

眾達

73期
2023年第三季度



微信公众号：众达法律服务
WeChat official account: kingda Legal Service



中国·众达
KINGDA·CHINA

地址：中国东莞市东城区鸿福东路2号农商银行大厦商务中心11楼
电话：(86)769-22337575 传真：(86)769-22467555
网址：www.kingda.cn 邮箱：kingda@kingda.cn 微信：dgkingda



KINGDA

法律代理 · 财税评估 · 检测认证 · 知识产权 · 企业托管 · 管理咨询 · 科技升级
ATTORNEYS & COUNSELORS · ACCOUNTING & TAXATION · TESTING & CERTIFICATION · PATENTS &
TRADEMARK · COMPANY SECRETARY · MANAGEMENT CONSULTANT · TECHNOLOGICAL UPGRADE



业务咨询热线

房产楼盘业务	梁小姐 (86)769-38839683
诉讼仲裁业务	霍小姐 (86)769-38839682 苏小姐 (86)769-38839500 袁小姐 (86)769-38978525
法律顾问业务	霍小姐 (86)769-38839682 刘小姐 (86)769-38839454
专项法律业务	袁小姐 (86)769-38978525
会计税务业务	李小姐 (86)769-38875132
企业托管业务	李小姐 (86)769-38875132
知识产权业务	胡小姐 (86)769-38839437 黄小姐 (86)769-38839422
检验认证业务	罗小姐 (86)769-38839426
软件销售业务	谢小姐 (86)769-38870000

主办单位:

广东众达现代服务业集团有限公司
广东众达律师事务所
众联检验认证集团有限公司
东莞市众利会计咨询有限公司
深圳市工作快科技有限公司
东莞市清研联华集群注册托管有限公司
东莞市众为法商企业管理咨询有限公司
东莞市众益知识产权运营服务有限公司
东莞市众华知识产权运营管理有限公司
东莞众粤财税顾问有限公司

主编:

周广荣

编委:

周广荣、姬明镜、鲁浩强、陈平、李翠荷、
陈晓斌、叶松盛、杨启猛、夏凡、李翠如、
张国武、汤伟伦、卢伟攀、欧阳军、侯燕群、
陶晶、张雪华、卢文华、肖永阳、王曼、
谢长桂

执行编辑:

钟淑贞

外联:

罗秀如

核对:

梁嘉碧、霍焕珍、江锦丽、李丽怡、袁颖怡、
苏慧瑜、胡倩云、黄映少、刘珊珊

编辑部地址:

中国东莞市东城区鸿福东路2号农商银行大厦
商务中心11楼
电话: (86)769-22337575
传真: (86)769-22467555
网址: www.kingda.cn
邮箱: kingda@kingda.cn
微信: kingdagroup、dgkingda



众达专业集团号



众达法律服务号

扫一扫, 了解更多

内部刊物, 妥善保管。
刊物作品未经许可, 不得转载。

ATTORNEYS COUNSELORS



中国·众达
KINGDA·CHINA

广东众达律师事务所 KINGDA ATTORNEYS & COUNSELORS

法律代理·财税评估·检测认证·知识产权·企业托管·管理咨询·科技升级
ATTORNEYS & COUNSELORS·ACCOUNTING & TAXATION·TESTING & CERTIFICATION·PATENTS &
TRADEMARK·COMPANY SECRETARY·MANAGEMENT CONSULTANT·TECHNOLOGICAL UPGRADE

广东众达律师事务所执业许可证号
24419200310462149

免费法律咨询热线 0769-22337575

广东众达律师事务所成立于2003年, 执业许可证号 24419200310462149, 为一家综合性规模化合伙制律师事务所。2018年4月, 本所取得国家知识产权局颁发的“专利代理机构注册证”(机构代码: 44431), 成为具有法律服务资质和专利代理资质的双证所。

众达律所总部位于东莞市商务核心区甲级写字楼, 办公面积 3000平方米, 从业人员超过300人左右, 拥有房产部、诉讼部、顾问部、项目部、知识产权部、会计技术部等多个专业分工业务部门, 业务涵盖企业法律顾问、项目投资、项目收购、企业改制、企业并购、项目融资、房地产交易、知识产权、财税服务、资产重组、专业诉讼仲裁、涉外法律事务等多个领域。

广东众达律师事务所采用专业企业团队化模式运营, 实行国际领先优秀管理机制, 应用自主开发的领先型律所管理系统, 拥有先进的专业业务操控办公平台, 完善的互联数据共享渠道, 严密的档案管理软硬件, 以及各项先进的办公设施等等。

广东众达律师事务所秉承敬业、专业、成业之金字宗旨, 以诚恳、规范、高效之法律专业服务已在地区赢得一方赞誉。展望未来, 众达人将坚持兢兢业业之工作态度服务每一个客户, 迈向一个各界认同之规模化前景。

Kingda Attorneys & Counselors, founded in 2003 under practice license No. 24419200310462149, is a comprehensive partnership law firm. Kingda, which received patent agency certification (Organization Code: 44431) issued by CNIPA in April 2018, is a dual certificate firm with legal service qualification and patent agency qualification.

We are headquartered in Dongguan CBD with an office space of 3000 square meters. We have over 300 professionals distributed in various specialized departments by discipline, including Real Estate Department, Litigation Practice Department, Legal Counseling Department, Project Practice Department, Intellectual Property Department, Accounting Technology Department. We offer a spectrum of legal services related to corporation, investment, acquisition, business restructuring, business merger, financing, real estate, intellectual property, asset restructuring, accounting, tax agents, litigation and arbitration, and foreign investment.

We use our self-developed, reliable, advanced law firm management OAS. Our rich history guarantees the best professional legal services to our clients. Our high-end security system guarantees full protection of our clients' privacy.

We are committed to our golden rule of New Kingda, New Goal. Our trustworthy, standardized, professional and high-efficient legal services have won us good recognition. We appreciate all the trust and support from our clients and friends. Kingda will keep going, growing and stepping forward with our good clients.



众达·社会责任

Kingda social responsibility

公益慈善 CHARITY

众达慈善基金会一直致力于社会公益活动的参与及推广, 将定期举办爱心公益活动列入制度, 每年定期发动同事对市级孤儿院、敬老院、救助站等机构进行慰问捐赠; 同时积极响应并参与各级政府及社会团体的救灾捐助公益慈善活动, 无论是为地震灾区捐款捐赠、为西藏林芝地区群众解决收割机短缺问题、还是积极在广东清远连南县瑶族贫困山区捐资建校, 于东莞本地学校设立“天平奖学金”……众达真正做到了想群众之所思, 思群众之所忧, 忧群众之所虑, 虑群众之所需, 深刻诠释了共建和谐社会的真谛。众达多年来一系列公益活动得到各政府部门及机关的认同, 2008年青工团东莞市委委员/中共东莞市委政法委授予众达“东莞市青年文明号”, 成为东莞市律师行业第一批获得“青年文明号”的律师事务所。



社會工作 DEDICATION



周广荣律师参与广东省第十一届人民代表大会第三次会议, 就“石马河整治”发表个人建议, 为东莞、惠州两市的环境保护建言献策。



周广荣律师参加澳门律师公会举办的“反贪与法治研讨会”。

一、江西省吉安市市场监督管理局领导一行莅临众达所知识产权平台项目参观交流

2023年5月16日，江西省吉安市市场监督管理局知识产权管理科科长聂文翔、青原区市场监督管理局副局长杨军、吉州区市场监督管理局副局长罗荔萌、吉水县市场监督管理局副局长高平等领导一行，在东莞市市场监督管理局知识产权促进科三级主任科员郭顺鹏、厚街分局副局长黄照辉、东莞（家具）知识产权快速维权援助中心主任陈敬森等领导的陪同下，莅临东莞市智能家具产业知识产权运营服务平台（厚街平台）参观交流，本所高级合伙人、厚街平台运营负责人张雪华全程陪同接待。

二、合伙人会议主席周广荣律师受邀出席“东莞中立法律服务社换届暨2022年度典型事例总结交流会”

2023年5月19日，合伙人会议主席周广荣律师受邀出席“东莞中立法律服务社换届暨2022年度典型事例总结交流会”。会议上广东众达律师事务所当选为“东莞中立法律服务社”理事单位。周广荣律师被获聘为“东莞中立法律服务社疑难案件处理专家”。

三、众达所高级合伙人、资深专利代理师张雪华受邀出席广体院科技活动周并作知识产权专题课程分享

2023年6月7日，众达所高级合伙人、资深专利代理师张雪华受广东体育职业技术学院的邀请，在科技活动周期间到校做“走进科技创新，创造美好未来”的知识产权专题课程分享。

四、我所创始人、市律协副会长姬明镜律师受邀出席揭阳开展结对共建活动

2023年6月29日至30日，在省律协的协调推动下，我所创始人、市律协副会长姬明镜律师随市律协赴揭阳开展结对共建活动，了解当地律师行业发展情况，交流工作经验和共建需求，探索推动莞榕两地律师行业区域协调与高质量发展。

五、众达所13名律师入选第八届市律协专门工作委员会、专业委员会

2023年6月30日，东莞市律师协会公布第八届各专门工作委员会、专业委员会组成人员名单，广东众达律师事务所共有13名律师分别入选4个专门工作委员会、11个专业委员会。

六、广东法制盛邦律师事务所主任陈广鹏一行莅临我所参观交流

2023年7月20日，广东法制盛邦律师事务所主任陈广鹏一行莅临我所参观交流，众达所合伙人会议主席周广荣律师协同律所创始人姬明镜律师、执行合伙人鲁浩强律师盛情接待。

新法新政

2023新法介绍4-6月	04
《东莞市城市管理和综合执法局关于明确东莞市园林绿化工程招标投标有关问题的通知》政策解读	05
《东莞市实有人口信息登记管理办法》	06
《东莞市“三旧”改造（城市更新）实施操作细则（试行）》政策解读	07
《东莞市既有建筑改变使用功能规划消防联合审查操作指引》政策解读	09
《东莞市农村（社区）集体资产管理实施办法》政策解读	10

经典成功案例

为涉嫌污染环境罪企业取得检察机关的合规考察决定，帮助企业实施环保合规建设，成功取得不起诉决定	12
巧用谈判技巧化解诉讼风险	14

法律风险分析

建设单位违法发包中“肢解发包”行为的认定及风险规避	16
生成式人工智能服务提供方法律风险简析	18
退休返聘用工的法律风险分析与风险防范	19
夫妻一方对共有房产的排除执行与快速析产	21
关于用工单位退回劳务派遣员工的法律风险分析	22
股权代持的法律风险分析及防范措施	25
直播带货的法律风险分析	27
关于“背靠背”条款的效力分析	29
关于开发商出租人防车位的法律风险分析	31

案例解析

违法建筑的建造方收益权保护问题分析	33
股东抽逃出资的司法判定标准与举证责任分配	34
通过虚开发票、虚列开支等手段套取科研经费的认定	36
上市公司股权代持的法律效果	38
准确适用准据法，是办理涉外案件的重中之重	41

房地产专栏

最新房产政策分享	43
----------	----

知识产权

关于《中华人民共和国商标法修订草案（征求意见稿）》对商标使用管理的启示	44
-------------------------------------	----

财税专栏

关于新能源汽车的税收优惠政策	46
----------------	----

法海拾遗

浅谈尽职调查的原则	47
-----------	----

合伙人简介（PARTNERS' BIOS）



2023新法介绍4-6月

法律法规	颁布单位	文号	颁布日期	实施日期
《中华人民共和国无障碍环境建设法》	全国人民代表大会 常务委员会	主席令第六号	2023年6月28日	2023年9月1日
《中华人民共和国对外关系法》	全国人民代表大会 常务委员会	主席令第七号	2022年6月28日	2023年7月1日
《中华人民共和国青藏高原 生态保护法》	全国人民代表大会 常务委员会	主席令第五号	2023年4月26日	2023年9月1日
《中华人民共和国反间谍法》	全国人民代表大会 常务委员会	主席令第四号	2023年4月26日	2023年7月1日
《无人驾驶航空器飞行管理暂行条例》	国务院 中央军事委员会	国务院中央 军委令第761号	2023年5月31日	2024年1月1日
《最高人民法院最高人民检察院 公安部司法部关于办理 性侵害未成年人刑事案件的意见》	最高人民法院 最高人民检察院 公安部、司法部	/	2023年5月24日	2023年6月1日
《最高人民法院 最高人民检察院 关于办理强奸、猥亵未成年人刑事 案件适用法律若干问题的解释》	最高人民法院 最高人民检察院	法释〔2023〕3号	2023年5月25日	2023年6月1日
《关于司法赔偿案件案由的规定》	最高人民法院	法〔2023〕68号	2023年4月19日	2023年6月1日
《广东省森林保护管理条例》	广东省人民代表大 会常务委员会	广东省第十四届 人民代表大会常 务委员会公告第5号	2023年5月31日	2023年7月1日
《东莞市零散工业废水管理条例》	东莞市人民代表大 会常务委员会	东莞市第十七届 人民代表大会常 务委员会公告第三号	2022年12月31日	2023年4月1日
《水行政处罚实施办法》	水利部	水利部令第55号	2023年3月10日	2023年5月1日
《东莞市“三旧”改造（城市更新） 实施操作细则（试行）》	东莞市自然资源局	东自然资 〔2023〕311号 下简称“细则”	2023年6月19日	2023年6月19日
《东莞市农村（社区）集体 资产管理实施办法》	东莞市人民政府	东府 〔2023〕21号	2023年5月4日	2023年5月4日

（编辑：游乐瑶）

《东莞市城市管理和综合执法局关于明确东莞市
园林绿化工程招投标有关问题的通知》政策解读

为进一步规范东莞市园林绿化工程招标投标活动，维护建设市场的正常秩序，优化营商环境。东莞市城市管理和综合执法局印发了《东莞市城市管理和综合执法局关于明确东莞市园林绿化工程招投标有关问题的通知》（以下简称《通知》），现就《通知》有关问题进行政策解读。

一、《通知》修订背景

《东莞市城市管理和综合执法局关于调整东莞市园林绿化工程招投标有关问题的通知（试行）》（以下简称《通知试行》）修订实施以来，随着相关法律、法规等的修改，《通知试行》中的部分内容已经无法适应当前园林绿化工程招投标活动监管工作。为确保园林绿化工程招投标过程规范有序，进一步提高招标质量和效率，经我局认真研究、两次征求意见，修订形成了《通知》。

二、主要修订内容解读

《通知试行》共有条款21条，修订后有24条，其中，沿用《通知试行》条款18条，修改3条，新增3条。具体修改内容包括以下六方面：

（一）《东莞市建设工程招标投标管理暂行办法》已重新修改并印发，因此将“《东莞市人民政府关于印发〈东莞市建设工程招标投标管理暂行办法〉的通知》（东府〔2019〕18号）”修改为“《东莞市人民政府关于印发〈东莞市建设工程招标投标管理办法〉的通知》（东府〔2022〕28号）”。

（二）目前园林绿化工程已实施电子化招标投标，因此将《通知》“第五点第4条”中的“园林绿化工程实施电子化招投标相关事项，待市公共资源交易中心建设工程电子招投标通用系统上线后另行通知”修改为“园林绿化工程项目实施电子化招投标”。

（三）根据《东莞市建设工程招标投标管理办法》规定，修订后《通知》“第五点”增加第5条“招标人应当自确认中标人之日起十五日内，



向有关行政监督部门提交招标投标情况的书面报告”。

（四）根据《东莞市公共资源交易信用评价管理暂行办法》、《东莞市城市管理和综合执法局园林绿化企业信用信息管理办法》的相关规定，增加“企业需在东莞市城市管理和综合执法局官方网站中的东莞城管行业企业诚信管理系统登记其信息。企业信用信息将归集

共享至东莞市公共资源交易公共服务平台。园林企业信用评价等级将于2023年10月1日起应用于园林绿化工程招标工作中”。

（五）根据《关于加快推荐招标投标全流程电子化工作的通知》要求，增加“依法必须招标的园林绿化工程建设项目，由招标人在广东省招标投标监管网提前发布招标计划，发布时间不少于30日”。

（六）为明确我局负责监管的其他招标项目，是否参照该《通知》执行，增加“对于环境卫生、燃气热力、城市照明、人行道及绿道工程建设项目等类别，我局另有规定的，从其规定”。

三、政策预期效果和影响

持续构建工程招投标领域多模式、多元化的监督管理政策体系，进一步压实招标人主体责任，增强公平公正性。大力推行电子化招投标，进一步提高招投标工作效率，提升工程建设品质。进一步加强信用管理，鼓励诚信投标，充分利用大数据分析，积极搜索建立联合惩戒机制，努力构建公平、公正、公开、高效的招投标市场，持续优化营商环境。

（来源：东莞市城市管理和综合执法局官网）

（编辑：舒晓意）

《东莞市实有人口信息登记管理办法》

2023年3月14日，东莞市人民政府公布了《东莞市实有人口信息登记管理办法》（以下简称《办法》），自2023年6月1日起正式实施，为更好地理解 and 执行《办法》，现解读如下：



一、《办法》起草背景和目的

习近平总书记指出，人口发展是关系中华民族伟大复兴的大事，人口问题始终是我国面临的全局性、长期性、战略性的问题。改革开放以来，东莞从一个农业县发展成为一座新一线城市，形成了流动人口总量大、比例倒挂严重、流动频率快的独特人口特点。为实现社会治理要素基础信息数字化、标准化、可视化，市委、市政府高位推动“二标四实”基础信息采集工作，初步实现了全市实有人口底数清、情况明、动态准的工作目标，为市委、市政府决策、各职能部门应用以及疫情防控等工作提供了坚实的数据基础。但实有人口信息登记管理工作中仍然存在许多短板问题亟待解决，需要进一步明确相关责任，规范实有人口信息登记管理行为，同时，过去一些行之有效的经验和做法，也需要予以制度化。为此，有必要制定《东莞市实有人口信息登记管理办法》，为新时代东莞市实有人口信息登记管理和流动人口服务管理工作提供有力法治保障。

二、《办法》起草过程

根据《东莞市人民政府2022年规章立法计划》工作安排，东莞市公安局负责组织成立起草工作小组，按照地方政府规章起草程序要求开展各环节工作。

一是深入开展立法调研。起草工作小组于2012年4月开始，陆续组织莞城、南城、虎门等镇（街道）的公安分局、网格管理中心和其他一线单位，开展实有人口信息采集管理调研讨论；到东莞市政务服务管理局、人力资源和社会保障局等职能部门进行座谈，详细了解工作的现状及存在问题；

先后到佛山市、武汉市开展实地调研，充分借鉴学习兄弟城市立法经验和服服务管理工作经验。

二是广泛征求各方意见。《办法》草案在起草和审查阶段，分别于在2022年7月和12月，通过东莞市人民政府等网站发布公告，向全社会公开征求《办法》草案意见。同时，多次发函书面征求市直有关部门单位、各镇（街道）意见和建议。

三是反复论证审查条文内容。2022年9月，起草小组邀请了市7名知名立法专家专题召开了专家论证会，对复杂、疑难问题进行具体的研讨，对条文的合法性、合理性、可操作性进行逐条论证。

《办法》草案于2022年10月报送东莞市人民政府法制部门审查修改，并于2023年2月15日经东莞市人民政府十七届第46次常务会议审议通过。

三、《办法》的主要规定了哪些方面的内容

一是明确部门职责，理顺人口信息登记管理体制。根据上位法规定以及机构改革后相关职能部门三定方案调整，区分实有人口信息种类，理顺了公安、人社、政数三个核心部门在实有人口信息收集和管理工作中的具体职责。

二是构建居住信息登记制度，完善实有人口信息管理制度核心内容。《办法》将户籍人口常住地变更登记和流动人口居住登记，以及出租屋、用人单位宿舍和非本人自购自建房屋的居住信息登记均纳入实有人口居住信息登记范畴，并对居住信息登记的内容和时限进行了规范。

三是设定居住信息登记义务人概念，明确提供居所的单位或者个人需履行居住信息报送义务。为进一步解决实有人口信息漏采问题，《办法》创设了居住信息登记义务人概念，要求提供居所的单位或者个人履行居住信息报送义务。

四是规定了就业信息、失业信息登记的主管部门及登记办法。《办法》基于就业登记的义务性质和失业登记的自主选择性质，规定了人力资源社会保障部门、用人单位以及劳动者本人办理就业登记、失业登记的期限、要求及途径等内容。

五是着重强调对未成年人的特别保护。《办法》认真贯彻落实国家有关未成年人保护的政策要求，规定了各有关部门、居住信息登记义务人、住宿经营者、用人单位等在发现侵害未成年人权益的违法违规行为时的报告、救助、关爱、帮扶、及时处置等义

