



# 七方法研

2024年

4期

总第28期

民商纵横 | 浅议侵权责任与工伤赔付的竞合及处理 ——朱好婕

罪与罚 | 网络赌博犯罪中“聚众赌博”与“开设赌场”之区分

——赵璐宏

公司治理 | 新《公司法》实施后，违法减资的股东责任 ——袁梦



## 民商纵横

利用人工智能处理逝者个人信息的法律规制及伦理风险-----	01
建设工程价款优先受偿权九问九答-----	08
浅议侵权责任与工伤赔付的竞合及处理-----	14

## 家长里短

婚内放弃继承遗产行为效力简析? -----	19
-----------------------	----

## 罪与罚

网络赌博犯罪中“聚众赌博”与“开设赌场”之区分-----	23
------------------------------	----

## 公司治理

新《公司法》实施后，违法减资的股东责任-----	27
--------------------------	----

## 聚焦劳动法

“未依法缴纳社保”解除劳动合同的经济补偿实务分析-----	32
用人单位单方取消录用通知的风险分析-----	37
简析离职员工的个人信息保护 -----	41



## 利用人工智能处理逝者个人信息法律规制及伦理风险

作者：王晓鹏

在我们这个平凡而又精彩的世界中，生老病死是任何一种生物都要遵守的自然法则，生命从出生伊始就踏上通向终结的列车，这趟人生之旅上，我们有幸与至爱亲朋为伴，共度一段独一无二的人生旅程，但离别终究会到来，亲人总有逐渐离去的那一天，我们每个人都曾经幻想，亲

人们如果能够永远陪伴在自己身边该有多好，但现实总是那么无可奈何……

随着生成式人工智能（AIGC）技术的发展，“复活”逝去的亲友，似乎不再是天方夜谭。最近一段时间，网络上出现了一些专业从事此项业务的商家，他们利用AIGC技术，让逝者重新出现在网络世界



中。从最开始的让静态照片动起来这样的基础应用，到近期大量出现在网络上的虚拟数字人，技术的发展令人惊叹。从外表上看去，这些“复活”的数字形象已经和真人无异，外形、声音都和逝者一致，有些还可以与我们进行互动交流，表情自然，逻辑清晰，仿佛TA们从来就没有离开过，只不过是在另一个地方生活。

不可否认，对于思念亲人的生者而言，通过和AI虚拟形象的交流，从某种程

度上确实能够缓解思念之苦，但是利用AIGC技术“复活”逝者，真的是一件好事？还是让人细思极恐，头皮发麻的恐怖游戏？这样的技术应用，又将面临着怎样的法律规制和伦理难题？新兴的技术给我们带来的是心灵的慰藉还是饮鸩止渴的电子麻醉剂？种种的问题，让我们不得不去思考和面对。

### 一、生成式人工智能（AIGC）的技术规制

2022年，随着ChatGpt的横空出世，生成式人工智能（AIGC）技术走入了大众的视野，和传统的被动接收指令，通过预设程序输出特定结果的“鹦鹉学舌”式AI技术相比，AIGC技术最大的进步在于：该技术中的人工智能可以通过学习大规模数据主动生成新的原创内容，它是基于算法、模型、规则生成文本、图片、声音、视频、代码等技术。简言之，AIGC它不再是一个模仿者，它更像是一个举一反三的优等生，通过学习人类的知识和经验，实现自我进化和迭代发展。

前文所述的“复活”逝者的技术，就是通过向AI“投喂”逝者生前的大量照片、视频、声音等要素，让AI通过特定的算法学习逝者的生物特征后，自动生成一个逝者本人的虚拟数字形象，这种数字形象与那种只能重复固定语言动作的“伪”AI不同，TA不但有以假乱真的逼真形象、声音，还有基于算法加持的基础逻辑推理能力，可以实现和使用者之间的实时互动，让人感觉屏幕里那个“人”就是一个实实在在，有血有肉的生命。

在 AIGC 技术运用层面，我国有专门的法律法规、司法解释、部门规章、技术标准进行规制，主要有：《数据安全法》《网络安全法》《个人信息保护法》《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》（《人脸识别司法解释》）《互联网信息服务深度合成管理规定》（《深度合成规定》）《生成式人工智能服务管理暂行办法》《网络安全标准实践指南—生成式人工智能服务内容标识方法》以及正在征求意见的《生成式人工智能服务安全基本要求》。

上述各项规制文件对于 AIGC 技术的规制内容中比较重要的内容有：

1. 不得违法及悖俗，提供和使用 AIGC 技术，必须符合法律、行政法规，尊重社会公德和伦理道德，不得危害国家网络安全、数据安全、不得侵犯他人的合法权益。

2. 技术没有原罪，但是 AIGC 服务提供者对使用的算法、大模型及数据投喂行为的合法性、合规性直接负责，应建立从用户注册到应急处置全流程的管理制度，



并保留技术数据备查。

3. 使用 AIGC 技术处理个人信息的，必须严格遵守《个人信息保护法》的规定，涉及敏感个人信息处理的，必须取得个人信息所有人的单独同意并在必要范围内有限收集、处理个人信息。

4. AIGC 服务提供者对于人工智能生成的涉及自然人生物特征模拟、沉浸式拟真场景等足以使公众产生混淆或误认的图片、视频等内容的，必须在显著位置进行标注，提示公众相关内容系 AI 生成。

从上述技术性规制内容可以看出，AIGC 技术作为一项新兴的技术，我国也是在摸索如何在鼓励技术创新和适度监管之间寻找一个平衡点，相关的规定还是集中于原则性的限制，更为详细的技术性规则，有的已经在征求意见中，有的还需要

等待该项技术的进一步拓展应用，结合实践中发现的新问题再进行修正完善，但是虽然技术无原罪，但是使用技术的主体必

须要有足够的风险意识和法律意识，守住法律底线，不可滥用技术，为所欲为。

## 二、AI“复活”逝者，应注意保护逝者的人格利益

通过 AIGC 技术“复活”逝者的过程中，我们除了要关注技术层面的规制以外，还要关注该项技术的应用是否会侵害逝者的人格利益。

我国对于自然人人格利益的保护延伸到去世后，逝者的人格利益也受到法律的保护，因此使用 AIGC 技术对逝者的形象进行处理，除了要符合技术规制之外，还要保护逝者的人格利益

《民法典》第九百九十四条明确规定：“死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体等受到侵害的，其配偶、子女、父母有权依法请求行为人承担民事责任；死者没有配偶、子女且父母已经死亡的，其他近亲属有权依法请求行为人承担民事责任。”

《个人信息保护法》第四十九条：“自

然人死亡的，其近亲属为了自身的合法、正当利益，可以对死者的相关个人信息行使本章规定的查阅、复制、更正、删除等权利；死者生前另有安排的除外。”

《人脸识别司法解释》第十五条：“自然人死亡后，信息处理者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定处理人脸信息，死者的近亲属依据民法典第九百九十四条请求信息处理者承担民事责任的，适用本规定。”

上述法律、司法解释的具体规定都可以看出，即使自然人已经去世，单位或个人如果利用 AIGC 技术，通过“复活”的数字形象侵犯死者的人格利益，比如存在丑化逝者形象，侵害逝者的名誉，散布虚假信息，甚至利用该数字形象使他人产生混淆、误导，侵害了他人的合法权益，逝

者近亲属或受到损害的第三方都有权利主张侵权损害赔偿责任。

### 三、处理敏感个人信息的合规要求

现实生活中,使用 AIGC 技术“复活”逝者,存在两种不同的情形,一种是未经逝者家属单独同意,利用技术手段,擅自处理逝者的个人信息,以达到营销推广、博眼球、引流量甚至是违法犯罪活动;另一种是取得了逝者近亲属的单独同意,家人们希望通过新的技术手段,让逝去的亲人重新出现在眼前,缓解思念之苦。针对这两种不同的情形,我们也需要进行不同的合规判断。

根据《个人信息保护法》第二十八条,面部信息属于个人信息中保护程度最高的“敏感个人信息”,对于敏感个人信息的处理,必须要取得个人的同意,自然人如果去世的,必须要经过死者近亲属的同意。

《人脸识别司法解释》第二条、《深度合成规定》第十四条也都明确规定了处理人脸信息必须经过当事人同意这一红线。

当自然人去世后,任何单位或个人如果要对逝者的面部信息进行处理,不管是否采用了 AIGC 技术,也不管逝者是明星还是普通人,都必须经过逝者近亲属的同意,就处理的范围、用途、传播方式等方面进行充分告知。

