



七方法研

民商纵横 | 施工企业内部承包合同的风险防范及建议——甘雯雯

家长里短 | 守望青春 护航成长——符天山

公司治理 | 公司股东会决议，是否都能采用资本多数决？——张春球



目录

民商纵横

施工企业内部承包合同的风险防范及建议	01
股权已经转让，为何还要执行原股东？	06
托人寄件未保价，毁损灭失赔多少？	13
一般买受人能否排除抵押权人的强制执行	19

家长里短

守望青春，护航成长 ——青少年犯罪心理探索	24
公房征收前签订的家庭协议之效力探讨	32
老旧房屋加装电梯法律问题研究	38

罪与罚

未经许可售卖抗原试剂是否构成非法经营罪？	43
新冠“乙类乙管”对涉疫刑事案件有何影响？	48

公司治理

公司股东会决议，是否都能采用资本多数决？	54
初创企业如何设计股权架构？	60
股东失权制度之修法亮点与完善	65

财税金融

员工身故后的保险金赔偿请求权可否转让给投保单位？ -----68

聚焦劳动法

劳动合同约定工资中包含加班费是否有效？ -----74

《最高人民法院关于稳定就业提供司法服务和保障的意见》重点内容解读-----78

依法行政

“禁止群租”上海地方立法这么说！ -----87

《上海市城市更新指引》解读-----95

知产知否

恶意抢注商标风险大-浅谈“鹅鸭杀”商标被注册-----100





施工企业内部承包合同的风险防范及建议

作者：甘雯雯

“包工头”、“施工队”、“班组”是建设工程领域耳熟能详的词汇，究其发展史，还是因为大量拥有施工队伍的“包工头”只有人力、没有资质，无法以自己的名义承接工程项目。而施工单位作为承包人为了应对众多复杂工程项目、激励内部施工队伍，也需要建立一个有效的施工管理模式，内部承包方式由此应运而生，听起来很有历史感，但是确实是建设工程领域常见的现象。这种承包方式的法律效力如何？与挂靠有什么区别？存在着哪些风险？笔者将逐一加以分析。

内部承包合同的认定及其效力

《浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答中》明确指出：“建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或在册职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可认定为企业内部承包合同；当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由，主张该内部承包合同无效的，不予支持”。

《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》中也有针对内部承包的解释：“建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工，承包人对工程施工过程及质量进行管理，对外承担施工合同权利义务的，属于

企业内部承包行为；发包人以内包人缺乏施工资质为由主张施工合同无效的，不予支持”。

再结合各地的审判实践，不难看出，当双方之间的施工合同满足以下条件时，一般被认定为是内部承包合同且合同有效：

1. 承包人为个人的，与施工企业之间存在合法的劳动关系；
2. 施工企业与承包人之间存在管理与被管理的行政隶属关系；
3. 施工企业给予承包人财、人、物以及技术上的支持；
4. 承包人在施工企业统一管理下独立核算、自负盈亏，与施工企业按照合同约定对利润进行分配。

需要注意的是，内部承包人并不是独立承担法律责任的个体，对外民事权利义务主体依然是建筑施工企业。

内部承包与挂靠的区别

内部承包本质上是建筑企业对其员工设定的按绩效完成情况，给予一定比例提成，或规定承包人上缴利润以及对承包人造成的损失给予一定惩罚的企业内部经营方式。鉴于内部承包经营是一种生产经营的激励机制，有利于增进企业员工的生产经营积极性、责任心，促进建筑企业生产经营过程中提升竞争力和效益，且 not 违反法律禁止性规范，内部承包合同是合法有效的。

而挂靠则是违反《建筑法》第二十六条禁止借用资质承揽工程的规定，为法律所禁止，其与发包人或者总包方签订的建

设工程施工合同根据《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）》第一条第二项：“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑企业名义”的规定而无效。

建筑企业内部对内部承包有统一的资产及财务管理，承包人及主要管理员工与建筑企业之间为隶属关系，存在劳动合同、工资、社保关系。挂靠则无，这是两者的本质区别。不少建筑企业试图混淆两者，为使得承包行为合法有效，以内部承包之名行挂靠之实，实践中还是非常容易区分的。



内部承包合同的风险

当内部承包合同不满足上文所述条件而被认定为无效时，多被认定为转包、违法分包、挂靠，其责任承担适用对应的工程转包、违法分包、挂靠这些情形下的裁判规则，本文在此不作讨论。这里主要讨论的是在内部承包合同有效的前提下，施工企业会面临什么样的风险？



1. 施工企业对外承担建设工程施工合同责任

当内部承包合同有效时，施工企业才是对外民事权利义务的主体，这就意味着，当建设单位、发包人因为工程工期、质量问题向施工企业追责时，虽然内部承

包人是实际的施工人，但是对外承担责任的是施工企业。内部承包人的施工行为是履职行为，其行为可能导致的法律后果自然由施工企业来承担。

2. 施工企业对内可以就其所承担的外部责任向内部承包人追偿

虽然内部承包从企业管理角度而言属于企业内部的一种经营管理模式，内部承包人与施工企业之间存在隶属关系，看起来地位并不平等，但是从合同的角度，双方依然是平等主体间的合同关系，合同中所约定的独立核算、自负盈亏、违约责

任等对内部承包人仍有法律约束力，也就意味着，内部承包人应当对工程最终的盈亏承担责任。所以，施工企业在对建设单位、发包人承担建设工程施工合同责任之后，可以依据内部承包合同中的约定向内部承包人追偿。

3. 施工企业的内部承包劳动用工风险



如前文所述，内部承包人对外不独立承担法律责任，并不具备主体用工资格，其雇佣施工人员的行为依然被视为是履职行为，那么真正的用工责任主体是施工企业。这就意味着，内部承包人所雇佣的施工企业与施工企业之间会形成事实上的劳动关系。施工企业如果任由内部承包人随意组建施工队伍，不就其人员组成、薪酬、社保进行有效管理，很可能面临着与施工队伍成员之间的劳资纠纷。

这与分包、转包、挂靠情形下实际施工人所雇佣的施工企业与实际施工人前一手承包人、分包人、转包人之间的关系有着本质的不同。这三种情形下，实际

施工人虽然也可能不具备用工主体资格，比如包工头、班组等，但是包工头、班组负责人与承包人、分包人、转包人之间仅有合同关系，没有行政隶属或者劳动关系，不属于“下属分支机构或在册职工”，雇佣行为并非职务行为，其雇佣的施工企业与承包人、分包人、转包人自然不会产生劳动关系。

在此，律师提醒采用内部承包方式管理各工程项目的施工企业，如果不在人力上给予内部承包人支持，那么在签订内部承包合同时，一定注意就内部承包人对外招揽、雇佣施工人员的行为加以约束，否则可能陷入突如其来的劳动纠纷中。



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

上海城建职业学院 外聘教师

业务方向：民商事、企业合规、

建设工程与房地产

联系方式：13564750281



股权已经转让，为何还要执行原股东？

作者：王晓鹏

2022年12月30日，全国人大常委会对外公布了《公司法（修订草案二次审议稿）》，相较于一审稿，本次二审稿对于股东会、董事会瑕疵决议的效力认定和处理（第26、27、28条）；股东未按期缴纳注册资本导致失权的认定及股东失权后的股权处置（第51条）；债权人有权要求不能偿债公司股东提前缴纳出资（第53条）；公司股东认缴出资期限未届满即转让股权，是否应当承担相应的责任（第88条）等内容进行了补充修订。

其中，第88条“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；受让人未按期足额缴纳出资的，出让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。”

未按期足额缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的股东转让股权的，受让人知道或者应当知道存在上述情形的，在出资不足的范围内与该股东承担连带责任。”



相比较于此前公布的一审稿第 89 条，本次二审稿第 88 条，对于公司股东认缴出资期限未届满就转让股权的行为，明确了受让人如果没有按期足额缴纳出资的，原股东仍然不能一走了之，其仍然要在受让

股东未缴纳的出资范围内承担补充责任。该规定未来一旦生效，将有力地打击试图通过认缴制金蝉脱壳的股东。也为执行案件追加被执行人提供了一条可行之道。

执行案件追加原股东法律及实务依据

很多涉及公司的诉讼中，一旦进入执行阶段，申请人往往发现，公司已经是一个空壳，没有可供执行的财产，公司原来的股东也早已通过转让股权的方式“金蝉脱壳”，而受让股权的新股东没有任何偿债能力，执行陷入了无法进行的境地，而转让股权的股东往往才是真正的金主，此时能否成功地追加原股东，就成为决定执行成败的关键。

目前在执行阶段追加原股东的法律法规及理论依据主要有：

《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干规定（2020 修正）》（以下称“《执行变更、追加规定》”）第 19 条：“作为被执行人的公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，其股东未依法履行出资义务即转让股权，申请

执行人申请变更、追加该原股东或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在未依法出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）（2020 修正）》（以下简称《公司法解释三》）第 18 条规定：“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第十三条第二款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。”

《九民纪要》第6条：“在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，下列情形除外：

(1) 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；

(2) 在公司债务产生后，公司股东(大)会决议或以其他方式延长股东出资期限的。”。

出资期限的认定及加速到期的条件

从上述法律规定和九民纪要的观点可以看出，执行案件中能否追加原股东作为被执行人，主要审查的是原股东在股权转让时“是否已经履行了出资义务”，而判断是否已经履行了出资义务过程中，首要审查的是股东出资履行期限是否已经届满。

我国《公司法》从1993年颁布至今，历经多次修改，其关于注册资本缴纳制度，从最初的严格法定资本制（实缴制）到2005年修订时的分期认缴制，到2013年再次修订后删除了首次出资的20%最低比例和两年内必须缴足的限制，变成完全的认缴制。这样的规定虽然为公司的设立、市场的活跃提供了便利条件，但是从

某种程度上来说，也催生了一批利用认缴制虚构注册资本、恶意逃债的不良企业。

鉴于《公司法》已经对于股东认缴制度做出明确规定，股东出资的期限利益理应得到保护，特别是在执行阶段，突破原有的裁判追加案外人作为被执行人更需慎重。判断股权转让之前原股东是否已经履行了出资义务，实务中几乎都认为“如果认缴出资期限未届满即转让股权，原则上不属于未依法履行出资义务”，类似的案例有(2021)最高法民申6423号，(2022)京民终45号，(2022)豫民终319号等案件。

但是如果机械地按照《公司法》的规定，对于股东出资期待利益无差别地保

护，特别是在很多企业认缴期限动辄数十年的情况下，一旦公司无法清偿到期债务，股东认缴注册资本期限也迟迟不能到期，必然会影响到债权人合法权益，因此如何平衡股东出资期限利益和债权人利益，在认缴制外设立例外规定就显得尤为重要。

针对上述问题，《九民纪要》第6条对于股东出资加速到期的适用进行了论述，《九民纪要》认为在符合特定标准的时候，债权人可以突破股东认缴期限的限制，直接申请股东出资期限加速到期，其中“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”规定，是执行阶段申请追加公司股东最常见的依据。执行案件经由人民法院查控财产，穷尽执行手段后，仍然未能发现可供执行的财产，人民法院裁定终本后，从程序上已经足以证明公司作为被执行人，已经资不抵债，根据破产法具备破产条件，此时债权人可以选择申请破产，通过破产程序清偿债

务，也可以选择向执行法院申请追加公司股东作为被执行人，要求股东的出资期限加速到期，公司股东在未能足额缴纳注册资本的范围内就公司债务承担补充清偿责任。

从文义上理解，《九民纪要》第6条针对的是申请执行阶段公司的现有股东。那么如果债权人申请了现有股东注册资本加速到期，又能否直接依据《执行变更、追加规定》第19条再次追加股权转让之前的原股东作为被执行人？从《公司法》修改二审稿第88条第一款来看，如果未来《公司法》修订后确立了该条规定，将从法律规定层面明确，现有股东在出资期限加速到期不能偿还债务后，原股东在转让前，如果也没有实缴到位注册资本，要承担补充清偿责任。但是在《公司法》还没有修订的当下，由于没有明确的法律规定，导致各地法院的审查标准不一，但是主流的观点为：如果有证据证明原股东转让股权的目的是规避出资义务或逃废债务，原股东一样要在就未实缴出资额范围内就公司债务承担清偿责任。



如何认定股权转让涉嫌“逃废公司债务”？

前文已述，虽然股东在出资期限未届满时转让股权，原则上不属于未依法履行出资义务即转让股权”，但是如果符合以下认定标准，一样有可能就转让股权后的公司债务承担清偿责任：

第一，转让股权之前公司已经负债。

原股东利用股权转让金蝉脱壳，逃废公司债务，客观上一个直接的判断依据就

是股权转让行为发生在公司已经负债之后。实践中对于负债的时间节点也有不同的认识，有观点认为应以债权人提起诉讼或者仲裁时间作为判断依据；有观点认为，应以司法文书生效时间为准；也有观点认为应以债务实质成立时间为准。

笔者认同第三种观点，即应该结合司法文书查明认定的事实，如果司法文书确

认了债权的存在，那应该以债权债务客观成立的时间作为判断标准，如果在此之前股东转让了股权，就存在逃废公司债务的嫌疑。类似的判例有（2021）京民终 998 号、（2021）陕民再 138 号等。

第二，原股东转让股权时，股权转让的价格明显偏离市场价值、受让股东明显缺乏出资能力。

股东依照公司法享有股东出资期限利益，但是如果恶意利用该期限逃避债务的，公司法第 20 条第 3 款也同样规定了“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，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”

现实中，很多公司的股东在公司已经明显不具备清偿能力的情况下，通过明显

不合理的低价，比如 0 元、1 元转让公司股权给其他不具备偿债能力的股东，比如老年人，职业接盘人这类的群体，从而期望实现逃脱债务的目的，这种行为明显具有恶意逃避债务的嫌疑，司法实践中原股东往往都要就转让后的公司债务承担清偿责任，类似的案例有（2022）粤 01 民终 11258 号、（2022）粤 01 民终 11123 号、（2021）京民终 888 号等判例，这些判例都从债权形成的时间、股权转让是否在债权形成之后，股权转让的价格明显低于市场价格和认缴出资额，受让人的身份及偿债能力等方面进行了论述，从而认定原股东的股权转让行为具有恶意逃废债务，逃避注册资本缴纳义务的主观恶意，最终判决追加原股东就公司债务承担补充清偿责任。

结语

《公司法》设置认缴出资制度，是为了增强市场活力，降低注册公司的难度，在认缴制下，股东的出资期限利益当然应

当保护，不能仅以股东认缴出资期限未满足就限制股权转让；但是该原则的遵守也应该在诚实信用原则之下，对于已经明显资



不抵债的公司，或者是为了逃避出资义务而恶意转让股权的股东，当然也应当通过例外性的规定不再对其进行保护，《执行变更、追加规定》到《公司法司法解释三》到《九民纪要》再到《公司法（修订草案二次审议稿）》法律法规对于股权转让后，原股东是否要对公司债务承担责任，如何

认定承担责任的条件和范围，进行了步步深入的规定，相信随着法律规定的日益完善，随着司法机关审理经验的日益丰富，通过转让股权逃避股东责任，逃废公司债务之门必将慢慢紧闭，债权人的利益也必将得到有力保护。

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

业务方向：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：17621356262



托人寄件未保价，毁损灭失赔多少？

作者：管杰

疫情期间“运力不足”、“该地区不支持配送”的提示语想必在所有人心中都留下过非常不愉快的回忆，当今大家对物流快递的依赖程度远比想象中更严重。在接受快递服务时，寄件的毁损灭失是最常见的快递纠纷之一，快递公司为了将损失控制在可控范围之内，经常会推出“保价”服务，即约定寄件毁损灭失时按照双方事先约定的货物价值由快递公司向寄件人作出赔偿。那么，如果委托他人寄件时未选择“保价”服务，能否在寄件毁损灭失时得到赔偿？能得到多少赔偿？今天就来聊一聊相关的法律规定和司法实例。

委托他人寄件时，能否直接向快递公司主张寄件毁损灭失的责任？

在寄件的所有人委托他人寄件时，作为并非快递服务合同的相对方，能否直接向快递公司主张寄件毁损灭失的责任？

答案是可以的，民法典第 926 条，“受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利。但是，第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。”因此，在快递毁损灭失时，委

托人是可以行使受托人对快递公司的追究违约责任的权利的，该权利就是委托人的介入权。

同时，除了通过上述介入权主张违约责任的救济途径外，所寄件的所有人还可以向承运的快递公司主张侵权责任，《民法典》第 186 条，“因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”那主张侵权责任与违约责任有什么区别呢？



1. 主张违约责任时通常受到双方合同约定赔偿范围限制，侵权责任不受此限制。如快递服务合同中明确约定了寄件毁损灭失的赔偿范围，且为双方真实意思表示时，寄件毁损灭失所产生的违约责任有了限制，而主张侵权责任时不用受到合同条款的约束，可以根据民法典 1184 条，“侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他合理方式计算。”来主张赔偿。

2. 主张侵权责任的证明责任较违约

责任更重。根据民法典 1165 条，“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。”主张快递公司承担侵权责任，则应当证明快递公司有过错导致侵权行为及过错行为对造成损害结果的因果关联度，较之主张违约责任只需证明快递公司客观上未达到合同约定的证明责任更重。

综上，具体如何选择请求权基础应当结合证明能力、期待赔偿金额、合同约定等各方面考虑。

未保价的寄件毁损灭失，能够得到多少赔偿？

《快递暂行条例》第 27 条明确规定：“快件延误、丢失、损毁或者内件短少的，对保价的快件，应当按照经营快递业务的企业与寄件人约定的保价规则确定赔偿责任；对未保价的快件，依照民事法律的有关规定确定赔偿责任。不同于《邮政法》第 47 条第二款规定，“（二）未保价的给据邮件丢失、损毁或者内件短少的，按照实际损失赔偿，但最高赔偿额不超过所收

取资费的三倍；挂号信件丢失、损毁的，按照所收取资费的三倍予以赔偿。”不属于中国邮政集团公司及其提供邮政服务的全资企业、控股企业的快递公司不适用三倍资费的邮政法法定限额。未保价的寄件，应当根据民法典合同编或侵权编等相关规定确定赔偿责任。

虽然没有了法定限额限制，但是快递服务合同双方仍可以通过类似“未保价的



货物赔偿限额为 500 元”等条款约定赔偿限额。那么，当快递服务合同上出现约定

1. 格式条款是否一定有效？民法典第 496 条规定，“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。”所以，类似“未保价的货物赔偿限额为 500 元”等免除快递公司赔偿责任的条款，快递公司应当采取合理方式提示寄件人的注意，并且还应当按照寄件人的要求，对该条款予以说明，快递公司未采取提示说明义务的，寄件人可不受该条款约束。而当快递公司通过加入特殊字体、符号、醒目颜色等方式对未保价赔偿限额等条款进行提

未保价赔偿限额时，是否就无法主张赔偿货物毁损灭失的全部损失呢？

示注意，对于网络下单时，加入主动弹出格式条款页面、设置强制停留阅读程序或只有在用户浏览至底部才能点击“同意本条款”等方式，通常可以被视为快递公司已经尽到了提示说明的义务。

