

www.dachenglaw.com

北京市东直门南大街3号国华投资大厦5,12,15层(100007)
5/F,12/F,15/F, Guohua Plaza, 3 Dongzhimennan Avenue,
Beijing 100007, China
Tel: 8610-58137799
Fax: 8610-58137788 (12/F), 58137778 (5/F), 58137766 (15/F)



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

大成诉讼与仲裁通讯

Dacheng Law Offices
Litigation and Arbitration Newsletter

2013年1月 • 第13期
January 2013 • Issue 13



目录

本期导读	1
全国人大及其常委会最新立法动态	3
一、 十一届全国人大常委会第三十次会议召开	3
——十一届全国人大常委会第三十次会议于 2012 年 12 月 24 日举行第一次全体会议，会议就证券投资基金法修订草案、老年人权益保障法修订草案、劳动合同法修正案草案、旅游法草案修改情况、加强网络信息保护的決定草案、修改农业法个别条款的決定草案、商标法修正案草案、土地管理法修正案草案等进行报告和讨论。	
二、 十一届全国人大常委会第三十次会议闭幕	8
——会议经表决，通过了全国人大常委会关于加强网络信息保护的決定。会议通过了修改后的证券投资基金法和老年人权益保障法；同时会议还通过了全国人大常委会关于修改劳动合同法的決定以及关于修改农业法的決定；国家主席胡锦涛签署第 71 号、72 号、73 号、74 号主席令，分别予以公布。	
国务院及其部委最新法治动态	14
一、 司法部关于修改《律师事务所管理办法》的決定	14
——新办法专门增加了“律师事务所分所的设立、变更和终止”的专章规定，并增加规定律师事务所对分所及其律师疏于管理的行政处罚措施。	
二、 国务院原则通过征信业管理条例	17
——《征信业管理条例（草案）》经多年酝酿终于迎来正式出台的曙光，草案对采集、整理、保存、加工个人或企业信用信息、并向信息使用者提供的征信业务活动作了规范；规定由中国人民银行及其派出机构依法对征信业进行监督管理；对从事个人征信业务的征信机构规定了较为严格的市场准入条件和相应的审批程序，明确了征信机构采集、保存、提供信用信息的范围和行为规范，明确了信息主体的权利。	
最新司法动态	18
一、 最高人民法院关于个人独资企业清算是否可以参照适用企业破产法规定的破产清算程序的批复	18
——批复内容为：在个人独资企业不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的情况下，可以参照适用企业破产法规定的破产清算程序进行清算。人民法	

院参照适用破产清算程序裁定终结个人独资企业的清算程序后，个人独资企业的债权人仍然可以就其未获清偿的部分向投资人主张权利。

二、 最高人民法院出台《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》..... 19

——这部司法解释共有 29 个条文，涉及了主体责任的认定、赔偿范围的认定、责任承担的认定、诉讼程序的规定、适用范围的规定等五个方面的内容。尤其是在确定责任主体方面，《解释》紧紧围绕侵权责任法的填补损失功能、制裁功能、预防功能等立法目的，合理妥当地确定相关的责任主体。

三、 最高人民法院公布《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》..... 27

——该司法解释共十六条，主要对人民法院在审理信息网络传播权纠纷案中行使自由裁量权的原则，侵害信息网络传播权行为的构成，网络服务提供者的教唆侵权和帮助侵权，司法实践中较为常见的信息存储空间网络服务提供者应知网络用户侵害信息网络传播权的判定标准，以及人民法院对此类案件的管辖等问题进行了规定。

四、 最高人民法院发布《关于修改后的民事诉讼法施行时未结案件适用法律若干问题的规定》..... 28

——这是最高人民法院就修改后民事诉讼法适用问题出台的第一个司法解释，解释明确了民事诉讼法新旧衔接适用的一般性规定、2013 年 1 月 1 日已完成的程序事项的效力问题、妨害民事诉讼行为处理规则的新旧衔接适用问题、申请再审期间确定规则的新旧衔接适用问题等等，旨在推动修改后民事诉讼法顺利贯彻实施，及时指导各级法院依法妥善处理修改后民事诉讼法施行时未结案件。

五、 最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》..... 31

——该解释详细规范了如何界定涉外民事关系，涉外民事关系法律适用法的溯及力，涉外民事关系法律适用法与其他法律中冲突规范的关系的处理，当事人选择适用法律的时间节点、方式、范围，如何界定我国法律中的“强制性规定”，法律规避行为的后果，先决问题的法律适用，不同涉外民事关系区分适用法律，涉外仲裁协议准据法的确定，如何界定自然人的“经常居所地”和法人的“登记地”，如何界定“不能查明外国法律”，如何确定外国法律的内容及涵义，涉港、澳的民事关系的法律适用问题，司法解释的溯及力等等。

仲裁新动态..... 35

一、 第七届国际商事法律论坛举办..... 35

——本届论坛的主题是国际投资与贸易风险防范及争议解决，来自最高人民法院、贸促会、贸仲委以及美国、巴西、新加坡、台湾等国家和地区的专家学者围绕论坛主题，分别就中巴经贸往来的法律问题、新加坡最新国际仲裁实践、进一步推进中国商事调解发展、国际投融资仲裁、台湾投资管制与争议解决机制、海外投资与知识产权战略实施等问题作大会发言。

二、	荷兰威科集团访问北仲	36
	——荷兰威科集团法律与商业事业部副总裁兼董事总经理 Joanne Nagano 女士等一行四人到 访北仲，王红松副主任向 Joanne Nagano 女士介绍了北仲的发展历史、发展目标、案件情况、 保持公正、独立、高效的制度和举措以及实现机构社会责任方面所做的努力。	
	地方法治亮点	37
一、	28 个省区市出台反家暴地方性法规为国家立法积累经验	37
	——目前，我国已有 28 个省区市出台了反家庭暴力的地方性法规或政策，90 余个地市制定 了相关政策文件。这些地方性法规和政策有力地规范并推动了地方反家暴工作的开展，为国 家立法积累了经验。	
二、	重庆施行非物质文化遗产条例	38
	——条例从保护对象、法律手段、保护措施等不同视角进行了制度设计，加强对非物质文化 遗产的保护、保存、开发和利用，并首次将《文化部关于加强非物质文化遗产生产性保护的 指导意见》纳入条文当中，指导重庆市非物质文化遗产的生产性保护，标志着重庆市非 物质文化遗产保护工作有了更明确的法规依据，增强了重庆市地方文化法制建设，有利于提 高重庆市文化事业发展的法制化水平。	
	案例指导	39
一、	苏州阳光新地置业有限公司新地中心酒店诉苏州文化国际旅行社有限公司新 区塔园路营业部、苏州文化国际旅行社有限公司委托合同纠纷案	39
	——旅游公司借用星级酒店 POS 机进行刷卡，并在星级酒店获得银行刷卡预付款项后与星 级酒店进行结算，在款项的收取和结算上与星级酒店形成委托合同关系。由于星级酒店与银 行就境外信用卡 POS 机刷卡签有特约商户协议，对境外银行卡的受理条件、操作流程、风险防 范和控制有专门的约定，并对酒店刷卡人员进行了专业的培训，因此星级酒店在有关境外信 用卡的刷卡业务上具有一般商事主体不具备的专业知识和风险防控能力。星级酒店在受委托 操作 POS 机刷卡时，特别是受理如“无卡无密”这种风险较高的境外信用卡刷卡业务时，应 进行认真核查，负有审慎和风险告知的义务。否则即构成重大过失，应对完成委托事务过程 中造成的损害承担相应的赔偿责任。	
二、	第三人善意取得房屋所有权的认定与构成	51
	——夫妻双方的家事代理权仅限于日常生活需要，房屋买卖属于处分家庭财产的重大事项， 因此夫妻之间没有法定代理权限。适用善意取得制度的前提条件应当是出让人出让标的属于 无权处分，并且应符合三个条件：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以 合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要 登记的已经交付给受让人。	

三、 社会热点案件：西北地区最大证券虚假陈述索赔案结案 股民诉上市公司虚假陈述获赔千余万元..... 56

——王霞琴等 148 名小股东诉东盛科技股份等证券虚假陈述责任纠纷共计 148 案，近日在西安市中级人民法院调解结案。此案当事人来自全国 20 多个省市，诉讼请求的赔偿额达 3300 余万元，是西安市中院受理证券类案件索赔金额之最，也是近年来西北地区最大的一起因证券虚假陈述引发的股民索赔案。

轻松驿站..... 58

适合办公室白领的忙里偷闲操..... 58

本期导读

2013 年第一期（总第十三期）的《大成诉讼与仲裁通讯》，内容涵盖“全国人大及其常委会最新立法动态”、“国务院及其部委最新法治动态”、“最新司法动态”、“仲裁新动态”、“地方法治亮点”、“案例指导”、“轻松驿站”等板块，旨在通报 2012 年 12 月份诉讼与仲裁的前沿法律资讯，介绍具有指导性意义的诉讼仲裁案例。

“全国人大及其常委会最新立法动态” 栏目播报了十一届全国人大常委会第三十次会议的召开情况，会议听取了包括证券投资基金法修订草案、劳动合同法修订草案在内的多部草案报告并进行讨论。在十一届全国人大常委会第三十次会议闭幕会议中，通过了全国人大常委会关于加强网络信息保护的決定、通过了修改后的证券投资基金法和老年人权益保障法、通过了全国人大常委会关于修改劳动合同法的決定以及关于修改农业法的決定；国家主席胡锦涛签署第 71 号、72 号、73 号、74 号主席令，分别予以公布。

“国务院及其部委最新法治动态” 栏目刊载了司法部出台《关于修改 律师事务所管理办法 的決定》，增加了对律所分所的设立、变更、终止的专章规定及对律所疏于管理行为的惩戒等。国务院常务会议审议通过《征信业管理条例（草案）》，酝酿多年的征信业法规条文终于迎来正式出台的曙光。

“最新司法动态” 栏目播报了《最高人民法院关于个人独资企业清算是否可以参照适用企业破产法规定的破产清算程序的批复》，对贵州省高级人民法院提出的问题予以答复；为正确审理道路交通事故损害赔偿案件，最高人民法院公布《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，从主体责任的认定、赔偿范围的认定、责任承担的认定、诉讼程序的规定、适用范围的规定等五个方面予以详细规定。为正确审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件，依法保护信息网络传播权，最高人民法院公布《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》，网络服务提供者的法律责任界定问题是本司法解释的核心内容。为推动修改后民事诉讼法顺利贯彻实施，及时指导各级法院依法妥善处理修改后民事诉讼法施行时未结案件，最高人民法院发布《关于修改后的民事诉讼法施行时未结案件适用法律若干问题的规定》，就民事诉讼法新旧衔接适用、妨害民事诉讼行为处理规则的新旧衔接适用、申请再审期间确定规则的新旧衔接适用等问题进行规定。最高人民法院发布《关于适用 中华人民共和国涉外民事关系法律适用法 若干问题的解释（一）》，就如何界定涉外民事关系，涉外民事关系法律适用法的溯及力，

涉外民事关系法律适用法与其他法律中冲突规范的关系的处理等问题作出司法解释。

“**仲裁新动态**”栏目播报了第七届国际商事法律论坛的召开，论坛的主题是国际投资与贸易风险防范及争议解决，来自最高人民法院、贸促会、贸仲委以及美国、巴西、新加坡、台湾等国家和地区的专家学者围绕论坛主题发表演讲。荷兰威科集团法律与商业事业部副总裁兼董事总经理 Joanne Nagano 女士等一行四人到访北仲，北仲王红松副主任、陈福勇处长等进行了热情的接待。

“**地方法治亮点**”栏目选取了地方上的典型立法及司法事例进行播报：广东省深圳市近日举行“反家暴论坛”，反家暴社会组织代表、专家学者、社会工作者以及全国妇联有关部门百余人出席论坛，共同探讨家庭暴力现状、干预及其立法情况。目前，我国已有28个省区市出台了反家庭暴力的地方性法规或政策，90余个地市制定了相关政策文件。为继承和弘扬中华优秀传统文化，加强非物质文化遗产保护保存工作，《重庆市非物质文化遗产条例》已施行，标志着重庆市非物质文化遗产保护工作有了更明确的法规依据，增强了重庆市地方文化法制建设，有利于提高重庆市文化事业发展的法制化水平。

“**案例指导**”栏目播报了《最高人民法院公报》上的委托合同纠纷案例，《北京法院指导案例》上关于第三人善意取得房屋所有权的认定与构成的案例分析，以及近来的社会热点案件——西北地区最大证券虚假陈述索赔案，股民诉上市公司虚假陈述获赔千余万元。三个案例都非常具有典型性，供各位律师参阅。

“**轻松驿站**”栏目介绍了适合办公室白领的忙里偷闲操，希望各位律师在工作时都注意劳逸结合，加强身体锻炼！

本通讯稿的目录及所有篇章后均设置链接，方便您轻松找到自己感兴趣的专题。

诚挚邀请各位律师为“大成诉讼与仲裁”通讯建言献策、热情投稿！共同耕耘出大成律师交流诉讼仲裁经验、分享办案心得的沟通平台！[有意投稿请您发送至邮箱 xiang.li@dachenglaw.com](mailto:xiang.li@dachenglaw.com)（诉讼仲裁部部门秘书 李想 7630）



全国人大及其常委会最新立法动态

一、十一届全国人大常委会第三十次会议召开（来源：人民法院报，2012年12月25日；法制日报，2012年12月25日）

十一届全国人大常委会第三十次会议于2012年12月24日举行第一次全体会议。

会议听取了全国人大法律委员会副主任委员孙安民作的关于证券投资基金法修订草案审议结果的报告，主任委员胡康生作的关于老年人权益保障法修订草案审议结果的报告，副主任委员李适时作的关于劳动合同法修正案草案审议结果的报告，副主任委员胡彦林作的关于旅游法草案修改情况的汇报。

为了保护网络信息安全，保障公民、法人和其他组织的合法权益，维护国家安全和社会公共利益，迫切需要制定相关法律。受委员长会议委托，法工委副主任李飞就全国人大常委会关于加强网络信息保护的決定草案作了说明。

会议听取了全国人大农业与农村委员会副主任委员刘振伟作的关于修改农业法个别条款的決定草案的说明。

受国务院委托，国家工商总局局长周伯华作了关于商标法修正案草案的说明；国务院法制办主任宋大涵作了关于土地管理法修正案草案的说明；监察部部长、国务院行政审批制度改革部级联席会议召集人马駁作了关于授权国务院在广东省暂时调整部分法律规定的行政审批的決定草案的说明。

【重点内容一：土地管理法修正案草案首次被提请审议】

备受关注的土地管理法修正案草案由国务院提请十一届全国人大常委会第三十次会议初次审议。**草案拟在法律上明确，对农村村民住宅单独给予补偿。**

现行土地管理法自1986年6月公布以来，历经1988年12月第一次修正、1998年8月全面修订、2004年8月第二次修正。近年来，全国人大代表多次提出修改土地管理法的议案和建议，吴邦国委员长2012年3月在全国人大常委会工作报告中也将修改土地管理法明确为今年的立法任务。国务院法制办会同有关机构成立了土地管理法修改工作领导小组，经过调查研究和反复论证认为，总体上看，1998年土地管理法确定的“以耕地保护为

目标、用途管制为核心”的土地管理基本制度是符合我国国情的，为保护农民土地权益、保护耕地、保障工业化和城镇化建设发挥了重要作用。当前最突出的问题是在征地补偿工作中存在着征地程序不完善，法定补偿办法存在缺陷，标准偏低且规定过死，被征地农民长远生计保障不足，一些地方违法违规征地、强占乱占农民土地的现象时有发生，成为影响社会稳定的重要问题，应先集中精力解决好征地补偿制度中存在的问题。而对于其他问题，应继续抓紧研究，条件成熟形成方案后及时提请全国人大常委会审议。

现行征地补偿制度是由土地管理法确定的，其中最关键的条款是第四十七条，应先集中精力对第四十七条进行修改，待土地管理法修正案通过后，由国务院制定条例。据此，领导小组经过反复研究修改，形成了土地管理法修正案草案。

亮点一：土地管理法修正案草案更加突出保障被征地农民合法权益。改革征地制度遵循了以下指导原则：一是正确处理工业化、城镇化建设和保护被征地农民合法权益、保护耕地的关系，坚持统筹兼顾，更加突出保障被征地农民合法权益，促进城镇化健康发展；二是正确处理政府依法征地和农民参与权、话语权的关 系，更加严格地约束政府征地行为；三是正确处理统一性和差异性的关系，在法律确定征地补偿基本原则的同时，要充分考虑地区的差异。

