



## 二手房买卖执行异议法律问题分析

作者：吉常兴

近期，笔者接到了一位当事人关于其购买的二手房被法院另案查封相关问题的咨询。通过此次咨询，笔者发现，二手房在被卖出后未办理过户手续前因卖房人被法院另案执行而被查封的情况时有发生，对于购房人而言可能存在较大的风险。那么，购房人在符合哪些条件下能够排除法院的强制执行？笔者以下将结合相关法律规定及案例进行解答。

### 一、基本案情

本次咨询的购房人所告知的案件基本情况如下：

购房人A因自身购房需要，与卖房人B签订了一份房屋买卖合同并按照约定支

付了定金和部分价款，但尚未入住该房屋，且因卖房人B的原因未能及时办理过户手续。然而，在购房人办理上述房屋的产权过户手续的过程中，购房人A

发现：因卖房人B对外存在负债，该房屋被视为卖房人B名下的财产，被法院查封。然而，因购房人A名下无其他房产，如果上述房屋被法院执行，则将造成购房人A无处可居的局面。此时，购

房人A向律师咨询：“在此种情况下，购房人A是否可以排除法院后续的查封拍卖等执行行为，并作为购房人主张对该房屋的各项权利？”

## 二、法律依据

针对上述购房人A咨询的问题（以下简称“本案”），律师首先检索到《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》（以下简称“执行异议和复议案件规定”）及《最高人民法院关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释》（“执行异议之诉案件解释”），这两项法律规定的相关条款如下：

《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》

第二十八条 金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，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）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；

（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；

（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。

《最高人民法院关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释》

第十四条 人民法院对登记在被执行人名下的不动产实施强制执行，案外人以其系该不动产买受人为由，提起执行异议之诉，请求排除一般金钱债权的强

制执行，并能够证明其主张同时符合下列条件的，人民法院应予支持：

（一）查封前，案外人已与被执行人签订合法有效的书面买卖合同；

（二）查封前，案外人已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且查封后至一审法庭辩论终结前已将剩余价款交付人民法院执行；

（三）查封前，案外人已合法占有该不动产；

（四）非因案外人自身原因未办理不动产所有权转移登记。

人民法院判决驳回案外人诉讼请求的，案外人交付执行的剩余价款应予以及时退还。

第十六条 人民法院查封前，符合下列情形之一，可以认定为本解释第十四

条、第十五条中的“非因案外人自身原因”：

（一）案外人与被执行人已共同向不动产登记机构提交办理所有权转移登记申请；

（二）案外人已请求被执行人履行办理所有权转移登记手续等合同义务，或者因办理所有权转移登记与被执行人发生纠纷并已起诉或者申请仲裁等；

（三）新建商品房尚不符合首次登记条件；

（四）已办理买卖合同网签备案；

（五）被执行人等通知案外人办理不动产所有权转移登记而其未怠于办理；

（六）其他非因案外人自身原因的情形。

### 三、司法案例

新乐某某社与纪某某借款合同纠纷一案进入执行后，新乐法院对案涉房产进行查封，路某某、石某某向该院提出异议，主张其早在十几年前已购买案涉房

产，购买后一直居住至今，提供相应证据予以证实。新乐法院经审查作出执行裁定书，中止对案涉房产的执行，新乐某某社遂提起执行异议之诉。

法院经审理查明，案外人路某某与石某某原系夫妻关系。路某某、石某某称二人向被执行人纪某某购买案涉房产，并以现金形式一次性支付纪某某全部房款，纪某某将案涉房产房产证交付给二被告，二被告装修入住。案件审理中，二人未提交书面房屋买卖合同，提交了银行取款凭证以及向他人借款的证人证言，《居民用电合同》，《自来水准用证》，二人还提交了离婚时法院作出的民事调解书，载明双方达成协议将案涉房产赠与双方儿子路某甲。二人称路某甲结婚后在案涉房产居住至今。再审开庭庭审后，路某某、石某某提交了在新乐市其二人名下无其他房产的证明。

对此，法院认为，本案审理焦点为案外人路某某、石某某对执行标的的是否享有足以排除强制执行的民事权益。对于这一争议焦点，法院主要从以下三个方面进行认定。

（一）关于路某某、石某某与纪某某是否签订了真实有效的书面买卖合同问题。法院通过《居民供用电合同》《自

来水准用证》等证据相互印证，认定路某某、石某某与纪某某之间存在真实的房屋买卖合同关系，且在人民法院查封之前购买并实际居住多年。

（二）关于路某某、石某某购买案涉房产是否实际支付房款问题。法院通过证人证言等证据，认定路某某、石某某在购买案涉房产时支付了全款。

（三）路某某、石某某主张是基于生活所需购买案涉房产，提供了名下无其他房产的相关证据，对路某某、石某某是基于生活所需购买案涉房产且名下无其他房产的事实予以认定。路某某、石某某购买案涉房产长期未办理过户手续，与纪某某居无定所、后又因犯盗窃罪受到刑罚处罚等情节有关。较之被申请人新乐某某社与纪某某的借款抵押合同而言，纪某某将案涉房产卖与路某某、石某某后再挂失房产证重新办证进行抵押，其行为违背诚信；新乐某某社对案涉房产抵押未现场勘查，未尽审慎审查义务，故即使路某某、石某某对购买案涉房产后多年未办理过户手续存在

疏忽，亦不应影响其对案涉房产请求排除执行，路某某、石某某主张其对案涉

房产享有排除强制执行的民事权益，予以支持。

#### 四、律师评析

以上案例体现了法院对于二手房购房人可以排除法院执行所需的四个要件的认定标准及观点。显然，是否符合上述法律规定中这四个要件是购房人是否得以排除法院执行的核心。因此，对于购房人A是否可以排除法院执行的这四个要件，笔者结合上述案例评析如下：

##### （一）已签订合法有效的书面买卖合同

签订合法有效的书面房屋买卖合同是构建购房人与卖房人买卖合同关系的基础，也是购房人取得占有、使用房屋这一财产性权利的前提。另外，从上述案例中的法院观点可见，即使没有签订书面的买卖合同，如果能够证明存在真实的房屋买卖合同关系（例如提供实际居住所产生的《居民供用电合同》、《自来水准用证》等证据），也同样可以证明事实买卖合同关系的成立，并认定购

房人符合这一要件。由此，具体到本案中，购房人A应向查封房产的执行法院提供已经签署的书面买卖合同。

##### （二）已合法占有该不动产

结合上述案例，购房人实际在房屋居住或出租房屋所产生的物业服务合同、交房证明、水电费、物业费缴纳凭证、出租合同等证据是购房人用以证明合法占有不动产的重要证据，可以进一步证明购房人对于房屋的实际占有。具体到本案中，购房人A目前尚未入住房屋，在此存在一定法律风险。对此，购房人A应结合房屋买卖合同的约定，和卖房人B提出要求入住房屋的聊天记录等证据，证明购房人A曾主动要求入住，而尚未入住的原因并非购房人A自身的原因。

（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行





一般而言，二手房购房人在购买房屋时不会支付房屋的全部价款。同样，在本案中，购房人A也仅支付了案涉房屋的定金和部分价款，在此亦存在一定法律风险。对此，若购房人A想要进一步确保自身对该房屋的所有权，则此时应积极、主动地和执行法院以及相关申请执行人进行沟通 and 协商，要求在能够确保自身对该房屋享有所有权的情况下，可以将后续的购房款配合执行法院的执行，直接付款至执行法院的账户，以满足上述法律规定的要求。

（四）非因案外人自身原因未办理不动产所有权转移登记

以上述案例为例，在本案中，购房人A也是因为卖房人B的原因客观上未能办理过户手续。因此，尽管作为购房人在签订买卖合同后应当积极主动地促成房屋的过户登记以完成物权上的所有权转移，但如果仍未能办理过户，只要能够证明非因自身原因而未能办理，仍然符合这一要件。另外，参考案件，购房人A此时亦可举证其名下无其他房产的情况，故其没有任何动机和理由去拖延过户手续的办理。

## 五、律师建议

（一）二手房的购房人在与卖房人签订房屋买卖合同前，应当尽可能对房屋产权人的信用状况、偿债能力等与其经济状况相关的信息进行调查了解，从而在一定程度上防止产权人的债权人后续申请法院对该房屋采取强制执行措施这一情况的发生；

（二）如购房人已签订二手房买卖合同，购房人应当基于执行异议之诉案件解释第十四条等规定尽快完成支付部分房款（或支付全部房款）、办理房屋过户手续并实际占有使用房屋，包括保留支付凭证、过户申请材料等证据，从而排除可能发生的卖房人债权人对该房屋的执行；

（三）在二手房交易过程中，购房人应当注意保留和卖房人以及中介公司之间的相关谈话记录，重点是合同价款的交付时间、产权过户时间、入住时间等重要问题的协商过程。



**吉常兴 律师**

上海七方律师事务所 律师

七方执行案件与商事仲裁业务部 律师

业务方向：疑难案件执行、商事诉讼和仲裁

联系方式：134 0219 4723



# 民用无人驾驶航空器运行之法律风险防范

作者：金宁

2024 年是低空经济元年，低空经济已连续两年被写入国务院政府工作报告，成为国家培育新质生产力的核心赛道之一。低空经济产业已在多领域的应用场景形成了商业闭环，“向天空要 GDP”“天空机遇”等热词，生动诠释了低空经济的蓬勃发展态势。然而，在低空经济快速发展的同时，我们亦不能忽视其中存在的若干风险。

鉴于低空经济是新兴的领域，本文第一部分将介绍民用无人驾驶航空器及相关概念。第二部分将介绍民用无人驾驶航空器合规运行规范体系。第三部分将引用民事、刑事真实案例，让公众对民用无人驾驶航空器法律风险产生直观认识。第四部

## 一、无人驾驶航空器概念及分类

### （一）无人驾驶航空器的概念

无人驾驶航空器按照性能指标分为微

我们常说的无人机，其标准法律称谓是“无人驾驶航空器”。无人驾驶航空器，是指没有机载驾驶员、自备动力系统的航空器。

型、轻型、小型、中型和大型。

微型无人驾驶航空器，是指空机重量小于 0.25 千克，最大飞行真高不超过 50 米【真高是指飞行器距离其正下方基准水平面（多指地面）的垂直高度】，最大平飞速度不超过 40 千米/小时，无线电发射设备符合微功率短距离技术要求，全程可以随时人工介入操控的无人驾驶航空器。

需要提示注意的是，无人驾驶航空器不仅包括娱乐用途无人机、农林植保无人机、抢险救灾无人机等大众熟知的种类，还包括 EVTOL、飞行汽车等。

### （二）无人驾驶航空器的分类





轻型无人驾驶航空器，是指空机重量不超过 4 千克且最大起飞重量不超过 7 千克，最大平飞速度不超过 100 千米/小时，具备符合空域管理要求的空域保持能力和可靠被监视能力，全程可以随时人工介入操控的无人驾驶航空器，但不包括微型无人驾驶航空器。

