

2023年

4 期

总第22期

七方法研

民商纵横 | 广告用语的那些“赔与罚” ——王黎君

家长里短 | 从《八角笼中》的格斗孤儿，看事实孤儿的收养困境 ——李伟锋、吕连连

罪与罚 | 公安机关对报案、控告、举报不接受，该如何救济？ ——张佰乐



学 无 止 境 · 方 有 未 来

目录

民商纵横

建设工程存在“黑白合同”时，如何确定工程价款结算根据 -----01

如何面对建设单位在保修期内提出的质量异议？ -----07

广告用语的那些“赔与罚” -----12

法定代表人越权担保时相对人善意的认定标准？ -----17

“实缴”到位的注册资本，法院为何不予认定？ -----24

诉前调解中的建设工程鉴定程序解析 -----31

家长里短

从《八角笼中》的格斗孤儿，看事实孤儿的收养困境 -----36

所爱隔山海，皆为夺命财 -----41

被执行人名下房产系夫妻共有，该如何执行？ -----46

罪与罚

公安机关对报案、控告、举报不接受，该如何救济？ -----50

“强拿硬要型”寻衅滋事罪的司法认定探讨 ——以吉林私造浮桥案为例 -----56

被刑拘后查明无犯罪事实，当事人能否申请国家赔偿？ -----62

公司治理

律师在企业合规管理中如何发挥作用？-----	69
被吊销营业执照后股东未清算要负连带清偿责任吗？-----	76
从一元转让股权看天下第一村兴衰-----	81

财税金融

比例原则在意外保险合同中的适用-----	86
----------------------	----

聚焦劳动法

办理上海户口约定服务期与违约金条款效力分析及建议-----	91
建筑工人与建筑企业之间到底是劳动关系还是劳务关系？-----	99
劳动者应对违法调岗方案分析-----	102

依法行政

“两旧一村”之旧住房成套改造法律问题研究-----	106
公房承租人变更的法律救济-----	112

知产知否

互联网平台数据权益的界定-----	116
-------------------	-----



建设工程存在“黑白合同”时，如何确定工程价款结算根据

作者：朱好婕

在建设工程领域中，为加大竞争优势、获取更多利润、逃避政府监管，“黑白合同”现象屡见不鲜，甚至有愈演愈烈的趋势。此时，若当事人之间就工程价款产生纠纷，如何确定结算根据就尤为重要。

一、“黑白合同”的概念

“黑白合同”又名“阴阳合同”，一般出现在建设工程招投标过程中。中标人（即承包人）与招标人（即发包人）除签订中标合同外，就同一工程项目又另行签订建设工程施工合同，且该合同内容与经过备案的中标合同实质性内容不一致。其

中，中标合同即为“白合同”，又称“阳合同”；而双方另行订立的合同即为“黑合同”，也是“阴合同”。

什么属于实质性内容？根据《招标投标法实施条例》第五十七条以及《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称“《解释（一）》”）第二条的规定，一般包括工程范围、建设工期、工程质量、

工程价款。另外，招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，也属于实质性内容不一致，构成“黑白合同”。

由此，会引申出黑白合同与合同内容变更的区分问题，该问题本身比较复杂，由于篇幅原因，在此不作展开。

二、判断工程价款结算根据时，需考虑白合同的效力

根据白合同是否有效，分别为：

（一）白合同有效时，应以白合同作为工程价款的结算根据

根据《解释（一）》第二条第一款的规定，招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予以支持。

当白合同即中标合同经合法招标程序订立，也不存在其他效力瑕疵时，依法

有效，应当根据中标合同即白合同的合同条款确定工程结算价款。

从《招标投标法》第五十九条对于招标人与中标人不按照招标文件和中标文件订立合同的，或者订立背离合同实质性内容的协议予以处罚，也可看出黑合同与白合同实质性内容不一致时，以白合同为准。

因此，应以有效的白合同作为结算工程价款的根据。

（二）白合同无效时，参照实际履行的合同

当白合同无效时，而黑合同因违反《招标投标法》第四十六条关于招标人和中标人不得再行订立背离中标合同实质性内容的其他协议的规定也归于无效。此时，黑白合同均无效，适用《解释（一）》第二十四条的规定：当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同关于工程价款的约定

折价补偿承包人的，人民法院应予支持。实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。

据此，应当根据双方当事人的真实意思确定实际履行的合同，并以该合同作为结算根据。若难以确定实际履行的合同，则以最后签订的合同为准。



三、空白合同效力的认定

从上文可以看出，白合同的效力直接影响结算根据的认定。而影响白合同效力的主要因素为存在未招先定的情形。

最为明显的判断标准是黑白合同的签订顺序。在招投标程序进行前，发包人与承包人事先就承包工程达成一致并签订了黑合同，后续为完成形式合法而进行招投标程序并签订中标合同用以备案。根据《民法典》第一百四十六条的规定，行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。发包人与承包人的后续行为系虚假的意思表示，构成违法招投标，据此签订的白合同无效。

同时，发包人与承包人先签订黑合同的行为违反《招标投标法》第三十二条第二款的规定，属于招标人与投标人串通投标。该行为亦违反《招标投标法》第四十三条在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进

行谈判的规定。根据《招标投标法》第五十三条及第五十五条的规定，投标人与招标人串通投标的，中标无效，中标合同自然无效。

从黑白合同的签订时间上，黑合同先于白合同订立的，黑、白合同均无效。

此外，即使白合同先于黑合同订立，存在未经招投标程序事先确定施工单位的情形时，白合同仍是无效的。

以（2022）最高法民终49号案件为例，在履行招投标程序前，发包人中迈公司与承包人中建二局已就案涉工程交由中建二局承建达成合意，双方进行了实质性磋商，且中建二局已完成部分施工，后双方补办了相关招投标手续并签订中标合同。据此法院认定中迈公司与中建二局存在未招先定等违反《招标投标法》禁止性规定的行为，中标协议也因违反法律强制性规定而无效。

四、非必须招标投标工程的结算根据

根据《解释（一）》第一条第三款的规定，可知对于必须进行招标的工程项目，若未经招标投标程序则发包人与承包人签订的施工合同无效。对于其他不属于必须招标的建设工程，若发包人采用了招标投标方式，但在中标合同外，又与承包人另行签订了实质性内容不一致的合同。此种情况下，黑白合同效力又如何？结算工程价款的根据是否会发生变化？

目前倾向于认为非必须招标投标工程采用招标投标形式，也应适用规制招标投标行为的相关法律规定。

从立法上，《解释（一）》第二十三条明确规定，发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持。且《招标投标法》第二条规定在中华人民共和国境内进行招标投标活动，均适用该法，并未区分是否为必须招标的建设工程。

这也有助于实现公平竞争，维护市场秩序，保障其他投标人的合法权益，以此实现招标投标程序的目的和主要价值。故即使是非必须招标投标工程，一旦履行招标投标程序，也受招标投标相关法律法规的约束。

以(2021)最高法民申 5258 号为例。法院认为虽然案涉工程项目并未被纳入必须强制招标的范围，但双方当事人既然选择以招标投标方式确定施工人，就应当平等适用规制招标投标行为的法律规定，即应受《招标投标法》的约束。本案中，招标人开源公司与投标人闽南公司未经招标投标即签订了《施工合同书》，在闽南公司中标后，双方又签订了一份用于备案的中标合同。法院认为双方存在明显的串标行为，违反了《招标投标法》中有关禁止未招先定、串通招标的效力性强制性规定，故《施工合同书》和中标合同均无效。因《施工合同书》系双方实际履行的合同，为当事人真实的意思表示，最终按照该合同确定工程款的计算依据。



提醒注意的是，上述情形针对的是进行招标投标程序的非必须招标投标工程，若未经招标投标程序，仅为备案另行签订一份合同，不受招标投标相关法律调整。由于未经招标投标程序，不损害其他市场主体的公平竞争权，应遵循意思自治原则，尊重当事人的真实意思。体现双方真实意思的合同为实际履行的合同，在不违反法律法规的强制性规定情形下，该合同有效，并以此作为工程价款的结算根据。

参考案例为(2022)苏04民终860号。该案中，发包人骠马公司与承包人武进建工先签订了2255合同。武进建工进场施工后，双方又签订了3500合同，并以该份

合同备案。此后，双方就工程款结算产生纠纷，诉至法院。

法院最终认定涉案工程未进行招标投标手续，也非必须招标投标的建设工程。双方虽仅将3500合同进行了备案并领取了建设工程施工许可证，两份合同均不存在无效情形，故工程造价的结算应当以双方实际履行的合同为准。结合工程范围、建设工期、工程价款的约定、工程进度款的支付情况、双方签证情况、工程造价结算方式等综合予以确定双方实际履行的是2255合同，故涉案工程价款应以2255合同作为结算依据。

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

联系方式：13816142289





如何面对建设单位在保修期内提出的质量异议？

作者：甘雯雯

在建设工程领域，质量是根本，与国家和人民生命财产安全密切相关。保证所施工的工程质量符合一定的标准，既是法律法规对施工单位的强制性要求，也是建设单位对施工单位的合同约定要求。工程在施工过程中所出现的质量问题施工单位尚可以及时修正弥补，那么工程完工之后在保修期内建设单位提出的质量问题该怎么面对？

本文将通过案例来分析建设单位在保修期内提出的质量问题，施工单位应该如何面对。

保修期限的法律规定

面对建设单位提出的质量异议时，首先应当判断施工单位对所出现的质量问题是否还有保修责任，即工程是否还在保修期限内？

《建设工程质量管理条例》第四十条规定：在正常使用条件下，建设工程的最低保修期限为：（一）基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；（二）屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为5年；（三）供热与供冷系统，为2个采暖期、供冷期；（四）电气管线、给排水管道、

设备安装和装修工程，为2年。其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。

这是法规规定的工程最低保修期限。如果双方在建设工程施工合同内没有就保修期限作详细的约定或者约定的保修期限短于上述第（一）、（二）、（三）、（四）条的规定，则应当适用第四十条所规定的保修期限。

保修期的起算时间

《建设工程质量管理条例》第四十条还规定了保修期限的起算时间，即“建设工程的保修期，自竣工验收合格之日起计算”。

但是建设工程如果不能正常竣工验收，保修期应当如何起算呢？

《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）》第九条规定，当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：（一）建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；（二）承包人已经提交竣

工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；（三）建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

当建设工程未能正常竣工验收时，保修期的起算就可以结合上述规定来推定。承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，保修期从承包人提交验收报告之日起算；建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，保修期从转移占有建设工程之日起算。

保修期内出现质量问题正确的解决办法

建设工程既然进入保修期，施工单位承担的即是保修责任。建设单位在发现质量问题之后，首先应当履行的是告知义务，告知施工单位出现何种质量问题、应当在什么期限内前来维修。施工单位收到建设单位的通知之后，在判断该质量问题确系其施工原因导致的前提下，应当在保修书约定的期限内前往工程地点进行维修。

若质量问题并非施工单位的原因导致的，比如系建设工程使用方后期不合理改建导致的，施工单位应当告知建设单位该质量问题并不属于其保修的范围，建设单位可以选择让施工单位维修，也可以选择第三方进行维修，维修的费用应当由建设单位自行承担。

若质量问题确系施工单位的原因导致的，但是施工单位拖延维修，建设单位在进行催告之后，施工单位仍然拒绝维修的，建设单位可以寻找有同样施工资质的第三方进行维修，维修费用从施工单位的质量保证金中予以扣除。施工单位预留的

质量保证金不足以扣除的，建设单位可以向施工单位主张损失赔偿责任。

若双方对质量问题产生的原因有争议，无法确认是哪一方的原因导致的，有异议的一方可以申请鉴定，通过专业机构的鉴定来确认质量问题产生的原因。

这里需要注意的是，如果建设单位在没有证据证明其已向施工单位发出修理或返工、改建的通知的情况下，擅自对工程进行修缮，且在不能证明自己具体修缮的部位及修缮的具体工作内容的情况下，要求对施工单位已完工的部分进行质量问题的司法鉴定，因此时的工程已经不能反映施工单位完工时的原貌，将失去鉴定的基础，法院对其要求鉴定的申请将不予准许。

目前的司法实践中，有些法院在受理建设单位提起的质量异议之后，在建设单位和施工单位就案件其他关键事实没有争议的情况下，启动诉前的质量鉴定，确实可以有效简化诉讼流程、节省案件审理时间。但是，如果建设单位和施工单位对

案件的关键事实、质量责任的认定存在很大的争议，随意启动针对施工单位已竣工验收的工程的质量鉴定，有可能会助长建

设单位滥用诉讼权利，影响案件审理进度，同时也是对宝贵的司法资源的浪费。

案例分析

案情简介：

A 公司（施工单位）承包了 B 公司（建设单位）的某一个物流仓库的钢结构工程，工程于 2018 年 10 月开工，2019 年 5 月完工。后，B 公司拖欠部分工程款项，A 公司经多次发函催款未果，遂起诉 B 公司要求支付剩余工程款。2023 年 4 月，B 公

司在收到 A 公司的起诉状之后，以工程存在质量问题为由反诉 A 公司赔偿损失，并向法庭提起了质量鉴定申请。在庭审中，B 公司一直对案涉钢结构工程是否已通过竣工验收这个问题言辞模糊、不予确认。

情形一：B 公司已使用该物流仓库，却主张案涉钢结构工程未通过竣工验收。

该情形下，鉴定申请不应得到支持，B 公司所提质量异议应当予以驳回。《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

十四条规定，建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持。

情形二：双方均确认案涉钢结构工程于 2019 年 9 月通过竣工验收。

该情形下，案涉工程在进入保修期后，A 公司承担的是保修责任。B 公司提起质量异议之诉时已是 2023 年 4 月，所出现的质量问题是否仍在保修范围内是本案需要确认的争议点。其次，B 公司是否在质量问题发生后的合理期限内履行了告知义务，也是 A 公司及时履行保修义务

的一个前提。如若案涉质量问题仍在保修期内，B 公司的诉求应当是要求 A 公司承担保修责任，对质量问题进行维修。在 A 公司拒绝维修、没有能力维修或者多次维修仍然修不好的情形下，B 公司可以委托有同样施工资质的第三方进行维修。



无论在上述哪种情形之下，B 公司的鉴定申请都不应当得到法庭的支持。只有在案涉工程确已通过竣工验收，所出现的质量问题尚在保修期内，建设单位和施工

单位对于质量问题形成的原因无法达成一致的情形下，才可以提起关于形成质量问题的原因的鉴定。

律师提醒

任何一项建设工程都不可能做到完美。建设工程的竣工验收也是抽样验收，并非事无巨细地针对每一个部位的 100% 验收。法律法规关于保修期的规定，就是保证建设工程在竣工验收、投入使用之后的合理年限内能够查漏补缺，尽可能最大

程度地实现建设工程的使用功能、保障生命财产的安全。

施工单位在面对保修期内的质量问题时无需逃避，积极履行保修义务，即使修不来、修不好，也要及时与建设单位沟通解决方式，防止因局部质量问题引起重大事故，产生更大的经济损失。



甘雯雯 律师

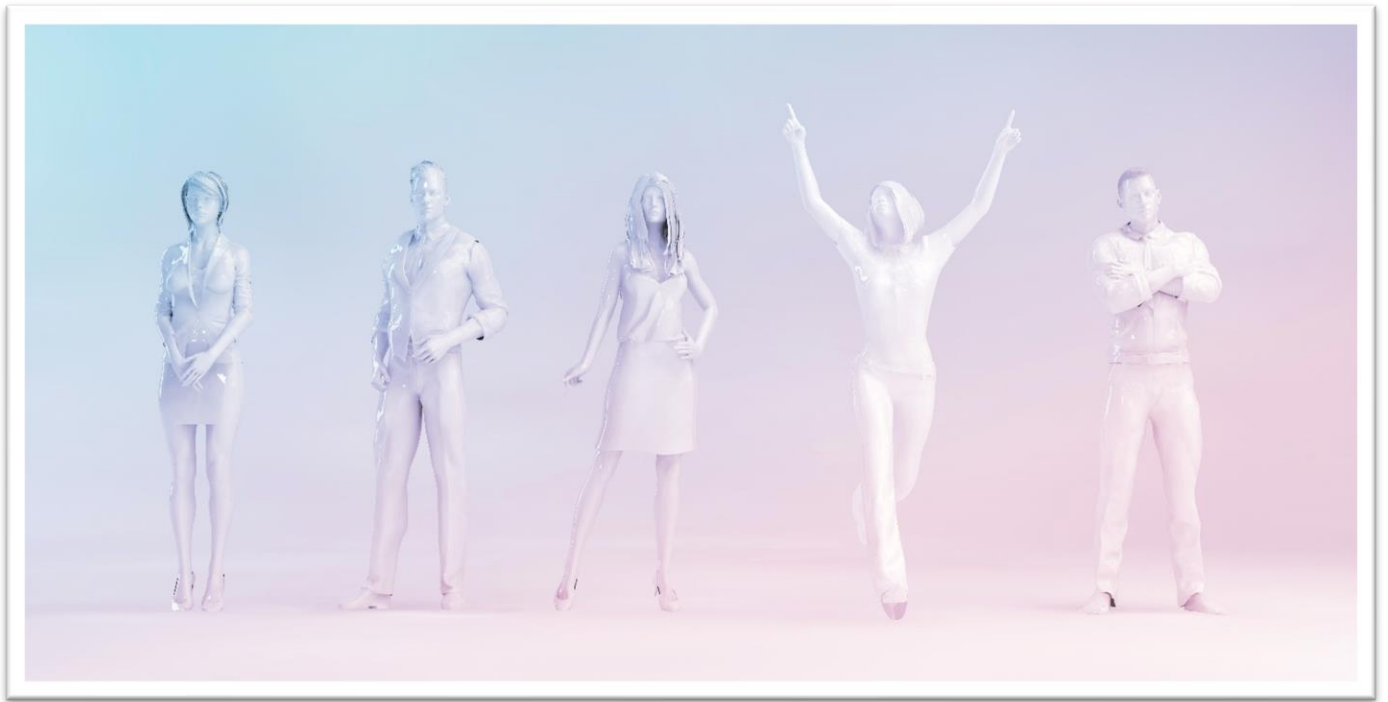
上海七方律师事务所 合伙人

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



广告用语的那些“赔与罚”

作者：王黎君

我们经常看到一些广告用语：“首选、最好、最高级、全静音、无添加”，用日常生活思维看没觉得这些宣传的广告用语有什么不妥，但是，广告发布者可能已经违法了，甚至将要遭到严厉的行政处罚。

一、背靠背条款效力

李某在某宝店上看到，某知名饭店的一款月饼的宣传：“品质保证传统手工艺制成，不含任何添加纯天然，因为古法手工制作，所以全程无添加，更加放心”，于是花了1980元购买了20盒月饼，后经检测该月饼含有添加剂碳酸亚钠、脱酯乙酸钠、柠檬酸、碳酸钾、碳酸钠等添加剂。小李认为，宣传用语中说全程无添加，又检测出这么些添加剂，饭店属于虚假宣传误导消费者，违反《消费者权益保护法》的故意欺骗消费者，不符合《广告法》的规定，小李准备向所在地工商局投诉为由

与饭店客服协商，在协商过程中小李要求饭店给予三倍赔偿，并称购买的月饼已经送人不同意退款退货。

后双方沟通无果，小李向某酒店提出三倍赔偿的诉讼。酒店辩称，网络宣传无任何添加，是指无任何添加任何的有害物质，无添加是食品行业对食品内容的通俗表述，并不包含符合国家规定用量的，为保证月饼质量，风味所必需的添加剂。且网页商品描述及商品包装上清晰地标示了商品的所含成分，是属于如实告知消费者所含有的添加剂成分，消费者浏览页面，首先看到的是产品参数和产品标识，页面中已明确注明所含的符合国家标准

的添加剂，所以酒店并没有故意隐瞒和误导、欺骗消费者的主观故意，不属于消费者权益保护法的欺诈行为，且在小李提出商品异议的时候，已经同意退款退货。

最终法院认为：饭店虽然在其网页上对涉案产品提供了产品的外包装图片，外包装图片标明的配料成分里面包括了含有食品添加剂（碳酸氢钠，脱氧乙酸钠、柠檬酸）等，但其同时在网页宣称不含任何添加纯天然，全程无添加更放心的内容，其网页宣传的内容存在矛盾，易引起消费者的误解，因此应认定被告存在欺诈行为，承担了赔偿责任。

通过这个案例我们来认识下《广告法》，广告法第四条：广告不得含有虚假或者引人误解的内容，不得欺骗、误导消费者。广告主应当对广告内容的真实性负责。





饭店的宣传月饼无添加，后又狡辩只是没添加有害物质，添加的都是符合国家的食品安全标准的添加剂，明显是隐瞒和误导消费者，即使这些添加剂再符合国家标准，也是与宣传页上所宣称的无添加相

悖。作为消费者的小李，基于生活常识辨识无添加就是任何添加剂和防腐剂都不加，饭店的广告用语引起消费者误解，饭店偷换概念的说辞只能证明其存在明显的欺诈和恶意。

上一则案例是消费者和商家之间的争议，那么一些绝对化的广告用语，还能引出何种主体之间的纠纷呢？

案例二

小李最近出来旅游，想到旅游总归要带一些纪念品回去，看到了注册旅游地某商城网上卖的按摩膏不错，商城宣传该膏时称是“首选”，小李经过了上次案例，熟读了广告法，知道广告用语的绝对化，违反广告法第二十八条（五）款以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的其他情形，认为商城是按照广告法 55 条发布虚假广告的，如果广告费用无法计算或者明显偏低的，应当处 20 万元以上 100 万元以下罚款。遂向商城所属地的市场监督管理局进行了举报，并表示愿意三方配

合处理，小李本人信息无须对商城保密，并备注让管理局在法定时间内电话回复相关查案情况，处理结果和奖励事项。

小李没想到这次碰到了硬茬，市场监督管理局建议小李和商城进行和解，商城认为，小李是职业举报人，宁可将罚款交给市场监督管理局，也不能纵容这种歪风邪气，结果就被市场监督管理局处以罚款 30 万元。商城不服提起了行政诉讼。

