



SEVEN DIMENSION  
LAW FIRM

七方律师事务所

医者仁心·律者思方



# 七方法研

2022年第2期 共14期

战胜疫情 同心抗疫

# 目录/CATALOG

## 实务研究

01 民法典时代遗嘱信托制度实务问题研究-----/李伟锋

## 民商纵横

16 撑起未成年人互联网保护之伞  
—— 解读 《未成年人网络保护条例（征求意见稿）》 --/王晓鹏

25 网络消费新规，为消费者网购权益保驾护航-----/张睿、李林芳

30 债权人撤销权纠纷的受让人主体地位可否为被告？ -----/张茜

33 施工合同补充协议之法律分析-----/席绪军

38 遇到疫情封控，如何顺延工期？ -----/席绪军

41 借用资质的实际施工人的工程款请求权，  
发包人如何抗辩？ -----/甘雯雯

45 预购房屋烂尾，如何偿还银行贷款？ -----/朱好婕

51 房地产贷款中贷款银行的风险与责任-----/朱好婕

## 家长里短

56 生育权到底谁说了算？ -----/胡晓萍、王睿

62 一诺千金！离婚协议千万别马虎-----/七方婚姻家庭团队

67 婚前父母出资买房六种常见情形的处理-----/郑华

74 志愿者的权利义务有哪些？ -----/周松涛

80 居委会与街道办事处的区别-----/周松涛

# 目录 / CATALOG

## 罪与罚

86 帮助信息网络犯罪活动罪中“明知”的认定-----/吴心成、赵珞宏

## 公司治理

- 93 《个人信息保护法》  
对侵犯公民个人信息罪的影响-----/七方刑事法律服务
- 100 通过股权转让逃避出资不可行-----/周松涛
- 106 疫情期间召开线上股东大会的正确做法-----/周松涛
- 110 减资程序违法的法律后果-----/王年俊

## 财税金融

- 120 上市公司回购股票用于股权激励的注意事项-----/陈江松
- 126 保险人对网售电子保单的提示与说明义务-----/管杰

## 聚焦劳动法

- 132 “三区”防控背景下，劳动关系如何处理？-----/谢亦团
- 137 浅议竞业限制的司法审查要素-----/谢亦团
- 141 疫情期间企业与员工之间常见的9项协商-----/李华平
- 145 有关医疗期的6项法律问题-----/王余婷

# 目录 / CATALOG

## 依法行政

151 新《信访工作条例》解读-----/ 廖潇歌、卫夏清、邵弘高娃

## 知产知否

169 惩罚性赔偿，不能想用就用-----/孙志勇

173 新《反不正当竞争法司法解释》-----/孙志勇

## 新锐风采

183 继承代持股权，能否直接继承股东资格？-----/吕连连



## 民法典时代遗嘱信托制度实务问题研究

作者：李伟锋

**编者按：**从本期《七方法研》开始，我们推出一个全新的板块——“实务研究”，在这个板块中，七方将不定期的刊登本所律师就某一领域所撰写的专业论文，以增加期刊的深度和专业性，并与您一起共同探讨专业法律问题，期待您的继续关注。

### 目次

- |                      |                         |
|----------------------|-------------------------|
| 一、民法典下关于遗嘱信托制度的问题与矛盾 | 三、在现有法律制度下，如何处理遗嘱信托纠纷问题 |
| 二、遗嘱信托的司法实务状况及焦点问题   | 四、结语                    |

**摘要** 遗嘱信托是一项具有巨大发展潜力的法律制度，《民法典》为其提供了发展的契机。但现有法律制度的不完善，严重约束了遗嘱信托的发展，并带来司法实务的许多问题。本文分析了当前遗嘱信托法律制度存在的主要问题、通过案例检索总结司法状况，对典型案例进行了深入分析，在此基础上剖析当前的司法实务问题，并结合国外法及相关理论，针对性给出在当前法律制度下，对我国遗嘱信托实务纠纷问题的处理建议。

**关键词** 遗嘱信托 民法典 信托法 司法实务

遗嘱信托，在英美等西方国家早已盛行，是民众处理自身遗产的一个常用的法律工具。在日本、台湾地区、香港地区，随着人们观念的改变，遗嘱信托的使用也已日益广泛，实践较为丰富。作为遗嘱和信托的结合体，遗嘱信托具备财富传承与投资管理的功能、规避限制与减少纠纷的功能、合理合法减税等功能。<sup>1</sup>在《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）实施之后，随着当前社会财富的积累和老龄化社会的到来，遗嘱信托的上述功能对我国普通民众无疑也有非常积极的作用，理应予以重视。但与此同时，对遗嘱信托制度的陌生，立法的匮乏，给遗嘱信托的普及、遗嘱信托的实务处理带来了很多的困难，产生了很多的空白点。致使有些遗嘱信托并不能按照当事人的生前意愿得以真正落实，有些遗嘱信托则在实施中产生了不必要的法律纠纷。法院面对这些问题的处理思路 and 标准也纷乱不一。要解决这些问题，既有待立法的推动，更需在当前现有的法律制度下，积极吸取国外的先进经验，结合我国自身的情况，对实务问题积极探索解决之道，这是本文的研究之重点和意义所在。

## 一、民法典下关于遗嘱信托制度的问题与矛盾

### （一）遗嘱信托制度的当前立法状况

我国关于遗嘱信托的立法非常少，仅见于《中华人民共和国信托法》（下称《信托法》）与《民法典》。

《信托法》中，仅有两个直接使用“遗嘱”的条文，第8条中规定“设立信托，应采用书面形式。书面形式包括信托合同、遗嘱或其他法律、行政法规规定的书面文件”，第13条规定“设立遗嘱信托，应当遵守继承法关于遗嘱的规定。遗嘱指定的人拒绝或者无能力担任受托人的，由受益人另行选任受托人；受益人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，依法由其监护人代行选任。遗嘱对选任受托人另有规定的，从其规定。”

《民法典》关于遗嘱信托则只有1133条中规定了“自然人可以依法设立遗嘱信托”。

### （二）当前法律体系下存在的主要问题简括

<sup>1</sup> 张方：《论我国遗嘱信托制度》【D】，兰州大学，2021年。

## 1. 信托的指导原则与遗嘱信托不相匹配，未能反映其家事伦理特征。

《信托法》第5条规定“信托当事人进行信托活动，必须遵守法律、行政法规，遵循自愿、公平和诚实信用原则，不得损害国家利益和社会公共利益。”该规定的原则为所有类型信托普遍遵守。但现有《信托法》侧重于商业信托，而遗嘱信托制度属于家事领域内的重要制度，与商业信托相比存在较大差异，具有鲜明的家事色彩与伦理特征。<sup>1</sup>由此产生的问题是，在司法实务处理遗嘱信托时，未能有反映遗嘱信托特点的针对性的指导原则，未能真正有效地起到指导作用。

## 2. 遗嘱信托的设立、成立、生效的相关规定存在矛盾。

根据《信托法》第8条的规定，信托必须采用书面形式，且受托人承诺信托时信托才成立，且根据《信托法》第10条之规定，对应当办理登记手续的，在进行信托财产登记后才发生效力。而根据《民法典》之规定，遗嘱有书面、口头、录音录像等多种形式，根据立遗嘱人单方意思表示即可成立，在立遗嘱人死亡后生效。两者相互矛盾冲突。首先，如果按照《信托法》之规定，只能书面形式的话，则将导致当事人在设立遗嘱信托时，很容易出现混乱，影响遗嘱信托的正常成立。<sup>2</sup>再则，遗嘱信托的成立如果需经过受托人同意的话，当受托人拒绝接受委托时信托还未成立，意味着信托委托人和受益人都不存在，受益人重新指定受托人成为空谈<sup>3</sup>，遗嘱信托可能落空，而国外现有立法都承认遗嘱信托为单方法律行为。最后，如果信托不登记则不生效，则在信托未生效前，信托申请人办理的任何登记都是无意义的<sup>4</sup>。哪怕遗嘱信托中的受托人依照遗嘱按照委托人意愿已将因管理信托财产带来的信托收益交予受益人，这一切都将归于无效<sup>5</sup>，有悖遗嘱信托之本意。

## 3. 遗嘱信托财产所有权的规定不明确，实务处理无所依从。

在遗嘱信托存续期间究竟由谁享有信托财产所有权存在不完全一致的看法，实务操作中无明确规定可依。我国作为大陆法系国家，难以引入英美法系中的双重所有权

<sup>1</sup> 李俊，冯陵升：《论遗嘱信托的时代性、本土性及其制度构建》，怀化学院学报，2021年第8期。

<sup>2</sup> 赵纯艺：《浅析我国遗嘱继承制度背景下的遗嘱信托法律制度》，《法制与社会》，2021年第8期。

<sup>3</sup> 李香月：《我国遗嘱信托制度完善研究》【D】，东北林业大学，2020年。

<sup>4</sup> 张平华、刘耀东：《继承法原理》，中国法制出版社，2009年版，第340页。

<sup>5</sup> 穆华翔：《我国遗嘱信托法律制度研究》【D】，山东大学，2020年。

结构之理论<sup>1</sup>。生前信托中信托财产的所有权由委托人享有不存在问题，但在遗嘱信托中，遗嘱信托成立时委托人已经死亡，其主体资格已不复存在，信托财产所有权自然不可能再由委托人享有<sup>2</sup>，此时所有权由受托人或是受益人或是由二者共同享有，需要立法或相关司法解释予以明确。

### （三）当前在遗嘱信托领域产生的矛盾

#### 1. 民众财富传承及贯彻优良家风的需要与法律制度匮乏的矛盾。

随着时代的发展，民众的财富积累已经到了一定程度，通过遗嘱信托进行财富传承已成为一项重要的选择。且遗嘱信托的设计，作为“坟墓中伸出的手”也有利于贯彻遗嘱人的意愿，使得优良家风予以传承。但遗嘱信托相关法律制度的匮乏，包括遗嘱信托制度的受托人选任、监察人制度等，使得遗嘱信托的实施障碍重重。

#### 2. 纠纷处理的司法实务需求与法律依据不明的矛盾。

遗嘱信托的实务发展，必带来相应的更多的该类型的纠纷。但现有法律依据的不明甚至自身存在矛盾，将给司法处理带来许多问题。

#### 3. 遗嘱信托发展的需求与相关配套制度匮乏的矛盾。

我国目前缺乏针对遗嘱信托的登记制度，现有信托制度完全不能满足遗嘱信托的特点及需要。同时也缺乏相应的税收制度来规范及发展遗嘱信托。

## 二、遗嘱信托的司法实务状况及焦点问题

### （一）相关司法案例概况

笔者通过“威科先行”对相关裁判文书进行了搜索，以“遗嘱信托”为关键词，仅搜得相关案例 24 个。以“遗嘱”和“家事信托”为关键词，仅搜得相关案例 6 个。甚至个别笔者已知的相关案例尚不能出现在搜索结果之中。此情况正反映了前述的，由于法律的缺失和遗嘱信托法律知识普及的匮乏，无论是民众还是司法机关，都未能对遗嘱信托形成清楚的认识，未能在相关遗嘱或文书中明确的表述或认定。

<sup>1</sup> 方嘉麟：《信托法之理论与实务》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 29 页。

<sup>2</sup> 和丽军：《民法典遗嘱信托制度的完善》，《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 5 期。

可喜的是，在该 30 个涉及“遗嘱信托”的案件中，有 7 个是 2020 年判决，9 个是 2021 年判决，某种程度上说明，对遗嘱信托的认识也正在逐步提高。另如以“遗嘱”和“信托”同时作为搜索关键词，得到了 605 个案例，其中在 2020 年和 2021 年都接近 90 个，虽不完全匹配遗嘱信托，也可在某种程度上印证上述结论。

## （二）典型案例简介及分析

笔者在相关案例中选取了较有典型意义的三个案例，对其案件核心、裁判要旨、司法意义进行提炼分析。从中可对遗嘱信托的司法实务窥见一斑。

### 1. 案例一：该案被称为国内“遗嘱信托”第一案。

李某 4 生前写下亲笔遗嘱一份，内容主要为：一、财产情况总计；二、财产处理：  
1. 购房一套，只传承给下一代，永久不得出售。妻子钦某、女儿、前妻女儿有权居住；  
2. 其余资产成立“李某 4 家族基金会”管理；三、财产法定使用：妻子、女儿每月可领取生活费一万元整，所有的医疗费全部报销；女儿国内学费全报；妻儿、三兄妹医疗费自费部分报销一半（住院大病）；四、财产的管理由妻子、三兄妹共同负责；每年妻子、三兄妹各从基金领取管理费一万元。<sup>1</sup>

案件核心：对于李某 4 生前所留遗嘱的效力如何认定，包括了对于李某 4 生前所立遗嘱信托涉及的财产中实际非个人财产的部分、不能继承的部分如何处理。

裁判要旨：一审法院认为从遗嘱的内容来看，被继承人表达的意思是不对遗产进行分割，而是要将遗产作为一个整体，通过一个第三方进行管理，被继承人对其进行了命名，并明确了组成人员、财产的用途，受益人，管理人的报酬，及其目的——“只传承给下一代，永久不得出售”，符合信托的法律特征，应当识别为被继承人希望通过遗嘱的方式设立信托，实现家族财富的传承。

二审法院认为对行为人实施的无相对人的意思表示行为作解释，不能单纯拘泥于行为人使用的词句，而应当结合有关文本相关条款、行为人行为的性质和目的、生活习惯以及诚实信用原则来判定行为人的真实意思。一审法院的认定符合相关规范，故

<sup>1</sup> 参见（2019）沪 02 民终 1307 号判决书。

维持一审判决。

司法意义：法院通过对遗嘱的解读，明确其具有遗嘱和信托性质，依照遗嘱信托进行处理，形成了“遗嘱信托第一案”。

2. 案例二：该案为案例一的后续，知者较少，但涉及内容丰富且典型。

李某4的妻子钦某起诉李某4的三兄妹，认为该三人在判决生效之后互相推诿，拒绝实际履行作为信托受托人的义务，也未向钦某某交付任何信托利益，且该三人提出“鉴于信托财产已经与李某某遗嘱不一致，我们三兄妹要商量之后重新分配收益权”，故钦某要求他们交付信托利益以承担其生活费、女儿学费，报销医疗费等。同时要求解任该三人，并要求三人赔偿未尽对信托财产管理义务的损失。<sup>1</sup>

案件核心：对于三信托受托人是否尽到管理义务如何认定，包括了对信托财产实际已和委托人所立遗嘱内的财产情况发生较大变化后，是否仍然应当以委托人所立的遗嘱进行信托利益分配。

裁判要旨：受托人承诺信托时，并非系委托人死亡之时，故受益人得否主张其信托收益权自委托人死亡之时获得，应依照信托文件文字、目的等而定。虽然委托人所立信托内的财产已经被受益人作为夫妻共同财产分割，但剩余信托财产仍应按照信托文件要求向受益人分配信托利益。受益人有权申请人民法院解任受托人，但应以受托人违反信托目的处分信托财产或者管理运用、处分信托财产有重大过失为限。

司法意义：法院对信托财产实际已发生较大变化后，如何分配信托利益进行认定，对受托人的义务进行特别的释明。

3. 案例三：该案也属于国内比较典型的案例，尤其是关于“基金”的认定。

被继承人曾某生前在证人见证下留下一份遗嘱，主要内容为：1. 从我财产中，每月支付护理人员费用；2. 剩余财产成立曾氏基金，由侄子曾某甲、曾某丙管理使用；3. 本遗嘱一式五份，具有同等法律效力。被继承人曾某逝世后，曾家村小组召开村民会议，决定依照曾金生的遗嘱成立曾氏基金。

<sup>1</sup> 参见《(2020)沪0106民初30894号判决书》。

原告曾某甲作为遗嘱执行人要求被告李某（曾某之妻）履行遗嘱内容，但被告李某以遗嘱应当无效为由拒不履行，故原告诉至法院。<sup>1</sup>

案件核心：曾某所立的遗嘱，是否属于遗嘱信托，该遗嘱是否有效。

裁判要旨：被继承人的遗嘱为“剩余财产成立曾氏基金，由侄子曾某甲、曾某丙管理使用”，该遗嘱对曾氏基金如何设立，以及曾氏基金设立的目的、基金如何运转，财产如何分配、使用等均没有明确，对遗产具体由曾某甲如何管理使用也没有明确的要求。现曾某甲以自己名义提起诉讼，请求分割立遗嘱人曾金生的财产，并将分割后的财产按遗嘱交付其管理使用缺乏法律依据。

司法意义：本案法院虽然没有使用信托字样，但实际以遗嘱未符合信托的相关要素而否定了受托人的请求。对遗嘱中如何设立信托尤其是基金类信托具有启示意义。

### （三）当前实务争议焦点及司法实务问题

#### 1. 当前实务争议焦点

从现有相关案例反馈，遗嘱信托当前主要的实务争议焦点集中在以下内容：

（1）是否成立遗嘱信托。对被继承人所留遗嘱，其意思表示到底是属于遗嘱还是意图成立遗嘱信托或其它。

（2）遗嘱信托是否有效。遗嘱信托是否符合相关法律要件，在遗嘱信托所涉财产、人员等发生较大变化的情况下，遗嘱信托是否仍然有效。

（3）受托人的义务。受托人履行职责是否符合法律要求，受益人可否要求解除受托人之身份，受托人是否负有赔偿责任。

以上内容目前仅涉及遗嘱信托的一些基础的框架性问题。可以预见，随着《民法典》遗嘱信托制度的逐渐普及和开展，将会出现更多更具体更深层次的争议问题。

#### 2. 司法实务问题

从相关司法审判情况看，对遗嘱信托的司法实务存在着许多问题，集中表现为：

（1）关于遗嘱信托争议的法律性质认定不一

<sup>1</sup> 参见（2015）抚民一终字第266号判决书。

法院对相关争议所列案由不一。在前述 24 个出现“遗嘱信托”字样的案例中，其案由多为继承纠纷或遗嘱继承纠纷，同时还出现了民事纠纷、合同纠纷、委托合同纠纷、返还原物纠纷等案由。

即便在前述所列三个典型案例中，被称为国内“遗嘱信托”第一案的李某 4 遗嘱纠纷中，法院在认定过程中并未明确使用遗嘱信托的说法，判决全文未出现过“遗嘱信托”字样，而是分别使用了“遗嘱”和“信托”的用词，并在裁判时结合了《中华人民共和国继承法》与《中华人民共和国信托法》的相关规定来进行裁判。案例二则被作为“民事信托”处理。而在典型案例三中，法院一审对曾某所立遗嘱直接以遗嘱进行认定，二审在改判时甚至未出现“信托”字样，而是认为原告属于遗嘱执行人，以相关法律法规没有对遗嘱执行人的产生、地位、职责及行为效力等作出规定为由，而认为原告以自己名义提起诉讼，请求分割立遗嘱人的财产，并将分割后的财产按遗嘱交付其管理使用缺乏法律依据。

相关法律裁判文书，对案由、用词的不统一，反映了司法对相关遗嘱认识的不一。而普通遗嘱、委托合同等与遗嘱信托其实有很大的差异。定性不一将严重影响审判的准确性。

### (2) 对遗嘱信托的设立、效力的认识不一

由于相关法律对遗嘱信托的成立、生效、有效等并未做出明确的规定，致使审判者在审理过程中亦只能发挥自己的司法智慧，结合相关继承规定和信托法的规定去进行裁判。但由于缺乏统一的标准，在认定上甚至可能出现很大的差别。

如在前述典型案例三“曾氏基金”案中，一审法院即认为相关遗嘱有效，而二审法院实际根据信托原理做出了完全相反的认定，否定了一审判决。而在贺某与李某等继承纠纷案（(2021)京民申 5415 号）中，原告认为系争遗嘱应为遗赠，法院则认为不应仅依据部分语汇判定本案遗嘱文件真正的意思表示，考虑到被继承人所表达的自身对于公益事业的热忱和对部分亲友的照顾关怀之意愿，案涉遗嘱内容中对遗产所作出的处理指示，实质上更符合遗嘱信托之性质。基于尊重信托目的和委托人意愿的立场，

不宜直接类推适用遗赠之规定处理信托事宜。

由于认定标准的模糊和不统一，也就不免出现有些遗嘱难以被认定为成立有效的遗嘱信托，同时也可能存在实际并非遗嘱信托而被推定为遗嘱信托的情况，这些都有可能使得立遗嘱人的真实意愿落空。如何既依法裁判，又能明晰、尊重被继承人的真实意愿，尤其在遗嘱中并未明确使用“信托”或“遗嘱信托”字样的情况下，对于审判人员是种考验。

### (3) 对受托人的责任标准认定不一

受托人在遗嘱信托中处于重要位置，遗产的管理及信托利益的分配都依赖于受托人。在此情况下，判断受托人是否尽到了管理义务的标准何在？笔者注意到，在一些案例中，法院在文书中也特意对受托人进行了些提示和释明，其标准并不统一。

例如在胡东玲、尹慧婷不当得利纠纷案（(2017)豫15民终4342号）中，法院认为受托人“在管理信托财产的过程中，并未违反信托目的处分信托财产”，即只要未违反信托目的即属于已“尽到了诚实、信用、谨慎、有效管理的义务”。法院同时亦提示受托人“将该20万元存入金店的风险”，“应当对该存款承担安全注意义务。”在前述典型案例二中，法院认为，“以受托人违反信托目的处分信托财产或者管理运用、处分信托财产有重大过失为限”，强调受托人是否存在重大过失。且该案中，法院特意以较长篇幅对受托人的义务进行了释明，包括受托人有保存信托事务记录的义务、有定期报告的义务、特定情况下可委托他人代为处理信托事宜等。

## 三、在现有法律制度下，如何处理遗嘱信托纠纷问题

如前所述，关于遗嘱信托的现有法律制度，存在许多问题。遗嘱信托制度的发展，亟需《信托法》等相关法律制度的修订完善。但在新的法律法规出台之前，在当前现有框架下，该如何去处理遗嘱信托的相关纠纷。本文在此谨做一些探讨和建议。

### （一）如何判定遗嘱信托的设立和效力

如果严格按照当前《民法典》关于继承的相关规定和《信托法》的规定，则遗嘱

信托在设立和生效上都会存在诸多问题。

## 1. 在对遗嘱信托的设立上

《信托法》要求必须用书面形式，而《民法典》对于遗嘱的订立包含了书面形式的自书遗嘱、打印遗嘱等，也包括了非书面形式的口头遗嘱、录音录像遗嘱等。尤其随着时代的发展，录音录像等形式越来越便利，且更能反映被继承人当时的真实情况，有可能在未来有相当大的发展。在此情况下，强调遗嘱书面形式，与时代之发展并不协调。从比较法看，在现代英美信托法上，没有要求信托必须采用书面形式。在海外司法区，一些信托法对信托的形式要求也很宽松。在遗嘱信托的设立上，要求采用书面形式的国家和地区是很少的。因此，在司法实践中，对遗嘱信托的成立问题上，不应以书面形式为要求。<sup>1</sup>

## 2. 在对遗嘱的内容判定上

到底是否属于遗嘱信托，则不应拘泥于是否写有“遗嘱信托”或“信托”字样，而应探析立遗嘱人的真实意愿和想法。但在此过程中也应当建立、遵循一定的规范。首先，设立遗嘱信托的意思必须明示。在法国民法典上，信托就要求必须被明示，只是并非要求一定要用信托人等专业语言<sup>2</sup>。其次，如果其在遗嘱中设立遗嘱信托的表达并不明确的情况下，则应倾向于未设立信托或是设立信托呢？对此，在日本和英国一般都倾向于信托成立的解释倾向。此种做法可供我们参考。再者，对遗嘱中的内容应当有基本要件要求，如果相关要件不具备，则不宜认定为遗嘱信托。首先，应当评判遗嘱是否具有信托的目的与实质安排，如果遗嘱人将遗产交付于他人进行管理、分配、运用以及给付，则应当认为存在信托目的。其次，应当评判该遗嘱是否同时满足《民法典》与《信托法》中所规定的有关遗嘱与信托设立的形式要件。最后，应当衡量该遗嘱是否存在法律规定的无效情形。在满足以上实质要件、形式要件以及消极要件之后，应当肯定该遗嘱信托的效力。<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 徐卫：《遗嘱信托制度构建研究》，法律出版社2014年10月版，第186-188页。

<sup>2</sup> 李世刚：《论〈法国民法典〉对罗马法信托概念的引入》，《中国社会科学》2009年第4期。

<sup>3</sup> 靳岩岩：《遗嘱信托制度的司法适用与立法完善》，石河子大学学报（哲学社会科学版）2021.8第35卷第4期。

### 3. 遗嘱信托中的财产问题

从设立遗嘱信托的角度来看，委托人只能将具有独立形态的财产设立遗嘱信托，不能用资格类的所谓“权利”如企业经营权或者某一财产权的具体权能如股权的收益权能设立遗嘱信托。<sup>1</sup>如果遗嘱信托与继承法中的必留份发生冲突，未留下必留份财产时，可从特留份权利人与信托受益人是否重叠的角度分别进行规制。当特留份权利人不是遗嘱信托受益人时，应给予其“扣减权”，即从信托财产中扣减其应当继承的遗产份额。而当特留份权利人同时也是信托受益人时，可以赋予当事人选择信托利益还是特留份的权利。<sup>2</sup>

#### （二）如何判定受托人的义务

受托人是否履行了其职责，尽到其义务，往往是遗嘱信托纠纷的争议焦点。现有相关案例中提出了受托人有诚实、信用、谨慎、有效管理的义务，但整体而言较为宽泛。

#### 1. 受托人的义务范围

作为受托人，其对受益人所负有的义务传统上包括两大类，第一类是事务性义务（也叫“执行性义务”），第二类是管理性义务。事务性的义务，主要指日常事务性的不需要受托人进行判断和自由裁量的义务，其功能在于控制和保全遗嘱信托财产及将相关行为通知受益人，主要包括控制遗嘱信托财产、标记遗嘱信托财产、单独管理遗嘱信托财产、单独记账并向受益人报账等义务。管理性义务则要求受托人行使专业判断，一般包括注意义务、谨慎义务、忠诚义务和公平义务等。

#### 2. 受托人履行不同义务的判断标准

对于事务性义务，司法的判断显然可以较为简单，主要以受托人是否履行了相关义务为准。至于履行的方式、方法等，只要基本合理，则司法不宜过多干涉，给与受托人管理之自由。对于管理性义务，其判断相对较为复杂。注意义务的标准是受托人在处理遗嘱信托财产时必须像一个谨慎人士处理自己的财产一样，谨慎义务是受托人

1 葛俏：《我国继承法遗嘱信托制度构建》，法律出版社 2015 年版，第 99 页。

2 宋词：《遗嘱信托受益人权利保护研究》【D】，杭州师范大学，2020 年。

应当尽到并运用一个合理谨慎投资人的注意义务和技能来持有、购买和出售遗嘱信托财产。忠诚义务是不得随意以遗嘱信托财产为自己谋利，不得联合他人来做损害遗嘱信托财产和受益人的事情<sup>1</sup>

### 3. 不同受托人的义务标准

应注意的是，对于遗嘱信托受托人谨慎义务的规定，应当依据受托人的专业素质和目的，分层次进行细化。当遗嘱信托委托人支付报酬，选择专业理财、财务人士或法律人士作为受托人，该义务的标准应当较为严格，以对专业投资人士的标准来判断。但是当立遗嘱人选择其亲属或朋友担任遗嘱信托受托人时，如果是有偿的，可略低于专业投资人士标准；而如果是无偿的，则应当适度放宽要求，在其没有重大过失的情况下，不应苛求其责任。

#### （三）如何保护受益人的权利

对受益人的保护，需要有多种路径的综合保护，如遗嘱信托财产公示制度、监察人制度等。在现有法律体系下，受益人的诉争主要在于要求交付信托利益及追究受托人责任。司法应当允许受益人至少采取以下救济措施：

1. 如果受托人因违背遗嘱信托而使受益人遭受损失的，受益人可以要求受托人承担损害赔偿赔偿责任。

2. 如果受托人在履行职责中，虽未违背遗嘱信托，但未尽到相关管理义务而导致受益人损失或信托财产损失，受益人可要求其承担赔偿责任。

3. 如果因第三人之原因而导致遗嘱信托财产受到损失的，此时受托人有义务对第三人提起诉讼。如受托人拒不提起诉讼的，则受益人可以提起诉讼。

4. 对于第三人与受托人合谋违背遗嘱信托的行为，受益人有权要求撤销或确认其无效。

5. 在受托人已经明显不适合再继续管理遗嘱财产时，受益人有权要求法院解任受托人。但对该解任，法院应谨慎为之。

<sup>1</sup> 李颖颖：《我国遗嘱信托制度研究》【D】，河北大学，2019年。

## （四）如何推进遗嘱信托案件的司法审判

### 1. 可发布遗嘱信托指导案例

在法律不完备的情况下，对案件的裁判就有赖于审判人员的各自裁量，其结果难免产生较大差异。基于我国当前的司法体系，尤其在主张“类案同判”的背景下，可以发布遗嘱信托的指导案例对司法裁判进行参考。通过发布遗嘱信托指导案例，能够统一法律适用，避免“同案不同判”的现象；能够提供裁判规则，规范遗嘱信托司法裁判尺度；能够积累司法智慧，为民法典时代的案件裁判提供参考。<sup>1</sup>

在案例的发布上，首先最高人民法院可以从现有的遗嘱信托纠纷案例中挑选具有典型意义的案例，侧重在遗嘱信托的基本、核心问题的识别，作为指导案例发布，以期对全国的相关案件审判的指导思想起到一定的指导借鉴作用。其次，各地高院也可以立足当地实际情况，对遗嘱信托执行中具体问题的处理，发布相关指导案例，尤其是考虑到立遗嘱人所涉之地方文化习惯、遗产处理习俗等。

### 2. 积极运用社会主义核心价值观进行释法说理

最高人民法院印发《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》，提出深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理。在遗嘱信托这一较为新型的领域，当事人对相关事宜的认识尚未到位，充分运用社会主义核心价值观进行释法说理，正可以弥补民众对遗嘱信托认识之不足，起到好的审判效果。

## 四、结语

遗嘱信托是一项具有巨大发展潜力的法律制度，《民法典》为其提供了发展的契机。但当前法律制度的不完善也严重约束了该制度的发展，并带来司法实务的许多问题。本文谨从当前的法律规定、司法状况进行分析，侧重于总结当前的司法实务问题并针对性给出相关建议。希望借此抛砖引玉，得到更多司法实务界人士对该问题的关注，推进遗嘱信托制度的发展。

<sup>1</sup> 高椿娜：《民法典时代我国遗嘱信托法律保障研究》【D】，东北农业大学，2021年。

## 参考文献：

- 1 张平华、刘耀东：《继承法原理》，中国法制出版社，2009年版。
- 2 方嘉麟：《信托法之理论与实务》，中国政法大学出版社2011年版。
- 3 徐卫：《遗嘱信托制度构建研究》，法律出版社2014年10月版。
- 4 葛俏：《我国继承法遗嘱信托制度构建》，法律出版社2015年版。
- 5 张方：《论我国遗嘱信托制度》【D】，兰州大学，2021年。
- 6 李香月：《我国遗嘱信托制度完善研究》【D】，东北林业大学，2020年。
- 7 宋词：《遗嘱信托受益人权利保护研究》【D】，杭州师范大学，2020年。
- 8 李颖颖：《我国遗嘱信托制度研究》【D】，河北大学，2019年。
- 9 穆华翔：《我国遗嘱信托法律制度研究》【D】，山东大学，2020年。
- 10 高椿娜：《民法典时代我国遗嘱信托法律保障研究》【D】，东北农业大学，2021年。
- 11 赵纯艺：《浅析我国遗嘱继承制度背景下的遗嘱信托法律制度》，《法制与社会》，2021年第8期。
- 12 和丽军：《民法典遗嘱信托制度的完善》，《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2020年第5期。
- 13 李世刚：《论〈法国民法典〉对罗马法信托概念的引入》，《中国社会科学》2009年第4期。
- 14 靳岩岩：《遗嘱信托制度的司法适用与立法完善》，石河子大学学报（哲学社会科学版）2021.8第35卷第4期。
- 15 李俊，冯陵升：《论遗嘱信托的时代性、本土性及其制度构建》，怀化学院学报，2021年第8期。



李伟锋 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方民商事和金融法律服务部 主任

七方家事法律服务中心 副主任

上海律协民事业务研究委员会 委员

上海市消费者权益保护委员会公益律师团成员

业务方向：家族律师、金融证券、

合同纠纷

联系方式：189 1790 5291

电子邮箱：lwf@7-dimension.com

## 撑起未成年人互联网保护之伞

### ——解读《未成年人网络保护条例（征求意见稿）》

作者：王晓鹏

这个初春三月，一场突如其来的疫情“倒春寒”再一次打乱了我们正常的生活节奏。为了阻断疫情的传播，全国很多地区的中小学也转为线上教学，让学生们在家通过线上课堂与老师互动，学习知识。我们在感慨网络技术给生活带来巨大便利的同时，也不禁担忧：当未成年人已经不可避免地要接触到互联网世界的时候，在这个丰富多彩的网络世界中，我们应该如何为他们提供更为有力的保护？

在互联网和数据信息保护领域，我国已经出台了《网络安全法》《数据安全法》

《个人信息保护法》“三驾马车”，我们在之前的专栏文章中也有系列解读，在“三驾马车”的架构之下，2022年3月14日，国家网信办发布了《未成年人网络保护条例（征求意见稿）》（以下称“《条例》”）。

《条例》共七章，六十七条，从保护原则、网络素养培养、网络信息内容规范、个人信息保护、网络沉迷防治、法律责任等方面对未成年人网络保护进行了规制，本文将从企业合规的角度结合其他法律法规为您解读《条例》的重点内容。



## 一、明确职能部门及保护原则

此次《条例》第一章规定了未成年人网络保护的原则是坚持最有利于未成年人的原则，特别提到了以社会主义核心价值观为指引，并强调了这是一项社会系统工程，要实行社会共治。

第三条首先明确国家网信部门统筹协调未成年人网络保护的整体工作，并列举了国家新闻出版部门、教育、电信、公安等九个社会管理部门齐抓共管。

从第四条至第五条还规定了除国家职能部门以外，其他的社会组织的义务，如：共青团、妇联、工会、关心下一代工作委员会、家庭、教育机构等。

第六条至第七条规定了网络产品和服务

的提供者、个人信息处理者、智能终端产品制造者和销售者等市场主体在未成年保护工作中应遵守的原则和底线。

从第一章的规定可以看出，根据《条例》的规定，未成年人网络保护已经不再是一个或几个国家机关的工作，也不仅仅是特定的企业主体的义务，而是全面覆盖了我们的社会生活的方方面面，从政府、社会组织到企业，从学校到家庭，无死角、全覆盖，第一章短短的十二个条文，凸显了国家下决心整顿未成年人网络服务市场，净化未成年人网络环境，保护未成年人权益的决心。这里笔者建议，有关企业不可当做儿戏，一定要重视起来，提前做好应对。

## 二、智能终端产品制造者、销售者的保护义务

条例第十九条规定，未成年人上网保护软件、专门供未成年人使用的智能终端产品应当具有有效识别违法信息和可能

影响未成年人身心健康的信息、保护未成年人个人信息权益、预防未成年人沉迷网络、便于监护人履行监护职责等功能。



按照该规定要求，专供未成年人使用的智能终端的制造者应当在产品出厂前安装未成年人上网保护软件，或者采用显著方式告知用户安装渠道和方法。智能终端产品销售者在产品销售前应当采用显著方式告知用户安装未成年人上网保护软件的情况以及安装渠道和方法。

在实践中，笔者也注意到，国内以智能手机为代表的主流智能终端制造者已经未雨绸缪，其产品虽然并非专供未成年

人使用，但是几乎都已经在自己的产品中预装了“儿童模式”，监护人通过将智能终端设置为儿童模式，可以通过远程监控、数据统计、功能限制等方式有效地限制未成年人使用智能设备、上网的时间，预防网络沉迷，未来《条例》正式出台后，国家网信部门还将根据条例制定相关的技术标准和要求，智能终端制造企业和上网保护软件的开发商应及时关注标准的制定情况，确保产品合规。

### 三、重要互联网平台的保护义务

对于什么是“重要互联网平台”，《条例》中并没有给出一个定量化的定义，仅从定性的角度指出“对于未成年人用户数量巨大、在未成年人群体具有显著影响力”的网络平台属于“重要互联网平台”，笔者认为，企业应该对自己的平台服务进行初步评估，判断自己所提供的服务是否主要涉及未成年用户群体，比如在线教育、网络游戏这些领域的网络平台；如果企业的平台服务虽然不是专门针对未成年人，但是会不可避免的会涉及未成年用户，比如社交分享、网络购物等，从企业合规的角度，在具体认定标准尚不明朗的情况下，宁严勿纵，仍应按照《条例》提前做好准



备和预案。

根据《条例》的规定，“重要互联网平台”应履行的义务主要有：

1. 在平台服务的设计、研发、运营等阶段，定期开展未成年人网络保护影响评估。
2. 提供青少年模式或未成年人专区。笔者注意到，现在很多头部互联网平台，如抖音、今日头条、微博等，都已经在打

开 App 的时候，立即弹出“开启青少年模式”的选项，可见，虽然这些互联网平台虽然不是专门针对未成年人提供服务，但是针对未成年人保护的合规工作早已开始实施了。

3. 成立外部成员组成的独立机构，监管未成年人网络保护情况。

4. 制定专门的平台规则，以显著的

方式提示未成年人用户依法享有的网络保护权利和救济途径。

5. 对严重违法法律、行政法规侵害未成年人身心健康或者侵犯未成年人其他合法权益的平台内的产品或者服务提供者，停止提供服务。

6. 每年发布专门的社会责任报告，并接受社会监督。

#### 四、网络信息的分级管理及反网络欺凌

互联网上信息鱼龙混杂，未成年人由于年龄和认知的限制，往往无法有效地区分信息的好坏，为了从源头上保护未成年人的权益，尽可能地避免未成年人受到不良网络信息的伤害，《条例》第三章将互联网信息分为三类进行差异化管理：

第一类是弘扬社会主义核心价值观和中华优秀传统文化、培养未成年人家国情怀和良好品德、增强创新意识和能力、养成良好生活习惯和行为习惯、提高安全意识和技能等网络信息，国家鼓励和支持发布、传播这类信息。

第二类是有危害未成年人身心健康内容的信息、有关未成年人的淫秽色情网络信息。该类信息属于国家明令禁止制作、复制、发布和传播的网络信息。

第三类是《条例》第二十四条规定的，“可能引发或者诱导未成年人模仿不安全行为、实施违反社会公德行为、产生不良情绪、养成不良嗜好等可能影响未成年人身心健康的信息。”

