



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.cn](http://www.sxhcls.cn)

### 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：010011  
电话：0471-5193880  
网址：[www.sxhcls-het.com](http://www.sxhcls-het.com)

# 黄河律师

全 国 优 秀 律 师 事 务 所 创 办

黄河律师 SHANXI HUANGHE LAW FIRM

2017年 第二期

{ 总第 · 48期 }

**国有企业债权转股权增资操作实务**  
**浅谈采矿权被注销后的法律后果及权利救济**  
**劳动争议仲裁与诉讼的衔接**  
**山西省2017年度“两金一费”计算标准**



扫二维码 关注我们

2017年 第二期

~总第·48期~



## 业务一部介绍

山西黄河律师事务所作为一家综合型律师事务所，以提供专业化、团队化的法律服务为显著特点。从2003年起，事务所即开始实行专业化分工，由专业律师办理专业案件，由此积累了丰富的专业化经验，并凭借高水准的业务质量拥有了广大的客户。近年来，随着我国法治建设的不断深入，法律服务市场精细化分工成为必然趋势。面对机遇与挑战，事务所与时俱进、大胆转型，在强调团队化的基础上，对原有专业进行了更为合理、细致的划分。与之相适应，事务所将其下律师按主要业务领域分入三个大的业务部室，编入相应专业部门，并在行政和业务上实行大部室监管下的专业部管理制度。

在事务所的三个业务部室中，业务一部共有律师36名，其下细分为三个小专业部，分别为资源能源与行政部、金融与财税部、公司与证券部。

### 资源能源与行政部

该部主要提供与土地资源、矿产资源、能源、环境、行政法律事务等领域相关的法律服务。团队成员长期致力于对相关领域理论、法律、法规、规章制度的研究，有深厚的理论功底及独立研究成果，并在多年的实践中积累了丰富的实务经验。他们担任省内及内蒙古自治区多家能源类企业的法律顾问；为企业新能源开发和利用项目提供投融资、BOT、PPP法律服务；担任多家政府部门法律顾问，参与政府重大投资项目决策过程，参与重大谈判；他们还不定期地为服务单位举办讲座，解读新出台的法律法规和各类政策等，服务优质高效。

### 金融与财税专业部

该部门分为金融组与财政税务组。金融组团队对金融领域适用的法律、规定及交易规则、惯例有着深刻的理解和把握，已为国内多家银行和非银行金融机构提供专项及综合性法律服务，在金融领域具有丰富的经验和广泛的客户基础。财政税务组团队领军人物为山西省税法专家薛建兰，该团队成员不仅对税法理论有深入研究，而且长期从事企业税收筹划、税法培训、涉税事务协调和涉税案件处理等税务实务，在山西省乃至全国税法理论、实务界均有极大影响。

### 公司与证券部

公司与证券业务是山西黄河律师事务所的核心业务之一，业务范围涵盖公司设立、公司兼并及收购、股权重组、资产重组、企业公司制或股份制改造及股票上市、新三板挂牌、中小企业债权融资等。该团队中60%以上的律师具有硕士学历，对本领域业务有较强的驾驭和处理能力，并具有严格的执业操守及严谨的工作作风，为省内多家企业提供了深层次的法律服务。近两年，该部多名骨干律师被事务所派往一线城市及香港交流执业，研究新形势下的公司证券业务特点，重点学习先进律所在公司证券业务方面的执业经验，使我所在该领域的专业服务始终走在本地域公司证券法律服务的前沿。

## 法的善治与民众的安全感

谢乐

近日，山东省高级人民法院公开宣判聊城“辱母杀人案”，该院二审认定被告人于欢的行为属于防卫过当，并将无期徒刑改判为五年有期徒刑。至此，这起在舆情中被议论的沸沸扬扬的案件终于尘埃落定。在得知这一结果时，我的内心涌动着一种欣慰的情绪，这种欣慰并非来源于刑期的极大减轻，而是因为判决中认定于欢当天的行为“具有防卫的性质”。

这起“辱母杀人案”刚进入人们视线时，民间最多的疑问恐怕是“如果我是当天的于欢，我该怎么办”。人们注意到，于欢持刀捅刺讨债人并没有发生在目睹母亲受到极端侮辱时——那时他屈服于讨债人的压制没有进行强烈的反抗，而是发生在出警的警察出门寻找报案人，未将他们母子安全带离现场之后当时的于欢应该很绝望，在继续遭到围逼和挑衅的情况下，他用尖刀捅刺了讨债人。一审判决之所以让人无法接受，是因为它认定“于欢持尖刀捅刺被害人不存在正当防卫意义的不法侵害前提”，也就是说于欢伤人是主动的，而不是出于防卫。这样的判决无异于是在向民众赤裸裸地昭示：在遭遇同样的境遇时，你们一定要忍耐，哪怕寻求公权力救济的希望近乎破灭；否则就是恶性犯罪，就要受到法律的严厉惩罚。

一审判决如此“治法”难免让人觉得法律并没有给“于欢们”自我保护的权利，任谁将自己代入于欢的境地都只能感到无所适从，甚至悲从中来。无独有偶，六月初，乌鲁木齐的一位市民被法院判决赔偿八万元，原因是好心邀请被领导批评的同事做客，可同事却因想不开趁他洗水果时在他家跳楼自杀了。一时间，“朋友来家先问心情好不好”的段子和“不能随便叫朋友来家做客”的悲观声音遍布网络。法谚云“法律不外乎人情”，如果在治法时能无原则的加重人与人在正常交往中的义务，那“有朋自远方来”亦有何乐乎？人们各种日常活动的安全边际又在哪里？

我们的社会正在大力宣扬“让法律成为一种信仰”。民众是否信仰法律，并不取决于一个国家的法律部门有多么齐备，法律规定有多么完善，而在于法律的执行是否带来了足够的安全感。只有被善治的良法，才能对人们的行为做出正确的指引和评判，才能为人们构架出合理的行为边界，才能促进人们友善交往，最终在全社会建立起诚信、友爱、公平的价值观。于欢案的二审改判，区分了合法行为与非法行为的界限，在惩罚过当行为的同时为正当行为撑起了保护伞，不仅是治法在个案上的进步，同时也为民众强了心壮了胆——这不也正是“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”的题中之义吗？





编 辑 | 山西黄河律师编辑部

主 任 | 杨 力

副 主 任 | 申吉红

委 员 | 李 飞 李继军 张生强  
段凡生 韩丹英 段福升  
董 杰 高 原 赵秀芹  
杨 丽 薛 宁

主 办 | 山西黄河律师事务所

主 编 | 申吉红

责 编 | 谢 乐

设 计 | 芳儿

# 目 录

## CONTENTS

### 卷首语

- 01 法的善治与民众的安全感 | 谢 乐

### 黄河精英

- 04 黄河精英 | 史慧娟

### 律师观察

- 06 从环境问题的演进透视环境法的本位 | 郝晓红  
10 食品企业委托加工的法律风险及应对方法 | 杜梓栎  
14 国有企业债权转股权增资操作实务 | 彭艳华

### 实务解析

- 18 承保交强险的保险公司在交通事故人身损害赔偿纠纷中  
承担鉴定费与诉讼费的依据 | 李晶晶  
22 撤诉与诉讼时效中断 | 杨燕洁

### 小案大法

- 24 浅谈采矿权被注销后的法律后果及权利救济 | 李继军  
28 股东以公司股权为本公司债务提供担保的几个问题 | 申 芳  
32 对宅基地权属有争议，不能直接提起返还之诉 | 赵秀芹  
36 一人公司法人人格否认制度的法律适用 | 马香萍

- 40 银行催收法律实务分析 | 史慧娟  
44 劳动争议仲裁与诉讼的衔接 | 贺冰鸽  
48 伪卡交易中银行与持卡人的责任承担 | 杨 眉

### 办案随记

- 53 山西省2017年度“两金一费”计算标准 | 吴 坤

### 黄河文苑

- 60 我的宝贝 | 刘丽风  
62 唠叨我的孩子 | 殷红艳

### 解疑释惑

- 64 最高人民法院《审判指导参考》解答

### 新法速递

- 66 2017年一、二季度新法汇总

### 黄河动态

- 72 2017年一、二季度黄河动态



目 录 CONTENTS / 03

SHANXI HUANGHE LAW FIRM

扫二维码 关注我们

# 黄河精英

ELITE OF HUANGHE



## 史慧娟

### 基本情况

史慧娟，女，汉族，山西太谷县人，2007年毕业于西北政法大学，法学硕士，现执业于山西黄河律师事务所，担任金融银行项目组负责人。

### 业务专长

公司、金融、证券、房地产、涉外与知识产权领域日常法律事务及诉讼业务。

### 主要业绩

#### 1、非诉业务

先后担任山西焦煤集团国际发展股份有限公司、内蒙古伊泰集团有限公司、中国民生银行太原分行、招商银行太原分行等多个大型集团公司的常年法律顾问。在公司法人治理、合同审查、制度修订、法律纠纷解决等日常法律事务处理方面积累了丰富的经验，在企业法律风险预控和企业法律风险管理体系建设方面能够提供更为成熟有效的建议。

#### 2、诉讼业务

代理某银行诉山西某有限公司追偿权纠纷一案。公司以银行理财产品项下资金作为其向银行办理银承业务的保证金，银承到期时，因公司未按时交存足额票款，导致银行以自有资金对外兑付，银行有权提前终止理财产品协议并强制平盘以偿还垫款资金，由此造成的损失由公司自行承担。

代理朔州市某小额贷款有限责任公司诉杜某、杨某保证合同纠纷一案。保证人称保证期间届满后，债权人无权再向其主张保证责任。但通过录音、录像等证据能综合证明债权人在保证期间内曾向保证人主张过债权的，保证人仍应承担保证责任。

姓名：史慧娟

职务：山西黄河律师事务所金融银行

项目组负责人

电话：13509732003

Email : lawyershj@163.com

代理贾某诉杨某、张某民间借贷纠纷一案。针对借款关系复杂、借款频次密集、借款手段多元化（如现金、转账、刷卡套现等）的借款纠纷案件，需要对借条、收条、银行流水明细、信用卡消费明细、银行转账凭证等证据进行综合判断并逐一比对，从而确定借款金额以及实际还款金额。

代理北京某经纪公司诉大同市某房地产开发有限公司商品房委托代理销售合同纠纷。作为被告的代理律师，针对销售经纪公司中途撤场并单方解除销售经纪合同的行为，各方面搜集销售经纪公司存在过错和违约行为，以及由此给房地产公司造成经济损失的相关证据，从而通过反诉和答辩推翻原告的诉请。

代理田某诉刘某某著作权纠纷一案。作为被告的代理律师，针对原告提供的专家辅助人出具的专家意见，从专家社会身份、鉴定资格、鉴定经验、小说与剧本的比对时间、比对内容等各方面切入，最终推翻了专家意见，原告因此丧失原以为最有力的证据。

代理赵某某涉嫌故意伤害一案。在案件事实相对清楚的基础上，作为被告人的辩护人，一方面主张被害人存在过错，被告人行为系防卫过当，一方面善用谈判技巧，多次与被害人及其代理律师协调赔偿事宜，最终帮助被告人以较小的经济赔偿金额获得被害人谅解，进而争取到较为理想的判决结果。

#### 3、业务领域的相关研究

针对银行业务特点，为多家商业银行举办《关于担保和财产保全实务研究》、《不动产统一登记与银行信贷业务》、《金融犯罪常见罪名与案例讲解》等专题讲座。撰写了《银行催收法律实务分析》、《银行清收案件解析》、《公司章程的治理空间》、《著作权侵权认定标准分析》、《浅谈银行外聘律师的作用与价值》、《论外聘律师与企业内部法务在企业法律风险管理体系中的作用与价值》等论文和文章。

# 从环境问题的演进 透视环境法的本位



类必须共同关注的重要问题之一。人类为生存和更好地发展引发了环境问题，人类的整体思想及行动反

环境问题即由人类生产、生活活动在全球范围内引起的气候变化、水源污染、臭氧层破坏、酸雨危害等问题。基于环境问题的复杂性及对人类社会的广泛性影响，其已经受到了国际国内社会的普遍关注，成为当今及今后很长一段时间全人

作用于自然界，导致环境问题愈演愈烈，其客观演进大致经历了四个阶段：

## （一）原始人类时期

此时人类与环境的关系主要表现为人类对环境的适应，基本上还不存在我们今天所说的环境问题，但也开始了环境问题的萌芽。如在人类聚居区周围过量捕捉野生动植物等。总的看来，在原始人类时期，人口的数量、生产力水平、社会发展都极为有限，人类对环境的影响尚未超出自然环境的调节能力，未对环境造成危害后果。

## （二）农牧业社会时期

人类进入农牧业社会以后至18世纪60年代产业革命以前，随着农牧业经济的发展、人口的增加、城市的出现和发展，逐步产生了环境问题：一是局部地区自然环境遭到严重破坏，有些地区的环境至今也没有得到恢复；二是环境污染问题开始萌芽并发展到一定程度。但总

的来看影响范围不是很大，而且可以通过很多途径来解决这些问题，因而并未引起人们的重视。

## （三）工业革命时期

这一时期，由于科学技术迅猛发展，人类对自然进行了掠夺式的开发利用，环境问题迅速蔓延。震惊全球的“公害事件”足以说明人类对环境的破坏和影响。

## （四）现代

20世纪五六十年代严重的环境污染和破坏问题出现以后，引起了人们对环境问题的警觉，许多污染严重的国家开始了对环境污染的治理，并取得了一定的成效。局部地区环境质量得到改善，但从世界范围看，环境污染与生态破坏却在不断恶化，局部地区的问题打破了区域和国家的疆界演变成为全球性的问题；暂时性的问题相互贯通、相互影响演变成成长远问题；潜在性的问题进一步恶化、蔓延，演变成公开性的问题。从上世纪70年代末80年代初起，全球性的环境危机开始出现，更为严重的环境污染和更大范围的生态破坏事件频繁发生，出现了明显不同于过去特征的现代环境问题。

从人类对自己与自然关系的主观认识层面纵观历史的长河，我们可以看到一幅清晰的画卷：



郝晓红

山西财经大学环境与资源保护法学硕士，法学讲师，环境法律师。山西省律师协会环境、资源及能源法专业委员会委员，山西省女性人才专委会委员，山西省环境影响评价审查专家。2008年加盟山西黄河律师事务所，环保、节能法律事务部专业带头人，专注于环境、资源领域的律师业务。精通环境污染防治、节能减排、清洁生产、循环经济及环保产业法律、政策与制度，对环境产业法律风险防范有独到的见解，擅长规划及建设项目环评法律服务。业务领域：环境诉讼代理、环保产业法律咨询、环评法律服务、环境法律风险防范等诉讼、非诉讼业务。

电话：0351-7552130 手机：13453169702 Email：haoxiaohong1996@163.com

随着人类认识自然、改造自然能力的逐步增强，人类从畏惧自然、崇拜自然逐步发展为主宰自然、无视自然，人类盲目地将自己从自然界中分离出来、孤立出来，甚至与自然界对立并逐渐将自己定位为万物之主。这种思想之久远可追溯到荀子的“人定胜天”思想。尽管是越来越清晰地认识自然规律并利用自然规律改造自然，但是直到今天，人类还是不能完全理性地认识自己不过是自然界一分子，即人类生存于自然界中，并靠大自然维持生命，这也是“天人合一”思想的发展和升华。人类这种盲目自我的现象与科学技术的进步是相距甚远的，也是不均衡的，长此以往，必将严重阻碍人类整体社会的和谐发展。因此，当务之急是人类必须把自己的位置搞清楚，这也是解决环境问题的根本前提。

法是其赖以产生的社会生产关系的价值体现，用来调整人与自然关系的环境法也毫无例外地是随着环境问题的演进而产生并日臻完善的，其目的是用来解决环境问题、协调人类与自然的关系以及构建一个和谐的地球并成为解决现代环境问题的重要手段。正如德国学者耶林所说“目的是所有法律的创造者”。

基于人类对环境问题演进的理性认识我们可

以得出，客观上，人类与环境的关系是：“承认自然界及其生物具有内在价值，承认地球上的生物享有生存和存在的权利，主张人与自然和谐共存的法律理念”。生态同一性，决定了人与其他生物一样，必然受到生态平衡运动的限制。因此，作为大自然成员之一的人类的各种生产和生活活动必须尊重环境规律，这就是现代环境科学的宗旨，也是环境法律可持续发展价值取向的外在表现。

在清晰透视了环境问题及人与自然关系的基础上，我们应该通透环境法的本位，即生态本位。所谓生态本位法律观，是指

“承认自然界及其生物具有内在价值，承认地球上的生物享有生存和存在的权利，主张人与自然和谐共存的法律理念”。生态本位法律观是现代环境法产生和发展的基础，是“生态利益中心主义”的伦理观在法律上的体现，它从思想上引导人类对过去的行为和善恶观进行反思，倡导注重人类对自然的环境责任和世代间的公平，强调动物的权利以及自然界其他物种的生存

和发展权利。这种法律观是对社会本位观念的继承和发扬，是以全社会的生态利益为本位。

基于对生态本位法律观的内容的分析，传统的法律观念对实证法的要求也要得以改变。有的学者也指出：“对环境法理论与实践的研究都应实现人类中心主义向生态中心主义的转变，树立可持续发展的利益观和价值观，在重新认识人类——环境关系的基础上，深入研究环境法的伦理基础和文化基础；研究环境法的工具性价与目的性价值；研究环境法的基本理念。”可以说，时代的发展对环境立法提出了新的挑战。生态中心主义对现代环境法的要求主要体现在以下几个方面：

(一) 以生态为中心，以生态利益为本位。生态本位法律观强调人类利益与自然利益的协调一致，而非传统法律观的以人类利益为本位和以人类利益为最终的目的与核心；强调人类与自然的和谐共存而非对立。环境伦理学创始人罗尔斯顿就曾说“生物拥有内在价值”，“大自然作为一个进化的生态系统，人类只是其后来的一个加入者之一，大自然的价值在人类出现以前早已存在。”因此，法律制度的设计既要体现人的权利，也要体现自然的权利。

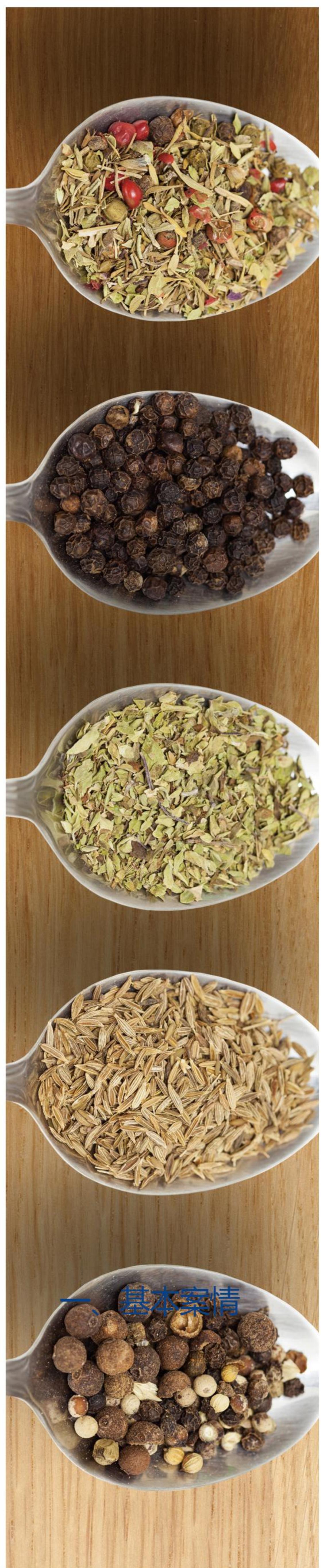


(二) 把实现自然正义作为法的价值。自然正义要求人类应当善待自然、顺应自然，以与自然和谐相处的方式来均衡人类利益与生态利益。在法律上，它要求法律规范的确立符合自然规律，能使人类世界与自然界达到和谐统一。自然正义价值的内容包括遵循自然法则和生物人道主义两个方面。遵循自然法则强调为了人类和生态的共同利益，应该保持生态系统生物的多样性和生态圈运作所必不可少的生态进程，并在利用现有自然资源和生态系统时遵守自然规律，进行适度的开发和获取最大限度的利益。它要求环境法以及制度的设计都应该遵循自然法则。生物人道主义则强调人类要善待世界上其他的生命形式，在保障人类生存的基础上给动物以基本的环境，禁止残杀、虐待动物，保护植物等。

