



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM

七方律师事务所

七方 法研

2021年 第2期 总8期
学无止境 方有未来



目录 CONTENTS

解读民法典

房子已过户，为何“不能”住？	01
新建设工程施工合同司法解释关于建设工程优先受偿权变化解读	06
共同保证人相互追偿规则之体系化解读	11
简析民法典定金规则之变化	16
民法典：唤醒“沉睡”的离婚经济补偿制度	20

民商纵横

最高院认定农民工（班组）不属于法律意义上的实际施工人了吗？	24
预约合同与本约合同的那些“纠缠”	31
被保全的房屋，还能买卖吗？	36

家长里短

小区停车规约蕴含的法律价值追求	41
业主投票，行之有道	44
父母必看：为子女婚内购房出资，赠与 or 借款？	49

公司治理

“技术”出资就等于不掏腰包？	54
----------------	----

目录 CONTENTS

财税金融

- 左手回购、右手减持，难免操纵证券市场之嫌-----60
- 浅谈操纵证券市场侵权责任的司法认定-----64

罪与罚

- “辣笔小球”为何以侵害英雄烈士名誉、荣誉罪被捕？--67
- 刑事附带民事诉讼中死亡赔偿金1的理解与适用——
以新刑诉法司法解释、《民法典》等新规为视角---71
- 《刑法修正案（十一）》之“催收非法债务罪”----79
- 《刑法修正案（十一）》之侵犯商业秘密罪作-----84

聚焦劳动法

- 延迟退休政策对企业劳动用工的影响与思考建议----89
- 员工拒绝到公司指定医院复查，构成旷吗？-----95
- 配偶经营同业公司，另一方是否违反竞限制义务？--98
- 二审改判，迟来的胜诉！外卖骑手奔波 三年才
被认定劳动关系！-----103

知产知否

- 《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件
适用惩罚性赔偿的解释》要点解读-----106
- 从影视行业集体声明看著作权“合理使用”的边界-114

房子已过户，为何“不能”住？

作者：张春球



《民法典》实施后，居住权 C 位出道，这一项被法律物权化的权利成为了大家热议的话题。那么在实际生活中，我们该如何设立居住权？设立居住权需要注意哪些关键的法律要点？什么情况下需要设立居住权，有哪些典型案例？在二手房买卖中如何规避因设立居住权而带来的风险？本文将逐一为你解开疑惑。我们先来看一则业已执行完毕、发生在武汉的首例居住权案件。

武汉微博房产

3月18日 10:26 来自 微博 weibo.com

【#武汉首例居住权案判了#】妻子生前立下遗嘱，婚前的房子赠与弟弟，但丈夫李先生仍可常住。3月16日，长江日报记者获悉，经李先生申请，武汉市洪山区法院作出执行裁定，将房屋居住权登记在李先生名下。这是民法典颁布实施后，武汉首例居住权执行案件。📍 武汉 📖 武汉首例，判了！民法典实施后，武汉首例居住...



案情简介

2006年，李先生与许女士结婚，婚后未生育子女。

2014年1月，患病的许女士立下遗嘱，表示自己过世后，将她和李先生居住的房屋赠与其弟许先生，但李先生再婚前仍可居住其中。

2016年初，许女士病逝后，许先生与李先生为许女士遗产对簿公堂。经查，这套房屋为许女士婚前财产。

2016年11月，洪山区法院判决该房屋归许先生所有，李先生拥有该套房屋的居住使用权。判决后，李先生一直居住在该套房屋内，许先生未曾打扰。

2021年初，李先生发现，妻弟把房子挂网上出售李先生发现妻弟把这套房子挂网上出售，担心会影响自己继续居住，他连忙拿着判决书来到洪山区法院执行局，申请居住权强制执行。

2021年2月26日，洪山区法院作出执行裁定，将该房屋的居住权登记在李先生名下。

2021年3月3日，洪山区法院执行人员来到洪山区政务服务中心，在不动产登记窗口向工作人员递交了该案的执行裁定书和协助执行通知书，请不动产登记部门配合李先生办理居住权登记。

2021年3月8日，代理律师陪同李先生拿着身份证明和法院的执行裁定书等

材料，到洪山区不动产登记窗口申请居住权登记。目前，该居住权登记已按规定办理完毕。

从上述案件中我们发现，许先生虽然通过遗嘱方式已经取得了案涉房屋的所有权，但因李先生对该房屋享有居住权，其在再婚前可以一直居住在此房屋中。就房屋的占有、使用属性来说，李先生的居住权要优先于许先生的所有权，许先生面临有房“不能”住的尴尬。鉴于此，我们有必要在《民法典》中对居住权的相关法律规定和实际适用作一个解析。

一、什么是居住权

所谓居住权，是指居住权人对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。

二、设立居住权需要注意的法律要点

在我国法律体系中，《民法典》首次在物权编专门用一章规定了居住权，具体体现在《民法典》第二编物权编的第十四章第366条到第371条，一共六个条款、八个要点。

01、居住权是一种占有、使用的用益物权，不是所有权，也不是担保物权。

02、居住权可以通过合同方式设立，也可以通过遗嘱方式设立。

03、设立居住权，当事人应当采用书面形式订立居住权合同。这意味着居住权是要式合同，不得以口头形式设立。

04、居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外。不同于房屋租赁合同，居住权原则上是无偿的，但是如果当事人约定了居住权是有偿的，则尊重当事人之间的约定。

05、设立居住权，应当向登记机构申请居住权登记，居住权自登记时设立。居住权是登记生效主义，除了必须采用书面形式订立居住权合同外，当事人还必须到登记机构办理居住权登记，才能设立居住权。

06、居住权不得转让、继承，设立居住权的房屋不得出租，但是当事人另有约定的除外。居住权不得转让、继承，但设立居住权的房屋可以转让、继承，一般不得出租，当事人约定可以出租的，则尊重当事人之间的约定。

07、居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。居住权消灭的，应当及时办理注销登记。设立、注销居住权，都必须到登记机构办理相应的登记。

08、居住权合同一般包括下列条款：

(1) 当事人的姓名、名称和住所；(2) 房屋的位置；(3) 居住的条件和要求；(4) 居住权期限；(5) 解决争议的方法。

居住权除了我们通常所理解的“对于房屋居住的权利”之外，其在设立和实际使用中还有很多内涵和外延，现实生活中有三种情形比较典型。现就民法典实施前后的处理方法之对比，了解如何通过设立居住权、恰如其分地妥善解决我们日常生活中可能遇到的难题。

典型案例 01

花花和静静在婚姻关系存续期间购买了一套房屋，后二人感情破裂意欲离婚，双方协议约定由女方静静享有全部的房屋所有权，女方给予男方房屋补偿款200万元。不过男方花花担心其放弃了房屋所有权之后，女方静静不能如期向其补偿相应款项，故双方还约定在女方静静全额支付补偿款之前，男方花花有权在该房屋内居住。

在《民法典》实施之前，此种约定虽然可以在一定程度上促使女方在约定期间支付补偿款，但如若静静在取得房屋所有权之后将房屋另行出售，并隐匿房款拒不支付房屋补偿款的情形下，此种约定则很有可能落空，难以实现花花如期取得房屋补偿款的目的。

在《民法典》实施之后，男方花花即可以通过与女方静静约定设立居住权的方式，更好地保护己方的利益。双方可以在离婚协议中约定房屋归女方所有，女方向男方支付200万的房屋补偿款，并且男方在女方足额给付前述补偿款之前对于

三、设立居住权可以解决生活难题



该房屋享有居住权。此后，男方在将该房屋所有权完全过户给女方的同时，可以要求女方给男方办理居住权设立登记，居住权的存续期间以女方向男方全额支付补偿款为限。此后，男方虽失去了该房屋的所有权，但仍可以在该房屋内居住，直至女方向其全额支付完毕房屋补偿款、双方将该居住权登记予以注销。在居住权存续期间，男方对于房屋所享有的居住权可以对抗女方的房屋所有权，即使女方将该房屋另行出售，因为该居住权已经登记，男方对于房屋所享有的居住权亦可以对抗新的房屋买受人。

典型案例 02

李老太在老伴去世之后一直独居。近年来，其日感年迈，一方面想把现居住的房屋在生前就过户给子女，以规避遗产税等支出，也让子女安心照顾其生老病死；但另一方面又害怕子女在房屋过户之后对其不孝，让其住无所居，老无所依。

在《民法典》实施之前，李老太的此种想法很难完全通过相关制度予以全面保障。其虽可通过赠与或者买卖的形式在生前将房屋过户给子女，但其在过户之后即丧失了房屋所有权，此后如不孝子女将房屋出售，必然影响李老太在此房屋中的居住，难以实现其住有所居、老有所依的目的。

在《民法典》实施之后，李老太的愿望即可以通过设立居住权予以实现。李老

太可以与子女签订居住权的合同，约定在李老太将房屋过户给子女之后，仍能够在其有生之年享有对于此房屋的居住权。在李老太将房屋所有权过户给子女的同时，子女应对该合同设立的居住权为李老太办理居住权设立登记。由此既可以满足父母在有生之年将自己名下的房屋所有权转移给子女的意愿，又能保障父母在失去房屋所有权之后，不至于被不孝子女撵出房屋造成居无定所的困顿局面。在居住权设立之后，即使遇到了不孝子女，父母也可以通过行使居住权的物权保护属性，排除不孝子女对于父母正常占有、使用房屋的居住权的妨害，亦可以防止不孝子女将房屋出售后新的房屋所有权人向老年人主张腾房的权利。

典型案例 03

老王在其妻子去世之后一直在国内生活，其子女均在外地工作生活，难以照料父亲的日常起居，便给父亲聘请了小 K 做保姆。所谓日久生情，老王感念小 K 多年的悉心照顾，担心小 K 在其死后无处可居，想给小 K 提供一个居所保障，但又怕将房屋留给小 K 之后子女对此心存罅隙，甚或弄得亲人变仇人。

在《民法典》实施之前，老王如果想在死后给小 K 提供居所保障，只能通过遗赠或签订遗赠扶养协议的形式，将房屋所有权过户给小 K。但此种形式必然导致房屋所有权旁落子女之外，实践中十有八

九子女会予以反对，容易引起亲人之间的误会甚至反目。

在《民法典》实施之后，老王可以在遗嘱中明确该房屋上为小K设立一个居住权，居住权的存续期间以小K的有生之年为限。如此一来，在老王百年之后，子女可以继续按照遗嘱继承的形式取得房屋所有权，但与此同时，子女也需要按照遗嘱的内容承担在该房屋上为小K设立居住权的义务。在登记之后，老王的子女需要保证小K在有生之年有权继续在该房屋内居住，不得予以妨碍。

四、农村宅基地上的房屋能否设立居住权

农村宅基地上的房屋能不能设立居住权？笔者认为，持有《集体土地使用证》或者新换发的《不动产权证》的村民与城市居民一样，享有宅基地上房屋的所有权。那么依据《民法典》的规定，其当然可以在自己拥有所有权的房屋上设定居住权，并且，这与其是否拥有农村集体经济组织成员资格基本无关。

五、特别提示

由于有了居住权，在买卖二手房时，购买者在原有产调基础上，还必须审查房屋居住权的设立情况。倘若房屋设立了居

住权，即使其他权利完整，购房人也会面临“房子已过户，但是不能住”的尴尬局面。

居住权作为《民法典》中一项新增的物权，更加完善了房屋本身的居住属性，切实解决了我们生活中的一些难题，也顺应了房住不炒的国策。当然，居住权在实践中还有许多有待解决的问题，立法上也有进一步通过司法解释完善、细化的空间。



张春球 律师

上海七方律师事务所 律师
七方公司与投融资法律服务部 律师

业务方向：公司法相关、经济相关
刑民交叉业务

新建设工程施工合同司法解释关于建设工程优先受偿权变化解读

作者：朱好婕

2021年1月1日，于《民法典》生效的同一天，与其配套适用的《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）》（法释[2020]25号，以下简称“新建设工程解释”）开始施行。

新建设工程解释共有45条，较原先的《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》（法释[2004]14号，以下简称“解释（一）”）及《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（二）》（法释[2018]20号，以下简称“解释二”），大体上没有什么变动，其中与上述旧司法解释内容完全一致的有24条，仅作文字性修改的有14条，条文内容有实质性变动的仅有6条。新建设工程解释删去了旧司法解释的一些规定，但并不会对司法实践产生实质性的影响，因为这些内容已被《民法典》及其他司法解释吸收，如解释（一）的第二条及第三条已被《民法典》第793条吸收、解释（一）的第二十四条已由《民事诉讼法解释》第28条规定，故无需重复规定。

其中，新建设工程解释中有实质性变动的内容就包含建设工程价款优先受偿权。工程价款优先受偿权在理论及实务方面有诸多值得探讨的地方，诸如工程价款优先受偿权的主体、范围、行使条件等。由于篇幅有限，无法将上述内容全部一一具体阐明与大家深入探讨。本文结合新建设工程解释，探讨建设工程优先受偿权规定的变化。

一、建设工程价款优先受偿权是什么

首先介绍一下建设工程价款优先受偿权（以下简称“工程价款优先受偿权”）。

根据《民法典》第八百零七条的规定“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”

新建设工程解释第三十六条规定“承包人根据民法典第八百零七条规定享有

的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。”

根据上述条文，工程价款优先受偿权是承包人所享有的，就工程折价款或拍卖价款，在工程价款范围内优先于抵押权及其他债权受偿的一种法定优先权。至于承包人的具体范围以及是否有其他主体享有该价款优先受偿权，此后的文章另行介绍。从性质上来说，工程价款优先受偿权系法定担保物权，为工程价款债权的从权利。

新建设工程解释生效之前，主要涉及工程价款优先受偿权的规定除了解释（一）、解释（二），还有《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16号，以下简称“批复”）。上述三个法律文件均于新建设工程解释生效同时被废止。

二、新建设工程解释中优先受偿权有哪些变化

1、装饰装修工程承包人优先受偿权适用条件变化

新建设工程解释	旧司法解释（二）
<p>第三十七条</p> <p><u>装饰装修工程具备折价或者拍卖条件</u>，装饰装修工程的承包人请求工程价款就该装饰装修</p>	<p>第十八条 装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支</p>

工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

持，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。

装饰装修工程承包人行使工程价款优先受偿权的前提条件由原先解释（二）第十八条要求装饰装修工程的发包人需是被主张优先受偿的建筑物的所有人，变更为新建设工程解释第三十七条的“装饰装修工程需具备折价或者拍卖的条件”。

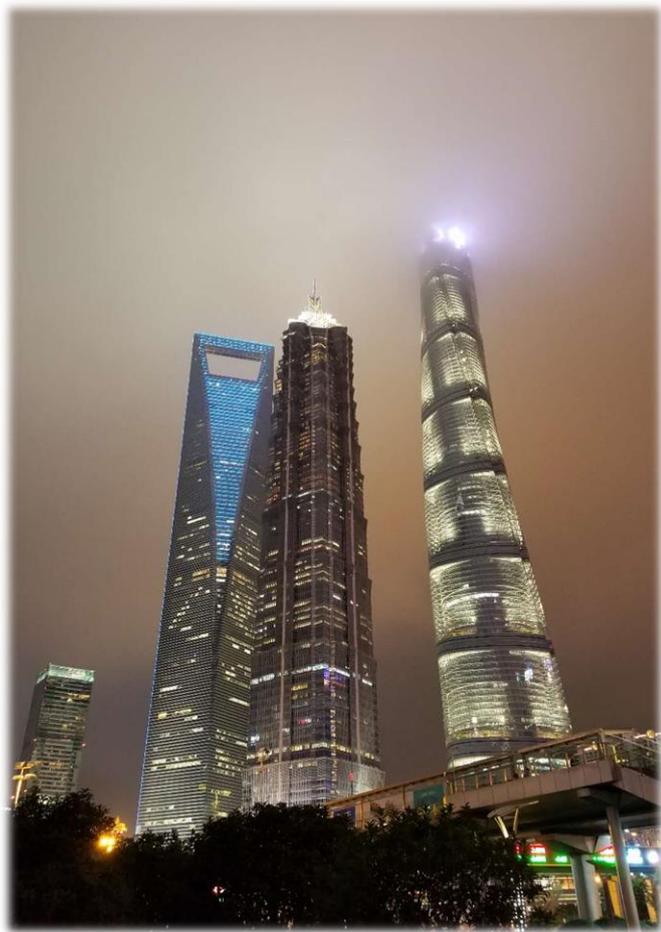
对于新修订的法条有两种理解：

一是将装饰装修工程与建筑物剥离，承包人仅可就该装饰装修工程申请折价或拍卖，并从折价或拍卖价款中优先受偿。根据这种思路，对于不可以与建筑物分开、单独进行折价或拍卖的装饰装修工程的承包人而言，并不享有该工程的价款优先受偿权。

另一种理解则是放宽该类工程承包人行使工程价款优先受偿权的前提条件，即使该工程的发包方并非工程涉及的建筑物所有权人，依然可就该工程所涉建筑物申请折价或拍卖。

相较而言本文更倾向于第一种理解。就第二种理解而言，虽然扩大装饰装修工程承包人工程价款优先受偿权的适用范围，看似更好地保护了承包人的权益，但这种法益保护过于失衡，建筑物所有权人

的权益将一直处于悬空状态，致使建筑行业管理和运作产生新的矛盾和问题。一般而言，相较于建筑物整体，装饰装修工程价值所占比例非常小。且建筑物中价值最大的往往并非其本身或其附带工程，而是在于该建筑物所占用的土地。依据第二种观点，即使发包人并非装饰装修工程涉及的建筑物所有权人，承包人仍可主张要求折价或拍卖该建筑物，这不符合公平合理原则。



然而第一种理解存在一个致命问题：实践中如何认定满足“装饰装修工程具备折价或者拍卖的条件”。一是装饰装修工程是否具有可拆出性，即是否可以与建筑

物区分开单独进行折价和拍卖；二是装饰装修物的贬损问题，即使装饰装修工程可单独拆除，其拆除后的剩余价值能否折抵大部分的工程价款；三是是否存在这样一个可以出售或拍卖装饰装修工程或部分装饰装修物的市场以及市场上是否存在潜在意向人。

装饰装修工程有其特殊性，严格来说其不归属于不动产，几乎不可能做到以工程整体的形式与所在建筑物分离，必然存在附着于建筑物的部分。在这种情况下如何将该装饰装修工程整体折价出售或拍卖？又有谁会愿意去购买该工程？

似乎只能将装饰装修工程拆解出售。装饰装修物可分为已形成附合的装饰装修物和未形成附合的装饰装修物，前者无法拆除或拆除后无法另行使用、价值严重贬损的，典型的有地砖。后者可以拆除重新利用、价值贬损相对较小，典型代表室内空调和装饰画。

可以参考《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“房屋租赁合同解释”）第七条至第十条的规定，对于未形成附合的装饰装修物，若出租人同意利用的，可折价归出租人所有；不同意利用的，可由承租人拆除。对于已形成附合的装饰装修物，一般默认合同履行期间摊销该部分费用，即合同履行期满，承租人不

得向出租人主张补偿该部分费用。如果合同无效或解除，出租人同意利用的，可折价归出租人所有；不同意利用的，除出租人对合同无效或解除存在过错需按过错分担现值损失或残值损失，出租人无需承担该部分装饰装修费用。

在装饰装修工程中，往往正是那些无法拆除或拆除后严重贬值的部分占据装饰装修工程款的大部分。这意味着即使可以通过折价或拍卖未形成附合物，但相应折价款或拍卖价款对于工程款整体而言只是杯水车薪，装饰装修工程承包人的权益仍无法得到保护。

此外，装饰装修工程折旧非常快，承包人主张工程款优先受偿权需向法院起诉，建设工程相关的司法程序所需时间相对较长，从起诉到最终得出审判结果往往经过几年。在此期间，装饰装修物价值已严重贬损，即使法院最终支持承包人优先受偿的主张，此时的装饰装修物剩余价值几乎为零。因此，实践中不存在也不需要专门拍卖出售装饰装修物的市场。

唯一可能使该条文具有实际意义的情况是装饰装修工程买受人同时系该工程所在建筑物的承租人或者所有人，只有这种情况下可能较大程度地保有该装饰装修工程的原价值。

通过分析可以发现该条文的实际适用性值得商榷，必将成为新的争议点。

2、建设工程价款优先受偿权的行使期间延长

新建设工程解释	旧司法解释 (二)
<p>第四十一条 承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，<u>但最长不得超过十八个月</u>，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。</p>	<p>第二十二条 <u>承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月</u>，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。</p>

新建设工程解释第四十一条规定基本吸收解释（二）第二十二条的规定，工程款优先受偿权的行使期限起算标准及性质并未变更，但行使期限有所延长，由“六个月”变更为“最长不得超过十八个月”。工程款优先受偿权行使期限的延长是本次新建设工程解释最重要的实质性修订处之一，更有利于保障承包人的合法权益。

工程款优先受偿权行使期限最初由批复第四条规定，期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起算。实践中承包人与发包人约定的审价期限大多超过六个月，此时承包人陷入十分尴尬的境地，工程款尚未最终结算确认，亦未到双方约定的支付期

限，承包人如何主张工程价款优先受偿权？因此，工程价款优先受偿权制度虽然已经存在，但基本无法起到实际作用。

后来解释(二)将起算标准变更为“自发包人应当给付建设工程价款之日起算”并沿袭至新建设工程解释中。发包人应当给付建设工程价款之日可按如下标准确定：一是工程竣工之日或合同约定的工程竣工之日。二是发包人与承包人工程竣工结算后六个月内达成结算协议的，以结算协议确定的付款截止之日开始计算。三是合同未履行完毕双方达成终止履行协议的，自协议约定的合同终止之日开始计算。

那若是合同未履行完毕但双方未达成协议呢？实践中必然存在承包人因发包人未支付约定进度款而停工的情形，此时承包人能否根据该条向发包人主张进度款的优先受偿权？本文认为可以。依据该条文本含义，并未排除在建建筑的进度款优先受偿权，允许承包人向发包人主张进度款优先受偿权亦符合保障承包人合法权益的立法目的。

实务中，发包方往往会利用其优势地位拖延支付工程款，承包人因其在建筑行业一直处于弱势地位，短时间内并不愿意通过诉讼途径主张工程款，这就导致优先受偿权制度无法产生预期的保障效力。此前实务中也亦一直对六个月的期限有争

议，本次行使期限的修改，无疑加大对承包人工程价款的保护，更符合实践需要。

3、商品房消费者的优先权

对于购买商品房消费者的优先保护权原系由批复第二条规定，批复中明确消费者只要已经交付大部分或全部的购房款，即可对抗承包人工程价款优先受偿权，这表明对于商品房消费者权益的保护优于对承包人工程价款的保护。该条虽然没被纳入本次新建设工程解释，但已在《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称“执异规定”）中得以体现（主要涉及第二十七条、第二十八条及第二十九条），商品房消费者的物权期待权仍优于承包人的建设工程价款优先受偿权。



朱妤婕

上海七方律师事务所 实习律师
七方建设工程与房地产法律服务部 实习律师
业务领域：建设工程、房地产、公司法

共同保证人相互追偿规则

之体系化解读

作者：郑华



《民法典》 ^①	《担保法》 ^②
<p>第六百九十九条 同一债务有两个以上保证人的,保证人应当按照保证合同约定的保证份额,承担保证责任;没有约定保证份额的,债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。^③</p> <p>第七百条 保证人承担保证责任后,除当事人另有约定外,有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿,享有债权人对债务人的权利,但是不得损害债权人的利益。^④</p>	<p>第十二条 同一债务有两个以上保证人的,保证人应当按照保证合同约定的保证份额,承担保证责任。没有约定保证份额的,保证人承担连带责任,债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任,保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人,有权向债务人追偿,或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。^⑤</p>

对比可见,《民法典》共同保证的规定,相较《担保法》作了比较大变化,变化有三:一是删除了关于连带保证人负有担保全部债权实现的义务,将其表述为“债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任”;二是删除了关于已经承担了保证责任的保证人向其他保证人追偿权的规定,即“有权要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额”;三是在没有约定保证份额的情形下,删除了“保证人承担连带责任”的内容。

二、共同保证制度之体系化分析

那么问题来了,在现行《民法典》共同保证制度中,多个保证人之间可形成何种法律关系,对债权人如何承担保证责任,不同情形下,保证人之间又是否享有追偿权呢?解决这些问题,仅仅从《民法典》第699条、700条两个条文分析,仍

《民法典》及《有关担保制度的解释》对连带共同保证人之间相互追偿规则,较《担保法》之规定进行了重新界定,而这种界定需要结合《民法典》相关条文及司法解释作体系化解读,有助于我们在司法实践中正确适用共同保证制度。

一、《民法典》共同保证规则与《担保法》有关条文对比



难以得出明确结论，但是结合《民法典》第 178 条连带责任、第 392 条人保和物保并存时担保权的实行规则、第 519 条连带债务人的份额确定及追偿权、《九民会纪要》第 56 条混合担保中担保人之间的追偿问题以及《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《有关担保制度的解释》）第 13 条等作体系化分析，共同保证求偿权规则将被重新界定。

