



七方法研

2024年

6期

总第30期

家长里短 | 浅议僧人遗产继承法律问题 ——周茉

罪与罚 | 公职人员参与他人经营并获利的行为该如何定性？

——张佰乐

公司治理 | 股权回购权的性质及行权期限法律分析——严佩珊



民商纵横

竣工验收合格后的工程质量鉴定法律分析-----	01
-------------------------	----

家长里短

浅议僧人遗产继承法律问题-----	16
-------------------	----

借名买房法律风险分析-----	21
-----------------	----

罪与罚

盗印外文书籍并销售的行为如何定性? -----	25
-------------------------	----

公职人员参与他人经营并获利的行为该如何定性? -----	31
------------------------------	----

公司治理

显名股东能否起诉要求隐名股东显名登记-----	37
-------------------------	----

股权回购权的性质及行权期限法律分析-----	42
------------------------	----

聚焦劳动法

递延奖金制度的合规审查与争议处理刍议-----	46
-------------------------	----

企业调岗临近退休人员法律风险分析-----	53
-----------------------	----

竞业限制纠纷中“竞对公司”的认定范围-----	58
-------------------------	----

知产知否

为完成工作任务创作的作品著作权归属分析-----	63
--------------------------	----

竣工验收合格后的工程质量鉴定法律分析

作者：席绪军、徐之莹

内容提要 在建设工程施工合同纠纷中，每当承包方提起追索工程欠款的诉讼或者仲裁，发包人往往就会提起工程质量和工期逾期的反诉或者反请求，本文主要是针对发包人对已经验收合格的工程提起的工程质量反诉或者反请求来陈述笔者的观点。在建设工程诉讼中，针对已竣工验收并投入使用的建设工程，法院不应轻易启动质量鉴定的程序，即使启动了，针对一般性不影响整体使用功能的瑕疵质量问题更不应适用施工质量验收的抽样方式进行全面性质量鉴定。进一步严格限制针对一般瑕疵的质量鉴定有利于促进发包方在竣工验收时严格验收，不滥用质量反诉权利。

关键词 建设工程 抽样验收 工程质量 司法鉴定。

一、建筑工程竣工验收的抽样规则

建筑工程的分部分项验收和竣工验收适用《建筑工程施工质量验收统一标准》的规定，采取的是抽样验收规则，在实践中一般是根据检验项目的特性来确定抽样数量与方法，只要抽样样本的质量被判定为合格，整体工程也相应被判定为合格，因此抽样验收存在很大的随机性、偶然性与概率性，原因之一是即使抽样样本合格，剩余未被检验的合格批中很有可能存在不合格的批次。

（一）建筑工程质量抽样验收的概念

建筑工程施工质量验收应划分为单位工程、分部工程、分项工程和检验批。验收是建筑工程质量在施工单位自行检查合格的基础上，由工程质量验收责任方组织，工程建筑相关单位参加，对检验批（即按相同生产条件或规定的方式汇总起来供抽样检验用，由一定数量样本组成的检验体）、分项、分部、单位工程及其

隐蔽工程的质量进行抽样检验，对技术文件进行审核，并根据设计文件和相关标准以书面形式对工程质量是否达到合格作出确认。其中，检验批中又分为主控项目与一般项目，主控项目的质量经抽样检验均应合格，一般项目采用计数抽样时的合格点率应符合有关专业验收规范的规定，且不得存在严重缺陷；分项工程所含检验批的质量、分部工程所含分项工程的质量、单位工程所含分部工程的质量均应验收合格。

举个很简单的例子进行说明以上提及的主控项目与分控项目的抽样检验。假设主控项目样本容量一共有 100 个，随机

抽选 20 个样本，只有当这 20 个抽样样本都合格，此主控项目质量才能判定整体合格；假设一般项目样本容量一共有 100 个，随机抽选 20 个样本，若抽样样本中存在不合格的样本，则需要计算出其合格点率，假设合格点率是 80%，则当被抽选出的 20 个样本中至少存在 16 个合格的样本，这批抽样样本才达到合格，反之则不合格，也就是说当合格点率符合有关专业验收规范的规定时可判定此一般项目质量合格。总而言之，主控项目的抽样样本必须全部合格，但一般项目的抽样样本中允许存在不合格的样本。

（二）抽样过程中涉及的两种检验方法与概率

抽样验收还涉及两种检验方法，即计数检验与计量检验。计数检验是通过确定抽样样本中不合格的个体数量，对样本总体质量做出判定的检验方法；计量检验是以抽样样本的检测数据计算总体均值、特征值或推定值，并以此判断或评估总体质量的检验方法。

在抽样过程中涉及两个概率方面的名词，其中错判概率是指合格批被判定为不合格批的概率，即合格批被拒收的概率，用 α 表示，漏判概率是指不合格批被判为合格批的概率，即不合格批被误收的概率，用 β 表示。主控项目对应于合格质量水平的 α 和 β 均不宜超过 5%，一般项目对应于合格质量水平的 α 不宜超过 5%，



β 不宜超过 10%。若抽样检验 100 个主控项目样本，其中 95 个合格 5 个不合格，则整体判定为不合格，其中 95 个合格样本被判定为不合格批的概率就是 α 错判概率；若抽样检验 100 个一般项目样本，其中 90 个合格 10 个不合格，合格点率符合有关专业验收规范的规定时判定一般项目合格，其中 10 个不合格样本被判定为合格批的概率就是 β 漏判概率¹。

也就是说，从上述的抽样验收规则可以看出，即便是建筑业最高国家奖项的鲁班奖工程，也会存在不合格项或者不合格点，因为建筑工程施工质量的验收没法做到全数检验，而两次抽样的验收结论有可

能就是截然相反的。但是依据这个验收标准，任何一个已经验收合格的建筑工程有极大的可能性在再次抽样验收时被评价为不合格工程。这也就是为何笔者坚持认为，对于验收合格之后的建筑工程质量争议要作区分处理，对于涉及建筑结构安全和重要使用功能缺陷的鉴定可以采取《建筑工程施工质量验收统一标准》，但对于一般性的质量瑕疵争议不应当采取重新做整体性评价的抽样方法，只能就已发现的具体点位质量争议进行鉴定和修复，否则就变成了帮建设单位重新建造一个新项目了。



¹ 参见《建筑工程施工质量验收统一标准》，中华人民共和国住房和城乡建设部、中华人民共和国国家质量监督检验检疫总局，2013年11月1日发布。

二、针对一般的质量瑕疵不应采取抽样验收方式进行整体性鉴定

质量争议的司法鉴定活动不是建筑工程施工质量验收活动，不应当直接适用《建筑工程施工质量验收统一标准》的评价方法和评价体系。

（一）案例情况概述

笔者代理某施工企业甲方起诉某医疗企业乙方追索工程欠款纠纷案件，案涉工程于2019年9月1日通过竣工验收，乙方一直拖延支付工程尾款，甲方于2023年10月13日起诉至乙方项目所在地的丙法院，乙方随即向丙法院提出工期延误和质量修复费用的反诉主张，并申请司法鉴定。乙方提出的质量问题主要是钢结构屋面板咬缝不严，导致屋面漏水，为此乙方提供了2020年3-4月份的少量漏水证据（证据实际不严密，不过本文就不在此分析证据本身的问题了），甲方为了能够尽快收到工程尾款，就于2020年5月份按照保修流程为咬缝不严的地方做防水密封胶处理，处理后至今未接到再次漏水的保

修通知，鉴定时乙方表示没有之后的漏水证据。但乙方为了抵销工程款诉讼，反诉提出了对屋面板的咬缝不严和漏水质量问题及扶手栏杆碎弯问题做工程质量鉴定，丙法院则立即同意了该鉴定申请。

鉴定勘验现场的当天，鉴定机构提出采取抽样验收的方式来对屋面板的咬缝做整体性的评价，笔者则提出反对意见，笔者认为应当是由乙方提出具体咬缝不严的地方，由鉴定机构来依据设计文件和施工规范判断是否符合要求，而不是对屋面板做整体性的抽样检测，并做出整体性的评价。这正是乙方希望的做法，通过整体性的评价来推翻竣工验收合格结论，进而为乙方将屋面板全面返工重做。

（二）案例分析

笔者认为对于已经通过竣工验收的合格工程是不应当用《建筑工程施工质量验收统一标准》的抽样方法进行再次“验收”，对于具体的质量争议点的判断应当采取与设计文件和施工规范的要求进行比对，如果施工方对于具体的质量争议点

愿意按照保修流程来进行保修，就不应当启动所谓的工程质量司法鉴定，因为事实上双方对于具体的质量争议点不存在争议，对于具体保修成果的验收也同样需要判断是否符合设计文件和施工规范。鉴定机构不是来帮助建设单位来找质量瑕疵

的，是来对双方产生争议的具体“瑕疵”进行确认是否符合设计文件和施工规范要求，质量瑕疵是建设单位在使用中自己发现的，如果施工单位认可该质量瑕疵系本方原因所导致的，就无需鉴定机构介入。

（三）质量瑕疵不是建设单位发起质量鉴定的当然理由

事实上对于建设单位提出的质量瑕疵保修主张，施工单位往往是按照保修要求履行合同义务，对质量瑕疵愿意进行保修的，保修是保证工程的使用功能能够正常发挥，而不是要保证保修后的工程要符合竣工验收的要求。

在这样的情况下，法院是不应当同意建设单位的司法鉴定申请，对于具体的质量瑕疵双方产生争议，双方各执一词，才

可以依法启动工程质量司法鉴定程序，鉴定机构应当针对具体争议瑕疵质量点进行鉴定，而不是针对全体工程或者分部分项工程采取整体性评价的方式进行整体的质量鉴定，因为需要明确质量鉴定不是验收行为，验收规则表明合格工程是可以存在不合格项的，对于质量鉴定来说，就是判定双方产生的质量争议的具体质量瑕疵是否可以判定为不合格。

三、关于建设工程质量问题的法律规定

（一）建筑物重要使用功能部分的质量问题

《中华人民共和国建筑法》第六十条规定：“建筑物在合理使用寿命内，必须确保地基基础工程和主体结构的质量。建筑工程竣工时，屋顶、墙面不得留有渗漏、

开裂等质量缺陷；对已发现的质量缺陷，建筑施工企业应当修复。”

从该条规定可以看出，第一款是关于事关建筑物使用安全的质量问题，第二款

则是事关建筑工程重要使用功能的质量问题。尤其是第二款“在竣工时屋顶、墙面不得留有渗漏、开裂等质量缺陷”，这

就表明了建设单位在组织竣工验收时对该部分应当从严验收，否则不能通过竣工验收合格的结论。

（二）质量保修制度

《中华人民共和国建筑法》第六十二条规定：“建筑工程实行质量保修制度。建筑工程的保修范围应当包括地基基础工程、主体结构工程、屋面防水工程和其他土建工程，以及电气管线、上下水管线的安装工程，供热、供冷系统工程等项目；保修的期限应当按照保证建筑物合理使用寿命年限内正常使用，维护使用者合法权益的原则确定。具体的保修范围和最低保修期限由国务院规定。”²

从该规定可以看出，即便是“地基基础工程、主体结构工程、屋面防水工程”等事关建筑安全和重要使用功能的质量

问题也依然可以通过保修来确保安全和正常使用，并不是说只要出现质量问题就必须启动司法鉴定，如果双方对于质量问题没有争议，就不能任由发包人启动司法鉴定。如前面的案例，施工单位对于局部少量的咬缝不严是做了补胶处理，咬缝问题在竣工验收时就存在，建设单位明知该情况，但依然作为合格工程通过竣工验收，此时要求施工单位承担全部的修复费用，很明显有违基本的社会诚信，也违反了建筑法的规定。建设单位降低验收标准将不合格工程作为合格工程验收通过的，也应当承担法律责任。

四、从规范文件角度谈以抽样方式进行质量司法鉴定

（一）规范条文具体规定及分析

《建设工程司法鉴定程序规范》（虽于2018年12月21日被废止，然最新的建设工程领域的司法鉴定操作规程尚未

出台，此规程仍具备参考意义。）把建设工程质量鉴定分为施工阶段的质量鉴定及既有建设工程的（即已竣工完成且交付

² 《中华人民共和国建筑法》，全国人民代表大会常务委员会，1997年11月1日发布。

使用的各类建（构）筑物和工程设施）质量鉴定。建设工程施工阶段的质量鉴定中第 6.1.2 条规定：“按本技术规范第 5.14 条的规定进行现场勘验。如有必要，可对有质量问题和质量纠纷的建设工程材料或实体等，按现行规范进行抽样或全部抽样检测。而针对既有建设工程的质量鉴定中第 6.2.1 条规定：“根据委托人委托鉴定的事项和鉴定要求，可对既有建设工程出现的质量问题进行鉴定。”第 6.2.3 条：“对既有建设工程的质量鉴定应符合有