亮点二：土地管理法修正案草案规定，补偿资金不落实的，不得批准和实施征地。现行土地管理法第四十七条规定：征收土地的，按照被征收土地的原用途给予补偿；征收耕地的补偿费用包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补偿费；土地补偿费和安置补助费的总和不得超过土地被征收前三年平均年产值的三十倍。上述规定与当时的经济社会发展水平是相适应的。随着工业化、城镇化的快速推进，第四十七条的规定逐渐暴露出一些不适应新形势、新情况的问题：从补偿原则看，在原用途基础上按年产值倍数补偿，没有综合考虑土地年产值以外的其他因素，包括土地区位、供求关系以及土地对农民的就业和社会保障功能等。从补偿标准看，土地补偿费和安置补助费总和不超过年产值 30 倍的上限规定过死，难以适应不断变化的经济社会发展情况和各地不同情况，近年来很多地方普遍提高了征地补偿标准，突破了 30 倍的法定上限。从补偿内容看，没有规定被征地农民的社会保障费用，需要与物权法关于“征收集体所有的土地，应当依法……安排被征地农民的社会保障费用”的规定相衔接；根据各地普遍将村民住宅单独补偿的实际，也需要将村民住宅从附着物中独立出来，在法律上明确单独给予补偿。综合考虑多方面因素，草案将土地管理法第四十七条修改为：征收农民集体所有的土地，应当依照合法、公正、公开的原则制定严格的程序，给予公平补偿，保证被征地农民原有生活有改善、长远生计有保障，维护被征地农民的合法权益；征地补偿包括土地补偿，被征地农民的安置补助与社会保障费用，农村村民住宅补偿，以及其他地上附着物补偿和青苗补偿；征收农民

集体所有土地补偿安置的具体办法，由国务院规定。

亮点三：土地管理法修正案草案删除了现行第四十七条中按照被征收土地的原用途给予补偿，以及土地补偿费和安置补助费的总和不得超过土地被征收前三年平均年产值的 30 倍的内容，规定征收农民集体所有的土地应当给予公平补偿，保证被征地农民原有生活有改善、长远生计有保障，维护被征地农民的合法权益。我国现阶段农村土地市场尚未形成，公平补偿原则主要体现在土地补偿标准上既要考虑被征收土地原用途年产值的因素，又要综合考虑土地区位、供求关系、经济社会发展水平等多种因素，特别是被征地农民社会保障的因素；在住房及地上附着物的补偿上，遵循市场原则；在补偿效果上，要保证被征地农民原有生活有改善、长远生计有保障。这些原则是近年来地方实践的总结，很多地方实际中执行的补偿安置标准已经突破了前三年平均年产值的 30 倍。

亮点四：土地管理法修正案草案增加了社会保障补偿的具体内容。草案在现行第四十七条规定的土地补偿、安置补助、青苗和地上附着物补偿三项补偿的基础上，把住宅从地上附着物中单独列出，增加了社会保障补偿，规定征地补偿包括土地补偿，被征地农民的安置补助与社会保障费用，农村村民住宅补偿，以及其他地上附着物补偿和青苗补偿。

亮点五：为了保证公平补偿原则的落实和补偿制度的实施，土地管理法修正案草案增加了依照合法、公正、公开的原则制定严格征地程序的规定。初步考虑按照修正案规定的原则和制度，细化并严格征地程序，加强对政府征地行为的约束，保证被征地农民在征地批准前和实施过程中的参与权、话语权，坚持“先补偿安置，后实施征地”；明确被征地农民申请行政复议或者提起行政诉讼的权利，建立对市县级政府违法违规征地行政问责制度，切实保障农民的合法权益。

【重点内容二：关于中小企业促进法有关制度立法后评估工作情况的报告建议】

提请十一届全国人大常委会第三十次会议审议的关于《中华人民共和国中小企业促进法》有关制度立法后评估工作情况的报告建议，结合立法后评估的成果，将中小企业促进法的修改列入全国人大常委会 2013 年立法工作计划。“各方面普遍建议加大对中小企业的支持力度，加快发展多层次资本市场，创新中小企业融资方式，加大对创办中小企业的财税支持力度等。”报告指出，鉴于中小企业促进法颁布实施已近十年，近年来全国人大代表和政协委员也多次提出议案、提案或者建议，希望通过修改完善相关法律，加强对中小企业的扶持，建议结合立法后评估的成果，将中小企业促进法的修改列入全国人大常委会 2013 年立法工作计划。

全国人大常委会法制工作委员会经与全国人大财政经济委员会、工业和信息化部、中国银行业监督管理委员会反复协商沟通，研究确定对中小企业促进法第十五条规定的金融

机构对中小企业提供金融支持、第十六条规定的拓宽中小企业直接融资渠道和第二十二条规定的鼓励创办中小企业三项制度进行评估。这三项法律制度，直接涉及广大中小企业发展中面临的突出问题，事关改善中小企业融资环境、推进民间投资、鼓励创业和增加就业、调整经济结构，是中小企业促进法的核心内容和关键性制度。

总体来看，中小企业三项法律制度具有较高的知晓度、认同度，得到了较好的贯彻实施，取得了较好的实施效果。主要表现为：金融机构对中小企业的信贷支持力度不断加大，中小企业融资环境逐步改善；中小企业上市融资稳步发展，直接融资渠道有所突破；政府对创办中小企业的扶持力度不断加强，创业成效不断显现。同时，评估也发现，中小企业发展涉及财政、税收、金融、土地、劳动力成本、市场环境变化等方方面面的问题，广大中小企业面临的“融资难”、“创业难”等问题的形势依然严峻。与三项法律制度相关的配套政策措施，也存在着有待进一步提高其灵活性、针对性和有效性的问题。

【重点内容三：商标法修正案草案首次被提请审议】

现行商标法实施以来，对保护商标专用权，维护公平竞争的市场秩序，推动我国经济社会发展发挥了重要作用。随着我国社会主义市场经济的发展，现行商标法有的内容已难以适应实践需要，主要是商标注册程序繁琐、商标确权时间长、恶意注册商标现象比较常见、商标侵权行为尚未得到有效遏制。为了实现国家知识产权战略，充分发挥商标制度作用，更好地为加快转变经济发展方式服务，有必要对现行商标法进行修改。此次商标法的修改涉及商标申请注册程序、禁止恶意注册商标、增加惩罚性赔偿等方面的内容。

亮点一：商标法修正案草案重新构架了商标注册异议制度，解决了现行法商标异议制度下提出异议申请的主体和理由过于宽泛、救济程序过于复杂的问题。草案将商标异议主体由任何人改为在先权利人或利害关系人，同时将提出异议的理由限定为商标注册申请前已经存在的在先权利。同时，草案规定，对于商标局认为异议理由不成立、准予注册的，异议人可以请求宣告该注册商标无效；对于异议理由成立、不予注册的，被异议人可以申请复审。

亮点二：商标法修正案草案引入多项商标注册申请规定。

根据实际需要和国际商标领域的发展趋势，草案增加了可以申请注册商标的新方式，规定申请人可以通过一份申请就多个类别的商品申请注册同一商标；草案增加了审查意见书的新制度，规定商标局在审查过程中可以向申请人发送《审查意见书》，要求申请人对其商标申请作出说明或者修正。

亮点三：商标法修正案草案明确规定，禁止抢注因业务往来等关系明知他人已经在先使用的商标。为了防止将他人已经在先使用的商标抢先进行注册，草案规定，与他人具有

合同、业务往来关系或者其他关系明知他人商标存在，而将他人在先使用的商标申请注册的，不予注册。

亮点四：商标法修正案草案明确规定，禁止将他人商标作企业字号。实践中，有人将他人商标用作企业字号，此类行为属于不正当竞争行为。为与反不正当竞争法相衔接，草案规定，将他人驰名商标、注册商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，构成不正当竞争行为的，依据反不正当竞争法处理。

亮点五：商标法修正案草案明确规定对驰名商标实行个案认定、被动保护原则。驰名商标制度是在发生商标争议时，对为相关公众所熟知的商标提供特殊保护：无论是否已经注册，驰名商标所有人均可以依法在一定范围内禁止他人注册、使用与该驰名商标相同或者相近似的商标。驰名商标认定是对事实的确认，应仅对争议的案件有效。为此，草案规定：驰名商标应当根据当事人的请求，作为处理涉及商标案件需要认定的事实进行认定。

亮点六：商标法修正案草案增加了惩罚性赔偿规定，提高了侵权赔偿数额。针对实践中权利人维权成本高、往往得不偿失的现象，草案引入了惩罚性赔偿制度，规定对恶意侵犯商标专用权、情节严重的，可以在权利人因侵权受到的损失、侵权人因侵权获得的利益或者注册商标使用许可费的1倍到3倍的范围内确定赔偿数额。同时，草案还将在上述三种依据都无法查清的情况下法院可以酌情决定的**法定赔偿额上限从50万元提高到100万元**。同时，草案还增加了应承担法律责任的侵犯注册商标专用权的种类。根据实践需要，草案增加规定，故意为侵权提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的，属于侵犯注册商标专用权行为。

亮点七：商标法修正案草案增加规定减轻了权利人的举证负担。针对实践中权利人“举证难”导致损害赔偿数额偏低的现象，草案参考国外相关做法，增加规定：人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定侵权赔偿数额。

[返回至目录](#)

二、十一届全国人大常委会第三十次会议在京闭幕（来源：法制日报，2012年12月28日；中国人大网，2012年12月28日）

十一届全国人大常委会第三十次会议在完成各项议程后，于2012年12月28日下午在北京人民大会堂闭幕。

会议经表决，通过了**全国人大常委会关于加强网络信息保护的決定**。会议通过了**修改后的证券投资基金法和老年人权益保障法**；同时会议还通过了**全国人大常委会关于修改劳动合同法的决定以及关于修改农业法的决定**；国家主席胡锦涛签署第71号、72号、73号、74号主席令，分别予以公布。

劳动合同法是维护劳动者合法权益、构建和谐劳动关系的一部重要法律。本次会议作出的修改劳动合同法的决定，重点解决劳务派遣被滥用及不规范问题，明确劳动合同用工是我国的企业基本用工形式，劳务派遣用工只是补充形式，对劳务派遣工作岗位作出更加明确的界定，严格控制劳务派遣用工数量，强调劳务派遣人员享有同工同酬的权利。

【重点内容一：关于加强网络信息保护的決定】

面对我国互联网管理领域的问题突出，如不法分子通过互联网散布谣言，扰乱社会秩序，影响社会稳定，网络侵权案件时有发生，有些严重侵犯公民的合法权益，窃取、泄露、贩卖个人信息的行为猖獗，危害网络信息安全；我国目前互联网领域的立法，法律、行政法规较少，规章过多，立法层次较低，缺乏权威性、可操作性，内容分散、相互交叉甚至抵触，当前的立法已经不能适应互联网监管和公民合法权益保护的需要。

在此背景之下，全国人大常委会第三十次会议审议通过的《关于加强网络信息保护的決定(草案)》(2012年12月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过，2012年12月28日起施行实施)的议案，标志着我国正在重建互联网络法律体系。关于加强网络信息保护的決定，以法律形式保护公民个人及法人信息安全，确立网络身份管理制度，明确网络服务提供者的义务和责任，并赋予政府主管部门必要的监管手段，重点解决我国网络信息安全立法滞后的问题，有利于保护公民个人及法人电子信息安全、促进社会和谐稳定。

【重点内容二：证券投资基金法】

经过第十一届全国人大常委会第三十次会议对证券投资基金法修订草案第三次的审议，该完成对证券投资基金法的修订。新的《证券投资基金法》(中华人民共和国主席令

第七十一号，2012年12月28日修订通过，自2013年6月1日起施行)对基金管理公司的设立条件、买卖股票的范围等问题作出了新的规定。

全国人大常委会第二十九次会议对证券投资基金法修订草案进行了二次审议。会后，全国人大法律委员会、财政经济委员会，全国人大常委会法制工作委员会，国务院法制办公室，中国证券监督管理委员会就修订草案有关问题交换了意见，共同研究。全国人大法律委员会根据常委会组成人员的审议意见和各方面意见，对修订草案进行了修改。

新老基金法八大不同点：

- 1.将私募纳入监管范围；
- 2.发起持有人大会和通过议案门槛降低；
- 3.从业人员可以投资股票；
- 4.基金组织形式的“拓展”；
- 5.监管涵盖范围更广，拓展了对“证券”的定义；
- 6.私募基金在符合一定条件后，可以开展公募业务；
- 7.关联方股票原来不能投资，新法可能采取事后披露的形式监管；
- 8.涉及内幕信息调查的，中国证监会会有权要求被调查人停止不超过十五天的证券买卖

【重点内容三：老年人权益保障法】

十一届全国人大常委会第三十次会议分组审议了老年人权益保障法修订草案。许多常委委员认为，修订草案已比较完善，建议经进一步修改后交付该次常委会会议表决。

我们国家在经济高速发展的同时，老龄化社会也提前到来。据统计，到明年我国的老龄化人口将达到2亿。养老问题如果不及早重视的话，将来会影响我国的经济社会发展速度，同时也会影响社会的安定和谐。老年人权益保障法修订草案经过一审以后，全国人大法律委员会、全国人大常委会法制工作委员会做了大量的工作，采纳了委员们提出的建议和意见，对修订草案进行了修改完善，现在的《中华人民共和国老年人权益保障法》(中华人民共和国主席令第七十二号，2012年12月28日修订通过，自2013年7月1日起施行)比原来的有很大的进步，更加成熟。

亮点一：精神慰藉—分居子女应“常回家看看”

“与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人”，是新法第18条第2款的规定。这一内容被视作是“常回家看看”入法的体现。

2012年6月底草案初审时，这一条款曾引起争议。支持者认为将“常回家看看”入法既强调了伦理道德的正义性，又为司法实践提供了依据，体现了法的善意；反对者则从可操作性方面提出了不同看法。

上述疑问如何解决新法第 18 条第 3 款规定：“用人单位应当按照国家有关规定保障赡养老人探亲休假的权利。”在法律责任部分的第 75 条规定，对老年人负有赡养、扶养义务而拒绝赡养、扶养的，由有关单位给予批评教育。

新法充分关心老年人的精神需求，是“进一步弘扬中华民族敬老、养老、助老美德”的体现。

该法规定“老年人养老以居家为基础，家庭成员应尊重、关心和照料老年人”，“每年农历九月初九为老年节”，“家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人”等也体现了这一精神。

亮点二：制度突破—老年监护制度首入法

该制度主要体现在该法第 26 条：“具备完全民事行为能力的老年人，可以在近亲属或者其他与自己关系密切、愿意承担监护责任的个人、组织中协商确定自己的监护人。监护人在老年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，依法承担监护责任。老年人未事先确定监护人的，其丧失或者部分丧失民事行为能力时，依照有关法律的规定确定监护人。”

老年人监护制度是家庭法律制度一大创新，将有利于尊重、保障老年人特别是痴呆人群、行动不便老年人的生存权。而落实这一制度，需要从三个方面努力：一是加强宣传，让人们更多地认识到该制度设立的目的在于增加老年人福祉；二是健全问责机制，老年人亲友、社区自治组织以及民政部门要加强监督；三是建立监护人诚信评价制度，对列入红名单者在晋升提拔任用时要优先考虑。

亮点三：养老机构—收费项目和标准不能缺少政府监督

该法第 39 条规定，各级政府应逐步增加对养老服务的投入，各级政府和有关部门在财政、税费、土地、融资等方面应采取措施，鼓励、扶持企业事业单位、社会组织或者个人兴办、运营养老、老年人日间照料、老年文化体育活动等设施。

我国人口老龄化、家庭养老功能弱化的现状引起了立法机关的高度重视。我国第六次人口普查显示，截至 2010 年底，我国 60 周岁以上老年人已达 1.78 亿。据预测，到“十二五”期末，我国老年人口将达到 2.21 亿，2033 年将突破 4 亿。与此同时，我国平均每个家庭只有 3.1 人，家庭小型化加上人口流动性的增强，使城乡“空巢”家庭大幅增加，目前已接近 50%。

在鼓励民间投资养老机构的同时，要注意对养老机构的规范和监督管理。新法规定：设立为老年人提供住宿照料服务的养老机构，应当有名称、住所和章程、相应资金；符合条件的管理人员、专业技术人员和服务人员；有基本的生活用房、设施设备和活动场地等。

另外，面对目前一些地方养老机构收费混乱，养老机构在变更或终止时对入住的老年人没有给予妥善安置，新法增加规定，各级政府应规范养老服务收费项目和标准，加强监

督和管理；养老机构终止的，有关部门应当为其妥善安置老年人提供帮助。

该法还要求，养老机构及其工作人员不得以任何方式侵害老年人的权益；非营利性养老服务设施用地，可以使用国有划拨土地或者依法使用农民集体所有的土地；养老服务设施用地，非经法定程序不得改变用途。

亮点四：社会保障—失能老人将获护理补贴

据悉，目前我国 80 岁以上高龄老人超过 2000 万，失能、半失能老人约 3300 多万，据预测，到 2050 年，失能老人将近 1 亿。所谓“失能老人”，即丧失生活自理能力的老人，按照国际通行标准分析，吃饭、穿衣、上下床、上厕所、室内走动、洗澡 6 项指标，一到两项“做不了”的，即为“轻度失能”。

为解决失能老人长期护理的经费问题，新法规定：国家逐步开展长期护理保障工作，保障老年人的护理需求；对生活长期不能自理、经济困难的老年人，地方各级政府应当根据其失能程度等情况给予护理补贴。

