

# 黄河律师

全 国 优 秀 律 师 事 务 所 创 办



扫二维码 关注我们  
2018年 第一期

~总第 · 50期~

山西黄河律师事务所 **2017年度典型案件**  
**浅谈合同权利义务**  
实际转让后的法律责任承担  
**买卖银行承兑汇票的行为不构成非法经营罪**

## 山西黄河律师事务所简介

山西黄河律师事务所成立于1992年，是一家以提供商务、金融法律服务为品牌，以民刑事法律服务为优势，以涉外、知识产权法律服务为特色的综合型律师事务所，在北京、呼和浩特等地设有分支机构，目前共有执业律师130名。

山西黄河律师事务所连续三次被中华全国律师协会评为“全国优秀律师事务所”（2005年—2011年），连续四次被山西省律师协会评为“全省优秀律师事务所”（2005年—2013年）。

山西黄河律师事务所以服务的专业化、团队化为显著特点。为了向客户提供更为精准、高效的法律服务，自2003年起，律所即开始专业化分工，并与时俱进逐步完善。为适应律师行业近年来的发展变化，律所及时改变多年来的业务部室管理模式，实行扁平化管理，在刑事、民事、公司证券、金融与财税、资源与能源、行政事务、环保节能法律事务、知识产权与涉外、建设工程与房地产等领域建立业务团队，在确保专业化方向的同时，进一步释放律师的积极性与活力。此外，律所坚持团队化这一特色服务形式，在“聘请一人即聘请全所”的服务理念下，集成北京、太原、呼和浩特三地事务所的智力、财力、人力优势，为一些重大建设项目或大型企业组建由数名或数十名不同专业的律师组成的项目组，通过常年入驻的方式，解决合作单位涉及公司、投资、债权债务、专利、涉外、土地、房产、劳动争议等多方面的法律问题，随时随地全方位提供法律服务。近年来，山西黄河律师事务所的专业项目团队为数十家大型国有、民营客户提供了优质的法律服务，取得了服务单位的信赖与良好的社会效应。

山西黄河律师事务所以严苛的业务质量管理为生存根本。为确保服务质量，律所从长期的实践中摸索形成了一整套业务质量管理办法。首先，在疑难案件方面，律所聘请、组织各法律领域的资深律师组成专家组、专家委员会，并形成了由部室到专家组再到专家委员会的多层案件讨论制度。每个周六，专家委员会集中讨论三地律所上报的疑难复杂案件，形成多数意见指导具体承办律师的办案思路。在斥资配备案件管理软件系统监控个案办理流程的同时，律所专门设置业务执行委员会负责审查重大诉讼、非诉讼业务的办理情况；安排研究室审核全所律师的归档案卷，使全部案件均实现了从受理到结案、从过程到内容的全程监控。2016年起，律所还聘请了三十多位在法律、税务、投融资方面颇有建树的专家学者担任常年顾问，为传统业务领域的创新和新兴业务领域的拓展提供积极有效的意见和建议。多年来，山西黄河律师事务所及分支机构的案件办理质量得到了各方客户的广泛认可，已成为业界的一大标杆。

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

山西黄河律师事务所在过去的二十五年取得了跨越式发展的巨大成就。今后仍将怀抱对法律的忠诚，对公平、公正的不懈追求，竭诚为客户提供高水准的法律服务。

# PREFACE 卷首语

## 寻找“舒适区” 谢乐

前些天在网上看到一个小视频，一名外国男子用34000枚硬币当装饰物，铺设厨房的地面。看到最后金光闪闪的成品，我不禁赞叹房主的创意和动手能力。但让我更惊叹的是，留言的网友纷纷表示“用硬币铺地，不会违法么？”

这是一个让我欣喜的信号。近年来，随着国家依法治国方略的落实和法治建设的推进，法律观念逐渐深入人心。人们开始将法律当做尺度，来衡量某一件事是否应该去做，应该怎样去做。对于一个法律从业者来说，非常乐意见到这样的景象——这意味着我们的职业将更易被社会认同，所做的工作也更易被当事人信任和接受。但我认为这一现象同时应该引起律师同行的重视。在一个知识开放的、全民知法的时代，群众的法律服务需求必然不止停留在对法律条文的提供和解读上；现有的知识架构是否能够满足群众的现实需要，是应该思忖的问题。

早在十多年前，我所李飞主任就向全所提出过“律师不能做万金油”，意指律师应将专业化作为自己的职业规划原则，深耕某一业务领域对律师的发展具有极其重要的意义。十多年过去了，行业变化发展在不断印证他的这一论断和布局。从目前的形势看，无论是律师事务所还是律师，都在以更专业作为自身的竞争力来源，法律服务业务在更加细分的基础上形成了向纵深发展的态势。在这条道路上，越走得深远，自然越有话语权。

心理学上有一个“舒适区”的科普概念，最近网络上流传最广的，恐怕就是对固守舒适区的檄文。但是跳出心理学的范畴，舒适区恰恰是最适合自身发展、最能保障专业化程度的区域。一个专注于刑事辩护的律师，经过多年成长，必然会修炼到无论是何种疑难复杂案件都能把握全局、从容应对的境地，这种“舒适”将带来律所、律师、当事人的多方共赢。同样，一家律所，也应在对地缘政治经济文化因素做综合分析后，找到适合自身情况和条件的“舒适区”，并在这个区域内做长远的规划和发展。

由此观之，对舒适区并不需要谈之而色变。不论是自然科学还是社会科学，表象之外的学问，都深不见底。唯有固守着自己的一亩三分地深耕细作，才能掘出无尽的知识和财富。





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 刘 挺  
段凡生 韩丹英

主 办 | 山西黄河律师事务所

主 编 | 申吉红

责 编 | 谢 乐

设 计 | 芬儿

# 目 录

## CONTENTS

### 卷首语

01 寻找“舒适区” | 谢 乐

### 特别聚焦

04 山西黄河律师事务所2017年度典型案件

### 律师观察

12 银行协助查询、冻结、扣划工作中常见问题解答（二） | 史慧娟

18 商业银行分支机构在迁址过程中应注意的法律问题 | 续 婷

### 实务解析

22 实践中律师合同审查的思考 | 贺冰鸽

26 发包人违约解除合同，工程价款如何结算 | 张晓芳

### 小案大法

30 浅议合同权利义务实际转让后的法律责任承担 | 李继军

36 买卖银行承兑汇票的行为不构成非法经营罪 | 李晶晶

40 劳动争议案件中罹患特殊疾病劳动者的  
劳动保护及法律适用 | 马香萍

44 劳动者与两个公司签订劳动合同，劳动关系如何认定 | 彭艳华



SHANXI HUANGHE LAW FIRM

扫二维码 关注我们

**48** 经营期限届满后根据章程修改决议延续  
公司经营期限的行政行为是否有效 | 肖 堑

**54** 婚姻财产纠纷案件的几个问题 | 申 芳

### 办案随记 ■■■

**58** 关于自首的认定 | 徐成厚

### 黄河文苑 ■■■

**62** 为什么做律师 | 章治鹏

### 解疑释惑 ■■■

**66** 最高人民法院民事审判第一庭答疑

### 新法速递 ■■■

**70** 2018年一季度新法汇总

### 黄河动态 ■■■

**72** 山西黄河律师事务所2017年十件大事

## 山西黄河律师事务所2017年度典型案件

2018年1月，我所如期举行了2017年度典型案件及优秀案件的评选工作。我所专家委员会经认真评议，从申报案件中遴选出典型案件十件，优秀案件十二件。这些案件一方面体现了律师的工作成果，另一方面对同类型案件的办理具有积极的指导意义。本期《黄河律师》将十件典型案件予以刊登，以飨读者。

### 刑事类 >>>

#### 典型案例一：申某涉嫌合同诈骗罪

**【承办律师】**杨力 李晶晶

**【案情简介】**

2014年7月申某因被史某诈骗，导致不能向吴某履行合同义务向Q县公安局报案。10月31日，D县公安局却以申某涉嫌合同诈骗将申某刑事拘留，并羁押于D县看守所。申某被D县检察院指控犯合同诈骗罪，一审法院判处申某有期徒刑十三年。申某不服提起上诉，其家属委托我所杨力、李晶晶律师为其辩护。二审期间，辩护人收集大量证据并积极与承办法官沟通，使二审法院以一审判决认定事实不清、证据不足为由，将本案发回重审。重审一审后，D县法院仍认定申某犯合同诈骗罪，判处其有期徒刑十年。申某不服，再次提起上诉。二审开庭辩护人提出申某不构成犯罪的意见，同时因本案与Q县法院审理的史某诈骗案在事实上存在重大牵连，建议二审法院将本案移送Q县管辖。二审法院采纳了律师意见，认为本案认定申某犯罪的事实不清、证据不足，并且通过向上级法院汇报以及与检察院协调，最终山西省高级人民法院和山西省检察院分别指定该案由Q县管辖。

**【案件结果】**

2017年7月25日，D县检察院将本案移送Q县检察院管辖。Q县检察院经审查后认为“现有证据不足以认定申某主观上有非法占有他人财物的故意，不符合起诉条件”，于9月7日作出不起诉决定。当日，申某在被羁押近三年后被无罪释放。

**【入选理由】**

本案是一起被害人被当做被告人的错案、冤案。被告人申某被羁押近三年，期间两次被审判认定诈骗吴某200余万元，被两次判处十年以上有期徒刑。律师从第一次二审接受委托，因案情复杂，通过收集证据、申请证人出庭、提出管辖异议、与承办人沟通等多方面的不懈努力，最终使被告人在被羁押一千多天后被无罪释放。律师在办案过程中，坚守法律的公平正义，维护了当事人的合法权益，充分体现了律师的办案素养和法治精神。



## 典型案例二：田某信用卡诈骗罪案

【承办律师】章治鹏

【案情简介】

2014年4月22日，田某向某地工商银行申领29万元大额消费信用卡，次日田某通过某汽修公司刷出29万元，之后反复出现还款违约。截至2015年11月21日，田某共透支本金181428.41元，银行遂起诉至H法院。案件审理过程中，法院工作人员多次传唤，田某均未到庭，且失去联系。一审法院以信用卡诈骗罪判处田某有期徒刑五年。田某不服提起上诉，委托我所章治鹏律师为其辩护。

【案件结果】

二审法院判决田某犯信用卡诈骗罪，免予刑事处罚。

【入选理由】

二审接受委托后，承办律师根据田某家庭发生变故等事实，结合相关法律的规定，认为一审法院判决田某构成信用卡诈骗罪的事实和证据均不充足。经过辩护，二审法院直接免予对田某的刑事处罚，减刑幅度大，辩护效果好。

## 典型案例三：石某某涉嫌诈骗罪、伪造国家机关证件罪案

【承办律师】董杰

【案情简介】

检察院指控石某某以借贷之名，利用伪造的机动车登记证书、房产证做抵押，对两名被害人实施诈骗，诈骗金额107万元。在本案审查起诉期间辩护律师董杰即提交了石某某不构成诈骗罪的相关意见、证据。检察院据此将诈骗罪两次退回公安机关补充侦查。经过补侦检察院仍然认为石某某构成诈骗罪，并将本罪起诉至法院。开庭审理时，辩护律师向法院提交了继续收集的证据，并在法庭调查时，就指控石某某构成诈骗罪的证据存在的诸多问题进行了全面阐述。法院随即决定休庭，让辩护律师向法庭提交取证提纲，之后将案件退回检察院补充侦查。补侦的结果有利于被告人。恢复审理后，法院充分听取了律师的辩护意见。

【案件结果】

判决石某某不构成诈骗罪，构成伪造国家机关证件罪，被判处有期徒刑一年十个月。

### 【入选理由】

根据法律规定，诈骗罪的数额达到50万以上即可判处十年以上有期徒刑。本案的涉案金额是107万元，正是由于承办律师的认真负责，才使当事人得到了公正的判决，从而免除了十几年的牢狱之苦。

## 典型案例四：韩某某故意伤害罪原告人代理案

### 【承办律师】牛蕊屏

### 【案情简介】

2006年4月1日，被告人韩某、成某某与原告人韩某某在饭店包间内吃饭，期间成某某与原告人韩某某发生口角，被告人韩某用啤酒瓶砸伤原告人韩某某，致其头部右前额及右眼角受伤。被告人韩某听说原告人的伤情后逃逸，原告人韩某追逃八年有余。2014年8月15日韩某被抓捕归案。经鉴定，原告人韩某某的伤情已构成重伤。

### 【案件结果】

重审一审，法院判决被告人韩某犯故意伤害罪，判处有期徒刑八年；赔偿附带民事诉讼原告人韩某某各项费用共计89528.7元。二审时经过律师努力，除维持刑事部分的判决外，法院改判被告人韩某赔偿韩某某各项费用共计518187.46元。

### 【入选理由】

本案历经原审两审、重审两审四审程序。在案件办理过程中，面对新《刑事诉讼法》对附带民事责任规定的变化，以及来自被告人、委托人、法院等方面的重重压力，律师始终坚持以事实为根据，以法律为准绳，使得法院最终按照旧刑诉法判决民事赔偿部分，将赔偿数额由89528.7元改判为518187.46元，极大地维护了当事人的合法权益。

## 民事类 >>>

## 典型案例一：杨某某合同纠纷案

### 【承办律师】李飞 李继军

### 【案情简介】

2006年11月27日，杨某某与原告（反诉被告）山西某制药公司签订《煤矿承包合同》，



2007年1月20日，双方又签订了《煤矿承包补充合同》，约定由杨某某与制药公司合作投资经营该公司的煤业公司。

因合作过程中发生纠纷，2009年10月10日，制药公司向D市中院提起诉讼，要求法院确认双方2006年11月27日签订的《煤矿承包合同》及《煤矿承包补充合同》为无效合同；杨某某返还所属煤矿及开采经营权，并赔偿制药公司经济损失200万元。2011年1月11日，制药公司提出《变更诉讼请求申请书》，请求法院判令被告赔偿承包期间给其造成的损失共计78693756.03元。

2009年12月16日，杨某某提起反诉。

另外，杨某某向大同市中级人民法院提出管辖权异议，经最高人民法院最终裁定，本案一审由山西省高级人民法院受理。

杨某某申请追加煤业公司为第三人，并提出反诉，请求法院判令依法解除原被告所签订承包合同，以及由二反诉被告赔偿各项损失。

### 【案件结果】

本案经山西省高级人民法院两次一审判决、最高人民法院两次发回重审。2017年9月26日，山西省高级人民法院第三次做出一审《民事判决书》，支持了杨某某的大部分诉讼请求，杨某某获得制药公司、煤业公司赔偿32133177.82元，以及由制药公司、煤业公司返还的风险抵押金1000万元。各方均未针对该判决提出上诉。

### 【入选理由】

本案法律关系复杂，标的数额巨大，社会影响大。前后历经八年时间，承办律师付出了巨大的努力，最大限度地维护了当事人的合法权益。本案中，关于案件的管辖权、双方法律关系的性质、司法鉴定报告的证据效力、第三人的法律责任均经过最高人民法院认定，我方的观点均得到了支持，对于律师承办类似案件具有较高的参考价值。

## 典型案例二：刘某某等三人继承纠纷案

【承办律师】王莹 张瑾

### 【案情简介】

原告刘某斌同刘某某为继父子关系，被告刘某某有三个同胞兄弟。兄弟四人的父亲去世后留下的六间祖房于1972年被村委占用后，置换了一块宅基地，四兄弟为赡养老母亲于1974年合力修建了诉争房屋七间。1993年房管部门在为该房屋办理房屋登记时，由于刘某某等三人长期在外地，故该房屋被登记在了老大一人名下，颁发了《房屋所有权证》。之后，为了

确认四兄弟对该房屋共有这一事实，兄弟四人于2001年签订了一份《房屋协议书》，确认了房屋的按份共有方式。后老大于2003年3月2日去世。

之后，刘某斌向C市郊区人民法院起诉刘某某等三人，要求判决房屋七间由刘某斌继承。C市郊区人民法院一审民事判决认定七间房屋的所有权为已去世的刘家老大所有，刘某斌享有继承权。刘某某等人不服，向C市中级人民法院提起上诉，二审判决驳回上诉，维持原判。期间，刘某某等人还对房地产管理局提起行政诉讼，要求撤销本案中的《房屋所有权证》，一二审法院均判决维持了该所有权证的合法性。我所委托人申请再审阶段开始代理本案。

#### 【案件结果】

在律师的努力下，再审撤销了原一二审法院判决，本案重新审理。最终两审法院均驳回了刘某斌的诉讼请求。

#### 【入选理由】

因本案生效民事判决的主要依据是行政判决认定合法有效的《房屋所有权证》，所以启动再审的难度较大。经过我所律师的不懈努力，终于启动了再审程序。之后又经过再审、重审一审、二审，最终法院在查明事实的基础上以实际情况对物权予以了确权，推翻了《房屋所有权证》的证据效力，驳回了原告对委托人的诉讼请求。

### 典型案例三：山西某药业有限公司民间借贷纠纷案

【承办律师】韩丹英 白伟

#### 【案情简介】

2015年10月8日，康某某向太原市中级人民法院提起诉讼，要求张某某向康某某返还借款3000万元及支付自起诉日至支付日年利率6%的逾期利息，并且要求山西某药业有限公司对该借款承担连带还款保证责任。2017年4月19日，太原市中级人民法院作出判决：一、被告（反诉原告）张某某在本判决生效之日起三十日内支付原告（反诉被告）康某某本金300000元及逾期利息（从2015年10月10日起至本判决生效之日止按年利率6%计算）；二、被告张某某、被告山西某药业有限公司对上述债务承担连带责任保证，保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿；三、驳回原告康某某的其他诉讼请求；四、驳回反诉原告张某某的诉讼请求。

