



## 银行抵押预告登记效力与办理不动产证关系之研究

作者：王晓鹏

前段时间，笔者的一家商业银行顾问单位，在开展预售商品房贷款业务中遇到一个困扰：很多购房者在购买期房并办理贷款时，银行在期房上都进行了抵押预告登记，后期房屋交房后，购房人具备了办理不动产权登记（小产证）的条件，然而购房人出于延期征收房产税等考量，迟迟不愿办理小产证。而银行认为：根据《民法典》第二百二十一条第二款，“（抵押）预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起九十日内未申请登记的，预告登记失效。”现在小产证办理条件成就，意味着办理抵押本登记的条件也已经成就，此时如果购房人拖延办理小产证超过九十日，可能会导致原先的抵押预告登记失效，进而使得银行丧失未来可能的优先受偿权。因此银行要求购房人必须在限定的时间内办理小产证，但是购房人不予配合，甚至以办理小产证是个人自由为由，向银行提出投诉。

那么，在现行法律规定下，特别是“期转现”房屋贷款业务中，小产证的办理是否会影响预告抵押登记的效力？抵押预告登记的效力究竟和哪些因素有关？本文将做一个简要的分析。



## 一、现行法律规定中，关于预告抵押登记的相关规定

现行法律规定中，关于预告抵押登记制度主要规定在：

**《民法典》第二百二十一条：**  
“当事人签订买卖房屋的协议或者签订其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。”

预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起九十日内未申请登记的，预告登记失效。”

**《担保制度司法解释》第五十二条：**“当事人办理抵押预告登记后，预告登记权利人请求就抵押财产优先受偿，经审查存在尚未办理建筑物所有权首次登记、预告登记的财产与办理建筑物所有权首次登记时的财产不一致、抵押预告登记已经失效等情形，导致不具备办理抵押登记条件的，人民法院不予

支持；经审查已经办理建筑物所有权首次登记，且不存在预告登记失效等情形的，人民法院应予支持，并应当认定抵押权自预告登记之日起设立。”

**《不动产登记暂行条例实施细则》第八十五条：**“有下列情形之一的，当事人可以按照约定申请不动产预告登记：（一）商品房等不动产预售的；（二）不动产买卖、抵押的；（三）以预购商品房设定抵押权的；（四）法律、行政法规规定的其他情形。预告登记生效期间，未经预告登记的权利人书面同意，处分该不动产权利申请登记的，不动产登记机构应当不予办理。”

预告登记后，债权未消灭且自能够进行相应的不动产登记之日起3个月内，当事人申请不动产登记的，不动产登记机构应当按照预告登记事项办理相应的登记。”



## 二、抵押预告登记的效力认定

**（一）《民法典》及《担保制度司法解释》实施之前，司法观点认为预告抵押登记不具有设立抵押权的效力，在未办理正式抵押登记的情况下，预告登记权利人不可直接主张优先受偿权。**

《民法典》及《担保制度司法解释》出台之前，关于预购商品房抵押预告登记能否产生抵押权的物权效力，各地司法裁判存在争议，后最高人民法院在 2014 年第 9 期公报案例中，将上海市第二中级人民法院（2012）沪二中民六（商）终字第 138 号案例（以下简称“青浦支行案”）作为公报案例予以公布，表达了其对“抵押预告登记权利人直接享有优先受偿权”的否定态度。

在“青浦支行案”中最高院认为：抵押预告登记仅仅是赋予抵押预告登记权利人以请求将来发生物权变动（设立抵押权）的权利以及排他性地对抗他人对房屋的处分的权利，抵押预告登记所登记的

并非现实的抵押权，而是将来发生抵押变动的请求权，而且该请求权具有排他效力。从预告登记的效力来看，在债权人行使债权时抵押合同尚未完成登记的情况下，因抵押权未设立，故债权人不能直接获得优先受偿。

**（二）《民法典》及《担保制度司法解释》实施之后，司法观点认为预告抵押登记在符合法定条件下，可认定为具有设立抵押权的效力，预告登记权利人可以主张就抵押财产优先受偿。**

《民法典》及《担保制度司法解释》颁布实施后，司法实践中，就预告抵押是否能够认定为设立抵押权效力的认定出现了转变，特别是《担保制度司法解释》于 2021 年 1 月 1 日正式生效实施后，该解释第五十二条就此问题进行了专项规定，并规定了认定标准，以银行发放期转现房屋贷款业务为例，根据现行法律及司法解释，预告抵押登记能否认定为具有正式抵押

登记的效力，关键是如何认定以下两点：

一是“建筑物所有权首次登记”，指的是开发商办理的初始登记（大产证）还是购房人办理的房屋产权登记（小产证）；

二是《民法典》第二百二十一条中：“自能够办理不动产登记之日起”所指的是购房者有条件办理小产证之日，还是银行有条件办理正式抵押登记之日。

针对该问题，笔者参考上海地区类似情形的司法案例辅以说明：

**案例一：案号(2021)沪 0109 民初 6641 号，判决法院：上海市虹口区人民法院，判决日期：2021 年 08 月 27 日。**

基本案情：被告一范某为购买被告二 K 公司的预售房屋，向原告 J 银行借款。K 公司为范某提供阶段性担保，约定当以 J 银行为抵押权人的抵押登记手续完成时，K 公司的保证责任解除。同时范某为 J 银行办理了预购商品房抵押预告登记，在预抵押转为正式抵押登记之前，范某违约未按时归还借款本

息。此外，案涉房屋已于 2019 年 8 月 20 日办理了建筑物所有权首次登记，但所有权至今未转至范某名下。

诉讼请求：被告一范某归还借款本息；被告二 K 公司承担连带责任；若被告不履行义务，原告有权就案涉房屋行使抵押权并优先受偿。

判决结果：本案抵押权预告登记后，K 公司已于 2019 年 8 月办理了案涉房屋所有权首次登记，取得大产证，且该抵押预告登记目前仍为有效，可以认定案涉房屋的抵押权已自预告登记之日设立，原告作为权利人有权主张实现抵押权。

**案例二：案号(2021)沪 0101 民初 12266 号，判决法院：上海市黄浦区人民法院，判决日期：2021 年 09 月 06 日。**

基本案情：被告魏某为购买某房地产公司的预售房屋，向原告 G 银行借款。魏某为 G 银行办理了预购商品房抵押预告登记，在预抵押转为正式抵押登记之前，魏某违约未按时归还借款本息。此外，案涉



房屋已于 2016 年 6 月 8 日办理了建筑物所有权首次登记，但所有权至今未转至魏某名下。

诉讼请求：被告魏某归还借款本息；如被告未履行债务，则原告有权要求处分抵押物并优先受偿。

判决结果：本案中，建筑物所有权首次登记已经完成，抵押财产信息与建筑物所有权首次登记信息一致且抵押权预告登记并未失效，具备办理抵押登记的条件，故本院认定案涉抵押权自预告登记之日起设立，原告有权在被告魏某未履行上述合同的还款义务时，要求处分该处抵押房屋，并且就所得价款优先受偿。

上述案例均发生在《担保制度司法解释》生效之后，且都存在购房人购房后长期没有办理“小产证”的情形（最长的为至起诉时长达 5 年未办理“小产证”），特别是 12266 号案件中，案涉房产还因贷款人涉嫌刑事犯罪，被公安机关查封。

法院在判决中，首先认定因借款人的逾期还款事实持续到《民法

典》及《担保制度司法解释》生效实施之后，应适用《民法典》及《担保制度司法解释》；再认定案件中开发商已经办理“大产证”，完成了案涉商品房所有权的首次登记；法院还认定没有证据证明抵押预告登记存在失效情形，故依据《担保制度司法解释》第五十二条认定银行的抵押权于预告抵押登记之日设立，银行有权就抵押房屋以折价或拍卖、变卖所得财产优先受偿。

类似的判决还有(2021)粤 06 民终 14385 号、(2022)浙 05 民终 487 号、(2022)浙 05 民终 5924 号、(2021)辽 02 民终 5503 号等。

综上，根据现行法律规定及主流司法实践，对于发生在《民法典》及《担保制度司法解释》实施后的期转现房屋贷款逾期行为，或持续到《民法典》及《担保制度司法解释》生效后的贷款逾期行为，法院倾向于适用新法，即《民法典》及《担保制度司法解释》相关规定处理案件；

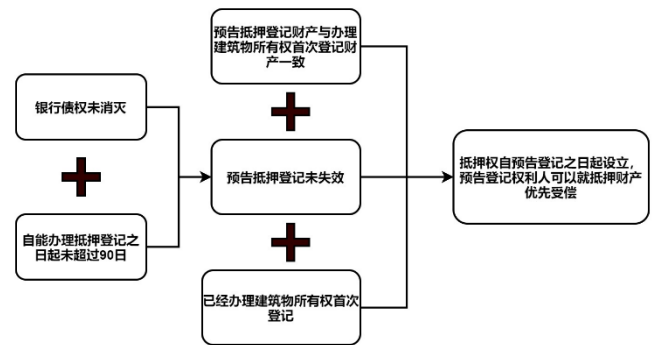
对于“建筑物所有权首次登记”的认定，以开发商办理“大产证”作为认定标准；

对于“能够办理不动产登记之日”的认定，此处的“不动产”采用所有权和担保物权两分法，即抵押权属于担保物权，判定预告抵押登记是否能够办理的时间，应以是否能够办理正式抵押权登记之日为依据。实践中，如果由于购房人的原因一直未能办理小产证，根据《城市房地产抵押管理办法》第三十四条、《不动产登记暂行条例实施细则（2019）修正》第七十八条第二款，在房屋没有办理小产证的情况下，客观上也不具备办理正式抵押登记的条件，预告抵押登记也就不存在起算九十日未办理正式登记而失效的条件。

### 三、购房人长期不办理小产证的风险分析

虽然符合法定条件的预告抵押登记可视为具有正式抵押登记的效力，但是从形式上看，预告抵押登记仍然属于预告登记，如果购房人长期不去办理小产证，仍然存在一定的风险：

因此，结合已生效司法判决意见，在《民法典》及《担保制度司法解释》已经生效实施后，如银行针对期转现房屋贷款逾期提起诉讼，在符合法定情形的条件下，法院一般会依据《民法典》及《担保制度司法解释》裁判银行的预告抵押登记不受购房人未办理“小产证”的影响，直接具有设立抵押权的效力，设立时间追溯到预告登记之日，银行可依法就抵押房产优先受偿。参见下图：



**（一）购房人长期不办理小产证可能会增加银行追偿贷款的诉讼成本。**

从形式上看，预告抵押登记仍然属于预告登记，如果银行发放的期转现房屋贷款出现逾期，银行需



要对抵押财产进行处置，主张优先受偿，仍然需要通过司法裁判的方式进行确认，可能出现以下两种情形：

情形一：如果借款人出现逾期还款，且案涉房屋不涉及其他司法机关的冻结、执行。

此时，银行可直接依据贷款合同的约定通过诉讼方式，向法院主张：预告抵押登记符合法定条件，请求法院确认预告登记具有正式抵押的效力，银行有权以抵押物折价、拍卖或者变卖款项优先受偿。此时的流程与抵押权正式设立后的优先受偿诉讼流程基本一致，不涉及额外的诉讼成本。

情形二：借款人出现逾期还款，案涉房屋涉及其他司法机关的冻结、执行。

此时，如果借款人及时办理了小产证，银行也已经办理了抵押权正式登记，虽然房屋被其他司法机关冻结、执行，银行也可依据抵押权登记，直接以抵押权人的身份要求在另案司法机关处置房屋后，优先受偿。而如果借款人此时没有办

理小产证，银行事实上也无法办理抵押权登记，那么另案司法机关一般不会主动认定银行的预告抵押登记具有正式抵押登记的效力，银行需要通过起诉借款人或提起执行异议，由司法判决认定预告抵押登记具备正式抵押的效力后，才能向另案司法机关主张优先受偿，即此种情形下，由于借款人急于办理小产证，可能会增加银行以抵押权人身份主张优先受偿的时间成本、诉讼成本。

**（二）借款人长期拖延不去办理小产证，在此期间如果银行的贷后管理出现问题，可能会导致预告登记失效。**

前文已述，当借款人办理了小产证后，办理正式抵押登记的条件成就，此时银行应于 90 日内申请办理正式抵押登记。

而根据现行《上海市不动产登记技术规定》（沪规划资源规〔2021〕1号）第 14.7.3 条：“不动产转移登记后，其预购商品房抵押权的预告登记转为不动产抵押权登记，登记事务机构应当在不动



产登记簿上将预购商品房抵押权预告登记改为不动产抵押权登记，并在附记栏内注记原预购商品房抵押权预告登记的不动产登记证明号和登记日，不换发新的不动产登记证明。”可见目前上海地区不动产登记的办理规则是，一旦借款人办理小产证，房屋上原登记的抵押预告登记直接修改为正式抵押登记，两个流程无缝对接，按照现行操作规定，几乎不可能出现小产证办理后 90 日之内未能办理抵押登记的情况。

但是，该办理规则仅适用于本文写作时上海地区，如果借款人所购房屋不在上海，房屋所在地的抵押登记规则或有不同规定；或借款人在长达数年的时间里都没有办理小产证，导致办理规则发生变动，如果银行贷后管理人员未能及时了解掌握异地登记规则或及时掌握办理规则的变化内容，也可能也出现在法定期间内没有及时申请办理正式抵押登记，导致预告抵押登记失效的风险。

#### 四、风险防范建议

**（一）建议将开发商阶段性担保的担保期限约定为“自银行放款至开发商账户之日起至办理完毕抵押房屋的产权登记及抵押登记，并将抵押登记证明交于贷款银行之日止。”**

虽然在现行法律规定下，如果不存在预告抵押无效的情况，一旦开发商完成大产证登记，银行的预告登记可被认定为具有抵押正式抵押效力，开发商的阶段性担保责

任一并予以免除，但是为减轻因不同地区的法院对于法律适用时效、法律规定认识出现产生认识偏差，导致认定银行预告登记失效，无法主张优先受偿，造成贷款无法追偿的不利风险，建议银行在开展类似“期转现”房屋贷款业务时，还是要求开发商将提供阶段性担保的时效延长至购房人办理完毕房屋抵押登记之日。





此时，如果借款人逾期还款，银行准备起诉借款人还款，由于延长了开发商阶段性担保时限，银行可同时起诉借款人和开发商，要求法院确认预告抵押登记效力的同时，一并要求开发商承担保证责任。如果法院认为抵押权已经设立，一般会判决免除开发商阶段性担保责任，银行可通过处置抵押物优先受偿；如果法院认定银行预告抵押登记失效，且该失效不可归责于银行本身（比如开发商未能及时办理大产证，借款人经催告后拖延办理小产证导致抵押物被执行甚至是灭失），法院也可能以开发商阶段性担保合同解除条件未成就为由，判令由开发商承担返还贷款本息及其他费用的连带保证责任。有利于银行获得有效清偿。

**（二）建议银行建立完善的贷后管理制度，及时了解小产证办理进度，避免因自身失误导致预告登记失效。**

从上述分析可以看出，实践中，银行的预告抵押登记能否产生

正式抵押的效力，法院重点审查的是：大产证是否办理及是否出现了预告登记失效的情形，特别是审查预告抵押登记失效是否是由于银行的过错导致。

鉴于期转现房贷业务中，确实存在部分借款人长期拖延办理小产证的现实情况，建议银行采取必要的措施加强贷后管理，如：

银行在发放贷款时可通过书面方式提醒借款人在具备办理小产证条件时积极办理小产证，并及时告知银行办理进度，银行可通过建议性的语气告知或提醒借款人如延期办理小产证，未来可能产生更高的房产税，房产再次交易时因不满五年导致高额税费，房产长期未登记可能产生产权不明，无法继承等法律风险，劝导借款人尽快办理小产证，尽量避免强制性的硬性要求导致客户不满；

银行可明确要求开发商在收到借款人办理小产证申请之时及时告知银行；



银行可对拖延办理小产证的借款人做专项登记及特别风险提示，指定专人负责，定期（如每月一次）联系开发商及该部分借款人，主动询问小产证办理进度，并做好沟通书面记录，以尽到主动审查注意之义务，一旦了解借款人已经完成小产证办理，及时联系不动产交易中心，核实交易中心是否已经将原抵押预告登记转为正式抵押登记；

银行还应做好内部工作交接，做到人变事不变，贷后管理人员发生变动时，做好工作交接，特别是上述长期未办理小产证的贷款合同必须做好交接，以便新接手人员能够及时了解进度，实现小产证办理追踪的无缝对接，避免因自身的工作失误，超期办理抵押权登记，导致预告抵押登记失效，甚至是丧失优先受偿权的不利局面。



**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

徐汇区《民法典》宣讲团讲师

业务领域：侵权损害赔偿纠纷、合

同纠纷、不良资产处置

联系方式：17621356262

## 措施项目的逾期价款结算案例法律分析

作者：席绪军



建设工程施工过程中会发生很多的措施项目，措施项目指：为了完成工程施工，发生于该工程施工前和施工过程中的非工程实体项目，主要包括技术、生活、安全等方面。比如模板工程、脚手架工程，还有近期产生的为应对疫情而发生的防控措施，包括深基坑的围护桩工程，都是属于不构成工程实体的措施项目。各种措施项目对应的施工行为结束或者分部分项工程结束后，措施项目才能结束，而一旦发生工程因各种原因而延期的情况，就会发生针对措施项目逾期价款结算的法律纠纷。



### 【案例】

2018年11月21日，双方签订《专业分包合同》，约定甲方将系争工程分包给乙方，工期自2018年11月23日至2018年12月31日。若因乙方原因造成甲方工程总工期或节点工期延误，每延误1天罚1万元，直至基坑维护工程完成，并承担业主对甲方的处罚。合同暂定4,351,054.39元，单价固定按实结算。按业主确认审定总价收取乙方4%总包管理费。结算时扣除甲方代办费用，分摊费用，分摊约定双方另行商定。按总包合同专用条款约定同比例支付为原则前提。如业主延迟付款，甲方相应延迟对乙方的付款，乙方承诺不向甲方追索，并不以此为由影响工程进度。工程验收通过支付至合同暂定总价的80%，竣工档案验收完成，且乙方提供完整的竣工结算资料并



经投资监理审价完成，支付至审定价的 92%。竣工决算及审计完成后，除预留最终确定的审计总价的 3% 作为质保金外，支付至最终确定的审价总价的 97%。保修期满后分期支付质保金。其他约定第 10 条，型钢租赁我方已结合施组自行考虑租赁期限，费用均应计入综合单

价报价，无论以后工期如何变化均不另计取租赁费。报价书显示，型钢租赁为包含租期 190 天。后基础工程延期完成，导致基坑围护用型钢超租期拔出，双方对于超租期的型钢租赁费用的承担产生争议，遂成本诉，甲方提起逾期反诉。

