

弘一法苑

HONG YI FA YUAN

总第8期

2023|12



弘一法苑

HONG YI FA YUAN

主办单位 湖南弘一律师事务所

主 编 陈宏义

副 主 编 刘汉西 周群翔

执行主编 李咸武

加强规模化与专业化建设 开创律所高质量发展新局面

2023年是全面贯彻落实党的二十大精神开局之年，湖南弘一律师事务所紧紧围绕“一强、二扩、三挺进”的工作目标和“六力齐发”工作思路谋篇布局，埋头苦干、奋勇前进，奋力开创了律师工作新局面。2023年，湖南弘一律师事务所第十家分所杭州分所盛大开业，标志着弘一正式进军长三角；律所人数不断提升，总所人数突破500+，居于湖南省大所前列；立项案件达10000余件，营业收入基本完成年初定下的目标。在经济下行和后疫情时代双重压力下，律所各项工作有序推进。

弘一律所始终坚持党建领所，以党建带队建促所建，贯彻落实司法部党组提出的“五点希望”，同时秉承“专业、诚信、勤勉、尚法”的服务精神，朝着规范化、专业化、品牌化方向稳步前行，推动律所高质量发展。

一是坚持政治引领，实现律所党建工作高质量发展。弘一律所始终把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为律师从业的基本要求，始终旗帜鲜明讲政治、抓党建，将党建工作做深做实，把党的领导贯穿律师执业活动全过程。

二是坚持规范发展，打造省内乃至全国示范律所。弘一律所将2023年定为规范化建设强化年，查漏补缺，及时制定出台各项制度，确保律所平稳规范运行，打造一支政治坚定、专业精深、弘扬正义、恪守诚信的高素质律师队伍。

三是坚持专业建设，提供精细化法律服务保障。律所持续加强专业化建设，下设二十三个专业委员会，围绕一个专业团队、一堂实务课程、一本法律汇编、一套操作指引、一部经典案例，多措并举实现“五个一”落地落细。

四是坚持人才培养，为律所发展注入动力源泉。完善青培工程，聚焦人才梯度、动态、综合、延伸等“四要素”培养体系，加强律所人才发掘与储备，畅通所内人才“引、育、留、转”良性循环，不断激发律所人才活力。

五是坚持总分所联动发展，多措并举筑牢律所品牌根基。加强总分所联动，为分所发展提供支持，持续优化分所执业环境，团结协作，相互赋能，进一步形成集合效应，筑牢弘一品牌。

为实现律所高质量发展，全所律师将充分发挥主人翁精神，将个人发展和律所发展有机结合，不断提升规范化、专业化、品牌化水平，努力争做一名政治可靠、专业过硬、创收可观、乐于奉献的弘一律师，向全国唱响弘一律师好声音，塑造弘一律所良好的社会形象。

—— 陈宏义

弘一法苑

HONG YI FA YUAN

2023年12月 总第8期

编辑委员会

主 编	陈宏义
副 主 编	刘汉西 周群翔
执行主编	李咸武
编 委	左浪 陈汝超 刘潭洪 覃巨石 李丽娜
执行编辑	李承翰 唐铭忆
美术设计	付红光
主办单位	湖南弘一律师事务所
地 址	湖南省长沙市岳麓区潇湘北路三段福晟金融中心30-32楼
电 话	0731-8441 8148
网 址	www.hyilawyer.com



目录

弘一党建

HONG YI DANG JIAN

省委常委、省委政法委书记魏建锋莅临律所调研指导工作	04
长沙市律师行业“律所党建交流月”活动首站走进弘一	05
弘一律所与省女子监狱、麓山枫社工中心共建基地	06
弘一律所增设党建专干	07

资讯要闻

ZI XUN YAO WEN

我所陈宏义当选第六届长沙市律师协会会长	08
弘一律所第十家分所落户杭州	09
弘一律所与湖南湘融律师事务所成功合并	10
2023年度遴选新晋13位合伙人	11
第一届骨干律师集训营成功举办	13

专业视角

ZHUAN YE SHI JIAO

“1元转股”的法税分析及筹划思路	14
股东分红若干实务问题浅析	17
关于著作权人维权的法律分析	21
集团内部的资金归集管理,是否应当视同销售,计提利息收入?	34
买卖虚拟数字货币的合法性分析	27
浅论环境民事公益诉讼	29

涉外贸易合同审查要点和注意事项	31
司法拍卖取得房产存在手续瑕疵的救济路径	36
外国仲裁裁决在中国的承认与执行	39
自媒体时代,公司如何避免文字素材侵权?	42

经典案例

JING DIAN AN LI

【博系群案】九年漫漫维权路完美落幕	45
【破产清算】跨国汽车巨头下属合资企业破产申请工作顺利完成	47
【破产重整】《湖南壹线房地产开发有限公司破产重整计划(草案)》高票通过	49
【知识产权】樟树港辣椒商标侵权案件获评典型案例	51
弘一律师为千万元无辜债务人代理再审令执行中止	52
抗诉再审案成功改判,案件获《检察日报》专题报道	55

新法速递

XIN FA SU DI

2023年新法速递	56
-----------	----

重要活动

ZHONG YAO HUO DONG

弘一律所2023新春团拜会	60
弘一十五周年庆 风雨共进十五载,凝心聚力谱新篇	61
第四届弘一励志奖学金颁奖仪式暨弘一律所第二届经典案例大赛	62

分所动态

FEN SUO DONG TAI

走进分所 —— 湖南弘一(永州)律师事务所	64
-----------------------	----



省委常委、省委政法委书记魏建锋莅临律所 调研指导工作



魏建锋调研律师事务所和长沙知识产权法庭

7月11日，省委常委、省委政法委书记魏建锋赴湖南弘一律所、湖南天地人律所和长沙知识产权法庭，调研优化法治化营商环境、律所党建等工作。他强调，要坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想凝心铸魂，深入学习贯彻习近平法治思想，助力优化法治化营商环境，服务保障长沙“全球研发中心城市”建设和全省经济社会高质量发展。

魏建锋强调，要深入学习贯彻习近平总书记关于“努力做党和人民满意的好律师”重要指示精神，落实司法部党组“五点希望”，加强律师行业党的建设，加快建设党和人民满意的高素质律师队伍。要引导广大律师和基层法律服务工作者找准服务切入点和契合点，积极参与基层治理，推进精准普法，投身法治化营商环境建设，努力建设更高水平的平安湖南、法治湖南。

魏建锋指出，希望律所和长沙知识产权法庭锚定省委关于“将长沙建设成为全球研发中心”的目标要求，加强涉外法治人才队伍建设，强化知识产权司法保护，加大涉外法律服务产品供给，加强企业合规建设、防范法律风险，帮助解决国际知识产权纠纷，补齐涉外法治短板，助企出海、参与“一带一路”建设，推动优化市场化、国际化、法治化一流营商环境，为实现“三高四新”美好蓝图贡献力量。



长沙市律师行业“律所党建交流月”活动首站走进弘一



7月20日，长沙市律师行业“律所党建交流月”活动启动，以实际行动深入学习贯彻习近平总书记关于“努力做党和人民满意的好律师”重要指示精神，贯彻落实司法部党组对广大律师提出的“五点希望”。市委两新工委专职副书记肖剑锋，市司法局党组成员、副局长、市律师行业党委书记吴畅出席仪式并讲话，市律师行业党委专职副书记姚浙寒主持仪式。

在首场交流活动中，进一步组织学习了司法部党组“五点希望”，陈宏义代表弘一所围绕“律所党建工作的核心要素及差异化发展思路”主题作了《忠诚 & 热爱——强化党建引领，推动律所高质量发展》的精彩分享，并组织观看了律所党建宣传片，开展了党建知识有奖竞答等系列活动，与会律所间交流互动积极，现场气氛活跃。

吴畅指出，开展“律所党建交流月”活动，是贯彻落实司法部党组“五点希望”和魏建锋书记调研要求的具体举措，也是加强律所党建和律所发展交流的有益载体。今年以来，市律师行业党委和市律协按照部、省和市委、市政府部署要求，在市委两新工委和市司法局党组的坚强领导下，团结带领全市律所和广大律师积极作为，推动提升了律所党的组织和有效覆盖，希望全市律所和广大律师乘势而上，通过“律所党建交流月”平台，认真贯彻落实司法部党组“五点希望”，强化省会担当，推动长沙律师行业党建工作走深走实，争做党和人民满意的好律师。

肖剑锋为首站承办律所授旗，并表示长沙市律师行业开展“律所党建交流月”活动，是推进律师行业党建高质量发展的积极举措，也是加强包括律师行业在内的全市两新领域党建交流的一次积极尝试。他要求，全市律师行业要深入贯彻落实司法部党组“五点希望”，坚持党建引领律所发展，深刻理解和把握全面从严治党新要求，找准党建工作本质，完善党建工作机制，创新党建工作方式，切实做到党建领所与党建强所，为推进全市律师行业高质量发展贡献智慧和力量。

市律师行业党委委员李含英，市律师行业党委委员、市律协常务副会长陈宏义，市律师行业党委委员、市律协秘书长杨虹，市律师行业党委委员、市律协副会长文颖，市律师行业党委委员刘兴华出席活动，全市150余名律所党组织书记、律所主任参加活动。



弘一律所与省女子监狱、麓山枫社工中心共建基地

为纪念中国共产党成立102周年，深入贯彻落实党的二十大会议精神，更好地服务于国家社会经济建设及国家治理体系和社会治理能力的现代化，2023年6月21日，湖南弘一律师事务所联合湖南省女子监狱、麓山枫社工中心在省女子监狱举行“党建+公益”基地共建启动仪式暨三方支部结对共建活动，省司法厅直属机关党委常务副书记、直属机关纪委书记阳运林，省女子监狱党委副书记、政委宋祥发，长沙市律师行业党委专职副书记姚渐寒，省女子监狱党委委员、政治处主任王丹凤，我所党委书记、董事会主席陈宏义，麓山枫社会工作服务中心党支部书记、理事长赵兰，省女子监狱代表、弘一律所代表及麓山枫社工中心代表共计100余人出席活动。

陈宏义在讲话中指出，此次联合省女子监狱、麓山枫社工中心开展“党建+公益”基地共建暨三方支部结对共建活动是弘一律所聚力党建政治引领、拓展公益事业的一次创新实践活动。他表示，今后将充分利用“党建共建”这一桥梁纽带，始终把握彼此之间的互动角色，一起“手拉手”，始终“心连心”，把“多条线”拧成“一股绳”，以“融”字为引擎，以“大党建”为骨架，做到“实事共办，资源共享，发展共谋，责任共尽”，共同探索“党建+公益”的新思路、新举措，不断促进党建工作的融合、提升。

宋祥发通过梳理整合三方资源，深化三方单位业务工作的交流借鉴，探索打造特色警示教育基地，期待三方支部签订“党建+公益”基地共建协议后，开展常态化交流活动，实现党组织优势互补，共同构建党建工作新格局。

阳运林对弘一律所和麓山枫社工中心的大爱精神表示充分肯定，也对此次三家单位携手进行共建的探索工作表示极大的支持。同时他强调，三方结对要抓好政治统领、党建引领，加强交流与合作，实现资源共享、支部共建、优势互补，促进三方党务工作者能力提升、党员思想素质和业务能力提升，为各自领域的事业发展注入强劲动力，推动“党建+公益”工作加出新力度、新高度、新温度和新效率。



三方签订基地共建协议

此次“党建+公益”基地共建暨三方支部结对共建活动是在习近平新时代中国特色社会主义思想领导下，推动党建与业务工作深度融合的一次新探索活动，是三家单位合作共赢、承诺践诺服务为民的新舞台。希望各支部在今后的结对共建工作中充分发挥各自优势，进一步提升党组织的创造力、凝聚力和战斗力，把党的政治优势更好地转化为发展优势，为服务“三高四新”美好蓝图、助力法治湖南、平安湖南作出积极贡献。



弘一律所增设党建专干

为切实做到以党建促所建带队建，落实党的各项制度，扎实推进律所的党建工作，6月21日，中共湖南弘一律师事务所委员会举行党建专干集体任命仪式。律所党委成员、律所各党支部委员、律所团支部班子成员及拟任全体党建专干出席此次任命仪式。



会上，刘潭洪委员宣读了《中共湖南弘一律师事务所委员会关于任命党委及各党支部党建专干的通知》。

周群翔副书记为党委及各党支部党建专干颁发任命书。党委党建专干李嘉雯、一支部党建专干王娇子、二支部党建专干肖丹妮、三支部党建专干谭媚、四支部党建专干陈德勇、五支部党建专干刘正国。

李嘉雯对律所党组织给予的认可和栽培表达感谢，并表示将从两个方面履职尽责：一方面要信念坚定，不忘初心，为使命宗旨“立心”；另一方面要担当实干，砥砺奋斗，为岗位职责“立行”。今后将恪尽职守，虚心接受批评，确保工作实效，在党委领导和秘书处指导下做好律所党建工作。

谭媚感谢律所党组织的认可与培养，表示未来一定不负众望，稳扎稳打推进各项党建工作开展，向党组织表达愿意奉献的态度和决心，在党建工作开展过程中将以身作则，发挥青年党员律师先锋模范作用，积极参加各项党建活动，发挥好带头作用，将各项党建工作做实做新。

会上，陈宏义作总结讲话。他指出，弘一律所一直



高度重视党建工作，将党建工作放在重要位置，弘一党建已经成为律所的一张亮丽名片。这次在党支部层面设立党建专干，是律所的一项制度创新，也是结合律所实际需要的必要安排。

他对新任党建专干提出几点要求：一是要增强奉献精神，做到乐于履职。切实担当起党建工作的责任。二是要增强责任担当，做到敢于履职。党建工作事务繁琐，要有不畏难、敢担当的精神。三是要增强业务学习，做到善于履职。党建工作具有一定的专业性，要主动学习党务知识。四是要增强纪律意识，做到严于律己。党建专干要自觉接受监督，遵守党的纪律，不辜负党组织的期望。



我所陈宏义当选第六届长沙市律师协会会长

12月17日至18日,第六次长沙市律师代表大会在长沙胜利召开。弘一律所党委书记、决委会主席委员陈宏义出席大会。大会选举产生了长沙市律师协会新一届领导班子,陈宏义当选为第六届长沙市律师协会会长。

陈宏义在当选后表态发言中表示,将团结和带领新一届协会班子,做到“三个关注”:一是关注中小律所的规范发展、二是关注青年律师的成长成才、三是关注执业环境的优化改善;抓好“两个提升”:一要提升协会自身的服务能力和服务水平、二要提升市律师行业的总体形象,提高律师职业的美誉度和影响力;实现“一个目标”:引领全市律师发挥优势、形成合力,积极投身到全球研发中心城市建设中去!

陈宏义协会任职履历

长沙市律师协会

- 第三届市律协常务理事、知识产权专业委员会主任
- 第四届市律师行业党委委员、协会副会长
- 第五届市律师行业党委委员、协会常务副会长
- 第六届市律师行业党委副书记、协会会长

湖南省律师协会

- 第八届省律协常务理事、民事专业委员会副主任
- 第九届省律协常务理事、副秘书长、战略发展与行业规则专门委员会主任

中华全国律师协会

- 第十届中国全国律师协会行业规则委员会副主任



弘一律所第十家分所落户杭州

江南忆,最忆是杭州。继衡阳、株洲、岳阳、永州、湘西、合肥、郴州、益阳、海口分所后,弘一第十家分所正式落户浙江杭州,完成从一到十的蜕变,寓意着十全十美。

4月2日,经过精心筹备,湖南弘一律师事务所杭州分所签约仪式在多功能厅成功举办。来自杭州的刘昊丰、李杰、雷奥三位律师到会,总所党委书记、决委会主席委员陈宏义、监事会监事长黎飞仙杨雅琼出席仪式,党委委员、管委会委员李咸武主持仪式。

会上,黎飞仙监事长围绕设立杭州分所的契机进行详细阐述。杨雅琼秘书长对弘一律所的发展历程、现状规模、管理模式、业务领域、品牌建设等内容进行了全方位立体式的介绍。

陈宏义对杭州分所三位嘉宾的莅临交流表示热烈欢迎,详细阐述了弘一选择杭州的原因和意义。他表示杭州是历史文化名城、创新活力之城、电子商务之都。从前沿产业优势到青年发展机遇,从城市综合治理能力到资源优势,为弘一进驻杭州提供了完善的条件和坚实的保障。而杭州分所的设立,也将不断丰富弘一的文化内涵,开启弘一进入长三角经济区的辉煌新篇章。

对杭州分所的未来发展,陈宏义从律师队伍、专业建设、律所管理提出了希望和要求。他表示,杭州分所要加强党建文化的建设,确保律师队伍的正确政治方向,建立一支政治坚定、业务精湛、坚持底线、服务大局的律师队伍。要积极围绕当地发展政策,在服务当地社会经济文化、法治发展方面有所作为。要加强与弘一总部及各地分所加强联动,共同打造弘一法律共同体,为杭州新时期发展建设贡献力量。





弘一律所与湖南湘融律师事务所成功合并

同心同行，融合发展。7月8日，湖南弘一律师事务所与湖南湘融律师事务所合并签约仪式成功举行。中南林业科技大学法学院院长王飞跃，湘潭大学法学院教授黄明儒，弘一律所党委书记、决委会主席委员陈宏义及决、管、监、联部分领导，湘融律所主任李维、党支部书记潘文青、日常管理人曾昭德等湘融律所代表出席签约仪式。

律所党委副书记、决委会委员刘汉西对两家律所的合并表示热烈祝贺，对加入弘一律所的湘融律所律师表示热烈欢迎。我所党委副书记、管委会主任周群翔向与会人员介绍了弘一律所党建工作、宗旨理念、服务精神、组织架构、发展规划，表示此次与湘融律所合并必将载入弘一发展的史册。

潘文青书记在仪式上介绍了湘融律所的律所历史、团队情况、专业特色。他表示能与弘一律所走在一起很高兴也很荣幸，希望大家齐心协力，共同把弘一律所做大做强。

在与会人员的见证下，弘一律师事务所代表陈宏义与湘融律所代表李维正式签约。与湘融所合并后的弘一律所，人员规模将进一步扩大，专业优势将进一步凸显，品牌建设将进一步提升。

陈宏义主任在仪式上致辞，他衷心的感谢湘融律所团队对弘一律所的信任，对弘一管理团队的信任，选择了弘一律所。他表示弘一律所是一家团结互助、开放包容、积极向上的律所，更是一家讲政治、有担当、有目标的律所，请湘融律所团队坚定对弘一律所的信心。他同时希望，湘融律所团队能快速的融入到弘一律所，相亲相爱、以心交心、以情换情，与大家一道把弘一所做大做强做持久。希望湘融律所团队能够关心律所，积极参与律所的各项工作，为弘一所的发展贡献力量与智慧，共同为建百年律所而努力奋斗。

李维主任在仪式上代表湘融律所团队发言。他表示弘一律所与湘融律所合并，是律所做大做强的发展趋势要求，是适应市场现状的要求，两家律所合并，有利于优势互补、资源共享。他在发言中表示，能成为弘一律所的一份子感到自豪，今后将与弘一律所同事拥抱在一起，齐心协力、团结互助，共同把弘一律所做大做强。目前律师行业机遇与挑战并存，需要抱团取暖，顶住压力，主动作为。

王飞跃教授对弘一律所与湘融律所合并、“联姻”表示热烈祝贺。他表示自己是弘一律所“飞跃”发展的亲历者、见证者，与湘融律所团队也很熟悉，弘一律所与湘融律所今天能走在一起，是强强联合，相信弘一律所一定会成为更大的平台，在全省、全国走在前列、作示范。祝弘一律所蒸蒸日上、欣欣向荣。



2023年度遴选新晋13位合伙人

春种一粒粟，秋收万颗子，金秋时节，律所人才发展结出了累累“硕果”。8月12日，经弘一律所2023年度第二次合伙人会议投票决定，晋升高级合伙人2人，晋升事业合伙人3人，遴选权益合伙人8人。

至此，弘一律所共有权益合伙人39人、事业合伙人14人、高级合伙人13人，合伙人律师总计66人。这为律所新的发展规划奠定了坚实的基础，也表明律所管理运营能力达到了新的高度。

一、严格审核

1. 律所联委会拟定考评要求

律所联委会根据律所党委统筹安排，从律师执业年限、入所年限、是否认同律所文化价值观、担任合伙人年限、创收额度、出资额度、有无投诉等方面拟定了合伙人等级的考评要求和报名时间。

2. 律所行政管理部门初审

在规定时间内，共收到21份报名表，行政管理工作人员按照考评要求对其初步审核，选定初步合格名单提交联委会复核。

3. 律所联委会复核

联委会根据初审合格名单复核后确定了17名候选人。

4. 律所联委会组织谈心谈话

由联委会理事长、高级合伙人刘金星，联委会副理事长、高级合伙人杨志伟，联委会副理事长、事业合伙人汤伟勇组成谈话小组对候选人进行谈话。合伙人是律所发展的中坚力量，律所联委会在今年的合伙人遴选/晋升程序中开创了一个新环节——谈心谈话，一方面倾听申请人对于律所的认识，加深双方的交流；另一方面是听取意见和建议，更好地助力律所发展。

在谈话过程中，候选人们各抒己见，积极表达自己的看法，为建设弘一建言献策。他们表示，弘一律所一直坚持以党委为中心，对全所进行领导，政治站位明确，是一所团结友爱、年轻向上、富有团队精神和人文关怀的律所。同时，他们指出，律所发展建设还需要多方面努力，一是要注重人才培养与建设。给予青年律师发展空间和机会，加强培训与交流，适度倾斜案源资源；二是要加强律所专业化建设。将团队和部门向专业化、精细化发展；三是要落实律所规范化建设。完善规章制度，认真落实律所规范化建设各项工作；四是要增强律所凝聚力。关注青年律师成长与诉求，团队之间加强沟通与交流。

二、投票选举

在律所2023年度第二次合伙人会议上，党委委员、联委会理事长刘金星对新晋合伙人遴选、合伙人晋升程序和投票规则作了说明，联委会副理事长、高级合伙人杨志伟对新晋候选合伙人情况做了详细介绍。

经原有事业合伙人出席会议人员三分之二表决投票通过，晋升盛金良、唐贤茂（注：按照姓名拼音排序，以下一致）2位原事业合伙人为高级合伙人，晋升陈飞、王自美、汪鸽3位原权益合伙人为事业合伙人，遴选范小容、贺艳勤、贾慧、林宇虹、刘洋、米军华、聂彬彬、张娜共8位律师为权益合伙人。

三、新晋合伙人简介

新晋高级合伙人(2人)



盛金良

2012年入职弘一律所，现担任监事会监事。2016年成为弘一律所权益合伙人，2019年晋级事业合伙人。



唐贤茂

2018年入职弘一律所，专攻重大疑难民商事诉讼案件、刑事案件，为多家企事业单位和政府部门提供法律顾问服务。

新晋事业合伙人(3人)



陈飞

2016年加入弘一律所，以房产物业为主要专业方向，并组建现代物业团队，为物业服务企业提供法律服务。



王自美

中山大学法律硕士(知识产权方向)，2019年加入弘一律所，组建知识产权团队，承办案件超过8000件。



汪鸽

2016年加入弘一律所，主要执业方向为专利诉讼与非诉、企业法律顾问及相关民商事诉讼。

遴选权益合伙人(8人)