山西某药业有限公司提起上诉。2017年11月21日，山西省高级人民法院作出判决。

#### 【案件结果】

山西某药业有限公司对该债务不承担连带责任保证。



### 【入选理由】

本案一审判决委托人某药业公司向原告承担3000万及逾期利息债务的连带清偿责任。在承办律师的努力下，二审法院改判某药业公司不承担责任，极大地维护了委托人经济利益。

## 典型案例四：李某某与山西某科技开发公司借款纠纷案

【承办法律师】李飞 周效芬

### 【案情简介】

2007年10月15日，李某某与山西某科技公司签订《借款协议》，李某某借款590万元至科技公司，借款期限为六个月。同日山西某科技公司出具收据，证明其收到李某某590万元现金。2007年10月15日与2009年12月25日，山西某科技公司分别向李某某出具两份承诺书，承认其向李某某借款590万元，并对其逾期不予还款的行为作出解释。2010年6月1日，李某某向T市中级人民法院提起诉讼，要求山西某科技公司归还590万元借款并支付违约金。本案因被告未到庭缺席审理，一审判决山西某科技公司偿付原告借款本金590万元，并承担借款总额逾期日千分之一的利息。双方均未上诉，判决生效后进入执行阶段，山西某科技公司已将其900万元执行到法院账户内。2013年9月16日，T市中院裁定中止本案执行，提起再审。

2014年12月24日进行再审一审第一次开庭，庭审中合议庭释明再审的理由系：因为判决书把“日千分之一的违约金”写成“日千分之一的利息”。此次开庭围绕再审释明事由进行了审理。2015年9月15日进行了再审一审阶段第二次开庭，法院对全案进行审理，律师提出本案应当在第一次开庭释明的再审事由范围内审理。2016年8月2日，T市中级人民法院作出判决，认为再审程序是纠错和补救程序，由院长发现错误提起审判监督程序的再审也应在原审案件的范围内全案审查，且对于李某某是否实际向科技公司提供了借款未排除合理怀疑，其未提供足够的证据来证明其履行了出借义务，因此判令撤销原判决，驳回原审原告李某某的诉讼请求。2016年8月19日，李某某向S省高院提起上诉。要求撤销T市中级人民法院民事判决，由山西某科技公司归还590万元借款并支付违约金。

### 【案件结果】

S省高院判决撤销T市中级人民法院再审判决，判令科技公司向李某某偿还借款590万元及相应利息。

### 【入选理由】

本案系由人民法院院长依审判监督程序提起的再审案件，且再审一审作出了不利于委托

人即原审原告的判决。承办律师坚持认为，本案的情况不属于院长可依审判监督程序提起再审的情形，本案不应进行再审。最终二审法院采纳了律师的这一意见，撤销了再审一审判决，委托人的合法权益得到了公正的维护。

#### 典型案例四：刘某某物权保护纠纷案

**【承办律师】**刘勇壮 张晓芳

**【案情简介】**

刘某某、刘某权以及其母亲和其他两个兄弟早年曾在同一院落居住。1987年N区人民政府对宅基地进行清查发证，向刘某某颁发了该院落《宅基地使用证》，母亲及其他兄弟因新批宅基地搬离老宅，国土局未向其发放《宅基地使用证》。但由于刘某权老宅没有拆除，所以在《宅基地清查发证登记表》上也作了登记。

刘某权在2002年对旧宅进行了重建和扩建，刘某某将其诉至法院，要求其清除扩建和临建。一审法院以宅基地使用权争议不属于人民法院受案范围为由驳回了刘某某的起诉。承办律师在本案二审时接受委托，认为本案是《土地权属争议调查处理办法》第十四条所指的土地侵权案件，并不属于《中华人民共和国土地管理法》第十六条规定的土地所有权和使用权争议，故而应属于法院管辖范围，刘某某的诉讼请求也应得到支持。

**【案件结果】**

案件经过二审、再审一审、再审二审，法院最终判令刘某权拆除在诉争宅基地上的扩建及临建。

**【入选理由】**

本案因确立了正确的办案思路，加之承办律师的执着努力，终于改变了不利于委托人的判决，诉讼请求完全得到支持。针对原审法院驳回起诉的理由，律师反复斟酌办案思路，补强证据，在申请法院取证无果的情况下，多次与区国土局沟通，取得两份国土局出具的情况说明，证明该处宅基地产权明确，无再次确权的必要。律师又经过努力让国土局工作人员出庭作证，对于法院查明事实起到了至关重要的作用。

此外，本案的胜诉裁判将对政府解决城中村普遍存在的一户多宅、建新不拆旧、肆意私建乱建等问题，起到有效的司法指引作用。



## 非诉类 >>>

### 典型案例：T海运有限公司与S海运有限公司船舶碰撞损害责任纠纷案（海事海商纠纷）相关保险责任承担的法律意见

【承办律师】薛宁 马香萍

#### 【案情简介】

2013年4月8日22时许，T海运有限公司所属“t”轮在执行装载煤炭航次中，为避让右前方上行通航分道内船舶，与执行装载水泥熟料航次的S海运有限公司所属“c”轮发生碰撞事故。碰撞事故造成“t”轮球鼻艏破损、船尖舱进水、右舷压载舱部分船壳凹陷洞穿、右舷舭龙骨变形扭曲。“c”轮及船上所载货物沉没，无人员伤亡。根据生效裁判确定的责任比例，T海运公司承担85%的损害赔偿责任，S海运承担15%的损害赔偿责任。

根据生效裁判确定的赔偿项目及责任比例，T海运向其船壳险承保人及保赔险承保人申请理赔，三方就部分损失是否属于承保范围产生争议。我所承办律师针对所涉问题进行了逐一分析。因相关保险方涉及海外保险主体，故详细审查了大量保险规则、协议，还对保险理赔的单一责任制与交叉责任制及船壳险保险人与保赔险保险人应承担的保险责任比例等进行了分析，最终得出意见，认为争议项目均属于保险理赔范围。

#### 【案件结果】

法律意见被全部采纳，现已成功理赔。

#### 【入选理由】

本案是我所第一例海事海商纠纷案——船舶碰撞损害责任纠纷案。本案涉及三方当事主体、四家保险公司、六份生效裁判，且数额巨大。在委托人S海运有限公司与两家承保的保险公司（某财险公司、某国外保赔协会）协商理赔发生争议的过程中，我所律师经过缜密分析，出具了详尽的法律意见。最终经过多轮谈判，我所律师的意见被全部采纳，圆满解决了委托人的保险理赔问题。

# 银行协助 查询、冻结、扣划工作中 常见问题解答（二）



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年取得法律职业资格，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](mailto:lawyershj@163.com)

笔者日前曾撰文《银行协助查询、冻结、扣划工作中常见问题解答（一）》，对银行协助查询、冻结、扣划工作中常见的几个问题进行了列举，并进行了详细解答。在此基础上，本文将继续针对一些常见问题进行解答。

问：司法机关持临时工作证可否进行查询、冻结、扣划？

解答：临时工作证如由有权机关签发，亦属于有效证件。在双人双证，协助查询/冻结/扣划存款通知书、有关生效法律文书或有权机关的有关决定书等各种文书齐备的前提下，银行应予办理协助查询、冻结、扣划工作。



**问：相关机关在执行查冻扣时常常提供工作证、公务证、警察证等证件，是否均可作为有效证件？除了这些证件外，还有哪些证件可以作为有效证件？**

**解答：**1. 相关规定

(1) 最高人民法院、中国人民银行《关于依法规范人民法院执行和金融机构协助执行的通知》(法发〔2000〕21号)“一、人民法院查询被执行人在金融机构的存款时，执行人员应当出示本人工作证和执行公务证，并出具法院协助查询存款通知书。金融机构应当立即协助办理查询事宜，不需办理签字手续，对于查询的情况，由经办人签字确认。对协助执行手续完备拒不协助查询的，按照民事诉讼法第一百零二条规定处理。人民法院对查询到的被执行人在金融机构的存款，需要冻结的，执行人员

应当出示本人工作证和执行公务证，并出具法院冻结裁定书和协助冻结存款通知书。金融机构应当立即协助执行。对协助执行手续完备拒不协助冻结的，按照民事诉讼法第一百零二条规定处理。人民法院扣划被执行人

金融机构存款的，执行人员应当出示本人工作证和执行公务证，并出具法院扣划裁定书和协助扣划存款通知书，还应当附生效法律文书副本。金融机构应当立即协助执行。对协助执行手续完备拒不协助扣划的，按照民事诉讼法第一百零二条规定处理。”

(2) 中国银监会、最高人民检察院、公安部、国家安全部《关于印发银行业金融机构协助人民检察院公安机关国家安全机关查询冻结工作规定的通知》(银监发〔2014〕53号)第八条“人民检察院、公安机关、国家安全机关要求银行业金融机构协助查

询、冻结或者解除冻结时，应当由两名以上办案人员持有效的本人工作证或人民警察证和加盖县级以上人民检察院、公安机关、国家安全机关公章的协助查询财产或协助冻结/解除冻结财产法律文书，到银行业金融机构现场办理，但符合本规定第二十六条情形除外。”第二十七条“银行业金融机构接到人民检察院、公安机关、国家安全机关查询、冻结账户要求后，应当立即进行办理；发现存在文书不全、要素欠缺等问题，无法办理协助查询、冻结的，应当及时要求人民检察院、公安机关、国家安全机关采取必要的补正措施；确实无法补正的，银行业金融机构应当在回执上注明原因，退回人民检察院、公安机关、国家安全机关。”

2. 律师建议

根据上述规定，有效证件一般指

工作证、执行公务证或人民警察证，除此以外，办理查询/冻结/扣划业务时，还应提供有权机关签发的协助查询/冻结/扣划存款通知书、有关生效法律文书或有权机关的有关决定书。

问：经常有有权机关来银行冻结和扣划保证金账户或是一些关联资产业务的账户，通常我们都是和有权机关的工作人员进行协商，但是有很多人员表示不理解甚至认为是我们不给予配合，对于此类业务到底可不可以进行冻结、扣划？

解答：1. 相关规定

(1) 中国银监会、最高人民检察院、公安部、国家安全部《关于

印发银行业金融机构协助人民检察院公安机关国家安全机关查询冻结工作规定的通知》（银监发〔2014〕53号）第二十一条“下列财产和账户不得冻结：（一）金融机构存款准备金和备付金；（二）特定非金融机构备付金；（三）封闭贷款专用账户（在封闭贷款未结清期间）；（四）商业汇票保证金；（五）证券投资者保障基金、保险保障基金、存款保险基金、信托业保障基金；（六）党、团费账户和工会经费集中户；（七）社会保险基金；（八）国有企业下岗职工基本生活保障资金；（九）住房公积金和职工集资建房账户资金；（十）人民法院开



立的执行账户；（十一）军队、武警部队一类保密单位开设的‘特种预算存款’、‘特种其他存款’和连队账户的存款；（十二）金融机构质押给中国人民银行的债券、股票、贷款；（十三）证券登记结算机构、银行间市场交易组织机构、银行间市场集中清算机构、银行间市场登记托管结算机构、经国务院批准或者同意设立的黄金交易组织机构和结算机构等依法按照业务规则收取并存放于专门清算交收账户内的特定股票、债券、票据、贵金属等有价凭证、资产和资金，以及按照业务规则要求金融机构等登记托管结算参与人、清算参与人、投资者或者发行人提供的、在交收或者清算结算完成之前的保证金、清算基金、回购质押券、价差担保物、履约担保物等担保物，支付机构客户备付金；（十四）其他法律、行政法规、司法解释、部门规章规定不得冻结的账户和款项。”第二十二条“对金融机构账户、特定非金融机构账户和以证券登记结算机构、银行间市场交易组织机构、银行间市场集中清算机构、银行间市场登记托管结算机构、经国务院批准或者同意设立的黄金交易组织机构和结算机构、支付机构等名义开立的各类专门清算交收账户、保证金账户、清算基金账户、客户备付金账户，不得整体冻结，法律另有规定的除外。”



（2）最高人民法院、中国人民银行《关于依法规范人民法院执行和金融机构协助执行的通知》（法发〔2000〕21号）第九条“人民法院依法可以对银行承兑汇票保证金采取冻结措施，但不得扣划。如果金融机构已对汇票承兑或者已对外付款，根据金融机构的申请，人民法院应当解除对银行承兑汇票保证金相应部分的冻结措施。银行承兑汇票保证金已丧失保证金功能时，人民法院可以依法采取扣划措施。”

（3）最高人民法院关于人民法院能否对信用证开证保证金采取冻结和扣划措施问题的规定（1996年6月20日最高人民法院审判委员会第822次会议通过 法释〔1997〕4号）“一、人民法院在审理或执行案件时，依法可以对信用证开证保证金采取冻结措施，但不得扣划。”

## 2. 律师建议

根据上述规定，公安机关、国

家安全机关不得对商业汇票保证金（包括银行承兑汇票保证金）采取冻结措施，人民法院对银行承兑汇票保证金、信用证开证保证金可以采取冻结措施，但不得扣划。

**问：协助冻结通知书要求冻结的金额大于法院裁定书所载的金额，银行应该按哪个金额执行冻结操作？**

**解答：**1. 相关规定

中国人民银行关于发布《金融机构协助查询、冻结、扣划工作管理规定》的通知（银发〔2002〕第1号）第十一条第（三）款“协助冻结或扣划存款通知书上的冻结或扣划金额应当是确定的。如发现缺少应附的法律文书，以及法律文书有关内容与‘协助冻结、扣划存款通知书’的内容不符，应说明原因，退回‘协助冻结、扣划存款通知书’或所附的法律文书。”

**2. 律师建议**



根据上述规定，若协助冻结通知书要求冻结的金额与法院裁定书所载的金额不一致，银行有权在回执上注明原因，退回有权机关。

**问：查询资料电子版可否向有权机关提供？有时资料太多，有权机关也经常会有要电子版的需求。如可以，需要怎么履行交接手续，有什么注意事项？**

解答：1. 相关规定

中国银监会、最高人民检察院、公安部、国家安全部《关于印发银行业金融机构协助人民检察院公安机关国家安全机关查询冻结工作规定的通知》（银监发〔2014〕53号）第十四条“银行业金融机构协助人民检察院、公安机关、

国家安全机关查询的信息仅限于涉案财产信息，包括：被查询单位或者个人开户销户信息，存款余额、交易日期、交易金额、交易方式、交易对手账户及身份等信息，电子银行信息，网银登录日志等信息，POS机商户、自动机具相关信息等。人民检察院、公安机关、国家安全机关根据需要可以抄录、复制、照相，并要求银行业金融机构在有关复制材料上加盖证明印章，但一般不得提取原件。

人民检察院、公安机关、国家安全机关要求提供电子版查询结果的，银行业金融机构应当在采取必要加密措施的基础上提供，必要时可予以标注和说明。”

## 2. 律师建议

根据上述规定，有关机关要求提供电子版查询结果的，银行应当在采取必要加密措施的基础上提供，必要时可予以标注和说明。此外，还应依据银行内部规定履行交接手续。

**问：银行个别部门曾遇到有权机关要求提供业务凭证原件的情况。请问业务凭证原件是否可以出借，有什么注意事项？**

### 解答：1. 相关规定

中国人民银行关于发布《金融机构协助查询、冻结、扣划工作管理规定》的通知（银发〔2002〕第1号）第十四条“金融机构协助有权机关查询的资料应限于存款资料，包括被查询单位或个人开户、存款情况以及与存款有关的会计凭证、账簿、对账单等资料。对上述资料，金融机构应当如实提供，有权机关根据需要可以抄录、复制、照相，但不得带走原件。金融机构协助复制存款资料等支付了成本费用的，可以按相关规定收取工本费。”

### （2）中国银监会、最高人民检察

院、公安部、国家安全部《关于印发银行业金融机构协助人民检察院公安机关国家安全机关查询冻结工作规定的通知》（银监发〔2014〕53号）第十四条第二款“人民检察院、公安机关、国家安全机关根据需要可以抄录、复制、照相，并要求银行业金融机构在有关复制材料上加盖证明印章，但一般不得提取原件。”

## 2. 律师建议

根据上述规定，有权机关对银行相关业务凭证可以进行抄录、复制、照相，但不得提取原件。

以上便是笔者在为银行提供常年法律顾问服务的过程中，接待咨询重复率较高的几个问题，也是银行工作人员在协助有权机关办理查询、冻结、扣划工作中经常面临的诸多困惑或难题。当然，一两篇文章不可能悉数尽述，笔者有机会将继续与大家分享在处理此类问题方面的一些心得与体会。

