



咨询热线:4001-148-400

Http://www.gzdls.com

E-mail:gzdls@gzdls.com

温州本所:温州市府路592号新益大厦A幢四楼

上海分所:上海市普陀区中江路388弄1号207室

先正大律师

第 147 期

2015.12

(内部资料 交流赠阅)

先正大律师事务所
先正大(上海)律师事务所

GUANG ZHENG DA LAWYER

我所举行 2015 年度法律顾问工作会议

>>> 详见 2 版

以市场化、法治化的思维开创破产企业走出困境的新模式

我所律师团队担任舟山中恒置业公司破产管理人工作纪实

本报讯 在过去的一年里,我所破产管理人律师团队以更高的执业定位、更宽的执业领域、更广的执业视野投入到破产管理人实务当中,先后成功地承办了本市及外地多家企业的破产重整工作,为化解企业债务危机提供法律服务取得显著成效,维护了社会的稳定,为更好地推进我市乃至我省经济的良性发展作出了贡献。

2014年10月,舟山中恒置业有限公司破产案经舟山市中级人民法院以竞争方式裁定由我所与温州中源立德会计师事务所担任破产管理人。在全方位、全过程介入该破产案件后,我所破产管理人律师团队在浙江省高级人民法院、舟山市中院人民法院的大力支持、推动和引导下,充分发挥从事破产业务的丰富经验,以市场化、法治化的思维解决实体经济中的资源配置、项目融资等难题,经过了近一年的努力,终使该破产企业走出困境,开创了破产企业重获新生的新模式。

舟山中恒置业有限公司是舟山市一家房地产开发企业,其在舟山开发的中恒·倚山艺墅项目总投资约8亿元,属中高端楼盘,共计建设172户共54栋,单体建筑由4栋小高层、8栋4-6联排别墅、40栋双拼联排别墅、1栋综合楼、1栋会所组成。由于资金杠杆过高等原因导致资金链断裂,企业破产。

2014年11月,我所破产管理人律师团队介入此案后,经了解,中恒·倚山艺墅项目主体工程已完工,其他配套设施工程大多接近95%已完工,仅剩小区道路硬化、绿化及部分水、电、煤管网等一些扫尾工程。经中恒公司工程部负责人估算,该项目工程款资金缺口约5000万元。其中约500万元(包括电梯、自来水、太阳能、车库、智能化安防与门等工程)属于近期急需支付的,否则将导致工程竣工与交付延期。后经我管理人与相关部门多次协调,以支持建设施工的

借款,作为共益债务处理的办法解决了此项救急资金,使部分工程建设恢复正常施工。但若要完成该项目后续工程建设,仅靠这500万仍是杯水车薪,需再有5000万建设资金投入方可全部完工、验收交付。否则会面临已售房产无法交付,未售房产无法销售,整个楼盘只能作为烂尾楼处理的结局,这样势必会造成低价贱卖,严重损害债权人的权益。故5000万元资金的落实,是该破产案件能否顺利完成破产清算的关键。

然而现实的情况是,以破产企业自身再向金融机构或其他方式进行融资几无可能,即使有信托机构在风险可控情况下愿意投入资金,其要求的投资回报也会非常高,非该破产企业所能承受。

面对破产企业这样的财务危机,如何提高其在破产清算过程中的资产价值使其起死回生,最大限度地保护债权人权益、化解社会矛盾,破题的关键在于引入第三方投资资金或企业自身必须有融资渠道获得输血资金。

我所管理人律师团队在综合比较分析各种融资模式后,经与浙江省金融资产交易中心多次商谈,初步确定融资方案,即通过金融资产交易平台、发售共益债务产品来募集资金。融资方案的实施需要解决两个问题,一是发行主体,显然中恒公司作为已资不抵债的破产企业无法作为发行主体,而是需要第三机构的介入,以第三方机构对中恒公司的投资产生的基础在中心平台发售投资权益;二是风险控制,所募资金最终投入到中恒·倚山艺墅项目的后续建设,必须保障到期之后能够还本付息。并且,该项目资金的注入是在破产申请受理后为全体债权人利益而发生的工程建设资金,符合破产法中有关共益债务规定,具有优先受偿的权利,应确认为共益债务。据此,只要债务人的现有资产能覆盖所融资金本息,

风险即可控制。现中恒·倚山艺墅项目除已售房产外,尚有近2亿元价值的房产未销售,且有应收房款9千余万元,现有资产能完全覆盖融资本息。

融资方案得到浙江省高级人民法院、舟山市中级人民法院的大力支持、推动和引导。我所管理人团队在浙江省金融资产交易中心提交初步融资方案后,制作了可行性报告。可行性报告针对融资项目的基本情况、融资的必要性、可行性以及融资内容、金额、期限、成本、偿债能力、保障措施等进行了全面、翔实的分析。在保障措施中我管理人提出,该融资资金符合《企业破产法》第四十二条第(四)款的关于共益债务的规定,根据《企业破产法》第四十三条的规定,由舟山中恒置业有限公司财产随时支付,优先于所有破产债权受偿。

2014年12月4日,我管理人提请舟山市定海区人民法院准许实施“中恒共益”融资方案。舟山市定海区人民法院依据管理人的提请,出具相关法律文书,准许实施“中恒共益”舟山房地产投资收益权方案,并确认融资方案所产生的债务为共益债务。

据此,浙江金融资产交易中心按上级主管部门批准的投资权益权业务模式,正式设计出融资方案和交易结构、要素流程。这种模式很快吸引了第三方投资机构,表示有兴趣向中恒公司进行投资,并以此投资产生的基础资产在中心平台发售投资权益权。经与多家SPV企业接触,管理人、舟山市定海区人民法院与浙江金融资产交易中心商定,最终选择浙江恩仑有限合伙投资管理公司作为对中恒的投资主体,但该投资须经管理人报告全体债权人会议表决通过确定为共益债务。