范小容

硕士毕业于湖南师范大学法学院。2015年从事律师行业，办理了大量民事和刑事案件，多次被评为优秀案件承办律师。



贺艳勤

2017年加入弘一律所，2019年加入清算与破产专业委员会至今，参与办理破产清算、破产重整等类型案件20余件。



贾慧

毕业于西北工业大学法学专业，2018年加入弘一律所，主要研究方向为劳动人事争议。



林宇虹

毕业于湖南大学，民商法学硕士。2016年加入弘一律所，现任律所党委副书记，高端民诉专业委员会副主任委员。



刘洋

2018年进入弘一律所，擅长清算与破产、公司法以及合同法类型的法律事务。



米军华

毕业于湖南农业大学公共管理与法学学院。2017年加入弘一律所，业务主攻方向为重大疑难民商事案件、强制执行、不良资产处置等。



聂彬彬

中共党员，湖南大学民商法学法律硕士，擅长处理金融借款合同纠纷、公司普通专项法律事务等各项法律事务。



张娜

研究生毕业于广西师范大学。2017年加入弘一律所，目前主要从事破产清算法律业务。

一直以来，弘一律所都致力于通过不断优化自身制度体系，为律师们创造更开放包容的环境，提供更加广阔的平台。愿13位遴选/晋升合伙人始终记得“弘扬正义、一心为民”的服务宗旨，秉持“专业、诚信、勤勉、尚法”的服务精神，成为一名政治可靠、专业过硬、创收可观、乐于奉献的优秀弘一律师，为建设百年弘一贡献力量！

资讯要闻

ZI XUN YAO WEN



弘一法苑

2023年12月 总第8期

第一届骨干律师集训营成功举办



2023年4月20日，湖南弘一律师事务所第一届青年骨干律师集训营在厦门大学开班，来自总分所的35名学员参加开班仪式。厦门大学法学院社会服务与培训中心副主任陈文彬出席开班仪式。律所党委副书记、管委会主任周群翔出席开班仪式并作动员讲话。律所党委委员、管委会委员、青训营班主任陈汝超主持开班仪式。

来自全国各地的总、分所35名青年律师齐聚厦门大学，进行为期四天的集中“充电”，并通过专题授课、现场教学、微论坛、辩论赛、文艺晚会等形式进行深入学习和交流。通过素质拓展、分组讨论等形式进行互动交流。

本次青训营的主要任务是：进一步加强弘一律所总、分所青年律师队伍建设，选拔培养优秀青年律师，不断提升青年律师的政治站位和政治素养，更好地培养律所管理后备人才，促进青年律师的文化、业务交流，提升青年律师的职业认同感和社会责任感，开展律所管理后备人才的培养工作，为弘一律所未来的发展奠定坚实的基础。

管海鑫律师作为本次青训营的学员代表在仪式上发言，他表示，在此次培训中要积极响应本次集训的要求，严格遵循培训纪律，认真完成学习任务，努力展现青年骨干律师的风范。

陈汝超委员在主持开班仪式时，对学员提出了要求。一是解决思想上、政治上纯不纯的问题，听党话，跟党走，做让党放心，让人民群众满意的人民律师。二是解决稳不稳的问题，律师只有依法依规执业、坚持维护当事人合法权益、维护法律的正确实施，才能走稳走远。三是解决好不好的问题，强调律师只有守住底线、精于业务，才能做大做强做优。

周群翔主任在做动员讲话时指出，青年律师队伍是我们律师事业高质量发展的主力军，青年是国家的未来，是民族的希望，也是我们弘一律所发展的希望，大家一定要珍惜这次机会，加强学习，青年律师要准确把握律师在全面依法治国中的重要作用，争做将律师事业融入全面依法治国伟大实践的领军者。同时，青年律师要全面准确学习领会习近平新时代中国特色社会主义思想，树牢“四个意识”，坚定“四个自信”，做到“两个维护”。始终坚守职业道德，严守法律和执业纪律，以过硬的执业表现树立和维护律师作为“法律之师”的良好形象。



“1元转股”的法税分析及筹划思路

引言：近期团队经常接到客户咨询“股权能不能1元转让？有什么风险？”我们通过此文，就此问题在法律、税务两个层面进行如下分析。

一、什么情形下股东会选择“1元转股”？

1. 未实际出资+亏损

当股东未实际出资，且企业为亏损状态时，股东以1元的价格转让所持股权。

2. 继承或向亲属转让股权

继承或者将股权转让给配偶、父母、子女、(外)孙子女、外(祖)父母、兄弟姐妹、抚养人或者赡养人的，股权价格可以明显偏低，也就是俗称的“1元转股”。

3. 基于国家产业政策调整

因国家政策调整的原因，生产经营严重影响，1元转让股权。这主要发生在国企或央企为了完成国家产业政策调整，而进行资产重组过程中发生的股权转让。

4. 企业员工持有的不能对外转让的股权

比如企业在进行股权激励时，通过公司章程进行约定，在被激励股东退出时，激励股不能对外转让，应当以1元对价向企业内部员工转让或由公司回购。

5. 转移资产逃避债务

股东出于逃避债务的目的，与受让方签订“1元转股”的协议。

6. 恶意逃税

股东出于逃税的目的，签订阴阳合同，向税务机关提交转让对价为1元的合同，私下则按抽屉合同收取转让价款。

以上第1—4为税法规定的股权转让价款可以明显偏低的情形，也就是可以“1元转股”的情形。第4种情形需要将公司章程、股权激励方案等资料提交税务机关审核备案，方可执行。第5、6种情形背后的法律风险、税务风险以及税务成本则较高。

二、“1元转股”的法律风险分析

1. “1元转股”是否合法有效？

国企股权转让价格需要评估机构的评估价格作为转让价格的参考依据，民企对股权转让的价格遵循自由约定原则。所以，一般情形下，民企股东对外约定“1元转股”是合法有效的。

但如果“1元转股”，是为了转移财产逃避债务、或存在抽屉合同，合同效力则另当别论。

2. “1元转股”的法律定性：转让行为或者赠予行为？

目前主流观点都认定为民事主体之间正常的转让行为，但在查阅各地历年法院的判例过程中，有些判决书认定1元不属于实质上的对价，因而将股权转让合同认定为赠与合同。

案例：杨光与彭俊清及深圳市天之眼科技有限公司赠与合同纠纷二审民事判决书认定：“杨光受让彭俊清所持有的天之眼公司的7%的干股权，仅需支付1元，故双方对股权的转让并未约定实质上的对价，原审认定双方当事人之间的合同为赠与合同正确。至于合同约定股权受让方需引进公司资本、不参与公司经营管理等内容，系对赠与约定的义务。若杨光违反上述合同约定的义务，彭俊清有权行使合同撤销权。”

【深圳市中级人民法院(2019)粤03民终23942号】

上述判决认定的理由有待商榷，因为股权受让方以1元对价取得股权，并不一定意味着受让方资产增加，相反可能会由于取得股东资格后，对公司的债务承担赔偿责任，导致经济利益受损。所以，本律师认为：不应只从转让对价认定是否属于赠予行为。

“1元转股”符合什么条件应当被认定为赠予行为呢？本律师认为，可以从形式和实质两个层面进行分析。形式上：应有赠予的意思表示，比如通过合同或者往来对话明确记载赠予的意思表示。实质上：赠与方以明显的低价转让股权，也就是转让价远远低于股权的公允价格。比如在股权已经实缴或者公司明显盈利的情况下，仍以1元价格转让，且受让方受让股权后，股权的变现期限、变现额度等没有任何条件和障碍。

但需要注意的是，如果被法院最终认定为赠予行为，应由受赠人应按“偶然所得”的税目承担个税(个税=受赠股权的市场价格×20%)。实务中，如果发生自然人股东转股，税务机关会按转让行为向转让方征收个税【个税=(转让价-取得成本-相关税费)×20%】。如后续双方发生纠纷，法院认定最终为赠予行为，此时赠与人(转让方)已经按财产转让所得承担的个税是否可以退还？如不能退还，是否可以要求受赠人补偿？另外，因财产转让所得与偶然所得的计税基础不同，偶然所得的计税基数往往高于财产转让行为，产生的税差该如何处理？依据税法征管的原理，此种情况下税务机关应退回转让方所缴纳的税款，再由受赠人申报个税，但实务中很难实现。转让方最佳救济途径应在诉讼中进行找平补偿。

三、“1元转股”的税务分析

1. “1元转股”所涉及的税种及分析

税种	目标公司主体类型	是否有纳税义务	纳税义务主体	备注
增值税	非上市公司	×	转让方	自然人、个体户免
	上市公司	√		
	新三板	×		
企业所得税	全适用	√	转让方	
个人所得税	全适用	√	转让方	个人转让上市公司非限售股，免税
印花税	全适用	√	双方	转让上市公司股权，转让方单方征税

2. “1元转股”的税务风险

实务中，税务机关如认定“1元转股”的操作中，存在“股权转让价格偏低且没有正当理由”的，有权对股权转让收入进行调整。此种情况下，交易方需要对“1元转股”的行为进行补税，严重的，甚至还会被以偷逃税款为名追究法律责任，而这也是“1元转股”中典型的税务风险。

四、股权转让环节降税的筹划思路

股东选择“1元转股”的原因,主要是基于降税的目的。“君子爱财取之有道”,同样,降税也应遵循税法之道。本律师认为以下几点可以借鉴:

1. 利用并购重组中的特殊税务处理

通过股权收购、合并、分立、划转等方式,可以适用所得税的特殊税务处理,税款并不在重组当期缴纳。

2. 利用税法规定的“合理低价”

《股权转让所得个人所得税管理办法(试行)》【国家税务总局公告2014年第67号】规定,以下情形属于“股权转让价格明显偏低的正当理由”:

(一)能出具有效文件,证明被投资企业因国家政策调整,生产经营受到重大影响,导致低价转让股权;

(二)继承或将股权转让给其能提供具有法律效力身份关系证明的配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹以及对转让人承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人;

(三)相关法律、政府文件或企业章程规定,并有相关资料充分证明转让价格合理且真实的本企业员工持有的不能对外转让股权的内部转让;

(四)股权转让双方能够提供有效证据证明其合理性的其他合理情形。”

3. 先分红后转股

利用居民企业间分红免企业所得税之政策,先分红,降低目标公司的股权价值,然后再进行转股。

4. 先减资再增资方式

原股东按平价减资,新股东按平价增资,实现新老股东之间的过渡,该方式下新老股东之间由于没有直接股权转让行为,也就没有转让所得,征税也无从说起。

5. 利用“市场价格”的波动性进行筹划

非上市公司股权公允价格确定具有一定的复杂性,而且会随诸多因素发生变化。所以可以通过筹划市场端价格来降低交易税费,比如在PE/VC进场前进行股权转让、通过设计交易延缓收入等方式来降低纳税额度。

6. 特定拍卖场景下的交易

利用国家产业政策调整进行的企业战略重组、司法拍卖、股权质押等方式形成的交易价格来降低股权转让的税额。

7. 利用多层股权架构(间接转股)方式

在目标公司之上架设多层主体,通过间接转股方式转让。

结语

不是为了转移财产逃避债务、或存在抽屉合同,法律层面是认可“1元转股”效力的;但在税务层面,“1元转股”若使用不当,则存在着较大的税务风险。同时,结合税法规定,从税务实践的角度,要实现股权转让过程中的节税目的,是有多种途径的,而不合法的使用“1元转股”并非一个好的选择。



作者:周春
湖南弘一律师事务所财经税务专业委员会副主任委员

专注于公司法律风险的防控及处置,擅长将税务专业知识与法律服务相结合,从多维度为公司提供诉讼及非诉法律服务,先后担任多家政府、企事业单位的法律顾问,有着丰富的诉讼及非诉法律服务经验。



股东分红若干实务问题浅析

引言:分红权作为股东的核心权利,是实现股东投资收益的重要路径之一。“分红权”是通俗叫法,并非准确概念,易产生的有利润即可分红之误解,所以专业上又叫“公司盈余分配请求权”。“盈余”两字表明既要有“盈”即公司有税后利润;也要有“余”,即弥补亏损和提取公积金后有剩余利润。因此,准确来说股东不是分利润,而是分盈余。与此同时,对于不满足分配“盈余”内存要求的分红,公司法亦规定须予以退还。本文主要讨论现行公司法及相关司法解释体系下有关股东分红的若干实务问题。为便于理解,下文仍用“分红”及“分红决议”表述。

一、股东分红的两种路径

1、股东提供载明具体分配方案的股东(大)会有效决议,可主张分红。

公司法第四条规定“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”。这里的股东资产收益权系抽象权利(学理上又叫“期待权”),而抽象分红权并不能当然转化为具体分红权。即公司有利润并不必然进行分红,利润作为分红、转增股本还是扩大经营等,属于公司的商业判断和自治范畴,且利润不用于分红本质上并未损害股东的权益。

对于公司是否分红,按照公司法第37条、第46条有关董事会、股东会职权之规定,应由董事会(执行董事)制订公司的利润分配方案,再由股东会对分配方案审议批准。由此说明,股东(大)会形成分红决议是股东分红的必要条件。公司法解释四第14条、第15条进一步规定,股东请求公司分配利润时应提交载明具体分配方案的有效分红决议,公司拒绝分红且无关于无法执行决议的抗辩理由不成立的,法院应按分红决议向股东分红。如股东未能提交有效分红决议的,法院原则上应驳回其诉讼请求。

2、虽无分红决议,但违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润,给其他股东造成损失,受损股东可主张分红。

“有原则,则有例外”。虽然公司法及其司法解释规定,股东分红须提供有效的分红决议。但如果部分股东(特别是大股东)利用其控制地位,恶意损害小股东之利益而不分红,则司法有必要干预,对分红原则进行突破。因此,公司法解释四第15条规定,股东未提交分红决议而要求分红的,法院应驳回其诉讼请求,但违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润,给其他股东造成损失的除外。何为“滥用股东权利”,最高法院《公司法司法解释(四)理解与适用》作了类型说明:(1)给在公司任职的股东或其指派人员发放与公司规模、营业业绩、同行业薪酬水平明显不符的过高薪酬;(2)购买与经营无关的服务或财产供股东消费或使用;(3)为了不分红而隐瞒或转移公司利润;(4)其他滥用股东权利不分红的行为。总结来说,“滥用股东权利导致公司不分配利润”意在滥用权利的股东以分红为目的,但并未依法通过股东(大)会决议的方式,而是滥用其股东权利给自己或部分股东变相分红,导致其他股东的分红利益受损之情形。

这里需注意,股东滥用权利的结果系损害其他股东利益,而非损害公司利益。如系损害公司利益,则依据公司法第20条、第149条等规定,由公司向有关股东、高管进行追索索赔。此外,“例外中亦有例外”,即股东滥用权利变相分红时,如公司不具备分红条件,包括无利润可分、未提取法定公积金或未弥补往年亏损等,受损股东能否依据“违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润”主张分红,还须结合具体案情而定。

二、股东分红中常见实务问题

1、“具体分配方案”应具备哪些内容才算“具体”?

何谓“具体分配方案”,公司法及其司法解释并无规定。按照《上市公司信息披露公告格式第3号——上市公司分红派息、转增股本实施公告格式》,公司具体的利润分配方案通常应包括发放年度、发放范围、分红派息日期、分红

派息对象、分配方法、股本变动结构、调整相关参数、备查文件等内容。最高人民法院在(2021)最高法民再23号案件中指出,“原则上,一项具体的利润分配方案应当包括待分配利润数额、分配政策、分配范围以及分配时间等具体分配事项内容,判断利润分配方案是否具体的关键在于能否综合现有信息确定主张分配的权利人根据方案能够得到的具体利润数额”。最高人民法院在(2019)最高法民再88号又指出,“公司盈余分配决议内容应当反映当年法定公积金提取、弥补亏损的内容”。当然司法实践中亦有很多其他观点。由此说明,对于“具体分配方案”在司法实践在尚未形成完全统一的认识。

本文观点倾向于“具体的分配方案”以“能否得出每个股东的具体利润数额”为判别原则。且计算依据不仅限于分红决议内容,在分红决议无法得出股东具体分红数额的情况下还应结合法律规定、章程及股东协议等文件予以计算或综合考虑。简言之,“具体的分配方案”的核心要意在于:其一,股东(大)会决议确认了公司未分配利润的具体数额;其二,股东(大)会决议作出了分红的意思表示。而其他以下内容要素可以通过法律规定、公司章程、其他股东文件甚至法院自由裁量予以弥补:(1)分红时间。如分红决议未载明分红时间的,“以章程规定的时间为准。决议、章程中均未规定时间或者时间超过一年的,公司应当自决议作出之日起一年内完成利润分配”(公司法司法解释五第4条);(2)分红对象及对应比例。公司法第34条规定,股东按照实缴的出资比例分取红利(全体股东另有约定从其约定)。再结合公司第166条有关分红的强制规定,对分红对象及其对应比例均属可明确事项;(3)弥补亏损、提取法定公积金。本文认为,该方面内容属于消极事项,并不必要成为决议内容本身,且本质上该项为分红决议中“未分配利润数额”内容所包含。如“未分配利润数额”未进行亏损弥补或未提取法定公积金,则涉及未分配利润数额的调整问题,应在纠纷中由公司举证以便查实。

2、股权转让后,原转让股东还能否向公司主张转让前的分红?

分红权是股东的专属法定权利,对不具有股东身份的主体(如实际出资人/隐名股东),通常不具有向公司主张分红的主体资格。但对于股东转让其股权后,是否对其转让前未分利润享有权利?这一问题有实践意义。按一般性常识,股权(股份)发生转让后,受让股东便取得股权项下的完整权利。但在法律层面上,不宜对此问题作单一常识性理解。最高人民法院在(2021)最高法民再23号案件中指出,“该决议一经作出,抽象性的利润分配请求权即转化为具体性的利润分配请求权,权利性质发生变化,从股东的成员权转化为独立于股东权利的普通债权,不必然随着股权的转让而转移。除非有明确约定,否则股东转让股权的,已经转化为普通债权的具体性的利润分配请求权并不随之转让”。

由此可见,原转让股东能否向公司主张转让前的分红在于:其一,在转让前,权利已发生转化,即转让前的分红决议已将抽象的分红权转化为公司应付转让股东的分红款。好比房屋买卖中,在交易前卖方与承租人之间已形成的租金债务,已属具体的债权,在无特别约定的情形下应属于卖方;其二,股权转让协议中并无明确约定原已形成的分红请求权一并转让给受让方。

此处值得进一步探讨的是,转让前虽无分红决议,但滥用股东权利导致公司不分配利润,给转让股东造成损失的,转让股东能否主张转让前的分红?本文认为,此种情形亦同于上述在转让前有分红决议之情形,理由有三:其一,大股东或部分股东虽滥用权利变相分红,但其本质亦是分红行为;其二,此种变相分红虽是受损股东可主张其分红的依据,但并未否定股东滥用权利进行变相分红的合法性,即该股东并无返还变相分红款的法律后果;其三,受损股东依据该情形主张分红时,表明其与滥用权利的股东之间具有股东分红合意,故应为法律所允许。

3、无分红决议情形下,举证责任及证明程度问题

有关股东分红纠纷并无举证责任倒置规定。按照“谁主张谁举证”的总原则,股东依据公司法司法解释四第15条但书条款主张分红时,须证明两项事实:其一,公司在弥补亏损及提取法定公积金、任意公积金(如有章程规定)后,有可供分配的利润;其二,存在有其他股东滥用股东权利导致公司不分配利润,给原告股东造成损失的行为。

对于第一项事实,通常需要提供公司财务报表(资产负债表、利润表等)予以支撑,而提供公司银行流水或其他财务数据往往不足以体现公司的未分配利润情况,因此法院通常不予认定。比如,山东青岛中院(2021)鲁03民终3899号案件中,上诉人主张根据淄博某公司银行流水可以看出,在公司正常经营期间,公司是大批收入,款项进入公司后,直接转到魏某账号。二审法院认为,上诉人虽提交银行交易明细清单,但该证据与本案无关联性,也与上诉人诉求的盈利分红没有法律关系。类似案例还有(2022)鲁02民终4274号案件、(2022)京0113民初20081号等。本文认为,第一项事实需要直接的公司报表或者审计报告等加以证据,即便其他客观证据如银行流水仅能作为间接证据使用,亦不能足以证明公司有可供分配的利润及具体数额等。

对于第二项事实,主要从股东变相分红、转移利润、不公平分红等角度加以证明。比如,最高人民法院在(2016)

最高法民终528号案件判决中撤销了甘肃省高院(2013)甘民二初字第8号判决,主要理由:其一:太一热力公司的全部资产被整体收购后没有其他经营活动,司法审计的结论显示太一热力有巨额的可分配利润,具备公司进行盈余分配的前提条件;其二,李某某同为太一热力公司及其控股股东的法定代表人,未经公司另一股东同意,没有合理由将5600万余元公司资产转让款转入兴盛建安公司账户,属于转移公司利润,符合公司法司法解释四第15条但书条款规定应进行强制盈余分配的实质要件;其三,前述司法解释规定的股东盈余分配的救济权利,并未规定需以采取股权回购、公司解散、代位诉讼等其他救济措施为前置程序,故上诉人对不同的救济路径有自由选择的权利。

4、实际出资人(隐名股东)能否向公司主张分红?

实际出资人俗称“隐名股东”,但事实上其与公司之间不存在权利义务关系,而是与名义股东之间因代持而发生合同关系。公司法司法解释三第24条,对实际出资人的权利主张对象作了原则性规定,即“出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议,实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的,人民法院应予支持”。可见,根据合同关系原理及相关司法解释规定,实际出资人不能向公司主张分红。如深圳中院在(2020)粤03民终26009号案件中认为,股东须依照公司股东名册行使包括盈余分配权在内的股东权利,而实际出资人,即隐名股东,在未经法定程序确认其公司股东身份之前,可基于其与名义股东之间的代持关系向名义股东而非直接向公司主张投资权益。

那么对于已具备显名条件的实际出资人,能否向公司主张分红?《九民会议纪要》第28条提出,“实际出资人能够提供证据证明有限责任公司过半数的其他股东知道其实际出资的事实,且对其实际行使股东权利未曾提出异议的,对实际出资人提出的登记为公司股东的请求,人民法院依法予以支持”。在具备显然条件的情形下,实际出资人向公司主张确认股东资格及主张分红亦有相关案例。如沈阳市中院在(2019)辽01民终155号案件中确认了原告的股东资格,但同时认为“关于邵某某请求支付股权收益问题,该纠纷实为公司盈余分配纠纷。与本案确认股东资格纠纷并非同一法律关系,不应在一案中审理,邵东明可另行主张”。中山市第一中级法院在(2014)中一法坦民二初字第188号案件亦认为,“公司利润分配需经过公司股东会审议批准,故李某关于分红的诉讼请求,应在其成为公司显名股东后,通过股东会决议处理未果才能另行主张”。

5、股东(大)会形成分红决议后,公司能否不执行分红决议?

公司法司法解释四第14条规定股东可依据分红决议主张分红,同时也规定存在公司“无法执行决议”的可能性。因此,值得探讨公司不执行分红决议的正当理由有哪些。

(1)公司能否以公司利润已作他用或利润实际已使用等理由抗辩?因分红决议一经作出,公司对股东即产生须按照决议支付分红款的具体债务。该债务属于公司的普通债务,不因公司资金情形发生变化而导致该项债务消灭。因此,该理由不能对抗股东的分红请求权。

(2)股东(大)会分红决议因效力问题可作为公司的正当抗辩理由?按照公司法第22条规定,对于决议内容违反法律、行政法规的,股东或公司均可主张无效,法院在处理分红纠纷案件时亦应主动审查是否有效。但需注意的是,对于可撤销的分红决议(即会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程),公司法仅规定股东可以主张撤销,而公司并非主张决议撤销的主体,故公司不能以此主张不执行分红决议。

(3)股东(大)会能否形成新的分红决议来否定原分红决议?按照权利转化理论,在分红决议形成时,公司与每个股东之间已形成独立的债务。因此,除非经全体股东一致决议通过对原分红决议进行调整。否则,不应改变原分红决议的内容。

6、股东主张分红的诉讼时效如何起算?