在社会救助方面，新法规定对经济困难的老年人，应当给予基本生活、医疗、居住等多方面的救助和照顾；对流浪乞讨、遭受遗弃等生活无着的老年人，地方政府依照有关规定给予救助。在社会福利方面，新法要求国家增加老年人社会福利，并鼓励地方建立 80 周岁以上低收入老年人的高龄津贴制度。规定国家建立和完善计划生育家庭老年人扶助制度，这对于我国的大多数独生子女家庭老人来说也是一大福音。

此外，新法还在优待老年人、建设老年宜居环境等方面作出了新的规定：确立了对常住在本行政区域内的外埠老年人实行同等优待原则；丰富了现行法有关医疗服务、参观游览、乘坐公共交通等方面优待老人的内容；概括规定了老年宜居环境建设的总体要求，即为老年人日常生活和参与社会提供安全、便利、舒适的环境，同时规定了政府加强老年宜居环境建设的主要任务。

【重点内容四：全国人大常委会关于修改劳动合同法的决定】

2012 年 12 月 28 日，十一届全国人大常委会第三十次会议表决通过了关于修改劳动合同法的决定。实施五年后的劳动合同法首次修改，剑指屡遭社会诟病的劳务派遣用工，以期使劳务派遣回归其作为劳动用工补充形式的定位，把派遣用工数量控制在合理范围内，积极引导企业直接用工，切实落实和维护劳动者的合法权益。

劳动合同法的修改，重点主要包括以下几个方面：

- 1、进一步规范劳务派遣单位经营劳务派遣业务；
- 2、从法律制度上保障被派遣劳动者同工同酬的权利得以落实；
- 3、把劳务派遣用工控制在合理范围内；

4、加大对劳务派遣用工违法行为的处罚力度。

为落实被派遣劳动者同工同酬的权利，修改后的劳动合同法增加规定：被派遣劳动者享有与用人单位的劳动者同工同酬的权利。用人单位应当按照同工同酬的原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用人单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

【规定原文】

全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国劳动合同法》的决定

（中华人民共和国主席令第七十三号，2012年12月28日第十一届全国人民代表大会常务委员第三十次会议通过，自2013年7月1日起施行。）

第十一届全国人民代表大会常务委员第三十次会议决定对《中华人民共和国劳动合同法》作如下修改：

一、将第五十七条修改为：“经营劳务派遣业务应当具备下列条件：

“（一）注册资本不得少于人民币二百万元；

“（二）有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施；

“（三）有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度；

“（四）法律、行政法规规定的其他条件。

“经营劳务派遣业务，应当向劳动行政部门依法申请行政许可；经许可的，依法办理相应的公司登记。未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。”

二、将第六十三条修改为：“被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位应当按照同工同酬原则，对

被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

“劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同和与用工单位订立的劳务派遣协议，载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合前款规定。”

三、将第六十六条修改为：“劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

“前款规定的临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位，辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位，替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。

“用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，不得超过其用工总量的一定比例，具体比例由国务院劳动行政部门规定。”

四、将第九十二条修改为：“违反本法规定，未经许可，擅自经营劳务派遣业务的，由劳动行政部门责令停止违法行为，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下的

罚款；没有违法所得的，可以处五万元以下的罚款。

“劳务派遣单位、用工单位违反本法有关劳务派遣规定的，由劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款，对劳务派遣单位，吊销其劳务派遣业务经营许可证。用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。”

本决定自 2013 年 7 月 1 日起施行。

本决定公布前已依法订立的劳动合同

和劳务派遣协议继续履行至期限届满，但是劳动合同和劳务派遣协议的内容不符合本决定关于按照同工同酬原则实行相同的劳动报酬分配办法的规定的，应当依照本决定进行调整；本决定施行前经营劳务派遣业务的单位，应当在本决定施行之日起一年内依法取得行政许可并办理公司变更登记，方可经营新的劳务派遣业务。具体办法由国务院劳动行政部门会同国务院有关部门规定。

《中华人民共和国劳动合同法》根据本决定作相应修改，重新公布。

[返回至目录](#)

国务院及其部委最新法治动态

一、司法部关于修改《律师事务所管理办法》的决定（来源：法制日报，2012年12月8日）

《司法部关于修改《律师事务所管理办法》的决定》（司法部令第125号）已经2012年9月18日司法部部务会议审议通过，2012年11月30日予以发布，自发布之日起施行。

新办法规定，律师事务所对分所及其律师疏于管理、造成严重后果的，由该所所在地司法行政机关依法实施行政处罚。

新办法专门增加了“律师事务所分所的设立、变更和终止”的专章规定，新办法对拟设立分所的律师事务所发展情况、分所应当具备的条件、分所终止情形、分所的监督管理等都做了详细规定。

【规定原文】

中华人民共和国司法部令 第125号
《司法部关于修改《律师事务所管理办法》的决定》已经2012年9月18日司法部部务会议审议通过，现予发布，自发布之日起施行。

部长 吴爱英

二 一二年十一月三十日

为了规范律师事务所分所的设立，加强对律师事务所分所的监督和管理，根据《中华人民共和国律师法》（以下简称《律师法》）的规定，结合律师工作实际，决定对《律师事务所管理办法》（司法部令第111号）作如下修改：

一、在第二条增加“律师事务所的设立和发展，应当根据国家和社会地方经济社会发展

的需要，实现合理分布、均衡发展”，作为第二款。

二、删除原第四章第二十九条。

三、在原第四章后增加一章作为第五章，章名为“律师事务所分所的设立、变更和终止”。

四、增加的第五章共七条，作为第三十一条至第三十七条：

第三十一条 成立三年以上并具有二十名以上执业律师的合伙律师事务所，根据业务发展需要，可以在本所所在地的市、县以外的地方设立分所。设在直辖市、设区的市的合伙律师事务所也可以在本所所在城区以外的区、县设立分所。

律师事务所及其分所受到停业整顿处

罚期限未届满的,该所不得申请设立分所;律师事务所的分所受到吊销执业许可证处罚的,该所自分所受到处罚之日起二年内不得申请设立分所。

第三十二条 分所应当具备下列条件:

(一)有符合《律师事务所名称管理办法》规定的名称;

(二)有自己的住所;

(三)有三名以上律师事务所派驻的专职律师;

(四)有人民币三十万元以上的资产;

(五)分所负责人应当是具有三年以上的执业经历并能够专职执业,且在担任负责人前三年内未受过停止执业处罚的律师。

律师事务所到经济欠发达的市、县设立分所的,前款规定的派驻律师条件可以降至一至二名;资产条件可以降至人民币十万元。具体适用地区由省、自治区、直辖市司法行政机关确定。

省、自治区、直辖市司法行政机关根据本地经济社会发展和律师业发展状况,需要提高第一款第(三)、(四)项规定的条件的,按照本办法第十一条规定的程序办理。

第三十三条 律师事务所申请设立分所,应当提交下列材料:

(一)设立分所申请书;

(二)本所基本情况,本所设立许可机关为其出具的符合《律师法》第十九条和本办法第三十一条规定条件的证明;

(三)本所执业许可证复印件,本所章程和合伙协议;

(四)拟在分所执业的律师的名单、简历、

身份证明和律师执业证书复印件;

(五)拟任分所负责人的人选及基本情况,该人选执业许可机关为其出具的符合本办法第三十二条第一款第五项规定条件的证明;

(六)分所的名称,分所住所证明和资产证明;

(七)本所制定的分所管理办法。

申请设立分所时,申请人应当如实填报《律师事务所分所设立申请登记表》。

第三十四条 律师事务所申请设立分所,由拟设立分所所在地设区的市级或者直辖市(县)司法行政机关受理并进行初审,报省、自治区、直辖市司法行政机关审核,决定是否准予设立分所。具体程序按照本办法第十八条、第十九条、第二十条的规定办理。

准予设立分所的,由设立许可机关向申请人颁发律师事务所分所执业许可证。

第三十五条 分所除由律师事务所派驻律师外,可以依照《律师执业管理办法》的规定面向社会聘用律师。

派驻分所律师,参照《律师执业管理办法》有关律师变更执业机构的规定办理,由准予设立分所的省、自治区、直辖市司法行政机关予以换发执业证书,原执业证书交回原颁证机关;聘用分所律师,依照《律师执业管理办法》规定的申请律师执业许可或者变更执业机构的程序办理。

第三十六条 律师事务所决定变更分所负责人的,应当经分所所在地设区的市级或者直辖市(县)司法行政机关报分所设

立许可机关批准；变更派驻分所律师的，参照《律师执业管理办法》有关律师变更执业机构的规定办理。

分所变更住所的，应当自变更之日起十五日内，经分所所在地设区的市级或者直辖市（县）司法行政机关报分所设立许可机关备案。

律师事务所变更名称的，应当自名称获准变更之日起三十日内，经分所所在地设区的市级或者直辖市（县）司法行政机关向分所设立许可机关申请变更分所名称。

第三十七条 有下列情形之一的，分所应当终止：

（一）律师事务所依法终止的；

（二）律师事务所不能保持《律师法》和本办法规定设立分所的条件，经限期整改仍不符合条件的；

（三）分所不能保持本办法规定的设立条件，经限期整改仍不符合条件的；

（四）分所在取得设立许可后六个月内未开业或者无正当理由停止业务活动满一年的；

（五）律师事务所决定停办分所的；

（六）分所执业许可证被依法吊销的；

（七）法律、行政法规规定应当终止的其他情形。

分所终止的，由分所设立许可机关注销分所执业许可证。分所终止的有关事宜按照本办法第三十条的规定办理。

五、原“第五章 律师事务所执业和管理规则”修改为“第六章 律师事务所执业和管理规则”，并在本章最后增加一条，作

为第五十二条：

第五十二条 律师事务所应当加强对分所执业和管理活动的监督，履行下列管理职责：

（一）任免分所负责人；

（二）决定派驻分所律师，核准分所聘用律师人选；

（三）审核、批准分所的内部管理制度；

（四）审核、批准分所的年度工作计划、年度工作总结；

（五）指导、监督分所的执业活动及重大法律事务的办理；

（六）指导、监督分所的财务活动，审核、批准分所的分配方案和年度财务预算、决算；

（七）决定分所重要事项的变更、分所停办和分所资产的处置；

（八）本所规定的其他由律师事务所决定的事项。

律师事务所应当依法对其分所的债务承担责任。

六、将原“第六章 司法行政机关的监督管理”修改为“第七章 司法行政机关的监督管理”，并增加两条，分别作为第五十六条、第五十七条：

第五十六条 律师事务所管理分所的情况，应当纳入司法行政机关对该所年度检查考核的内容，律师事务所对分所及其律师疏于管理、造成严重后果的，由该所所在地司法行政机关依法实施行政处罚。

律师事务所分所及其律师，应当接受分所所在地司法行政机关的监督、指导，接受

分所所在地律师协会的行业管理。

第五十七条 跨省、自治区、直辖市设立分所的，分所所在地的省、自治区、直辖市司法行政机关应当将分所设立、变更、终止以及年度考核、行政处罚等情况及时抄送设立分所的律师事务所所在的省、自治区、直辖市司法行政机关。

七、本决定自发布之日起施行。司法部1996年12月30日发布的《律师事务所分所登记管理办法》(司法部令第49号)同时废止。

《律师事务所管理办法》根据本决定作相应修改，重新公布。

[返回至目录](#)

二、国务院原则通过征信业管理条例（来源：法制日报，2012年12月27日）

2012年12月26日国务院常务会议审议通过《征信业管理条例（草案）》，酝酿多年的征信业法规条文终于迎来正式出台的曙光。

征信业是市场经济中提供信用信息服务的行业。征信服务可以为防范信用风险、保障交易安全创造条件，促进形成诚信者受益、失信者受惩戒的社会环境。我国征信业从无到有，逐步发展，作用日益显现，征信市场初具规模。

《征信业管理条例（草案）》对采集、整理、保存、加工个人或企业信用信息、并向信息使用者提供的征信业务活动作了规范。草案规定由中国人民银行及其派出机构依法对征信业进行监督管理。草案对从事个人征信业务的征信机构规定了较为严格的市场准入条件和相应的审批程序，明确了征信机构采集、保存、提供信用信息的范围和行为规范，明确了信息主体的权利。

我国征信条例立法十年前就已经启动，当时由央行牵头、十几个部委参与建立了征信工作小组，开始研究征信业发展管理规范。之后，国务院法制办分别在2009年10月和2011年7月先后两次针对《征信管理条例》向社会公开征求意见。此次草案的出台，将令我国征信业进入有法可依的规范发展新阶段。下一步，条例的相关配套措施有待加快制定和推出。

[返回至目录](#)

最新司法动态

一、最高人民法院关于个人独资企业清算是否可以参照适用企业破产法规定的破产清算程序的批复（来源：人民法院报，2012年12月18日）

《最高人民法院关于个人独资企业清算是否可以参照适用企业破产法规定的破产清算程序的批复》（法释〔2012〕16号）已于2012年12月10日由最高人民法院审判委员会第1563次会议通过，2012年12月11日公布，自2012年12月18日起施行。

【批复原文】

贵州省高级人民法院：

你院《关于个人独资企业清算是否可以参照适用破产清算程序的请示》（〔2012〕黔高研请字第2号）收悉。经研究，批复如下：

根据《中华人民共和国企业破产法》第一百三十五条的规定，在个人独资企业不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的情况下，可以参照适用企业破产法规定的破产清算程序进行清算。

根据《中华人民共和国个人独资企业法》第三十一条的规定，人民法院参照适用破产清算程序裁定终结个人独资企业的清算程序后，个人独资企业的债权人仍然可以就其未获清偿的部分向投资人主张权利。

[返回至目录](#)

二、最高人民法院出台《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（来源：人民法院报，2012年12月21日）

为正确审理道路交通事故损害赔偿案件，根据有关法律规定，结合审判实践，最高人民法院于2012年12月20日公布《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2012〕19号，2012年9月17日最高人民法院审判委员会第1556次会议通过），自2012年12月21日起施行。

这部司法解释共有29个条文，涉及了主体责任的认定、赔偿范围的认定、责任承担的认定、诉讼程序的规定、适用范围的规定等五个方面的内容。

就道路交通事故损害赔偿案件中责任主体如何准确认定的问题，该司法解释将机动车管理人纳入到过错责任的主体范围之内，明确规定挂靠情形下的责任主体为挂靠人和被挂靠人。同时，针对套牌车、拼装车以及报废车等机动车上路行驶的现象，该司法解释明确规定，如果被套牌机动车所有人或者管理人同意他人套牌的，应当与套牌机动车的所有人或者管理人承担连带责任；拼装车、报废车被多次转让的，则所有的转让人和受让人共同承担连带责任。

就道路交通事故损害赔偿案件中如何合理确定责任主体的赔偿范围问题，为实现受害人的损失填补和其他道路交通参与人的经济负担之间的利益平衡，该司法解释对道路交通安全法规定的“人身伤亡”和“财产损失”作出解释性规定，有效地解决了长期以来实践中存在争议的医疗费用、精神损害等损失属于“人身伤亡”还是“财产损失”、交强险应否赔偿精神损害以及精神损害在交强险中的赔偿次序等一系列问题。

为妥善处理道路交通事故损害赔偿案件中保险制度与侵权责任的关系，该司法解释规定，在交强险和商业三者险并存的情况下，先由交强险保险公司在责任限额范围内予以赔偿，再确定侵权人的侵权责任，然后由商业三者险保险公司依据保险合同予以赔偿，最后再由侵权人依照侵权责任法的相关规定承担剩余的侵权责任。

诉讼程序方面，为减少当事人的诉累，该司法解释明确规定，道路交通事故损害赔偿案件中，人民法院应将交强险保险公司列为共同被告，但保险公司已经赔偿且当事人无异议的除外；如果当事人请求的，则人民法院应当将商业三者险保险公司列为共同被告。

关于该司法解释的适用范围，该司法解释明确规定，机动车在道路以外的地方通行时引发的损害赔偿案件，可以参照适用本解释的规定；本解释施行后尚未终审的案件，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

【解释亮点】

亮点一：确定责任主体依据的原则和精神

责任主体的确定是道路交通事故损害赔偿案件的重中之重，它不仅涉及到由谁承担侵权责任、受害人的损害由谁赔偿、能否得到赔偿的问题，还关系到侵权责任法有效制裁侵权行为、预防交通事故发生这一功能能否实现的问题。因此，这是《解释》要解决的核心问题之一。在侵权责任主体的确定规则上，主要依据了以下原则和精神：一是根据侵权责任法第四十九条、第五十条的规定，原则上由机动车的运行支配和运行利益的享有者承担责任，由所有人或管理人承担过错责任。这主要针对借用、租赁、转让、非盗抢等情形下擅自驾驶他人机动车发生交通事故的场合。所有人或管理人的过错主要表现为对机动车安全、技术性能的疏于维护、对使用人驾驶资质和驾驶能力的疏于注意等情形。二是根据侵权责任法第五十一条的规定，针对一系列违法情形下的机动车的所有人或管理人，从加大对受害人的保护、减少交通事故的发生风险、制裁违法行为的角度，规定由相关范围内的违法行为人承担连带责任，例如套牌车、拼装车、报废车等情形下的责任主体的确定规则。三是以侵权责任法其他章节的规定为法律依据，对道路交通事故发生的原因作出区分，以相关主体所负担的法定注意义务为基本的判断因素，确定多因一果情形下的责任主体。例如道路管理、维护缺陷导致交通事故的责任主体的认定，道路设计、维护缺陷导致交通事故的责任主体的确定规则等。