# COMMEREIAL BANK

## 商业银行分支机构 在迁址过程中 应注意的法律问题



续 婷

曾任山西尔浦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:2249849319@qq.com

笔者在某股份制商业银行太原分行做法律顾问期间，遇到该银行的分支机构在太原市内变更营业场所的情况，对该分支机构在变更住所过程中应特别注意的法律问题做出如下建议：

**一、太原辖区内商业银行分支机构变更住所且不需要变更名称的，适用事前报告制，由山西银监局受理、审查并决定，并须在新址开业前更换金融许可证**

法律依据：

1. 《中华人民共和国商业银行法》第二十四条：“商业银行有下列变更事项之一的，应当经国务院银行业监督管理机构批准：……（三）变更总行或者分支行所在地；……”。

2. 《中华人民共和国银行业监督管理法》第十六条：“国务院银行业监督管理机构依照法律、行政法规规定

的条件和程序，审查批准银行业金融机构的设立、变更、终止以及业务范围。”

3. 《中国银监会中资商业银行行政许可事项实施办法》第四条：“中资商业银行以下事项须经银监会或其派出机构行政许可：机构设立，机构变更，机构终止，调整业务范围和增加业务品种，董事和高级管理人员任职资格，以及法律、行政法规规定和国务院决定的其他行政许可事项。”

第四十三条：“中资商业银行变更住所，应当有与业务发展相符合的营业场所、安全防范措施和其他设施。国有商业银行、邮政储蓄银行、股份制商业银行变更住所，由银监会受理、审查并决定；城市商业银行变更住所，由所在地银监局受理、审查并决定。”

4. 《中国银监会办公厅关于银行业金融机构分支机



构变更营业场所问题的通知》： “划范围。……”

“二、中资银行业金融机构分支机构、外资银行营业性机构的分支机构以及非银行金融机构的营业性分支机构在中华人民共和国境内同一行政区划内变更营业场所且不需要变更名称的，适用事前报告制，但在新址开业前须更换金融许可证。

三、银行业金融机构分支机构变更营业场所应当在同一行政区划内进行。（一）分行、分行级专营机构可以在同一城市范围内变更营业场所，不得跨城变更。城市是指各直辖市、省会城市、计划单列市及地级市（州、盟）的市区行政区

划范围。……”

5.《山西银监局银行业金融机构变更名称、住所及升格行政许可操作细则》第一章“第二节 分支机构变更名称、住所以及升格”；

“二、变更住所（同城）：（三）审批权限：银监分局所在地中资商业银行分支机构变更住所由银监分

局受理、审查并决定；太原辖区内中资商业银行分支机构变更住所由山西银监局受理、审查并决定”。

**二、如果银行未经报批变更住所，将根据不同情形承担不同程度的法律责任**

法律依据：

1.《中华人民共和国商业银行法》第七十四条：“商业银行有下列情形之一，由国务院银行业监督管理机构责令改正，有违法所得的，没收违法所得，违法所得五十万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足五十万元的，处五十万元以上二百万元以下罚款；情节特别严重或者逾期不改正的，可以责令停业整顿或者吊销其经营许可证；构成犯罪的，依法追究刑事责任： ‘……（二）未经批准分立、合并或者违反规定对变更事项不报批的；……’ ”



2. 《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十五条：“银行业金融机构有下列情形之一，由国务院银行业监督管理机构责令改正，有违法所得的，没收违法所得，违法所得五十万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足五十万元的，处五十万元以上二百万元以下罚款；情节特别严重或者逾期不改正的，可以责令停业整顿或者吊销其经营许可证；构成犯罪的，依法追究刑事责任；  
“……（二）未经批准变更、终止的；……”

3. 《中国银监会办公厅关于银行业金融机构分支机构变更营业场所问题的通知》：  
“十二、银行业金融机构有下列情形之一的，银行业监督管理机构应当根据《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十五条、第四十六条、第四十七条等相关规定对相应违规行为予以处罚：（一）应经行政许可的事项适用事前报告制进行管理的；（二）提供虚假的或隐瞒重要事实的报表、报告等文件、资料的；（三）未按照规定进行信息披露的；（四）不按照规定提供报表、报告等文件、资料的。违规行为情节严重或造成严重后果的，银行业监督管理机构应根据《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十八条等相关规定责令该银行业金融机构对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员给

予纪律处分。”

### 三、银行要针对不同的主体及时履行告知义务

1. 银行分支机构在变更营业场所之前，应至少提前30日在新旧办公场所、官网、微信公众号等平台张贴或发布迁址公告。

法律依据：

《中国银监会办公厅关于银行业金融机构分支机构变更营业场所问题的通知》：“六、银行业金融机构分支机构变更营业场所，应当至少提前30日在营业场所公布变更事项以及确保业务连续性的具体方式，避免与金融消费者因机构变更事项发生争议，确保金融消费者利益和公共金融服务不受影响。”

2. 区分存量业务和增量业务。增量业务的相关合同、票据等按照新的地址信息填写。存量业务的相关合同、票据等，如在地址变更后出具的，按照新的地址信息填写；在地址变更前已经出具的，应及时向相对方履行地址变更通知义务。

3. 区分客户类型。建议至少提前一个月针对不同的客户类型采取相应的方式进行通知。存量公司客户依照合同约定书面送达变更地址通知；存量个人客户以短信、邮件等方式送达变更地址通知；高端个人客户建议在此基础上另以电话告知。

4. 如果涉及诉讼案件，银行应向法院及时告知诉讼材料送达地址的变更事宜。

### 四、由总行于变更营业场所前向山西银监局报告相关事宜

根据《山西银监局银行业金融机构变更名称、住所及升格行政许可操作细则》及《中国银监会办公厅关于银行业金融机构分支机构变更营业场所问题的通知》，变更营业场所报告的主要内容有：

1. 报告书。内容包括机构基本情况、变更营业场所的原因及变更前后的详细地址、新址开业前业务连续性的具体方式（原址继续营业或临时停业，或与其他营业性机构合署营业等）、可行性研究分析等。
2. 内部审查结论。至少包括对该变更事项是否符合监管法规和相关规定的评估结果，对是否会造成本地金融服务空白的情况说明。
3. 总行同意变更营业场所的有效书面文件。
4. 新址所有权或使用权的证明文件复印件。
5. 金融许可证复印件（A4规格）。
6. 公安、消防部门对住所出具的安全、消防设施合格证明（申请时可不提供，迁入时提供）。
7. 报告人的联系人、联系电话、

传真电话、电子邮件、通讯地址（邮编）。

如拟变更住所的机构在变更住所前临时停业，还应当补充下列内容：

1. 在报告书中说明停业期限；
2. 总行出具的有关同意迁址、临时停业的有效书面文件；
3. 临时停业期间该机构业务处理方案；
4. 临时停业公告样式。

**五、分支机构应制定关于营业场所变更的相关制度，明确有关标准、各部门职责和内部审查决策机制，并应及时向山西银监局备案**

法律依据：  
《中国银监会办公厅关于银行业金融机构分支机构变更营业场所问题的通知》：“八、银行业金融机构分支机构变更营业场所后，应妥善清除原机构标识、标记及其它反映本机构特征的装潢装饰，避免不法分子利用上述条件从事侵权违法活动。”

构应保证对其分支机构营业场所变更的有效管理，制定相关制度，明确有关标准、各部门职责和内部审查决策机制，确保有关工作有序、规范、高效开展。相关制度应及时报告监管部门备案。”

## 六、其他注意事项

法律依据：

《中国银监会办公厅关于银行业金融机构分支机构变更营业场所问题的通知》：“八、银行业金融机构分支机构变更营业场所后，应妥善清除原机构标识、标记及其它反映本机构特征的装潢装饰，避免不法分子利用上述条件从事侵权违法活动。”

以上是业务实践过程中遇到的银行在迁址过程中应注意的法律风险。如有其他方面的补充或改正，请各位同仁多多指点。





# 实践中律师合同 审查的思考



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。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

合同审查是律师的基本业务之一，学会如何审查合同、如何控制法律风险十分重要。本文拟从合同本身的规律、律师执业需要和交易行为的经济规律等角度出发，总结合同审查工作中所应注意的问题，以供各位同仁在今后的合同审查工作中进行参考，为客户提供更加优质、实用的多角度法律风险规避体系。

## 一、合同审查之前的必要准备

### 1.了解当事人的审查目的

在现实交易中，许多合同存在不同的质量层面，大致分为业务层面、商务层面、专业层面、专家层面。合同的质量层面不同，对其审查的深度也不同，这同时与合同的适用范围、适用对象有密切的关系，因此在合同审查之前



与当事人进行必要的沟通就显得格外的重要，在沟通过程中了解当事人在合同经营中交易习惯以及其中法律等方面的风险，以便在下一步的工作中对相应的法律关系以及所适用的法律、法规等文件能够予以准确定位。

### 2.关注合同需要审查的分类等级

在合同的不同质量层面中，业务层面的合同法律关系以及交易关系相对简单，而专业层面的合同法律关系相对复杂，律师在审查该种合同的同时不仅要熟悉合同所涉及的相关法律，还要熟悉合同所涉行业特点，熟悉企业的相关情况。律师应在与当事人沟通的同时了解合同的分类等级，根

据当事人不同层面的需求提供相适应的合同文本，而不是无视当事人的要求提供自认为最好的合同。

## 二、对合同质量的审查

### (一) 合同的内在质量

合同的内在质量主要包括主体资格、约定内容是否合法，条款的实用性，权利义务的明确性，交易需求的明确性。

#### 1.主体资格的合法性

对企业法人而言，合同主体的合法性是合同审查的主要内容。首先是对法人单位设立的分支机构或经营单位的资格审查。有些法人单位设立的分支机构或经营单位，可以在授权范围内，以其所从属的法人单位的名义签订合同，产生的权利义务由该法人单位承受。对这类组织，主要审查其所从属的法人单位的资格及其授权。其次，对特殊行业当事人的资格审查主要考虑企业登记注册类型、经营范围和经营资质，是否有相应的许可资质，是否有相应的从业资格、签订及履行合同的资格。（如：《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》规定，承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的，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，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，签订的建筑工程施工合同无效。）

#### 2.约定内容的合法性

合同中所约定的内容应该符合法律的强制性规定，不仅包括合同的实体性问题，合同中所涉及的专业术语也应规范。合同所涉及标的的合法性、内容的合法性、表述的合法性、生效程序的合法性都是应该予以注意的内容。

#### 3.合同条款的实用性

在审查合同的同时，除了应注意合同的基本条款之外，还应当根据交易目的、交易习惯等因素，审查交易目的、违约金的约定、争议条款管辖的约定、专业条款的履行等条款，尽可能确保交易目的和交易安全的实现，方便解决实际问题，回避法律风险。

#### 4.权利义务的明确性

合同的基本功能是锁定交易平台、交易内容、交易方式、争议的处理。在合同的约定中权利义务界限应当明确，否则在交易过程中会出现模棱两可的情况，当事人在履行合同的过程中不能明确自己应该干什么，什么应该干，什么不应该干，最后导致争议的发





生。同时，律师审查合同不仅要注意权利义务的明确性，而且应确保用语准确，以避免词义模糊，造成不必要的误解。

### 5.交易需求的满足性

当事人约定的合同条款，是用于合同当事人的履行，如果合同约定的交易行为与当事人的最终目的不能吻合，则该合同就不算一个成功的合同。律师在审查中也应注意把控合同中的这个度，避免偏离合同双方当事人所要达成的目的。

## (二) 合同的外在质量

如果说合同的内在质量是法律性质，那么合同的外在质量体现在前后文的严谨程度、结构体系的清晰度等方面。

### 1.结构体系的清晰度

在任何一种合同的起草以及审查过程中，最重要的是前后贯穿一条主线，有很好的逻辑顺序，结构体系完整。个人认为最重要的两条主线为时间顺序和工作主题，这两条主线建立起合同的整体结构体系，同时应注意标题体系的完备。如下列一份购销合同：

#### 第一条 合同的目的和合同的义务

第二条 卖方提供的产品与服务

第三条 卖方所要求的质量保障

第四条 合同的价款与付款方式

第五条 包装与交付

第六条 产品的验收与调试

第七条 产品的技术供用与配件的提供

第八条 知识产权与商业秘密的保护

第九条 不可抗力

第十条 违约责任

第十一条 其他

### 2.各个模块的完整性

律师在审查合同时，不仅要注意分析整体结构，同时要注意各个模块的完整性，层级详细、清晰，前后思路严谨、表述恰当。应注意前后模块之间是否有重叠或者关键条款的缺失，是否具有应有的条款功能，前后是否条理清晰，上下级标题安排是否合理等。如违约责任，双方应明确各自的责任以及违反该责任所带来的后果，约定明确具体，同时不违反法律、法规的强制性规定。

### 3.语言表达精确

权利义务的明确与语言表达的规范、易懂、唯一有很大的关系，律师在审查专业的合同时，应审查合同是否使用专业的商业用语，是否使用书面用语，避免口语化。规范每一句话，避免因语言出现歧义而导致争议解决中当事人的损失。

#### 4.版面整洁、美观

版面的重要性，不仅关系到企业的形象，更反映了律师的专业能力。一份排版一致、整齐大方的合同对最后双方是否签订合同至关重要。合同排版可以参照《国家行政机关公文格式》(GB/T9704-1999)、《国家行政机关公文处理办法》等标准。

### 三、企业合同管理中应注意的问题

#### 1.企业应完善合同管理制度

绝大多数企业都缺少真正的合同管理，一些企业的合同管理部门也仅仅是负责合同的审查、审批和盖章等事务。真正意义上的合同管理，应在合同的签订、履行、争议处理终结等，甚至合同的谈判阶段都有法务部门的介入，自始至终关注并及时处理所有相关的法律问题。企业应当完善自身的合同管理制度，将合同管理人才培养和合同管理都实质化。企业法务部门也应加强意识，与其他部门相互配合，对合同实行全程监控，实现企业利益最大化和法律风险损失的最小化。

#### 2.律师在企业合同管理中的作用

现实中，很多委托人在合同签订之后才将合同交给律师审查，此时律师已无法对合同作整体安排，仅能就该合同的不利条款做风险提示，无法充分发挥合同管理的作用。故此律师应在合同签订前、签订时、签订后各个阶段都参与其中，企业有好的法律服务团队的积极配合，才能保证避免遭受不必要的损失。



对于大多数企业，律师在审查合同过程中应在合同文本上充分把关，合同之外采取足够专业的应对措施，避免低级错误造成公司的严重损失。有律师在企业合同管理中各个阶段的参与以及企业各个部门的相互配合，加之企业审慎管理，对企业的法律风险防范将起到积极的促进作用。

在工程建设施工领域，时常发生因发包人或者承包人原因而解除建设工程合同的情况。建设工程合同的解除本身如同其他合同一样，有法定解除和约定解除之分，但由于此类合同具有标的额高、履行期限长、涉及关系复杂等特殊性，往往很难通过协商解除，绝大多数都需要诉至法院，请求人民法院根据法律规定判定合同关系解除，认定解除的责任由哪一方承担，或者各方承担多大责任。合同解除，工程款的结算自然就成了双方争议的焦点问题，尤其是发包人违约解除合同时工程价款的结算更是司法实践中的难题。

我们先来看一下法律对于建设工程施工合同的解除是怎么规定的：

## 发包人违约解除合同

### 工程价款如何结算

《最高人民法院关于审理建设施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称“《司法解释》”）第八条：承包人具有下列情形之一，发包人请求解除建设施工合同的，应予支持：

(一) 明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的；

(二) 合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的；

(三) 已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的；

(四) 将承包的建设工程非法转包、违法分包的。

第九条：发包人具有下列情形之一，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未

履行相应义务，承包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：

- (一) 未按约定支付工程价款的；
- (二) 提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的；
- (三) 不履行合同约定的协助义务的。

合同解除后，关于工程的结算问题，《司法解释》是这样规定的：

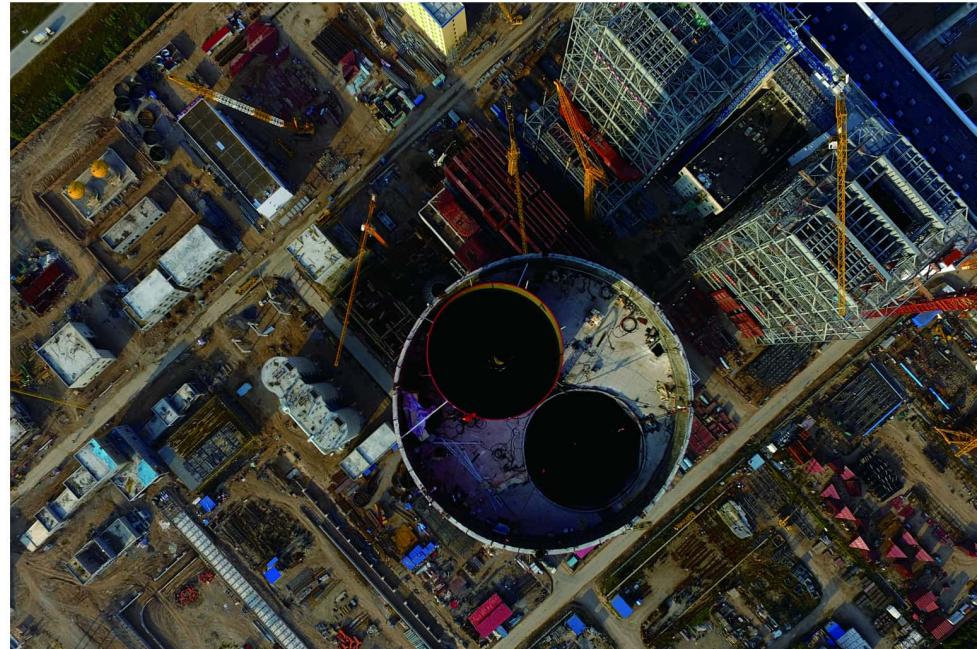
“建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本解释第三条规定处理”。