务。

四、《办法》在实有人口信息登记方面有哪些亮点

一是明确实有人口信息登记对象。规定在东莞市居住或就业的户籍人口和非户籍人口实行实有人口信息登记管理，实有人口信息包括居住信息、就业信息和失业信息。

二是明确了实有人口信息申报义务人。根据上位法的相关规定，结合东莞市实际，明确了出租屋、单位宿舍等5类居住维度实有人口信息申报义务人，以及商事主体、民办非企业单位、基金会、会计师事务所、律师事务所、劳动派遣单位等就业维度的实有人口信息申报义务人。

三是简化办事程序，为信息申报提供便利。规定由公安机关、人力资源社会保障部门提供信息化

申报工具改变以往工作人员上门采集、现场登记等工作方式，提高工作效率。

四是明确了相关违法行为法律责任。规定出租屋居住信息登记义务人违反本办法规定，未按要求报送居住人居住信息的，由公安机关予以处罚。用人单位违反规定，未按要求为劳动者办理就业登记或者备案手续的，由人力资源社会保障部门予以处罚。旅馆、宾馆、酒店等住宿经营者违反接待未成年人安全保护规定的，由公安机关予以处罚。

（来源：东莞市公安局官网）

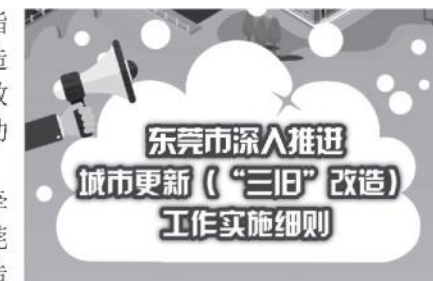
（编辑：舒晓意）

《东莞市“三旧”改造（城市更新）实施操作细则（试行）》政策解读

为规范和指导“三旧”改造新一轮工作高效开展，加快推动项目开工建设，市自然资源局牵头编制了《东莞市“三旧”改造（城市更新）实施操作细则（试行）》（东自然资〔2023〕311号，以下简称“细则”），并于2023年6月19日正式印发。现就政策有关内容解读如下：

一、政策背景

依据《关于聚焦先进制造打造高品质空间全面加快“三旧”改造的实施意见》（东府〔2023〕4号，以下简称“实施意见”）等文件精神，为营造“公平公开、减负让利、提质增效”的东莞“三旧”改造政策体系，我市配套了一系列实施细则。前期已出台的补偿安置成本核算指



引、开发容量计算指引、地价计收与分配等配套政策作为新政策体系的核心支柱，已充分明确我市“三旧”改造利益分配新规则；现制定《细则》明确规划编制、实施方案编制以及公开招引实施主体模式下全流程各个环节操作要求，以便于指导改造项目迅速、高效开展具体工作。

《细则》包括《东莞市“三旧”改造（城市更新）公开招引实施主体模式操作细则（试行）》《东莞市“三旧”改造片区统筹规划编审指引（试行）》《东莞市“三旧改造”单元规划（XX详细规划街坊控规调整）编审指引（试行）》《东莞市“三旧”改造（城市更新）项目总体实施方案审批操作细则（试行）》四份文件。

二、政策特点

（一）融合审批、简化材料

规划方面，不再单独编制原有单元划定、前期研究、控规调整方案，整合为单元规划（XX详细规划街坊控规调整）。成果表现为“一张实施

监管图则、一张控规图则、一张城市设计控制图则及一套材料”。单元规划（XX详细规划街坊控规调整）按国土空间详细规划规定及程序编制、批准后实施。

用地报批方面，不再单独编制原有“1+N”的改造方案、征地方案、收地方案、收储方案、供地方案，整合为总体实施方案。审批事项从物理叠加向有机整合推进，大幅归并和精简原各类方案的报批材料。实行一次性审批，总体实施方案整合为“一份表一张图一个方案一套材料”。

（二）流程公开、信息化管理

规划审批、公开招引实施主体、用地报批等业务全流程信息化，全面实现线上收件、线上审查，让审批流程公开透明、全程留痕。建立区片容积率、区片地价计收信息化系统，实现线上查询，一键生成容积率以及地价，减少各种人为判断与不确定性，消除模糊空间，提高项目改造效率，全力以赴“促动工”。

（三）试点先行、逐步推广

在居商类改造和产业类改造中，选择一批试点项目，依据《细则》进行编审推进。通过这些试点项目的经验，完善操作细则，推动操作细则的更新和优化，解决项目推进中遇到的难题，促进项目的落地和实施。

三、主要内容

（一）强调“片区管大帐、单元管实施”

一是以片区统筹规划作为项目实施的协调平台与管控抓手，重点是重塑政府、市场、村集体、权利人等利益格局。通过片区谋划、细分单元，以更大范围重点解决保护统筹、规划统筹、利益统筹、实施统筹等各类实施性问题，确保改造片区连片实施，整体提升城市空间品质，全面提高用地利用效率。

二是以单元规划（XX详细规划街坊控规调整）对接法定规划技术标准，作为实施监管协议、规划许可阶段的依据。一次性将“三旧”改造项目所有规划管控要素直接落实到法定监管图则、避免方案反复与博弈。

（二）针对重点难点提出解决措施

《细则》直面旧改难题，提出相应解决路径：

公有资产处理：明确权益清晰的公有资产政府收回的操作路径。

“钉子户”问题：设置分期成交、单元切割、政府征收等解决措施。

产业联动改造难题：结合地价计收创设产业平衡资金反哺连片“工改工”。

（三）重构操作流程的四个关键环节

以全流程思维明确公开招引实施主体模式的“三旧”改造项目各个环节具体推进要求：

一是前期工作环节，强化政府主导。政府统筹开展规划方案编制、不动产权益核查、意愿征询、补偿方案拟定、政府（集体）综合收益确定、公开交易方案编报等事项，政府在前端稳定各项核心要素，全面降低制度性交易成本。

二是确认主体环节，实行公开竞价。意向企业在市公共资源交易平台通过公开竞价、并在收购期限内完成不动产权益要约收购后成为实施主体。结合不同项目实际，同时明确收购期限中止、收购延期、单元切割、分期成交及挂牌终止等有关要求。

三是实施方案环节，坚持流程优化。改造项目统一编制总体实施方案，一次性明确改造路径、用地手续、补偿安置、收益分配、实施责任等内容。

四是开发监管环节，强调双向奔赴。镇街（园区）政府做好实施监管，包括产权注销、土地供应及入库及实施监管。实施方案批复后，属地安排批量办理产权注销，改造主体在完成产权注销之日起1个月内签订土地出让合同。

（来源：东莞市自然资源局）

（编辑：游乐瑶）

《东莞市既有建筑改变使用功能规划消防联合审查操作指引》政策解读

为进一步优化我市营商环境，支持既有建筑合理保留利用，规范有序开展既有建筑消防设计审查工作，市住房和城乡建设局会同市自然资源局联合印发了《东莞市既有建筑改变使用功能规划消防联合审查操作指引》（以下简称《指引》），现就有关问题进行政策解读。

一、《指引》出台背景

当前，全国多个城市均在既有建筑改造政策上持续发力，南京、北京、烟台、广州等城市以国家试点为契机，大力推动既有建筑改造利用，探索对不增加面积、高度和不涉及外立面改造的既有建筑改建项目免除工程规划许可证的创新措施。珠海、惠州、中山等城市也大胆探索，结合各地实际情况出台了一系列简化优化政策，有效疏解了当地城市更新项目改造难、办证难的问题。我市既有建筑数量众多，群众对既有建筑物升级改造需求旺盛，优化既有建筑改造消防审批是优化我市营商环境、促进产业稳步发展的重要举措，对我市经济发展意义重大。为规范既有建筑改变使用功能进行规划确认、消防审批等工作程序，提高审查效率，我局参照南京、珠海做法，起草了本《指引》，采用正、负面清单的方式，明确哪些改造工程可以做，哪些改造工程不能做，使既有建筑改造利用清单化、流程化、规范化。

二、主要内容解读

《指引》主要包括适用范围、正负面清单、既有建筑改变使用功能的条件及要求、其他要求、实施时间共五部分内容。

第一部分是“适用范围”，明确既有建筑增加建筑面积、层数、高度，涉及扩建工程的，不适用本指引。

第二部分是“正负面清单”，阐述建筑物改变使用功能的定义，明确建筑物改变使用功能是将办理土地、规划等手续时确定的规划用途改变，或者在同一规划用途下将建筑内部经营业态调整的建设行为。《指引》通过正、负面清单的形式进行管理。

“正面清单”包括商业建筑内部的业态调整或互换、商业性办公建筑内部的业态调整或者互换，

旅店建筑内部的业态调整或者互换，工业、仓储建筑不涉及提高生产或储存物品火灾危险性等级的功能调整或者互换，工业、仓储建筑增加物流功能，利用商业用房、教育用

房、办公用房以及其他公共建筑等用途的现有空闲用房举办门诊部、诊所等医疗机构，党政机关和国有企事业单位培训疗养机构转型为养老服务设施，其他同一规划用途下建筑内部经营业态的调整共7种情形，建设单位可直接按规定向住房和城乡建设主管部门申请办理消防设计审查验收或者备案。

“负面清单”包括未经批准擅自将非住宅建筑改为住宅建筑，利用住宅建筑改为办公建筑以及有安全、噪声、光、油烟污染问题、严重影响周边环境的项目，未经批准擅自将建筑用途转为易燃易爆、危化品生产加工存储、危废存储等功能，公共配套设施如社区用房、物管用房、农贸市场等改作他用，未经批准擅自将地下车库、人防工程、交通通道改作他用，未经批准擅自封闭架空层、增加隔层等增加建筑面积进行使用，利用2019年12月12日之后建成的违法建筑整体或部分进行使用，未经批准擅自将各类办公建筑、旅店建筑等改为公寓居住建筑，其他明显与建设工程规划许可用途不符等共9种使用功能变更严重影响城市规划和周边环境的情形，住房和城乡建设主管部门不予受理消防设计审查验收或者备案。

第三部分是“既有建筑改变使用功能的条件及要求”，明确既有建筑改变使用功能应同时符合城乡规划关于用地兼容性或者建筑物适建性的规定，不改变建筑面积、总高度、层数、外立面，不影响房屋安全使用以及不侵害他人合法权益。改变建筑使用功能的建筑需要变更土地性质或不动产登记使用性质的，应当按相关程序完善土地、规划等手续



后再申请消防设计审查验收或备案手续。

第四部分是“其他要求”，明确建设单位或者个人进行既有建筑内部业态调整、互换或者改变房屋用途，应当按照民事法律、法规的规定，处理好涉及的相邻权关系，并负责处理由此引发的相邻权矛盾。

第五部分是“实施时间”，明确指引自印发之日起实施。

（来源：东莞市住房和城乡建设局）

（编辑：游乐瑶）

《东莞市农村（社区）集体资产管理实施办法》政策解读

2023年5月4日，市政府印发《东莞市农村（社区）集体资产管理实施办法》（东府〔2023〕21号），本次印发是上一版《东莞市农村（社区）集体资产管理实施办法》（东府〔2018〕40号）到期后的新修订版本。现就有关问题进行政策解读。

一、修订背景

《东莞市农村（社区）集体资产管理实施办法》（以下简称《实施办法》）自1998年起颁布实施，先后于2002、2007、2012、2018年进行修订，2018年印发的《实施办法》有效期至2023年2月28日。为保持制度衔接和贯彻落实上级文件新要求，进一步规范我市农村（社区）集体资产管理，保护集体资产所有者和经营者的合法权益，促进农村集体经济发展东莞市人民政府于2023年5月4日印发了《实施办法》。

二、修订依据

《广东省农村集体资产管理条例》《广东省农村集体经济组织管理规定》《广东省农村集体经济组织财务制度实施细则》

三、主要内容解读

修订前《实施办法》共13章88条，修订后共13章90条，总数比原来增加了2条。从内容上看增加了土地使用补偿款、逾期付款违约金、资产数字化、下属单位等管理要求。除此之外，还对条文的文字表述进行修改完善。



（一）引导加强党建引领

第九条增加股东大会表决的重大事项一般实行“四议两公开”。“四议”是指村党支部会商议、党员大会审议、股东大会决议；“两公开”是指决议公开、实施结果公开。

第十二条增加理事长不履行股东大会或股东代表会议所作决定时的管制措施；第十六条增加理事长不按时组织召集会议时由当地党组织书记代为召集。理事长不履行会议决定、不按时召集会议时，明确党组织书记的作用。

第三十四条增加集体开支可实行“联审联签”制度。将“联审联签”与“一支笔审批”并列为可供选择的财务收支审批制度，由股东代表会议决定。

（二）引导提高决策效率

第九、十一条调整股东大会和股东代表会议决策权限划分，明确较小面积土地所有权变更、大额坏账核销等事项由股东代表会议表决。为促进投资、稳增长、加快项目落地，尽量简化表决规则，“较小”的额度标准可由镇街在征求集体经济组织意见的基础上统一制定，也可由镇街指导集体经济组织股东大会自行制定、报镇街备案。

第十四条丰富了股东大会的表决方式，增加亲自投票或书面委托投票现场投票限时投票等方式。

第三十六条明确将重大事项审查划分为合规性

审查、程序性审查两类，并对突发性、应急性、“一事一议”等特殊事项审查提出指引。对合规性审查，先审查后民主表决；对程序性审查，先民主表决后审查；对于突发性、应急性的重大事项，镇（街道）可优化审查流程。

（三）引导推动多元发展

第二十九、五十三条调整对资产负债率的管控要求，支持村组适度举债发展。在增加股东分红条件中删除“资产负债率低于50%”；将资产负债率控制在50%以内由“应该”调整为“一般”。

第四十九条明确新购建的权证齐备的不动产折旧率从原来的5%调整为2.5%，鼓励集体增持物业。因新购建不动产使用年限普遍较长，从省文件规定“2%—5%”的范围中，结合会计谨慎原则，将新增购建部分调整为2.5%。

第五十九条优化土地款转存定期、购买金融理财产品的表决和审查程序，鼓励村组发展投资型经济。经民主表决和审查流程，资金可直接续存或续投。

（四）引导规范基层治理

第十四、六十三条明确股东、股东代表、户代表、农村干部、监事会等人员领取误工补贴的情形。农村干部参加民主决策相关会议的，不得领取误工补贴，其他人员可按规定领取补助或误工补贴。

第十六条增加了理事会和监事会管理人员退出机制。理事会或者监事会成员丧失行为能力或者被判处刑罚的，其职务自行终止。

第十七、十九条明确推行“组财村管”和村级财务室规范化建设，压实村级资产财务管理的主体责任。组级的资产、财务由村级实施监督指导，包括对其重要合同签订、重大开支审批、公章保管和使用等内容；财会人员原则上实行集中办公，由委派会计担任财务室负责人。

（五）引导夯实财务基础

第四十一、四十三条增加合同违约金、财政支农资金管理。执行合同付款方逾期付款的违约金责任条款违约金减免应履行民主决策程序：开设专门账户用于支农资金收支并按规定用途使用。

第五十条根据上级关于建设工程管理的新规定，明确农村集体建设工程管理要求。镇街指导集体经济组织建立集体建设工程招标投标制度，规范工程预算编制、招标分级民主决策和监督程序等事项。

第八十六条明确下属单位划分为出租（发包）类、公共服务类和实业投资类，并可实行分类管理。集体经济组织有实际控制权的下属单位，属出租（发包）和公共服务类的参照《实施方法》管理；属实业投资类的参照本办法管理或明晰监管权责后，按现代企业管理制度管理。

（六）引导促进共同富裕

第二十九条明确分红形式、可适度调整分红基数，提高股东分红的条件精减了（从4个精减为2个）。股东分红应以货币资金或物资形式发放；股东分红基数与经济发展水平不相适应的，经镇街审查通过，可适度调整分红基数；保留当期收益增长、足额提取公积公益金删除“资产负债率低于50%、不属于市次发达村”2个条件。

第五十七条明确土地收储增值共享管理要求提高股东对集体经营收益和土地流转收益的获得感，明确土地收储归集体所有的基础补偿和增值共享分成纳入土地款专户管理。

（来源：东莞市农业农村局）

（编辑：游乐瑶）

为涉嫌污染环境罪企业取得检察机关的 合规考察决定，帮助企业实施环保合规建设， 成功取得不起诉决定

一、案例索引

本所案号：(2022)广众律顾五字GW070001、(2022)广众律诉三字SX020006、(2022)广众律诉三字SX020002

主办：曾海珊、张国武、吴淑仪、卢淦昌

协办：俞兰兰、叶梓雯

当事人：委托人陈某、邱某及某实业有限公司（以下简称“涉案企业”）

案由：污染环境罪、刑事环保合规专项

二、办理结果

某实业有限公司及陈某、邱某涉嫌污染环境罪一案，广州市某区人民检察院（以下简称“检察院”）同意企业合规申请，作出合规考察决定，启动企业刑事合规不起诉的程序。现涉案企业已通过合规整改考察考核，检察院分别对涉案企业及责任人员陈某、邱某作出不起起诉决定。

三、争议焦点

（一）如何为委托人申请刑事涉案企业环保合规？

（二）刑事涉案企业环保合规建设如何开展？

四、基本案情

2021年8月3日，林某在广州市一处河堤被查获，当时现场被倾倒的油漆桶、油漆渣、含油抹布约3.92吨。经查实，该批危险废物是宋某介绍林某在2021年7月24至25日从涉案企业运出。

上述事件中，涉案企业的涉案人员分别为陈某和邱某，其中邱某作为企业负责垃圾处理的直接主管人员，陈某作为企业老板兼实际负责人，二人所工作的工厂与正规的危废处理公司有签订合同，二人也清晰危废处置全流程，但邱某在没有核实宋

某、林某处理资质的情况下将危险废物交其处置，陈某在明知工厂垃圾属危废的情况下，仍然安排主管邱某将该批垃圾交给宋某去处置，二人涉嫌污染环境罪。

2022年11月9日，检察院对涉案企业作出合规考察决定。

2022年11月至2023年3月，涉案企业开展各项环保合规建设整改工作。

2023年3月31日，检察院对涉案企业合规整改成果进行实地考察。

2023年4月18日，检察院召开公开听证会，会上经听证员评议同意检察院对涉案企业及陈某、邱某拟作出不起起诉决定的处理意见。

2023年5月10日，检察院对涉案企业及陈某、邱某作出不起起诉决定。

五、办案思路

（一）前期工作：为委托人申请涉案企业环保合规制造有利条件

1. 主动投案，认罪认罚，争取自首情节。

案发后，在经办律师建议下，委托人主动到公安机关投案和如实供述，认罪认罚，积极配合公安机关调查，取得后续自首情节的认定。

2. 积极赔偿，消除危害后果。

在检察机关和经办律师的协调下，委托人全额赔付危险废物鉴别费和处置费，积极赔偿和消除危害后果。

3. 了解企业经营情况，发掘企业自身申请企业合规的有利条件。

经办律师了解企业经营状况，包括但不限于委托人所在行业及其影响力、纳税贡献、经营盈亏情况以及社会责任承担情况，搜集整理企业经营状况证明资料。

4. 向检察机关提出合规意愿，提交企业环保合规申请。

经办律师代委托人向检察机关提出合规意愿，并就委托人经营状况与检察机关充分沟通反馈，提交企业环保合规申请及企业经营状况证明资料。

（二）中期工作：为委托人设计和落实合规建设方案

1. 撰写企业合规计划书，组建合规建设领导小组

经办律师对委托人进行初步调查，撰写企业合规计划书，指导企业组建合规建设领导小组，明确各自职责和具体分工。

2. 约谈危险废物委托处置单位等第三方环境治理单位

经办律师约谈第三方环境治理单位，深入研究第三方治理单位服务情况，对梳理危险废物处置全过程以及分析案发原因至为关键。

3. 尽职调查内部生态环境治理现状，剖析案发原因

经办律师开展尽职调查，向检察机关详细报告委托人内部生态环境治理现状以及法律风险问题结论。

4. 合规建设方案和整改措施的落实

经办律师具体化整改措施并逐步落实，如对高级管理人员和全体员工进行合规培训和教育；设立企业环保监察部，建立环保违规、差错行为问责制度；审核和修订涉及环境治理管理制度；管理人员签署履职承诺书；采用问卷调查方式回访考核全体员工等。