例图：

《电子运单契约条款》

5.4.1 若您未选择保价

1) 当您寄递非生鲜件托寄物，在运输环节发生灭失、破损、短少的，顺丰在 7 倍运费限额内向您赔偿托寄物的实际损失，双方另有约定的除外。如您认为该赔偿标准不足以弥补您的损失，应根据托寄物的实际价值进行保价。如您未保价，视为托寄物价值不超过 1000 元。

2) 当您寄递生鲜类托寄物，在运输环节发生失活、破损、短少的，顺丰在 7 倍运费限额内向您赔偿托寄物的实际损失，双方另有约定的除外。如您认为该赔偿标准不足以弥补您的损失，应根据托寄物的实际价值进行保价。如您未保价，视为托寄物价值不超过 500 元。

3) 当您选择顺丰卡航、大票直送等快运产品时，在运输环节发生灭失、破损、短少的，顺丰在 5 倍运费的限额内向您赔偿托寄物的实际损失，双方另有约定的除外。如您认为该赔偿标准不足以弥补您的损失，应根据托寄物的实际价值进行保价，如您未保价，视为托寄物价值不超过 1000 元。

4) 当您选择整车直达快运产品时，在运输环节发生灭失、破损、短少的，顺丰在 1 倍运费的限额内向您赔偿托寄物的实际损失，双方另有约定的除外。如您认为该赔偿标准不足以弥补您的损失，应根据托寄物的实际价值进行保价，如您未保价，视为托寄物价值不超过 1000 元。

请上滑看完本条款再同意





2. 未约定未保价限额或格式条款不被适用的情形下，赔偿金额如何确定？

在未约定限额或者限额条款因未明确提示和说明导致不被适用的情形下，赔偿金额如何确定？司法裁判中遵循“公平原则”，根据双方之间的责任大小确定赔偿金额。在(2020)粤20民终1238号案件中，法院认为，虽然《速递合约条款》已约定未保价快件的赔偿标准，但快递公司未提供有效证据证明寄件人知悉该条款内容，亦未对该条款规定的相关内容加粗、加黑或以其他方式向寄件人作出提示、说明。且该规定属于预先制定的格式条款，快递公司未举证证明已向寄件人履行提醒、告知义务，应承担举证不能的不利后果。而对于赔偿的金额，寄件人在邮寄涉案物品时，并未向快递公司特别说明

物品品类、价值等信息，快递公司并不知道其所承运货物的价值，且快递单上仅仅将涉案货物注明为普通物品，寄件人未对涉案货物采取保价的行为让快递公司更不能知悉涉案货物实为贵重物品。故寄件人对涉案货物损失的发生具有一定程度的过错。最终法院部分支持寄件人赔偿5万余元的诉求，酌情判决快递公司赔偿2万元。

上述案例可以看到，法院按照“公平原则”确认赔偿金额时，会考虑到寄件人是否存在过失导致货物发生毁损灭失的可能性加大，寄件人在寄贵重物品，应当通过向快递公司明确告知和及时沟通，在使用醒目的货物包装标明货物的贵重，让快递公司在运输过程中得以加强保护等各个方面判断双方的责任大小。

3. 约定未保价限额且格式条款经过明确提示和说明的情形下，能否赔偿货物实际价值？

民法典第506条规定，“合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身损害的；

（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”因此，在快递服务合同中，即使对赔偿限额的免责条款经明确提示和说明后，当快递公司发生因故意或者重大过失造成寄件人货物毁损灭失的，可以突破免责条款中赔偿限额的约定。



(2017)沪02民终4557号中，虽然快递公司在双方签订的月结协议中，风险提示和救济方式中有特别提示，约定托寄物因意外交通事故毁损的，快递公司免除责任。但法院认为，在本案交通事故发生后，寄件人托运的货物由于车辆燃烧导致全损，在此情形下，快递公司应按约配合寄件人向实际侵权方进行索赔，但是在寄件人通过电子邮件多次向快递公司提出索要相关事故报告、交通管理部门出具的事事故认定报告、快递公司的内部调查报告等文件协助索赔时，快递公司仍未提供，甚

至在事发经过一年多的时间后，快递公司第二次开庭审理时依然表示未向第三方提出索赔，致使寄件人至今无法收集有关证据材料向第三方提出赔偿，阻碍了寄件人权益的维护，故上诉人存在显著违约情形。2、根据月结协议约定，寄件人是货物托运人，快递公司是承运人，但本案系争货物在河南段运输时实际的运输人是快递公司外包的案外公司，且对于上述外包运输事宜，快递公司表示系物流行业的联运情形，属于正常情况，但一审法院认为快递公司私自将运输业务外包，未在合同



中提示被上诉人或事先征得寄件人同意，有违寄件人对于合同的信赖利益，亦属违约行为。综上，虽然本案交通事故导致货物全损的情形符合合同中的免责条款，但是快递公司在为寄件人运输货物时存在

上述两项重大过失，符合“因故意或者重大过失造成对方财产损失的”的行为，该免责条款应属无效，快递公司不可以此条款免除赔偿责任。最终法院判决快递公司赔偿6万元货物损失。

总结

在因未保价的寄件毁损灭失，向快递公司主张赔偿时，以下几个方面常常成为争议焦点：

1. 赔偿限额条款是否成为合同的内容、快递公司是否尽到明确提示和说明义务；

2. 寄件人采用快递方式托运时是否有过失，如未仔细阅读合同主要条文、未

对贵重物品妥善包装并及时告知快递公司等；

3. 寄件人能证明物品交付快递公司时的实际价值；

4. 快递公司存在故意或者重大过失。

对于上述争议焦点的证明程度决定了未保价寄件毁损灭失时，能够向快递公司主张到的赔偿金额。



管杰 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方公司与财税法律服务部 律师

徐汇区汇调人民调解委员会 兼职调解员

业务方向：民商事、公司股权纠纷

动拆迁补偿纠纷

联系方式：13816934907



一般买受人能否排除抵押权人的强制执行

作者：朱好婕

近年来，商品房买卖合同中因房屋质量问题产生的纠纷频发，买受人在验房过程中以发现房屋存在质量问题而拒绝接收，要求解除合同、赔偿损失或者支付逾期交房违约金。

开发商往往会抗辩房屋符合买卖合同的交付条件，是买方一直拒绝办理交房手续，卖方不存在拖延交房的违约行为。且房屋存在的质量瑕疵均是轻微的，不会对房屋实际使用产生影响，应视为房屋自买卖合同约定交付之日已交付。

类似问题在咨询中也经常会出现。为此，本文探讨何种情况下，买受人有权以房屋存在质量问题拒收房屋并得以向开发商主张违约责任，以及违约责任具体如何承担，以期对类似问题的解决提供一些思路。

买受人能否以房屋存在质量问题为由，要求开发商承担逾期交房违约责任？

在商品房买卖合同一般都会明确约定交房时间，并会明确买卖双方逾期付款或逾期交房的违约责任，包括支付违约金及违约金的计算方式，此外，超过一定期限的，另一方就享有单方解除权。因此交房时间的确定对于开发商是否需要承担违约责任有着重要的意义。其中最容易产生争议的就是是否因房屋质量问题而逾期交房。

（一）当房屋主体结构质量不合格时

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》（以下简称“《商品房买卖合同司法解释》”）第九条规定，因房屋主体结构质量不合格不能交付使用，或者房屋交付使用后，房屋主体结构质量经核验

确属不合格，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。

房屋的主体结构出现问题会严重危及居住人甚至是其他群众的人身安全，故当商品房存在地基基础或主体结构质量问题时，买受人有权拒收房屋，并得以要求开发商承担逾期交房违约责任。

（二）当房屋存在其他严重影响居住使用的重大质量问题时

根据《商品房买卖合同司法解释》第十条规定，因房屋质量问题严重影响正常居住使用，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。

即，房屋质量问题必须达到“严重”的程度，买受人有权拒收房屋。何为严重影响居住使用？一般从以下两个方面考虑：一是严重危害居住人的生命健康，如甲醛超标。甲醛超标此类问题对人体健康的损害众所周知，若交房时房屋存在甲醛超标情况，则买受人有权拒绝接收房屋，直至甲醛测量数值达到标准以下，在此期间开发商需承担逾期交房违约责任；二是

司法实践中，当商品房已经通过建设、勘察、设计、施工、监理等单位联合验收，并取得竣工验收合格证明的，法院通常据此认定商品房主体结构质量合格。若要主张房屋主体结构存在质量问题，需要买受人提供充足证据证明或者申请质量鉴定，根据鉴定结果来确认。

不能修复或者修复成本过大，多次修复亦无法到达其应有的功能，即存在功能性障碍，也可能被认定为严重影响居住人的居住使用。

根据《民法典》第六百一十条的规定，因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。

此时，因房屋存在重大质量问题，买受人无法正常使用、收益，就不能实现买卖合同的目的，买受人可以主张逾期交房给其造成的损失。

（三）当房屋存在一般质量瑕疵时

一般质量瑕疵是指如墙面裂缝、空鼓、轻微渗水、门窗刮伤等质量问题。一般而言，买受人以存在一般质量瑕疵为由拒绝接收房屋，主张逾期交房违约责任，往往无法得到法院的支持。

在大多数案例中，法院认为一般质量瑕疵不足以导致案涉商品房无法正常使用，买受人不得以此为由拒绝接收房屋，亦无权要求开发商承担逾期交房的责任。当商品房满足法定以及买卖合同约定的交房条件时，买受人单方拒绝收房并不影响已交房事实的认定。当然，开发商需在保修期内承担相应保修责任。

但这也需要结合个案的具体情况分析，存在法院最终认定开发商逾期交房的案例：在(2018)浙02民终2725号案件中，买受人周某在验房时发现存在渗水问题，在住宅验收交付清单的“验收意见”一栏中写上“待处理好后再交房，其他验房步骤下次再验”并签字，开发商工作人员在备注栏记载“重点关注”并签名。

法院认为双方系在交房过程中因周某对质量有异议双方达成一致意见，即处理好渗水问题后再行交付。此外，虽然开发商抗辩《商品房买卖合同》附件九明确约定除主体结构质量问题以外的质量瑕疵，开发商承担相应的保修责任，周某不能拒绝接受房屋交付，但附件九并未备案，周某亦表示对附件九的具体内容不知情，且附件九中关于开发商不承担逾期交付责任的内容约定系开发商提供的免除责任条款，特别提示内容并未对免责条款进行特别提醒，应当属于无效的格式条款。

故法院最终认定开发商构成逾期交房，应支付相应的违约金。

另外，结合《民法典》第六百一十条的规定，需要考虑是否符合合同目的，根据实际情况确认存在的质量问题是否会严重影响居住使用，若质量瑕疵较多，且经过多次长期修复仍存在质量问题的，也

可能被认定为严重影响居住使用，开发商需承担逾期交房违约责任。

以房屋渗漏水为例，一般的轻微渗漏水往往被认定为不足以影响正常居住使用，买受人无权要求开发商承担违约责任。而在(2020)豫民申 2254 号案件中，买受人袁某所购房屋本应于 2011 年 12 月 31 日前交房，但因房顶多处漏水，无法入住，法院认为虽经开发商多次维修，但直至

2019 年 1 月底才彻底修复，影响袁某的使用，故对袁某要求开发商承担逾期交房违约责任的诉讼请求予以支持。



房屋存在质量问题时，开发商应承担的责任

根据《商品房买卖合同司法解释》第十条规定，交付使用的房屋存在质量问题，在保修期内，开发商应当承担修复责任；开发商拒绝修复或者在合理期限内拖延修复的，买受人可以自行或者委托他人修复。修复费用及修复期间造成的其他损失可以要求开发商承担。

根据《商品房买卖合同司法解释》第十三条规定，若因房屋质量问题致使买受人无法正常使用房屋的，可以向开发商主张逾期交房违约金或者损失赔偿。

计算方式为买卖合同有约定的按照双方约定，没有约定的根据有关主管部门公布或者有资格的房地产评估机构评定的同地段同类房屋租金标准确定。

关于租金标准，需要提醒注意的是，对于政府机关及其他职能部门出具的证明材料，也需对其真实性、合法性以及有待证事实的关联性进行判断，如上述证据不能反映案件的客观真实情况，作为当事人应积极举证，不能作为法院认定案件事实的根据。

典型案例为（2015）宁民再终字第 28 号：该案中原一审、二审法院依据南京市江宁区物价局价格认证中心咨询的意见作为涉案房屋的租金标准，并以此计算房屋租金损失，即 2010 年涉案房屋租金认定为 9000 元 / 月，2011 年认定为 9900 元 / 月。买受人张某不服，提出再审申请。再审中，江苏高院向南京市住建局调取了 2010 年至 2012 年间案涉房屋小区的出租

单价，根据该标准，确认涉案房屋 2010 年月租金价格为 17194.3 元，2011 年月租金价格为 19004.52 元。

根据法院查明的事实，物价局价格认证中心出具的房屋租金标准远低于同类房屋实际市场租赁价格，故该询价标准不符合当时涉案房屋租赁市场价格的实际情形。最终法院以调取的出租单价作为计算买受人张某损失的依据。

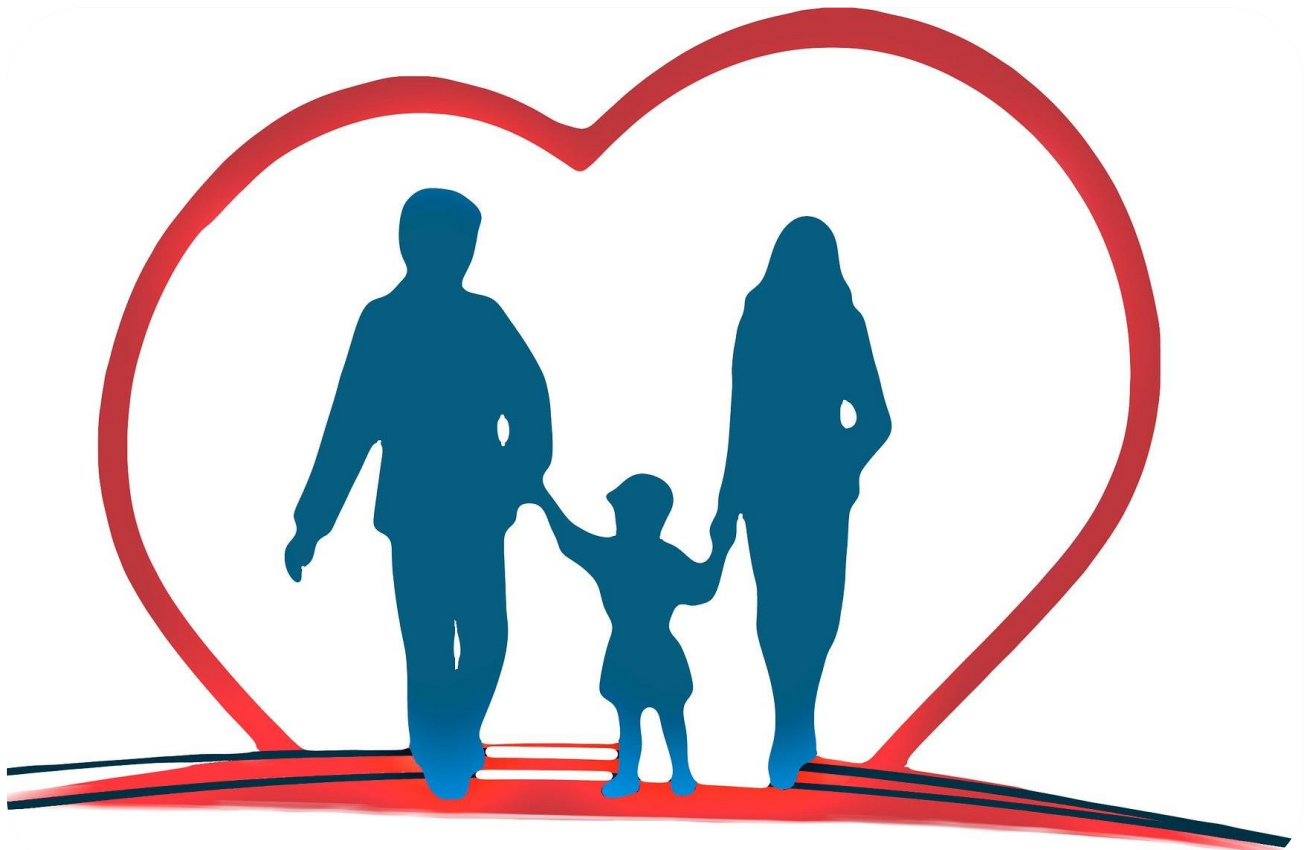
朱好婕 律师

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、民商事争议解决

联系方式：13816142289





守望青春，护航成长

——青少年犯罪心理探索

作者：符天山

青少年犯罪情况案件分析

一、青少年犯罪所占比重：在 20 世纪 80 年代末，青少年犯罪占到了全部刑事案件的 70% 多。近 10 年来，犯罪数量稳中有降，但总数较大，总体态势短期内不会有大的改。

2022 年 10 月 28 日，最高人民检察院检察长张军在第十三届全

国人大常委会第三十七次会议上作关于人民检察院开展未成年人检察工作情况的报告。

报告显示，近年来，未成年人犯罪和侵害未成年人犯罪均呈上升趋势，2018 年至 2021 年，检察机关受理审查起诉未成年人犯罪 24.9 万人，年均上升 8.3%；2022



年1月至9月，受理审查起诉5.6万人，同比又上升6.4%。

从年龄来看，未成年人低龄犯罪上升。数据显示，检察机关起诉不满16周岁的未成年人犯罪从2018年3534人上升至2021年5334人，占同年起诉未成年人犯罪的比例从8.9%上升至15.1%，2022年1月至9月达17.3%。

二、青少年犯罪的基本特征：低龄化比较明显，大学生、留守未成年人犯罪严重；

三、青少年犯罪的类型：暴力犯罪、财产犯罪、网络犯罪比较普遍；

四、青少年犯罪常见犯罪：故意杀人、故意伤害、强奸、抢劫、盗窃、诈骗、寻衅滋事、聚众斗殴。

特别是个别不满14周岁未成年人实施故意杀人、故意伤害致人

重伤或死亡等恶性犯罪，情节极为恶劣，社会反映强烈。

全国人大常委会及时回应社会呼声，通过《刑法修正案（十一）》，将刑责年龄底线降至12周岁。自2021年3月1日起施行。具体规定是：

1. 已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。

2. 已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质的，应当负刑事责任。

3. 已满十二周岁不满十四周岁的人，犯故意杀人、故意伤害罪，致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾，情节恶劣，经最高人民检察院核准追诉的，应当负刑事责任。

青少年的大脑发育与情绪控制的不相协调，

容易导致青少年犯罪。

什么是“十四岁现象”？青春期中中的十四岁有一个现象被称为“十四岁现象”，也叫“初二现

象”。此时的学生处于青春发育期，身心急剧发展变化，存在着种种发展的可能性。

这是因为受生理因素影响，负责管理情绪和感受奖励的大脑边缘系统，一般在十五岁以前就发育成熟。而负责高级认知功能，包括做出决定、抑制冲动等的前额皮质，要到二十五岁左右才会成熟。