前两类信息很好理解，而第三类信息是介于前两类之间的特殊信息，笔者称其为“灰色信息”。《条例》的表述比较模糊，特别是“产生不良情绪、养成不良嗜好”这样的表述，稍显主观，缺乏一个明确的界定标准，当然《条例》也注意到这一点，在第二十五条指出，网信部门将会同其他职能部门对第二十四条规定的这类信息的种类、范围、判断标准和提示方法制定具体的规定。

而针对第二十四条中的“灰色信息”，根

据《条例》规定，在以下两种情形中，绝对禁止制作、复制、发布、传播：

1. 专门以未成年人为服务对象的网络产品和服务。

2. 所有网络产品和服务者在首页首屏弹窗热搜等处于产品或者服务醒目位置、易引起用户关注的重点环节的呈现、展示。



除上述两种情形外，其他制作、复制、发布、传播“灰色信息”的组织和个人在网络信息平台展示该类信息之前必须以明确的方式进行显著提示，以提醒未成年人或其监护人谨慎选择接收信息内容。

关于网络信息内容发布，《条例》此次还有一个亮点，即第二十七条的“反网络欺凌条款”。本条将针对未成年人的“网络欺凌”行为总结为：“通过网络以文字、图片、音视频等形式，对未成年人实施侮辱、诽谤、威胁或者恶意损害形象”的行为。”

《条例》第二十七条的规定以《未成年人

保护法》第七十七条为基础，借鉴了《民法典》第一千一百九十五条至一千一百九十七条的网络侵权责任之处理规则，《条例》要求网络产品和服务的提供者一旦收到遭受网络欺凌的未成年人和监护人的通知后，无需通知信息提供者，等待反通知，应当立即采取包括删除、屏蔽、断开链接、限制账号、关闭账号等必要措施予以制止，防止信息扩散。

笔者认为，与《民法典》网络侵权处理规则相比，《条例》中无需通知涉嫌“网络欺凌”的信息提供者，也无需等待信息提供者“自辩清白”的反通知即可立即实施保护措施，虽然体现了未成年人保护的特殊性和紧迫性，但是对于网络产品和服务的提供者、运营商提出了更高的挑战，毕竟《民法典》属于上位法，《民法典》中“通知+告知+反通知+必要措施”的网络侵权处理规则是否可以依据《条例》“特事特办”？在没有给信息提供者充分的自辩机会的情况下直接采取措施，可能会导致权利的滥用，进而可能损害到合法信息提供者的权益。因此笔者建议，《条例》在后续征求意见及制定的过程中，应该兼顾效率和公平，在《民法典》的规制范畴内，谨

慎的规定“反网络欺凌”的处理规则，以 于该条规定是否会有更加明确的操作指  
免企业左右为难，我们也期待正式稿中对 引。

### 五、加强未成年人的个人信息保护

去年 11 月 1 日正式实施的《个人信息保护法》第二十八条明确规定未成年人个人信息属于“敏感个人信息”，而“敏感个人信息”的处理者，除了“告知+同意”的个人信息处理通用规则以外，还应该制定专门的处理规则。在此背景下，《条例》以《个人信息保护法》为依据，在第四章专门规定了网络运营商和网络服务提供者从收集、存储、使用、转移、删除等数据全生命周期应该如何落实未成年人个人信息保护。笔者总结如下：

信息处理环节	应采取的合规措施
未成年人 个人信息收集	<b>身份识别</b> 1. 网络信息发布、即时通讯类网络服务提供者，应在提供服务时强制要求未成年人或监护人提供真实身份信息，不得为未提供信息的用户提供上述服务。 2. 网络直播服务提供者不得为不满十六岁的未成年人提供直播账号注册服务；为已满十六岁，不满十八周岁的未成年人提供直播账号注册服务的，必须经过监护人同意。 3. 其他网络运营商和服务提供者应自行评估自己的网络产品和服务的面向对象，如主要针对未成年人的，应在首页显著位置通过提示、弹窗等足以引起用户注意的方式询问是否为未成年人使用，并通过强制要求填写监护人信息等方式，及时通知监护人，获取监护人对于收集未成年人个人信息的同意。 4. 其他综合类的网络服务，其运营商可以依托算法及大数据分析，根据用户注册时填写的年龄信息，实名登记的身份信息等智能分析当前用户中是否有未成年人，一旦发现，可以通过中止服务、弹窗询问等方式确认，并要求用户补充提交监护人的信息，以便于向监护人告知并取得监护人对处理未成年人个人信息的确认。
	<b>告知+同意规则</b> 1. 根据《个人信息保护法》收集包括未成年人信息在内的敏感个人信息必须要充分告知自然人处理的目的、方式、依据等内容，并取得自然人的同意，收集不满十四周岁的未成年个人信息的，还应取得监护人的同意。根据《个保法》、《条例》的规定，收集未成年人个人信息的处理人，应通过易于被未成年人或监护人理解的方式向未成年人及监护人充分告知个人信息的处理规则，并以类似设置充分阅读并同意按钮等方式获取未成年人及监护人的明示同意。 2. 收集未成年人的敏感个人信息之前，信息处理人要进行个人信息影响评估并对处理情况进行记录，相应的评估报告和处理记录要保存三年。
	<b>最小限度原则</b> 1. 收集未成年人个人信息的，应当仅限于提供网络服务的必要，如年龄、监护人信息等，企业不应超出必要限度过分收集未成年人的个人信息。尽量使用监护人的个人信息注册登记账号，减少未成年信息的收集。 2. 如果未成年人或监护人不同意个人信息处理人处理非必要个人信息或撤回同意的，信息处理人（网络运营商或服务提供者）不得拒绝未成年人使用基本的功能，比如正常浏览信息等。
未成年人 个人信息存储	个人信息处理者应通过加密手段储存获取的未成年人个人信息，当处理未成年人个人信息所必需的存储期间到期时，应及时删除未成年人的个人信息。
未成年人 个人信息的使用	个人信息处理人应采用专用的加密安全通道及技术在允许的范围内使用未成年人的个人信息，并成立专门的信息合规部门，指派数据安全负责人保障个人信息在使用过程中的保密性和安全性  谨慎使用自动化算法，尽量不针对未成年人个人信息进行自动化决策及用户画像，避免过度营销及不当信息的推送。



	信息处理人应制定健全的规章制度及应急处置预案，明确未成年人个人信息的访问权限，访问权限的设置应遵循必要原则，建立最小访问权限，所有的访问必须经过数据安全负责人的批准并全程留痕，防范违规复制、导出数据的风险。
未成年人 个人信息的流转及 跨境传输	1. 原则上不得向他人提供收集的未成年人个人信息。 2. 确需委托他人处理、共享、转让未成年人个人信息的，应事先进行评估，并及时通过弹窗提示、短信告知、隐私政策内容更新等方式通知未成年人及监护人，并取得未成年人或监护人的明示同意。 3. 接收未成年人个人信息的处理人，变更原先的处理目的、处理方式的，必须及时告知未成年人和监护人，重新取得明示同意
	未成年人个人信息的跨境流转应参照《个保法》关于敏感个人信息跨境流转的专门规定，除了要取得单独同意外，还要进行企业内部的影响评估，并通过国家网信部门组织的安全评估。
未成年人 个人信息的其他保护	发生或者可能发生未成年人个人信息泄露、篡改、丢失的，信息处理人千万不要存在侥幸心理，瞒报漏报。应立即启动应急预案，采取补救措施，及时上报网信部门和有关部门，通过电子邮件、电话、短信、弹窗提示等方式告知受影响的未成年人和监护人，如果范围较大，无法个别通知的，应通过网络平台、公众媒体及时发布警示信息。
	未成年人个人信息保存期限到期后，未成年人或监护人要求删除保存的个人信息的，信息处理人应采取彻底的删除措施，不得留有备份或残余。
	根据《个保法》未成年人还享有查询权、更正权、撤回同意权、投诉权等其他合法权益

## 六、防治网络沉迷

网络是一个丰富多彩的虚拟世界，这里可以学到知识；也有诸如网络游戏、网络直播、短视频等容易使人产生沉迷的新鲜事物。成年人在面对网络世界时，尚且不能确保全身而退，更何况是心智尚未成熟，涉世未深的未成年人。《条例》针对防治网络沉迷，进行了专项规定，特别是社会关注度较高的网络游戏、网络直播、网络音视频、网络社交领域的从业企业提出了专项要求，从企业合规的角度看，主要内容有：

1. 网络产品和服务提供者不得向未成年人提供诱导沉迷的产品和服务，及时修改可能造成未成年人沉迷的内容、功能或者规则。
2. 网络游戏、网络直播、网络音视频、网络社交领域的服务提供者，应设置专门的未成年人模式，在使用时段、时长、内容等方面按照国家规定提供适合未成年人的专门内容；应合理限制未成年人在使用服务过程中的单次消费数额和单日累计消费额，不得向未成年人提供与其民事

行为能力不符的付费服务；正确引导未成年人的“追星”行为，不得设置以应援集资、投票打榜、刷量控评为主题的社区、群组，不得诱导未成年人参与上述活动。

3. 网络游戏服务提供者，应要求用户提供真实身份信息进行注册，通过国家未成年人网络游戏电子身份认证系统等手段验证注册者是否属于未成年人；游戏服务提供者除了严格落实国家规定的未成

年人网络游戏限时制度之外，还应主动建立、完善预防未成年人沉迷网络游戏的规则；游戏服务提供者应评估游戏的类型、内容、操作特点等因素，对游戏产品进行分级分类，在用户下载、注册、登录等界面通过弹窗提示、公示展示等显著的方式提示用户本游戏产品适合的未成年人年龄阶段，并不得向分级年龄段以下的注册用户开放注册登录。



### 七、法律责任

对于违反《条例》中相关规定的行为，《条例》根据不同的违法情形规定了可能承担相应的行政处罚、民事责任、刑事责任。

本次《条例》中的行政处罚，对于互联网运营者和服务提供者，罚款金额最高

可至违法所得的10倍，违法所得不满100万元的，最高可处100万元的罚款；情节严重的，还可能被关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，并在5年内不得重新申请相关许可；对于直接负责的主管人员和其他直接责任人员，罚款金额

最高可达 10 万元，并可禁止上述人员在一定期限内担任相关企业的董监高和未成年人保护负责人；构成违反治安管理行为的，还将给予治安管理处罚。

民事责任方面，如果互联网运营者和服务提供者违反《条例》的规定，侵害了

未成年人的合法权益，可依据《民法典》《未成年人保护法》等相关法律承担民事责任。

刑事责任方面，如果互联网运营者和服务提供者违反《条例》的规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

### 结 语

互联网世界充满了无穷的可能，也充满各式诱惑，新鲜事物层出不穷，这一代未成年人将比之前的任何一代都充分地拥抱这个万物互联的时代。正确地引导未成年人使用网络、防治网络沉迷、避免不良信息对未成年人的侵害、杜绝利用未成年人引流牟利的乱象，是每一个成年人的责任，也是每一个社会主体的义务。我们希望随着《条例》征求意见稿，以及未来正式稿的出台，能够在丰富多彩的互联网世界中为我们的下一代撑起一顶保护伞，各方共同努力，承担各自的义务和责任，让未成年人在畅享网络时空的同时，身心健康，积极向上。



王晓鹏 律师

上海七方律师事务所 管理合伙人

七方企业合规法律服务部 主任

上海市创优中小企业人才服务中心 讲师

业务领域：侵权损害赔偿纠纷、民商事争议解决、  
不良资产处置

联系方式：176 2135 6262

## 网络消费新规，为消费者网购权益保驾护航

作者：张睿 李林芳

正值 315 国际消费者权益日之际，《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》（下称“《网络消费纠纷规定》”）正式颁布实施。本法为促进网络消费健康、有序地发展，基于网络消费的特点，立足现状，规范电商经营者的义务与责任，并加大了对消费者的权益保护力度。

### 一、规范网络消费格式条款，部分格式条款或存在无效可能

一些电子商务经营者与消费者进行交易时，存在制定不公平不合理的格式条款侵害消费者合法权益的情况，《网络消费纠纷规定》列举了几种格式条款无效的情形：

1. 收货人签收商品即视为认可商品质量符合约定；
2. 电子商务平台经营者依法应承担的责任一概由平台内经营者承担；
3. 电子商务经营者享有单方解释权或者最终解释权；
4. 排除或者限制消费者依法投诉、举

报、请求调解、申请仲裁、提起诉讼的权利。

同时，《网络消费纠纷规定》还作了兜底性规定，即其他排除或者限制消费者权利、减轻或者免除电子商务经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的内容。

据此，即便一些商家利用其优势地位制定格式条款，也无法真正实现限制消费者权益、加大维护其自身优势的效果，该类格式条款将被认定为无效。



## 二、细化七日无理由退货制度，维护消费者售后权益

### (一) 电子商务经营者应当遵守七日内 无理由退货承诺

消费者在线下实体店购物，可以对商品实物及服务等进行现场体验，进而再决定是否进行购买。然而，网络购物无法实现这一点，同时，部分网店存在对实物拍照失真或对商品进行虚假、夸大宣传等情形，导致消费者下单收到商品后会存在商品质量不合格或商品本身与消费者预期差距过大等情形。基于此，法律设置了七日无理由退货制度，电子商务经营者做出七日内无理由退货承诺的，应当遵守其承诺。同时，我们还需注意，法律规定了七日无理由退货的除外情形：(1) 消费者定作的；(2) 鲜活易腐的；(3) 在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品；(4) 交付的报纸、期刊。除前款所列商品外，其他根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品，不适用无理由退货；(5) 拆封后易影响人身安全或者生命健康的商品，或者拆封后易导致商品品质发生改变的商品；(6) 一经激活或者试用后价值贬损较大的商品；(7) 销售时已明示的临近保质期的商品、有瑕疵的商品。其中第(5)-第(7)种情形，系经消费者在购买时确认，可以不适用七日无理由退货规定。

此外，《网络消费纠纷规定》规定消费者因检查商品的必要对商品进行拆封查验且不影响商品完好，电子商务经营者不得以商品已拆封为由主张不适用七日无理由退货制度，同时明确，法律另有规定的除外。

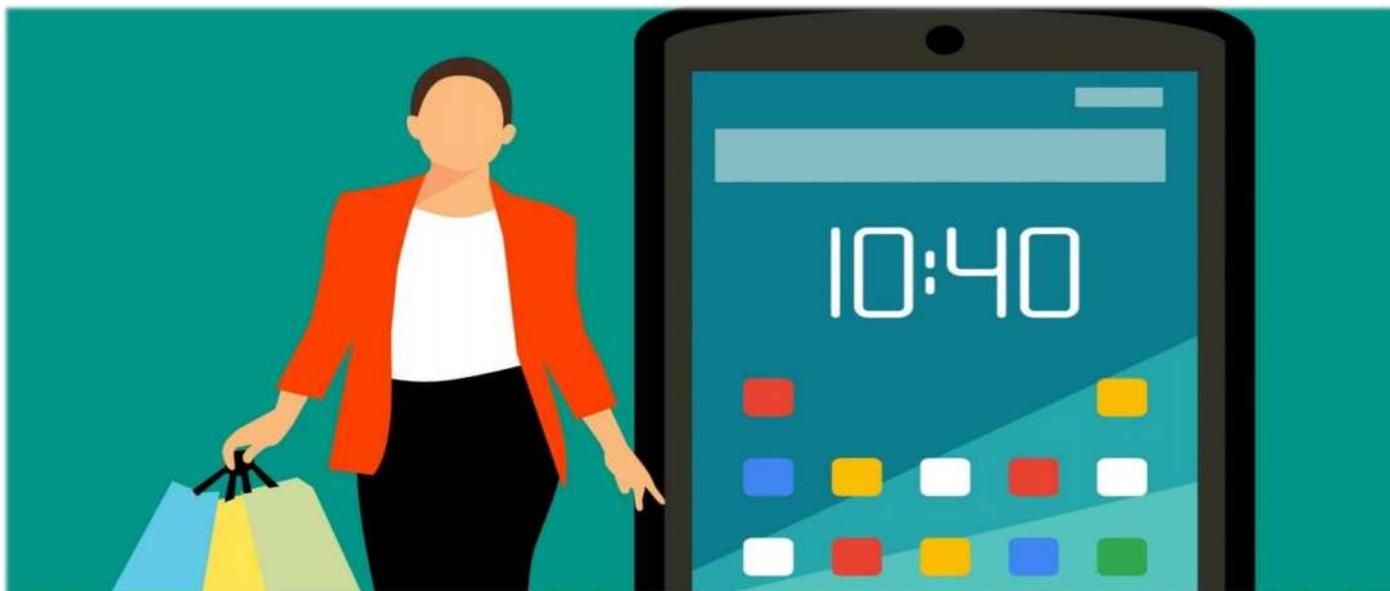


### (二) 消费者退货的注意事项

1. 消费者退回的商品应当完好。商品能够保持原有品质、功能，商品本身、配件、商标标识齐全的，视为商品完好。消费者基于查验需要而打开商品包装，或者为确认商品的品质、功能而进行合理的调试不影响商品的完好。对超出查验和确认商品品质、功能需要而使用商品，导致商品价值贬损较大的，此时消费者若主张退货则会存在障碍。

2. 选择无理由退货的消费者应当自收到商品之日起七日内向网络商品销售者发出退货通知。七日期间自消费者签收商品的次日开始起算。

3. 网络商品销售者收到退货通知后，



消费者应按照商家提供的退货地址、退货联系人、退货联系电话等及时进行邮寄，并保留好退货凭证。

4. 消费者退货时应当将商品本身、配件及赠品（如：实物、积分、代金券、优惠券）一并退回。

### 三、规范网络餐饮平台经营者义务与民事责任，保障食品安全

近年来，随着电商平台的迅猛发展，外卖餐饮实现长足发展，与此同时，外卖餐饮的安全性也面临一定程度的隐患，为了更好地保障人民群众的生命健康安全，《网络消费纠纷规定》对外卖平台也规定了相关义务：

查许可证，或者未履行报告、停止提供网络交易平台服务等义务，使消费者的合法权益受到损害，消费者有权主张网络餐饮服务经营者与入网餐饮服务提供者承担连带责任。

1. 网络餐饮服务提供者未依法对入网餐饮服务提供者进行实名登记、审

2. 入网餐饮服务提供者不得以订单系委托他人加工制作为由主张免责。

### 四、电商平台及平台内经营者责任

1. 电商平台开展自营业务时，应当承担商品销售者或者服务提供者责任；若电商平台不是开展自营业务，但其所作标识等足以误导消费者相信其系平台自营的，电商平台经营者也要承担商品销售者或者服务提供者责任。

2. 平台内经营者销售商品或者提供服务损害消费者合法权益，其向消费者承诺的赔偿标准高于相关法定赔偿标准，如假一赔十的承诺，消费者主张平台内经营者按照该承诺赔偿的，则按照商家承诺的赔偿标准对消费者予以赔偿。



3. 电商平台经营者与他人签订的以虚构交易、虚构点击量、编造用户评价等方式进行虚假宣传的合同，属于侵害消费者知情权和选择权，扰乱市场秩序，该合同应为无效。

4. 电商平台经营者在促销活动中提供的奖品、赠品或者消费者换购的商品给消费者造成损害的，应向消费者承担赔偿责任。

5. 实践中，部分电商平台经营者的工

作人员存在让消费者通过交易平台以外的方式如微信进行支付的情况，若此，当商品出现质量等问题消费者主张退货退款时，商家不得以支付购买行为未经过交易平台为由推责。

6. 现实中，网络经营账号及店铺转让的情况比较普遍，但有些经营者转让后未进行信息变更公示，为最大限度保护消费者，网购行为一旦产生纠纷，消费者有权向注册经营者、实际经营者承担赔偿责任。

### 五、压实网络直播营销民事责任

近几来，网络直播电商行业快速发展，与此同时网络直播的乱象也频出不止，据此，《网络消费纠纷规定》对商业性网络直播营销做出了规定。

1. 平台内经营者的工作人员作出虚假宣传等，平台内经营者要承担赔偿责任。

2. 直播间运营者与网络直播营销者并非同一主体时，直播间运营者需证明已经标明了其并非销售者并标明实际销售者，并且达到足以使消费者辨别的程度，否则，消费者有权主张直播间运营者承担商品销售者责任。直播间运营者已经尽到标明义务的，也要综合交易外观、直播间运营者与经营者的约定、与经营者的合作模式、交易过程以及消费者认知等因素予以认定。

3. 网络直播营销平台经营者通过网

络直播方式开展自营业务销售商品，应向消费承担商品销售者责任。

4. 网络直播间销售商品损害消费者合法权益，网络直播营销平台经营者不能提供直播间运营者的真实姓名、名称、地址和有效联系方式的，消费者向网络直播营销平台经营者请求赔偿的，网络直播营销平台经营者应承担先付责任，其再向直播间运营者追偿。

5. 网络直播营销平台经营者对依法需取得食品经营许可的网络直播间的食品经营资质未尽到法定审核义务，或者网络直播营销平台经营者知道或者应当知道网络直播间销售的商品不符合保障人身、财产安全的要求等，未采取必要措施，进而消费者的合法权益受到损害，消费者有权主张网络直播营销平台经营者与直

播间运营者承担连带责任的。

6. 直播间运营者知道或者应当知道经营者提供的商品不符合保障人身、财产安全的要求，或者有其他侵害消费者合法

权益行为，仍为其推广，给消费者造成损害，消费者有权主张直播间运营者与提供该商品的经营者承担连带责任的。

网络消费已经并且在未来的时间都将会是商品交易的重要方式，在网络消费日趋发展之际，其暴露出的问题的确也值得我们关注，以法律技术手段对消费者权益进行更严密细致的保护势在必行。作为电商平台及平台内经营者，在注重实现盈利之时也应秉持合规经营之原则；作为消费者，在享受网购便利、快捷的同时，也要注重自身的权益保护，受到侵害时，要学会运用法律的武器维护自身合法权利。



张睿 律师

上海七方律师事务所 律师

业务领域：合同法、公司法、家事法

联系电话：159 0214 5818



李林芳 律师

上海七方律师事务所 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

上海市家庭教育研究会会员

上海市眉山商会理事

业务领域：刑事辩护、公司法、合同法

联系电话：130 5206 7259

## 债权人撤销权纠纷的受让人主体地位可否为被告？

作者：张茜

我们经常会听到当事人抱怨，“执行难，难于上青天”，执行为什么难，和很多因素有关。在一线执行案件中，能执行完毕的案件还是少数，不可否认的是，很多案件确实是属于执行不能，但也存在一部分案件被执行人生活条件并不差，但经过法院查控下来就是没有可执行的财产，这其中可能存在着被执行人恶意转移财产的行为。对此，债权人可以提起债权人撤销权纠纷以维护自己的利益。那么提起债权人撤销权纠纷受让人的主体地位应当如何列？可否列为被告，还是只能列为第三人？

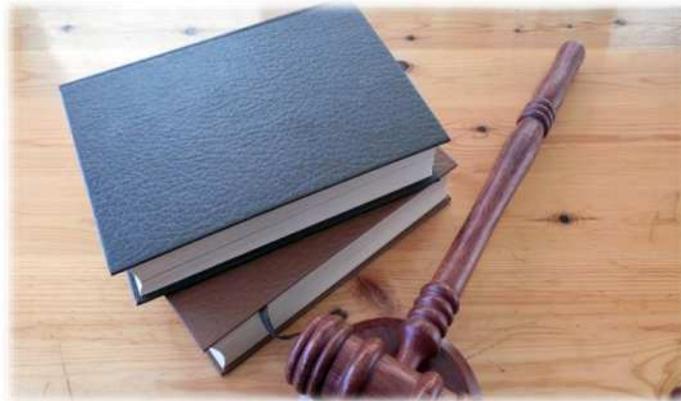
### 一、我国法律并未明文规定债权人撤销权的受让人的诉讼地位只能为第三人

在我国并未有法律或者司法解释明确规定债权人撤销权的受让人的诉讼地位只能为第三人，虽然原合同法司法解释（一）第二十四条规定了，“债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼时，只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。”从以上法条原文可见，合同法司法解释（一）第二十四条仅规定在撤销权诉讼中，原告起诉只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加其为第三人。该法条原文，并没有禁止受益人

或者受让人成为该类诉讼的被告，该法条也不属于该类诉讼中当事人诉讼地位设置的规范性条款。该条仅规定了受益人或者受让人没有作为第三人时，人民法院有权追加受益人或者受让人为第三人。即如果原告在起诉时已经将债务人和受让人列为被告，该法条没有进行下一步的规定；如果原告在起诉时已经将债务人或受让人列为被告，则不适用该条款。之所以这样规定，是因为债权人撤销之诉的被告的确定，应当依据撤销权之诉的性质不同而不同。当撤销权属形成权性质，即只要求撤销债务人的行为时，该诉的性质为形成

之诉，债务人应为被告，受益人或者受让人为第三人。但当撤销权之诉还包含返还原物的请求权时，该诉的性质为给付之诉，应当以债务人及受益人为共同被告。而合同法司法解释(一)第二十四条规定在撤销权诉讼中，只以债务人为被告，未将

受益人或者受让人列为第三人的情形，原告只对债务人提起诉讼，对受益人或者受让人没有任何诉请，属于形成之诉，受益人或者受让人也并非必要共同诉讼的当事人，人民法院在依职权追加时只能列为第三人，而不能列为被告。



## 二、如果不允许将债权人撤销权纠纷的受让人列为被告，将违反立案登记制的原则

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零二条规定了起诉的条件，其中第二项仅仅规定要“有明确的被告”及最高人民法院《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》中规定，“有下列情形之一的，应当登记立案：(一)与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织提起的民事诉讼，有明确的被告、具体的诉讼请求和事实依据，属于人民法院主管和受诉人民法院管辖的”。可以看出，起诉对被告的要求

仅仅规定的是“明确的被告”，只是指被告必须明确具体，要有被告明确的身份、住址等等。该条并未规定起诉时就要有“正确的被告或适格的被告”。因此，原告起诉谁属于原告自由处分的诉讼权利，受让人是列被告还是第三人也是原告的诉讼权利，原告所列被告是否正确、合适均不属于立案审查的内容，如要求原告应将受让人列为第三人的做法违反法律规定，侵害了原告的诉讼权利。

## 三、实务中，多数案例将债权人撤销权纠纷的受让人列为被告

在债权人撤销权纠纷的案件中，将受

益人或者受让人列为被告的案例占大多

数。如最高院的指导案例(2008)民二终字第 23 号国家开发银行与沈阳高压开关有限责任公司、新东北电气(沈阳)高压开关有限公司等借款合同、债权人撤销权纠纷案中就是将受让人列为被告的;上海市第二中级人民法院(2007)沪二中民三(商)初字第 127 号上海英讯科技有限公司与上海龙都实业发展有限公司、武汉宗成达置业有限公司债权人撤销权纠纷案中,法院认为,“宗成达公司系涉讼股权转让合同的受让人,其在债权人撤销权案件中的诉

讼地位,按照合同法司法解释的规定,若债权人未将其列为第三人的,法院可以追加其为第三人。本案中,原告英讯公司在起诉时已将宗成达公司列为共同被告,这是原告有权行使的诉讼权利,符合民事诉讼法的有关规定,也不影响其他当事人依法行使诉讼权利,因此本院对宗成达公司的诉讼地位不作变动。”此外,上海基层法院案件中受益人或者受让人列为被告的案件也比比皆是。

综上,笔者认为如法院立案要求将债权人撤销权纠纷的受让人列为第三人没有法律依据,且严重损害了原告的诉讼权利,剥夺了原告选择被告的权利,债权人有权将受让人列为被告并要求其承担返还转移财产的义务。



张茜 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

业务领域: 公司业务、执行事务

联系电话: 158 0793 3733

## 施工合同补充协议之法律分析

作者：席绪军

补充协议在合同履行中司空见惯，顾名思义是为了解决合同签订之初未考虑到的或者合同履行当中出现的新问题而补充签订的新协议，而施工合同履行中却会产生名目繁多的文件资料，这些文件资料的法律性质应当如何认定，对合同当事人的拘束力如何？本文略作分析。

### 案例

上海丙公司承接发包方广西甲公司在某工程中钢结构部分的施工，该工程总包方为广西乙公司，甲、丙直接协商钢结构分包合同条件，形成甲、丙两方会议纪要约定由乙与丙签署分包合同，乙负责总包管理，根据总包合同和分包合同约定，甲将全部工程款支付给乙方，乙扣除总包管理费后将分包合同的工程款余额支付给丙。分包合同未约定在一定条件下增加支付材料调差的费用，工程竣工验收合格交付使用后，丙与甲协商后，针对分包合同总结算价款，包括增项和部分索赔达成一致，明确丙提出的材料调差费用仍属于未确定的争议，容后再议，遂甲、乙、丙三方形成以上全部协商内容的会议纪要，约定了除材料调差费用之外的分包合同结算价款，确定甲汇款至乙账户后5日内乙转支付给丙。后丙与甲针对增加材料调差费用70万元达成一致，但三方并未针对材料调差费用的转支付再形成新的三方会议纪要，但有微信沟通确认的聊天记录，甲将70万元调差费用支付到乙账户

后，乙拒绝将该笔费用转支付给丙，遂成诉。

丙起诉甲乙至当地基层法院，甲抗辩不是分包合同相对人，乙抗辩分包合同没有约定材料调差费用，甲乙均拒绝提供总包合同的结算资料，且此时甲的代理律师对于是否支付事实和协商的微信聊天记录均不置可否。丙主张三方会议纪要，名为会议纪要实为三方结算协议，从一开始分包合同条件就是甲和丙直接协商达成一致，结算协议也是同样的操作，乙只是作为总包方协助履行而已。

一审判决没有认定三方会议纪要的补充协议性质，认为该会议纪要没有突破分包合同的相对性，丙方无权依据会议纪要来起诉甲，且认为甲无权代表乙来确认丙向甲提出的材料调差费用，但却对三方会议纪要的内容予以认可，可以说前后矛盾，逻辑分裂，一审法院也对分包合同实际签署和履行的相关法律事实不作确认，一审法院据此判决驳回丙方的诉请，丙已经提起上诉。

## 建设工程施工合同履行过程中会产生哪些文件？

1. 《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)(以下简称“示范合同”)中提及的过程性文件。

建设工程施工合同关系建立的过程中会产生很多的合同文件,建立合同关系的方式有两种,一是采取招标投标方式确定合同相对方,二是采取纯粹的协商方式确定合同相对方。实践中无论是采取哪一种方式建立合同关系,多数是以“示范合同”为蓝本签署合同。施工合同的签订和履行过程中也会签订补充协议,有些直接以《补充协议》的名称签署,但是更多的则是以各种名称出现的过程性文件。

根据“示范合同”第一部分“合同协议书”第六条“合同文件构成”

本协议书与下列文件一起构成合同文件:

- (1) 中标通知书(如果有);
- (2) 投标函及其附录(如果有);
- (3) 专用合同条款及其附件;
- (4) 通用合同条款;
- (5) 技术标准和要求;
- (6) 图纸;
- (7) 已标价工程量清单或预算书;
- (8) 其他合同文件。

在合同订立及履行过程中形成的与合同有关的文件均构成合同文件组成部

分。  
上述各项合同文件包括合同当事人就该项合同文件所作出的补充和修改,属于同一类内容的文件,应以最新签署的为准。专用合同条款及其附件须经合同当事人签字或盖章。



上面第一款所列举的合同文件通常在签署合同时都可以确定的文件,不属于合同履行过程中形成的文件。

其中第二款“履行过程中形成的与合同有关的文件均构成合同文件组成部分。”,第三款“上述各项合同文件包括合同当事人就该项合同文件所作出的补充和修改,属于同一类内容的文件,应以最新签署的为准。”

从第六条第二款和第三款的内容可以看出,既有履行过程中形成的与合同有关的文件,也可能有非履行过程中合同当事人作出的补充和修改,二者都具有补充协议的性质,且明确属于同一类内容的文件,应以最新签署的为准。

2. 《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“司法解释”）规定的过程性文件。

司法解释第 20 条规定：“当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。”该条提及施工过程中形成的签证等书面文件可以用于确认工程量，甚至是签证文件之外的其他材料也可以确认实际发生的工程量。

那么工程实践中有哪些文件属于上述这类施工过程中形成的书面文件呢？最高人民法院民事审判第一庭编著的《最

高人民法院新建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》（以下简称“理解与适用”）第 204 页第 10-14 行提到，“在建设工程施工合同履行期间，双方当事人根据施工合同发生的手写、打印、复写、印刷的各种通知、证明、证书、工程变更单、工程对账签证、签证、补充协议、备忘录、函件以及经过确认的会议纪要、电报、电传等书面文件形式作为载体的证据，都可以作为结算工程量并进而作为当事人结算工程款的依据。”

此外该类文件还有工程检验记录、工程洽商记录、工程通知资料等材料，包括微信、手机短信和录音等能够证明合同当事人之间合意的证据材料都具有补充协议的性质，或者通过多份材料的相互印证来证明合同当事人之间的合意。



### 会议纪要等文件具备补充协议的法律性质

山东省德州市（地区）中级人民法院（2021）鲁14民终1221号判例，德州中院认定“综上，该监理会议纪要形式完备，具有设定当事人权利义务关系的内容，且各方当事人均已会签，故该纪要具有法律效力，应视为对原合同内容的变更和补充，对本案双方具有约束力，双方均应按照该纪要内容履行相关义务，承担相应责任。”终审判决认定会议纪要可以成为补充协议性质的有效法律文件。类似的判例不胜枚举，限于篇幅仅举此例。

回到前面的【案例】，建设工程施工合同的发包方、总包方和分包方针对分包合同签署三方合同，实践中也很常见，也不违反法律禁止性的规定。发包方与分包方直接协商确定分包合同价格和结算方式，再由总包方与分包方签署分包合同，在工程竣工验收合格交付使用后，分包方与发包方、总包方针对分包合同结算签署的三方会议纪要，很明显实质上是三方协议的法律文件，一审法院不认定三方会议纪要的三方协议性质，以三方会议纪要没有突破合同相对性为由认为发包人诉讼主体不适格，该做法显然与“示范合同”、“司法解释”、“理解与适用”等合同交易惯例及法律规范的精神不符，违背基本的法理。

前述所列举的施工过程中的各类文

件，只要文件形成的程序合法，各方签署人员具备合法授权或构成表见代理，则该类文件应当认定为具备补充协议性质的文件，或者各类文件相互印证可以证明各方合意的，各方应当受到该合意的约束，遵循诚实信用原则。

司法解释第29条规定：“当事人在诉讼前已经对建设工程价款结算达成协议，诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的，人民法院不予准许。”由此可见，当事人可以通过协商达成针对结算的协议，协议可以以会议纪要的形式出现，我们对于是否为结算协议的判断，不应当拘泥于文件的名称和形式，更要注重于文件内容的实质。



“理解与适用”第292页第18-19行针对“司法解释”第29条“达成协议”的理解作出说明，“故应允许并尊重当事人在履行合同出现重大变化时，对工程价款结算约定进行相应调整。”即使原来的

分包合同对于材料调差费用没有约定，也不妨碍当事人事后进行协商。案例中分包合同条件从一开始就是甲和丙直接协商达成一致，在工程结算时甲和丙协商关于材料调差费用，甲同意给丙增加该项费用，

一审法官竟然认为甲无权代理乙来向丙确认该笔费用，全然不顾三方会议纪要的三方补充协议的法律性质，相信二审法院会依法作出正确的判决。

综上，法院在审理建设工程施工合同纠纷案件时，对于合同履行中形成的各类文件的法律性质，应当作出符合交易惯例和法律规定的准确认定。“示范合同”作为行业主管部门制作并推荐使用的示范文本，很多的工程发包也选择采用示范合同模板来协商和签署施工合同，可以作为认定交易惯例的依据，司法解释也明确合同履行中形成的各类文件可以作为确认工程量变化依据，笔者认为它们都是补充协议性质的文件，对合同当事人有拘束力，而不用拘泥于文件的名称和载体等表现形式，包括微信、短信等沟通信息，通过这些文件所形成的当事人合意而作出实质性的认定，避免当事人滥用合同相对性来逃避合同义务。



### 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商会法律分会委员

中国商务部国际经济合作局评标专家

注册一级建造师

注册监理工程师

注册投资咨询工程师

业务领域：建设工程、房地产、经济纠纷

联系方式：136 4172 0676

## 遇到疫情封控，如何顺延工期？

作者：席绪军

自上海3月1日发现本土确诊新冠病毒疫情病例以来，上海的疫情出现大规模传播的趋势，上海市政府及时采取网格化封控筛查核酸检测措施，力争在短期内将病例和无症状感染者筛查出来，阻断病毒传播源和传播途径，做到社会面动态清零。



### 一、防疫通知内容

上海市住房和城乡建设管理委员会（以下简称“上海住建委”）于2022年3月14日发布《关于进一步加强本市建设工程疫情防控和应急处置工作的通知（沪建质安〔2022〕166号）》（以下简称“166号文”），为深入贯彻落实3月11日市新冠肺炎疫情防控领导小组会议精神，结合当前本市新冠肺炎疫情防控形势，为有效阻断疫情传播，打好施工现场疫情“歼灭战”，从严从细从实做好本市建设工程疫情防控和应急处置工作。

166号文规定，即日起上海市所有建设工程实施“封闭式”管理。各工地应制定疫情防控应急预案，按照人员只进不出的原则进行管理，不具备封闭施工条件的装饰装修工程、加装电梯工程、房屋修缮工程等暂停施工（特殊情况需要继续施工的必须通过行业主管部门批准），暂缓新项目开工，后续开复工视疫情管控情况另行通知。各相关单位根据疫情防控要求做好停工项目人员管理。

## 二、上海目前采取的“封闭式”管理对工期的影响

新冠疫情自 2019 年底爆发以来，已经历时近三年，期间各地都曾经出现过小规模疫情传播导致的中高风险地区封控措施，疫情防控也已经出现常态化管控措施。法律界人士对于疫情属于不可抗力的观点已经基本没有争议，建设工程项目遭遇疫情时导致停工的，承包人可以主张工期顺延。

166 号文明确上海市所有建设工程实施“封闭式”管理，且按照人员只进不出的原则进行管理，本次上海采取了网格化封控核酸筛查措施，对于采取“封闭式”管理的工程项目工期是否会产生影响？承包单位能否主张相关损失？

