



建达律师

法讯传导

总第三三六期

2009年1月20日

- 《法讯传导》是建达律师事务所编制的提供法律知识的内部期刊，每月二期，免费寄送，内容包括学法一点通、法规经纬、企业服务台、知识走廊、身边事等栏目。
- 如果您想订阅《法讯传导》电子版，或者有任何意见与建议，或者希望不再收到《法讯传导》电子版，请及时与我们[联系](#)。
- 关于《法讯传导》的使用说明，详见建达所网站的“[法律声明](#)”。

目 录

【学法一点通】	- 2 -
强制迁出房屋的法定程序是什么？	- 2 -
司法机关这样的行为合法吗？	- 2 -
【法规经纬】	- 3 -
国土资源部：年底前出台土地流转政策	- 3 -
企业最低工资标准近期将暂缓调整	- 3 -
民间借贷运营有望规范化	- 4 -
国务院：决定在全国实施增值税转型改革	- 4 -
国务院发布《奶业整顿和振兴规划纲要》	- 5 -
【企业服务台】	- 5 -
劳动合同法实施后加班工资应如何规制	- 5 -
解读民事诉讼执行程序司法解释——案外人的异议之诉	- 6 -
六措施促大学生就业	- 7 -
企业退休养老金连续三年上调	- 8 -
【知识走廊】	- 8 -
这是否属于非法采矿？	- 8 -
这种行为是否构成受贿罪？	- 9 -
【身边事】	- 9 -
十种理由可退房	- 9 -
我辞职是否要付违约金？	- 10 -
【联系我们】	- 10 -

【学法一点通】

强制迁出房屋的法定程序是什么？

问：2008年2月25日，法院判我30日之内腾退房屋，因为拆迁补偿没到位，我没搬。2008年10月22日，法院在未通知我本人的情况下实行了强制执行。请问，我该怎么办？

答：民事诉讼法规定，强制迁出房屋，由院长签发公告，责令被执行人在指定期间履行。被执行人逾期不履行的，由执行员强制执行。强制执行时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或者他的成年家属到场，拒不到场的，不影响执行。被执行人是公民的，其工作单位或者房屋、土地所在地的基层组织应当派人参加。执行员应当将强制执行情况记入笔录，由在场人签名或者盖章。强制迁出房屋被搬出的财物，由人民法院派人运至指定处所，交给被执行人。被执行人是公民的，也可以交给他的成年家属。因拒绝接收而造成的损失，由被执行人承担。如对你的拆迁违反上述法定程序，发生损失可要求国家赔偿。

司法机关这样的行为合法吗？

问：2008年9月26日，我打车去上班，下车时我将公文包遗忘在出租车上，包里有5000元现金和一些证件，事后我找到了出租车司机，可他却说没看见。我以其涉嫌侵占罪向公安机关报案，但公安局以无管辖权为由拒绝受案，我又向法院起诉，法院以事实不清、证据不足，裁定驳回。司法机关的做法是否合法？

答：侮辱、诽谤、暴力干涉婚姻自由、虐待、侵占等罪属于告诉才处理的案件，依法应当由人民法院管辖。刑事诉讼法第一百七十一条人民法院对于自诉案件进行审查后，按照下列情形分别处理：（一）犯罪事实清楚，有足够证据的案件，应当开庭审判；（二）缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，应当说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回。对于本案公安机关并无管辖权，而法院对证据不足的案件裁定驳回也并无不当。

【法规经纬】

国土资源部：年底前出台土地流转政策

国土资源部正在抓紧制定农村集体用地流转相关办法措施。国土资源部副部长鹿心社11月17日对此给出了明确的时间表，他说，年底前国土资源部会有一批相应的文件陆续出台。同时他强调，农村土地流转必须防止对农村集体土地的盲目占用。

有人担心，现在推行农村集体建设用地进行流转是否会导致大肆利用农村建设用地进行商业开发局面的出现。

对此，鹿心社强调，农村集体建设用地的流转或者说农村建设用地的流转必须符合土地总体利用规划，不符合规划的土地不能流转；同时，集体建设用地流转，流转的土地本身必须是经过依法批准或者依法取得的，违法用地不能流转。