2015年1月18日,中恒公司破产清算案第一次债权人会议在舟山市中级人民法院第五审判庭召开。会议顺利完成了既定议程,提请债权人

表决了债务人继续营业,债务人财产管理、变价方案,设立共益债务等三个报告。5000万资金的融资方案解决了全体债权人最为担忧的后续建设资金来源,得到全体债权人的认可,顺利通过表决。

2015年1月23日,我所管理人团队负责人前往杭州与杭州恩仑投资管理合伙企业(有限合伙)(下称恩仑公司)签订借款合同,即恩仑公司同意向管理人出借流动资金借款人民币5000万元,分两次支付。恩仑公司分别于2015年2月3日、2015年3月18日向管理人账户汇入2500万元,合计汇入5000万元。2月4日,发行人在浙江金融资产交易中心平台顺利发行5000万中第一期2500万元舟山“中恒共益”投资收益权产品。该产品一上线即受到社会投资者踊跃认购,在不到十五分钟时间内即告售罄。第二期也在年后上线销售。

在5000万融资资金注入后,中恒公司如获新生,中恒·倚山艺墅项目后续工程建设得以有条不紊的开展。现今,中恒公司名下中恒·倚山艺墅项目已顺利完成竣工验收,房产交付工作正在开展中,部分购房户业已完成交房手续。

本案中通过与浙江金融资产交易中心

合作在企业破产领域引入社会投资者参与融资,既是浙江省破产审判中的首次有益尝试,也是金融资产交易模式的创新摸索,丰富了破产企业市场化处置的新机制,合法合规开展破产程序中的资产证券化操作,成功探索了一条通过区域性金融资产平台处置破产财产、整合企业重整资源的新路径。此次实践对今后的企业破产案件具有复制推广的可能,且可根据企业具体状况“个性定制”、不断完善,对那些尚未进入破产重整的危机企业,也可参照这种模式来化解风险。这对当前实体经济转型升级、企业之间并购重整,帮助实体经济走出困境,化解企业资金链、担保链风险,具有较强的现实意义。

(供稿:我所非诉部副主任李焯焯律师、陈柳兰律师)



由我所非诉部律师团队担任破产管理人的舟山中恒置业有限公司走出困境后,该公司建造的中恒·倚山艺墅后续工程现已完成竣工验收,于2015年12月起向业主交付。

年关将近企业账款难收 律师支招教你防范风险

我所律师《关于企业账款催收那些事儿》系列讲座反响热烈

本报讯 为认真贯彻落实市委、市政府关于抓好当前经济工作的各项决策部署,提高企事业单位防范法律风险的能力,促进温州经济平稳发展、创新发展,近几个月来,我所副主任张永谦律师以及谢尚誓、刘小欧律师针对企业营销资金及时催收和正

常运转等企业年关急待解决的问题,以“请进来”或“走出去”的方式相继为我市十多家企业讲授了《温州中小企业应收账款法律风险点》、《企业如何梳理应收账款证据》、《商务合同管理要点及应收账款风险预警机制建设》等系列课程,课程内容与众不同,

听众反映是“提问最多、互动最多、案例最多的讲座”,因而受到这些企业管理层的高度重视和热烈反响。我所许松林律师在为瑞安仙降街道商会所作的关于企业在与员工订立《劳动合同》、与客户订立《承揽合同》、与出纳订立《聘用合同》、与银行订立《最

高额保证合同》时的风险防范系列讲座,也备受欢迎,并且激发了该商会企业家学习法律知识的热情。

由于上述课程符合我市企业的现实需求,受到相关政府部门、培训机构的重视。近日,温州市继续教育院专门开设了“应收账款法律风险防控研修

班”讲授企业法律风险防范系列课程,并聘请我所张永谦律师、谢尚誓、刘小欧律师为该系列课程的特聘讲师。

1月17日,温州市图书馆“真人图书馆”第24期还邀请我所谢尚誓律师作了《关于企业账款催收的那些事儿》的讲座。

探索互联网时代做好法律顾问工作的新思路

我所举行 2015 年度法律顾问工作会议

本报讯 送羊迎猴，腊梅飘香。12月28日下午，光正大律师事务所2015年度法律顾问工作会议在新凯悦大酒店举行。我所二百多家常年法律顾问单位的企业家或法务人员以及我所全体合伙人、律师、工作人员参加了会议。

我所的法律顾问部设立于1999年，至今已有十七年的历史，与我市的多家顾问单位建立了常年密切的合作关系。为了加强沟通、听取意见，多年来我所每年都会举行法律顾问工作会议。今年的会议，旨在回顾近一年来我所法律顾问工作开展情况，探索互联网时代进一步做好法律顾问工作的新思路，努力促进我所法律顾问工作再上新台阶。

本次会议邀请到民进中央经济委员会副主任、我市著名的民营经济专家周德文先生作主旨演讲。他以宏观的视角，切实精到地分析了当前全国、温州的经济形势与民营企业发展面临的危与机。他谈到，当前世界经济走势艰难曲折、复苏乏力，全球贸易大幅下滑，国内经济领域长期积累的深层次矛盾正在逐步凸



显。经济下行势头仍在延续。实体经济不振，企业家精神萎缩，是当前经济下行的根本原因。中国的民营企业已经到了危机时代，现在这个危机已经变成了信用危机，已经蔓延到金融机构、延伸到社会，也就是说

