

# 黄河律师

全 国 优 秀 律 师 事 务 所 创 办



扫二维码 关注我们

2017年 第三期

~总第·49期~



## 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.sxhhl.com

**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.sxhhl.com-het.com

2017年 第三期  
~总第·49期~

从**犯罪构成角度**谈诈骗罪的辩护策略  
法院适用公平原则确定民事责任应有**边界条件**  
**机动车道路交通事故**  
保险理赔规则及典型案例分析



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

山西黄河律师事务所服务的专业化、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、节能环保法律事务、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专家组成专家组、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，律所专门设置业务主管负责审查重大诉讼、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，律所还聘请了三十余位在法律、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

### 总会有光照耀世界 肖堃

每一个清晨都在忙碌中开始，手忙脚乱的收拾利索，然后顶着冬日的寒风，一头扎进雾或霾中。无休止的在电脑前码字，无休止的和各种人沟通。每一个夜晚都在疲惫中结束，躺在床上，感觉头脑和四肢百骸的乏痛。

2017年，就这么急匆匆的过去了。此刻，于欢已入狱中，倘若没有当时的挥刀，他和母亲现在也许仍然过着一种看上去“富足”又担惊受怕的日子。此刻，江歌的母亲正在痛苦的征集众人的签名，她已经把生命的全部放在如何将一个疯狂的男人送上绞刑架。而就在上海携程幼儿园事件尘埃尚未落定的时候，首都又爆出了红黄蓝幼儿园虐童丑闻。

我们的世界就像傍晚的都市，霓虹闪烁却又浑浊。在这样的环境中，所幸有人不忘坚持。像一束光冲破雾霭，带给人希望和力量。

舆论的一度狂欢，让我担心的反倒不是于欢被重判，而是会被判缓刑，甚至无罪。尽管“法律是刚性的道德，道德是柔性的法律”，但法之所以为法，之所以值得尊重和敬畏，是因为法不应轻易被动摇。在自媒体时代，话语权不再掌握在少数人的手中，它被轻易地分散到大众的手机里。我们用发展保证了人民话语权，可是科技却无法保证亿万大众有理性发言的能力。当一波又一波的舆论高潮过后，甚至有人发出“四个追债的人都该死，于欢是当今时代的英雄”这样的言论。二审判决书中对事实对法律言简意赅的表述就像光，穿透微博、公众号、朋友圈的层层雾霭，再次为世人厘清情与法，让人们不再藐视秩序，对规则重生敬畏之情。

神说要有光，就有了光。法律就是神创造的光！每一份公正合法的判决都像是一束光芒，照亮这个世界。法律不仅仅是维护当下的平稳，更是要推动社会的进步。虽然迟来的正义非正义，但聂树斌、呼格吉勒图的无罪判决仍然可以祭奠逝者的灵魂，宽慰生者的努力。正义会迟到，但不会缺席。

2017年，全社会都在重视依法保障律师的执业权利。

2017年，我们等来了《民法总则》，等来了对《婚姻法》二十四条的补充规定。

2017年，中国人大网上，《监察法》（草案）征求到的意见已近万条。

寒风中，楼下的商场在准备迎接平安夜的狂欢；光标闪烁，一行行孱弱的文字在屏幕上延伸。你依然在砥砺前行，抱着一个信念——让强者有所忌惮，让弱者有所伸张。



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 |  共理儿

## 目录 CONTENTS

### 卷首语

01 总会有光照耀世界 | 肖堃

### 黄河精英

04 黄河精英 | 贺刘锋

### 律师观察

- 06 解读新《汽车销售管理办法》 | 杨丽
- 12 股东优先购买权在股权继承和赠与中的适用探讨 | 逯欣
- 18 银行协助查询、冻结、扣划工作中常见问题解答(一) | 史慧娟
- 22 银行在执行房屋抵债时的法律风险及防范措施 | 张宝婷

### 实务解析

- 24 从犯罪构成角度谈诈骗罪的辩护策略 | 章治鹏
- 30 金融借款纠纷案件中债务人及保证人的代理人  
需要注意的几个问题 | 杜梓栋
- 34 夫妻一方下落不明,另一方如何离婚 | 冯淑霞
- 38 微信记录如何作为有效证据使用 | 刘丽凤
- 41 固定总价合同结算纠纷处理原则 | 赵秀芹

### 小案大法

45 法院适用公平原则确定民事责任应有边界条件 | 李继军



- 50 机动车道路交通事故保险理赔规则及典型案例分析 | 吴坤
- 56 由一起成功案件看宅基地权属纠纷  
与地上房屋物权纠纷的区别 | 张晓芳

### 办案随记

60 银行法律顾问工作中的三则咨询 | 杨眉

### 黄河文苑

64 孩子你慢慢来 | 杨燕洁

### 解疑释惑

68 最高人民法院《审判指导参考》解答

### 新法速递

70 2017年三、四季度司法解释汇总

### 黄河动态

72 2017年三、四季度黄河动态

## 黄河精英

ELITE OF HUANGHE



姓名：贺刘锋  
职务：山西黄河律师事务所劳动交通  
医疗与侵权业务部部长  
电话：13233685219  
Email：13233685219@163.com

## 贺刘锋

### 基本情况

汉族，毕业于太原理工大学文法学院，2010年开始执业，现任劳动交通医疗与侵权业务部部长。

### 业务专长

劳动争议纠纷处理，企业劳动人事风险管理，交通事故、医疗纠纷等民事纠纷代理，刑事辩护等。

### 执业经历

2009年9月-2011年9月，中国法学会法学教育研究会诊所法律教育专业委员会(CCCLE)公益法律服务志愿者。

2009年-2012年7月，专职公益律师，主要从事未成年人、农民工、老年人等弱势群体权益保护及其他公益法律事务服务。如代理未成年人人身伤害、校园伤害民事案件，为未成年人提供刑事辩护，办理农民工等弱势群体的劳动争议案件等，并与有关部门合作开展“律师进校园”等普法讲座活动。

#### 一、代理、辩护的案件

1. 林某故意杀人案二审，由死刑立即执行改判为死刑缓期两年执行；
2. 张某等故意伤害案二审；
3. 王某职业病工伤待遇案，王某上访无果，代理后调解结案，单位一次性支付王某工伤待遇25万元；
4. 郭某职业病待遇案，判决公司承担郭某工伤四级伤残待遇；
5. 郭某职业病待遇案，历经一审、二审、重审一审、重审二审，最终判决公司承担郭某六级伤残待遇；
6. 办理近百件未成年人刑事辩护案件；
7. 乔某寻衅滋事案一审辩护；
8. 太原某公司合同纠纷案，历经一审、二审、重审一审、重审二审，最终太原某公司胜诉；

9. 杜某与山西某建筑集团公司劳动争议纠纷案，调解结案，公司一次性支付杜某工伤待遇63万元；

10. 闫某与大同某公司劳动争议纠纷案，历经抗诉、再审、重审一审，调解结案；

11. 曹某与山西某医院医疗纠纷案，判决山西某医院一次补偿曹某十万元；

12. 上海某建筑公司与杨某劳动关系认定纠纷案，历经一审、二审、重审一审、重审二审，判决上海某建筑公司与杨某不存在劳动关系；

13. 王某故意杀人案，历经重审一审、重审二审、再次重审一审、重审二审，由原判判决七年有期徒刑、改判为三年有期徒刑，最终改判为免于刑事处罚；

14. 黄某非法采矿案的一审、二审、重审一审、重审二审；

15. 蒋某非国家工作人员行贿案；

16. 智某寻衅滋事案；

17. 陆某工伤认定案、岳某工伤认定案、贺某工伤认定案等，改判人社局重新作出工伤认定；

18. 内蒙古某公司劳动争议系列案件；

19. 曹某与大同某公司工伤待遇案，经再审、发回重审一审，改判公司支付曹某工伤待遇差额；

20. 新疆某公司职工工亡案，参与调解处理。

另外，还办理了大量的交通事故、民事侵权、校园伤害、婚姻继承等民事诉讼，及其他劳动争议案件。

#### 二、获得的荣誉

2012年度山西省省直机关“优秀共青团员”、中国共产党山西省司法厅直属机关委员会2011年度“优秀团员”、共青团山西省司法厅委员会2011年度“优秀团员”、山西省公益性法律服务(未成年人保护)优秀个人、太原市教育系统五五普法“优秀律师”等，多次获评山西黄河律师事务所年度“先进个人”。

#### 三、业务领域的相关研究

撰写并发表《通缉令，请远离未成年人》《张某抢劫案辩护纪实》《赡养费的分担及追偿问题浅析》《刑事诉讼中的翻译工作亟待规范》《“同命不同价”——简要归纳我国死亡赔偿的法律规定》《意外伤害保险不能替代工伤保险》等文章。

# 解读

## 新《汽车销售管理办法》

新《汽车销售管理办法》已于2017年7月1日起正式实施，作为一部行政规章，新《办法》强化了对消费者权益的保护，这将对在整个汽车销售过程中所涉及的其他市场主体包括供应商、经销商、售后服务商、汽车行业协会等行为的合法性及汽车销售监管部门执法的合法性、合理性带来新的挑战。笔者作为某汽车销售有限公司的常年法律顾问，现针对新《办法》施行后，经销商及售后服务商在汽车销售及售后服务过程中需要注意的重点条款进行解读。



杨丽

金融与财税专业部部长。毕业于山西大学法学院，2002年取得律师执业资格。从业十多年，代理过种类众多的民商事纠纷案件，在资源、能源领域有很深的造诣，曾代理过山西焦煤集团、内蒙古伊泰集团众多疑难复杂案件，办案态度严谨。近年来，致力于银行法律事务的研究。经过十多年的实践，已积累了比较丰富的专业服务业务经验，法律服务的素养和成效受到了当事人的普遍好评。业务领域：资源能源法律事务，保险合同以及金融票据等相关领域纠纷。

电话：0351-7552130 手机：13934616298

Email：yangli791231@163.com

### 一、新《办法》的适用范围

要想全面的了解一部新规定，必须先搞清楚它的适用范围是什么。新《办法》第二条明确规定“在中华人民共和国境内从事汽车销售及其相关服务活动，适用本法”，且第三十六条排除了平行进口方式的适用。同时《办法》第三条明确其所称“汽车”是指“在境内未办理注册登记的新车”，即也将二手车的销售及其相关服务活动排除在外。

### 二、经销商及售后服务商的义务

#### (一) 明示义务

第十条 经销商应当在经营场所以适当形式明示销售汽车、配件及其他相关产品的价格和各项服务收费标准，不得在标价之外加价销售或收取额外费用。

第十一条 经销商应当在经营场所明示所出售的汽车产品质量保证、保修服务及消费者需知悉的其他售后服务政策，出售家用汽车产品的经销商还应当在经营场所明示家用汽车产品的“三包”信息。

解读：新《办法》施行后，经销商应当在4S店或者其他经营场所内，以包括但不限于广告牌、宣传栏、宣传手册等形式，将销售的汽车、配件及其他相关产品的价格、各项服务的收费标准、汽车的产品质量保证、保修及其他售后服务政策进行公示。如果出售的是家用汽车产品，还需要将《家用汽车产品修理、更换、退货责任规定》的“三包”信息进行公示，并在销售或者提供服务的过程中告知消费者。





第十三条 售后服务商应当向消费者明示售后服务的技术、质量和服务规范。

**解读：**在向消费者提供维修、更换汽车零部件等售后服务过程中，应当向消费者明确告知售后服务使用的技术手段、质量，或者更换零部件的质量、标准、价格以及在提供服务过程中的工时费等相关信息，最好的方式是以书面的形式告知，并让消费者进行签字确认。

第二十条 供应商应当向经销商提供相应的营销、宣传、售后服务、技术服务等业务培训及技术支持。

供应商、经销商应当在本企业网站或经营场所公示与其合作的售后服务商名单。

**解读：**供应商应向授权经销商提供支持；供应商、经销商应公示合作售后服务商的名单。

## （二）提醒与说明义务

第十七条 经销商、售后服务商销售或者提供配件应当如实标明原厂配件、质量相当配件、再制造件、回用件等，明示生产商（进口产品为

进口商）、生产日期、适配车型等信息，向消费者销售或者提供原厂配件以外的其他配件时，应当予以提醒和说明。

列入国家强制性产品认证目录的配件，应当取得国家强制性产品认证并加施认证标志后方可销售或者在售后服务经营活动中使用，依据国家有关规定允许办理免于国家强制性产品认证的除外。

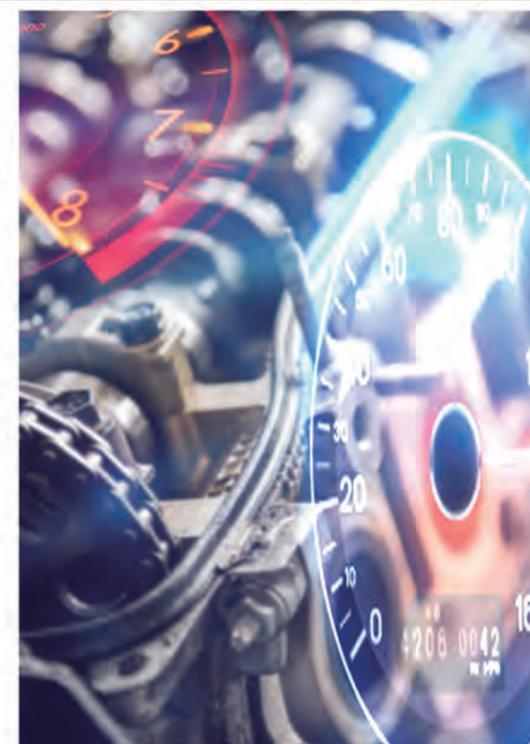
本办法所称原厂配件，是指汽车生产商提供或认可的，使用汽车生产商品牌或其认可品牌，按照车辆组装零部件规格和产品标准制造的零部件。

本办法所称质量相当配件，是指未经汽车生产商认可的，由配件生产商生产的，且性能和质量达到原厂配件相关技术标准要求的零部件。

本办法所称再制造件，是指旧汽车零部件经过再制造技术、工艺生产后，性能和质量达到原型新品要求的零部件。

本办法所称回用件，是指从报废汽车上拆解或维修车辆上替换的能够继续使用的零部件。

**解读：**销售汽车或者提供汽车配件时，应当在销售单或者维修单等书面单据上，将配件的性质、收费标准、配件的生产商、生产日期、适配车型等信息标明。若销售的是原厂配件以外的其他配件时，除了在销售单或者维修单等书面的单据上标明外，还应向消费者予以释明，



并让消费者进行签字确认。

第十二条 经销商出售未经供应商授权销售的汽车，或者未经境外汽车生产企业授权销售的进口汽车，应当以书面形式向消费者作出提醒和说明，并书面告知向消费者承担相关责任的主体。

未经供应商授权或者授权终止的，经销商不得以供应商授权销售汽车的名义从事经营活动。

**解读：**本条的适用前提为“未经授权销售”，要求是以书面形式向消费者提醒和说明未经授权的事实，以及向消费者书面告知承担相关责任的主体。相关责任包括瑕疵责任与缺陷产品责任。

第十五条 经销商向消费者销售汽车时，应当核实登记消费者的有效身份证明，签订销售合同，并如实开具销售发票。

**解读：**在销售汽车时，首先应当核实并登记消费者的有效身份证明，比如身份证号、行车证及驾驶证等信息。其次，要与消费者签订书面的购车合同，并如实向消费者本人开具销售发票。若消费者指定开票信息为其他人时，应核实原因并要求消费者出具书面的授权文件，以免产生不必要的纠纷。

此外，新《办法》第十六条规定，供应商、经销商在向消费者交付汽车的同时，还应交付其他随车凭证和文件，例如：国产汽车的机动车整车出厂合格证；使用国产底盘改装汽车的机动车底盘出厂合格证；进口汽车的货物进口证明和进口机动车检验证明等材料；车辆一致性证书，或者进口汽车产品特殊认证模式检验报告；产品中文使用说明书；产品保修、维修保养手册及家用汽车产品“三包”凭证，并保证车辆配置表述与实物配置相一致。

## （三）受理投诉义务

第十八条 供应商、经销商应当建立健全消费者投诉制度，明确受理消费者投诉的具体部门和人员，并向消费者明示投诉渠道。投诉的受理、转交以及处理情况应当自收到投诉之日起7个工作日内通知投诉的消费者。

**解读：**建立投诉制度，责任落实到人，明示投诉渠道，受理后7个工作日内向消费者反馈情况。

## （四）妥善处理义务

第二十三条 供应商发生变更时，应当妥善



处理相关事宜，确保经销商和消费者的合法权益。

经销商不再经营供应商产品的，应当将客户、车辆资料和维修历史记录在授权合同终止后30日内移交给供应商，不得实施有损于供应商品牌形象的行为；家用汽车产品经销商不再经营供应商产品时，应当及时通知消费者，在供应商的配合下变更承担“三包”责任的经销商。供应商、承担“三包”责任的经销商应当保证为消费者继续提供相应的售后服务。

**解读：**本条对供应商及经销商发生变化时，如何保证消费者的合法权益作出了明确规定。其中经销商变化的，要在30日内移交资料，及时通知消费者，变更承担“三包”的责任主体，由变更后的责任主体继续提供售后服务。

### （五）档案管理义务

**第二十八条** 经销商应当建立销售汽车、用户等信息档案，准确、及时地反映本区域销售动态、用户要求和其他相关信息。汽车销售、用户等信息档案保存期不得少于10年。

**解读：**在经营过程中，从接触客户开始到销售阶段再到售后阶段，建立、完善一整套的信息档案，包括但不限于客户的基本信息、购车信息、交费信息、出具发票信息、维修保养信息等。这些档案资料应在规定期限内妥善保存。

### 三、经销商的权利

（一）有权要求供应商向其提供相应的营销、宣传、售后服务、技术服务等业务培训及技术支持。

（二）有权在未违反合同约定被供应商解除授权时，要求其按不低于双方认可的第三方评估机构的评估价格收购其销售、检测和维修等设施设备，并回购相关库存车辆和配件。



### 四、经销商在汽车销售市场的“五不得”行为

一不得销售国家法律、法规禁止交易的产品。

二不得在标价之外加价销售或收取额外费用。

三是未经供应商授权或者授权终止的，不得以供应商授权销售汽车的名义从事经营活动。

四不得限定消费者户籍所在地。

五不得捆绑销售，不得对消费者限定汽车配件、用品、金融、保险、救援等产品的提供商和售后服务商，例如在销售汽车时，不得强制消费者购买保险，或者强制为其提供代办车辆注册登记等服务。但家用汽车产品“三包”服务、召回等由供应商承担费用时使用的配件和服务不在上述限定的范围之内。