也就是说，十四岁的孩子已经能和成年人一样感知丰富的情绪，

却受限于前额皮质的发育未成熟，无法拥有成年人控制情绪和行为的能力。

处于青春期的孩子的情绪也更容易极端。也许你认为不值得关心和在意的一句话，对他来说都是情绪崩溃的引火索。

青少年的主要心理冲突

一、孤独感与强烈的交往需要的冲突；

二、独立性与依赖性的冲突。好奇心强烈与辨别能力相对较低的冲突；

三、强烈的情绪冲动与理智控制较弱的冲突；

四、理想与现实的冲突。

青少年犯罪主要表现犯罪团伙作案

据不完全统计，约 50%的青少年团伙作案，都源于：

1. 个性化需要，群体认同、自我认同。通过社会支持，获得安全感、归属感。

2. 学习不行，通过不良方式、行为（外形、交友、暴力侵犯）对抗正常群体价值观。

3. 犯罪动机，归属感、所谓友情哥们义气、用拳头获得力量感、

战胜他人获得自尊满足，从而有独立的成人感，有时也获得非法利益，满足同龄人无法拥有的消费需求。

案例一：赵某不过 14 岁。然而，他已经是某市仓房沟路“少年帮”的头目，与他一起被抓的，另外还有 4 人，他们年龄最大的 16 岁，最小的不过 13 岁。



这些“少年帮”多数在网吧相识相约并“一起闯天下”。成员胆大妄为，白天破窗盗窃，晚上拦路抢劫，短短几个月时间里作案三十余起。有了钱之后，他们买名牌手机、剪时髦发型，甚至去吸K粉、找“小姐”

案例二：未满18岁的罪犯张某在入室抢劫后，竟对年龄比自己大27岁，足以做其母亲的被害人实施强奸，并企图杀人灭口，掩盖罪行。3月5日，江西省井冈山市人民法院一审认定被告人张某犯抢劫、强奸、故意杀人（未遂）罪，依法判处被告人张某有期徒刑20年。

案例三：一位“女老师在家里上网课猝死”，刘老师给学生上网课时多次遭到网暴，具体行为有：黑客潜入直播间扰乱课堂秩序、污

言秽语骂人等，“网课爆破”的动机是好玩。

未成年管教所：90%的未成年人学员是独生子女。“这与父母的教育有直接关系，孩子从小就养成了惟我独尊的习性，在遇到不顺心的事情时，就往往心理扭曲。”乌鲁木齐未成年人管教所教科科长王维民说，未成年人往往容易形成“小团体”，而具有不良行为和倾向的人员一旦混迹于其团体中，便会诱使成员之间互相交叉感染，逐步导致犯罪心理的形成、强化和共同犯罪案件的不断发生。

青春期的孩子具有叛逆、盲目、情绪容易激动、暴躁、成绩两极分化普遍、存在心理障碍等特征，又具有可塑性、主动、追求独立等特点，所以他们比较容易出现一些心理问题。

青少年青春期的主要心理问题

一、叛逆厌学：厌恶上学对父母的权威产生反抗心理。

1. 学习的压力大。巨大的学习压力往往会带来比较大的心理负

担，努力了却没有理想成绩，如此循环可能导致在学习上的习得性无助，更加逃避学习，厌学情绪加重。



2. 家长期望值过高。对于孩子成绩好坏比较看重，一旦成绩下滑，就有惩罚，导致孩子更加厌学。

3. 青春期自我意识和自尊心增强。倾向于维护良好的自我形象，对于父母的责骂，更容易产生叛逆心理。

二、网络成瘾：过度的使用网络，甚至正常的生活交往和社会功能都受到了影响。

1. 为了逃避现实生活的不如意。学习压力、父母期望、成绩不理想等问题，让他们难以面对，选择沉浸在网络世界实现自己的英雄情结。

2. 孤独感。从青春期开始的“心理上的断乳”，给初中生带来了很大的不安，尽管他们在主观上有独立的要求和愿望，但实际上很难在短时间内适应独立生活。初中生的内心冲突及在现实中所遇到的挫折都较多，对许多问题还不能依靠自己的力量和能力去解决，又不愿求助父母或其他人，担心有损独立人格。因此，就产生一种孤独

的心，在现实中无法倾诉，在网络世界就没有顾虑了。

3. 青春期大脑发育不完全成熟，难以控制自己情绪和行为的能力。

三、人际交往障碍：在人际交往中感到自卑自闭，或者同伴关系差。

1. 个人性格内向、自卑。对自己的智力、能力、长相做出过低的评价，在与人交往的过程中顾虑重重，行为退缩。

2. 青少年对人际关系比较敏感，一点风吹草动就可能让一段关系破裂，甚至走向极端。

3. 学校中因为地域、成绩、兴趣等的不同而产生的不同团体也对青少年人际交往起到了不良影响。

4. 家庭中，家长平日忙碌也很少与孩子有情感交流或者亲子交流的方式不正确，造成了青少年人际交往的障碍。

四、焦虑抑郁：这些情绪影响到了学习、人际交往和生活，使他



痛苦不堪。

1. 学校和家长对青少年心理问题疏导不及时。学生在因升学、转学等原因进入新的学校后，会因为陌生环境产生焦虑和不安全感，这种焦虑如果不能自行或者外界帮助下缓解，很容易发展为悲观厌世情绪。

2. 家庭环境影响。比如父母关系不和、家庭暴力、父母离异、受到忽略、错误的家庭教养方式、或父母突然离去等重大事件对青少年心理影响较大。

3. 社会环境：比如老师教育方式、学校的高压环境、校园暴力、同学的不公平对待。

预防青少年犯罪的法律保障

一、《中华人民共和国未成年人保护法》第一条 为了保护未成年人的身心健康，保障未成年人的合法权益，促进未成年人在品德、智力、体质等方面全面发展，培养有理想、有道德、有文化、有纪律的社会主义建设者和接班人，根据宪法，制定本法。

二、《中华人民共和国义务教育法》第一条 为了保障适龄儿童、少年接受义务教育的权利，保证义务教育的实施，提高全民族素质，根据宪法和教育法而制定的法律。

三、《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》第一条 为了保障未成年人身心健康，培养未成年人良

好品行，有效地预防未成年人犯罪，制定的法律。

特别是青少年不良行为的界定规范，《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》第二十八条 本法所称不良行为，是指未成年人实施的不利于其健康成长的下列行为：

（一）吸烟、饮酒；

（二）多次旷课、逃学；

（三）无故夜不归宿、离家出走；

（四）沉迷网络；

（五）与社会上具有不良习性的人交往，组织或者参加实施不良行为的团伙；



（六）进入法律法规规定未成年人不宜进入的场所；

（七）参与赌博、变相赌博，或者参加封建迷信、邪教等活动；

（八）阅览、观看或者收听宣扬淫秽、色情、暴力、恐怖、极端等内容的读物、音像制品或者网络信息等；

（九）其他不利于未成年人身心健康成长的不良行为。



预防青少年犯罪的社会保障

一、形成良好的家庭环境。

家庭是未成年人生活时间最长，最重要的外部环境。（1）父母调节自身的教育心理，更新教育观念，不只关注分数，不把过高的期望变成压力向学生施压。（2）父母应该学习了解更多的心理健康知识，多与孩子交流沟通，鼓励式教育。（3）同时积极关注孩子的各种情绪和行为表现，了解孩子在学校的人际关系，营造温馨的家庭氛围，构建更加和谐的亲子关系。（4）以身作则，言传身教，帮助青春期的孩子培养情绪管理的能力，在处理和孩子之间的矛盾时不去扩大和

激化矛盾，减少双方冲动之下造成的悲剧。

二、建设社会支持系统。

学校教育具有权威性、规范性。（1）学校更加注重学生的心理健康，开设心理健康课程，普及心理知识，把心理学知识引入课堂，培养孩子健全的人格、良好的情绪和适应能力，采用心理学知识解决学生日益增加的心理困惑。（2）社会具有极大的影响力。应对青少年心理健康教育给予高度重视，建立更多的青少年心理健康咨询服务机构。

三、关注青少年心理健康，及时寻求专业帮助。



青少年应正视心理方面的烦恼，勇于表达心理需求。及时寻求专业人员的帮助，视情况决定采用心理咨询疏导或者药物治疗，同时家人应给予更多心理支持，并且保

护青少年的隐私。“遇到校园暴力，要保持沉着冷静，并及时报告老师或家长，不断增强自我保护意识和能力。”

防范青少年犯罪：家庭、学校，不放弃、不贴标签；让品行障碍学生，在正常的班级群体中，获得安全感、归属感、成就感。

著名自体心理学教授科胡特，关于养育孩子（包括青少年）的最好方式，有一句经典名言：“不带敌意的坚决，不含诱惑的深情”。



符天山

七方刑事辩护与刑事合规部 研究员

业务方向：刑事辩护与刑事合规

联系方式：13386280211

公房征收前签订的家庭协议之效力探讨

作者：苏峰琴

公房征收补偿共有纠纷中，因涉及承租人及共同居住人的利益分割，如何认定公房同住人常常成为审理案件的关键点。实践中既有空挂户口人员，也有因居住困难未实际居住在公房的人员，既有因结婚住进公房但户口未迁入的人员，也有户籍迁出后又迁入的情形，可谓复杂多变。有些家庭成员在征收前就动迁时分配方案早早签订协议或在户籍迁入时做出动迁分配的承诺，这样的协议和承诺具有法律效力吗？本文以作者亲自代理过的一个案件对司法实践中公房同住人的认定以及家庭协议的效力进行研究及分析。

【案情介绍】

C 幼年丧父，其母改嫁案外人余某吉，并生育 A、B、D；E 系 D 的妻子。上海市黄浦区糖坊北弄**号房屋（以下简称系争房屋）系公房，原由 C 的母亲承租，后换由余某吉承租，余某吉去世前，经子女们协商，改由 D 承租，D 向所有兄弟姐妹一人出具一份承诺书，承诺房屋征收时按户口上的人员分配征收利益，后系争房屋承租人变更为 D。几年后系争房屋被纳入征收范围，

在册户籍人员为 ABCD，D 作为承租人与征收单位签订了征收补偿协议，共获得货币征收补偿款 430 余万元。因就补偿款分割方案无法达成一致，A 作为原告向人民法院提起诉讼：请求依法分割上海市黄浦区糖坊北弄**号房屋征收所得的安置补偿款人民币（币种下同）430 余万元，由原告分得货币补偿款 90 万元。

【判决结果】

本案经一审审理后，黄浦区人民法院做出一审判决：原告 A 分得补偿款 90 万元，被告 B、C 共分得补偿款 83 万元，其余大部分补偿

款归承租人被告 D 及配偶 E 所有。 诉，后又自愿撤回上诉，原审判决
承租人夫妻不服判决，提出了上 生效。

【律师分析】

本案的争议焦点在于原被告是否有权分割征收补偿款？因公房征收补偿款归公房同住人共同所有，因此首先要认定原、被告能否认定为公房同住人。本案被告 B、C 委托本律师代理此案。律师接受代理后认为本案难点在于被告 B、C 并不能被认定为公房同住人的情况下，如何为当事人争取到征收利益。首先，本律师结合上海市的法规和司法解释、高院解答，初步判定委托人即被告 B、C 难以被认定为公房同住人。理由如下：

一、《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》中对共同居住人明确定义：“共同居住人，是指作出房屋征收决定时，在被征收房屋处具有常住户口，并实际居住生活一年以上（特殊情况除外），且本市无其他住房或者虽有其他住房但居住困难的人”。2004 年《上海高院关于房屋动拆迁补偿款分割民事案件若干问题的解答》明确

指出，公房同住人，是指在被征收居住房屋处有上海市常住户口，已经实际居住一年以上，且本市无其他住房或者虽有其他住房但居住困难的人。由此可见，需要同时满足以下条件才能成为公房的同住人：

1. 户籍：作出征收决定时，上海的户口。

2. 居住：作出征收决定时，应在被征房屋内实际居住一年以上，特殊情况除外。“空挂户口”不属于共同居住人。这个一年的起算，目前司法实践实践是以迁入户口后再要求居住满一年。

3. 住房：对于“他处住房”的性质，司法实践中法院的意见认为应限定于福利性质取得的房屋，不应将自购商品房归入他处有房。

“他处有房但居住困难”是指在他处房屋内人均居住面积不足 7 平方米的情况，以建筑面积计算



的，一般是指人均建筑面积不超过15平方。

二、视为同住人的情形

符合以上户籍、居住和住房三个条件的，就可以被认定为同住人。但是对于有特殊情况不满足上述三个条件的，实务中也将其视为同住人。《上海市高级人民法院关于房屋动拆迁补偿款分割民事案件若干问题的解答》另外规定了四种视为同住人的情形，对上述三个条件有一定变更：

1. 突破户籍、居住条件：公房内没有户口的上海人，因结婚而在被拆迁公有住房内居住的，即使居住未满一年，也视为同住人。

2. 突破户籍条件：

（1）外地户口，因结婚而在被拆迁公有住房内居住满五年的，视为同住人。

（2）房屋拆迁时，因在服兵役、读大学、服刑等原因，没有上海户口的，且在本市他处也没有福利性房屋的。

3. 突破居住条件：户口在被拆迁房屋内，因家庭矛盾、居住困难

等原因在外借房居住，他处也未取得福利性房屋的。目前这个实践非常严格，因为这个和空挂户口的界限不明朗，一般要求居住一定的时间才行。

享有居住权的人员，上海高级人民法院《公房居住权纠纷研讨会综述》中要求，对同住人的认定要对因特殊情况因素如公有住房调配单、动迁安置、婚姻、出生、服兵役等情况综合判断：

1. 住房调配单：指该人口是系争房屋的原始受配人，是取得该房屋时被计算在内的人员，一般认为其是同住人。

2. 动迁安置：动迁安置协议中载明的托底保障人员。

3. 婚姻出生和服兵役：这主要是针对有户口未满一年或者居住未满一年。

（三）不能视为同住人的情形

《上海市高级人民法院关于房屋动拆迁补偿款分割民事案件若干问题的解答》中规定了三种不能认定为同住人的情形：



1. 将本来享有的他处公有住房权利予以处分，居住在被拆公有居住房屋的；

2. 获得单位购房补贴款后已有能力购房而不购房，仍居住在被拆公有居住房屋的共同居住人；

3. 已在本市他处公有房屋拆迁中取得货币补偿款。

上述三种情形都是虽然房屋被征收时该人表面上满足了同住人的三个要求，但是曾经他已经以其他形式享受过公房的“福利补贴”，因此就不可以再次重复享受公房的征收补偿利益，不能认定为同住人了，但是承租人不受此限制。

法院进行诉讼时，法院会对同住人资格进行审核认定，同住人一方对证明自己系同住人负有举证责任，即要证明自己符合同住人的三个条件：

1. 户籍条件：户口簿。

2. 居住条件：居委会或物业等相关部门居住证明，或者找邻居出庭作证，相关缴费单等其他能证明居住满一年以上的证据。

3. 他处无房或者他处有房但居住困难：无福利性质分房无需证明，这是个否定条件，一般对方举证，否则视为没有。

本律师经过上述分析研判，认为二名委托人即被告 B、C 因无法提供充分证据证明居住满一年，且确实享受过福利分房，因此难以被法院认定为公房同住人，很可能被认定为空挂户口人员，因此律师只能另找论据。经分析原、被告的证据后，律师决定从承租人 D 向每位兄弟姐妹分别出具的承诺书下手，根据 2004 年上海高院《关于房屋动拆迁补偿款分割民事案件若干问题的解答》第六问：“相关利害关系人在户籍入籍被拆迁公有居住房屋时或入住被拆房屋时就房屋居住或拆迁补偿等作出承诺的，或者同住人与承租人在拆迁时就补偿达成协议的，如果相关承诺或协议系一方或双方真实意思表示，既不违法，也不损害社会公共利益的，应认可该承诺或协议的效力”，认为原告 A、被告 B、C 与承租人 D

达成了家庭协议，应认可该协议的效力。

一审法院经审理后认为被告 D 在变更承租人的当天曾出具多份家庭协议，虽字面上有所出入，但均系同一天出具，且皆有承诺保障原告 A、被告 B、C 享有征收份额的意思表示，故其理应按约履行，而被告 D 的配偶 E 对该协议知情，后 E 居住并迁入户籍，不应影响原家庭协议的履行。故法院结合被征收房屋的来源、户籍迁入的历史缘由、户籍迁入的时间长短、系争房屋主要由被告 D、E 居住的情况，以及原告 A、被告 B、C 已享受过福利性质房屋，而被告 D、E 未享受过福利分房，且被告 D 作为承租人现无房居住的实际情况，遵循公平合理的原则，做出前述判决。

后被告 D、E 不服判决提出上诉，认为 2010 年出具协议当时的拆迁政策是“数人头”的，原告为分得征收利益迁入户口，意思是拿本人按政策应得的一份而非平分征收利益，现征收政策是“数砖头”的，协议内容已发生了重大的

情势变更，故协议应当解除或认定无效。被告 E 又提出被告 D 单独出具承诺系无权处分，应认定合同无效。

本律师认为上诉人 D、E 并未在情势变更事由发生后履行再协商义务，也未在原审中提起反诉，请求变更或解除协议，故原协议仍有效，上诉人须履行。上诉人 D 与各被上诉人签订协议时，上诉人 E 并不符合同住人的标准，故不需要征得其同意；况且签订协议时 E 在场并知情，事后也未向人民法院提起无权处分撤销权之诉，根据《民法典》第 152 条的规定，自知道或应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权，撤销权已消灭，故协议应有效。经二审开庭审理后上诉人 D、E 自愿撤回上诉，原审判决生效。





家庭协议系同住人与承租人在拆迁时就补偿达成的家庭成员之间的协议，如果相关承诺或协议系一方或双方真实意思表示，既不违法，也不损害社会公共利益的，人民法院认可该协议的效力，当事人应遵循诚实信用原则，按约履行。若一方认为存在情势变更或无权处分的情形，应自情势变更发生之日或知道应当知道撤销事由之日起一年内提起变更或解除之诉或撤销之诉