再来看第三条：“建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：

(一) 修复后的建设工程经验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；

(二) 修复后的建设工程经验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。”

鉴于工程竣工验收不合格或修复后仍不合格，承包人请求支付工程款的不予支持，在这里我们只讨论工程经验收合格或经修复后合格的情况。司法解释中虽然规定工程合格后“按照合同约定支付相应的工程价款”，但如何按照“合同约



定”进行结算常常不是一道数学题那么简单。

2013版施工合同示范文本中提供了三种可选择的价格形式：单价合同、总价合同、其他价格合同。一般情况下，进入诉讼阶段，如双方无法达成一致，法院会委托一家司法鉴定机构对已完工程量进行鉴定，无论是固定单价还是固定总价合同，根据已完工程量，按照合同约定，很容易计算得出发包人应付工程价款。但在因发包人违约而导致合同解除的情况下，这样的计价方法对于守约方承包人而言往往是不公平的。这里涉及到承包人不平衡报价的行业实际。就整体建筑工程而言，工程可以分为基础部分、主体部分、装饰部分、安装部分等，



**张晓芳**

毕业于山西大学法学专业、山西财经大学工商管理研究生。在房地产开发企业从业十余年，熟悉土地开发事务、建筑工程施工、物业管理及租赁、房地产交易、房地产项目融资及房地产企业法务工作。性格沉稳、有良好的沟通及应变能力。勤勉尽职、诚信守德，以真心、诚心、耐心对待每一次委托。业务领域：土地开发事务、建筑工程施工、物业管理及租赁、房地产交易、房地产项目融资。

电话：0351-7552102  
手机：13834699244  
邮箱：13834699244@163.com

各部分工程体量不同，利润点也完全不同。基础和主体部分的实际成本投入比装饰工程明显大很多，施工单位通常是通过装饰、安装工程获得利润的主要部分，来弥补基础及主体部分的大量投入，以达到利润的平衡。在发包人违约解除合同的情况下，如果工程尚处于基础和主体工程阶段，承包人就无法实现其最终利润，还极有可能陷入亏损的境遇。这样就出现一个矛盾，建设单位和施工单位双方在

合同中已经约定了价款的结算方法（很多时候是固定总价或固定单价），双方应该遵照履行；但如果按照合同约定计算已完工程价款，守约一方的利益就无法得到保障。

这一矛盾该如何化解呢？最高人民法院2015年第12期公报案例对这一问题做出了很好的解答。发包人青海隆豪置业有限公司将其开发的海南藏文化产业创意园商业广场项目承包给青海方升建筑安装工程有限公司施工，





方升公司完成基础部分的施工并经验收合格，但隆豪公司拖欠工程进度款1225.14万元，方升公司发出《通知》要求支付所欠款项。隆豪公司则发出通知解除双方签订的施工合同。于是方升公司诉至法院，要求隆豪公司支付欠付工程款，并承担违约责任。该案方升公司一审败诉上诉至最高人民法院。二审法院认为隆豪公司单方解除合同且未按约支付工程款构成根本违约。对于合同价款应当如何确定的问题，根据双方签订的施工合同约定，合同价款采用按约定建筑面积量价合一计取固定总价。作为承包人，其实现合同目的、获取利益的前提是完成全部工程，计价方式贯彻了地下部分、结构施工和安装装修三部分综合平衡报价原则。但合同解除时承包人只完成了基础部分的施工，如按照合同约定的计价方式，则会出现一审判决中的承包人返还超付工程款835491元的结果，对于守约的承包人一方显然是不公平的。二审判决认为，对于约定了固定价款的建设工程施工合同，双方未能履约，致使合同解除的，在确定争议合同的工程价款时，应当综合考虑案件实际履行情况，并特别注

意双方当事人的过错与司法判决的价值取向等因素。二审法院没有支持按照合同约定方式进行结算，而是通过对几种计算方法的比较，认定依据政府部门发布的定额计算已完工程价款，与当事人预期的价款较为接近，计算结果更趋合理。据此，二审法院判令发包人支付承包人欠付工程款9410477元，并支付违约金60227元。这一判决全面改变了一审判决，也体现了案件审理中法院的司法价值判断取向，即“守约方应得到合理保护，违约方应当在工程计价时承担因自己违约所带来的不利后果，不能因违约而获利”。这也意味着固定价是相对固定而不是绝对固定，其仅在约定的范围内计价标准不作调整。当计价的基础发生变化，超过合同约定的风险范围和风险费用，计价方式也应做出相应的调整。最高人民法院这一公报案例，对于在发包人违约解除合同的情况下，如何解决结算工程价款的问题具有指导性意义。

# 浅议合同权利义务 实际转让后的法律责任承担

/李继军

## 【基本案情】

2010年12月24日，S省某高速公路通车。2011年初，因工作需要，派驻该高速公路的路政中队经研究，决定确定一个场地用于存放路政部门执法时查扣的涉及路产路权的车辆，后经协商，指定陈某开办的一个停车场L停车服务部（以下简称停车场）作为车辆停放场地。相关事故车辆在处理完赔偿以及处罚事宜后，在提车时由车主向停车场缴纳存车费，路政部门不支付费用。

为落实《行政强制法》和《S省高速公路管理条例》的实施，S省全省高速公路路政执法单位确定2014年1月1日起针对查封、扣押车辆行为发生的保管费用由执法单位承担。

2014年，双方签订了《租赁合同》一份，约定路政中队租用停车场场地，租赁用途是解决承租人因涉及路产路权等情况查扣的车辆存放问题，场地租赁费每年7万元，停车场不得收取车主任何费用。合同履行期限为2014年1月1日至2014年12月31日，租赁费用7万元已付。

2015年度的《租赁合同》，系2015年9月10日补签，因为签约时间较迟，再加上路政中队向高速公路养护部门移交救援清障业务以及停车场和车辆等原因，故该年度的7万元未付。

2015年10月，S省高速公路管理局发文明确要求2015年10月中旬起全省



李继军

常务副主任，业务执行委员会主任。民盟山西省委委员，民盟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



的高速公路清障业务救援业务由路政管理机构移交给各高速公路运营管理单位组织实施，2015年12月，路政中队将停车场以及停车场原存放的车辆以及清障救援的人员、装备移交给T高速公路管理有限公司（以下简称T公司）养护部门，由T公司养护部门针对停车场原存放车辆实施管理。

2016年1月，由T公司与停车场续签了《租赁合同》，约定场地租赁费每年7万元，合同履行期限为2016年1月1日至2016年12月31日。T公司支付了场地租赁费7万元。

2017年4月，陈某找到T公司，提出要针对停车场所有停放车辆进行统计，T公司安排工作人员与陈某进行了核对。经核对停车场共存放有车辆32辆，其中2015年12月31

日以前为25辆，另有2016年度存放的7辆车。

2017年5月，停车场以S省高速公路管理局（以下简称省高管局）、路政中队为被告，向Y县人民法院提起诉讼，诉称：被告路政四中队从2011年4月开始，将其处置的32辆事故损毁车辆陆续存放于原告处，由原告代为保管并按照物价局规定收取存车费用，时至起诉之日累计欠付原告停车费865440元，虽经多次催讨无果，故起诉至法院。

#### 诉讼请求：

1. 依法判令省高管局、路政中队共同支付原告存车费865440元（计算至起诉之日），后期发生的存车费至被告全部支付时止；
2. 依法判令二被告承担本案全部诉讼费用。

## 【省高管局的答辩意见】

1. 路政中队为省高管局派出机构，并非独立民事主体，本案可由省高管局统一作为诉讼主体参加诉讼。

2. 停车场起诉的基本事实不符合实际

自2014年1月起，停车场就将停车场整体出租并收取租金。针对停车场起诉停车服务部租赁事宜，路政中队在2014年、2015年与停车场签订过租赁合同，针对其停车服务部租赁事宜做过相关约定。

因2015年底路政中队已经将停放车辆以及停车场管理移交给T公司，2016年1月1日起，停车场与T公司签订并履行新的《租赁合同》，此后针对停车场停车服务部的租赁事宜与路政中队无关。相关车辆依约定已经归T公司支配。

3. 依据《民法通则》第一百三十六条第三项规定，停车场的诉讼请求已经超过诉讼时效，法院理应依法驳回。

## 【一审法院审理情况】

一审法院认为：

路政中队为被告省高管局的派出机构，其民事权利义务由省高管局承担。



被告省高管局租赁原告停车场存放车辆，停车场收取停车费，原被告之间形成租赁合同关系。

对于被告省高管局主张本案涉及车辆已经移交案外人T公司管理支配，上述车辆存车费理应由案外人T公司承担。但被告省高管局提供的原告与T公司签订的《租赁合同》以及《T公

司情况说明》中均未明确约定移交本案涉及车辆情况，其也未提供原被告及案外第三人认可的实际移交证据，故被告省高管局的该项主张证据不足，本院不予支持。

被告省高管局主张本案诉讼时效已经超过法律规定，但原被告之间的租赁关系因被告车辆一直存放于原告处，故未超过法律规定的诉讼时效。

路政中队与停车服务部签订的两份《租赁合同》真实有效，原告主张按照Y县物价局相关批复文件标准计算2015年12月31日前的存车费用，证据不足。

被告省高管局未支付从2015年1月1日起至2015年12月31日的存车费70000元。

因2015年底路政中队已经将停放车辆以及停车场管理移交给T公司，”2016年1月1日租赁合同届满后原被告虽未再签订书面的租赁合同，但是被告省

高管局实际存放于原告处26辆车，根据《合同法》第236条规定，原被告的租赁合同继续有效，但是租赁期限为不定期，因双方未再签订书面租赁合同对存车费进行明确约定，根据《合同法》第61条、第62条第二项规定，按照实际存放车辆情况以及Y县物价局对原告收费标准的批复，被告应支付截止到2017年5月4日的存车费共计365845元。

故判决如下：

- 被告省高管局于本判决生效之日起15日内支付原告截止2017年5月3日的停车费共计435845元；
- 驳回原告的其他诉讼请求。

## 【律师评析意见】

针对本案，法院以省高管局没有提供足够证据证明将《租赁合同》中的权利义务转让给T公司为由判令省高管局向停车场支付停车费。

鉴于对该《租赁合同》中省高管局的权利义务是否已经依法转让给T公司的认定涉及到法院审核与认定证据效力的原则和尺度问题，法院审判尺度不一，必然会对合同当事人的权利义务的承担产生重要影响。笔者在此拟结合本案例从

省高管局在《租赁合同》中的权利义务转让给T公司的必要条件等方面进行分析，以供有关人士参考。

### 1. 合同中权利义务的实质转让及必要条件

《合同法》第八十九条规定“权利和义务一并转让的，适用本法第七十九条、第八十一条至第八十三条、第八十五条至第八十七条的规定。”由此可知，合同中权利和义务的转让应具备的条件是：应经合同相对方的同意。

在实践中，有时存在这样一种情形：合同权利和义务一并转让，合同相对方口头同意，并且已经实质履行，但是事后合同相对方又反悔，另行向转让方主张权利。

此时就存在如何认定合同中权利义务的实际转让的问题。

笔者认为：尽管征得合同相对方的同意应以书面形式为标准形式，但是如果从双方从事的民事行为能够推定合同相对方同意转让的，人民法院可以认定合同的权利义务已经转让。

此时，法院可从以下几个方面进行考量：

#### (1) 原合同是否继续履行

如果原合同继续履行，并且受让方已经参与到合同相关条款的实施中，则应视为合同中权利义务已经实质转让；

#### (2) 如果原合同是分期签订的，则考量本期合同履行期限届满后，





后续合同是否签订，合同条款是否一致，后续合同的签订对方是否认可受让了本期合同中转让方的权利和义务

如果合同属于分期签订、履行的，本期合同期满，后续合同已经签订，后续合同的条款约定与本期合同基本一致，并且后续合同的签订方确认受让了本期合同转让方的权利和义务，后续合同中约定的职责受让方已经实际履行，此时应视为合同中权利义务已经实际转让。

(3) 原合同中的标的物是否存在交接行为

如果在合同履行中存在合同的转让方、受让方以及合同相对方针对合同标的物或者权利义务的交接行为，此时也应视为合同中权利义务已经实际转让。

(4) 主张合同权利义务已经转让的一方是否存在损害受让方合同权利的行为

如果合同的相对方没有因合同权利义务的转让而导致合同权利受损，则一般应认定合同中权利义务已经实际转让。

#### 2.本案中省高管局在《租赁合同》中的权利和义务能否实质转让

针对本案，路政中队与停车场的《租赁合同》在2014年1月1日后签订，并且系一年一签。2014年度、2015年度的《租赁合同》由路政中队与停车场签订，2016年度的《租赁合同》由T公司与停车场签订。

从三份《租赁合同》看，双方的法律关系均是同一场地租赁合同关系，即停车场出租同一场地给承租人（路政中队或T公司），承租人每年支付的停车场租赁费用包干为7万元，租赁用途是解决承租人查扣的因涉及路产路权等情况的车辆存放问题。三份合同约定内容高度一致，一脉相承；

T公司向法庭出具了“情况说

明”，明确了2014年4月针对现场历年来的全部车辆的统计系T公司行为，T公司按照省高管局的统一要求受让了路政中队与停车场租赁合同中的权利义务，并且针对全部车辆行使支配权；

省高管局向法庭提供了2015年745号文件，明确要求从2015年10月中旬起全省的高速公路清障业务救援业务由路政管理机构移交给各高速公路运营管理单位组织实施。省高管局作为全省高速公路的主管部门，有权发布针对全省各高速公路经营者相关职责移交的执行文件；



T公司向停车场支付了2016年度的场地租赁费用。

### 3. 人民法院审核与认定《租赁合同》中的权利和义务是否实质转让应遵循的原则

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》第一百零五条“人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审核证据，依照法律规定，运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据有无证明力和证明力大小进行判断

**并公开判断的理由和结果”之规定，鉴于民事活动的丰富性和复杂性的特点，人民法院在审理案件时针对非标准的民事行为，在判断其性质或者后果时，在相关民事行为不违反法律法规禁止性规定、不损害社会公共利益、不损害合同相对方以及第三人合法权益的情况下，应当本着鼓励交易尊重合同当事人的意思自治的原则，依照法定程序，遵循法官的职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验来全面客观地审**

车场租赁合同中的权利和义务转让给T公司，省高管局理应要求路政中队支付停车场2015年度的场地租赁费7万元，2016年度的租赁费已经支付，不应由路政中队另行支付，2017年以后的租赁费应由T公司支付。

(2) 针对2014年1月1日之前的车辆存放费用问题，鉴于该期间路政中队与停车场之间没有合同，路政中队针对相关车辆也没有物权，实质上属于停车场与车主之间的保管合同关系，停车场可以通过行使留置权的方式，实现权利。如有剩余价值，T公司也可以主张路产损失赔偿。

(3) 针对法院认定由省高管局按照Y县物价局对收费标准支付存车费共计365845元问题

笔者认为，路政中队与停车场签订的《租赁合同》所体现的基本法律关系是场地租赁合同，即停车场提供场地给路政中队，路政中队向停车场支付场地租赁费每年7万元，即使期满后双方没有续签合同，依据《合同法》第236条“租赁期间届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但租赁期限为不定期”之规定，也应当按照原《租赁合同》约定的每年7万元计算租金，而不应按照物价局收费标准计算。一审法院认定《租赁合同》期满后，由省高管局按照Y县物价局对收费标准支付存车费共计365845元显然是错误的。



核证据，应当按照证据优势原则来判定。

针对本案，结合上述事实，省高管局的主张以及所提供的证据明显占据优势，更符合客观实际，人民法院理应认定省高管局已经将与停车场租赁合同中的权利和义务转让给T公司，并且合同已经继续履行。

### 4. 本案中省高管局与T公司的责任承担

针对本案中停车场的诉讼请求，笔者认为：

(1) 基于省高管局已经将与停

# ACCEPTANCE BILL

## 买卖银行承兑汇票的行为 不构成非法经营罪



近期，笔者承办了一起涉嫌非法经营罪的刑事案件，案件事实如下：

委托人乙公司与受托人甲某签订了一份《银行承兑汇票贴现委托协议》，约定乙公司委托甲某将该公司合法持有的188张、合计1.875亿元的银行承兑汇票转让贴现，并将贴现款返还乙公司，乙公司向甲某支付300万元代理费。公安机关以涉嫌非法经营罪对甲某立案侦查，其理由是甲某买卖银行承兑汇票的行为属于“非法从事资金结算业务”，违反了《刑法》及公安部经济犯罪侦查局的某项批复。

笔者接受委托后，与公安机关、检察院多次沟通并提交律师意见，最终甲某在被刑事拘留七日后、公安机关申请检察院批准逮捕期间，被取保候审。虽然检察院在当地政治因素的影响下未接受笔者“甲某不构成犯罪”的意见，但却在涉嫌非法经营数额高达1.875亿元、依法应当判处五年以上有期徒刑的情况下，对甲某采取取保候审，颇有案件并不该办迫于压力又不得不办的意思。但笔者坚持认为，代理贴现银行承兑汇票或者买卖银行承兑汇票属于票据中介业务，不属于“非法资金支付结算业务”，不构成非法经营罪。