小型无人驾驶航空器，是指空机重量不超过 15 千克且最大起飞重量不超过 25 千克，具备符合空域管理要求的空域

保持能力和可靠被监视能力，全程可以随时人工介入操控的无人驾驶航空器，但不包括微型、轻型无人驾驶航空器。

中型无人驾驶航空器，是指最大起飞重量不超过 150 千克的无人驾驶航空器，但不包括微型、轻型、小型无人驾驶航空器。

大型无人驾驶航空器，是指最大起飞重量超过 150 千克的无人驾驶航空器。

## 二、无人驾驶航空器合规运行规范

（一）中、大型无人驾驶航空器应取得适航许可

读者或许对什么是适航、为什么要适航存在疑问。

### 1、适航许可的概念

从事微型、轻型、小型民用无人驾驶航空器系统的设计、生产、进口、飞行、维修以及组装、拼装活动，无需取得适航许可。但从事中型、大型民用无人驾驶航空器系统的设计、生产、进口、飞行和维修活动，应当依法向国务院民用航空主管部门申请取得适航许可。

所谓适航，是民用航空领域的专用名词，指航空器的整体性能和操作特性在预期运行环境和使用限制下的安全性和物理完整性的一种固有品质，这种品质要求航空器始终符合其型号设计并处于安全可用的状态。简言之，就是无人驾驶航空器要适合航行。为什么要设立适航许可制度，主要还是基于安全性的考量。

## 2、适航许可的种类

适航许可包括设计批准类、生产批准类以及适航批准类。

适航许可证件的取得流程复杂、审核严谨，对无人机企业的发展至关重要，单独成文阐述较为合适，在此不作重点介绍。

提及适航，当下的热点绕不开亿航智能公司。2023 年 10 月，这家公司的 EH216-S 型号的 EVTOL 获得中国民航局颁发的型号合格证，这是全球第一张 EVTOL 的型号合格证。此外，亿航智能还取得了生产许可证和适航证。2025 年 3 月 28 日，旗下公司亿航通航及合翼航空收到了由中国民航局颁发的全国第一批载人类民用无人驾驶航空器运营合格证，这意味着中国低空经济“载人时代”序章正式开启。

### （二）营利法人应取得运营合格证

使用除微型以外的民用无人驾驶航空器从事经营性飞行活动的营利法人，应

当向民用航空管理部门申请取得民用无人驾驶航空器运营合格证。

但考虑到农林植保的现实需要和耕地空间的人口密度极小，国务院和中央军委颁布的相关条例规定，使用最大起飞重量不超过 150 千克的农用无人驾驶航空器在农林牧渔区域上方的适飞空域内从事农林牧渔作业飞行活动，无需取得运营合格证。

此项规定，明确要求经营性活动的营利法人单位必须取得运营合格证。那么，是否意味着公民个人可以不受限制地使用民用无人驾驶航空器从事经营性活动呢？答案是否定的，法律依据在 2018 年 3 月 21 日中国民用航空局发布的《民用无人驾驶航空器经营性飞行活动管理办法(暂行)》第三条，使用最大空机重量为 250 克以上(含 250 克)的无人驾驶航空器开展航空喷洒(撒)、航空摄影、空中拍照、表演飞行等作业类和无人机驾驶员培训类的经营活动应当取得经营许可证，未取得经营许可证的，不得开展经营性飞行活动。



概言之，重量 250 克以及以上无人机的营业性活动应当取得经营许可证，而经营许可证只针对营利法人开放申请，故此，公民个人是没有权限进行此类营利性活动的，即便其有操控员执照。跃跃欲试的无人机飞手们需要特别注意这一点。

### （三）小型、中型、大型无人机操控员应考取执照

一方面，操控微型、轻型民用无人驾驶航空器飞行的人员，无需取得操控员执照，但应当熟练掌握有关机型操作方法，了解风险警示信息和有关管理制度。

另一方面，操控小型、中型、大型民用无人驾驶航空器飞行的人员应向国务院民用航空主管部门申请取得相应民用无人驾驶航空器操控员执照。但存在以下例外情况：从事常规农用无人驾驶航空器作业飞行活动的人员无需取得操控员执照，但应当由农用无人驾驶航空器系统生产者按照国务院民用航空、农业

农村主管部门规定的内容进行培训和考核，合格后取得操作证书。

持证驾取无人驾驶航空器的法定要求，令 CAAC 考试培训需求井喷，众多培训机构和中高职院校或已经成为培训网点或在积极布局。

### （四）唯一产品识别码设置、备案义务

民用无人驾驶航空器系统生产者应当为其生产的无人驾驶航空器设置唯一产品识别码并且在投放市场前报工业和信息化部备案。这意味着每一台无人机在市场上都是独一无二可识别的。

### （五）所有者实名登记义务

民用无人驾驶航空器所有者应当依法进行实名登记，未经实名登记实施飞行活动的，由公安机关责令改正，处 200 元以下罚款。针对情节严重的，处 2000 元以上 2 万元以下罚款。

如果将无人机转让，也需要及时做解除绑定的操作，避免承担不必要的风险。



## （六）强制购买保险义务

使用民用无人驾驶航空器从事经营性飞行活动，以及使用小型、中型、大型民用无人驾驶航空器从事非经营性飞行活动，应当依法投保责任保险。

民用无人驾驶航空器未依法投保责任保险的，由民用航空管理部门责令改正，处 2000 元以上 2 万元以下的罚款。针对情节严重的，责令从事飞行活动的单位停业整顿直至吊销其运营合格证。

对于未从事经营性活动的微型、轻型无人机，政府并未强制要求购买保险，但政府也建议所有者或使用者为降低自身风险购买保险。上海市公安局等 9 部门联合发布的《加强本市民用无人机等“低慢小”航空器安全管理通告》第四条，明确鼓励民用无人机等“低慢小”航空器拥有者、使用者在进行飞行活动前，投保第三者责任险。

## （七）飞行活动须提前申请

组织实施微型、轻型、小型无人驾驶航空器在适飞空域内的飞行活动，无需向空中交通管理部门提出飞行活动申请。

这里涉及适飞空域和管制空域的概念区分。

所谓管制空域，具体包括真高 120 米以上空域，空中禁区、空中限制区以及周边空域，军用航空超低空飞行空域，以及涉密单位、危险区域等上方的空域。

所谓适飞空域，前述管制空域范围以外的空域为微型、轻型、小型无人驾驶航空器的适飞空域。

由此可见，个人在 120 米以下非禁飞空域放飞微型、轻型、小型无人机，不需要提出飞行活动申请。

当然，空中禁飞区域并非一成不变的，如遇特定事件如进博会，会划分临时管制区域。个人操控无人机飞行，应当在合法的三维空间里进行，检查无人

驾驶航空器状态，并及时更新电子围栏信息。

## (八) 合规运行法律规范小结

结合上述七项无人驾驶航空器合规

虽然理论上适飞区飞行可不申报，但因变化频繁，为确保合规，每次放飞前都应在“随申办”查看、申报，实现“随报随飞”，避免“黑飞”。

运行规范，我们表格总结如下：

类型 规范	微型	轻型	小型	中型	大型	备注
适航许可	×	×	×	√	√	无
运营合格证	×	√	√	√	√	150KG↓, 农业作业, 不需要运营证
操控员执照	×	×	√	√	√	常规农业作业, 不需要执照
唯一产品识别码	√	√	√	√	√	无
实名登记	√	√	√	√	√	无
强制购买保险	√	√	√	√	√	经营性飞行活动
	×	×	√	√	√	非经营性飞行活动
飞行活动申请	√	√	√	√	√	管制空域
	×	×	×	√	√	适飞空域

注：“×”代表不需要遵守对应规范，“√”代表需要遵守对应规范。





### 三、刑事、民事真实案例

#### （一）刑事处罚真实案例

##### 1、无人机“黑飞”危害公共安全案

###### （1）案情

河北省唐山市古冶区人民法院(2018)冀 0204 刑初 143 号刑事判决书显示：被告人唐某等明知自己未获得操纵无人机许可，操纵无人机升空进行地貌拍摄，被解放军空军雷达检测发现为不明空情，致出动战斗机查证并将其迫降。此次空情，中部战区组织部队共 1235 人、3 架战斗机、15 部雷达、75 台车辆参与处置，共耗航油约 3.8 吨、柴油约 1

吨、汽油 140 升，民航多架次航班被迫修改航线。

###### （2）裁判要点

法院审理认为，被告人违反航空管理法规，未申请飞行空域、飞行计划，造成了严重的后果，危害了公共安全，四被告人行为构成过失以危险方法危害公共安全罪，均判处有期徒刑一年，缓刑一年。

##### 2、无人机破解禁飞限制案

###### （1）案情

上海市宝山区人民法院(2023)沪

0113 刑初 1069 号案件判决书显示：被告人张某通过网店招揽有意愿破解无人机出厂系统限定的客户，并介绍给高某(已判决)。高某通过境外破解软件，解除原系统设定的禁飞区及高度限制。

## (2) 裁判要点

法院判决书指出，被告人张某为他人提供破解无人机限高、禁飞限制的程序，构成提供侵入计算机信息系统程序罪，判处被告人拘役五个月，缓刑五个月，并处罚金人民币二千元。

## 3、无人机拍摄军事设施案

### (1) 案情

江西省南昌县人民法院(2020)赣0121 刑初 695 号案件判决书显示，被告人程某某途经某军事管理区时，看到附近有疑似导弹车，立即用自带的无人机升空拍摄，在拍摄完三张地导 4 旅 73 营野外驻训部署相片之后离开现场。

后经过 105 国道向塘机场段时，其又使用手机拍摄了三张战斗机照片和一段

有关战斗机的微信小视频发至一无人机微信群中。

## (2) 裁判要点

被告人以非法手段获取国家秘密，其行为已构成非法获取国家秘密罪，法院最终判决被告人程某某犯非法获取国家秘密罪，判处有期徒刑七个月。

## (二) 民事侵权赔偿真实案例

### 1、无人机与汽车碰撞案

#### (1) 案情

福建省厦门市翔安区人民法院(2013)翔民初字第 488 号判决显示，原告厦门某公司所有的无人机在翔安区马巷镇巷南中学门口附近的公路上紧急迫降着陆时与由被告的轿车相碰撞。

#### (2) 裁判要点

法院认为，原告未经主管部门批准，擅自进行违规飞行作业，且在无人飞机降落时未做好安全防范措施，是造成本次事故的根本原因，事故中所造成的损失应由其自行承担，法院不予支持其赔偿请求。



## 2、无人机与无人机发生碰撞案

### (1) 案情

浙江省青田县人民法院(2023)浙1121民初1125号判决显示,2023年2月26日,青田县阜山镇清真禅寺门口广场举行庙会活动。原、被告均操纵无人机进行航拍。13时36分许,原、被告的无人机同一时间自空中坠落,致不同程度损坏。