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

老旧房屋加装电梯法律问题研究

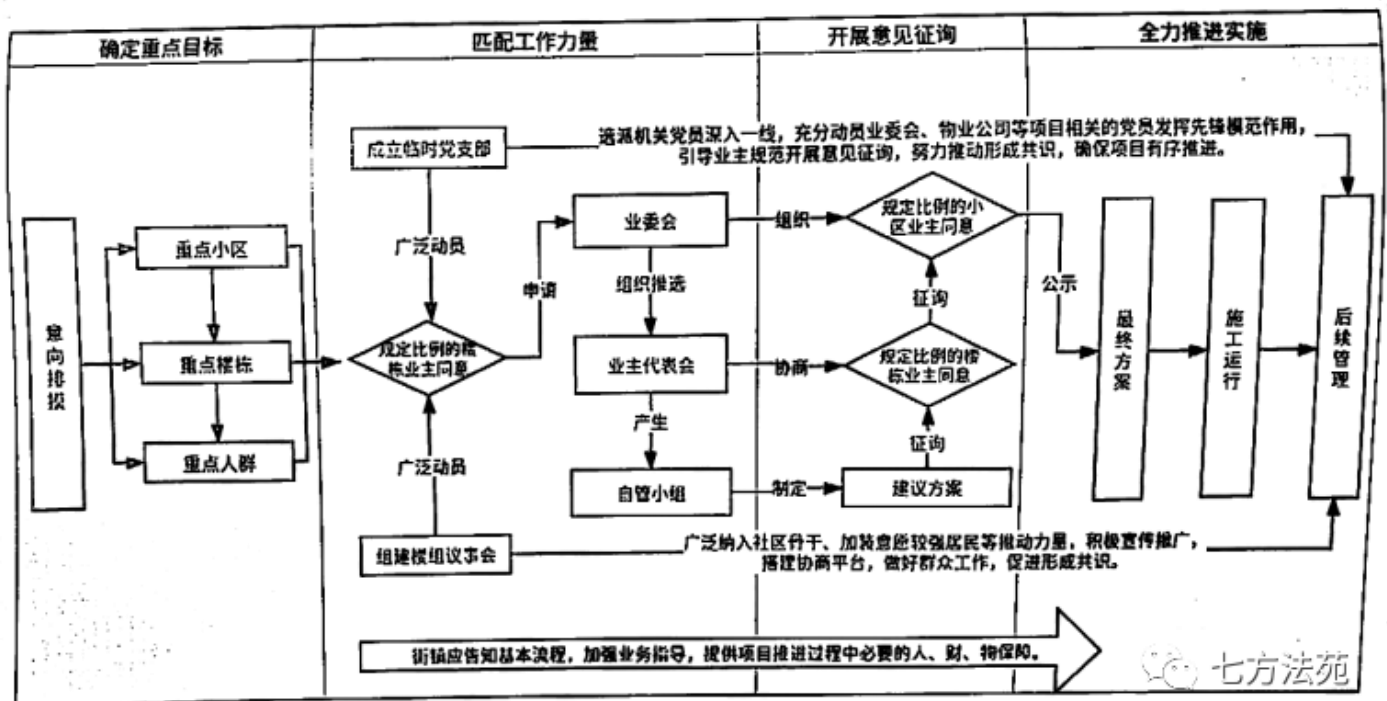
作者：邵弘高娃

开展加梯工作的由来及现状

上世纪 70 年代末到 90 年代初，中国人均住房极度短缺，全社会从政府到各单位纷纷建设了一大批多层住宅，其中 80% 没有设计安装电梯。随着时代的发展，相当一部分居民迫切希望多层老住宅能够实施加装电梯，解决老弱病残上下楼难的问题。为改善老旧住宅区的居住品质、提高老旧住宅区的使用功能，适应老、弱、病、残对生活起居、出行的需求，全国各地开展此项民生工程，在符合加装条件的老楼房采用外接式办法加装电梯。

开展加梯工作的流程

既有多层住宅加装电梯群众工作流程图



图片来源：《既有多层住宅加装电梯群众工作指南》（徐汇红皮书）



以徐汇区为例，首先要对重点小区、楼栋、人群进行排摸，其次要建立临时党支部，与业委会、业主代表会、物业公司等配合、协作，做好前期流程准备和宣传工作，依照法律规定开展意见征询，并形成最终的实施方案，监督施工和做好后续维保的保障。

开展加梯工作的困难

加装电梯工作的开展并非一蹴而就。对于既有住宅加装电梯存在的困难，主要面临三大矛盾：

一、增加电梯与建筑技术规范之间的矛盾。加装电梯对建筑物有严格的要求，在初期的意向排摸中会根据重点小区、楼栋、人群进行排摸，由于多层老住宅建造时的条件不同，可能出现隔壁小区甚至相邻楼栋能否加装电梯的情况都不一样，需要做好业主的解释工作。

二、安装电梯所需较大的资金开支与筹资难的矛盾。除政府对每台加装电梯施工金额的40%（最高不超过28万/台）予以支持外，剩余的资金需要由业主自行筹措。那么，每层楼的业主承担的比例就成为一个问题，即使政府部门给到了指导意见，但未必所有业主均同意。

另一方面，有的业主虽然在征询中同意加装电梯，但对于出资表示无能为力，故需要其他户进行分摊并讨论：这台电梯是否给未出资的业主使用？如果不给，那未出资业主是否还愿意投同意票？

三、安装电梯不同利益群体间的矛盾。加装电梯既能带来方便，也会产生问题。特别是对一楼的业主而言，没有使用电梯的需求，却需要承受加梯带来的通风、采光、噪音影响。虽说依照我国先行法规和上海市的地方性规定，即使一楼业主不同意，大概率还是能够通过，但如若完全无视一楼业主的诉求，不仅是对其权利的侵害，还可能激化矛盾。其他楼层的业主也出现过由于过往和邻里间的纠纷未解决，而在加梯投票时提出反对意见。

加梯过程中出现问题的原因比较复杂，对这项惠民工程的推行带来了挑战。但可以通过运用专业

能力提供法律、调解等服务，以达到化解矛盾、推动加梯工作的作用。

开展加梯工作的一些思路

一切工作的开展都需要依照党的领导和法律的规定，合法规范的流程是加梯工作顺利开展的基础。依照《中华人民共和国民法典》第二百七十八条规定及上海市关于既有多层住宅加装电梯工作的若干意见，申请人应当就加装电梯的意向和具体方案等问题进行充分协商，并征求所在楼幢全体业主意见，由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上业主参与表决，经参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意。加装电梯拟占用小区业主共有部分的，应当征求建筑区划内全体业主意见，由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上业主参与表决，经参与表决专有部分面积过半

数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。

然而，仅凭这一条法律规定，是无法支撑全部加梯工作的开展。根据团队律师在参与加梯工作中的一些所见所感，整理三条思路如下，供参考。

一、关注加梯流程（前期准备） 律师建议：

1. 成立临时党支部，以楼栋为单位调动党小组长、楼组长、社区能人达人、志愿者、群团骨干、道德模范等对社区了解又积极的人群，增强业主信任感；

2. 以政府部门为指导，业委会、居委会进行调研，律师作为第三方参与，共同梳理加梯流程中涉及的法规政策要求，包括征询、公告、发放选票、开票、公示、电梯安装维保费用及分配等，进行全流



程指导和文件把关，确保加梯工作符合法律规定；

③业委会、律师将加梯全流程可能涉及的法律问题、投票权利、注意事项等向业主宣讲，保障其在加梯工作中的合法权利；

④业委会、居委会根据政府支持文件，协调电梯公司对电梯参数、工期、维保等进行讲解告知。

通过上述方式使业主能够心中有数，以获得业主支持，减少加梯阻碍。

二、法律咨询（过程介入）

律师建议：

1. 成立加梯专项法律服务工作室，每周开展法律咨询服务，针对个别业主的加梯疑问，展开针对性的专业解答，实现“一对一”的专项法律咨询，打消业主的后顾之忧；

2. 参与电梯供应商、维保公司的前期尽职调查及合同审核、风险提示的工作，减少合同履行风险和违约可能性；

3. 将业主较为关心的问题及合同中的重点条款收集整理，形成

书面的问答页并开展答疑讲座，增强业主的信心。

三、矛盾排查化解（过程介入）

律师建议：

1. 对于自始不同意加梯或反悔的业主，展开针对性的矛盾化解工作，发挥人民调解工作的重要性，提供问题改善方案，对家庭有困难的业主提供帮助，协调上下楼邻居解决邻里纠纷等，帮助业主化解矛盾、打开心结，形成良性的社区氛围；

2. 对于情绪激动、采用过激行为阻碍加梯工作的业主，与社区民警配合工作，向其释明危害及法律后果，同时做好矛盾纠纷的排查和上报机制，做好群体性矛盾处置预案，为加梯工作的顺利进行提供保障。

加梯本身所能带来的益处显而易见，但需要对其流程步骤进行梳理，以便于业主从头进行参与，在加装电梯过程中能够随时解决疑惑及问题，增强其参与感及配合度，最终达成加梯目标。



参考法规政策

- (1) 《中华人民共和国民法典》
- (2) 《物业管理条例》
- (3) 《上海市住宅物业管理规定》
- (4) 《关于进一步做好本市既有多层住宅加装电梯工作的若干意见（沪建房管联〔2019〕749号）》
- (5) 《关于调整本市既有多层住宅加装电梯业主表决比例的通知（沪建房管联〔2020〕801号）》
- (6) 《既有多层住宅加装电梯不同楼层业主出资指导区间（沪房更新〔2021〕18号）》
- (7) 《关于进一步明确本市既有多层住宅加装电梯审批管理等要求的通知（沪建房管联〔2021〕74号）》
- (8) 《既有多层住宅加装电梯操作指南》（徐汇白皮书）
- (9) 《既有多层住宅加装电梯运维管理指导意见》（徐汇蓝皮书）
- (10) 《既有多层住宅加装电梯群众工作指南》（徐汇红皮书）



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



未经许可售卖抗原试剂是否构成非法经营罪？

作者：吴心成

近期，随着我国疫情防控政策的调整，全国各地有序、适当放开，居民出于个人健康管理的需求，对抗原检测试剂的需求进一步提升，甚至出现了短期“供不应求”的局面。

有需求就有生意，不少人注意到朋友圈出现了贩卖抗原检测试剂的信息。同时，也看到了一篇名为《个人销售抗原试剂违法！最高可判无期徒刑！》的文章在朋友圈转发，文章主要观点是个人私自贩卖（即未取得经营许可）抗原试剂违法，如果试剂出现造假、以不合格冒充合格，属于销售伪劣产品罪，最高可判处无期徒刑。然而，文章并没有分析如果个人私自贩卖合格的抗原试剂，是否会构成犯罪（实际上，贩卖任何假货或不合格的商品均可以构成销售伪劣产品罪，最高也可以判处无期徒刑）？能否构成非法经营罪？

哪些行为会构成非法经营罪

《刑法》第二百二十五条规定，非法经营罪是指，违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的行为，包括：（一）未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；（二）买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；（三）未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者

非法从事资金支付结算业务的；（四）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。如果构成非法经营罪，最高可处 15 年有期徒刑，并处没收财产。

《刑法》对非法经营罪采取了明确列举加兜底条款的立法模式，第（四）项规定了“其他严重扰乱市场秩序”即为兜底条款，这是《刑法》为适应社会发展需求、严密法网、打击犯罪保护法益的立法技术，但同时，兜底条款本身外延的模糊性和社会生活的复杂性导致了该条款被诟

病为“口袋罪”。为防止不当适用法律，打击社会经济发展的创新性、积极性，2011年，最高人民法院颁布了《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》（以下简称《通知》），第二条规定，“违反国家规定”的认定，要依照相关法律、行政法规及司法解释的规定准确把握。对于规定不明确的，要按照本通知的要求审慎认定。对于违反地方性法规、部门规章的行为，不得认定为“违反国家规定”。**对被告人的行为是否“违反国家规定”存在争议的，应当作为法律适用问题，逐级向最高人民法院请示。**

结合上述规定，目前被司法解释规定为其他非法经营行为的有：非法买卖外汇、经营非法出版物、擅自经营国际电信业务、组织、领导传销活动罪之外的传销行为、非法生产经营“瘦肉精”、传染病疫情等灾害期间哄抬物价、擅自经营互联网等业务、擅自发行、销售彩票、非法使用POS机、非法经营烟草制品、违反国家规定，未经依法核准擅自发行基金份额募集基金、非法生产、销售非食品原料、添

加剂、非法设置生猪屠宰场、以营利为目的的“网络水军”行为、非法生产、销售“黑广播”、“伪基站”、无线电干扰器等无线电设备、非法经营药品、生产、销售不符合药用要求的非药品原料、辅料、非法生产、销售具有赌博功能的电子设施设备与软件、非法贩卖形成瘾癖的麻醉药品或者精神药品等十几种情形。

未经许可销售抗原检测试剂不宜认定为 非法经营罪

根据2020年3月30日，国家药品监



督管理局发布《中国对新型冠状病毒检测试剂和防护用品的监管要求及标准》，将新型冠状病毒检测试剂作为第三类医疗器械管理。根据《医疗器械监督管理条例》第四十二条，从事第三类医疗器械经营的，经营企业应当向所在地设区的市级人民政府负责药品监督管理的部门申请经

营许可并提交符合本条例第四十条规定条件的有关资料。因此，售卖抗原检测试剂必须获得从事第三类医疗器械经营许可。

现有司法案例中，笔者以“非法经营罪”作为案由，以“抗原”作为关键词进行检索，发现仅有一则案例被认定为非法经营罪（印某非法经营检测试剂案（2016）苏0116刑初764号，二审维持原判）。在该案例中，法院认为：“关于本案社会危害性。《医疗器械监督管理条例》规定，第三类医疗器械具有较高风险，需要采取特别措施严格控制管理以保证其安全、有效，从事该类医疗器械的经营应当申请经营许可。被告人无许可非法经营第三类医疗器械，不论是对医疗器械的安全、有效，还是人体健康和生命安全，均具有相当的社会危害性。”因此认定印某构成非法经营罪。除此之外，再无检索到其他相关案例。

但是，笔者认为，从上述规定并不能直接得出未经许可售卖抗原检测试剂可

以构成非法经营罪，上述案例的观点值得商榷。

首先，抗原检测试剂不属于专营、专卖、限制买卖物品。专营、专卖、限制买卖物品应有明确规定，例如典型的如《烟草专卖法》《食盐专营办法》《甘草麻黄草专营和许可证管理办法》和《国务院关于化肥、农药、农膜实行专营的决定》。然而，抗原检测试剂并无并无明确法律、行政法规将其列入专营、专卖或限制买卖物品。因此，售卖抗原检测试剂不能适用非法经营罪第（一）项。

其次，抗原检测试剂也不属于司法解释规定的其他非法经营情形。如前所述，若需要适用非法经营罪的第《四》项，需满足下列条件之一：有明确的司法解释或者层报最高人民法院请示。根据现有司法解释规定的所有情形，售卖抗原并无对应情形（除非销售者大肆加价，则可以适用“传染病疫情等灾害期间哄抬物价”）。

最后,《人民司法》2019 年第 17 期刊载上海市第二中级人民法院姚翔宇《肖启凤非法经营案——无证经营非专卖、限制买卖商品不宜认定为非法经营罪》一文,也认为“非法经营罪罪状条文第一项所指的“限制买卖和专营、专卖的物品”需由法律或广义上的行政法规予以明确规定。非直接列入此类目录范围的,即使没有经营许可,亦不应以此为由认定为非法经营罪。对于非法经营罪罪状条文第四项“其他扰乱市场秩序的非法经营行为”,在适用上亦应持严格的限制解释态度,除司法解释予以明确的情形之外,确有适用必要的,应层报最高人民法院批准。”其中,文章中所引用的肖启凤非法经营一案(一审:(2014)宝刑初字第 2031 号 二审:(2015)沪二中刑终字第 458 号)最终也被上海市第二中级人民法院改判,认为该肖不构成非法经营罪。

未经许可销售抗原试剂的处罚

(一) 非法经营罪

如前所述,尽管笔者认为,未经许可售卖抗原检测试剂的行为不宜认定为非

法经营罪,但该行为仍具有构成非法经营罪的刑事风险。一方面是因为根据司法解释,在传染病疫情等灾害期间哄抬物价,加价销售抗原试剂的行为可以被纳入非法经营罪的处罚范围。考虑到司法实践中,在疫情期间销售抗原试剂,行为人往往具有牟取暴利的目的,因此,触犯该情形的可能性颇高。

例如,2022 年 12 月 6 日,上海市公



安局发布了一则《警情通报》就公布了一起加价销售抗原检测试剂的案件。通报称犯罪嫌疑人董某在无相关经营资质的情况下,购入大量抗原试剂盒,并加价 50% 对外销售,非法获取利益。目前董某因涉嫌非法经营罪已被警方依法采取刑事强制措施。并且,警方正告:“上海警方将



依法严厉打击各类囤积居奇和哄抬防疫物资价格的违法犯罪行为。”

另一方面，刑事司法实践具有一定程度的政策导向性，相同行为在不同时期的定性可能会产生一定的区别，在目前防疫政策的大背景下，无相关经营资质销售防疫物资的刑事风险极高。

（二）行政处罚

根据《医疗器械监督管理条例》，销售（经营）第三类医疗器械需要相关资质，若无相关资质则可以根据《医疗器械监督管理条例》第八十一条只规定，由负责药

品监督管理的部门没收违法所得、违法生产经营的医疗器械和用于违法生产经营的工具、设备、原材料等物品，并处最高货值金额 30 倍的罚款。情节严重的，责令停产停业，10 年内不受理相关责任人以及单位提出的医疗器械许可申请，对违法单位的法定代表人、主要负责人、直接负责的主管人员和其他责任人员，没收违法行为发生期间自本单位所获收入，并处所获收入 30% 以上 3 倍以下罚款，终身禁止其从事医疗器械生产经营活动。



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

同济大学法学院刑事法律诊所

助理实务导师

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：19512259950



摘要：对新冠采取“乙类乙管”的政策调整不仅意味着正常生活秩序的恢复，在刑法上也具有重要意义。新旧法律交替之际相关涉疫刑事案件的处理将受到不同的影响。

新冠“乙类乙管”对涉疫刑事案件有何影响？

作者：傅建平、焦士凌

新年伊始，我国新冠疫情防控政策又经历了一次重大调整。自2023年1月8日起，对新冠的“乙类甲管”被调整为“乙类乙管”，调整后不再隔离新冠病毒感染者；不再判定密切接触者；不再划定高低风险区；不再对入境人员与货物采取检疫措施。乙类乙管的实施意味着正常生活秩序的逐步恢复，但由此也产生了很多值得探讨的涉疫法律问题。1月7日，最高法、最高检等五部门联合发布了《关于适应新阶段疫情防控政策调整依法妥善办理相关刑事案件的通知》（下文简称《通知》），对涉疫刑事案件办理模式提出了新的要求，但对于不同的涉疫刑事案件在“乙类乙管”后会受到何种影响还需要进一步明确。

什么是“乙类乙管”？

2022年12月26日国家卫健委发布公告，将新型冠状病毒肺炎更名为新型冠状病毒感染，同时规定自2023年1月8日起对新型冠状病毒感染实施“乙类乙管”，并且不再纳入《中华人民共和国国境卫生检疫法》（下文简称《检疫法》）规定的检疫传染病管理。“乙类乙管”是指将新冠纳入乙类传染病、采取乙级的管理措施。我国《传染病防治法》第三条根据疾病的传染性以及对健康的危害程度将传染病分为三大类：甲类、乙类和丙类。不同类别的传染病预防控制措施有所不同。新冠病毒感染虽然一直被定为乙类传染病（其他乙类传染病主要包括非典、艾滋病、结核病等），但从2020年1月21日国家卫健委发布2020年第1号公告开始，新冠病毒感染一直参照甲类传染病的预防控制措施进行管理。而调整后的乙类管

理相比之前最主要的不同在于取消了隔离、密切接触者认定以及高低风险去划分等干预性更强的管理措施。

违反新冠疫情防控的行为



是否还构成犯罪？

首先，采取乙类管理后，违反新冠病毒预防控制措施的行为，最典型的比如新冠病毒感染者拒不配合隔离并进入公共场所导致病毒传播的行为将不再构成《刑法》第三百三十条所规定的妨害传染病防治罪。《刑法》第三百三十条规定：“违反传染病防治法的规定，有下列情形之一的，引起甲类传染病以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑……”。根据该条文

