



# 七方法研

2023年  
6 期  
总第24期

民商纵横

当债务遇到继承，是转机还是危机？——卫夏清

家长里短

对赌所欠债务是否属于夫妻共同债务？——张睿、李林芳

知产知否

电商平台如何处理恶意投诉——孙志勇



学无止境 · 方有未来

# 目录

## 民商纵横

- 当债务遇到继承，是转机还是危机？ -----01
- 建设工程中介合同中的隐藏法律风险-----06

## 家长里短

- 对赌所欠债务是否属于夫妻共同债务？ -----13
- “让彩礼归于礼” ——解读最高法涉彩礼纠纷裁判新规则 -----18

## 罪与罚

- 网络平台发布言论的性质认定 ——以李某涉嫌诽谤罪被判无罪案为例 -----24
- 浅议犯罪行为与犯罪心理之关联-----32

## 公司治理

浅析股东知情权行使要点 -----38

浅议股东欠缴出资的董事责任 -----43

## 聚焦劳动法

《个人信息保护法》第十三条第一款第（二）项规定的理解与适用 -----50

职场智能监控中劳动者个人信息保护企业合规路径探讨 -----57

## 知产知否

电商平台如何处理恶意投诉 -----64



## 当债务遇到继承，是转机还是危机？

作者：卫夏清

前段时间，备受关注的“老人推倒摩托车案”以车主通过法院强制执行取得了1.6万余元赔偿款而画上了句号。这个结果让人看到了车主采取法律武器维权的坚持，但也让公众感受到了维权的不易。这个案件中的各种情节可以算是一次生动的普法课。本文主要从最终实现债权的法律关系，来分析债务追讨过程中遇到债务人去世的情况，是转机还是危机？

### 一、事件简介

2022年6月，车主小陈停放在小区的摩托车被一位老人陆某某故意推倒，损失1.6万余元。起初车主考虑到老人年事已高，想与老人及家属协商赔偿事宜。但即

便在民警陪同上门的情况下，老人仍旧态度强硬拒不道歉并辱骂车主，其家属也始终避而不见。无奈，小陈报警要求追究老人的刑事责任，并将相关经历和视频公布在网上，进而引起了社会的广泛关注。

警方留意到老人可能存在精神方面的特殊情况，对老人进行了精神鉴定。鉴定结果为其患器质性精神障碍，但是具有限定刑事责任能力，有受审能力。随后，警方以老人涉嫌寻衅滋事为由立案调查。后经检察院批捕，并移交法院起诉。案件原定于2022年12月2日开庭，但被临时取消。2023年1月3日，老人因病取保候审后被送至医院治疗，于1月24日去世。

老人的去世意味着无法再追究其刑事责任，其生前的债务需通过民事诉讼的方式，以被继承人债务清偿纠纷的案由向继承人主张。自此本案来到了第二个阶段，车主与老人继承人之间的民事诉讼。诉讼过程中，老人的继承人没有出现并参与庭审，最终法院缺席判决老人的继承人朱某需在继承遗产的范围内赔偿车辆损失1.6万余元。判决生效后，继承人也没有主动履行。车主只能向法院申请强制执行，通过执行取得了赔偿款1.6万余元。这一事件在历时十个多月后画上句号。

### 二、几个转折点

(1) 民事纠纷？行政处罚？刑事案件！

从事件本身来说，就是老人故意推倒摩托车造成损失这样的行为，属于较为常见的故意毁坏财物的行为。对这一行为的定性究竟是民事纠纷还是适用行政处罚，或是构成犯罪，一方面与毁坏财物的数额、是否具有主观故意、行为次数等相关，更重要的是当事人对赔偿的认识和态度。对一些小额的毁损财物类案件，在公安机关介入的情况下，都能得到妥善解决。也就不再追究当事人相关责任，同时受害方的损失也得到了赔偿。《中华人民共和国治安管理处罚法》第九条对于经公安机关达成调解，可以不予处罚的作了规定。但本案中老人拒不认错赔偿的态度，家属也都消极应对，将事件推向了刑事案件。

(2) 追究刑事责任有前提

警方在开展立案调查后，迅速发现了老人可能存在精神方面的情况，对于是否能够追究刑事责任非常重要。《中华人民共和国刑法》第十八条“【特殊人员的刑

事责任能力】精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府强制医疗。”经鉴定，老人患有器质性精神障碍，但是具有限定刑事责任能力，有受审能力。因此，刑事诉讼程序得以顺利进行，经检察院批捕后移送法院起诉。

### （3）刑事程序的终结

本事件中的另一个特殊情况，是原定的2022年12月2日的开庭时间被临时取消，1个月后老人因病取保候审送医治疗，继而去世，自此刑事程序终结。《中华人民共和国刑事诉讼法》第十六条“有下列情形之一的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪：……（五）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；……”当无法通过刑事程序来追究责任时，车主与老人之间关于财产损失的纠纷就需要通过民事诉讼来实现。

### （4）民事案件缺席判决及执行

老人去世后，车主随即提起了被继承人债务清偿纠纷的民事诉讼。诉讼过程中，老人的继承人没有参加庭审，法院当庭作出缺席判决，老人的继承人朱某需在继承遗产的范围内赔偿车辆损失1.6万余元。此时债权仍未实现，老人的继承人没有履行判决，仍然是由车主提出强制执行后，由法院执行到位。终于在一系列的法律程序走完之后，车主终于取得了赔偿款。

### 三、债务遇到继承，各有利弊

借这个案件，本文来探讨当债务遇到继承时，对于债权实现是转机还是危机？债权实现是追讨债务的最终目标，无法实现的债权对债权人而言就是一张空头支票。当还款责任被明确到具体的债务人，那么他的配偶、近亲属在没有被确认承担连带责任的情况下，并不需要对债务负责。许多“老赖”就通过这种方式对债务做了很好地隔离。

但如果债务人去世，债务并不会随着债务人的去世直接消灭，而是从原先的债权人与债务人之间的债务清偿关系转

变为债权人与继承人之间的债务清偿关系。此时会有三个重要变化：1、债务人的范围扩大，从原先的债务人扩展至债务人的继承人（一般为第一顺位以及特殊情况下的遗嘱继承人、受遗赠人、其他顺位继承人等）。2、继承人承担责任的范围限于继承遗产的范围。3、继承人可以通过放弃继承遗产的方式不承担债务。

这些变化对债权人而言有利有弊。有利之处在于债务人范围的扩大，一般意味着债权实现的可能性增加。一些债务人本身偿还能力不足，但不排除继承人具有一定偿还能力。同时，不利之处也显而易见。如果全部继承人都放弃继承遗产，而遗产又不足以偿还全部债务，不足部分就真的要随着债务人的去世一并消灭，债权无法全部实现。

#### 四、时间节点很重要

债务人去世的时间对债务后续走向也是一个重要的影响因素。“老人推倒摩托车”这个案件中，债务人去世时相关的遗产应该尚未开始分割，且债务金额较

小，尚处在继承人可承受的范围。这一点从最终执行的结果可以看出。

如果债务人去世时已经有许多明确的债务，那么去世时遗产的多少将决定继承人对清偿债务的态度。一般来说，如果遗产大于债务，继承人不会轻易作出放弃继承的意思表示，此时债权实现就有望。如果小于，那么债务人就要做好债务无法全部偿还的思想准备了。但最糟糕的情况必然是债务人生前已将相关资产处置，遗产所剩无几，那么债权想要实现也会非常困难。

#### 五、被继承人债务清偿纠纷的执行

前面说到被继承人债务清偿纠纷中，继承人会基于不同情况对遗产的继承作出相应的意思表示。基于趋利避害的思维，在债权人无法确定遗产范围或提供财产线索的情况下，继承人既不作出放弃继承的意思表示，也不急于确定遗产范围，希望使债权人陷入债务追讨不能的境地。因此在此类案件中，法院仍然会对未作出放弃继承意思表示的继承人判决其在继承遗产范围内承担清偿责任。一些继承人

无法理解，认为法律规定是在继承遗产范围内承担责任，但遗产尚未分割完成，却已开始相应的执行，对其明显不公。

实践中对于这一法律规定以及执行的情况理解不一。部分观点认为被继承人债务清偿纠纷案件在审理过程中，首先即应确定遗产范围，在此基础上再由继承人表达是否继承的意愿，最终根据其意愿判决是否应承担清偿责任。另一种观点认为，继承人对列明遗产范围具有便利，甚至有隐匿、转移遗产的便利，如果一定要

明确遗产范围，继承人会通过隐匿、转移遗产，同时作出放弃继承的意思表示的方式规避债务，对债权人的权益保护极为不利。同时，债权人对遗产的继承和处置不具有主导性。如果以遗产处置为前提，就可能导致权利实现变得遥遥无期。此外，遗产还可能存在范围扩大或限缩、遗产价值的涨跌、遗产分配方式变化等各种情况，均无法由债权人主导和确定，因此现有的判决和执行方式对债权人的权益保护更为有利。

被继承人债务清偿纠纷作为一种特殊的案件类型，是债权人债权实现的最后一种方式。从现有的法律规定和实践的角度来看，如果债务人去世时其遗产尚未分割，那么对债权人而言，又多了一份债权实现的可能性。如果去世时已然资不抵债，就要做好“人死债消”的思想准备了。



### 卫夏清 律师

上海七方律师事务所 合伙人

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

## 建设工程中介合同的隐藏法律风险

作者： 管杰

### 前言

中介合同是中介人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。民法典第九百六十三条规定，中介人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。从法条原文上来看，中介人在促成委托人与第三方的合同成立后，就可以取得中介合同约定的报酬，但实际上真有那么简单么？本文将结合实际案例，汇总部分在建设工程领域的中介合同中，中介人无法依约取得中介报酬的风险情形。

### 一、工程承包方违法导致合同无效

除中介合同本身约定内容应当合法有效之外，由于其促成的建设工程合同本身受到法律法规的强制性规定约束，在中介合同的委托方通过中介人而促成对建设工程的承包之后，如果违法了法律法规的强制性规定，将不只导致建设工程合同无效，也有很大可能会导致中介合同在司法认定时被确认为无效。那承包人导致合同无效的情形主要有哪些呢？

《建筑法》第二十六条第二款规定：禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建

筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照、以本企业的名义承揽工程。此外，《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）》第一条建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款[i]的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款[i i]的规定，认定无效。

综上，当承包人承包有未取得相应资质、借用挂靠有资质的企业、转包及违法分包的情形，很可能产生中介合同的风险。

### 【案例一】

2011年6月8日，陈某、曹某签订中介协议一份，约定：陈某同桑夏公司沟通洽谈，直至确保曹某代表通州二建与桑夏公司签约成功，曹某按研发办公楼工程最终结算总价5%支付给陈某报酬。2011年9月19日，桑夏公司与通州二建签订《建设工程施工合同》，约定工程价款暂定7000万元，按实结算，桑夏公司、通州二建分别在合同发包人、承包人处签章，曹某在承包人栏签名。2011年12月28日，通州二建与曹某就上述工程签订《建设工程施工内部管理责任书》，曹某对上述工程进行了施工。2019年7月25日，桑夏公司、

通州二建确认最终工程造价为80786158.87元。自2013年起，曹某陆续给付陈某工程介绍费共计162万元，最后一次付款时间为2021年5月25日。陈某认为曹某拖欠剩余工程介绍费未付，遂起诉至法院要求曹某支付中介费291万元。

本案经一审、二审法院审理，法院的主要观点认为，案涉中介协议系曹某（甲方）与陈某（乙方）签订，协议明确“甲方意向承接桑夏公司研发办公楼工程需请乙方帮助甲方与建设方沟通协调促成甲方与建设方签约成功”，表明该中介协议目的是促成曹某个人承接桑夏公司工程，从整个中介协议的内容来看，陈某系为曹某个人承接工程提供居间服务，陈某亦明知工程的实际承接人是曹某，上述协议内容也与曹某挂靠通州二建承接上述工程并施工的事实相吻合。鉴于我国法律明确禁止个人承揽建设工程，陈某明知曹某没有施工资质，不能承揽建设工程，却与曹某签订中介协议，促成曹某借用通州二建的名义承包桑夏公司工程以收取介绍费，违反了法律的强制性规定，故该中

介协议无效。最终一审判决驳回原告诉讼请求，二审维持原判。

### 【律师解析】

本案中法院引用的法律强制性规定即是上文《建筑法》中禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照、以本企业的名义承揽工程的规定，法院认定中介人在与委托人签订中介合同时，明知委托人是自然人个人不可能具有相应建筑资质承揽工程，却促成中介合同的签订，应当受到否定性评价。因此，中介合同的委托主体应当注意务必选择有承包资质的企业，而非自然人，落款处必须有企业公章等证明效力高的签章作背书，尽可能避免中介合同因委托人挂靠情形而无效的风险。

### 二、工程发包方违法导致合同无效

除了中介合同当事人之外，中介合同约定的建设工程施工合同促成后，发包人如出现导致建设工程合同的违法行为，中介合同也可能被认定为无效。比如发包人存在违法分包、转包、应招标而未招标、

串标、贿赂等违反《招标投标法》规定的情形。

### 【案例二】

2018年9月5日，红战公司（甲方）与张正国（乙方）就汤山G81地块项目土建及水电安装工程招标签订《居间协议》，约定甲方如中标后应付给乙方报酬总计300万元。2018年，涵田公司与省建公司签订施工合同，由涵田公司将汤山G81地块项目土建及水电安装工程发包给省建公司施工。2018年9月，省建公司制作G81地块项目土建及水电安装工程内部承包招标文件。2018年9月25日，省建公司向红战公司发出《中标通知书》载明其单位G81地块项目土建安装工程项目确定红战公司中标。2018年11月8日，省建公司与红战公司签订了《汤山G81地块项目土建及水电安装工程工程责任承包协议》。2019年10月，张正国因向红战公司主张报酬未果，诉至法院。