现实中较为普遍的以**挂靠形式**从事经营活动的机动车发生交通事故责任主体的确定：

以挂靠形式进行运输经营，在实践中产生了较多的弊端，一是违反了《道路运输条例》等行政法规的规定，使国家通过运输经营许可证的形式加强安全管理、规范市场秩序的管理目的落空。二是以挂靠形式从事运输经营的机动车，被挂靠企业有经营之名而无经营之实，疏于对驾驶人员的培训及对机动车运行安全的管理，极大地增加了道路交通过的安全隐患，对于其他道路交通参与人的人身财产权益形成了较大的风险。三是挂靠经营方式下，挂靠人的资力往往比较薄弱，从而导致交通事故发生后，受害人难以得到及时、充分的赔偿，权益难以得到保护，引发诸多社会矛盾。基于上述理由，《解释》明确规定，以挂靠形式从事运输经营的机动车发生交通事故后，由**挂靠人与被挂靠人承担连带责任**。

其主要特征是，挂靠人为了满足车辆运输经营管理上的需要，将自己出资购买的机动车挂靠于某个具有运输经营权的企业，由该企业为挂靠车主代办各种法律手续，并以该企业的名义对外进行运输经营。

套牌车、拼装车、报废车发生交通事故责任主体的确定：

《解释》对套牌车、拼装车或者已达到报废标准的机动车发生交通事故造成损害的责任主体分别做出了规定。套牌车产生的主要原因是套牌行为人为了逃避相关的税费和规避

公安交通管理部门的监管、处罚。在形式上，主要表现为两种形式，一种是被套牌一方是被侵权人，在他不知道的情形下被他人套牌。此时的被套牌一方也是受害人。发生交通事故后，自然应当由套牌的行为人即套牌车的所有人或管理人承担侵权责任。另外一种则是被套牌一方同意他人套牌。对于后一种情形，综合考虑套牌一方和被套牌一方行为的违法性、所造成的危险及其程度等因素，《解释》规定，发生交通事故后的损害赔偿责任由两者承担连带责任。

关于拼装车、已达到报废标准的机动车发生交通事故后的损害赔偿责任，侵权责任法第五十一条已经明确规定由转让人和受让人承担连带责任。但是，现实中，更多的情形是，发生交通事故时，肇事的拼装车、报废车已经经过多次转让，此时，责任主体应当如何确定，需要根据侵权责任法第五十一条的规定予以明确。

亮点二：关于损害赔偿范围的细化规定

一是道路交通安全法第七十六条规定的“人身伤亡”和“财产损失”是依据何种标准划分的，而这种划分标准是确定道路交通事故损害赔偿范围的前提性问题；二是依据此种划分标准，精神损害赔偿应当归属于何种损失范围之内，以及精神损害赔偿是否应当在交强险中赔偿以及在交强险中的赔偿次序问题；三是财产损失在实践中包括哪些具体损失类型以及财产损失在交强险中的赔偿范围问题。

《解释》明确道路交通安全法中，“人身伤亡”和“财产损失”的划分是以道路交通事故所侵害的客体为标准的：侵害被侵权人的生命权、健康权等人身权益所造成的损害，为“人身伤亡”；侵害被侵权人的财产权益所造成的损失，为“财产损失”。依据该解释性规定，审判实践中多有争议的“人身伤亡”是否包括医疗费、精神损害等损失的问题就迎刃而解。

相应地，根据道路交通安全法第七十六条的规定，我国目前的交强险也应当赔偿精神损害，且精神损害在交强险中的赔偿次序应由被侵权人来选择。如果被侵权人选择交强险优先赔偿精神损害的，人民法院应予支持。如此规定，一方面准确贯彻了道路交通安全法 and 侵权责任法的立法宗旨，另一方面更加强调了交强险对人身权益的保障功能，符合交强险的功能定位。

在财产损失的范围上，就我国目前的道路交通状况、事故率乃至人们的道路交通安全意识来看，赔偿范围应当主要限于必要的、典型的损失类型，否则容易导致道路交通各方参与人的负担过重。因此，《解释》明确规定，财产损失的范围包括车辆的修理费用、物品损失、施救费用、重置费用以及经营性车辆的停运损失和非经营性车辆使用中断的损失。

亮点三：区分强制险和商业险功能，划分侵权责任与保险责任范围

由于保险制度的介入，相较于其他侵权案件来说，道路交通事故损害赔偿案件的法律关系更为复杂，在裁判依据上需要统一和明确。解决这个问题，需要辨明交强险与商业险各自的功能定位。《解释》所采纳的基本原则是，依据道路交通安全法第七十六条的规定，我国的交强险制度更加强调交强险的基本保障功能，更为重视对受害人损失的填补功能，相应地，交强险在其责任限额范围内与侵权责任在一定程度上相互分离。因此，发生交通事故后，应当首先由交强险在其责任限额范围内（包括分项限额）予以赔偿。

与交强险相对应，商业三者险是机动车的所有人或管理人为了分散因机动车运行所可能导致的侵权责任而购买的保险，在功能上，该保险更加注重对机动车所有人或管理人风险的分散，与交强险不能等同视之。同时，我国的商业三者险是以交强险赔偿之后，被保险人依法应当承担的侵权责任为保险标的的，因此，商业三者险所形成的法律关系，就必须以保险法和商业三者险合同为基本的裁判依据。所以，**《解释》明确规定了实体上的处理顺序，即在确定交强险保险公司的赔偿责任之后，再确定侵权人（被保险人）依法应当承担的侵权责任，然后根据商业三者险合同的约定和保险法的相关规定确定商业三者险保险公司的赔偿范围。最后，再由侵权人依照侵权责任法的相关规定承担剩余的侵权责任。**

亮点四：未投保交强险的机动车发生交通事故的责任承担

就此问题，《解释》规定，未依法投保交强险的机动车发生交通事故造成损害，投保义务人应当先替代交强险保险公司的地位在交强险责任限额范围内对第三人予以赔偿，超出该范围之外的损失，再按照侵权责任法的规定承担侵权责任。

亮点五：醉酒驾驶、无证驾驶或吸毒后驾驶等违法情形下交强险保险公司的赔偿责任

关于此问题，在实践中存在争议。有观点认为，这几种违法情形下保险公司不应当承担交强险的赔偿责任，否则就放纵了此类违法行为，不利于制裁侵权人，不利于提高驾驶人的注意义务。但《解释》**未**采纳这种观点，因为交强险的首要功能在于对受害人的保护，安定社会，侵权人风险分散的功能居于次要地位。因此，《解释》规定，在醉酒驾驶、无证驾驶或吸毒后驾驶以及被保险人故意制造交通事故等几种违法情形下，交强险保险公司仍应当在其责任限额范围内承担赔偿责任，保险公司赔偿后有权向侵权人追偿。但是，考虑到人身损害问题在实践中更为突出以及交强险所承担的基本保障功能等因素，《解释》将该规则的适用限制在“人身损害”的范围之内。

亮点六：交强险保险公司、商业三者险保险公司的诉讼地位

《解释》规定，道路交通事故损害赔偿案件中，交强险保险公司作为**应当追加的被告**参加诉讼，但如果保险公司已经作出赔偿且当事人无异议的除外。

关于商业三者险保险公司的诉讼地位：对于同时投保商业三者险的，如当事人请求，人民法院应当将商业三者险的保险公司列为共同被告，这样可以一次性解决纠纷、减少当事人诉累的需要。当然，需要注意的是，将商业三者险保险公司作为共同被告一并处理，需要注意两个方面的问题：一是实体法律关系上，应当依据保险法和保险合同的约定认定当事人的权利义务，这一点与交强险存在较大的差别；二是在诉讼程序上，应当特别注意保障商业三者险保险公司的诉讼权利。商业三者险保险公司一方面在侵权责任的成立与范围、在交强险保险公司的赔偿范围等问题上与侵权人存有共同的诉讼利益，另一方面，商业三者险保险公司与侵权人（被保险人）之间也存在利益冲突，即商业三者险保险公司有权依据保险合同的约定对侵权人（被保险人）行使相应的合同权利，如抗辩权等，两者之间还存在着对立关系。因此，人民法院在合并处理商业三者险纠纷的程序中，应当高度重视商业三者险保险公司基于合同的实体权利，并给予这些实体权利在诉讼中的程序保障。

【解释原文】

为正确审理道路交通事故损害赔偿案件，根据《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国道路交通安全法》《中华人民共和国保险法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定，结合审判实践，制定本解释。

一、关于主体责任的认定

第一条 机动车发生交通事故造成损害，机动车所有人或者管理人有下列情形之一，人民法院应当认定其对损害的发生有过错，并适用侵权责任法第四十九条的规定确定其相应的赔偿责任：

- （一）知道或者应当知道机动车存在缺陷，且该缺陷是交通事故发生原因之一的；
- （二）知道或者应当知道驾驶人无驾驶

资格或者未取得相应驾驶资格的；

（三）知道或者应当知道驾驶人因饮酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品，或者患有妨碍安全驾驶机动车的疾病等依法不能驾驶机动车的；

（四）其它应当认定机动车所有人或者管理人有过错的。

第二条 未经允许驾驶他人机动车发生交通事故造成损害，当事人依照侵权责任法第四十九条的规定请求由机动车驾驶人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。机动车所有人或者管理人有过错的，承担相应的赔偿责任，但具有侵权责任法第五十二条规定情形的除外。

第三条 以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害，属于

该机动车一方责任,当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的,人民法院应予支持。

第四条 被多次转让但未办理转移登记的机动车发生交通事故造成损害,属于该机动车一方责任,当事人请求由最后一次转让并交付的受让人承担赔偿责任的,人民法院应予支持。

第五条 套牌机动车发生交通事故造成损害,属于该机动车一方责任,当事人请求由套牌机动车的所有人或者管理人承担赔偿责任的,人民法院应予支持;被套牌机动车所有人或者管理人同意套牌的,应当与套牌机动车的所有人或者管理人承担连带责任。

第六条 拼装车、已达到报废标准的机动车或者依法禁止行驶的其他机动车被多次转让,并发生交通事故造成损害,当事人请求由所有的转让人和受让人承担连带责任的,人民法院应予支持。

第七条 接受机动车驾驶培训的人员,在培训活动中驾驶机动车发生交通事故造成损害,属于该机动车一方责任,当事人请求驾驶培训单位承担赔偿责任的,人民法院应予支持。

第八条 机动车试乘过程中发生交通事故造成试乘人损害,当事人请求提供试乘服务者承担赔偿责任的,人民法院应予支持。试乘人有过错的,应当减轻提供试乘服务者的赔偿责任。

第九条 因道路管理维护缺陷导致机动车发生交通事故造成损害,当事人请求道路

管理者承担相应赔偿责任的,人民法院应予支持,但道路管理者能够证明已按照法律、法规、规章、国家标准、行业标准或者地方标准尽到安全防护、警示等管理维护义务的除外。

依法不得进入高速公路的车辆、行人,进入高速公路发生交通事故造成自身损害,当事人请求高速公路管理者承担赔偿责任的,适用侵权责任法第七十六条的规定。

第十条 因在道路上堆放、倾倒、遗撒物品等妨碍通行的行为,导致交通事故造成损害,当事人请求行为人承担赔偿责任的,人民法院应予支持。道路管理者不能证明已按照法律、法规、规章、国家标准、行业标准或者地方标准尽到清理、防护、警示等义务的,应当承担相应的赔偿责任。

第十一条 未按照法律、法规、规章或者国家标准、行业标准、地方标准的强制性规定设计、施工,致使道路存在缺陷并造成交通事故,当事人请求建设单位与施工单位承担相应赔偿责任的,人民法院应予支持。

第十二条 机动车存在产品缺陷导致交通事故造成损害,当事人请求生产者或者销售者依照侵权责任法第五章的规定承担赔偿责任的,人民法院应予支持。

第十三条 多辆机动车发生交通事故造成第三人损害,当事人请求多个侵权人承担赔偿责任的,人民法院应当区分不同情况,依照侵权责任法第十条、第十一条或者第十二条的规定,确定侵权人承担连带责任或者按份责任。

二、关于赔偿范围的认定

第十四条 道路交通安全法第七十六条规定的“人身伤亡”，是指机动车发生交通事故侵害被侵权人的生命权、健康权等人身权益所造成的损害，包括侵权责任法第十六条和第二十二条规定的各项损害。

道路交通安全法第七十六条规定的“财产损失”，是指因机动车发生交通事故侵害被侵权人的财产权益所造成的损失。

第十五条 因道路交通事故造成下列财产损失，当事人请求侵权人赔偿的，人民法院应予支持：

- （一）维修被损坏车辆所支出的费用、车辆所载物品的损失、车辆施救费用；
- （二）因车辆灭失或者无法修复，为购买交通事故发生时与被损坏车辆价值相当的车辆重置费用；
- （三）依法从事货物运输、旅客运输等经营性活动的车辆，因无法从事相应经营活动所产生的合理停运损失；
- （四）非经营性车辆因无法继续使用，所产生的通常替代性交通工具的合理费用。

三、关于责任承担的认定

第十六条 同时投保机动车第三者责任强制保险（以下简称“交强险”）和第三者责任商业保险（以下简称“商业三者险”）的机动车发生交通事故造成损害，当事人同时起诉侵权人和保险公司的，人民法院应当按照下列规则确定赔偿责任：

- （一）先由承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿；

（二）不足部分，由承保商业三者险的保险公司根据保险合同予以赔偿；

（三）仍有不足的，依照道路交通安全法 and 侵权责任法的相关规定由侵权人予以赔偿。

被侵权人或者其近亲属请求承保交强险的保险公司优先赔偿精神损害的，人民法院应予支持。

第十七条 投保人允许的驾驶人驾驶机动车致使投保人遭受损害，当事人请求承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持，但投保人为本车上人员的除外。

第十八条 有下列情形之一的导致第三人人身损害，当事人请求保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿，人民法院应予支持：

- （一）驾驶人未取得驾驶资格或者未取得相应驾驶资格的；
- （二）醉酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品后驾驶机动车发生交通事故的；
- （三）驾驶人故意制造交通事故的。

保险公司在赔偿范围内向侵权人主张追偿权的，人民法院应予支持。追偿权的诉讼时效期间自保险公司实际赔偿之日起计算。

第十九条 未依法投保交强险的机动车发生交通事故造成损害，当事人请求投保义务人在交强险责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持。

投保义务人和侵权人不是同一人，当事

人请求投保义务人和侵权人在交强险责任限额范围内承担连带责任的,人民法院应予支持。

第二十条 具有从事交强险业务资格的保险公司违法拒绝承保、拖延承保或者违法解除交强险合同,投保义务人在向第三人承担赔偿责任后,请求该保险公司在交强险责任限额范围内承担相应赔偿责任的,人民法院应予支持。

第二十一条 多辆机动车发生交通事故造成第三人损害,损失超出各机动车交强险责任限额之和的,由各保险公司在各自责任限额范围内承担赔偿责任;损失未超出各机动车交强险责任限额之和,当事人请求由各保险公司按照其责任限额与责任限额之和的比例承担赔偿责任的,人民法院应予支持。

依法分别投保交强险的牵引车和挂车连接使用时发生交通事故造成第三人损害,当事人请求由各保险公司在各自的责任限额范围内平均赔偿的,人民法院应予支持。

多辆机动车发生交通事故造成第三人损害,其中部分机动车未投保交强险,当事人请求先由已承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿的,人民法院应予支持。保险公司就超出其应承担的部分向未投保交强险的投保义务人或者侵权人行使追偿权的,人民法院应予支持。

第二十二条 同一交通事故的多个被侵权人同时起诉的,人民法院应当按照各被侵权人的损失比例确定交强险的赔偿数额。

第二十三条 机动车所有权在交强险合

同有效期内发生变动,保险公司在交通事故发生后,以该机动车未办理交强险合同变更手续为由主张免除赔偿责任的,人民法院不予支持。

机动车在交强险合同有效期内发生改装、使用性质改变等导致危险程度增加的情形,发生交通事故后,当事人请求保险公司在责任限额范围内予以赔偿的,人民法院应予支持。

前款情形下,保险公司另行起诉请求投保义务人按照重新核定后的保险费标准补足当期保险费的,人民法院应予支持。

第二十四条 当事人主张交强险人身伤亡保险金请求权转让或者设定担保的行为无效的,人民法院应予支持。

四、关于诉讼程序的规定

第二十五条 人民法院审理道路交通事故损害赔偿案件,应当将承保交强险的保险公司列为共同被告。但该保险公司已经在交强险责任限额范围内予以赔偿且当事人无异议的除外。

人民法院审理道路交通事故损害赔偿案件,当事人请求将承保商业三者险的保险公司列为共同被告的,人民法院应予准许。

第二十六条 被侵权人因道路交通事故死亡,无近亲属或者近亲属不明,未经法律授权的机关或者有关组织向人民法院起诉主张死亡赔偿金的,人民法院不予受理。

侵权人以已向未经法律授权的机关或者有关组织支付死亡赔偿金为理由,请求保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿

的，人民法院不予支持。

被侵权人因道路交通事故死亡，无近亲属或者近亲属不明，支付被侵权人医疗费、丧葬费等合理费用的单位或者个人，请求保险公司在交强险责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持。

第二十七条 公安机关交通管理部门制作的交通事故认定书，人民法院应依法审查并确认其相应的证明力，但有相反证据推翻的除外。

五、关于适用范围的规定

第二十八条 机动车在道路以外的地方通行时引发的损害赔偿案件，可以参照适用本解释的规定。

第二十九条 本解释施行后尚未终审的案件，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

[返回至目录](#)

三、最高人民法院公布《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》（来源：人民法院报，2012年12月27日）

为正确审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件，依法保护信息网络传播权，促进信息网络产业健康发展，维护公共利益，根据有关法律规定，结合审判实际，最高人民法院公布《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》（法释〔2012〕20号，2012年11月26日由最高人民法院审判委员会第1561次会议通过，2012年12月17日公布，自2013年1月1日起施行）。

该司法解释共十六条，主要对人民法院在审理信息网络传播权纠纷案中行使自由裁量权的原则，侵害信息网络传播权行为的构成，网络服务提供者的教唆侵权和帮助侵权，司法实践中较为常见的信息存储空间网络服务提供者应知网络用户侵害信息网络传播权的判定标准，以及人民法院对此类案件的管辖等问题进行了规定。

网络服务提供者的法律责任界定问题是本司法解释的核心内容。网络服务提供者行为的不同，决定了其责任的不同。例如，网络服务提供者未经许可，自行或以与他人通过分工合作等方式，通过信息网络提供权利人享有信息网络传播权的作品、表演、录音录像制品，除法律、行政法规另有规定外，其行为构成直接侵害信息网络传播权；如果其没有实

施提供行为,在提供网络服务时,教唆或者帮助网络用户实施侵害信息网络传播权行为的,根据司法解释的规定,人民法院认定网络服务提供者构成间接侵害信息网络传播权行为,需对网络用户的直接侵害信息网络传播权的行为承担连带责任。具体而言,司法解释规定了两种间接侵权行为,其一是教唆侵权行为,即网络服务提供者以言语、推介技术支持、奖励积分等方式诱导、鼓励网络用户实施侵害信息网络传播权行为的,人民法院应当认定其构成教唆侵权行为;其二是帮助侵权行为,即网络服务提供者明知或者应知网络用户利用网络服务侵害信息网络传播权,未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施,或者提供技术支持等帮助行为的,人民法院应当认定其构成帮助侵权行为。

此外,该司法解释还规定了侵害信息网络传播权民事纠纷案件的管辖问题。在延续《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》中对此类案件的管辖原则基础上,根据司法实践的情况,增加规定了侵权行为地和被告住所地均难以确定或者在境外的,原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地,人民法院对此类案件亦享有管辖权,便利权利人在我国提起诉讼,切实保护权利人合法权益。

[返回至目录](#)

四、 最高人民法院发布《关于修改后的民事诉讼法施行时未结案件适用法律若干问题的规定》(来源:人民法院报,2012年12月29日;法制日报,2012年12月31日)

为推动修改后民事诉讼法顺利贯彻实施,及时指导各级法院依法妥善处理修改后民事诉讼法施行时未结案件,2012年12月28日,最高人民法院发布《关于修改后的民事诉讼法施行时未结案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2012〕23号,2012年12月24日最高人民法院审判委员会第1564次会议通过,2012年12月28日公布,自2013年1月1日起施行),全文共八条,自2013年1月1日起施行。

这是最高人民法院就修改后民事诉讼法适用问题出台的第一个司法解释,也是最高人民法院继下发《关于认真学习贯彻 全国人民代表大会常务委员会关于修改“中华人民共和国民事诉讼法”的决定 的通知》之后,推动民事诉讼法贯彻实施的又一重要举措。

主要就民事诉讼法新旧衔接适用的以下问题作了具体规定:

一是明确了民事诉讼法新旧衔接适用的一般性规定。对于修改后的民事诉讼法施行前已经受理、施行时尚未审结和执结的案件（以下简称 2013 年 1 月 1 日未结案件）应当适用修改后的民事诉讼法，但该司法解释及以后司法解释另有规定的除外。

二是明确了 2013 年 1 月 1 日已完成的程序事项的效力问题。在 2013 年 1 月 1 日未结案件中，2013 年 1 月 1 日前人民法院依照修改前的民事诉讼法和有关司法解释的规定已经完成的程序事项，仍然有效。

三是明确了妨害民事诉讼行为处理规则的新旧衔接适用问题。该司法解释规定，在 2013 年 1 月 1 日未结案件中，人民法院对 2013 年 1 月 1 日前发生的妨害民事诉讼行为尚未处理的，以适用修改前的民事诉讼法为原则。但是，属于修改后的民事诉讼法第一百一十二条规定的情形，或者系修改后的民事诉讼法第一百一十三条规定情形在 2013 年 1 月 1 日以后仍在进行的，应当适用修改后民事诉讼法的规定，以依法制裁虚假诉讼行为和恶意逃避执行行为。

四是明确了申请再审期间确定规则的新旧衔接适用问题。该司法解释规定，当事人对 2013 年 1 月 1 日前已经发生法律效力判决、裁定或者调解书申请再审的，人民法院应当依据修改前的民事诉讼法第一百八十四条规定审查确定当事人申请再审的期间，但该期间在 2013 年 6 月 30 日尚未届满的，截止计算到 2013 年 6 月 30 日。但是，当事人对 2013 年 1 月 1 日前已经发生法律效力判决、裁定或者调解书申请再审所进行的再审申请符合以下三种情形的，仍适用修改前的民事诉讼法第一百八十四条规定：(1)有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；(2)原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；(3)判决、裁定发生法律效力两年后，据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的，以及发现审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

此外，该司法解释还对 2013 年 1 月 1 日前人民法院对案件已经完成的管辖和送达等事项的效力、诉前保全措施规定的新旧衔接适用、申请不予执行仲裁裁决案件规定的新旧衔接适用等问题作出了明确规定。

【规定原文】

为正确适用《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》（2012 年 8 月 31 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过，2013 年 1 月 1 日起施行）（以下简称《决定》），现就修改后的民事诉讼法施

行前已经受理、施行时尚未审结和执结的案件（以下简称 2013 年 1 月 1 日未结案件）具体适用法律的若干问题规定如下：

第一条 2013 年 1 月 1 日未结案件适用修改后的民事诉讼法，但本规定另有规定的除外。

前款规定的案件，2013年1月1日前依照修改前的民事诉讼法和有关司法解释的规定已经完成的程序事项，仍然有效。

第二条 2013年1月1日未结案件符合修改前的民事诉讼法或者修改后的民事诉讼法管辖规定的，人民法院对该案件继续审理。

第三条 2013年1月1日未结案件符合修改前的民事诉讼法或者修改后的民事诉讼法送达规定的，人民法院已经完成的送达，仍然有效。

第四条 在2013年1月1日未结案件中，人民法院对2013年1月1日前发生的妨害民事诉讼行为尚未处理的，适用修改前的民事诉讼法，但下列情形应当适用修改后的民事诉讼法：

（一）修改后的民事诉讼法第一百一十二条规定的情形；

（二）修改后的民事诉讼法第一百一十三条规定情形在2013年1月1日以后仍在进行的。

第五条 2013年1月1日前，利害关系人向人民法院申请诉前保全措施的，适用修改前的民事诉讼法等法律，但人民法院2013年1月1日尚未作出保全裁定的，适用修改后的民事诉讼法确定解除保全措施的期限。

第六条 当事人对2013年1月1日前已

经发生法律效力判决、裁定或者调解书申请再审的，人民法院应当依据修改前的民事诉讼法第一百八十四条规定审查确定当事人申请再审的期间，但该期间在2013年6月30日尚未届满的，截止到2013年6月30日。

前款规定当事人的申请符合下列情形的，仍适用修改前的民事诉讼法第一百八十四条规定：

（一）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；

（二）原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；

（三）判决、裁定发生法律效力二年后，据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更，以及发现审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

第七条 人民法院对2013年1月1日前已经受理、2013年1月1日尚未审查完毕的申请不予执行仲裁裁决的案件，适用修改前的民事诉讼法。

第八条 本规定所称修改后的民事诉讼法，是指根据《决定》作相应修改后的《中华人民共和国民事诉讼法》。

本规定所称修改前的民事诉讼法，是指《决定》施行之前的《中华人民共和国民事诉讼法》。

[返回至目录](#)

五、最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（来源：人民法院报，2013年1月7日）

为正确审理涉外民事案件，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，最高人民法院公布《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（法释〔2012〕24号，2012年12月10日最高人民法院审判委员会第1563次会议通过，自2013年1月7日起施行）。

该司法解释共计21条，详细规范了如何界定涉外民事关系，涉外民事关系法律适用法的溯及力，涉外民事关系法律适用法与其他法律中冲突规范的关系的处理，当事人选择适用法律的时间节点、方式、范围，如何界定我国法律中的“强制性规定”，法律规避行为的后果，先决问题的法律适用，不同涉外民事关系区分适用法律，涉外仲裁协议准据法的确定，如何界定自然人的“经常居所地”和法人的“登记地”，如何界定“不能查明外国法律”，如何确定外国法律的内容及涵义，涉港、澳的民事关系的法律适用问题，司法解释的溯及力等等。

该司法解释规定，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：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；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；标的物在中华人民共和国领域外；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；可以认定为涉外民事关系的其他情形。

该司法解释规定，当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的，人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务，但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。一方当事人故意制造涉外民事关系的连结点，规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应认定为不发生适用外国法律的效力。

【解释原文】

最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）（法释〔2012〕24号，2012年12月10日最高人民法院审判委员会第1563次会议通过，自2013年1月7日起施行）

中华人民共和国最高人民法院公告

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》已于2012年12月10日由最高人民法院审判委员会第

1563 次会议通过，现予公布，自 2013 年 1 月 7 日起施行。

最高人民法院

2012 年 12 月 28 日

为正确审理涉外民事案件，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的规定，对人民法院适用该法的有关问题解释如下：

第一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。

第二条涉外民事关系法律适用法实施以前发生的涉外民事关系，人民法院应当根据该涉外民事关系发生时的有关法律规定确定应当适用的法律；当时法律没有规定的，可以参照涉外民事关系法律适用法的规定确定。

第三条涉外民事关系法律适用法与其他法律对同一涉外民事关系法律适用规定不一致的，适用涉外民事关系法律适用法的规定，但《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国海商法》、《中华人民共和国民用航空法》等商事领域法律的特别规定以及知识产权领

域法律的特别规定除外。

涉外民事关系法律适用法对涉外民事关系的法律适用没有规定而其他法律有规定的，适用其他法律的规定。

第四条涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的，人民法院应当根据《中华人民共和国民法通则》第一百四十二条第二款以及《中华人民共和国票据法》第九十五条第一款、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条第一款、《中华人民共和国民用航空法》第一百八十四条第一款等法律规定予以适用，但知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的除外。

第五条涉外民事关系的法律适用涉及适用国际惯例的，人民法院应当根据《中华人民共和国民法通则》第一百四十二条第三款以及《中华人民共和国票据法》第九十五条第二款、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条第二款、《中华人民共和国民用航空法》第一百八十四条第二款等法律规定予以适用。

第六条中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效。

第七条一方当事人以双方协议选择的法律与系争的涉外民事关系没有实际联系为由主张选择无效的，人民法院不予支持。

第八条当事人在一审法庭辩论终结前协议选择或者变更选择适用的法律的，人民法院应予准许。

各方当事人援引相同国家的法律

且未提出法律适用异议的，人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律做出了选择。

第九条当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的，人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务，但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。

第十条有下列情形之一的，涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定，人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定：

- （一）涉及劳动者权益保护的；
- （二）涉及食品或公共卫生安全的；
- （三）涉及环境安全的；
- （四）涉及外汇管制等金融安全的；
- （五）涉及反垄断、反倾销的；
- （六）应当认定为强制性规定的其他情形。

第十一条一方当事人故意制造涉外民事关系的连结点，规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应认定为不发生适用外国法律的效力。

第十二条涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。

第十三条案件涉及两个或者两个以上的涉外民事关系时，人民法院应当分别确定应当适用的法律。

第十四条当事人没有选择涉外仲裁协议适用的法律，也没有约定仲裁机构或者仲裁地，或者约定不明的，人民法院可以适用中华人民共和国法律认定该仲裁协议的效力。

第十五条自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。

第十六条人民法院应当将法人的设立登记地认定为涉外民事关系法律适用法规定的法人的登记地。

第十七条人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。

根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定，当事人应当提供外国法律，其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。

第十八条人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定。

第十九条涉及香港特别行政区、澳门特别行政区的民事关系的法律适用

问题，参照适用本规定。

第二十条涉外民事关系法律适用法施行后发生的涉外民事纠纷案件，本解释施行后尚未终审的，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再

审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本解释。

第二十一条本院以前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。

[返回至目录](#)

仲裁新动态

一、 第七届国际商事法律论坛举办（来源：中国国际经济贸易仲裁委员会，2012年12月6日）

2012年12月6日，由中国国际经济贸易仲裁委员会（贸仲委）、中国贸促会调解中心、新加坡法律委员会、河北省贸促会、河北省律师协会主办、贸仲委河北办事处和中国贸促会河北调解中心承办的第七届国际商事法律论坛在河北省石家庄市召开。本届论坛的主题是国际投资与贸易风险防范及争议解决。

冷海东副秘书长指出，当前，国际金融危机深层次影响继续显现，欧债危机持续发酵，全球经济增长乏力，世界经济复苏的不稳定不确定因素在上升，国际贸易保护主义抬头，贸易摩擦层出不穷，国际经济发生着深刻而又复杂的变化。伴随着中国“走出去”战略的实施，中国参与经济全球化的水平进一步提高，中国企业既面临着众多机遇，也面临着诸多挑战和风险。本届论坛以国际投资与贸易风险防范及争议解决为主题开展研讨，对于中国企业参与国际竞争具有十分重要的意义。作为中国历史最悠久、最具影响力的仲裁机构，贸仲委愿意为中国企业走出去提供优质的仲裁法律服务，维护企业和当事人的合法权益。

来自最高人民法院、贸促会、贸仲委以及美国、巴西、新加坡、台湾等国家和地区的专家学者围绕论坛主题，分别就中巴经贸往来的法律问题、新加坡最新国际仲裁实践、进一步推进中国商事调解发展、国际投融资仲裁、台湾投资管制与争议解决机制、海外投资与知识产权战略实施等问题作大会发言。来自河北、天津、内蒙古等地的律师界、企业界、商协会的近300名代表参加了论坛。

论坛的宗旨是，加强国际商事法律研究与实践的交流，反映商事法律的最新动态和研究成果，寻求国际商事交往中企业自身利益的维护和争议的有效解决。

[返回至目录](#)

二、荷兰威科集团访问北仲（来源：北京仲裁委员会，2012年12月3日）

2012年11月30日，荷兰威科集团（Wolters Kluwer Law & Business）法律与商业事业部副总裁兼董事总经理 Joanne Nagano 女士等一行四人到访北仲。北仲王红松副主任、陈福勇处长及张皓亮副处长热情接待了来访客人。

王红松副主任向 Joanne Nagano 女士介绍了北仲的发展历史、发展目标、案件情况、保持公正、独立、高效的制度和举措以及实现机构社会责任方面所做的努力。双方表达了相互合作的意愿，并就可能的合作事宜进行了充分的沟通与交流。

荷兰威科集团是具有 175 年的历史的全球领先的专业信息服务和出版公司。其主要为法律、财税、金融和医疗专业人士提供信息服务和业务资料支持。

[返回至目录](#)

地方法治亮点

一、28个省区市出台反家暴地方性法规为国家立法积累经验（来源：法制日报，2012年12月8日）

广东省深圳市近日举行“反家暴论坛”，反家暴社会组织代表、专家学者、社会工作者以及全国妇联有关部门百余人出席论坛，共同探讨家庭暴力现状、干预及其立法情况。目前，我国已有28个省区市出台了反家庭暴力的地方性法规或政策，90余个地市制定了相关政策文件。这些地方性法规和政策有力地规范并推动了地方反家暴工作的开展，为国家立法积累了经验。

我国反家暴立法从2001年修改婚姻法首次写入“禁止家庭暴力”开始，至今反家庭暴力法正式列入全国人大常委会2012年立法工作计划，已经走过了十多个年头。全国人大常委会将制定反家暴法列入2012年立法工作计划。

