第3项、第5项规定的合同无效情形，要求法院确认C公司与X煤矿签订的《灾害治理工程合作协议书》及其与C公司形成的事

合同无效，C公司与X煤矿应付工程投入补偿款2.9亿元并赔偿其损失，由C公司的股东承

担连带清偿责任。

本案所涉及的运作模式在煤矿灾害治理项目，即采煤沉陷区及火烧隐患区灾害治理项目中极其常见，非常具有代表性，如欲对该运作模式的合法、合规性，及上述案例的结果作出正确的判断，笔者认为至少需要掌握如下三方面的内容：一是我国采煤沉陷区及火烧隐患区灾害治理项目的现状；二是我国现行法律法规关于采矿权转让的规定；三是建设工程合同无效的法定情形及法律后果。其中第一个是准确进行事实认定需掌握的背景资料，后两个是对该模式进行法律关系分析的基础和依据。本文将在围绕上述内容进行重点分析、论证的基础上，对所列案例的处理结果作出分析判断。

### 一、我国采煤沉陷区及火烧隐患区灾害治理项目现状概述

#### （一）采煤沉陷区及火烧隐患区形成的原因及治理现状

由于受地质条件的限制，加之长期以来我国的煤炭主要以地下开采为主，在开采过



程中受生产技术、开采工艺（主要是房柱式）、管理水平等因素制约，不仅回采率很低，造成大量的资源浪费，而且随着时间推移，残留的煤柱和顶板开始风化，引发煤层上部土岩覆盖层大面积垮塌，地表出现裂缝，大量有害气体泄露，残留煤开始自燃，最终的结果就是形成了大量的严重污染环境的采煤沉陷区及火烧隐患区。大量采煤沉陷区及火烧隐患区的存在已经给当地群众的生产、生活带来了严重影响，

甚至威胁到生命安全。为了解决上述问题，许多地方开始尝试对采煤沉陷区及火烧隐患区进行地质灾害治理，其中以陕西神木县最具代表性。该县从2009年开始，按照“政府主导全局，原开采企业负责（灭失矿权的重新招标）实施，全面进行治理，恢复原有生态”的原则，在全县范围内通过先行试点的方式开展采煤沉陷区和火烧隐患区综合治理工作。但同全国其他地方的灾害治理项目一样，在取得不错的生态环保效益和经济社会效益的同时，受制于国家、地方法律法规及政策的缺失，灾害治理过程中也出现了不少的乱象，其中最为典型的就是承包人非法转包、违法分包或者没有资质的实际施工人借用有资质的企业名义进行灾害治理工程施工等现象大量存在。在煤炭市场一片繁荣的大背景下，这些问题都会被掩盖；而当煤炭市场形势一旦下滑，被掩盖的问题自然会集中爆发，就会产生像案例所述的纠纷。

#### (二) 采煤沉陷区及火烧隐患区灾害治理的主要方式

目前可采用的综合治理方法主要有以下三种：一是剥离回填法。该措施适用于采用房柱式浅部开采的中小型煤矿、煤矿边角残煤及河谷残煤的治理。这种方法简单易行，采用这种方法可以彻底治理煤矿存在的采煤沉陷及火灾隐患，使煤炭资源能够得到最大限度的回收利用。二是充填方法。采空区充填技术就是利用矸石等工业废渣回填采空区，解决采空区的沉陷、煤层自燃等安全隐患，实现无废或少废开

采矿产资源。这种方法能有效消除采空区的安全隐患，同时也为深部矿床开采的大量废石找到了堆存场地，达到有效利用资源、减少地表堆积、保护环境的目的。三是注浆加固法。注浆法是利用气压、液压或电化学原理，将某些能固化的浆液注入到土层、岩层的裂隙或孔洞中，使浆液和岩层一起固化凝为一体，从而改善地基的物理力学性质，增强地基承载力，确保采空区上建筑物整体稳定。

因剥离回填法能够最有效、最彻底地治理好煤矿存在的采煤沉陷及火灾隐患，并能使煤炭资源得到最大限度的回收利用，所以国内绝大多数的灾害治理项目选择了该种治理方式。

## 二、现行法律、法规关于采矿权转让的相关规定

采矿权是指采矿权人在依法取得的采矿许可证规定的范围内，开采矿产资源和获得所开采的矿产品的权利。我国目前涉及采矿权转让的主要法律、法规有：《中华人民共和国矿产资源法》、《探矿权采矿权转让管理办法》、《矿业权出让转让管理暂行规定》。上述三部法律法规共同构建了我国采矿权转让制度的核心框架，对采矿权转让的条件、程序以及非法转让采矿权的法律后果作出了明确的规定。根据上述法律法规的规定，已经依法取得的采矿权，除符合法定转让条件外不得转让；即使依法可以转让，也需依法履行申请、受理、审查等法定程序，经法定审批管理机关批准或备案，并办理矿业权转让审批和变更登记手续。未经审批管理机关批准，擅自转让采矿权的，登记管理机关应就研究本文案例来讲，有两方面的规定需要重点关注：一是《探矿权采矿权转让管理办法》第10条“……批准转让的，转让合同自批准之日起生效。……”；二是《探矿权采矿权转让管理办法》第15条“违反本办法第三条第（二）项的规定，以承包等方式擅自将采矿权转给他人进行采矿的责令改正，没收违法所得，处10万元以下的罚款；情节严重的，由原发证机关吊销采矿许可证”，以及《矿业权出让转让管理暂行规定》第38条“采矿权人不得将采矿权以承包等方式转给他人开采经营”。前一条是关于采矿权转让合同的法定生效时间的规定，后两条明确禁止了将采矿权以承包方式转让给他人开采经营的行为，并对违法后果作出了规定。



责令其改正，没收违法所得，处10万元以下的罚款；情节严重的，还应由原发证机关吊销采矿许可证。



那么是否能据此认为我国法律绝对禁止矿业权承包呢？根据我国目前的矿业经营实践及矿业法律发展方向，很多业内人士认为上述法律规定禁止的是以承包名义非法转让采矿权的行为，矿业权承包可合法存续的底线应当是不构成变相的矿业权转让。并在司法实务中，审查矿业权承包合同的效力不能仅以当事人签订合同的名称作为判断合同性质的唯一依据，而应根据合同约定的内容全面分析当事人之间的权利与义务，把握该民事法律行为的本质属性，从而作出正确的判断。重点应从以下方面予以审查：应是对采矿任务的承包，而非采矿权的承包；承包人对矿产品不得享有所有权及处分权；发包人不得脱离对矿山企业的日常管理；有关矿产品的生产、经营、销售、调运、过磅、货款结算等均需以发包人的名义进行并在实际上受发包人控制，不得以承包人名义直接实施上述各行为；不得给承包人授予对矿业权的再处分权；不得将被承包矿山企业的法定代表人职务授予承包人担任；不得将承包期限设为永久性；不得授权承包人对矿山企业的原股权结构享有直接进行变更登记的权利。凡违反其中的一项或多项，即可判定该承包合同有变相转让采矿权之嫌疑。笔者认为，有鉴于我国矿产资源法严重滞后，已与矿业市场现状脱节的情况，在国家修订矿产资源法之前，上述认识值得借鉴。

### 三、建设工程施工合同无效的法定情形及法律后果

#### (一) 建设工程施工合同无效的法定情形

我国《民法通则》、《合同法》等规定的合同无效的法定情形，可以概括如下：

- 1、合同的一方或双方为无民事行为能力人，或者一方或双方为限制行为能力人但所签合同超出其认知范围的；
- 2、一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益的；
- 3、恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；
- 4、以合法形式掩盖非法目的的；

- 5、损害社会公共利益的；
- 6、违反法律、行政法规的强制性规定。

建设工程施工合同如果存在上述任何一种情形的，当然应被依法确认为无效合同。但由于上述法律规定比较原则，导致人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件时，对无效合同的处理在具体适用上认识不统一，影响了人民法院司法的公正性、统一性和审判的效率。因此，最高人民法院在出台《关于审理建设工程施工合同纠纷适用法律问题的解释》（以下简称《解释》）时，在充分考虑建筑产品的特殊性，以及法律、行政法规和部颁规章中调整建设工程施工合同的强制性规范多且杂的基础上，从维护合同稳定性，保护各方当事人的合法权益，维护建筑市场的正常秩序的角度出发，对适用《合同法》第52条第5项规定认定建设工程施工合同无效的情形进行了细化，规定建设工程施工合同具有如下五种情形之一的，应属无效合同：

- 1、承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- 2、没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；
- 3、建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的；
- 4、承包人非法转包建设工程的；
- 5、承包人违法分包建设工程的。