一、二审法院经过审理均认为，涵田公司将汤山G81地块项目土建及水电安装工程发包给省建公司施工。省建公司承接

上述工程后，制作 G81 地块项目土建安装工程内部承包招标文件，将自涵田公司处承包的施工交由他人施工，违反了法律法规的强制性规定。而张正国与红战公司签订的《居间协议》约定的居间事项是由张正国为红战公司与省建公司促成签订上述违反法律法规的强制性规定的合同。最终判决驳回张正国的诉讼请求。

### 【律师解析】

本案中可以看出，省建公司虽并非《居间协议》的当事人主体，但其承包了汤山 G81 地块项目土建及水电安装工程后，作为《汤山 G81 地块项目土建及水电安装工程工程责任承包协议》的发包人，违法转包的行为导致了其与红战公司的《汤山 G81 地块项目土建及水电安装工程工程责任承包协议》无效，从而导致《居间协议》的无效。

本案为最高法公报案例，具有权威指导意义。从本案中可以看出，中介人对于《居间协议》以外的第三人的行为，且在《居间协议》义务履行完毕后，仍有可能遭受中介费竹篮打水一场空的风险。对于

中介人在签订中介合同前，是否就中介合同可能促成的各方当事人以及建设工程合同进行调查并确保合法性的责任提出了更高的要求。

### 三、中介报酬的合理性证明欠缺

#### 【案例三】

胡某与甲公司于 2004 年 5 月 14 日签订《居间合同》，约定由胡某为该公司介绍建设工程，提供居间服务。双方约定居间报酬按签订施工合同总金额的 5% 支付。2006 年 11 月，胡某获知某商业广场项目招标的信息后，告知了甲公司，并通过大量工作促成了业主方将商业广场项目的工程发包给了甲公司，约定工程价款为 1487 万余元。胡某根据《居间合同》向甲公司主张支付居间报酬 743 万余元，被甲公司拒绝，遂诉至法院。

一审法院认为，我国法律虽未对居间报酬作出明确规定，但居间人的居间报酬应按照公平合理的原则确定。鉴于当事人双方约定标准在本案所涉建设工程承包合同标的的收益中所占的比例过高的实际情况，对居间费用适当酌减为工程合同



总金额的 1% 计算居间报酬。一审法院判决甲公司向胡某支付居间报酬 1487156.21 元。胡某不服一审判决先后上诉并申请再审，均被驳回维持原判。

其中，再审法院认为，由于案涉工程的招投标活动必须遵守《招标投标法》第四十三条的规定，即“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。”故胡某在国际商业广场项目中标一事中居间的作用也仅仅限于报告招标信息及撮合招投标双方相关负责人相识，所取得的居间报酬应当与其从事居间活动所付出的劳动相符。如果胡某认为其在促成甲公司在案涉工程项目中标一事上存在除报告招标信息、撮合招投标双方负责人相识以外的其他居间活动，一是必须提出证据证明其付出，二是应当证明其居间活动不违反《招标投标法》第四十三条的规定。但胡某在本案一、二审期间所举证据，并未证明其尚有其他合法的居间活动及付出。其次，近年来我国建设工程施工行业属于微利行业。双方当事人居间合同中居间报酬

的过高约定，存在利益失衡的可能。本案一、二审法院行使自由裁量权，将当事人在居间合同中约定的居间报酬从工程总金额 5% 调整为 1% 的做法，既符合建筑施工行业系微利行业的基本情况，也与胡光明实际在居间活动中的付出相符，较好地平衡了双方当事人之间的利益，故这一调整并非滥用自由裁量权。

### 【律师解析】

通过上诉案例可以看出，即使中介合同中明确约定了中介报酬，且该报酬约定并不违反任何法律法规规定，在发生纠纷时，法院依然可能酌情裁量调整报酬的金额导致中介无法根据中介合同得到预期报酬。本案中，法院认为中介人仅在提供工程信息以及促成双方相识上起到作用，并无其他证据证明中介人的作用价值 743 万余元，因此在中介合同签订时，评估中介服务的相应价值，中介报酬的设定不要明显过高，留存中介服务关键及具体内容的证据，是保证如约得到中介报酬的重要前提。

## 四、小结

为预防和避免中介人无法依约取得中介报酬的风险情形，中介应注意以下几点：

1、对于委托人的资质及身份必须全面了解，中介合同的委托方应当选择具有资质的企业而非自然人，合同必须有企业公章，并保留企业授权实际联系人与中介人接洽的相关证明、实际联系人与企业的劳动关系等排除挂靠可能的证明，以免委托人以实际承包人挂靠无资质等理由主张合同无效拒绝支付中介费。

2、提前调查建设工程合同的发包人资质，工程性质等涉及建筑行业强制性规定的事项，防止合同促成后，由于发包人的原因导致合同无效的风险。

3、注意保存所有证明中介服务工作内容及工作量的证据，能够体现中介服务在建设工程合同签订前的作用及价值，尤其是在中介合同约定中介费按总工程款比例计算的情况下，对于上千万上亿的工程款总金额，中介费的合理性也必然成为法院审查的对象之一。

避免中介费用在工程结束或工程款回收后一次性收取的方式，尽可能分阶段提前收取部分中介费，在发生诉讼纠纷时，法院可能会考虑双方对于中介合同的实际履行情况以及中介人的付出成本，支持中介人保留已收取的中介费。



## 参见

①《民法典》第一百五十三条：违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

②《民法典》第七百九十一条：总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。



### 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：民商事合同纠纷、动拆迁补偿纠纷、  
公司股权纠纷

联系方式：13816934907



## 对赌所欠债务是否属于夫妻共同债务？

作者：张睿、李林芳

随着投融资业务不断发展，对赌条款应运而生，在签订投资协议时，投资方通常会与目标公司或公司股东在协议中约定一定的触发条款，如要求公司在指定期限内实现上市，或者达到业绩要求的，一旦公司未达成约定的目标，则触发估值调整机制，即投资方有权要求协议中约定的相对方回购其持有的股权，或者要求其给予投资方一定的现金或股权补偿。如何认定对赌条款已经触发以及对赌条款的效力，在司法实践当中也经历了很长一段时间的演变，而夫妻共同债务的认定，在司法实践当中也存在着较大的争议，不同法院可能会存在认定标准不一的情形，若将夫妻共同债务的认定与对赌叠加在一起，则面临更复杂的事实认定与法律适用。

现笔者以一则最高院（最高法民终 959 号）的案例进行分析。

## 案例背景介绍：

1. 李廷义、信达公司与安尼公司三方签署《股权转让及增资协议》，协议约定，李廷义向信达公司转让其持有的安尼公司股权，同时约定若安尼公司未实现利润上的承诺，李廷义应向信达公司支付业绩补偿款。

2. 安尼公司业绩未达到协议约定的利润承诺，信达公司起诉要求李廷义支付业绩补偿，同时要求李廷义的配偶蒋秀对上述债务承担共同支付责任。

3. 一审法院认为，蒋秀对于《股权转让及增资协议》系明知，且其参与了公司的共同经营，案涉债务属于李廷义、蒋秀夫妻共同经营所负债务。

4. 蒋秀不服提起上诉，认为李廷义所应承担的支付义务属于其个人债务并非系夫妻共同之债。

5. 最高人民法院作为二审法院维持一审法院的原判。

**本案二审争议焦点——对赌协议产生的金钱补偿之债是否属于夫妻共同债务。**对此，最高院认为：蒋秀对于《股权转让

及增资协议》的内容是明知的，其参与了公司的共同经营。案涉债务属于李廷义、蒋秀夫妻共同经营所负债务。

**具体理由如下：**（1）蒋秀是安尼公司设立时登记的股东之一。彼时，其与李廷义合计持有安尼公司 100% 股权……无论是以李廷义名义持股还是以蒋秀名义持股，相关股权均为夫妻共同财产，《股权转让及增资协议》所产生的收益及风险亦是指向该部分股权。（2）《股权转让及增资协议》显示李廷义和蒋秀同为安尼公司关键员工，李廷义为总裁，分管研发部（技术部）、市场部、海外部及国内销售部；蒋秀为海外部总经理，全面负责海外市场推广及拓展规划，带领海外销售团队完成销售目标任务。可见，蒋秀参与了安尼公司的经营活动。（3）根据蒋秀出具的《确认和承诺》，其对李廷义与信达公司签署的《关于深圳市安尼数字技术有限公司股权收购及增资意向协议》，系知情且同意的。该意向协议约定信达公司拟通过对安尼公司受让股权及增资的方式，收购安尼公司 51% 股权，而《股权转让及增资协议》

是基于该意向协议签订。据此，蒋秀对《股权转让及增资协议》亦应知情。(4) 蒋秀虽于 2017 年 7 月与李廷义离婚并从安尼公司辞职，但《股权转让及增资协议》签订于李廷义和蒋秀婚姻关系存续期间。在蒋秀与李廷义离婚并从安尼公司辞职之前，安尼公司业绩已经不能达到李廷义在《股权转让及增资协议》中承诺的利润，现金补偿或股权补偿的条件已经触发，蒋秀于 2017 年与李廷义离婚并从安尼公司辞职不影响本案责任的认定。

综上，案涉债务虽是以李廷义名义所负，但产生于李廷义与蒋秀夫妻关系存续期间，且系共同生产经营所产生，蒋秀对此亦是知情，应认定为夫妻共同债务。



**法律规定的夫妻共同债务的认定标准**

《民法典》第 1064 条：夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。

夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

基于上述条款可以作出如下总结，夫妻共同债务要“共债共签”或者负债本身系为家庭日常生活所需；对于夫妻一方以个人名义所负的其他债务，如果债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者是双方共同意思表示的，则可认定为夫妻共同债务。

对此，将上述法律规定对比司法实务，在司法实践中，通常夫妻双方不会在对赌协议中共同签字，也即不符合共债共签的原则，而对赌协议中约定的义务履行方的回购义务或者现金补偿等义务所涉

金额很高，明显超过家庭日常生活所需。因此，若要证明对赌之债属于夫妻共同债务，则需证明夫妻一方所负的债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或基于双方共同意思表示。

而对于一方所负的债务是否用于夫妻共同生活或者是否用于夫妻共同的生产经营或者是否系基于夫妻双方的共同意思表示，司法实践中不同的法院认定的标准并非统一。

有的法官倾向保护投资人的债权利益，有的法官则认为应着重保护未具名举债夫妻一方的权益，无论作出哪种价值取向，从司法审判的角度，法官都是围绕夫妻共同债务的认定来进行考量，而在对赌条款的背景下，对夫妻共同债务的认定要结合对赌条款的签订背景、签订过程以及未具名夫妻一方的期待利益及现实利益等角度进行分析，在查清案件事实的基础上，分析研判是否属于夫妻共同债务。

上海一中院在《夫妻共同债务类案件的审理思路及裁判要点》（发布于2020年9月9日）中认为，家庭日常生活、夫妻

共同生活、共同生产经营界定是存在难度的，共同生产经营标准界定难表现在：《民法典》及相关司法解释中提出的“夫妻共同生产经营”，与《公司法》《合伙企业法》等法律及司法解释规定的“共同经营”含义不尽相同。判断生产经营活动是否属于夫妻共同生产经营的标准在司法实践中并不统一。“夫妻共同生产经营”的审查要点包括三个要素：债务款项专用性（债务专用于生产经营）、夫妻经营共同性、经营利润共享性。其中，夫妻经营共同性是指生产经营活动系夫妻双方基于共同意志协力经营，实践中表现为夫妻共同决策、共同投资、分工合作、共同经营管理。夫妻经营共同性以合意参与为核心要素，在共同经营要素的认定上应适当放宽标准。经营利润共享性是指无论生产经营活动是否产生盈利结果，经营收益一贯为家庭主要收入或用于夫妻共同生活。有明确证据可以确定债务款项专用性和夫妻经营共同性时，则对经营利润共享性可无需再作审查；当夫妻经营共同性难以认定时可以依据债务款项专用性、经营利润

共享性判定该债务属于夫妻共同债务。

综上，笔者建议：

一、对于投资人而言，若投资协议涉及对赌条款的，则可要求对赌中义务履行的股东方的配偶签字，以达到股东配偶同意共同承担该笔债务的意思表示。

二、对于对赌中义务履行的股东方的配偶而言，尽量避免在带有对赌条款的协议中以及事后起草的回购协议上签字，或者另出具承诺函承诺承担共同清偿责任，同时，也要避免参与共同生产经营活动，在并非参与公司实际经营的情况下，尽量避免在公司中挂职主要职务，包括但不限于董事、监事、高级管理人员、财务人员等，也要避免在目标公司的关联企业中任职，以防止触发回购条款或者业绩补偿条款进而被认定为夫妻共同之债。



张睿律师

上海七方律师事务所合伙人

七方民商事与金融法律服务部律师

七方家事与财富管理法律服务部律师

业务方向：商事诉讼、婚姻家庭、私

人财富管理

联系方式：15902145818



李林芳律师

上海七方律师事务所合伙人

业务方向：公司法、刑事辩护、

合同纠纷

联系方式：13052067259

## “让彩礼归于礼”——解读最高法涉彩礼纠纷裁判新规则

作者：胡晓萍

2023年12月11日，最高人民法院、民政部、全国妇联三部门联合召开“推进移风易俗 治理高额彩礼”新闻发布会，发布人民法院涉彩礼纠纷四起典型案例，为司法实践提供了有益的启示。同日，最高人民法院发布了《关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律问题的规定（征求意见稿）》（以下简称“最高法征求意见稿”），笔者结合法律规定和最高法的典型案例，对当前社会关注的彩礼问题的解决之道进行探讨。