### 【争议焦点】

一、非乙方原因导致的基础分部分项施工延期而引发的型钢租赁超期损失应当由谁来承担？

二、超期期间的型钢租赁费用是应当适用司法鉴定价格还是乙方租赁合同约定价格？

三、业主设计变更和延期期间发生的台风和新冠疫情能否成为甲方免责事由？

四、措施项目是否存在措施结束后的质保期或者保修期？

五、甲方背靠背支付条款的抗辩是否应当得到支持？

### 【法律分析】

针对以上所列焦点问题，做如下法律分析：

一、工程实践中，措施项目的施工方与工程本体的施工方往往是同一主体，在这种情况下由于承包方自身原因导致的工期延期责任当然是由承包方自己承担，此时

无需区分措施项目和工程实体项目工期延期的责任划分。

本文要讨论的是措施项目单独分包给一家承包商时，由于总包管理不当或者业主发生设计变更导致工期延误时，措施项目的延期损失应当由谁来承担的问题。





本文所引案例中，甲方提交业主的施工组织设计文件显示基础分部分项的施工工期是 207 日，先进行桩基施工，然后再进行基坑围护工程施工，甲方与乙方的分包合同则约定基坑围护工程的施工工期为 39 日，乙方是在桩基施工约 60 日进场施工，为此，在乙方的施工组织设计文件明确型钢租赁周期为 190 日，乙方与型钢出租方约定的租赁价格为 5.5 元/天/吨。乙方实际完成的工期为 24 日，但由于甲方管理不当及业主的设计变更导致基础分部的施工工期延长，导致基础分部分项施工严重超期，乙方无法在租赁合同约定的期限内拔出，进而产生型钢超期租赁费用损失，甲方辩称分包合同约定“型钢租赁我方已结合施组自行考虑租赁期限，费用均应计入综合单价报价，无论以后工期如何变化均不另计取租赁费。”因此，甲方不应承担工期超期增加的租赁费用损失。

司法实践中应当如何来理解该条款，乙方提出根据合同约定内容，乙方也同样提供了有关基坑围护三轴搅拌桩的施组文件，在报价文件中明确型钢租赁周期为 190 日，乙方分包内容的工期仅为 39 日，该条款的真实意思应当是在型钢租赁期 190 日内无论三轴搅拌桩的施工工期如何变化均不另计取租赁费，即在考虑乙方自己施组的情况下，将租赁周期延长至基础分部分项完成工期之后，应属合理的租赁周期。而不是甲方认为的，即便是甲方或者业主的原因导致基础分部分项的工期延期也不计取租赁费，这样的理解显然也有违基本的公平正义原则和诚实信用原则。

二、乙方针对案涉工程的型钢租赁单价和合理租赁周期申请司法鉴定，鉴定机构将基础分部分项的工期确定为案涉型钢的合同租赁周期，完全不考虑甲方的施组安排和证据材料反映出的乙方进场施工时间。



证据反映乙方进场施工前，桩基已经进场施工约 60 日，鉴定机构将乙方进场前的时间也认定为合同租赁周期，明显与事实不符。在法庭组织的对鉴定报告质证环节中，乙方提出应当按照实际进场先后顺序情况确定合理的租赁周期，而不是机械的套用甲方的施组基础总工期来确定。

法庭要求鉴定机构根据乙方提出的租赁周期 190 日给出补充鉴定意见，最终判决支持了乙方提出的合理租赁周期为 190 日的意见。

鉴定机构鉴定出的型钢租赁市场价格为 5.88 元/天/吨，乙方提供的租赁合同中约定价格为租赁周期 190 日的 5.5 元/天/吨，未经协商一致导致超期的租赁价格需在原价格的基础上增加 30%。据此乙方提出超期部分的租赁价格至少应当按照鉴定机构确定的市场价格进行结算，但法庭以乙方没有证据证明其与第三方的实际结算价格达到或超过鉴定价格为由不予支持。笔者认为，既然是通过

司法鉴定来确定租赁价格，尤其是合同约定的租赁周期外的租赁价格，就应当按照鉴定价格来认定，否则就变成了鉴定价格高于原租赁合同的市场价格就予以认定，低于原租赁合同的市场价格就予以认定，这样的话对于乙方来说极不公平，对鉴定价格的认定也变成了“就低不就高”，也失去了价格鉴定的实际意义。否则就变成了双重标准，司法鉴定价格变成了压低乙方结算价格的工具。有了鉴定价格，法庭却不予采信适用，那之前关于租赁价格的争议，就应当直接向双方释明，法庭只认可乙方租赁合同约定的租赁价格，无需针对租赁价格进行鉴定。因此，对于报价文件中租赁周期 190 日内的租赁价格可以按照租赁合同价格结算，超期部分的租赁价格应当按照鉴定机构鉴定确定的市场价来结算，才是公平公正的做法。

三、案涉分包合同约定的三轴搅拌桩施工工期为 39 日，而乙方实际施工的工期仅为 24 日，提前

15 日完成施工,之后的型钢施工周转材料在项目措施中发挥安全维护作用,只能等基础分部分项结束,才能将型钢拔出。甲方提出业主变更设计导致的基础工期延长为免责事项,显然没有合同和法律依据。

甲方还提出在此期间发生的台风和新冠疫情导致工期延长,属于不可抗力事件,甲方可以免责。首先,乙方于 2018 年 11 月 26 日进场施工,于 2018 年 12 月 19 日完工,实际工期时间很短,且在此之前约 60 日桩基施工已经开始,据此按照甲方施组的基础工期 207 日,在 2019 年 5 月之前就应当完工,而在此期间并无台风,新冠疫情首次爆发也是在 2020 年 1 月,从时间上看都不在乙方的施工期和型钢正常租赁期内,

因乙方已如期完成系争工程,型钢租赁超期并非乙方原因所致,若甲方协调其他工程如期完成,则不会遭受台风和疫情等影响,最终法庭没有支持甲公司的抗辩理由。

四、如前文所述,案涉分包合同中约定基坑维护工程的保修期为两年,质保金在保修期满后的五年之后才可以全部返还,甲公司也在庭审中提出合同约定的质保金尚未达到支付条件。

建设工程质量管理条例和房屋质量保修管理办法,有关工程保修的规定针对的都是竣工验收合格后,在合同约定或者法定保修期间内发现的建设工程质量由施工方承担保修义务,并由导致质量问题的责任方承担维修费用的法律制度。而不是针对施工过程中的措施项目工程,该措施项目工程的使用功能是为了保证完成建设工程的施工安全和质量符合规范要求,具有临时性施工措施的特点,对于未来建设工程发挥使用功能并不起直接的作用。

乙方提出案涉工程并非建设工程实体部分,而是在建设过程中的措施项目工程,就像是脚手架工程、模板工程等,均是为了保证在工程实体的施工中的安全和质量,

其所谓的保修和维护均发生在施工过程中，在工程实体施工完成后，均需要拆除，拆除之后，措施项目的客体已经不存在了，如何来完成乙方的保修义务？甲方抗辩称，这是双方的真实意思表示，法庭应当尊重。乙方提出这是甲方强行将其总包合同中关于建设工程保修的对应条款直接复制到分包合同中，并以此为由扣押本应支付给乙方的工程款，这不是什么双方真实意思表示，这是赤裸裸的利用市场强势地位强加给乙方不合理的责任。

最后法庭认定，系争工程具有特殊性，属于过程性工程，功能在于保障其他基坑围护工程的顺利实施，并不嵌入整体工程，拔除型钢后，工程目的便告完成，并无保修期的适用空间。没有支持甲方拒绝支付质保金的抗辩主张。

由本案可知，建设工程中所有的措施项目在其功能结束后，都不会存在什么保修期的适用空间。且根据法律规定质保金的扣留期限

不超过最长的缺陷责任期二年，与各分部分项保修期限长短无关，主体结构与地基基础的保修期为设计使用年限，因此，保修期的长短期间不是扣留质保金的合法理由。

五、案涉合同约定“甲方向乙方预付工程款的时间和金额或占合同价款总额的比例：按照甲方与建设单位签订的总包合同专用条款约定同比例支付为原则前提。如建设单位延迟付款，甲方相应延迟对乙方的付款，乙方承诺不向甲方追索，并不以此为由影响工程进度。”，为典型的背靠背支付条款，即业主不支付或者延迟支付甲方工程款，则甲方就有权拒绝乙方的支付要求。

甲方在基础分部分项施工结束后，也曾向业主主张型钢超期租赁费用，但被甲方拒绝，理由也是总包合同中的类似条款“型钢租赁我方已结合施组自行考虑租赁期限，费用均应计入综合单价报价，无论以后工期如何变化均不另计取租赁费”，甲方遂不再主张。笔





者认为除由于甲方自身管理不当导致的超期租赁费用外，由于业主设计变更导致的工期延误，及在此期间发生的台风、新冠疫情等不可抗力时间导致的超期租赁费用均应当由业主承担，甲方应当勇敢的拿起法律武器依法维护自身的合法权益。

甲方以所谓的背靠背支付条款拒绝支付乙方主张的超期租赁费用，需要甲方积极主张自己的合

法权益，穷尽所有的维权手段，才可以善意主张该背靠背支付条款的，在本案中甲方不仅没有采取后续的维权行为，反而与业主联手用此条款来损害乙方的合法权益，该抗辩主张最终没有获得一审和二审法院的支持。



### 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

注册一级建造师

注册监理工程师

注册投资咨询工程师

业务方向：建设工程、房地产、经济纠纷

联系方式：13641720676



## 快递保价条款之法律分析

作者：汤裕杰

在快递运输过程中发生物损、物丢的情形时，消费者和快递公司就物件赔偿问题总是吵得不可开交。最近在杭州就发生了快递物品进行了保价，而快递丢失后快递公司未能足额赔偿的情况。那么快递的保价条款，到底保不保价？

### 一、案情简介

9月10日中秋节那天，住在杭州的小刘要把20克黄金送到住在拱墅区的一位客户住处，于是便通过某快递公司下单，将黄金快递至客户处。由于快递物品比较贵重，目前市场价值约8000元，于是小刘进行了保价，保价金额为8000元。随后快递员突然打来电话说黄金丢了，快递公司表示愿意赔付2000元，小刘表示明明保价金额是8000元，为什么赔付变成2000元，那保价意义何在？另外这些黄金

的市场价就是8000元，东西丢了，当然要按本来的价值赔付，难道我寄的东西被弄丢还要我自己承担损失吗？快递公司表示，此事发生以后，公司第一时间协助客户报警，同时进入客服理赔流程，现已按照8000元的保价金额全额先行赔付到账。

虽然快递公司最终按照快递价值全额赔偿，但是我们也同时思考，快递保价的规则到底是什么？

### 二、何谓快递保价条款

保价条款主要运用在快递运输行业，托运人向快递公司声明物件的价值并且支付相应比例的保

费，在物件发生损害或者丢失的情况下，快递公司就根据声明的价值予以赔偿。关于保价条款主要包括

两个方面：①只有被保价的货物才可以获得高额赔偿，②对于未保价的物件通常只能获得数倍之于快递费的金额赔偿，保价条款为有限责任，即低保低赔，高保高赔。

保价条款是一种加收费用的物流运输增值业务，用于寄递较重物品、有价证券、包裹等。寄件人与快递公司签订带有保价条款的物流运输协议，并由快递公司按照保价条款的约定，对于除因不可抗力而发生的货物部分或全部损坏或灭失，承运人按保价协议的约定负责赔偿。保价运输并非法律规定，而是由寄件人与快递公司双方协商约定具体的保价及理赔方式。

以顺丰快递的理赔规则为例：

1、保价快件，按照实际价值损失赔偿（物品损坏可以维修的，在保价金额的限额内赔偿维修费

用），请按照货物价值足额申报价值并支付费用，理赔时提供真实有效价值证明（如发票，合同、付款凭证组合），顺丰会结合市场价值和第三方机构意见评估损失价值（不包含商业机会、预计收益等间接损失），不足额保价部分或超额保价部分均无法获得赔偿，如无法证明托寄物品的实际价值，顺丰将全额退还保价费用，按照未保价快件进行赔偿。1、足额保价：保价金额 $\geq$ 货物实际价值，超额部分不予赔付。理赔金额=定损金额 $\leq$ 货物价值。

2、不足额保价：保价金额 $<$ 货物实际价值，理赔金额=定损金额 $\times$ （投保金额/货物价值）。备注：特定托寄物赔付标准参考特定托寄物赔付标准协议。

### 三、保价条款赔偿基础

经寄件人与快递公司双方合意后作为赔偿责任依据，其实质是通过双方事先约定保价赔偿数额来实现可量化赔偿。当快递服务活动中发生货损货丢的情况时，快递公司的责任承担，有三种情况，即

违约责任说、侵权责任说、竞合说。违约责任说认为快递公司违反了合同义务，应该承担违约责任。侵权说认为快递企业在快递公司中消极的不作为或不适当的作为的行为侵害了消费者就托运快件所

享有的财产权，应该承担侵权责任。而竞合说则认为快递企业应该承担违约责任或侵权责任，消费者可以根据更有利于自身的情况来主张权利。

笔者认为如果寄件人选择了保价服务则采合同说较为合理。因为快递保价是寄件人自愿选择的快递服务项目，虽然是由快递公司提供格式合同，但是该服务亦是双

方合意的结果，当快递发生破损或丢失，快递公司应该承担违约责任。



#### 四、保价条款赔偿规则

##### 1、等值保价时的赔偿数额

由于快递公司自身原因导致用户快递丢失毁损的，用户已向快递公司实际支付保价费用，保价条款生效的，快递公司应当按照特别条款约定以保价额为最高限额以物品的实际价值进行赔偿。具体赔偿标准将综合托寄物品的市场价值以及第三方评估机构对物品损失程度的评估意见折合赔偿比例认定赔偿金额。即如果是等值保价时，如果快递丢失快递公司应当按照保价额赔偿，如果快递发生破损，应当按照受到的损害赔偿。

##### 2、申报的保价金额低于物品的实际价值时

当保价金额低于实际损失时，意味着消费者想要仅凭较低的保价申报金额来获取与高对价相同质量的服务。有的人认为应该根据民法的公平原则来加以调整，因为消费者明显遭受了巨大的损失却无法得到相应的弥补。但是这并没有考虑到快递企业的利益，因为往往如此，快递企业仅获得了较低的对价却要承担过高的责任，也是不公平的。所以当保价金额过度低于实际损失，也应该按照合同约定来赔偿。即赔偿金额=损失金额 X (保价金额/货物价值)。

##### 3、申报的保价金额高于物品的实际价值时



实践中，存在寄件人申报的保价金额高于物品的实际价值，从而出现高保的现象。与“低保低赔”所不同的是，“高保”但不能“高赔”，而仅按照物品的实际价值进行赔偿。快递公司于缔约时仅对托寄物品做形式审查，但索赔时快递公司将对其实价值进行实质审查。按照消费者提供的有效真实证明及市场评估机构专业评估后得出物品的实际价值作为赔偿标准，由此虚高或者谎报所额外支出的

保价费用由消费者自行承担。即如果是高额保价时，如果快递丢失快递公司应当按照保价额赔偿，如果快递发生破损，应当按照受到的损害赔偿。

简而言之，保价协议是寄件人与快递公司之间达成的合意，对于等值保价和高额保价，应当按照货物价值和损害进行赔偿；而对于低额保价，应当按照保价金额占货物价值的比例赔偿相关损失。

寄件人如果需要对货物进行保价，应当了解相关快递公司的保价条款及赔偿规则，根据货物价值选择足额保价或是不足额保价，避免自己的权益受到侵害。



**汤裕杰 实习律师**

上海七方律师事务所 实习律师

七方公共法律服务部 实习律师

业务方向：公共法律服务、

民商事争议解决

联系方式：186 2156 9139





## 签订以房抵工程款协议后，承包人能否主张优先受偿？

作者：朱好婕



建工领域因发包人资金链断裂或其他原因，以房抵付工程款的情况屡见不鲜。承包人与发包人签订以房抵款协议后，对其受偿情况会产生何种影响？本文结合案例，重点分析以房抵款协议对承包人所享有的工程价款优先受偿权的影响。



### 案例简介

承包人华盛公司与发包人菩萨崖公司签订《建设工程施工合同》。施工过程中，因菩萨崖公司资金链断裂，华盛公司停工，直至2013年5月27日双方签订《结算单》确认尚欠工程款1930.65万元。同年8月8日，华盛公司与菩萨崖公司在政府的协调下签订《房屋抵债协议》，以孟县小区第1栋一至三层共计5002平方米房屋（以下简称“案涉抵款房屋”）抵顶上述工程款。上述协议内容经阳泉中院出具的民事调解书予以确认。

2017年，王某与菩萨崖公司民间借贷纠纷经法院判决菩萨崖公司归还王某借款本金1200万元及相应利息。王某为实现借款债权在2018年申请对案涉房屋强制执行，法院裁定查封该案涉抵款房屋。华盛公司随即提起执行异议，被驳回后，遂提起执行异议之诉。



## 裁判结果

一审、二审以华盛公司不符合《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称“《执行异议和复议规定》”）第二十八条规定的四项要件，驳回华盛公司的异议诉请。

最高院再审认定华盛公司享有并以折价方式行使建设工程价

款优先受偿权，对案涉抵债房屋所享有的权利足以排除强制执行。



### 上述案件中华盛公司经历了一审、二审败诉， 最终最高院再审为何会改判？

关键点就在于如何认定华盛公司与菩萨崖公司签订的以房抵工程款协议的性质，以及更进一步华盛公司是否有权排除强制执行。具体分析如下：

一、与发包人签订以房抵款协议系承包人行使工程价款优先受偿权的方式之一。

一审、二审驳回华盛公司的原因在于不认可承包人与发包人订立以房抵款协议属于行使优先受偿权的方式，根据承包人华盛公司是否符合《执行异议和复议规定》第二十八条规定的买受人条件，分

析判断王某与华盛公司的权益先后顺序。

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

从上述法条表述中可以看出《民法典》允许承包人与发包人就

建设工程协议折价，也可直接向人民法院申请依法拍卖，即法律规定的实现工程价款优先权的方式并不限于诉讼或仲裁。该观点在《工程价款优先受偿权的确认方式》一文也曾提到，承包人可以采取发函宣示、协议折价、申请法院拍卖等非诉讼方式行使工程价款优先受偿权。承包人与发包人签订以房抵款协议属于协议折价，无疑是行使工程价款优先受偿权的方式之一。

在上述案例中，最高院也采纳该观点认定华盛公司享有并通过折价方式行使了建设工程价款优先受偿权。

二、承包人可依据合法有效的以房抵款协议排除其他债权人对所抵房屋的执行。

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）》（以下简称“《建工司法解释》”）第三十六条规定，承包人根据民法典第八百零七条规定享有的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他

债权。

当发包人的资产不足以清偿全部债务时，承包人就所建工程可优先于其他债权人受偿，但一般而言，该优先权能否得到执行机关确认得以直接实现需要根据具体情况而言。若承包人是否享有工程价款优先受偿权或优先受偿的具体工程债权数额尚未确定时，无法在执行程序中解决，承包人需另行起诉。这主要是为避免执行机关“以执代审”，导致当事人丧失权利救济途径，同时也防止发包人与承包人恶意串通损害其他债权人的利益。

在上述案例中，华盛公司折价行使工程价款优先权以及具体受偿的工程金额均已经法院作出的民事调解书确认，其对所抵房屋所享有的权利足以排除其他债权人的执行。承包人行使经生效法律文书确认的工程价款优先权，主张就确定工程债权优先受偿时，执行机构应在执行程序中准许。

## 提示与建议

### （一）签署以房抵款协议注意点

#### 1. 签署时间必须在工程价款优先受偿权期限内

根据《建工司法解释》第四十一条规定，承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

承包人行使优先受偿权的期限为十八个月，自发包人应当支付工程价款之日起计算，故承包人若要通过以房抵款协议行使优先受偿权的，也必须在此期间内。需要特别提醒注意的是，以折价方式行使优先权的前提是工程款金额及组成部分均已具体明确，即承包人与发包人已就该工程结算完毕，工程价款没有异议。

2. 在以房抵款协议中明确此协议系折价行使优先受偿权的方式。同时，建议在协议中约定在一定期限内，未转让所抵房屋的，承

包人可以选择要求发包人履行以房抵款协议，或者支付对应工程款。

3. 若起诉，建议承包人在诉请中主张享有并已行使建设工程价款优先受偿权，明确自身的优先权，以此排除其他债权人的强制执行或直接参与执行分配优先受偿。

### （二）尽快办理登记备案手续

签订以房抵款协议时，承包人可同时要求对方协助办理抵押登记或预告登记。协议生效后，承包人应督促发包人尽快办理不动产转让登记，起到公示作用，避免所抵房屋变更至善意第三人名下，影响工程款实际受偿。