此时已由消费者与商家的纠纷演变成市场监督管理者与被管理者之间的行政事务纠纷。



商家觉得很委屈，认为小李已经熟读并利用《广告法》，是职业举报人，恶意举报，是以勒索钱财为目的，这种非法目的的举报行为，不应当受到法律保护。其次，行政处罚应当符合合理性原则，对于行政处罚 30 万元的罚款，已经超出一个小微企业所能承受的范围，明显地缺乏合理性。再者，政府应当支持和保护民营企业的发展，而 30 万元的行政处罚行为显

然与保护和发展民营企业相违背，最后商城无明显的主观恶意，网页上的广告用语字体小，不醒目，广告受众较小，未造成相关的危害后果，案发后又及时将广告用语撤除，应当适用行政处罚法的情节轻微的应当减轻处罚，以教育为主的原则。

最终法院作出认定行政处罚决定证据确凿，适用法律法规正确，处罚合理的判决。

律师建议

两则案例看出，广告用语不规范不合法的代价太大，不仅会引发消费者和商家欺诈赔偿的责任，还会引发行政处罚，作为经营者怎样提高广告宣传的风险防范呢？

首先，规范广告用语，《广告法》第九条第三项规定的绝对化用语，包括“国家级”“最高级”“最佳”，除此之外还有一些极限词须慎用，比如第一、唯一、首个、最好、精确、顶级、绝对、独家、首家、最先进等。

其次，发布广告，要确保广告的真实性。即使不被认定发布的广告是虚假宣传、误导消费者进行决策的虚假广告，也可能会受到《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》的规制。

再次，了解市场监管总局发布《广告绝对化用语执法指南》的豁免规定

2023 年 3 月 29 日，市场监管总局发布《广告绝对化用语执法指南》，指南对使用绝对化用语规定了豁免情形，比如在经营场所、自设网站和有合法使用权的媒

介发布关于经营者自己的名称、简称、标识、成立时间，经营范围的信息，只要没有直接或间接推销商品的不视为广告；

对仅是表明服务态度、企业文化、目标追求，用绝对用语不涉及商品性能、质量、并且不对消费者产生误导的行为，不属于不得用绝对化用语的情形；甚至对初次使用绝对化用语，后果轻微及时改正的，可以不予行政处罚，对绝对化用语使

用的时间少，浏览人数少，没有造成严重后果的，也可以不予行政处罚。

最后，作为商家广告宣传时，在符合《广告法》和《指南》的合理范围内，根据自身的实际情况和业务需求，选择合适的词语进行宣传和推广，同时一定确保广告宣传内容的真实性，避免虚假宣传引发的赔与罚。



王黎君 律师

上海七方律师事务所 合伙人

上海市律师协会法律合规委员会 委员

上海徐汇女律师联谊会公益普法团秘书长

上海中级职称专职律师

业务方向：民商事合同纠纷、企业合规业务、
金融服务合同纠纷

联系方式：15221703694

法定代表人越权担保时相对人善意的认定标准？

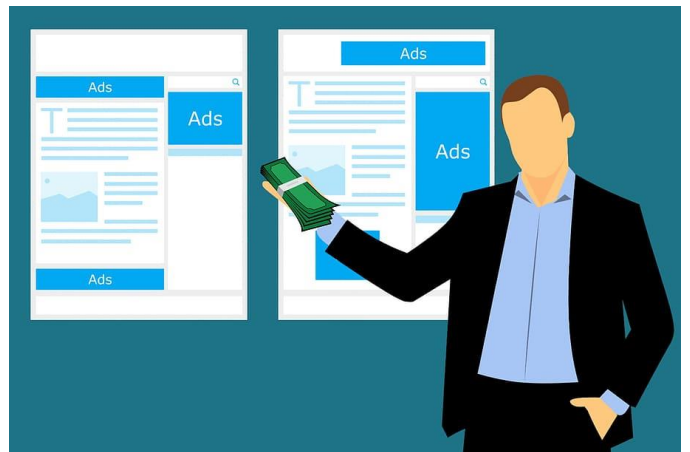
作者：王年俊



实践中，法定代表人越权担保的行为时有发生，在对该担保行为进行效力判定时，需要明确，越权担保中，如果债权人尽到举证责任证明其是善意的，或者存在《九民纪要》第十九条规定的情形之一的，担保合同有效，债权人有权依据担保法和担保法司法解释的规定以及合同的约定要求公司承担担保责任，公司应当承担担保责任。其实善意本身界定比较困难，尽管我国立法中规定了适用善意的具体制度，但并未明确善意的认定标准。司法实务界对于法定代表人越权担保的善意认定标准仍存有一定分歧，本文拟围绕《担保制度解释》第7条和第17条、《民法典》第504条之规定，以及与《九民纪要》第17条、第18条和第20条进行对比，结合相关司法案例对于善意的标准予以探讨。

一、越权担保引至表见代表规则

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）第17条明确了《公司法》第16条是对法定代表人的“代表权限制”规范，法定代表人违反该条对外担保，构成越权担保，越权担保所引发的担保效力判断规则需要援引《民法



典》第 504 条的表见代表规范。根据表见代表规定，通过区分相对人是否善意判断担保合同效力，相对人须履行对担保决议的形式审查义务，才可构成善意，担保合同有效，公司承担担保责任。

鉴于司法实践对相对人善意的审查内容及标准的争议，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度解释》）第 7 条将法定代表人越权担保的效力问题归结为越权行为的效果归属，而非合同效力本身。相对人在订立担保合同时不知道且不应当知道法定代表人超越权限，构成善意，担保合同对公司发生效力；相对人未尽合理审查义务的，不能构成善意，担保合同对公司不发生效力，但公司须根据《担保制度解释》第 17 条之规定按过错承担损害赔偿责任。同时，根据《九民纪要》第 20 条之规定，公司若能举证证明债权人明知法定代表人超越权限或者机关决议系伪造或者变造，则公司无须承担合同无效后的民事责任。

根据《九民纪要》第 18 条之规定，善意的认定标准因关联担保和非关联担保而有所不同。当法定代表人为公司股东或者实际控制人提供关联担保时，《公司法》第 16 条明确规定必须由股东（大）会决议，未经股东（大）会决议，构成越权代表。在此情况下，债权人主张担保合同有效，应当提供证据证明其在订立合同时对股东（大）会决议进行了审查，决议的表决程序符合《公司法》第 16 条的规定，即在排除被担保股东表决权的情况下，该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过，签字人员也符合公司章程的规定。当公司为公司股东或者实际控制人以外的人提供非关联担保时，根据《公司法》第 16 条的规定，此时由公司章程规定是由董事会决议还是股东（大）会决议。无论章程是否对决议机关作出规定，也无论章程规定决议机关为董事会还是股东（大）会，根据《民法典》第 61 条第 3 款关于“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相

对人”的规定，只要债权人能够证明其在订立担保合同时对董事会决议或者股东（大）会决议进行了审查，同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定，就应当认定其构成善意，但公司能够证明债权人明知公司章程对决议机关有明确规定的除外。

综上所述，法定代表人越权担保行为效力判断问题最终聚焦于相对人是否善

意。在善意认定标准上，无论《民法典》第 504 条规定的“知道或应当知道”，《九民纪要》第 18 条规定的“不知道或不应当知道”抑或《民法典担保制度解释》第 7 条规定的“不知道且不应当知道”，均并未明确引入何种判断因素，相对人审查义务的内容及标准未予确定，导致司法实务界对于法定代表人越权担保行为的效力判断的争议并未平息。。

二、司法实务界的分歧

观点一：相对人须履行形式审查义务以证明善意。

【案号】(2021)粤 01 民终 3043 号

2000 年 10 月 27 日，A 公司与 B 公司签订《借款合同》一份。合同约定：B 公司向 A 公司借款 200 万元，借款期限自 2000 年 10 月 27 日至 2001 年 10 月 27 日。由 C 公司作为 B 公司保证人提供的抵押物或质物、质权提供担保，并另行签订《保证合同》作为本合同的从合同。保证期间为自本合同生效之日起至借款合同履行期限届满之日后两年止。同日，A 公司依约发放贷款 200 万元给 B 公司。

2003 年 11 月 20 日，A 公司向 B 公

司、C 公司发出《贷款催收通知书》。B 公司、C 公司承诺按合同（协议）规定履行全部义务，尽早归还所欠借款本息。

2004 年 6 月 28 日至 2017 年 9 月 14 日期间，案涉债权经过五次转让，每次转让新的债权人都向 B 公司、C 公司通知案涉债权并予以催收。

2017 年 9 月 14 日，D 公司与 E 公司签订《资产转让协议》，约定将案涉不良资产转让给 E 公司。E 公司向 B 公司、C 公

司通知案涉债权转让事实并予以催收。E公司催收未果后起诉至法院要求借款人B公司还款付息，并要求C公司承担保证责任。

【C公司意见】

根据《公司法》的规定，公司对外提供担保的，应经由董事会或者股东会、股东大会决议。C公司签订的《保证合同》并未经股东同意，E公司和原债权人未审核《保证合同》是否经法定程序取得股东或董事同意，《保证合同》依法应认定为无效。

【裁判要旨】

C公司为B公司提供担保，应依照公司章程的规定，由董事会或者股东会对该事项进行决议。现E公司出示了C公司于2000年7月17日作出的董事会决议，表

明C公司经董事会决议同意为B公司提供担保的事项。C公司承认决议上公司盖章为真实，但主张该决议上签名的董事人数与公司章程规定不相符，且董事的签名不真实。对此，法院认为：第一，债权人对公司机关决议内容的审查一般限于形式审查，本案中，债权人已经要求C公司出具董事会决议，决议的形式和内容没有瑕疵。第二，C公司确认了该决议上加盖的公司公章为真实的，即C公司对《决议书》内容作出确认，董事会成员的签名是否存在不实情形，不在债权人的审查范围，即便签名不实，也不因此而认定债权人存在非善意的情形，不影响案涉《保证合同》的效力。因此，《保证合同》理应依法成立有效，最终法院判处C公司承担保证担保责任。

观点二：相对人须履行合理审查义务以证明善意。

【案号】(2021)沪01民终5338号
2020年1月20日，甲公司出具《欠款确认书》，确认自2019年2月至2019年6月多次向乙公司采购建材，合计货款

464,095.34元，已付款338,785元，尚欠贷款125,310.34元，承诺于2020年6月1日前，将上述欠款全部付清。如违约，除贷款外还应支付债权人以贷款为基数，

自收到货物之日始至欠款还清之日止按月利率 2% 计算的逾期利息。债权人有权要求甲公司承担其因实现债权而产生的律师费、诉讼费、保全费、保全担保费等费用。确认人处有甲公司盖章。上述文字下方写有保证条款，内容为保证人保证自愿为债务人的上述债务向债权人承担连带保证责任，保证期限为本确认书出具之日起至债务清偿期限届满后两年，担保范围包括欠款的本金、利息、违约金、赔偿金及债权人为实现债权产生的全部费用，丙公司在保证人处盖章。

甲公司为本案诉讼聘请律师，支付律师费 10,000 元。甲公司另申请诉中财产保全，丁财产保险股份有限公司出具诉讼财产保全责任保险单，甲公司支付保险费 1,000 元。

甲公司催告债务人及保证人未果后诉至法院，要求债务人支付货款，并要求保证人丙公司承担保证责任。

【争议焦点】

丙公司就涉案债务是否应当承担保证责任。

【裁判要旨】

根据《公司法》第十六条的规定，公司对外提供担保，应由公司权力机关依照法定程序作出决议。丙公司章程规定，丙公司向其他企业投资或者为他人提供担保，应由股东大会作出决定。丙公司在作出担保意思时，并未向甲公司出具其就涉案担保事宜作出的股东会决议，丙公司存在过错。对于甲公司而言，其作为担保债权人，在接受丙公司提供担保时，负有对丙公司章程及股东会决议进行必要审查的义务。甲公司二审中陈述，丙公司在《欠款确认书》保证人处盖章时，甲公司并未就法定代表人是否能够代表丙公司在保证人处签章进行审查，更未要求其出具丙公司股东同意丙公司对外担保事宜的股东会决议。因此，甲公司未尽合理审查义务，并不构成善意相对人。丙公司作为保证人的担保承诺对丙公司不发生法律效力。甲公司请求丙公司承担担保责任，法

院不予支持。但丙公司是否应承担其担保不发生法律效力之责任，根据法律及司法解释的相关规定，主合同有效而担保合同

无效的，债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。



三、案例评析

通过对上述案例的观察，不难发现法院大体上系根据对相对人课以审查义务而认定其是否为善意，至于善意的程度略微有所不同。可见，法院秉持的是积极观念说下的善意，采取的是善意的有条件推定，由相对人承担自身善意的举证责任。就法定代表人越权担保行为而言，形式审

查义务尽管最大限度地保障了交易安全和交易效率，却势必引发关于公平的担忧。依托于表见代表规则所建立的裁判规则，是否承担担保责任以法定代表人的越权担保行为是否归属公司为前提，依据相对人善意即认定担保人应当承担担保责

任，并根据民事法律行为效力规则对担保合同效力进行判断。

相对人没有审查公司股东会或董事会决议（或者没有一并审查公司章程），未尽审慎注意义务，不构成对法定代表人越权担保行为的善意，不属于受法律所保护的善意相对人。相对人要求公司承担担

保责任的，不予支持。相对人非善意的，公司须承担缔约过失责任，《九民纪要》及《担保制度解释》均规定，相对人非善意的，公司虽不承担担保责任，但须根据过错承担损害赔偿责任，即缔约过失责任，责任比例通常为债务人不能清偿部分的二分之一。

四、结语

善意制度的立法目的，即维护交易安全，给予不知存在影响法律关系事实的善意相对人以有利待遇，以达公平之目的。法定代表人越权担保，法院需要在相对人与公司间进行风险分配，司法实务界以前的惯性思维是倾向维护交易安全，现在的

裁判理念应转向在交易安全与投资安全之间实现价值平衡，尤其给予中小股东以利益保护，摒弃过度保护相对人利益的倾向，通过对相对人课以适当审查义务兼顾投资安全与交易安全，既保护相对人的信赖利益，也保障股东的投资安全。



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



“实缴”到位的注册资本，法院为何不予认定？

作者：王晓鹏、刘永琴

笔者近日代理了一起执行异议案件，案件审理过程中，原被告双方对于公司股东是否足额缴纳了注册资本各执一词，本案被告“实打实”缴纳的 500 万元注册资本，却由于缴纳形式上的瑕疵，其中有 200 万元将面临无法被司法认定的风险。

一、案情简介

李某为 A 公司的股东，持有公司 85% 的股权，另一股东孙某持有公司 15% 的股权。2015 年 8 月，王某与李某协商一致，由王某受让李某名下 5% 的 A 公司股权，双

方约定该 5% 股权的转让对价为人民币 500 万元，王某无需向李某支付上述对价，而是以向 A 公司实缴注册资本的方式支付上述股权转让款。

随后王某先向 A 公司账户支付人民币 200 万元，作为受让的 2% 股权对应的实缴注册资本，但在转账时未对该笔转账做任何备注；后王某又向李某个人账户转账 300 万元，再由李某将该 300 万元支付到 A 公司账户，作为转让的 3% 股权的注册资金。A 公司收到该笔钱款后，向王某出具收据，收据写明：“兹于 2016 年 1 月 26 日收到王某人民币叁佰万元整，收款方式为：银行转账，款项用途为：投资款”，并盖 A 公司的公章。

A 公司与 B 公司因合同纠纷产生诉讼，

法院判决 A 公司向 B 公司偿还本金 150 万元，判决生效后，A 公司经过法院强制执行无力清偿上述债务，法院裁定终结本次执行，B 公司遂以王某、孙某未全面履行股东出资义务为由向法院申请追加王某、孙某为被执行人，要求两人在各自未缴纳注册资本的范围内，就上述欠款承担补充清偿责任。法院经过审查，裁定由于王某向公司支付的 200 万元转账没有备注具体转账用途，且缺乏公司财务记账凭证，也没有完成验资程序，所以无法认定王某向公司支付的 200 万元为缴纳的注册资本，王某应在该 200 万元的范围内就本案的本金 150 万元及利息，向 A 公司承担补充清偿责任。王某收到裁定后不服，依法提起了执行异议之诉，本案仍在审理中。

二、案件分析

《公司法》第二十八条第一款规定：“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出

资的，应当依法办理其财产权的转移手续。”

根据公司法第二十八条第一款的规定，股东应足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额，但股东以货币方式进

行出资时，如果出现程序上的瑕疵，如股东将货币转到公司某股东账户而非公司账户、股东出资后未进行验资、股东出资后未进行登记或备案等，已经实缴注册资本可能无法被司法机关认定，进而会使股东陷入偿还公司债务的风险之中。

根据《九民纪要》第六条规定“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，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，法院予以支持”；

《公司法司法解释（三）》第十三条第二款规定：“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持”；

股东出资不是一件可以任意而为的小事，一定要遵循相应的出资流程，履行相应的出资程序，稍有不慎可能会导致不必要的法律风险，除了笔者代理的案件之外，实践中还有很多类似的案例，比如：

《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十七条规定：“作为被执行人的营利法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人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，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的，人民法院应予支持”。

在笔者代理的该案件中，王某实际上已支付了500万元的实缴注册资本，但由于王某缴纳出资额过程中程序上出现的瑕疵问题，如：200万元的股权款转账时未进行用途备注、300万元的股权款未转进公司账户，使得王某首期缴款200万元已经被裁定不属于注册资本，剩余的300万元在执行异议中也存在无法认定的法律风险。王某成为了“冤大头”。

【(2021)苏02民终881号】福斯特公司与富源广公司因买卖合同纠纷一案，无锡市锡山区人民法院判决富源广公司向福斯特公司支付货款并赔偿付款逾期利息。在执行过程中，富源广公司无可供

执行的财产，福斯特公司申请追加富源广公司的股东王某、赵某为本案的被执行人。法院同意追加王某、赵某为本案被执行人，在未缴出资额范围内分别向福斯特公司承担清偿责任。

王某、赵某在一审审理中提出，王某于2015年6月9日通过个人账户向富源广公司账户内转账200万元，其中100万元系两人出资款，故其已足额履行了作为股东的出资义务，不存在未尽出资义务的情形。

在二审中王某又变更出资情况为：其系于2014年5月至同年10月间，分次缴

付了100万元出资款，并已出资到位。无锡市中级人民法院审查两人提交的证据材料，认为两人仅提交了富源广公司自身财务账册的记载及收据，未提交相应资金的银行入账记载及凭证，亦未提交公司出资证明书、企业年度报告、审计报告等足以证明出资款确已进入富源广公司账户的证据材料。据此，王某、赵某声称其已足额出资的证据不足，法院不予采信。

【(2023)粤0306执异302号】安艺达公司与米梦公司因合同纠纷一案诉至北京市大兴区人民法院，北京市大兴区人民法院判决米梦公司给付安艺达公司保



安服务费和保安服务费滞纳金。在执行过程中，因未发现米梦公司有可供执行的财产，安艺达公司遂追加其股东路德公司为被执行人。

一审法院认为路德公司提交的银行回单、米梦公司 2017 年的企业年报的证据不足以证明路德公司已经完成了出资义务，银行回单金额大小不等，均未注明是股权出资款，无法证明与本案的关联性，企业年报上记载的实缴情况无其他任何出资证据佐证的情况下不足以证明出资款已到位，故应当追加路德公司为被执

行人，路德公司应当对米梦公司未能清偿的债务承担连带责任，路德公司不服该判决，向北京市第二人民法院提起上诉，二审法院维持该判决。

从以上两个案例和本文的王某案件可以看出，法院在认定股东使用货币履行出资义务时，通常会综合考虑各种证据，并要求各证据相互佐证，股东仅凭公司收据、转账记录等一项或多项难以相互印证的证据要求法院认可其已履行股东出资义务的诉求，法院难以支持。

三、律师建议

为了避免已经缴纳了注册资本，却无法被法院认定的尴尬，笔者建议股东在向公司缴纳注册资本时，一定要按照下列方式出资：

（一）要求公司出具出资证明书。《公司法》第三十一条规定“有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书，出资证明书应当载明股东的姓名或者名称、实缴出资额和出资日期，出资证明书由公司盖章。”从上述规定可以看出，出资证明

书应详细记载股东缴纳出资的数额和日期，若股东分期缴纳出资，公司应就每期向其签发出资证明书，出资证明书是证明出资人已依法履行出资义务的法律文件，以避免后期产生纠纷，故股东可依照出资证明书证明自己已履行了出资义务；

（二）要求公司提供验资报告。验资报告是指注册会计师依法接受当事人委托，对被审计单位的实收注册资本或者注册资本、实收资本的情况进行验证并出具

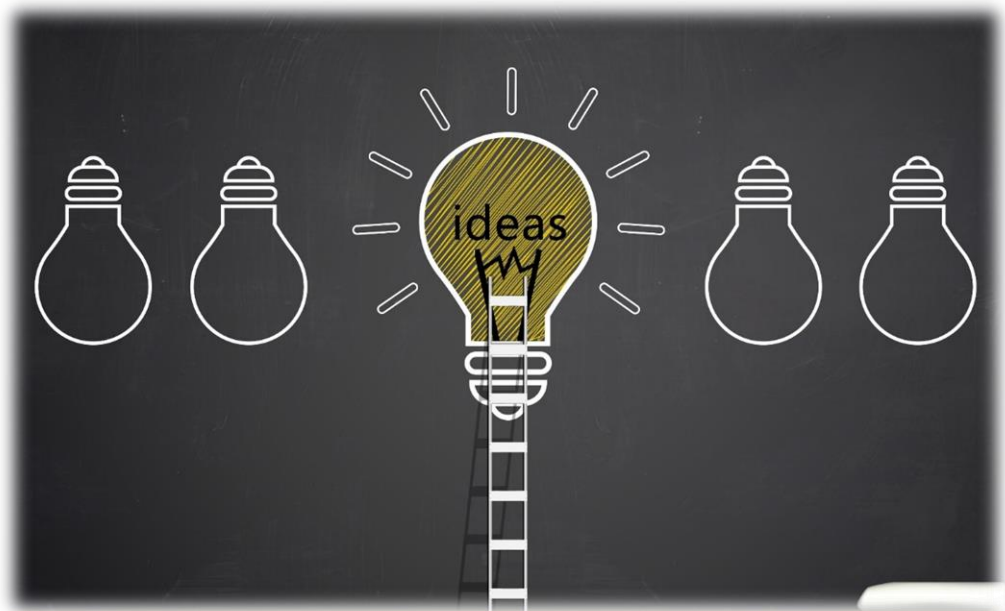
验资报告。验资报告具有法律效力，可供审计单位申请设立登记或变更登记时使用，并依此向出资人签发出资证明。故股东可依据验资报告证明自己已履行出资义务；