(三) 把代际正义作为法的价值。生态本位主义不仅强调人类与自然界的和谐统一、协调发展，同时强调生活在同一时代的几代人同未来世代人之间的正义关系，即强调代际正义和公平。生态本位法律观主张将保持整个生物圈的完善和健康作为权利的基础，强调不仅要将当代人纳入到法律规范的范畴，而且必须将未出生的后代人和其他生物也纳入法律规范，以解释人与自然之间的对立关系。

只有确立生态本位的环境法律观念，才能建立起科学的环境法律体系，才能真正倡导全社会尊重环境规律，进而与可持续发展的政策、规划相协调、相一致，充分发挥国家和社会的环境管理职能，切实解决环境问题。





杜梓栎

大型企业法律顾问组成员。多次为所服务企业及相关企业设计改制方案、职工激励方案、重大融资方案等，并进行全程跟踪服务。业务领域：民商事诉讼、公司非诉讼业务。

电话：0351-7552100

手机：13453182469

Email：27564257@qq.com

## 食品企业委托加工的法律风险及应对方法

“民以食为天，食以安为先。”在“从农田牧场到餐桌”的整个食物供应链中，作为中心环节的食品加工无疑是落实食品安全的重中之重。现在越来越多的食品企业并不直接生产产品，而是委托第三方企业代为加工，下面笔者就谈谈食品企业在委托加工过程中容易出现的法律风险和应对方法。

### 一、委托加工过程中容易出现的风险

(一) 签订委托加工合同时，未对产品质量、验收标准、检验费用作出明确约定

1、很多食品加工企业在签订委托加工合同时，往往只对数量、价格及交货时间进行详细约定，而对于产品质量及验收标准的约定往往较为模糊。比较常见的产品质量条款通常表述为“委托方按照国家标准要求及委托方与受托方共同确定的产品质量标准进行验收”，这种较为模糊的质量条款在履行过程中可能存在如下问题：

- (1) 在合同履行过程中国家相关质量标准发生变更；
- (2) 只有食品行业的相关质量标准而无国家标准；
- (3) 委托方及受托方双方约定的质量标准低于最新国家及行业标准，或与其相抵触。

如出现上述情况，可能使委托方与受托方双方无法就验收标准达成一致，导致合同无法继续履行，或继续履行将触犯国家相关强制性规定，而给委托方造成不必要的经济损失。笔者在这里建议，涉及质量标准的合同条款表述为“委托方按照最新国家（或行业）



标准及委托方与受托方共同确定的产品质量标准进行验收，如最新国家（或行业）标准与委托方及受托方共同确定的产品质量标准不符的，按较高标准执行”。

#### 2、关于产品的复检及相关费用的承担

一些食品企业在签订委托加工合同时仅约定了对产品检验的监督权，对在委托加工过程中如果对产品质量产生质疑是否可主动申请鉴定，以及发现质量问题后鉴定费用的承担基本不做约定。这将导致食品企业在产品质量的监督工作中处于被动地位，往往只在食品安全问题暴露出来后才进行相关检验，甚至因为检验费用而互相扯皮，使问题得不到妥善解决。

#### （二）未实质审查受托企业的加工资质，未对委托加工产品的备案工作进行约定

1、随着国家对食品安全的重视，很多食品企业在委托第三方加工产品时已注意到了受托企业的加工资质问题，但往往在签订合同时，仅仅对受托企业的资质进行形式审查，只要求受托方出具资质证书甚至是复印件即可，却忽视了对资质证书真实性的审查及资质有效期的审查。在这

里笔者建议，食品企业应对受委托加工企业的资质证书的真实性进行审查，尤其是资质的有效期限，将受托加工企业的资质证书复印件加盖对方公章后作为合同附件留档备查，同时与对方约定，在合同履行过程中，对方资质超过有效期的，应当及时更换并通知委托加工的食品企业，以避免因资质过期未及时更换，而被认定为无证生产。

2、《中华人民共和国工业产品生产许可证管理条例实施办法》第四十五条规定，从事委托加工实行生产许可证制度管理的产品的委托企业和被委托企业必须分别到所在地省级许可证办公室申请备案；第四十六条规定，委托企业必须是合法经营的企业，被委托企业必须持有合法有效的生产许可证。《食品生产加工企业质量安全监督管理实施细则（试行）》第五十九条规定，“用委托加工方式生产加工食品的，委托双方必须分别到所在地市（地）级质量技术监督部门备案”。委托加工的产品凡是涉及实行生产许可证制度管理的均需向省级许可证办公室申请备案，而其他产品则需向在地市（地）级质量技术监督部门备案。很多食品企业在委托加工产品过程中，仅仅



重视了自身和受托加工企业的资质问题，却忽视了向相关部门办理备案手续，一但出现食品安全问题，往往会因此遭到处罚。建议在签订委托合同过程中对备案进行约定，以免造成不必要的损失。

### （三）签订委托加工合同时，未对受托企业的转委托及向第三方销售进行限制

1、为保证食品企业加工产品的质量，食品企业应当在签订合同时限制受委托企业的转委托行为，这样既能保证食品生产过程的可监控，同时也能防止发生食品安全问题后问责困难的问题。

2、很多食品企业在委托加工合同中仅限制了受托方对其商标的使用，却未明确要求受托方不得擅自向委托方以外的第三方销售标有委托方品牌的产品，除对委托加工的食品企业商标的知识产权造成侵害外，还可能因无法对这些擅自销售的产品的质量进行监督而给委托加工的食品企业带来不必要的麻烦和影响。

## 二、企业标识与食品委托加工中的产品质量责任的承担

目前，我国并没有明确的法律规定对食品委托加工中出现的责任问题加以约束。根据《中华人民共和国民法通则》和《中华人民共和国产品质量法》的规定，生产者应当承担产品质量责任，任何将名称、商号、商标、姓名或者可识别的其他标识体现在产品上及包装上，表示其为产品制造者的企业、组织及个人，即属于“生产者”。这意味着如果产品或者包装上仅标注了委托方或受委托方的名称，则委托方或者受托方单独承担产品质量责任；如果同时标注了委托方和受托方的名称，则双方均为生产商，共同承担连带的产品质量责任。同时，国家质检总局《关于委托加工食品标识标注有关问题的回复》中规定：“有证企业委托其它有证企业生产加工的，须标注委托方的名称、地址和许可证编号。可不标注被委托方的有关信息，由委托方承担食品质量安全责任。无证企业委托有证企业生产加工食品的，要标注承担食品质量安全责任的生产方（被委托方）的名称地址以及生产许可证编号。”因此，食品企业在签订相关合同的过程中，除在合同中明确定约食品质量安全的相关责任承担方外，还应按

照相关法律规定的要求印制产品标示，从而使食品企业在委托加工食品的过程中承担的风险降到最低。

## 三、食品企业应当建立食品安全应急机制，将风险降至最低

食品企业在委托加工食品的过程中，除按照前面所述的要求办理相关手续、完善合同外，对于自身销售也应加强管理。因为食品安全不仅仅是受托加工企业的责任，也包含了食品企业自身的责任，食品安全问题的发生不仅仅是受托加工企业引起的，还有诸多加工外的潜在因素可能造成食品安全问题的发生。为杜绝销售过程中可能引起食品安全问题的因素，特提出如下几点意见供企业参考：

1、建立良好有效的存储、销售渠道。对相关人员进行食品安全培训，严把进货关，对每批加工的产品都做好登记，以备查询；做到合理存储，防止因自身原因导致产品过期变质，要求销售人员不销售过期变质食品，发现过期变质食品及时停止销售、及时上报，并查找原因。

2、对于过期及变质食品，应建立回收销毁制度。委托方应安排专人负责回收因其自身原因导致的过期及变质食品，并在将回收的食品进行登记后销毁，防止再次流入市场。

3、建立食品安全卫生突发事件应急机制。食品企业应及时上报突发事件，并对消费者的索赔、维权等问题进行妥善处理。同时保留相关证据，以配合相关部门的调查及日后责任的划分。

综上所述，食品安全问题需要慎之又慎的对待，只有严格把关，按照国家相关法律法规的规定进行委托加工销售，才能使发生食品安全卫生突发事件的几率降到最低，才能使食品企业的利益得到最大的保护。



# 国有企业债权转股权增资 操作实务

彭艳华

2007年至2014年就读于南京大学法学院法学本科、法学硕士。2015年入职山西黄河律师事务所金融保险部。2016年至今，服务于某大型国企集团常年法律顾问项目组，理论基础扎实、思维严谨，认真细致，有较强的文书写作能力。专业领域：公司、合同、银行金融业务及各类非诉业务。



电话：0351-7552130  
手机：18635796317  
Email：791494198@qq.com

**摘要：**企业增资本身属于企业的自主经营行为，并不复杂。如果增资主体是国有企业，且拟通过债权转股权（以下简称“债转股”）增资，则会受到较多的法律规范，程序也较为复杂。本文以国有企业增资为例，对“债转股”增资的法律依据、法律流程、注意事项作简单梳理。

## 一、项目简介

A公司是山西省国资委直接出资的国有独资公司。B公司注册资本为5000万元人民币。A公司占有B公司85%股权，且对B公司享有60000万元到期债权。现B公司拟将注册资本增加至50000万元，新增注册资本45000万元。A公司有意认购全部新增注册资本，出资方式为债权转股权出资。

## 二、国有企业“债转股”增资的法律依据

### (一) 债权转股权的定义

债权转股权，是指公司债权人将其对公司享有的合法债权转为出资（认购股份），增加被投资公司注册资本的行为。

### (二) 法律规定

#### 1、一般规定

《公司注册资本登记管理规定》第七条：“债权人可以将其依法享有的对在中国境内设立的公司的债权，转为公司股权。转为公司股权的债权应当符合下列情形之一：（一）债权人已经履行债权所对应的合同义务，且不违反法律、行政法规、国务院决定或者公司章程的禁止性规定；（二）经人民法院生效裁判或者仲裁机构裁决确认；（三）公司破产重整或者和解期间，列入经人民法院批准的重整计划或者裁定认可的和解协议。用以转为公司股权的债权有两个以上债权人的，债权人对债权应当已经作出分割。债权转为公司股权的，公司应当增加注册资本”。

上述规定明确了债权人对中国境内公司的债权可以转为公司股权，债权类型明确为三种：合同之债、生效文书之债、重整债权。



### 2、国有企业债转股增资的特殊规定

B公司作为国有控股子公司，其增资行为属于《企业国有资产交易监督管理办法》调控范围内的“国有资产交易行为”。根据《企业国有资产交易监督管理办法》第三十九条“企业增资通过产权交易机构网站对外披露信息公开征集投资方”之规定，B公司增资行为原则上要采取公开方式。

同时，根据《企业国有资产交易监督管理办法》第四十六条“以下情形经国家出资企业审议决策，可以采取非公开协议方式进行增资：（一）国家出资企业直接或指定其控股、实际控制的其他子企业参与增资；（二）企业债权转为股权；（三）企业原股东增资”之规定，B公司的增资行为可以采取非公开协议方式。

因此，B公司有权采取“公司债权转股权方式”增资，且可以通过非公开协议方式进行。

## 三、B公司债权转股权增资的法律程序

### (一) B公司拟定增资方案及可行性方案

《企业国有资产交易监督管理办法》第三十六条规定，“企业增资应当符合国家出资企业的发展

战略，做好可行性研究，制定增资方案，明确募集资金金额、用途、投资方应具备的条件、选择标准和遴选方式等。增资后企业的股东数量须符合国家相关法律法规的规定”，B公司应按上述要求拟定增资方案及可行性报告。

### (二) A公司审议批准B公司的新增注册资本的行为

《企业国有资产交易监督管理办法》第三十五条规定“出资企业决定其子企业的增资行为”，B公司在实施增资行为前，必须将此事上报A公司审议决策。

### (三) B公司委托中介机构对A公司债权进行评估，确定增资认购价格

根据《公司法》第二十七条“非货币财出资都应该履行评估手续”及《企业国有资产交易监督管理办法》第四十三条“投资方以非货币资产出资的，应当经增资企业董事会或股东会审议同意，并委托具有相应资质的评估机构进行评估，确认投资方的出资金额”的规定，B公司应委托评估机构对A公司债权价值进行评估，确保债权转股权的作价出资金额不高于该债权的评估值。

**(四) B公司根据公司章程及相关法律规定，履行内部审议决策程序，并由有权机构（如董事会、股东会）审议增资方案并形成决议**

《企业国有资产交易监督管理办法》第三十七条规定，“企业增资应当由增资企业按照企业章程和内部管理制度进行决策，形成书面决议。国有控股、国有实际控制企业中国有股东委派的股东代表，应当按照本办法规定和委派单位的指示发表意见、行使表决权，并将履

职情况和结果及时报告委派单位”。B公司应召开股东会，对增资事宜形成股东会决议，股东会决议应包含以下内容：

- 1、同意B公司增加注册资本45000万元。
- 2、同意由A公司认购全部新增注册资本，其余股东放弃同比例增资。
- 3、同意A公司出资方式为“债权转股权出资”。
- 4、同意A公司债权评估价值，确定A公司认购价格为：A公司以45000万元债



权认购45000万元新增注册资本。该作价出资金额符合《公司法》和《公司章程》规定。

- 5、增资时间及增资后在转股债权范围内A公司对B公司债权相应免除。
- 6、增资完成后，公司股权结构的调整：A公司注册资本为49250万元，持股比例为98.5%。
- 7、修改公司章程相应条款。
- 8、其他（如有）：公司高级管理人员调整营业范围变更等。

**(五) A公司召开董事会，同意以债转股方式向B公司增资**

A公司出资45000万元向B公司增资，对于A公司而言，属于A公司的投资事项，A公司须召开董事会会议，对向B公司增资事宜及方案形成决议。同时A公司作为国有独资公司，还应依据《山西省省属国有企业投资监督管理暂行办法》及相关规定履行国资委审批手续。

**(六) B公司委托中介机构对B公司资产进行评估**

《企业国有资产交易监督管理办法》第三十八条规定“企业增资在完成决策批准程序后，应当由增资企业委托具有相应资质的中介机构开展审计和资产评估”。



**(七) B公司起草《(债转股)增资协议》及相关法律文件，双方签署有关法律文件**

**(八) A公司认缴新增注册资本**

A公司按照增资协议约定的时间及方式出资。

**(九) B公司办理工商变更登记手续及章程备案**

B公司应对股权结构、股东信息、注册资本及实缴资本、营业范围等事项进行工商变更登记，并备案章程。

**四、注意事项**

- 1、公司债权转股权只适用于公司增资阶段，不适用于公司设立登记。
- 2、公司增资事项属于公司法明确规定的必须经三分之二以上表决权通过的事项。
- 3、作为转股债权，应履行债权评估程序。
- 4、对于增资事宜，《增资协议书》是必备文件。投资方与被投资公司不单独签订《债转股协议书》时，应将与债转股有关的内容融入《增资协议书》中。
- 5、法律文本起草、法律程序设计应根据投资主体（即债权人）身份的差别予以调整。

# 承保交强险的保险公司 在交通事故人身损害赔偿纠纷中 承担鉴定费与诉讼费 的依据



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



笔者在办理交通事故人身损害赔偿纠纷案件过程中发现，各地、各区法院对鉴定费与诉讼费的承担主体的判决认定并不相同，有的认为应由保险公司承担，有的认为应由肇事者或肇事车辆所有者承担。令笔者感到不解的是，不论法院判决上述费用由谁承担，都没有写明相应的法律依据。在笔者与法官沟通该问题的时候，得到的答复却是各地、各区法院依据其“惯例”进行判决。这个问题引起了笔者的关注，经过研究笔者认为，承保交强险的保险公司应成为鉴定费和诉讼费的承担主体。

## 一、承保交强险的保险公司承担鉴定费的依据

《保险法》第六十六条规定，“责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼的，被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用，除合同另有约定外，由保险人承担。”在道路交通事故损害赔偿诉讼中，保险公司对“鉴定费由保险公司承担”的请求一般会答辩称：“根据保险合同的约定，保险公司不承担鉴定费。”但保险公司的这种抗辩是不能成立的。

首先，残疾赔偿金是法律明确列明的人身损害赔偿项目，而伤残鉴定是判断受害人是否构成伤残，应否获得残疾赔偿金以及赔偿金数额的直接依据。显而易见，为进行伤残鉴定支出的鉴定费是必要而合理的费用。虽然《保险法》第六十六条规定，在保险合同有约定的情况下，保险人可以免除承担必要合理费用的义务，但基于合同的相对性原则，交强险合同只能约束保险合同的当事人，即保险公司和投保人，对受害人不产生约束力。因此保险公司不能以合同中的约定对抗受害人的请求。

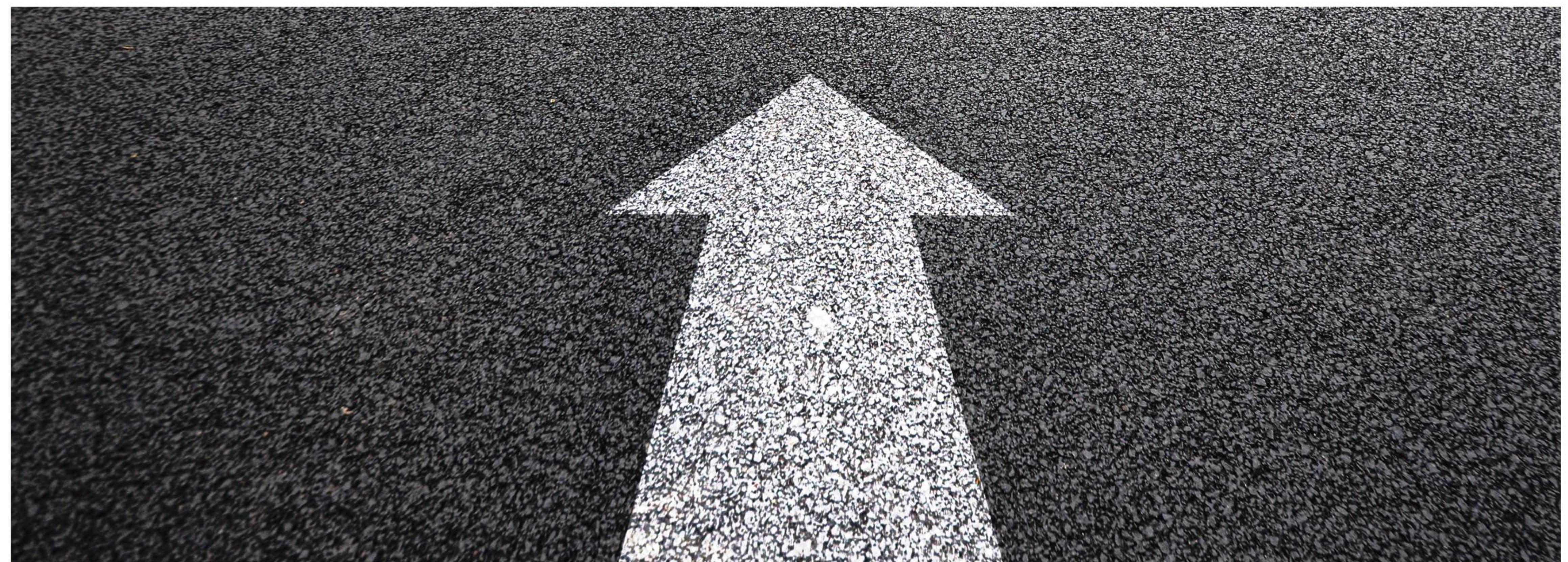
其次，对于投保人来说，由于在专业知识方面的欠缺，其对于保险合同中的格式条款不可能有深入的理解，而交强险合同是国家以法律形式强制投保人向