### （三）以房抵款协议无物权变动效力

承包人依据以房抵款协议仅享有优先债权，故可以排除其他债权人的执行，但不因该协议直接产生物权变动效力。若抵款涉及不动产已转移登记到善意第三人名下，承包人无法请求确认合同无效并



要求将案涉不动产变更登记至自己名下，仅能主张违约责任。故承包人需尽早要求发包人变更产权登记，当发包人拖延办理变更手续时，提起相应诉讼。

需申明，以房抵工程款协议的性质及效力认定情形复杂多样，本

文所介绍的以房抵款协议情形仅是其中一种，并非所有以房抵款协议均有上述案例中的效力，甚至不乏一些协议被认定为无效合同。在订立以房抵款协议时，有许多注意事项，此后文章中再逐一介绍。



### 朱妤婕 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

业务方向：建工与房地产、

商事仲裁、企业合规

联系方式：13816142289



## 一般买受人能否排除抵押权人的强制执行

作者：朱好婕

在之前《所购房屋被执行，商品房消费者能否排除执行？》一文中，已对商品房消费者与一般不动产买受人（以下简称“一般买受人”）二者概念做了简单区分，并分析讨论了商品房消费者能否排除强制执行，本文将继续讨论一般买受人与抵押权人在执行程序中的权利顺位。

### 法条链接

《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》

第二十八条 金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

- （一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；
- （二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；
- （三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；
- （四）非因买受人自身原因未办理过户登记。

一般买受人能否排除金钱债权执行参照适用《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称“《执行异议和复议规定》”）第28条的规定。当买受人符合《执行异议和复议





规定》第 28 条规定情形时，无疑可以申请排除普通债权的执行。实践中争议较多的是，买受人能否参照适用第 28 条的规定，排除抵押权人的执行？

## 一、观点争议

这一问题存在许多争议，司法实务中的裁判观点也存在分歧。关键在于第 28 条是否属于第 27 条“法律、司法解释另有规定”的除外情形，对此有不同观点：

一种观点认为第 28 条是第 27 条的除外规定，故符合第 28 条规定情形的买受人可据此排除抵押权人执行；另一种观点认为第 27 条的除外规定中并不包含第 28 条规定的买受人，故一般买受人无权排除。

除此之外，还有观点认为要看买受人以及抵押权人有无过错，根据过错情况认定买受人是否符合第 27 条的除外规定。典型情形为“先买后抵”：设定抵押权在后的抵押权人即为非善意抵押权人，不得依据《执行异议和复议规定》第 27 条的规定，故不享有对抗买受人的优先受偿权。

如在（2019）最高法民申 4695 号案件，最高法院认为买受人刘某与被执行人棉业公司签订《商品房买卖合同》以及实际占有案涉房屋在先，案涉房屋办理抵押登记再后，故刘某对案涉房屋享有足以排除强制执行的实体权益，符合《执行异议和复议规定》第二十七条除外情形的规定。

（2022）桂 1421 执异 132 号也持有类似的裁判观点，法院认为买受人对于防范“先买后抵”的交易风险欠缺有效的手段，在办理产权登记前处于被动地位，基本上没有控制风险的机会。故非因买受人自身原因未办理过户登记，如果由其承担该笔交易风险，有违公平。而设定抵押权在后的广投融资担保公司作为融资担保机构，不仅法应对抵押物尽职调查，更具有调查和防范风险的优势，负有对在先权利的注意义务以避免权利冲突。

据此支持买受人对案涉商铺的执行异议。

本文认为这需结合买受人的购房目的，进行判断。总体而言，

买受人无权排除抵押权人的执行。

但当一般买受人出于居住目的购买二手房时，需要考虑其生存利益。

## 二、具体分析

在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）出台后，裁判观点已基本趋于统一：原则上一般买受人无权排除抵押权人的执行。

《九民纪要》第126条明确了商品房消费者的权利优先于抵押权人的抵押权，是针对实践中存在的商品房预售不规范现象为保护消费者生存权而作出的例外规定。为避免动摇抵押权具有优先性的基本原则，需严格把握条件，主体仅限于符合本纪要第125条规定的商品房消费者，一般买受人不适用上述处理规则。

以（2021）最高法民再189号案件为例：该案中一、二审法院认为抵押权人红岭公司同意抵押人新永秀公司销售抵押财产案涉商铺，吴某在人民法院查封案涉商铺之

前，已与新永秀公司就该商铺签订了合法有效的商品房买卖合同，依照合同约定支付了全部购房款，且已经实际占有使用案涉商铺，未办理过户登记也并非吴某自身的原因，故《执行异议和复议规定》第28条的规定，吴某就案涉商铺享有足以排除强制执行的民事权益，驳回红岭公司对案涉商铺采取执行措施的诉请。

而最高院最终认定买受人吴某等对案涉商铺不享有足以排除强制执行的民事权益，支持了红岭公司的执行诉请。理由主要为：红岭公司虽出具同意为案涉商铺办理预售许可证延期手续，但并非表示放弃就案涉商铺设定的抵押权。在案涉商铺抵押登记尚未涂消的情况下，红岭公司仍享有对案涉商铺的抵押权。吴某作为一般购房



人，其取得的不是物权期待权，本质是债权，并不优先于抵押权。

从上述案例中可以看出一般不动产买受人即便符合《执行异议和复议规定》第 28 条的规定，只能排除普通债权人的执行，不能对抗抵押权人。

究其原因在于该类情形并不具有优先于抵押权的生存权至上的价值基础。

商品房消费者与一般买受人二者的区分主要是基于不同的购房需求，因体现的价值基础有所区别，法律保护方式也不相同。一般认为，商品房消费者是为居住需要购买商品房，基于对居住权以及生存权这类特定权益优先保护的必要，可以排除担保物权等权利的强制执行；而一般买受人购买不动产主要用于经营性行为，例如上述(2021)最高法民再 189 号案例中吴某购买案涉商铺被最高院认定为投资行为，不属于消费者生存权保护范围。一般买受人的物权期待权虽被赋予物权名义，但本质上属于

债权请求权，而抵押权具有物权优先性，故无论抵押权设立先后，买受人享有的物权期待权均不具有优先于抵押权的权利属性。

通过对相关法条的分析，也可以得出无过错并非买受人能够排除抵押权执行的原因。《执行异议和复议规定》第 28 条规定的是无过错不动产买受人物权期待权。若所购房屋原本已被设定抵押，而买受人购买时无论是未发现亦或明知存在抵押权，均不属于无过错买受人。

另外，《民法典》第 406 条规定：“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。”该规定明确转让抵押物无需抵押权人的同意，且转让抵押物不影响抵押权的实现。

综上所述，无论是先抵后买，还是先买后抵，结合法律规定以及权利性质，买受人的物权期待权均无法对抗抵押权人的抵押权。



### 三、购买二手房用于居住的情形

现有规则是依据出售人的身份来区分商品房消费者与二手房买受人。虽然有部分买受人出于投资经营目的购买不动产，但实践中大部分是购买二手房用于生活居住。仅因出售方的身份是否为开发商、所购房屋是否为一手房，致使一、二手房买受人的权利保障产生巨大差异是否合理？

本文认为对于购买二手房用于居住的买受人，其生存利益与居住利益亦应予以优先保护。如最高院在(2019)最高法民申 5142 号案例

中指出，为了生活消费需要而购买商品房的买受人，其对于所购房屋的权益，在符合法律规定的条件时，应当优先于抵押权等优先受偿权而获得保护。而对于是否系生活消费需要，则并不必然以是否系从开发商处购买一手房为标准予以区别对待。

因此，在具体案件中需对买受人购房是否出于生存需要进行实质审查，而非仅凭是否从开发商处购买进行判断，这更符合立法目的。







# 预售商品房烂尾，购房者将何去何从

作者：袁梦

## 一、背景

2021年，房地产行业初现动荡。包括泰禾集团、蓝光发展、中国恒大、新力控股、阳光100等多家房地产企业陷入不同程度的经营危机。

今年6月，河南郑州用于人才引进的楼盘烂尾，“郑州最高学历楼盘停工”冲上热搜。

中国新闻周刊  
6-20 15:18 来自 微博视频号

【引进人才买到烂尾楼？#郑州最高学历楼盘停工#】#开发商回应郑州最高学历楼盘停工# 近日，河南郑州“最高学历楼盘”停工引发关注。郑州高新区“永威金桥西棠”住宅项目，附近4公里内有4所大学，吸引了大量高校教职工和毕业生购买。有业主统计，1057户业主中就有72名博士、320名硕士，其中本科及以上学历超八成，两成业主享受郑州人才补贴。为了督促房企复工，业主们组成法务组、监督组、视频组，多次与房企政府部门沟通协商，还运营起社交媒体、短视频账号，将买房经历写成近7万字文章，多方努力至今停工7个月仍未复工。

随后，烂尾楼盘的业主宣布强制停贷的行为模式传遍景德镇、长沙、武汉、南昌、郑州、西安等地，

超过50个烂尾楼盘的业主发布了停贷告知书。

新进展！10亿元监管资金已追回，“永威金桥西棠”项目有了交付时间  
郑州发布 2022-07-02 23:56 发表于河南

引发关注的烂尾楼盘迅速得到解决，但仍有大量买到烂尾楼的购房者诉求无门，“烂尾风险”成了购买期房最重要的衡量标准。

一套房子是很多家庭的半生积蓄，楼盘烂尾却使全家陷入漫漫维权路，甚至有业主为了防止烂尾，自发去工地搬砖扛水泥。烂尾的责任究竟谁来承担？按揭贷款是否仍然需要归还？未来的政策将导向何方？

## 二、购房者可以起诉解约，合法停贷

商品房按揭贷款主要存在5种法律关系：

一为购房者和开发商之间的商品房买卖合同关系，购房者负有向开发商支付房款的义务，享有要

求开发商及时交付房屋并转移房屋所有权的权利。

二为购房者与银行之间的借贷法律关系，购房者享有要求商业

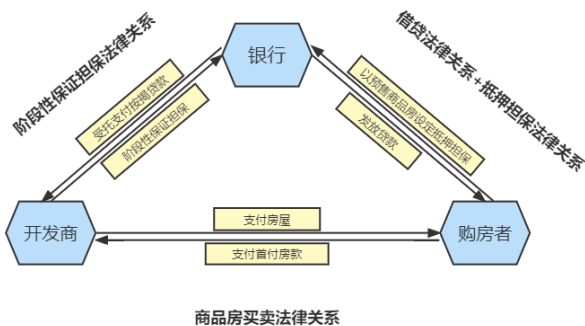


银行向其提供借款的权利，并附有按期归还借款及利息的义务。

三为购房者将商品房抵押给银行进行贷款担保的抵押担保法律关系。

四为开发商办理首次登记后，对贷款承担的阶段性担保责任的担保法律关系。

五为购房者委托商业银行将贷款支付给开发商的受托支付法律关系。



若开发商资金链断裂，楼盘烂尾的结局无法预估，在第一层基础法律关系中，购房者所享有的请求交付房屋的权利就无法得到保障。如果像北京的“中信国安府”一样，烂尾长达 30 年无法解决，那么法律可以为购房者提供一个及时止损的解决方案。

《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（2020 修正）》第 20 条规定，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 21 条第 2 款规定，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。

由于第一种法律关系购房合同中的相对方为开发商，第二种法律关系借款合同中的相对方为银行，开发商的过错与银行无关。因此过往判决往往认为购房者应当支付银行贷款，以（2017）最高法民申 2661 号为代表的多份判决认为，借款合同已实际履行，购房者应当偿还剩余贷款本息。

直到最高法院的（2019）最高法民再 245 号再审判决转变态度，

该判决中明确：因开发商未按照约定期限交付房屋，导致《商品房预售合同》解除，《借款合同》因合同目的无法实现也同时被解除。因

此，应当由开发商将收取的购房贷款本金及利息返还给银行，购房者不负有返还义务。

## 三、律师观点

### 1. 购房者是否应当解除合同？

此判决对购房者而言无疑是一个利好消息，但提供的也仅仅是及时止损，不再支付后续贷款的解决方案。虽然依照《民法典》第566条规定，合同解除后当事人有权要求恢复原状，即请求开发商返还首付款，但对于已经资金链断裂而烂尾的开发商来说，这一目的显然难以实现。

那么所购预售房停工后是否要主张解除合同？若解除合同，购房者不再需要偿还银行借款合同所要求的还款义务，但同时将会产生两重不利后果，一是首付款已支付给开发商，只能向开发商追偿，这无疑实现难度极大；二是合同解除后物权期待权转为普通债权，无法再主张对房屋的权利。因此，是

否解除合同需要购房者结合楼盘完工情况及后续解决的可能性综合考虑。

### 2. 该判决是否有违私法自治和合同相对性？

有观点认为，银行的合同相对方仅仅是购房者，在依照购房者指令将借款转入开发商账户后，银行已经完成其合同义务。而（2019）最高法民再245号判决，相当于让银行承担了开发商烂尾的风险，而这一风险来自于购房者与开发商直接的商品房预售合同，实际上与银行是完全无关的，因此有违私法自治与合同相对性原则。

为此，《商品房买卖司法解释》第二十一条第二款提供了突破合同相对性的法律基础，该条规定，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、出卖人应当将收取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。

（2019）最高法民再 245 号判决认为，“必须充分考虑商品房按揭贷款商业模式下各合同之间的密切联系和各方权利义务关系的

平衡问题，避免因强调单个合同的相对性而造成三方权利义务失衡”，这是裁判者基于对公平原则的理解，一定程度上突破了合同相对性。未来也将会有更为明确的规定出台，进一步作为这种“突破”的法律基础。

#### 四、未来政策趋势

2021 年 11 月 7 日，石家庄市发布一则《关于调整我市商品房项目预售许可形象进度的公告》。《公告》显示，2021 年 11 月 8 日后出让的房地产开发项目（不包括纳入房地产解遗、烂尾楼、专项整治台账和纳入历史遗留的城中村、旧城改造台账项目），传统建筑预售许可形象进度由设计总层数的三分之一提高至主体封顶。同时修订商品房预售资金监管政策，重点加强项目预售后剩余工程建安成本资金的监督管理，专项用于工程款项支取，确保项目完全达到交付使用条件。

北京住建委几乎同时发布了《北京市商品房预售资金监督管理办法》（2021 年修订版公开征求意见稿），《办法》进一步加强对预售资金监管力度，预售资金重点监管额度每平方米不低于 5000 元，较此前大幅提高了 43%；在入账管理方面，将现行的先网签后入账，调整为先监管保护后网签，即购房人只有将定金、符合个人住房贷款规定的首付款足额存入专用账户后，方可开通网签；新增了政府接管账户和资金实施“封闭管理”的制度。如开发企业挪用预售资金，导致项目出现经营困难问题，属地住建房管部门应全面接管预



售资金监管账户或建立政府监管账户，实施封闭管理保障资金安全，优先用于工程建设。

一系列政策以强制手段大大降低了楼盘烂尾的风险，从源头治理，才是解决房地产危机真正的可行之策。



**袁梦 实习律师**

上海七方律师事务所 实习律师

七方公司与财税法律服务部

实习律师

业务方向：股权纠纷、

民商事争议解决

联系方式：181 1603 0295



## 婚前协议，签还是不签？

作者：郑华、陈春雨



最近由杨幂、许凯主演的《爱的二八定律》当中，最新播出的剧情讲述了一位名叫曹以任的男性即将与名叫丁方方的富家女结婚，丁方方的父亲希望二人婚前签订婚前协议，但与曹以任情浓意切的丁方方拒绝了父亲丁总的提议，认为夫妻婚前签订财产协议会伤害两人的关系。杨幂饰演的秦施律师接受了丁总的委托，负责为两人起草婚前协议，其对曹以任展开了背景调查，发现曹以任离过婚，且之前与其交往和结婚的对象都是家境极其富裕的女性，曹以任似乎一直靠这些女性获得了很多社会财富与地位，有“软饭男”的嫌疑。虽然其真面目有待后续剧情的播出而知晓，但其体现的问题值得令我们关注，那就是男女双方在结婚前是否有必要签订婚前协议？婚前协议是否会影响夫妻双方的感情？下面，大家跟着笔者一起来了解下婚前协议吧~



### 婚前协议是什么？

《中华人民共和国民法典》第一千零六十五条第一款规定：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。据此，婚前协议在我国民法典的法律背景下可以解释为：男女双方于婚姻关系订



立之前，双方就婚前及婚后两人已有的、未来可能获取的财产归属问题所做的约定，即双方可以对各方在婚前已经取得的财产以及婚后单方或双方共同取得的财产所有权归属于谁，是单方所有还是双方

共同所有，以及双方就共有部分分别占有多少比例等问题作出具体约定。这种特别约定可以改变民法典一千零六十二条、一千零六十三条关于夫妻双方财产归属的一般规定。

### 法律适用

很多律师以及学者认为，其首要目的在于隔离风险，确保夫或妻一方的家庭财富传承、一方享有股权的公司财富及公司发展战略在双方离婚后免于受到共同财产分割纠纷的影响。现实当中确实存在这类风险结果，例如家庭财富悬殊的两方结婚后，因为缺少事先约定，导致在离婚后，财富实力雄厚的一方需要向另一方分割自己相当比重的财产，从而导致自家财富严重向外流失；抑或是夫或妻一方享有公司的股权，因为双方缺少对股权财产归属的划定，导致离婚时对方要求分割这部分财产，从而影响公司（尤其是上市公司）的资金

募集、上市等目标和战略的实现，或者因离婚风波导致公司在市场的股价大幅波动的结果。因此若要防止原本属于一方的个人财产因为婚姻的缘故而割席给另一方，婚前协议是一个不错的选择。

但若婚前协议只有这方面的功能，似乎其只是保护富人财产权益的工具，对处于财富弱势地位的另一方来讲没有什么好处。实则不然，有学者犀利的指出，越是有钱的人，其负债的可能性越大；除此之外，不排除婚前及婚后一方故意向另一方隐瞒自身所负债务的事实，因此为了防止一方婚后需要负担以“夫妻共同债务”为名的债务



风险，在婚前协议中约定一方所负担的个人债务由个人负责，另一方不对该部分债务负责，可以有效将自身与另一方所负的债务风险隔离。值得注意的是，民法典第一千零六十五条第三款规定：夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有，夫或者妻一方对外所负的债务，相对人知道该约定的，以夫或者妻一方的个人财产清偿。第一千零六十四条规定：夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。这里需要提醒的是，若一方对

外所负的债务系用于双方日常生活必需，包括日常的衣食住行、医疗保健、文娱教育及其他商品或服务，则即便双方对此有约定，对外仍然推定为夫妻共同债务，不影响外部债权人共同向双方主张债权偿还的责任，另一方只有拿出充分的证据证明债权人对此债务系个人债务知情才能免除自身的责任；若一方对外所负债务系用于超出家庭日常生活所需，例如一方在其单方控制或经营的公司中所负的债务，且另一方没有共同参与该公司的生产经营及决策做出的过程，则对外不能推定为夫妻共同债务，必须要债权人积极举证证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示，才能确认该债务为夫妻共同债务。在签订婚前协议的同时，婚姻关系中的另一方在日常生活中仍然应当注意收集相关的证据，避免将自身卷入共同债务的风险当中。

