

天衡法律通讯

■ 顺以天道
衡平万物

 天衡联合律师事务所
TENET & PARTNERS

2013年
2月号

01 天衡动态

03 法规快讯

- 03 法规新讯
- 06 草案动态
- 07 重点关注
- 08 指导案例

11 律师专栏

- 11 对民间借贷中夫妻共同债务认定的检讨——以家事代理权制度为视角
- 18 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》新增要点报告
- 21 房地产及建筑业务全程法律服务

顾问：白劭翔
主编：庄小帅
林巧财
责任编辑：龚晓敏

网址：www.tenetlaw.com

天衡动态



厦门市司法局授予“2012年度优秀律师事务所”荣誉称号



厦门市精神文明指导委员会办公室授予“厦门市（2012-2014年度）文明行业创建工作示范点”



厦门市委常委、统战部长黄菱莅临本所调研

一、厦门市司法局授予天衡所“优秀律师事务所”等荣誉

2012年度，天衡所全体员工锐意进取、团结一致，一如既往地秉持“顺以天道，衡平万物”的律所理念，铸就天衡的优质品质。天衡律师始终以扎实的理论水平和丰富的执业经验，为国内外客户提供专业优质的法律服务，为中国的法制建设贡献力量。在大家的携手努力下，天衡硕果累累，荣获多项荣誉。

2013年1月31日在厦门市司法局召开的全市司法行政工作会议上，本所作为2012年度全市司法行政系统基层先进单位——“优秀律师事务所”受到表彰，同时本所林楚雄、杨艳两名律师被授予“优秀律师”的光荣称号。

二、厦门市委常委、统战部长黄菱莅临本所调研

2013年2月17日，春节假期刚过，市委常委、统战部长黄菱在统战部副部长林汉义以及新的社会阶层人士工作处的有关同志的陪同下到本所进行调研。本所孙卫星主任、曾招文副主任热情接待了黄部长一行。

孙卫星主任介绍了本所的基本情况以及管理模式，并重点汇报了本所近年来为加快推进福建跨越发展和海西建设所提供优质高效的法律服务情况，特别是泉州分所在和谐拆迁等方面发挥了律师的专业特长，取得了卓有成效的业绩。黄菱部长充分肯定了本所已经取得的成绩以及在海峡经济发展中所起到的作用，鼓励本所再接再厉在新一轮的经济发展中发挥律师特长，为建设和谐社会做出更大的贡献。

三、天衡（龙岩）分所杜国长律师当选龙岩市律师协会副会长

2013年1月28日，在龙岩市召开的第四次律师代表大会上，天衡（龙岩）分所主任杜国长律师当选为龙岩市律师协会第四届理事会理事，并在龙岩市律师协会第四届理事会第一次全体会议上当选为龙岩市律师协会副会长、常务理事。

杜国长律师曾担任龙岩市律师协会第三届理事会常务理事、刑事业务指导委员会主任。此次上任后，根据分工，杜国长律师将分管龙岩市律师协会各业务委员会工作及全市律师业务研讨、业务交流及培训工作。

四、厦门市政协副主席魏刚一行领导莅临天衡所调研工作

2月20日下午，厦门市政协副主席魏刚一行领导莅临天衡所调研工作。本所孙卫星主任、泉州分所方林波律师在会上做了工作汇报。

市政协副主席魏刚此行的主要目的是针对律师参与拆迁的经验教训展开工作调研。天衡律师敢于先行先试，将法律运用到实践中去，在征地补偿业务方面为政府和被拆迁户都提供了法律保障，成功运作多个项目，并获得政府和被拆迁户的认可，协助政府在城镇化进程中达到“和谐征迁”的目的。本所孙卫星主任、泉州分所方林波律师特别汇报了律师在拆迁事务中的工作情况：包括新征收条例下政府征地拆迁存在项目决策面临较大风险、项目运作人员经验不足、程序繁杂、运作效率低、诉讼风险增加等困难。律师介入拆迁工作，可以化解政府面临的各种法律风险，确保项目依法高效推进是天衡律师的使命。天衡律师通过项目运作法律风险分析、参与项目运作，对征迁程序进行设计把关、参与协商谈判、司法强制等工作，提供深度介入、全方位、一站式的法律服务。律师在拆迁工作中应做到宣传措施到位、争取群众理论与支持，营造良好拆迁氛围；对补偿方案反复推敲论证、多层次立体性征求意见，做到补偿标准公平合理；坚持拆迁程序公开透明，注重群众参与与监督，做到阳光拆迁；群众工作做实做细、换位思考，尽可能解决被拆迁群众困难，发挥律师作用个案处置。

五、天衡律师参加“中世律所联盟（SGLA）全国巡回讲坛

2013年2月27日，“中世律所联盟（SGLA）全国巡回讲坛——索通律师事务所站”活动在重庆举行。中世联盟执行委员会主席韩德云律师，副主席邹国荣律师、蒋勇律师和蔡学恩律师，以及联盟秘书处朱宁律师出席了本次活动。我所孙卫星主任与其他联盟所30多位律师也到场参与。另外，活动主办方——索通律师事务所还邀请到了重庆市国资委、英国驻重庆总领事馆、以及部分重要客户单位的有关领导和嘉宾参会。



联盟参会嘉宾合影（第一排右四为孙卫星主任）

法规快讯



劳动 & HR

1、国务院办公厅印发《国民旅游休闲纲要（2013-2020年）》

2013年2月2日，国务院办公厅印发了《国民旅游休闲纲要（2013-2020年）》（国办发[2013]10号，以下简称“《纲要》”）。《纲要》要求保障国民旅游休闲时间，落实《职工带薪年休假条例》，鼓励机关、团体、企事业单位引导职工灵活安排全年休假时间，完善针对民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位职工的休假保障措施。加强带薪年休假落实情况的监督检查，加强职工休息权益方面的法律援助。《纲要》提出，要鼓励社会力量投资建设旅游休闲设施，开发特色旅游休闲线路和优质旅游休闲产品。鼓励和支持私人博物馆、书画院、展览馆、体育健身场所、音乐室、手工技艺等民间休闲设施和业态发展。落实国家关于中小企业、小微企业的扶持政策。

2、最高人民法院公布《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》

最高人民法院1月31日公布《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》，于2013年2月1日起施行。该解释全文共15条，进一步理顺了诉讼程序和仲裁程序衔接机制中不相适应的因素；明确了中级人民法院审理撤销终局裁决申请的案件可以组织双方当事人调解；重点规范了解除劳动合同时支付经济补偿的工作年限如何计算、竞业限制条款具体内容和经济补偿标准、外国人、无国籍人以及台港澳居民在中国内地发生劳动争议后如何解决等问题。此外，该解释还对用人单位经营期限届满的经济补偿、用人单位违法解除劳动合同的赔偿金、中级人民法院审理撤销终局裁决案件的程序等问题作了详细规定。

知识产权

1、国务院修改《计算机软件保护条例》

《国务院关于修改〈计算机软件保护条例〉的决定》（国务院令632号）于1月30日公布，自2013年3月1日起施行。该决定将《计算机软件保护条例》将第二十四条第二款修改为：“有前款第一项或者第二项行为的，可以并处每件100元或者货值金额1倍以上5倍以下的罚款；有前款第三项、第四项或者第五项行为

的，可以并处20万元以下的罚款。”

2、国务院修改《中华人民共和国著作权法实施条例》

《国务院关于修改〈中华人民共和国著作权法实施条例〉的决定》（国务院令633号）于1月30日公布，自2013年3月1日起施行。该决定将《中华人民共和国著作权法实施条例》第三十六条修改为：“有著作权法第四十八条所列侵权行为，同时损害社会公共利益，非法经营额5万元以上的，著作权行政管理部门可处非法经营额1倍以上5倍以下的罚款；没有非法经营额或者非法经营额5万元以下的，著作权行政管理部门根据情节轻重，可处25万元以下的罚款。”

3、国务院修改《中华人民共和国植物新品种保护条例》

《国务院关于修改〈中华人民共和国植物新品种保护条例〉的决定》（国务院令635号）于1月30日公布，自2013年3月1日起施行。该决定将《中华人民共和国植物新品种保护条例》第三十九条第三款修改为：“省级以上人民政府农业、林业行政部门依据各自的职权处理品种权侵权案件时，为维护社会公共利益，可以责令侵权人停止侵权行为，没收违法所得和植物品种繁殖材料；货值金额5万元以上的，可处货值金额1倍以上5倍以下的罚款；没有货值金额或者货值金额5万元以下的，根据情节轻重，可处25万元以下的罚款。”