信用危机已经社会化，给企业带来严重的后果。拯救存量的企业，改善经营环境，提供好的政策；大力培育包括电子信息等现代服务业，我们才能拯救目前的局势，让经济健康发展。最后，他提出用止血、剥离、

优化、输血、重生这十个字来应对企业面临的危机，主动适应经济发展新常态，积极应对各种风险和挑战，走出困境，重拾信心。

随后，我所副主任张永谦律师作了以“互联网时代与我们息息相关”

为主题的演讲。他将法律服务放入互联网时代的大背景下展开了阐述。互联网的持续发展，信息传递的高速化，电子商务的广泛运用，给传统的法律服务，乃至给我们每一个人的生活、工作都带来深刻的影响，同时，互联网是给我们每一个人都提供了发挥自己的才智，积极性，创造性的机会。我们必须在这个过程中，一边享受着互联网给我们每个人提供的机会，同时要思考，要反省，要想到未来，要主动的改变我们自己，这样的话，互联网就会越来越发挥它的正能量。

我所周光主任作了总结发言，他对企业家和各位嘉宾在百忙中拨冗出席本次会议表示衷心的感谢。他指出，将法律顾问服务放入互联网时代的大背景下进行研讨是推进律师行业自身科学发展的必然要求，具有很强的时代价值和创意，我所全体律师将会继续以高度的责任感和求真务实的作风做好这项工作，并期望今后能够进一步加强我所与顾问单位的密切合作，切实提升我所法律顾问工作再上新台阶。

温州市破产管理人协会成立 周光主任被聘为名誉会长

温州市破产管理人协会于2015年12月31日授牌成立。该协会为浙江省首个、全国第二个破产管理人自治组织。

该协会是由我市入选法院破产管理人名册的38个管理单位和个人自愿组成的非营利性、联合性社会组织。在成立大会上，温州市破产管理人协会成立第一届理事会，温州市律师协会会长、我所周光主任获聘为名誉会长，浙江人民联合律师事务所律师项军权当选协会第一任会长。

温州市破产管理人协会的成立，今后不但为管理人提供沟通和提升业务平台，而且利于法院与管理人建立沟通、联动机制，更好推进我市破产案件审判工作的开展。

我所五位律师参加元旦万人健身跑

2016年元旦，由温州市委、市政府主办的元旦升国旗仪式暨“浙商银行杯”万人健身跑活动在世纪广场隆重举行。在陈兴良、王春美副主任的带领下，我所潘晓珍、彭晓华、陈明贤等5名律师参加了由温州市律师协会组织的律师方队参与了这项活动，用健康运动的方式表达着对新年到来的喜悦和对未来生活的美好祝愿，展示了我市律师健康向上、生气勃勃的精神面貌。（潘晓珍）

民建永嘉支部负责人到访我所

2016年1月8日下午，中国民主建国会浙江永嘉支部主委卢汉炎与办公室主任董丽荷莅临我所考察访问，受到我所执行主任叶林枫、律师陈益民等热情接待。

我所谢尚誓律师被聘为温州市民网络观察团成员

近日，我所谢尚誓律师被市委宣传部、市网信办聘请为温州市民网络观察团成员。温州市民网络观察团由温州市宣传部、市网信办组建，是实现网民参政议政、监督机关作风效能建设和传递温州好声音的重要载体。该团自2014年3月份组建以来，取得了不俗的成绩，为温州经济社会的发展作出了贡献。（谢尚誓）

汪丽敏律师参加“G20杭州峰会·跨境法务研讨会”

12月25日，“G20杭州峰会·跨境法务研讨会”在温州机场边检站召开，我所汪丽敏律师应邀参加了会议。会议以温州空港口岸现实情况为依托，针对G20杭州峰会备降机场可能涉及的多类情况的法律问题展开了研讨。

建筑工程款优先受偿期限之争

叶林枫

【案情】

2009年6月20日，A公司与B公司双方签订了《某楼盘智能化系统工程承包合同书》，约定由A公司承包某楼盘的智能化系统工程，合同价款为4968635元，双方约定工程款于工程竣工验收并办理决算后支付至97%，剩余3%作为质量保修金，并具体约定了工期、违约责任等。后A公司按约开始施工，于2013年3月11日竣工，并于2013年3月29日验收合格。2014年4月23日，该工程经结算审核后，结算价确定为4271445元。发包方B公司仅陆续支付工程款共计445150元，但对于尚欠的3826296元工程款虽经A公司多次催要，仍拖欠不付。2014年7月24日，承包方A公司为维护自身合法权益，委托笔者就上述尚欠工程款起诉B公司，并主张就该工程款享有优先受偿权。

【争议】

由于A公司系于工程竣工验收一年多之后起诉，对于其能否主张对该工程享有优先受偿权的问题，成为本案主要争议点。

第一种观点认为，根据最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称《批复》）第四条规定，建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日计算。本案A公司于竣工验收一年多之后才起诉，已超过六个月的期限，不能享有优先权。

第二种观点认为，由于本案合同双方约定了具体的付

款时间（在工程竣工验收并办理决算后支付，付款日期迟于竣工之日），故该约定已排除了《批复》第四条的适用，结合本案双方办理决算的时间为2014年4月23日，而本案A公司系在2014年7月24日起诉，仍在付款日期后6个月内，故A公司有权享有优先受偿权。

【评析】

本案主要涉及建设工程优先受偿权的起算时间问题。笔者在诉讼代理中持上述第二种观点，理由如下：

《合同法》第286条规定“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”这是建设工程承包人主张优先受偿权的法律依据。结合《批复》第一条的规定“建设工程承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”可见，承包人的优先受偿权实际系一种法定的担保物权，其优先性源于法律的直接规定以及承包人对建设工程的直接的、实际的投入。既然承包人的优先受偿权是一种担保物权的性质，那么根据我国担保法的相关规定，债务人不履行到期债务是债权人得以行使担保物权的前提条件。所以，承包人行使优先受偿权的起算之日，就是发包人应当给付而未给付到期的工程款