（三）保留银行转账记录，明确转账用途。股东在缴纳注册资本时，一定首选银行转账的方式，通过自己名下的账户向投资公司账户直接转款，转账时明确备注转款用途为“投资款”或“支付注册资本”并无其他异常情形，认定股东已完成出资义务。故股东可依银行转账记录证明自己已履行出资义务；

（四）通过企业年报对股东出资进行特别记录。公司企业年报是在规定的期限

内向工商行政管理机关提交并向社会进行公示的年度报告。股东可以要求公司在企业年报对于股东（发起人）的出资情况进行专项记录，司法实践中，法院也可以通过企业年报中的记录对于股东出资情况予以确认。

除上述已提到的出资证明书、验资报告、银行转账记录、企业年报之外，法院还可以根据公司财务账册记载情况、公司资产负债表、工商档案等材料，来判断股东已完成出资义务，法官会综合考虑各证据材料情况，要求各证据材料相互佐证并无异常情况出现，综合判断股东是否已履行货币出资义务。





结语

股东是否已履行出资义务对股东身份的认定、股东权利的确定而言至关重要。笔者建议股东们使用货币履行出资义务时，一定要严格遵守法律规定，积极办理各项登记备案手续，切勿出现履行程序瑕疵，引起不必要的纠纷，最大程度上维护自身合法权益。

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、合同纠纷、
不良资产处置

联系方式：17621356262



刘永琴 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师
七方企业合规法律服务部 实习律师

业务方向：企业合规、民商事争议解决

联系方式：18839128700



诉前调解中的建设工程鉴定程序解析

作者：席绪军

真实案例

笔者代理 A 公司于 2022 年 11 月初起诉 B 公司主张拖欠的工程款，在向某法院提交立案材料时，该法院立案庭审查后认为双方对案涉工程结算金额应当有争议，要求 A 公司提出诉前鉴定申请。笔者当即提出异议：案件尚未正式立案，也没有收到 B 公司的答辩意见，案件关键事实尚未开庭审查清楚，如何来判断双方对结算金额一定存在争议？应当在立案后，通过开庭审查并结合 B 公司的答辩意见来判断是否需要 A 公司申请鉴定。但立案庭的法官表示，当地司法实践的做法就是：如果立案庭认为原告应当申请诉前鉴定，原告坚持不提交诉前鉴定申请的，法院不收取其立案材料，连诉前调解都无法给出诉调案号，更不要说正式立案了。无奈之下，笔者提交了诉前鉴定申请，法院方才给立了诉前调解案号，后经过沟通，发现 A 公司和 B 公司关于工程增项的结算价格并无太

大争议，B 公司的抗辩理由是该项并非 A 公司施工，不应当支付给 A 公司，争议的焦点不是价格问题。后法院允许 A 公司撤回关于增项价格的诉前鉴定，但依然没有给 A 公司正式立案。

与此同时，笔者接到该法院电话，B 公司也提出工程质量和工期的违约赔偿诉讼，并提出诉前鉴定申请，案涉项目早就竣工验收并投入使用多年，其所列举的质量问题也纯属子虚乌有。鉴定机构要求 B 公司细化质量问题，其无法提供材料。A 公司明确表示不同意 B 公司的诉前鉴定申请，但是法官表示即使被告不同意，法院也会强推诉前鉴定程序，并要求 A 公司予以配合。

这两个诉前调解阶段的鉴定程序耽误了案件立案进程达 9 个月之久，时至本文发表之时，仍未正式立案。

最高院新规

2023年7月26日，最高人民法院发布《最高人民法院关于诉前调解中委托鉴定工作规程（试行）》法办〔2023〕275号文（以下简称《规程》），《规程》于2023年8月1日生效。

《规程》对诉前调解中委托鉴定的具体流程，对诉前鉴定的适用条件、申请审查、委托办理、鉴定机构选定、鉴定费用预交、鉴定书的上传与送达、鉴定异议的提出与处理、诉前鉴定后诉前调解与诉讼程序的衔接以及重复鉴定的规制等作出规定。

但同时也强调，诉前鉴定应当遵循当事人自愿原则。当事人可以共同申请诉前鉴定。一方当事人申请诉前鉴定的，应当征得其他当事人同意。

前面案例中，A公司一再明确表示不愿意申请造价的诉前鉴定，也不同意B公司提出的质量鉴定，但是当地法院却一再强行推进并启动诉前鉴定，可以说白白耽误了9个月的诉讼进程，如果一开始就立

即正式立案并审理案件，即便是诉中启动相关的司法鉴定，现在也应当作出一审判决了，但遗憾的是，到现在连一审立案都还没有完成。

《规程》第十五条规定：“诉前鉴定过程中，有下列情形之一的，诉前鉴定终止：（一）申请人逾期未补充鉴定所需的必要材料；（二）申请人逾期未补交鉴定费用；（三）申请人无正当理由拒不配合鉴定；（四）被申请人明确表示不愿意继续进行鉴定；（五）其他导致诉前鉴定不能进行的情形。”根据该条规定，B公司逾期未补充鉴定所需的必要材料，A公司也一再明确表示不愿意继续进行鉴定，法院立案庭应当立即终止诉前鉴定程序，立即转为正式立案，尽快审理案件，查明事实并做出判决。

《规程》第十九条规定：“人民法院对于当事人恶意利用诉前鉴定拖延诉前调解时间、影响正常诉讼秩序的行为，应当依法予以规制，并作为审查当事人在诉

讼过程中再次提出委托鉴定申请的重要参考。”根据该条规定，B 公司的行为很明显是恶意利用诉前鉴定拖延诉前调解时间、影响正常诉讼秩序的行为，法院应

当对其滥用诉讼权利的行为予以规制，B 公司在诉讼中仍然可能提出司法鉴定申请，但是又拒不提供鉴定机构需要的补充材料，故意拖延诉讼进程。



诉前鉴定与诉中鉴定的区别

《中华人民共和国民事诉讼法》第七十九条规定：“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人；协商不成的，由人民法院指定。当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（2022 修正）第

一百二十一条规定：“当事人申请鉴定，可以在举证期限届满前提出。申请鉴定的事项与待证事实无关联，或者对证明待证事实无意义的，人民法院不予准许。人民法院准许当事人鉴定申请的，应当组织双方当事人协商确定具备相应资格的鉴定人。当事人协商不成的，由人民法院指定。符合依职权调查收集证据条件的，人民法院应当依职权委托鉴定，在询问当事人的意见后，指定具备相应资格的鉴定人。”

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释

(一)》第三十二条规定：“当事人对工程造价、质量、修复费用等专门性问题有争议，人民法院认为需要鉴定的，应当向负有举证责任的当事人释明。当事人经释明未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，应当承担举证不能的法律后果。”

由民诉法及其司法解释的相关条文可以看出，在诉中鉴定程序的启动中，法官是有决定权的，要么依申请启动，要么依职权启动。

诉前鉴定反映出的司法精神就是诉前调解所应当依据的法理——自愿原则。调解秉承的就是自愿原则，在诉前调解阶段启动的鉴定程序也要各方一致同意才可以启动，而不是依职权启动鉴定程序，更不可以举证责任分配的方式来要求举证方申请司法鉴定。现在有些法院无视当事人明确不愿意调解的意思表示，强行将案件放进诉前调解程序中，进而甚至强行推进诉前鉴定程序，事实上有可能把部分

案件简单问题复杂化了，也使得有些当事人滥用诉前鉴定申请，故意拖延案件进程。

诉中鉴定则依据的是自愿申请、审核批准原则和法官依职权原则两种方式启动，经法官释明举证责任之后，有举证责任的一方针对需要查明的案件事实，既不申请司法鉴定，又无法提供其他证据加以证明的，则可能会因为举证不能而承担不利后果。法官有权不批准申请人的司法鉴定申请，但是一旦批准了，即使另一方坚决不同意，该鉴定程序依然会走下去，除非由于各方提供的鉴定材料或者鉴定检材不符合鉴定机构的要求，导致无法做出鉴定意见。这与诉前调解阶段的鉴定自愿原则是截然不同的。在诉前调解阶段，只要有一个当事人不同意诉前鉴定，诉前调解组织及法院是不能强行推进诉前鉴定程序的。诉前鉴定是依附于诉前调解阶段的，诉前调解尚且要尊重当事人的意愿，诉前鉴定更加应当尊重当事人的意愿，而不是依职权强行推进，法律没有赋予法官这样的职权。

律师建议

一、对于已经竣工验收投入使用的建设工程施工合同纠纷，建设单位提出工程质量诉前鉴定以对抗工程款支付义务的，施工单位应当坚决予以反对。

二、对于尚未竣工验收的建设工程施工合同纠纷，施工单位应当根据证据情况，适时配合建设单位提出的工程质量诉

前鉴定的申请，尽早确定质量问题，便于快速解决纠纷。

三、对于尚未竣工验收、擅自投入使用的工程项目，建设单位提出工程质量诉前鉴定以对抗工程款支付义务的，施工单位应当坚决予以反对。



席绪军 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方建设工程与房地产法律服务部 主任

上海律协建设工程与基础设施业务研究委员会 委员

上海市工商联房地产分会法律专业委员会 委员

业务方向：建设工程、房地产、公司业务

联系方式：13611782519

从《八角笼中》的格斗孤儿，看事实孤儿的收养困境

作者：李伟锋、吕连连

“我把他们骗出大山，我骗他们练格斗，我骗他们得冠军。”“他们是一群除了我，连骗他们的人都没得人骗的。”幸好，生如野草，不屈不挠。

《八角笼中》讲述了一名沙场老板向腾辉如何与孤儿们相识相知，收留他们、带领他们学习格斗，又如何让孩子们加入格斗俱乐部，坚定信念，冲破命运的牢笼，一步步走出大山的故事。本文从向腾辉的收养行为、收养义务角度解析事实孤儿被收养的困境。

一、向腾辉的收养行为是否有法律依据？

《八角笼中》向腾辉收留无家可归的孩子，教孩子们学习格斗，并且提供孩子们力所能及的物质条件。同时，他组建了格斗俱乐部，让孩子们按手印签协议，对他们进行培训，其“收养行为”是否有法律依据呢？

（一）谁可以作为被收养人？

民法典第一千零九十三条规定，下列未成年人可以被收养：

- 1、丧失父母的孤儿；
- 2、查不到生父母的未成年；

2、父母有特殊困难无力抚养的子女。

（二）谁可以作为收养人？

民法典第一千零九十八条规定，收养人应当同时具备下列条件：

- 1、无子女或者只有一名子女；
- 2、有抚养、教育和保护被收养人的能力；
- 3、未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；
- 4、无不利于被收养人健康成长的违法

法犯罪记录；

5、年满三十周岁。

除此之外，收养还需要满足一定条件：

1、无子女的收养人可以收养两名子女有子女的收养人只能收养一名子女；

2、有配偶者收养子女，应当共同收养；

3、无配偶者收养异性子女的，收养人与被收养人的年龄差应在 40 周岁以

上。

最后，收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。

可见，收养孤儿等未成年人的法律要求和程序是繁琐且必要的。向腾辉或格斗俱乐部想收养孤儿、为他们提供良好的条件，虽然可贵，但仍需符合法律规定，取得相应的资质，否则可能会涉嫌利用未成年人非法牟利。



二、孩子的义务教育怎么办？

向腾辉的格斗俱乐部被举报违法后，一部分孩子被其监护人带回了家，其中一个质疑点就是：“这些孩子无法接受基本的义务教育。”

义务教育是我国法定的教育制度，也是所有适龄儿童与少年享有和必须接受的权利和义务。《中华人民共和国义务教育法》第十四条规定：根据国家有关规定经批准招收适龄儿童、少年进行文

艺、体育等专业训练的社会组织，应当保证所招收的适龄儿童、少年接受义务教育；自行实施义务教育的，应当经县级人民政府教育行政部门批准。

因此，即使收留、训练未成年人，负责人也必须保证未成年人接受义务教育，其可以通过慈善机构、民政、教育等部门，出资资助孩子接受教育，参与必要的义务教育。

三、失去父母的格斗孤儿谁是他们的监护人？

《民法典》第二十七条 父母是未成年子女的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。第三顺序的监护人是自愿监护人，范围很宽，个人或组织都可以，但是自愿监护

人的选择条件比较严格，必须经过未成年人住所地的居委会、村委会或者民政部门的同意。

我国法律虽然规定了监护制度，但并没有具体的监护执行制度。从实体法角度，对监护人的任职条件，监护机关的监护费用和监护报酬等没有作出明确规定。从程序法角度，对监护撤销、终止的原因、终止后原监护人的相关法律义务亦存在缺失。实践中，不论是民政

部门还是村(居)民委员会,从机构设置和人员配备来看,并没有专门针对监护制度设立的职位和资金保障。目前法律对民政部门 and 儿童福利机构如何履行国

家监护职责权限不清,儿童福利机构经常被民政部门作为下属执行机构,缺乏必要的独立性。

四、如何认定事实孤儿?

“事实孤儿”又称“事实无人抚养儿童”,可被认定为事实孤儿的分为以下四大类:

第一类:父母双方均重病,服刑在押、强制隔离戒毒或被执行其他强制措施,弃养;第二类:父母一方死亡或失踪,另一方重残或重病,服刑在押、强制隔离戒毒或被执行其他强制措施,弃养;第三类:父母一方死亡或失踪,另一方实际抚养且家庭为贫困家庭,不履行监护义务;第四类:非婚生、遭遗弃后无人收养,导致事实上无人抚养的未成年人。

从“事实孤儿”的概念上看,其父母未尽到监护的责任,已不是适格的监护人了,有的甚至还侵害未成年人的合法权益。在此情形下,就应考虑监护

人资格的撤销。“事实孤儿”虽不是真正意义上的孤儿,却过着孤儿的生活。目前“事实孤儿”还没有纳入孤儿范畴进行保障,对“事实孤儿”的保障资源分散在民政等各级职能部门,仅采取低保制度来救助,救助的标准较低,无法改善他们的生活状态。此外,“事实孤儿”在成长阶段就缺失了依靠,对他们的救助不应只局限于基本的教育,还应覆盖医疗、心理等各方面。

我国目前还没有“事实孤儿”的统一界定标准。北京、山东、广东、重庆4个省份,对“事实孤儿”提出了具体认定程序,根据事实无人抚养情形的不同,明确提出涉及公检法、残联、民政、乡镇街道、学校、医疗机构、殡仪

馆等多个相关部门，应出具证明材料。

不同，从而也必将导致保障机制的差

由此可见，界定的角度不同，范围也将

异。

结语

无资质收养未成年人极易涉及灰色地带、引发舆论风波；但救助事实孤儿确实为他们提供了一个良好的生活环境，为他们指明了一条有希望的出路。当情理与法理冲突和对立时，我们只期望——为众人抱薪者，不可使其冻毙于风雪。



李伟锋 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方民商事和金融法律服务部 主任
七方家事法律服务中心 副主任

业务方向：家族律师、金融证券、合同纠纷
联系方式：18917905291



吕连连 律师

上海七方律师事务所 律师
七方民商事和金融法律服务部
七方家族律师团队

业务方向：公司法、劳动法、金融保险
联系方式：13564350327

所爱隔山海，皆为夺命财

作者：张春球

随着电影《消失的她》热映，激起了广大观众对于夫妻信任危机和婚姻财产问题的大讨论。从孕妇泰国坠崖案到杭州许国利杀妻案，再到香港名媛碎尸案……一桩桩、一件件，都是血淋淋的现实案例，而这一切都是基于婚姻关系的谋财害命。艺术源于生活，电影《消失的她》就改编自真实的“孕妇泰国坠崖案”，那么，电影中处心积虑谋财害命的男主何非最终能否取得李子木的巨额财产？我们应该如何通过婚姻财产的合理规划，从而保护自己的人身安全？

一、“孕妇泰国坠崖案”

王某（女）与俞某（男）相识于朋友聚会，王某家境殷实，身家千万。俞某随即对王某展开猛烈追求，最终两人在短时间内恋爱、结婚。俞某一直沉迷于赌博，负债累累，王某不愿意偿还俞某的全部债务并对俞某感到失望，但怀孕的她认为有了孩子，俞某就会改好。

2019年6月7日，王某和俞某来到了泰国乌汶府，准备在这里度过一个浪漫的假期。2019年6月9日，怀孕三个半月的王某和俞某按计划来到一悬崖处

观看日出。当人群散去，俞某叫王某过来拥抱并亲吻了王某的额头，突然恶狠狠地喊道：你去死吧！下一秒，俞某把王某推下34米悬崖（相当于11层楼高）。王某从高空坠落，砸在一棵树上，后被一名路过的中国游客发现，侥幸捡回一条命，但全身17处骨折，多脏器受伤，前后做了5次大手术，腹中孩子流产。

在医院，俞某装出一副关心的样子，私下却威胁王某称如果她揭露自己

谋杀未遂的事实就杀了她。王某经过内心挣扎后终于鼓起勇气，向朋友讲述了真相，她的朋友立即报警。2019年6月17日，俞某在医院探望王某时被泰国警方逮捕。

2023年6月，泰国最高法院三审判决（终审判决），判决的刑事部分为：

二、律师评析

不管是电影《消失的她》还是真实的“孕妇泰国坠崖案”，都绕不开有关婚姻财产和人身安全的话题。

（一）何非能否得到李木子的巨额遗产

电影《消失的她》中男主何非精心策划谋害妻子的目的无非就是为了继承李木子的巨额遗产，那么，他能得逞吗？答案显然是否定的。因何非故意杀害李木子，谋杀罪名成立，他已丧失继承权（依据《民法典》第1125条）。李木子的父母在先前已经车祸身亡，如果没有其他继承人又无人受遗赠的情况

认定俞某为蓄意杀人未遂，判处死刑的2/3处罚，为终身监禁；因俞某在案件审理过程中提供了有利于查清事实的陈述，予以减刑，最终量刑为有期徒刑33年零4个月。

下，李木子的遗产将归国家所有，用于公益事业（依据《民法典》第1160条）。

（二）构筑好财产的隔离墙，守护好人身的安全港

如果一桩婚姻“门不当户不对”，双方存在巨大的财富差距，夫妻双方也许彼此讳莫如深，但都会担心因财产问题而影响夫妻感情，从而影响两人的婚姻关系。倘若在婚姻关系中提前构筑好自身财产的防护墙，不仅个人财产得以隔离保护，更重要的是断了对方的念

想，杜绝了道德风险，从而守护了人身安全。

为了避免个人婚前财产及其产生的收益在婚后被觊觎被分割的风险，本律师提出如下建议：

1、签署婚前财产协议

防范婚姻风险最有效的手段是要对夫妻财产作有效隔离，要勇敢地签订婚前财产协议。婚前财产协议是指男女双方在结婚登记之前（或之后）就双方各自婚前、婚后所得的财产的归属作出约定。约定的内容可以是婚前财产及婚后各自所得归各自所有，也可以是共同所有。

婚前财产协议主要包括：婚前财产的名称、数量、种类等；婚前财产在婚后的收益归属，如在协议中可以明确约定婚前财产在婚后的所有股权分红、收益、增值部分都属于个人所有，排除夫妻共有；婚前财产婚后处分行为产生的收益归属；婚前财产的使用、处分的原则；对婚前债务如何清偿的约定

等；婚前财产协议生效的条件、时间等。婚前财产协议对于再婚家庭尤为重要。需要指出的是，婚前财产协议公证与否、婚前婚后签订都不影响协议效力。只要协议内容不违反法律法规的强制性规定均为有效。（如有需要，可以联系本律师索取婚前财产协议的模板）

2、借助有效工具合理配置婚姻财产

不同种类的财产应采取相应的财务工具。对于婚前的存款或理财产品，不要和婚后的混在一起，可以多开几张银行卡，分别保存，做好有效隔离；也可以用个人存款投保人寿保险产品，既享受保障和收益，也能在发生婚变时，保单的现金价值不会被作为夫妻共同财产分割；对于父母传承的财产也要做好防护，无论父母生前赠与还是后续继承，一定要制作书面赠与协议或遗嘱并载明：财产只给自己子女，与其配偶无关；对于拥有大量现金或资产的高净值人士，可以通过设立家族信托进行财产隔离，这也是未来主流的财富传承工

具。这里着重讲一下作为高净值人士的核心资产——股权信托。

股权信托是指利用信托的方式，委托人将其合法拥有的公司股权作为对象，委托给信托机构，由信托机构对股权内的资产进行信托管理，并将所得收益按信托文件分配给受益人的一种法律行为。股权信托在财富传承保全及公司治理等方面都具有不可比拟的优势，一旦设立信托，股权将不再属于个人，离婚不会被分割，但是公司的管理运营仍然可以通过信托文件去规定治理机制。

作为一种特殊的信托资产，股权信托存在着非常复杂的法律关系，需要委托人特别注意以下问题：

首先是股东资格确认问题。现行公司法对股东资格的确认注重形式上的审查，股东记载于股东名册之日即取得股

东资格。而设立股权信托的，虽然将股权委托给了受托人，但委托人往往又保留了对公司的表决权，这种情况下容易引起股东资格确认的争议；其次是公信力问题。信托财产的独立性，要求必须通过公示登记来维护交易安全，信托法也规定了以股权设置的信托，采用登记生效主义，但对于信托如何登记，却没有明确的法律规定。这也使得未登记的股权信托是否发生效力存在着争议；再者是可能存在重复征税问题。目前我国对股权信托没有明确的税收规定，只是遵从现有的股权转让的税收制度，可能会导致重复征税。

但不得不承认，在众多的财富传承工具中，股权信托与财富的传承理念是最为契合的，是个人财富隔离和风险保护最有效的工具。

三、结语：人间依然值得，爱就奔赴山海

电影也好，惨案也罢，这不是世界的全部。人分善恶，事有好坏，感情总

会有亲疏。但我們是有血有肉的人，哪怕知道爱情会消散、人心会改变，为了



爱，我们依旧会义无反顾地奔赴山海！
但是我们在追求爱情的同时，也要保护好自己，擦亮眼睛，多一些防备，不要把贪婪、狠毒、凉薄当作可以轻易改变的秉性！正如电影片尾所说：其实我们都知道，爱会消失，承诺会失效，人会

