



七方法研

2025年

1期

总第31期

民商纵横 | 解构商事合同中的保密条款 ——吕小萌

罪与罚 | “隔空猥亵”行为的刑法防治问题 ——赵珺宏、童一峰

聚焦劳动法 | 以旷工为由解除劳动合同裁判要点解析 ——陈春雨

学无止境 · 方有未来

民商纵横

| | |
|---------------------|----|
| 解构商事合同中的保密条款----- | 01 |
| 浅谈协议住所地的管辖依据认定----- | 05 |
| 强制执行措施之司法拘留解读----- | 16 |
| 强制执行措施之报告财产令解读----- | 21 |

罪与罚

| | |
|----------------------|----|
| “隔空猥亵”行为的刑法防治问题----- | 26 |
| 建工案件中虚假诉讼法律风险防范----- | 31 |

公司治理

| | |
|------------------------|----|
| 简析因欺诈受让股权的法律救济手段----- | 37 |
| 执行事务合伙人不当履职法律责任分析----- | 43 |

聚焦劳动法

| | |
|-------------------------------|----|
| 以旷工为由解除劳动合同裁判要点解析----- | 51 |
| 离职结算交接后是否还能提起劳动仲裁？----- | 56 |
| “拖欠工资”导致离职，主张经济补偿金法律要点解析----- | 61 |

知产知否

| | |
|---------------------------------|----|
| 解读《反不正当竞争法（修订草案）》关于混淆行为的规定----- | 66 |
| 生成式人工智能“创作”作品性质法律分析----- | 72 |

解构商事合同中的保密条款

作者：吕小萌

一份重要的、复杂的商事合同中，总能看到保密条款的身影。我们总是会认为，保密条款只要存在，就能给交易的安全性增加一层保障。那么怎么样的保密条款算是合格的、完善的？通过今天的这篇文章，我们来一起解构商事合同中的保密条款。

一、保密条款的法律依据

我们所说的保密义务，往往混杂了法定的保密义务和约定的保密义务。法定的保密义务是指《民法典》第 501 条的规定：当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用；泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。除此之外，《民法典》对特定类型的合同和在合同履行过程中、履约后的法定保密义

务也分别进行了规定。约定保密义务顾名思义是权利义务双方通过合同条款对保密义务进行约定，比如用人单位在劳动合同或者竞业限制协议中对劳动者的保密义务进行的约定。商事交易中，公司为了保护自身的商业秘密，也会在交易相关的合同中对交易对方的保密义务进行约定，以确保公司重要的无形资产和知识产权得到充分的安全保障。

二、保密条款的重要性

1、保密条款是成本最低的“保密措施”。

《反不正当竞争法》第 9 条规定：“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。”可见，

采取合理保密措施是认定商业秘密的必要条件之一，而公司的哪些行为属于保密措施是实务中容易产生争议的地方。对内的保密措施比如制定并实行了公司保密

管理制度、对研发车间设定限定特定人员进入等，对外的保密措施中，约定保密条款或者签订保密协议就能使商业秘密达

到受法律保护的秘密性程度，可以说是最容易做到的、成本最低的保密措施了。

2、保密条款可以约定公司想要保护的商业秘密的范围。

前文已经提到，商业秘密的范围主要包括技术信息和经营信息两类，技术信息一般指产品研发过程中的重要信息，如产品设计生产工艺、设计图纸、配方、实验数据等，经营信息如财务信息、客户资料、供应商名单等等。由于不同类型的公司所

拥有的商业秘密完全不同，所以通过保密条款可以对公司想要重点保护的商业秘密进行一个界定，以便在交易过程中提醒对方重点保护，防止商业秘密的范围过大或者过小。

3、保密条款可以明确违反保密义务的违约责任。

商业秘密的取得来之不易，对此的保护必然要到位。虽然《反不正当竞争法》中对于恶意侵犯商业秘密行为的赔偿数

额作出了规定，可以参照适用，但是公司还是可以通过约定的方式设定更适合自己的违约责任承担方式。

三、保密条款的要素

1、保密信息的范围：

保密条款首先需要明确的就是作为商业秘密保护的信息的范围。凡是合同一方仅希望在本合同项下范围内披露而不愿向合同之外的第三人披露的信息，都可以成为商业秘密的内容。重点把握两点，一是该信息除己方之外的人获知后是否

有价值，二是该信息泄露后己方是否有损失。如果需要保密的内容很多，也可以通过反向进行保密约定(即明确哪些信息不需要保密，除此之外均需要保密)。如果交易本身就需要保密的，记得也要约定进去。

2、保密义务的承担者：

单方保密还是各方均需要保密？例如委托合同一般要求被委托人单方保密，而收购交易中主要是被收购方向收购方提供资料，因此主要是收购方承担保密义务。也可以使用“接收方”作为保密义务的承担者，即只要接收了保密信息的一方就负有保密义务。

3、保密的期限：

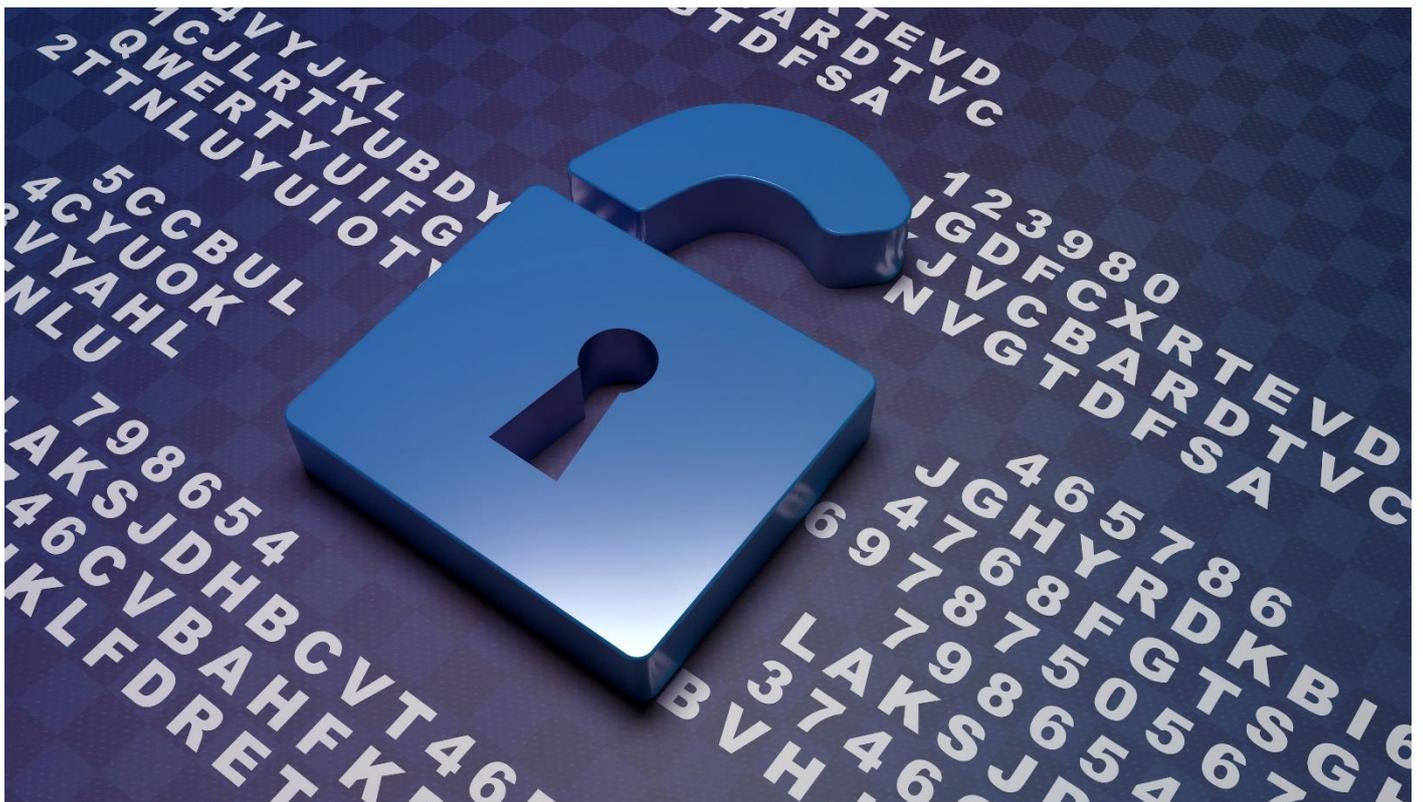
是合同履行完毕后一段时间还是终身保密？具体适用哪一种保密期限还是要根据商业秘密的重要性、时效性来判断。

4、违反保密义务的违约责任：

设定违约金还是设定赔偿损失？因为泄露商业秘密造成损失难以量化，所以多数公司会选择设定一个固定金额的违约金，如果损失超过违约金的再由违约方进行补足。

5、保密条款的例外：

这里的例外指的是保密信息的例外、调取主体的例外。部分信息已经公开的或者凭借外观等方面就能得出的信息不属于需要保密的信息。如果因为诉讼等原因需要将涉及商业秘密的文件提供给司法机关、行政机关的，属于调取主体的例外，不会触发违约责任条款。



四、避免无效约定

1、未列明具体保密内容的一般性保密条款，存在不被认定为合理保密措施的风险。

有些合同的保密条款过于“模板化”，扩大公司拥有的信息作为商业秘密的保护范围，如“不得泄露一切本公司信息”并没有根据交易的性质和交易主体的特点量体裁衣，虽然看似做了详细的约定但之类的表述同样无法认定为采取了相应是根本起不到保密的作用。此外，无限制的保密措施。

2、设定的超高额违约金可能只是“纸老虎”。

有些保密条款中直接约定了高于合同总金额几倍甚至几十倍的高额违约金，有依据的约定通常得不到法院的支持，违约金最好还是根据行业情况和可能遭受希望起到对违约方的威慑作用。但这样没的损失情况酌情约定。

五、结语

保密条款的存在性不强，很多人认为只是走个形式，有相关的约定就足够了。但实际上如果公司的商业秘密非常重要的，还是要重视保密条款的内容，必要时可以专门拟定保密协议进行全面约定。

吕小萌律师

上海七方律师事务所 合伙人

三级律师

业务方向：商事诉讼、股权纠纷、
企业合规

联系方式：18817838201





浅谈协议住所地的管辖依据认定

作者：纪冲

签订合同过程中，交易主体出于各种考虑会约定住所地(所在地、属地)法院管辖并披露地址，而披露的地址与其注册地址不一致，在出现纠纷发生诉讼过程中，以披露地址还是注册地址所在地法院确定管辖往往会成为法院或当事人争议的焦点。笔者结合曾经代理过的案件，就法律规定及判例关于约定管辖进行总结分析。

一、案情简介

原告A公司注册地为松江区且一直未变，被告B公司注册地为奉贤区且一直未变，A公司与B公司签订合作协议并约定“可向各自属地法院提起诉讼”，协议开头载明A公司地址为黄浦区、B公司地址为徐汇区。

A 公司就合同纠纷向松江法院起诉 B 公司有关纠纷应由 B 公司注册地奉贤区法院管辖。同时一并起诉 B 公司股东抽逃出资，B 公司股东提出管辖权异议认为本案属与

二、裁判结果

松江法院认为本案属约定管辖，合同约定可向各自属地法院提起诉讼，根据合同中载明的原告 A 公司地址为黄浦区，依据《上海市高级人民法院立案联席会议纪要(二)》的规定：“合同约定‘某方住所

地’法院管辖，披露的某方地址与工商注册地址不一致的，仍按披露地址确定管辖法院”，本案应由黄浦区法院管辖，并裁定移送至黄浦区法院。

三、相关规定

1. 《中华人民共和国民事诉讼法》(2023 修正) 指法人或者其他组织的主要办事机构所在地。

第三十五条 合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

法人或者其他组织的主要办事机构所在地不能确定的，法人或者其他组织的注册地或者登记地为住所地。

2. 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释(2022 修正)

3. 《上海市高级人民法院立案联席会议纪要二》 沪高法立(审)[2013]号

第三条 公民的住所地是指公民的户籍所在地，法人或者其他组织的住所地是

如当事人在合同中约定由“某方住所地(或所在地)法院”管辖，“某方”的地址(或联系地址或住所等)也在合同中予以披露，但披露的地址与起诉时“某方”

的住所地不一致，立案阶段，如何确定管辖？

当事人在合同中约定由“某方住所地(或所在地)法院”管辖的同时，又在合同中披露“某方”的地址，可视为当事人合意以该披露地址确定管辖法院。起诉时“某方”地址发生变更的，不应导致当事人原管辖合意无效。虽存在“应以起诉时某方的住所地(或所在地)确定管辖法

院”的不同意见，但综合管辖的程序职能、当事人的意思表示、方便法院立案审查等因素，前一种意见更为合理。因此，当合同中披露的“某方”地址与起诉时“某方”的住所地均在上海法院辖区内时，立案阶段，宜根据合同中披露的地址来确定管辖法院。但是法院查明合同中披露的“某方”地址并非“某方”签订合同时的注册地或实际经营地的除外。

四、类案概览(检索自威科先行数据库)

(一) 支持法人注册地法院管辖-援引民事诉讼法及司法解释

通过近3年最高院、上海高院及部分中院判例来看，其裁判倾向基本一致：根据民事诉讼法及司法解释规定，在无证据证明法人主要办事机构所在地的前提下，支持由注册地法院管辖。

1. (2023) 最高法民辖 15 号-最高人民法院

本院认为，本案系合同纠纷。《中华人民共和国民事诉讼法》第三十五条规定…，本案中，星球小站公司作为甲方，齐麟公司作为乙方，签订的案涉《魔晶图灵广告平台城市代理合同》约定：“本合同的争议应通过友好协商解决。如果协商不成，该争议将提交甲方所在地有管辖权

的法院诉讼解决。”该约定系当事人真实意思表示，且不违反级别管辖和专属管辖的规定，应为合法有效。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三条规定…，北京市房山区人民法院以案涉《魔晶图灵广告平台城市代理合同》载明星球小站公司地址位于杭州

市西湖区为由，认定上述约定可以作为发生争议时确定星球小站公司住所地的依据，适用法律不当。在无其他证据用以证明星球小站公司主要办事机构所在地的情况下，登记注册地可以认定为星球小站公司住所地。星球小站公司登记注册地位

于北京市房山区，北京市房山区人民法院作为星球小站公司住所地人民法院，按照双方管辖约定，对本案有管辖权，裁定将本案移送浙江省杭州市西湖区人民法院处理不当。

2. (2023) 最高法民辖 46 号-最高人民法院

本院认为，本案系服务合同纠纷。《中华人民共和国民事诉讼法》第三十五条规定…，本案中，艾思芙公司与梦迈公司通过签订《直播推广商品服务合同》，在第十条中选择“原告所在地”人民法院作为管辖法院，该协议管辖条款系当事人的真实意思表示，不违反级别管辖和专属管辖的规定，可以认定为合法有效。但是“原告所在地”并不是一个规范的法律术语，结合商事交易习惯，进一步探究当事人的真实表意后，将“原告所在地”解释为“原告住所地”更合理。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三条规