### 一、彩礼的含义

彩礼来源于我国古代婚姻习俗中的“六礼”，有着深厚的社会文化基础，一直延续至今。现在的彩礼，一般是指男女双方恋爱关系基本确定后，按照当地习俗，一方及其家庭给付另一方及其家庭一定数量的现金或财物，表示其欲与对方缔结婚姻的诚意。

### 二、彩礼的法律性质

从法律上来说，给付彩礼的性质是一种附条件的特殊赠与，具有强烈的人身属性。根据现行法律精神，其所附条件应以缔结婚姻为目的，准确地说，应以登记结婚且共同生活为目的。如果所

附条件未成就，赠与方就可以目的未达到为由要求返还彩礼。

### 三、法律意义上的彩礼

目前生效的法律规定中，对“彩礼”并没有明确定义。本次最高法征求意见稿对彩礼的含义做了排除性规定，即有以下三种情况的，不属于彩礼：

（1）婚约一方在节日、生日等有特殊纪念意义时点给付的价值不大的礼物、礼金；

（2）婚约一方为表达或者增进感情的消费性支出；

（3）其他价值不大的财物。

#### 1. 法律规定的现状

当前，有关彩礼返还的规定主要是《最高人民法院关于适用民法典婚姻家庭编的解释（一）》第五条的规定，在三种情形下应当返还彩礼，包括未办理结婚登记手续、已办理结婚登记手续但未共同生活、给付彩礼导致给付人生活困难。这一规定在一定程度上解决了彩礼纠纷，但在司法实践中仍出现不少争议。比如未结婚登记但办理了仪式且同居、已结婚登记但同居时间较短、已结婚已同居但一方确有过错导致离婚等种种特殊、复杂的情况，彩礼是否该返还以及该返还多少，就亟需法律进一步完善。

## 2. 与时俱进的裁判规则

本次公布的人民法院涉彩礼纠纷四起典型案例，聚焦审判实践中的共性问题，明确处理原则，统一了涉彩礼纠纷案件法律适用的标准。

### 案例一：已办理结婚登记且有共同生活

【基本案情】男女双方于2020年9月登记结婚。男方家在当地属于低收

入家庭，为顺利结婚，男方给付女方彩礼18.8万元。女方在2021年4月终止



妊娠，因双方家庭矛盾加深，男方于2022年2月起诉离婚，并请求女方返还彩礼18.8万元。

【裁判结果】男方给付彩礼18.8万元，事实上造成较重的家庭负担，属于数额较高。综合考虑双方共同生活时间较短，女方曾有终止妊娠等事实，酌定女方返还彩礼款5.64万元。

【律师分析】对这类案件，最高法确定了新的裁判规则：仍可主张返还，但需综合考虑共同生活时长、当地经济水平、给付方收入水平、是否存在过错等因素。此外，还应关注女方是否因婚姻让渡了身体健康权益。

**案例二：未办理结婚登记但有共同生活【基本案情】**男女双方于2018年11月经人介绍相识，自2019年2月起共同生活，并于2020年6月生育一子。2021年1月双方举行结婚仪式，但一直未办理结婚登记。男方曾给付女方彩礼16万元，后双方感情破裂，于2022年8月终止同居关系。男方起诉要求女方返还80%的彩礼计12.8万元。

**【裁判结果】**双方在共同生活期间生育一子，现已年满2周岁，且共同生活期间必然因日常消费及生育、抚养孩子产生相关费用。若在以夫妻名义共同生活3年且已共同养育子女2年后仍要求返还彩礼，对女方明显不公平，故判决驳回男方的诉讼请求。

**【律师分析】**对这类案件，最高法院明确：裁判时需重点查明是否已举办传统结婚仪式、是否孕育子女等情况，如果都具备，返还主张就很可能被驳回。

**案例三：已办理结婚登记但未共同生活**

**【基本案情】**男女双方于2020年7月确立恋爱关系，同年9月登记结婚。男方在结婚当月向女方银行账户转账80万元（附言为“彩礼”）、转账26万元（附言为“五金”）。婚后两人在不同城市工作生活，因筹备婚礼等事宜发生纠纷，同年11月双方协议离婚，婚姻关系存续不到三个月。婚后未生育子女，无共同财产，无共同债权债务。双方曾短暂同居，并因筹备婚宴、拍婚纱照、共同旅游、亲友相互往来等发生部分费用。离婚后，因彩礼返还问题发生争议，男方起诉请求女方返还彩礼106万元。

**【裁判结果】**关于案涉款项的性质，除已明确注明为彩礼的80万元款项外，备注为“五金”的26万元亦符合婚礼习俗中对于彩礼的一般认知，也应当认定为彩礼。双方虽有短暂同居经历，但尚未形成完整的家庭共同体和稳定的生活状态，不能认定为已有稳定的

共同生活。鉴于双方已登记结婚，且男方支付彩礼后双方有共同筹备婚礼仪式、共同旅游、亲友相互往来等共同开销的情况，对该部分费用予以扣减。法院酌情认定返还彩礼 80 万元。

**【律师分析】**对这类案情，最高法明确：可主张返还，但需要证明确未形成共同生活。如果不能证明，则转用第一点裁判规则；如果能证明，在考量返还比例时，原则上应全部返还，但需关注是否有短暂同居，以及同居期间的共同消费情况。

### 案例四：双方父母的诉讼地位

**【基本案情】**男女双方经人介绍相识，于 2022 年 4 月定亲，男方给付女方父母定亲礼 3.66 万元；2022 年 9 月男方又向女方银行账户转账彩礼 13.66 万元，女方购置了价值 1120 元的嫁妆并放在男方处，双方未办理结婚登记，未举行结婚仪式。2022 年 9 月，双方解除婚约后因彩礼返还问题发生

争议，男方起诉请求女方及其父母共同返还彩礼 173200 元。

**【裁判结果】**双方未办理结婚登记，现有证据不足以证明双方有持续、稳定地共同生活，故定亲礼、彩礼在扣除嫁妆后应予适当返还。关于彩礼 13.66 万元，系女方直接接收，应由女方在扣除嫁妆后酌定返还 12.182 万元；关于定亲礼 3.66 万元，系女方及其父母共同接收，应由女方及其父母承担返还责任，酌定返还 3.294 万元。

**【律师分析】**由于彩礼的给付往往涉及两个家庭，所以在当事人主体的选择上比较混乱。本次最高法征求意见稿明确：如果是离婚纠纷中一方一并提起返还彩礼诉讼请求的，当事人仍为夫妻双方；如果是婚约财产纠纷，则婚约一方及其实际给付彩礼的父母可作为共同原告；婚约另一方及其实际接收彩礼的父母可作为共同被告。

**【总结】**彩礼作为我国婚嫁领域的传统习俗，有着深厚的社会文化基础，蕴含着两个家庭对“宜其室家”的美好愿望。但近年来，彩礼数额持续走高，有人盲目将彩礼多少视为衡量爱情的标准，罔顾家庭经济情况；有人认为彩礼越多越显得有面子，攀比之风悄然蔓延。这些现状不仅背离了彩礼的初衷，也给婚姻稳定埋下隐患。本次最高法征求意见稿的出台，为彩礼问题的解决提供了更为完善的法律保障。当然，我们也应该看到，彩礼问题不仅是法律问题，更是社会问题。法律的制定和司法实践需要与社会发展和观念变化相配套，由全社会共同努力，树立正确的婚姻观念，让彩礼归于礼，才有可能根本解决问题，促进社会的和谐发展。

### 最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律问题的规定（征求意见稿）

为正确审理涉彩礼纠纷案件，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定，结合审判实践，制定本规定。

**第一条【适用范围】**以缔结婚姻为目的依据习俗给付彩礼后，因返还产生的纠纷，适用本规定。

**第二条【禁止以彩礼为名借婚姻索取财物】**禁止借婚姻索取财物。一方以彩礼为名借婚姻索取财物，另一方请求返还的，人民法院应予支持。

**第三条【彩礼的界定】**人民法院在审理涉彩礼纠纷案件中，可以综合双方当地民间习俗、给付目的、给付的时间和方式、财物价值大小、给付人及接收人等因素，认定彩礼范围。下列情形给付的财物，不属于彩礼：（一）婚约一方在节日、生日等有特殊纪念意义时点给付的价值不大的礼物、礼金；（二）婚约一方为表达或者增进感情的消费性支出；（三）其他价值不大的财物。

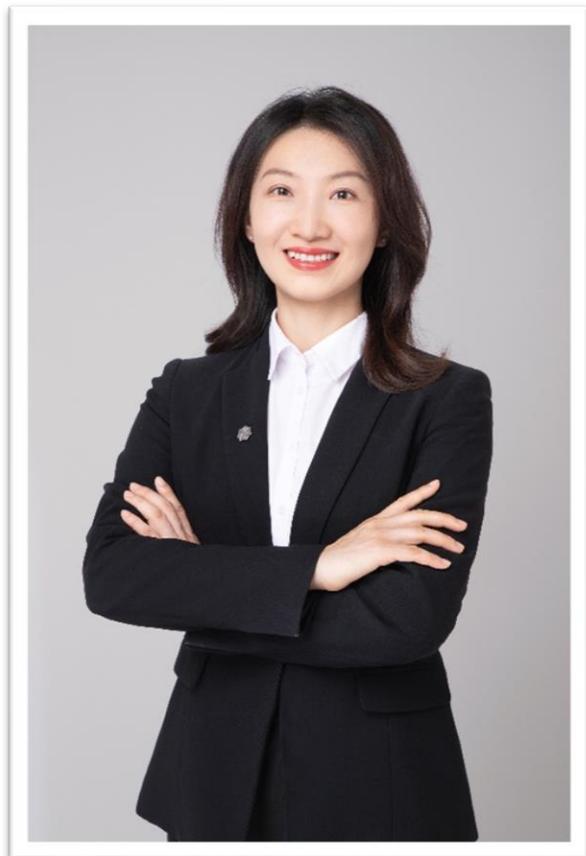
**第四条【涉彩礼返还纠纷案件中当事人主体资格】**离婚纠纷中，一方一并提起返还彩礼诉讼请求的，当事人仍为夫妻双方。婚约财产纠纷中，婚约一方及其实际给付彩礼的父母可以作为共同原告；婚约另一方及其实际接收彩礼的父母可以作为共同被告。

**第五条【已结婚登记并共同生活时彩礼返还的条件】**双方已办理结婚登记且共同生活，离婚时一方请求返还按照习俗给付的彩礼的，人民法院一般不予支持。

但是，如果共同生活时间较短且彩礼数额过高的，人民法院可以根据案件具体情况，综合考虑彩礼数额、共同生活时间、彩礼实际使用及嫁妆情况、有无孕育子女、双方过错等事实，结合当地习俗，确定是否返还以及返还的具体比例。判断彩礼数额是否过高，可以参考彩礼给付方所在地居民人均可支配收入、给付方家庭经济情况等事实，并结合当地习俗确定。

**第六条【未办理结婚登记但共同生活时彩礼返还的条件】**未办理结婚登记但双方已共同生活，一方请求返还按照习俗给付的彩礼的，人民法院应当根据共同生活时间、彩礼实际使用及嫁妆情况、有无孕育子女、双方过错等事实，结合当地习俗，确定是否返还以及返还的具体比例。

**七条【附则】**本规定自 年 月 日起施行。本规定施行后，人民法院尚未审结的一审、二审案件适用本规定。本规定施行前已经终审、施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本规定。



### 胡晓萍 律师

上海七方律师事务所副主任、高级合伙人

上海市律协女律师工作委员会 副主任

上海市律协婚姻家庭专业委员会 委员

第七届上海市优秀女律师

业务方向:家事法、私人财富管理

联系方式:18616910916

## 网络平台发布言论的性质认定 ——以李某涉嫌诽谤罪被判无罪案为例

作者：傅建平

### 一、基本案情

被告人李某原系 A 公司员工。2020 年 11 月 17 日，李某在 A 公司二楼与公司经营人程某某、余某某发生纠纷，王某接到电话后也至现场。李某报警称其在冲突中遭受程某、余某殴打，公安机关接警后至 A 公司处置，并于同日立案受理，对李某制作询问笔录并开具验伤单，经医院诊断，李某面部、及鼻、眼有伤。事发 6 日后，公安机关分别对程某、余某、王某制作询问笔录并调取由 A 公司提供的现场监控视频，同时对现场人员郑某、吕某制作询问笔录。同年 11 月 27 日，公安机关委托司法鉴定科学研究院对李某的伤势程度进行鉴定。同年 12 月底，司法鉴定科学研究院出具司法鉴定意见书，鉴定意见为“被鉴定人面部遭他人外力作用，上述损伤未达到轻微程度”。李某提出重新鉴定，2021 年 1 月，公安机关重新委托鉴定机构进行鉴定，鉴定意见是“被鉴定人面部遭他人外力作用，其损伤尚不构成轻微伤”。同年 3 月，公安机关作出被诉不予处罚决定，认

定：李某与程某、余某发生争吵，期间有身体接触，但程某、余某未见明显殴打行为，故决定不予行政处罚。李某不服该决定，向上一级公安机关申请行政复议。同年 5 月，上一级公安机关维持下一级公安机关作出的不予处罚决定。李某仍不服，向人民法院提起行政诉讼。同年 11 月，上海某法院作出一审判决，驳回李某的诉讼请求。李某不服并提起上诉。2022 年 3 月，上一级人民法院作出终审判决，驳回上诉，维持原判。

2022 年 6 月 21 日至同月 24 日期间，李某通过抖音账号发布视频文字，以手持身份证进行实名举报方式，口述称 2020 年 11 月 27 日，其因不同意程某调整薪酬，被程某吐口水侮辱，随后遭受程某、余某、王某等人暴力殴打。并称程某、余某等人为黑恶势力、寻衅滋事，请求相关部门详查及请广大网友关注，视频下方配以“扫黑除恶”、“严惩黑恶势力”等字样。同期，李某还在微博上发布相同内容视频。