走散，只是我们太执着，相信自己是个例外，可到最后无一例外……

天下熙熙，皆为利往，爱情不是传说，婚姻也不能免俗。我们要提前做好财产规划，借助合法有效的财务工具，构筑好婚姻财产的防护墙，方能守护好人生的安全港！



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

民商事争议解决

联系方式：158 0056 0008

被执行人名下房产系夫妻共有，该如何执行？

作者：张茜

执行程序中，我们经常会遇到被执行人的配偶（非案涉被执行人）对被执行人名下的房产提出异议，认为该房产系夫妻共有，不得查封及处置。对于该问题，最高院的规定非常简单，实践中也出现了很多争议问题，下面我们来共同探讨一下。

一、最高院的相关规定

《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十二条规定，对被执行人与其他人共有的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结，并及时通知共有人。共有人协议分割共有财产，并经债权人认可的，人民法院可以认定有效。查封、扣押、冻结的效力及于协议分割后被执行人享有份额内的财产；对其他共有人享有份额内的财产的查封、扣押、冻结，人民法院应当裁定予以解除。共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。诉讼期间中止对该财产的执行。根据最高院的规定，对于被执行人与其他人的共有财产，人民法院是可以查封、扣押、冻结的。处理方式主要有两种：该被执行人名下的财产份额可以通过共有人协议分割共有财产，并经债权人认可；共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的方式处理。

二、析产诉讼是否为前置程序？

针对该问题，最高院并没有明确的规定，只是部分地方法院对此问题出台了解答意见，具有一定的参考意义。

《广东省高级人民法院执行局关于执行案件适用法律疑难问题的解答意见》问题十二：被执行人的房产存在共有情况，是否必须先经过诉讼明确共有份额才能执行？

处理意见：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》第十四条规定，共有人协议分割共有财产并经债权人认可的，人民法院可以认定有效；共有人提起财产诉讼或者申请执行人代位提起财产诉讼的，人民法院应当准许，诉讼期间中止对该财产的执行。因此，执行法院在告知共有人有权协议分割共有财产或者提出析产诉讼后，共有人没有协议分割或者诉讼，则执行法院可以继续推进执行。

主要理由：执行实务中，共有人达成分割共有财产协议并得到债权人认可的情况少之又少，共有人极少愿意提起析产

诉讼，多数申请执行人也不愿提起析产诉讼，导致大量共有财产的执行陷入停滞。因此，为提高执行效率，不应将析产诉讼作为执行共有财产的前置程序；执行法院在履行告知义务后，共有人没有协议分割或提出析产诉讼的，执行法院可以继续推进执行，依照《民法典》等法律规定并结合案件具体情况对共有份额进行强制分割；共有人及利害关系人如对共有份额分割所作的认定持有异议的，可依照民事诉讼法第二百二十七条规定处理。

《浙江省高级人民法院关于刑事财产刑执行若干问题纪要》第22条规定：对已查封、扣押、冻结的被执行人与案外人共有的财产，执行法院应区分下列情况进行处理：

(1) 共有份额明确的，可由其他共有人购买被执行人份额，所得价款用于案件执行。其他共有人不愿购买的，可拍卖、变卖该共有财产，从拍卖、变卖款中扣划被执行人享有的份额用于财产执行，其余部分发还其他共有人；

(2) 共有份额不明确的，执行法院应告知其他共有人在指定期限内提起析产诉讼，明确共有份额。指定期限内未提出析产诉讼的，可拍卖、变卖该财产，份额

按共有人人数平均计算，在拍卖、变卖价款中扣划被执行人的份额用于财产刑执行，其余部分发还其他共有人。



三、代位析产诉讼的管辖问题

由于法律对于代为析产诉讼的管辖法院并未作出明确规定，所以实践案例出现了两种分歧：一种观点认为代位析产诉讼应由不动产所在地人民法院管辖，另一种观点认为代为析产诉讼应由执行法院管辖。如上海一中院（2021）沪 01 民辖终

516 号民事裁定书认为，“本案管辖权属于专属专门管辖，由不动产所在地法院管辖。”而上海二中院（2022）沪 02 民终 1094 号民事裁定书则认为“依据《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》第十二条，申请执

行人可以代位提起析产诉讼，但此类诉讼属执行过程中产生的附随诉讼，代位析产的前提条件以及后续处置均与执行程序息息相关，从审执兼顾的角度考虑，本案由执行法院管辖更为适宜。”本文读者较为赞同第二种观点，债权人代位析产诉讼管辖法院应当参照案外人异议之诉，只能由执行法院审理。因为两者的本质都是对执行标的物进行确权，根据《关于执行权合理配置和科学运行的若干意见》第26条

的规定，审判机构在审理确权诉讼时，应当查询所要确权的财产权属状况，发现已经被执行局查封、扣押、冻结的，应当中止审理；当事人诉请确权的财产被执行局处置的，应当撤销确权案件；在执行局查封、扣押、冻结后确权的，应当撤销确权判决或者调解书。该意见其实明确了人民法院的查封排除了其他法院关于该查封物的另案确权。所以笔者认为，债权人代位析产诉讼由执行法院管辖更为适宜。

张茜 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与财税法律服务部 律师

业务领域：公司业务、执行事务

联系方式：15807933733





公安机关对报案、控告、举报不接受，该如何救济？

作者：张伯乐

《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称“刑诉法”）第一百一十条规定，任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关报案或者举报；被害人有权进行控告。公安机关对于报案、控告、举报，都应当接受。然而，现实中，依然存在着个别公安机关工作人员对应当接受的案件不接受，也不会出具任何有关的书面材料，导致报案人、控告人、举报人求助无门，严重损害了其切身利益。针对上述问题，笔者归纳总结

几点，以便助其解决问题。

一、接受报案、控告、举报是公安机关的法定义务，而且应当制作笔录（签名、按手印）、受案登记表和受案回执交予本人

刑诉法第一百一十条第三款规定：

“公安机关、人民检察院或者人民法院对于报案、控告、举报，都应当接受。对于不属于自己管辖的，应当移送主管机关处理，并且通知报案人、控告人、举报人；对于不属于自己管辖而又必须采取紧急

措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关。”据此，公安机关接受报案、控告、举报是“应当”接受而非“可以”接受。而根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第一百六十九条至一百七十七条的规定，公安机关根据不同的情况应采取不同的措施，具体如下：

第一，对应当接受的案件。公安机关应问明情况，并制作笔录，经核对无误后，由相关人员签名、捺指印。必要时，应当对接受过程录音录像。同时，对此类案件应当制作受案登记表和受案回执，并将受案回执交于本人。

第二，对认为有犯罪事实，但不属于自己管辖的案件。公安机关应当立即报经县级以上公安机关负责人批准，制作移送案件通知书，在二十四小时以内移送有管辖权的机关处理，并告知本人。

第三，对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的案件。公安机关应当先采取紧急措施，然后办理手续，移送主管机关。

第四，对不属于公安机关职责范围的

事项。公安机关在接报案时能够当场判断的，应当立即口头告知相关人员向其他主管机关报案。

第五，对于重复报案、案件正在办理或者已经办结的案件。应当向有关人员作出解释，不再登记，但有新的事实或者证据的除外。

第六，对告诉才处理的案件。公安机关应当告知当事人向人民法院起诉。

第七，对被害人持有证据证明的轻微刑事案件。公安机关应当告知被害人可以向人民法院起诉；被害人要求公安机关处理的，公安机关应当依法受理。

第八，对于不够刑事处罚需要给予行政处理的案件。公安机关应依法予以处理或者移送有关部门。

另外，根据《公安部关于改革完善受案立案制度的意见》(以下简称“受案立案的意见”)规定，群众上门报案的，应当当场进行接报案登记，当场接受证据材料，当场出具接报案回执并告知查询案件进展情况的方式和途径。”通过上述有关规定，我们能够得出结论，接受举报、控告、

举报是公安机关“必须”的法定义务，对接受案件后续各项工作，法律法规均有着明确的规定，特别是受理案件后要出具受案回执。

二、公安机关不接受报案、控告、举报的原因分析

尽管上述法律法规、司法解释等明确规定了公安机关“应当”接受报案、控告、举报的情况下，为什么还会出现“受理难”的问题呢？个人认为主要有以下两个原因：

一是司法实践中，个别公安机关工作人员服务人民群众意识淡薄，利用自己熟知有关程序规避义务，不受理案件、不接收报案材料，也不出具不予受理案件的相关法律文书，报案人、控告人、举报人苦于无法提供公安机关不受理案件的文字性材料和相关证据，无法开展举报或投诉等救济工作。这样一来，即便相关机关追查起来，涉事公安机关完全可以以“被害人从未来我处报案”为由进行搪塞。

二是对公安机关不予受理刑事案件的行为处罚力度不够。不予接受案件从本

质上讲是违法行为，是“失职”“渎职”行为，但从实际来看，即便是报案人、控告人、举报人提供了充分的证据证明涉事公安机关拒绝受理刑事案件，对相关办案民警至多给予通报批评等组织处理，很少上升到纪律处分层面。

三、公安机关不接受报案、控告、举报的救济途径

内部救济

向公安机关的法制部门投诉。根据《受案立案的意见》之规定：“各级公安法制部门是公安机关受案立案工作监督管理的主管部门，主要履行以下职责：通过受案立案信息系统掌握、监督和管理本级公安机关各办案警种、部门受案立案情况，及时发现、预警和纠正受案立案环节的执法问题；对经济犯罪案件以及其他易出问题、有争议的案件是否受案立案进行审核监督。”从该意见来看，各级公安部门应对同级或下级执法办案单位进行发现、预警、纠正、监督，同时，各级法制部门负责考核同级和下级执法办案单位的执法质量，遇有拒绝受理刑事案件的情况，被害人可



向办案单位的同级或上级法制部门反映问题。

向督察部门投诉。根据《公安机关督察条例》第四条之规定：“督察机构对公安机关及其人民警察依法履行职责、行使职权和遵守纪律的下列事项，进行现场督察：

（四）刑事案件、治安案件的受理、立案、侦查、调查、处罚和强制措施的实施情况。”另根据《受案立案的意见》之规定：“督察部门要通过执法检查、网上督察等方式加强对接报案、受案立案工作的现场督察，运用督察手段及时处理群众对接报案、受案立案工作的投诉。”如果公安机关不受理报案，可向该机关的同级督察部门或上一级督察部门就相关问题进行投诉。

向纪检监察部门投诉。根据《受案立案的意见》之规定：“纪检监察部门要及时查处受案立案工作中存在的违纪违法问题。对于报案不接、接报案后不登记不立案、受案立案后不查处，越权管辖、违法受案立案、插手经济纠纷，及虚报接报案和受案立案统计数据等违法违纪行为，有关规定追究相关领导和直接责任人

的责任。”公安机关不受理案件，可以向纪检监察机关举报反映问题，在实践中，可以拨打公安部统一的线索举报电话12389。

外部救济

提请检察机关监督。检察机关是国家法律监督机关，根据刑诉法第八条之规定：“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督。”然而，针对公安机关不予立案决定，可以向检察机关提请立案监督程序，但针对公安机关不受理案件，则没有相应的明确规定。根据《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称“诉讼规则”），如果检察院愿意监督某个案件，可根据刑诉法第八条的规定予以监督；如果检察院不愿监督某个案件，可根据《诉讼规则》，称检察院在刑事报案受理阶段的监督权没有明确依据。

个人认为，检察院既有权利也有义务对公安机关不接受案件进行监督，因为受理是刑事案件的第一个环节，是立案的基础。公安机关如果连接受手续都拒绝出具的话，肯定也不会立案，这无疑是对报案人、控告人、举报人法定权利的侵犯。

向监察委控告。监察体制改革，也为刑事案件被害人救济开辟了一条新路，根据《中华人民共和国监察法》第三条规定：

“各级监察委员会是行使国家监察职能的专责机关，依照本法对所有行使公权力的公职人员进行监察，调查职务违法和职务犯罪，开展廉政建设和反腐败工作，维护宪法和法律的尊严。”公安机关民警系行使公权力的公职人员，因此民警也是监察对象。根据第十一条之规定，如果公安机关不接受案件的行为涉嫌违法违纪，监

察委可依法给予相关人员政务处分，对领导进行问责，向相关公安机关提出监察建议。

依法行政诉讼。《公安机关办理行政案件程序规定》第六十五条规定，对发现或者受理的案件暂时无法确定为刑事案件或者行政案件的，可以按照行政案件的程序办理。如果公安机关没有根据相关规定及时受理案件，属于行政不作为的情形，可以依据《中华人民共和国行政诉讼法》的相关规定对公安机关提起行政诉讼。

四、结语

实践中，当事人往往只知道自己的权利被侵犯了，但侵权者到底应承担什么责任，自己到底应通过什么途径去维权，往往并不清楚。不但作为非法律专业人士的普通当事人不清楚，就是不从事相关领域工作的律师也不清楚。因此刑事犯罪案件中，不光犯罪嫌疑人、被告人应聘请律师，被害人也应聘请专业律师提供专业法律服务，只有这样才能更好地维护自身权益。



张佰乐 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、合同纠纷、企业法律
顾问

联系方式：13681605614



“强拿硬要型”寻衅滋事罪的司法认定探讨 ——以吉林私造浮桥案为例

作者：焦士凌

吉林“私设浮桥”案被报道后讨论热度一直不减，该案也使得一直备受诟病的“口袋罪”寻衅滋事罪再次成为讨论的热点。“私设浮桥案”是否能够认定为寻衅滋事罪，构成强拿硬要型寻衅滋事需要满足什么条件？本文将对以上问题进行讨论。



“私设浮桥案”案情

案发地吉林省白城市洮南市有一条河名为洮儿河，流经洮南市辖区的长度为 156km，但该河上一共只建有 3 座桥，村民出行非常不便。村民黄某及其他人员于 2005 年至 2014 年搭建船体浮桥收取过桥费。2014 年至 2018 年，黄某焊接十三条铁皮船，搭建一座固定浮桥，黄某及其他人员按照小车 5 元大车 10 元的收费标准收取过路费。2018 年 10 月，当地水利局以非法建桥为由罚款并强制黄某拆除浮桥。黄某拆除浮桥后，2019 年 2 月，他被当地公安局以涉嫌寻衅滋事罪刑事拘留，此后黄某的多位家人也被采取刑事措施，7 月当地检察院以涉嫌寻衅滋事罪将黄某等多人公诉至洮南市法院。同年 12 月 31 日，吉林省洮南市人民法院作出判决，认为黄某组织排班并制定收费标准，拦截过往车辆收取过桥费，过路费总计为 52950 元，该行为属于强拿硬要他人财物，造成恶劣社会影响，破坏社会秩序，情节严重，认定黄某等 18 人构成寻衅滋事罪，分别处以有期徒刑两年至拘役三个月不等，但均适用缓刑。

二、什么是强拿硬要型寻衅滋事罪？

1、寻衅滋事罪的由来

寻衅滋事罪其实是由 1979 年刑法中的流氓罪分解而来，当时的 79 刑法第一百六十条规定，聚众斗殴，寻衅滋事，侮辱妇女或者进行其他流氓活动，破坏公共秩序，情节恶劣的，处七年以上有期徒刑、拘役或者管制。流氓集团的首要分子，处七年以上有期徒刑。由于该法条及相关司法解释等缺乏明确性，流氓罪成为了能装

进一切行为的“口袋罪”。1997 年颁布的

新刑法将流氓罪拆解为以下罪名：聚众斗

殴罪、寻衅滋事罪、聚众淫乱罪和引诱未成年人参加聚众淫乱罪、盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪以及强制猥亵、侮辱妇女罪以及猥亵儿童罪等，寻衅滋事罪由此产生，独立成罪。

2、强拿硬要型寻衅滋事罪

97 刑法第二百九十三条规定，有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处

五年以下有期徒刑、拘役或者管制：

（一）随意殴打他人，情节恶劣的；

（二）追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；

（三）强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；

（四）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。

从上述规定中可以看出寻衅滋事罪总的来说有四种类型，其中第（三）项即为本案涉及的强拿硬要型。最高院、最高检在 2013 年发布《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》），其中第四条从“金额”、“次数”“结果”等角度解释了强拿硬要中的“情节严重”，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百九十三条第一款第三项规定的“情节严重”：

（一）强拿硬要公私财物价值一千元以上，或者任意损毁、占用公私财物价值二千元以上的；

（二）多次强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，造成恶劣社会影响的；

（三）强拿硬要或者任意损毁、占用精神病人、残疾人、流浪乞讨人员、老年人、孕妇、未成年人的财物，造成恶劣社会影响的；

（四）引起他人精神失常、自杀等严重后果的；

（五）严重影响他人的工作、生活、生产、经营的；

（六）其他情节严重的情形。

但除此之外，没有其他司法解释对强拿硬要型寻衅滋事罪的构成要件进行更为明确的限定。

三、“私设浮桥”构成强拿硬要型寻衅滋事吗？

当地法院认定私设浮桥案构成强拿硬要型寻衅滋事，虽然本案中黄某的确存在拦截过往车辆行人收取过路费的行为，但其是否因此就构成强拿硬要型寻衅滋事呢？

1、客观行为

从客观行为来看，相关法律对“强拿硬要”行为的规定过于简单，使用“拿”、“要”等较为口语化的表达，使得强拿硬



要型寻衅滋事的客观行为难以明确。张明楷教授对“强拿硬要”进行了定义，认为强拿硬要是违背他人意志强行取得他人财物的行为，既可以表现为夺取财物，也可以表现为迫使他人交付财物。相关的裁判文书中也肯定了“违背他人意志强行取得”这一客观行为的构成要件，比如上海市第二中级人民法院(2021)沪02刑终1308号判决书中，法院认定“分别采用威胁恐吓、堵车拦截、顶车撞车等软硬兼施的手段，阻扰逼退其他客运车辆，或向其他客运车辆按工作日强行收取‘份子钱’后准许营运”的行为构成强拿硬要型寻衅滋事；上海市杨浦区人民法院(2021)沪0110刑初534号判决书中，法院认定“被告人管某某在……冰鲜交易区长期擅自以向商户收取冰鲜产品‘看护费’名义强行多次向商户高某1、沈某、杨某、陈某1等人收取费用……统一收费价格、登记收费明细，并对不愿向其支付费用的部分商户实施殴打，迫使商户向其支付‘看护费’”的行为构成强拿硬要型寻衅滋事。

然而根据媒体采访的内容，在私设浮

桥案中黄某等人从未强制收钱，也不存在“不给钱不让过”的情况，都凭村民自愿，黄某等人的行为如此来看并不符合“违背他人意志强行取得”这一构成要件。

2、主观目的

从主观目的方面来看，依据《解释》第一条的规定，行为人在主观方面是为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等而无事生非或者借故生非。但本案中，早先黄某因在河对岸有不少耕地，于是其在河上造了一艘船开始摆渡，后来为了出行方便修建一座小型浮桥，2014年为了解决浮桥倾斜等问题，黄某焊接船体形成了固定浮桥。黄某等人在采访中表明，修建固定浮桥成本有13万元左右，其收过路费是想要收回修桥的成本，黄某等人在主观上并不具有《解释》所要求的无事生非或者借故生非的动机。

综上，从客观行为与主观目的来看，笔者认为根据目前公布的案件情况，黄某等人的行为并不符合强拿硬要型寻衅滋事罪。

“私设浮桥”需要承担其他法律责任

吗？

黄某的行为是否需要承担刑事责任存在一定争议，除刑事责任外，黄某是否需要承担其他法律责任呢？

根据《中华人民共和国水法》第六十五条第二款的规定，“未经水行政主管部门或者流域管理机构同意，擅自修建水工程，或者建设桥梁、码头和其他拦河、跨河、临河建筑物、构筑物，铺设跨河管道、电缆，且防洪法未作规定的，由县级以上

人民政府水行政主管部门或者流域管理机构依据职权，责令停止违法行为，限期补办有关手续；逾期不补办或者补办未被批准的，责令限期拆除违法建筑物、构筑物；逾期不拆除的，强行拆除，所需费用由违法单位或者个人负担，并处一万元以上十万元以下的罚款。”因此黄某私设浮桥的行为属于行政违法行为，当地水利局以非法建桥为由罚款并强制黄某拆除浮桥符合法律规定。

五、结语

强拿硬要型寻衅滋事罪构成要件缺乏明确性，在司法实践往往导致界定不清，与抢劫罪、敲诈勒索罪也较难区分。由流氓罪分解而来独立成罪的寻衅滋事罪本应结束“口袋罪”这一问题，却又表现出发展新“口袋罪”的趋势。笔者赞同罗翔教授的观点，在法律还没有修正之前，作为一种既定的罪名，应当在司法实践中严格限缩寻衅滋事罪的适用。对于本案中并未破坏社会秩序、强行取得过路费，反而为周边村民带来便利的黄某，应该严格限制寻衅滋事罪的适用。根据媒体报道，黄某在一审判决生效后已提起申诉，当地中级人民法院依法定程序对该案立案，目前正在审查中。针对该案的媒体报道历经多次反转，希望法院在再审中能够查明事实，给该案一个公正合理的判决。