定…，法人登记具有公示公信效力，上海市闵行区人民法院以案涉《直播推广商品服务合同》载明艾思芙公司地址位于杭州市滨江区为由，认定艾思芙公司的住所地位于杭州市滨江区，适用法律不当。在起诉与受理阶段，在无其他证据材料用以证明艾思芙公司主要办事机构所在地的情况下，登记注册地可以认定为艾思芙公司住所地。艾思芙公司登记注册地位于上海市闵行区，上海市闵行区人民法院作为艾思芙公司住所地人民法院，按照双方管辖约定，对本案具有管辖权，裁定将本案移送浙江省杭州市滨江区人民法院处理不当。

3. (2023) 沪民辖终 46 号-上海市高级人民法院

本院经审查认为，本案系计算机软件开发合同纠纷。《中华人民共和国民事诉讼法》第三十五条规定…，本案中，优尼斯公司(甲方)与微展世公司(乙方)在涉案合同中约定“甲方所在地”人民法院作为管辖法院，该协议管辖条款系当事人的真实意思表示，不违反级别管辖和专属管辖的规定，应认定为合法有效。但是“甲方所在地”并不是规范的法律术语，结合商事交易习惯，进一步探究当事人的真实意思表示，“甲方所在地”应解释为“甲方住所地”，即优尼斯公司的住所地。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三条规

4. (2023)沪74民辖终277号-上海金融法院

二审诉讼请求：孙宇上诉称，根据案涉合同披露地址、发票载明地址、年报披露地址等信息，上海固买商业保理有限公司的主要办事机构所在地为上海市青浦区XX镇XX路XX号XX号楼XX层；案涉合同约定的管辖法院应为上海市青浦区

定…，法人登记具有公示公信效力，在无其他证据材料用以证明优尼斯公司主要办事机构所在地的情况下，一审法院将优尼斯公司的注册地认定为其住所地，并无不当。根据《最高人民法院关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定》第一条规定，知识产权法院管辖所在市辖区内第一审计算机软件民事案件。鉴于优尼斯公司注册地位于上海市，故一审法院对本案具有管辖权。上诉人微展世公司以涉案合同及法务函中载明的优尼斯公司地址确定优尼斯公司住所地位于沈阳经济技术开发区的上诉理由不能成立，本院不予支持。

人民法院，故请求撤销原审裁定，将本案移送至上海市青浦区人民法院审理。

本院经审查认为，合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际

联系的地点的人民法院管辖。上海固买商业保理有限公司与上海西领医疗器械有限公司签订的《国内有追索权暗保理业务合同》第十五条约定，与合同有关的争议由上海固买商业保理有限公司所在地人民法院管辖。上述约定表述明确，不违反级别管辖和专属管辖规定，当属有效。根据《中华人民共和国民法典》第六十三条规定，法人以其主要办事机构所在地为住所；依法需要办理法人登记的，应当将主要办事机构所在地登记为住所。因此，法

人住所经登记后具有公示公信的效力；法人住所具有特定法律含义且具有唯一性，不能将法人实际办公地点、生产经营地点、销售地点、联系地点等法人的场所与之混淆。上海固买商业保理有限公司登记住所为中国(上海)自由贸易试验区 XX 路 XX 号 XX 室，位于上海市浦东新区；根据上述约定管辖条款，原审法院作为上海固买商业保理有限公司住所地人民法院，对本案具有管辖权。上诉人的上诉请求，本院不予支持。

5. (2023)沪 02 民辖 174 号-上海市第二中级人民法院

崇明法院认为，根据原告与被告上海加贝贺装饰工程有限公司签订的《西郊宾馆北苑 23 号楼室内家具设计项目设计咨询协议书》第七条约定，本合作协议发生争议双方均可向原告所在地人民法院起诉。现原告上海加贝贺装饰工程有限公司在该合同中载明的地址为上海市杨浦区 XX 路 XX 号 XX 园区 XX 号楼 XX 室，应视为以该披露地址确定管辖法院。故裁定移送

至上海市杨浦区人民法院(以下简称杨浦法院)。

本院经审查认为，本案系合同纠纷，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第三十五条之规定，合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反级别管辖和专属管辖的规定。本案案涉协议约定

发生争议时可向原告所在地人民法院提起诉讼。上述约定不违反级别管辖与专属管辖的规定，体现了当事人协议选择管辖法院的真实意思表示。本案原告住所地位于上海市崇明区，现原告向其所在地人民

法院(崇明法院)提起诉讼符合法律的规定与当事人的约定。崇明法院对本案具有管辖权。该院将本案移送杨浦法院处理，依据并不充分，依法应予纠正。

(二)支持合同披露地法院管辖-引用《上海市高级人民法院立案联席会议纪要二》

通过近3年上海地区部分基层法院判例来看，其裁判论证引用的主要依据是《上海市高级人民法院立案联席会议纪要(二)》，支持由合同披露地法院管辖。

1. (2024)沪0105民初29420号-长宁法院

本院经审查认为，根据原告提供的原告(甲方)与被告(乙方)签订的《某某智慧-〈论文写作指导培训协议〉-预付版》，协议书首部载明被告“地址：上海市徐汇区”，并在合同中约定“协议履行过程中产生争议，甲乙双方应当协商解决，协商不成的，双方同意提交至乙方所在地人民法院诉讼解决。”根据《上海市高级人民法院立案联席会议纪要二》第二条的规

定，当事人在合同中约定由某方住所地(或所在地)法院管辖的同时，又在合同中披露某方的地址，可视为当事人合意以该披露地址确定管辖法院。本案中，涉案协议披露乙方即被告的地址为上海市徐汇区，该地址可视为当事人合意以该披露地址确定管辖法院，因此本院对本案无管辖权，本案应由上海市徐汇区人民法院管辖。

2. (2023)沪0110民初990号-杨浦法院

本院经审查认为，合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原

告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。本案

中，原、被告签订的《总经销协议书》约定，因本协议或协议履行发生争议，无法协商的，双方可向原告方所在地人民法院提起诉讼，同时披露本案原告上海行蕴信息科技有限公司的地址为上海市黄浦区西藏中路 525 号雅居乐国际广场 4 楼，与其工商注册地址上海市杨浦区控江路 1500 弄 11 号二层 202 室不一致。《上海

市高级人民法院立案联席会议纪要二》曾明确，当事人在合同中披露某方地址的，可视为当事人合意以该披露地址确定管辖法院。《总经销协议书》披露的原告地址位于上海市黄浦区，故本院对本案没有管辖权，本案应由上海市黄浦区人民法院处理。

3. (2023)沪 0117 民初 1105 号-松江法院

本院经审查认为，合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖。本案中，原、被告签订的《【公元 2040】项目渠道服务合同》约定，履行本合同过程中产生一切争议，甲、乙双方应当协商解决，协商不成的，双方同意向乙方(即原告上海伟爱房地产经纪有限公司)所在地的人民法院提起诉讼的方式解决。现原告以其所在地在上海市 XX 院提起诉讼。然而，本院认为，关于该“乙方所在地”的确定应作如

下考量：一则，根据法律规定，法人的住所地是指法人的主要办事机构所在地。公司的注册地并非必然是其住所地。根据本院在(2021)沪 0117 民初 13581 号案件中对原告注册地上海市松江区 XX 镇 XX 路 XX 号的现场核查情况看，该地址实际并无 7 号楼。再根据本院在上述案件中向上海新五库经济城管理委员会的调查可知，原告虽在 XX 镇 XX 路 XX 号注册，但并未在该地实际开展办公经营活动。因此，原告的注册地并非是其主要办事机构所在地。二则，参照《上海市高级人民法院立案联席会议纪要(二)》之规定，当事人在合同中

约定由“某方住所地(或所在地)法院”管辖的同时,又在合同中披露“某方”的地址,可视为当事人合意以该披露地址确定管辖法院。起诉时“某方”地址发生变更的,不应导致当事人原管辖合意无效。

本案中,原告(乙方)在根据原告与被告签订《【公元 2040】项目渠道服务合同》之

4. (2021)沪 0115 民初 103677 号-虹口法院

本院经审查认为,合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖,但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。本案中,原、被告签订的《买卖合同》约定,合同履行过程中发生的争议,由双方当事人协商解决,协商不成的,依法向甲方(即被告)住所地人民法院起诉。同时,该买卖合同披露甲方(即被告)地址为上海市虹口区 XX 路 XX 号,与其工商注册地址上海市浦东新区 XX 路 XX 号不一致。根据《上海市高级人民法院立案联席会议纪

《补充协议》披露的地址是上海市徐汇区 XX 路 XX 号 XX 大厦 XX 楼新房事业部,位于上海市徐汇区,系其签约时主要办事机构所在地,由此可以确定双方签订合同时约定的管辖地点位于上海市徐汇区。

综上,本院对本案并无管辖权,本案应由上海市徐汇区人民法院管辖。

要二》,当事人在合同中约定由“某方住所地(或所在地)法院”管辖的同时,又在合同中披露“某方”的地址,可视为当事人合意以该披露地址确定管辖法院。另需要说明的是,案涉协议披露的被告地址不属于“联系地址”、“办公场所”、“通讯地址”、“送货地址”、“发票地址”等表述上明显具有功能性的地址。《买卖合同》披露的被告地址位于上海市虹口区,故本案不属于本院管辖,应由上海市虹口区人民法院管辖。据此,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第三十四条、第三十六条之规定,裁定如下:本案移送上海市虹口区人民法院审理。



五、律师分析

1. 根据民事诉讼法及司法解释相关规定，约定管辖应当符合几个条件：第一，案件属于合同或者其他财产权益纠纷；第二，协议须约定与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，包括被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等；第三，须通过书面协议方式约定管辖法院；第四，不得违反级别管辖和专属管辖。

2. 在约定住所地(所在地、属地)法院管辖，且注册地和合同披露地址不一致，管辖往往成为当事人、法院之间的争议焦

点。笔者认为，确定管辖要结合法律规定的约定管辖的几个条件进行分析，在分析确定协议管辖有效后，应进一步分析法人的住所地特别是主要办事机构所在地，在无证据证明法人主要办事机构所在地后，应认定法人注册地为法人住所地，进而确定由法人注册地法院管辖。上海高院立案纪要性质非法律规定及司法解释，不具有法律效力，但上海地区基层法院审理相关管辖权异议案件中经常引用该文件部分内容进行说理甚至直接得出结论，与法律及司法解释存在冲突，裁判不当。

3. 本案协议管辖有效，合同约定可向各自属地法院提起诉讼，“属地”非法律术语，结合本案原被告意思表示可解释为住所地较为合适，本案合同约定的管辖为原告住所地法院管辖。本案原告A公司向其注册地法院提起诉讼，其意思表示是原告A公司认为其住所地为注册地松江区，

松江区法院有权管辖。松江法院无证据证明原告A公司合同披露地址黄浦区为其主要办事机构所在地，而是直接以上海高院立案纪要部分内容得出不当结论，既不符合当事人的意思表示，也不符合法律规定。

六、律师建议

约定管辖事关诉讼进程快慢和当事人的管辖目的，上海地区约定住所地法院管辖，同时合同披露了其他地址，该情形往往会引发当事人和法院对于确定管辖

的争议，建议当事人在合同中约定清楚具体管辖法院并说明和披露地址的区别，诉讼中和法院充分沟通。



纪冲 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：民商事争议解决及执行
刑事、公司合规

联系方式：15629067308



强制执行措施之司法拘留解读

作者：袁凤翔

实践中，司法拘留作为一项重要的强制执行措施，不仅能够对“老赖”起到有效的威慑作用，更能有效督促被执行人履行生效法律文书确定的义务，促进有能力履行的被执行人主动履行欠款。对被执行人来说，临近年关，有能力履行而拒不履行，导致被司法拘留，更加得不偿失。对申请人而言，适时申请启动司法拘留程序更是维护自身权益，促进案件解决的重要途径。

一、典型案例

被执行人李某因资金周转困难向朋友张某借款36万元。借款到期后，张某多次催要，李某均以各种理由推脱拒绝偿还。张某遂将李某诉至当地法院。经法庭调解，李某承诺按期偿还借款，但到期后仍未履行还款义务，张某遂申请强制执行。

案件进入执行程序后，法院依法向李某送达了执行通知书、报告财产令等执行文书。但经法院多次催要，李某仍然仅履行了7万元，随后便不再露面，故意躲避法院执行。同年，法院线上向李某送达《预拘留决定书》，告知其应积极履行，否则将可能面临拘留等强制措施的惩戒。然而，李某在收到该决定书后依然逃避执

行，既未向法院申报财产，也未到法院接受询问。在法院线上向李某送达《预拘留决定书》的次月，法院得知李某行踪，第一时间找到李某并将其拘传至法院。执行法官经释法明理，告知其拒不履行的法律后果，并表示会给其充足时间筹措资金，但李某仍然态度恶劣，拒绝履行。法院遂依法作出对李某司法拘留15日、罚款2000元的决定。在宣读完处罚决定后，李某深感后悔。最终李某家属积极筹款，将全部案款交至法院，案件得以快速执结，申请执行人张某拿到了期盼已久的款项，法院也因李某愿意配合还款，提前解除了对其的拘留措施。

二、司法拘留的定义及性质

本案中，法院所采取的重要强制措施便是司法拘留。司法拘留的概念，是指法院对妨害诉讼或执行活动人员采取的限制人身自由的强制措施。本文将着重阐述执行阶段司法拘留的相关法律法规及实践中的运用。

另外，需要注意的是，这一限制性的强制措施本身系为维护司法权威性和司法强制力的司法性质强制措施而并非刑事处罚。

三、司法拘留在执行程序中的适用情形

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十四条第六款规定，诉讼参与人或者其他人员拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

结合《中华人民共和国民事诉讼法》的其他规定及【最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释】及司法实践的经验，司法拘留在执行中具体适用的主要情形包括：

1、拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的被执行人；

2、有义务却不协助调查、执行的单位经罚款后仍拒不协助的单位及其主要负责人；

3、拒绝报告、虚假报告财产情况的被执行人。

本案中，李某拒不履行还款义务，经法院多次催要仍逃避执行，也未申报财产、不接受询问的行为便符合了上述司法拘留的多项适用情形。

四、司法拘留的程序

1、申请与审查：在发现被执行人存在拒不履行义务等情形时，应向法院申请司法拘留被执行人，并附上相关证据材料，

如执行通知书、报告财产令等，提交法院审查。法院需对申请进行审查，确认被执行人是否存在法定的妨害执行行为。

在李某案中，在多次催要无果后，当事人申请了司法拘留程序，并提交了李某拒不履行义务的相关证据。

2、决定与送达：法院经审查认为有必要采取司法拘留措施的，应由院长批准，并制作《拘留决定书》。《拘留决定书》应载明被拘留人的基本信息、拘留原因、拘留期限等内容，并依法送达被执行人。