### （一）“封闭式”管理并不必然导致停工

166 号文所指的“封闭式”管理并不会导致工程停工，人员和设备、材料还是可以进入施工现场，设备和材料需要做消杀，非必要不增加新人员，新进入施工现场的从业人员必须持 48 小时内核酸检测阴性证明。材料进场应设置专用过渡区域，完成防疫消杀后方可进入施工现场，送货司机、卸货人员等其他外来人员必须持 48 小时内核酸检测阴性证明。现场快递必须经过消毒处理后隔日领取。

### （二）工期能否顺延的情况分析

因响应政府疫情防控措施，或者减少人员聚集性的施工活动，导致工效降低，如果影响了关键线路的施工进度，则尽量调整关键线路，减少不利影响的程度，虽然并未造成停工，但工效的降低必然对工期造成影响，应及时与建设单位沟通协商，提出工期顺



延的申请，根据工效降低的影响程度确定工期延期的天数。

如由于违背政府疫情防控政策，应急预案处置不力，因故意或者重大过失导致工地出现疫情而停工，则能否主张工期顺延，需要和建设单位沟通协商，建设单位有权不予认可工期顺延。

对于不具备封闭施工条件的装饰装修工程、加装电梯工程、房屋修缮工程等暂停施工，则对停工之日至复工之日期间的工期应当予以顺延。对于暂缓新项目开工的，暂缓开工的期间应当顺延工期，自实际开工日起算工期。

### 三、律师建议

建议非必要不增加新人员，这需要施工单位合理调配工地内的工种及人员的工作，同时避免人员过于集中，但对于必须要增加的人员，则应当按照疫情防控要求只进不出，此时有可能会导导致部分已完成工作的人员无法撤离工地，部分人员可能无工可做，做好该部分人员的心理疏导，对于该部分人员的工资损失，可参照窝工损失，与建设单位协商解决。

施工单位应当按照合同约定的申请方式，在合同约定的索赔期间内提出对于工期顺延的申请，做好工程日志记录，做好设备、材料及人员台账，保留好因疫情防控导致工效降低的客观证据，及时请监理确认相关事实，及时提交签证，请建设单位确认，保留文件交付的证据材料。

### 四、结语

中华人民共和国住房和城乡建设部办公厅于2020年2月26日发布《关于加强新冠肺炎疫情防控有序推动企业开复工工作的通知》（以下简称“住建部通知”）就倡导建设工程各方，疫情防控导致工期延误，根据实际情况依法与建设单位协商合理顺延合同工期。停工期间增加的费用，双方按照有关规定协商分担。因疫情防控增加的防疫费用，可计入工程造价；因疫情造成的人工、建材价格上涨等成本，双方要加强协商沟通，按照合同约定的调价方法调整合同价款。

住建部通知对于本次的疫情防控和应急处置工作仍有指导意义，施工单位应当结合166号文的规定，通过分析疫情防控对工期的具体影响，提出工期顺延的合理诉求，做到有理有据，风险共担，共克时艰。



## 借用资质的实际施工人的工程款请求权，发包人如何抗辩？

作者：甘雯雯

笔者在之前的文章中浅析了最高人民法院民一庭于 2022 年 1 月 7 日在微信公众号上发表的两篇原创文章，标题分别为：《建工解释（一）》第四十三条规定的实际施工人不包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人；借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系且工程验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿。

笔者以发包人是否知道建设工程系借用资质的实际施工人施工为前提，将借用资质的实际施工人的工程请求权区分为如下两种情形：

### 1. 发包人知道或者应当知道建设工程系借用资质的实际施工人进行施工

该情形下，借用资质的实际施工人在建设工程验收合格的前提下，可以请求发

包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

### 2. 发包人不知道建设工程系借用资质的实际施工人进行施工

该情形下，实际施工人与出借资质人之间实为转包关系，实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。

这两种情形下，实际施工人均可以直接向发包人主张工程价款，其中第二种情形，发包人所承担的责任范围仅限于欠付的建设工程价款，欠付款属发包人本应支付的款项，对发包人而言不存在重大风险，笔者不做赘述。

本文着重分析上述第一种情形下发

包人应如何抗辩实际施工人的工程款请求权。

该情形下，存在三个主体：发包人、出借资质人、实际施工人，实际施工人可以将出借资质人排除在外，直接向发包人请求支付工程款，发包人的责任范围是参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

笔者认为，不能完全将出借资质人排除在外，应依据发包人的付款义务的实际履行情况，分三种情形来具体分析：

### 1. 发包人未支付工程价款

此种情况下，实际施工人主张参照合同关于工程价款的约定折价补偿的请求应予以支持。在建设工程验收合格的前提下，基于借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系，发包人应当履行支付义务。

值得注意的是，这里的“合同”究竟指的是哪一份合同？实际的建设工程活动中，在借用资质的情形下，存在着两份

合同：发包人与出借资质人之间的承包合同、出借资质人与借用资质人之间的挂靠合同。这两份合同对于工程价款的约定并不一致，因为借用资质人的实际施工人需要向出借资质人支付管理费（挂靠费），挂靠合同下实际施工人所能到手的工程款明显低于承包合同中约定的工程款。笔者认为，这里应当参照承包合同中关于工程价款的约定。在发包人对借用资质这一事实知情的前提下，承包合同本质上体现的是发包人与实际施工人的合意，双方也应当参照遵守在合同中关于工程预算、进度款支付、质量、工期、竣工验收、结算的详细约定。

但是，参照合同约定并不等于金额上的完全一致。发包人应当根据项目的实际建设情况以及实际施工人是否存在拖延工期、质量问题或者其他违约行为等，参照最后的结算金额向实际施工人支付工程款。即使工程项目已经竣工验收，若在



质保期内发生质量问题，发包人扣减实际施工人的质保金或者要求实际施工人赔偿因工程质量问题产生的实际损失。在被实际施工人诉诸法院请求支付工程款的同时，发包人亦可以就工程质量问题产生的实际损失提起反诉。

实际施工人起诉发包人，在发包人向实际施工人支付工程款之后，假如出借资质人依据承包合同向发包人主张工程款，应不应当支持呢？自然不应支持。发包人应当以工程款已支付给实际施工人为由抗辩出借资质人的工程款请求权。但是，为避免此种情况的发生，在实际施工人工程款请求权之诉中，发包人应当主动向法庭申请追加出借资质人为第三人，有利于法庭厘清事实及法律关系，确认三方之间的合同效力。

### 2. 发包人已向出借资质人支付了全部工程款，但是出借资质人并未支付给实际施工人

该情况下，假如依照最高人民法院民一庭所发表的文章中的观点，借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系，发包人与出借资质人之间的承包合同因违反法律的强制性规定而无效，实际施工人可以向发包人主张全部的工程价款，发包人也应当参照合同约定折价补偿实际施工人。如此，发包人

的权利无法得以保障，难道让发包人再去起诉出借资质人返还已支付的工程款吗？显然不现实。笔者认为，在实际施工人工程款请求权之诉中，虽然实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系，但是主体不应当仅限于实际施工人和发包人，不应当将出借资质人排除在外，发包人应当申请追加出借资质人为被告，承担向实际施工人支付工程价款的责任。

### 3. 发包人仅向出借资质人支付部分工程款，实际施工人在已收款范围内扣除管理费之后支付给实际施工人

该情况下，虽然承包合同、挂靠合同无效，但是三个主体均在事实上履行了自己的义务。实际施工人在起诉发包人之时，诉请金额以及发包人的责任范围应该仅限于未支付的工程款。与上述第二种情况一致，借用资质情况下的建设工程合同纠纷之诉，发包人、出借资质人、实际施工人三个主体一个也不能少。

分析至此，再回看最高人民法院民一庭对于《建工解释（一）》第四十三条具体适用情形以及借用资质的实际施工人向发包人主张工程款的观点，虽然适用的法律依据不同，但是在上述第三种情形下最终的审判思路以及裁判结果却是异曲同工。

### 律师提醒

最高人民法院民一庭在微信公众号上发表的两篇文章，初看似乎是对发包人有利，因为对于借用资质的实际施工人的工程款请求权的适用更为严苛了，但是实际上，对已经知晓或者放任借用资质事实的发包人而言，其所面对实际施工人的责任范围极其容易被界定为参照合同约定的全部工程款，这就需要发包人在对建设工程施工合同的缔结已有过错的前提下，无论是从程序上主动申请追加出借资质人，还是从事实上就工程建设施工质量、

付款情况举证，均应该积极应诉，保障自己的合法权益。

在建设工程施工过程中，发包人一旦知晓实际施工人的存在，应当及时止损，在厘清各方关系之前停止向出借资质人支付工程款，迫使实际施工人浮出水面，并组织出借资质人、实际施工人共同确认工程款的参照标准和支付情况，避免后续因出借资质人的原因招致诉累。

如有不同观点，欢迎交流指正。

\*本文部分内容转自“最高人民法院民一庭微信公众号”。



### 甘雯雯 律师

上海七方律师事务所合伙人

七方建设工程与房地产法律服务部 律师

业务领域：民商事、建设工程与房地产、  
企业合规

联系方式：135 6475 0281



## 预购房屋烂尾，如何偿还银行贷款？

作者：朱好婕

目前，开发商为缓解资金紧张、避免风险，大多采取期房出售的方式。期房，指尚未完成建设、不能交付使用或虽建好但未取得房产证和土地使用证的商品房。对于购房者来说，期房的优势在于较同地段的现房价格相对优惠，而劣势在于存在较大风险。且不谈周边配套设施、道路建设是否如开发商售房时所言，最大的风险在于房屋能否按时建设完成并交付到购房者手上。

购房者往往无法一下凑齐全部的购房款，选择从银行贷款。当听到所购房屋烂尾、开发商跑路或破产的消息时，购房者除了不得不面临集举家之力积攒的购房款可能打水漂的局面外，还要继续面对偿还银行房屋贷款。此时，购房者不禁悲从中来：房屋已经烂尾，在我不可能拿到这套房屋的情况下，我是否还要继续还几十年的房贷？

让我们参考下文这个案例对上述问题进行分析解答。

### 案情简介

2014年4月29日，许某为购买浙江省嘉兴市某房屋，以该房为抵押担保，向银行借款392万元。双方签订了《个人购房借款及担保合同》（以下简称“借款合同”），合同中第38条约定贷款发放后，借款人或抵押人与售房人或其他第三方就该房产有关质量、价格、权属、条件或其他事宜发生的任何纠纷，均与贷款人无关，贷款人有权选择继续履行本合同或要求借款人提前偿还本合同项下的全部或部分贷款。该借款合同第53条以加黑加粗字体载明：借款人、抵押人及保证人确认贷款人（即抵押权人）对本合同中有关免除或限制贷款（即抵押权人）责任、贷款人（即抵押权人）单方面拥有某些权利、

增加借款人、抵押人及/或保证人责任或者限制借款人、抵押人及/或保证人权利的条款，均已向借款人、抵押人及保证人进行了提示和说明，借款人、抵押人及保证人已明确全面理解相关条款含义。

银行同年六月审批通过，将银行贷款按规定一次性直接发放给开发商。许某此后一直按约定每月还贷。直至2018年，开发商资金断链、工程停工，同年6月，开发商正式向法院提交破产清算申请，管理人通知房屋也不符合交付条件，合同无法继续履行，双方间合同解除。许某确认解除商品房买卖合同，并向管理人申报了对开发商的债权，银行也向管理人申报了债权。自2019年10月起，许某便停止向银

行支付房贷。银行在多次向许某催款不成后，向法院起诉要求许某偿还剩余贷款。

### 一审观点

#### 一、 贷款合同基于双方一致同意而解除，并非基于合同目的不能实现

一审认为许某签订合同的目的是为了获取贷款以弥补其购房资金不足，银行已按约发放贷款，许某在商品房买卖合同项下应支付的购房款也支付完毕，故许某签订合同的目的是已经实现，而非所谓“不能实现”。

#### 二、 许某应按照贷款合同约定履行还款义务

根据贷款合同第 38 条及第 53 条，一审认定为银行已就该合同的格式条款向许某履行了提示、说明义务，且许某已理解并同意该条款内容，双方已就条款协商一致，对双方具有约束力。根据上述合同约定，无论许某与开发商的商品房买卖合同是否解除，均不影响贷款合同的效力，许某作为合同的相对方，仍应按照合同约

定履行还款义务。

此外，一审法院认为《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》（以下简称“《商品房买卖合同解释》”）第二十一条第二款规定的“商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后，商品房担保贷款合同也被解除的、出卖人应当将收受的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人”，是指房屋出卖人在此种情况下所应承担的义务，但从中不能直接反推出贷款人因此就丧失了依照与借款人的生效合同约定而要求借款人还款的权利，司法解释的此项规定与合同的规定并不矛盾，许某拒绝款还贷的主张缺乏依据。

据此，一审法院判令许某归还银行借款本金、利息等合计 220 余万元。



## 二审观点

许某有权解除贷款合同，后续还款责任应由开发商承担。

在商品房买卖合同履行过程中，开发商因进入破产清算程序而无法向许某交付房屋，致使商品房买卖合同解除，许某据此主张解除个人购房借款及担保合同，依据充分，应予支持。根据前述规定，开发商应承担剩余贷款的还款责任。

二审认为贷款合同第 38 条约定“贷款发放后，借款人或抵押人与售房人或其

他第三方就该房产有关质量、价格、权属、条件或其他事宜发生的任何纠纷，均与贷款人无关，贷款人有权选择继续履行本合同或要求借款人提前偿还本合同项下的全部或部分贷款”，属于银行为重复使用而提前拟定的格式条款，其中与《商品房买卖合同解释》相抵触的内容，加重了许某的责任，对许某不具有拘束力。

最终，法院判决不支持银行的诉请。



## 法条链接

《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》

第二十条 因商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除，致使商品房担保贷款合同的目的无法实现，当事人请求解除商品房担保贷款合同的，应予支持。

第二十一条 以担保贷款为付款方式的商品房买卖合同的当事人一方请求确认商品房买卖合同无效或者撤销、解除合同的，如果担保权人作为有独立请求权第三人提出诉讼请求，应当与商品房担保贷款合同纠纷合并审理；未提出诉讼请求的，仅处理商品房买卖合同纠纷。担保权人就商品房担保贷款合同纠纷另行起诉的，可以与商品房买卖合同纠纷合并审理。

商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后，商品房担保贷款合同也被解除的、出卖人应当将收受的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人。

## 案例分析

通过上述案例【案号为(2021)浙04民终1597号】，可以看到银行的抗辩理由一般包括：一、贷款合同主体是购房者与银行，贷款合同与购房合同是两个独立的合

同，因此购房合同的效力不影响贷款合同的履行。二是贷款合同中有条款明确约定购房者与开发商或其他人关于案涉房屋纠纷，不影响购房者的还款责任。上述案

例中，一审法院也是许某与银行签订《贷款合同》第 38 条约定为依据，判决支持银行诉请。二审则否决了该条约定。

根据《商品房买卖合同解释》第二十条、第二十一条，结合上文案例及其他检索案例，分析如下：

### 一、贷款合同的合同目的

根据《商品房买卖合同解释》第二十条的规定，解除贷款合同的前提是“贷款合同的目的无法实现”。上述案例中，一审法院认为贷款合同的合同目的就是购房者获取贷款以弥补其购房资金不足，在银行将贷款打给开发商之后，该合同目的已经实现，至于案涉房屋买卖合同的效力不影响贷款合同的目的实现。

本文认为，房屋买卖合同与贷款合同的确不具有从属性，是相互独立的。但从目前实际情况来看，购房者与银行签订担保贷款合同的目的无疑是购买房屋。且贷款合同履行过程中（包括上述案例），购房贷款是由银行直接支付给开发商，购房者客观上既不控制贷款，也未使用贷款。若是将贷款合同目的仅限于购房者获得贷

款，那银行也应是贷款发放给购房者而非直接支付给开发商。因此，在商品房买卖合同解除之后，购房者想要购买房屋的目的已经无法实现，此时贷款合同的存续对于购房者而言毫无意义。故根据《商品房买卖合同解释》第二十条规定，商品房买卖合同已经解除、购房者无法取得所购房屋，致使商品房担保贷款合同的目的无法实现，购房者请求解除担保合同，依据充分，应予支持。

### 二、格式条款的效力

贷款合同中一般都含有加重购房者还贷责任的条款，类似于上述案例中贷款合同第 38 条“贷款发放后，借款人或抵押人与售房人或其他第三方就该房产有关质量、价格、权属、条件或其他事宜发生的任何纠纷，均与贷款人无关，贷款人有权选择继续履行本合同或要求借款人提前偿还本合同项下的全部或部分贷款。”。

这类条款系银行为重复使用而提前拟定的格式条款，要求购房者在未取得所购房屋亦未实际占有购房贷款的情况下



归还贷款，明显不合理地加重了购房者的还贷责任，减轻银行的责任，这属于《中华人民共和国民法典》第四百九十七条第二款规定的“提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利”，也与《商品房买卖合同解释》内容相抵触，故此类格式条款对购房者不具有拘束力。

### 三、贷款合同解除后的还贷责任主体

根据《商品房买卖合同解释》第二十一条第二款的规定，商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后，商品房担保贷款合同也被解除的、出卖人应当将收受的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人。当商品房买卖合同解除，贷款合同亦应合同目的无法实现

被解除时，应由开发商将收取的购房贷款本金及利息返还借贷银行，购房者对剩余贷款不负有返还义务。

除上述法条规定外，从权利义务的平衡以及公平原则角度考虑，当购房者无法取得房产时，还要求其承担剩余的贷款，明显有失公平。虽然说购房者可以向开发商追偿其支付的房屋贷款本息，但我们都知，实际上很少能追偿到。若开发商有能力偿付购房者购房款，所建房屋也不会最终烂尾。

那为什么有些案件中在商品房合同已解除的情况下，法院仍不支持购房者无需继续向银行支付房屋贷款的请求呢？

其实质是债权债务已转移，这也是法院在判决购房者是否需要继续偿还房贷

的关注点之一。以(2021)粤02民终2805号案件为例,法院认为购房者胡某已选择要求开发商归还全部购房款(包括贷款金额),并经生效裁决确认,在此情况下要求开发商向银行偿还、支付房屋贷款,将导致开发商重复承担责任,不合理不合法。此时的法律关系就变成了开发商应将按揭贷款支付的购房款返还给购房者,购房者在获得此项债权的同时也必须履行向银行归还购房贷款本息的义务,即开发商返还贷款的债务就转移到购房者身上。

本文建议广大购房者当面临房屋买卖合同实际不能履行,在提起解除商品房买卖合同之诉的同时一并主张解除房屋

担保贷款合同,这样既可以在一个案件中查明事实并将案涉房屋纠纷一并处理,也可避免将开发商的债务责任转移到自己身上。

需要申明的是,由于本文篇幅有限,一是无法穷尽所有可能发生的情况,尚余很多情况未能讨论分析。在面对个案时仍需具体情况具体分析,不存在一个所谓的万能公式可以套进所有情况完全相同地适用;二是亦无法涉及到房屋贷款合同纠纷所有的问题,诸如开发商的担保责任、认购房屋预告抵押登记的效力等等,这些内容在之后的文章中或有赘述。

不当之处,还望交流指正。



朱好婕 律师

上海七方律师事务所 律师

七方建设工程与房地产法律服务部

律师

业务领域: 建设工程房地产、商事

仲裁、企业合规

联系方式: 138 1614 2289

## 房地产贷款中贷款银行的风险与责任

作者：朱好婕

笔者曾经在《预购房屋烂尾，如何偿还银行贷款？》中，以购房人的视角与大家探讨了预购房屋烂尾后，剩余房贷如何承担的问题。本文将讨论贷款银行在房地产项目中的风险和责任。

银行在整个房地产项目中起着至关重要的作用，不仅是购房人购买商品房时可能需要申请个人住房贷款，房地产开发商在房地产开发过程中，往往也需向银行

申请贷款投入项目建设。

这就可能产生一种情形：开发商因建设资金不足先以在建工程向银行（以下统称“开发贷银行”）抵押获取开发贷款，之后将正在建设中的房屋预先出售给购房人，而购房人向银行（以下统称“按揭银行”）申请住房贷款并以所购房屋作为抵押，此时是否就同一抵押房屋上存在双重抵押？不同银行的抵押权如何保障实现？

### 一、同一预售房产上能否存在上述双重抵押？

首先明确这里所指的双重抵押为开发商申请房地产开发贷款的在建工程抵押以及购房人申请个人住房贷款时的预购房屋预告抵押。

#### （一）在建工程抵押概述

根据《城市房地产抵押管理办法》第三条第五款的规定，在建工程抵押是指抵

押人为取得在建工程继续建造资金的贷款，以其合法方式取得的土地使用权连同在建工程的投入资产，以不转移占有的方式抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。由于篇幅有限，本文不涉及土地使用权抵押的情形。

#### （二）预购房屋抵押预告登记的效力

在金融借款合同纠纷中，时常会有按揭银行提出要求根据已设立的预告抵押权对预购房屋主张优先受偿权，该观点是否会得到支持？对此，需要分析预告登记抵押权的性质。

购房人购买预售商品房时，因所购房屋尚未建成，更不能办理不动产登记，此时购房人并没有取得不动产所有权，所有的仅是对不动产所有权的期待权。因此设立的预购房屋抵押预告登记亦并非房屋抵押权。

根据《民法典》第二百二十一条第一款的规定，预告登记具有排除物权变动的权利，但不具有抵押的法律效力。

预购房屋抵押权预告登记制度的对象为将来设立抵押权的请求权，即当抵押登记条件成就或约定期限届满对房屋办理抵押权登记的请求权，该请求权虽经预告登记后产生了一定的物权效力，但并不产生抵押权设立的法律后果。故按揭银行仅依据预告抵押权主张对预购房屋的拍卖、折价款优先受偿，无法得到司法机关的支持。

### （三）在建工程抵押权与预购房屋预告抵押权的关系

1. 同一在建房产上能否同时存在在建工程抵押权与预购房屋预告抵押权？

在银行与开发商、银行与购房人之间

签订的贷款合同及担保合同正常履行的情况下，银行的合法权益不会受损，自然无需过多考虑二者之间的关系，银行的风险在于当上述合同无法正常履行的情况下，能否以及如何收回相应贷款。



预告抵押权设立登记的前提是在建商品房已经预售给购房人。因此可以将该问题理解为在建工程抵押后，能否办理预售许可。曾有观点认为办理商品房预售许可的前提是开发商与银行已解除抵押关系，即在建工程抵押与商品房预售不能同时并存。

根据《城市商品房预售管理办法》第五条、第六条的规定，商品房预售许可并没有要求预售房屋上未设立抵押权，因此办理在建工程抵押后，不影响获得预售许可，实务中也的确如此，但就已抵押的在建工程办理预售许可可能需要开发贷银行出具同意预售函。

而银行作为在建工程抵押权人同意房屋预售亦不表明放弃抵押权。抵押权经登记设立，未经作为抵押权人的银行明确



表示同意，该权利不会注销。银行恰恰是希望通过房屋预售的方式，使开发商资金尽快得以回笼，从而保障自己债权的实现。

## 2. 贷款银行的受偿风险

在建房屋预售，若开发商经营不善、资金链断裂，导致无法按期还款，无法按期付工程款，也无法按约交房时，可供拍卖、变卖的仅有一项在建工程，此时银行（抵押权人）、工程承包人、购房人三方权利冲突，应如何分配受偿？

根据《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）》第三十六条的规定，承包人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《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》第二十九条以及目前司法实践中对于消

费者物权期待权优先保护的价值取向，承包人的工程价款优先受偿权不得对抗购房人的物权期待权。

据此，已售商品房的受偿顺序一般为：商品房消费者>建设工程的承包人>其他抵押权人（包括开发贷银行），此时开发贷银行的抵押权有名无实，实际很难收回贷款资金。

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》第二十条及第二十一条，由于开发商履约不能，商品房买卖合同被解除，致使商品房担保贷款合同的目的无法实现、亦被解除，应由开发商向按揭银行偿付剩余房贷。

若购房人对预购房屋已主张优先受偿权并得到支持，其将获得预购房屋的拍卖价款（或变卖价款），购房人在取得这项



债权的同时，相对应的偿还房贷这项债务也一并转移到购房人身上，购房人需继续向按揭银行履行归还购房贷款本息的义务。

若如上一篇文章中所述预购房屋已烂尾，购房人与开发商之间的商品房买卖合同已被解除，购房人与按揭银行之间的房屋担保贷款合同也一并被解除，此时按揭银行应向开发商追偿剩余房贷，事实上也很难能追偿回来。

#### （四）银行负有的监管职责

银行的合法权益能否得到保障，即能否及时、充分地收回贷款，表面上看在于开发商的履约行为，而实际上开发商的履

约行为除却自身运转及市场等不可抗因素，关键取决于银行是否切实履行了自己的监管职责。

银行作为预购房屋的抵押权人，对于预购房屋的完好建成负有监管职责，履行这一职责的方式体现为对房地产开发贷款及预售房款资金使用的监管。银行本身负有金融监管职责，同时又具备监管能力。从这一方面来说，放任开发商将所放贷款挪作他用，银行未尽到监管职责，对于预购房屋无法建成也有一定过错和责任。银保监会对于监管不利的银行也会进行处罚。

### 二、针对银行放贷后风险管理的措施建议

#### 对开发贷银行而言：

##### 1. 设立房产项目资金专户进行合理监管

房屋开发贷款及房屋预（销）售资金均必须存入专项账户，由贷款银行监管，确保工程进度与资金使用幅度相匹配。同时，与开发商签订监管协议，要求房屋预（销）售款必须存入该指定账户，避免资金被挪用。

##### 2. 要求个人住房贷款在本行办理。

通过与开发商签定办理按揭贷款业务合作意向书，要求购房人在本行办理个人住房抵押贷款，从而可以深入了解房屋预（销）售情况，也能更好地对资金使用情况进行监管。

3. 与开发商约定按预（销）售进度收回贷款。可以设定具体的回款计划，根据房屋预（销）售进度，收回相应贷款。

4. 密切关注房产项目的开发建设及预（销）售进度，要求开发商定期向银行提供房产销售数据、资金使用情况及会计报表（季报、年报），并配合本行进行该房产项目

的账务抽查、核查。

5. 建立黑名单制度。对于将贷款资金挪用、未按照开发计划使用的开发商，列入本行贷款黑名单，一定期限内不批准放贷。

需要指出的是，这里所说的监管要求是适度合理，无论是过松还是过紧，都不利于房地产开发企业的良好运作、房地产市场的稳定发展。

### 对按揭银行而言：

1. 同样需要监管贷款专项使用，防止开发商挪作他用。
2. 及时办理抵押权登记。当购房人办理不动产所有权登记后，贷款银行应及时办理抵押权登记，从而取得不动产抵押权。

针对上一篇文章探讨的期房烂尾后，住房贷款返还义务的分配，以及购房人、开发商及银行各自的债权债务关系，本文就按揭银行应向开发商主张剩余贷款补充说明：

除却上一文中提到的债权债务关系等原因，相较于普通购房人，银行更有能力也更有义务对开发商的资金流向进行监管并向开发商追偿，在本文前述部分已说明了银行的监管职责，即使从权责分配角度而言，由银行自己承担房屋贷款可能无法收回的不利后果也更为公平合理。

此外，所谓按揭银行无法收回贷款的不利后果是建立在期房烂尾的假设下，此时开发商基本没有偿还能力或偿还能力不足，导致购房人和银行都无法拿回已付的购房款和房贷，对双方而言均有巨大的损失。事实上，房屋买卖合同及担保贷款合同解除也并非仅有这一原因，开发商也并非总是无能力返还银行房屋贷款。以(2013)榕民初字第1200号案件为例，系由于购房人的违约行为，最终导致房屋预售合同及贷款合同均被解除。在该案中，开发商愿意向银行返还剩余贷款本息，这也有助于银行贷款资金尽快回笼、避免产生坏账。

最后，以“法律不保护躺在权利上睡觉的人”一语作为结尾。在面对现实中更为纷繁复杂的房地产借贷需要，银行更应切实行使监管职权，建立和完善房地产贷款贷后的管理制度，保障贷款资金的收回。



## 生育权到底谁说了算？

作者：胡晓萍、王睿

《人口与计划生育法》第17条规定：“公民有生育的权利”，据此可知，生育权无关性别，是公民的一项基本人权。但在婚姻关系中，夫妻双方的生育权却不是完全对等的，夫妻关于生育问题的冲突也时有发生。那么，生育权到底谁说了算？

## 一、生育权法理分析

目前学界关于生育权的性质认定，主要存在三种观点，即“人格权说”、“身份权说”、“折中说”。主流观点认为，生育权属于人格权，笔者也认同此观点。

**人格权是指民事主体依法固有的，以民事主体的人格利益为客体的，为维护民事主体的独立人格所必备的民事权利。**而生育权反映了人类繁衍后代、生生不息的本能；且生育权的客体利益体现了人的行为自由的利益，即自主决定是否生育的自由，反映了主体独立人格对重大事项的自主权。因此，生育权归属于人格权，是更为合理的。

## 二、生育权冲突

既然生育权属于人格权，就具有人格权作为绝对权、支配权的特征。也就是说，主体对生育权应享有绝对的支配地位，任何人不得干涉。

但事实上，夫妻任何一方生育权的实现都需要对方的配合，且女性实际承担了怀孕、分娩的责任，导致女性相较于男性，对生育权享有更优先的支配地位；而男性享有的此项绝对权，其实并不“绝对”。这样就产生了男性生育权在法理与现实中的不对等，从而引发对立与争端。

## 三、夫妻生育权纠纷典型案例

### 案例一 妻子拒绝生育，丈夫能否强制其生育或请求赔偿？

#### 案情介绍：

前段时间一条#妻子拒生育男子诉请精神损害赔偿被驳回#的话题登上热搜。

此案因夫妻纠纷而起。李某（男）与王某（女）在外务工时相识相恋，于2008年登记结婚。王某系再婚，与前夫育有一

澎湃新闻  
01月10日 16:25 来自 微博视频号  
#妻子拒生育男子诉请精神损害赔偿被驳回# 【妻子拒绝生育，男子诉请精神损害赔偿15万元被法院驳回】近日，重庆潼南区。王某与前夫育有一女，后与李某再婚后，二人发生矛盾。李某两次起诉离婚，并要求拒绝生育的王某赔偿15万元精神损害赔偿。法院驳回了李某的诉讼请求。（素材来源：人民法院报 网络）  
#妻子拒生育，男子诉请精神损害赔偿15万元被法院驳回# 澎湃新闻的微博视频 收起^



女，女儿随王某共同生活。婚后，王某一直未再生育，李某将王某与前夫之女视为己出进行抚养。

后来，李某得知王某已做绝育手术，李某及其母亲一度要求王某通过手术恢复生育能力，但遭到王某拒绝。李某考虑到夫妻感情尚好，王某也承诺会与其白头偕老，便接受了王某拒绝生育的事实。

### 法院观点：

法院认为，生育不是婚姻的必然结果，女性也并非生育工具。王某女儿与李某已形成继父女关系，有义务赡养李某，因此李某无需担心自己老无所养。综上，法院依法判决，驳回了李某的诉讼请求。

### 律师分析：

从社会分工和生理构造上来看，女性不仅在照顾、抚育子女方面履行更多的义务，而且在怀孕、生育、哺乳上男性无法替代，其艰辛和风险必须由女性独自承担。所以，夫妻双方因生育权发生冲突时，男方不得违背女方意愿主张其权利。

在男方坚持要孩子而女方不愿生育

但随着时间推移，二人之间矛盾增多，妻子王某分别于2019年、2021年向法院起诉离婚未果。李某认为，妻子王某多次起诉离婚，背弃了当年白头偕老的承诺，因其拒绝生育导致李某至今未育有自己的子女，给其造成了严重的精神伤害，故起诉至法院，要求王某给付精神抚慰金15万元。



的情况下，如果由男方做主，就意味着丈夫享有对妻子身体和意志的强制权，这将以女性人身自由的丧失和身心被摧残为代价。因此，《妇女权益保障法》第51条规定：“妇女有生育子女的权利，也有不生育的自由。”这既是对妇女的人文关怀和特殊保护，也是法律公正的体现。

## 案例二 妻子单方终止妊娠是否侵犯丈夫生育权？



### 案情介绍：

原告赵某与被告韩某原系夫妻关系，二人在某县民政局登记结婚。原被告结婚后一直在沧州市区租房居住，被告婚后经医检已怀孕，被告不听原告劝阻强行堕胎，原告认为其损害了自己的生育权，要求被告支付精神损失费。〈(2021)冀 0921 民初 2066 号〉

### 律师分析：

《中华人民共和国妇女权益保障法》第五十一条规定：“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。”夫妻双方为生育权发生冲突协商不一致时，应优先尊重女方意愿。最高人民法院关于适用《民法典》婚姻家庭编司法解释（一）第 23 条第一款规定：“夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持。”因此，妻子单方终止妊娠不构成对丈夫生育权的侵害。

### 法院观点：

原告主张因被告擅自堕胎给原告造成精神损害而要求被告给付精神损害抚慰金 100000 元。依据〈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）〉第二十三条之规定，夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持。”故原告的此项诉讼请求无法律依据，本院不予支持。

### 案例三 全国首例废弃冷冻胚胎案

#### 案情介绍：

2010年，张某与王某登记结婚。婚后，双方合意在美国某州立医院做了辅助生殖手术，医院从王某身上提取了13个卵子，经人工受精存活6个胚胎，王某移植了一枚胚胎，后因体质等方面的原因流产。剩余5个胚胎，双方委托州立医院储存保管；2016年7月，张某起诉要求离婚。法院未准许双方离婚；2017年6月，张某

再次起诉，要求离婚。审理中，王某意外得知张某一年前未经其同意废弃胚胎，为此王某要求张某支付抚慰金5万元。

#案例#【危机婚姻下冷冻胚胎的废与留——全国首例男方废弃冷冻胚胎侵权赔偿案】作为目前保存生育能力最成熟方法之一，冷冻胚胎技术走进了很多夫妻的视野，随之很多司法案例未涉及的新问题，也开始冲击我们的眼球。👉危机婚姻下冷冻胚胎的废与留——全国首例男方废弃冷冻胚胎侵权赔偿案



玄武法院  
危机婚姻下冷冻胚胎的废与留——全国首例男方废...