关工程勘察设计、施工、检测标准的规定。”由此对比可知，只有针对未竣工完成的建设工程的质量问题可以进行抽样或全部抽样检测的鉴定方式，而针对已竣工完成的建设工程质量问题鉴定的规范却未明确采用抽样或全部抽样的方式进行鉴定，只是针对既有工程出现的质量问题进行鉴定，与笔者本文观点完全一致，即针对竣工验收合格的建设工程，鉴定机构不应采用抽样的方式进行工程整体评价性的鉴定。

（二）法院不应轻易启动质量鉴定程序

《江苏省高级人民法院建设工程施工合同纠纷案件司法鉴定操作规程》第三十九条规定：“建设工程经竣工验收合格，承包人要求发包人支付工程价款，发包人以工程质量提出抗辩并要求对工程进行质量鉴定的，人民法院不予准许，但涉及地基基础工程和主体结构质量的除外。建设工程经竣工验收合格，发包人起诉或反诉主张工程质量不合格向人民法院申请鉴定，并就质量问题有初步证据证明的，

人民法院可以准许。”根据此规定，当建设工程竣工验收合格之后，承包人以欠付工程款为由起诉发包人，发包人就质量问题提出抗辩且申请工程质量鉴定时，除非涉及地基基础工程和主体结构质量的质量问题，法院不应轻易启动此鉴定程序。即使发包人提起反诉或者另行起诉认为建设工程存在质量方面的问题申请鉴定，也应就具体的质量问题进行举证说明，对

于一般性不影响使用功能的质量瑕疵，不应启动质量鉴定程序，应以竣工验收合格为由驳回起诉，除非承包人以不存在质量

瑕疵为由拒绝履行保修义务，则可以针对该具体质量问题及保修的方案和费用进行鉴定。

（三）鉴定范围应具体明确，不应采用全面抽样的方法进行鉴定

《建设工程司法鉴定程序规范》附录 C 中第四点规定：“鉴定当事人提出的鉴

定范围应具体明确，不应采用全面抽样的方法进行鉴定。《建设工程司法鉴定程序规范》第五条第二款第四项规定：“人民法院启动鉴定、确定鉴定事项应当遵循鉴



定请求应明确、具体、完整，不要随意扩大鉴定范围。³”《江苏省高级人民法院建设工程施工合同纠纷案件司法鉴定操作

定范围最小化原则。人民法院在委托鉴定前应通过其他手段排除无争议项，只对争议项进行鉴定。对于建设工程造价争议

³ 《建设工程司法鉴定程序规范》，中华人民共和国司法部司法鉴定管理局，2014年3月17日发布，司法部于2018年12月21日废止。

应先根据诉辩意见及当事人举证质证确定争议项，再对争议项进行鉴定。⁴”由此两个条款可见，鉴定范围应当具体、准确、清晰、完整，不得扩大鉴定范围，也不得对无争议项进行鉴定，在承包人提起欠付工程款的诉讼中发包人质量问题提起反诉时申请质量鉴定，应当明确具体的质

量问题，进而针对此具体的质量问题进行鉴定，而不是进行全面性的整体的抽样式鉴定，工程已交付并投入使用之后再被抽样鉴定，很有可能得出建设工程质量不合格的结论，对于承包人来说十分的不公平，也会让发包人滥用质量反诉权利。

五、从司法实践角度谈质量司法鉴定

启动质量司法鉴定应具备必要性、经济合理性，对于司法机关来说判断如何启

动、在何种具体情况下启动质量司法鉴定是至关重要的事情。

（一）案例分析

如前案例，甲方起诉主张工程款，乙方反诉质量问题要求启动质量司法鉴定，乙方提供3年前的漏水证据，乙方甚至自认甲方去做过保修，但无法提供近期发生漏水的证据，在这种情况下，应当很容易判断乙方反诉的目的无非是恶意抵销本诉，法庭应当告知乙方如果不能提供近期漏水的证据，则表明经过甲方保修后，已经不存在漏水的事实，没有影响使用功能的情形，不能依据3年前的证据启动质量

司法鉴定。如果说依据设计文件和施工规范要求来作为合同履约的证据，那么在工程竣工验收合格结论没有被推翻之前，不应当任由建设单位提起所谓的“质量违约之诉”，必须区分为重要的情形和一般的情形，将地基基础和主体结构部分以及重要使用功能受到影响作为重要的情形，其他的情形均为一般情形。但是司法实践中法官们为了规避裁判风险，通常不愿意做这样的必要性判断，导致只要有质量司

⁴ 《江苏省高级人民法院建设工程施工合同纠纷案件司法鉴定操作规程》，江苏省高级人民法院，2015年12月21日发布，2020年12月31日被江苏省高级人民法院废止。

法鉴定申请，就立即无条件地委托出去，鉴定机构则更加不会考虑必要性的问题，只考虑是否可以进行鉴定的问题。对于鉴定机构来说，司法鉴定也是其重要的一项业务创收来源。因此，他们对于司法鉴定的申请大多数是来者不拒，且更加希望鉴定的工作量越大越好，如果只是针对具体的质量瑕疵进行合格与否的鉴定，工作量必然很少，要想收取高额的鉴定费就会很难。这也是为何在前述案例中，鉴定机构表示会把我提出的鉴定方法异议记入鉴定笔录中，但还是会按照抽样方式按照《建筑工程施工质量验收统一标准》来做整体评价鉴定。

（二）质量司法鉴定应具备必要性和经济合理性

必要性和经济合理性是密不可分的，没有必要性的司法鉴定，必然也不具有经济合理性，从当事人提交的证据就可以作出初步的判断。比如前述案例中乙方提交三年前的漏水证据就足以证明其证据的缺乏，没有足够的证据发起司法鉴定，这并不需要专业判断，运用一般的生活常识

还是前述案例，乙方申请鉴定后，鉴定费为4万元，鉴定的屋面板保修费用为7万多元，乙方为此还向鉴定机构提出鉴定费用过高的异议，最后法院判决甲方承担3万元的鉴定费，理由就是鉴定结论存在质量问题。很明显该鉴定违背了经济合理性原则，试问在用的任何一个建设工程，哪一个不存在质量问题，如果都启动鉴定，施工单位都要承担鉴定费用，显然非常不合理。实际上保修办法很好地解决了这个问题，只有当双方对保修的内容存在争议，需要启动司法鉴定，再根据责任方来分配鉴定费用，方为合理。

就可以判断。完全可以作出认定，经过甲方的保修后，已经不存在影响使用功能的质量问题。案例中乙方提出的钢扶手存在碎弯的问题，只是影响观感，不影响安全使用，竟然在验收合格交付使用4年后启动质量司法鉴定，非常令人无语。对于这些不影响使用功能的所谓质量问题，在竣

工验收合格后提出司法鉴定申请的，法院应当一律予以驳回。

六、轻易启动质量司法鉴定的影响

（一）实践现状

工程实践中，有很多的建设单位为了将工程项目尽快投入使用，对于在竣工验收时甚至是分部分项工程验收时就已经发现的质量问题视而不见，故意将不合格工程作为合格工程验收通过，在施工方提

起工程款诉讼中又作为反诉的主张，“理直气壮”地提起质量司法鉴定的申请，还能够做到“精准打击”，可谓是提前使用和质量反索赔两不误。

（二）法规规定

《建设工程质量管理条例》第五十八条规定：“违反本条例规定，建设单位有下列行为之一的，责令改正，处工程合同价款 2%以上 4%以下的罚款；造成损失的，依法承担赔偿责任：（一）未组织竣工验收，擅自交付使用的；（二）验收不合格，擅自交付使用的；（三）对不合格的建设工程按照合格工程验收的。”⁵根据该条的

第三款可知，建设单位应当为此承担行政责任，那么同样的法理，在明知存在质量问题的情况下，仍然予以验收合格通过之后，再次向施工方提出质量异议，要求启动质量司法鉴定，很明显也是没有诉讼诚信的表现，滥用诉讼权利，法院不应对此行为予以纵容和漠视。

（三）对承包人的影响

建设工程是允许在存在不合格项的情况下投入使用，同时也要求建设单位做好日常维护，一个建设工程就如同一个人

一样的，有生命周期的，随着时间的流逝，状况只会越来越差，建设单位良好的日常维护会延长使用寿命，但即便如此，也绝

⁵ 《建设工程质量管理条例》，中华人民共和国国务院，2019年4月23日发布。

不可能越用状况越好。因此，在使用多年之后，要求施工单位按照竣工验收时的验收标准来承担责任，对施工单位非常不公平。

（四）不应轻易启动质量司法鉴定程序

正如《中华人民共和国民法典》第六百二十一条：“当事人约定检验期限的，买受人应当在检验期限内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。当事人没有约定检验期限的，买受人应当在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期限内通知出卖人。买受人在合理期限内未通知或者自收到标的物之日起二年内未通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定；但是，对标的物有质量保证期的，适用质量保证期，不适用该二年的规定。出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受前款规定的通知时间的限制。”⁶任何产品都是交付导致的风险转移，包括交付后质量异议期的规定，如果任由建设单位提起质量瑕疵的司法鉴定，鉴定机构又没有法律依据的一律按照竣工验收标准来进行鉴定，那似乎质量的风险永远不会发生转移，竣工验收合格的结论只是建设单位投入使用的通行证，对施工单位几乎没有实质意义，建设单位无需承担任何施工质量验收的责任，那么建设单位的所有验收活动就必然会更加地流于形式。笔者认为一般的质量瑕疵验收风险必须转移至建设单位，建设单位作为业主组织竣工验收活动，应当严格遵守验收标准，不能为了尽早地投入使用，验收时马马虎虎，产生工程款支付纠纷时，又来申请启动一般性质量瑕疵的司法鉴定，试图让施工单位承担确保建设工程日久弥新的法律责任，这种做法也不符合一般生活常识。

作为工程质量验收的责任方建设单位来说，当然应当对自己作出的竣工验收结论承担相应的责任，否则就变成了不论验收是否真实可靠，将来随时可以“验收

⁶ 《中华人民共和国民法典》，全国人民代表大会，2020年5月28日发布。

不免除施工方的质量责任”为由，要求对一般性的质量瑕疵和使用功能缺陷要求修复。对施工过程中发现的质量问题进行整改，会相对容易得多，此时人员、材料、机械设备等都在现场，也没有使用方的干扰，而竣工验收后的工程由于有很多都已

经投入使用，因为一般性的质量瑕疵就对整体工程作出整体性的抽样检测鉴定会使得承包人修复的成本变得很高，这在经济上也是不可行的。有相当一些发包人并不会真的去修复一般性质量瑕疵，他们的根本目的就是为了抵销一部分工程欠款。

笔者建议

对于尚未通过竣工验收的建筑工程，此时产生的质量争议就是关于整体的或者现状的争议，且因为存在对于整体交付或者在建工程的部分交付问题，自然需要对工程的整体或者现状做整体评价，笔者认为这种情况下，是应当采用《建筑工程施工质量验收统一标准》来认定交付的工程质量状况和整体评价的。

笔者认为竣工验收合格后的质量纠纷处理，应当是“精确打击，靶向治疗”，而不是全面“化疗”，从举证的角度来说，建设单位应当详细举证存在质量问题的地方，施工单位对此发表质证意见，是否认可存在该具体部位的质量瑕疵，如果认可该事实，接下来就是判断导致该质量瑕

疵的责任方是谁，是原来就存在的，还是后期建设单位使用行为导致的，亦或是第三方行为导致的，以此来判定保修的费用由谁来承担的问题。如果鉴定机构不能鉴定出导致质量瑕疵出现的原因和责任方，就按照举证责任来承担不利后果，那就是是否应当保修的问题，可以启动质量成因的司法鉴定。如果双方对于质量瑕疵的成因和责任都没有争议，就不应当启动质量司法鉴定，从而人为地将案件复杂化。

再退一步分析，建筑工程缺陷责任期为最长不超过两年，对于一般的质量瑕疵或者使用功能缺陷，超过该期限而提起质量司法鉴定的诉请也不应当得到支持，否则也使得缺陷责任期的规定目的落空，缺

陷责任期的作用不仅仅是用来确认退还质保金的期限，更是缺陷保证期限，对于超过该期限而主张一般质量瑕疵的，应当一律不予支持。

对建设单位任意提起质量司法鉴定进行一定程度的限制，必然会使得建设单位在组织竣工验收时，严格依照法律、法规和规范的规定进行验收，使得各方在竣工验收时质量责任意识提高，让更多的质量问题早发现、提早修复，施工单位也必然会狠抓质量管理工作，从形式上看虽然限制了建设单位日后提起质量司法鉴定的机会，但是实质上更有助于保障建筑工程的一般性质量符合规范要求。