焦士凌

上海七方律师事务所 实习律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务
部 实习律师

业务方向：刑事辩护、合同纠纷

联系方式：15216709585



被刑拘后查明无犯罪事实，当事人能否申请国家赔偿？

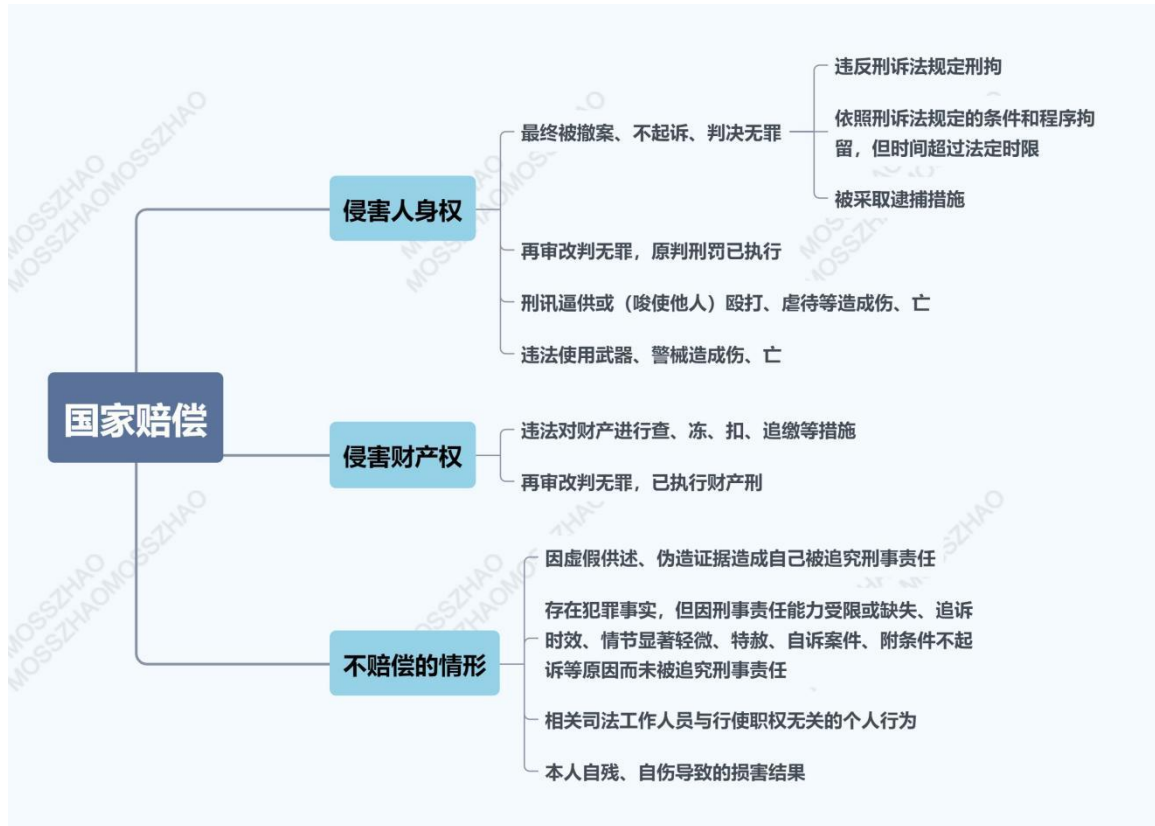
作者：赵珞宏

前言

国家赔偿是指国家机关及其工作人员因行使职权给公民、法人及其他组织的人身权或财产权造成损害，依法应给予的赔偿，国家赔偿由侵权的国家机关履行赔偿义务。

刑事案件中，被羁押的当事人需满足什么条件，才能申请国家赔偿？

刑事案件中哪些情况可以申请国家赔偿？



笔者根据《国家赔偿法》的相关规定，整理出能否申请国家赔偿的具体情形，本文主要讨论当事人被侵害人身权的国家赔偿认定。目前，针对如何认定“违反刑事诉讼法规定的刑事拘留”没有进一步明确，因此，错误强制措施的认定、归责及赔偿问题均有争议，本文将重点讨论错误刑事强制措施的认定标准。

从上图可见，当事人被采取刑事强制措施后又查明无犯罪事实，可要求国家赔偿的情况主要为以三种：

一、刑事拘留超期

（一）实际被拘留的时长超出法定最长期限

按《刑事诉讼法》第 91 条ⁱⁱ规定，刑事拘留的最长期限是 37 日，即通常说的侦查阶段“黄金 37 天”。如果当事人没有被检察院批准逮捕，而被刑拘的时长又超过这个期限的，则其可以要求国家赔偿。

如李卫松诉大方县公安局【(2018)黔委赔提 1 号】一案中，李卫松实际被刑事拘留 39 天。法院认为，公安局虽然依照刑

事诉讼法规定的条件和程序对其采取拘留措施，但拘留时间超过刑事诉讼法规定的时限，属于国家赔偿法第十七条第（一）项规定的违法刑事拘留，应当予以赔偿。最终，判定公安机关向李卫松支付 39 天的人身自由赔偿金以及精神损害抚慰金 1000 元。

（二）不符合延长拘留时间的规定

按《刑事诉讼法》第 91 条规定，公安应在对嫌疑人进行刑拘后的七日内提请批准逮捕，只有存在“流窜作案、多次作案、结伙作案”的情况时，提请批捕才能延长至 30 日。可见，如果当事人不符合上述三种情况，被刑拘时长又被延到 30 日的，则可以申请国家赔偿。

如刘志国诉长春市公安局九台分局、长春市公安局违法刑事拘留【(2017)吉 01 委赔 1 号】一案中，公安机关以刘志国“多次作案”为由，对其延长刑事拘留期限审批，后被检察院作不批捕处理。经查证，刘志国并不存在多次作案的嫌疑，其被延长三十日提请批捕期限的行为不符合刑事诉讼法规定，最终法院认为公安机关对

刘志国拘留期限延长至 30 日的行为违反了刑事诉讼法的规定，判令对其支付被限制人身自由 21 天的国家赔偿金。

二、刑事拘留错误

《刑事诉讼法》第八十条 iii 列举了公安机关对于 7 类“现行犯或者重大嫌疑分子”可以先行拘留。若当事人不符合前述情形而被刑事拘留的，即被错误刑拘，最终又撤销案件或不起诉，则其有权取得国家赔偿。

在彭晓风诉嘉禾县公安局违法刑事拘留【2020 湘 10 委赔 18 号】一案中，彭晓风因亲属民事纠纷于 2016 年 6 月 2 日与人发生争吵打斗，公安机关当晚传唤双方当事人进行调解，但直至 2017 年 5 月 24 日才予以刑事立案，并于 2017 年 7 月 11 日对彭晓风采取刑事拘留措施。其对彭晓风采取刑事拘留措施既不是重大案件或正在预备犯罪、实行犯罪等情形，同时公安局亦未提供证据证明存在可以对彭晓风先行拘留的，本案最后也被检察院决定不予起诉。因此，嘉禾县公安局对彭晓风采取刑事拘留措施不符合法律规定的

刑事拘留条件。最终，法院判定嘉禾县公安局向彭晓风支付 16 天的人身自由赔偿金。

实务中，对违法刑事拘留的判断标准尚存争议，一种观点认为，应从行为违法的角度去判断。为保证公安机关能积极履职，只要犯罪嫌疑人符合刑事拘留条件的，拘留过程程序合法、未超拘留限期，均应是合法拘留，不应赔偿。即便以后因证据不足或者其他原因被释放，也不应影响当时拘留的合法性，当然也不存在国家赔偿的问题。如在林莉莉与上海市公安局黄浦分局、上海市公安局错误刑事拘留【(2020)沪 02 委赔 41 号】一案中，黄浦公安分局初步认定林某某涉嫌寻衅滋事罪，对其采取刑事拘留措施，后续黄浦公安分局以“不构成犯罪”为由，对其予以释放，林莉莉不服，提出申请国家赔偿。最终法院认为，因当时有证据可证明林莉莉有犯罪嫌疑，即使后续证明没有犯罪事实，公安对其刑拘也并无不当，并未支持其要求赔付侵犯人身自由赔偿金的赔偿请求。

笔者认为，从有利于受害人的角度考

虑，对于违法刑事拘留的认定应采用结果违法认定标准，即只要结果造成了违法刑事拘留，则应对受害人进行赔偿。如当事人被刑拘后又被证明“没有犯罪事实”，说明公安机关实施刑事拘留时可能没有证据证明其有犯罪事实；或者对嫌疑人虽然有一定证据，但不充足，或者仅凭这些证据不能确凿无误地证明嫌疑人有罪。无论基于何种原因，公安机关使没有实施犯罪行为或没有充分证据证明实施了犯罪行为的人被羁押、剥夺人身自由，使公民遭受了不应遭受的侵害，就应该得到赔偿。即，错误刑事拘留实行的是无罪羁押赔偿，只要对犯罪嫌疑人、被告人无法定罪，一旦羁押就应给予赔偿。

如陈某、刘某申请桐庐县公安局违法刑事拘留国家赔偿【最高院、最高检察院 2018 年发布的 8 起刑事赔偿典型案例】一案中，因行车发生纠纷，杨永平叫来陈伟国、刘钱德等人，将胡群力等人打致轻伤、轻微伤。陈伟国、刘钱德被浙江省桐庐县公安局刑事拘留。两天后警方以证据不足为由解除对二人的刑事强制措施，并撤销



刑事立案。最终，法院认为，桐庐县公安局刑拘二人的主要证据不足，应当承担赔偿责任，判决公安局赔偿侵犯二人人身自由权4天的赔偿金。

本案的典型意义在于法院审查判断刑事拘留决定是否违法时，既要對办案机关采取强制措施的程序是否合法进行审查，也要对采取该强制措施的条件是否合法进行实质审查。笔者认为，如果当事人被刑拘后又被证明“没有犯罪事实”，可以依此认定系违法刑事拘留。否则，任由一个无罪之人身陷囹圄，任其身心状态、名声工作甚至家庭成员等受到侵害，却不对其开放救济渠道，这不符合社会主义法治国家的理念，也不符合习总书记“让人民群众在每一宗司法案件中都感受到公平正义”的理念。

这个问题的焦点最终落在保护公民合法权益和实现社会秩序管理之间如何平衡的问题，笔者认为还是要坚持“以人为本”，在错抓和“放纵”之间，法治要选择“放纵”，否则不仅会严重侵害无辜当事人的合法权益，也会使公安机关放松对刑

拘措施的必要性审查。遗憾的是，司法实践中多数更倾向于行为违法认定标准，这样显然更利于公安机关及时决断，同样也避免了大量因证据不足无法起诉的案件面临国家赔偿的问题。

三、被逮捕后又作撤案处理

我国刑事诉讼法iv对逮捕条件设置了严格条件，随着相应法律规定越来越完善，人民检察院错捕的情况越来越少。但是如果出现错捕，即逮捕后案件被撤销、不起诉或者当事人判决宣告无罪而终止追究刑事责任，当事人是可以向检察机关申请国家赔偿。

在蒙庆争申请青秀区人民检察院无罪逮捕国家赔偿【最高人民法院、最高人民检察院2016年公布刑事赔偿典型案例之案例二】一案中，因蒙庆争涉嫌盗窃罪被刑事拘留，后被检察院批准逮捕，最后青秀区人民检察院以事实不清、证据不足为由，决定对蒙庆争不起诉。之后，蒙庆争以无罪逮捕被错误关押为由，向青秀区人民检察院提出国家赔偿申请，最终法院判定检察院支付蒙庆争人身自由赔偿金

55992.51 元。

结语：

国家权力的行使涉及社会生活方方面面，公权力非法行使给相关方造成损害就应予以赔偿。而对错误刑事拘留的认定标准，难免会有不同意见，但无论如何，有权利就有保护，有权力就有制约，有损害就有救济。此外，司法实践中，国家赔偿的背后往往涉及相关办案单位和办案人员的责任追究，因此准备提起申请时，一定要准备好充分的事实依据和法律依

据。

陶凯元大法官曾提到，人民法院在案件审理中需维护社会公平正义的防线，而国家赔偿审判作为所有司法程序最后的审理程序，更需找准人民至上的着力点和突破口，承担起维护司法内部最后一道防线的任务。希望我们的司法环境能够继续坚持“人民至上”，这不仅是加强人权法治保障、促进严格执法公正司法的重要体现，也是对执法司法权力运行的制约监督



赵璐宏

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、合同纠纷

联系方式：18089390623

ⁱ **《国家赔偿法》第十七条** 行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

（一）违反刑事诉讼法的规定对公民采取拘留措施的，或者依照刑事诉讼法规定的条件和程序对公民采取拘留措施，但是拘留时间超过刑事诉讼法规定的时限，其后决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的；

（二）对公民采取逮捕措施后，决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的；

（三）依照审判监督程序再审改判无罪，原判刑罚已经执行的；

（四）刑讯逼供或者以殴打、虐待等行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的；

（五）违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的。

第十八条 行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

（一）违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的；

（二）依照审判监督程序再审改判无罪，原判罚金、没收财产已经执行的。

第十九条 属于下列情形之一的，国家不承担赔偿责任：

（一）因公民自己故意作虚伪供述，或者伪造其他有罪证据被羁押或者被判处刑罚的；

（二）依照刑法第十七条、第十八条规定不负刑事责任的人被羁押的；

（三）依照刑事诉讼法第十五条、第一百七十三条第二款、第二百七十三条第二款、第二百七十九条规定不追究刑事责任的人被羁押的；

（四）行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关的工作人员与行使职权无关的个人行为；

（五）因公民自伤、自残等故意行为致使损害发生的；

（六）法律规定的其他情形。

ⁱⁱ **《刑事诉讼法》第九十一条** 公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后的三日以内，提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，提请审查批准的时间可以延长一日至四日。

对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至三十日。

ⁱⁱⁱ **《刑事诉讼法》第八十条** 公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留：

（一）正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；

（二）被害人或者在场亲眼看见的指认他犯罪的；

（三）在身边或者住处发现有犯罪证据的；

（四）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；

（五）有毁灭、伪造证据或者串供可能的；

（六）不讲真实姓名、住址，身份不明的；

（七）有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。

^{iv} **《刑事诉讼法》第八十一条** 对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审尚不足以防止发生下列社会危险性的，应当予以逮捕：

（一）可能实施新的犯罪的；

（二）有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的；

（三）可能毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串供的；

（四）可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的；

（五）企图自杀或者逃跑的。

对有证据证明有犯罪事实，可能判处十年有期徒刑以上刑罚的，或者有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚，曾经故意犯罪或者身份不明的，应当予以逮捕。

被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反取保候审、监视居住规定，情节严重的，可以予以逮捕。

律师在企业合规管理中如何发挥作用？

作者：符天山



一、企业为什么要合规？

近年来，我国各领域立法工作开展如火如荼，法律体系日渐完备，商业趋利性与法律边界的冲突日益凸显，如何让商业在法律边界内自由航行是企业家应当着重考虑的问题。法律似一张巨型的网，将商业规制在网内，如果企业不知所在行业的法律规范，无法做到外规内化，恐跌入违规或犯罪的深渊。

合规风险是指企业及其员工因不合规行为，引发法律责任、遭受相关处罚、造成经济或声誉损失以及其他负面影响的可能性。企业合规的基点是商业趋利与法律边界，商业活动的本质是趋利的，纯粹商业是以利益为导向的，商业模式和盈利模式会不断地趋同，这是原始商业模式的形态。

二、企业合规 VS 刑事合规

企业合规：指企业及其员工的经营管理行为符合法律法规、党内法规、监管规定、行业准则和企业章程、规章制度以及道德准则、商业习惯、国际规则、自我承诺。

刑事合规：美国将其称为“合规计划”，德国将其称为“刑事合规”、“行政合规”，我国高检最后定的名字为“企业合规”。

刑事合规是德国的一个称谓，实际上不仅包括刑事法律，还包括行政法律，行业的准则甚至商业伦理。

从这个意义上来说，刑事合规如果往深理解就会产生误解和误导。经过反复思考，最高检的文件中采取的名字叫做企业合规。（来自：中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长、博士生导师樊崇义）

三、依据什么来开展企业合规管理

国务院国资委《指引》：关于印发《中央企业合规管理指引（试行）》的通知，国资发法规〔2018〕106号，2018年11月2日实施

（一）合规管理：是指以有效防控合规风险为目的，以企业和员工经营管理行为为对象，开展包括制度制定、风险识别、合规审查、风险应对、考核评价、合规培训等有组织、有计划的管理活动。

（二）指引的主要内容包括：

1、运行机制内容：

第四章 合规管理运行

第十七条 合规管理制度，合规行为规范。

第十八条 合规风险识别预警机制。

第十九条 合规风险应对。

第二十条 合规审查机制。

2、保障机制内容：

第五章 合规管理保障

第二十三条 合规考核评估。

第二十四条 合规管理信息化建设。

第二十五条 合规管理队伍建设。

第二十六条 合规培训机制。

第二十八条 合规报告机制。

第二十七条 培育合规文化。

四、合规管理的价值：积极防控风险+正向价值引导

（一）赢得全球商机。没有合规就没有合作，“只和干净的伙伴做生意，只赚干净的钱”已经成为全球一流企业的共识。合规体系建设，能够赢得全球伙伴信任，赢得全球商机。

（二）防控合规风险。合规体系是企业的免疫系统和“防火墙”。国内外的案例均表明，良好的合规体系建设能够有效区分单位责任和员工个人责任，避免员工个人违规行为向企业传导。同时，具有良好合规体系的企业，在受到监管机构的调查和处罚时，能够有效减轻或免除处罚

（三）为企业赋能。科学的合规体系能够协调整套企业内部系统，实现整

个企业遵循内外部制度的健康秩序，提高管理效能、节约管理成本，为企业降本增效

（四）保护管理人员。通过合规体系建设，实现不能腐、不敢腐、不想腐，诚信规范履职，避免个人责任，有效保证企业管理层的人身及职业安全。

（五）提高商誉吸引人才。为企业赢得良好的声誉和信任，赢得商业机会，使员工在良好的合规氛围中获得安全感，激发员工创造力。

（六）提升企业软实力。未来的商业格局，大公司更加重视商业伙伴管理，良好的合规体系更能加入高端的朋友圈。

五、合规计划是什么？

合规计划是以刑事激励和预防刑事法律风险为核心，预防企业法律风险。从

国家治理的角度来说，合规计划的核心在于给建立实施有效合规计划的企业以刑

事法律激励并预防犯罪为一个集中的目标和问题。

（一）狭义的合规主要是指刑事合规。从刑事合规这个角度或者国际的角度来谈合规，侧重于刑事激励措施和犯罪预防。从这个角度来讲，刑事合规的称谓是一个狭义方面的理解。

六、刑事合规计划的作用

（一）合规计划成为预防或发现违法犯罪行为后利用企业主动实施的内部自我管理、自我约束机制。

（二）合规计划包含两个方面的内涵，一是鼓励企业为预防犯罪而建立的一整套防范机制，也就是设计合规体系。二是设计后实施有效的合规计划，通过履行合规承诺换取刑事处罚的从轻处罚、从宽处

（二）广义合规涵盖了从商业的伦理到民事责任、行政责任再到刑事责任的规范，层层递进，最终以刑事责任为依据和核心。从企业角度来讲，合规计划在结构上是开放的，多密度的建构以刑事法律和其他法律、经济学、管理学等多学科交融的风险防范和公司治理体系。

罚，及涉罪后以合规承诺为条件的刑事激励机制。

（三）通过贯穿企业犯罪的事先预防，事中刑事诉讼与量刑以及事后惩罚和损害后果的恢复，合规计划被广泛应用于企业的犯罪预防、追溯和惩处活动，也就是可以作为践行从轻处罚，可以大幅度的减刑，甚至成为对企业暂缓起诉。

七、律师在服务企业合规中的作用

（一）律师是企业制定制度规范的指导者、企业员工的培训师。企业合规也好、合规计划也好，刑事合规也好，现在叫得

也比较混乱，即使最高检把这个叫做企业合规，究竟它的内容是什么？企业内部要做什么，我们司法机关要做什么？我们的

律师服务到什么程度，从哪个方面来进行服务？

（二）律师工作内容：

1、从法律人的角度，帮助企业建立以基本制度、重点领域合规指南、操作手册等为主体的分级分类合规管理制度体系。

2、和侦查机关交涉时，主动提供企业合规建设的相关制度、文件、员工手册、合规培训等文件，律师是参与第三方监管的重要主体。

原最高检检察长张军指出：“企业的合规承诺想要落实落地，就必须建设好、

使用好第三方监管机制。”第三方监管机制的建立，是应对企业合规体系多元化挑战与补足检力资源的重要举措。

目前，以律师等第三方主体参与的监管模式，已经成为检察机关推进涉罪企业进行合规建设的基本选择。根据《指导意见》的规定，作为涉罪企业合规不起诉制度中的重要参与主体，第三方监管人的职责是在设定的考察期内对涉罪企业合规建设、制度整改和执行情况进行监督和评估。

八、合规不起诉的犯罪处罚理论

我国刑法对单位犯罪实行“双罚制”，即在企业犯罪中，既要处罚涉罪企业，又要处罚主要管理者或主要责任人。但从司法实践的情况看，在涉及单位的刑事案件中，往往重在追诉主要管理者或主要责任人，真正追诉单位的数量较少。主要原因是证明个人行为属于企业犯罪的难度较

大，单位犯罪的追究最终演化为只追究涉罪的个人。

中国大部分企业的治理结构未完全实现公司所有权和管理权的分离，家族式的企业管理模式盛行，导致在涉罪后难以区分犯罪主观方面是源自单位意志或个人意志，企业与企业家犯罪相互勾连。如果采用“放过企业不放过企业家”的治罪

方式，企业刑事合规的考察整改难以实现预期效果。

当前试点改革对企业和个人同时适用涉罪合规不起诉制度，实际是基于中国企业治理结构现状考察后的结果。但也因

此引发了学界以企业刑事合规对自然人出罪正当性的质疑，例如，有观点认为，对自然人同时适用涉罪企业合规不起诉制度与罪责刑相适应的基本刑法原则相背离。

九、合规不起诉的司法实践情况

中小微企业是否可以适用涉罪企业合规不起诉制度。从已有的经验来看，企业合规计划的建立往往需要花费巨大的成本，不可避免地会给公司业务和效益带来负面影响。

根据调查数据显示，中国企业类商事主体超过 4100 万家，但其中资金规模在 5000 万以上的企业只有 36.81 万家，只占企业总量的 8.9%。中国 99% 以上的企业均是营业规模在 5000 万元以下的中小企业，还有 8000 万家以上个体工商户。可见，中小微企业数量占据市场经济企业数量的绝大多数。

司法实践中，大量的企业犯罪案件都是中小微企业为获取更高额的经营利润，铤而走险以身试法。尤其是在从小到大的发展阶段，随着企业经营规模的扩大，业务板块和交易渠道的增多，为争取市场份额获取市场地位，非良性竞争可能产生相应的风险并极易诱发违法犯罪。而一旦被追究刑事责任，往往连带对其主要负责人采取羁押性强制措施或最终定罪量刑，这可能导致企业的停产、倒闭。因此，对中小微企业推行合规计划，既有现实基础也有实践需要。

结语

“强监管”时代，合规成为企业的必经之路。企业合规的基点，是商业利益与法律边界的平衡，商业的盈利模式均应在法律边界内。企业合规，在市场交易、安全环保、产品质量、劳动用工、财务税收、知识产权、商业伙伴各个方面都有者积极的正向作用。