### 婚前协议应当如何约定？

一方面，婚前协议应当主要对双方的财产性权益归属做出划分。很多夫妻双方还会在协议中就人身性权益做特别约定，比如加入“忠诚协议”条款，通过约定违反夫妻忠诚义务时应当承担的具体责任来约束婚后自我行为，认真经营夫妻感情。这里需要注意，有些约定本质上系不具有强制执行力的约定，这类约定有几种类型：其一，语义模糊，无法作为财产分割具体依据的条款，例如在(2021)京03民终8334号判决中，双方在房产协议中约定“任一方感情背叛则净身出户”，法院认为此类约定系道德约定，在法律上不应当赋予其强制执行力。因此双方应当尽量将协议生效的条件及相关后果尽量表述清楚，例如将“感情背叛”、“有过错行为”的具体表现形式、“净身出户”具体包括哪些财产和该财产的具体份额列举出来，使这

类协议条款具有可执行性；其二，限制一方的人身自由、婚姻自主权，损害一方的人格尊严等基本权利，或者剥夺对子女的抚养权、探望权等不利于子女健康成长与发展的条款，例如双方约定，若女方无过错，男方不得以任何理由提出离婚；或者约定出轨者一方要当众向另一方下跪承认错误；抑或是约定出轨者一方不得享有对子女的抚养权以及探望权，这类条款因违反了宪法、法律赋予公民的基本权利而被认定为无效条款，因此应当避免在协议中做出此类约定。

另一方面，婚前协议应当尽量穷尽双方所有的财产，避免因未做约定或者约定不明而产生争议。相关财产包括但不限于房产、车辆、现金、股权、债券、信托与基金、财富保险、知识产权、债务，以及其他价值贵重的动产，对于婚后可能获取的财产，可以通过约定获得

此类财产的途径、来源等能够确定具体财产范围的方式来进行划分。在列举时应当尽量写清各项财产的具体名目，应当归属于一方还是双方，属于双方共有时各方分别占

有的份额比例是多少，对于需要通过登记的方式转移所有权的财产，应当列明登记交付的期限，并尽快催促、协助对方办理相关手续。

婚前协议究竟是维护感情的保证书，还是破坏感情的工具，笔者更加同意秦施在本剧中的观点，婚前协议可以帮助夫妻双方提前考

虑到婚姻当中可能出现的最丑陋、最糟糕的情况，在对婚姻的风险、双方感情的最坏结果都有了充分的心理预判之后，不论双方在婚后

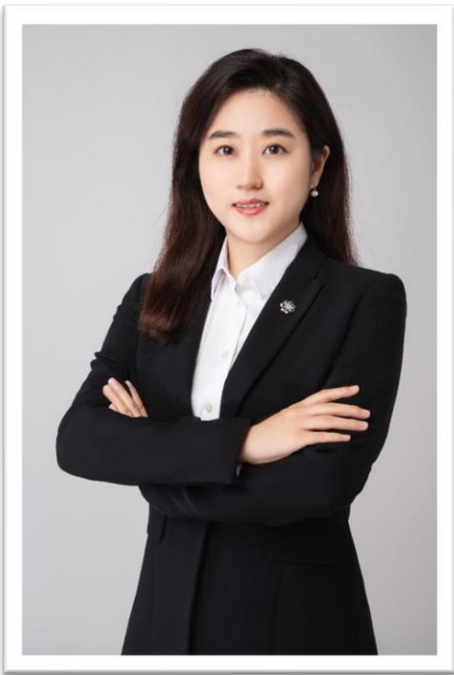






遇到什么样的事情都会做好心理准备，打消对未来不确定性的恐惧；并且婚前协议具有事前保证的效果，这种带有惩罚后果的协议或多或少能对双方产生警醒与威慑的作用，提醒各方用心经营婚姻与家庭关系，使感情向好的方向发

展。当然，不可否认，婚前协议的广泛应用更多依赖于大众对于婚家理念的转变，理性思考并非对感情的破坏，正如前文所述，其对婚姻的保障作用应被激发出来，成为预防争议纠纷的有效方式。



### 郑华 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 律师

上海市闵行区劳动人事争议委员会 兼职仲裁员

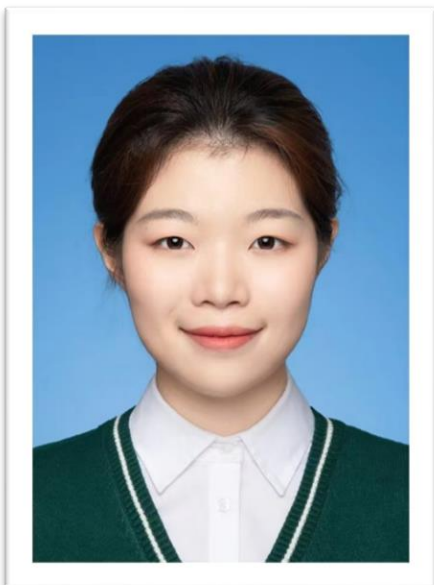
上海市闵行区职工维权律师志愿团 律师

上海市闵行区马桥镇、新虹街道总工会法律顾问

上海市徐汇区枫林街道普法宣传团 讲师

业务方向：劳动法、公司业务、家族法律服务

联系方式：18116026089



### 陈春雨

上海七方律师事务所 实习生

业务方向：婚姻家庭、劳动法、

民商事争议解决纠纷





## 离婚协议中遗嘱条款效力分析

作者：苏峰琴

*Last Will*

家事律师经常会被咨询者问道：“离婚协议可以增加条款约定财产夫妻百年后由孩子继承吗？该协议是否可以认定为遗嘱？”。一些当事人之所以在离婚协议中约定财产由孩子继承，主要是为了孩子的利益考虑，同时解决双方争夺夫妻共同财产的问题，在一定程度上促进了离婚协议的达成。当事人若未立有其他有效遗嘱，在当事人去世后，“离婚协议约定财产由孩子继承”的条款可能就会成为继承人之间争议的焦点。本文试以一份判决书引发一些讨论和思考。



### 案情简介

原告生父何某甲、生母王某某于1992年12月登记结婚，2004年1月17日协议离婚，离婚协议约定：“房屋面积68 m<sup>2</sup>，系集资房（3万元），归男方，男方一次性给女方2万元（实给1.7万元，3仟元女方单位于三年集资，返还后归女方）。房屋继承权归小孩。”离婚时原告不满10岁。2010年9月19日，何某甲与被告何某乙登记结婚。2014年5月8日，何某甲因病不幸身亡。

原告遂以何某乙为被告向人民法院起诉要求全部继承该房屋。

### 裁判结果

人民法院经审理后判决驳回原告何某某的诉讼请求。

### 律师观点

本案的争议焦点是“离婚协议约定财产由孩子继承”的条款是否属于遗嘱？

原告认为原告之父仅有原告一女，原告生父母离婚协议书经汉台区民政局婚姻登记处确认并归档保存，系原告生父母离婚时真实意思表示，关于房产继承部分的约定系遗嘱，原告应按遗嘱内容继承属于被继承人何某甲的该处房产，被告没有该房产的继承份额。被继承人何某甲突发疾病死亡，依据法律规定应当由原告继承属于被继承人何某甲的房产。

被告认为该房屋在何某甲生前已经赠与被告，房产已不属于何某甲。何某甲生前和原告生母的离婚协议中关于房屋继承的约定不属于遗嘱，因此原告不享有该房屋的继承权。

原告何某某的父母在离婚时协议“财产继承权归孩子”的约定不符合法律规定的方式和遗嘱的法律属性，不具有遗嘱的效力。离婚协议中关于房屋继承的约定不属于遗嘱，因为双方签署的协议不符合自书遗嘱、代书遗嘱等遗嘱的形式要件；且协议标题为“离婚协议”，系双方为解除

婚姻关系而订立，并非以订立遗嘱为目的，不能被认定为合法有效的遗嘱。且2014年4月8日何某甲生前已将讼争房产赠与被告何某乙，讼争房产非遗产范围，故律师认为法院对原告何某某的诉讼请求不予支持的结果是可以预料的。

以上是该法院的裁判意见，值得注意的是，对于“离婚协议约定财产由孩子继承，该协议是否可以认定为遗嘱”，不同地方法院裁判观点并非完全一致。（2017）苏民再470号李某1与李某2离婚后财产纠纷一案江苏省高级人民法院做出的民事判决书中认为，离婚协议可以作为遗嘱。其论述到：“共同共有可以基于法定

产生，亦可基于约定产生。本案中，双方当事人于2010年签订的离婚协议约定案涉房屋产权由双方共有，如双方中任何一方过世，其产权归女儿李某所有。双方于2012年再次签订协议，约定案涉房屋唯一法定继承人为双方婚生女李某，如需更改继承人，须双方共同书面签署同意后方可生效。上述两份协议的意思一致，均系当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规强制性规定，是双方当事人共同对离婚后案涉房屋权属的有效处分，并非基于一方当事人意思所立的遗嘱。”

（2018）湘0602民初6654号民事判决书中该审理法院认为：“《离婚协议书》是刘某和熊某离婚时的真实意思表示，虽表述的是在百年后将分得的属于其个人的房屋归刘某1所有，其法律含义实则是设立遗嘱，将属于刘某和熊某的房产进行处分，指定由刘某1一人继承，该遗嘱合法有效。根据《物权法》第二十九条，因继承或者受遗赠取得的物权，自继承或遗赠开始时发生法律效力，故自继承开始时即刘



某死亡后刘某 1 即取得了该房屋的所有权，刘某 1 主张讼争房屋的所有权于法有据，本院予以支持。”

(2019)京 02 民终 12850 号民事判决书该法院认为：“本案中赢某提交的《离婚协议》是否能作为遗嘱系双方争议焦点。该协议不能作为高某 3 的遗嘱，首先，就形式来说，该协议不符合自书遗嘱、代书遗嘱等遗嘱的形式要件。其次，就协议的内容来说，该协议的标题为离婚协议，系双方为解除婚姻关系而订立，但是双方并未履行解除婚姻关系的手续；第三，根据赢某所述，该协议形成于其与高某 3 离婚诉讼之前，双方在离婚诉讼时并未就协议约定进行陈述，且双方在庭审中均对某某号房屋的分割问题进行了陈述，均表示同意分割。故对赢某、高某主张上述《离婚协议》系遗嘱的答辩意见不予采纳。”

可见，不同地方法院对离婚协议中的遗嘱条款效力认定并没有形成完全统一意见。《民法典》出台后，对遗嘱的形式

有了更详细的规定，遗嘱有自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱、口头遗嘱、公证遗嘱，严格意义上来讲，离婚协议并不属于任何一种遗嘱形式，这也是一些法院对此持否定态度的原因之一。但离婚协议内容涉及“财产由孩子继承”的相关条款，也有按自书遗嘱对待的可能。例如，夫妻一方亲笔书写离婚协议，签名并附年月日，另一方也签字确认后双方共同提交婚姻登记部门备案。此时，对于亲笔书写离婚协议者，离婚协议涉及遗产处分的条款，主张该协议符合自书遗嘱的形式，从而被认定为自书遗嘱也不无可能。





### 结语

离婚协议作为附生效条件的合同，在办理离婚登记后即发生法律效力。一些当事人将夫妻共同财产百年后由孩子继承的条款附在离婚协议中，某种程度上可以理解为一方为尽早达成离婚所做出的妥协和退让，也可能出于若一方再婚孩子利益可能得不到有效保障的考虑，其能否在离婚后即对双方产生约束力？即任何一方不得另立新遗嘱处置该财产？如果一方反悔，设立新的遗嘱与离婚协议内容相冲突，但当事人又尚未去世的情况下，作为离婚协议的相对方有没有相应的救济途径？否则该条款很可能成为一纸空文，被新的遗嘱替代，出现与初衷相悖的结果。因此律师建议在离婚时即可将房产相对应的份额过户给子女，以免产生离婚协议中的遗嘱条款不生效的法律风险。



#### 苏峰琴 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方家事法律服务中心 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部律师

业务方向：婚姻家庭、刑事辩护

企业法律顾问

联系方式：18001698515





## 婚内出轨擅自处分夫妻财产效力分析

作者：张春球

最近，笔者接待了几位已婚女士的咨询，都是因丈夫私自转账给第三者钱款，妻子想要追回的案子。对此，有必要对此类婚内赠与行为的法律性质、救济途径以及诉讼策略做一个简短的分析

## 案件来源

黄某、黄某琴等赠与合同纠纷二审民事判决书[(2022)桂11民终386号]

## 基本案情

原告黄某琴与第三人邱某于1988年6月11日登记结婚,至今仍为夫妻关系,邱某以承包山场为业。第三人邱某通过微信向被告黄某转账158笔,合计269663.53元。邱某向黄某转账总额为880063.53元

被告黄某与邱某于2013年相识,从2014年3月开始长期保持婚外情人关系。第三人邱某使用被告黄某信用卡支

付汽车加油费、汽车修理费、购买化肥花  
2014年8月9日至2020年8月8日期间,第三人邱某通过其银行账户向被告黄某银行卡转账69笔,合计610400元;邱某的微信转账24350元。  
2017年1月1日至2020年8月1日期间,被告黄某向第三人

## 裁判要旨

1、一审法院认为,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第二款规定:“民法典实施前的法律事实引起的民事纠纷案件,适用当时的法律、司法解释的规定,但是法律、司法解释另有规定的除外”。关于邱某向黄某转账的用途,黄某与邱某均认可部分为赠与、部分为共同开支、部分为自己开支。被告黄某辩称邱某使用其信用卡支付汽车加油费、汽车修理费、购买肥料,总计43110元,各方均无异议,该院予以确认,该部分不属于赠与款项,应予扣减。被告向邱某转账的9550元、14800元,邱某认可转账事实但不记得用途,应予扣减。被告自认其与邱某的婚外情人关系持续到2020年6月,邱某

主张两人平均每月共同开支约 3000 元，该院认为较为符合本地生活水平，予以采信；黄某主张的两人平均每月共同开支 5000 元过高，不予采信。从 2014 年 3 月至 2020 年 6 月期间的共同开支，邱某与黄某应各负担一半，邱某应负担的部分 114000 元（1500 元 / 月 × 76 个月）不属于赠与款项，应予扣减。综上，应从邱某转账给黄某的款项中扣减的数额为 181460 元，其余 698603.53 元为赠与款项。

根据《中华人民共和国婚姻法》第十七条的规定，夫妻关系存续期间，夫妻双方对共同财产不分份额地共同享有所有权。第三人邱某在与原告黄某琴夫妻关系存续期间，基于与被告黄某之间的不正当男女关系，擅自将与原告的夫妻共有财产处分给被告黄某，且财产数额巨大，该行为违背社会公序良俗，损害了原告的合法权益，根据《中华人民共和国民法总则》第一百五十三条第二款的规定，第三人邱某与被告黄某之间的赠与行为无效。根据

《中华人民共和国合同法》第五十八条的规定，被告黄某由此取得的财产应当予以返还。原告请求被告黄某返还 836963 元，该院支持 698603.53 元。

2、二审法院认为，夫妻关系存续期间，在夫妻双方未选择其他财产制的情形下，夫妻共同财产属于共同共有，夫妻双方对全部共同财产不分份额地共同享有所有权。夫妻双方对共同财产依法享有平等的处理权，但并不意味着夫妻双方各自对共同财产享有一半的处分权。本案中，黄某琴与邱某在夫妻关系存续期间并没有对夫妻共同财产进行约定，即夫妻双方对共同财产系共同共有。邱某未经黄某琴同意擅自将其账户内的款项赠与上诉人黄某，侵犯了黄某琴享有的夫妻共同财产权利，亦违背社会公序良俗，一审认定该赠与行为无效，并无不当，本院予以确认。一审法院认定黄某应向黄天琴返还 698603.53 元正确，本院依法予以维持。

从上述判例中我们不难看出，赠与行为发生在黄某琴与邱某婚姻关系存续期间，所涉标的为黄某琴与邱某的夫妻共同财产，且邱某与黄某的赠与关系违背公序良俗，故一、二审法院依法均支持作为妻子的黄某琴主张的涉案赠与行为无效，并返还赠款。

那么，当丈夫私自转账给第三者钱款，妻子想要追回，应该怎么办呢？

首先可以直接找第三者协商。如果第三者已经组建家庭的话，其会考虑到自己的名声和家庭矛盾等因素，协商解决的可能性较大。若无法协商，可以以“赠与合同纠纷”或“不当得利纠纷”为案由向人民法院提起诉讼。

面对此类案件，妻子作为无过错方承担举证责任，需要收集两方面的证据。

一是双方之间有金钱来往的证据。丈夫与第三者的转账记录、信用卡消费记录、消费凭条及微信、支付宝交易明细证明等。收集到的证据不全面也不要紧，可以先提供一部分，足够立案就可以。立案后，可以向法院申请调查令，调查出轨方

的银行交易流水，微信、支付宝交易明细等，根据查到的金额，变更诉讼请求追加金额即可。

二是婚外情的相关证据。这个证据比婚内出轨证据的证明标准要低一些。如聊天记录、亲密照片、出轨方主动承认的录音、签署的悔过书、保证书等等，但要注意取证方式和取证途径的合法化，否则，取得的证据有可能因程序或内容非法而不被法庭采信。

根据《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国民法典》等相关法律的规定，在婚姻关系存续期间，家庭财产属于夫妻共同财产，在夫妻双方未事先约定或选择其他财产制的情况下，属于共同共有，夫妻双方享有平等的处理权。夫妻双方对共同财产依法享有平等的处理权，也因夫妻共同共有的财产未予分割故并不意味着夫妻双方各自对共同财产享有一半的处分权。

实务中，此类案件的第三者往往被认定为法律意义上的恶意第三人，夫妻一方



将婚内共同财产擅自无偿赠与给第三者（笔者还曾办理过丈夫私自出资购房赠与第三者的案件，如有相关问题，可联系探讨），是基于婚外不正当关系而做出的赠与，违背公序良俗，受赠方也非善意取得，严重损害了另一方的财产权益，应认定为无效。只要证据充足，法院通常都会判决该赠与合同无效，要求第三者返还财产。

需要提醒的一点是，如果碰到此类案件，因无过错方需要承担举证责任，故需要注意及时保留出轨方与第三者之间财产赠与行为的证据和婚外情的证据，更好地维护自身的合法权益。

夫妻之间有相互忠诚的义务，赠与虽是一种你情我愿的民事法律行为，但是置

于婚姻中，出轨一方对第三者的赠与行为严重破坏了婚姻关系彼此忠实的价值基础，损害了配偶方的情感和财产权利，违反公序良俗，破坏社会风气，不能得到法律保护。而作为插足他人婚姻的第三者，既会同出轨方一同受到社会舆论和道德的谴责，最后还会落得“人财两空”的尴尬境地。

婚外情的产生，打破了人们对于忠诚婚姻的向往和美好家庭的期待，造成家庭不和，家风不良。在此，希望每一位已婚人士都能够恪守道德和法律的底线，维护和谐美好的家庭生活

### 张春球 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与投融资法律服务部 律师

中国中小企业协会调解中心 调解员

业务方向：公司商事、诉讼与争端解决

联系方式：15800560008





## 律师会见被监视居住嫌疑人的现实障碍及救济途径

作者：赵珞宏

在现代刑事诉讼中，律师依法享有会见犯罪嫌疑人、被告人的权利。会见权是刑事律师在整个刑事诉讼中极为重要的一项权利，也是律师在了解案情、制定辩护策略、维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益的重要途径。我国律师会见权自 1979 年正式确立以来，历经 40 余年不断变化，可以说，律师的会见权的保障直接与整个刑事诉讼发展、完善相挂钩。根据现行的 2018 年修订的《刑事诉讼法》，对于一般犯罪且被采取拘留、逮捕的犯罪嫌疑人、被告人，律师会见基本没有障碍（个别可能受疫情防控政策影响），但是，现有法律对律师会见被采取监视居住（特别是指定居所监视居住）的犯罪嫌疑人、被告人的规定并不完善，从而在司法实践中，出现了律师新的会见难的问题。