### (2) 裁判要点

法院认为,本案系侵权责任纠纷,应根据双方的过错情况确定责任比例。被告在操控无人机的过程中,未观察飞行空域内其他无人机的具体方位,致使与原告操控的处于悬停状态的无人机发生剐蹭,系事故发生的主要原因。同时,原、被告未经批准擅自操控无人机飞行,均存在过错。综合比较双方的过错大小,酌定被告对原告的损失承担70%的赔偿责任,剩余30%的损失由原告自行承担。

## 四、风险防范建议

经过前文民事和刑事两个维度的案例分析,结合对合规条款的介绍,我们感受到了切切实实的法律风险。随着低空经济行业发展越来越规范化,我们更应当有风险防范意识,将防范举措前置。

### (一) 民事赔偿风险防范建议

有关避免或减轻承担民事赔偿责任方面,建议民用无人驾驶航空器起飞前取得对应资质、购买保险,并每飞必报备,在审批通过的时间、区域飞行。

### (二) 刑事处罚风险防范建议

有关避免被刑事处罚方面,建议民用无人驾驶航空器在使用中注意不要进入军事管制区等涉及国家机密的区域,更不要试图拍照、测绘或传输相关信息,否则将涉及非法获取国家秘密罪。

未经许可不能擅自超高飞行、越界飞行,如果因此造成民航飞机避让、延误、军方出动迫降等严重后果的,可能会被追究以危险方法危害公共安全罪。

对于懂技术的人员而言，不可破解无人机出厂系统限定或更改其系统设定，这有可能涉及提供侵入计算机信息系统程序罪。

对于承担载人、载客功能的中型、大型无人驾驶航空器，其责任主体是否具备重大飞行事故罪的入罪可能性，因目前尚无可查案例，有待进一步讨论。

目前我国低空经济发展仍处于探索发展期，还有很多问题亟待解决，如审批监管流程繁琐影响低空经济场景规模化应用、基础设施不足、管控能力欠缺

等。我国低轨卫星即千帆星座计划的进展，也将对行业发展产生影响。再如空中交通网络的构建、空中交通事故责任认定规则，以及这是否会催生出类似无人驾驶航空器交强险、商业险的丰富保险品种，都是值得探讨的问题。

以保证人民群众的生命财产安全为底线，坚持先载货后载人、先隔离后融合、先远郊后城区的原则，同时借鉴域外在低空经济领域的成熟做法，我们相信低空经济这一新质生产力一定会迸发出澎湃的生命力。

### 金宁 律师

上海七方律师事务所 律师

中国民主促进会会员

上海立信会计金融学院法律询服务中心咨询专家

上海奉贤区人民检察院检察公益保护志愿者

上海市律师协会民商事诉讼专业委员会干事

业务方向：民商事争议解决、人身侵权、

刑事诉讼、劳动法

联系方式：189 1661 1256





## 农村建房施工合同效力案例分析

作者：席绪军

### 一、案例

浙江某地村镇的两户农民陆某和朱某与当地镇社区建设项目管理部（以下简称“项目部”）签署《某区住宅建设协议》（以下简称“建设协议”），“建设协议”对房屋的建设标准做了详细明确的规定，其中规定房屋的层数为三层（无地下室），包括房屋的各层高及总高度，“项目部”负责房屋定位放样、检查及管理，还明确施工员为徐某，要求严格按照“项目部”提供的设计图纸进行施工。两位建房人共同与徐某签署《农房建筑工程施工合同》（以下简称“施工合同”），“施工合同”约定了承包价款、支付方式和高于设计文件的

个性化要求，并约定违约方要承担守约方的律师费等维权费用的支出成本。

房屋施工完成交付使用后，朱某就立即结清了全部的工程价款，但陆某却长期拖欠支付工程价款，徐某无奈只得将陆某起诉至当地法院，要求按照合同约定和履行过程中的增项支付欠付工程价款并支付徐某委托律师的律师费。

庭审中陆某提出徐某没有承包施工资质，违反了《建筑法》的相关规定，主张其与徐某签署的“施工合同”为无效合同，并抗辩称其不应当承担违约责任（工程款逾期支付的利息损失）和徐某支出的律师费等损失。

### 二、建筑法律的相关规定

《建筑法》第二十六条规定“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。”根据建筑法的相关规

定，只有单位才可以获得资质证书承揽工程，个人是无法获得承揽工程的资质证书。





第八十三条第三款“抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”根据该条规定农民自建低层住宅的建筑活动不适用建筑法的相关规定。

《建筑工程施工许可管理办法》第十八条第二款“《建筑法》第八十三条第三款规定的建筑活动，不适用本法。”

由以上规定可知，农民自建低层住宅的建筑活动不适用建筑法关于必须由有资质的施工单位承接建设工程的规定。

《重庆市高级人民法院、四川省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》重庆市高级人民法院、四川省高级人民法院 2022 年 12 月 28 日实施。其中第三个问题“农民自建建筑物施工合同的承包人不具备相应的施工资质是否影响合同效力？”答：农民自建两层（含两层）以下的住宅，属于《中华人民共和国建筑法》第八十三条规定的“农民自建低层住宅”，承包人不具备相应的施工资质的，不影响

施工合同的效力。农民自建三层（含三层）以上的住宅或者自建非住宅建筑的，承包人应当具备相应的施工资质，不具备相应的施工资质或者超越资质等级所签订的施工合同应当认定无效。

### （一）建筑规范标准

根据《民用建筑设计统一标准》（GB 50352-2019），低层建筑指建筑层数为 1~3 层的建筑类型，涵盖公共建筑、宿舍建筑及住宅建筑等类别。其中公共建筑与宿舍建筑以 1~3 层为低层，4~6 层为多层；住宅建筑则明确将 1~3 层划为低层，并细化其防火规范、容积率计算等标准。

部分地方标准（如上海市）在层数划分基础上，补充规定低层居住建筑的高度上限为 10 米，形成“层数为主、高度为辅”的判定体系。该分类标准与《建筑设计防火规范》（GB 50016）等国家规范相衔接，直接影响电梯配置、疏散通道设计等建筑技术要求。

（二）经济发展水平决定各地方“农民自建低层住宅”的层数标准

国务院 1993 年 5 月 7 日《村庄和集镇规划建设管理条例》，第二十一条规定：在村庄、集镇规划区内，凡建筑跨度、跨径或者高度超出规定范围的乡（镇）村企业、乡（镇）村公共设施和公益事业建筑工程，以及二层（含二层）以上的住宅，必须由取得相应的设计资质证书的单位进行设计，或者选用通用设计、标准设计。该条例规定二层及以上的住宅必须适用有设计资质证书单位出具的设计文件或者选用通用设计、标准设计。

住建部于 2004 年 12 月 6 日制定的《建设部关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》第三条第三项的规定：对于村庄建设规划范围内的农民自建两层（含两层）以下住宅（以下简称农民自建低层住宅）的建设活动，县级建设行政主管部门的管理以为农民提供技术服务和指导作为主要工作方式。该意见则明确农民自建低层住宅是指两层（含两层）以下住宅。

在当时从全国的经济发展水平的实际情况来看，确定农村农民自建低层房屋的标准为二层及以下，这个标准也是实事求是的恰当标准。

2024 年 1 月 1 日起施行的《甘肃省农村住房建设管理办法》（以下简称“甘农房办法”）第十二条规定：在村庄规划中应当控制农村住房建筑层数，以二层及以下低层住房为主。第十七条“村民建设住房应当委托经过县级以上人民政府住房和城乡建设主管部门培训合格的乡村建设工匠或者具备相应资质的建筑施工单位施工。村民建设住房达到下列条件之一的，应当委托具备相应资质的建筑施工单位施工，并向乡（镇）人民政府和县级人民政府住房和城乡建设主管部门申报，纳入工程质量安全监督体系：（一）三层及以上

的；”

2018 年 5 月 1 日起施行《浙江省农村住房建设管理办法》（以下简称“浙农房办法”）第七条“建设农村住房，由建房村民委托建设工程设计单位或者

建筑、结构专业的注册设计人员进行设计并出具施工图；建设三层以及三层以下且不设地下室的农村住房（以下统称低层农村住房）的，也可以选用免费提供的农村住房设计通用图集，或者委托具有建筑、结构专业中级以上职称的设计人员进行设计并出具施工图。”第十条“除法律、法规另有规定外，农村住房建设不需要办理建筑工程施工许可证。建设非低层农村住房的，建房村民应当委托建筑施工企业施工；建设低层农村住房的，也可以委托具有相应技能的农村建筑工匠施工。”

由“甘农房办法”的规定可知，二层及以下为低层住房标准，三层及以上的农村住房建设必须委托有资质的建筑施工单位施工，乡村建设工匠只能承接二层及以下的低层住宅。而在更早施行的“浙农房办法”则明确规定，三层及以下为低层农村住房的标准，并规定可以委托具有相应技能的农村建筑工匠施工。

2024年3月1日起施行《四川省农村住房建设管理办法》（以下简称“川农房办法”）第二十一条“建设三层及以上的农村非低层住房，建房村民应当委托有相应资质的单位进行勘察、设计、施工。”，直接将三层定性为农村非低层住房，该定性明显与《民用建筑设计统一标准》（GB 50352-2019）有关低层建筑层数的规定不一致。由“川农房办法”第二十一条可以反向推出“二层及以下的为农村低层住房”这个结论。

将三地的农村住房建设管理办法对比后可以发现，经济发达的浙江省早在2018年就将农村低层住房的标准定为三层及以下，明确农村建筑工匠可以承接三层及以下的农民自建低层住房的施工。而经济尚不发达的甘肃省和四川省则将二层及以下定为农村低层住房标准，这是各省根据本地经济发展水平和农村建房现状制定的标准，虽与《民用建筑设计统一标准》不一致，但是众所周知，国家标准实际是最低标准，地方

标准、行业标准应当高于国家标准，因此，川甘两省基于当地经济发展水平制

定了符合本地农村建房实际状况的标准。

### 三、案例判决

一审判决认为，原告与被告等人所签订的农村建房施工合同的标的为三层楼房，不属于农民自建低层住宅，根据建筑法相关规定，本案农村自建房的建造应适用建筑法的相关规定，故涉案房屋建造应由具有相应的施工资质的单位进行。原告虽有村镇工匠证书，但并非承包涉案建设工程的资质，故原、被告之间所签订的农村建房施工合同为无效合同，据此驳回了徐某关于律师费的主张。

二审根据《浙江省农村住房建设管理办法》第十条规定，浙江省内建设低层农村住房（三层以及三层以下且不设地

下室的农村住房）的，可以委托具有相应技能的农村建筑工匠施工。据此，在浙江省内，建设不设地下室的三层（含）以及三层以下的低层农村住房依法可以委托农村建筑工匠施工。本案中，徐某具有农村建筑工匠证书，具备相应的农村建房资质和技能，且案涉建房工程已经完工，陆某已于2023年1月入住，视为竣工验收合格，故陆某等与徐某签订的农房建筑工程施工合同合法有效，双方当事人均应遵循诚实信用原则按约履行，一审认定农村建房施工合同无效存在错误，本院予以纠正。改判支持了徐某的律师费主张。