保险公司投保而设立的合同，合同的内容都是保险公司单方制定，并非与投保人在自愿、平等协商的基础上订立的。我国《保险法》第十七条规定：“订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力”。从实践来看，保险公司对交强险保险合同中免除其责任的格式条款大都未履行提示或明确说明的义务，因此，保险合同的此类约定在这种情形下不能免除保险公司承担相关费用的责任。鉴定费由保险公司承担有事实和法律依据。

## 二、保险公司承担诉讼费的依据

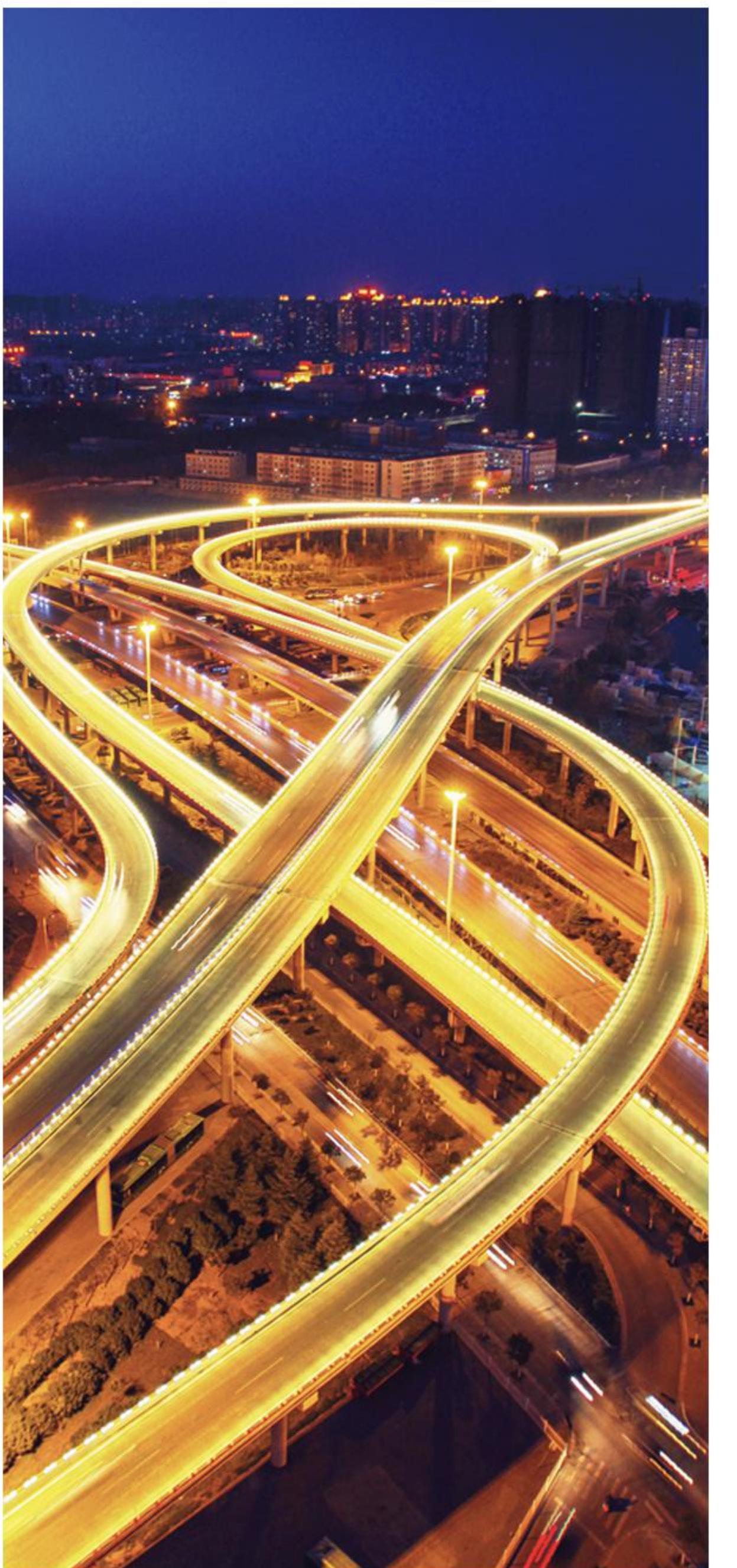
保险公司认为其不应承担诉讼费的依据主要是《机动车交通事故责任强制保险条款》（下称《保险条款》）第十条：“下列损失和费用，交强险不负责赔偿和垫付：……（四）因交通事故产生的仲裁或者诉讼费用以及其他相关费用”。笔者认为，该条款并不能作为



保险公司免除承担诉讼费责任的法律依据。

第一，交强险及各类商业保险条款制定主体是中国保险行业协会，虽然经过了中国保险监督管理委员会批准，但仅属于行业内部的规范性文件，其既不是行政法规也不是行政规章，《保险条款》的规定不能产生免除保险公司依照法律规定承担诉讼费的效力。

第二，《保险法》第六十六条规定在机动车交通事故纠纷案件中，被保险人支付的仲裁或者诉讼费用，在无合同约定的情况下应当由保险人承担。即使保险公司与投保人在合同中约定不承担诉讼费用，但如前所述，此类约定是对保险公司和投保人权利义务的约定，



并不能对受害人产生约束力，而且在保险公司未向投保人进行明示，并得到投保人的签字确认的情况下，该约定条款也不能对投保人生效。

第三，《保险条款》第十条与《保险法》第六十六条规定并不矛盾。败诉方承担诉讼费是诉讼费用承担的一般原则，是对败诉方消耗司法资源的一种制裁。《保险条款》第十条仅规定交强险不负责赔偿仲裁或诉讼费用，即诉讼费不能从交强险的赔偿金额中扣除，但这并不能理解为保险公司就免除了承担诉讼费的责任，这是对《保险条款》的错误理解。笔者认为，法院判决支持受害人的赔偿请求，如保险公司的理赔额足以满足受害人的全部诉讼请求，则保险公司作为败诉方，应当承担诉讼费用；如理赔额不能满足受害人的全部诉讼请求，则保险公司与直接侵害人均应为败诉方，应当由二者共同承担诉讼费用。

第四，实践中，保险公司的习惯做法是在法院判决前凭受害人的医药费发票向其支付医药费，其余赔偿要等法院判决生效后才支付，这期间很少与受害人

进行调解，这就使得交通事故的受害方迟迟得不到保险赔偿，这对一些家庭经济比较困难受伤又比较严重的受害人来说，是很大的经济压力，很可能会影响受害人的治疗甚至生命。对于这种情况，保险公司有着不可推卸的责任，因为在交强险范围内，保险公司承担的是法定赔偿责任，立法的目的是为了保护受害人，投保人与保险人订约的目的就是为了使事故受害人迅速、直接获得保险合同确定的赔偿，而此类诉讼的提起，正是缘于保险公司怠于行使其赔偿义务。如果保险公司绝对不承担诉讼费用，那么在发生交通事故后，保险公司有可能怠于理赔，一律要求当事人到法院提起诉讼后再赔偿，既不利于道路交通事故保险费用的解决，也增加了受害人的经济负担，更是对司法资源的一种浪费。基于此，诉讼费也应由保险公司买单。

笔者在办理一起交通事故赔偿纠纷案件的过程中，对太原市某区法院在交强险能够满足原告全部诉讼请求的情况下仍然判决保险公司不承担鉴定费和诉讼费的问题，与承办法官进行过沟通，得到的答复却是依照该院的“惯例”进行判决。二审过程中，法官对于笔者的观点表示认同，但因太原各区法院对于“两费”的判决方式不同，不便对个案进行纠正，因此，二审法院做出了没有任何事实和法律依据的维持原判的判决。

综上，笔者认为，之所以各法院对笔者论述的“两费”问题的判决不同，是由于没有彻底理清该类案件如何适用法律；通过保险公司的应诉，也反映出其对本文论述的问题的理解很模糊。因此，准确地理解和适用法律，是判断交通事故责任纠纷案件鉴定费和诉讼费承担责任的关键。而随着法治社会的建立和法律的不断健全，保险公司作为社会的一员，不仅应该自觉遵守法律，亦应该承担起保险行业的责任，维护社会的稳定与和谐。

# 撤诉与诉讼时效中断



杨燕洁

毕业于辽宁大学法学院，获经济法法学硕士学位。为保险公司、大型国企担任常年法律顾问，熟悉保险理赔相关法律业务以及公司法律业务。业务领域：公司、金融、合同等诉讼、非诉讼法律事务。

电话：0351-7552130  
手机：18635110221  
Email：hhlsyyj@163.com

诉讼时效制度的建立旨在要求权利人在权利受到不法侵害时及时通过公权力寻求救济，否则将承担迟延行使救济权利的不利后果。从本质上说，诉讼时效以有条件地牺牲权利人的利益为代价来维护效率和程序价值。从防止权利人怠于行使救济权利的诉讼时效制度诞生之初，防止义务人滥用时效制度的时效中断制度也应运而生。我国现行法律及相关司法解释对诉讼时效中断的具体情形和适用已有相应规定，其中明确了提起诉讼也是诉讼时效中断的正当事由，但是对于当事人起诉后又撤诉是否必然导致诉讼时效中断，在立法上仍无定论。

目前，对该问题持肯定观点者认为，从受诉人民法院裁定准许撤诉之日起诉讼时效中断，原因在于，权利人提起诉讼本身已经表明他并没有放弃权利，也并非怠于行使救济权利，即使起诉后撤诉也并不能否认权利人起诉主张权利这一行为的发生，因此起诉后撤诉不影响诉讼时效中断的效果。持否定观点者认为，起诉后撤诉视为自始未起诉，不能发生起诉的法律后果。当然也有温和的中间派，认为应当区分不同情形具体分析。笔者认为司法实践错综复杂，不可一概而论，故应从诉讼时效及中断制度的设立目的及本质出发，结合提起诉讼后撤诉的相关情形进行综合考量，在正义与程序之间寻求平衡。

诉讼时效制度是一种对民事权利的时间限制，权利人在法定期间内不行使权利，该期间届满后，权利将不受保护，即义务人获得时效抗辩权。同时，为了公平，法律又规定了诉讼时效中断、中止等诉讼时效障碍制度以保障权利人权利的行使。设置诉讼时效中断的目的即是平衡维护效率价值的诉讼时效给权利人带来的损失。这是公平理念的必然要求。我国法律规定诉讼时效因当事人一方“提出要求或者同意履行义务”而中断。“提出要求”是债权人催告债务人履行债务，“提出要求”也意味着不管最终要求是否能够得到满足，该要求应该“到达”义务人；“同意履行义务”是债务人承认债务存在并承诺履行，因其二者的法律效果——诉讼时效中断完全由法律规定，故二者均属单方的准法律行为。《诉讼时效若干规定》第10条和第16条分别扩张规定“提出要求”和“同意履行义务”的各种情形。提起诉讼即是“提出要求”的一种典型方式，向国家公权力明示提出维护自己权利的要求，表明权利人未怠于行使权利，当

然的使时效中断，重新计算。但起诉后又撤诉的法律后果，结合到达主义（不论是私力还是公力救济，其救济主张都应达到于相对人才行）的宗旨，笔者认为应区分对待。

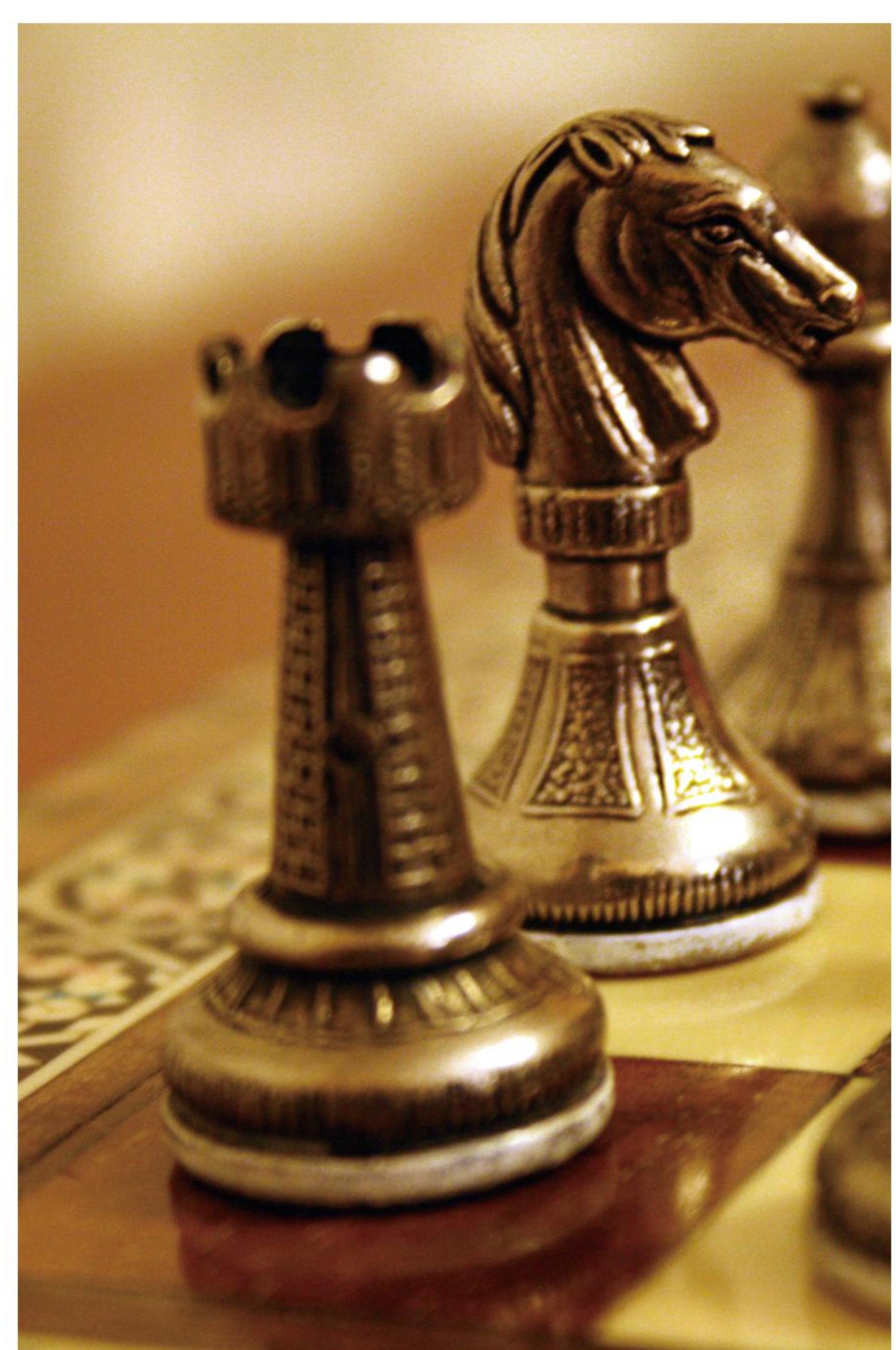
关于撤诉，我国《民事诉讼法》及其司法解释规定了三种情形，第一种是宣判前原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定；第二种是原告经传票传唤无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理；第三种是原告应当预交而未预交案件受理费，人民法院通知其预交，通知后仍不预交或者申请减、缓、免未获批准而仍不预交，裁定按自动撤诉处理。其中第一种情形是自愿撤诉，后两种情形是按撤诉处理。

在起诉后原告方主动撤诉的情形下，起诉是否具有中断诉讼时效的效力，笔者认为应当取决于法院是否将起诉状副本送达义务人或者告知义务人被起诉的事实。起诉状副本送达被告或者告知被告被起诉的事实都可以达到进行权利请求的目的和要求，应当使诉讼时效中断。如果认为公权力有公示效力，借助公权力提起诉讼无需通过送达副本就能产生时效中断效果的观点是不正确的。此外，因送达起诉状副本需要一定时间，原告在起诉时要留足时间，否则要自行承担送达过程中时效经过的后果。例外情形为“法院逾期受理或者逾期未作受理与否决定的，诉讼时效的中断实行有利于起诉人的原则，即如果起诉人的诉讼时效在逾期时间内届满的，应当给予时效的延长”。总体而言，诉讼时效能否中断，得依撤诉时诉状副本有无送达至被告而定。在起诉后因未交诉讼费而被视为撤诉的情形中，起诉行为是否具有中断诉讼时效的效力？笔者认为，尽管从表面形式来看，权利人有以诉讼方式主张权利的意思表示，但由于诉的有效受理以诉讼费的依法交纳为前提（法院裁定免交诉讼费的案件除外），无正当理由不交纳诉讼费的行为表明权利人内心并无真正

请求法院保护其权利的意思。案件如因权利人未依法交纳诉讼费而被按照撤诉处理，未进入诉讼程序，其提起诉讼的行为自然也被撤销，权利请求也必然无法到达义务人。因此，在这种情况下不发生诉讼时效中断的效果。

在起诉后原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭，或未经法庭许可中途退庭，被按撤诉处理的情形中，起诉行为是否具有诉讼时效中断的效力？在该情形下由于已经进入实体审理阶段，故起诉状副本当然送达义务人、法院当然告知了义务人起诉的事实，故构成“当事人一方提出要求”，具有诉讼时效中断的法律效力。

综上，笔者认为导致时效中断的要素即“权利主张”+“到达义务人”，符合该要素的情况出现即可导致诉讼时效中断。





# 浅谈采矿权被注销后的法律后果及权利救济

## 【基本案情】

原告：A煤矿

被告：B公司

2011年5月2日，H省煤矿企业兼并重组整合工作领导组办公室（下称H省煤重组办）以H煤重组办发〔2011〕16号文件批复同意B公司作为主体兼并重组A煤矿（以下简称16号批复）。根据16号批复，A煤矿与B公司于2013年7月2日签订了《采矿权转让合同》、《资产转让协议书》，两份合同均约定“新公司采矿许可证办理：由乙方（即B公司）办理，甲方（即A煤矿）协助。因甲方采矿权已经过期，如因原有采矿权过期导致新公司不能取得采矿证，由甲方承担责任”，而《资产转让协议书》约定在协议书生效后15日内，B公司向A煤矿支付资产转让价款的30%，即4628.66万元。

相关合同签订后，B公司在向H省D县国土部门申请变更采

矿权手续时发现，A煤矿的矿区范围已经被划给H省D煤业股份有限公司C矿。经进一步核实发现，在2011年9月18日，H省国土资源厅在收到省煤重组办16号批复后，由于工作失误，错误地依据H省煤重组办2009年的13号批复（主要内容为D煤业股份有限公司兼并重组整合A煤矿，A煤矿关闭），注销了A煤矿的采矿许可证，并在采矿权管理系统中，从采矿申请登记库移入项目档案中。2011年10月26日，国土资源部为D煤业

股份有限公司C矿颁发了采矿许可证，矿区范围将A煤矿矿区范围包含在内。

发生上述情形后，B公司积极与各级国土部门协调落实16号批复，但是由于A煤矿的采矿许可证已经注销、采矿权登记相关数据已经被H省国土资源厅从采矿申请登记库中移除，并无法恢复A煤矿的采矿登记工作，同时原A煤矿矿区范围已经被划给C煤矿，导致B公司无法办理采矿权变更登记手续。

2014年12月25日，B公司认为上述情形导致所签的《采矿权转让合同》、《资产转让协议书》履行前提不存在，合同目的不能实现，提出解除上述合同和协议，并向A煤矿邮寄送达了“关于解除与A煤矿签订的《采矿权转让合同》、《资产转让协议书》的函”，同时在媒体上进行了公告。

2016年6月30日，A煤矿以《资产转让协议书》为依据向T市中级人民法院提起诉讼，要求判令B公司履行A煤矿签订的上述两份协议，并要求B公司按协议约定向其支付30%的转让款4628.66万元。

T市中级人民法院以转让合同纠纷受理了本案。

鉴于对本案中A煤矿与B公司签订的《采矿权转让合同》与《资产转让协议书》的效力，存在各方观点不一、司法审判尺度不一的问题，笔者在此拟从采矿权被注销的法律后果以及权利救济如何实现这一角度进行分析，以供有关专业人士参考。