鹿心社说，如在流转当中需要把农用地变成建设用地，必须依法办理农用地的转用审批手续；依法或允许转让的集体建设用地，还必须按一定的程序报县以上国土资源部门批准。

国土资源部要求，农村集体建设用地的流转要采取公开方式，放到城乡统一的土地市场当中交易转让，以便社会各方面加强监督。

企业最低工资标准近期将暂缓调整

人力资源和社会保障部11月17日发出通知，提出切实措施，强调要把帮助企业渡过难关、稳定就业局势作为当前头等大事来抓。

人力资源和社会保障部提出，加强对企业劳动关系的指导和服务，建立健全劳动关系调处应急反应机制。要妥善处理工资和工时问题。根据当前经济形势和企业实际，近期暂缓调整企业最低工资标准；鼓励国有企业带头承担社会责任，尽量减少裁员。对关闭停产企业已解除劳动关系的人员，要及时足额发放失业保险金。继续调整失业保险金标准和工伤保险待遇，降低医疗保险基金起付线或提高封顶线，以提高保障水平。

人力资源和社会保障部还要求输入地要及时发布用工信息，将已在用工地稳定就业半年以上失去工作的农民工纳入失业登记。对符合条件的农民工要通过失业保险基金及时核发一次性生活补助，并提供免费的职业介绍和政府补贴的职业培训等就业服

务。

民间借贷运营有望规范化

今后，在不非法吸收存款、借贷利率不超过基准利率 4 倍的前提下，个人有望合法注册从事放贷业务。11 月 16 日，中国人民银行研究局副局长刘萍透露，由央行起草的《放贷人条例》草案已经提交国务院法制办，民间借贷有望通过国家立法形式获得规范。

今年年初，央行搜集到的资料发现，沿海一带的典当行、担保公司业务“前所未有地火爆”，随即由央行牵头对 31 个省份进行了快速调查。“规模不像人家想象的那么可怕，利率平均是 12%—15%。”刘萍透露。

目前，抵押行业中常见的合法经营模式是典当行和担保公司，而更多的民间借贷则是通过地下钱庄形式出现。刘萍态度很明确：希望通过条例使得民间资本浮出水面，产生积极效应。

条例的最大突破是允许个人注册从事放贷业务。刘萍说，符合条件的企业和个人都可开办借贷业务，准入门槛参照《小额贷款公司试点的指导意见》，并可能适当放宽。其中关键点在于放贷的钱必须是自有资金，严禁吸收存款，“只借不收”；另外，借贷利率不能超过基准利率的 4 倍；公司老板和高管应无犯罪记录和不良信用记录。符合条件者向银行主管部门提请前置审批，后到工商部门注册。

根据草拟的《放贷人条例》，民间借贷主要面向中小企业和农民，用动产和不动产做抵押。

国务院：决定在全国实施增值税转型改革

国务院常务会议决定，自 2009 年 1 月 1 日起，在全国所有地区、所有行业推行增值税转型改革。改革的主要内容是：允许企业抵扣新购入设备所含的增值税，同时，取消进口设备免征增值税和外商投资企业采购国产设备增值税退税政策，将小规模纳税人的增值税征收率统一调低至 3%，将矿产品增值税税率恢复到 17%。经测算，明年实施该项改革将减少当年增值税收入约 1200 亿元、城市维护建设税收入约 60 亿元、教育费附加收入约 36 亿元，增加企业所得税约 63 亿元，增减相抵后将减轻企业税负共约 1233 亿元。

国务院发布《奶业整顿和振兴规划纲要》

纲要提出，到2008年年底以前，以处置婴幼儿奶粉事件为契机，对乳品生产、收购、加工、销售等各环节进行全面整改，加大扶持力度，使各环节基本恢复到正常状态。

纲要要求，到2009年10月底前，健全相关法律法规，完善乳品质量标准，推广生鲜乳生产技术规程，加强奶站规范化建设和管理，推进乳制品生产企业建立良好生产规范，使奶业发展在制度化、规范化建设上迈出重要步伐。

纲要提出，到2011年10月底前，在推进养殖规模化、产销一体化，加工布局优化、全行业标准化，以及规范市场竞争、完善质量标准体系等方面取得实质进展。奶业的质量标准体系、检测监管体系、质量管理体系基本建立，乳制品质量安全水平显著提升，奶业的整体素质和效益达到新水平，现代奶业基础格局初步形成。

纲要强调，有关部门要制定本部门落实纲要的具体方案，并在职责范围内对执行情况进行监督检查。

【企业服务台】

劳动合同法实施后加班工资应如何规制

随着劳动合同法、劳动争议调解仲裁法颁布实施，劳动争议仲裁时效制度开始推行。加班工资争议案件近期增加了不少，在实践中对加班工资的很多具体问题如何处理存在不同意见，解决不好就可能引发纠纷。目前我国劳动法律、法规、规章、司法解释对加班工资争议处理的规定比较模糊。

广东省《关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》对这一问题的规定是目前比较具体的地方性规则。比如，该意见第二十七条规定：“用人单位与劳动者虽然未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资。但折算后的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的除外。”该意见是劳动合同法、劳动争议调解仲裁法颁布施行后，目前我国关于加班工资争议处理在实体和程序上规定比较具体的一个