### 四、结合国家标准与建筑法的规定来认定农民自建低层住宅的标准

根据《民用建筑设计统一标准》（GB 50352-2019）的规定，住宅建筑的低层标准为1-3层，则在全国范围内认定建

筑法律所规定的农民自建低层住宅的标准应当与该标准统一起来，当然全国各地可以根据本地经济发展水平制定更严

于该国家标准的地方标准。在未制定农房建设管理地方性法规、地方政府规章和规范性文件的地方，应统一认定为三层及以下为农民自建低层住宅，便于统一法律适用，充分发挥国家标准的标准化意义。

住房和城乡建设部、应急管理部、自然资源部、农业农村部、市场监管总局于2024年4月12日发布的《住房和城乡建设部等5部门关于加强农村房屋建设管理

的指导意见》建村规〔2024〕4号，第五条“强化工作保障”要求“各地要加快建立完善省负总责、市县和乡镇抓落实的工作机制，因地制宜推动农房建设管理地方性法规、地方政府规章和规范性文件的制定，广泛宣传农房建设管理相关法律法规、政策举措，不断增强产权人和使用人等相关主体的法律意识、责任意识和安全意识。”

### 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  
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：136 4172 0676





## 侵害经销商自由竞争权的法律要素分析

作者：严珮珊

在经销商合作模式中，品牌方为维护渠道秩序、维护品牌价值，往往会对经销商施加一定的约束。然而，当这些约束过度干预了经销商自主经营和自由竞争的权利，便可能触碰《反垄断法》的红线。上海作为经济重镇和司法前沿，其法院在审理此类纠纷时，已形成一套较为清晰的裁判规则。本文旨在结合上海地区的代表性案例，剖析司法实践中认定品牌方行为构成侵害经销商自由竞争权的关键考量因素。

据检索发现，法院的核心认定逻辑在于审查品牌方的限制行为是否超出了保护自身正当商业利益的必要限度，不合理地限制了经销商之间的竞争或阻碍了商品在市场上的自由流通，从而损害了市场竞争秩序。同时，我们还发现，司法与行政在分析路径上存在一定差异，前者偏重合理性原则，后者偏重违法推定。

### 一、行政处罚的思路：“本身违法”原则

固定转售价格(RPM)或限定最低转售价格是行政机关认定的典型纵向价格垄断行为。品牌方无论通过合同条款、口头指令、惩罚措施(如断货、取消返利、终止合作)等方式强制要求经销商执行特定价格，均构成对经销商自主定价权的直接剥夺，严重限制品牌内竞争，通常会被直接推定为违法。

不过单纯的“建议零售价”本身不违法，属于灰色地带，关键在于是否伴随

经济胁迫。若品牌方通过取消返利、减少供货、降低支持力度等惩罚性措施变相迫使经销商执行该价格，则“建议”实质转化为“命令”，构成违法。

典型案例如“捷波朗(Jabra)品牌耳机 RPM 案”(上海市物价局行政处罚决定书第 2520170031 号)。该案中，涉案公司 2014 年 2 月以来在中国大陆市场销售

“捷波朗(Jabra)”品牌耳机产品过程中，不仅与交易相对人达成并实施了

“固定向第三人转售商品价格”“限定向第三人转售商品最低价格”的垄断协议，还采取了一系列限制措施强化价格控制效果，如为线上渠道零售商设置“保证金”制度、为线上渠道零售商设立终端销售价格“报备制度”、对于“低价”的经销商停止供货、取消授权

等。上海市物价局认为，涉案公司的行为属于达成并实施“固定向第三人转售商品价格”“限定向第三人转售商品最低价格”垄断协议的违法行为，排除、限制了市场竞争，决定罚处上一年度相关销售额百分之三(2,305,559.79元)的罚款。

## 二、司法判决思路：合理性是关键

在司法诉讼中，法院通常会结合个案，对具体竞争状况进行分析，如果证明存在排除限制竞争的效果，才认为构成纵向垄断协议。就举证责任，通常来说，由经销商承担品牌方存在价格管控行为的初步证明责任后(如相关邮件、微信记录、内部政策、因低价销售被处罚的证据)，举证责任会转移至品牌方，品牌方需证明其行为不具有强制性或未产生排除、限制竞争的效果，也即《反垄断法》第18条第2款明确的举证责任倒置规则。

代表案例如武汉汉阳公司与上海韩泰轮胎公司纵向垄断协议、滥用市场支配

地位纠纷案(见上海知识产权法院(2016)沪73民初866号；上海高院(2018)沪民终475号)，该案同时也是2020年上海法院知识产权司法保护十大经典案例之一。该案中，上海高院明确了原被告举证责任，即“应由原告对其所主张的法律要件事实负担证明义务，再由被告就其行为不具有排除、限制竞争效果等合法性的法律要件事实负担举证义务”。同时，上海高院还区分了品牌内竞争和品牌间竞争的不同作用，指出“如果特定商品的相关市场品牌间竞争充分，而经营者不具备市场支配地位时，此时即便品牌内竞争被弱化，也不会因此削弱

相关市场的整体竞争”。此外，上海高院还明确了“具备排除、限制竞争效果”是垄断协议的法定构成要件。具言之，最低转售价格维持协议的竞争效果具有不确定性，应“从特定商品相关市

场的竞争状况、被诉经营者在相关市场中的市场地位以及被诉协议对相关市场竞争所产生的客观效果等角度进行合理分析和综合判断。”

### 三、结语

由上可见，上海行政机关在审理品牌方与经销商纠纷、认定是否侵害自由竞争权时，展现出以下鲜明特点，一是严格打击价格管控，对 RPM 行为坚持“本身违法”或“原则禁止+极难豁免”的立场；二是进行“穿透审查”，高度重视返利、惩罚等经济措施是否沦为实施非

法限制的工具，要求激励政策导向合法、健康的竞争行为。

法院在个案中则更强调利益平衡，即在保护品牌方正当商业利益(商业秘密、品牌价值、渠道投入)与维护经销商自主经营权和市场竞争秩序之间寻求平衡，防止过度限制竞争。



#### 四、对品牌方的实务建议

(一) 摒弃强制性价格管控。确保合同明确经销商自主定价权，“建议价”仅为参考，严禁配套惩罚措施。

(二) 设计合规的激励体系。返利政策应绑定于提升销量、服务质量、品牌

在上海这片市场化程度高、法治意识强的营商沃土上，品牌方唯有将合规意识融入渠道管理的血脉，尊重经销商的

建设等合法、正向指标，避免与价格、跨区等敏感行为挂钩。

(三) 建立内部合规机制。设立渠道接受经销商投诉或内部举报，定期检查渠道管理政策执行情况。

自由竞争权，方能构建稳固、健康、可持续的渠道生态，远离反垄断与反不正当竞争竞争的司法利剑。



#### 严珮珊 律师

上海七方律师事务所 合伙人

业务方向：企业法律顾问、公司法、民商事争议解决、金融与投资、涉外法律服务

联系方式：182 2103 5988





## 最高院“背靠背”条款效力问题批复的认识与理解

作者：张庆爽

最高人民法院发布的《关于大型企业与中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复》（下称该《批复》），明确了大型企业与中小企业合同中约定以第三方支付款项为付款前提的条款（下称“背靠背”条款）无效，并规定无效处理、违约责任等。现笔者结合新修订《保障中小企业款项支付条例》（下称新《支付条例》）相关规定，对该《批复》做如下理解和把握。

一、从合同主体方面，须是大型企业与中小企业之间签订“背靠背”条款，若是中小企业之间或大型企业之间则不适用。

那么，对于个体工商户、自然人与大型企业之间是否适用？该《批复》中对此无明确规定，若严格从文义解释角度

看，中小企业不包括个体工商户和自然人，因此不能适用该《批复》。但笔者认为，根据“举重以明轻”的法律解释





规则，中小企业的权益依法能够得到保护，作为相对更为弱势的个体工商户或个人更应得到法律保护，因此大型企业与个体工商户或个人之间也应参照适用该《批复》。

（一）认定大型企业、中小企业的划分标准。

根据《中华人民共和国中小企业促进法》第二条及新《支付条例》第三条第一款规定，中小企业是指在中华人民共和国境内依法设立，依据国务院批准的中小企业划分标准确定的中型企业、小型企业和微型企业；大型企业是指中小企业以外的企业，也即中型企业标准上限即为大型企业标准的下限。

目前司法实践中，认定中小企业的主要依据为工业和信息化部、国家统计局、国家发展和改革委员会和财政部于2011年6月18日联合发布的《中小企业划型标准规定》（工信部联企业〔2011〕300号），将中小企业划分为中型、小型、微型三种类型，具体标准根据企业从业人员、营业收入、资产总额等指标，结合

行业特点制定。以建筑业为例，营业收入80000万元以下或资产总额80000万元以下的为中小微型企业（其中营业收入6000万元及以上，且资产总额5000万元及以上的为中型企业；营业收入300万元及以上，且资产总额300万元及以上的为小型企业；营业收入300万元以下或资产总额300万元以下的为微型企业），建筑业的大型企业即为营业收入80000万元以上或资产总额80000万元以上的企业。

（二）中小企业、大型企业需依合同订立时的企业规模类型确定。

根据新《支付条例》第三条第二款明确规定，中小企业、大型企业依合同订立时的企业规模类型确定。合同订立后，即使合同双方的企业规模及类型发生重大变化，并不影响合同中相关条款的效力认定及法律适用。若交易双方对中小企业规模类型有争议的，可以向主张为中小企业一方所在地的县级以上地方人民政府负责中小企业促进工作综合管理的部门申请认定。

### （三）中小企业的主动告知义务。

新《支付条例》第三条第二款明确规定，中小企业与大型企业订立合同时，应当主动告知其属于中小企业，但该条例中并未对告知方式、未告知的法律后果等做具体规定。实践中，中小企业常忽视履行主动告知义务或对相关告知未能留存证据，大型企业也常以此来

抗辩不适用该《批复》。那么若中小企业未履行告知义务，是否对“背靠背支付条款”效力认定产生影响？从《批复》内容来看，认定“背靠背支付条款”无效并非以中小企业履行告知义务为前提，因此，笔者认为中小企业未履行告知义务，并不影响“背靠背支付条款”的效力认定。

## 二、在合同类型方面，明确适用范围为建设工程施工、采购货物或者服务等典型的合同类型。

虽然“背靠背”条款在各类合同中均可能出现，但该《批复》以列举方式明确了仅适用于建设工程施工、采购货物或者服务合同，这也是款项支付问题比

较集中的领域。对此，新《支付条例》第二条也明确适用条例的适用范围限定于采购货物、工程、服务合同。

### 三、从合同后果角度，明确“背靠背”条款无效后的法律责任问题。

首先，“背靠背”条款被认定无效，不必然导致合同其他条款无效。根据《中华人民共和国民法典》第一百五十六条的规定，民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。因此在满足其他支付条件情况