## 一、本案中《采矿权转让合同》与《资产转让协议书》的关系

有一种观点认为：B公司兼并重组A煤矿经H省煤重组办审批同意，《采矿权转让合同》、《资产转让协议书》均系当事人的真实意思表示，合法有效。尽管A煤矿的采矿权被注销，但是不影响16号批复的效力，鉴于本次煤矿兼并重组系政府主导行为，在16号批复未被H省煤重组办撤销的情况下，《资产转让协议书》不受A煤矿的采矿权的影响，可以独立履行。

笔者认为：上述观点将《采矿权转让合同》与《资产转让协议书》割裂，并曲解了A煤矿与B公司之间的基础法律关系。

A煤矿与B公司尽管分别签订了《采矿权转让合同》与《资产转让协议书》，但是两份协议不是相互割裂的。B公司作为主体兼并重组A煤矿，根本的目的在于取得A煤矿的采矿权，以便合法开采该矿区范围内的煤炭，因此《采矿权转让合同》是双方权利义务关系的基础，而《资产转让协议书》是双方对B公司在确定可以取得A煤矿采矿权的情况下受让A煤矿相关资产并给予A煤矿合理补偿的权利义务的约定。

因此，A煤矿与B公司之间的基础法律关系是采矿权转让合同关系。针对A煤矿而言，如果其拥有的采矿权被注销，必然会出现采矿权无法转让的情况，在此情形下《资产转让协议

李继军

业务主管。民盟山西省委员会委员、太原市委副主任委员，山西省律师协会环境、资源能源专业委员会副主任，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：ljj0351@163.com





书》已经失去履行的基础。

## 二、A煤矿的采矿权被注销的法律后果

有一种观点认为：鉴于A煤矿系经H省煤重组办16号批复确定被B公司兼并重组，同时在《采矿权转让合同》、《资产转让协议书》两份合同中均约定“新公司采矿许可证办理：由乙方（即B公司）办理，甲方（即A煤矿）协助”，在此情况下，只需要B公司协调H省煤重组办和H省国土资源厅按照16号批复取得新公司的采矿许可证即可，因此在16号批复依然有效的情况下，A煤矿的采矿权被注销不影响B公司兼并重组A煤矿。

笔者认为：上述观点的基础是因存在16号批复，故《采矿权转让合同》合法有效，进而B公司就应当按照约定办理新公司的采矿许可证。该观点的根本问题在于让B公司为H省国土资源厅的错误行为买单，并为B公司增设了无法实现的义务。因为B公司与A煤矿签订合同前，能够合理预期的是A煤矿的采矿权依法存在，只是存在过期问题，B公司不可能预期A煤矿



的采矿权已经被注销。在此情况下，让B公司去恢复A煤矿的采矿权显然违背双方合同约定，违背公平、合法原则。

本案中，H省国土资源厅因错误地执行2009年13号批复导致A煤矿的采矿许可证被注销，并在采矿权管理系统中，将A煤矿从采矿申请登记库移入项目档案中，并导致A煤矿的矿区范围被划给C煤矿。在此情况下，A煤矿的采矿权已经不可恢复。

依据《矿产资源法实施细则》第六条规定，采矿权是指在

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。A煤矿的采矿权被注销，导致A煤矿开采矿产资源和获得所开采的矿产品的权利灭失。

《物权法》第一百二十三条将包括采矿权在内的矿业权定性为用益物权，但是由于矿产资源为公共物品，其勘查、开采与社会公共利益紧密相关，我国还专门制定了矿产资源法及一系列行政法规、部门规章，对矿业权的取得、行使、流转、责任等作出规定，呈现出较为浓厚的国家干预色彩，导致在

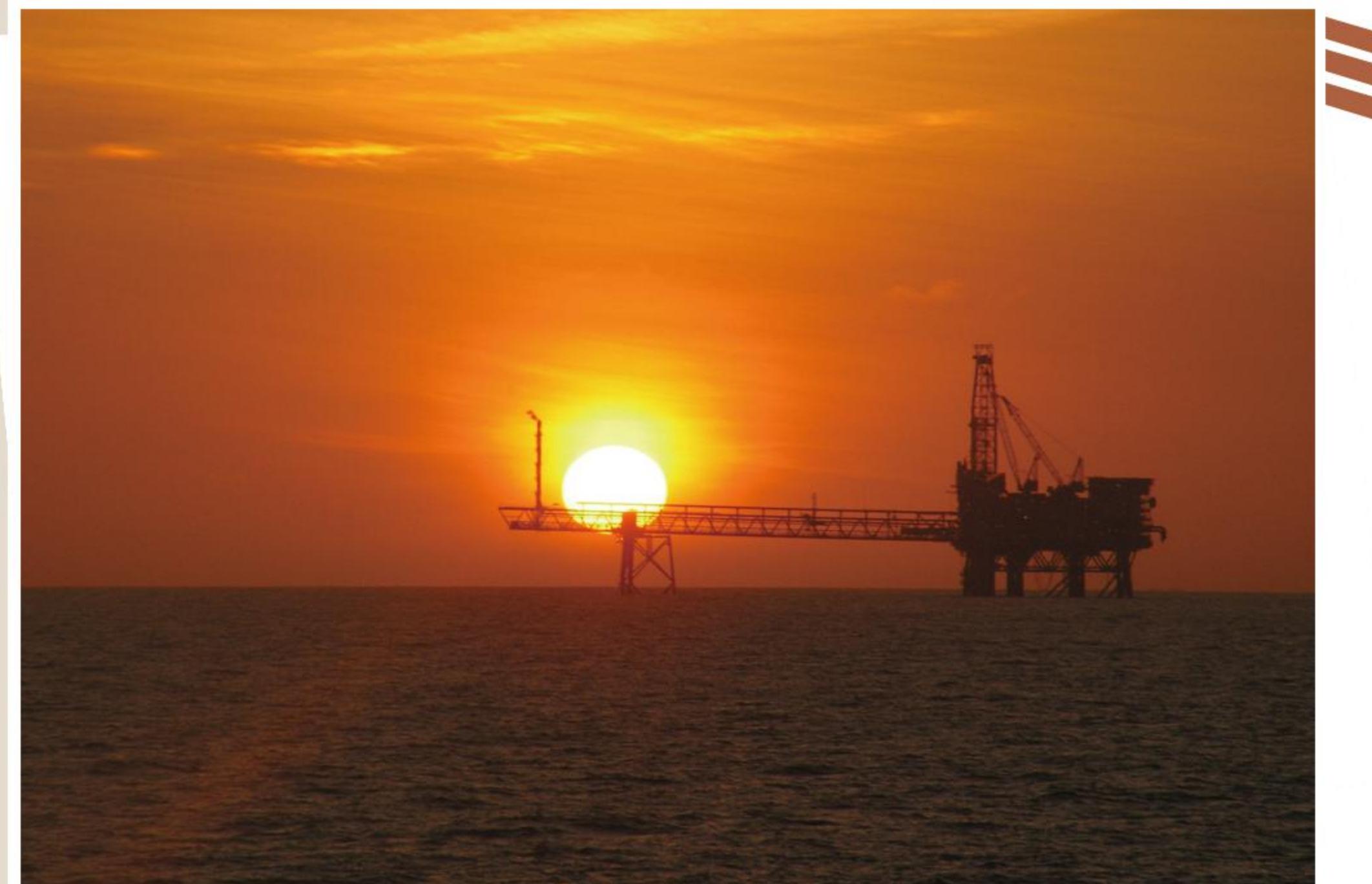
现行法律框架下，矿业权既是一种用益物权，也是一种基于行政许可而获得的权利；既体现为一种民事财产权，又体现为一种特许的经营权或行业准入资格。

基于采矿权的上述法律特点，A煤矿的采矿权被注销导致以下结果：

1、因H省国土资源厅执行了2009年的13号批复，导致16号批复已经无法落实。

2、A煤矿自2011年9月18日起，已经没有了采矿权。

基于采矿权属于用益物权，因A煤矿在签约前失去了采矿权，其与B公司签订《采矿权转让协议》，实质上在处分C煤矿的权利，应属于合同法规定的无权处分行为。依据民事诉讼中有关“诉讼系属”的基本理论，如果A煤矿在起诉前仍不能协调H省国土资源厅恢复其采矿权，法院就应当认定《采矿权转让协议》无效。



3、依据《最高人民法院关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释》之第五条“未取得矿产资源勘查许可证、采矿许可证，签订合同将矿产资源交由他人勘查开采的，人民法院应依法认定合同无效”之规定，A煤矿无权签订合同将煤矿交由他人开采，更无权与B公司签订《采矿权转让协议》转让采矿权，法院应当依法认定《采矿权转让协议》无效。

4、基于《采矿权转让协议》无效，A煤矿与B公司签订的《资产转让协议书》作为从合同，也应被确定为无效。

尽管B公司于2014年12月25日向A煤矿邮寄送达了“关于解除与A煤矿签订的《采矿权转让合同》、《资产转让协议书》的函”，但是从合同效力应属法律认定的角度看，法院理应认定《采矿权转让合同》、《资产转让协议书》无效。

## 三、A煤矿能否以《资产转让协议书》主张B公司按协议约定向其支付30%的转让款

有一种观点认为：煤矿企业兼并重组系政府主导的行为，B公司兼并重组A煤矿经H省煤重组办16号批复批准，《资产转

让协议书》中的资产转让价格系由H省国土资源厅进行了核准备案，真实有效。尽管A煤矿的采矿权被注销，但是不影响16号批复的效力，《资产转让协议书》不受A煤矿的采矿权的影响，应当继续履行。故A煤矿有权要求B公司按照《资产转让协议书》约定向其支付30%的转让价款。

笔者认为：上述观点混淆了煤矿企业兼并重组的基本概念，认为政府主导的煤矿企业兼并重组就不需要按照法律规定进行。

根据H省人民政府《关于加快推进煤矿企业兼并重组的实施意见》所明确的“坚持政府调控和市场运作相结合，依法推进煤矿企业兼并重组”的基本原则，B公司兼并重组A煤矿也要依法进行，仍然要受相关矿产资源法律、行政法规调整。鉴于A煤矿已经失去了采矿权，并且至今没有恢复，《采矿权转让协议》依法无效，在此情况下，《资产转让协议书》失去了履行的合法性基础，也应属于无效协议，A煤矿无权要求B公司按照《资产转让协议书》约定向其支付30%的转让价款。

## 四、A煤矿的采矿权被注销后的权利救济途径

有一种观点认为：B公司兼并重组A煤矿经H省煤重组办16号批复批准，B公司系兼并主体企业，目前A煤矿的采矿权被注销，B公司如果不承担继续履行协议的责任，就应当向H省煤重组办书面请示报告，要求H省煤重组办废止16号批复，并恢复2009年13号批复，由D煤业股份有限公司C矿对A煤矿进行补偿，否则A煤矿要求B公司按照《资产转让协议书》约定向其支付30%的转让价款的请求就应当被人民法院支持。

笔者认为：上述观点的根本错误在于让B公司承担本应由H省国土资源厅履行的职责。



依据《矿产资源法》第十六条规定，采矿许可证由国土资源部门审批、颁发。针对本案，造成16号批复无法履行的根本原因在于H省国土资源厅由于过错使A煤矿的采矿权被注销，并且无法恢复，目前A煤矿的采矿权范围已经划拨给D煤业股份有限公司C矿，实质上是H省国土资源厅没有执行16号批复，其执行的是2009年的13号批复。针对该事实的发生，B公司不存在任何过错。

在此情况下，A煤矿的利益受损，理应向存在过错的H省国土资源厅主张，主要途径有：

- 1、要求H省国土资源厅纠正违法行政行为，为A煤矿恢复采矿权，如果H省国土资源厅无法恢复，则主张H省国土资源厅赔偿损失；或者——
- 2、要求H省国土资源厅向H省人民政府专题报告，请求废止16号批复，按照2009年的13号批复执行，由D煤业股份有限公司兼并重组A煤矿。

基于上述，针对本案应当依据《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；……（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；……”之规定，T市中级人民法院不应受理该民事案件，在已经受理本案的情况下，法院应当裁定驳回A煤矿的起诉。

## 股东以公司股权为本公司债务提供担保的几个问题

# 股权



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，现任大型国企法律顾问，有多年公司法律实务经验。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、家庭、合同等民事诉讼，公司法律事务。

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

A公司为扩大生产经营向某银行申请流动资金借款6000万元，B公司为该笔借款提供保证担保，C公司将持有A公司4.47%的股权质押予B公司，为B公司提供反担保。甲乙两人在为B公司拟定《反担保协议》时，对C公司的反担保范围及质押权的实现发生争议：

甲认为C公司反担保的范围为B公司承担担保责任所支出的全部款项（包括但不限于借款本金、利息、罚息、违约金及实现债权的费用）；质押权的实现为B公司承担担保责任后，若C公司不履行反担保责任，B公司与C公司协议作价质押财产或就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿，不足部分由A公司承担。

乙认为甲的表述方式违反了A公司《公司章程》中“公司全部资产分为等额股份，股东以其所认购的股份为限对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任”的规定，

并以该规定为依据，认为C公司反担保的范围应为B公司承担担保责任所支出的全部款项（包括但不限于借款本金、利息、罚息、违约金及实现债权的费用等）的4.47%的部分；质押权的实现为B公司与C公司协议作价质押财产或就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿，若质押财产价值不足以偿还担保债权的，C公司应当以其他财产偿还担保债权。

由以上可见，甲乙双方争议焦点为：（1）对A公司《公司章程》中“公司全部资产分为等额股份，股东以其所认购的股份为限对公司承担责任”如何理解；（2）《公司章程》的上述规定是否适用于股东以公司股权对公司债务提供担保的情形；（3）承担担保责任的财产范围。

对于第一个问题，实际上涉及对股东有限责任的理解。所谓股东有限责任是指股东仅以出资额为限对公司债务承担责任。例如，假若A公司注册资本为5000万，负债4000万，C公司对A公司债务仅承担4.47%的责任，即实际仅承担178.8万元的偿还责任；若A公司资不抵债负债6000万元时，C公司对A公司债务仍然仅承担4.47%的责任，即C公司仅以其出资额223.5万元为限对A公司债务承担责任，对不足以偿还部分，C公司无需以其他财产继续承担偿还责任。可见，股东以出资额

为限，此处的限额是指用以承担公司债务的财产限额，而非以总债务数额为基数，以股东出资比例为系数计算的公司债务限额。

乙认为依据股东有限责任，C公司用以承担担保责任的财产不仅仅限于质押的4.47%的股权，在4.47%的股权价值不足以偿还担保债权的情况下，其还需以其他财产继续承担偿还责任。换而言之，C必须足额承担4.47%的反担保责任，用以偿还担保债权的财产不仅仅限于4.47%的股权。可见，乙将股东有限责任的“有限”理解为以总债务数额为基数，以股东出资比例为系数计算的公司债务限额，按照此种理解，在公司资不抵债的情况下，股东的实际偿债金额会远远超出其出资额，显然，乙对股东有限责任的理解属于误解。

针对第二个问题，公司股权属于股东的个人财产，是否对公司债务提供担保是由股东自由意志决定的，股东以持有的公司股权对公司债务提供担保的，属于股东对其个人财产的处分。我国《担保法》第六十七条规定“质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。”第七十二条规定“为债务人质押担保的第三人，在质权人实现质权后，有权向债务人追偿。”可见，质押担保的范围属于质押合



同双方当事人自由意志合意的事项，质权人在实现质权后，出质人完全有权向债务人追偿。因此，笔者认为，股东以持有的公司股权对公司债务提供担保的，属于股东对其个人财产的处分，股东有限责任不适用于该情形，无论股东是否超出其股权比例承担了担保责任，其均可以向公司追偿，从根本上而言，股东的利益不会受损。

甲、乙两人对C公司反担保范围的约定本质上均不违反法律的规定，但乙以股东有限责任为依据将C公司反担保的范围限定为B公司承担担保责任所支出的全部款项（包括但不限于借款本金、利息、罚息、违约金及实现债权的费用等）的4.47%的部分，笔者认为该依据不足，且从最大限度维护B公司利益的角度出发，乙对C公司反担保范围的约定明显不利于B公司，在C公司未对其提供反担保的范围作出特别申明的情况下，不宜作出有损B公司利益的缩小C公司反担保范围的约定。因此，从维护B公司利益的角度而言，甲的约定更为妥当。

针对第三个问题，我国《担保法》与《物权法》均规定“质押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿”，可见，出质人以质押的财产价值为限在担保范围内承担担保责任，若质押财产的价值不足以完全覆盖担保范围约定的债权数额的，不足部分是由债务人承担的。

乙认为若质押的4.47%股权的价值不足以偿还担保债权的，C公司应当以其他财产偿还担保债权，笔者认为，该约定不仅与我国《担保法》与《物权法》的规定不符，且C公司其他财产上并未设定权利负担，该约定对C的约束力较弱，不能保障担保债权的顺利实现。若恐质押股权的价值不足以偿还担保债权，从维护B公司利益的角度出发，B公司可以与C公司另行签订其他反担保合同，明确C公司其他财产为B公司提供反担保的方式，并依法完善相应的登记等程序，以保障B公司担保债权的实现。

# 对宅基地权属有争议， 不能直接提起返还之诉



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、运营管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：建设工程房地产、公司合同、企业改制。

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

## 一、案情简介

被告系原告长子。1987年11月20日，南郊区人民政府给被告颁发了宅基地证，证载户主为被告，年龄22岁，全家人口为1人，证载住址太原市南郊区小店镇西桥村南街47号，宅基地面积为0.46亩，其上有房屋5间，建房时间为1983年3月；同日，南郊区人民政府给被告的爷爷即本案原告的父亲也颁发了宅基地证，证载户主为被告爷爷某某，全家人口为6人，家庭成员栏有某某的妻子朱某某、原告夫妻二人、原告的二儿子兀某及三儿子兀某某，证载住址太原市南郊区小店镇西桥村南街46号，宅基地面积为0.46亩，其上有房屋5间，建房时

间为1983年3月。被告名下的宅基地在其爷爷名下的宅基地的东侧，该两宗宅基地上的10间房屋系原被告共同修建，东面的5间由被告结婚时居住使用，直到被告搬至城里，该房屋空闲至今；西面的5间由原告夫妻居住，后原告夫妻搬至被告购买的单元楼居住，该房屋空闲。原告在被告单元楼居住期间，水电、物业、采暖等费用均由被告支付，2016年夏天，原告为了种菜又搬回空闲的西5间房屋居住。2016年原告夫妇以宅基地系临时登记于被告名下为由，起诉至法院，要求被告将宅基地及其上房屋返还给原告。

## 二、双方的主要观点

原告认为：宅基地是其于1980年审批，1983年夫妻二人在其上建房10间，1987年土地登记时，为了避免家庭纠纷，将其拆分为二，一处登记在其父亲名下，一处登记在被告名下。因此，被告应当将宅基地及房屋归还原告。

被告认为：1、返还的前提是原告需证明宅基地及房屋归其所有，也即其享有对诉争宅基地及其上房屋的物权。然而从现有的登记情况看，宅基地物权归被告所有。在该物权没有根据《物权法》的规定变更前，物权所有人即为被告。虽然原告认为其上房屋系由其夫妻1983年所建，但被告认为，房屋是原被告共同修建，且主要劳力及经济支出来源于被告，因此被告没有向原告返还的事实及法律基础；2、原告如果认为诉争宅基地实际权利状态与登记的权利状态不一致，那么原告应当先确权，然后才能主张返还；3、原告要对土地确权，那么根据《土地管理法》十六条“土地所有权和使用权争议，由当事人协商解决；协商不成的，由人民政府处理”的规定，本案应当先由人民政府处理，对处理不服的，方

可根据本条第二款“当事人对有关人民政府的处理决定不服的，可以自接到处理决定通知之日起三十日内，向人民法院起诉”的规定，向人民法院起诉。因此，法院不应当受理本案，应依法驳回原告的起诉。