### 五、法律的适用

经销商及售后服务商在遵守新《办法》的同时，还受其他相关法律法规的约束。

（一）在中华人民共和国境内生产、销售的家用汽车产品的三包，适用《家用汽车产品修理、更换、退货责任规定》，供应商通过平行进口方式进口的汽车不适用于上述“三包”规定。“三包”规定对家用汽车中经销商及售后服务商规定的义务比新《办法》严格的，按照“三包”规定向消费者履行义务。

（二）《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国消费者权益保护法》《中华人民共和国产品质量法》中对经销商及售后服务商规定的义务比新《办法》严

格的或者新《办法》未规定的，按照《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国消费者权益保护法》及《中华人民共和国产品质量法》的相关规定办理。

新《办法》正式实施到现在，已有几个月的时间了。它在引起消费者极大关注的同时，也给其他市场主体带来了新的机遇和挑战。希望新《办法》能够规范汽车销售市场，并且给汽车销售行业带来更多的“利好”消息和更公平的竞争环境。



# 股东优先购买权

## 在股权继承和赠与中的适用探讨



彦欣

毕业于山西财经大学，中国政法大学在职研究生。证券、地产、互联网行业公司法律事务服务工作十余年，带领公司法务团队进行公司法律事务建设。工作语言为中文、英语。业务领域：证券、地产、互联网企业法律事务，涉外民商事法律事务。

电话：0351-7552490  
手机：18335118918  
Email：lxsfw@vip.163.com

### 一、公司法中关于股东优先购买权的规定

股东优先购买权是法律赋予股东的一项权利。《中华人民共和国公司法》规定了关于有限责任公司股权转让的三种情形：

第一种为股权内部转让。该法第七十一条第一款规定：“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。”

第二种为股权外部转让。该法第七十一条第二款和第三款规定：“股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。”

第三种为股权强制划转。该法第七十二条规定：“人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。”

同时，法律亦通过公司法第七十一条第四款“公司章程对股权转让另有规定的，从其规定”的规定，授予股东通过公司章程对股权转让进行特别约定的权利。

本文所探讨的股东优先购买权为第二种情形，即发生股权外部转让时，附随于股东权的一种在同等条件下，优先于外部人员获得欲转让股权的权利。

### 二、股东优先购买权制度设计的意义

有限责任公司不同于股份有限公司的资合性及合伙企业的人合性，有限责任公司介于两者之间，同时具有资合性、人合性和封闭性的特点。有限责任公司的成立及稳定持续经营，很大程度上依赖于股东之间的信任关系，这种信任关系一旦被突破，会使公司经营出现不稳定，公司的持续发展以至股东的利益均有受损的可能。这意味着有限责任公司的股东具有相对稳定性，即股权流通的相对稳定性。

但股权的财产属性又决定了其在市场经济条件下，有流通的可能性、流通的价值及流通的必要。同时股权为股东的私有权利，作为股权的享有人，股东亦具有合法处分其财产的权利，有退出公司的权利。另外，因实际社会生活的多样性，亦存在其他非基于股东意志而发生的股权变动的情形。

基于以上，出于保障有限责任公司稳定经营及原有股东利益的需要，同时兼顾和平衡市场经济要求的财产自由流通的需要、私人权利自由处分的需要、有限责任公司退出机制的需要及社会生活多样

性带来的变动的可能性，股东优先购买权制度的设计具有重要意义。

### 三、股东优先购买权的法定适用范围

(一) 根据我国法律规定，股东的优先购买权一般发生在有限责任公司，股份有限公司股东无股东优先购买权。但在社会实践中，股份有限公司中的非公众公司与有限责任公司存在很大程度上的相似性，其是否可以类比适用股东优先购买权，值得探讨。

(二) 有限责任公司股东的优先购买权一般适用于基于原股权所有人意思自治情况下的股权对外有偿转让时。

(三) 在特殊情形下，股权的对外变动亦可能并非基于原股权所有人的意思自治而发生，或者股权转让并无可直接参照适用的同等条件，但亦应适用股东优先购买权的情形。

### 四、股东优先购买权可适用于股权继承和赠与的前提条件

股东的优先购买权可以适用于股权继承及赠与的前提条件在于，继承和赠与的客体即私人合法财产与股东的优先购买权所依附的对象即股东权的内容有交叉重合的点，即私人合法财产。

(一) 根据《中华人民共和国继承法》及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》的规定，继承从被继承人死亡时开始，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括有价证券和履行标的为财物的债权等。《中华人民共和国合同法》第一百八十五条规定：“赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。”可见，无论是继承还是赠与，其客体均为个人合法财产。

(二) 根据《中华人民共和国公司法》第四条的规定，公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利，可见股东权同时具有财产权属以及继承法律关系和赠与法律关系的客体不包含的人身专属权属性。股东权的人身权属性导致股东权无法作为继承和赠与的客体直接适用，当继承和赠与涉及到股东权的处置包括股权的对外转让时，必须兼顾和满足股权处置的其他条件。因此，针对继承和赠与中的股东优先购买权，法律分别做了不同的规定。

## 五、股东优先购买权在股权继承中的适用探讨

### (一) 现有规定

我国法律对股东资格的继承做了专门规定。《公司法》第七十五条规定：“自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。”

《公司法》授权了有限责任公司的股东通过公司章程对股权转让进行自由意志约定的权利，并对股东之间未在章程中进行特别约定时的情形进行了法律兜底。



鉴于此，在继承中股权转让及股东优先购买权的发生可能存在以下几种情形：

#### 1. 公司章程无约定或章程约定接受继承人的股东资格

在此种情况下，股权继承的难点在于合法继承人范围及继承股权份额的确定。在合法继承人范围及继承股权份额确定后，继承人自动具有股东资格。继承人再将股权对外转让的，则适用《公司法》第七十一条第二、三款的规定，其他股东具有优先购买权，并按法律规定操作。



#### 2. 公司章程规定不接受继承人的股东资格

在此种情况下，继承人需对继承的股权份额进行处分，则：

(1) 若在原股东范围内处分，由于不影响有限责任公司的人合性，故适用《公司法》第七十一条第一款的规定。

(2) 若在原股东范围外处分，因突破了有限责任公司人合性，则适用《公司法》第七十一条第二、三款的规定，其他股东具有优先购买权。此时的难点在于确定高效且实际可操作的处分的方式、价格及流程等内容。

### (二) 建议

在实践中，因从继承开始到股东资格的确定往往需要几个月甚至若干年的时间，这期间因股东的不确定会导致股东会决议无法正常作出，许多公司重大事项也无法及时决策。亦可能会有如胎儿、无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者公务员等不符合成为股东条件的继承人出现。这些情况都可能造成使公司经营陷入僵局，进而损害原股东及继承人合法权益的情形发生。故继承发生后，利用法律授权及公司章程，尽快确定股东资格对有限责任公司具有重大意义。

有限责任公司股东可以事先在章程中约定，若继承情形发生，是否接受继承人进入股东会；不接受时，被继承人的股份以何种方式、何种价格或价格的确定方法、通过怎样的操作路径进行处分。此时因章程的公示性，其效力甚至可以对抗之后的遗嘱继承的效力。

## 六、股东优先购买权在股权赠与中的适用探讨

### (一) 现有规定

我国现行法律并无针对股权赠与中股东优先购买权的直接规定，但根据合同法有关赠



与合同的规定可知，赠与属于财产转让的特殊情形，即为财产的无对价转让。故有限责任公司股权的赠与亦应适用《公司法》关于股权转让的规定。

1. 若赠与发生在原股东范围内，则适用《公司法》第七十一条第一款的规定。

2. 若赠与原股东之外的第三人，则适用《公司法》第七十一条第二、三款的规定，其他股东具有优先购买权。此时的难点在于“同等转让条件”的确定。

#### （二）建议

有限责任公司股东可以事先在公司章程中约定是否允许公司股东赠与股权。若允许赠与，则要明确赠与对价的确定方式，如拟赠与股权的对价以评估价格、拍卖价格为准等。

### 七、未能行使股东优先购买权的法律救济

目前实践中，当出现股权转让而原股东未能行使优先购买权的情形时，不同法院对股权转让合同是有效合同、无效合同还是可撤销合同的观点不同，处理结果也不同。

笔者同意将股权转让合同认定为有效合同。

我国《公司法》第五十二条规定违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。而《公司法》第七十一条第四款授权公司章程对股权转让可另行约定，这意味着有限责任公司股权转让合同并非只适用法律、行政法规的强制性规定。所以，在不存在其他无效情形的情况下，即使未能使股东行使优先购买权，股权转让合同也不属于无效合同。

《合同法》第五十四条亦列明了合同可撤销的三种情形，即重大误解、显失公平及欺诈、胁迫和乘人之危。可撤销合同在被撤销前，亦为生效合同。是否具备可撤销的情形，应由股权转让合同签订时的具体情况决定，不能一概而论。

笔者认为，因股东优先购买权基于股东单方意思表示即可形成与转让人之间的股权转让法律关系，而不需要经过转让人的同意，且该权利为经过法律公示和众人皆知的权利，故当股东优先购买权被侵害时，股东可以向人民法院主张股权转让行为无效，由法院判决被转让的股权直接归入股东名下，由股东直接向转让人支付股权转让价款，而由转让人向受让股权的第三人承担违约责任。

### 八、股东优先购买权与股东优先认购权及其他优先购买权的比较

#### （一）股东优先认购权

股东优先购买权不同于股东优先认购权。

《公司法》第三十四条规定：“股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”即股东优先认购权发生在有限责任公司新增资本时，



认购对象为有限责任公司拟新增加的出资额。股东的优先购买权则发生在公司资本不变，而股权持有人发生外部变更时，购买对象为有限责任公司现有股权。

#### （二）其他优先购买权

股东优先购买权属于优先权的一种。在我国法律中，除了股东优先购买权外，还存在其他优先购买权，比如在房屋租赁的情况下，出租人若要出卖房屋时，承租人即享有同等条件下对房屋优先购买的权利；在物权共有的情形下，共有人欲出售其共有份额时，其他共有人亦享有同等条件下对共有物优先购买的权利；在知识产权中，委托合同的研发人、职务技术成果的完成人、合作技术开发合同的合作人在一定条件下亦具有同等条件下优先购买的权利。在本文中不再赘述。

#### 主要参考文献：

1. 《有限责任公司章程设计的奥妙》，赵箭冰 俞琳琼著，法律出版社，2014年2月第1版。
2. 《公司章程效力研究》，孙英著，法律出版社，2013年12月第1版。

# 银行协助查询、冻结、扣划工作中 常见问题解答（一）

笔者先后担任山西省多家商业银行的常年法律顾问，在为银行提供日常法律服务的过程中，经常会接待各式各样的咨询，其中较为常见的，是当人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关等有权机关要求银行协助办理查询、冻结、扣划等事项时，因为银行内部规章不够细致完善，导致银行工作人员无所适从而产生的问题。而一旦银行工作人员对此处理不当，例如无合理理由拒绝办理协助事项，银行很有可能收到人民法院开出的大额罚单。

为了降低银行的运营风险，本人将银行在协助查询、冻结、扣划工作中的常见问题整理汇总，在此进行集中解答。

**问：法律、法规及相关规章当中是否均明确规定了有权机关必须双人双证来银行办理协助查询、冻结、扣划事项？对于实际操作过程中来人只有单证的情况，银行是否有权以单证不符合法律规定而拒绝配合？**

解答：

（一）相关法律法规

1. 最高人民法院关于适用《中华人民共和国

民事诉讼法》的解释第九十七条“人民法院调查收集证据，应当由两人以上共同进行。”

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）第一款“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在金融机构存款的，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。”

3. 中国银监会、最高人民法院、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。”

（二）律师建议

根据上述规定，有权机关仅派单人或持单证来银行办理查询、冻结、扣划事项时，银行有权以违反上述规定，证件不全、要素欠缺为由，及时要求有权机关采取必要的补正措施；确实无法补正的，银行应当在回执上注明原因，退回有权机关。

**问：异地司法查、冻、扣，委托当地机关前来办理时，需要本地单位出具**

**他们之间的委托函即可，还是需要把异地的执法人员证件复印件一起带过来？**

解答：

（一）相关法律法规

中国银监会、最高人民法院、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）第十条“人民检察院、公安机关、国家安全机关需要跨地区办理查询、冻结的，可以按照本规定要求持协助查询财产或协助冻结/解除冻结财产法律文书、有效的本人工作证或人民警察证、办案协作函，与协作地县级以上人民检察院、公安机关、国家安全机关联系，协作地人民检察院、公安机关、国家安全机关应当协助执行。办案地人民检察院、公安机关、国家安全机关可以通过人民检察院、公安机关、国家安全机关信息化应用系统传输加盖公章的办案协作函和相关法律文书，或者将办案协作函和相关法律文书及凭证传真至协作地人民检察院、公安机关、国家安全机关。协作地人民检察院、公安机关、国家安全机关接收后，经审查确认，在传来的协助查询财产或协助冻结/解除冻结财产法律文书上加盖本地人民检察院、公安机关、国家安全机关印章，由两名以上办案人员持有效的本人工作证或人民警察证到银行业金融机构现场办理，银行业金融机构应当予以配合。”

（二）律师建议



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

根据上述规定，协作地司法机关来银行办理查询、冻结、扣划事项时，应由两名以上办案人员持有有效的本人工作证、执行公务证或人民警察证，委托函，以及加盖有权机关公章的协助查询/冻结/扣划存款通知书并附生效法律文书。即不需要再携带异地的执法人员的证件。

问：冻结保证金时，如果保证金到期日早于冻结到期日，这会影响到我行客户到期还款，造成逾期等不良情况更加严重。这种冻结可以冻结至还款到期前一天吗？还是必须按照冻结通知书的要求冻结一年？

解答：

#### （一）相关法律法规

1. 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第四百八十七条“人民法院冻结被执行人的银行存款的期限不得超过一年，查封、扣押动产的期限不得超过两年，查封不动产、冻结其他财产权的期限不得超过三年。”

2. 中国银监会、最高人民法院 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）第十八条“冻结涉案存款、汇款等财产的期限不得超过六个月。有特殊原因需要延长的，作出原冻结决定的人民检察院、公安机关、国家安全机关应当在冻结期限届满前按照本规定第八条办理续冻手续。每次续冻期限不得超过六个月，续冻没有次数限制。对于重大、复杂案



件，经设区的市一级以上人民检察院、公安机关、国家安全机关负责人批准，冻结涉案存款、汇款等财产的期限可以为一年。需要延长期限的，应当按照原批准权限和程序，在冻结期限届满前办理续冻手续，每次续冻期限最长不得超过一年。”

#### （二）律师建议

在不违反上述规定的前提下，冻结期限以司法机关出具的《协助冻结存款通知书》为准，在此期间，如保证金到期日早于冻结到期日，客户在偿还第三方债务或向司法机关提供担保的前提下可以向司法机关申请解冻，银行亦可在履行付款义务后向司法机关申请解冻，从而实现担保权利。

问：《协助冻结存款通知书》中的冻结原因是否可以一概论“因案件需要”，法院是否应该就具体案件写明具体冻结原因，且冻结原因需要写明的要素是否有明确的规定？

解答：我国相关法律法规对此无明确规定，但《协助冻结存款通知书》公文格式中要求明确写明案件名称、案由、案号。

问：支行在冻结一账户过程中，发现执行裁定书上的冻结原因为某小额贷款公司与某房地产开发有限公司借款合同纠纷案，但在裁定执行中写冻结某房地产开发有限公司在张某名下存款，而该单位法定代表人为李某而非张某。就此类因单位原因牵扯至个人的执行裁定，法院如何界定该存款即为该单位的存款？或者银行是否有义务去证实该单位与个人之间的关系？就此类问题法院是否应该出具一份关系说明？

解答：对于此类情形，因张某系案外人，存款权属问题应由双方共同书面确认；如双方存在争议，应向法院提起诉讼并由法院做出有效确权判决。如法院不能提供上述确权文件，因无法证明该存款系涉案财物，法院无权要求银行协助冻结，银行有权在回执上注明原因，退回法院。

问：银行有义务协助司法机关执行查封扣业务，但若遇个别客户情绪激动，来银行大吵大闹，此类问题由法院人员出面解释还是银行人员出面协调？

解答：

#### （一）相关法律法规

1. 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）第十八条“被冻结存款的单位或个人对冻结提出异议的，金融机构应告知其与作出冻结决定的有权机关联系，在存款冻结期限内金融机构不得自行解冻。”

2. 中国银监会、最高人民法院

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）第二十五条“银行业金融机构在协助人民检察院、公安机关、国家安全机关办理完毕冻结手续后，在存款单位或者个人查询时，应当告知其账户被冻结情况。被冻结款项的单位或者个人对冻结有异议的，银行业金融机构应当告知其与作出冻结决定的人民检察院、公安机关、国家安全机关联系。”

#### （二）律师建议

根据上述规定，如客户对存款被查询、冻结、扣划存有异议，建议业务部门向其解释银行负有协助司法机关查询、冻结、扣划存款的义务，并告知其如有疑问和异议，应与作出查询、冻结、扣划决定的有权机关联系。