#### 法院观点：

法院认定，张某单方废弃胚胎，构成了对王某身体权、健康权和生育知情权的侵害。且因胚胎为带有情感因素特殊的物，王某还存在精神上的损害。法院依法酌定张某赔偿王某抚慰金3万元。

该案主审法官认为，生活中，较多出现的是女方单方终止妊娠，男方废弃胚胎

的情况较为少见，法律对此未作明确规定。依据法理和生活的逻辑，仍然可以找到相对公平的解决方案。考虑到女方在提取胚胎时，有一定的付出。实际上，女方在服药促排卵时，伤害已经产生。因此，男方不当处置胚胎，应认定构成侵权。

#### 律师分析：

随着科技的发展与思想的开放，冷冻胚胎扩大了人们对生育的选择。今年两会，有委员提案建议开放单身女性冻卵的权利，将来涉及到冷冻胚胎的法律问题也

会越来越多。关于冷冻胚胎的法律性质和法律地位如何界定？我国现行法律至今未有定论。2020年12月17日，最高人民法院司法案例研究院第25期案例大讲坛

专门针对“涉冷冻胚胎类案研究”专题进行了研讨，专家、学者、法官对此的争论较大，司法实践中的处理结果也大相径庭，有待于立法的进一步完善。

### 三、结语

虽然女性在生育权问题上更有主导权，但生育权毕竟涉及家庭伦理道德和个人自由权利的行使，将这种较为私人化的事务过于契约化、公开化，难免有违背人性之嫌。法律只能作为平衡夫妻生育权冲突的最后出路，应谨慎用之。婚姻关系中，充分协商、互相理解、彼此体谅，才是缓解夫妻双方生育冲突的首要良方。



#### 胡晓萍 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人  
七方家事法律服务中心 主任  
上海市律协婚姻家庭业务研究委员会 委员  
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  
普陀区首届优秀女律师  
业务方向：家事法、私人财富管理  
联系方式：18616910916



#### 作者：王睿

上海七方律师事务所 实习律师  
七方家事法律服务中心 实习律师  
业务方向：家事法、私人财富管理  
联系方式：18616910916

## 一诺千金！离婚协议千万别马虎

作者：七方家事法律服务团队

2022年2月8日，上海一中院官微发布了《离婚后财产纠纷案件的审理思路和裁判要点》一文（以下简称“一中院文章”），该文对离婚后遗漏财产，恶意隐藏、转移财产、一方反悔等实践中具有普遍性、趋势性的问题进行分析，将法官优秀审判经验和裁判方法进行总结，形成类案裁判的标准和方法，引发广泛关注。

“离婚后财产纠纷”案件频发，首先是源于离婚率持续走高，数据显示：从2010年到2020年，离婚人数节节攀升，十年间几乎翻了个倍，2020年才略有回落；但另一方面，离婚后的“烽烟再起”，也有很多是因为离婚协议过于草率马虎、协议内容不够完善所致。鉴于此，笔者围绕一中院文章内容，聊聊一份靠谱的离婚协议，该怎么写！

### 一、离婚协议“撤销难”

民法典婚姻家庭编司法解释

（一）第七十条规定：夫妻双方协议离婚后就财产分割问题反悔，请求撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。

可见，法律虽赋予当事人对离婚协议的撤销权，但离婚协议不同于一般的民事合同，除了纯粹的利益考量外，还包含身份关系和感情因素的变化，其撤销权的行使条件更严苛。司法实践中，经常会出现当事人为了离婚而胡乱签署离婚协议、在达到离婚目的后又反悔想要撤销的情形，此时，法院不会将

协议一方放弃主要或大部分财产的行为认定为“显失公平”或“重大误解”，当事人必须举出强有力的证据证明签署离婚协议时存在“欺诈”或“胁迫”，才有可能撤销或变更离婚协议，而这种证

明非常困难。一中院文章中也坦言“对存在欺诈或胁迫较难举证，对离婚协议是否可变更可撤销，法院较难认定。”因此，在协议离婚时，一定要对离婚协议存有“敬畏之心”，谨慎对待，三思而后签。

### 二、兜底条款“不牢靠”

离婚协议书中的“兜底条款”，指对离婚协议书中未列明的财产进行概括性陈述的条款，最常见的是离婚协议最后那句“双方无其他财产争议”，这样的兜底条款，能兜得住吗？

民法典婚姻家庭编司法解释（一）第八十三条规定：“离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向人民法院起诉请求分割的，经审查财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，人民法院应当依法予以分割。”据此，对离婚时未涉及到的财产，法院更倾向于实质性

审查，会结合其他财产的分割情况、离婚协议条款表述等因素进行综合判断。一中院的文章明确表示了“离婚协议中若存在兜底条款，应查明在签订协议时当事人对涉案财产是否知情。若请求分割财产一方能够证明自己不知情，一般应当认定兜底条款中不包含该财产”。所以，简单一句“双方无其他财产争议”往往起不到兜底的效果，安全的做法是在离婚协议中全面披露财产信息；如果实在不想披露，则需要根据实际情况，另行签订补充协议予以明确。





女享有房产赠与的交付请求权，这样如果将来一方拒绝根据离婚协议内容办理房产过户的，子女有权

作为适格主体提起诉讼，要求房屋登记产权人向其交付（过户）房产，最大限度保护未成年子女的权益。

#### 四、“假离婚”的风险高

无论在电视剧中，亦或是现实生活里，我们总能发现这样的桥段——一对结婚多年的夫妻，可能因为规避政策、躲避债务等种种原因“假离婚”。所谓“假离婚”，其实只是老百姓一厢情愿的表述，并不属于法律概念。只要双方当事人

在婚姻登记机关登记离婚、取得离婚证，婚姻关系就真的解除了，不存在“假离婚”一说。

“假离婚”中涉及的离婚协议往往问题百出。因为夫妻双方出于假离婚的考虑，具体条款该如何约定可能只是一笔带过，根本没有认真协商；亦或是基于信任，一方直接将全部夫妻共同财产分配给对方所有。这样的做法，为日后对方

变卦、复婚不成埋下隐患。日后受损一方以“离婚后财产纠纷”为由诉至法院，若没有充分的证据，法院极有可能认定离婚协议真实有效，导致弄假成真，人财两空的结果；即便能提供有效证据，让法院认定“假离婚”成立，也不会影响婚姻关系的解除，而最多以离婚协议确非双方真实意思表示而重新分割财产。

因此，如果是真的不得不“假离婚”，也需要做好防范措施，比如，签订一份反映真实情况的“假离婚协议”，并且保留相关的沟通记录，以免到时候哑巴吃黄连，有苦说不出。



## 五、律师建议

离婚协议书具有混合合同的性质，既涉及夫妻人身关系的处分，又涉及夫妻财产情况的安排。具体来说，一份完善的离婚协议书应包含以下十二要素：

1. 双方自愿离婚的意思表示；
2. 子女情况及抚养权归属；
3. 抚养费金额及支付方式；
4. 共同财产种类、数量及分割方案；
5. 住房解决及户口安排；
6. 共同债权债务处理；
7. 经济帮助的方法及期限；
8. 损害赔偿方案；
9. 探望权实施及协助；
10. 违约责任；
11. 其他个性化约定事项；
12. 双方签名、日期。

自当事人双方领取离婚证时起，离婚协议书就发生法律效力，且不易撤销，可谓“一诺千金”，马虎不得。所以，切不可为了尽快离婚或争夺孩子抚养权等因素，作出超出自己能力范围的承诺。把握“尽力”和“量力”的原则，既要尽力而为，又要量力而行，谨慎签署离婚协议，最大限度避免离婚后财产纠纷的发生。



## 婚前父母出资买房六种常见情形的处理

作者：郑华

家事律师在日常接待咨询过程中，被问到最多的便是子女结婚，父母出资买房，房子登记在谁名下？归谁所有？父母权益该如何保障等问题。

今天，就为大家梳理6种婚前由父母出资买房的不同情形以及司法实践中的认定。



## 情形 1：一方父母婚前全额出资购买房屋，并登记在出资方子女名下

**案例：**苏某与唐某曾系夫妻，双方于 2020 年 11 月经法院生效判决确认离婚，后苏某又向唐某提出离婚后财产纠纷的起诉，要求分割其位于平舆县的一套房屋，认为该套房屋系双方共同财产。经法院查明，原告苏某主张分割的该套房屋是由被告唐某的母亲购买的，唐某母亲在苏某、唐某结婚前支付了一半房价款，婚后支付了另一半房价款，并将该房产登记于唐某的名下。

**裁判结果：**认定为唐某母亲赠与给唐某的个人财产。

**律师分析：**根据《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）》第二十九条：“当事人

结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女个人的赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。”本案中关于房产的出资，被告唐某提交了争议房产的付款凭证等证据，证明该房产系母亲赠与唐某的个人财产，法院予以采信。最终认定房屋归被告唐某个人所有，但因双方于婚后用共同财产装修、购买储藏室、缴纳税费等，唐某应给予苏某一定补偿。

综上，我们可以得出结论，父母全额出资为子女购房，且登记在出资方子女名下，司法实践中，该房产认定为出资方父母对子女的婚前赠与，属于婚前个人财产。

## 情形 2：一方父母婚前支付首付款，房屋登记在出资方子女名下

**案例：**陈某与朱某曾系夫妻，双方于 2021 年被法院判决离婚。后陈某提起离婚后财产纠纷，要求朱某返还福建省东山县一套商品房所涉及房屋产权利益。经法院查明，该商品房系朱某婚前购买，由朱

某与父亲林某共同支付了首付款项，房屋登记在朱某名下，共有情况为单独所有。后朱某、陈某结婚，在双方夫妻关系存续期间，双方共同参与还贷。

**裁判结果：**朱某向陈某返还房屋共同



还贷支付的款项及其相对应财产增值部分的补偿款项。

**律师分析：**根据《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）》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”和第八十三条“离婚后，一方以尚有夫妻共同财产未处理为由向人民法院起诉请求分割的，经审查该财产确属离婚时未涉及的夫妻

共同财产，人民法院应当依法予以分割”的规定，陈某在判决离婚后诉求分割与朱某婚姻关系存续期间共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，于法有据。故法院根据案涉房屋不同时点的市场价值，确定案涉房屋的升值率，判令朱某向陈某返还相应的补偿款项。

由此可见，对于一方父母婚前支付首付款，房屋登记在出资方子女名下，婚后由夫妻双方共同还贷的情况，司法实践中，一般将房产判归产权登记方所有，由该方支付剩余贷款，对婚内夫妻共同还贷（包括本金与利息）及房屋增值部分，由产权登记方对另一方进行补偿。

当然，我们也建议夫妻双方在出现上述房产分割争议时，可优先协商处理，包括对于房屋现有价值及增值部分形成一致意见，若协议不成的，再通过司法程序予以解决。

### 情形 3：一方父母婚前出资，但登记在另一方名下

**案例：**王某与李某于 2020 年 3 月于上海登记结婚，王某在外省市工作，没有

上海户口及社保记录，且有贷款记录，而李某系上海户籍，出于首付比例、贷款利

率等考量，由王某父母出资首付款 300 万元，于 2020 年 1 月购买商品一套，登记在李某个人名下，贷款由李某王某婚后共同偿还。2021 年 12 月王某与李某协议离婚，解除婚姻关系。

**协议结果：**房屋归王某所有，王某支付李某房屋折价补偿款。

**律师分析：**《中华人民共和国民法典》第一千零六十五条：男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或者约定不明确的，适用本法第一千零六十二条、第一千零六十三条的规定。而第一千零六十二条、第一千零

六十三条是对夫妻共同财产、个人财产的规定。

实务中，因一方不具备购房资格或出于购房成本等因素考量，出现婚前父母出资，却登记在另一方名下的情形，此时不能简单的认为婚前登记在一方名下，就是登记产权人一方的婚前个人财产。对于类似案例中情形的，一般认定为夫妻共同财产，夫妻双方可协议对共同财产进行分割，但是父母明确表示赠与登记方或有其他相反约定的除外。实践中，我们就碰到过，对于父母的出资款，小夫妻共同签署借条的情况，这是出资款不应认定为借款而非对双方的赠与，应作为夫妻共同债务进行分割。

#### 情形 4：一方父母出首付款并登记在出资方与出资方父母名下，婚后夫妻共同还贷

**案例：**婚前，张某与其父母共同出资购买上海市一套房屋，房屋登记在张某和其父母三人名下，但是一直用张某的公积金、工资来归还贷款。张某和李某于 2017 年登记结婚，婚后二人居住在上述房屋内，并共同偿还贷款，2021 年 3 月，张某

与李某诉讼离婚，双方对房屋分割争议较大。离婚案件中因该房屋涉及案外人利益，不予处理。而后李某提起共有纠纷之诉。

**裁判结果：**判决向李某支付房屋共同还贷部分及相应增值部分的补偿款。



**律师分析：**由于房屋产权人系一方父母与其子女，涉及案外人利益，在离婚纠纷中一般不予处理，需要另案起诉。司法

实践中，虽然另一方不是产权人，但其参与共同还贷（包括本金及利息）及房屋增值部分，应由产权登记方进行补偿。



### 情形 5：一方父母婚前出资，登记在双方名下

**案例：**刘某、曲某于 2021 年 1 月 21 日经朝阳市龙城区人民法院调解离婚，后提起离婚后财产纠纷。婚前，曲某的父母曾出资全款购买了坐落于朝阳市龙城区的楼房，并于双方婚后变更登记于原、被告名下。双方对房屋分割产生争议。

**裁判结果：**判决曲某给付刘某房屋分割补偿款（按照房屋价值的 1/3 计）。

**律师分析：**对于父母婚前出资购买房屋，后登记于夫妻双方名下，应当认定为对夫妻双方的共同赠与，视为共同共有。本案中，因双方未约定持有份额，法院在认定双方的持有份额时考虑了多种因素

而酌情确定。司法实践中，若双方约定了共有方式及各自份额，则按照双方约定享有房屋产权。若双方对共有方式未进行约定，一般视为等份共有，但是法院在审理

时，也会考虑房屋的合同签订情况、购房款支付情况、双方婚姻关系持续时间长短，并结合双方对案涉房屋的贡献大小等因素综合认定份额。



### 情形 6：双方父母婚前均出资，登记在一方或双方子女名下

**案例：**原告张某诉被告李某离婚后财产纠纷一案，张某向法院提出诉讼请求要求分割北京市密云区某地的房产，房产登记在原告张某名下。双方于 2016 年 9 月登记结婚，2016 年 6 月购买了案涉房屋，房屋总价为 170 万元，其中首付款为 100 万元。在支付首付款时，双方父母均有出

资，其中，原告母亲出资 200000 元，被告母亲在原、被告婚前通过银行直接转账给原告张某 800000 元，原告对此予以认可，但表示该 800000 元款项系赵淑云对原告、被告双方的赠与。双方对于房屋分割产生争议。

**裁判结果：**判决房屋归原告张某所

有，剩余贷款由原告张某偿还，原告张某自给付被告李某房屋补偿款92万余元。

**律师分析：**婚前购买房屋，双方父母均出资，不论是登记在一方或双方子女名下的，能够认定双方实际出资的，司法实践中，一般认定为双方共同财产，双方父

母的出资视作对各自子女的赠与。法院在对房屋进行分割的时候，会综合考虑涉案房屋房款的支付情况及贷款偿还情况、权属登记情况、有无份额约定等因素，判决房屋归其中一方所有，并由房屋所有一方对另一方进行相应补偿。

以上六种情形你都了解了吗？最后，提醒广大父母，在为子女婚前出资购房时，一定要留存好出资证明、借条等相关证据，尽量明确系对一方的赠与还是对双方的赠与；小夫妻们，也要注意，有时候明确约定双方房产份额，不仅是对父母出资的保护，也是对未来减少纷争的有  
效预防哦！

## 郑华 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方家事法律服务中心 副主任

七方劳动法、公司与破产清算法律服务部 律师

上海市破产管理人协会 预备会员机构代表

劳动人事争议委员会 兼职仲裁员

闵行区人民法院 特邀调解员

闵行区职工维权律师志愿团 律师

徐汇区枫林街道居村 法律顾问

业务方向：家族法律服务、劳动法、公司业务

联系方式：13482439658





## 志愿者的权利义务有哪些？

作者：周松涛

上海新冠疫情肆虐，医护人员、政府机构工作人员应对巨量的防疫工作已经不堪重负，此时一个个志愿者挺身而出，形成了一股强大的力量，构成了一道靓丽的风景。

志愿者有哪些主要的权利和义务？行为和责任的边界在哪里？如遇争议或纠纷该如何处置？这些恐怕很多人都不是很清楚，然而实际的志愿服务工作中又常常会遇到这些问题，令人感到困惑。作为一名律师，我想就此作些分析，也算是致敬和支持奋战在一线的广大志愿者朋友们的一种方式。

【说明：（1）本文分析的主要依据是《志愿服务条例》、《上海市志愿服务条例》、《民法典》等法律法规，引用法律法规内容时使用引号标出。（2）此轮新冠疫情下多数志愿者是由居民委员会、村民委员会招募和管理的，按照《上海市志愿服务条例》的规定，居民委员会、村民委员会参照该条例关于志愿服务组织开展志愿服务活动的规定执行。本文所述居民委员会、村民委员会的职责即参照条例关于志愿服务组织的规定。同时，为表述方便，仅以居民委员会为例。】

### 一、志愿者应当听谁指挥？

“志愿者可以参与志愿服务组织开展的志愿服务活动，也可以自行依法开展志愿服务活动”，但是请注意，“发生重大自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件，需要迅速开展救助的，有关人民政府应当建立协调机制，提供需求信息，引导志愿服务组织和志愿者及时有序开展志愿服务活动。志愿服务组织、志愿者开展应对突发事件的志愿服务活动，应当接受有关人民政府设立的应急指挥机构的统一指挥、协调。”新冠疫情属于公共卫生事件，志愿者应当接受居委会的工作安排，并且应当接受应急指挥机构的统一指挥、协调，决不能自说自话、擅自行动。



## 二、志愿者能否中途终止服务？

志愿服务是出于自愿的公益服务，所以志愿者有权“根据自己的意愿和时间、能力等条件，选择参加志愿服务活动”。但是请注意，这里的选择是指根据统一安排的任务，有权选择参加或不参加，而不是可以任意选择什么时间、什么方式来完成。志愿者有义务“接受志愿服务组织的

指导和安排，履行志愿服务承诺，完成相应的任务”。也就是一旦承接了一项任务后应当保质保量完成，而不能半途而废。如果确实“不能继续从事志愿服务活动”，应当“及时告知志愿服务组织”，以便居委会安排其他志愿者顶上，确保工作不受影响。

## 三、居委会是否一定要对志愿者进行岗前培训？

由于志愿者有权“获得与所从事的志愿服务活动相关的培训”，居委会在有条

件的情况下应尽量安排对志愿者进行岗前培训。但是，毕竟现在是特殊时期，本



来就人手紧缺，未必有余力来培训。志愿者可以登录上海志愿者协会的网站、微信公众号、微信小程序，观看上面的培训资料、操作指南，通过自我学习完成岗前培

训，减轻居委会的压力。如果居委会有安排培训并提出要求的，则志愿者“应当服从管理，接受必要的培训。”

#### 四、志愿者能否参与核酸检测的采样工作？

“开展专业志愿服务活动，应当执行国家或者行业组织制定的标准和规程。法律、行政法规对开展志愿服务活动有职业资格要求的，志愿者应当依法取得相应的资格。”因此，如核酸检测的采样等工作，需要专业医务人员来完成，一般志愿者不应当从事。



#### 五、居委会是否一定要为志愿者提供防疫保障？

参加防疫工作，首先自己得要做好有效防护，志愿者有权“获得与所从事的志愿服务活动相关的必要条件或者保障”。居委会应当配发必要的防疫用品，比如口罩、防护服、手套等。但是，目前防疫物资非常紧缺，有些区域可能无法保证所有

志愿者都能及时配发到防疫用品。在此情况下，志愿者不要强求，也不要干等，尝试求助于周围的群众，但凡群众有这些用品，一定会帮助解决。千万不要在无防护情况下蛮干，这样不仅增加自身风险，同时也增加了服务对象的风险。

#### 六、志愿者是否有权向居委会提出意见和建议？居委会是否一定要接受？

志愿者有权“向志愿服务组织提出意见和建议”。居委会应当群策群力，听取

大家意见并择优采纳，但并没有必须接受的义务。

## 七、志愿者是否有相应管理权？

志愿者应当“尊重志愿服务对象的意愿”，这一点在疫情期间同样要遵守。如遇有人不愿意配合核酸检测，志愿者无权强行要求其配合，因为志愿者没有执法权，但是可以向居委会和有关部门报告，由有权部门依法处理。至于其他的志愿服

务工作，志愿者可以组织、引导、劝说居民予以配合，而并没有实质的管理权限。当然，在疫情防控的非常时期，志愿者带有一定管理手段的方式也是维护良好秩序的需要，居民应予以理解并积极配合，不应无理取闹、小题大做。

## 八、志愿者能否指责“问题”居民？

志愿者在工作中难免遇到一些“问题”居民，此时要保持必要的克制和忍让，因为志愿者有“尊重志愿服务对象人格、隐私等权利”。志愿者不得侮辱居民的人格、披露其隐私，尤其在微信群等公众平台上应当更为谨慎。志愿者有热心、有能力，确实付出了很多，但是一定不要忘记自己志愿者的身份，行为边界必须要清楚，不能因为有付出就可以越界。反过来，“志愿服务对象应当尊重志愿者的人格尊严”，居民同样要尊重、礼遇志愿者，

不能把他们视同有偿服务下的物业人员，也不能把他们视同有部分行政职责的居委会工作人员。志愿者只是自愿提供无偿公益服务的人员，是帮助居民的热心人。居民们应当对他们心怀感激，并给与最大的支持和谅解，让志愿者们也能够感到暖心，感到所有的付出是值得的。当然，居民完全可以向志愿者提出善意的提醒、意见和建议，这有利于志愿服务工作的改进，志愿者应当耐心听取。

## 九、志愿者能否在服务过程中“带货”？

有些志愿者虽说志愿工作是无偿的，但是却想通过服务来推广或销售自己的

产品、服务，这种行为原则上来讲并不符合法律法规的规定，因为志愿者“不得利

用或者借用志愿服务的名义进行营利性和其他违背志愿服务宗旨的活动”。但是个人认为这不绝对，当服务对象有需求，而志愿者恰好可以提供相应的产品或服务的，应当有所区分。比如居民正好急需药品，而志愿者恰好是药店老板，此时直接将药品提供给志愿者似乎并无不可。如

果该志愿者愿意无偿赠送，那是另一份公益，如果有偿销售，只要是正规药店渠道，也应被允许。为免存疑，建议平价销售，不营利就不涉及违反前述规定。但前提一定是通过正规渠道销售，并且产品或服务有质量保证且价格公允。

### 十、未成年人能否参与疫情防控志愿活动？

“志愿服务组织安排志愿者参与志愿服务活动，应当与志愿者的年龄、知识、技能和身体状况相适应，不得要求志愿者提供超出其能力的志愿服务。”此次抗击疫情的现场工作具有被传染的风险，未成

年人不适合参与。但是，居家可以完成的工作，比如在线通知、文案处理等工作不具有危险性，也可以考虑未成年人参与，但一定要具备相应的知识和能力。

### 十一、志愿者可以向谁要求提供志愿服务记录证明？

“志愿者需要志愿服务记录证明的，志愿服务组织应当依据志愿服务记录无偿、如实出具。”据此，志愿者可以向居委会索取志愿服务记录证明，居委会应当提供。此外，上海市志愿者协会为全市参加上海志愿者网疫情防控志愿服务项目的志愿者发放“上海市新冠肺炎疫情防控志愿服务证书”。上海志愿者网实名注册

志愿者，参加有“疫情防控”关键词的志愿服务项目，且服务时长不少于1小时即可申领。按照规定，居委会还“应当如实记录志愿者个人基本信息、志愿服务情况、培训情况、表彰奖励情况、评价情况等信息，按照统一的信息数据标准录入国务院民政部门指定的志愿服务信息系统，实现数据互联互通。”

## 十二、愿者是否有保险保障？

“志愿服务组织安排志愿者参与可能发生人身危险的志愿服务活动中，应当为志愿者购买相应的人身意外伤害保险。”根据上海志愿者网的信息，中国人寿保险为全市参加上海志愿者网疫情防控志愿服务项目的志愿者，在原有参与志愿服务期间（含在参加志愿服务来回途中）因意外伤害导致身故保额最多 20 万元/人的基础上，增加因确诊感染新冠病

毒导致身故给与保额最多 50 万元/人的“守护志愿者”特定保险。



### 周松涛 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人  
七方公司与财税法律服务部 主任  
上海律协税务业务研究委员会 委员  
法务会计师

业务方向：公司股权、公司治理、并购重组、  
商业谈判、商业诉讼、税务

联系方式：18621368850

## 居委会与街道办事处的区别

作者：周松涛

上海疫情形势严峻，基层组织焦头烂额，不仅要承担大量的防疫任务，还要处理群众各种各样的诉求，并承受他们在诉求得不到满足情况下所产生的不理解、不满甚至情绪宣泄。老百姓通常分不太清楚居委会与街道办事处的区别和各自的职责、职权范围，而一些基层工作者对此也存在模糊不清的概念。笔者通过梳理相关法律法规，将要点内容整理成一张表，列明居委会与街道办事处的不同之处，方便基层工作者查阅，也便于群众区分，从而减少不必要的误解，增进彼此的理解和信任，共克时艰。

	居委会	街道办事处
性质	基层群众性自治组织。	区人民政府的派出机关。
核心职责	(1) 组织居民开展自治活动；(2) 协助政府及街道办事处开展工作。	履行政府服务和管理职能。
党组织的领导	共产党基层组织发挥领导核心作用。	在共产党街道工作委员会的领导下履行职能。
相互关系	接受街道办事处的指导、支持和帮助，协助做好与居民利益相关的工作。	给予居委会指导、支持和帮助。
设立	在 100 户-700 户范围内设立。由街道办事处提出，报区政府批准。	由区政府提出，报市政府批准。
成员	主任、副主任、委员共 5-9 人，由居民选举产生，每届任期 5 年，可连选连任。 街道办事处、乡镇人民政府可安排社区工作者协助居委会工作。	实行主任负责制，主任、副主任由区政府任命。



<p>编制、待遇</p>	<p>对符合条件的居民委员会成员，可聘任为社区工作者，享受相应的待遇保障。</p>	<p>行政编制和事业编制由区政府配置。另由区政府配备相应的社区工作者队伍。社区工作者按规定确定岗位等级并对应相应薪酬。</p>
<p>职能</p>	<p>(1) 组织居民制定并遵守自治章程和居民公约，召集居民会议，执行居民会议决定，开展自我管理、自我教育、自我服务、自我监督；</p> <p>(2) 调解民间纠纷；</p> <p>(3) 指导和监督业主委员会开展工作，维护居民和业主的合法权益；</p> <p>(4) 支持和引导居民区内的社会组织、企业事业单位、志愿者等社会力量参与居民区治理，开展社区协商；</p> <p><u>(5) 依法协助政府及其派出机关做好与居民利益相关的公共服务、公共管理、公共安全等工作；</u></p> <p>(6) 组织居民对街道办事处、乡镇人民政府和区人民政府职能部门派出机构及居民区相关公共服务单位进行工作评价；</p> <p><u>(7) 向街道办事处、乡镇人民政府反映居民的意见、要求和提出建议；</u></p> <p>(8) 法律、法规规定的其他任务；</p> <p><u>(9) 开展便民利民的社区服务活动，推动居民互助服务和志愿服务活动；</u></p> <p><u>(10) 国家支持和鼓励单位和个人参与传染病防治工作。各级人民政府应当完善有关制度，方便单位和个人参与防治传染病的宣传教育、疫情报告、</u></p>	<p>(1) 统筹落实社区发展的重大决策和社区建设规划，参与辖区公共服务设施建设规划编制，推动辖区健康、有序、可持续发展；</p> <p>(2) 组织实施与居民生活密切相关的卫生、文化体育、社区教育、为老服务等社区公共服务，落实人力资源社会保障、民政、计划生育等领域的相关政策；</p> <p>(3) <u>综合协调辖区内的</u>城市管理、人口管理、社会管理、安全管理、住宅小区和房屋管理、<u>应急管理</u>等地区性、社会性、群众性工作；</p> <p>(4) 优化营商环境，统筹协调辖区内各类力量资源，做好安商稳商和市场主体服务工作；</p> <p>(5) 依法开展有关行政执法工作；</p> <p>(6) 组织开展对辖区内各类专业执法工作的群众监督和社会监督；</p> <p><u>(7) 动员社会力量参与社区治理，整合辖区内社会力量，形成社区共治合力，为社区发展服务，推动社区公益慈善事业发展；</u></p> <p><u>(8) 指导居民委员会等基层群众性自治组织建设，健全自治平台，组织社区居民和单位参与社区建设和管理；</u></p>



	<p><u>志愿服务和捐赠活动。居民委员会、村民委员会应当组织居民、村民参与社区、农村的传染病预防与控制活动。</u></p> <p><u>(11) 县级人民政府及其有关部门、乡级人民政府、街道办事处、居民委员会、村民委员会应当及时调解处理可能引发社会安全事件的矛盾纠纷。突发事件发生地的居民委员会、村民委员会和其他组织应当按照当地人民政府的决定、命令，进行宣传动员，组织群众开展自救和互救，协助维护社会秩序。</u></p> <p><u>(12) 传染病暴发、流行时，街道、乡镇以及居民委员会、村民委员会应当组织力量，团结协作，群防群治，协助卫生行政主管部门和其他有关部门、医疗卫生机构做好疫情信息的收集和报告、人员的分散隔离、公共卫生措施的落实工作，向居民、村民宣传传染病防治的相关知识。</u></p>	<p><u>(9) 承担辖区社会治安综合治理工作，反映社情民意，化解矛盾纠纷，维护社区平安；</u></p> <p><u>(10) 做好国防教育和兵役等工作；</u></p> <p><u>(11) 法律、法规、规章规定的其他职能和区人民政府交办的其他事项；</u></p> <p><u>(12) 为社区居民提供社区事务受理、公共文化、公共卫生等公共服务；</u></p> <p><u>(13) 开展城市网格化管理和社会治安综合治理等工作；</u></p> <p><u>(14) 县级人民政府及其有关部门、乡级人民政府、街道办事处、居民委员会、村民委员会应当及时调解处理可能引发社会安全事件的矛盾纠纷。突发事件发生地的居民委员会、村民委员会和其他组织应当按照当地人民政府的决定、命令，进行宣传动员，组织群众开展自救和互救，协助维护社会秩序。</u></p> <p><u>(15) 传染病暴发、流行时，街道、乡镇以及居民委员会、村民委员会应当组织力量，团结协作，群防群治，协助卫生行政主管部门和其他有关部门、医疗卫生机构做好疫情信息的收集和报告、人员的分散隔离、公共卫生措施的落实工作，向居民、村民宣传传染病防治的相关知识。</u></p>
<p>协助开展</p>	<p>协助政府及街道办事处开展以下工作：</p>	



<p>的工作</p>	<p>(1)协助做好业主委员会组建和换届选举的组织工作，指导业主委员会建立健全日常运作的工作制度。</p> <p>(2)协助做好与居民利益相关的社会保障、劳动就业、社会救助、优待抚恤、公共卫生、计划生育、社区教育、文化体育、消费维权和老年人、残疾人、妇女、未成年人权益保障等公共服务工作。</p> <p>(3)协助做好人口管理、住宅小区综合治理、社区矫正等公共管理工作。</p> <p>(4)协助做好城市网格化综合管理工作。</p> <p>(5)协助做好居民区的消防安全、生产安全、食品药品安全、<u>减灾救灾等公共安全领域的安全宣传等工作。</u></p> <p>(6)<u>突发事件发生时，居民委员会应当按照所在地人民政府的决定和要求，组织、动员居民，开展自救和互救，配合人民政府及其派出机关开展突发事件应对工作。</u></p>	
<p>行政执法权限</p>		<p>由街道办事处所属的综合行政执法机构承担。行政执法事项清单，由市政府制定并向社会公布。</p>
<p>工作任务清单管理</p>	<p>由政府制定居委会协助行政事项清单；<u>对清单以外的协助行政事项，居委会</u><u>有权拒绝办理。政府职能部门不得将职责范围内的事项转交给居委会</u></p>	<p>政府职能部门<u>未经审核批准，不得将职责范围内的行政事务交由街道办事处承担。</u></p>



	<u>承担或者直接给居委会安排工作任务。</u>	
支持	民政部门、街道办事处、乡镇人民政府应当通过加强分类指导、总结推广经验、开展专业培训等方式，帮助居民委员会及其成员提高组织和引导居民自治的能力。	政府职能部门应当建立主动服务基层的工作机制， <u>支持、配合街道办事处履行服务和管理职能，为街道办事处开展公共服务提供支持和保障。</u>
信息共享	公安、房屋管理、规划资源、民政、人力资源社会保障等部门应当依法向居民委员会提供人口、房屋等基础信息和有关政务服务信息，支持居民委员会开展工作。	公安、市场监管、住房城乡建设、规划资源、民政、经济信息化、人力资源社会保障等部门应当依法将人口、法人、房屋等 <u>基础信息向街道办事处开放。</u>
统筹协调权限	应当通过多种形式收集居民的意见和建议， <u>对居民反映的问题及时协调处理；无法协调处理的，应当及时向街道办事处、乡镇人民政府或者相关政府职能部门报告。</u>	<p>(1) 对辖区内需要多部门协同解决的综合性事项，街道办事处<u>有权对相关职能部门及其派出机构，按照职责就近、管辖有利的原则，进行统筹协调、考核督办。</u></p> <p>(2) 街道办事处可以召集由政府职能部门及其派出机构参加的<u>联席会议，协调解决辖区内各类公共服务、管理和安全事项。</u></p> <p>(3) 街道办事处所属的城市运行综合管理平台对巡查发现的辖区内城市管理、市场监管、街面治安等问题，<u>应当及时派单调度、督办核查，指挥协调相关职能部门派出机构及时予以处置。</u></p> <p>(4) <u>城管执法、公安、市场监管等执法和管理机构应当加强协作，接受街道城市运行综合管理平台的派单调</u></p>



		<p><u>度,及时反馈处置情况,并接受督办核 查。</u></p> <p>(5) 应当动员辖区内企事业单位、社区组织和居民等社会力量参与社区治理, <u>支持人民团体、群众活动团队、社区志愿者依法开展活动</u>, 为社区发展服务。</p>
下设机构	根据需要可下设若干委员会; 可分设若干居民小组。	下设社区服务、社区管理、社区自治、社区平安等工作机构。
负责对象	<u>对居民会议负责并报告工作</u> 。居民会议由居民或每户代表或居民小组代表参加。	区政府。
应当公布事项	<p>(1)居民会议讨论决定的事项及其实施情况;</p> <p>(2) 听证会、协调会、评议会的有关情况;</p> <p>(3) 社区协商成果的落实情况;</p> <p>(4) <u>居民委员会工作经费使用情况</u>;</p> <p>(5) <u>政府拨付和接受社会捐赠的救灾救助、补贴补助等资金、物资的管理使用情况</u>;</p> <p>(6) <u>涉及全体居民利益、居民普遍关心的其他事项</u>。</p>	按照政府信息公开事项规定执行。
场地、经费保障	办公经费、社区服务经费和自治项目经费以及办公用房、居民区公共服务设施, 由区或者乡镇人民政府按照国家和本市有关规定予以保障。	行政事业经费和办公用房, 由区人民政府按照国家和本市有关规定予以保障。

法律法规依据: 《中华人民共和国城市居民委员会组织法》、《上海市居民委员会工作条例》、《上海市街道办事处条例》、《中华人民共和国传染病防治法》、《中华人民共和国突发事件应对法》、《突发公共卫生事件应急条例》。



## 帮助信息网络犯罪活动罪中“明知”的认定

作者：吴心成、赵珞宏

随着互联网的发展，帮助网络犯罪活动行为已成为网络犯罪链条中的关键环节，甚至成为很多网络犯罪的经济来源和技术支撑，其社会危害性不容小觑。2015年《刑法修正案（九）》新增了“帮助信息网络犯罪活动罪”<sup>1</sup>（以下简称“帮信罪”）这一罪名，对于进一步惩治网络犯罪，尤

其是电信网络诈骗、网络赌博、网络洗钱等犯罪，保护人民群众合法权益、维护正常网络秩序，发挥了重要作用。

2020年10月我国开展“断卡行动”以来，重点打击整治非法开办、贩卖手机卡与银行卡，帮信罪被激活，相关案件呈“井喷”之势。据最高人民检察院统计数

<sup>1</sup> 《中华人民共和国刑法》第二百八十七条之二第一款，明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、

支付结算等帮助，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

据，2021 年前三个季度全国起诉帮信罪 79307 人，同比上升 21.3 倍，位列全部罪名第四；据最高人民法院统计数据，2021 年 1 月 1 日至 11 月 15 日人民法院审结帮信案件 4.7 万余件。

帮信罪的设立除了打击犯罪，解决上游犯罪行为人（正犯）尚未到案的定罪量刑问题之外<sup>2</sup>，有学者认为，也是为了限制涉及网络共同犯罪的处罚范围而设立，即

将非“情节严重”的共犯排除出刑事处罚圈，保障技术的发展及刑法的谦抑性。

帮信罪的成立以行为人“明知他人利用信息网络实施犯罪”为前提，因此，对于“明知”的认定将决定行为人的罪与非罪、此罪与彼罪，是本罪的关键。笔者认为，帮信罪的明知应当包括知道和应当知道，司法机关对推定明知的认定应当持审慎的态度。



<sup>2</sup> 参见郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社

2015 年第 6 版，第 505-506 页。



## 一、帮信罪中“明知”包括知道或应当知道

我国《刑法》有不少罪名要求行为人对特定事务具有“明知”，即如果不明知，则不构成犯罪或不构成此罪，例如洗钱类犯罪、毒品类犯罪以及涉黑、涉恐犯罪等。为正确适用法律，最高司法机关往往会出台相应的司法解释予以明确，如何认定明知。在2019年最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)中，司法解释并未明确说明何谓本罪的明知。因此，有必要对本罪中“明知”的内涵做一个简要的分析。

统观刑法学界对明知的争议，大概有以下几种观点，1、确定说。认为“明知”就是行为人明白知道，在法律含义上只表现为行为人的确定性认识，不确定的认识不能视为“明知”。2、可能说。认为“明知”不要求确知，即不要求行为人确定地、确切地、确实地知道是犯罪行为，只要有这种认识的可能性就足以成立“明知”。3、知道和应当知道说。认为“明知”包含

确切知道和应当知道两种情形。4、双重理解说。认为“明知”包含两个方面，一个方面是必定知道，另一个方面是可能知道。

司法解释及司法实践一般采取第三种观点，即知道和应当知道说。例如《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》(1998年)、《关于审理破坏森林资源刑事案件具体适用法律若干问题的解释》(2000年)、《办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》(2002年)、《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体适用法律若干问题的解释》(2003年)、《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》(2003年)、《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释》(2004年)、《办理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》(2007年)等一系列的司法解释。

值得特别说明的是，2009年最高法《关于审理洗钱等刑事案件具体适用法律若干问题的解释》虽未明确“明知”作

为“应当知道”，但该解释的起草者在《〈关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用中》阐明：“起草之初曾在第1条第1款对‘明知’有个说明性的文字，即‘明知是指知道或者应当知道’。专家论证会上有意见指出，尽管过去相关司法解释文件有类似表述，但从理论上并不严谨，‘应当知道’包括确实不知道或者说过失的情形，而本解释强调的是明知可以通过客观证据来推

定，并非要将过失的情形涵括在内。考虑到国外不乏将过失洗钱规定为犯罪的立法例，为避免司法中可能出现的不必要的误解，坚持我国洗钱犯罪为故意犯罪的立法本意，故《解释》删去了该文字表述。”可见，将“明知”解释为确切知道或应当知道较为符合该司法解释的制定本意。

因此，纵观前述司法解释的惯例和司法实践的通常做法，本罪明知的内涵应当包括确切知道和应当知道。

## 二、知道和应当知道的理解

“知道”应当理解为“确切知道”，即行为人对上游的违法犯罪活动有着清晰、明确的认知，在此前提下，为其提供了《刑法》第二百八十七条之二第一款的行为。针对确切知道的认定，只要有相关证据直接指向即可，如嫌疑人本人的供述、书证等证据。一般在这种情况下，“知道”的认定相对较为简单。

“应当知道”应当理解为虽行为人进行否定或没有证据能够直接证明，但是佐以相关的材料证据能够证明行为人事实上是明知的。这其中既包含了通过间接证

据形成完整证据链、排除合理怀疑的刑事证据证明，也包含了《解释》第11条所规定的推定明知。

须注意的是，“应当知道”同样是指明确知道，这是认定主观故意的前提和基础，认为行为人可能知道也构成明知的观点，不符合明知的认定要求。换言之，如果认为行为人可能知道也构成明知，则相当于认为本罪可以构成过失犯罪，显然缺乏法律依据。“应当知道”实际上是明确知道的一种证明方式的表述，即通过间接证据或推定的方式来证明被告人明确知道，不影

响明确知道要求的把握。

还有一种情况是可能明知，可能即意味着行为人有可能知道的可能性也有不知道的可能性，如果掌握到的在案证据只能证明行为人可能明知的，不能认定为“明知”，否则不符合故意犯罪理论，程序上也不符

合存疑有利于被告人的法理。

此外，帮信罪的明知仅包含事前、事中明知，不包含事后明知。事后明知并提供帮助的，可能构成洗钱罪、掩饰隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪等妨害司法秩序类犯罪。



### 三、帮信罪与涉“两卡”犯罪的关系

如前所述，导致本罪案件数量高发的一个因素是国家开展的“断卡”行动。《关于依法严厉打击惩戒治理非法买卖电话卡银行卡违法犯罪活动的通告》对帮信罪

行为人主观上对被帮助对象利用银行卡、电话卡具体实施行为的判断，即对明知的内容和程度存在以下观点：国家对银行卡、电话卡等实行实名制管理，“卡农”“卡商”

出租、出借自己或他人名下银行卡、电话卡时应当具有违法性认识，在此基础上，不再要求行为人对被帮助对象的行为有进一步的明确认知。

笔者认为，对“卡农”“卡商”等主观“明知”的推定应有一定的限制条件，应当结合一般人的认知水平和行为人的认知能力等进行综合判断，且应当达到排除合理怀疑的程度。不能仅仅以行为人知道“两卡”不能买卖、转让还实施买卖、提供等行为，就认定行为人具有明知。从实践看，转让“两卡”并非一定会用于犯罪，

有的可能只是为了规避实名制或出于其他的考虑。是否认定明知他人利用信息网络实施犯罪，应结合交易方式、交易价格、行为人的认知能力、职业、工作经验以及具体行为等多种因素进行综合评判。例如，甲是失信被执行人，为防止被人民法院执行，便将情况告知乙，要求乙将其电话卡、银行卡提供给她使用，乙应允。该情况下，乙的行为不能评价为帮信罪，而可能构成拒不执行判决裁定罪。该例子可以说明，并不是所有涉及两卡的案件都能简单归类为本罪。