合规带给企业的益处从未终止：正常经营时，企业合规可以在民商事活动中，降低来自合作方的损害风险，亦可以减少和避免行政监管机构的行政处罚。在关键时刻，阻却员工犯罪向单位犯罪的扩延；发展壮大时，企业合规可以为历史违规事件找寻回旋的余地；刑事追究时，刑事合规可以助力企业免受刑事处罚。



符天山

上海七方律师事务所刑事合规部研究员

国家二级心理咨询师

业务方向：刑事

联系方式：13386280211

被吊销营业执照后股东未清算要负连带清偿责任吗？

作者：苏峰琴

有限公司被吊销营业执照后，作为公司工商登记的小股东，若未参与公司经营管理，也未在公司被吊销营业执照后清算，对公司债权还需承担连带清偿责任吗？本文试以一则判决引出司法实践中对清算义务人课以连带清偿责任的裁判思路，给小股东逃出生天以一线生机。

一、前言

近年来，司法实践中出现了一些乱象，发人们对清算义务人制度的合理性的激烈争论。

一批所谓的“职业债权人”从公司债权人处以超低折扣价大批量购进多年僵尸企业的旧账后，大举对僵尸企业提起清算责任纠纷之诉，请求有限责任公司的股东对公司债务承担连带清偿责任。一时之间，大量多年未实际经营的僵尸企业的股东本以为事隔多年，事过境迁，亏了投资款已是极限，没料到天降巨额债务，血汗钱被无情收割，“股东以出资额为限对公司债务承担有限责任”之法条与现实大相径庭，甚至出现仅出资几十万的小股东却要承担上千万元债务的极端个案。这无不引

一般来说，有限责任公司出现《公司法》第一百八十条规定的解散事由后，清算义务人应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组开始清算。有限责任公司的清算义务人为股东、实际控制人。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。债权人未申请的，股东也可以申请人民法院指定清算组进行清算。清算义务人因怠于履行义务导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清

算的，应对公司债务承担连带清偿责任。作为公司工商登记的小股东，若未参与公司经营管理，也未在公司被吊销营业执照

后组成清算组清算，对公司债权还需承担连带清偿责任吗？下面笔者试引用一则案例予以分析。



二、案例背景

力德公司由刘学文、吴斌于2011年8月1日发起成立，公司注册资本为200万元，其中刘学文认缴出资180万元，出资比例占90%，吴斌认缴出资20万元，出资比例占10%。该公司因未参加2012年度年检，于2013年11月11日被吊销营业执照，至今未成立清算组进行清算。

2011年9月，熔盛公司诉至安徽高新法院，要求力德公司支付货款约29万元。后该院作出民事判决书，判决力德公司应于本判决生效之日起十日内给付熔盛公司货款及逾期付款利息。判决生效后，因力德公司未按生效判决履行义务，熔盛公司向安徽高新法院申请强制执行。2020年

12月30日，该院出具执行裁定书，以力德公司暂无其他可供执行的财产为由，裁定终结本次执行程序。熔盛公司于2021年

向一审法院起诉，请求判令力德公司股东刘学文、吴斌对力德公司已生效判决书确定的未履行债务本息承担连带清偿责任。

三、裁判结果

一审经审理后判决公司二位被告股东刘学文、吴斌对力德公司所负债务向债权人熔盛公司承担连带清偿责任。小股东吴斌不服提起上诉，主张其未参与公司经

营管理，无需对力德公司对熔盛公司的债务承担连带清偿责任，二审法院经审理后裁定驳回上诉，维持原判。【注：案例见（2022）浙02民终4577号判决书】

四、律师分析

一审法院裁判主要依据是《中华人民共和国民法典》第七十条、第一百八十八条、《中华人民共和国公司法》第一百八十三条，以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第七条、第十八条第二款：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。”

该条规定的是清算义务人怠于履行清算义务应承担的对债权人的侵权责任。其适用的法理基础是法人人格否定理论和侵害债权理论。因此，清算义务人承担上述清偿责任，应符合以下构成要件：一，清算义务人客观上有怠于履行清算义务的行为，即在公司解散后未在法定时间内组成清算组开展清算或拖延清算导致未在法定时间内完成清算事务；二，清算义务人怠于履行的行为造成了公司主要财产、帐册、重要文件等灭失，导致无法进行清

算，造成公司债权人的债权无法清偿，即造成了债权人损失的后果；三，清算义务人怠于履行清算义务的行为与债权人的损失之间具有法律上的因果关系；四，清算义务人存在过错。

一审法院从以下四点推论并最终判决二名股东应对熔盛公司的债权承担连带清偿责任：第一，力德公司系有限责任公司，刘学文、吴斌系力德公司的登记股东，符合清算责任主体的相关规定。第二，刘学文、吴斌存在怠于履行义务的情形。第三，刘学文、吴斌怠于履行清算义务的行为已产生力德公司无法进行清算的后果。第四，刘学文、吴斌怠于履行清算义务造成公司的财产和负债范围无法确定，债权人的债权无法得到清偿，存在因果关系。对于主观过错，一审法院根据举证责任倒置的原则，刘学文、吴斌作为力德公

司股东应举证证明其对于未在法定期限内展开清算活动不存在过错，否则即具有过错。

一审判决后，作为小股东的上诉人吴斌不服判决提起上诉，主张其仅是替另一大股东刘学文代持力德公司股份，其未参与公司经营管理，不应对公司债务承担连带清偿责任，请求改判或发回重审。二审法院维持原判的依据则是认为公司清算义务是公司股东的法定义务，不因股东是否参与公司实际经营而免除，对于股东怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法清算的，应对公司对外债务承担连带清偿责任，故对吴斌主张其未参与公司经营管理，故无需对力德公司对熔盛公司的债务承担连带清偿责任不予支持。

五、结语

《九民会议纪要》在认定清算义务人是否需要承担清算赔偿责任时加入了股

东客观履行能力和主观过错这两个因素，这样可以避免公司实际经营过程中不同

股东管理权限及参与管理程度不一时权利义务不对等的情况，对未参与公司实际管理的小股东或没有能力进行清算的股东来说可以避免被苛以过重的清算义务。

本案中小股东未参与经营管理是否必然导致其不具备清算的客观履行能力，进而得以主张免于承担连带清偿责任，这是本案中上诉人以及二审法官都未予以重点阐述论证的，仅在一审时指出其为公司监事，又实际出资，故不认可其未参与经营管理，二审法官则认为清算义务是公

司股东的法定义务，不因股东是否参与公司实际经营而免除。本律师认为，除有相反证据外，只要小股东并非公司董事会或监事会成员，也无选派人员担任该机构成员的情形，就足以起到证明其从未参与公司经营管理的证明力。若小股东能够举证证明其怠于履行清算义务与公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算的结果之间没有因果关系，主张其不当承担清算责任的，人民法院应予以支持。



苏峰琴 律师

上海七方律师事务所 合伙人

徐家汇街道村居法律顾问

七方律师事务所家事法律服务中心律师

业务方向：婚姻家庭事、刑事辩护、企业法律
顾问

联系方式：18001698515

从一元转让股权看天下第一村兴衰

作者：袁梦

日前，华西股份发布公告称，实控人华西村村委会拟将江苏华西集团有限公司（简称“华西集团”）80%的股权以1元的价格转让给江阴联华优化调整产业投资合伙企业（有限合伙）（简称“联华基金”）。自此，华西股份的实控人由华西村村委会变更为江阴市国资办。

一、“天下第一村”的传奇故事

二十世纪七十年代之前的华西村，是连温饱都勉强的著名“贫困村”。667口人只有800亩耕地，人均年收入只有53元。1961年吴仁宝担任华西村村支书以来，恰逢三年困难时期，村民生活雪上加霜。

改革开放后，华西村又相继建立了农机厂、纺织厂、塑料厂等多个产业。自此，华西村在吴仁宝的带领下，乘上改革开放的东风，开始了实业发展的道路。这条道路走得风风火火，1999年，华西村股份公司作为中国第一家农村经济综合开发的上市公司挂牌上市，“天下第一村”的名号打响。二十一世纪初，华西村村民人均固定资产超百万，全村GDP过百亿，人均GDP甚至超过北上广。

三年灾害过去，华西村的贫困状态并未迎来改善，这让吴仁宝意识到，土里刨食无法改变华西村的贫困，村子想要发展，只能依靠发展工商业。1969年，吴仁宝冒着特殊年代背景下被处罚的风险，在村子里搞了一个五金工厂。没想到工厂被发现后，领导认可了华西村生产自救的方式，大力称赞了村民们的劳动精神。

2007年，华西村每家每户出资1000万元，开始建设农村的摩天大楼。大楼建成高328米，在当时能排在世界第15位。

大楼内部放置一头重达一吨、纯金打造的金牛。这一切都在彰显着“天下第一村”的富庶。

然而，2013年，吴仁宝肺癌去世。吴仁宝带领华西村用了三十年时间，从贫困小乡村，发展到“天下第一村”。而从每

家每户都有万贯家财的华西村神话，到如今村委会放弃了华西股份的实际控制权，只用了十年。恰好是吴仁宝去世的第十年。

华西股份公告一经发出，1元的股权转让价格引发资本市场关注，除此之外，本次事件还关涉一些法律问题。

二、问题一：1元转让股权合法吗？

新闻里有人提出疑问——个人可以1元转让股权吗？这并非如提问者所说是一个经济问题，而是一个法律问题。事实上，1元或0元转让股权在实务中并不罕见。为实现控制权集中、股权激励计划、股权架构调整、继承、激励等目的，公司股东会产生无对价转让股权的需求。现行法律中对国有企业的资产转让进行了限制，要求履行相应的资产评估手续，但非国有企业的股权转让并未进行约束。

在(2021)沪01民终587号案件中，法院判决认可了1元转让股权的效力，“因股权转让款系双方协商确定，且公司股权的价值因素的参考因素不仅包括公

司的净资产，还同时需考量公司的盈利能力、公司所处行业以及未来的发展等因素，双方当时按照1元对价确定股权转让价款并未违反法律强制性规定，故王骏卿认为双方约定的股权转让对价违反法律强制性规定的意见，不予支持，且也已有生效判决认定上述《协议》无证据证明王骏卿系受胁迫签订。”

笔者认为，虽然有些交易相对方会以转让价格与实际价值不符、显失公平等理由提出抗辩，请求否认股权转让行为的效力。但股权转让属于公司股东对个人所有财产的处置行为，只要当事人意思表示真实，并未违反法律、行政法规的强制性规

定，未侵犯国家、公司、其他股东或债权人的合法权益，则即使股权以极低的对价进行转让，交易行为也合法有效，并不会因低价转让的原因认为股权转入无效。

三、问题二：1 元转让股权是否损害公司债权人利益？

股东转让股权时，首先需要考虑是否会因此转让行为承担法律责任。有观点认为，股东 1 元转移股权，是属于公司法第二十条第三款规定的滥用公司法人独立人格和股东有限责任、损害债权人利益的行为。

在（2017）最高法民终 87 号判决中，对于红嘴集团以 0 元对价转让股权，是否构成恶意转让股权，逃避公司债务这一问题，法院认为，股权是股东个人财产，而非公司的财产，股东无对价转让其持有的股权，并不会直接影响公司财产。因此，红嘴集团转让股权的行为是股东对自有权利的处分，并未导致公司财产的减少进而影响公司的债务清偿能力，损害到公司债权人的利益。

笔者认为，在公司人格与股东人格不存在混同的情况下，股东转让股权是股东对自有权利的处分，仅影响股东自身的权益，对公司财产和其对外偿债能力并不产生直接影响，且股权转让价格的高低在一定程度上反映的是公司经营状况，因此，股东不因低价转让公司股权而对公司债务承担连带清偿责任。

四、问题三：1 元转让股权是否属于赠与？

法律赋予赠与人任意撤销权，即赠与人在赠与财产的权利转移以前，无需任何理由均可撤销赠与的权利。那么以 1 元或 0 元这种几乎无对价的形式转移股权，究竟是否属于赠与，将会对合同双方产生一定的影响。

有少数法院认为 1 元或 0 元并不属于实际意义上的对价，因此股权转让行为实

际上属于赠与行为。比如（2019）粤 03 民终 23942 号判决书中，深圳中院认为，“杨光受让彭俊清所持有的天之眼公司的 7% 的干股权，仅需支付一元，故双方对股权的转让并未约定实质上的对价，原审认定双方当事人之间的合同为赠与合同正确。至于合同约定股权受让方需引进公司资本、不参与公司经营管理等内容，系对赠与约定的义务。若杨光违反上述合同约定的义务，彭俊清有权行使合同撤销权。”但此案与其他类案稍有区别，1 元对价的《股权转让协议》签署之前，协议双方也签署了含有赠与约定的《干股转让协议》，虽然以新的协议为准，但也可能对判决结果产生影响。

另有法院认为即使股权对价约定为 0 元，也不能证明协议没有其他形式的对价，因此不能认定为赠与行为。比如（2014）沪一中民四（商）终字第 1597 号判决书中，上海一中院认为，“系争合同的名称及其内容均显示为股权转让，故在无其他

相反证据的情形下，应当认定合同性质为股权转让。而合同中约定的股权转让价款为 0 元，亦并不当然表示陶俊无偿取得涉案股权，即不能排除陶俊以系争合同未明确的其他方式支付了对价。现天凯投资公司、天凯置业公司上诉称合同的实质为赠与，但无证据证明双方当事人之间存在赠与股权的意思表示。因此系争合同应当以股权转让合同进行定性。”

笔者认为，转让股权能否认定为赠与，应当首先审查形式要件，即双方在协议中或其他沟通过程中明确赠与合意。形式要件满足后，再通过是否实缴了出资款、是否因受让行为支付其他对价等，来判断实质上是赠与行为还是转让行为。但通常情况下，一方面不能通过 1 元来认定没有其他对价，另一方面，股权不同于不动产或其他财产权利，受让股权并不一定意味着资产的增加。因此，无特殊情况 1 元转让股权的行为不宜认定为赠与行为。

五、结语

民营企业股东选择1元转让股权，只要是双方真实的意思表示，除通用的无效情形外，往往不会由于1元对价而被认定为无效。在公司人格与股东人格不混同的情况下，股东也无需担心低价转让股权会导致自己承担额外的连带责任。

然而，1元转让股权的行为通常不会被认定为赠与行为，股东不享有任意撤销权，因此还是要慎重决定无对价转让股权。不仅如此，从财税角度来讲，无对价转让股权可能不利于企业整体税务筹划，具体还需咨询专业的税法律师进行整体规划。



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：18116030295



比例原则在意外保险合同中的适用

作者：管杰

保险事故发生后，保险公司在一些事故原因尚有疑点，存在较大争议的情况下，对于受益人的理赔请求，有时会给出“多因事故应适用比例原则，不作全额理赔”等的意见，本文就来谈一谈什么是意外保险合同中的比例原则？比例原则的适用情形及应对建议。

一、什么是比例原则？

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（三）第二十五条的规定，“被保险人的损失系由承保事故或者非承保事故、免责事由造成难以确定，当事人请求保险人给付保险金

的，人民法院可以按照相应比例予以支持。”比例原则正是出自此条规定，在意外保险合同纠纷中，由于事故发生的偶然性、突发性及不确定性，很多时候事故的真正原因难以还原，在通常合理的解释下，可能出现多种原因，都可能成为事故



发生的原因。在多种可能性中存在非承保事故、免责事由的情况下，法院为了平衡保险人和被保险人之间的权利，可以作出双方根据一定的百分比各自承担责任的裁决，也就是说保险人可以不用全额理赔，而是可以仅赔偿保险金总额的一部分。

二、比例原则在意外保险纠纷中如何适用？

虽然比例原则赋予了法院在事故原因不明且存在多因情况下的酌情裁量权，但并不意味着任何意外保险纠纷都可以以事故原因存疑为由全部得以适用比例原则，进行不足额理赔。下面我们通过真实案例来梳理一下比例原则的适用条件。

【案例简介】

程某作为投保人在保险公司处投保了老年人全年综合意外险，被保险人为李某某，保险期间自 2017 年 8 月 26 日起至 2018 年 8 月 25 日。保障方案中意外身故保险金 30 万元。2017 年 10 月 21 日，程某在过度疲劳影响安全驾驶的情况下驾

驶皖 BXXXXX 号小型轿车，行驶过程中车辆前部右侧与道路右侧护栏发生碰撞，造成李某某受伤诱发急性心力衰竭抢救无效死亡、程某受伤及车辆损坏。后公安局交通管理警察大队出具《道路交通事故认定书》，认定程某负全部责任，李某某不负责任。2017 年 10 月 22 日，医院出具居民死亡医学证明（推断）书，载明：死者姓名李某某，死亡日期 2017 年 10 月 21 日，死亡原因创伤后心源性猝死。2017 年 10 月 25 日，司法鉴定中心受公安局交通管理大队的委托，对李某某的死亡原因（尸体解剖）进行鉴定。2017 年 11 月 16 日，司法鉴定中心出具[2017]尸鉴字第 430 号司法鉴定意见书，鉴定意见载明：

“死者李某某的死亡原因系冠心病导致急性心力衰竭死亡，车祸外伤为心力衰竭的诱发因素，本次车祸与急性心力衰竭之间存在一定因果关系。”

法院认为，结合上述鉴定意见，本次交通事故应属于保险条款中约定的“意外”，但该意外并非导致被保险人李某某死亡的“直接、完全原因”，其对被保险

人李某某的死亡仅具有部分的原因力。根据相关法律规定，被保险人的损失系由承保事故或者非承保事故、免责事由造成难以确定，当事人请求保险人给付保险金的，人民法院可以按照相应比例予以支持。因此，综合考虑被保险人李某某的年龄、身体状况、本次交通事故受伤程度以及死亡原因，认定在本次事故中，保险公司应承担意外身故保险责任 50%的保险金给付义务，即应支付程某保险金 15 万元。最终法院判决保险公司向程某支付 15 万。



【律师解析】

笔者认为，该案之所以适用比例原则，主要在于尸检的鉴定意见书中“死者李某某的死亡原因系冠心病导致急性心力衰竭死亡，车祸外伤为心力衰竭的诱发因素，本次车祸与急性心力衰竭之间存在

一定因果关系。”的结论。从该结论可以看出，首先被保险人的死亡并非车祸直接撞击导致，而是急性心力衰竭。因意外车祸受伤显然是造成急性心力衰竭的最大可能性之一，但确实无法排除因疾病原因造成急性心力衰竭。但本案法院适用比例原则仅判决保险公司承担意外身故保险责任 50%的保险金这一点，笔者认为偏低，在保险公司无法证明被保险人身体状况极易在事故发生时出现心力衰竭的情况下，仅凭被保险人的年龄、身体状况、本次交通事故受伤程度将疾病（即非承保事故）可能性与高度盖然的意外可能性认定为各 50%，比例偏低。

笔者认为，适用比例原则应当注意以下几个方面：

1、保险公司应当对于符合非承保事故、免责事由的可能性进行初步证明，该可能性也应当在符合普通人认知的合理范围及程度之内。最高法院民二庭编著的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（三）理解与适用中指出，“需要注意的是，本条应以损

失发生的原因存在争议，且争议的原因存在承保事故与非承保事故，或者承保事故与免责事由之争为适用条件，故不免除保险人对免责事由存在的举证责任。”同时，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）第四条也规定了，“保险人主张不符合承保条件的，应承担举证责任。”综上笔者认为，适用比例原则，前提是应当有证据表明存在“多因”，在受益人提供有明确证据（如尸检鉴定结论、交通事故认定书等）证明事故是承保范围内的原因造成时，如果保险公司没有任何证据能够初步证明存在非承保事故、免责事由，仅凭保险公司的推测和质疑，不应当直接适用比例原则。不能将比例原则作为保险公司逃避或减轻其承担理赔责任的兜底借口。

2、要成为“多因”之一，该因素应当与其他因素相互独立，任何一个原因都可以导致事故发生，无需依赖于其他原因。本案中死因鉴定是心力衰竭，所以无法完全排除心脏疾病直接导致心力衰竭的可能性，因为心脏疾病也是心力衰竭的独立、

直接因素之一。但是如果死因是车辆撞击致死，那心脏疾病就不属于导致死亡的独立直接因素，必须要有证据证明心脏疾病引起驾驶失控导致车辆撞击，才能证明有“多因”，仅证明有心脏疾病不能作为“多因”之一。

3、对于被保险人自杀这种依法明确由保险公司承担举证责任的免责事由应当达到高度盖然性的证明要求。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（三）第二十一条规定，“保险人以被保险人自杀为由拒绝承担给付保险金责任的，由保险人承担举证责任。”从保险合同各方权利对等的角度来说，由于自杀是保险法第四十四条明确规定的保险人的免责情形之一，司法实践上即使保险人未尽到对该免责条款的提示说明义务也仍可据此拒绝理赔，因此，保险人在证明被保险人自杀的时应当承担举证责任及举证不足的不利后果。（2020）豫民申 7712 号案中，根据负责处理保险人死亡事故的公安分局卷宗中显示，被保险人在事发前一天让人给其购买汽油，在

当天事发前给朋友打电话并发送汽油图片，且发出“最后几分钟啦，终于放松啦”配图人民币的朋友圈，再结合当天事发前被保险人朋友报警称被保险人称因欠债1亿要自杀的事实分析，被保险人系自杀身亡具有一定可能性，但因公安机关调查后

未作出确定结论，法院最终判决保险公司按照 20%的比例向受益人给付保险金。该案中，确实有被保险人对外暗示自杀的证据及其他辅助证明形成高度盖然性的证据链条，法院才在没有公安机关认定自杀的结论的情况下适用比例原则。

【律师建议】为预防和避免理赔时法院适用比例原则而造成无法足额理赔，应注意以下几点：

1、谨慎对待专业部门出具的所有事故证明材料，对于交通事故中的道路交通事故认定书或道路交通事故证明及尸检鉴定报告等结论不符实情、原因未明确或者表述中未确定单一原因的可以提出异议，并及时向有关部门申请复核或重新鉴定。

2、如被保险人事故身亡，受益人应当及时联系保险公司配合专业部门进行尸检，避免未通知保险公司未尸检的情况下直接火化尸体导致死亡原因无法确定，导致法院最终在死亡原因及受益人的过错方面做不利于受益人的推定。