截止 2022 年 6 月 24 日，上述相关内容在抖音及微博上浏览量共计 7 万余次。

程某等人发现上述抖音视频后，即向公安机关报案，并向互联网平台举报，请

求下架侵权视频。同年 7 月，程某、余某、王某向人民法院提起自诉，请求以诽谤罪追究李某的刑事责任。本案审理过程中，李某主动撤回发布的上述涉案视频。

## 二、核心争议点

1. 李某称被程某、余某等人殴打的事实被生效行政处罚予以否定后，其在网络平台中发表被打人殴打的言论可否认定为“捏造事实”？

2. 李某在穷尽法律救济手段无果之后，在网络平台上发布案件相关内容视频可否认定为“诽谤”？

3. 自诉人自行增加的浏览量能否在诽谤罪的认定中予以排除？

## 三、当事人各方观点、理由及思路

1. 自诉人认为，其一，李某通过抖音、微博等网络平台发布视频，捏造自诉人为黑恶势力，寻衅滋事，率众暴力殴打李某等事实均由法院查明并在生效的行政判决中予以否定；其二，李某曾向扫黑办投诉自诉人，相关部门亦查明自诉人不存在违法行为；其三，李某随意给自诉人冠以“黑恶势力”名称，歪曲捏造有关事实，给自诉人的生活、工作、名誉、人格尊严造成了严重的负面影响，李某的行为严重侵犯了自诉人的合法权益，已构成诽谤罪，请求依法追究李某诽谤罪的刑事责任。

2. 李某对自诉人指控的事实及罪名均提出异议，认为其行为不构成犯罪。其一，李某在视频中称遭受程某率众殴打属实，并非捏造程某等人聚众殴打行为就是“黑恶势力”，在其认知中，认为以多打少就是“黑恶势力”；其二，有关部门对此事处理不公正，为寻求解决途径，维护自身权益，故在网络上发表视频及文字，希望引起有关部门注意，是一种正常的诉求；其三，自诉人举证的“某某家园”视频并非自己发布，自诉人余某向视频点赞，不排除是自诉人故意增加点击量可能。

## 四、辩护思路

1. 本案事实不清、证据不足，因客观原因控告失实不等于诽谤，现有证据无法证明李某具有诽谤的故意。

(1) 李某的行为事出有因，主观无诽谤他人的目的。

李某的行为是由其与自诉人的劳资纠纷、矛盾冲突升级以及后续警方的处理引发。结合公安机关的询问笔录和病历资料，足以证明李某在案发当天脸部确实受了伤，其在网络平台称其遭多人殴打并非无中生有，而是确有其事。李某的目的是通过自媒体让相关部门关注到自己的事情，查明案件事实，维护自身合法权利，不具有诽谤他人之目的。

(2) 公安机关在收集、固定证据时确实违反《公安机关办理行政案件程序规定》的相关规定，足以让李某对其公正性、公平性产生质疑。

其一，公安机关并未及时调取相关视频资料。根据《公安机关办理行政案件程序规定》第四条、第三十七条之规定，“对行政案件进行调查时，应当合法、及时、客观、全面地收集、调取证据材料，并予以审查、核实。”公安机关提供的执法记录仪显示，案发当晚，李某因担心监控资

料和监控录像被拆毁，带领民警前往自诉人处调取监控录像资料，被自诉人员工以密码忘记为由拒绝提供，称需要次日调取，执法民警同意了A公司次日提供的要求。显然，公安机关未遵循及时、全面地收集、调取证据材料的规定，违反了相关规定。

其二，公安机关在事发一周后才从A公司取得的监控视频，存在被修改、剪辑的可能性。《某市公安局某某分局视听资料说明书》显示，公安机关要求A公司2020年11月30日前提交监控视频。距案发时间已过13日之久，自诉人提取录像资料的过程未录像，也没有见证人，不符合视听资料的法定程序。自诉人有充足的时间对监控视频进行修改、剪辑，该证据的真实性已经无法确认。

从A公司向公安机关提供的监控资料显示，A公司向公安机关提供的监控资料制作时间为2020年11月18日凌晨1点多，而A公司工作人员在2020年11月17日晚上民警和李某在场时称密码忘记，却在民警与李某离场后马上制作监控录像，足以证明“密码忘记”纯属托词，A公司在案发次日凌晨对监控录像进行制作、删减，甚至删除。自诉人程某当庭称

其不知道有多少个监控录像、谁在管这个录像、谁向公安机关提供的监控录像，显然是刻意回避客观事实，作虚假陈述。

其三，公安机关时隔6日之后才让三名自诉人制作笔录，三名自诉人串供可能性较大。李某在报警当日晚上，在医院做完验伤后，即被民警传唤至派出所制作笔录，而本案的三名自诉人却未被传唤至公安机关做笔录，直至2020年11月23日、25日才被公安民警传唤至公安机关做笔录，三人串供的可能性极大，难免让李某对公安机关的执行公正性产生质疑。

其四，公安机关并未允许李某指认参与殴打的人。在民间纠纷引发的殴打、故意伤害治安违法案件中，被害人的指认属于能够证明“违法嫌疑人有无法定从重、从轻、减轻以及不予行政处罚的情形”，同样属于必须调查的案件事实，公安机关同样违反《公安机关办理行政案件程序规定》第三十七、三十八条之规定。

(3) 李某对“黑恶势力”存在认识错误，其所称自诉人是“黑恶势力”是法律认识错误，并非捏造事实。

庭审中法官曾问李某其认为的“黑恶势力是什么？”，李某回答是“以多打少，群殴一个即黑恶势力”，足以反映其根本

不懂《刑法》《中华人民共和国反有组织犯罪法》规定的“黑恶势力”的真正含义，显然属于法律认识错误，并非捏造事实。综合上述事实，李某在互联网发布检举、控告视频是在穷尽法律手段之后的无奈之举，确实事出有因且自身并非法律工作者，对法律概念的认识存在错误，李某的目的仅是为了引起有关部门重视，重新调查，维护自身的合法权利，并无诽谤之目的，不构成诽谤罪。

2. 即使李某在网络平台中的言论有不当之处，自诉人提供的证据也无法证明李某行为达到《刑法》第二百四十六条的处罚标准。

(1) 自诉人提交的证据未达到《刑法》及司法解释的处罚标准。

根据自诉人提交的证据，经过公证，涉案视频被点赞次数为3081次，浏览量未知，转发量为351次。根据自诉人提交的证据，未经公证的视频截图显示，涉案视频的点赞次数为3129次，浏览量未知。自诉人递交的光盘中，还有点赞次数为18、25、64次视频。涉案视频在各个平台上的相加的所有点击量、转发量并未达到情节严重的次数，且自诉人未提供证据证明李

某的行为符合法律规定的其他情节严重的情形。

(2) 自诉人自发以及发动员工产生的点击、转发的浏览量应予以扣除。

庭审中余某自认曾对李某发布的视频进行了点赞，还将他人转发至小区微信群的视频也谎称系李某转发，自诉人行为足以让人相信自诉人为达到追究李某刑事责任的目的，存在恶意煽动他人转发、点赞的可能性。被诽谤者自己的点击不会导致其名誉进一步降低，其转发行为属于被害人自陷风险和对风险的自我扩大，因此，应当扣除该部分点击、转发量。在自诉案件中，证明被告人有罪的举证责任在自诉人。自诉人应当提供诽谤信息点击、浏览次数的鉴定意见或详细报告，以证明诽谤信息被不特定的多数人知悉，从而达到刑法规定“情节严重”的要求。

3. 李某的行为既未对自诉人的工作、生活产生影响，亦未对社会产生不良影响，不应受到刑法处罚。

李某并非社会上有影响力的人物，其互联网账号亦为普通个人账户，并非大V、网红，其影响力极为有限。自诉人及其代理人所称对其公司、个人产生的负面影响，但没有提供任何一份证据来证明三名自

诉人因李某行为给其造成的任何经济上的损失或名誉上的负面影响，相反，余某在法庭上称看到视频后以“讽刺”的心态点赞足以证明李某的行为对其并未造成生活或精神上的困扰，而是以胜利者的姿态向李某宣示。而李某得知被自诉人诉至法庭后，即向专业律师咨询，并删除了视频和微博。

4. 从行为法律性质评价，李某之举系穷尽公力救济之后的自力救济行为，是法律赋予的控告、检举权，不应评价为犯罪。

首先，宪法赋予公民言论自由与检举、控告的权利。根据《宪法》第三十五条、四十一条之规定，中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由，有申诉、控告或者检举的权利。对于公民的申诉、控告或者检举，有关国家机关必须查清事实，负责处理。任何人不得压制和打击报复。

其次，根据《刑事诉讼法》第一百一十条之规定，任何单位和个人都有举报、控告的权利。

最后，根据《刑法》第二百四十三条第三款之规定，不是有意诬告，而是错告，或者检举失实的，不适用前两款的规定。

本案中，李某在穷尽法律救济手段之后，希望通过网络平台引起相关部门关注，寻求帮助的行为，不属于诽谤，不应当认定为犯罪。

## 五、法院裁判观点

人民法院经审理后认为，首先，诽谤罪构成要件中，行为人主观方面必须是故意，明知自己散布的是足以损害他人名誉的虚假事实，明知自己的行为会发生损害他人名誉的危害结果，并且希望或者放任这种结果的发生。行为人通常的目的在于败坏他人名誉。本案中，被告人李某发布视频主要是为了表达诉求寻求有关部门关注，其认为自诉人确有殴打行为，执法机关对纠纷处理不公，为寻求解决途径，故在网络上发布视频及文字，希望引起有关部门注意并调查。李某在与自诉人纠纷中，经历了两级公安机关行政裁决，两级人民法院行政诉讼。其发布的视频内容也主要是围绕纠纷，控诉处理不公，被告人发布视频目的并非以追求自诉人名誉贬损为结果，而是借助网络曝光，寻求官媒关注，使纠纷得以重新调查为结果，该主观目的与诽谤罪构罪的主观故意不一致。

其次，从客观行为看，被告人李某发布的视频内容主要针对其与自诉人之间

的纠纷，事出有因，有一定的基础事实，与其他完全凭空捏造、无中生有的虚构事实行为有所不同。经查，李某因薪酬问题与自诉人产生纠纷冲突的基础事实客观存在；在纠纷中，李某有遭外力作用而受伤，虽伤势经鉴定未达到轻微伤，但受伤事实客观存在，结合本案查明的其他事实，本院认为李某发布的视频内容，并非完全无中生有，尽管有夸大成分，但与刑法意义上的“捏造事实”有本质区别。

综上，人民法院认为，自诉人控诉的被告人行为在主、客观方面均不符合刑法中诽谤罪的构成要件，故对自诉人的诉请不予支持。被告人李某对相关纷争处理存在情绪和不满，应当通过合法正当途径表达诉求，而不应当在自媒体上随意发表不当言论，这种做法既不利于纷争解决，也不利于社会和谐，应当予以批评教育。最终，经人民法院审判委员会讨论，依法判定李某无罪。



## 六、案件辩护的亮点及价值

网络并非法外之地。如何划分宪法赋予公民的言论自由权利与网络时代言论型犯罪的界限，是当下司法部门面临的重要课题，也是每个公民需要关注的问题。法治国家毫无疑问赋予公民充分的言论自由，但这并不意味着公民可以随心所欲地在网络上发表言论。

### 附：相关法条

1. 《中华人民共和国刑法》第二百四十六条【侮辱罪】【诽谤罪】以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。通过信息网络实施第一款规定的行为，被害人向人民法院告诉，但提供证据确有困难的，人民法院可以要求公安机关提供协助。

2. 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百四十六条第一款规定的“捏造事实

本案中，辩护的主要亮点在于，辩护人没有受到李某称被自诉人殴打的事实未被生效行政判决支持的影响，通过对案件事实与证据的详细分析，结合诽谤罪的立法原意，紧紧围绕该罪的犯罪构成要件，从主观目的和客观行为两方面分析，既达到了对被告人被判决无罪的效果，又起到了对案件双方当事人法治教育的目的。

诽谤他人”：（一）捏造损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布的；（二）将信息网络上涉及他人的原始信息内容篡改、删除、修改为损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布的；明知是捏造的损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，情节恶劣的，以“捏造事实诽谤他人”论。

3. 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条利用信息网络诽谤他人，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百四十六条第一款规定的“情节严重”：（一）同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次



以上，或者被转发次数达到五百次以上的；  
（二）造成被害人或者其近亲属精神失常、  
自残、自杀等严重后果的；（三）二年内  
曾因诽谤受过行政处罚，又诽谤他人的；  
（四）其他情节严重的情形。第三条 利  
用信息网络诽谤他人，具有下列情形之一  
的，应当认定为刑法第二百四十六条第二  
款规定的“严重危害社会秩序和国家利

益”：（一）引发群体性事件的；（二）  
引发公共秩序混乱的；（三）引发民族、  
宗教冲突的；（四）诽谤多人，造成恶劣  
社会影响的；（五）损害国家形象，严重  
危害国家利益的；（六）造成恶劣国际影  
响的；（七）其他严重危害社会秩序和国  
家利益的情形。



### 傅建平 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

上海市普陀区第十五届政协委员

上海市律协第十一届刑诉法与刑事辩护专业委员会

副主任

上海市律协律师执业考核委员会 委员

上海市律协纪律（惩戒）委员会 委员

业务方向：刑事辩护、企业刑事合规、

刑民交叉业务

联系方式：152 0171 8516

## 浅议犯罪行为与犯罪心理之关联

作者：符天山

自人类文明有历史记载以来，犯罪就一直伴随着文明发展的历程，从未被禁绝，直至今日，据不完全统计，全球每年有高达50万夫人直接死于因暴力犯罪而导致的冲突之中，其他隐匿或非暴力的犯罪活动更是每天都在全球各地公开或隐蔽的发生，面对这样历史悠久的社会难题，我们不禁要思考，究竟是什么导致人类这个物种无法禁绝犯罪，又究竟是一种什么样的心理，导致了罪犯铤而走险，试探法律的底线，本文将试图通过犯罪心理学的角度分析犯罪行为 and 犯罪人的主观心态，以期