5. 合规建设过程中形成书面定期报告，提交检察机关汇报进度。

经办律师在落实部分整改工作后形成书面报告和附上相关成果文件，定期向检察机关汇报最新进度。

（三）后期工作：帮助委托人接受检察机关的合规考察考核，协助委托人通过第三方监督评估合规整改验收。

合规建设工作全部完成后，经办律师形成书面整改报告提交检察机关。

在检察机关进行现场考察时，经办律师陪同参观考察，主持整改工作汇报会议，现场汇报整改工作并接受检察机关的询问，听取检察机关的意见和建议。优先争取检察机关对委托人合规整改工作的认可，取得检察机关拟作出不起起诉的处理意见。

在检察机关召开听证会时，协助委托人参与听证会，帮助委托人向听证员全面解析合规成果以及充分展现认罪悔罪态度，争取听证员对合规成果的肯定和支持，取得听证员对检察机关拟不起起诉决定处理意见的同意意见，顺利通过第三方监督评估合

规整改验收。

六、经验总结

1. 面对新政策带来的新业务类型，在缺乏实战经验和参考资料的情况下，经办律师在政策大方向框架上结合日常企业法律顾问经验，切实从企业自身经营特性和现实条件出发，为其设计可行性较高的整改措施。

2. 加强与检察机关的沟通，充分沟通企业经营现状，如本案中，涉案企业正处于环保自主验收中和发生大面积感染新冠等影响整改进度情况，经办律师尽早与检察机关反馈沟通，以获得检察机关的充分理解，合理调整整改期限和方案，就双方致力于有效有质推动企业环境治理合规化和保障企业生存上达成共识，实现双赢。

3. 与委托人充分沟通合规建设需求，引导委托人选定内部负责工作的合适人选，合适人选需要充分了解企业经营情况和具备调动各项资源的能力条件，比如本案中培训、问卷调查等工作需要企业员工的广泛参与，而合适人选则能保证整改措施在公司内部及时、有效、全面地落实和响应。

4. 企业合规整改往往涉及较强专业性，比如环保、财税等，经办律师不仅要加强自身对相关专业知识基础的学习，而且在合规整改过程中，可考虑联合专业机构参与或调动资源提供专业技术指导，以使得在设计合规整改方案更具高度专业性和有效操作性。本案中，本所律师有服务生态环境部门的顾问诉讼经验，同时借助委托人的资源邀请环保公司提供技术指导意见，故本所制定的环保合规整改方案能够保证有效实施和整改到位。特别在实地考察过程中，检察机关及当地环保部门人员向委托人反馈本所合规团队具有充分环保专业知识，对本所在环保领域的专业度和协助企业实施的环保合规整改工作表示认可和肯定，委托人对此非常满意。

七、社会影响

2021年，最高人民检察院开始引入“企业刑事合规不起诉”制度，目前正在全国范围内全面推行。本案的涉案企业正是抓住了该风口，迎合了检察机关对该制度大力推广的趋势，为该制度在广州市、东莞市乃至广东省的适用提供了较强的借鉴意义。

企业合规不起诉制度全面推行的意义尤为深远。民营企业作为我国市场经济的重要组成部分，在繁荣经济促进就业方面具有重要支撑作用。然

而，一些企业在发展过程中存在监管漏洞，甚至会滑向犯罪的深渊。检察机关起诉犯罪企业，虽能惩处违法犯罪行为，但企业的生产经营活动往往会受到严重影响，甚至对社会稳定产生冲击。而检察机关适用不起诉制度，不仅保障了企业的生产经营活动，而且能够激发企业积极进行合规建设，促进民营经济健康有序发展。从长远来看，该制度能够着

眼于保护民营经济的政策，实现社会政策与刑事政策的双向良性互动。

（作者：张国武、曾海珊、吴淑仪、卢淦昌）

巧用谈判技巧化解诉讼风险

一、案例索引

(2022)广众律诉三字SM020022

主办：卢淦昌、吴淑仪

协办：俞兰兰

委托人（原告）：W公司

对方当事人（被告）：A电视台、B电视台、C公司

二、办理结果

A、B电视台主动更正报道，消除对W公司的恶劣影响，并通过美食节目宣传的方式补偿W公司的维权成本和经济损失，最终本案当事人达成和解并撤诉。

三、争议焦点

1. A、B电视台通过展示网络截图、引述爆料人陈述和其他被采访对象话语是否构成名誉权侵害行为？

2. A、B电视台未采访W公司是否构成未尽合理核实义务？

四、基本案情

2022年8月17日，W公司接到社区人力资源服务站工作人员的通知，需对关于D大学生投诉W公司克扣工资一事进行了解。2022年8月19日，社区人力资源服务站再次通知W公司，此事已被A电视台等媒体报道，人社部门需要介入调查。同日，经社区人力资源服务站和人社部门工作人员现场核查，确认D大学生被克扣工资一事与W公司无关，实为他人假冒W公司所为。

事后经搜索，W公司发现2022年8月17日A电视台在其新浪微博账号就不实报道发布了微博视频和

话题，该视频中多次显示了W公司全称，并称联系了W公司的相关负责人，直观指明系W公司克扣大学生工资。截至2022年8月23日，该话题阅读次数已达253.3万次。B电视台也在其官

网上发布由A电视台制作的报道视频，视频中清晰可见W公司全称的截图。2022年8月18日，C公司在新浪微博账号中编辑转载了A电视台发布的该微博视频，并再次创建微博话题，进一步扩大了虚假事实传播。截至2022年8月23日，新话题的阅读次数已达143.2万次。

因年底法院的立案安排，本案直至2023年1月才正式被受理立案。其后，再次受C公司公告送达期限的影响，本案直至2023年5月18日才被安排开庭。

五、办案思路

面对繁琐、漫长的诉讼程序，以及被告的人为因素，巧用谈判技巧化解诉讼风险，达成委托人诉讼目的

近年来，基层法院普遍试点或全面开展诉前联调工作，并起到快速化解当事人矛盾纠纷的成效，但对于争议较大的案件，相关制度则成为制约当事人维权的“双刃剑”，反而徒增维权时间成本。如



再遇上年尾立案安排或公告送达程序，案件甚至需排期至半年后方可开庭审理，加上后续的二审和执行程序期限，无论是委托人或者代理律师，诉讼负担不可小觑。本案中，由于被告A、B电视台属于事业单位，亦为本案增添了几分“人为”色彩，且A、B电视台及审理法院多次表达了需直接对接委托人的意愿。

面对上述的困局，诉讼律师更需要主动出击，巧用谈判技巧化解诉讼风险，达成委托人诉讼目的。首先，需深入了解委托人的真实诉讼目的，目的为导向，诉讼为手段。第二，诉讼律师应尽可能避免给予对方或法官越过自己私自联系委托人的机会，必要时，对于部分不方便通过电话表达或沟通的内容，应主动申请法官组织现场调解。第三，参与调解前，针对对方主体性质，跳出民事诉讼思维的局限，多循刑事、行政、信访、纪委等其他途径多元化寻找制衡手段及渠道。第四，调解现场，面对出言不逊，甚至所谓长期“舆论监督的恫吓”，更应该表现诉讼律师的不卑不亢，主动披露我方接下来进一步的维权计划予以回应，增添谈判筹码。第五，谈判过程中，通过察言观色，辨识和把握对方软化或退让的时机，及时好言相劝，当好“和事佬”角色。第六，管理情绪，及时抽离，保持冷静。谈判中对抗与争辩不可避免，但作为诉讼律师应掌握自己的情绪管理，学会及时抽离，保持冷静。并且，更需要及时留意委托人情绪，必要时与委托人单独进行沟通和辅导，避免委托人因情绪激化矛盾，避免逞一时泄愤之快，而得不偿失。

六、经验总结

面对日常繁重的程序和工作量，以及委托人维权的焦虑和压力，诉讼律师更应该懂得如何巧用谈判技巧等商业思维和手段帮助委托人和自己减负，以最低的代价实现维权目的。想必大家都看过电影《叶问》，如果将诉讼比作一场比武对决，面对盲目重拳出击的对手，我们恰恰更需要冷静思考如何快速省力击倒对方。常言道，“内行看门道，外行看热闹。”

夕阳无限好，心中无忧愁，岂不美哉！

（作者：卢淦昌）

建设单位违法发包中“肢解发包”行为的认定及风险规避

【编者按】违法发包是指建设单位将工程发包给个人或不具有相应资质的单位、肢解发包、违反法定程序发包及其他违反法律法规规定发包的行为，法律、法规明确的禁止性规定。而在违法发包的几种情形中关于“肢解发包”情形，建设单位较容易忽视，实务中也极易产生争议，甚至有很多建设单位不知道其某些发包行为已经构成了“肢解发包”，从而导致被行政处罚、导致发包双方之间施工合同无效等严重的后果。本文从“肢解发包”的认定、法律后果等方面进行梳理，为客户提供参考。

一、何为肢解发包

肢解发包属于违法发包行为中一种情形，《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第五条



中对违法发包进行了明确定义：“本办法所称违法发包，是指建设单位将工程发包给个人或不具有相应资质的单位、肢解发包、违反法定程序发包及其他违反法律法规规定发包的行为。”《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第六条规定了肢解发包的情形：“存在下列情形之一的，属于违法发包：（五）建设单位将一个单位工程的施工分解成若干部分发包给不同的施工总承包或专业承包单位的。”可见，肢解发包的违法主体为“建设单位”，而非“总包单位或分包单位”。

二、肢解发包发生的原因

总承包方面的原因：因各类施工总承包资质的许可范围广，但总承包单位无法精通其所持有的施工总承包资质所涵盖的全部领域或不具有某项专业工程能力。如总承包单位一般对主体结构、二次结构等施工较为擅长，但对于地基基础、消防工程、幕墙工程、装饰装修工程等，总承包单位可能并不擅长。

建设单位方面的原因：建设单位为控制造价成本，对利润率较高的分部工程、分项工程，以单独发包的形式向其能够实际控制的单位发包，降低工程造价，节省建设成本。

三、肢解发包的认定

既然《建筑工程施工发包与承包违法行为认定

查处管理办法》中规定，建设单位将一个“单位工程”的施工分解成若干部分发包给不同的施工总承包或专业承包单位的认定建设单位是否构成肢解发包；那么，发包的工程是否是一个“单位工程”，就是肢解发包认定的关键所在。

关于“单位工程”的界定，在《建设工程分类标准》（GB/T50841-2013）给出了定义，《建筑工程施工质量验收统一标准》（GB50300-2013）中有列举。《建设工程分类标准》将工程分为单项工程、单位工程、分部工程、分项工程四类，其中“单项工程”是指：“单项工程具有独立设计文件，能够独立发挥生产能力、使用效益的工程，是建设项目的组成部分，由多个单位工程构成”；“单位工程”是指：“单位工程具备独立施工条件并能形成独立使用功能的建筑物及构筑物，是单项工程的组成部分，可分为多个分部工程”；“分部工程”是指“按工程的部位、结构形式的不同等划分的工程（如：地基与基础工程、主体结构工程、建筑屋面工程建筑装饰装修工程等共10个分部工程），是单位工程的组成部分，可分为多个分项工程”；“分项工程”是指“根据工种、构件类别、设备类别、使用材料不同划分的工程项目（如：门窗制作安装属于建筑装饰装修中的分项工程），是分部工程的组成部分”。简单可以理解为：建设项目>单项工程>单位工程>分部工程>分项工程。

由此可见，分部工程、分项工程是单位工程的构成单元，如果建设单位将分部工程、分项工程单独发包，极易被认定为肢解发包。

四、肢解发包的法律后果

《中华人民共和国建筑法》第六十五条规定：“发包单位将工程发包给不具有相应资质条件的承包单位的，或者违反本法规定将建筑工程肢解发包

的，责令改正，处以罚款。”《建设工程质量管理条例》第五十五条规定：“违反本条例规定，建设单位将建设工程肢解发包的，责令改正，处工程合同价款0.5%以上1%以下的罚款；对全部或者部分使用国有资金的项目，并可以暂停项目执行或者暂停资金拨付。”

肢解发包行为所签署的施工合同效力问题，从司法判例来看，因建设单位的肢解发包行为违反了法律和行政法规的强制性规定，相关施工合同被径直认定为无效，故“禁止肢解发包”的规定可被认定为效力性强制性规定。

一旦施工合同无效的，则施工合同中约定的相关违约责任、损失等主张均将受到重大影响。《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（一）》规定，当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。

五、如何规避肢解发包

建设单位在工程立项前注意了解当地监管要求，特别需了解是否可以单独立项单独发包，专业工程是否必须纳入总承包范围。

如当地无可参考的特别的特别规定或要求，建设单位欲单独将分部工程、分项工程发包的，建议采取建设单位与总包单位、分包单位通过签订三方协议的方式，通过总承包对分部工程、分项工程进行指定分包，以避免被认定为肢解发包。

（作者：宗世春）

生成式人工智能服务提供方法律风险简析

【编者按】短短半年内，生成式人工智能产品迎来爆发期，以GPT4为代表的大语言模型和以 Midjourney为代表的文本图像对比式预训练模型等生成式人工智能技术及其应用相继推出，引发热潮。全球立法者正以罕见的速度对其潜在的风险做出回应，我国互联网信息办公室等机关也于2023年7月10日联合发布了《生成式人工智能服务管理办法》（以下简称《办法》）对生成式人工智能服务进行监管，该部门规章自2023年8月15日起施行。本文将围绕《办法》及相关法律文件，简析我国生成式人工智能服务提供者一方可能面临的主要法律风险及防范措施。

一、法律风险主体：生成式人工智能服务提供者

根据《办法》第二条，利用生成式人工智能技术向中国境内公众提供生成文本、图片、音频、视频等服务（以下称生成式人工智能服务）的法律主体将受《办法》约束，而研发、应用生成式人工智能技术且未向境内公众提供生成式人工智能服务的组织、机构不适用《办法》的规定。《办法》的适用范围明确锚定在面向境内公众提供生成式人工智能服务的提供者之上，这不仅同《互联网信息服务算法推荐管理规定》和《互联网信息服务深度合成管理规定》以“服务”为基础的规制相衔接，而且为技术研发、应用容留了试错空间，回避了技术中立论和技术建构论的纷争。

二、法律风险识别

生成式人工智能服务提供者在向公众提供生成式人工智能服务的过程中可能面临的法律风险主要为：数据安全风险、知识产权风险、内容监管风险和算法歧视风险。

数据安全风险：生成式人工智能技术依赖大量数据进行训练，可能会涉及用户的个人信息或企业敏感数据的收集、使用和传输。如果这些数据未经用户同意或未妥善保管，可能会侵犯用户的个人隐私权或企业的商业秘密。2023年3月，韩国三星设备解决方案部门在使用ChatGPT办公过程中，将半导体设备测量、良品率/缺陷、内部会议内容等企业敏感数据上传到ChatGPT的服务器中，而ChatGPT会捕获并存储用户输入的数据用以改进自身模型，这一利用过程可能会侵犯三星公司的商业秘密。

知识产权风险：生成式人工智能技术生成的文本、图片、声音、视频等内容均是基于其内在数据库或互联网上的公开数据，通过深度学习、拼接、复制、再加工而成。因此，如果其生成的内容与其作为数据来源的作品、专利或者商标具有较高相似

度或者构成实质相似，同时未经权利人授权，则涉嫌构成对第三方著作权、专利权或者商标权的侵犯，

作为网络信息内容生产者的生成式人工智能服务提供者可能将面临侵犯他人知识产权的法律风险。

内容监管风险：生成式人工智能技术可以快速生成大量内容，但这些内容可能包含违法信息，如虚假广告、淫秽色情信息等。如果生成式人工智能服务提供者未能有效履行内容监管责任，在发现违法内容后，未能依法依规采取停止生成、停止传输、消除等处置措施，优化模型训练，并依法依规对利用者采取警示、限制功能、暂停或终止向其提供服务等处置措施且保存有关记录向有关主管部门报告的，将面临相应内容监管失责的法律责任。

算法歧视风险：生成式人工智能技术依赖算法进行决策，但算法可能存在偏见，导致对某些群体的歧视。如果生成式人工智能服务提供者未能有效防范算法歧视风险，可能会面临相应法律责任。

三、法律风险防范措施

数据安全风险防范措施：生成式人工智能服务提供者应当建立完善的数据保护制度，确保用户数据得到妥善保护；在收集、使用和传输用户数据时应当遵守相关法律法规的要求，并取得用户同意。

知识产权风险防范措施：生成式人工智能服务提供者应当尊重他人知识产权，在使用他人作品时应当取得授权；同时，生成式人工智能服务提供者也应当加强对自身知识产权的保护，防止他人侵权。



内容监管风险防范措施：生成式人工智能服务提供者应当建立完善的内容审核制度，对发布的内容进行审核，防止违法信息的传播；同时，生成式人工智能服务提供者也应当配合政府主管部门开展内容监管工作，及时处理违法信息。

算法歧视风险防范措施：算法歧视主要源于训练数据，如果训练数据存在偏见，那么模型在预训练过程中就可能学习到这些偏见，并在生成内容时将这此偏见表现出来。为了防止这种情况的发生，生成式人工智能服务提供者需要在预训练环节仔细检查训练数据，确保其公平性和代表性，并使用对抗性去偏等技术手段来减少算法歧视的风险；在微调环节，生成式人工智能服务提供者需要采取限制微调过程中参数的更新幅度、使用知识蒸馏等措施来降低灾难遗忘的发生概率，以避免因微调环节作出过多修改而导致模型在训练过程中习得的排除算

法歧视的知识被遗忘。同时，在对齐环节，生成式人工智能服务提供者还应确保算法模型的价值观与法律法规所倡导的价值观相对齐，以帮助算法模型的生成内容回避算法歧视。此外，生成式人工智能服务提供者也应当建立完善的投诉处理机制，及时处理用户关于算法歧视的投诉。

【结束语】生成式人工智能服务通过对人类脑力的无限延伸，赋予人类对便利生活更大的想象空间，也给社会带来了诸多风险及挑战。生成式人工智能服务提供者作为技术控制者应当积极识别生成式人工智能服务的法律风险，并采取相应措施予以防范。

（编辑：许伟玲）

退休返聘用工的法律风险分析与风险防范

【编者按】返聘退休人员已成为用人单位一种重要的用工形式，但由此不可避免地将带来一系列的法律问题，本文针对用人单位返聘退休人员的法律风险以及风险防范问题，根据现行法律法规，结合实践经验予以分析。

一、退休返聘用工的法律风险分析

1、套用劳动合同模板

部分用人单位为了避免麻烦，和所有的劳动者都签订书面劳动合同，包括退休返聘人员。

由于HR的这一错误做法致使用人单位在对退休返聘人员的管理上陷入被动，此时用人单位实际上将受劳动法律法规的约束，在加班、调岗调薪、终止或辞退等问题上受到严格限制。

双方的这一约定有可能使退休返聘人员与用人单位之间所存在的劳务关系而变成劳动关系，从而使退休返聘人员适用了劳动法律，导致用人单位对退休返聘人员需要承担很多劳动法的上法律责任，也使得用人单位使用退休返聘人员可以降低用工成本以及解雇成本的目的无法实现。

2、不及时终止劳动合同

根据《劳动合同法》第四十四条规定，劳动者



享受基本养老保险待遇的情况下劳动合同终止，但是《劳动合同法实施条例》第二十一条却规定，劳动者达到法定退休年龄时情况下劳动合同

终止。

在实际用工过程中，即使劳动者到达法定退休年龄，但是用人单位却没有给劳动者及时办理退休手续以及养老保险手续，也没有及时通知劳动者终止劳动合同，仍然继续使用劳动者，致使劳动关系仍然存续，也使用用人单位承担更重的劳动法所规定的用工责任。

3、对劳动者身份证件审查不严

用人单位在劳动者入职的时候对劳动者身份证件审查不严，甚至不做审查，致使劳动者蒙混过关。

有的劳动者由于已经达到或者超过法定退休年龄，为了顺利入职而借用别人的身份证件，此时即使用人单位给劳动者缴纳了工伤保险，一旦劳动者发生工伤事故也很难得到工伤保险基金的赔偿，致使用人单位不得不自担工伤赔偿的风险。

另外，还有些劳动者本身已经达到或者超过法定退休年龄，用人单位此时和劳动者订立退休返聘协议即可，但是HR在劳动者入职的时候由于审查不严而和劳动者订立了劳动合同，致使用人单位承担了很多劳动法所规定的用工责任。

4、订立退休返聘协议内容不详

有些用人单位认为既然不签订劳动合同，就可以不用遵守劳动合同法必须和劳动者订立书面合同的规定。

但是原劳动部在劳部发（1996）354号文件《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第13条明确规定，“已享受养老保险待遇的离退休人员被再次聘用时，用人单位应当与其签订书面协议，明确聘用期内的工作内容、报酬、医疗、劳保待遇等权利和义务”。