可以看出只有引起①甲类传染病②采取甲类管理的传染病才有构成该罪的可能。政策调整后，导致采取“乙类乙管”的新冠病毒感染传播的行为自然失去了构成妨害传染病防治罪的法律依据。

其次，违反新冠国境卫生检疫规定的行为也不再构成《刑法》第三百三十二条妨害国境卫生检疫罪。《刑法》第三百三十二条规定：“违反国境卫生检疫规定，引起检疫传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”而采取“乙类乙管”后，新冠病毒也不再纳入《检疫法》第三条所规定的检疫传染病，因此对于新冠病毒不再有国境卫生检疫的规定，自然也就不存在违反该规定的犯罪行为了。

《通知》一文中也专门强调了这两点，明确表示“违反新型冠状病毒感染疫情预防、控制措施和国境卫生检疫规定的行为，不再以刑法第三百三十条妨害传染病防治罪、第三百三十二条妨害国境卫生检疫罪定罪处罚。”

但是，《通知》也明确强调对于其他行为，包括“对侵犯医务人员人身安全、扰乱正常医疗秩序和严重妨害养老机构、社会福利机构等重点机构防控秩序，对涉疫药品、检测试剂等制假售假、走私贩私、哄抬物价等”具有严重危害、性质恶劣的行为依然要认定为犯罪并从严惩治。因此，违反新冠肺炎疫情防控的行为**依然有构成扰乱公共秩序类犯罪，包括妨害公务罪、寻衅滋事罪；生产、销售伪劣商品类犯罪，包括生产、销售伪劣产品罪、生产、销售假药罪、生产、销售劣药罪；扰乱市场秩序类犯罪，包括非法经营罪等罪名的可能性。**

对先前涉疫刑事案件的处理有何影响？

政策调整后，依据罪刑法定原则违反新冠肺炎疫情防控的行为不再构成妨害传染病防治罪与妨害国境卫生检疫罪这两个罪名，刑法被重新束之高阁，保证了其作为最后一道防线的谦抑性。但在此之前与这两个罪名相关的犯罪行为应该如何处理？相关刑事案件的办理在新旧法律交替之际将受到何种影响？对此需要分情

况讨论。新法生效之前的犯罪行为在新法生效后可能处于两个阶段：一是案件还在办理中，尚不存在已生效的判决；二是案件已经审结、判决已经生效。而对于这两种处于不同阶段的案件，该政策的调整将会带来不同的影响。

1. 正在办理的案件：从旧兼从轻原则

从旧兼从轻原则规定在《刑法》第十二条第一款，主要针对刑法溯及力问题，即新刑法是否具有溯及既往的效力。该原则简单来说就是指当一个人的犯罪行为发生在新法之前，原则上对其审判应该适用其作出犯罪行为时的旧法（从旧），但如果新法相较于旧法对行为人更为有利，比如新法不再认定其行为是犯罪时，就例外地适用新法（从轻），使新法例外地具有追溯过往的效力。对于犯罪行为发生在新法之前，新法生效后还在办理的、涉及上述两个罪名的刑事案件，依据我国刑法采取的从旧兼从

轻原则，“乙类乙管”的政策变化将导致对被告人适用对其更为有利的新法，即不再认定构成妨害传染病防治罪与妨害国

境卫生检疫罪，在办案件应撤销案件、不起诉、终止审理或者宣告无罪。《通知》中也明确说明了对此的处理方式，规定“对目前正在办理的相关案件，犯罪嫌疑人、被告人处于被羁押状态的，各办案机关应当依法及时解除羁押强制措施；涉案财物被查封、扣押、冻结的，应当依法及时解除。”

2. 已经生效的案件：既判力>溯及力

《通知》中并未提到“乙类乙管”对已经审结、判决生效的案件有何影响。这个问题不仅涉及刑法中的溯及力，还涉及到另一个概念，即既判力。既判力是指一个新的刑法实施前依据旧刑法作出的生效判决所具有的确定力、约束力，包括对做出判决的主体，即人民法院的约束力和对犯罪人的约束力、对行刑机关的约束力以及该判决在时间上的确定力。想要回答“乙类乙管”对已经生效案件的影响这个问题，就需要理清溯及力与既判力的关系。总的来看两者的关系共有两种情形：

1、既判力高于溯及力，也即采取分离主义原则，新法对依据旧法作出的已生效判决没有溯及力；

2、溯及力高于既判力，也即采取相关主义原则，新法的溯及力涵盖了依据旧法作出的已生效判决。



我国《刑法》第十二条第二款规定：“本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。”显然我国采取的是分离主义原则，新法对依据旧法作出的已生效判决没有溯及力。因此，在“乙类乙管”之前已经审结、判决已经生效的案件并不会受到此次政策调整的影响，原判决将继续有效。

对于判决已生效案件该如何补救？

自 2020 年 1 月新冠采取“乙类甲管”以来，以“妨害传染病防治罪”为案



由在北大法宝司法案例中进行检索，共有114 件案例判决书，其中刑期判罚最高的案件达到有期徒刑两年十个月。其中超过半数的案件被告人都在一审中认罪认罚，并未提起上诉，但如此积极配合、服从法院判决的结果反而是使有罪判决生效，新法有利于被告人的无罪规定无法被适用。相反，如果被告人拒不认罪提起上诉，却有可能在二审期间因新法的生效而被宣判无罪。这样的结果难以使人认同，并且还会打击人们服从法院判决的积极性。尤其是对于已经被执行刑罚的犯罪人员，他们难免会感到不公，毕竟刑事犯罪记录不仅会影响犯罪人员本人，还会牵连到其子女。而如此随意的入罪与出罪也严重贬损了刑法的公信力。

“有温度的司法应该在法律变更之后，积极地进行补救，而不是无动于衷。”然而遗憾的是，根据上文提到的《刑法》第十二条第二款的规定，这些案件的犯罪人员无法以“新法的无罪规定”为理由来申请再审程序以获得无罪判决。这是因为再审程序针对的是已生效判决，依据上文

已讨论过的我国既判力高于溯及力的规则，再审中在实体法方面，即刑法，只能继续适用旧法。那么对于这些已生效案件的犯罪人员，还可以如何进行补救呢？

学者罗翔在《“乙类乙管”之后，曾因妨害传染病防治罪入狱的他们怎么办？》一文中提出2种补救措施。一种是作为特殊情况进行假释。依据《刑法》第八十一条第一款的规定：“被判处有期徒刑的犯罪分子，执行原判刑期二分之一以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行十三年以上，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险的，可以假释。如果有特殊情况，经最高人民法院核准，可以不受上述执行刑期的限制”，最高院可以将新法的无罪规定认定为法条中规定的特殊情况对犯罪人员进行假释。另一种是进行特赦。特赦是指国家对某些犯罪或者特定的犯罪人员赦免刑罚，是一种人道主义的刑罚执行措施。可以依据宪法第六十七条第十八项的规定，以主席特赦令的方式对此类犯罪人员赦免刑罚。



正如学者周光权所说，“逃避防疫检查，是公众处于对疾病的恐惧，本能抗拒检查而采取的行为，这是符合人性特点的”，刑法应该考虑到人性的弱点，理解犯罪人的在特定场景下的“迫不得已”，用更人性化的方式处理刑事案件。对于这些在特殊背景下被判决的已生效案件，在尊重判决的既判力的同时，国家也应该在法律允许的情况下及时对这些犯罪人员进行事后的补救。



傅建平 律师

上海七方律师事务所 主任、高级合伙人

上海市普陀区第十五届政协委员

上海市律师协会十一届

刑事辩护与刑事诉讼业务研究委员会

副主任

业务方向：刑事辩护

企业刑事合规、刑民交叉业务

联系方式：15201718516



焦士凌 律师助理

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部

律师助理

业务方向：刑事合规

联系方式：15216709585



公司股东会决议，是否都能采用资本多数决？

作者：张春球

2022 年底，中国人大网公布了《中华人民共和国公司法（修订草案二次审议稿）》。在新版草案中，主要争议集中在如何完善和强化公司治理上。股东会是公司法人治理结构中的最高决策机构，是投资人行使其对公司所有权的主要形式，是公司治理中最主要的权力机构。

现行《公司法》规定，股东会会议由股东按照出资比例行使表决权，但是，公司章程另有规定的除外。股东会会议作出

修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。

也就是说，根据《公司法》规定，依据表决事项的不同，股东会会议可以通过过半数或三分之二多数决来作出股东会决议。

那么，如何依据表决事项正确界定股东会会议表决比例呢？是不是所有的表

决事项都能以资本多数决来通过股东会决议？对于涉及公司股东基本法定权利的事项，如何处理？本文将通过曾获评2021 年度全国法院系统优秀案例的“群大”案来解析股东会表决原则在个案中的具体适用。

案号：(2020)沪0115民初23812号、
(2020)沪01民终10383号民事判决书

案情简介

上海群大家具市场监督管理有限公司（以下简称“群大公司”）成立于2009年3月12日，法定代表人为杜某，股东分别为杜某、张某及陈某。

群大公司的公司章程显示：公司注册资本为4,300万元。杜某持股75%；张某持股20%；陈某持股5%。公司股东会由全体股东组成，是公司的权力机构，行使下列职权：（一）决定公司的经营方针和投资计划……。股东会会议应对所议事项作出决议。股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本、以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，

必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。股东会会议作出除前款以外事项的决议，须经代表二分之一以上表决权的股东通过。

2020年1月2日，群大公司召开股东会，参会人员包括公司三名股东及谢某等一众管理者，会议议程为：一、群大公司财务（谢某）汇报2017、2018、2019年公司财务状况及2020年公司开支预算；二、讨论2020年公司是否由相关人员承包经营；三、讨论股东可以将各自持有的股份在原有价格上溢价20%在公司内部股东之间进行转让，若无人购买将根据《公司法》的相关规定，对外进行转让。张某在上述股东会会议议程上手书“第二项第三项不属于股东会讨论范围”。

就上述股东会会议形成的股东会决议内容为：群大公司于2020年1月2日召开股东会会议经全体股东研究，根据《公司法》及公司章程，现对公司的经营策略达成如下决议：关于承包，同意的表决权比例为75%，超过三分之二。（内部股东可以承包公司然后进行经营，承包

股东需要自负盈亏，承包股东每年需要向各股东提供各股东投资额的 15%-20%的分红。承包股东需要提供注册资本 2,000 万元价格的股权作为质押担保，持有股份不足 2,000 万元的，需要提供其他财产作为担保，不限于现金、不动产、其他有价证券）。张某在该决议上手书“不属于股东会决议事项，不同意。”。

股东会决议后附的讨论意见显示，杜某：按照会议提出的方案。陈某：1、对于财务汇报的内容要一份详细材料，2、对于承包没有异议，但是自身不承包，3、同意转让股份，但是认为股份转让价格-溢价 20%过低。张某：1、对公司账务状况不认可，建议查账，2、对于公司承包不认可，3、同意转让股份，但是认为股份转让价格-溢价 20%过低。张某在该讨论意见上手书“不属于股东会决议事项，不同意”。

事后，张某向法院诉请群大公司于 2020 年 1 月 2 日作出的股东会决议不成立。

法院认为

一审：股东会决议需要形成意思表示



方能成立，股东会之所以能够约束所有股东，就是股东依法定程序或者章程规定的议事方式和表决程序，形成了符合法定或者章程规定标准的意思表示。本案中，群大公司于 2020 年 1 月 2 日作出的股东会决议内容主要包含两个方面，一是关于内部股东可以承包公司经营，二是基于内部股东承包经营公司而产生的关于股东分红方式的变更。一、关于内部股东承包公司经营的问题，股东内部承包是公司股东会通过合同形式重新分配公司的治理权利，是将公司经营权的让渡，该约定的实质是公司全体股东对各自如何行使公司法规定的资产收益、参与重大决策和选择管理者权利的安排，因此该项决议应当由全体股东同意。二、关于公司股东分红方式的变更问题，根据公司法的相关规定，

股东按照实缴的出资比例分取红利，但是全体股东约定不按照出资比例分取红利的除外，故该项决议亦应当由全体股东同意。鉴于上述两项内容均需全体股东同意，而群大公司的股东会决议内容并未获得全体股东同意，属于未能形成意思表示，故张某主张群大公司于2020年1月2日作出的股东会决议不成立的诉请，予以支持。

二审：根据公司法第四条规定，公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。本案的争议焦点即在于以承包经营改变公司分红、管理等方式，是否须经全体股东一致同意。本案中，从涉案决议内容看，所谓承包经营指的是内部股东获得公司管理权，且每年需要向各股东提供各股东投资额的15%-20%的分红。上述内容涉及转移公司经营权及约定分红方式，实质是要求股东让渡其获取资产收益、参与重大决策和选择管理者等基本权利，而非仅仅涉及公司经营方针的调整。因此，涉案决议所涉内容并不能由公司股东进行多数决，而需全体股东一致同

意。但张某作为群大公司股东之一，并未同意涉案决议，故该次股东会会议的表决结果未达法定通过比例，一审法院依据《最高人民法院关于适用若干问题的规定（四）》第五条规定，认定涉案决议不成立，并无不当，本院予以维持。

法院判决

一审法院判决群大公司于2020年1月2日作出的股东会决议不成立。

二审法院驳回群大公司上诉，维持原判。

律师评析

本案中，群大公司股东会讨论公司承包经营事宜，具体方案为，如股东承包，自负盈亏，并向其他股东提供固定分红。对此，持股75%的杜某同意，持股20%的张某不同意。张某认为股东会决议不成立，并就此向法院提起确认之诉。

一审法院援引公司法有关资产收益、参与重大决策和选择管理者系股东基本权利的规定，以及全体股东可约定不按出资比例分红的规定，认为该决议事项需全体股东同意。群大公司上诉称，承包经营

事项系股东会决定公司的经营方针，无须全体股东表决同意。对此，二审法院认为，根据《公司法》第四条规定，公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。本案股东会决议内容中的承包经营指的是内部股东获得公司管理权，并向其他股东提供固定分红，这涉及转移公司经营权及约定分红方式，实质就是要求股东让渡其依法享有的股东基本权利，而非仅仅涉及公司经营方式的调整，故仍应由全体股东一致同意。

为保障商事活动效率，我国公司法对股东会会议表决采用资本多数决的规则，但这并不意味着但凡涉及公司经营管理的的所有情况都被允许采取“资本多数决”的表决方式。为了保障小股东的权利，“资本多数决”有适用的限制。涉及股东的基本权利，如知情权、资产收益权及表决权等，都需要全体股东一致同意。

本案中，群大公司的股东会决议涉及转移公司经营权及变更分红方式，事关全体股东所享有的资产收益、参与重大决策

和选择管理者等基本权利，也即公司股东通过股权所拥有的关键权利，此股东会决议实质上限制了股东张某的表决权，也即限制了股东参与重大决策的权利。

在此提醒公司大股东们，在涉及公司股东基本权利的事项上，切莫依仗对公司的实际控制地位，利用股东会会议和资本多数决的规则玩弄手段、“藐视”小股东，即使形成股东会决议也会因达不到表决比例而无效。对于公司小股东而言，如自身的股东基本法定权利受到侵害，定要拿起法律的武器，依法维护自身的合法权



益。



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM
七方律师事务所

公 司 治 理



张春球 律师

上海七方律师事务所 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 争议解决

联系方式:15800560008

初创企业如何设计股权架构？

作者：吕连连

沉寂已久的网红 IP 李子柒在停更 500 多天后，与合资方杭州微念达成和解。从第一个爆款视频“兰州牛肉面”开始，爆款流量给杭州微念带来巨额收益，但李子柒却未获得与其影响力对等的杭州微念股权。李子柒出走直接导致融资退出，IPO 搁浅，究其根源就是利益分配不均。李子柒 IP 爆火，她却成了这场资本盛宴的局外人。

本文通过分析李子柒和杭州微念的股权架构，讨论初创企业如何通过股权架构掌握公司控制权，让股权收益最大化。

一、案例背景

2016 年，杭州微念品牌管理有限公司（简称“杭州微念”）签约李子柒（原名“李佳佳”），是博主与 MCN 的合约关系。

2017 年 7 月 7 日，双方合作模式由合约转为合资，共同成立四川子柒文化传播有限公司（简称“子柒文化”注册资本 100 万），李子柒作为法人占股 49%，杭州微念作为投资人占股 51%。

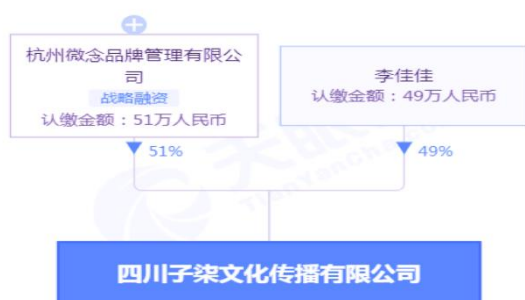
且获得字节跳动公司的投资参股，离 IPO 上市一步之遥。李子柒的相关商标，属于子柒文化。子柒文化负责推广运营，微念负责品牌电商。李子柒天猫旗舰店、YouTube 账号等变现账户是以杭州微念名义注册，李子柒并未持有杭州微念的股份，导致整个电商版图和她无关。

2021 年 10 月，李子柒起诉杭州微念，核心是股权问题。

2022 年 12 月 27 日，双方达成和解。与此同时，子柒文化发生多项工商变更：杭州微念持股比例由 51% 减至 1%，李子柒（李佳佳）持股比例由 49% 增至 99%。

二、从股权架构看——资本为何选择杭州微念而不是子柒文化？

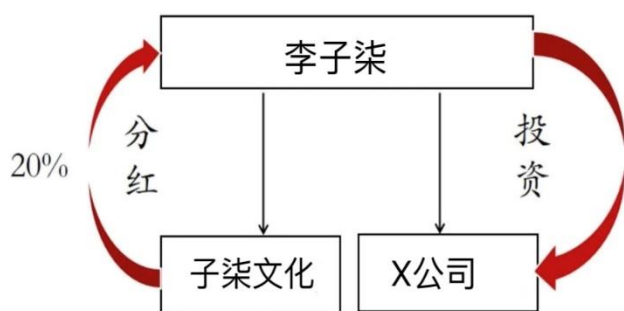
李子柒 IP 品牌为杭州微念带来巨额收益，拿到 4 轮融资，估值高达 50 亿，并



【1】个人持股直接架构

个人持股直接架构——个人股东在投资设立一家实体公司时，直接持有该实体公司的股权。

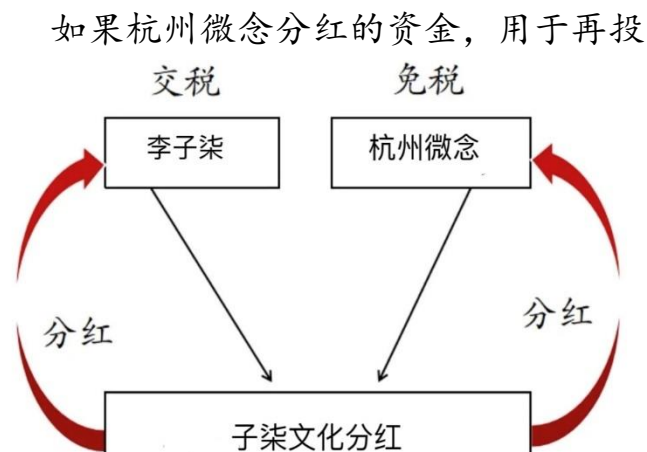
【李子柒持股 49%】——系居民个人持股，根据《个人所得税法》的规定，居民个人取得的股息红利所得，属于个人所得税征税范围，以每次收入额为应纳税所得额，适用税率为 20%。