之日。

虽然《批复》第四条中规定，建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日计算。这里的六个月系对合同法286条行使优先受偿权期限的进一步明确和具体化。但对于该期限的规定，笔者认为，需要结合合同法的其他规定，予以综合理解，方可正确适用。

合同法第287条规定：“本章（建设工程合同章）没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”合同法第263条（承揽合同章）规定：“定作人应当按照约定的期限支付报酬。对支付报酬的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，定作人应当在承揽人交付工作成果时支付；工作成果部分交付的，定作人应当相应支付。”结合这两条规定，可以得出，发包人支付工程款的期限，首先要依双方约定，只有双方没有约定或者约定不明时，才能根据法律确定，即发包人在承包人交付工作成果时支付。可见，《批复》的第四条显然是把工程竣工视为交付工作成果，并以竣工之日或者合同约定的竣工之日作为发包人应当支付工程款之日。故《批复》第四条的规定是确定承包人何时行使优先受偿权的“法定方式”，只有当合同双方没有约定或者约定不明时，且根据合同法第61条对合同约定不明如何补救的规定仍不能确定的时候，才能适用该《批复》的



叶林枫律师

规定。

综上所述，笔者认为，既然本案合同双方约定，工程款余款在工程竣工并办理决算后再支付，已经可以认定双方对工程款的给付期限作了约定，该约定已排除了《批复》第四条关于起算时间的适用。本案双方约定于决算后支付工程款，且工程决算需要一段相当长的周期，最终的决算完毕时间是在2014年4月23日，在此情况下让A公司在竣工后6个月内主张受偿权，不仅不符合法理也不符合情理，因为此时A公司尚不能确定B公司能否如期足额支付工程款，更不能确定其是否有主张优先受偿权的必要。因此，本案应认定B公司明显不会按约履行的时间为2014年4月23日（即双方决算完毕之日）。原告于2014年7月下旬向法院提起诉讼主张优先受偿权，并未超过6个月期限，应当予以保护。

最终，法院采纳了笔者的上述意见，判决A公司就上述工程享有优先受偿权。（作者叶林枫系本所执行主任、律师）

主编：陈兴良 编辑：家园

本报电话：56891986

光正大律师事务所
http://www.gzdl.com



李晓律师

储蓄卡遭异地盗刷 律师代理告银行获赔

李晓

银行卡与我们每个人日常生活息息相关,如果银行卡明明在自己手里,密码也没有外泄,但卡里的钱却不翼而飞,储户无辜“躺枪”,这该多么令人揪心!发生这样的事后储户如何维护自己的权利?如何防范这种事情的发生?

一、案件回放

2008年1月13日,陈某在中国农业银行温州南塘分理处办理了一张储蓄卡。2015年1月16日14时04分左右,陈某接到手机短信提示他的上述银行卡账户被转账及现金支取了共计32678元。自己今天根本没有去过银行,何来这笔款项的支取?陈某当即意识到银行可能出错,或者是自己的银行卡被盗刷了。于是他立即赶到银行查看相关记录,并到温州市鹿城区南浦派出所报案。在民警指导下,陈某又于当日16时29分持卡到中国农业银行温州南塘分理处柜台打印交易明细及提取现金50元,并得知该几笔共计32678元款项是在广东省茂名市茂港区的中国农行茂茂港支行被他人转账及取款。

之后,因陈某与中国农业银行协商未果,将中国农业银行起诉至法院,要求其赔偿损失,并委托笔者为其诉讼代理人。

争议焦点:

本案双方争议的焦点是被告中国农业银行对原告陈某的储蓄卡被盗刷是否承担责任?以及应承担什么责任?

被告观点:

被告中国农业银行温州支行辩称:原告借记卡内的资金短少是由于

犯罪行为所致,对于犯罪行为给原告造成的资金损失,被告不应承担民事责任。被告与原告陈某在储蓄卡管理协议书及章程中已经约定“持卡人应妥善保管密码,因密码泄露而造成的风险及损失由持卡人本人承担”,被告亦一直通过多种形式提醒储户妥善保管借记卡密码。本案中,原告储蓄卡的存款被盗是因原告没有妥善保管密码所致,原告自身具有过错。因此,涉案储蓄卡的资金损失应由持卡人即原告本人承担。

被告银行方还辩称,陈某储蓄卡被他人复制、盗取涉及犯罪行为,应通过刑事程序处理,法院应中止该民事案件审理,待刑事程序终结后,再决定相关的赔偿问题。

原告观点:

笔者代表原告认为,被告中国农业银行温州支行作为经营存贷款储蓄业务的金融机构,有保障储户存款安全的义务。而陈某在2015年1月16日当日持银行卡身在温州市,却被他人在广东省使用伪卡转账及现金支取了32678元。中国农业银行未能识别银行卡的真伪导致陈某银行卡内资金损失,未尽保护储户存款交易安全的义务构成违约,应承担赔偿责任。

针对本案的几个争议焦点,笔者提出如下代理意见:

(一)本案没有中止审理的必要。

依据相关法理及规定,与同一法律事实有相互牵连关系的刑事和民事案件并存时,只有民事案件须以刑事案件审理结果为据,且刑事案件尚未审结时,法院才可裁定中止审理民事案件。而本案中有经济犯罪嫌疑的是实施盗刷行为的案外人,没有证据证明陈某存在虚构案情、诬告银行的犯罪嫌疑。案外犯罪嫌疑人的盗刷行为并非直接侵害了原告的财产所有权,而是侵犯了被告银行的财产所有权。原告与被告建立的储蓄合同关系合法有效,双方的债权债务关系仍然存在。被告认为原告借记卡内的资