因此，即使是退休返聘协议，用人单位也具有和劳动者签订书面协议的法定义务，而不是不签任何的协议或者签订口头形式的退休返聘协议。

二、退休返聘用工的法律风险控制

1、严格审查劳动者资质

在劳动者入职的时候，用人前段期间一定要严把审核关。首先是审查劳动者的年龄，确定劳动者是否已经达到或者超过法定的退休年龄。

其次，审查劳动者是否办理了正式退休手续，开始享受养老保险待遇。

用人单位应尽可能的等劳动者办理了退休手续后再和其签订退休返聘协议，而且为了尽可能的降低用工风险，用人单位最好保存劳动者退休证复印件，并让其在退休证复印件上签字认可。

如果劳动者没有办理退休手续，没有享受养老保险待遇，用人单位在用工的时候也可能会构成劳动关系，此时就要综合考量做出是否仍然继续聘用劳动者的决定。

最近，审查退休返聘人员的健康状况，充分了解其身体健康状况，尽可能安排返聘人员在非危险

性岗位上工作。

可以让其提供当地三甲医院体检表，根据劳动者的身体状况决定是否予以聘用，或者让劳动者到用人单位指定的医院进行体检。并把退休返聘人员的健康体检档案留底，以备不时之需。

另外，还要对退休返聘人员定期进行健康体检，及时掌握返聘人员健康状况，对于健康状况出现问题的及时解除劳务协议。

2、及时终止劳动合同

用人单位在人力资源管理中对劳动者，特别是即将达到退休年龄的劳动者实行动态跟踪管理，通过软件设置风险预警机制，对即将达到退休年龄的劳动者及时做出预警，为劳动者及时办理退休手续及养老保险手续，让劳动者享受养老保险待遇。

同时，通过该预警机制也可以使用用人单位能够提前或者及时通知劳动者终止劳动合同。

3、订立书面退休返聘协议

用人单位切勿套用劳动合同的范本与退休返聘人员签订劳动合同，而是遵守相关法律规定与退休返聘人员签订书面的退休返聘协议，但是就退休返聘协议的具体内容而言，用人单位一定要仔细斟酌，严加审查。

4、购买雇主责任险及其它商业保险

退休返聘人员在人身受到意外伤害的时候用人单位除了承担其应该承担的赔偿责任外，并不能因为购买了人身意外险而予以弥补，用人单位的法律风险仍然存在，退休返聘人员此时可能会取得双重赔偿。

为能真正的避免赔偿风险，用人单位可以以退休返聘人员为被保险人，购买雇主责任险，雇主责任险的受益人为用人单位。

因此，用人单位在对退休返聘人员赔偿之后可以通过雇主责任险取得一定补偿，从而避免相应的赔偿风险。

（转载：公众号 | 小金约法）

（编辑：张俊杰）

夫妻一方对共有房产的排除执行与快速析产

【编者按】登记在被执行人一方名下的夫妻共有房产涉及执行异议较为普遍，因土地与房产属不可分割物，需整体拍卖执行，案外人夫妻另一方可通过对土地及地上建筑物拍卖变现后分割价款或行使优先购买权实现权利，但不得排除执行。

A与B于1990年12月27日登记结婚，婚后取得宅基地使用权并建造有地上房屋，案涉房屋于1998年6月15日取得产权证，案涉土地于2006年12月23日取得土地使用权证，但均仅登记在A一人名下。因C与A民间借贷纠纷案件审理过程中，法院根据C的财产保全申请，于2020年5月3日查封了登记在A名下的房屋，后法院判决A偿还C借款本金及利息。判决生效后，法院立案执行，在执行过程中，拟对案涉土地及房产进行拍卖。2021年5月25日，A与B登记离婚，离婚时双方约定案涉房产归B所有。

一、案涉房产的定性

依照原《婚姻法》第十七条、《物权法》第三十条，以及《民法典》第二百三十一条、一千零六十二条的规定，案涉宅基地使用权系A与B婚后取得的夫妻共同财产，案涉的房产系A与B婚后共同建造的，属其双方的夫妻共同财产。虽然A与B离婚时，协议约定了案涉房产归B所有，但相关的约定是在法院查封案涉房产后才作出的。依照《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定（2020修正）》第二十一条的规定，案涉房产与土地使用权的权属人一致，查封地上建筑物的效力及于该地上建筑物使用范围内的土地使用权。由于A与B关于房产的离婚析产发生在法院查封之后，依照《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定（2020修正）》第二十四条的规定，A与B就案涉房产归于案外人B的协议不能对抗申请执行人C，案涉土地使用权及房产仍属于A与B的共有财产。

二、案涉房产能否排除执行

因B非被执行人，且对案涉土地使用权及房产享有财产权益，法院在执行过程中，拟对案涉土地



及房产进行拍卖，依照《民事诉讼法》第二百三十四条规定，B应当作为案外人对执行标的提出书面异议。但依照《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定（2020修正）》第十二条、《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定（2020修正）》第二十四条的规定，同时因本案土地使用权和房产属不可分割物，需予整体拍卖执行，案外人B可通过对案涉土地使用权及地上建筑拍卖变现后分割价款或者行使优先购买权实现权利。因此，司法实践当中，法院普遍认为不得排除执行，裁定驳回案外人的异议请求。

三、案涉房产不能排除执行，如何快速析产

依照《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定（2020修正）》第十二条规定，法律赋予了共有人提起析产诉讼救济的权利。但《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定（2020修正）》第二十六条第二款又规定了，“金钱债权执行中，案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结后作出的另案生效法律文书提出排除执行异议的，人民法院不予支持”，造成司法实践中法律理解与适用的差异。

由于案件进入执行程序后，案件执行的主导权大多掌握在执行法官手中，且执行与审判分离的制度，及析产诉讼的立案审理程序漫长，一定程度上反而阻碍了案外人维权。依照《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定（2020修正）》第七条规定，案外人及其代理律师应掌握执行程序中，执行法院对拍卖财产的权属状况进行必要的调查，制作拍卖财产现状的调查笔录或者收集其他有关资料的机会，务必要求执行法官将夫妻共同财产的权属状况及取得、建造的历史如实记录入执行笔录中，或书面向执行法官反映情况。并且，案外人可以利用具备举证、应诉成本低，书面审查快等优点的案外人执行标的的异议程序，通过执行异议裁定书固定事实，再行配合与执行法官沟通，申请参与执行分配，快速析产实现权利。

（作者：卢淦昌）

关于用工单位退回劳务派遣员工的法律风险分析

【编者按】将劳务派遣员工退回劳务派遣单位，是现实生活中用工单位的常见操作，但是其中涉及的法律问题和风险却容易被忽视。本文从劳务派遣法律关系概述、允许用工单位退回劳务派遣员工的法定情形、禁止用工单位退回劳务派遣员工的法定情形、自主约定退工情形的风险、用工单位违法退工之法律责任及法律建议这六个方面入手，对用工单位退回劳务派遣员工的法律风险进行分析，以期能够为用工单位退回劳务派遣员工提供一定指引。

一、劳务派遣法律关系概述

劳务派遣是指劳务派遣单位与被派遣劳动者订立劳动合同，把劳动者派向其他用工单位，再由该等用工单位向劳务派遣单位支付服务费用的用工形式。



劳务派遣单位与用工单位的民事合同关系；二是劳动者与用工单位的实际用工关系。从实质上看，劳动力的雇佣与使用相分离。

二、允许用工单位退回劳务派遣员工的法定情形

允许用工单位退回劳务派遣员工的法定情形规定于《中华人民共和国劳动合同法》（2012修正，以下简称《劳动合同法》）第六十五条第二款以及《劳务派遣暂行规定》（人力资源和社会保障部令 第22号）第十二条。其中，《劳动合同法》第六十五条第二款引用了该法第三十九条及第四十条第一项、第二项的内容；《劳务派遣暂行规定》第十二条除引用《劳动合同法》第四十条第三项和第四十一条的内容外，额外规定了2种情形。

综合而言，允许用工单位退回劳务派遣员工的法定情形一共包括15种，具体如下：

序号	具体情形	法律法规	具体条款
①	在试用期间，劳务派遣员工被证明不符合录用条件的；	《劳动合同法》	第三十九条
②	劳务派遣员工严重违反用工单位的规章制度的；		
③	劳务派遣员工严重失职，营私舞弊，给用工单位造成重大损害的；		
④	劳务派遣员工同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用工单位提出，拒不改正的；		
⑤	因劳务派遣员工存在欺诈、胁迫等情形致使劳动合同无效的；		
⑥	劳务派遣员工被依法追究刑事责任的；		
⑦	劳务派遣员工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，也不能从事由用工单位另行安排的工作的；		第四十条
⑧	劳务派遣员工不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；		

序号	具体情形	法律法规	具体条款
⑨	劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的；	《劳动合同法》	第四十条
⑩	用工单位依照企业破产法规定进行重整，需要经济性裁员的；		第四十一条
⑪	用工单位生产经营发生严重困难，需要经济性裁员的；		
⑫	用工单位转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳务派遣协议后，仍需裁减人员；		
⑬	用工单位其他因劳务派遣协议订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使派遣协议无法履行的，需要经济性裁员的；		
⑭	用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的；	《劳务派遣暂行规定》	第十二条
⑮	劳务派遣协议期满终止的。		

从退回原因的角度看，上述15种情形可分为三类：第①至第⑧种情形是因劳务派遣员工原因导致的退回，第⑨至第 种情形是因用工单位原因导致的退回，第 种情形是因派遣协议期限届满导致的退回。

具体而言，第①种至第⑥种法定退工情形属于劳动者有过错的情形。由于上述原因退工的，劳务派遣单位可以依据《劳动合同法》的规定解除与该员工的劳动合同且不需要支付经济补偿金。

第⑦、⑧种法定退工情形属于劳动者能力不胜任岗位的情形，劳务派遣单位可在用工单位退工后径行依法解除劳动合同，但是应当依法提前30日通知或支付代通知金，并应当支付经济补偿金。

第⑨种情形中，劳务派遣单位不能径行解除与被退回的员工的劳动合同，而应当依《劳务派遣暂行规定》第十五条第一款，先尝试安排将该等员工派遣到新的用工单位，如果待遇提高或者维持不变而员工拒绝劳务派遣的，则可以将该等员工辞退，但劳务派遣单位需要向员工支付经济补偿金。

第⑩至第 种情形下，劳务派遣单位也不能径行解除劳动合同，应当先按《劳务派遣暂行规定》尝试将被退回的员工安排派遣到新的用工单位，如果待遇提高或者维持不变而员工拒绝劳务派遣的，则可以将该等员工辞退，但劳务派遣单位需要向该等员工支付经济补偿金。

三、禁止用工单位退回劳务派遣员工的法定情形

《劳务派遣暂行规定》第十三条规定，劳务派遣劳动者有《劳动合同法》第四十二条规定情形的，在派遣期限届满前，用工单位不得依据《劳务派遣暂行规定》第十二条第一款第一项规定（即前述15种退回情形中第⑨至 种情形）将劳务派遣员工退回劳务派遣单位；派遣期限届满的，应当延续至相应情形消失时方可退回。此条规定的效果，使劳务派遣员工享有类似于劳动者享有的禁止解雇保护，具体包括以下6种特殊情况：

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

（2）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；

（3）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

（4）女职工在孕期、产期、哺乳期的；

（5）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

（6）法律、行政法规规定的其他情形。

用工单位违反法律法规规定，在前述6种特殊情况下以《劳务派遣暂行规定》第十二条第一款第一项情形为由退回劳务派遣员工的，存在构成违法

退工的风险。

四、自主约定退工情形的风险

用工单位与劳务派遣单位之间是否可以自行约定退回情形？实践中不同地区存在不同观点。结合《广州市劳动人事争议仲裁委员会、广州市中级人民法院民事审判庭关于劳动争议案件座谈会的意见综述》（2015）及《长三角地区劳务派遣合规用工指引》（苏人社发〔2022〕89号）等文件内容，一般认为，鉴于《劳动合同法》以及《劳务派遣暂行规定》已列举了用工单位可退回劳务派遣员工的法定情形，且劳务派遣协议涉及劳务派遣员工基本生存权利，不能简单通过约定任意决定劳务派遣员工去留，故不建议在法定退回情形之外再约定其他退回情形，否则，用工单位依据自主约定的其他退回情形退回劳务派遣员工的，存在被认定为违法退工的风险。

五、用工单位违法退工之法律责任

《劳务派遣暂行规定》第二十四条规定“用工单位违反本规定退回被派遣劳动者的，按照劳动合同法第九十二条第二款规定执行。”根据《劳动合同法》第九十二条第二款，用工单位违法退工给劳务派遣劳动者造成损害的，用工单位应与劳务派遣单位承担连带赔偿责任。

用工单位将劳务派遣员工违法退工，可能会导致该等员工产生两方面损失或不利后果，一方面是退工后收入减少，另一方面是因为退工而遭到劳务派遣单位解除劳动合同。一般来说，劳务派遣单位解雇被退回的员工，直接或间接与退工有关，故该等员工较有可能会要求用工单位与劳务派遣单位就支付解约补偿金或违法解约赔偿金以及要求补足违法退工期间的工资收入差额承担连带责任。

六、法律建议

用工单位在决定是否退回劳务派遣员工时，建议应注意以下几点：

（1）审核退工理由是否合法合理，尽量依据允许用工单位退回劳务派遣员工的法定情形进行退工，并收集留存证明退工合理合法的客观证据；

（2）确保退工程序正当合法，应将退工通知以书面形式送达劳务派遣员工并明确告知其退工理由；

（3）与劳务派遣单位事先充分沟通协调，并积极关注劳务派遣公司对退回的劳务派遣员工的安置情况，尽量避免出现退回后劳务派遣单位直接解除劳动合同的情况。

（编辑：陈曦）

股权代持的法律风险分析及防范措施

【编者按】股权代持协议，是指代为持有股份、享有股权的委托协议书。本文从什么是股权代持协议，以及股权代持协议所涉及的主体（如名义股东、隐名股东以及股权代持目标公司）的潜在法律风险及防范措施这几方面简要进行阐述。

一、什么是股权代持？

股权代持又称委托持股、隐名出资或假名出资，是指实际出资人（隐名股东）与他人（名义股东）约定，以该他人名义代实际出资人履行股东权利义务的一种股权或股份处置方式。在股权代持中，实际出资人与他人通过协议约定：实际出资人将自己对目标公司的出资登记在他人名下，由他人行使股东权利，由实际出资人享有投资权益。

由于隐名股东不记载于工商登记、股东名册等，导致他人无从知晓股权的真实情况，由名义股东对外行使权利或承担责任。因此，就可能使隐名股东、名义股东或公司产生各自的法律风险。

二、股权代持的法律风险

隐名股东在股权代持中的法律风险

（一）隐名股东无法显名的风险

《公司法司法解释（三）》第二十四条第三款规定：实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。

据此，隐名股东若要显名化，必须经公司其他股东半数以上同意，这是基于有限责任公司人合性的考虑。然而在某些情况下，隐名股东显名化的路径并不畅通，如隐名股东采取受让股权方式显名时，或存在公司其他股东因不知晓、不认可股权代持而不同意股权转让或行使优先购买权等障碍。

（二）代持股权被名义股东擅自处分

股权代持协议因其隐蔽性，第三人往往无法得知真实的股权情况而对代持股权登记在名义股东名下这一信息产生信赖，最终为名义股东擅自处分代持股权提供机会。

《公司法司法解释（三）》第二十五条第一款规定：名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享



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《民法典》第三百一十一条的规定处理。据此，名义股东擅自处分代持股权且第三人为善意时，隐名股东将因无法对抗善意第三人而遭受损失。

（三）隐名股东丧失实际行使股东权利的风险

在股权代持模式下，隐名股东需借助名义股东的身份方得实际行使股东权利，但某些情况下名义股东或不听从隐名股东安排而擅自行使股东权利，此时，隐名股东将无法依照自身意志实现对公司的控制。

（四）无法实际取得投资收益的风险

隐名股东向公司出资，最终目的即为取得投资收益。但在股权代持模式中，或存在名义股东拒不将所得收益交付给隐名股东的情况，此时，隐名股东存在无法取得投资收益的风险。

（五）代持股权被采取保全措施、强制执行的风险

因代持股权登记在名义股东名下，若善意第三人对名义股东享有债权，则该代持的股权存在因善意第三人向人民法院提出申请而被采取财产保全或被执行的风险。

（六）代持股权被名义股东配偶分割或被名义股东继承人继承的风险

名义股东离婚或死亡时，其代持的股权或被认定为夫妻共同财产或者遗产，从而由其配偶分割或被其继承人继承。

（七）代持股权无法收回、无法被继承的风险

隐名股东若需终止股权代持关系、收回代持股权时，存在名义股东拒绝配合、拒不办理股权转让事宜的风险，导致隐名股东无法收回股权。

此外，在隐名股东死亡、被宣告死亡等情况下，若其继承人不知晓股权代持事实，将导致该代持股权未列入到遗产范围而无法由继承人继承。

名义股东股权代持的法律风险防控措施

(一) 隐名股东出资不实

《公司法》规定，股东有义务按照认缴的注册资本按期、足额缴纳出资。因名义股东一般仅是名义股东，出资义务由隐名股东实际负责。如果隐名股东未按公司章程的约定履行出资义务，存在出资不实、虚假出资等行为，则会牵连到名义股东，名义股东应承担相应的法律责任。

(二) 税收风险

股权代持中，在条件成熟、隐名股东计划解除代持协议时，隐名股东和名义股东都将面临税收风险。通常而言，税务机关往往对于实际出资人的“一面之词”并不认可，而是要求名义股东按照公允价值计算缴纳企业所得税、扣缴个人所得税等。

(三) 因公司负债，名义股东作为失信人员被限制高消费根据

《关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》的规定，被执行人为单位的，被采取限制消费措施后，被执行人及其法定代表人、主要负责人、影响债务履行的直接责任人员、实际控制人亦可能被采取限制消费措施。

根据《关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》的规定，法定代表人或者负责人，会被记载和公布在失信被执行人名单信息中。在名义股东担任公司法定代表人、主要负责人的情况下，一旦公司负债被法院强制执行，名义股东作为公司法定代表人、主要负责人亦有可能被作为失信人员限制高消费。

(四) 名义股东按隐名股东的要求从事违法行为，构成犯罪

在公司经营活动中，一些隐名股东会要求名义股东从事违法违纪的行为。而名义股东或因为代持报酬，法律意识淡薄，没有引起足够的重视。如果此种行为涉及公司犯罪，根据《刑法》的规定，某些罪名除了对单位进行处罚外，还可能追究直接负责的主管人员和其他直接责任人的刑事责任。可见，如果名义股东的法律意识不强，一不小心就容易走上犯罪道路。

存在股权代持关系的公司面临的风险

公司股东存在股权代持情况时，公司将面临资本市场融资的法律障碍。如《全国中小企业股份转让系统业务规则》第2.1条要求挂牌公司股权明晰；《首次公开发行股票并上市管理办法》第十三条规定：发行人的股权清晰，控股股东和受控股股

东、实际控制人支配的股东持有的发行人股份不存在重大权属纠纷。因此，股权代持或对公司挂牌、上市存在不利影响。

三、股权代持风险的防控措施

隐名股东股权代持的法律风险防控措施

(一) 确保股权代持协议的有效性，股权代持协议是法院认定股权代持关系的重要依据，实际出资人和名义股东之间的股权代持协议必须具有有效性，只有当股权代持关系得到证明，隐名股东的股东权利才可能得到保障。在股权代持协议中，不仅需要写明股权代持关系，还需要明确约定股东权利行使方式、违约责任等重要条款。

(二) 为取得股东资格，签订股权代持协议时取得公司其他股东的同意，《公司法司法解释(三)》第二十四条第三款规定，隐名股东未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。为避免无法主张成为显名股东，可以在最初签订股权代持协议时取得其他股东的同意，并在代持协议上签字确认，日后可成为其他股东同意的依据。

(三) 设立股权质押担保，在股权代持协议签订过程中，根据实际出资人的实际情况，将名义股东的代持股份办理质押担保，确保名义股东无法擅自将实际出资人的股权向第三方出卖转让或者担保。即使由于某些客观原因，如法院继承分割或者执行变卖股权，实际出资人可以利用质押权，优化获得股权的处理权。

(四) 排除名义股东的财产权，排除名义股东的财产权可以防止名义股东行使股权所有权，如果名义股东出现离婚分割或者意外死亡等情况，而名义股东所代持的一部分股权是实际出资人的，所以不能作为共同财产或者遗产进行分割，这样可以避免名义股东损害实际出资人的股权，从而保障了实际出资人的财产所有权。