#### (二) 建设工程施工合同被认定无效的法律后果

合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方

应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。这是我国《民法通则》第61条、《合同法》第58条、第59条对合同被认定为无效后如何处理作出的原则性的规定。因建设工程施工合同履行的过程，就是将劳动和建筑材料等物化在建筑产品中的过程，所以合同被确认无效后，对于已经履行的内容不能适用返还的方式恢复到签约前的状态，而只能按照折价补偿的方式处理。考虑到了建设



工程施工合同的这种特殊性，《解释》在严格遵循法律规定的无效合同处理原则的前提下，以建设工程质量是否合格为区分标准，对被认定为无效的建设工程施工合同分别规定了如下几种处理方式：

1、建设工程经竣工验收合格的，可以参照合同约定结算工程价款；

2、建设工程经竣工验收不合格，经修复后验收合格的，可以参照合同约定结算工程价款，但发包人也可以请求承包人承担修复费用；

3、对质量不合格又不能修复的工程，发包人可以不支付工程价款，但需要根据过错责任原则对承包人不能得到的工程价款的损失承担赔偿责任。

#### 四、所列案例的法律分析

本文所列案例中，C公司及B公司不具备灾害治理施工资质，C公司与B公司之间又存在非法转包的情形，因此B公司申请

人民法院确认相关合同为无效合同应予支持。但是B公司主张合同无效的理由是其认为C公司与X煤矿签订的《灾害治理工程合作协议书》及其与C公司形成的事 实合同关系，本质上是以工程承包为名非法转让灾害治理区域的煤炭开采权的行为，且未经有权审批机关依法批准，违反了《矿产资源法》及《探矿权采矿权转让管理办法》的禁止性规定，存在《合同法》第52条第3项、第5项规定的合同无效情形。结合我国目前采煤沉陷区及火烧隐患区灾害治理的现状、主要的治理方式（剥离回填法）以及本案所涉合同的名称和内容，笔者认为本案中承包方的核心工作是灾害治理区的土石方剥离、复垦、绿化等，因此所涉合同应定性为建设工程施工合同更为恰当。当然在实际施工过程中也会涉及到对治理区域残煤的回收，但从灾害治理的实践来看，回收的残煤往往用于抵顶承包方的工程款，抵顶工程款后的剩余钱款也会被采矿权人取得（C公司向X煤矿交纳

的吨煤款即属此情形），加之很多煤矿灾害治理工程与正常生产是并行的，因此此类工程附属的煤炭开采应属采矿任务的承包，而非采矿权的承包，不存在变相转让采矿权的问题，B公司主张合同无效的理由不应得到支持。而且前文已经提到，转让采矿权未经有权审批机关依法批准不能

付工程款→核定已开采出的煤炭的价值→判断发包方是否对工程不合格有过错或者存在《解释》第十二条规定的情形，如存在过错，根据过错责任大小对承包方的工程价款损失承担赔偿责任，核定出赔偿数额→确定各自应实际返还的数额。因此，B公司要求三被告按照其工程投入进行返



生效，导致的法律后果是合同当事人承担缔约过失责任而非按照无效合同解决。

所以，法院应按建设工程施工合同的无效处理原则判决进行折价补偿或赔偿，处理流程应是：对已完工程进行验收，判断工程质量是否合格：如合格，按照合同约定核算工程款，合同没有约定的，申请评估认定；如不合格，发包方有权拒绝支

还，不应得到支持；但B公司可以要求C公司返还工程款或承担赔偿责任，也可以要求X煤矿在欠付C公司工程款的范围内对其进行承担责任。同时，B公司应得的合格工程

。

# DEMOLITION DISPUTE

## 宅基地拆迁纠纷 案例解析



赵秀芹

建设工程、房地产专业部部长。1997年毕业于山西大学历史系，2003年至2005年在北京大学经济学院与美国管理技术大学（UMT）联合举办的项目管理在职研究生班就读。2005年开始执业。执业以来，代理过多起建设工程施工合同纠纷、商品房买卖合同纠纷、行政案件，办案经验丰富；为10余家企业担任法律顾问，参与企业合同、运营治理等法律制度的建设，为企业经营决策提供法律意见和建议，并凭借专业的法律服务和严谨的工作态度获得当事人及服务单位的好评。业务领域：建设工程房产、公司合同、企业改制。

电话：0351-7552102 手机：13934228886 Email：szhao5@hotmail.com

原告赵甲与被告王某之夫赵乙（已故）均是A村村民，赵甲系赵乙亲妹妹白甲（已故）的儿子，即赵乙的外甥。1987年初宅基地初始登记时，A村村委会将赵甲姥姥、姥爷（登记时已去世）家居住使用的宅基地登记在了赵乙名下，家庭成员栏中有白甲、白乙（也是赵乙的亲妹妹）、赵甲。当时赵乙刚结婚，没有孩子，妻子王某的户口没有迁入本村，白甲已成家，儿子赵甲1977年出生，白甲成家后户口未迁出，儿子赵甲的户口随她。后来虽然单独立户，但也还是在A村，A村没有为其另批宅基地，户口登记住址为该宅基地坐落处。

1988年、1990年赵乙的两个女儿分别出生，户口随赵乙也在A村。2005年，赵乙的妻子王某的户口从外地迁入A村。赵乙一家居住在讼争的宅基地上，赵甲未在此居住。赵乙及其妻子于2006年对宅基地上的老宅进行拆除并新建房屋500多平米，赵乙的两个女儿成家之后，也都单独立户，但户口登记地址均为该宅基地坐落处。

2015年5月，A村开始整村拆迁改造，并公布了拆迁补偿安置办法。宅基地证的



该案主要涉及两个方面的法律问题：一是谁是宅基地合法使用权人，在该宅基地居住成员或在该宅基地落户成员是否都是宅基地使用权人；二是虽然是宅基地使用权人，但对其上房屋不享有任何权利的成员，能否享有拆迁利益。这两个方面的问题也是律师在办理宅基地拆迁案件过程中必须要解决的问题。

在我国，农村宅基地实行配给制，集体经济组织以申请时该户内人口数按统一标准决定



登记户主赵乙（当时已经去世）的妻子王某从村委会领取了作为被拆迁对象的村北街西排18号院落的相应拆迁补偿安置费用，经核实，该笔补偿费共338万元，其中直接领取补偿款225万，另外还有住房两套。赵甲作为该宅基地登记时的家庭成员之一，向王某要求分割拆迁补偿款，王某不给。赵甲因此起诉至法院要求被告王某将拆迁补偿款的1/4即845000元交付给自己。

一审法院审理后认为，赵甲作为宅基地登记时的家庭成员之一，系宅基地的共同使用权人，但考虑当时赵甲年龄尚小，对家庭贡献较小，因此酌情少分，根据A村拆迁分配方案，认为酌情支付赵甲60万元较为妥当。因此判决王某支付赵甲60万元。王某不服上诉至中院，二审法院审理后，双方进行调解，最终王某支付赵甲45万元。



迁补偿，司法实践中标准不一。律师认为，办理此类案件必须明确以下几个方面的问题：

#### 1. 宅基地使用权与户口的关系

根据《土地管理法》第六十二条的规定，农村村民一户只能拥有一处宅基地。因此，村民在申请宅基地时都是以一个家庭户为单位申请，集体经济组织也是以申请时该户内人口数按统一标准确定宅基地面积数。但是如前所述，户内人口不仅会因为原登记的宅基地使用权人死亡、成年后分户、外嫁、或转入城镇生活等原因而减少，还会因为原登记人员的娶妻、生子等原因而增加。那么，在该处宅基地的新增人口或落户人员是否属于宅基地使用权人？笔者认为，一般来说，宅基地使用权人仅限于登记时的使用权人，之后在其上居住或落户人员并不一定都是宅基地使用权人，如原使用权人结婚生子，其子女并不是宅基地使用权人，其子女只能在原使用权人去世后因继承其房屋而对宅基地产生使用权。所以说，宅基地使用权证反映的是最初登记时的家庭户情况，这种情况处于变

动状态，随后在其户上落户人员并不是必然的宅基地使用权人，宅基地使用权与户口没有必然联系。

#### 2. 宅基地使用权与宅基地上房屋所有权的关系

宅基地使用权是指农村村民依照法律的规定享有在农民集体所有的土地上建造房屋的权利。按照《土地管理法》、《物权法》等的相关法律的规定，宅基地使用权是一种受限制的用益物权，具有以下特征：首先，宅基地使用权是一种用益物权；其次，宅基地使用权人是集体经济组织的农户而不是集体经济组织的成员个人；再次，农村村民一户有且只能有一处宅基地；再次，宅基地使用权专属于本集体经济组织的成员；最后，宅基地使用权的获得是无偿的。