司法实践中由于很多的法官对于建设工程专业知识不了解，对于工程纠纷案件的关键事实判断完全依赖于司法鉴定的意见，并不能做出自己的判断，客观上导致会出现大量以鉴代审的现象，如果采

取《建筑工程施工质量验收统一标准》的评价方法和评价体系来重新验收，可能当下的所有既有工程都是不合格的，这种做法无疑是破坏了建设工程施工质量验收规则和建设工程竣工验收后的保修规则，使得保修规则的目的落空，还是变成了要随时验收全数合格的要求，不当的加重了施工单位的质量责任。

防止质量反诉成为建设单位滥用诉讼权利对抗工程款支付义务的不当手段，只有涉及到主体结构安全或者重要使用功能不满足设计文件和施工规范要求，导致工程完全不能使用，且有可能是施工单位的原因导致的情况下，才可以用整体评价判断方式来进行鉴定，确定是否可以加固保修确保安全正常使用。其他一般性质量瑕疵问题则应当一律按照保修流程处理，超过保修期的，施工单位不再承担任何质量责任。



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

盐城仲裁委员会 仲裁员

注册一级建造师

业务方向：建设工程、房地产、经济纠纷

联系方式：13641720676



徐之莹 实习律师

七方建设工程与房地产法律服务部 实习律师

业务方向：建设工程、房地产、经济纠纷

联系方式：021-56782789

浅议僧人遗产继承法律问题

作者：周荣

在传统与法律的交汇处，僧人遗产继承问题成为了一个复杂而微妙的话题。当一位僧人离世，留下了一笔财产，这些财产是否属于遗产？又应该由谁来继承？笔者经整理发现，此类问题在司法实践中多有争议，下面让我们一起看几个真实案例。

一、僧人的银行存款是遗产吗？

【案情简介】

被继承人，也就是僧人徐某，无亲生子女，生前收养了本案原告小红为养女，但未办理收养手续，小红长大结婚后在外另行居住。2004年起徐某出家到平正乡圆通寺任住持，法号释通观。2018年5月12日徐某因病去世，遗体火化后安葬在圆通寺内，丧事由圆通寺出资操办。小红等亲属参加了吊唁活动。

徐某名下有7个银行账户，存款合计60万元，小红认为这些存款是徐某遗产，要求继承。但寺庙认为，寺庙本身不从事生产、营利，依靠信众的供养、捐赠维持日常活动。根据寺庙惯常做法，信众可以直接将钱转给僧人，再由僧人上交寺庙。徐某担任圆通寺住持时已年近65周岁，他担任圆通寺住持十四年之久，因此，徐某名下的钱款是信众捐给寺庙的，应属于圆通寺的财产，且徐某担任圆通寺住持期

间的起居生活、治疗疾病、亡故后的安葬事宜等都是圆通寺负责，圆通寺对徐某尽到了生养死葬的义务。

小红与寺庙无法协商，小红作为原告将寺庙告上法庭。法院经审理认为：原、被告在本案中争议的以徐某名义在银行的存款共 7 笔，其中一笔产生于 2003 年 7 月，是在徐某出家前的存款，应属徐某个人财产，该笔存款 3.83 元可作遗产处理。原告主张与徐某成立收养关系，提供有相关证据证明，予以确认。原告主张以法定继承方式继承徐某遗产应予支持，而双方争议的另 6 笔存款，开户均产生于徐某出家后其任住持 10 年时间左右，圆通寺辩称这 6 笔存款系寺庙作为宗教活动场所接受信众捐赠和卖香烛等的合法收入，并以住持徐某名义开户存入银行的，因此主张属于圆通寺的合法财产而非徐某个人财产，证据充分，理由成立，予

以采信。最终法院判决：养女小红继承徐某遗产 3.83 元。

二、僧人遗留的财产，寺庙能主张继承吗？

【案例简介】

海州碧霞寺的方丈觉照大师是一位有名望的高僧，去世时留有大量资产，包括银行存款约人民币 344 万人民币、港币、美元数万元；还有一套位于镇江市润州区朴园上观公寓的 75 平方米的住宅。

觉照大师有兄弟姐妹七人，海州碧霞寺在料理其后事时，通知了觉照大师的兄弟姐妹等亲属参加葬礼。后续各方进行了友好商谈，海州碧霞寺同意给予觉照大师的兄弟姐妹们人民币 100 万元及住宅一套。兄弟姐妹也同意觉照大师的剩余存款归碧霞寺所有。

各方虽达成协议，但需通过法院出具相关法律文书，故碧霞寺向法院起诉要求继承觉照大师的部分存款。法院审理认为：僧侣系特

殊的被继承人主体，我国现有的法律或规章没有明确僧侣、道士等人去世后所留财产由谁继承的明确规定，在法律上尚属立法空白。但我国实行相对宗教信仰自由，政府尊重和承认佛教的历史和宗教仪规。僧侣遗产处理问题，历来尊重宗教仪规。中国佛家协会通过的《全国汉传佛教寺院共住规约通则》中规定：“遵照佛制，僧众住寺，常住供养；僧人年衰，常住扶养；僧人疾病，常住医治；僧人圆寂，常住茶毗；僧人遗产，归常住所有”。本案中的觉照大师与原告碧霞寺已经形成常住关系，加之觉照大师的亲属很有素养，和碧霞寺就遗产没有大的争执，双方有过友好协商，觉照大师圆寂后事已经处理结束。因此，对原告碧霞寺的诉讼请求，法院予以支持。

三、律师分析

在探讨僧人遗产继承的法律纠葛时，我们首先需要明确遗产的



定义。根据《民法典》第一千一百二十二条规定：遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承。因此，在处理僧人遗产时，关键在于区分哪些财产属于僧人的个人财产，哪些则是代表寺庙收取的香火钱等公共财产。

在司法实践中，僧人进入寺庙之前的财产通常被认定为个人所有；而僧人入寺后收到的信众捐款，则被视作寺庙财产。在前述案例中，尽管资金存于去世僧人名下，但实际上僧人仅是代为保管，这些资金应归寺庙所有，不应作为遗产处理。

至于寺庙是否有权继承僧人的个人财产，案例二提供了一定的

参考。在该案例中，去世僧人的继承人同意部分遗产由寺庙继承，因此争议不大。在现有的案例当中，很多继承人都愿意放弃继承，最终调解结案。但如果继承人不愿意放弃继承权，寺庙是否还能继承遗产则成为问题。目前，法律并未对僧侣继承作出特别规定，属于立法空白，因此继承应遵循《民法典》的一般规定。笔者认为，如果能确认僧人去世后留下的财产中有一部分是个人财产，那么法定继承人应享有继承权。

此外，考虑到僧人皈依佛门之后有一个特点，就是与自己世俗家庭分开，自己的所有衣食住行都在寺庙里，根据寺规，僧人的生养死葬都应该在寺庙完成。它负责去世僧人的生养死葬，属于对被继承人扶养较多的一方，是否能够主张多分僧人的个人财产部分？根据《民法典》第一千一百三十一条规定：“对继承人以外的依靠被继承人

扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产。”据此，可以将寺庙看作是一个整体，故笔者寺庙应当可以继承一部分遗产。

综上所述，律师建议在处理僧人遗产继承问题时，应综合考虑法律规定、宗教习惯以及具体案件的实际情况，以确保遗产分配的公正与合理。

四、律师建议

1. 款项来源调查：寺庙应详细查询去世僧人银行卡内款项的来源，以确定是否来自信众的捐赠。
2. 法定继承人确认：确认去世僧人是否有法定继承人，并了解他们对遗产的意愿和要求。
3. 交易习惯证明：提供其他僧人的证人证言、银行交易记录等以证明寺庙僧人自己收集捐款再交给寺庙的交易习惯。
4. 证据收集：在任何涉及遗产继承的案件中，充分的证据收集

都是关键。建议寺庙和继承人都应该积极搜集相关证据，包括书面协议、遗嘱、财产清单等，以支持其主张。



周茉 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师
七方家事与养老规划业务部实习
律师

业务方向: 婚姻家庭事、私人财富
管理

联系方式: 159 0161 2253

借名买房法律风险分析

作者：胡晓萍

所谓“借名买房”，是指借名人（实际出资人）基于规避限购政策、享受特定优惠政策、方便贷款、减少税收等原因不直接持有房屋，经与出名人（登记权利人）协商一致，以出名人的名义持有该房屋，但房屋的实际权益仍归借名人所有的行为。

借名买房通常发生在熟人之间，如亲戚、朋友、情侣等，双方往往基于信任或碍于情面而未签订书面合同，导致借名人面临较大风险，引发不少纠纷。

一、借名买房行为是否有效？

如果是为购买政策性保障住房（如经济适用房）而借名的，则该类借名买房行为通常会被认定为无效。经济适用房的功能在于保障中低收入住房困难家庭，是面向中低收入住房困难家庭供应的具有保障性质的政策性住房，出售对象具有特定性，购买者必须满足国家规定的条件，其购买资格具有专属性。不符合购房资格的借名人若利用该政策购买经济适用房等政策性保障住房，不仅会扰乱国家对于保障性住房的监管秩序，也侵害了其他符合购买资格主体的

合法权益，客观上损害了社会公共利益。根据《中华人民共和国民法典》第153条第2款的规定，违背公序良俗的民事法律行为无效，因此，这一类的借名买房行为应属无效。

如果是为规避商品房限购政策而借名的，实践中存在过无效说和有效说的争议。2020年，最高人民法院曾在指导性案例中指出，当事人借名买房规避限购政策，是通过投机性购房获取额外不当利益，司法若对此种行为不加限制而任其泛滥，则无异于纵容不合理住房需求和投机性购房快速增长，鼓励不诚信的当事人通过

规避国家政策红线获取不当利益，故认为此类借名买房行为无效。但近年来，司法实践逐渐转为有效说。有法院认为，房地产限购政策属于调控政策，具有阶段性、临时性。该政策通过限制当事人的缔约自由来稳定急剧上升的房地产价格，仅会造成房地产买卖合同一时地履行不能，而非永久地履行不能，不属于法律、行政法规的强制性规定。在借名不存在其他效力瑕疵的情形下，应当充分尊重当事人的意思自治，故认为该类借名买房合同有效。据笔者了解，北京和上海的法院均倾向于有效说。

件审理的要点和难点，法院通常会从以下四方面进行审查：

1、购房时是否存在借名买房的合意

如果没有借名买房书面协议这样的直接证据，法院一般会审查双方之间的录音、聊天记录等视听资料，或开发商、房屋中介关于交易过程的证人证言等证据，从而证明借名人存在购买讼争房屋的意思表示和行为。但如果上述证据都没有，则需要有合理的购房需求及理由证明借名人存在购房的真实意思表示，并有其他实际购房证据推论双方存在借名买房的合意，否则，借名人就可能承担不利的法律后果。

2、房屋的实际出资情况

实际出资的证据具体包括：定金及首付款支付凭证、资金来源、还贷情况、契税缴款书以及其他与购房相关的支付凭证。法院还会从双方的经济收入、职业等方面审查房款支付能力和还贷能力，从而确认实际出资情况的合理性。



二、如何认定借名买房？

在双方仅有口头约定的情况下，如何认定存在借名买房的事实是此类案

此外，如果拿房后借名人对房屋进行了装修出资，则能进一步印证借名买房的事实。

3、房屋的占有、使用情况

根据借名买房原理，一般由借名人实际占有使用房屋，因此房屋的实际居住使用情况也是此类案件的审理要点之一。实际居住的证据主要包括：水电煤费用和物业费缴纳凭证、门卡、车辆出入小区记录、居委会居住证明、物业或邻居的证人证言等。

4、房屋重要文件的持有情况

借名买房案件中，借名人一般会参与看房、签订合同、办理房屋过户等购房的全过程，如果借名人能保留房产证、购房合同、贷款合同等“必要文件”的原件，甚至在定金合同、商品住宅维修基金收款凭证、进户联系单等“非必要文件”上留下借名人的名字，则对其权利的主张十分有利。

三、借名买房有何法律后果？

若借名买房合同有效，借名人和出名人均应按照约定全面履行自己的义

务。实践中多数裁判认为，因借名人与出名人之间就房屋所有权归属的约定，并没有直接设定房屋所有权的法律效力，因此，借名人不能根据借名买房合同的约定直接取得房屋所有权。也就是说，借名买房类案件，其案由不应为确认所有权纠纷，而应是合同纠纷。借名人的诉讼请求不能直接要求确认其对房屋享有产权，而是基于合同关系，要求出名人配合将房屋过户登记至借人名下。