(五) 由名义股东配偶出具承诺函，为更加有效地防止代持股权在名义股东解除婚姻关系时被其配偶分割部分或全部股权，隐名股东可事先要求名义股东配偶出具书面承诺，表明其知晓名义股东代持股权的事实，并认可该代持股权不属于名义股东或夫妻共同财产，在婚姻关系解除时不对代持股权主张权利。

(六) 提前签订股权转让协议，为防止名义股东在隐名股东终止股权代持关系时拒不配合办理股

权转让事宜的风险，隐名股东可事先与名义股东签订股权转让协议等文件，以为其收回股权、显名化提供方便。

名义股东股权代持的法律风险防控措施

(一) 确保隐名股东实缴出资，名义股东在确认为持有股权时，可要求隐名股东先行向其或指定的第三方监管账户交付出资款项，并确保按照章程约定向公司缴纳出资；同时可与隐名股东约定，若名义股东因隐名股东未履行出资以为而受有损失的，隐名股东应全额赔偿，赔偿范围包括向债务人承担补充赔偿责任的款项、诉讼费、律师费等实现追偿的费用等。

(二) 约定由隐名股东承担税费，名义股东可与隐名股东约定，在名义股东将所代持股权转让给隐名股东或隐名股东指定的第三人时，名义股东需承担的税费由隐名股东全额补偿。

公司存在股权代持时的法律风险防控措施

拟挂牌公司或拟上市公司的股东存在股权代持情况的，应及时清理，还原真实的股权情况，并由隐名股东、名义股东、实际控制人等出具承诺，表明股权代持问题已完全解决，若此后出现相关纠纷，由隐名股东、名义股东个人承担，与公司无关。

(来源：公众号 | 民商法律实务研究)

(编辑：卢梓榕)

直播带货的法律风险分析

【编者按】随着短视频平台、网络直播平台的快速发展，“直播带货”为商家带来了新的机遇，也给直播的各个主体带来了巨大的经济利益，但其中存在的法律问题不能忽视。由于网络的虚拟性及距离感，也存在诸多法律风险，不仅损害了消费者的权益，也给直播链条带来了各种法律风险。

一、产品质量及假冒伪劣的法律风险

一直以来，“低价”、“高仿”、“三无产品”等是部分直播带货的“标签”，甚至除“莆田系产品”外，还出现了“仿莆田系产品”。快手一哥带货假燕窝、薇某售卖山寨版联名款风扇等“直播带货翻车”层出不穷，不仅损害了平台和主播的信誉，而且严重侵害了消费者的权益。针对频频出现的直播售假行为，网信办、公安部、商务部、文化和旅游部、税务总局、市场监管总局、广电总局共同印发了《网络直播营销管理办法（试行）》，规



定了商品的销售方、服务提供者要对商品的质量承担法律责任。同时，《产品质量法》《消费者权益保护法》等法律法规也对售假行为进行了严格的规范。

可能涉及的法律风险:

(一) 【民事责任】：《消费者权益保护法》第五十五条规定了“退一赔三”，即经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。在食品领域，《食品安全法》第一百四十八条规定了“退一赔十”，即消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元，为一千元。

（二）【行政责任】：依据《产品质量法》第五十条，在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品的，责令停止生产、销售，没收违法生产、销售的产品，并处违法生产、销售产品货值金额百分之五十以上三倍以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照。

（三）【刑事责任】：《刑法》第一百四十条规定，生产、销售伪劣产品罪是指生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额五万元以上的行为，严重的可处十五年有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。《刑法》第二百一十四条规定，销售明知是假冒注册商标的商品，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

（四）案例：廖某等销售假冒注册商标的商品案
被告人廖某与某公司签订《主播合同书》等合作协议，成为该公司签约主播并由该公司配备相关人员组建直播团队，在淘宝直播平台以直播方式为淘宝商家营销商品。被告人林某某、王某、胡某先后入职该公司担任廖某直播团队运营、场控、团队客服等职务。后该直播团队通过淘宝平台以直播的方式为多家淘宝店铺销售假冒BALENCIAGA、DIOR、YSL、LV、CELINE、LOEWE、梵克雅宝、卡地亚、劳力士、宝格丽、积家、欧米茄品牌的服装、饰品、手表等商品。经审计，被告人廖某、林某某、王某、胡某参与销售假冒注册商标的商品的金额共计67万余元。

裁判结果：被告人廖某犯销售假冒注册商标的商品罪，判处有期徒刑三年四个月，并处罚金人民币四十万元。林某某、王某、胡某亦均被惩处。

二、虚假宣传的法律风险

经营者对其商品的性能、功能、质量、销售状况等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者，即为虚假宣传。《广告法》第四条和第五条规定，广告不得含有虚假或者引人误解的内容，不得欺骗、误导消费者。广告主应当对广告内容的真实性负责。依据《反不正当竞争法》第八条，经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。此外，依据《价格法》第十四条第四项，经营者不得利用虚假或者使

人误解的价格手段，诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易。

（一）【民事责任】：根据《广告法》五十六条规定，违反本法规定，发布虚假广告，欺骗、误导消费者，使购买商品或者接受服务的消费者的合法权益受到损害的，由广告主依法承担民事责任。广告经营者、广告发布者不能提供广告主的真实名称、地址和有效联系方式的，消费者可以要求广告经营者、广告发布者先行赔偿。关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告，造成消费者损害的，其广告经营者、广告发布者、广告代言人应当与广告主承担连带责任。

（二）【行政责任】：根据《广告法》相关规定，广告发布者未按照国家有关规定建立、健全广告业务管理制度的，或者未对广告内容进行核对的，由市场监督管理部门责令改正，可以处五万元以下的罚款。广告发布者明知或者应知广告虚假仍设计、制作、代理、发布的，由市场监督管理部门没收广告费用，并处罚款。情节严重的，可以由有关部门暂停广告发布业务、吊销营业执照。

（三）【刑事责任】：《刑法》第二百二十二条规定了虚假广告罪，广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

如果主播在直播过程中实施的仅仅是广告代言行为，由于在该过程中并不会直接发生商品的有偿转让，一般不需要承担刑事责任风险。但是由于带货主播的身份可能存在叠合，作为广告代言人的主播可能兼具广告主或广告经营者身份，此时可能会因虚假广告罪被追究刑事责任。另一方面，广告代言人可能与广告主、广告经营者、广告发布者共同实施虚假广告行为，构成共同犯罪的，可被认定为虚假广告罪的共犯。

（四）案例：虚假宣传遭行政处罚

某公司聘请主播在该公司直播平台账号直播以99元/副销售某老花眼镜，在销售过程中主播为了提高产品销量宣称其销售的老花眼镜具有“保护您的视力健康”、“缓解视觉疲劳”、“百分百防蓝光”、“保护身体健康”、“保护视力健康”、“预防度数加深”、“缓解度数加深”等功能，实际上当事人所宣传销售的老花眼镜为普通眼镜并无上述功能。主播在上述直播中宣称“别人家工厂老花镜全部做低质的卖得便宜”，并无实质凭证。某公司在上述直播中的销售额为2712元，广告发布费

用为2139.84元。

处理结果：某公司的上述行为违反了《广告法》第二十八条第一款、第二款第二项和第十三条规定，该县市场监管局依法责令某公司停止发布违法广告，罚款18500元。

（转载：青岛市律师协会 赵园园律师 | 直播带货的法律风险分析）

（编辑：吴淳）

关于“背靠背”条款的效力分析

【编者按】“背靠背”条款是指在买卖合同中，一方约定其向另一方支付货款的义务，以第三方向其支付货款为前提条件的条款。“背靠背”条款是否有效？它属于附条件还是附期限？对于这些问题，我国法律和司法实践并没有明确的规定和统一的标准，而是根据具体情况进行分析 and 判断。

一、基本案情

甲方与乙方签订买卖合同，约定甲方向乙方购买商品，支付货款的条件是甲方收到其与丙方签订的另一份买卖合同中的货款。因甲方长期未向乙方支付货款，导致乙方产生大量损失，遂将甲方诉至法院。



二、“背靠背”条款的法律性质

“背靠背”条款在实践中常见于买卖合同或是建设工程领域。所谓的“背靠背”条款是对付款义务的履行时间和方式的约定，该种约定并不代表当事人不具有付款义务，而是影响到当事人是否应当及时履行义务。因此，“背靠背”条款并不属于《民法典》第158条所规定的影响民事法律行为生效与否的附条件或附期限，而是属于《民法典》第511条合同约定不明时的履行条款中所规定的履行附条件或附期限。

那么，“背靠背”条款到底属于履行附条件还是履行附期限呢？这要根据所附事实是否必然发生来区分。如果第三方向债务人支付货款是确定会发生的事实，只是不知道何时发生，则该条款属于履

行附期限；如果第三方向债务人支付货款是不确定会发生的事实，可能发生也可能不发生，则该条款属于履行附条件。

三、“背靠背”条款的法律效力

对于“背靠背”条款的法律效力，实践中存在不同的观点和判例。有些认为该条款无效，有些认为该条款有效，还有些认为要根据具体情况进行判断。下面，笔者将分别介绍这些观点及其理由：

1、认为该条款无效的观点

认为该条款无效的观点主要有以下两个理由：

（1）该条款违反了合同相对性原理。合同相对性原理是指合同只对当事人具有约束力，不影响第三人的权利和义务。在“背靠背”条款中，债权人和债务人之间的付款义务被第三方之间的付款义务所影响，而第三方并非合同当事人，也不受合同约束。这种做法突破了合同相对性原理，使得债权人不能按照合同约定及时获得货款。

（2）该条款违反了公平原则和诚实信用原则。公平原则和诚实信用原则是指当事人在缔结、变更、解除、履行合同时应当遵循公平、诚信的原则，不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。在“背靠背”条款中，债务人利用其优势地位，将自己的风险转嫁给债权人，使得债权人的利益受到不公平的损害。北京市第一中级人民法院就曾在审理北京A公司与天津B公司建设工程合同纠纷【（2014）一中民终字第01260号】时以违反公平为由否定了“背靠背”条款的效力。”除此之外，

债务人通常不会向债权人出示与第三方的合同，也不会积极向第三方主张权利，导致债权人无法了解第三方的付款情况，也无法及时追究债务人的责任。天津市第二中级人民法院作出的（2020）津0104民初12773号天津市C公司与天津市D公司建设工程合同纠纷一审民事判决书中，法院认为：“至于合同约定的当被告收到业主结算工程款向后一个月才向原告付款的约定，因该约定的付款期限不明，且系转嫁被告自身商业风险，故本院对该条款内容不予认可。”

2、认为该条款有效的观点

认为该条款有效的观点主要有以下两个理由：

（1）该条款符合意思自治原理。意思自治原理是指当事人在民事法律行为中享有自由决定、自由表达、自由缔约、自由变更和自由解除的权利。上海市第二中级人民法院作出的（2021）沪02民终1504号二审民事判决书中，法院对于原被告双方所订立的关于未收到发包人工程款的前提下不项下支付工程款的“背靠背”条款持如下观点：“上述关于付款方式的约定系双方真实的意思表示，应为当事人对自身权利义务的合理安排，未违反法律、行政法规的规定，应为有效。”在“背靠背”条款中，债权人和债务人是平等的民事主体，他们对自身合法民事权益的处置是基于充分磋商和自愿同意的结果。该条款也没有违反《民法典》第511条规定的履行附条件或附期限无效的情形，因此，该条款作为双方意思自治的结果，应当是合法有效的。

（2）该条款具有一定的合理性和必要性。在一些行业或领域中，如建设工程领域，“背靠背”条款是一种常见的风险分担和利益共享的方式。总承包商与分包商之间设置该条款，是为了避免总承包商因建设单位拖欠或违约而造成资金困难或损失。如果不允许设置该条款，可能会影响总承包商参与工程项目的积极性和效率，也可能会增加分包商的风险和成本。

四、律师评析

“背靠背”条款是一种具有争议性和复杂性的合同条款，实践中对“背靠背”条款的效力认定存在不一样的观点，笔者认为在判断其效力时应当根据具体情况进行分析 and 判断。

第一种情况是，如果第三方给付事宜是确定的，时间也是确定的，双方对此明知，只是合同中并没有详细列明，则该条款属于附期限条款，而且是属于附生效期限的条款，期限届至，则合同义务产生，债务人按期应当履行付款义务。

另一种则是更为复杂的情况，第三方给付事宜并不确定，只是具有可能性，时间也不确定，则该条款不仅是附期限的问题，本身也有附条件的含义，也即首先要完成第三方给付条件的现实性，在该现实性条件成就后，方可计算以其为起点的期限，这时，可以理解为该条款是附条件和附期限的结合体。在此种情况下，“背靠背”条款可能导致债权人被认定无限期让渡履行期限、债权无限期被拖延的恶果。因此，对于这种条款的效力则是要根据以下几个方面进行综合判断：

1、合同的性质和目的。如果合同是属于公共利益或社会公益性质的，或者是为了保障国家安全、社会稳定、人民生命健康等重大利益的，那么该条款应当无效，因为它可能妨碍合同的履行和目的的实现。

2、合同的内容和形式。如果合同是书面形式的，且双方对该条款有明确的约定和理解，那么该条款应当有效，因为它体现了双方的意思自治和自由契约。但是，如果合同是口头形式的，或者双方对该条款有模糊的约定和理解，那么该条款应当无效，因为它可能导致双方的误解和纠纷。

3、合同的履行情况和影响。如果合同已经部分或全部履行，且没有造成债权人的重大损失或不利影响，那么该条款应当有效，因为它符合实际情况和合理期待。但是，如果合同还没有履行，或者已经造成债权人的重大损失或不利影响，那么该条款应当无效，因为它违反了公平原则和诚实信用原则。

（作者：黄琳钰）

关于开发商出租人防车位的法律风险分析

【编者按】改革开放以来，我国经济突飞猛进，人民收入水平和生活质量提高，城镇化进程加快，成为城市人口不可或缺的工具，停车位需求不断增长。随着汽车数量的持续增加，小区停车难的问题日益突出，业主对车位的需求不断提升。而人防车位归谁所有，如何利用也因此引起业主的关注。人防车位区别于普通车位，其所占面积属于人防工程。国家人民防空办公室相关文件显示，人防工程系为保障人防指挥、信息、疏散、掩蔽、储备、救护等需要而单独修建的地下防护建筑。现实中，开发商可根据《人民防空法》的规定投资建设小区地下人防工程，将其改造为地下人防车位。由于人防车位性质特殊，导致实务中开发商与业主之间因人防车位的使用与归属问题产生诸多纠纷，有关其权属、使用权、收益权亦存在不少争议，因此本文将从现有法规与裁判出发，分析人防车位的法律性质，并就相关法律风险进行提示。

一、人防车位权属争议

目前，国家立法层面对人防车位产权归属未作出明确约定，导致司法实务中对于地下人防车位所有权归属于国家还是归属于开发商或业主的认识存在分歧，主要包括以下三种观点：

1、归国家所有

部分观点认为根据《物权法》第五十二条“国防资产属于国家所有”及《人民防空法》第二条“人民防空是国防的组成部分。”即推断人民防空工程属于国防资产的组成部分，所有权归国家所有，开发商无权处分。

但是，根据《国防法》第三十七条规定，“国家为武装力量建设、国防科研生产和其他国防建设直接投入的资金、划拨使用的土地等资源，以及由此形成的用于国防目的的武器装备和设备设施、物资器材、技术成果等属于国防资产。国防资产归国家所有。”国家投资是国防资产的前提，国防工程和国防资产不是完全等同的概念，只有符合《国防法》第三十七条规定的国防工程才能认定为国防资产，人防车位是建设单位全额投资，不能认定为国防资产。

2、归开发商所有

此观点得到较多地方立法支持，部分司法判例也同样持此观点。主要理由如下：

首先，根据最高人民法院《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第二条规定，人防车位可以独立供业主作停车之用，具有构造上的独立性及利用上的独立性。另根据《房屋登记办法》第九十六条规定，人防车位属于具有独立利用价值的建筑物，属于建筑物区分所有权的专有部分，故人防车位在法律角度上能够成为所有权的客体。在司法实践层面，上海、广州、重庆、厦门、漳州等城市均允许人防车位办理产权

证书，只是地方登记机构的具体要求不一。

其次，根据《物权法》第一百四十二条规定“建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但有相反证据证明的除外。”，开发商依法取得整个小区所属地块的建设用地使用权，并对地下人防车位进行投资建设，地下人防车位属于其建造的构筑物或附属设施，因此开发商应当对地下人防车位享有所有权。

再者，根据《商品房销售面积计算及公用建筑面积分摊规则（试行）》第九条第一款规定：“凡已作为独立使用空间销售或出租的地下室、车棚等，不应计入公用建筑面积部分。作为人防工程的地下室也不计入公用建筑面积。”

因此，如开发商能够证明人防车位未计入商品房公摊面积且人防车位的建设成本并非由业主分摊，则人防车位不属于全体业主共同所有，开发商依法享有地下人防车位的所有权。

3、归全体业主所有

此观点的主要依据是：如果地下停车位的建筑面积被计入公摊面积并分摊建设费用，则应属于业主共同所有。

根据上述三点阐述，可见人防车位的所有权、管理权与收益权是分离的。人防车位作为人防工程其产权虽属于国家所有，但国家鼓励开发商建设单位于平时对人防工程进行投资建设，相应形成的人防车位的管理权、收益权依法属于开发建设单位，



开发商可对人防车位的使用、收益权利进行转让。

二、法律风险提示

人防车位作为人防工程的一种现实存在形式，目前尚未有明确的法律条款对其进行权属进行规定，根据现有规定与裁判观点虽可就人防车位的权属、使用与收益进行相对一致的认定，但为维护自身利益合理控制风险，开发商与业主仍应就相关涉人防车位法律风险进行预估与应对。

1、证据留存

《中华人民共和国人民防空法》规定平时投资进行人民防空工程建设，由投资者进行使用管理，收益亦归投资者所有。根据谁主张谁举证的原则，应由开发商就其对人防工程车位的建造投资进行举证。如在（2019）粤民申8045号民事判决书中，广东高院认定开发商应就其属于人防车位投资建造者、人防车位建造成本独立于小区商品房销售价格承担举证责任，还包括人防车位工程竣工验收后已履行了日常必要的管理维护义务。

由此可见从开发商角度而言，其证明义务至少应包括证明其是人防车位的投资建设者，以及证明人防车位的建造成本独立于小区商品房销售价格，未向业主分摊成本两方面，以证明其就所建造人防车位享有收益权，并留存相关证据。从业主角度而言则可反向行之，从以上角度出发进行质证并搜集相反证据。

2、明确告知

因人防车位的特殊性质导致签订人防车位转让合同的风险客观存在，同时现实中多体现为格式合同，开发商作为提供格式条款的一方，应履行一定的提示说明义务。开发商应在合同签订前向业主方充分说明人防车位的法律属性以及可能产生的风险因素，可就相关不利后果在合同中以粗体形式进行提示，出具人防车位合同风险告知书，以履行明确告知义务，避免纠纷发生后业主方以此作为抗辩合同有效的依据。

3、合同期限

因人防车位作为人防工程其产权属于国家，开发商仅可享有其使用权以进行收益，由于相关交易形式缺乏明确法律规定，当下以涉人防车位使用权转让合同适用于租赁合同的相关条款，受到租赁期限不得超过二十年的限制。作为业主，应当注意因人防车位无法转让所有权，即使合同名为“购买”，实际上仅为使用权的转让，超出二十年期限的部分无效，实务中若相关合同期限为永久或者超过二十年的限制，应当及时与开发商进行协商，否则即使合同签订完毕超过二十年的部分也无法受到法律保护。从开发商角度而言，应避免侥幸心理，就人防车位的使用权期限按照上述规定起草合同，可采取以二十年为基本租赁期限，租赁期限届满，当事人再续订租赁合同的形式。

综上所述，实务中关于人防车位的归属虽已有相对统一的裁判标准，不同地区法院对于人防车位也存在不同的解读，签订人防车位转让合同仍存在风险，开发商与业主方应在充分了解法律风险的基础上进行预估与应对。对人防车位的权属，目前司法界裁判观点不一，主流做法是“回避人防车位权属问题，只认定开发商享有使用收益的权利”，即认定开发商对人防车位有使用收益权，并认可租赁、有偿使用、使用权转让等处分方式。