为预防和矫正犯罪探索一条可行之道。

### 一、什么是犯罪心理学？

每天发生的各种杀人、强奸、诈骗、盗窃等案件。这种邪恶来自何方？是自私的基因还是残酷的本性？是贫穷、利益争夺、人际冲突而引发？还是个体单纯的偏执、挫败的反抗与报复、贪婪与欲望所致？这就是犯罪心理学研究的对象：犯罪人心理。犯罪心理学以独特的视角，以微观的视野来剖析犯罪人的认知、情感，犯罪动机与犯罪人格，为预防犯罪、打击犯罪与罪犯矫正贡献专业力量。

### 二、什么是犯罪？

犯罪是危害社会、触犯刑事法律、应受到刑罚惩罚的行为；犯罪人是实施了犯罪行为的人。“无行为无犯罪”、“主客观相统一”等已经成为现代法治的基本原则。



### 三、犯罪动机与犯罪人格内在是如何互动的？

- 1、犯罪行为总是在一定的犯罪心理影响与支配下发生。
- 2、犯罪行为是剖析犯罪心理的基础。
- 3、犯罪行为的性质由不同的犯罪心理状态决定。

### 四、犯罪动机与犯罪人格有何内在联系？

犯罪动机与犯罪人格是犯罪心理学的核心内容，是犯罪人实施犯罪的心理动力。

- 1、犯罪动机是推动行为人实施犯罪行为的内心力量，包括意识到的犯罪动机（清晰的动机）和未意识到的犯罪动机（潜意识动机）、常态动机（贪利型动机、情绪-情感动机、权欲型动机、信仰型动机）与异常动机（智力障碍、性变态、人格障碍、精神病者动机）。
- 2、具体来说，与犯罪动机形成密切相关的因素有：生理驱动力（如性欲、饥饿、痛苦等）、需要（如金钱欲、名誉、地位等）、消极情景诱因（如挑衅、诱惑等）、错误的认知观念（如消极的价值观、犯罪思维模式）、不当的强化（如行为实施的或观察到的错误行为得到赞许、奖

励或免于处罚)，其中个体的需要是犯罪动机的核心成分。

3、犯罪人格是犯罪人或潜在犯罪人所具有的反社会心理特征的总和，是一种

严重的反社会人格，反社会行为倾向的身心组织。

行为人的人格由需要、动机、价值观为核心的动力系统与以性格、气质、能力为核心的特征系统组成。

## 五、是否存在天生犯罪人？

1859年，英国生物学家达尔文，其成名作《物种起源》中的核心观点是“物竞天择，适者生存”。漫长的生命进化，人的本性对犯罪的解释，又有着怎样的体现呢？

龙勃罗梭，一个犹太医生，19世纪实证犯罪学家、精神病学家、刑事人类学家。在担任军医、精神病院院长与监狱医生的工作期间，他观察测量了三千多人、杀人犯的人体，并解剖了一些杀人犯的头颅。发现他们具有一些较低级动物的特征。他提出了“天生犯罪人”学说：犯罪人中66%是天生的犯罪人；犯罪行为是原始返祖的现象；犯罪人是现代社会中原始的野蛮人，是变种的现代人；犯罪具有家族的遗传性。

龙勃罗梭指出天生犯罪人理论在身体特征方面的表述还有突颚、大耳、三页鼻（鼻端被明显地分为三瓣儿）、嘴唇多肉外突等十八个方面的特征。

龙勃罗梭将犯罪人分为四大类：天生犯罪人、激情犯罪人、精神病犯罪人与机会犯罪人。天生犯罪人的观点遭受众多学者的反对，其在1893年的《犯罪人论》中将66%比例修正为33%。

1978年，荷兰奈梅亨大学的医生布伦纳，对家族的犯罪遗传的研究：X染色体中的基因缺陷（单胺氧化酶A），参与许多神经递质的代谢，活性不足，导致个体调节作用失灵。常见表现是：酗酒、吸毒、易怒及其他危险行为。

## 六、暴力犯罪是热血、冲动，那么“冷血杀手”又是什么情况呢？

20世纪90年代，神经犯罪学的发展：

1、犯罪基因，“战斗基因”基因缺陷；2、神经介质中的血清素是一种情绪刹车阀；3、杏仁核/海马体：恐惧功能中心，杏仁核活性低，恐惧感、罪责感及识别他人的痛苦能力降低或消失；4、前额叶/纹状体：人的本能贪婪欲望的启动中心。纹状体高度激活，贪婪性犯罪动机强烈。常见的掠

夺性犯罪，如诈骗、欺诈、职务犯罪等；

5、性犯罪：雄激素功能异常，性唤醒水平增强。反之，雄性不足、容易导致自卑、仇恨，而实施虐待等变态动机犯罪。

总之，犯罪人的行为发生是：生物、心理、社会交互作用的结果。如果说“天生犯罪人”是人类进化留下的一副毒药，那么，爱是唯一的解药。

## 七、精神分析与犯罪行为是假设还是循证？

精神分析是19世纪末，奥地利医生弗洛伊德在治疗精神疾病的临床实践基础创立的一套病理心理学理论。精神分析以潜意识、性本能为基本研究对象。

（一）精神疾病（创伤与压抑力量指向内心世界）与违法犯罪行为（创伤与压抑力量向外部世界宣泄）的力量同源，可能包括以下原因：1、个体犯罪者出于安全感或者归属感的需要，主动加入犯罪团伙；2、人格内部的冲突（本我、自我、

超我的冲突），为了及时快乐满足是本我的需要，犯罪行为就会发生。在人格结构中的本我隐藏着“生本能、死本能”。死本能代表破坏与毁灭的力量，它要求恢复无生命的状态。向内如自杀、受虐。向外如暴力犯罪，以及隐蔽的贪污、诈骗犯罪。

（二）自卑与犯罪。阿德勒，奥地利精神病学家，“个体心理学”创立者，其代表作《自卑与超越》。他认为遗传与环境没有强迫性的力量，犯罪行为是在“自

卑与补偿”“追求优越”的持续活动中产生的。认为犯罪是为了克服自卑而进行过度补偿的结果，称为犯罪权欲说。可能包括以下原因：

1、父母的教育过于严厉、冷酷无情或者放纵、娇惯容易形成自卑。如强奸行为，是为了克服自身男子气概（性能力）不足的内心恐惧焦虑；

2、追求优越，如大量的贪污受贿犯罪；

## 八、犯罪与脑神经功能异常相关？

自 20 世纪 70 年代以来，随着脑神经科学的快速发展，在犯罪起因的探索中形成了具有鲜明自然科学特征与时代特点的神经犯罪学的观点。

前额叶皮层与攻击性犯罪。多项研究结果提示，前额叶功能异常与攻击及反社会行为相关，特别是局限性眶额皮层的损伤与攻击性增加密切相关。

杏仁核与攻击行为。杏仁核位于颞叶，是边缘系统的重要组成部分，参与觅食、

3、自我防御与犯罪。犯罪者会使用防御机制中的合理化、投射作用、认同作用，掩盖和抵消罪恶感。如偷车只是借用而已、实施暴力是正当防卫、偷窃是被偷的人非常有钱、强奸犯认为是被害人同意的等。

总之，认为犯罪行为是别人的错误导致的。认同犯罪的示范作用，往往与犯罪人的过往挫折经验有关，所谓信命、不信法，而相信那些侥幸得逞的犯罪人。

防御、攻击、情绪反应和生殖行为等与物种生存相关的功能活动。杏仁核受损的个体，无法准确识别他人的恐惧表情，使个体对他人的社会评价功能受到影响，很难学会控制自己的攻击行为。神经心理学调查发现，76%的攻击性犯罪人的额叶与颞叶存在功能障碍。如典型案件一：德州塔楼狙击手-查尔斯·惠特曼，美国校园枪击悲惨案，导致惠特曼自己等 17 人死亡，杏仁核被肿瘤压迫，无法控制冲动；典型

案件二：获得性恋童癖-美国收集色情杂志的难教师，恋童癖的他，前额叶皮层被肿瘤挤压变形，无法抑制的性冲动。

犯罪是一个复杂的现象，涉及到众多因素，包括个体心理、社会环境、文化背景等。具体包括：个体的童年经历、家庭养育环境、接受的教育，并形成的自我人格特质；以及贫困、失业、文化差异、人际关系紧张等因素，都可能增加犯罪的风险。希望通过本文对犯罪者犯罪原因的探究，以便更好地理解犯罪人的心理，事前做些预防和应对，减少犯罪的发生，避免犯罪的伤害。



## 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：刑事辩护、刑事合规

联系方式：133 8628 0211

## 浅析股东知情权行使要点

作者：严佩珊

股东知情权诉讼是司法实践中非常活跃的公司诉讼类型，同时伴随着诸多争议点，如股东知情权的行权主体、行使范围以及对正当目的如何理解。本文将尝试从几个常见的争议话题入手，梳理近年法院审理该类案件的裁判思路，为公司及股东应对此类问题提供一定帮助。



**问题一：有限责任公司股东知情权范围是否包括会计凭证（包括但不限于记账凭证、相关原始凭证及应作为原始凭证附件入账备查的相关资料）？**

关于是否支持股东查阅会计凭证的请求，从各地司法实践以及出台的政策性文件来看，上海、山东、广东等地区法院支持率较高，北京对该问题争议较大，全国并未形成统一裁判倾向。但总体上支持

判例居多，除早年少量案例以法定范围不宜突破为由认定股东无权查阅外，多数案例均认为应当对《公司法》第 33 条进行目的性扩张，允许股东查阅会计凭证。

其中，支持理由通常是结合立法目的，通过扩张解释“会计账簿”，将会计凭证视作账簿的组成部分，可供参考案例有（2020）最高法民再 170 号、（2019）浙 11 民终 242 号案件、（2021）闽 04 民终 1032 号、（2017）陕民申 286 号等。否定观点，一是从文义解释角度出发，认为原始凭证和记账凭证属于会计凭证，与会计账簿、财务会计报告是并列、相互独立的关系，并非会计账簿组成部分，代表案例如（2019）最高法民申 6815 号、（2019）京民终 323 号、（2019）粤民申 3270 号。二是从目的解释角度出发，认为会计账簿编制前已对会计凭证进行审核把关，能够基本反映公司财务状况，实现股东了解公司经营的目的，没有必要扩张至会计凭证，代表案例如（2017）陕 01 民终 11722 号。

在这两种观点中催生出了折中说，即支持将知情权的范围扩大至会计凭证，但需要满足必要性、可行性、适当性，需要股东提供初步证据证明财务报告或账簿造假。如在（2010）沪二中民四（商）终

字第 321 号中，上海二中院认为“因尚无证据证明该阶段的财务记录存在问题……故新吴淞公司仅以股东身份泛泛而谈查阅目的，缺乏针对性和适当性，其要求查阅该阶段凭证的主张不应予以支持”。又如在（2020）闽民申 3708 号中，福建高院亦认为，“主张需要查阅会计凭证及银行流水清单，应当举证证明有证据怀疑会计报表真实性”，持此观点的还有（2020）豫民申 6687 号、（2020）京民申 4609 号等案例，不再一一枚举。

此外，值得一提的是，2021 年发布的《公司法（修订草案）征求意见稿》第五十六条、第一百一十条明确将股东名册、会计凭证纳入股东查阅范围。可见立法对股东权益全面保障呈开放态度，如果该条修订草案最终得以落地，那么这一长久争议问题将得到解决，司法实践也将回归统一。

实操中，有限责任公司的股东如需查阅会计账簿，必须先履行前置程序。具体言之，股东需要先向公司书面申请，并附上初步的查阅目的。为防止公司以股东存

在不正当目的为由拒绝查阅，建议股东先行自查是否存在同业竞争或相关诉讼，提前做好应对。若股东提出请求后 15 日，

公司仍未书面答复或明确拒绝，则可以在 15 日回复期限届满后向法院提起诉讼。

**问题二：法律和公司章程没有规定的情况下，股东能否依据股东协议/投资协议等约定行使知情权？**

该问题也无法律直接规定，从现有案例来看，通过协议对知情权范围进行扩张的，法院多采谨慎态度。(2022)苏 09 民终 951 号中，江苏盐城中院支持了投资协议可以作为行使依据。上海市第一中级人民法院(2011)沪一中民四(商)终字第 1177 号中认为，基于公司自治，公司可以通过章程或股东大会决议的形式扩大股东知情权的范围。但在(2021)鄂 13 民终 858 号中，二审法院认为虽然合作协议对知情权范围作了扩展，但最后仅支持法定知情权范围。江苏淮安中院(2021)苏 08 民终 4505 号认为，股东会议记录不能作为扩张法定知情权范围的依据。可见，对知情权约定的依据不限于投资协议、合作

协议，股东大会决议亦可，然而股东大会决议记录无法代表公司决策，法院通常不予支持。

实践中对于股东以公司章程为依据请求行使超过法定范围知情权的主张，人民法院基本予以支持，典型案例如北京高院(2020)京民终 184 号、江苏高院(2015)苏商外终字第 00035 号、(2021)沪 02 民终 467 号等。鉴于股东协议、投资协议与公司章程同作为公司的自治规范，其具体内容体现了股东的共同意志，我们认为也应当作相同理解。