第一，我国刑事法律体系中涉及非法经营罪的规定主要体现在：

《刑法》第二百二十五条规定、《全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，以及《最高人民法院关于审理骗购外汇、非法买卖

外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体运用法律若干问题的解释》、《最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》、《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、《最高人民法院关于审理破坏野生动植物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、《最高人民法院关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复》、《最高人民检察院关于非法经营国际或港澳台地区电信业务行为法律适用问题的批复》、《最高人民检察院关于办理非法经营食盐刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体运用法律若干问题的解释》第六条、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条。

以上现行法律及司法解释，均没有将代理贴现银行承兑汇票的行为规定为“非法资金支付结算业务”。《刑法》第三条规定“法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪量刑。”这是我国法律的罪刑法定原则，无论是公安机关侦查，还是检察机关审查批捕、审查起诉，或是人民法院审判，都应当严格执行这一原则。因此，甲某的行为依法不构成非法经营罪，本案公安机关对甲某立案侦查违反了刑法“罪刑法定”原则。

第二，除了《刑法》的相关规定，本案公安机关还根据公安部经济犯罪侦查局2009年11月26日作出的《关于对倒卖银行承兑汇票行为性质认定问题的批复》（以下简称《批复》）认为甲某的行为属于“非法资金结算”。该批复认为“此类与他人串通注册成立公司，伪造贸易合同，虚构贸易背景，从银行开出多份银行承兑汇票进行倒卖，及从他人手中购买银行承兑汇票进行倒卖，从中牟利的行为，数额巨大，严重扰乱正常的票据管理秩序，可以认定为刑法修正案第五条规定的‘非法从事资金支付结算业务’的活动。”但不仅本案的客观情况并不符合该《批复》规定的情形，该《批复》本身也因没有刑事法律意义上的效力，不能作为认定犯罪的法律依据。

其一，甲某没有与他人串通成立公司，涉案的票据均是乙公司从某银行营业部合法取得的、并具有真实交易关系的汇票，因此不存在《批复》所述的通过“伪造贸易合同，虚构贸易背景”取得票据的情形。此外，甲某取得涉案票据也不是通过购买，而是其接受乙



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

公司的委托代理所得。

其二，公安部的下属机构经济犯罪侦查局根本不具备制定和颁布法律、行政法规和部门规章的主体资格。从效力上看，上级行政机关的批复仅仅具有“指导”作用，法院判决被告人是否构成犯罪的标准并不是公安部的“批复”而应当是法律。

第三，中国人民银行《支付结算办法》(银发〔1997〕393号)第三条对“支付结算”是这样规定的：本办法所称支付结算是指单位、个人在社会经济活动中使用票据、信用卡和汇兑、托收承付、委托收款等结算方式进行货币给付及其资金清算的行为。可见，支付结算应当是资金运行到终端后的最终结算行为，而本案所涉票据的转让是在票据支付结

算之前的中间过程，没有使票据退出流通领域，显然没有达到终端的环节，不能认定为支付结算业务。

此外，进行资金结算业务必然是将票据作为一种支付的工具，而本案中不论乙公司还是甲某，都把涉案汇票作为一种商品来对待，本案是资金供应者和资金需求者双方通过信用工具进行交易融通资金，获得价款也并非通过银行与经济组织之间的结算行为，显然不属于刑法规定的“资金支付结算业务”。

第四，《票据法》要求票据流转过程中要有“真实交易或真实债权债务”，但其目的在于要求汇票的背书转让取得要支付对价，虽然签发没有真实交易关系的票据原则是不允许的，但由于票据的无因性，即使原因关系无效或不存



在，当票据权利转让以后，当事人之间形成了一种新的债权债务关系，持票人拿票据换取受让人的资金，通过对价的支付与票据权利的转移而完成票据交易，这实际上是一个民事交易行为。

第五，最高人民法院、山西省高级人民法院已就买卖承兑汇票的行为作出裁定，认定该行为“不属于非法资金支付结算业务”，不构成犯罪。

2013年与甲某相关联的人因与本案相同的行为被判处非法经营罪后，向山西省高院申诉，山西省高院将案件报送最高人民法院复核，最高人民法院最终裁定：其行为虽然违反了《票据法》关于票据取得和转让应当具有真实的交易关系和债权债务关系的规定，但买卖承兑汇票的行为不属于“资金支付结算业务”，亦不宜认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，依法不构成非法经营罪。

2015年甲某因相同行为被判有罪后向山西省高院申诉，山西省高院提起再审后裁定甲某“买卖承兑汇票的行为不属于资金支付结算业务，不构成非法经营罪”。

因此，最高人民法院、山西省高级人民法院已经依照法律的规定对买卖银行承兑汇票的行为作出了明确的认定，即买卖银行承兑汇票的行为不属于“非法从事资金支付结算业务”，不构成非法经营罪。但笔者查阅各地相关案例，发现不少司法机关在实践



中出现了将买卖承兑汇票的中介业务认定为“非法从事资金支付结算业务”的倾向，原因是“非法从事资金支付结算业务的定性和范围并不明确”，但山西省范围内的法院或者直接作出无罪判决，或者正在通过当事人的申诉纠正有罪判决。笔者认为，应当严格按照“法无明文规定不为罪”的基本原则来认定行为的性质，避免随意将刑法没有予以规制的社会经济生活中的新情况、新方法以犯罪来评价。今后律师遇到此类案件可以大胆去做无罪辩护。



# 劳动争议案件中 罹患特殊疾病劳动者的 劳动保护及法律适用

## 一、基本案情

王某自2009年2月起进入甲医院从事清洁员工作。2015年9月15日，王某被该医院确诊罹患胃癌，随后住院治疗。治疗期间，甲医院拟与王某解除劳动合同关系，但仅愿支付王某1万余元的补偿费，王某经咨询相关部门及律师，认为最少应支付其6万元，双方协商未果。2016年3月中旬，甲医院直接向王某发出《甲医院关于解除与王某劳动合同的决定》，合同的截止日期为2016年3月31日。因治病需要用钱，王某遂于2016年7月向劳动人事争议仲裁委员会申请劳动仲裁。笔者有幸以王某代理人的身份全程参与了该案，历经一审、二审，历时一年有余，最终于2017年9月调解结案，并取得了理想的效果。



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：sxmxp@126.com



## 二、劳动合同签订及履行情况

王某于2009年2月入职，2009年4月15日甲医院与王某签订劳动合同，期限二年，2011年4月15日合同到期后双方未再签订书面劳动合同。

王某生病住院后，甲医院仅给予王某6个月的医疗期，且按山西省最低工资标准的80%向王某支付工资。但因王某在甲医院向其发出解除劳动合同通知后，未办理解除劳动合同的后续手续，甲医院遂停发了王某最后三个月的医疗期工资，同时甲医院还存在欠缴部分社会保险费的问题。

## 三、双方争议的主要劳动保护项目及法律适用

### （一）关于医疗期间问题

甲医院认为，根据《关于发布〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》（劳部发〔1994〕479号）（下称“劳部发〔1994〕

479号《通知》”）第三条“企业职工因患病或非因工负伤，需要停止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予三个月到二十四个月的医疗期：

（一）实际工作年限十年以下的，在本单位工作年限五年以下的为三个月；五年以上的为六个月”的规定，王某实际在本单位工作五年以上，且参加工作年限不足十年，给王某六个月的医疗期符合《通知》的规定。

笔者认为，王某的情况应适用劳部发〔1994〕479号《通知》第三条第（二）项规定：“实际工作年限十年以上的，在本单位工作年限五年以下的为六个月；五年以上十年以下的为九个月”。同时，劳部发〔1995〕309号《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第76条规定：“依据劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》（劳部发〔1994〕479号）和劳动部《关于贯彻〈企



业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》的通知》（劳部发〔1995〕236号），职工患病或非因工负伤，根据本人实际参加工作的年限和本企业工作年限长短，享受3-24个月的医疗期。对于某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在24个月内尚不能痊愈的，经企业和当地劳动部门批准，可以适当延长医疗期”，即在劳动者在24个月内尚不能痊愈，需要再延长医疗期的情况下，需要经企业和当地劳动部门批准。

本案王某工作年限在10年以上（对于该情况，甲医院在辞退王某之前并未向王某核实，王某向仲裁机构及法院提供了自1994年即参加工作的证据），且在甲医院工作已经7年多，作为癌症患者，在24个月内未能痊愈，在甲医院不批准王某延长医疗期的情况下，王某应至少享受24个月的医疗期。

## （二）关于甲医院违法解除劳动合同及支付经济赔偿金的问题

甲医院认为，王某在六个月医疗期满后再没有回甲医院上班，其向王某发出解除劳动合同通知，符合《劳动合同法》第40条“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”规定及程序法律规定，双方劳动合同已经解除，王某应到甲医院办理相关离职手续。

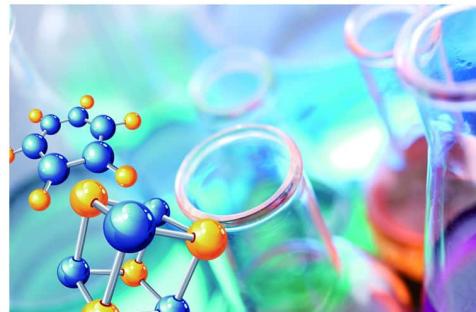
笔者则认为：

1. 甲医院不具备根据《劳动合同法》第40条第（一）项规定解除与王某的劳动合同的条件，其行为不符合用人单位单方解除劳动合同的实体法律规定

如前所述，甲医院应至少给予王某二十四个月的医疗期，而甲医院实际仅给予王某六个月的医疗期。甲医院在王某医疗期未满，且未按相关规定为王某进行劳动能力鉴定以确定其是否能够从事相关工作，同时欠缴王某社会保险、欠发王某工资的情况下向王某发出《解除劳动合同通知书》，解除与王某劳动合同的行为，不符合用人单位单方解除劳动合同的实体法律规定。

## 2. 甲医院违反了劳动法律关于辞退程序的规定

根据（劳部发〔1995〕309号）《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第35条、《劳动合同法实施条例》第十九条第八项、《山西省劳动合同条例》第二十九条的规定，劳动者患病或非因工负伤，在规定的医疗期满后，用人单位应当根据设区的市以上劳动能力鉴定委员会的鉴定结果安排劳动者工作；劳动者不能从事原工



作、也不能从事由用人单位另行安排的其他工作的，才可以解除劳动合同，并按规定支付劳动者经济补偿金及医疗补助费。本案甲医院在王某医疗期未满，未为王某申请劳动能力鉴定，未安排王某从事原工作或另行安排其他工作，且未给予王某经济补偿及医疗补助费的情况下，即单方辞退王某，其行为违反了劳动法律关于辞退程序的规定。

基于上述，根据《劳动合同法》第四十

七条、四十八条、八十七条的规定，甲医院违法解除与王某的劳动合同，应支付王某双倍经济赔偿金。

### （三）关于工资标准

甲医院认为，王某的工资标准应按其医疗期届满前12个月的工资标准计算。甲医院发给王某的医疗期工资是按《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发〔1995〕309号）第59条规定“在医疗期内企业支付的病假工资标准不得低于最低工资标准的80%”的标准发放的。

笔者认为，医疗期内的工资系国家为保护作为弱势群体的劳动者以法律规定的形式要求用人单位在劳动者患病期间给予劳动者的最低生活保障费，并非劳动法律上规定的正常工资。《劳动合同法实施条例》第二十七条规定，“经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算，包括计时工资、计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入”。

实际上，王某患病后医疗期内的工资系国家为保护作为弱势群体的劳动者以法律规定的形式要求用人单位在劳动者患病期间给予劳动者的最低生活保障费，并非劳动法律上规定的正常工资。据此，甲医院支付王某经济赔偿金、医疗补助费的工资标准应依据上述法律规定及合理性原则确定，按王某患病前一年的工资标准计算，而非按王某医疗期发放的工资标准计算。

### （四）关于甲医院未与王某续签书面劳动合同赔偿二倍工资问题

甲医院认为，根据《山西省劳动合同条例》第八条第1款“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。建立劳动关系应当订立书面劳动合同；已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起1



个月内订立书面劳动合同”，以及第2款“前款所称用工之日，是指劳动者根据用人单位的安排，到用人单位报到之日”的规定，甲医院自“用工之日”起即与王某签订了书面劳动合同，该合同两年期满后，双方原劳动合同自动延续，所以不应支付王某双倍工资。

笔者则认为，《山西省劳动合同条例》第八条第2款规定仅是对第1款中“用工之日”的解释，意在确定劳动关系建立的时间，甲医院对该条文的理解系断章取义。甲医院在两年合同期满后，未依据劳动合同法的规定与王某续签劳动合同，未履行与劳动者签订书面劳动合同的法定义务，应按照法律规定向劳动者支付双倍工资。

本案劳动仲裁、一审判决均认可了笔者的上述观点，二审审理过程中，王某因病医治无效去世，经法院主持调解，双方除在经济赔偿金、医疗补助费、双倍工资等问题上达成一致外，在补交社会保险费的问题上也达成了一致，甲医院同意补交至王某去世前，上述项目总计金额基本达到了一审判决确定的金额，也解决了王某家属后续社会保险费的清缴领取事宜，达到了良好的效果。



# 劳动者与两个公司签订劳动合同， 劳动关系如何认定



彭艳华

硕士研究生，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：**劳动合同仅仅是判断单位与个人之间是否存在劳动关系的重要依据之一，确认双方存在劳动关系还要审查劳动合同是否得到实际履行且产生了相应的劳动权利义务。当劳动者与两个用人单位签订了劳动合同，且不属于劳动合同法司法解释（三）第八条规定的情形时，劳动关系的确认要看实际履行的是哪一个劳动合同。单位与劳动者仅仅存在缴纳社会保险费等关系而不具备劳动关系本质特征的，不宜轻易认定双方存在劳动关系。



## 一、案件基本情况

### (一) 劳动合同签订情况

2015年1月1日，劳动者刘某与广东某公司（以下简称“广东公司”）签订《广东省劳动合同》，约定合同期限为2015年1月1日至2017年12月31日，刘某职务为业务管理中心业务二部副部长，工作地点为上海市，工资制度为岗位工资，绩效考核“详见绩效考核管理办法”。由于广东公司注册地址为广东省，刘某工作地点在上海市，根据上海市社保缴纳政策，广东公司无法为刘某等在上海工作的员工在上海市缴纳“五险一金”。

为了解决刘某等人的社保缴纳问题，2016年1月13日，与广东公司同属于某集团控股子公司的上海某公司（以下简称“上海公司”，注册地上海市）与刘某签订了《劳动合同》，合同期限为2016年1月16日起至2017年1月15日止，合同模版使用的是广东公司提供的广东省劳动合同范本，约定了由上海公司缴纳社会保险及医疗期待遇，但没有约定工资待遇。

另外，上海公司与广东公司没有书面的社保代缴工资代发约定。

### (二) 劳动合同履行情况

刘某工作地点在上海，考勤由上海公司负责；刘

某社保由上海公司缴纳，社保基数为3901元（非刘某实际工资）。刘某的工资由上海公司按照广东公司薪酬体系计算并经广东公司确认后，一半（不含税）由广东公司账户直接发给刘某，一半由广东公司转账给上海公司，再由上海公司扣缴个人所得税及社保后发放给刘某。

### (三) 争议由来

由于上海公司法定代表人的身份证已于2016年7月16日到期，导致上海公司交行基本户被冻结，而此基本户是上海公司缴纳公积金的专用账户，致使上海公司无法为员工正常缴纳公积金。为了解决这个问题，在账户冻结初期，上海公司变通以现金缴纳的方式上缴公积金，直到上海公积金管理中心自2017年5月开始只接收上海市内支票和上海市内银行转账，而上海公司在上海只有交行基本户一个开户行，造成自5月份起无法正常缴纳公积金的情况。其他“五险”一直正常缴纳。

2017年5月后，为了解决上海工作员工的社保缴纳问题，上海公司召开员工大会与劳动者协商，寻求在上海的关联单位A公司或者正规劳务派遣公司代缴代扣社会保险与代发工资，劳动者无人异议。根据上海市社保缴纳政策，上海公司必须在2017年5月25日前终止社保账户，并将劳动者接入新账户才能正常缴纳下个月的社保，上海公司于2017年5月25日终止了全体员工的社会保险，社保机构系统显示退保理由为“终止合同”。



但后来证实，A公司因编制问题无法接收上述员工，而劳动者又不接受劳务派遣公司，于是2017年6月，上海公司重新对刘某等劳动者进行招录，续接社保。社保续接成功，员工能正常缴纳“五险”，但是因交通银行基本账户冻结，公积金缴纳问题没有解决。

#### (四) 仲裁基本情况

2017年6月15日，刘某以上海公司作为被申请人，向普陀区劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

##### 1. 仲裁请求

(1) 发还2017年5月份工资13000元（税前），2017年6月份上半月工资7000元；(2) 赔偿2012年9月至2017年6月工作期间的经济赔偿金 $13000 \times 5 \text{ 个月} \times 2 = 130000$ 元；(3) 赔偿2017年2月至2017年6月4个月未签订劳动合同双倍工资差额 $13000 \times 4 \text{ 个月} = 52000$ 元。