（作者：王玉明）

违法建筑的建造方收益权保护问题分析

【编者按】违法建筑的案件在实务中如果涉及到所有权的主张，则一般会被法院裁定不予受理，本案以租赁合同纠纷为案由提起诉讼，一定程度上避开了无法立案的风险。

一、基本案情

2003年3月8日，第三人C某与被告签订《协议书（土地租赁合同）》，约定：被告向第三人出租位于某地段、面积5342平方米（合8亩），其具体位置与四至范围见附件红线图。出租期限，共15年，从2003年3月15日起至2018年3月15日止，租金为3元/平方米，经计算每月租金总额为16026元。第三人为《协议书（土地租赁合同）》的签订人，并不是上述租赁土地的实际承租人及投资人。两原告实为上述租赁土地的实际承租人及投资人，故两原告实为上述租赁土地的权利与义务主体资格人。两原告共同在上述土地投资建设了房屋和配套设备（变压器和消防系统等），上述《协议书（土地租赁合同）》没有约定租赁期满后，该租赁土地上的建筑物及设备无偿归被告所有，期满后，被告要求返还案涉土地，原告则要求被告进行补偿，双方遂发生争议。

除上述事实外，本案已查明如下事实：

1. 租赁期间，原告以第三人C某名义支付了一段时间的租金，后以自身名义支付租金，被告并未提出异议；
2. 案涉土地为集体所有，被告未办理权属变更等手续，其陈述为被告与该集体签订了土地使用协议；
3. 地上建筑物为原告投资建设，该事实由相应裁判文书予以佐证。
4. 被告另案起诉原告，要求确认案涉建筑所有权归属并要求返还土地，被裁定不予受理。

二、争议焦点

1. 原告是否主体适格；
2. 被告是否应折价补偿，应向哪一方补偿？

三、办案思路

1. 原告系案涉土地实际承租人。根据现有事实来看，第三人C某与被告签订案涉《协议书（土地租赁合同）》后实际是由原告承租并使用案涉土



地。此后，原告按照租赁合同的约定支付土地租金，被告收取租金后至今未提出过异议，应视为同意原告实际承租使用案涉土地的行为。

2. 原告对案涉建筑的占有应受法律保护。原告作为案涉建筑的建造方，对案涉建筑的占有应当作为一种事实状态受到法律保护，即使案涉建筑被认定为违法建筑，也不影响原告使用案涉建筑并获得收

益。参照深圳市中级人民法院(2019)粤03民终13003号案件的裁判观点，人民法院可对当事人请求确认案涉建筑所有权归属的诉讼请求予以驳回，但这并不影响当事人对案涉建筑物所享有的占有权、使用权、收益权。

3. 原告作为案涉地上建筑物的建设方，应享有该建筑的使用及收益权。参照(2019)最高法民再330号民事裁定书中最高院的观点，即“案涉房屋建设未取得土地审批手续，也未取得建设工程规划许可证，亦未经主管部门批准，违反了《中华人民共和国土地管理法》和《中华人民共和国建筑法》的强制性规定。但永晟公司作为案涉房屋的建设方，依建设对案涉房屋取得占有，享有管理与控制权。案涉房屋未被行政机关拆除前，仍具有一定的使用价值”。可见，本案原告对地上建筑物享有实际收益权，根据房地一体原则，被告要求收回土地的行为已经侵害了原告的权益，理应予以补偿。

四、办理结果

一审法院经审查认为，原告虽提交的证据可初步证明案涉建筑物由原告建造，但并不能证明原告与被告之间存在租赁合同关系，此外，虽然第三人已出具书面文件证明已将案涉土地的权利义务概括转移给了原告，但并未经得被告的同意，故对原告诉讼请求不予支持，判决驳回了原告全部诉讼请求。

该案一审宣判后，原告不服判决提起上诉，二审过程中，主审法官详细调查了案涉土地的性质及权属情况，后以一审判决认定基本事实不清为由出

具裁定，撤销一审判决，发回原审法院重申。目前，本案尚在重审的一审阶段。

五、经验总结

违法建筑的案件在实务中如果涉及到所有权的主张，则一般会被法院裁定不予受理，本案以租赁合同纠纷为案由提起诉讼，一定程度上避开了该风

险。至于原告是否适格、以及案涉合同是否有效、是否应当补偿案涉建筑的投入费用等，需待重审案件判决认定。

（作者：刘洋）

股东抽逃出资的司法判定标准与举证责任分配

【编者按】抽逃出资是指在公司验资注册后，股东将所缴出资暗中撤回，却仍保留股东身份和原有出资数额的一种欺诈性违法行为。司法实践中，人民法院对于抽逃出资的认定以及举证责任分配的标准并不统一，因此对前述问题进行探讨分析具有必要性。

股东抽逃出资的举证责任分配

关于举证责任的分配，按照通常理解，在民商事诉讼案件中，应当遵循的是“谁主张，谁举证”原则。在股东抽逃出资的



案件中，并非如此。由于抽逃出资的行为往往是公司的控股股东所为，其行为通常具有隐蔽性、复杂性、模糊性等特点，由于信息不对称，公司债权人和公司其他股东在举证上明显存在障碍，因此抽逃出资案件举证责任分配存在特殊性，即《公司法解释（三）》第二十条规定，原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据的，被告股东应当就其已履行出资义务承担举证责任。换言之，在原告提供合理怀疑证据时，由被告股东举证证明其不存在抽逃出资的行为，否则会对其作出不利的判断，即认定股东构成抽逃出资。对此，最高院及各地方法院已形成了大量典型案例。

美达多公司与新大地公司、周*民事再审案中[案号：（2016）最高法民再2号]，美达多公司虽然未提供直接证据证明新大地公司股东周*、张

存在该规定所列举的抽逃出资行为，但美达多公司就新大地公司于2011年5月6日将注册资本从100万元增加至6100万元的当天即从公司账户转走6000万元的事实及资金流向提供了线索，指出张、周*的增资款6000万元于2011年5月6日当日又分成了两笔汇出，汇至其他公司账户，至此再未返还至新大地公司账户。对此，新大地公司、张**、周*并未否认6000万元于2011年5月6日增资当日即被转出的事实，张**仅辩称“增资后的款项用于购买设备了，但如何购买、去哪里买，是否有合同、发票等应在新大地公司的账目中有显示”，但并未提供相应的证据予以证明。人民法院认为，根据《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（三）》第二十条规定，由于美达多公司无法查询新大地公司及其股东周*、张**的银行账户或财务账簿，在美达多公司提供了对周*、张**抽逃出资合理怀疑的证明后，只能通过法院调查或者由新大地公司及周*、张**提供反驳证据，而周*、张**未予举证。在这种情况下，应当作出对周*、张**不利的判断，即支持美达多公司的主张，认定周*、张**构成抽逃出资。

在（2018）最高法民申790号案件、（2021）最高法民申3568号、（2020）皖民终783号案件，人民法院对于股东抽逃出资举证责任分配的态度是原告提供公司资金被转出的线索，由被告股东承担举证责任，被告股东应当充分举证证明资金流转的原因及合理性，否则承担不利后果。目前主流观点

认为：《公司法解释（三）》第二十条规定：“当事人之间对是否已履行出资义务发生争议，原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据的，被告股东应当就其已履行出资义务承担举证责任。”债权人无法自行查询公司财务账簿、公司与股东的银行账户明细，形成信息不对称现象，因此债权人能够提供股东抽逃出资的合理怀疑证据，则将举证责任转移至被告股东，由被告提供证据推翻债权人关于股东抽逃出资的主张，股东无法自证的，则极大可能被认定构成抽逃出资。

那么原告如何获取股东抽逃出资的初步证据？尽管债权人并不能实际掌握公司财务状况或股东与公司之间交易往来情况，举证存在较大困难，但并不代表债权人就此束手无策。笔者通过检索案例，总结如下方式可获取初步证据：

1. 申请法院调取公司银行流水：原告向法院申请调取被告公司银行账户（验资账户、基本账户）的银行交易明细，从而查找出不合理的资金流转情况。

2. 搜索相关裁判文书：在裁判文书公开信息网站，检索与被告公司或股东相关的案件，如该公司或股东存在抽逃出资诉讼的，可利用生效裁判文书认定的事实作为证据提交，以印证自己的主张。

3. 取得债务人的财务报表：对于公众公司，债权人可通过债务人对外公布的财务状况资料进行分析。对于未公开的公司，债权人可考虑联系其他公司股东，通过行使股东知情权的方式查阅公司的财务账簿等资料，重点核查资金流转合理性。

4. 债务人符合破产条件的，债权人申请债务人破产，由破产管理人对债务人公司的财务状况进行核查，破产管理人可要求债务人提供债务人公司银行账户明细，据此核查股东的出资情况，是否存在抽逃出资情况。

债权人为了实现债权，需要收集债务人公司股东存在抽逃出资的证据线索，使得法官产生合理怀疑，作为债权人提起诉讼时，要合理运用上述方法，尽可能地收集线索与证据，如遇法院拒绝配合调取证据的，必要时可考虑通过判例的方式向法院进行说理，从而获取有利证据，维护自身合法权益。

（来源：卓建专业 | 股东抽逃出资的司法判定标准与举证责任分配研究）

（编辑：彭雪冰）

通过虚开发票、虚列开支等手段套取科研经费的认定

【编者按】近年来围绕高校科研项目及经费管理发生的问题事件持续成为社会关注的热点。为激励科研创新，提高科研经费使用的灵活性，国家及有关部委对科研经费管理做出一系列松绑、激励规定，比如在项目总预算不变的情况下，直接费用中的多数科目预算可自主调剂等。但国家对科研经费管理趋于灵活并不意味着允许以虚假事由、虚假支出套取科研教育经费。国家工作人员利用职务上的便利套取科研经费非法占为己有的，属于贪污行为，应依法惩处。本文将结合指导案例分析探讨通过虚开发票、虚列开支等手段套取科研经费的司法认定。

【案情简介】

某海洋学院（以下简称海洋学院）系国有事业单位，2016年3月更名为某海洋大学（以下简称海洋大学）。被告人吴某某自2005年8月开始担任海洋学院副院长、2012年6月开始担任海洋学院院长、2016年5月至2017年5月担任海洋大学校长。吴某某于2010年起协助海洋学院院长分管学科建设、研究生教育、科研工作等，分管科研处、研究生处等；自2011年起至案发，主持海洋学院行政全面工作，负责计划财务、审计工作，分管发展规划处、计划财务处、审计处等。被告人徐某某于2013年7月起被聘为海洋学院教师。

2010年9月至2016年12月间，被告人吴某某利用担任海洋学院副院长、院长、海洋大学校长，以及相关科研项目负责人、研究生平台负责人、研究生导师、学科建设负责人的职务便利，单独或指使被告人徐某某等人，以实施学校科研项目为名，通过故意扩大科研教育等经费预算和虚列支出、虚开发票等手段，从学校上述经费中套取款项，部分用于吴某某个人日常开支、归还个人借款，部分用于大海洋公司的日常运转和经营活动。吴某某从学校套取的款项共计581.674568万元，徐某某参与套取281.871425万元。

案发后，被告人吴某某家属退出赃款66.2万元，吴某某有检举揭发他人违纪违法的行为；被告人徐某某被调查后，如实供述办案机关尚未掌握的贪污犯罪事实，还检举揭发他人违法犯罪行为。

【法院判决】

绍兴市中级人民法院认为，被告人吴某某身为国家工作人员，利用在国有事业单位中从事公务的职务便利，单独或伙同他人非法占有公共财物，数额特别巨大；被告人徐某某明知吴某某利用职务便利非法占有公共财物仍予以配合，参与非法占有公共财物，数额巨大。吴某某、徐某某的行为均已构

成贪污罪。吴某某

有立功、退赃等情节。徐某某有从犯、自首、立功等情节。法院以贪污罪判处被告人吴某某有期徒刑九年，并处罚金人民币五十万元；判处被告人徐某某有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币十万元；扣押在浙江省监察委员会的赃款人民币66.2万元，予以追缴，退还海洋大学，继续追缴其余违法所得，退还海洋大学，追缴不足的，责令退赔。

一审宣判后，被告人吴某某以其没有非法占有目的、涉案经费被实际用于科研等为由提出上诉。

浙江省高级人民法院审理认为，原审判决认定事实清楚，证据确实、充分。定罪准确，量刑适当，审判程序合法。上诉人吴某某的上诉理由及辩护人的辩护意见均不能成立。故依法裁定驳回吴某某的上诉，维持原判。

浙江省高级人民法院审理认为，原审判决认定事实清楚，证据确实、充分。定罪准确，量刑适当，审判程序合法。上诉人吴某某的上诉理由及辩护人的辩护意见均不能成立。故依法裁定驳回吴某某的上诉，维持原判。

【焦点问题】

立项后转入高校的科研经费的性质应当如何认定？项目课题组是否具有任意支配权？

【分析意见】

科研经费具有明确的专属性，并非课题组的私有财产，课题组对项目承担单位管理的科研经费不具有随意处置的权利。无论纵向科研经费还是横向科研经费均属于公共财产，科研人员仅拥有使用权而非所有权。

科研经费根据项目及经费来源不同，分为纵向科研经费和横向科研经费。纵向科研经费系由各级政府部门批准立项的科研项目经费，来源于国家财



政拨款，属于中央或地方财政资金，即使划拨给高校后，其性质仍属于国有财产，并非项目承担单位、课题组，更非课题项目负责人的财产。纵向科研经费属于国有财产或者公共财产，在理论界是主流观点，在实务中也争议不大。而对于横向科研经费的性质，学术界、实务界均有分歧意见。横向科研项目一般是指高校或科研院所接受第三方委托进行的各类科研开发、科技服务、科技研究等项目，双方权利义务依照科研服务合同加以界定。有观点认为，横向科研经费因其来源非为公款，在进入项目承担单位的高校后，不能界定为公共财产，因而行为人为人侵吞横向科研经费的行为也不构成贪污罪。

首先，课题组科研人员及课题组负责人虽然可以在课题实施过程中、完成后获得一定的绩效奖励和间接费用等，但对科研经费并不具有所有权，仅具有依照预算及相关经费管理规定、项目协议书规定加以使用的权利。其次，横向科研经费与纵向科研经费在本质上并无不同。根据教育部、财政部《关于进一步加强高校科研经费管理的若干意见》规定，高校取得的各类经费，不论其资金来源渠道，均为学校收入，必须全部纳入学校财务部门统一管理、集中核算，并确保科研经费专款专用。鉴此，科研经费不论其资金来源渠道，划拨、转入至承接项目的高校后，均属于高校的公共财产。再次，尽管项目委托单位可能因为看中课题组负责人的学术水平和科研能力，才选择课题组负责人所在的高校作为科研项目承担单位，但科研项目的立项、实施、验收、鉴定不是课题组负责人个人单打独斗、单枪匹马就能完成，它离不开高校组织并提供的相关科研力量、配套的关联学科人才和提供符合条件的实验场地和科研设备，离不开高校利用自身资源和品牌效应保障科研项目顺利立项、实施、验收、评估鉴定、成果转化等。因此，认定科研经费进入项目承担单位的高校属于学校的资金，符合权责利一致的原则，明显具有合理性。课题组必须按照学校相关规定合理使用科研经费，不得违反规定使用虚开发票虚列开支等方式套取科研经费占为己有，损害国家、高校的利益。

综上，虽然纵向科研项目与横向科研项目的经费来源不同，管理机构层级、相关规定也有较大差异，但是在项目承担单位均为高校而非具体科研人员的情形下，项目科研经费总体属于公共财产的性质没有改变。本案中，海洋大学作为国有事业单位法人，其作为项目承担单位获得的科研经费，不论

来源如何，均属于国有财产。

本案中，被告人吴某某及辩护人援引浙江省级层面制定发布的《关于进一步完善省财政科研项目经费管理等政策的实施意见》等，提出国家对科研经费管理趋于灵活放宽，科研经费的使用具有灵活性，吴某某的行为应属于为达成科研目标的违规套取行为，而非贪污行为。经查，无论是国家层面的规定还是浙江省出台的相关规定，从未改变科研经费需用于科研的基本要求，更不会允许套取科研经费的贪污行为。吴某某套取科研经费用于个人开支、归还借款以及其实际控制的某海洋公司的日常经营及与他人合作投资经营等活动，而非用于科研目的，显然为法律和政策禁止。被告人及辩护人的相关辩解、辩护意见显然不符合逻辑，更与法律和国家及有关部委、浙江省等规定相违背。

需要注意的是，有种观点认为高校科研人员只是从事技术性服务工作，不具有管理项目经费的公权力，不具备贪污罪中利用从事公务的职务便利这一客观要件。笔者认为，这种观点是片面的。因为无论是纵向科研项目还是横向科研项目，国家主管部门、省市相关部门及高校各层级制定的对科研项目及资金进行管理的各类规范性文件，除规定不同层级的主管部门对科研项目及资金进行监管、监督外，还规定科研项目课题组负责人必须对科研经费的使用等进行具体管理。因此，课题组负责人不仅是科研的负责人，而且还是科研经费管理环节中的重要一环。课题组负责人使用发票等财务凭证向所在高校报销相关经费时，其实质上就经手了科研经费的使用、处置等。经手是管理职权的一种表现方式。高校的科研经费属于公共财产，明确地说属于国有财产，经手国有财产属于管理国有财产的一种方式，属于从事公务。因此，即使科研项目课题组负责人本身不具有国家工作人员的身份，但其被授权具体管理科研经费，即具有了从事公务的职务便利。根据刑法规定，即符合贪污罪的主体要件。

（作者：王吉莉）

上市公司股权代持的法律效果

【编者按】股权代持是商业活动中常见的法律行为,《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(三)》(2020年修正)第24条明确规定了有限责任公司股权代持的有效性,但对于股份公司尤其是上市公司股权代持的效力,法律并没有明确规定,实践中对于上市公司股权代持协议及行为是否有效,以及有效或无效后投资收益的归属亦存在较大争议,本文将结合笔者经办的案例对此进行探讨。

一、基本案情

2011年,甲与乙达成了关于某公司的委托投资及代持合意,甲委托乙在某公司的增资引股中代为投资并代持股份,双方签署了《委托投资协议》,明确约定乙代甲持有某公司的股份。

2019年8月,该公司经过多次增资后,在深交所上市,上市后,乙持有该公司股票2000万股,按照甲乙之间《委托投资协议》约定,甲委托乙代为持有的股票数量为1000万股。

2020年8月,乙所持有的该公司股票得以解禁,但乙在未得到甲同意的情况下,擅自处分所持有的2000万股股票,其中包括甲委托其持有的1000万股股票,且未向甲支付变卖股票所得的收益。后甲委托本所起诉至法院要求乙赔偿损失。

二、争议焦点

(一)原告甲与被告乙签署的《委托投资协议》及委托代持行为是否有效?

(二)在代持协议无效的情况下,原告甲是否仍可主张委托被告乙代持上市公司股权的全部投资收益?

(三)在代持协议无效的情况下,原告甲委托被告乙代持上市公司股权的投资收益金额的认定?