在法庭辩论终结前，若借名人已具有购房资格，借名人的过户请求通常可以得到法院支持；若借名人仍不具有购房资格，则无法主张过户登记，借名人可解除借名买房合同。解除后，房屋归出名人所有，借名人有权要求出名人返还其已支付的购房所有相关款项；就房屋增值部分，法院一般根据借名人的出资因素、出名人的出名因素等，综合确定增值利益的分配比例。

若借名买房合同无效，根据《中华人民共和国民法典》第 157 条规定，民

事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的

责任。据此，房屋归出名人所有，出名人应返还借名人所支付的款项，同时，依据借名买房合同无效的原因，按照当事人过错比例对房屋增值部分、房屋估价费用等实际损失进行分担。

【律师建议】实践中，当事人基于各种原因选择以他人名义购买房屋的案例并不少见，一旦双方在履行过程中产生分歧并进入诉讼程序，借名人将背负极大的举证责任和极高的证明标准。因此，借名有风险，选择需谨慎。如果实在要借名买房，笔者有以下三点避险建议：1. 借名人应与出名人签订书面协议，明确双方借名买房的合意、出资情况、产权实际归属等核心内容。2. 要有证据意识，留存双方之间就借名买房达成合意的相关证据，如录音、聊天记录、证人证言等；同时保管好银行转账凭证、收据等出资凭证。3. 保管好房屋相关材料。对于房产证、购房合同、还贷银行卡等重要材料，借名人尽量自己保留原件；同时在购房相关的“非必要文件”上，借名人要有意识地以自己的名义签订。



胡晓萍 律师

上海七方律师事务所 副主任
七方家事与养老规划业务部 主任
上海市律师协会婚姻家庭专业委员会 副主任
上海市女律师联谊会秘书长
第七届“上海市优秀女律师”
上海市“巾帼建功标兵”
业务方向：家事法、私人财富管理
联系方式：18616910916

盗印外文书籍并销售的行为如何定性？

作者：傅建平



一、案情简介

刘某系从事网络图书销售的个体户，其在经营过程中发现外文书籍价格昂贵但市场需求量大，遂从网络或实体书店购入正版外文书籍，扫描成电子书后委托某印刷厂进行印刷、包装成

书，后将盗版书籍通过淘宝、微店等线上店铺进行低价销售，后被公安机关立案查处。经查，刘某售卖的盗版书籍销售额总计六百五十余万元，检察机关以“非法经营罪”向人民法院提起公诉。

二、行为定性争议

本案案情并不复杂，司法实践中类似的案例也屡见不鲜。然而，笔者在检

索相关的司法判例中，发现法院对这种案件的判决结果不尽相同：

在案号为(2019)粤0106刑初165号刘某侵犯著作权一案中，行为人刘某未经境外著作权人许可，盗印了外文书籍并对外售卖，公诉机关以非法经营罪提起公诉，一审法院判处刘某构成侵犯著作权罪，二审法院维持了这一判决。

然而，在案号为(2020)鄂1222刑初224号游某等非法经营一案中，行为人游某同样盗印了外文书籍并通过网络店铺

途径予以售卖，法院却以非法经营罪对其定罪处罚。

可见，司法实践中对于盗印并贩卖外文书籍的行为，定性上确实存在着较大分歧，理论界也有不小争议，无疑对司法适用带来了不小的难题。为此，笔者尝试从刑法教义学的角度，根据现行法律规定对该行为的定性作法律探讨。

三、法律分析

笔者认为，刘某盗印外文书籍并售卖其复制品的行为应当以“侵犯著作权罪”定性，理由如下：

（一）刘某的行为符合侵犯著作权罪的犯罪构成

《中华人民共和国刑法》第218条第(一)项规定，以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行、通过信息网络向公众传播其文字作品的，系构成侵犯著作权罪。就客观行为而言，刘某未经著作权人许可复制发行并传播作品的行

为，符合该罪的犯罪构成要件。问题在于，外文书籍能否成为我国刑法中侵犯著作权罪的犯罪对象？

侵犯著作权行为侵犯的是著作权法益，因而在犯罪对象上要求必须是我国《著作权法》中的“作品”。那么，外文书籍是否能够作为“作品”而受到保护？

首先，根据相关法律规定，外文书籍系我国著作权法所保护的主体。《著作权法》第二条规定：“外国人的作品



罪与罚

根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护。”而这里的协议或者国际条约，主要指的是《世界版权公约》《保护文学艺术作品伯尔尼公约》，中国作为缔约方，其他缔约国国民在其本国享有著作权的作品在我国也当然受《著作权法》的保护。

其次，刘某主观上具有营利目的。从刘某的客观行为来看，其翻印外文书籍低价销售的行为，主要目的在于营利，且对其行为侵犯他人著作权是明知的，主观上系故意，具有“以营利为目的”的犯罪目的。

最后，因为取证困难无法获得权利人的权属证明不影响对刘某侵犯著作权的定性。司法实践中，对于侵犯著作权类案件，一般需要提供权利人的权属证明，以证明侵权人未经权利人许可复制发行其作品，但对于权利人众多的案件中，获得所有权利人权属证明的取证难度较大，尤其是外籍作品。为此，2011

年1月10日“两高一部”发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》（法发[2011]3号）第十一条第三款规定：在涉案作品种类众多且权利人分散的案件中，上述证据确实难以一一取得，但有证据证明涉案复制品系非法出版、复制发行的，且出版者、复制发行者不能提供获得著作权人许可的相关证明材料的，可以认定为“未经著作权人许可”。但是，有证据证明权利人放弃权利、涉案作品的著作权不受我国著作权法保护，或者著作权保护期限已经届满的除外。对此，2020年9月14日“两高”发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(三)》第二条第二款也有类似规定。可见，以不能提供涉案外文书籍的权属证明为由，对刘某不认定为著作权罪，显然是缺乏法律依据的。

(二) 刘某的行为不应以非法经营罪论处



罪与罚

刘某销售的盗版外文书籍，属于非法出版物。对于非法出版物相关的犯罪行为定性，1998年颁布的《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《出版物解释》）有明确规定，其中，第11条规定：“违反国家规定，出版、印刷、复制、发行本解释第一条至第十条规定以外的其他严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版物……以非法经营罪定罪处罚”；第15条规定，“非法从事出版物的出版、印刷、复制、发行业务，严重扰乱市场秩序，情节特别严重，构成犯罪的……以非法经营罪定罪处罚”

可以看到，上述条文确实从非法经营罪的角度对出版活动予以规制，但从本案来看，刘某的行为无法适用上述两条。

第十一条所规定的非法经营罪系一种兜底性规定，行为人所出版的非法出版物的内容不应当符合《出版物解释》

第一至十条规定的情形，方可纳入第十一条的规制范围。而在第二条中，该解释规定了侵犯著作权罪的数额与情节认定，这表明非法出版物的内容如若涉嫌侵犯他人著作权的，那么应当适用本条认定为侵犯著作权罪，而不能依第十一条兜底为非法经营罪。

第十五条所规定的非法经营罪从出版活动的合法性角度出发，如若行为人在出版程序上违法的，那么无论非法出版物内容是否合乎法律规定，都有可能以非法经营罪论处。需要注意的是，非法经营罪惩处的是非法的“经营行为”，因而只有当行为人以非法出版行为本身为专门业务，才符合第十五条的情形。例如，行为人不具备印刷资质，专门接受他人委托违法印刷出版物并以此牟利（赚取印刷费）的行为，可以依照第十五条以非法经营罪进行认定。因此，从本案刘某的行为来看，其虽然不具备出版资质违法复制、发行盗版图书，但是其据以牟利的经营行为本身并

罪与罚

不是非法出版行为，而是对盗版图书这一内容违法的非法出版物进行售卖，其行为也不能依照《出版物解释》第十五条认定为非法经营罪。

此外，2011年“两高一部”发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》第十二条第三款明确规定：“非法出版、复制、发行他人作品，侵犯著作权构成犯罪的，按照侵犯著作权罪定罪处罚，不认定为非法经营罪等其他犯罪。”对于该条款，无

论其系注意规定还是法律拟制，至少说明了一条定罪逻辑：对于非法出版、复制、发行他人作品的行为，只有在不构成侵犯著作权罪的前提之下，才可能存在非法经营罪的适用空间。就本案而言，如果要将刘某的行为认定为非法经营罪，那么必须要论证的一点就是刘某的行为不构成侵犯著作权罪。然而，从刘某的行为来看，其无疑是符合侵犯著作权罪的构成要件的，应当直接排除非法经营罪的认定。

四、律师观点

从规范的角度来看，本案刘某的行为毫无疑问应当以侵犯著作权罪论处，那么为什么目前司法实践中还会存在“侵犯著作权罪”和“非法经营罪”的定性分歧呢？根源在于，相关部门在办理案件的过程中，如若要认定行为人的行为构成侵犯著作权罪，权利人的权属证明是必要的证据。然而对于外文图书，其著作权权属证明往往难以调取，证据

的缺失导致公安部门、公诉机关都倾向于兜底为非法经营罪。笔者认为，在相关证据缺失的情况下，应当作出有利于被告人的判罚，对被告人适用较轻的罪名，现行司法解释和司法文书的规定事实上也确认了这一原则，具体到本案，如对刘某以非法经营罪定罪，显然不符合刑法谦抑性原则。

傅建平 律师



上海七方律师事务所 高级合伙人

上海七方律师事务所刑事业务部 主任

上海市普陀区第十五届政协委员

上海市律师协会十二届刑事辩护与刑事诉讼专业
委员会 副主任

上海市法学会刑法研究会理事

最高人民检察院民事行政案件咨询专家

民盟上海市普陀区司法委员会主委

业务方向：刑事辩护、企业反舞弊调查、刑民交
叉业务

联系方式：152 0171 8516



公职人员参与他人经营并获利的行为该如何定性？

作者：张佰乐



一、基本案情

周某某，曾任某纸业公司企管处处长，党委委员、副总裁等职。2007年至2021年，周某某利用职权，帮助妻子梁某从甲公司购买酰胺产品，再向某纸业公司销售。（经查，与某纸业公司同时期向其他公司采购酰胺价格相比较，梁某销售的价格较低，未高于市场价格）经营期间，梁某获利共计586.93万元。另，2002年至2021年，周某某利用上述职务上的便利，为他在原料采购、工

程项目建设和资金拨付等方面提供帮助，非法收受财物共计948.99万元。

其中，2017年至2022年，周某某与竹料供货商廖某某达成“合作”意向，周某某为廖某某向某纸业公司供应竹料提供帮助，之后，按照1.5万元/车向廖某某预付部分竹料款，待某纸业公司计算出竹料的绝干吨位以及应当支付给廖某某的货款后，扣除提成费（双方商定按照竹料绝干量30元/吨计算提成费）



罪与罚

和前期的预付款后，垫资向廖某某支付剩余全部货款。廖某某则将结算竹料款的银行卡和密码交给周某某，周某某收取某纸业公司向廖某某拨付的全部结算款。经查，周某某通过上述方式共计获取竹料提成费 455 万余元。

2017 年至 2021 年，周某某与乙公司法定代表人胡某商议，由乙公司全额出资采购设备、原料生产聚合氯化铝销售给某纸业公司，胡某占股 62%，周某某负责技术和从某纸业公司拿到订单，占股 38%。其间，周某某利用职务上的便利，

让乙公司向某纸业公司供应聚合氯化铝，并在款项拨付上为该公司提供帮助。之后，周某某、胡某发现从第三方购进聚合氯化铝比自己生产成本更低，遂采用第三方购进产品直接转卖给某纸业公司赚取差价的合作模式，因周某某在合作经营中所起的作用更大，与胡某商议后，将其占股比例提高至 50%。2017 年 1 月至 2020 年 12 月，周某某通过上述方式从乙公司获得经营利润共计 228.55 万元。

二、法律分析

（一）周某某利用职权，帮助妻子梁某向某纸业公司销售酰胺，是否涉嫌构成亲友非法牟利罪？

根据 2018 年《中国共产党纪律处分条例》第九十五条规定，利用职权或者职务上的影响，为配偶、子女及其配偶等亲属和其他特定关系人在审批监管、资源开发、金融信贷、大宗采购、土地

使用权出让、房地产开发、工程招投标以及公共财政支出等方面谋取利益，情节较轻的，给予警告或者严重警告处分；情节较重的，给予撤销党内职务或者留党察看处分；情节严重的，给予开除党籍处分。

本案中，周某某利用职务便利，通过向公司相关人员打招呼的方式，帮助



罪与罚

梁某向某纸业公司供应酰胺产品谋取利益，符合利用职权为配偶在大宗采购等方面谋取利益违纪行为的表现形式。

但是，根据《刑法》第一百六十六条规定，为亲友非法牟利罪，是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营，或者以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品、接受服务或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品、提供服务，或者向自己的亲友经营管理的单位采购、接受不合格商品、服务，使国家利益遭受重大损失的行为。