首先，明确共同保证的类型。

依据民法典规定，共同保证可以分为按份共同保证和连带共同保证。当事人必须就保证责任的份额作出明确约定才能成立按份共同保证，否则应推定成立连带共同保证，换言之，连带共同保证的成立既可以基于当事人之间的明确约定，也可以基于法律规定推定。实践中，数个保证人对同一债权人的同一债权同时或先后提供保证时，各保证人与债权人之间没有约定保证份额，应当认定为连带共同保证。

其次，区分共同保证中一般保证与连带责任。

实践中，很多人会混淆连带共同保证中的“连带”与连带责任保证中的“连带”，对此应予特别留意。连带共同保证是指各个保证人之间的“连带”，是保证人共同对债权人负连带保证责任；而连带

责任保证是保证人与债务人之间“连带”，二者共同对债权人负连带保证责任。实际上，就按份共同保证或者连带共同保证再结合保证人为一般保证或者连带保证责任，最基本的组合有四种：1. 保证人是一般保证，共同保证人是按份共同保证；2. 保证人是一般保证，共同保证人是连带共同保证；3. 保证人是连带责任保证，共同保证人是按份共同保证；4. 保证人是连带责任保证，共同保证人是连带共同保证。如果共同保证人中既有一般保证，又有连带责任保证，既有按份共同保证，又有连带共同保证，那组合的形式会更多。

再次，重现确立连带保证人之间享有追偿权的法律基础。

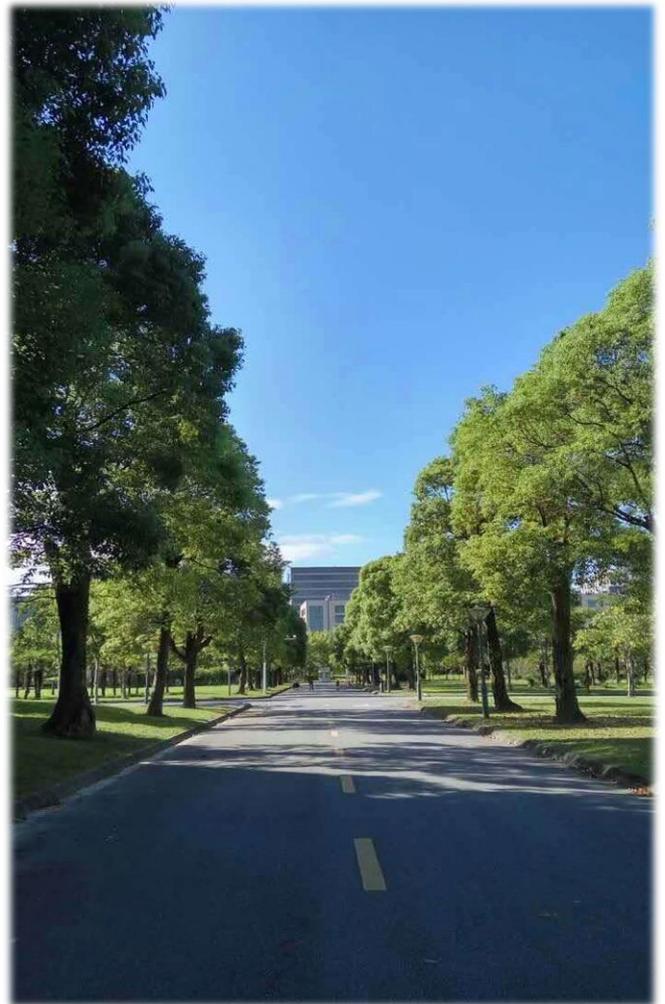
按份共同保证，保证人承担责任后，对其他保证人没有追偿权，只能向债务人追偿，这在理论或实务界均没有争议。而连带共同保证中，承担了保证责任的保证人是否对其他共同保证人享有追偿权呢？在《担保法》第 12 条规定可以追偿的情况下，民法典对此没有明文规定，那么对该问题应当如何理解呢？实践中存在不同观点。赞同说认为，根据《民法典》519 条规定，“连带债务人之间的份额难以确定的，视为份额相同。实际承担债务超过自己份额的连带债务人，有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范

围内向其追偿，并相应地享有债权人的权利，但是不得损害债权人的利益。其他连带债务人对债权人的抗辩，可以向该债务人主张。被追偿的连带债务人不能履行其应分担份额的，其他连带债务人应当在相应范围内按比例分担。”应认定共同保证人相互之间有追偿权。

反对说则认为，除非共同保证人相互之间有约定，否则相互之间没有追偿权。理由在于：第一，《民法典》第392条没有规定混合担保的担保人相互之间有追偿权，这与共同保证的原理相同，故共同保证人之间也没有追偿权。与《物权法》第176条相比，《民法典》第392条没有作任何修改，而全国人大常委会法工委起草物权法的同志认为，除有约定外，担保人之间不能相互追偿。这一观点，也被最高院在《九民会纪要》第56条规定中确认，“被担保的债权既有保证又有第三人提供的物的担保的，承担了担保责任的担保人向其他担保人追偿的，人民法院不予支持，但担保人在担保合同中约定可以相互追偿的除外。”第二，《民法典》第700条删除了《担保法》第12条关于共同保证人相互之间可以追偿的规定，这更进一步说明了立法机关关于担保人相互之间不得追偿的观点是一以贯之的。

笔者认为反对说更为合理，虽然民法典中没有明确规定共同保证人之间除了

明确约定外，没有相互追偿权，但是从民法典及《有关担保制度的解释》相关条文体系化解释，并不难得出上述结论。至于赞成说，认为第519条确立了连带共同保证人之间的相互求偿权，笔者持反对态度，因为519条追偿权的前提是“实际承担债务超过自己份额的连带债务人，有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范围内向其追偿，”而在连带共同保证中，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任，那么每个保证人都不存在“实际承担债务超过自己份额”的情形。



最后，明确连带保证人之间行使追偿权的法律适用。

笔者认为，虽然民法典及担保解释中没有共同保证人相互追偿的具体规定，但是可以参照适用民法典《有关担保制度的解释》第13条之规定，“同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间约定相互追偿及分担份额，承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照约定分担份额的，人民法院应予支持；担保人之间约定承担连带共同担保，或者约定相互追偿但是未约定分担份额的，各担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分。同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间未对相互追偿作出约定且未约定承担连带共同担保，但是各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印，承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分的，人民法院应予支持。除前两款规定的情形外，承担了担保责任的担保人请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分的，人民法院不予支持。”故只有在司法解释第13条规定的两类情形下，即明确约定承担连带共同保证或行为表明已形成连带共同保证合意的情况下，保证人之间才享有追偿权。注意基于法律规定推定形成连带共同

保证的情形下，这种不真正连带保证人之间因缺乏共同担保的意思，相互之间不能追偿。

三、共同保证人免责规则之补充

最高法院《有关担保制度的解释》，是在清理以往与担保有关的司法解释的基础上，根据民法典关于担保制度的新规定，重新制定的担保制度司法解释。其中，关于保证合同部分，第29条对共同保证中与保证期间有关的保证人免责情形进行了规定，“同一债务有两个以上保证人，债权人以其已经在保证期间内依法向部分保证人行使权利为由，主张已经在保证期间内向其他保证人行使权利的，人民法院不予支持。同一债务有两个以上保证人，保证人之间相互有追偿权，债权人未在保证期间内依法向部分保证人行使权利，导致其他保证人在承担保证责任后丧失追偿权，其他保证人主张在其不能追偿的范围内免除保证责任的，人民法院应予支持。”

理解该条规定的具体含义以及如何准确适用该条规定，应从以下两方面进行考量：

一是精准理解条款内涵。该条款阐述的是债权人在保证期间内只向部分保证人主张承担保证责任，其效力不能自动传导至其他保证人，在保证期间届满时，其

他保证人可以以此为由，主张免除保证责任；此外，在保证人相互有追偿权时，因债权人原因（未在保证期间内向部分保证人主张权利）导致保证人在承担保证责任后无法向其他保证人追偿时，其可以主张在其不能追偿的范围内免除保证责任。

二是准确把握适用要素。对于第29条第2款规定的适用应把握一个前提，正是前文笔者一直论述的需“多个保证人之间存在相互的追偿权，”如果保证人没有明确约定承担连带共同保证或未约定相互追偿的情况下，该款规定是无法适用的。只有在多个保证人相互有追偿权的情形下，债权人未在保证期间内向部分保证人行使权利，导致该部分保证人的保证责任消灭，其他保证人在此范围内免除保证责任。

结语：建议与思考

司法实践中，在我们签订保证合同、适用共同保证制度时，应尽量明确约定数个保证人之间是按份还是连带，与债务人是一般保证还是连带保证。在建立连带共同保证的情形下，亦可对相互追偿权作出约定，尽量避免因约定不明产生的争议。同时，保证人也不必过分忧心，相较《担保法》12条，民法典及担保制度司法解释对共同保证中连带保证人追偿权进行了重新界定，厘清了责任承担的范围和边

界，一定程度上减轻了保证人的负累，回归了共同保证制度的本质。



郑华 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方劳动法律服务部 律师

兼职仲裁员

闵行区职工维权律师志愿团律师

闵行区新虹街道法律顾问

闵行区马桥镇总工会法律顾问

业务方向：劳动法、婚姻家庭

简析民法典定金规则之变化

作者：七方民商法团队



定金是合同中常见的担保方式。日常交易中，双方往往会约定定金或违约金等违约责任，关于定金双倍返还的定金罚则也早已为大家所熟知。本文在于厘清民法典下的定金规则变化，对定金的相关实务法律问题进行探讨。

一、定金的认定

定金是以支付一定款项来保证债务履行的担保方式。实践中，可能会出现各

种不同名称的款项，比如订金、预付金等。原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 118 条规定：“当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但没有约定定金性质的，当事人主张定金权利的，人民法院不予支持。”该条款对定金的约定要求应当是明示原则。如果未适用“定金”一词，则应当约定与定金性质相

同的处理规则，才能作为定金处理。

如果双方在合同中对定金又同时使用了其他名称，该如何处理？广东省高级人民法院在（2020）粤民申3797号裁定书中认为：“该案争议在于案涉10万元款项的性质是否为定金。《购车合同》在正文部分约定了定金为10万元，在备注处约定订车意向金为10万元，新新汽车公司出具的收据显示其受到陈春营支付的10万元款项，注明为意向金。《购车合同》中，双方已就购买特定型号的车辆达成一致，合同签订后双方就合同履行进行了进一步沟通，陈春营另支付了100万元购车款以提车。联系合同上下文以及合同签订后双方沟通的情形，本案中的‘定金’和‘意向金’实为同一性质，均是为了保证合同的履行，陈春营支付的10万元款项应认定为定金。”

二、定金的规则变化

定金规则，先后主要见于《合同法》、《担保法》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（下称“担保法司法解释”）、《民法典》。在民法典生效后，其他法律和司法解释均已失效。以下为主要内容对比。

	合同法 (失效)	担保法 (失效)	担保法司法解释(失效)	民法典
交付定金对合同的法律意义	无	定金合同从实际交付定金之日起生效	当事人约定作为主合同生效要件或成立要件	定金合同自实际交付定金时成立
定金金额限制	无	不得超过主合同标的额的百分之二十	不超过主合同标的额的百分之二十	不超过主合同标的额的百分之二十
实际交付金额多于或少于约定	无	无	变更定金合同	变更约定的定金数额
适用条件	不履行约定的债务	不履行约定的债务	迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现	不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的
与损害赔偿	无	无	无	可以请求赔偿超过定金的损失
不完全履行	无	无	按照未履行部分所占合同内容的比例，适用定金罚则	无

三、相关法律问题的实务探讨

1、关于定金交付的法律意义

民法典规定，定金合同自实际交付定金时成立。从原来的交付生效主义改为了交付成立主义。也就是说，如果合同双方订立了一份定金合同，即便双方均已签字盖章，但没有交付定金，则该定金合同仍未成立。

2、关于实际交付定金金额多于或少于约定金额

原担保法司法解释第 119 条中将该情况规定为“视为变更定金合同；收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效。”民法典将其规定为“视为变更约定的定金数额。”此规定更为清楚和明确。同时因定金交付已修改为成立主义，相应的，原 119 条后半款的接受定金一方拒绝接受定金的规定，也随之消亡。

3、关于适用定金的条件

民法典规定的适用定金的条件为：“不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的”。

相比之前的法规，民法典的规定包括了不履行及履行不符合约定的两种情况，将合同法及担保法司法解释所规定的情况都囊括在其中，其适用范围更为广泛。

与此同时，民法典再次强调了“不能实现合同目的”的基本原则。也就是说，如果合同对方确有违约之情形，但最终仍

能实现合同目的，也不能适用定金规则。

例如，海南省高级人民法院在（2020）琼民申 143 号裁定书中认为：“本案中，被申请人在双方约定的车辆交付期限届满前即表示将车辆的交付期限由 2018 年 9 月 28 日延迟至 2018 年 10 月 20 日，属于迟延交付的行为，已构成违约，但从《新车销售合同》的内容看，双方当事人并未明确约定被申请人未在约定交货时间交付车辆的，被申请人应当双倍返还定金。”“被申请人迟延交付的行为，并不属于不能交付的情形，并不必然导致再审申请人购买车辆的合同目的不能实现，不符合上述规定中关于适用定金罚则的要件。故原判决认定被申请人的违约行为不构成根本性违约，本案不应适用定金罚则并无不当。”

4、关于不完全履行

原担保法司法解释第 119 条规定了“当事人一方不完全履行合同的，应当按照未履行部分所占合同约定内容的比例，适用定金罚则。”民法典中并未有相关规定。而按比例适用，与适用定金罚则要求的“不能实现合同目的”逻辑上似有所相悖。笔者更倾向认为，该规则在民法典实施后应予摒弃。

例如，上海市闵行区人民法院在（2010）闵民二（商）初字第 1151 号民事判决书中认为：“立法设立定金的本意绝

不是将定金罚则适用于任何违约，包括轻微违约的情况。对轻微违约适用定金罚则是完全违背诚实信用原则的，根本不符合违约定金的目的。所以，对于不完全履行行为（部分履行）来说，只有在这些违约行为构成根本违约，使当事人缔约目的不能达到的情况下才能适用定金责任。”

5、关于损失赔偿

民法典第 588 条规定：“定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。”在违约责

任不足以补偿损失的情况下，守约方有权要求赔偿损失部分，此为法律应有之义。民法典的该规定，是对定金法律制度的完善。

结语：适用定金罚则，并非只要一方有违约行为即可。实践中，在订立合同时，虽有定金约定，仍有必要对迟延履行、不完全履行等未构成“不能实现合同目的”的行为的相关违约责任进行细化，实现对交易方的有效约束。



李伟锋 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
上海律协民事业务研究委员会 委员
上海七方律师事务所民商事与保险法律服务部 主任
业务方向：民商法、金融保险法



陈江松

上海七方律师事务所 律师助理
七方民商事与保险法律服务部 研究员
业务方向：民商法、金融保险法

民法典：唤醒“沉睡”的 离婚经济补偿制度

作者：七方家事法团队



“全职太太获赔5万元家务补偿”引热议

今年春节后，一起普通的离婚案件登上热搜：结婚5年的夫妻，女方作为全职太太承担了大部分家务，离婚时要求得到相应补偿。北京市房山区法院一审判决共同财产由双方平均分割，男方需额外支付给女方家务补偿款5万元。

“全职太太”、“离婚”、“家务补偿”……几个极具话题度的词语在舆论中碰撞出火花，引发网友争议。

一部分网友认为，5万元太少了！作为北京的一名全职太太，结婚5年只获得5万元的家务补偿，计算下来平均每天27元，这个薪资标准连一般的保姆都找不到。

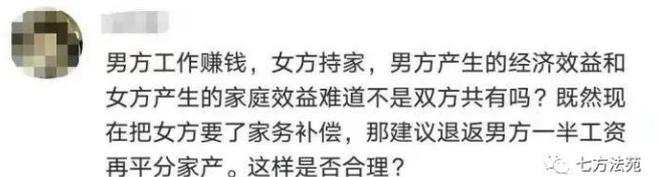


#全职太太离婚获5万家务补偿#全职保姆半年都不止这个钱，女人的感情和青春这么廉价吗👉👉



#全职太太离婚获5万家务补偿#一年干什么不能赚五万？还不如保洁阿姨。
七方法苑

而另一部分网友则认为，这对夫妻离婚时已平均分割共同财产，虽然女方作为全职太太承担了大部分家务，但也享受了男方工作带来的经济效益，男主外女主内，大家分工不同，何来补偿一说？



男方工作赚钱，女方持家，男方产生的经济效益和女方产生的家庭效益难道不是双方共有吗？既然现在把女方要了家务补偿，那建议退返男方一半工资再平分家产。这样是否合理？
七方法苑

从专业律师的角度，笔者认为：该案判决家务补偿款的重点，不在于“全职太太”，而在于“家事付出”。本案之所以引发如此大的关注，与我国离婚经济补偿制度的发展进程有关。

“离婚经济补偿制度”被唤醒

离婚经济补偿制度并非民法典新创，早在婚姻法2001年修正时便已存在，妇女权益保障法第47条第2款也有类似的规定。但当时的规定有一个前提条件，即

夫妻需书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有。也就是说，一方想要得到家务劳动的经济补偿，须在婚内实行分别财产制。众所周知，中国的夫妻很少会对婚后夫妻财产的归属进行约定，大多就是法定财产制即共同财产制，所以在民法典之前，离婚经济补偿制度是“沉睡条款”，形同虚设。

《民法典》第 1088 条对离婚经济补偿制度进行了修正，删除了必须实行“夫妻分别财产制”的限制。也就是说，不管夫妻之间采用何种财产制度，只要符合“夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务”这一条件，离婚时就有权请求另一方给予补偿。

因此，民法典唤醒了沉睡已久的离婚经济补偿制度，全面肯定了家务劳动的价值，使经济补偿的立法初衷得以实现。这个制度本身并没有倾斜保护的特点，但实践中性别色彩却很明显，因为婚姻中往往是女性在家务劳动中付出更多，所以这个条款也算是间接保障了女性的合法权益。

离婚经济补偿制度的适用条件：

首先，必须在离婚同时提出。婚姻关系存续期间或离婚结束后主张离婚经济补偿的，无法获得法院支持。

其次，必须是为家事付出较多。不论男女，只有为家庭付出较多的一方才有权获得离婚经济补偿，另一方无此权利。

最后，过错不影响该制度的适用。家事付出较多的一方即便有过错，仍然可以得到经济补偿，间接肯定了家务劳动的价值。



离婚经济补偿制度与离婚经济帮助制度、离婚损害赔偿制度，共同构成了我国的离婚救济体系。三种制度的侧重点各有不同：《民法典》第 1091 条规定的离婚损害赔偿制度，仅限于夫妻一方存在重大过错导致离婚，同时另一方无过错的情形；《民法典》第 1090 条规定的离婚经济帮助制度，则与过错无关，而与夫妻一方离婚时生活困难、另一方有负担能力有关；而《民法典》第 1088 条规定的离婚经济补偿制度，与过错、生活困难均无关，是依照公平原则，对婚姻期间夫妻家事付

出不均等做出的平衡与救济。三种制度可同时适用，也可根据各自情况选择适用。

离婚经济补偿制度的适用困境：

民法典之后，离婚经济补偿制度被唤醒，但民法典虽然去除了适用离婚经济补偿制度的限制条件，实际适用中仍然会遇到一些困境：

1、“关起门”的家务劳动难举证

诉讼中奉行“谁主张，谁举证”的原则，提出离婚经济补偿的一方需要举证其在抚育子女、照料老年人、协助另一方工作中负担了较多义务。证明“负担较多义务”是一个“度”的问题，但法律并没有规定“度”的标准，每年做了多少家务本身就很难举证，还要举证比对方做得多，又增加了一个证明标准，事实上很难完成举证。

一般来说，如果夫妻双方已分居或一方长期在外地工作，另一方单独留守家中照顾子女和老人的，当事人有初步证据并结合本人陈述，法院一般能认定其对家务负担较多；但如果夫妻双方共同生活，就需要具体问题具体分析，比如一方全职在家没有收入的证据、照顾接送孩子的照片、老人的病例、陪伴的影像资料等等。当然也可以通过协议进行约定，协议的证据效力较高。

2、补偿金额普遍低于5万元

补偿额度标准不明，也是目前离婚经济补偿制度存在的问题。无论是已废止的婚姻法第40条还是民法典第1088条，均没有就补偿额度作出规定。

北京房山区法院适用民法典判决的这起案件中，主审法官冯淼在解读赔偿标准时也坦言，每个家庭都不一样，很难有统一的标准。作出5万元的家务劳动补偿判决，主要是考虑双方婚后共同生活的时间、女方在家务劳动中具体付出的情况、男方个人的经济收入、当地一般生活水平等4个因素。



家务的经济补偿既不同于财产法上的合同关系，也不是劳务付出，更不是情感付出的对价，而仅是一种弥补对方损失的辅助性财产手段。数额的多少，因为没有法律规定，所以优先由当事人双方协商，协商不成由法院酌情判决。笔者认为，一般情况下，法院自由裁量的标准都会参

照最高人民法院关于精神损害赔偿司法解释，最高不超过5万元。

3、缺乏对“期待利益”的补偿

婚姻关系中对家务劳动付出较多的一方，因其大多数时间和精力都放在经营家庭生活中，自己在事业和学业方面所花的时间和所得到的机会相对较少；而另一方则全力以赴进行工作或接受教育、培训，个人能力得到很大提升。从这个角度而言，离婚时一方提出家务劳动补偿时，另行要求对方支付适当的参加学历学习或职业培训的费用，也应属于合理诉求。

我国立法并没有将诸如高职位、高学历、执业资格等无形资产列入婚姻财产的

范围。在离婚经济补偿制度中，目前也仅停留在对现实利益的补偿，没有考虑期待利益的部分，但从实际价值来说，对于期待利益的补偿更具现实意义。

结语：

沉睡的离婚经济补偿制度被唤醒，将彰显出其立法价值，释放更多家务劳动背后的社会意义，具有积极作用。美国著名法学家德沃金曾说：“法律是一种不断完善和实践。”作为我国具有里程碑意义的民法典，也将迎来实践的检验，并在实践中得以发展。



胡晓萍 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
上海律协婚姻家庭业务研究委员会 委员
上海七方律师事务所婚姻家庭法律服务部 主任
上海市女律师联谊会 副秘书长
普陀区人民法院特邀调解员
ACI 国际注册心理咨询师
普陀区首届优秀女律师
业务方向：婚姻纠纷、继承纠纷、财富管理
联系方式：18616910916

最高院认定农民工（班组）不属于法律意义上的实际施工人了吗？

作者：席绪军

近期有不少人转发的“最高院：农民工（班组）不属于法律意义上的实际施工人，无权直接要求发包人支付劳务款”文章，引起了很多人的误解，这些文章是从解读（2019）最高法民申 5594 号民事裁定书的裁判要旨中得出以上结论，认为最高院一刀切的认定“农民工（班组）不属于法律意义上的实际施工人”，事实真的是这样吗？

仅仅是因为农民工（班组）的社会身份而直接不认定为法律意义上的实际施工人，还是因为先认定农民工（班组）为雇佣劳务关系的劳务提供者，进而不认定为法律意义上的实际施工人？

案例简介

彭云瑞个人挂靠四海公司，以四海公司的名义承接明发公司发包的工程项目，后彭云瑞以实际施工人的名义起诉要求明发公司承担支付工程款的义务，江苏省淮安市中级人民法院作出二审判决认定彭云瑞为实际施工人，并判令发包人明发公司支付工程款给彭云瑞。

乐殿平（班组）在福建起诉彭云瑞、四海公司和明发公司，主张乐殿平（班组）

为实际施工人，要求明发公司支付农民工工资，被福建省厦门市中级人民法院认定为乐殿平（班组）与彭云瑞之间形成劳务法律关系，乐殿平与彭云瑞之间并非建设工程施工合同关系，没有认定乐殿平（班组）为实际施工人，乐殿平（班组）申诉至最高人民法院，最高人民法院作出（2019）最高法民申 5594 号民事裁定驳回了乐殿平的再审申请。

裁判要旨

根据《建工合同司法解释》第二十六条规定：“实际施工人以转包人、违法分

包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利

的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”建设工程承包人与其雇佣的农民工（班组）之间系劳务法律关系，农民工（班组）作为受承包人雇佣从事施工劳务的人员，并

非上述法律意义上的“实际施工人”，故其不具备适用前述司法解释第二十六条规定的前提条件，农民工（班组）以该规定为由请求工程项目发包人在欠付工程价款范围内承担偿付责任缺乏事实和法律依据。

案例一：《乐殿平、福建四海建设有限公司劳务合同纠纷再审审查与审判监督案件》

（2019）最高法民申 5594 号

裁定书本院认为“《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》第二十六条规定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”鉴于乐殿平与彭云瑞之间系劳务法律关系，乐殿平（班组）作为受彭云瑞雇佣从事泥水劳务的人