前段时间网上闹得沸沸扬扬的“乔任梁父母痛斥商家复活乔任梁事件”、“李玟、张国荣等明星重生,与粉丝互动交流”的热点事件中,个别商家为了宣传自己的技术,进行商业推广,在未经去世明星近亲属同意的情况下,擅自通过 AIGC 技术“复活”明星的行为,实质上违反了《个人信息保护法》的强制性规定,属于侵权行为,去世明星的近亲属有权要求删除相关信息,并要求赔偿。

与此相对,如果商家获得了逝者近亲属的许可,法律并不禁止通过 AIGC 技术“复活”逝者,毕竟此时,技术的应用旨在给近亲属带来情感上的安抚与慰藉,应

给予一定的包容。但是此种情形下，如果不加任何限制地使用这种技术“复活”

逝者，是否会带来伦理道德上不可控的风险，我们同样也要认真研判。

#### 四、“复活”逝者可能带来的伦理道德风险

生老病死，是人类无法逃避的自然规律，我们每个人都是这个世界上独一无二的存在。我们来到这个世界上，留下属于自己的人生轨迹，等到离开这个世界的时候，这个世界上不会再留下鲜活的印记，逝者生前的每一帧画面都是绝版且不可复现的，因为不可再现，所以回忆才弥足珍贵。

前文已述，取得逝者近亲属的单独同意，在合法合规的范围内使用 AIGC 技术“复活”逝者，通过技术手段慰藉家属们失去至亲的痛苦，从法律规制上看，并不违法；从个人情感上看，似乎也无可指摘。但这里有一个不可忽视的伦理问题是：屏幕里的这个人，他所说的话，展示的动作，只是商家或亲属本人想看到和想听到的一场“演出”，那个足以以假乱真“TA”真的是你曾经深“AI”的亲人么？

通过虚拟的“生者”慰藉现实中的生者，短期看也许缓解了相思之苦，但是笔者却认为：长此以往，弊大于利。

我们回忆一下，在 AI “复生”技术出现之前，失去至亲的至暗时刻过后，我们大多能够慢慢接受“人死不能复生”的自然规律，时间会逐渐抚平伤痕，逝者已矣，生者如斯。但是现在，随着 AIGC 技术的兴起，如果亲人可以随意“复生”，当看到离世多年的亲人重新出现在我们眼前时，那本已抚平的伤疤可能被再次揭开；又或者我们为了能缓解思念而主动沉湎于虚妄的幻境中，不可自拔，与一个数字形象如胶似漆，不自觉地淡化了对那位真实逝者的缅怀，AI 亲人变成了一个逃避现实的“电子麻醉剂”。这样的情景，难道不是对真正逝者最大的不公吗？

### 结语

对于一项新兴的技术，特别是可能改变我们传统生活方式的新技术，我们理应抱有足够的宽容，正如现在我们感叹于AIGC技术的迅猛发展，对于AI展示的奇妙世界叹为观止，也为AIGC技术对于我们生活、工作带来的巨大变化而惊叹不已。但是技术永远是一把双刃剑，AI究竟会成为无所不能的“哆啦A梦”为我们解决身边的烦恼？还是会成为毁天灭地的“天网系统”，终结人类文明？也许就是取决于当下在其技术发展过程中，我们选

择怎样的价值观对TA进行有效地规制和引导。正如本文探讨的问题一样，AI技术“复活”的那个TA，还是您深AI的那个TA吗？这个问题，也许不会有一个标准答案，但是笔者仍然坚信，技术的发展永远不应该挑战人类最基本的情感，人作为一种生物个体的存在，应当尊重生命，敬畏生死，我们的生命终结之后，应该交由另一种方式在世间被延续，被纪念，不应被一种虚幻的数字伪像取代。

#### 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

上海市律协数字科技与人工智能专业委员会 委员

业务方向：民商事争议解决、合同纠纷、  
数据合规

联系方式：13564017158



## 建设工程价款优先受偿权九问九答

建设工程价款优先受偿权是建筑行业中的一重要法律制度。该制度的创设目的不仅在于保护施工企业的权益，更在于解决工程建设中拖欠的工程款问题，有效保障工人工资、施工人材料款等。在当下建筑行业不复辉煌的经济环境下，笔者碰到不少施工单位咨询如何行使建设工程价款优先受偿权这一法定权利，更有效地追回工程欠款。本文旨在归纳目前审判实践中的裁判规则，帮助施工单位厘清建设工程价款优先受偿权行使的条件以及认定规则。

作者：甘雯雯

### 一、行使建设工程价款优先受偿权有哪些前提条件？

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

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》，以下简称：《建工司法解释（一）》，

第三十五条至第四十二条进一步明确了行使建设工程价款优先受偿权的条件，可以归纳为以下四点：

1. 存在合同：优先受偿权的主体是与发包人订立建设工程施工合同的承包人。

2. 工程质量合格：承包人请求优先受偿的工程必须是质量合格的工程。

3. 发包人逾期支付：发包人未在合同约定的期限内支付工程价款，且承包人已进行催告。

4. 工程可以折价、拍卖：工程的性质不宜折价、拍卖的，不适用优先受偿。

## 二、承包人行使建设工程价款优先受偿权的最长期限是多久？何时起算？

《建工司法解释(一)》第四十一条规定，承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。实践中，对于“应当给付建设工程价款之日”的认定需要根据具体实际案件作出客观判断，现仅归纳以下规则以供参考：

首先，合同对工程款的支付时间有约定的，应当遵照当事人约定。

其次，在合同无效，但建设工程竣工验收合格的情况下，可参照合同约定确定应付工程款的时间。

再次，合同解除或者终止履行，应区分具体情况认定应付工程款日。合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，可依照《民法典》第八百零六条第三款的规定，即优先受偿权行使的起算时间也应当遵从合同约定。

实践中，大多数合同解除或者终止履行时，工程尚未完工，合同约定的工程价款结算条件尚未成就。若发包人与承包人就合同解除后的工程价款的支付另行达成合意，则应当尊重当事人的意思自治，以该协议约定的工程款的支付时间作为优先受偿权的起算时间。若双方对工程款的数额有争议，可能需要进行鉴定，如当事人向司法机关或仲裁机构正式主张权利，人民法院及仲裁机构确认发包人欠付承包人工程款，应付款之日应为当事人提起诉讼之日。

最后，当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，可借鉴《建工司法解释(一)》第二十七条关于发包人向承包人支付工程价款利息起算时间的规定。具体来说：1. 建设工程实际交付的，以建设工程交付之日为应付款时间。2. 建设工程没有交付，但承包人已经在建设工程竣工验收

收合格后按照合同约定的时间提交了竣工结算文件，应当认定提交竣工结算文件之日为应付款时间。3. 建设工程价款未结算，建设工程也未交付，大多数为工程未完工或者完工后未经验收的情形。此时，合同约定的工程价款结算条件尚未成就，应当规定一个拟制的应付款时间，以

一审原告起诉时间作为应付款时间是适当的。



### 三、施工人在建设工程施工合同无效的情况下是否还享有工程价款优先受偿权？

建设工程施工合同被认定无效，并不是排除适用优先受偿权的条件。理由是：工程价款优先受偿权是《民法典》第八百零七条赋予建设工程承包人的一项法定优先权，其立法目的是保障承包人能够及时取得工程款。在无效建设工程施工合同中，上述有关费用也已实际发生，应当由

发包人予以支付。因此，只要建设工程质量合格而且工程款数额能够确定且不违反法律规定，施工人的优先权即受法律保护。发包人以其建设工程施工合同无效为由，主张施工人对工程款不享有优先权的观点不能成立。

### 四、实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权？

审判实践中，对于实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权的问题，认识不一致。但是，最高法院民一庭 2021 年第 21 次法官会议讨论认为：实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。建设工程价款优先受偿权是指在发包人经承包人催

告支付工程款后合理期限内仍未支付工程款时，承包人享有的与发包人协议将该工程折价或者请求人民法院将该工程依法拍卖，并就该工程折价或者拍卖价款优先受偿的权利。只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人才享有建设工程价

款优先受偿权。实际施工人不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，不享有建设工程价款优先受偿权。

### 五、建成房屋已办理网签，承包人是否仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿？

建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理商品房预售合同网签而消灭，如符合建设工程价款优先受偿权的成立要件，承包人仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿。商品房预售合同网签是为规范商品房预售而采用的行政管理手段，并非法律规定的不动产物权设立、变更、转让和消灭的公示方式，不

