

山东律师

SHAN DONG LAWYERS

主办单位：山东省律师协会

(鲁)0010124号

春归万物生
万象十里新

2024年 **2** 期

主管单位 山东省司法厅
主办单位 山东省律师协会

编委会主任 何旭
编委会副主任 耿国玉 刘玉国 王延海
编委会委员 马东宁 杨光磊 李连祥 杨希勇
张兆伟 周海燕 宋国华 阚吉峰
朱玉冰 刘秀峰
编辑 姚远

CONTENTS

目录

出刊日期 2024年5月15日

印刷数量 3000册

承印单位 济南舜耕印刷厂



电话: 0531-82923272
传真: 0531-82963356
地址: 济南市经十路9777号鲁商国奥城3号楼二层
网址: www.sdlawyer.org.cn

高层声音

- 山东省律师协会第十届理事会扩大会议在济南召开 04
- 山东省律师协会召开会长会、常务理事会会议 06
- 山东省律师协会监事会第二次会议在济南召开 08
- 山东省律师行业学习贯彻全国两会精神培训班在济南举办 09

行业党建

- 山东省律师行业组织开展党纪学习教育 11
- 山东省律师行业党委举办党纪学习教育读书班 16

业界热点

- 山东省律师协会专门、专业委员会活动开展掠影 18

观点展示

- 《民法典》视角下房产开发公司破产重整
案件中购房者受偿顺位的研究 23
- 浅析婚前全款购房婚后发证的权属 29
- 国资监管系统政府信息公开工作的
若干问题研究 33
- 民法典视角下的夫妻扶养义务 40
- 网络购物中消费者权益保护法律问题分
析探索(上) 44
- 按揭贷款购房的阶段性保证责任研究从开
发商视角分析阶段性保证责任的免除及风
险规避 48

领英

- 山东省莒县法律援助中心主任、一级律师
陈维芹荣获全国五一劳动奖章 54

公益

- 律企同行 | 护航实体经济发展 山东律师
在行动 55

生活

- 红色法治故事 -- 58
民国时期湖南律师何维道营救任弼时同志

博览

- 八个哲理小故事 60
- 法治故事 | 讼师身上的正能量 62
- 养生食谱大全 64

山东省律师协会第十届理事会扩大会议在济南召开



山东省律师协会第十届理事会扩大会议在济南召开。省司法厅党委委员、副厅长何旭出席会议并讲话。省律师协会会长耿国玉出席会议，省司法厅律师工作处处长、省律师协会秘书长刘玉国主持会议，省律师协会副会长、常务理事、理事及各专门、专业委员会主任参加会议。省律师协会监事长张巧良及全体监事列席会议。

会议传达了学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想主题教育总结会议精神、习近平总书记对政法工作的重要指示精神、全国两会精神、全省司法行政工作会议精神，听取了山东省律师协会 2023 年工作报告，研究了山东省律师行业高质量发展四年行动计划、山东省律师协会 2024 年工作要点。

何旭在讲话中指出，2024年是新中国成立75周年，是实现“十四五”规划目标任务的关键一年，也是我国律师制度恢复重建45周年，律师行业发展迎来了重要机遇期。

省律师协会要乘势而上、锐意进取，进一步加强行业发展战略谋划，抓实律师队伍教育管理，落实律师执业权利保障，持续巩固律师工作良好发展态势。要在加强党的建设上下功夫，坚持不懈用习近平新时代中国特色社会主义思想凝心铸魂，教育引导广大律师努力做党和人民满意的好律师。要在助力高质量发展上下功夫，组织律师主动融入新发展格局，扎实推进律师行业供给侧改革。要在服务法治山东建设上下功夫，发挥律师职能贯穿立法、执法、司法、普法守法、涉外法治全过程的专业优势，服务依法决策，助力公正司法，推动建立省法院、省检察院、省司法厅、省律师协会“四方会商”机制，深化良性互动。要在推进区域协同发展上下功夫，加强与长三角、珠三角、京津冀及黄河流域律师协会交流互动，建立省市律师协会联动工作机制。



何旭要求，要创新思路方法，注重系统谋划与突出重点相结合、向内聚力与向外借智相结合、突出传统优势与改革创新相结合、敢于担当与无私奉献相结合，开创律师行业高质量发展新局面。要全面加强律师协会自身建设，建立协调联动、分工负责、经费保障、宣传工作、考核监督等机制，全力推动律师协会各项工作提质增效、争创一流，推动由律师业大省向律师业强省迈进，为新时代社会主义现代化强省建设贡献律师力量。

山东省律师协会召开会长会、 常务理事会会议



3月13日，省律师协会第十届会长会议、常务理事会第二次会议在济南召开。省律师协会会长耿国玉主持会议，省司法厅律师工作处处长、省律师协会秘书长刘玉国，省律师协会副会长马东宁、杨光磊、李连祥、杨希勇、张兆伟、周海燕、宋国华、阚吉峰、朱玉冰、刘秀峰出席会议，监事长张巧良、副监事长高明芹列席会议。





会议传达了学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想主题教育总结会议精神、习近平总书记对政法工作的重要指示精神、全国“两会”精神、全省司法行政工作会议精神，研究山东省律师行业高质量发展四年行动计划、省律师协会2023年工作总结及2024年工作要点、2023年度财务决算和2024年度财务预算，审议《山东省律师协会专门委员会工作规则》《山东省律师协会专业委员会工作规则》《山东省律师协会专门专业委员会履职考核办法（试行）》《山东省律师协会个人会费减免暂行办法》等事项。

山东省律师协会监事会第二次会议在济南召开

3月13日，山东省律师协会监事会第二次会议在济南召开。省律师协会监事会监事长张巧良主持会议，监事会24名成员参会。



会议研究了监事会工作规划、2024年监事会工作要点、监事会工作分工。监事会紧紧围绕“学习贯彻习近平法治思想，努力做党和人民满意的好律师”这一主题，完善监事会工作制度，加大对各市律师协会监事会工作的指导，加强对理事会两专委员会的监督，健全两专委员会考评制度，进一步压实监督责任，由有形监督向有效监督转变，推动律师事业高质量发展，为新时代社会主义现代化强省建设贡献律师力量。

山东省律师行业学习贯彻 全国两会精神培训班在济南举办

山东省律师行业学习贯彻全国两会精神培训班在济南举办。省律师行业党委副书记、省律师协会会长耿国玉，省律师行业党委副书记、省司法厅律师工作处处长、省律师协会秘书长刘玉国，全国人大代表、省律师协会监事长张巧良，省律师行业党委委员、济南市律师协会会长潘杰，省律师协会副会长、泰安市律师协会常务副会长阚吉峰授课。组织参训学员到济南战役纪念馆开展爱国主义教育，到山东众成清泰律师事务所、山东康桥律师事务所现场教学。240名律师事务所负责人参加培训。



培训班强调，要认真学习贯彻全国两会精神，坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入学习贯彻习近平法治思想和习近平总书记对律师工作的重要指示精神，响应落实司法部党组对广大律师提出的“五点希望”，强化“政治铸魂、业务为本”工作理念，加强律师行业党的建设，抓党建带队建促所建，提升律师事务所规范化管理水平，教育引导广大律师坚定拥护中



国共产党领导、拥护我国社会主义法治、热爱祖国，努力做党和人民满意的好律师，依法依规诚信执业，认真履行社会责任，提高法律服务能力，为推进中国式现代化贡献律师智慧和力量。

山东省律师行业 组织开展党纪学习教育

近日，中共中央办公厅印发《关于在全党开展党纪学习教育的通知》。《通知》指出，为深入学习贯彻修订后的《中国共产党纪律处分条例》，经党中央同意，自2024年4月至7月，在全党开展党纪学习教育。



省司法厅律师工作处、省律师协会秘书处、直属律师事务所党组织书记在省律协召开党纪学习教育会议，传达学习习近平总书记关于党纪学习教育的重要讲话和重要指示精神，认真贯彻落实中央党的建设工作领导小组会议要求。

济南 JI NAN

济南市律师行业党委召开党委扩大会议，传达学习《中共中央办公厅关于在全党开展党纪学习教育的通知》、传达学习省委、市委关于党纪学习教育的工作要求以及市司法局党委工作安排，研究部署济南市律师行业党纪学习教育工作。会议集中学习了《中国共产党纪律处分条例》部分内容，通过中共济南市律师行业委员会《关于开展党纪学习教育的实施方案》。





济南市律师行业党委召开党纪学习教育动员部署会议，对 168 家律师事务所党组织书记进行培训动员，要求党支部书记要将本次党纪学习教育作为一项重要政治任务来抓，积极部署落实，要切实履行职责，充分发挥先学领学促学的表率作用。

青岛 QING DAO

青岛市律师行业党委召开会议，深入学习贯彻习近平总书记关于党纪学习教育的重要讲话重要指示精神，传达学习中央和省委、市委有关开展党纪学习教育会议精神，审议有关文件，研究部署全市律师行业党纪学习教育工作。

淄博 ZI BO

淄博市律师行业党委召开会议，深入学习贯彻习近平总书记关于党纪学习教育的重要讲话和重要指示精神，传达学习中央和省委、市委有关开展党纪学习教育会议精神，研究部署全市律师行业党纪学习教育工作。



枣庄 ZAO ZHUANG

枣庄市律师行业党委召开党委（扩大）会议，安排部署全市律师行业党纪学习教育工作和律师行业管理法规“学思用”活动。





烟台 YAN TAI

烟台市律师行业党委召开党委会议，集体学习习近平总书记关于党纪学习教育的重要讲话和重要指示精神，传达学习中央、省委、市委和市局党组关于党纪学习教育的会议精神，学习贯彻市委开展党纪学习教育的工作安排，研究部署市律师行业党纪学习教育工作。

JI NING 济宁

济宁市律师行业党委召开党纪学习教育启动部署会议，传达习近平总书记关于党纪学习教育的重要讲话重要指示批示精神和中央、省委、市委和市司法局党委关于党纪学习教育的部署要求，部署全市律师行业党纪学习教育工作，审议通过了《中共济宁市律师行业委员会关于在全市律师行业开展党纪学习教育的实施方案（审议稿）》。



泰安 TAI AN

泰安市律师行业党委召开党纪学习教育动员部署会议，传达学习中央、省委、市委和市局党委关于开展党纪学习教育有关部署要求，研究部署市直律师行业党纪学习教育工作。

BIN ZHOU 滨州

滨州市律师行业党委召开专题会议，研究部署党纪学习教育工作。会议传达学习习近平总书记关于党纪学习教育的重要讲话和重要指示精神，认真学习中央、省委、省司法厅和市委党的建设工作领导小组会议精神及有关文件。





德州 DEI ZHOU

德州市律师行业党委召开党委（扩大）会议，安排部署全市律师行业党纪学习教育工作。会议传达学习习近平总书记关于党纪学习教育的重要讲话和重要指示精神，认真学习贯彻中央、省委、市委和市司法局党组有关要求，集体学习《中国共产党纪律处分条例》，审议《德州市律师行业党纪学习教育工作方案》。

聊城 LIAO CHENG

聊城市律师行业党委召开党纪学习教育部署会议，传达学习中央党纪学习教育部署要求和省委、市委要求，动员部署全市律师行业党纪学习教育工作。



菏泽 HE ZE

菏泽市律师行业党委组织召开党纪学习教育动员部署会，传达学习习近平总书记关于党纪学习教育的重要讲话和重要指示精神，贯彻落实中央和省委、市委、市局党组关于开展党纪学习教育的部署要求，研究部署全市律师行业党纪学习教育工作。



省属律师事务所



山东舜天律师事务所党支部召开党纪学习教育会议。



北京金诚同达（济南）律师事务所党支部召开党纪学习教育会议。



山东国曜琴岛律师事务所党支部召开党纪学习教育会议。

山东省律师行业党委 举办党纪学习教育读书班



4月26日至28日，山东省律师行业党委举办党纪学习教育读书班，深入学习贯彻习近平总书记关于党纪学习教育的重要讲话和重要指示精神，认真学习《中国共产党纪律处分条例》，示范带动全省律师行业深入开展党纪学习教育。省律师行业党委副书记、省司法厅律师工作处处长、省律师协会秘书长刘玉国讲纪律党课。组织读书班学员到山东省第二女子监狱开展警示教育，到山东众成清泰律师事务所学习抓党建带队建促所建的工作经验。省律师协会副会长阚吉峰分享了学习感悟。

读书班指出，开展党纪学习教育，是维护党的团结统一、确保令行禁止的必然要求，是落实全面从严治党要求、提升党员纪律自觉的迫切需要，是凝聚干事创业精气神、激励干部担当作为的重要保证。全省律师行业要深刻认识开展党纪学习教育的重要意义，切实把思想和行动统一到党中央决策部署上来，高标准高质量组织开展好党纪学习教育，认真学习《中国共产党纪律处分条例》，做到学纪、知纪、明纪、守纪，把遵规守纪刻印在心，内化为言行准则，自觉遵守拥护中国共产党领导、拥护我国社会主义法治等从业基本要求，自觉维护律师行业清风正气，依法诚信规范执业，努力做党和人民满意的好律师，以实际行动坚定拥护“两个确立”、坚决做到“两个维护”，为推进中国式现代化建设贡献律师智慧和力量。





各市律师行业党委负责人，省律师协会律师行业党建工作委员会、青年律师委员会委员，各市律师协会青年律师委员会主任共计 78 名同志参加读书班。



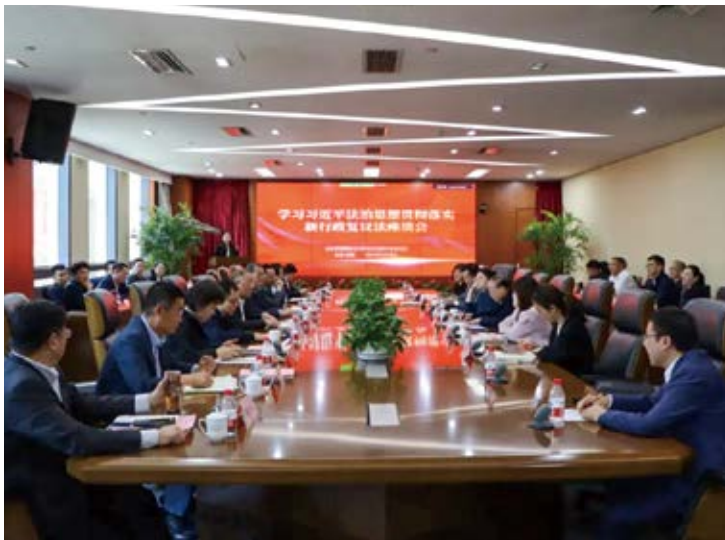
“两专”聚焦

LIANGZHUAN
JUJIAO

山东省律师协会专门、
专业委员会活动开展掠影

省律师协会

行政复议法律专业委员会在济南举办 学习习近平法治思想 贯彻落实新行政复议法座谈会及年度会议



3月30日，山东省律师协会行政复议法律专业委员会在济南举办“学习习近平法治思想 贯彻落实新行政复议法座谈会”。全国行政复议专家朱晓峰，省高院行政审判庭庭长侯勇，省司法厅行政复议及应诉一处处长孔超、二处处长耿靖，济南市历下区法院行政审判庭庭长王娟受邀参会，省律师协会监事长张巧良参加会议并致辞，省律师协会行政复议法律专业委员会主任明月主持会议，省、市有关单位法治部门负责人和省律师协会行政复议法律专业委员会委员参加会议，监事会派员全程监督。

主题演讲中，朱晓峰以《以习近平法治思想为指引全面贯彻实施新修订的行政复议法》为题，从协同高效推进行政复议法的学习和贯彻、突出发挥行政复议的主渠道作用、新行政复议法提供的制度保障以及形成律师参与新修订的行政复议法实施的工作格局四个方面解读了新行政复议法，鼓励行政复议法律专业委员会发挥自身作用，加强与相关领域专业委员会的协调配合，引领全省律师为推动法治政府建设贡献力量。



侯勇就新修订的行政复议法实施对行政审判工作提出的新要求进行了分享，认为行政复议与行政诉讼是解决行政纠纷的基本方式，相互衔接、相辅相成，行政争议实质性化解是行政审判的职能之一，要坚持党的领导，树立“支持就是监督，监督就是支持”的理念，不断优化行政复议与行政诉讼的衔接，多元化解行政争议，促进诉源治理。孔超介绍了我省行政复议工作的现状，分析了贯彻落实行政复议法存在的困难问题，并结合工作实际提出相关措施和建议。耿靖以《认真贯彻实施新修订的行政复议法》为题，结合从事行政复议工作实际，就行政复议法新的内容、新行政复议法实施以来存在的问题与困境、复议与诉讼如何衔接等实务内容进行了分享。