将第四十条修改为：“假冒授权品种的，由县级以上人民政府农业、林业行政部门依据各自的职权责令停止假冒行为，没收违法所得和植物品种繁殖材料；货值金额5万元以上的，处货值金额1倍以上5倍以下的罚款；没有货值金额或者货值金额5万元以下的，根据情节轻重，处25万元以下的罚款；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

4、国务院修改《信息网络传播权保护条例》

《国务院关于修改〈信息网络传播权保护条例〉的决定》（国务院令634号）于1月30日公布，自2013年3月1日起施行。该决定将《信息网络传播权保护条例》第十八条、第十九条中的“并可处以10万元以下的罚款”修改为：“非法经营额5万元以上的，可处非法经营额1倍以上5倍以下的罚款；没有非法经营额或者非法经营额5万元以下的，根据情节轻重，可处25万元以下的罚款”。

5、我国首部《企业知识产权管理规范》3月1日起实施

日前，由国家知识产权局起草制定的《企业知识产权管理规范》（以下简称《规范》）由国家质量监督检验检疫总局、国家标准化管理委员会批准颁布。这是我国首部企业知识产权管理国家标准，将于3月1日起实施。

据介绍，《规范》的核心主旨是提高企业知识产权管理能力。该规范包括9个章节，主要包括企业知识产权管理规范的范围、规范性引用文件、术语和定义、企业知识产权管理体系、管理职责、资源管理等内容。

6、知识产权局等十部门确定2013年战略性新兴产业知识产权工作要点

日前，《2013年战略性新兴产业知识产权工作计划》（以下简称《工作计划》）正式印发。该计划由国家知识产权局、国家发改委、教育部、科技部、工信部、财政部、商务部、工商总局、版权局、中科院

等十部门联合编制，明确了2013年战略性新兴产业知识产权工作要点。

《工作计划》从加强知识产权分析评议工作、提升知识产权管理能力、促进知识产权创造布局、加强知识产权转化运用、提升知识产权服务能力、加强知识产权信息平台建设、优化知识产权发展环境、加强涉外知识产权工作等八个方面入手，制定了50条具体措施，并按照各部门职能和工作情况进行了分工，确保各项措施落到实处、产生实效。

投资相关

1、国家发展与改革委员会公布《国家发展改革委关于修改〈产业结构调整指导目录（2011年本）〉有关条款的决定》

为更好地适应转变经济发展方式的需要，根据《国务院关于发布实施的决定》（国发[2005]40号），国家发展与改革委员会会同国务院有关部门对《产业结构调整指导目录（2011年本）》有关条目进行了调整，形成了《国家发展改革委关于修改〈产业结构调整指导目录（2011年本）〉有关条款的决定》，该决定于2013年2月16日公布，自2013年5月1日起施行。

2、商务部和台湾事务办公室公布《台湾投资者经第三地转投资认定暂行办法》

为实施《海峡两岸投资保护和促进协议》，保护台湾投资者合法投资权益，鼓励台湾同胞赴大陆投资，促进海峡两岸经济合作，商务部和台湾事务办公室于2013年2月20日公布《台湾投资者经第三地转投资认定暂行办法》，该办法自2013年2月20日起实施。

其他

1、公检法司发布刑事诉讼法律援助工作新规定

近日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发了修改后的《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》，共28条，自2013年3月1日起施行。2005年9月28日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部下发的《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》同时废止。

2、最高人民法院发布第四批指导性案例



2013年2月7日，最高人民法院发布《最高人民法院关于发布第四批指导性案例的通知》【法〔2013〕24号】，该通知发布4个指导性案例，其中刑事和民事案例各2个：2个刑事案例分别涉及刑法规定的非法买卖毒害性物质的界定，刑法修正案（八）规定的禁止令的具体适用问题；2个民事案例分别涉及关联公司人格混同的认定和法律责任，海事赔偿责任限制基金案件审查程序等问题。

草案动态



房地产

1、住房城乡建设部印发2013年工程建设标准规范制订修订计划

近日，住房和城乡建设部印发了《2013年工程建设标准规范制订修订计划》（建标[2013]6号）。该计划列明了“建材矿山工程测量技术规范”等87个工程建设国家标准项目、“城市照明合同能源管理技术规范”等53个工程建设行业标准以及“工程建设标准和产品标准年度立项研究和年度发展报告”等7个研究项目的适用范围和主要技术内容、主编部门、主编单位、参编单位以及完成时限。

2、楼市调控细则即将公布

旨在抑制部分地区楼市过快上涨的“国五条”正进入细化阶段。上海证券报获悉，国家级楼市调控细则已经成文，并已经发至政策发布机关。北京等一线城市调控细则也已经成文待发。地方细则将晚于国家级细则发布，后者主要内容涉及房价控制目标、限购限贷，以及税收政策等几个方面。

目前，广州、深圳等一线城市已公开表态将响应“国五条”要求，公布调控方案。相比之下，上海则未有明确表态。

知识产权

1、国家知识产权局就《专利审查指南修改草案（征求意见稿）》公开征求意见

国家知识产权局于2013年2月6日发出通知就《专利审查指南修改草案（征求意见稿）》公开征求意见，意见反馈截止时间为2013年3月18日。《专利审查指南修改草案（征求意见稿）》对专利审查指南的第一部分第二章、第三章的相应内容做了相应修改。

2、国家版权局2013年将出台5部规章加强版权监管

国家版权局近日印发了《2013年版权工作要点》，其中特别提到2013年将起草颁布《教科书法定许可付酬办法》、《互联网传播影视作品著作权监督管理办法》、《版权行政执法指导意见》，修订颁布《出版文字作品报酬规定》、《全国版权示范城市、示范单位和示范园区（基地）管理办法》等5部规章。

重点关注



一、重点提示

1、2013年2月8日，国务院公布了关于《中华人民共和国计算机软件保护条例》、《中华人民共和国著作权法实施条例》、《信息网络传播权保护条例》和《中华人民共和国植物新品种保护条例》4个条例的修改决定。

此次修改罚款数额调整了两个标准：一是提高针对违法经营额的罚款倍数，将相关条例中依经营额确定的罚款的倍数统一调整为1倍以上5倍以下；二是提供了入门罚款的最高限额，由原来的5万或10万元调整为20万或25万元。

2、2013年3月1日，国务院公布国办发（2013）17号《国务院办公厅关于继续做好房地产市场调控工作的通知》（下称《通知》）。该通知要求：各省级人民政府要更加注重区域差异，加强分类指导；进一步完善现行住房限购措施；进一步落实好对首套房贷款的首付款比例和贷款利率政策，严格执行第二套（及以上）住房信贷政策。对房价上涨过快的城市，人民银行当地分支机构可根据城市人民政府新建商品住房价格控制目标和政策要求，进一步提高第二套住房贷款的首付款比例和贷款利率；鼓励中小套型普通商品住房建设项目，并给相应的政策和开发贷款支持；继续严格执行商品房销售明码标价、一房一价规定，严格按照申报价格对外销售，对预售方案报价过高且不接受城市住房城乡建设部门指导，或没有实行预售资金监管的商品房项目，可暂不核发预售许可证书；对存在闲置土地和炒地、捂盘惜售、哄抬房价等违法违规行为的房地产开发企业，有关部门要建立联动机制，加大查处力度。

二、国办发（2013）17号的预警

《国务院办公厅关于继续做好房地产市场调控工作的通知》应着重关注如下问题：

首先，《通知》要求“购房人不具备购房资格的，企业要与购房人解除合同”。对于房地产开发商而言，《通知》赋予其的法定解除权，亦是一种义务，故应依法落实到实处，否则可能有行政处罚风险；但同时，其作为一种权利，亦可适度使用。

其次，《通知》规定“人民银行当地分支机构可根据城市人民政府新建商品住房价格控制目标和政策要求，进一步提高第二套住房贷款的首付款比例和贷款利率”；若人民银行提高第二套住房贷款的首付款和贷款利率，政策调整衔接期间将可能会影响到购房人是否能取得按揭贷款，进而影响到购房人是否能及时、全面地履行合同的义务，建议房地产开发商各地信贷政策予以及时地了解 and 沟通。

再次，《通知》要求对于中小套型普通商品住房的给予政策和信贷支持，此举体现了政策对房地产行业的宏观调控方向，建议房地产开发商对此予以适度的关注。

最后，《通知》要求对预售方案报价过高且不接受城市住房城乡建设部门指导，或没有实行预售资金监管的商品房项目，可暂不核发预售许可证书。据此，各房地产开发商对于其开发的商品房的预售方案应作好相应的预案，以避免因行政干预而无法如期预售，增加开发成本。