员，并非前述法律意义上的实际施工人，二审判决认定本案不具备适用前述司法解释第二十六条规定的前提条件，有相应的事实依据，不属于法律适用错误。乐殿平以该规定为由请求案涉工程项目发包人淮安明发公司在欠付工程款范围内承担偿付责任，缺乏相应的事实基础和法律依据，二审判决未予支持，并无不当。”支持了福建省高级人民法院（2018）闽民终 792 号民事判决，支持的理由就是存在雇佣劳务关系。

案例二：《彭云瑞与淮安明发房地产开发有限公司、福建四海建设有限公司建设工程施工合同纠纷一审案件》（2018）苏 0891 民初 3092 号

本院认为：原告彭云瑞与被告四海公

司签订《淮安明发商业广场 A 地块一标段内部经营承包合同》、《淮安明发商业广场 A 地块二标段 2#-18#楼工程内部经营承包

合同》，经审查合同内容，结合各方庭审陈述及相关法院判决，本院认定，上述合同名为内部经营承包合同，其实质应为原告彭云瑞借用被告四海公司资质进行工程承揽施工，双方之间应系挂靠关系。在挂靠施工情形中，存在两个不同性质、不同内容的法律关系，一为建设工程法律关系，一为挂靠法律关系，根据合同相对性原则，各方的权利义务关系应当根据相关合同分别处理。本案中，《明发淮安商业广场A区工程施工补充协议》的合同主体应认定为是四海公司和明发公司，原告并未提供证据证明其与被告明发公司形成

了事实上的建设工程施工合同关系，因此，原告虽系案涉工程的实际施工人，其亦无权突破合同相对性，直接向发包人明发公司主张建设工程合同权利。关于被告四海公司的权利义务，本院认为，被告四海公司作为被告明发公司的合同相对方，其享有向明发公司主张工程款的权利，但基于合同权利义务对等原则，作为并非完成实际施工的合同主体，其亦应承担向作为实际施工人的原告支付工程款的义务。

一审判决被挂靠人四海公司向原告彭云瑞支付工程款及利息，驳回了要求发包人支付欠付工程款的诉请。

案例三：《彭云瑞、福建四海建设有限公司与淮安明发房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷二审案件》（2020）苏08民终557号

本院认为：一、彭云瑞和四海公司就涉案工程之间系挂靠关系，彭云瑞对外以四海公司名义从事经营活动，彭云瑞系涉案工程实际施工人。二、应由明发公司向彭云瑞支付工程款，理由如下：彭云瑞借用四海公司资质与明发公司签订涉案施工合同，四海公司作为被借用资质方，欠缺与明发公司订立施工合同的真实意思

表示，四海公司和明发公司不存在实质性的法律关系。彭云瑞作为涉案工程的实际施工人与明发公司在订立和履行施工合同的过程中，形成事实上的权利义务关系，彭云瑞有权向明发公司主张工程款。

二审改判由发包人明发公司向实际施工人彭云瑞支付工程款及利息。

法律分析

一、实际施工人的法律认定

为了解决建设工程领域中发包人拖欠支付工程款进而导致农民工无法及时拿到工资，避免导致出现严重社会不稳定现象，最高法于2004年9月29日发布，于2005年1月1日施行的《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》（以下简称“原司法解释一”）创设了“实际施工人”这一概念，并赋予实际施工人可以突破合同相对性，向非合同关系的相对方主张权利。

建设工程施工合同法律关系中存在的合法主体有发包人、承包人、分包人，违法主体有违法发包人、转包人、违法分包人、出借资质的被挂靠人、借用资质的挂靠人。

那么在什么情况下，相关主体会被认定为具备实际施工人的资格？一，相关的建设工程施工合同由于存在转包、违法分包、挂靠或者无施工资质等情况而被认定为无效，才会有实际施工人的认定，如果说建设施工合同是合法有效的，那么就只有承包人或者分包人，此时就不能突破合

同相对性，其只能向合同的另一方主体主张合同权利；二，从字面意思可以理解，实际施工人就是实际从事施工活动的主体，这个主体可以是单位，也可以是个人，《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》（建市〔2014〕118号）（以下简称《认定查处办法》）第五条存在下列情形之一的，属于违法发包：

（一）建设单位将工程发包给个人的；（二）建设单位将工程发包给不具有相应资质或安全生产许可的施工单位的；。。。。第七条存在下列情形之一的，属于转包：

（一）施工单位将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；第九条存在下列情形之一的，属于违法分包：（一）施工单位将工程分包给个人的；（二）施工单位将工程分包给不具备相应资质或安全生产许可的单位的；第十一条存在下列情形之一的，属于挂靠：（一）没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的。由《认定查处办法》的这些规定可以看出，个人始终是可以成为最

终的实际施工人，只是由于个人不具备建筑施工的资质要求，个人承接工程都是属于违法行为，但是这不妨碍其成为实际施工人。三，无论中间环节倒了多少手，不论其签署了什么合同，只要存在违法情形导致合同无效，其中间环节的违法主体都不应当认定为实际施工人，而应当以最终

二、三个案例的裁判要旨分析

1. 案例二的一审法院将中间的挂靠人彭云瑞认定为实际施工人，但是又不认可彭云瑞可以突破合同相对性向发包人明发公司追讨工程款。判决将建设工程合同关系与挂靠关系割裂开来，其认为即使认定存在挂靠关系，也不能据此认定挂靠人与发包人存在事实上的建设工程施工合同关系，但是既然认定了彭云瑞是实际施工人，那请问他是什么建设工程施工合同关系中的实际施工人呢？挂靠人不一定就是实际施工人，这个逻辑是正确的，但是实际施工人与发包人需要存在事实上的建设工程合同关系吗？如果存在这样的有效的建设工程合同关系，那还需要突破合同相对行吗？很显然，案例二的判决逻辑不能自洽。

实际从事施工活动的施工主体（单位或个人）认定为实际施工人，这才符合最高院通过司法解释创设实际施工人这一主体的本意，《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）》（以下简称“新司法解释一”）延续了这一司法精神。

2. 案例三的二审维持了一审认定挂靠人彭云瑞的实际施工人地位，很显然发现了一审法院判决所存在的逻辑悖论，判决发包人明发公司支付实际施工人工程款。

3. 案例一最高院的判决，则涉及到乐殿平及其班组与彭云瑞之间的法律关系的认定，最高院支持福建省高级人民法院（2018）闽民终792号民事判决。支持的理由并非是因为乐殿平及其班组的农民工身份，而是认定乐殿平与彭云瑞之间形成了劳务法律关系，没有认定二者之间存在建设工程施工合同关系。故此，网上疯传的所谓“最高院：农民工（班组）不属于法律意义上的实际施工人，无权直接要求发包人支付劳务款”的说法是不准确

的，或者说是错误的。应当改为“如农民工（班组）被认定为是劳务法律关系中的劳务提供者，则不会被认定为建设工程的实际施工人”，这样才符合（2018）闽民终792号判决和最高院裁定的裁判主旨！

三、由这一系列判决和裁定所引发出的后续问题

建设工程劳务分包合同禁止再分包行为，而通过这一系列的判决和裁定可以得出实践中未来的操作路径，如果想要规避这样的规定，就可以通过签署雇佣劳务合同的方式，来认定为雇佣劳务关系，从而避免由于再分包行为被认定为无效行为，也将实际施工人的地位牢牢地抓在自己的手中。

如果说彭云瑞挂靠四海公司，但是他并没有自己的管理人员及管理机构和施工队伍，其即使与乐殿平签署了名为“雇佣劳务协议”，所有的管理及施工工作都是乐殿平及其班组所完成，那么彭云瑞实际就是一个转包人或者说是建设工程劳务分包合同的再分包行为人，而并非实际施工人，真正的实际施工人就是乐殿平及其班组。此时认定彭云瑞为实际施工人实际上是纵容了转包行为或者劳务再分

最高院并没有因为农民工（班组）的身份而一刀切的将农民工（班组）一概的认定为不属于法律意义上的实际施工人，对于实际施工人的认定还是要在个案中，根据个案的法律事实来予以认定。

包行为的存在，而真正损害了真实的实际施工人。转包人、违法分包人或者挂靠人只要与实际施工人签署一个所谓的雇佣劳务协议，约定支付劳务工资，这些中间环节的违法主体就摇身一变成了“实际施工人”，而真正的实际施工人却得不到法律的保护。

笔者认为，只有在单位被认定为实际施工人的情况下，其招募雇佣的农民工（班组）才可以一概的不认定为实际施工人。而在三个案例中（实际是一个建设工程纠纷），彭云瑞作为个人被认定为实际施工人，他有用工主体资格吗？虽然个人可以认定为实际施工人，但是这个认定必须是最终的真正的实际施工人，而不是中间环节的转包或违法分包的个人。如果说彭云瑞挂靠接下项目后，找许多的农民工班组来进行施工，那么与转包或者违法分

包无异，若此，则乐殿平（班组）才是真正的实际施工人，法院在查明案件事实时，应当查明彭云瑞是否具备实际施工人资格，应当要求彭云瑞提供证据加以证明，不应草率的将彭云瑞认定为“实际施工人”，从而避免导致真正的实际施工人未被认定，而被中间环节的违法主体冒名顶替成为“实际施工人”。当然，如果彭云瑞招募工程管理人员，设立项目管理机构

对其招募的各施工班组和农民工进行施工管理并发放工资，则彭云瑞可以认定为实际施工人。

尤其是建设工程领域普遍实行农民工实名制和农民工工资支付条例，均要求施工单位必须与所招募的农民工签署劳动合同，如果都按照要求签署劳动合同的话，自然连雇佣法律关系的法律空间都不存在了。

综上，这个最高院的判例并没有将农民工（班组）一刀切的排除在法律意义上的实际施工人范围之外，反而给了我们一个重大的提示，如何来真正利用司法解释关于实际施工人的规定保护农民工的合法权益，避免被中间环节的违法主体钻了法律的空子。



席绪军 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方建设工程与房地产法律服务部 主任

上海律协建设工程与基础设施业务研究委员会 委员

上海市工商联房地产分会法律专业委员会 委员

业务方向：建设工程、房地产、公司业务

联系方式：13611782519

预约合同与本约合同的那些“纠缠”

作者：王黎君



从以绢易梨的故事说起…

北魏的赵柔拉一车梨去街上售卖，有个人要买赵柔的梨，赵柔要价 20 匹绢，买者同意回家取绢，在等第 1 位买者的空隙，又有人出价 30 匹绢来买，赵柔却说与人交易岂可以利动心，遂将梨卖与第一买者。可见早在古时，市井交易中就有预约合同存在。



我们来看看预约合同的官方成文规定，在《民法典》第四百九十五条：“当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同。”

当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任。

预约合同指当事人之间约定在将来订立合同的约定，是当事人在本约（即正式合同）内容达成一致前作出的有约束力的意思表示。在实务和生活中，预约合同

早在民法典出台前就大量存在，比如购房定金合同、入股意向书、合作框架协议、新产品认购书等。虽然以前《合同法》没有对预约合同的明文规定，但 2012 年的《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 2 条，首次对预约合同明文正身，并明确预约合同违约救济责任，该规定为：“当事人签订认购书，订购书，预定书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或

者要求解除预约合同，并主张损害赔偿的，
人民法院应当支持。”



预约合同的违约责任，有点像以前
《合同法》对于缔约过失的规定，均是信
赖利益受损失，不同的是预约合同的违约

是没进行合同的订立，但违背了对订立合
同的承诺；而缔约过失是在合同订立过程
中，也可以是合同成立并生效之时，一方
违背诚实信用原则而致另一方信赖利益
损失。

预约合同的立法有深意，民法典对预
约合同的明文规定，从立法层面上是认可
了预约合同，认可其就是一个独立的合同，
并且不同于 2021 年出台的买卖合同司法
解释，扩大了预约合同的适用范围，不再
仅限于买卖合同。在实践中，预约合同的
使用非常宽泛，租赁承揽，商品房买卖，
民间借贷，采购，股权转让领域都存在预
约合同的身影，民法典以立法形式确定了
预约合同，更是符合经济社会对契约精神
诚信召唤，更是一种社会需求。

什么是本约合同？

前面提到了“本约”，什么是本约合同？本约合同可以理解为预约合同要订立的内
容协商一致的合同。

预约合同与本约合同怎样区别？

看则真实案例：2012 年 10 月 4 日，L 方位于 X 路‘XXX 楼盘’C3 幢 1 单元 15
与某房地产公司签订《“XXX 楼盘”认购 楼 3 号，预售建筑面积约为 119.3 m²，单
书》一份，合同约定：“一、乙方认购甲 价 3850 元/m²，总价 459305 元，（大写）

人民币肆拾伍万玖仟叁佰零伍元……二、付款方式：……2、分期付款：由签定合同之日交定金 10000 元，应交首付 50%：239305 元（10 月份内交清首付），剩余 220000 元，由银行提供按揭……”。合同签订后，L 按合同约定支付了购房定金 10000 元，并在之后又支付 200000 元，至今尚差购房款首付款 29305 元。

某房地产公司对其开发的“XXX 楼盘”商品房在对外预售时，未将第一楼配电房编入楼层号，而是从第二楼住房开始设定为 1 层、2 层、3 层至 26 层。事后房管部门对该开发的商品房进行测绘、编号时，将第一楼配电房界定为 1 层，依次类推该商品房总层数达到了 27 层，即房管部门

的楼层编号与某房地产公司预售房屋的楼层编号依次递加了一层，某房地产公司原编号 1 层为现房管部门编号的 2 层，原 2 层为现房管部门编号的 3 层，依次类推。L 购买的 15 层即应为房管部门编号的 16 层，认购书中“XXX 楼盘”C3 幢 1 单元 15 楼 3 号应为房管部门确定的“XXX 楼盘”C3 幢 1 单元 16 楼 3 号，该房屋至今未签订商品房买卖合同。该幢该单元其他购房户已在房管部门办理登记备案的，登记楼层较之认购书楼层均递加了一层。

L 认为某房产公司将向其交付的房屋并非合同约定的 C3 幢 1 单元 15 楼 3 号房屋，而合同约定所在层数的房屋已经另售他人，因此请求法院判令：1、解除其与



某房地产公司签订的《“XXX 楼盘”认购书》；2、由某房地产公司返还其已付购房款及利息，承担已付购房款一倍数额的赔偿金。

如何判断一个约定是预约合同还是本约合同？应当查证当事人的真实意思表示来确定，应通观合同的全部内容定性：

(1) 合同是否各条款、要素已经明确一致的达成合意，其他事项已约定明确，无须将来再另行订立合同的为本约。(2) 如果合同履行依据所订合同而无须另行订立本约，即使写为预约，也应认定为本约。

简言之，已订立合同，据其内容和性质无须在将来订立本约的法律效力，应认为是本约；如果已订立合同，仍须双方当事人进一步磋商，才能最终达成本约的，即是预约。

上述案例，虽合同约定了本约合同的主要内容，包括面积、楼层、单价，但尚缺房屋交付使用条件及日期、产权办理的等条款，但未有房屋交付使用条件及日期，也未有产权办理的具体约定，根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷

案件适用法律若干问题的解释》第五条，“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。”

而《商品房销售管理办法》第十六条这样规定：“商品房销售时，房地产开发企业和买受人应当订立书面商品房买卖合同。

商品房买卖合同应当明确以下主要内容：

- (一) 当事人名称或者姓名和住所；
- (二) 商品房基本状况；
- (三) 商品房的销售方式；
- (四) 商品房价款的确定方式及总价款、付款方式、付款时间；
- (五) 交付使用条件及日期；
- (六) 装饰、设备标准承诺；
- (七) 供水、供电、供热、燃气、通讯、道路、绿化等配套基础设施和公共设施的交付承诺和有关权益、责任；
- (八) 公共配套建筑的产权归属；

- (九) 面积差异的处理方式;
- (十) 办理产权登记有关事宜;
- (十一) 解决争议的方法;
- (十二) 违约责任。”

预约合同转化为本约合同，必须具备

两个条件，一是具备本约合同的主要条款，上案例中即《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，二是出卖人收受了购房款。故上述案例合同应认定为预约合同。

预约合同违约赔偿什么？

预约合同毕竟区别于本约合同，与本约合同的可得利益的范围应当是有区别的，推定预约合同的损失没有完全履行本约合同的损失大，不可能赔偿合同成立交易成功可获得的全部利益，否则就无须区别预约和本约合同了。主观判决预约合同的赔偿范围应当小于本约合同的赔偿范围，可仅仅是赔偿信赖利益的损失吗？预约合同的利益损害应当是基于公平责任，

赔偿包括签订合同而合理支出的实际费用，以及丧失与第三人另行订立合同所产生的损失。预约合同的违约主张仅是赋予受损害的权利人要求义务人签订本约合同的请求权以及围绕请求权为而要义务方承担的包括违约责任、解除预约合同、损害赔偿等民事责任，不应当超过签订本约合同，并履行本约合同的可得利益。



王黎君 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方企业合规法律服务部 律师

上海律协法律合规业务研究委员会 委员

业务方向：金融相关、合同纠纷

联系方式：15221703694

被保全的房屋，还能买卖吗？

作者：王黎君



李某系北京市通州区某公寓某号楼 251 号房屋的所有权人。2013 年 5 月 14 日，李某与王某签订《房屋买卖合同》，李某将涉案房屋出卖给王某，房屋总价款 149 万元。同日，王某支付李某定金 2 万元，李某将涉案房屋交付王某居住使用。2013 年 5 月 29 日、2013 年 6 月 4 日，王某两次共支付首付款 83 万元。双方约定上述定金及首付款共计 85 万元应当用于解除涉案房屋原有的抵押贷款手续。

2013 年 6 月 6 日，因李某与案外人万某的民间借贷纠纷案，万某申请财产保全，北京市通州区人民法院作出（2013）通民初字第 09386 号民事裁定书，裁定对涉案房屋进行查封。王某向法院提出案外人异议，被驳回。

王某遂起诉至法院请求：1. 确认双方之间的《房屋买卖合同》有效；2. 李某继续履行双方签订的《房屋买卖合同》，并协助办理过户手续。

被保全房屋为交易标的的房屋买卖合同是不是无效合同？

曾有最高院有复函及北京高院指导意见对此类合同认定为无效合同：《最高人民法院关于转卖人民法院查封房屋行为无效问题的复函》【(1997)经他字第8号】：“……北京亚运特需供应公司在此后擅自将其已被查封的房产转卖给北京沃克曼贸易开发有限责任公司的行为是违法的，所订立的房屋买卖合同系无效合同。”《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》京高法发[2010]458号第九条第一款规定：“出卖人擅自将已被有权国家机关采取了查封等强制措施的房屋转让给他人的，买卖合同一般认定为无效，但相应有权国家机关或申请采取强制措施的权利人同意转让，或者一审法院辩论终结前强制措施已经解除的，可以认定合同有效。”

但是最高院复函及北京高院指导意见，一个是针对具体事项的复函，另一北京高院指导意见仅在北京地区直接援引，两均者不能适用于全国范围，我们看看

《民法典》对合同效力的规定。

合同无效的几种法定情形：1、无民事行为能力人实施的民事法律行为无效，即不满八周岁的未成年人及不能辨认自己行为的成年人所实施的民事法律行为无效（《民法典》第一百四十四条）；

2、行为人与相对人以虚假意思表示实施的民事法律行为无效，比如甲有二子，欲将房屋赠送给小儿子乙，怕大儿子丙翻脸，就与乙签订了该房屋的买卖合同，买卖合同因系虚假意思表示行为无效（《民法典》第一百四十六条）；

3、违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，《民法典》第一百五十三条第一款，违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

4、违背公序良俗的民事法律行为无效，比如配偶一方婚外情赠与小三钱财的赠与行为。（《民法典》第一百五十三条第二款）

5、恶意串通的民事法律行为无效，指行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。恶意串通行为与虚假意思表示行为相近似，区别在于恶意串通损害的是第三人的合法利益，而虚假意思表示只是隐藏真实意思，不见得行为存在恶意。本文主要分析保全房屋的权利限制，在此不过多赘述合同无效法定情形。

终上可见，李某与王某签订的《房屋买卖合同》并无上述民法典规定合同无效的情形，应当认定为合同有效。虽然李某的房屋被保全查封，房屋的转让权利受到法律限制，权利限制仅是权利功能功用性受限制，并不当然否定当事人订立的合同效力。虽然王某占有了涉案房屋，但我国法律规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力，所以王某未享有涉案房屋的所有权。

上述案例在通州法院庭审过程中曾释明王某：涉案房屋处于司法查封状态，其与李某签订的《房屋买卖合同》存在着履行不能的情形，王某可以于履行不能的

情形消除后另行主张或请求解除《房屋买卖合同》并要求出卖人承担相应违约责任。王某仍坚持其诉讼主张。

案件经两审，其中一审：北京市通州区人民法院（2013）通民初字第09926号作出判决：一、确认王某与李某签订的《房屋买卖合同》有效；二、驳回王某的其他诉讼请求。

一审判决后，王某不服，持一审意见提起上诉，二审经北京市第三中级人民法院（2013）三中民终字第01434号（2014年1月14日）判决，驳回上诉，维持原判。法院生效裁判认为：依法成立的合同，受法律保护。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。双方签订的《房屋买卖合同》系双方的真实意思表示，且不违背法律的强制性规定，合法有效。故对于王某要求确认王某、李某签订的《房屋买卖合同》有效的诉讼请求，于法有据，法院依法予以支持。

根据两部法律规定，《房地产管理法》第三十八条，下列房地产，不得转让：（二）司法机关和行政机关依法裁定、决定查封

或者以其他形式限制房地产权利的；

《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十七条，被执行人将其所有的需要办理过户登记的财产出卖给第三人，第三人已经支付部分或者全部价款并实际占有该财产，但尚未办理产权过户登记手续的，人民法院可以查封、扣押、冻结；第三人已经支付全部价款并实际占有，但未办理过户登记手续的，如果第三人对此没有过错，

人民法院不得查封、扣押、冻结。

可以看出李某的房屋系属法律规定不得转让的房屋且法院可以采用查封、扣押、冻结等保全方式。故李某协助王某办理过户手续的合同义务并不能得以履行，系履行不能。虽然王某经法院释明，但王某在法院释明后仍坚持要求继续履行李某履行不能的合同义务，故对于王某要求李某继续履行《房屋买卖合同》并办理房屋过户手续的诉讼请求，法院无法支持。

如果是先签订房屋买卖合同后房屋被保全，也不能转让吗？

经某法院生效判决，被告B拖欠原告A借款2万，后被告B未履行生效判决确定的义务，原告A遂向法院申请执行。执行中，法院依法查封了被告B名下的一套住房。案外人C与被告B签订房屋买卖合同，后原告A向法院申请解封了该房屋，房管也已受理案外人C提供的办理房屋过户材料，但就还没有正式办理更名登记。此时，另有一案例原告D起诉被告B还款，并向法院申请诉讼财产保全。法院依法查封了被告B的上述房屋。

根据《房地产管理法》第三十八条的规定，并无要求条件是先签订房屋买卖合同，后房屋被保全，还是保全中的房屋被买卖，按法律规定的理解是，无论是先签订房屋买卖合同，其后房屋被保全，还是已先保全的房屋被买卖，被查封或其他形式限制房屋权利的，均不得转让。

但是各位读者，我们再延伸点，不得转让是属物权被强制措施限制处分权利，那解除权利限制后，转让是可以的。王某还可以这样做：

一、要求李某可以向法院申请提供其他替代的保全财产，申请解除涉案房屋的保全（《民事诉讼法》一百零四条：财产纠纷案件，被申请人提供担保的，人民法院应当裁定解除保全）；

二、要求李某可以及时解决同万某的涉案争议，待案件争议解决且履行义务后，可要求万某及时向法院申请解除保全；

三、王某可以在法院判决李某承担履行义务，与李某形成合意，代李某向万某履行义务后，要求万某及时解除对房屋保

全，代为向万某给付可向李某追偿或抵扣未支付的购房款；

四、王某可与查封法院协商，由自己提供财产申请解除查封。房屋解封后，买卖双方可继续履行购房合同，但要和李某明确书面约定，其代为解封房屋支付的款项可抵扣购房款的数额，并约定相应的违约责任；

五、王某如觉得继续履行房屋买卖合同有风险，可解除房屋买卖合同，要求返还已付购房款及利息、并要求赔偿损失。

律师的几点建议：

一、签订合同之前，如有条件一定要到房屋管理部门核查房屋情况，确认交易房屋是否被登记为查封、占用等其他状态；

二、签订合同前，若卖方告知房屋已被查封，且买方也知悉并自愿与卖方先签订合同购买，可以合同约定待卖方解除查封后再继续履行合同，可约定因未解封无法履行的违约条款；

三、在合同的履行过程中，如一方明

确表示不履行合同时，及时收集相关不履行的证据，并进行书面的履行催告。

房屋被保全查封，并非当然不能进行交易转让，房屋所有权人在解除权利瑕疵后，所有权不被限制，仍然是可以进行交易的，作为买受人一定要了解好交易房产的信息，在确认出卖人积极解除保全的措施后，房屋买卖合同可以继续履行的情况下，再支付剩余的合同价款。