全国妇联、中宣部、最高人民法院、公安部、民政部、司法部和卫生部等七部委，联合下发了《关于预防和制止家庭暴力的若干意见》，明确规范相关部门在反家暴工作中的职责。目前，由各级政府主导，公安、司法、民政、卫生等多部门合作，社会广泛参与的工作体系已初步形成。如公安机关建立家暴案件的接处警制度，法院建立涉家暴案件的审判制度。各地许多基层法院成立了妇女维权合议庭，有的成立了“反家暴合议庭”，一些地方法院开展了涉家庭暴力案件人身保护裁定试点工作。民政部门建立受暴妇女救助制度。司法行政部门建立受暴妇女法律援助和司法调解制度。卫生部门建立家暴受害人伤情鉴定制度。基层群众性自治组织开展零家庭暴力社区、平安家庭建设活动。这些工作为国家立法中合理规范部门职责奠定了实践基础。

我国的反家暴专门立法是从地方先开始的。2000年，湖南省人大常委会出台了全国第一个预防和制止家庭暴力的地方性法规。在其带动下，目前已有28个省区市出台了反家庭暴力的地方性法规或政策，90余个地市制定了相关政策文件。这些地方性法规或政策在法律允许的范围内，创设了各具特色的制度，如成立反家暴专门机构、首问负责制、司法机关协助收集证据等，有力地规范并推动了地方反家暴工作的开展，为国家立法积累了经验。

[返回至目录](#)

二、重庆施行非物质文化遗产条例（来源：法制日报，2012年12月11日）

为继承和弘扬民族优秀传统文化，加强非物质文化遗产保护保存工作，《重庆市非物质文化遗产条例》已于近日施行。条例的施行，标志着重庆市非物质文化遗产保护工作有了更明确的法规依据，增强了重庆市地方文化法制建设，有利于提高重庆市文化事业发展的法制化水平。

条例共五章四十一条，从非物质文化遗产工作原则、工作主体、经费保障、代表性项目名录、传承与传播、法律责任等方面，对非物质文化遗产代表性项目名录建立、实名保护、合理开发利用，代表性传承人及保护单位的认定、权利与义务，社会参与，违法行为的处罚等进行了严格规范。

作为地方性法规，条例还首次将《文化部关于加强非物质文化遗产生产性保护的指导意见》纳入条文当中，指导重庆市非物质文化遗产的生产性保护。

[返回至目录](#)

案例指导

一、苏州阳光新地置业有限公司新地中心酒店诉苏州文化国际旅行社有限公司新区塔园路营业部、苏州文化国际旅行社有限公司委托合同纠纷案（来源：最高人民法院公报，2012 年第七期）

【裁判要旨】

旅游公司借用星级酒店 POS 机进行刷卡，并在星级酒店获得银行刷卡预付款项后与星级酒店进行结算，在款项的收取和结算上与星级酒店形成委托合同关系。由于星级酒店与银行就境外信用卡 POS 机刷卡签有特约商户协议，对境外银行卡的受理条件、操作流程、风险防范和控制有专门的约定，并对酒店刷卡人员进行了专业的培训，因此星级酒店在有关境外信用卡的刷卡业务上具有一般商事主体不具备的专业知识和风险防控能力。星级酒店在受委托操作 POS 机刷卡时，特别是受理如“无卡无密”这种风险较高的境外信用卡刷卡业务时，应进行认真核查，负有审慎和风险告知的义务。否则即构成重大过失，应对完成委托事务过程中造成的损害承担相应的赔偿责任。

【案情简介】

✚ 案件涉及当事人：

原告（反诉被告）：苏州阳光新地置业有限公司新地中心酒店，下简称新地中心；

被告：苏州文化国际旅行社有限公司新区塔园路营业部，下简称塔园路营业部；

被告（反诉原告）：苏州文化国际旅行社有限公司，下简称文化国旅公司；

中国银行股份有限公司苏州分行：下简称中行苏州分行。

✚ 案件发展脉络：

1、新地中心与中行苏州分行签订银行卡协议及协议内容简介：

原告新地中心（乙方）与中行苏州分行（甲方）签订《中国银行股份有限公司与特约商户受理境外银行卡业务合作协议》（简称银行卡协议）。该协议约定双方建立受理境外银行卡业务的商业合作关系，即乙方受理持卡人用境外银行卡支付其商品及服务费用的支

付活动并交由甲方进行后台业务处理。

协议第五条约定，乙方相关责任人员需经甲方专业培训方能受理业务，双方均需严格遵守共同约定和受理操作流程，如合作期间内乙方违反了本协议约定及国际卡组织的相关操作规定，将承担相关的交易损失。

第十四条约定，甲方在收到乙方传送的境外银行卡正常交易的数据之后，将于三个工作日内将交易款项划拨至乙方在甲方开立的结算账户内，并开始向其他发卡机构收取应付交易款项。

第十六条约定，甲方有权拒绝乙方未按此约定及相关操作流程而处理的任何交易，并对因乙方故意或过失造成的经济损失保留完全追索权。

第二十条（接受银行卡）约定：乙方应在确认下列情况之后，才可接受银行卡付款：
一、银行卡完好无损，无任何形式涂改或更改；二、该银行卡面上相应之激光图及该激光图并没有破损或模糊；三、如使用银行卡收单电子设备，此卡必须通过受理银行卡电子设备完成受理交易；四、如通讯线路发生故障，乙方应按以下程序通过手工压单操作：（一）通过电话向甲方取得电话授权，甲方机型记录；（二）将境外银行卡在签购单上进行压印，并填写金额、日期等要素。（三）在取得持卡人签名，并把它和此卡背面的签名进行核对，一致后方可受理。（四）每份手工签购单应包括以下要素：银行卡卡号、有效期、交易日期、交易金额、授权号码、乙方名称和商户编号、持卡人签名、单据号。（五）持卡人必须是银行卡本人，其姓名须与卡面标示姓名一致，如银行卡背面附有持卡人之签名，该签名需与持卡人在签购单上的亲笔签名相符。（六）银行卡必须是在卡正面显示的起始日当天或之后，以及到期日当天或之前使用；部分金融机构发行的银行卡没有起始日期，则必须通过专用电子设备刷卡或者通过授权后进行交易。（七）银行卡签名栏，不能出现明显的改动或损毁；（八）银行卡正面的卡号必须与印在卡背面的，以及打印在签购单的卡号相符；（九）乙方在使用银行卡受理电子设备的条件下，应采用联机方式受理境外银行卡，不必持卡人出示身份证件；当受理电子设备、网络故障等原因无法联机受理时，也可以采取手工压单操作；若采取手工压单操作时对持卡人身份有怀疑、或对该交易有怀疑，或者是酒店类商户，则必须要求持卡人出示身份证件，并注明证件名称和号码。（十）卡面没有凸印卡号的银行卡，必须通过银行卡专用电子设备刷卡进行交易。

第二十三条（对账、清算及差错处理）约定：乙方应严格按照电子设备受理交易规程操作，甲方以乙方传输的交易数据及乙方的其他指令提供清算服务。甲方收到乙方传输的交易数据，应负责及时处理，对于甲方判断为正常交易的金额，甲方应及时划拨至乙方的指定账户。乙方收到甲方针对某笔交易的查询函件后，须在甲方要求的日期内回复甲方所需的全部资料。

第二十四条（特殊情况下的账务处理）约定：出现下列情况之一时，甲方有权在其后与乙方间产生的交易款项中，将有关款项扣回，并有告知乙方的义务：（一）甲方发现乙方受理境外银行卡时未留有持卡人签名或持卡人签名明显不符以及重复扣款等违反本协议的错误交易；（二）签购单项目不准确，或没有得到持卡人或发卡银行的确认……

第二十八条（对持卡人收取附加费及现金付款）约定，商品或服务的收费已包括在以银行卡付款的签购单据上，乙方不得另外向持卡人授权任何形式的付款。

2、被告塔园路营业部发展沿革：

被告塔园路营业部系被告文化国旅公司下属的分支机构，原名苏州文化国际旅行社有限公司凯悦大厦营业部，2009年10月15日变更为现名。

3、2009年7月20日，新地中心与塔园路营业部签订租赁合同：

被告塔园路营业部租用原告新地中心商务中心办公室及接待台中的一个位置作票务及旅游办公之用，双方签订有《商务中心办公室租赁合同》及《补充协议》。合同中约定，出租方在承租期内保证承租方为酒店唯一的票务旅游营业处，住店客人旅游订票及旅游大巴租赁事宜优先交由承租方；承租方不另外向酒店支付住店客人旅游订票订车等佣金。合同签订后，塔园路营业部即在新地中心商务中心进行票务及旅游服务。

4、2009年12月15日，为外国客户提供订票等服务：

新地中心预订部收到名为 Steven 的外国客户发来的邮件，咨询预订机票事宜，并询问是否接受信用卡付款。预订部遂回邮称：“是的，我们可以先为您预订机票，但如果您用信用卡付款，我们将收取佣金，佣金金额为机票总价的18%。如果您取消机票，也将收取相应的佣金。如果您需要我们预定的话，请示知预定机票详情。附件是我们信用卡付款的授权书，请发送您的信用卡正面和背面的复印件，谢谢！”Steven 即发送三条机票信息给预订部。预订部回邮称：“很抱歉，我们和预订部经理确认，预订部不能为您提供机票预定服务，如果您还是需要预定机票，您可以直接联系苏州文化国际旅行社，他们的营业部在我们酒店租有办公室，您可以将您的机票预订详情发送给旅行社的李小姐，她可以帮您预订。”同时，预订部将双方的上述邮件内容转发给塔园路营业部。经过联系，塔园路营业部于2009年12月17日为该客户预订了机票，支付方式为信用卡支付。该客户将信用卡正反面复印件及填写的信用卡付款授权书（授权对象为文化国旅公司，授权书上并包含有信用卡类别、持卡人姓名、信用卡号、有效期及 CVV 码等信息）发送给塔园路营业部。塔园路营业部因自身未配置电子刷卡设备即 POS 机，于是将上述资料交至新地中心，由新地中心 POS 机操作人员在 POS 机上手工输入信用卡信息，进行信用卡消费。

12月17日-22日，因为该客户预订机票产生信用卡消费业务3笔。12月29日，该客户又发送三条预定机票信息给新地中心预订部，预订部将其邮件转发给塔园路营业部要求

直接回复 Steven。此后，该客户与塔园路营业部直接进行联系，陆续预订机票，共计发生订票业务 22 笔，使用新地中心 POS 机进行了 22 笔信用卡消费交易。

5、本案涉及的信用卡交易：

本案涉及的信用卡交易计 25 笔，金额总计 1007363 元，时间跨度为 2009 年 12 月 17 日至 2010 年 1 月 29 日之间，均由客户 Steven 以不同的信用卡和持卡人授权进行“无卡无密”方式付款。每次订票金额由人民币 6013.70 元到 70176.40 元不等。25 笔信用卡交易中，第 1-21 笔交易金额扣除银行收取的手续费（交易金额的 0.6%）后交易净额共计 834530.59 元，原告新地中心在收到中行苏州分行付款后已支付给被告塔园路营业部，第 22-25 笔则尚未支付。

6、出现问题单：

2010 年 1 月 21 日、1 月 26 日，中行苏州分行要求原告新地中心提供问题交易的签购单。1 月 29 日中行苏州分行再次转发通知，称收到 VISA INTERNATIONAL 通知，新地中心于 2009 年 12 月出现 2 笔问题交易，金额巨大，请商户提供有关签购单、发票、入住酒店及消费记录并查询交易的情况。该通知同时提示商户在短时间内出现多笔问题交易，反映商户对问题卡的警觉性非常薄弱，已成假卡集团下手目标，且发现的假卡多为国外信用卡，故要求加强保安检查程序，阻止伪冒卡交易继续发生。2010 年 1 月 29 日，新地中心收到上述通知后即告知被告塔园路营业部，塔园路营业部停止与该客户的业务。之后，中行苏州分行对其余 20 笔信用卡消费交易陆续调单。

2010 年 7 月 6 日，中行苏州分行向原告新地中心发出拒付交易扣款通知，称根据中国银行收付清算系统报文下划外卡追索退款，共计 558975 元，从新地中心的交易挂账资金中做扣款账务处理。

【原告起诉理由】

原告新地中心诉称：2009 年 7 月，被告塔园路营业部承租新地中心商务中心房屋，用于经营票务和旅游业务。塔园路营业部在开展经营业务过程中，因自身没有 POS 机，因此借用新地中心酒店的 POS 机，用于其境外客户的票务、旅游业务刷卡结算。

自 2009 年 12 月至 2010 年 1 月，塔园路营业部借用新地中心 POS 机共计手工输卡 25 次，总金额为 1007363 元。上列款项由中行苏州分行（即收单行）分别预付到新地中心账户后，由新地中心预付给塔园路营业部。2010 年初，收单行因收到国际清算组织转递的发卡行拒付通知，故收单行也向新地中心进行拒付，并将已经支付给新地中心的预付费从新地中心账户中予以扣回，截止 2010 年 6 月收单行已从新地中心挂账交易资金中扣回并核销部分交易金额，计 558975 元。目前拒付的费用还在陆续增加中。

新地中心与塔园路营业部是一种代为收取票务款的法律关系，目前由于发卡银行拒付的原因，导致新地中心为塔园路营业部支付的票务交易资金因遭收单行核销而无法收回。为此新地中心曾多次通知塔园路营业部归还上列款项，但塔园路营业部置之不理，由此造成新地中心重大经济损失。故新地中心提起诉讼，请求判令塔园路营业部、文化国旅公司还款及利息损失。

【被告答辩理由】

针对本诉，被告塔园路营业部、文化国旅公司辩称：1. 中行苏州分行的核销扣款行为是否具有合法性，新地中心对此无法证明。如果中行苏州分行扣款不合法，新地中心应该向中行苏州分行追偿，而并非向塔园路营业部、文化国旅公司追偿。新地中心与中行苏州分行的约定塔园路营业部、文化国旅公司并不知情，中行苏州分行与本案有法律上的利害关系，因此法院应该将中行苏州分行追加为第三人参加诉讼。2. 新地中心称该案是由信用卡诈骗引起的，中行苏州分行已经向苏州公安局进行报案，根据相关法律规定，本案应移送公安机关审理，待公安机关处理之后再决定是否继续审理。3. 塔园路营业部与新地中心签订的租赁合同及补充协议明确，塔园路营业部作为酒店商务中心的一部分经营，新地中心对于需要订票、订车的客人都交由营业部，新地中心作为商务酒店理应为客人提供订票、旅游服务，但塔园路营业部充当了该服务。根据合同，塔园路营业部的客人进行订票，都应在营业部进行结算，并未出现过新地中心代收的形式。本案所涉的交易是原告自身业务需求所导致，与塔园路营业部、文化国旅公司无关。4. 本案中需要订票的客人是与新地中心联系的，也是与原告协商确定以信用卡离线交易的形式进行结算。在交易过程中，新地中心根据其与中国苏州分行签订的信用卡协议进行操作，也是新地中心要求客人提供的授权书，塔园路营业部、文化国旅公司对上述情况并不知道。塔园路营业部是在新地中心明确告知款项已经到账后才出机票的，新地中心并收取了手续费。5. 塔园路营业部没有设置 POS 机，本案中所有的刷卡都是由新地中心经办，塔园路营业部并没有参与，新地中心没有告知使用离线交易的风险，构成了对塔园路营业部、文化国旅公司的误导，且未及时通知塔园路营业部、文化国旅公司，从而造成重大损失。故新地中心存在重大的过错，对损失的发生具有责任。

【原诉被告的反诉诉请】

被告文化国旅公司反诉称：塔园路营业部在业务经营过程中，多次应原告新地中心要求，为其客人预订机票。新地中心在收取票款后，应将款项支付至塔园路营业部。但现新地中心尚有 113750 元款项未支付给塔园路营业部，经塔园路营业部多次催要未果，提起

诉讼，要求偿还上述款项及利息。

【反诉被告答辩】

针对反诉，原告新地中心辩称：1. 新地中心酒店从未要求被告塔园路营业部为酒店客人预订机票。实际情况是塔园路营业部因自身业务需要借用酒店的 POS 机，并由新地中心酒店为其代收票务款。因此酒店仅有义务从收单行收取预付的票务款并在该交易最终被发卡行认可后再将票务款转付给塔园路营业部。2. 反诉请求中主张的三笔交易共计 113750 元款项，其中 69170 元、13550 元两笔交易已被发卡行拒付，中行苏州分行也核销了该笔交易，并从酒店挂账交易资金中扣除了该笔款项，新地中心酒店无义务支付该两笔资金。另一笔 31030 元在被发卡行调单查询后已划付酒店账户。

【一审法院判决意见】

第一，本案中所涉票务交易是发生在被告塔园路营业部与国外客户之间，二者间形成票务服务合同关系。在该合同的履行过程中，塔园路营业部借用原告新地中心的 POS 机进行刷卡消费，其**实质为塔园路营业部委托新地中心向国外客户收取机票款，双方之间形成委托合同关系**。新地中心受托收款未向塔园路营业部收取任何费用或者佣金，属无偿委托。受托人处理委托事务的行为，应由委托人承担法律责任，一方面，受托人处理委托事务取得的财产应当转交给委托人，即本案中成功交易的交易金额（扣除银行手续费），新地中心应当支付给塔园路营业部；另一方面，因委托事务产生的损失应当由委托人承担，如因受托人的重大过失导致，受托人亦应当承担相应的法律责任，即对于本案中因发卡行拒付而产生的扣款（包括银行手续费），系委托收款事项产生的损失，应当首先由委托人塔园路营业部承担，如新地中心存在重大过失，则应就相应的损失承担责任。