问：在有权机关进行查冻扣业务时，有权机关工作人员的证件正在进行更换，办理业务时提供的证件超过有效期的，可否凭其出具的单位介绍信办理相关的查冻扣业务？

解答：根据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）之规定，协助有权机关查询、冻结、扣划时，银行经办人员应当核实执法人员的工作证件、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。如有权机关工作人员无有效工作证件或证件超过有效期，银行有权以违反上述规定、证件不全、要素欠缺为由，及时要求有权机关采取必要的补正措施；确实无法补正的，银行应当在回执上注明原因，退回有权机关。

银行协助查询、冻结、扣划工作中碰到的问题多种多样，上述几个问题仅仅只是冰山一角。由于篇幅所限，笔者暂且在此搁笔，其他问题将另文详述。





## 银行在执行房屋抵债时的 法律风险及防范措施

银行在清收贷款尤其是小微贷款的过程中，经常会适用“以房屋抵债”的方式，即贷款银行与借款人在协商一致的基础上签订以房抵债协议，并通过办理房屋过户手续获得房屋产权，之后再对房屋进行变现处置，以实现债权。从民法意思自治的原则来看，“以房抵债”出于银行及借款人双方自愿，在不违反法律的情况下，应受到法律的认可及保护。但在实际操作过程中，由于房屋的产权情况、使用状态、权利限制及其所在土地的使用权状况等因素存在不确定性，往往导致以房抵债具有一定的风险。现笔者就对在以房抵债过程中可能存在的法律问题以及防范措施进行如下总结，以供读者参考。

### 一、从抵债房屋角度，以房抵债可能存在的问题和风险

(一) 抵债房屋没有产权证书或产权权属不明确、存在争议。对于没有产权证书的房产，例如小产权房、公房等按照法律规定不得转让或限

制转让的房产，即使签订了抵债协议，亦无法办理产权过户手续，银行在对这类房屋进行后续变现处置时，也会面临处置困难的风险。鉴于商业银行对抵债资产的权属及处置有着严格的要求，更应避免接受这类房屋而寻找其他合法有效的清收贷款方式。而对于产权权属不明、存在争议的房屋，银行也应尽量避免接受，否则会存在抵债合同无效、无法获得房屋产权，甚至涉诉的风险。

(二) 拟抵债房屋上已设定抵押的。根据法律规定，抵押权人对于抵押物依法享有优先受偿的权利，债务人若以该类房屋进行抵债，需获得抵押权人的同意方可进行。在实践中，一些房产管理部门甚至要求先行解除抵押才能办理过户手续。在这种情况下，银行应尽量避免接受该类房屋。如果通过向相关房产部门进行了解确定不解除抵押亦可办理房屋转让手续，则贷款银行应审慎考察该房屋上所设抵押担保是否已覆盖房屋的全部价值，即抵押权人实现抵押权后，该房屋是否还有可供债权实现的价值及价值大小，以便决定是否采取其他清收方式。

(三) 拟抵债房屋如已被所有权人出租给承租人。根据“买卖不破租赁”以及“同等条件下承租人有优先购买权”的法律原则，同等条件下只有在承租人放弃购买权的前提下银行才可以以物抵债的方式获得房屋所有权；同时，只有在出租人与承租人的租赁期限到期后，银行对该类房屋进行出让处置才能够不受“买卖不破租赁”的限制。建议银行在接受该类房屋时审慎考察租赁期限长短、租赁合同约定事项以及承租人状况等各项要素综合考量。

(四) 拟抵债房屋被司法机关或行政机关依法裁定、决定查封或以其他形式限制权利。根据法律规定，除非银行属于优先权人，否则该类房屋不允许转让。因此贷款银行应审慎考察抵债房屋上是否存在上述限制转让的情形，如果存在，则不能接受该类房产，否则协议无效且无法办理房屋转让手续。

(五) 按照合同法相关规定，债务人以明显不合理的低价转让财产的，债权人有权申请法院撤销转让。为了保证房屋抵债的有效性，银行在接受抵债房屋前要通过有资质的评估机构对房屋进行合理定价，以避免在以不合理的价格接受抵债房产后面临被借款人的债权人行使撤销权的风险。

### 二、从抵债房屋所附土地使用权角度，在执行以房抵债时可能存在的问题和风险

(一) 抵债房屋所在土地没有使用权证明或者土地存在权利限制。根据物权法规定，建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑

物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分，即“地随房走”。此外，房地产权证明已经合二为一，办理房屋相关转让手续必须将房地一并出让。因此如果抵债房屋所附土地没有使用权证明或者土地存在权利限制（比如已为他人设定抵押、已被采取保全措施等），那么银行在签订抵债协议后很难办理房地产权过户手续，亦很难将该房地一并处置。因此，银行应严格考察抵债房屋的土地权属情况，尽量接受权属明确且无限制的土地。

(二) 抵债房屋所在土地为划拨方式取得。根据城市房地产管理法规定，以划拨方式取得的土地使用权，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。因此，银行在接受抵债房屋时要注意抵债房屋所附土地的性质，如土地为划拨土地，则可能面临有权部门不予批准的风险以及缴纳高额土地出让金的不利后果。

以上是笔者对以房抵债过程中可能存在的法律问题以及防范措施所做的一些总结。由于银行面临的客户尤其是小微客户存在大量以房抵债的情况，为了银行能够高效地实现债权，在办理以房抵债以及抵债房屋处置时应严格审查房地情况，以免出现上述抵债无效或处置不利的情形。除此之外，其他民事主体在选择以房抵债时，也可以参考本文来执行，尽量选择权属明确且无限制的房产来实现债权。



张宝婷

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

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

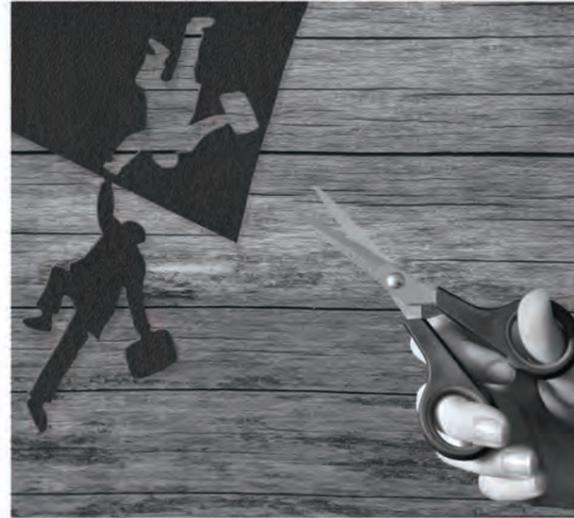
# 从犯罪构成角度 谈诈骗罪的辩护策略



章治鹏

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业协会开展相关活动；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。

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



## 前言：司法实践中的诈骗罪

司法实践中，由于诈骗类案件的事实纷繁复杂，单纯从刑法诈骗罪法条的字面意思去理解很容易将其与民事经济纠纷相混淆，导致基层公安侦查人员机械的认定：只要犯罪嫌疑人存在欺诈行为，且报案人的财产损失无法归还就一律以诈骗罪进行立案。检察院通过行使批捕权力，强行将不了解案情的法院裹挟进来，而法院又因忌惮无罪判决的巨大影响力而违心对本不构成诈骗罪的被告人判处该罪或以其他罪名作变相处处理。

笔者近年来接触了大量的诈骗类案件，发现很多法院作出的有罪判决都有值得商榷之处，很多案件案发是由于大的市场经济环境不好，导致当事人还款能力受限所致，并非当事人存有诈骗故意。通过对诈骗罪的犯罪构成要件进行分析除能够准确的辨别罪与非罪外，还能够提供有效的辩护切入点。

通过对诈骗罪构成要件的分析，笔者在诈骗类犯罪辩护中取得了一些成绩：

内蒙古包某某合同诈骗案，阳泉检察院认为证据不足，做不起诉处理；郭某某集资诈骗案，孝义市检察院最终以非法吸收公众存款提起诉讼；王某某诈骗案，经历一审、二审发回重审，重审一审、重审二审，朔州中院最终认定不构成诈骗。

下面笔者结合诈骗罪既遂犯的犯罪构成与相关案例，对犯罪构成要件的辩护进行分析。

诈骗罪，是以非法占有为目的，使用欺骗方法，骗取数额较大的公私财物的行为。诈骗罪既遂犯的基本构造为：行为人实施欺骗行为——受骗者产生（或继续维持）错误认识——受骗者基于错误认识而处分财产——行为人或者第三者取得财产——被害人遭受财产损失且欺骗行为与财产转移的结果之间存在因果关系。

根据诈骗罪的五个构成要件，笔者将五个角度作为辩护切入点，即：1. 行为人有无实施欺骗行为；2. 相对人有无受骗；3. 相对人是否自愿处分财产；4. 行为人或者第三人有无取得财产；5. 相对人是否遭受财产损失，且与欺骗行为之间是否存在因果关系。

## 一、切入点1：行为人有无实施欺骗行为

参考案例：周某某诈骗案【（2013）葫刑二终字第00182号】

二审法院认定基本事实：

1. 2011年8月30日，周某某与刘某某签订借款协议，刘某某借周某某9万元整，期限半年（截止2012年2月29日），利息1万元整，周某某以雷家店养殖小区作抵押，逾期不还刘某某享有该养殖小区5年的无偿使用权，中间人为佟某某。周某某于2011年3月26日与赵某某签订了雷家店乡彭杖子养殖场办养鸡示范场的协议。

2. 2011年6月26日，周某某以买鸡饲料急需用钱为由，从吕某某手中借现金4.6万元，签订借款协议，期限一个月，利息5000元。到期后，吕某某曾多次找周某某要钱，周以各种理由推脱，后来双方约



定阳历年还钱。周某某于同年12月24日被刑事拘留，至今未还款。

3. 2010年12月份，周某某为姜某某在邮政储蓄银行办理商户联保贷款5万元，并承诺用这些贷款为其修建养鸡设施。后姜某某因病不想养鸡，向周某某索要贷款归还银行，周某某提出将贷款借给他用，并由其负责偿还本金和利息，经姜某某同意后，二人签订借款协议。周某某偿还本金及利息共计二万五千余元贷款后，并未继续履行偿还义务。

4. 2011年9月7日，周某某以资金周转不开为由找到李某某，让其为自己在刘某某处赊购钢材的行为作担保，李某某同意后给刘某某打电话让刘某某赊给周某某9000元钱的钢材，周某某分两次实际拉走59840元钱的钢材。

一审法院认定构成诈骗罪的理由：周某某虽然偿还部分欠款，但对于剩余欠款周某某以其行为表明并未继续履行偿还义务，是主观上对偿还义务的不作为，周某某并

未提交有效的财产证明和实在的预期利益，未能说清楚足以偿还欠款的来源，可以认定其具有非法占有的目的。

二审法院认定不构成诈骗罪的理由：上诉人周某某与各关系人之间属经济债务纠纷，具备一般民事特点，应界定为民事行为，不受刑法调整。被告人周某某主观上不具有非法占有的目的，客观上也没有通过虚构事实、隐瞒真相的方式诈骗财物，依据现有证据不能证明被告人周某某将所借款项及物资用于挥霍或挪作他用，其行为不构成诈骗罪。

**案件评析：**一审法院适用法律错误的原因在于仅仅片面的从非法占有目的一个角度来评析本案，将民事欠款行为理解为非法占有之目的，未从整体考虑诈骗罪的构成要件。本案的核心问题在于周某某的借款行为不存在诈骗故意，随后的基本事实无论与诈骗罪的构成要件如何相仿，都不具有评价的价值。诈骗罪的五个构成要件是构成诈骗罪的充分必要条件，缺一不可，任何一个要件欠缺，诈骗指控就不成立。

## 二、切入点2及切入点3：相对人有无受骗、相对人是否自愿处分财产

被害人有无受骗、是否自愿处分财产这两个角度则显然简单很多。如果被害人不是基于受骗自愿处分财产，则不属于诈骗罪的范畴。若被害人明知是欺骗但基于同情而给予财物的，不构成犯罪；若被害人并非基于自愿，属于被迫交付财物的，则考虑敲诈勒索、抢夺、抢劫等其他类型的犯罪。

## 三、切入点4：是否存在财产损失

诈骗罪必然要求诈骗行为造成了财产损失，如果没有造成财产损失，则谈诈骗就没有意义。财产损失辩护看起来似乎一望而知，但是确是最容易被司法机关忽略的。

## 四、切入点5：因果关系

还有另外一个极其重要的辩护切入点——欺骗行为与财产转移之间是否存在因果关系，简称因果关系辩护。

因果关系辩护主要是在欺骗行为与财产损失两者之间寻找原因与结果关系的一种辩护策略。如果诈骗行为与财产损失之间具有因果关系，则符合构成要件。如果诈骗行为与财产损失之间不具有因果关系，则不构成诈骗罪。

**参考案例：王某某诈骗案【(2017)晋06刑终64号】**

二审法院查明基本事实：

1. 2013年10月，王某某经朋友介绍认识了元某某和蔚某某。2013年10月27日，王某某以朔州市朔城区下团堡乡武家庄村西自有养殖场房产做抵

押，由元某某、元某玲担保，向蔚某某借款150万，借款期限为两个月，月利息三分。蔚某某扣除利息9万元后，将141万借款分次转入王某某账户。王某某向蔚某某交付了养殖场房产证（该证经朔州市房管局证实非该局发放）。次年2月、3月，王某某先后归还蔚某某借款80万元。2014年4月13日，王某某向蔚某某丈夫马某借款70万元，约定利息以3%计，上付利息，以两个月为一结。2014年7月18日，蔚某某以被王某某用假房产证做抵押诈骗人民币150万为由，向朔州市公安局朔城分局报案。2014年8月8日，上诉人王某某委托其兄长与蔚某某、元某某签订一份移交抵押物清单，将其抵押物移交蔚某某，蔚某某以接收人身份在移交抵押清单签字，元某某以中间人身份在移交清单上签字。

2. 2012年5月4日，王某某以借款人身份与白某某签订1700万借款协议。2014年2月16日王某某与白某某签订了土地买卖协议，以470万将自有土地18亩转卖给白某某，并在白某某未实际交款的情况下，将国有土地使用权证（该证经朔州市国土资源局朔城分局证明非该局发放）交付给白某某。

2014年8月12日，白某某以王某某利用假土地证将已抵押给朔州市金卫小额贷款有限责任公司的18亩土地转让给自己，骗取自己470万巨额资金为由向朔州市公安局报案，朔州市公安局于2014年8月29日立案。

一审法院认定构成诈骗罪理由：

被告人王某某以非法占有为目的，采取向他人提供伪造的国有土地使用证、房屋所有权证之手段，以自己



无实际处分权利的土地、无合法手续的房屋向他人抵押担保用于借款，其行为构成诈骗罪。

关于第一起犯罪中，通过在案证据可以证实王某某以涉案合作社的房产作为抵押向蔚某某借款，蔚某某同时要求两位担保人为王某某提供担保。可以看出以上两个条件是缺一不可的。王某某明知其养殖场房产没有合法手续，为借钱方便而购买伪造房屋产权证提供给蔚某某，使蔚某某基于对假房本的错误信任而将钱借出。王某某抵押的虽不是房产证，但是房产证是房屋唯一合法有效的凭证，是房屋所有权的象征，更是被害人实现权利的有效保证，虽有担保人提供担保，但无房产的抵押被害人蔚某某不会出借巨额款项。故指控被告人王某某第一起犯罪行为符合诈骗罪的构成，应予认定。

关于第二起犯罪中，被告人王某某明知该土地已由其本人向贷款公司抵押用于大额贷款，却向被害人提供伪造的土地使用证以抵顶其对被害人的债务，导致被害人既无法得到债权又无法实现对土地的占有，该损害后果与王某某伪造证件、隐瞒真相的行为具有直接的因果关系，符合诈骗罪的犯罪构成。

二审法院对一审法院的判决予以纠正并进行了详细的说理：

关于第一起诈骗指控，王某某向蔚某某借款时提供的抵押物是其自有的养殖场，蔚某某出借款项是基于有现实存在的抵押物和担保人的。虽然

王某某给付蔚某某的房产证系伪造，但通过王某某向蔚某某还款并移交抵押物的行为可知，王某某不具有非法占有借款的目的。

关于第二起诈骗指控，在案证据无法证实白某某因与王某某签订土地买卖协议而遭受损失。王某某与白某某签订土地买卖协议时，虽交付了一个伪造的土地使用证，但白某某并未向王某某支付购买土地款项。因此，作为土地转让行为，王某某并未基于该土地买卖协议而获得新增的财产；作为抵债行为，在案证据无法证实白某某向王某某承诺了因签订土地买卖协议而免除其债务，该债权债务关系不会因此而消灭。即使王某某借钱不还使白某某遭受损失，也与签订土地买卖协议本身无因果关系，因

此白某某并未因签订土地买卖协议而遭受损失。

**案件评析：**从一审法院认定犯罪的说理可以看出，一审法院是围绕诈骗罪的犯罪构成对案件进行评判的。在第一起犯罪指控中，一审法院是从被害人有无财产损失的角度来进行评判的；第二起犯罪指控中，一审法院是从诈骗行为与财产损失的因果关系来评判的。但是，即便如此，一审法院由于对这两个构成要件的错误理解，造成了对本案的错误判决。

二审法院的说理部分也是紧紧围绕诈骗罪的犯罪构成进行，但与一审法院的认定有明显区别，因为二审法院正确理解了犯罪构成的真正含义。关于指控的第一起犯罪事实，王某某虽然提供了伪造的房产证，但是房产本身是存在的，一审法院仅仅注重形式文件的真伪却忽略了房产的价值以及债权人真正应当关心的问题：房屋是否真实存在。房产证只是一个权利凭证，脱离了房产本身毫无价值，反之则不然。此外，被告人王某某在不能如期还款的时候，委托家属将房产移交，蔚某某对此予以接受。此时蔚某某不再存在刑法上的损失。皮之不存毛将焉附，离开损失谈论诈骗，失去了讨论本罪的根本。