##### 2. 仲裁理由及依据为

- (1) 2016年1月至今，公司扣发风险工资4000元/月；
- (2) 2016年9月至今，公司长期拖欠迟发工资（合同约定每月10号发放上月工资）；
- (3) 2017年5月，公司中断全体员工社保及公积金的正常缴纳；
- (4) 2017年5月25日，公司在全体员工不知情的情况下，对全体员工退工退保；
- (5) 2017年1月至今，公司拒绝与员工签订劳动合同。



## 二、案情分析

本案为劳动争议纠纷。劳动者分别与广东公司、上海公司签订了劳动合同。从劳动合同实际履行来看，广东公司才是刘某的用人单位，上海公司作为被申请人主体不适格，理由如下：

### (一) 刘某与广东公司签订的劳动合同才是双方真实意思表示，是有效的劳动合同

1. 刘某与广东公司劳动合同，对工作地点、工作内容、工资构成、劳动合同期限等作了具体规定，且有广东公司的书面聘任文件。

2. 刘某与上海公司的劳动合同，只是为了解决刘某的社保缴纳，对劳动者至关重要的工资待遇没有任何规定；刘某与上海公司的合同，适用的是广东公司所在地广东省劳动合同范本，且明确含有加班适用《广东省工资条例》等内容，而上海公司的注册地、工作地都是上海市，没有理由适用广东省的地方性法规。

### (二) 刘某作为劳动者，提供的劳动是广东公司业务组成部分，适用的是广东公司的规章制度，与广东公司产生实际的权利义务

劳动合同仅仅是判断单位与个人间是否存在劳动关系的重要依据之一，双方是否存在劳动关系还要审查劳动合同是否得到实际履行并产生相应的劳动权利义务。

1. 刘某提供的劳动是广东公司的业务组成部分，其劳动成果归属于广东公司。

#### 2. 对刘某适用的是广东公司的薪酬管理制度

刘某与广东公司签订的《广东省劳动合同》明确了工资构成为：岗位工资加绩效。绩效适用详见绩效考核管理办法。广东公司制定有《公司风险绩效考核管理办法》，其中规定对于长单业务：如超过回款日期十个工作日后，未能回款，扣除公司全体员工风险绩效金，责令相关负责人停止其日常工作，专职催款工作。上海公司的薪酬制度没有约定风险绩效制度。

而刘某在仲裁理由中称“(1) 2016年1月至今，



公司扣发风险工资4000元/月”，说明刘某无论从劳动合同规定、劳动者自我认知、工资实际计算发放都是适用广东公司的薪酬制度。

### 3. 刘某适用广东公司的人事制度

广东公司于2014年12月24日发文“根据工作需要，经广东公司班子成员会议研究，决定聘任下列同志职务：……刘某同志为广东公司业务管理中心业务二部副部长，聘期从2014年12月25日开始，聘期一年”，对刘某进行了职务任命。

### (三) 上海公司与刘某不构成劳动合同关系，只存在工资代发、社保代缴关系

首先，上海公司与刘某的劳动合同对工资构成及标准没有任何约定，上海公司每月制作刘某等员工的工资，完全依据的是广东公司的工资薪酬制度且数额需要广东公司确认。

其次，刘某等劳动者的工资及社保资金、补贴来源，完全由用人单位广东公司支付。上海公司的两个账户，一个交通银行账户已经被查封，一个是广州账户没有自有资金。上海公司给刘某等员工发放的工资、社保、补贴，资金完全来源于广东公司。

再次，在工资发放形式上，广东公司将一半的工资直接支付给刘某，另一半由上海公司在代扣社保、代缴个税后支付给劳动者。上海公司按广东公司薪酬

体系，制作好每月工资表之后，汇总给广东公司，广东公司审核后，将工资的一半直接发放给劳动者；工资的另一半（含社保、个税、补贴费用）每月定时转账给上海公司广州账户，上海公司在扣除个税、社保后发放给刘某等员工。上海公司与广东公司形成工资代发、社保代缴关系，广东公司与刘某形成劳动关系。

同时，根据上海市高级人民法院发布的《劳动争议案件审理10条内部口径》（2014）第1条“单位与劳动者仅仅存在缴纳社会保险费等关系，但不具备劳动关系本质特征的，不宜轻易认定双方存在劳动关系”之规定，本案刘某的用人单位不应认定为上海公司。

### 三、案件结果

普陀区劳动仲裁委采纳了律师的意见，认定刘某与上海公司不存在劳动关系，驳回了刘某的仲裁请求。

---

<sup>①</sup>劳动合同法司法解释（三）第八条“企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。”

# 经营期限届满后根据章程修改决议 延续公司经营期限的 **行政行为是否有效**



公司在设立之初会在章程中约定经营期限，该期限的约定往往是股东或者发起人根据企业运营设备的年限，以及股东利益的回收等各种因素综合考虑决定的，是股东自治的高度体现。

在现实中很多企业在约定经营期限的同时，更进一步约定若经营期限届满，股东决定延长期限，应在期限届满之日前一个合理的期限内召开股东会进行表决，且明确该决议通过所需的表决权比例。这种约定为今后企业的运营避免了很多不必要的麻烦，有效保护了中小股东的权益。但

同时也有很多企业仅仅约定了经营期限，而没有在章程中就此作进一步的约定，这就为经营期限届满后企业的存续以及股东权益的取得埋下了隐患。

如甲、乙两股东共同出资成立A有限公司，注册资本10万，甲出资7万元，占股70%，乙出资3万元，占股30%。章程约定经营期限十年，自登记机关批准之日起计算。工商部门于2000年1月1日核准登记设立A公司。公司经营期间甲、乙两股东意见分歧渐大，一度陷入僵局，无法继续经营。经营期限届满后，乙于2010年1月13日向法

## 肖 堇

山西大学硕士研究生。在大型国有企业工作十余年，有丰富的贸易领域专业知识，熟悉贸易操作流程及相关法律法规，在公司法律事务方面拥有良好的理论基础和丰富的实践经验，为多家大型企业提供法律服务，办理过许多复杂的的民商事案件。业务领域：房产买卖、过户、土地、拆迁、建设工程、公司、合同、知识产权、企业重组、改制、婚姻、劳动、债权债务处理等民商事法律事务。

电话：0351-7552132  
手机：18635173360  
Email:281293146@qq.com



院提出清算申请，甲于2010年1月28日向乙发出次日召开股东会的通知，要求议定修改公司章程，延长经营期限。乙没有参会。甲单方召开会议并通过了关于延长经营期限的股东会决议。2010年2月14日，工商局变更了A公司经营期限。

**本案的争议焦点为公司经营期限届满但尚未注销前，股东会决议的效力。**

如果认为该决议有效，则工商局据此变更经营期限并无不妥。此时乙可以依据《公司法》第七十五条的规定要求公司收购股权，与公司不能达成股权收购协议时，乙可以自股东会决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼，或者可依据《公司法司法解释二》第一条的规定直接提起解散公司之诉。

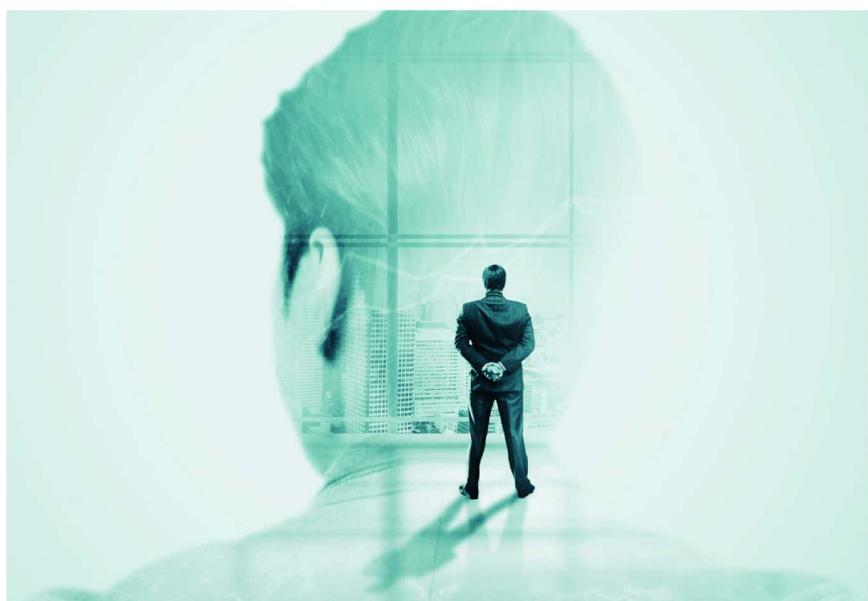
但笔者认为直接认定该决议有效，有悖于《公司法》第一百八十条、第一百八十二条的立法本意，且与工商部门对经营期限的理解相左。

### 一、经营期限届满后公司法人的状态

要厘清经营期限届满后股东会决议的效力，首先要明确经营期限届满后到公司注销前这段时间内，公司法人究竟处于一个什么样的状态。

作为企业登记机关的主管部门，国家工商行政管理局于2000年8月3日作出的《对企业经营期限有关问题的答复》（工商企字〔2000〕第160号）明确指出“二、根据《公司登记管理条例》第九条、《企业法人登记管理条例》第九条及其施行细则第三十三条的

规定，公司、外商投资企业、联营企业，应按照工商行政管理机关在其营业执照上核定的经营期限（营业期限）内从事经营活动，超出核定的经营期限（营业期限）从事经营活动，其中属于公司的，应认定为未按照规定办理变更登记或注销登记，并依照《公司登记管理条例》第六十三条或第六十六条予以处理”。而在《企业法人登记管理条例》第二十九条第一款第（三）项中对此也



做出了严厉的处罚规定：“企业法人有下列情形之一的，登记主管机关可以根据情况分别给予警告、罚款、没收非法所得、停业整顿、扣缴、吊销《企业法人营业执照》的处罚：（三）不按照规定办理注销登记的”。

2000年11月15日，国家工商行政管理局再次以答复的形式明确经营期限届满后企业的状态。工商企字〔2000〕第268号《关于处理经营期限届满后不进行清算的外商投资企业问题的答复》“……五、公司经营期限届满后，除清算活动外，不得开展新的经营活动。开展新的经营活动的，根据《中华人民共和国公司登记管理条例》第71条处理”。（《公司登记管理条例》第七十一条：清算组不按照规定向公司登记机关报送清算报告，或者报送清算报告隐瞒重要事实或者有重大遗漏的，由公司登记机关责令改正。清算组成员利用职权徇私舞弊、谋取非法收入或者侵占公司财

产的，由公司登记机关责令退还公司财产，没收违法所得，并可以处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。）

2017年实施的《民法总则》第六十九条更是直截了当的提出：“有下列情形之一的，法人解散：（一）法人章程规定的存续期间届满或者法人章程规定的其他解散事由出现”。

由《民法总则》及工商总局的批复不难得出，企业在经营期限届满后，法人自动解散，应转入清算程序，且只能办理清算及与清算有关的事宜。此时的企业处于“植物人”的状态，虽然法人资格仍然存续，但其已经没有任何与经营有关的能力，只能静等清算完毕、法人注销的那一刻。

## 二、经营期限届满后股东会决议的效力

据《民法总则》第六十九条的条文，经营期限届满后，企业法人已经解散，当



然不得进行经营活动。此处对经营活动的理解应为普通人均可接受的经营活动的含义，包括股东会、董事会召开的与经营活动有关的相关会议及产生的相关决议。延长经营期限当然是经营活动的应有之义，所以经营期限届满之后做出的相关决议当然无效。

股东在经营期限届满前没有形成有效决议，想继续经营公司的股东也没有通过股权回购等途径收回异议股东的股权，应视为各股东方均已达成清算注销的意向。

对《公司法》第一百八十五条“经营期限届满”时间上的解读应严格理解为经营期限届满之日。企业法人资格发生变化影响巨大，大小股东及债权债务人都按照此时间节点开始维护自己的权利。本文开头所举案例中，小股东就是基于对经营期限届满的理解及时提出清算之诉，而此时在时间节点上作过于宽泛的解读，会带来很大的负面影响，也违背了与之相关法条的立法本意。

所以，只有在经营期限届满之前，股东会召开的与经营活动相关的会议及其决议才会产生相应的法律效力。公司经营期限届满后各种与经营相关的股东会决议当属无效，相关行政部门不应据无效的股东会决议做出任何变更登记及审批行为。

### 三、忽视经营期限概念会给企业相关各方带来不可估量的损失

有限责任公司章程的设立是公司人合性和企业法人高度自治的体现，是公司组织及其经营活动的基本准则。法人设立经营期限，有它自身的意义。关于经营期限的约定体现了股东在设立公司之初对市场



对经营情况的一个预期。

在约定的经营期限届满之前，如果股东就此没有达成一个协议，或者没有三分之二表决权通过，则期满之后自动进入清算期。该期间内，公司作为企业法人资格仍然存续，但不能进行与清算无关的任何事宜。

假设以此时该企业法人资格存续为由，认为经营期限届满后的股东会决议仍然有效，相关行政审批部门据此做出相应的变更经营期限等行为，是明确违背相关法律的，也会给各相关利害关系人带来很大的问题。以本文开头所述案例为例，假如A公司此时已接近资不抵债，濒临破产的边缘，小股东正期待通过清算脱离苦海，可大股东为了“充分利用资产”，在工商局批准该公司经营期限延期后，马上将公司资产为大股东关联公司做了抵押担保。此时小股东的权益根本无法有效维护，只能是雪上加霜，欲哭无泪。

小股东基于对经营期限的充分认识和尊重，所以在经营一段时间，尤其是企业法人即将到期时，选择到期后自动清算解



散，一方面维护了股东之间的脸面情谊，一方面可以避免走诉讼途径的繁琐和人力精力财力的投入。而如果将经营期限届满后与经营活动有关的股东会决议认定为有效，将会无端增加股东诉累。尤其是简单的将公司经营的起止点认定为核准登记注册与注销，会使经营期限这一概念变得毫无意义。

#### 四、实践中各方已经初步达成共识

基于经营期限的重要性，各地工商部门已初步达成共识，严格该期限的时间限制。

山东省的律师明确提醒企业法人：“自经营期限到期前，还需要继续经营的，该企业应在到期前一个月内到工商部门办理变更手续，否则，工商

部门系统自动锁定该企业，在工商部门依法对其处理以后方可继续变更。”<sup>①</sup>

司法实务中，人民法院更是明确指出：“公司章程规定经营期限届满后股东之间就公司存续无法达成一致的，应当视为公司自公司章程规定经营期限之日起已经解散。公司的经营属于商事行为，遵循公司自治的机构模式，公司法第十一条规定：‘设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。’对于公司及其股东等人员来说，公司章程是仅次于法律法规的行为规范，公司的日常经营活动必须依此而行。在公司股东之间发生矛盾无法调和并且公司经营期限已经届满之时，公司的章程是处

理公司股东争议的法则。在公司经营期限届满后，若股东之间就公司的存续无法达成一致，应依章程而为，即视为公司已经解散，此时存续只有公司解散后的清算问题”。<sup>②</sup>

中小股东持股比例较小，尤其是那些持股不足三分之一的股东，在表决的过程中无法与大股东相抗衡，如果在章程中对重大事项表决比例约定不明，往往会被大股东以优势票数挟持，损害自身利益。经营期限一方面是股东对前景的一个预期，一方面也是保护股东权益的一道屏障。对经营期限的正确理解，有助于保护各方股东的利益。

综上所述，经营期限届满后公司自动解散，进入清算程序，股东会所做的任何与经营活动有关的决议不具有法律效力，相关行政登记审批部门也不应据此作出相应的行政变更行为。已经做出的，应当及时撤销。

<sup>①</sup>《注意执照经营期限》，招商周刊经济与法第24期，2003年7月7日，志刚（山东北极之星律师事务所）

<sup>②</sup>《股东出现分歧且经营期限届满公司应自动解散》，人民法院报，2010年3月3日第007版，李军，陆金保（江苏省常熟市人民法院）



# Marriage 婚姻 财产纠纷案件 婚姻的几个问题



**案例：**2016年2月，刘某与张某甲经人介绍相识，3月确定了恋爱关系。恋爱期间刘某送张某甲Prada包一个，同年7月23日，双方举行了订婚仪式。刘某与其舅舅吴某、媒人陈某一同到张某甲家中，由吴某将礼金人民币10万元及举办婚宴的费用1万元交给张某甲之父张某乙，刘某将金项链、金戒指等首饰交给了张某甲。2016年9月2日，刘某与张某甲按农村习俗举行了结婚典礼并开始共同生活，但双方一直未到婚姻登记机关办理结婚登记手续。后双方因生活琐事发生矛盾，张某甲于2016年12月不辞而别，双方开始分居生活至今。

刘某将张某甲与张某乙作为共同被告向人民法院起诉，诉称：（1）判决被告张某甲返还Prada包一个及金项链、金戒指等首饰。（2）判决被告张某乙返还彩礼11万元人民币（其中包括举办婚宴的费用1万元）。

张某甲、张某乙辩称：（1）没有收到刘某的财物，对刘某要求返还的彩礼金额有异议。（2）刘某与张某甲已同居生活，刘某要求返还彩礼无事实和法律依据。（3）婚约财产产生纠纷，其诉讼主体应是解除婚约的男女双方而不是其他人，张某乙并非本案适格的被告。

## 一、婚约财产的界定

关于婚约财产的范围，我国《婚姻法》及相关法律法规未予明确，现金和实物虽然表现形式不同，但性质相同，均可以认定为彩礼。彩礼系按照习俗以订立婚约为基础，以缔结婚姻关系为目的而所为的给付，具有严格的针对性及明显的习俗性，但男女双方在订立婚约期间所给付的财物并不全都属于彩礼的范围之内，在恋爱期间为增进感情而馈赠对方的财物，属于一般意义上的赠与，不在彩礼之列。在处理婚约财产纠纷案件时，首先要综合考虑当事人所在地有无给付彩礼的风俗习惯，如果有，那么一方婚前给付对方的贵重财物可以考虑认定为彩礼。除了考量是否存在给付彩礼的风俗外，给付行为是否以结婚为目的也是处理该类案件重要的考量因素。具体而言，应结合给付财物的价

值、给付的时间、给付的场合等因素来判断是否以结婚为目的，如以结婚为目的，则可以考虑认定为彩礼，反之，则不能认定为彩礼。

案例中，根据当地的婚俗习惯，在订婚时男方通常会给付女方一定的财物作为彩礼，刘某在诉讼中主张订婚时给付张某乙礼金10万元及给付张某甲金项链、金戒指等首饰，并提供了吴某、陈某的证言，证人均证实了刘某有给付张某甲、张某乙礼金及首饰的事实。证人作为订婚仪式的见证人，其证言具有一定的可信度，且刘某给付礼金的数额亦符合当地的婚俗习惯，因此，刘某给付张某甲的金项链、金戒指等首饰及给付张某乙的10万元可以认定为是彩礼。Prada包是刘某在与张某甲恋爱期间为增进感情赠与给张某甲的，属于一般意义上的赠与，不属于彩礼。举办婚宴的1万元为双方在筹备婚宴过程中为宴请、款待亲友所支出的费用，属于共同支出的消费性费用，

并未由张某甲、张某乙实际取得，因此，对于该消费性支出，刘某无权要求返还。

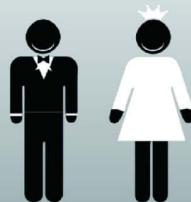


申 芳

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

**YES OR NO?**





YES OR NO?