股东分红请求权属于债权请求权,且无类似有关出资义务请求权不适用诉讼时效的特别规定,故分红请求权需适用有关债权的诉讼时效。结合公司法司法解释五第4条,诉讼时效自分红决议载明分红时间的截止之日开始计算。分红决议没有载明时间的,以公司章程规定的分红截止时间起算。决议、章程中均未规定时间或者时间超过一年的,自分红决议作出之日起满一年内之日为起算点。对于“滥用股东权利导致公司不分配利润,给其他股东造成损失”情形下的分红请求权,应适用民法典第188条2款,即“自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算”。

三、股东分红权益保护——以小股东的视角

1、走出股东分红的认识误区

(1)公司财产不等同于股东的财产。公司是法律拟制主体,具有独立的主体资格,享有独立的法人财产权。股东

虽享有投资收益等权利,但股东的投入(出资)已转化为公司资本,公司经营产生的收益亦属于公司所有,所以“公司的财产就是股东的财产”系错误理解。即使一人公司,其公司财产与股东财产亦不能相混淆。如未能认识到公司财产的独立性,股东分红则容易“走样”,更甚则是股东直接分取公司收入,这显然有违法律规定。

(2)实际出资人(隐名股东)对公司无分红请求权。按照公司法的规定,分红权属于股东专属权利,实际出资人并非公司法意义上的股东。实际出资人在未依法显名前(即转化为公司股东前),其相关权益只能按照合同关系向名义股东主张。

(3)分红并非股东实现投资收益的唯一途径。股东投资以获取回报,天经地义,但回报方式不仅是分红,还可以通过股权回购、股权转让乃至公司上市后的股票交易等途径实现回报。后者回报方式中显然股权增值越大,回报收益高。而另一方面公司增值往往需要公司通过不断的资本投入才能实现,因此从股东投资利益最大化的角度,分红未必一定是股东实现收益的最佳选择。比如,苹果公司在乔布斯1995年重返后,连续17年未进行分红,直到2012年苹果公司才向股东每股派息2.65美元,而这17年里苹果公司市值翻了成百倍,且期间收购了NeXT、Siri等一大批知名公司。因此,公司将利润用于公司经营发展有其正当性,这也是法律尊重分红由公司自治决策的重要考量因素。

2、设置妥当的分红权条款

讨论如何设置分红权条款前,有必要厘清分红权条款的法律效果或者说其价值所在。首先需明确分红权条款不论规定得如何详尽,理论上仍属于抽象分红权范围,只是对抽象分红权的规则细化,仍不能等同于分红决议。分红决议与分红权条款的核心区别在于,法律赋予董事会、股东(大)会通过决议的方式实现权利的转化功能(即从抽象分红权转化为具体的分红请求权),决议的通过代表分红债权债务的产生。

因此,设置分红权条款的意义在于:其一,作为公司制定分红方案决议的依据,即公司在制定具体的分红方案时,需按照分红权条款规定的分红方式、分配比例等内容制定;其二,如分红决议内容违背了分红权条款内容,股东可以主张撤销分红决议;其三,未按分红权条款形成相应的分红决议或未执行分红决议时,由有关主体承担相应的责任。需说明的是,在公司章程中设置分红权条款与在股东协议文件中设置,法律效果上有所区别。因为股东协议系明确股东之间的权利义务关系,对公司、董事、监事、高级管理人员不具有约束力,因此不具有章程性功能。故不能以公司分红决议违反了股东协议中有关分红权条款之约定,主张撤销公司的分红决议。

本文认为从保护小股东权益的角度,设置妥当的分红权条款至少需考虑以下三方面:其一,分红权应设置在公司章程中,避免仅在股东性协议中设置;其二,分红权条款体现实体内容和程序性内容。实体内容周全,程序性内容完善;其三,设置违反分红权条款的相关责任,包括责任主任、责任数额等内容。根据公司法第152条规定,董事、高级管理人员违反公司章程的规定,损害股东利益的,股东亦可主张赔偿。故章程中设置相关责任有法可依。此外,作为小股东最后的救济通道,设置退出机制,并将违反分红权条款与触发退出机制(退出选择权)挂钩,不失为小股东权益的有效保护机制。

结语

告本文讨论有关股东分红话题,并不能详尽涵盖股东分红中以涉及的全部问题,文中提及的观点也仅供交流、探讨。回归主题,股东分红权无疑是股东的重要权利,但公司的利润是否分配、怎么分配以及何时分配,应属于公司的商业判断和自治范畴,司法不宜过于干涉,但以损害其他股东利益为目的的不分红例外。因此,股东在投资时需考虑投资目的系追求短线的分红利益还是长期的股权增值利益,以及股东应考虑如何在追过股东利益最大化与公司长远发展之间实现平衡和协调。



作者:熊海波
湖南弘一律师事务所合伙人、公司股权专业委员会主任委员

湖南师大民商法学硕士,主要业务领域包括股东退出、公司类纠纷、股权投资等法律业务,执业以来代理过大量与公司有关的纠纷案件,服务过多个股权投资项目及股东退出项目。



关于著作权人维权的法律分析

前言:随着在线教育的迅速发展,网课成为万千学子的“新宠”,与此同时,盗版网课问题也愈演愈烈,精心研发的课程在其他平台发现盗版,甚至被卖出白菜价!许多教育培训机构都深受其扰,那么作为权利人,遇到这种情况如何维权?

案例简介:湖南咕泡网络科技有限公司(以下简称湖南咕泡公司)依法独占享有《架构师内功心法》系列十部课程作品的信息网络传播权,该系列课程均采用直播课的方式,同步录制成课程视频。课程视频仅提供给购买了直播课程的学员在课后学习,且学员只能使用其单独的账号在加密播放器中才能观看。湖南咕泡公司经调查发现,某百货零售公司以17.8元的价格在拼多多平台上售卖该系列课程,其售卖行为未经湖南咕泡公司许可,严重侵犯了湖南咕泡公司的著作权。

我所知识产权专业委员会接受委托后,对某百货零售公司的侵权行为进行了调查取证,并代理湖南咕泡公司向岳麓区人民法院提起诉讼。经法院审理认为,湖南咕泡公司对案涉课程作品享有信息网络传播权,某百货零售公司未经许可,在拼多多上销售被控侵权作品,依法应当承担法律责任,据此判决某百货零售公司赔偿湖南咕泡公司经济损失。某百货零售公司不服一审判决向长沙中院提出上诉,近日,二审法院作出判决维持原判。

以上案例不仅给侵权人敲响了警钟,也提醒了著作权人遭遇侵权该如何应对。对著作权人来说,要想更好的维护自身权益,需注意五个要点:第一,要厘清常见在线课程作品种类;第二,要及时确认作品权属,留存相应权属证明;第三,要仔细界定侵权行为,找准相应侵权主体;第四,要全面收集侵权证据,做好证据保全;第五,要合理提出诉求和论证赔偿数额。接下来就以上五个方面进行分析:

一、厘清常见在线课程作品种类

就目前而言,在线教育课程主要存在两种形式:

一种是以在线直播的方式授课,即老师通过直播平台对学生进行线上授课。这类网课,老师虽会提前准备好相应课件、讲稿,但在授课时主要表现为即兴的、口头语言形式的表述,《中华人民共和国著作权法实施条例》第四条第二项规定:“口述作品,指即兴的演说、授课、法庭辩论等以口头语言创作、未以任何物质载体固定的作品”。这种情况下,课程通常作为“口述作品”加以保护。

另一种是拍摄或录制视频授课,即提前将老师授课内容录制成视频上传网络平台供学生观看学习,这种授课方式通常可作为录像制品或视听作品进行保护。录像制品,即客观机械的将教学过程录制下来,无其他拍摄技巧或手法,依据《中华人民共和国著作权法实施条例》第五条第三项的规定,录像制品,是指电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品以外的任何有伴音或者无伴音的连续相关形象、图像的录制品,因此这类课程通常作为录像制品进行维权。视听作品则涉及到拍摄技巧,包括机位变化、运镜以及后期内容调整剪辑等,拍摄视频加入了拍摄者构思和独特性的创造,应当认为涉案视频系拍摄者的独创性表达,属于视听作品。

二、著作权究竟属于谁?权属证明包括哪些,如何留存?

根据《著作权法》第十一条的规定,著作权属于作者,关于作者认定和权利归属,目前主要存在如下几种情形:

1.自然人作品,即作品属于创作作品的自然人,在线教育行业中,课程通常为授课老师创作,也就是说,原则上授课老师为课程作者,著作权属于授课老师。

2.法人作品,即由法人或者非法人组织主持,代表法人或者非法人组织意志创作,并由法人或者非法人组织承担责任的作品,法人或者非法人组织视为作者。大多情况下,教育机构会与授课老师签订合同约定其创作作品属于法人作品,约定著作权由教育机构享有,并进行著作权登记,从根本上获得作品的著作权。

3.职务作品,《著作权法》第十八条第一款规定:“公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品是职务作品……著作权由作者享有,但法人或者其他组织有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内,未经单位同意,作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。”这种情况下,著作权虽属于授课老师,但教育机构在两年内对作品享有优先使用权。

4.特殊职务作品,构成特殊职务作品需满足三个条件:一是自然人与作为单位的法人或非法人之间存在劳动合同关系,作品是为完成单位工作任务而创作的;二是作品主要是利用法人或者非法人组织的物质技术条件创作的;三是由法人或者非法人组织承担责任,包括工程设计图、产品设计图、地图、示意图、计算机软件等,特殊的职务作品的作者为自然人,法人或非法人组织享有的除署名权之外的著作权,创作特殊职务作品的自然人享有署名权,若符合以上情况,教育机构可享有除署名权以外的其他著作权。

5.合作作品,两人以上合作创作的作品,著作权由合作作者共同享有。这里存在不同观点,有观点认为,合作作品只能是自然人之间进行合作创作,也有人认为,创作合作作品的作者既可以是自然人,也可以是法人或非法人组织,或自然人与法人或非法人组织之间,法人或非法人组织之间也可合作,不应将合作作者的认定局限于自然人。本文更偏向于后者,也就是说,在线课程作品可以是老师和老师的合作作品,也可能是几个教育机构之间的合作作品,若为某老师和教育机构共同创作,亦有可能成为该老师和教育机构之间的合作作品,由他们共同享有其著作权。

6.委托作品,作者与他人签订委托合同所创作的作品,著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定,合同未作明确约定或者没有订立合同的,著作权属于受托人。教育机构可与他人建立委托关系,不同于聘任关系,委托他人研发创作课程,应在委托合同中约定权属,否则,课程著作权属于受委托方。

7.依约定享有著作权,事先通过签订合同等方式对作品著作权归属进行确认,在线教育行业中,机构通常聘请老师进行讲课,因此,机构与讲课老师之间要注意约定著作权归属。

另外,权利人维权最基础的是要证明自己享有该作品的著作权,搞清楚权利归属之后,要注意留存权属证明,首先,教育机构与授课老师之间要注意签订聘任合同、创作委托协议、著作权声明等对著作权进行约定,以防后续产生纠纷,其次,作品创作过程中,注意留存作品原件、底稿、课件、授课记录,也可加入著作权人特有的相应标志,如品牌水印、官网链接、平台微信二维码,亦或是授课老师开场进行的相关介绍等,最后,作品创作完成之后,应及时对作品进行版权登记。

三、侵权行为花样百出,找准责任主体很重要,生活中常见的侵权行为主要有以下几种:

1. 通过在各电商平台、社交平台进行销售,往往出现几种情况,一是在电商平台完成付款交易,卖家直接在电商平台客服聊天页面发送盗版资源,也就是本文案例中的情况,此时侵权主体很明显,即店铺经营者主体;另一种是卖家在电商平台开设了店铺,但不支持在电商平台完成交易,而是要求添加其微信或其他社交帐号,通过微信收款,而后发送盗版资源,这种情况下,由于微信主体确认较为困难,因此一般也选择向平台披露店铺主体;还有一种情况,卖家没有开设店铺,而是直接在社交平台发布相关信息,吸引他人前来添加好友,直接在社交平台完成交易,这种不涉及电商店铺,那么微信等社交帐号主体即为侵权主体,需按照相关规定调查其帐号信息。

2. 通过在各社交平台如哔哩哔哩、小红书等直接分享侵权课程,部分侵权者直接将盗版资源上传至社交平台,免费供人观看或下载,这种情况,亦构成对该作品著作权的侵犯,侵权主体即该社交帐号主体。

3. 通过开设网站上传侵权课程,以收取会员费或直接销售课程的方式营利,这类案件,最简单直观的情况就是网站备案主体、侵权课程上传者、收款方等都清晰明了,如果这些主体一致,则其为侵权主体;复杂的,涉及多方分工合作侵犯他人著作权,即网站运营主体和收款方、课程上传者不一致的情况,各方之间若具有意思联络,则构成共同侵权,应共同承担侵权责任,但在实际案件中,许多网站并没有依法进行备案,也就是俗称的“黑网站”,这种情

况下,通常找到收款主体,以其为被告,若收款方能提供相应合作网站运营主体,再追加被告。部分案件中,网站运营主体称课程并非其上传,而系他人上传,在此情形下,应由其承担举证责任,提交上传者身份信息。

四、及时搜集和固定侵权证据

线上销售盗版课程,侵权商品极易下架,证据随时可能灭失,因此及时取证固证尤为重要。通常可通过公证或者时间戳电子取证的方式对侵权行为进行固证,将销售盗版课程的店铺及商品通过录制视频和截图等方式保存,即便日后侵权商品下架,也不影响维权。

五、赔偿数额的论证

《中华人民共和国著作权法》第五十四条规定:“侵犯著作权或者与著作权有关的权利的,侵权人应当按照权利人因此受到的实际损失或者侵权人的违法所得给予赔偿;权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算的,可以参照该权利使用费给予赔偿。对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿。”

权利人的实际损失、侵权人的违法所得、权利使用费难以计算的,由人民法院根据侵权行为的情节,判决给予五百元以上五百万元以下的赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。人民法院为确定赔偿数额,在权利人已经尽了必要举证责任,而与侵权行为相关的账簿、资料等主要由侵权人掌握的,可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料等;侵权人不提供,或者提供虚假的账簿、资料等的,人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据确定赔偿数额”。售卖盗版课程侵权案件中,权利人往往难以证明其实际损失,即使能证明销售额下降,也难以证明其与具体侵权行为的因果关系。实务中,法院也通常综合考虑作品类型、时长、数量、商业价值以及侵权行为性质、情节等进行认定,因此,权利人可重点对机构或作品知名度、原课程价值、侵权时间、被告主观恶意等方面加以阐述。



作者:黎慧
湖南弘一律师事务所知识产权专业委员会执业律师

专攻于著作权、商标权等知识产权领域法律服务,已办理数百起知识产权案件,具有丰富的诉讼经验。



集团内部的资金归集管理, 是否应当视同销售 计提利息收入?

引言: 实践中, 对于集团内部资金归集管理, 主要是出于两方面考虑, 一方面是为了提高资金的使用效率, 更好地为公司创造财富; 另一方面是通过对资金的归集管理加强对于集团内部主体的管控力度。据本律师了解, 目前市场上对于集团或关联主体内部资金进行归集管理的情形比较常见, 如对资金使用需求高的房地产集团、对加盟主体管理要求高的品牌连锁公司则属于典型例子。财税[2019]20号文规定“对企业集团内单位(含企业集团)之间的资金无偿借贷行为, 免征增值税”, 集团内部的资金归集管理现阶段免征增值税已形成共识, 因此, 本文主要集中于该行为在企业所得税层面的分析。

一、集团内部的资金归集管理定性: 借款、分红、资金管理行为?

集团内部的资金归集管理在法律定性上, 本律师认为可大致分为借款、分红、资金管理3种。如认定为“分红”, 需要履行相应的法定分红程序, 当股东属于自然人时, 还应当代扣代缴分红的个人所得税; 如认定为“资金管理”, 则资金管理不属于交易行为, 无须就该资金管理行为缴纳企业所得税。税务实践中, 税务机关对于集团内部的资金归集管理往往更倾向以“视同销售”认定为资金归集行为属于“借款行为”。

二、《企业所得税法》及相关法律规定对于“视同销售”的规定

《企业所得税法实施条例》第25条规定, 企业发生非货币性资产交换, 以及将货物、财产、劳务用于捐赠、偿债、赞助、集资、广告、样品、职工福利或者利润分配等用途的, 应当视同销售货物、转让财产或者提供劳务, 但国务院财政、税务主管部门另有规定的除外。上述法条明确列举了企业所得税中视同销售的情形, 而仔细分析, 上述情形并不包括集团内部资金归集管理, 甚至也不包括无息借款。

《国家税务总局关于企业处置资产所得税处理问题的通知》第一条规定, 企业发生下列情形的处置资产, 除将资产转移至境外以外, 由于资产所有权属在形式和实质上均不发生改变, 可作为内部处置资产, 不视同销售确认收入, 相关资产的计税基础延续计算: (一) 将资产用于生产、制造、加工另一产品; (二) 改变资产形状、结构或性能; (三) 改变资产用途; (四) 将资产在总机构及其分支机构之间转移; (五) 上述两种或两种以上情形的混合; (六) 其他不改变资产所有权属的用途。上述规定, 则从反面明确“不改变资产所有权属”的情形不应当“视同销售”。

因此, 结合现有《企业所得税法》及相关法律法规的规定, 企业所得税中的“视同销售”情形, 均有明确规定, 但并未将集团内部资金归集管理列为“视同销售”的法定情形。

三、现有税收政策, 对于公司主体之间借款的规定

根据现有税收政策, 对于公司主体之间借款的规定, 主要集中于“资本弱化”情形, 更多地关注关联主体间的债资比及交易的独立性。如《财政部 国家税务总局关于企业关联方利息支出税前扣除标准有关税收政策问题的通知》第一条约定, 金融企业关联债资比为5:1; 其他企业关联债资比为2:1, 超过上述债资比的利息支出, 不得在企业所得税税前扣除。

但上述文件第二条明确约定了例外情形, 即企业如果能够证明相关交易活动符合独立交易原则的; 或者该企业的实际税负不高于境内关联方的, 其实际支付给境内关联方的利息支出, 在计算应纳税所得额时准予扣除。因此, 税法关于关联主体之间利息支出, 主要是关注借款利息作为成本费用税前扣除标准, 对于利息收入调整并未予以涉及。

四、律师观点: 集团内部的资金归集管理, 在企业所得税层面不应当视同销售

本律师结合自身对于税法的理解及实务经验, 认为: 将集团内部的资金归集管理, 在企业所得税层面不应当视同销售。主要理由如下:

(1) 集团内部的资金归集管理, 不属于企业所得税法规定的“视同销售”的范围。

《企业所得税法实施条例》第25条规定: “企业发生非货币性资产交换, 以及将货物、财产、劳务用于捐赠、偿债、赞助、集资、广告、样品、职工福利或者利润分配等用途的, 应当视同销售货物、转让财产或者提供劳务, 但国务院财政、税务主管部门另有规定的除外。”通过上述规定可知, 集团内部的资金归集管理并不属于企业所得税法所规定的“视同销售”情形。根据税收法定原则, 对于企业所得税法未规定的情形, 不应当将“视同销售”情形任意扩大。

(2) 集团内部的资金归集管理, 未发生资产的权属转移, 不符合企业所得税法认定“视同销售”的原则。

不管是《企业所得税法实施条例》第25条, 还是《国家税务总局关于企业处置资产所得税处理问题的通知》, 在企业所得税层面, 认定“视同销售”的原则, 即“资产的权属发生转移”。企业资金属于流动资产, 集团内部的资金归集管理并未改变资产的权属。甚至在《国家税务总局关于企业处置资产所得税处理问题的通知》第一条明确规定“将资产在总机构及其分支机构之间转移”不属于视同销售情形。

(3) 从居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益免征企业所得税的角度, 不应当将集团内部的资金归集管理, 视同销售。

《企业所得税法》第26条明确规定“符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益”为免税收入, 《企业所得税法实施条例》第83条进一步明确上述免税收入为指“居民企业直接投资于其他居民企业取得的投资收益”。上述法条的立法本意是为了鼓励居民企业之间的资金流转, 通过该类投资收益资金流转以促进企业的扩大再生产, 活跃市场经济, 因此, 居民企业与其直接投资的其他居间企业之间的资金流转在企业所得税层面不应当被“视同销售”征收企业所得税, 如视同销售, 将与《企业所得税法》的立法本意相违背。上述观点亦可与财税[2019]20号文“对企业集团内单位(含企业集团)之间的资金无偿借贷行为, 免征增值税”的规定相互印证。

(4) 从税收调控经济运行的角度, 不应当将集团内部的资金归集管理, 视同销售。

调控经济运行是税收的重要功能之一, 如上所述, 《企业所得税法》明确规定, 居民企业之间的股息红利所得免征企业所得税的目的即在于促进居民企业之间的资金流转, 通过资金流转促进企业的扩大再生产, 以活跃市场经济, 促进市场经济发展, 这也与国家扩大内需的战略是高度一致的。集团内部资金归集管理的出发点即是提高资金的使用效率, 符合税收调控经济运行的功能。因此, 从税收调控经济运行功能的角度, 也不应当将集团内部的资金归集管理, 视同销售。

(5) 集团内部的资金归集管理行为并未直接或间接导致国家税收利益减少。

集团内部的资金归集管理, 从其本质而言, 属于企业对于资金的管理范畴。该资金的管理, 因为各方均不存在确认成本及收入, 并未导致关联企业的成本增加或收入减少, 未人为调节企业所得税应纳税所得额, 甚至未导致税收递延效应。因此, 在集团内部的资金归集管理这一行为未损害国家税收利益的前提下, 税务部门应当尊重企业对于资金的自主管理行为, 不得予以强行干预。

换一个角度, 因为集团内部资金归集管理行为, 导致资金使用效率提高, 企业收入增加, 反而增加了企业向国家所缴纳的税款。

(6) 从程序而言, 将集团内部的资金归集管理, 视同销售, 需要启动特别纳税调整程序。

据本律师在实务中所接触的案例,税务部门将集团内部的资金归集管理视同销售,一般会引用《企业所得税法》第47条作为依据。而依据《企业所得税法》第47条规定,对涉税事项进行的调整,该调整属于“特别纳税调整程序”当中的“一般反避税管理”,根据国税发[2009]2号第97条规定:“一般反避税调查及调整须层报国家税务总局批准”。从该程序规定可知,国家对于启动一般反避税调查是持极为谨慎克制态度的。因此,从程序启动角度而言,将集团内部的资金归集管理视同销售的,税务部门应当持谨慎克制态度。

结语

集团内部的资金归集管理,系企业对于资金的自主管理范畴,不属于《企业所得税法》关于视同销售的法定情形,未导致资金权属的转移,也未损害国家税收利益,相反通过集团内部的资金归集管理还可能增加企业向国家所缴纳的税款,因此,从税法规定、税收调控经济运行及启动特别纳税调整程序等方面而言,本律师认为“不应当将集团内部的资金归集管理视同销售”。



作者:周春
湖南弘一律师事务所财经税务专业委员会副主任委员

专注于公司法律风险的防控及处置,擅长将税务专业知识与法律服务相结合,从多维度为公司提供诉讼及非诉法律服务,先后担任多家政府、企事业单位的法律顾问,有着丰富的诉讼及非诉法律服务经验。



买卖虚拟数字货币的合法性分析和保护路径

引言:自2009年比特币诞生以来,以比特币、以太币和泰达币为代表的虚拟数字货币在国外的应用场景越来越广泛,这与我国逐步收紧的监管政策形成鲜明对比,但实际上国内的币圈的投资、交易活动仍然比较活跃,出现了大量的民事纠纷,各地法院司法判决的差异很大,其中最突出的原因在于混淆了交易客体虚拟数字货币本身的合法性和交易行为的合法性。本文将从虚拟数字货币本身的法律属性出发,通过实证性分析买卖虚拟数字货币是否受法律保护。

一、虚拟数字货币的概念

虚拟数字货币最早起源于2009年中本聪设计并诞生的比特币,它是首次依据特定算法,通过大量计算,产生在一定社区内广泛认同的一串数字,因它天然具备稀缺地性、可储存性和可转让性,很短时间内在全球范围内得到了快速流通、交易。2013年中国人民银行等五部委发布《关于防范比特币风险的通知》,其中谈到:“比特币不是由货币当局发行、不具有法偿性与强制性等货币属性,不是真正意义上的货币。从性质上看,比特币是一种特定的虚拟商品,不具有与货币等同的法律地位,不能且不应作为货币在市场上流通。”这是最早由国家权力机关对比特币的界定。笔者认为虚拟数字货币是指私人组织以区块链技术为支撑发行并在其生态服务范围内使用的网络虚拟资产,其具体稀有性、可储存性和可转让性特点,主要包括比特币、泰达币、以太币等。因此本文所讲的虚拟数字货币是有别于央行发行的数字人民币和市面上大量存在的空气币。