3、对于和保险公司之间的所有沟通交涉应当保存相应书面或者录音录像等证据，搜集相关证明对于保险公司的拒赔理由进行反向举证，聘请专业律师介入调解或诉讼。



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
中国企业评价协会高级企业合规师

业务方向：公司股权纠纷
民商事合同纠纷、动拆迁补偿共有纠纷
联系方式：13816934907

办理上海户口约定服务期与违约金 条款效力分析及建议

作者：李华平



2020年11月5日，上海市人民政府公布了《上海市人才引进申办常住户口办法》（沪府规〔2020〕25号）。上海市人力资源和社会保障局也印发了《上海市引进人才申报常住户口办法实施细则》（沪人社规〔2020〕27号），对相关适用对象、申报条件、申办材料等内容进行了进一步的细化与明确。上海为未来发展广纳英才，推出的人才引进政策更加积极、开放和有效。用人单位在引进人才办理了落户手续后，大都希望通过约定服务期的方式来留住人才。因办理上海户口而约定服务期和违约金约定的效力如何？本文将从司法裁判实践的角度来进行相应的分析，并提出一点建议供参考。



一、用人单位为劳动者办理上海户口，约定服务期和违约金的效力判定的 裁判实践。

1、2008 年 1 月 1 日前，用人单位为劳动者办理落户的，可以约定服务期与违约金。

《上海市劳动合同条例》第十四条规定，劳动合同当事人可以对由用人单位出资招用、培训或者提供其他特殊待遇的劳动者的服务期作出约定。

上海户口属于稀缺资源，落户上海成为“新上海人”，对很多来沪就业或创业人员有着相当的吸引力。因此，用人单位也往往把能为劳动者办理落户手续作为一项特殊待遇，向非上海户籍劳动者提供，广受青睐。同时，为了留住人才，用人单位往往会和劳动者约定服务期和违约金。

关于用人单位为劳动者办理上海户口是否属于提供特殊待遇的问题，上海市高级人民法院有过相应的解答口径。

《上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答》（沪高法民

一【2006】17号)第七条规定:用人单位为其引进的部分非本市户籍人员办理本市户籍,可约定其为特殊待遇。当事人通过书面合同约定,明确将用人单位为引进人员办理本市户口作为特殊待遇,并据此设定服务期和违约责任的,劳动争议处理机构可予以确认。服务期期限和违约金数额应当合理确定,审理中发现所设定的服务期期限和违约金数额不合理的,可以根据当事人的具体违约原因、违约程度酌情调整。

由此可见，在 2008 年 1 月 1 日《劳动合同法》施行之前，上海的司法实践中，用人单位为劳动者办理落户是可以约定服务期和违约金的。而且，违约金的数额并不是补偿性质的，而是带有一定的惩罚性。违约金的数额是由双方自行约定的，当违约金约定数额不合理的，法院可以行使自由裁量权予以调整。

2、2008年1月1日起，用人单位为劳动者办理落户约定服务期与违约金的，主流观点倾向于认定为约定无效。

《劳动合同法》第二十二条规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用，用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。针对用人单位为劳动者办理落户手续，能否约定服务期和违约金问题，存在争议。

一种观点认为，用人单位只有在对劳动者进行专业技术培训，且提供了专项培训费用的情形下，才可以和劳动者约定服务期，其他情形用人单位均不得与劳动者约定服务期。用人单位为劳动者申报落户手续，并不属于可以约定服务期约定的情形。因此，用人单位和劳动者即使约定了服务期和违约金，也属于违反法律、行政法规强制性规定而属

于无效条款。即，自 2008 年 1 月 1 日《劳动合同法》施行之日起，用人单位为劳动者提供办理落户而设定服务期和违约金的，该约定无效，劳动者无需履行服务期约定和承担违约责任。从笔者检索的相关司法裁判案例来看，持该观点的占主流。



另一种观点则认为，《劳动合同法》第二十二条规定的内容属于授权性规范，即授予用人单位可以自行决定是否通过对劳动者进行专业技术培训的方式约定服务期，但无法据此推出对劳动者进行专业技术培训是实现约定服务期的唯一方式。用人单位向劳动者提供了正常劳动报酬之外的额外待遇，劳动者从中获益后，自愿让渡一定期限内的辞职权，向用人单位承诺服务期限，使得双方付出对价的期待利益不致落空，

符合公平、平等自愿、协商一致的原则。上海户口属于稀缺资源，具有相当的经济价值，用人单位引进人才申办户口属于提供特殊待遇，用人单位和劳动者约定的服务期和违约金条款有效。但是，从笔者检索的相关裁判案例来看，支持此观点的裁判文书极少。

3、2009年3月3日起，上海裁判口径对可以约定服务期和违约金的情形有实质性的突破。

2009年3月3日，上海市高级人民法院发布《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》（沪高法【2009】73号）（简称《沪22条》）。

《沪22条》中第7条规定：用人单位给予劳动者价值较高的财物，如汽车、房屋或住房补贴等特殊待遇的，属于预付性质。劳动者未按照约定期限付出劳动的，属于不完全履行合同。根据合同履行的对等原则，对劳动者未履行的部分，用人单位可以拒绝给付；已经给付的，也可以要求相应返还。因此，用人单位以劳动者未完全履行劳动合

同为由，要求劳动者按照相应比例返还的，可以支持。

根据上海市高级人民法院《沪22条》的规定，用人单位向劳动者提供较高价值财物的，可以和劳动者约定相应的期限，这实质上就是约定“服务期”。可以说，该裁判口径突破了只有提供专项培训才可以约定服务期的主流观点。客观上讲，该裁判口径具有相当的公平合理性，也符合诚实信用原则，具有积极意义。

同时，针对劳动者违反约定期限的责任承担问题，《沪22条》将用人单位提供的较高价值财物解释成为“预付性质的给付行为”，劳动者违反期限约定的，用人单位可以拒绝支付未履行部分的给付行为，已经给付的，可以要求相应返还。该违约责任的承担与《劳动合同法》规定的提供专项培训而违反服务期约定的责任承担规定几乎一致，即“用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用”。

遗憾的是,《沪 22 条》中在对较高价值的财物中,列举了汽车、房屋或住房补贴等特殊待遇,但并没有将具有较高经济价值的“上海户口”纳入属于特殊待遇的范畴。因此,用人单位和劳动者因为办理落户而设定服务期和违约金的,现行情形下并不能直接适用该裁判口径。



4、近年来,用人单位为劳动者办理落户手续引发违反服务期限约定争议的,判决劳动者需承担损害赔偿责任成为一种趋势。

经检索,近年来,劳动者违反办理落户而设定服务期和违约金的约定的,裁审部门往往裁判约定违约金条款无效,

但是改为劳动者需要承担一定的损害赔偿责任。

例如,(2019)沪 0115 民初 35927 号判决中,法院认为劳动者未遵守约定,客观上确系违反了承诺,有违诚实信用原则,该行为不可避免地对公司管理等带来不良影响,给公司造成了损害,劳动者存在过错,应当承担赔偿责任。关于损失的数额,鉴于劳动者的行为给公司所造成的损害后果难以以具体数字来衡量,故法院参考双方的约定,酌情确认劳动者应赔偿公司损失 10 万元。

(2019)沪 0116 民初 6092 号民事判决也认为,用人单位和劳动者在户口办理费用赔偿金的约定合法有效,应由双方自觉履行,劳动者已赔偿了公司办理费 150,000 元,应视为双方就办理费的赔偿和金额达成一致并实际履行,现劳动者要求公司返还缺乏法律依据。

判决劳动者无需支付违约金而是支付损害赔偿,需要用人单位来证明所造成的实际损失,但是实践中举证却是相当困难的。从检索的案例来看,裁审部



门一般都是参照双方的约定金额、结合承诺工作年限与实际工作年限、薪酬标准、过错程度等进行酌定。

二、事业单位与在编人员办理上海户口，约定服务期和违约金的效力判定的 裁判实践。

2018年11月13日，中共上海市委组织部、上海市人力资源和社会保障局共同颁布《上海市事业单位聘用合同管理办法》（沪人社规〔2018〕33号）（以下简称《聘用合同管理办法》）。《聘用合同管理办法》第十八条规定，聘用合同当事人可以对由聘用单位出资招聘、培训或者提供其他特殊待遇的受聘人员的服务期作出约定。这里明确约定服务期的情形有三种：出资招聘；培训；提供特殊待遇。这与《劳动合同法》规定不一致。事业单位的人事管理具有一定的特殊性，因此在实体上应当优先适用于聘用合同法律法规的规定，而非《劳动合同法》规定。

如前所述，上海市高级人民法院沪高法民一【2006】17号明确规定办理落

户，属于提供特殊待遇。因此，对于事业单位和在编人员就引进户口约定服务期和违约金的，应属于有效约定。当然，服务期和违约金的约定仍需遵循公平和合理性原则。

三、非上海生源应届高校毕业生落户，用人单位与劳动者约定服务期和违约金的效力判定的裁审实践。

每一年，上海市政府部门会公布关于非上海生源应届普通高校毕业生进沪就业申请本市户籍的办法。非上海生源应届毕业生能否落户主要是依据毕业生的毕业学校、学历学位、学习成绩、计算机水平、荣誉称号、科研创新等要素作为评分标准。主流观点认为，应届毕业生能否成功落户，主要是看自身是否足够优秀，与用人单位的关系并不大，用人单位仅仅是手续申报而已，如果用人单位据此为劳动者设定服务期和违约金既违反法律、行政法规强制性规定，又明显对毕业生不公平，应属于无效约定。庭审实践中也几乎是如此操作。

实际上，上海公布的关于非上海生源应届普通高校毕业生进沪就业申请本市户籍的办法中，也需要考虑用人单位的因素。比如用人单位为承担国家和上海经济社会发展重大项目而录用专业和行业匹配的毕业生的，评分中可以加分；用人单位为远郊地区教育、卫生、农业等社会公益事业单位的，也在评分中享有加分。既然要考虑用人单位因素，就可以说明落户上海并不是毕业生一己之力可以办成的，还需要用人单位满足相应的资质条件。有部分毕业生甚至恰好是利用了用人单位享有加分的因素才达到分数线的。但是，上海司法实践并没有考虑到用人单位在为非上海户籍应届毕业生申报落户过程中所起的作用，用人单位在上海户口中的价值并没有得到相应的体现。

根据上海现行政策口径，用人单位在本年度办理非上海生源应届毕业生落户成功后，劳动者未满一年即解除劳动合同的，该用人单位丧失了下一年度的落户申请资格。当然，为了防止劳动者

为“骗取户口”后不遵守劳动合同约定而短期内离职的情形，上海市教育委员会等四部门发布的《关于做好 2022 年非上海生源应届普通高校毕业生进沪就业工作的通知》（沪教委学〔2022〕24 号）规定，毕业生落户后未履行就业协议或劳动（聘用）合同，情节严重的，用人单位可提出撤销户籍的申请。



四、建议的提出

回到对《劳动合同法》第二十二条规定的理解，无论是从文义解释还是逻辑解释，均无法推导出用人单位和劳动者可以约定服务期的方式只有一种。事实上，上海市高级人民法院《沪 22 条》就是另一种可以约定服务期的方式。

众所周知，上海户口与入学、医疗、就业、购房、养老等有着密切的关系，



毋庸置疑具有较高的经济价值属性。从鼓励用人单位积极引进人才和公平性角度出发，应当把用人单位为劳动者办理落户手续纳入到为劳动者提供特殊待遇的范畴，用人单位可以和劳动者约定服务期。建议在上海市高级人民法院出台相应的裁判明确规定，用人单位为劳动者办理落户的，可以约定一定期限的服务期。

与此同时，为了防止用人单位在服务期和违约金的约定中滥用优势地位而损害劳动者合法权益，建议上海市高级人民法院就此类情形的服务期限和损害赔偿数额约定进行“明码标价”，如

规定用人单位为劳动者办理落户手续的，双方约定的服务期最长不得超过 5 年，劳动者违反服务期约定的赔偿的数额不得超过固定金额（如人民币 10 万或 20 万），并应该根据服务年限进行相应递减。

“明码标价”的裁审口径，既尊重了用人单位和劳动者双方的意思自治，又兼顾了双方利益。能够帮助增强用人单位引进人才、留住人才的动力，同时不会助长劳动者违反诚实信用的行为。即使劳动者违约，也可以让劳动者有相应的违约成本预期，而不是由裁审部门通过自由裁量权而随意确定。



李华平 律师

上海七方律师事务所 首席合伙人

上海市总工会法律顾问团成员

上海市律师协会劳动与社会保障业务

研究会副主任

业务方向：劳动法、企业法律顾问、
法律培训

联系方式：13917749521

建筑工人与建筑企业之间到底是劳动关系还是劳务关系？

作者：谢亦团、原悦

【案情简介】

2014年3月，浙江某建设集团承建了一个工程，并转包至某劳务分包工程有限公司，劳务分包工程有限公司又将其中的支模工程分包于自然人鲁某，2014年11月，张某经陈某介绍进入该工地支模工程做工。2014年11月28日，张某在施工过程中不慎摔落，导致多处骨折，张某认为自己为分包工程干活，理应享受工伤待遇，劳务分包工程公司拒绝补签书面劳动合同，于是张某申请劳动仲裁，要求确认张某与劳务分包工程公司之间存在事实劳动关系。

【裁判结果】

张先生因该纠纷向区劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁，仲裁委经审查后判定该劳动仲裁的申请不符合受理条件，决定不予受理。后，张先生起诉至法院，一审法院判决双方之间不存在事实劳动关系。张先生不服一审判决提起上诉，二审法院维持了原判。

【律师分析】

一、事实劳动关系的通常认定标准

《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）第一条规定，“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”该条内容明确了事实劳动关系是否成立的认定因素，即在未签订书面劳动合同的情况下，劳动关系的确认须结合劳动人事管理、劳动报酬支付、劳动业务联系、出勤考核等因素综合评判。

二、建筑工人与建筑企业是劳动关系还是劳务关系的判断标准

《建筑工人实名制管理办法（试行）》

第八条规定，全面实行建筑工人实名制管理制度。建筑企业应与招用的建筑工人依法签订劳动合同，对不符合建立劳动关系情形的，应依法订立用工书面协议。建筑企业应对建筑工人进行基本安全培训，并在相关建筑工人实名制管理平台上登记，方可允许其进入施工现场从事与建筑作业相关的活动。因此，如果签订了劳动合同，并且符合劳动特征的，建立的就是劳动关系；如果签订的是用工协议，并且不符合劳动关系特征，则为劳务关系。

实务当中，建筑工人与建筑企业通常并不会签订书面合同或协议，此时如何来判断是劳动还是劳务关系呢？这种情况，仍然可以采用事实劳动关系认定的通常标准进行判断。

由于建筑工人以其自身的技能，向包工头提供一次性或特定的劳务活动，这表明了建筑工人本人不受建筑企业的规章制度约束，通常不接受建筑企业单位的日常管理，存在短期性、流动性、分散性与阶段性的特点，就如同本案中张某由鲁某招录，接受其管理，他与劳务公司之间并

无直接的管理与被管理的关系，从劳动法律层面看，仅存在着财产关系，并不存在组织从属性和人身依附性。裁判机构通常对于农民工与劳务公司之间的法律关系一般不予认定为劳动关系。



三、承担用工主体责任并不以建立劳动关系为前提

由于劳动者受到工伤时，即使存在过错，也不用承担过错责任，同时工伤的鉴定等级相比人身伤害鉴定等级相对宽松，比如手指骨折，人身损害鉴定构不上等级，而工伤鉴定则可以构上等级，导致建筑工人受伤时可能选择工伤赔偿的路径，由于没有签订书面劳动合同，就会申请劳动仲裁，要求确认劳动关系。

事实上，要求确认劳动关系反而并不能得到支持。其完全可以根据《劳动和社



会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发（2005）12号）第四条规定，“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或

自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。”的规定，直接起诉建筑企业承担用工主体责任，而不必先行仲裁确认劳动关系。



谢亦团 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 委员
上海市静安区劳动人事争议仲裁委员会 兼职仲裁员
上海市闵行区总工会、人民法院 特邀调解员
上海市普陀区人民法院 特邀调解员

业务方向：劳动法、合同法、常年法律顾问
联系方式：13585507739



原悦 律师

上海七方律师事务所专职律师

业务方向：劳动法、民商事争议解决
联系方式：13524209223

劳动者应对违法调岗方案分析

作者：王余婷

我们七方劳动法团队在日常咨询过程中，经常遇到劳动者咨询，我被用人单位调整工作岗位了，我认为用人单位的单方调整工作岗位行为是不合理的，也是不合法的，那我该怎么做呢？这类劳动者的法律意识是比较高的，在下文中，我们就会为大家介绍此时劳动者到底应该如何做，才能最大程度地保护自己的合法权益。

与此同时，我们也遇到过有些劳动者虽然认为用人单位的调整工作岗位行为是存在一定问题的，但这些劳动者却在《变更工作岗位协议》上签名，明确其愿意调岗；有些劳动者虽未在相关协议上签名，但已通过其实际行为到新工作岗位上工作，此时，一切都晚矣！我们劳动者再要反悔，恢复到原工作岗位，要求按照原工资待遇发放，难度是比较大的。

一、对调岗不服，需及时提出书面异议

调岗并未用人单位随心所欲就可以变动的，但在某些法定情况下，用人单位还是具有单方调整劳动者工作岗位的权利。比如：劳动者存在“不胜任工作”的情况，用人单位此时具有单方调整工作岗位的权利，但此时，单方调整工作岗位也需遵循合理的原则，需与劳动者原工作岗位相近或类似，调岗一定程度上必然会导致薪资的调整，薪资的调整也需在一个合理范畴内。

如用人单位调整工作岗位无法定理由，劳动者可通过微信或邮件等形式向用人单位询问有关调岗的理由及依据。如用人单位并未提供任何依据或所提供的理由不成立时，劳动者应及时向用人单位表示不同意单方调岗，以表明自己的态度。千万不能像我们前文中所说的，至新工作岗位工作或签署《变更工作岗位协议》，我们要做到言行一致。

二、对调岗不服，需在原工作岗位工作

曾经咨询我们的劳动者说，我不同意

用人单位的调岗，但是你们给到我的建议是“仍需在原工作岗位工作”，那我多么的难看啊！同事怎么看我啊！用人单位肯定不会给我安排任何工作的，那我这样做有意义吗？

律师在此建议劳动者不能想当然的认为此时可以不去单位了，因为如果不去单位上班，可能就会被单位以旷工为由解除劳动合同，而且很有可能被裁审部门会认定是合法解除。

前不久，上海市第一中级人民法院发布的《劳动争议难点解析 | 实务纪要》文章中，有关：“用人单位因组织架构调整或搬迁，原部门及岗位等已经不存在，要求劳动者去新岗位或新工作地点上班，劳动者不同意，用人单位能否以劳动者构成严重违纪（旷工或不服从工作安排）为由解除劳动合同？”问题中解答：“用人单位因组织架构调整或搬迁，劳动者原部门及岗位等不复存在，此种情况下用人单位对劳动者的岗位进行调整具有客观必然性。就调整岗位的合理性进行审查，具体应综合考量是否在劳动合同约定的范围之内、

是否降低原工资标准、是否变更工作地点严重影响劳动者通勤便利或正常生活、是否使得工作内容发生重大变化等。若所安排的新岗位合理，则应当尊重用人单位在此种情况下合理范围内的用工自主权，劳动者不服从安排构成严重违纪的，用人单位有权据此解除劳动合同。若所安排的新岗位欠缺合理性，劳动者亦不应以消极怠工的方式进行抵制或对抗，若劳动者既未到新的工作岗位报到也未到原岗位出勤，按照用人单位规章制度规定属于严重违纪的，则用人单位有权解除劳动合同。”因而，劳动者对调岗不服的，千万不能不去用人单位。

在我们劳动法团队前段时间所接受委托的某高管要求恢复劳动关系的案件中，该高管同意了用人单位的调整工作岗位的安排，并且已在新的工作岗位工作，此前未提及到薪资变动的问题，之后在用人单位提出新岗位要实行新工作标准时，该高管表示不同意，坚决反对。此时，高管不同意降薪是否会被裁审部门支持呢？

在上海市杨浦区人民法院审理的（2023）沪0110民初6144号案件中，法院认为：“劳动者已按照《调岗通知函》要求到岗提供了劳动，且超过一个月，应视为双方就变更劳动合同达成一致。另一方面，用人单位也按《岗位/薪资调整确认书》规定的工资标准发放工资，

劳动者以用人单位未及时足额支付劳动报酬为由，单方解除劳动合同的理由不成立，其解除劳动合同经济补偿的请求因此缺乏法律依据。需要指出，**劳动者在调岗后，薪资虽有变化，但劳动者与用人单位之间签订的劳动合同已约定若劳动者的工作岗位或工作地点有调整，用人单位有权调整劳动者的薪资标准，故应当认为双方对于调岗后薪资可能发生变化已有预期，该预期应当得到遵守。”**

通过上面法院的判决，当劳动者与用人单位就调整工作岗位进行协商时，一定要“两手抓”，除了协商具体的工作岗位外，必然要考虑“新工作岗位的工资标准”的问题，千万不要不好意思，不和用人单位谈钱。否则，就会像上面的判决一样，

认定劳动者对于薪资调整已有预期，应按照新工作岗位所对应的新工资标准发放，而非按照原工资标准发放。



三、对调岗不服，需及时提起劳动仲裁

对于调整工作岗位不服的，说实话，其实用人单位和劳动者都很难过，那作为我们劳动者一方，是不是我们要一直坐着呢？其实也未必，在一个工资支付周期到后，我们可通过微信或邮件等形式向用人单位要求补差工资。用人单位对此请求不予理睬时，我们可以向劳动人事争议仲裁委员会提起劳动仲裁，主张相关的工资差额。此时，劳动仲裁在审理此类案件时，必然会审理用人单位调整工作岗位是否合理合法的问题。

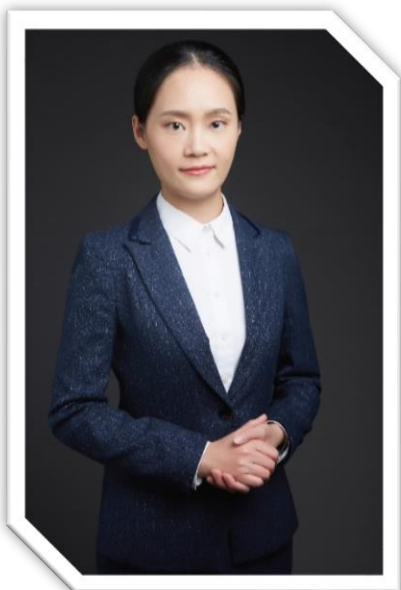
有些劳动案件中，劳动者除主张因调整工作岗位所导致的工资差额外，他们还

会提起另外一个劳动仲裁请求，就是“自某年某月某日起恢复原工作岗位”。有些劳动者可能就会问，还可以主张这个劳动仲裁请求啊。确实在我们曾经代理的案件中，是代理当事人主张过此类请求，在检索相关判决时，我们也可以看到有此类