小区停车规约蕴含的法律价值追求

作者：卫夏清



随着生活水平的提高，城市汽车保有量不断增加，停车难已经成为困扰绝大多数小区的烦恼。即便那些建造之初算是高车位比的小区，如今也有不少相形见绌。但车位少毕竟是“硬伤”，难以通过直接增加车位的方式来改善。在此情况下，不少小区通过制定停车规约来保障基本的停车需求和提高车位的运用效率。同时，一些受到影响的业主认为自身的权利受到侵害，从而提起相关诉讼。

本文就以一个停车规约引起的业主撤销权纠纷案件为例，谈谈关于小区规约中的法律价值。

案情简介：

案号：(2019)沪0115民初19593号

刘某是上海H小区业主，2002年购入小区房屋时，一直有两个地面的“固定”车位使用。在2016年6月，小区召开业主大会表决通过了《H小区机动车停放规约》，规约对停车管理费采取了阶梯式的

价格管理模式：首个车位为 100 元/月；第二个车位为 500 元/元；第三个及以上为 800 元/月，该规约自 2017 年 1 月 1 日生效。2017 年 3 月 25 日，业主大会作出《关于调整机动车辆停车收费标准的决定》，将首个车位的停车管理费调整为 125 元/月。后因刘某未缴费，车辆被限制进入小区而诉至法院，要求撤销该停放规约。

刘某的主要理由是：1、刘某于 2002 年入住小区时就一直有 2 个固定车位，其对车位的使用构成先占。2、首个、第二、第三个及以上停车位管理费分别为 100 元/月、500 元/月、800 元/月的规定违反其 2002 年的购房公约以及《关于加强商品住房及其附属地下车库(位)等设施销售监管的通知》中第四条第二款“同一商品住房项目小区内同一区域、相同类型的地下车库(位)等附属设施，应实行同一租赁价格标准”的规定。3、此次决议中的专有建筑物面积应特指具有 2 个以上车位的全体业主。4、停放规约不应溯及 2017 年前的停车位管理费支付情况等。

判决结果：

驳回刘某所有的诉讼请求。

律师解读：

之所以选取该案例，是因为法院在判决书中将业主决议，特别是关于停车规约

中常见的问题都进行了阐述和说明。能够让一般公众更好地理解个体利益和公共利益发生冲突时，如何通过业主决议的形式解决社区治理中的现实问题，实现权利保护、公平、秩序、效率的法律价值的平衡。

该案例中，业主大会的第一次决议通过时间为 2016 年 6 月 18 日，生效时间为 2017 年 1 月 1 日，补充决议通过时间为 2017 年 3 月 25 日，而刘某提起诉讼的时间为 2019 年（判决书未见具体日期）。从时间节点来看，刘某提起诉讼时已经超过了撤销权的除斥期间，法院可以直接根据《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十二条的规定驳回刘某的诉请。业委会方虽然提出了除斥期间的抗辩，但法院在判决理由中却未提到并引用除斥期间的规定，而是逐条进行了说理。

1、建筑区划内，占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于全体业主共有。即便在购入房屋时为“固定”车位，仍然不能改变其属于全体业主共有的权属性质。对此类车位不适用所谓的“先占”权益，业主大会仍然有权对使用、管理、收益作出决定。

2、在使用小区的公共设施时，个体利益应当服从于全体业主的共同利益。考

考虑到社会上普遍的车辆保有量上升、车位资源有限的趋势，《机动车停放规约》通过价格杠杆合理调节资源分配，即确保了每户业主的基本停车需求，又抑制了部分过高的停车需要，即体现了小区业主的意志自治，也体现了公平正义的法律精神。

3、关于业主决议的溯及力，刘某对车位的使用是一种持续状态，因此停放规约对其有约束力。

在业主撤销权案件中，因业主一方作为受到影响的个体，往往会认为业主决议

直接侵犯其个人利益，这样的想法比较普遍。但此类案件中除了要维护个体利益外，更重要的是作出个体利益和共同利益之间的取舍以及背后的法律价值判断。这一判断并非仅通过评估单独个体而作出，而是在结合了社会现实、业主共同意愿、经济效益、公平正义的价值追求后作出。这些，都需要通过法律规则的方式呈现，进而实现法治社会更高的愿景。

卫夏清 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公共法律服务部 律师

业务方向：不动产征收、社会公共服
行政法



业主投票，行之有道

作者：邵弘高娃



业主大会决议制度，是保障小区业主行使物业管理活动中的业主权利，并履行业主义务的一项重要制度。该制度授予每户业主的最直接权利，就是对业主大会决议事项的投票权。然而在行使投票权的过程中，业主可能因为工作、居住在外等原

因，而采用非常规方法行使投票权，而物业服务人却认为这样作出的决定是不合法的，从而引发纠纷。本文将以一个案例来和各位读者分享，如何合法授权他人行使业主的投票权，更好地保护自己的权利。

案情简介

2016年10月，J小区第一届业委会与A物业公司签订《物业管理服务合同》（以下简称《物业合同》），就该小区物业管理服务达成一致。2017年12月底，业委会换届选举，J小区依照法定程序选举第二届业委会（以下简称业委会），并于2018年1月向居委会及房管所备案。

因业委会认为《物业合同》中有关单独收取“电梯运行费”和“二次供水电费”违反《物业服务收费管理办法》（以下简称《管理办法》）第十二条第二款“实行物业服务费用酬金制的，预收的物业服务资金包括物业服务支出和物业管理企业的酬金。”的规定，且A物业公司提供的管理服务不到位，故业委会于2018年10月，就提前解除与A物业公司签订的《物业合同》、授权业委会向法院起诉，并追讨A物业公司不当得利及其多收取的相关费用等向业主征求意见。

2018年11月，业委会根据表决意见向A物业公司送达《告知函》，表明终止

《物业合同》并向法院提出认定部分《物业合同》无效、要求退还电梯运营费、二次供水费等诉请。次月，A物业公司复函称，合同未约定单方解除权，也未满足法定解除条件，业委会无权解除合同；且业委会并未向A物业公司提供同意该决议事项的51%业主的身份信息、产权信息和亲笔签名投票及联系方式，不认可该决议事项通过的真实性。

后业委会于2019年1月3日的庭前会议中，将认定部分合同无效的诉讼请求变更为解除合同。

在庭审过程中，A物业公司提出的主要抗辩理由为，合同未约定单方解除权，而业委会提交的《业主大会讨论决定事项征求意见意见表》（以下简称《意见表》）中存在业委会代签、业主与实际签名不一致（业主是夫妻而只有其中的一人签字、签名是房屋已转让的实际使用人而非产权证人签字）的情况，不符合法律规定的表决意见应由业主本人签名或书面授权委托人签名的情况，扣除该部分后只有40%多

的业主同意，不满足过半数业主同意的法定解除合同的条件。

最终，法院判决《物业服务合同》自2019年1月3日起解除。

律师分析

接下来，我们根据法院的判决，结合法律规定一一捋清这其中的法律问题。

一、物业服务合同法定解除的条件是什么？

法院依照《物权法》第七十六条的规定（现已被《民法典》第二百七十八条所取代）作为《物业服务合同》的法定解除条件，即“下列事项由业主共同决定：……（四）选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人……决定前款其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。”

二、非经书面委托，业主与实际签名人不一致是否一定导致签字无效？

1、微信、电话委托代签的效力。

依照《物业管理条例》（以下简称《管理条例》）第十二条第二款的规定，“业

主可以委托代理人参加业主大会。”且并无其他法律规定明确要求委托必须通过书面的形式。业委会在《意见表》中附有微信委托的记录及业主电话，可以随时查验委托的真实性，故法院认可其委托效力。

从方便业主履行投票权的角度而言，现代社会通过微信、电话委托的方式进行投票，相对书面委托来说更加简便、快捷。但是委托代理只是特别情况下的一种补充手段，不能完全取代业主本人签名，业委会也不宜为了程序的简单而过于依赖委托代签。

2、业主是夫妻而只有其中的一人签字的效力。

根据《业主大会和业主委员会指导规则》（以下简称《指导规则》）第二十五条第二款的规定，“一个专有部分有两个以上所有权人的，应当推选一人行使表决权，但共有人所代表的业主人数为一人”，故只要是夫妻一人进行了投票表决，其表决意见就代表该户业主的意见。

在实际中，可能会出现共有人意见不一致的情况。为了避免产生争议，在发放选票时应该向所有共有人说明，以选票上的签署人默认为代表人。

3、已通过房屋买卖行为实际使用而尚未办理所有权登记的人的签字效力。

虽然从物权的角度而言，房屋所有权的转移采用登记生效主义，但如果仅从物权登记的角度去判断业主，而不考虑通过房屋买卖的法律事实而实际使用房屋的人，是业主表决事项的最终受益人，实际上也是对业主权利的侵害。因此，在此种情况下，对房屋的实际使用人的签名认定有效，也是符合事实和逻辑的。根据《指导规则》第二十二条第二款的规定“基于房屋买卖等民事法律行为，已经合法占有建筑物专有部分，但尚未依法办理所有权登记的人，可以认定为业主。”这也是法律对此类事实中实际所有人的保护。

综上第一、二条的内容，读者们应该了解到，法院作出解除《物业服务合同》的判决的理由为何了。

三、业主大会会议的形式和召开程序是什么？

案例已讨论完，笔者想以上海市的相关规定为例，和各位读者总结一下业主大会会议的形式和召开程序，以加强读者的理解。

业主大会会议有集体讨论和书面征求意见两种形式。

集体讨论的，分为以下五步：

1、会议公告。业主大会会议召开前15日，由业主委员会以书面形式向全体业主公告会议的时间、地点、内容，并书面通知所在地的房管办事处、居（村）民委员会派代表参加，听取意见、建议。

2、核实业主身份。业主大会会议召开时，业主委员会对与会的业主核实业主身份后予以登记，非业主参加的需出具业主的授权委托书。房管办事处、居（村）民委员会应当派代表到场指导监督。

3、现场投票。业主委员会宣布会议表决的内容，当场提名发票、点票、监票、计票等工作人员，工作人员现场发放选



票，业主或其代理人按要求填写后投入票箱，当场检验后加贴封条。

4、当场开票宣布表决结果。业主对表决结果有异议的，应当当场提出，由业主委员会组织业主当场核实。

5、会议记录和决定公告。业主委员会应当做好业主大会会议记录，并将表决结果在业主大会作出决定之日起3日内公告。

书面征求意见的，也分为五步，第一步和第五步是一样的，不同点在于会议工

作人员由业委会确定并公告，并在投票日期7日前按照《业主大会议事规则》的约定送达全体业主，并在投票日公开验票，当场公布投票结果。

其实，随着社会的发展和科技的进步，电子投票系统的出现正在逐步解决业主投票难的问题。比如广州市、珠海市就制定了电子投票的规则和系统，通过互联网的方式，业主投票事项将会更加公开化、透明化、便利化。



邵弘高娃 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公共法律服务部 律师

业务方向：不动产征收、社会公共服务、
企业法律顾问

联系方式：13127986251

父母必看：为子女婚内购房出资，赠与 or 借款？

作者：七方家事法团队



房产是家庭的重要资产。面对各地居高不下的房价，适龄结婚的年轻人凭借一己之力买房并非易事，父母出资为子女结婚购房已是普遍现象，少则数十万，多则上千万。那么问题来了，父母为子女结婚购房出资的性质，究竟是借款，还是赠与？

2019年杭州发生了一起著名的“闪婚别墅案”：26岁“海龟”姑娘和房地产老总的儿子闪婚，婚后公公大方的给小两口买了一套价值1200万的别墅。三年后女

方提出离婚，公公一纸诉状将小夫妻告上法庭，拿着男方补签的借款确认书要求他们共同偿还购房款和利息。法院认为：在父母出资时未明确表示出资就是赠与的情况下，应认定购房出资款为对子女的临时性资金出借，目的在于帮助子女渡过经济困窘期，子女理应负有偿还义务，最终法院判决认定是借款，由被告二人共同偿还债务。

看到这里，或许有人会觉得匪夷所思，男方签的借条确认书是事后补写，且

是单方签订，这也能成为法院认定借款成立的依据？

事实上，父母为子女婚内出资购房，是婚姻家庭领域内非常具有普遍性的问题，从 2003 年最高人民法院《婚姻法》司法解释二第 22 条，到 2011 年最高人民法院《婚姻法》司法解释三第 7 条，再到如今民法典事实，最高人民法院《民法典》婚姻家庭编司法解释（一）第 29 条，父母出资的性质认定，实践中争议颇大，同案不同判的现象时有发生。

为此，笔者查询了全国各地同案不同判的典型案列，分享给大家。

案例 1：事后补签借条，法院认定为借款【案号：（2020）闽 06 民终 141 号】

案件概况：郭男与冯女于 2016 年 9 月 8 日结婚。婚后两人通过银行按揭贷款以及郭男父亲的资助下支付了房屋购房款及税费、中介等费用。结婚不到两年，冯女起诉离婚；2018 年 10 月 18 日，郭父以郭男出具的《借条》（借款人：郭男。落款时间 2018 年 6 月 10 日”）及其他证据为依据起诉要求郭男、冯女归还借款。

法院观点：郭父转账到郭男账号的上述 526 万元资金，应确认为郭父出借给郭男用于购房的借款。现冯女未提供更多证据证明郭父有赠与的意思表示，且从社会公序良俗的角度，也不宜将父母向子女的转账理所当然地认定为赠与，在父母出资时未明确表示情况下，**应认定为对子女的临时性资金出借**，子女理应负有偿还义务。冯女应当进一步举证双方存在赠与关系，否则应承担举证证明不能的法律后果。

相似案例：（2020）浙 01 民终 1170 号、（2021）鲁 06 民终 111 号等

该案例与杭州闪婚别墅案类似，法院并没有因为借条是事后补签而否定借条的效力。子女婚姻出现问题，父母为了保全财产另行提起的民间借贷纠纷之诉，有的法院会认定借贷关系成立，对赠与事实无法达到排除合理怀疑的程度，往往需要承担不利后果。不能证实是赠与也不能排除是借贷的情况下，应当认定为临时性借款。

案例 2：事后补签借条，法院认定为赠与【案号：（2017）冀 06 民终 1201 号】

案情概况：刘男和王女为夫妻。王女交纳 4500 元购房意向金，欲购买保定市五四中路领秀紫晶城的房子，因夫妻二人当时没有钱，刘父在 2014 年 3 月 25 日打款 220302.03 元，2015 年 1 月 11 日打款 12 万元。刘男事后（2016 年 3、4 月份）补签两张借条。

刘父起诉后，法院认为：因被告刘男两次从原告处取款当时，刘男未给原告刘父出具借条，原告提供的刘男的借条为事后所补，被告王女也不认可为向原告借款，按照婚姻法司法解释二的规定，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，故刘男两次从原告处所取款 320302.03 元，应认定为对购买房屋的出资，不能认定为借款。

案例 3：无借条，法院认定为赠与【案号：(2017)苏 07 民终 4437 号】

案件概况：张小与朱红系夫妻关系。2014 年 6 月份，夫妻俩购买房屋，朱父转账资助二人买房。

法院认为：涉案款项是朱父支付给女儿女婿婚后购置房屋所用，根据婚姻法司法解释的规定，除非有证据证明朱父有其他的意思表示，否则应认定为赠与。如果

朱父主张该款项系借款，应对款项交付时双方之间存在借贷合意进行举证，但一、二审中，朱父都未提供充分证据证实双方之间存在借贷合意，因此现有证据不足以认定本案借贷关系的成立。

案例 4：无借条，法院认定为借款【案号：(2020)津 01 民终 6158 号】

案件概况：李某、许某婚后购买房屋；首付款是许某父母出资，现李某、许某之间的感情出现矛盾，许某向李某提出过离婚请求。

法院认为：对于许父许母在为资助李某、许某购房时是否明确表示是赠与还是借款的问题，上诉人李某提交的证据不足以证明父母出资时是否有赠与的意思表示。综观本案，父母在为李某、许某购买房屋等生活所需进行出资时，未明确表示系赠与，而是在子女经济能力尚显单薄之时，出于对子女关爱的情怀而临时性出资，父母养育儿女成人已属不易，不能严苛要求父母为成年子女的生活所需承担出资义务，子女理应担负偿还义务，更是对父母应履行的赡养义务，此乃人伦之本。

目前，据笔者在数据库中搜索大量案

例后的粗略统计，父母为子女婚内购房的出资，认定为赠与和认定为借款比例几乎相当。

支持赠与的观点认为，认定赠与能保障配偶一方的财产利益。在中国国情下，父母对子女的付出和父母之爱的伟大，怎么形容都不过分，赠与财产更不在话下。当子女婚后需要购房，父母倾其所有出资帮助子女购房，一般来说本质上就是资助而非借贷，在出资时也不会有要求子女返还的意思。2004年上海市高级人民法院在适用婚姻法司法解释（二）的解答一中表示：根据司法解释（二）第二十二条的规定，父母为子女结婚购房的出资，“应当认定为……赠与”。我们认为，条文中的“应当认定”是在父母实际出资时，其具体意思表示不明的情形下，从社会常理出发，推定为赠与。

而支持借款的观点认为，认定借款更保障父母一辈老年利益。在当前高房价背景下，父母在子女购房时给予资助虽是常态，但不能将此视为理所当然，也绝非法律所倡导，否则将严重违背法律公平正义理念。子女成年后，父母已经尽到抚养义务，并无继续提供供养的义务，父母为子

女买房的出资，除明确表示赠与外，应当视为以帮助为目的的临时性资金出借，子女负有偿还的义务。对此观点，北京市高院（2019）京民申2635号《民事裁定书》有明确的阐述。

笔者认为，以上争议涉及出资父母与子女及其配偶的利益，应当在利益衡量的基础上公平处理，父母出资时的真实意思表示才是解决问题的根本。

从相关法律法规的演变上看，并无大的变化。已失效的最高人民法院婚姻法解释二第22条第二款规定：“**当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。**”现行《民法典》婚姻家庭编司法解释（一）第29条第二款规定：“**当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理；没有约定或者约定不明确的，按照民法典第1062条第一款第四项规定的原则处理。**”对父母出资究竟为赠与还是借贷，在父母意思表示不明且双方均无明确证据的情形下，并不能从民法典婚姻家庭编司法解释一第29条第二款中一概得出“赠与”的结论，而应区分情况对待。

例如，如果父母是为子女购买婚房，基于婚俗和习惯，可将出资推定为赠与，由主张借贷的父母予以举证推翻；但如果父母是为子女婚后改善住房或购买学区房等情形出资，笔者认为应考虑父母对成年子女已经没有法定抚养义务等因素，将出资推定为借贷，由主张赠与的子女或其配偶予以举证推翻。

对此，上海法院目前所持观点具有合理性。2021年3月26日，上海第一中级人民法院在2021年上半年民事审判业务指导和交流片会上曾指出：“父母为子女买房出资的性质，并不必然认定为赠与或

借款，纪要严格依据法律和证据规则，又要进行利益平衡。个案中还要结合父母的经济实力、资金来源、子女婚姻存续实践的长短、房屋产权登记等因素进行综合判断。”

总之，婚姻家庭类的案件，产生于家庭成员之间，涉及到的不仅仅是法律规定还有人伦情理、公序良俗、社会效果等，不能简单处之或一概而论。家事无小事，希望今后我们法律工作者可以共同努力，为完善立法，推动家事争议的解决付诸行动。



王睿

上海七方律师事务所 律师助理
业务方向：家事法、私人财富管理

“技术”出资就等于不掏腰包？

作者：管杰



公司成立、存续和发展离不开股东出资的支持，《公司法》第二十七条规定，股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。实践中，股东之间出于各种原因，经常会约定通过“技术”出资的方式取得公司的股权。那么，是否“技术”出资就能顺理成章地成为股东不掏腰包拿股权的形式呢？本文通过司法裁判中的法律依据和真实案例为大家剖析“技术”出资的方方面面。



一、技术出资的类型有哪些？

《公司法》中并未对“技术”一词进行明确定义，第二十七条的规定也仅在列举的“知识产权”一词与我们日常所说的“技术”搭边。纵观其他法律规定和司法解释，也仅仅在《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》中，规定“技术成果，是指利用科学技术知识、信息和经验作出的涉及产品、工艺、材料及其改进等的技术方案，包括专利、专利申请、技术秘密、计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种等。技术秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息。”

笔者根据“技术”出资在司法判例中的类型，将“技术”分为公开技术、非公开技术和“资源渠道”。公开技术主要是指专利技术（无论是所有权还是使用权）等必须经过公示登记才能有效转让的技术；非公开技术则是指那些包括技术秘密在内的，不为公众所知悉、具有商业价值的技术知识；而“资源渠道”则是某些股东的人脉关系、客户资源、营销渠道、公关能力、市场推广、企业运营管理技巧等。

二、技术出资的法律风险

下面就针对上文所说的三种“技术”出资分类各自的法律风险。

1. 对所出资“技术”本身的限制

从《公司法》第二十七条可以看出，可以“用货币估价”和可以“依法转让”是非货币财产作为出资的前提条件。因此，“技术”出资对于“技术”的要求也必须符合“可估值”，“可合法转让”的条件。此外，《公司登记管理条例》第十四条规定，股东的出资方式应当符合《公司法》第二十七条的规定，但股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。此规定对股东出资的范围进行了明确限制，劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权虽有价值，但股东并不能以其作价出资。

对于“公开技术”而言，出资前应做好评估及登记手续。比如专利出资时，专利所有权人应依法委托经财政部门批准设立的资产评估机构进行评估，并办理专利权变更登记及公告等手续。在工商登记时必须提交评估报告，办理公示登记的专利权转移手续。



相较于“公开技术”出资严格的登记评估手续，“非公开技术”和“资源渠道”的出资风险因其没有相对完善的程序和公示文件作证明，因此更加容易在是否是“技术”出资方面引起股东间的争议导致对簿公堂。对于非公开的技术而言，由于没有公示登记的转移证明，常常在技术是否作为出资已经交付这点成为争议焦点。如何才能算交付完成这点，我们可以从(2016)苏民终 1103 号案件中看出端倪。

案情简介：

2010 年 9 月 20 日，江煤公司、信智公司、矿大资产公司、即其余股东共同成立中矿智联公司，其中约定矿大资产公司经评估的相关无形资产出资 1425 万元及货币出资 200 万元（32.5%）。后江煤公司、信智公司以矿大资产公司未实际交付无形资产为由向法院起诉判令矿大资产公司补足出资 1425 万元。

裁判观点：

一审法院认为从中矿智联公司与矿大资产公司签订的“出资作价移交清单”和“非专利技术出资作价移交清单”来看，矿大资产公司已经将 12 项非专利技术移交给中矿智联公司。且中矿智

联公司已经使用了 12 项非专利技术。因此，可以认定矿大资产公司已经履行了出资义务。一审驳回原告诉请。后原告上诉至二审法院。二审法院认为，矿大资产公司在经过评估程序后，以 12 项非专利技术作价 1425 万元作为出资并与中矿智联公司签订了“非专利技术出资作价移交清单”且完成工商登记手续。因此，从形式要件上来看，矿大资产公司已经完成了相应的出资手续。矿大资产公司与中矿智联公司在“非专利技术出资作价移交清单”签订前，案涉相关非专利技术已经在中矿智联公司的相关工程中予以使用，故一审法院认定矿大资产公司已经完成了相应的技术出资义务，并无不当，驳回上诉。

从法院的裁判观点来看，本案非专利技术是否交付，不仅仅是从程序上是否完成评估作价工商登记的出资手续，一、二审法院都围绕“资料移交”以及“实际使用”的事实作了详尽的审查，由此可见司法实践中对非公开技术交付的审查重点。

2. “技术”出资的“合意”要求

“资源渠道”作为“技术”出资时，由于其难以评估作价且在证明交付方面

更无从谈起，此时股东间的必争之地往往就在于各方对“技术”出资是否真正达成合意的证明。司法实践中常常会遇到将“技术”出资作为对自己货币出资义务抗辩的情形。这种情况下，哪些证据可以作为有效的抗辩依据呢？

首先是公司章程的记载。公司章程作为工商备案的公示材料，对股东出资的形式有明确记载，对外产生权威效力。其次是股东间的出资协议。因为工商登记的要求固定，常常无法满足实际需求，股东间可以依靠内部出资协议明确约定“技术”出资的事宜。北京市第三中级人民法院孙承松、张雅霖法官认为，股东协议与备案公示的章程内容有矛盾时章程的生效并不导致股东协议当然失效或被替换。股东协议和章程二者效力并没有屈服，只是因公示性、时间靠后在事实认定上更可能推定为真实意思表示，但股东间如已经事先明确约定不一致时如何处理，则应按约定处理。[1]此外，司法实践中有一些看似能证明合意，却最终被认为证明力不够的证据导致股东“技术”出资的抗辩理由石沉大海。