三、我方主张

(一)甲乙签署的《委托投资协议》属于有效协议,并不存在合同无效的情形,且无论协议是否有效,均不影响甲乙基于真实意思表示而形成的事实委托投资关系。

1、案涉《委托投资协议》是双方真实意思表示,且实际履行,不存在违反法律法规、违背公序良俗等合同无效的情形。甲乙之间的委托投资关系本身并不存在甲主体资格不适格、规避关联方及关联交易的认定、逃避债务等规避法律禁止性规定或逃避法律责任的情形,甲亦从未实施干预上市公司



经营的行为,更不存在损害公共利益及侵害第三方合法权益的行为。

2、即便案涉《委托投资协议》无效,也不影响甲乙之间基于真实意思表示形成的事实委托投资关系,甲的实际出资行为与所投资股权增值利益的产生具有客观实在的关联,甲依然有权依

据事实委托投资关系向乙主张1000万股股票对应的投资收益,乙仍应该基于事实委托投资关系和诚实信用原则保证甲应得的投资收益。

(二)甲应当取得委托代持股票所对应的全部投资收益,包括股票变现价值及分红,乙擅自处分甲委托代持的股票,不应获得投资收益。

1、从投资收益和风险的角度出发,《委托投资协议》已明确约定,案涉投资的盈亏风险均由甲按所占的实际股权比例承担,甲实际承担了投资期间的机会成本和资金成本,按照“谁投资,谁收益”以及“收益与风险相一致”的原则,有权获得全部投资收益。

2、乙自始至终从未遵守过与甲之间的约定,乙在解禁前就将所持有的股票大量质押,损害甲的权益,而在解禁后即具备向甲返还股票或对应投资收益的条件,但乙仍擅自处分,并将所得据为己有,乙不应因“不诚信”、“不尽责”、“不道德”而获得任何利益,否则有违《全国法院民商事审判工作会议纪要》第三十二条规定。

(三)代持协议无效的情况下,甲委托代持股票的投资收益应按照解禁日当日的收盘价计算。

在本案中,除了1000万股股票对应的分红外,关于1000万股股票对应变卖收益的单价,我方作为代理人向法院提供了三个思路:(1)案涉股票解禁日当日的收盘价;(2)法庭辩论结束前一天的收盘价;(3)被告擅自处分全部股票的均价。

最终我方选择以第(1)项标准即案涉股票解

禁日的收盘价主张案涉1000万股股票的变卖收益,主要理由为:

1、被告乙的违约行为或侵权行为是自解禁前就开始,被告乙在解禁前就大量质押所持有的股票,导致原告甲委托代持的股票面临灭失的巨大风险;

2、被告在解禁日当天就可以将股票转回给原告或者变卖后将所得返还给原告。但被告乙在解禁后就通过协议转让、大宗交易等方式减持,且将剩余持有的股票进行质押,其实际可处分的股票数量从未超过原告甲基于委托投资关系而享有投资收益所对应的1000万股股票。

因此,乙擅自处分股票的行为从解禁前持续到解禁后,其自始至终都没有向甲返还股票或投资收益的实际行为,但由于解禁前股票不具备流通性,故以解禁日当日的股票价格作为计算标准合理有据。

四、法院判决

(一)上市公司股权代持协议及所约定的代持行为因违反强制性规定及有损经济秩序而无效

虽然案涉《委托投资协议》是在公司上市前签署的,但是该协议明确约定了签订目的就是推动公司日后上市,而《证券法》及《首次公开发行股票并上市管理办法》规定上市公司依法披露的信息应当真实、准确、完整,《证券法》是维护社会经济秩序的法规,公开的证券市场要求发行人的股权清晰,这涉及证券市场根本性、整体性利益和投资者的合法权益,一旦违反将损害证券市场基本交易安全的基础性秩序,《证券法》第六十三条的规定应当认定为影响民事行为效力的强制性规定。因此,案涉《委托投资协议》及其所约定的代持行为违反法律强制性规定,且违反证券市场公共秩序,故依据《中华人民共和国民法典》第一百五十三条规定应认定为无效。

(二)《委托投资协议》无效并不否认双方之间的事实委托投资关系

《委托投资协议》及其所约定的代持行为无效,原因在于违反法律行政法规的强制性规定,并非因为双方真实意思表示存在瑕疵,也不是否认双方之间委托投资的事实存在,围绕案涉上市公司首发上市作出的一系列交易安排的法律效力不因《委托投资协议》及代持行为无效而受影响。

(三)代持协议及行为无效后,乙应向甲退还甲基于投资协议所支付的投资款。至于投资收益,

则结合投资贡献和双方过错,原告甲享有90%收益,被告乙享有10%收益。

无效合同财产利益的处理旨在恢复原状和平衡利益,亦即优先恢复到合同订立前的财产状态,不能恢复原状的则应当按照公平原则在当事人之间进行合理分配。原告依照《委托投资协议》支付给被告的投资款系合同订立前归属于原告的财产,应当由被告全数返还。

而投资收益包括股票变卖收益和股票红利,并非合同订立前的原有利益,应有别于合同无效时恢复原状之适用情形。对于股票变卖收益和股票派发的红利,双方当事人协商不成的应当适用公平原则合理分配,在分配时主要考虑对投资收益的贡献以及双方存在的过错。

1、从投资收益的贡献来看,原告为实际投资成本的负担者和投资风险的承担者。被告虽主张其投资管理的行为对于公司上市作出了贡献,也为各投资者的投资收益作出了贡献,但并未提交任何证据支持,经审查的事实显示被告乙在持股期间并未担任上市公司的高级管理人员。但被告乙在整个委托投资过程中起到了提供投资信息、交付往期分红,配合公司上市等作用,为投资增值做出了一定贡献。

2、从双方过错程度来看,被告乙未经原告甲同意卖出股票,导致客观上无法返还因委托投资取得的上市公司股票,且剥夺了原告以更高价格出售股票的交易机会,可能因此影响股票变卖投资收益的金额,此为被告的主要过错,而甲乙双方均有规避法律规定,破坏证券市场秩序的主观故意。

因此,原告甲贡献较大、被告乙贡献较小;原告甲过错较小,被告乙过错较大,最终酌定原告可获得投资收益的90%,被告获得投资收益的10%。

(四)股票变卖收益金额根据实际处分所得认定

关于投资收益,除了股票分红,主要是股票变卖收益金额如何认定。

法院认为,合同无效情况下,应有别于合同有效时因违约方违约造成的预期利益损失,而应当按照因委托代持股票实际产生的收益为限,由于被告未能提供全部股票实际的变卖所得,法院最终是根据被告提供的个人所得税收入,通过被告变卖股票所缴纳的个人所得税,依照相关公式倒推被告处分2000万股股票所得的税后收益,从而对原告主张的1000万股股票的税后收益。

五、总结评析

（一）关于上市公司股权代持的效力。从目前司法实践的趋势来看，代持上市公司股票的协议一般被认定为违反《证券法》关于上市公司信息披露的强制性规定，且损害证券市场经济秩序和广大投资者利益进而违反公序良俗，从而被认定为无效，但协议无效不影响委托投资关系的真实存在，实际出资人仍有权向代持人主张投资收益的返还。比较经典的案例包括“杨金国与林金坤、常州亚玛顿股份有限公司股权转让纠纷再审案”[参见最高人民法院（2017）最高法民申2454号民事裁定书。]以及“杉浦立身诉龚茵股权转让纠纷案”[参见上海金融法院（2018）沪74民初585号民事判决书。]。

（二）关于合同无效后投资收益的归属。实践中基于合同无效的过错甚至可能支持擅自处分的名义出资人享有30%的收益，如在杉浦立身诉龚茵股权转让纠纷案中，上海金融法院判决实际出资人获得投资收益的70%，名义出资人获得投资收益的30%。笔者认为，对于一般人来说，上市公司股权代持无效并不是一个法律常识，名义出资人和实际出资人对于投资收益一般在代持协议中已经有所约定，例如约定实际出资人享有全部收益，即便协议无效，关于收益的约定仍属于双方真实意思表示，在此种情况下，如果让违背双方约定、擅自处分股票的名义出资人享有收益，这是否有违诚实信用原则以及九民纪要关于“不能使不诚信的当事人因合同不成立、无效或者被撤销而获益”的观点，这仍值得商榷。

（三）关于股票投资收益金额的认定。目前司法实践对此仍存在较大分歧，在“苏永利与云南高盛联合投资有限公司等合同纠纷”[参见北京市高级人民法院（2017）京民初24号民事判决书。]，法院在认定代持协议有效的情况下，以股票解禁后第一个交易日的收盘价为计算依据；在“杨梅、王安术合同纠纷案”[参见四川省成都市中级人民法院（2021）川01民终11487号民事判决书。]，法院认定代持协议无效，并以一审法院受理案件次日起，计算案涉公司连续23个交易日的收盘均价作为计算依据；在“熊诚、北京中视精彩影视文化有限公司、杨永平委托合同纠纷案”[参见浙江省绍兴市中级人民法院（2020）浙06民终1078号民事判决书。]，法院认定代持协议及行为部分无效，并以争议解决之日即判决生效之日为股票交付时间，并按该日的收盘价作为股票收益的计算依据。从客观立场来看，在合同无效的情况下，如果股票已经变卖，则根据实际发生的变卖股票收益来认定股票收益金额无可厚非，但是如果出现名义出资人恶意低价变卖股票，严重损害了实际出资人本应获得的股票收益，笔者认为应该从可得利益的角度维护实际出资人的利益，要求名义出资人赔偿损失。

（作者：陈立聪）

准确适用准据法，是办理涉外案件的重中之重

【编者按】随着构建人类命运共同体的提出，我国对外开放的广度及深度都在快速提升。巨大的机遇同时也带来了巨大的挑战，我们该如何快速有效地处理不断增加的涉外案件？要回答好这个问题，首先要确定适用什么法律规定作为准据法的问题。只有确定准据法后，才能在该区域法律范围内找到适用的具体法律条文，才可能进一步讨论案件的胜败与否。因此，准确适用准据法，是办理涉外案件的重中之重。

一、案例简介

1. 各方当事人：

原告：B公司

是在香港特别行政区成立的有限责任公司，股东分别为D公司（甲为唯一股东及法定代表人，持有原告B公司的60%股权）、乙（已自认是代甲持有原告B公司的20%股权）、丙（是代甲持有原告B公司的20%股权），原告B公司的唯一董事和法定代表人是甲。

被告：A公司

是在香港特别行政区成立的有限责任公司，甲同样担任被告A公司的董事和法定代表人。

第三人：C公司

是在2001年11月5日由原告B公司全资设立的子公司，第三人C公司名下现有价值一千多万元的机器设备和位于东莞市塘厦镇的约19241平方米的国有土地使用权和约12910平方米的厂房。

2. 案情：

2016年1月13日，案外人丁向香港特别行政区高等法院申请对原告B公司清盘（类似于内地的企业破产清算）。2018年1月23日，香港特别行政区高等法院正式颁布对原告B公司的清盘令，并于2018年7月17日委任指定清盘人。

2017年6月8日，甲同时代表原告B公司与被告A公司签订案涉股权转让协议，约定原告B公司将其持有的第三人C公司的股权，转让给被告A公司。2017年7月17日，东莞市工商行政部门将第三人C公司的股东由原告B公司变更为被告A公司，目前被告A公司暂未支付任何股权转让款项。

原告B公司的指定清盘人，以被告A公司恶意串通损害债权人合法利益为由，向法院提起本案诉讼，诉请确认案涉股权转让协议无效，并诉请被告A公司与第三人C公司协助办理第三人C公司股权变更至原告B公司名下。

判决：驳回对方当事人（原告）B公司的全部诉讼请求。

二、案例评析

1. A公司、B公司均为香港特别行政区企业法人，本案作为涉港确认合同无效纠纷，如何确定本案适用的准据法？

首先，案涉股权转让协议第七条第2款已经约定适用中华人民共和国法律即内地法律，该条款视为双方已对该协议的



订立、效力、解释、履行和争议适用的准据法进行明确约定。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三条规定：“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律”，及第四十一条规定：“当事人可以协议选择合同适用的法律”，本案应当适用中华人民共和国内地法律认定股权转让协议的效力。

其次，从案涉股权转让协议自身约定出发，结合“特征性履行”、“最密切联系地”原则，股权转让协议首段载明该协议系在东莞市（即中华人民共和国内地）订立，以及该协议涉及的系针对第三人的股权，而第三人同样位于东莞市（即中华人民共和国内地），因此最能体现该协议的合同特征及与该协议有最密切联系的应为中华人民共和国内地法律。即成功地将案涉股权协议的效力问题，拉回内地法律规定适用范畴。

2. 在确定本案适用的准据法后，案涉股权转让协议的效力如何？

首先，确定案涉股权转让协议签署主体的民事权利能力与民事行为能力，应适用A、B公司登记地（即香港特别行政区）法律规定。根据我国《涉外民事关系法律适用法》第十四条规定：“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机

构、股东权利义务等事项，适用登记地法律”，成功主张A、B公司签署案涉股权协议的行为本身合法有效。

其次，细致梳理本案及相关另案的情况与材料，将对方原告A公司在另案提交的证据，作为本案中对我方有利的证据提交法院。足以证明案涉股权转让协议并未违反法律强制性规定，引导人民法院确认该协议合法有效。

最后，积极提交香港大律师的法律意见，将法官的自由心证向我方引导。

3. 本案涉及我国内地法律关于破产（对我方有利）及香港法律关于清算（对我方不利）规定不一致的情形，如何引导法官适用对我方有利的法律规定？

在以上两点的评析的基础上，直接指出原告根据香港法律《公司（清盘及杂项条文）条例》182条及第184条的规定认定股权转让协议无效，不仅是准据法适用错误，更是对该香港法律的误读。

一方面，股权转让协议的效力认定应适用中华人民共和国内地法律，而不是原告主张适用的香港法律《公司（清盘及杂项条文）条例》182条及第184条的规定。因此，原告据此主张在香港高等法院颁清盘令后，并追溯至该清盘呈请提出时开始，原告作出的案涉股权转让应属无效，明显是准据法适用错误。

另一方面，对于香港法律《公司（清盘及杂项条文）条例》182条“由法院作出的清盘中，清盘开始后就公司财产作出的任何产权处置，……，除非法院另有命令，否则均属无效”及第184条“（1）……。 （2）在任何其他情况下，由法院作出的公司清盘，须当做在清盘呈请提出时开始”的规定，应当作如下理解：

（1）第182条规定的是清盘开始后的产权处置认定为无效，第184条将清盘开始追溯至清盘呈请提出时开始。据此认定甲代表原告在股权转让协议上签字盖章的行为就被追溯认定为无效，不符合本案应当适用的准据法。

按照香港法律在香港高等法院于2018年1月23日作出清盘令前，甲代表原告在股权转让协议上签字盖章的行为合法有效，而该合法有效的表现正是符合《涉外民事关系法律适用法》第十四条关于“民事权利能力和民事行为能力”的规定。在香港高等法院于2018年1月23日作出清盘令后，甲代表原告在股权转让协议上签字盖章的行为就被追溯认

定为无效，而该追溯无效，就不符合本案应当适用的准据法。

（2）实际上，无论是香港法律《公司（清盘及杂项条文）条例》第182条还是第184条，都是在对产权处置行为的效力认定进行规定，更不符合本案应当适用的准据法，不能作为本案定案适用的法律。

认定股权转让协议的效力，应当适用我国内地法律，不应当适用香港法律。因此，香港法律《公司（清盘及杂项条文）条例》第182条对行为效力的认定以及第184条规定的追溯，均不当用以评判甲代表原告在股权转让协议上签字盖章的行为。

三、经验总结

1. 全面收集相关材料并予以细致梳理。涉外纠纷中往往涉及多方主体，嵌套多重法律关系，这就要求经办人跳出既有信息或材料，尽可能全面手机相关材料。收集材料后应予以细致梳理，才能更准确地把握争议焦点及对应的诉辩主张。

2. 全面熟悉并深入理解相关法律条文，才能准确选择对己方有力的准据法。准确甚至熟练适用准据法的前提，是要做到对案件相关的内地及境外法律都了然于心，这不仅仅只是法律条文内容的死记硬背，而是要做到深入理解。

3. 巧妙运用专家意见以引导法官的自由心证。具体到本案中，双方均提交了香港大律师作出的法律意见，一审判决书也实际上采纳了其中部分内容，并对一审法院最终支持我方主张具有一定的积极作用。

（作者：刘智聪）

最新房产政策分享

惠州市自然资源局为进一步规范工业物业产权分割转让，该局近期联合市工业和信息化局正式印发《惠州市工业物业产权分割及分割转让不动产登记操作指引》明确了惠州

工业物业产权分割和分割转让的原则和流程，这也让购置厂房生产经营的产业项目及企业吃下了“定心丸”。

一、工业物业产权最少也须按层转让

由于不同于住宅房屋的出售，工业厂房具有产业经营特征，且园区厂房、宿舍、仓库等为一个整体，如何在保障园区各产业生态有序运行的同时有效地维护购置物业企业合法权益的问题备受关注。新《操作指引》的实施则有望厘清这一问题，针对物业转让的对象、规则、流程、条件及方式都进行了确定。

（1）何谓工业物业产权，指引上明确指出其为制造业企业在工业性质国有建设用地上已确权登记的厂房、仓库等物业的国有建设用地使用权及房屋所有权。要求分割转让工业物业产权要用于引进相关产业链合作伙伴的产业项目，受让方须为经依法注册登记且为转让方的产业链合作伙伴企业，且须属制造业企业。

（2）分割单元的要求，操作指引明确物业产权可按幢、层等固定界限为基本单元分割为可以独立使用且权属界线封闭的空间；最小的分割单位为层，在层内则不得再进行分割。涉及到土地问题，该指引则要求物业产权分割不得将一宗土地分割为多宗土地，土地使用权为按份共有或共同共有，不动产登记簿及不动产权证应标注共有方式，且在分割及分割转让时不得改变土地用途和房屋用途。

二、园区建设方自留厂房面积不得低于四成

由于产业园区的各物业业态，厂房、办公、生活服务等多类功能齐备，且构成了产业生态链，任何单一功能的转让都可能带来生态体系的割裂。



所以《操作指引》明确要求工业物业建筑区内的办公、生活服务等配套用房不得独立进行分割、分割转让或抵押，但可以随工业物业产权按土地出让合同、建设工程竣工验收等相关材料规定的比例且以幢、层等固定界限为基本单元进行分割、分割转让、抵押。

为确保工业园区产业的有序经营，避免工业物业陷入工业房地产交易的乱局，该指引要求工业物业建设方，原权利人在分割转让后自留的厂房、仓库等物业的建筑面积占分割转让前厂房、仓库等物业确权登记的建筑面积比例不得低于40%。同时要求转让后的工业物业产权自完成分割转让转移登记之日起5年内不得再次转让，并在不动产登记簿及不动产权证的附记项上标注好起止时限。

三、引导企业加大投入高标准厂房和工业大厦建设力度

不同于普通厂房和园区建设，对于高标准厂房和工业大厦建设加大了支持力度，文件指出，容积率在1.6以上、二层以上且带工业电梯的高标准厂房和工业大厦的厂房、仓库等物业可以按幢、层等为基本单元进行国有建设用地使用权及房屋所有权首次登记，也可以按幢、层进行分割或分割转让，且分割后原权利人自留厂房面积、企业受让后再次转让也均不再受到限制。

与此同时，操作指引还对前期拿地或项目引进方案约定不得分割及分割转让工业物业的情况予以说明。要求企业要分割和分割转让工业物业产权必须经批准单位或土地使用权出让方审核同意，否则一律不得分割及分割转让。

四、工业物业产权分割及分割转让不动产登记办理程序

在实施环节，《操作指引》要求建立楼盘表、自然资源部门不动产登记平台及权籍调查管理系统需要不断提升信息化管理水平。后续便于通过楼盘表及不动产登记平台测算办公、生活服务等配套用房随工业物业产权分割、抵押的比例并做好不予分割、抵押的管理把控，同时积极开辟绿色通道，压缩办理时限，通过信息共享方式获取相关部门的审批及证明结果，让申请人“少跑路”，“免提交”“少提交”，切实提升不动产登记效率。

办理流程：

(1) 受理：申请人于不动产登记受理窗口递交分割或分割转让登记申请材料。

(2) 征求分割意见：不动产登记机构初步审查后转同级自然资源部门的建设工程规划报建科（股）征求意见（征求意见模板可参考附件1 格式或自行制定），7 个工作日内回复意见，征求意见时间不计入不动产登记办理时限。

(3) 征求分割转让审核意见：不动产登记机构初步审查后分转同级自然资源部门的建设工程规划报建科（股）及建设用地管理科（股）、工业与

信息化部门（征求意见模板可参考附件1格式或自行制定）征求意见，相关部门7个工作日内回复意见，征求意见时间不计入不动产登记办理时限。

(4) 办理不动产登记：不动产登记机构依据征求意见办理工业物业产权分割变更登记或分割转让转移登记。

（编辑：刘荣镜）

关于《中华人民共和国商标法修订草案（征求意见稿）》对商标使用管理的启示

【编者按】为贯彻落实习近平总书记关于知识产权工作的重要指示精神和党的二十大关于“加强知识产权保护”的部署要求，进一步完善商标制度，解决商标领域存在的突出问题，促进社会主义市场经济高质量发展，国家知识产权局积极推进《中华人民共和国商标法》修改工作，起草了《中华人民共和国商标法修订草案（征求意见稿）》，于2023年1月13日发布并公开征求意见。

我国现行《商标法》于1993年、2001年、2013年、2019年先后经过四次修改。本次征求意见稿进一步理顺体系，将《商标法》扩充为10章101条。其中，新增23条，从现有条文中拆分形成新条文6条，实质修改条文45条，基本维持现有法条内容27条。本次修改《商标法》，将秉持人民至上，维护社会公平正义和公平竞争市场秩序，服务经济社会高质量发展的理念，更加注重权利保护与公共利益、社会效果、在先权利的平衡，厘清权利行使的边界，解决公共利益维护不足的问题；继续强化商标使用义务，在坚持现有注册制度的基础上弥补其缺陷；着力优化商标授权确权程序，促进商标审查审理、运用管理、行政执法、司法审判各环节高效、协同；全面顺应科技进步与经济社会发展需要，助力商标行业数字化转型升级，支持商标品牌运用促进，提升公共服务水平。

强化商标使用义务，引导商标注册回归制度本



源，是本次修改《商标法》主要内容之一。一是完善商标使用概念，突出使用的基础地位，新增对服务商标和互联网环境下商标使用行为的规定（第五十九条）。二是在申请阶段增加商标使用或者使用承诺的要求（第五条）；建立商标注册后每5年主动说明商标使用情况制度，对未说明使用情况或正当理