下，大型企业应当履行合同义务，及时支付合同款项。

其次，“背靠背”条款被认定无效，人民法院将合理确定付款期限。该《批复》中明确在认定合同约定条款无效后，人民法院应当根据案件具体情况，

结合行业规范、双方交易习惯等，合理确定大型企业的付款期限及相应的违约责任。

再次，该《批复》要求应当充分尊重经营主体的意思自治，《批复》第二条规定：“……双方对欠付款项利息计付标准有约定的，按约定处理；约定违法或者没有约定的，按照全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率(LPR)计息。”值得注意的是，新《支付条例》十七条规定：“……双方对逾期利息的利率有约定的，约定利率不得低于合同订立时1年期贷款市场报价利

率；未作约定的，按照每日利率万分之五支付逾期利息。”该《批复》和新《支付条例》中对于逾期付款利率标准的规定并不一致。此外，《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》和《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)》中亦分别对拖欠货款和工程款的逾期付款利息计算标准有不同规定。因涉及行政法规及司法解释等不同位阶的法律规定出现冲突，需在案件处理过程中认真厘清，并结合案件具体事实确定适用的法律规定。

#### 四、律师建议

因篇幅有限，本文主要从大型企业角度出发，结合相关法律法规和管理实践，提出如下建议：

(一) 大型企业可主动要求合同相对方在签约时书面披露是否为非中小企业，并书面承诺不存在隐瞒、虚报等情形。必要时可要求提供如企业所得税汇算清缴审核报告、资产负债表等文件，

以审查确认对方企业规模，避免发生争议纠纷。

(二) 建议大型企业签署结算书或结算协议时，可在协议中写明双方确认的结算款中已包含逾期付款补偿，并留存好相关结算资料原件。根据该《批复》规定，大型企业以合同价款已包含逾期付款补偿为由要求减轻违约责任，经审



查抗辩理由成立的，人民法院可予支持。

（三）优化设计合同条款，避免直接约定“背靠背”条款。建议可考虑结合

企业管理实际，针对中小企业制定专门版本的合同范本，并根据新《支付条例》相关规定，合理设置付款条件、付款期限及违约责任等条款。

附：

## 最高人民法院关于大型企业 与中小企业约定以 第三方支付款项为付款前提 条款效力问题的批复

法释〔2024〕11号

（2024年6月3日最高人民法院审判委员会第1921次会议通过，自2024年8月27日起施行）

山东省高级人民法院：

你院《关于合同纠纷案件中“背靠背”条款效力的请示》收悉。经研究，批复如下：

一、大型企业在建设工程施工、采购货物或者服务过程中，与中小企业约定以收到第三方向其支付的款项为付款前提的，因其内容违反《保障中小企业款项支付条例》第六条、第八条的规定，人民法院应当根据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定该约定条款无效。

二、在认定合同约定条款无效后，人民法院应当根据案件具体情况，结合行业规范、双方交易习惯等，合理确定大型企业的付款期限及相应的违约责任。双方对欠付款项利息计付标准有约定的，按约定处理；约定违法或者没有约定的，按照全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率计息。大型企业以合同价款已包含对逾期付款补偿为由要求减轻违约责任，经审查抗辩理由成立的，人民法院可予支持。



SEVEN DIMENSION  
LAW FIRM  
七方律师事务所

民商纵横



张庆爽 律师

上海七方律师事务所 律师

高级经济师

二级国有企业法律顾问

注册一级建造师

潍坊仲裁委员会仲裁员

上海奉贤区东方美谷民商事调解中心调解员

业务方向：建设工程与房地产、民商事纠纷、公司股权投资、企业法律顾问、劳动法

联系方式：137 6189 8386



## 生前所立遗嘱法律效力分析

作者：张睿

随着社会经济发展，人民财富亦在日益积累，很多人开始考虑生前安排身后之事，通过遗嘱的形式使其财富得以有效传承、防止各继承人之间产生不必要的纠纷。虽然遗嘱承载着立遗嘱人的意志，链接着财富的流动，但如果遗嘱不具备合法有效的要件，则无法实现其应有的作用，且可能会让继承人们产生隔阂甚至是对簿公堂。

笔者通过办理涉遗嘱继承案件以及检索相关案例，我们发现实践中存在很多生前立下的遗嘱最后被法院认定为无效，在此，简要通过以下两则案例呈现遗嘱无效的情形。

### 【案例一】

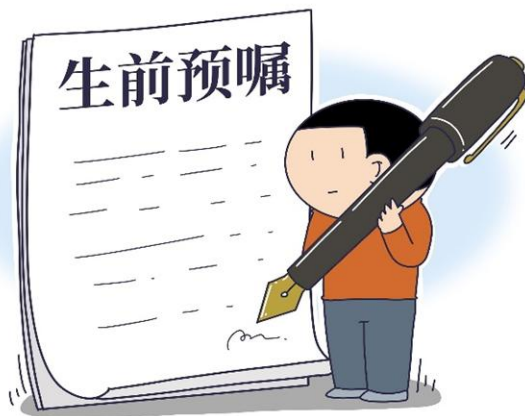
王先生与蔡女士为二婚夫妻，二人未生育子女，王先生与前妻生育一子小王。王先生去世且留下一套房产，蔡女士打算与小王商议房产继承问题，不料小王称其父亲曾留有遗嘱，遗嘱载明王先生将房子留给小王，后蔡女士向法院起诉主张其有房产的继承权。庭审中，小王出示遗嘱，并表明遗嘱是其父亲本人陈述，小王将其父亲陈述的内容逐字逐句地写了下来，且在遗嘱落款处有父亲王先生的签名及小王作为代书人的签名，据此，小王认为这份遗嘱是有效的，房产应由其继承，蔡女士无权继承。法院经审理，认定遗嘱内容

由继承人小王书写，且无其他见证人，不符合代书遗嘱的条件，该遗嘱无效，最终法院判决房屋由蔡女士、小王共同继承。

### 【案例二】

张先生与李女士育有两名子女，张先生自己一人曾用手机录制了一段录像，录像中张先生表述其名下的所有财产均归两子女所有。后张先生过世，张先生的两子女要求按照张先生遗嘱继承其父亲名下所有财产，然而，张先生的父母则认为张先生所做的录像遗嘱无效，张先生的财产应该按照法定继承。后诉诸法院，经法院认定，张先生的遗嘱录像中只有张先生一人，缺少两个以上见证人在场的形式要

件，不符合法律规定，因此，张先生的录像遗嘱无效。



那么，如何确保订立一份合法有效的遗嘱呢？

第一，应确定遗嘱的类型，根据《民法典》的相关规定，遗嘱类型主要有自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱、口头遗嘱、公证遗嘱。

1. 自书遗嘱：遗嘱的全部内容由立遗嘱人亲笔书写，内容不存在歧义，并签名、写好日期。

2. 代书遗嘱：应当有至少两个无利害关系的见证人当场见证，其中一个见证人代为书写遗嘱，代书人在行文表述上应当客观、准确、真实地反映遗嘱人意思表示，且遗嘱人及所有见证人在遗嘱上签名并写明具体日期。

3. 打印遗嘱：应当有至少两个见证人当场见证，遗嘱人及所有见证人应当在打印遗嘱的每一页均签名并写明日期。

4. 录音录像遗嘱：应当有至少两个见证人在场见证。遗嘱人和所有见证人应当在录音录像中显现其姓名或者肖像，以及具体日期，要保证录音录像资料所呈现信息的完整性，开始录制后不要暂停、不要将一份遗嘱录制成几段再进行剪辑，要确保其完整性。

5. 口头遗嘱：遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱，口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。需注意的是，口头遗嘱仅应用在遗嘱人危急情况下，若危急情况下立好遗嘱，后危机情形消除的，口头遗嘱无效，遗嘱人需采取其他有效形式立遗嘱。

6. 公证遗嘱：通过公证处公证的方式，由公证处按照法定程序证明遗嘱人设立遗嘱行为真实、合法。

第二，要确保立遗嘱人即被继承人具有民事行为能力，其遗嘱中承载的内容系立遗嘱人的真实意思表示。



1. 如果立遗嘱时，被继承人处于意识不清如是一位患有严重阿尔茨海默病的老人在病情恶化期间立下遗嘱，因其在立遗嘱时已经丧失了完全民事行为能力，该遗嘱将被认定为无效，如果遗嘱人立遗嘱时具有完全民事行为能力，遗嘱立好之后的某一时间点，遗嘱人成为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，则遗嘱仍然有效，换言之，只要立遗嘱时遗嘱人有民事行为能力则不因后续行为能力的丧失而影响遗嘱效力。

2. 立遗嘱人在醉酒、药物影响下处于神志不清的状态则其所立的遗嘱亦将被认定无效。

3. 遗嘱中的内容系立遗嘱人被胁迫、被欺诈所写的，那么遗嘱亦归于无效。

4. 如果遗嘱被篡改或者伪造的，则被篡改或者伪造的部分属于无效。

第三，遗嘱中所指向的遗产应为立遗嘱人的合法所有的财产。遗嘱所列财产应为立遗嘱人有权处分的财产，若遗嘱人处分的财产并不属于其合法所有的财产，比如夫妻共同财产，其中一方立遗嘱时如果

处分了配偶的财产份额，则其处分配偶财产份额部分的遗嘱是无效的。此外，抚恤金也不是被继承人生前的个人财产，不能依遗嘱人的意思进行处分，以及如果人身保险合同中已指定了受益人，遗嘱人也不能通过遗嘱的方式对其进行处分。

第四，遗嘱中载明的继承人或受遗赠人应具备相应资格。继承人通常是法定继承人范围之内的人，包括配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母等。遗嘱继承人不受法定继承顺序的限制，但需在法定继承人范围内指定。根据《民法典》第 1125 条规定，继承人存在下列行为之一的，丧失继承权：1. 故意杀害被继承人的；2. 为争夺遗产而杀害其他继承人的；3. 遗弃被继承人，或者虐待被继承人情节严重的；4. 伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，情节严重的；5. 以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重的。如果遗嘱中载明的指定继承人不在法定继承人范围内，则属于遗赠，受遗赠人应当在知道受遗赠后六十日内，作出接受或者放弃受遗赠的表示，到期没



有表示的，视为放弃受遗赠。接受遗赠的时间在被继承人生前知晓遗赠的，从被继承人死亡时开始计算六十日；在被继承人生前不知晓遗赠的，从知道受遗赠之日起计算六十日。

第五，立遗嘱时，如有缺乏劳动力又没有生活来源的继承人，则需为其保留遗产份额，例如，小女儿还没有成年，父母立遗嘱时若想把全部财产留给大儿子，则立遗嘱人需要考虑给小女儿留有一部分

份额，否则该份遗嘱则可能存在无效或者部分无效的风险。

由此可见，遗嘱并非简单地写上几句话就能传递自己的意志，实现自己财产的稳定传承，本文以上阐述的遗嘱有效合法要件，若缺失任一，都将可能使遗嘱被认定为无效，因此，若想立遗嘱，建议在专业人士的指导下进行，确保能够立下一份完整、有效的遗嘱。