——分红资金再投资示意图

如果分红回来的资金，并不用于个人消费，而是又投资一家公司，资金仅仅是转了个圈，也需要缴纳 20% 的个人所得税。

【杭州微念持股 51%】——系居民企业持股。根据《企业所得税》的规定，符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益属于免税收入。杭州微念从子柒文化取得的股息红利，可以申请免税待遇。



如果杭州微念分红的资金，用于再投资，资金同样是转了个圈，却无需缴纳企业所得税。

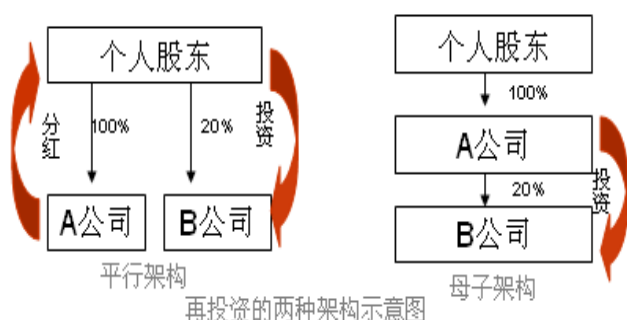
【影响上市之路】

根据《关于股权激励和转增股本个人所得税征管问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 80 号）规定，转增资本依然需要按“股息红利所得”税目，适用 20% 的税率缴纳个人所得税。

在个人持股直接架构下，由于分红税负重，容易出现两套账和公司挂款。公司想 IPO，财务规范之路漫漫。上市过程中有个必经步骤——股改。股改中有一个重要环节是“净资产折股”，包含了未分配利润和盈余公积金转增注册资本。如果是个人股东，在能否上市还是个未知数时，就要在股改时提前缴纳一大笔个人所得税！

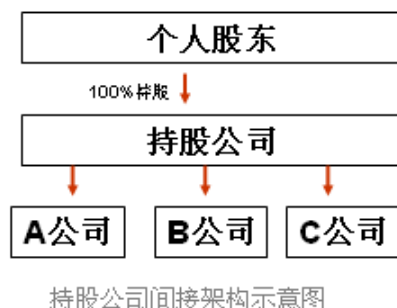
如果子柒文化把未分配利润转增公司注册资本，视同分红，李子柒仍然需要缴纳 20% 的个人所得税，而杭州微念则享受免税待遇。

【再投资架构受限】



作为自然人股东，如果 A 公司目前有未分配利润，计划将其中的 20% 投资 B 公司。由于 A 公司分红至个人需缴纳 20% 个税，股东为了不承担个税，选择以 A 公司为投资主体设立 B 公司，从而让 A 公司和 B 公司形成了母子架构，无法形成平行架构。

【2】持股公司间接架构



持股公司间接架构——在投资设立实体公司前，股东先成立一家持股公司，再由持股公司投资设立实体公司。

在这种架构中，持股公司不进行任何实质性的制造、销售、管理等，其唯一目的就是对外投资，比如长期股权投资、投资收益等。又被称为“持股平台”。个人在投资之前先注册成立持股公司，将持股公司作为持股平台，平行投资 A 公司、B 公司、C 公司的好处：

【分红、转增免税/注销抵税待遇】

A、B、C 任何一家公司赢利均可以分红至持股公司，持股公司取得的股息红利免税。通过持股公司，分红资金可以免税再投资新公司。任何一家公司转增资本时，视同向持股公司分红，持股公司作为居民企业也可以享受免税待遇。任何一家公司注销、持股公司收回投资时，如有投资损失可以在税前抵扣。

【如何选择】

个人持股直接架构，还是持股公司间接架构好？关键看持股目的是套现还是长期持有。

如果是短期持有，未来计划股权转让套现，个人持股直接转让股权只需缴纳20%所得税。

如果是长期持有，打造品牌，更适合采用持股公司间接架构。因为企业转让股权收益没有免税待遇，缴纳25%企业所得税，剩余75%的税后利润，代扣代缴20%个人所得税后，税负相当于15%，合计税负高达40%。

【3】有限合伙间接架构

有限合伙间接架构——自然人股东不直接投资设立实体公司，而是先设立有限合伙企业作为持股平台，再间接持有实体公司的股权。

《合伙企业法》规定：有限合伙企业是指由普通合伙人和有限合伙人共同组成的合伙组织，其中普通合伙人（GP）以其个人财产对合伙组织的债务承担无限连带责任，有限合伙人（LP）以其认缴的出资额为限承担有限责任。

杭州微念星辰和杭州微念星耀（均为有限合伙企业——GP是杭州微念海域



企业管理有限公司，法人刘同明，持股99%)

刘同明是杭州微念法人，也是上述两家有限合伙企业的GP大股东——如果是普通合伙企业，其必须以个人财产对合伙企业债务承担无限连带责任。而有限合伙企业，仅以认缴的出资额为限承担有限责任，可以有效隔离风险。

合伙企业不用缴纳企业所得税，由合伙人缴纳所得税。如果合伙人是公司，则合伙人需要缴纳企业所得税。如果合伙人是个人，股权分红适用股息红利税目，缴纳20%个人所得税；股权转让（持股平台的合伙企业非创投企业）适用经营所得税目，当应纳税所得额超过50万，税率35%。



股权架构设计中，除了税负维度，还有法律维度、管理激励、资本融资上市规划等多方面的考量，需要根据不同情况量身设计。

三、初创企业设计股权架构的原则

【1】大股东控股 67%以上

初创企业适合个人持股直接架构。创始人持股至少 67%以上，拥有三分之二以上的表决权。即使后期引入其他投资人，也要避免股权分散、失去控制权。一旦商业模式成熟，公司开始盈利，就成立持股公司，调整为持股公司间接架构。

【2】分股不分权

约定资产收益权和公司经营决策权。通过搭建有限合伙企业作为持股平台，投资人作为有限合伙人，只享受分红权，不干涉公司经营；实际控制人为普通合伙人，掌握实际经营权和控制权。

【3】善用公司章程

《公司法》第四十二条：股东会议由股东按照出资比例行使表决权，但公司章程另有规定的除外。万一企业股权架构设计不理想，通过公司章程约定：49%股权拥有三分之二的表决权，至少可以掌握控制权，在引入资本的同时保证创始人的利益



吕连连 实习律师

七方民商事和金融法律服务部 实习律师

七方家族律师团队 实习律师

业务方向：公司法、婚姻家庭法律服务、

金融保险

联系方式：13564350327

股东失权制度之修法亮点与完善

作者：郑华

2022年12月30日,《公司法(修订草案二次审议稿)》予以公布,向社会公开征求意见。二审稿主要在强化股东的出资责任、完善公司组织机构设置及其职权、完善董事责任、完善上市公司组织机构、国家出资公司组织机构、强制注销等方面对公司法进行修订完善。其中,在股东出资责任方面,完善失权股权处理规定是一大亮点,相较一审稿规定,发生了较大变化,笔者拟通过对比分析,以期对股东失权制度在司法实践中的持续完善,提出些许完善建议。

《公司法》一、二审稿中股东失权制度修改的四个方面:

一是明确了有权出资核查的责任主体。即:董事会负有对股东的出资情况进行核查,并向未按期足额缴纳出资的股东催缴出资的职责和权限。这一修订,避免了一审稿中责任主体不明的实践争议,在不明确主体的情况下,实践中很容易产生到底是董事会还是股东会有权进行核查催缴的争议。

二是删除了出资不实情况下的失权规定。一审稿中,将“作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资

额的”也纳入失权制度的适用范围,在二审稿中予以删除,明确了非货币出资瑕疵不适用该制度。

三是增加了未转让或者注销的后续处理规定。二审稿中增加“六个月内未转让或者注销的,由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资。”

四是明确了股东的赔偿责任。即:二审稿中增加一款规定“股东未按期足额缴纳出资,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”

尽管《公司法(修订草案二审稿)》第51条规定相较《一审稿》第46条规定



进行了修改和完善，但是实践中还有几个问题应予以考虑：

一审稿	二审稿
第四十六条 有限责任公司成立后，应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳出资，或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的，应当向该股东发出书面催缴书，催缴出资。 公司依照前款规定催缴出资，可以载明缴纳出资的宽限期；宽限期自公司发出出资催缴书之日起，不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未缴纳出资的，公司可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。 依照前款规定丧失的股权，公司应当在六个月内依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权。	第五十一条 有限责任公司成立后，董事会应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳出资的，应当向该股东发出书面催缴书，催缴出资。 公司依照前款规定催缴出资，可以载明缴纳出资的宽限期；宽限期自公司发出出资催缴书之日起，不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。 依照前款规定丧失的股权应当依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权；六个月内未转让或者注销的，由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资。 股东未按期足额缴纳出资，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

1. 失权股东的权益救济路径。根据二审稿的规定，由董事会负责在公司设立之后对股东出资情况进行核查和追缴，在宽限期届满后，股东仍未履行出资义务的，公司可以向该股东发出失权通知，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。但是从司法实践角度来看，还有不少问题没有明确。如：到底由谁来决定该股东失权，是是由董事会还是股东会决定？是否授权公司章程对此做出约定？而且从文义上看，这里的失权规定是“可

以”，不是“应当”，那当存在多名出资瑕疵的股东时，公司是有权决定一部分股东失权，而另一部分股东不失权？当出现这样的情况时，失权股东该如何提出异议，该条规定没有给出相应的救济路径。建议增加当股东对其失权决定不服的，可以以公司为被告，向人民法院提起诉讼。

2. 抽逃出资情形下是否适用股东失权制度。二审稿中删除了出资不实的规定，但是没有考虑到股东抽逃出资的情况下，是否适用失权制度。因为在股东恶意抽逃出资的情况下，同样损害了公司资本充实的原则，与不按时履行出资义务的本质是相同的。但是目前草案中并没有规定，不知道修订后的《公司法》中是否会对这种情形予以增加，或者留待未来司法实践中予以调整补充。

3. 是否在失权制度中考虑债权人的权利保障。失权通知发出后到股权转让或减资程序完成前，股权仍然登记在失权股东的名下，这时，如果有公司债权人起诉要求承担相应责任的，原股东也就是失权股东是否还需承担责任，其能否以已经丧



失股权为由进行抗辩？在二审稿的 51 条规定中我们暂时也没有找到答案。笔者也曾看到有学者和司法界人士提出，建议增加债权人保障之规定，如“在受让人缴纳

相应的出资或者办理完毕法定减资程序之前，公司债权人请求原股东承担相应责任的，其不能以丧失股权为由进行抗辩。”

结语：股东失权制度是此次公司法修订的新增内容，也是亮点之一，旨在强化股东的出资责任，对怠于履行责任的股东进行惩戒。但作为一项新制度，法律规定尤其是具体适用、与其他制度的衔接还需进一步完善。我们也期待在未来司法实践中，能总结出更多丰富的经验和案例，来促进该制度进一步发挥作用。



郑华 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

上海市闵行区劳动人事争议委员会

兼职仲裁员

上海市闵行区人民法院 特邀调解员

业务方向：劳动法、公司法、

婚姻家庭法律服务

联系方式：18116026089



员工身故后的保险金赔偿请求权可否转让给投保单位？

作者：王年俊

实践中，很多用人单位会为员工投保团体人身意外伤害保险，尤其是在人员流动大、风险程度高的一些行业，例如建筑业、采矿业。员工在意外事故身亡后，用人单位在向其家属进行赔偿的同时，往往会与其家属达成保险权益转让协议，将该员工人身保险合同项下的保险金请求权转让给用人单位，用人单位据此向保险公司请求赔偿。而保险公司往往以单位不是受益人，不享有受益权为由，作出拒赔行为，或者出现家属反悔，主张转让协议无效，要求返还保险金的情形，由此引发的纠纷不在少数。

此类纠纷本质上要解决的问题是对人身险保险金赔偿请求权转让行为效力的判定，即用人单位在受让保险金请求权后能否获得原告主体资格？对此，司法实践中主要存在两种不同观点。本文将通过案例的形式对上述问题进行分析并给出回答。

观点一：用人单位受让员工身故保险金请求权，不符合《中华人民共和国保险法》第39条第2款立法精神，应属无效。

1. 案例介绍(2020)浙72民初1067号

原告顶盛公司为全体员工向保险公司投保了团体意外险，保额为每人60万元，保险期间为2020年2月25日至2021年2月24日，虞某在保单所附人员清单当中。2020年5月8日虞某突发意外死亡，符合保险金领取条件。同月18日，顶盛公司一次性赔偿虞某家属110万元。同日，虞某家属汤某向顶盛公司出具保险权益转让书，将顶盛公司投保的与虞某有关的向保险公司索赔权利转让给顶盛公司。

顶盛公司据此向保险公司申请理赔后遭拒后向人民法院起诉。

被告保险公司辩称，顶盛公司主体不适格，根据《中华人民共和国保险法》第三十九条规定，顶盛公司作为用人单位不

2. 裁判结果

原告顶盛公司诉请被告保险公司支付保险金，依据不足，判决驳回原告顶盛公司的诉讼请求。

3. 案例评析

本案的争议焦点在于，顶盛公司是否有权从汤某处受让保险金请求权？

法院认为，雇主从雇员家属处受让保险金请求权，不符合《保险法》第 39 条第 2 款立法精神，原则上应该对此进行严格限定。持该观点认为，根据《保险法》第 39 条第 2 款规定，投保人为与其有劳动关系的劳动者投保人身保险，不得指定被保险人及其近亲属以外的人为受益人。从本条立法精神来看，指定用人单位、雇主作为受益人将减轻雇主就雇员在工作中受伤害意外伤害依法应当承担的赔偿责任，降低用人单位、雇主的安全管理注意义务。因此，用人单位、雇主为雇员投保人身保

能成为人身保险合同的受益人，故汤某的转让行为不具有法律效力，请求驳回全部诉请。



险，其受益人范围限定在被保险人本人及其近亲属。如允许被保险人的近亲属在获得用人单位、雇主赔偿后随意将意外伤害引起的索赔权转让给用人单位、雇主，则会引起减轻用人单位、雇主赔偿责任和安全管理注意义务的后果，这与第 39 条立法精神相悖。

其次，团体意外伤害保险的保险金请求权转让行为应当符合公平原则。如果不对被保险人近亲属转让保险金请求权进行限制，则会鼓励雇主基于经济、知识优势以较低对价取得保险金请求权，这不利于保护雇员近亲属合法权益。本案中顶盛公司赔偿雇员近亲属 110 万元，在不考虑

意外伤害保险的情况下，仅死亡赔偿金一项即超过 120 万元（按 2019 年度浙江省城镇居民人均可支配收入 60182 元计算 20 年），故雇员近亲属并未因转让保险金请求权而获得明显补偿。因而本案保险金请求权转让效力被判定无效。

在笔者检索的其他法院案例中，对该转让效力持否定观点的裁判，除了《保险法》第 39 条，大多还依据《保险法司法解释三》第 13 条，保险事故发生后，受益人将与本次保险事故相对应的全部或者部

分保险金请求权转让给第三人，当事人主张该转让行为有效的，人民法院应予支持，但根据合同性质、当事人约定或者法律规定不得转让的除外。例如，(2019)苏 03 民终 8830 号判决认为，人身保险的保险金请求实质是以当事人具有特定的身份关系为存在基础，与特定当事人的身份关系紧密相连，具有一定的专属性，该种权利依法不能进行转让，因此人身保险受益人将权益进行转让无效。

观点二：保险责任确定后，保险金请求权与普通财产权利的转让并无二致，可以进行转让。

1. 案例介绍(2019)浙 06 民终 4526 号

2018 年 5 月，原告利达公司作为投保人向被告保险公司投保“建筑工程施工人员团体人身意外伤害综合保险”，被保险人作为与其建立劳动关系的人员，人身意外伤害身故金额为 60 万元，附加意外伤害医疗保险金额为 6 万元，一次事故赔偿限额为 200 万元；保险期间自 2018 年 5 月 5 日起至 2018 年 7 月 20 日。

2018 年 5 月 18 日，原告施工人员杨某、和某在项目施工过程中因意外事故死亡。

2018 年 5 月 21 日、23 日，施工现场项目经理潘某作为甲方分别与作为乙方的和某、杨某家属签订《赔偿协议》，约定支付乙方各项赔偿金共计 88 万元等内容。

2019年3月26日、27日，和某家属、杨某家属分别作为甲方与作为乙方的利达公司签订《保险金请求权转让协议》，约定基于前述事故中死亡而享有的对保险公司的保险金请求权转让给乙方。

后原告向被告申请理赔遭拒诉至法院。

2. 裁判结果

本案一审判决被告保险公司败诉，需向原告利达公司支付保险金人民币 60 万

3. 案例评析

本案是一起人身保险合同纠纷，其争议焦点之一就是员工身故后的保险金请求权能否转让其所在单位，也即原告诉讼主体资格是否合格的问题。本案法院认为保险责任确定后，保险金请求权与普通财产权利的转让并无二致，可以进行转让。对此，笔者认同观点 2，认为人身险保险金请求权转让并不违反法律禁止性规定，为有效行为，主要理由为以下几点：

首先，关于人身保险中保险金请求权的权利性质，人身保险中的保险金请求权

被告保险公司辩称，人身保险的保险金请求权不能转让给投保单位。只有受益人才具有转让权。本案并没有指定受益人，保险理赔金只能作为遗产由继承人来继承。而继承权只能放弃，不能转让。即便从债权转让角度来说，被上诉人属于法律规定不得转让的法定情形。

元，驳回原告其他诉讼请求；二审维持原判。

是基于特定的人身关系而产生的，但并不代表这种权利就是人身性质的民事权利。在保险事故发生前，不存在保险金受领问题，保险金请求权尚属期待权，但在保险事故发生后，保险金请求权转化为既得权，该权利属确定的、纯财产性质的权利，并不具有人身依附属性。这种情况下，保险金请求权的权利主体对其债权的转让和处分与其他财产性权利的转让和处分并无二致，并不违反法律禁止性规定。

因此依据《保险法司法解释三》第 13 条规定，受益人享有转让保险金请求权的权利，事故发生后保险金请求权请求赔偿的数额已成为既定事实，不再具有不确定性、人身依附性，转让行为不会引发道德风险，保险金请求权实为债权，只要双方自愿达成协议并且通知作为债务人的保险公司，该转让行为即有效。



其次，《中华人民共和国保险法》第 39 条第 2 款之规定系禁止投保人为与其有劳动关系的劳动者投保时指定被保险人及其近亲属以外的人为受益人，旨在避免道德风险，即防止投保人、受益人为了获得保险金而故意制造被保险人死亡、伤残或疾病。然，保险事故发生后，保险金请求权的转让并不属于该条款所规范的行