## 结语

《刑法》是社会保障的最后一道屏障，其应当保持一定的谦抑性。从帮信罪的法定刑罚来看，本罪应属轻罪，但其入罪标准不应因其处罚的轻缓而降低。对于本罪明知的认定，应当进行一定程度的限缩：第一，不得将所谓的“可能明知”纳入明知的范围；第二，推定明知一般仅限于司法解释所规定的六种情形，若适用第七项兜底条款的，则需符合刑法相当性解释原则；第三，应当允许对推定明知予以反证；第四，涉及“两卡”的案件中，仍需要综合评判案情。



吴心成 律师

上海七方律师事务所 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：19512259950



赵璐宏 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

七方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、企业法律顾问

# PRIVACY

## 《个人信息保护法》对侵犯公民个人信息罪的影响

作者：七方刑事法律服务团队

《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）于2021年8月20日颁布并于2021年11月1日正式实施。现行的《刑法》第二百五十三条之一侵犯公民个人信息罪的设立则远早于该法，成为“先刑后民”的法定犯。2017年最高法、最高检出台《关于办理侵犯公民个人信息案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《办理信息案件解释》），具体定义了公民个人信息的定义，并根据不同信息的重要程度，对公民个人信息进行了分类，明确了具体行为方式。由于《个人信息保护法》也界定了公民个人信息的范围、分类以及侵权类型，由是产生的问题是，新前置法的制定是否会对《刑法》侵犯公民个人信息罪产生影响？换言之，侵犯公民个人信息罪的罪与罚会因为《个人信息保护法》的颁布和实施发生变化吗？针对上述问题，笔者从以下三个角度进行简要分析：

## 一、侵犯公民个人信息罪的个人信息举报范围是否有变？

公民个人信息定义的规定散见于我国各种法律法规之中，在不同的法律、司法解释中的规定并不完全一致<sup>i</sup>。以《个人信息保护法》与《办理信息案件解释》为例，前者采用了纯概念的立法模式，并明确强调不包括匿名化处理。所谓匿名化是指个人信息经过处理无法识别特定自然人且不能复原的过程。而后者采用了概念加列举的模式。二者的共同点在于，均将可识别性（包含间接识别）作为个人信息的关键认定要素，为确保这一特征，《个人信息保护法》还采取了反面排除法的立法模式，规定不包括匿名化后的信息。<sup>ii</sup>区别在于后者增加了“反映特定自然人活动情况”这一特殊情形。

显然，二者之间在文字表述上存在差异，《个人信息保护法》纯概念式的立法模式将今后可能产生的新类型的个人信息都纳入其中。后者则采取了“等”的兜底性的规定，也具有一定的超前性，利于保持刑事法律的稳定性。

因此，二者的文字表述虽有区别，但

没有实质性的差异。换言之，《个人信息保护法》的实施几乎不会改变侵犯公民个人信息罪对个人信息认定的范围。

进一步说，其他民事法律对个人信息范围的规定，也不会影响到侵犯公民个人信息罪的处罚范围。例如在《民法典》和《网络安全法》中，均将“生物识别信息”规定为个人信息，<sup>iii</sup>在《办理信息案件解释》中并未规定，但不影响司法实践将其定罪处罚。<sup>iv</sup>

这种处理方式并不违反罪刑法定原则。首先，侵犯公民个人信息罪是典型的法定犯，“违反国家有关规定”是其构成要素之一，《民法典》《网络安全法》《个人信息保护法》均是其可以参照的国家有关规定。其次，司法解释采取了概念加列举的立法模式，“生物识别信息”符合刑法的同类解释原理，属于具有识别性的信息。最后，在个人信息的认定上也要防止出现另一个极端情况，即只关注个人信息是否属于前置法的规定，而不关注《刑法》的谦抑性，应当肯定，《刑法》对个人信息的保

护范围至少不应大于前置法的保护范围。 侵犯公民个人信息罪的个人信息范围并  
因此,《个人信息保护法》生效之后, 不会有明显的改变。



## 二、敏感个人信息范围是否有变?

《个人信息保护法》特别规定了敏感个人信息, 并将其设立了一套更为严格的处理标准。在《办理信息案件解释》中, 也存在对个人信息的再分类的情况, 根据信息的重要程度或者因泄漏而将对公民个人的的人身、财产产生的负面影响程度不同, 将其作出区分, 规定不同的入罪或加重处罚标准。

二者之间对敏感个人信息的规定也存在差异《个人信息保护法》对个人信息采取两分法, 将个人信息分为一般个人信息和敏感个人信息, 而《办理信息案件解

释》则采取三分法，将公民个人信息分为特别敏感信息、相对敏感信息和其他一般信息。

根据 2018 年最高人民检察院《检察机关办理侵犯公民个人信息案件指引》（以下简称《办理信息案件指引》）的规定，特别敏感信息有四类信息：行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信息有且只有四类，不允许扩大范围。相对敏感信息，在认定时应当把握其必须具有与住宿信息、通信记录等信息相当重要程度的特征。应当说，《办理信息案件指引》对实务中不同个人信息的分类上起到了一定程度的定分止争的作用，然而并未彻底解决三分法带来的问题——《办理信息案件解释》中特别敏感信息和相对敏感信息之间的界限仍易混淆。例如，甲的家庭住址。如果从静态的角度看，其显然属于相对敏感信息中的住宿信息，而从动态的角度看，其又属于特别敏感信息中的行踪轨迹信息。而二者之间的入罪门槛又有十倍之差距，如无法厘清二者之间的区别，势必影响定罪处刑的准确性和司法的公信力。

笔者认为，藉由《个人信息保护法》生效，可以参考二分法的做法，重新设定入罪和加重处罚条件，既解决了司法适用中范围混淆的问题，也能与前置法保持一致，实现法秩序的统一。而在修订之前，对于前述家庭住址等存在争议的信息的认定，笔者认为，应当采取有利于被告人的角度，在特别敏感信息与相对敏感信息混淆不清时，采取就低原则。这也是《办理信息案件指引》所传达的精神的体现。

除此之外，《个人信息保护法》还将不满 14 周岁未成年人的个人信息作为敏感个人信息加以特别保护，需要探讨的是不满 14 周岁未成年人个人信息是否属于刑法中的敏感或特别敏感信息。笔者认为，就目前的《办理信息案件解释》的立法表述来看，不宜将不满 14 周岁未成年人的个人信息作为敏感个人信息认定。原因是在司法解释中，其分类的依据并非信息的所有者，而是信息本身，因罪刑法定的限制，不满 14 周岁未成年人的个人信息无法从刑法解释上归入到敏感个人信息。这种矛盾和冲突也再次说明了《办理信息案

件解释》应当在敏感个人信息方面做出调整，以维护法秩序的统一。

再者，处理不满 14 周岁未成年人个人信息的是否需要根据《个人信息保护法》第 31 条之规定，取得未成年人的父母或者其他监护人同意。不满 14 周岁未成年人本人同意的，能否成为出罪事由。对该问题的讨论，需要回到刑法中被害人承诺的效力问题，即不满 14 周岁未成年人对其个人信息是否具有处分的意思和能力。

本罪属于侵犯公民人身、财产权利章节中的犯罪，尽管在特殊情况下，其保护的法益具有公共性质，但通常认为，本罪所保护的法益仍属于个人法益。刑法理论中，公民对个人法益可以作出一定程度的放弃，<sup>4</sup>亦即被害人承诺。

首先，被害人承诺的主体要有承诺能力。对于正常的成年人而言，应当肯定其对于自身个人信息的处理能力，而未成年人的承诺问题需要单独考虑。《刑法》中，不同犯罪的同意年龄存在不同规定，在强奸罪中，法律将性同意年龄规定为 14 周

岁，特殊情况下上升为 16 周岁；在组织出卖人体器官罪中，将对自身器官的处理能力年龄规定为 18 周岁，摘取不满 18 周岁的人的器官的，以故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。那么，《刑法》是否需要依据《个人信息保护法》将对自身个人信息的处理能力年龄限制为 14 周岁？笔者认为是可以的。除了法秩序统一的要求，所谓承诺能力是指能够明确认识到其承诺的内容、承诺行为的性质、后果、意义等。从社会常理判断，很难认为不满 14 周岁的未成年人对其个人信息有一个理性、全面的认识。此外，尽管该类信息不属于敏感信息，但加大对未成年人尤其是不满 14 周岁的未成年人的保护是我国刑事政策的要求。

因此，目前来看，由于罪刑法定的原则，敏感个人信息的范围依旧取决于《办理信息案件解释》和《办理信息案件指引》两部司法解释，但不排除未来可能出现新的司法解释，将敏感个人信息的范围作出更为科学、合理和统一的规定。



### 三、侵犯公民个人信息的行为是否有变？

根据《刑法》及《办理信息案件解释》的规定，被刑法所规制的行为有且只有以下三种情况：1、向他人出售或者提供公民个人信息；2、将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的；3、窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的。

与有限的犯罪行为不同的是，《个人信息保护法》对处理个人信息的行为制定了相当宽泛的规范要求，远超刑事法律规范。例如，《个人信息保护法》规定，不得过度收集个人信息。

如果信息处理者采取了未被刑法及其规范的行为，但却被《个人信息保护法》明令禁止的行为（例如违反了不得过度收集个人信息的条款），达到情节严重的标准，能否构成侵犯公民个人信息罪？笔者认为这种情况不应当构成侵犯公民个人信息罪。根据罪刑法定的规定，规定犯罪和刑罚的只能是《刑法》。本罪尽管以违反国家有关规定作为前置条件，但该要素并非是对客观行为的规定，而是规范性的要素。本罪的客观行为采取的是叙明罪状的立法模式，不必参考前置法。

《刑法》与民事法律保护的侧重点亦不相同,《刑法》只会选取最为严重的行为将其纳入到规制范围中,体现法律责任的阶梯性,以免架空前置法,这也是《刑法》谦抑性的体现。

出罪事由。入罪必须受到罪刑法定的限制,而出罪不必。例如行为人有《个人信息保护法》第 13 条第二项至第七项规定情形的,<sup>vi</sup>应当将其作为出罪的事由。<sup>vii</sup>

因此,《个人信息保护法》的实施并不

但《个人信息保护法》可以增加新的 会增设侵犯公民个人信息罪的犯罪行为。

<sup>i</sup> 2013 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法惩处侵害公民个人信息犯罪活动的通知》,公民个人信息,包括公民的姓名、年龄、有效证件号码、婚姻状况、工作单位、学历、履历、家庭住址、电话号码等能够识别公民个人身份或者涉及公民个人隐私的信息、数据资料。

2016 年的《网络安全法》第 76 条第 5 项规定,个人信息,是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息,包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。

2017 年的《办理信息案件解释》第 1 条规定,《刑法》第 253 条之一规定的公民个人信息,是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息,包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。

2021 年的《民法典》第 1034 条规定,个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息,包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

2021 年的《个人信息保护法》第 4 条规定,个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息,不包括匿名化处理后的信息。

<sup>ii</sup> 《办理信息案件解释》第 3 条第 2 款也有相同规定,未经被收集者同意,将合法收集的公民个人信息向他人提供的,属于刑法第二百五十三条之一规定的“提供公民个人信息”,但是经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外。

<sup>iii</sup> 根据《个人信息保护法》第 4 条之规定,生物识别信息属于个人信息。

<sup>iv</sup> 上海检察发布的文章:利用“颜值检测”软件窃取公民个人信息,判了!

<sup>v</sup> 通说认为,对个人法益的放弃存在限制,例如故意伤害罪中,被害人承诺仅限于轻伤,而至于重伤和死亡的,被害人承诺不能阻却行为人构成故意伤害罪。

<sup>vi</sup> (二)为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需,或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需;

(三)为履行法定职责或者法定义务所必需;

(四)为应对突发公共卫生事件,或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需;

(五)为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为,在合理的范围内处理个人信息;

(六)依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息的;

(七)法律、行政法规规定的其他情形。

<sup>vii</sup> 当然,这其中也包含了例如紧急避险、法令行为等法定、超法规的出罪事由。



## 通过股权转让逃避出资不可行

作者：周松涛

今年1月份，“中国上海司法智库”公众号上发布了一篇名为《未届出资期限的认缴股东转让股权后仍负有出资义务》的文章，点评了一则股权转让后仍应承担出资义务的案例，笔者认为这则案例非常具有典型性和指导意义，特此撰文再作评析。

### 一、基本案情

亚泽公司于2015年8月成立，注册资本为500万元，由微网公司以现金方式认缴，出资时间为2045年8月。微网公司于2017年7月实缴出资60万元。





2018年11月，微网公司与泽安公司、苏工公司分别签订《股权转让协议》，将99%的股权转让给泽安公司，将1%的股权转让给苏工公司；并披露亚泽公司注册资本实行认缴制，微网公司已实缴60万元，尚有440万元未至出资期限。同时，其所签的《情况说明》载明亚泽公司合计资产960余万元，合计负债980余万元，公司实收资本60万元，经营亏损85万余元，所有者权益-25万余元。泽安公司和

苏工公司共同愿意以1元作为股权转让价格购买股权。

另查明，此前多地多家法院作出判决，亚泽公司须向多家单位支付货款。其中，湖北一家法院判决后在执行中发现亚泽公司无财产可供执行，于是作出裁定终结该次执行程序。此后，债权人以亚泽公司不能清偿到期债务且明显缺乏清偿能力为由向上海三中院申请破产清，上海三中院受理后于2019年12月作出民事裁定书，确认多家单位的债权。

### 裁判结果

上海三中院于2020年10月作出判决：微网公司补缴出资440万元及利息；泽安公司、苏工公司按各自认缴部分承担连带责任。微网公司不服一审判决，提起上诉，上海高院最终维持原判。

## 二、裁判理由

法院生效裁判认为，本案争议焦点为微网公司在转让亚泽公司股权后是否仍应当承担出资责任。

### 一、股权转让前亚泽公司已具备破产原因

微网公司在转让案涉股权前，



亚泽公司作为被执行人的案件，经法院穷尽执行措施仍无财产可供执行而告终结该次执行程序。根据微网公司转让股权时向受让方披露的资产负债表显示，亚泽公司账面上已资不抵债，足以认定亚泽公司在转让股权之前就已具备破产原因。

### 二、微网公司的出资在股权转让前即应认定加速到期

亚泽公司在具备破产原因的情况下，作为当时其唯一股东的微网公司未积极推动亚泽公司申请破产清算，也未缴纳出资补充公司资本。此种情形下，应比照《企业破产法》第 35 条之规定，认定股东未届出资期限的出资因公司具备破产原因而加速到期，即认定微

网公司在转让股权之前出资义务应加速到期。

### 三、微网公司的出资因加速到期而应被认定为瑕疵出资并承担瑕疵出资责任

微网公司就出资义务应加速到期的股权对外转让，属于瑕疵出资股权转让，其出资义务不得因股权转让而解除，亚泽公司仍有权要求其履行出资义务。依照《公司法司法解释三》第 18 条之规定，微网公司仍应对亚泽公司 440 万元的出资部分履行出资义务。泽安公司、苏工公司在明知亚泽公司具备破产原因且受让股权出资未实缴的情况下仍受让股权，应就各自受让股权所对应的微网公司未实缴出资部分承担连带责任。

## 三、律师解析

对于这个案件，法院没有单从形式上作简单处理，而是从维护实质公平的角度，根据案件事实及最终责任导向，正确适用了现行法律和司法解释，判决结果公平公正，理据明确充分。

《公司法司法解释三》第 13 条、第 18 条中所规定的“未履行或未全面履行出资义务”的行为指的是已未届出资期限的出资义务，并不包含未届出资期限的出资



义务。本案中微网公司的出资期限远未到，按理说不能适用这两条规定。而对于未届出资期限的股权对外转让情形下原股东是否需要承担出资义务的连带责任问题，现行法律及司法解释并未规定。在此情况下，如果简单地认为只有作为受让方的两家公司需要承担出资义务，原股东微网公司无需承担责任的话，就意味着在债台高筑之下微网公司可以通过股权转让，将出资责任转嫁给两个无偿债能力的主体，“巧妙”地实现“金蝉脱壳”。如此，则债权人将遭受损失。

为免出现上述不公，法院结合案件实际深入审查，发现标的公司在股权转让之前就已经出现了资不抵债的情形，并且已经一家法院执行后出现无财产可供执行的情况。法院据此比照《企业破产法》第35条之规定，认定微网公司的出资义务加速到期。

实际上按照《全国法院民商事审判工作会议纪要》第6条的规定，当出现“公司作为被执行人的案

件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产”的情形时，法院即可认定股东出资加速到期。本案实际情况完全符合这一情形，法院认定加速到期的依据不乏此规定。所以，法院作出上述判决有理有据，而且明确充分。



笔者对此问题再作一下延伸探讨。这个案例有其特殊性，即股权在转让之前标的公司即已出现了“公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产”的情形，所以依据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第6条的规定或者比照适用《企业破产法》第35条的规定都没有问题。



但是如果这个原股东微网公司狡猾一点，在标的公司被法院执行之前甚至在被债权人起诉之前就提前布局，将股权对外转让给无偿付能力的“马甲”公司，此时还能适用上述规定吗？恐怕适用起来有很大的难度，或者说就会显得十分勉强。要解决这一问题，有赖于法律、司法解释作出进一步明确的规定。

去年年底公布的《公司法（修订草案）》新增第八十九条第一款：“股东转让已认缴出资但未届缴资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务。”按此规定，受让人应当承担缴资义务无疑，转让人似乎免责了。这一问题引起了笔者的关注，在修订草案征求意见阶段所写多篇文章中的第一篇就是关于这一条的（请详见《〈公司法（修订草案）〉中股权转让方未届缴资期限责任问题的修改建议》）。笔者认为，这条规定仅明确了受让人承担缴资义务，言下之意即转让股东就无需承担缴资责任或连带

责任。如此一来，恶意转让股权逃废债务的空间似乎更大了，法院自由裁量以维持公平的空间反而更小了。因此，笔者建议该条内容需作修改完善。

笔者认为，如果简单地增加转让股东须承担连带责任也并不妥当。在公司并无高额负债、资不抵债等情况下，转让方没有逃废债务的动机和效果，此时要转让方承担连带责任也确实不公平，有违权利义务对等原则。转让方在退出股权后无法控制和预见公司负债的风险，被动承担连带责任，这将造成转让方的恐慌，破坏交易的安全性与稳定性。因此，无条件地规定转让方需承担连带责任也不妥当。

为避免两种方案的弊端，笔者认为需作出折中规定，即有条件地规定转让方的连带责任。当债务形成于股权转让之前，转让方须承担连带责任，因为债务是在转让方作为股东时产生的，转让方对此应当有担责的预期及潜在的责任，其因为该负债也享有间接利益，同时为避免转让方恶意转嫁责任，此时要



求其承担连带责任公平合理。当债务形成于股权转让之后，转让方不承担连带责任，因为债务在受让方作为股东时产生，由受让方承担理所应当。用债务形成时间作为责任的分界不失为解决这一问题的可取方案。而且这种方案也常见于公司收购的合同约定中，是经过实践证明行之有效的实用方案。

从外部债权人角度而言，如果债权人因基于公示信息兼顾信赖

原股东（对于很多初创公司，债权人往往更多基于对股东的信赖）而与公司发生交易，则在股权转让后仍能追索原股东连带责任，符合商事外观主义下债权人的预期；如果债权人因基于公示信息信赖新股东而与公司发生交易，则在股权转让后仅能追索新股东连带责任，同样符合债权人的预期。所以，这一方案也与债权人的预期相符。





## 疫情期间召开线上股东大会的正确做法

作者：周松涛



疫情形势依然严峻，居家办公成了主流。公司此时如果需要召开股东会、董事会，能否通过网络在线方式召开？具体注意事项有哪些？今天来聊聊这个话题。为叙述方便，仅以有限责任公司股东会为例。

有人可能会说，这还是个问题吗？大家用微信群、腾讯会议 APP 等方式直接上线开就得了，而且有些公司实际就是这么做的，有啥问题呢？没错，如果公司股东和谐，都同意线上召开，对会议形式和决议都没有异议，当然就没问题。尤其当所有股东都一致同意的情况下，根据《公司法》的规定即便不开会，由全体股东在决议上签字盖章都是可以的。

我这里要谈论的是股东之间存在隔阂、不信任状态甚至发生了矛盾的情况下，是否可以线上开会？如何操作才能确保会议有效、决议有效？

## 一、线上开会是否符合法律规定？

有人提出召开临时股东会，但由于疫情原因不能安排现场会议，于是提出线上开会形式。此时如果有股东对会议形式提出异议，认为线上开会不符合法律规定的形式，如何应对？的确，《公司法》上没有规定线上会议形式，但也没有规定不能采用线上会议形式，也没有规定必须用现场对话的形式不能用例如微信文字沟通的形式。根据“法无禁止即可为”的原则，这些形式都可以使用。所以当有人提出异议时，可以反问对方，法律有禁止采用线上开会的形式吗？既然没有禁止，那就可以。

去年底公布的《公司法（修订草案）》征求意见稿增加了第七十

六条：“股东会、董事会召开会议和表决，可以按照公司章程的规定采用电子通讯方式”，公司法即将明确规定并引导规范使用此类方式，说明这种方式已经得到立法机关的认可。修订内容正式颁布后，采用此类方式开会当然没问题。但注意，反过来在修订内容正式颁布之前，是否能得出此类方式为无效的结论呢？不是的，这两者不是正反推定的关系，法律明文规定只是起到引导、规范和明确的作用，避免实务界对此有争议。眼下公司法没有规定的情况下，此类方式仍应根据“法无禁止即可为”的原则认定为有效。

## 二、如何开会才能确保会议有效、决议有效？

为确保会议和决议有效，线下会议需要注意的事项，线上会议同样需要注意。比如提议召开会议的主体、提前通知的时间、参会股东的人数等等都要符合《公司法》和公司章程的规定。除此之外还需要注意线上开会的一些特殊点。





1. 如果通知也是通过微信、电子邮件等线上方式发送给股东的，要确保股东都收到。比如微信中可以要求对方回复是否收到知悉；电子邮件可以设置已读回执并尽量要求对方给与明确回复；如遇没有回复或回复不明确的，可以通过其他方式再次询问或者直接电话联系并保留相应的沟通记录。

2. 会前确保股东都已安装、调试好相应的会议软件，并在软件中做好设置，确保股东都能加入。避免出现因为技术原因或人为原因，导致部分股东愿意参会却无法加入。曾经上海有过案例，大股东线上开会，故意阻止两名股东加入会议微信群，此后该两名股东起诉撤销决议，理由是会议召集程序不合法，最后得到了法院的支持。技术障碍和人为障碍都可能会成为决议不成立或被撤销的因素，所以要予以排除。

3. 为免有股东提出线上开会形式是否符合公司章程的质疑，可以在讨论其他议题之前先讨论在

章程中加入线上会议方式的修改，以使线上会议方式符合章程规定，确保其有效性。

4. 如果是线上视频会议，可以全程录屏保留记录。对于决议需要表决时，应当询问每位股东并要求其单独口头发表明确意见。在意见固定后，为了形成并保存纸质书面决议或会议记录，可以在疫情缓解过后让股东补签，或者在紧急需要的情况下，可以采用电子签名的方式，或者股东分别在纸质决议或会议记录上签名后扫描汇总，并保存签字股东上传的记录。

5. 如遇股东对线上会议形式提出反对，可以要求其说明原因。如该股东所述理由成立，比如该股东会议期间将会处于无网络信号的地区，则可以考虑会议时间和形式是否作出调整。如该股东拒绝说明理由或所述理由明显不成立的，则可以告知其线上会议形式没有法律障碍，如其不参会将视为自行放弃相应权利，并将沟通过程保留好记录。至于最后是否仍如期线上

开会，则需要根据该股东持股比例 议通过的效力等因素综合考虑决  
是否会影响会议召开的效力和决 定。

把握好以上几点，相信对于开好一次线上股东会就有谱了。疫  
情期间，股东们还是要相互理解、相互配合，以维护股东的参  
与决策权、维护公司的治理机制为前提，选择运用合理、高效  
的会议形式，把会开好，把公司管理好，为抗击疫情作出贡  
献。





## 减资程序违法的法律后果

作者：王年俊

近几年，受疫情和经济下行的大环境影响，许多企业为缩小经营规模或弥补公司亏损而进行减资，也有股东通过减资来规避债务，由此引发的纠纷不在少数。

公司在减资程序中存在违法情形或称之为瑕疵减资，通说认为违法减资在本质上与股东抽逃出资无异，损害了债权人的利益，减资股东应在减资范围内对公司债务承担补充赔偿责任。然而减资的形式多样，既包括股东收回出资的实质减资，也包括仅变更对外公示的注册资本而不减少公司财产的形式减资。而形式上的减资，是指只减少公司注册资本，但并不减少公司净资产，对于此种情形下的违法减资是否构成抽逃出资？股东是否应承担抽逃出资的责任？是本文所探讨的重点，司法实践中也存在不同的观点。



## 观点一：违法减资与抽逃出资的本质相同，减资股东应当在减资范围内对公司的债务承担补充赔偿责任

### 【案情简述】(2018)粤 20 民终 6270 号

天固公司于 2013 年 1 月 21 日登记成立，股东为朱某和詹某，注册资本为 1000000 元。其中朱某认缴出资 980000 元，詹某认缴出资 20000 元。

2016 年 12 月 19 日，朱某、詹某作出天固公司股东会决议，决定将天固公司注册资本由 1000000 元减至 100000 元。并于当日出具了债务清偿报告，载明“公司已编制了资产负债表和财产清单。”

2016 年 12 月 26 日，天固公司经中山市工商行政管理局核准变更登记注册资本为 100000 元。其中，朱某减少出资 882000 元。詹某减少出资 18000 元。

2017 年 1 月 4 日，天固公司经中山市工商行政管理局核准变更登记股东为朱某及案外人詹某 2。

另查明，天固公司尚欠债权人鸿盛公司 2014 年 4 月至同年 12 月贷款合计 288377.25 元，因天固公司无可供财产之行，鸿盛公司起诉要求朱某、詹某在减资范围内承担连带补充赔偿责任。

被告朱某答辩认为，其减资行为系形式上的减资，并未导致公司资产总量的减少，本案完全不符合抽逃出资的构成要件，被告詹某未作答辩。



### 争议焦点

朱某、詹某是否应当在减资范围内承担连带补充赔偿责任？

### 法院观点

一审法院认为，朱某、詹某在减资中，未编制资产负债表及财产清单，未通知作为债权人的鸿盛公司，违反法律规定。在此情况下减少出资的行为属于《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）》第十二条第四项规定的“其他未经法定程序将出资抽回的行为”，依法应在各自减资范围内承担补充赔偿责任。故对鸿盛公司相应的诉求，予以支持。对此，二审法院予以维持。

可见该一审、二审法院将减资过程中的程序违法以抽逃出资论处。笔者在检索二十几篇司法裁判文书发现，大部分法院支持上述裁判观点，其说理部分不外乎以下两点：

首先，公司的注册资本是判断公司责任能力的重要依据，债权人对公司的注册资本具有信赖利益，且公司法也并没有区分实质减资和形式减资，违法减资会导致公司注册资本减少，意味着公司责任财

产减少，偿还债务的能力降低，客观上使减资股东受益，损害债权人利益，如不以抽逃出资规定追究减资股东民事责任，则违背公司法第177条设定的债权人权益保护的目

的。其次，公司法规定，股东不仅要按照公司章程履行全面出资的义务，同时也有维持公司注册资本充盈的责任。尽管公司法规定公司减资时的通知义务人是公司，但公司是否减资系股东会决议的结果，



是否减资以及如何进行减资完全取决于股东的意志，股东对公司减资的法定程序及后果亦属明知，同时，公司办理减资手续需股东配合，对于公司通知义务的履行，股东亦应当尽到合理注意义务。故公司未编制资产负债表、财产清单或者未对已知债权人进行减资通知时，该情形与股东违法抽逃出资的实质以及对债权人利益受损的影

响，在本质上并无不同。因此，尽管我国法律未具体规定公司不履行减资法定程序导致债权人利益受损时股东的责任，但可比照公司法相关原则和规定来加以认定。

然而司法实践中，仍然存在不同的声音，认为形式上的减资只是减少了公司对外公示的注册资金，股东并未从公司抽回实际财产，不应当承担民事责任。

**观点二：形式上的减资仅是对公司资本“纸面上的调整”，虽存在程序违法，但未导致公司净资产变动，不存在减资股东承担补充赔偿的责任**

### 【案情简述】(2021)浙 02 民终 3001 号

洁达公司于 2016 年 1 月 3 日作出《股东会决议》，载明公司的注册资本由原 28800000 元减至 500000 元，共减少注册资本 28300000 元，其中，马某减少出资 24904000 元，陆某减少出资 3396000 元。

2016 年 2 月 22 日，洁达公司向工商登记机关作出《减资债务担保说明》，载明：“根据《公司法》有关规定，本公司于 2016 年 1 月 3 日经股东会决议，将公司注册资本从 28800000 元减至 500000 元。公司已于减资决议作出之日起 10 日内通知了全体债权人，并于 2016 年 1 月 5 日在《市场导报》上发布了减资公告。



至 2016 年 2 月 22 日，公司已对债务提供了相应的担保。各减资股东承诺对公司减资前的所有的债务及隐性债务以减资前认缴注册资本额为限承担连带责任。公司以减资前的全部资产对减资前的全部债务及隐性债务承担责任”。同日，马某、陆某在洁达公司《关于确认减资债务担保说明的股东会决议》中签字确认。

2016 年 2 月 24 日，洁达公司进行了工商变更登记，注册资本由 28800000 元变更为 500000 元。

另查明，2013 年 11 月，中国建设银行股份有限公司宁波市分行将其对洁达公司享有的债权 9100000 元转让给浙商资产公司。浙商资产公司以洁达公司减资时未通知浙商资产公司，也未编制资产负债表及财产清单，系违法减资为由起诉要求马某、陆某在减资范围内承担补充赔偿责任。

马某、陆某辩称减资行为符合相关规定，是形式上的减资，减资行为没有造成公司偿债能力的下降，请求驳回起诉。

浙商资产公司认为，马某、陆某以本案是形式意义上的减资，未接收洁达公司财产为由，主张免除其在公司违法减资时应承担的补充赔偿责任，无法律依据和事实依据。只要马某、陆某在减少洁达公司注册资本时未编制资产负债表及财产清单，且马某、陆某和洁达公司在减少公司注册资本时未通知浙商资产公司，使浙商资产公司失去了要求洁达公司清偿债务或提供相应担保的机会。该减资程序违反了公司法第一百七十七条规定强制性规定，法院就应当参照适用最高人民法院关于适用公司法若干问题的规定（三）第十三条第二款、第十四条第二款之规定，判令马某、陆某在减少的洁达公司注册资本范围内对该公司的债务承担补充赔偿责任。



## 争议焦点

争议焦点为马某、陆某是否应在减资范围内对洁达公司的债务承担补充赔偿责任。

## 法院观点

法院认为，首先，公司对外承担责任的基础是公司的责任财产，公司注册资本减少并不必然导致公司清偿债务能力的下降。公司减资形式多样，既包括股东收回出资的实质减资，也包括仅变更对外公示的注册资本而不减少公司财产的形式减资。形式减资仅变更对外公示的注册资本，不导致公司财产减少，亦未导致偿债能力因此而降低，与债权人不能获得债权的后果之间没有因果关系，对该减资股东不应承担侵权赔偿责任。

其次，公司违反规定进行减资，公司股东是否对公司债务承担责任，公司法第一百七十七条未作规定，故应当按照公司法第二十条第三款等规定，根据是否存在公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，损害公司债权人利益的事实作出判断。也就是说股东承担责任的范围应以实际收取的减资额为限，而不是工商登记的减资金额作为确定股东承担赔偿责任的范围，现浙商资产公司未举证证明马某、陆某因洁达公司减资获得了利益，取得了洁达公司的责任资产，造成洁达公司的资产减少，偿债能力降低。同时，验资报告也载明洁达公司已足额缴纳了注册资本金。



最后，股东承担责任的范围应以实际收取的减资额为限，本案马某、陆某签字确认的《关于确认减资债务担保说明的股东会决议》系为办理工商变更需要，本意应为在实际减资范围内对洁达公司减资前的债务承担责任。在公司股东承担有限责任，且洁达公司已出现经营不善，对外负有高额债务的情况下，股东如再为未实际减资的公司债务提供担保，不符常理。

综上，浙商资产公司在不能举证证明两被告滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，损害洁达公司债权人利益的情况下，对浙商资产公司要求马某、陆某因违反公司法的减资程序规定对洁达公司的债务承担补充赔偿责任的诉请，该院难以支持。最终二审法院予以维持。

### 作者观点

笔者支持观点二，认为形式上减资，在程序违法情形下，股东不应当承担抽逃出资规定的民事责任。

首先，从概念上辨析，减资和抽逃出资在本质上就是不同的。减资并不意味着非法，《公司法》第177条规定：“公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十

日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。”这是减资的程序性规定，明确了减资的主体是公司，必须遵循编制资产负债表和财产清单、以及通知公告和提供债务担保的义务，违反上述规定才属于违法减资。而抽逃出资本质上是违法行为，其主体是股东，《公司法解释三》第十二条以不完全列举的方式列举了几种抽逃出资的方式：（一）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（二）



通过虚构债权债务关系将其出资转出；（三）利用关联交易将出资转出；（四）其他未经法定程序将出资抽回的行为”。抽逃出资的股东不仅要承担民事责任、行政责任，严重的可能构成抽逃出资罪。可见，减资和抽逃出资无论在行为主体、构成要件、法定程序、法律后果均不相同。在形式上减资情形下不能简单将公司违法减资与股东抽逃出资划等号。

其次，大多数法院的判决是认为违法减资构成抽逃出资规定的兜底性条款，即“其他未经法定程序将出资抽回的情形”。抽逃出资的本质是抽回出资，侵犯公司的财产权。故判断行为是否符合抽逃出资重点在于判断是否有“股东抽回出资”的行为。虽然公司法未规定减资的分类，但从司法实践及学理上通常认为，公司资产是否因为减资发生实质的变动分为实质的减资和形式的减资，二者行为性质和产生的法律后果上存在不同。实质的减资是在减资的同时将公司一

定的资本返还给股东，此种情形股东实际抽回了出资，真正减少了公司的净资产，降低了偿还能力，直接影响了公司的债权人利益，其行为性质与股东抽逃出资无异，属于“名为减资，实为抽逃出资”的一种，可以比照抽逃出资的法律规定追究相应民事责任。但形式上的违法减资，公司只是减少注册资本额，股东并未从公司抽回资本，并不导致公司的净资产减少，因此并没有导致公司的责任财产降低。故形式上的减资股东未实际从公司抽回出资，不应以抽逃出资论处。

另外，应从实质结果层面分析形式上的违法减资与债权人权益损害之间的因果关系，即债权人对公司的债权不能完全实现是否是由于违法减资所造成的？在实质减资情形下，应当肯定这种因果关系。而形式的减资，公司纯粹的减少纸面上的注册资金，并不必然导致公司偿还能力降低，与债权人不能获得债权的后果之间没有因果关系。再者，减资的主体是公司，



虽然是通过股东会决议的形式作出减资行为，但也存在股东不知情被减资的瑕疵情形，此时若该股东未从公司抽回实际资本，再被起诉承担补充赔偿责任，未免不太合理。

最后，违法减资可通过公司法第 20 条第 3 款等规定予以解决，公司违反规定进行减资，公司股东是否对公司债务承担责任，公司法

第 177 条未作规定，故应当按照公司法第 20 条第 3 款等规定，根据是否存在公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，损害公司债权人利益的事实作出判断。也就是说股东承担责任的范围应以实际收取的减资额为限，而不是工商登记的减资金额作为确定股东承担赔偿责任的范围。

公司对外承担责任的基础是公司的责任财产，公司注册资本减少并不必然导致公司清偿债务能力的下降。形式减资仅变更对外公示的注册资本，不导致公司财产减少，亦未导致偿债能力因此而降低，对该瑕疵减资股东不应承担侵权赔偿责任。值得一提的是在(2019)最高法民再 144 号案例中，最高法也采取的该观点，认为形式减资的情形下，虽然公司减资存在违法行为，应由相关管理机关对其实施一定的处罚，但股东并未利用公司减资程序实际抽回出资、侵犯公司财产权，亦未损害债权人的利益，不构成抽逃出资。

最后建议公司在减资时，无论是实质减资还是形式减资，都要按照法定程序编制资产负债表及财产清单，履行通知、公告债权人的程序，防止减资程序不合法带来的法律风险，股东也应做好风险分析，防止因违法减资而被认定为抽逃出资，从而承担补充赔偿或者连带赔偿责任甚至是刑事责任。



王年俊 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

七方公司与投融资法律服务部

实习律师

业务方向：公司商事 诉讼与争

端解决

联系方式：198 2180 2660



## 上市公司回购股票用于股权激励的注意事项

作者：陈江松

近年来，实行员工持股计划的上市公司不在少数。其中部分上市公司高管利用监管漏洞，借所谓员工持股计划谋取私利，损害上市公司及中小股东利益，已经到了明目张胆的程度。可以说，在A股市场，员工持股计划在某种程度已严重异化成高管谋取私利的工具。申通快递（SZ:002468）近期推出的一份员工持股计划，极为典型。

### 一、申通快递员工持股计划引争议

2月14日晚间，申通快递发布公告，公开了这一计划。根据公布的草案，此次员工持股计划的股票来源于申通快递此前耗资23603.9万元回购的1955.99万股。据测算，回购均价为12.07元/股。而此次员工持股计划中，员工认购价格为1元/股。也就是说，若此计划得以

执行，上市公司将损失现金 2 亿余元。

据公开资料，申通快递股份有限公司员工数为 9725 人，但参加本次员工持股计划的员工总人数不超过 124 人。其中，申通快递总经理王文彬或成最大赢家，拟认购股数上限为 298.12 万股，占比达 15.24%。另外，韩永彦等 7 名高管也参与了此计划。该 8 名高管合计认购 546.67 万份，占比 27.95%。若此次计划得以执行，8 名高管将获利 6000 余万元，其中王文彬一人就将获利 3300 余万元。

消息一出，舆论哗然。部分中小投资者认为，此项员工持股计划损害了公司及中小股东的利益。

持有人	职务	拟认购份额 (万份)	拟认购份额占本员工持股 计划总份额的比例
王文彬	董事、总经理	298.12	15.24%
韩永彦	董事、副总经理	122.97	6.29%
梁波	副总经理、财务负责人	74.53	3.81%
唐锦	副总经理	24.22	1.24%
郭林	董事会秘书	7.45	0.38%