实操中，若股东意图扩大知情权行使范围，从稳妥考虑，我们建议在公司章程中作明确规定。另一方面，若公司以章程

对股东知情权进行限缩，试图阻却部分知情权行使，鉴于知情权系股东的基本权利和法定权利，限缩条款可能会被法院认定

构成对知情权的“实质性剥夺”，进而被认定无效的风险。

**问题三：股东自营或为他人经营的业务与公司主营业务范围重合或相同，是否可以认定存在“实质性竞争关系”，进而认定股东具有“不正当目的”？**

该问题本质指向对“不正当目的”这一构成要件的举证责任分配，实务中存在两种观点。一是以广西高院裁判指引为代表的，由股东承担证明责任。但我们倾向认为，由公司承担最终证明责任，更符合《司法解释（四）》第八条的立法本意。具言之，由股东先证明基础事实，当股东充分举证目的正当时，若公司反证不能推翻，由公司承担败诉风险。在(2020)最高法民再170号中，最高院支持了这种观点：首先根据利润比确定主营业务，其次认为两企业在销售环节存在一定重合，接着综合案件事实，认为两企业不存在利益冲突，进而得出“不存在实质性竞争关系”的结论。举证责任分配上，该案遵循公司对“股东具有不正当目的”承担本证的证明

责任，在公司无有效证据证明时，承担败诉风险。

从司法实务来看，多数法院均意识到“经营范围重合≠存在竞争关系”，即便“主营业务”存在重合，但如果结合“实际经营者状况”发现重合部分的业务并未实际开展，仍然会认为不存在“实质性竞争”。此外，不能以证明责任替代目的正当的法律推理，如(2021)陕01民终21197号案中，西安中院认为即便可能存在“竞争关系”，对“不正当目的”的推定也是或然性的、经验性的，应对目的限制体系进行整体把握。但仍有少数法院在公司只证明工商登记的经营范围相同或相似，并无其他证据的情况下，仍然径直认定股东与公司存在“实质性竞争关系”。我们认

为，采此观点的判决，显然过于放松了对“不正当目的”的判断标准，举证责任分配上也有不当之处，将举证不能的风险完全分配给处于举证弱勢的股东。

实务中，若股东遇到与公司经营或投资范围存在重叠的情况，可以从经营项目、

地域市场、客户群体、股东未实际参与竞争企业等因素出发，充分挖掘对己方有利的证据，综合证明与公司不存在“实质性竞争关系业务”，要求法院予以审慎认定。



### 严佩珊 律师

上海七方律师事务所 合伙人

业务方向：企业法律事务、公司商事

银行与金融业务

联系方式：182 2103 5988

## 浅议股东欠缴出资的董事责任

作者：周松涛

在处理公司股东出资纠纷案件中，笔者作为律师常能看到这样两种现象，一种是到了公司章程约定的出资期限股东却没有实缴出资或只实缴了一部分，另一种是股东以非货币财产出资但实际价额显著低于认缴出资额，这两种现象都属于股东未按期足额缴纳出资。如果未按期实缴或未按期足额实缴（为叙述方便，以下简称欠缴出资）的是小股东，公司或大股东往往会催缴，如果欠缴出资的是大股东，受控于大股东的公司通常就不会催缴，由此带来的不利后果，作为公司的董事、监事、高管（以下简称“董监高”）需不需要为此承担责任？如果需要的话，那应当承担怎样的责任？

### 一、现行规定

在处理公司股东出资纠纷案件中，笔者作为律师常能看到这样两种现象，一种是到了公司章程约定的出资期限股东却没有实缴出资或只实缴了一部分，另一种是股东以非货币财产出资但实际价额显著低于认缴出资额，这两种现象都属于股东未按期足额缴纳出资。如果未按期实缴或未按期足额实缴（为叙述方便，以下简称欠缴出资）的是小股东，公司或大股东往往会催缴，如果欠缴出资的是大股东，受控于大股东的公司通常就不会催缴，由

此带来的不利后果，作为公司的董事、监事、高管（以下简称“董监高”）需不需要为此承担责任？如果需要的话，那应当承担怎样的责任？

现行《公司法》对此没有明确规定，在《公司法司法解释三》中有涉及，其中第十三条第四款规定：“股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求未尽公司法第一百四十七条第一款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级

管理人员承担相应责任的，人民法院应予以支持；董事、高级管理人员承担责任后，可以向被告股东追偿。”这里说的是增资的情形，那么初始出资是不是就不适用了呢？

现行《破产法司法解释二》第二十二条第二款规定：“管理人依据公司法的相关规定代表债务人提起诉讼，主张公司的发起人和负有监督股东履行出资义务的董事、高级管理人员，或者协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员、实际

控制人等，对股东违反出资义务或者抽逃出资承担相应责任，并将财产归入债务人财产的，人民法院应予以支持。”这里并没有限定于增资的情形，应当理解为初始出资和增资均适用。只不过这条规定的前提是公司进入了破产程序。

因此，《公司法司法解释三》和《破产法司法解释二》在此问题上虽有规定，但都有一定的局限。故而立法机关要在《公司法（修订草案）》中整合这方面的规定并上升到法律层面加以明确。

## 二、法律修订

2021年年底发布的《公司法（修订草案）一审稿》对此问题作出了回应，第四十七条规定：“有限责任公司成立后，设立时的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，应当由该股东补足其差额并加算银行同期存款利息，给公司造成损失的，还应当承担赔偿责任；设立时的其他股东承担连带责任。董事、监事、

高级管理人员知道或者应当知道设立时的股东有前款规定行为未采取必要措施，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”这里明确了欠缴出资的股东应当承担的责任，同时也明确了董监高在未尽职情况下也要受牵连。2022年年底发布的《公司法（修订草案）二审稿》也有类似规定。2023年9月发布的《公司法（修订草案）三审稿》作出了一些调整，第五十一条规

定：“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公司章程规定的出资的，应当向该股东发出书面催缴书，催缴出资。董事会未履行前款规定的义务，给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿

责任。”催缴主体和责任主体由董监高限缩为董事会和董事。

《公司法（修订草案）》经过三审基本定稿，董事会及董事的该项责任也基本落定。

### 三、案例介绍

法律的修订往往来源于实务的需要和先行突破，此前最高人民法院就出现过这样一则典型案例。

在斯曼特微显示科技（深圳）有限公司诉胡秋生等损害公司利益责任纠纷再审案（〔2018〕最高法民再366号）中，斯曼特公司的股东欠缴出资约500万美元，后因资不抵债被债权人申请破产，破产管理人起诉了该公司6名董事因未尽监督股东出资职责而应承担出资连带赔偿责任。该案一审、二审法院认为，董事未监督出资只是消极的不作为，并且董事未追缴股东出资与股东欠缴出资之间没有因果关系，均判决原告败诉。

原告不服，向最高院申请再审。最高院经审理后认为，根据《公司法》第一百四十七条第一款的规定，董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务。上述规定并没有列举董事勤勉义务的具体情形，但是董事负有向未履行或未全面履行出资义务的股东催缴出资的义务，这是由董事的职能定位和公司资本的重要作用决定的。股东全面履行出资是公司正常经营的基础，董事监督股东履行出资是保障公司正常经营的需要。《公司法司法解释三》第十三条第四款的规定是赋予董事、高级管理人员对股东增资的监管、督促义务，从而保证股东全面履行出资义

务、保障公司资本充实。在公司注册资本认缴制下，公司设立时认缴出资的股东负有的出资义务与公司增资时是相同的，董事、高级管理人员负有的督促股东出资的义务也不应有所差别。

最高院还认为，斯曼特公司被债权人申请破产清算，股东未缴清出资的行为实际损害了斯曼特公司的利益，6名董事消极不作为放任了实际损害的持续。股东欠

缴的出资即为斯曼特公司遭受的损失，股东欠缴出资的行为与6名董事消极不作为共同造成损害的发生、持续，6名董事未履行向股东催缴出资义务的行为与斯曼特公司所受损失之间存在法律上的因果关系，一、二审判决认为没有直接因果关系，系认定错误，应予纠正。遂最终改判该6名董事对股东未缴出资部分承担连带赔偿责任。

## 四、解析

这则案例非常典型，结合《公司法（修订草案）》，从中可以总结出以下几点：

1. 现行《公司法》第一百四十七条只是笼统地规定了董监高对公司负有忠实义务和勤勉义务，没有明确规定其负有监督股东出资的义务，但是理论界、实务界通说均认为勤勉义务包含了监督股东出资的义务。最高院在该案例中解释“这是由董事的职能定位和公司资本的重要作用决定的。股东全面履行出资是公司正常经营的基础，董事监督股东履行出资是

保障公司正常经营的需要。”《公司法（修订草案）三审稿》对此进行了明确，又将催缴主体和责任主体限缩为董事会和董事。因此，监督股东出资不仅是董事会及董事的义务，而且是一项非常重要的义务，这一点即将上升为法律规定。

2. 《公司法司法解释三》第十三条第四款尽管措辞上只涉及增资的情形，但最高院认为设立时认缴出资的股东负有的出资义务与公司增资时是相同的。这样的扩大解释无疑是合理的，否则就会因为

司法解释的疏漏而导致类似情形出现不同的处理结果。而《公司法（修订草案）》对此也进行了明确，并不限于增资情形。

3. 《公司法司法解释三》和《破产法司法解释二》规定了此类情形下董事、高管承担的是“相应责任”，如何理解这个相应责任呢？司法解释中并没有说清楚这个责任究竟属于哪类责任。《公司法》第一百四十九条的规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”《公司法（修订草案）》也明确为“赔偿责任”，符合侵权行为下的责任形式，也就是把该不作为划归为侵权行为。该案例中最高院判定的就是赔偿责任，而且还进一步判定为连带赔偿责任。最高院很可能是认为这属于共同侵权行为，按照侵权法的相关规定，此时应当承担连带责任。据此，可以推断《公司法（修订草案）》中的“赔偿责任”未来在实际适用中很可能也被解释为连带赔偿责任。也正因为基于共同侵权

行为，所以继而法院认定，董事未履行监督义务的消极不作为与公司受损之间构成法律上的因果关系。

4. 《公司法（修订草案）》中规定董事应当对股东欠缴造成公司的损失承担赔偿责任，这里需要明确欠缴出资会给公司带来什么损失。就公司与股东之间的关系来讲，股东未完成缴资，则公司对股东享有债权，欠缴所造成的直接损失应当是资金产生的孳息，间接损失则是公司因缺乏资金而产生的衍生损失，比如无法扩大再生产的损失，机会成本的损失，无法及时偿债而被追究违约责任的损失等等。该案例直接以股东欠缴的出资作为公司的损失属于顶格认定，是否合适笔者认为还是要根据具体案情具体分析。但不管怎样，该案是最高院的判例，示范了在此情况下可以将欠缴出资作为公司的损失，也就是董事面临的赔偿额，该案可以作为《公司法（修订草案）》中关于公司损失以及董事赔偿责任的重要参考。



5. 董事会及董事负有的监督股东出资的义务具体应当完成什么工作，目前的法律和司法解释均无规定。《公司法（修订草案）三审稿》第五十一条规定：“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公司章程规定的出资的，应当向该股东发出书面催缴书，催缴出资。”这里就明确了董事会应当履行对出资核查的义务和催缴出资的义务。这两项义务不仅要履行还要注意符合勤勉尽责的标准，否则仍然可能被认定为不尽责或虚假履行。董事草率马虎地向错误的股东地址发送催告文件，发完后也不查询、不核实，不闻不问，这恐怕不能算是尽到了义务。如果董事与大股东恶意串通、弄虚作假，那更不能构成义务的履行。所以核查和催缴必须达到真实且勤勉尽责的要求。比如，认

真核查股东出资情况，必要时可委托第三方审计；查实股东信息渠道，通过信函、电话、短信、微信等多种方式向股东多次催缴，并保留好相关记录。这样操作较为稳妥，也能够较为有效地证明自己已尽职尽责地履行义务。只不过当欠缴主体是大股东时，尤其是大股东实际控制公司及董事会时，董事会和董事要向其催缴的困难是可想而知的。

6. 催缴出资的主体限定为董事会，董事会为此需要召集会议并作出决议，如果催缴决议没能通过，则反对催缴的董事无疑将有责任，而赞成催缴的董事投赞成票的行为应当能够成为免责的事由。因此赞成催缴的董事应当注意保留好董事会决议、会议记录，并保留好自己的投票记录，以备今后免责主张需要。

综上所述，有最高院判例在先，《公司法》修订也即将完成并颁布，股东欠缴出资董事来买单不是一句空话，董事对此务必引起重视，千万不要碍于情面、迫于压力、明哲保身而不发声、不作为，等到最后为不诚信、不出资的股东背锅就晚了。



**周松涛 律师**

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人

上海市律协规划与规则委员会 委员

上海市律协财税委员会 委员

高级企业合规师、法务会计师

业务方向：公司、财经、保险

联系方式：186 21268850



## 《个人信息保护法》第十三条第一款第（二）项规定的理解与适用

作者：李华平

（本文选自第五届长三角劳动法律师业务交流会论文集）

《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）于2021年11月1日起正式施行，其中《个人信息保护法》第十三条第一款第（二）项之规定引起了各方热议，在对该法条内容的理解与适用上存在着一定的争议。该规定涉及用人单位处理劳动者个人信息的合

法性基础问题，笔者浅谈一点个人看法，供大家批评指正。

一、《个人信息保护法》第十三条第一款第（二）项规定的理解

《个人信息保护法》第十三条第一款第（二）项规定，为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法

制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需的，处理个人信息不需取得个人同意。这是《个人信息保护法》在确立以“告知+同意”为核心的个人信息处理原则基础上，考虑到经济社会生活的复杂性和个人信息处理的不同情况，对基于个人同意以外合法处理个人信息的情形作出的规定。