金短少属于犯罪行为给原告造成的资金损失,被告不应承担民事责任的主张,没有事实和法律依据。本案系储蓄存款合同纠纷,与被告银行的资金被盗取分属两种不同的法律关系。其处理不以刑事案件侦查结果为前提。因此,本案不需中止审理。

(二)陈某与中国农业银行之间储蓄合同关系成立,中国农业银行应当依约履行包括保障陈某存款的安全在内的各项合同义务。

陈某于2008年1月13日在中国农业银行温州支行南塘分理处办理了一张储蓄卡,并将款项存入该卡,双方依法成立的储蓄存款合同关系合法有效,受法律保护。当事人应按合同的约定全面履行义务。根据《商业银行法》第六条“商业银行应当保障存款人的合法权益不受任何单位和个人的侵犯。”根据《合同法》第六十条“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”的相关规定,保护陈某存款安全是被告银行的基本义务。

(三)涉案储蓄卡于2015年1月16日被他人多次转账取款共计32678元,是由于中国农业银行违反合同约定导致的,中国农业银行应当承担相应的法律责任。

储蓄卡作为储户和银行间的储蓄合同的有效凭证,银行作为经营存贷款储蓄业务的金融机构,也是发卡机构,应掌握银行卡制作技术和加密技术,具备识别真伪的技术能力和硬件设施,应对银行卡真伪进行实质审查,以保障储户的存款交易的安全。

庭审中已经查明,2015年1月16日14时左右,陈某手机收到该储蓄卡绑定的取款信息,信息提示陈某的银行卡被连续转账取款共计32678元。陈某本人即于同日15时许向“110”报警。在民警的提示下,陈某本人持涉案储蓄卡到开户行柜台

打印交易明细及取现50元,并得知该几笔共计32678元款项是在广东省茂名市茂港区的中国农业银行茂茂港支行被他人转账及取款的。

陈某持涉案储蓄卡到温州当地公安报警及到温州南塘分理处查得交易明细记录和当场提取50元现金的行为证明当时陈某本人在温州且储蓄卡在陈某身边,且时间与涉案转账取款时间仅相距一个多小时,而涉案转账取款的地点显示为广东省茂名市茂港区,与温州相距甚远。根据常理推断,在如此短的时间内,原告不可能从温州到广东茂名取款,因此,陈某本人持涉案储蓄卡真卡发生转账取款的可能性极小,且陈某本人也没有授权过任何人进行取款或转账行为,而他人利用伪造的银行卡发生涉案转账取款具有高度盖然性。本案可以推定为他人使用伪造的储蓄卡到银行进行转账或取款。

由于被告银行未能识别伪造的银行卡,并向持伪造的银行卡人付款,其未尽到实质审查义务,已构成违约,与造成本案损失存在直接因果关系。根据《合同法》第一百零七条“当事人一方不履行合同义务或者履行义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”及《储蓄管理条例》第三十七条“储蓄机构违反国家有关规定,侵犯储户合法权益,造成损失的,应当依法承担赔偿责任。”故,本案应由中国农业银行承担全部民事责任。

(四)陈某已经妥善保管银行卡密码,中国农业银行对陈某泄露密码的推定没有事实和法律依据。

陈某从未将密码透露给他人,已经履行了妥善保管的业务,密码泄露不排除出自银行,也不排除出自第三方。密码不仅存在于储户的大脑记忆中,也储存在银行及银联等合作方的计算机系统中,故密码不排除由于信息在终端设备或者系统传输中被截取,甚至是黑客入侵银行计算机系统

等原因从银行自身或者其他银行合作方里泄露。故密码被窃取就推定是储户泄露了密码不合理,更没有法律依据。

而且,中国农业银行并未提供涉案这几笔交易的密码验证正确的证据,完成交易不能当然推定密码正确。

此外,陈某是否泄露密码的举证责任在中国农业银行。中国农业银行至今无法提供陈某密码保管不善的证据,且本案的证据足以证明涉案银行卡存在伪卡,故中国农业银行未能识别伪卡是导致储户发生资金损失的根本原因,陈某不存在过错。

综上所述,我方认为根据《合同法》第一百零七条“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”被告中国农业银行温州支行应向原告陈某支付存款本金32678元,并按同期银行利率赔偿陈某利息损失。

二、法院判决

本案经鹿城区人民法院开庭审理后依法作出判决,判令“被告中国农业银行于本判决生效之日起十日内支付原告陈某存款32678元及利息(自2015年1月16日起,利息以存款32678元为基数,按中国农业银行同期同类存款利率计算至判决确定的履行之日止)。”

三、律师评述

临近年关,盗窃案多发。假如您遇到银行卡被盗刷,可以这么做:

第一,为银行卡办理短信提醒业务,第一时间掌握卡内资金余额的变动情况;

第二,在收到短信提醒后,立即拨打银行客服热线挂失银行卡,将自身损失降至最低;

第三,持卡人第一时间到附近的银行柜台、ATM机或POS机进行刷卡交易,留存银行卡凭证,以证明卡被异地消费。

第四,迅速携带银行卡去最近的派出所报案,以证明你人和卡都在本地。本案中,陈某能够胜诉的关键就是其有充足的证据证明案发时人在温州,卡在身边。

(作者系本所房地产部律师)

房屋已经过户,原业主是否有拖欠物业管理费?在产权转让过程中没有信息显示,新业主取得产权证后,对该房屋之前拖欠的物业管理费应由谁来承担,往往容易引发纠纷。

案例:

张某于2014年9月10日通过法院委托拍卖的方式购买了某花园5D的一套住宅。同年9月25日,张某持法院裁定书到小区管理处办理入住手续。管理处要求张某缴纳该房从2012年11月至2014年8月之前的管理费人民币13600元。张某认为,2014年9月之前的管理费与自己无关,应当由原业主承担。管理处认为,管理费因管理房屋而产生,只要是业主,无论新业主还是老业主,都有义务承担此费用,如果张某不付清欠费,管理处则不予办理入住手续。张某于是要求对该房进行换锁,但遭到管理处保安员的阻拦。此后,张某多次与管理处交涉,管理处均以相同理由阻止黄某入住该房。于是,张某向人民法院起诉称:原告有权自由入住自己购买的房屋,被告的行为侵犯了原告的权利,导致原告在购买房产一个多月后仍无法入住,给原告造成了经济损失。同时,也给原告造成精神上的困扰和痛苦。因此,请求人民法院:1.判令被告为原告办理入住手续;2.判令被告按月人民币2000元的标准赔偿原告的房屋租金损失,

从2014年9月25日计算至被告为原告办理入住手续之日止;3.判令被告赔偿原告精神损失费人民币1000元。物业公司答辩称:原告未履行付清管理费的义务,被告有权拒绝为原告提供物业管理服务。

律师解析:

本案要弄清楚三个问题:1.管理处拒绝为张某办理入住的行为是否合法;2.张某关于租金损失的诉讼请求能够得到法院的支持;3.

物业管理费属于一般债权,不具有物权的性质。因此管理处不能以此为由拒绝新业主入住,也不能要求新业主交纳这些费用。管理处这种行为不仅没有合同依据和法律依据,而且是一种侵权行为。

本案中张某因为物业公司拒绝为他办理入住手续,导致房屋空置,其行为已经严重侵害了张某的房屋使用权,张某有权要求物业公司赔偿因房屋空置产生的损失。该损

隐私或者他人人格利益,受害人因侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当予以受理。”由此可见,自然人有权以人身自由权受侵害为由请求精神损害赔偿。本案被告阻止原告换锁,阻止原告进入其房屋,但并未限制原告的人身自由。被告的行为,侵害的是原告的房屋使用权而非原告的人身自由权。因此,原告请求谨慎损害赔偿没有事实与法律依据。



陈小雁律师

新业主是否应承担老业主拖欠的物业费

陈小雁

张某要求精神损害赔偿的理由是否成立?

根据《物业管理条例》第42条的规定,业主应当根据物业服务合同的约定交纳物业服务费。本案中,由于老业主所拖欠的物业费是基于老业主与物业公司之间的服务合同产生的,而在该法律关系中,并没有涉及原告到本案原告张某,房屋的转移并不意味着债务的转移。张某购买涉案房屋系2014年9月,而之前的业主并非张某,因此张某对2014年9月之前的物业费没有给付义务(除非张某在竞买时承诺愿意承担该笔费用)。物

失通常按照房屋所在地段的市场租金平均价或政府规定的租金指导价确定。

至于本案的第三个问题,根据最高人民法院《关于确定过失侵权精神损害赔偿责任的若干问题的解释》(2001年3月8日法释[2001]7号)第1条规定:“自然人因下列人格权利遭受非法侵害,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当予以受理:(一)生命权、健康权、身体权;(二)姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权;(三)人格尊严权、人身自由权。违反社会公共利益、社会公德侵害他人

综上,除原告的第一项诉讼请求无法得到法院的支持,第二、三项诉讼请求均有事实和法律依据,如果通过法院判决,则被告不仅将面临败诉的风险,而且仍不能消除双方的矛盾,也不利于今后的管理。因此,律师建议该类纠纷各方最好通过协商达成和解来解决。

作为物业服务企业,当业主长期拖欠管理的情况出现时,应当及时向欠费的业主主张权利,而不应采取本案物业公司的做法,因为这种行为不仅没有合同依据和法律依据,而且是一种侵犯新业主入住权的行为,是要

依法承担相关法律责任的。

此外,由于在二手房买卖过程中,买卖双方通常会忽略诸如物业费、水电费的结算。为了避免这类纠纷的发生,律师建议购房者在购买二手房时,在确保房屋质量的同时,一定还要看清楚原业主是否拖欠相关费用。如有欠费情况,应要求原业主结清,并要求业主提供有关的收据或者在合同上写清楚。另外,购房者也可通过预留押金的方式避免产生此类纠纷。比如,买卖双方签订合同时可以在合同中约定一定数量的押金,在房屋交付后,购房者携带产权证到物业等单位变更合同主体,办理入住手续,如果原业主隐瞒事实,房屋确有欠费,而原业主拒不补交时,可以用预留的押金交付,以避免损失与纠纷。

(作者系本所房地产部律师)

举报即检举,报告。作为法律术语是指公民或者单位向司法机关或者其他有关国家机关和组织检举、控告、违纪、违法、犯罪,依法行使其民主权利的行为,也是反腐倡廉的必要手段。近年来,随着我国互联网技术和通讯技术的发展,举报渠道也欲来欲畅通,现代人可以通过纪检部门、人大、检察院、传统媒体,甚至可以通过微博、社交网络等新兴自媒体来实名或者匿名举报。据统计,2015年12月全国各地网信办举报部门、各网站共受理网民举报 269.7 万件,较 2015 年初翻一番。经审核,有效举报 195.4 万件,较上月增长近 5 万件。特别是中纪委和监察部举报电话和网站的设立,进一步拓宽了举报途径,健全了反腐倡廉

古今“穿越”看我国举报方式的发展变迁

廉网络举报和受理机制,更显示了我们党和政府反腐败的决心。那么在我国古代,人们是如何进行举报的呢?