10

顾利娟	监事会主席	5.59	0.29%
王超群	监事	9.32	0.48%
金建云	监事	4.47	0.23%
合计		546.67	27.95%
核心管理人员、核心骨干人员 (不超过 116 人)		888.97	45.45%
预留		520.35	26.60%
合计		1,955.99	100.00%

## 二、该计划实为股权激励

笔者认为，申通快递此次推出的所谓员工持股计划实为股权激励计划。

首先，该计划的实施目的为激励。该“员工持股计划”的股票购买价格为 1 元，远低于申通快递回购股份的均价 12.07 元，也远低于市价。申通快递在解释 1 元价格的合理性时说，“本次通过员工持股计划折价授予的方式进行激励，意

在更进一步完善公司的中长期激励机制、夯实人力资源制度基础，重点员工、重点激励以保留和激励该部分核心人才，避免同行竞争对手进行人才抢夺”。另外，草案明确指出实行本次员工持股计划的目的之一是“进一步完善薪酬激励体系，实现激励约束并重”。由此可见，该“员工持股计划”的目的为“激励”。根据中国证监会

《关于上市公司实施员工持股计划试点的指导意见》，员工持股计划的目的是并不是“激励”，而是“形成资本所有者和劳动者利益共同体”，“建立和完善劳动者与所有者的利益共享机制，改善公司治理水平，提高职工的凝聚力和公司竞争力，使社会资金通过资本市场实现优化配置”。

其次，该计划不具有普惠性。《关于上市公司实施员工持股计划试点的指导意见》第四条：“员工持股计划是指上市公司根据员工意愿，通过合法方式使员工获得本公司股票并长期持有，股份权益按约定分配给员工的制度安排。员工持股计划的参加对象为公司员工，包括管理层人员。”根据上述规定，员工持股计划具有普惠性，

其对象为公司全体员工。申通快递股份有限公司员工数为9725人，而所谓“员工持股计划”参加人员“不超过124人”。持有人由公司董事会决定，包括董监高、核心管理人员及核心骨干员工。可见，该“员工持股计划”显然不具有普惠性。

再次，该计划的入股价格过低。在入股价格上，上市公司员工持股计划原则上并无优惠，按照股票价格金额购买，而股权激励的入股价格往往大幅低于股票现价。

综上，从实施目的、持有人员构成和入股价格来看，申通快递的此次“员工持股计划”实际上并非员工持股计划，而是股权激励计划。

### 三、该计划涉嫌多项违规

如前所述，该员工持股计划实为股权激励计划。从股权激励计划的相关法律、法规、规章、规范性文件来看，该计划涉嫌多项违规。

首先，该公司董事会将股权激励计划包装成员工持股计划进行表决并予公告，涉嫌逃避监管、误导投资者。

其次，监事不应参与而参与。中国证监会《上市公司股权激励管理办法》第八条明确规定，监事不应当成为激励对象，而申通快递监事会主席顾利娟、监事王超群、监事金建云均参与了此次股权激励。

再次，损害了上市公司利益。中国证监会《上市公司股权激

励管理办法》第三条：“上市公司实行股权激励，应当符合法律、行政法规、本办法和公司章程的规定，有利于上市公司的持续发展，不得损害上市公司利益。”申通快递此次股权激励将回购的股份以极低的价格售予高管及核心骨干，造成上市公司损失现金2亿余元。

#### 四、相关决议因违法无效

笔者认为，申通快递董事会通过此次员工持股计划的决议因违反法律的强制性规定而无效。

1.《公司法》第五条规定：“公司从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任。”申通快递董事会逃避监管，蓄意将该公司股权激励计划包装为“员工持股计划”的决议，显然未履行“诚实守信”义务，违反了上述规定。

2.《公司法》第一百四十七条规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司

章程，对公司负有忠实和勤勉义务。

董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。”

《公司法》第一百四十八条第一款第八项规定：“董事、高级管理人员不得有下列行为：（八）违反对公司忠实义务的其他行为。”

申通快递董事会将股权激励包装成员工持股计划，通过操控董事会、股东大会，为公司八名董事、监事、高管谋取不当利益六千余万元，造成了上市公司的巨额损失，显然违反了《公司法》第一百四十七条、第一百四十八条的规定。



3. 公司法第二十一条第一款规定：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联交易损害公司利益。”申通快递八名董事、监事、高级管理人员从上市公司低价受让股份，构成关联交易，且损害了公司利益。

依据《公司法》第二十二条的规定，公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。据此，申通快递的董事会决议因违反《公司法》第五条、

第二十条、第二十一条、第一百四十七条、第一百四十八条的规定而无效，申通快递的中小股东可向人民法院提起请求确认该董事会决议无效的诉讼。



### 五、应完善制度加强监管

近年来，上市公司以员工持股之名行股权激励之实从而为董监高输送利益的事件时有发生。除了申通快递之外，较为著名的还有格力电器、洛阳钼业、大众交通等等。其中，大众交通将3元多回购的股票以1.5元的价格卖给员工持股计划；格力电器、洛阳钼业将回购的股票低价卖给员工持股计划。无一例外的是，这些上市公司的员工持股计划中，高管都获利丰厚。比如，

洛阳钼业的员工持股计划参加人仅5名，全部为高管或核心管理人员；格力电器的持股计划中，董明珠一人就计划出资8.3亿元认购3000万股……

上市公司为什么热衷于将股权激励包装成员工持股呢？笔者认为，这主要是为了逃避监管。目前，员工持股计划的监管主要适用证监会《关于上市公司实施员工持股计划试点的指导意见》；而股权



激励计划的监管主要适用《上市公司股权激励管理办法》。《关于上市公司实施员工持股计划试点的指导意见》线条较粗，基本上没有明确具体的要求，而《上市公司股权激励管理办法》则相对较为明确具体。

笔者认为，这种为高管输送利益的员工持股计划严重侵害了上市公司和广大中小股东的利益，应加快填补制度漏洞、加强监管。首

先，应尽快出台《上市公司员工持股计划管理办法》，明确员工持股计划的参与者、持股期限、资金来源、入股价格等问题。其次，在出台上述管理办法之前，对上市公司员工持股计划可进行实质审查，符合股权激励特征的可适用《上市公司股权激励管理办法》进行监管；对董监高利用员工持股计划谋取私利、侵害公司利益的行为，可从关联交易角度进行监管并处罚。

\*本文为作者个人观点，不代表七方所立场。



### 陈江松 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师  
七方家事法律服务中心 实习律师  
七方民商事和金融法律服务部  
实习律师

业务方向：家族律师、金融证券、  
合同纠纷

联系方式：13045642139



## 保险人对网售电子保单的提示与说明义务

作者：管杰



随着电子信息化的发展，以电子形式作为载体的民事合同正在逐渐普及，保险合同通过网络购买，签订电子保单也早已不是新鲜事了。网络购买的电子保单相比纸质保单，有签约方便高效的特点，支付理赔方面也都可以通过线上操作，保险产品也可以绑定或者作为其他使用率高的平台、应用端的广告，来宣传自己并吸引更多客户，优点显而易见。但从另一方面，在保险人引用卖保险合同中的免责条款拒绝承担理赔责任时，就必须根据保险法中规定的保险人应承担的对免责条款的提示与说明义务，否则免责条款不发生效力。那保险人网售电子保单的提示与说明义务在与传统的纸质合同要求是否统一？如何操作？本文通过两则实际案例对以上问题作简明扼要的剖析和归纳。

### 案情一

曲某于 2017 年 9 月 1 日为其所有的机动车向保险公司投保了机动车交通事故责任强制保险及机动车综合商业保险，保险期间为 2017 年 9 月 30 日至 2018 年 9 月 20 日，保险金额为 433100 元，不计免赔。

2018 年 7 月 4 日，曲某驾驶的被保险机动车在大暴雨天气驶入积水路段发生熄火。曲某随即报案并等待救援，支付施救费 5000 元。后车辆定损金额为 343132.06 元。

2018 年 9 月 20 日，保险公司对曲某出具《机动车保险拒赔通知书》，告知曲某根据《中国保险行业协会机动车综合商业保险示范条款》机动车损失保险责任免除第十条第八款“发动机进水后导致的发动机损坏”，属于机动车综合商业保险的免责情形，保险公司不承担保险责任。曲某不服向法院提起诉讼。

庭审过程中，保险公司主张已对电子保单中对于免责条款进行了加粗、加黑的说明。因此，保险公司已经尽到了对免责条款的提示与说明义务。而曲某的证人作证，在购买保险时，保险公司人员并未向曲某当面交付免责条款在

内的相关保险条款，也没有当面作出明确的说明。



### 判决结果

一审法院判决被告保险公司于判决生效之日起七日内赔偿曲某施救费5000元、车辆维修费用317948.83元。二审法院驳回保险公司上诉请求，维持原判。

### 律师解析

保险法第十七条第二款规定，“对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。”可见，保险人仅作出足以引起投保人注意的提示并非足够，除提示之外，以书面或者口头的形式向投保人作出明确说明也同样是保险公司履行提

示说明义务的必要程序。只有同时满足两者，才能真正达到明确告知投保人免责条款内容的目的，使得投保人能够掌握履行合同的关键信息，也维护了其作为投保人和消费者应当享有的知情权。本案中，保险公司因为其未进行当面明确





说明免责条款的过失，致使免责条款不生效，拒赔理由不成立。

那电子保单是否都必须得跟纸质保单一样，由保险业务员当面交付并明确说明免责条款的呢？

## 案情二

2019年4月5日，张某向保险公司购买了一份意外伤害保险，投保人和被保险人为张某，保险期间自2019年4月5日起至2020年4月4日。保险责任：意外伤害保险金额20万元，意外医疗保险金额2万元，意外伤害住院日定额给付金额80元/日14400元。2019年10月13日06时00分许，张某发生交通事故抢救后死亡，根据交通警察大队道路交通事故认定书记载张某未取得机动车驾驶证。后张某家属向保险公司申请理赔，保险合同中有“被保险人酒后驾驶、无合法有效驾驶证驾驶或驾驶无有效行驶证的机动车导致被保险人身故或伤残的，保险公司不承担给付保险金的责任”的免责条款拒赔。张某家属遂诉至法院，请求判

那也未必，保险人对电子保单的提示说明义务可以根据电子保单的投保程序的特点，设置业务员当面交付以外的明确说明方式。

令保险公司赔偿意外伤害保险金200000元、意外伤害医疗保险金9067.362元、意外伤害住院日定额给付保险金320元。

庭审中，张某家属主张保险公司未尽到对该免责条款的提示及明确说明义务，而保险公司提交如下证据主张自己已经尽到提示及明确说明义务：1、投保人声明：贵公司已对保险合同条款尤其是免责条款内容履行了说明义务，本人已详细阅知，并同意遵守，同时确认投保时填写资料正确有效。2、当庭演示投保流程：客户点击投保链接进入界面后阅读保险产品介绍，输入被保险人身份信息，投保人阅读网页信息后勾选页面最下面的“本人已阅读……”必须要点击投保告知才能勾选，投保告知包

含免责条款，免责条款中载明：“请您阅读并逐页确认一下信息：责任免除 1、因下列情形之一，导致被保险人身故或伤残的，本公司不承担给付保险金的责任：……七、被保险人酒后驾驶、无合法有效驾驶证驾驶或驾驶无有效行驶证的机动车。如果不点击阅读投保

告知无法勾选。如果不阅读而点击勾选，网页也会自动跳出投保告知让投保人阅读，之后才能支付保费，生产电子保单。即投保人必须按流程阅读投保告知后才能完成投保。3、投保告知中包括了免责条款，且对免责情形进行加黑加粗。

### 判决结果

一审法院判决驳回张某家属诉请。二审法院驳回张某家属上诉请求，维持原判。

### 律师解析

本案中，保险公司未安排业务员当面向投保人对免责条款进行明确说明，而是通过在线上投保过程中，设置免责条款告知窗口，并且以强制、主动的方式促使投保人在线上必须阅读含有免责条款信息投保告知，法院因此认定保险公司已经尽到明确告知义务。最高人民法院关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释（二）第十二条规定，通过网络、电话等方式订立的保险合同，保险人以网

页、音频、视频等形式对免除保险人责任条款予以提示和明确说明的，人民法院可以认定其履行了提示和明确说明义务。可见，除了人工当面明确说明之外，网络方式订立的电子保单可以通过线上告知的方式履行保险人的提示说明义务。

然而，只要在线上的投保页面中设立包含免责条款的阅读窗口就足够了么？其实不然，对于阅读窗口的弹出方式是有要求的。（2021）辽 02 民终 8413 号人身保险



合同纠纷中，法院认为，“电子保单和包括责任免除条款在内的保险条款在投保时是以数据电文形式呈现在投保人面前，根据保险公司提供的投保流程视频，投保人只有主动点击链接，才会出现保险格式条款，并非保险公司对于免责条款主动履行提示及明确说明的义务。而且，保险公司主张的免责条款中“投保前已存在的疾病或症状”的范围，案涉投保流程和保险条款中亦未作出详细说明和解释，在进行医学检查和诊断之前，投保

人无法根据其发现右小腿肿物的情况，作出其投保前患有恶性肿瘤或者该情况能够导致恶性肿瘤的判断。依据保险法第十七条之规定，该免责条款不发生效力。”可见，通过网络方式订立电子保单时，保险人向投保人明确说明免责条款时的主动性、强制性及“详细至普通人能够理解”的程度是法院判断网络投保流程中，保险人是否尽到对免责条款的提示和明确说明义务。

### 结语

通过以上两则案例可以看出，实践中，保险人的提示义务在其对免责条款进行加粗、加黑处理后，基本能够达到法律规定的“足以引起投保人注意”的条件，保险人往往在这一块能够相对做得比较完善。但在明确说明义务上往往可以出现疏漏，导致败诉风险。对于明确说明义务，目前没有全国性的统一法律法规或司法解释对保险法司法解释二中“保险人如何以网页、音频、视频等形式对免除保险人责任条款予以明确说明”作出规定，而笔者认为，《四川省高级人民法院机动车交通事故责任纠纷案件审理指南》第二十一条“通过网络销售保险产品，同时满足以下条件的，可以认定保险公司已履行明确说明义务：（一）网页主动弹出保险格式条款对话框，完整展示条款内容，并采用特殊字体、符号、醒目颜色对免责条款进行特别提示；（二）已设置强制停留阅读程序，

保证投保人在合理时间内强制性阅读合同条款；（三）通过音频、视频、flash、人工在线服务、人工电话服务等多种形式对保险合同中专业化、技术化、复杂化条款及免除保险人责任条款进行普通人能够理解的解释说明；（四）投保流程有专门的“投保人声明”设置，投保人明确确认其已理解合同内容特别是免责条款内容并自愿投保；（五）投保流程中有关于客户身份识别的设置，如人脸识别、电子签名、短信验证等。”该条具有比较完整的借鉴意义。虽然该审理指南仅仅是地方规定，不具有全国统一性，但列举的5种条件即“主动弹出”、“强制阅读”、“常人能理解”、“签署声明”、“识别身份”，确实在保险公司以此举证其尽到明确说明义务时能够发挥极大的证明力。



**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

徐汇区人民调解委员会

兼职调解员

业务方向：民商事合同纠纷、  
动拆迁补偿纠纷、公司股权纠纷

联系方式：13816934907

## “三区”防控背景下，劳动关系如何处理？

作者：谢亦团

根据国务院联防联控机制相关规定，结合上海实际，开始实施分区分类差异化防控，将各小区、办公场所划分为封控区、管控区、防范区。目前，黄浦区、静安区、普陀区、嘉定区、金山区、松江区、青浦区、奉贤区、崇明区已经公布了首批“三区”划分名单。

大家除了关注团购外，还应了解疫情防控期间劳动关系如何处理。笔者根据法律法规政策规定，进行了梳理，供大家参考。

### 一、“三区”含义及防控措施

**封控区**是指近 7 天内有阳性感染者报告的居住小区、自然村或单位、场所，**实施“7 天封闭管理+7 天居家健康监测”**。7 天封闭管理期间，实行“区域封闭、足不出户、服务上门”。

如 7 天封闭管理期间无新增阳性感染者，则后续实施 7 天居家健

康监测，实行“人不出小区、严禁聚集”。7 天封闭管理和 7 天居家健康监测期间，无新增阳性感染者，且第 13 天区域内所有人员核酸检测均为阴性，解除封控，调整为防范区。

如 7 天封闭管理期间出现阳性感染者，则对所涉楼栋实施封闭管理至 14 天期满；所涉楼栋之外的其他区域后续实施 7 天居家健康监测，如 7 天居家健康监测期间出现阳性感染者，根据流调结果和综合研判后，落实相应管控措施。

**管控区**是指近 7 天内无阳性感染者报告的居住小区、自然村或单位、场所，**实施“7 天居家健康监测”**，“人不出小区、严禁聚集”。原则上居家，每户每天可在做好个人防护的前提下，分时有序、分区限流，至小区指定区域无接触式地领取配送物资。

如 7 天居家健康监测期间出现阳性感染者，则调整为封控区，落实相应管控措施。如 7 天居家健康监测期间无新增阳性感染者，且第 6 天区域内所有人员核酸检测均为阴性，则解除管控，调整为防范区。

对封控区、管控区内，因病就医等确需外出人员，经社区同意，要全程做好个人防护，落实闭环管理。

**防范区**是指近 14 天内无阳性感染者报告的居住小区、自然村或单位、场所，**实行“强化社会面管控，严格限制人员聚集规模”**。人员要减少流动，避免聚集。鉴于当前我市疫情形势，防范区内人员原则上在所在街镇范围内适当活动，不得流动到封控区和管控区。

如防范区内出现阳性感染者，则调整为封控区。所以，大家都要积极配合疫情防控，避免因为个人违反“三区”防疫规定，影响整个小

区。一人感染，全小区又被封控。



## 二、“三区”防控期间工时安排、工资支付

1. 医疗机构或政府依法对新冠肺炎患者、病原携带者、疑似病人、密切接触者等实施隔离措施，导致员工不能提供正常劳动的，企业按照正常劳动支付其在隔离期间的工资。隔离结束后，对仍需要停止工作进行治疗的员工，企业按照医疗期

规定支付员工病假工资。在隔离期间，企业不得安排员工休年假。

2. 除了以上四类，其他员工工时安排、工资支付。

防控类型	工时安排	工资支付	备注
封控区	居家办公	正常出勤工资	灵活考勤、成果管理；可以扣除交通补贴、伙食补贴
	年假、企业福利假	正常出勤工资	先安排法定、再安排福利年假
	综合调剂使用年度休息日	正常出勤工资	累积的双休加班调休；先安排休息，疫情结束后安排补班，但要保证员工们每周一天的休息时间
	停工停产	第一个工资支付周期内，企业可以和工会或职工代表进行民主协商确定，协商未能达成一致的，按照正常出勤工资支付；次月起，提供劳动的，支付不低于最低工资标准，未提供劳动的，支付生活费	第一工资支付周期的工资标准以及生活费标准，企业都需要和员工通过民主协商的方式确定，不能单方决定（高于或等于法定标准的除外），但应当具有一定的合理性，建议按照不低于最低工资的 80% 发放。
管控区	居家办公	正常出勤工资	灵活考勤、成果管理；可以扣除交通补贴、伙食补贴
	年假、企业福利假	正常出勤工资	先安排法定、再福利年假
	综合调剂使用年度休息日	正常出勤工资	累积的双休加班调休；先安排休息，疫情结束后安排补班，但要保证员工们每周一天的休息时间
	停工停产	第一个工资支付周期内，企业可以和工会或职工代表进行民主协商确定，协商未能达成一致的，按照正常出勤工资支付；次月起，提供劳动的，支付不低于最低工资标准，未提供	第一工资支付周期的工资标准以及生活费标准，企业都需要和员工通过民主协商的方式确定，不能单方决定（高于或等于法定标准的除外），但应当具有一定的合理性，建议按照不低于最低工资的 80% 发放。

从以上分析可知，虽然实施分区分类管控措施，但对于工时安排、工资支付并没有发生大的改变，所以差别也不大。

总体而言，能安排居家办公的，尽量安排居家办公；不能安排居家办公的，可以安排年休假（包括福利年休假）；不能安排居家办公的、年休假使用完毕的，可以采用综合调剂年度休息日的方式安排休息，然后支付相应的工资。如果受疫情影响导致企业停工停产的，在第一个工资支付周期内，协商工资支付标准，协商不成的，按照正常劳动工资发放；超过一个工资支付周期的，提供部分劳动的员工，支付不低于最低工资，未提供劳动的员工，发放生活费，生活费的标准可以通过民主协商的程序确定，协商不成的，建议按照不低于最低工资的 80% 发放。

### 三、“三区”防控期间劳动关系特殊处理

1. 已发放录用通知，尚未入职人员，是否需要支付工资？



劳动关系自用工之日起建立，如果只是发放录用通知，尚未入职人员，双方并未建立劳动关系，无需支付工资，可以协商入职时间。

### 2. 试用期是否可以延长？

如果在疫情防控之前已经试用较长时间的，不建议延长试用期；如果试用不久便进入疫情防控无法考核的，与员工协商一致后，通过微信、邮件等方式确定延长的试用期，延长的天数不得超过疫情防控导致不能提供劳动的天数。

### 3. 劳动合同期满是否可以终止？

员工隔离治疗期间或医学观察、政府实施隔离措施或采取其他紧急措施期间劳动合同到期的，劳动合同应当顺延到医疗期满、医学观察期满、隔离期满或政府采取的紧急措施结束。不得直接终止，否则可能承担违法终止的风险。

4. 防控期间，员工存在严重违纪的，企业可否解除劳动关系？

尽管疫情防控期间，企业应当尽量保岗位、保就业，但在此期间，如果有个别

员工出现严重违纪行为的，企业仍然可以根据规章制度对其作出解除。比如有员工违反疫情防控规定在居家隔离擅自外出、散布疫情谣言、妨害公务等行为被公安机关行政或刑事拘留，可以根据规章制度中规定作出解除处理；如果有员工伪造核酸检测证明或通行证明等资料，属于违反诚信和规章制度的行为，企业也可以解除。

### 四、疫情防控期间，企业还应当注意的其它事项。

实施“三区”分区分类管控措施后，绝大部分员工仍然无法出家门、小区，所以企业除了关心员工的工作外，还应当做好几下工作。

#### 1. 主动了解员工们生活物资状况。

疫情防控期间物资相对匮乏，各个小区的封控措施、政府物资投放也不尽相同，员工们的生活条件、精神状态都会受到比较大的影响，企业应当主动了解关心员工们的生活物资状况，对于特殊困难人群予以资助。

#### 2、发放生活物资或补贴

受到疫情影响，员工们生活成本增高，同时还可能有房贷、租金等压力，有条件有渠道的企业，可以给员工们采购些生活、防疫用品；无法购买生活、防疫用品的，可以发放生活补贴，即使金额不高，可以增加向心力和凝聚力。

### 3、开展业务交流会

受疫情影响，企业业务缩减或无法开展，这时候企业开展组织一些业务学习的交流和讨论，不仅可以提升员工们的业务能力和水平，也可以增加员工们间感情的交流。

4、通过发邮件或召开线上会议的方式给全体员工们打气鼓劲

员工们足不出户已经有一段时间，难免有些焦虑、抑郁情绪，企业高层管理人员可以通过腾讯会议、邮件等方式告诉企业的现状、计划、希望，给员工们提提气、鼓鼓劲，让大家对前途充满信心。

总之，胜利的曙光就在前方！希望企业和员工们本着遇事多商量，有事好商量的原则，互谅互让，互帮互助，共克时艰！



### 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

## 浅议竞业限制的司法审查要素

作者：谢亦团

前不久，万得前员工跳槽B站被索赔200万一案，上海市第一中级人民法院推翻了一审的判决内容，通过揭开两家公司营业执照存在部分重合的面纱，对两家公司实际经营业务实质审查，最终认定劳动者并未违反竞业限制协议，这相对于以往类似案例仅根据营业执照进行比对是个大的突破和创新。所以判决一经作出，立即受到了新闻媒体的广泛报道。让我们一起来分析一下这个案例的二审判决的要旨。

### 【案情简介】

张某于2018年7月2日进入万得公司工作，双方签订了期限为2018年7月2日至2021年8月31日的劳动合同，约定张某担任智能数据分析岗位工作，月工资20000元。

2019年7月23日，张某、万得公司签订《竞业限制协议》，约定张某离职后的

两年内应当履行竞业限制义务；竞业限制经济补偿金标准为张某离职前十二个月平均工资的20%；张某如违反竞业限制义务，万得公司有权同时要求张某承担下列责任：（1）停止侵权行为，继续履行竞业限制义务；（2）全部返还竞业限制补偿金；（3）张某从事竞业行为所获利益应归万得公司所有；（4）按照离职前十二个月工资总额的十倍支付违约金。

2020年7月27日，张某填写《辞职申请表》，以个人原因为由解除与万得公司的劳动合同。

2020年8月5日，万得公司向张某发出《关于竞业限制的提醒函》，载明“……您（即张某）从离职之日2020年7月27日起须承担竞业限制义务，不得到竞业企业范围内工作或任职。从本月起我们将向您支付竞业限制补偿金，请您在收到竞业限制补偿金的10日内，提供新单位签订



的劳动合同及社保记录，若为无业状态的请由所在街道办事处等国家机关出具您的从业情况证明。若您违反竞业限制义务或其他义务，请于10日内予以改正，继续违反竞业协议约定的，则公司有权再次要求您按《竞业限制协议》约定承担违约金，违约金标准为20万元以上，并将公司在离职后支付的竞业限制补偿金全部返还……”。

2020年10月12日，万得公司向张某发出《法务函》，再次要求张某履行竞业限制义务。

张某一直没有按约履行报备就业信息。后万得公司了解到张某已经在万得公司的竞争对手上海XX有限公司（以下简称XX公司）工作。万得公司的经营范围包括：计算机软硬件的开发、销售，计算机专业技术领域及产品的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务。XX公司的经营范围包括：从事信息科技、计算机软硬件、网络科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等。

2020年11月13日，万得公司向区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，其要求张某：1. 按双方签订的《竞业限制协议》履行竞业限制义务；2. 返还2020年8月、9月支付的竞业限制补偿金6796元；3. 支付竞业限制违约金200万元。

### 【裁判结果】

仲裁委员会认定张某违反了竞业限制，应当继续竞业限制义务；返还万得公司2020年8月、9月支付的竞业限制补偿金6796元；支付违约金200万元。张某不服起诉到法院，一审法院判决张某违反竞业限制，返还竞业限制经济补偿金，违约金标准调整为24万元。二审法院审理后认为张某并未违反竞业限制的，无需要返还竞业限制补偿金，也无需支付违约金。

### 【律师分析】

本案主要涉及张某到底是否违反了竞业限制义务，如果违反了竞业限制义务，违约金是否过高的问题。

一、用人单位不能仅以劳动者新入职的单位营业执照上的经营范围与其存在重



叠为由主张双方存在竞争关系，而应当以双方实际经营业务是否存在存在直接或间接竞争关系来判断。

竞业限制是指对原用人单位负有保密义务的劳动者，于离职后在约定的期限内，不得生产、自营或为他人生产、经营与原用人单位有竞争关系的同类产品及相关业务，不得在与原用人单位具有竞争关系的用人单位任职。竞业限制制度的设置系为了防止劳动者利用其所掌握的原用人单位的商业秘密为自己或为他人谋利，从而给原用人单位造成损失。所以劳动者是否违反竞业限制协议，最为核心的是应当是原用人单位与劳动者

自营或者入职的单位之间是否形成竞争关系。

我国公司注册登记时由申请人在清单一中勾选，除行政许可事项外，工商部门不做特别审查该公司是否实际经营勾选业务，因此实践中常出现公司的实际经营项目与营业执照登记上的经营范围存在不同，大部分公司并不会对营业执照上登

记的所有业务项目进行营业。所以仅凭两家公司是否存在重合不足以认定存在业务竞争关系。

本案中，万得公司的经营范围为计算机软硬件的开发、销售、计算机专业技术领域及产品的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务。而XX公司的经营范围包括从事信息科技、计算机软硬件、网络科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等。对比两家公司的经营范围，确实存在一定的重合。但经过张某提供的证据可知，万得公司目前的经营模式主要是提供金融信息服务，其主要的受众为相关的金融机构或者金融学术研究机构。而XX公司，其主营业务是文化社区和视频平台，即提供网络空间供用户上传视频、进行交流。其受众更广，尤其以年轻人为主。两者对比，不论是经营模式、对应市场还是受众，都存在显著差距。

综上分析可知，两家公司的营业执照虽然存在部分重合，但实际主营业务并不存在重合，并未形成竞争关系。所以最后

二审法院最终认定，张某并未违反竞业限制义务，无需返还竞业限制经济补偿金和支付违约金。

**二、竞业限制违约金约定过高或过低的，当事人一方可以要求人民法院或者仲裁机构予以调整。**

根据法律规定，当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。

本案中，根据张某与万得公司签订的《竞业限制协议》约定，违约金标准为张某离职前十二个月工资总额的十倍。而双方劳动合同约定，张某月工资为 20,000 元。张某认为《竞业限制协议》约定的违约金过分高于万得公司实际遭受的损失，要求一审法院予以调整，万得公司未提供证据证明其因张某的违约行为而造成的损失数额。故结合张某月工资标准及在万得公司处的工作年限，一审法院酌情调整违约金数额为 240,000 元。





## 疫情期间企业与员工之间常见的 9 项协商

作者：李华平

2022 年 3 月以来，上海的疫情防控形势严峻复杂。为了减轻企业受疫情影响的压力，稳定工作岗位保障就业，有关针对涉疫情劳动关系的处理，尽可能采取协商处理方式。以下 9 大方面的协商内容如能妥善处理，就能减轻企业受疫情影响的压力，实现劳动关系的和谐稳定。

### 一、协商确定依法管控期间员工的工资标准

对因政府依法采取管控措施，导致企业停工停业或劳动者不能返岗的，鼓励企业安排员工居家办公，向员工支付正常工作期间的工资待遇；如果企业不能安排员

工居家办公的，则可以安排员工休年休假或企业福利假等，员工享受带薪休假。

### 二、协商确定停工停产期间员工的工资和生活费标准

受疫情影响企业停工停产期间的工资，在第一个工资支付周期的员工工资待遇，企业可以和工会或职工代表进行民主协商确定；如果协商不能达成一致的，则应按劳动合同规定的标准支付职工工资。

超过一个工资支付周期的，如少数员工在停工停产期间提供正常劳动的，协商确定在此期间的工资标准，企业应当支付不低于上海市最低工资标准的工资；员工没



有提供正常劳动的，企业通过民主协商程序确定生活费标准，生活费标准不低于上海市最低工资标准的80%。

### 三、协商确定调整疫情防控期间员工的工资标准

企业受疫情影响需要调整员工工资结构或降低员工工资标准，可以通过协商进行。协商方式可以通过“一对一”的方式进行，企业和员工签订调整工资结构或降薪的协议；协商也可以采取集体协商的方式，企业行政方和工会或职工代表通过民主程序进行协商，达成调整工资结构或降低员工工资的协商纪要等，协商纪要进行公示后，对全体员工具有约束力。提醒通过民主程序达成的降薪协商纪要，需遵循公平合理的原则，且仅适用于疫情防控期间。

### 四、协商确定逾期发放及补发员工工资的时间

企业受疫情影响，不能在工资支付日向员工发放工资的，企业应当事先向全体员工说明情况，取得员工的理解。另外可

通过集体协商的方式确定后续补发的时间，补发时间不应超过一个工资支付周期。如果因资金困难不能足额发放员工工资，可以和员工协商采取分期发放的，尽量保证基本工资足额发放，绩效奖金、提成、津贴之类的可以适当延后发放。确因受疫情影响企业未能及时足额支付员工工资的，并不属于法律上需要规制的理由，员工以《劳动合同法》第38条规定情形单方解除劳动合同主张经济补偿金的，难以获得支持。

### 五、协商确定员工实行轮岗轮休和缩短工时工作

受疫情影响，企业生产经营出现困难的，可以与员工直接协商或通过民主程序进行集体协商，通过员工轮岗轮休、缩短工时的方式稳定工作岗位，比如说“做四休三”等，企业发放员工提供劳动期间的劳动报酬，员工轮休期间或因缩短工时未提供劳动期间企业不予发放工资。但是必须保证实行轮岗轮休或缩短工时后，员工



实际领取的工资不得低于本市职工最低工资标准。

### 六、协商安排员工休法定年休假和企业福利假

受疫情影响，员工被依法管控等不能及时返岗的，企业与职工协商可安排员工使用带薪年休假、企业自设福利假等各类假。注意，企业业与员工协商安排员工休年假，注意是考虑员工本人的意愿，并不等于需要征得员工本人的同意。企业可以根据实际情况，统筹安排员工休法定年休假和企业福利假。

### 七、协商确定执行综合调剂使用年度内休息日

受疫情影响，企业可以与员工协商或通过集体协商的方式，对员工整个年度内的休息日进行综合调剂使用。企业经过协商确定采用综合调剂使用年度内休息日的，无需经过劳动行政部门的审批。提醒，采取综合调剂使用年度休息日的，安排员工后续工作补回此前休息时间的，需遵守

每周必须保证员工休息一日的劳动法律规定。

### 八、协商确定补订书面劳动合同的时间

受疫情影响，企业和员工不能及时订立或续订书面劳动合同的，可以协商确定合理顺延订立书面劳动合同的时间，或者通过电子邮件或微信等方式确认劳动合同的内容，等复工后及时补订。以上情形均表明企业尽了诚实磋商义务，无需承担未订立书面劳动合同支付双倍工资差额的法律后果。

### 九、协商处理涉疫情企业与员工的劳动纠纷

企业受疫情影响，生产经营面临很大压力，员工也面临失业、收入减少等风险，企业和员工发生劳动纠纷的，尽量通过协商的方式达成和解；双方不能达成和解的，也应尽量在调解组织或裁审机构的组织下达成调解协议。企业既不宜轻易解除员工劳动合同，员工也要考虑企业的实际困难，对于企业进行了相应的民主协商程



序且协商的内容具有公平合理的，员工尽可能理解、支持与配合，不必斤斤计较。既要保护员工合法权益，又要兼顾企业生存发展，这也是裁审部门的最重要的处理原则。

导的角度要求强化同舟共济、共克时艰的理念，意味着员工需要考虑到企业受疫情影响的实际困难，多理解企业的不容易，点到为止。



### 李华平 律师

上海七方律师事务所 首席合伙人  
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  
上海社科院法学所硕士生实务导师  
浙江农林大学法律硕士实务导师  
《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、  
法律培训

联系方式：13917749521



## 有关医疗期的 6 项法律问题

作者：王余婷

人吃五谷杂粮，哪有不生病的。关键在于当生病时，我们应保持乐观的心态，积极配合医生治疗，与病魔做斗争。从劳动法角度而言，当劳动者患病的，法律为了保护此类劳动者的合法权益，设定了“医疗期”，在法定的医疗期内，用人单位是不得解除劳动合同的。

当然，这里的“不得解除劳动合同”是指用人单位不得以《劳动合同法》第四十条之“无过失性辞退”及第四十一条之“经济性裁员”为由单方解除劳动合同。如劳动者存在《劳动合同法》第三十九条规定情形之一的，即便劳动者处在医疗期内，用人单位也可单方合法解除劳动合同。现就我们七方劳动法团队在日常提供法



律顾问咨询服务及办理劳动诉讼案件过程中遇到的与医疗期相关的问题与大家进行分享。

### **问题一：员工患病的，其享有的医疗期为多长时间？**

解答：在我们所处理的劳动案件中，用人单位以医疗期满为由单方解除劳动合同的，有些案件被裁审部门判决认定是违法解除劳动合同。主要理由是医疗期尚未届满，用人单位就急吼吼地解除劳动合同，从而被认定为违法解除劳动合同。在上海二中院审理的(2022)沪02民终843号案件中，杨某应享有19个月医疗期，其在职期间累计休病假天数为18个月17天，因而，法院判决公司以医疗期满为由单方解除劳动合同行为违法，需向杨某支付违法解除劳动合同的赔偿金。

有关医疗期的计算，上海地区与全国是不一样的，我们就以上海为例，在上海地区，医疗期的计算是以劳动者在“本用人单位的工龄”进行计算的。劳动者在本单位工作第1年，医疗期为3个月；以后

工作每满1年，医疗期增加1个月，但不超过24个月。法律依据为《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定（2015修订）》（沪府发(2015)40号）文件的规定，因而，套用数学公式，上海地区计算医疗期的公式为 $N+2$ （ $N$ 为劳动者在本用人单位的工作年限）。

$N+2$ 是原则性的公式，凡有原则必有例外。根据劳动部关于贯彻《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》的通知（劳部发[1995]236号）第二条规定：“根据目前的实际情况，对某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在24个月内尚不能痊愈的，经企业和劳动者主管部门批准，可以适用延长医疗期。”在上海地区，对于上述三类疾病是直接适用24个月医疗期的，并非按照劳动者在本用人单位的工龄套用 $N+2$ 的公式计算医疗期。

**举例：**何某于2007年1月16日入职上海某公司，从2015年7月12日起因颈

椎病持续性地向公司请病假，则何某应享受的医疗期为多长时间。

解答：首先计算N，N为8年，再套用上面所讲的医疗期计算公式  $N+2$ ，则何某应享受的医疗期为10个月。

### 问题二：员工患抑郁症的，其是否直接可享受24个月的医疗期？

解答：抑郁症属精神类疾病，那抑郁症是否等于精神病呢？答案是“并不一定”，也就是说劳动者因抑郁症请病假的，其医疗期并非一定是24个月。如被鉴定为精神病或经劳动能力鉴定委员会鉴定为完全丧失劳动能力但不符合退休、退职条件的，应适用24个月的医疗期。

因而，如劳动者因抑郁症请病假的，企业HR在处理时需谨慎为之。可先按照劳动者在本用人单位的工龄计算医疗期，在医疗期满前向劳动者发通知要求劳动者进行鉴定的通知，从而判断是否需直接适用24个月医疗期的规定。

### 问题三：员工的医疗期是连续计算，还是累计计算？

解答：在上海地区，根据《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定（2015修订）》第四条规定，有关医疗期的计算是累计进行计算的，是将劳动者在该用人单位的病假相加。那问题来了，病假相加后是除以21.75天还是20.83天呢？