（供稿人：天衡联合律师事务所 林巧财 律师）

指导案例



徐工机械公司诉工贸公司等 买卖合同纠纷案

作者：林巧财（天衡联合律师事务所律师）

徐工机械公司诉工贸公司等买卖合同纠纷案进一步完善并突破了我国公司法人格否认制度，明确了关联公司在人员、业务、财务等方面交叉或混同，导致各自财产无法区分，丧失独立人格的，应构成人格混同；关联公司人格混同，严重损害债权人利益的，关联公司相互之间对外部债务承担连带责任。

该指导案例确定了关联公司是否构成人格混同的判断依据，即可以从人员、业务、财务等角度综合认定；同时对公司外部债务承担连带责任的主体，由股东扩张细化到了股东控制的关联公司。

一、案情概要

江苏省徐州市中级人民法院和江苏省高级人民法院经审理查明：

（一）成都川交工贸有限责任公司（简称川交工贸公司）与成都川交工程机械有限责任公司（简称川交机械公司）、四川瑞路建设工程有限公司（简称瑞路公司）与川交工贸公司的经营范围重合，经理和财务负责人等重要部门任职人员相同；同时，川交工贸公司的股东在瑞路公司及川交机械公司均存在任职或兼职情况。

（二）川交工贸公司与川交机械公司、瑞路公司在对外宣传中未作区分，如网络信息中的招聘内容、企业精神等均相同，《川交机械时讯报》涉及三公司的人事任免、经营信息等也相同；三公司均从事相关经销业务，且存在共用统一格式的《二级经销协议》、《销售部业务手册》、结算账户的情形。

（三）川交工贸公司与川交机械公司、瑞路公司在财务混同。前述三公司均与原告存在业务往来，但该三公司曾于2005年共同向原告出具说明，称因川交机械公司业务扩张注册了另两个公司，要求所有债权

债务、销售量均计算在川交工贸公司名下，并表示今后尽量以川交工贸公司名义进行业务往来；同时，三公司对原告的返利期放置在川交工贸公司账户未分配，三公司对返利的分配未做约定；2006年由川交工贸公司售出的车辆曾是由瑞路公司向客户出具收据；对外销售收款时，约大部分的货款回收均是通过三个公司共同的财务人员的个人银行卡完成的。

2009年，徐工机械公司因催要货款，起诉至法院，认为三公司人格混同，王永礼及工贸公司股东的个人资产与公司资产混同，构成共同侵权。据此，请求判令：川交工贸公司支付所欠货款；川交机械公司、瑞路公司及王永礼等个人对川交工贸公司的债务承担连带清偿责任。

根据前述查明的事实，江苏省徐州市中级人民法院经审理认为，徐工机械公司与三公司签订的买卖合同合法有效，工贸公司应支付经庭审调查确认的货款及相应利息。三公司虽表面上彼此独立，但实质上人格混同。在川交工贸公司不能清偿欠款的情况下，川交机械公司、瑞路公司应承担连带清偿责任。关于王永礼等个人是否存在侵占公司资产、个人资产与公司资产混同的问题，徐工机械公司未提供充分的证据证明。据此，该法院依法作出一审判决认定：川交工贸公司向徐工机械公司支付所欠货款及利息；川交机械公司、瑞路公司对川交工贸公司的上述债务承担连带清偿责任；驳回徐工机械公司对王永礼等个人的诉讼请求。

该案一审判决作出后，瑞路公司、川交机械公司不服一审判决，依法向江苏省高级人民法院提起上诉。

江苏省高级人民法院经审理认为：因三个公司在人员、业务和财务方面均混同。因此，三个公司虽在工商登记部分登记为彼此独立的企业法，但实际上相互之间界线模糊，即其表征人格的因素（人员、业务、财务等）高度混同，各自财产无法区分，已丧失独立人格，构成人格混同，其中川交工贸公司承担所有关联公司的债务却无力清偿，又使其他关联公司逃避巨额严重损害债权人的利益。据此，该法院于2011年10月19日作出二审判决：驳回上诉，维持原判。

二、对本指导案例的解读

我们认为：该指导案例明确将公司人格否认制度具体化为可操作的司法判断规则，并统一该类型案例的裁判规则，具有开拓意义，同时亦具有很强的实践意义。

在该指导案例中，江苏省徐州市中级人民法院和江苏省高级人民法院认为，川交工贸公司、川交机械公司和瑞路公司在经营中随意混淆业务、财务、资金，使得交易相对人难以区分准备的交易对象，并且在交易过程中对财产处置行为，在客观上削弱了川交工贸公司的偿债能力，有滥用公司独立人格以逃废债务之嫌。三公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人，但基于前述事由，已构成人格混同，损害了债权人的利益，违背了法人制度设立的宗旨，其危害性与《中华人民共和国公司法》第二十条规定的股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的情形相当，不经意之间对外部债务应承担连带责任。

根据前述，我们认为：该指导案例的裁判要点，从司法适用效果来看，在关联公司之间表格法人人格高度混同，导致各自的财产无法区分，否认关联公司各自的独立法人人格，将各关联公司视为一体，对其中特定公司之债权人的请求承担连带责任，是将滥用关联公司人格之股东的责任延伸到由他们控制的关联公司；究其实质，其为股东对公司债务承担连带责任的一种具



具体方式；但该种方式已经实际上突破了《公司法》的规定。

三、本案应该着重注意的问题

该指导案例的发布，对于中国公司法的规定是具有突破性的意义，同时对于公司日常经营过程中亦具有相当重要的警醒意义；还对于公司法人的治理结构提升，具有重要的参考意义。

1、公司经营过程当中，外在方面应注意人员、业务和财务方面的独立。

该指导案例指出，公司人格的表征因素主要有人员、业务和财务；同时其判断人格是否混同因素还有“财务无法区分”。据此，公司在日常经营过程中，应注意做到人员、业务和财务的相对独立。

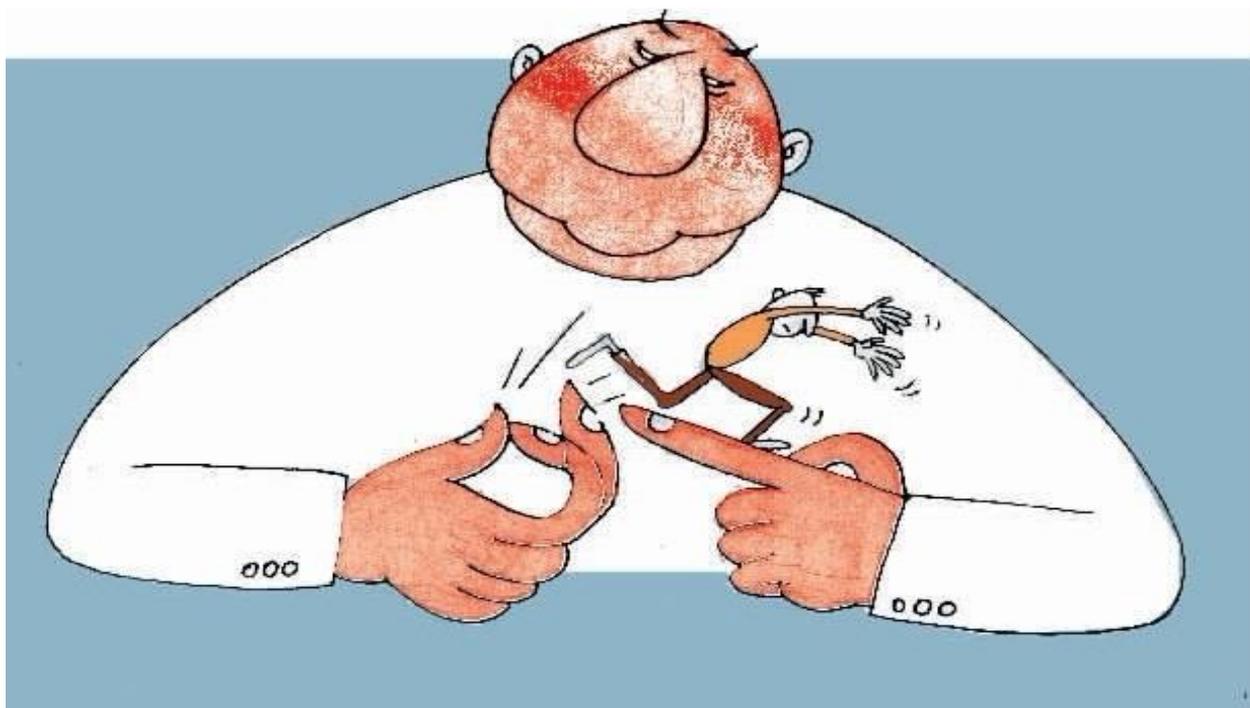
前述相对独立应考虑的因素：在人员方面，主要避免在人事任免上存在高度统一调配使用情形，高级管理人员存在交叉任职和重要部门任职人员相同等问题；在业务方面，关联公司间的经营范围、对外宣传信息和对外经营过程中的业务文件、印鉴使用等的细节问题，应予以注意，不宜未做区分；至于财务方面，应有独立的核算体系、财务管理制度和独立银行收支账户，不宜与其他公司混同。