济南市历下区法院行政审判庭庭长王娟，省律师协会行政复议法律专业委员会副主任王卫国、陈华夏、秦元洙结合行政审判工作和律师业务实际，分享了对贯彻落实新行政复议法的认识。参会人员就行政执法监督、行政复议案件的审理等问题进行了互动交流。

3月29日，省律师协会行政复议法律专业委员会召开了年度会议，学习了习近平法治思想，传达了省律师协会第十届理事会扩大会议精神，研究了2024年重点工作和四年工作计划。



青年律师委员会召开会议 省律师协会

4月27日，山东省律师协会会员服务与文体委员会在威海召开会议。省律师协会副会长刘秀峰出席会议并致辞，委员会主任朱士刚主持会议，李广武监事全程监督。



会议传达了习近平总书记重要指示精神，学习了省律师协会第十届理事会扩大会议精神、《山东省律师协会专门委员会工作规则（试行）》《山东省律师协会专门专业委员会履职考核办法（试行）》，研究了四年工作规划、2024年工作计划。

会议要求，全体委员要提振精神、鼓足干劲，通过周到细致的会员服务，加强对山东律师的人文关怀。通过常态化、多样化的文体活动，打造山东律师文化建设品牌，展示山东律师良好社会形象。

未成年人保护法律专业委员会召开会议 **省律师协会**

4月27日，山东省律师协会未成年人保护法律专业委员会在济南召开会议。省律师协会副会长杨光磊出席会议并讲话，委员会主任张行进主持会议，刘锐监事全程监督。



会议学习了习近平总书记关于“努力做党和人民满意的好律师”重要指示精神，响应落实司法部党组提出的“五点希望”，围绕“强化未成年人保护工作探索路径方法”的主题，交流了未成年人保护工作经验，研究了推动未成年人关爱保护联动机制的措施，确定了四年工作规划和2024年度工作计划，并进行了具体分工。

会议还邀请山东省人大社会建设委员会办公室副主任张明敏、山东大学法学院

教授胡常龙、山东省法学会青少年犯罪研究会副会长王长征、济南市中级人民法院三级高级法官吴万秋、齐鲁工业大学副教授吴雪莲、山东警察学院副教授陈晓娟等专家与

委员们就“校园安全防范机制与路径”进行了研讨交流，进一步明确了未成年人保护法律专业委员会维护未成年人合法权益的工作方向和重点。

会员服务与文体委员会召开会议 **省律师协会**

4月27日，山东省律师协会会员服务与文体委员会在威海召开会议。省律师协会副会长刘秀峰出席会议并致辞，委员会主任朱士刚主持会议，李广武监事全程监督。



会议传达了习近平总书记重要指示精神，学习了省律师协会第十届理事会扩大会议精神、《山东省律师协会专门委员会工作规则（试行）》《山东省律师协会专门专业委员会履职考核办法（试行）》，研究了四年工作规划、2024年工作计划。

会议要求，全体委员要提振精神、鼓足干劲，通过周到细致的会员服务，加强对山东律师的人文关怀。通过常态化、多样化的文体活动，打造山东律师文化建设品牌，展示山东律师良好社会形象。

老年人权益保障专业委员会业务研讨会暨委员会第一次全体会议在日照召开

省律师协会

2024年4月19日至20日，省律师协会老年人权益保障专业委员会业务研讨会暨委员会第一次全体会议在日照召开。市司法局二级调研员、市律师行业党委书记曹春霞参会并致辞，日照市老龄工作服务中心副主任李青柏进行了专题分享，省律师协会老年人权益保障专业委员会主任王茜主持会议，委员会全体委员、日照市司法局律师工作科有关人员参加会议。监事会指派刘亮监事对活动进行全程监督。



研讨会上，李青柏围绕老龄化问题、社会保险、大病医疗、老人意外伤害、商业涉老保险等方面介绍了有关工作情况，针对社会力量对老年人医疗康养等服务支出的分担、旅居康养服务的基本要求等关键问题提出建设性的意见建议。委员围绕银发经济、退休职工再就业保障、居家养老安全、康养地产诈骗、老年人销售风险防范、意定监护等问题进行了深入探讨。

委员会第一次全体会议传达学习了习近平总书记重要指示精神，围绕委员会四年工作规划和2024年工作计划进行深入讨论。委员会将立足老年人权益保障工作实际，加强与部门联系沟通，强化与相关专业委员会合作，协同推动老年人权益保障工作，确保各项工作更具指导性、创新性。



律师事务所建设指导委员会第一次全体会议在潍坊召开

省律师协会

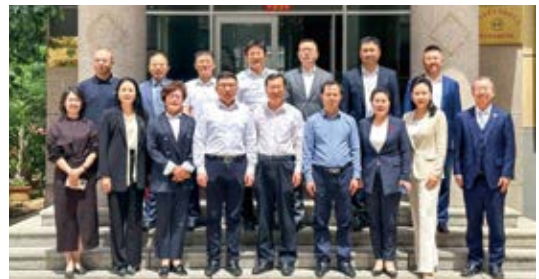
5月11日，山东省律师协会律师事务所建设指导委员会第一次全体会议在潍坊召开。山东省律师协会副会长马东宁出席并讲话，委员会主任付兴刚主持，委员会全体委员参会。

会议传达学习了山东省律师协会第十届理事会扩大会议精神，学习了《山东省律师行业高质量发展四年行动规

划（2024-2027）》《山东省律师协会2024年工作要点》《山东省律师协会专门委员会工作规则（试行）》，研究

部署了 2024 年重点工作，对委员会主任、副主任具体工作进行了分工，参会人员围绕筹备律师事务所建设论坛、组织律师事务所建设沙龙、制定律师事务所合规管理指引、组织相关人员到省外学习律师事务所建设经验等主题展开讨论与交流，提出具有针对性的意见建议，细化了工作措施，确保各项工作落到实处。

下一步，省律师协会律师事务所建设指导委员会将主动承担为律师事务所规范化建设提供指导与服务的职责，全面分析律师行业发展新形势新要求，注重传承与创新，以健全规章制度建设为抓手，突出律师事务所合规管理引领，提升律师事务所规范化、科学化、标准化、精细化水平，为推动全省律师行业高质量发展贡献智慧和力量。



房地产业运行趋势分析及法律服务研讨会暨委员会第一次全体会议在青岛召开

省律师协会

近日，省律师协会房地产业运行趋势分析及法律服务研讨会暨委员会第一次全体会议在青岛召开。省律师协会副会长周海燕参加会议并致辞，房地产法律专业委员会主任林扬主持会议，委员会成员及律师代表近百人参加会议。省律师协会监事张培亮对活动进行全程监督。



研讨会上，锐理数据山东区域公司副总经理周大伟、中国市场学会房地产产业研究院特聘专家王寿林、青岛市律师协会房地产专业委员会主任殷启峰、省律师协会房地产法律专业委员会秘书长王坤分别以《2024 年一季度房地产市场运行分析》《缩量周期来临，房地产分化时代的挑战与机会》《律师在地产项目纾困中的站位担当和破局思路》《烂尾楼项目债务重组实务探讨》为题进行分享，研究房地产业的运行趋势，针对重新构建房地产产业链条和提供专业综合法律服务展开深入研讨，对于把握市场脉搏、帮助房地产企业纾困解难以及推动企业依法依规正确决策具有重要意义。

委员会第一次全体会议传达了近期中央和我省有关会议精神，并就房地产企业纾困等问题专项调研、形成优秀房地产专业成果、开展房地产业全链条业务清单编制和深度参与房地产行业诉源治理工作等进行分工，参会委员就新形势下各地房地产业务焦点问题展开讨论。

《民法典》视角下 房产开发公司破产重整案件中 购房者受偿顺位的研究

作者：厉晓伟

山东求同律师事务所

房企公司破产重整程序中，购房者基于生存保障权、物权期待权、公平清偿理论，需要对购房人的债权进行特殊保护，因此，房企破产后的清偿顺位研究尤为关键。我国购房人的优先权曾经依据最高院的相关批复的相关规定，但是《民法典》生效后，该批复已经被废止。购房人的权利如何保障亟需明确。

民法典 购房人 物权期待权 公平清偿 预告登记

摘要

ABSTRACT

关键词

KEYWORDS



近年来，许多房产开发公司因资金链断裂，造成开发楼盘“烂尾”，无法向购房人按时交付房产，此时往往需要通过向法院申请受理破产重整程序处理相关的债权债务。楼盘烂尾主体涉及的主体主要包括购房人、建设工程承包人、建筑工人、建材供应商、金融机构抵押权人、职工债权、税务机关等广泛主体。各债权人的利益存在特殊性，清偿顺位亦存在冲突。房产开发公司破产重整涉及的权利人较多，债权债务关系往往十分冗杂，在不同主体之间会产生复杂的法律关系。在这种情况下，各种法律关系相互交织，只有平衡各方主体的利益，才能让破产重整顺利进行，维护各方债权人的利益。在这些错综复杂的债权人中，购房者的利益如何保障，是我们今天研究的主题。

最高人民法院发布的《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下称为《批复》）第2条规定“支付全部或者大部分价款的购房人可以对抗承包人 so 享有的工程价款得到优先受偿。”依据《批复》第2条规定，购房人享有优先受偿权，而《最高人民法院针对山

东省高级人民法院就处置济南彩石山庄房屋买卖合同纠纷案请示的答复》（以下简称《答复》）进一步明确了工程价款优先受偿权不得对抗购房人的房屋交付请求权，不得对抗购房人在房屋未建成等情况下的购房款返还请求权。自此，购房人的优先权顺位在司法实践中予以明确，并得以广泛适用。但是，随着《中华人民共和国民法典》的颁布和生效，上述《批复》已经被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》【法释[2020]16号】废止，于二零二一年一月一日起施行的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下称为《新解释》）虽然在承继了《批复》的情况下进一步对建设工程价款的优先权制度进行了完善，但是《新解释》并未对购房人的优先受偿权作出明确的规范，因此，《答复》也因《批复》的失效而丧失了存在的根基。综上所述，在现行《民法典》和《新解释》的基础上，对于房产开发公司破产重整过程中购房者的优先权问题需要进行重新审视。

一、案例介绍

（一）案件事实

临沂市“怡某名居”小区项目是由临沂红某某置业有限公司（以下称“红某某”公司）开发的，项目占用土地面积 20995 m²，依据建设工程规划许可证记载，项目规划建设 6 栋楼房，1 号、2 号、3 号为高层，4 号、5 号、6 号为多层。其中住宅 278 套、建筑面积 27696 m²，储藏室 205 个、建筑面积 2310 m²，地下车位 206 个、建筑面积 8091 m²，1 号楼配套公建三层、建筑面积 5067 m²。依据临沂市房地产测绘院出具的建筑面积计算书记载，项目建设 6 栋楼房，1 号、2 号、3 号为高层，4 号、5 号、6 号为多层，其中住宅 278 套，建筑面积 29013.80 m²；储藏室 205 个，建筑面积 2950.81 m²；地下车位 206 个，建筑面积 7071.34 m²。

2019 年 11 月 4 日临沂红某某置业有限公司以其不能清偿到期债务，且资产不足以清偿全部债务为由向临沂市兰山区人民法院申请重整。临沂市兰山区人民法院于 2019 年 11 月 14 日作出（2019）鲁 1302 破申 8 号民事裁定书，裁

定受理临沂红某某置业有限公司的重整申请。至法院裁定受理重整申请时，1 号、2 号、3 号楼主体已经完工，4 号楼尚未开工建设、5 号楼框架已施工至地上四层，6 号楼主体完工，地下车位及储藏室已部分施工。目前怡某名居剩余可售资产有：已建高层楼房面积 1,439.94 m²、已建多层楼房面积 1,645.95 m²、未建多层楼房面积 5,893.05 m²、车位 169 个、储藏室 126 个、沿街房 4,194.38 m²（性质待定）。因红某某公司开发的再开发过程中的资金多数来源于民间资本，加之“怡某名居”项目不断的开工、停工，造成了该项目涉及的权利主体不仅仅包含购房者，还涉及工程承包人、供货商、民间资本的权利人、职工债权、税收等，重整过程十分复杂。

（二）案件结果

本案最终的重整方案经表决通过，对于本案购房者的房屋处置方案如下：

1. 全额交付房款类

重整计划获得法院裁定批准后，按照原房价向业主交付房屋，业主在交房基础上放弃因怡某名居项目烂尾造成的延期交房、逾期办证等违约金及损失。

2. 交付 50% 以上房款类

重整计划获得法院裁定批准后，重新与该部分业主签订《商品房预售合同》或补充协议，向业主交房，业主按原约定的房款金额将剩余未付房款补齐并承担利息（利息以剩余未付房款为基数，按照年利率 6.55% 自应付款日计算至重整申请受理之日，原合同未明确约定付款日的，应付款日为合同签订之日起 30 日内或最后一次付款之日起 30 日内），业主在交房基础上放弃因怡某名居项目烂尾造成的延期交房、逾期办证等违约金及损失。

3. 交付 50% 以下房款类

重整计划获得法院裁定批准后，重新与该部分业主签订《商品房预售合同》或补充协议，向该部分业主交房，但需对房屋价格进行调整。业主享有已付款比例的房屋价值，因红某某公司对业主未付剩余房款也存在过错，故未付款部分的房屋价值再给予业主已付款比例的减免后由业

主支付相应房款。

4. 交付房屋认购金类

重整计划获得法院裁定批准后，优先向业主退还已付认购金本金，利息按照普通债权中其他普通债权调整方案受偿。

5. 名为买卖实为借贷类

重整计划获得法院裁定批准后，为借款进行担保而签订房屋买卖合同并办理网签手续的，双方之间的法律关系按照民间借贷处理，房屋买卖合同无效，但已签订房屋买卖合同并办理网签手续为借款进行担保的行为认定为让与担保。该部分债权本金小于担保物价值的，债权本金全额受偿，利息列入普通债权，按照普通债权中其他普通债权调整方案受偿；债权本金大于担保物价值的，债权本金在担保物价值范围内的部分全额受偿，剩余本金和利息列入普通债权，按照普通债权中其他普通债权调整方案受偿。

该处置方案是《批复》和《答复》在法律实务中的适用，但是如今这两规范性文件或已被废止或丧失了存在的根基，在《民法典》时代应如何考量购房者的优先权顺位呢？

二、《民法典》视角下的债权人受偿顺位规定

（一）受偿顺位以担保物权为根基

《民法典》第 2 编物权下的第 4 分编专门规定了包含抵押、质押、留置的担保物权规定，该三种担保形式是最典型、最传统的典型担保，是构成担保受偿顺位的基础。《民法典》坚持物权法定、物债分离的原则，按照担保物权的先后顺序确定优先权的顺序，并且在此基础上又将担保形式扩大到了各种各样的非典型担保，以登记时间顺位为基础确定清偿顺序的先后，将登记扩大到所有权保留、出租人之所有权等。

（二）以其他受偿顺位作为受偿体系的必要补充和组成部分

除了上述担保物权之外，《民法典》还制定了其他方式的优先受偿规则，比如第三百八十六条中的“但书”即为《民法典》体系外其他法律创设受偿权优先顺位留下

了十足的空间。纵观《民法典》之规定，第二百二十一条第一款规定的预告登记规则是其一；合同编第八百零七条规定的建设工程价款优先受偿权是其二；《民法典》体系外的优先受偿权规则，如税收优先受偿权，如《企业破产法》第一百一十三条的清偿顺序是为其三；《民法典》第三百八十八条规定的除典型担保合同外，还有其他具有担保功能的合同，均属于非典型担保，如物权让与担保、流动质押，是为其四。部分非典型担保形式已被《全国法院民商事审判工作会议纪要》与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保解释》）认可，由此可知，《民法典》关于债权人受偿顺位规则的体系并非封闭的闭环，是存在开放性的。这就为在《民法典》之外依法制定购房人等特殊主体优先受偿权规则留下可能性。