关于指控的第二起犯罪事实，一审法院没有正确的认识财产损失的真正含义以及诈骗行为与财产损失之间应当存在因果关系。财产损失包括两种，其一是积极财产的减



少，如被害人将财物交给被告人或第三者的行为。其二是消极财产的减少，如被害人免除或者减少被告人的债务。本案中涉及的就是是否存在消极财产的减少。二审法院一针见血：王某某提供的假土地证与签订的土地协议并未使白某某此前的债权消失，王某某也并未因此获得财产。

辩护实践中各个辩护切入点并不是孤立的，对一个构成要件进行分析时，往往需要其他构成要件的辅助才能更加准确。王某某诈骗案即是典型案例，二审法院在进行评析时，对于第一起指控，既讲到王某某没有虚构事实（“抵押”的房产属于真实自有），又讲到蔚某某不存在损失（王某某已将“抵押物”移交并获认可）；对于第二起指控，既讲到被害人白某某并未处分自己的债权（因为签订土地买卖协议而免除债务），被告人王某某没有取得新的财物，又讲到王某某的欺诈行为与所谓的损失之间不存在因果关系。一审法院之所以错误适用法律，原因大概在于将诈骗罪的各个构成要件作了割裂的、表面的分析。

### 结语：孤立、定式的辩护思路不可取

正如诈骗罪辩护中五个构成要件的分析不能独立割裂，要相互辅助进行分析一样，刑辩律师在具体辩护时并不能局限在犯罪构成要件的分析，凡所能够还原案件事实本身，帮助法庭正确的定罪量刑的辩护切入点均应进入刑辩律师的视野。笔者从裁判文书网以及无讼案例中网罗了百余诈骗无罪案例，发现除构成要件辩护外，还有大量以事实不清证据不足为出发点的成功辩护。此外，从主客观结合的角度分析也有不少成功辩护的案例。其核心是通过分析犯罪嫌疑人或被告人是否具有非法占有目的，根据主客观一致原则，依法为其做无罪辩护并获成功。限于篇幅原因，笔者仅从犯罪构成角度与大家分享自己的辩护策略，以期抛砖引玉，共同进步。



## FINANCIAL LOAN

金融借款纠纷案件中  
债务人及保证人的代理人  
需要注意的几个问题

## 前言：

近些年随着经济的发展，企业向金融机构的借贷越来越普遍，金融机构尤其是银行与借款企业及担保人之间的金融借款纠纷案件数量也是逐年攀升。一些法院在审理银行金融借款纠纷案件的过程中，认为“欠债还钱天经地义”，“想当然”的觉得银行的诉讼请求不会出错，因而对于借款企业及担保人的合理辩解根本不予采纳，这就使得金融借款纠纷案件中债务人及担保人的合法权益得不到保障，甚至直接被忽视。笔者结合近期在代理国内某大型民营企业集团二十余起金融借款合同纠纷案件中遇到的问题和对这些问题的思考，从代理人的角度对代理债务人及担保人时一些常见的法律问题做了简要的归纳，下面逐一进行阐述。



## 杜梓栋



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

## 一、核对金融机构提交的证据与其诉讼请求的客观性

在金融借款合同纠纷案件审理过程中，银行等金融机构总是自视处于优势地位，以至于借种种“理由”不予提供关键证据。而一些法院对于金融机构的诉讼请求和证据不做实质审查，如果债务人和担保人不提异议，金融机构起诉多少数额就判决多少数额。笔者在代理一起与M银行的金融借款纠纷中曾遇到过这样一种情况：M银行与借款企业签订了一份3.2亿元的《授信合同》，约定三年内向借款企业发放多笔贷款共计3.2亿元，其中一笔8000万元的贷款最先到期，M银行与借款企业采取委托贷款倒贷的方式将本息一并转入了M银行旗下的M投资公司，M银行由贷款方变成了受托放款的受托方。之后借款企业向M投资公司偿还了该笔贷款，累计还款本息9600余万元。再之后，由于借款企业陷入经营困难，以及公司内部出现股权纠纷，无法按时偿还《授信合同》项下的剩余借款，M银行遂将其起诉至省高级人民法院，起诉的本金金额依然是3.2亿元。笔者在代理该案后前往法院阅卷，在阅卷过程中发现

在M银行提交的证据中只有3.2亿的放款凭证，没有8000万元的倒贷凭证（委托贷款合同等）。而因为当时急于倒贷，借款企业将相关凭证全部留存于银行手中，能够提交的只有9600余万元向M投资公司的还款凭证。由于缺少转贷的相关手续这一重要证据，借款企业主张已经偿还《授信合同》项下本金8000万元的事实可能因清偿主体的问题得不到支持。发现该问题后，笔者曾多次与银行方面沟通要求其提供倒贷证据，但均被以各种理由拒绝，不得已笔者申请法院调取该证据，最终该笔本息的还款事实被法院确认。

## 二、确认案件当中的保证及担保物权是否真实存在及有效设立

一些金融机构在借贷过程中往往会利用借款企业急于贷款的心理，让借款企业、保证人在提供担保之外，再签订一些与担保物相关的空白文件。一旦借款企业无法按时还款，这些空白文件会被补填后做为证据提交法院。笔者在办理X银行与S公司金融借款纠纷中就存在此种情况：

2014年S公司与X银行签订《短期流动资金借款合同》及《不动产抵押合同》，约定由S公司向X银

行借款6000万元，借款期限六个月，X银行则要求S公司抵押其厂区土地及地上建筑做为担保，抵押期限三年，担保额度8000万元，同时还要求S公司股东G、Y等人签订《股权质押合同》、《保证担保合同》，由G、Y将其在公司的股权质押为上述债权进行担保，质押期限三年，同时G、Y承担保证担保责任。在办理上述担保手续时，X银行要求S公司及股东G签订了多份空白的合同及文件，之后X银行发放了该笔贷款。由于S公司资金链紧张，于是采取借新还旧的方式对该笔贷款进行了多次倒贷，后因经营状况恶化，X银行认为该笔贷款存在风险，于是向J市中院提起诉讼，并将股东G、Y一并起诉。在诉讼中G提出其在6000万元到期后，就不再为该笔贷款提供担保，但X银行却

拿出了G倒贷后的《质押担保合同》等文件，该文件实际就是G之前签署的空白文件变造而来，但G没有证据证实该说法。发现这一问题后，笔者作为股东G的代理人向法院提出，股权质押需向工商部门办理登记手续，要求银行出示对应的登记手续。X银行虽然出示了登记手续，但登记日期为2014年，明显与质押合同签订日期2016年不符，最终法院采信了笔者的意见，驳回了X银行对于G的股权优先受偿的诉讼请求。

### 三、对金融机构在其诉讼请求中计收复利的依据、范围及计算方法进行核实

在笔者代理的多起金融借款合同纠纷案件中，银行不仅向法院主张本金、利息、复利及罚息，有的甚至还会主张罚息的复利。一般来



说，对于本金及利息，银行与债务人、担保人的分歧较小，争议焦点往往出现在复利的计收上。复利一般是对贷款期内不能按期支付的利息计收的利息，对于贷款逾期后的罚息是否计收利息，在审判实践中是存在争议的。在笔者代理的多起金融借款合同纠纷案件中，借款合同并未约定对逾期罚息计收复利或约定不明，但银行在起诉时仍对罚息计算了复利并进行主张。笔者认为，按照中国人民银行《人民币利率管理规定》及中国人民银行《关于人民币贷款利率有关问题的通知》的相关规定，复利的计算基数应仅为正常利息即合同期内的应付利息，不包括逾期罚息。逾期产生的“罚息”已经带有违约惩罚性质，再以此为基数计收“复利”有双重处罚之嫌，对借款人及担保人明显不公平。如果银行与债务人在借款合同中明确的约定，该项诉讼请求就不应当得到支持。

#### 结语

在金融借款纠纷案件大量出现的今天，虽然银行等金融机构的利益应当得到保障，但我们也不能忽视对债务人及担保人合法权益的保护，这样才能真正实现定分止争的目的，也更加有利于银行等金融机构债权的实现。



# 夫妻一方下落不明，另一方如何离婚

# divorce

在笔者接待的日常咨询中，夫妻一方下落不明，另一方要求离婚的案件越来越多。这种情形的离婚，只能通过诉讼解决，而诉讼时因法官无法与对方当事人接触，难以判断夫妻感情是否已经破裂，也就很可能不会作出离婚的判决。为更好的处理这类纠纷，笔者联系实际并结合相关法律规定，谈谈自己的看法。



## 一、夫妻一方下落不明离婚案件的受理

实践中，夫妻一方下落不明，另一方诉至法院要求离婚，法院往往会以被告地址不明确，诉讼文书无法送达为由不予立案。对此，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第151条明确规定“夫妻一方下落不明，另一方诉至人民法院，只要求离婚，不申请宣告下落不明人失踪或死亡的案件，人民法院应当受理，对下落不明人用公告送达诉讼文书。”根据上述法律规定，夫妻一方下落不明，另一方直接起诉至人民法院要求离婚的，法院应该受理。

## 二、夫妻一方下落不明案件管辖法院的确定

《中华人民共和国民事诉讼法》第二十二条规定“下列民事诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经

常居住地人民法院管辖；……（二）对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；……”根据该规定，一方下落不明的离婚案件，可以在原告住所地人民法院起诉。对于下落不明，法律并没有明确规定适用条件，也未规定确认“下落不明”的部门，在具体案件处理中，诉请离婚一方即原告所采取的证明方式多种多样，主要有以下几种：

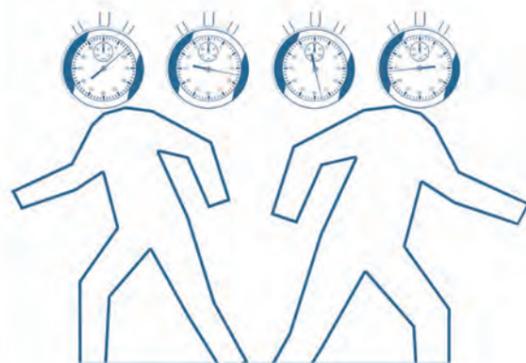
1. 一方或双方父母，或其他亲戚出具的书面证明材料；
2. 原、被告所在地的村民委员会或居民委员会出具的证明材料；
3. 被告所在用人单位出具的证明材料；
4. 公安机关，即被告所在地派出所出具的证明材料；
5. 人民法院依据利害关系人的申请作出的宣告被告失踪的民事判决书。



冯淑云

毕业于西南政法大学法律硕士学院法律硕士专业，研究生学历。2013年7月加入黄河律师事务所，为婚姻家庭、合同纠纷、侵权专业组律师。办理过合同纠纷、抚恤金纠纷、离婚纠纷等案件三十余件，秉承“坚持信念、精通法律、维护正义、恪守诚信”的执业理念，为当事人提供最专业的服务。业务领域：劳动争议、交通事故、婚姻纠纷、合同纠纷、金融借款纠纷等。

电话：0351-7552102  
 手机：13593194890  
 Email: 326176167@qq.com



以上证明中，父母或者亲戚尤其是原告一方的父母或亲戚出具的证明材料，因为与原被告有利害关系，不足以证明被告下落不明的事实；用人单位出具的证明材料，因为单位与被告是工作关系，无法知道被告的去向，且工作可以随时变动，所以单位出具的证明材料证明力也较低；对派出所、居民委员会或村民委员会出具的证明，因其系基层组织，与被告的居住、生活最为紧密，有能力获知被告的去向，因此，其出具的证明材料证明力相对较高，可以采信；而最有力的证明还是人民法院根据利害关系人的申请作出的宣告失踪的民事判决书。

所以立案时，原告可以提供人民法院宣告失踪的判决书，派出所、居民委员会或村民委员会出具的证明材料等证明被告下落不明的事实。

### 三、夫妻一方下落不明离婚案件诉讼文书的送达

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第151条明确规定，对被告下落不明的离婚案件，可以采用公告送达的方式，公告期为60日，公告期满即视为送达。

### 四、夫妻一方下落不明离婚案件的举证

被告下落不明的离婚案件，一般分为两种情况，一种是下落不明不足两年，一种是下落不明满两年或两年以上。

#### （一）夫妻一方下落不明不足两年

《婚姻法》第三十二条规定：人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。有下列情形之一的，调解无效的，应准予离婚：①重婚或有配偶者与他人同居的；②实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；③有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；④因感情不和分居满二年的；⑤其他导致夫妻感情破裂的情形。

对于离婚案件，准予或不准离婚应以夫妻感情是否破裂作为区分的界限，而不能一概以被告未到庭不能查清事实为由判决不准离婚，这对原告极为不公平。作为夫妻，一方应知道另一方的去向，如果不知道，就无法履行夫妻间的各项义务，更谈不上有夫妻感情，故夫妻一方下落不明不足两年的案件，需要着重证明夫妻感情破裂、双方无和好可能的事实，从而使人民法院判决准予离婚。



#### （二）被告下落不明满两年或两年以上

《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》规定，判断夫妻感情是否确已破裂，应当从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状和有无和好的可能等方面综合分析。并根据婚姻法的有关规定和审判实践经验，规定“一方下落不明满二年，对方起诉离婚，经公告查找确无下落的”视为夫妻感情确已破裂。如一方坚决要求离婚，经调解无效，可依法判决准予离婚。根据该规定，符合此种情形的，人民法院应判决准予离婚。

根据《婚姻法》第三十二条规定“一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚”，以及《民事诉讼法》第一百八十三条规定“公民下落不明满二

年，利害关系人申请宣告其失踪的，向下落不明人住所地基层人民法院提出”，对于被告下落不明满两年的离婚案件，原告作为配偶是其利害关系人，可以向被告住所地人民法院提出申请，要求宣告被告失踪。人民法院作出宣告被告失踪的判决后，原告再向人民法院提起离婚诉讼的，人民法院应依法准予离婚。

根据《民事诉讼法》第一百八十四条规定“公民下落不明满四年，或者因意外事故下落不明满二年，或者因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存，利害关系人申请宣告其死亡的，向下落不明人住所地基层人民法院提出”及《民法通则》司法解释第三十七条规定“被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭”，对被告下落不明满四年的或意外事故满两年的，原告作为配偶是利害关系人，

可以向被告所在地基层人民法院起诉，要求宣告被告死亡。法院作出宣告被告死亡的判决后，婚姻关系自宣告之日起解除，原告要无需再向人民法院起诉要求离婚。



# 微信记录如何作为有效证据使用

微信软件由于具有集网上聊天、网上购物、网络支付平台等功能为一身的便捷性，近几年来被越来越多的人使用，从而导致微信记录作为证据在诉讼中出现的频率也越来越高。但是司法实践当中，并不是任一条微信记录都可以作为认定案件事实的依据，还必须具备相应的条件或者结合其他相关证据材料，方可作为证据使用。

## 一、微信记录可以作为证据使用的法律依据

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十三条规定了当事人陈述、书证、物证、视听资料、电子数据、证人证言、鉴定意见、勘验笔录这八大证据种类。根据《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116条第2款、第3款“电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用电子数据的规定”可知，微信记录作为存储在电子介质中的记录，属于《中华人民共和国民事诉讼法》第六十三条规定的证据种类中的“电子数据”，当然可以作为证据使用。



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

## 二、微信记录的种类及相应的提取与固定方式

根据微信记录形成方式的不同，可以将其分为文字微信记录、图片微信记录、语音微信记录及视频微信记录四大类。

第一，文字微信记录。包括与微信好友的聊天记录及在微信朋友圈发布的文字等以文字形式存在的信息。此类记录是微信中最常见的内容，例如常见的“微信借条”。

文字微信记录可通过截屏、拍照、导出、收藏等方式进行证据的提取与固定。

第二，图片微信记录。包括在与微信好友聊天的过程中及发表微信朋友圈时转载、制作、拍摄的图片以及使用的各类表情。

通常情况下，图片和表情所表达的意思要结合

整个聊天记录或者文章去理解，因为不同的使用者因习惯不同，在使用图片或表情时所表达的意思不同，有时甚至没有任何意义，因此对于图片微信记录，要将图片与文字等其他记录内容通过截屏、拍照、导出、收藏等方式进行证据的提取与固定，笔者不建议单独对图片进行证据的提取与固定。

第三，语音微信记录。包括微信好友语音聊天、微信朋友圈发布的语音等以语音形式存在的信息。

语音记录是通过分辨、鉴定语音中的声音来确定使用者身份的，因此可通过保存语音、将语音信息收藏或者将其导出刻录光盘等方式进行证据的提取和固定，但是笔者在此需要重点提示和说明的是，原始的语音记录必须保存。

此外，由于语音记录易改变、难识别的特殊性，要想使其作为一个有效的证据存在，除了要按照上

述的方式固定证据外，语音记录应当尽量清晰、准确，双方所谈论的问题及表态应均有明示。

第四，视频微信记录。包括与微信好友聊天过程中，发表微信朋友圈时转载、制作、拍摄的视频。

视频具有直观反映事实的作用，通常使用者直接拍摄的视频更有证明力，转载或者制作的视频因无法核实原始出处或者有后期编辑的痕迹，证明力不如直接拍摄的视频。对于视频微信记录可通过保存、收藏视频或者将其导出刻录光盘等方式进行证据的提取和固定。

### 三、微信记录作为认定案件事实的依据时需要具备的条件

首先，需要确认微信使用人的身份。比如通过核实微信中使用人登记的联系方式、辨别微信使用人的头像，或者通过微信使用人发表的文章、视频等信息来确认微信使用人是否与案

件的一方当事人一致。若在诉讼中，没有任何方式证明微信使用人的身份，且对方否认微信使用人是其本人的话，该微信记录没有任何证明力。

其次，保持微信记录的完整性。因微信软件有删除、撤回聊天记录的功能，微信使用人很容易将不需要的记录删除，只保留其需要的部分，造成断章取义、与事实不符的情况，无法真实反映当事人的真实意思。所以，为保证微信记录的真实性和客观性，要保持微信记录的完整性。