众所周知，在《个人信息保护法（草案）》的一审稿和二审稿中并没有这一内容。当时有观点认为，人力资源管理的内容非常广泛，人力资源管理所必需的范围可能无法限制，不利于劳动者个人信息的保护；但也有观点认为，用人单位从招聘录用应聘者，到与劳动者签订劳动合同、办理录用手续、支付劳动报酬、缴纳社会保险等都必须使用到劳动者的个人信息，而这些个人信息如果要以劳动者的同意为前提，则不符合用人单位与劳动者之间存在管理与被管理的人身属性，用人单位人力资源管理行为难以正常开展，管理的效率和效果都难以实现，不利于建立和谐稳定的劳动关系。《个人信息保护法》的

出台采纳了后一种观点，加上了这一项例外情况规定。

《劳动合同法》第八条规定，用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。可见，用人单位要了解劳动者与劳动合同相关的基本情况，必然要会涉及到劳动者的个人信息甚至个人隐私内容。作为与用人单位建立劳动关系的劳动者一方，应当如实说明，不得隐瞒或拒绝。

例如，在招聘录用和劳动合同订立阶段，用人单位通过从收集到应聘者的简历中选择面试人员，在面试过程中有权了解与劳动合同直接相关的劳动者个人信息，在订立合同过程中基于向劳动者支付劳动报酬、缴纳社会保险、代扣代缴个人所得税等，必需使用到劳动者的身份证号、银行卡号、社保账号等信息；为了方便用人单位的直接管理和内部联系，建立包含劳动者姓名、职位、电话号码、邮箱地址等个人信息的通讯录，也必然会使用到劳动者的个人等信息；基于保障劳动者身体健康和提供安全卫生的工作环境需要，用

用人单位对入职劳动者进行健康检查、要求其进入工作场所出示健康码、行程卡等，也会涉及处理其医疗健康信息、行踪轨迹等敏感个人信息。《个人信息保护法》这一规定的出台与《劳动合同法》在了解劳动者与劳动合同相关的个人信息的规定上互相呼应，保持了一致。

对于用人单位处理劳动者敏感个人信息，是否应当取得劳动者同意问题，实践中存在有较大的争议。有观点认为，根据《个人信息保护法》第二十九条规定，处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意；法律、行政法规规定处理敏感个人信息应当取得书面同意的，从其规定。因此用人单位在实施人力资源管理过程中涉及需要使用到劳动者指纹、人脸识别等生物识别、医疗健康、行踪轨迹等个人敏感信息时，应当取得劳动者个人的单独同意，用人单位不能直接根据《个人信息保护法》第十三条进行处理，而是应当优先适用《个人信息保护法》第二十九条的特别规定。对此观点，笔者并不认同。

笔者认为，《个人信息保护法》第十三条和第二十九条二者并非是一般规定和特别规定的关系，不存在优先适用《个人信息保护法》第二十九条的问题。《个人信息保护法》第二章“个人信息处理规则”中一共有三节，第三节“国家机关处理个人信息的特别规定”相对于第一节确实是“特别规定”，而第二节是针对“敏感个人信息的处理规则”并不是特别规定。

《个人信息保护法》第十三条第二款之规定，“依照本法其他有关规定，处理个人信息应当取得个人同意，但是有前款第二项至第七项规定情形的，不需取得个人同意。”可见，“依照本法其他有关规定”显然包含了《个人信息保护法》第二十九条之规定。从法条内容上理解，《个人信息保护法》第十三条第一款第二项至第七项，就是处理个人信息不需要取得个人同意的例外情形，不管该个人信息是否属于敏感个人信息。因此，《个人信息保护法》第二十九条并不是优先适用条款。

实际上，在劳动用工过程中，劳动者的真实意志因用人单位和劳动者之间的经济地位以及权利义务上的不对等而难以真正实现，很多时候的“同意”也可能迫于求职需求的无奈。例如，用人单位在

的立法要求，不仅难以起到应有的保护效果，反而会加剧劳动者与用人单位之间的信息不对等。当用人单位与劳动者在敏感个人信息获取方面存在着冲突时，用人单位通常会基于自身利益及管理秩序的需要



招聘过程中，会要求应聘者提供各类相关个人信息资料包括敏感个人信息，应聘者只能同意，否则应聘者就会丧失被录用的机会。

事实上，采取强化劳动者同意为前提

要来进行选择，而处于弱势地位的劳动者在面对用人单位给出的“工作机会与个人信息及隐私”二选一进行抉择时，大多数人只能作出妥协和让步，此时的“同意”难以认定为劳动者真实的意思表示。如果

将劳动者个人信息保护主要依赖于劳动者的“同意”上，实质是将个人信息处理的风险转移至劳动者方，而劳动者作为弱势的一方，难以真正通过对个人信息的有效控制实现其信息处理结果的实质公正。

二、《个人信息保护法》第十三条第一款第（二）项规定的适用

根据《个人信息保护法》第十三条第一款第（二）项规定，用人单位在处理劳动者信息时无需以本人同意为前提，而是转移到用人单位实施人力资源管理所必需上来。这种立法转变实际上是一种进步，注重用人单位作为信息处理者为其行为承担责任，而不是将重心放在收集数据之初取得劳动者本人同意上。《个人信息保护法》着重强调的是用人单位处理劳动者个人信息的目的正当性和实施必要性，即为订立、履行合同所必需和实施人力资源管理所必需。

为了实现用人单位人力资源管理的用工自主权与保护劳动者个人信息之间的冲突与平衡，《个人信息保护法》在尊重用工自主权的同时强调了管理依据的

民主程序要求，即依照劳动规章制度或集体合同来实施管理权和依法处理劳动者个人信息。《劳动合同法》第四条规定，直接涉及劳动者切身利益的劳动规章制度，是用人单位经过与职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见后与工会或者职工代表平等协商确定的。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。可见，由于用人单位的劳动规章制度是通过民主程序制定的，对全体劳动者具有约束力。例如，用人单位在制定考勤管理制度时，决定采用电子考勤的，需要采集全体劳动者的指纹，用人单位在处理该劳动者个人信息时，并不需要事先取得劳动者的同意，而劳动者则有义务配合用人单位，接受用人单位的管理。

《劳动合同法》第五十一条规定，用人单位职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。由于集体

合同也是职工一方与用人单位平等协商确定的，对用人单位和全体劳动者均有约束力。用人单位依照集体合同进行相应的人力资源管理，涉及到处理劳动者个人信息情形的，同样无需征得每一位劳动者的同意为前提。例如，集体合同在涉及为劳动者安排健康体检等疗休养福利过程中，也可能会涉及到劳动者的个人信息甚至个人隐私，劳动者也同样应当配合；集体合同中规定了劳动者个人信息的分类分级保护机制、不同劳动者的信息访问权限以及敏感个人信息处理机制等内容的，依据上述规定或约定处理也无需再征得劳动者个人同意。

用人单位在处理劳动者个人信息的目的正当性外，还需要证明处理劳动者个人信息对所预期实现的目的是“必需”的，“必需”决定了用人单位实施用工自主权的边界。因此在法律适用上，有必要明确劳动用工不同阶段信息处理目的“必需”之内涵。

在招聘录用与劳动合同订立阶段，用人单位为了招聘到与岗位所需要的最合

适人才，需要充分掌握其与履行劳动合同直接相关的个人信息，属于“为订立合同所必需”之目的作为处理个人信息的合法性基础来选择合适的求职者。例如，用人单位可以通过浏览简历方式收集到求职者的姓名、性别、年龄、教育背景、工作经历、家庭住址、联系方式等个人信息，也可以要求其进行入职体检等了解其健康状况，以确保其符合岗位的具体要求。

在劳动合同履行阶段，用人单位可以根据“实施人力资源管理所必需”来实现信息处理目的。例如，用人单位向劳动者支付劳动报酬、缴纳社会保险等履行用人单位法定义务时，需要处理劳动者的银行账户、身份证号、社保账号等个人信息；在工作场所安装指纹或人脸识别考勤，对工作电脑进行软件加密，在公共工作场所安装监控，对工作邮箱进行监控等，目的是用来加强人力资源管理和保护用人单位的知识产权以及商业秘密。需要指出的是，用人单位在实施人力资源管理所必须处理劳动者个人信息的，虽然无需劳动者

同意但应当履行告知劳动者义务，同时不能超越权限侵犯到劳动者的个人隐私。

在劳动关系解除或终止后，用人单位与劳动者基于后劳动合同义务如履行保密协议或竞业限制协议的，“为订立合同所必需”，可以收集并存储劳动者的姓名、身份证号、联系方式、新入职岗位等相关个人信息。

最后，用人单位在处理劳动者个人信息除了需遵循合法、正当和必需原则外，仍应遵循诚信和最小化利用原则，尽可能地缩小信息收集、使用以及储存的范围，当劳动者个人信息不再成为“必需”时，除了法律法规规定外，用人单位应当及时予以删除或销毁。



### 李华平 律师

上海七方律师事务所 主任

上海市律协劳动与社会保障专业委员会 副主任

全国律协劳动与社会保障法专业委员会 委员

上海市律协对外宣传与联络委员会 副主任

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

业务方向：劳动法、企业法律顾问、  
法律培训

联系方式：13917749521

## 职场智能监控中劳动者个人信息保护企业合规路径探讨

作者：郑华、陈春雨

(本文选自第五届长三角劳动法律师业务交流会论文集)

职场智能监控技术使劳动者个人信息权益保护遭受到前所未有的挑战，算法技术使劳动从属性产生的不平等结果加剧，如何把握用人单位和劳动者管理利益和个人信息权益价值对立冲突的平衡成为关键问题。本文将从用人单位使用智能监控的正当性、保护劳动者个人信息的价值及重新阐释个人信息保护法中保护个人信息的基本原则等角度，提出企业合规的方案。

### 一、智能监控下产生的问题

职场智能监控即用人单位通过先进技术实时监控劳动者的工作状态及工作表现，从而实现高效的职场管理目的。常见的职场监控手段包括在工作场地安装监控摄像头、上下班打卡器、手机定位等方式，而一些特别的监控手段还包括为员工配备智能坐垫、智能手环，或者安装电脑端、手机端监控软件。智能监控的特点就是自动收集+处理信息，甚至有的系统会在自动演算得出结论的基础上，做出自动化决策。这种技术正在侵犯劳动者的私人生活，这种侵犯表现为以下几个方面：

其一，智能监控可能以劳动者不知情的形式收集个人相关信息，导致劳动者的隐私被窥探，例如在不告知劳动者的情况下就在其使用的电脑上安装智能监控软件；其二，智能监控技术会在算法的处理与推演下会挖掘更深层的信息，进一步掌握劳动者的私密信息，例如智能手环和坐垫通过收集压力、心率、呼吸、坐姿等数据，判断员工是否在工位上，工作时是否专注，甚至能够判断员工当下的情绪状态，而这些信息可能会收集、挖掘信息主体的健康状况、生物识别等敏感个人信息；其三，智能监控技术具有持续性，模糊了工作和私人时间和场合，对劳动者个人信息的攫取已经超过了时间和场合应有的限制；其四，智能监控的自动决策性会替代管理者

做决定，一步步损害劳动者的权益，例如外卖平台通过算法规划出最短的路线，并根据外卖员的送餐速度不断“精确化”

送餐时间，导致外卖员为了在规定时限内送到指定地点不得不选择违背交通规则，提高了交通事故发生的隐患。

### 二、职场智能监控下用人单位管理与劳动者个人信息保护的权源

#### （一）用人单位行使管理权的正当性

劳动者与用人单位建立劳动关系便意味着其应当接受用人单位的管理，需要将自己的一部分权利让渡给单位。《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称“《劳动合同法》”）第8条规定了用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明；《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称“《个人信息保护法》”）第13条第2款中“按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”也对用人单位收集劳动者个人信息行为正当性进行了确认。一般认为，用人单位行使管理权，在职场中设置监控系统主要有以下几个目的：一是维护本单位的财产安全。尤其是一些商业秘密及其他知识产权对单位的价值非同寻常，用人单位往往需要借助智能化监控手段保护其无形资

产。二是保护劳动者的安全与健康。三是维护职场秩序，保证员工遵守单位的规章制度，防止员工懈怠工作。这种智能监控既能对劳动者产生威慑作用，又能在事后为单位提供关键线索与证据，并成为单位惩罚或者辞退员工合法性的有力证明。

#### （二）保护劳动者保护个人信息必要性

个人信息保护的本质是人作为主体所享有的人格尊严，劳动者即便受到用人单位的管理，也应当得到单位的尊重，维持其作为人应当具有的体面。若单位在管理目的所需的必要限度之外仍大肆攫取劳动者的个人信息，将严重侵犯劳动者的私人空间与隐私利益，损害其人格尊严。若不重视劳动者的个人信息保护问题，则一方面会纵容单位利用其强势地位进一步迫使劳动者同意单位不合理的信息收集与利用行为，加剧劳动关系中的不平等性；另一方面会侵犯劳动者的其他人格权

益，例如言论自由权，若放任单位对劳动者在社交媒体的言论进行不当监控并能够以此作出不利于劳动者的决定，会严重限制劳动者的言论自由。除此之外，劳动者在个人信息权益受损后寻求司法救济时也会因缺乏有针对性的法律依据而难

以得到有力的事后补救与赔偿方案，导致该群体的利益被进一步侵蚀。且用人单位作为大规模收集和处理劳动者个人信息的主体，也应当受到《个人信息保护法》的规制。

### 三、职场智能监控收集与处理劳动者个人信息的限制

《个人信息保护法》信息处理原则中第5条规定了处理信息合法、正当、必要和诚信原则；第6条规定了目的明确、合理与相关原则，以及重要的比例原则；第7条规定了信息处理规则、目的、方式和范围公开透明原则；第8条规定了信息准确、完整原则；第9条规定了信息安全原则；第14条规定了同意原则；第17条规定了告知原则。从这几条原则中可以分别总结归纳出以下几个原则：

#### （一）目的正当原则

用人单位收集劳动者个人信息的目的应当仅限于职场管理目的，不能出于其他目的收集与处理劳动者的个人信息。这里的正当原则包含目的明确、目的合理与目的相关三个层面。目的明确即用人