2、责任主体由公司股东延伸到关联公司，公司股东应予以适度注意。

该指导案例的裁判要点归纳：关联公司在表征人格因素上交叉或混同，导致各自财产无法区分，丧失独立人格，构成人格混同，严重损害债权人利益的，关联公司互相之间对外部债务承担连带责任。

也就是说，该指导案例对于公司法关于公司人格否认的制度作了突破性的规定，即对公司外部债务承担连带责任的主体，由股东扩张细化到股东控制的关联公司。换个角度说，根据本案的裁判要点及认定规则，对于公司人格否认的规定，由原来顺向否定公司法人资格（即股东对公司的债务承担责任）的经典形态，扩张到可逆向否定公司法人资格和横向否定公司法人资格，其中逆向否定公司法人资格为通过否认子公司的法人资格，责令子公司对其母公司股东的债务承担连带责任；横向否定公司法人资格为通过否定相同股东控制下的关联公司的法人资格，责令关联公司互相之间对外部债务承担连带责任。

对于前述责任的扩张适用，公司股东应对此予以注意，尤其是在关联公司之间的交易时，应注意依法做好相应的交易程序，合理定价，切实做到财务独立，以避免因某一公司的债权而被追及到其他投资的关联公司，影响到公司的经营与发展。



律师专栏

王哲律师简介

王哲，二级律师，在厦门大学法学院获法学学士学位和法律硕士学位。王哲律师于2001年加入福建天衡律师事务所，现任事务所党总支书记、监委会委员。在加入天衡之前，王律师曾在厦门市中级人民法院工作。王律师在法律实践中对业务要求精益求精，二十多年的工作经验使其在房地产、工程建设、公司并购重组等房地产法、合同法、公司法领域成为行业中的佼佼者。
联系电话：13906003053

王哲

天衡联合律师事务所
党总支书记、律师



对民间借贷中夫妻共同债务认定的检讨 ——以家事代理权制度为视角

作者：王哲（天衡联合律师事务所 律师）

【内容摘要】

婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义对外借贷，所负债务是属于夫妻共同债务还是夫或妻的个人债务？司法实践中又该如何进行证据规则的运用？本文对相关司法解释和司法实践进行梳理，并在借鉴外国法律制度的基础上，提出适宜的解决方案。

【关键词】

家事代理权；民间借贷；夫妻共同债务

【正文】

自2009年温州爆发金融危机以来，各地区民间借贷的案件如潮水一般向法院涌至，许多大金额、大手笔的民间借贷案件更是令人瞠目结舌，民间借贷案件中的法律关系看似简单，但各省、市的裁判尺度不一，有不少问题困扰着法官、律师以及当事人。其中的一个棘手问题是：婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义对外借贷，所

负债务是夫或妻的个人债务还是夫妻共同债务？司法实践中又该如何进行证据规则的运用？这个问题看似已有定论，但其实无论是在民法理论上还是在司法实践中都存在重大争议。本文就以“老瓶装新酒”的形式，透过民法上的家事代理权制度对这一问题进行阐述，并对我国现有的相关规定进行检讨。

一、司法现状分析

（一）最高人民法院的司法解释及部分省、市高级人民法院发布的相关审判指导意见

在如何认定夫妻共同债务的问题上，最高人民法院早在2003年12月26日就发布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称“婚姻法司法解释（二）”），其中第二十四条规定：债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一

证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。婚姻法司法解释（二）发布后的很长一段时间，各地方法院基本参照该解释的规定进行是否属于夫妻共同债务的判断。

但随着时间的推移，最高人民法院的这条规定受到越来越多的质疑跟挑战。比如：

1、上海市高级人民法院的意见。上海市高级人民法院（以下简称“上海高院”）2007年发布了《关于审理民间借贷合同纠纷的若干意见》（沪高法民一[2007]18号），该《意见》第3条对借贷纠纷案中的债务属于夫妻共同债务还是个人债务的认定进行了相关规定。具体如下：此类案件中，首先应当将最高人民法院关于婚姻法司法解释（二）第24条的规定作为一个基本处理原则，即债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，按照夫妻共同债务处理。同时还有两个因素需考虑：一是夫妻有无共同举债的合意；二是该债务有无用于夫妻共同生活。这两个因素，属于基本原则的例外情形。如果夫妻一方有证据足以证明夫妻双方没有共同举债的合意或该债务没有用于夫妻共同生活，则该债务可以认定为夫妻一方的个人债务。

2、浙江省高级人民法院的意见。作为民间借贷纠纷案件高发的重镇，浙江省高级人民法院（以下简称“浙江高院”）于2009年9月8日发布了《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》（浙高法〔2009〕297号）。该《指导意见》第十九条规定：婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义因日常生活需要所负的债务，应认定为夫妻共同债务。日常生活需要是指夫妻双方及其共同生活的未成年子女在日常生活中的必要事项，包括日用品购买、医疗服务、子女教育、日常文化消费等。夫妻一方超出日常生活需要范围负债的，应认定为个人债务，但下列情形除外：

（1）出借人能够证明负债所得的财产用于家庭共同生活、经营所需的；

（2）夫妻另一方事后对债务予以追认的。

不属于家庭日常生活需要负债的，出借人可以援引《合同法》第四十九条关于表见代理的规定，要求夫妻共同承担债务清偿责任。援引表见代理规则要求夫妻共同承担债务清偿责任的出借人，应对表见代理的构成要件承担证明责任。表见代理的证明责任，适用最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发[2009]40号）第13条的规定。

3、山东省高级人民法院的意见。山东省高级人民法院（以下简称“山东高院”）于2011年11月30日发布了《2011年山东省高级人民法院关于印发全省民事审判工作会议纪要的通知》（鲁高法[2011]297号），该《通知》第七条对夫妻共同债务的认定问题进行了规定，具体内容如下：依据《婚姻法》第41条的规定，离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。由上述规定的立法本意理解，“为夫妻共同生活”所负债务，是构成夫妻共同债务的本质特征。夫妻一方以个人名义举债所负的债务是否构成夫妻共同债务，除根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条的规定认定外，还要从夫妻双方是否具有共同举债的合意和所负的债务是否用于夫妻共同生活等加以判断认定，不能简单地将婚姻关系存续期间，夫妻个人一方的举债推定为夫妻共同债务。在举证责任的分配上，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义举债并主张属于夫妻共同债务的，举债人应当承担举证责任，即证明举债用于夫妻共同生活或夫妻有共同举债的合意，否则其主张不予支持。如夫妻一方以与债权人发生纠纷的生效民事法律文书为证据，主张夫妻共同债务要求另一方共同偿还的，在一方未能举证证明债务为夫妻共同生活所负或夫妻有共同举债的合意，则认定生效法律文书确认的债务为个人债务。

（二）对上述司法解释和审判指导意见的分析、归类

综上，从最高人民法院和上海市、浙江省、山东省高级人民法院的意见来看，对于如何认定

民间借贷中的夫妻共同债务，从对债权人是否有利的角度，大致可以分为三类：

第一，绝对保护主义。根据婚姻法司法解释（二）第二十四条的规定，只有两种情况下债权人的债务不能视为夫妻共同债务：一种是明确约定为夫妻个人债务的，另一种是夫妻双方采用约定财产制且债权人明知这一约定的。但这两种例外在司法实践中极少发生，夫妻之间的财产关系很少对外披露，这跟我国的历史文化传统有着很深厚的关系。至于明确约定为夫妻个人债务的情形，因为债权人通常处于相对强势的地位，又有着对债务人转移财产的担忧，所以通常情况下债权人是不会同债务人进行这种约定的。因此，最高人民法院的这条规定实际上与实践相脱节，对债权人实际上采取的是绝对保护主义。

第二，相对保护主义。从上海市和山东高院的意见来看，对债权人采取的是相对保护主义。对民间借贷的债务，首先推定为夫妻共同债务，然后采取排除法。除了最高人民法院规定了两种例外情形外，另增加了其他例外情形。如果夫妻双方没有共同举债的合意且该债务没有用于共同生活，未举债的一方不需承担责任。这种观点也得到了不少地方法院的支持。但是笔者认为问题有二：第一，婚姻法司法解释（二）是一个封闭的规定，并没有预留例外的空间，地方高级人民法院的这种规定似有僭越之嫌；第二，两高院的这种增加的例外规定，看似具有法理依据，其实不然。家庭作为社会的一个组织体，具有相对封闭性，通常情况下外人是无法窥探家庭成员内部的行为。夫妻双方有无共同举债的合意以及是否