房屋所有权是一种完整的物权，是房屋所有权人对房屋享有的占有、使用、收益的权利。房屋所有权的取得一般有买卖、继承、接受赠与、合法建造等方式，而宅基地上房屋所有权获得的主要方式为合法建造。厘清了宅基地使用权与房屋所有权的概念后，我们可以确定的是农村的宅基地使用权是因为土地使用权

人的主体身份而获得，其具有严格的身份属性，随着身份属性的消失，宅基地使用权也会消失；而宅基地上房屋的所有权来源于村民的合法建造，属于村民的私有财产，其所有权并不随着村民的身份关系改变而丧失。因此，宅基地使用权与宅基地上房屋所有权具有分离性。

#### 3. 宅基地使用权人与登记房屋所有权人并不必然相同

如前所述，在申请宅基地的时候，一般是以家庭户为单位向集体经济组织申请，全部家庭成员均享有宅基地使用权，但是宅基地使用权人并不都参与房屋建造。若房屋仅有部分家庭成员参与建造，那么未参与建造的家庭成员不能当然的取得房屋的所有权。有的家庭成员在建造房屋后，因为出嫁、到城镇生活等原因脱离原家庭，并丧失原集体经济组织成员资格，其宅基地使用权丧失，但是其房屋所有权并不随着宅基地使用权的丧失而发生变化。此外，还有虽不具有农村集体经济组织成员的身份、不享有宅基地使用权，但是因继承等原因享有房屋所有权的情况。总之，因各种原因，宅基地使用权人与房屋所有权人有时并不必然一致。



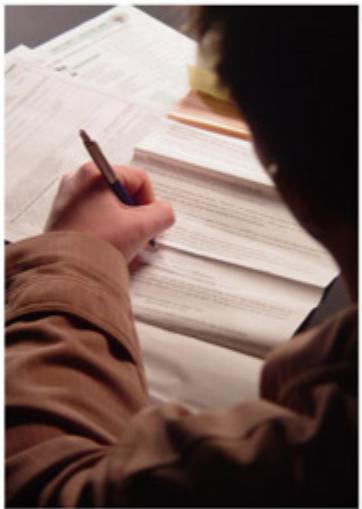
上居住的人员、居住人员的经济状况、劳动能力等各个方面综合考虑、确定房屋权属，此时建造方的举证难度较大。

在遇到拆迁时，因为宅基地系无偿使用，所有权归集体，因此，单就宅基地来说，如果其上没有建房，该宅基地若被国家征收，征收补偿款应当归集体经济组织，而不是某个宅基地使用权人。宅基地使用权人之所以能够得到高额补偿款，事实上的依据是因为其上存在房屋。从一些拆迁改造的文件，包括太原市人民政府《关于进一步规范城中村改造的若干意见》

的表述来看，其实都是对房屋被拆迁的补偿，而不是对宅基地的补偿。当然，对房屋的补偿有不同的标准，通常情况下有三种：一是按宅基地面积计算补偿标准；二是按房屋面积计算补偿标准；三是现金补偿，可以选择适用。对于第二、三种补偿方案，不容易产生歧意，但是对于第一种方式的补偿，往往被人认为就是对宅基地的补偿。事实上，第一种方式仅仅是以宅基地面积计算补偿金额，仍然是对房屋的补偿而不是对失去宅基地的补偿。具体到本案，赵甲虽然作为家庭成员共同申请了宅基地，享



有宅基地的使用权。但是其后赵甲并没有在该宅基地上居住，也没有在其上建房，因此，其对该宅基地上的房屋没有所有权。赵甲之所以能取得补偿款不是因为他是宅基地使用权人，而是因为对于外祖父、外祖母遗产的继承。外祖父、外祖母去世后让其继承了其上房屋而成为宅基地使用权人，而被告王某与赵乙拆除了赵甲继承的部分房屋，重新进行了修建，赵甲继承的房屋已经被被告修建的房屋覆盖，被告理应向赵甲做出补偿。本案中赵甲的补偿金额由此而来。



## 婚离了， 债离不了

2006年11月，刘女士经人介绍与王先生相识，二人于2007年8月6日办理结婚登记，次年生有一子。婚后因王先生长期赌博，刘女士遂与其于2014年协议离婚。协议约定：双方同意离婚；婚生子归刘女士抚养，王先生无需支付抚养费；各人名下的财产归各自所有；双方对外以个人名义所负债务各自承担；别无其他争议。办理离婚手续后，刘女士便带孩子搬回娘家居住。今年年初，刘女士收到法院传票，他人以民间借贷纠纷为由将其起诉。刘女士非常震惊，她从未借过别人钱，怎么会被人起诉？拿到起诉状后，刘女士方得知，原来是前夫借钱未还，自己被一并起诉了。刘女士想不明白，自己与前夫已经离婚，为什么还要和他一起承担债务，而且当初离婚时，也已经说好各自对外所负债务各自偿还，怎么现在还会被起诉。更让刘女士觉得不可思议的是，经过审理，法院竟然判决其与前夫共同向原告偿还借款本金及利息。刘女士觉得很委屈，当初丈夫借钱，自己并不清楚，也没有在借条上签字，现在婚都离了，却还要替前夫还债。

刘女士的困扰相信很多人也有，原以为离婚就大路朝天各走半边，没想到离婚之后，竟然会被债主告上法庭。为什么婚离了债离不了？我国法律对此又是如何规定的？

### 一、夫妻共同债务的认定

我国《婚姻法》第四十一条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。”《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第17条第一款规定：“夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务，应认定为夫妻共同债务，离婚时应当以夫妻共同财产清偿。”《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）》第43条规定：“在夫妻关系存续期间，一方从事个体经营或承包经营的，其收入为夫妻共同财产。债

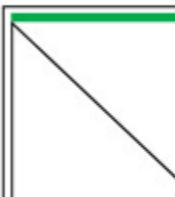
务亦应以夫妻共同财产清偿。”《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十三条规定：“债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。”由上述法律规定可以看出，夫妻共同债务，一是指夫妻双方或一方为家庭共同生活需要所负的债务，包括为履行抚养、赡养义务所负的债务，夫妻一方或双方为治疗疾病所负的债务，夫妻购置家庭用品、修缮房屋及为支付生活开支所负的债务等；二是指夫妻一方或双方因从事个体经营、承



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





包括经营所负的债务。第一种共同债务在实践中一般可分为三种情形：

1、夫妻关系存续期间，夫妻双方以双方名义对外的负债。该债务不论是否用于家庭共同生活，均认定为夫妻共同债务；

2、夫妻关系存续期间，夫妻一方以个人名义对外负债并用于家庭共同生活，包括履行法定抚养、赡养义务等；

3、结婚之前，一方以个人名义对外负债用于婚后家庭共同生活。

夫妻个人债务即不能认定为夫妻共同债务的债务，是指夫妻一方所负的与共同生活无关的债务。比如，夫妻一方因赌博、吸毒等所负债务，或夫妻一方为抚养、赡养非法定抚养、赡养人所负债务等。《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第17条第二款规定，不能认定为夫妻共同债务的情形为：“（1）夫妻双方约定由个人负担的债务，但以逃避债务为目的的除外；（2）一方未经对方同意，擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务；（3）一方未经对方同意，独自筹资从事

经营活动，其收入确未用于共同生活所负的债务；（4）其他应由个人承担的债务。”

## 二、夫妻共同债务的举证责任分配

我国《民事诉讼法》第六十四条规定“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，即“谁主张，谁举证”。

### 1、债权人的举证责任

（1）对于婚姻关系存续期间以夫妻双方名义所负债务，债权人只需举证证明所借债务的真实性、合法性即可；

（2）对于婚姻关系存续期间以夫妻一方名义所负债务，债权人除应举证证明债务的真实性、合法性外，还应举证证明债务产生于婚姻关系存续期间；

（3）对于婚前以夫妻一方名义所负债务，债权人除应举证证明债务的真实性、合法性外，还应举证证明债务用于婚后家庭共同生活。

### 2、债务人配偶的举证责任

根据《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按照夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定的情形除外”，以及婚姻法第十九条第三款“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿”之规定，婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义对外所负债务，推定为夫妻共同债务，举债方配偶如主张不属于夫妻共同债务的，需举证证明债权人与债务人明确约定为个人债务；或债权人明知夫妻双方实行约定财产制。

同时，参照最高人民法院民一庭2014年7月12日作出的《关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务性质如何认定的答复》（[2014]民一他字第10号）“在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定

认定。如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任”，举债配偶一方还可以举证证明配偶所借债务并未用于夫妻共同生活。如以上三种事由都无法举证，则需与举债方共同清偿。