由的，视为放弃其注册商标专用权，对经抽查发现说明不真实的，可以撤销其注册商标（第六十一条）。三是完善撤销制度，在保留原有商标连续三年不使用撤销制度的基础上，基于更好维护公共利益考虑，增加“注册商标的使用导致相关公众对商品或者服务的质量、产地或者其他特点产生误认”“注册商标的使用或者行使注册商标专用权严重损害公共利益，造成重大不良影响”“集体商标、证明商标管理或者使用不当，造成消费者损害或社会不良影响”三种撤销情形，对于后两种损害公共利益的情形可以依职权撤销注册商标（第四

十九条）。

根据现行《商标法》第四十九条和《商标法实施条例》第六十六条规定，注册商标没有正当理由连续三年不使用的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。注册商标连续三年不使用撤销程序中的举证责任由系争商标注册人承担，商标注册人在规定期限内未提供使用该商标的证据材料或者证据材料无效并没有正当理由的，国家知识产权局撤销其注册商标。由此可见，商标使用及其使用证据的妥善保存显得尤为重要。那么，注册商标应当如何使用？商标使用证据一般有什么要求呢？哪些情形不被视为《商标法》意义上的商标使用呢？

国家知识产权局2022年发布的《提供商标使用证据的相关说明》中，明确了商标使用证据材料的要求：

1. 注册商标使用时应当注意：

1.1 能够显示出使用的商标标识；

1.2 能够显示出商标使用在指定使用的商品或者服务上；

1.3 能够显示出商标的使用人，既包括商标注册人自己，也包括商标注册人许可的他人以及其他不违背商标权人意志使用商标的人。如许可他人使用的，应当能够证明许可使用关系的存在；

1.4 能够显示出商标的使用日期；

1.5 能够证明商标在《商标法》效力所及地域范围内的使用；

2. 商标使用在指定商品上与服务上的具体表现形式有所不同：

2.1 商标使用在指定商品上的具体表现形式有：

2.1.1 采取直接贴附、刻印、烙印或者编织等方式将商标附着在商品、商品包装、容器、标签等上，或者使用在商品附加标牌、产品说明书、介绍手册、价目表等上；

2.1.2 商标使用在与商品销售有联系的交易文书上，包括使用在商品销售合同、发票、票据、收据、商品进出口检验检疫证明、报关单据等上；

2.1.3 商标使用在广播、电视等媒体上，或者在公开发行的出版物中发布，以及以广告牌、邮寄广告或者其他广告方式为商标或者使用商标的商品进行的广告宣传；

2.1.4 商标在展览会、博览会上使用，包括在展览会、博览会上提供的使用该商标的印刷品以及

其他资料；

2.1.5 其他符合法律规定的商标使用形式。

2.2 商标使用在指定服务上的具体表现形式有：

2.2.1 商标直接用于服务场所，包括使用于服务的介绍手册、服务场所招牌、店堂装饰、工作人员服饰、招贴、菜单、价目表、奖券、办公用品、信笺以及其他与指定服务相关的用品上；

2.2.2 商标使用于和服务有联系的文件资料上，如发票、汇款单据、提供服务协议、维修维护证明等；

2.2.3 商标使用在广播、电视等媒体上，或者在公开发行的出版物中发布，以及以广告牌、邮寄广告或者其他广告方式为商标或者使用商标的服务进行的广告宣传；

2.2.4 商标在展览会、博览会上使用，包括在展览会、博览会上提供的使用该商标的印刷品及其他资料；

2.2.5 其他符合法律规定的商标使用形式。

3. 以下情形，不被视为《商标法》意义上的商标使用：

3.1 商标注册信息的公布或者商标注册人关于对其注册商标享有专用权的声明；

3.2 未在公开的商业领域使用；

3.3 改变了注册商标主要部分和显著特征的使用；

3.4 仅有转让或许可行为而没有实际使用；

3.5 仅以维持商标注册为目的的象征性使用。

3.6 仅提供商品销售合同或提供服务的协议、合同；

3.7 仅提供书面证言；

3.8 提交难以识别是否经过修改的物证、视听资料、网站信息等；

3.9 仅提供实物与复制品。

随着社会主义市场经济的深入发展，市场主体知识产权意识增强，除了重视品牌建设，也应当更加重视商标作为品牌的使用，以及商标使用证据的妥善保存等。

（编辑：侯燕群）

关于新能源汽车的税收优惠政策

【编者按】随着人们的生活水平的不断提高，汽车已经成为了现代人出行的日常工具。而随之也带来了一些负面的影响。随着全球环境污染问题和能源危机，新能源汽车行业出现在了大众视野。近年来，在保护环境与能源可持续发展的背景下，我国开始大力推广新能源汽车，因此出台了相应优惠政策。

新能源汽车税收优惠政策包括以下两大类：

一、对于购买者而言

2023年6月，财政部、税务总局、工业和信息化部发布了2023年第10号公告《关于延续和优化新能源汽车车辆购置税减免政策的公告》。此公告中车辆购置税减免政策给消费者带来的获得感更为直接，对于促进新能源汽车产业发展、扩大消费的拉动作用十分明显。

1、将新能源汽车车辆购置税减免政策，从执行到2023年12月31日延长至2027年12月31日，延长4年。其中，2024年1月1日至2025年12月31日免征车辆购置税，也就是前两年继续免征；2026年1月1日至2027年12月31日减半征收车辆购置税，后两年减半征收。免征车辆购置税的新能源汽车包括纯电动汽车、插电式（含增程式）混合动力汽车、燃料电池汽车（与财政扶持的口径一致）。同时还要符合新能源汽车产品技术要求和通过新能源汽车专项检测，达到新能源汽车产品专项检验标准。同时也要满足新能源汽车生产企业或进口新能源汽车经销商在产品质量保证、产品一致性、售后服务、安全监测、动力电池回收利用等方面符合相关要求。

2、对新能源乘用车减免车辆购置税设定减免限额。对购置日期在2024年1月1日至2025年12月31日享受免征车辆购置税的新能源乘用车，设定3万元的减免税限额；对购置日期在2026年1月1日至2027年12月31日享受减半征收的新能源乘用车，设定1.5万元的减免税限额。这也大大提高了公共交通行业对新能源汽车的使用率。

3、纯电动汽车和燃料电池汽车还可以免征城市维护建设税和教育费附加，而插电式混合动力汽车还是要按规定计征城市维护建设税和教育费附

加。

4、购买纯电动汽车的个人和单位可以免征车船税，而购买插电式混合动力汽车的个人和单位可以享受50%的车船税减免。但是新能源汽车车船税政策的减免期限是有限的。对于纯电动汽车，减免期限为5年；对于插电式混合动力汽车，减免期限为3年。在减免期限到期后，车辆所有人需要按照规定缴纳相应的车船税；此外，符合规定的节约能源乘用车和商用车同样也享有减半征收车船税的优惠政策。

5、增值税。作为一般纳税人的企业购进自用的应征消费税的摩托车、汽车、游艇，其增值税的进项税额可以抵扣。

6、另工业和信息化部会根据新能源汽车技术进步、标准体系发展和车型变化等情况，优化享受车辆购置税减免政策的技术要求，引导企业加快技术研发和升级。使得新能源汽车的质感会越来越优化，新能源汽车的安全性也会大大的提高。

从消费者角度而言，价格上的优惠和汽车使用性能的提高，才能更加偏向于新能源汽车，更好促进新能源汽车的购买力。

二、对于生产新能源汽车企业而言

1、消费税。根据“消费税税目税率表”，乘用车消费税税率按汽缸容量划分为7个档次，1%、3%、5%、9%、12%、25%、40%；中轻型商用客车税率为5%。可见，乘用车以汽缸容量为征税依据，不管是否属于新能源，有汽缸就征消费税，没汽缸就免征。电动汽车是用电机带动车轮，没有汽缸，所以，电动汽车未纳入消费税征收范围，不征收消费税。

2、增值税。《国家税务总局关于中央财政补贴增值税有关问题的公告》（国家税务总局公告2013年第3号）规定，“纳税人取得的中央财政补贴，不属于增值税应税收入，不征收增值税。”

《财政部、科技部、工业和信息化部、发改委关于继续开展新能源汽车推广应用工作的通知》（财建〔2013〕551号）规定：“纳入中央财政补贴范围

的新能源汽车车型应是符合要求的纯电动汽车、插电式混合动力汽车和燃料电池汽车。重点加大政府机关、公共机构、公交等领域新能源汽车推广力度。”因此，取得新能源汽车的中央财政补贴不征收增值税。

3、企业所得税。《国家重点支持的高新技术领域》中第八节“高新技术改造传统产业”中，专列了“汽车行业相关技术”，包括汽车发动机零部件技术、汽车关键零部件技术、汽车电子技术、汽车零部件前端技术。这些技术与新能源汽车关联非常紧密，如果符合高新技术企业认定条件，就能享受企业所得税低税率优惠，按15%税率计缴企业所得税。

需要注意的是，目前我国新能源企业还存在着很多的挑战，技术不成熟，研发费用、生产成本还是很高。企业除了进行有效合理的税收筹划以外，还可进行企业间的合作，从而可以降低生产成本和研发费用，高效生产，企业才有可能可持续发展。

（来源：财政部 税务总局 工业和信息化部公告2023年第10号《关于延续和优化新能源汽车车辆购置税减免政策的公告》）

（编辑：陆紫彤）

浅谈尽职调查的原则

【编者按】尽职调查的原则，是指开展尽职调查工作必须遵循执行的基本准则。作为律师，应当根据委托方的并购目的，遵循尽职调查的原则开展工作。根据实务经验，法律尽职调查工作应当遵循的原则主要包括保密性原则、目的导向原则、区别对待原则、全面和重点相结合的原则、关联性原则、审慎性原则、透彻性原则。本文对尽职调查工作时应当遵循的原则进行归纳总结。

一、保密性原则

在并购方开始接触任何资料之前，转让方通常需要并购方及其聘请的顾问承诺对其获得的资料的信息保密。在尽职调查阶段，转让方往往担心一旦并购交易未成功，其向并购方及其聘请的顾问披露的信息将失密。如果并购方及其聘请的顾问主动提出并签署保密协议，往往能够降低转让方的顾虑，取得转让方的配合。一般而言，与尽职调查有关的所有信息都属于保密义务的范围，包括：律师因从事尽职调查从委托方、资料提供方等相关方取得的资料、文件；与尽职调查项目的其他中介机构往来的邮件、传真；尽职调查过程中了解到的有关委托人、调查对象等相关方的信息。但如果不对保密义务的范围加以限制，无疑将加重了律师的责任。通常，下列信息排除在保密义务的范围之外：已经为公众所知悉的信息；律师从尽职调查相关方收到该



信息之前即已经知晓的信息；律师从没有保密义务的第三方正当取得的信息。

二、目的导向原则

目的导向原则，是指任何调查工作应当围绕委托方的并购目的进行，包括根据委托方的并购目的制订调查方案、确定调查重点和实施调查程序，在报告调查结果时，应当以与并购目的密切相关的内容为核心进行全面报告。任何一项交易，都有其交易目的。如果忽视了并购的真实目的而从事尽职调查，很可能给并购后的并购方带来致命的缺陷。

三、区别对待原则

企业背景不同同样要求调查的重点不同，针对不同企业，法律尽职调查应该有所侧重。例如，高科技企业，知识产权是尽职调查的重点。再如，化工企业，是否进行过环境测评、环保措施是否到位

以及是否因为污染被提起民事诉讼或者受到过行政处罚等是尽职调查的重点。

四、全面和重点相结合原则

重点性：首先，在进场开展尽职调查前要明确本次尽职调查需要核查的重点问题。并购方和转让方的律师要明确在进行尽职调查的过程中什么层次的资料和信息是最重要的，并确保尽职调查的过程着重于并购方所要达到的目标及从中发现有关法律事项。在尽职调查过程中，律师要根据具体情况进行有侧重的尽职调查。受到时间的限制，同时为了提高工作效率，律师必须根据调查提纲进行现场调查，对于一般性问题可以采取个别抽查推断的方式，对于异常及重要问题需全名核实，取得充分的证据。

全面性：首先，调查内容要全面。就企业权利而言，涉及企业的所有权、用益物权、担保物权、知识产权和债权等。就企业义务而言，涉及银行贷款、或有负债、正在进行的诉讼、仲裁或行政处罚以及税收等。其次，材料要全面。调查人员必须收集与调查主题相关的所有材料，如就股权结构而言，除了查阅拟投资对象当前的营业执照外，还要查阅公司章程、股东出资证明书、出资协议、验资报告。股份转让协议、股份变更登记等一系列的文件材料。

五、关联性原则

以对目标企业的董事、监事和高级管理人员的尽职调查为例，律师需要调查以下两方面：1、任职资格：是否符合公司法等法律规范或者公司章程约定的要求，是否存在不能担任董事、监事或者高级管理人员的情形。2、个人财产：是否存在对外投资，是否涉及同业竞争及关联交易。

六、审慎性原则

对任何资料、信息以及相关人士作出的口头陈述的任何问题，律师均应该持审慎的怀疑态度，作更深入的了解和探究，对于异常情况要反复甄别，对于没有确切依据的证据要保守估计，对于目标公司人员的陈述、说明或者解释不要轻信，律师应当将访谈结果基于现场调查以及从其他来源获得的信息进行对照，核查是否存在重大差异或者不一致。此外，律师必须独立于并购方和目标公司的意志，独立于审计、评估等其他中介机构，应当在获得充分的尽职调查证据并对各种证据进行综合分析的基础上独立判断。

七、透彻性原则

全面性原则要求尽职调查“广”。透彻性原则要求尽职调查“深”。书面审查与实地调查相结合，以及就取得的第一手资料向第三人核实信息的真实性和准确性，均是透彻性原则的体现。以专利为例，投资者不仅需要了解其是否拥有专利权，还要了解其是专利权还是专利申请权、是否存在权属上的纠纷、有效期间、专利权的地域范围以及专利许可情况等内容。再以应收账款为例，投资者不仅需要了解其应收账款的数额，还要调查应收账款的性质、产生原因、账龄、债务人资产负债情况以及债权人已经采取的措施等。

（编辑：闵诗航）

合伙人简介

周广荣，律所创始人，合伙人会议主席，律师，对外经济贸易大学法学学士。擅长于境内外项目投资融资、房地产开发、企业风险预防及制度整改、政府行政等法律业务，现受聘多家政府机构及企事业单位为常年法律顾问。咨询收费每小时8000元。

执业证号：14419199910298034
Guangrong Zhou, co-founder of Kingda, chairman of the partners' board, attorney at law, graduated from University of International Business and Economics with a bachelor degree in law. Mr. Chow specializes in domestic and overseas investment and financing, real estate development, enterprise risk prevention and system reform, government administration and other legal services. He now provides perennial legal counsel services to many government agencies, enterprises and public institutions.

Attorney Fees: RMB8000 per hour for legal consultation
Lawyer's License NO.: 14419199910298034

姬明镜，律所创始人，律师，中国政法大学法学学士。致力于金融及房地产业务的开拓及研究，成功为众多著名房地产项目、银行完成全方位法律规范，风险预防治理。熟悉房产项目的投资、开发、融资、销售、物管及后续服务等流程及相关环节。咨询收费每小时5000元。

执业证号：14419199911715565
Mingjing Ji, co-founder of Kingda, attorney at law, graduated from China University of Political Science and Law with a bachelor's degree in law. Ms. Ji is committed to the development and research of finance and real estate business, and has successfully completed all-round legal compliance, risk prevention and management for many famous real estate projects and banks. Ms. Ji is familiar with investment, development, financing, sales, property management and follow-up services of real estate projects and related processes.

Attorney Fees: RMB5000 per hour for legal consultation
Lawyer's License NO.: 14419199911715565

鲁浩强，执行合伙人，律师，中山大学法学学士。主要从事诉讼及公司法律业务，有多年的银行从业背景，尤其擅长于房地产、建设工程法律纠纷、经济合同法律纠纷、金融法律服务、刑事案件等法律业务。咨询收费每小时5000元。

执业证号：14419200410261580
Haoqiang Lu, managing partner, attorney at law, graduated from Sun Yat-sen University with a bachelor's degree in law. Mr. Lu mainly engaged in litigation and corporate legal business. With years of experience in banking, Mr. Lu is especially good at dealing with legal disputes of real estate and construction project as well as economic contract, financial legal services, criminal cases and other legal issues.

Attorney Fees: RMB5000 per hour for legal consultation
Lawyer's License NO.: 14419200410261580

陈平，执行合伙人，律师，湘潭大学管理学学士、法律硕士。具有丰富的法学及财税理论，致力从事诉讼仲裁及企业法律业务，擅长处理金融、房地产、合同法、公司法、知识产权等方面的法律事务。咨询收费每小时5000元。

执业证号：14419201110427576
Ping Chen, managing partner, attorney at law, graduated from Xiangtan University with a bachelor's degree in management and a master's degree in law. Mr. Chen has a wealth of knowledge in law and taxation, and is committed to litigation and arbitration of corporate law. He is also good at legal practices of finance, real estate, contract, company and intellectual property.

Attorney Fees: RMB5000 per hour for legal consultation
Lawyer's License NO.: 14419201110427576

李翠荷，执行合伙人，律师，杭州商学院企业管理学及法学双学士。现担任多家企事业单位的法律顾问，专注民商事诉讼业务及企业顾问业务，对企业管理规范化运作及企业风险控制深有研究。咨询收费每小时5000元。

执业证号：14419200511367744
Cuihe Li, managing partner, lawyer, holds a bachelor's degree in business Administration and law from Hangzhou Business School. Currently, he serves as legal adviser for many enterprises and public institutions, focusing on civil and commercial litigation business and enterprise consulting business, and has deep research on standardized operation of enterprise management and enterprise risk control.

Attorney Fees: RMB5000 per hour for legal consultation
Lawyer's License NO.: 14419200511367744

夏凡，执行合伙人，律师，西华大学法学学士。致力从事各类项目法律业务，对企业收购、物业交易、资产重组深有研究，擅长处理各类型企业投资、收购兼并、企业改制等法律事务。咨询收费每小时5000元。

执业证号：14419201110660012
Fan Xia, managing partner, attorney at law, graduated from XiHua University with a bachelor's degree in law, is engaged in various kinds of non-contentious legal issues. Mr. Xia has deep research on corporate acquisition, property transactions and asset restructuring, and is good at dealing with various types of enterprise investment, merger and acquisition, enterprise restructuring and other legal affairs.

Attorney Fees: RMB5000 per hour for legal consultation
Lawyer's License NO.: 14419201110660012

叶松盛，执行合伙人，律师，韶关学院法学学士。主要从事民商事诉讼及仲裁业务，擅长处理民事侵权、商事合同、婚姻家庭纠纷、商品房买卖合同、借款合同、交通事故纠纷等领域的法律事务。咨询收费每小时5000元。

执业证号：14419201310017418
Songsheng Ye, managing partner, attorney at law, graduated from Shaoguan University with a bachelor's degree in law. Mr. Ye is mainly engaged in civil and commercial litigation and arbitration. He is good at dealing with legal affairs in the fields of civil torts, commercial contracts, marriage and family disputes, contracts for sale of commodity houses, loan contracts, traffic accident disputes, etc.

Attorney Fees: RMB5000 per hour for legal consultation
Lawyer's License NO.: 14419201310017418

杨启猛，执行合伙人，律师，贵州大学经济学学士、法律硕士。擅长房地产开发、股权交易、金融、劳动纠纷等各类法律风险的预防与控制，现为多家房地产企业、生产型企业提供法律顾问服务。咨询收费每小时5000元。

执业证号：14419201410053375
Qimeng Yang, managing partner, attorney at law, graduated from Guizhou University with a bachelor's degree in economics and a master's degree in law. Mr. Yang specializes in the prevention and control of various legal risks in real estate development, equity transactions, finance, labor disputes, etc. He now provides legal advisory services for many real estate enterprises and manufacturing enterprises.

Attorney Fees: RMB5000 per hour for legal consultation
Lawyer's License NO.: 14419201410053375

张国武，执行合伙人，律师，中国政法大学法学学士。专业功底扎实、办案经验丰富，专攻刑事法律业务，专注个人、企业刑事法律风险防控。咨询收费每小时5000元。

执业证号：14419201710500098
Guowu Zhang, managing partner, attorney at law, graduated from China University of Political Science and Law with a bachelor's degree in law. With professional knowledge and rich experience, Mr. Zhang specializes in criminal legal issues and focuses on the prevention and control of personal and corporate criminal legal risks.

Attorney Fees: RMB5000 per hour for legal consultation
Lawyer's License NO.: 14419201710500098