本案中，法院依法作出对李某司法拘留15日、罚款2000元的决定，并向其送达了《拘留决定书》。

依据：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百七十八条，人民法院采取拘留措施的，应当经院长批准，并作出拘留决定书。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十八条，对个人的罚款金额，为人民币十万元以下。对单位的罚款金额，为人民币五万元以上一百万元以下。拘留的期限，为十五日以下。被拘留的人，由人民法院交公安机关看管。

3、执行与解除：法院应将被拘留人送交公安机关看管。在拘留期间，被拘留人承认并改正错误的，法院可以决定提前解除拘留。拘留期限届满或出现法定解除情形时，法院应及时解除拘留措施，并办理相关解除手续。

李某在被拘留后，其家属积极筹款，最终将全部案款交至法院，法院遂提前解除了对李某的拘留。

依据：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百八十二条规定，被拘留人在拘留期间认错悔改的，可以责令其具结悔过，提前解除拘留。提前解除拘留，应报经院长批准，并作出提前解除拘留决定书，交负责看管的公安机关执行。



五、衍生：司法拘留的期限与救济途径

如前文所述，根据现行《民事诉讼法》及其司法解释，司法拘留的期限为 15 日以下。

而被执行人同样对于这一强制措施也有相应的救济途径：根据现行《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条第三款的规定，如被执行人对拘留决定不服，可以向上一级人民法院申请复议一次。复议期间不停止执行。

同时根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百八十五条、第一百八十六条的规定，该复议应当自收到决定书之日起三日内提出。本案中，李某未提起相关复议。但应当注意的是，从相关规定中，不难看出司法拘留的复议具有较强时效性，如有需要应尽快提起。



六、司法拘留的意义与作用

李某强制执行一案中，司法拘留成功震慑了被执行人的“老赖”心理，有效保障了申请执行人张某的合法权益。实践中，司法拘留作为一项重要的强制执行措施，不仅能够对“老赖”起到有效的威慑作用，更是能有效督促被执行人履行生效法律文书确定的义务，促进有能力履行的被执行人主动履行欠款。对被执行人来说，临近年关，有能力履行而拒不履行，导致被司法拘留，更加得不偿失。对申请人而言，适时申请启动司法拘留程序更是维护自身权益，促进案件解决的重要途径。



袁凤翔 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方执行案件与商事仲裁业务部 主任

业务方向：疑难案件执行、投融资法律服务
商事诉讼与仲裁

联系方式：021-56782789

强制执行措施之报告财产令解读

作者：钱辰旭

在司法实践中，强制执行工作的开展需要依托于被执行人的财产线索，而常见的财产线索的取得方式有：（1）申请执行人（或其代理律师）提供；（2）法院通过网络执行查控系统进行调查；（3）被执行人依照报告财产令报告财产。因此，报告财产令是一项可以获取被执行人财产信息的重要措施。

今天，就介绍一些有关报告财产令的相关规定和作用，以帮助申请执行人在执行阶段更充分地运用好这一项执行措施，推进案件的顺利执行。

一、报告财产令的制度规定

根据《最高人民法院关于民事执行中财产调查若干问题的规定》第3条规定，报告财产令是指案件进入执行程序后，执行法院

可要求被执行人如实申报自己的财产情况，否则将承担相应法律后果的一项措施，相关操作方式包括：

（一）报告财产令的发出：

在执行程序中，报告财产令通常按照以下情况发出：

（1）法院依职权发出：通常情况下，在执行案件立案后，执行法院会在向被执行人送达执行通知书的同时一并发出报告财产令，要求被执行人报告财产情况。

（2）依申请人申请发出：如果执行法院未能发出报告财产令，申请执行人或其代理律师也可以提交书面申请，请求法院向被执行人发送报告财产令。

（二）报告财产令的内容：

上述执行法院所发出的报告财产令应载明以下事项：

（1）被执行人提交财产报告的期限；
（2）被执行人报告财产的范围、期间；

（3）要求被执行人补充报告财产的条件及期间；

（4）被执行人违反报告财产义务（例如拒绝报告或虚假报告）应承担的法律责任；

(5) 执行法院认为有必要载明的其他事项。

(三) 被执行人需要申报的财产范围

在收到财产报告令后，被执行人应当在报告财产令载明的期限内，向执行法院书面报告以下财产情况：

(1) 被执行人名下的收入、银行存款、现金、理财产品、有价证券；

(2) 被执行人名下的土地使用权、房屋等不动产；

(3) 执行人名下的交通运输工具、机

器设备、产品、原材料等动产；

(4) 执行人名下的债权、股权、投资权益、基金份额、信托受益权、知识产权等财产性权利；

(5) 其他应当报告的财产（例如：如果被执行人的动产由第三人占有，或其不动产、特定动产、其他财产权等登记在第三人名下的，也应当一并报告）。

(四) 被执行人需要申报的财产变动情况

注意，除上述财产情况以外，针对被执行人自收到法院的执行通知之日前一年至提交书面财产报告之日，如果其名下的财产情况发生以下变动的，被执行人还需要将变动情况一并向法院报告：

(1) 转让、出租财产的；

(2) 在财产上设立担保物权等权利负担的；

(3) 放弃债权或延长债权清偿期的；

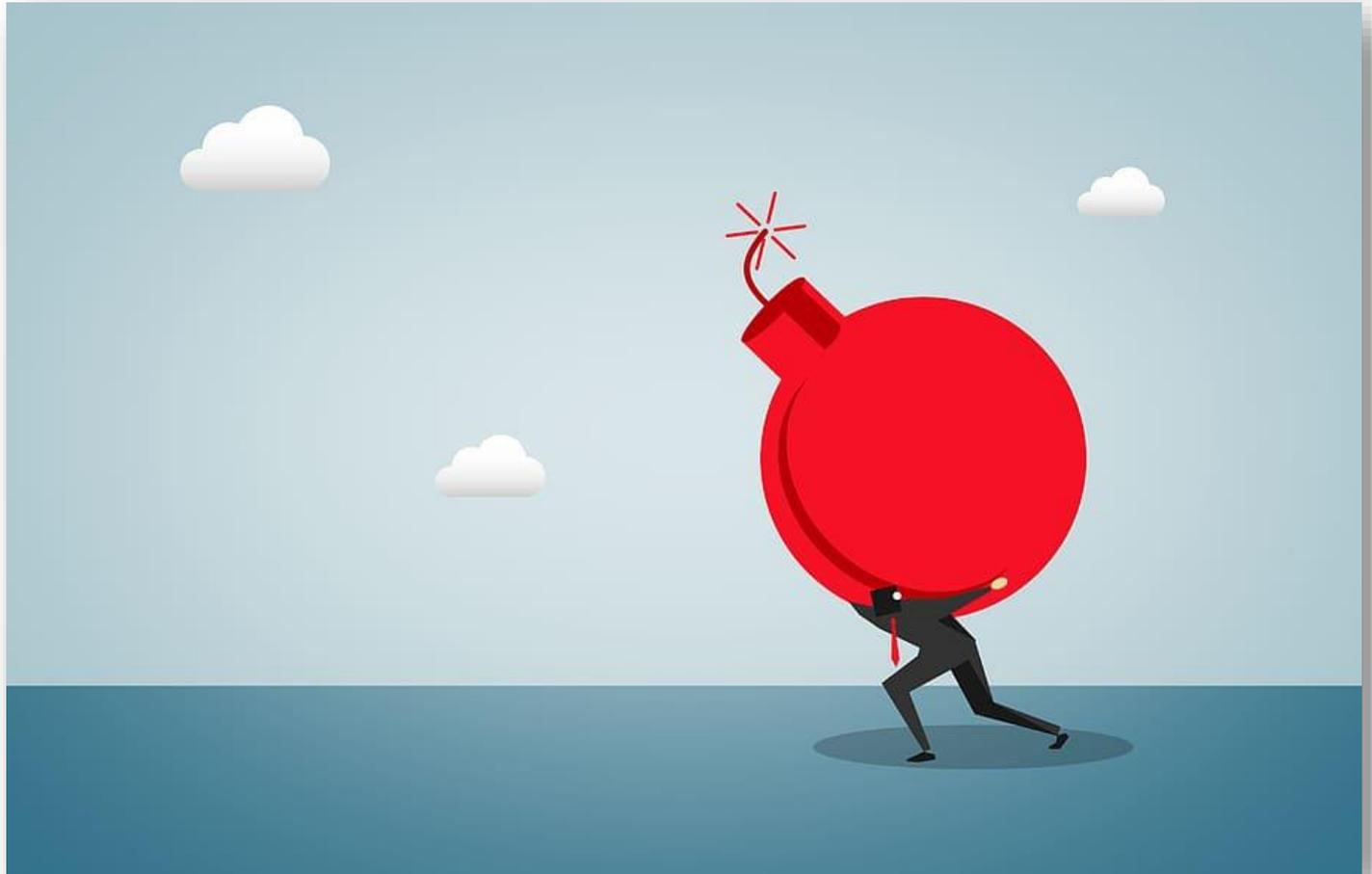
(4) 支出大额资金的；

(5) 其他影响生效法律文书确定债权实现的财产变动。

(五) 拒不报告、无故逾期报告或虚假报告的法律后果

在收到财产报告令后，如果被执行人拒绝报告、虚假报告或者无正当理由逾期报告财产情况的，则执行法院可以将其纳入失信被执行人名单，并且可以根据情节

的轻重对被执行人、其法定代表人、主要负责人或直接责任人员予以罚款、拘留。如果情节严重到构成犯罪的，甚至可以依法追究被执行人的刑事责任。



二、报告财产令的作用

以上介绍了报告财产令的相关规定，那我们又该如何实际运用这一措施来推进具体执行工作呢？根据实践经验，财产报告令通常可以发挥以下作用：

(1) 指明执行方向：通常情况下，在当事人初次接触到强制执行程序时，往往会不知所措，不知从何处入手，产生诸如：“我在执行程序中应该做什么？”、“我该怎么配合法院做执行？”和“被执行人的财产怎么查？”等一系列问题。而报

告财产令此时就是一盏引路灯，可以在迷雾之中指引申请执行人找到执行工作的大方向。依据《财产调查若干问题的规定》第8条的规定，在被执行人申报财产后，申请执行人可以向法院申请查询被执行人报告的财产情况。在取得报告后，申请执行人就可以初步了解被执行人名下的财产类型和大致构成。然后，申请执行人针对各类型的财产，或可申请法院要求被执行人作进一步的说明，或可聘请专业律

师进行进一步的分析和调查，并以此推进下一步的财产执行或变现方案。

(2) 查缺补漏，核实财产情况：通常情况下，法院通过网络执行查控系统进行调查是一项基本且非常重要的查找被执行人财产的手段，但这种手段并不是万能的，因为调查范围、调查时间和调查方式等方面存在局限性，有时并不能全面地反馈被执行人的全部财产信息。此时，报告财产令就可以起到重要的补充作用，毕竟被执行人才是对其财产情况了解最全面清晰的那个人。在法院查找不到财产的情况下，由被执行人申报财产，既可以查缺补漏，也可以与法院、申请执行人、代理律师通过其他渠道调查所得的情况进行比对，帮助申请执行人全面掌握被执行人财产的情况，并以此寻找合适的执行目标和机会。

(3) 监控财产变动和防范转移财产：在实践中，报告财产令还能起到监控被执行人财产变动并防范其违法转移财产的作用。例如：首先，报告财产令要求被执

行人报告的是自收到执行通知之日前一年至提交书面财产报告之日的财产情况。这样可以避免某些被执行人利用案件尚未进入执行程序的时机转移名下的财产；其次，当被执行人报告财产后，如果其财产情况发生变动，且影响申请执行人债权实现的，依法应当自财产变动之日起十日内向执行法院补充报告；第三，报告财产令并不是只能发一次，执行法院可以根据案件需要可以再次向被执行人发出报告财产令。因此，如果能够擅用财产报告令，便可以根据实际情况变化，及时掌握被执行人的财产情况和变动，精准查找有效财产线索，使得执行工作事半功倍。

(4) 采取进一步强制措施的前置程序：上述作用的前提均是被执行人配合法院申报其财产情况。那如果被执行人不肯配合呢？甚至很多被执行人也同样认为所收到的报告财产令只是一张纸，对此置之不理。但如果真的这么想，那未来等待被执行人的很可能将是一张王炸……在实践中，报告财产令是采取进一步强制



措施的前置程序，拒绝报告财产或者虚假报告财产通常都是申请执行人申请或法院对被执行人依法采取拘留措施的最常见理由。而且，如果被执行人在被拘留后仍要坚持顽抗的，甚至还有可能会被进一

步追究拒不执行判决、裁定罪的刑事责任。因此，收到报告财产令需要谨慎对待，消极面对或恶意顽抗的代价很可能是失去人身自由。

三、律师建议

综上所述，对申请执行人而言，如果利用好报告财产令，则可以一窥被执行人的财产的全貌，然后再对症下药，逐个击破，对于推动案件的执行会有事半功倍的效用。对被执行人而言，在收到报告财产

令后，则一定要慎重对待，及时、如实地向法院申报财产情况，或寻找专业律师寻求解决争议的方案，千万不要对此置之不理或顶风作假，使自己陷入更深的法律风险之中。



钱辰旭 律师

上海七方律师事务所 合伙人

业务方向：疑难案件执行、商事诉讼与仲裁
资产处置及企业法律顾问

联系方式：19821802660

“隔空猥亵”行为的刑法防治问题

作者：赵璐宏、童一峰

随着网络技术的发展，各类社交平台愈加深入我们的日常生活，网络“隔空猥亵”案件频发。最高人民法院于2024年7月19日公布的2024年上半年司法审判工作主要数据，今年上半年，涉及网络“隔空猥亵”、线上诱骗线下性侵等涉网性侵案件增加，其中强制猥亵、侮辱罪案件一审收案同比增长20.07%。

“隔空猥亵”加害人往往采取暴力、胁迫或者诱骗等方式让未成年人进行网络裸聊、拍摄裸照、视频等，加害人甚至会用这些资料对被害人进行要挟、控制，进而在现实中对其实施其他性侵害。

【案例】

为满足性刺激，被告人柴某殿于2021年8月添加了被害人杨某某(女，时年11岁)、黄某某(女，时年12岁)的QQ号，在与杨某某、黄某某聊天期间伪装成未成年男性，诱骗杨某某、黄某某与其建立网络男女朋友关系，并要求二被害人发送裸露胸部、阴部的自拍照片和视频供其观看。在遭杨某某、黄某某拒绝后，又以威胁曝光裸露照片、告知家长、实施强奸等方式，要求二被害人按其要求继续发送自拍照

片、视频。其中，黄某某向柴某殿发送裸露照片至少1次，杨某某向柴某殿发送裸露照片或淫秽视频至少9次。

法院认为，柴某殿为满足个人性刺激，通过引诱、威胁等方式，诱骗二名被害人向其发送裸照或淫秽视频供其观看，属于“隔空猥亵”，其行为已经构成猥亵儿童罪，最终柴某殿被判处有期徒刑四年六个月。