三、购房人应当享有优先受偿权的理论依据

（一）购房人的物权期待权

所谓物权的期待权，是指债权人基于债权法律关系而对债务人享有的物权的请求权。

通常认为，房产开发公司在破产重整时购房人的物权期待权出现在预告登记中。预告登记和购房人的物权期待权存在关联，预告登记的在一定程度上使得债权具有了物权的某些效力，其目的是为了将来不动产物权发生变动而进行的提前登记行为。预告登记行为使得购房人对于将来取得物权具有了期待，并且通过登记行为具有了对外公示的作用，进而使其具备了对抗第三人的效力，保证了购房人的该债权请求权所对应的物权在法律结果上发生的可能性。在如今大多数房企采取预售制的模式下，采取预告登记的办法，确实能够让购房人的权利得到不动产登记部门的确认和保护，具备排他性的权利，第三人也因房屋存在预告登记行为不可能取得已经预告登记的房产所有权。此类已得到物权保护但未取得物权的权利，就是购房人的物权期待权。

（二）生存保障权利理论

生存是人类的本能，也是一种被保护的權利。我国《宪法》中对于公民生存权是有规定，主要包括生命权、基本生活保障权两个方面，基本生活保障权包含了公民生存应当有保障基本生存需要的场所即居者有其屋。生存权是一项重要的人权，也是保障其他权利的根基，建设法治社会，保护公民生存权，具有重大意义。

（三）公平清偿理论

公平不同于平等。房产开发公司破产重整时往往存在冗杂的法律关系和众多的债权主体，如果进行平等清偿，必然会损害许多债权人的利益，这无论对于企业还是对于社会，都起不到好的示范效果。优先权的设立是为了兼顾公共利益与社会利益，实现实质意义上的公平和正义^[1]。优先受偿权作为平等受偿的例外，应当有充分、正当的法理学理论基础给与合法的保护地位。

一方面是由于对购房人的物权保护需要以及保障人权的需要，在破产重整过程中可赋予购房人优先受偿权的特

殊权利，以和其他债权主体差别待遇，达到符合实质公平的理念。

另一方面是和建筑工程承包商、银行、等金融机构抵押权人及民家资本比较而言，购房人在风险预测、信息收集、损失承担等方面均相对处于弱势地位。正如开篇中的重整案例结果中交付 50% 以上房款的业主方案，《破产法》规定在企业破产后，管理人可以解除合同，但是管理人正是基于公平清偿理论加之依据《批复》第 2 条规定作出了保护购房人利益的重整结果。

第一，针对于风险预测。购房人往往缺乏足够的经验来预判风险，一旦发生房产开发公司发生破产，购房人很难最大程度的保障自身的债权实现。如果在购房人已交全额或者大部分缴纳购房款情形下发生破产并且购房人受偿权劣后于建设单位和金融机构民间资本的抵押权人的情形下，面对巨额的工程款和金融借款债权，购房人的债权不值一提，这就相当于房产开发公司破产产生的风险转嫁到了购房人，用购房人的全部积蓄承接开发商的债务。从购这一点看，房产开发公司破产重整时优先保障购房人的受偿权才符合实质公平理念。

第二，针对信息收集。房产开发公司和建设单位系合作关系，因承建工程施工，往往会第一时间掌握房产开发公司的经营状况和资金动态。而金融资本机构在向房产开发公司贷款之前也会对于房产开发公司的资产负债进行风险把控和评估，力争将风险降至最低，同时还会让房产开发公司提供大量的抵押和担保以保证贷款能够顺利清偿。反观购房人，往往作为独立的自然人个体，掏空全部积蓄，并且在商品房合同的签订和履行过程中，缺乏专业的知识和经验，信息获取渠道少，掌握的信息准确率不高，对于房产开发公司的实际经营状况了解不透彻。这就导致购房人信息获取方面存在局限性。

第三，针对损失承担。虽说工程款关乎农民工的权益，但是承包商与建筑工人之间的劳务合同以及相应的社会保障政策，都为其生存利益提供了兜底性的保护。而作为享有抵押权人的金融机构和民间资本而言，往往财力雄厚，即

便是破产企业的清偿率不高，其顶多是投资失败，也能承受财产损失打击。但是购房人的受众面广、群体阶层复杂，收入不均等，加之购房款往往金额较大，甚至有的购

房人为购买房产掏空了家庭全部积蓄。在这种情况下，如不设置购房人优先受偿权，购房人会承受着巨大的经济和精神的压力。

四、购房人优先权应如何完善

（一）明确法律法规，做好新法和旧法之衔接

《批复》和《答复》实施以来，已经得到广泛应用，并且影响深远，可以说《批复》中规定的优先权具有超级优先性，但是因《批复》的废止，导致目前并无相关法律对购房人的优先权予以明确规定。《民法典》实施以前，购房人购买的房屋离开了该《批复》的保护，如房产开发公司破产，可能会带来诸多社会问题，笔者认为应当突破溯及既往的规定，继续适用《批复》中的优先权规则，以维护当时的交易秩序与预期。在《民法典》施行后，由于预告登记制度未完善，在全面完善推行预告登记前，针对物权期待权人享有优先受偿权是必要的。

（二）完善预告登记制度

预告登记的目的在于保障物权将来得以实现。预告登记人即购房人取得了对将来变动的物权的期待权。“预告登记的作用是使影响请求权的处分无效。”^[2]

预告登记的雏形源自普鲁士法，目的是使以不动产物权变动为内容的债权请求权能够实现，使处分行为不生效力。

参照国外立法，如果购房人的不动产在房产开发公司破产重整前已经预告登记，基于该登记行为，非经登记人同意不发生物权变动效力。比如《德国破产法》第一百零六条的规定，赋予预告登记的破产保护效力。也就是说，管理人对于已经过预告登记的房屋买卖合同，不再享有任意解除权，而应当履行消费型购房者主张的请求权，以实现物权变动。^[3]

日本将预告登记规定为“假登记”，法院的判决认定假登记具有排除假扣押、假处分的效力。^[4]在日本破产法

中，在破产宣告前，若权利人已经办理了预告登记，后续进入破产程序时，若权利人意愿继续推进本登记的，则后续预告登记的顺位可以继续适用在本登记。若作为假登记与本登记之间的不动产，企业破产时，被当作破产财团时，不妨碍权利人办理本登记。^[5]

在房产开发公司破产重整时，购房者购买的不动产经预告登记后应具有物权效力，即如房屋已经预告登记，破产管理人在通常情况下不得对经预告登记的房屋买卖合同进行解除，不得不当处分该房屋。但是，如该房屋属于以房抵债的，即使已经办理预告登记，管理人在审核查明后仍有权申请撤销或解除预告登记人的预告登记，便于维护其他人的合法权益。

（三）尝试开展房地产项目保险机制

目前我国房产开发公司的主打模式主要为购地开发—规划建设—预先销售—获取经济效益，对于管理模式往往比较忽视，尤其是一些本土开发公司，更是管理混乱，更不用说对开发过程中的风险预防的把控。一旦在开发过程中稍有疏忽，经营不善，就会给各方债权人带来极大的风险。为避免上述情况，笔者认为可以尝试推动开展房地产项目保险机制。简单来说，在房产开发公司欲进行新楼盘建设之前，按照保险法的相关规定，办理保险手续，由保险公司承保，以投资总额为基数按照比例缴纳保费。这样一来，保险公司会对该项目的开发在事前进行初步审查，决定是否存在风险，是否愿意承保，另外，如果一旦出现问题，还可以对风险进行分流，保障债权人的资产，最大程度上维护债权人的利益。

（四）明确消费购房人享有优先受偿权的范围



根据法律实务中的案例显示，司法实践中享有优先权的消费购房人必须是已经支付大部分购房款的购房人。

笔者认为这样“一刀切”的划分方式并不足以保障消费购房人的合法权益，应当重新对消费购房人享有优先受偿权的范围进行考量。

第一，已支付全部购房款或支付购房款达到 50% 的消费购房人仍然享有优先受偿权。这是基于该部分购房人已履行了购房合同中的大部分义务，足以证明购房人是真心想要购买房屋并且能够履行完成合同义务，应当享有优先受偿权，这部分消费购房人享有的是对所购买房屋的物权请求权或对自己已付房款优先受偿的债权请求权。

第二，支付部分购房款后由于房地产开发企业的原因导致未能继续履行付款承诺的消费购房人应当被赋予一次补缴购房款达到 50% 的机会，在补缴至全部购房款 50% 的消费购房人享有对所购买房屋的物权请求权，在未补足至 50% 购房款时则享有对自己已付房款优先受偿的债权请求权。

第三，支付购房款不足 50% 且原因不是由于房地产开发企业单方面造成的消费购房人不能享有请求继续履行合同的权利，但可以对其已经支付的购房款行使优先受偿请求权。这是对现行法律法规将此类购房人的债权刚性认定为普通债权的一种纠正。

五、结语

房产开发公司破产重整后，因购房人在众多债权人中较为弱势，可能面临严重的无法获得房产而需要获得特殊保护。通过对目前法律规定和司法实践中购房人优先受偿权规定的研究发现，购房人优先受偿权面临法律衔接不足、预告登记制度不完善等亟待完善的问题。总而言之，保

障房产开发公司破产中购房人的权益是重中之重，只有完善相关保护措施，才能做到在工程价款、金融资本抵押等债权面前获得公平公正的对待，才等平等维护各方债权人的合法利益。

注释

- [1] 杨忠孝：《破产法上的利益平衡问题研究》，北京大学出版社 2008 年版，第 61 页。
- [2] 吴越、李大雪译，德 M·沃尔夫：《物权法》[M]，北京：法律出版社，2004，211
- [3] 庄加园，预告登记的破产保护效力 [N]，南京大学学报，2014（6）
- [4] 孙鹏，不动产预告登记 [J]，法治论丛，2003（5）
- [5] 王轶，物权变动论 [M]，北京：中国人民大学出版社，2001，180

浅析婚前全款购房婚后发证的权属

作者：林 静

单位：山东众成清泰（济南）律师事务所

摘要 ABSTRACT

2020年5月28日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过的《中华人民共和国民法典》(下文简称《民法典》),一千零六十三条规定了婚前财产的范围,结合该规定,婚前购房婚后下证应当属于个人婚前财产。且2021年1月1日实施的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编解释一》对于婚前购房婚后还贷的权属可以判决权属归不动产登记一方,但结合《民法典》第二百零九条的规定好像该房产又属于夫妻共同财产。该房产的权属性质到底如何?本文将结合一则案例的具体情形,从现行法律入手探析其性质。

关键词 KEYWORDS

婚前全款购房

婚后发证

另一方签字

一、案情简介

张某与赵某于2018年5月结婚,婚后二人感情非常好,2019年7月生育一子张华。婚前张某全款出资在市区购买了一套商品房,2020年7月取得房产证,且在办证时赵某也进行了签字,但该房登记在张某个人名下。为此,赵某认为该房产虽系张某在婚前全款购买,但依据《中华人民共和国民法典》第二百零九条的规定结合《中华人民共和国民法典》第一千零六十二条的规定,该房产系在婚后取得房屋所有权证,其在婚后又给张某生育儿子,该房产理应属于夫妻共同财产。



二、2021年1月1日实施的最高人民法院 《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编解释一》 对于婚前购房婚后还贷的权属可以判决权属归不动产登记一方

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（2021年1月1日法释[2020]22号）第七十八条：“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归登记一方，尚未归还的贷款为不动产登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据民法典第一千零八十七条第一款规定的原则，由不动

产登记一方对另一方进行补偿。”婚前以个人名义签订购房合同，支付首付款，按揭贷款购房并将房屋登记在个人名下，但婚后夫妻双方共同偿还贷款，故该房屋首付以及尚未还清贷款部分属付款方个人财产，但夫妻婚姻关系存续期间共同还贷部分具有夫妻共同财产属性。

虽然房屋产权归登记一方，但增值部分是与配偶一方参与共同还贷的贡献分不开的，由一方独享因房屋升值所带来利益，对另一方来说是不公平的。一方应就婚姻关系存续期间双方共同还贷支付款项及其相对应财产增值部分向对方支付补偿。^[1]

三、本案房产因系在婚前签订购房合同， 且已支付购房款的全款，依法应属于一方的婚前财产。

《中华人民共和国民法典》第一千零六十三条第一款的规定：下列财产为夫妻一方的个人财产：（一）一方的婚前财产；（二）一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；（三）遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。

（一）本案中，因为该房产系在婚前张某签订购房合同，支付全款购买，虽然是在婚后取得房屋所有权证，但购买行为发生在婚前，婚后发证的行为是对婚前房产的确认行为。

一方婚前支付全部购房款，房产证登记在出资者名下，在夫妻双方对该房产没有作出特殊约定的情况下，应符合《民法典》第一千零六十三条第一款，一方婚前的财产，属于出资者的个人财产。房产证的颁发只是对房屋所有权归属的登记和确认，房产证的取得时间并不影响房屋所有权的认定。



同时也有另外一种观点认为，该房产应适用《中华人民共和国民法典》第二百零九条及第一千零六十二条的规定认定为夫妻共同财产。

因为在商品房预售制度下，开发商将房屋销售给张某并办理网签备案，竣工验收后交付给张某合法占有，首次登记的权利人是开发商，在办理产权证后才能真正确认权利人，结合《民法典》第一千零六十二条的规定为夫妻共同财产。

(二) 个人财产不因婚姻关系存续而转化，因此尽管该房产属于婚后发证，也不属于夫妻财产

从理论上讲，财产所有权的取得包括原始取得和继受取得。如占有、使用财产就能引起财产所有权转移，将会导致社会经济秩序的混乱。对于夫妻一方的婚前财产，只有对方在婚后对其投入了劳动者投资，在婚后所增值的部分才能作为夫妻共同财产。婚前财产只经夫妻共同使用、经营、管理经过一定期限就可以转化为夫妻共同财产的规定，既不符合婚后所得共同制的原理，也无令人信服的理论依据。^[2] 不论婚姻关系存续时间长短，夫妻一方的个人财产部分都不能自动成为共同财产，让对方共同享有所有权。如果这样，就是对公民婚前个人财产所有权的严重侵害，极容易使有的婚姻当事人产生不劳而获的思想。

婚前财产之所以会确定为个人财产，主要因为这种财产所有权的取得与婚姻无关，配偶一方对此没有

作出任何贡献。如果实行婚前财产转化制度，势必将为婚姻当事人处理其夫妻关系带来困惑，例如一方有大笔婚前财产或继承的祖房，结婚后不愿转化为夫妻共同财产，就有可能采取与对方订立明确的婚前财产协议，或不让对方使用、经营、管理其婚前财产，这样就会对夫妻关系造成不良影响。但在理论界，也有部分学者认同上述观点，认为夫妻共同财产是以夫妻间所存在的特定身份关系及《民法典》有关夫妻婚后所得共同制的规定为法律依据的。夫妻双方共同生活、共同劳动是形成共有财产权关系的重要条件，对于夫妻一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理，经过一定期间后，即符合共同财产权产生的条件，由一方个人财产转化为夫妻共同财产。从另一个角度来说，夫妻财产所有权按期限转化的规定有效的保护了家庭专职妇女的权益。因为，一些妇女结婚后在家操持家务，没有经济收入，付出的艰辛和劳累却是无法量化的。如果结婚多年后离婚，男方的财产不转化为共同财产，女方有可能一无所有，这对于付出大量劳动的家庭专职妇女非常不公平。

笔者认为，张某在婚前签订购房合同并支付购房全款，该买卖合同确认的债权属于婚前个人财产，婚后发证是对婚前房产的一种确权行为，因此该房产不属于夫妻共同财产。

四、律师建议：

(一) 因为该房产属于张某个人所有，赵某若想拥有该房的所有权，可以依据《民法典》第一千零六十五条的规定采用约定财产制。

所谓“约定财产制”是指夫妻或者即将成为夫妻的人，以契约形式约定相互间财产关系，从而排除法定财产适用的制度。约定财产制度是相对于法定财产制而言的，约定财产制优先于法定财产制的适用。

(二) 应当约定该条款为不可撤销条款。

司法实践中，有的人会违反约定，主张撤销，如约定该条款为不可撤销的条款就限制了对方的撤销权。

我国适用的法定财产制是婚后所得共同制。所谓“婚后所得共同制”就是如果男女双方结婚，没有明确书面约定改变财产制度，且没有《中华人民共和国民法典》规定的属于夫妻一方的个人财产之外的财

产，都是夫妻共同共有。所以，一方为了避免离婚带来的财产损失，往往会与另一方签订夫妻财产协议。这种财产约定对双方都具有法律约束力。对于能够即时履行且已经交付的动产一方无权行使撤销权。但如果