张睿 律师

上海七方律师事务所 合伙人

业务方向：民商事争议解决、  
金融与投资、婚姻家庭与私人财富管理、  
公司法

联系方式：159 0214 5818







## 婚姻纠纷中抢夺、隐匿未成年子女的法律责任分析

作者：周茱



【引言】在婚姻家庭纠纷中，夫妻分居或离婚期间抢夺、藏匿未成年子女的行为时有发生。一方连夜跨省“偷”走孩子，另一方却只能看着空荡的儿童房报警无门，传统“先判后救”的司法途径已难以回应这类行为带来的紧迫伤害。好在某法院的一纸禁令，及时让被藏匿的孩子重回母亲怀抱。

这起“颜某某申请人格权侵害禁令案”背后，是近年来离婚案件中不断升级的“抢娃大战”的缩影。2025年1月15日，最高人民法院举行新闻发布会，发布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（二）》及典型案例。自2025年2月1日起正式施行，新规明确，父母一方或者其近亲属等抢夺、藏匿未成年子女的，另一方可依法向人民法院申请人身安全保护令或者参照适用民法典第九百九十七条规定申请人格权侵害禁令，人民法院将依法予以支持。

### 一、案例分享

#### （一）基础案情





颜某某与罗某某 2015 年结婚，婚后育有一对双胞胎。起初生活平静，但自 2023 年公婆搬来同住后，家庭矛盾逐渐激化。2024 年 3 月，婆婆以“带孩子看病”为由，将其中一个孩子罗大某带至外省后拒绝送回。颜某某多次沟通未果，并发现丈夫一家早有预谋：聊天记录中罗某某曾向父母抱怨“一定要把孙子留在身边”。孩子被藏匿达 200 天之久，颜某某遂向法院申请人格权侵害禁令，要求罗某某送回孩子并禁止对方继续实施抢夺、藏匿子女的行为。

### （二）裁判结果

审理法院认为，父母对未成年子女抚养、教育和保护的权利是一种重要的身份权，擅自抢夺、藏匿子女，不仅侵害另一方的监护权，也严重干扰未成年人的生活环境和情感稳定。

人民法院裁定罗某某自收到裁定之日起七日内将罗大某送回原住所，并禁止罗某某实施抢夺、藏匿子女或擅自将子女带离住所等侵害颜某某监护权的行为。本案裁定发出后，人民法院组织对双方当事

人开展家庭教育指导，并现场督促罗某某购买车票将罗大某从 B 省接回 A 省。

### （三）典型意义

本案以人格权侵害禁令制止“抢娃”行为，充分体现民法典“预防优于赔偿”的立法理念。解决分居状态下抢夺、藏匿未成年子女问题的前提是及时快速制止不法行为，尽量减少对未成年人的伤害。签发人格权侵害禁令，可以做到事先预防性保护，避免权利主体受到难以弥补的损害。该裁定依据民法典第 1001 条和第 997 条，对身份权与人格权作了创新性衔接，能够快速让未成年子女恢复到原来的生活状态，是人格权保护事先预防大于事后赔偿基本理念的具体体现，对不法行为形成有力的法律震慑。法院通过前置介入，实现了权利人的及时救济，也为今后同类案件树立了典型样本。

## 二、律师评析

### （一）法律明确禁止抢夺、藏匿未成年子女行为

《民法典》第 1058 条规定，夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的權利。《未成年人保护法》第 24 条也明确指出，不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。这些法律条文表明，夫妻任何一方均不得实施抢夺、藏匿未成年子女的行为，这些行为不仅侵害了另一方父母的合法权益，更会对未成年子女的身心健康造成严重损害。因此，夫妻之间产生矛盾甚至离婚时，应当始终从最有利于未成年人身心健康发展的角度出发妥善处理未成年子女的抚养、探望等事宜。

## （二）如何快速制止“抢娃”行为？ ——双轨路径选择

为了及时制止抢夺、藏匿未成年子女的行为，《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 12 条第 1 款规定，父母一方或其近亲属抢夺、藏匿未成年子女时，另一方可以向人民法院申请人身安全保护令或人格权侵害禁令。法院会依法支持此类申请，通过签发禁令，及时让孩子恢复到原来的生活状态。

人身安全保护令：这是《反家庭暴力



法》设立的制度，用于预防和制止家庭暴力行为。抢夺、藏匿未成年子女的行为也被视为一种家庭暴力行为，可以通过签发人身安全保护令来制止。

人格权侵害禁令：这是《民法典》第 997 条设立的制度。如果行为人正在实施或者即将实施侵害人格权的违法行为，不及时制止将造成难以弥补的损害，权利人可以向法院申请人格权侵害禁令。父母对未成年子女的抚养、教育和保护权利是一种重要的身份权，这种身份权的保护可以参照人格权保护的相关规定。

### 1、适用条件对比

（1）主体范围。人格权侵害禁令的主体适用范围较为宽泛，未对行为主体设置特殊身份限制，只要存在侵害人格权益的行为，无论是家庭成员、亲属还是其他社



会关系人，均可能成为禁令的适用对象。而人身安全保护令则主要针对家庭成员以及共同居住生活的人，具有一定的身份限制。

### (2) 保护法益范围

人格权侵害禁令的保护法益涵盖广泛，不仅包括生命权、健康权、身体权等具体人格权，还涉及隐私权以及基于身份关系产生的一般人格权，如人身自由权等。而人身安全保护令则主要侧重于保护生命权、健康权、身体权等与人身安全直接相关的法益，总体上聚焦于人身安全领域，保护法益范围较窄。

2、优先适用人格权侵害禁令的情形：在涉及身份权益受损的情境下，人格权侵害禁令具有优先适用性。其主要作用在于及时处理藏匿行为，缓解父母一方与子女长期分离、不能相见的现实困难。例如，当一方父母因离婚纠纷而抢夺、隐匿子女，导致另一方父母无法正常行使探望权，人格权侵害禁令可以迅速介入，制止藏匿行为。

3、优先适用人身安全保护令的情形：

在家庭暴力情境下，人身安全保护令则具有优先适用性。家庭暴力不仅包括典型的肢体暴力，还涵盖一些非典型性的暴力行为，如言语威胁、限制人身自由等。因此，在存在家庭暴力风险，尤其是涉及生命权、健康权、身体权等具体人格权受到严重威胁的情况下，优先适用人身安全保护令能够更迅速、有效地保护当事人的人身安全，维护家庭成员的合法权益。

在处理抢夺、隐匿子女行为时，应根据具体案件情况，综合考虑行为主体、保护法益、待证事实及证明标准等因素，合理选择适用人格权侵害禁令或人身安全保护令，以实现当事人合法权益的最大化保护。

### (三) 在离婚诉讼中如何确定未成年子女的抚养权？

在离婚案件中，擅自抢夺、藏匿子女不仅无法合法化其抚养状态，还会对法院确定抚养权产生负面影响。根据《民法典婚姻家庭编解释（二）》第14条的规定，如果父母均要求直接抚养已满两周岁的未成年子女，一方抢夺、藏匿未成年子女



且另一方不存在家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员或者有赌博、吸毒等严重侵害未成年子女合法权益情形的，法院应当优先考虑由另一方直接抚养。

需要注意的是，确定未成年子女由哪一方直接抚养时，法院会根据最有利于未成年子女的原则，综合各种因素进行判断，包括子女的年龄、性别、与双方的情感依

赖程度、双方经济状况等，而非绝对适用某一有利因素或不利因素。抢夺、藏匿未成年子女的夫妻一方往往主张其行为具有正当性，应依法通过撤销监护人资格、中止探望或者变更抚养关系等正当途径解决，而不是以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。

**【结语】**通过法律制度的完善与司法实践的探索，我们正在逐步建立一套高效、有力、可预期的机制来应对“抢娃”行为，保护未成年人的合法权益。人格权禁令的价值不只是“把孩子要回来”的胜利，而是推动家事纠纷走向文明解决的重要一步。面对每年数万起抢夺、藏匿未成年子女的暗流，我们需要更清晰的程序指引、更高效的执行联动，也需要父母双方回归“孩子不是战利品”的共识。当法律把“身份权”郑重纳入人格权版图，当司法以“先保护、后定分”回应现实焦虑，我们离“家事不再伤人”的目标便又近了一步。愿每份人格权侵害禁令，都能成为未成年人夜归的那盏灯。



周茉 律师

上海七方律师事务所 律师

七方家事与养老规划业务部 律师

业务方向：婚姻家庭、私人财富管理

联系方式：159 0161 2253



## 走私案件中“主观明知”的认定与辩护要点

作者：赵珞宏

走私犯罪作为典型的故意犯罪，主观“明知”的认定一直是司法实践中的核心难点，也是刑事辩护的关键焦点。我国刑法及相关司法解释虽对走私犯罪的主观故意作出了原则性规定，但在复杂的实务场景中，如何精准界定“明知”的内涵与外延、区分概括故意与认识错误，始终是刑事律师开展辩护工作的重要切入点。

### 一、走私犯罪中主观明知的法律界定

根据《刑法》第十四条，犯罪故意包含认识要素与意志要素：认识要素指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，这是主观明知的核心体现；意志要素则是希望或放任这种结果发生，其以认识要素为前提。结合《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《走私意见》）第五条，走私犯罪的“明知”需满足两个认识要素：一是明知行为违反国家法律法规、逃避海关监管；二是明知行为会导致偷逃应缴税额或逃避禁止性管理的后果。

需要注意的是，走私犯罪的“明知”

具有特定的规范指向性。不同于普通刑事犯罪，其认识要素不仅包括对自然事实的认知（如运输货物的物理属性），还包括对法律属性的认知（如货物是否属于国家禁止或限制进出口物品、是否需要缴纳关税等）。但这种法律认知并不要求行为人精确知晓具体罪名或法律条文，只需认识到行为的违法性即可。例如在走私珍贵动物制品案件中，行为人只要认识到所运输物品可能属于受保护的动物制品，而无需明知其具体属于《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录中的哪一物种，即可满足明知要件。

《走私意见》第五条以列举方式规定



了可以认定为明知的情形，如使用特制设备或运输工具走私、提供虚假商业单证、以明显低于正常税额委托代理等。该条款实质上确立了“推定明知”的规范依据——

## 主观明知与概括故意、认识错误的界限：

在司法实践中，主观明知的认定常与概括故意、认识错误产生混淆。概括故意是指行为人对走私对象认识模糊但未超出其认知范围，而认识错误则是实际对象超出其认知范围。具体而言：概括故意表现为行为人明知自己从事走私活动，但对具体走私对象不明确，即明知是违禁品但不知具体种类，此时按实际走私的对象定罪；具体认识错误是指行为人认识的对象与实际对象属于同一犯罪构成范畴，如误将豹牙当作狮牙走私，不影响定罪（走私珍贵动物制品罪）；抽象认识错误则是行