尧舜时期

根据司马迁《史记》中的记载,远在 5000 多年前的尧舜时期,就立有“进善之旌、诽谤之木,政有缺失,民得书于木”。“诽谤木”是我国最早的举报形式,人民可以在诽谤木上议论是非、指责过失、刻写意见,或者敲击出声。到了晋代,“诽谤木”被称为“华表木”、“表木”。发展到后代,“华表”成为宫殿门前的装饰物。

西周

西周时期,朝廷设立了“肺石”举报制度,肺石是一种赤色,形如肺状的石头,之所以是“肺”的形状,是因为古人认为“肺主声,声所以达其冤也”。民有不平事,需要向朝廷禀报的,得击石举报申诉,3 天之内,主管官吏就会听其申诉,情况属实的话,就会严肃处理相关官员。肺石制度一直流传到了唐宋时代。

西汉

西汉时期出现了“蜎筒”,这是我国最早类似于今日举报箱的举报工具,《汉书》中有记载:“又教吏作蜎筒,及得投书。”蜎筒就是朝廷接受

信件竹筒,信件可入不可出。

唐朝

“铜匭”设置于唐代武则天垂拱二年,是一个方形铜匣,具有收集举报、建议、举荐、反腐信件的作用,信件也是可进不可出。“铜匭”东南西北各置一门,东面为青色喻仁义的“延恩匭”,南面为丹色喻忠信的“招谏匭”,西面为白色喻公平的“申冤匭”,北面为黑色喻明智的“通玄匭”,铜匭的设置,表达了武则天以“仁义、忠信、公平、明智”四德统治天下的愿望。

宋朝

宋代最著名的举报方式应该非

“登闻鼓”莫属。在电影、电视上,经常可以看到有人击鼓鸣冤,这个“鼓”就是“登闻鼓”。相传在尧舜时期,就有了登闻鼓的雏形,到了晋代登闻鼓正式出现,此后历代都有登闻鼓。宋代不但有登闻鼓,还有管理登闻鼓的机构,此机构开始称为“鼓司”,“鼓院”,后又改称为“登闻院”。“登闻鼓”一直延续到了明清时期。



光正大律师通讯录

姓名	职务	办公电话	手机
周光	主任 一级律师	56891999	13906643378
王正普	首席合伙人 律师	56891988	13806683785
叶林枫	执行主任 律师	56891978	13355776118
陈兴良	副主任 高级律师	88353507	18057785159
张永谦	副主任 律师	56891966	13705887218
陈 琨	副主任 律师	56891958	13968824418
林福康	副主任 律师	56891981	13858710996
范建鑫	副主任 律师	56891967	13600646589
严恒系	副主任 律师	56891979	13957719883
王春美	副主任 律师	56891960	13356168925
谢力权	上海所主任 律师	02161671619	13906689059
吴敬雄	上海所副主任 律师	02161671617	13806622233
方剑文	上海所副主任 律师	02161671629	13325774899
陈明爽	副主任 律师	56891963	13616661669
陈益民	律师	56891922	15858805558
胡敏捷	律师	56891991	15868516057
郑东慈	律师	56891972	13785888861
朱 婷	律师		13616632963
周海翔	实习律师	56891985	18968858755
罗海辉	副主任 律师	88359927	13968893236
陈 瑛	律师	56891996	13868808864
方国圆	律师	56891920	13676558953
谢国管	律师	56891971	13587677148
郑 拓	实习律师	56891985	13736367908
吴昌辉	实习律师	56891936	18767157321
陈李辉	副主任 律师	56891951	13588911007
杨邦宝	律师	56891976	13456070084
黄 瑛	律师	56891956	13625722889
朱 滨	律师	56891953	18758713825
陈炳然	律师	56891932	15869625309
邹永迪	律师	56891932	18658355556
陈柳兰	律师	56891931	15088551001
张 莹	律师		13806882776
万里	律师	56891932	13967765202
程胜清	律师		18606667719
朱 瑛	律师	56891932	15825631718
陈童洋	实习律师		
陈 旌	律师助理	56891971	13868322006
吴和平	律师	56891973	13958851126
许林松	律师	56891915	13075755569
陈利清	律师	56891975	15958717202
陈金卫	律师	56891959	13587634920
高 进	实习律师	56891908	13695748850
潘淑丽	实习律师	56891935	13676547913
褚 婧	实习律师	56891933	18757085925
潘晓珍	律师	56891962	13676488007
李飞宇	律师	56891965	13567766366
汪成敏	律师	56891937	13757893113
吴成情	律师	56891937	15884463925
陈晓琴	律师	56891936	18312906736
崔 波	律师	56891918	13738778655
彭晓华	律师	56891989	13738778655
陈小平	律师	56891968	13957795060
李 晓	律师	56891933	13456070881
程 杰	律师	56891933	15057582889
李鸿涛	实习律师	56891938	18657780382
林金建	实习律师	56891985	18858871778
陈定章	主任 律师	56891977	13857785632
张爱民	律师	56891961	13758486216
胡剑波	律师	56891983	
李 超	律师		15157725405
陈雪芽	律师	56891933	15657791016
毛殿生	主任 律师	56891952	13957711267
苏 琛	律师	56891932	18367703678
范丰盛	实习律师		18868815980
毛林辉	实习律师	56891938	15397339268
金柏梁	实习律师		13588911007
林千多	主任 律师	56891950	13968723786
姜淑静	律师	56891919	13758729253
陈仁凌	律师	56891957	15958717857
刘小鸥	律师	56891969	13857780617
周梦燕	律师	56891985	15968763808
林 达	律师	02161671601	15825420577
刘瑞勤	律师	02161671601	13905777835
黄华星	律师	02161671601	13002691888
项天翔	律师	02161671601	14781913338
徐巧月	律师	02161671602	15001794195
张金钟	律师	02161671602	15258025761
周晓雯	律师	02161671602	15317682281



陈雪芽律师

试婚是事实婚姻吗? 法律保护事实婚姻吗?