【法律解读】

《中华人民共和国刑法》第二百三十七条规定：以暴力、胁迫或者其他方法强

制猥亵他人或者侮辱妇女的，处五年以下有期徒刑或者拘役。聚众或者在公共场所

当众犯前款罪的，或者有其他恶劣情节的，处五年以上有期徒刑。

猥亵儿童的，处五年以下有期徒刑；有下列情形之一的，处五年以上有期徒刑：（一）猥亵儿童多人或者多次的；（二）聚众猥亵儿童的，或者在公共场所当众猥亵儿童，情节恶劣的；（三）造成儿童伤害或者其他严重后果的；（四）猥亵手段恶劣或者有其他恶劣情节的。

年龄的界分在判定猥亵类犯罪时起着重要作用。对被害人实施以各种强制行为压迫其反抗后并猥亵被害人的，以强制猥亵罪论处；如若被猥亵的对象属于十四岁以下的儿童，那么即便行为人未实施强制行为，也可以构成猥亵儿童罪。在猥亵类犯罪的认定上，核心点在于两个层面：

第一，客观方面，猥亵行为指的是具有性的意义，侵害他人的性的决定权的行为。无论在法学理论抑或司法实践中，猥亵行为的含义都极为广泛，任何具有性含义的行为（除了强奸罪中的奸淫行为），都可以被评价为猥亵行为。张明楷教授对其进行了类型化研究，将猥亵行为归为四大

类别：性进入行为，例如行为人将性器官插入被害人的肛门、口腔内；性接触行为，例如行为人的手直接接触被害人的性的部位或者器官；在场但不接触的猥亵行为，例如强行观看被害人的性部位或者性行为；不在场也不接触的猥亵行为，行为给被害人打电话，胁迫对方听自己讲淫秽语言、淫秽录音或者强迫对方给自己讲淫秽语言。

第二，主观方面。刑法并未规定行为人实施猥亵行为时需要具备犯罪故意之外的其他具体动机或目的，但许多学者认为，猥亵类犯罪属于倾向犯，即要求行为人在触法时具备“追求性刺激”的内心倾向。如若行为人并不具备追求性刺激的目的，而是出于其他合法、非法目的实施猥亵行为，则不宜认定为猥亵类犯罪。例如，医生为了治疗患者，将病人衣物脱去；又如，抢劫犯为求财，在将被害人打晕后，将被害人身上的名贵衣物脱去并带走。但也有观点认为，强制猥亵罪侵犯的是个人的性自由，不应要求行为人主观上具有特定目的，要求行为人认识到其实施的是猥

亵行为，并且会因此侵犯他人的性自由即可。

理论上尚有纷杂争议，笔者认为，只要认识到自己的行为会侵害他人性自主

权或者妇女的性羞耻心，并且对危害结果的发生保持积极追求或者听之任之的态度，就可以认定为具有本罪的犯罪故意。

【“隔空猥亵”的认定】

“隔空猥亵”是通常是指通过网络等非面对面的方式，打着“个性交友”“招募童星”等幌子，诱骗、胁迫未成年人进行“裸聊”，或发送“裸照”“裸体视频”等的违法犯罪行为。这种行为虽然没有直接的身体接触，但同样会对受害者造成心理伤害。

2023年6月1日实施的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理强奸、猥亵未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《未成年解释》）中，对“隔空猥亵”的入罪进行了明确规定。

从柴某殿一案行为人的行为本身来看，认定其构成“猥亵儿童罪”是没有问题的。根据该司法解释，我们可以发现传统猥亵类犯罪的构造被进行了一定修正。

第一，强制行为的含义被修正。强制猥亵罪中的“强制行为”并不天然包含“诱

骗”的含义。诱骗手段的恶劣程度与暴力、胁迫手段不具有同等性，不属于与之并列的“其他方法”。因此，如行为人以利诱之，通过许诺给予金钱、礼物等财产性利益的方式索要他人私密照片、视频的，一般不宜以猥亵类犯罪论处。然而，在“隔空猥亵”之中，以利诱之的“诱骗行为”可以成为强制猥亵罪的前置强制行为。

第二，犯罪对象被修正。如前文所述，传统的猥亵类犯罪，对于一般对象，实施强制行为压制反抗后猥亵的，可构成强制猥亵罪；而对于十四岁以下的儿童，只要实施猥亵行为，就可构成猥亵儿童罪。从另一角度来看，这一立法模式背后实际上是“愿与不愿”的问题，对于一般主体，只有为其所不愿而受他人猥亵的，才具备刑事违法性；对于儿童而言，无论是否为其所愿，都可以构成刑事犯罪。而《未成

年解释》则将行为对象从儿童扩展为已满14周岁不满18周岁的未成年人，对14-18周岁年龄段的群体，即使没有强制手段，也可能成立该罪。如此，则可能形成一种独特的入罪模式，即假设行为人假借恋爱名义与14-18周岁的未成年人进行网上交

友，确认恋爱关系后诱骗其发送裸照、私密视频，未成年人自愿给予的，依照原《刑法》第二百三十七条的规定，无法以犯罪论处；然而在新司法解释出台后，这种行为则可以以强制猥亵罪进行定罪。（具体行为模式对比参照表一）

| 对象 | 行为方式 | | |
|------------------|-----------|--------------|------------------------------------|
| | 违背意愿，强行猥亵 | 未违背意愿，实施猥亵行为 | 胁迫、诱骗后的“隔空猥亵” |
| 14岁以下儿童 /未成年人 | 构成强制猥亵罪 | 构成猥亵儿童罪 | 违背意愿的，可构成强制猥亵罪； 未违背意愿的，可构成猥亵儿童罪 |
| 14-18周岁未成年人 | 构成强制猥亵罪 | 不构成犯罪 | 一律构成强制猥亵罪 |
| 18周岁以上成年人 | 构成强制猥亵罪 | 不构成犯罪 | / |

【总结】

随着网络社会的不断发展，对未成年人的保护措施也需相应升级。猥亵未成年人的行为不仅对受害者造成深远伤害，也对社会秩序和道德风尚构成了严重威胁，对此类行为应予以严厉打击。然而，从《未成年解释》第九条对“隔空猥亵”行为的入罪规定来看，其一定程度上突破了刑法的边界。本文认为，采用扩张解释时必须把握实质的可罚性与必要性这一边界，对“隔空猥亵”犯罪圈的扩大还需保持一份警惕。



赵璐宏

上海七方律师事务所 律师
七方刑事辩护与合规法律服务部 律师
上海市女律师联谊会 干事

业务方向：刑事辩护与刑事合规、民商事争议解决、涉外法律服务
联系方式：18089390623



童一峰

上海七方律师事务所 律师
七方刑事辩护与合规法律服务部 律师

业务方向：刑事辩护、民商事诉讼
联系方式：021-56782789

建工案件中虚假诉讼法律风险防范

作者：甘雯雯

2024年12月20日，高丙芳律师因“代理农民工讨薪”被控虚假诉讼罪一案，在山东省泰安市岱岳区法院一审宣判，高丙芳的代理行为被认定构成虚假诉讼罪，获刑四年，当庭表示上诉。同为一名经常处理建设工程领域各种纠纷的女律师，笔者在看到这则新闻的一瞬间是惊讶和不解，但是仔细研究本案的始末后，笔者不禁开始反思：一审法院为什么会作出这样的认定？本案会给律师同行代理同类型案件带来哪些启发？在律师执业风险的规避上带来哪些警示？本文将就上述各问题进行综合分析。

一、高丙芳律师虚假诉讼案概述

2017年，泰安泰山城乡建设发展有限公司将工程承包给泰安市粥店建筑安装工程有限公

司，该公司将工程全部转包给无施工资质的赵某。赵某又将部分工程分包给米某，米某再将一部分工程分包给陈

某，陈某雇佣了农民工进行工程施工。米某被赵某拖欠了432万余元工程款，但还是自掏腰包垫付了农民工工资。米某曾起诉赵某和粥店建筑公司，一审判决赵某支

付工程款及利息，但未支持粥店建筑公司承担连带责任，泰安市中院维持一审判决。

后赵某因其他事情被抓，米某多次以农民工的名义去清欠办信访，经清欠办人员介绍找到了高丙芳律师。之后，米某找到高丙芳作为代理人，以 75 个农民工个人名义向岱岳区法院提起 75 件诉讼，请求陈某、粥店建筑公司支付劳务费共 263 万余元。期间，陈某事后制作了《2017 工资发放表》；高丙芳让助理找到 75 名农民工在授权委托书和民事起诉状上签字。

2019 年 12 月，岱岳区法院一审作出 74 份判决支持原告诉讼请求。被告粥店建筑公司就其中 3 份判决提起上诉。2020 年 8 月，泰安市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。随后，在粥店建筑公司申请下，山东省泰安市岱岳区人民检察院和泰安市人民检察院启动民事审判监督程序。经走访调查发现，72 人中十余人与陈某无劳动雇佣关系，且对原审诉讼不知情或原审诉讼非其真实意思表示，其余人系在已结清劳动报酬情况下提起的原审诉讼。

岱岳区检察院对其中的 69 个案件向岱岳区法院提出再审意见。2021 年 11 月，岱岳区法院再审认定 69 件原审案件均系虚假诉讼民事案件，撤销了 69 份原审判决。2022 年 5 月，山东省人民检察院又对剩余 3 起案件向山东省高级人民法院提出抗诉，法院再审判决认定 3 件原审案件均系虚假诉讼民事案件，撤销了 3 份原审判决。

2023 年 11 月 13 日，山东省泰安市岱岳区人民法院公开庭审该虚假诉讼罪案件，公诉机关指控高丙芳律师和包工头米某、陈某捏造农民工工资未得到清偿的事实，以农民工名义起诉，致法院判决工程总承包企业泰安市粥店建筑安装工程有限公司承担连带责任，作出多份错误的民事判决，严重损害了司法的公信力。

2024 年 12 月 20 日，高丙芳等人虚假诉讼案一审宣判。包工头陈某、米某认罪认罚，获得缓刑。高丙芳获有期徒刑四年，当庭表示不服一审判决，上诉。

二、诉讼策略的选择

在建设工程领域，转包、违法分包一直乱象丛生，自然人挂靠有资质的公司承包工程、再层层分包更是家常便饭。农民工外出务工信息渠道单一、多为同乡抱团，组织、雇佣农民工外出务工的“包工头”、“班组长”应运而生。在处理类似案件时，针对拖欠的工程款，不同的主体有不同的诉讼策略：一是包工头、班组长可以以实际施工人的名义，起诉转包人、违法分包人以及建设单位，主张剩余工程款；二是农民工以个人名义，起诉包工头、转包人、违法分包人、总包人、建设单位，主张农民工工资。

在高丙芳律师代理的案件中，为什么最终还是要选择以农民工个人名义去起诉主张农民工工资呢？因为农民工是特殊群体，农民工工资是特殊劳动报酬，可以适用《保障农民工工资支付条例》突破单一劳动用工主体的限制，以包工头、转包人、违法分包人、总包人、建设单位为被告主张农民工工资。

《保障农民工工资支付条例》第30条规定：分包单位对所招用农民工的实名制管理和工资支付负直接责任。施工总承包单位对分包单位劳动用工和工资发放等情况进行监督。分包单位拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。工程建设项目转包，拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。同时，《保障农民工工资支付条例》第36条规定：建设单位或者施工总承包单位将建设工程发包或者分包给个人或者不具备合法经营资格的单位，导致拖欠农民工工资的，由建设单位或者施工总承包单位清偿。施工单位允许其他单位和个人以施工单位的名义对外承揽建设工程，导致拖欠农民工工资的，由施工单位清偿。这些规定充分体现了当前社会对于农民工权益保护的重视程度。农民工群体往往因为缺乏法律知识和维权渠道而处于弱势地位，《保障农民工工资支付条例》也是在维护社会和谐稳定的

前提下，满足了农民工这一群体对于司法公正的期待。

那么包工头、班组长就没有什么办法突破合同相对性向建设单位主张工程欠款了吗？当然不是。包工头、班组长可以以实际施工人的身份，适用《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43条的规定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”建设单位承担责任的前提是尚有拖欠的工程款未支付，仅在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。

米某先选择了以自己包工头的名义起诉赵某和总包人粥店建筑公司，法院判决作为违法分包人的赵某承担工程款清偿责任，但是并未判决作为总包人的粥店

建筑公司承担连带责任。赵某拖欠米某的工程款中不仅包含了米某垫付出去的农民工工资，还包含了米某、陈某承包案涉工程的利润。赵某没有支付能力，导致米某案件虽然胜诉了，但是其垫付的农民工工资没有办法追回来。显然总包人粥店建筑公司是有支付能力的，故而才会又借用农民工个人名义去起诉主张农民工工资。

不得不说，从实现诉讼目标的角度而言，以农民工个人名义起诉主张农民工工资的诉讼策略确实更优，毕竟这一诉讼策略可以穿透现实中实际的用工限制，要求总包人承担先行清偿责任。但是，律师的代理行为不能脱离基础事实，本案中农民工工资已经事先得到了清偿是不争的事实。无论这些工资是米某垫付的还是总包人合规从农民工工资专用账户发放的，既然已经收到了农民工工资，农民工个人再作为原告提起“讨薪”诉讼确实与事实不符。

故而在处理有关农民工讨薪的案件时，对于原告主体资格是农民工还是实际施工人的审查，决定了其所主张的款项究

竟是农民工个人的工资还是包含利润的劳务承包工程款，更进一步决定了是否应当适用《保障农民工工资支付条例》第 30

条的规定，这一对主体的认定对后续相关的法律适用以及审判结果至关重要。

三、执业风险的警示

作为一名处理建设工程纠纷的专业律师，笔者也曾多次被当事人询问能否起诉层层的分包人、总包人、发包人承担工程款连带清偿责任。现实中有不少包工头、班组长带领农民工在工程项目部或者建设单位堵门讨薪成功的案例，当事人有的时候确实会无法理解在他的案件里为什么发包人不承担责任？为什么总包人不承担责任？身为诉讼律师，胜诉确实是很诱惑人的。但是警钟长鸣，不能在代理的

时候用力过猛，为了追求诉讼结果而罔顾甚至虚构案件事实。

“高丙芳案”提醒我们，律师在代理诉讼时必须严格遵守法律法规和职业道德规范，确保所提供的法律服务严谨、准确。律师作为法律职业共同体的一员，其职责在于维护法律的尊严和公正，需要时刻保持清醒的头脑和敏锐的洞察力，避免成为当事人违法行为的帮凶或者推手。笔者也总结了一些代理行为中的避雷要点，与各位共勉：