第三，保存原始记录。不管是微信文字记录、图片记录、语音记录，还是视频记录，务必将原始的记录保存好，以便在诉讼中进行核实。若担心记录丢失，可以将上述记录进行收藏保存或者截图保存，有条件的话可以做保全证据的公证，由公证人员对微信记录的内容及提取、固定微信记录的过程进行公证。

第四，尽量收集其他相关的证据材料。因微信使用人在提取和固定微信记录时，可能有内容描述不清楚、无法确定微信使用人等情况，若能提供其他证据材料相佐证，在诉讼中存在的风险会降低。

虽然微信记录属于民事诉讼法规定的证据种类中的“电子数据”，可以作为证据使用，但司法实践中，对于微信记录等电子证据如何采用及证明力大小的问题一直存在争议。法官在判断微信记录等电子证据

是否可以采用及证明力大小时，既会考虑电子证据的特殊性，不在可采性与证明力方面同其他证据予以差别对待，又要从“三性”的角度对此类证据进行认定，即从真实性、关联性、合法性三个方面分析微信记录等电子证据是否可以作为定案的依据。这就要求我们在提取和固定微信记录等电子证据时，要按笔者上述建议的方式或其他合法有效的方式进行证据的提取和固定，使其首先成为一个来源合法、真实有效的证据材料，然后才能结合内容进行进一步分析，其是否与案件的待证事实有关，是可以单独作为定案的依据，还是需要其他的证据相佐证。

## 固定总价合同结算纠纷 处理原则

文/赵秀芹

建设工程领域发生的纠纷大多都比较复杂，主要体现在存在违规操作、工期长、不可控因素多、人员素质普遍较低、涉案标的相对较大、证据资料相对庞杂、施工资料不尽完善、口头约定花样百出、适用法律较为有限、政策性规定相对较多等等因素，导致各地法院在审理过程中标准不一，甚至同一个法院就同样的事由裁决结果也不尽相同。现就最近办案过程中遇到的关于固定总价合同的结算问题谈几点看法，以供参考借鉴。

### 一、固定总价合同的概念

对于固定总价合同，目前法律上并没有一个明确的定义，进入百

度搜索，可以查到：固定总价合同，俗称“闭口合同”“包死合同”。所谓“固定”，是指这种价格一经约定，除业主增减工程量和设计变更外，一律不调整。所谓“总价”，是指完成合同约定范围内工程量以及为完成该工程量而实施的全部工作的总价款。此为百度对其的定义。另外一个较为明确、较为官方的提法，见于住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局制定的GF-2013-0201建设工程施工合同（示范文本）通用条款12.1第2项总价合同：总价合同是指合同当事人约定以施工图、已标价工程量清单或预算书及有关条件进行合同价格计算、调整和确认



# PERSONAL LIABILITY INSURANCE

的建设工程施工合同，在约定的范围内合同总价不作调整。合同当事人应在专用合同条款中约定总价包含的风险范围和风险费用的计算方法，并约定风险范围以外的合同价格的调整方法，其中因市场价格波动引起的调整按第11.1款（市场价格波动引起的调整）、因法律变化引起的调整按第11.2款（法律变化引起的调整）约定执行。

## 二、固定总价合同结算的相关规定

1. 《中华人民共和国建筑法》第十八条“建筑工程造价应当按照国家有关规定，由发包单位与承包单位在合同中约定。公开招标发包的，其造价的约定，须遵守招标投标法律的规定。发包单位应当按照合同的约定，及时拨付工程款项。”

2. 《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》

第十六条 当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。

因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。

建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，工程价款结算参照本解释第三条规定处理。

第二十条 当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。

第二十一条 当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。

第二十二条 当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。

3. 住建部2004年10月20日施行的《建设工程价款结算暂行办法》

4. 2014年2月1日施行的《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》

## 三、固定总价合同条件下工程价款结算时可能发生的几种情形

### （一）合同顺利履行完毕，工程量没有发生变更

该种情形下，按照合同约定进行结算，双方没有争议。或者即便有争议，一般也较小，处于双方可协商处理范围之内。

### （二）合同履行完毕，工程量发生变更情形下的结算原则

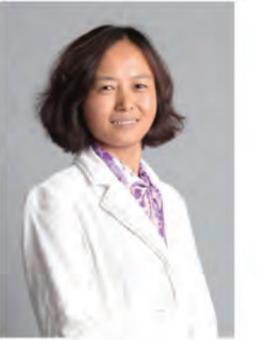
该种情形又分为两种情况，即合同外的变更与合同内的变更。对于合同外的变更，不属于固定总价合同范围，当然应当重新结算。而对于合同内的变更，若工程量增加，发包方不同意变更总价款，若工程量减少，承包方又不同意变更，双方在结算过程中往往争议较大，导致结算久拖不决，通常不得不诉诸司法途径来解决。那么遇此情况应如何结算？通常，法院会首先以承发包双方在施工合同内约定的工程变更计价方式为准，如果当事人没有约定或约定不明，法院通常按如下规则裁判：

（1）部分变更时，一般不推倒合同约定整体重新结算，而是在原合同固

定价的基础上，参照合同约定就增减工程部分进行结算，再相应增减合同总价款。（2）对工程变更部分的估价，法院一般通过委托第三方就变更部分进行司法审价，以此确定最终结算金额。在此类案件比较集中、经济相对发达的省份，地方高院发挥了积极的作用，明确了此类纠纷的地方法院裁判规则，比如广东省高院。2006年11月1日，广东省发布了《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》，第一条即明确规定：“当事人约定工程价款实行固定价，而实际施工的工程量比约定的工程范围有所增减的，可在确认固定价的基础上，参照合同约定对增减部分进行结算，再根据结算结果相应增减总价款。不应撇开合同约定，对整个工程造价进行重新结算”。

### （三）合同解除后的结算原则

对于该种情形下的结算方式，法律仍然没有明确规定，广东、北京等地高院出台了相应的指导意见或者疑难



赵秀芹

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

电话：0351-7552102

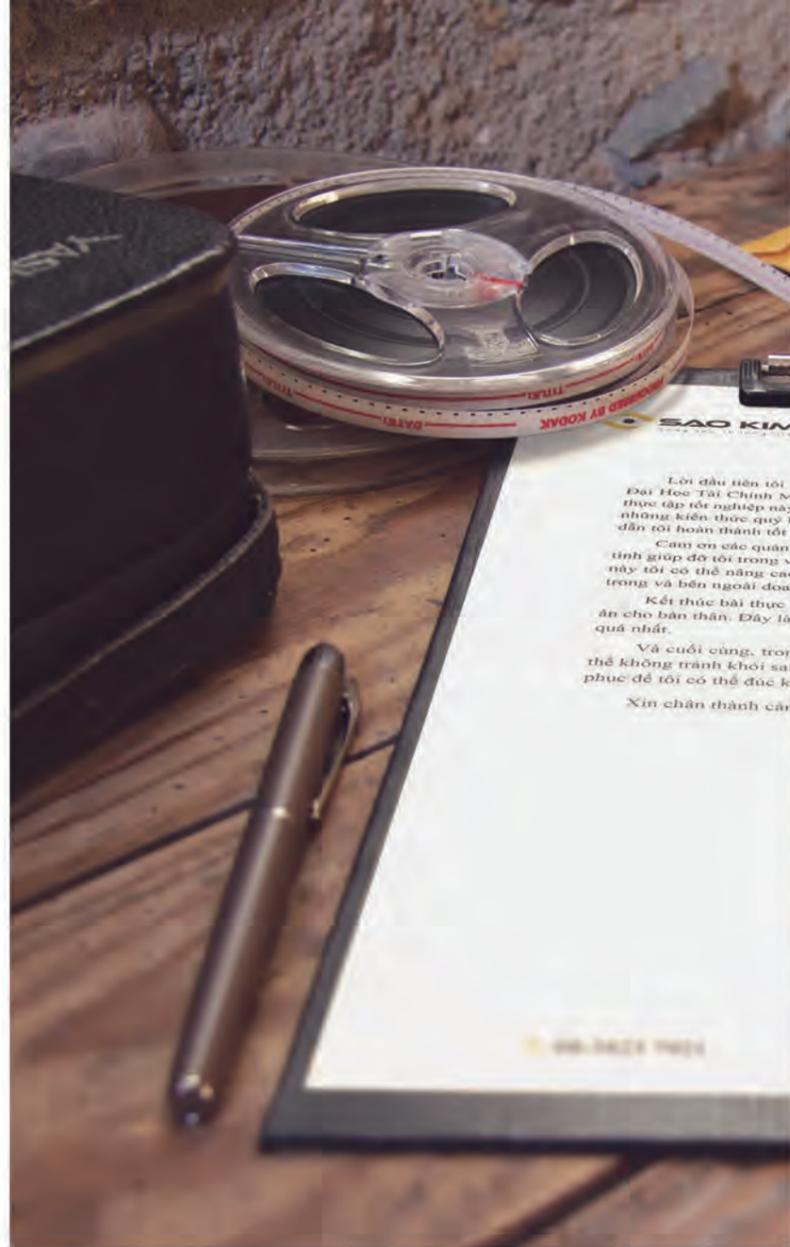
手机：13934228886

Email：szhao5@hotmail.com



解答。还拿广东省高院为例，广东省高院2011年11月26日出台了《广东省高院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》，该意见第五条明确规定：“建设工程施工合同约定工程款实行固定价，如建设工程尚未完工，当事人对已完工工程造价产生争议的，可将争议部分的工程造价委托鉴定，但应以建设工程施工合同约定的固定价为基础，根据已完工工程占合同约定施工范围的比例计算工程款。当事人一方主张以定额标准作为造价鉴定依据的，不予支持。”也就是说，如果固定总价合同未履行完毕，而双方又不能继续履行，那么法院以实际完成的工程量参照定额计算的价款乘以固定总价占全部工程量参照定额计算的价款的百分比予以确定结算价款。

**(四) 合同未约定工程范围，或者工程范围不明确的情形下的结算规则**



应当遵照《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》第22条的规定，当事人约定按照固定总价结算工程价款的，原则上尊重双方当事人的意思自治，不再接受鉴定申请。然而，在固定总价所针对工程量范围不明确情况下，法院一般会要查明固定价的基础是施工图还是发包人招标清单或承包人投标清单。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条“谁主张，谁举证”的规定，主张工程款的一方应当承担关于工程量的举证责任，否则承担不利后果。

## 法院适用 **公平** 原则确定民事责任 应有边界条件

### 【基本案情】

2008年5月15日，贾某与A县府城镇义唐村委会（下称村委会）签订《义唐村大木沟渣场承包合同书》，约定贾某承包经营义唐村大木沟废弃渣场，面积67.26亩，承包期50年。

2013年4月17日，L市人民政府发布《L市人民政府关于建设G22高速公路（L市段）的通告》，明确征地拆迁区域及物项为高速公路占地红线内的土地、房屋及其他地上附着物，贾某承包的渣场有14亩被确定在高速公路红线范围内。

2013年7月2日，C公司作为高速公路的建设单位与A县人民政府签订了《A县征用土地协议书》，约定C公司为建设高速公路需要占用A县境内建设用地，相关土地由A县政府永久性征用后划拨给C公司使用，经双方确认，土地征收数量为2602.83亩，按照晋政发（2013）22号文件规定，土地征收补偿费共计90550296.05元；8月6日，C公司向A县政府财政专户支付了全部土地征用补偿费用。

2017年8月5日，村委会与贾某签订了《义唐村永久性征地补偿协议书》，约定按照县高速公路指挥部安排，征用贾某使用的集体土地（空地）14亩，补偿标准为34205元/亩，共计补偿款478870元；贾某在收到补偿款后，应全力配合村委会，不能以任何理由阻挡高速建设工程施工。8月8日，镇政府将补偿款支付到贾某个人指定的账户中。

H公司于2007年6月成立，法定代表人系贾某。2007年10月起，H公司向A县发改局申请建设农副产品市场，建设地址选在高速公路红线范围南侧的空地上。A县发改局批复对该项目予以备案，并要求加紧办理相关手续后进行项目建设。2008年10月，A县国土资源局函告A县发改局，要求H公司在办理完毕土地审批手续后方可动工修建。但是H公司并未取得申报建设农副产品市场的土地使用权属证书和《建设工程施工许可证》。

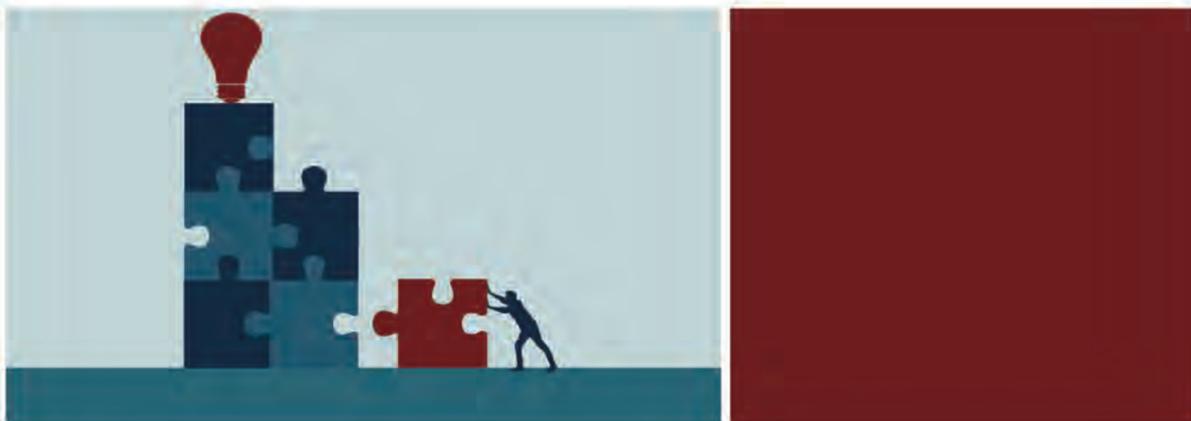
2017年8月，H公司向A县法院诉称：2008年5月15日，H公司与村委会签订《义唐村大木沟渣场承包合同书》，H公司对渣场进行垫平，共支出人民币4302280元。2013年初，H公司被告知承包建厂的土地被征收，但是C公司一直没有与H公司签订征收拆迁协议，直到2017年C公司才通过村委会支付



李继军

业务主管。民盟山西省委员会委员，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



了14亩土地的征收补偿款，H公司发现高速公路用地以北剩余的土地已经根本无法用于建设农副产品批发市场。

H公司提出诉请：1. 判令C公司补偿原告土石方工程款430.228元；2. 判令C公司赔偿经营损失469.84万元。

### 【一审法院审理情况】

(一) 在一审中，C公司向法庭提出如下意见：

C公司对H公司是否对渣场进行垫平根本不知情，对于H公司向法庭提供的证明其支出款项的所有白条的真实性不予确认。本案所涉纠纷并非民事法律纠纷，不应按照民事案件审理，人民法院理应驳回其起诉。

#### 1. C公司与H公司不存在民事权利义务关系。

C公司系依法设立的高速公路建设单位，属于高速公路项目国有建设用地的使用人，高速公路项目所占的集体土地由A县政府转为建设用地征收为国有土地后，划拨给C公司使用；贾某属于大木沟部分土地的承租人，村委会已经与贾某签订《长临高速义唐村永久性征地补偿协议书》，并领取了征收补偿款，相关土地已经被征收后划拨给C公司；贾某系H公司的股东之一，贾某与H公司拥有各自不同财产权，系不同的法律主体；C公司与H公司之间不存在民事权利义务关系，不构成财产损害赔偿赔偿责任。

#### 2. 在贾某与A县政府针对土地征收补偿事宜已

经达成一致意见的情况下，H公司另行向C公司主张权利没有事实基础与法律依据，理应不被人民法院所支持。

3. 依据《土地管理法》以及行政诉讼法的相关规定，土地征收及补偿行为属于行政行为。即使H公司认为因土地征收权益受损，那也是政府部门征收补偿阶段应解决的问题，也应当依照行政诉讼法规定提起诉讼。

(二) A县法院经审理认为：

贾某与村委会签订土地承包合同，并进行了施工建设，H公司以该土地为基础而设立，并承接了原承包人的所有权利义务。C公司占用原告14亩土地修建高速公路，并向原告支付了补偿款，故C公司与H公司之间存在民事权利义务关系。H公司主张的经济损失系C公司建设高速公路而导致，故本案属于民事纠纷。

C公司虽然支付了补偿款478870元，但对于H公司所垫平土地所支出的费用并未考虑，根据公平原则，被告作为受益人，应对原告的经济损失进行补偿。综合各方因素，C公司应对H公司为垫平大木沟的投资酌情补偿160万元。

故判决如下：

C公司补偿H公司经济损失160万元。

### 【律师评析意见】

针对本案，法院适用公平原则判令C公司承担对

H公司的补偿责任。鉴于C公司与H公司是否存在民事法律关系，以及公平责任原则是否作为侵权行为的独立归责原则等相关问题，在理论界观点不一，司法界的审判尺度也不一，因此，在理论上具有探讨的价值。笔者在此拟结合本案例从H公司的权利界限、其权利救济如何实现以及法院在案件审理中适用公平责任的边界条件等方面进行分析，以供有关人士参考。

#### 1. H公司的权利界限如何确定

(1) H公司与贾某不能各自主张《义唐村大木沟渣场承包合同书》中的权利

2008年5月15日，贾某与村委会签订的《义唐村大木沟渣场承包合同书》，明确了大木沟废弃渣场承包的承包人是贾某。

贾某是H公司的法定代表人，该协议是在H公司成立之后签订的，对此，无论是村委会还是贾某，均未确认H公司属于大木沟废弃渣场承包的承包人或者是权利继承人。

在L市政府通告征收高速公路建设用地后，在2017年8月与村委会签订《义唐村永久性征地补偿协议书》的是贾某，而非H公司。因此，对于H公司而言，不存在对《义唐村大木沟渣场承包合同书》中相关权利另行主张的事实基础。