本案中，在案证据证明，某纸业公司从梁某处购买酰胺产品是某纸业公司正常生产经营过程的一环。梁某从甲公司购进酰胺销售给某纸业公司的价格，与某纸业公司同时期向其他公司采购的酰胺价格相比较，未高于市场价格。梁某销售的酰胺经某纸业公司多年检测、

使用均为合格产品。某纸业公司从梁某处购进酰胺未造成某纸业公司经济损失。综上，周某某该行为不构成亲友非法牟利罪，应定性为违反廉洁纪律。

（二）周某某与廖某某“合作经营”竹料生意，由其利用职权为廖某某向某纸业公司供应竹料提供帮助并垫付货款，后抽取“提成”的行为该如何定性？

有观点认为，周某某与廖某某合作经营竹料生意，周某某向廖某某垫付了某纸业公司的应付货款，属于违规从事营利活动。另一种观点认为，廖某某系利用了周某某的职权获得竹料供应机会，周某某获取的提成具有职权对价性，且周某某与廖某某的“合作经营”具有虚增交易性质，系为了掩盖双方的权钱交易行为，因此，周某某的行为构成受贿罪。笔者赞同第二种观点，具体理由如下：

第一，周某某利用职务之便为廖某某提供机会且拿了相应的好处。本案

罪与罚

中，周廖二人为谋取非法利益，达成“合作”共识，由周某某利用分管某纸业公司原料供应的职务便利，帮助廖某某长期成为某纸业公司的竹料供应商，并在收购竹料后顺利出售给某纸业公司，尽快回笼资金。廖某某则将某纸业公司结算竹料款的银行卡和密码交给周某某，周某某按竹料绝干量 30 元/吨的价格提成获利，以此收取好处费。

第二，周某某的出资行为系掩盖权钱交易行为的手段。在正常市场交易过程中，竹料供应商廖某某向某纸业公司供应竹料，某纸业公司与廖某某直接进行结算，无需周某某替某纸业公司向廖某某先行垫付货款，周某某在竹料供应商与某纸业公司的交易环节中设置不必要环节，目的是通过“垫资”行为掩盖其与廖某某之间的行受贿行为。综上，周某某利用职权在竹料供应等方面为廖某某提供帮助，之后以提成费名义收受廖某某所送贿赂共计 455 万余元，虽然周某某与廖某某在“合作经营”过程中

有出资行为，但该出资系虚设交易环节，为双方权钱交易行为披上民事行为的外衣，应当认定周某某构成受贿罪。

（三）周某某利用职权为乙公司向某纸业公司供应聚合氯化铝提供帮助，周某某没有实际出资却占有相当股份，后从乙公司获利，该行为该如何定性？

根据“两高”《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》相关规定，国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人提供的干股的，以受贿论处。周某某以“技术入股”的名义在乙公司聚合氯化铝项目占股“分红”属于干股型受贿，理由如下：

第一，周某某的“技术入股”不具备实质经济价值。本案中，周某某与胡某商议由乙公司全额出资采购设备、原料生产聚合氯化铝销售给某纸业公司，胡某占股 62%；周某某负责技术和从某纸业公司拿到订单，占股 38%。在实际经营过程中，周某某、胡某发现从第三方购



罪与罚

进聚合氯化铝比自己生产成本更低，遂将经营模式从自己生产调整为从第三方采购聚合氯化铝转售给某纸业公司，因乙公司不再生产，周某某通过职权行为拿到订单的作用更大，故将占股比例提高至50%。一方面，在聚合氯化铝的生产经营过程中，周某某未实际出资；另一方面，周某某也未以任何“技术”为乙公司生产聚合氯化铝提供技术支持，所谓的“技术出资”就是周某某利用职权获得订单的权力，双方约定以“技术出资”为名掩盖利用职权谋取利益之实，“技术入股”是周某某利用职权从乙公司分取利润的方式和名目。

第二，某纸业公司供应对象特定。民事主体通过平等的市场竞争获得合理利润，符合公平合理的交易规则。本案中，周某某利用职务便利帮助乙公司排挤了其他竞争对手，使其稳定持续地供应聚合氯化铝，并在款项拨付上提供便利条件，其目的是为收受胡某所送好处创造条件，以谋取私利。

第三，周某某不承担市场经营风险。民事主体对于正常的商业行为一般都要承担市场风险，盈亏由市场决定，获利处于不确定状态。周某某与胡某商议生产聚合氯化铝，由乙公司全额采购设备、原料，周某某以“技术入股”为名，实则以职权入股，胡某向某纸业公司供应聚合氯化铝过程中，由乙公司先向第三方公司采购并预先支付部分货款，转售给某纸业公司获得货款后再与第三方公司结算，胡某及乙公司承担购买、转售的货物运输、货款支付等经营风险，而周某某只按照占股比例获取公司经营利润，无需承担市场经营风险。

第四，周某某获取的利润系职权对价。正常的商业经营活动是平等民事主体之间意思自治的民事法律行为。本案中，周某某以占干股方式获取乙公司的经营利润，是基于其利用职务便利，在为胡某量身打造经营条件、设计相关排他条款、排挤其他竞争对手等方面提供



罪与罚

的帮助，收取 228.55 万元是其职权的对价。

综上，周某某以“技术入股”为名，利用职务便利为胡某的乙公司向某

纸业公司供应聚合氯化铝提供帮助，进而收取 228.55 万元，应当以受贿罪论处。



张佰乐 律师

上海七方律师事务所 合伙人

上海七方律师事务所刑事辩护业务部 律师

上海律协刑事诉讼与刑事辩护专业委员会 委员

同济大学刑事法律诊所 助理实务导师

业务方向：刑事辩护、刑事控告

联系方式：136 8160 5614



显名股东能否起诉要求隐名股东显名登记

作者：管杰

股东资格确认案件中，被代持的隐名股东要求确认实际享有股权，进而要求显名化的案例比比皆是，屡见不鲜，往往是发生在公司上升期，被代持方与代持方或其他股东之间争夺公司的控制权或者利润分配权等股东利益时而产生的商事诉讼纠纷。但在公司经营出现困难，或者对外负债无法清偿，抑或是因为新公司法对于显名股东加重的法定义务等因素，代持股权的显名股东能否要求确认自己代持的股权为隐名股东所有，并要求变更登记呢？

【案例详情】

一、案情介绍

陈某 1 为一绿公司现登记法定代表人及股东。2012 年 4 月 19 日，亚通公司、陈某 1、柯某签订《协议书》载明，亚通公司为壮大企业组建了一绿公司，亚通公司与陈某 1 协商同意由陈某 1 作为一绿公司的股东，同时担任该公司的法定代表人、执行董事，柯某作为见证人。亚通公司与陈某 1 在企业的资产和债权债务为：一绿公司的股权，陈某 1 本人不需要提供任何资金，资金由亚通公司负责，相应的企业资产和经营利润与陈某 1 无关；一绿公司若在经济上出现亏损、出现问题由亚通公司出面承担，一切经济与法律责任与陈某 1 无关。陈某 1 作为一绿公司的股东，同时担任该公司的“法定代表人、执行董事”均为挂名，不含实质性内容，在办理相关手续时，陈某 1 应给予方便，及时签字，每年年终亚通公司要给予陈某 1 适当奖金。亚通公司加盖公章，法定代表人签字，陈某 1 及其直系亲属刘某、见证人柯某亦签字确认。陈某 1 于一绿公司登记的出资金

额为 2100 万元，实缴出资 1470 万元，陈某 1 收到亚通公司出资款项当日转给一绿公司。

2020 年 5 月 18 日，亚通公司法定代表人出具《情况说明》确认陈某 1 作为一绿公司的股东、法定代表人、执行董事，但均为挂名，双方在柯某见证下签订前述协议，其作为法定代表人签字。2020 年 6 月 12 日，一绿公司另一股东陈超群出具《情况说明》，确认陈某 1 是挂名担任一绿公司的股东、法定代表人、执行董事，双方为明确资产和债权债务责任签订上述协议。

因根据深圳市中级人民法院(2019)粤 03 执异 89 号《执行裁定书》，申请执行人鹏桑普公司与被执行人一绿公司建设工程施工合同纠纷一案已进入执行程序，陈某 1 被追加为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内对一绿公司向鹏桑普公司的债务承担连带赔偿责任。陈某 1 遂起诉至法院，请求确认陈某一名下持有的一绿公司的 70% 股权为亚通公司所有。

二、判决结果

判决确认陈某1名下持有的一绿公司的70%股权为亚通公司所有。

三、法院意见

法院认为，陈某1与亚通公司签订的《协议书》合法有效，明确陈某1仅是一绿公司挂名股东，不承担提供资金的义务，企业资产及利润与其无关，后亚通公司向陈某1支付了股权出资款，陈某1即将款项交付一绿公司，可以认定亚通公司已实际出资。故，陈某1、亚通公司之间构成股权代持法律关系，陈某1基于亚通公司的委托，代为持有亚通公司在—绿公司的股份。本案中，陈某1作为名义股东，对—绿公司提起的诉讼主张，系要求确认其代持的系争股份属于亚通公司所有，该诉讼请求的实质是基于其与—绿公司间的股权代持关系，要求对目标公司的公司内部股权实质归属作出认定，该法律关系范围已经超出陈某1与亚通公司的内部股权代持协议，应依据《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(三)》第二十四条规定的隐名股东显名化的标准进行认定。根据现有证据，陈某1与亚通公司间存在代持协议，亚通公

司以陈某1的名义交付了股权投资款，已实际履行出资义务；—绿公司的另一股东陈超群对陈某1的股权代持行为知情。综合前述事实，陈某1与亚通公司间的内部代持协议的效力及于一绿公司，陈某1据此要求确认其持有的争讼股权实质为亚通公司所有，于法有据，陈某1的诉讼请求，法院予以支持。另，本案仅确认名义股东、实际出资人及公司之间的股权归属问题，陈某1并未主张变更工商登记、去显名化，仍为股东名册及工商登记等权利归属证明文件上记载的公司股东，—绿公司的实际股权关系与其公示的登记外观并不一致，而在提起本案诉讼之前，陈某1作为—绿公司登记公示的股东，已因—绿公司对外的债务已被追加为被执行人，本案股权归属的确认，对基于未变更的登记外观而产生合理信赖利益的债权人，并不发生对抗效力，不应损害相关债权人的利益。

四、律师分析

《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(三)》第二十四条规定,“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同,约定由实际出资人出资并享有投资权益,以名义出资人为名义股东,实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的,如无法律规定的无效情形,人民法院应当认定该合同有效。前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议,实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的,人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的,人民法院不予支持。实际出资人未经公司其他股东半数以上同意,请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的,人民法院不予支持。”该规定中,隐名股东显名化的标准主要包括三个条件,即实际出资人与名义出资人订立有效的合同、实际出资人履行了出资义务,以及经公司其他股

东半数以上同意。如未经其他股东半数以上同意的,只能确认实际出资人享有股权,而不能直接显名化。其中,对于是否经其他股东半数以上同意这点,并不一定需要证明到存在其他半数股东同意的签字文件,只需要证明到“其他股东半数以上都明知代持关系和实际出资人出资的事实,且对实际出资人行使股东权利从未提出异议。”这一点即可。

另一方面,如没有合法有效的代持协议或其他证明双方认可并约定过代持,则无法证明双方具有代持关系,法院通常会以没有充分证据证明双方达成过代持合意为由,驳回被代持方主张确认享有公司股权的诉请,这一点往往是代持股权争议案件中很容易掉进的坑。最后,如实际出资人不能证明其已经向公司实际履行了出资义务,法院也无法就此判决其享有股权,此时,实际出资人的维权途径只能基于与名义出资人的代持协议,主张交付给名义出资人的股权投资款未能交付给公司购

买股权，从而向名义出资人主张返还出资款。

该案中，法院除对以上三个条件进行审查之外，还考虑到对债权人的利益保护，即在名义股东已经因公司债务承担股东责任的情况下，即使本案中确认其是代持股东，也不能排除其对外债务的承担责任，双方的代持关系效力涉及内部及外部，只能在对外承担责任后向被代持方主张追偿。本案中可以看出，代持股东通过起诉确认被代持人享有股权的路径是可以走

通的，而所需证明的标准与被代持人要求确认实际享有股权的标准一致。

另外，在该案中，代持股东并未在诉请中加入协助变更登记的诉请，实际上可以请求法院判令被告协助原告将股权变更登记至被告名下。变更登记的请求权基础，是基于双方代持关系的解除而产生的恢复原状的义务。但即使变更登记了，代持股东仍对变更登记前的公司对外债务承担相应的股东责任。