用于家庭生活，债权人很难得知。在司法实践中，很多法院也注意到这一点，在判决夫妻双方对债权人承担连带清偿责任后，在夫妻关系内部判令未使用借贷的一方享有追偿权。

第三，反向保护主义。在现有的相关规定中，浙江省高院的指导意见可谓别出心裁、独树一帜，非常富有学理气息。同相对保护主义相比，浙江高院更加侧重对未实际参与借贷的夫妻一方的保护。未实际参与借贷的夫妻一方需要承担责任的前提是因日常生活所负的债务，并对日常生活的债务进行了列举式说明。对超出日常生活的债务，由债权人予以举证。这实际上加大了对未实际参与借贷的夫妻一方的保护。但笔者认为同样的，浙江高院的规定也有如下问题：一是，这种规定与婚姻法司法解释（二）第二十四条的精神完全背离，有僭越司法权之嫌。二是，浙江高院对表见代理制度的规定，认为在表见代理成立的基础上，夫妻双方应当共同承担清偿责任，与通说相悖。表见代理属于无权代理的一种，但仍然归类于“代理制度”的框架下，表见代理与有权代理的后果相同，均由被代理人对外承担民事责任。被代理人有损失的，可以向无权代理人追偿。《德国民法典》、《日本民法典》和我国台湾地区“民法”均采用这种观点^①。在我国现有法律框架下，也无表见代理人和被代理人承担连带责任的规定。

（三）司法实践透析

司法实践中对夫妻关系存续期间，夫妻一方以个人的名义进行借贷的法律后果，主要有两种处理意见：

1、严格适用婚姻法司法解释（二）第二十四条的规定，按照字面解释，既不扩充也不限制例外情况的适用，将夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所负债务一概视为夫妻共同债务。这样适用法律简单、便捷，也是多数地方法院的做法。

2、根据《婚姻法》第四十一条的规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还”，允许法官对是否属于夫妻共同债务进行



自由裁量，一般认为夫妻共同债务至少要包括共同举债的合意以及所借款项用于夫妻共同生活。这种做法也得到越来越多的法院的支持。《人民法院案例选》也公布过类似的案例^②。江苏法院2011年度十大民生案例的首个案例就是夫妻共同债务的认定问题，并排除了婚姻法司法解释（二）的适用，允许法官根据《婚姻法》的规定进行裁判^③。

二、法理探源

（一）各国（地区）民法对家事代理权制度的规定

从上文可以看出，无论是司法解释还是司法实践，都很难对婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所为的借贷问题进行有说服力的论证。明明是只有夫或妻一方在借条上签字，为何要未在借条上署名的另一方承担共同清偿责任？至少从表面上看，这与合同的相对性原则是背离的。即使适用代理制度或表见代理制度，也只是被代理人承担责任，也无须夫妻双方共同承担责任。民间借贷是一种典型的双务法律行为，如需第三方承担责任，要么是第三方主动进行债务承担，要么得有法律的明文规定，否则第三方并没有法定的或约定的承担债务的义务。那么这种缺失的法律制度是什么呢？这就是家事代理权制度。

由于家事代理权制度既是保障夫妻关系的法律制度，又是保护善意第三人的法律制度，大陆法系国家大都通过立法形式对家事代理权制度进行规定。比如：

1、德国法。《德国民法典》第1357条规定：婚姻的任何一方均有权处理家庭的生活需求得到适当满足并且其效力也及于婚姻对方的事务。婚姻双方皆通过此种事务而享有权利和承担义务，但是如果根据情况得出另外的结论除外。

婚姻一方可以限制或排除婚姻另一方处理其效力及于自己的事务的权利；如果此种限制或排除无充足理由，则经申请，由监护法院撤销之。此种限制或排除仅依照本法第1412条的规定相对于第三人有效。

如果婚姻双方分居，则不适用本条第1款^④。

2、法国法。《法国民法典》第220条：夫妻各方均有权单独订立旨在维持家庭日常生活与教育子女的合同。夫妻一方据此缔结的债务对另一方具有连带约束力。但是，视家庭生活状况，所进行的活动是否有益以及缔结合同的第三人是善意还是恶意，对明显过分的开支，不发生此种连带义务。以分期付款方式进行的购买以及借贷，如未经夫妻双方同意，亦不发生连带义务；但如此种借贷数量较少，属于家庭日程生活之必要，不在此限^⑤。

3、日本法。《日本民法典》第761条：夫妻一方就日常家事同第三人实施了法律行为时，他方对由此而产生的债务负连带责任。但是，对第三人预告不符责任旨者，不在此限^⑥。

4、台湾地区法。我国台湾地区《民法》第1003条：夫妻于日常家务，互为代理人。夫妻一方滥用前项代理权时，他方得限制之。但不得对抗善意第三人。第1003条之1：家庭生活费用，除法律或契约另有约定外，由夫妻各依其经济能力、家事劳动或其他情事分担之。因前项费用所生之债务，由夫妻负连带责任。

（二）家事代理权制度一般原理的归纳

家事代理权制度主要是调整夫妻对外关系的一种民法上的制度。从各国民法的发展来看，多数国家都以立法或判例形式承认并建立了夫妻家事代理制度，尽管对家事代理权的性质、范围及限制存有不同意见，但家事代理权的基本原理还是一致的。纵观大陆法系各国民法典的规定，可以得出家事代理权的一般原理。

家事代理权可定义为：夫妻一方在因家庭日常事务而与第三人为一定的法律行为时，享有代表配偶他方的权利，该法律行为视为夫妻共同的意思表示，对配偶他方具有连带约束力^⑦。

关于家事代理权的性质，有几种不同的学说，依我国台湾地区学者的观点，通说采法定代理说。通说认为家事代理权属于法定代理权的一种，非因法定原因不得限制，夫或妻因其身份当然享有

此项权利^⑧。笔者赞同此说。家事代理权属于法定的特殊性质的代理权，法律后果由夫妻双方承担，这与民法上由被代理人承担法律后果的规定不同。

关于家事代理权的范围，王泽鉴先生认为，所谓日常事务，指一般家庭日常所处理的事项，例如购买食物、衣服、家用电视、冰箱、油漆住所墙壁等，应依夫妻的表现生活程度决定之。不动产之处分在通常情况下不属于日常家务，但如系为维持家庭生活所必要之行为时，则可解为日常家务，可以代理^⑨。史尚宽先生认为，日常家事包括未成熟子女及夫妻生活方面必要的一切事项，一家之食物、光热、衣着等物之购买，保健、正当娱乐、医疗、子女教养之开支，家具及日常之购置，女仆、家庭教师之雇用，亲友之馈赠，报纸杂志之订购等^⑩。观诸两位民法大家的论述，笔者认为日常家务并非一个严谨的法律上的概念，法官可以在具体的案件中根据已知事实和日常生活经验法则进行判断。

（三）家事代理权制度与民间借贷

由于夫妻均具有独立的法律人格，在民法上作为独立的民事主体而存在，故各国通说认为除必要、紧迫之外一般均将借贷排除在家事代理的范畴之外。如法国民法典规定属于家事代理的借贷仅限于“数量较少，用于家庭日常生活之必要”。由于借款人是否将借款用于家庭日常生活，债权人一般无从知晓，法官也很难判断，因此，可行的办法是主要依据借贷的数额大小来进行判断。数量巨大的借贷通常应排除在家事代理权的范围。体现在举证责任上，即对于小数额的借贷，债权人可直接以家事代理权制度提出主张，无须进行举证，由夫妻另一方对该笔借贷不属于夫妻共同债务进行举证。对于大数额的借贷，由债权人举证证明属于夫妻共同债务，由夫妻另一方进行反证。至于借贷数额的大小，应当允许法官进行自由裁量。

三、对现行司法解释和有关省市高院审判指导意见的检讨

（一）对婚姻法司法解释（二）的检讨



对婚姻法司法解释（二）第二十四条的规定，笔者认为至少有三重法律意义：第一，为债权人提供了对夫妻另一方（即并非实际参与借贷的一方，下同）行使请求权的“实体法”上的依据。