涉及到不动产时，双方未依据夫妻财产协议约定履行相应的过户手续，且该协议未约定为不可撤销的条款，则该协议有可能会面临被撤销的风险。

五、笔者认为：

夫妻之间约定将不动产归一方所有属于财产约定的内容，该约定对双方具有法律约束力。但涉及一方未按约定办理变更登记有可能会面临被撤销的风险。

（一）若一方将个人名下的不动产约定归另一方所有，但因未归还完贷款而无法办理过户登记或因其他原因未办理过户登记的，另一方是否有权要求继续履行？

1. 对于夫妻一方所有的财产，其个人享有完全的所有权，可以自行实施处分行为，当然可以约定给予另一方。但如果没有办理过户，且该协议约定了不可撤销的条款，应该尊重双方当事人在签订该财产约定时的意识自治，不可撤销。一方就有义务协助另一方办理过户登记手续。

2. 结合最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用相关规定，《民法典》婚姻家庭编对夫妻财产关系的规定属于特别规定，应当优先适用《民

法典》婚姻家庭编的规定，故夫妻之间有关房产协议的约定无需经过物权变动手续，应当按照约定处理。

3. 夫妻间房产给予本质上是夫妻财产制契约，因该行为以身份关系为基础，且往往带有维系感情或与对方永久共同生活之目的，因此应首先推定为夫妻财产制契约较为合理，理应直接适用夫妻约定财产制的规定。

（二）因为我国目前对不动产物权变动原则上采用登记生效主义，如果未按照协议的约定办理过户手续，在合同法语境下，一方应当享有任意撤销权。

一方依据财产协议约定将不动产给予另一方，在没有办理过户手续之前，依照合同编的有关法律规定是可以撤销的。我国不动产物权变动采用的是登记生效主义原则，因此，尚未办理房产过户手续的赠与，房产赠与人可以随时撤销赠与，人民法院对赠与房产一方离婚时主张撤销赠与合同的请求应予以支持。

注释

参考文献：

[1] 陈枝辉：《婚姻家庭继承纠纷疑难案件裁判要点与依据》，法律出版社2021年9月第1版，第516页。

[2] 《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释一理解与适用》，人民法院出版社，2021年7月版，第296页。

● 摘要 ABSTRACT

在全面推进依法治国方略的背景下，依法规范有序开展政府信息公开工作对促进各级政府机关转变工作作风、依法行政，有着重要的意义。当前国资监管系统政府信息公开工作中，因各种原因，存在诸多不完善的地方。本文以笔者提供常年法律顾问服务的市级国资监管机构为对象，结合国资监管系统政府信息公开工作中的相关实际问题进行总结分析，突出应用性、对策性问题研究，以期为解决工作实践中的各类问题提供建议及思考。

关键词 KEYWORDS



国资监管系统政府信息 依申请公开工作的若干问题研究

作者：蔡世超

单位：国浩律师（济南）事务所

《中华人民共和国政府信息公开条例》于2019年5月经修订颁布施行，明确了“以公开为常态、不公开为例外”的原则，不仅进一步扩大我国政府信息公开主动公开的范围、深度，完善了依申请公开的具体程序规定，也对各级行政机关的政府信息公开工作提出了新要求。国资监管系统因涉及国有企业及资产的监

管、处置，相关政府信息公开工作内容有其专业性、复杂性，本文以笔者提供常年法律顾问服务的市级国资监管机构（以下简称“市国资委”）为对象，聚焦国资监管系统依申请公开的政府信息公开工作中的相关问题，进行分析研究，提出应对思路及建议，以期为推动完善政府信息公开工作提供有益思考。

一、国资监管系统政府信息依申请公开的特点及问题

《中华人民共和国政府信息公开条例》（以下简称“条例”）第二条规定，“本条例所称政府信息，是指行政机关在履行行政管理职能过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息”。根据上述规定，可知政府信息产生于行政机关履行职责过程中，其制作和获取主体为行政机关，政府信息既可能是行政机关自行制作的，也可能是其向公民、法人或者其他组织处获取的。并且，政府信息从形式上讲，应明确具体，以一定形式记录、保存。

市国资委根据市政府授权，依法对市属国有企业履行出资人职责，开展监督管理工作，在依法开展主动公开工作的同时，市国资委也承担着政府信息依申请公开工作。通过对近几年政府信息依申请公开事项的总结分析，国资监管系统政府信息依申请公开工作的主要特点为：1. 申请公开政府信息的主体及内容多

以国企职工、国企改革改制问题为主，涉及的相关政府信息及问题具有政策性强、涉及面广、时间跨度大的特点。实践中，市国资委受理了大量国企职工提出的政府信息公开申请，申请内容涉及国有资产监管处置、改革重组、产权交易、资产评估、职工安置、国企监管及权限下放等各方面工作，且较多涉及既往国企改革改制过程的相关文件或事项，特别是大部分国企改制完成距今已十余年，且部分企业在市国资委成立前已进行企业改制，因政府机构调整等原因，相关企业的监管职责亦顺延至市国资委，但市国资委对该等企业相关情况与信息并不完全掌握。基于历史和现实的原因，国家和地方关于国有企业改革的政策不断发生变化，各企业的改制方案又具有各自独特性，各种因素叠加使得当前国资监管系统依申请信息公开工作呈现高度政策性、专业性、复杂性的特点。

2. 政府信息申请公开的形式和内容不规范，申请主体存在滥用申请权问题，以申请政府信息公开方式对企业改制、职工安置等问题进行信访、投诉，继而衍生大量行政复议及诉讼案件。通过对近几年的政府信息公开申请事项的总结，大部分国企职工为申请主体就企业改制、产权转让、职工安置等问题提出申请，既有正当 / 有效申请，也有很多无效申请，如

咨询、信访、举报、投诉等，同时也存在很多内部信息、过程性信息等不予公开的事项。该等申请主体前期已就上述相关问题多次信访未果，其提出的信息公开申请往往带有信访 / 投诉目的，滥用申请权多次频繁申请，无论答复结果是否满足其申请目的，为达到向市国资委变向施加压力的目的，往往对答复结果逐一提起行政复议、行政诉讼。

结合既往工作中发生 / 发现的相关问题，国资监管系统政府信息依申请公开工作存在的问题主要表现为：

1. 专业人员配备不足，信息公开工作观念和方式存有误区，如信息检索过程疏于留存检索证据、部分文书寄送不规范。
2. 内部业务处室沟通配合不足，信息公开的承办处室及人员对申请公开信息涉及的企业改革改制等政策性、专业性把握不足，相关答复不够准确、全面，在行政复议及诉讼活动中容易陷于被动处境。

二、国资监管背景下政府信息与其他信息 / 事项的区分与应对

前文已述，在国资监管机构受理的政府信息公开申请中，较多申请的形式和内容不规范，既有正当有效申请，也有借申请信息公开进行咨询、信访、举报、投诉等活动，同时也存在很多内部信息、过程性信息等不予公开的情形。为规范工作开展及防范争议风险，需要对该等问题进行区别应对。

（一）政府信息与咨询的区别及应对

在市国资委受理的政府信息公开申请中，存在部分以申请政府信息公开方式进行咨询的情形，如要求市国资委公开“制定 / 作出某一文件的依据是什么”，或申请公开 / 要求答复“是否包括”、“为什么”等，该等申请实质上并非是获取政府信息，而是向行政机关进行咨询，以求获得书面答复并期冀作为其后续其他行政诉讼 / 信访活动举证使用。《条例》虽未规定如何处理该类申请，但最高人民法院在（2015）行提字第 19 号判决已明确了处理指导意见，即“申请人以咨询方式申请公开政府信息属于咨询，不属于《条例》调整的范畴，针对咨询作出答复以及答复与否，不会对咨询人的权利义务产生实际影响。对于此类咨询申请，法律并没有要求行政机关必须书面答复的规定”。

基于上述意见，如申请人以申请信息公开方式进行咨询，不服行政机关的答复进而提起行政诉讼的，法院应作裁定驳回起诉处理。

同时，建议行政机关从便民服务、减少行政争议的角度考量，即使该申请事项属咨询性质，若能通过简单检索即可答复则建议行政机关予以告知。但是，应注意甄别区分具体申请主体及内容，因涉及申请个体及申请事项（如涉及企业改制、信访问题）的特殊性，应具体问题具体分析，并考虑是否进行相关答复行为。

（二）政府信息与信访的区别及应对

在政府信息公开工作中，部分申请人因对政府信息公开认知不足或个人主观故意，往往将相关信访诉求通过政府信息公开形式提出，或在申请获取相关政府信息时故意掺杂相关信访事项，如何对政府信息与

信访事项进行区分、处理成为市国资委具体处理工作中的难点，也由此引发了很多争议与诉讼。

《条例》第三十九条规定，“申请人以政府信息公开申请的形式进行信访、投诉、举报等活动，行政机关应当告知申请人不作为政府信息公开申请处理并可以告知通过相应渠道提出”。《信访条例》第二条第一款规定，“信访是指公民、法人或者其他组织采用书信、电子邮件、传真、电话、走访等形式，向各级人民政府、县级以上人民政府工作部门反映情况，提出建议、意见或者投诉请求，依法由有关行政机关处理的活动”。比较上述两部条例规定，政府信息公开与信访事项分别由具体法律予以规制，前者侧重保障申请主体的知情权，后者侧重于解决申请主体的具体诉求，两者在制度安排、纠纷解决途径、权利救济方式等方面界限分明，不能混淆并用。

因此，对于申请人的申请是否属于政府信息公开申请，应首先按照《条例》第二条的规定予以判断，对于申请人以政府信息公开途径提出的申请，行政机关可结合信访部门（或单位内部信访处室）的信访案件查询反馈情况，首先判断其申请实质内容是否属于信访事项，并进而根据具体事项依据《条例》第三十九条规定做出具体答复。

基于上述讨论，亦由此引申出另一个问题，对于信访处理过程中形成的相关信息，是否为政府信息，如申请政府信息公开是否适用《条例》进行处理？

前文规定已述，政府信息是指行政机关在履行行政管理职能过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息。而《信访条例》第三条、第三十二条对各级政府机关及部门开展信访工作、处理信访事项及针对各种情形的信访答复作出具体规定。由此可见，各级行政机关在处理信访事项过程中经制作或获取而形成的，并以一定形式记录、保存的信息，符合政府信息的构成要件，应为政府信息。

既然于处理信访事项过程中形成的信息为政府信

息，那能否可以直接适用《条例》予以规制？本文认为，根据《条例》第十条第一款规定：“行政机关制作的政府信息，由制作该政府信息的行政机关负责公开。……法律、法规对政府信息公开的权限另有规定的，从其规定”。而《信访条例》第十二条明确规定了信访人对信访事项处理过程中相关信息的查询获取途径和方式，即对于信访程序中形成的相关信息，申请人应当根据《信访条例》这一特别法的相关规定进行查询，而不应当通过申请政府信息公开的途径获取。目前司法实践中相关司法裁判意见亦支持这一观点。

实践中，部分国企职工因不满企业改制政策或职工安置问题，多次向市国资委信访反映但未实现/完全实现个人诉求，其混淆/故意混淆通过申请信息公开的形式进行信访反映/申请公开相关信访信息，以求市国资委作出书面答复或处理，并继而提起行政复议、诉讼，期冀实现个体信访诉求。因此，若简单、直接适用《条例》处理信访处理过程中的信息公开申请，将导致大量信访事项转化为政府信息公开争议进入复议和诉讼程序，打乱目前复议、司法、信访等专门程序的既有法律秩序，不仅无法解决实际争议问题，也将破坏复议、司法程序的公信力。

为规范市国资委政府信息公开工作，即使申请人申请公开的政府信息实为信访事项，从政府信息公开工作流程角度考虑，为保证程序公正及申请人权益，建议市国资委仍应按照《条例》规定的形式、时限做出书面答复，并按上述分析意见予以明确说明。

（三）政府信息与内部信息、过程性信息的区别及应对

《条例》十四条至第十六条规定了几类豁免公开情形，第十四条规定，“依法确定为国家秘密的政府信息，法律、行政法规禁止公开的政府信息，以及公开后可能危及国家安全、公共安全、经济安全、社会稳定的政府信息，不予公开”。第十五条规定，“涉及商业秘密、个人隐私等公开会对第三方合法权益造成损害的政府信息，行政机关不得公开。……”。第十六条规定，“行政机关的内部事务信息，包括人事管理、后勤管理、内部工作流程等方面的信息，可以不予公开。行政机关在履行行政管理职能过程中形成的讨论记录、过程稿、磋商信函、请示报告等过

程性信息以及行政执法案卷信息，可以不予公开……”。同时，《国务院办公厅关于做好政府信息依申请公开工作的意见》（国办发〔2010〕5号）第二条第二款的规定，“行政机关在日常工作中制作或者获取的内部管理信息以及处于讨论、研究或者审查中的过程性信息，一般不属于《条例》所指应公开的政府信息”。

结合上述规定，行政机关的内部信息涉及的是行政机关的内部事务，一般体现为上下级之间的请示、批复、往来函件、人事管理信息等。基于其内部性，往往与社会公众利益无关，通常情况下亦不会对行政相对人的权利义务产生直接或间接影响，不发生对外效力或约束力，可不予公开。另需要说明的是，会议纪要作为记载会议主要情况和议定事项的行政机关内部公文，具有内部性、过程性和决策性的特点，一般情况下对外并不直接发生效力，应属于内部管理信息的范畴，不予公开既符合国际惯例，亦有现实原因考量。

过程性信息为行政机关在作出最终决定前处于讨论、研究或者审查过程中形成的信息，该过程性信息因具有阶段性、非终局性的特点，无法代替行政机关的作出的最终结果/具体行政行为，且因该过程性信息亦有可能随时被其他信息替代或改变，贸然公布则会造成社会公众的误解和猜疑，容易引发不必要的影响或损失。同时若公开亦会影响行政机关独立判断并作出行政行为，有损中立性及社会公益。但是，判断是否属于内部信息或过程性信息，也不能仅基于上述标准以文件名称或该信息仅在行政机关内部流转等情形，就简单认定为内部信息或过程性信息。

在实际工作中，市国资委受理的信息公开申请涉及较多的国企改革改制中的相关请示、批复、会议纪要等文件，如若按上述标准简单认定，则均不应予以公开，势必会引发更多行政复议、诉讼案件。对于该等内部信息、过程性信息的认定，建议结合该等信息的作出主体、作出时点、信息内容及对企业改制中第三方的影响等情形综合判断信息性质，当该信息发生外化效力，即对企业、职工等行政相对人的权利义务产生实际影响，对外产生效力时，则应当进行公开，并依法及时作出具体答复。

三、国资监管背景下政府信息检索、征求第三方意见及告知流程的相关问题处理

（一）政府信息检索的问题处理

行政机关在收到信息公开申请后，需要对申请涉及的政府信息进行检索查询，尤其是在作出“政府信息不存在”的答复意见时，如何证明或体现检索的工作过程，是行政机关在行政复议、行政诉讼争议中需举证证明的首要问题，如行政机关不能证明已尽到必要、合理检索行为或义务就作出信息不存在的答复，则会面临告知行为被撤销的风险，最高人民法院的相关指导案例亦持有相同意见。

在实际工作中，市国资委亦面临上述问题，在历经多起诉讼案件后已注重规范工作流程，在开展信息检索时，相关工作人员到单位档案室进行查询，留存信息检索的照片/截图，并视个案情况保存相关纸质档案目录查询的照片，必要时亦要求相关部门/处室提供已查找但无相关信息的证明材料，或自行制作相关检索工作的书面工作记录，以便在后续行政复议、行政诉讼中举证证明自身已进行相关合理检索、检索方法适当、检索结果合理有据。

（二）征求第三方是否同意公开意见的问题处理

在政府信息公开中，如申请公开的信息涉及第三方主体的相关信息内容，行政机关通常依据《条例》第三十二条的规定，向第三方征求其是否同意公开的意见，待第三方回复具体意见后再向申请人作出最终答复。

行政机关以政府信息涉及第三方商业秘密且第三方不同意公开为由不予公开的情形，系目前政府信息公开行政诉讼案件中比较普遍的争议问题。目前我国行政诉讼领域及《条例》尚未对商业秘密作出明确界定，司法实践中，人民法院审理该类行政争议案件时，关于行政机关对商业秘密的认定一般参考《反不正当竞争法》关于商业秘密的规定进行审查，并辅助以在第三方利益和公共利益之间的利益衡量，并由行政机关对申请信息是否涉及商业秘密承担举证责任。


对于商业秘密认定的审查考量，一般侧重于审查申请信息是否确为通常状态下不会为权利人以外的主体所知悉的信息，以及申请信息若公开是否会对权利人的包含经济

利益在内的相关权益造成损害。同时，在争议双方对是否构成“商业秘密”争议较大的情况下，一般辅以采用“利益衡量”方法进行审查，即在第三方权益和公共利益之间进行利益衡量。对第三方主张为“商业秘密”，但若不予公开将明显侵犯申请人知情权、监督权及其他合法权益的信息，或对于公共利益的影响明显大于对第三方权益的影响，则不应作为“商业秘密”而应予公开。再者，基于行政诉讼案件的举证倒置规则，行政机关需举证证明其认定申请信息涉及商业秘密并根据向第三方的征询意见作出书面告知，法院通常根据行政机关的举证情况来审查申请信息是否涉及商业秘密。

实际工作中，市国资委对于该类型的申请，亦根据《条例》第三十二条的规定向第三方发出书面函件征求其是否同意公开的意见，同时在征求意见函中明确告知第三方应于收函之日起15个工作日内回复/提出具体意见。如逾期未提出意见的，则由市国资委依照《条例》规定自行决定是否公开。

（三）告知流程的问题处理

根据《条例》第三十三条规定，对于政府信息公开申请，行政机关能够当场答复的，应当当场答复，不能当场答复的，应当自收到申请之日起20个工作日内予以答复。结合市国资委的信息公开工作实践总结，行政机关应当按照条例规定的答复时限履行告知义务，告知文书形式力求简洁、规范，注明告知文书编号，对申请人提交申请的时间、申请公开的内容、告知内容及法律依据逐一列明。同时，告知书作为行政机关公文，应当使用邮政部门EMS或挂号信方式邮寄至申请人指定地址，注明邮寄文件名称并妥善留存相关邮寄凭证，或按申请人指定接收方式提供（如自取或邮箱回复），以便在后续行政复议、行政诉讼中作为证据以证明告知行为合法有据。

The background of the page features a teal-tinted image of a clock face on the left and a gavel on the right. The clock face shows numbers 7, 8, 9, 10, and 11. The gavel is positioned vertically, with its head pointing upwards.