1. **针对案件事实履行严格的核查义务。**比如：在接触建设工程合同纠纷案件伊始，厘清其中的挂靠或者转包、层层分包关系，明晰自己的当事人在整个工程施工中所扮演的角色。尤其是农民工讨薪案件中，他手下还有没有带着其他农民工干活？他主张的不仅是自己的工资还是也包含了班组内其他老乡的工资？对于实际施工人，这个工程究竟被分包了几手？对事实采取严谨的调查方法，不能仅仅依赖于当事人提供的模糊而未经证实的消息。

2. **对关键证据持审慎态度。**高丙芳律师在庭审时声称其事先并不知道有些农民工讨薪案件的原告与陈某无劳动雇佣关系，是陈某在《2017 工资发放表》中虚构的。既然律师代理的是农民工本人，理应去直接联系农民工本人获得授权委托，核查真实的用工情况以及工资发放事实。如果高丙芳律师对《2017 工资发放表》的真实性、授权委托书上每位农民工原告签字的真实性更谨慎一些，也许就能避免悲剧的发生。

3. **正确理解和适用法律。**在米某已经获得工程款胜诉判决、农民工个人工资已经得到偿付的情况下，不能通过变通诉讼策略的方式尝试“打补丁”来追求诉讼结果，追索已经得到清偿的农民工工资，盲目起诉总包方主张已垫付的工程款，曲解《保障农民工工资支付条例》的法律条文含义和立法初衷。如果当事人脱离案件事实再三要求改变诉讼策略，作为代理人应当做好法律的释明工作和诉讼风险提示，避免因信息不对称或沟通不畅而导致不必要的纠纷和误解。



甘雯雯

上海七方律师事务所 合伙人
七方房地产与建筑工程业务部 副主任

业务方向：房地产与建设工程、公司法、
民商事争议解决、企业合规管理

联系方式：13564750281

简析因欺诈受让股权的法律救济手段

作者：李伟锋

在股权转让交易中常有受让方在受让股权后发现目标公司的情况和出让方承诺的不一致的情形，例如目标公司的资产情况，负债情况等等。那么作为受让方的新股东应该怎么办？能采取什么措施维护自己的合法权益？出让方行为是否构成欺诈？以下将围绕一起本律师近日代理的股权转让合同纠纷案件进行简要分析探讨。

一、基本案情概述

当事人签署了股权转让协议，受让方虽延期支付了部分股权转让款，但股权已正式变更至受让方名下，受让方持有目标公司 100%的股权。股权受让后，受让方随即发现目标公司在股权转让前存在大量隐性债务问题，且转让方未妥善处理相关债务。为不影响目标公司生产经营，受让方不得不代替转让方先行偿还了应由转让方承担的多笔债务。受让方认为转让方在股权转让交易中隐瞒了重大的债务问题，存在欺诈行为，并要求撤销股权转让协议。

二、关于欺诈的认定及法律后果

（一）欺诈

本案中当事人认为股权转让方隐瞒了公司的债务情况，因而主张遭到了欺诈，要求撤销。由此，就要考虑本案案情是否构成欺诈。根据《中华人民共

和国民法典》的规定，欺诈的法律构成要件为：

1. 主观上须有欺诈的故意，并以诱使对方当事人作出错误的意思表示为目的；

2. 客观上有欺诈行为，包括虚假陈述和掩盖行为，至于掩盖行为既可以是积极行为，也可以是消极地保持沉默；

3. 被欺诈人因受欺诈而陷于错误判断；

4. 被欺诈人基于错误判断而为意思表示。

简单来说，转让方有故意隐瞒或欺骗行为，受让方基于此作出错误判断即受让股权。

若构成欺诈，那么结局如何呢？

(二) 转让方行为构成欺诈的法律后果

意思表示。

| | |
|---------------------|--|
| <p>《民法典》第一百四十八条</p> | <p>一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。</p> |
| <p>《民法典》第一百五十七条</p> | <p>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。法律另有规定的，依照其规定。</p> |

若转让方的行为构成欺诈，则受让方可以主张撤销股权转让协议。根据上述规定可以见得，协议被撤销后，以返

还财产为原则，即返还股权收购对价款项。且若因此造成受让方损失的，还应赔偿其损失。

三、类案上海法院裁判观点总结

基于本案的案情，本律师针对上海法院对相似案例的观点进行了检索研究，总结出了以下几个会影响认定转让方欺瞒债务问题是否构成欺诈，以致股权收购协议可撤销的事实因素及法官裁判观点。

（一）受让方自身的谨慎、注意义务

案号：【(2019)沪01民终15922号】柏立方与张红梅等股权转让纠纷二审民事判决。

【裁判摘要】“一般主体从事商业投资活动，通常需进行一定审慎的调查，并承担相应风险。本案中根据柏立方陈述，其对XX公司债务情况了解仅通过与张银陆几次交谈得知，虽然张银陆、张红梅未如实披露公司债务不尽妥当，但柏立方也应自行承担其未尽注意审慎之义务所带来的相应风险。”

股权收购协议交易中，因股权价值的构成因素非常复杂，交易过程风险较大，股权转让对价款与公司估值并非仅与目标公司净资产、注册资本一一对应，对公司估值常见为在双方一致同意的

基础上，再引入第三方专业估值机构，进行估值。该估值义务为受让方根据商业一般规则，出于妥善保护自身商业利益的角度，应当承担的义务。如果忽视该义务的承担，未进行尽职调查或尽职调查不完善，对股权转让方的陈述及提供的财务资料、目标公司的债务情况等未作审慎调查就全部信赖，显未尽到谨慎、注意义务，则为其怠于行使权利，应承担由此产生的交易风险。

（二）受让方已知悉或推定知悉债务情况

案号：【(2019)沪民终514号】张炜与韬蕴(上海)企业发展有限公司、温晓东股权转让纠纷二审民事判决。

【裁判摘要】“即使张炜对相关资产及诉讼状况有所隐瞒，两被上诉人亦可通过两份协议中的约定行使其相关权利对实际情况予以知晓；两被上诉事实上在受让系争股权之前已经预估到目标公司可能存在隐含债务的情形，在协议中亦安排了如发生隐含债务则转让方承担赔偿责任的条款，在此情形

下两被上诉人客观上在接受商业风险存在前提下作出受让系争股权的决定，而并非作出了错误的意思表示。”

虽然股权转让方未向受让人表明目标公司存在隐藏债务，但能够说明受让方对此重要事实已有充分了解的，不能以转让方未披露该重要事实为由认定其具有故意隐瞒真实情况的故意，即：不能说明转让方存在合同欺诈行为。

（三）债务问题仅仅是股权收购交易的考虑因素之一

案号：【(2019)沪01民终15922号】柏立方与张红梅等股权转让纠纷二审民事判决。

【裁判摘要】“柏立方并未提供相应证据证明XX公司债务多少是其是否愿意受让股权的决定条件，也未能举证其再次签订《饭店转让协议》是以上述条件为前提，不能当然认定上述条件为柏立方愿意接手饭店的真实意思。一般情况下，影响投资意向的因素较为复杂，目标公司债务状况可能仅为其中之一，况且本案中张银陆已明确表示对于柏

立方接手XX公司前所产生债务由其承担，更无法证明涉案公司债务多寡是柏立方是否同意接手饭店的关键因素。”

能够影响受让方收购转让方股权的因素有很多，公司的经营状况、发展前景、公司所拥有的专利、商誉等等都有可能成为收购的商业目的之一，而公司的债务多寡、是否有隐性债务虽然也是影响因素之一，但确实不一定会成为收购股权时的决定性因素，此时就需要证明公司债务情况对股权收购的影响力是否足够巨大，进而受让方才能主张受欺诈而要求撤销。

（四）需要符合欺诈的四个构成要件

案号：【(2020)沪0117民初12345号】孙金宝与金峰股权转让纠纷一审民事判决。

【裁判摘要】第一，“被告在《股权转让合同》中作出“股权没有设置任何担保”、“不受第三方追诉”等承诺，使交易相对方信赖其受让企业股权不至于承受过重的债务负担，但实际上被告却隐瞒与签订协议相关的重要信息，

属于不作为的欺诈行为。第二，目标企业对外大额担保的行为与案涉股权转让协议签订日期仅相隔一日，被告对担保情况未作披露，主观上难谓过失，应属故意。第三，《股权转让协议》约定，被告向原告转让标的企业意在清偿1,000,000元债务。按照常理，被告应当明知企业资产负债情况是交易相对方重要的考量因素。因被告的隐瞒行为直接导致原告对于企业状况作出错误判断，从而签订了案涉合同。综上，本院认为本案符合欺诈行为的构成要件。”

此案是律师检索类案时为数不多的支持撤销股权转让协议的案例，大多

数案例的案情并不能同时符合前文所述的欺诈四大构成要件。即便能够证明转让方有欺诈行为，也未能证明受让方是基于其欺诈行为而产生错误判断而为意思表示。

本案值得注意的要点：1. 转让协议中存在针对担保、并不被追诉的承诺约定；2. 担保行为的发生与转让协议签订相隔时间近。

据此可以判断出，法院在审理相关案件时，股权转让协议中是否有作出关于担保、责任承担等与债务承担相关的约定、以及目标公司债务产生的时间也会是法院裁判的考量因素。

四、律师建议

（一）各方均应当重视事前尽职调查的重要性。

转让方具有信息披露的先合同义务，受让方具有注意义务，尽职调查能使各方均妥善履行自身先合同义务，避免出现因对公司价值及股权转让条件不清晰而出现的错误认识和基于错误

认识产生的错误意思表示。在尽职调查未完成之前，即进行股权收购，存在被法院认定为对公司情况明知或推定明知的情况。

（二）在合同条款中妥善设置合同效力瑕疵情况下，各方的权利义务及赔偿责任。

因股权的转让非常漫长，且实务审理中，法院普遍认为受让方应当具备一定的风险识别手段和能力，即便是有确切证据证明转让方或目标公司存在财务造假、隐瞒债务、隐瞒对外担保情况等情形，一般也较难认定股权转让合同构成欺诈，从而支持受让方行使撤销权，该种情况下可通过合同内部约定获得

补偿，在股权转让合同条款中约定转让方未履行或未完全履行信息披露义务时，应当承担的具体违约责任，或要求转让方出具增信文件，承诺承担相应责任。甚至可以将该情况设置为估值调整的触发情形，规定在特定情形下，对目标公司重新估值。



李伟锋 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方公司与股权业务部 主任

业务方向：公司治理、股权纠纷、股权架构、

股权激励、金融投资

联系方式：189 1790 5291



执行事务合伙人不当履职法律责任分析

作者：郑华、陈春雨

有限合伙企业作为一种灵活的组织形式，在诸多商事活动中，因其独特的优势而受到投资者的青睐。随之而来的，这类合伙企业中的权益纠纷也日益增多，特别是涉及出资人权益的侵害问题。本文拟通过一起具有代表性的案例，探讨有限合伙企业中出资人权益的法律保护问题，尤其在执行事务合伙人滥用身份权利导致其他有限合伙人权益受损时，司法实践将如何保护出资人权益。

一、案情介绍

2015年6月，北京S公司制作《S 州S合伙协议》，约定共同设立苏州S 民营企业（有限合伙），认缴出资总规模 2110 万元，其中北京 S 公司担任苏州 S 的执行事务合伙人，其他原告系苏州 S 合伙企业的有限合伙人，2015 年

6月至9月，多名原告向苏州S合伙企业转款合计1100万元；根据《苏州S合伙协议》约定，北京S公司有权执行合伙企业事务，对合伙事务享有全部管理权和支配权，包括按照协议约定管理和处分合伙企业的财产。执行事务合伙人存在重大过失、恶意或欺诈行为，或有明显证据表明没有履行勤勉尽责义务的行为时，普通合伙人应对因其作为或不作为所导致的对有限合伙或任何有限合伙人的损失负责；执行事务合伙人不按照合伙协议约定或者全体合伙人决定执行事务导致违约行为发生的，执行事务合伙人应对其他合伙人造成的损失进行赔偿。

2006年，太原C医院公司注册成立，2015年12月，太原C医院的股东变更为天津羽珀、天津元创、天津元启、苏州宝华四家企业，同时注册资本由50万元变更为550万元。上述四家股东均系于《苏州S合伙协议》签订同期方才成立，且北京S公司的股东王某同时担任

天津元创执行事务合伙人X公司的法定代表人兼执行董事。

2016年3月，苏州S合伙企业在未告知原告众人的情况下，以1880万元购买太原C医院公司18%的股权，完成工商变更登记，苏州S合伙企业在其中登记的出资额仅有99万元；苏州S合伙企业与太原C医院公司的四名股东在《股权转让协议》中约定：若太原C医院公司不能在2018年12月31日前完成合格IPO或新三板挂牌，苏州S合伙企业作为受让方有权将其所持有的股权以年投资回报率10%（单利）计算的投资本金和收益之和作为赎回价格，以现金形式卖给太原C医院公司。

2018年12月31日，太原C医院公司未能完成IPO或新三板挂牌条件，但北京S公司并未在合同约定的对赌期限到期后向太原C医院公司或其股东积极主张权利。

2019年8月，北京S公司未通知原告众人，在苏州S合伙企业的合伙期限届满前办理了注销登记；2019年8月27

日，原告与被告（北京 S 公司的股东宋某、王某）召开会议并形成《会议纪要》确认了三方面事实：一是太原 C 医院公司的经营情况，近几年一直处于亏损状态；二是苏州 S 合伙企业的资金流出途径，包括合伙人出资 2010 万元设立苏州 S 合伙企业，以及苏州 S 合伙企业出资 1880 万元购买太原 C 医院公司 18% 的股权；三是宋某、王某承认当时投资该

1880 万元购买 18% 的股权价格存在问题，且王某表示这个赎回权已经取消。

随后，原告多人向一审法院提起诉讼，要求北京 S 公司的两名股东宋某、王某赔偿其本金损失，以及原告将资金支付之日起至实际赔偿之日止，按照年利率 10% 的标准计算，由被告赔偿相应的利息。

二、判决结果

一审法院认为，北京 S 公司在执行合伙事务过程中存在主观过错，没有履行勤勉尽责义务，现因其该过错行为导致原告等出资人的出资权益受损，故北京 S 公司应当依据《苏州 S 合伙协议》约定对“因其作为或不作为所导致的对有限合伙人的损失”承担赔偿责任。关于损失赔偿金额，因苏州 S 合伙企业与太原 C 医院公司及其股东《股权转让协议》中约定的股权赎回条件及期限成就后至今已三年有余，至今北京 S 公司或其清算义务人仍未代表苏州 S 合伙企业

要求太原 C 医院公司及其股东赎回股权，直接导致原告投资本金无法收回，综合考虑双方权利义务、当事人过错以及投资风险等因素，结合本案具体情况，一审法院确认赔偿损失的责任范围为各出资人投资本金；宋某、王某作为北京 S 公司的股东，在明知苏州 S 合伙企业对外投资项目未在约定期限内完成，可能产生债权债务的情况下未通知其他合伙人即将北京 S 公司注销的行为明显存在过错，且在北京 S 公司对原告存在过错赔偿责任的情况下，其作为清算组