能产生物权变动的效力，亦不导致承包人原本享有的建设工程价款优先受偿权因此不成立或者消灭。



### 六、建设工程价款优先受偿权与抵押权、商品房购房人的权利顺位应当怎么排序？

建设工程价款优先受偿权优先于抵押权和金钱债权等权利，但劣后于商品房消费者的生存权。对于已经出售的房屋，根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条的规定，金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

(一) 在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；(二) 所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；(三) 已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。在已经支付全部或者大部分购房款的商品房消费者的生存权与建设工程价款优先受偿权发生冲突时，应优先保护商品房消费者的生存权。但是，如果商品房的买受人不符上述第二

十九条规定的情形，则要根据实际情况个案分析了。

## 七、建设工程价款优先受偿权的范围是否包括承包人应得的利润、违约金、

### 工程款逾期支付利息等？

最高人民法院民一庭认为：《民法典》第八百零七条中所称工程价款，如指已竣工工程，应指竣工结算价；如指未竣工工程，则应以施工预算价为基础进行评估确定工程价款。承包人利润是工程价款的重要组成部分，应享有优先受偿权。承包人只能对建设工程价款行使优先受偿权，因发包人违约所造成的损失（如违约金、因发包人违约造成的停窝工损失和材料价差损失、欠付工程款的利息）不属于建设工程价款优先受偿的范围。

## 八、建设工程价款优先受偿权是否可以放弃或者予以限制？

实践中，承包人迫于承接工程的压力有可能在合同中约定放弃建设工程价款优先受偿权。对此，最高人民法院民一庭在《建设工程施工合同司法解释(二)理解与适用》一书中指出：“经过反复讨论和研究，对这一问题的解决方案形成了两条较为清晰的思路。一是尊重意思自治，承包人与发包人有权就包括建设工程价款优先受偿权在内的各项权利进行讨价还价。建设工程价款作为私权，原则上允许依法处分。二是承包人与发包人有权就事先放弃或限制建设工程价款优先受偿权的约定不得损害农民工等建筑工人的合法权益，不能导致建筑工人的工资权益受到损害……”。因此，“放弃工程价款优先受偿权”的法律效力以有效为原则，以因损害建筑工人利益会被认定无效为例外。

### 九、建设工程价款优先受偿权可以随工程款债权一并转让吗？

工程款优先受偿权是从属于工程款债权的从权利。《民事审判实务问答》(最高法院 2021 年 7 月)认为：“肯定受让人享有优先受偿权，也有利于建设工程债权的流转。虽然债权受让人享有优先受偿权与承包人和建筑工人的利益看似无直接关系，但承包人在债权转让中获得的对价亦可用于结算建筑工人的工资，建设工程债权的流转能够间接促进承包人和建筑工

人加速获偿。”工程款债权的范围更多地表现为在进行工程建设中包括人工和建筑材料、机械费用等已经实际投入并物化在建设工程上的成本，所以工程价款优先受偿权作为法定优先权，应认为是作为具有担保工程款债权优先实现的担保功能的财产性从权利，可以随工程款债权的转让而转让。



**甘雯雯 律师**

上海七方律师事务所 合伙人

七方建设工程与房地产法律服务部 律师

业务方向：民商事争议解决、企业合规、  
建设工程与房地产

联系方式：13564750281

## 浅议侵权责任与工伤赔付的竞合及处理

作者：朱好婕

员工在履行职位行为过程中发生交通事故致损往往会涉及到侵权赔偿与工伤赔付问题，由此产生诸多纠纷，许多人对于其中的责任承担存在一些误解。本文通过一个小案例，分析劳动者在这种情况下的人身损害赔偿与工伤保险赔付问题，旨在澄清这些误区，明确责任划分。

### 案情简介

张某和王某是同事。某天因工作需要，张某驾车和王某去外地出差，途中与另一车相撞，张某与王某皆受伤。经道路交通事故认定书确认，张某负主要责任，另一车司机负次要责任，王某无责任。

### 问题一：张某能否同时主张侵权损害赔偿和工伤保险待遇？

案例中，张某系履行工作职责外出期间发生交通事故导致受伤，属于因第三人侵权引起工伤事故。

这是基于两种不同的法律关系所产生的赔偿请求权：工伤保险赔偿请求权是基于劳动者与单位之间的劳动关系、劳动者因工受伤所享有的社会保险利益，而第三人侵权损害赔偿请求权是基于劳动者受到第三人人身侵害而取得的。

根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第

三条第二款规定，因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害，赔偿权利人（劳动者或者其近亲属）可请求第三人承担民事赔偿责任。

同时，《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第八条规定，不得因赔偿权利人对侵权第三人提起民事诉讼或获得民事赔偿，影响工伤认定以及工伤保险待遇支付。

结合《最高人民法院关于因第三人造成工伤的职工或其亲属在获得民事赔偿

后是否还可以获得工伤保险补偿问题的答复》（2006）行他字第12号中的规定，因第三人造成工伤的，劳动者从第三人处获得民事赔偿后，可以按照《工伤保险条例》相关规定，向工伤保险机构申请工伤保险待遇。

因此，在工伤保险赔偿和侵权损害赔偿竞合案件中，劳动者原则上可以同时享受工伤保险待遇并获得民事赔偿，但考虑到民法的填平原则及实际赔偿原则，部分重复赔偿项目按“就高原则”处理，即“部分就高，部分兼得”。

《上海市高级人民法院民事审判第一庭关于审理工伤保险赔偿与第三人侵权

损害赔偿竞合案件若干问题的解答》第2条就明确了工伤保险赔偿中的原工资福利待遇（侵权损害赔偿中的误工费）、医疗费、停工留薪期间的护理费和生活护理费（侵权损害赔偿中的护理费）、住院伙食补助费、交通费、外省市就医食宿费（侵权损害赔偿中的外省市就医住宿费和伙食费）、康复治疗费（侵权损害赔偿中的康复费、康复护理费、适当的整容费、后续治疗费等）、辅助器具费（侵权损害赔偿中的残疾辅助器具费）、供养亲属抚恤金（侵权损害赔偿中的被抚养人生活费）、丧葬补助金（侵权损害赔偿中的丧葬费）等费用，采取同一赔偿项目按就高原则进行认定。

工伤保险赔偿	侵权损害赔偿
工资福利待遇	误工费
医疗费、护理费、住院费、食宿费	
辅助器具费	残疾辅助器具费
康复治疗费	康复费、康复护理费、适当的整容费、 后续治疗费等
供养亲属抚恤金	被抚养人生活费
丧葬补助金	丧葬费



结合上述规定，因第三人侵权引起劳动者人身损害构成工伤的，劳动者既有权主张工伤保险待遇，也有权向第三人主张

人身侵权赔偿，但医疗费、丧葬费、误工费、护理费、交通费、住院伙食补助费等按就高原则不得重复享有。



### 问题二：若劳动者在交通事故中被判定为主责或全责，能否认定为工伤？

一谈到劳动者发生交通事故，许多人就条件反射出《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定，认为根据该条规定，劳动者在交通事故中负全责或主要责任不应认定为工伤，这表明劳动者对事故伤害

的发生存在重大过失或严重违规行为，故应当将其排除在认定工伤情形之外。

事实并非如此。

《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定的是劳动者在上下班途中，受到非

本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的，应当认定为工伤。

因此，若劳动者是在上下班途中因交通事故受伤，无疑要符合“非本人主要责任”这一限定条件。但并非所有交通事故均发生于上下班途中，作为常见的事故伤害，交通事故发生的情况不同，所适用的法律依据不同，工伤认定的条件和结果也不同。

像本案中张某是因工作需要出差途中发生的交通事故，属于因工外出，在履行工作职责过程中受到伤害，应适用《工伤保险条例》第十四条第（五）项。根据该条规定，劳动者因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明

的，应认定为工伤，并不区分其是否负主要责任。

《工伤保险条例》第十六条明确列举了不得认定为工伤的情形，包括劳动者故意犯罪、醉酒或者吸毒、自残或者自杀，并未将劳动者负事故主责或全责列入其中。

综上所述，交通事故并不能与“非本人主要责任”完全关联，也并非所有的交通事故案件均适用《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定。符合《工伤保险条例》第十四条的其他几项规定，且不存在《工伤保险条例》第十六条规定的阻却事由，即使劳动者负交通事故主要责任或全部责任，也不影响其工伤认定。