另外，在涉及征求第三方意见的信息公开申请中，行政机关在向第三方发出书面征求意见后，建议向申请人进行初步告知，明确已向第三方征求意见待其回复后再予答复，以证明行政机关已开展了征求意见具体工作，也能借此印证 / 计算相关时点。但需要注意的是，虽然征求第三方意见的时间并不计算在 20 个工作日的答复期限内，但《条例》规定第三方应当自收到征求意见书之日起 15 个工作日内提出意见，逾期未提出的，由行政机关自行决定是否公开。由此可见，第三方回复意见的期限已限定，行政机关不能无期限地等待回复以推脱最终答复。

四、对国资监管系统信息公开工作的相关建议

针对当前国资系统信息公开工作中存在的问题，结合现有司法裁判实务经验教训，为有效提升行政机关信息公开工作的质量和水平，本文建议从以下几个方面加强改进：

首先，进一步加强组织领导和专业人员配备，强化“以公开为原则，不公开为例外”的工作意识，开展多种形式的信息公开业务培训交流，围绕国资监管系统政策业务文件的学习认识，提高工作人员信息公开专业能力素质，有针对性地加强工作薄弱环节的建设，完善政府信息主动公开及依申请公开的流程机制，不断提升国资监管机构政府信息公开工作的质量和水平。

其次，加强平台渠道建设，增强主动公开力度，不断完善国资监管机构门户网站的功能和板块内容，及时发布公开国资监管及国企改革领域的相关工作动态和政策文件，积极回应与企业职工群众密切相关的热点难点问题，做好政策解读和解疑释惑工作，保障社会公众的知情权和监督权。



再次，有效加强与相关业务处室及信访处室 / 部门的信息共享、衔接配合，因国资监管及企业改革涉及较强的政策性、专业性，相关政府信息公开内容的公开需要国资监管机构相关业务处室的政策把握和研判，及时沟通有助于在全面、准确了解整体情况的基础上进行答复。同时，应加强与信访部门及信访程序的衔接处理，针对申请人提出的信访问题及政府信息公开申请进行综合分析，厘清研判争议问题，协作配合做好信息公开答复工作。

五、结语

通过对国资监管系统政府信息公开工作中相关实际问题的梳理，并对相关问题的应对处理探讨形成对策类型化处理意见、建议，以期规范健全国资监管系统政府信息公开机制及工作，提升政府公信力，深入推进行政机关依法行政提供有利支撑与前进动力。

参考文献：

- [1] 王敬波：《政府信息概念及其界定》，《中国行政管理》，2012年第8期。
- [2] 高鸿：《滥诉之殇引发的再思考》，《中国法律评论》，2016年第4期。
- [3] 王敬波、李帅：《我国政府信息公开的问题、对策与前瞻》，《行政法学研究》，2017年第2期。
- [4] 李洋、刘行：《行政机关信息公开败诉案例判解研究》，中国法制出版社，2016年7月。
- [5] 樊长春主编：《政府信息公开纠纷诉讼指引与实务解答》，法律出版社，2017年5月。
- [6] 程琥：《新条例实施后政府信息公开行政诉讼若干问题探讨》，《行政法学研究》，2019年第4期。

摘要 ABSTRACT

《中华人民共和国民法典》颁布后，婚姻家庭编对《婚姻法》的修改一度成为热议话题。《民法典》规定“家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”，在家庭生活中，首先要处理好的就是夫妻之间的关系。随着人们法律意识的提高，婚姻关系中处于弱势地位的一方不再选择隐忍和迁就，除离婚纠纷外，有关夫妻间的其他纠纷案件数量有所增加，其中就包括了扶养纠纷。《民法典》第一千零五十九条规定“夫妻有相互扶养的义务。需要扶养的一方，在另一方不履行扶养义务时，有要求其给付扶养费的权利”，因此，夫妻之间的扶养义务不仅仅是道德问题，更是法定义务。当然，一方不履行扶养义务，情节严重的可以构成遗弃罪，但本文仅从民法典视角下，浅析夫妻间的扶养义务。

民法典视角下的夫妻扶养义务

关键词 KEYWORDS

扶养

扶养义务

扶养纠纷

作者：王璇

单位：山东鸾章律师事务所

一、夫妻扶养义务概述

1. 夫妻间扶养义务的构成要件。

扶养是指“特定亲属间一方须对他方承担生活供养责任的法律关系”其有广义与狭义之分，我国法律采取狭义说，即专指夫妻之间和兄弟姐妹等平辈亲属之间相互供养和扶助的法定权利义务。史尚宽先生认为“在亲属法上，扶养，在亲属之间有经济能力较好的，基于亲属这个身份关系，对那些生活困难、经济能力差的亲属

给予金钱及物质的帮助”。^[1]夫妻之间的抚养义务的构成要件，一是存在合法有效的婚姻关系，身份关系的存在，是夫妻双方互负扶养义务的前提；二是夫妻一方确实需要被扶养，具体表现为夫妻一方患病、丧失劳动能力、缺乏生活来源、年老体弱等，不能维持正常生活；三是另一方有扶养能力，包括经济上的和身体上的，能对被扶养人提供必要的经济支持或照顾。

2. 夫妻间扶养义务的特点。

夫妻间的扶养方式分为直接扶养和间接扶养。直接扶养就是夫妻共同生活，一方除了经济上的支持外，在生活上也能照顾另一方。间接扶养就是夫妻不居一处，扶养义务人定期或不定期支付扶养费或给付实物，定期不定期帮助体力劳动和给予精神上的慰藉。夫妻间的扶养义务具有法律强制性，是不能放弃的，不履行扶养义务需要承担法律责任。夫妻间的扶养义务可免除，当被扶养人自身恢复了生活能力，不需要被扶养时，或者当被扶养人子女已成年，开始对其尽赡养义务，并足以达到生活需求时；或者扶养人丧失扶养能力的。“夫妻扶养义务的履行内容应该包括物质供养、生活扶助和精神慰藉三个部分，三者相辅相成，缺一不可”^[2]。



二、扶养纠纷的案例评析

案例一 徐某和李某于2009年认识，两人系同事关系，后2010年确立恋爱关系，于2014年10月28日登记结婚。婚后感情一直很好，但好景不长，2015年8月13日，徐某被确诊患有系统性红斑狼疮、狼疮性肾炎、慢性肾衰竭，之后两人在感情上和生活中都发生了翻天覆地的变化。徐某先后在省级医院和县级医院治疗，但病情慢慢开始恶化，现在需要定期化疗，已无法正常生活及工作。李某不堪重负，以挣钱为由，投奔外地亲戚，慢慢的和徐某断绝了联系。徐某无奈，将李某诉至法院，要求李某承担扶养义务，支付医疗费及生活费。徐某向法院提交的证据有：婚姻登记信息、住院病案及诊断证明、残疾证、透析医院每月的“定点医疗机构参保人员门规费用结算单”，结算单清楚的记载

了徐某每月花销情况，包括医疗费发票合计金额、统筹及自负金额，折算下来，徐某平均每月治疗尿毒症及原发性高血压自己负担医疗费部分约为1000元。案件经过多次沟通和协调，李某最终决定承担起自己作为丈夫的责任，同意每月支付徐某2000元。

案例二 刘某和王某于2015年初经人介绍认识，于2015年4月20日登记结婚，刘某工资收入较高，便出资为王某开了店铺，店铺经济效益很好，两人生活也很富裕。2016年12月刘某单位组织体检，发现刘某身体有些问题，2017年1月，刘某被诊断患有甲状腺恶性肿瘤，此后刘某走上了与癌症抗争的道路。生病后的刘某，身心都受到很大打击，因需要到处治疗，无法在原单位从事正常工

作，原单位只给他发放每月 3500 元的基本工资。刘某确诊后不久，王某便回了娘家，对刘某不管不顾，甚至向法院提起了离婚诉讼。在刘某的坚持下，王某两次起诉离婚均被法院判决不准离婚，此时刘某已经无力承担高昂的医疗费用，便起诉到法院，要求王某承担他的医疗费用。刘某提供的证据有：结婚证、住院病案、医疗费票据及刘某单位出具的收入证明。案件最终在法院的调解下结案，刘某同意了离婚，王某同意一次性给予刘某 8 万元。

两个案件的结果虽然看似不同，一个愿意承担扶养义务，一个选择了结束婚姻，但两个案件却又有相同之处，那就是只用钱就解决了问题。大部分和身份有关的纠纷，最终都会归结到经济问题上。不管是离婚损害赔偿还是孩子抚养纠纷，亦或者是老人的赡养纠纷，金钱的衡量是最直观的，但是仅仅经济上的补偿或赔偿，是远远无法弥补精神上的缺失的。

三、夫妻间不履行扶养义务的现状

1. 扶养义务的内容

《民法典》只规定夫妻之间互负扶养义务，却未对扶养义务的内容进行明确规定。通说认为，扶养包括经济上的供养、生活上的扶助和精神上的安慰三个方面。经济上的供养，指为被扶养人提供经济帮助，保证其能维持正常的生活；生活上的扶助，指在日常生活中为被扶养人提供体力上的照顾及帮助；精神上的安慰，是指日常生活中对被扶养人的关心、爱护、照顾、慰藉，以保证他们的心理健康。夫妻之间不履行扶养义务是一种不作为状态，夫妻生活本来就是私密封闭的，是否实施了生活上的扶助和精神上的安慰，是很难去验证的。

2. 不履行扶养义务的原因

夫妻之间不履行扶养义务的原因无非以下三点。一、感情缺失。夫妻关系的形成是基于两情相悦而后被法律赋予了合法形式。婚姻制度的存在，就是为了让夫妻关系更加



稳固，在享受婚姻带给你的幸福的同时，也要履行基于身份关系所应承担的义务。当感情出现问题，夫妻情义不再是考虑的因素的时候，就不愿意再承担起自己的义务。二、经济原因。经济的发展让人们的生活水平不断提高，但同时生活成本也在增长，经济压力是导致很多家庭出现问题的罪魁祸首。越来越多的人只想着自己轻松，反而想从家人身上得到帮助。三、道德因素。随着社会的进步和发展，传统的观念正在经历着一些改变。以前不履行扶养义务会受到自己良心和道德的谴责，现在一些不良的社会风气导致很多人不以为耻反以为荣。

3. 扶养纠纷诉讼案件现状

扶养纠纷的原告为需要被扶养的弱势一方，大多

数情况下伴随着重病、身体残疾、精神残疾、经济困难等情况，其选择通过诉讼方式来主张权利，一般是走投无路后的选择。从情感因素上来说，受“家丑不可外扬”观念的影响，扶养纠纷是家庭内部矛盾，是夫妻之间的私事，往往耻于诉讼，在诉讼过程中，原告还要将自己的缺陷放在法庭上，需要很大的决心和勇气。从诉讼程序上来说，大部分原告并不了解诉讼的程序及法律规定，也不掌握诉讼所需要提交的证据，加之诉讼过程比较漫长，并不能马上处理完毕，即使有一份生效的判决书，还面临被告不履行的风险。虽然扶养纠纷有其种种困难，但随着人们法律意识的提高，扶养纠纷案件数量在呈上升趋势。

四、完善夫妻扶养制度的构想

1. 建立和完善夫妻扶养法律制度

《民法典》对夫妻间扶养义务只是做了一个原则性的规定，但并未对其内容做明确规定。建立和完善夫妻扶养法律制度，对扶养义务的内容、扶养的起始时间、扶养的方式、扶养的变更、不履行扶养义务所应承担的责任等内容进一步规范化，才能在处理扶养纠纷时有充足的法律依据。

2. 树立正确的婚姻家庭观

近年来，随着生活方式的多元化，人们物质生活

水平和精神生活水平不断提高，传统的婚姻家庭观念发生变化，很多人不再满足于平淡的婚姻生活，导致婚姻生活发生异变甚至畸形。通过社会各界组织的社会功能，宣传正确的道德观念，弘扬中华传统美德，通过挖掘生活中的道德典型，以先进的模范来带动人，以先进的典型来鼓舞人，感动人，从而树立人们正确婚姻家庭观念。家庭是社会的最小单位，只有家庭幸福，社会才能和谐稳定。

注 释

参考文献：

- [1] 史尚宽著，《亲属法论》，中国政法大学出版社，2000年版。
- [2] 吴琼，《论我国夫妻扶养义务的履行与例外》，海南大学。

网络购物中消费者权益保护法律问题分析探索（上）

作者：吴迪 于雷

山东公允律师事务所

随着信息网络的飞速发展以及人们生活节奏的不断加快，网络购物作为一种新型的购物方式，已逐渐被广大消费者接受并成为其日常生活的重要组成部分，相较于传统的线下购物，网络购物不仅快捷，还突破了时间和空间的限制，使得越来越多的消费者依赖上了这种足不出户的购物方式。在享受网络购物带来的便利的同时，因网络购物产生的纠纷问题也接踵而来，网购时知情权被侵犯、公平交易权难以保障等问题层出不穷，严重损害了消费者的合法权益，也不利于网络购物市场的扩大发展。本文着眼于网络购物中常见的侵犯消费者权益的情形，分析了造成我国网购消费者维权难的原因，并从立法、监管等层面提出了一些个人建议，希望能够促进网购交易市场的健康、有序发展。

摘要 ABSTRACT

网络购物 消费者 权益保护 关键词 KEYWORDS

随着信息技术与电商行业的飞速发展，人们的购物观念和购物习惯在潜移默化中逐渐改变，越来越多的人青睐于网购这种足不出户便可满足日常购物需求的购物方式。各种电商平台如雨后春笋般一个个冒出，从最初的淘宝、京东、聚美优品到现在的拼多多、得物，甚至于抖音、快手这种短视频平台，也在利益的驱动上，变成了网络购物的另一大巨头。

那么，到底何为网络购物呢，通俗的说法就是，将商品的基本信息陈列在各类购物平台上，消费者通过浏览平台上的信息，试想商品是否符合自己的需求，再通过电子订单的方式向商家表明自己的购买愿望，并将自己的基本信息如地址、联系电话、姓名等信息发送给商家，通过第三方平台、货到付款等方式完成支付，商家再根据消费者的订单，将确定的商品通过物流公司快递到消费者手中的过程。虽然描述起来貌似复杂，但这个过程是由商家和消费者共同完成的，商家上架商品、标明产品信息的做法几乎是一劳永逸可以反复适用的，消费者所要做的也不过是在手机或者平板电脑上动动手指头，从检索到选中商品再到成功购买，有时快到几分钟。所以越来越多的人，不仅仅是年轻人，开始依赖起了这种简便省时的购物方式。^[1]

[1] 易玲. 网络购物维度下消费者的权益保护研究. 河北法学, 2016 (6).