案号：(2015)沪一中民四(商)终字第1058号。案情简介：振达公司成立于2010

年8月3日，注册资本500万元，法定代表人为邵昌标，经多次股权转让后，工商登记的股东张文出资175万元占15%股权（货币出资）。2014年4月，振达公司以张文未履行出资义务为由向原审法院起诉，请求判令张文缴付出资款人民币175万元。张文对其中的50万元以技术出资为由提出抗辩，并出具了，振达公司向张文出具出资证明1份，记载公司股东张文于2011年1月向本公司缴纳货币出资25万元，张文占总资本的15%股份中的10%股份属于技术股（干股），不需缴纳货币资金，落款处加盖了振达公司公章，且振达公司法定代表人邵昌标签字确认。一审法院却认为，虽然出资证明上有振达公司盖章及其当时的法定代表人邵昌标签字确认，但考虑到该出资证明的记载与工商登记不一致、邵昌标与张文间存在借贷的利害关系、振达公司及其原始股东之一金卫星对出资证明的记载不认可等，不能仅凭出资证明的记载认定全体股东对于技术出资达成合意或张文已实际出资。故未支持张文50万元属“技术股”的主张，判令其以货币实缴。张文不服一审判决上诉称，该10%股权属于干股，不需要实际出资，但二审法院认为张文该主张与公司



章程关于所有股东出资方式均为货币出资的规定不相符，因该 10%股权登记在张文名下，如确实为公司赠送给张文的干股，则应由公司以自有资金替张文出资，从而由张文享有干股权利，但现有证据未能证明振达公司出资 50 万元赠送张文 10% 的干股。综上，张文关于其名下 10% 股权系技术股（干股）、不需实际出资的上诉理由，缺乏事实和法律依据，本院不予采纳。

上述案件可以看出，“技术”出资应该经所有股东的同意，在证据方面也应提出能够体现所有股东合意的证据，仅个别股东之间的证明，即使本案加盖公司公章的出资证明，也可能因个别股东之间利害关系为由难以认定为“技术”出资的合意。最终达不到“技术”出资的目的。

3. “技术”价值减损的后果

那么，经过重重程序，“技术”出资终于完成交付后，出资股东是否就能高枕无忧了呢？《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）（2014 修正）》第九条规定：出资人以非货币财产出资，未依法评估作价，公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当

委托具有合法资格的评估机构对该财产评估作价。评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的，人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。该规定可以看出，对于未作评估作价的“技术”出资，即使暗度陈仓完成了一系列交付程序，在陷入出资纠纷泥潭后，必定“躲得过初一躲不过十五”，最终还是要回到评估认定的程序中去，对于“技术”的真正价值做一个客观的认定，并对其中的“水分”作出补足。

另一方面，评估结果与约定之间的差价也并非必定需要由出资股东补足。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）（2014 修正）》第十五条规定：出资人以符合法定条件的非货币财产出资后，因市场变化或者其他客观因素导致出资财产贬值，公司、其他股东或者公司债权人请求该出资人承担补足出资责任的，人民法院不予支持。但是，当事人另有约定的除外。如因客观的技术革新等因素导致出资时“技术”价值贬值，出资股东是不必“补差价”的。

三、律师建议

“技术”出资不应该作为股东逃避货币出资的理由，也不应该被排斥。为了

保护股东和公司的利益，“技术”出资的股东应该注意以下几点：

1. 与所有其他股东事先或补充订立“技术”出资协议、修订并记载于章程，并约定协议间的效力高低。

2. 委托权威部门作价评估。对可公示的内容在工商部门进行备案登记。

3. 依法转让、真正做到实际交付和实际使用，发挥价值、造福公司的同时，保障了“技术”出资的真实性。

注释

[1] 孙承松、张雅霖，《股东协议约定一方以技术出资的效力》，载《人民司法·案例》，2021年第5期。



管杰 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与财税法律服务部 律师

徐汇区汇调人民调解委员会 兼职调解员

专业方向：民商事合同纠纷、动拆迁补偿纠纷、

公司股权纠纷

左手回购、右手减持，难免操纵证券市场之嫌

作者：七方民商法团队



一边是上市公司砸出真金白银回购股份，一边是实控人、控股股东、董监高及其他重要股东大额减持。近年来，此类现象在A股市场中时有发生。这是否涉嫌操纵证券市场？

笔者认为，《证券法》并未将股份回购排除在操纵行为之外，不能对股份回购放任自流，应依法监管。

一、《公司法》为股份回购大开方便之门

出于保护债权人和投资者利益考虑，上市公司回购股份在相当长的时间内被严格限制。1994年我国《公司法》仅允许公司在两种情况下回购股票。

2005年，股市低迷，《公司法》修订，扩大了股份回购的允许范围。2008年，股市经历大牛市后的迅猛杀跌，证监会出台规定，取消了以集中竞价方式回购股份的行政许可。2013年，股市萎靡不振，上交所出台业务指引，鼓励上市公司回购股

份。2018年，在经历了3年多的股市剧烈调整之后，《公司法》再次修改，为上市公司回购股份大开方便之门。紧接着，证监会、上交所、深交所出台系列配套规定，支持上市公司回购。可以看出，股份回购政策的放宽，有着较为明显的救市色彩。

新修订的《公司法》第一百八十二条及其配套文件从以下几个方面放宽了对股份回购的限制（详见下表）：（一）、扩大了股份回购的适用条件，增加了三种股份回购情形；（二）、简化了股份回购的决策程序，将除减资和合并以外的股份回购决策权由股东大会下放到董事会；（三）、延长了库存期；（四）、提高了回购比例上限；（五）放宽了回购资金的来源，支持公司融资回购。

时间	制度文件	核心内容
1994年7月	《公司法》	公司只能在减资或合并的情形下回购本公司的股票，且在回购后，就回购后的股票，公司必须在十日内进行处理。
2005年6月	证监会《上市公司回购社会公众股份管理办法（试行）》	对上市公司回购社会公众股份的行为进行一系列基础性的规范。
2005年10月	《公司法》修订	对股份回购进行了新规定，除了允许上市公司为减资、合并回购股票外，还增加了两条：（1）将股份奖励给本公司员工；（2）股东因对股东大会做出合并、分立决议持有异议，可要求公司收购其股份。
2006年1月	《上市公司股权激励管理办法》	规定了可以通过回购股票来解决股权激励标的股票来源。
2008年10月	证监会《关于上市公司以集中竞价交易方式回购股份的补充规定》	取消了以集中竞价方式回购股份的行政许可，只需备案即可回购股份。
2013年12月	上交所《上市公司以集中竞价交易方式回购股份业务指引》	将“为适应证券市场发展变化和保护投资者合法权益的需要而认定的其他情形”作为鼓励回购的情形之一。
2018年10月	《公司法》修订	1) 增加了3种股份回购情形 ：用于员工持股计划或者股权激励、用于转换上市公司发行的可转换债、为维护公司信用及股东权益； 2) 简化股份回购的决策程序 ：将除减资和合并以外的股份回购的决策主体由股东大会下放到董事会。
2018年11月	证监会《关于支持上市公司股份回购的意见》	3) 延长了回购股份的库存期 ：因“员工持股计划或股权激励”、“用于可转债”和“维护公司价值及股东权益”而回购股份，应在3年内转让或注销；而因“减资”回购的股份，应当自回购之日起10日内注销。
2019年1月	上交所/深交所《上市公司回购股份实施细则》	4) 放宽了回购资金的来源限制 ：明确支持上市公司通过发行优先股、债券、金融机构借款等多种方式，为回购本公司股份筹集资金。 5) 提高了回购比例的上限 ：因“员工持股计划或股权激励”、“用于可转债”、“维护公司价值及股东权益”而回购股份的，公司持有的股份总数不得超过公司已发行股份总金额的10%（此前为5%）。

资料来源：证监会、交易所等网站，天风证券研究所

（我国股份回购制度的演变）

二、股份回购也可能构成操纵证券市场

上市公司在回购股份的过程中，天然地具有信息优势和资金优势；同时，回购公告和回购行为对于股价、成交量也有着明显的影响。此外，也不能排除上市公司在回购中存在洗售、联合操纵、蛊惑交易等操纵行为。

实证研究表明，股份回购确实经常沦为内部人操纵公司股价，并从中渔利的工具。

但是，在我国，由于证监会2007年出台的内部文件《证券市场操纵行为认定指



引（试行）》（下称《指引》）第四十八条 第一项之规定，上市公司回购股份一直被理所当然地认为不构成操纵市场。

笔者认为，上述观点并不成立，回购股份也可能构成操纵市场。理由有如下几点：

一、《证券法》第五十五条 并未给操纵市场留下例外的空间，证监会、最高法无权通过部门规章、司法解释对操纵市场设置例外。任何人，只要实施了该法第五十五条第一款列举的八种行为，即构成操纵证券市场，回购股份的上市公司也不例外。

二、证监会的相关通知和交易所的相关细则已实际否定了《指引》第四十八条 第一项之规定。2018 年《公司法》修正案出台后，证监会发布关于认真学习贯彻《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》的通知称，任何人不得利用股份回购从事内幕交易、操纵市场等证券违法行为，不得通过“利益输送”、“忽悠式回购”等行为损害公司及投资者合法权益。上交所、

深交所《上市公司回购股份实施细则》（下称《细则》）也明文规定，任何组织或者个人不得利用上市公司回购股份从事内幕交易、操纵市场和证券欺诈等违法违规活动。上述通知和《细则》也从反面说明，上市公司股份回购完全可能构成操纵市场。

三、履行了《公司法》和《细则》的相关义务，并不能排除操纵市场的可能。

《公司法》第一百四十二条第四款规定了公司回购时的信息披露义务；《细则》对回购股份的交易方式、时间、资金来源等进行了细化。有观点认为，只要遵守了这些规定，就不构成操纵市场。笔者认为，这种观点是不成立的：判断是否构成操纵市场行为，应严格按照证券法第五十五条之规定来分析其构成要件；履行了信息披露等义务并不能排除构成操纵市场之可能。

三、对可疑回购应依法监管

近年来，部分上市公司的回购行为令人十分不解。比如，某家电龙头企业连年

大量回购股份，同时其控股股东和实控人、董监高又大幅减持（见下表）。

股份回购				股份减持		
回购时间	回购数量(股)	回购股价(元)	回购金额(元)	减持时间	减持股东	减持数量(股)
2021年2月25日至4月2日	9999.99万	80.29-95.68	73.27亿	2020年9月3日、11月20日	控股股东及其一致行动人	7028万
2020年3月9日-10月22日	4182.61万	46.30-74.99	26.97亿	2020年9月2日	董事长方某	2000万
					监事董某	2.2万
				2020年7月9日	董秘江某	10万
2019年3月5日-2020年2月21日	6218.11万	45.62-55.00	32.00亿		董秘江某	15.27万
2018年7月26日-12月28日	9510.50万		40.00亿			

（某家电上市公司回购时间表）

又如，某水泥上市公司连年回购，同时其前三大股东持续减持。

回购，一般被认为公司看好自身价值；减持，一般被认为相关股东看空后市；两者同时进行（或在很短的时间内相继进行），逻辑上完全不能自洽。一边是公司掏钱回购，一边是重要股东减持套现，这不能不让人怀疑其中有利益输送，甚至可能存在操纵市场行为。

又如，某上市公司控股股东大幅减持时，某基金大量买入；其后该上市公司又推出回购计划，该基金趁机减持。其中是否有抽屉合同、暗箱操作？

还有些公司高价回购股份用于对管理层进行股权激励，而股权激励的行权价极低……

尽管此类可疑回购时有发生，监管部门也表态“任何人不得利用股份回购从事内幕交易、操纵市场等证券违法行为”，但遗憾的是，据笔者检索，截至目前尚无因违法回购被监管层立案调查的案例，更无相关诉讼案例。

笔者建议，投资者在遇到可疑回购时，一方面切勿跟风追涨，另一方面要敢于亮剑，积极向监管部门反映。监管部门也应积极作为，回应投资者的关切。

浅谈操纵证券市场侵权责任的司法认定

作者：七方民商保险团队



操纵市场行为在我国证券市场时有发生，一些庄家、大鳄、黑嘴已被查处并承担行政或刑事责任。遗憾的是，作为操纵市场行为的受害者，投资者却长期不能通过司法程序挽回损失，使得我国证券法规定的操纵市场民事赔偿责任的相关条款沦为具文。

日前，四川省高级人民法院对杨绍辉与阙文彬、蝶彩资产管理上海有限公司证券纠纷案（下称“本案”）作出终审判决：维持一审判决，即二侵权人赔偿投资者损失五千余元。这也是自1999年证券法颁布实施以来，我国首起投资者胜诉的操纵市场民事案件。

通过本案，我们可以略窥法院对操纵证券市场民事赔偿责任的认定方法。



一、操纵证券市场行为的认定

我国现行证券法第五十五条第二款（2005年证券法第七十七条第二款）规定：“操纵证券市场行为给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。”据此，操纵证券市场侵权责任有三个构成要件：一是操纵证券市场行为；二是投资者遭受损失；三是行为和损失之间存在因果关系。

对于操纵证券市场行为，证券法第五十五条第一款进行了列举，主要包括连续

交易、联合交易、对倒交易、洗售交易、虚假申报、抢帽子交易、蛊惑交易、跨市场操纵等影响或试图影响证券交易价格或交易量的行为。

由于信息的不对称和调查认定的高度专业性，投资者自行举证证明操纵行为难度很大。在实务中，若没有证监会作出的行政处罚决定或已生效的法院裁判文书，法院很难认定操纵市场行为的存在。

比如，在史丽华与安徽省凤形耐磨材料股份有限公司操纵证券交易市场责任纠纷案中，安徽省高院、合肥市中院均认为不能认定被告凤形公司实施了操纵市场的侵权行为，其理由之一是“中国证券监督管理委员会并未对操纵行为人操纵凤形

股份股票认定并作出行政处罚决定书。

在本案中，法院根据证监会的行政处罚决定书、行政复议决定书、已生效的行政判决书，认定被告阙文彬和蝶彩资产实施了操纵股票价格的违法行为。。

二、投资者损失的认定

操纵证券市场案件中，投资者有没有损失？损失金额如何计算？对于这些重要问题，证券法并无规定，亦无相关司法解释予以明确。

在本案中，成都市中院认为：

“证券交易欺诈行为可以分为操纵市场、虚假陈述、内幕交易三大类型，三者之间往往是相互联系的。虚假陈述只是表象，而内幕交易和操纵市场却是问题的核心和根本。……阙文彬、蝶彩资产管理公司、谢家荣的操纵行为与虚假陈述行为具有类似性。由此，本院认为，杨绍辉的损失以及其损失与阙文彬、蝶彩资产管理公司、谢家荣的操纵行为之间的因果关系均可以参照《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（下称“规定”）予以认定，

即杨绍辉的损失包括投资差额损失及佣金、资金利息。杨绍辉的投资差额损失以买入证券平均价格与实际卖出证券平均价格之差，乘以杨绍辉所持证券数量计算。”

实际上，在虚假陈述索赔案中，损失的范围、投资差额的计算方法、其他因素所致损失的扣除等问题都较为复杂，各地法院采取的认定方法不一。对此，笔者已在拙文《证券虚假陈述纠纷中，赔偿金额如何确定？》¹中进行了介绍，读者可以参阅。

在本案中，成都市中院采取了先进先出加权平均法认定杨绍辉买入证券平均价格与实际卖出证券平均价格，并以此计算投资差额损失。此外，成都市中院并未考虑其他因素所致损失的扣除问题。

¹ <https://mp.weixin.qq.com/s/yqL1D-xW8iK8A5R6cijZ9Q>

三、因果关系的认定

在本案中，成都市法院认为：

因操纵证券市场引发的民事赔偿案件中，可以参照《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第十九条“投资人具有以下情形的，人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系：（一）投资人所投资的是与虚假陈述直接关联的证券；（二）投资人在虚假陈述实施日及以后，至揭露日或者更正日之前买入该证券；（三）投资人在虚假陈述揭露日或者更正日及以后，因卖出该证券发生亏损，或者因持续持有该证券而产生亏损”之规

定，认定投资者的损失与操纵行为之间是否具有因果关系。即投资人具有以下情形的，应当认定操纵证券市场行为与投资者的损害结果之间存在因果关系：（一）投资人所投资的是与操纵行为直接关联的证券；（二）投资人在操纵行为实施期间买入该证券；（三）投资人在操纵行为结束以后，因卖出该证券发生亏损，或者因持续持有该证券而产生亏损。

据此，成都市中院认定原告杨绍辉的损失和被告的操纵市场行为之间具有因果关系。

四、结语

操纵市场这种严重侵害投资者权益的行为并不少见。根据证监会于2021年2月5日通报的2020年案件办理情况，全年新增操纵市场立案案件51起，同比增长11%。从涉案金额看，全年共22起操纵市场案件交易金额超过10亿元，平均获利约2亿元，严重损害投资者利益。

可是，法院立案审理的操纵市场民事赔偿案件却寥寥无几。而且，由于此类案件没有明确的司法解释可以参照，亦未在司法实践方面形成统一的裁判观点，本案前投资者要么主动撤诉要么被判决败诉。

本案的审理终结，对于投资者维权具有里程碑式的重要意义。本案对于操纵证券市场与损害结果之间因果关系的确定以及行为人承担赔偿责任数额的范围、损失的计算方法，为相同案件的民事裁判树立了重要的参考依据。

今后，只要证监会对于操纵证券市场者开出了罚单，投资者即可依据证券法第五十五条之规定提起诉讼，并参照《规定》计算自己的损失、论证因果关系。

投资者再也不是待宰的羔羊了！

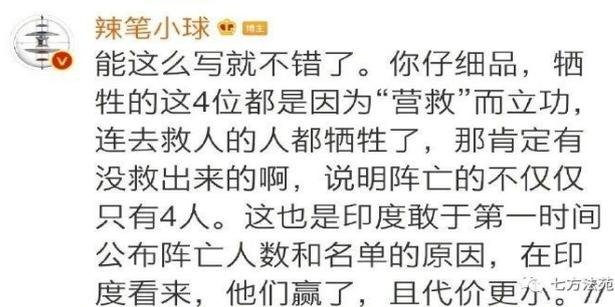
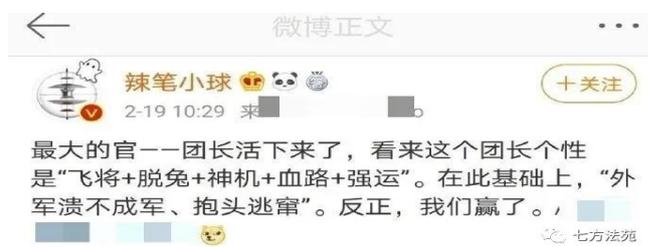
“辣笔小球”为何以侵害英雄烈士名誉、荣誉罪被捕？

作者：七方刑事团队

习近平总书记指出：“一个有希望的民族不能没有英雄，一个有前途的国家不能没有先锋”。英雄烈士的事迹和精神，是中华民族宝贵的精神财富，不容任何污蔑和亵渎。近年来，国家有关部门，也出台相关法律法规予以回应，《中华人民共和国英雄烈士保护法》、《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国刑法修正案（十一）》明确规定对侵害英雄烈士的名誉、荣誉的行为，必须承担相应的民事、行政、刑事责任。然而，有些人恶意发表歪曲事实真相、诋毁贬损英雄烈士的言论，伤害了公众的民族和历史感情，严重损害了社会公共利益。那么，这些行为可能面临什么样的法律责任呢？我们首先来看一则案例：

案情简介

2021年2月19日10时29分、10时46分，仇某明在新浪微博上使用其个人注册账号“辣笔小球”，先后发布两条信息，贬低、嘲讽卫国戍边的英雄烈士（见下图）。相关信息通过微博等网络平台迅速扩散，造成恶劣社会影响。2月20日，仇某明被公安机关刑事拘留，南京市建邺区人民检察院依法介入侦查。2月25日，公安机关以涉嫌寻衅滋事罪提请检察机关批准逮捕。



之后，南京市建邺区人民检察院审查后认为，仇某明利用信息网络贬低、嘲讽英雄烈士，侵害英雄烈士的名誉、荣誉，社会影响恶劣，情节严重，

根据《中华人民共和国刑法》第十二条第一款的规定，依法以涉嫌侵害英雄烈士名誉、荣誉罪对仇某明批准逮捕。

一、公安机关为何以寻衅滋事罪 提请批准逮捕？

我国《刑法》第二百九十三条规定：有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制：

(一) 随意殴打他人，情节恶劣的；

从刑法《刑法》第二百九十三条的罪状描述来看，仇某明的行为似乎并不构成寻衅滋事罪。然而，根据 2013 年《最高人民法院，最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条的规定，利用信息网络辱骂、恐吓他人，情节恶劣，破坏社会秩序的，依照刑法第二百九十三条第一款第（二）项的规定，以寻衅滋事罪定罪处罚。编造虚假信息，或者明知是编造的虚假信息，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布，起哄闹事，造成公

(二) 追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；

(三) 强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；

(四) 在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。

纠集他人多次实施前款行为，严重破坏社会秩序的，处五年以上十年以下有期徒刑，可以并处罚金。

共秩序严重混乱的，依照刑法第二百九十三条第一款第（四）项的规定，以寻衅滋事罪定罪处罚。

仇某明身为网络大 V，在网络上公然发表对英雄烈士贬低、嘲讽的言论，并造成了极为恶劣的社会影响，情节十分严重，根据上述司法解释的规定，其行为完全符合寻衅滋事罪的构成要件。仇某明的言论虽然并未对英雄直接辱骂，但是其使用了讽刺手法歪曲事实、贬低英烈是无可辩驳的，当时以寻衅滋事罪提请批捕并无不妥。

二、检察机关为何以涉嫌侵害英雄烈士名誉、荣誉罪批准逮捕？

2021年3月1日,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》生效并施行,第三十五条规定:“在刑法第二百九十九条后增加一条,作为第二百九十九条之一:“侮辱、诽谤或者以其他方式侵害英雄烈士的名誉、荣誉,损害社会公共利益,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”自此,我国《刑法》中正式增设“侵害英雄烈士名誉、荣誉罪”,如有严重侵害英雄烈士的名誉、荣誉的,将承担刑事责任。

问题在于,仇某明发表不当言论时,《刑法修正案(十一)》尚未生效,为何能够以侵害英雄烈士名誉、荣誉罪追究其刑事责任呢?我们来看刑法总则的相关规定:我国《刑法》第十二条规定:“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照

当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法.本法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。”

根据《刑法》关于溯及力的上述规定,我国《刑法》对于行为发生在新的规定之前、审判在新的规定之后的行为一般适用“从旧兼从轻原则”。也即,对于新刑法之前行为人所实施的行为,一般要首先考虑适用旧刑法,即“从旧原则”;其次,要对比新旧刑法,哪个适用哪个对行为人的处罚较轻,适用较轻的刑法,即“从轻原则”;最后,根据案件的情况,来决定适用旧刑法还是新刑法,即“从旧兼从轻原则”。因此,总体而言,在刑法溯及力问题上,我国《刑法》确立的是“有利于被告人”的原则。

本案中,结合案件事实和法律规定,仇某明的行为无论是在旧刑法还是新刑法中均被认定为犯罪。旧刑法中“寻衅滋事罪”规定最低法定刑为“五

年以下有期徒刑、拘役或者管制”，而新刑法中“侵害英雄烈士名誉、荣誉罪”的最低法定刑为“三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”。相对比而言，侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的最低法定刑显然比寻衅滋事最低法定刑轻。

据此，虽然公安机关在新刑法尚未生效以寻衅滋事罪提请批准逮捕，而检察机关在新刑法生效后以侵害英雄烈士名誉、荣誉罪决定、批准逮捕，都是正确适用刑法，也充分贯彻了有利于被告人的“从旧兼从轻原则”。

结语

仇某明到案后反思说：“我在事实不明朗、掌握信息不全面的情况下，还用这样一种轻浮的、夸张的、戏谑的词汇去描述这位英雄团长，不仅仅是贬低了英雄团长的形象，也是影响了整个边防将士的形象。”是的，其言论已严重损害了英雄形象，伤害了民族感情，无形中的伤害难以弥补，无论最终以何种罪名对仇某明定罪处罚，警醒

我们的是，要时刻善待这些世界上最可爱的人，没有他们，就没有我们安定团结、繁荣富强、幸福美满的今天。另外，网络并非法外之地，切勿抱有任何侥幸心理。



张佰乐 律师

上海七方律师事务所 律师

上海七方律师事务所刑事辩护与刑事
合规法律服务部 律师

业务方向：刑事辩护、合同纠纷、企业
法律顾问

刑事附带民事诉讼中死亡赔偿金¹的理解与适用 ——以新刑法司法解释、《民法典》等新规为视角

作者：七方刑事团队

2012年《刑事诉讼法》修改之后，我国刑事诉讼法及相关司法解释将刑事附带民事诉讼的赔偿范围限定于物质损失，基本将死亡赔偿金排除在了刑事附带民事诉讼的赔偿范围之外。但由于正式立法²并未对何为“物质损失”作出明确规定，加之2014年最高院研究室在《关于交通肇事刑事案件附带民事赔偿范围问题的答复》³中明确地将死亡赔偿金纳入了刑事附带民事诉讼的赔偿范围，导致关于死亡赔偿金的性质及是否属于刑事附带民事诉讼的赔偿范围仍在实务中存在一定的争议。通过案例检索，可以发现多数法院认为死亡赔偿金因属于精神损失，不属于刑事附带民事诉讼的赔偿范围（交通肇事罪案件除外）而不予支持，但仍存在不同法院的判法不一，甚至出现同一法院判法不一的情况。⁴