## 二、婚约财产纠纷案件的当事人

给付彩礼问题，并不单纯是订立婚约的男女双方的事情，更多的涉及到两个家庭，因此对于彩礼的给付方与接受方应做广义的理解，不能仅局限于缔结婚姻关系的男女双方。就给付方而言，可以是婚姻关系当事人本人所为的给付，也可以是其亲属如父母兄姐等所为的给付。同时，对接受方而言，既可以有婚姻关系当事人本人接受彩礼的情形，也可以有其亲属接受的情形。如果男女双方已经办理结婚登记手续，一方在提起离婚诉讼时同时要求返还彩礼的，因除法律另有规定外，在离婚诉讼中一般不列第三人，故不应将彩礼的实际给付人、接受人列为当事人。因彩礼的给付实际上是以男女双方为利益对象的，所以婚姻当事人为当然的彩礼返还义务人，此时，若一方以不是彩礼的实际给付人或不是彩礼的实际接受人作抗辩的，该抗辩不成立。

上述案例中，根据当地婚俗习惯，通常在订立婚约时，接受彩礼的是女方父母。女方父母保管彩礼，用于置办嫁妆及结婚的其他开销，婚约财产纠纷与女方及其父母具有直接的利害关系。刘某将张某甲、张某乙共同列为本案的被告符合案件的实际情况和民间婚俗习惯，张某乙为本案适格的被告。



### 三、婚约财产的返还

关于婚约财产的返还，我国《婚姻法》解释（二）第十条做出了原则性的规定，“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。”彩礼的返还应该以双方既未办理结婚登记手续又未共同生活为前提，对于双方确以夫妻名义共同生活但最终未办理结婚登记手续，给付彩礼一方要求返还彩礼的，应在综合考虑男女双方共同生活的时间、彩礼的数额、是否怀孕生子、过错责任并结合当地风俗习惯、经济状况等因素，根据公平原则，酌定返还的数额及比例。

案例中，刘某与张某甲未办理结婚登记手续，仅按照农村习俗订立的婚约关系不受法律保护，刘某以结婚为目的给付张某甲、张某乙的彩礼10万元人民币及金项链、金戒指等首饰，应予返还。但鉴于刘某与张某甲已按农村习俗举行了结婚仪式并有同居生活的事，故只能酌定张某甲、张某乙予以适当的返还，具体返还比例由人民法院酌情判定。

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，后进入事务所刑事部，钻研刑事诉讼业务，并办理了多件案情复杂、影响重大的刑事诉讼案件，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

邮箱：1113628505@qq.com



## 关于自首的认定

SURRENDER  
**ONESELF**

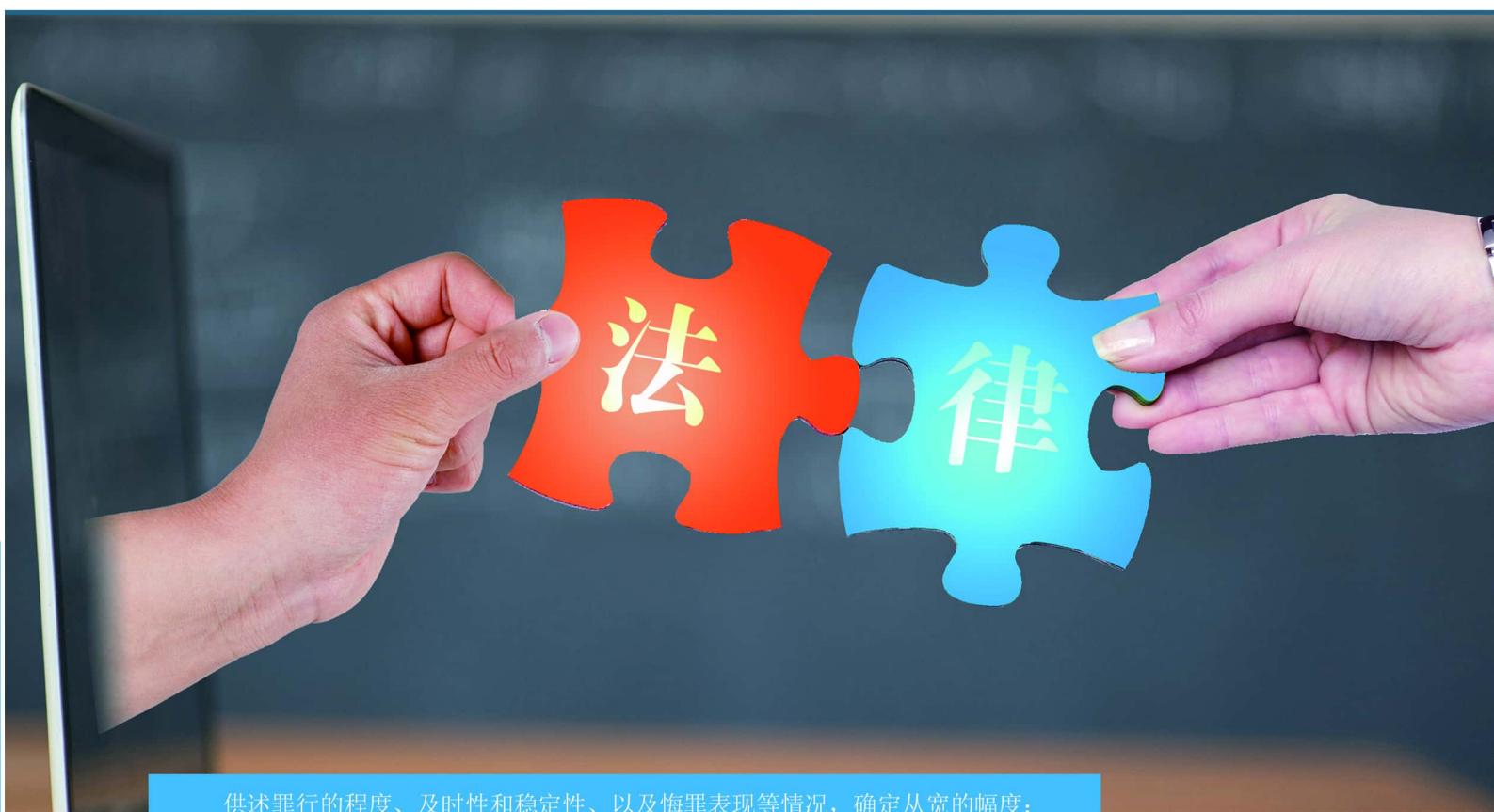
2017年5月，李某与同村王某因琐事发生言语冲突，李某盛怒之下用随身携带的水果刀捅伤了王某，王某被家属紧急送往医院治疗。当日，王某的家属便报警处理，公安人员分别向李某和王某进行了询问，制作了询问笔录，随后几日又向李某收缴了案发时所用的刀具。在此期间，李某去医院看望了王某。后王某经鉴定，符合轻伤二级的伤情特征。公安人员遂将该案转为刑事案件，并对李某采取了刑事拘留的强制措施。

本案的案情简单，基本事实也比较清楚。笔者在审判阶段接受李某家属的委托

担任辩护律师，并在第一时间前往看守所会见了李某，随后前往法院复印了全部的案卷材料和起诉书。

经笔者与李某反复核实，其表示自己是在公安人员打来电话称需要了解案件情况时主动到办案单位，之后才被采取了强制措施。针对这种情况，根据笔者以往的办案经验，李某的行为应当被认定为自首，但是公诉机关在起诉书上并没有予以体现。

《山西省高级人民法院〈关于常见犯罪的量刑指导意见〉实施细则》第九条规定，“对于自首情节，综合考虑自首的动机、时间、方式、罪行轻重、如实



供述罪行的程度、及时性和稳定性、以及悔罪表现等情况，确定从宽的幅度：

(1) 犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，主动、直接投案构成自首的，减少基准刑的20%-40%；(2) 犯罪事实或者犯罪嫌疑人已被司法机关发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接投案构成自首的，减少基准刑的10%-30%；(3) 犯罪尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行构成自首的，减少基准刑的25%以下；(4) 并非出于被告人主动，而是经亲友规劝、陪同投案，或者亲友送去投案等情形构成自首的，减少基准刑的25%以下；(5) 犯罪嫌疑人、被告人如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行不同，以自首论的，减少基准刑的20%以下；如实供述的不同罪行较重的，减少基准刑的10%-30%；(6) 对以上自首情节适用的从宽幅度一般不应超过4年；(7) 犯罪较轻的，减少基准刑的40%以上

或者依法免除处罚”。可见，在本案中，李某能否被法院认定为自首，将直接影响其最终的量刑幅度。为此，笔者仔细查阅了相关的法律规定和以往的案例，在本案一审开庭时向人民法院提出了李某存在自首的情节，应当对其减轻处罚的辩护意见。一审法院对此非常重视，将涉及李某到案经过的情况退回公诉机关进行补充侦查，后经办案单位出具李某的《到案经过情况说明》，证实李某确系经侦查人员电话告知后主动前往办案单位，符合自首的构成要件。最终，人民法院认定了李某自首的情节，并在量刑时减轻了对他的处罚。

那么，对于刑事案件当中的被告人来说，究竟哪些行为构成自首？笔者做了如下的梳理：



我国《刑法》第六十七条第一款规定：“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。”据此，认定自首必须同时具备两项基本要件：一是必须自动投案；二是必须如实地供述自己的罪行。

为此，最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》对这两个基本的要件作了进一步的阐释：

首先，自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。

犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的；犯罪嫌疑人因病、伤或者为了减轻犯罪后果，委托他人先代为投案，或者先以信电投案的；罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行的；犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的；经查实确已准备去投案，或者正在投案途中，被公安机关捕获的，应当视为自动投案。

并非出于犯罪嫌疑人主动，而是经亲友规劝、陪同投案的；公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友，或者亲友主动报案后，将犯罪嫌疑人送去投案的，也应当视为自动投案。

但是犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的，不能认定为自首。

其次，如实供述自己的罪行，是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实交代自己的主



要犯罪事实。

犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述部分犯罪的行为，认定为自首。

共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人，除如实供述自己的罪行，还应当供述所知的同案犯，主犯则应当供述所知其他同案犯的共同犯罪事实，才能认定为自首。

犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首；但在一审判决前又能如实供述的，应当认定为自首。

以上法律规定，属于自首的一般规定。还有一种特殊自首，即《刑法》第六十七条第二款的规定，被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关

已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。另有最高人民法院、最高人民检察院《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》的规定，因涉及的内容较多，笔者在此就不再赘述，读者直接搜索查阅该规定即可。对于特殊自首有其具体的适用情形，需要具体分析，在办理具体案件时应注意区别考虑。

对犯罪分子来说，因其实施了危害他人人身或者财产安全的行为，必然要受到法律的惩戒。但是，犯罪分子同样有属于自己的合法权益，能够正确对待其存在的自首情节，便是其中一例。在当前依法治国的大背景下，只有在打击犯罪的同时，切实保障犯罪分子的合法权益，我们的法律才能真正成为一部的良法。

WHY DO YOU BE A LAWYER  
做律师

为什么



章治鹏

电话 : 0351-7552376  
手机 : 18234288945  
Email : 1521989822@qq.com

毕业于武汉理工大学，专业理论扎实，从业经验丰富。  
曾任大同人寿财险法律顾问，办理过大量道路交通事故案件；  
在小微金融（小贷公司、担保公司、P2P公司）方面有深入研究，并协助山西省小额贷款公司协会开展相关活动；为中国银行、民生银行成功代理多起金融纠纷案件。业务领域：经济与金融领域民、刑事案件，非法吸收公众存款、集资诈骗类案件。

我曾经写过一系列《青春，到底有多少种可能》，记载了自己初期做律师时的一些感悟，期间有2年中断。到今年，我做律师慢慢有些起色，总想继续就做律师这个话题进行一点稍稍深入的探讨，因为律师这个行业真的是太有魅力了，有些话，不吐不快。

学生时代，每个法律系的学生都可能梦想着做一名叱咤风云的律师，可是到毕业时，做律师的少之又少。我进入这个行业也是阴差阳错，刚进入这行时，其实是时刻准备着离开的，去一个待遇相对优厚的国企或者相类似的岗位。正是抱着这样一种必然要离开的心态，我没有太多的计较初期的低收入。当我的同学们优哉游哉的过着小资生活，聚餐自拍看电影时，我在自己租来的小破房子里，为省钱，一天三顿吃着自己炒的土豆丝，就着馒头，孤单得没有尽头，每天计划着花钱，生活得清苦，靠自我调侃度日。

到第二年，陆陆续续有一些当时看起来其实还算优厚的工作找上门来，某大型国企法务，某事业单位内招等等。可是内心总觉得：就这样走了，心有不甘。潜意识里，我有一种一定要把自己吃的苦赚回来的想法。

到第三年，当别人给我介绍工作机会时，我想都不想就拒绝了。这期间的心理变化自己是有着深刻的体悟的。

前一阶段，有几位大学好友硕士毕业，问我关于择业的相关问题，我专门写了一篇文章阐述了自己对法律人执业方向的看法，核心观点是：不建议把做律师作为第一选择。读到这里，你可能

不禁疑惑：你既然非常喜欢律师这个行业，为什么不建议别人去做律师。

首先，我并不是害怕同学们竞争，因为我并不是那种视野狭隘的人。

其次，给别人建议，必须实用，必须使别人大概率受益。做律师实用性和短期受益性毕竟是小概率事件。

最后，并不是所有人都具备做律师的品质。这里没有任何歧视贬低的意思，做律师适合与否，有时候并不是那么明显，必须经过一定的年限来衡量。万一不合适，时间成本太大。没有深切的热爱，绝不建议贸然选择。

我一度觉得做律师是件门槛很低的事，你只需一个本科学历就可以参加司法考试，通过即可，众生平等。不管你是什么专业，不管你是自考还是成教，这里一视同仁。没有基础的，参加一个辅导班，几个月便可出炉。做律师不需要高智商，熟稔的技巧也可以后天习得。

我每年看见大量的年轻人进入律所实习，又目送一个个悄然离开。取得律师证这样容易，坚持做律师多么艰难。我一度以为做律师，硬件（通过司考）符合即可，慢慢发现，做律师的真正门槛是那些你看不到的软件要求：面对未来的信心，面对艰难的勇气。只有心力非凡的人才能在一波一波的冲击浪潮和诱惑中留存下来。限制一个人进入一个行业的其实不是各种各样的困难，而是面对困难的信心和勇气。

离开律师行业的那些年轻人，并不意味着他们不优秀。留下来的那些人并不代表他们更优秀。只是，留下来的人更适合做律师。在律师行业里，不能用优胜劣汰来概括，适者生存也许更准确。





LAWY

不可否认，每一个刚出道的年轻律师，都是怀揣着一颗红心，下了很大的勇气和决心的。但是现实的生活无孔不入，用时间，用压力，挑衅着每一颗不甘心。它会借别人的口告诉你不行，会给你提供诱惑，会用舆论压迫你。走着走着，有一个人说，算了吧，找个稳妥的工作。走着走着，有一个女孩走了，年纪不小了，嫁人要紧。又几天，一个男孩走了：我女朋友说我工资太低。