二、虚拟数字货币的是否为合法财产

我国目前尚未有法律中国人民银行等部委曾发布《关于防范比特币风险的通知》(2013年)、《关于防范代币发行融资风险的公告》(2017年)等文件,实质上否定了此类“虚拟货币”作为货币的法律地位,但上述规定并未对其作为商品的财产属性予以否认,我国法律、行政法规亦并未禁止比特币的“生产”、持有和合法流转。在法律行政法规没有明确规定的情况下,应当从现有监管政策的解释出发,在没有明确规定其为非法财产的情况下,应当充分私法意思自治,肯定其财产属性。《民法典》只是笼统的规定法律保护虚拟财产,但是对于虚拟财产属于法律保护的范畴大多通过司法判决的方式进行认定。吴清健、上海耀志网络科技有限公司、浙江淘宝网络有限公司网络侵权责任纠纷一案中,法院通过对财产的基本属性分析对比特币等虚拟数字货币是否具有财产属性进行了说理。财产作为权利客体,需具备价值性、稀缺性、可支配性。关于比特币是否具有财产属性,首先,从价值性上看,比特币通过“矿工”“挖矿”生成,既需要投入物质资本用于购置与维护具有相当算力的专用机器设备,支付机器运算损耗电力能源的相应对价,也需要耗费相当的时间成本,该过程及劳动产品的获得凝结了人类抽象的劳动力,同时比特币可以通过金钱作为对价转让、交易,并产生金钱上可计算的经济收益,并代表着持有者在现实生活中实际享有的对应财产,因此比特币具备财产的经济性或价值性,具有使用价值和交换价值;其次,从稀缺性看,比特币的总量恒定为2100万个,其供应受到限制,作为资源其获得具有一定难度,无法随意取得,故比特币具备财产的稀缺性;最后,从可支配性或排他性上看,比特币的持有者可以对比特币进行占有、使用并获得收益,比特币作为财产具有明确的边界、内容并可以被转让、分离,因此具备财产的排他性和可支配性;综上,比特币等“代币”或“虚拟货币”具备权利客体特征,符合虚拟财产的构成要件,虽然不具备货币的合法性,但应赋予其作为虚拟财产或商品的合法属性。综上,本院对于比特币作为虚拟财产、商品的属性及对应产生的财产权益予以肯定。我国《民法典》第一百二十七条规定:“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”从私法自治原则出发,虚拟货币既不是一些法院所认定的“不合法物”,也不属于法律明确规定的违禁品,虚拟货币是一种类似于网络虚拟财产或数据的新型财产性利

益,其应作为一种合法利益而受到法律保护。

三、司法实践中三种不同的立场

(1)肯定虚拟货币的财产属性,支持合同有效。该观点从解释论上分析,此前多部门发布的相关政策文件也都仅在于否定比特币等虚拟货币的“货币”属性,禁止其在金融领域被作为货币使用,但“并未否定上述虚拟货币可以作为一般法律意义上的财产受到法律的平等保护”。虚拟货币具有“价值性、稀缺性、可支配性”的特征,属于民法所保护的“虚拟财产”。湖北省武汉市江岸区人民法院(2020)鄂0102民初1574号案例、天津市河北区人民法院(2021)津0105民初2374号案例、北京市石景山区人民法院(2021)京0107民初3360号案例等都有相同的判决说理。

(2)违背公序良俗,合同无效。司法实践中很多这类判决并没有直接对虚拟数字货币本身是否属于民法保护的财产进行评价,仅仅片面引用2021年六部委《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》规定的“任何法人、非法人组织和自然人投资虚拟货币及相关衍生品,违背公序良俗的,相关民事法律行为无效,由此引发的损失由其自行承担”,直接认定所有的虚拟数字货币都违背公序良俗,全部认定为交易合同无效,因该合同取得的财产,应当予以返还;有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应责任。所在在此类的判决中对虚拟代币交易的效力持否定态度,认为合同无效,应当按照无效合同效力的相关规定处理。福建省安溪县人民法院(2022)闽0524民初6804号案例、北京市第三中级人民法院(2021)京03民终18277号案例等以上案例直接援引《通知》规定认定民事法律行为无效,而并未对如何违背公序良俗做进一步分析,

(3)不予立案,虚拟货币交易行为不受法律保护。这种观点则认为法律不对此类交易进行救济,从而在否定合同效力之后继而否定双方当事人的返还义务,其同时没有对数字货币本身是否属于民法保护的物进行评价,而是以虚拟代币交易行为属于非法债务而不受法律保护,直接不予受理,认为该交易行为造成的后果以及风险应由当事人自行承担,简而言之,法律拒绝对此类交易进行处理,而将其留给当事人“自治”。

四、虚拟数字货币交易保护可能路径

从司法实践来看,对于虚拟数字货币产生的民事纠纷中,各地司法实践和仲裁实践结果并不统一,其裁决的说理逻辑也存在较大的差异,有从民法角度肯定虚拟数字货币的财产属性的角度支持的交易合同的有效判决,有直接从交易本身违背公序良俗为由主张以虚拟货币为标的的民事法律行为无效,甚至以非法债务为由不予立案受理。这与上述部委联合发布的规章的对司法的影响有关,有的地区法院认为上述规章虽然效力层级低,但具有指导性,司法判决应当参照适用;有的地方法院认为上述规章并不能影响司法独立判断,包括但不限于对“物”、“财产属性”的认定,甚至包括“合同效力”的认定。虚拟数字货币“物”的属性和《民法典》127条法律对数据和虚拟财产保护的立法价值判断并未发生根本变化,我们应该坚持虚拟数字货币本身作为民法财产在没有涉及国家禁止的违法活动应予以保护,不能混淆“交易标”的合法性和交易行为的合法性。因此如果虚拟数字货币是正常的买卖交易,没有涉及非法金融交易或者涉及违法犯罪行为,虚拟数字货币应该作为公民合法财产受法律保护。当然,我们更应当清醒的认识到,在最高院等没有出台相关司法解释或者指导案例的情况下,很多法院仍然会选择否定态度,因此,在不得已的情况下,在诉讼策略选择时可以退一步选择适用了《民法典》第157条的规定,认定民事法律行为无效,从而平衡社会秩序与个人财产保护之间的冲突。



作者:杨勇
湖南弘一律师事务所数据与网络安全专业委员会主任委员

中国人民大学法律硕士,北京数字经济治理研究会理事,从事区块链政务数据共享、数据安全和客户大数据和人工智能产品商业运营超过8年。



浅论环境民事公益诉讼

一、环境民事公益诉讼之定义

所谓环境民事公益诉讼是由于自然人、法人或其他组织的违法行为或不作为,使环境公共利益遭受侵害或即将遭受侵害时,法律允许其他的法人、自然人或社会团体为维护公共利益而向人民法院提起的民事诉讼。

二、环境民事公益诉讼之特征

环境民事公益诉讼区别于“环境私益诉讼”,其与传统的民事诉讼相比具有以下特征:

1.不要求起诉主体与案件有直接利害关系

基于该类诉讼专门围绕环境这一社会公共利益,环境问题侵害的是“不确定多数人的利益”,法律赋予了与案件本身无直接利害关系的主体提起环境民事公益诉讼的资格。《民事诉讼法》第五十八条明确写明“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼”,可知根据该规定能够提起环境民事公益诉讼的主体包括了“法律规定的机关和有关组织”,该部分涵盖了公民、企事业单位、社会团体等主体。之所以赋予更多主体能够提起该类诉讼的资格,目的在于严厉规制损害环境公共利益的行为。

2.着力维护环境公共利益

设置该类诉讼的目的即为了维护环境公共利益,其与其他民事诉讼法益均不同,环境民事公益诉讼并非局限于某小部分人的民事利益,而是关注于许多不特定大多数人的利益,其所能达到的效果及影响都远超一般私益民事诉讼。

3.显著的预防性兼具补救功能

环境民事公益诉讼的提起并不要求起诉时一定存在损害后果,只需能根据有关情况合理推断出将有损害事实发生即可提起诉讼。此特征是基于生态环境一旦遭到破坏就难以恢复原状的特点产生,所以为了在有侵害后果发生之前,即采取有效行动,提起环境民事公益诉讼将是有效、及时保护环境利益的一大举措。

三、环境民事公益诉讼之法律规定精选

此前,因民事诉讼类案件多与个人或小部分团体的私益有关,且环境民事公益诉讼尚在发展初期,专门针对环境民事公益诉讼的规定少之甚少。但随着近年来,公众对环境问题的重视,相关法律规定已有增加之势。

1.《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(2015年1月7日起施行)

该解释就环境民事公益诉讼管辖、原告应提交的起诉材料、举证责任分担等内容进行了规定,为正确审理环境民事公益诉讼案件提供的办案指引。

2.《民事诉讼法》(2012年修正)

首次在法律中规定“法律规定的机关和有关组织”可以向人民法院提起诉讼,解决了环境民事公益诉讼“瓶颈性”问题——原告资格。

3.《最高人民法院关于生态环境侵权民事诉讼证据的若干规定》(2023年9月1日起施行)

该规定为保证人民法院正确认定案件事实,公正、及时审理生态环境侵权责任纠纷案件,保障和便利当事人依法行使诉讼权利,保护生态环境,特结合生态环境侵权民事案件审判经验和实际情况予以制定,其中就举证责任分配、保全措施采取条件、证据采纳要求等方面进行了规定。

四、典型案例

【最高人民法院第24批指导性案例第131号】

中华环保联合会与德州晶华集团振华有限公司环境污染责任纠纷一案(2015)德中环民初字第1号

大致案情:原告中华环保联合会诉称,被告振华公司原有三条浮法玻璃生产线,2#线、3#线因玻璃生产特殊工艺要求及冬季供暖,一直继续生产,振华公司虽已投入资金建设了两线脱硫除尘设施,但2#、3#线两个烟囱向大气长期超标外排放污染物,造成了严重的大气污染,被环境保护主管部门多次处罚后仍未整改,遂提起诉讼。

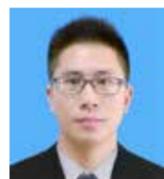
裁判要点:企业事业单位和其他生产经营者多次超过污染物排放标准或者重点污染物排放总量控制指标排放污染物,环境保护行政主管部门作出行政处罚后仍未改正,原告依据《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第一条规定的“具有损害社会公共利益重大风险的污染环境、破坏生态的行为”对其提起环境民事公益诉讼的,人民法院应予受理。

裁判结果:德州市中级人民法院于2016年7月20日作出(2015)德中环民初字第1号民事判决:一、被告德州晶华集团振华有限公司于本判决生效之日起30日内赔偿因超标排放污染物造成的损失2198.36万元,支付至德州市专项基金账户,用于德州市大气环境质量修复;二、被告德州晶华集团振华有限公司在省级以上媒体向社会公开赔礼道歉;三、被告德州晶华集团振华有限公司于本判决生效之日起10日内支付原告中华环保联合会所支出的评估费10万元。

五、结语

随着社会的高速发展,环境问题日益严重,如何治理与恢复原生环境已经成为民众十分关心的问题,提起环境民事公益诉讼已经逐步成为除行政处罚、责令停止等常规手段外,又一有力举措。

虽然生态环境民事公益诉讼制度的建立与完善尚需较长时间,但民众日益重视环境问题的热情、环保人士的坚持、司法工作人员的努力势必将推动我国该类诉讼制度的发展,相信未来诉讼手段将成为保护环境、督促各企业合法生产、绿色生产最有力的手段之一。



作者:郑亚斌
湖南弘一律师事务所合伙人,中共党员,环境资源法律服务专业委员会主任委员,武汉大学民商法硕士,湖南省应用法学会疑难案件研究中心特聘研究员。



涉外贸易合同审查要点和注意事项

引言:近年来随着我国国际商事纠纷显著增加,涉外贸易合同是当事人权利义务的依据,本文重点提示涉外贸易合同的审查要点和注意事项。

一、对交易对方主体审查

涉外贸易合同具有国际性。所谓国际性,可以有很多的标准,比如贸易双方拥有不同的国籍、贸易双方分处不同的营业地、货物跨越国境进行交易等。应首先对对方是否有权签署合同进行审查,包括但不限于对方的主体性质(如是否有资格作为独立责任主体签署合同等)、对方派出的代表是否已获得相应授权进行审查与提示。

注意事项:

1、应当关注交易对方的主体资格、资本资信等相关情况。不同的交易主体,它的定位及风险承担能力都存在很大的区别,应了解签约的主体的基本情况,包括注册地、资产、实际管理机构等信息,从而能够对对方承担的风险能力有一个初步的了解与分析。

2、国内常见的合同会将合同当事方称为“甲方”、“乙方”,英文合同中很少以“party A”、“party B”代称。为避免语义模糊或影响阅读,英文合同通常会以合同主体名称简写或具体的法律地位(如“Licensor”、“Licensee”)在合同正文指代合同当事方。

二、品质规格条款

货物的品质规格条款主要内容包括:品名,规格,牌号。它是涉外贸易合同中的重要条款。货物的品质规格是指货物所具有的外在质量与外观形态。在国际贸易中,商品的品质首先应符合合同的要求。如果卖方交付的货物品质与合同不符,买方有权拒收货物,并可以解除合同、要求损害赔偿。对于某些由国家制订了品质标准的货物,如食品、药品的进出口,其品质还必须符合有关国家的规定。涉外贸易合同中规定品质规格条款的方法有两种:凭样品及凭文字与图样的方法。

注意事项:

1、商品的品名必须准确、具体,切忌作空泛、笼统的规定,以免给履约造成麻烦。

2、商品的品名要统一,一种商品不能用几个名称,应尽可能使用国际上通用名称,若使用地方性名称,则需要双方就其含义取得共识。

3、注意选择合适的品名,以利于减低关税,节省运费。

4、约定品名要实事求是,切实反映商品的实际情况,凡做不到或不必要的描述性词句都不应列入条款,以免影响履约。

三、数量条款

涉外贸易合同中的数量是指用一定的度量衡来表示货物的重量、个数、长度、面积、容积等的量。数量条款的基本内容有:交货数量、计量单位、计量方法。制订数量条款时应注意明确计量单位和度量衡制度,注意订明数量的机动幅度(又称“溢短装条款”即more or less),以及溢短装的计价方法。在数量条款中,我国企业作为出口方时,应

当根据具体业务需要考虑是否在合同中加入溢短装条款,对于钢材、原油等大宗散货商品,则必须要规定相应的溢短装条款,如果未规定,则在采用信用证方式付款时,出口方很可能无法完成相符交单,因此很可能被银行拒付,进而遭受损失。

注意事项:

1、正确掌握成交数量

2、合理规定数量机动幅度条款

(1)数量机动幅度的大小要适当,应根据商品特性、行业或贸易习惯和运输方式等因素而定。

(2)机动幅度选择权的规定要合理。

(3)溢短装数量的计价方法要公平合理。

(4)数量溢短装的增减幅度要与金额的增减幅度同时使用。

3、数量条款的各项内容应订立得明确具体

签订数量条款时用词应明确具体,避免使用笼统含糊的字眼,如对计量单位的规定,以“吨”计量时,要订明是长吨、短吨还是公吨;如采用约量条款时,就应明确“约”或“近似”允许增减的百分比,而不要仅仅写“约”或“近似”。

四、包装条款

包装是指为了有效地保护货物的数量完整与品质完好,把货物装进适当的容器。包装条款的主要内容是:包装方式、规格、包装材料、费用和运输标志。货物包装应与合同规定相符。《联合国国际货物销售合同公约》第35条规定,卖方交付的货物必须与合同所规定的数量、质量和规格相符,并须按照合同所规定的方式装箱或包装。除双方当事人已另有协议外,应按同类货物通用的方式装箱或包装,如果没有此种通用方式,则按照足以保全和保护货物的方式装箱或包装,否则即为与合同不符。

注意事项:

1、重视运输包装,避免货物未到达目的地即发生浸湿、腐烂、发霉等质量问题。

2、明确约定包装条款,避免产生争议。

3、审查包装知识产权情况。

4、货物包装要符合目的国的法律、政策或风俗。

五、价格、装运、保险条款

涉外贸易合同大都采用FOB、CIF和CFR价格术语,故保险责任、投保别与费用的分担由当事人选用的贸易术语即可决定。

注意事项:

1、在使用贸易术语时,应当注意贸易术语与运费以及保险费的对应,比如价格条款使用CIF时,运费条款应当为freight prepaid,而价格条款为FOB,运费条款则应当为freight collect。同时,而CIF价格条款变更为CFR或FOB时,合同中不应当要求卖方购买保险,同时信用证卖方提交的单据中也应当删除保险单。

2、我国企业在进口时,应尽量选择F组贸易术语,在出口时,应尽量选择C组贸易术语。无论进口还是出口,均由我方自行租船订舱,购买保险,这样可以由我方企业掌握货物,与船公司沟通,可以在最大程度上降低商业风险。

六、支付条款

国际货物买卖中的支付是指用什么手段,在什么时间、地点,用什么方式支付货款及其从属费用。该条款应包括:支付手段、付款方式以及支付时间与地点。支付手段,目前有两种:货币与票据。支付方式主要有两类:一类是非

银行信用付款方式,如直接付款与托收。另一类是银行信用付款方式,如信用证。

注意事项:

国际贸易中,信用证(L/C)结算是最为广泛也是相对安全的结算方式,信用证结算为现代国际社会对外贸易广为接受。具体做法是,进口国的开证银行,根据进口商要求开证,授权出口商按照信用证规定的条款,签发以该行做为付款人的汇票,并保证在收到符合信用证条款规定的汇票和单据时,该行必定付款或者承兑的保证文件。

七、检验条款

货物检验指由货物(或称商品)检验机关对进出口货物的品质、数量、重量、包装、标记、产地、残损等进行查验分析与公证鉴定,并出具检验证明。在涉外贸易合同中,有关进出口商品检验的条款是十分重要的,它关系到贸易的成败和经济得失。出口商品能否顺利地交货履约,进口商品能否保证符合订货的质量要求,因此,双方在当事人在合同中应当尽量约定商品检验条款。

注意事项:

1、在合同签订阶段,双方在合同中明确约定检验标准、检验机构、检验地点,最好还能在合同中明确约定检验期限和质量异议期。

2、在合同中约定权威的质量检验机构。

3、检验条款的订立要注意科学性、准确性和严密性,要尽量写的详细、明确,便于执行,比如外文商品的名称要准确等。

4、对于凭样品交货的合同,一定要注意对样品的选择,而且应该做好样品的封存工作。

5、接收货物后,应当在检验期内及时对货物数量、质量进行仔细检验,一旦发现不符合合同约定的情形,应当按约定方式及时有效的通知对方,并提出限期处理的要求。

八、不可抗力条款

不可抗力(Force majeure, Act of God)是指合同订立以后发生的、当事人订立合同时不能预见、不能避免、不可控制的意外事件,导致不能履约或不能如期履约的情形。遭受不可抗力一方可由此免除责任,而对方无权要求赔偿。

例如:Neither Party shall be in breach of this Agreement or liable to the other for any delay or failure of compliance with its obligations due to any event which is beyond its reasonable control including, without limitation any, act of god, epidemic, strike, breakdown of machinery, delay in delivery of materials by other parties, fire, flood, hurricane, tornado, earthquake, war, act of terrorism, embargo, riot, or an unforeseeable intervention of any government authority provided that the Party suffering such event notifies the other Party of it as soon as reasonably practicable after it occurs and that any such event shall not relieve the Licensee from its obligations to pay any amounts due and owing to Company in accordance with the terms of this Agreement.

若构成不可抗力,遭受不可抗力的一方可免除其部分或全部责任;若不可抗力致使合同目的不能实现的,则可以解除合同;但相关法律法规和相关合同条款也会规定遭受到不可抗力的一方应当积极向合同相对方履行通知义务,并留存相应证明。

因此,现阶段各企业为了减少或避免损失,当务之急应采取如下措施:

1、结合企业实际情况,初步评估是否已严重影响合同的正常履行以及合同目的的实现。

2、根据初步评估,结合相关合同的不可抗力条款的规定起草与合同相对方的“不可抗力沟通函”。

3、收集准备不可抗力事实相关的证据,包括但不限于向中国国际贸易促进委员会等机构申请不可抗力事实的证明文件等。

4、在今后的合同起草与谈判中,尤其是跨境交易合同中设置完善的有针对性的不可抗力条款,以确保在此类事件发生时予以免责、减少损失的可能性。

九、争议解决条款

合同纠纷双方可以选择约定诉至法院,也可以选择约定仲裁解决。考虑到不同国家具有不同的国情,司法状况也有所差异,外方拒绝约定中国国内具体法院管辖时,双方可以协商仲裁解决纠纷。涉外贸易主体双方未对此予以明确规定,出现纠纷后,中方企业要花费巨额的代价出国维权,或者直接认栽。因此,在合同中应当予以明确。

注意事项:

1、选择争议解决的方式

在涉外商事活动中,选择以仲裁的方式解决争议,是绝大多数出海企业的选择。选择仲裁并不是盲目的,国际商事仲裁的优点,确实为缔约方灵活、快速解决争议提供了方便。

(1)尊重意思自治原则:双方可以约定选择仲裁员人选、仲裁庭人数、仲裁语言、仲裁听证的地点等。

(2)保密性高:不同于法院公告网的查询系统,仲裁的提起和审理,是在保密状态下进行的,这对保护公司保密信息、降低案件给业务市场带来的影响,有很大帮助。

(3)快速和经济:相对于跨境诉讼而言,仲裁程序一般是更为快速和经济的。

(4)国际可执行性:我国法院的生效判决在国外执行或者国外法院的生效判决在我国执行目前均存在大量障碍,我国目前承认和执行外国判决的案例也屈指可数。而我国1987年4月22日加入的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(又称《纽约公约》)已有172个成员国加入,这为承认和执行外国仲裁裁决提供了保证和便利。

2、目前,国际通用的合同纠纷解决方式是国际仲裁,但当事人在确定争议条款时,无论选择诉讼或仲裁,只能选择其一,但不管怎么选,合同中绝不能出现既由法院管辖又由仲裁机构裁决,或者由法院管辖或仲裁机构仲裁的条款。仲裁条款应做到具体明确。约定仲裁机构裁决的,应提交仲裁条款或协议。仲裁条款应包括:仲裁机构、仲裁地、仲裁规则、适用的法律、仲裁语言、仲裁庭的组成等内容。

3、选择国际仲裁机构应围绕以下六个方面重点考虑:一是仲裁地点是否方便,二是与仲裁员的沟通是否方便,三是仲裁的规则和流程你是否熟悉,四是仲裁机构的公正性、可期待度及依赖度如何?五是仲裁的费用能否承受?六是是否有利于保全和裁决的可执行等。合同当事人可以选择自己国家的仲裁机构,也可以选择对方国家的仲裁机构或第三方国家的仲裁机构,但无论怎么选,都应以维护自身利益最大化为原则。

以香港国际仲裁中心(HKIAC)公布的仲裁示范条款为例,我们常见的仲裁条款如下:

Any dispute, controversy, difference or claim arising out of or relating to this contract, including the existence, validity, interpretation, performance, breach or termination thereof or any dispute regarding non-contractual obligations arising out of or relating to it shall be referred to and finally resolved by arbitration administered by the Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC) under the HKIAC Administered Arbitration Rules in force when the Notice of Arbitration is submitted.