为内容，亦不会引发上述道德风险，因此前述第 39 条并不适用于案涉保险金请求权转让的情形。

综上，笔者认为，保险事故发生后，商业险保险金请求权属于纯财产性质的债权，不具有人身依附性。根据《保险法》第 42 条之规定，被保险人死亡后，没有指定受益人，或者受益人指定不明无法确定的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人依照《中华人民共和国继承法》的规定履行给付保险金的义务。即在被保险人死亡且没有指定受益人的情况下，保险金便成为被保险人的遗产，遗产作为纯财产性权益，当然可以自由转让。本案中，原告根据《保险法司法解释三》第 13 条规定，与身亡员工继承人自愿达成理赔受益权转让协议，受让取得保险金请求权，属于纯财产性质的债权转让，不违反法律禁止性规定，依法应属有效。

目前，大多数法院支持人身保险金请求权转让合法有效。实际上，随着保险市

场的发展，人身保险已不仅仅具有给付赔偿的保障功能，还具有投资功能，若一味禁止转让，则有违合同自由的基本原则，也不符合保险市场的实际需求。

结语

结合上述案例，笔者认为团体意外保险的保险金请求权是可以合法转让的。保险责任确定后的保险金请求权实为债权，只要双方在自愿情形下达成转让协议，并不违反法律禁止性规定，当属有效。一定程度上也能够促进用人单位积极赔偿或补偿，从而避免被保险人因获取保险金而需要等待较长的周期，及时

拿到款项。但被保险人或受益人在发生保险事故后，签署保险金权益转让书需要明确其法律后果，慎重签署，以免造成不必要的麻烦和纠纷。

由此可见，解除限制消费措施是向执行部门申请，由执行部门作出决定，对决定不服的可以向上一级人民法院申请复议。



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：公司商事、诉讼与争端解决

联系方式：19821802660



劳动合同约定工资中包含加班费是否有效？

作者：谢亦团

【案情简介】

杜某 2018 年 9 月 27 日进入上海某工业自动化公司担任运营总监，双方签订了期限为 2018 年 9 月 27 日至 2021 年 9 月 27 日的劳动合同。该合同第三条约定杜某的工作时间实行标准工时制，第四条约定双方以《薪酬确认书》确定杜某工资。同日，双方签订《薪酬确认书》，约定杜某税前工资为综合工资 33,000 元/月，该工资均已包含正常工作时间之外的加班工资。公司每月以银行转账形式发放工资 23,000 元，剩余 10,000 元由杜某提供符合公司财务要求的合理合法正规票据，

进行费用报销处理。

2019 年 2 月公司出台绩效管理办法，要求将杜某的工资的 30% 作为绩效考核工资，后以其绩效考核未达标为由每月扣发 30%；2020 年 2 月起受疫情影响，每月扣发 60%，公司发放杜某工资至 2020 年 4 月。杜某多次通过微信表示不同意公司的扣薪。

根据杜某的加班审批记录，其 2020 年 3 月 21 日至 3 月 22 日加班 33 小时，3 月 28 日至 3 月 29 日加班 38 小时，4 月 11 日至 4 月 12 日加班 37.5 小时，4 月 17 日

至4月18日加班39小时，4月25日至4月26日加班37.5小时，5月2日至5月5日加班86.1小时。

杜某于2020年5月2日向公司发送电子邮件，主要内容为：目前杜某还在宿迁总部口罩机现场支持服务，每天都加班很晚，付出很多，但看不到任何回报与关爱；另自2019年2月份以来，每月克扣工资30%，2020年因疫情克扣60%，经多次催告仍然没有支付，因以上原因现正式向公司提出解除劳动合同。公司回复邮件表示同意。

随后，杜某申请劳动仲裁，要求公司支付：1、2019年2月至2020年6月期间工资差额人民币(币种下同)187,504元；2、2020年3月21日至4月26日、5月2日至5月5日期间加班工资70,551.70元；3、解除劳动合同经济补偿金52,590元。

【裁判结果】

仲裁支持了杜某的全部请求，公司不服，起诉到法院，一审法院支持了杜某工资差额和经济补偿金请求，而对于加班费

并未支持；杜某不服，提起上诉，二审维持原判。

【律师分析】

本案主要争议焦点有三个：劳动合同中约定劳动报酬包含加班费是否有效；公司单方将杜某工资的一部分作为绩效工资是否合法；杜某以公司未足额支付劳动报酬要求经济补偿金是否可以获得支持。

劳动合同中约定劳动报酬包含加班费是否合法有效，不能简单一概而论，需要具体分析。

一般情况下，用人单位安排劳动者进行加班的，应当按照法律规定支付相应的加班费，所以劳动合同中约定劳动者的劳动报酬中包含加班费属于免除用人单位法定责任，排除劳动者权利的条款，因违反了《劳动合同法》的规定而归于无效。

特殊地，如果劳动者在入职时，用人单位明确告知并在劳动合同或者规章制度中约定实行做六休一，大小周等有规律的加班，且反推出做五休二工资标准不低于最低工资标准的，根据诚信原则，要求



另行支付加班费一般很难得到裁审部门的支持。

另外，对于高级管理人员，其在与用人单位协商建立劳动关系，签订劳动合同的过程中具有比普通劳动者更高的文化和风险预测水平以及更强势的地位，而且高管人员薪资普遍较高，劳动合同中约定劳动报酬并不会导致显失公平，所以高管人员要求支付延时或双休日加班费一般也很难得到支持。

本案中，杜某作为运营总监，属于高级管理人员，比普通劳动者具有更高的认知以及更强的议价能力，签署《薪酬确认书》时并不存在隐瞒、欺骗或胁迫的行为，工资中包含加班费的约定也并不存在显失公平情形，所以法院最终并未支持杜某加班费的请求。

用人单位单方将劳动者固定工资的一部分作为绩效考核工资，属于单方变更劳动合同内容行为，是无效的。

劳动合同签订后，用人单位和劳动者都应当按照约定诚实履行，任何一方不得

擅自作出对对方不利的变更。劳动合同履行过程中，除了出现法定情形外，对劳动合同内容变更应当协商一致。

本案中，公司单方将杜某固定工资的30%作为绩效考核工资，实质是降低了杜某的工资标准，属于对劳动合同内容的重大变更，在未与杜某协商达成一致的情况下，单方变更违法。所以法院支持了杜某工资差额的请求。

用人单位存在恶意减少劳动者劳动报酬的，劳动者可以提出单方解除并获得经济补偿金。

实务中，劳动者以用人单位未及时足额支付劳动报酬提出单方解除劳动合同，并要求用人单位支付经济补偿金的情形也不少见。需要特别注意地是，用人单位必须存在主观恶意，如果只是因计算标准、基数、考核结果等存在争议导致未足额支付劳动报酬，劳动者解除劳动合同并要求经济补偿金很难获得支持。一般而言，如果用人单位降低不合法，经劳动者催告后仍不补足，就会认定存在主观恶意。



本案中，公司两次降薪都没有法定理由，而且也未与杜某协商达成一致，杜某多次催告后，公司并未改正，所以最终法院支持了杜某经济补偿金的要求。

通过本案例的解读，用人单位对劳动合同的变更应当特别谨慎，并做到合理、合法；对于劳动者要特别注意地是，劳动

合同中约定劳动报酬包含加班费，如果有异议的，应当及时提出；另外，提出单方解除也要特别谨慎，否则可能经济补偿金没有要到，反而还丢了工作。



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





最新 资讯

LATEST NEWS

《最高人民法院关于稳定就业提供司法服务和保障的意见》重点内容解读

作者：李华平

2022年12月27日，最高人民法院官网公布《最高人民法院关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》（法发〔2022〕36号）（以下简称《意见》），提出了四大方面的意见：一、推动落实就业优先政策，支持稳市场主体保就业；二、依法规范新就业形态用工，推动平台经济可持续发展；三、妥善处理劳动争议案件，依法保护双方权益；四、准确适用程序法律规定，依法保重诉讼权利行使。针对这四大方面的内容，本文从企业劳动用工管理和劳动纠纷处理的角度对以下18项重点内容予以解读如下：

一、 延展用人单位社会保险的补缴期限

原文：妥善审理用人单位因拖欠社会保险费等被责令补缴的行政案件，依法依规考虑企业复工复产实际情况，可以通过延展补缴期限等方式协调解决，平衡好为用人单位减负与维护劳动者合法权益的关系，促进行政争议实质性化解。

解读：《意见》规定，对于用人单位拖欠社会保险被责令补缴的行政案件，通过延展补缴期限方式协调解决。也就是说会考虑到用人单位当前的实际困难，给予用人单位更多的补缴期限，延长宽限期，在宽限期内不会根据国务院《社会保险费征缴暂行条例》规定采取强制征缴方式处理。

二、 审慎处理以未缴社保为由单方解除劳动合同的纠纷案件

原文：依法妥善审理社会保险纠纷案件，参保单位享受阶段性缓缴社会保险费政策，劳动者主张缓缴期间用人单位未依法缴纳社会保险费，依据劳动合同法第三十八条第一款第三项的规定解除劳动合同的，人民法院应当依法审慎处理。

解读：《意见》规定，在用人单位缓缴社会保险期间，如果劳动者以用人单位没有依法为其缴纳社会保险为由单方解除劳动合同的，人民法院应当依法审慎处理。即如果不是由于用人单位主观故意不缴纳社会保险的，而是确因企业生产经营困难等原因所导致，劳动者提以该理由提出单方解除劳动合同的，向用人单位主张解除劳动合同的经济补偿金的是不予支持。在此提醒劳动者需要特别注意这一点。

三、 完善办理拖欠农民工工资的快立快审快执通道

原文：推动形成平等竞争、规范有序、城乡统一的劳动力市场，落实城乡劳动者平等就业、同工同酬，完善办理拖欠农民工工资案件的快立快审快执通道，依法适用先予执行，推动完善欠薪治理长效机制，依法推动农业转移人口全面融入城市。

解读：《意见》规定，完善办理拖欠农民工工资案件的快立快审快执通道，核心都是“快”。《劳动争议调解仲裁法》

规定，对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，根据当事人的申请，可以裁决先予执行，移送人民法院执行。《民事诉讼法》也规定，追索劳动报酬案件，可以适用先予执行。但是实际操作中，真的裁定先予执行的却很少。拖欠农民工工资，依然是老问题，期待有所改进。

四、妥善审理平等就业权纠纷案件

原文：妥善审理平等就业权纠纷案件，依法纠正用人单位因性别歧视、地域歧视等不予招录、拒绝签订劳动合同的行为，破除各种不合理限制，推动高校毕业生平等就业、多渠道灵活就业创业。

解读：为劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件，不得实施就业歧视，《就业促进法》中早有规定。就业歧视未消除的原因之一在用人单位违法的成本太低。《意见》针对高校毕业生就业再进一步强调平等就业，也反映了当前高校毕业生就业较为困难的客观现状。

五、妥善认定涉就业见习用工法律关系

原文：依法打击“黑职介”、虚假招聘、售卖简历等违法犯罪活动，依法审理涉就业见习纠纷案件，妥善认定涉就业见习用工法律关系，维护高校毕业生合法权益。对因受疫情影响不能按时离校의应届毕业生，在处理相关案件时要引导用人单位推迟签约时间，相应延长报到接收、档案转递、落户办理时限。

解读：《意见》中要求妥善认定涉就业见习用工法律关系，注意就业见习并非一律不能认定劳动关系，而是需要区分是否有建立劳动关系的合意以及是否符合建立劳动关系的特征等因素进行综合判断。建议用人单位招用就业见习人员，一定要通过书面协议的方式明确双方权利义务。对因受疫情影响不能按时离校의应届毕业生，用人单位不宜以未在规定时间内报到为由不予录用。

六、妥善处理涉试用期纠纷案件

原文：高校毕业生在试用期内因受疫情影响不能返岗的，可以引导用人单位采取灵活的试用考察方式考核其是否符合录用条件；无法采取灵活考察方式实现试

用期考核目的的，无法实施考察实现试用期考核目的期间可以协商不计算在原约定试用期内，用人单位通过顺延试用期变相突破法定试用期上限的，人民法院不予支持。

解读：《意见》规定，对于高校毕业生，因受疫情影响而不能返岗的，鼓励用人单位可采取灵活的考察方式考核进行考核，对于无法采取灵活方式考核的，强调了需要通过协商的方式将相应期间扣除，类似协商确定“试用期中止”的方式进行处理；对于用人单位通过顺延试用期变相突破法定试用期上线的方式，不予支持。变相突破法定试用期上线的，劳动者已经履行的超过法定试用期的期间用人单位需要向劳动者支付赔偿金。

七、制定司法政策，发布典型案例统一裁判标准

原文：推进落实《人力资源社会保障部、国家发展改革委、交通运输部、应急部、市场监管总局、国家医保局、最高人民法院、全国总工会关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（以下

简称新业态劳动者权益保障指导意见）有关制度和要求，加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障，支持和规范发展新就业形态，合理认定平台企业责任，支持网约配送、移动出行、网络直播等平台企业在引领发展、创造就业、国际竞争中大显身手。依法支持劳动者依托互联网平台就业，支持用人单位依法依规灵活用工，引导平台企业与劳动者就劳动报酬、工作时间、劳动保护等建立制度化、常态化沟通协调机制，保障新就业形态劳动者合法劳动权益。适时制定司法政策，发布典型案例，统一裁判标准，发挥个案裁判和司法政策引领作用，推动形成新就业形态用工综合治理机制。

解读：《意见》进一步强调落实人力资源社会保障部等8部委于2021年7月16日共同发布的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》，保障新就业形态劳动者的合法权益。重点通过制定司法政策，发布典型案例的方式统一裁判标准。对最高人民法院发布的指导性案

例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。

八、确定平台用工认定劳动关系的考量因素

原文：平台企业及其用工合作单位与劳动者建立劳动关系的，应当订立书面劳动合同。未订立书面劳动合同，劳动者主张与平台企业或者用工合作单位存在劳动关系的，人民法院应当根据用工事实和劳动管理程度，综合考虑劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度、劳动过程受管理控制程度、劳动者是否需要遵守有关工作规则、劳动纪律和奖惩办法、劳动者工作的持续性、劳动者能否决定或者改变交易价格等因素，依法审慎予以认定。

解读：《意见》规定，对于平台企业及其用工单位是否与劳动者建立劳动关系，依法审慎予以认定。根据用工事实和劳动管理程度，综合考虑劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度、劳动过程受管理控制程度、劳动者是否需要遵守有关工作规则、劳动纪律和奖惩办法、劳动者工作的持续性、劳动者能否决定或者改变

交易价格等因素进行综合考量，不能一概而论。

九、根据实际履行情况判断“真假承揽、合作”关系

原文：平台企业或者用工合作单位要求劳动者登记为个体工商户后再签订承揽、合作等合同，或者以其他方式规避与劳动者建立劳动关系，劳动者请求根据实际履行情况认定劳动关系的，人民法院应当在查明事实的基础上依法作出相应认定。

解读：针对个别平台企业要求新就业劳动者注册为个体工商户后再能接单等规避法律的行为，《意见》强调以实际履行情况认定劳动关系，形式上的签约主体是承揽、合作关系，属于以“合法形式掩盖非法目的”的情形。

十、保障新就业形态劳动者获取劳动报酬权利

原文：不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理的，可以结合新业态劳动者权益保障指导意见有关规定，依法保障劳动者权益。依法保护劳

劳动者按照约定或者法律规定获得劳动报酬的权利；劳动者因不可抗力、见义勇为、紧急救助以及工作量或者劳动强度明显不合理等非主观因素，超时完成工作任务或者受到消费者差评，主张不能因此扣减应得报酬的，人民法院应当依法支持。

解读：《意见》积极回应社会关切，针对新就业形态劳动者在为平台企业用工中经常被扣减报酬的行为，明确出现因不可抗力、见义勇为、紧急救助以及工作量或者劳动强度明显不合理等非主观因素，超时完成工作任务或者受到消费者差评等情形报酬不得扣减。

十一、规范与用工管理相关的算法

原文：推动完善劳动者因执行工作任务遭受损害的责任分担机制。依法认定与用工管理相关的算法规则效力，保护劳动者取得劳动报酬、休息休假等基本合法权益；与用工管理相关的算法规则存在不符合日常生活经验法则、未考虑遵守交通规则等客观因素或者其他违背公序良俗情形，劳动者主张该算法规则对其不具有法律约束力或者请求赔偿因该算法规则不

合理造成的损害的，人民法院应当依法支持。

解读：平台用工对新就业形态劳动者的劳动管理，其中最有力的手段是“算法”。《意见》规定，对与用工管理相关的算法规则应当保障劳动者取得报酬、休息休假的权利，算法应当符合日常生活经验法则、考虑遵守交通规则等客观因素，且不得违背公序良俗原则。

十二、妥善处理新就业形态劳动者的社保纠纷和保险纠纷案件

原文：依法妥善审理涉新就业形态社会保险纠纷案件，支持完善基本养老保险、医疗保险参保办法，推动企业引导和支持不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者，根据自身情况参加相应社会保险。依法妥善审理保险合同纠纷案件，促进平台企业通过购买人身意外、雇主责任等商业保险，提升平台灵活就业人员保障水平。妥善审理机动车交通事故责任纠纷、非机动车交通事故责任纠纷等案件，依法合理认定各方责任，推动平台企业制定注重遵守交通规则等社会秩序的

算法规则和规章制度，强化外卖快递从业人员遵守交通规则等社会秩序意识。

解读：《意见》规定，妥善处理新就业形态劳动者的社保纠纷和保险纠纷案件，推动平台企业制定注重遵守交通规则等社会秩序的算法规则和规章制度，强化外卖快递从业人员遵守交通规则等社会秩序意识。这些措施都是对于新就业形态劳动者的职业伤害保障相关措施。

十三、鼓励多方参与、社会协同化解矛盾

原文：配合有关部门推动行业协会、头部企业或者企业代表与工会组织、职工代表开展协商，签订行业集体合同或者协议，推动制定行业劳动标准；畅通裁审衔接程序，完善多元化解机制，支持各类调解组织、法律援助机构等依法为新就业形态劳动者提供更加便捷、优质高效的纠纷调解、法律咨询、法律援助等服务。

解读：《意见》强调配合推动行业协会、头部企业或者企业代表与工会组织、职工代表开展协商，鼓励和支持多方参与、社会协同化解矛盾。

十四、参照适用政府政策文件妥善处理涉疫情劳动争议案件

原文：积极贯彻落实国家助企纾困、促稳定促发展、复工复产等政策要求，正确理解和参照适用国务院有关行政主管部门以及省级人民政府等制定的相关政策文件，准确把握新阶段疫情防控各项政策，妥善处理涉疫情劳动争议案件，积极引导用人单位与职工协商，推动构建和谐劳动关系，确保用人单位有序复工复产，保障劳动者合法权益。

解读：《意见》规定，国务院有关行政主管部门以及省级人民政府等制定的相关政策文件可以作为处理涉疫情劳动争议案件的参照适用依据。

十五、坚持平衡保护原则

原文：坚持依法保护劳动者合法权益和促进用人单位稳定有序发展相结合，努力寻找用人单位和劳动者之间的最佳利益平衡点和结合点，保障劳动者合法权益和就业稳定，为用人单位生存发展、有序运转创造条件。