成员未在公司注销时履行通知和公告义务，导致原告未及时申报债权而未获清偿，故对原告要求其因此造成的损

失承担赔偿责任的请求，一审法院予以支持；二审法院维持原判。

三、法律分析

本案争议焦点有二：第一，北京 S 公司应否承担赔偿责任？第二，宋某、王某作为北京 S 公司的清算义务人基于侵权关系应承担的责任问题？

关于争议焦点一，依据《合伙企业法》第二条第三款规定：有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任；第六十七条规定：有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式；第六十八条第一款规定：有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。根据《苏州 S 合伙协议》第 4.2 条关于普通合伙人义务明确约定：普通合伙人应采取一切必要和

适当的行动，使合伙企业有效存续，并以有限合伙企业的身份开展经营活动，使合伙企业行使或履行与第三方之间所订立合同项下的权利和义务，实现合伙企业的宗旨；第 4.3 条关于执行事务合伙人的违约责任明确约定：除非出于重大过失、恶意或欺诈行为或有明显证据表明没有履行勤勉尽责义务，普通合伙人不应对因其作为或不作为所导致的对有限合伙或任何有限合伙人的损失负责；执行事务合伙人负责企业日常运营，对外代表合伙企业。执行事务合伙人不按照合伙协议约定或者全体合伙人决定执行事务导致违约发生的，执行事务合伙人应对其他合伙人造成的损失进行赔偿。鉴于此，无论是基于法律规定还是当事人协议约定，北京 S 公司作为普通合伙人和执行事务合伙人，

在享有经营控制权、利润分配权并单独计收报酬等权利的同时，亦应对其他合伙人承担对应的义务与责任。在其存在重大过失、恶意或欺诈行为，或有明显证据表明没有履行勤勉尽责义务时，普通合伙人应对因其作为或不作为所导致的对有限合伙或任何有限合伙人的损失负责。基于本案事实，应当认定北京S公司在执行合伙事务中存在重大过失。现北京S公司的上述行为导致其他合伙人权益受损，因此应当承担赔偿责任。

关于争议焦点二，原《公司法解释二》第十一条规定：公司清算时，清算组应当按照公司法第一百八十五条的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告。清算组未按照前款规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依

法予以支持；第十九条规定：有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人在公司解散后，恶意处置公司财产给债权人造成损失，或者未经依法清算，以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记，债权人主张其对公司债务承担相应赔偿责任的，人民法院应依法予以支持；第二十条规定：公司解散应当在依法清算完毕后，申请办理注销登记。公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，债权人主张有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人对公司债务承担清偿责任的，人民法院应依法予以支持。公司未经依法清算即办理注销登记，股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任，债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。

根据本案在案证据可见，宋某、王某对于北京S公司作为有限合伙企业普

通合伙人及执行事务合伙人履行《苏州S 合伙协议》的事实属于明知的主观态度。换言之，其二人在办理公司注销时，明确知晓北京S公司与其他合伙人之间存在尚在履行过程中的合伙合同关系。

据此，宋某、王某作为股东对债权人应承担的侵权责任，在侵权行为、主观过错、因果关系、损害结果四方面的构成要件均已具备，该二人应当承担赔偿责任。



四、律师建议

普通合伙人（执行事务合伙人）滥用经营管理权，损害合伙人企业利益或侵害其他有限合伙人权益事例屡见不鲜，有限合伙人即出资人应防患于未然，从知情权、参与权等角度保障自己的合法权益。

一是合法有效行使知情权。对于有限合伙企业的经营情况，尤其是对外投资、对外担保、重大项目、重大决策等要充分保障自身的知情权，如可以通过《合伙协议》对知情权的范围、内容及

行使形式等作出具体约定，以起到对执行事务合伙人权力的监督和限制。

二是保障重大事项的参与权。如在签署《合伙协议》初始便对须经过全体合伙人一致同意方可进行的重要事项列举或说明，防止执行事务合伙人滥用经营管理权，为自身利益作出损害其他合伙人的行为。另外需要提醒的是，对于合伙协议中的“一致行动人”条款，有限合伙人也要慎重签署，或列举排除适用的情形等，避免在合伙企业经营过

程中，始终处于“不知情”和“被代理”的情境下。

三是积极主张和行使合伙人权利。如定期要求召开合伙人会议，也可以通过专业人士的帮助发表自己的意见或建议，掌握合伙企业经营的真实数据和

情况。当合伙企业或自身权益因执行事务合伙人欺诈、故意或重大过失遭受损害时，要积极主张自己的权益，如及时行使撤销权或通过诉讼、仲裁等救济渠道主张损害赔偿等。



郑华 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人

七方涉外法律服务部 主任

上海市律师协会政府法律顾问委员会 委员

上海市律师协会青年律师工作委员会 委员

上海市闵行区劳动人事争议委员会 兼职仲裁员

上海市闵行区人民法院 特邀调解员

业务方向：劳动法、公司法、婚家法律服务

联系方式：181 1602 6089



陈春雨 律师

上海七方律师事务所 律师

七方劳动法律服务部 律师

七方涉外法律服务部 律师

业务方向：劳动法、婚姻家庭、涉外法律

联系方式：177 4973 3383



以旷工为由解除劳动合同裁判要点解析

作者：陈春雨

《劳动合同法》第 40 条规定中的客观情况发生重大变化导致劳动合同无法履行，用人单位可以支付经济补偿金，提前一个月通知劳动者或者额外支付一个月工资后解除劳动合同，该条款在实践中如何适用一直是劳动争议的热点问题，很多用人单位不当适用该条款可能构成违法解除，也有很多劳动者主张适用该条款，却被用人单位以不服从工作安排为由开除。本文旨在从上海市第一中级人民法院(2024)沪 01 民终 3205 号一案为切入点，探讨用人单位客观情况发生变化时，用人单位的用工管理权与劳动者的劳动权益应当如何平衡的问题。

一、案情简介

邱某于 2008 年 7 月 16 日入职 A 公司处，担任技术文档工程师岗位。双方签署的劳动合同约定，乙方（即邱某）同意并

接受甲方可以根据公司需要调整乙方的工作地点，……甲方根据经营需要、乙方工作能力、工作表现及身体状况等因素，可依法合理变更本条中规定的乙方工作

部门、工作内容及工作地点。2023年2月1日，A公司向邱某发送邮件表示：经过沟通，双方协商决定在公司的最后工作日是2023/3/31号。邱某回复：该邮件系公司单方通知，其不同意解除劳动合同。2月24日至2月28日期间，A公司向邱某通过邮件形式发送《转岗通知》称：由于客户方项目调整，其目前的岗位撤销，公司为其安排新项目工作，现Title、工作内容和薪资待遇不变。更换项目岗位是公司存续《劳动合同》的唯一选择，请准时前往新的岗位报到，如若无故缺勤，将按照《员工手册》进行处理。邱某回复表示：新项目的工作内容、方式、时间和合同所签的岗位差异甚大，其不接受这次转岗，会继续到原项目原岗位上上班；岗位撤销，公司可按照劳动法合法解除劳动合同，并给予补偿金。3月1日，A公司向邱某发送邮件称：由于邱某前一项目工作已结束，工作场所迁至XX工作区域，公司已为其开通该区域门禁通行权限，前一岗位门禁通行权限将取消。邱某回复称：该强制性转岗并不合理，其现在还是前一项目的员工，

其要求在原项目组继续工作，并要求公司安排后续工作内容。后，A公司分别于3月2日、3月3日向邱某发送两封邮件，以邱某旷工为由，两次提出书面警告。邱某回复称：没去新项目报到是因为其对转岗有异议，其不接受这次换岗，且其一直在原岗位上上班，不同意也不接受该警告。3月6日，A公司向邱某发出《解除劳动合同通知书》的邮件称：因邱某在2023年3月1日至3月6日，不遵从项目安排，不前往新的项目报到，擅自缺勤，连续旷工4个工作日。该行为已构成公司《员工手册》严重违纪行为：连续旷工3天以上（包括3天）。公司现正式通知如下：劳动合同于2023年3月7日起正式解除……。随后，邱某申请劳动仲裁要求A公司支付违法解除劳动合同赔偿金。仲裁委员会作出裁决对邱某的仲裁请求不予支持。邱某对此不服，遂诉至一审法院。

二、判决结果

一审法院查明，双方曾就解除劳动合同事宜进行过沟通协商，但最终未能协商一致，双方协商解除劳动合同事宜就此结

束；邱某所在项目岗位确已撤销。法院认为：公司提出调岗的行为并无不当，邱某应当服从工作安排，但邱某并未按照要求至新项目报到。公司根据《员工手册》相关规定给予邱某两次书面警告通知书，然邱某仍未按照工作安排至新项目岗位提供劳动，拒绝履行遵守劳动纪律的义务，A 公司对邱某作出解除劳动合同的决定并不违法。对邱某的诉讼请求，法院不予支持。二审法院认为，《劳动合同法》第四十条第三款规定：劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同。本案中，虽然 A 公司曾以劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化为由，与劳动者协商解除劳动合同，但双方并未就解除劳动合同协商一致。此后，A 公司未以双方协商一致为由解除劳动合同，亦未以形势变更、双方协商未能就变更劳动合同内容达成协议

为由解除劳动合同，故上述法律规定不适用于本案；一审法院认定事实正确，判决理由并无不当，最终驳回邱某上诉，维持原判。



三、案件分析

本案争议焦点有二：第一，本案可否适用《劳动合同法》第四十条第三款关于客观情况变化，双方协商变更劳动合同不成，用人单位支付补偿金，并支付一个月带通金或者提前一个月通知劳动者，即可解除劳动合同的规定？第二，A 公司解除劳动合同的行为是否违法？

关于第一个争议焦点，在本案中，邱某所在的岗位被撤销，构成了劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行之情形，A 公司曾与邱某协商解除劳动合同，但双方未能协商

一致。此时A公司是否适用《劳动合同法》第四十条第三款之规定解除劳动合同，该选择权在于公司，并不在于劳动者，也即A公司与邱某协商变更工作岗位不成之时，其既有权选择支付补偿金并解除劳动合同，也有权选择继续履行劳动合同，本质上是原劳动合同约定的条件无法继续履行的原因无法归咎于任何一方时，法律赋予了用人单位单方决定是否继续履行劳动合同的选择权。邱某在邮件中要求A公司在撤销原岗位的情况下支付其补偿金解除劳动合同，认为在其不同意调岗的情况下，用人单位即应当支付其补偿金并解除劳动合同，系其对第四十条第三款规则的错误解读，实践中很多劳动者都对此有所误读，导致劳动者在与用人单位就变更劳动合同内容无法协商一致的情形下，误认为自己可以不听从用人单位的工作安排，坐等用人单位依据该条款支付补偿金、解除劳动合同，殊不知很可能面临着违反用人单位规章制度的法律风险。本案中A公司并未选择以支付补偿金的方式解除劳动合同，因此并不适用《劳动合同法》第四十条第三款的规定。

关于第二个争议焦点，首先，A公司与邱某在《劳动合同》中约定，公司有权根据公司的经营状况、工作需要，以及邱某的工作能力、工作表现等，变更邱某的工作内容、工作部门及工作地点等内容。该约定系邱某对服从公司用人管理的承诺，也是对A公司行使其合理的用人管理权的书面形式的确认。其次，不论邱某所在的岗位是否实际撤销，A公司根据经营需要，结合客户的工作需求，对邱某提出调岗，并表示新岗位在工作职务、工作内容、薪资和福利、工作地点等保持一致，且邱某未提供证据证明A公司的调岗存在侮辱性等不具有合理性的情况下，该调岗行为并无不当，邱某应当服从工作安排，但邱某并未按照要求至新项目报到，不服从公司合理工作安排的行爲，应被认定为旷工。公司据此于3月2日及3月3日向邱某发送书面警告通知书，分别给予邱某两次书面警告处理。在邱某仍不服从安排提供劳动，公司以邱某擅自缺勤，连续旷工4个工作日为由解除劳动合同，有事实依据和规章制度依据，符合法律规定。

四、律师建议

一方面，双方签署劳动合同时，应当明确劳动者的工作内容、工作地点、岗位职责、工作时间等条款，避免约定不清产生相应的纠纷；在单位调整岗位或者变更劳动合同其他内容时，双方应当积极履行诚实磋商义务，尽量寻求双方都能接受的解决方案，避免诉累；在岗位调整或劳动合同解除过程中，应当有证据意识，及时收集和保留与工作调整相关的所有沟通记录、通知、警告等文件；另一方面，对于劳动者，在不同意公司调岗的工作安排

时，应当积极与用人单位沟通寻求双方满意的解决方案，尽量避免直接拒绝单位的工作安排，避免旷工行为发生，否则可能增加自己违反公司规章制度的法律风险；最后，对于用人单位，不能随意适用《劳动合同法》第四十条第三款规定解除劳动合同，否则可能存在违法解除劳动合同的法律风险；在安排劳动者调岗过程中，要注意避免带有歧视、侮辱意味的调岗安排，应当在客观考量劳动者的工作能力、工作表现、公司经营的实际需要的基础上，合理作出相应的安排。

离职结算交接后是否还能提起劳动仲裁？

作者：原悦



劳动仲裁

【问题引入】

笔者最近代理了一起劳动纠纷仲裁案件，该案件的简要案情为员工因个人原因提出了辞职，单位在交接过程中要求员工签署《离职财务结算单》，结算单载明结算款项为离职当月结算工资以及差旅报销费用，并有“已确认依法解除劳动关系，不存在有任何纠纷或劳动人事争议”的打印字体，落款处为“领款人签名”。其后，员工就年终奖、应休未休年假折算工资以及返还罚款等提起劳动仲裁申请。

一、案情简介

张某于 2016 年 4 月 5 日入职上海某设计研究总院有限公司(以下简称公司)工作,双方于同日签订了书面劳动合同,最后一份劳动合同期限为 2019 年 4 月 5 日起至 2021 年 4 月 4 日止。张某于 2017 年 12 月发生工伤事故。

2019 年 8 月 8 日,公司与张某就年终奖和应休未休年休假工资进行了沟通协商,张某因担心影响下家单位入职而签订《员工离职工资等费用结算单》,其中载明经双方协商一致,2019 年 8 月 16 日解除劳动合同,工资发放至该日,7,522.41 元(税前)、社会保险费及公积金(含补充公积金)缴纳至 2019 年 8 月并支付经济补偿金等 60,219.54 元、待最终工伤鉴定结果出来后按相关规定支付其工伤医疗保险及工伤就业补偿金。结算单下方经各部门领导签字确认,并载明:“本人声明:本人确认与贵

公司所有工资薪酬、工伤补偿类所有费用都已结清,劳动关系解除,与公司无任何劳动及工资福利等争议。”2019 年 9 月 9 日,公司支付 60,219.54 元,附言:“解除劳动合同补偿金”。