## 三、离婚时夫妻共同债务的清偿

根据《婚姻法》第四十一条“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决”之规定，离婚时，夫妻共同债务的清偿分为两种情形：

1、夫妻双方有共同财产且足以清偿全部债务的，对于已届清偿期的债务应以共同财产清偿；

2、共同财产不足以清偿全部债务的，或是财产归各自所有的，或对离婚时尚未到期的共同债务不愿提前清偿的，则由双方协议确定各自所应承担的共同财产制。



债务份额，协商不成由人民法院判决各自应承担的份额。同时，《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十五条规定，“当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方主张追偿的，人民法院应当支持。”可见，双方协议或人民法院判决的承担份额，仅具有对内效力，即仅对夫妻二人产生约束力，对债权人而言，该债务仍为共同债务，债权人仍有权将夫妻二人列为共同被告，要求其连带清偿。一方就共同债务承担连带清偿责任后，有权基于离婚协议或人民法院的判决向另一方追偿。

综上所述，对于婚姻关系存续期间夫妻以个人名义所负债务，法律直接推定为夫妻共同债务，而夫妻一方要免除还款责任，需承担相应的举证责任。司法实践中，举债方配偶很难举证，加之



离婚协议和法院判决也仅是对内产生效力，所以导致很多夫妻离了，债却离不了。

本案中，虽然刘女士对丈夫借款的行为不知情，也没有在借条上签字，但是因为该笔债务发生在婚姻关系存续期间，且其无法证明所借款项没有用于婚后共同生活，所以被法院认定为夫妻共同债务。即使刘女士和王先生离婚时，已经协议各自名下对外债务由各自偿还，但因离婚协议中的债务约定仅对夫妻二人有约束力，不能对抗不知情的第三人，所以债权人仍有权要求刘女士承担连带清偿责任。当然刘女士承担还款责任后可依照离婚协议约定，向王先生追偿。



申芳

毕业于中国政法大学，硕士研究生。2009年通过国家司法考试，致力于民商事法律研究，擅长处理各类民商事法律纠纷。业务领域：婚姻、侵权、交通事故、合同等债权债务民事诉讼。

电话：0351-7552130 手机：15110349643  
邮箱：shenfang198913@163.com

## 合同解除通知的效力

**案情：**甲与乙于2014年9月4日签订了一份《房屋买卖合同》，约定甲将其位于XX的房屋一套以十万元的价格转让于乙。合同订立当天，乙便将转让价款十万元支付于甲，但在办理房屋过户前，因受房地产市场影响，涉案房屋的价值增值，甲要求乙按照涉案房屋的市场价值补足差额才予办理房屋过户手续。经协商，双方未达成一致意见。2014年11月3日，甲向乙发出了《解除合同告知函》，2015年6月，乙向人民法院提起诉讼，诉请要求甲继续履行《房屋买卖合同》，为其办理房屋过户手续。

**分歧：**在诉讼过程中，甲与乙就案涉《解除合同告知函》的效力问题出现分歧。

甲方认为，根据《合同法》第九十六条规定，“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求

人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”，合同解除权为形成权，解除合同通知自到达非解约方时即发生合同解除的效力。且根据《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）》第二十四条“当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持”的规定，解约方通知解除合同的，非解约方未在约定或者法定的期限内向人民法院提起诉讼，法院不应对合同解除的效力作实质性审查，而应不论解约方是否享有解除权，都直接判定合同已解除。

乙方认为，合同解除必须具备《合同法》第九



十三条规定了约定解除条件，即“当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同”，或九十四条规定了法定解除条件，即“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形”，否则，即使解除合同的通知到达非违约方也不产生解除合同的效力。

**评析：**首先，从我国《合同法》的相关规定来看，解除合同是有条件的，不能任意解除，《合同法》第九十三条及九十四条的规定是行使合同解除权的实质要件，“通知对方”是行使合同解除权的形式要件，无论是法定解除合同还是约定解除合同，都必须符合这两个要件，缺一不可，否则不发生合同解除的效力；其次，由《合同法》第一条“为了保护合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设，制定本法”可见，合同法的立法目的是尽可能使合同有效，以促进交易安全。当事人双方订立的合同一旦生效即对缔约双方产生法律约束力，任何一方违反合同约定将承担违约责任。

而任意解除合同将使订约目的不能实现，违背了合同法的精神，破坏了合同的严肃性和合法性，严重影响经济发展和经济秩序；第三，从理论上说，只有合同守约方能因违约方的违约行为取得合同解除权，这样的法律设置才可以限制合同解除权的滥用。合同解除的后果是合同权利义务的终止，合同未履行的部分不再履行，如果违约方可以任意解除合同，守约方的利益将无法得到保障，造成合同双方权利义务的严重失衡。综上，笔者认为，合同解除通知若发生解除合同的效力，既要符合合同解除的实质要件，又要符合通知相对人的形式要件。因此，乙方观点更加符合合同法的相关规定及立法目的。

在本案诉讼过程中，经多方查询发

现，笔者的观点与最高人民法院《对〈关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）〉第24条理解与适用的请示的答复》（法研[2013]79号）的意见相一致，即“浙江省高级人民法院：你院浙高法〔2012〕331号关于如何理解与适用《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）》（以下简称《合同法解释（二）》）第二十四条的请示收悉。经研究，答复如下：当事人根据合同法第九十六条的规定通知对方要求解除合同的，必须具备合同法第九十三条或者第九十四条规定的条件，才能发生解除合同的法律效力。”因此，本案中，甲向乙发出的《解除合同告知函》不发生解除合同的效力，甲应依诚实信用的原则继续履行《房屋买卖合同》，为乙办理房屋过户手续。



## HIDDEN RULES 驾考潜规则



报考驾照练车第一天，驾校总教头训话：“我驾校严禁教练索贿，所有学员要勇于同该行为抗争，一经发现，应立即向我汇报，我驾校对此类行为必将严惩。”

报考驾照练车第二天，同车学员称：“据说驾校潜规则有三条，第一给教练买水递烟是必不可少的；第二教练打骂学员是司空见惯的；第三给教练上供红包是理所应当的。”

报考驾照练车第三天，教练笑曰：“你们会来事点，对我好点，我自然也会对你们好点，人和人之间都是相互的，你们说呢？”

报考驾照练车第四天，我组六名学员默契十足共同上供，1200元大洋浩浩荡荡的开到了教练的口袋里，教练笑纳。

回家后气愤不已，与丈夫大人抱怨此“潜规则”，丈夫大人反问我：你既然知道是不合理不合法的“潜规则”，为何不反对，为何屈从于它？我无言以对，勉力给自己找最后的借口：“我至少还知道这个潜规则不合理不合法”，但转念自问，我竟是从何时开始默默的被现实“潜”了？

查阅百度百科，“潜规则”是相对于“元规则”、“明规则”而言的，是指看不见的、明文没有规定的、约定俗成的、但却又被广泛认同、实际起作用的、人们必须“遵循”的一种规则。该定义并未指明该词条的词性是褒是贬，但我深以为劳动人民对语言的创造之美便在于它的隐晦，不予直言，一一带引号的“遵循”足以蔽之。直白些说，上不得台面的规则，其实必然是人们内心深处所不齿，所不愿的，也即是不合理甚至是不合法的。



杨燕洁

毕业于辽宁大学法学院，获经济法硕士学位。熟悉保险理赔相关法律业务。业务领域：公司、金融、合同纠纷法律事务。  
电 话：0351-7552130  
手 机：18635110221  
Email：hhlsyyj@163.com



张居正说：“人们怕那些吏，便要贿赂那些吏，并不是指望从他们手里捞点好处，而是怕他们祸害自己。”我反复思量我们贿赂教练的缘由，发觉此番贿赂确实是出于一种本能的惧怕，惧怕他给我们使绊子，惧怕他对我们进行言语的攻击，惧怕他给我们本就紧张的驾考活动火上浇油。惧怕他“祸害”我们，即使有总教练的慷慨承诺作保，即使“练考分离”最终的各科目考试他们连考场都进不去，我们仍无人敢于反抗，因为我们被那些看不见的潜规则绊住了，我们给自己找无数的理由，我们告诉自己：“枪打出头鸟”，何必“逞一时之快，得三日之苦”？即使我告发了这个教练，我们不能保证下一个教练不是这样，我们就是想正常把驾照拿到手：我们也只好这样了，因为：大家都这样。