在同样由最高人民法院主编的《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释理解与适用》和《刑事审判参考》中，也存在着不同的观点：前者认为死亡赔偿金是精神损失，不属于刑附民的赔偿范围；而后者则刊载了死亡赔偿金属于刑事附带民事诉讼赔

¹ 因2001年《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第九条将“死亡赔偿金”“残疾赔偿金”同定义为精神损害抚慰金，故为方便论述，本文以“死亡赔偿金”为例，举重以明轻。

² 胡云腾等：《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释理解与适用》，载《刑事审判参考》2012年第5辑，法律出版社2013年版。文中第119—124页，以较大篇幅就为何将“两金”排除出附带民事赔偿范围进行了阐述，并提出了具体的适用原则及理由。尽管该书对实务具有一定的指引作用，但毕竟不属于规范性文件，因此并未统一实务的裁判规则。

³ 其基础是2012年最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第155条，驾驶机动车致人伤亡或者造成公私财产重大损失，构成犯罪的，依照《中华人民共和国道路交通安全法》第76条的规定确定赔偿责任。

⁴ 叶春梅：《死亡赔偿金在刑事附带民事诉讼中的可适用性探析》，2018.6.28日发布，成都法院网：<http://cdfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2018/06/id/3373646.shtml>

偿范围的案例和观点。⁵这种现象无疑削减了法律的权威性，也对法律所追求的公平打上了问号。究其原因，主要是法律未作明确规定，不同司法解释相抵牾。

笔者认为，对该问题的理解与适用应以体系解释的思维方式，既着眼于刑事法规范的变化，又要注意到民法规范的修订，才能得出较为恰当的结论。应当注意到，随着2021年最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释（以下简称“新刑诉法司法解释”）、《中华人民共和国民法典》（以下简称“民法典”）、《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“2021人身损害赔偿解释”）《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（以下简称“2021精神损害赔偿解释”）等一系列法律、司法解释的生效与修订，对刑事附带民事诉讼中死亡赔偿金应当作出新的理解，在适用时应当确立两点：第一、死亡赔偿金应当属于物质损失而非精神损失；第二、刑事附带民事诉讼中精神损失赔偿应当遵循原则上不支持，例外情况下可以支持的规则，而非一律不支持。

一、原有法律规范对是否判赔死亡赔偿金及其性质规定不一

我国立法对死亡赔偿金的性质和是否应当在刑事附带民事诉讼中赔付的问题并非稳定一致，相反，可以说是颇为反复，亦不乏存在相冲突的法律规定，给各法院在具体适用时带来困惑。

⁵ 《刑事审判参考》2015年第1集：周凯章等人组织出卖人体器官案（第1060号）。



民法典实施前最高人民法院关于刑事附带民事赔偿法律规范

法律依据名称	实施/废止时间	死亡赔偿金定性	是否赔偿
《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第9条	2001	精神损失	否
《最高人民法院关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿民事诉讼问题的批复》	2002; 2015 废止	精神损失	否
《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第17条	2004	物质损失	是
《侵权责任法》第16条、22条	2010; 2021 废止	物质损失	是
《中华人民共和国刑事诉讼法》第99条	2013; 2018 废止	精神损失	否
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第155条	2013; 2021 废止	精神损失	否 交通肇事 除外

由此可见，从法律规范上来看，我国对该问题的规定存在一定的矛盾，反映到具体的司法适用上，必然会出现同案不同判的现象。

即使在最高人民法院层面，依然对该问题存在疑虑。例如 2014 年最高人民法院《最高人民法院对关于统一人身损害侵权案死亡和残疾赔偿金标准建议的答复》中认为“最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释【2003】20 号）中规定的残疾赔偿金和死亡赔偿金，是对受害人因残疾或死亡，采取定型化赔偿的方法计算的赔偿金，是对受害人财产损失的赔偿。”似乎在这里肯定了死亡赔偿金属于受害人的“财产损失”，系物质损失的性质。但旋即又说道“但由于法律对于死亡赔偿金的性质、计算标准等规定不明确，加之人身损害赔偿问题本身的复杂性，对死亡赔偿金的适用问题难以达成共识。”因而，“我们将对此问题继续进行研究，以寻求一种更符合国情的方案。”最高司法机关尚且如此，更遑论地方司法机关。因此，死亡赔偿金的问题亟待法律作进一步明确。

此外，笔者检索上海的地方法规时注意到沪高法民(2000)44 号《上海市高级人民法院关于印发《关于民事案件审理的几点具体意见》的通知》（现行有效）第 15 条对“精神损害赔偿”作出了解释：死亡赔偿金属于精神损害赔偿。该规定也与上海地区案例检索结论保持一致：2012 年之前，刑事案件支持赔付死亡赔偿金；2012 年之后，除交通肇事刑事案件之外，不再支持赔付死亡赔偿金。这种现象也从另一个角度证明了，解决该问题的途径应当是通过消弭立法的矛盾，统一法秩序，给各级人民法院予以明确的指导、

二、现行法律规范统一了死亡赔偿金的性质为物质损失，应属于刑事附带民事诉讼的赔偿范围

随着《民法典》的实施及生效，最高人民法院修订了诸多司法解释，其中就包括前文所述的 2021《精神损害赔偿解释》和 2021《人身损害赔偿损失》。仅死亡赔偿金的规定，现有法律做了以下修改：

民法典实施后最高人民法院关于刑事附带民事赔偿法律规范

法律依据名称	实施/废止时间	死亡赔偿金定性
《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》	2021	不再定性
《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》	2021	物质损失
《中华人民共和国民法典》	2021	物质损失

可以说，本文开头所述案例的讨论的“法律规范语境”已经发生了显著的变化。具体表现为 2021《精神损害赔偿解释》删除了原解释中的第 9 条⁶，即不再将死亡赔偿金

⁶ 2001《精神损害赔偿解释》第 9 条：精神损害抚慰金包括以下方式：（一）致人残疾的，为残疾赔偿金；（二）致人死亡的，为死亡赔偿金；（三）其他损害情形的精神抚慰金。

规定为精神损害抚慰金，否定了其作为精神损失的性质。2021《人身损害赔偿解释》第20条沿袭了原解释的第33条⁷，将死亡赔偿金与精神损害抚慰金作区分，明确其作为物质损失。《民法典》第1179条和1183条沿袭了原《侵权责任法》第16条、第20条⁸的规定，同样区分死亡赔偿金和精神损害赔偿，将其作为物质损失处理。

在此法律框架中，尽管2021年新刑诉法司法解释第192条与2012年刑诉法司法解释第155条，在文字上未作修改，但由于其依据的其他法律规范已经发生了改变，因而实质上，应当认为刑事附带民事诉讼的赔偿范围发生了改变。具言之，首先，新刑诉法司法解释第192条虽未将刑事附带民事诉讼的赔偿范围扩张至精神损害，其用语亦未将死亡赔偿金排除在外。192条第2款规定，“造成被害人残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助器具费等费用；造成被害人死亡的，还应当赔偿丧葬费等费用。”故而，只要死亡赔偿金属于本条第一款所规定的物质损失，其可以包含在“丧葬费等费用”中。其次，如前所述，《民法典》、2021《人身损害赔偿解释》和2021《精神损害赔偿损失》三部法律对死亡赔偿金性质的规定不再存在矛盾。

除法律修改方面的因素，将死亡赔偿金纳入刑事附带民事诉讼的赔偿范围，至少还有以下价值：一、赔偿死亡赔偿金是对生命权、健康权的尊重，是落实我国《宪法》中关于公民健康权、生命权条款的体现；二、有助于强化权利救济，避免遭受刑事犯罪的被害人陷入经济上的困顿，引发新的社会矛盾；三、有助于维护司法权威，防止赔偿金原有的用以安抚被害方情绪和解决其实际困难的作用被极大削弱；四、符合我国的历史

⁷ 2003《人身损害赔偿解释》第33条：……但一审判庭辩论终结前已经发生的费用、死亡赔偿金以及精神损害抚慰金，应当一次性给付。

⁸ 《中华人民共和国侵权责任法》第16条：……造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。第20条：侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。

传统，例如元代的烧埋银制度，即属于对行凶者承担民事责任的法律制度，其规定也被其后的明朝和清朝所沿袭。⁹

因此，在现行法律规范中，实质上已经统一了死亡赔偿金的性质，即属于物质损失，又根据 2018 年《刑事诉讼法》及 2021 新刑诉法司法解释的规定，应纳入刑事附带民事诉讼的赔偿范围。

三、精神损害赔偿应例外性地纳入刑事附带民事诉讼的赔偿范围

除上述因民事法的修改，影响到刑诉法及其新司法解释的适用之外，本次新刑诉法司法解释还将原司法解释第 183 条第 2 款¹⁰修改为“因受到犯罪侵犯，提起附带民事诉讼或者单独提起民事诉讼要求赔偿精神损失的，人民法院一般不予受理。”换言之，如果案件特殊，被害人在刑事附带民事诉讼中提起精神损失的人民法院也可以受理。

之所以被害人不能在刑事附带民事诉讼中提精神损失赔偿，其主要理由是被告人承担刑事责任，已经是对被害人的抚慰和救助，倘若再要求其支付精神损失赔偿，则有双重处罚之嫌。¹¹ 现实生活总比立法者预想的更为复杂，这样的修改无疑能更好地处理一些特殊案件。同时，精神损害赔偿的例外引入，也能从侧面指导死亡赔偿金的制度适用。即使仍认为死亡赔偿金属于经济损失，也应当在特殊案件中适用该条文，支持被害人的死亡赔偿金的请求。

结语

本文旨在通过法律规范的变化来解读刑事附带民事诉讼中死亡赔偿金的制度，并提出笔者的观点。《民法典》、2021《人身损害赔偿解释》、2021《精神损害赔偿解释》

⁹ 田源：《刑事附带民事诉讼“两金”赔偿问题研究》，载《法学论坛》，2017年3月第2期，第124-126页。

¹⁰ 2012 刑事诉讼法司法解释第 183 条第 2 款：因受到犯罪侵犯，提起附带民事诉讼或者单独提起民事诉讼要求赔偿精神损失的，人民法院不予受理。

¹¹ 参见前引 2。

自 2021 年 1 月 1 日起实施，陆续会有案例引用前述条文，从法律适用上来说，应当会出现更多的案例支持死亡赔偿金。

然而，令笔者遗憾的是尽管已经有法院在故意伤害刑事案件中引用了《民法典》第 1179 条作为裁判依据，仍未予支持被告支付死亡赔偿金。¹²考虑到如果支持支付死亡赔偿金系对现有多数法院做法的颠覆，地方法院在适用时必然会存在顾虑和阻力。因此，最高院应当通过规范性文件或指导性案例的方式，在《民法典》等新民事规范和新刑事诉讼法司法解释实施的背景下，明确刑事附带民事诉讼是否应当包含死亡赔偿金。



吴心成 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

上海七方律师事务所刑事辩护与刑事
合规法律服务部 实习律师

业务方向：刑事辩护、合同纠纷、

企业法律顾问

¹² 江苏省东海县人民法院，《(2020)苏 0722 刑初 324 号徐子动故意伤害罪一审刑事判决书》。暂未检索到其他刑事判决中引用该条文。

《刑法修正案（十一）》之“催收非法债务罪”

作者：七方刑事团队

近年来，“高利贷”、“校园贷”、“网络贷”风行，放贷人使用暴力或“软暴力”等手段催收非法债务“黑化”现象日益加重，严重侵害了债务人的人身、财产权利，扰乱了社会秩序。为了打击上述犯罪行为和准确定罪量刑，2021年3月1日实施并生效的《刑法修正案（十一）》在第三十四条规定“催收非法债务罪”，作为《刑法》第二百九十三条之一。随着该罪正式确立，多地密集出现催收非法债务罪诉讼案件，作为新设罪名，在“两高”未出台相关司法解释之前，司法实践中如何适用和理解必然会存在一些争议。笔者仅从法理角度谈谈自己的浅见，与大家一起探讨。

法条速览

《刑法》第二百九十三条之一：有下列情形之一，催收高利放贷等产生的非法债务，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金：（一）使用暴力、胁迫方法的；（二）限制他人人身自由或者侵入他人住宅的；（三）恐吓跟踪骚扰他人的。

从法条内容来看，构成该罪的客观要件至少具备以下三个条件：其一，催收方式。行为人使用条文明确列举的三种方式进行非法债务催收；其二，债务性质。行为人催收的是非法债务；其三，催收情节。催收情节必须达到严重的程度。从该罪的客观方面来看，上述三个条件

必须同时具备，缺一不可，否则不构成该罪。

一、如何理解“非法催收的手段和行为”？

如何理解该罪中的非法催收的手段和行为？虽然法条以列举罪状的方式予以明确，也并未规定兜底条款，但实践中如何理解仍需进一步细化。笔者认为，鉴于《刑法》将该罪名作为刑法第二百九十三条之一与寻衅滋事罪放置在同一条中，从体系解释的角度，对于该罪状的理解可以参照寻衅滋事相关罪状的描述去理解。具体分述如下：

1. “使用暴力、胁迫方法”中的“暴力”是指以殴打、伤害他人身体的方法，使被害人不能抗拒。“胁迫”是指对被害人施以威胁、压迫，进行精神上的强制，迫使被害人就范，不敢抗拒，如利用被害人危难或者孤立无援的境地迫使其服从等。

2. “限制他人人身自由或者侵入他人住宅”中的“限制他人人身自由”是指，使用捆绑、关押、扣留身份证件不让随

意外出或者与外界失去联系等。“侵入他人住宅”是指未经住宅用户同意，非法强行闯入，或者无正当理由进入，经用户要求其退出仍拒不退出的行为。

3. “恐吓、跟踪、骚扰他人”中的“恐吓”是指以邮寄恐吓物、子弹等威胁他人人身安全；故意携带、展示管制刀具、枪械；利用信息网络发送恐吓信息等，只要上述行为手段或者行为方式足以使他人产生心理恐惧或者形成心理强制，就属于这里的“恐吓”。“跟踪”是指对他人及其亲属实施尾随、守候、贴靠、盯梢等行为，使被害人在内心产生恐惧不安。“骚扰”是指以破坏生活设施、设置生活障碍、贴报喷字、拉挂横幅、燃放鞭炮、播放哀乐、摆放花圈、泼洒污物、断水断电、堵门阻工等方式直接或间接地扰乱他人正常生活、工作、生产、经营秩序等。

二、如何理解“非法债务”？

毋庸讳言，赌债、嫖资、套路贷以及通过其他违法犯罪行为产生的债务等

显然属于非法债务，不受法律保护。问题在于，该如何理解法条中“高利放贷等产生的非法债务”的高利放贷？

我们先来了解一下关于民间借贷最高利率相关法律规定。根据最高人民法院《关于修改《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》的决定》的相关规定，自2020年8月20日起，当事人双方约定的利率超过合同成立时全国银行间同业拆借中心发布的一年期贷款市场报价利率4倍（年利率约为15.4%）的，不受保护。此外，《中华人民共和国民法典》第六百八十条第一款规定，禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。而《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》规定，违反国家规定，未经监管部门批准，或者超越经营范围，以营利为目的，经常性地以超过36%的实际年利率向社会不特定对象发放贷款[指2年内向不特定多人（包括单位和个人）以借款或其他名义出借资

金10次以上]，扰乱金融市场秩序，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。

那么，如何理解刑法第二百九十三条中规定的“高利放贷”？是超过36%的实际年利率就是高利放贷，还是只需超过一年期贷款市场报价利率4倍的可认定为高利放贷？

笔者认为，对于高利放贷的正确理解和适用，首先需要了解立法者的立法愿意。催收非法债务行为入刑的立法原意在于依法严厉打击以营利为目的“职业放贷人和讨债人”，对于不以营利为目的，亲戚朋友之间的偶然拆借行为应当不在刑法打击之列。对于超过一年期贷款市场报价利率4倍利率的正常民间借贷行为不受合法保护，仅能认定为民法意义上的高利放贷，但不应认定为刑法第二百九十三条中的高利放贷。综合上述司法解释的相关规定，笔者认为，该条中的高利放贷的所谓“高利”，应当以超过36%的实际年利率作为非法债务的利率认定标准。需要注意的是，即便当事人之间约定的借款年利息超过36%，

并不必然属于非法债务，应同时考量放贷人与借贷人之间的关系、是否经常性放贷、是否向不特定多数人放贷以及放贷次数等综合评判。

三、如何理解“情节严重”？

笔者认为，鉴于该罪增设在刑法第二百九十三条寻衅滋事罪的条文之下，对该罪的社会危害性评价、法益保护应与寻衅滋事罪趋同，对该罪状中“情节严重”的理解可参照寻衅滋事罪的“情节严重”的相关解释标准。

根据 2013 年 7 月 22 日施行的《最高人民法院最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》，涉及到寻衅滋事行为构成犯罪的行为情节有两种情况：第一种情况是“情节恶劣”，第二种情况是“情节严重”。“情节严重”的情况集中在该司法解释第四条之中。该司法解释第四条规定的主要是财产犯罪类——“强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，破坏社会秩序，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百

九十三条第一款第三项规定的“情节严重”。笔者认为，催收非法债务的行为要旨在于催讨非法债务，而非法债务不受法律保护，与强拿硬要不属于其所有的公私财物在法律意义与价值上是等同的，只有符合以上“情节严重”的情况，才能对该行为定罪处罚。

《最高人民法院最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第四条规定：（一）强拿硬要公私财物价值一千元以上，或者任意损毁、占用公私财物价值二千元以上的；（二）多次强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，造成恶劣社会影响的；（三）强拿硬要或者任意损毁、占用精神病人、残疾人、流浪乞讨人员、老年人、孕妇、未成年人的财物，造成恶劣社会影响的；（四）引起他人精神失常、自杀等严重后果的；（五）严重影响他人的工作、生活、生产、经营的；（六）其他情节严重的情形。

据此，笔者认为，行为人只须采取二

百九十三条规定中列举的非法催债的行为方式之一催要非法债务，并造成

《最高人民法院最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》列举的严重后果，即可认定为情节严重。

结语

司法实践中，催收非法债务行为入罪前，催收非法债务伴随着跟踪、伤害、限制人身自由、毁坏财物等行为，可能涉及到故意伤害、非法拘禁、寻衅滋事等罪名，只有催收行为造成严重后果的才会被追究刑事责任，且将上述行为以

寻衅滋事罪予以规制，在实践中存在较大争议。

笔者看来，《刑法修正案（十一）》将采取“暴力”或者“软暴力”手段催收非法债务的行为定为催收非法债务罪，填补了对高利贷整治乃至对金融秩序整治的立法空白。另外，催收非法债务行为入刑，对打击和规范借贷市场有明显效果的。与此同时，在打击催收非法债务过程中，应严格适用该条规定的三个客观方面条件，区分主观犯罪故意，避免打击面过宽，将部分正常催讨债务的行为客观归罪。





《刑法修正案（十一）》之侵犯商业秘密罪

作者：七方刑事团队

商业秘密作为企业的核心竞争力，凝聚了企业和社会经济活动中创造的智力成果。加强对商业秘密的保护，不仅牵涉到私权，更关系到对社会公共利益的维护，对保障企业创新创业活力、优化法治化营商环境、接轨国际经贸规则等都具有重要意义。2019年以来，《中华人民共和国反不正当竞争法》、“两高”《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》（以下简称“两高司法解释”）及《中华人民共和国民法典》相继修改了有关“商业秘密”的条款，2021年实施并生效《刑法修正案（十一）》也对侵犯商业秘密罪做了重大修改，包括降低入罪门槛、规范行为方式、加重法定刑等，并增设了为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪（具体见下表）。那么，实践中我们该如何理解和适用该罪呢？



《刑法修正案（十一）》对侵犯商业秘密罪修改对比

修改前	修改后
<p>【第二百一十九条】有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：</p> <p>（一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；</p> <p>（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；</p> <p>（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。</p> <p>明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。</p> <p>本条所称商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。</p> <p>本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。</p>	<p>【第二百一十九条】有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：</p> <p>（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；</p> <p>（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；</p> <p>（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。</p> <p>明知前款所列行为，获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密论。</p> <p>本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业所有人许可的商业秘密使用人。</p> <p>第二百一十九条之一 【为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪】为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的，处五年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。</p>

一、如何理解“商业秘密”？

此次修正案删除了关于商业秘密含义表述的条款，究其原因主要有两方面的原因，其一，修改前的刑法第二百一十九条有关商业秘密的含义采用的是

1993年《中华人民共和国反不正当竞争法》的规定，此后该法经过2017年、2019年两次修订，均规定**商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权**

利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。刑法作为后置法，很多概念和术语有赖于前置法，此次删除是为了保持法秩序的统一，体现了刑法的“二次法”特征和立法技术的要求。其二，考虑到商业秘密在未来还会随着时代发展产生新的变化，如果每一次变化刑法都跟着修改，实际上是在浪费立

法资源。因此，刑法中有关商业秘密的理解，还是沿用前置法，在司法适用中坚持四个要素：一是不为公众所知悉；二是具有商业价值；三是经权利人采取了保密措施；四是系技术信息、经营信息等商业信息，同时要抓住有价值的商业信息这个本质。

二、如何理解“行为方式”？

此次修正案将“利诱”改为“贿赂”、“欺诈”，并将“电子侵入”的行为方式作为不正当手段，其主要原因也是为了与 2019 年修正的反不正当竞争法相协调衔接（直接引用了该法第九条的前三款），而且，2020 年 9 月“两高”司法解释也已经把“贿赂”“欺诈”“电子侵入”确定为“其他不正当手段”。此处的“盗窃”、“贿赂”、“欺诈”、“胁迫”属于刑法分则中有关概念的涵义，其中“采取非法复制、未经授权或者超越权限使用计算机信息系统等方式窃取商业秘密的”，也应当认定为此

处的“盗窃”。另外，电子侵入型侵犯商业秘密案件中，司法实践中很多案件因电子证据灭失或取证不到位而导致案件无法继续推进。因此，作为新型的行为方式需要公安机关提前介入并畅通联系渠道，邀请鉴定专家、技术专家参与到侦查过程当中，引入对此类案件熟知“行为人比较熟悉商业秘密内容、存放载体和保密措施情况”、又具有较高的网络应用技能的专家，为该行为方式判定做好攻防准备。综上，行为人采取以上不正当手段获取权利人的秘密



后，披露、使用或者有允许他人使用的情形，就符合该罪的行为方式。

此次修订，更加准确的表述和更细致的分类回应了当前侵犯商业秘密的手段方式日益更新的现实需要，尤其现今网络社会高速发展，用电子侵入等方式获取商业秘密的情况层出不穷，各类新

型手段的出现亟需更周延的法律加以规制。另外，将“违反约定”修改为“违反保密义务”，更多的是为了打击近年来常见的因企业员工离职、自主创业等致使商业秘密泄露的违法犯罪现象，也使得商业秘密的保密性要件得到了进一步体现。

三、如何理解“明知”？

此次修正案将“应知”去掉，明确了该罪的主观要件只能是故意，但在新的司法解释出台明确是否应当包含“应当知道”之前，对该问题的理解存在着不同观点。一种观点认为，刑法中的“明知”应当包含“应当知道”；另一种观点认为，在司法解释出台之前，对“明知”的理解应当保持审慎的态度，不应在司法实践中人为地降低入罪门槛。

笔者同意第二种观点，该处“明知”不应当包含“应当知道”的情形。除上

述理由之外，至少还有以下理由：第一，此处修订并没有与 2019 年《反不正当竞争法》中所保留的“应知”保持一致，其正说明立法者有意区分民事不法与刑事犯罪的界限，提高入罪的门槛；第二，刑事立法中，所有“应当知道”（即推定明知的情形）均需要通过司法解释的形式加以确定，例如最高人民法院《关于审理洗钱等刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第一条即对哪些情形可以推定被告人明知系犯罪所得及其收益作出了明文规定。置言之，在司法解释对侵犯商业秘密罪的“应当知

道”作出明文规定之前，不宜轻易将“应当知道”纳入到“明知”的范畴加以处罚。

四、如何理解“情节严重”？

“两高司法解释”先于《刑法修正案（十一）》出台，虽然“两高”司法解释第五条明确了多种行为造成损失数额的认定方式，但是司法实践中具体运用仍是老大难问题。此次修正案将“造成重大损失”改为“情节严重”，将“造成特别严重后果的”改为“情节特别严重的”，将该罪由原先的结果犯转变为行为犯、情节犯，降低了认定此罪构成的门槛，对于司法实践中判定犯罪构成很有帮助。那么，修改后的“情节严重”“情节特别严重”到底该如何把握呢？

根据“两高司法解释”第四条规定“给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的；直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的；造成商业秘密的权利人其他重大损失的”属于“造成重大损失”，实践中可以直接援引使用，将其理解为“情节严重”。司法解释第四条规定“给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在二百五十万元以上的”属于“造成特别严重后果”，实践中可以理解为“情节特别严重”。