### 问题三：工伤保险赔付后，王某能否要求本单位另行承担民事损害赔偿责任？

上文提到劳动者可以同时主张工伤保险赔偿和人身损害赔偿，但该人身损害赔偿请求权是针对用人单位以外的第三人。案例中王某在认定工伤或获得工伤赔付后，能否向自己的用人单位主张人身损害赔偿？

事故发生时，张某系履行职务行为致他人受损，故张某的侵权责任由用人单位承担，张某本人无需向王某及另车司机承担赔偿责任。而用人单位已就该事故承担了工伤保险赔偿责任，针对同一损害事实、同一赔偿对象，不应再承担赔偿责任。



《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第三条明确了工伤保险赔付与民事损害赔偿的关系。该条款第一款规定，对于依法应参加工伤保险统筹的用人单位，如果其劳动者因工伤事故遭受人身损害，赔偿权利人向法院起诉要求用人单位承担民事赔偿责任的，法院告知其按《工伤保险条例》的规定处理。

《工伤保险条例》第一条也明确国家建立工伤保险制度、强制用人单位为其职

工缴纳工伤保险费，其目的不仅在于保障职工获得救济补偿，也是为了分散用人单位的工伤风险，避免用人单位因发生工伤事故严重影响其生产经营，甚至破产。

结合上述法律依据，发生工伤事故时，劳动者有权按照《工伤保险条例》规定享受工伤保险待遇，但不能要求用人单位另行承担工伤之外的民事侵权赔偿责任。



### 朱好婕 律师

七方建设工程与房地产法律服务部 律师

业务方向：建工与房地产

民商事争议解决

联系方式：13816142289

## 婚内放弃继承遗产行为效力简析？

作者：王年俊



根据《民法典》第1062条、1063条规定，夫妻在婚姻关系存续期间通过继承取得的财产是夫妻共同财产，当然在遗嘱继承中，遗嘱明确遗产只归继承人一方所有的除外。实践中，若夫妻双方感情融洽，则一般不存在继承问题，但若处于“婚变”阶段，则很有可能出现夫妻一方单方面放弃继承的遗产从而避免所继承财产转化为夫妻共同财产。笔者最近在办理案件中就遇到类似情形，那么针对配偶一方放弃婚姻存续期间继承的遗产效力如何？让我们通过一起案例来解析。

### 【案情简介】

李某与叶某系夫妻关系。李某父亲在李某与叶某婚姻存续期间内死亡，其父留

有一套位于上海市黄浦区产权房，产权登记为李某父亲与其母亲，系夫妻共同财产。李某父亲未留有遗嘱，法定继承人只

有李某与其母亲二人。2023年，李某与叶某婚姻生变，在诉讼离婚期间，李某作出放弃遗产继承书面声明，主动放弃继承上述房屋的部分产权，属于李某继承的产权份额全部由其母亲一人继承。

叶某得知后，认为李父过世后，原本由李某继承涉案房屋1/4的产权份额应属于夫妻共同财产，但是李某在离婚期间与其母亲恶意串通将涉案房屋变更为李某母亲的个人财产，损害了其夫妻共同财产权益。因此叶某向法院起诉，要求撤销《放弃继承权声明书》并请求确认涉案房屋1/4的产权为李某所有。

### 【判决结果】

一审法院认为，涉案遗产未实际分割，李某与叶某对于作为遗产的共同财产只是享有期待权，这种期待利益的实现尚需以遗产的实际分割为条件，且李某作出放弃继承的表示也不至于导致其不能履行法定义务，故其放弃继承权合法有效。因此，一审法院判决驳回叶某的诉讼请求。叶某不服上诉，本案最终经二审法院审理作出维持原判的判决。

### 【律师评析】

本案的争议焦点是配偶一方在婚姻存续期间主动放弃法定继承的遗产是否有效？厘清这一问题的关键在于明晰配偶一方放弃的继承权还是遗产所有权？若是放弃继承权，在意思表示真实的情况下该行为自作出之日即发生法律效力；若放弃的是遗产所有权，则该遗产由于是在夫妻关系存续期间取得，属夫妻共同财产，其放弃行为需经配偶另一方追认，否则为无效或部分无效。因此，确定配偶一方放弃的是继承权还是所有权也是本案深层次的争议焦点。

#### 一、继承人在遗产分割前放弃的是继承权而非所有权

我们认为，继承人在遗产分割前放弃的是继承权而非所有权。根据《中华人民共和国民法典》第1121条规定，继承从被继承人死亡时开始。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉继承编的解释（一）》第35条规定，继承人放弃继承的意思表示，应当在继承开始后、遗产分割前作出。遗产分割后表示放弃的不再

是继承权，而是所有权。根据上述法律规定，我们可以明确得知，继承权和所有权之间的转换是以遗产分割为节点的。换言之李某作为继承人在遗产实际分割前享有的为继承权，遗产实际分割后享有的为所有权。继承权具有明显的人身属性，系基于继承人与被继承人的血亲关系产生，与其配偶无关，继承人放弃遗产继承权是依法处分个人的权利，并不需要征得他人许可，除非继承人因放弃继承权致其不能履行法定义务则该行为才属无效。本案李某因放弃继承权而令该期待权转化为所有权落空，从而令遗产不能成为夫妻共同财产进行分割。因此叶某的诉求被法院驳回。

## 二、放弃继承权致继承人不能履行法定义务为无效

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉继承编的解释（一）》第 32 条规定，继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。这里的法定义务主要包括夫妻之间的扶养义务、父母子女之间、兄弟姐妹之

间的抚养及赡养义务等。例如若一方放弃继承会使重病妻子无法得到救助，使得一方无法履行夫妻间相互扶持的义务时，妻子“要求确认放弃继承无效”的诉请则会得到法院支持。又例如作为继承人的一方放弃继承权导致其不能履行对婚生子女的扶养义务，其放弃继承权的行为是为了逃避履行法定义务，存在明显恶意，其放弃继承的行为也是无效的。



## 三、《民法典》物权编 230 条与《民法典继承编》的解释（一）第 35 条是否矛盾？

根据《民法典》物权编第 230 条的规定，因继承取得物权的，自继承开始时发生法律效力，即遗产物权自被继承人死亡时发生物权变动，这是非基于法律行为导致的物权变动。据此，有观点认为，遗产所有权在被继承人死亡的瞬间即转移给了继

承人，被继承人在继承人死亡时即享有所有权，也就是说在遗产处理前，继承人放弃继承实质上放弃的是遗产所有权，从而认为《民法典》继承编及其司法解释的规定与该规定存在矛盾。但笔者认为，《民

法典》物权编第 230 条规定的“自继承开始时发生法律效力”的前提是继承人接受继承，即无论继承人在继承开始后、遗产分割前的什么时间接受或者放弃继承权，都将溯及自继承开始时发生法律效力。

### 【结语】

综上所述，根据《民法典》规定，配偶一方有权选择继承也有权放弃继承，继承权是属于财产权和身份权相结合的权利，继承人放弃遗产继承权是依法处分个人的权利，并不需要征得他人许可。若配偶另一方有证据证明放弃继承一方系虚假意思表示，实际已取得该财产，或继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，可以确认该放弃行为无效，主张将该遗产作为共同财产进行分割。



王年俊 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与清算法律业务部 律师

业务领域：公司法、商事诉讼、

企业重整与清算

联系方式：198 2180 2660

## 网络赌博犯罪中“聚众赌博”与“开设赌场”之区分

作者：赵璐宏

### 一、涉赌罪名法律规定的历史沿革

2006年之前，我国刑法对开设赌场的行为未独立界定，而是将其纳入赌博罪的范畴之内，即“以营利为目的，聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”后由于开设赌场行为相较聚众赌博和以赌博为业，其社会危害性更为显著，原有刑罚已不足以对其更好打击。因此，在2006年《刑法修正案(六)》中，开设赌场的行为被从赌博罪中剥离出来，单独成立“开设赌场罪”。

2021年的《刑法修正案(十一)》提升了开设赌场罪的处罚力度，其中情节严重的法定量刑已由原先的“三年以上至十年以下有期徒刑”提升至“五年以上至十年以下有期徒刑”。