似乎现代社会的一般常识告诉我们，无人抗拒是正常的，偶尔有个别人跳出来反对，那就正常了，如同异常的天象一样，我们就能在历史中看到记载。而支配整个社会行为的东西，时常与我们大肆宣扬的那些原则与美德相去甚远，真正支配我们行为的东西，在很大程度上是非常现实的利害计算，我们无法割舍各种各样的利益，便也只好屈从于各种各样的潜规则。当然我们也惧怕自己无力承担违背此潜规则的各种后果。我曾亲眼目睹其他组别的学员因拒绝“行贿”而受到其教练的“格外优待”。该学员奋起反抗闹到了几乎快要动用武力的地步，后总教练出面从中调停，将其调离了该组，但结果几乎都在预料当中——换汤不换药，其他组别的教练也给予了这位“壮士”不同风格的“格外优待”。这一次上演的是冷暴力，该学员全程自救自练，全凭悟性了，至于驾考结果不得而知。

我生于一个最普通的工人家庭，文化程度不高的父亲是一个耿直且单纯的人，因此我的家庭教育也很朴素：不破坏社会规则，不伤害他人，学会保全自己，努力强大自己。至于“如何处理信仰与现实的冲突？”“对自己不能苟同的人，而他偏偏又是决定你某些重要事项走向的人时该如何去面对他？”“怎么样能在做到‘威武不能屈’的同时又保护自己不受伤害？”“应不应该为自己的价值信仰去挑战权威？”“当权威有可能会倒过来伤害你时，你

能否承受得了这些伤害？”……这一系列的问题父亲没有办法一一回答我，我想也不一定有什么正确答案，是不是只好从心所欲了？！

及至驾考科三项目，不出意料又碰上了极品教练，刚上车开练第一天，全程黑脸，全程靠自学，气氛相当压抑。等到教练有兴致开口搭理我们的时候，索贿之意昭然若揭，外加明示想把我们打包卖给其固定合作私教，从中获利。此次新仇加旧恨迅速点燃了我奋起反抗的小怒火，我暗自评估了一下反抗的风险，在学员中间来了一出合纵连横，私下联系好了物美价廉温柔可亲的私教，彻彻底底给教练放了一个大鸽子，让上车第一天连电话都懒得给我们的教练着实焦虑了一把，夺命连环CALL向我致电，询问我大家都不来上课是个什么状况。（我心说你是想说下家给我们找好了，我们不嫁了，你的彩礼怎么给人退回去吧？）我笑曰：“教练你教的好啊，大家都准备直接上考场啦。”然后果断的挂掉了电话，迅速将其拉黑，“一出驾校天地宽，从此教练是路人”。故事的结局是我们一行几个学员在私教的优质服务下，都顺利通过了驾照科目三考试，而我现在已然是“女魔头”（女司机、磨合期、新上路）一枚了。

我不知道未来还会遇到多少个不得不屈从的潜规则，我也不知道我会不会总有勇气与退路拒绝被潜。做不到至坚至刚至情至性，是不是如道家所指和光同尘也尚可啊？！

那么，你呢？



#### 田国贤



毕业于武汉大学新闻传播学院。多年从事律师工作，具有深厚的法律理论功底和丰富的办案经验，同时对民商事及经济纠纷有颇深研究。业务领域：经济合同纠纷、婚姻继承、房地产、交通事故、劳动争议案件。

电话：0351-7552102 手机：15935129468  
Email: tianguoxian126@126.com

# Mountain

## 爬华山（一）

五四青年节，所里组织爬华山活动。春深半夏，万物生长，早莺新燕，浅花乱草，是远游踏青的最好时节。五十人的壮观队伍浩浩荡荡地出发了。

游览的路线是坐缆车直上北峰，走完东西南北中全部五峰，由西峰下山返回。从早晨九点到下午四点，有足够的空间让体力充沛的人尽兴地游玩欣赏。我也备足了体力和信心，摩拳擦掌，跃跃欲试。

在游客中心办理完购票进山手续后，我们乘坐巴士向华山驶去。车行皇甫峪，已能感受到华山的雄伟险峻。山谷中满目苍翠，遮天蔽日，两旁险峰耸峙，悬崖壁立，震撼扑面而来，惊叹油然而生。我们难掩内心的激动，几乎要大声呼喊了。

华山北峰又名“云台峰”。坐上北峰的缆车，又迎来另一种刺激。人悬在百千米高空，身临万丈深渊，随着缆车不停地行进和晃动。处于失重状态，恐惧便随之而来。刚开始紧张到大气也不敢出一口，后来心绪稳定了，就看看远处，再后来便敢于低头看脚下。在空中俯瞰的感觉不同一般，所有的雄奇险峻尽收眼底，上天馈赠给人类的美景一览无余。在惊叹大自然鬼斧神工的同时，更感



慨人类智慧的伟大。在山脚下看景和凌绝顶之上欣赏，都一样让人心醉痴迷。终于双脚着地，大家也放松下来了，都在议论纷纷，宣泄刚才高度紧张的情绪。但每个人都觉得值，不枉冒一次险，生命中不同寻常的收获往往离不开积极的探索和大胆的尝试。

开始爬山吧。这是今天的主题。第一个要征服的是北峰通往其它主峰的峻岭险峰。人都聚齐了，排成一字阵型往上爬。天公作美，晴间多云，温度适宜，微风拂面，简直就是为我们的行程做的最好安排。松林为伞，鸟儿作导，树木葱郁，秀气充盈；山路弯弯，台阶层层，大家拾级而上，三三两两地相互舒发欢快的心情，还没感觉到累，就到了北峰峰顶。峰顶是个平台，有如云台，四面悬绝，立如欲摧。我一眼就看见“华山论剑”的碑文，赶紧照了一张相。之所以如此激动，皆因少年时充满幻想的武侠情节，华山论剑是其中最精彩的部分。我对金庸大师是极度崇拜的，特别喜爱他的小说。江湖、家国，豪情、侠义，恩怨、情仇，一个由峰回路转的曲折情节、荡气回肠的英雄气概，细腻丰满的情

感刻画所构建的浑然天成的武侠世界，深深地影响着我，我十分庆幸在自己生活的年代能有这样一位巨匠相陪。向大师致以崇高的敬意，祝老人安享期颐！

从北峰折返下来往其余四峰的方向走。下山之后才明白，北峰与其它主峰相距甚远，巍然独秀；四峰连在一起，亦成一景。从北峰到四峰有较远的路要走，还要爬垂直距离五六百米的山路。这是后话，暂且不表。华山的景俯拾皆是，没走几步就看见一块巨石，像一条张着大嘴的鱼，惹得游人纷纷在巨口中照相。我不禁替他们捏一把汗，生怕巨鱼突然将他们吞下。不过巨鱼看起来并无恶意，乐于和游人嬉戏玩耍：游人欢快的笑声飘荡在山顶，轻敲着每个人的心灵。再往上走，要经过擦耳崖。这个称呼真是名副其实。一块长约十多米的扁长大石头侧立于上山的必经之路，旁边仅留约四十厘米的石路供人通过。这时你必须一只耳朵紧靠着石头缓缓前行才能勉强通过，完了少不了掂掂这只耳朵看看是否真的擦红受伤了，是为擦耳崖。真是形象生动，妙趣横生！再往上爬，就上了一块巨石。坐在

巨石上稍作休息，再次回望北峰顶。这才清楚地看到云台峰峰头是由几组巨石拼接，自然天成的。在资料当中所见北峰最具代表性的图片几乎全部取之于我所在的这个角度。亲眼所见的感觉比看照片要深切的多、鲜活的多。



下了巨石，再往前走就到了苍龙岭。一陇长岭横亘眼前，四下如刀削斧劈，极像一条苍黑的巨龙腾空而起。岭脊犹如龙身，绵绵长长。外形借着地势更显苍莽，地势凭着外形陡增险峻。穿过龙嘴，沿龙身而上。眼前万丈深壑，耳旁风声大作，游人过此，莫不胆战心惊，只能惴惴慢行，小心挪步。总算上了苍龙岭，要向五云峰前进。五云峰介于苍龙岭和金锁关之间，青松成林，风景秀丽。据说每到深秋季节，此峰上松翠枫赤、山花耀目，在阳光照耀下，犹如五色彩云，因此得名“五云峰”。攀山道路千折百回，游人可以多走一会，多欣赏一些，