2019 年 12 月 26 日,张某向劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁,要求公司支付一次性伤残就业补助金差额 4,899 元、2017 年未休年休假 15 天折算工资 24,063.45 元、2018 年未休年休假 14 天折算工资 28,702.38 元以及 2019 年年年终奖 20,746 元。

二、裁判结果

本案经过劳动仲裁和法院一审、二审审理,仲裁委员会裁决支付一次性伤残就业补助金差额 4,899 元,对张某的其他仲裁请求不予支持;一审法院与二审法院均作出了相同判决。

三、律师评析

本案争议焦点为离职结算单是否

有效，在劳动者已签署离职交接单的情况下是否等同于放弃了后续提起仲裁诉讼的权利。

（一）该份离职结算单是否存在效力瑕疵。

根据上海的裁判口径，一般会认定离职结算单具有与离职协议相同的法律效力。不违反法律、行政法规的强制性规定的离职结算单，且签订时不存在欺诈、胁迫或者乘人之危的情形的，可以作为劳资双方的真实意思表示，双方应当按照约定履行相应的权利与义务。除非劳动者能够证明签订时存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形，否则该签署行为具有法律效力，劳动者不得再行主张其他劳动权利。

本案中，《员工离职工资等费用结算单》载明：“本人声明：本人确认与贵公司所有工资薪酬、工伤补偿类所有费用都已结清，劳动关系解除，与公司无任何劳动及工资福利等争议。”劳资双方签订上

述协议并实际履行，且劳动者因自身考虑到不及时签订结算单可能会影响到下家单位入职，故在《员工离职工资等费用结算单》签字。在此情形下，若员工再行就其他诉求进行仲裁与诉讼，与双方真实意思不符亦违反了诚实信用的原则，应当认定为自身对于权利的放弃。



（二）“别无争议”条款是否可以完全阻却劳动者后续提起劳动仲裁或诉讼。

经笔者检索，上海地区关于签署离职交接单后仲裁诉讼的相关判例，发现即使签署了离职交接单的情形下也并非一定会被裁审机构认定为双方实质上别无争议。如（2019）沪 0115 民初 22137 号一案



中，上海市浦东新区人民法院认为载有原告签名的“员工离职交接单”的“本人与公司再无任何争议”的打印字体内容，但该被告提供给原告填写的“员工离职交接单”是被告处所有员工离职时需填写的固定格式版本，其中打印字体部分内容是被告为了供离职员工重复使用而预先拟定，属被告提供的格式条款。该格式条款免除了提供格式条款方被告的责任，排除了原告主要权利，属无效条款。因此，并未仅根据“别无争议”条款而驳回劳动者的诉讼请求，而是对于诉讼请求均一一实质处理。本案二审法院也作出了相同的判决。

就笔者最近处理的一起类案而言，笔者认为《离职财务结算单》属于记录员工交接工作、财务归还的流转文件，其结算项目仅限于财务范畴，其并不属于双方就劳动关系解除达成一致的离职协议性质。且“别无争议”条款系公司打印在

《离职财务结算单》的反复使用的固定条款，因此即使在结算单中约定“别无争议”，属于用人单位免除自身责任、排除劳动者权利的格式条款，应当被认定为无效。另，在财务结算单的签名处往往系“领款人”，此时一般应认定员工的签字是对收到了交接单载明费用的确认，并非对其他权利的放弃或处分，此时若将员工在“领款人”处的签字认定为确定劳动关系存续及解除后均不存在任何争议，属于扩大解释，明显不合理。

四、律师提醒

从避免在劳动者与用人单位已解除或终止劳动关系后再产生讼争的角度出发，并保护双方权益，用人单位与劳动者应当注意：

- 1、劳资双方应当就劳动关系的解除或终止进行积极的沟通与协商，就劳动关系存续期间的劳动报酬与福利待遇等达成合意并及时结算。

2、用人单位审慎拟定相关《离职协议》与《离职结算单》的材料，避免在实务中被认定为免除用人单位法定责任、排除劳动者权利的格式条款，从而导致该条款无效，后续仍需要进行仲裁和诉讼。

3、劳动者在签订《离职协议》与《离职结算单》时，应当仔细阅读其中条款。劳动者不认可协议中的内容的，应当及时提出异议，若劳动者贸然签字确认则可能会被认定为对于自身权利进行了放弃。



原悦

上海七方律师事务所 律师

业务领域:劳动法、民商事争议解决

电话:135 2420 9223

邮箱:yy@7-dimension.com

“拖欠工资”导致离职，主张经济补偿金法律要点解析

作者：周晓蕾

【案情简介】

张某于2018年8月27日进入A公司工作，担任运营主管一职，双方签有两份劳动合同，最后一份劳动合同期限为2021年8月27日至2024年8月26日。张某每月工资为4,000元，2022年8月前调整至6,800元，另有饭贴每顿20元。劳动合同约定A公司每月10日以银行转账形式支付张某上个月自然月工资。

2024年5月11日，张某向A公司出具被迫离职告知书，记载：“……由于公司自2024年2月6日最后一次发放工资后，2024年3月10日、2024年4月10日、2024年5月10日，共计三个月均未发放应发工资……现对本人家庭生活造成了严重影响，故根据劳动法的規定，正式提出被迫离职，解除双方的劳动关系……”张某最后工作至2024年5月11日。

A公司与2024年5月15日发放张某

张某2024年2月工资，于2024年5月30日发放张某2024年3月及4月的工资。A公司在张某2024年2月至4月的工资中每月扣除200元。A公司在2024年6月28日支付张某2024年5月工资。

张某于2024年6月21日向某某委员会申请仲裁，要求A公司：1. 支付2024年3月1日至5月11日的工资16,524元；2. 支付解除劳动合同的经济补偿45,059.22元。2024年8月5日张某将第1请求变更为：1. 支付2024年2月1日至4月30日的工资差额600元。仲裁委员会于2024年8月27日作出裁决，由A公司支付张某2024年2月1日至4月30日的工资差额600元，对张某的其他请求事项不予支持。张某不服起诉至法院。

【裁判结果】

本案中，A公司提供利润表、资产负债表、现金流量表及催缴电费通知、2023年10月23日A集团公司、物业办公例会

会议记录记载：“2、目前形势下，要对员工做好工资缓发的解释工作，预计可能不只缓发一个月，要传达到每一个员工，让员工知晓这是公司不得已被迫采取的措施，公司也会在解决资金问题后优先考虑发放工资。……”A公司另提供张某2024年12月朋友圈截图，证明张某在诉讼期间多次前往外地旅游，甚至去海外旅游，说明其生活质量实际并未因工资短暂延迟发放而受到影响。一审法院认为，张某以A公司拖欠2024年2月至4月工资为由于2024年5月11日提出解除劳动合同。A公司的证据显示其确实存在经营困难情形，虽然未及时发放2023年2月至4月工资，但实际已在张某离职当月结清上述期间的工资，并无拖欠工资的主观恶意。虽然A公司在2023年2月至4月工资中

每月扣除200元，但系双方对于该部分费用存在争议所致。综上，A公司并无拖欠张某工资的主观恶意，故张某提出解除劳动合同并主张经济补偿缺乏依据。

【法律分析】

（一）员工主张被迫离职的法律依据

根据《劳动合同法》第三十八条规定，用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：（二）未及时足额支付劳动报酬的。同时依据第四十六条规定，劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。这表明在用人单位未及时足额支付劳动报酬的情况下，劳动者有权被迫解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿。上述条文似乎为员工在公司拖欠工资时选择被迫解除劳动合同提供了明确的法律依据，然而在实践中情况要复杂得多。

（二）“未及时足额支付劳动报酬的”

为由被迫离职的考量因素

1、公司是否存在拖欠工资的主观恶意？



在判定公司是否存在拖欠工资的主观恶意时，不能仅仅依据工资未按时发放这一结果来倒推。一方面，要判断公司是否有不能及时足额支付劳动报酬的客观原因。在(2022)沪0101民初4335号案中，法院认为，用人单位依法向劳动者支付劳动报酬是用人单位的基本义务，如果用人单位存在有悖诚信的情况，从而拖延支付或拒绝支付的，才属于立法所要规制的对象，因此用人单位因主观恶意未及时足额支付劳动报酬的，可以作为劳动者解除劳动合同的理由，但确因客观情况导致用人单位未能及时足额支付劳动报酬的，不能作为劳动者解除劳动合同的理由。另一方面，公司就延迟发放劳动报酬有无与员工进行积极沟通或尝试解决问题。在(2024)沪0113民初6705号案中，法院认为原告在被告正常提供劳动的情况下，存有拖欠发放工资的情形长达数月，严重影响了被告的生计，且原告也未采取协商或者每月暂发一定生活费等其他方式积极寻求解决问题的途径，故被告以原告拖欠工资为由解除劳动合同，符合享受解除劳动合同

经济补偿的条件。本案中A公司提供的证据足以显示其确实存在经营困难情形，就延迟发放工资的情况与员工进行沟通。同时在张某离职的当月就结清未及时发放2023年2月至4月工资。法院最终认定A公司无拖欠工资的主观恶意，A公司无需向张某支付经济补偿金。

2、公司拖欠工资的时间是否超过合理期限？

在司法实践中，拖欠支付周期也是判断公司是否严重违法以及员工权益受损程度的重要因素。如果拖欠支付周期较短，比如只是偶尔延迟几天发放工资，且公司能够合理说明原因，那么这种情况可能相对轻微。员工以发薪日当天或次日便提出被迫离职不具有合理性，建议先行和公司进行沟通，保留好书面催要工资的证据。本案中A公司自2024年2月6日最后一次发放工资后，在2024年3月10日、4月10日、5月10日这三个应发工资日均未按时发放工资，拖欠时间累计达到数月。较长的拖欠支付周期会对劳动者的生活造成较大影响，也会在一定程度上破坏劳

劳动者对用人单位的信任。张某因三个月未发工资而去主张被迫解除，也具有一定合理性基础。

3、拖欠工资是否有其他合理因素？

对于因工资金额存在争议导致的所谓“拖欠”情况，也需要具体情况具体分析。如果用人单位能够证明该争议是基于合理的理由，比如双方在劳动合同履行过程中对工资构成、扣款事项有不同的理解，但用人单位有一定的依据来支持自己的扣款行为，那么这种情况不能简单等同于恶意拖欠工资。在(2024)沪0117民初2072号案件中，法院认为加班工资差额系双方就计算基数引发的争议，现并无证据表明被告存在拖欠加班工资的故意，故原告以此为由主张被迫解除劳动合同理由不成立。需要注意，即使对于绩效工资发放金额存在争议，员工也不能轻易选择被迫离职。在(2023)沪0118民初35000号案中，法院认为绩效工资属于浮动工资，双方就此存在争议，该情形亦不属于恶意克扣拖欠工资。

【法律提醒】

当员工遭遇公司恶意且长期拖欠工资时，依据《劳动合同法》第三十八条，有权解除劳动合同并获取经济补偿。发现工资拖欠后，务必以书面形式催告公司。留存好相关凭证，包括邮件、快递单号等，这些证据在后续维权中至关重要。切勿在一个工资支付周期内冲动地提出被迫离职。



公司有按时足额支付工资的法定义务。若因经营困难等特殊情况需延迟支付，应及时与员工沟通并说明情况，如出具财务报表、经营状况说明等，争取员工的理解，并制定合理的支付计划。在实践中，如果公司对员工催告工资支付的发函不予回复，采取直接漠视的态度，这种情形下被认定存在恶意拖欠的可能性较高。公司务必重视员工工资诉求，积极解决问题，避免陷入法律纠纷。

员工以“未足额支付劳动报酬”为由解除劳动合同，需格外谨慎。一旦被迫解除不成立，法律效果上等同于员工选择主动辞职。判断自己是否符合《劳动合同

法》第三十八条第二款可以提出被迫离职的情形，要结合具体情况具体分析，必要时应咨询专业法律人士，准确判断自身处境，依法维护权益。



周晓蕾

上海七方律师事务所 实习律师

业务领域：劳动法、合同法、企业

法律顾问

电话：137 0168 1984

邮箱：zxl@7-dimension.com

解读《反不正当竞争法（修订草案）》关于混淆行为的规定

作者：孙志勇

【引言】2024年12月25日，全国人大常委会公布了第一次审议后的《反不正当竞争法（修订草案）》（以下简称“修订草案”），该草案共5章41条，通过总结监管实践经验，对现行《反不正当竞争法》作出了修订。

在有关不正当竞争行为的相关规定中，主要修订内容包括完善规制混淆行为的情形、强化商业贿赂治理、加强对网络不正当竞争的规制、完善规制商业诋毁行为、强化平台责任等等。有些修订内容变化较大，比如在商业贿赂治理中，在现行《反不正当竞争法》仅规制贿赂他人的情况下，增加了收受贿赂的违法责任，坚持

行贿受贿一起打击，同时在现行法律仅规定商业贿赂单位责任的基础上，增加了个人法律责任，规定了经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对实施贿赂负有个人责任的，应当进行处罚。

与此同时，此次修订草案，对比2022年11月22日国家市场监督管理总局发布的《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》，修订内容大幅减少，对一些存在较大争议的问题未作出调整和改变，体现了立法的谨慎和务实态度。

本文仅就此次修订过程中关于混淆行为的修订作一简要梳理和解读。

一、关于混淆行为的法律修订变化

与现行《反不正当竞争法》相比，2024年修订草案第七条增加列举了3项混淆行为，具体包括：

（一）擅自使用他人有一定影响的新媒体账号名称、应用程序名称或者图标等；

(二)擅自将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用；

(三)擅自将他人有一定影响的商品名称、企业名称（包括简称、字号等）等设置为其搜索关键词。

同时，专门增加了一款规定，作为第七条第二款，对帮助混淆行为进行规

制，明确规定“经营者不得为他人实施混淆行为提供便利”。

另外，对作为被混淆对象的主体标识，在企业名称、社会组织名称、姓名中增加了“非法人组织名称”。具体修订情况可见下表：

| 现行法 | 修订草案 |
|--|--|
| <p>第六条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：</p> <p>（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；</p> <p>（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；</p> <p>（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；</p> <p>（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。</p> | <p>第七条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：</p> <p>（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；</p> <p>（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织和非法人组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；</p> <p>（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页、新媒体账号名称、应用程序名称或者图标等；</p> <p>（四）擅自将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用；</p> <p>（五）擅自将他人有一定影响的商品名称、企业名称（包括简称、字号等）等设置为其搜索关键词；</p> <p>（六）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。</p> <p>经营者不得为他人实施混淆行为提供便利。</p> |

二、修订内容解读

（一）在混淆对象中增加列举“新媒体账号名称、应用程序名称或者图标”是对市场新形态的回应，也是对司法实践成果的确证。

在当前经济活动中，许多新媒体和应用程序发展迅猛，其名称具有极高的知名度和经济价值，仿冒行为也层出不穷。司法实践中，已有许多案件对此类仿冒混淆行为进行了打击，比如（2020）京 0105 民初 68166 号北京朝阳法院审理的“新氧 APP”案，（2016）京 73 民终 75 号北京知产法院审理的微信公众号“为你读诗”案等等。