十、法律适用条款

涉外贸易合同是在营业地分处不同国家的当事人之间订立的。由于各国政治、经济、法律制度不同,这样就产生了法律冲突与法律适用问题,因而当事人应在合同中明确规定解决合同争议的法律适用条款或法律选择条款。准据法是判断合同相关问题的标尺或准绳,只有在签约时充分掌握或了解合同适用的法律,才能规避相应法律风险。涉外合同纠纷,适用哪个国家法律对合同各方的影响非常大。针对同一法律关系,当事人应选择明确且唯一的适用法。

注意事项:

实践中,确定涉外贸易合同准据法的方法有如下几种:

1、当事人意思自治协议选择准据法。

2、适用最密切联系原则来确定合同的准据法。

3、国内法的强制性规定为准据法。

4、依据国家之间的双边条约或多边国际条约确定准据法。

十一、确定解决纠纷所适用的语言

英语为目前世界通用的语言,因此多数情况下,外商倾向于签订英文(或其他外文)合同,或者中英文版本的合同,这就要求我国的进出口企业在签订或者审查合同时应当同时审查中文版本与英文(或其他外文)合同版本,并注意中英文翻译是否完全一致且不会发生歧义。一般中国客户倾向于使用中英文双语的合同,但双方还需在合同中确定以哪种语言为准。

例如:This contract is in Chinese and English languages. If the Chinese version is in conflict with the English version, the Chinese version shall prevail.

注意事项:

建议外贸企业在签订贸易合同时明确合同条款以中文版本为准,外文版本仅供参考。如果外商坚持以外文版本为主,则我国企业必须对认真核对外文版本,并且适时与外方进行沟通,以落实相关条款的确切内涵,以免因对合同文本理解不同而产生争议。

十二、注重对合同附件等文件的审查

在合同审查过程中容易发生重主合同、轻合同附件的情况,极易造成合同附件条款加重一方责任的法律风险。比如,某些境外厂商通过合同附件的形式约定“合同条款与附件内容相冲突以附件内容为准”或通过附件条款细化、补充主合同的内容,影响交易对方的利益。

注意事项:

在关注主体合同内容审查的同时,律师还应当关注对合同附件的审查,防止合同相对方利用合同附件条款加重另一方的法律责任。比如,某些境外厂商通过合同附件的形式约定“合同条款与附件内容相冲突以附件内容为准”或通过附件条款细化、补充主合同的内容,影响交易对方的利益。



作者:梁琦
湖南弘一律师事务所涉外法律专业委员会主任委员

湖南师范大学法律硕士,2014年开始执业,专注于民商事案件、涉外案件,被评为“湖南省涉外法律服务律师人才培养对象”,“首届长沙市涉外律师行业领军人才培养对象”。



司法拍卖取得房产存在手续瑕疵的救济路径

案情概述

李某向某金融机构申请贷款并提供了名下房屋作抵押担保,后因李某未按时归还贷款,该金融机构依法向法院提起诉讼并取得生效判决。因李某未依照生效文书履行还款义务,该金融机构依法申请强制执行。执行过程中,法院依法对李某提供的抵押房产进行整体拍卖,案外人刘某以最高价竞得该房屋后,按时缴纳完全部款项。在办理房屋过户手续过程中,不动产中心表示因该房产存在瑕疵(超容积违建,未办理消防验收等),需补正瑕疵后才可办理过户登记手续。

律师解读

目前,通过网络拍卖平台处置财产已经成为了人民法院处置执行财产的主要方式,越来越多的债务人财产也通过这种方式进入市场实现有效流通。以司法拍卖方式取得的房产,若拍卖房产存在瑕疵,而导致后续无法办理产权证书的,但法院拍卖公告未尽详实披露的,当事人可选择何种途径进行救济?笔者结合承办的相关案件,认为当事人可以选择通过自力救济和他力救济两种方式维护自身的合法权益。

自力救济。指的是当事人对拍卖结果予以认可,采取补办相关手续、拆除相关建筑,消除房产上存在的瑕疵后补办房屋权属证书。具体实践中,如存在超容积违建情况,未进行结构安全和消防安全鉴定的,需补交土地出让金的,当事人可就涉案房产咨询当地自然资源和规划局和不动产登记中心,详细了解超容积违建房屋法律规定需满足何种条件能够补办相关手续取得合法的权属登记证书,向相关房地产专业评估机构了解办理结构安全和消防安全鉴定的费用、补交土地出让金的标准、违建处罚的依据和标准、拆除相关建筑需注意事项等情况,完成整改后办理产权证书。

他力救济。指的是当事人对拍卖结果不予认可的,可通过申请执行异议请求人民法院撤销拍卖。但撤销请求能否得到法院支持,实践中存在两种观点:

一种观点认为,如拍卖公告对拍卖标的的信息有重大瑕疵,影响拍卖目的实现的,可以撤销拍卖。根据《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第六条的规定,人民法院在进行网络司法拍卖时应查明拍卖房屋的现状、权利负担等情形,并在其制作和发布的拍卖公告上予以说明。执行实施部门应当将对拍卖标的物已知的情况尽可能的在对标的物的描述中予以披露,特殊标的物存在过户上的瑕疵应当在拍卖公告中予以明确的告知,只有在明确的告知瑕疵的情况下,其对责任承担免除的声明才是合法有效的。否则,依据该规定第三十一条第(一)项的规定,由于拍卖财产的文字说明、视频或者照片展示以及瑕疵说明严重失实,致使买受人产生重大误解,购买目的无法实现的,当事人、利害关系人提出异议请求撤销网络司法拍卖,人民法院应当予以支持。司法实践中,有部分法院裁判文书认为如拍卖公告未明确披露已知瑕疵(如超容积违建,未竣工验收、消防验收等)的,应当视为拍卖标的存在重大瑕疵,影响拍卖目的实现,从而可以撤销拍卖。

另一种观点认为,如拍卖公告虽未明确提示房产的手续瑕疵,但如果已经提醒竞买人自行去确认是否能办理过户登记手续的,该等情形下,不能撤销拍卖。《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第六条虽规定人民法院在进行网络司法拍卖时应查明拍卖房屋的现状、权利负担等情形,并在其制作和发布的拍卖公告上予以说明。但该规定并没有对拍卖标的物应当披露哪些内容(例如产权、型号、四至、瑕疵等信息)作出明确的规定。实务中,如果法院在拍卖公告中对拍卖标的物可能存在的瑕疵作出提示,并有请竞买人亲临展示现场,实地了

解,慎重决定竞买行为之类说明的,当竞买人一旦作出竞买决定,即表明已完全了解,并接受标的物的现状和一切已知及未知的瑕疵。那么,当拍卖公告与实物存在不一致的情况下,因法院已尽到瑕疵及责任承担的说明,不构成撤销拍卖的事由。

网络司法拍卖是一种由人民法院实施的具有公法性质的司法行为,其作为法定资产处置程序,在于通过公开竞价的方式,在保证公平、不损害当事人利益的情况下,最大程度实现标的物的客观、真实价值。司法实务中,对于拍卖行为影响公平、公开竞价,损害债权人、竞买人及其他利害关系人利益,或无法反映拍卖标的客观、真实价值的情况,法院通常会撤销拍卖程序;对不致造成上述后果的轻微瑕疵,为维护交易的稳定性,法院则倾向于维持拍卖效力。

相关法律规定

《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》

第六条 实施网络司法拍卖的,人民法院应当履行下列职责:

- (一)制作、发布拍卖公告;
- (二)查明拍卖财产现状、权利负担等内容,并予以说明;
- (三)确定拍卖保留价、保证金的数额、税费负担等;
- (四)确定保证金、拍卖款项等支付方式;
- (五)通知当事人和优先购买权人;
- (六)制作拍卖成交裁定;
- (七)办理财产交付和出具财产权证照转移协助执行通知书;
- (八)开设网络司法拍卖专用账户;
- (九)其他依法由人民法院履行的职责。

第十二条 网络司法拍卖应当先期公告,拍卖公告除通过法定途径发布外,还应同时在网络司法拍卖平台发布。拍卖动产的,应当在拍卖十五日前公告;拍卖不动产或者其他财产权的,应当在拍卖三十日前公告。

拍卖公告应当包括拍卖财产、价格、保证金、竞买人条件、拍卖财产已知瑕疵、相关权利义务、法律责任、拍卖时间、网络平台和拍卖法院等信息。

第十四条 实施网络司法拍卖的,人民法院应当在拍卖公告发布当日通过网络司法拍卖平台对下列事项予以特别提示:

- (一)竞买人应当具备完全民事行为能力,法律、行政法规和司法解释对买受人资格或者条件有特殊规定的,竞买人应当具备规定的资格或者条件;
- (二)委托他人代为竞买的,应当在竞价程序开始前经人民法院确认,并通知网络服务提供者;
- (三)拍卖财产已知瑕疵和权利负担;
- (四)拍卖财产以实物现状为准,竞买人可以申请实地看样;
- (五)竞买人决定参与竞买的,视为对拍卖财产完全了解,并接受拍卖财产一切已知和未知瑕疵;
- (六)载明买受人真实身份的拍卖成交确认书在网络司法拍卖平台上公示;
- (七)买受人悔拍后保证金不予退还。

第三十一条 当事人、利害关系人提出异议请求撤销网络司法拍卖,符合下列情形之一的,人民法院应当支持:

- (一)由于拍卖财产的文字说明、视频或者照片展示以及瑕疵说明严重失实,致使买受人产生重大误解,购买目的无法实现的,但拍卖时的技术水平不能发现或者已经就相关瑕疵以及责任承担予以公示说明的除外;

(二)由于系统故障、病毒入侵、黑客攻击、数据错误等原因致使拍卖结果错误,严重损害当事人或者其他竞买人利益的;

(三)竞买人之间,竞买人与网络司法拍卖服务提供者之间恶意串通,损害当事人或者其他竞买人利益的;

(四)买受人不具备法律、行政法规和司法解释规定的竞买资格的;

(五)违法限制竞买人参加竞买或者对享有同等权利的竞买人规定不同竞买条件的;

(六)其他严重违反网络司法拍卖程序且损害当事人或者竞买人利益的情形。

《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》

第二十一条 当事人、利害关系人提出异议请求撤销拍卖,符合下列情形之一的,人民法院应予支持:

(一)竞买人之间、竞买人与拍卖机构之间恶意串通,损害当事人或者其他竞买人利益的;

(二)买受人不具备法律规定的竞买资格的;

(三)违法限制竞买人参加竞买或者对不同的竞买人规定不同竞买条件的;

(四)未按照法律、司法解释的规定对拍卖标的物进行公告的;

(五)其他严重违反拍卖程序且损害当事人或者竞买人利益的情形。

当事人、利害关系人请求撤销变卖的,参照前款规定处理。

《最高人民法院关于转发住房和城乡建设部〈关于无证房产依据协助执行文书办理产权登记有关问题的函〉的通知》

一、各级人民法院在执行程序中,既要依法履行强制执行职责,又要尊重房屋登记机构依法享有的行政权力;既要保证执行工作的顺利开展,也要防止“违法建筑”等不符合法律、行政法规规定的房屋通过协助执行行为合法化。

二、执行程序中处置未办理初始登记的房屋时,具备初始登记条件的,执行法院处置后可以依法向房屋登记机构发出《协助执行通知书》;暂时不具备初始登记条件的,执行法院处置后可以向房屋登记机构发出《协助执行通知书》,并载明待房屋买受人或承受人完善相关手续具备初始登记条件后,由房屋登记机构按照《协助执行通知书》予以登记;不具备初始登记条件的,原则上进行“现状处置”,即处置前披露房屋不具备初始登记条件的现状,买受人或承受人按照房屋的权利现状取得房屋,后续的产权登记事项由买受人或承受人自行负责。



作者:郭育好
湖南弘一律师事务所金融保险专业委员会副主任委员

执业期间致力于金融、不良资产等诉讼催收案件的专业办理,从事银行类诉讼催收案件时间长达14年,拥有扎实的法学功底,细腻的办案风格,缜密的法律逻辑,有着突出的业务能力、语言表达能力和法庭应变能力,始终以维护当事人合法权益为己任。



外国仲裁裁决在中国的承认与执行

引言:随着中国企业“走出去”以及“一带一路”建设的深入推进,我国对外经济交往日益频繁,国际商事主体之间的经济纠纷也显著增加。近年来,国际商事仲裁以便捷、灵活、高效、保密及裁决执行具有国际性等方面的优势与特点受到了中外当事人的广泛关注和青睐,成为了我国多元化纠纷解决机制和社会治理体系的重要组成部分。为了便于大家更好地了解我国司法实践中对外国仲裁裁决的承认与执行情况,本文将对外国仲裁裁决在中国的承认与执行相关内容进行解析。

一、什么是涉外仲裁

根据我国《仲裁法》第65条的规定,涉外仲裁指的是涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷的仲裁。相较于一般的国内仲裁,涉外仲裁由于具备了涉外因素而适用特殊规定。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(以下简称“涉外民事关系法律适用法司法解释一”)第1条:“民事关系具有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事关系:(一)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;(二)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;(三)标的物在中华人民共和国领域外;(四)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外;(五)可以认定为涉外民事关系的其他情形。”

二、外国仲裁裁决在中国的承认与执行的主要法律依据

(一)《民事诉讼法》

《民事诉讼法》第290条规定:“国外仲裁机构的裁决,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请,人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。”

(二)《纽约公约》

《纽约公约》于1958年在纽约通过,被广泛认可为当前国际上最受欢迎且执行情况最佳的公约之一,《纽约公约》涵盖了绝大部分世界经济体,它为处理外国仲裁裁决及其条款在缔约国之间的承认和执行问题提供了指导。我国于1987年正式加入《纽约公约》成为该公约的缔约国,该公约也是我国承认和执行外国仲裁裁决时最常使用的国际公约。

《纽约公约》第一条第1款 仲裁裁决,因自然人或法人间之争议而产生且在声请承认及执行地所在国以外之国家领土内作成者,其承认及执行适用本公约。本公约对于仲裁裁决经声请承认及执行地所在国认为非内国裁决者,亦适用之。

由于《纽约公约》的缔约国多达170个,实践中大部分情况下当事人可依《纽约公约》向我国法院申请外国仲裁裁决的承认与执行;在没有国际条约或《纽约公约》之外的外国仲裁裁决需要在中国法院承认和执行的条件下,法院可根据互惠原则审查办理。

三、不予承认及执行的情形

(1)是否存在有效的仲裁协议:双方当事人是否具备完全行为能力;仲裁协议依当事人约定是否存在无效情

形;若双方当事人没有约定准据法,仲裁协议依照裁决地所在国法律是否属于无效。

(2)是否于仲裁程序中未适当通知而没有给当事人充分陈述意见的机会:被申请人承认与执行的当事人是否收到关于指定仲裁员和进行仲裁程序的适当通知,是否因不属于该当事人的情况,致使其未能参加案件程序。

(3)是否构成超裁:裁决所处理的纠纷是否属于约定的仲裁范围,或者裁决内容是否超出仲裁范围;若裁决的部分内容超出仲裁范围,对超出仲裁范围的仲裁事项将不予承认和执行。

(4)仲裁程序是否违反仲裁规则和仲裁地法律:仲裁机构的组成或者仲裁程序是否与当事人的约定不符;或者在无约定的情况下,是否与仲裁地所在国法律不符。

(5)仲裁裁决是否具有终局性:仲裁裁决是否未发生效力;仲裁裁决是否经裁决地所在国或裁决所依据准据法国家的主管机关撤销或停止执行。

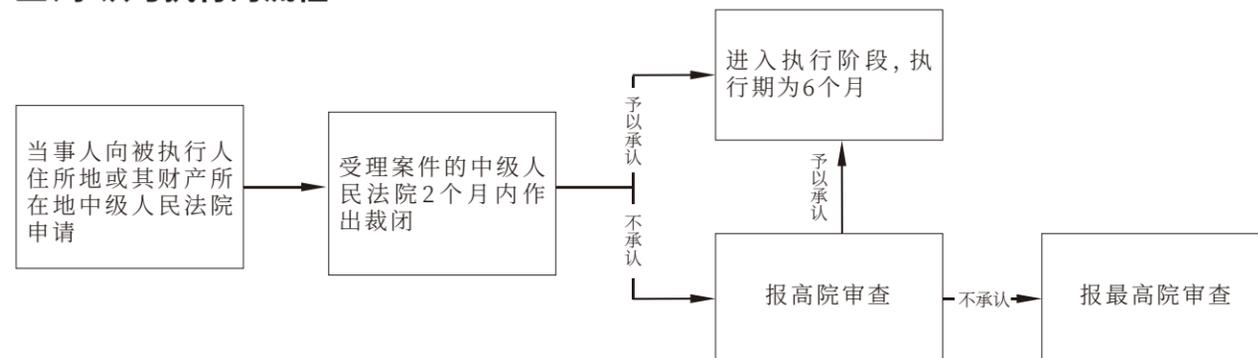
(6)仲裁事项是否违反可仲裁性:仲裁裁决在裁决作出地或申请执行地是否不具有可仲裁性。

(7)是否违反公共政策。

四、拒绝承认和执行外国仲裁裁决的典型案列

序号	案件名称	文号	拒绝承认和执行的理由
1	最高人民法院关于广东省高级人民法院就派视尔有限责任公司申请承认和执行韩国商事仲裁院仲裁裁决一案请示的复函	(2018)最高法民他15号	超裁
2	最高人民法院关于广西壮族自治区高级人民法院就黎某九申请承认和执行外国仲裁裁决一案请示的复函	(2018)最高法民他9号	送达错误
3	最高人民法院关于天津市高级人民法院就申请人帕尔默海运公司与被申请人中牧实业股份有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决一案请示的复函	(2017)最高法民他140号	违反公共政策
4	最高人民法院关于申请人来宝资源国际私人有限公司与被申请人上海信泰国际贸易有限公司申请承认及执行外国仲裁裁决一案请示的复函	(2017)最高法民他50号	仲裁庭组成不符合约定
5	最高人民法院关于江苏省高级人民法院就申请人Bright Morning Limited与被申请人宜兴乐祺纺织集团有限公司申请承认和执行新加坡国际仲裁中心2011年第130号(ARB130/11/MJL)仲裁裁决一案请示的复函	(2017)最高法民他44号	超裁
6	最高人民法院关于江苏省高级人民法院就普莱克斯棉花有限公司申请承认和执行英国国际棉花协会仲裁裁决一案请示的复函	(2016)最高法民他31号 (2017发布)	仲裁协议无效

五、承认与执行的流程



六、在中国申请承认和执行外国仲裁裁决需注意的相关问题

(一) 确保仲裁条款的有效性

实践中,一旦发生仲裁争议,双方当事人需要解决的先决问题就是仲裁条款是否有效,而仲裁条款是否有效需要经司法审查或者仲裁机构审查。近年来,仲裁协议存在瑕疵或无效成为外国仲裁无法成功申请承认与执行的常见理由之一。仲裁协议中没有约定明确的仲裁机构或为无效条款,所以合同方应尽可能确保仲裁机构的名称准确,或者根据表述能确定唯一的仲裁机构。尤其在我国的很多城市开设了多家乃至多家仲裁机构,仅约定仲裁地点不能明确仲裁机构的,可能会导致仲裁条款无效。避免适用诸如“合同双方可选定双方认可的当地仲裁机构进行裁决。”

(二) 需注意约定合同实体法律与仲裁程序规则

若仲裁协议约定解决合同实体争议的适用法律的,一般“有约从约”。合同双方提前选定合同实体争议的法律,能最大程度避免仲裁程序启动后因没有约定而导致仲裁庭使用国际私法冲突规则确定法律适用,这将造成法律适用的不确定性。因此,合同双方选定合同实体法律,为涉案企业的仲裁程序提前上一层保险。针对仲裁程序的法律适用,合同方在约定了仲裁机构进行仲裁的情况下,尽可能约定该仲裁机构的仲裁规则适用于合同方的仲裁程序,以降低选定的仲裁机构因不熟悉其他仲裁规则而导致适用该仲裁规则进行仲裁程序时出现瑕疵而使整个仲裁程序无效,有时甚至会对未来仲裁裁决的执行带来难度。因此,建议在仲裁条款中对仲裁规则进行明确约定,以减少仲裁机构因不熟悉其他仲裁规则而给仲裁条款的有效性造成不确定。

(三) 注意申请承认外国仲裁裁决的时间限制

依据《民事诉讼法》第246条及《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545条,申请承认和执行外国仲裁裁决的时效为2年。鉴于中国的诉讼时效期限是强制性的,不能通过当事人的协议延长,建议那些寻求在中国执行判决的人必须尽早采取行动,以免因已超过规定的2年申请期间而不予承认和执行其申请。

结语

结合近年来的案件裁判结果来看,总体而言,外国仲裁裁决在我国获得承认和执行的比率还是比较高的,从而有助于国际化营商环境的打造。这对申请人来说,无疑是利好的消息。但我们提醒申请人仍需要注意国际仲裁条款的审核和约定,以避免出现拒绝承认和执行的情形。作为国际贸易的商事主体,在发生纠纷后无论是通过法院诉讼还是国际仲裁的途径解决争议,最终目的是维护和实现自身的商业利益。因此,在获得一纸胜诉裁判文书后,如何有效得到执行是每一位商事主体需要关注的重点。



作者: 梁琦
湖南弘一律师事务所涉外法律专业委员会主任委员

湖南师范大学法律硕士,2014年开始执业,专注于民商事案件、涉外案件,被评为“湖南省涉外法律服务律师人才培养对象”,“首届长沙市涉外律师行业领军人才培养对象”。



自媒体时代,公司如何避免文字素材侵权?