当行为人实施此类异常行为时，若没有相反证据，法律直接推定其主观上明知行为的走私性质。

为人认识的对象与实际对象分属不同犯罪构成，如误将枪支当作仿真枪走私，应在故意与事实重合范围内定罪。

区分概括故意与认识错误的关键在于：实际走私对象是否超出行为人“可能认识的范围”。若运输方与货主在走私活动开始前明确约定仅走私特定种类物品，且相关费用和运输安排均基于该特定品类准备，而货主擅自添加其他违禁品，运输方履行了合理注意义务，额外夹带的物品超出其认知范围，则不应根据实际走私的全部物品对运输方定罪。

## 二、走私犯罪中主观故意的证明

实践中，判断行为人是否具有走私犯罪的主观故意通常有直接证明、间接证明和推定三种方法。直接证明依赖于犯罪嫌疑人的供述、书证、电子数据等证据，但

行为人往往以“受蒙骗”“不知情”为由辩解，导致直接证据稀缺。值得注意的是，即便行为人否认主观明知，其供述中的矛盾之处仍可能成为认定“明知”的关键依



据。例如某走私案件中，运输行为人辩解受货主欺骗，误以为运输合法冻肉，但法院审查发现其驾驶载货量极小的摩托艇运输，却获取远超常规的高额报酬，明显违背冻肉运输的行业常理，结合其未核实货物真实信息的客观表现，最终认定其具备走私明知故意。

当案件缺乏直接证据时，司法机关通常通过间接证据佐证明知，但需达到排除合理怀疑的程度。常见的间接证据包括：行为异常：如选择偏僻路线绕关、采用隐蔽包装等；利益关联：如获取明显高于正常水平的报酬、参与利润分成等；电子数据证据，如微信聊天记录中出现“避税”“特报”“水客”等关键词，邮件中涉及伪报品名、低报价格的内容。但间接证据存在证明力分散的问题，单个证据往往只能证明某一具体事实的认知，难以直接推导出刑法意义上的“明知”，司法机关常通过“综合全案证据，形成证据链条”弥补这一缺陷，但判断具有主观性。

当直接证据缺失且间接证据不足以形成完整证据链时，事实推定成为认定主观明知的重要手段。司法实践中常见的推定场景包括运输工具与货物不匹配（如使用冷冻集装箱运输却辩称不知是冻品）、报酬与风险不合理（如高额报酬与低风险运输任务不匹配）、合规义务懈怠（如未审查供货方资质、未要求提供合法报关单证等）。司法实践中，法院还发展出更为丰富的推定规则，主要围绕以下两个层面展开：

对走私行为性质的推定——如在一起绕关走私案件中，法院认为“被告人在驾车经过口岸联检楼时未做停留，所载货物无任何海关申报手续”这一客观行为，足以推定其主观明知走私性质。

对危害后果的推定——在某跨境电商伪报贸易方式案中，法院依据被告人长期从事海关和报关工作的经历，推定其“应当知道”伪报贸易方式的逃税后果。

但事实推定在司法实践中的扩张适用引发争议，最突出的是将“应当知道”

(过失心态)等同于“明知”(故意心态)。严格从刑法理论看,故意与过失是不同的责任形式,“应当知道”更接近过失,但司法实践倾向于通过行为人的专业背景、行业常识、交易异常等因素,将“应当知道”转化为刑法上的“明知”,这虽缓解了证明压力,却可能不当扩大故意犯罪范围。

以包税型走私案件为例,货主委托清关公司以包税方式进口货物,清关公司通

过低报价格、伪报品名偷逃税款,法院常以“货主支付的包税费用明显低于正常税额”推定其具有走私故意。但理论上,委托关系不必然意味着明知走私行为,除非有证据证明货主参与走私策划或直接获益。《走私意见》也强调推定必须允许反证,若代理人独立实施伪报行为,委托人能证明已要求合法通关且不知具体操作方式,可推翻明知推定。

### 三、典型案例中的辩护思路

在叶某龙等走私案中,被告人叶某龙以包税价格揽收货物,货代人员采用伪报品名、低报价格等方式交寄邮包,案发时查扣的邮包中既有普通货物也有象牙制品,三被告人辩解不知有珍贵动物制品。一审法院认定其构成走私普通货物罪与走私珍贵动物制品罪,二审法院则认为,三被告人相互间口头约定不寄违禁品,寄件人混杂珍贵动物制品的行为超出其主观认知范围,对走私珍贵动物制品不具有概括故意,改判仅构成走私普通货物罪。

本案表明,若当事人能证明合作之初明确约定仅运输普通货物、禁止违禁品,且分工中仅负责揽货和接货、未查验货物内容,可认定对违禁品缺乏认识可能性。

在徐某林走私珍贵动物制品案中,被告人驾驶摩托艇从香港装载用蛇皮袋包装的穿山甲鳞片,归案后辩解受委托走私冻肉,不知其中的实际货物。法院认为,徐某林作为成年人,应当知道利用载货量小的摩托艇走私冻肉并获取高额报酬不符合常理,其接货时已怀疑货物非冻肉却

未核实也未停止行为，为追求回报放任危害结果，因此，应根据实际走私物品—穿山甲鳞片—对其进行定罪和处罚。最终，一、二审法院均认定徐某林构成走私珍贵动物制品罪。

本案中，法院就是结合行为人获取不寻常报酬、未履行必要核实义务等，综合认定涉案货物并未超出行为人概括故意的范畴。

#### 四、结语

在走私类犯罪中，主观“明知”要件的精准认定是案件辩护的核心枢纽。辩护人需通过精细化剖析全案证据的证明效力，紧扣“明知”要件的证明标准，在行为异常性、认知可能性、法律推定合理性

等维度构建抗辩体系，方能在复杂案件中突破证据困局，为当事人争取罪与非罪、此罪与彼罪的辩护空间，尽力达成最佳的辩护效果。



#### 赵璐宏律师

上海七方律师事务所 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：18089390623

## 山西大同订婚强奸案社会价值分析

作者：童一峰

### 一、案例评述-山西大同订婚强奸案判决是否正确？

如果要说到目前为止 2025 年最为轰动的刑法案例，那么应当是山西大同订婚强奸案。大同案案发于 2023 年，该案经过两年的审理，于 2025 年 4 月 16 日由大同市中级人民法院作出二审判决，依法驳回了上诉人席某某的上诉，维持一审判决。5 月 14 日，本案被列入最高人民法院发布的典型案例库。

就本案所披露的案情信息来看，笔者个人认为本案的处理是没问题的。强奸罪的犯罪构成核心在于“违背妇女意志强行与妇女发生性关系”，在目前的司法实践中，司法机关通常只需要证明两点，就足以认定行为人构成强奸罪：其一为奸淫行为确实存在；其二为行为人违背了妇女意志。从证据上来说，前者主要依据被害人的口供以及人身检查（例如是否可以从被害人的体内提取到残留 DNA）；而后者的证明过程则要复杂很多。实践中，由于强奸

案案发时行为人与被害人往往处于一个比较私密的空间，对于性行为过程一般不存在客观的记录，如果此时被害人和犯罪嫌疑人就“妇女是否自愿”各执一词，司法机关往往很难单纯凭口供来查清这一关键事实，由此，往往需要结合案发前的背景（例如，嫌疑人和被害人的关系，被害人缘何进入发生案发场所等），以及案发后双方的表现（嫌疑人是否控制被害人人身，被害人的心理状态、是否第一时间报案等）来综合“推测”被害人是否自愿与嫌疑人发生性关系。

相较于一般刑事案件中的证据而言，上述证据的证明力属性相对来说是偏低的，法官自由心证的空间较大，但这是由强奸案本身私密性、非亲历不可知性的特殊性质而决定的。因而，司法机关在认定强奸罪时，对证据的要求相比其他犯罪而言必须要有一定的“容忍度”，否则将使得



刑法在保护妇女性权益的功能上失灵。就本案证据而言，被害人事前明确表示不接受婚前性行为，这一说法与席某某庭上陈述一致；人身照片显示被害人手腕、双臂有瘀青；现场勘验笔录以及照片显示卧室窗帘被拉下、客厅窗帘有被点燃痕迹（被害人趁席某某灭火时跑出房外呼救）；110

接警电话录音显示，被害人及其母亲于当晚拨打110报警，期间被害人一直泣不成声。上述证据，结合两人供述，已经达到司法实践中对“违背妇女意志”的认定标准，在性行为确实客观存在的前提下，本案一审、二审的判决认定席某某构成强奸并无不妥之处。

## 二、案例之外-大同案反映出了什么问题？

所谓“一千个读者有一千个哈姆雷特”，社会大众审视案情的眼光是复杂的，其中夹杂着社会个体独特的社会阅历、社会认知，因而往往缺乏统一性标准。就如山西大同案二审判决出来后，各种观点纷至沓来，对案情的关注点、判决的态度也不尽相同。从判决当日法官答记者问的内容可以看到，“订婚是否意味着性行为存在默示同意”“处女膜未破裂是否影响强奸的认定”的问题也更加为社会大众所关注，似乎上述案情的存在，加上“女方未退彩礼疑似骗婚”的猜测，使得本案呈现在公众眼前时，在表面上似乎突破了社会的“公众认识”而令人“大跌眼镜”。然而，

司法实践早就已经形成了对该类问题的共识，以订婚与性同意的关系问题为例：

在《刑事审判参考》第20号案例“白俊峰强奸案”中，行为人白俊峰于1994年10月1日与被害人姚某某登记结婚，婚后两人感情不好欲离婚，由于退还彩礼问题发生争执故而未达成协议。在后续协商过程中，白俊峰强奸了被害人——其法律上的妻子姚某某，法院认为白俊峰不构成强奸，理由在于两人尚处于合法有效的婚姻期间，如果是“非法婚姻关系或者已经进入离婚诉讼程序，婚姻关系时机已经处于不确定中，丈夫违背妻子的意志，采用暴力手段，强行与其发生性关系，从刑法理论

上讲是可以构成强奸罪的”；

在第 51 号案例“王卫明强奸案”中，行为人王卫明与被害人钱某于 1997 年 10 月 8 日被法院判决离婚，10 月 13 日（离婚判决尚未生效）时，王卫明对被害人钱某实施了强奸行为，法院认为“虽然该判决尚未发生法律效力，但被告人王卫明与被害人已不具备正常的夫妻关系。在此情况下，被告人王卫明违背妇女意志，采用暴力手段，强行与钱某发生性关系，其行为已构成强奸罪，应依法惩处。”

可见，在婚姻与性同意的关系上，主要以“是否存在合法有效的婚姻关系”为判断标准。订婚并不意味着真正意义上的结婚，大同案中被害人与席某某订婚，当然不意味着其对性行为存在“默示同意”。这一结论，从二十余年前的判决中就已经