延迟退休政策对企业劳动用工的影响与思考建议

作者：李华平



这些年来，有关延迟退休的话题一直受到社会各界广泛关注。而这一次，是要来真的了！

2020年11月3日发布的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》中明确，“实施渐进式延迟法定退休年龄”。也就是说，延迟退休政策即将进入实施阶段，酝酿和研究多年的政策即将落地。政策实施后会对企业劳动用工产生怎样的

影响呢？本文从现行法定退休年龄规定及存在的问题谈起，从劳动法角度阐述延迟退休政策对企业劳动用工可能产生的影响进行相应分析，进而提出对即将落地延迟退休政策的一点思考与建议。

01 现行退休政策的规定

我们国家对职工退休年龄的规定适用的是1978年国务院颁布的《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》和《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》的

通知（国发【1978】104号）。四十多年来一直沿用至今。

《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》第四条规定，党政机关、群众团体、企业、事业单位的干部，符合下列条件之一的，都可以退休：

（一）男年满六十周岁，女年满五十五周岁，参加革命工作年限满十年的；

（二）男年满五十周岁，女年满四十五周岁，参加革命工作年限满十年，经过医院证明完全丧失工作能力的；

（三）因工致残，经过医院证明完全丧失工作能力的。

《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》第一条规定，全民所有制企业、事业单位和党政机关、群众团体的工人，符合下列条件之一的，应该退休：

（一）男年满六十周岁，女年满五十周岁，连续工龄满十年的。

（二）从事井下、高空、高温、特别繁重体力劳动或者其他有害身体健康的工作，男年满五十五周岁、女年满四十五

周岁，连续工龄满十年的。本项规定也适用于工作条件与工人相同的基层干部。

（三）男年满五十周岁，女年满四十五周岁，连续工龄满十年，由医院证明，并经劳动鉴定委员会确认，完全丧失劳动能力的。

（四）因工致残，由医院证明，并经劳动鉴定委员会确认，完全丧失劳动能力的。

国发【1978】104号文件规定适用的对象是党政机关、群众团体、企业、事业单位的干部，以及全民所有制企业、事业单位和党政机关、群众团体的工人，以及工作条件与工人相同的基层干部。改革开放以来，我们国家实行的是以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。因此，除了全民所有制企业、事业单位和党政机关、群众团体，还有个体经济组织、外资企业、中外合资企业、民营企业、民办非企业等其他混合所有制的经济组织，对于这些经济组织的劳动用工，并没有另行制定相应的法定退休年龄政策，实际上也是参照国发【1978】104号

文件来执行。因此，简单来讲，用人单位的职工执行的退休政策统一为：年满六十周岁的男性干部或工人，年满五十五周岁的女性干部，年满五十周岁的女性工人。

02 现行退休政策存在的问题

现行退休政策在退休年龄的规定上，既有性别的差异，又有身份的区别。长期以来，女性“干部”与“工人”的身份区别引发的劳动争议比较多。如何认定干部身份？是录用制干部还是聘用制干部？女性职工到底是50周岁还是55周岁退休，这些在认定中都比较模糊。

原上海市人事局《关于执行〈上海市事业单位聘用制干部管理暂行办法〉有关条款的复函》（上海人事局〔2001〕19号）中规定：聘用制干部的退休年龄男年满六十周岁，女年满五十五周岁（按聘用合同期满时的年龄为限，聘用合同无聘期规定的，以五十五周岁为限），这里的为限应该理解为上限。

对受聘在管理和专业技术岗位上满十年、年满五十周岁及以上的女同志，是否继续聘用，由单位根据干部管理权限，

按照工作需要、本人愿意、领导批准的原则，自主决定。单位不继续聘用的，应按规定办理退休手续。根据该复函文件精神，受聘在管理和专业技术岗位的女职工，年满50周岁后是否继续聘用，要同时满足工作需要、本人愿意、领导批准三个条件，其中领导批准这个条件，完全取决于单位。可见，由于身份的原因引发的退休年龄争议，作为劳动者一方是没有主动权的，即使是女性聘用制干部也不就一定是55周岁退休。50周岁还是55周岁退休？单位说了算。

随着《劳动法》的实施，用人单位对劳动者的管理逐渐从“身份管理”转化为“岗位管理”，因此在执行退休政策也相应地转化为：男性员工年满60周岁；女性普通岗位员工年满50周岁，管理岗位和专业技术岗位年满55周岁。问题又来了，如何认定管理岗位和专业技术岗位？认定主体是谁？法律上并没有对哪些岗位属于“管理岗位”和“专业技术岗位”进行明确界定，实务中还是由用人单位说了算，用人单位自己对员工是否属于管理岗

位或专业技术岗位来进行认定。能不产生争议吗？

无论是身份认定，还是岗位认定，这些争议都是由于政策规定不明确所导致的。在国发【1978】104号文件施行了四十多年后，确实有必要出台新的退休年龄规定予以取代，也希望即将推行的延迟退休政策，不要再留有模糊之处，否则可以预见争议依然存在。

03 延迟退休政策对企业劳动用工的影响

《劳动合同法》自2008年1月1日起实施，要求用人单位和劳动者要书面订立劳动合同，且在稳定劳动关系方面特别强调劳动关系的长期化。《劳动合同法》规定，对于在本单位连续工作满10年或与同一用人单位连续订立两次固定期限劳动合同后续订劳动合同等情形，劳动者提出、续订或同意续订无固定期限劳动合同的，用人单位应当订立无固定期限劳动合同。用人单位和劳动者一旦订立无固定期限劳动合同后，如劳动者不存在《劳动合同法》第39条、第40条情形的，用人单

位应当使用该劳动者至出现劳动合同法法定终止情形，即劳动者开始依法享受基本养老保险待遇，或达到法定退休年龄。

因此，当延迟退休政策实施后，对企业劳动用工产生的影响是显而易见的，主要表现在以下几方面：

一是会增加企业的社会保险缴纳成本。

以女性员工为例，企业为年满50周岁的女员工办理退休手续后继续返聘的，只需要向其支付劳动报酬，无需为其缴纳社会保险；但是法定退休年龄延迟后，企业使用超过50周岁的女性，因其尚未达到法定退休年龄，企业仍需要为其继续缴纳社会保险，社会保险成本明显增加。

二是企业会增加支付医疗期待遇、工伤待遇的隐形成本。

职工在年满60周岁以后，随着年龄逐渐变老，健康状况会相应变差，患病或非因工负伤的可能性增大，发生工伤的概率也更大，企业需要为此需要支付病假工资、医疗补助金、停工留薪期待遇、一次性工伤就业补助金等。

三是招聘年轻人才的需求下降。

由于年纪偏大的员工签订无固定期限劳动合同的情形较多，在企业岗位数量相对稳定的情况下，延迟退休政策会使企业职工的平均年龄也会相应增加，在一段时间内企业对于招聘年轻人才的需求会下降，企业的活力可能会受到一定的影响。无固定期限劳动合同与职工老龄化双重因素叠加，劳动用工在一定程度上会略显僵化、活力不足，会对企业人力资源的管理提出新的挑战。

04 对延迟退休政策实施的思考与建议

延迟退休，这是国际上应对人口老龄化的通行做法。我们国家的退休年龄相比较而言偏低，而人均预期寿命则逐年提高，为缓解养老保障压力，因此实施延迟退休政策，大势所趋、势在必行。十四五规划中提到“实施渐进式延迟法定退休年龄”，渐进式实施，并非一步到位，这样更稳妥，避免造成新的社会矛盾，也更容易被大众所接受。

现行退休政策在退休年龄上除了有

性别的差异外，还有身份及岗位的区别，在实施中容易引发争议，希望新的退休政策出台后应规定的更为具体明确和具有操作性。建议除了从事井下、高空、高温、特别繁重体力劳动或者其他有害身体健康等从事特殊工种的岗位，经过劳动行政部门备案或认定的可以提前退休外，其他劳动者的退休年龄应当一致，应不要再区分是否属于管理岗位或专业技术岗位；同时建议避免采用退休年龄区间的方式，减少用人单位单方选择权，因为一旦有退休年龄的区间设定，劳动者何时退休仍然会演变成用人单位说了算。

考虑到延迟退休会对企业的劳动用工产生影响，会增加企业显性或隐形的用工成本，建议在推行该政策时出台一定的配套政策缓解企业用工成本压力。如，在社会保险缴纳政策上对使用年满 60 周岁的人员给予一定的减免政策，用人单位使用年满 60 周岁以上员工的，单位缴纳养老保险比例减半，免交失业保险、生育保险之类；对年满 60 周岁的员工，员工可以从住房公积金管理中心一次性领取已缴

纳的住房公积金，用人单位无需为年满 60 周岁的员工缴纳住房公积金等。如有这些配套政策，用人单位也从抵触使用年纪较大的员工转化为到接受，甚至乐意使用。

面对延迟退休政策，抵触抱怨也好，坦然面对也罢，该来的终归要来。



李华平 律师

上海七方律师事务所 主任

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 副主任

全国律协劳动与社会保障法专业委员会 委员

上海市总工会法律顾问团成员

华东政法大学文伯书院校外导师

《劳动报》劳权周刊专家点评律师

业务方向：劳动法、企业法律顾问

联系方式：13917749521

员工拒绝到公司指定医院复查，构成旷工吗？

作者：谢亦团

01 案情简介

贾某于2008年9月28日入职上海某科技公司，双方签订多份劳动合同，同时签署了一份《促销员管理规定》，该规定明确：“旷工：下列情况均以旷工论处：(1)不办理请假手续或请假未获批准而擅自不到岗的”；“病假：(4)促销员连续请病假1个月及以上的，需到公司指定的医院进行检查”；“解除劳动关系：(5)连续6个月累计旷工三天者”。

2019年7月15日至8月25日，贾某连续休病假。8月26日，贾某向科技公司提交了2019年8月26日至9月8日病假材料复印件，病历记载“全休贰周”，2019年8月27日、8月29日，科技公司向贾某两次发出通知，要求贾某到指定医院复查病情，并在第二份通知中明确告知贾某“若仍然不按时到达配合复查，公司有权认定贾某为虚假病假，给予辞退；如复查后，检查诊断结果与前期提供的病假有争议，公司将保

留追责的权利。”贾某收到上述两份通知后，均未予以理睬。

2019年9月3日，科技公司向贾某发送解除劳动合同通知书，载明双方劳动合同自2019年9月5日解除，解除理由为贾某虚假病假且旷工超过3天。

2019年9月5日，科技公司为贾某办理了退工手续。

贾某认为自己处于医疗期内，科技公司的解除明显是违法的，于是于2019年9月27日向区劳动人事争议仲裁委员会申请劳动仲裁，要求科技公司支付其违法解除劳动合同赔偿金121000元。

02 裁判结果

仲裁委员会作出裁决对于贾某的请求不予支持，贾某起诉到法院，在一审审理中，贾某提供了病历记录等病假申请材料（复印件）及快递查询单、与用人单位员工陈某的微信聊天记录，证明其于2019年8月26日已经履行了请假手续，科技公司认为贾某提供的材料全部为复印件，对其真实性无法确认，微

信聊天记录也无法确认聊天对象的真实身份，故对于该组证据的真实性均不认可，一审法院采信了科技公司的质证意见，驳回了其请求，二审最终维持了一审判决。

03 律师分析

本案主要涉及用人单位是否有权利要求劳动者到指定医院复查，劳动者拒绝复查是否构成旷工的法律问题。

一、劳动者患病可以享受医疗期待遇，但应当及时履行请假手续，否则有可能被认定为旷工。

依据劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》（劳部发〔1994〕479号）和劳动部《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定〉的通知》（劳部发〔1995〕236号），职工患病或非因工负伤，根据本人实际参加工作的年限和本企业工作年限长短，享受3—24个月的医疗期。对于某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在24个月内尚不能痊愈的，经企业和当地劳动部门批准，可以适当延长医疗期。患病享受医疗期是法律赋予劳动者的法定权

利，用人单位不得以任何借口随意剥夺。也即只要劳动者依法递交具有合法资质的医疗机构的病情证明，并依规定办理请假手续，该请病假手续即应视为有效，就应当享有医疗期的待遇。

本案中，贾某虽然提供证据证明递交了病假单复印件，但在庭审过程中却始终未能提供原件予以核对，所以最终法院认定其未履行正常的请假手续，构成旷工，属于严重违反用人单位规章制度行为，对其要求违法解除劳动合同赔偿金未予支持。

二、用人单位对劳动者的病情具有合理性怀疑时，可以要求劳动者到其指定医院去复查。

劳动者患病时应当受到医疗期的劳动法保护，但如果劳动者在休病假过程中提交虚假病历资料、患病期间从事兼职或旅游度假等有违反诚实信用原则的行为时，也应当得到相应的惩戒。所以为了用人单位和劳动者双方合法权益都能得到平衡法律保护，在用人单位对劳动者的休假具有合理怀疑时，应当允许用人单位要求劳动者到指定医院去复查。

当然，用人单位指定医院应当要有合理性，要结合劳动者病情状况、离家距离等，尽量安排到正规专业、交通便利的医院并承担复查费用、交通费等额外产生的费用，不得具有主观恶意。

本案中，科技公司在规章制度中明确约定，连续病假超过1个月时，可以要求劳动者到指定医院进行检查。所以当贾某连续休假超过一个月后，并且一直拒绝提供病假单原件时，科技公司两次要求其到指定医院复查，同时明确拒绝配合的不利法律后果，具有合理性和正当性。

04 律师提醒

劳动者确实患病需要休假时，一定要按照用人单位的请假流程及要求履行请假手续。虽然法律没有赋予用人单位劳动者病假的审批否决权，但细化病假管理流程，建立严格的请假审核程序，却属于用人单位正常的用工管理权限。比如用人单位可以根据病情设定不同的请假程序；再比如在规章制度中约定在

特定条件下，用人单位可以要求劳动者到指定医院进行复查等。

本案的判决结果具有很好的警示和教育作用，劳动者在收到用人单位要求到指定医院复查时，要谨慎处理而不是盲目地一律拒绝，否则有可能会给自己带来不必要的法律风险。



谢亦团 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方劳动法律服务部 主任
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会
委员
业务方向：劳动法、合同法
联系方式：13585507739



配偶经营同业公司，另一方是否违反竞业限制义务？

作者：王余婷



近日，用人单位与劳动者之间签署竞业限制协议的情况比较普遍，特别是对高级管理人员和高级技术人员，但如用人单位与这类劳动者之间签署了竞业限制协议，并约定如其配偶有从事竞业限制行为的，也属违反竞业限制义务，劳动者需向用人单位承担违反竞业限制义务的违约金并返还已支付的竞业限制经济补偿。这样的约定是否有效呢？

另外，在我们所办理的案件中也出

现过此类的情形，虽用人单位与劳动者之间签署了竞业限制协议，但并未在协议中约定如配偶从事竞业行为的，属违反竞业限制义务。那此时，用人单位主张劳动者承担违反竞业限制义务的法律 responsibility，请求能否得到裁审部门的支持呢？笔者在撰写此篇文章时检索了大量的案例，下面我们就结合所检索的案例并结合各地司法审判实践进行分析，让上述问题的答案浮出水面，希望对各位

有所帮助，也欢迎各位与我进行讨论。

不支持观点：竞业限制协议具有相对性，对配偶不具有约束力

竞业限制协议是用人单位与劳动者之间约定的劳动合同义务，是以约定的为前提的，签署劳动合同的主体是“用人单位”与“劳动者”。持否定观点的人认为，竞业限制并非劳动者的配偶与用人单位签署的，竞业限制协议其是具有合同的相对性的，不能拿劳动者与用人单位之间所签署的竞业限制协议来约束其配偶，有关竞业限制不能够当然延及劳动者的配偶。

对于此种观点，在2019年10月22日，北京市第一中级人民法院向社会发布的《竞业限制十大典型案例》中第2个案例中就明确：“根据劳动合同法规定，竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。本案中，单位将竞业限制人员范围扩大至劳动者的亲属，显然违反法律规定。但合同部分无效，不

影响其他部分的效力，故韩某应继续履行竞业限制义务。”

从法理角度而言，从合同相对性角度进行分析确实有一定的道理，但违反竞业限制行为的隐蔽性较高，此种通过配偶或其他近亲属的名义进行投资或设立竞争关系公司的行为比比皆是，如不“揭开面纱”，原用人单位的商业秘密就会被肆意地侵害，也不利于和谐营商环境的建立。对于这种持否定性的观点，笔者认为存在一定的片面性。

但从企业管理角度而言，有些用人单位在对竞业限制的管理方面做得还是比较完善，对负有竞业限制义务的劳动者，在其离职时，用人单位会发《员工竞业限制义务告知函》，在该告知函中明确劳动者履行竞业限制义务的期间、竞业限制的范围、竞业限制经济补偿金支付的金额等等事项，甚至有些用人单位会在告知函中设定劳动者的签署页，要求负有竞业限制义务的劳动者在该签署页上签名。这些方法都值得HR们学习。

另外，有些地方虽然持否定性的观点，但在我们在拟定《竞业限制协议》时，还是有必要尽量完善相关内容的，有关配偶竞业限制的问题，我们可以做如下的约定：“劳动者离职后2年内负有竞业限制义务，不得自行（包括通过与其有关联关系的第三方）直接或间接，全职或兼职，经营或协助其他公司、个人或任何其他形式的组织或与其共同开展与用人单位商业秘密有关的业务，或与用人单位所经营的业务相同或近似的业务，或与用人单位从事或拟从事的业务构成竞争或可能构成竞争的其他业务。”这样做出一定的约束，总比没有任何约定要好，说不定裁判文书的观点随着时间的推移也会发生变化，有备无患地约定着。

支持观点：经营收入属夫妻共同财产，对配偶具有约束力

劳动者的配偶虽未与原用人单位之间签署竞业限制协议，但其与劳动者之间系夫妻关系，在夫妻关系存续期间，配偶使用夫妻共同财产投资经营的，相

关投资收益也属夫妻共同财产，因而，夫妻一方基于共同利益的对外行为，是难以认定为一方的个人行为。该规定在《民法典》第1062条也明确规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻共同财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金、劳务报酬；（二）生产、经营、投资的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同财产，有平等的处理权。”

因而，在劳动者与原用人单位之间签署竞业限制协议时，当劳动者的配偶违反竞业限制协议的，就相当于劳动者违反了竞业限制协议，劳动者应向原用人单位承担违反竞业限制义务的法律责任。

在(2019)沪01民终12654号二审判决中也持该种观点，劳动者张某的配偶谢某在2017年7月10日已与案外人签署股权转让协议，受让与原用人单位具

有竞争关系甲公司的股权，自2017年8月9日开始谢某成为与甲公司唯一的股东及法定代表人。2017年8月3日，张某离开原用人单位，在2018年9月谢某退出甲公司的经营。该案件经一审及二审人民法院审理，最终认定张某违反竞业限制义务，并结合张某在职期间的工资收入、违反竞业限制义务的严重程度等因素，最终判决张某向原用人单位支付人民币100万元的违反竞业限制义务的违约金，并返还已支付的竞业限制经济补偿。

此外，在上海地区还有很多的判决是持这样的观点的，如(2020)沪01民终13707号、(2020)沪0116民初9577号等。在上海地区，持支持性观点是主流，无论是否在竞业限制协议中对配偶竞业限制义务是否有约定。笔者还是比较赞同支持性观点的，但笔者认为有关配偶与原用人单位之间签订竞业限制协议，当另一方从事违反竞业限制义务行为时，也不能完全一刀切，也需从实质要件出发，探索另一方是否凭借配偶一

方的专业知识、职务便利等优势开设与原用人单位具有竞争关系的公司，从而判定另一方是否违反竞业限制义务。因每一个案件的情况千差万别，一个细节不同可能会影响整个案件的结果。

如另一方与配偶本身所从事的职业就是相同的，且另一方在配偶入职原用人单位之前就开设与原用人单位具有竞争关系的公司，且配偶一方在入职原用人单位时已将此信息披露给原用人单位，此后原用人单位再以配偶一方经营同业公司，属劳动者一方违反竞业限制义务，要求承担违反竞业限制义务法律责任的，笔者认为此种情况下被认定为违反竞业限制义务的可能性就比较小，其并未利用配偶一方的优势开设竞业公司，另外，开设公司的时间点也是在劳动者入职之前，更何况劳动者也履行了报备的义务，原用人单位对此信息是完全了解并清楚的，如此后再以该理由要求劳动者承担违反竞业限制义务的违约金，有明显钓鱼执法的味道。

在此，我们也提醒高级管理人员、高级技术人员以及负有保密义务的人员，如您的配偶存在上述情况的，在您入职新用人单位时一定要向新用人单位“报备”此情况，并要保留好相关“书面的痕迹”。否则，可能会出现以严重违纪单方解除与您之间的劳动合同或要求您承担违反竞业限制义务违约金的法律风险。这些都是通过我们所办理的竞业限制之真实劳动法案件所总结出来的经验，希望对您有用，不要再出现“哑巴吃黄连，有理说不清”的现象。

竞业限制的目的在于保护用人单位的商业秘密，我们企业在拟定竞业限制协议时一定要拟定完备的条款，为企业的商业秘密上“完全锁”，尽量将配偶借助劳动者职务便利从事竞业限制行为的内容纳入到协议中，另外，对我们劳动者而言，也需诚信地履行竞业限制义务。



王余婷 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方劳动法律服务部 律师

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 干事

业务方向：劳动法、企业法律顾问

联系电话：13641834607

业务方向：劳动法、企业法律顾问

二审改判，迟来的胜诉！ 外卖骑手奔波三年才被认定劳动关系！

作者：谢亦团

我们生活中有这么一群人，顶着炎炎夏日，受着咧咧寒风，风里来雨里去，穿梭于大街小巷，为的是大家能及时吃上外卖点心，而自己的用餐却从来没有正点过，他们就是外卖手。其实吃苦耐劳他们可以默默承受，最让他们担心的是，万一发生工伤，不仅失去劳动收入，而且很难享受到工伤待遇，这是为什么呢？我们来看一个真实的案例。

01 案例简介

张某是一名安徽籍外来务工人员，家里有两个小孩，一个读高中，一个读小学，家庭困难，由于只有初中学历，他选择了从事外卖配送工作，2017年3月10日，通过老乡介绍找到“某某平台”李子园站点的站长面试，被录用后与北京一家劳务公司签署一份为期一年的劳动合同。

张某每月可以获得7000左右的收入，可以勉强维持生活，但天有不测风云，在2017年9月7日中午送餐过程中，由于大

雨路面湿滑摔倒，后被医院诊断为左髌骨骨折，期间站长让张某及时提交病历及医疗费发票，因为家在外地无人照顾，张某转回老家治疗。

2018年6月，张某的伤情已基本稳定，张某到站点要求为工伤认定时，被告知由于超过三个月了，公司无法进行商业保险申报，无法处理。张某在与站长及经理进行沟通时进行了电话录音，两位管理人员对于张某的工伤都认可，却拒绝工伤认定也拒不提供劳动合同。张某迫于无奈，只得拿起法律的武器维权。

可由于手头并没有任何有力证据，确定劳动关系立案就被窗口拒收，于是通过朋友找到笔者，要求帮忙处理，笔者看其确实比较困难，决定通过自己的努力帮他获得工伤待遇。张某手头只有一份银行流水单，但流水单显示，北京劳务公司支付了其17年4-6月份的工资，7-10月份的工资由两家从未听说过的安徽劳务公司

支付。这对他来说并不是有利的，因为三家公司他都没有认识的人，而且也没有经济实力。笔者只得通过“迂回战术”，先申请仲裁要求确认其与“”平台运营方存在劳动关系，平台运营方出庭，提供了基础档案、承包协议、站点承包商及联系人等一整套资料，证明该站点为一家宁波公司所承包，获得这些平台方提供的数据后张某申请撤诉，重新申请仲裁，要求确认与宁波公司之间存在劳动关系。经过近两年的不懈努力，张某的劳动关系终于水落石出。

02 裁判结果

本案的裁判结果可谓“一波三折”。仲裁阶段，尽管宁波公司未到庭，但仲裁委员会以张某提供的证据不充分为由对张某的仲裁请求不予支持。

一审法院认为，张某的微信聊天记录、通话录音因无法确认相对方人员的身份，且遭到对方的否认；根据银行流水单，张某的劳动报酬非为被告支付；庭审中张某自认与北京劳务公司签订了一年期劳动合同，故驳回了张某的请求。

二审法院经过审理后认为，劳动关系需要考察人身性与财产性的依附性，结合张某实际受宁波公司的用工管理，根据判

断事实劳动关系确定的几个要素，可以认定张某与宁波公司之间已建立了劳动关系。

03 律师分析

本案确定劳动关系之所以耗时较长，就在于外卖骑手的劳动用工非常复杂，实务中存在多种用工模式，涉及到多方主体，平台方、实际用工方宁波公司、三家支付劳动报酬的外地公司，而且张某手上的有力证据极度缺乏，笔者通过“抽丝剥茧”最终锁定了真正的劳动关系主体方。

一、张某与北京劳务公司的劳动关系已实质解除，劳动合同目的无法实现。

一审之所以会败诉，张某无法证明受伤时间（2017年9月7日），无法提供证据证明其与北京劳务公司的劳动合同（期限为2017年3月10日至2018年3月9日）已解除，劳动用工主体已发生变化。这也是对张某最不利的地方。这个难题如何来破？