管杰 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方公司与商业诉讼业务部 副主任

上海律协数据合规网络安全委员会 委员

MTCC 徐汇协议联络会 副主任

业务方向：公司股权纠纷、劳动争议、民
商事合同纠纷、动拆迁补偿共有纠纷

联系方式：13816934907



股权回购权的性质及行权期限法律分析

作者：严佩珊

关于股权回购权的争议一直是司法实践中高居不下的热门问题，尤其在“对赌协议”中，股权回购权的法律性质及行权期限的认定更是众说纷纭。2024年8月29日，最高人民法院在《法答网精选答问（第九批）》中，对这一问题看似给出倾向性意见。虽然该答问非司法解释，不能直接作为裁判依据，但其对日后司法实践将产生深远影响。本文即结合股权回购的历史争议，分析对本问答的理解，并最后提出实操建议。

一、司法实践对回购权性质的两种认定及结果差异

作为股权投资协议的核心条款，如果股权回购条款的文本约定足够清晰，那么不论投资人和回购义务人是否约定为有明确退出义务的“债权请求权”，或赋予投资人选择权的“形成权”，无疑“有约从约”。但实务中更常见的表述往往并不清晰，仅寥寥表明回购条件成就，投资人有权要求义务人回购，导致上述两种理解均存在较大解释空间，进而引发后续争议。

值得一提的是，尽管法律分析上，行权期间由该权利的法律性质所决定，但实务中最常见的争议类型并非对回购权性质直接“正面探讨”，而是在回购义务人

与投资人对“行权期间”产生争议时，“附带性”引发对性质的讨论。

纵观过往司法实践中，呼声较高、审理法院层级也相对更高的观点为“债权请求权说”，主张适用诉讼时效制度，代表案例为北京四中院（2022）京04民初928号案件、北京三中院（2022）京03民终14424号案件。该观点认为，股权回购条款是一种附生效条件的条款，条件成就时条款生效，股权回购本质是包含价款给付及股权交付的交易行为，即股权转让和回购款互为对价。该观点在运用中更有利于保护投资方利益，司法实践中对“合理期限内投资人是否行权”的认定也往往更为

灵活。若行权条款明确约定了行使期限，大部分法院会认为该期间经过不导致权利消灭，仅为诉讼时效的起算点；如果没有约定行使期限或约定不明，部分法院则按照诉讼时效计算合理期限，或另行就“合理期限”开辟分析路径，但总体认定上均有利于投资人行权。

另一种截然不同的观点即认为股权回购权属于形成权，应适用除斥期间规则，如上海一中院(2023)沪01民终5708号。这一观点认为，股权回购权本质上是赋予

了投资方在特定条件下以单方意思表示形成股权转让关系的权利。该观点看似赋予了投资人“选择权”，但很可能因为“行权期间较短”导致投资人很快失去权利，进而无法“脱离”股东身份。反之，如果权利人一旦及时、合法发出回购通知，则股权转让合同关系尘埃落定，投资人请求回购义务人履行义务自此进入诉讼时效保护范畴，与上述请求权行使效果并无差异。

二、对法答网（第九批）答复意见的理解

最高院在答问中说明，如果当事人双方约定了投资方请求对方回购的期间，应当尊重当事人的意思自治。如果没有约定，那么应在合理期间内行使权利，最高院建议这一合理期间以不超过6个月为宜。其背后原因可能是在当前大环境下，为缓解公司创始人回购债权压力，进而通过缩短相应的行权期间，限制部分投资人的回购权利。鉴于此，有不少观点认为最高院的表述倾向于认可股权回购权属于形成权。

但笔者认为，最高院法答网答疑意见并未对股权回购权性质给予明确界定。原因在于，就文义表述来看，答问没有体现形成权为单方创设法律关系的根本特征。形成权说和请求权说的最大差别在于投资方若想“行使回购请求权”，中间多了一个“创设股权回购关系”的独立环节，但从目前表述来看无法体现。其次，形成权说下，股权转让关系成立生效后，需要按照《民法典》第511条给予义务人“必要准备时间”，但答问中6个月的行权期

间与诉讼时效为“无缝衔接”，若强行解释为“形成权说”，似乎和现行法并不契合。反之，如果从行权期间的长度设置以及与诉讼时效的衔接规律，可反推回购权性质更偏向于“请求权”，所谓6个月期限的性质则类似于保证期间的“或有期间”。由此可见，对于请求权或者形成权之争进行“一锤定音”或许并非本答问本意，权利性质的探讨主要关乎如何在现行法框架下进行更好融合，但无论最终认定为请求权，还是形成权，法律效果某种程度上趋于统一。

具言之，原先“两说之争”格局下，对于“保守型投资者”，学说争议其实也没有太大实际影响，因为条件一成就，其

第一时间都会发出回购通知；对于“观望型投资者”，请求权说为投资人给予了更长的决策时间，形成权说则明确进行时间限制，时间一过，即丧失“退出机会”。但在答问意见促成的“新格局”下，至少这一点上体现的差异被抹平了。无非请求权说预设的前提是“回购义务已经存在”，形成权说预设的前提是“回购义务尚未产生”，但只要投资人6个月后仍不行使通知义务，其法律效果很可能都是“请求权归于消灭”。可能引起差别的是投资人股东权利的行使情况，如上海一中院认为认为形成权说下的法律效果为“投资协议解除，股东放弃了股东资格”，此时投资人能否继续行使知情权、投票权，不无争议。

三、律师建议

综上，笔者也认为6个月“一刀切”是否能实现本问答意欲追求的社会效果有待商榷，过短的行使期间并不符合投资人的商业预期，甚至可能引发一些不良后果，比如不当剥夺了投资人和公司创始人的后续协商空间，进一步激发“回购潮”等。

但对于投资人士而言，答问既已就历史症结“对症下药”，就要重视其所体现的司法态度转变。除非未来有一天以典型案例形式明确股权回购权性质，很可能后续案例会依据该答问“避重就轻”，着重谈行使期间，而忽略性质讨论。基于此，

为了更好地保护投资人的回购权利，有如下初步建议，供读者参考：

1. 回购条件触发后尽快进行商业决策：（1）如暂无回购意愿的，需尽快修改协议，对回购触发条件或行权期限进行调整，保留一定时间再行决策。（2）如确定拟提起回购的，建议及时发出回购通知，最晚在6个月内完成，并明确提出在支付回购价款前保留股东身份和权利。

2. 错过合理行权期间：（1）即使超过6个月，若有合理理由，仍有空间争取法院认定期间合理性。（2）若回购义务人未拒绝或请求宽限期，可尝试解释为达成新的回购合意。（3）检查是否有其他回购触发事件，在新事件的合理期限内及时主张。

3. 发出回购通知后“反悔”：即便已经发出了回购通知，也可以通过与义务人达成新约定来“回心转意”，但注意补充协议的签署方应与投资协议保持一致。



严佩珊 律师

上海七方律师事务所 合伙人

上海市律师协会企业法律顾问专业委员会

委员

专业方向：公司法、争议解决、涉外法律服务

联系方式：182 2103 5988

递延奖金制度的合规审查与争议处理刍议

作者：李华平

递延奖金是基于行业特殊性与风控需求，用人单位和劳动者事先约定绩效奖金根据考核结果以及企业经营情况而分期支付的劳动报酬，常见于银行、证券、保险等金融行业，基本以行业指引和内部规章的形式予以规定。实践中，递延奖金支付制度成为了应对金融风险滞后性和维护行业稳定性的重要监管手段。但当用人单位和劳动者就支付递延奖金事项发生争议时，往往在递延奖金制度的制定程序、规定内容等合规审查以及仲裁时效争议处理问题上出现分歧，不同的裁判部门的裁判观点也不一样，容易出现类案不同判的情形。本文针对这几个问题进行逐一分析，并提出个人的观点与看法。

一、递延奖金制度的制定程序问题

有裁判观点认为，递延奖金属于劳动报酬，而劳动报酬属于直接涉及劳动者切身利益的内容，因此递延奖金制度应当经用人单位职工代表大会或者全体职工讨论，由用人单位与工会或者职工代表平等协商确定。用人单位未经过民主程序制定的递延奖金制度，对劳动者不具有约束力。如在(2017)京02民终11016号案件中，法院认为：本案中某期

货公司主张根据公司的规章制度因个人原因主动辞职的，尚未支付的年度递延绩效薪酬经公司批准不予发放。但经审查，《递延试行办法》对递延奖金发放时间、发放条件作出了具体规定，直接涉及劳动者切身利益，期货公司未就《递延试行办法》经过民主制定程序向法院出示证据，亦未有证据表明《递延试行办法》在制定时直接或间接征询过



聚焦劳动法

刘某的意见。用人单位制定规章制度亦应以遵守法律、法规为前提和基础。综上，一审法院判令期货公司支付刘某2015年度年终奖金的递延部分，并无不当。期货公司虽上诉坚持对该项的异议，因事实及法律依据均不足，本院不予支持。

也有裁判观点认为，递延奖金制度并非针对用人单位所有员工普遍适用的薪酬制度，而是针对从事特定岗位和人员的激励与控制风险要求相一致的制度，用工单位有用工自主权，可以自行制定递延奖金制度。递延奖金制度无需经过用人单位的民主程序，只需要送达相关人员，员工知晓该制度的，该制度有效。在(2018)沪01民终12600案件中，法院认为，中海公司在制定和实施2015-2017年度《绩效考核办法》和《激励实施办法》时，黄某系担任中海公司的法定代表人及总经理，并担任中海公司薪酬管理委员会主任委员，两个办法系经过中海公司薪酬管理委员会等讨论

通过，且经黄某签发实施。黄某作为中海公司当时的高级管理人员，其不仅完全知晓上述两办法的实际内容，且实际参与制定并讨论通过了上述两办法。该两办法本身属中海公司可自行规制的自主经营管理范畴，因此作为该两办法的制定讨论者之一以及中海公司的时任法定代表人及总经理，黄某应受上述两办法内容的约束。综上，黄某现主张中海公司上述两办法未经民主程序制定不应对其具有约束力，法院均不予采纳。

笔者认为，针对银行、证券、保险等金融行业的用人单位，对特定关键岗位的劳动者实行递延奖金制度，既符合金融行业监管的要求，又有利于防范潜在业务风险，还可以促进行业稳健发展，因此用人单位可以在不违反法律、行政法规强制性规定且不损害公共利益的前提下充分行使用工自主权，制定与本单位相关岗位相适应的递延奖金制度，无需严格按照《劳动合同法》第四条规定的制定程序进行。用人单位在制

聚焦劳动法

定递延奖金制度过程中应多听取所涉岗位劳动者的相关意见，经过公示或告知相应岗位的劳动者后，对该劳动者具有

约束力，裁审部门以制定程序不合法而否定制度的效力并不妥当。

二、递延奖金制度的内容效力问题

有裁判观点认为，递延奖金属于劳动报酬的一种，递延支付只是指支付周期而已，用人单位不得随意扣减或拒绝发放奖金。对于递延奖金制度中规定“员工主动辞职的则丧失了获得尚未支付递延奖金的权利”的内容，属于免除用人单位法定责任、排除劳动者权利的条款，该条款无效。在(2019)沪0101民初25940号案件中，法院认为，对于递延奖金双方均确认它是原告在2014年至2016年应获取的奖金，是原告的劳动报酬，该奖金之所以延后数年发放，这也是被告作为金融机构的操作惯例。原告获得递延奖金是基于其在职期间付出的劳动，被告在协议中对递延奖金设定限制条件，欲免除自身支付劳动报酬的法定义务，本院对此不予认可。原告要求

被告按约定支付递延奖金的诉请，本院予以支持。

也有裁判观点认为，递延奖金与员工在职表现和风险管理相关的，具有不确定性，不应当视为常规劳动报酬，公司可以依据制定的递延奖金制度决定是否发放给离职员工。(2019)沪0109民初8995号案件中法院认为，递延奖金属劳动者可期待之利益，其发放需满足相应的条件。原告在2018年8月6日辞职，即自2016年1月1日至离职之日尚未连续工作满36个月，不符合离职员工全额发放递延奖金的条件，被告据此不发放原告的剩余17万元奖金并无不当。(2022)沪01民终2643号案件中法院认为，西部证券公司2019年12月25日起实施的《绩效工资和绩效奖励发放管理

聚焦劳动法

办法》通过OA系统公示，刘某认可该办法的真实性，刘某知晓或应当知晓其内容。该办法明确规定，如员工已离职，递延奖金则不再发放；刘某亦在《离职承诺书》上确认递延未发放工资、奖金按照规章制度执行。由此，《绩效工资和绩效奖励发放管理办法》对刘某具有约束力，故本院对刘某要求西部证券公司支付递延奖金的主张难以采纳。