### 一、什么是“监视居住”？

刑事诉讼中，通常有五种强制措施，即拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕，严厉程度逐渐升级。监视居住，具体又分为固定住所监视居住和指定居所监视居住，即公检法在刑事诉讼中限令犯罪嫌疑人、被告人在规定期限内不得离开住处或者指定的居所，并对其行为加以监视、限制其人身自由。一般而言，对符合逮捕条件，却有特殊情况不适合被羁押的犯罪嫌疑人、被告人，会被适用监视居住。如怀孕哺乳的、身患重病生活不能自理的、作为生活不能自理的人唯一扶养人的，还有因案件的特殊情况或办理案件的需要，采取监视居住措施更为适宜的，这种情况在专案和要案中常见。另外，对符合取保候审条件，但不能提出保证人，也不交纳保证金的犯罪嫌疑人以及对违反取保候审规定的被取保候审人，也可以采取监视居住的强制措施。

法律规定，监视居住最长不得超过 6

个月。具体在什么阶段适用，实践中存在多种情况，可以是案件初始便直接监视居住，也可以是检察院不批捕后再行监视居住等。

执行监视居住的地点一般是在犯罪嫌疑人、被告人的住处，如果没有固定住处的，可以在办案机关指定的居所。对于涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪，在住处执行可能有碍侦查的，经上一级公安机关批准，也可以在指定的居所执行。但是，绝对不能在羁押场所、专门的办案场所执行。也就是不能在拘留所、看守所或者公安局、派出所等地方。

从立法本意上看，监视居住应属于非羁押性强制措施，意在减少审前羁押。虽然人被关着，但一般都是在自己住处或公安指定的居所，是比拘留、逮捕程度更轻的强制措施。但实际中更多的是指定居所的监视居住，犯罪嫌疑人、被告人多被单独关在一个封闭且无人知晓的地方，不允许与外界接触，即使与律师见面也很困难。没有通讯设备，对外界事务一无所知，身处如此幽闭的环境，无疑会给当事人带来

巨大煎熬。

而且，实践中有时会存在滥用“监视居住”的情况，有些地方为“合理利用规则”延长案件侦办时间，会采用对当事人指定居所监视的方式来规避刑事拘留的时间限制，在取得口供后再转为拘留或其他羁押手段。

指定居所的决定可以由公安机关自行作出，也就是说决定主体和执行主体都是公安机关，当权力的行使没有批准前置时，难免会出现权力滥用的情况。虽然，《刑事诉讼法》及《人民检察院对指定居所监视居住实行监督的规定》都规定了检察院对指定居所监视居住有监督权，但由于该项决定可由公安自主作出，可能导致检察机关无法及时介入，主动有效地行使监督权，当有滥用指定居所的情况发生时，检察机关无法及时、有效排除。

此外，缺乏监督监管的指定居所可能会存在非法取证的情况。通常情况下，指定居所常发生在办案前期，这个阶段也是公安积极取证的阶段，而此时缺乏检察机关有效介入，辩护律师往往也很难及时获

知嫌疑人的情况，从而给公安与嫌疑人之间创造出一个无任何监督与制约的不平

等的对话环境，不利于保护嫌疑人的合法权利。

## 二、监视居住期间律师的会见权及可能遇到的问题

根据《刑事诉讼法》规定，除极少数案件需要经许可外，原则上律师是可以自由会见的，但因为部分规定用词模糊，导致实际操作起来可能并不顺畅。

首先，我国《刑诉法》第三十九条第二款规定，律师持三证会见在押的犯罪嫌疑人、被告人的，看守所应当及时安排会见，至迟不得超过四十八小时。该条第五款规定，辩护律师同被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人会见、通信，适用第一款、第三款、第四款的规定。

该法条先是明确了辩护律师在监视居住期间的会见权，但是却绕开了第二款的具体程序要求，导致律师会见权欠缺明确的程序保障。刑事诉讼法权利无程序保障则等于无权利，这点在实践中也被多次得到证实，实务中律师基本很难见到被指定居所的犯罪嫌疑人。

其次，根据《刑诉法》第七十七条的

规定，监视居住期间犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定：“（二）未经执行机关批准不得会见他人或者通信”，这里“他人”的范围应该作何理解，如果办案机关认为其中包含了作为其辩护人的律师，那无疑又会给会见增添了障碍。

再次，根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第五十二条的规定，如果是因危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪这两类案件在押或被监视居住的犯罪嫌疑人，辩护律师在侦查期间要求会见的，应当向办案部门提出申请。既然该条规定了律师会见“两类犯罪”需要申请，也就是说，对于除此以外的其他类型刑事案件，侦查机关并无权力限制律师会见当事人。

综上，从上述规定来看，法律规定了律师对被采取监视居住的嫌疑人享有会见权，但是没有明确规定具体的操作流程，从而导致部分司法机关拖延安排律师会见，变相剥夺律师的会见权。

### 三、如何保障律师会见被监视居住犯罪嫌疑人、被告人的权利

目前来看，结合笔者团队的办案经验，适用监视居住措施或者无法会见时，可以律师在办理案件的过程中，如果遇有违法 采取以下救济途径：

#### （一）向检察机关提出控告、举报、申诉

如果侦查机关阻挠、禁止律师会见当 的合法权益。  
事人，导致辩护律师会见权受到限制的， 如果认为指定居所监视居住决定违  
律师可以向同级检察机关刑事执行检察 法的，可以向人民检察院提出控告、举报、  
部门提出控告，要求办案机关及时纠正违 申诉，人民检察院应当对指定居所监视居  
法行为，以维护被指定居所监视居住人员 住决定是否合法启动监督。





## （二）向侦查机关所属的上级机关部门投诉

对侦查活动的监督，依照《公安机关内部执法监督工作规定》，可以向公安机关的上级部门、公安内部的法制部门、警务督察部门等提交监督的申请。

针对监视居住的违法问题，可以向办案机关督察、纪委部门反应相关情况，并将相关记录完整保存，为后期工作争取主动权。如果存在非法取证的问题，律师在会见当事人时，应仔细询问具体情节，并将时间、地点及所涉办案人员记录清楚，以便在后续程序中适时启动非法证据排除程序，尽力保障当事人合法权益。

著名律师艾伦·德肖维茨有一句名言，

“一个国家是否有真正的自由，试金石之一一是它对那些为有罪之人，为世人不齿之徒辩护的人的态度。”监视居住的立法本意和初衷绝不可能是限制甚至剥夺律师的会见权，立法机关应当考虑到司法实践中存在的现实问题，为律师会见被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人作出明确、具体的规定和操作指引，例如参考律师会见被拘留的犯罪嫌疑人、被告人的规定，要求决定机关在 48 小时内安排会见，即使有困难的，也应当在 72 小时内安排会见，防止因规定不明，剥夺律师的会见权。



### 赵璐宏 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：18089390623





## 股权转让方隐瞒债务，受让方的救济途径分析

作者：吕小萌

从商事交易主体诚实信用的角度看，股权转让方应当本着诚信的原则，充分如实披露目标公司债务的相关信息，让受让方充分预判风险，作出受让与否及合理价值判断的选择。但是实际操作中，转让方往往会因为各种各样的原因对真实的债务情况进行隐瞒，很多时候受让方在支付了股权转让款甚至是完成工商变更登记后才发现目标公司实际的债务数额巨大，根本无力承受。本文就与大家一起探讨：股权转让方隐瞒债务的情况下，受让方该怎么做？

**一、在股权转让协议中对目标公司的债务偿还作出具体约定，并对隐瞒债务的行为设定违约责任。**

股权受让方如需受让公司股权，非常关键的前置程序就是对目标公司进行法律、财务等方面的尽职调查，尽可能全面地了解

公司经营情况及债权债务情况。在充分了解这些信息后，转让方和受让方可通过股权转让协议详细地约定股权转让前的债务承担，包括债务承担方式（包括债权人主张债权后的应对和处理方式、目标公司代为清偿债务后股权转让方对该笔债务的还款方式、还款时间等）、违约金等，以规避风险。

股权转让双方对公司债务承担进行约定的目的在于，公司股权转让价格是确定的，但是股权交易中双方所掌握的公司经营信息存在不对称，转让方可能存在未完全披露公司债务的情况。双方约定由转让方承担其经营公司期间的债务，避免了基于已披露债务所商定的股权价格风险，符合股权交易双方合理的商业预期。因此，此类约定可以在股权转让交易过程中更好维护受让方的权益。

需要注意的是，股权转让协议约定由转让方承担经营管理目标公司期间所发生的债务，因公司债权人并非协议当事人，所以协议只在股权交易双方于公司之间发生效力，不产生公司债务转移的效

果，公司仍应向公司债权人承担相应责任。这从侧面说明了此类约定也不损害公司债权人的利益。实际上在股权转让时目标公司的债务是基本确定的，只是转让方有隐瞒实际债务的可能，对受让方来说债务具有不确定性，因此股权转让前的公司债务由转让方承担并不会加重目标公司的债务情况，不损害目标公司的利益。

因此，受让方为了规避风险，应当在签署股权转让协议时对目标公司的债权债务承担问题作出具体的约定，这些约定能在一定程度上解决由于股权转让交易过程中信息不对称所导致的股权价值失允风险，从而保障新股东的权利。

### **二、转让方刻意隐瞒公司债务，受让方可以依法行使合同撤销权。**

如果转让方刻意隐瞒目标公司的实际债务情况，在股权转让协议签订后，受让方发现公司实际债务与转让方承诺的债务相距甚远，从而认为转让方可能使用了欺诈手段让受让方签订协议的，受让方可以依法行使撤销权，要求撤销合同。但是需要注意的是，实践中不少法院往往会

从维护商事交易稳定的角度出发，审慎处理因受到欺诈而主张撤销合同的案件。要求撤销合同的一方，也就是自称受到欺诈的受让方，应当在签订《股权转让协议书》前尽到审慎注意义务，审查目标公司的资产状况及债权债务关系等情况，以降低自身受让股权而产生的风险。在有些案例中，受让方是以1元价格受让目标公司股权的，该价格明显低于商事主体正常运营所产生的合理成本，这种情况下，即便转让方对目标公司债务作出了相关承诺，法院也倾向于认定受让方对于目标公司股权的瑕疵程度做好了“心理准备”，从而不会轻易判决撤销合同。

### 三、受让方可以行使先履行抗辩权，要求转让方清偿新发现的目标公司债务后才继续支付股权转让款。

在广东省高级人民法院（2018）粤民终2425号案件中，转让方和受让方在股权转让协议中对于目标公司债务承担方式进行了详细约定，其中一部分债务由转让方承担，另一部分债务在债权人主张后由受让方在股权转让尾款中扣除。受让方

在股权转让协议签订后支付了首笔股权转让款，目标公司完成工商变更登记，在受让方即将支付股权转让尾款时，有多名主体向目标公司主张股权转让协议确定的范围之外的债权。受让方因此起诉转让方，拒付剩余股权转让款。

一审法院经过审理，认为受让方有权以转让方隐瞒巨额税款为由不予支付剩余股权转让款（详细说理见下图）。

一审法院认为：本案为股权转让纠纷。案涉《合同书》是各方当事人的真实意思表示，内容未违反法律、行政法规的禁止性规定，合法有效，该院予以确认。本案争议焦点有二：其一，碧花园公司是否享有向佛山振鹏公司拒付剩余股权转让款的合法抗辩事由？其二，碧花园公司所称其向案外人代偿的债务金额，能否冲抵案涉股权转让款。关于第一个争议焦点。该院认为：第一，《合同书》虽就碧花园公司支付股权转让款的时间作了明确约定，但碧花园公司按照该约定时间支付全部股权转让款的前提，应当是佛山振鹏公司如实履行其在《合同书》项下先期义务，保证碧花园公司所接收的目标公司，不存在除合同已披露情况之外的其他瑕疵，这其中包括，佛山振鹏公司对于标的公司及其四家全资子公司应纳税款已全部实际缴纳的承诺。第二，从应城市税务机关出具的《税务事项通知书》和《税务行政处罚决定书》内容看，湖北振鹏实业及其全资子公司湖北振鹏酒店管理有限公司在《合同书》签订前，存在大笔未缴税款。因湖北振鹏实业及湖北振鹏酒店管理有限公司拒不申报纳税额、虚假申报等行为，导致巨额税务罚款。佛山振鹏公司在转让案涉股权时，未向碧花园公司真实披露标的公司的关联公司税务情况，且标的公司欠缴税额及应缴罚款金额巨大，佛山振鹏公司对此存在重大过错。第三，佛山振鹏公司称上述税款因政府及政策原

二审法院则认为，佛山振鹏公司作为股权转让方，负有保证标的公司除了已经在股权转让时约定的债务外，未设定其他权利负担并免遭第三人主张权益的义务，否则应当承担股权受让方中止支付股权转让款的法律后果，因此一审法院认定目



标公司缴纳税款是股权受让方按照合同约定支付股权转让款的前提，并无不当。根据这个案例，受让方在股权转让款未支付完毕的情况下，可以主张先履行抗辩权，要求转让方对承诺之外的负债进行承担。

#### 四、受让方可以向转让方主张物的瑕疵担保责任。

股权转让协议是标的为公司股权的特殊买卖合同，合同相对人基于股权价值支付对应的对价。《最高人民法院关于

审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第四十五条第一款规定：“第三十二条法律或者行政法规对债权转让、股权转让等权利转让合同有规定的，依照其规定；没有规定的，人民法院可以根据民法典第四百六十七条和第六百四十六条的规定，参照适用买卖合同的有关规定。”

《民法典》第六百四十六条规定：“法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照适用买卖合同的有关规定。”《民法典》第六百一十五条规定：



“出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。”《民法典》第六百一十七条规定：“出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依据本法第五百八十二条至第五百八十四条的规定请求承担违约

责任。”因此，出让人转让的股权应当符合合同的约定，对股权承担瑕疵担保责任，公司对股权转让前债务的承担，直接导致公司资产减少，间接导致股权价值贬损，受让方所享有的股权利益随之减少，受让方可以要求转让方赔偿损失。

诚实信用是商事交易的基石，转让方对于公司债务承担所做出的承诺自然也会产生相应的法律后果。转让方刻意隐瞒公司债务，导致受让方受让的股权价值发生贬损的，受让方可以尝试通过本文提供的几种方式依法维护权益，要求转让方承担相应的违约责任。

吕小萌 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

业务方向: 股东纠纷、股权纠纷

刑民交叉法律事务

联系方式: 18817838201







## 保单避债属性实务研究

作者：张睿、李林芳

保险产品除自身保险属性外，还被认  
为是具有资产隔离和财富传承作用的金  
融工具。若投保人提前规划、购买符合自  
身需求的保险产品，利用保险的特点做好  
合理的架构设计，保险完全可以发挥其资  
产隔离及财产传承的作用。然而，在实践  
中，很多债务人恶意借助保险的上述功  
能，在自身产生大量债务后，通过购买大

额保单的方式意图逃避债务，他们认为一  
旦购买了保险产品，其所支付的保费就不  
再属于其财产，该保单对应的现金价值也  
不会被债权人强制执行。对此，很多人产  
生质疑，难道大额保单成为了债务人恶意  
逃债的工具？

对于上述情形，并没有统一的司法解  
释，以至各省法院按各自理解执行，有的

法院明确规定保单可以被冻结并退保（如浙江、江苏和山东等），有的法院明确规定保单仅能冻结（如北京等），有的法院则规定保单不能被强制执行（如广东等）。

随着 2020 年 7 月最高院作出的(2020)最高法执复 71 号裁定，给这一现象统一了口径。那么我们来看一下(2020)最高法执复 71 号案具体情况：

### 基本事实

债务人许某因欠债，导致其与其他共同债务人在金融机构的存款被执行后，依然不足以偿还债务，故江西高院强制执行了许某名下一份保单。此保单是以许某本人作为投保人，以其丈夫邓某作为被保险人，在中国人寿四川分公司投保了一份国寿乐行宝两全保险+国寿附加乐行宝意外伤害住院定额给付医疗险保险，受益人是许某，受益份额 100%。

对此，邓某向江西高院提出执行异议称，第一，江西高院冻结和扣划的保险产品现金价值的行为，实质是通过执行程序解除投保人邓某保险产品的保险合同。该被扣划的保险产品主要是对被保险人邓某的疾病、残疾提供保障，关系到邓某的生命价值，损害了被保险人、受益人或被

保险人同意的其他人行使保险合同介入权、承受保单的合法权益，不适宜强制执行。第二，江西高院执行的保险产品，投保人为被执行人许某、被保险人为邓某，因此，应首先通知被保险人，且被保险人或被保险人同意的其他人有权向投保人许某的债权人支付相当于保险产品现金价值的款项，替代被执行人履行债务，并变更投保人。



## 江西高院观点

1、保险金给付之前，本案投保人许某对该保险合同的现金价值享有请求权且在数额上具有确定性，该现金价值及利息等财产性权益构成被执行人许某的责任财产；

2、根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》，保单并非系不能被冻结的财产；

3、依照《中华人民共和国保险法》第十五条、第四十七条的规定，由于该保险合同尚未发生约定的保险金支付情形，投保人许某可以无条件解除合同，提取该保

单的现金价值。因此，本案在被执行人许某不能清偿债务，又不自行解除保险合同提取保单的现金价值等财产性权益以偿还债务的情况下，该院对该保单的现金价值及利息等财产性权益予以冻结并强制扣划，该执行行为具有替代被执行人许某对其所享有的财产权益进行强制处置以偿还其所欠债务的行为的法律性质，符合法律规定，对于因保险合同解除产生的损失应自行承担。

邓某不服江西高院（2019）赣执异 26 号执行裁定，向最高院申请复议。

## 最高院观点

本案的争议焦点问题是：

1、能否强制执行本案人身保险产品的现金价值。在保险金给付之前，投保人许某对该保险现金价值享有确定的物权所有权。江西高院对该保单的现金价值及利息等财产性权益予以冻结并强制扣划并无不当。

2、对人身保险产品的现金价值应如何执行。首先，人民法院可以强制解除保险合同。根据《最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》第三条第（八）项关于被执行人为自然人的，不得支付高额保费购买保险理财产品的规定精神，如被执行人拒不执行生效法律



文书确定的义务，在其可以单方面行使保险合同解除权而未行使，致使债权人的债权得不到清偿，人民法院在此情形下可以强制被执行人予以行使，代替投保人行使解除强制所购的保险合同。其次，由于江西高院执行裁定未明确强制要求保险公司解除保险合同，投保人也可以继续与保险公司协商，由符合条件的第三人行使介入权。至于邓某提出保单的现金价值相对

于本案债权等实现价值较低，难以切实有效保障债权人债权的理由。经查，许某及邓某作为案件被执行人以投保人身份为双方购买了多份保险产品，保单现金价值的总额数万元，不属于现金价值较低的情形，且债权人强烈主张予以执行，仅以此理由不足以阻却执行，邓某该复议理由不能成立。

据此，最高院驳回邓某的复议请求。

通过上述案例，并结合 2021 年 11 月上海市高级人民法院发布的《关于建立被执行人人身保险产品财产利益协助执行机制的会议纪要》（“《会议纪要》”），我们可获得的分析与启示如下：

**（一）法院可冻结、扣划人身保险产品的财产利益，但并非所有的人身保险产品都会被强制执行**

被执行人为投保人的，可冻结或扣划归属于投保人的现金价值、红利等保单权益；被执行人为被保险人的，可冻结或扣

划归属于被保险人的生存金等保险权益；被执行人为受益人的，可冻结或扣划归属于受益人的生存金等保险权益。投保人购买传统型、分红型、投资连接型、万能型人身保险产品、依保单约定可获得的生存保险金、或以现金方式支付的保单红利、或退保后保单的现金价值，均属于投保人、被保险人或受益人的财产权。