## 三、律师分析

以上案例中，原告如想提起要求被告返还宅基地及其上的房屋的返还之诉，前提必须是提供证据证明宅基地的合法使用权归其享有，即其为诉争宅基地及房屋的真实权利人，也就是应当先确权然后再要求被告返还，否则，物权系被告享有，原告无权要求返还。而原告要证明其为真实权利人，则必须至少具备以下几种情况中的一种：一是物权登记归其享有，本案显然不具备此情形；二是有证据证明其为真实权利人。原告仅在庭审过程中提到，宅基地是原告申请的，但原告并没有向法庭提供其申请宅基地的证据，相反，其所提到的两宗宅基地，一宗系本案所争议，一宗系其父亲合法使用，其仅为共有人之一。该两宗宅基地，即使均为原告在1980年所申请，但最终的审批结果并不是归其使用，而是于1987年土地登



记时登记在被告名下，显然被告才是争议宅基地的合法使用权人，与申请人是谁无关。根据《物权法》第十七条“不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明”的规定，在原告没有证据能够证明真实权利人与登记权利人不符的情况下，登记权利人当然为真正的权利人；三是其上房屋由其修建。就此方面，庭审中原告向法庭提交了证人证言欲证明房屋为其夫妇修建，但是，证人证言中仅提到“房屋由原告修建”，并未说明由原告单独修建，而且被告提供的也是同一个证人的证言，证言内容是证明房屋由原被告共同修建，被告当时与原告种地做买卖，出钱出力与原告辛苦盖

起10间房屋，被告结婚时就住在东面几间房里。很显然，宅基地上房屋并非原告单独修建，而是与被告共同修建。退一步分析，假如原告所述房屋由其单独修建是事实，那么从房屋修建时间与宅基地登记时间来看，房屋修建于1983年，宅基地登记于1987年，这说明原告已在1987年将东面这5间房赠予给了被告，否则，在房屋权属与土地权属不一致的情况下，不可能完成宅基地的登记工作。当然，如果其上的房屋修建于宅基地登记之后，且原告有证据证明房屋由其修建，则案件结果必然不同，应当以房屋的实际权利状态认定宅基地的实际权利状态，这与一般的“地随房走”的权利

认定应当是一致的。

具备了以上三种情况中的一种，原告即为实际或者真实权利人，但也应先要求确权，而不是要求返还，在没有确权的情况下，不能主张返还。应当注意的是，本案诉争的是农村宅基地，在农村，一般房屋不办理房屋所有权证，房屋的权属依据宅基地的权属推定，除非有证据证明房屋非宅基地使用权人修建。本案正是如此，房屋没有权属证书，而宅基地有，宅基地的使用权人登记为被告，如果原告认为登记错误，则应当持能够证明其为真实权利人的相关证据，根据《土地管理法》十六条的规定向人民政府提出异议，要求予以处理，对处理不服，方可向法院起诉。

也就是说，本案中，原告应当先对宅基地确权，而土地确权应当先由政府处理，不应当直接起诉至法院。政府确权之后，如果原告确为权利人，其才可以提起返还之诉，否则，在没有确权的情况下直接提起返还之诉，因没有事实及法律依据，法院应当依法驳回其起诉。即使法院将其返还之诉定为“物权确认”之诉，也不能改变其诉讼请求的实质内容及审理案件的基本程序。

在此似乎有一个矛盾，2016年3月1日施行的最高人民法院“关于适用《中华人民共和国物权法》若干问题的解释（一）”第二条规定，“当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人，请求确认其享有物权的，应予支持”，据此，有的人认为，土地属于不动产，根据这一规定，土地确权人民法院也应当受理。律师认为，《土地管理法》系全国人大制订，且系特别法，而以上仅为最高院的司法解释，在解释内容与全国人大制订的法律内容相冲突的情况下，应当以全国人大制订的法律内容为依据。因此，关于土地确权的程序，还是应当依据《土地管理法》的规定。





# 一人公司法人人格否认制度的法律适用

## 【案情简介】

甲公司是一家国有资金控股的上市公司，乙公司是甲公司全资设立的子公司，主要从事港口贸易。乙公司因市场原因经营亏损对外欠债，被丙公司起诉至法院。丙公司为最大可能实现其债权，在没有向法院提交任何证据的情况下，以甲公司与乙公司财务混同为由，将甲公司与乙公司共同起诉至法院，要求甲公司根据公司法第64条的规定，对乙公司的欠债承担连带清偿责任。

我国《公司法》历经三次修订，2005年的第二次修订于2006年1月1日施行后，一人有限责任公司作为一种新的公司形态，正式登上我国历史舞台。2013年第三次修订于2014年3月1日施行后，取消了设立一人有限责任公司注册资本的最低限额要求。

我国《公司法》第57条规定，“本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。”即我国只承认一人有限责任公司，不承认一人股份有限公司。

一人有限责任公司因其设立门槛低、运营成本低，备受创业者和投资者青睐。但因一人公司的全



马香萍

毕业于山西大学法律系，有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 : sxmlxp@126.com

部出资由单一股东持有，无法建立起规范的组织架构及内部运作机制，以对单一股东形成监督和制约，致使易出现两方面的问题：一方面，一人公司在经营过程中极易出现公司与股东资产混同的情况。如公司的营业场所和自然人的居所混合使用，全资子公司和母公司的营业场所为同一场所；公司财产被用于股东个人支出或者被母公司占用；财务制度不健全，会计账簿记录不完整等。另一方面，为一人公司的股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，在追求利益最大化的过程中，损害国家税收、交易相对人利益、社会公众利益创造了机会。如自我交易、转移财产、偷逃出资逃避债务、破产避税逃债等。

为了弥补这一制度设计的漏洞，规避市场风险，维护社会经济秩序的稳定和发展，公司法除了在第20条中规定了公司法人人格否认制度（即揭开公司法人面纱），还在第63条中规定了一人公司举证责任倒置制度，对一人公司股东的行为进行约束和规制。

关于一人有限责任公司法人人格否认制度的法律适用，实务中主要涉及一人有限责任公司法人人格否认制度的法律适用要件及举证责任分配问题。

## 一、一人有限责任公司法人人格否认制度的适用要件

### (一) 主体要件，即必须有适格的主体

首先，一人有限责任公司必须取得了法人资格；  
其次，否认一人有限责任公司人格的主体必须是该一人公司的债权人；  
第三，一人有限责任公司的股东或者实际控制人必须明确、具体。

### (二) 行为要件

即一人有限责任公司的股东或实际控制人有滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避公司债务的行为。主要表现为公司存在资本显著不足，或者股东与公司人格高度混同，或者股东对公司进行不正当支配和控制的情形。

#### 1、资本显著不足

如股东未缴纳或缴足出资，或股东在公司设立后抽逃出资。



## 2、股东与公司人格高度混同

(1) 财产混同。主要表现为股东与公司资金混同、财务管理不作清晰区分等财产混同情形。如一人有限责任公司的资产与股东的资产均记录在双方的账簿中，无法清晰区分。又如一人有限责任公司与股东的财务账簿记载混乱，无法清晰区分股东账目情况和一人有限责任公司账目情况等。

(2) 业务混同。即存在股东与公司业务范围重合或大部分交叉等业务混同情形。如股东利用一人有限责任公司业务平台与相对人进行交易，模糊公司与股东界限，将一人有限责任公司利益转移为个人利益，致使一人有限责任公司利益受损，偿债能力降低，进而严重损害债权人利益。

(3) 组织机构和人事混同。主要指存在股东与公司法定代表人、董事、监事或其他高管人员相互兼任，员工大量重合等人事混同情形。如一套人马，两块牌子。

(4) 场所混同。如存在股东与公司使用同一营业场所等情形。

3、对公司进行不正当支配和控制

如股东利用关联交易，非法隐匿、转移公司财产。

### (三) 结果要件

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害了公司债权人利益。

## 二、一人有限责任公司法人人格否认制度的举证责任分配

我国公司法第20条规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任”。

根据该规定，在非一人有限责任公司的法人人格否认之诉中，债权人如果以公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任给其造成严重损失为由，诉请股东与

creative design <sup>solution</sup>**IDEA** form  
ution MIND **CREATIVE** idea  
**ART art** **CREATIVE** idea  
TION visual concept **INSPIRATION**  
REAKTHROUGH communication solution design **visual**  
**INATION** CONCEPT **inspiration**  
concept **idea**  
**VISUAL** **IDEA**  
CONCEPT solution communication **concept**  
breakthrough **communication** **concept**  
N CREATIVE **design** conception **IMAGE** idea  
**dea** visual <sup>SMART</sup> imagination **creative**  
IMAGINATION **creative**  
**CONCEPT** OUTSTANDING **image** <sup>SMART</sup> **MIND**  
solution INSPIRATION **image** **MIND**  
**ination** solution **DESIGN** art FORM  
**IGN** mind visual <sup>CONCEPT</sup> communication  
**EPTION** outstanding <sup>INSPIRATION</sup> **SOLUTION** <sup>SMART</sup>  
ough **INSPIRATION** **TALENT** design **art** CONCEPTION  
ON idea **MIND** visual **IDEA** <sup>PERFECT</sup> OUTSTANDING **IDEA**  
CONCEPT **IDEA** <sup>PERFECT</sup> OUTSTANDING **IDEA**  
**art** **CREATIVE** SOLUTION **IMAGE**  
gination talent creative smart  
**ind** breakthrough art <sup>INSPIRATION</sup> communication  
outstanding **IDEA** <sup>DESIGN</sup> **TALENT**  
imagination **mind** <sup>IDEA</sup> **IDEA** **art**  
concept **IDEA** **IDEA** **IDEA**  
**ual** **CREATIVE** **SOLUTION** <sup>MIND</sup>  
visual communication **CONCEPT**  
unication **INSPIRATION** creative <sup>form</sup>  
**ge** **SMART** **CONCEPTION** breakthrough  
mind image **CONCEPT**  
**SMART** **IDEA** **creative**

公司承担连带责任的，根据“谁主张谁举证”的举证责任规则，债权人应承担相应的举证责任，否则将承担举证不能的不利后果。也就是说，在非一人有限责任公司的法人人格否认之诉中，债权人要对自己的主张承担举证责任。

而在一人有限责任公司人格否认之诉中，根据《公司法》第六十三条规定：“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任”。也就是说，一人有限责任公司法人人格否认之诉中，如果债权人主张一人有限责任公司股东的财产与公司的财产混同，则举证责任倒置，由一人公司股东承担举证责任。而其他认定股东滥用一人有限责任公司法人独立地位和股东有限责任严重损害债权人利益的行为，仍然适用“谁主张，谁举证”的原则，由债权人承担举证责任。

### 三、司法实务中股东对一人有限责任公司财产与自身财产不混同的举证

《公司法》第六十二条规定：“一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。”

根据该规定，一人有限责任公司及其股东应在每一会计年度终了时聘请有资质的会计师事务所对一人有限责任公司及其股东的财务会计报告进行审计。股东可以将该财务会计审计报告作为证据提交。当然该财务会计审计报告必须在该一人有限责任公司及其股东的会计

报表、会计报表附注和财务情况说明书三个部分以及所有重大方面均公允地反映了公司在该审计年度的财务状况以及该年度经营成果，没有记载财务状况不明晰等情况，再辅之以财务账户各自独立、工作场所各自独立、组织机构及高级管理人员、主要员工相互独立等证据，来举证证明股东与一人有限责任公司资产相互独立，财务相互独立。股东就完成了举证责任。

如果一人有限责任公司的股东在诉讼中无法提供通过审计的财务会计报告，可申请法院委托司法会计审计机构对一人有限责任公司及其股东的财务状况进行财务审计，以完成法定的举证责任。

案例中的甲公司既是国有控股公司又是上市公司，乙公司是该上市公司的全资子公司，甲公司和乙公司的财务审计制度及财务管理制度均符合相应的上市公司财务审计管理规定及国有企业财务审计管理规定。甲、乙公司的年度审计报告足以证明双方资产相互独立，财务相互独立，甲公司再辅之以工作场所各自独立、组织机构各自独立、公司高级管理人员、财务管理人员各自独立、财务账户各自独立等证据，足以完成举证责任，以此对抗丙公司要求其与乙公司承担连带清偿责任的诉讼请求。



史慧娟

金融银行项目组负责人。毕业于西北政法大学，法学硕士。2007年取得法律执业资格，对银行金融业务、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：公司、金融、证券、房地产、涉外与知识产权领域日常法律事务及诉讼业务。

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

## PRACTICE ANALYSIS

# 银行催收法律实务分析

笔者在日前撰写的《银行不良资产清收处置法律实务及案件分析》（该文刊载于《黄河律师》2017年第一期——编者注）一文中，曾就几起银行不良资产清收案例进行剖析，提示银行信贷业务中常见法律风险，进而出具对策及化解方案。笔者在银行法律服务过程中，曾办理多起银行不良资产清收案件，亦多次帮助银行工作人员解决逾期贷款催收过程中遭遇的各种难题，现在此继续与大家分享几件典型的银行不良资产清收案例，以期从一定程度上帮助银行从业人员提升贷款管理水平和风险化解能力。

### 案例一： 【案情简介】

2016年4月8日，借款人刘某在××银行××

支行办理贷款，金额为140万元，期限为1年，还款方式为每月归还本金3万元及相应贷款利息。2016年8月15日，在合同约定的还款付息日，借款人刘某未能按期偿还当期本金和利息，仅偿还××银行××支行贷款利息9920元、本金651.6元。

为催促借款人偿还本息，并按照贷后管理要求盘点借款人库存，该笔贷款客户经理于2016年8月20日下午到达借款人所在地××市。借款人刘某的妻子张某将客户经理带至××市××购物中心的××金店，声称该店面是刘某与其共同经营。张某从保险柜中拿出一包金饰品交给客户经理盘点。经盘点，该包金饰品包含：黄金首饰345.11g，金条340g，金手串1条，金镶玉28件，

银饰89件，黑曜石吊坠9件，礼品小猴吊坠102条。

张某将这包首饰和销售小票放入保险柜后，客户经理开始与张某商谈归还逾期贷款事项，询问何时可归还××银行××支行逾期本金。张某一直推诿，无法明确具体还款时间。客户经理判断客户还款意愿已经非常差，为了保护××银行××支行信贷资金安全，客户经理从开着的柜台里拿了6条手串，并从开着的保险柜中取出刚刚盘点过的那包货物。后客户经理将金饰品带回××银行××支行。

借款人刘某于次日向公安机关报案，声称××银行××支行抢劫其4公斤黄金。公安机关经调查后，对此不予立案。××银行××支行虽不涉嫌刑事犯罪，不用承担刑事责任，但盘点入库的黄金饰品成为了烫手山芋，如何处置成为××银行××支行的棘手问题。

### 【案件解析】

(一) 借款人刘某刑事报案经公安机关调查后不予立案处理，并不意味着××银行××支行有权直接保管并处置已盘点入库的黄金饰品，因上述黄金饰品非借款人刘某交付××银行××支行的保管物、留置物或质押物，未经所有权人同意，××银行××支行直接保管并处置上述黄金饰品没有任何法律及事实依据，极可能构成侵权。

(二) 为了避免侵权，笔者建议××银行××支行可以考虑通过以下方案规避和化解法律风险：

1、借款人刘某与××银行××支行签订的借款合同约定的借款期限虽尚未到期，但借款人已经发生未能按期偿还当期本金和利息之情形，根据《借款合同》之约定，××银行××支行有权宣布该合同项下的借款提前到期，并向借款人发出书面通知。

2、若借款人未能在××银行××支行发出的借款提前到期通知书规定的还款期限内还款，××银行××支行可根据《借款合同》约定的管辖法院提起诉讼，并对上述黄金饰品申请财产保全。

3、因借款人已存在恶意逃债的故意，人民法院采取财产保全措施时，可以依据《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》第一百五十四条“人民法院在财产保全中采取查封、扣押、冻结财产措施时，应当妥善保管被查封、扣押、冻结的财产。不宜由人民法院保管的，人民法院可以指定被保全人负责保管；不宜由被保全人保管的，可以委托他人或者申请保全人保管”之规定，委托××银行××支行对上述被保全的黄金饰品负责保管。

4、××银行××支行取得人民法院出具的胜诉裁判后，可将上述黄金饰品列为可执行财产，并





向人民法院申请强制执行。

## 案例二：

### 【案情简介】

2015年4月22日，A公司以经营需流动资金为由向××银行××支行借款4000万元，约定借款期限一年，王某、赵某提供连带责任担保并与××银行××支行签订了保证担保合同。借款到期后，A公司清结借款期间的全部利息，但对借款本金4000万元无力清偿。

A公司与××银行××支行多次协商后，决定借新贷还旧贷。2016年5月11日，A公司与××银行××支行再行签订《流动资金借款合同》，约定借款金额仍为4000万，借款用途仍为借款人日常生产经营周转，原保证人赵某不愿再签署新的保证担保合同，王某、杨某为新贷款提供连带责任担保并与××银行××支行签订了保证担保合同。

2016年10月，A公司经营状况严重恶化，多次未能按期归还本息，××银行××支行决定宣布借款提前到期，要求A公司清偿本息，并要求保证人王某、杨某承担连带担保责任。A公司已经濒临破产，根本无力清偿贷款本息，王某、杨某以新贷款用途名为资金流动实为借新还旧为由，拒绝承担连带担保责任。××银行××支行无奈之下只能以A公司、王某、杨某为被告向法院提起诉讼。

### 【案件解析】

1、借新贷还旧贷，在银行贷款业务中时有发生，其在实质上是一种借款展期行为。经双方当事人协商一致，且法律、行政法规没有禁止性规定，审判实践中对其效力一般认定为有效。

2、本案中，王某、杨某称贷款用途约定为日常生产经营周转，但实为借新还旧，××银行××支行在发放贷款时即用该贷款扣收了A公司之前的借款本金4000万元，实际未向A公司发放贷款，对此，王某、杨某毫不知情，A公司与××银行××支行显系恶意串通骗取担保。××银行××支行工作人员虽自称曾口头提示过王某、杨某新贷款的真实用途是借新还旧，王某、杨某均知情并自愿签署保证担保合同，但未能提供任何证据，在这种情况下，王某、杨某是否应该承担保证担保责任呢？

根据《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》第三十九条“主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道的外，保证人不承担民事责任。新贷与旧贷系同一保证人的，不适用前款的规定”之规定，新保证人杨某对旧贷完全不知情，在××银行××支行没有证据证明杨某知道或应当知道担保贷款之真实用途系借新还旧的前提下，为充分保障保

证人的合法权益，杨某不应承担担保责任。而王某则有所不同，其既为新贷的保证人，亦为旧贷的保证人，属于上述规定所列新贷与旧贷系同一保证人之情形，××银行××支行虽没有证据证明王某知道或应当知道新贷款之真实用途系借新还旧，但纵观全案，A公司通过借新还旧的方式对旧贷款进行清偿，王某因此免除连带保证责任，对王某追究新贷款合同项下的连带保证责任既未加重王某的保证责任，亦符合上述规定，符合我国法律始终贯彻的公平正义原则。

以上便是笔者近期处理的印象较为深刻的几起银行催收案例，作为多家银行的常年外聘律师，笔者有机会继续与大家分享在银行法律顾问工作中的体会与心得。



# 劳动争议仲裁与诉讼的衔接



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

区别于普通民事诉讼，在劳动争议案件中，申请仲裁是提起诉讼的前置程序，即“一裁两审”。但由于仲裁与诉讼之间并无隶属关系，现行法律对两种程序的衔接又无明确规定，由此产生了劳动争议案件的仲裁程序与民事诉讼程序之间的冲突，加之各地法院对此种冲突的解决存在不同的裁

判标准，以致同案不同判。现结合一起劳动争议纠纷案件予以分析。

## 案情：

韩某系某公司职工，2011年6月开始在公司就职，2015年9月韩某以“不能理解工作安排”为由提出辞职，公司同意韩某离职。韩某就职期间，公司未为其交纳社会保险，2014年2月

至2015年9月期间未签订书面劳动合同。韩某离职后于2015年11月向劳动争议仲裁委员会提起劳动仲裁，要求公司支付其经济补偿金、双倍工资、带薪休假报酬、失业保险待遇损失及养老保险损失等。2016年1月，劳动争议仲裁委员会作出裁决：解除双方之间的劳动合同；公司向韩某支付双倍工资及经济补偿金；驳回其他仲裁请求。收到裁决后，韩某未向法院提起诉讼。公司因不服仲裁裁决第二项“公司向韩某支付未签订劳动合同的双倍工资及解除劳动合同经济补偿金”向法院提起诉讼。