这样的设计体现了景区管理者的用心之深。来这儿，不就是放松心情，回归自然吗？那好，面对如此美景，尽情欣赏吧。

只剩下最后一道“金锁关”就到其它主峰了，大家在此歇了歇脚，吃了点干粮，喝了点水，补充体力后，继续前行。爬金锁关可不是件容易的事，坡陡路远，台阶堆叠，很快大家就气喘吁吁，满头大汗了。此时是发挥“雄关漫道真如铁，而今迈步从头越”精神的时候了，大家没被困难吓倒，努力前行，相互鼓劲，争取都不掉队。一路上，两旁的铁索挂满了各式各样金色的情侣锁、平安锁，重重叠叠、密密匝匝，红色的彩线在风中起舞，成为一道游人自创的美丽风景，令人赏心悦目。既然叫关，就应该有城楼，有门洞。到了跟前，果真如此！抬头望去，一座城楼般的石拱门挺立关头，真有“一夫当关，万夫莫开”的气势。大家欢呼起来，为自己的坚持喝彩。上得关来，环游四处。翠崖丹谷，高峰深壑，古松苍翠，奇石林立，祥云环绕，风光迤逦。过了此关，就能游览四峰了。大家的情绪再一次被点燃，刚才的劳累一扫而光，身体又积聚了满满的能量。

行程近半，时间近半，任务近半，目标近半。此时已近中午十二点，但大家丝毫没有松懈下来的念头。既来论剑就要比高下，不仅与华山比高下，还要与自己比高下。这种勇于探索、勇于创新的精神正是青年节所要继承和发扬的“五四精神”之所在啊！



**黄河** HUANGHE LAWYER | 86

■ 黄河文苑 LITERARY WORLD / 87

# 梅寄乡愁 且行且惜

## ——读《相逢如初见 回首是一生》有感

初春时节，沐着午后的阳光，慵懒的靠在藤椅上，煮一盏香茗，读一部好书，我觉得已是世上最美最优雅的事了。前些天，偶然之间于书橱里看见白落梅的书，心中一喜，便取下细细翻阅起来。谁料，沉浸在书中，已然忘了身边那还在袅袅飘香的清茶，以及寒日午阳的温暖，心早已随着作者的意境，体味江南的小桥流水、黛瓦白墙，追忆少年时光，更感慨那浓浓的乡愁。

一直以来都很喜欢白落梅的书，清新淡雅，心似兰花，字里行间流溢着暖暖的情怀。读她写得文字像是在读一首首诗，诗里面有张爱玲的倾城往事，有林徽因的卓绝才情，有纳兰容若的冰洁性情，也有仓央嘉措的云水禅心。优雅的文字里包含着生活的哲理以及对人生的体悟，让人在感受美的同时，也不时有着一点心灵的触动。

《相逢如初见 回首是一生》算得上是白落梅的一部回忆散文，虽然只有短短的数卷文字，却能让人沉浸其中，久久难以自拔。作者以一个生长在古色古香的江南小镇上的小姑娘的视角，带领读者一同领略小镇的风土人情。她说“外婆于花荫里闲穿茉莉，外公于厅堂独自饮酒，母亲在菜圃打理她的蔬菜瓜果，父亲则背着药箱，去了邻村问诊”，那水乡小居的闲适生活跃然纸上，让人不禁旷心怡神，浮躁的心境也一下子平静了下来。

小姑娘终究要长大，背负着割舍不断的亲情踏上了远赴异乡的行途，却换来了聚少离多的苦楚。“时光且住，不言离别”，感悟着亲情的深沉与厚重，我不禁想到自己的母亲。母亲日常里的一番絮叨又何尝不是深沉似海的母爱，只因年少时的无知，辜负了这番厚爱。想及于此，自己陷入深深的自责中了，也正如作者所说“看罢人世风景，深知众生不易。多少深情岁月，换来离合聚散，远去的往事从容又忧伤。”岁月无多，亲情最是需要珍重。这一部书读下来，已经是不能自己，感慨万千。

白落梅的文字简静美好、拙朴醇厚，一颗心沉浸在书中，感受天性使然、清气四溢，身体也超然世外，从草木山石的情趣里，体味人生如寄，缥缈若萍。“红尘是一个喧闹又萧索的大戏台，我们在其中装扮着不同的角色，演绎着离合悲欢、生老病死。到最后，连自己亦分不清，哪段是真，哪段又是假。演了一辈子，唱了一辈子，过了一辈子，那些携手并肩的人，随着光阴，且行且远。”回首相望天涯路，相逢一见已白头。世间情长之事，一如谢幕的花事，折损的年华于往来之间，已了无痕迹；身在红尘，也还须珍惜当下时光，莫让记忆泛黄，留有遗憾。人生在世，当亦如此。

一部好的作品就在于能让读者与作者产生共鸣，恰如其分的体会出作者的感受。《相逢如初见 回首是一生》的作者就在用其幽雅的文笔将亲情与乡愁娓娓道来，让读者领略到江南的美，感悟到亲情的伟大。从文字里体会到人生哲理，我想这也是这部书最珍贵的地方了。

徐成厚

执业初期代理过为数众多的合同纠纷、婚姻继承、债务纠纷、劳动争议案件，后进入事务所刑辩部，钻研刑事诉讼业务，并办理了多件案情复杂、影响重大的刑事案件，积累了丰富的实务经验。业务领域：刑事辩护、合同纠纷以及未成年人权益保护。

电话：0351-7552376  
手机：18734875112  
Email：1113628505@qq.com

## 最高人民法院《审判指导参考》解答

“  
一方当事人针对二审判决申请再审，人民法院作出再审判决后，另一方当事人不服的，能否向人民法院申请再审  
”

✓ 答：《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十九条规定所称的当事人是案件的全部当事人，也就是说，上诉人和被上诉人等案件当事人针对已经发生法律效力的一审或二审判决、裁定均依法享有申请再审的权利。一方当事人在法定期间内申请再审，另一方当事人在法定期间内未提出再审申请的，在审判监督程序终结后，所有当事人针对该已经发生法律效力的一审或二审判决、裁定申请再审的诉讼程序权利已经消灭，并不会因另一方未在法定期间内行使申请再审的权利而为其另行保留一次向作出再审裁判法院申请再审的权利。具体到问题所涉及的情形，人民法院针对一方当事人的再审申请，经过审查，裁定进入再审程序的，虽然再审程序是按照第二审程序审理的，但所形成的法律文书并非二审判决，而是再审判决，两者因所处的诉讼程序不同而性质有别。此时，由于当事人相应诉讼权利所指向的对象是再审判决而非二审判决，故根据民事诉讼法第二百零九条第一款第（三）项的规定，当事人可以“再审判决、裁定有明显错误的”为法定事由，向人民检察院申请检察建议或者抗诉。

“  
合同成立与合同生效有何区别  
”

✓ 答：合同的成立是合同订立的完结，旨在说明合同的形式，而合同生效是指合同的效力，旨在说明业已形成的合同是否具有法律约束力。具体而言，合同成立与合同生效的区别在于：

1、合同关系所属的阶段不同。合同成立属于合同订立阶段，是要约和承诺阶段的终结，不存在合同义务和合同责任问题；而合同生效是在合同订立终结后，开始实现合同目的，开始履行合同义务，处于履行阶段，因而存在必须履行义务及违约责任的问题。

2、反映的内容不同。合同成立与生效是两个不同性质、不同范畴的问题。合同成立属于合同的订立范畴，解决的是合同是否存在事实问题，是对合同的事实上的判断。而合同生效属于合同的效力范畴，解决的是已经存在的合同是否符合法律规定，是否条件成就或期限届至而具有法律效力的问题，是对合同的法律价值判断。

3、体现的原则不同。合同成立要件体现合同自由原则，赋予当事人广泛的自主权，合同是否成立，只能从当事人的意思表示判断，

不应夹杂着国家对合同的态度。法律的任务是为判断合同是否存在提供一些标准，这些标准是客观的，任何人依据这些标准，对合同是否成立都能做出同一的评判，这是合同成立制度的价值所在。合同生效要件体现的是国家干预原则，由国家对合同的约束力予以干预。如果合同的内容不符合法律规定的生效要件，那就意味着合同当事人的意志不符合国家意志，自然不能取得当事人预期的法律效果。合同成立强调当事人合意，体现意思自治原则，只要具备意思表示一致这一基本事实，合同即告成立。合同生效强调立法者对合同关系的评价，体现国家对合同的干预，不仅要求意思表示一致，而且要求意思表示的真实性和平性。

4、解释的适用不同。合同成立与否在某些情况下可以适用合同的解释方法使之成立，鼓励当事人积极从事交易，减少交易成本。而对合同的效力而言，则不存在适用合同解释方法使无效合同转化为有效可能性。

5、时间上有差异。合同成立是合同生效的逻辑前提，合同只有在成立之后才谈得上进一步衡量其是否生效的问题。考察合同的生效，首先必须考察合同是否成立。合同虽已成立，但是否生效有待于进一步的判断。