《婚姻法》并未明文规定婚姻关系存续期间的债务属于夫妻共同债务。根据《婚姻法》第四十一条的表述“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。”为共同生活所负的债务与婚姻关系存续期间所负的债务并非同一层意思。尽管从法理上讲，最高人民法院所作的司法解释只是一种对法律的解释，但从司法实践来看，其所产生的法律效果与法律规定并无多大差异。婚姻法司法解释（二）的这条规定也实际上为债权人创设了一种请求权。第二，举证责任的倒置。一般而言，举证责任的倒置必须要有法律的明文规定，否则由主张权利的一方对权利发生的法律要件事实进行举证。但根据该第二十四条的规定，债权人只要证明债务是发生在婚姻关系存续期间就已经完成了举证责任，而由夫妻另一方举证证明债务不属于夫妻共同债务。第三，反证范围的闭锁。反证的目的在于动摇本证，但婚姻法司法解释（二）第二十四条严格限定了反证的范围，只为另一方提供了两种反证的可能性，这就大大减弱了夫妻另一方的反证可能，换言之，也大大强化了对债权人的保护。

那么，婚姻法司法解释（二）的解释方法又是否符合法理？该解释的内容又是否符合立法本意？笔者认为答案是否定的。

婚姻法司法解释（二）出台前，审判实践对于夫妻一方借贷问题的处理是按照《婚姻法》第四十一条的规定处理的。

婚姻法司法解释（二）实际上是对《婚姻法》第四十一条进行进一步的解释。一方面，就民法的解释方法而言，婚姻法司法解释（二）第二十四条已经大大超出了文义解释的范围。如前文所述，该条不但创造了实体法上的请求权，而且另创造出了新的证据规则。梁慧星教授认为，“任何法律条文之解释，均必须从文义解释入手，亦即在顺序上应首先应用文义解释方法。经采用文义解释方法，若无复数解释结果存在之可能性时，不得再运用其他解释方法；只有在有复数结果存在之可能性时，方能继之以论理解释^⑩。”第二十四条直接越过文义解释而采用论理解释，显然在解释方法上存在不当。

另一方面，就民法的解释目标而言，婚姻法司法解释（二）第二十四条已经不符合现代民法解释学的客观性要求。尽管关于民法解释的目标，一直存在着主观说和客观说的争论，但现代解释论，客观说仍占通说地位。按照客观说，“法律一经制定，即从立法者分离，成为一种客观存在。立法者于立法当时赋予法律的意义、观念及期待，并不具有拘束力；具有拘束力的，是作为独立存在的法律内部的合理意义^⑪。”因此，按照客观说的要求，立法者必须依照法律规定的客观内容进行解释。但《婚姻法》第四十一条并未对债权人的利益提供特别的保护，只是一种中性的规定，但婚姻法司法解释（二）第二十四条的规定主观性目的非常强，对债权人的保护过于周密，以至于有侵害未为借贷的夫妻另一方合法权益之嫌。

（二）对上海、山东、浙江高院相关审判指导意见的检讨

上海、山东高院的相关规定尽管在某种程度上突破了婚姻法司法解释（二）的封闭性，但同样缺乏法理基础，同时也陷入另外一个误区，即在举证责任上模糊不清。

上海高院规定“如果一方有证据足以证明夫妻双方没有共同举债的合意或该债务没有用于夫妻共同生活，则该债务可以认定为夫妻一方的个人债务。”上海高院的这条规定将举证的责任分

配给了夫妻中的一方，但这也给予了夫妻双方恶意串通的空间。夫妻双方出于某种目的很容易达成没有共同举债的合意以及所举债务没有用于共同生活，因为债权人毕竟处于夫妻关系之外，对借款的用途和去向很难追踪，这样债权人的合法权益则有可能得不到公正的保护。

山东高院规定“在举证责任的分配上，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义举债并主张属于夫妻共同债务的，举债人应当承担举证责任，即证明举债用于夫妻共同生活或夫妻有共同举债的合意，否则其主张不予支持。”山东高院的这条规定，是只适用于夫妻关系内部，还是可以适用于有外部债权人的情形？山东高院只规定了夫妻内部关于所举债务的性质存在异议时的举证责任分配问题，但遗漏了债权人要求夫妻另一方承担共同清偿责任的举证责任分配问题。债权人是否要承担举证责任呢？山东高院回避了这个问题。

上海、山东高院的相关规定都是为了给予未为借贷的夫妻另一方合理的抗辩权，其出发点都是为了寻求对债权人利益保护和未为借贷的夫妻另一方合法权益保护的某种平衡，但却都未意识到家事代理权制度在夫妻共同债务中的重要作用，以至于对举证责任分配的规定有失偏颇。

浙江高院的规定则明显吸收了大陆法系的家事代理权制度，其所规定的举证规则也完全符合现代证据法鼻祖德国学者罗森贝克的“法律要件分类说”，笔者对此表示赞同。但对于浙江高院关于表见代理的规定持反对意见，前文已述，此不赘述。

四、建议

家事代理权制度的目标之一就是要维护债权人的合法权益与夫或妻一方的独立人格，既不能使债权人的保护范围过大而过分挤压夫妻一方的独立人格，又不能使夫妻一方以超出家事代理权的范围为由而恶意转移债务承担，这中间应当有一种平衡的区间。而纵观大陆法系各国对于家事代理权制度的规定，这种平衡的核心就在于借贷的数额。因此，笔者认为，我国应该尽快通过立

家事代理权制度。这样在处理民间借贷的纠纷时，如果只有夫或妻一方作为借款人在借条上签字（或出具欠条），首先应当恪守的是合同相对性的原则。如果借贷数额较小或者出借人与借款人明确约定了借款属于日常生活用途的，那么可以认定为夫妻共同债务，但仍应当给予夫妻另一方的抗辩权。如果借贷数额较大，那么原则上应当否定家事代理权的适用，除非债权人能举证证明借款实际上由夫妻双方共同使用。至于借贷数额是否定性为“较小”，允许通晓法律、富有学识经验的法官根据日常生活的经验加以独立判断。

- ①史浩明：论表见代理》，《法律科学》，1995年第1期。
- ②最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（2006年第1辑），人民法院出版社2006年版，第124页。
- ③资料来源：www.jsfy.gov.cn（江苏法院网），访问时间：2012年9月3日。
- ④郑冲、贾红梅译：《德国民法典》，法律出版社1999年版，第301-302页。
- ⑤罗结珍译：《法国民法典》（上册），法律出版社2005年版，第208-209页。
- ⑥王书江译：《日本民法典》，中国人民公安大学出版社1999年版，第132页。
- ⑦唐于晴：《试论家事代理权》，华东政法大学2008年硕士论文，第31页。
- ⑧王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第458-459页。
- ⑨王泽鉴：《民法概要》，中国政法大学出版社2003年版，第622页。
- ⑩史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社2001年版，第316页。
- ⑪⑫梁慧星：《民法解释学》（第三版），法律出版社2009年，第245页，第206-208页。



轻松一刻

某日，老师在课堂上想看看一学生（法科学生）智商有没有问题。以下是他们的经典对话。

老师：“树上有十只鸟，开枪打死一只，还剩几只？”

学生：“是无声手枪还是一般的手枪？”

老师：“是一般的手枪。”

学生：“枪声有多大？”

老师：“80~100分贝。”

学生：“那就是说会震得耳朵疼？”

老师：“是。”

学生：“在这个城市里打鸟犯不犯法？”

老师：“不犯法。”

学生：“您确定那只鸟真的被打死啦？”

老师：“确定。拜托，你告诉我还剩几只就行了，OK？”

学生：“OK。树上的鸟里有没有聋子？”

老师：“没有。”

学生：“有没有关在笼子里的？”

老师：“没有。”

学生：“边上还有没有其他的树，树上还有没有其他鸟？”

老师：“没有。”

学生：“有没有残疾的或饿的飞不动的鸟？”

老师：“没有。”

学生：“算不算怀孕肚子里的小鸟？”

老师：“不算。”

学生：“打鸟的人眼有没有花？保证是十只？”

老师：“打鸟的人眼没有花，就十只。”

学生：“会不会一枪打死两只？”

老师：“不会。”

学生：“所有的鸟都可以自由活动吗？”

老师：“完全可以。”

“如果您的回答没有骗人，”学生最后满怀信心地说，“打死的鸟要是挂在树上没掉下来，那么就剩一只；如果掉下来，就一只不剩。”

王方律师简介

王方律师2000年9月至2004年6月，就读于厦门大学法律系，获学士学位；2009年4月起在职攻读厦门大学法律硕士学位。她自2004年7月至今就职于福建天衡联合律师事务所，在处理劳资纠纷方面积累了一定的经验。迄今为止已协助多家企业进行规章制度的规范化梳理，并代理多起劳动纠纷案件。2007年起还多次应邀在厦门市人才中心、厦门大学嘉庚学院开办劳动法律法规及相关实务讲座。

联系电话：15859279135



王方
天衡联合律师事务所
律师

《最高人民法院关于审理劳动争议案件 适用法律若干问题的解释（四）》 新增要点报告

作者：王方（天衡劳动&HR法律事务部 律师）

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》已于2012年12月31日由最高人民法院审判委员会第1566次会议通过，现予公布，自2013年2月1日起施行。