地方性意见。

但是，这一意见仍有不少需要完善的地方。比如，对该意见第二十八条规定的“用人单位与劳动者约定奖金、津贴、补贴等项目不属于正常工作时间工资的，从其约定”的这一点，笔者认为需要修正。因为，如果允许用人单位将奖金、津贴、补贴等项目约定在正常工作时间工资范围外，那么在劳动者没有加班的情况下，劳动者是否就无法获得这些奖金、津贴、补贴等项目？这些规则是否变成了促使劳动者必须加班才能获得的项目？劳动者是否实际只能获得最低基本工资？在劳动者加班的情况下，计算劳动者加班工资的基数是否变成了实际是最低基本工资呢？而这些奖金、津贴、补贴本来应包括在劳动者正常工作时间工资内。实践中有些用人单位这样与劳动者约定，不论劳动者是否存在加班，每月的工资均包含该月的加班工，即所谓的包月工资。这种约定显然是用人单位为了故意规避劳动法限制加班的强制性规范，应当无效。

有些人提出，如果用人单位与劳动者存在类似“双方约定或者规章制度规定，加班必须报经批准，未经批准私下加班不给付加班费”，这种约定或规定是否有效？笔者认为，从给予用人单位一定的经营管理自主权的角度看，如果这种约定不违反平等自愿原则或者是通过民主程序（劳动合同法颁行后制定的规定符合该法规定的程序）的，应当作为有效的约定或规定。

总之，依据我国劳动法律规定，劳动者的正常工作时间是每日8小时、每周工作40小时，并按照国家规定的公休假日和节假日获得休息休假权。如果劳动者每日工作时间超过8小时、每周超过40小时或者虽然每日工作8小时内、每周工作40小时内，但在公休假日（周六、日）工作而不能获得相应时间的补休或者在国家法定节假日工作，通常构成加班或加点，用人单位应相应支付加班加点工资。

解读民事执行程序司法解释——案外人的异议之诉

典型案例 张某在甲法院打官司胜诉，对方当事人王某在甲地无财产，却在乙地拥有一栋房屋。张某向乙法院申请执行时，赵某向乙法院提出异议，称自己是这栋房屋的所有人。乙法院驳回赵某异议，赵某决定起诉，请求确认房屋所有权，并请求停止执行。

代表法条 第十五条：“案外人对执行标的主张所有权或者有其他足以阻止执行标的转让、交付的实体权利的，可以依照民事诉讼法第二百零四条的规定，向执行法院提出异议。”

律师解读 民事诉讼法第二百零四条规定：“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”

案例中，赵某作为案外人可以向乙法院提出异议，乙法院在审查异议期间，不得对该房屋进行处分。如果赵某向乙法院提供充分、有效的担保请求解除对房屋的查封，乙法院可以准许；但张某若提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。如果因赵某提供担保解除该房屋查封有错误，致使该房屋无法执行的，乙法院可以直接执行担保财产；若张某提供担保请求继续执行有错误，给对方造成损失的，应当予以赔偿。

赵某对乙法院驳回其请求存有异议，在另行起诉时应以张某为被告。如王某也反对赵某的诉讼请求，则应当以张某和王某为共同被告。赵某起诉后，由乙法院管辖。乙法院应当依照诉讼程序审理，经审理，理由不成立的，判决驳回其诉讼请求；理由成立的，根据赵某的诉讼请求作出相应的裁判。诉讼期间，不停止执行。若赵某的诉讼请求确有理由或提供充分、有效的担保请求停止执行的，可裁定停止执行；若张某提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。若赵某请求停止执行、请求解除查封、扣押、冻结或者张某请求继续执行有错误，给对方造成损失的，应当予以赔偿。

六措施促大学生就业

人力资源和社会保障部副部长张小建近日表示，大学毕业生数量今年为 559 万，明年为 610 万，今年底到明年的大学生就业面临着比以前更加趋紧的形势。该部正和有关部门共同研究制定大学生就业的指导意见和相关政策，将采取六项措施：

- 1、进一步完善促进高校毕业生就业的政策体系和服务体系，建立健全大学生就业工作的长效机制。

- 2、坚持面向企业生产一线、城乡基层服务一线、西部边远地区建设一线，同时根据现在经济形势发展的新需要，在生产服务、生活服务、社会管理、公共服务方面开发更多的就业岗位。