引言:在人人皆是广告主,人人皆是广告人的自媒体时代,在宣传推广中,使用的文字素材,哪些行为构成侵权,又该如何避免侵权呢?公司在宣传推广中使用的文字素材,包括文章、宣传语、广告语、在产品上突出文字、在商品界面中使用描述商品的文字等,由于内容的来源、内容的性质、内容的独创程度等不同,若未经授权使用、转载,具体的侵权情形及预防侵权方式,各不相同,具体而言,大致有如下五种。

一、文字素材属于文字作品,文字内容可能侵害他人作品著作权。

以文字作品呈现的宣传推广,是最基本也最常见的推广模式,如主要以撰写优质文章运营的公众号,发表宣传产品的广告软文,具有独创性的广告语等等,如果宣传推广中发表的文章,不属于单纯事实消息的时事新闻,具有独创性,属于作品,那么原创作者对该作品享有著作权。公司在运营公众号或官网时,若未经他人许可,转载、改编、拼凑他人文章,则构成侵权。

值得注意的是,侵权人经常拿无侵权故意、公众号不盈利,如实注明了转载的出处来源,进行了转账署名,宣传是正向的,阅读量少、影响小,侵权人发布的文章转载自其他公众号,无任何覆盖原创的技术处理和故意等进行抗辩不构成侵权。以上虽然不影响侵权的认定。但上述因素,包括涉案作品的类型、涉案作品知名度、作品侵权的字数、主观过错程度及版权部门规定的文字作品支付报酬办法等,会成为判定侵权赔偿金额的考虑依据。

另外,转发和转载是不同的概念,转发是直接根据平台提供的转发功能,对文章进行宣传和推广,推广的不仅是文章本身,同时还有被转发的文章原经营主体,若转发的文章本身构成侵权,因转发者本身并未实际上传文章,仅系转发链接,因此不构成侵权,若转发者为提供链接、搜索的网络服务者,网络服务者也享有避风港原则保护,但其仍有经通知后删除的义务。

而转载通常是以自己为发布主体,将他人文章重新进行发布,根据《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条的规定,若自媒体经营者转载他人享有著作权的文章,将文章上传到网络服务器,使公众可以在个人选定的时间和地点获得文章作品,该行为侵害了他人对文字作品享有的信息网络传播权。

因此,公司在宣传推广时,使用或转载他人享有著作权的文章、文章片段或具有独创性的宣传语时,需要先确定文字作品的著作权人,再获得著作权人的许可。

二、文字素材系软件自动生成,则因素材不构成著作权,不侵害著作权,但可能构成不正当竞争。

作品的著作权人虽然有自然法、法人或者非法人组织,但作品的作者只能是自然人,作品只能由自然人创作完成。随着人工智能的兴起,AI制图、AI自动生成文章、报告、数据、文案、方案等越来越普遍,质量也越来越高,但在相关内容的生成过程中,软件研发者(所有者)和使用者的行为并非创作行为,相关内容并未传递二者的独创性表达。因此,二者均不应成为软件智能生成内容的作者,智能生成的内容亦不能构成作品。软件研发者(所有者)和使用者的行为均不能以作者身份进行署名,但是,从保护公众知情权、维护社会诚实信用和有利于文化传播的角度出发,应添加相应计算机软件的标识,标明相关内容系软件智能生成。

但是,计算机软件智能生成物不构成作品,不意味着其进入公有领域,可以被公众自由使用。软件使用者进行

付费和检索,为激励其使用和传播行为,促进文化传播和科学发展,应赋予其相应权益。软件使用者也可采用合理方式在涉计算机软件智能生成内容上表明其享有相关权益。他人未经许可,随意使用,也可能构成不正当竞争。

三、文字素材系他人所写,但不具有独创性,可能侵害他人其他民事权益,如构成不正当竞争。

我国《著作权法》保护的作品是文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果,其创作体现为直接产生相关作品的智力活动。法律列举的文字作品,是指小说、诗词、散文、论文等以文字形式表现的作品;对于文字素材是否构成作品,有时需要具体根据独创程度具体分析。如食谱,对相关技术知识、概念、操作流程、功能及特点的介绍,该些文字素材,因文字有限而表达受限,或思想与表达难以区分,导致不具有独创性,不属于著作权法所保护的作品。尽管如此,该些素材,因其书写、表达时,作者亦付出了劳动,对该些文章,作者仍享有相关权利,作者通过发布这些文章,有可能提升自身商品或服务的知名度,取得市场竞争优势和交易机会,他人未经授权使用,可能构成不正当竞争。

另外,若公司属于新媒体或自媒体的运营者,即使传播的单纯的事实消息属于著作权法规定的时事新闻,传播报道他人采编的时事新闻,也应当注明出处。

四、若他人对文字素材享有在先权利,如商标专用权、商号或者是未注册的驰名商标,若在宣传推广时突出使用,可能侵害他人商标专用权或构成不正当竞争。

公司在宣传推广时,在产品的外包装上、宣传册上、门店装饰装修中、广告用语中、网络推广关键字、线上销售的商品链接中,域名和微信号名称中,等突出使用他人商号、与他人注册商标近似的标识,可能构成商标侵权或不正当竞争。

如某KTV在装饰房间时,以某驰名文字商标作为包房名称,且在公众号、美团、大众店铺中大量以该驰名文字商标作为主题包房名称进行宣传,属于商标性使用,让消费者误以为该KTV与驰名文字商标的商家有合作或者有关联,构成商标侵权。

又如,在(2021)川01民终13334号案件中,被告熊猫有空公司将“川麻婆”相关的词汇设置在百度搜索的关键词中,法院认为,该关键词既与原告权利商标的主要呼叫部分相同同时又是原告川麻婆公司的企业字号,使相关公众通过搜索“川麻婆串串加盟”即可能查看到与熊猫有空公司相关的网站内容,客观上起到了引流的效果,也可能将与川麻婆公司相关的商誉与熊猫有空公司的经营活动产生混淆。虽然该行为并非使用在权利商标核定注册的服务类别上,也非将商标用于商业活动中以识别服务来源的行为,即不属于商标使用及商标侵权的范畴,但如果被控侵权行为会引人误认川麻婆公司与熊猫有空公司存在特定联系,即使未构成商标侵权也应当考察其行为是否为正当的竞争行为。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条“经营者不得实施下列混淆行为,引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系:……(四)其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为”之规定,熊猫有空公司将与“川麻婆”相关的词汇设置为后台关键词的行为,足以使他人对熊猫有空公司与川麻婆公司产生混淆,属于前述法律所规定的不正当竞争行为。

另,若他人对文字素材享有在先权利,即使是一种描述性使用,若使用的方式存在偏差、夸大或片面,也仍然可能构成侵权。如在第(2022)京73民终4030号案件中,作为与原告美克公司的同业竞争者,被告在多个城市共同运营的“百川家居公园”店铺中,在显著位置注明“美克美家”同款或类似产品的比价信息,如在店铺内醒目位置宣称“仅为美克美家价格的三分之一”“在选材与质量水平基本一致的情况下,百川的售价仅是其30%左右”等宣传广告,在比价的同时还广泛的在醒目位置宣称“去掉了不应有的价格泡沫,还原商品本源性价格”等,最终法院认定被告的比价均未就双方商品的质量、尺寸、原材料、生产工艺、售后服务等情况进行全面披露,即使部分商品所标价格属实,亦不能完整反映对比商品的全部信息。其行为方式属于典型的不披露或不完整披露、有选择的片面披露比价信息,容易使消费者被其低廉的价格所误导,误认为其相同商品价格优于美克公司,或误认为美克公司产品存在质劣价高的情况,对美克公司商誉产生负面评价,构成虚假宣传和商业诋毁,违反了反不正当竞争法第八条及第十一条的规定。

五、在使用文字素材时,除了内容可能侵权外,文字呈现给用户的方式亦可能构成侵权。

文字素材在宣传推广时,必须以某种字体呈现,未达到最低限度的创造性的字体,不被视为具有著作权,如仅是对已有书画作品的拆分组合、仅适当排版及变换颜色、或与已有的字体一致,但也有很多字体,其以通用汉字为基础,通过变化笔画的曲直、长短、意境等方式对文字进行艺术化处理,具有一定的独创性,体现了一定的艺术美感,属于受著作权法保护的美术作品。因此,若使用人在进行宣传推广时,选取的字体构成了美术作品,则未经许可的使用,构成侵权。

如在(2022)苏07民初317号案件中,被告生产及销售的夹心海苔外包装中的“夹、心、海、苔、漂、流、记”与原告国作登字-2018-F-A0015577的美术作品相一致。原告以被告侵犯了涉案美术作品的复制权、发行权为由诉诸法院,法院认为被告将载有与涉案美术作品相同形象的产品对外销售,亦使购买者得到了该作品的复制件。侵犯了涉案美术作品的复制权和发行权,应当承担停止侵权、赔偿损失等法律责任。最终判被告赔偿原告18000元。

目前市面中也有很多可以商用的字体,如黑体、宋体、仿宋、楷体,思源黑体、思源宋体,方正黑体、方正书宋、方正仿宋、方正楷体等等,但需要注意的是,一些字体虽然可以免费商用,但可能会受到一些限制,例如不能用于商业广告等特定用途。因此,在使用免费商用字体时,需要仔细阅读相关许可协议并遵守相关规定。

结语

经营一家公司,无论主营产品是服务还是商品,均包括多个环节,如产品或服务的研发、生产、宣传、销售、售后等等,在各环节中,与知识产权关联最大的是宣传环节,尤其是随着互联网的发展,线上宣传变得越来越普遍,经营主体为了获得更多关注,吸引客户,通过微信公众号、抖音、快手、微博、官网等各种平台,以文章、短视频、音乐、海报等多种形式,对公司、公司的产品、个人进行宣传推广,在该过程中,若知识产权意识不强,或无专业团队把关,容易出现侵害他人知识产权的情况,在笔者服务过的企业中,基本每10家客户,有8家收到过字体侵权的律师函,有5家有信息网络传播权纠纷。随着全民知识产权意识加强,后续知识产权诉讼将会越来越多,不仅是公司、企业,涉及的自媒体也越来越多。文字素材侵权较为普遍,同时根据不同的情况,也较为复杂,后续笔者将继续探讨不同的宣传元素,如图片、短视频、音乐等,在宣传推广环节中的应用,可能侵害的知识产权情形。



作者:王自美
湖南弘一律师事务所合伙人、知识产权专业委员会主任委员

长沙市律协文旅与传媒专业委员会委员、长沙市律协互联网与电子商务委员会委员。长沙市首届领军人才培养对象。毕业于中山大学,知识产权方向法律硕士,执业十年,专注知识产权的维权诉讼及影视文化行业的法律服务,代理的知识产权案件超过1500件,团队承接的知识产权项目超过100个。



【博系群案】九年漫漫维权路完美落幕

2023年6月14日,历经九年、受害群众达800余名的“博系群案”终于迎来胜利的曙光,人民法院最终判决银行赔偿投资受害群众100%投资本金损失责任。截止目前,共计780名投资受害群众成功拿到银行赔偿款,赔偿款数额高达2.8亿元。

一、他们有个共同的名字:“难友”

2012年9月,“博系”公司打通银行销售渠道,由银行工作人员向到银行办理业务的群众宣传、推介、销售非法理财产品。2014年,“博系”公司实际控制人因涉嫌非法吸收公众存款和集资诈骗而被公安机关立案侦查,顿时一片哗然,明明在银行购买并交付的投资款,本金却不翼而飞,受害群众之多、案涉标的之大、社会影响之强烈,长沙地区1000多名受害群众被迫走上了漫长维权之路。受害群众当时信任银行,从而将自己多年的积蓄或微薄的养老金交给银行,如今本金与收益不能兑付,才走向了维权之路,不断向银保监会、信访局等有关部门反映诉求。投资受害群众有个共同的名字叫“难友”,有劲一块使,拧成一股绳,抱团取暖,心心相惜,相信正义终将会到来。

二、依法维权,将银行告上被告席

2019年,近800名投资受害群众来到湖南弘一律师事务所,选择左浪律师、覃巨石律师、张桂枝律师、王来明律师代理诉讼。律师团队临危受命,不畏艰难,综合研判案情后制定先打三个典型案例,以点带面促进类案同判,进而高效推进800名投资受害群众的群体诉讼的诉讼策略,800名投资受害群众的案件陆续在芙蓉区法院、雨花区法院、天心区法院、开福区法院、岳麓区法院等基层法院提起诉讼。该系列案件的特殊点在于刑事案件爆发已逾九年,手上仅有合同与付款凭证的投资受害群众如何还原九年前在银行购买理财产品的事实成为取证路上的最大难题。律师团队抽丝剥茧,努力查找九年前银行工作人员留下的笔迹,并对合同的主要手写内容进行笔迹鉴定;律师团队精益求精,从刑事案卷中翻出了强有力的能证明在银行购买理财产品的《客户介绍确认书》、《投资者登记信息表》;律师团队不厌其烦,耐心指导投资受害群众如何采取电话、微信等方式向理财产品推介人取证。群众与律师用实打实的证据反驳银行的无力辩解,还原了九年前银行不当推介的事实。

2022年受害群众给律所和主办律师赠锦旗



三、未履行适当性义务成为银行的致命软肋

九年前，“博系”公司指派销售人员到银行网点对接，并通过帮助银行网点完成揽存业务、给予银行工作人员销售提成等方式，激励银行工作人员向群众宣传推介其投资理财产品。人民法院认定“博系”公司与银行之间成立委托代理合同关系，银行作为卖方机构向金融消费者即投资群众推介销售博系公司的产品，双方成立金融委托理财合同关系，银行在向群众销售理财产品时，应当履行适当性义务，所谓适当性义务是指卖方机构在向金融消费者推介销售金融产品，必须履行的了解客户、了解产品、将适当的产品销售给适当的金融消费者的义务。该系列案中，银行未能提供其已经建立了金融产品的风险评估及相应管理制度、对金融消费者的风险认知、风险偏好和风险承受能力进行了测试、向金融消费者告知产品的收益和主要风险因素等相关证据，银行未履行适当性义务而应承担缔约过失责任，人民法院最终判决银行赔偿投资受害群众100%投资本金损失责任。

群众代表胡建树先生代表近800名投资受害群众向湖南弘一律师事务所送来一封感谢信并向律师团队赠送锦旗，衷心感谢左浪律师、覃巨石律师、张桂枝律师、王来明律师及其他成员，感谢弘一律师以高尚的职业道德、高超的职业水准、高贵的职业情怀，不畏强权、敢于亮剑、为民维权，展现律师的精彩风貌。

漫漫维权路上的点点滴滴，那些场景现在依旧历历在目，多名群众热泪盈眶。九年以来，投资受害群众与弘一律师齐心协力、命运相连、战斗相伴，涌现出来一批热心群众参与到诉讼工作中来，投资受害群众自发评选出积极奉献者、最佳组织者、突出奉献者、无私贡献者、劳苦功高者，对这批群众的辛苦付出表示深深的感谢。

800余投资受害群众，九年漫长维权长跑。九年以来，群众坚守初心、律师担当使命、法官公正判决，正义虽迟但到。一面面锦旗、一张张笑颜、一声声答谢，这是群众的认可，这亦是长沙司法高效廉洁的最好例证。

主办律师



左浪律师
湖南弘一律师事务所党委委员、管委会执行主任、高级合伙人、资本市场专业委员会主任委员

中南大学法学硕士，擅长建筑房地产开发运营、公司治理、投融资、股权激励、基金、资管、信托、债券等金融工具，以及新三板、IPO等证券资本市场。执业期间先后在政府机构、大型国企、上市公司、建筑房地产企业、全国连锁企业等单位担任法律顾问工作。



覃巨石律师
湖南弘一律师事务所事业合伙人、管委会委员

自执业以来，致力于从事民商事法律服务，擅长在公司法务、企业法律风险防控、婚姻家庭纠纷、等民商事诉讼等领域为客户提供有针对性、高效的法律服务，业务之余常通过法律援助、普法等形式从事公益事业。



张桂枝律师
湖南弘一律师事务所权益合伙人、联委会秘书长、金融保险专业委员会主任委员

毕业于湖南师范大学法学院，自2009年律师执业以来，专业致力于民商事领域的法律服务，擅长调处保险纠纷、人身损害赔偿纠纷、合同纠纷，具有为多家大型知名保险公司服务的丰富经验。



王来明律师
湖南弘一律师事务所权益合伙人、高端民诉专业委员会副主任委员

执业期间，代理了一系列民商事案件，并合作办理了多起民事、刑事等诉讼案件和其他一些非诉案件，先后参与多次企业并购、不良资产处置及收购、股权转让等尽职调查工作以及企业破产管理人工作。

经典案例

JING DIAN AN LI



弘一法苑

2023年12月 总第8期

【破产清算】跨国汽车巨头下属合资企业 破产申请工作顺利完成

2022年11月28日，随着长沙中院裁定受理广汽菲亚特克莱斯勒汽车有限公司（“广汽菲克公司”）的破产清算申请，本所代理的债务人申请破产清算的立案阶段工作，历时31天，圆满完成。

广汽菲克公司是国有企业广州汽车集团股份有限公司的重要对外投资之一，截至2022年9月30日，其账面资产和负债数额均高达67亿余元，数额巨大，债权人人数众多，将引起规模化的社会效应，当地政府和国有资产管理部門高度重视案件情况。

在此情况下，刘洋律师和杨志伟律师作为本案的主办律师，充分研讨案件难点，探讨债务清偿的多种可能，与职工债权和其他债权人代表进行了多次沟通和答疑解惑，并寻求人民法院的帮助和支持，最终顺利完成了破产申请代理工作。

案件难点

一、时间紧 任务重

2022年10月31日，广汽集团在上交所发布《第六届董事会第27次会议决议公告》，称董事会全票表决审议通过《关于同意广汽菲克破产申请的议案》，广汽菲克公司随即迅速有序地开展相关工作。因广汽菲克公司的财务情况复杂，负债人数众多，刘洋律师和十名团队律师多次前往广汽菲克公司梳理公司的资产负债和相关重要问题。在团队的默契配合和相互协作下，成功在接受委托工作的第5天即完成破产申请资料进窗工作，最终在接受代理的第31天即取得破产受理裁定。

T日	签订委托合同
T+1日	前往公司了解情况，确定对接人员，完成任务分工，全面开展工作
T+5日	破产申请资料进窗
T+10日	积极配合人民法院通知有关人员
T+21日	召开破产听证会，听取债权人代表意见
T+31日	取得破产受理裁定，完成代理工作

二、财务情况复杂, 债权人迫切关注

广汽菲克公司作为一家大体量的汽车制造公司, 注册资本100亿均实缴用于公司的生产经营。因众多的原材料设备及服务供应商, 叠加其全资子公司汽车销售公司的经销商和上十万的终端消费者, 庞大的财务数据给破产工作增加了非常大的难度。同时, 债权人十分关注破产申请工作, 但又对破产程序不甚了解, 导致极易引起恐慌, 需要对债权人的情绪重点关注并答疑解惑。

了解到上述情况后, 刘洋律师凭借多年的破产工作经验, 迅速判断案件焦点, 对工作任务作出预判和分工, 整体把控破产申请工作, 并积极参与到公司和债权人代表的沟通会议。杨志伟律师根据自身丰富的各类资产处置、债权债务处理实战经验, 对各类资产和债权债务处理中的相关疑难问题提供了系统性解决思路和应对方案。刘辉律师作为“三证律师”, 娴熟地对接起财务数据梳理工作, 将财务语言转化为法律语言, 形成证据框架。李晨曦律师和刘梦霞律师以多年合作的默契, 高效地完成了文书起草和资料整理核对工作。多位律师有序协作, 时刻关注案件动态, 与承办法官保持充分沟通, 配合人民法院的工作以减轻法院审办压力, 主动推进案件进度, 同时保持对债权人情绪的高度敏感, 耐心地解答各个债权人的问题, 确保稳定有序地推进工作开展。

结语

在内外部环境复杂、经济形势不稳定的趋势下, 企业发展面临更多的难题和障碍, 难免出现经营困难, 甚至是面临破产。如何面对公司僵局和破产危机, 捕捉先机, 应对市场环境变化带来的经营炎症, 避免事后忙乱, 是当下公司治理的重要课题之一。湖南弘一律师事务所清算与破产部门深耕企业经营危机之下的公司治理与市场退出, 本次案例亦为大型中外合资企业面对破产提供了重要的参考价值。

主办律师



刘洋律师
湖南弘一律师事务所权益合伙人, 清算与破产副主任委员, 西南政法大学法学学士

自2016年起专注于清算与破产、公司治理等业务领域, 多次代理大型企业的破产申请, 担任多个案件的破产管理人负责人和清算组法律顾问, 并代理战略投资人介入破产重整程序等。



杨志伟律师
湖南弘一律师事务所高级合伙人, 联委会副理事长, 基础设施投资建设专业委员会主任委员

毕业于西南政法大学, 硕士研究生, 中共党员, 持有律师执业证和湖南省律师协会颁发的建筑房地产专业律师证, 具有复合型知识背景, 长沙市国资委“国资国企法律咨询委员会”专家委员。



刘辉律师
湖南弘一律师事务所财经税务专业委员会专职律师

拥有注册会计师会员资格、税务师会员资格, 同时持有律师执业证。曾在大华会计师事务所、A股及港股上市集团公司从事审计和财税工作, 多次参与破产重整、股权分置改革、融资、IPO等大型项目, 具备多年法律和财税复合实操经验。



【破产重整】《湖南壹线房地产开发有限公司破产重整计划(草案)》高票通过

2023年3月23日, 湖南壹线房地产开发有限公司(以下简称“壹线公司”)破产重整案第二次债权人会议通过京东破产管理平台以网络在线视频的方式成功召开。在怀化中院的监督和指导下, 在广大债权人的理解与支持下, 壹线公司重整计划草案表决最终获高票通过, 重整工作取得重大进展。

一、《湖南壹线房地产开发有限公司破产重整计划(草案)》高票通过

本次债权人会议应到债权人999户, 有表决权的债权人840户。会议由债权人会议主席主持, 管理人、债务人的法定代表人等现场列席参会。此外, 为考虑到老年人使用智能手机参会的不便捷性, 管理人另外设置了两个视频会议现场, 方便老年人群体更好的参会。

本次会议核心议题系由债权人对《湖南壹线房地产开发有限公司重整计划(草案)》、《湖南壹线房地产开发有限公司财产管理方案》进行表决。根据《企业破产法》的规定设置了担保债权组、其他优先债权组、普通债权组、职工债权组、购房户债权组等五个组, 就管理人拟定的方案进行分组表决。

经投票表决, 对债务人的特定财产享有担保债权组表决同意重整计划人数占比100%, 金额占比100%; 其他优先债权组表决同意重整计划人数占比100%, 金额占比100%; 职工债权组表决同意重整计划人数占比91.67%, 金额占比68.02%; 普通债权组表决同意重整计划人数占比82.04%, 金额占比74.53%; 购房户债权组表决同意重整计划人数占比70.37%, 金额占比76.85%。

二、重整背景

湖南壹线房地产开发有限公司成立于2013年, 位于湖南怀化市, “壹线国际商业街”是壹线公司名下投资开发建设的项目, 是一个集商业步行街、商铺、酒店式公寓于一体的城市商业综合体。一期总建筑面积15.6万m², 于2010年正式启动的重点项目, 后由于资金链断裂被迫停工, 之后又陆续复工、停工, 项目形成“烂尾”, 丧失债务清偿能力, 最终导致多方群体权益矛盾交织, 造成极大的社会矛盾和不稳定隐患。

三、重整进入实施阶段

2020年8月31日, 怀化中院作出(2020)湘12破申10号民事裁定书, 裁定受理债务人的破产重整申请, 并于2020年11月5日作出(2020)湘12破9号决定书, 指定湖南弘一律师事务所担任管理人。

根据“府院联动”机制, 管理人及时向政府部门协商沟通, 向法院提交各阶段的履职报告。根据企业实际情况, 在市场化、法治化的原则下, 对壹线公司的重整进行了周密设计和规范实施, 制定提交了更具有可接受度、可执行性的《重整计划(草案)》、《财产管理方案》。后续, 怀化中院将对重整计划草案的执行进行监督指导。

四、重大意义

在壹线公司破产重整案中，管理人运用比较丰富的办案经验，高度平衡各方利益。根据项目的实际情况，重整计划草案采用续建式重整模式，针对性制定各类债权调整和清偿方案，通过多种方式切实提升整体清偿，最大限度地实现债务人财产价值最大化，也是最大限度地保障债权人的利益，有效化解各种矛盾，维护社会稳定，努力实现法律效果、政治效果、社会效果的统一。

主办律师

本项目由湖南弘一律师事务所合伙人、党委委员黄吉祥律师担任项目负责人，组成了李丽娜、刘昱、廖昀芸、朱亮等多名律师的工作团队，项目历时两年多，在具体工作开展过程中，管理人灵活采用各种创新思路，克服重重困难，勤勉尽责。项目的顺利实施体现了湖南弘一律师事务所在助力危困企业再生、优化营商环境作出了积极探索。



黄吉祥律师
湖南弘一律师事务所事业合伙人、党委委员、清算与破产专业委员会副主任委员

黄吉祥律师作为破产管理人负责人或主办律师，办理了多起重大复杂、具有较大社会影响力的破产案件，先后为数十家企事业单位提供法律顾问或专项法律服务



李丽娜律师
湖南弘一律师事务所事业合伙人、管委会委员，现任第五届市律协律所建设与考评专门委员会副主任，获长沙市优秀律师等称号。

执业近十载，初心永不改，先后办理数百起民商事案件，担任数十家大型企事业单位法律顾问；同时，还担任了数起破产案件的管理人负责人，并参与了多家企业的破产清算和重整工作。



【知识产权】樟树港辣椒商标侵权案件获评典型案例

湖南省高级人民法院发布2022年度湖南法院知识产权司法保护典型案例，其中，由我所承办的樟树镇辣椒产业协会诉高某侵害商标权纠纷案，获评20个典型案例之一。

樟树镇辣椒产业协会系第11056297号“樟树港辣椒及图”地理标志证明商标的权利人，该商标的核定使用范围为第31类的辣椒(植物)，且在注册有效期内。经樟树镇辣椒产业协会多年的宣传和维权，使得“樟树港辣椒”享有较高的市场知名度和客户美誉度，被誉为“中国辣椒之王”，于2014年12月被湖南省工商行政管理局评为“湖南省著名商标”，2018年入选农业部农产品地理标志登记产品。樟树港辣椒的上市期为每年的4-10月，上市时，尽管价格是普通辣椒的10倍以上，但仍然供不应求，深受广大消费者喜爱。