笔者认为，递延奖金确实不是劳动者的普通薪酬，往往与其工作业绩及风险控制紧密结合，用人单位根据行业特点、针对关键岗位确定的递延奖金制度，向劳动者公示或告知后，对劳动者有约束力。用人单位可以无需通过民主程序制定规章制度，但不等于可以随意制定内容，裁审部门应当对制度内容的合理性予以审查，用人单位应当对制度内容的合理性承担举证责任。以劳动者主动离职是否可以获得递延奖金为例，

应分不同的情况。如果用人单位确定支付给劳动者的递延奖金是基于对劳动者已完成的工作业绩作为对价，此种情形确实只是支付周期的问题，用人单位不得以离职为由拒支尚未支付的递延奖金，支付周期届满后离职员工仍可获取奖金，制度中规定劳动者主动辞职递延奖金不再发放确实存在“免除用人单位法定责任，排除劳动者权利”的情形，有损劳动者合法权益；如果递延奖金是用人单位对劳动者负责运营某一项目的激励，而该项目尚处在运作过程中，劳动者如提出主动离职的，用人单位规定此种情形劳动者丧失获得后续递延奖金就具有合理性；如果劳动者因未能勤勉尽责给用人单位造成重大风险损失而主动提出辞职的，劳动者不但丧失获得后续递延奖金的资格，用人单位还可以根据相关制度对其相应期限内已领取的部分或全部绩效薪酬予以追回。

三、递延奖金争议的仲裁诉讼时效问题

有裁判观点认为，递延奖金属于劳动报酬，应当适用特殊时效，劳动关系存续期间不受一年仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。例如(2023)鲁02民终935号案件中，彭某主张公司拖欠其2017年至2019年期间产生的递延绩效工资，约定最后支付期限分别为2020年12月、2021年12月、2022年12月，仲裁时效应分别自2021年1月1日、2022年1月1日、2023年1月1日起算，故彭某于2021年4月23日提出仲裁申请，未超过仲裁时效期间。法院认为：本案中彭某主张的绩效工资属于劳动报酬，仲裁时效期间应自劳动关系终止次日起算。双方劳动关系于2019年5月31日终止，彭某最迟应于2020年5月31日就绩效工资申请仲裁，彭某于2021年4月23日申请仲裁主张权利，已超出一年仲裁时效。

也有裁判观点认为，存在多笔递延奖金需在各自发放周期届满后分别诉讼主张权利。(2015)济民一终字第397号中，法院认为：郑某2009年的递延奖金13890元的发放时间及金额应为：2011年12月20日应支付5556元，2012年12月20日支付4167元，2013年12月20日支付4167元。郑某对兑现时间是明知的。根据《劳动争议仲裁调解法》第二十七的规定，以上三笔递延奖金的仲裁时效应当分别计算至2012年12月21日、2013年12月21日、2014年12月21日。2014年3月19日向劳动争议仲裁委员会申请仲裁时，2011年12月20日的递延奖金已支付，最后一笔递延奖金尚未超过仲裁时效，而2012年12月20日应支付的递延奖金已超过仲裁时效。

还有裁判观点认为，离职员工主张递延奖金，应当在递延奖金发放周期届满后才能主张。周期届满后用人单位不

聚焦劳动法

支付的，劳动者才可以主张。时效应该从支付周期届满后次日起算。在(2020)沪0115民初22003号案件中，法院认为：根据中国证监会的规定，奖金递延周期不得少于3年，原告2016年终奖递延发放的周期尚未届满，故原告要求被告支付2016年度年终奖金的诉讼请求，本院难以支持，原告可在递延奖金发放周期届满后另行诉讼主张权利。(2021)京0101民初11234号案件中，法院认为，原告认可被告主张的剩余10%递延奖金未发放，故本案争议焦点是被告于2021年1月26日提起仲裁申请是否超过法律规定的仲裁时效期间。就本案而言，被告应得的递延奖金根据原告公司制定的关于印发《国都证券股份有限公司非标准化资产管理业务核算及激励制度(2016年修订版)》规定，应在第三年即2020年年终发放完毕。因原告拒绝向被告发放，被告于2021年1月提起仲

裁申请，主张权利，并未超过仲裁时效期间。

笔者认为，递延奖金属于劳动报酬，但不是常规性的劳动报酬。《劳动争议调解仲裁法》第二十条第四款的规定劳动者申请劳动仲裁应当自劳动关系终止之日起算，仅适用于不存在工资延期支付的普通情形，对于存在延期支付劳动报酬情形的并不适用。对于递延奖金的数额，在当年考核完成时即已确定，并不因分期履行而被分割。如果分别适用时效，势必增加劳动者仲裁诉讼的成本，也容易浪费司法资源。根据《民法典》第一百八十九条规定，当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。因此，对于因为递延奖金支付发生争议的时效计算，劳动者应当自最后一期履行期限届满之日次日起一年内提起仲裁申请。

四、结语

对于银行、证券、保险等金融行业，用人单位可以充分行使用工自主权，自行制定与本单位相关岗位相适应的递延奖金制度，制度内容除了符合合法性要求外，还需遵循公平合理性，用人单位不得滥用用工自主权。就递延奖

金支付发生争议时，劳动者应当自最后一期履行期限届满之日次日起一年内提起仲裁申请，裁审部门应当对制度内容的合理性进行审查，平衡用人单位和劳动者双方的合法权益。



李华平 律师

上海七方律师事务所 主任

上海市徐汇区律师工作委员会 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：139 1774 9521

企业调岗临近退休人员法律风险分析

作者：秦利梅

对职工退休时岗位如何认定的问题，原劳动部在《关于贯彻执行中华人民共和国劳动法若干问题的意见》（劳部发〔1995〕309号）中明确，用人单位全部职工实行劳动合同制后，职工在用人单位内由转制前的原工人岗位转为原干部(技术)岗位或由原干部(技术)岗位转为原工人岗位，其退休年龄和条件，按现岗位国家规定执行。但是我国现行法律法规中没有对如何认定“现岗位”作出进一步明确，故司法实践中对职工退休时的现岗位存在一定的分歧。尤其是退休前短期内岗位发生变更的职工，如何认定退休时的“现岗位”将对退休年龄的认定产生根本影响。就该问题，笔者结合案例进行讨论分析。

一、案情简介

潘某自2004年11月入职上海某公司，任总经理一职。2021年11月，公司以潘某即将满50周岁达到退休年龄为由，向潘某发送“退休领取养老金事宜”，通知潘某将其在该月办理退休手续。潘某认为其在公司从事管理和技术岗位工作，应在55周岁退休，要求公司立即停止办理退休手续。2021年12月21日，公司发布《关于公司总经理的任

免决定》，撤销其潘某总经理职务，将潘某岗位调整为销售员。

2022年1月13日，公司为潘某申请办理企业职工到龄申请养老金手续，并通知潘某办理工作交接。2022年1月14日，上海市社会保险事业管理中心作出《养老金核定表》，载明潘某养老金发放起始年月为2022年2月。潘某则不服并申请行政复议。上海市社会保险事业

聚焦劳动法

管理中心根据潘某请求撤销了前述《养老金核定表》，封存潘某养老金账户。

潘某认为，公司撤销其总经理职务程序不合法，罢免事由不合理。公司在与潘某发生争议时迅速罢免其总经理职位并对其调岗，无合法依据，仅是为了强制潘某退休。若公司可以任意将临近50周岁的女性管理人员免职，进而为其

强行办理退休手续，则管理岗女性职工可以55岁退休的法律规定将形同虚设。潘某遂向仲裁委员会提起仲裁，请求恢复与公司的劳动关系，继续履行劳动合同；恢复其总经理职务。仲裁委员会以潘某已到达法定退休年龄，不具有主体资格为由，作出不予受理通知书。潘某则向法院起诉，继续主张前述请求。



二、裁判结果

一审法院：公司通过董事会决议的方式免除了潘某的总经理职务，决议内

容未违反法律法规及公司章程的相关规定，在保持薪资不变的情况下，安排潘

聚焦劳动法

某的岗位为销售员，此系公司行使经营管理自主权，并无明显不当。至2022年1月14日潘某年龄达到50周岁，符合法律规定的退休年龄，公司终止双方的劳动合同，并未违反相关法律规定，故潘某要求继续履行双方的劳动合同，一审法院不予支持。潘某要求恢复总经理或

相应管理岗位的请求，不属于法院的受理范围，不予处理。

二审法院：公司对是否继续聘用潘某担任总经理有自主决定的权利，潘某提交的证据未能证明罢免总经理程序违法。故驳回潘某上诉，维持原判。

三、律师分析

本案公司在潘某满50岁时通知潘某将其办理退休手续，又在潘某不同意的情况下，通过董事会决议罢免潘某总经理职务并调整其到销售岗位工作，而后再以销售岗位为其办理退休。综合案件事实来看，公司确有“强制退休”之嫌。但是法院一审、二审均未支持潘某的诉讼请求，其中关键问题仍是：公司能否在职工退休前临时调整岗位并以此作为职工的退休岗位。对此，司法实践中有二种观点：

第一种观点：对职工退休时实际从事的岗位只做表面审查，不考虑实际从事岗位的时间。

上海地区一般持第一种观点。根据上海市社会保险管理局关于印发《关于审核本市企业职工办理退休退职手续若干问题的规定》的通知（沪社保业一（1996）76号）第一条第（二）款，“女职工原从事管理和技术岗位工作，后因合同期满或其他工作需要又改为从事生产服务工作岗位的，经单位出具有关证明后，可按其实际从事的岗位核定退休、退职年龄”。根据该规定，用人单位对职工离职前从事的岗位有一定的经营自主权，裁审部门一般不会再去深究职工到新岗位是否自愿，以及在新岗位任职的时间。

聚焦劳动法

本案判决结果基本与该通知内容一致，仅以公司确认的退休时岗位为准，不考虑潘某在新岗位的任职时间，以及双方就岗位调整是否存在争议等。但是，此种情况容易发生的争议是：如果用人单位单方将管理岗女职工调到非管理岗，而后又以其“实际从事的岗位”核定退休年龄，强制为女职工办理退休，必然引发女职工对调岗程序合法性的质疑。

第二种观点：职工退休前须在新岗位工作满一年及其以上的，才能按新岗位办理退休。

如广东省和陕西省规定，职工需在现岗位工作一年以上，才能以现岗位认定退休年龄。广东省劳动厅、广东省社会保险管理局《转发劳动和社会保障部关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》（粤劳薪[1999]114号）第2条：“……对女职工现岗位的认定，以用人单位与劳动者签订的劳动合同为依据，即不论原身份

是工人还是干部，其现岗位应以劳动合同中确定的岗位为准，凡在现岗位工作一年以上，均应以现岗位认定其身份。其退休年龄，在工人岗位工作的按50周岁，在管理岗位工作的按55周岁”。以及陕西省劳动和社会保障厅陕劳社发（2002）77号文件第二条规定：实行全员劳动合同制的单位，职工在用人单位内由原工人岗位转为干部（技术）岗位或由原干部（技术）岗位转为工人岗位的，应及时将其变动情况报参保所对应的劳动保障行政部门和养老保险经办机构备案。在新岗位工作满一年及其以上的，按现岗位退休条件办理退休。

另外，福建省与济南市则规定，职工退休前连续工作满5年的岗位是认定退休年龄的依据。福建省劳动和社会保障厅《关于规范职工退休审批管理工作的通知》（闽劳社〔2001〕362号）第一条第（七）项规定“女职工的退休年龄按其退休前的岗位确定，其中，女干部退休前在工人岗位上连续工作满5年

聚焦劳动法

的，按年满 50 周岁退休；女工人退休前在管理岗位上连续工作满 5 年的，按年满 55 周岁退休。”《济南市劳动局关于参保人员退休年龄问题的通知》济劳社函字(2004)16 号退休时在企业管理岗位的女职工(不分干部和工人)，凡在管理岗位连续工作满 10 年的，其退休年龄按 55 周岁执行。退休时在企业工人岗位的女职工(不分干部和工人)，凡在工人岗

位连续工作满 5 年的，其退休年龄按 50 周岁执行。

笔者认为，第一种观点有利于用人单位的自主经营管理，灵活调整职工的退休时间。但是第二种观点更能客观反映职工退休前的实际岗位，对用人单位与职工都较为公平合理。为避免产生相关争议，建议用人单位在劳动合同或规章制度中明确认定退休时岗位标准，减少退休职工的诉讼风险



秦利梅 律师

上海七方律师事务所 合伙人

业务方向：劳动法、公司法、企业法律顾问

联系方式：150 2140 8779

竞业限制纠纷中“竞对公司”的认定范围

作者：严佩珊



一、问题导入：竞业限制泛化的表现形式之一“适用范围过宽”