3、完善鼓励毕业生到基层、到企业、到边远地区就业的各项政策，通过政策引导毕业生，在这些能够扩大就业的领域里更好地就业。

4、进一步畅通毕业生到各类企业，特别是民营企业就业的路子，鼓励和支持大学毕业生自主创业、自谋职业。

5、强化对毕业生的就业服务，着力解决就业供求信息不对接、技能不适应等问题。

6、建立完善对困难毕业生的援助制度，认真做好家庭困难和登记毕业生的就业援助工作，争取让最困难又急需就业的人员得到一对一的帮助，解决他们的问题。

企业退休养老金连续三年上调

2009年计划人均增110元 2009年全国企业退休人员基本养老金人均将增加110元左右，这是人力资源和社会保障部具体落实国务院十项保增长措施的一项重要举措。

人保部有关人士近日透露，由该部起草的关于提高企业退休人员基本养老金水平的总体方案，已经于11月11日上交国务院。在各省上报之后，人保部还要逐省审核。国务院将在12月底完成方案审批。

从2008年1月1日起，全国4200多万企业退休人员的基本养老金标准上调，人均增加10%，为100元左右。2008年至2010年将继续上调三年，且上调幅度高于前三年，到2010年，全国企业退休人员月人均养老金将超过1200元。

对于2009年的增幅，有关人士表示，110元是一个平均数，各地养老金调整水平会有所差别。根据2008年各地企业退休人员养老金调整标准，人均增涨最高的地区为北京，每月增长200元；最低为安徽，每月增长55元。

【知识走廊】

这是否属于非法采矿？

问：我村刚开了一个采石厂，在它旁边宽度不足一米是农田，经常有很多小碎石落到田里，致使我们无法耕作，我们村子距离采石厂大概两百米左右，每天灰土飞扬，而且能听到碎石机发出震耳欲聋的声音。请问，这是否属于非法采矿？

答：非法采矿，是指未取得采矿许可证擅自采矿的，进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围采矿的，擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种，或者虽有采矿许可证，但不按采矿许可证上采矿范围等要求的，经责令停止采后拒不停止开采，造成矿产资源破坏的行为。如果该采石厂存在以上情形，可以向当地政府部门举报；如果该采石厂造成环境污染，可以向环保部门投诉。

这种行为是否构成受贿罪？

问：我们是一家发电厂主要原料是煤。某些职工负责煤的采样、制样、化验等工作。他们利用工作之便，收受煤商的礼品。这是否构成受贿罪？

答：刑法规定，公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑。可以并处没收财产。公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照前款的规定处罚。国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前两款行为的，依照规定定罪处罚。如果这些职工不是国家工作人员，构成非国家工作人员受贿罪。如果是国家工作人员，构成受贿罪。

【身边事】

十种理由可退房

出卖人将商品房一卖一抵时，买受人可以请求解除合同；

出卖人将一房二卖时，买受人可以请求解除合同；

出卖人故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实，将房屋出售给买受人的，买受人知情后可以解除合同；

出卖人故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实，再将此房屋出卖给买受人的，买受人知情后可以解除合同；房屋主体结构质量不合格时，买受人可以请求解除合同；

因房屋质量问题严重影响正常居住使用，买受人可以请求解除合同；

套内面积或建筑面积与商品房买卖合同约定面积不符，合同也无处理约定，且面积误差比绝对值超出3%，买受人可以解除合同；

出卖人迟延交房经催告后三个月期满出卖人仍未交房，买受人可请求解除合同；

由于出卖人的原因导致买受人无法按期办理房屋所有权登记，买受人可以请求解除合同；

因出卖人一方原因未能订立商品房担保贷款合同并导致商品房买卖合同不能继续履行的，买受人可以请求解除合同。

我辞职是否要付违约金？

问：2008年2月我进入一家物流公司工作，主要为奥运场馆服务，奥运会结束后，公司以优化组合为由，把我们十几个人调离到另一个部门，工作量加大了工资却没有原来合同约定的多，我们想辞职，但是当时双方约定如果提前辞职要承担违约金。我是否向用人单位支付违约金？

答：用人单位加大工作量而且违反合同约定未足额支付劳动报酬，劳动者可以解除劳动合同。根据劳动合同法规定，除劳动者违反服务期约定和劳动者违反竞业限制的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。因此，劳动合同中约定的提前辞职要承担违约金的约定无效，你不需要支付违约金，而且根据劳动合同法第四十六条规定，违反合同约定未足额支付劳动报酬，劳动者可以解除劳动合同，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。

【联系我们】

● 福建建达律师事务所

地址：福州市华林路338号福城花园西区17层

邮编：350013

电话：0086-591-87676100、87676167

传真：0086-591-87676123

网址：www.jdlawyer.com.cn

电子邮箱：fjjdlawyer@263.net

● 分所

泉州 漳州 福鼎 马尾 长乐 霞浦

● **联盟所**

福建佳汇律师事务所

上海劲达律师事务所

深圳景达律师事务所