由于两个罪名在行为表现上存在极高的相似性，均涉及聚集、吸引、组织他人参与赌博的行为。在《刑法修正案(六)》

实施前，对前述行为只需定赌博罪即可，然而在两次修正案后，区分这两种行为不仅会影响罪名的定性，更涉及量刑幅度的判定，关系着犯罪人的自由权利。

过去，对开设赌场与聚众赌博的行为界分并不难，常以赌博场所的固定性及赌场存续时间的稳定性等特征来区分。然而，随着网络技术的发展及其对社会生活的影响，赌博活动更多地活跃于网络平台，不仅使开设赌场的行为模式发生了显著变化，也使得其与聚众赌博的区分特征产生了相应变动。发生了变化。以下将通过一则案例，具体分析两者间的区分界定。

### 二、案情简介

在2019年5月至7月期间，被告人欧阳某翔等三人通过微信群招募参赌人员，负责收取参赌者的赌资，并借助赌博网站注册的账号为参赌者进行投注操作，从而获取赌博网站返还的9%利润。此期

间，被告人欧阳某翔等人累计接收投注资金共计人民币 397225 元，并获取返点金额人民币 35750.25 元。

一审法院审理后认为，被告人欧阳某翔等人为赌博网站担任代理，其行为构成开设赌场罪，情节严重，故对三被告人均判处有期徒刑 3 年，并处罚金人民币 1 万元，同时追缴违法所得并没收作案工具。

之后被告人欧阳某翔等人提出上诉，其辩护律师对一审法院的罪名定性提出异议，主张本案三被告人应构成赌博罪。

二审法院经审理后认为，现有证据未能充分证明欧阳某翔等三人在赌博网站上的账号存在下级账号设置，因此不宜将其认定为赌博网站的代理，三被告人的行为更符合赌博罪的构成要件。据此，二审法院对一审判决进行了改判，认定三被告人犯赌博罪，均判处有期徒刑 2 年(较一审减轻 1 年)，并处罚金人民币 1 万元，同时追缴违法所得并没收作案工具。

### 三、律师评析

开设赌场罪的核心因素在于创造了赌博空间，即提供赌博活动需要的用具、

设备与场所，供他人进行赌博活动并以此牟利。而赌博罪的核心在于赌博行为本身，聚焦于以营利为目的聚众赌博或以赌博为业的行为。



司法实践中，开设网络赌博场所的行为有三种形式：一是以营利为目的，设立赌博网站并招引赌博客户或发展代理人招引客户，接受投注。行为人多为赌博网站股东及经营者；二是以营利为目的，为赌博网站充当地区代理人招引赌博客户或通过发展下级代理人招引赌博客户，接受投注。行为人多为赌博网站地区代理人；三是以营利为目的，作为赌博网站地区代理人的下级代理人，通过发展下级代理人招引赌博客户或自行招引赌博客户，接受投注。行为人多为地区代理人的下级代理人。

2010 年发布的《关于办理网络赌博犯

罪案件适用法律若干问题的意见》(下称《意见》)中,有四种利用网络空间赌博行为构成“开设赌场罪”。第一,直接建立赌博网站并接受投注;第二、建立网站供他人组织赌博;三、组织赌博并参与投资分成;四、为赌博网站担任代理并接受投注。最后一种行为方式是网络开设赌场特有的,与聚众赌博行为界分的困难也主要出自这种行为方式。

在网络赌博活动中,代理特指那些并未直接搭建赌博平台,但凭借其在赌博平台上的权限,如设定赌博对象、赔率、方式、投注额度、抽头比例,以及开设或注销参赌会员账号等,来接受他人投注的行为主体。代理在网站的经营过程中,具有开设或注销参赌会员账号和设定赌博的赔率、返水率等权限,这些权限反映了其网络赌场管理者的身份。这种对赌场的存续、运营上的掌控力,正是“开设赌场”这一行为的本质特征。

判断是否为代理的一个关键标准在于行为人账号下是否设有下级账号。根据

《意见》第三部分的明确规定,“有证据证明犯罪嫌疑人在赌博网站上的账号设置有下级账号的,应当认定其为赌博网站的代理”。然而,若代理人在实际操作中并未发展下级参与者,且未实质性地接受他人的投注,则无法将其认定为开设赌场的实行犯。

刑事审判参考第351号案例也明确了开设赌场行为的法律边界:“如果行为人只是充当赌博网站地区代理人的下级代理人,通过提供赌博网站的账户和密码招引赌博客户,没有再发展下级代理人的,其行为就应当认定为聚众赌博行为。”因此,聚众赌博行为与开设赌场行为的核心区别,在于行为人是否拓展了下级代理。

回到上述案例,被告人欧阳某翔等三人共同通过微信群招募参赌人员,其行为仅限于利用赌博网站注册的账号代为投注。根据现有证据,未能证实欧阳某翔等三人在赌博网站上的账号设置了下级账号,因此,根据法律规定,应将其行为定性为赌博罪而非开设赌场罪。

#### 四、结语

关于“开设赌场”行为的特征，其核心在于行为人对于赌场的“控制性”与“支配性”。鉴于赌博网站的兴起，开设赌场罪的判定不应再拘泥于赌场及参赌人员的固定性，应着重于行为人对用于赌博场所的实际控制能力，以及其设立赌场吸引赌徒的行为是否体现出组织性和连续性。此外，还应考量是否由行为人制定赌博规则、确定抽头方式等因素。

聚众赌博行为往往表现出偶发性、临时起意及非连续性的特点，这与开设赌场所展现的明确分工、持续运作以及长期性的经营模式有着显著的区别。



赵璐宏 律师

上海七方律师事务所 律师

业务领域：刑事辩护

联系方式：18089390623



## 新《公司法》实施后，违法减资的股东责任

作者：袁梦

新《公司法》对注册资本认缴期限的收紧，催生了大量企业的减资需求。对于注册资本数额大且认缴期限长的存量企业，将面临着在过渡期内合法减资的问题。但减资过程中一旦违反相关规定，就有可能导致股东承担相应责任，甚至减资行为无效。

## 一、2018年《公司法》未对违法减资的股东责任作出具体规定

2018年《公司法》第177条规定了公司减资的法定程序，但未对违法减资的法律后果进行具体规定。实践中比较常见的违法减资情形包括减资决议未达到法定表决权比例、公司减资未依法通知债权人等。这些违反法定程序进行减资的公司股东是否需要承担责任？法院在裁判时并没有明确的参考依据，无法形成一致意见。

部分法院会参照《公司法解释(三)》第13条未履行或未全面履行出资义务或第14条抽逃出资的规定，判决违法减资的股东在减资范围内就公司债务不能清偿的部分对特定债权人承担补充责任。(2023)京02民终442号案件中，北京二中院认为公司减资应以合理方式通知债权人，因公司未能在其作出减少注册资本决议之日起十日内向债权人进行通知，其减资违法，应视为抽逃出资。公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资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，人民法院应予支持。

也有法院提出实质减资与形式减资之间存在差异，即公司净资产是否产生实质变动。形式减资之下，公司注册资本虽然减少，但股东已经实缴出资，且减资后并未从公司取回减资款，公司的责任财产和偿债能力并未降低，不会对债权人实现债权造成不利影响。(2019)最高法民再144号判决中最高法院认为，公司在减少注册资本过程中，存在先发布减资公告后召开股东会、变更登记时提供虚假材料等违反公司减资规定的情形，但公司股东并未利用公司减资实际实施抽回出资的行为。公司权益并未因减资行为受到损害，资产总量并未因此而减少、偿债能力亦未因此而降低。因此，法院认为形式减资案件不可盲目套用抽逃出资的规定，股东无需对债权人承担赔偿责任。

## 二、新《公司法》明确规定违法减资的股东责任承担

新《公司法》第224条规定了常规

的公司减资应当遵循以下流程：①董事会制定减资方案；②股东会作出减资决议；③编制资产负债表及财产清单；④通知债权人，并在报纸或国家企业信用信息公示系统公告；⑤办理工商变更登记。7月1日发布并实施的《国务院关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定》进一步明确了三年的过渡期，要求公司在三年内调整注册资本认缴期限或减少注册资本。这意味着大量企业将在这三年内推进减资事宜。

司法实践中虽然不乏认可形式减资的相关判例，但2018年《公司法》并未对形式减资进行具体规定。新《公司法》第224条在旧法基础上规定普通减资规则之余，第225条增加了形式减资来弥补亏损的简易程序。公司在穷尽使用利润、任意公积金和法定公积金、资本公积来弥补亏损后，如果仍然存在亏损，可以适用简易减资程序来弥补亏损。由于形式减资下公司净资产及偿债能力未发生实质变化，因此可以采取简易程序，