据国家统计局数据显示，2020年我国的网络购物平台用户规模达7.82亿，同年全国电子商务交易额达到37.21万亿元，相较于2016年的数据，几乎都翻了一番，在短短的几年时间里，参与网购的人数与成交额有了如此之大的提高，这一方面说明了我国网络购物市场发展的巨大潜力，另一方面也说明了，人们对于网络购物这种新兴购物模式的认可。但与此同时，网络购物也是一把双刃剑，人

们在享受由其带来的更加方便、快捷的购物体验的同时，也在承受着其带来的法律风险。伴随着网络购物行业飞速发展的同时，网络侵权行为随之而来，网购平台用户们的消费者权益受到侵害的新闻不绝于耳，引起了广大法律人对网络购物消费者权益保护问题的关注与思考，如何去解决在网络购物中存在的这些问题，维护消费者的合法权益是我们面临的重要问题。

一、网络购物中消费者权益保护法律问题

（一）知情权被严重侵犯

知情权是法律赋予消费者的一项基本权利，根据《消费者权益保护法》第八条的规定，消费者在购买商品或服务时，有权根据其不同特性，知悉商品、服务真实、详尽的信息。在一定程度上而言，对产品的了解程度决定了消费者的购买行为成立与否。在传统的线下购物模式中，消费者可以通过触摸、试用等方式直观地了解产品的基本情况，但在网络购物中，消费者对商品、服务的了解，只能通过商家精心编辑的产品详情、精心修过的产品图片、视频或者买家评论，^[2]尤其在现在各种假冒伪劣产品泛滥的购物环境中，许多商家故意隐瞒产品的重要信息（如品牌、货源等），花钱删差评，买好评，进而使消费者在不知情的情况下买到假冒伪劣的产品。

当前，消费者的知情权受到侵害主要有以下几种表现形式：一是产品以假乱真、以次充好来欺骗消费者；二是商家在进行产品宣传、推广时，虚构或过分的夸大产品的功效，或者对产品的性质进行不完全的描述，使得消费者基于错误的认识购买产品；三是在消费者不知情的情况下，进行捆绑销售。

（二）隐私权得不到保护，个人信息泄露严重

隐私权指的是每个人对自己私人生活的控制权，这种控制包含不被别人知晓、公

开自己的私密信息，具有极强的排他属性。我们都知道，消费者在成为网络购物平台的用户时，必须要经过注册这一道程序，在注册成为用户时，我们需要在平台上填写自己的手机号码、电子邮箱等信息，有时还需要绑定微信、QQ等社交平台账号，目的是确认身份以及后续购物的方便，而在我们购买产品、提交订单时，更是会不可避免的将自己的姓名、手机号、地址透漏给商家、购物平台及物流公司。除此以外，消费者在网络购物时，浏览的产品种类、浏览的时间，也会被网购平台所记录下来，所以在各类购物平台上，都会有猜你喜欢这样一个栏目，就是通过分析浏览记

录来猜测消费者的喜好，从而有针对性的推荐产品，提高交易的成功率，上述过程带来的结果就是成千上万条消费者的个人隐私信息被泄露。

其中，消费者隐私权被侵犯主要有两种方式：一是为获得非法的利益，商家、购物平台将消费者的个人信息恶意倒卖给第三方，这些第三方通常是一些诈骗公司，他们会利用低价收购到的个人信息进行诈骗。二是购物平台利用消费者在购物时提供的通讯方式向其推送广告，发送垃圾信息、打垃圾电话^[3]。

（三）公平交易制度的破坏

[2] 李国光、张严方. 网络维权中消费者基本权利之完善. 法学, 2011(5).

[3] 牛丹、候昊辰. 网络购物环境下的消费者权益保护问题研究. 情报科学, 2013(7).

公平交易权在购物领域受到侵犯的重要表现形式就是“大数据杀熟”，与我们熟知的产品的价格是由市场供求关系、成本价格决定不同，杀熟价是购物平台根据先前掌握的消费者的信息对不同的消费者作出的不同定价。相较于传统线下销售的明码标价，网络购物平台上的产品价格可以随时随地进行更改，而消费者也通常不会用不同的账号或者不同的手机去对比同一产品的价格，这使得原本为了维护交易市场秩序的标价沦为网购平台肆意操纵的工具，欺骗信息相对封闭的消费者。^[4]

随着时代的发展，如今的“大数据杀熟”也逐渐演变出了多种多样的形式，不再是换账号、换手机就能轻松避免的了，现在的大数据杀熟，主要有以下几种表现形式：一是传统的“千人千价”，新老用户价格不同，或者是会员的价格比普通用户更贵，这一点，作为淘宝88vip用户的我深有体会。二是网购平台通过监测消费者的购物记录，分析出消费者的消费水平，在消费者搜索产品时，有针对性的推送一些在消费者消费水平最高点附近的产品，而不是推送一些真正物美价廉的产品。三是网购平台制定各类排行榜，声称是基于消费者的好评率、销售量或者物流速度等进行排名，引导消费者去选择产品，但消费者难以获知平台排名所依据的标准。四是网购平台通过分析消费者的浏览的产品、广告、话题，有针对性地进行商业推销。“大数据杀熟”下的价格歧视问题，严重背离了价值决定价格的政治经济学原理，从长远来看，必定会影响市场平衡造成混乱，破坏正常的市场交易秩序。^[5]

（四）售后服务不尽人意，后悔权行使困难

售后服务是指经营者在产品销售后向消费者提供的一系列服务活动的总称，其中包括向消费者提供产品使用培训、产品的调试、问题解答、产品维修、退换货等环节，广义上的售后服务本身就是产品不可分割的组成部分，是产品价值的另一种延续，因为消费者在购买产品时所支付的对价不仅是产品自己的价值，还包含有售后服务的价值，因此，提供良好的售后服务事实上也是经营者的一种义务。在传统的营销模式中，消费者可以直接通过购物小票、支付凭证等面对面地向实体商家主张售后服务，从而保障自己的权益。但在网络购物中，由于网络的虚拟性以及物流等原因，消费者想及时、方便地享受到售后服务十分困难。^[6]

退换货服务是消费者在进行网络购物时必须要考虑的一项重要指标，也被很多学者成为网络购物中的“后悔权”，后悔权制度的确立，确实可以有效的缓解经营者与消费者之间信息不对称的局面，也有利于实现自由公正的市场交易。^[7]但在实践中，“后悔权”的行使仍存在诸多问题，一是退换货标准难以统一，在行使后悔权时，商家会要求退换货产品完好无损，不能影响二次销售，但究竟完好无损的标准是什么，法律并没有明确规定，部分不良商家也会利用这一漏洞大做文章，对产品完好的概念作

出对自己有利的解读，千方百计地拒绝消费者行使后悔权。二是后悔权行使范围有限，从理论上讲，所有的商品都是平等的，没有高低贵贱之分，消费者在网购任何商品时（鲜活易腐、量身定制、基于个人卫生考量不允许退换货的商品除外），都有权行使后悔权，但在现实中，有的商家故意不配合消费者提供退换货服务，在价格产品比较低廉时，若是商家不配合，消费者也会出于多一事不如少一事的心理，放弃继续维权。

二、网络购物中消费者维权的难点

（一）权利受到侵害后举证困难

侵权，就是由于经营者的不当行为，导致消费者的合法权益受到了非法的侵害，这种非法侵害行为给消费者造

成了人身或财产上的损失。根据我国《消费者权益保护法》的规定，消费者因网购的商品、服务遭受损害的，有权请求经营者或平台进行赔偿。

[4] 文铭、莫殷. 大数据杀熟定价算法的法律规制. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2021(9).

[5] 朱程. 大数据杀熟的违法性分析与法律规制探究: 基于消费者权益保护视角的分析. 南方金融, 2020(4).

[6] 崔国斌. 网络服务商共同侵权制度之重塑, 法学研究, 2013(4).

网购消费者被侵权后的举证困境主要在售后服务层面和在诉讼两个层面。在诉讼层面而言，因为民事诉讼中依据的是谁主张谁举证的基本证据规则，所以网购消费者想要通过诉讼维权，必须举证证实侵权行为的存在，但事实上，不同于线下交易收集证据的便捷性，网络交易的虚拟性使得侵权证据的收集十分困难，消费者通常来不及保存证据，就被经营者以下架产品、更改产品详情等方式销毁证据，而消费者好不容易保存下来的证据，也可能因为证据形式不符合法律规定，无法作为定案的依据。而在售后服务层面，当我们怀疑自己购买到了假冒伪劣产品时，第一时间会去找卖家理论，这时卖家会简单的丢一句，你有什么证据证明我的产品是假货、劣货，消费者这个时候就会想到委托鉴定机构出具一份鉴定报告，好让卖家无从抵赖，但究竟应该选取哪个城市的哪一家鉴定机构，卖家通常不会给出答案，事实就是，无论消费者选择什么样的鉴定方式，卖家都不会承认鉴定的结果，最后维权没成功，反而还白白搭进去了不少的鉴定费。

（二）网购合同纠纷的管辖法院难以确定

根据《民事诉讼法》第二十三条、三十四条的规定，合同双方可以书面约定与争议有实际联系的地点作为管辖法院，在未明确约定的情况下，纠纷的管辖法院为被告的住所地或合同的履行地法院。实践中，我们注册网络购物平台账号时，平台一般都会要求我们同意其注册协议，而这些管辖的格式条款，往往就包含在注册协议中，但消费者一般不会仔细阅读长达几十页的注册协议，即使看到了也只能被迫接受，否则将无法通过平台购物。^[8]所以在之后发生纠纷时，各方很容易因平台是否对协议管

辖的格式条款尽到了合理的提示义务产生争议，从而影响管辖法院的确定。并且，不同的平台的协议管辖的格式条款不尽相同，在司法实践中，本人发现了这样一种情况，由于平台对协议管辖的表述不明确，导致人民法院认定协议管辖的适用范围仅限于因买卖合同关系提起的诉讼，而因产品质量问题提起的诉讼，不受协议管辖条款的约束，^[9]仅因管辖问题都能从基层法院打到最高院，确定管辖权之路可谓无比艰辛，能承担的了这种诉讼成本的当事人又能有多少。

还有一种情况就是消费者与经营者没有达成协议管辖的条款，或者协议管辖条款被认定无效，在这种情况下，就要回归到最初由被告住所地、合同履行地决定争议管辖法院的起点了，但即使如此，消费者也很难界定有权管辖的法院，主要原因如下：一是关于被告住所地，网络交易合同的经营者一般不会向消费者批漏自己的真实信息，即使批漏，大多也只是留个空壳公司的名字、地址，由于平台对这些信息仅仅是进行形式上的审查，所以很难找到实际的经营者的究竟是谁，从而确定被告住所地；二是关于合同履行地，对于一些有形产品，可以通过收货地来确定管辖

的法院，但对于一些无形商品（比如软件、电子刊物、电子专辑等），由于其本身的特殊性，是否能简单的通过收货地确定合同的履行地仍存在争议。

（三）维权成本高昂

现如今，网购的产品种类早已从传统的服饰、箱包、鞋靴等扩大到粮油调味、纸品家清，网络购物的省时、方便使得我们甚至连一节电池、一把尺子都懒得跑去商店购买，全部依靠网上选购。但往往是这些价格比较低廉的产品，一旦发生假冒伪劣等侵权问题时，消费者会觉得，为了几块钱几十块钱的东西，再去消协等部门投诉或者去仲裁、诉讼，实在是不值当，因为要费心费力费钱，还不一定能够解决的了问题。当价格比较高的产品侵权时还稍微好些，消费者会努力的去与经营者谈判，向各部门投诉，但一旦到了要仲裁、诉讼的地步，消费者又要开始退却了，因为打官司要请律师，还要交诉讼费，打了也不一定赢，赢了也不一定能够成功执行，想象一下今后可能遇到的难题，消费者刚刚燃起的斗志也都消失殆尽了^[10]。造成这种维权难很重要的一个原因，也是在于消费者自我保护意识较差、利用法律的维权能力较弱。

[8] 易玲. 网络购物维度下消费者的权益保护研究. 河北法学, 2016(6).

[9] 参考案例: 中华人民共和国最高人民法院(2018)最高法民辖40号案例.

[10] 王利明. 论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心. 现代法学, 2013(4).

(未完待续)

按揭贷款购房的阶段性保证责任研究 从开发商视角分析 阶段性保证责任的免除及风险规避

作者：王红光 于志燕

山东鲁汇律师事务所

购房人采用按揭贷款的方式购买商品房地时，银行往往需要开发商对购房人的金融借款债务提供保证担保。开发商提供的保证主要包括阶段性保证和全程性保证两种方式，其中阶段性保证在实践中占据了绝对大多数，然有关阶段性保证之性质及其法律效果的研究却相对匮乏。本文从阶段性保证的性质出发，主要探讨金融借款合同纠纷案件中阶段性保证与抵押权“非此即彼”的替代关系，希冀对开发商保证责任的免除及责任风险的规避提供合理性建议。



摘要
ABSTRACT

按揭贷款 阶段性保证 预告登记 附解除条件

关键词 KEYWORDS

一、房地产开发商阶段性保证的性质 ONE

房地产开发商提供的阶段性保证是指在按揭房屋成功办理产权登记及他项权利证件前，开发商为银行对购房人因按揭贷款所享有的债权提供的连带保证。阶段性保证并非独立于《民法典》保证体系外的新的保证方式，而是当事人在既有保证体系下将保证人的责任承担限定在特定阶段内，在该阶段内若购房人未按期偿还贷款的，则开发商需要承担保证责任。关于阶段性保证的性质问题，主要包括“保证期间说”和“附解除条件说”两种不同观点。^[1]

（一）“保证期间说”——附保证期间的保证合同

实践中，银行与购房人、开发商签订金融借款抵押合同时，往往在保证合同中加上“开发商承担的保证责任为购房人每期贷款履行期间届满之日起两年内”的条款或其他类似约定。“保证期间说”认为，该类条款系双方当事人的真实意思表示且不违反法律法规的强制性规定，应当合法有效。因此，在认定阶段性保证的性质以及判断开发商是否承担保证责任时，仅需对此类条款进行文义解释即

可确定合同本意，无需再进行目的解释，据此可认定阶段性保证的性质属于附保证期间的保证合同，保证期间届满前，开发商的阶段性保证责任不得免除。

（二）“附解除条件说”——附解除条件的保证合同

“附解除条件说”认为，确定阶段性保证的性质应从按揭贷款制度目的以及如何平衡银行、开发商和购房人三方利益出发。该观点主张按揭制度设立之初衷，是为了实现银行、开发商和购房人三方互利共赢。从平衡开发商与银行之间的风险负担来讲，银行的债权清偿风险不能由开发商无限期承担，当银行的债权能够通过行使优先受偿权保障时，开发商的阶段性保证责任理应免除。换言之，开发商阶段性保证与银行对按揭房屋享有的抵押权是“非此即彼”的替代关系，银行对按揭房屋享有的抵押权一经设立，即保证合同的解除条件成就，保证责任免除。如此解释方符合担保制度的内核，方有利于平衡各方利益，实现公平原则。

（三）本文观点

“保证期间说”的主张固然遵循了文义解释优先于目的解释的法律解释方法，一定程度上保证了法律解释的体系性。然该种观点导致阶段性保证丧失了平衡银行、开发商和购房人三方利益的应有之义。此外，实践中关于保证期间为“每期贷款履行期间届满之日起两年内”的约定，往往导致保证期间早于主债务期限到期。此时，持有“保证期间说”的学者或法官通常会依据《民法典》第六百九十二条^[1]之规定，认定双方对保证期间的期限没有约定，进而将保证期间确定为借款期限届满后六个月。^[2] 该种处理方式使得阶段性保证的法律效果与全程性保证基本无异，丧失了“阶段”的本意，同时也使开发商的保证风险长期存续，有违担保制度的精神。