一审庭审中，韩某要求法院对案件进行全面审理，依法支持韩某仲裁阶段的所有仲裁请求。一审法院对全案进行审理并作出判决：公司不支付韩某双倍工资、经济补偿金；支付韩某带薪休假报酬、失业保险待遇损失、养老保险费损失。一审判决后，韩某和公司均提起上诉。公司的上诉理由是一审判决违反“不告不理”的基本原则，在公司仅针对仲裁裁决第二项起诉，韩某未起诉的情况下，法院对韩某的全部仲裁请求事项进行审理并判决支持，显然错误。韩某的上诉理由是一审判决未支持仲裁裁决已支持的双倍工资、经济补偿金错误。二审审理过程中，韩某依然坚持法院应对案件进行全面审理并作出判决，后法院对案件进行全面审理。庭后经法院组织，双方最终达成调解意见。虽以调解结案，但二审法官对此案件的态度很明确，一审法院在公司仅对裁决

中的部分事项不服起诉，而韩某未对其他事项起诉的情况下，对其他几项作出判决，显然错误。

## 律师分析：

两审法官对此案截然不同的裁判观点，也是实践中普遍存在的两种观点。虽然《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》第十七条规定“劳动争议仲裁委员会作出仲裁裁决后，当事人对裁决中的部分事项不服，依法向人民法院起诉的，劳动争议仲裁裁决不发生法律效力”，但对在此种情形下，法院是应对劳动争议仲裁案件的全案进行审理还是仅对当事人不服的仲裁裁决部分进行审理未作出明确规定，使审理劳动争议案件的仲裁程序与诉讼程序之间出现衔接不畅，导致司法实践中出现两种不同观点：

第一种观点，依照上述司法解释之规定，劳动争议仲裁是劳动争议案件进入诉讼程序的前置程序，如果当事人对劳动争议仲裁裁决部分事项不服，向人民法院提起民事诉讼，全部劳动争议裁决不发生法律效力，而非提起诉讼的部分事项不发生法律效力。这样一来，如果法院不对仲裁裁决中未提起诉讼的裁决事项进行审理并作出判决，而根据法律规定针对该部分事项的仲裁裁决又无效，那么当事人将失去向人民法院申请强制执行这部分裁决的依据。因此，人民法院审理劳动争议，实际上是仲裁审理之后的一个新的司法程序，应当对全案进行审理并依法作出裁判。



第二种观点，依照《民事诉讼法》第十三条第二项“当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利”，即“不告不理”的原则，当事人起诉时未提出的诉讼请求不属于人民法院的审理范围。根据该原则，人民法院只能对当事人就劳动争议仲裁裁决不服而提出的诉讼请求事项进行审理，而不能对劳动争议案件全案进行全面审理。

综合上述两种观点，如果人民法院将当事人未提起诉讼的那部分仲裁裁决包含在案件审理范围内，违反了“不告不理”的民事诉讼原则；如果人民法院不对当事人未提起诉讼的部分仲裁裁决进行审理，判决中又不能包含撤销或维持该部分仲裁裁决的内容。如此一来，未诉部分的仲裁裁决内容，因裁决书不发生法律效力而无法律效力。对于这种情况到底应当如何处理呢？笔者认为按照《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》第十七条的规定，在这种情况下，整个劳动争议仲裁裁决均不发生法律效力，案件一经当事人提起诉讼即整体进入诉讼程序，全案均属于人民法院审理范围。但对当事人无异议的裁决事项，人民法院应只做形式审查，不做实体审理，在裁判文书“本院查明”部分对未起诉部分进行表述，并在判决结果



部分按照仲裁裁决结果列明，以此作为执行依据。这样方可解决“不告不理”原则与未列入民事诉讼诉讼请求的那部分劳动争议仲裁裁决事项缺乏执行依据之间的矛盾。就此问题如何处理，北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会也形成了纪要：“仲裁裁决后当事人未在法定期限内起诉，或仅就部分内容提起诉讼，法院只需审理当事人在法定期限内起诉的请求，保持当事人诉讼请求与审理内容的一致性。对双方当事人均未起诉的仲裁结果部分，可在‘本院认为’中予以确认，并直接写入判决主文。”但是，该纪要同时称：“法院对于案件事实的审理不受当事人诉讼请求的限制，法院应当结合证据对事实进行

综合判断和认定。法院对仲裁裁决确认是否存在劳动关系一项认为有误的，无论当事人是否提出诉讼请求，均可以直接予以认定，并根据所认定的事实作出相应判决。”笔者认为该项意见与“不告不理”原则及当事人意思自治原则有所冲突。在此提醒广大劳动者及用人单位，如果对部分仲裁裁决不服，在提起诉讼时一定要要求人民法院对全案进行审理，以免部分请求无法得到执行。



# 伪卡交易中银行与持卡人的责任承担

近年来，随着银行卡在民商事交易中的广泛应用，伪造银行卡（克隆卡）进行交易的违法行为大幅增加，持卡人在遭遇他人利用伪卡消费或取现后，起诉发卡行要求赔偿账户内资金损失的民事案件数量也逐渐增多。本文将结合相关案例，谈谈伪卡交易民事案件及其责任承担的问题。

## 一、基本案情

客户Y，持有太原Z银行借记卡普卡。Y于2016年4月13日致电Z银行否认一笔49800元的POS消费，后其于当日报案。Y否认的交易为2016年4月13日发生于“天津罗龙电器”的消费，经Z银行总行调查该商户为“某副食，北京市通州区XX号”。据Y反映，其卡片消费时自己在西安出差，收到消费交易短信，立即前往当地公安机关报案，但未立案，遂委托妻子于当日在太原公安机关报案，并前往西安Z银行网点打印明细以证明自己及银行卡不在消费地点。

“

**杨眉**

2008年通过国家司法考试，执业以来成功办理了数十起民事纠纷案件及其他类型案件，同时担任某银行法律顾问，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：银行业务、人身损害赔偿纠纷、婚姻家庭继承纠纷等民事经济类型案件。

电话：0351-7552102

手机：15834075579

Email：641702526@qq.com

”

Y目前可提供的证据有报案回执、过卡证明（4月13日当日Y在西安Z银行打印过流水，4月14日在柜面办理转账业务）、其前往西安出差的车票、住宿证明。Z银行持有的材料有短信记录、Z银行总行核实的消费地点、签购单等。Y目前的态度是表示卡片在自己身上但出现资金损失，Z银行存在责任，要求Z银行赔偿全部损失。另据调查，Y自2015年4月1日至2016年4月14日，交易笔数共计134笔，其中银联消费占比63%。近一年以来刷卡商家数量为24家。刷卡时间在0:00-6:00期间的有26笔（Y的解释为其系某公司医药代理商，晚间应酬较多）。

## 二、相关法律规定及法院判例

尽管银行卡伪卡交易引发的民事纠纷屡见不鲜，但目前法律、行政法规及相关司法解释对伪

卡交易民事案件的法律适用并没有明确的规定。在现有法律法规空缺的情况下，只能参照过往司法实践中的案例，但我国非判例法国家，因此判例只有参考价值，并无法律效力。

在过去的司法实践中，持卡人起诉银行的案件很难得到法院的支持。即便得到了法院判决支持的，一般也以公安机关受理报案并查获犯罪嫌疑人为前提条件。但是后来的司法动向及裁判似乎表明，法院正越来越倾向于强化银行责任。法院一般会倾向性认为商业银行较之储户来讲，占强势地位，有着更大的信息优势和资源优势，而相对于金融机构而言，消费者往往处于弱势地位。2012年6月19日，广东省高级人民法院发布了《关于审理伪卡交易民事案件工作座谈会纪要》（以下简称“座谈会纪要”），明确规定银行在未能识别伪卡的情况下要对资金损失承担法律责任，

各地法院也大多判决银行在伪卡交易案件中承担50%-70%的责任。2015年，广东省人大常委会召开《中华人民共和国消费者权益保护法》执法检查专题汇报会，广东省高院在会上表示，日后再发生此类案件，银行对持卡人经济损失的承担比例将提升到80%以上，也就是说最低80%，最高可以到100%。

以下举两个“伪卡交易民事案件”的法院判例（仅节选“本院认为”部分，该部分均来自判决书原文）：

#### 【案例一】郑某某诉中国农业银行股份有限公司汕头某支行借记卡纠纷案

本院认为，郑某某在农行某支行处办理了借记卡，双方形成了储蓄存款合同关系。要使用借记卡消费、取现，必须具备合法有效的信用卡（借记卡——编者注，下同）及正确有效的密码。两个条件缺一不可，两个同样重要。银行负有安全保障及谨慎审查信用卡的义务；持卡人负有谨慎保护密码的义务。本案郑某某的借记卡在不到一个半小时内，被转走及取现资金共7笔，最后1笔取现的时间距离郑某某带借记卡到农行某支行处查询的时间为4小时24分钟，而消费取现地发生在广东省电白县，广东省电白县距离广东省汕头市约有750公里远，可以排除上述在广东省电白县的消费取现系持卡人即郑某某或其授意的其他人所为。持卡人与借记卡在广东省汕头市，而消费取现则发生在广东省电白县，这有别于正常消费。在农行某支行无相反证据的情况下，可以确认在广东省电白县发生的消费和取现使用的是伪造卡。

本院认为，在储蓄合同关系下，被告作为专业的金融机构，负有保障原告账户内资金安全的重要义务，其涵盖了对交易机具、交易场所的安全管理，以及对包括银行卡在内的各项软硬件设施及时更新升级，以最大限度防范银行卡使用过



关于应由郑某某自行承担全部损失等辩解意见缺乏依据，不予支持。交易密码是由持卡人自己设置、自己保密和保管的，除非有证据证明是由于银行原因导致密码泄露，否则因密码泄露导致损失风险应当由持卡人承担。本案郑某某未能提供证据证明由于银行原因导致其密码泄露，鉴于密码私密性和唯一性的特点，被盗刷的事实可以推定，郑某某作为持卡人使用银行借记卡，未尽到妥善保管密码的义务，故郑某某应对其卡内资金的损失自行承担50%的责任。

#### 【案例二】江某某诉中国建设银行股份有限公司广州某支行借记卡纠纷案

本院认为，在储蓄合同关系下，被告作为专业的金融机构，负有保障原告账户内资金安全的重要义务，其涵盖了对交易机具、交易场所的安全管理，以及对包括银行卡在内的各项软硬件设施及时更新升级，以最大限度防范银行卡使用过

程中的安全漏洞。本案中，被告的代理行不能准确识别伪造的银行卡，直接导致原告的账户资金被盗用。显然被告未能尽到上述安全保障义务，是造成原告损失的主要原因，故被告应对原告的资金损失承担主要责任。**交易密码由储户自行设定，只有在操作密码与设定密码一致时，才能交易成功**，是密码交易制度的基本准则，亦是众所周知的事实，原告作为涉案银行卡的密码持有人，该密码是由原告设定的，除其本人知道之外，任何人包括被告在内均无法查询得知。现双方均未能提供充分的证据证明对方在密码使用及密码泄露中存在过错，应当自行承担密码泄露的风险和损失。根据《中华人民共和国合同法》第一百二十条：“当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任”的规定，综合考量银行和储户对合同义务的违反程度，根据合同的约定和法律的规定来确定原、被告的实体责任，本院酌定被告负70%的责任，原告负30%的责任。

**评析：**以上两案同样是人卡未分离，第三人用伪卡在异地刷卡消费或取现，均未有证据证明持卡人对密码未尽保管义务。根据上文提到的广东省高级人民法院伪卡交易案件座谈会纪要的内容，对于借记卡被伪造后进行交易的案件，首先将伪卡交易银行责任确定为不少于50%，持卡人对银行卡被伪造存在过错的可以减轻或免除发卡行或收单行的民事责任；持卡人用卡不规范导致密码泄露的，在50%的范围内承



担责任。发卡行或收单行对密码泄露存在过错的，可减轻或免除持卡人因用卡不规范而应承担的责任。

### 三、对本案的分析

本案的争议焦点为客户Y的借记卡本次消费是否可定性为伪卡交易，以及相关责任承担的问题。

首先，目前的证据材料显示，争议的款项是在2014年4月13日上午9时许在“天津罗龙电器”POS机消费，当时客户Y正在西安出差，当他在收到账户异常变动短信后，进行了以下三种行为：1、立即致电Z银行客服电话，核实是否确实发生上述账户异常变动情形，确认发生后办理临时挂失；2、立即到最近的发卡行服务网点查询并打印储蓄卡流水交易详情；3、当日即

委托妻子到太原公安机关报案并取得报警回执。这种情形符合广东省高级人民法院2012年发布的座谈会纪要中列明的“伪卡交易”情形，即“涉案银行卡账户短时间内在异地交易，有证据证明或者依据常理推断持卡人未在该时该地交易的（人民法院可以根据经验法则，结合交易行为地与持卡人所处的距离、交易时间和报案时间、持卡人身份、持卡人的陈述等情况，综合考量后对是否存在伪卡交易作出认定）”，因此本案属于伪卡交易。其次，关于此次伪卡交易所造成的损失如何承担的问题。

《中华人民共和国商业银行法》第二十九条第一款规定：“商业银行办理个人储蓄存款业务，应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则。”为存款人保密，保障存款人的合法权益不受任何单位和个人的侵犯，是商业银行的法定义务。此次事件中，客户Y借记卡的真伪未被识别，造成其银行存款被盗刷，银行应承担该部分的赔偿责任。但是，众所周知，正常情况下，只有同时具备“正确的卡”和“正确的密码”两把钥匙，才可以进行银行卡的消费和取现活动。密码也被称为“私人秘钥”，由本人生成且只有本人知悉，具有唯一性和私密性的特点。本案中，虽然没有证据证明客户Y在用卡过程中存在不规范使用银行卡和密码的证据，但Y的密码系由其自己所设，如其妥善保管了密码，他人便无法知晓，由此可以推定Y在自己的密码保管上至少存在过失。因此，如果本案进入诉讼程序，据以上案例及司法实践，可能会判Z银行承担此次卡片被盗刷事件的主要责任（约70%左右），客户Y承担次要责任（约30%左右）。

综上，在不能确定客户有重大过错的前提下，从保护银行声誉或避免诉讼的角度出发，银行可考虑在被盗刷盗取金额的70%左右先行垫款，客户个人自担损失的30%。待公安机关侦破案件将被盗刷盗取金额退还客户后，银行有权要求客户返还之前的垫款。

最后，笔者提示，只要有漏洞存在，伪卡盗刷的问题就不会消失。对于减少伪卡纠纷而言，首先是从技术层面提高防范，用更先进的防伪技术将伪造者挡在门外。同时，还要依靠对用卡者良好使用习惯的培养，提高人们识别风险的水平和防范意识，做到不向他人泄露密码，按时更换密码，警惕他人盗取卡片信息，谨防网络诈骗等，切实保护自己的财产。加大对犯罪分子的打击力度也是安全用卡的重要保障措施，相关行政监管部门也应进一步细化管理规则，共同为社会创造一个安全、便捷、舒心的用卡环境。



## Basis of Calculation

### 山西省2017年度 “两金一费”计算标准



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。（《人体损伤致残程度分级》2017年1月1日起实行，原《道路交通事故受伤人员伤残评定》已经被废止，不再适用。）

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



吴 坤

毕业于中国政法大学法学系，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。

电话：0351-7552130

手机：13593187555

Email：lawyer\_wk@126.com

# 2017 2016

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）

**误工费的赔偿标准：**误工费



根据受害人的误工时间和收入状况确定。误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。受害人因伤致残持续误工的，误工时间可以计算至定残日前一天。

受害人有固定收入的，误工费按照实际减少的收入计算。受害人无固定收入的，按照其最近三年的平均收入计算；受害人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的，可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。（《人身损害解释》第二十一条）

**护理费的赔偿标准：**护理费根据护理人员的收入状况和护理人数、护理期限确定。护理人员有收入的，参照误工费的规定计算；护理人员没有收入或者雇佣护工的，参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算，一般参照当年居民服务业在岗职

工平均工资标准计算。

护理期限应计算至受害人恢复生活自理能力时止。受害人因残疾不能恢复生活自理能力的，可以根据其年龄、健康状况等因素确定合理的护理期限，但最长不超过二十年。受害人定残后的护理，应当根据其护理依赖程度并结合配制残疾辅助器具的情况确定护理级别。护理期限和护理依赖性，均可以通过鉴定确定。（《人身损害解释》第二十一条）

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《2016年国民经济和社会发展统计公报》（2017年3月12日公布）统计数据：全年全省城镇居民人均可支配收入27352元，城镇居民人均消费支出16993元，农村居民人均可支配收入10082元，农村居民人均消费支出8029元。

根据山西省统计局公布的山西省2016年度城镇单位在岗职工年平均工资为54975元（丧葬费计算标准）；2016年度山西省城镇单位从业人员年平均工资（按国民经济行业划分），主要为计算护理费、误工费所参照。

为便于在实务中能快速准确计算，现将2017年度山西省“两金一费”的赔偿数额及《2016年度山西省城镇单位从业人员年平均工资（按国民经济行业划分）》分别列表，以供参照。

附表见下页：

山西省2017年度城镇居民残疾赔偿金(人均可支配收入为27352元)给付对应表(表一)

年 限 金 额	一级	二级	三级	四级	五级	六级	七级	八级	九级	十级
年 限 金 额	100%	90%	80%	70%	60%	50%	40%	30%	20%	10%
60岁以下20年	547040.00	492336.00	437632.00	382928.00	328224.00	273520.00	218816.00	164112.00	109408.00	54704.00
61岁-19年	519688.00	467719.20	415750.40	363781.60	311812.80	259844.00	207875.20	155906.40	103937.60	51968.80
62岁-18年	492336.00	443102.40	393868.80	344635.20	295401.60	246168.00	196934.40	147700.80	98467.20	49233.60
63岁-17年	464984.00	418485.60	371987.20	325488.80	278990.40	232492.00	185993.60	139495.20	92996.80	46498.40
64岁-16年	437632.00	393868.80	350105.60	306342.40	262579.20	218816.00	175052.80	131289.60	87526.40	43763.20
65岁-15年	410280.00	369252.00	328224.00	287196.00	246168.00	205140.00	164112.00	123084.00	82056.00	41028.00
66岁-14年	382928.00	344635.20	306342.40	268049.60	229756.80	191464.00	153171.20	114878.40	76585.60	38292.80
67岁-13年	355576.00	320018.40	284460.80	248903.20	213345.60	177788.00	142230.40	106672.80	71115.20	35557.60
68岁-12年	328224.00	295401.60	262579.20	229756.80	196934.40	164112.00	131289.60	98467.20	65644.80	32822.40
69岁-11年	300872.00	270784.80	240697.60	210610.40	180523.20	150436.00	120348.80	90261.60	60174.40	30087.20
70岁-10年	273520.00	246168.00	218816.00	191464.00	164112.00	136760.00	109408.00	82056.00	54704.00	27352.00
71岁-9年	246168.00	221551.20	196934.40	172317.60	147700.80	123084.00	98467.20	73850.40	49233.60	24616.80
72岁-8年	218816.00	196934.40	175052.80	153171.20	131289.60	109408.00	87526.40	65644.80	43733.20	21881.60
73岁-7年	191464.00	172317.60	153171.20	134024.80	114878.40	95732.00	76585.60	57439.20	38292.80	19146.40
74岁-6年	164112.00	147700.80	131289.60	114878.40	98467.20	82056.00	65644.80	49233.60	32822.40	16411.20
75岁以上5年	136760.00	123084.00	109408.00	95732.00	82056.00	68380.00	54704.00	41028.00	27352.00	13676.00

山西省2017年度农村居民残疾赔偿金(人均可支配收入为10082元)给付对应表(表二)