人身险产品是否强制执行，还要看法院标准，那些“金额比较高，现金价值比较高的易被强制执行”。各地法院出台的



司法文件中也强调，对于重大疾病保险、意外伤残保险、医疗费用保险等产品人身专属性较强、保单现金价值低，但潜在可能获得的保障大，人民法院应秉承比例原则，对该类保单一般不作扣划。对于被保险人或受益人为被执行人的重疾型保险合同，已经发生保险事故的，对于依保险合同可确认但尚未完成支付的保险金，人民法院执行时要充分保障被执行人及其所扶养家属的生存权利及基本生活保障。

### （二）法院查询被执行人投保人身保险产品的路径

一是申请执行人提供财产线索；二是通过保险行业协会、保险公司协助查询被执行人的投保信息，人民法院在案件执行过程中会通过网络执行查控系统向保险机构发起财产查询通知，只要投保人、被保险人、受益人中有一个是被执行人，保险机构就会反馈相应的信息。

### （三）投保人购买的人身保险产品被强制执行，被保险人、受益人可赎买保单

在（2020）最高法执复71号案件中，最高院明确，在执行法院的执行裁定未明确强制要求保险公司解除保险合同时，投保人可以继续与保险公司协商，由符合条件的第三人行使介入权。《会议纪要》中亦明确，人民法院在执行保单现金价值时应当保障被保险人或受益人赎买保单的权益，给予不少于15日的赎买期限。如被保险人或者受益人赎买支付相当于保单现金价值的款项的，由赎买人直接交予人民法院。人民法院应提取该赎买款项，不得再继续执行该保单的现金价值、红利等权益。但赎买期届满后无人赎买或者被保险人、受益人明确表示不赎买的，人民法院可以强制执行投保人（被执行人）对该保单的现金价值、红利等权益。

### （四）法院执行已办理过质押贷款保单的方式

对于执行已办理过质押贷款的保单案件，保险公司可以就贷款本息从被执行财产性权益中优先受偿。保险公司优先受

偿的部分扣除后的余额为执行法院在本次执行中执行的金额。

### （五）要准确理解人身保险的资产隔离和财富传承功能并做好合理架构

所谓的人身保险具有“避债”功能，准确的说法应该是“债务相对隔离”，并不是所有人身保险在任何情况下都可以隔离债务。利用人身保险实现债务相对隔离需要提前做好保险配置并做好合理架构，通常在没有债务的时候，利用保险规避未来可能发生的债务风险。

需注意的是，配置保险，要选择合适的被保险人和受益人，如果没有指定受益人，保险金就会按照被保险人的遗产处理，继承人需要先清偿被继承人的债务，再继承遗产。如果指定了受益人，被保险人去世后，受益人取得的保险金属于受益人的个人财产，即使被保险人尚有债务未清偿，受益人也无需代为偿债。

举例说明：

1. 甲去世前尚有存款 100 万元，尚欠债务 90 万元，则其唯一继承人儿子可得 10 万元。

2. 甲去世前尚有存款 100 万元，尚欠债务 150 万元，则其唯一继承人儿子可得 0 元。

3. 甲去世前甲的父亲（甲去世时，其父已过世）以甲为被保险人购买终身寿险一份，保额 150 万元，没有指定受益人，另尚有存款 100 万元，甲尚欠债务 200 万元，则其唯一继承人儿子可得 50 元。

4. 甲去世前甲的父亲（甲去世时，其父已过世）以甲为被保险人购买终身寿险一份，保额 150 万元，受益人系甲的儿子，另尚有存款 100 万元，此外，甲尚欠债务 200 万元，则其唯一继承人儿子可得 150 万元。



综上所述，“避债”与“债务隔离”是不同的概念，“避债”属于债务人恶意降低债务资产的逃债行为，“债务隔离”是以合法为前提，通过对保单结构的筹划和设计，以实现债务的相对隔离。在规范的法治社会，任何逃债行为都是被禁止的，我们要善于利用保险产品，通过保单的架构与设计，进而实现资产隔离与财富传承之功能。



张睿 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方民商事与金融法律服务部 律师

七方家事与财富管理法律服务部 律师

业务方向：商事诉讼，婚姻家事、

私人财富管理

联系方式：15902145818



李林芳 律师

上海七方律师事务所 合伙人

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

业务方向：刑事辩护、公司法、合同法

联系方式：13052067259



## 保险复效观察期条款法律分析

作者：王年俊

在投保人分期缴纳寿险投保过程中，常发生不能及时缴费的情况，此时合同效力处于中止状态。为了维护被保险人的利益，保险公司设置了保险复效的原则，即投保人在规定期限内向保险公司补交保险费息的，保险合同效力应即恢复。但保险合同往往又约定了复效观察期，若被保险人在复效后的观察期内患病，保险公司将不予理赔，由此而引发与被保险人的纠纷。保险公司对在复效观察期内发生的保险事故拒赔是否合法关键在于判断复效观察期条款的法律性质。本文将结合案例进行分析研判。

### 保险合同中的“观察期”和“保单复效”是什么？

人身保险的保单中常规定一个观察期（或称为免责期或等待期），是指在医疗保险、重大疾病保险这几类健康保险中，被保险人在首次（或续保）投保时，从合同生效日（或复效日）算起的一段时间内被保险人患病，保险公司将不予理赔。

在重大疾病保险中，观察期一般为 90 天、180 天、1 年。

观察期的设置，主要目的是保护诚信投保人的利益，防范“带病投保”现象。有少数投保人在被保险人身体健康时不

购买保险，在身体状况出现异常时才去投保，并刻意隐瞒病史。设立观察期后，保险公司对被保险人病因判断会更为方便，无需被保险人举证病因发生时间，能从源头上防范道德风险发生，避免逆选择，同时也保护了诚信投保人的权益。

保单复效是指当投保人在缴费过了宽限期（一般是 60 天）后，并且没有使用自动垫交保险费，保单便会失效，复效条款允许投保人恢复一份失效保单的效力。我国一些保险险种规定在 2 年内可申请复效。



观察期包括合同生效后的观察期和复效观察期，实践中争议最大的则是复效观察期条款的效力问题，本文也旨在讨论这一问题。

## 案例介绍

### 案情回顾

2012年9月15日，阙某配偶韩某作为投保人、阙某作为被保险人向人寿保险公司投保了国寿康宁终身重大疾病保险（2012版），保险金额200000元，保险期间为终身。2014年7月31日，韩某作为投保人、阙某作为被保险人向人寿保险公司投保了国寿防癌疾病保险，保险金额100000元，保险期间为34年。

案涉国寿康宁终身重大疾病保险（2012版）利益条款第七条约定，在本合同保险期间内，本公司承担以下保险责任：一、重大疾病保险金。被保险人于本合同生效（或最后复效）之日起一百八十日内，初次发生并经专科医生明确诊断患本合同所指的重大疾病（无论一种或多种），本公司按照本合同所交保险费（不计利息）给付重大疾病保险金，本合同终止；……。若因意外伤害导致上述情形，不受一百八十日的限制。

案涉国寿防癌疾病保险利益条款第五条约定：在本合同保险期间内，本公司承担以下保险责任：一、癌症确诊保险金。被保险人于本合同生效（或最后复效）之日起一年内，因首次发生并经确诊的疾病导致被保险人初次发生并经专科医生明确诊断患本合同所指的癌症，本合同终止，本公司按照本合同所交保险费（不计利息）给付癌症确诊保险金；……。

上述国寿康宁终身重大疾病保险，国寿防癌疾病保险，因投保人应交纳的保险费未按时交纳，后保险合同中止。2019年1月25日，韩某办理了保险复效手续，并于2019年1月28日补交了上述保险的保险费。

2019年2月18日，阙某因“体检发现甲状腺结节3天”赴医院就诊，被诊断为甲状腺乳头状癌并进行了手术治疗。后阙某向人寿保险公司申请理赔，该公司以

保险合同复效日期与阚某确诊时间 2019 年 2 月 18 日相距不足 180 日仅赔付了国寿康宁终身重大疾病保险保险金 56560 元、国寿防癌疾病保险保险金 10250 元。阚某对赔付金额不服，遂向法院起诉。

### 法院判决

一审法院判决：人寿保险公司应于判决生效之日起十日内给付阚某保险金 226840 元。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，加倍支付迟延履行期间的债务利息。人寿保险公司不服，提起上诉。二审法院依法作出判决：驳回上诉，维持原判。

## 法律分析

### 系争“复效观察期”条款为免责条款，而非无效条款

设定复效观察期条款虽为保险业通常做法，但该条款明显降低了观察期内的发生保险事故应当赔偿的保险金数额，因此在本案一审中，法院认为，该条款免除了保险人的部分义务，排除了被保险人的部分权利，依据《中华人民共和国保险法》第 19 条规定：采用保险人提供的格式条款订立的保险合同中的下列条款无效：

（一）免除保险人依法应承担的义务或者加重投保人、被保险人责任的；（二）排除投保人、被保险人或者受益人依法享有的权利的。因而认定为无效条款。持有该观点的认为设置复效观察期条款实质上是为整个保险期间另外设立了一个甚至更多的观察期，从而变相地免除了保险人在观察期地保险责任，排除了被保险人的主要权利。

而笔者认为，复效观察期条款为免责条款，而非无效条款。首先，从条款文义上理解，复效观察期的条款本质上是在一定期间内保险公司不承担或减轻保险赔偿责任，在免责期内保险公司不承担保险责任或保险责任减轻，也应属于免除保险人责任的条款。其次，关于涉案“180 天”条款、“1 年”条款的效力认定应当根据《保险法司法解释二》第 9 条的规定，保

险人提供的格式合同文本中的责任免除条款、免赔额、免赔率、比例赔付或者给付等免除或者减轻保险人责任的条款，可以认定为保险法第十七条第二款规定的“免除保险人责任的条款”。

虽然在该条文中并未明确列出免除保险人责任的条款中包括复效观察期条款，但该条文为列举式条文，当中明确记载了“免赔率、比例赔付或者给付等”，此处的“等”字表示列举未尽，即其他具备免除或减轻保险责任意思表示的条款也可以认定为免除保险人责任的条款。而涉案两份保险合同的保险责任条款分别约定被保险人在合同最后复效之日起 180 日、1 年内发生本合同所定义的重大疾病，保险人按被保险人交纳的保险费数额给

付重大疾病保险金，该数额远低于双方约定的保险金额，实质上减轻了保险人人寿公司的保险责任，而非免除了保险人的法定义务，在效果上基本等同于解除保险合同，退还保费，故应属于上述法律规定的“免除保险人责任的条款”，而非保险法第十九条规定的无效条款。最后，虽然保险公司在保险合同中约定复效观察期条款具有高度合理性，可以有效防止和避免逆向选择和道德风险，但也不能据此否定复效观察期条款是属于免责条款的本质。

在笔者检索的数份案例中发现，除（2018）闽民申 866 号民事裁定书认为复效观察期条款无效，其他大部分法院支持该条款为免责条款。

### 未尽到提示说明义务的免责条款不发生法律效力

关于本案中“180 天”条款、“1 年”条款对投保人是否产生法律效力的问题。首先，则要根据《中华人民共和国保险法》第十七条第二款“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”的规定可知，人

寿保险公司只有在对投保人履行明确说明及提示义务后，上述免责条款约定的内容才对投保人依法产生法律效力。其次，涉案两份保险的投保单相关声明处虽载明保险人已经对免责条款进行解释和明确说明并由投保人签字认可，但因提示和明确说明义务系两项独立的法定义务，故仅凭投保单不能当然得出保险人已经履行提示义务的结论。对于提示说明义务的履行，仍需结合投保单和相关保险凭证上是否有明显标识进行判断。第三，《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)》第十一条第一款规定：“保险合同订立时，保险人在投保单或者保险单等其他保险凭证上，对保险合同中免除保险人责任的条款，以足以引起投保人注意的文字、字体、符号或者其他明显标志作出提示的，人民法院应当认定其履行了保险法第十七条第二款规定的提示义务”本案中，涉案两份保险条款中，“180天”条款和“1年”条款的表现形式与其他条款并无区别，人寿保险公





司并未将上述条款以足以引起投保人注意的文字、字体、符号或其他明显标志进行提示，例如未将字体放大加粗，或其他

令人醒目的表现形式，故不能认定该公司已经向投保人履行了免责条款的提示义务，因而对投保人不发生法律效力。

### 结语

如何认定人身保险合同复效观察期条款的法律性质，涉及保险人、投保人之间利益平衡问题。该问题不仅是法律技术问题，更是价值衡量问题。不仅要考虑到保险公司在保险合同中设置复效观察期的格式条款，旨在有效防止投保人或被保险人隐瞒病情带病投保，避免发生逆向选

择和道德风险的情形，也要考虑投保人已经缴纳了长期保险费且延期交保费时间并不长久的情况下，有关复效观察期的约定增加了投保人的负担。故在保险公司未尽到提示说明义务的情形下，认定该条款对投保人不发生法律效力，从而判定保险公司拒赔不合法是平衡双方利益的体现。



#### 王年俊 律师

上海七方律师事务所 律师  
七方公司与投融资法律服务部 律师

业务方向：公司法、商事诉讼、  
企业重整与清算

联系方式：19821802660

## 真假劳务外包，该如何甄别判断？

作者：李华平

### 案情简介

2021 年 1 月初，A 公司因生产经营需要，与 B 公司【B 公司经营范围：劳务服务（不含劳务派遣）；企业管理；企业形象策划】签订生产外包协议，由 B 公司安排员工至 A 公司厂区生产线劳动，按每人 26 元 / 小时结算外包服务费用。2021 年 1 月 6 日至 2 月 22 日期间，B 公司先后安排金某等 53 名员工至 A 公司厂区从事生产线工作。

B 公司在 2021 年 1 月 6 日至 1 月 22 日的电子考勤汇总表上载明金某等 37 名员工的单价 26 元，当月实际出勤 4364.5 小时，应发工资 113,477 元。2021 年 1 月生产外包成本 113,477 元，税金 16,440.94 元，价税合计 129,917.94 元。2021 年 2 月 5 日，A 公司转账支付 B 公司 129,917.94 元。

2021 年 1 月 22 日至同年 2 月 21 日的电子考勤汇总表上载明杨某等 22 名员工的单价 26 元，当月实际出勤 5501 小时，国定假日加班天数 24 天，应发工资 143,026 元。2021 年 2 月生产外包成本 143,026 元，税金 20,722.11 元，价税合计 163,748.11 元。2021 年 3 月 4 日，A 公司转账支付 B 公司 163,748.11 元。

B 公司认为，A 公司要求其公司按照 A 公司的要求，招聘大量小时工至其工厂工作，约定 26 元 / 小时结算工资，并按每人每月派遣管理费 38 元结算，B 公司为员工代发工资代缴社保，员工上班期间直至离职，由 A 公司按照该公司的规章制度直接管理，B 公司不参与管理。双方实际是假外包，真派遣。B 公司与 A 公司的生产外包协议无

效，双方系事实的劳务派遣关系。于是，B 公司向法院提起起诉，要求 A 公司支付 40 名员工 2021 年 1-2 月社会保险费单位负担部分及 42 名员工 2021 年春节加班费。

A 公司则为，B 公司没有派遣资质，双方协议约定按 26 元 / 小时 / 人结算外包服务费用。作为发包方，无需承担外包人员的社保费单位部分及加班费用。

### 争议焦点

B 公司、A 公司间存在劳务外包关系还是劳务派遣关系？

### 裁判要旨

法院认为，首先，B 公司工商登记信息显示，该公司不具备劳务派遣资质，因此，B 公司依照规定不能从事劳务派遣的经营业务；其次，2021 年 1 月 6 日至同年 2 月 22 日间，A 公司按照约定向 B 公司结算、支付生产外包的服务费用。由此表明，B 公司、A 公司约定开展生产外包的服务业务，B 公司按约提供生产外包的劳务服务，A 公司按约结算外包服务费用，双方形成劳务外包关系；再次，B 公司提供的电子考勤汇总表显示，B 公司与部分安排至 A 公司厂区生产线工

作的员工所签劳动合同约定员工工资为 2,974 元 / 月不等，表明 B 公司按照合同约定工资标准支付员工工资，并不是按照 26 元 / 小时结算员工工资，进一步证明 B 公司、A 公司建立的是劳务外包关系。B 公司与其派驻 A 公司工厂生产线工作的员工签订劳动合同，建立劳动关系。B 公司、A 公司建立劳务外包关系，三方不存在劳务派遣关系，未有证据证明 A 公司对前述 B 公司的员工进行日常管理及相关人员需遵守 A 公司的规章制度，A 公司没有支付 B 公司从事生产外包

员工社会保险费单位负担部分的法定义务。

关于 B 公司主张 A 公司支付 2021 年 2 月 12 日至同年 2 月 14 日间 42 名员工加班工资一节，其一，上述同理，该期间 B 公司、A 公司按照生产外包约定结算外包服务费用，A 公司没有支付 B 公司

员工加班工资的法定义务。其二，B 公司确认 A 公司已向其结清生产外包期间的服务费用。故 B 公司要求 A 公司支付 2021 年 2 月 12 日至同年 2 月 14 日间 42 名员工加班工资的请求，亦无相应的事实及法律依据。

### 律师评析

劳务外包与劳务派遣是完全不同的两种用工方式，有关法律适用、用工主体责任承担等都有显著的区别，部分用工单位为了规避用工责任甚至采取“假外包真派遣”的方式来损害劳动者利益。那么到底该如何判断“真假外包”呢？实务中考量的因素主要有以下诸方面：

1. 法律适用不一样。劳务外包，发包方和承揽方之间完全适用《民法典》，按照双方的约定进行；劳务派遣，用工单位和劳务派遣单

位之间的权利义务，除了要适用《民法典》，还要遵守《劳动法》、《劳动合同法》的规定。

2. 服务人员要求不一样。劳务外包的是“事”，就是工作内容，承揽方安排什么人来完成，发包方一般不具体要求，这些人都是承揽方招聘来的；劳务派遣的是“人”，劳务派遣人员一般都是经过用工单位招聘面试，只是通过劳务派遣公司签订合同、办理手续。

3. 管理强弱程度不一样。劳务外包不对提供外包服务的过程进





行直接管理，而是对服务成果进行验收，仅对外包人员在提供外包服务中有关服务质量、安全要求等进行监督提醒，监督只是“间接管理”，且一般都通过和承揽方指定的管理人员进行对接，并不对全部劳务外包人进行直接管理；劳务派遣用工，是用工单位对所有劳务派遣人员直接指挥和管理，包括但不限于考勤、薪酬、奖惩等涉及劳动者切身利益的管理。

4. 规章制度遵守不一样。劳务外包人员不需要遵守发包方的规章制度，劳务外包人员没有完成劳务服务内容即工作成果，发包方追究的是承揽方的违约责任，与外包人员无关；劳务派遣人员需要遵守用工单位的规章制度，如劳务派遣人员严重违反规章制度，用工单位可以将其退回劳务派遣公司，劳务派遣公司可以解除其劳动合同。

5. 薪酬标准确定不一样。劳务外包人员的工资标准是由承揽方确定，发包方并不知晓劳务外包人员的薪酬标准以及发放情况，基于商业利益，承包方不会向发包方透露；劳务派遣人员的薪酬标准是用工单位和劳务派遣人员协商确定并结算的，且与用工单位的劳动者实行同工同酬。

6. 费用结算不一样。劳务外包是整体的费用，按一定单价计算，一般不会区分每一个外包人员人多少费用，不会承担外包人员的工资、社保、解除劳动合同的经济补偿金等费用；劳务派遣的费用是完全由用工单位确定，工资、福利待遇、社保费用、解除劳动合同的经济补偿金费用都是由用工单位统一结算和承担，劳务派遣单位只收管理费，其他费用都是代收代缴。