随着“天价竞业限制违约金”上热搜，竞业限制这一传统劳动法议题再次进入大众视野。在互联网等高科技行业的激烈竞争中，企业对人才的争夺愈发白热化，竞业限制作为一种“低成本、高效益”的策略，被广泛用作限制人才流动的“杀器”。目前竞业协议在国内的使用已出现异化和泛化现象，其主要表现形式可以归纳为“适用对象广”

“适用范围宽”“违约金额高”——比如竞业主体覆盖公司全部员工、地域限制范围扩展到“全球”、违约金可高达补偿金的几十倍甚至上百倍。

但法律并不会放任企业“任性而为”，因为竞业限制的本质乃是通过限制劳动者的择业自由，来保障用人单位的商业秘密，双方利益均不可偏废。这就意味着当利益过于倒向企业一方时，

司法调整便成为必然。在审理此类争议时，法院通常先考察协议整体有效性以及劳动者的主体适格性，再去审查单项条款限制的合理性，以确定竞业限制义

务的边界，其中利益平衡原则贯穿始终。本文则结合司法案例，聚焦于“适用范围的合理性”这一审判要件展开讨论。

二、合理性审查标准之一：实质性审查

“新旧用人单位是否存在竞争关系”是审查竞业限制范围合理性的前提，但《劳动合同法》第24条仅规定了“同类产品/业务”的简单标准，在实际应用中存在较大弹性，导致过往司法审判中多依赖“形式审查”路径，直到指导案例190号【(2021)沪01民终12282号】提出“实质性审查”标准后，各地审判思路才有所变迁，尤其在上海地区“实质性审查”标准已被普遍适用。

该指导案例指出，形式审查标准之所以被“废弃”，一是因为现实中登记事项和实际经营事项不一致的情形普遍存在，二是因为划分标准本身科学性存疑。尤其在互联网领域，工商部门划分的可登记类目有“软硬件开发、技术咨

询、技术转让、技术服务”等，但这些“大类”无法有效区分细分领域下不同平台之间差异，如搜索引擎、社交媒体、电商零售等互联网平台，在经营内容、服务对象方面可能存在显著不同，如果仅依据如此笼统的“大类”即确认竞争关系，显然不当扩大了竞对范围。

而实质性审查标准认为，是否具有竞争关系需要结合实际经营内容、服务对象或者产品受众、对应市场等方面综合判断。尤其在竞争关系的审查上，不应局限于营业执照登记，工商层面经营范围的重合最多只能作为形式证据或初步证据，企业需要进一步举证双方的实际业务内容或服务对象存在重叠，才能得到法院支持。

聚焦劳动法

如上海一中院在 2018 年 7 月发布的竞业限制纠纷典型案例之二“光顿公司与张某竞业限制纠纷上诉案”中，在原单位和新单位登记经营范围不存在重叠的情形下，以两家公司均实际经营同类传感器为由推翻一审判决，认定员工违反竞业限制义务，并改判员工支付违约金。而上述指导案例正好相反，两家公司的工商登记范围有较大重合，一审法院认为存在竞争关系，二审法院推翻了一审结论并在判决中指出，虽然本案的两家公司基本定位均系互联网企业，但“A 公司目前的经营模式主要是提供金融

信息服务，其主要的受众为相关的金融机构或者金融学术研究机构；B 公司主营业务是文化社区和视频平台，即提供网络空间供用户上传视频、进行交流”，并强调“即使普通百姓，也能轻易判断两者之差异”，最后支持了劳动者一方的主张。此外，形式证据不仅包括工商登记，还包括企业提供的竞争单位具体名单。如在（2021）沪 02 民终 4494 号中，法院认为“该名单虽罗列了众多企业名称，并注明竞业禁止公司包括但不限于名单中列出的公司，但在认定竞业禁止公司时应进行实质判断。”

三、合理性审查标准之二：从“单一维度”到“多重维度”

现在司法裁判出现“重”竞争关系，“轻”其他要素的倾向，但存在竞争关系不必然推导出企业的商业秘密可能受损。也即意味着查明竞争关系后，还需要综合考虑劳动者的新职务与原职务是否相似、劳动者掌握商业秘密的程度以及相关的商业秘密对单位的价值等

因素，综合推断劳动者是否违反竞业限制义务。

如（2020）沪 01 民终 13530 号中，法院综合劳动者在新旧单位均从事的游戏开发工作的事实，最后认定新单位属于合理的竞业限制范围。同时，鉴于以上考量因素存在较大弹性，也有案例提

聚焦劳动法

出了运用“比例原则”提高对两种法益衡量的精确性。如(2020)粤03民终4998号,该案中法院认为竞业限制协议约定的范围包括了和原单位及关联公司有竞争关系的所有公司,过于宽泛,与保护上诉人商业秘密的目的不成比例,对不合理的竞业限制范围认定为无效。

但如果仅认定“竞争关系”,而忽略对其他因素的考量,可能会导致不当扩大竞业限制的地域范围。如2023年度江苏法院劳动人事争议十大典型案例五则,该案中无锡中院认为,竞业限制劳动者属于医学领域研究及实践的高端人员,对行业认识程度较高,对竞业限制协议理解准确,且原单位为覆盖全球一

百多个国家和地区的跨国公司,双方将地域约定在全球并无不当。如此宽泛的限制使得劳动者基本无法以自身专业在全球任何地方求职,但法院据此给出的理由显然不够充分,至少应对服务具体类型的相似进一步细化。事实上,即便在医疗领域,从事的工种同为药品研发,但可能因各药品所适应的症状、所需技术都存在较大差异,从而竞争性较弱,侵犯原单位商业秘密的可能性也较低。因此尤其在涉及地域范围,或将范围扩大到关联企业的合理性审查时,法院更应以全面、审慎的眼光综合考虑多重因素对双方利益的影响,最终才能得出令人信服的裁判结论。

四、对企业的建议

可以预见的是,随着竞业限制在实际运用中产生的“畸变”,司法部门必然会对此问题采取更多行动讯号,将竞业限制重新拉回制度“正轨”。未来法院对于竞争关系的认定将会逐渐走向更

实质化、更精细化的审查,从单一的“竞争关系”审查维度延伸至“多重维度”进行综合审查。

(一)对此,企业在竞业限制范围的约定上,不宜再“一刀切”将统一的

聚焦劳动法

协议内容无差别适用于所有员工。对于负有保密义务的员工，应当“量身定制”竞业限制的范围，结合企业的业务范围、劳动者工作内容以及接触商业秘密的程度作出个性化管理，并在签订之时即向员工进行充分释明。

（二）具体条款设计上，对于本单位生产经营业务之外的，或者非本单位

（例如子公司、母公司、上下游企业等其他关联实体）经营业务，是否可以作为劳动者竞业的审查对象，目前各地争议较大，建议企业可以适当列举，避免使用兜底条款一味扩张，扩展至不涉及的业务主体在实践中也难以得到裁审机关的认可。



为完成工作任务创作的作品著作权归属分析

作者：孙志勇

员工为完成单位工作任务所创作的作品，法律上称之为职务作品。实践中，员工为履行工作职责、完成单位工作任务，比如广告公司设计人员根据要求为客户设计的图案，学校老师根据要求编写的教案，软件公司员工根据要求开发的软件，剧院艺术家根据要求创作的词曲等等，都属于此类。

既然是为完成工作任务而创作的作品，单位也向员工支付了工资等报酬，那这些作品的著作权当然应当归单位所有，该想法听起来似乎很合理，但这其实是实践中最为常见的误解。职务作品的归属不能一概而论。

一、我国《著作权法》与《专利法》对职务成果归属的规定不同

根据《专利法》第6条的规定，职务发明创造，申请专利的权利属于单位，申请被批准后，单位为专利权人。

与此不同的是，《著作权法》第18条对职务作品的归属有着不同的认定规则。主要是将职务作品分为一般职务作品和特殊职务作品，只有法律规定的特殊职务作品，著作权才归单位，且员工享有署名权；其余情况下都属于一般职务作品，著作权仍然归员工。

这与《著作权法》所确立的“著作权属于作者”的一般原则是完全吻合的，通常情况下，创作作品的自然人是作者。但很显然，该法律规定与日常生活的常识或经验不符，这也提醒用人单位，不能以“直觉式”的思维方式来应对专业法律问题，单纯以日常生活的常识或经验来作出判断，可能会出现错误。

当然，为保护单位利益，法律同时规定，对一般职务作品，单位有权在其业务

范围内优先使用。作品完成两年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品，实际上赋予了单位两年内的排他使用权。

二、特殊职务作品与一般职务作品之区分

根据上述法律规定，确定职务作品的归属，核心就是区分作品究竟是特殊职务作品还是一般职务作品。

《著作权法》规定的特殊职务作品只有3种，一是主要是利用单位的物质技术条件创作，并由单位承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、示意图、计算机软件等职务作品；二是报社、期刊社、通讯社、广播电台、电视台的工作人员创作的职务作品；三是法律、行政法规规定或者合同约定著作权由单位享有的职务作品。

前两种情形，规定较为明确，包括实践中常见的计算机软件作品，属特殊职务作品，与一般文字作品、美术作品等的归属原则存在不同。对用人单位而言，需要重点关注的是第三种情形，其中包括“合同约定著作权由单位享有的职务作品”，也就是说，法律赋予了用人单位可以通过合同约定的方式取得有关职务作品的著

作权，从而将一般职务作品转化为特殊职务作品。

尤其在广告设计、文化传媒等服务行业，通常还涉及职务作品与委托作品的交叉问题，做好职务作品的权属约定意义重大。比如设计公司接受客户委托，为客户设计一个LOGO或者角色形象，根据协议约定，设计作品的著作权归委托方，即客户所有。公司安排员工完成了相关设计，如果公司未就该职务作品与员工就权属问题作出约定，则该作品属于一般职务作品，著作权仍然归员工所有。公司与客户签署的相关协议，则存在未经员工许可、擅自处分员工享有的著作权的问题，可能导致重大违约和侵权风险。

因此，根据约定优先的原则，用人单位通过劳动合同或者其他专项合同，对员工职务作品的著作权归属作出提前约定是非常必要的。

三、通过合同约定作品权属的合理界限

实践中，有用人单位在与员工签订的合同中约定：员工入职后在公司工作期间内所取得的专利及作品版权的所有权及使用权均归属公司，该约定是否可行？

员工在单位工作期间，创作的作品也可以分为两类，一类是职务作品，另一类是与工作内容无关的个人作品，比如文艺爱好者在工作期间创作了一部小说。

从职务作品的定义来看，要构成职务作品应当符合两个条件：第一，创作作品的自然人必须是单位的工作人员，与单位存在实质意义上的劳动支配关系，不管是劳动关系还是劳务关系，包括正式工作人员，临时工、实习生或者试用人员。第二，作品必须是为了完成单位的工作任务，为了履行工作职责而产生。

由此可见，如果自然人与单位之间不存在劳动支配关系，双方系委托关系或者其他合作关系，比如公司委托某教师录制视频课程等，则不存在职务作品的可能。同时，如果创作内容与工作职责无关，即

使是在上班时间创作，也不能认定为职务作品。比如在(2022)沪73民终351号案件中，法院认为，“上诉人主张涉案作品系职务作品，需举证证明上诉人与被上诉人之间存在劳动关系，且涉案作品系被上诉人完成上诉人安排的工作任务而创作。现上诉人以被上诉人曾在上诉人法定代表人创办的其他主体处任职为由，主张双方在涉案作品的创作中构成雇佣关系。但上诉人并未举证证明双方间存在雇佣关系，更无证据证明涉案作品系被上诉人为完成上诉人安排的工作任务而创作，被上诉人亦予以否认，故本院难以认定涉案作品系职务作品。”

需要明确的是，法律规定用人单位可以约定作品著作权由单位享有，其前提是该作品是职务作品。对于个人作品，不应赋予用人单位该权利。如果允许用人单位不加区分，通过劳动合同约定等，将员工在工作期间内取得的不管是职务作品还是个人作品的著作权均归属于单位，则可

能存在单位利用缔约优势地位侵害劳动者合法权益的情形。在此情况下，员工可

以根据不同情况，主张条款无效或者根据格式条款的相关规定维护自身权益。

四、律师建议

职务作品的版权问题，涉及员工与单位的利益平衡，在实践中备受关注。为确保知识产权的有效利用，避免不必要的纠纷和法律风险：

1. 用人单位应当增强法律意识，加强与员工的沟通，通过合同约定等方式对职

务成果的权利归属作出明确约定。

2. 用人单位在安排员工履行工作职责，特别是在安排并非其本职工作的员工进行有关创作任务时，尽量通过邮件或其他书面方式发出工作指令，避免职务作品变为个人作品。



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

业务方向：知识产权、合同法

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、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

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