变化要点如下：

一、司法程序方面：

（一）劳动仲裁委不予受理的案件，法院有权对管辖权问题进行实质性审查。如法院认为劳动仲裁委应当受理而劳动仲裁仍不受理，当事人向法院起诉的，法院应当受理。【第一条】

（二）劳动仲裁裁决类型（终局/非终局）以“裁决书”注明为准，法院不做实质性审查。只有裁决书未注明裁决类型的，法院才进行实质性审查。【第二条】

（三）中级人民法院审理“申请撤销劳动仲裁裁决”案件，原则上应当开庭审理，但经阅卷、调查和询问当事人后，没有新事实、证据及理由的，可以不开庭，仅做书面审理。【第三条第一款】

（四）中级人民法院审理“申请撤销劳动仲裁裁决”案件中，可以组织双方当事人调解，达成调解协议的，可制作调解书，调解书具有强制执行力。【第三条第二款】

（五）人民调解委员会主持下达成的调解协议可向“人民调解委员会所在地基层法院”申请司法确认。【第四条】

二、实体认定方面：

（一）关于经济补偿年限计算【第五条】

非因劳动者本人原因工作单位变动，经济补偿年限连续计算。并且对“非因劳动者本人原因”的情形进行了列举及兜底式规定。

明确下列情形属于“非因劳动者本人原因” 工作单位变动的情形：（1）劳动者仍在原岗位、原场所提

供劳动，当劳动合同主体变更的；（2）以组织委派或任命形式调动工作的；（3）因用人单位合并、分立等原因导致工作调动的；（4）企业以关联企业名义与劳动者轮流订立劳动合同的。

并且，《司法解释（四）》还规定了兜底条款，其他合理的应被认定为“非因劳动者本人原因工作单位变动”的情形，仍然可以由法院依据该兜底条款进行认定。

（二）关于竞业限制【第六条至十条】

1. 仅约定竞业限制义务，未约定补偿义务的：

劳动者有权选择履行竞业限制，并要求每月按离职前12月平均工资的30%支付竞业限制补偿金，且竞业限制补偿金到标准不得低于当地最低工资。

2. 既约定竞业限制义务也约定补偿标准的：从约定。但双方在解除劳动合同协议中另有新约定的，则新约定的效力优于原约定。

3. 竞业限制协议的解除权

劳动者有权请求解除竞业限制协议的情形：因用人单位原因，导致三个月未支付经济补偿。

企业有权请求解除竞业限制协议的情形：不需要理由，但应额外再支付劳动者三个月的竞业限制补偿。

4. 劳动者承担竞业限制违约金后，企业要求劳动者继续履行竞业限制义务的，法律予以保护。

（三）关于劳动合同变更【第十一条】

劳动合同变更未采书面形式，员工一个月内未提出异议，且变更不违反法律、法规、政策规定及公序良俗的，视为有效变更。

（四）关于企业单方解除合同——务必事先通知工会，否则视为违法解除！除非，起诉前企业已经补正程序。【第十二条】

（五）企业经营期限届满不再经营，员工遣散仍需支付经济补偿金。【第十三条】

（六）外国人、无国籍人以及港、澳、台胞在中国大陆境内的劳动者主体资格以取得“就业证件”为准，否则不视为建立劳动关系。持《外国专家证》并取得《外国专家来华工作许可证》的视为已经取得“就业证件”，可建立劳动关系。【第十四条】

三、司法解释尚未明确的问题：

1. 仅约定了竞业限制义务，未约定补偿义务，劳动者是否还可以选择不履行竞业限制协议，也不要补偿金？【参见：第六条】

2. 企业三个月不支付竞业限制补偿，劳动者解除竞业限制协议的，劳动者可否同时主张竞业限制协议的“违约金”？或主张企业赔偿因此造成的经济损失？【参见：第八条】

3. 竞业限制协议的解除权是否必需通过诉讼方式行使？【参见：第八条】

4. 员工职位及薪资调整一个月后，是否直接视为劳动合同变更？视为劳动合同变更后，企业若发现员工不适合新岗位，可否再将员工岗位及薪资回调？【参见：第十一条】

劳动&HR法律事务部

天衡劳动&HR法律事务部特汇集在劳动事务领域具有多年从业经验的资深律师、专家。天衡劳动&HR法律事务部成员在代理劳动案件、调解劳动争议以及审理案件过程中，积累了丰富的人力资源风险防范经验，能够通过提供用工模式设计、人力资源管理培训、劳动法专项顾问、高管人员辞职方案设计等新兴劳动法服务产品，最大限度的维护客户权益。



伯乐在此，千里马岂有不来之理

天衡联合律师事务所是一家立足海西的大型综合性律师事务所，厦门总部广纳以下贤人：

福建天衡联合律师事务所成员之一，现根据发展需要，由中华全国律师协会颁获「全国优秀律师事务所」称号。根据若干名专职律师若干名，文书写作能力强，勤奋谦虚，吃苦耐劳，先

是福建天衡联合律师事务所成员之一，现根据发展需要，由中华全国律师协会颁获「全国优秀律师事务所」称号。根据若干名专职律师若干名，文书写作能力强，勤奋谦虚，先

通过有表位师优是福建天衡联合律师事务所成员之一，现根据发展需要，由中华全国律师协会颁获「全国优秀律师事务所」称号。根据若干名专职律师若干名，文书写作能力强，勤奋谦虚，先

对律团达要助律秀中是福建天衡联合律师事务所成员之一，现根据发展需要，由中华全国律师协会颁获「全国优秀律师事务所」称号。根据若干名专职律师若干名，文书写作能力强，勤奋谦虚，先

司师队能求理若干名专称律师现根据发展需要，由中华全国律师协会颁获「全国优秀律师事务所」称号。根据若干名专职律师若干名，文书写作能力强，勤奋谦虚，先

法考行业精神较好，学习能力强，有实习或工作经验者优先



天衡联合律师事务所

Tenet & Partners

公司地址:厦门市思明区厦禾路666号海翼大厦A栋16、17层 (361004)