无需逐一通知债权人减资事宜，也无需提前清偿债务或提供担保。同时，由于形式减资弥补亏损后可能导致公司账面出现盈余，从而在未来以利润分红形式流向股东，因此，新《公司法》还要求简易减资后法定公积金和任意公积金累计额达到公司注册资本50%之前，不得分配利润。

新《公司法》第226条规定了违反法定程序进行减资的两种法律后果。一是股东应当退还其收到的资金，减免股东出资的应当恢复原状；二是若给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。



### 三、律师分析

(一) 根据债权人对救济途径的选择，违法减资的公司及股东可能承担两

种责任：一为公司的违法减资行为无效，股东需要退还资金、恢复原状；二为公司清偿债务，违法减资股东承担补充责任。

（二）新《公司法》出台前，由于确认减资行为无效缺乏法律依据，债权人多诉请第二种责任承担方式。例如（2020）沪民再 28 号案件中，债权人基于债务人公司不履行还款义务且未通知减资事宜，诉请债务人偿还债务，并请求减资股东在减资范围内承担连带清偿责任。法院裁判要旨如下：

1 公司减资依法应当通知债权人。债权人范围不仅包括公司股东会作出减资决议时已确定的债权人，还包括公司减资决议后工商登记变更之前产生的债权债务关系中的债权人。至于债权未届清偿期或者尚有争议，并不影响债权人身份的认定。

1 减资通知方式分为书面通知和公告通知。对能够通知到的债权人，公司必须以书面方式通知，并在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告通知。

1 公司怠于履行上述通知义务的，有过错的股东应在违法减资范围内对公司不能清偿部分承担补充赔偿责任。

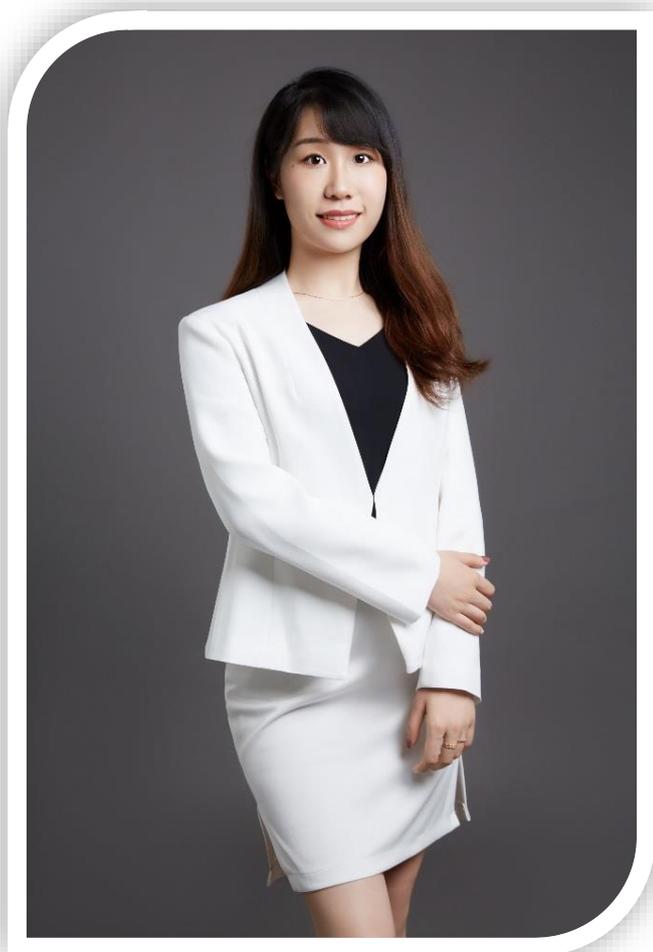
（三）如果说 2018 年《公司法》背景下，法院尚未对违法减资股东是否承担责任形成一致的裁判意见，那么新《公司法》第 226 条明确规定的两种法律后果，则收紧了违法减资股东的抗辩思路。无论是承担补充责任还是减资行为无效，股东均需要承担相应责任。同时，该规定为确认减资行为无效提供了法律依据，如果违法减资影响公司偿债能力，进一步损害债权人利益，则该减资行为无效。可以想见此后债权人可能基于更确切的法律依据而转向诉请第一种责任承担方式。然而这就需要债权人先诉请确认减资行为无效，由减资股东返还出资、恢复原状，再诉请企业偿还债务，是否仍可以直接要求减资股东承担责任，有待进一步明确。

#### 四、结语

总的来说，新《公司法》的规定进一步保障了债权人利益、符合资本维持

原则的要求、为公司及股东担责提供法律依据。近期有减资需求的企业应当高

度重视各环节的程序合法性，避免环节缺失，留存书面证据。



袁梦 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与税务业务部 律师

业务领域: 股权纠纷、民商事争议解决

联系方式: 18116030295

# “未依法缴纳社保”解除劳动合同的经济补偿实务分析

作者：秦利梅

我国《劳动合同法》第三十八条赋予了劳动者单方解除劳动合同的权利，其中第（一）款第（三）项规定，未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位可以解除劳动合同。《劳动合同法》第四十六条同时规定，劳动者依据前述条款解除劳动合同后，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。据此，有些人认为，不管任何情形，只要用人单位存在未缴纳、未足额缴纳或未及时缴纳社保情形的，劳动者都可以单方解除劳动合同并主张经济补偿。但是，在司法实践中，对于用人单位“未依法为劳动者缴纳社会保险费”的认定，仍然存在一定的争议。本文中，笔者将结合上海地区的司法实践进行分析解读。

### 一、用人单位“未依法为劳动者缴纳社会保险费”的情形，包括参保险种不全、未足额、未及时缴纳社会保险等

根据《社会保险法》第二条规定：“国家建立基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等社会保险制度，保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。”因此，社会保险包含5个险种，如果用人单位只为劳动者参保部分社会保险，导致出现缺失险种的情况，应当属于“未依法缴费”的情形。《社会保险法》第

六十条规定：“用人单位应当自行申报、按时足额缴纳社会保险费，非因不可抗力等法定事由不得缓缴、减免。”《社会保险费征缴暂行条例》第十条进一步规定：“缴费单位必须按月向社会保险经办机构申报应缴纳的社会保险费数额，经社会保险经办机构核定后，在规定的期限内缴纳社会保险费。”据此，用人单位出现欠缴、漏缴情形，也属于“未依法缴费”的情形。

### 二、上海地区有关用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的司法实践与案例分析

经笔者查阅上海地区的生效裁判文书，总结出因劳动者用人单位“未依法为劳动者缴纳社会保险费”为由解除劳动合同并主张经济补偿金的，一般包括以下三种情形：

#### （一）员工与用人单位签订了“放弃缴纳社保承诺/协议”的情形

如果员工“自愿”放弃社保，用人单位不存在逃避法定义务的恶意时，上海地区的判例一般不支持员工的主张解除劳动合同的经济补偿请求。

例如，(2023)沪02民终9883号民事判决书中，法院查明，王某曾在自愿向公司申请不缴纳社保并要求公司给予300元社保补助的申请书及协议书上签字，王某每月实际亦已领取社保补贴，王某与某某公司曾就不缴纳社保、领取社保补助达成合意，现王某以某某公司不缴纳社保为由要求某某公司支付解除劳动合同经济补偿缺少依据。综上，法院对王某要求某某公司支付解除劳动合同

经济补偿的诉请不予支持。但是对于以非法手段强制员工放弃社保的，法院则会支持员工的请求。

在(2021)沪0104民初24995号民事判决中，员工虽然签订了“放弃社保协议”，但法院查明的事实证明：A公司明知为劳动者缴纳社会保险是企业应尽的基本义务，却通过违法的手段来规避社保缴纳的事宜，而且在员工要求缴纳和补缴时威胁员工，拖欠工资。故，用人单位是以非法手段逼迫杨某签订“放弃社保协议”，存在明显地逃避缴纳社保法定义务的主观恶意，因此，法院判决A公司应当支付杨某经济补偿。

#### （二）用人单位未足额缴纳社保的情形

上海地区的法院一般认为，如果用人单位已经为员工缴纳社会保险，劳动者主张用人单位未足额缴纳社保而索要经济补偿金的，一般得不到法院支持。甚至在部分案例中，劳动者已经向社保