拼多多平台上开设的店铺(店铺ID:正宗樟树港左公故里)于樟树港辣椒休市期内，以非樟树港辣椒假冒樟树港辣椒进行销售，侵害了樟树镇辣椒产业协会的注册商标专用权，该侵权店铺系高某个人经营。我所律师在接受委托后，对销售假冒辣椒的店铺进行了证据保全，并向平台申请对店铺经营者信息披露，取证完毕并收集好相关证据，代理樟树镇辣椒产业协会向法院提起诉讼。

岳阳市中级人民法院经审理认为，高某在其经营的网店中使用了“樟树港辣椒”文字，同时在商品的外包装盒上也使用了“樟树港辣椒”文字，以及与第11056297号商标图形部分完全相同的图形，同时特别注明“国家地理标志产品”，足以使普通消费者认为其销售的产品来源于樟树港辣椒保护区域范围，为樟树港辣椒正品。侵权产品销售时间为樟树港辣椒休市期间，且辣椒协会从外观形状、单颗质量等方面进行对比分析后，认定该产品为假冒产品。高某虽称其属于樟树港辣椒地理标志产品保护区域范围内的村民，且系种植辣椒的农户，但其提交的证据不能证实案涉产品系在樟树港辣椒保护区域范围内反季节种植，且该产品特征符合樟树港辣椒地理标志条件，故构成侵权，应当承担相应侵权责任，判决高某立即停止侵权行为，并赔偿权利人相应的经济损失。

本案涉及到的一个重要焦点为高某销售的辣椒是否属于樟树港地理标志产品保护区域范围内生产，是否侵害了辣椒协会第11056297号注册商标专用权。经向法院提交大量相关证据后，最终法院认定樟树镇内无反季节樟树港辣椒生产和销售，也无任何村民有生成反季节樟树港辣椒的能力及技术，高某提交的证据亦不能证实涉案产品在樟树港辣椒保护区域范围内反季节种植，因此判定高某构成侵权。从本案认定的事实及裁判结果可知，在地理标志产品保护区域内的产品经营者，购进保护区外的产品冒充地理标志产品在网上销售，同样构成侵权。本案明确了在地理标志产品保护区内的产品经营者假冒产品进行销售仍需承担侵权责任，对打击侵害地理标志证明商标的行为具有重要意义。

在当前我国高度重视知识产权保护背景下，我所知识产权律师团队近年来代理了大量知识产权诉讼案件，有效维护了知识产权权利人的合法权益。我所知识产权专业律师通过承办经典案例，积累了精湛的专业知识和丰富的诉讼经验，将进一步提高综合素质，顺应大势，积极推动我国知识产权保护工作的发展。

弘一知产团



致力于为客户提供多层次、多方面的知识产权保护服务，既可以根据您不同的要求提供量身定制的法律服务，又可以提供全国品牌保护、项目管理到单一案件行动的知识产权保护。



弘一律师为千万元无辜债务人代理再审令执行中止

一、临危受“托”，与时间赛跑

2022年9月下旬，一位表情格外焦急的客户匆匆来到弘一律所，手持两级法院的败诉判决交给刘汉西律师，期盼着刘律师能将其从近千万的担保债务执行案中解救出来。从客户急切的语气里，刘律师能感受到此刻客户的心情犹如这个持续高温的夏天，炙烤煎熬。

客户叫谭某，是一家工业地产配套项目的企业老板。2013年5月，华通公司在某银行贷款400万元，某担保公司对该笔贷款提供了担保，因该银行行长张某“打招呼”，要谭某对该担保公司的担保提供反担保，碍于情面，同时也考虑到自己公司在该银行还有4000万元贷款即将发放，便对该笔400万元贷款担保提供了反担保。此前，谭某与借款的华通公司及该某担保公司的法定代表人、股东素不相识，亦无任何往来。

2019年，为该笔400万元贷款提供担保的某担保公司告知谭某，因借款的华通公司无力偿还该贷款，该笔贷款已由其代偿，要求谭某承担反担保责任，偿还长达五年的贷款本息近千万。谭某如晴天霹雳，不知所措，更不知道当时的反担保为何物。2020年1月，谭某收到法院传票等资料，方才得知担保公司将代华通公司偿还的400万元债权转让给了高某，高某以追偿权纠纷为案由起诉了谭某等八位反担保人，要求其承担反担保责任。案件经过一、二审法院审理，均判决谭某败诉，需要承担近千万元的反担保责任。这才有了谭某匆匆来到律所的一幕。

谭某向刘律师诉苦说道，一方面“无辜背锅”心里万分不甘，另一方面“天降”巨额债务如泰山压顶，且债权人已向法院申请强制执行，企业将面临随时临关门倒闭的可能，企业的存亡正与时间赛跑，只有寄希望于律师帮助其通过再审翻案。而此时距离六个月的再审申请窗口期只有不到一周时间，时间紧任务重。在接受谭某的委托后，刘律师马上组织团队律师分工合作，并确定了案件推进工作思路。

二、精心排查，“废”纸显曙光

刘律师安排团队律师展开对案卷的全面排查、系统分析，并梳理案件的关键节点。案子已历经一、二审，原两审阶段代理律师始终将案件争议点聚焦在诉讼时效上，即债权人（担保公司）并未在两年反担保保证期间向反担保人谭某主张权利，故谭某依法不用承担反担保责任。而该观点在一、二审中均被法院认定缺乏充分的事实依据，最终败诉。通过对案卷的反复全面分析，从实体、程序、法律适用上看，并没有找到符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条规定的十三项应当再审的情形，案件一度进入了死胡同。

就在进度陷入僵局的时候，刘律师决定扩大范围了解案情，与谭某多次进行谈话，了解贷款、担保、反担保的具体时间节点和细节，从谭某带过来的一堆“作废”材料中，刘律师发现了一份残缺的贷款展期审批表复印件。多年的办案经验和专业直觉告诉刘律师，这可能就是推翻原判决的“曙光”。牢牢抓住这个贷款展期线索，刘律师马上与谭某详细沟通了解400万元贷款的“前世今生”，并前往贷款银行进行调查。功夫不负有心人，调查结果显示，400万元贷款的“前身”发生在2012年3月。当时华通公司因煤炭业务需要向银行贷款400万元，因政策和市场变化导致煤炭积压，现金流吃紧无力还款，在贷款到期的2013年3月，向银行申请展期二年并获批。2013年5月，华通公司通过“过桥”资金偿还了展期前的旧贷款。同时与银行重新签订了一份400万元贷款合同。谭某正是对这笔新贷款的担保提供了保证反担保，提供反担保时谭某对此前的400万元旧贷款毫不知情。这一系列操作一定是掩人耳目的“借新还旧”，刘律师笃定推测，如此谭某可依法不承担反担保责任。

三、寻“过桥”路，资金链闭环

这仅仅是刘律师的一个假设，如何能让这个假设得到佐证，怎样获取相应证据支持，又一道坎摆在了刘律师面

前。顺着“借新还旧”推测方向，下一步就是展开论证，把“过桥”资金的往返路径证据材料做扎实，形成证据链闭环。再审查阶段，法院不会同意开具调查令，如何调取400万元还款、贷款及过桥资金的流转呢？刘律师通过分析，找到资金流转关键环节的经办人即华通公司法定代表人吴某，通过做通吴某的思想工作，最终从查询该公司银行账户流水，获取了资金“过桥”转弯回流的有效证据，证实了推测。2013年5月29日，案外人张某将400万元“过桥”资金转至案外人翟某银行账户，翟某再转至华通公司账户，华通公司于收款的当日即偿还原2012年的400万元旧贷款至银行。第二天，即2013年5月30日，银行又发放新贷款400万元给华通公司，华通公司当日又将这400万元转回至“过桥”人张某账户，形成利用过桥资金“借新还旧”的完整闭环。

四、深入调查，揭糊涂担保

“借新还旧”的认定作为本案的关键争议点，对其要件的论证必须充分严谨。认定借新还旧（以贷还贷）需要同时满足两个要件：1、借款人客观上是否有将新贷偿还旧贷的行为；2、金融机构与借款人之间主观上是否存在以贷还贷的共同意思表示或者意思联络，两者缺一不可。

为了维护当事人利益，最大限度降低风险，刘律师思考着，务必找出谭某对“借新还旧”不知情且华通公司与银行“借新还旧”的共同意思的证据，堵住每一个可能的漏洞，把口袋扎紧。通过对华通公司银行记账凭证、贷款发放手续等证据资料的反复查阅分析，并请教金融财务专业人士，发现凭证上有银行工作人员代签字、贷款发放审核有明显纰漏等线索。抽丝剥茧，最终还原华通公司和银行共同谋划“借新还旧”行为的经过。要获取进一步证据，还须原贷款银行行长张某的配合，而在这个问题上，双方显然站在了利益对立面。刘律师通过张某早已调离原银行的有利时机，巧妙的设计问话角度，及时敏捷地捕捉张某的反应，引导其还原事实真相，固定了以下两个基本事实：一是谭某对“借新还旧”不知情，属糊涂反担保；二是过桥资金系银行安排，银行和借款人共同筹划了“借新还旧”。至此，“借新还旧”的事实基本固定。

五、精准思路，攻原告“漏洞”

“借新还旧”是指债权人和债务人在旧的贷款尚未清偿的情况下，再次签订贷款合同，以新贷出的款项清偿部分或全部旧的贷款。这种操作模式被我国金融机构普遍采用，作为保全资产和化解不良贷款的重要方式。而本案中，先用“过桥”资金偿还了旧贷款，从时间顺序和形式上看是“先还款、后贷款”，如此是否突破了“以新贷还旧贷”的内涵？为了解决这个问题，刘律师从法理和事实两个层面精心组织思路，全面猛攻对方当事人可能准备的论点。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称“《担保法解释》”）第三十九条规定，主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道的外，保证人不承担民事责任。新贷与旧贷系同一保证人的，不适用前款的规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称“《民法典担保制度解释》”）第十六条规定，主合同当事人协议以新贷偿还旧贷，新贷与旧贷的担保人不同，或者旧贷无担保新贷有担保的，债权人请求新贷的担保人承担担保责任的，法院不予支持，新贷担保人对以新贷还旧贷的事实知道或者应当知道的除外。对此，不论是《担保法解释》，还是《民法典担保制度解释》，都保护对“借新还旧”不知情的新贷担保人，而免除其担保责任。

法律之所以如此规定，是因为与一般借款合同中借款人实际取得款项用于生产生活、担保人是否承担担保责任具有或然性不同，在“借新还旧”的场合下，借款人并未实际取得贷款，其仅仅通过借新还旧的方式来清偿此前尚未偿还的借款，使得旧贷消灭而产生新贷。并且，当事人采取“借新还旧”的方式主要基于旧贷款债务人不能按时清偿债务，对于债权人而言，增加了贷款偿还的担保方式，而对于担保人而言，对于新贷提供担保的风险远大于一般借款。因此，对债权人应课以告知义务，即告知担保人“借新还旧”的事实，保证担保人能够全面衡量债务人履行能力从而决定是否提供担保。可见，法律旨在保护不知情担保人的权益，符合法律追求公平正义的原则。如果仅从字面僵化地将该法条理解为“先借新”、“后还旧”，则金融机构有无数种“灵活”的做法对“先借新”“后还旧”进行变形处理，以规避法律，增加不知情担保人的风险，甚至让其蒙受损失，与法律所保护的法益背道而驰。

除突出“借新还旧”的关键证据外，刘律师还从诉讼时效、主要证据未经质证、适用法律错误、遗漏诉讼当事人等方面准备证据，全面兼顾。

六、类案研究,保万无一失

除了上述法理层面的分析,为了确保万无一失,刘律师进行了大量类案研究。实务中,金融机构大量“借新还旧”系借过桥资金还旧贷、再贷款归还过桥资金,是一个完整的回路,每个环节的时间节点紧密衔接形成闭环,并未改变“借新还旧”的实质,这一观点在大量类案研究中均得到支持。刘律师将类案研究成果整理撰写成检索报告,提交给法院,让经办法官能够充分理解并支持其中的审判思路。

七、裁定再审,令执行中止

2022年11月30日,湖南省高级人民法院组织了对本案再审的听证。听证会上,刘律师有的放矢,重点阐述了“借新还旧”的法理观点,并结合新证据进行了充分的论证。对方当事人提出的“先还款,后借款”不属于“借新还旧”的表面抗辩理由,在刘律师从法理到分析事实本质的系统论证面前,显得相形见绌。

2023年2月底,湖南省高级人民法院作出裁定,认为再审申请人的再审申请符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条第二项规定的情形。裁定:一、指令湖南省长沙市中级人民法院再审本案;二、再审期间,中止原判决的执行。至此,终于抢在法院变卖谭某被查封冻结的财产前叫停执行,谭某含着泪水激动地对刘律师连声说道:“有救了!有救了!”

沧海横流方显英雄本色,越战越勇才是弘一风采。

主办律师



刘汉西律师
湖南弘一律师事务所党委副书记、决委会委员、高级合伙人

执业32年,曾办有编入最高法院的经典案例、央视报道的重大案例,应邀参加过湖南卫视的案例专家点评,先后被逾百家行政机关和企事业单位聘为常年法律顾问,办理过一大批有影响力的民事和行政纠纷案件,具有扎实的法学理论功底和丰富的司法实践经验,擅长办理民商事、疑难再审案件。

经典案例

JING DIAN AN LI



弘一法苑

2023年12月 总第8期

抗诉再审案成功改判,案件获《检察日报》专题报道



日前,由最高人民检察院主办的《检察日报》“民生周刊”专栏以《企业“被负债”数千万元后……》为题报道了一起由长沙县人民检察院受理检察监督申请,并提请长沙市人民检察院抗诉的、企业与自然人之间的民间借贷案件。

2020年8月,我所接受该案件被告湖南某科技发展有限公司(下称委托人)的委托、指派律所合伙人黎亚妮律师作为其代理人维护权益。

一、中止执行

黎亚妮律师介入案件时,委托人收到长沙县人民法院的《限制消费令》,面临公司资产将被全面拍卖、强制执行的困境。在案件仍在检察机关进行抗诉审查、没有具体的中止执行法定情形的情况下,代理律师以《民事诉讼法》第二百六十三条一款(五)项之“人民法院认为应当中止执行的其他情形”为法律依据,以长沙县人民检察院移送公安机关后获取的、委托人名义上的法定代表人陈述系受原告安排和指使截留人民法院诉讼通知文书、串通认可债务提起诉讼的《询问笔录》为事实依据,代理委托人向长沙县人民法院提出中止执行的申请。申请最终获该院裁定采纳,使企业避免了资产被处置后最终无法执行回转的巨大现实风险。

二、争取抗诉

随后,经长沙县人民检察院提请并将案件移送长沙市人民检察院进行审查,在长沙市人民检察院认为双方财务往来众多,无法厘清该案借款关系是否真实、对案件抗诉持非常谨慎态度的情形下,代理律师代理委托人据理力争,依据《民事诉讼法》第二百零七条一款(八)项关于“应当参加诉讼的委托人,因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由,未参加诉讼的,人民法院应当再审”的规定,充分证明委托人非因自身原因没有参与案件诉讼、程序权利没有得到保障的事实。上述理由,终获该院采纳并作出了对原判决进行抗诉的决定。

三、把握再审

在经抗诉进入长沙市中级人民法院再审程序后,代理律师又换以民事诉讼案件的代理思路,以提交原告的多次不诚信诉讼案例为举证的开始,先对原告进行了不诚信诉讼的品德否定;然后,一笔一笔地梳理原告主张的指定收款、实际虚构债务的财务往来,同时证明由原告指定收款的对象均系原告的关联或实际控制企业的辅助证明材料。举证证据分为6组、59份、436页,证据链环环相扣,将原告没有证据证明所虚构的债务与委托人拥有借款并委托第三方收款合意的基本事实一一呈现,并突出证明相应的往来均系受原告控制、是原告与其相关联或实际控制的公司之间的其他投资活动或经济往来的事实。

四、成功改判

案件发回长沙县人民法院重审的一审过程中,在铁证面前,原告主动放弃了虚构债务1746万余元中500万借款本息的诉讼请求。长沙县人民法院认定原告举证的《借款合同》、《借据》真实性存疑,不能单独作为认定事实的唯一依据且并没有补充举证证明其主张,依法驳回了原告虚构债务1746万余元中其他债务本息诉讼请求。

重审一审判决后,原告不服,向长沙市中级人民法院提起上诉并提交新的证据请求改判支持其相应诉讼请求。二审审理过程中,就原告的举证,代理律师从证明对象、发生时间、证据内容三个方面不能实现证明目的的角度进行驳斥,代理意见获得二审法院采纳并作出了驳回上诉、维持重审一审判决的终审生效判决。

结语

这个案件的成功纠错,从委托人执着的申诉和代理律师的据理力争,到长沙县人民检察院敏锐地发现案件存在的问题并移送公安机关调查;从公安机关尽责调查、查明原告与被告名义上的法定代表人恶意串通提起诉讼的事实,到长沙市人民检察院坚定地保障委托人的程序权利、向长沙市中级人民法院提起抗诉;从长沙县人民法院适用“谁主张、谁举证”的原则进行依法改判,到最终由长沙市中级人民法院二审维持原判,是一场持续近三年、多方依法推动的接力赛跑。

正如习近平总书记在看望参加全国政协会议的民建工商联界委员时强调的,要在民营企业遇到困难的时候给予支持,要在民营企业遇到困惑的时候给予指导,依法维护民营企业产权和企业家权益。本案中,在委托人面临因错误的生效判决,全部资产将被依法强制执行的困境时,代理律师黎亚妮始终秉持专业、尽责的工作态度,以其丰富的民事诉讼代理经验推动案件向正确的方向发展,引导并与委托人坚定地迎难而上,最终实现了推翻虚假债务本息四千万余元的良好结果。

法治中国的建设,正是因为有每一个在岗位上坚守内心善良和公平、正义的法律工作者而充满希望。我们弘一律所的每一位执业律师也将始终坚持专业、尽责的态度,切实践行“弘扬正义、一心为民”的宗旨,竭力维护委托人的合法权益,为经济发展和社会安定助力。

主办律师



黎亚妮律师
湖南弘一律师事务所合伙人

律师执业十五年,致力于护航企业发展,维护企业和企业家的合法权益。



2023年新法速递

1、2023年3月13日第十四届全国人民代表大会第一次会议《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》第二次修正。

新的立法法完善了立法的指导思想和原则。根据新形势新要求,对立法的指导思想和原则进行充实完善,明确了合宪性审查相关要求。根据宪法精神和党中央关于推进合宪性审查工作的部署要求,总结了近年来的实践经验,建立立法决策与改革决策相衔接、相统一的制度机制。对全国人大及其常委会的立法权限、立法程序和工作机制作出了修改完善,为适应监察体制改革需要补充了相关内容。

2、《中华人民共和国农产品质量安全法》已由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十六次会议于2022年9月2日修订通过,现予公布,自2023年1月1日起施行。

新修订的《中华人民共和国农产品质量安全法》对农产品的种植、养殖到生产、销售等各个环节予以法律监管,并严格规定了农药、兽药、肥料、农用薄膜等农业投入品的使用标准等,为保障农产品质量安全,维护公众健康,促进农业和农村经济发展,提供了全方位的法律保障。

3、《中华人民共和国妇女权益保障法》已由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十七次会议于2022年10月30日修订通过,自2023年1月1日起施行。

在完善劳动和社会保障权益方面,新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》规定,消除就业性别歧视,明确就业性别歧视的具体情形,将就业性别歧视纳入劳动保障监察范围。规定用人单位女职工权益保障相关责任,明确劳动(聘用)合同或者服务协议中应当包含女职工权益保护相关内容。同时完善生育保障,规定国家建立健全职工生育休假制度,明确用人单位对女职工的生育保障义务,要求用人单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形,限制女职工晋职、晋级、评聘专业技术职称和职务等。

4、2023年7月3日,国务院总理李强签署第762号国务院令,公布《私募投资基金监督管理条例》(以下简称《条例》),自2023年9月1日起施行。

《条例》的发布既是健全私募基金监管基础性法规制度的标志,也是促进行业高质量发展进入新阶段的标志,对行业具有里程碑意义。

5、《最高人民法院关于具有专门知识的人民陪审员参加环境资源案件审理的若干规定》(以下简称《规定》)已于2023年4月17日由最高人民法院审判委员会第1885次会议审议通过并于2023年7月27日正式发布。

对推动绿色发展、促进人与自然和谐共生作出重大战略部署,为做好新时代环境资源审判工作指明了前进方向。

6、《最高人民法院关于诉前调解中委托鉴定工作规程(试行)》

为贯彻落实习近平总书记关于“法治建设既要抓末端、治已病,更要抓前端、治未病”重要指示精神,坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,促使更多矛盾纠纷实质性解决在诉前,做深做实诉源治理,切实减轻当事人诉累,近日,最高人民法院印发《关于诉前调解中委托鉴定工作规程(试行)》(以下简称《规程》),共20条,对进一步落实《人民法院在线调解规则》,规范诉前调解中委托鉴定工作作出规定。《规程》自2023年8月1日起施行。

7、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、国家卫生健康委联合印发《关于进一步规范暂予监外执行工作的意见》,7月1日起施行。对病情诊断进一步规范,要求病情诊断由两名具有副高以上专业技术职称医师负责。明确要进一步严格决定批准审查和收监执行审查,采取书面审查的方式进行。

8、2023年4月25日,最高人民法院印发《关于司法赔偿案件案由的规定》(以下简称《案由规定》),并就准确适用司法赔偿案件案由下发通知。

《案由规定》依据国家赔偿法规定设置了三级司法赔偿案件案由,其中一级案由2个、二级案由7个、三级案由

20个,并逐个说明案由适用范围。《案由规定》在尊重既往案由使用习惯的基础上,遵循必要性、实用性修改原则,结合审判实践需要进行了修改,解决了原有案由规定过于简单笼统、案由划分过于粗疏、部分案件无案由可用以及以申请赔偿理由代替案由等问题。修改后的案由体系更加完整、分类更加准确、适用更加方便,可以为人民法院司法赔偿立案、审判工作精细化发展以及准确统计各类司法赔偿案件提供有效制度保障。

9、5月24日,最高人民法院发布了《最高人民法院关于审理司法赔偿案件适用请求时效制度若干问题的解释》(法释〔2023〕2号,以下简称《请求时效解释》),该解释自2023年6月1日起施行。

《请求时效解释》共十三个条文,主要包括刑事赔偿请求时效起算规则、非刑事司法赔偿请求时效起算规则、请求时效特殊期间扣除规则、请求时效中止、请求时效期间届满的法律效果等。上述条款立足司法赔偿实际,充分考虑赔偿请求人申请赔偿时是否存在事实障碍和法律障碍,合理确定请求时效起算日,并明确人民法院赔偿委员会审理国家赔偿案件不得主动适用请求时效,解决了一些存在争议的法律适用难点问题,切实把“公正与效率”落到实处。

10、《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 2023.6.1 施行。

《意见》坚持遵循未成年人司法规律、突出问题导向、强化规范引导原则,并专门将“依法从严惩处犯罪”“最有利于未成年人原则”作为办理性侵害未成年人刑事案件的基本原则。共分为6个部分、共计40条,重点明确、规范和细化性侵害未成年人案件办理基本原则、程序和方式、侦查取证工作要求、证据审查判断标准和应把握的原则、被害人保护救助要求等5个方面的内容。

11、最高人民法院关于办理申请执行监督案件若干问题的意见2023.02.01起实施

为进一步完善申请执行监督案件办理程序,推动法律正确统一适用,根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定和《最高人民法院关于进一步完善执行权制约机制加强执行监督的意见》的要求,结合执行工作实际,制定本意见。