有一次，我去外地的看守所，碰到一个老律师。他和我抱怨：现在的年轻律师，不说说自己能做什么，总是嫌我给的补助太少，总想着走。我年轻的时候……我听罢回复道：这种现象太正常了，做律师需要很多基础，并不是所有人都适合做律师。只有能忍受清苦，对未来有超凡信心的人

才能留下来，才适合做律师。您现在要做的是，赶紧劝退。

前几天在朋友圈看到伏牛堂创始人张天一的一个演讲视频。在谈到为何创业时，他讲道，人的生命从出生到死亡，短短几十年（还没排除混沌无知的少年和痴呆无力的老年），无论如何都很短暂。怎样才能让生命延长？那就是不要在生命的起点和终点之间走直线，要走抛物线。只要你愿意起伏得剧烈，你就可以比别人的人生过得长100倍。

无独有偶，在毕业前，我困惑了很久的一个问题，在自己的一篇小文章里得出了答案。在《花儿为谁开》的末尾，我写道，我宁愿青春阶段的所有事情都没有结果，也舍不得放弃它。

我也是那个想要延长自己生命长



度的人。想要更多的人生经历，要想对生活更有发言权。做律师恰是途径之一。

利益分配不公是一切矛盾的根源，有的矛盾能被双方解决，有的矛盾激化到不可调和，律师就会出现。只有当矛盾大到双方当事人都无法解决的时候，他们才舍得去花钱请律师。律师每天面对的是什么？是双方当事人为了利益挣得面红耳赤，不可开交的勾心斗角；是咬牙切齿，剑拔弩张要致对方于死地的尔虞我诈。所以，做律师，不可避免的见多识广。不可避免的说：你这种情况，我见得多了。

律师是专门处理麻烦事的人。麻烦事就是家常便饭，就像生死大事之于医生。有些麻烦事当事人可以安然渡过，有些麻烦事，无论再怎样尽力，终究无济于事。而律师，是唯一不管当事人是否安然渡过，都能全身而退，沉思总结得失成败的人。从别人的得失成败之中汲取经验，这，是他见识的根源。

在初入职场的那一年，我参与办了几个比较敏感的大案子。每次从看守所会见回来，我都像是和当事人经历了一次洗礼，重温了那段风雨飘摇的日子。坐在车上沉默不语，扪心自问：换做是我，如何应对？

其实，经历得多了，头脑中就大概懂得做事的规矩和风险在哪里，明白了人在势力和金钱的诱惑之下是多么的软弱。明白了平淡生活的可贵，明白了危险在一念之间的转化，明白了安心挣钱的必要性。有些道理，除了自己亲身经历得出体悟，别无办法。

人的一辈子只有有限的几件大事，而我有幸每天处理着别人的大事，我的一生不知道会比别人多出多少经历。我虽然年轻，可在多数的案件中渐渐游刃有余，能在那些年长当事人的眼中看到求助、渴望、尊敬的目光。

每一个不同的当事人，能让你领略不同的人生。每一个不同的案件会带领你进入一个不同的领域。当然，不同的当事人不总是给你带来悲观和教训，还有些当事人能帮助你开阔视野，体会这个时代最新鲜跳动的脉搏。

## 最高人民法院民事审判第一庭答疑

配偶本人患重大疾病是否属于婚姻法司法解释（三）第四条规定的情形

“问：王某与李某系夫妻关系，王某身患癌症手术后需要化疗，而化疗所需用药很多属于自费，李某不同意支付相关化疗费用。因平时双方的收入都掌握在李某手中，王某遂起诉至法院，请求分割夫妻共同财产。法院审理中对配偶本人患重大疾病是否属于婚姻法司法解释（三）第四条规定的情形有不同观点，请问审判实践中对此应如何掌握？”

答：婚姻法司法解释（三）第四条规定了婚姻关系存续期间可以请求分割夫妻共同财产的两种重大理由，即一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。可以看出，本条规定所列举的重大理由属于封闭性条款，对在不解除婚姻关系的前提下分割夫妻共同财产的做法进行严格限制，从而保证夫妻财产制的稳定性和婚姻的严肃性。

本条第二项“一方负有法定扶养义务的人”是指夫妻一方在法律上负有抚养、扶养、赡养义务的人，比如一方的父母或者前婚所生子女患重大疾病需要医治，配偶一方不同意支付相关医疗费用的，一方可以请求在不解除婚姻关系的前提下分割夫妻共同财产。

配偶本人患重大疾病需要医治而另一方不同意支付相关医疗费用的情形，不适用婚姻法司法解释（三）第四条的规定。因为夫妻之间具有法定的抚养义务，即便夫妻双方实行分别财产制，当一方患病需要医治时，另一方也有扶养辅助的义务。也就是说，当配偶一方患重大疾病需要医治而另一方不同意支付相关医疗费用时，涉及的不是分割夫妻共同财产问题，一方患病所需支付的医疗费用属于“日常生活需要”，而“日常生活需要”当然是用夫妻共同财产进行支出。当夫妻共同财产不足以支付医疗费用，另一方还应当支付自己的个人财产来履行夫妻扶养义务。如果另一方拒不履行法定的夫妻扶养义务，情节严重时可能构成遗弃罪。

## 逾期办证违约金诉讼时效如何起算

“

问：房屋买受人请求出卖人支付逾期办证违约金的，诉讼时效如何起算？在合同约定以日或月为单位累计计算违约金数额的情况下，买受人在逾期办证期限届满两年后主张违约金的，是否因罹于诉讼时效而不应支持？

”

答：2016年12月11日印发的《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第18条第1款规定：“买受人请求出卖人支付逾期办证的违约金，从合同约定或者法定期限届满之次日起计算诉讼时效期间。”明确了逾期办证违约金诉讼时效起算的一般原则，即当事人有约定的，从其约定；无约定的，以法律规定的办理房屋所有权证期限届满之次日作为起算点。对该条规定，应结合房屋买卖中当事人约定的违约金计算方式以及逾期办证违约行为的特点加以全面、正确理解。

以当事人约定为例，如果当事人在合同中明确约定了违约金的具体数额，即一旦发生逾期办证的违约情形，出卖人应支付确定金额的违约金，则该种违约金给付，在性质上属于一时性债权，其内容在出卖人未按约定履行办证义务时就已确定，故诉讼时效应当从该一时性债权的清偿期限届满的次日起算。如果当事人在合同中约定以每日或每月为单位累计计算违约金数额，则违约金的数额随着违约行为的持续而不断增长，则该种违约金给付，在性质上属于继续性债权，即其内容和范围受到时间因素的影响，随着时间的推移不断发生变化，违约金应当以每个个别的债权分别适用诉讼时效。虽然此种继续性债权的诉讼时效也是两年，但在买受人于办证期限届满超过两年后起诉主张违约金时，由于逾期办证违约行为仍在继续，故对于自起诉之日起倒推两年的违约金，一般仍应予以保护；自起诉之日起回溯超过两年的部分，应认定为已超过诉讼时效期间。

出租房屋消防不合格导致火灾蔓延，出租人应否对受害人的损失承担连带责任

“

问：甲租赁乙的房屋进行生产经营，甲的工作人员在生产作业中违反安全管理规定引发火灾。乙出租给甲的房屋耐火等级低，防火间距不足，无消防水源及设施，不符合工程建设消防技术标准及消防安全要求，导致火灾蔓延，给邻近的丙公司造成损失。请问乙对丙公司的损失应否承担连带责任？

”

“

问：出借人事先知道或应当知道借款人借款用于赌博仍然提供借款，后起诉请求借款人返还本息的，人民法院如何处理？

”

✓ 答：根据所述情况，甲和乙对丙公司的损失宜各自承担责任。《中华人民共和国侵权责任法》第十二条规定，两人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。甲的工作人员在生产作业中违反安全管理规定引发火灾，甲作为雇主对火灾事故的发生存在过错，应承担主要责任；乙对外出租的房屋不符合工程建设消防技术标准及消防安全要求，亦有过错，应承担次要责任。甲与乙分别实施侵权行为造成同一损害，且能够确定责任大小和主次，应各自承担相应的责任。

《中华人民共和国侵权责任法》第八条规定，二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任；第十一条规定，二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。甲和乙不具有共同侵权的意思联络；如果没有甲的侵权行为，不会发生火灾，出租房屋不合格并不足以造成全部损害，甲和乙对丙公司的损失无需承担连带责任。

✓ 答：依据《中华人民共和国治安管理处罚法》第七十条规定，赌博属于妨害社会管理的违法行为。故明知或应知借款人借款用于赌博而仍然提供借款属于《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十四条第三项规定的“出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的”情形，应当认定民间借贷合同无效。



民间借贷合同认定无效后，关于支付利息的约定无效，出借人要求按约支付利息的诉请自然应不予支持，但对于出借的本金可否请求返还？我们认为，依据《中华人民共和国合同法》第五十八条关于“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”的规定，出借人已经支付的本金，属于借款人因无效合同取得的财产，借款人应当返还，否则会造成借款人不当得利的后果，亦与《中华人民共和国合同法》第五十八条的规定相悖。同时，对出借人因出借款项所受到损失（一般是指本金在此期间应产生的利息），应根据双方各自的过错程度判定各自承担。

摘自《民事审判指导与参考》总第68辑“民事审判信箱”



# 2018年一季度 新法汇总

## 宪法修正案 >>>

2018年3月11日，第十三届全国人民代表大会第一次会议通过《中华人民共和国宪法修正案》。此次修宪，对我国现行宪法作出21条修改，其中重点内容有：确立习近平新时代中国特色社会主义思想在国家政治和社会生活中的指导地位，调整充实中国特色社会主义事业总体布局和第二个百年奋斗目标的内容，完善依法治国和宪法实施举措，充实坚持和加强中国共产党全面领导的内容，修改国家主席任职方面的有关规定，增加有关监察委员会的各项规定。

## 法 律 >>>

2018年3月20日，《中华人民共和国监察法》经第十三届全国人民代表大会第一次会议通过并予公布，自公布之日起施行。该法全文共九章六十九条，规定了监察机关的性质、工作原则、组织、职责、监察范围、监察权限和程序以及对监察机关、监察人员的监督等内容，一是确立了坚持党对国家监察工作的集中统一领导，构建集中统一、权威高效的中国特色国家监察体制；二是实现对所有行使公权力的公职人员监察全覆盖；三是赋予监察机关必要职权，保证监察工作的顺利进行。

## 司法解释 >>>

2018年1月16日，最高人民法院公布《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（法释〔2018〕2号），自2018年1月18日起施行。该解释共四条，进一步细化和完善了夫妻共同债务认定标准，合理分配了举证证明责任，引导民事商事主体规范交易行为，加强事前风险防范，平衡保护各方当事人的合法权益。

2018年2月6日，最高人民法院公布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（法释〔2018〕1号），自2018年2月8日起施行。该司法解释共163条，分为受案范围、管辖、证据、起诉与受理、行政机关负责人出庭应诉等十三个部分，从明确行政诉讼受案范围边界，总结行政诉讼管辖改革成果，明确界定当事人资格，完善行政诉讼证据规则，全面落实立案登记制度，规范审理判决程序，规范行政机关负责人出庭应诉，落实复议机关作共同被告制度，细化规范性文件附带审查等九个方面做出了有针对性的规定。

2018年2月22日，最高人民法院公布《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》（法释〔2018〕3号），自2018年3月1日起施行。《执行和解规定》共20个条文，重点解决以下五方面问题：（一）明确区分执行和解与执行外和解；（二）明确不得依据和解协议出具以物抵债裁定；（三）明确申请执行人可以就执行和解协议提起诉讼；（四）明确恢复执行的条件；（五）明确执行和解协议中担保条款的效力。

---

2018年2月22日，最高人民法院公布《最高人民法院关于执行担保若干问题的规定》（法释〔2018〕4号），自2018年3月1日起施行。该规定共16个条文，重点对以下四方面内容予以明确规范：（一）明确执行担保的担保事项；（二）明确执行担保的实现方式；（三）确立执行担保的担保期间；（四）明确执行担保的追偿权。

---

2018年2月22日，最高人民法院公布《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》（法释〔2018〕5号），自2018年3月1日起施行。该规定共24个条文，主要涉及以下五个方面的内容：（一）适当调整仲裁裁决执行案件的管辖；（二）明确裁决执行内容不明确具体的认定标准及处理方法；（三）适当拓展申请不予执行的主体范围；（四）统一不予执行仲裁裁决案件的审查标准；（五）明确撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决司法审查的程序衔接。

---

2018年3月1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检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2018〕6号），自2018年3月2日起施行。该解释共四部分二十七条，主要就以下几方面内容作出了规定：一是明确了检察公益诉讼的任务、原则；二是增加了检察公益诉讼的案件类型；三是明确了检察机关的诉讼身份；四是完善了检察公益诉讼的诉前程序；五是细化了检察公益诉讼案件的受理程序；六是规范了检察公益诉讼案件的审理程序；七是明确了行政公益诉讼的裁判方式。

---

2018年3月4日，最高人民法院公布《最高人民法院关于人民法院通过互联网公开审判流程信息的规定》（法释〔2018〕7号），自2018年9月1日起施行。该规定共十七条，分别规定了审判流程信息公开的基本原则、审判流程信息公开平台的定位、诉讼参与人身份信息的采集与核对、特殊情况下的公开规则、通过互联网公开的审判流程信息的范围、依托审判流程信息公开平台进行电子送达的规则与效力、已公开审判流程信息的更正与撤回、审判流程信息公开工作督导机制。

---

2018年3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涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》（法释〔2018〕8号），自2018年3月30日起施行。该批复共两条，规定对于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹案件的定罪量刑，应当根据案件情况综合评估社会危害性，坚持主客观相统一，确保罪责刑相适应。

# 山西黄河律师事务所 2017年十件大事



4月23日，我所在保德县设立法律义务咨询站。每月15日、30日我所选派专业律师到咨询站值班，现场解答群众咨询。截止年底我所选派律师68人次，为当地群众提供法律咨询200余件次。



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5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。



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、律协领导的陪同下到我所进行视察。视察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做了党建工作汇报。



7月，我所党支部被中共山西省司法厅直属机关委员会授予“山西省司法厅直属机关先进基层党组织”荣誉称号。



7月，我所业务主管李继军律师当选民盟山西省委员会委员。



8月11日，我所为2017年度新上岗执业的律师举行了隆重的宣誓仪式。自此，新执业律师宣誓将作为我所一项制度，以提醒全所律师忠于初心，时刻不忘严守执业纪律，提高职业素养。



12月24日，我所和山西财经大学共同举办了第九届、山西财经大学法学院第十三届“黄河律师杯”辩论赛总决赛，并颁发了“黄河律师奖励基金”。



2017年，我所举行了爱国主义系列教育活动。5月，党支部、团支部组织员工赴黎城县“黄崖洞”革命纪念地及武乡县“八路军太行纪念馆”进行参观。在中国人民解放军建军90周年之际，我所组织员工观看了主旋律影片《建军大业》。9月，党支部组织员工学习《总书记的成长之路》《习近平的七年知青岁月》，并召开民主生活会交流心得。8月和9月每个周五，我所组织员工观看大型政论专题片《将改革进行到底》。10月，我所员工集体观看了习总书记在十九大开幕式上的报告。通过这一系列的学习教育活动，我所员工增进了政治意识和爱国主义情怀，将在今后的工作中更好地肩负起党和人民赋予的职责使命。



2017年我所刑事辩护业务取得好的效果，侦查阶段不批捕3件、不追究刑事责任1件；审查起诉阶段不起诉4件；审判阶段无罪2件、改变指控定性、减轻处罚3件、减免缓12件。



9月1日，太原市中级人民法院刑事审判二庭庭长王文皓一行五人来我所就刑事案件大数据相关课题进行调研。我所李飞主任及专家委员会成员李继军、段凡生、白建芳、张生强、段福升及刑辩律师参加了座谈。

# 精彩黄河

Excellent Work

2018年1月伊始，山西黄河律师事务所如期举行了2017年度述职大会和2018年工作会议。

对上一年度的工作进行总结是黄河所每年年初的重点工作。11日召开的述职大会改变了以往全员述职的形式，本着“精简、效率、捞干”的原则，由部室负责人、项目组负责人、分所负责人各自总结所辖工作。述职人分别对本部门2017年度工作中的任务完成、业务拓展、专业学习等情况进行了陈述，对工作中存在的问题进行了剖析，并对事务所的发展和所在部门各项工作的改进发表了意见和看法。最后，李飞主任对述职的形式和内容给予了充分的肯定，并赞誉述职人员不言苦不说累，一心只想把工作做好的工作态度和敬业精神。会后，管委会成员和各部门负责人通过无记名投票的方式选出了2017年度优秀部室。

1月12日，我所在并州饭店举行了2018年工作会议。工作会议上依次通报了“2017年山西黄河律师事务所十件大事”，2017年度“十大典型案件”及“优秀案件”，并对2017年度的各项先进工作进行了表彰。之后，我所业务主管李继军宣读了《关于责权利和团队化建设的若干意见》，最后由李飞主任进行总结发言。本次会议对我所的深化改革和工作部署起到了重要的指引作用。

会后，我所在并州饭店宴会厅举行了热闹欢畅的迎新酒会。辞旧迎新、欣欣向荣，黄河人坚信黄河所的明天会更好。



山西黄河律师事务所  
2017年度述职大会及2018年工作会议





# 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.sxhhls.cn](http://www.sxhhls.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.sxhhls-het.com](http://www.sxhhls-het.com)