7. 营业收入纳税额不一样。外包方支付给承揽方的外包服务费



用，全部纳入到承揽方的营业收入并进行全额纳税；用工单位支付给劳务派遣单位的费用，需要区分人员工资、社保和管理费，人员工资和社保费用是代发代缴，不计算营业收入，只是将管理费计算为营业收入并纳税。

8. 工伤责任承担不一样。劳务外包人员发生工伤，全部由承揽方承担工伤赔偿责任；劳务派遣人员发生工伤，劳务派遣单位只是申请工伤认定，涉及到的工伤赔偿的费用由用工单位承担。

区分真假劳务外包时，需要考虑各方的合意即真实意思表示，对劳动者的直接管理还是间接管理是最为核心的因素，同时需要结合以上因素综合考虑判断。



### 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



## 工龄没有合并计算导致违法终止劳动合同风险研究

作者：谢亦团

### 案情介绍

林女士于 2006 年 4 月 4 日通过劳务派遣进入食品公司处工作；2007 年 4 月 1 日至 2007 年 12 月 31 日，林女士的劳务派遣公司改为 B 公司；2008 年 1 月 1 日至 2010 年 1 月 29 日，林女士的劳务派遣公司又改为 C 公司。2010 年 2 月，林女士与

派遣 A 公司进入上海某食品公司工作，担任助销员。根据林女士的求职登记卡显示，2006 年 4 月 4 日至 2007 年 3 月 31 日期间，林女士系由案外人上海 A 派遣公司

食品公司签订劳动合同，约定：劳动合同期限为2010年2月1日至2013年3月31日；林女士在市场执行部门的RTM业务代表岗位任职。2006年4月4日至2010年3月期间，林女士实际在食品公司的浦东办事处从事销售工作；2010年4月起，林女士被安排至食品公司的川沙办事处，仍从事销售工作。2012年8月起，林女士的基本工资为2259元/月，此外另有金额不定的月度奖金。2013年3月25日起，林女士因患病开始休病假，未再上班。

2013年9月2日，食品公司向林女士住址邮寄通知一份：“您与公司签署的劳动合同已于2013年3月31日到期，且公司基于您的病假申请，依法将您的劳动合同顺延至医疗期结束。我们特此通知您，您的医疗期将于2013年9月3日结束，

故届时劳动合同终止。上述劳动合同终止日为您的最后工作日……，月基本工资结算至2013年9月3日……”。2013年9月4日，该份邮件被退回。2013年9月12日，食品公司再次向林女士寄送终止劳动合同的通知，林女士签收了该份通知。2013年9月3日，公司为林女士开具了上海市单位退工证明。2013年9月13日至2013年12月25日期间，林女士仍继续休病假，并将对应期间的病假单邮寄给了食品公司。

2013年9月25日，林女士提起劳动仲裁，要求裁决食品公司：恢复劳动关系；支付2013年9月3日至2013年9月30日疾病救济费1991.97元，按照1327.98元/月的标准支付2013年10月1日至恢复劳动关系之日的疾病救济费。

### 裁判结果

仲裁委员会对于林女士的请求均未支持；2014年6月19日一审作出判决：食品公司支付林女士2013年9月3日至2013年9月24日的病假工资1084.32

元；2013年9月25日至2013年12月24日期间的疾病救济费3840.31元。林女士和食品公司均不服一审判决，上诉至中院，中院最终维持原判。



## 律师评析

本案主要涉及林女士劳动关系在不同用人单位主体之间变换，其工龄是否应当合并计算？计算林女士医疗期时，是否按照合并工龄计算？这也决定了食品公司作出终止决定是否合法的问题。

**一、劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的，劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。**

根据《劳动合同法实施条例》第十条之规定，劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的，劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。而最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》第五条规定：劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位的，应当认定属于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”（备注：该司法解释已作废，由2021年1月1日生效的新的司法解释一第46条予以代替，而且规定的更为明确具体）。

变化；有的用人单位却为了试图规避工龄连续计算，利用其优势地位故意在不同用人单位主体之间发生变化；有的时候，劳动者为了更好的发展主动要求调动到其它关联公司工作。那么在劳动者不同用人单位变动，工作时间“无缝连接”时，什么情况下工龄应当合并计算呢？最关键的应该是调动的原因是用人单位主动发起还是劳动者发起，如果是非劳动者本人原因引起的异动，按照劳动合同法实施条例和司法解释，工龄应当合并计算；反之，不应当合并计算。

实务中，有的用人单位确因用工模式的变化，导致劳动者的用人单位发生多次

本案中，林女士先后与劳务派遣A、B、C建立劳动关系，并被派遣至食品公司，虽然自2010年2月起，改为由食品公司直接建立劳动关系，但并没有明确对于之

前劳务派遣期间的工龄进行承接，这时，虽然三家劳务派遣公司与食品公司均是不同的用人单位，但林女士的工作场所、工作岗位并没有发生变化，工龄应当合并

计算，即应当从 2006 年 4 月 4 日开始计算，截止至 2013 年 3 月 24 日，林女士在食品公司的合并工龄为 6 年。

### 二、医疗期的计算应当根据合并工龄计算，而不仅仅是本单位的工作年限。

根据《上海市人民政府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》第一条、第二条之规定：医疗期是指劳动者患病或者非因工负伤停止工作治病休息，而用人单位不得因此解除劳动合同的期限；医疗期按劳动者在本用人单位的工作年限设置，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。

本案中，根据前面的分析，林女士的入职时间应当从 2006 年 4 月 4 日计算，截止到 2013 年 3 月 24 日，林女士在食品公司处的工作年限已满 6 年，故可享受的医疗期为 9 个月。

### 三、用人单位违法解除，劳动者主张恢复劳动关系时，不能超过劳动合同期限以及法定顺延期限。

根据《劳动合同法》第四十八条规定用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。也就是说用

人单位违法解除时，劳动者可以选择要求恢复劳动关系或者支付赔偿金。

本案中，由于食品公司的工龄计算错误，导致医疗期计算错误，其于 2013 年 9 月 3 日终止劳动关系是违法的，林女士要求恢复劳动关系合法有据。细心的读者或许会发现，为什么一审法院最后判决内容



并没有恢复劳动关系呢？这是因为，林女士的劳动合同期限应当顺延至 2013 年 12 月 24 日期满，而一审作出判决的时间为 2014 年 6 月 19 日，已无恢复劳动关系的必要。

最后需要特别提醒一下用人单位，计算医疗期、连续工作满十年需要订立无固定期限劳动合同时，应当包含合并计算的工龄，否则有可能带来用工风险。为避免因工龄问题发生争议，建议劳资双方在劳动关系发生异动时，在新的劳动合同中对之前工龄进行明确。

### 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

上海市徐汇区公共法律服务中心值班律师

上海市普陀区人民法院特邀调解员

上海市闵行区职工维权志愿团成员

业务方向：劳动法、合同法

联系方式：13585507739



## 恢复劳动关系期间工资支付司法实务分析

作者：王余婷



近期，七方劳动法团队代理了一起患病女职工与上海某公司之间的劳动争议纠纷，女职工主张恢复劳动关系及恢复劳动关系期间的工资，该案已经劳动仲裁委员会裁决，裁决恢复劳动关系，并支付2022年2月15日至2022年6月30日恢复劳动关系期间的工资。

公司方对仲裁裁决结果不服，提起一审。我方为了防止公司方会提起一审，从策略角度也提起一审，在一审起诉状中将恢复劳动关系期间的工资的诉讼请求撰写“请求依法判决被告按照每月3万元的工资标准向原告支付2022年2月15日至判决生效之日止的工资”。在一审庭审中，公司方代理人提出我方所主张的仲裁裁决作出之次日至判决生效之日的工资未经劳动仲裁前置程序，需另行提起劳动仲裁进行主张。

公司方代理人提出的理由是否成立？本文与读者分享有关恢复劳动关系期间工资相关的法律问题，希望对大家有所帮助。



### 一、恢复期间的工资从何时开始起算

用人单位违法解除劳动合同，根据《劳动合同法》第四十八条规定，劳动者可主张违法解除劳动合同的赔偿金，也可主张恢复劳动关系及恢复劳动关系期间的工资。对于这两项请求，劳动者只能择其一进行主张，不能同时主张。有关恢复劳动关系期间的工资，很多人认为是从解除次日开始计算的，实则不



然。根据《上海市企业工资支付办法》（沪人社综发〔2016〕29号）第二十三条规定：“企业解除劳动者的劳动合同，引起劳动争议，劳动人事争议仲裁部门或人民法院裁决撤消企业原决定，并且双方恢复劳动关系的，企业应当支付劳动者在调解、仲裁、诉讼期间的工资。其标准为企业解除劳动合同前12个月劳动者本人的月平均工资乘以停发月数。双方都有责任的，根据责任大小各自承担相应的责任。”

在该条款中明确：“支付劳动者在调解、仲裁、诉讼期间的工资”即从提起调解或提起劳动仲裁之日起算。换言之，

如用人单位解除劳动合同后，劳动者未及时主张权利，未提起调解或劳动仲裁的，就会存在一个“空档期”，从解除劳动合同的次日至提起调解或劳动仲裁前一日的工资，是不会得到裁审部门的支持。

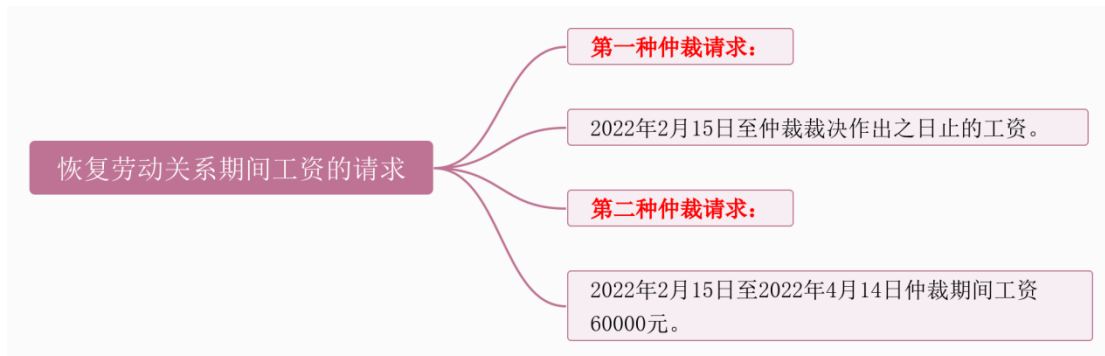
因而，如遇用人单位违法解除劳动合同，劳动者选择主张恢复劳动关系及恢复劳动关系期间工资，应在解除后尽快提起调解或劳动仲裁，否则会影响劳动者恢复劳动关系期间工资的金额。及时行权非常关键，躺在权利上睡觉，部分或全部的权利将会受到影响。

## 二、恢复期间工资的仲裁请求应怎么写

以我们所代理的女职工主张恢复劳动关系及恢复劳动关系期间工资的案件为例，为避免诉累，最大程度地保护女职工的合法权益。我们在写劳动仲裁请求时，有关恢复劳动关系期间的工资是这样写的，“请求依法裁决被申请人按照每月3万元的工资标准支付2022年2月15日

至仲裁裁决生效之日止的工资。”劳动仲裁委员会裁决时，会按照劳动者的工资标准裁决截止于裁决作出之日恢复期间的工资，该金额是明确具体的，并不会笼统裁决按照何种月工资标准支付至裁决生效之日止的工资。

在我们作为用人单位方代理人时，我们有看到以下两种有关恢复劳动关系期间工资仲裁请求的表述：



第一种仲裁请求，其写的截止日期到仲裁裁决之日，一旦出现劳动仲裁委员会未支持劳动者的仲裁请求，在法院一审阶段要求将恢复劳动关系期间的工资计算至一审判决作出之日就会存在一定的难

度，甚至会出现一审法院不让在劳动仲裁请求基础上增加法院一审阶段恢复期间工资的诉讼请求，此时，就会陷入尴尬的局面。第二种仲裁请求，其写的是某个固定时间段内恢复期间的工资，与第一种仲



裁请求相比，这样的表述更为不利，因劳动案件可能会存在中止审理等情形，只写固定时间段内恢复期间的工资，势必会涉及到第二次提供劳动仲裁，主张另外恢复

期间的工资。因而，我们倾向于将恢复劳动关系期间工资的仲裁请求写为“支付至裁决生效之日止”。

### 三、恢复期间工资是否需再次提起劳动仲裁

劳动者对仲裁裁决不服，需在 15 天内向一审法院提起诉讼，此时就会遇到一审诉讼请求如何撰写的问题，在此建议，诉讼请求可撰写为：“请求依法判决被告按照每月 3 万元工资标准向原告支付自 2022 年 2 月 15 日至判决生效之日止的工资”。

在我们所代理的案件，公司方代理人在答辩时就提出从仲裁作出裁决次日至法院判决生效之日止的工资未经过劳动仲裁前置程序，且法院一审阶段的诉讼请求应当明确具体，诉讼请求不能写到判决生效之日止的工资，女职工主张的恢复劳动关系期间的工资最多主张到裁决作出之日。

笔者认为，当劳动者对仲裁裁决不服，向一审法院提起一审，并主张恢复劳动关系期间的工资支付至判决生效之日。一方面，在劳动仲裁阶段的请求已明确支付至裁决生效之日，即一审阶段劳动者主张恢复劳动关系期间的工资支付至判决生效之日，已经过劳动仲裁前置程序；另一方面，劳动者主张仲裁阶段及法院一审阶段的工资，这两个诉之间具有不可分性，都是建立在用人单位违法解除劳动合同的基础之上。如再要求劳动者就法院一审恢复劳动关系期间的工资另行提起劳动仲裁，会严重增加劳动者的维权成本，也属浪费司法资

源，没有必要拆成两个案件或更多案件进行审理。

当然，如劳动者提起劳动仲裁时写的仲裁请求就是固定期间的工资或在仲裁裁决作出后劳动者未提起一审，代表

劳动者认可仲裁裁决的内容，即恢复劳动关系期间的工资是固定时间段的。此时，如用人单位未履行支付工资的义务，就会存在另行提起劳动仲裁主张恢复劳动关系期间工资。

综上，劳动者主张劳动权利时，首先需确定好劳动仲裁请求，特别是主张恢复劳动关系期间工资的请求，否则，可能会面临“一波三折”，需多次提起劳动仲裁。对用人单位而言，单方解除劳动合同千万不能任性为之，并非支付违法解除劳动合同赔偿金这么简单，有可能裁审部门会判决恢复劳动关系及恢复劳动关系期间的工资，支持该请求的“杀伤力”比支持违法解除劳动合同赔偿金要强的多，单方解除劳动合同需谨慎为之。



### 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



## “黄鹤楼有仙气雪糕”凭什么能赢？

作者：谢茂林

文创雪糕近年受到市场追捧，引发的各类知识产权纠纷时有所闻。武汉的“黄鹤楼有仙气雪糕”凭借外观设计专利赢得了胜利，给广大文创从业者带来了一定的启示和警醒。

### 一、各类文创雪糕近年走红

自 2019 年故宫的神兽造型雪糕“出圈”以来，文创雪糕就蔓延到了全国各大博物馆、各地旅游景区以及一些城市的著名地标。手持文创雪糕拍照“打卡”，已成为一种消费时尚。国家博物馆巧克力味的“说唱俑”雪糕、抹茶味的“云纹犀尊”雪糕，山西博物院推出的“鸛卣”（xi ā oy ō u）雪糕，山东省博物馆的“亚丑钺”雪糕，杭州西湖、北京长城、大同云冈石窟、上海武康大楼、武汉黄鹤楼、敦煌石窟等景区或者城市地标的文创雪糕推出后都广受追捧。

### 二、“黄鹤楼有仙气雪糕”的胜利

2021 年 6 月，湖北武汉市场上出现了两款外观极为相似的黄鹤楼雪糕，外形都

像微缩版的黄鹤楼。一款是黄鹤楼公园管理处推出的“黄鹤楼有仙气雪糕”，另一款则是武汉市亿丰美国食品商贸有限公司推出的“诗意的雪糕白云黄鹤”。为争“正版”之名，两单位一度对簿公堂。

黄鹤楼公园管理处的“黄鹤楼有仙气雪糕”在 2021 年 2 月申请了外观设计专利，并于当年 6 月获得了国家知识产权局的授权。武汉市亿丰美国食品商贸有限公司则向国家知识产权局提出申请，主张该外观设计专利无效。该案件经国家知识产权局审理，于 2022 年 2 月 7 日正式做出决定：维持黄鹤楼公园管理处的“黄鹤楼”雪糕外观设计专利权有效。该案件合议庭认为，“黄鹤楼”雪糕外观设计专利，是以“黄鹤楼”为原型创作的文创产品，没有违反社会公德或者妨害公共利益，不

支持亿丰美国食品商贸有限公司要求该外观设计专利无效的主张。这就意味着，黄鹤楼管理处拥有了该款“黄鹤楼”雪糕的专有权，任何其他主体擅自使用相似的“黄鹤楼”雪糕外观设计都将面临侵权的法律风险。凭借外观设计专利，“黄鹤楼有仙气雪糕”赢得了主动，巩固了市场地位，维护了自身的经济利益和合法权利！

### 三、外观设计专利

外观设计专利是我国专利法保护的對象之一，是指依法应授予专利权的工业外观设计。根据我国《专利法》第二条中的规定：“外观设计，是指对产品的整体或者局部的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。”由此可见，一项外观设计专利必须同时符合以下要求：

(1) 必须是一种新的设计 (2) 必须是适于工业上的应用 (3) 必须富有美感 (4) 必须是对产品的整体或者局部外表所作的设计 (5) 必须是形状、图案、色彩或者

其结合的设计。工业产品外观形状是指对产品造型的设计，也就是指产品外部的点、线、面的移动、变化、组合而呈现的外表轮廓，即对产品的结构、外形等同时进行设计、制造的结果；

工业产品外观图案是指由任何线条、文字、符号、色块的排列或组合而在产品的表面构成的图形。产品的外观图案应当是固定、可见的，而不应是时有时无的或者需要在特定的条件下才能看见。

工业产品的色彩是指用于产品上的颜色或者颜色的组合。制造该产品所用材料的本色不是外观设计的色彩。产品的色彩不能独立构成外观设计，除非产品色彩变化的本身已形成一种图案。可以看出，外观设计专利强调“外观”，即产品的外在形状、图案和色彩。如工艺品、包装箱、包装袋、包装盒等属于外观设计。外观设计专利权的保护期限为十五年，自申请日起计算。

对于广大的消费者而言，商品的质地、外观、包装等都是消费体验的重要组成部分。互联网时代，文创雪糕的吸睛外观可以更好地满足消费者社交分享的需求，从而进一

步刺激消费。对于文创类产品，其富有内涵的独特外观设计有可能成为一种核心竞争力。利用外观设计专利设置商业壁垒、确保自身的商业利益，“黄鹤楼有仙气雪糕”提供了一个很好的范例。

参考文献：

1. 《中华人民共和国专利法》**第二条** 本法所称的发明创造是指发明、实用新型和外观设计。
2. 发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。
3. 实用新型，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。
4. 外观设计，是指对产品的整体或者局部的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。
5. 《中华人民共和国专利法》**第四十二条第一款** 发明专利权的期限为二十年，实用新型专利权的期限为十年，外观设计专利权的期限为十五年，均自申请日起计算。



谢茂林 律师

七方律师事务所 合伙人

上海律协文化传媒业务研究委员会

委员

业务方向：刑事辩护 知识产权

企业法律顾问

联系方式：13611936047

## 自媒体与肖像权的合理使用

作者:孙志勇



法律

肖像权是一项重要的人格权利，我国《民法典》对肖像权的保护规范进行了重大的调整和充实。在《民法典》之前，肖像权侵权认定应当包括两个必要因素，“未经肖像权人同意”和“以营利为目的”，而在《民法典》之后，已经不把“以营利为目的”作为侵权认定的必要条件了，扩大了肖像权保护的范围。