(2) 2017年8月5日，村委会与贾某签订《长临高速义唐村永久性征地补偿协议书》，明确约定根据县政府安排征收贾某承包使用的土地14亩并按照耕地标准补偿，贾某认可并领取了征收补偿款478870元。

该宗土地并不在H公司申请建设农副产品市场的用地范围内，对于H公司而言，在其没有取得申报建设项目合法手续的情况下，主张权利没有法律基础；另外在县政府征收的14亩土地与其项目没有关系的情况下，其也无权主张权利。

#### 2. C公司能否构成对H公司的侵权

(1) C公司取得高速公路建设用地的合法性分析

依据《土地管理法》第四十三条“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；……”第四十四条“建设占用土地，涉及农用地转为建设用地的



应当办理农用地转用审批手续。”第四十六条“国家征收土地的，依照法定程序批准后，由县级以上地方人民政府予以公告并组织实施。被征收土地的所有权人、使用权人应当在公告规定期限内，持土地权属证书到当地人民政府土地行政主管部门办理征地补偿登记。”第五十四条“下列建设用地，经县级以上人民政府依法批准，可以以划拨方式取得：……

(三)国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地；……”规定等，C公司系高速公路项目建设土地的使用权人，本案案涉相关土地系A县政府将原属农民集体所有的土地转为建设用地并办理征收手续后，划拨给C公司使用。因此，C公司所使用的土地不是从村集体直接取得的，更不是从贾某或者

H公司直接取得的，而是政府部门征收后划拨供给的，C公司取得高速公路建设用地符合法律规定。

(2) C公司与A县政府《A县征用土地协议书》的性质依据《国土资源部关于进一步做好征地管理工作的通知》第一条第二项“探索完善征地补偿款预存制度。为防止拖欠征地补偿款，确保补偿费用及时足额到位，各地应探索和完善的征地补偿款预存制度。在市县组织用地报批时，根据征地规模与补偿标准，测算征地补偿费用，由申请用地单位提前缴纳预存征地补偿款”之规定，《A县征用土地协议书》系确定A县政府负责征收高速公路建设用地，C公司向A县政府预先缴纳征地补偿款的相关权利义务关系的协议。依据该协议，相关补偿款由A县政府支付给被征收土地的相关主体，不存在C公司向土地所有权人或者使用人支付补偿款的情形。

### (3) C公司与H公司的法律关系

C公司取得高速公路建设用地后，与H公司属于相邻关系，因其不存在与原土地所有权人的土地交付与征收补偿的关系，自然也不可能存在因为取得了高速公路建设用地对H公司构成侵权。

因此，一审判决所称的“原告主张的经济损失系被告建设高速公路而导致，与被告的施工行为有因果关系，本案应属于民事纠纷。被告虽然向原告支付补偿款478870元，但对于原告垫平大木沟所支付的费用并未考虑，被告在原告所垫平的基础上进行施工，直接承受了原告的劳动成果，降低了自己的施工难度，也相应减少了资金投入”显属错误。

3.一审法院依据《民法总则》第六条适用公平原则确定C公司针对H公司的补偿责任是否符合立法本意

一审法院认为“根据公平原则，被告作为受益人，应对原告的经济损失进行补偿”，“关于补偿的具体金额，虽然仅占用原告14亩，但是根据公路占地的特殊性，公路两侧属建筑控制区，不允许建农贸市场，致原告剩余土地的使用价值已大为降低，无法达到原告设立市场的预期目标。”并依据《民法总则》第六条“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务”之规定，“综合各方因素，被告对原告垫平大木沟投资承担酌情补偿160万元”。笔者认为：人民法院



在审理案件中适用公平原则确定当事人的法律责任必须遵守审慎原则，否则会使当事人质疑法院审理案件的公正性，同时有可能导致审理法官陷入道德风险，即借助司法权偏袒一方，导致错案的发生。

依据《民法总则》第六条之本意，适用公平原则即意味着法院针对当事人之前意思表示的否定，此时应当遵循以下边界条件：

(1) 双方之前确定的权利义务关系不合理。如果按照双方当事人意思表示确定权利和义务，会导致实质不公平的结果，而且这种不公平是明显的、重大的，对于当事人利益而言会产生实质性影响；

(2) 当事人所作意思表示实际上不真实或者不自由。即一方当事人的表示与意思表面相同实质不同，或者虽然当事人意思表示真实，但由此带来的不公平结果超出当事人意思表示时的预见。

然而，针对本案，征收贾某14亩空地的是A县政府，与贾某签订《义唐村

永久性征地补偿协议书》的是村委会，这其中既没有H公司存在，也没有C公司存在，A县政府征收贾某使用的村委会所有的14亩土地，C公司与H公司不存在征收补偿的民事活动和意思表示，因此双方权利义务是否不合理、双方意思表示是否不真实或者不自由也就无从谈起。

一审法院在没有民事法律关系的C公司与H公司之间适用了公平原则，判令C公司承担补偿责任，显然不符合《民法总则》第六条之立法本意，超越了适用公平原则的边界条件，应属错误。

### 4.H公司如果认为自己的权利受损，可以采取的救济途径

针对本案，如果H公司认为因为修建高速公路导致其利益受损，其应当向土地征收部门即A县政府主张权利，或者依据《行政诉讼法》第十二条“人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：……(五)对征收、征用决定及其补偿决定不服的……”的规定提起行政诉讼，由A县政府针对高速公路用地是否占压其项目用地范围、是否存在其出资对征收范围内的渣场进行垫平、是否应当补偿进行质证，由法院在此基础上作出裁判。

### 5.一审法院是否应驳回H公司的起诉

本案纠纷并非民事纠纷，依据《民事诉讼法》第一百二十四条“人民法院对下列起诉，分别情形，予以处理：(一)依照行政诉讼法的规定，属于行政诉讼受案范围的，告知原告提起行政诉讼；……”以及最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第二百零八条第三款“立案后发现不符合起诉条件或者属于民事诉讼法第一百二十四条规定情形的，裁定驳回起诉”的规定，一审法院不应以民事案由受理本案，受理后，也应裁定驳回H公司起诉。



## 机动车道路交通事故保险理赔规则及 典型案例分析

“



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

”

### 一、交通事故中，交强险及商业险的基本赔偿原则

《机动车交通事故责任强制保险条例》第三条规定：“本条例所称机动车交通事故责任强制保险，是指由保险公司对被保险机动车发生道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人的人身伤亡、财产损失，在责任限额内予以赔偿的强制性责任保险。”第二十三条第一款规定：“机动车交通事故责任强制保险在全国范围内实行统一的责任限额。责任限额分为死亡伤残赔偿限额、医疗费用赔偿限额、财产损失赔偿限额以及被保险人在道路交通事故中无责任的赔偿限额。”从这些规定可以看出，交强险设立的初衷是为了保障被保险车辆及相关人员以外的第三者的权益，且不论机动车一方是否负有事故责任，交强险均承担赔偿责任。

目前，全国交强险责任限额实行统一标准，即在机动车一方（被保险人）在交通事故中负有责任的情况下，限额总额为12.2万元；在机动车一方在交通事故中无责任的情况下，限额总额为12100元。在总限额之下还实行分项赔偿限额。其中，在有责任的情况下，死亡伤残赔偿限额为11万元，医疗费用赔偿限额为10000元，财产损失赔偿限额为2000元；在无责任的情况下，死亡伤残赔偿限额为1万元，医疗费用赔偿限额为2000元，财产损

失赔偿限额为100元。分项限额又规定了赔偿的范围，基本涵盖了《人身损害赔偿司法解释》中规定的赔偿范围：

**死亡伤残赔偿限额项下负责赔偿：**丧葬费、死亡赔偿金、受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费用、残疾赔偿金、残疾辅助器具费、护理费、康复费、交通费、被扶养人生活费、住宿费、误工费，以及被保险人依照法院判决或者调解承担的精神损害抚慰金。

**医疗费用赔偿限额项下负责赔偿：**医药费、诊疗费、住院费、住院伙食补助费，以及必要的、合理的后续治疗费、整容费、营养费。

**财产损失赔偿限额项下负责赔偿：**受害人的其他财产损失，包括车辆的损失。

对于精神抚慰金，保险公司在保险条款中一般都会因精神损失不是物质损失而将精神抚慰金排除在

保险赔偿范围之外。但在交强险中，保险公司以此为由主张精神抚慰金不予赔偿的，一般不会得到法院支持。最高人民法院关于财保六安市分公司与李福国等道路交通事故人身损害赔偿纠纷请示的复函（〔2008〕民一他字第25号复函）中称：“《机动车交通事故责任强制保险条例》第3条规定的‘人身伤亡’所造成的损害包括财产损害和精神损害。精神损害赔偿与物质损害赔偿在强制责任保险限额中的赔偿次序，请求权人有权进行选择。请求权人选择优先赔偿精神损害，对物质损害赔偿不足部分由商业第三者责任险赔偿。”据此，如果受害人请求优先在交强险中赔偿精神抚慰金的，法院应当支持，对于物质损害赔偿不足部分，可由商业第三者责任险赔偿。

### 二、车辆发生交通事故后交强险和商业险如何理赔



1. 单方事故无第三者损失  
本车的车辆损失由车辆损失险赔偿。对于本车车上人员的人身财产损失，如果该车投保了车上人员附加险，则在该险种的限额内赔偿；如未投保，车上人员的损失由侵权人承担。由于交强险是对第三者损害的赔偿，交强险不赔偿本车人损和物损的损失。

2. 单方事故有第三者损失  
第三者的损失先在交强险范围内按责任限额及分项限额的范围进行赔偿，不足部分由商业第三者责任险按责任比例赔偿；如果没有三者险，则由侵权责任人按责任比例承担赔偿责任。本车车损由车辆损失险赔偿。本车车上人员的伤害，如果投保了车上人员险附加险，在该险种限额范围内赔偿；如未投保该险种，则由侵权人赔偿。

3. 双方事故造成的损失  
发生双方交通事故，交强险的赔偿原则是“互相赔偿”，即先由对方的交强险在责任限额内赔偿，不足部分按责任比例，由对方的商业三者险赔偿。

例如：甲乙两车相撞发生交通事故，双方均有责任，则甲车及甲车车上人员的人身财产损失由乙车的交强险赔偿，不足部分按责任比例由乙车的第三者责任险赔偿；乙车及乙车车上人员的人身财产损失由甲车的交强险赔偿，不足部分按责任比例由甲车的第三者责任险赔偿。



#### 4. 多车连环事故造成的第三者损失

此种情况由肇事车辆在各自的交强险责任限额内理赔，该理赔不考虑损伤参与程度，即不论肇事车辆在事故中是否有责任及责任大小，均应赔偿。有责任的不论责任比例，在交强险有责任限额内赔偿，无责任的在交强险无责任限额内赔偿。如各个车辆的交强险总和仍不能满足赔偿要求，则各个车辆的商业三者险应当按照责任比例赔偿。

### 三、典型案例分析：宋某勇诉保险公司保险合同纠纷案

#### 【案件基本信息】

案由：保险合同纠纷

原告：宋某智，涉案车辆车主，被保险人

被告：中国人民财产保险股份有限公司某分公司

#### 【基本案情】

2015年2月，宋某忠驾驶宋某智所有的半挂货车在洗朔线上行驶。行至应县境内时，宋某忠因疲劳驾驶发生重大交通事故，导致乘车人员马某被甩出车外死亡，宋某忠本人受伤。应县公安局交通警察大队做出交通事故认定书，认定宋某忠疲劳驾驶是造成本次事故的直接原因，由其承担本次事故的全部责任，乘车人马某无责任。事故发生之后，车主宋某智与死者马某家属达成了调解协议，由车主宋某智支付马某65万元的经济赔偿。后车主宋某智依据调解协议以及保险合同，向应县人民法院提起诉讼，要求保险公司承担保险赔偿责任。保险公司以司机宋某忠无证驾驶，死者马某是车上人员，不在交强险和第三者责任险赔偿范围内为由主张不应承担赔偿责任；车主宋某智则提出，马



某是在事故发生时从车内甩出车外，应当按第三者对待，保险公司应当理赔。

#### 【案件焦点】

1. 受害人马某属于第三者还是车上人员；
2. 本案中的格式合同条款是否有效。

#### 【裁判观点】

一审法院认为，受害人马某在事故发生时，甩出车外与车辆完全脱离，其身份已经从车上人员转化为车下人员，即“第三者”；保险公司关于“第三险不赔偿车上人员”的保险条款，属于减轻保险责任的格式条款，保险公司无证据证明其向投保人履行了“提示说明义务”，该条款无效。一审判决保险公司承担全部的赔偿责任，先由交强险进行赔偿，不足部分由商业三者险赔偿。保险公司不服，提出上诉，二审法院维持了一审判决。

#### 【律师观点及分析】

##### 1. 车上人员转化为第三者的条件

该案涉及到“车上人员”转化为“车下人员”即第三者的问题。我国对“车上人员”与“第三者”之间转化的问题没有明确的法律规定，但是此类案件却不在少数。在没有明确法律规定的情况下，各地法院对此类案件受害者身份的认定便是通过对法律制定的基本原则和法律的精神进行综合的判断和考量。“车上人员”的身份不是永久的、固定不变的，可以因特定时空条件的变化而转变为车下第三者。

司法实践中，判断交通事故的受害者是属于“第三者”还是属于“车上人员”，应以受害人在事故发生时这一特定的时间节点是否身处保险车辆之上为依据，而不能以受害人死亡时所处的位置判断其是“车上人员”还是“第三者”。对

于被保险车辆的车上人员能否转化为机动车第三者责任强制保险中的第三者，最高人民法院民一庭倾向性意见称：“当被保险车辆发生交通事故时，如本车人员脱离了被保险车辆，不能视为机动车第三者责任强制保险中的第三者，不应将其作为机动车第三者责任强制保险限额赔偿范围的理赔对象。”司法实践中，部分地方法院认为，车上人员脱离车辆后，如果受到本车的二次伤害，可以作为第三者，由该车交强险和三者险赔偿。

该案在审理过程中，笔者作为保险公司的代理人，结合本案的证据及事故现场照片，发现事故车辆未撞击其他物体，但前挡风玻璃破损，受害人马某在车辆右前方，因此前挡风玻璃破损的原因也是唯一的原因，是在车辆发生碰撞时，被未系安全带的马某在惯性的作用下撞碎。前挡风玻璃完全破碎后，马



某被甩出车外。根据现场照片、事故认定书以及鉴定意见，现场没有二次伤害的可能性，也没有二次伤害的痕迹鉴定。事故发生时马某的一系列的动作具有连贯性，不存在任何中断和介入其他伤害因素的可能。因此，马某不存在从“车上人员”转化为“第三者”的基本事实。

此外，法律法规和部门的规范性文件，也均将车上人员排除在第三者之外，且不存在转化的情况。中国保监会《关于〈机动车保险条款〉第四条第（三）款解释的批复》（2001年9月18日 保监办函〔2001〕59号）：“……保险车辆在行驶途中发生意外事故，车上乘客被甩出车外，落地后被所乘车辆碾压造成自身伤亡的情况，属于车上人员责任险的责任范围。”

《机动车道路交通事故责任强制保

险条例》第三条规定，机动车交强险是指由保险公司对被保险机动车发生道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人的人身伤亡、财产损失，在责任限额内予以赔偿的强制性责任保险；明确将“车上人员”排除在交强险赔偿范围之外。《交强险条例》第二十一条、《交通事故损害赔偿司法解释》第17条，均将本车人员排除在交强险赔偿范围之外。

## 2 免责条款的认定

从司法裁判理性的视角出发，对于免除保险人责任条款的审查，应先审查保险合同约定的保险责任范围以及涉案事故是否在保险责任范围内。保险责任条款是确定保险人承保范围的条款，只有保险人依据保险责任条款需要承担保险责任，才可能存在免除保险人责任的问题。在确定保险责任后，应当审查涉

案事故是否属于保险责任范围内的保险事故，如果不属于保险责任范围，无需审查事故是否属于免责范围以及相关免责条款的效力。

就本案而言，受害人马某是车上乘客，因事故发生而被甩出车外，是车上人员，而不是第三者。“本车人员不在赔偿范围内”是交强险规定的保险责任范围，同时也是商业三者险约定的保险责任范围，而不是免除保险责任的条款。涉案事故发生后，马某的损失本身不在保险责任的赔偿范围内，因此根本谈不上免除保险责任一说，也就不需考虑相关免责条款是否有效的问题。两审法院均以保险公司未尽到足够的提示说明义务为由，将“本车人员不在赔偿范围内”认定为无效的“减轻保险责任”的格式条款，判决保险公司在交强险和三者险范围承担赔偿责任。这样的判决，实际上是将“保险人责任条款”和“免除保险人责任条款”混淆，否认了“保险人责任条款”，以判决的形式否认了交强险和三者险的保险责任范围。

两审法院最终作出有利于受害人和被保险人的判决，其根本原因并非是对“车上人员”身份转化产生争议，而是为了更大程度的保护作为弱者的受害人。这也是一个时期以来，保险公司就保险理赔案件遭受不公正司法待遇的重要因素。对此，应当从立法层面加以解决。虽然许多地方高级法院对交通事故案件的审理出台了在本省范围内适用的指导意见，但该类指导意见并不具有广泛性。最高人民法院也应该尽快出台相应的司法解释，以弥补交通事故保险理赔案件的司法空白。