相较而言，“附解除条件说”从制度目的以及平衡各方利益出发，其主张更符合实践的发展和需要。实践中，房地产开发和商品房销售领域经常会出现“缺乏资金的购房人需要款项实现购房目的，等待资金回笼进行再开发的开发商需要尽快提高房屋销售率，以获取贷款利息为盈利模式的银行需要通过发放贷款获取利润”的多方需求局面，故按揭贷款制度应运而生。在按揭贷款制度下，购房人因开发商提供阶段性保证一次性获取了大额购房款，实现了购房目的；阶段性保证解决了购房人的资金问题，进而促进了房屋销售，助推开发商资金回笼；银行所放贷款因开发商提供了保证担保，在降低债权清偿风险的同时又获取了利润。然而，该制度看似使三方均实现了各自目的，实则给开发商留下了严重的潜在风险。当购房人无力清偿到期贷款时，连带保证责任将导致好不容易实现资金回笼的开发商承担更重的“本金+利息+罚息”还款义务。法律虽然赋予了开发商追偿权，但面对无力清偿贷款的购房人，即便开发商的追偿权之诉胜诉，也不过得到无法成功执行的一纸空文，开发商的阶段性保证好似一枚不定时炸弹，随时可能被引爆并导致开发商出现资金链断裂的严重商业风险。实际上，开发商阶段性保证主要在按揭房屋抵押权设立前发挥作用，银行为确保其债权在“抵押悬空”期间能够有所保障，故而要求开发提供阶段性保证。按揭房屋的抵押权一经设立，银行通过行使优先受偿权就能使其债权得到充分保障，购房人清偿不能的风险得到有效规避。此时，开发商阶段性保证的解除条件成就，应免除其保证责任。^[3]

概言之，开发商所承担的连带担保责任应当是阶段性的，与银行对按揭房屋的抵押权属于“非此即彼”的替代关系，二者存在时间上的有效衔接，阶段性保证的本质是附解除条件的合同。

注释 ANNOTATION

[1] 《民法典》第六百九十二条：“保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算”。

二、房地产开发商阶段性保证责任的免除 TWO

如前所述，开发商阶段性保证条款的本质系附解除条件的保证合同，按揭房屋的抵押权一经设立，阶段性保证条款所附解除条件即成就，开发商的保证随之免除。因此，免除开发商的阶段性保证责任，关键在于：一、判断

按揭房屋的抵押权是否设立？如已经设立，则免除保证责任；二、抵押权确未设立时，是否有其他抗辩理由免除开发商的保证责任？

（一）按揭房屋办理正式抵押登记，保证责任免除

根据《民法典》第四百零二条规定，不动产抵押权的设立除需签订有效的抵押合同外，还需办理抵押登记，抵押权自抵押登记办理之日起设立。若

按揭房屋已经办理正式抵押登记，则银行通过行使优先受偿权可使其债权得到清偿，开发商的阶段性保证合同解除条件成就，保证责任依法免除。

（二）按揭房屋办理了所有权首次登记，且存在有效的抵押权预告登记，保证责任免除

在《民法典》及其配套司法解释施行前，关于“按揭房屋仅办理了抵押权预告登记而未办理正式抵押登记时，银行能否享受优先受偿权”的问题，实务和理论均存在多种不同理解。部分法院基于维护民法体系的完整性，主张抵押权预告登记并非正式的物权登记，不产生实际物权效力，抵押权预告登记仅是赋予银行在按揭房屋具备办理正式抵押登记的条件时，产生请求购房人配合办理正式抵押的物权请求权。因此，仅办理抵押权预告登记的，银行不享有优先受偿权。^[4] 部分法院则认为，无论是抵押权预告登记抑或是正式抵押登记，倘若当事人以抵押的意思表示办理了抵押登记，抵押权就有效设立。债务人不能清偿到期债务时，作为债权人的预告登记权利人有权就抵押财产优先受偿。^[5] 笔者认为，以上两种观点均有欠缺之处。第一种观点仅注意到了抵押权预告登记与正式抵押登记的区别，而忽视了抵押权预告登记在具备一定条件后可以转化为正式抵押登记的重要特征；第二种观点则是不加

区分地将预告登记与正式物权登记混为一谈，有损物权法定原则。为了解决以上不足，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（下称“《担保制度解释》”）第五十二条^[2] 创造性地做出规定，即若开发商已经办理了按揭房屋的所有权首次登记，且存在有效的抵押权预告登记的，即便按揭房屋在未办理正式抵押登记，抵押权也可溯及至办理抵押权预告登记之日设立。该规定一方面确保了正式抵押登记与抵押权预告登记不产生概念混淆，同时又保留了抵押权预告登记在具备条件时直接转化为正式抵押登记的特征。烟台市芝罘区法院审理某金融借款合同纠纷一案时就适用了该规定，提出“涉案房产虽未办理出正式的抵押登记手续，但因本案中涉案房产已办理了初始登记，且不存在预告登记失效等情形的，原告即可取得对涉案房产的优先受偿权。原告权益已经能够得到保障，被告烟台某昌置业有限公司的保证责任即可免除”，并取得了较好的裁判效果。^[6]

注释 ANNOTATION

[2]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第五十二条：“当事人办理抵押预告登记后，预告登记权利人请求就抵押财产优先受偿，经审查存在尚未办理建筑物所有权首次登记、预告登记的财产与办理建筑物所有权首次登记时的财产不一致、抵押预告登记已经失效等情形，导致不具备办理抵押登记条件的，人民法院不予支持；经审查已经办理建筑物所有权首次登记，且不存在预告登记失效等情形的，人民法院应予支持，并应当认定抵押权自预告登记之日起设立。”

（三）按揭房屋办理了不动产权证但因银行原因未办理正式抵押登记，或已经办理所有权首次登记因银行原因未办理抵押权预告登记的，保证责任免除

1. 按揭房屋办理了不动产权证但因银行原因未办理正式抵押登记，保证责任免除

若因开发商或购房人过错导致按揭房屋未办理正式抵押登记，保证责任无法免除，几乎没有争议。争议较大的是，若因银行过错导致未办理正式抵押登记，例如，银行在收到开发商或购房人交付的不动产权证后，怠于要求购房人配合办理正式抵押登记，此时开发商的保证责任能否免除？

部分观点认为，开发商的保证责任属于合同责任，而合同责任属于无过错责任，因此当购房人无力清偿到期贷款时，判断开发商应承担保证责任无需考虑过错问题，亦

即无论银行是否有过错，均无法免除开发商的保证责任。

主流观点认为，阶段性保证合同条款系附解除条件的保证合同，若正式抵押登记办理完毕则开发商免除保证责任。实践中，部分银行存在收到办证所需材料后因其自身原因未能及时办理正式抵押登记的情形。银行作为专业的金融机构，理应知晓不及时办理抵押登记的不利后果。若银行无法举证其积极办理抵押登记，则应当认定银行明知相关不利后果而怠于办理房屋抵押登记。根据《民法典》第一百五十九条^[3]之规定，应当依法认定银行不正当阻止条件成就，此时视为阶段性保证解除条件已经成就，开发商可据此免除保证责任。

注释 ANNOTATION

[3] 《民法典》第一百五十九条：“附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已经成就”。



2. 按揭房屋已经办理了所有权首次登记，因银行过错导致未办理抵押权预告登记的，保证责任免除

如前所述，若按揭房屋办理了所有权首次登记，且存在有效的抵押权预告登记，保证责任免除。实践中，办理所有权首次登记系开发商的义务，而办理抵押权预告登记通常仅需银行（抵押权人）与购房人（抵押人）双方到场即可办理，部分地区还允许银行提交购房人的授权材料后直接在网上办理。此外，办理抵押权预告登记所需材料一般包括商品房买卖合同、房屋所有权预告登记证件和贷款合同，其中除了所有权预告登记需开发商代为办理外，其余材料银行和购房人均持有。

开发商通常会在办理所有权预告登记后将证件交付给银行，由银行办理抵押权预告登记。

由此可知，办理抵押权预告登记的义务主体是银行和

购房人，与开发商无关。若按揭房屋已经办理所有权首次登记，按照“所有权首次登记+有效的抵押权预告登记=抵押权自预告登记之日起设立”的立法规定，开发商办理完所有权首次登记并在将办理抵押权预告登记所需材料提供给银行后，其义务已经履行完毕。若银行收到所需材料后怠于办理抵押权预告登记，则银行对其无法享受优先受偿权存在过错，进而免除开发商的保证责任。^[7]

综上，律师在代理开发商阶段性保证责任案件时，首先应考虑抵押权是否设立。研究抵押权是否设立，既要考虑是否满足“有效的抵押合同+正式抵押登记”的要件，也要考虑是否存在其他推定抵押权设立的抗辩理由。其次可考虑银行对抵押权未设立是否存在过错。若银行对未办理正式抵押登记或抵押权预告登记存在过错的，可据此抗辩以免除开发商的保证责任。

三、房地产开发商阶段性保证责任的风险规避 **THREE**

如上所述，开发商在阶段性保证中承担了较重的潜在风险，为有效规避相关商业风险，开发商在设计合同条款、签订商品房买卖合同及金融借款合同和合同履行阶段均应做好风险防控。进入诉讼程序后更应通过全面分析确定抗辩思路，进而实现开发商阶段性保证责任的免除。

（一）合同条款设计及签订阶段

1. 购房人提前出具委托办证手续，及时督促购房人办证

实践中，经常会出现开发商履行了全部义务使按揭房屋具备办理过户登记的条件后，却因为购房人失联或拒不配合导致无法办理不动产登记手续，进而导致无法办理正式抵押登记的情形。为避免这种情形的出现，建议开发商在与购房人签订商品房买卖合同时，应同时要求购房人签署委托开发商代办不动产权属证书的手续。若未办理委托手续，在具备办理不动产权属证书条件时，应及时通知并督促购房人办理不动产权属证书。

2. 缩短保证责任阶段，明确银行办理他项权证的义务

合同约定的担保阶段、担保范围、担保方式、担保限额等决定了开发商代偿风险的大小。如条件允许，开发商在签订阶段性保证合同时，应争取与银行协商风险更小的合作条件，如约定更为宽松的保证责任解除条件、约定最高额保证责任限制、约定“物保”与“人保”并存时的清偿顺序等方式，争取最大限度降低开发商因阶段保证所承担的不确定风险。此外，开发商应在合同中就银行应积极与购房人办理他项权证等义务做出明确约定，对于因银行原因未接收开发商、购房人的办证通知或银行接到通知后限期未办证的，银行不得要求开发商承担保证责任。

3. 审查购房人资信情况，要求购房人提供反担保

开发商在与购房人签订商品房买卖合同时，应当提前审查购房人的资信情况，评定购房人的还贷能力后再决定是否选择按揭付款方式。对于从事高风险行业或存在资信问题的购房人，开发商可要求购房人或第三人提供反担保，以确保开发商承担保证责任后可通过反担保弥补损失，降低开发商的代偿风险。

（二）合同履行及风险防控阶段

1. 建立健全按揭房屋各类权属证件办理进度监控机制

开发商内部应当建立建筑物所有权首次登记、不动产权属证书和抵押登记证明等办理的进度监控机制。对于已经办理所有权首次登记但尚未办理过户登记的房屋，开发商应及时书面督促购房人办理过户登记，或要求购房人委托开发商代办过户登记。对于开发商已经代办完过户登记的房屋，开发商应及时将不动产权属证书交付给银行，并书面通知督促银行及时办理正式抵押登记。对于已办理所有权首次登记而未办理过户登记的房屋，开发商应及时落实银行是否办理了抵押权预告登记，并就未办理抵押权预告登记的房屋及时书面催告银行办理。

2. 建立健全购房人逾期还款信息共享和预警机制

开发商应与银行建立购房人逾期还款的信息共享和预警机制，当购房人未按期清偿贷款时，经分门别类后先进行非诉处理，如协调银行与购房人调整还款数额和还款期数或者主动代购房人清偿逾期贷款后解除房屋买卖合同，收回房屋并从购房人的首付款中扣除代为清偿的费用和违约金。当购房人未按期还贷且开发商已经承担了阶段性保证责任，购房人拒

不配合和解的，开发商应及时起诉要求解除商品房买卖合同收回房屋，并要求购房人赔偿损失。当然，开发商也可以选择对购房人提起追偿权之诉，要求购房人支付开发商代为清偿的款项，并赔偿因此对开发商造成的损失。

（三）金融借款合同纠纷诉讼阶段

1. 通过抵押权已经设立进行抗辩，免除保证责任

（1）若按揭房屋已经办理正式抵押登记，开发商可依据阶段性保证“附解除条件”的性质，主张开发商阶段性保证合同的解除条件已经成就，保证责任依法免除。

（2）若按揭房屋未办理正式抵押登记，但已经办理了所有权首次登记且存在有效的抵押权预告登记，则开发商可依据《担保制度解释》第五十二条“抵押权自预告登记之日设立”的规定，主张银行对涉案房产享有优先受偿权，开发商阶段性保证的条件已成就，保证责任免除。若银行拒绝主张对涉案房产的优先受偿权，可请求法院根据《担保制度解释》向银行进行释法，协调银行变更诉讼请求，银行拒不变更诉

讼请求的，应依法驳回其对开发商的诉讼请求。

2. 通过主张银行对抵押权未设立存在过错，免除保证责任

若因银行原因导致未办理正式抵押登记或抵押权预告登记的，开发商可主张银行作为专业的金融机构，明知不及时办理抵押登记会对开发商造成不利后果，却仍怠于履行办证义务，属于不正当阻止条件成就，应依法视为开发商阶段性保证解除条件已经成就，并对开发商予以免责。

3. 起诉购房人强制办证，免除开发商的保证责任

协助购房人办理过户登记虽是开发商的合同义务，但办理过户登记必须得到购房人的协助和配合方能有效进行。换言之，办理过户登记不光是购房人的权利，也是购房人的合同义务。^[8]因此，若开发商既无法通过主张抵押权已经设立免除保证责任，也无法通过主张银行对抵押权未设立存在过错免除保证责任的，开发商可通过起诉要求购房人配合办理不动产权属证书，以解除开发商的阶段性担保责任。

参考文献 ANNOTATION

- [1] 邓通丽. 阶段性保证研究 [D]. 西南政法大学, 2019.
- [2] 广州市白云区法院 (2016) 粤 0111 民初 13104 号民事判决书.
- [3] 徐州市中级法院 (2017) 苏 03 民终 472 号民事判决书.
- [4] 福州市中级法院 (2015) 榕民终字第 5965 号民事判决书.
- [5] 安徽省高级法院 (2014) 皖民二终字第 00780 号民事判决书.
- [6] 烟台市芝罘区法院 (2022) 鲁 0602 民初 6408 号民事判决书.
- [7] 烟台市芝罘区法院 (2023) 鲁 0602 民初 1668 号民事判决书.
- [8] 江西省金溪县人民法院. 开发商能否起诉购房者要求其协助办理房产过户手续. 中国法院网. www.chinacourt.org/article/detail/2020/03/id/4841691.shtml.