部门投诉，用人单位补缴社保差额的情况下，法院仍未支持劳动者的主张。

在(2021)沪01民终10661号民事判决中，法院查明，“张某在职期间，甲公司以4,927元为基数为张某缴纳了2020年10月的社会保险费。张某向社保部门就此进行了投诉。2020年12月，社保部门将张某的社保缴费基数由4,927元调整为20,000元，后甲公司为张某缴纳了2020年10月社会保险费差额部分，并且以5,517元为基数为张某补缴了2020年9月的社会保险费。”法院确认了用人单位未足额缴纳社保，并经员工投诉后，公司进行了补缴的事实。但是法院仍认为，双方因社保缴费基数发生争议，甲公司并不属于故意不为张某缴纳社保费的情形，故张某据此主张解除劳动合同的补偿金，缺乏依据，本院不予支持。

### （三）用人单位在数年前存在未缴纳社保的情形

对于这种情形，上海现有判例一般认为，《劳动合同法》第三十八条规定

的解除权属于形成权，在用人单位“未依法为劳动者缴纳社会保险费”的事实发生后，员工应当及时行使解除权。如果劳动者在发现用人单位未缴纳社保的情况下继续长期工作，用人单位在此后正常为该劳动者缴纳社保，但仅未对以前未缴纳部分进行补缴的，劳动者不得以此为由解除合同。

在(2021)沪0118民初12946号民事判决书中，法院认为：被告未依法缴纳社保的期间为2004年1月至2011年6月，之后均足月缴纳，故被告未足月缴纳社保的违法事实已于2011年6月已结束，距离其提出解除劳动合同已近10年。《劳动合同法》第三十八条赋予劳动者的劳动合同解除权在性质上属于形成权，其行使应受一定期限的限制。原告在长达近10年时间内，对该事实明知却未选择行使解除权，是对权利的怠于行使，其以被告未依法缴纳社保为由解除劳动合同的权利已经消灭，不再受法律保护。

因此，如果劳动者发现用人单位未缴纳社保的，应当及时行使解除权。如果想要继续工作，也可以向所在区的社会保险经办机构举报，要求用人单位补缴社保。对于用人单位未足额缴纳或者未及时缴纳社保的，劳动者应谨慎行使单方解除权。

以上案例的判决结果，基本与《上海市高级人民法院关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》【沪高法（2009）73号】第九条的内容一致。该意见第九条的内容为：“用人单位依法向劳动者支付劳动报酬和缴纳社保金，是用人单位的基本义务。但是，劳动报酬和社保金的计算标准，在实际操作中往往比较

复杂。而法律规定的目的就是要促使劳动合同当事人双方都诚信履行，无论用人单位还是劳动者，其行使权利、履行义务都不能违背诚实信用的原则，如果用人单位存在有悖诚信的情况，因主观恶意而“未缴纳”社保金的，可以作为劳动者解除合同的理由。但对确因客观原因导致计算标准不清楚、有争议，导致用人单位未缴纳社保金的，不能作为劳动者解除合同的依据。可以看出，上海地区法院一般考虑的重点是，用人单位在“未缴纳”社保金时，是否存在损害劳动者合法权益的主观恶意，以及是否遵守了诚实信用原则。”



### 三、律师建议

劳动者应当关注自身权益，在用人单位未依法缴纳社保时，及时通过正确渠道维护自身权益，确保合法权益不受侵犯。而作为用人单位，如存在未足额为劳动者缴纳社会保险费的情形，将会面临补足、缴纳滞纳金等法律后果。而且在劳动者发生工伤时，如果没有依法

缴纳社保，用人单位将自行承担全部工伤赔偿责任。

因此用人单位应根据法律规定，及时足额为劳动者缴纳社会保险费，在发生争议时，遵守诚实信用原则，与劳动者充分协商沟通，共同构建和谐稳定的用工环境。



#### 秦利梅 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：劳动法、公司法、

企业法律顾问

联系方式：15021408779

## 用人单位单方取消录用通知的风险分析

作者：严佩珊

现今就业环境下，企业向求职者发出录用通知（offer）后反悔，又告知劳动者不予录用的情况屡见不鲜，企业出尔反尔的做法可能导致求职者合法权益受到损害，自身亦面临赔偿风险。本篇即从上海一典型案例出发，结合类案分析争议焦点，并向公司提出合规建议，以促进劳动市场健康发展。

### 一、案情简介

2022年3月4日，A公司向肖某发送《录用通知书》，同日肖某确认接收。3月18日，肖某和原单位解除劳动关系。后因疫情封控，肖某多次与A公司人事沟通入职事宜。6月14日，A公司人事微信告知肖某，无法安排其继续入职。后肖某起诉要求A公司赔偿经济损失8.5万元。同年7月25日，肖某入职其他公司。（案件：【浦东新区人民法院(2022)沪0115民初79572号、上海市第一中级人民法院(2023)沪01民终10466号】）

### 二、裁判结果

一审法院认为，肖某基于对要约（即《录用通知书》）产生的合理信赖，与原工作单位解除劳动关系，后A公司取消录用，违背先合同义务，应承担缔约过失责任，并参考录用通知约定的薪资标准（基础、绩效工资合计1.7万/月），对肖某近三个月待业期的损失，酌定A公司赔偿5万元。

二审法院认为，《录用通知书》已载明用人主体、所属部门、工作岗位、薪酬标准、用工开始时间等，肖某同意，说明双方就用工主要条件达成一致，足以使肖某有充足理由相信劳动合同能够成立，并从原单位离职。A公司自始至终未表达过因经营问题不能录用的意思，显然有违诚信原则，对于妨碍缔约具有过错。一审法

院综合考虑 A 公司过错程度、入职条件、肖某某减少的收入、另寻就业的合理周期等证据，结合疫情因素，酌情确定肖某各

项损失为 5 万元，尚属合理，维持原判。本案为终审判决。

### 三、律师评析

#### （一）企业随意取消 offer，或构成缔约过失和违约责任竞合

实践中，不论 offer 内容具体与否，只要包含了企业录用意愿，并让求职者产生了合理信赖，应聘者对此作出相应准备甚至拒绝其他单位的录用邀请，企业无正当理由不得反悔，否则或面临缔约过失责任。虽然《劳动合同法》缺乏直接的法条依据，但其第三条强调的诚实信用原则与缔约过失核心理念相同，司法实务也普遍认为可以直接或参照适用《民法典》第 500 条来支持求职者的诉请。

至于求职者是否有权依据《民法典》第 577 条请求企业承担违约责任，则需要视双方通过 offer 达成的合意目的是否在于“约束双方按期签订劳动合同”。如果 offer 中载明在将来一定期限内或某具体日期订立劳动合同，且求职者表示同意，

司法实践通常认为预约合同成立。至于 offer 的详尽程度则不影响预约合同的判定，即便 offer 具备劳动合同的基本条款，只要双方达成合意的目的仍在于日后订立本约，则 offer 便不应当被认定为直接订立劳动合同。

#### （二）因企业取消 offer 产生的纠纷无需经过劳动仲裁前置

如本案中，A 企业取消 offer，属于缔约过失，肖某主张赔偿责任在程序上是否须经过劳动仲裁，实务中存在一定争议。有观点认为，违反劳动合同前合同义务的仍属劳动纠纷。笔者并不赞同，原因在于，求职者在择业过程中与企业属于平等民事主体，尚未成为劳动法意义上的劳动者，具有充分的自决权，因此在磋商阶段发生的纠纷属于民事纠纷，应当依照民事法律规范审理，求职者可以直接提起诉讼。更

何况根据《劳动合同法》第7条，劳动关系自实际用工之日起建立，并非劳动合同签订之日。

至于劳动合同在缔约阶段的特殊性，则主要体现在对契约自由限制的力度上，劳动法更强调对劳动者权益的保护。如类案(2019)沪0151民初5232号中，崇明区人民法院认为，“应聘人员所要承担的风险远高于用人单位，用人单位更应当履行谨慎的义务……背景调查的过程应遵循程序正当、调查结果应符合真实性、准确性和及时性。”

### （三）求职者损害赔偿数额的确定： 结合多种因素综合考量

对于缔约过失责任，企业需要赔偿求职者的信赖利益损失，既包括因签订合同造成的交通费、体检费等直接经济损失，

也包括丧失其他交易机会导致的间接损失。司法实践中，法院往往会综合考量用人单位的过失程度、员工在原单位的收入情况、offer载明的工资标准、停工期间减少的收入、另寻就业的合理周期等多重因素，酌定具体赔偿金额。对于违约责任，一般有约从约；没有约定或约定不明时，法院通常会结合offer内容综合确定赔偿数额，并以本约的履行利益为限。