根据《上海市劳动保障局关于病假工资计算的公告》第一条规定：“职工疾病或非因工负伤休假日数应按实际休假日数计算，连续休假期内含有休息日、节假日的应予剔除。”，即在计算医疗期时要将双休日、法定节假日均扣除的，即并非将医院开具的病假单上所有的天数相加，是要将对应的双休日及法定节假日所对应的天数减掉。

21.75是月计薪日，其是包含法定节假日的，原因在于法定节假日，用人单位也应按照正常出勤工资向劳动者支付劳动报酬；20.83是月工作日，其是不包含双休日及法定节假日的。因此，在计算累计病假月份时，是将扣除双休日及法定节



假日所对应天数的病假相加，再除以20.83天，从而计算出已享受医疗期所对应的月数。

### **问题四、员工在关联公司工作的工龄，是否应纳入医疗期的计算？**

解答：非因劳动者本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，在计算经济补偿金或赔偿金时，按照《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕26号）第四十六条规定，劳动者的工龄应合并计算。那在此种情况下，在计算劳动者医疗期时，是否应将原用人单位的工龄计算在内呢？

从上述司法解释的规定来看，只有在计算经济补偿金或赔偿金时，在关联公司的工龄才应合并计算，并未包括在计算医疗期的情形。同时，根据《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定（2015修订）》第二条规定，医疗期按照劳动者在本用人单位的工作年限设置，并未规定在关联公司工作的工龄也需计算在内。

但在上海市普陀区人民法院审理的(2020)沪0107民初14210号案件中，法院认为：“原告系自2006年2月25日起入职被告的关联公司，后又于2015年3月26日转至被告处工作，故依据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》之规定原告在被告处的工作年限应当自2006年2月25日起连续计算。因此，截止至2019年3月3日原告共计可享受16个月的医疗期待遇。”该份判决将劳动者在关联公司的工龄也纳入计算医疗期的期限内。

因而，从企业合规角度而言及关爱员工角度而言，如出现劳动者曾在关联公司工作的，且非因劳动者本人原因（如：劳动者主动申请进行调动）被安排到本用人单位工作的，在计算医疗期时，笔者倾向于建议用人单位可考虑将关联公司的工龄也纳入医疗期的计算中。

### **问题五、员工持续请病假已超医疗期，公司可直接以医疗期满为由解除合同？**



解答：一种观点认为，员工在医疗期满后仍继续请病假的，其显然不能从事原工作，也属不能从事用人单位另行安排的工作。用人单位依据《劳动合同法》第四十条第一项规定直接解除劳动合同的，是合法解除。

另一种观点认为，《劳动合同法》第四十条第一项规定：“劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的，用人单位可以解除劳动合同”。在该法条中明确，用人单位在劳动者医疗期满后，在不能从事原工作的情况下，需对劳动者重新安排新的工作，如未安排新工作的，直接以医疗期满为由解除的，属违法解除劳动合同。在上海市徐汇区人民法院审理的(2018)沪0104民初3581号案件就持该种观点。

笔者在此建议用人单位在处理此类问题时，最好还是在劳动者医疗期满后询问其病情是否能从事原工作，是否继续提交病假单。如劳动者继续递交病假单，则

属劳动者不能从事原工作，再给其发书面通知，告知其新调整的工作岗位，如劳动者仍不能从事的，再依据医疗期满为由解除劳动合同，否则，直接单方解除劳动合同的风险较大。

### 问题六、劳动合同在医疗期内届满的，应如何处理？

解答：医疗期是劳动者停止工作，接受治疗的期间，在这段时间内，用人单位单方解除劳动合同的权限是受到限制的，《劳动合同法》第四十二条对此进行了明确规定。那如劳动者在医疗期内遇上劳动合同期满的，用人单位应如何处理呢？

根据《劳动合同法》第四十五条规定，用人单位此时是不能以劳动合同期满终止劳动合同的，需将劳动合同进行续延，续延至相应的情形消失时终止。

以上是有关医疗期六个问题的分享，实践中，HR在处理劳资纠纷时还会遇很多问题。比如：医疗期内的病假工资，用人单位是按照3万元标准进行发放，对于超过上海社平工资标准10338元的金额，能



否通过仲裁或法院向劳动者讨回？再比如：公司是一家集团公司，在《员工手册》中明确规定，医疗期的计算是按照上海地区有关规定计算的，那在浙江工作的劳动

者，其医疗期按照何标准进行计算呢？等一系列的问题。欢迎大家关注我们的微信公众号，了解更多法律知识，我们一起成长与进步！



### 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

联系方式：18202162796



## 新《信访工作条例》解读

作者：廖潇歌、卫夏清、邵弘高娃

2022年2月25日中共中央、国务院发布了《信访工作条例》，该条例将于2022年5月1日正式实施。

2022年3月29日，国务院令第752号公布《国务院关于修改和废止部分行政法规的决定》，其中《信访条例》（2005年1月10日中华人民共和国国务院令第431号公布）为废止的行政法规。

从《信访条例》到《信访工作条例》，整整跨越了17年的时间。

### 一、《信访工作条例》的亮点

（一）第一次明确提出党对信访工作的全面领导，信访工作是党的群众工作的重要组成部分。同时强调要维护群众合法权益，化解信访突出问题，促进社会和谐稳定。

（二）适用主体扩大到各级党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、监察机关、审判机关、检察机关以及群团组织、国有企事业单位等。

（三）增加第二章信访工作体制

1. 中央信访工作联席会议负责全国信访工作的统筹协调、整体推进、督促落实，由党中央、国务院领导同志以及有关部门负责同志担任召集人。中央信访工作联席会议办公室设在国家信访局，承担联席会议的日常工作，督促检查联席会议议定事项的落实。

2. 地方各级信访工作联席会议在本级党委和政府领导下，负责本地区信访工作的统筹协调、整体推进、督促落实，协调处理发生在本地区的重要信访问题，指导下级

信访工作联席会议工作。联席会议召集人一般由党委和政府负责同志担任。

3. 各级党委和政府信访部门是开展信访工作的专门机构，主要负责同志应当由本级党委或者政府副秘书长〔办公厅（室）副主任〕兼任。

4. 各级党委和政府信访部门以外的其他机关、单位应当根据信访工作形势任务，明确负责信访工作的机构或者人员，参照党委和政府信访部门职责，明确相应的职责。

（四）强调诉讼与信访分离，将涉及民事、行政、刑事等诉讼权利救济的信访事项从普通信访体

制中分离出来，由有关政法部门依法处理。

（五）对信访事项进行分类，提出对检举控告类事项和申诉求决类事项的不同处理方法。

（六）坚持社会矛盾纠纷多元预防调处化解思路，明确各级机关、单位在处理申诉求决类事项过程中，在不违反政策法规强制性规定的情况下，在裁量权范围内，经争议双方当事人同意进行调解；可以引导争议双方当事人自愿和解。经调解、和解达成一致意见的，应当制作调解协议书或者和解协议书。

（七）删除旧《信访条例》第六章法律责任。

## 二、新旧条文对比

- 【说明】1. 下文“第一至第六章”依据新《信访工作条例》表述；  
2. 以逐条对比为主，内容对比为辅；

### 第一章 总则（以新信访工作条例标注）

2005.05.01 信访条例	2022.05.01 信访工作条例 第一章 总则
第一条 为了保持各级人民政府同人民群众的密切联系，保护信访人的合法权益，维护信访秩序，制定本条例。	第一条 为了坚持和加强党对信访工作的全面领导，做好新时代信访工作，保持党和政府同人民群众的密切联系，制定本条例。



<p><b>第四十九条</b> 社会团体、企业事业单位的信访工作参照本条例执行。</p>	<p><b>第二条</b> 本条例适用于各级党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、监察机关、审判机关、检察机关以及群团组织、国有企事业单位等开展信访工作。</p>
<p><b>新增</b></p>	<p><b>第三条</b> 信访工作是党的群众工作的重要组成部分，是党和政府了解民情、集中民智、维护民利、凝聚民心的一项重要工作，是各级机关、单位及其领导干部、工作人员接受群众监督、改进工作作风的重要途径。</p>
<p><b>新增</b></p>	<p><b>第四条</b> 信访工作坚持以马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观、习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，贯彻落实习近平总书记关于加强和改进人民信访工作的重要思想，增强“四个意识”、坚定“四个自信”、做到“两个维护”，牢记为民解难、为党分忧的政治责任，坚守人民情怀，坚持底线思维、法治思维，服务党和国家工作大局，维护群众合法权益，化解信访突出问题，促进社会和谐稳定。</p>
<p><b>第三十一条</b> 对信访事项有权处理的行政机关办理信访事项，应当听取信访人陈述事实和理由；必要时可以要求信访人、有关组织和人员说明情况；需要进一步核实有关情况的，可以向其他组织和人员调查。</p> <p>对重大、复杂、疑难的信访事项，可以举行听证。听证应当公开举行，通过质询、辩论、评议、合议等方式，查明事实，分清责任。听证范围、主持人、参加人、程序等由省、自治区、直辖市人民政府规定。</p>	<p><b>第五条</b> 信访工作应当遵循下列原则：</p> <p>（一）坚持党的全面领导。把党的领导贯彻到信访工作各方面和全过程，确保正确政治方向。</p> <p>（二）坚持以人民为中心。践行党的群众路线，倾听群众呼声，关心群众疾苦，千方百计为群众排忧解难。</p>
<p><b>第四条</b> 信访工作应当在各级人民政府领导下，坚持<b>属地管理、分级负责，谁主管、谁负责</b>，依法、及时、就地解决问题与疏导教育相结合的原则。</p>	<p>（三）坚持落实信访工作责任。党政同责、一岗双责，<b>属地管理、分级负责，谁主管、谁负责</b>。</p> <p>（四）坚持依法按政策解决问题。将信访纳入法治化轨道，依法维护群众权益、规范信访秩序。</p>
<p><b>第二十七条</b> 对于可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息，有关行政机关应当在职责范围内依法及时采取措施，防止不良影响的产生、扩大。</p>	<p>（五）坚持源头治理化解矛盾。多措并举、综合施策，着力点放在源头预防和前端化解，把可能引发信访问题的矛盾纠纷化解在基层、化解在萌芽状态。</p>
<p><b>第五条第一款</b> 各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当科学、民主决策，依法履行职责，从<b>源头上预防</b>导致信访事项的矛盾和纠纷。</p>	
<p><b>第三条第一款</b> 各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当做好信访工作，认真处理来信、接待来访，倾听人民群众的意见、建议和要求</p>	<p><b>第六条</b> 各级机关、单位应当畅通信访渠道，做好信访工作，认真处理信访事项，倾听人民群众建议、意见和要求，接受人民群众监督，为人民群众服务。</p>

求，接受人民群众的监督，努力为人民群众服务。

## 第二章 信访工作体制

2005.05.01 信访条例	2022.05.01 信访工作条例
<b>新增</b>	<b>第七条</b> 坚持和加强党对信访工作的全面领导，构建党委统一领导、政府组织落实、信访工作联席会议协调、信访部门推动、各方齐抓共管的信访工作格局。
<b>新增</b>	<b>第八条</b> 党中央加强对信访工作的统一领导： （一）强化政治引领，确立信访工作的政治方向和政治原则，严明政治纪律和政治规矩； （二）制定信访工作方针政策，研究部署信访工作中事关党和国家工作大局、社会和谐稳定、群众权益保障的重大改革措施； （三）领导建设一支对党忠诚可靠、恪守为民之责、善做群众工作的高素质专业化信访工作队伍，为信访工作提供组织保证。
<b>新增</b>	<b>第九条</b> 地方党委领导本地区信访工作，贯彻落实党中央关于信访工作的方针政策和决策部署，执行上级党组织关于信访工作的部署要求，统筹信访工作责任体系构建，支持和督促下级党组织做好信访工作。 地方党委常委会应当定期听取信访工作汇报，分析形势，部署任务，研究重大事项，解决突出问题。
<b>第二十七条</b> 对于可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息，有关行政机关应当在职责范围内依法及时采取措施，防止不良影响的产生、扩大。	<b>第十条</b> 各级政府贯彻落实上级党委和政府以及本级党委关于信访工作的部署要求，科学民主决策、依法履行职责，组织各方力量加强矛盾纠纷排查化解，及时妥善处理信访事项，研究解决政策性、群体性信访突出问题和疑难复杂信访问题。
<b>新增</b>	<b>第十一条</b> 中央信访工作联席会议在党中央、国务院领导下，负责全国信访工作的统筹协调、整体推进、督促落实，履行下列职责： （一）研究分析全国信访形势，为中央决策提供参考； （二）督促落实党中央关于信访工作的方针政策和决策部署； （三）研究信访制度改革和信访法治化建设重大问题和事项；



	<p>(四) 研究部署重点工作任务，协调指导解决具有普遍性的信访突出问题；</p> <p>(五) 领导组织信访工作责任制落实、督导检查等工作；</p> <p>(六) 指导地方各级信访工作联席会议工作；</p> <p>(七) 承担党中央、国务院交办的其他事项。</p> <p>中央信访工作联席会议由党中央、国务院领导同志以及有关部门负责同志担任召集人，各成员单位负责同志参加。中央信访工作联席会议办公室设在国家信访局，承担联席会议的日常工作，督促检查联席会议议定事项的落实。</p>
<p><b>新增</b></p>	<p><b>第十二条</b> 中央信访工作联席会议根据工作需要召开全体会议或者工作会议。研究涉及信访工作改革发展的重大问题和重要信访事项的处理意见，应当及时向党中央、国务院请示报告。</p> <p>中央信访工作联席会议各成员单位应当落实联席会议确定的工作任务和议定事项，及时报送落实情况；及时将本领域重大敏感信访问题提请联席会议研究。</p>
<p><b>第五条第二款</b> 县级以上人民政府应当建立统一领导、部门<b>协调</b>，<b>统筹</b>兼顾、标本兼治，各负其责、齐抓共管的信访工作格局，通过<b>联席会议</b>、建立排查调处机制、建立信访督查工作制度等方式，及时化解矛盾和纠纷。</p>	<p><b>第十三条</b> 地方各级信访工作联席会议在本级党委和政府领导下，负责本地区信访工作的统筹协调、整体推进、督促落实，协调处理发生在本地区的重要信访问题，指导下级信访工作联席会议工作。联席会议召集人一般由党委和政府负责同志担任。</p> <p>地方党委和政府应当根据信访工作形势任务，及时调整成员单位，健全规章制度，建立健全信访信息分析研判、重大信访问题协调处理、联合督查等工作机制，提升联席会议工作的科学化、制度化、规范化水平。</p> <p>根据工作需要，乡镇党委和政府、街道党工委和办事处可以建立信访工作联席会议机制，或者明确党政联席会定期研究本地区信访工作，协调处理发生在本地区的重要信访问题。</p>
<p><b>第六条</b> 县级以上人民政府应当设立<b>信访工作机构</b>；县级以上人民政府工作部门及乡、镇人民政府应当按照有利工作、方便信访人的原则，确定负责信访工作的机构（以下简称信访工作机构）或者人员，具体负责信访工作。</p> <p>县级以上人民政府信访工作机构是本级人民政府负责信访工作的行政机构，<b>履行下列职责</b>：</p> <p>（一）<b>受理、交办、转送</b>信访人提出的<b>信访事项</b>；</p>	<p><b>第十四条</b> 各级党委和政府信访部门是开展信访工作的专门机构，履行下列职责：</p> <p>（一）受理、转送、交办信访事项；</p> <p>（二）协调解决重要信访问题；</p> <p>（三）督促检查重要信访事项的处理和落实；</p> <p>（四）综合反映信访信息，分析研判信访形势，为党委和政府提供决策参考；</p>



<p>(二) 承办上级和本级人民政府交由处理的信访事项；</p> <p>(三) <b>协调处理重要信访事项；</b></p> <p>(四) <b>督促检查信访事项的处理；</b></p> <p>(五) 研究、<b>分析</b>信访情况，开展调查研究，及时向本级人民政府提出完善政策和改进工作的建议；</p> <p>(六) 对本级人民政府其他工作部门和下级人民政府信访工作机构的信访工作进行<b>指导</b>。</p>	<p>(五) 指导本级其他机关、单位和下级的信访工作；</p> <p>(六) 提出改进工作、完善政策和追究责任的建议；</p> <p>(七) 承担本级党委和政府交办的其他事项。</p> <p>各级党委和政府信访部门以外的其他机关、单位应当根据信访工作形势任务，明确负责信访工作的机构或者人员，参照党委和政府信访部门职责，明确相应的职责。</p>
<p><b>第十三条</b> 设区的市、县两级人民政府可以根据信访工作的实际需要，建立政府主导、社会参与、有利于迅速解决纠纷的工作机制。</p> <p>信访工作机构应当组织相关社会团体、法律援助机构、相关专业人员、社会志愿者等共同参与，运用咨询、教育、协商、调解、听证等方法，依法、及时、合理处理信访人的投诉请求。</p>	<p><b>第十五条</b> 各级党委和政府以外的其他机关、单位应当做好各自职责范围内的信访工作，按照规定及时受理办理信访事项，预防和化解政策性、群体性信访问题，加强对下级机关、单位信访工作的指导。</p> <p>各级机关、单位应当拓宽社会力量参与信访工作的制度化渠道，发挥群团组织、社会组织和“两代表一委员”、社会工作者等作用，反映群众意见和要求，引导群众依法理性反映诉求、维护权益，推动矛盾纠纷及时有效化解。</p> <p>乡镇党委和政府、街道党工委和办事处以及村（社区）“两委”应当全面发挥职能作用，坚持和发展新时代“枫桥经验”，积极协调处理化解发生在当地的信访事项和矛盾纠纷，努力做到小事不出村、大事不出镇、矛盾不上交。</p>
<p><b>新增</b></p>	<p><b>第十六条</b> 各级党委和政府应当加强信访部门建设，选优配强领导班子，配备与形势任务相适应的工作力量，建立健全信访督查专员制度，打造高素质专业化信访干部队伍。各级党委和政府信访部门主要负责同志应当由本级党委或者政府副秘书长（办公厅（室）副主任）兼任。</p> <p>各级党校（行政学院）应当将信访工作作为党性教育内容纳入教学培训，加强干部教育培训。</p> <p>各级机关、单位应当建立健全年轻干部和新录用干部到信访工作岗位锻炼制度。</p> <p>各级党委和政府应当为信访工作提供必要的支持和保障，所需经费列入本级预算。</p>

### 第三章 信访事项的提出和受理

2005.05.01 信访条例	2022.05.01 信访工作条例
-----------------	-------------------



<p><b>第二条</b> 本条例所称信访，是指公民、法人或者其他组织<b>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</b>，依法由有关行政机关处理的活动。</p> <p><b>采用前款规定的形式，反映情况，提出建议、意见或者投诉请求的公民、法人或者其他组织，称信访人。</b></p>	<p><b>第十七条</b> 公民、法人或者其他组织可以采用信息网络、书信、电话、传真、走访等形式，向各级机关、单位反映情况，提出建议、意见或者投诉请求，有关机关、单位应当依规依法处理。</p> <p>采用前款规定的形式，反映情况，提出建议、意见或者投诉请求的公民、法人或者其他组织，称信访人。</p>
<p><b>第九条</b> 各级人民政府、县级以上人民政府工作部门<b>应当向社会公布</b>信访工作机构的<b>通信地址、电子信箱、投诉电话、信访接待的时间和地点、查询信访事项处理进展及结果的方式等相关事项</b>。</p> <p>各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当在其信访接待场所或者网站公布与信访工作有关的法律、法规、规章，信访事项的处理程序，以及其他为信访人提供便利的相关事项。</p>	<p><b>第十八条</b> 各级机关、单位应当向社会公布网络信访渠道、通信地址、咨询投诉电话、信访接待的时间和地点、查询信访事项处理进展以及结果的方式等相关事项，在其信访接待场所或者网站公布与信访工作有关的党内法规和法律、法规、规章，信访事项的处理程序，以及其他为信访人提供便利的相关事项。</p>
<p><b>第十条</b> 设区的市级、县级人民政府及其工作部门，乡、镇人民政府应当建立行政机关负责人信访接待日制度，由行政机关负责人协调处理信访事项。信访人可以在公布的接待日和接待地点向有关行政机关负责人当面反映信访事项。</p> <p>县级以上人民政府及其工作部门负责人或者其指定的人员，可以就信访人反映突出的问题到信访人居住地与信访人面谈沟通。</p>	
<p><b>第五条第三款</b> 各级人民政府、县级以上人民政府各工作部门的负责人应当阅批重要来信、接待重要来访、听取信访工作汇报，研究解决信访工作中的突出问题。</p>	<p>各级机关、单位领导干部应当阅办群众来信和网上信访、定期接待群众来访、定期下访，包案化解群众反映强烈的突出问题。</p>
<p><b>第三条</b> 各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当做好信访工作，认真处理来信、接待来访，倾听人民群众的意见、建议和要求，接受人民群众的监督，努力为人民群众服务。</p> <p>各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当畅通信访渠道，为信访人采用本条例规定的形式反映情况，提出建议、意见或者投诉请求提供便利条件。</p> <p><b>任何组织和个人不得打击报复信访人。</b></p>	<p>市、县级党委和政府应当建立和完善联合接待工作机制，根据工作需要组织有关机关、单位联合接待，一站式解决信访问题。</p> <p>任何组织和个人不得打击报复信访人。</p>
<p><b>第十七条</b> <b>信访人</b>提出信访事项，<b>一般应当采用书信、电子邮件、传真等书面形式</b>；信访人提出投诉请求的，还应当<b>载明信访人的姓名（名称）、住址和请求、事实、理由</b>。</p>	<p><b>第十九条</b> 信访人一般应当采用书面形式提出信访事项，并载明其姓名（名称）、住址和请求、事实、理由。对采用口头形式提出的信访事项，有关机关、单位应当如实记录。</p>



<p>有关机关<b>对采用口头形式提出的</b>投诉请求，应当记录信访人的姓名（名称）、住址和请求、事实、理由。</p>	
<p><b>第十九条</b> 信访人提出信访事项，应当客观真实，对其所提供材料内容的真实性负责，不得捏造、歪曲事实，不得诬告、陷害他人。</p>	<p>信访人提出信访事项，应当客观真实，对其所提供材料内容的真实性负责，不得捏造、歪曲事实，不得诬告、陷害他人。</p>
<p><b>第十六条</b> 信访人采用走访形式提出信访事项，应当向依法有权处理的本级或者上一级机关提出；<b>信访事项已经受理或者正在办理的，信访人在规定期限内向受理、办理机关的上级机关再提出同一信访事项的，该上级机关不予受理。</b></p>	<p>信访事项已经受理或者正在办理的，信访人在规定期限内向受理、办理机关、单位的上级机关、单位又提出同一信访事项的，上级机关、单位不予受理。</p>
<p><b>第十六条</b> 信访人采用走访形式提出信访事项，应当向依法有权处理的本级或者上一级机关提出；信访事项已经受理或者正在办理的，信访人在规定期限内向受理、办理机关的上级机关再提出同一信访事项的，该上级机关不予受理。</p>	<p><b>第二十条</b> 信访人采用走访形式提出信访事项的，应当到有权处理的本级或者上一级机关、单位设立或者指定的接待场所提出。</p> <p>信访人采用走访形式提出涉及诉讼权利救济的信访事项，应当按照法律法规规定的程序向有关政法部门提出。</p>
<p><b>第十八条</b> 信访人采用走访形式提出信访事项的，应当到有关机关<b>设立或者指定的接待场所提出。</b></p> <p><b>多人采用走访形式提出共同的信访事项的，应当推选代表，代表人数不得超过5人。</b></p>	<p>多人采用走访形式提出共同的信访事项的，应当推选代表，代表人数不得超过5人。</p> <p>各级机关、单位应当落实属地责任，认真接待处理群众来访，把问题解决在当地，引导信访人就地反映问题。</p>
<p><b>第十四条</b> 信访人对下列组织、人员的职务行为反映情况，提出建议、意见，或者不服下列组织、人员的职务行为，可以向有关行政机关提出信访事项：</p> <p>（一）行政机关及其工作人员；</p> <p>（二）法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织及其工作人员；</p> <p>（三）提供公共服务的企业、事业单位及其工作人员；</p> <p>（四）社会团体或者其他企业、事业单位中由国家行政机关任命、派出的人员；</p> <p>（五）村民委员会、居民委员会及其成员。</p> <p>对依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议等法定途径解决的投诉请求，信访人应当依照有关法律、行政法规规定的程序向有关机关提出。</p>	
<p><b>第十五条</b> 信访人对各级人民代表大会以及县级以上各级人民代表大会常务委员会、人民法院、人民检察院职权范围内的信访事项，应当分别向有关的人民代表大会及其常务委员会、人民法院、人民检察院提出，并遵守本条例第十六</p>	



<p>条、第十七条、第十八条、第十九条、第二十条的规定。</p>	
<p><b>第十一条</b> 国家信访工作机构充分利用现有政务信息网络资源，建立全国信访信息系统，为信访人在当地提出信访事项、查询信访事项办理情况提供便利。</p> <p>县级以上地方人民政府应当充分利用现有政务信息网络资源，建立或者确定本行政区域的信访信息系统，并与上级人民政府、政府有关部门、下级人民政府的信访信息系统实现互联互通。</p>	<p><b>第二十一条</b> 各级党委和政府应当加强信访工作信息化、智能化建设，依规依法有序推进信访信息系统互联互通、信息共享。</p> <p>各级机关、单位应当及时将信访事项录入信访信息系统，使网上信访、来信、来访、来电在网上流转，方便信访人查询、评价信访事项办理情况。</p>
<p><b>第十二条</b> 县级以上各级人民政府的信访工作机构或者有关工作部门应当及时将信访人的投诉请求输入信访信息系统，信访人可以持行政机关出具的投诉请求受理凭证到当地人民政府的信访工作机构或者有关工作部门的接待场所查询其所提出的投诉请求的办理情况。具体实施办法和步骤由省、自治区、直辖市人民政府规定。</p>	
<p><b>第二十一条</b> 县级以上人民政府信访工作机构<b>收到信访事项，应当予以登记，并区分情况，在15日内分别按下列方式处理：</b></p> <p>(二) <b>对依照法定职责属于本级人民政府或者其工作部门处理决定的信访事项，应当转送有权处理的行政机关；情况重大、紧急的，应当及时提出建议，报请本级人民政府决定。</b></p> <p>(三) 信访事项<b>涉及下级行政机关或者其工作人员的，按照“属地管理、分级负责，谁主管、谁负责”的原则，直接转送有权处理的行政机关，并抄送下一级人民政府信访工作机构。</b></p> <p>县级以上人民政府信访工作机构要定期向下一级人民政府信访工作机构通报转送情况，下级人民政府信访工作机构要定期向上一级人民政府信访工作机构报告转送信访事项的办理情况。</p> <p>(四) <b>对转送信访事项中的重要情况需要反馈办理结果的，可以直接交由有权处理的行政机关办理，要求其在指定办理期限内反馈结果，提交办结报告。</b></p> <p>按照前款第(二)项至第(四)项规定，有关行政机关应当自收到转送、交办的信访事项之日起15日内决定是否受理并书面告知信访人，并按要求通报信访工作机构。</p>	<p><b>第二十二条</b> 各级党委和政府信访部门收到信访事项，应当予以登记，并区分情况，在15日内分别按照下列方式处理：</p> <p>(一) 对依照职责属于本级机关、单位或者其工作部门处理决定的，应当转送有权处理的机关、单位；情况重大、紧急的，应当及时提出建议，报请本级党委和政府决定。</p> <p>(二) 涉及下级机关、单位或者其工作人员的，按照“属地管理、分级负责，谁主管、谁负责”的原则，转送有权处理的机关、单位。</p> <p>(三) 对转送信访事项中的重要情况需要反馈办理结果的，可以交由有权处理的机关、单位办理，要求其在指定办理期限内反馈结果，提交办结报告。</p>
<p><b>第二十一条第一款第一项</b></p>	



<p>(一) 对本条例第十五条规定的信访事项，应当告知信访人分别向有关的人民代表大会及其常务委员会、人民法院、人民检察院提出。对已经或者依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议等法定途径解决的，不予受理，但应当告知信访人依照有关法律、行政法规规定程序向有关机关提出。</p>	<p>各级党委和政府信访部门对收到的涉法涉诉信件，应当转送同级政法部门依法处理；对走访反映涉诉问题的信访人，应当释法明理，引导其向有关政法部门反映问题。对属于纪检监察机关受理的检举控告类信访事项，应当按照管理权限转送有关纪检监察机关依规依纪依法处理。</p>
<p><b>第二十二条</b> 信访人按照本条例规定直接向各级人民政府信访工作机构以外的行政机关提出的信访事项，有关行政机关<b>应当予以登记</b>；对符合本条例第十四条第一款规定并<b>属于本机关法定职权范围</b>的信访事项，应当受理，不得推诿、敷衍、拖延；<b>对不属于本机关职权范围</b>的信访事项，<b>应当告知信访人向有权的机关提出</b>。</p> <p>有关行政机关收到信访事项后，<b>能够当场</b>答复是否受理的，应当当场书面答复；<b>不能当场</b>答复的，<b>应当自收到信访事项之日起 15 日内书面告知信访人。但是，信访人的姓名（名称）、住址不清的除外</b>。</p> <p>有关行政机关应当相互通报信访事项的受理情况。</p>	<p><b>第二十三条</b> 党委和政府信访部门以外的其他机关、单位收到信访人直接提出的信访事项，应当予以登记；对属于本机关、单位职权范围的，应当告知信访人接收情况以及处理途径和程序；对属于本系统下级机关、单位职权范围的，应当转送、交办有权处理的机关、单位，并告知信访人转送、交办去向；对不属于本机关、单位或者本系统职权范围的，应当告知信访人向有权处理的机关、单位提出。</p> <p>对信访人直接提出的信访事项，有关机关、单位能够当场告知的，应当当场书面告知；不能当场告知的，应当自收到信访事项之日起 15 日内书面告知信访人，但信访人的姓名（名称）、住址不清的除外。</p> <p>对党委和政府信访部门或者本系统上级机关、单位转送、交办的信访事项，属于本机关、单位职权范围的，有关机关、单位应当自收到之日起 15 日内书面告知信访人接收情况以及处理途径和程序；不属于本机关、单位或者本系统职权范围的，有关机关、单位应当自收到之日起 5 个工作日内提出异议，并详细说明理由，经转送、交办的信访部门或者上级机关、单位核实同意后，交还相关材料。</p> <p>政法部门处理涉及诉讼权利救济事项、纪检监察机关处理检举控告事项的告知按照有关规定执行。</p>
<p><b>第二十四条</b> <b>涉及两个或者两个以上行政机关的信访事项，由所涉及的行政机关协商受理；受理有争议的，由其共同的上一级行政机关决定受理机关。</b></p>	<p><b>第二十四条</b> <b>涉及两个或者两个以上机关、单位的信访事项，由所涉及的机关、单位协商受理；受理有争议的，由其共同的上一级机关、单位决定受理机关；受理有争议且没有共同的上一级机关、单位的，由共同的信访工作联席会议协调处理。</b></p>
	<p>应当对信访事项作出处理的机关、单位分立、合并、撤销的，由继续行使其职权的机关、</p>



<p><b>第二十五条 应当对信访事项作出处理的行政机关分立、合并、撤销的，由继续行使其职权的行政机关受理；职责不清的，由本级人民政府或者其指定的机关受理。</b></p>	<p>单位受理；职责不清的，由本级党委和政府或者其指定的机关、单位受理。</p>
<p>第二十六条 公民、法人或者其他组织发现可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息时，可以就近向有关行政机关报告。地方各级人民政府接到报告后，应当立即报告上一级人民政府；必要时，通报有关主管部门。县级以上地方人民政府有关部门接到报告后，应当立即报告本级人民政府和上一级主管部门；必要时，通报有关主管部门。国务院有关部门接到报告后，应当立即报告国务院；必要时，通报有关主管部门。</p> <p>行政机关对重大、紧急信访事项和信访信息不得隐瞒、谎报、缓报，或者授意他人隐瞒、谎报、缓报。</p>	<p><b>第二十五条</b> 各级机关、单位对可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息，应当及时报告本级党委和政府，通报相关主管部门和本级信访工作联席会议办公室，在职责范围内依法及时采取措施，防止不良影响的产生、扩大。</p> <p>地方各级党委和政府信访部门接到重大、紧急信访事项和信访信息，应当向上一级信访部门报告，同时报告国家信访局。</p>
<p><b>第二十条 信访人在信访过程中应当遵守法律、法规，不得损害国家、社会、集体的利益和其他公民的合法权利，自觉维护社会公共秩序和信访秩序，不得有下列行为：</b></p> <p>（一）在国家机关办公场所周围、公共场所非法聚集，围堵、冲击国家机关，拦截公务车辆，或者堵塞、阻断交通的；</p> <p>（二）携带危险物品、管制器具的；</p> <p>（三）侮辱、殴打、威胁国家机关工作人员，或者非法限制他人人身自由的；</p> <p>（四）在信访接待场所滞留、滋事，或者将生活不能自理的人弃留在信访接待场所的；</p> <p>（五）煽动、串联、胁迫、以财物诱使、幕后操纵他人信访或者以信访为名借机敛财的；</p> <p>（六）扰乱公共秩序、妨害国家和公共安全的其他行为。</p>	<p><b>第二十六条</b> 信访人在信访过程中应当遵守法律、法规，不得损害国家、社会、集体的利益和其他公民的合法权利，自觉维护社会公共秩序和信访秩序，不得有下列行为：</p> <p>（一）在机关、单位办公场所周围、公共场所非法聚集，围堵、冲击机关、单位，拦截公务车辆，或者堵塞、阻断交通；</p> <p>（二）携带危险物品、管制器具；</p> <p>（三）侮辱、殴打、威胁机关、单位工作人员，非法限制他人人身自由，或者毁坏财物；</p> <p>（四）在信访接待场所滞留、滋事，或者将生活不能自理的人弃留在信访接待场所；</p> <p>（五）煽动、串联、胁迫、以财物诱使、幕后操纵他人信访，或者以信访为名借机敛财；</p> <p>（六）其他扰乱公共秩序、妨害国家和公共安全的行为。</p>

## 第四章 信访事项的办理

2005.05.01 信访条例	2022.05.01 信访工作条例
<p><b>新增</b></p>	<p><b>第二十七条</b> 各级机关、单位及其工作人员应当根据各自职责和有关规定，按照诉求合理的解决问题到位、诉求无理的思想教育到位、生活困难的帮扶救助到位、行为违法的依法处理的要求，依法按政策及时就地解决群众合法合理诉求，维护正常信访秩序。</p>



<p><b>第二十八条</b> 行政机关及其工作人员办理信访事项，应当恪尽职守、秉公办事，查明事实、分清责任，宣传法制、教育疏导，及时妥善处理，不得推诿、敷衍、拖延。</p>	<p><b>第二十八条</b> 各级机关、单位及其工作人员办理信访事项，应当恪尽职守、秉公办事，查明事实、分清责任，加强教育疏导，及时妥善处理，不得推诿、敷衍、拖延。</p>
	<p>各级机关、单位应当按照诉讼与信访分离制度要求，将涉及民事、行政、刑事等诉讼权利救济的信访事项从普通信访体制中分离出来，由有关政法部门依法处理。</p> <p>各级机关、单位工作人员与信访事项或者信访人有直接利害关系的，应当回避。</p>
<p><b>第三十条</b> 行政机关工作人员与信访事项或者信访人有直接利害关系的，应当回避。</p>	
<p><b>第二十九条</b> 信访人反映的情况，提出的建议、意见，有利于行政机关改进工作、促进国民经济和社会发展的，有关行政机关应当认真研究论证并积极采纳。</p>	
<p><b>第八条第一款</b> 信访人反映的情况，提出的建议、意见，对国民经济和社会发展或者对改进国家机关工作以及保护社会公共利益有贡献的，由有关行政机关或者单位给予奖励。</p>	
<p>新增</p>	
<p>新增</p>	
<p><b>第三十二条</b> 对信访事项有权处理的行政机关经调查核实，应当依照有关法律、法规、规章及其他有关规定，分别作出以下处理，并书面答复信访人：</p> <p>（一）请求事实清楚，符合法律、法规、规章或者其他有关规定的，予以支持；</p> <p>（二）请求事由合理但缺乏法律依据的，应当对信访人做好解释工作；</p> <p>（三）请求缺乏事实根据或者不符合法律、法规、规章或者其他有关规定的，不予支持。</p> <p>有权处理的行政机关依照前款第（一）项规定作出支持信访请求意见的，应当督促有关机关或者单位执行。</p>	
<p>新增</p>	
<p><b>第三十三条</b> 信访事项应当自受理之日起60日内办结；情况复杂的，经本行政机关负责人批准，可以适当延长办理期限，但延长期限不得超过30日，并告知信访人延期理由。法律、行政法规另有规定的，从其规定。</p>	
<p><b>第三十四条</b> 信访人对行政机关作出的信访事项处理意见不服的，可以自收到书面答复之日</p>	



<p>起 30 日内请求原办理行政机关的上一级行政机关复查。收到复查请求的行政机关应当自收到复查请求之日起 30 日内提出复查意见，并予以书面答复。</p>	
<p>第三十五条 信访人对复查意见不服的，可以自收到书面答复之日起 30 日内向复查机关的上一级行政机关请求复核。收到复核请求的行政机关应当自收到复核请求之日起 30 日内提出复核意见。</p>	
<p>复核机关可以按照本条例第三十一条第二款的规定举行听证，经过听证的复核意见可以依法向社会公示。听证所需时间不计算在前款规定的期限内。</p>	
<p>信访人对复核意见不服，仍然以同一事实和理由提出投诉请求的，各级人民政府信访工作机构和其他行政机关不再受理。</p>	
<p>新增</p>	

### 第五章 监督和追责

2005.05.01 信访条例	2022.05.01 信访工作条例
<p><b>新增</b></p>	<p><b>第三十八条</b> 各级党委和政府应当对开展信访工作、落实信访工作责任的情况组织专项督查。</p> <p>信访工作联席会议及其办公室、党委和政府信访部门应当根据工作需要开展督查，就发现的问题向有关地方和部门进行反馈，重要问题向本级党委和政府报告。</p> <p>各级党委和政府督查部门应当将疑难复杂信访问题列入督查范围。</p>
<p><b>第七条</b> 各级人民政府应当建立健全信访工作责任制，对信访工作中的失职、渎职行为，严格依照有关法律、行政法规和本条例的规定，追究有关责任人员的责任，并在一定范围内予以通报。</p> <p>各级人民政府应当将信访工作绩效纳入公务员考核体系。</p>	<p><b>第三十九条</b> 各级党委和政府应当以依规依法及时就地解决信访问题为导向，每年对信访工作情况进行考核。考核结果应当在适当范围内通报，并作为对领导班子和有关领导干部综合评价的重要参考。</p>
<p><b>第八条第二款</b> 对在信访工作中做出<b>优异成绩</b>的单位或者个人，由有关行政机关<b>给予奖励</b>。</p>	<p>对在信访工作中作出<b>突出</b>成绩和<b>贡献</b>的<b>机关</b>、单位或者个人，<b>可以</b>按照有关规定给予<b>表彰</b>和<b>奖励</b>。</p> <p>对在信访工作中履职不力、存在严重问题的领导班子和领导干部，视情节轻重，由信访工作</p>