# 由一起成功案例看 宅基地权属纠纷与 地上房屋物权纠纷的区别

## 案情简介

原告刘某与被告刘某某早年曾在位于D村的同一院落居住，原告住西房三间，被告住东房五间。1987年，太原市原南郊区人民政府对D村宅基地进行清查发证，期间向原告核发了该院落的《宅基地使用证》。因被告刘某某此前另批了新的宅基地搬离了老宅，国土部门未向其发放《宅基地使用证》，但由于老宅没有拆除，所以在《宅基地清查发证登记表》上也作了登记，且在原告的《宅基地使用证》上用阴影标记了被告老宅的座落。2002年被告将老宅拆除重建，盖起了二层临街门面房对外出租。原告认为被告翻建老宅侵占了自己的宅基地，故将其诉至法院要求拆除临建及扩建房屋。

被告辩称老宅建房时间为1973年，1999年时刘某某自家兄弟三人签订《房屋分配协议》，约定老宅全部由被告所有，其通过分家析产取得房屋，合法有效，后系因村委会的原因未给老宅办理宅基地使用证。老宅形成是历史遗留，应受到保护，未侵犯原告的权利。

2014年6月12日小店区人民法院依据《土地管理法》第十六条规定作出了（2013）小民初字第470号《民事判决书》，以宅基地使用权争议不属于法院受案范围为由驳回。



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

## 案情分析

### 一、本案是否属于法院的受案范围

宅基地纠纷可分为两大类，一类是因权属不明引发的纠纷。按《中华人民共和国土地管理法》第十六条之规定，该类纠纷如当事人协商不成则由人民政府处理，其不属于法院受案范围。另一类是因侵权或随意处分宅基地引发的民事案件，这类案件属于法院管辖范围。根据2011年2月18日《最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》，这类纠纷分别规定在二级案由“五、物权保护纠纷”和“七、用益物权纠纷”之下。本案原告起诉要求被告停止侵害、排除妨碍，明显系“五、物权保护纠纷”下的“排除妨害纠纷”。排除妨害是指针对妨碍物权行使的行为或者事实状态采取的一种保护措施：当物权的行使受到现实或者紧迫的妨害时，物权人可以请求妨害人排除妨害，以使自己的权利恢复圆满。原告持有政府核发的《宅基地使用证》，该宅基地四至清晰、依法登记，被告在诉争宅基地上没有合法使用权，故不存在使用权属争议。处理本案纠纷的法律依据主要是《物权法》第三十五条及《土地权属争议调查处理办法》第十四条。被告在诉争宅基地上违法建房，侵权事实确实存在，原告行使其物权保护请求权应属于法院受理范围。

### 二、我国现行法律、政策对宅基地的基本规定

1. 宅基地的所有权属于农村集体经济组织。宅基地使用权与集体经济组织成员资格联系在一起，在一定程度上具有福利性质和社会保障的功能。村民因其集体组织成员身份而得到宅基地使用权，宅基地只能在集体组织内部流转，不能被组织外成员买卖。同时宅基地使用权的用途具有限制性：农民获得宅基地使用权后，只能在该土地上建造房屋，并作为生活资料使用的自用住房。

2. 因权利人对宅基地只有使用权，没有所有权，因而宅基地使用权不能因继承取得。因地上住宅转让、继承等原因造成宅基地使用权变更的，当事人应当向县（市）土地行政主管部门申请办理集体土地使用权变更登记手续。



3. “一户一宅”基本政策：我国《土地管理法》第六十二条第一款规定，农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。第四款规定，农村村民出卖、出租房屋后，再申请宅基地的，不予批准。也就是说一户村民只能申请一块宅基地，然后在该地块上建房，这就叫做一户一宅。

### 三、被告在本案宅基地上建房是否侵犯原告的合法权益

1. 宅基地使用权与宅基地上房屋的物权是两个不同的权利。被告在本案宅基地上曾经有两个权利，一是在宅基地重新确权前的宅基地使用权，二是老宅的物权。

一审判决后，为进一步取得证据，刘某向国土局申请确权，取得了国土局的《信访答复》。答复中称，“根据当年《太原市南郊区乡镇村宅基地清查发证登记表》内记载，调查时院内有刘某某五间旧东房，但乡政府意见、区政府意见一栏均为空缺，属于拆旧建新之房，因此1987年南郊区人民政府对此东房不予发证”。同时国土局

工作人员证实“刘某某兄弟三人在大马村都新批有宅基地，根据当时的政策，拆除房屋后，院内的公共地方属于公共院内的其他住户”。很显然，1987年政府清查发证时，根据“一户一宅”的规定，没有因旧宅存在而给被告发宅基地证，原告所持宅基地使用证的四至范围包括了被告旧宅所占部分。随着宅基地的重新划分、确权，被告原有的宅基地使用权也随之丧失。

2. 虽然宅基地使用权丧失了，但地上房屋的物权并不因此自然灭失。因其老宅建成之时是有宅基地使用权的，故而地上房屋应受到保护。但被告在庭审时自认，老宅已于2002年全部拆除，拆除之后又在原地盖起二层小楼，对外出租。随着老宅的拆除，被告在该处宅基地上老宅的物权消灭，此时在该宅基地上已无任何权利。之后又在原告的宅基地上建房，必然侵犯了原告的合法权益。

### 案件进展

农村宅基地使用权要经三级政府审批，土地管理部门确权，登记后生效。农户对农村宅基地只有使用权，不得买卖、出租和非法转让宅基地，不能因继承取得宅基地。原一审判决显然混淆了宅基地使用权与宅基地上房屋的物权两个不同的权利，错误地将刘某和刘某某房屋分配引起的物权变动，理所应当认为是宅基地使用权的转让。基于原审判决的错误，原告向太原市中级人民法院提起上诉，中级法院以事实不清发回小店法院重审。小店区人民法院经重审认定刘某宅基地使用权合法有效，刘某某建房行为侵犯了原告的合法权益，判令刘某某于判决生效之日起二十日内拆除所建房屋。刘某某不服提起上诉，最终被二审法院驳回上诉，维持原判。





## 银行法律顾问工作中的 三则咨询



杨眉

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

### 咨询一：股权转让后未办理变更登记，再以该股权质押的法律后果如何认定

B公司由于资金紧张，将其持有的C公司45%的股权出售给D公司，双方已经签订股权转让协议书，股权对价已支付。但B公司由于资金紧张，延缓股权过户税的支付，后与D公司沟通暂不过户，双方签订股权过户备忘录。现B公司又用该45%的股权质押给Z银行，作为A公司在Z银行授信项下的担保，Z银行已向A公司发放借款1000万元人民币。请问，B公司将45%的股权转让给D公司后，未办理过户登记，又将这45%的股权质押给Z银行，Z银行能否取得B公司质押的45%的股权？

答复：《公司法》司法解释三第二十八条规定：股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记，原股东将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，受让股东以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

原股东处分股权造成受让股东损失，受让股东请求原股东承担赔偿责任、对于未及时办理变更登记有过错的董事、高级管理人员或者实际控制人承担相应责任的，人民法院应予支持；受让股东对于未及时办理变更登记也有过错的，可以适当减轻上述董

事、高级管理人员或者实际控制人的责任。

《物权法》第一百零六条规定：无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

（二）以合理的价格转让；

（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

《物权法》第二百二十六条规定：以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

依据《公司法》司法解释三第二十七条、《物权法》第一百零六条的规定，Z银行能否取得B公司质押的45%的股权，取决于以下三个条件：第一，Z银行在接受B公司股权质押时是否知道B公司已将45%的股权转让给D公司，即是否明知B公司已不是真实的

如果Z银行不知股权已转让就属善意，反之则属恶意。第二，由于Z银行向A公司发放了贷款，因此该质押不是无偿接受的，符合《物权法》第一百零六条规定的第二个条件。第三，结合《物权法》第二百二十六条的规定，股权出质的，质权在登记时设立，因此需要了解B公司45%的股权质



押是否已与Z银行订立书面合同，并已去相关部门办理出质登记。办理了股权出质登记后，质权方为设立。

综上，Z银行如果在接受质押时不知B公司已将股权转让给了D公司，且已向A公司发放了贷款并办理了股权出质登记，那么Z银行就可以取得B公司45%的股权质押，否则，该质押无效。

### 咨询二：骗取贷款罪与违法发放贷款罪的关系

银行的风险管理部咨询“银行向某个借款人发放了一笔贷款，如果该借款人构成骗取贷款罪，银行是否一定构成违法发放贷款罪？”

答复：骗取贷款罪，是指以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行为。从犯罪构成方面讲，本罪主观方面是故意，犯罪主体是自然人和单位，客体是破坏国家的金融管理秩序，客观方面是给银行或其他金融机构造成重大损失。司法实践中，“欺骗”的主要表现形式有以下几种：（1）“冒名顶名”贷款。是指在金融贷款业务中，名义贷款人和实际使用人不一致。（2）编造引进资金、项目等虚假理由，使银行或其他金融机构相信贷款人所申请的贷款、承兑等将用于收益较好的项目，且风险较小，并符合信贷标准和政策。（3）使用虚假的经济合同，使银行或其他金融

机构相信贷款人有良好的销售额、资产和盈利能力，有较高的资信。

（4）使用虚假的证明文件，如虚假的资产负债表、现金流量表等审计报告、银行存款证明等。（5）使用虚假的产权证明用作担保，或者故意高估担保物的价值，或者将已经抵押给他人的抵押物或已质押给他人的权利再提供给银行作无效的担保，或者虚构担保人。

违法发放贷款罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员违反国家规定发放贷款，数额巨大或者造成重大损失的行为。银行或者其他金融机构的工作人员违反国家规定，向关系人发放贷款的，依照前款的规定从重处罚。单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前两款的规定处罚。从犯罪构成方面讲，本罪侵犯的客体是国家的金融管理制度，具体是国家的贷款管理制度。客观上表现为行为人玩忽职守或者滥用职权，违反法律、行政法规的规定发放贷款，造成重大损失的行为。主观方面表现为过失。本罪的主体，是特殊主体，只能由中国境内设立的中资商业银行、信托投资公司、企业集团服务公司、金融租赁公司、城乡信用合作社及其他经营贷款业务的金融机构，以及上



述金融机构的工作人员构成。

以上两个罪名相互独立，相互之间没有必然关系，借款人构成骗取贷款罪，银行不一定构成违法发放贷款罪。银行因贷款造成损失既有可能是因为借款人的欺骗行为，又有可能是因为银行工作人员的行为，也可能是由两个因素共同作用而造成的，如借款人虚构了材料向银行申请贷款，而银行工作人员违反了《贷款通则》等相关规定，没有经过仔细审核即发放了贷款，由此造成重大损失。如果银行贷款产生损失只是由于借款人的欺骗行为，那么只有借款人构成骗取贷款罪，银行或银行的工作人员不构成犯罪；如果银行贷款产生损失既存在借款人的欺骗行为，也有银行工作人员

的违规行为，那么借款人构成骗取贷款罪的同时，银行或银行的工作人员也可能构成违法发放贷款罪。司法实践中，在借款有真实抵押或其他担保时，通常不认定为骗取贷款罪。因为对商业上的担保贷款而言，关键是有无真实的有效的资产作为担保，只要贷款人提供了真实的担保，其他资料、手续纵有虚假，也不致给银行和其他金融机构造成重大损失，不致危害金融管理秩序。另外，在具体区分是银行构成违法发放贷款罪还是银行的工作人员构成该罪时要注意，该罪往往是个人利用职权之便，违反单位意志或不按单位规定发放贷款或干预贷款的发放（如不经贷款审批委员会审核而指令相关人员发放），但因发放贷款行为在形式上是单位行为，容易被认定为单位违法发放贷款。应注意其界限在于是否按规定履行了正常审批程序。履行正常审批程序的一般以单位犯罪追诉，其他情况一般为个人犯罪。

### 咨询三：劳动合同到期后是否要出具终止劳动合同通知书

银行员工闫某，2013年6月19日与银行签订了三年期固定期限劳动合同，2016年6月19日劳动合同到期，其本人向银行提交了书面材料表示不再续签劳动合同。银行咨询劳动合同到期后是否应向闫某出具终止劳动合同通知书，合同到期后是否可以对闫某在劳动合同存续期内的违法违规行为作出处罚。

答复：

一、银行应向闫某发出“终止劳动合同通知书”

依据：《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条：有下列情形之一的，劳动合同终止：（一）劳动合同期满的；……

第五十条 用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。

劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。

用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。

第八十九条 用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十四条：用人单位出具的解除、终止劳动合同的证明，应当写明劳动合同期限、解除或者终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限。

据以上规定，办理劳动合同终止手续并给劳动者开出“终止劳动合同证明”是法律规定给用人单位的义务。除让劳动者书面签收外，还应要求劳动者按离职员工交接程序办理工作交接，经部门领导签字确认后，交接工作方视为完成。工资中如涉及保险，应办理保险清算。

二、银行有权对闫某在劳动合同存续期内存在的未处理完毕的违法违规行为作出处罚

据《劳动合同法》的相关规定，劳动合同期内，单位与劳动者之间的存在权利义务关系。闫某在银行任职期间，作为某部门经理，在日常的监督检查及管理中重视不够，发生了“飞单”（一种银行规定的违规行为）事件，闫某作为管理责任人对此事件负有管理责任。目前银行正在按照规定对此进行问责，且该事件尚未有效处理完毕。因此，虽然闫某目前的劳动合同已到期，但银行仍可在查清事实后依据银行的相关制度对闫某在劳动合同期内的违法违规行为作出处分，同时保留进一步追究其法律责任的权利。

# 孩子你慢慢来

上周末带徐筠然上公园遛弯，遇到一岁半大的小男孩和他奶奶。年龄相仿的孩子是迅速熟络的终极话题。奶奶主动和我们攀谈，经过一系列天气、食物的寒暄，奶奶终于没忍住，开始谈到了重点：小男孩会背诗、会讲童谣。然后在我的注视和徐筠然的无视下，小男孩和奶奶兴致满满的给我们背诵了七首唐诗。（奶奶背：春眠不觉，小男孩背：晓；奶奶背：处处闻啼，小男孩背：鸟……），真的是七首，其中一首我也不会背。期间，我由衷的佩服，走心的鼓掌。而徐筠然像个小陀螺一样四处乱窜。唐诗背完后，在奶奶的鼓励下，小男孩开



始讲童谣，小老鼠刚上了灯台，还没偷到油，徐筠然突然大喊一声“妈妈，马一意（蚂蚁），看看，马一意（蚂蚁）”。我蹲下问她，什么，蛋亲，你看到什么？徐筠然慢吞吞的回答我：“糖糖，蚂蚁，吃，糖糖”。我由衷的安慰，走心的亲亲徐筠然，跟她讲，恩，蚂蚁饿了，正在吃饭，咱们别打扰它们好不好？徐筠然似懂非懂，听完后望着我又看看地上的蚂蚁，站起身来，往后退开几步，又看了看地上的蚂蚁对我说“吧，吧”（走吧，走吧的意思）。走之前还不忘和奶奶、弟弟讲“拜拜”。



杨燕洁

辽宁大学法学硕士。2012年入职山西黄河律师事务所。入职以来，曾担任多家大型国企及私企常年法律顾问，行业领域涉及能源、房地产、保险、银行等，法律服务涵盖合同审查、商务谈判、投融资、兼并重组、劳动及建设工程等；同时，曾办理过众多保险、金融及普通民事案件，参与过大量法律援助案件的办理，诉讼与非诉实务经验丰富。理论功底扎实、耐心细致、勤勉尽责。业务领域：民商事诉讼、公司非诉业务。

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

一岁八个月的徐筠然真的什么也不会背，甚至有些排斥讲话，很长一段时间，固执的只讲自己愿意讲的字（比如，走吧只说吧；关灯只说关，或只说灯；会说舅舅、妈妈，却不会讲舅妈，我的嫂子在她口中就是妈）。当然我和徐老师也没有刻意教她背过什么，在徐老师的坚持下，我们也一直不强迫她非要讲什么话。有时候听到、碰到同龄的小朋友讲话快，还会背诗背童谣，我也隐隐艳羡，暗暗着急。回家和徐老师商讨教育大计，徐老师一脸高深莫测的问我：“你认为对于徐筠然，或者对于孩子来说，什么叫做真正的优势？”我与徐老师相识十五载，斗争历史悠久，深谙他一贯的套路，我不答反问他“那你认为呢？”徐老师缓缓答道：“我认为只要是能够通过时间就可以比较容易的弥补或追赶的，就不能叫做优势。比如，五个月才会翻身，七个月才会坐，十个月才会爬，一岁三个月才会走路，只要身体健康，虽然慢点，但她最终都会学会的，也一定会学会的，这充其量能称作本能”。

狡猾的徐老师并没有正面回答我的问题，我回头看看吃完香蕉后把香蕉皮自己扔到垃圾桶里的徐筠然想，是啊，究竟什么才能够称之为优势呢？可能不是会爬，会走，会说话，可能也不是会背唐诗会讲童谣。但究竟是什么，

我也说不好。我想，大概是喜欢、尊重小动物？是不乱扔垃圾？是玩完玩具会把他们“送回家”？是出门时会帮爸爸妈妈主动拿鞋放鞋？是会和送快递的叔叔说谢谢？是会和陌生的爷爷奶奶打招呼说拜拜？是会把小碗里的每一粒米饭都吃干净？是摔倒了会自己爬起来给自己鼓鼓掌？是爱看书？是和妈妈约定只坐一次小火车，虽然不情愿，但绝对不会哭闹自己从火车上下来？还是别的什么？

这些好像都是徐筠然很日常的样子，并没有显现出什么特别的“优势”，她在不经意间好像已经长成了她自己的样子，甚至比我们想象的还要好许多。（怀孕时只希望她健康，别无所求）。我和徐老师经常讨论希望徐筠然成为一个什么样的人。说希望她做自己就好这种话太泛泛，只适合出现在电视剧的台词里。我们想了又想，希望她能成为一个让别人舒服自己也舒服的三好女孩，身体好，性格好，习惯好。希望她将来真的能做一份自己喜欢的职业，并还能以此糊口。但我知道这世上越主观越笼统的希望越难达成。我不知道在徐筠然成长过程中，我和徐老师能不能时时刻刻以身作则；能不能把握好自由和原则的尺度；能不能做到，即使徐筠然上学前都不会背诗还仍觉着她专心致志观察小动物的样子依然可爱；能