解读：《意见》强调对用人单位和劳动者进行双方保护，保护劳动者合法权益同时兼顾企业生存发展，实行平衡保护，实现用人单位和劳动者二者的互利共赢。

十六、 民主协商意见可以作为裁判依据

原文：用人单位生产经营困难，按照法定程序经与职工代表大会讨论或者经与工会、职工代表等民主协商，对在合理期限内延迟支付工资、轮岗轮休等事项达成一致意见的，可以作为认定双方权利义务的依据。除依法按协商程序降低劳动报酬外，用人单位安排劳动者通过居家办公或者灵活办公等方式提供正常劳动，劳动者请求按正常工资标准支付其工资的，人民法院应当依法支持。依法妥善审理相关案件，积极引导和支持用人单位与劳动者依法协商，采取协商薪酬、调整工时、轮岗轮休、在岗培训等措施稳定工作岗位。

解读：《意见》明确，用人单位通过民主程序，达成的有关对在合理期限内延迟支付工资、轮岗轮休等事项达成一致意见，对用人单位和劳动者均有约束力，可以作为裁判依据。《意见》还进一步明确

了用人单位安排员工居家办公的，可以通过协商程序合理降低劳动者劳动报酬，除此之外应当按照正常工资标准支付。《意见》还规定用人单位和劳动者可以就薪酬、调整工时、轮岗轮休、在岗培训等内容进行协商。

十七、 坚持非诉讼纠纷解决优先原则

原文：准确适用《人力资源社会保障部、最高人民法院关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见（一）》，推动劳动争议仲裁和诉讼有序衔接，逐步统一一审受理范围和法律适用标准；加强与人社部门、工会、行业协会联动协作，促使劳动者与企业和解协商、共克时艰，推动构建和谐劳动关系。对于群体性、突发性、敏感性、涉重大利益等劳动争议，应当坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面，积极推动诉源治理，及时做好风险预警，“调、裁、审”协作发力，充分维护劳动者与用人单位合法权益。

解读：《意见》要求应准确适用《人力资源社会保障部、最高人民法院关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的

意见（一）》，统一裁审受案范围和法律适用标准；强调非诉讼纠纷解决优先，调解先行。

十八、保障当事人劳动仲裁诉讼权利

原文：当事人依据民事诉讼法第八十六条规定申请顺延期限的，应当根据疫情防控形势变化以及当事人提供的证据情况综合考虑是否准许，依法保护当事人诉讼权利。当事人及其诉讼代理人等因受疫情影响不能正常出庭参加诉讼，符合条件的，依法在线开展诉讼活动。当事人受疫

情影响耽误起诉期限的，对耽误的时间依法予以扣除。劳动争议当事人提供证据证明其因受疫情影响无法在法定仲裁时效期间内申请仲裁，主张仲裁时效中止的，人民法院应当依法支持。

解读：《意见》规定，对当事人顺延期限的，要综合考虑到疫情防控形势变化以及当事人提供的证据情况，保障诉权。因疫情而影响申请仲裁的，可以适用仲裁时效中止；耽误起诉的，耽误时间予以扣除。



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



“禁止群租”上海地方立法这么说！

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合同管理办法》（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：

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《上海市住房租赁管理办法》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

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。

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。

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。

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。

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。

“群租”的根源在哪

一、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。

二、“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。

“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。

“群租”会对哪些人进行处罚？

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，由公安部门根据《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，由税务部门依据《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。

二、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。

三、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，暂停办理居住房屋租赁合同登记备案，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。

四、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《上海市居住房屋租赁管理办法》，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，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，记入该经纪机构信用档案。

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。



廖潇歌 律师

七方律师事务所副主任、高级合伙人
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



卫夏清 律师

上海七方律师事务所 专职律师
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



邵弘高娃 律师

七方公共法律服务部 执业律师
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



汤裕杰 律师

上海七方律师事务所 律师助理

业务方向：公共法律服务、民商事争议解决
联系方式：18621569139

《上海市城市更新指引》解读

作者：廖潇歌



关于印发《上海市城市更新指引》的通知

沪规划资源规〔2022〕8号

2022-11-25 市规划资源局

各区人民政府（管委会），市政府各委、办、局：

为落实《上海市城市更新条例》，全面指导本市城市更新活动开展，经市政府同意，现将《上海市城市更新指引》印发给你们，请遵照执行。本指引自2022年11月21日起施行，有效期至2027年11月20日。

上海市规划和自然资源局

上海市住房和城乡建设管理委员会

上海市经济和信息化委员会

上海市商务委员会

有关《上海市城市更新指引》的解读

一、起草背景

《上海市城市更新条例》（以下简称《更新条例》）由市人大常委会第三十四次会议于 2021 年 8 月 25 日审议通过，9 月 1 日起施行。《更新条例》从地方性法规层面，进行制度创新，破解实践难题，为有效推进城市更新工作，建设更为宜居、绿色、韧性、智慧、人文城市，提供法治保障。

按照《更新条例》要求，由市规划和自然资源局牵头制订《更新指引》，作为衔接《更新条例》和各类配套文件的中间层级，定位为指导全市城市更新实施的纲领性文件，全面指导本市城市更新活动开展。

二、起草过程

2021 年 8 月以来，按照《更新条例》要求，市规划和自然资源局为组织编制《更新指引》，建立了起草团队、开展了试点研究、听取了各方意见、征询社会公众意见和开展了公平竞争公示。

三、主要内容

《更新指引》分为六章四十二条，明确了本市城市更新工作的指导思想、总体目标和重点任务，细化完善了实施机制和保障措施。主要包括以下五方面内容：

（一）明确更新目标和重点任务

一是总体目标。包括提高城市能级与核心竞争力、构建多元融合的十五分钟社区生活圈、持续提升城市文化软实力和城市魅力、完善公共服务设施和基础设施四个方面。（第四条）

二是**重点任务**。包括坚持规划引领，推动重点区域提升转型；实现对象全覆盖，分类开展更新行动；以公平公正公开为前提，最大程度激发市场活力三个方面。在落实《更新条例》城市更新对象全覆盖的基础上，《更新指引》进一步聚焦区域更新与零星更新。（第五条）

（二）细化市、区职责分工

一是明确市相关部门拟定并履行相应的指导、管理、服务、监督职责，以及制定相关行业政策标准的要求。（第八条）

二是细化明确区政府推进辖区范围内更新实施的主体责任，包括由各区负责细化制定区级城市更新相关政策文件和工作机制；负责组织编制本辖区更新行动计划、遴选统筹主体、认定更新方案；以及充分运用政策工具，与相关主体协商，全面推进辖区内城市更新实施。（第九条）

（三）构建区域更新的行动制度

根据《更新条例》明确的“更新行动计划、区域更新方案、全生命周期管理”的区域更新行动制度，细化以下内容：

1. **更新行动计划**：由各区政府组织制定，划定更新区域、明确相关要求，报市政府审定。一是在总体要求上，更新区域的划示应当兼顾保民生和促发展，综合考虑现状、规划实施情况和专业主管部门意见确定；经认定的更新区域，应向社会公布，引导、鼓励市场主体和社会资本参与城市更新。二是在主要内容上，包括更新区域的规划设计条件及统筹主体的确定方式等。三是在编制流程上，明确和细化“更新意愿与建议收集、专家评审、审定与发布”三个环节的主体与流程。（第十三条至第十五条）

2. **遴选统筹主体：**一是区政府负责统筹主体的遴选，可以因地制宜制定遴选细则、遴选方案等；二是区政府与统筹主体签署区域更新统筹实施协议，明确统筹主体权利和义务等内容。（第十六条）

3. **区域更新方案：**由统筹主体编制区域更新方案，报区政府认定。一是在编制依据上，明确更新统筹主体应按照更新行动计划（规划设计条件等核心内容）及统筹实施协议，统筹各方意见，形成区域更新方案；二是在主要内容和要求上，细化规划实施方案、利益平衡方案、全生命周期管理清单的具体内容及编制要求；三是在审核与认定上，进一步强化了区政府主体责任，明确区域更新方案由区政府认定，涉及已批控规优化的，区域更新方案认定前，规划实施方案应取得市规划资源部门意见。在与控规的衔接方面，由控详规划组织编制主体会商统筹主体，依据更新方案中的规划实施方案，同步编制控详规划成果，按规定开展控详规划优化相关工作。（第十七条至第二十一条）

4. **全生命周期管理：**一是明确更新项目功能、改造方式、建设计划、运营管理、项目绩效、物业持有、节能环保和公共要素建设等全生命周期管理要求；二是细化相关部门全生命周期管理的工作内容，其中市、区政府应将全生命周期管理清单纳入城市更新信息系统，有关部门应对落实情况进行评定并实施监督。（第三十九条）

（四）细化零星更新实施相关规定

一是明确零星更新主要针对有自主更新意愿的自有土地房屋，实施主体可以是物业权利人，也可以由物业权利人引入市场主体实施。二是结合零星更新的特点，从加强引导的角度，强化前端信息服务：物业权利人或市场主体可以向区规划资源部门申请相关基本信息。（第二十三至第二十七条）

（五）完善更新实施保障措施

《更新指引》对《更新条例》中明确的规划、用地、标准、资金、财税等各类保障政策，提出深化的原则和要求，以指导相关部门在后续制定配套文件。

其中，规划政策方面，在坚持原有零星更新按公益性贡献设定比例增加经营性建筑面积的规则基础上，对于实现地区功能品质提升有重大贡献的零星项目，探索增加实施路径，在区政府与实施主体协商土地、经济、招商、建设等其他条件的基础上，合理确定规划指标。土地政策方面，在用地手续上明确了收储再出让、存量补地价和无需办理用地手续三种城市更新用地路径，并通过土地价款的调整，建立合理的增值利益分配机制。（第二十九条、第三十条）

四、施行日期

本指引自 2022 年 11 月 21 日起施行。

结语：城市是时光和生活的容器，是人文地脉和情感记忆的载体。2021 年，《上海城市更新条例》颁布，2022 年岁末，《上海市城市更新指引》出台。上海城市有机更新发展的必然会思考如何释放存量资源，增加城市温度，探索历史文化风貌区保护更新。从大片区改造细化为小单元更新，“绣花针”式城市更新将渐成趋势。如何留住烟火气，增强城市活力。如何关注差异性，推进空间复合化使用等等。期待在《更新指引》的推动下，上海城市更新的步伐越走越坚实。

恶意抢注商标风险大-浅谈“鹅鸭杀”商标被注册

作者：薛克拉缇·塔依尔

“我是带刀好人，你什么身份”一梗出自 Gaggle Studios 开发的策略休闲游戏《Goose Goose Duck》（中文名《鹅鸭杀》，该游戏于 2021 年 10 月 4 日在 Steam 平台上发布，由于该游戏具有较强的娱乐性、社交性，被各大游戏主播直播带火，游戏人数一路暴涨，官方甚至单独发文感谢中国玩家的支持，而近日有媒体报道“鹅鸭杀”的游戏名称在国内已被注册为商标，后经检索发现，截至 2023 年 1 月 26 日，确实已有近 40 条关于“鹅鸭杀”的商标注册申请，其中最早的一项申请已进入实质审查阶段。

WWW.CNIPA.GOV.CN WCJS.SBJ.CNIPA.GOV.CN				中文 English 帮助 当前数据截至: (2023年01月26日)	
检索到40件商标					仅供参考，不具有法律效力
序号	申请/注册号	国际分类	申请日期	商标名称	申请人名称
1	69258835	25	2023年01月17日	鹅鸭杀	王杏子
2	69182424	28	2023年01月11日	鹅鸭杀	徐州儒邑文化传媒有限公司
3	69167885	9	2023年01月10日	鹅鸭杀	厦门德强科技有限公司
4	69176255	41	2023年01月10日	鹅鸭杀	海南嘿嘿科技有限公司
5	69169655	41	2023年01月10日	鹅鸭杀手游	海南嘿嘿科技有限公司
6	69167433	41	2023年01月10日	鹅鸭杀3D版	海南嘿嘿科技有限公司
7	69178525	9	2023年01月10日	鹅鸭杀3D版	海南嘿嘿科技有限公司
8	69174214	9	2023年01月10日	鹅鸭杀手游	海南嘿嘿科技有限公司
9	69178517	9	2023年01月10日	鹅鸭杀	海南嘿嘿科技有限公司
10	69161139	41	2023年01月09日	鹅鸭杀 鹅鸭杀实景互动剧本杀	四川幻童剧制文化传播有限责任公司
11	69156937	41	2023年01月09日	鹅鸭杀 鹅鸭杀体验馆	四川幻童剧制文化传播有限责任公司
12	69151840	35	2023年01月09日	鹅鸭杀 鹅鸭杀沉浸式互动体验馆	四川幻童剧制文化传播有限责任公司
13	69153828	35	2023年01月09日	鹅鸭杀 鹅鸭杀实景互动剧本杀	四川幻童剧制文化传播有限责任公司
14	69161085	35	2023年01月09日	鹅鸭杀 鹅鸭杀实景游戏	四川幻童剧制文化传播有限责任公司
15	69157714	41	2023年01月09日	鹅鸭杀 鹅鸭杀实景游戏剧场	四川幻童剧制文化传播有限责任公司
16	69161134	41	2023年01月09日	鹅鸭杀 鹅鸭杀实景游戏	四川幻童剧制文化传播有限责任公司
17	69157683	35	2023年01月09日	鹅鸭杀 鹅鸭杀体验馆	四川幻童剧制文化传播有限责任公司
18	69158052	41	2023年01月09日	鹅鸭杀 鹅鸭杀沉浸式互动体验馆	四川幻童剧制文化传播有限责任公司
19	69160512	35	2023年01月09日	鹅鸭杀	四川幻童剧制文化传播有限责任公司
20	69107044	9	2023年01月05日	鹅鸭杀	武汉盛游互娱网络科技有限公司

而游戏官方 Gaggle Studios 对此回应：“我们在这里郑重的声明和澄清一下，我公司还在积极寻找中国的合作公司和发行商中，目前为止还没有签署任何协议，也并没有权力在中国注册申请商标或是公司，任何第三方公司声称所谓的‘官方’都是虚假的。感谢大家的理解和支持。”

所以游戏官方的回应不免让人将在国内注册“鹅鸭杀”商标的行为与“恶意抢注商标”行为联系起来。

我国现行的商标法实际未对“恶意抢注”作明确的定义，但《商标法》第四条第二款规定：不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回；第四十四条第一款规定：已经注册的商标，违反本法第四条、第十条、第十一条、第十二条、第十九条第四款规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，由商标局宣告该注册商标无效；其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。

由此可知，《商标法》中所规制的恶意申请的行为包括“不以使用为目的恶意申请”以及“以欺骗手段或者其他不正当手段为目的的

恶意申请”。同时明确若存在恶意申请商标的行为，可能导致商标申请被驳回或商标被无效。再者，在司法实践中，一般也认为“蹭热度”“搭便车”“傍名牌”等商标恶意申请行为属于不正当竞争的侵权行为，因此也有适用相关民事侵权责任的案例，如典型案例“碧然德案”【（2017）沪0112民初26614号】以及“艾默生案”【（2021）闽民终（1129）号】两案中，法院均认定被告的恶意申请行为构成《反不正当竞争法》第2条规定的不正当竞争行为，诉讼中判令被告赔偿损失、消除影响，在艾默生案中还支持了原告要求被告停止恶意申请行为的诉讼请求。



在世界杯比赛期间也发生过恶意抢注如“拉伊卜”“世界杯”等词的行为，最终国家知识产权局在2022年12月2日发布了《关于依法打击恶意抢注“世界杯”“拉伊卜”等商标注册的通告》（内容详见下图），对26件相关商标注册申请予以驳回，对1件已注册商标依职权宣告无效。

关于依法打击恶意抢注“世界杯” “拉伊卜”等商标注册的通告

发布时间：2022-12-02 09:00 信息来源：国家知识产权局商标局



第二十二届国际足联世界杯足球赛正在卡塔尔举行，倍受全球瞩目。但少数企业、自然人以谋取不当利益为目的，对“世界杯”、著名球星姓名、世界杯吉祥物“LAEB”“拉伊卜”等热词、标志进行商标恶意抢注，侵害了社会公共利益。

国家知识产权局高度重视卡塔尔世界杯知识产权保护工作，坚决打击恶意抢注行为，依据《商标法》第十条第一款第（七）项等规定，对第66999855号“世界杯”、第63803887号“LAEB”等26件商标注册申请予以驳回；依据《商标法》第四十四条第一款规定，对已注册的第63767652号“LAEB”商标依职权宣告无效。

国家知识产权局将继续保持高压态势，持续深入开展打击恶意商标注册专项行动，加强对包括世界杯、世界杯吉祥物、著名球星姓名在内的世界杯热词、标志的保护，依法依规严肃处理违反诚实信用原则、恶意抢注商标图谋不当利益的申请人及其委托的商标代理机构，坚决维护风清气正的商标注册管理秩序，切实保护市场主体合法权益，维护公共利益。

欢迎社会公众对涉嫌恶意注册的行为进行监督和举报。

在此之前，对于类似“蹭热度”式的恶意申请行为，国家知识产权局也于2022年3月29日发布过关于持续严厉打击商标恶意注册行为的通知。该通知内容列举了重点打击的10种违反诚实信用原则、违背公序良俗，谋取不正当利益，扰乱商标注册秩序的典型违法行为，明确强化整治以“囤商标”“傍

名牌”“搭便车”“蹭热点”为突出表现的商标恶意囤积和商标恶意抢注行为。

由此可见，国家对于恶意囤积商标、恶意申请商标等行为的打击力度加大。2023年1月13日，国家知识产权局发布了《中华人民共和国商标法修订草案（征求意见稿）》（以下称“征求意见稿”），该征求意见稿也进一步明确总结了“恶意申请”的概念，并细化了“恶意申请”的具体情形，包括：

（一）不以使用为目的、大量申请商标注册；（二）以欺骗或者其他不正当手段申请商标注册；（三）申请注册有损国家利益、社会公共利益或者有其他重大不良影响的商标的；（四）商标申请侵犯他人驰名商标（征求意见稿第十八条）、具有代理、代表关系或其他利害关系申请他人商标（征求意见稿第十九条）、损害他人在先权利申请商标（征求意见稿第二十三条）等情形。



同时，征求意见稿针对“恶意申请”的行为规定了对应的罚则。对于“恶意申请”的行为，相关行政主管部门可以处罚按最高不超过二十五万元的标准罚款、没收违法所得等，被恶意申请人可以向其

主张民事赔偿责任，同时，增加了检察机关公益诉讼的权利。若征求意见稿通过，则恶意申请行为将具有更明确的法律适用，直接适用《商标法》的具体规定。

综上所述，对于恶意抢注的行为，国家不断的在加强规制措施和处罚措施，以“零容忍”的态度持续严厉打击商标恶意注册行为，即便征求意见稿现未正式通过，但类似前述“鹅鸭杀”游戏名注册为商标行为，笔者认为仍存在较大的风险，应提起高度重视，同时希望各方秉承诚实信用原则，遵守法律，保护知识产权。



薛克拉提·塔依尔 律师

上海七方律师事务所 律师

七方知识产权法律服务部 副主任

业务方向：娱乐法、知识产权、劳动法

联系方式：18302189863



医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：吕新雅、朱妤婕、王睿、冬玉姣

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：www.7-dimension.com

地 址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼C、D座