周小英问:我和男朋友现在是试婚阶段,请问试婚属于事实婚姻吗?法律保护试婚吗?

陈雪芽律师答:事实婚姻,指没有配偶的男女,未进行结婚登记,但公开以夫妻名义同居生活或举行过世俗结婚仪式,被当地群众认为已经形成夫妻关系的一种共同生活状态和行为所构成的共同生活关系。我国法律是有条件地承认事实婚姻的效力,1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前,男女双方已经符合结婚实质要件的,按事实婚姻处理;1994年2月1日之

后,男女双方符合结婚实质要件的,人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记;未补办结婚登记的,按解除同居关系处理。同居关系,指男女双方未进行结婚登记,但共同居住在一起,群众认为已经形成夫妻关系的一种共同生活状态和行为所构成的共同生活关系。同居包括具备结婚登记条件的、以结婚为目的的婚前同居,不具备结婚登记条件的非法同居(如重婚、姘居等),以及没有结婚意愿的非婚同居等三种情形。试婚,指男女双方未进行结婚登记,但以结婚为目的共同居住在一起,双方已达成结婚意向或婚姻约定,周围的人认为他们已经形成夫妻关系,也属于同居关系的一种。试婚不是一个法律概念,我国法律不保护同居关系,也不保护试婚行为。

法院应受理解除有配偶而与他人同居的同居关系

唐金洲问:我是有配偶的,与某女子同居,现在想和同居女子

解除同居关系,法院会受理吗?我们同居期间的财产会怎么分割?

陈雪芽律师答: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)》第一条规定:“当事人起诉请求解除同居关系的,人民法院不予受理。但当事人请求解除的同居关系,属于婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的‘有配偶者与他人同居’的,人民法院应当受理并依法予以解除。当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起诉讼的,人民法院应当受理。”

至于同居期间的财产分割问题,根据《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第10条规定,解除同居关系时,同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产,按一般共有财产处理。

何谓“共同所得”,一般认为形成同居双方共有财产的“共同所得”必须同时具备两个条件,一是双方共同生活,这是形成共有关系的基础;二是双方共同劳动、

经营或管理,这是产生共有关系的前提条件。只有同时具备这两个条件,才能构成共同所得,否则应视为个人所得。

何谓“一般共有”,即共同共有。也就是说,同居期间双方共同所得的收入和购置的财产,双方终止同居关系时原则上应均等分割。

司法实践中,下列财产一般认定不属于同居双方的共同财产:一方同居前的财产;一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾补助费等;一方在同居期间继承的财产或接受赠与所得的财产;一方专用的生活用品;双方约定归各自所有的财产。



高进实习律师

离职证明该怎么开?

李艳问:我已决定辞职离开现在的工作单位,有人告诉我说走人时应该要单位出具离职证明,离职证明有什么用?

高进实习律师答:离职证明就是能够证明职工已经自原单位离职,与原单位已经解除或终止劳动关系的证明。离职证明的证明力主要体现在以下几个方面:一是证明用人单位与劳动者已经解除或终止劳动关系;二是证明离职职工的离职是按照正常手续办理的,其与原单位对此没有纠纷;三是证明离职职工已经是自由人,可以申请失业金或应聘新的岗位;四是可以凭此证明转移

离职职工的人事关系、社保、公积金等;五是可以证明离职职工在原单位的相关工作经验,有利于相关职位的应聘。

离职证明应该怎么开呢?首先,这个证明是需要由职工离职的单位开具的,上面应当应当写明离职职工与本单位的劳动合同期限、解除或者终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限等。这些在劳动合同中必须注明的信息,同样也是离职证明的必备信息。其次,因为离职证明没有确定的交阅单位,所以不必写收信人的姓名和地址,但需要写上开具证明的日期。

需要指出的是,像离职证明这种以公司名义发出的证明,离职人员最好申请加盖原单位的公章,即有公司全称的公章,这样证明效力要更大,离职证明也更规范。

如果在离职时,单位并没有主动开具离职证明书,那么离职职工最好主动向其人力资源部索要,对这项要求单位是没

有任何理由拒绝的,为离职职工开具离职证明,是单位的法定义务。

对加班事实举证责任应由劳动者承担

黄晓问:我在某水泥公司工作期间,每天上班12小时,公司没有安排补休,每月只有4天休息,但水泥公司一直未支付加班工资,我准备向劳动争议仲裁委员会申请劳动争议仲裁,我需要提供证明加班事实的证据吗?

高进实习律师答:所谓加班费,是指劳动者按照用人单位生产和工作的需要在规定工作时间之外继续生产劳动所应获得的劳动报酬。劳动者加班,延长了工作时间,增加了额外的劳动量,应当得到合理的报酬。

劳动合同法第三十一条规定,用人单位安排加班的,应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。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(三)》第九条规定,劳动者主张加班费的,应当就加班事实的存在承担举证责任。

根据前述规定可知,只有在劳动者举证证明其存在加班事实的情况下,用人单位才承担支付加班工资的义务。作为员工,如果从事了加班工作,应当注意留存加班的相关依据。用以证明存在加班事实的证据形式多样,如公司盖章确认的加班排班表、休息休假期间从事加班工作签订的合同、发送的工作邮件、电话记录、微信记录等。一旦双方发生纠纷,这些资料将成为帮助劳动者维权的有利证据。