二审庭审期间，宁波公司急于撇清与北京劳务公司（于2019年11月12日吊销）的关系声称宁波公司是从2017年9月1日才从平台承包了该站点的外卖配送及骑手，与北京劳务公司之间并不存在任何关联。既然如此，就排除了通过北京劳务

公司劳务派遣以及劳务外包的可能，同时也排除了建立双重劳动关系（张某与北京公司从无联系，张某不可能同时为北京劳务公司提供劳动）以及协议保留劳动关系（只有国企改制时可能存在，劳务公司也未与张某签署协议缴纳社会保险）的可能，而且后两种情形下，仍然应当由宁波公司承担工伤责任。结合张某工资的支付主体变化、北京公司处于吊销的状态，可以推断张某与北京劳务派遣公司的劳动合同关系已实际解除，与宁波公司建立新的劳动合同关系。

二、外卖平台运营方提供的数据应当是真实有效的，宁波公司拒不提供证据证明张某的用人单位为第三方时，应当承担举证不能的法律后果。

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九十四条规定，电子数据存在下列情形的，人民法院可能确认其真实性，但有足以反驳的相反证据的除外：

（二）由记录和保存电子数据的中立第三方平台提供或者确认的。因此，当“某某”平台将劳动用工关系指向宁波公司时，其有能力和义务来证明张某的劳动关系为第三方公司，否则就应当承担举证不能的不利后果。

三、根据劳动关系的人身依附性可以认为张某自 2017 年 9 月 1 日起已与宁波公司建立了劳动关系。

据劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》【劳社部发（2005）12号】第一条规定，用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

1、用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；

2、用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；

3、劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

由于张某与宁波公司完全符合劳动者和用人单位主体资格的要求，张某需要接受宁波公司用工管理（每天都需要到固定地点报道，根据平台派单送单），每天从事的外卖配送为宁波公司的业务组成部分，完全符合事实劳动关系的法律特征。

综上所述，最终二审法院认定双方自 2017 年 9 月 1 日建立了劳动关系。

《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件 适用惩罚性赔偿的解释》要点解读

作者：孙志勇



最高人民法院于3月3日发布了《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》(以下简称《解释》),对知识产权民事案件中惩罚性赔偿的司法适用问题作出了具体规定。当前司法实践中,知识产权领域惩罚性赔偿制度在部分案件中得到零星适用,北京高院、天津高院、深圳中院等部分法院也总结了适用标准,但是,我国毕竟不是判例法国家,部分法院的指导意见也仅适用于该地区,因此,一些法院在案件审理过程中参考既有判例或指导意见中所明确的“惩罚性赔偿”适用标准还是持谨慎态度,总体而言呈现出适用情况偏少且适用标准不统一的现象。

最高人民法院在总结审判实践经验的基础上出台《解释》,就是希望进一步明确裁判标准,这对促进惩罚性赔偿制度落实、惩处严重侵害知识产权行为具有重要意义。可以预见,惩罚性赔偿制度在今后的司法实践中将会得到更广泛,也更规范的适用。本文现将《解释》的具体条文作一简要解读。



01

第一条 原告主张被告故意侵害其依法享有的知识产权且情节严重,请求判令被告承担惩罚性赔偿责任的,人民法院应当依法审查处理。

本解释所称故意,包括商标法第六十三条第一款和反不正当竞争法第十七条第三款规定的恶意。



律师解读

1、本条是对《民法典》第 1185 条的进一步落实，明确惩罚性赔偿的适用条件包括主观状态和客观表现两个方面，其中主观状态必须是“故意”，客观表现必须是“情节严重”，并非所有的侵权行为都需要适用惩罚性赔偿。

2、本条进一步明确了惩罚性赔偿“依请求适用”的原则。我国在整体上是坚持以补偿为主、惩罚为辅的侵权赔偿原则，因此惩罚性赔偿的适用要坚持依法、审慎的要求，也就是说，其适用应当以当事人的“主张”为前提，在当事人未请求要求被告承担惩罚性赔偿责任的情况下，

第二条 原告请求惩罚性赔偿的，应当在起诉时明确赔偿数额、计算方式以及所依据的事实和理由。

原告在一审法庭辩论终结前增加惩

律师解读

1、本条明确了请求惩罚性赔偿的提出时间，即应当在“起诉时”提出，而且

即使存在故意侵权、情节严重等情形，法院也不能主动适用。

3、本条明确了将法律规定上的“故意”和“恶意”作一致性解释，这是本《解释》的一大亮点。关于侵权的主观要件，我国《著作权法》《专利法》，包括今年刚刚施行的《民法典》，使用的均是“故意”一词，而《商标法》和《反不正当竞争法》使用的则是“恶意”一词，从文字表面含义来看，两者确实存在一定的差别，许多观点也认为，“恶意”的适用条件应当略高于“故意”。本条的规定，结束了这一争议，对主观状态的考察，适用同一标准。

02

罚性赔偿请求的，人民法院应当准许；在二审中增加惩罚性赔偿请求的，人民法院可以根据当事人自愿的原则进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

还要同时明确赔偿数额、计算方式等，也就是说，请求赔偿的基数是根据原告的损



失，还是被告的获利，还是许可使用费的倍数来确定的，具体是按照何种情节，请求基数的几倍赔偿，这些在起诉时就应当明确。

2、本条还规定了请求惩罚性赔偿的最晚期限，即应当在一审法庭辩论终结前提出，这与我国民事诉讼中规定的增加诉讼请求的时限要求是一致的。

3、当然，因为民事诉讼相关司法解释规定不一致的原因，实践中对增加诉讼请求与变更诉讼请求的时限要求是否一致存在不同观点，有观点认为，增加诉讼请求可在一审法庭辩论终结前提出，但变更诉讼请求还应当在举证期限届满前提

出。就本条规定而言，由于知识产权惩罚性赔偿的计算基数是根据原告损失计算，还是根据被告获利计算，《商标法》《反不正当竞争法》是规定了先后次序的，而《著作权法》和《专利法》则没有规定先后次序。如果说在著作权侵权过程中，原告在起诉时以原告损失为计算基数主张惩罚性赔偿，而在案件审理过程中，根据各方证据，原告发现被告获利大于原告损失，因此其请求变更诉请，要求以被告获利为计算基数，对该请求的变更，笔者认为也可以在一审法庭辩论终结前提出，而不应当以举证期限届满为限。

03

第三条 对于侵害知识产权的故意的认定，人民法院应当综合考虑被侵害知识产权客体类型、权利状态和相关产品知名度、被告与原告或者利害关系人之间的关系等因素。

对于下列情形，人民法院可以初步认定被告具有侵害知识产权的故意：

（一）被告经原告或者利害关系人通知、警告后，仍继续实施侵权行为的；

（二）被告或其法定代表人、管理人是原告或者利害关系人的法定代表人、管理人、实际控制人的；

（三）被告与原告或者利害关系人之间存在劳动、劳务、合作、许可、经销、



代理、代表等关系，且接触过被侵害的知识产权的；

（四）被告与原告或者利害关系人之间有业务往来或者为达成合同等进行过磋商，且接触过被侵害的知识产权的；

（五）被告实施盗版、假冒注册商标行为的；

（六）其他可以认定为故意的情形。

律师解读

1、本条是对如何认定“故意”这一主观状态所作的具体规定。所谓“故意”，应当是指明知存在侵权而仍然为之，但由于是一种主观状态，实践中非常难以认定和证明，不同地区、不同法官的认定和判断标准也各不相同，这也是当前惩罚性赔偿制度适用的难点问题之一。作为一种主观状态，必须通过一定的行为表现出来，通过行为来判断是否存在故意，本条规定的意义就在于，明确列举了法官应当考量

的因素，以及一些具体的行为，并以存在这些行为来推定被告在主观上是“故意”的，这有利于统一裁判标准。

2、本条规定实质上也为权利人维权过程中如何证明被告存在“故意”侵权提供了明确指引。权利人可以围绕法院的考量因素，包括权利的客体类型、权利状态，特别是相关产品的知名度、被告与原告或者利害关系人之间的关系等等，产品知名度越高，侵权故意的可能性就越大，被告与原告或者利害关系人的关系越密切，侵权故意的可能性就越大。另外对照本条所列举的具体情形，权利人要更加注重通知、发函警告等维权方式的作用，对于发现的侵权行为，应当积极通过通知、发函警告等方式维权，保留相关维权证据，同时要积极关注侵权人收到通知后是否继续实施侵权行为，为之后进一步的维权行为打好基础。

04

第四条 对于侵害知识产权情节严重的认定，人民法院应当综合考虑侵权手段、次数，侵权行为的持续时间、地域范围、

规模、后果，侵权人在诉讼中的行为等因素。

被告有下列情形之一的，人民法院可以认



定为情节严重：

（一）因侵权被行政处罚或者法院裁判承担责任后，再次实施相同或者类似侵权行为；

（二）以侵害知识产权为业；

（三）伪造、毁坏或者隐匿侵权证据；

（四）拒不履行保全裁定；

（五）侵权获利或者权利人受损巨大；

（六）侵权行为可能危害国家安全、公共利益或者人身健康；

（七）其他可以认定为情节严重的情形。

律师解读

1、本条是对如何认定“情节严重”这一客观表现所作的明确规定。所谓“情节严重”，一般是指行为造成了严重损害后果或者行为性质恶劣，当前实践中存在一种将主观“故意”和“情节严重”不加区分进行论证的情况，比如在诉讼过程中以被告的反复侵权、隐匿证据、以侵权为业等事实或行为，来论证被告存在主观恶意及情节严重。本条规定对此加以了区分，明确将多次侵权、反复侵权、侵权时长、侵权后果等等作为认定“情节严重”的考量因素。

2、本条规定同样为权利人维权过程中如何证明被告存在“情节严重”提供了明确指引。权利人可以围绕法院的考量因素，结合案件事实逐一加以证明，特别

是本条所规定的具体情形，更是值得权利人认真研究。比如说，权利人可以更加注重行政执法在维权过程中的作用，通过投诉、举报等方式，请求行政机关对侵权人的侵权行为进行行政处罚，在被处罚之后如果侵权人再次实施侵权行为，就可以认定构成“情节严重”。还比如说，要善于运用举证妨碍制度和书证提出命令制度，权利人在已经尽力举证的情况下，要积极向上向法院申请，通过举证责任的变化来获取有利证据，当被告伪造、毁坏、隐匿侵权证据或者存在其他构成举证妨碍的情况下，可以认定构成“情节严重”。再比如说，对长期、有组织实施侵权行为的主体，要善于从主观和客观等多方面来论证其以侵权为业，包括其业务模式、业务内容，



是否为其主营业务，是否为其收入的主要来源，公司管理人员是否明知其业务存在

侵权仍然实施等等。

05

第五条 人民法院确定惩罚性赔偿数额时，应当分别依照相关法律，以原告实际损失数额、被告违法所得数额或者因侵权所获得的利益作为计算基数。该基数不包括原告为制止侵权所支付的合理开支；法律另有规定的，依照其规定。

前款所称实际损失数额、违法所得数额、因侵权所获得的利益均难以计算的，人民法院依法参照该权利许可使用费的倍数合理确定，并以此作为惩罚性赔偿数额的计算基数。

人民法院依法责令被告提供其掌握的与侵权行为相关的账簿、资料，被告无正当理由拒不提供或者提供虚假账簿、资料的，人民法院可以参考原告的主张和证据确定惩罚性赔偿数额的计算基数。构成民事诉讼法第一百一十一条规定情形的，依法追究法律责任。

1、本条明确了惩罚性赔偿基数的计算方式。基数的确定是惩罚性赔偿的前提，没有基数就没有倍数，也就没有惩罚性赔偿。总体而言，基数是按照原告实际损失、被告侵权获利或者权利许可使用费来确定的，从操作层面来看，本条规定也没有作进一步的细化，而且不同部门法对该基数的计算规定还略有不同，因此具体规定仍然是以《著作权法》《商标法》等各部门法的规定为准。

2、本条明确了为制止侵权所支付的合理开支不应当作为惩罚性赔偿的计算基数。实践中，许多法院将原告主张的律师费、公证费等维权合理费用单独进行认定，是合理的做法。

3、计算基数的确定一直是惩罚性赔偿制度的难点问题，对本条的适用，结合当前的司法实践，笔者认为计算方式不应过于严苛。一是对于以裁量性方式确定的



实际损失或者侵权获利，应可以作为惩罚性赔偿的基数。以裁量性方式确定损害赔偿，属于对权利人损失或侵权人获利的概括计算，是指有一定的证明损害赔偿的证据，能够大致确定赔偿数额，但是损害赔偿的具体数额仍难以具体确定，此时法院可以在现有证据的基础上，根据案情运用裁量权酌定合理的赔偿数额，比如上海首例知识产权侵权惩罚性赔偿案件中，赔偿基数就是以裁量性的方式确定的。二是对于只能查明部分实际损失或者部分侵权获利的，应可以将已查明部分的损失或获利作为惩罚性赔偿的基数。比如在案件中，

仅能查明侵权人部分销售情况，法院仅就该情况进行计算并得出侵权获利，以此作为惩罚性赔偿的基数，也应当是可行的，不应拘泥于要查清侵权人的全部侵权获利，更不应以全部侵权获利无法查清而认为赔偿基数无法确定。

4、本条进一步明确了以举证妨碍制度来确定惩罚性赔偿基数的规则。对于被告构成举证妨碍的，人民法院可以参考原告的主张和证据确定惩罚性赔偿数额的计算基数。这一规定，再结合本《解释》第四条的规定，必将对打击故意的严重侵权行为起到重要作用。

06

第六条 人民法院依法确定惩罚性赔偿的倍数时，应当综合考虑被告主观过错程度、侵权行为的情节严重程度等因素。

因同一侵权行为已经被处以行政罚

律师解读

1、本条规定了惩罚性赔偿倍数的考量因素。根据各部门法的规定，惩罚性赔偿的倍数基本为赔偿基数的1-5倍，关于

款或者刑事罚金且执行完毕，被告主张减免惩罚性赔偿责任的，人民法院不予支持，但在确定前款所称倍数时可以综合考虑。

倍数的确定，应当综合考虑与主观过错程度、情节严重程度的对应关系，在适用时应当遵循比例原则。



2、本条还规定了惩罚性赔偿适用过程中的利益平衡问题。对惩罚性赔偿与行政罚款、刑事罚金的关系作了明确，不会因已被行政罚款或者刑事罚金，而在惩罚性赔偿的基数计算上作出改变，也不会

确定的惩罚性赔偿金额中直接进行相应减免，只是在确定赔偿倍数时可以综合考虑，避免同一侵权行为因民事、行政或刑事责任的同时承担而造成利益严重不平衡的情况。

07

第七条 本解释自2021年3月3日起施行。最高人民法院以前发布的相关司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。

律师解读

本条规定的是本《解释》的施行时间。本《解释》进一步明确了惩罚性赔偿司法适用的条件，有助于各级法院正确理解和适用，同时也为各权利人维权行为提供了操作指引，施行后必将有利于惩罚性赔偿制度的落实，进一步发挥惩罚性赔偿制度遏制侵权的重要作用。



孙志勇 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方知识产权法律服务部 律师

上海律协知识产权业务研究委员会 委员

业务方向：知识产权、合同法

联系方式：18918887908

从影视行业集体声明看著作权“合理使用”的边界

作者：孙志勇

4月9日晚，包括正午阳光、华策影视、爱奇艺、腾讯视频、优酷、芒果TV、咪咕视频等在内的53家影视公司、5家知名视频平台及15家影视行业协会，就保护影视版权发表联合声明，目标直指短视频平台等，引发社会极大关注！

声明表示，“对目前网络上出现的公众账号生产运营者针对影视作品内容未经授权进行剪辑、切条、搬运、传播等行为，将发起集中、必要的法律维权行动”，同时呼吁短视频平台和公众账号生产运营者切实提升版权保护意识，呼吁社会各界共同预防、抵制侵权行为。

当前，在抖音、快手、B站等短视频平台，有大量账号、UP主等针对热门电影、电视剧和综艺节目，以“XXX说电影”“X分钟看完一部电影”“XX带你看电视剧”等名义，采用类似配音解说的方式，将作品画面剪辑为时长仅几分钟的短视频，向用户展示作品的主要情节和内容，这些账

号的粉丝许多都在百万级别以上，而发布的视频播放量则在千万以上。

值此4.26世界知识产权日及2021年6月1日《中华人民共和国著作权法》生效之际，修订后的《中华人民共和国著作权法》，将进一步提升和完善对影视作品的保护力度，为保护影视行业版权铺平道路。为落实国务院政府工作报告“加强知识产权保护”之精神和《规定》之要求，维护和营造清朗网络空间，推动影视行业发展繁荣，中国电视艺术家协会、中国电视剧制作产业协会等协会，爱奇艺、腾讯视频、优酷、芒果TV、咪咕视频等视频平台以及正午阳光、华策影视、柠萌影业、慈文传媒、蜜客传媒、新丽传媒等影视公司共同呼吁广大短视频平台和公众账号生产运营者尊重原创、保护版权，未经授权不得对相关影视作品实施剪辑、切条、搬运、传播等侵权行为。上述权利人也会采取切实有效的措施，追究侵权人的法律责任，共同遏制公众账号生产运营者未经授权使用影视作品的行业乱象。特此联合声明如下：

1. 对目前网络上出现的公众账号生产运营者针对影视作品内容未经授权进行剪辑、切条、搬运、传播等行为，将发起集中、必要的法律维权行动；
2. 呼吁短视频平台和公众账号生产运营者切实提升版权保护意识，真正尊重他人的知识产权，在对影视作品进行剪辑、切条、搬运、传播等行为时，应检视是否已取得合法授权，避免误入侵权泥潭；
3. 呼吁社会各界积极对侵权内容予以举报、删除、屏蔽，共同预防、抵制侵权行为，共同维护影视行业的合法权益。

问题是，这些极为常见，广大用户也习以为常的存在是合法的吗？影视行业集体声明，认为这是严重的侵权行为，应当予以打击；而大量的账号经营者认为这

属于二次创作，符合著作权法所规定的“合理使用”，不构成侵权。这就涉及著

作权的一个重要问题，即合理使用制度。

一、什么是“合理使用”？

“合理使用”是指在一定条件下可以不经著作权人的许可，也不必向其支付报酬而对作品所进行的使用。其实质是对著作权这一专有权利所作的“限制和例外”。

我国现行《著作权法》在其第 22 条列举了可构成“合理使用”的 12 种具体情形，包括个人使用、适当引用、在课堂

教学和科研中使用、国家机关公务性使用等等。除此之外，在网络世界，我国《信息网络传播权保护条例》第 6 条也在此范围内明确规定了 8 种数字环境下“合理使用”的情形。其规定的目的，是在权利人的利益、利用该作品的主体的利益，以及广大公众的总体利益之间寻求一种合理平衡。

二、“合理使用”的判断标准

在著作权法理论和实践中，普遍都认为，某一行为是否构成“合理使用”的判断标准并不在于立法所明确列举的这些具体情形，而在于这些使用行为是否能够通过“三步检验法”的检验。

所谓“三步检验法”，是指对著作权规定限制和例外，应当以这些规定只能在特殊情况下作出、与作品的正常利用不相冲突，以及没有无理损害权利人合法权益这三个条件为前提。具体体现在法律规定

上，就是我国《著作权法实施条例》第 21 条所规定的“不得影响作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益”，这一规定成为了当前司法实践中普遍适用的判断是否构成“合理使用”的最终标准。

2020 年新修订的《著作权法》第 24 条在明确列举可构成“合理使用”具体情形的同时，全盘吸收了《著作权法实施条例》第 21 条的规定。因此，构成“合

理使用”，应当符合三个条件：（1）法律规定的特定情形；（2）不得影响该作品的正常使用；（3）不得不合理地损害著作权人的合法权益。

在知名的全国首例“图解电影”侵权案中【(2020)京73民终187号案件】，北京知识产权法院和北京互联网法院在该案判决中对涉案行为是否构成“合理使用”的详细分析，就是对“三步检验法”具体运用的一个极好范例。该案中，优酷网络技术(北京)有限公司作为电视剧《三生三世十里桃花》的版权方，将未经许可提供了名为《三生三世十里桃花作品01》图片集的“图解电影”APP和“图解电影”网站运营方起诉至法院，该图片集包含图片382张，内容基本涵盖该电视剧第一集视频内容的主要画面和全部情节，APP运营方提出合理引用抗辩。法院审理后认为，其一，本案中被告提供涉案图片集的目的并非介绍或评论，而是迎合用户在短时间内获悉剧情、主要画面内容的需求，故不属于合理引用；其二，涉案图片集分散地

从整部作品中采集图片，加之文字解说对动态剧情的描述，能够实质呈现整部剧集的具体表达，公众可通过浏览涉案图片集快捷地获悉涉案剧集的关键画面、主要情节，提供图片集的行为对涉案剧集起到了实质性替代作用，影响了作品的正常使用；其三，由于涉案图片集替代效应的发生，本应由权利人享有的相应市场份额将被对图片集的访问行为所占据，提供图片集的行为将对原作品市场价值造成实质性影响。

根据法律的具体规定，部分法院总结审判实践经验，还对判断被诉侵权行为是否属于适当引用的合理使用需要考虑的因素做了进一步细化，比如北京市高级人民法院发布的《侵害著作权案件审理指南》第7.11就规定一般考虑如下因素：

- (1) 被引用的作品是否已经发表；
- (2) 引用目的是否为介绍、评论作品或者说明问题；
- (3) 被引用的内容在被诉侵权作品中所占的比例是否适当；

(4) 引用行为是否影响被引用作品 正常使用或者损害其权利人的合法权益。

三、剪辑、拼接短视频等行为难以构成合理使用

针对此次影视行业集体声明中提及的剪辑、切条等行为，有观点认为，以此种方式形成并发表的短视频，时长仅有几分钟，需要配合相关的陈述和解说，才能完整诠释，因此这些短视频本身构成一个新的具有独创性表达的作品，而该作品的内容又是为了介绍或者评论某一电影、电视剧等，因此其符合该条规定的合理使用情形。还有观点认为，这些短视频相对于原有作品而言，所占比例极小，不仅没有损害原有作品的传播，反而对原有作品起到了宣传作用，因此不构成侵权。

的确，面对权利人的维权行为，援引现行《著作权法》第 22 条第（二）项的规定进行抗辩，即“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品”，往往是大多数被诉侵权人的选择。

然而，对该条规定进行仔细分析，并结合“合理使用”的判断标准，可以发现

上述观点难以成立，本文认为，合理使用有其边界，这些账号经营者将作品剪辑、拼接并以配音解说的方式制作、发表短视频，不属于合理使用。

首先，从本条规定来看，“引用”的目的必须是“介绍、评论或者说明”，而不能是单纯地向用户展现被引用的作品本身。而且，合理引用的判断标准并不简单取决于引用比例，而取决于是否是介绍、评论或者说明的合理需要。但在当前情况下，这些账号发表短视频的目的显然并非介绍或者评论，其主要目的就是为了让用户在短时间内获悉剧情、了解故事情节和主要画面内容，因此这种将他人作品中的内容加以拼接或者剪辑的行为，不属于合理引用。

其次，该行为影响了原作品的正常使用。这些短视频虽然只有几分钟时长，但是由于其素材全部来源于相应影视作品，而且通过解说的形式传达了原有影视作



品的主要内容，导致一些看过短视频的用户，不再会去观看原有影视作品或者已经对原有影视作品失去了兴趣，使得短视频与原有影视作品在市场上形成了竞争关系，起到了实质性替代作用，影响了原作品的正常使用。再次，该行为不合理地损害著作权人的合法利益。虽然“合理使用”制度的本质是为了公共利益而限缩著作权人的利益，也就是说，任何的合理

使用都会在不同程度上对著作权人造成损害，但是，合理使用与侵权行为还是有其边界的，而“替代作用”正是确定这一边界的重要因素，产品的可替代必然导致他人作品销售量的下降和利润的减少，而这种涵盖主要剧情和关键画面的短视频，并非以宣传为目的，也起不到任何宣传的作用，必然会不合理地损害权利人的合法权益。

结语

存在并非一定合理。此次影视行业的集体声明，一方面向大众明确发出此种剪辑、切条、搬运等行为属于侵权行为而非合理使用的声音，另一方面也反映了此种广大用户习以为常的侵权行为已经极为严重，甚至影响了影视行业的健康生态。

而对这一行为的整治，需要社会各界增强版权意识，明晰法律规则，需要权利人、平台等通过法律、行政、技术、管理等综合手段，切实加以整治。尤其是在当前此类短视频已经形成一种成熟的营销号模式的情况下，整治难度极大，这些账号经营者通过剪辑、拼接、搬运各类经典和热门节目吸引粉丝，然而通过带货、广告，甚至是建立付费专栏等手段，可以获得巨大利益，而权利人维权又面临成本过高且与收益不匹配的现状，更加需要司法的准确认定和有力支撑。

02



医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：张茜、朱好婕、吕新雅、陈江松

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：www.7-dimension.com

地 址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼D座