另一方面，《民法典》借鉴《著作权法》中有关合理使用的规定，设置了全新的肖像权合理使用制度，明确了对肖像权行使的合理限制。

当前实践中，随着传播技术的进步，自媒体得到了迅猛发展，现实中的肖像权纠纷，除了市场主体利用公众人物的肖像进行商品宣传推广、虚假代言或者其他商业性利用之外，还有相当一部分是公众人物起诉微信公众号等自媒体文章中使用其肖像的行为，此时自媒体是否构成侵权，是否构成合理使用，如何平衡社会公共利益和公众人物的人格利益，是司法实践中无法回避的问题。



## 一、《民法典》关于肖像权合理使用的规定

任何权利都有边界，肖像权也不例外。《民法典》第 999 条规定，“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等”。

具体到肖像权，《民法典》第 1020 条规定了 5 种肖像合理使用的情形：（一）为个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究，在必要范围内使用肖像权人已经公开的肖像；（二）为实施新闻报道，不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像；（三）为依法履行职责，国家机关在必要范围内制作、使用、公开肖像权人的肖像；（四）为展示特定公共环境，不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像；（五）为维护公共利益或者肖像权人合法权益，制作、使用、公开肖像权人的肖像的其他行为。

以上规定构成了肖像权“合理使用”的完整规则。

## 二、肖像权合理使用的认定标准尚未统一

《民法典》施行后，由于肖像权合理使用的法律条文表述还相对原则，目前也没有进一步具体细化的认定标准，因而司法实践中法官主观裁量的空间较大，对肖像使用是否构成“合理使用”还存在不同认识，个案裁判中见仁见智。

比如在 2022 年 8 月 24 日上海市第二中级人民法院举办的“《民法典》视野下肖像权保护研讨会”中，就“某杂志社在其出版的杂志中，刊发某明星甲出演的相关作品评论文章，并使用明星形象照及相关剧照，但未征得甲同意。某杂志社是否侵犯甲的肖像权？”这一问题，与会法官及专家就形成了三种不同观点，并且没有形成倾向性意见，一种认为构成侵权，一种认为符合合理使用情形而不构成侵权，还有一种认为应根据杂志的性质、肖像照片使用的位置、评论文章的属性等因素综合判断是否属于合理使用。

### 三、自媒体在适用合理使用抗辩时应与传统媒体实行同一标准

在合理使用抗辩理由中，自媒体经常使用的抗辩理由之一是“为公共利益实施新闻报道、舆论监督”，这里的适用主体是否必须是具有新闻报道资质的主体？也说是说，微信公众号等自媒体能否引用新闻报道来作抗辩？

从《民法典》的规定来看，其不再使用“新闻单位”“新闻媒体”等词语，在法条中使用的是实施新闻报道的“行为人”，这一规定应当被理解为是与社会发展以及传播科技的发展相吻合的。特别是移动互联网的飞速发展，新闻生产模式也产生了重大变化，在非时政新闻领域出现了大量 UGC 用户新闻生产模式。中国互联网络信息中心在其研究报告中也指出，网络新闻生产主体主要分为四类，一是中央新闻网站，二是省级新闻单位建立的新闻网站，三是腾讯、网易等非新闻单位设立的商业网站，四是依托社交平台产生的个人或机构自媒体，如各类微博大 V、微信公众号等，由此可见，在适用新闻报道、



舆论监督等合理使用抗辩时，其适用主体应是实施新闻报道的“行为人”，传统媒体与新兴媒体应当实行一个标准，似乎不应以是否具有新闻报道资质作为能否适用的区分标准。

然而，在当前司法实践中，法院有不同的理解。在（2022）京 0491 民初 3988 号案件中，被告是一微信公众号运营者，北京互联网法院认为，“被告并非具有新闻报道资质的主体，被告发布涉案文章并非实施新闻报道，明显不属于为实施新闻报道而不可避免使用他人已公开肖像的合理使用行为”。

而对于舆论监督，在（2022）京 0491 民初 2067 号案件中，被告同样是一微信公众号运营者，北京互联网法院一方面认为“舆论监督就是公民通过新闻媒介对国

国家机关、国家机关工作人员和公众人物的与公共利益有关的事物的批评、建议”，另一方面又认为“文章内容中存在对公众人物进行舆论监督的客观表述，但使用的部分肖像与其监督目的无关”，也就是说，此时法院又认可了被告进行舆论监督的新闻媒介的地位，并未考虑其是否具有新闻媒介资质，只是认为部分肖像的使用与监督目的无关，才不构成合理使用。

#### 四、自媒体在使用他人肖像时应当谨慎

当前实践中，微信公众号等自媒体在未经许可使用他人肖像时被判侵权的风险很高，有些即使符合合理使用情形的，也因对合理使用制度的认识不一而存在不被认定为合理使用的风险。

比如，在涉及公众人物肖像权的行使时，有法院从公众人物肖像权的保护与社会公共利益、社会公众知情权平衡的角度，明确对公众人物肖像权的行使应当有合理限制，在无恶意使用的情况下，不构成侵权。在（2020）沪01民终13496号，某艺人起诉自媒体“花椰菜大王”肖像权

侵权纠纷案件中，法院就认为，公众人物的肖像、行为等涉及公众的兴趣和娱乐生活，关系到公众知情权的实现和舆论监督的开展。因此，为实现法律保护上的实质平等，有必要从维护公众的利益考虑，对公众人物的人格利益进行限制保护。法院还认为，公众人物的知名度与公众的讨论相辅相成，在私人利益与公众利益、公众知情权和舆论监督发生冲突时，公众人物应当承担一定的容忍义务，让渡部分精神性人格权。

但实践中，更多的案件结果是，同样情况下涉及自媒体使用公众人物肖像的，法院认定构成侵权。比如，某女艺人在微博发布多张照片，称其跨界获得国外一建筑类大奖，这一新闻事件立即引发巨大舆情，事后调查发现该获奖项目房屋系该艺人自身房屋，且系违章建筑，诸多自媒体对该事件进行了报道、评论，并使用了该艺人在微博发布包含其肖像的上述照片。之后，该女艺人以侵犯肖像权为由起诉诸多自媒体，法院认定自媒体使用该肖像的行为不构成对肖像的合理使用。



在这一事件中，该艺人作为公众人物，其做秀、违法等行为受到了群众的强烈批评和抨击，自媒体使用的肖像图片均是这一新闻事件中的新闻图片，应当说，司法机关认定构成肖像权侵权，实质是支持、鼓励和纵容了公众人物通过这一

方式来大规模删除对其不利的报道，达到了阻止新闻传播和舆论监督的目的，侵害了社会公众的知情权，有必要就该使用行为是否符合“合理使用”制度作进一步审视。

对广大自媒体运营者而言，需要注意的是，随着法律对肖像权保护力度的加大，以及司法实践中对合理使用制度的严格适用，对他人肖像的使用应当保持更加谨慎、更加克制的态度，确需使用的，除了获得授权之外，应遵循“为了公共利益”的目的和“必要范围”的要求。



**孙志勇 律师**

七方律师事务所 高级合伙人

七方知识产权法律服务部 主任

上海律协知识产权业务研究委员会

委员

首批上海海外知识产权纠纷应对

指导专家

业务方向：知识产权、合同法

联系方式：18918887908





## 依法整治群租乱象，上海在行动！

作者：七方公共法律服务团队

城市是人民的城市，人民聚城而居，与城市相依相存，城市建设要贯彻以人民为中心的发展思想，全面提升治理效能及水平，让人民群众有更多获得感、幸福感、安全感。社区是城市治理体系的基本单元，是离群众最近的地方。

11月23日，上海市人大常委会表决通过《上海市房屋租赁条例》（以下简称《条例》），《条例》将于2023年2月1日起施行。最引人关注的是《条例》加强了对群租等违法行为的整治。上海虽然不是首个禁止群租房的城市，但是国内首个以立法形式禁止群租房的城市。《条例》内容还包括健全治理机制、规范租赁行为、加强市场主体管理、突出民生保障、坚持服务监管并重等方面。

“群租”是指将原有的房屋格局进行违法分割出租，从而牟利的行为。它一直是社区治理的顽疾，部分小区深受“群租”问题困扰，由此引发的火灾、盗窃等公共安全事件和各类纠纷矛盾屡见不鲜，当中存在着许多风险隐患。

### 一、如何界定“群租”

根据住房和城乡建设部发布的《商品房屋租赁管理办法》（2011年2月1日起施行）、上海市政府发布的《上海市居住房屋租赁管理办法》（以下简称《管理办法》）（2021年5月8日修正后重新发布）以及上海市综治办、市高院、市住房保障房屋管理局、市公安局等十部门联合发布的

《关于加强本市住宅小区出租房屋综合管理工作的实施意见》（以下简称《实施意见》）（2014年5月5日起施行）、《上海市住房租赁条例》（以下简称《条例》）（2023年2月1日起施行）的规定，对本市中心城区和市郊城镇内，治安消防等安全隐患突出、居民反映强烈的住宅小区，存在下列情形之一的，纳入“群租”综合

治理范围：

1. 将单位集体宿舍设在住宅小区内或居住物业管理区域内的居住房屋的；
2. 将一间原始设计为居住空间的房间分割、搭建后出租，或按床位出租；
3. 将原始设计为厨房、卫生间、阳台、储藏室以及其他非居住空间单独出租用于居住；
4. 出租房间的人均居住面积低于 5 平方米；
5. 每个出租房间的居住人数超过 2 人（有法定赡养、抚养、扶养义务关系的除外）。

备注：根据《上海市房屋管理局关于进一步规范本市住房租赁企业代理经租房屋行为的通知》（沪房规范〔2019〕5 号）的精神，住房租赁企业代理经租居住房屋，应当符合《上海市居住房屋租赁管理办法》的规定。单套住房内客厅（起居室）使用面积在 12 平方米以上，且按本市代理经租企业房源信息双记载相关要求报备的，可以且仅可隔断出一间房间出租供人员居住。

## 二、群租的危害有哪些

**1. 疫情传播风险。**当下，杜绝新冠病毒传播的重要方式之一就是减少人群聚集。在“群租房”的狭小空间里往往居住了十几个人甚至几十个人，如果其中一人被感染，则很有可能导致同住者被感染或

携带病毒，而同住者又在不同的地方工作、活动，无疑加大了病毒传播的风险，也增加了流调的难度。

**2. 消防安全隐患。**为在同等面积下住更多的人，“群租房”内普遍存在分割隔断、空间狭小、杂物堆积等现象，尤其是水、电、煤、气管线私拉、乱接、乱用，使得“群租房”内发生漏电、火灾的情况屡见不鲜，进而造成人员伤亡和财产损失。

**3. 房屋安全风险。**群租房屋往往会改变建筑结构和布局，拆改管线及配套设施，有的甚至破坏房屋承重结构，严重影响房屋结构安全。

**4. 社会治安风险。**群租屋内人员密集、组成复杂、流动性强，容易发生人际冲突，进而引发盗窃、伤害等治安问题。



**5. 扰民风险。**群租人员众多，居住条件差，深夜进出、活动喧闹，干扰相邻业主正常生活，侵害他人合法权益，从而诱发邻里矛盾，也降低小区居住品质。

### 三、“群租”的根源在哪

#### 1. 低价租房供需矛盾是群租问题产生的根本原因

近年来上海房屋租售价格高涨，而选择群租的群体大多无法负担高昂的房价或房租，群租这种较为廉价的居住方式便自然产生。这不仅是上海城市化迅猛发展过程中大量流动人口涌入城市造成居住需求急剧增加的结果，也反映出房市处于高位的现实下低收入群体对居住需求的供求矛盾难以调和的困境。

#### 2. “二房东”推波助澜是群租问题形成的主要原因

群租问题整治难与目前群租中“二房东”的规模化、分散化密切相关。以徐汇区为例，该区“二房东”队伍多来自于福建、四川、安徽等省份，每个“二房东”手中少则4、5套，多则有十几套群租房屋，各自为政，并没有机构对其进行管控，使

其为了追求最大利益而违法进行房屋改造、出租，成为群租问题产生的源头。

### 四、“群租”的责任如何承担

**案例：“群租房”租客触电身亡，谁来承担责任？**

#### 【案情简介】

2018年8月，曾某与李某签订了为期五年的《房屋租赁合同》，曾某将某小区1102室出租给李某，合同约定李某“不得转租于第三方”。之后，李某对该房屋进行装修分隔，以“群租”形式转租他人。2020年8月，李某将1102室的其中一间房屋转租给黄某居住，租赁期限为三年。2022年6月，黄某洗澡时触电身亡，黄某家属将曾某、李某诉至法院。

#### 【法院审理】

法院经委托司法鉴定后审理认为，黄某身亡的直接原因是由于李某将房屋改造后未进行有效的安全用电处理，导致黄某触电身亡的结果，故李某应承担赔偿责任；曾某虽在合同中约定“不得转租”，

但自曾某与李某签署合同后已过四年，却并未对房屋的使用进行有效监管，存在一定过错，也应承担赔偿责任；黄某作为有相关生活经验的成年人，却缺乏安全意识，未断开设施的电源即进入盥洗室洗澡，故也有过失之处。最终，法院判决李某承担45%责任，曾某承担30%责任。

## 【律师评析】

在现实生活中，“二房东”为了能最大化牟利，往往通过各种方式改造房屋，为了满足各个租客的居住需求，就要私拉电线、搭建木板门等，这就造成了一定的安全隐患。租客一旦因此受到人身损害，依照《民法典》的相关规定，首先应当向违法改造房屋结构的“二房东”进行索赔，然而能否找到“二房东”、“二房东”是否有赔偿能力，对于租客（或其家属）而言是难题。如果直接向房屋产权人索赔，又可能因为双方并未建立直接的租赁关系且不存在直接的侵权因果关系而只能部分索赔或无法索赔。对于房屋产权人而言，仅仅在《房屋租赁合同》中写上“不得转租”也不能规避所有法律责任。

## 五、“群租”会对哪些人进行处罚

### 1. 出租人（业主）

（1）出租人违反本市最小出租单位、最低承租面积和租住人数限制规定的，由房管部门依据《上海市居住房屋租赁管理办法》第三十二条，责令其限期改正；逾



期不改正的，处以1万元以上10万元以下罚款。同时根据《关于加强本市住宅小区出租房屋综合管理工作的实施意见》规定，出租人不履行行政处罚决定的，向社会公开该套房屋信息，限制其买卖，并将违法“群租”和行政处罚信息在房地产登记簿中予以记载。出租人履行行政处罚决定后，撤销限制。

特别提示：新《上海市房屋租赁条例》第五十二条规定：违反本条例第十五条第二款、第三款规定，出租住房不符合相关规定的，由区房屋管理部门责令限期改正，





处一万元以上五万元以下罚款；逾期不改正的，处五万元以上二十万元以下罚款。

(2) 出租人未签订《治安责任保证书》出租房屋的，由公安部门依据《租赁房屋治安管理规定》的相关规定予以处理。

(3) 出租人将房屋出租给无身份证件的人居住，或者不按规定登记承租人姓名、身份证件种类和号码的，由公安机关依据《治安管理处罚法》的规定，处二百元以上五百元以下罚款。出租人明知承租人利用出租房屋进行犯罪活动，不向公安机关报告的，处二百元以上五百元以下罚款；情节严重的，处五日以下拘留，可以并处五百元以下罚款。

(4) 集中出租房屋供他人居住，出租房间达到 10 间以上或者出租房屋居住人员达到 15 人以上，出租人未按规定落实相应安全管理责任的，由公安部门依据《上海市居住房屋租赁管理办法》责令改正，并可处 1 万元以上 3 万元以下罚款；造成严重后果的，处 3 万元以上 10 万元以下罚款。

(5) 不按规定缴纳税收的，由地税部

门依据《税收征收管理法》的规定，除责令限期缴纳外，从滞纳税款之日起，按日加收滞纳金万分之五的滞纳金。属情节严重的，应当给予纳税人从重处罚，承担相应的法律责任。

(6) 将违规出租人信息作为不良记录，纳入本市公共信用信息服务平台，供相关管理部门信息共享和符合条件的社会主体依据相关规定查询。

### 2. 转租人(二房东)

(1) 转租人违反本市最小出租单位、最低承租面积和租住人数限制规定的，由房管部门依据《上海市居住房屋租赁管理办法》，责令其限期改正，逾期不改正的，处以 1 万元以上 10 万元以下罚款。

(2) 转租人抗拒执法的，由公安部门依据《治安管理处罚法》，处警告或者二百元以下罚款；情节严重的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款。

(3) 将违规转租人信息作为不良记录，纳入本市公共信用信息服务平台，供相关管理部门信息共享和符合条件的社会主体依据相关规定查询。



(4) 对于被处罚的转租人，建立“黑名单”，分别抄告市场监管、税务等部门加强监管，并通报各房地产经纪机构，不得为“黑名单”上人员居间代理房屋租赁业务。

### 3. 承租人（租客）

租住“群租”房的，依据本市居住证管理及相关规定，在落实整改以前，由街镇通知社区事务受理服务中心，暂停办理住房租赁合同登记备案，暂停受理居住证、临时居住证申请；已经办理居住证的，暂停办理年度签注；已经办理临时居住证的，暂停续期手续。

### 4. 房地产经纪机构、经纪人

(1) 从事“群租”业务，或为“群租”提供经纪服务的房地产经纪机构、经纪人，由区房管部门依据《上海市住房租赁管理办法》，责令限期改正，并暂停房地产经纪机构的网上备案资格；逾期不改正的，

对房地产经纪人员处以 1000 元以上 1 万元以下罚款，对房地产经纪机构取消网上备案资格，并处以 3 万元以上 10 万元以下罚款。

(2) 以上处罚信息抄告市场监管部门，对于房地产经纪机构，按照分类管理的要求，记入信用档案，列为重点监管对象，并向社会公示；对于房地产执业经纪人，在注册、变更及审验时，作为重要审核条件。

对有上述违规行为的房地产经纪机构，由房地产经纪行业协会取消“规范门店”参评资格，并记入该经纪机构信用档案。



## 六、发现“群租”怎么办

1、报告小区物业或居委会

2、拨打 12345 市民服务热线或 12319 城建热线

给租房族的几点建议：

1、建议找有资质、信誉好的中介经纪机构租房；

2、对于符合申请徐汇公租房人才公寓要求的人员，可以申请相关的补贴。

3、对于符合本市共有产权保障房相关条件的人员，可以申请购买共有产权保障房。

把持续做好“杜绝群租、严防返潮”作为一项常态化工作，重点要对整改不彻底、出现返潮的二房东或相关责任人进行约谈和处罚，形成治理长效机制。



### 廖潇歌 律师

七方律师事务所 副主任、高级合伙人

上海市徐汇区 人大代表

上海市律协社会公共服务业务委员会 副主任

北海国际仲裁院 仲裁员

业务方向：城市更新（不动产征收）、

城市管理（市场监管）、

行政执法公共法律服务（社区治理）

联系方式：13611936047



SEVEN DIMENSION  
LAW FIRM

七方律师事务所

## 依 法 行 政



### 邵弘高娃 律师

七方公共法律服务部 律师

中国企业评价协会 企业合规师(高级)

业务方向:企业法律顾问、

城市更新(不动产征收)、社区治理

联系方式:13127986251



### 卫夏清 律师

上海七方律师事务所 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、社会公共服务、行政法

联系方式:13636308387



### 汤裕杰 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向:公共法律服务、民商事争议解决

联系方式:18621569139