第二，原告新地中心在受托收取机票款的过程中，存在重大过失。理由如下：1. 被告塔园路营业部委托新地中心收取机票款，约定的支付方式是信用卡“无卡无密”支付方式。该支付方式并非通过卡槽读取信用卡信息，因此无需使用信用卡卡片及密码，也无需持卡人本人到场，可以由操作人员通过电话、传真等方式核实信用卡的卡号、持卡人姓名、签名、CVV 码等相关信息，进行手工输入刷卡。该支付方式虽然符合银行卡协议中关于必须通过受理银行卡电子设备完成受理交易的规定，是合法允许的信用卡交易方式，但由于其交易过程中无法对信用卡、签名等进行真伪辨别，与持卡人当面通过卡槽刷卡的支付方式相比，存在较高的交易风险。2. 新地中心与中行苏州分行之间签订有银行卡协议，就受理境外卡进行业务合作。依据银行卡协议，POS 机具的责任人员必须经中行苏州分行的专业培训方能受理业务，需严格遵守受理操作流程。因此，新地中心的操作人员均是受过

专业培训的，对境外银行卡的受理条件、操作流程、风险防范和控制等相关专业知识应当具有较高的掌握程度，其对于“无卡无密”支付方式的交易风险是应当知晓的。3. 本案中，新地中心未将该支付风险及可能产生的后果向塔园路营业部作相应的提示。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，新地中心在受托处理收款事务的过程中，未能尽到相应的注意义务，就其应当知晓的支付风险提示委托人，其行为存在重大过失。

第三，被告塔园路营业部的行为是损失发生的主要原因，对损失的发生具有较大的原因力；原告新地中心的过失行为是损失发生的次要原因，对损失的发生具有较小的原因力。从整个事件发生的全过程来看：一方面，新地中心接到国外客户的预订机票要求后即告知塔园路营业部，由塔园路营业部与客户直接联系洽谈订票事宜。因此，该票务交易是发生在塔园路营业部与国外客户之间，而非新地中心与国外客户之间。塔园路营业部作为基础票务交易的当事方，应当对自身通过合同确定的权利、义务、法律后果承担相应的注意义务。其既有责任对交易相对方的选择、交易的开展和继续、交易方式、交易风险等重要因素进行独立而审慎地判断和决定，也有义务对交易相对方的身份、信用、提交的文件的真伪、可信度等进行审查。而从 25 笔票务交易的情况来看，国外客户所订机票均系国际航班，指定交易方式为信用卡支付方式，且其订购人、持卡人均系不同的外国人，亦非新地中心的住店客人，交易风险较大。塔园路营业部既未谨慎核实客户身份、审查客户信用度，也未对上述非正常情况予以充分考虑，即与之进行票务交易。交易对象的错误选择是导致最终损失发生的决定性因素。另一方面，塔园路营业部并非银行的特约商户，对上述银行卡协议并不知晓，其人员对于境外卡业务受理、结算流程及风险控制等方面未经专业培训，专业知识掌握程度较低，因此对“无卡无密”支付方式的交易风险缺乏认知。新地中心未对该支付风险予以应有的提示，使得塔园路营业部在确认收单行支付票款后即认为交易完毕，从而影响到其对订票客户信用度、交易安全性的判断，推动了事件的发生，是损失发生的次要原因，对损失的发生具有较小的原因力。

综上所述，法院综合考虑原因力大小和过错程度，认为原告新地中心在受托处理收款事务的过程中，存在重大过失，但该过失行为对损失结果具有的原因力较小，再结合其无偿接受委托的情况，酌情认定其承担 20% 的损失，被告塔园路营业部应承担 80% 的损失。塔园路营业部系被告文化国旅公司设立的无独立法人资格的分支机构，故文化国旅公司应对塔园路营业部的上述债务不能清偿部分承担补充清偿责任。

【一审被告上诉】

文化国旅公司不服一审判决，向苏州市中级人民法院提起上诉称：一、本案原审过程

中法院未追加中行苏州分行参与诉讼，也未对中行苏州分行的扣款行为进行审查。本案的起因是由于中行苏州分行的核销扣款行为，仅凭一审中被上诉人新地中心的证据，无法证明中行苏州分行上述行为是否具有合法性。二、原审认定一审被告塔园路营业部借用新地中心 POS 机进行刷卡消费，形成塔园路营业部委托新地中心收取票款的委托关系是错误的。实际上，塔园路营业部是以新地中心“商务中心”的名义开展业务工作。在新地中心的日常运营中，对于需要订票的客人，均是答复到营业中心办理，塔园路营业部充当了新地中心这一五星级酒店必须具备的订票服务部门的角色。三、原审法院关于塔园路营业部、新地中心与本案损失发生的因果关系认定错误。本案中，所有的刷卡业务都是由新地中心酒店经办的，塔园路营业部均未参与。对于这一过程风险的控制，也应该由新地中心来把握。但是因为新地中心的疏忽及过错，造成的损失，其责任应全部由新地中心承担。因此，原审法院认定的塔园路营业部的行为是损失发生的主要原因，新地中心的行为是损失发生的次要原因是错误的。四、新地中心对于损失的扩大应承担全部责任。本案中，中行苏州分行于 2010 年 1 月 21 日、1 月 26 日、1 月 29 日均向新地中心发出通知，告知存在问题交易并于 1 月 29 日发出警示。新地中心直至 1 月 29 日才终止了交易，期间又发生了多笔刷卡交易，并发生了二十多万的损失。上述损失的发生是由于新地中心过错造成，应由新地中心承担全部责任。故请求二审法院撤销一审判决，依法改判。

【一审原告答辩】

被上诉人新地中心答辩称：

一、中行苏州分行并无必要追加为本案第三人，中行苏州分行与新地中心签订的境外银行卡业务合同真实有效，上诉人文化国旅公司在一审中对该协议的真实性的真实性也没有异议。中行苏州分行根据该协议 24 条规定扣回交易款项，没有任何争议，因此在本案中并无必要追加中行苏州分行；

二、一审法院对于双方业务关系的认定是完全正确的。文化国旅公司在上诉状中宣称新地中心委托一审被告塔园路营业部进行订票业务，这个说法是完全错误的。新地中心酒店客人需要订票，新地中心也只是将其接到塔园路营业部处，由客人和塔园路营业部直接进行洽谈，客人支付现金的，也是由客人直接支付塔园路营业部。本案中的实施人 STEVEN 根本不是酒店的客人，也没有到酒店住宿，其订购机票的行程、日期、乘坐人都是直接与塔园路营业部进行洽谈的，因此不存在酒店委托购买的事实，显然新地中心只是受塔园路营业部的委托代为其收取机票款，原审法院对此事实认定正确；

三、塔园路营业部没有审查购票人的身份、授权书、信用卡，是造成本案最终损失发生的决定性因素，由于购票人是直接与塔园路营业部发生业务联系，购票人也是将授权书、

信用卡首先交给塔园路营业部，因此塔园路营业部没有做好审查工作直接导致了损失的发生；

四、文化国旅公司认为银行调单，新地中心应该控制业务的发生，这个说法与实际情况不符。中行苏州分行在与酒店信用卡业务的合作中，经常进行调单，并不仅是本案所涉及的业务才进行调单，根据双方签订的业务合同约定，并不是业务出现交易异常银行才有权进行调单，银行根据合同的约定随时可以进行调单；

五、原审法院认为新地中心没有将无卡无密的交易方式的风险告知上诉人，因此认为新地中心存在重大过失。尽管新地中心没有上诉，但是原审法院这个认定是不恰当的。无卡无密交易方式是银行许可的交易方式，因此塔园路营业部到新地中心处进行这种交易无可厚非；新地中心酒店自身这类交易方式也大量发生，但是至今没有发生类似事件，因此，只要核实好持卡人的身份、授权委托书和信用卡是不会发生此类风险的。

因此新地中心并无过错。

【二审法院审理意见】

二审中，法院要求被上诉人新地中心和上诉人文化国旅公司对于中行苏州分行出现拒付后的调单情况进行补充说明。新地中心对此述称：酒店财务在收到银行调单通知函时，电话通知文化国旅公司要求其将银行所要的资料备齐，传真给银行。银行分别在 2010 年 1 月 21 日、26 日、29 日、2010 年 2 月进行调单，要求提供客人刷卡信息、客人消费信息、借用 POS 机的情况。文化国旅公司于 1 月 27 日向银行提供了借用 POS 机的说明，并于 2010 年 2 月 1 日提供了客人消费资料。银行在酒店的常规业务中也经常调单，在酒店的自身刷卡业务中也没有出现过银行扣款和核销的情况。即使是在文化国旅公司的这些调单业务中，也有部分业务正常付款完毕。文化国旅公司对此述称：2010 年 1 月 29 日，文化国旅公司收到新地中心转交的调单通知后，同日中行来人至营业部要求提供问题交易所涉及的文件，营业部已将签购单原件全部提供中行，并于 2010 年 1 月 29 日向苏州市公安局经侦支队报案。

文化国旅公司对于问题交易的操作流程陈述为：由客户通过电子邮件向营业部发出订票需求，并将授权书、银行卡以电子邮件附件的方式发给营业部，营业部打印出来后，交由新地中心的工作人员使用 POS 机刷卡并打印出签购单。签购单原件交给营业部，复印件由新地中心留底。新地中心的工作人员告知签购单从 POS 机中打印出来即为刷卡成功，营业部即出票给客户。出票后，营业部不定期地将近期的几笔交易汇总，至新地中心财务处报账，新地中心财务处将营业部报账明细与留底的签购单复印件审核无误后即将相关款项支付给营业部账户。

二审另查明，2011年2月28日，文化国旅公司向苏州市高新区（虎丘）工商行政管理局申请注销塔园路营业部，2011年3月2日，工商部门对塔园路营业部办理了注销登记。

二审的争议焦点在于：

一、与国外客户形成票务服务合同关系主体是被上诉人新地中心还是一审被告塔园路营业部；

二、新地中心提供POS机进行信用卡收款结算业务，与塔园路营业部形成何种法律关系、新地中心是否应就20笔问题交易的扣款承担责任；

三、若新地中心应承担责任，则承担责任的范围认定问题。

【争议焦点一：国外客户到底与谁形成票务服务合同关系？】

本案所涉的相关订票业务发生在一审被告塔园路营业部和国外客户之间。虽上诉人文化国旅公司对此主张，塔园路营业部租赁被上诉人新地中心场地、统一穿新地中心制服并在礼宾台设立“旅游、订票请至商务中心”的标牌，构成五星级宾馆的必备服务，国外客户也是新地中心介绍来的，因而塔园路营业部是受到新地中心委托与国外客户发生订票业务行为责任应由新地中心承担。但在本案中，国外客户在与新地中心联系时，新地中心已经明确告知客户酒店预订部无法提供预订机票服务，并向客户提示了可以直接联系苏州文化国旅公司在新地中心的营业部，并向国外客户告知了塔园路营业部的联络方式，新地中心也将邮件转发给了塔园路营业部。最终所有的票务联系、磋商工作均在外国客户和塔园路营业部之间完成，双方也知晓票务服务合同相对人。新地中心介绍国外客户订票业务给塔园路营业部的行为，属于履行双方《补充协议》中优先向承租方介绍订票业务的约定的行为，塔园路营业部也是以自己的名义为国外客户提供机票订票，成为票务服务合同的主体。因此，上诉人关于塔园路营业部是受新地中心委托而与国外客户进行订票业务的主张缺乏法律和事实依据，票务服务合同关系的主体为塔园路营业部和国外客户。

【争议焦点二：新地中心与塔园路营业部就POS机刷卡形成的法律关系】

首先，在信用卡收款结算行为上，一审被告塔园路营业部借用被上诉人新地中心的POS机进行操作，与新地中心形成事实上的无偿委托合同关系。塔园路营业部在为国外客户订购机票提供服务的过程中，因自身没有向银行申请安装POS机，因此在信用卡收款时借用新地中心的POS机向银行申请付款。在本案境外发卡行遭国外客户拒付发生时，新地中心已经将塔园路营业部申请付款的21笔交易金额在扣除银行收取的手续费后支付给塔园路营业部，**新地中心未对POS机的使用向塔园路营业部收取任何费用或者佣金，因此塔园路营业部委托新地中心代其向银行结算相关款项属于无偿委托关系。**新地中心作为受托人，

处理有关信用卡请求支付结算事项，其行为的法律后果归于委托人塔园路营业部。在受托人存在故意或重大过失给委托人造成损失时，受托人应承担赔偿损失的责任。

其次，被上诉人新地中心在受托完成 POS 机进行“无卡无密”方式请求支付操作时，未尽到谨慎义务和风险提示义务，存在重大过失。“无卡无密”的支付方式，与持卡通过卡槽刷卡的方式相比存在着更高的风险。新地中心与中行苏州分行签订银行卡协议，专门就特约商户接受境外银行卡应审查的事项、受理条件、不同方式付款时的操作流程进行了详细的规定。可见获得银行的境外信用卡的特约商户资格，意味着应掌握包括“无卡无密”在内的各种信用卡结算方式、操作流程和应审查事项，具备一定的专业知识和风险防范能力，且手工压单、无卡无密等操作方式就联机刷卡操作而言特约商户操作时要求了更严格的程序。境外信用卡结算业务不同于一般的委托事务，因涉及国际结算业务的复杂性和专业性，新地中心获得中行的特约商户结算资格是中行基于对其风险防控能力的信任；而新地中心在 POS 收款方面受到一审被告塔园路营业部委托，也是塔园路营业部基于对其长期进行境外信用卡交易的金融专业技能的信任。因此，**新地中心对信用卡刷卡特别是无卡无密等非一般正常联机刷卡方式应当履行谨慎审核与风险提示的义务。**本案中，国外客户伪冒卡进行交易的行为，非 POS 机进行“无卡无密”结算行为无法成就，而新地中心作为获得专业培训、掌握专业知识并常年进行 POS 机刷卡及信用卡支付的受托人，未对涉案的 25 笔交易的授权书、身份证明和签字进行谨慎审核，也未提示委托人塔园路营业部“无卡无密”支付方式存在的风险，因此在处理委托事务方面存在重大过失。因此，新地中心认为自身不存在过失而不应承担责任的主张，缺乏事实和法律依据。

【争议焦点三：新地中心的责任承担】

首先，因被上诉人新地中心的过失行为应对损失承担次要责任。就本案出现拒付的 20 笔问题交易的损失产生原因而言，存在国外客户的伪冒卡的交易行为、一审被告塔园路营业部的行为以及新地中心的过失行为三个因素，应根据各自对于损害的产生原因力的不同而承担不同的责任。国外客户的伪冒卡的交易行为是损失产生的最直接原因，而**塔园路营业部交易时未对交易对象进行甄别选择和审慎判定应对损失的产生承担主要责任。**在 2009 年 12 月 17 日到 2010 年 1 月 29 日短短一个多月的时间里，境外同一客人频繁通过邮件形式，向塔园路营业部订购不同国家之间的航班机票共计 25 笔，且订购人与持卡人为不同的外国人，又未进入我国国境，经常在国际机场之间流转。而塔园路营业部对这一异常情况未产生任何合理怀疑，未谨慎审查客户的身份和信用程度，持续与其发生交易，因此塔园路营业部对交易对象的审查不严是导致损失产生的主要原因，应承担主要责任。另一方面，对于塔园路营业部而言，未受国际信用卡特约商户的专门培训，掌握境外卡的业务受

理、结算流程以及风险控制等专业知识程度有限。作为受托进行境外卡收款的新地中心，未对“无卡无密”交易进行谨慎审查和风险提示，是导致 20 笔拒付业务损失的**次要原因**。

其次，本案中被上诉人新地中心不存在未及时通知导致损失扩大的情形。中行苏州分行于 2010 年 1 月 21 日、1 月 26 日两次向新地中心发放调单通知，新地中心通知了塔园路营业部，塔园路营业部于 2010 年 1 月 27 日向中行苏州分行出具借用新地中心 POS 机的声明一份。2010 年 1 月 29 日，中行苏州分行再次向新地中心发出通知，并在通知中明确：“商户在短时间内出现多笔问题交易，反映商户对问题卡的警觉性非常薄弱，已成假卡集团下手目标，另在近期发现的假卡多为国外信用卡，……要求加强保安检查程序，阻止伪冒卡交易继续发生。”新地中心于收到通知当日即通知了塔园路营业部，中行苏州分行也专门到塔园路营业部要求提供就问题交易所涉及的文件，塔园路营业部也就此问题于当日向公安机关报案。因此，在本案中行开始调单的过程中，新地中心已经按照中行苏州分行的相关要求通知实际交易主体塔园路营业部提供调单所需的交易凭据，并在中行苏州分行警示存在假卡问题时，于当日通知了塔园路营业部。上诉人文化国旅公司主张的新地中心因未及时通知导致损失扩大，而应对损失扩大部分承担的全部责任，证据不足，不予成立。