总之，合同经过要约与承诺阶段即成立，但只有在法律规定的生效要件具备时，合同才得以生效。合同生效的起始时间依赖于合同的成立，合同成立是合同生效的前提。

✓ 公司章程与设立协议有以下区别：

1、在我国，除采取有限责任公司形态的外商投资企业之外，我国公司法并没有将公司的设立协议规定为公司设立环节必备的法律文件。因此，对于通常的有限责任公司，公司设立协议是任意性文件；而公司章程则是必备性文件，任何公司成立都必须以提交章程为法定要件。

2、设立协议是不要式法律文件，作为当事人之间的合同，主要根据当事人的意思表示形成，其内容更多地体现了当事人的意志和要求，需要遵守合同法的一般规则；而公司章程自治是以不违反

“  
公司章程与公司设立协议有何区别  
”

“

## 建设工程优先受偿权的行使是否以工程竣工为条件

”

法律、行政法规为前提的。公司章程必须依据公司法制定，是公司登记必须报送的文件之一，要经过有关政府部门必要的形式审查甚至实质审查，因此，公司章程的自治性是相对的。

3、公司设立协议与公司章程的效力也不同。从效力的范围来看，由合同或协议的相对性决定，设立协议由全体发起人订立，调整的是发起人之间的关系，因而只在发起人之间具有法律约束力；而公司章程调整的则是所有股东之间、股东与公司之间、公司的管理机构与公司之间的法律关系，其中包括制定章程时的原始股东和章程制定后加入公司的新股东，都受章程的约束。从效力的期限来看，设立协议调整的是公司设立过程的法律关系和法律行为，因而它的效力期间是从设立行为开始到设立过程终止，公司的成立即意味着协议的终止；而公司章程的效力及于公司成立后整个的存续过程，直至公司终止。

4、公司设立协议与公司章程的通过和修改条件不同。按照公司法的规定，公司章程的通过和修改，并不要求全体股东一致同意。有限责任公司的章程，即使在设立时的通过需要全体设立人同意，但公司成立后的修改只需要“三分之二”表决权的股东同意即可。至于股份有限公司的章程，公司设立时的通过和公司成立后的修改都不需要全体股东的同意。而按照合同法的规定，合同无论是订立时的通过还是订立后的修改，都需要“协商一致”。如果任何一方当事人不同意，设立协议就不能成立或协议生效后就不能修改变更。在这个意义上，我们说章程是依“少数服从多数”的原则来订立和修改的，而设立协议是依“当事人意思表示一致”的原则来订立和修改的。章程规范和约束的股东中，包括不赞成章程内容的股东，或者说不赞成章程内容的股东仍然要受章程的约束；设立协议规范和约束的当事人中，均为同意设立协议内容的当事人。如果任何一方当事人不同意设立协议的内容，该设立协议就可能不会成立。

✓ 建设工程优先受偿权的行使不以建设工程是否竣工为限。建设工程价款的优先受偿权是以发包人欠付工程款为前提的，所以即使工程未竣工，只要发包人有欠付工程款的事实，承包人就可以依照法律规定的程序主张工程价款优先受偿权。这样理解，有利于保护农民工的利益，也符合立法本意。但是如果因承包人自身原因导致施工质量不合格或工程进度未按约定完成的，就无权要求发包人支付工程款，相应地其也不能行使工程价款的优先受偿权。

“

## 土地是否为建设工程优先受偿权的客体

”

✓ 土地不是优先受偿权的客体。在我国实行“房地一体主义”，如果承包人行使工程款的优先受偿权，对这个在建工程进行拍卖的话，房地是一体拍卖的，地和房子拍卖的全部款项是不是都可以作为承包人工程价款的补偿，保证其受偿的范围，这是在司法实践中比较常见的问题。要对这一问题作出准确的回答，我们必须结合合同法第二百八十六条的立法目的以及建设工程优先受偿权的性质来进行考察。建设工程优先受偿权是法定优先权。合同法第二百八十六条规定的原因在于，承包方在整个建设的过程当中，承包人的建筑材料和劳动力已经物化在在建工程当中，它的所有的投入就转化为在建工程，它的投入在权利的标的物当中，在物的所有权的转化中转化为在建工程，已经和在建工程不可分离了，因为这个原因，所以基于所有权的转化方式对在建工程享有优先受偿的权利。作为土地来讲，是建设工程当中一个载体，但是对于土地这一部分，承包方没有任何的投入，或者说承包方的建筑材料也好，劳动力也好，并没有物化在土地上，从这个角度来讲，从立法的背景和出发点来看，土地不应该作为建设工程优先受偿权的客体。

“

## 对一审判决生效后，经一审法院启动再审程序作出驳回起诉的民事裁定，当事人提起上诉，二审法院经审理作出维持原裁定的生效民事裁判，是否属于《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零九条第一款第（三）项规定的当事人可以向检察机关申请抗诉的“再审判决、裁定”

”

✓ 对此，司法实务中存在两种意见：第一种意见认为，虽经一审法院再审并作出再审裁判，但因当事人提起上诉启动二审程序，二审法院经审理作出的终审裁判，不属于民事诉讼法第二百零九条第一款第三项规定的再审裁判；第二种意见认为，一审判决生效后，原审法院依照审判监督程序启动再审后作出的一、二审裁判，应属于再审裁判范畴。我们认为，2012年民事诉讼法修改增加第二百零九条的目的是解决当事人不断申请再审、重复申诉的问题，总的立法精神就是因当事人针对生效裁判申请再审，就启动一次。如果当事人不服再审裁判则可寻求检察监督。就一审判决生效后，经一审法院启动再审程序作出驳回起诉的裁定，当事人提起上诉，二审作出维持原裁定的生效民事裁判而言，该二审生效裁定未经过再审程序。故当事人有权就此裁判向法院申请再审。

摘自《民事审判指导与参考》总第62辑“民事审判信箱”

## 2016年二季度 新法汇总

### 法律>>>

2016年4月28日，《中华人民共和国境外非政府组织境内活动管理法》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二十次会议通过，自2017年1月1日起施行。该法共七章五十四条，包括总则、登记和备案、活动规范、便利措施、监督管理、法律责任和附则等内容。根据该法的规定，境外非政府组织是指在境外合法成立的基金会、社会团体、智库机构等非营利、非政府的社会组织，可以在中国境内在经济、教育、科技、文化、卫生、体育、环保等领域和济困、救灾等方面开展有利于公益事业发展的活动，不得从事或者资助营利性活动、政治活动，不得非法从事或者资助宗教活动，否则将被依法追究法律责任。

### 行政法规>>>

2016年4月23日，国务院第668号令公布了《国务院关于修改〈疫苗流通和预防接种管理条例〉的决定》，自公布之日起实施。《决定》共二十四条，主要针对山东济南非法经营疫苗系列案件暴露出的问题而制定，其中完善了第二类疫苗的销售渠道、冷链储运等流通环节的法律制度，建立了疫苗全程追溯法律制度，加大处罚及问责力度，保障接种安全。被修改的《疫苗流通和预防接种管理条例》于2005年3月24日公布，同年6月1日起施行。

2016年5月17日，国务院第669号令公布了《农田水利条例》，自2016年7月1日起施行。该条例共八章四十五条，针对我国目前农田水利建设组织难、管理难等问题，为加快农田水利发展，提高农业综合生产能力，保障国家粮食安全而制定。《条例》贯彻落实中央关于发展农田水利要坚持统筹兼顾、人水和谐、政府主导、改革创新的基本要求，遵循“科学规划、协同推进”，“建管并重、明确责任”，“科学灌溉、节约用水”，“各方参与、加大扶持”四项原则，对农田水利的规划、建设、运行维护等环节的规范，以及农田灌溉排水、加大扶持鼓励社会力量参与等方面的内容进行了规定。

2016年6月19日，国务院第670号令公布了《国务院关于修改〈中华人民共和国海关稽查条例〉的决定》，自2016年10月1日起施行。新的海关稽查条例共有十九项修改，不仅修改了部分规定以与《海关法》等上位法相衔接，还增加了海关可向行业协会收集进出口活动有关信息以及会计、税务等方面的专业机构参与等内容。修改后的条例增加了对海关实施稽查具有保障和支撑作用的基础性措施，有利于全面提升海关履职能力。

### 司法解释>>>

2016年4月6日，最高人民法院公布《最高人民法院关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2016〕8号），自2016年4月11日起施行。该解释共十五条，其主要内容为：第一，为依法从严惩处新类型毒品犯罪提供了明确依据；第二，配合刑法修订加大了对制毒物品犯罪的惩治力度；第三，首次全面规定了各类毒品犯罪的定罪量刑标准。此外，《解释》还对武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的认定，以暴力抗拒检查、拘留、逮捕“情节严重”的认定，涉毒网络犯罪的法律适用等其他较为突出的毒品犯罪的法律适用问题作了规定。其制定意义在于解决了毒品犯罪审判实践中的一些长期遗留和亟待规范的法律适用问题，有利于进一步提高毒品犯罪案件的办理质量，加大依法惩治毒品犯罪的力度。