山东省莒县法律援助中心主任、一级律师陈维芹 荣获全国五一劳动奖章

陈维芹 CHEN WEIQIN

4月28日，2024年庆祝“五一”国际劳动节暨全国五一劳动奖和全国工人先锋号表彰大会在北京人民大会堂举行。

255个集体和1088名个人分获全国五一劳动奖状、奖章，1034个集体获全国工人先锋号。其中，山东省莒县法律援助中心主任、一级律师陈维芹荣获全国五一劳动奖章。



陈维芹积极践行司法为民的宗旨，将法律援助视为自己毕生的事业，用心、用力、用情维护人民群众的合法权益，以过硬职业素养和精湛法律技能赢得了当事人与群众信赖。20多年来，她义务代写法律文书近4000份，解答法律咨询12000余人次，开展法治宣传600余场次，10余万人接受法治教育，处理化解团体矛盾纠纷200余起，累计为当事人避免和挽回经济损失近亿元。

她所带领的团队获得“全国法律援助工作先进集体”“全国巾帼文明岗”“全国工会职工法律援助维权服务示范单位”“全国敬老文明号”等荣誉。

律企同行

L V Q I T O N G X I N G

护航实体经济发展 山东律师在行动

山东省“服务实体经济 律企携手同行”专项行动开展以来，全省律师事务所和律师积极行动，走进企业提供法律服务，帮助化解法律风险，解决法律问题，维护企业合法权益，提升企业经营管理水平，在法治轨道上护航企业健康成长、行业良性发展、产业提质增效。

济南 JINAN



山东众成清泰（济南）律师事务所律师到中国建筑第八工程局有限公司城市发展分公司开展普法宣传。山东国曜琴岛（济南）律师事务所律师到济南产发实业集团有限公司，开展《国企涉诉形势与应对策略及合同审查技巧》专题法律培训讲座。

青岛 QINGDAO

山东青大泽汇律师事务所律师为山东海博科技信息系统股份有限公司开展软件著作权侵权法律风险防范专项培训。北京德恒（青岛）律师事务所与青岛市商务局联合开展新《公司法》惠企宣讲活动。



淄博 ZIBO



北京市盈科（淄博）律师事务所律师为淄博城市燃气有限公司作关于新《公司法》修订解读专题讲座。北京市京师（淄博）律师事务所律师为法律顾问企业开展法律培训讲座。

枣庄 ZAO ZHUANG

枣庄律师参加市侨联、市司法局共同举办的“企呼侨应 法顾惠侨”启动仪式。山东富善律师事务所律师为山东东粮生物科技有限公司开展“法治体检”服务。



烟台 YANTAI

北京市盈科（烟台）律师事务所律师为烟台齐畅供应链管理有限公司开展“劳动用工风险分析与防范”专题讲座。



济宁 JIN NING



山东文思达律师事务所律师为山东中煤工矿物资集团有限公司职工开展《国家安全法》普法宣讲。山东正途律师事务所律师到兖州区工商联（总商会）商会开展新《公司法》要点讲读法律知识培训。

泰安 TAIAN

山东求新律师事务所律师为东平中联水泥有限公司作企业合规实务讲座。山东泰山蓝天律师事务所律师为市企业国有资产管理服务中心作新《公司法》专题培训。



威海 WEIHAI



威海市律师协会国际商事与涉外争议解决专业委员会为市服务贸易协会会员企业开展主题培训。山东中立达律师事务所律师为福建商会企业开展“送法进企业”活动。

德州 DEZHOU



山东载熙律师事务所律师参加市律师协会和建设银行德州分行、德州华耀城置业有限公司联合召开的服务实体经济交流会。北京市盈科（德州）律师事务所律师为德州德商商会开展普法讲座。

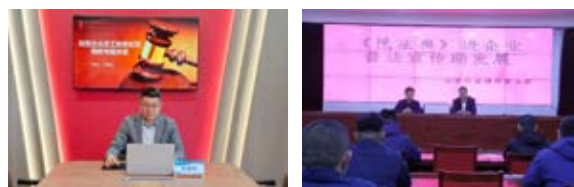
滨州 BINZHOU



山东民杰律师事务所律师为市融资担保集团开展新《公司法》专题培训。山东齐兵律师事务所律师为市代理商商会开展法律知识讲座。

临沂 LINYI

山东求同律师事务所律师为临沂海泉商贸有限公司开展民营企业员工职务犯罪预防专题讲座。山东沂蒙律师事务所律师到临沂市宝通机动车检测中心讲解《民法典》。



聊城 LIAOCHENG



山东胶城律师事务所律师到东阿县振兴钢球有限公司开展“律师法治体检进企业”活动。山东万航律师事务所律师为市财信投资控股集团有限公司开展新《公司法》专题讲座。

红色法治故事 —— 民国时期湖南律师何维道 营救任弼时同志



任弼时 REN
BISHI

任弼时 (1904-1950)，湖南汨罗人，杰出的无产阶级革命家、政治家，他与毛泽东、刘少奇、周恩来、朱德并称为党的“五大书记”。任弼时在担任中央政治局委员之际，却不幸身陷囹圄。

1928 年秋，党中央派遣任弼时赴安徽开展巡视工作。此时，国民党政府对共产党的破坏加剧，任弼时抵达安徽芜湖之际，省临委秘书处、团省委机关已先后被敌特破坏，省临委不得不转离芜湖。10 月 5 日，任弼时决定转去南陵继续开展巡视工作。途中，尽管任弼时谨小慎微，头戴礼帽，打扮成生意人的模样，并化名为胡少甫，但由于敌特的严查和叛徒的泄密，任弼时还是在 10 月 15 日被抓捕，万幸的是，敌特并不知晓任弼时的真实身份。

次日晚上，国民党南陵县法院和县党部，对任弼时进行了会审。任弼时尽管遭受了一系列刑讯逼供，但他始终坚持自己是胡少甫，是长沙伟伦纸庄派来南陵的学徒。他们无可奈何，只能用“共党嫌疑分子”的名义，在南陵监狱将任弼时进行临时关押。几天后，任弼时被当作政治犯，押往当时安徽的省会安庆，准备在安庆的特种刑事法庭对任弼时进行秘密审判。押解途中，任弼时巧遇同乡工友彭佑亭，趁押解士兵不备，将被捕之事托彭佑亭转告在长沙的堂叔任理卿。不久，任弼时的夫人陈琮英收到堂叔发来的电报，便立刻将任被捕的消息报告给党中央。同时，陈琮英请到了湖南的进步律师何维道，一起赶往安庆营救任弼时。

何维道究竟是何许人也？

关于他的资料并不多见。

何维道是长沙人，曾经是张之洞的门生，留学日本法政大学法科专业，归国后相继担任湖南公立法政专门学校、湖南大学的法科教授，他还相继担任过长沙律师公会的副会长和会长，是当时湖南著名的四大律师之一。

此外，何维道还与谭传恺，合著有中国最早的警察学著作《警察学》一书，以及合著有《平时国际公法》等著作。可见，何维道具有深厚的理论功底和丰富的实务经验，是法学理论和法律实务兼具的理论家与实务家。

何维道律师抵达安庆之后，通过各种斡旋，把任弼时的案子由特种刑事法庭转移到安徽高等法院，将原来的特种刑事案件变成了普通案件，由此转变了案件的性质，减少了法律营救的阻力。因为若想从特种刑事法庭直接实施营救，简直堪比登天。要知道，国民党设立的特种刑事法庭，被时人称为“铲共法院”或“惩共法院”，是专门镇压共产党人的，该法庭经常对共产党人实施严刑拷打，秘密审讯，律师根本就没有辩护的机会。

等到安徽高等法院开庭审理时，何维道作为任弼时的辩护律师亲自出庭参加辩护。法

官询问完被告人的基本情况后，大声喝道：“胡少甫，你图谋作乱，危害民国，从实招来！”任弼时答道：“本人是个安分守法的生意人，何来图谋作乱，危害民国？”此时，何维道也立刻站起反驳道：“这图谋作乱，危害民国的罪名何其大，法庭必须出示证据！”何维道在法庭上唇枪舌剑、雄辩高谈，强烈谴责了县党部滥抓无辜。将伟伦纸庄学徒当成共产党嫌犯抓入监狱，是严重侵犯人权的非法行为。请求法院先调查核实胡少甫之身份，以证明其无罪，并予以释放。

在何维道的请求下，安徽高等法院便派遣人员赴长沙查核，而任弼时则被继续关押于饮马塘监狱。实际上，在此之前，未雨绸缪的何维道便再三嘱咐陈琮英，让她回长沙做好应对法院查核取证的准备，以统一口径。此时，陈琮英早已安排妥当，待安徽高等法院的调查人员来查核取证时，陈琮英便以伟伦纸庄东家的身份，证明了胡少甫是自己纸庄的学徒，且向法院出具了证明书。1928年底，此案最终以证据不足，任弼时被宣告无罪释放而结束。被何维道营救出狱后的任弼时，回到上海继续开展革命工作，继续为人民的解放事业而斗争。

来源

律史钩沉、上海市黄浦区司法局

壹

一个卖瓷碗的老人挑着扁担在路上走着，突然一个瓷碗掉到地上摔碎了，但是老人头也不回继续向前走。

路人看到很奇怪，便问：“为什么你的碗摔碎了你却不看一眼呢？”老人答到：“我再怎么回头看，碗是碎的。”

感悟

失去的东西就要学着去接受，学着放下，毕竟很多事并不会因为你的悲伤就会回来，结果就会被改变。

贰

鸚鵡遇到烏鴉，籠中的鸚鵡安逸；野外的烏鴉自由。鸚鵡羨慕烏鴉自由，烏鴉羨慕鸚鵡安逸，二鳥便商議互換。

烏鴉得到安逸，但難得主人歡喜，最後抑鬱而死；鸚鵡得到自由，但長期安逸，不能獨立生存，最終飢餓而死。

感悟

不要盲目羨慕他人的幸福，也許那並不適合你。老了，不要去攀比，過好自己的日子，享受自己的生活才是王道！

叁

老師問：“有個人要燒壺開水，生火到一半時發現柴不夠，他該怎麼辦？”

有的同學說趕快去找，有的說去借、去買。

老師說：“為什麼不把壺里的水倒掉一些呢？”
同學頓悟……

感悟

世事總不能萬般如意，有舍才有得。人到老年，精力總會有限，不如“倒掉一些水”，只專注自己喜欢的人和事吧！

肆

貓和狗是好朋友。一天貓掉進大坑，狗拿來繩子，貓叫狗把繩子扔下來，結果它整捆扔了下去。

貓很鬱悶的說：這樣扔下來，怎麼拉我上去？狗說：不然怎麼做？貓說：你應該拉住一頭繩子啊！

狗就跳下去，拿了繩子的一頭，說：現在可以了！貓哭了，哭得很幸福……

感悟

有的人不是很聰明，却值得你終生擁有。





伍

老和尚问小和尚：“如果你前进一步是死，后退一步则亡，你该怎么办？”小和尚毫不犹豫地说：“我往旁边去”。

感悟

天无绝人之路，人生路上遭遇进退两难的境况时，换个角度思考，也许就会明白：路的旁边还是路。

陆

第一天，小白兔去钓鱼，一无所获。第二天，它又去钓鱼，还是如此。

第三天它刚到，一条大鱼从河里跳出来，大叫：你要是再敢用胡萝卜当鱼饵，我就扁死你。

感悟

你给的都是你自己“想”给的，而不是对方想要的，活在自己世界里的付出，不值钱。老了，和儿女相处时更要明白这一点。

感悟

天无绝人之路，人生路上遭遇进退两难的境况时，换个角度思考，也许就会明白：路的旁边还是路。

柒

穷人问佛：我为什么这样穷？
佛说：你没有学会给予别人。
穷人：我一无所有如何给予？
佛：一个人一无所有也可以给予别人七种东西。

- 颜施：微笑处事；
- 言施：说赞美安慰的话；
- 心施：敞开心扉对人和蔼；
- 眼施：善义的眼光给予别人；
- 身施：以行动帮助别人；
- 座施：即谦让座位；
- 房施：有容人之心。

法治故事
F A ZHI G U S H I

讼师身上的正能量

在古代，诉状也被称为“刀笔文章”，讼师则被称为“刀笔先生”，由于这些“刀笔吏”最擅长曲解律文、雕琢文字、上下其手、出入人罪，成为君主“震怖臣下，诛锄谏士，艾杀豪杰”的工具，为人们所诟病。到了明清时期，人们用“刀笔先生”来泛指以撰写公文、诉状为业的师爷、幕僚、讼师等。讼师还有另一张面孔，就是正面的形象。古代讼师身上的正能量是从两个方面体现出来的：一是他们在诉讼中惩恶扬善，锄强扶弱，匡扶正义；二是他们超乎常人的聪明才智。为了传播讼师身上的正能量，我们不妨看几个例子。

在一些讼师的身上激荡着路见不平、拔刀相助的江湖侠气。曾经有一个恶霸，将一个无辜的乡民殴打致死。闹出了人命，凶手根本不以为意，蛮横地丢出十两白银，买乡民的一条命。这起惨案刚好被一位讼师遇见，讼师义愤填膺，挥笔疾书——“夫身有纹银十两，已可踢死一人，若家有黄金万镒，便将尽屠城？草菅人命，由此可见！”诉状写得慷慨激昂、掷地有声。

有的讼师则凭借他们丰富的诉讼经验和社会阅历主持公道、锄强扶弱。在清朝雍正年间，有一户贫苦人家迫于生计，将自家的财产典当给一个当铺老板，等手头宽裕了再赎回。可是，这个当铺老板财迷心窍，想要私吞这份财产，于是，他伪造了一份合同，也就是绝卖契约，意味着当主已经把财产所有权转移给他了，无权赎回。双方发生纠纷，在公堂之上，当铺老板以这份假合同让法官信以为真，竟然得以胜诉。

当主无奈，就向当地一位著名的讼师吴墨卿求助。吴墨卿拿来当铺老板伪造的假合同，仔细查看，果然发现了漏洞。原来，当铺里的当票都是用一根木扦穿起来的，否则，成百上千的当票就会“落纸如飞，散同秋叶”。而当铺老板提供的绝卖契约上面没有孔，这张当票显然是伪造的。当主据此提出上诉，当铺老板无言以对，交代了自己伪造合同的事实，把财产还给了当主。

在清人曾衍东的小说集《小豆棚》里，记载了一位外号“疙瘩老娘”的女讼师，办事老辣，

相当有手段。由于江北地区遭遇自然灾害，粮食匮乏，粮商就到江南去收购粮食，贩运到江北出售。可是，江南百姓担心粮食都被运到江北去了，本地的粮价会上涨，所以阻止粮商贩粮。双方为此发生纠纷，闹到了公堂。

粮商们慕名向“疙瘩老娘”求助。“疙瘩老娘”开价白银三千两，代写了一纸诉状，上面只有两句话“列国纷争，尚有移民移粟；天朝一统，何分江北江南。”在这里，“疙瘩老娘”用了一个历史典故。《孟子》中曾经记载了战国时期魏国是如何救灾的：如果河东闹灾荒，就把老百姓迁到河内，把粮食输往河东；反之亦然。当年的诸侯尚且知道体恤灾民，周转救济；如今天下共主，怎么能画地为牢，搞地方保护主义呢？寥寥数语，让人根本没有反驳的余地，当地政府二话不说，下令放行。

在《清稗类钞》一书中有这样的说法：“讼师之性质，与律师略同。”实际上，讼师与律师“略同”的背后还隐藏着很大的不同。讼师与律师的区别除了体现在两者的法律地位上，还体现在两者办案的程序和方法上。在古代，讼师没有什么“以事实为依据，以法律为准绳”的观念，即便是在为弱者主持正义的时候，采用的手段依现在的法治观念看来也是有瑕疵的，也就是说，“为达目的不择手段”，以牺牲程序正义为代价追求实体正义。下面的这则案例就是一个很好的注脚。

清代有一个叫杨瑟岩的讼师，他办过这样一宗案子。有一个孤苦无依的老人打算卖掉自己的房产，买主是一个当地的豪强。按照市价，此处房产价值白银一百两，可是，这个豪强仗势欺人，只肯出五十两，而且是强买强卖，不许讨价还价。老人走投无路，就向杨瑟岩求助。杨瑟岩把手一挥：“依他便是！”

签订买卖合同的时候，杨瑟岩居中作保。合同上是这样写的：“某某某自愿卖房两间，上卖椽子、坭料和砖瓦，下卖地基。议价五十两银。口说无凭，立下此据为证。”豪强一看，这契约写得明白，虽然“上卖椽子、坭料和砖瓦，下卖地基”有点画蛇添足，但也没什么问题，当即签字画押。

没过多久，老人就要求豪强拆掉房子，把地基给自己腾出来。豪强感到莫名其妙，与老人争执起来，并把杨瑟岩这个保人找来。杨瑟岩气定神闲，接过双方当初签订的合同，当众宣读，把豪强听得目瞪口呆，合同中的“下卖地基”变成了“不卖地基”。豪强抢过合同一看，“下”字果然变成了“不”字。真是见了鬼了！

原来，在签订房屋买卖合同的时候，杨瑟岩用自己的大拇指蘸了墨汁，轮到他这个保人签字的时候，顺势在“下”字旁边一按，就成了“不”字。那豪强吃了个哑巴亏，只好自认倒霉。站在我们的立场上分析，这个杨讼师固然是锄强扶弱，在道义上无可厚非，可是他的做法已经是诈骗了。

来源：《法治日报》



養生

食谱大全
SHIPUDAQUAN

芋头
[YUTOU]



吃芋头相当于注射免疫球蛋白
增强人体的免疫功能

枸杞子
[GOUQIZI]



嚼服枸杞口中津液长生
具有抗动脉硬化、降低血糖、
促进肝细胞新生等作用

酸奶
[SUANNAI]



常喝酸奶
营养价值极高

绿茶
[LVCHAI]



抗癌、可补充钾元素
增加血管的柔韧度

五谷杂粮
[WUGUZALIANG]



有安神促进睡眠的作用

恐怕你我都想不到，
它竟然有吸脂的作用！



土豆
[TUDOU]

抗癌，不过要和鸡蛋炒
才能生成抗癌物质哦！



西红柿
[XIHONGSHI]

治肺炎，治心脑血管病，
调节血液粘稠度！
能净化血液、脑动脉粥样斑块。



黑木耳
[HEIMUER]



脾胃，久之脾健，湿自化。

薏米红豆汤
[YIMIHONGDOUTANG]

每天一把坚果
降糖又调脂



坚果
[JIANGUO]



梨
[LI]

饭后吃个梨，
排除毒素，助你更健康



山东省律师协会

Shan Dong Lawyers Association