年 限 金 额	一级	二级	三级	四级	五级	六级	七级	八级	九级	十级
年 限 金 额	100%	90%	80%	70%	60%	50%	40%	30%	20%	10%
60岁以下20年	201640.00	181476.00	161312.00	141148.00	120384.00	100820.00	80656.00	60492.00	40328.00	20164.00
61岁-19年	191558.00	172402.20	153246.40	134090.60	114934.80	95779.00	76623.20	57467.40	38311.60	19155.80
62岁-18年	181476.00	163328.40	145180.80	127033.20	108885.60	90738.00	72590.40	54442.80	36295.20	18147.60
63岁-17年	171394.00	154254.60	137115.20	119975.80	102336.40	85697.00	68557.60	51418.20	34278.80	17139.40
64岁-16年	161312.00	145180.80	129049.60	112918.40	96787.20	80656.00	64524.80	48393.60	32262.40	16131.20
65岁-15年	151230.00	136107.00	120984.00	105861.00	90738.00	75615.00	60492.00	45369.00	30246.00	15123.00
66岁-14年	141148.00	127033.20	112918.40	98803.60	84688.80	70574.00	56459.20	42344.40	28229.60	14114.80
67岁-13年	131066.00	117959.40	104852.80	91746.20	78639.60	65533.00	52426.40	39319.80	26213.20	13106.60
68岁-12年	120984.00	108885.60	96787.20	84688.80	72590.40	60492.00	48393.60	36295.20	24196.80	12098.40
69岁-11年	110902.00	99811.80	88721.60	77631.40	66541.20	55451.00	44360.80	33270.60	22180.40	11090.20
70岁-10年	100820.00	90738.00	80656.00	70574.00	60492.00	50410.00	40328.00	30246.00	20164.00	10082.00
71岁-9年	90738.00	81664.20	72590.40	63516.60	54442.80	45369.00	36295.20	27221.40	18147.60	9073.80
72岁-8年	80656.00	72590.40	64524.80	56459.20	48393.60	40328.00	32262.40	24196.80	16131.20	8065.60
73岁-7年	70574.00	63516.60	56459.20	49401.80	42344.40	35287.00	28229.60	21172.20	14114.80	7057.40
74岁-6年	60492.00	54442.80	48393.60	42344.40	36295.20	30246.00	24196.80	18147.60	12098.40	6049.20
75岁以上5年	50410.00	45369.00	40328.00	35287.00	30246.00	25205.00	20164.00	15123.00	10082.00	5041.00

山西省2017年度居民死亡赔偿金、死者的生活费给付对照表(表三)

项目 金额 年限	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 27352	农村人均纯收入 10082	城镇消费支出 16993	农村消费支出 8029	年限(周岁)	城镇消费支出 16993	农村消费支出 8029
60岁及以下20年	547040	201640	339860	160580	0岁-18年	305874	144522
61岁-19年	519688	191558	322867	152551	1岁-17年	288881	136493
62岁-18年	492336	181476	305874	144522	2岁-16年	271888	128464
63岁-17年	464984	171394	288881	136493	3岁-15年	254895	120435
64岁-16年	437632	161312	271888	128464	4岁-14年	237902	112406
65岁-15年	410280	151230	254895	120435	5岁-13年	220909	104377
66岁-14年	382928	141148	237902	112406	6岁-12年	203916	96348
67岁-13年	355576	131066	220909	104377	7岁-11年	186923	88319
68岁-12年	328224	120984	203916	96348	8岁-10年	169930	80290
69岁-11年	300872	110902	186923	88319	9岁-9年	152937	72261
70岁-10年	273520	100820	169930	80290	10岁-8年	135944	64232
71岁-9年	246168	90738	152937	72261	11岁-7年	118951	56203
72岁-8年	218816	80656	135944	64232	12岁-6年	101958	48174
73岁-7年	191464	70574	118951	56203	13岁-5年	84965	40145
74岁-6年	164112	60492	101958	48174	14岁-4年	67972	32116
75岁以上5年	136760	50410	84965	40145	15岁-3年	50979	24087
说明					16岁-2年	33986	16058
					17岁-1年	16993	8029

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。

## 2016年度山西省城镇单位从业人员年平均工资

(按国民经济行业划分组)

农、林、牧、渔业	45871元
采矿业	55921元
制造业	42314元
电、气、水生产和供应业	73827元
建筑业	46632元
交通运输、仓储和邮政业	68837元
信息传输、计算机服务和软件业	64686元
批发与零售业	38854元
住宿和餐饮业	28630元
金融业	75683元
房地产业	42950元
租赁和商务服务业	37776元
科学研究、技术服务业	60446元
水利、环境和公共设施管理业	29411元
居民服务、修理和其他服务业	36307元
教育	62548元
卫生、社会工作	51145元
文化、体育与娱乐业	49041元
公共管理、社会保障和社会组织	54484元

# 我的宝贝

MY  
BABY



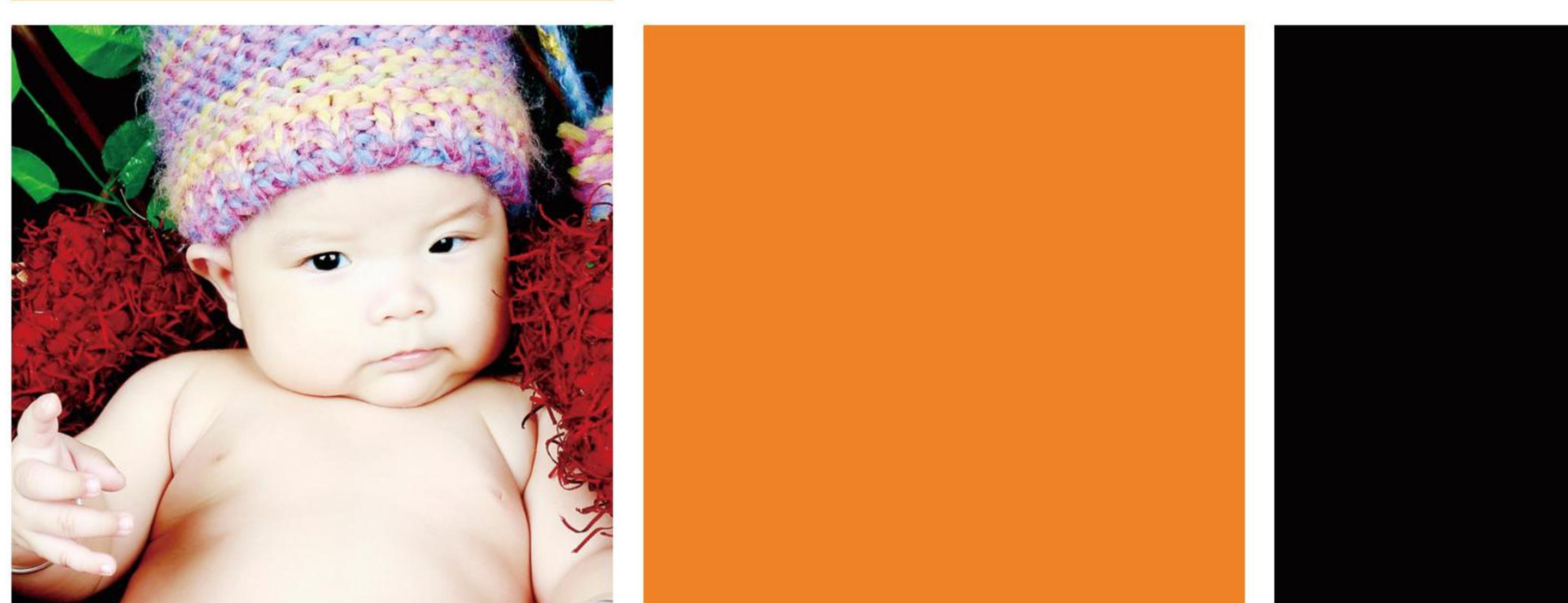
2016年4月24日，你出生了，在超出预产期十多天后，你终于肯出来与妈妈见面了。你那么的小，静静地躺在婴儿床里，周围所有深切注视你的目光你都不为所动，想必你为了与妈妈见面也付出了不少艰辛吧。

你叫元宝，是个男孩，自从知道了你的存在，妈妈和爸爸就为迎接你的到来开始做准备工作了。经历了难受的孕吐——那段让妈妈看到饭菜就直奔厕所的日子，和定期的产检——从一开始的不知所措到后来的轻车熟路，妈妈的身体和心理在发生着奇妙的变化。唯一不变的是生活中的小心翼翼，你的存在让妈妈和爸



爸倍感珍惜。随着月份的增大，孕吐基本消失不见，各种美味佳肴让妈妈食欲大增，体重增加，身材走样，只为了让你有足够营养茁壮成长。

“哎，这件衣服好不好看？”“嗯，还不错，这个也可以。”当你还在妈妈肚子里只有5个月的时候，妈妈和爸爸已经在各大商场以及某宝上挑选你出生后需要的东西了。奶瓶、奶嘴、上衣、



刘丽风



毕业于山西财经大学法学院，金融与财税专业部专职律师。执业以来参与办理了众多疑难复杂的诉讼案件，并担任某保险公司法律顾问，办案态度严谨。经过多年专业知识及办案经验的积累，能够及时有效地维护当事人的合法权益。业务领域：保险合同纠纷以及金融票据等相关领域纠纷。

电话：0351-7552130  
手机：18603454862  
邮箱：549602701@qq.com

裤子，林林总总。记得有一次，妈妈为了给你抢购一个洗澡盆，熬夜到十二点，终于得偿所愿了。

“大大的眼睛双眼皮，长长的睫毛卷又翘，黑黑的眼珠像个黑葡萄。头发又黑又密，鼻子又挺又高。皮肤白白滑又嫩，个子高高身材棒。”不记得从什么时候起，妈妈开始“迷信”意念的作用，总是在每晚睡觉之前，隔着肚皮摸着你，跟你一遍遍地说着这些话。有时，在不经意的那么一个瞬间，你会给妈妈一个回应，让妈妈甚是惊喜。随着肚皮上讨厌的妊娠纹的加重和你在肚子里更加激烈的反应，妈妈知道，真正见面的日子即将到来。

你的到来，让一天一夜的阵痛和手术后的疼痛显得风轻云淡。宝贝，欢迎你来到这个世界，妈妈很爱你。你静静地躺在婴儿床里，就躺在妈妈的床旁边，看着襁褓中的你，妈妈觉得怀孕时候的艰难和生产时受两茬罪的痛苦，以及所有的付出都是值得的。有人说你像妈妈多一点，也有人说像爸爸多一点，无论怎样，我们都爱你。有你的日子时间过得飞快，也非常充实。你嘹亮的啼哭声在深夜划过，“儿子饿了”、“尿了”，就这样，白天夜晚周而复始。

吃，总是想把最好的全部都给你，因为工作的原因，混合喂养必不可少，“儿子该吃饭了，水温40°，一勺奶粉兑30毫升的水，记得把奶摇匀了”，妈妈总是对爸爸重复这样的话，每次你看到奶瓶都很兴奋，胡乱地蹬着腿，嘴里发出“啊啊”的叫喊声，吃饱后你那满足的笑容，都印刻在妈妈的脑海里；穿，爸爸说妈妈把你打扮的很帅，衣着得体，搭配得当，再加上帅气的面容，那回头率是相当高了，总有路人时不时地回头看你，夸你帅气；玩，从最开始的电子琴、摇摇椅，到后来的面包超人的六面体，还有好多各式各样的玩具，爸爸说：“儿子真幸福，好多玩具我都没玩过。”每次陪你玩的时候，爸爸总是玩得比咱俩都开心，为此妈妈说过爸爸好多次，可爸爸却辩解，陪你一起玩，他不再是父亲的角色，他是你最爱的小伙伴。爸爸总是用他那五音不全的嗓子给你唱着六音不准的儿歌，而你天真烂漫的笑是对我们最好的回报。

宝贝，我是你的妈妈，他是你的爸爸，我们爱你无人能比，愿聪明伶俐伴你左右，健康快乐随你一生。

爱你，我的宝贝。

# 唠唠我的孩子



从怀胎十月开始，身边的亲朋好友就各种叮嘱，我自己也是每天小心翼翼、战战兢兢。吃对孩子好的，对头发好、对皮肤好……，尽自己最大努力让自己坚强，让孩子坚强的顺产出生——因为顺产对宝宝好。

孩子出生了，各种宝宝洗护用品、玩具，都是精挑细选，宝贝一天天长大，成长的过程中，我想尽最大努力给她最好的，吃的穿的用的玩的，生



怕她受一点点委屈，输在起跑线上。

我家“胖美妞”跳跳出生时4050g，“胖”字自然由此得来，而每个孩子在父母眼里应该都是小天使，都是美美的萌萌的吧。你看她那一双美丽的大眼睛，纯洁无暇，宛如两弯清澈的湖水，又似两面明亮的镜子，或许世上难找恰当的词来比喻。每当她与你四目对视

的时候，她那双笑眯眯的眼睛，把你的心都酥了，什么疲倦什么忧愁烦恼都烟消云散，仿佛自己是世上最幸福的人。

里拿着纸尿裤，哧溜哧溜爬着躲起来了，奶奶紧跟着追过去，她又从另一个方向笑着叫着逃走了，几个回合下来，双方都累的够呛，这才刚刚开始……一岁多的宝宝已有了自己的意愿和想法，父母家人已经无法随意“摆布”她了。衣服不让别人穿，她自己拿起来穿且乐此不疲穿得上瘾，十分钟过去了，没有要停下来的意思。原来这个月龄的宝宝已有主动穿衣脱衣的意愿了，父母若能适时加以协助、引导，可以促进宝宝更好更快地学会穿、脱衣服这个重要的生活自理本领。自理能力强的宝宝，往往在日后的发展中会更有自信接受挑战。

勤快妈妈培养懒孩子，懒妈妈培养出勤快孩子，我励志做一个“懒”妈妈，不要凡事代劳。十年树木百年树人，父母这人生的第一任老师非常重要！凡事要疏不要堵，就像大禹治水一样，因势利导，况且对孩子来说，孩子不吃那一套。例如宝宝手里握着笔呀筷子呀这些易伤人的东西，你要硬抢是抢不来的，只能智取——用别的她更喜欢的东西与她换，或分散她的注意力后再从她手里拿出来。

晚饭后约7点半，是一天的黄金时间，一家人在大大的地铺上，有的坐有的躺，是轻松愉快的最佳时光，也是宝宝最开心的时刻。宝宝想和谁玩就和谁玩，“啵啵”这个“啵啵”那个，听着音乐玩着游戏，爬行抢玩具、

骑大马，跟着爸爸妈妈读绘本……她真是全家的开心果！

每个孩子都是上天赐给父母的最好的礼物，要好好地善待和经营。他们同时又是独立的个体，未来世界的主人。每个孩子都有个体差异，切忌盲目拿别人的长处与自己的短处比，比得自己丧了志气。切记切记！天生我才必有用，父母因材施教，尽心尽责，把握好与她相处的每一天。

宝宝的生活中，不能只有父母，还要经常接触其他的长辈和小朋友。这对宝宝认知、情感的培养，以及将来融入社会，是必不可少的。

我家胖美妞已经十九个月啦，看着她一天天长大，在感觉幸福的同时我也有点担心，担心是不是能够将她照顾的很好。天下的父母都是爱孩子的，从女儿出生起，我就在心里暗暗发誓要更加努力，把最好的给予我怀胎十月，然后又为了她的身心健康选择顺产的女儿。

殷红艳



毕业于山西大学，获得环境与资源保护法（经济法）硕士学位，办理过大量民事类、金融类纠纷案件，在银行金融类法律事务方面拥有良好的理论基础和丰富的实践经验。业务领域：交通事故责任纠纷、婚姻家庭纠纷以及金融领域纠纷。  
电话：0351-7552130  
手机：13935191860  
Email：530882375@qq.com



## 最高人民法院《审判指导参考》解答

过去历史条件下形成的“临时工”与用人单位之间是否成立劳动关系

✓ 答：“临时工”是形成于劳动法颁布实施之前相对于企业正式工的一个概念。劳动法颁布实施后，原劳动部办公厅《对关于临时工等问题的请示的复函》（劳办发[1996]238号）明确：“《劳动法》实施以后，所有用人单位与职工全面实行劳动合同制度，各类职工在用人单位享有的权利是平等的。因此，过去意义上相对于正式职工而言的临时工名称已经不复存在。用人单位如在临时岗位上用工，应当与劳动者签订劳动合同并依法为其缴纳各种社会保险，并享受有关保险福利待遇，但在劳动合同期限上可以有所区别”，即专门以复函的形式对“临时工”这一历史用工概念及其在劳动法实施后的法律地位做出了解释。因此，“临时工”或是“正式工”身份不是区分劳动关系与其他法律关系的标准。

是否成立劳动关系，应根据劳动法、劳动合同法等法律规定和国务院、劳动部门的法规、规章、政策认定。即使未订立书面劳动合同，依据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号）规定：“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”实践中，一般以此作为判断劳动关系是否成立的实质要件。

当事人一方以对方逾期提交证据而不予质证，人民法院能否采信该份证据

问：实践中，一方当事人逾期提交证据，对方以逾期提交证据为由不予质证，人民法院在审核该证据后予以采信，后当事人以法院未对该逾期提交的证据组织质证，该理由能否成立？

✓ 答：该理由不能成立。《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》（以下简称《民事诉讼法解释》）第一百零二条规定，当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并依照民事诉讼法第六十五条、第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。从上述规定可知，对于当事人故意或者重大过失逾期举证提供的证据，人民法院可以根据其同案件基本事实是否有关联，决定是否采纳；对于当事人非因故意或者重大过失逾期举证提供的证据，人民法院应当采纳。而对于案件当事人而言，对于当事人逾期提供的案件证据，也应根据该证据同案件的基本事实是否有关加以质证，而不应仅以该举证逾期而放弃质证，否则其应承担不利的法律后果。如果人民法院已经对一方当事人逾期提交的证据，要求对方当事人质证，这说明人民法院已组织当事人对该证据进行质证。至于对方当事人以该证据超过举证期为由不予质证，亦系其对该证据的质证意见，而不能否定法院已经组织当事人对该逾期提交的证据予以质证的事实。

建设工程施工合同无效后，发包人与承包人之间签订的以房抵顶工程款的协议是否也应无效

问：建设工程施工过程中，发包人与承包人就已欠工程款签订以房抵顶协议。后因建设工程施工合同存在未经法定招投标程序而无效，由此，发包人与承包人签订的以房抵顶工程款的协议是否因而也应无效？

✓ 答：实务中，发包人与承包人就已欠工程款签订以房抵顶工程款（即以房抵债）协议的情形较为常见。协议签订后，发包人又以建设工程施工合同未经法定招投标程序，违反了法律、行政法规的强制性规定为由，主张双方所签订的以房抵债协议亦应无效。对该以房抵债协议的效力如何认定，存在着两种不同的观点：第一种观点认为，以房抵债，属于施工合同的一部分，施工合同无效，以房抵债协议也无效；第二种观点认为，以房抵债，属双方意思表示一致，应承认其效力。我们倾向第二种观点是正确的。以房抵债协议的效力是否受施工合同无效的影响，应综合根据该协议的内容进行分析判定。从以房抵顶工程款的协议看，当事人约定的是用房屋（通常是在建房屋）抵顶已欠的工程款。根据相关司法解释的精神，不论施工合同有效与否，发包人都负有支付工程价款的义务。该以房抵顶工程款协议为当事人对欠付的工程款进行结算的约定，性质上属于发包人与承包人对既存债权债务关系的清理。相较于施工合同，以房抵顶工程款的协议具有相对的独立性，根据合同法第九十八条的立法精神，应认定其效力。

侵权人承担的人身损害赔偿金额中应否扣减保险机构赔付的款项

问：公民甲因医院乙的治疗失误受到人身损害，花费医疗费8万元，其中由社会保险机构报销3万元，由商业保险机构赔付2.5万元。甲诉至法院主张乙赔付医疗费8万元；乙答辩称甲负担的医疗费为3.5万元，其损失为3.5万元，故乙仅应对3.5万元医疗费承担赔偿责任。经查，在该医疗事故中乙应承担全部责任，请问乙应向甲赔付多少钱？

✓ 答：乙应向甲赔付8万元。社会保险和商业保险合同关系与侵权民事关系是不同的法律关系。甲提起的是侵权损害赔偿之诉，乙对其侵权行为给甲造成的医疗费损失应承担全部赔偿责任。甲获得保险赔付不应成为减轻乙的责任的理由。乙赔偿后，甲与保险机构的关系可以另行处理。