2016年4月12日，最高人民法院公布《最高人民法院关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复》（法释〔2016〕6号），自2016年4月14日起施行。该批复针对福建省高级人民法院《关于解决法院首封处分权与债权人行使优先受偿债权冲突问题的请示》作出，共四个条文：第一条规定了优先债权执行法院要求首先查封法院将查封财产移送执行的条件，该条是《批复》的核心条款，确立了处理争议问题的一般规则；第二条规定了查封财产移送执行的程序性事项；第三条规定了优先债权执行法院对移送执行财产的处分与分配；第四条规定了法院之间争议的协调解决程序。

2016年4月13日，最高人民法院公布《最高人民法院关于修改〈中华人民共和国人民法院法庭规则〉的决定》（法释〔2016〕7号），自2016年5月1日起施行。修改后的《法庭规则》共计二十七条，除对原有条文进行直接修改外，新增加的内容有十五条。《中华人民共和国人民法院法庭规则（试行）》制定并发布于1979年12月，1993年11月进行过修改，自1994年1月1日起施行，至今已22年。此次修改体现了六大变化：第一，更加注重权利保障；第二，更加注重庭审规则公平；第三，更加注重保障法庭安全；第四，更加注重规范法庭秩序；第五，更加注重庭审活动公开。第六，更加注重司法礼仪。

2016年4月18日，最高人民法院、最高人民检察院公布《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2016〕9号），自公布之日起实施。该解释共二十条，明确了贪污罪、受贿罪的定罪量刑标准以及贪污罪、受贿罪死刑、死缓及终身监禁的适用原则等问题。《解释》体现了依法从严惩治腐败的精神：一是严密刑事法网，针对贪污贿赂犯罪的新情况、新特点，对犯罪构成要件作出扩张性解释，强化法律适用的针对性，严厉追究贪污、受贿犯罪行为；二是严格刑罚适用，综合考量各种因素确定不同职务犯罪的定罪量刑标准，统筹解决罪与非罪、罪轻与罪重的标准掌握。

2016年4月26日，最高人民法院公布《最高人民法院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》（法释〔2016〕10号），自2016年5月1日起施行。该解释共十九条，明确了消费民事公益诉讼的原告资格、适用范围、消费领域社会公共利益类型化、管辖法院、原告处分权的限制、公益诉讼与私益诉讼的关系、请求权类型及责任承担方式、裁判既判力等问题。

2016年4月27日，最高人民法院公布《最高人民法院关于人民法院办理接收在台湾地区服刑的大陆居民回大陆服刑案件的规定》（法释〔2016〕11号），自2016年5月1日起施行。该规定全面规范和明确了接收在台湾地区服刑的大陆居民回大陆服刑案件的管辖法院、审判组织形式、案件审理基本原则、立案审查材料内容、对被判刑人员转换刑罚的原则与方法、刑期折抵原则等一系列内容。为正确实施《规定》，最高人民法院同时下发了《最高人民法院关于办理接收在台湾地区服刑的大陆居民回大陆服刑案件有关事项的通知》以及相关文书样式。海峡两岸关系协会与台湾海峡交流基金会于2009年4月26日签署的《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》确立了移管两岸被判刑人的基础。

2016年6月23日，最高人民法院公布《最高人民法院关于适用刑事诉讼法第二百二十五条第二款有关问题的批复》（法释〔2016〕13号），自2016年6月24日起施行。该批复针对河南省高级人民法院“关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第二款有关问题的请示”作出，内容为“一、对于最高人民法院依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十九条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第三百五十三条裁定不予核准死刑，发回第二审人民法院重新审判的案件，无论此前第二审人民法院是否曾以原判决事实不清楚或者证据不足为由发回重新审判，原则上不得再发回第一审人民法院重新审判；有特殊情况确需发回第一审人民法院重新审判的，需报请最高人民法院批准。二、对于最高人民法院裁定不予核准死刑，发回第二审人民法院重新审判的案件，第二审人民法院根据案件特殊情况，又发回第一审人民法院重新审判的，第一审人民法院作出判决后，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的，第二审人民法院应当依法作出判决或者裁定，不得再发回重新审判。”

2016年6月28日，最高人民法院公布《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》（法释〔2016〕14号），自2016年7月1日起施行。该规定致力于发展法院附设调解，明确了特邀调解的法律定位，规范了特邀调解程序，为当事人选择调解方式解决纠纷提供路径，从降低纠纷解决成本、满足当事人多元解纷需求等方面最大限度地保护当事人的合法权益。

## 山西黄河律师事务所一季度动态

黄河动态

2016年1月9日，山西省公益事业促进会四周年回顾与展望工作座谈会在召开，我所李飞主任作为促进会的副会长出席了会议。本次会议一项重大议程为在我所设立山西省公益事业促进会法律部，并在四十余位来宾的见证下举行了授牌仪式。



2016年1月16日至17日，我所召开2015年度述职大会，所内主办律师、项目组负责人、各部室负责人、业务主管分别对2015年度的工作情况及下一年度的工作计划进行了汇报。主任李飞、党支部书记杨力在会上对我所全体员工一年来的辛勤和努力表达了深深的感谢，对大家在这一年取得的工作成果给予了高度评价。

2016年2月16日上午，山西省河曲县内蒙古自治区招商会议在呼和浩特市万立国际酒店召开，我所呼市分所潘仲平主任、王东律师作为晋商联合会法律顾问应邀参加本次会议。会上，潘仲平主任发表了企业在投资活动中的法律风险防范的演讲，受到与会领导和企业家的认同和好评。



2016年2月17日，我所业务主管李继军作为市政协委员受邀参加由市政协组织的关于我市轨道交通规划建设调整（2015—2023）的专题会议，并从项目资本金、投资建设模式等方面发表了意见。市政协主席张贵元及各位副主席、太原市住建委主任姜波等领导以及太原市轨道办等部门负责同志出席了会议。

2016年3月3日，由山西省律师行业党委组织的“全省律师行业创建模范党支部现场推进会”在我所召开，山西省律师协会副秘书长郭福元，副会长刘啸峰及各地市律所党支部书记参加了会议。会议期间，与会人员参观了我所的党建工作成果展示，重点考察了我所在创建标准化党支部活动中取得的成果，对我所的党建工作给予了赞誉和很高的评价。



2016年3月31日，经过七个多月的紧密筹备，我所举行了隆重的专家聘请仪式，山西财经大学法学院院长闫立宏等十三位各领域的知名学者和权威受聘加入我所专家委员会，全面参与、指导我所的内部建设和对外业务。



精彩黄河  
SHANXI HUANGHE LAW FIRM

1 | 2  
3

1

2016年1月8日，我所段凡生、薛宁、赵建智律师受邀参加由太原创客空间商务服务有限公司主办的“2016年创客嘉年华”活动。

2015年10月，我所与太原创客空间商务服务有限公司结成战略合作伙伴，由我所义务为依托于该公司旗下“创客空间”创业就业的大学生、青年、初创及小微企业提供有关公司、知识产权方面的法律咨询服务。同时，我所李飞主任被聘为创客空间的创业导师，为创客们提供创业法律指导。

2

2016年3月3日，我所团支部响应司法厅省直机关党委号召，派律师参加司法厅团委组织的“山西省司法厅学雷锋志愿服务队”，前往太原市儿童社会福利院献爱心。我所律师跟随服务队的其他志愿者参观了福利院孩子们的生活环境，对孩子们的日常生活和学习情况进行了了解，并给孩子们捐赠了生活日用品。

3

2016年3月15日，我所作为公园路社区法律顾问单位，派遣相关专业律师与公园路社区一同开展了普法咨询活动，在“消费者权益保护日”这个特殊的日子里免费为社区百姓解答法律问题，提供法律帮助。

S H A N X I H U A N G H E L A W F I R M



崇尚法治



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.sxhcls.com](http://www.sxhcls.com)  
微博：[Http://weibo.com/sxhcls](http://weibo.com/sxhcls)

山西黄河（呼和浩特）律师事务所

SHANXI HUANGHE (HUHEHAOTE) 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.sxhcls-het.com](http://www.sxhcls-het.com)

黄河律师  
SHANXI HUANGHE LAW FIRM

全国优秀律师事务所创办

# 黄河律师

2016年 第一期

（总第 46 期）

浅议创业公司合伙人股权的进入与退出机制  
著作权侵权认定标准分析  
医疗纠纷中的举证责任分配  
宅基地拆迁纠纷案例解析



扫二维码 关注我们

2016年 第二期

~总第 46 期~