综合上述情况，原审法院综合考虑各方在损失上的过错和原因，结合被上诉人新地中心在受托收款中属于无偿委托的情况，酌定**新地中心承担 20%的发卡行拒付损失并无不当**。

此外，根据被上诉人新地中心与中行苏州分行签订的银行卡协议第二十四条明确约定，签购单项目不准确，或没有得到持卡人或发卡银行的确认时，中行苏州分行有权在新地中心其后交易款项中将问题交易所涉款项予以扣回。结合新地中心提供的《银行扣款明细》与《银行扣款核销明细》，可以认定中行苏州分行已经将问题交易的相关款项对新地中心予以扣回。本案涉及的实为新地中心与文化国旅公司在完成委托事务过程中遭受损失的分担问题，新地中心已举证证实损失确实存在，故对于文化国旅公司主张的应将中行苏州分行作为当事人追加的上诉主张，不予支持。

综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确。上诉人文化国旅公司的上诉请求缺乏法律和事实的依据，不予支持。

[返回至目录](#)

二、第三人善意取得房屋所有权的认定与构成（来源：北京法院指导案例，第七卷）

【裁判要旨】

夫妻双方的家事代理权仅限于日常生活需要，房屋买卖属于处分家庭财产的重大事项，因此夫妻之间没有法定代理权限。

适用善意取得制度的前提条件应当是出让人出让标的属于无权处分，并且应符合三个条件：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

【案情简介】

✚ 案件涉及当事人：

上诉人（原审第三人）：刘某

被上诉人（原审原告）：李某

被上诉人（原审被告）：于某

✚ 案件发展脉络：

1991年12月1日，李某与于某登记结婚。

2005年，李某与于某将原有楼房卖掉后共同出资购买了位于北京市大兴区黄村镇观音寺北里楼房一套，房屋建筑面积137.5平方米，房屋价款45万元。

2005年7月20日，取得上述房屋所有权证，所有权人登记为于某。

2007年9月，李某向法院起诉要求与于某离婚，后被驳回。

2007年12月，于某在李某不知情的情况下与刘某签订北京市存量房屋买卖合同，将上述房屋出卖给刘某，约定房屋价款45.2万元，上述房款现在于某手中。

2008年2月，李某诉至法院，以于某擅自将夫妻共有房屋售予刘某属无权处分为由，要求判决于某与刘某签订的房屋买卖合同无效。

【一审法院裁判意见——房屋买卖合同无效】

争议房屋系李某与于某共同生活期间将原有楼房卖掉后共同购买，应为**双方共有财产**。现于某在李某不知情的情况下擅自处分该共有财产，侵害了共有人的合法权益，于某与刘某的房屋买卖行为应认定无效，对于李某的诉讼请求法院应予支持。

据此判决：被告于某与第三人刘某签订的涉案房屋买卖合同无效。一审判决后，刘某不服，以原判认定事实不清，适用法律错误为由，提起上诉。李某、于某同意原判。

【二审法院裁判意见——房屋买卖合同有效】

二审法院经审理查明，刘某通过房屋经纪机构购买登记在于某名下的诉争房屋时，另行订立了一份价款为92万元的房屋买卖合同，刘某于2007年12月6日给付于某房款92万元，并办理了房屋所有权转移登记，刘某于2007年12月10日取得了房屋所有权证。于某与刘某签订房屋买卖合同时，于某向刘某出示了于某和李某的结婚证、身份证和户口本原件，以及有李某签字的同意出售证明。于某表示该同意出售证明上李某的签名为于某代签，其卖房并未征得李某同意。

二审法院认为，诉争房产系李某与于某的夫妻共同财产。于某在未征得李某同意的情况下擅自处分共有财产，侵害了共有人的合法权益。刘某通过房屋经纪机构居间服务，购买诉争房屋，且审查了相关手续，尽到了审查义务，有理由相信于某对诉争房屋有处分权。根据《中华人民共和国物权法》关于所有权取得的特别规定，对无处分权人将不动产转让给受让人的，如受让人受让该不动产时是善意的，以合理的价格转让，转让的不动产依照法律规定已经登记，则受让人取得该不动产的所有权。

本案中，刘某系属善意取得，符合法律规定。现李某无证据证实刘某取得该诉争房屋是恶意取得，**故对李某要求确认于某与刘某签订的房屋买卖合同无效的请求，不予支持**。据此判决：撤销一审民事判决；驳回李某的诉讼请求。

【法官评析】

本案的**争议焦点**在于：夫妻一方擅自处分登记在其名下的夫妻共有房屋效力的认定，以及第三人符合怎样的条件可善意取得房屋所有权的认定问题。

具体包括以下几个问题：（一）夫妻一方擅自处分登记在其名下的共有房屋是否属于无权处分？（二）何种情况下受让人可根据《物权法》第106条规定的善意取得制度获得救济？（三）第三人“善意”的认定标准是什么？（四）善意取得制度与表见代理制度对善意第三人保护的区分？（五）合理价格的认定标准是什么？

（一）夫妻一方擅自处分登记在其名下的共有房屋是否属于无权处分

解决此问题的关键在于**夫妻一方不能以家事代理权主张有权单方处分共有房屋**。本案一审阶段，于某主张，依据《中华人民共和国婚姻法》第 17 条第 2 款的规定，夫妻对共同所有的财产有平等的处理权，因此自己对本案诉争房屋有处分权，与刘某签订的买卖合同是双方真实意思表示，不存在非法目的，买卖合同有效。应当看到，最高人民法院《关于 中华人民共和国婚姻法 若干问题的解释（一）》第 17 条关于“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权”的规定，应当理解为：（1）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。（2）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。可见，**夫妻双方的家事代理权仅限于日常生活需要，房屋买卖属于处分家庭财产的重大事项，因此夫妻之间没有法定代理权限**，于某该项主张不能成立。**夫妻一方擅自处分登记在其名下的共有房屋应属于无权处分**。

（二）善意取得的适用条件

善意取得是一种以牺牲财产所有权的静的安全为代价来保障财产交易的动的安全的制度。适用《物权法》第 106 条的基本条件是**无权处分**。无权代理和无权处分均为广义的无权处分范畴，但从具体的行为上有明显差别。

【无权代理】：代理人是以被代理人名义进行交易。无权代理时，受让人从事交易是基于信赖代理权的存在而相信代理人有代理权。

【无权处分】：处分人是以自己名义处分标的物。无权处分中，受让人从事交易是基于相信处分人有处分权。

司法实践中夫妻一方未经另一方同意而处分共有房屋的情形主要包括三种：**（1）夫妻共有房屋登记在一方名下，登记人未经另一共有人同意而擅自处分房屋**；**（2）夫妻共有房屋登记在两人名下，其中一方未经另一共有人同意而处分房屋**，比如一方向受让人谎称转让房屋系经得另一共有人同意，或受让人以为转让房屋行为系已经另一共有人同意；**（3）夫妻共有房屋登记在一方名下，另一方未经登记人同意将共有房屋转让给他人**，比如夫妻共有房屋登记在妻子名下，丈夫谎称妻子出差不能亲自出卖房屋，自己作为丈夫而有权处理共有房屋或征得妻子同意对房屋进行处分。上述三种情形中，**只有第一种符合适用不动产善意取得制度的前提条件**。本案中，于某擅自出卖婚后与妻子李某共同购买的登记在自己名下的共有房屋，刘某基于对登记的信赖，相信于某有处分权而与其进行交易，符合适用《物权法》第 106 条的前提条件。

（三）第三人“善意”的认定标准是什么？

适用《物权法》第 106 条规定的善意取得时，交易行为应同时具备三个要件。其中核心要件是第三人“善意”。根据《物权法》第 106 条第 1 款第（1）项的规定，买受人受让不动产应为善意。“善意”是行为人不知存在某种足以影响该行为法律效力的因素的一种心理状态，应当是“明知”或“应知”的问题，在审判实践中一般以消极的善意作为认定标准，即不知道且不应当知道。对于善意的证明事项和举证责任的分配，应由另一共有人就买受人为恶意承担举证责任，通过反证进行认定，如房屋买受人和出卖人夫妻双方或一方之间存在特定亲近关系。买受人信赖不动产登记簿和权利证书中关于物权登记的记载，不知且不应知出卖人为无权处分即可推定买受人为善意，善意的时间段应从签订房屋买卖合同时开始至办理过户登记手续时止。

本案中，刘某通过中介机构与于某进行房屋买卖，其与于某夫妇并无密切关系。刘某审查了于某出示的有李某签字的同意出售证明，尽管二审中于某表示该签字为其本人代签，但结合于某同时出具的夫妻二人身份证、结婚证、户口本原件等相关证件，以及交易是在专业房地产经纪机构的居间服务下进行，仍可认定刘某尽到了审慎的查询义务，推定李某同意出售房屋，刘某有足够的理由相信于某对诉争房屋有处分权。

（四）善意取得制度与表见代理制度对善意第三人保护的差别？

在适用善意取得时还应当注意善意取得与表见代理的区别。**【表见代理】**是一种值得第三人信赖的无权代理，该制度适用的前提即为无权代理，而受让人相信转让人有代理权；**善意取得制度适用的前提是狭义无权处分**。因此，应根据案件的不同事实适用两种不同制度。本案中，诉争房屋原登记的所有权人为于某，推定为于某对房屋有处分权，于某以自己名义转让房屋，刘某可依据善意取得制度主张取得房屋所有权。假如房屋登记的所有权人为李某或登记为李某、于某两人，则于某想要处分诉争房屋需出具李某的授权委托书，此时于某是以夫妻两人的名义或以李某的名义转让房屋，则刘某可依据表见代理制度主张于某转让房屋有代理权，买卖合同有效。因登记人为于某，且于某向买受人刘某出具了与李某身份关系的相关证件和有李某签字的同意出售证明，在交易中可以推定于某有诉争房屋的处分权，于某对房屋的处分权不是来自另一共有人李某的授权，而是李某对某转让房屋行为的认可。据此，李某主张于某与刘某签订的房屋买卖合同无效不能成立。

（五）合理价格的认定标准是什么？

实践中，共有人根据《物权法》第 106 条第 1 款第（2）项的规定，可通过反证证明买受人受让该房屋时价格的不合理，来证明买受人不符合善意取得构成要件。《物权法》本

身并不要求善意受让人已经实际支付了全部的房款，但从社会交易习惯看，以不动产为标的物的交易常表现为买受人先行支付对价才能要求转移该不动产所有权。因此，即使登记已经转移，对于买卖合同的房屋价款买受人尚未实际支付的，除非买受人有足以让人信服的理由或交易双方对付款有其他明确的约定，否则应认为不符合《物权法》第 106 条第 1 款第（2）项的规定。对于价格合理与否的认定标准，可参照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第 19 条的规定，若转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价 70% 的，一般可以视为明显不合理的低价。

本案中，刘某与于某买卖房屋的过程中存在签订“阴阳合同”的行为。备案的买卖合同约定房屋价款为 45.2 万元，但双方实际履行的合同价款为 92 万元。实践中有很多这种为少交营业税、契税、个人所得税等房屋交易税费而签订两份合同的行为，这属于我国税收以及房屋登记审查制度中的管理缺陷，但并不影响实际履行的买卖合同的效力。本案中，刘某和于某就诉争房屋存在签订两个买卖合同的行为，登记备案的为价款较低的房屋买卖合同，在该合同中价格条款非双方当事人的真实意思表示，但不影响该合同中其他条款的效力，亦不影响双方对诉争房屋进行交易的真实意思表示。房屋真实成交价为 92 万元，亦符合《物权法》第 106 条第 1 款第（2）项规定的以合理的价格转让的要求。

如前所述，一审法院在审理本案时没有查明两个重要事实，即刘某和于某签订房屋买卖合同时，于某出示了李某同意出售的证明；且为了降低过户成本、两人就诉争房屋签订有两个买卖合同，并实际履行了价款较高的一个合同，亦完成了房屋的所有权转移登记手续。结合以上事实，二审法院合议庭认为刘某信赖于某对诉争房屋有处分权，不能认定两人所签买卖合同无效，刘某符合《物权法》第 106 条规定的第三人善意取得不动产所有权的三个基本条件，可善意取得诉争房屋所有权。因此，李某主张于某擅自出售夫妻共同房屋无权处分、房屋买卖合同无效的诉讼请求不应得到支持。

【法条链接】

《物权法》第 106 条：无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

（二）以合理的价格转让；

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

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

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

[返回至目录](#)

三、 社会热点案件：西北地区最大证券虚假陈述索赔案结案 股民诉上市公司虚假陈述获赔千余万元（来源：法制日报，2012年12月14日）

王霞琴等 148 名小股东诉东盛科技股份等证券虚假陈述责任纠纷共计 148 案，近日在西安市中级人民法院调解结案。此案当事人来自全国 20 多个省市，诉讼请求的赔偿额达 3300 余万元，是西安市中院受理证券类案件索赔金额之最，也是近年来西北地区最大的一起因证券虚假陈述引发的股民索赔案。

【案情简介】

1、公司虚假陈述、股民提起诉讼

1996 年 11 月 5 日，东盛科技在上海证券交易所挂牌交易，股票代码 600771。东盛集团、东盛药业系东盛科技的法人股股东。

2006 年 10 月 30 日，东盛集团、东盛药业占用东盛科技资金以及未上账的银行借款，东盛科技发布了股东资金占用及其解决方案和会计差错更正的提示性公告。

2006 年 10 月 31 日，东盛科技存在未披露的对外担保事项，发布了对外担保补充公告。

2006 年 12 月 19 日，东盛科技公告了关于大股东归还占用上市公司资金公告。

2010 年 4 月 13 日，因东盛科技 2002 年至 2008 年期间，没有按规定披露将资金提供给控股股东及其他关联方使用，未按规定披露对外担保事项，未按规定披露银行借款事项。时任东盛科技董事长郭家学、时任东盛科技总裁张斌等责任人未能忠实、勤勉地履行职责，中国证监会对东盛科技、郭家学、张斌等 15 名责任人因虚假陈述作出了行政处罚决定。

在中国证监会作出上述行政处罚决定后，原告王霞琴等 148 名小股东以东盛科技的虚假陈述行为使其在投资东盛科技股票中遭受投资差额损失及印花税、佣金、利息损失，请求西安市中级人民法院依法支持其诉讼请求。

2、修订调解方案、分歧逐渐缩小

基于对案件的复杂度、敏感度、风险情况、处理思路及案件审结的后续影响等进行了综合、全面评估，办案法官确定了以调解为重点的工作思路。

在调解过程中，针对双方争议较大的揭露日时点、系统性风险等主要焦点问题，积极引导当事人作出正确的分析判断，适度平衡双方利益。通过数月艰辛不懈的努力，双方分歧逐渐缩小，调解意见逐步接近。最终双方一致确认，2006年10月31日和2007年11月13日为虚假陈述揭露日，并对148案根据个案存在的差异，逐一确定了具体赔偿及补偿数额。2012年11月7日至2012年12月7日，法院依据双方达成的和解协议，制作并送达了148份民事调解书。

调解书主文主要内容为：东盛科技因证券虚假陈述受到中国证监会行政处罚，相关事实于2006年10月31日和2007年11月13日被公开揭露；东盛科技于和解协议签订之日起10日内，向王琴霞等148名小股东共支付1295.84万元，逾期各原告可依法申请强制执行；若东盛科技在履行期限届满后3个月内仍不能付款，则按《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定执行，西安东盛集团有限公司和陕西东盛药业股份有限公司等对东盛科技承担补充赔偿责任；原告王霞琴等148名小股东预交的案件受理费，法院减半收取后，由原告负担；双方再无其他争议。经多方协商，该系列案在调解结案的同时，1295.84万元的调解案款已经全部落实。

[返回至目录](#)

轻松驿站

适合办公室白领的忙里偷闲操（来源：新浪健康频道）

(1)头俯仰：头用力向胸部低垂，然后向后仰伸，停顿片刻，以颈部感到有点发酸为度。如果两手交叉抱在头后用力向前拉，而头颈用力向后仰，则效果更好。

(2)头侧屈：头用力向一侧屈，感到有些酸痛时，停顿片刻，然后再向另一侧屈，同样停顿片刻。

(3)头绕环：头部先沿前、右、后、左，再沿前、左、后、右用力而缓慢地旋转绕环。练习中常可听到颈椎部发出响声。这个动作有助于增强颈部肌肉。

(4)肩耸动：肩部是连接头部的重要部位，但平时肩部活动机会不多。耸肩活动有三种：一是反复进行一肩高耸，一肩下降；二是两肩同时向上耸动；三是两肩一上一下向前后环绕颈部旋转。

(5)体侧转：坐着，上体缓慢地轮流向左或右侧转动。

(6)腿抬伸：坐着，小腿伸直用力向前抬起，脚面绷直，停顿片刻，放下，再抬起。如果可能，也可臀部离座，全身尽量伸展，停顿片刻，还原后再伸直。

(7)膝夹手：两手握拳，拳眼相触夹在两膝间，然后两膝从两侧用力挤压两拳。

(8)体放松：端坐座位上，全身放松，眼微闭（或望着天上的白云），摒除杂念，闹中求静，呼吸要自然深长。

[返回至目录](#)