单位收集信息的目的是具体的而非概括的，例如用人单位在办公场所设置摄像头的目的是“防止员工偷盗、破坏属于公司的财物”，那么其不能以该目的为由在员工衣帽间也安装摄像头；目的合理要结合必要性与所欲实现的价值利益来判断，例如单位在员工使用的办公电脑中安装监视软件监督劳动者是否在工作时间完成工作任务，则这种监视程度应当止步于分辨劳动者是否正在使用办公软件或其他娱乐软件，而不能进一步监视劳动者在其微信、网上银行等具有私人属性的软件中的聊天记录、金融账户处理等私密信息；目的相关则要求用人单位收集与处理信息的目的与劳动行为强相关，否则在没有

明确告知劳动者相关行为的情况下不能进行收集。

### （二）比例原则

比例原则即用人单位应当用侵犯劳动者个人信息程度最轻的手段实现单位的用人管理目的，只要用人单位的目的达到了，就不能再收集更多的信息。单位是否履行这一原则可以通过以下几个维度进行比较：一是工作时间内，单位应当只在工作时间内收集个人信息，不得在员工下班后仍然收集其个人信息；二是工作场所中，除有特别理由，单位不得在非工作场合中监视员工；三是区分一般个人信息与敏感个人信息的范围，我国《个人信息保护法》第 28 条规定对敏感个人信息作出了明确规定。例如，单位通过人脸、指纹识别完成员工上下班打卡、进出工作场所已经成为单位收集其相关生物识别信息的合理理由，但生物识别信息不仅限于此，单位若不存在其他特别理由，原则上是不能继续收集其他生物识别信息的；四是保存期限上，《个人信息保护法》第 19 条就规定单位对监控收集的劳动者个人

信息的保存期限应当为实现处理目的所必要的最短时间。

### （三）公开透明原则

公开透明原则要求用人单位将信息收集的范围、收集目的、信息处理的规则与方式等透明化，明确告知劳动者。例如有些智能监控软件在算法的加持下，综合其记录的记录员工待在工位的时间、员工上下班打卡的时刻、员工在工作时间内浏览与工作无关的软件或网站的时间等，通过自动处理，得出员工表现优良差情况的结论，并据此自动得到是否对员工做出奖励性或惩罚性后果的结论，这一整个系统实际上直接涉及劳动者的切身利益，因此应当将监控系统收集了哪些信息、如何处理这些信息以及信息推演的规则和可能得出的结论等集过程与结果为一体的所有信息以一般人能够理解的方式明确告知和解释给劳动者。

### （四）同意原则

同意原则即用人单位收集和处理个人信息应当取得劳动者的明确同意。首先应当对用人单位是否需要得到劳动者同

意才能收集的信息范围进行区分。劳动者的基本个人信息，例如姓名、年龄、联系方式、住址、学历背景等与劳动合同直接相关的基本情况属于《个人信息保护法》第13条第2款和《劳动合同法》第8条后半条规定中劳动者应当如实说明的信息；此外，对于其他与劳动行为没有强相关性、对实现单位管理权和提高管理效率的意义并不显著的个人信息，若单位进行收集和使用时，应当明确取得劳动者的同意。这种同意应当是自愿的、书面的、特定的且明示的同意，而非概括性的、口头的、默示的同意。

#### 四、企业保护员工个人信息合规路径

为了修正劳动关系不平等性、算法技术的信息不对称性导致的职场智能监控系统侵犯劳动者个人信息权益的结果，单位应当采取有效的措施和手段自我规制相关监控行为，保障劳动者的个人信息。

（一）履行民主程序《劳动合同法》第4条规定了用人单位制定涉及劳动者切身利益的规章制度时应当经过民主程序。现有的智能监控技术已经可以做到代替人力自动做出涉及劳动者劳动权利义务

#### （五）信息安全原则

用人单位作为信息处理者，有义务对其收集到的个人信息采取相应的保护措施，防止其被盗取或者泄露。用人单位实施管理权，既包含相关的权能，也包含保护劳动者的职责。如同保护劳动者人参与财产安全一样，劳动者的个人信息安全同样不容忽视，尤其是对于用人单位收集和处理的个人信息涉及敏感个人信息，一旦泄露会严重损害其人格尊严或者财产安全，单位更应当采取信息数据存储与防盗技术措施，确保劳动者的个人信息有效得到保护，防止受到外部的侵入。

的决策，根据该条规定，单位也应当在设置相关智能监控手段之前通过规章制度的形式将智能监控的使用目的、使用范围、使用规则等内容确定下来，并通过工会或职工代表审查。此外，用人单位应当在劳动者入职前明确告知其使用智能监控技术对劳动者的工作表现进行监督一系列具体事项，例如通过员工培训、在员工手册中通过加宽加粗字体等手段提示劳动者相关具体内容明确告知，并且获得

劳动者的书面签字来获取劳动者的同意。若用人单位因特殊原因需要额外获取劳动者的其他个人信息或者改变、增加监控的手段，则应当重新修改相关规章制度，或者重新获取员工的同意。

（二）发挥第三方力量，提升劳动者协商能力既然劳动者个人的力量难以与用人单位抗衡，无法为自己争取话语权，那么可以借助工会等第三方组织的力量，提升自己的平等协商能力。《劳动合同法》第6条规定，工会应当帮助、指导劳动者与用人单位依法订立和履行劳动合同，并与用人单位建立集体协商机制，维护劳动者的合法权益。《个人信息保护法》第13条也规定用人单位应当根据依法制定的规章制度与依法签订的集体合同的规定处理个人信息。因此工会可以通过带头与用人单位协商确定集体合同相关规则的方式，确保劳动者的个人信息保护有规则可依，来修正劳动者的协商不平等性。

（三）发挥行业自律，有针对性地建立个人信息保护制度各个行业都存在不同的特性，例如餐饮服务行业对员工的身体健康状况要求较高，单位更多需要掌握

其健康与疾病相关的个人信息；交通运输行业对运输人员的行踪及运输工具的运输状态进行实时追踪，需要掌握其位置、运输工具内环境、司机身体状况等信息；网络安全及通信技术行业、电商行业及其他高精尖产品制造行业对掌握和控制商业秘密及知识产权等无形资产的要求更高，需要掌握员工携带、传输、获取相关数据过程中的每一步操作，因此对获取哪些范围的个人信息、如何处理信息等要求是不同的，且并非所有从事相关行业的员工都会被要求收集相关的个人信息，越触及行业核心和主要领域的员工可能约会被要求披露更多的信息，而这一过程很可能触及员工的敏感个人信息；此外，收集和处理的个人信息越多越敏感，越要采取安全性能更高的信息保护措施和技术，这些不同的要求体现在不同的行业中差别各异。因此可以由行业内的管理协会或者龙头企业牵头，协同劳动行政管理部门和其他职能部门针对本行业具体情况制定具体的劳动者个人信息保护操作守则，进行不同行业的规则构建。

## 五、结语

面对职场智能监控技术带来的劳动者个人信息侵害这一巨大威胁，必须从多方面进行矫正，有效规制相关技术在人力资源管理中的运用，才能保障劳动者的个人信息和隐私不受干扰。同时，必须要厘清用人单位在职场智能监控中的限度，有效解决单位利益最大化与劳动者人格尊严保护这一矛盾。职场智能监控这一技术应当止步于帮助用人单位行使管理权，不能超过这一限度，不合理地窥探劳动者的私人空间，最终将劳动者变成了数字化的工具。



**郑华 律师**

上海七方律师事务所副主任、高级合伙人  
上海市律协青年律师工作委员会 委员  
上海市闵行区劳动人事争议仲裁委员会  
兼职仲裁员  
执业领域：劳动法、公司业务、  
家族法律服务  
联系方式：13482439658



**陈春雨 实习律师**

上海七方律师事务所 实习律师  
执业领域：劳动法、公司业务、  
家族法律服务  
联系方式：17749733383

## 电商平台如何处理恶意投诉

作者：孙志勇



一年一度的“双11”大型购物狂欢节已经开启，京东“双11”于昨晚正式启动，今晚8点，天猫“双11”开启预售，抖音、B站等各大平台也纷纷启动，在今年商务部“消费提振年”的背景下，“双11”更是成为广大商家的必争之地。在此时点，以知识产权维权为名进行恶意投诉，从而达到打击竞争对手或者获取其他不正当利益的目的，是许多恶意投诉者的惯常做法。对平台内商家而言，因被投诉可能会导致销售链接被平台屏蔽或删除，甚至因此错过整个“双11”，影响极大。作为平衡利益的一项重要措施，广大商家有必要了解并用好“反向行为保全”

### 一、电商平台处理投诉的基本规则

为保护知识产权，我国《民法典》和《电子商务法》对电商平台处理侵权投诉的基本规则均作出了规定，其流程主要包括：

1. 知识产权权利人认为其知识产权受到侵害的，可通知电商平台采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施；

2. 电商平台接到通知之后，应当及时采取必要措施，并向平台内经营者转送通知；

3. 平台内经营者接到通知后，可向电商平台提交不存在侵权行为的声明（反通知）；

4. 电商平台接到声明后，应当将声明转送权利人，并告知其可以向有关主管部门投诉或者向法院起诉；

5. 电商平台在转送声明到达权利人后 15 日内未收到权利人已经投诉或者起诉通知的，应当及时终止所采取的措施。

从上述规定可以看出，在接到权利人通知后，电商平台就应当采取必要措施，比如删除或屏蔽销售链接，实践中，为避免与平台内商家构成连带侵权

责任，电商平台也往往会根据上述规定采取必要措施；而且，上述规定在“平台内商家作出不侵权声明”到“电商平台终止措施”之间，设置了 15 天的等待期，在“双 11”此类分秒必争的销售活动中，这 15 天是平台内商家不能承受的。

而投诉者恰恰是恶意利用这一规则，打击竞争对手或者企图获取其他不正当利益，比如要求商家高价购买其恶意抢注的商标等等。对于恶意投诉者，虽然平台内商家可以通过诉讼等方式要求其赔偿损失，但相对而言，及时恢复经营对商家更为重要，因此商家有必要主动出击，通过采取“反向行为保全”等措施及时维护自身权益。

## 二、“反向行为保全”的定义

行为保全在我国《民事诉讼法》中有明确规定，在知识产权纠纷中尤为常见，通常是指紧急情况下，如不立即采取保全措施可能会使申请人的合法权益

受到难以弥补的损害，比如时效性较强的体育赛事或热播节目正在受到侵害、商业秘密即将被非法披露等等，一般而言，行为保全的申请主体是权利人。

而“反向行为保全”并不是一个法定概念，之所以称之为“反向”，是指该行为保全并非由权利人提出，而是由被控侵权人申请。被控侵权人在情况紧

急时，向法院申请，要求平台紧急恢复链接或者阻断恶意投诉，从申请主体而言，是一种“反向”申请。



### 三、“反向行为保全”的实施依据

正是因为恶意投诉行为会严重干扰他人经营活动，对电商平台的经营生态造成严重影响，2020年9月最高人民法院发布了《关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》，其中第9条第2款规定，“因情况紧急，电子商务平台经营者不立即恢复商品链接、通

知人不立即撤回通知或者停止发送通知等行为将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，平台内经营者可以依据前款所述法律规定，向人民法院申请采取保全措施”。

该规定明确了平台内经营者除了可向平台提交反通知之外，还享有根据

《民事诉讼法》通过法院申请行为保全的权利。这是在反通知机制不能及时提供救济的情况下，设置的一种快速救济

方式，对于平衡权利人、电商平台和平台内商家的利益具有重要意义。

#### 四、“反向行为保全”的实施路径

作为平衡利益、打击恶意投诉的一项制度创新，法院采取“反向行为保全”措施时也需考量诸多因素，被控侵权人在申请时必须做好充分准备，有效证明权利人投诉存在恶意或者错误，避免申请不成，错失机会。

首先，申请行为保全应当以诉讼为依托，被控侵权人在收到侵权警告或者平台转送的通知之后，可以向法院提起确认不侵权之诉，或者以投诉人存在侵权为由提起侵权之诉或不正当竞争之诉，并在诉前或诉讼过程中申请行为保全，请求立即恢复商品链接或者禁止投诉人投诉。另外，如投诉人已提起诉讼，被控侵权人也可在该诉讼中申请反向行为保全。

其次，反向行为保全的被申请人可包括投诉人和电商平台。将投诉人作为被申请人的，可申请法院责令投诉人撤回通知或者禁止投诉人继续发出通知，而将电商平台作为被申请人的，可申请法院要求电商平台直接承担恢复商品链接的义务，而恢复链接无疑是申请人申请反向行为保全的最终目的。

再次，被控侵权人要围绕重点，充分阐明采取反向行为保全的必要性。根据《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》，法院在审查是否采取行为保全措施时，会对申请人是否具有胜诉可能性进行分析，也就是说，只有法院认为侵权可能性较小时才会采取反向行为保全措施，这对申请人就提出了较高的要



求，申请人应围绕投诉人请求保护的知识产权效力是否稳定、是否存在侵权行为等进行全面分析。另外，申请人还要着重分析以下内容，一是不采取行为保全措施可能会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害，特别在“双11”等特殊时期，不仅仅是财产的损失，还可能是市场份额、经营机会或者品牌声誉的丧失等等；二是采取行为保全措施对被

申请人造成的损害低于不采取行为保全措施对申请人造成的损害；三是采取保全措施不会损害社会公共利益。

最后，被控侵权人要提供相应的担保。采取反向行为保全，导致商品链接被恢复，如最终认定侵权行为成立或者申请人申请保全存在错误，则申请人应赔偿权利人损失，因此申请人应当提供相应的担保。



### 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

上海市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：189 1888 7908



# 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](http://www.7-dimension.com)

地 址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼A、C、D座