不能做到，上了幼儿园还觉着别的小朋友都穿耐克，徐筠然仍然穿卡特兔也没什么所谓；能不能做到，上了小学虽然尽力了但徐筠然数学成绩总是比人差，还是依然鼓励她；能不能做到将来徐筠然考不上好的大学，还依然觉着她优秀；能不能做到大学毕业的徐筠然说想去大公司工作，想开一个蛋糕店，还毫不犹豫的支持她。徐老师总是信誓旦旦言之凿凿的说没问题，他肯定能做到。而事实上他好像真的是这样做的，他会在徐筠然刚会走路总摔倒时，真的忍住不去扶她，半开玩笑的鼓励徐筠然自己站起来，自己给自己鼓鼓掌；他会在徐筠然专心玩玩具的时候，无论有什么事都不去打断打扰她；他会在徐筠然坚持自己洗脸洗脚顺便把卫生间弄得乱糟糟的时候，仍然风轻云淡的告诉徐筠然洗的真干净（战场都是我打扫的，哼）；他会在徐筠然坚持从六楼自己一个人走下来的时候，真的慢慢的陪她挪下来（奶奶家是六楼，每天下班回奶奶家接她回家真的已经很晚了）；他会在徐筠然小闹脾气时，一遍又一遍不厌其烦的跟徐筠然讲道理，直到徐筠然平静接受（他始终相信徐筠然能听懂，事实证明真的如此，最起码徐筠然现在真的是很好沟通的小孩子）；他也真的在以身作则，碰到邻居朋友，他总是会首先打招呼主动说再见的那一方……

但其实我不确定，我和许多初为人母的妈妈一样，总是惶恐总是紧张，总想把自己认为最好的都给她，总想让她按照我们设想的样子长大，总觉着，这还不够，这还太慢。

徐老师总是跟我讲，多点耐心，多点等待，多点自由，多点配合徐筠然的节奏。不要总说，快点，快吃，快走，快来，快去。真的，她会在一个你不经意的瞬间突然长大。他讲的总是没错，男人是天生的教育家和预言家。昨晚他的话就得到了最好的验证。

关于何时断奶，如何断奶是我一直犹豫不决，将断难断的重大命题。徐筠然纯母乳到七个月，几乎一口奶粉都没有喝过。nienie（奶奶）是她小小人生中除了“妈妈和kuchi（兔兔）”以外，大大的三件事之一。徐筠然壮实的度过了一岁半，断奶这个话题就被提上了日程，成为家庭热搜榜首。我总是给自己给徐筠然找各种各样的理由拖延（夏天断奶容易生病，秋天断奶容易上火，冬天断奶抵抗力降低病毒肆虐啊……真不知道自己还要经历过多少个春夏秋冬）。徐老师看我敏感，知我心思，从来都是旁敲侧击，从不说破，我知道他也在默默配合我的节奏，等我慢慢来。我从事律师工作，其实随时出差经常出差乃是家常便饭，哺乳期幸有机会被所里派到顾问单位做非诉

业务，朝九晚五，并没有过多考虑过断奶这个问题，总想着顺其自然。但我心里隐隐知道这对于我于徐筠然都不是长久之计。昨晚正因工作出差问题心烦意乱，忽然心血来潮，尝试断奶。我本想着徐筠然一定会哭闹，我一定会妥协，这件事一定会不了了之。可事实上，事情的走向真的如徐老师预言一般。晚上睡觉前，我告诉徐筠然妈妈的nienie受伤了，破了，不能吃了。徐筠然坚持要“看看”。看到被贴上了创可贴的nienie后，只是一直重复着“破、破，看，看”。经过一遍又一遍的反复确认，她整晚都没有再提及“nienie”两个字。只是让我不停的给她讲书、唱歌，说了最后一次“破、破”睡着了。但昨晚注定是我的一个不眠夜，

我心绪翻涌，久久不能平复。我反复询问徐老师，我后悔了行不行？我是试探一下，明天继续吃奶好不好？我还没有准备好呀……

徐老师问我是不是和自己设想的不一样。（其实他还问我是不是等着看他姑娘一哭二闹的笑话，结果只能看自己的笑话。哼。）是啊，她怎么就一夜长大？是啊，她怎么就突然懂了？

是啊，她怎么就突然实现独立自主？是啊，她怎么就突然不需要我？她看起来，腿那么短，还摇摇摆摆，怎么会走的那么快？是不是我什么时候就会变成那只得得意忘形的兔子？追不上这只看起来慢吞吞的小乌龟。我此时真的体会到，所谓父女母子一场真的如龙应台所讲，只不过意味着，你和他的缘分就是今生今世不断地在目送他的背影渐行渐远。你

站在小路的这一端，看着他逐渐消失在小路转弯的地方，而且，他用背影默默告诉你：不必追。

窗外的雪花飘飘荡荡，婆婆发来徐筠然在雪中打滚的视频。时光总是这样安安静静地流过。亲贤街体育西路的十字路口红灯需要等六十秒，煮熟一颗鸡蛋需要五分钟，审查一份买卖合同需要两个小时，拼好一套乐高的未来骑士团需要三天，读完龙应台的《目送》需要两周，怀孕生子需要十个月。我，站在月影横斜的夜色中，愿意等上一辈子的时间，让坚持自己走的徐筠然从从容容的挪下六楼，用她二岁的小短腿。我会告诉她，孩子，你慢慢来。



## 最高人民法院《审判指导参考》解答

“  
夫妻在婚前或婚姻  
关系存续期间约定将一  
方个人所有的房产与另  
一方共有，但没有办理  
房产加名登记，赠与一  
方请求法院撤销应如何  
处理  
”

✓ 答：目前审判实践中有两种意见，一种认为应当按照婚姻法司法解释（三）第六条的规定处理；另一种认为应当按照婚姻法第十九条的规定处理，夫妻之间的约定对双方有拘束力，不必非要去办理房产加名登记，否则会架空婚姻法第十九条的规定。对于夫妻一方将个人房产全部赠与另一方的问题，婚姻法司法解释（三）第六条已经给出答案，但将个人房产约定为共同共有或按份共有的情形，赠与人在产权变更登记之前能否撤销的问题，目前仍然存在争议。由于现行婚姻法第十九条规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定对双方具有约束力”，有的观点认为，既然夫妻之间的约定对双方有法律上的约束力，夫妻之间关于赠与房产的约定，不涉及第三人，只要意思表示真实，没有欺诈、胁迫的情形，就应该认定为有效，履行房屋变更登记手续不是必要条件，赠与一方请求撤销赠与的，人民法院不应予以支持。在审判实践中，对夫妻将一方所有的房产约定为共同共有或按份共有时，按照婚姻法第十九条的规定，有的法院就认为这种约定对夫妻双方有约束力，判令继续履行有关的赠与协议；如果夫妻约定将一方所有的房产全部赠与另一方，因未办理房屋变更登记手续，依照物权法的规定，房屋所有权尚未转移，而依照合同法关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。其实这个问题的关键点在于：对夫妻之间的房产赠与行为，究竟是按合同法上的赠与处理还是按照婚姻法第十九条的约定处理？无论夫妻双方约定将一方所有的房产赠与对方的比例是多少，都属于夫妻之间的有效约定，实质上都是赠与行为。问题是这种有效的赠与约定是否可以撤销？现行婚姻法中缺乏相应的规定。夫妻之间赠与的标的包括动产和不动产，合同法对赠与问题进行了比较详尽的规定，如：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”；“赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续”；“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付”。婚姻家庭领域的协议常常涉及财产权属的条款，对于此类协议的订立、生效、撤销、变更等并不排斥合同法的适用。在实际生活中，赠与往往发生在具有亲密关系或者血缘关系的人之间，合同法对赠与问题的规定也没有指明夫妻关系除外。一方赠与另一方不动产或约定夫妻共有，在没有办理变更登记之前，依照合同法第一百八十六条的规定，是完全可以撤销的，这与婚姻法的规定并不矛盾。

因此，夫妻一方将个人房产约定为共同共有或按份共有，赠与人在产权变更登记之前可以行使任意撤销权。

“  
分包人或者实际施  
工人是否享有优先受偿  
权  
”

“  
建设工程债权转让  
后，受让人是否享有优  
先受偿权  
”

“  
二轮土地承包后，  
新出生人口和户口迁入  
人员要求解决承包地，  
如何处理  
”

“  
建设工程优先受偿  
权的行使范围是否包括  
装饰装修工程  
”

✓ 答：建设工程施工合同纠纷司法解释第二十六条规定了分包人和实际施工人完成了其与总包人或转包人之间合同约定的施工义务且工程质量合格的，在总包人或者转包人不主张或者怠于主张工程价款优先受偿权的情况下，应允许分包人或者实际施工人就其承建的工程部分在发包人欠付的工程款范围内向发包人主张工程价款优先受偿权。分包人或者实际施工人有条件地享有优先受偿权。

✓ 答：建设工程债权转让后，受让人也应享有优先受偿权。建设工程承包人转让其在施工中形成的债权，受让人基于债权的转让而取得工程款债权，因而其应当享有该工程款的优先受偿权。法定优先权属于担保物权，具有一定的追及效力，其功能是担保工程款优先支付，该权利依附于所担保的工程而存在，即使被担保的工程发生转让，也不影响承包人优先受偿权的行使。

✓ 答：农村土地承包法第二十七条规定：“承包期内，发包方不得调整承包地。承包期内，因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形对个别农户之间承包的耕地和草地需要适当调整的，必须经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府农业等行政主管部门批准。”第二十八条规定：“下列土地应当用于调整承包土地或者承包给新增人口：（一）集体经济组织依法预留的机动地；（二）通过依法开垦等方式增加的；（三）承包方依法、自愿交回的。”《国务院批准农业部关于稳定和完善的土地承包关系意见的通知》中也明确，提倡在承包期内实行“增人不增地，减人不减地。”《国务院办公厅关于妥善解决当前农村土地承包纠纷的紧急通知》规定：“对外出农户中少数没有参加二轮延包、现在返乡要求承包土地的，要区别不同情况，通过民主协商，妥善处理。如果该农户的户口仍在农村，原则上应同意继续参加土地承包，有条件的应在机动地中调剂解决，没有机动地的可通过土地流转等办法解决。”根据上述规定，以家庭承包方式经营的，在承包期内，实行“增人不增地，减人不减地”政策，新出生人口和户口迁入人员的生活原则上由所在户的原有承包地负责保障。但是，在二轮承包期内，发包方可以将机动地、新开垦土地和依法收回的土地等优先用于解决新增成员的承包地问题；发包方如果无机动地和无新增土地的，可通过土地流转等办法解决新增人口的耕地问题。

✓ 答：建设工程优先受偿权的行使范围包括装饰装修工程，根据国务院《建设工程质量管理条例》《建设工程安全生产管理条例》的规定，建设工程包括土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。最高人民法院给福建省高级人民法院《关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的复函》也指出，装饰装修工程属于建设工程，可以适用合同法第二百八十六条关于优先受偿权的规定，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有人或承包人与该建筑物的所有人之间没有合同关系的除外。

## 2017年三、四季度

# 司法解释汇总

2017年7月21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、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2017〕13号），自2017年7月25日起施行。该解释全文共十五条，对办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律及量刑作出了规定。同时，《解释》对相关罪名“情节严重”的认定标准，传播性病罪“明知”的认定以及对明知自己感染艾滋病病毒而卖淫、嫖娼行为的处理等问题也作了明确规定。

2017年7月27日，最高人民法院发布《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》（法释〔2017〕12号），自2017年7月27日起施行。该《解释》共二十三个条文，主要包括以下几方面的内容：一、矿业权纠纷案件的审判理念；二、矿业权出让合同的效力及解除；三、矿业权转让合同的效力、强制履行、合同解除及违约责任承担；四、矿业权抵押的设立、实现和物上代位性；五、特别区域内矿业权合同效力的司法审查；六、涉矿环境公益诉讼、司法建议及环境司法与行政执法的协调。此外，《解释》还对无证勘查开采，矿业权租赁、承包、合作，一矿二卖以及越界勘查开采等事项进行了规定，确立了相应的规则。

2017年8月14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药品、医疗器械注册申请材料造假刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2017〕15号），自2017年9月1日起施行。该《解释》共十条，分别对药品、医疗器械注册申请过程中，药品注册申请人，对药品、医疗器械注册申请负有核查职责的国家机关工作人员，药品注册申请单位工作人员与中介组织工作人员，药物非临床研究机构、药物临床试验机构、合同研究组织的工作人员等参与材料造假行为的定罪与量刑作出明确规定。

2017年8月25日，最高人民法院公布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》（法释〔2017〕16号），自2017年9月1日起施行。该《解释》包括二十七条规定，涉及决议效力、股东知情权、利润分配权、优先购买权和股东代表诉讼等五个方面纠纷案件审理中的法律适用问题。具体包括：（一）完善决议效力瑕疵诉讼制度；（二）依法强化对股东法定知情权的保护；（三）积极探索完善对股东利润分配权的司法救济；（四）规范股东优先购买权的行使和损害救济；（五）完善股东代表诉讼机制。

2017年9月25日，最高人民法院发布《最高人民法院关于废止部分司法解释和司法解释性质文件（第十二批）的决定》（法释〔2017〕17号），自2017年10月1日起施行。最高人民法院对1988年至2013年期间单独发布的有关行政诉讼的司法解释和司法解释性质文件进行了清理，决定废止15件司法解释和司法解释性质文件。废止的司法解释和司法解释性质文件从本决定施行之日起不再适用，但过去依据或参照这些司法解释和司法解释性质文件对有关案件作出的判决、裁定仍然有效。当事人对废止决定公布前的行政行为不服，在决定公布后提起行政诉讼或者进入再审程序的，除相关司法解释和司法解释性质文件与当时有效的法律相抵触外，人民法院可依据相关司法解释和司法解释性质文件作出裁判。

2017年11月22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利用网络云盘制作、复制、贩卖、传播淫秽电子信息牟利行为定罪量刑问题的批复》（法释〔2017〕19号），自2017年12月1日起施行。《批复》就如何对利用网络云盘制作、复制、贩卖、传播淫秽电子信息牟利行为定罪量刑的问题作出解答。《批复》指出，对于以牟利为目的，利用网络云盘制作、复制、贩卖、传播淫秽电子信息的行为，是否应当追究刑事责任，适用（法释〔2004〕11号）、（法释〔2010〕3号）的有关规定；对于以牟利为目的，利用网络云盘制作、复制、贩卖、传播淫秽电子信息的行为，在追究刑事责任时，要综合评估社会危害性，恰当裁量刑罚，确保罪责刑相适应。

2017年12月13日，最高人民法院公布《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2017〕20号），自2017年12月14日起施行。该《解释》共二十六条，对医疗美容损害责任纠纷的法律适用，医疗损害责任纠纷的举证原则，医疗损害鉴定的程序，医疗损害鉴定意见的质证，紧急救治情形的法律适用，医疗产品责任纠纷案件中适用惩罚性赔偿等问题进行了规定。

# 2017年三、四季度黄河动态

2017年7月，我所党支部因工作表现突出，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。

## 先进基层党组织

中共山西省司法厅直属机关委员会  
二〇一七年七月

2017年7月，我所投标中国铁塔股份有限公司山西省分公司2017年法律顾问服务采购项目，8月1日我所收到中选通知书，正式成为该公司法律顾问。



2017年8月，为纪念中国人民解放军建军90周年，我所党支部在全所开展了爱国主义学习教育活动，并于8月4日组织全体员工观看了主旋律影片《建军大业》。



2017年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。我所安排了调研座谈会，组织李飞主任、业务主管李继军、工会主席段凡生、专家委员会委员白建芳、业务三部部长高原、刑事法律业务专家律师张生强、段福升，以及刑事部专业律师参加了座谈，为课题的进行提出了有效的建议。



2017年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长期坚持，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。



2017年9月，我所党支部为全体党员购置了书籍《习近平的七年知青岁月》。9月14日，党支部召开民主生活会，组织党员同志交流读书的心得体会。



2017年10月28日，我所组织十五名律师参加了山西省公益事业促进会举办的“创新社会治理 助推转型发展”高峰论坛。通过与知名专家学者和各界精英的交流与讨论，我所律师对新时期的法律服务有了更深刻的认识，提升了助推社会转型发展的服务理念。



2017年12月24日，由我所冠名的山西财经大学第九届“黄河律师杯”辩论赛总决赛圆满结束，我所业务主管李继军、专家委员会主任韩丹英等担任本次大赛的评委。在之后的颁奖典礼上，我所李飞主任作为特邀嘉宾为获奖的学子颁奖，并发表讲话。

# 精彩黄河 Excellent Work



2017年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。



2017年9月7日，我所业务一部部长杨丽应山西省商务厅邀请，为晋城市汽车销售企业解读《汽车销售管理办法》。



2017年9月30日，我所高原、刘勇壮律师被山西省农业厅聘为法律顾问，聘期三年。当天的聘任仪式上，关键勋厅长为两位律师颁发了聘书。



2017年12月4日，我所刑事部部长董杰受山西煤炭进出口集团有限公司邀请，为集团公司及各子、分公司的全体管理人员进行了预防职务犯罪的法律知识专题讲座。



2017年12月19日，我所支部书记杨力作为中国铁塔股份有限公司山西省分公司的常年法律顾问，受邀为太原分公司进行了有关“合同签订及履行的风险防范”法律知识讲座。



2017年12月4日，我所刑事部部长董杰受山西煤炭进出口集团有限公司邀请，为集团公司及各子、分公司的全体管理人员进行了预防职务犯罪的法律知识专题讲座。