联系电话:0592- 6304553

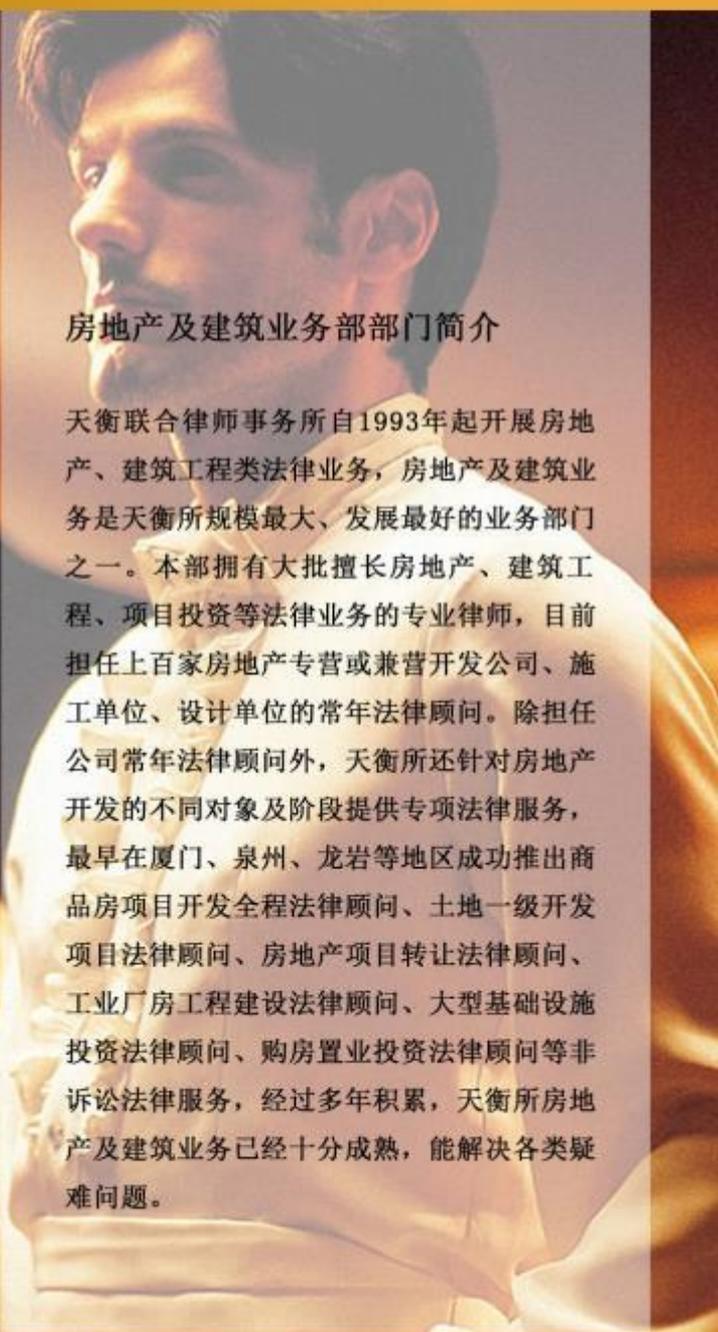
传真:0592-5881668 5899702

电子邮箱:tenetlawmarketing6@vip.163.com

有意者请登录天衡网站 (<http://www.tenetlaw.com>) 进一步了解

本期主题： 房地产及建筑业务全程法律服务

为您量身定做 的法律服务



房地产及建筑业务部门简介

天衡联合律师事务所自1993年起开展房地产、建筑工程类法律业务，房地产及建筑业务是天衡所规模最大、发展最好的业务部门之一。本部拥有大批擅长房地产、建筑工程、项目投资等法律业务的专业律师，目前担任上百家房地产专营或兼营开发公司、施工单位、设计单位的常年法律顾问。除担任公司常年法律顾问外，天衡所还针对房地产开发的不同对象及阶段提供专项法律服务，最早在厦门、泉州、龙岩等地区成功推出商品房项目开发全程法律顾问、土地一级开发项目法律顾问、房地产项目转让法律顾问、工业厂房工程建设法律顾问、大型基础设施投资法律顾问、购房置业投资法律顾问等非诉讼法律服务，经过多年积累，天衡所房地产及建筑业务已经十分成熟，能解决各类疑难问题。

房地产及建筑业务全程法律服务

在房地产相关领域，天衡所提供的法律服务项目包括但不限于：

一、创设公司阶段

◎协助当事人拟定合作计划，策划合作方式、公司架构等

◎协助当事人参加谈判，起草包括合同、章程在内的公司创设文件

◎协助当事人准备公司报审文件，并可代办公司报批手续

二、土地一级开发阶段

◎协助当事人与政府签订《土地开发合作协议》及相关法律文件，与政府建立土地一级开发的合作关系

◎处理土地开发过程中出现的法律事务，包括征地拆迁、安置房建设、土地平整、市政配套设施建设等

◎在土地开发工作完成后，协助当事人与政府进行费用结算，保证成本及回收利润分配

三、土地使用权取得阶段

◎征用土地的，协助当事人办理征地手续，起草、审核征地法律文件，包括征地补偿、安置方面的协议、合同等

◎国有土地协议出让的，协助当事人办理土地评估、确定地价、签署出让合同、办理出让手续等

◎国有土地转让的，起草、审核土地转让协议，协助办理土地评估、确定地价及协助当事人明确税费负担等

四、拆迁阶段

◎协助当事人确定委托拆迁单位，草拟、审核委托拆迁协议等文件

◎协助当事人制定拆迁政策，草拟拆迁工作中需要的法律文件，包括拆迁安置公告，拆迁安置协议等

◎协助当事人处理拆迁人与被拆迁户之间的纠纷

◎协助当事人向拆迁管理部门报送文件档案

五、工程建设阶段

◎协助当事人起草工程招投标文件

◎起草、审核工程建设承包合同，主要单项、分项工程分包合同

◎主要材料、机电设备等采购合同或招标文件

◎监督工程及设备合同的履行，代表或协助当事人协调处理合同履行中出现的问題

六、房地产经营阶段

◎销售方面

a、为当事人起草、审核商品房预售合同及补充协议

b、协助当事人报批预售许可证，包括起草协议书、管理公约等

c、协助当事人与销售代理商签订代理销售协议，以及与广告商等的协议

d、安排签署预售合同及相关文件，代办预售登记手续

e、为签约提供律师见证

f、代办产权手续，代理支付税费等

◎出租方面

a、为租赁双方提供相关咨询

b、根据客户要求参与租赁谈判，起草、修改、审核租赁合同及相关文件

c、代办租赁登记等手续

◎抵押融资方面

a、代理当事人向贷款银行或其他金融机构出具法律意见书，说明以土地使用权或在建工程或房地产实物抵押融资的法律可行性

b、代理或协助当事人与贷款银行或其他金融机构谈判、起草或审核双方的借款合同，抵押合同，准备相关报送文件

c、代办抵押登记手续或抵押权解除手续

d、协助或代理当事人办理抵押权实现时的抵押物处置手续，草拟、审核一系列处置所需的法律文件

七、物业管理阶段

◎协助当事人组建物业管理公司或选定物业管理公司或选聘物业管理顾问公司，草拟有关物业公司组建创设合同、章程、协议书、委托管理合同等文件

◎为物业管理公司或待管物业起草、审核物业管理公约、物业管理规章制度，委托管理合同及其他相关法律文件

◎协助物业管理公司与业主签署委托管理合同

◎协助物业管理公司组织产权人大会，建立业主管理机构，构建物业管理公司与全体产权人及其代理人的法律关系

◎协助物业管理公司与各市政工程公司及各专业公司确定物业管理中的协作、管理、维护、保养、专项服务合同、协议关系

八、代理调解、诉讼、仲裁事项



天衡联合律师事务所

TENET & PARTNERS

房地产及建筑业务部

本部拥有一批擅长房地产、建筑工程、项目投资等法律业务的专业律师，率先在厦门等地成功推出商品房项目开发、土地一级开发项目、房地产项目转让、购房置业投资法律顾问等诉讼与非诉讼法律服务。

金融证券部

金融领域：本部配备了具有专业外语水平的执业律师，能熟练运用英语为中外客户提供中、英文法律服务。在厦门率先开展汽车消费贷款、二手房按揭贷款、银行不良资产的清理等新型金融法律服务项目。

证券领域：本所系目前厦门市律师事务所中证券执业律师和从事证券法律业务较多的律师事务所，具有证券从业律师事务所资格。本部律师业已经办多家股份公司的首发新股、配股、增发新股、股改等A股项目。

公司商事业务部

本部以常年法律顾问及专项法律顾问作为主要的运作模式，以多

名精通公司法和公司经营管理，并拥有良好的职业素养和丰富的执业经验的资深律师为核心组成公司业务部，深得国内外客户所认可。

知识产权部

拥有多位知识产权法律专家，在专利、商标、商业秘密以及著作权等知识产权事务中，曾为国内外当事人提供各种法律服务。2005年天衡律所应邀参与了知识产权网络维权活动，并担任福建省知识产权维权网的牵头单位。

海商海事部

本部有多名专业律师拥有国际贸易、航运、物流、保险行业工作经验，注重业务实践与办案经验的结合。长期为海运、船舶管理、外贸、物流及保险行业的客户提供深入全面的诉讼及非诉讼法律服务。

家庭法律服务中心

本部律师接受国内外当事人的委托，起草各类婚前、婚内、离婚协议以及遗嘱等相关文件，办理离婚、继承、分家析产等各类婚姻继承案件。

劳动&HR法律事务部

本部律师精通劳动相关法律，一直参与厦门劳工立法、教育和推广工作；担任数十家大中型企业的劳工法律顾问，熟悉企业的人事管理以及相关规章制度；担任劳动争议仲裁委员会兼职仲裁员。

争议解决部

本部配备了熟悉综合法律业务的律师，能够为当事人提供全面的法律服务。诸多诉讼、非诉讼案件均由本部门承担办理。

海外事务部

本部可为客户在海外置业、多国移民、海外投资等方面的法律疑问进行专业解答和规整，拥有专业服务平台和多家配套执行机构。

刑事业务部

本部是以犯罪预防培训与刑事辩护为主，刑事代理为辅，专业提供刑事法律服务的部门。重点从事犯罪预防培训及咨询，刑事辩护业务——为涉嫌犯罪案件当事人提供专业的全程服务。

厦门（总部）

地址：厦门市思明区厦禾路666号海翼大厦A栋16-17层(361004)
电话：0592-5883666 5899701 传真：0592-5881668 5899702
邮箱：public@tenetlaw.com

上海（分所）

地址：上海市浦东新区崂山路526号江苏大厦23楼B1室(200122)
电话：021-58305510 传真：021-58305519
邮箱：public@tenetlaw.com

龙岩（分所）

地址：龙岩市新罗区溪畔路5-1号四楼(364000)
电话：0597-2297688 传真：0597-2230266
邮箱：public@tenetlaw.com

泉州（分所）

地址：泉州市丰泽街建行大厦9楼(362000)
电话：0595-22182603 传真：0595-22189083
邮箱：public@tenetlaw.com