12、最高人民法院发布《关于涉外民事案件管辖若干问题的规定》,该规定自2023年1月1日起施行。

该规定明确了第一审涉外民事案件原则上由基层人民法院管辖;诉讼标的额在2000万/4000万以上、案情复杂或者一方当事人人数众多的涉外民事案件、其他在本辖区有重大影响的涉外民事案件由中级人民法院管辖;高级人民法院管辖诉讼标的额人民币50亿元以上(包含本数)或者其他在本辖区有重大影响的第一审涉外民事案件。

13、《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 2023.6.1 施行

该《解释》共十六条,强调依法从严惩处强奸、猥亵未成年人犯罪,加强对未成年人特殊、优先保护,进一步提升未成年人司法保护水平。该文件进一步明确了性侵未成年人适用“较重的从重处罚幅度”的情形、“情节恶劣”的认定标准、各类“加重处罚”的具体情节等,充分体现了依法从严理念和未成年人特殊、优先保护原则。

14、《商用密码检测机构管理办法》深化行政审批制度改革、优化营商环境的重要举措。

《商用密码检测机构管理办法》自2023年11月1日起施行。制定《办法》是深化行政审批制度改革、优化营商环境的重要举措。近年来,党中央、国务院围绕深化行政审批制度改革、优化营商环境作出了一系列重大决策部署,为严格落实行政审批制度改革要求,有必要制定《办法》。《办法》根据商用密码检测机构管理现实需要,对检测机构资质认定、监督管理等提出明确要求,对于规范检测机构市场准入及从业行为、促进商用密码检测行业健康发展具有重要意义。

15、国家市场监督管理总局公布《企业名称登记管理规定实施办法》,自2023年10月1日起施行。

《办法》的出台进一步规范企业名称登记管理,优化自主申报服务,细化争议裁决程序,保护企业合法权益,维护公平竞争的市场秩序。严厉禁止使用与国家重大战略政策、误导公众误认与国家政府信用相关的文字,禁止提交虚假材料或者采取其他欺诈手段进行企业名称申报,严厉打击故意申报与同行业在先有一定影响的他人名称(包括简称、字号等)近似的企业名称。既尊重企业自主选择企业名称的权利,又强调各级责任主体的监管与规范作用,旨在为企业的市场准入提供高质量服务。

16、应急管理部公布《安全生产严重失信主体名单管理办法》,自2023年10月1日起施行。

该法与新修的《安全生产法》《行政处罚法》等相关法律法规相衔接,按照建立健全新型监管机制的要求,明确列入明确生产经营单位及其有关人员应当列入严重失信主体名单的情形,包括发生特别重大、重大生产安全事故的生产经营单位及其主要负责人,以及经调查认定对该事故发生负有责任,应当列入名单的其他单位和人员;12个月内累计发生2起以上较大生产安全事故的生产经营单位及其主要负责人;瞒报、谎报生产安全事故的生产经营单位及有关人员;发生事故后,不立即组织抢救或擅离职守、逃匿的生产经营单位主要负责人等。规范了对严重失信主体的管理措施,健全信用修复机制等,依法依规对严重失信行为进行认定、公示、惩戒、信用修复,进一步明确安全生产信用监管责任,充分发挥信用监管作用,构建统一规范的严重失信主体名单管理制度。

17、国家市场监督管理总局公布《婴幼儿配方乳粉产品配方注册管理办法》,自2023年10月1日起施行。

国家市场监督管理总局发布新修订的《婴幼儿配方乳粉产品配方注册管理办法》,明令禁止变相分装和8种不予注册的情形,明确标签、说明书不得使用“进口奶源”“源自国外牧场”“生态牧场”“进口原料”“原生态奶源”“无污染奶源”等模糊信等九种情形,不得使用婴儿和妇女的形象,“人乳化”“母乳化”或者近似术语表述;对婴幼儿配方乳粉配方注册的法律进行了调整,进一步加强婴幼儿配方乳粉产品配方注册管理,保障婴幼儿“口粮”安全。

18、交通运输部公布《公路水运工程质量检测管理办法》,自2023年10月1日起施行。

指出结合行业管理实际需要,建立检测机构许可制度。规定资质审批应当经过许可机关组织的专家技术评审,包括书面审查和现场核查两阶段。全面规范质量检测活动。规定检测机构不得在同一项目标段中同时接受多方委托,不得转包、违规分包,对检测过程中发现的涉及工程主体结构安全的不合格项目应及时报告,不得转让、出租资质证书。明确禁止检测人员同时在两家及以上检测机构从事检测活动,检测人员不得借工作之便推销建设材料、构配件和设备。在规章权限内,视具体违法情形对检测机构和检测人员的违法行为设置了警告、通报批评和不超过10万元的罚款。

19、财政部印发《普惠金融发展专项资金管理办法》,自2023年10月1日起施行,实施期限五年。

明确中央财政安排支持普惠金融发展的专项转移支付资金,用于支持开展创业担保贷款贴息、中央财政支持普惠金融发展示范区建设、农村金融机构定向费用补贴等工作。符合条件的个人和小微企业可申请创业担保贷款和财政贴息支持。符合条件的创业担保贷款,可纳入专项资金奖补支持范围。对符合条件的创业担保贷款,财政部门给予贷款实际利率50%的财政贴息。

20、新修订的国家标准《限制商品过度包装要求 食品和化妆品》9月1日起实施。

标准明确限定食品和化妆品的包装层数,要求粮食及其加工品不应超过三层,其他商品不应超过四层。

21、生态环境部、工业和信息化部等5部门发布《关于实施汽车国六排放标准有关事宜的公告》,2023年7月1日起,全国范围全面实施国六排放标准6b阶段,禁止生产、进口、销售不符合国六排放标准6b阶段的汽车。针对部分实际行驶污染物排放试验(即RDE试验)报告结果为“仅监测”等轻型汽车国六b车型,给予半年销售过渡期,允许销售至2023年12月31日。

22、《关于优化预缴申报享受研发费用加计扣除政策有关事项的公告》明确自2023年起,符合条件的企业可以在每年7月预缴申报期申报享受上半年研发费用加计扣除政策优惠。企业7月份预缴申报第2季度(按季预缴)或6月份(按月预缴)企业所得税时,能准确归集核算研发费用的,可以结合自身生产经营实际情况,自主选择就当年上半年研发费用享受加计扣除政策。

23、公安部、工业和信息化部共同组织制定强制性国家标准《摩托车、电动自行车乘员头盔》(GB 811-2022)。新标准是电动自行车乘员头盔领域的第一项强制性国家标准,于2023年7月1日实施,对固定装置稳定性、佩戴装置强度、吸收碰撞能量、耐穿透、护目镜等方面进行了严格规定。2023年7月1日起,《电动自行车用充电器安全技术要求》正式施行。针对电动自行车充电器的安全现状,要求包括:电动自行车充电器的机械安全及结构、电气安全、环境适应性、发热与热失控、输出接口安全性、耐热防火阻燃、电磁兼容等项目。



弘一律所2023新春团拜会

立春佳节，元宵将至。

2月4日，弘一律所2023年新春团拜会成功举办。弘一律所党委书记、董事会主席陈宏义出席活动，弘一律所党委、董事会、监事会、联委会成员及全体弘一律师携家属、好友欢聚一堂，携手相依，共迎2023。湖南师范大学法学院院长肖北庚、副院长欧福永应邀出席活动。

金兔吐信祥云来，新日蒸蒸耀朗坤。律所党委书记、决委会主席委员陈宏义在致辞中代表弘一律所向莅临活动的各位领导嘉宾、全体弘一同仁和亲朋好友们送上最真诚的新春问候和最诚挚的新春祝福，同时对一直以来关心支持弘一律所发展的弘一同仁、弘一家人及社会各界表示最衷心的感谢。

回望弘一的2022，我们成绩喜人。过去一年，律所组织机构更加健全、律所专业建设更加全面、律所人员规模继续扩大、律所业绩营收持续增长、律所分所建设持续发力、律所重大活动持续不断、律所荣誉喜报连连。

展望弘一的2023，我们信心满怀。2023弘一的风帆已经扬起，全体弘一人的战歌已经唱响，新的一年，我们将围绕“一强、二扩、三挺进”的工作目标和“六力齐发”工作思路谋篇布局，持续强化党建、制度、规模、人才、宣传建设，持续扩充重点客户和重点服务领域、持续挺进县城市、地级市、大湾区等地区开设分所。

蓝图已然绘就，更须策马加鞭。陈宏义希望，全体弘一人要撸起袖子加油干，一是要坚持正确政治方向，旗帜鲜明跟党走；二是要增强意识优化服务，诚信执业有作为；三是要切实提升专业素养，打造核心竞争力；四是要团结协作相互赋能，总所分所协同共进。

随后，弘一家人各展所长，呈现一场视觉盛宴，乐器合奏、青春热舞、深情高歌、京剧表演、诗词朗诵……高潮迭起，令人目不暇接……这就是才华横溢、热情奔放的弘一人，在每一个舞台上都绽放光彩。



大合唱《我是弘一人》

最后，在《我是弘一人》的大合唱中，弘一律所新春团拜会圆满落下帷幕。

百年弘一发展征程，勇毅前行方谱新篇。明天的弘一，奋斗创造奇迹，力量源自团结，希望寄予青年，愿全体弘一人新春快乐、幸福安康，事事顺心，皆得所愿，2023，我们一起向未来。



弘一十五周年庆 风雨共进十五载 凝心聚力谱新篇

为庆祝建所十五周年，5月16日，我所召开习近平法治思想学习暨高质量发展座谈会，湖南师范大学马克思主义学院副教授、湖南师范大学中国乡村振兴研究院研究员李旭受邀参加，我所党委、决管监联全体成员出席会议，首届青训营学员代表和优秀青年律师代表参加会议。

会上，湖南师范大学马克思主义学院副教授、湖南师范大学中国乡村振兴研究院研究员李旭带来了《习近平法治思想对青年律师发展的指引》主题课程，从习近平法治思想的形成过程、核心要义、理论解读三个方面带领全体参会人员一同学习习近平法治思想，并围绕全面依法治国的政治方向、重要地位、工作布局、重要任务、重大关系、重要保障等内容进行重点阐述。李教授在讲授中引入大量的实际案例，生动鲜明的讲述了习近平法治思想对推动律师事业高质量发展的重要性。

我所党委副书记、管委会主任周群翔介绍了本次座谈会的目的和意义，总结了律所在走向高质量发展进程中，在人员、团队、制度、文化、人才培养等方面的短板和不足，并强调未来驱动律所高质量发展的途径和方法，离不开高水平的服务质量、健全的管理制度、律师之间的协同共享和律所的创新发展的共同作用，为全面实现七五五的目标和百年弘一的愿景提供了全新的思路 and 方向。

千里之行，积于跬步，青年律师培养一直是弘一律所坚持的高质量发展之路不可缺少的重要一环，首届青训营已划上终点，杨硕、谢棒、黄雨惠、申怡四位律师作为青训营代表在会上分享了他们的学习感悟、收获和心得。

优秀青年律师是做强弘一，走向高质量发展的中流砥柱，曾绮、严敏、李铁华、李小虎四位律师作为优秀青年律师代表，在发言中结合自身在执业过程中所遇到的问题，为律所高质量发展建言献策，彰显弘一青年力量。

党委书记、决委会主席委员陈宏义发表总结讲话，首先热烈祝贺弘一律所十五周年生日快乐，同时对一直以来关心支持弘一律所发展的社会各界、对全体合伙人一直以来的精诚团结和五大班子的奉献付出表示感谢，向全体创始人长此以往的坚守陪伴表达感恩、向业务指导委员会各位专家委员的指导支持表示感谢。

回顾弘一十五年发展取得的显著成绩，是全体弘一人共同进退的结果。下一个十五年，在各地政府、各行业高度提倡高质量发展的背景之下，结合弘一律所进入3.0时代的发展现状，高质量发展成为做强弘一的必经之路，着力打造人才精、专业强、管理顺、氛围好、创收高、风评佳、后劲足的高质量律所。

他表示，要实现律所高质量发展，必须要坚持“四要”“五化”“六加强”，并要有强有力的党组织核心、在有团队奉献的管理团队、有一批业务精湛的骨干律师、有科学合理的管理制度、有永葆青春的心态，才能逐步推进弘一律所走向高质量发展之路。

最后，他表示，未来弘一的美好蓝图再度展开，愿全体弘一人在下一个十五年再度携手启航，一起踔厉奋发、齐心协力、不畏艰辛、砥砺前行，愿“百年弘一梦”和“中国法治梦”早日实现。





第四届弘一励志奖学金颁奖仪式 暨弘一律所第二届经典案例大赛

5月12日,由湖南弘一律师事务所和湖南师范大学法学院联合举办的第四届弘一励志奖学金颁奖仪式暨弘一律所第二届经典案例大赛决赛在湖南师范大学法学院成功举办。

湖南师范大学副校长杨震、湖南师范大学教育基金会副秘书长刘芸玲、湖南师范大学法学院党委书记唐建文、湖南师范大学法学院正处级专职组织员陈胜国、湖南师范大学法学院副院长周刚志、湖南师范大学法学院副院长何燕华、湖南师范大学法学院党委副书记曹俊峰出席活动。弘一律所党委、决委会、管委会、监事会、联委会部分成员参加活动。



湖南师范大学法学院“弘一励志奖学金”颁奖典礼

“弘一励志奖学金”由湖南弘一律师事务所向湖南师范大学捐赠100万而创立,旨在表彰在法学专业品学兼优的励志模范和榜样人物。三年的持续奖励,不断助力湖师大为国家法治力量提供智力支持和人才保障,激发法律专业学子奋发向上、刻苦钻研的学习热情,并加强了弘一律所与湖师大法学院的交流共建。

弘一律所决委会主席委员陈宏义在致辞中对莅临活动的各位领导表示衷心感谢,向获奖学生表示热烈祝贺。他详细介绍了弘一励志奖学金的设立初衷,并希望通过弘一励志奖学金,持续培育师大法学院学子形成品学兼优、积极上进的精神品质,为中国法治建设贡献应有力量。

湖南师范大学法学院党委副书记曹俊峰公布了评奖程序、规则及获奖名单,由湖南师范大学法学院正处级专职组织员陈胜国与弘一律所董事会执行董事刘汉西共同为李法权、陈观华、方怡宁、易可佳、张婷、肖攀诚6位获奖学生颁奖,其中,李法权和陈观华作为学生代表上台发言。

湖南师范大学副校长杨震在讲话中向获奖学生表示祝贺,对弘一律所和社会各界对师大法学院的支持表示感谢,并预祝弘一律所第二届经典案例大赛取得圆满成功。他对获奖学生提出三点希望:一要打好基础,二要加强社会实践,三要常怀感恩之心,做一名有温度的法律人,充分发挥青年模范的带头作用,为法学院的发展发挥更多作用。

弘一律所第二届经典案例大赛决赛

湖师大法学院何燕华副院长、倪洪涛教授、邓建志教授、王葆蔚教授,弘一律所管委会主任周群翔、监事会监事长黎飞仙、联委会理事长刘金星,七位大咖评委云集助阵本次赛事,专业点评、精辟透彻,保证大赛权威与公平。

	陈德勇 《做有温度的法律人,彰显法律的公平与正义》 代理近800名群众金融委托理财纠纷案		曾绮 《以法律服务创千万价值,助危机企业涅槃重生》
	刘水清 《反担保背千万债务,促再审令执行中止》 ——追偿权纠纷再审案		李铁华 《徘徊于生与死的边缘,定格在情与法的判决》 ——网络侵权责任纠纷
	曾正峰 《特大生产、销售有毒、有害食品案的有效辩护及公益诉讼代理之路》		林宇虹 《通过鉴定程序问题实现撤销仲裁裁决》
	刘洋 《破产受理后的破产原因实质审查》 ——长沙赛普尔破产清算案		李晨曦 《公平,是家事的最高准则》 ——赵女士与刘先生同居关系析产纠纷案
	严敏 《对弱者是以柔软,向案件注以同理心》 ——台湾居民借名买房纠纷案		贾慧 《老有所依,如何依》——易某养老保险资格认定案
	杨志伟 《某市区存量污水厂回购及水环境综合治理市政建设项目(45亿)全过程专项法律服务》		王自美 《数百企业遭遇“碰瓷式维权”,看弘一律师如何让维权商标成为通用名称》
获奖名单			
一等奖: 李铁华			二等奖: 曾绮、刘水清
优胜奖: 杨志伟、贾慧、刘洋、曾正峰、李晨曦、严敏			三等奖: 林宇虹、陈德勇、王自美
最佳导师: 喻孟良			

湖南师大法学院党委书记唐建文在讲话中向获奖律师表示祝贺。他表示,从12位参赛律师身上,不仅看到了法律人精湛专业的业务技能、严谨务实的工作作风,也展现了弘一律所强大的人才储备和一流的服务能力。最后他希望弘一律所的经典案例大赛能持续传承下去,并祝愿湖南弘一律师事务所蓬勃发展,日胜一日。



走进分所 —— 湖南弘一(永州)律师事务所

湖南弘一(永州)律师事务所(以下简称永州分所)成立于2019年5月16日,是湖南弘一律师事务所继衡阳、株洲、岳阳分所成立以来在湖南省内设立的第四家分所。自成立以来,永州分所稳步发展、成绩斐然,从成立初期的4名执业律师发展到42名执业律师,从3名党员发展到13名党员,从370平方米办公场地发展到2300平方米办公场地,至今已为近百家政府机关、企事业单位提供法律服务。永州分所以专业立足市场、以服务回馈社会,在永州市律师行业内树立了专业、诚信、务实的良好口碑。先后荣获湖南省司法行政工作先进集体、省律师行业先进基层党组织、永州市党建标杆党组织、永州市五星级规范诚信所等荣誉。



一、党建引领,稳健发展

2020年4月,永州分所成立党支部。在不断发展壮大的过程中,始终坚持“党建+”的工作模式,以党建为引领,凝聚发展优势、强化政治站位、加强队伍建设,把党建工作与律所专业发展、协同发展、规范发展相结合,积极推进分所高质量发展。

(一)成立“党建+公益”党建工作共建基地

永州分所联合湖南科技学院马克思主义学院、永州市义工协会、永州市慈善志愿者协会共同签署《党建工作共建框架合作协议书》,成立“党建+公益”党建工作共建基地。四个共建单位携手探索“党建+公益”、党建共建两种新的党建工作模式,打造好“党建+公益”和党建共建基地的品牌。这既是创新基层党组织党建共建工作模式的有效尝试,也为律师行业党建工作提供了新的发展思路和工作经验。



(二)选举产生新一届党支部委员会

召开换届选举党员大会,选举刘志军、蒋小松、蒋石柱、谭灿、周元刚五名同志组成新一届党支部委员会,刘志军任书记、蒋小松任副书记、谭灿为纪检委员、周元刚

为宣传委员、蒋石柱为组织委员。新一届支部委员会表态将继续坚持党建引领,以支部“五化”建设为抓手,以“党建+”工作思路,持续擦亮党建名片,努力打造一支思想过硬、业务精湛、作风优良的律师队伍,为永州法治建设贡献律师力量。

二、培养队伍,专业发展

在中国共产党成立102周年之际,为深入学习贯彻党的二十大精神,全面提高青年律师业务技能,激励青年律师争做党和人民满意的好律师,永州分所举办了首届青年律师业务技能大赛三项赛事,未来将始终坚持常态化青年律师培养机制,为培育青年律师工作提质增效,努力推进专业化建设迈上新台阶。

(一)“做党和人民满意的好律师”演讲比赛

青年律师结合自身的办案经历,以饱满的热情、真挚的情感,从不同层次、不同角度阐释了自己对“做党和人民满意的好律师”的理解与感悟,用激昂的斗志和铮铮的誓言,展现弘一律师风采。通过以赛促学的方式展现青年律师“赶、学、比、超”的良好精神风貌,增强了青年律师的责任感、使命感。

(二)法律文书写作比赛

法律文书写作比赛中,参赛律师需根据赛题提供的案件材料,需要在3小时内分别撰写一份民事起诉状和两份答辩状。通过比赛的方式全面展示参赛律师专业素养,检验青年律师的学习成果,帮助青年律师找出短板,发现不足,不断提升青年律师的法律文书写作水平,为从事法律职业打下坚实基础,为法治永州建设贡献律师力量。

(三)模拟法庭辩论赛

模拟法庭辩论赛采取自由组队的方式两两展开对决,双方各设3个辩席,分为立论、发问、自由辩论、总结陈词四个环节。组队成员依次上场进行模拟法庭辩论,控辩双方在审判长的主持下分别发表公诉意见和辩护意见。在自由辩论、总结陈词等环节中,选手们灵活运用专业知识,充分展现了法律职业能力,进一步提升了法庭辩论水平和技巧。

三、爱心公益,协同发展

永州积极响应党委政府的号召,持续推进“做党和人民满意的好律师”活动,充分发挥自身专业优势,彰显社会主义法治工作者的责任担当。今年以来,永州分所采取多种形式持续开展“走基层·惠民生”系列活动,融合推进“千所联千企”专项服务活动。

(一)开展“走基层·惠民生”法治宣传和慰问送温暖主题活动

联合永州市慈善总会、永州市慈善志愿者协会在竹山桥学校举办“免费午餐、小善大爱、法律知识进校园活动”主题普法活动。宣传交通安全知识、预防青少年犯罪、防范校园欺凌等法律知识,引导孩子们从小学法、懂法、守法、用法,用法律知识武装自己。

与党建共建单位永州市义工协会组织律师、普法志愿者,走进冷水滩区下河线社区湘纸小区、纺织厂小区联合开展“走基层·惠民生”法治宣传和慰问送温暖主题活动。弘一律师与普法志愿者在居民小区通过设立法律咨询台、悬挂横幅、发放宣传资料等形式开展普法宣传,重点宣传党的二十大报告“法治篇章”、非法集资、防电信诈骗、《民法典》等与群众生产生活息息相关的法律知识;看望和慰问小区的贫困下岗职工,为他们送去大米、食用油等慰问物资,表达弘一律师的一片爱心。

(二)开展“爱心送水 清凉一夏”关爱环卫工人慰问活动

永州分所与党建共建单位永州市义工协会在冷水滩中心城区联合开展“爱心送水 清凉一夏”关爱环卫工人慰问活动,将防暑清凉用品送到环卫工人手中,向在高温酷暑中仍坚守岗位的一线环卫工人送去关爱和慰问。对一直以来为永州的环卫工作付出的辛勤劳动的环卫工人表示敬意和感谢,也让环卫工人体会到来自社会的理解和关怀。

(三)开展“千所联千企”活动,助力中小微企业稳步发展

为深入推进“千所联千企”服务中小微企业专项活动走深走实,永州分所共有26名律师主动参与活动,先后与18家企业建立了对口服务机制,紧扣企业法治需求,深入开展法治宣传、法律咨询、法治体检等多种法律服务,为企业的健康发展提供了坚实的法治保障。积极帮助企业进行法治体检、查漏补缺、答疑解惑,提升企业家及经营管理人员法治意识和法治能力,营造全市企业诚信守法、维权用法、经营依法的良好氛围,进一步激发新阶组织凝聚力和向心力,助力营商环境不断优化。

四、人文关怀,规范发展

(一)成立律所工会,保障员工权益

2023年2月8日,根据《中国工会章程》的要求,永州分所正式成立律所工会,选举王姣副主任兼任律所工会主席。律所工会组织的建立,对永州分所在维护律师权益、调动全体员工的工作积极性、促进律所良性健康发展起到积极作用。



(二)筹备主题活动,凝聚律所力量

“三八”妇女节之际,永州分所工会主席王姣带领律所员工及家属在冷水滩区宏源户外基地开展以团聚休闲为主题的拓展活动。律所员工利用工作之余带着家属一起参加活动,既感受到了弘一永州大家庭的温暖、拉近了彼此的距离,也增强了律所的凝聚力。

在未来的工作中,永州分所将持续群策群力、团结一致、奋发有为,以专业建设和人才培养为重点,逐步构建完善内外制度,以品牌化、数字化、智能化为手段,秉持“专业、诚信、勤勉、尚法”的服务精神,传递高品质的法律服务价值,实现“建百年律所,圆法律人生”的美好愿景。