此次修订，将此类新媒体账号名称等在具体法律条文中进行列举，有利于加大打击力度，同时通过普法宣传也有利于减少相应不正当竞争行为的发生。

当然，也有专家对该条规定提出了批评，认为在立法技术上没有进步，“罗列商业标识的具体形态，规制的行为及其规制要件本质无区别，除了引发认识上的混乱，徒增司法适用难度外，无任何实际规范意义”。

（二）增加第四项是吸收司法解释的成果，同时有利于法律的衔接适用。

我国《商标法》第 58 条规定：“将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，构成不正当竞争行为的，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。”但遗憾的是，一直以来，针对此行为，现行《反不正当竞争法》并没有明确的规定。

司法实践中，针对此行为的法律适用也不尽相同，有的适用《反不正当竞争法》第二条“一般条款”，有的适用第六条第四项“兜底条款”进行处理。2022 年 3 月 20 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》（以下简称“2022 年司法解释”）对此进行了统一，明确针对此类行为，可以依照《反不正当竞争法》第六条第四项予以认定。

此次修订，进一步将该司法解释的规定上升为法律，并将该行为单独列出一项，不再纳入“兜底条款”之中，实现了与《商标法》的有效衔接。

（三）增加第五项并未消除争议，是否产生混淆是审查重点。

将他人有一定影响的商品名称、企业名称等设置为搜索关键词是否构成不正当竞争，在实践中存在不小的争议。

对该行为，根据在链接标题中是否体现该关键词，通常区分为显性使用和隐性使用两种形式。

对显性使用，认定其构成不正当竞争行为基本没有异议。在 2024 年 12 月 31 日国家市场监督管理总局公布的 7 起网络不正当竞争典型案例中，浙江省宁波市市场监督管理局查处的宁波鄞州艺星时代美容医院有限公司商业混淆案就属于此类。执法机关认定“当事人通过购买关键词的方式，在搜索网站后台将大量与其具有竞争关系的其他口腔、美容医院名称作为关键词使用，形成包含竞品机构名称的标题链接”，其行为违反了《网络反不正当竞争暂行规定》第七条第二款及《反不正当竞争法》第六条第（二）项的规定。

但对隐性使用是否构成不正当竞争行为，在执法和司法中尚存在不同观点。部分法院认为该行为攀附他人商誉，且对网络用户造成信息干扰，构成不正当竞争，也有部分法院认为这本身是一种市场竞争的手段，不构成不正当竞争。最高人民法院在（2022）最高法民再 131 号“海亮案”再审判决中，认定该案被告隐性使用“海亮”关键词的行为违反《反不正当竞争法》第二条的规定，构成不正当竞争。但在此之后，争议并未彻底平息。

不过需要说明的是，虽然不同法院对隐性使用是否构成不正当竞争存在争议，但各方对该行为不构成《反不正当竞争法》第六条所规定的混淆行为是有共识的，争议只在于是否违反《反不正当竞争法》第二条的规定。

本修订草案增加的第五项内容，与 2024 年 9 月 1 日起施行的国家市场监督管理总局《网络反不正当竞争暂行规定》的表述基本一致，该规定第七条第一款罗列了 7 种混淆行为，然后单列一款作为

第二款，规定“擅自将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词，足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的，属于前款规定的混淆行为。”

但结合实践中的使用行为以及法律规定内容可见，该修订草案增加第五项的规定，并不能解决实践中对该问题存在的争议，并非所有将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词的行为都构成不正当竞争行为，在法律适用上需要在个案中重点判断是否存在混淆可能性，即是否存在“引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”。

（四）在作为被混淆对象的主体标识中增加“非法人组织名称”符合法律规范周延性的要求。

在现行《反不正当竞争法》第六条第二项规定的主体标识包括企业名称、社会组织名称、姓名之外，《2022年司法解释》在其第九条第二款规定，有一定影响的个体工商户、农民专业合作社（联合社）以及法律、行政法规规定的

其他市场主体的名称（包括简称、字号等），人民法院可以依照反不正当竞争法第六条第二项予以认定。

此次修订草案，将该司法解释内容上升为法律，并将司法解释中规定的上述主体统称为“非法人组织”规定在法律条文中，给予其与企业名称等同等保护，符合法律规范周延性的要求。

（五）建议增加对擅自使用他人有一定影响商业标识近似标识的规制和打击。

实践中，擅自使用与他人有一定影响的商业标识相同或近似标识的行为时有发生，甚至使用近似标识的行为占比更多。

现行《反不正当竞争法》第六条仅规定了擅自使用他人有一定影响的商业标识的行为，而对擅自使用与上述商业标识近似标识的行为未作出规定，对该行为的规制依赖于《2022年司法解释》。

《2022年司法解释》第十一条规定，经营者擅自使用与他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会

组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）、域名主体部分、网站名称、网页等近似的标识，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系，当事人主张属于反不正当竞争法第六条第二项、第三项规定的情形的，人民法院应予支持。

建议将该司法解释的规定上升为法律规定，在被混淆对象上将修订草案第七条第一款第二项、第三项所列举的商业标识相同或近似的标识均作出规定。



孙志勇 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方知识产权法律业务部 主任

首批上海海外知识产权纠纷应对指导专家库
专家

上海对外经贸大学法律硕士研究生 校外导师

业务方向：知识产权、企业合规管理

联系方式：189 1888 7908

生成式人工智能“创作”作品性质法律分析

作者：王晓鹏

随着人工智能技术的飞速发展，生成式人工智能（AIGC）在文生文、文生图、文生视频等领域的应用越来越广泛。AIGC 技术通过海量数据训练，创作模仿式、生成用户需要的新内容。然而，这项技术的应用也带来了一系列著作权纠纷问题。本文将对 AIGC 技术在相关领域的运用现状、AIGC 作品是否能够受到法律保护等问题进行分析，并结合实践案例，对如何合法合规利用 AIGC 进行文生文、文生图运用进行法律分析，并提出合理建议。

一、AIGC 在文生图、文生文领域的实际运用

AIGC 技术，即生成式人工智能技术，使用计算机视觉（CV）技术来生成符合是指计算机通过特定的大模型运算，理解输入端所给定的文字内容、逻辑结构、用户具体要求，进而自主生成符合用户需求的，具有一定创造性的输出内容。

这样的过程听起来很简单，似乎与传统的上网搜索没有什么不同，但实际上，两者的不同之处在于：AIGC 不仅仅是一个被动接受信息的搜索引擎，它更

像是一个具有自主思维的“创造者”，一个成熟可用的 AIGC 的背后，是大量开发者投喂、标注、修正、训练的海量数据，计算机对这些数据进行学习、训练，逐渐“理解”了我们日常生活中常见的这些物体的概念和特征，得以在接

受用户输入的指令后，根据已学习的信息，主动“创造出”一幅全新的作品。

简单说，AIGC 不再是一个搬运工；更像是一个画家。它似乎有了自己的意

识和思维，“读懂”了你讲给它听的故事，然后自己画了一幅画来描述故事场景。而通过 AIGC 写出的文字，也是上述同样的机制和原理。



二、AIGC 生成物能否受到著作权法保护

我们以北京互联网法院“人工智能文生图著作权侵权国内第一案”（“春风图案”）以及广州互联网法院的“奥特曼案”为例，进行对比分析：AIGC 生

成的图像和文字，是否能够受到我国《著作权法》的保护？

（一）“春风图”案件简介

本案中，原告李某使用开源软件 Stable Diffusion，通过输入提示词，

并多次调整提示词细节的方式生成了多张 AI 图片，并将其中一张以“春风送来了温柔”为名发布在小红书平台上。被告刘某在百家号账号中发布文章时，使用了该图片作为配图，且未获得原告的许可，也未保留图片上的署名水印。原告认为被告侵犯了其署名权和信息网络传播权，遂提起诉讼。

原告李某主张其对 AI 生成的图片享有著作权，要求被告公开赔礼道歉并赔偿经济损失。被告刘某则辩称，其通过互联网检索获得涉案图片，用作原创诗文的配图，不确定原告是否享有图片权利，且其发布内容主要是原创诗文，非涉案图片，没有商业用途，不具有侵权故意。

法院认为，涉案 AI 图片满足著作权法对作品的定义，应认定为美术作品。法院强调，AI 系统的设计者只是创作工具的生产者，没有创作涉案图片的意愿，也没有预先设定后续生成内容。原告是直接根据需要对涉案人工智能模型进行设置，并最终选定涉案图片的人，涉

案图片是基于原告智力投入直接产生，且体现出了原告的个性化表达，故原告是涉案图片的作者，遂判决原告胜诉。

（二）奥特曼案简介

原告上海某公司经授权取得“奥特曼”系列作品的独占使用权，并有权以自己的名义进行维权。被告某人工智能公司经营的 Tab 网站提供 AIGC 绘画功能，用户通过输入关键词，如“生成一个奥特曼”，网站即生成与奥特曼形象相似的图片。

原告主张被告未经授权，擅自利用原告享有权利的作品训练其大模型并生成实质性相似的图片，且通过销售会员充值及“算力”购买等增值服务牟取非法收益，给原告造成严重损害。被告则辩称其作为 AIGC 平台，提供的是技术服务，不应承担侵权责任。

法院认为，被告的行为构成对原告著作权的侵权。被告未经许可，由 Tab 网站生成的多个奥特曼图片，部分或者完全复制了奥特曼这一美术形象的独

创性表达，侵犯了原告对涉案奥特曼作品享有的复制权；部分侵权图片在保留原有奥特曼的独创性表达的基础上形成了新特征，侵犯了原告对奥特曼作品享有的改编权。法院同时认为，考虑到本案是 AIGC 技术发展背景下生成物侵权的新情况，且已支持了复制权、改编权侵权的主张，因此没有认定被告侵犯了原告对奥特曼作品享有的信息网络传播权。

同样是利用 AIGC 技术生成图片，两地法院对于图片性质认定截然不同，原因何在？那 AIGC 作品究竟要达到怎样的标准，才能受到法律的保护？

笔者认为，判断 AIGC 技术生成的图片或者文字能否受到法律保护，首先要从我国现行的《著作权法》中对于“作品”的认定条件入手，根据《著作权法》的规定，“作品”应具备以下特征：

1. 独创性：所谓“独创性”是指，作品中新体现的表达内容与既有表达内容之间存在明显差异，即作品是作者独立创作的，不是抄袭或复制他人的成果，

而是体现了作者的个性化表达。独创性可以进一步分解为“独”和“创”两方面，“独”指的是作者独立完成，注重创作的过程；“创”指的是成品需体现一定的智力成果，强调创作的结果。

2. 可感知性：作品应当是可以被感知的，即作品应当能够以某种方式被人类感知，无论是通过视觉、听觉还是触觉等感官。

3. 可复制性：作品应当是可以被复制的，即可以通过印刷、录音、录像等方式进行复制和传播。这意味着作品需要有一定的固定形式，可以是文字、音乐、图像等。

4. 属于文学、艺术和科学领域内的智力成果：作品必须属于文学、艺术和科学领域内，这是作品的范畴限定。

5. 作者身份法定：根据著作权法第十一条关于“作者”的定义，只有个人、法人或非法人组织才能成为“作者”，只有作者才能享有著作权，其创作成果才能受到著作权法的保护。从该条规定可以推断，在我国现行法律体系中，人

人工智能还无法成为作者，AIGC 技术的生成物背后的权利主体还是实际使用者。

结合上述法律规定，我们再看北京和广州两个法院的判决。

北京春风图案案中，原告在整个文生图的过程中，多次调整、修改输入的指令信息，并向 AI 给出了明确的绘图指引，AI 所生成的最终作品是原告自身思想的外在表达，具有一定的独创性。相较于传统绘画需要绘画人本人具有高超的技巧，利用 AIGC 技术作画似乎更加便利，有一种“动动嘴皮子”就能出成果的“不劳而获”的感觉，但是技术的进步恰恰就是会带来这样的革命，此时此刻的 AIGC，与彼时彼刻的画笔，本质上没有区别，都只是服务于人类的工具而已，只要作品符合《著作权法》规定的保护要件，可以将其列入保护范畴，以鼓励创作，鼓励技术发展。

但笔者也认为，客观上，鉴于利用 AIGC 创作作品的难度和付出确实有别于传统的创作过程，对于 AIGC 作品应

予以特别标注，以提示公众此作品来自人工智能辅助创作，便于公众或交易对象选择合理交易对价，国家网信办发布的《人工智能生成合成内容标识办法（征求意见稿）》针对如何对人工智能产物进行标注进行了专门规定；另外，对于 AIGC 作品的侵权赔偿，也应考虑到作品的创作难度，与传统作品有所区分，以保护传统的作品创作模式。

而广州奥特曼案件中，网络平台采用的 AIGC 在大模型训练阶段，显然忽略了数据标注和著作权保护，将“奥特曼”这种具有显著特征的知名形象直接拿来训练大模型，特别是当平台用户要求生成“奥特曼”形象的时候，也缺乏必要的著作权保护意识，生成的“奥特曼”形象，仅仅改动了一些无关紧要的细节，主体形象与他人受保护形象作品几乎完全一致，这样的 AIGC 作品，只是一种模仿和搬运，不具有独创性，当然也不能以技术作为挡箭牌逃避侵权责任。



三、结语

人工智能的快速发展，已经在逐渐改变我们传统的生活方式，网络上已经出现越来越多地利用 AIGC 技术生成的图片、文字、视频，一时间乱花渐欲迷人眼，但在这喧嚣之下，笔者也要提醒各位从业者，在拥抱这场技术革命之时，也一定要做好法律合规，规避法律风险，做好以下一些工作：

（一）数据采集及使用合规：AIGC 服务提供者应使用具有合法来源的数据和基础模型，不得侵害他人依法享有的知识产权。涉及个人信息应取得个人同意或符合法律法规规定情形。

（二）畅通投诉、举报渠道，优化技术措施：AIGC 服务提供者应建立健全投诉、举报机制，设置便捷的投诉、举报入口，公布处理流程和反馈时限，及时受理、处理公众投诉举报并反馈处理结果。

（三）技术层面的防护：利用数字水印技术实现 AIGC 合成内容的追踪溯源，防止知识产权剽窃。同时，使用 AIGC 技术进行诈骗内容识别和解释，提高内容审核的效率和准确性。

（四）法律与伦理合规：AIGC 企业应定期审核、评估算法机制，确保算法

推荐服务不诱导用户沉迷或过度消费，
避免设置违背伦理道德的算法模型。

技术无罪，但使用技术的人要具备
法律底线思维，只有我们合法合规地

运用 AIGC 技术，才能够在保护创作的
同时，促进 AIGC 技术的健康发展和广
泛应用。



王晓鹏 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人、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：公司商事、诉讼与争端解决、数字科
技法律服务

联系方式：135 6401 7158



医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：吕新雅、朱好婕、芩玉姣、刘永琴

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：www.7-dimension.com

地 址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼A、C、D座