请求，如：上海市第一中级人民法院审理的（2019）沪01民终11826号案件、上海市长宁区人民法院审理的（2018）沪0105民初6297号案件等。但也不排除，在我们立案时会约到一定的困难。

对于上面的3点，劳动者一定要注意！在我们劳动法团队咨询过程中，常被问到的，还有这个问题，用人单位对我违法调岗，我可以向用人单位要求经济补偿金。这个观点是完全错误的，有关经济补偿金只有在劳动合同解除，符合法定情形时，用人单位才需向劳动者支付解除劳动合同的经济补偿金。

涉及到调整工作岗位不合理或不合法时，我们可以按照上文的介绍去操作，并注意保留相关的证据材料，此时尚未满足主张经济补偿金的情形，经济补偿金暂时是无法主张的，即便主张了，裁审部门也是不会支持的。劳动者面对不合理、不合法的调整工作岗位的行为，我们要大胆地和用人单位说NO！并应采取合理合法的方式，来维护我们自身的合法权益。



王余婷 律师

上海七方律师事务所 合伙人

劳动人事争议仲裁委员会

兼职仲裁员

上海律协劳动与社会保障业务研

究委员会委员

业务方向：劳动法、合同法、企

业法律顾问

联系方式：13641834607

“两旧一村”之旧住房成套改造法律问题研究

作者：廖潇歌

一、“两旧一村”的概念以及政策文件

(一)“两旧一村”改造是指：旧区改造、旧住房成套改造和“城中村”改造。

1. 旧区改造：是指按照城乡规划要求，对房屋结构较差，使用功能和设施不全，市政公用基础设施薄弱以及危旧房集中的区域实施改造和建设的活动。2022年7月，随着黄浦区打浦桥街道建国东路67、68街坊居民以97.92%高比例顺利通过二轮意愿征询，上海持续30年的中心城区成片二级旧里以下房屋改造全面完成，困扰上海多年的民生难题得到历史性解决。成片旧区改造完成之后，重点将转向零星旧改。截至2022年底，中心城区剩余零星二级旧里以下房屋约38万平方米，约1.3万户。主要涉及黄浦、静安、虹口三区。
2. 旧住房成套改造：是指在保留原有住房建筑特色和结构体系的前提下，通过平面与空间布局，增加设备、改善设施和住房内外环境，使之独立成套。截至2022年底，不成套旧住房总量约659万平方米，约16.8万户。其中，不成套职工住宅约220万平方米，约6万户（其中，小梁薄板房屋约42.2万平方米，约1.2万户）
3. “城中村”改造：是指将位于城市建成区或者规划控制区范围内，失去或基本失去耕地，仍然实行村民自治和农村集体所有制的村庄以及社区，通过规划拔点、整体改造、综合环境整治的方式改善城市形象与面貌，集约、节约利用土地，解决城乡二元结构，推动以人为核心的新型城镇化建设，促进城乡一体化发展。到2022年底，经市政府批准城中村改造项目62个，已有40个项目完成动迁收尾，动迁安置房开工率达到90%。预计还有65个左右的“城中村”改造项目，涉及163个“城中村”点位。

（二）最新法规政策

1. 2022 年 10 月 21 日,《关于加快推进旧区改造、旧住房成套改造和“城中村”改造工作的实施意见》出台。提出了明确工作目标、全覆盖推进改造、夯实全过程管理、深化全要素支撑、做好全方位保障五项重要实施意见。2. 2022 年 11 月 7 日,《关于加快推进旧区改造、旧住房成套改造和“城中村”改造工作支持政策》出台。从改造范围、改造方式、支持政策三个方面明确了旧区改造、旧住房成套改造和“城中村”改造相关支持政策。3. 旧住房成套改造纲领性文件①上海市人民政府办公厅印发《关于加快推进本市旧住房更新改造工作的若干意见》的通知(沪府办规【2021】2 号)②《关于印发〈上海市旧

住房综合改造管理办法〉的通知》(沪房规范【2020】2 号)③《上海市旧住房更新改造有关行政调解和决定的若干规定》(沪房规范【2022】5 号)④《关于十四五期间进一步加强旧住房更新改造市级项目及补助资金管理的通知》(沪房更新【2022】37 号)⑤关于印发《上海市旧住房拆除重建设计导则》的通知(沪建房管联【2022】491 号)⑥《上海市旧住房成套改造和拆除重建实施管理办法(试行)》(沪房规范【2023】1 号)⑦《上海市旧住房成套改造项目施工图设计文件技术审查要点(拆除重建)》(沪建质安联【2023】31 号)⑧《关于旧住房改造增量房源统筹平衡商品住房项目的通知》(沪房更新【2023】22 号)





二、旧住房成套改造的发展阶段及特点

（一）早期探索阶段（1990 年前）

改造对象：有保留价值、可通过改造成套来弥补住房缺口。

改造方式：保留主体结构的房屋修缮行为。主要针对里弄房屋，利用房屋现有条件，放大房间、抬升屋面、增搭阁楼、新搭灶间，净增居住面积，解决居住困难，缓和厨卫合用矛盾。同时支持和鼓励暂未列入改造规划的私房翻建，作为解决当时城市住房严重短缺的途径之一。

（二）系统化发展阶段（1990-2000 年）

改造对象：规划保留的建筑结构、质量较好的不成套旧住房。

改造方式：调整布局、加固结构、增添设备。在大力推进住宅建设、“365”危棚简屋改造的同时，市政府提出“八五”期间，要将大批里弄住宅改造成具有独立厨房、卫生间的成套住宅。

（三）多措并举完善阶段（2001—至今）

改造对象：重点小梁薄板房屋等不成套房屋。

改造方式：探索抽户、置换、拆除重建等改造方式。坚持“留改拆”的原则下，通过“拆、改、抽、加”等方式，多措并举开展工作。

三、旧住房成套改造的方式和流程

改造方式	改造案例简介	改造内容
		1. 结构修复;2. 屋面及设施改造;3. 厨卫改造;4. 房屋装修;5. 建筑设计;6. 个性化户型;7. 设施配套;8. 环境景观
拆除重建	彭三小区：开展“试点拆除多层新建高层、居民原地回搬安置”的要求，四期项目开始进行拆落地新建高层试点，改造户数 423 户，五期项目共有 878 户改造住户。	5. 建筑设计;6. 个性化户型;7. 设施配套;8. 环境景观
原址改建	曹杨一村：按照市委市政府关于“留改拆并举，以保护保留为主”的工作要求，原址保护、留房留人，在保护好优秀历史建筑的同时，改善居民生活条件、提升老旧小区环境品质。	1. 结构修复;2. 屋面及设施改造;3. 厨卫改造;4. 房屋装修;6. 个性化户型;7. 设施配套;8. 环境景观
保留改造	襄阳南路：采用内部整体改造方式进行改造，在保留空间肌理和整体风貌的前提下，通过局部加高、拆除复建、调整房屋内部平面布局，实现成套独用，改造后建筑面积约 2020 平方米。	2. 屋面及设施改造;3. 厨卫改造;4. 房屋装修;

(一) 改造方式：主要有拆除重建，原址改建，保留改造三种方式。



四、律师参与旧住房成套改造项目中的

结语

工作阶段及内容



旧住房成套改造产生的增量房源,在用于原住民安置和保障性住房的基础上,允许跨项目安置居民。经认定为保障性租赁住房的,可以统筹平衡拟出让商品住房地块应配建的15%自持保障性租赁住房面积。而依据《上海市城市更新条例》,针对旧住房成套改造具体实践过程中存在的少数人不同意造成整个项目“卡壳”的情况,制定《上海市旧住房更新有关行政调解和决定的若干规定》,在签约比例达到95%的前提下,明确“行政调解+行政决定+强制执行”工作规则,也助力了旧住房成套改造提速。



廖潇歌 律师

上海七方律师事务所 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研究委员会

副主任

上海市律协对外宣传与联络委员会 委员

徐汇区女律师联谊会副会长、律师界妇联执委

业务方向：政府法律事务、社区治理、城市更新

联系方式:13611936047

公房承租人变更的法律救济

作者：卫夏清

公房在产权归属、管理制度、法律关系上与私房有很大区别，在权利救济上也有不同。当公房承租变更侵害了其他同住人的权利，该如何救济呢？本文以此为视角作简要探讨。

一、行政诉讼 or 民事诉讼？

公房承租随着管理制度的变化，其行为的法律性质也随之发生变化。从过往的申请人具有管理职责的房管部门建立承租关系的行政行为，转变为由公房出租人与承租人建立房屋租赁法律关系的民事行为，自此也确立了公房承租变更的救济方式。目前公房承租变更纠纷主要有两种：1、部分同住人对承租变更不服，理由一般是承租变更违反相应规定。2、承租人去世后，在同住人无法协商一致的情况下，出租人不作指定。

对于第一种情况，承租变更后同住人向法院提起诉讼，要求确认承租变更无效的，法院一般以房屋租赁合同纠纷作为民事案件受理。此类案件中被告为出租人，变更后的承租人作为共同被告或第三人

参与。需注意的是，公房产权方并非房屋租赁合同的适格主体，如单独起诉产权方会因主体错误而被驳回诉请。例如在(2022)沪0104民初20760号案件中，原告起诉要求确认被告上海城开（集团）有限公司指定承租人的行为无效，但“目前涉案房屋的租用公房凭证上出租人处明确记载为上海XX有限公司，城开公司虽为房屋产权人，但并非出租人，涉案房屋相关变更承租人、指定承租人手续均由上海XX有限公司作出，因此原告起诉城开公司指定承租人行为无效，于法无据，本院不予支持。原告对指定承租人有异议，应向公房租赁合同关系的合同相对人，上海XX有限公司提出相关诉请。”

第二种情况下，一些当事人仍然秉持

过往观念，认为房管部门是公房承租的主管部门，承租变更是行政行为，以房管部门作为被告提起行政诉讼要求指定承租人的，一般会以案件不属于行政诉讼受案范围被驳回起诉。

但承租变更属于行政诉讼或民事诉讼不能一概而论，公房承租是历经了一系列公房管理法律法规和政策变化最终形成了当前的现状。在一些特殊的案例中，仍然视作行政行为并按行政案件处理。

(2017)最高法行申 2970 号谢昌咏、北京市东城区人民政府再审审查与审判监督行政裁定书：“从该条规定的适用情

况以及公有房屋承租实践看，公有房屋承租人变更行为涉及原承租人家庭成员的重大居住权益，其实际效果与导致不动产物权变动的行政行为性质类似。案涉公有房屋原承租人为谢昌咏之父谢洪恩。东城区政府下属的北京市东城区房屋土地管理局东四管理所于 2000 年 4 月将案涉公有房屋承租人变更为谢昌亮。再审申请人对该变更行为不服提起行政诉讼，故应适用《中华人民共和国行政诉讼法》第四十六条第二款规定的二十年的起诉期限。一、二审裁定适用该款规定的五年的起诉期限确有错误，应予纠正。”

二、公房承租变更方式

公房承租作为一项特殊制度，其变更有专门规范进行管理。

《上海市房屋租赁条例（2010 年修正）》（目前该法规已被 2023 年 2 月 1 日最新实施的《上海市住房租赁条例》废止，但最新的《上海市住房租赁条例》对公房租赁未作规定，由市人民政府另行制定。因此本文仍以 2010 年修正版本作为参考）

第四十条：“公有居住房屋承租人与本处有本市常住户口的共同居住人协商一致，要求将承租户名变更为本处有本市常住户口的共同居住人之一的，出租人应予以同意。

公有居住房屋承租人户口迁离本市，其本处有本市常住户口的共同居住人经协商一致，要求将承租户名变更为本处有

本市常住户口的共同居住人之一的，出租人应予同意；协商不一致的，由出租人在本处有本市常住户口的共同居住人中确定承租人。”

第四十一条：“房屋租赁期间租赁当事人死亡或者依法变更、终止的，租赁关系按照下列规定处理：……（二）居住房屋承租人死亡的，其生前共同居住人可以继续履行租赁合同。公有居住房屋承租人死亡的，其生前的共同居住人在该承租房屋处有本市常住户口的，可以继续履行租赁合同；其生前的共同居住人在该承租房屋处无本市常住户口或者其生前无共同居住人的，其生前有本市常住户口的配偶和直系亲属可以继续履行租赁合同。……

前款第（二）项规定中可以继续履行租赁合同者有多人的，应当协商确定承租人。协商一致的，出租人应当变更承租人；协商不一致的，由出租人在可以继续履行

租赁合同者中确定承租人。”

简单归纳上述规定，承租变更就只有协商一致变更以及出租人指定两种方式。针对这两种方式，应从不同视角寻求救济的突破口。协商变更中，应着重收集未能协商一致的证据，比如遗漏同住人、冒用签名等，证明变更行为存在实体或程序瑕疵，进而确认变更行为无效。在指定变更中，应着重于变更是否按规定的程序开展、是否按照规定的顺序指定、是否对同住人资格进行了全面审查等。相对而言，指定变更在实体审查、程序规范的要求更严格，出租人作出指定时需严谨审慎。这也是现实中，出租人即便承租人去世，其他同住人提出申请的情况下，仍怠于指定新承租人的一个原因。而此情形难以通过司法途径救济，是当下公房承租中的一个困境。

三、承租变更的诉讼时点

基于各种原因，部分同住人无法第一时间获知承租变更的信息，进而对变更行

为提出异议。又或者在获知承租变更后，迟迟不采取相应的法律措施，这些都会对

以后的权利救济带来困难。

主要的影响是公房遇到征收补偿，变更后的承租人成为了适格的补偿协议签约主体，无须与同住人协商一致也可选择补偿方式、获得补偿款等，同住人只能事后追讨。另外，一旦房屋征收，此时如果诉请确认变更承租行为无效，法院会以缺乏基础法律关系驳回起诉，例：(2023)沪

0101 民初 8017 号滕延华与上海南房(集团)有限公司等房屋租赁合同纠纷。变更承租丧失了单独救济的机会，最终就只能回到分配征收补偿的共有纠纷中。同样，对于承租人去世的，出租人在征收期间指定新承租人的行为也无法独立救济，只能在确认征收补偿协议无效的诉讼中一并审查。

公房承租变更是确定公房权利的一项行为，对公房的使用、征收补偿有重要意义。作为同住人应积极关注公房的承租情况，在变更时应谨慎处置，才能积极和正确地维护自身权益。



卫夏清 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公共法律服务部 律师

上海律协行政法业务研究委员会 干事

业务方向：不动产征收、社会公共服务、

行政法

联系方式：13636308387

互联网平台数据权益的界定

作者：孙志勇

数据作为一种新型生产要素，对促进社会发展具有重要意义，对相关民事主体也具有重要价值。当前，我国各类互联网平台快速发展，在平台用户注册、使用等过程中形成了大量数据，作为平台经营者，其数据处理活动应当遵守《网络安全法》《数据安全法》等法律规定，履行数据安全保护义务，那作为民事主体而言，平台经营者对相关数据又享有何种权利或者权益呢，其权利或者权益能够得到法律保护吗？



一、我国《民法典》关于数据的规定

《民法典》对于“数据”，只有一条原则性的规定，即第127条规定，“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定”。

从体系结构来看，该条规定位于《民法典》第5章“民事权利”，即专门明确民事主体享有的民事权利和利益这一章节，由此可见，《民法典》确认了民事主体基于数据而享有的合法权利或利益受

法律保护，但究竟如何保护，《民法典》没有作出规定，而是交由其他法律来规定。

数据与传统的物权、债权、人格权等不同，其具有无形性、可复制性等特点，在这一点上其与知识产权类似，但与著作权保护独创性、商标权保护显著性、专利权保护创新性相比，数据并非法定权利，其保护路径又有所不同。因此，《民法典》作出这一安排的原因，是在技术和商业模式都快速发展的今天，对于数据这类特殊的民事权益如何保护尚没有成熟的经验，数据保护与数据利用的平衡仍需在实践中进一步探索和总结，需要为法律规范的调整预留空间。

二、数据权益的归属主体

在《民法典》之后，我国先后颁布实施了《数据安全法》《个人信息保护法》，但作为数据保护的专门性法律，其侧重点在于保障数据安全和国家安全，有关安全监管是该两部法律的重要内容，而有关数据权属的问题，则尚无涉及。实践中，在互联网平台的数据上传、收集、整理和使

用过程中，会存在多个不同的主体，的确存在着“平台数据到底属于谁”的问题。在如何确定数据的权属方面，通常是按照确权、赋权的“所有权”思维模式来进行认定的。如在（2017）浙 8601 民初 4034 号淘宝诉美景公司不正当竞争纠纷案中，法院否定了淘宝公司对平台数据享有所有权，其分析认为，“财产所有权作为一项绝对权利，如果赋予网络运营者享有网络大数据产品财产所有权，则意味着不特定多数人将因此承担相应的义务。是否赋予网络运营者享有网络大数据产品财产所有权，事关民事法律制度的确定，限于我国法律目前对于数据产品的权利保护尚未作出具体规定，基于‘物权法定’原则，故对淘宝公司该项诉讼主张，本院不予确认”。司法实践中，认为互联网平台并非数据所有权人，因而不是适格原告，也是许多被告惯常的抗辩观点。当然，更多时候，法院选择了回避数据所有权的问题，在相关争议中没有对数据进行确权，而是认可互联网平台对其平台数据享有反不正当竞争法上可保护的利益。尽管称



谓各不相同，对此种利益，有的称之为竞争性权益，有的称之为重要资源，有的称之为竞争性财产权益，有的称之为经营利益，还有的直接称之为合法权益，等等，但共同之处在于法院都认为这种数据能够为平台带来经济利益和竞争优势，应当被保护。

在总结实践经验的基础上，我国于2022年12月印发了《中共中央国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》，该意见淡化数据所有权，强调数据使用权，创造性地提出了建立数据资源持有权、数据加工使用权和数据产品经营权“三权分置”的数据产权制度。

所谓“持有”，不是“所有”，也就是说，在现阶段，我国以解决实际问题为导向，在观念上实现了从数据确权向数据使用的转变，充分尊重数据处理者的创造

性劳动和资本投入，以数据处理者为保护主体，承认和保护数据处理者的合理收益。

二、数据权益的范围界定

我国目前对数据权益的保护，采用的是以反不正当竞争法为主的行为保护模式，加之著作权和商业秘密为辅的权利保护模式。对互联网平台涉数据纠纷而言，由于存在用户的参与，权利主体多样，实践中更多是通过适用反不正当竞争法来解决的。

如前所述，我国司法实践中法院认可互联网平台对其平台数据享有反法上可保护的利益，包括我国建立的“三权分置”数据产权制度，实质上是劳动财产权理论的一种体现。劳动财产权理论认为，凡是对资源施加了劳动并使其价值增加的人对其劳动成果即当然地享有某种自然权利，而且国家有义务尊重和保护这一自然权利并授予其正当性。

因此，对平台经营者而言，法院通常认为其基于正当的收集行为和在水数据形成过程中投入的大量人力、物力等劳动，

而产生了相应的财产性权益，并决定给予其保护。适用的法律规范也主要是反法的一般条款，总体而言，当前司法实践的主线是规范和保护，绝大部分互联网平台数据权益保护的主张都得到了法院的支持。

然而，数据作为生产要素，推动其释放更大价值、加强对数据的充分利用，与数据保护同等重要。本文认为，基于劳动财产权理论，根据平台经营者对数据投入的劳动不同，其权益的保护范围也应当有所不同，司法实践中应当根据数据的不同情形区别对待。

比如，对于单一数据与数据集合。通常而言，单一数据系由某一网络用户生成的内容而形成，平台对其投入的劳动极少，使用单一数据获得的经济价值也十分有限，因此对单一数据与数据集合，其权益范围应当有所不同。平台对单一数据可以根据协议等享有相应的使用权，但仅对经过收集、整理和维护而形成的数据集合享有竞争性权益。实践中，平台往往也不会就用户上传的单一数据主张权利，而是就平台数据集合寻求保护。

还比如，对于原始数据和衍生数据。如果平台仅仅是收集、积累、存储用户形成的原始数据，虽然在此过程中也付出了一定劳动，但与平台对数据进行深度开发、提炼整合并形成与原始数据无直接对应关系的衍生数据相比，平台对数据的投入和劳动是不同的，因此在权益范围上应当区别对待。对于原始数据而言，只要其他平台不是以“实质性替代”的方式对该数据进行利用，则不应认定其为不正当竞争行为，特别是其他平台利用该数据进行了创新性运用时，该等使用行为应当被鼓励。如在（2019）沪73民终263号前锦公司诉逸橙公司不正当竞争纠纷案中，法院认定被告创新的经营模式可以为消费者带来便利，不构成不正当竞争，法院认为“逸橙公司网站向用户提供的是简历集中化管理的服务。该经营模式可能导致前锦公司企业用户因不需要频繁登录前锦公司网站查看简历，从而带来前锦公司网站访问量降低、广告展示机会减少等不利影响”，但另一方面，“这一服务内容本身可以给用户带来便利性，前锦公司亦可



以根据用户的需求来开发、改进自己的服务，以增强用户的黏性。因此，在前锦公司未进一步举证该功能具有其他不正当性的情况下，即便可能产生一定的流量损失，尚未达到需要通过反不正当竞争法进行救济的必要”。

除此之外，数据还有公开数据与非公开数据之分，其权益的范围也存在不同，为了推动数据释放更大价值，平台也应当容忍他人合法收集、利用已公开的数据。

数据具有开放性和共享性的特点，数据的开发利用有利于社会的发展，因此在数据权益保护和促进数据流通方面，应当做到合理的平衡，既要保障付出劳动的数据处理者的合法权益，又要落实数据的互联互通，防止可能的数据垄断。特别在立法尚无明确规定的情况下，更需要司法裁判者根据不同的商业模式，平衡利益、妥善审理。



孙志勇 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方知识产权法律服务部 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、公

司法

联系方式：18918887908



医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：吕新雅、朱好婕、芩玉姣、刘永琴

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A、C、D座