值得注意的是，一般认为五险一金不属于损失，本案法院虽未直接说明，但从裁判结果可以推知，法院并未支持原告对五险一金的诉请。此外，从上一家公司离职导致的年终奖、提成收入等损失也可能不被法院支持，如(2019)沪0151民初5232号案件。

## 四、合规建议

（一）为防求职者“见异思迁”，企业可在offer中附时间条款，要求应聘者限期回复，如“若求职者在X个工作日内未给予回复，offer自动失效。”

（二）对于重要offer岗位，可设置违约金条款作为制约。实务中，求职者无正当理由不入职的，企业要求应聘者承担缔约过失责任的实际损失往往较难举证，

若事先规定了违约金条款，便可请求应聘者承担违反预约合同的违约责任，如（2020）沪02民终3126号案。

（三）为防求职者“名不副实”或企业发放 offer 后才背调、体检等，建议在 offer 中设置允许“反悔”的条款，如

“若发现求职者存在背景调查情况或体检报告不符合录用要求的，企业有权随时取消本 offer”。但在实际应用此条时，仍应注意遵循程序正当，如在取消 offer 时应具备合理理由，并给予求职者解释和说明的机会。



### 严佩珊 律师

上海七方律师事务所 合伙人

上海律协企业法律顾问专业委员会 委员

业务方向：企业法律顾问、民商事争议解决、  
涉外法律服务

联系方式：18221035988

# 简析离职员工的个人信息保护

作者：孙志勇

2024年7月15日，河南周口一女子称从霸王茶姬离职后被店方公示身份证号，该事件迅速登上热搜，引发网友质疑和不满。从店方公示内容看，其列出了员工的姓名和身份证号，并表示该员工“多次违反公司规定，造成不良影响。经公司研究，给予开除拉黑处分，三年内不得从事霸王茶姬任何相关工作”。

该事件之所以引发广泛关注，除了这种“示众”的形式外，一方面是大家震惊于如此明显地侵害员工个人信息的违法行为，在《民法典》和《个人信息保护法》已施行多年的情况下，依然如此堂而皇之地存在；另一方面是惊讶于该事件的侵害方，一家已开设4500家门店、计划在年内赴美IPO募集两至三亿美元资金的知名品牌，也会犯下如此低级错误。事件发生后，霸王茶姬官方微博立即道歉，但毫无疑问，该事件对霸王茶姬的品牌声誉造成了不小影响。

因此，作为用人单位，严格依照法律规定的原则处理个人信息，特别在员工离职后，因为利益的不同和矛盾的增加，如何明晰个人信息合理使用的边界，避免纠纷的发生，显得尤为重要。

### 一、“合法、正当、必要”始终是用人单位处理员工个人信息需遵循的基本原则

在员工离职的情况下，通过一定的方式向合作伙伴或者公众告知该员工离职的事实，一方面为了向合作伙伴明确新的对接人，另一方面也表明该离职员工之后的行为与本单位无关，此类告知中可能包含员工的个人信息，但这无疑是合理的。

然而，本起事件中，店方的公示内容则完全超出了正当性、必要性的原则。首先，从其公示的内容来看，完全属于用人单位的内部管理问题，没有任何向公众告知的必要，探究其原因，甚至存在通过公示达到打击报复或者抹黑离职员工的目的。其次，公示员工的身

份证号码更是毫无必要，即使是向合作伙伴告知员工离职的事实，也仅告知姓名、岗位即可，完全没有必要告知身份

证号码、住址等与告知目的无关的个人信息。

### 二、避免以泄愤或抹黑等为目的的不正当使用行为

实践中，因与员工存在矛盾或纠纷，有的用人单位设置了所谓的“黑名单”，并以各种方式与同行业单位共享，希望同行慎用，此类行为属于典型的侵害个人信息的行为。

除此之外，用人单位或其负责人在微信朋友圈等社交平台上发布离职员工

个人信息的情况，更为常见。有的在员工申请劳动仲裁后，将包含有员工个人身份信息的申请书、调解书或者裁决书等内容拍照、发朋友圈，对离职员工作出负面评价，此类照片中可能就包含员工姓名、身份证号、住址、手机号码等个人信息，同样是典型的违法行为。

### 三、使用个人信息应当注意区分员工在职和离职的不同情形

员工在职期间，基于劳动关系的存在，通常会同意用人单位在合理范围内使用其个人信息，或者让渡一部分个人权益。但在员工离职之后，其与用人单位的关系发生转变，员工让渡权益的基础不再存在，因此有必要区分员工在职和离职不同情形下用人单位对员工个人信息的使用行为。

在获评 2023 年上海法院精品案例的

(2022)沪 0114 民初 22904 号个人信息保护纠纷案中，用人单位在填报企业年报信息时，在“企业联系电话”一栏填写的是员工刘某的手机号码，员工离职后，起诉要求公司停止侵权、赔礼道歉并赔偿损失。法院审理认为，在员工离职前，公司使用刘某的手机号码进行登记，系基于取得了刘某的默示同意，但在刘某离职后，并未同意公司继续使用

其个人信息，因此公司在刘某离职后继续使用其个人信息的行为不具有合法性。

除了上述情形外，员工在离职后，用人单位是否有权在其公众号等自媒体中继续使用离职员工照片？也是实践中经常遇到的问题。出于公司宣传和文化建设的需要，许多企业都会有自己的公众号等，其中可能会发布包含有员工工作照、生活照或其他个人信息等内容的

宣传资料。员工在职期间，即使没有明确的书面同意，但员工同意用人单位拍摄相关宣传照片，或者积极配合，对其肖像用于企业宣传有着充分预期，在一定程度上可视为用人单位的使用行为具有合理性。但员工离职后，其个人信息权益与用人单位利益产生冲突，如其要求用人单位停止使用其个人信息，则用人单位不得再使用。

#### 四、面对招聘单位背景调查应要求其提供员工授权

离职员工到新单位应聘时，招聘单位为验证其提供的材料真实性，可能会联系用人单位，了解该离职员工的工作经历、岗位情况、薪酬情况、工作年限、离职原因等等个人信息。

在此情况下，为避免风险，用人单位应当要求招聘单位提供相关背调事项

已获得该离职员工授权的证明文件。在未获得授权的情况下，用人单位不应私自对外提供员工的个人信息。而在获得授权的情况下，用人单位提供的内容也应尽量客观且有事实依据，避免因不当的主观评价造成其他侵权风险。

#### 五、根据个人信息的处理目的确定保存期限

员工离职后，用人单位仍有可能需要处理员工的个人信息，但根据《个人

信息保护法》的规定，除法律、行政法规另有规定外，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。这是用人单位确定保存期限的原则规定。

在劳动法领域，部分法律法规对有关保存期限作了明确规定，比如《劳动合同法》要求用人单位对已经解除或者终止的劳动合同文本，至少保存二年备查。比如《保障农民工工资支付条例》要求用人单位应当按照工资支付周期编

制书面工资支付台账，并至少保存3年；其中书面工资支付台账应当包括用人单位名称，支付周期，支付日期，支付对象姓名、身份证号码、联系方式，工作时间，应发工资项目及数额，代扣、代缴、扣除项目和数额，实发工资数额，银行代发工资凭证或者农民工签字等内容。

### 六、特殊敏感个人信息在员工离职后应当及时删除

在劳动用工过程中，因为门禁、考勤等原因，用人单位在取得员工的同意后，可能会收集员工的人脸、指纹等个人敏感信息，但在员工离职后，已不再需要此类信息，用人单位应当及时删

除。如果及时删除个人信息在技术上暂时难以实现，用人单位也应当停止除存储和采取安全保护措施之外的任何其他处理行为。



### 七、用人单位在劳动争议仲裁或诉讼中可合理使用离职员工个人信息

员工离职后，其个人信息并非完全不可使用，若员工离职后与用人单位产生劳动争议，在仲裁或诉讼过程中，用人单位为证明自己的主张，可以向仲裁庭或法院提供包含有个人信息的证据材料，但应当注意的是，相关材料仅限于

案件审理需要，用人单位不能将含有个人信息的证据材料公开传播。同时，用人单位在劳动合同或规章制度中也可对此情形下使用员工个人信息的行为作出明确约定或规定。



#### 孙志勇 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方知识产权业务部 主任

业务方向：知识产权、劳动法、公司法、  
企业法律顾问

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、岑玉姣、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