	<p>联席会议进行约谈、通报、挂牌督办，责令限期整改。</p>
<p><b>第三十八条</b> 县级以上人民政府信访工作机构对在信访工作中<b>推诿、敷衍、拖延、弄虚作假</b>造成严重后果的行政机关工作人员，可以向有关行政机关提出给予行政处分的建议。</p>	<p><b>第四十条</b> 党委和政府信访部门发现有关机关、单位存在<b>违反信访工作规定受理、办理信访事项，办理信访事项推诿、敷衍、拖延、弄虚作假或者拒不执行信访处理意见等</b>情形的，应当及时督办，并提出改进工作的建议。</p>
<p><b>第三十七条</b> 县级以上人民政府信访工作机构对于信访人反映的<b>有关政策性问题</b>，应当及时向本级人民政府<b>报告，并提出完善政策、解决问题的建议。</b></p>	<p>对工作中发现的有关政策性问题，应当及时向本级党委和政府报告，并提出完善政策的建议。</p>
<p><b>第三十六条</b> 县级以上人民政府信访工作机构发现有关行政机关有下列情形之一的，应当及时督办，并提出改进建议：</p> <p>（一）无正当理由未按规定的办理期限办结信访事项的；</p> <p>（二）未按规定反馈信访事项办理结果的；</p> <p>（三）未按规定程序办理信访事项的；</p> <p>（四）<b>办理信访事项推诿、敷衍、拖延的；</b></p> <p>（五）不执行信访处理意见的；</p> <p>（六）其他需要督办的情形。</p> <p>收到改进建议的行政机关应当在 30 日内书面反馈情况；未采纳改进建议的，应当说明理由。</p>	<p>对在信访工作中推诿、敷衍、拖延、弄虚作假造成严重后果的机关、单位及其工作人员，应当向有管理权限的机关、单位提出追究责任的建议。</p> <p>对信访部门提出的改进工作、完善政策、追究责任的建议，有关机关、单位应当书面反馈采纳情况。</p>
<p><b>第三十九条</b> 县级以上人民政府信访工作机构应当就以下事项向本级人民政府定期提交信访情况分析报告：</p> <p>（一）受理<b>信访事项的数据统计、信访事项涉及领域以及被投诉较多的机关</b>；</p> <p>（二）<b>转送、督办情况</b>以及各部门采纳改进建议的情况；</p> <p>（三）<b>提出的政策性建议及其被采纳情况。</b></p>	<p><b>第四十一条</b> 党委和政府信访部门应当编制信访情况年度报告，<b>每年</b>向本级党委和政府、上一级党委和<b>政府信访部门报告</b>。年度报告应当包括下列内容：</p> <p>（一）信访事项的数据统计、信访事项涉及领域以及被投诉较多的<b>机关、单位</b>；</p> <p>（二）<b>党委和政府信访部门转送、交办、督办情况</b>；</p> <p>（三）<b>党委和政府信访部门提出改进工作、完善政策、追究责任</b>建议以及被采纳情况；</p> <p>（四）<b>其他应当报告的事项。</b></p> <p>根据巡视巡察工作需要，党委和政府信访部门应当向巡视巡察机构提供被巡视巡察地区、单位领导班子及其成员和下一级主要负责人有关信访举报，落实信访工作责任制，具有苗头性、倾向性的重要信访问题，需要巡视巡察工作关注的重要信访事项等情况。</p>
<p><b>第四十条</b> 因下列情形之一导致信访事项发生，造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照有关法律、行政法规的</p>	<p><b>第四十二条</b> 因下列情形之一导致信访事项发生，造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依规依纪依法严肃处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任：</p>



<p>规定给予行政处分；<b>构成犯罪的，依法追究刑事责任：</b></p> <p>（一）<b>超越或者滥用职权，侵害信访人合法权益的；</b></p> <p>（二）<b>行政机关应当作为而不作为，侵害信访人合法权益的；</b></p> <p>（三）<b>适用法律、法规错误或者违反法定程序，侵害信访人合法权益的；</b></p> <p>（四）<b>拒不执行有权处理的行政机关作出的支持信访请求意见的。</b></p>	<p>（一）超越或者滥用职权，侵害<b>公民、法人或者其他组织</b>合法权益；</p> <p>（二）应当作为而不作为，侵害<b>公民、法人或者其他组织</b>合法权益；</p> <p>（三）适用法律、法规错误或者违反法定程序，侵害<b>公民、法人或者其他组织</b>合法权益；</p> <p>（四）拒不执行有权处理机关、单位作出的支持信访请求意见。</p>
<p><b>第四十一条</b> 县级以上人民政府信访工作机构对收到的信访事项应当登记、转送、交办而未按规定登记、转送、交办，或者应当履行督办职责而未履行的，由其上级行政机关责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。</p>	<p><b>第四十三条</b> 各级党委和政府信访部门对收到的信访事项应当登记、转送、交办而未按照规定登记、转送、交办，或者应当履行督办职责而未履行的，由其上级机关责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员<b>依规依纪依法严肃处理</b>。</p>
<p><b>第四十二条</b> 负有受理信访事项职责的行政机关在受理信访事项过程中违反本条例的规定，<b>有下列情形之一的，由其上级行政机关责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分：</b></p> <p>（一）<b>对收到的信访事项不按规定登记的；</b></p> <p>（二）<b>对属于其法定职权范围的信访事项不予受理的；</b></p> <p>（三）<b>行政机关未在规定期限内书面告知信访人是否受理信访事项的。</b></p>	<p><b>第四十四条</b> 负有受理信访事项职责的机关、单位有下列情形之一的，由其上级机关、单位责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员<b>依规依纪依法严肃处理</b>：</p> <p>（一）对收到的信访事项不按照规定登记；</p> <p>（二）对属于其职权范围的信访事项不予受理；</p> <p>（三）未在规定期限内书面告知信访人是否受理信访事项。</p>
<p><b>第四十三条</b> 对信访事项有权处理的行政机关在办理信访事项过程中，有下列行为之一的，由其上级行政机关责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分：</p> <p>（一）<b>推诿、敷衍、拖延信访事项办理或者未在法定期限内办结信访事项的；</b></p> <p>（二）<b>对事实清楚，符合法律、法规、规章或者其他有关规定的投诉请求未予支持的。</b></p>	<p><b>第四十五条</b> 对信访事项有权处理的机关、单位有下列情形之一的，由其上级机关、单位责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员<b>依规依纪依法严肃处理</b>：</p> <p>（一）推诿、敷衍、拖延信访事项办理或者未在法定期限内办结信访事项；</p> <p>（二）对事实清楚，符合法律、法规、规章或者其他有关规定的投诉请求未予支持；</p> <p>（三）对党委和政府信访部门提出的改进工作、完善政策等建议重视不够、落实不力，导致问题长期得不到解决；</p> <p>（四）其他不履行或者不正确履行信访事项处理职责的情形。</p>
<p><b>第四十五条</b> 行政机关及其工作人员违反本条例第二十六条规定，<b>对可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息，隐瞒、谎报、缓报，或者授意他人隐瞒、谎报、缓报，造成严重</b></p>	<p><b>第四十六条</b> 有关机关、单位及其领导干部、工作人员有下列情形之一的，由其上级机关、单位责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员<b>依规依纪依法严肃处理</b>；构成犯罪的，依法追究刑事责任：</p>



<p>后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p>	<p>(一) 对待信访人态度恶劣、作风粗暴，损害党群干群关系；</p>
<p><b>第四十四条</b> 行政机关工作人员违反本条例规定，<b>将信访人的检举、揭发材料或者有关情况透露、转给被检举、揭发的人员或者单位的</b>，依法给予行政处分。</p> <p>行政机关工作人员在处理信访事项过程中，作风粗暴，激化矛盾并造成严重后果的，依法给予行政处分。</p>	<p>(二) 在处理信访事项过程中吃拿卡要、谋取私利；</p>
<p><b>第二十三条</b> 行政机关及其工作人员不得<b>将信访人的检举、揭发材料及有关情况透露或者转给被检举、揭发的人员或者单位</b>。</p>	<p>(三) 对规模性集体访、负面舆情等处置不力，导致事态扩大；</p>
<p><b>第四十六条</b> <b>打击报复信访人</b>，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分或者纪律处分。</p>	<p>(四) 对可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息隐瞒、谎报、缓报，或者未依法及时采取必要措施；</p>
<p><b>第四十七条</b> 违反本条例第十八条、第二十条规定的，有关国家机关工作人员应当对信访人进行劝阻、批评或者教育。</p>	<p>(五) 将信访人的检举、揭发材料或者有关情况透露、转给被检举、揭发的人员或者单位；</p>
<p><del>经劝阻、批评和教育无效的，由公安机关予以警告、训诫或者制止；违反集会游行示威的法律、行政法规，或者构成违反治安管理行为的，由公安机关依法采取必要的现场处置措施、给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</del></p>	<p>(六) 打击报复信访人；</p>
<p><b>第四十八条</b> 信访人捏造歪曲事实、诬告陷害他人，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由公安机关依法给予治安管理处罚。</p>	<p>(七) 其他违规违纪违法的情形。</p>
<p><b>第四十七条</b> 违反本条例第十八条、第二十条规定的，有关国家机关工作人员应当对信访人进行劝阻、批评或者教育。</p>	<p><b>第四十七条</b> 信访人违反本条例第二十条、第二十六条规定的，有关机关、单位工作人员应当对其进行劝阻、批评或者教育。</p>
<p><del>经劝阻、批评和教育无效的，由公安机关予以警告、训诫或者制止；违反集会游行示威的法律、行政法规，或者构成违反治安管理行为的，由公安机关依法采取必要的现场处置措施、给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</del></p>	<p><b>信访人滋事扰序、缠访闹访情节严重，构成违反治安管理行为的</b>，或者违反集会游行示威相关法律法规的，由公安机关依法采取必要的现场处置措施、给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p>
<p><b>第四十八条</b> 信访人捏造歪曲事实、诬告陷害他人，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由公安机关依法给予治安管理处罚。</p>	<p>信访人捏造歪曲事实、诬告陷害他人，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；<b>构成犯罪的，依法追究刑事责任。</b></p>

## 第六章 附则

2005.05.01 信访条例	2022.05.01 信访工作条例
<p><b>第五十条</b> 对外国人、无国籍人、外国组织信访事项的处理，参照本条例执行。</p>	<p><b>第四十八条</b> 对外国人、无国籍人、外国组织信访事项的处理，参照本条例执行。</p>
	<p><b>第四十九条</b> 本条例由国家信访局负责解释。</p>
<p><b>第五十一条</b> 本条例自 2005 年 5 月 1 日起施行。</p> <p>1995 年 10 月 28 日国务院发布的《信访条例》同时废止</p>	<p><b>第五十条</b> 本条例自 2022 年 5 月 1 日起施行。</p>



信访工作是党的群众工作的重要组成部分，是了解社情民意的重要窗口。《信访工作条例》以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻习近平总书记关于加强和改进人民信访工作的重要思想，总结党长期以来领导和开展信访工作经验特别是党的十八大以来信访工作制度改革成果，坚持和加强党对信访工作的全面领导，理顺信访工作体制机制，是新时代信访工作的基本遵循。

信访工作联席会议、信访部门要牢记职责使命，坚持人民至上，强化问题导向，主动担当作为，不断提高工作能力和水平。

### 廖潇歌 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人

七方公共法律服务部 主任

上海律协社会公共服务业务研究委员会

副主任

徐汇区人大代表

执业领域：城市更新（不动产征收）、

社区治理、人民调解、行政应诉





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

上海律协行政法业务研究委员会 干事

业务方向：不动产征收、公共法律服务、  
行政法

联系方式：13636308387



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、公共法律服务、  
企业法律顾问

联系方式：13127986251



## 惩罚性赔偿，不能想用就用

作者：孙志勇

3月25日，多个法律自媒体报道了天津自由贸易试验区人民法院审理的一起不正当竞争案件，法院认定被告销售无人直播手机的行为违反了《反不正当竞争法》第2条，构成对原告的不正当竞争，并适用惩罚性赔偿判决被告赔偿原告经济损失及合理开支共计73万余元。

本文疑惑的是，针对违反《反不正当竞争法》第2条一般条款的行为，可以适用惩罚性赔偿吗？换句话说，在不正当竞争领域，惩罚性赔偿的适用边界在哪里？



众所周知，惩罚性赔偿制度作为一项特殊的民事责任制度，其适用范围必须有法律的明确规定。我国《民法典》第179条第2款规定，“法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定”。因此，回答这一问题，就是要看在不正当竞争领域，关于惩罚性赔偿的规定有哪些。

从《反不正当竞争法》的规定来看，关于惩罚性赔偿只体现在第17条第三款的规定中，具体内容是，“因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开

支”。也就是说，根据《反不正当竞争法》，只有侵犯商业秘密的行为才能适用惩罚性赔偿，而侵犯商业秘密的行为规定在《反不正当竞争法》第9条，不适用《反不正当竞争法》第2条的规定。

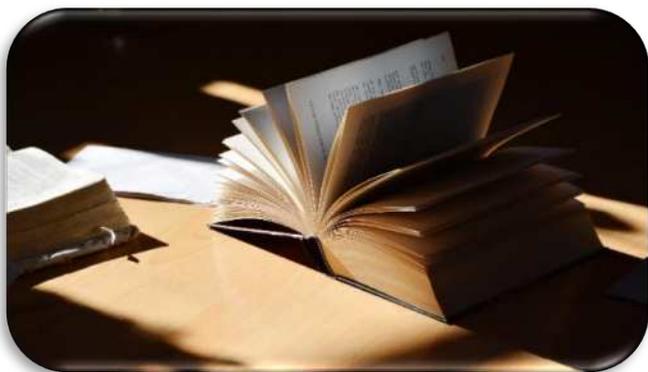
专门法没有规定，那基本法有没有规定呢？我们再看《民法典》。关于惩罚性赔偿，《民法典》在第1185条知识产权侵权责任、第1207条产品侵权责任和第1232条环境侵权责任中作了规定。与不正当竞争可能相关的，只有《民法典》第1185条的规定，具体内容是，“故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿”。也就是说，不正当竞争行为侵害他人知识产权的，也可以适用惩罚性赔偿，该条的保护客体是知识产权。





什么是知识产权？《民法典》第 123 条作了规定，知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利，这些客体包括作品，发明、实用新型、外观设计，商标，地理标志，商业秘密，集成电路布图设计，植物新品种和法律规定的其他客体。可见，我国遵循知识产权法定原则，其客体必须由法律明确规定，不能自行设定或随意扩张。

因此，适用《民法典》第 1185 条惩罚性赔偿的前提是，涉案行为是侵害了知识产权的行为，并且没有特别法的明确规定。而依据《反不正当竞争法》第 2 条所规制的行为，是该法第二章以及专利法、商标法、著作权法等规定之外的行为，绝大部分不属于知识产权的保护范围。



回到本案中，原告腾讯公司运营有 NOW 直播 APP、腾讯直播 APP，其主张被告的侵权行为是被告销售经过改装的手机可以在原告运营的平台为直播用户实现无人直播功能，也就是用户使用该手机可以在直播平台上播放手机预存的视频以达到真人直播的效果。法院认定这一行为“损害了腾讯公司和一般直播用户的合法权益，扰乱了市场竞争秩序，有违公平、诚信原则和商业道德，依法构成不正当竞争”，由此可见，本案中并不涉及任何侵害知识产权的问题，因此无法适用《民法典》关于惩罚性赔偿的规定。

既然如此，那本案法院适用惩罚性赔偿的法律依据是什么呢？从判决书内容来看，其依据是《民法典》第 1185 条和《最高人民法院关于审理侵权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第一条第一款、第四条、第五条第一款、第六条第一款的规定。除了司法解释的



名称可能因笔误而存在错误之外，该司法解释全称应为《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》，法院在论述时并没有论证本案可适用

《民法典》第 1185 条的依据，而是直接默认涉案行为是侵害知识产权的行为，虽然本案案由是不正当竞争纠纷。

---

本文认为，惩罚性赔偿的适用应当秉持审慎谦抑的原则，应当有明确的法律依据，不能想用就用，该案的法律适用存在可商榷之处。

---



### 孙志勇 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人  
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



## 新《反不正当竞争法司法解释》解读

作者：孙志勇

3月20日，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》（以下简称《解释》）正式施行。《解释》是在总结多年司法实践经验的基础上，将形成共识的案件裁判规则上升为司法解释，重点对《反不正当竞争法》第二条、仿冒混淆、虚假宣传、网络不正当竞争行为等问题作出了细化规定，对进一步统一裁判尺度、明晰保护规则有着重要意义。本文拟就《解释》的重点内容作一解读。

### 一、细化了《反不正当竞争法》第二条的适用条件

关于《反不正当竞争法》与《著作权法》《商标法》等知识产权专门法的关系，究竟是“补充保护”还是“平行保护”，不管在理论上还是在实践中，均有不同的看法和观点。早在2009年，最高人民法院在《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》[法发（2009）23号]中对这一问题曾有过论述，主要观点是，凡知识产权专门法已作穷尽规定的，原则上不再以反不正当竞争法作扩展保护，凡反不正当竞争法已在特

别规定中作穷尽性保护的，一般不再按照原则规定扩展其保护范围，体现了对创新和自由竞争的保护。

近些年来，随着网络不正当竞争行为的大量出现，《反不正当竞争法》第二条作为一般条款的适用问题，再次成为实践中的热点和难点问题。

一方面，由于法律规定的滞后性，许多新类型的不正当竞争行为，在知识产权专门法和《反不正当竞争法》特别规定中均找不到立法规范，大量案件在司法处理时不



得不求助于一般条款，来保证《反不正当竞争法》适用的灵活性和个案公正，比如 2015 年最高人民法院发布的第 45 号指导性案例“百度诉奥商”案等。

另一方面，实践中也存在法律适用向一般条款逃逸的现象，而且，一般条款在规定上存在的原则性和抽象性，使得裁判结果会因裁判者的认识以及对法律的理解不同而具有较大的不确定性。比如，在有关“同人作品”案件中，广州市天河区人民法院审理的（2016）粤 0106 民初 12068 号金庸诉江南《此间的少年》案，法院认为被告使用原告作品中人物姓名的行为夺取了本该由原告享有的商业利益，根据《反不正当竞争法》一般条款认定被告构成不正当竞争；而北京市朝阳区人民法院审理的（2017）京 0105 民初 10025 号东阳正午阳光影视公司诉太平人寿公司“《欢乐颂》五美”案，法院认为涉案电视剧一旦投放市场就成为公共文化生活的一部分，被告在对其保险产品进行类型划分时

使用剧名《欢乐颂》、“五美”人物设置以及部分剧照的行为，不会构成混淆，也不会给原告造成损害。还比如，针对在竞价排名服务中隐性使用他人商业标识作为推广关键词的行为，实践中也认识不一，北京市高级人民法院在（2018）京民再 177 号案中认为该行为攫取了原告的交易机会，挤占了原告的市场利益，降低了其竞争优势，构成不正当竞争；而上海市浦东新区人民法院在（2020）沪 0115 民初 3814 号案中认为该行为是一种市场竞争的手段，在开放的竞争环境下，符合现代销售和合法竞争的精神，未扰乱正常的市场竞争秩序，亦不违反诚信原则和公认的商业道德，不构成不正当竞争。审判标准不统一，使得实践中要求审慎、规范适用《反不正当竞争法》第二条的呼声甚高。

受此影响，《解释》（征求意见稿）曾对《反不正当竞争法》第二条的适用规定了非常严苛的条件，除了规定“对于反不正当竞争法第二章等有关法律明确列举的



行为，当事人主张适用反不正当竞争法第二条的，人民法院不予支持”之外，还规定“当事人仅以利益受到损害为由主张适用反不正当竞争法第二条，但不能举证证明损害经营者利益的行为扰乱市场竞争秩序的，人民法院依法不予支持”。

或许考虑到《反不正当竞争法》第二条的适用对当前规范市场竞争秩序有其现实必要性，《解释》最终对这一问题的回应是，仅明确规定了对违反《反不正当竞争法》第二章（即仿冒混淆等《反不正当竞争法》明确列举的不正当竞争行为）以及专利法、商标法、著作权法等规定之外的，扰乱市场竞争秩序、损害其他经营者或者消费者合法权益的行为，可以适用《反不正当竞争法》第二条。

同时，为指导裁判实践并规范裁量权，《解释》明确了《反不正当竞争法》第二条中“商业道德”的概念和判断标准，在判断时“应当综合考虑”行业规则、商业惯例、对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响等，“可以参考”行业规范、自律公约。总体而言，相关考虑因素仍然较为原则和主观，仍然需要裁判者根据其对法律和行业的理解作出认定和判断，但概念的界定还是为裁判者正确分析提供了重要标准。

另外，《解释》还确认了司法实践中对“竞争关系”的泛化认定，并不要求存在直接竞争关系或者处于同一行业，明确了“存在可能的争夺交易机会、损害竞争优势等关系的市场主体”都属于《反不正当竞争法》第二条中的“其他经营者”。

## 二、增加了仿冒混淆行为的客体

仿冒混淆行为是一种典型的“搭便车”行为，在不正当竞争行为中占有较大比重，《反不正当竞

争法》第六条分为四项，对仿冒混淆行为的客体，包括商品名称、企业名称、域名网站等作出了规定。



《解释》从“具有一定的市场知名度”和“具有区别商品来源的显著特征”两个方面来识别，认为只要具有这两个特征的，都可以认定为《反不正当竞争法》第六条中规定的“有一定影响的”标识，降低了标识保护的门槛，扩大了保护范围。

在具体规定上，也作出了扩展和细化的规定：

其一，《反不正当竞争法》第六条对擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）、域名主体部分、网站名称、网页等标识的行为作出了规定，而《解释》在第十一条规定，擅自使用与上述标识“近似的标识”，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的，可以认定属于违反《反不正当竞争法》第六条的行为。

其二，细化了《反不正当竞争法》第六条第四项关于其他混淆行为的原则规定。一是明确了将擅自使用《反不正当竞争法》第六条前

三项规定以外的“有一定影响的”标识，适用第四项进行规制，这其中就可能包括一些新型商业标识。比如，北京知识产权法院在近日审结的一起涉及企业官方微博的不正当竞争案件中，虽然法院最终认定在案证据不能证明涉案微博“有一定影响”，未支持原告诉请，但法院也明确指出，如果企业的官方微博等自媒体平台官方账号经长期宣传使用，具有一定知名度，可以起到识别商品来源的作用，那么该官方账号的知名度亦应当受到反不正当竞争法的保护，法院可以依照反不正当竞争法第六条第四项予以认定。二是明确了“将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众”的，适用《反不正当竞争法》第六条第四项规制，改变了之前实践中部分法院对该行为适用《反不正当竞争法》第二条规制的做法，同时与《商标法》相衔接，对将他人注册商标作为企业字号在相同或类似商品上突出使用的，仍由《商标法》进行调整。



其三，强化了对通用名称、图形等缺乏显著特征的标识，在经使用取得显著特征并具有一定市场知名度情况下的保护力度。根据《解释》第五条的规定，一方面将此种情况下的保护范围从原来的“特有的名称、包装、装潢”改变

为全部标识，另一方面实现了与《商标法》第十一条的有效衔接，在此种情况下，对于商标标识如果因为商标侵权对“相同类别或类似类别”的要求而不能认定为商标侵权的，还可以根据《反不正当竞争法》第六条作出认定和裁判。

### 三、增加了“销售”包含有混淆标识商品的责任

对于仿冒混淆，《反不正当竞争法》所规制的一直是“擅自使用”他人标识引起混淆的行为，那“擅自使用”行为是否包括“销售”行为呢？

最高人民法院在（2015）民申字第302号、（2015）民申字第551号案件中均认为，《反不正当竞争法》“规定中的使用行为应指直接使用行为，也就是生产商的生产、制造以及销售被控侵权产品行为，而不包括仅仅作为被控侵权产品销售商的销售行为”。

包括在2017年《反不正当竞争法》修订过程中，曾有意见提出增加相应规定，就是规定“明知或者应知载有引人误认的知名商品

的名称、包装、装潢等，仍进行销售、展示或者为销售、展示而购买、存储，也属于不正当竞争行为”，但最终这一建议没有被立法机关采纳。

然而，随着实践中不正当竞争行为更加复杂多样，《解释》对这一问题作出了调整，把销售包含有混淆标识商品的行为作为不正当竞争行为，其第十四条规定，“经营者销售带有违反反不正当竞争法第六条规定的标识的商品，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系，当事人主张构成反不正当竞争法第六条规定的情形的，人民法院应予支持”。



与此同时，与《商标法》第六十四条所规定的合法来源抗辩相同，《解释》也赋予了销售者合法来源抗辩权，如果销售者不知道是侵权商品，能证明该商品是自己合

法取得并说明提供者的，虽然侵权行为成立，需要承担停止侵权责任，但是可以不承担民事赔偿责任。

#### 四、明确了虚假宣传行为中请求赔偿损失的举证责任

《反不正当竞争法》第八条规定了经营者不得作虚假或者引人误解的商业宣传，与主张商业诋毁行为的当事人应当举证证明其为该商业诋毁行为的特定损害对象不同，实践中，对于向法院主张虚假宣传行为的当事人，法律并无特别规定，法院也不以当事人受到直接损害为要件来判断虚假宣传行为是否成立。

好多公司”的宣传用语“比车商多卖 XX 元”构成虚假宣传，但法院同时认为，“即便被告因被控虚假宣传行为增加了商业机会获取的可能性，也不能因此得出必然会对原告造成损害后果的结论。因此，原告需举证证明其合法权益已经因被控侵权行为遭受直接损害，才有权要求被控侵权行为的实施者对其进行经济赔偿”，并据此未支持原告主张赔偿损失的请求。

针对虚假宣传行为这一非指向性的特征，《解释》在第十八条明确规定，当事人主张经营者虚假宣传并请求赔偿损失的，“应当举证证明其因虚假或者引人误解的商业宣传行为受到损失”。司法实践中，上海市普陀区人民法院在(2018)沪 0107 民初 15944 号“车王公司”与“车好多公司”不正当竞争纠纷一案中，法院认定“车

值得注意的是，《解释》在第二十三条规定，对《反不正当竞争法》第八条规定的虚假宣传行为，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定，当事人主张依据《反不正当竞争法》第十七条第四款确定赔偿数额的，法院应予支持。该规定与《解释》第十八条似乎存在矛盾，



但结合《解释》（征求意见稿）的规定来看，对于因虚假宣传主张赔偿损失的，征求意见稿规定应当举证证明因虚假宣传行为“所受到的损失”，而正式稿中规定应当举证证明因虚假宣传行为“受到损失”，两者之间还是存在区别。

因此，结合两条规定，可以理解为，当事人主张经营者虚假宣传并请求赔偿损失的，应当举证证明其受到损失，但实际损失难以确定的，可以适用500万元以下的法定赔偿。比如，在北京市海淀区人民法院（2017）京0108民初53730号“人人车公司”与“车好多公司”不正当竞争纠纷一案中，法院

认定“车好多公司”的宣传用语“成交量排名遥遥领先”“成交量排名全国领先”构成虚假宣传，法院同时认为，“鉴于C2C模式中二手车交易平台以人人车公司和车好多公司为主要竞争经营者，这不同于存在众多竞争者的市场竞争状态，二者是直接的利益相关者，车好多公司的虚假宣传行为对人人车公司会产生损害的直接相关性和主要针对性”，也就是说，在案证据能够证明人人车公司的确受到损失，故而判决车好多公司赔偿人人车公司经济损失及维权合理开支共计300万元。

### 五、细化了互联网专条的适用条件

《反不正当竞争法》第十二条，也称为“互联网专条”，规定了四种网络不正当竞争行为。《解释》在其征求意见稿中，用五个条款对《反不正当竞争法》第十二条第二款所规定的四项行为分别作出了细化规定，但最终，《解释》删除了对于恶意不兼容、数据权益

以及第四项所规定的兜底条款的细化规定。

针对《反不正当竞争法》第十二条第二款第一项“未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转”的行为，《解释》对其进行了细化和拆分，拆分为“插入链接进行目标跳转”和“强制进行



目标跳转”，并以是否经过用户同意作为其判定标准。未经用户同意的强制跳转构成不正当竞争，而对用户触发的跳转，则需进一步考虑插入链接的具体方式、是否具有合理理由以及对用户利益和其他经营者利益的影响等因素进行综合认定。

针对《反不正当竞争法》第十二条第二款第二项“误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务”的行为，《解释》扩大了规制的行为范围，在明确列举的“误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载”行为后增加了“等方式”，目的是希望进一步覆盖实践中可能出现的新行为，这里的“等方式”，不应仅理解为对“修改、关闭、卸载”的补充，还应包括对“误导、欺骗、强迫”方式的补充。另外，《解释》第二十二條中增加了“事前未明确提示并经用户同意”和“恶意”的表述，实际上这是“误导、欺骗、强迫”等文字本身所蕴含的基本含义，只是作了进一步强化。

值得说明的是，由于《反不正当竞争法》第十二条第二款的文本表述本身存在不够清晰明确的问题，导致实践中能够真正适用互联网专条的案件并不多。在其“经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为……”的表述中，“利用技术手段”被理解为适用该条的前提条件，但是，实践中有些妨碍、破坏网络产品的行为在互联网环境中也并不需要技术手段即可实现；而“妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行”通常被理解为适用该条的结果要件，但实践中有些不正当竞争行为并不会影响他人网络产品或者服务的正常运行。正因为如此，实践中可以直接援引《反不正当竞争法》第十二条进行裁判的案件并不多，大量案件最终不得不寻求一般条款来进行法律评价，《反不正当竞争法》第十二条的适用条件存在进一步调整和修正的空间。



## 六、增加了可适用法定赔偿的侵权行为类型

根据《反不正当竞争法》第十七条第四款的规定，违反《反不正当竞争法》第六条（即商业混淆行为）、第九条（即侵犯商业秘密行为）规定的，在权利人损失或者侵权人获利难以确定的情况下，可以适用500万元以下的法定赔偿。

《解释》总结和确认了司法实践中形成的共识，增加了可适用法定赔偿的侵权行为类型。其在第二十三条规定，对于《反不正当竞争法》第二条、第八条、第十一条、第十二条规定的不正当竞争行为，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难

以确定，当事人主张依据反不正当竞争法第十七条第四款确定赔偿数额的，人民法院应予支持。

针对《反不正当竞争法》所规定的虚假宣传、商业诋毁行为，原司法解释规定可以参照侵犯商标权损害赔偿额的确定方法，《解释》确认可以适用《反不正当竞争法》规定的法定赔偿。同时新增了对违反《反不正当竞争法》一般条款以及互联网专条的行为，也可以适用法定赔偿，这是对实践中大量违反《反不正当竞争法》第二条案件适用法定赔偿的一种确认。

## 七、明确了不可将网购者可以任意选择的收货地作为确定管辖依据

关于不正当竞争行为的管辖问题，在《反不正当竞争法》以及之前的司法解释中均未作出明确规定，在实践中基本上是适用民事诉讼法关于侵权行为的一般性规定，即由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

而根据《民事诉讼法司法解释》第二十四条规定，侵权行为地包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。因此在实践中，许多当事人将网购行为的收货地作为侵权结果发生地，并以此作为管辖依据提起诉讼。然而，网购者的收货地具



有极大的随意性，如果以此作为确定地域管辖的依据，则会从事实上架空民事诉讼法关于地域管辖的相关规定。

对此，最高人民法院已多次在管辖权异议案件中表明了观点，比如在（2016）最高法民辖终107号案件中，最高人民法院指出，在侵犯知识产权和不正当竞争案件中，当事人通过网络购物方式购买被诉侵权产品，不宜以网络购物收货地作为侵权行为地确定管辖。该裁决确定的“网络购物收货地不宜作为知识产权和不正当竞争案件的侵权行为地”规则，被写入《最高人民法院知识产权案件年度报告（2017）》。而在（2018）最高法

民辖终93号案件中，最高人民法院进一步指出，在网络环境下，知识产权侵权案件中的销售行为地原则上包括不以网络购买者的意志为转移的网络销售商主要经营地、被诉侵权产品储藏地、发货地或者查封扣押地等，但网络购买方可以随意选择的网络购物收货地通常不宜作为网络销售行为地。

《解释》首次在司法解释层面明文确定了这一管辖规则。为了避免歧义，《解释》还删除了征求意见稿中“侵权行为地包括侵权行为实施地、侵权结果发生地”的表述，应当是为了避免强化收货地与侵权结果发生地的联系。

---

《解释》规定的内容还有很多，值得认真学习和探讨。随着《解释》的施行，其具体和细化的规定，为行为人提供了更好的行为指引，也为裁判者提供了更好的裁判标准，必将对规范市场竞争秩序、促进社会经济发展、推动制度理论完善发挥重要作用。

---



## 继承代持股权，能否直接继承股东资格？

作者：吕连连

新权代持时，形式上登记在名义股东名下。实际出资人死亡时，其继承人能否要求继承名义股东名下的股权，把自己登记为公司股东呢？本文以案说法。

### 一、继承人可否向公司要求把名义股东的股权变更到自己名下？

上海金山区人民法院审理的戴某等与上海杜索公司股东资格确认纠纷【(2020)沪0116民初16816号案】中，被继承人周某之妻戴某，之子周大、周二作为原告起诉，主张第三人周某弟名下的股权系为周某代持，要求继承公司股权，并变更到自己名下。第三人周某弟与龙四系被继承人周某之弟弟和母亲。

法院认为：周某、周某弟均系龙四儿子，公司发起股东为周某、龙四，分别持股90%、10%，周某自公司成立开始即负责公司经营管理，虽然此后周某将股权转让给周某弟，但仍实际经营管理，相关证据显示周某弟确认是周某出资，其未参与公司经营，龙四对于前述代持及实际股东情况理应知情。故周某弟名下所持90%股权为周某所有。现周某死亡，公司章程对股权继承亦无特别规定，三原告作为继承人要求显名并确认股权比例，应予支持。判决支持原告诉请。

分析：被继承人死亡后，只有其生前的个人合法财产才能作为遗产继承。因股权代持的特殊性，从外在形式上，其权利人是名义股





东；从内在形式上，隐名股东的权利义务不是公司股东的权利义务，而是基于代持协议的合同性质的权利义务。一旦隐名股东死亡，其代持协议中又没有相关的股权继承规定，名义股东主张自己为实际

权利人时，股权就处于不确定状态，继承人就要承担代持协议真实存在的证明责任。而如果没有代持协议，继承人必须先通过多方证据举证证明该股权系实际属于被继承人的事实，续而主张股权继承。

### 二、确认股权代持后，继承人能否直接继承股权，成为公司股东？

最高人民法院（2018）民终88号案：原告父亲周某2015年去世，生前是A公司股东，遗嘱声明股权由原告继承。2007年A公司章程规定：自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格。2009年章程删除了该条，明确股东不得向股东以外的人转让股权。2015年章程又明确：死亡股东应及时办理股权转让。最终法院判决：A公司章程虽未约定死亡股东的股东资格不得继承，但根据股东不得向股东以

外的人转让股权的表述，可以认定排除股东资格继承是章程真实意思表示。原告虽立有遗嘱，仍驳回其继承股东资格的诉讼请求。

#### 分析：

#### 1. 若公司章程没有明确约定限制股权继承时，继承人可继承股东资格

《民法典》1123条：继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理。《公司法》第75条：自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。《公司法解释四》第46条：有限责任公司的自然人股东因继承发生变化时，其他股东主张依据公司法第71条第3款规定行使优先



购买权。人民法院不予支持，但公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。

继承要满足《民法典》和《公司法》的要求，同时继承人取得股东资格要不存在身份障碍，公务员、现役军人等特定身份的继承人不得依据《公司法》第 75 条继承股东资格，但可享有股权对应的财产权益，也可通过股权转让方式变现。继承人为外国人，可能涉及涉外诉讼中的管辖权和法律适用、以及该内资公司是否可以变更为外

商投资企业的问题。（在此不做讨论）

### 2. 若公司章程明确约定，继承人不得继承股东资格时，则无法继承股东资格

继承人直接继承股东资格，将极大破坏公司的人合性。继承人的强行介入容易导致公司治理出现混乱，如无法召开股东会，无法形成股东决议等。在这种情况下，继承人可以通过公司回购股权或其他股东受让股权等方式保障自己的财产权利。

## 三、如何进行股权继承的变更登记

《中华人民共和国公司登记管理条例》第 34 条：有限责任公司变更股东的，应当自变更之日起 30 日内申请变更登记，并应当提交新股东的主体资格证明或者自然人身份证明。有限责任公司的自然人股东死亡后，其合法继承人继承股东资格的，公司应当依照前款规定申请变更登记。

公司因股权继承向登记机关申请变更股东时，需要提交新股东

主体资格证明。有效的资格证明为继承权公证或者法院生效的确权文书。

### 1. 继承权公证

继承权公证要求提供被继承人的死亡证明、人事档案证明、也可提交公证处认可的其他亲属关系证明；其他全部继承人亲自到公证处办理放弃继承权声明或提供经公证的委托书；如果某一继承人不放弃继承权，即使已通过遗嘱指

定继承人，公证处也无法办理继承权公证。

## 2. 法院确权文书

如果各继承人之间存在争议，可以通过诉讼确认股权份额，取得法院确权文书方能进行变更登记。



## 四、总结

1. 代持股权继承，要确认隐名股东的股东资格，就必须举证是否存在股权代持协议或股权代持的事实，代持关系是否明确，其他股东是否知悉并认可。

2. 代持股权继承人能否继承股东资格，决定因素是继承人不存在身份障碍，且公司章程对股权继承无限制性规定。

3. 在上述基础上，可以凭继承权公证书或法院确权文书，申请办理股东变更登记。



### 吕连连 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

七方家事法律服务中心 实习律师

业务方向：家族律师、金融证券、

合同纠纷

联系方式：13564350327



# 医者仁心 律者思方



---

主 编：王晓鹏

编 辑：陈江松、朱好婕、赵发航、王睿、吕新雅

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：[www.7-dimension.com](http://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C、D座