《中华人民共和国保险法》第四十六条规定，被保险人因第三者的 behavior 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。根据该规定，甲自商业保险机构获得保险金，不影响其向乙求偿。《中华人民共和国社会保险法》第三十条第二款规定，医疗费用依法应当由第三人负担，第三人不支付或者无法确定第三人的，由社会医疗保险基金先行支付。社会医疗保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。根据该规定，侵权人不因社会保险机构支付了医疗费而免除赔偿责任，社会医疗保险机构有权追偿。在甲已经起诉乙的情况下，可以在案件中确定乙应该赔偿的金额。若乙实际履行了赔偿责任，甲将报销的医疗费用是否退还社会医疗保险机构，应依据有关社会医疗保险法律规定另行处理。

# 2017年一、二季度 新法汇总

## 法律>>>

2017年2月24日，《中华人民共和国红十字会法》经第十二届全国人大常委会第二十六次会议修订通过并予公布，自2017年5月8日起施行。新修订的红十字会法进一步明确了红十字会的职责，除增设专章对“法律责任”进行规定外，还规定红十字会应当建立财务管理、内部控制、审计公开和监督检查制度，建立健全信息公开制度，并要求各级红十字会设立理事会、监事会，以进一步完善对红十字会的监督。

2017年2月24日，《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国企业所得税法〉的决定》经第十二届全国人大常委会第二十六次会议通过并予公布，自公布之日起施行。与《慈善法》的规定相衔接，本次修改将原《企业所得税法》第九条修改为：“企业发生的公益性捐赠支出，在年度利润总额12%以内的部分，准予在计算应纳税所得额时扣除；超过年度利润总额12%的部分，准予结转以后三年内在计算应纳税所得额时扣除”，体现了国家对公益事业的支持和鼓励，有利于进一步调动企业参与社会公益事业的积极性，促进我国公益事业的健康发展，更好地营造社会和谐发展政策环境。

2017年3月15日，《中华人民共和国民法总则》经第十二届全国人民代表大会第五次会议通过并予公布，自2017年10月1日起施行。《民法总则》共十一章206条，分为基本规定、自然人、法人、非法人组织、民事权利、民事法律行为、代理、民事责任、诉讼时效、期间计算和附则，对现行的民事法律规范有以下几个重要突破：（一）规定非法人组织是独立的民事主体；（二）改革民事法律行为效力制度，特别强调意思表示在民事法律行为中的核心地位；（三）规定个人信息权受法律保护，有关组织和个人对所有信息保护的义务；（四）规定网络虚拟财产可以作为民事权利客体；（五）规定数据作为客体；（六）规定胎儿的利益受到法律保护，清算中的法人和设立中的法人具有部分权利能力；（七）规定了成年监护制度，特别是规定了成年监护中的意定监护制度；（八）规定绿色原则；（九）规定习惯为民法法源；（十）将诉讼时效从两年改到三年。

2017年4月27日，《中华人民共和国测绘法》经第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议修订通过并予公布，自2017年7月1日起施行。新修订的《测绘法》共十章68条，比原法增加“监督管理”一章。新法呈现五大亮点：（一）加强卫星导航定位基准站管理，维护国家地理信息安全和对个人信息的保护；（二）促进测绘成果社会化应用，激发地理信息产业活力；（三）强化国家版图意识宣传教育，完善地图、互联网地图服务监管；（四）建立地理国情监测和应急测绘保障制度，提升测绘地理信息服务水平；（五）“放管服”协同推进，加快转变政府职能。

2017年6月27日，《中华人民共和国情报法》经第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议修订通过并予公布，自2017年6月28日起施行。该法共三十二条，对国家情报工作的内容、工作原则、机构职权、工作保障、公民组织的权利义务、法律责任等进行了明确规定，加强了情报信息的会商和共享，推动信息的高效传递和利用，为建立健全有关工作机制提供法律依据和政策保障。

2017年6月27日，《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国水污染防治法〉的决定》经第十二届全国人大常委会第二十八次会议通过并予公布，自2018年1月1日起施行。新修订的《水污染防治法》共作出五十五处重大修改，涉及河长制、农业农村水污染防治、饮用水保护、环保监测等内容。

2017年6月27日，《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉和〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》经第十二届全国人大常委会第二十八次会议通过并予公布，自2017年7月1日起施行。修改后，《民事诉讼法》第五十五条增加一款，作为第二款：“人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，在没有前款规定的机关和组织或者前款规定的机关和组织不提起诉讼的情况下，可以向人民法院提起诉讼。前款规定的机关或者组织提起诉讼的，人民检察院可以支持起诉。”《行政诉讼法》第二十五条增加一款，作为第四款：“人民检察院在履行职责中发现生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让等领域负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为，致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的，应当向行政机关提出检察建议，督促其依法履行职责。行政机关不依法履行职责的，人民检察院依法向人民法院提起诉讼。”

## 行政法规>>>

2017年2月1日，国务院公布修订后的《残疾人教育条例》（国务院令第674号），自2017年5月1日起施行。本次公布的《条例》对原条例中残疾人教育发展的目标和理念进行了调整，对规范残疾人教育教学、加强残疾人教育教师队伍建设、加强对残疾人教育的保障和支持等方面的措施进行了规定。

2017年2月7日，国务院公布《残疾预防和残疾人康复条例》（国务院令第675号），自2017年7月1日起施行。《条例》明确了我国残疾预防工作应当覆盖全人群和全生命周期，以社区和家庭为基础，坚持普遍预防和重点防控相结合，并有四个方面针对性安排：一是强化政府统一领导，二是将残疾预防融入所有相关工作，三是强化监测与信息整合，四是强化全民残疾预防责任与意识。

2017年3月1日，国务院公布《国务院关于修改和废止部分行政法规的决定》（国务院令第676号），自公布之日起施行。国务院在该决定中对《城市绿化条例》、《中华人民共和国海洋倾废管理条例》、《防止拆船污染环境管理条例》等三十六部行政法规的部分条款进行了修改，对《城乡集市贸易管理办法》、《工资基金暂行管理办法》、《国家体育锻炼标准施行办法》等三部行政法规予以废止。

2017年3月16日，国务院公布修订后的《农药管理条例》（国务院令第677号），自2017年6月1日起施行。本次修订的《条例》在农药登记、农药生产管理制度、农药经营、农药使用管理、法律责任等方面进行了规定或完善。

2017年4月14日，国务院公布《国务院关于修改〈大中型水利水电工程建设征地补偿和移民安置条例〉的决定》（国务院令第679号），自2017年6月1日起施行。本次修改针对《条例》原第二十二条进行，一是将第一款和第二款合并，不再区分耕地和其他土地，统一规定征地补偿费和安置补助费标准；二是大中型水利水电工程征地补偿和安置补助与铁路等其他基础设施项目实行同等补偿标准，实现公平补偿；三是对于具体补偿标准不再采用耕地被征收前三年平均年产值一定倍数的方式来表述，而是授权被征收土地所在省、自治区、直辖市作出规定。

2017年5月4日，国务院公布《国务院关于修改〈医疗器械监督管理条例〉的决定》（国务院令第680号），自公布之日起施行。修改后的《决定》规定了大型医用设备配置许可的法定条件、实施部门等内容，强化了许可后的监督管理，并增设了相应的法律责任，有助于进一步规范和加强对大型医用设备配置、使用的管理，把好医疗器械使用的“源头关”，保障医疗质量安全，促进医疗资源合理配置。

2017年5月28日，国务院公布《中华人民共和国统计法实施条例》（国务院令第681号），自2017年8月1日起施行。《条例》对规范统计调查活动，规范统计调查的组织实施，统计数据的公开等方面进行了规定，并对统计违法行为的法律责任做了进一步的细化。

## 司法解释 >>>

2017年1月4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适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定》（法释〔2017〕1号），自2017年1月5日起施行。该解释全文共二十五条，主要规定了十六个方面的内容：（一）违法所得没收程序适用罪名的范围；（二）“重大犯罪案件”的认定标准；（三）“逃匿”的认定标准；（四）“通缉”的认定标准；（五）“违法所得”的认定标准；（六）“利害关系人”的概念；（七）申请书的内容要点；（八）人民法院对没收违法所得申请审查处理的期限和原则；（九）犯罪事实认定的证明标准；（十）公告期间、发布和送达方式以及内容要点；（十一）第一审审判组织、审理方式、法庭调查以及裁定结果；（十二）申请没收的财产与犯罪的关联性的证明标准；（十三）第二审审理方式、审查重点、裁定结果；（十四）有条件准许犯罪嫌疑人、被告人委托诉讼代理人申请参加诉讼以及相关诉讼权利；（十五）请求境外限制措施和没收裁定协助执行机关、程序以及请求函内容；（十六）单位犯罪后被撤销、注销情形的处理。

2017年1月10日，最高人民法院公布《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》（法释〔2017〕2号），自2017年3月1日起施行。该解释共三十一条，主要涉及审查范围、显著特征判断、驰名商标保护、著作权姓名权等在先权利保护等实体内容，以及违反法定程序、一事不再理等程序内容，对商标授权确权行政案件所涉及的重要问题和审判实践中的难点问题进行了明确。

2017年1月25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组织、利用邪教组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2017〕3号），自2017年2月1日起施行。该解释共十六条，主要就邪教组织的界定，组织利用邪教组织破坏法律实施罪和组织、利用邪教组织致人重伤、死亡罪的定罪量刑标准，邪教组织犯罪所涉及的宽严相济、罪数处断、共同犯罪等实体问题和邪教宣传品的认定程序等问题做了规定。

2017年2月22日，最高人民法院修订公布《最高人民法院关于人民法院庭审录音录像的若干规定》（法释〔2017〕5号），自2017年3月1日起施行。该规定全文共十九条，是对2010年8月16日《最高人民法院关于庭审活动录音录像的若干规定》重新修订，重点解决庭审录音录像录制、存储、管理等不规范的问题，引导现代技术手段应用于审判工作中，推进庭审记录方式改革，方便人民群众参与诉讼，在充分保障当事人诉讼权利的情况下，运用技术手段配置和激活审判资源，促进案件繁简分流工作，提高审判质效。

2017年2月27日，最高人民法院公布《关于内地与香港特别行政区法院就民商事案件相互委托提取证据的安排》（以下简称《安排》）（法释〔2017〕4号）。根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第九十五条的规定，最高人民法院与香港特别行政区经协商，达成《安排》，并于2016年12月29日签署。根据双方一致意见，本《安排》自2017年3月1日起生效。《安排》规定了两地相互委托取证的适用范围、联络机关、办理程序等事项，旨在为两地相互委托取证工作的开展提供明确指引和制度性安排。该安排生效后，民商事案件当事人可以分别通过两地联络机关向对方法院请求协助询问证人、取得文件、扣留财产、取样鉴定等，将在很大程度上减少两地法院在审理民商事领域互涉案件时面临的障碍。

2017年2月28日，最高人民法院公布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）的补充规定》（法释〔2017〕6号），自2017年3月1日起施行。根据这份补充规定，《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）》第二十四条新增两款，明确规定夫妻关系存续期间的虚假债务和在违法犯罪活动中所负的债务人民法院不予支持。同时，最高人民法院下发了《最高人民法院关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》，要求各级法院正确适用最高人民法院对婚姻法司法解释（二）作出的补充规定，在家事审判工作中正确处理夫妻债务，依法保护夫妻双方和债权人合法权益，维护交易安全，推进和谐健康诚信经济社会建设。

2017年2月28日，最高人民法院公布《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定〉的决定》（法释〔2017〕7号），自2017年5月1日起施行。该决定对《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》进行了十二项修改，重点修订的内容有以下几个方面：（一）进一步明确了纳入失信名单的实质要件；（二）增加了规定了纳入失信名单的期限；（三）进一步明确了救济程序；（四）增加了案件终结本次执行程序后删除失信名单的规定。同时，为加强对未成年人的保护，《决定》增加了被执行人是未成年人的，人民法院不得将其纳入失信被执行人名单的规定。

2017年2月28日，最高人民法院公布《最高人民法院关于民事执行中财产调查若干问题的规定》（法释〔2017〕8号），自2017年5月1日起施行。该解释共二十六条，主要包括以下五个方面的内容：（一）合理划分财产调查责任；（二）强化被执行人的财产报告义务；（三）巩固信息化与执行联动建设成果；（四）丰富财产调查手段，设立审计调查制度；（五）拓宽财产线索来源，设立悬赏公告制度。

2017年4月20日，最高人民法院公布《最高人民法院关于国家赔偿监督程序若干问题的规定》（法释〔2017〕9号），自2017年1月1日起施行。该《规定》共二十七条，主要内容包括：（一）明确了赔偿监督程序的适用范围和赔偿监督的形式；（二）规定了申诉受理和审查程序，明确了申诉的主体是赔偿请求人和赔偿义务机关或者其承继者，制定了申诉立案的条件及审查申诉案件的原则、方式、期限、处理意见；（三）明确了人民法院决定重新审理的情形，强调人民法院对生效赔偿决定内部监督是国家赔偿监督的重要途径；（四）确定了对人民检察院提出意见的处理方式，凸显人民检察院对生效赔偿决定的法律监督职能；（五）规定了重新审理程序，细化了人民法院重新审理赔偿案件的原则、方式、期限、处理意见，确立了重新审理赔偿案件一般遵循赔偿委员会审理程序的规则；（六）规定了几种程序性事项的处理方式。

2017年5月8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侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2017〕10号），自2017年5月8日起施行。该《解释》共十三条，主要包括以下十个方面的内容：（一）明确了“公民个人信息”的范围；（二）明确了“非法提供公民个人信息”的认定标准；（三）明确了“非法获取公民个人信息”的认定标准；（四）明确了侵犯公民个人信息罪的定罪量刑标准；（五）明确了为合法经营活动而非法购买、收受公民个人信息的定罪量刑标准；（六）明确了设立网站、通讯群组侵犯公民个人信息行为的定性；（七）明确了拒不履行公民个人信息安全管理义务行为的处理；（八）明确了侵犯公民个人信息犯罪认罚从宽处理规则；（九）明确了涉案公民个人信息的数量计算规则；（十）明确了侵犯公民个人信息犯罪的罚金刑适用规则。

2017年6月27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扰乱无线电通讯管理秩序等刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2017〕11号），自2017年7月1日起施行。该《解释》共十条，对使用“黑广播”“伪基站”发送诈骗、赌博、招嫖等违法犯罪信息，以及擅自使用无线电频率干扰无线电通讯秩序、民航、高铁运行等行为如何进行惩处做出了明确的解释。

## 2017年一、二季度黄河动态

4月，我所在山西省保德县设立法律义务咨询站。4月23日，咨询站正式成立，我所主任李飞、保德县司法局局长白建平为法律义务咨询站揭牌。

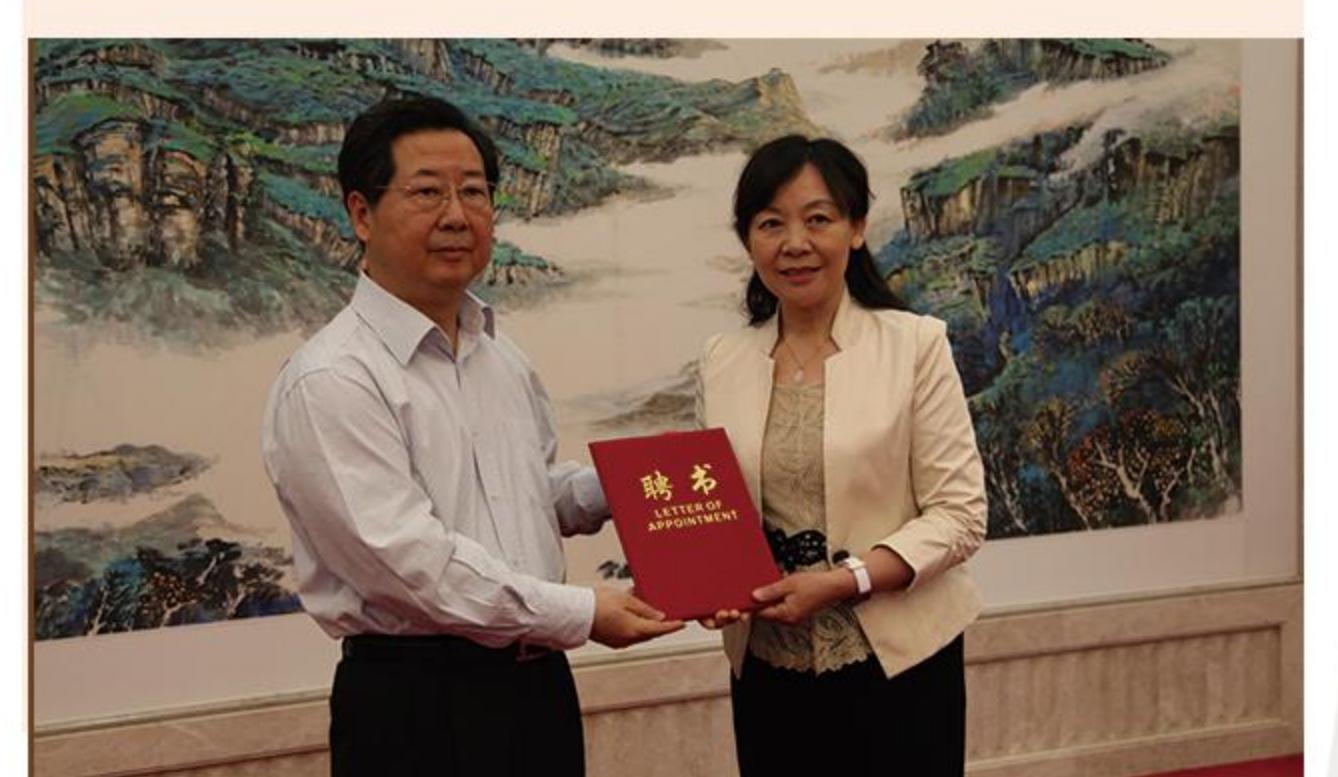


4月26日，我所中标晋商银行2017年律所数据库项目，成为晋商银行股份有限公司太原地区法律顾问数据库成员。

5月4日，我所成功中标太原市迎泽区律师事务所资质入围项目，6月2日，我所被迎泽区政府正式聘为法律顾问库成员，聘期三年。



5月12日，我所专家律师薛建兰被聘为山西省政府法律顾问，聘期五年。6月5日，山西省政府举行法律顾问聘任仪式，省长楼阳生为薛建兰律师颁发聘书。



5月18日，山西某药业有限公司负责人向山西黄河律师事务所及韩丹英律师赠送锦旗。该公司系列案件取得了令人满意的结果，案件办理过程中，该案全体承办律师的敬业精神得到了当事人的认可。



5月25日，山西省纪委驻司法厅纪检组组长吴刚、副组长樊俊明、纪检干部赵东辉、省律协秘书长牛振宇、省律师行业党委副书记郭强，行业党委纪委书记、省律协副秘书长余浩及律协会员部副主任李伟峰莅临我所进行调研座谈。我所主任李飞、党支部书记杨力、工会主席段凡生、业务主管李继军等参加座谈，并对我所近年来的党建工作情况，以及服务国企改革、涉法涉诉信访案件、法律援助、社会公益事业扶持等方面的工作进行了全面的汇报，得到了吴刚组长的肯定和鼓励。



6月5日，中共山西省司法厅党委书记、厅长薛永辉，厅办公室主任李君，省律协秘书长牛振宇，省律师行业党委副书记郭强一行到我所进行视察。视察中，薛永辉厅长着重了解了我所的党建工作和事务所的建设情况，并对我所的下一步发展提出了希望和要求。



6月9日，司法部党组成员、副部长、政治部主任王双全一行五人在山西省司法厅党委书记、厅长薛永辉等司法厅、律协领导的陪同下来我所进行调研。之后山西省律师事务所党建工作调研座谈会在我所召开，我所党支部书记杨力及我省多家律师事务所党支部书记在会上做了党建工作汇报。



2017年4月16日山西交城·卦山影记

摄影 / 张佳

# New Trends