明确，然而时至今日，却仍然足以在社会上引起轩然大波，其背后的原因值得反思。

另外，本案折射出来的社会公众对于“安全关系”的忧虑也值得深思。在这场舆论风波中，有不遗余力控诉被告，坚称“婚姻不可成为埋葬性同意的坟墓”者，也有自嘲“以后发生性关系前，必须要求对方签署同意承诺书”者。一方面是对“婚姻沦为性剥削工具”的忧虑，另一方面则是担心“发生性关系恐将成为入狱的把柄”。不可否认的是，在这背后，社会对于“安全关系”的认知与期待在不断降低，一场“社会信任危机”的风暴正在酝酿。在这风暴之下，没有人可以独善其身，所有人将被滔天的“敌视”之风所裹挟，前往人人自危的将来。

### 三、总结反思-刑法案例应当发挥出怎样的社会价值？

自古以来，刑事案例就一直是这个社会经久不衰的话题。刑事案例中曲折离奇的案情总是能轻易牵扯我们的神经，调动我们的情绪，以至于成为文艺作品的常客。

然而，随着信息化社会的不断发展，刑事案例也越发容易获得曝光、得到关注，越来越多的人、越来越大的群体加入到了对刑事案例的讨论之中。除此之外，随着法

治社会的进步与新思潮、新思想的涌入，社会公众对刑事案件的关注也逐渐异化。或许是从“江歌案”起，刑事案件已经越来越容易引发社会舆情、群体对立。大风已止，余波犹在，社会对案例的关注是暂时的，但是已经形成的观点确是根深蒂固的。为此，我们必须思考的一个问题是：一个热点刑法案例究竟该发挥出什么样的社会价值，以致于其可以发挥出对社会的正向激励，而非成为一根引发社会不同群体撕裂的导火索？

第一，刑法案例必须起到深入的释法作用。法律条文所使用的语言文字具有抽象概括与高度凝练的特性，这种固有属性虽保障了法律体系的权威性，但也不可避免地规范文本与社会现实间产生间隙。不同以往，现今社会下公民的法治素养在不断提升，对案例的关注也不仅仅只是单纯的法条涵义，不理解条文，甚至质疑条文是常有的情况。因此，刑事案例的普法功能也不应止步于对法条文义的简单阐释，我们必须更注重对于条文的司法适用以及认定规则进行完整、全面的诠释。

第二，刑法案例必须注重树立正确的价值观，以起到缓和社会矛盾的作用。刑法案例在社会公众审视之下，其背后已经不单单是法律问题。以大同案为例，除了强奸罪的法律适用问题之外，婚姻问题、男女问题实际上也交织其中，案情中出现的“彩礼”“房产加名”等字眼更是触碰到当下时代敏感的神经，由人借题发挥。不可否认的是，刑案中难免有各种社会问题交织，这些问题很难通过冰冷的法言法语予以解答。为此，除了厘清刑案中的各种法律问题之外，也必须理性、正确地回应其中的社会问题，以强调并梳理正确的价值观，发挥出缓和社会矛盾的作用，以防止别有用心之人煽风点火、扰人视听，加剧不同社会群体的撕裂。

第三，必须提高刑法案例对社会共识的凝聚作用。事实上，不少人对大同案入库的做法表示了疑问，认为该案案情并不复杂，并不值得入选最高法案例库。但笔者的观点恰恰相反：正如前文所提到，二十余年前的判决就已经明确了，婚姻中的默示性同意，必须以处于稳定存续状态的

婚姻关系为前提，而今被激烈讨论的“订婚中的性同意”问题，恰恰证明了先前案例的社会普及度不足。将大同案入选最高法案例库，正是强调案例正当性，传递正确法律观念，凝聚社会共识的绝佳之策。笔者相信，如果社会上已经形成对于婚姻中的性同意的正确认识，那么也将极大减少类案的发生概率。

为此，笔者认为，一个案例讨论的理性对话机制亟待建立。受算法影响，互联网的推送机制往往只让用户们看到自己想看的内容、观点、评论，专业的、理性

的声音也好，片面的、偏执的声音也罢，都主要在算法编织好的信息茧房中内循环。可悲的是，理性的分析性文章往往只有几百、几千的阅读量，而博人眼球、哗众取宠的煽动性帖文动辄就有上万的浏览量。这并非是因理性的、专业的声音不接地气而曲高和寡，而是归咎于互联网传播学上的天然弊端。也许，我们真的需要一个公开透明，专业理性的讨论平台，让各种观点、各种声音都能被充分地传递。正所谓理不“辩”不清，法不“辩”不明，真理缺乏的，也许往往只是“被看见”。



### 童一峰 律师

上海七方律师事务所 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：15967841945





## 虚假广告罪与诈骗罪的司法实务界分与辩护思考

作者：纪冲

在司法实践中，虚假广告罪（《刑法》第 222 条）与诈骗罪（《刑法》第 266 条）常因表象相似而引发定性争议，尤其在销售产品过程中涉及夸大宣传、虚构事实等行为时，二者的区分不仅关乎案件走向，更直接决定当事人的权益边界和刑罚轻重。本文将从两罪的构成要件差异，司法判例观点，以及律师辩护思路三方面进行介绍和分析。

### 一、核心要件对比：两罪本质差异的法律要素解构

虚假广告罪与诈骗罪在《刑法》中的  
规定为：

第二百二十二条 【虚假广告罪】广告  
主、广告经营者、广告发布者违反国家规



定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

第二百六十六条 【诈骗罪】诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年

以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。本法另有规定的，依照规定。

虚假广告罪属于刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪，诈骗罪属于第五章侵犯财产罪，两罪分属不同章节，保护的法益各有侧重，刑罚轻重较大，两罪在构成要件上存在本质区别，可归纳出以下核心差异：

	虚假广告罪	诈骗罪
主观方面	直接故意，一般有营利目的，不具有非法占有目的	直接故意且具有非法占有目的
行为模式	利用广告作虚假宣传	虚构事实/隐瞒真相→使被害人陷入错误认识→处分财产→获取财产
交易实质	存在基础产品或服务，仅宣传内容不实	无真实交易基础，或产品仅为诈骗工具
损害结果	侵害市场秩序和消费者权益	侵害公私财产所有权
主体要件	特殊主体：广告主、广告经营者、发布者	一般主体，无特殊身份要求
资金去向	主要用于生产经营活动	多用于个人挥霍、偿债或转移隐匿

## 二、司法判例梳理：不同定性结果的裁判逻辑



## （一）认定为诈骗罪的案例

### 1. 入库案例：刘某甲等保健品诈骗案 - （2024）豫 15 刑终 724 号

基本案情：2020 年至 2023 年，被告人刘某甲、吴某勇为谋取非法利益，在河南省信阳市光山县、潢川县租赁房屋，购买手机、电脑等作案工具，先后招揽被告人刘某乙、肖某君、郑某君等人，利用聊天工具，使用统一话术剧本，发布虚假广告，以冒充专家、PS 虚假图片等方式，对于市场上销售的“杞草黄精植物饮品、植物蛋白固体饮料”普通男性保健品，虚构具有治疗性功能障碍等疾病的功效等事实，以产品进价的 10 倍价格出售，骗取他人财物。

具体作案通过有针对性选取被害人，进而骗诱下单购买的方式进行。具体包括：

（1）“约单”，由业务员专门针对前期购买过男性药品或者保健品的人员进行联系，谎称公司有专业男科指导老师可以治愈男性生理疾病，初步取得客户信任；（2）“打单”，由其他话务员按照“话术”冒充专业男科指导老师等虚假身份与客户联

系，诱骗受害人订购冒充具有功效的产品；（3）“跟单”，在骗取客户信任后使用二维码收款、快递货到付款等方式收取受害人钱款，同时进行售后“服务”，在客户提出异议时进行处理。

裁判要旨：在网络销售型诈骗犯罪中，行为人往往会对其出售的商品进行虚假宣传。对此，应当根据涉案商品价格、功能、具体行为方式等进行综合判断，妥当把握诈骗罪与虚假广告罪的界限。对于出售商品价格与成本价差距悬殊，采用固定销售“话术剧本”诱使被害人反复购买，致使被害人购买商品所希望达到的目的根本无法实现的，可以认定具有非法占有目的，属于网络销售型诈骗犯罪，依法以诈骗罪论处。

### 2. 肖某等美白祛斑产品诈骗案一 （2024）沪 0118 刑初 778 号

基本案情：2023 年至 2024 年间，被告人肖某等以非法占有为目的，利用某某公司 1 组成犯罪团伙，招募员工，培训话术、分工协作。一方面通过网络渠道发布



引流广告，大量吸引被害人，同时将从他处低价购入的大量杂牌化妆品，冒充为某某集团2产品，以对客户进行虚假肤质检测、谎称为客户提供“一人一方”的定制化美白祛斑方案、虚构成功案例等方式，诱使被害人以高价购买上述化妆品，进而骗取不特定多数被害人财物。

裁判要旨：本院认为，诈骗罪与虚假广告罪的区分关键之一系欺诈程度不同。诈骗罪和虚假广告罪中可能都存在虚假宣传等欺骗手段，但是二者在欺诈程度上存在本质区别。虚假广告罪中的虚假宣传，是指对商品的性能、产地、用途、质量、价格、生产者、有效期限、允诺，或者对服务的内容、形式、质量、价格、允诺等内容进行夸大宣传，欺骗和误导消费者的行为。本案中，在案证据证实，被告人肖某等人采取的是“无中生有”的诈骗手段，而非“部分夸大”的吹嘘宣传：一方面，关于品牌和身份的“无中生有”。自称公司是世界500强企业某某集团2的下属公司，销售人员冒充“某某集团2旗下国药精养美白祛斑顾问”的身份给客户介绍产品，

实际上二被告人的公司及其员工和某某集团2并无任何关系；另一方面，关于产品和服务的“无中生有”。从本案的话术及被害人提供的一系列聊天记录可以看出，团伙成员以虚构的顾问身份询问被害人肤质情况，出具所谓的评估报告（实际上只是PS的假图），宣称根据个体情况量身定制一人一方（实际上都是一样的产品），同时发送美白祛斑成功的虚假案例（实际上是盗用的假图），从整个过程来看，邓\*\*、肖\*等人的话术及手法并非仅仅是虚假广告罪中的虚假宣传，而是达到了虚构事实、隐瞒真相的欺诈程度。

诈骗罪与虚假广告罪的区分关键之二系犯罪主观故意不同。诈骗罪的犯罪故意为非法占有公私财物，虚假广告罪的犯罪故意通常系为推销产品、服务。后者虚构事实或夸大功效往往是为了吸引消费者购买产品，所售产品的价格并不明显偏离同类产品的合理价格。本案中，涉案产品成本仅为14元左右（加上盒子及杂费最多为30元左右），经过肖某虚构的百年品牌某某集团2正规产品、纯植物无副作



用及宣称一对一诊疗服务等方法，销售价格超过成本数十倍乃至数百倍，明显超越了一般市场盈利行为，具有明确的非法占有故意。

同时，从本案被害人的陈述来看，所有被害人购买、使用涉案产品的过程基本相同：1、在抖音等平台看到广告，留下微信号；2、某某集团以旗下“国药精养美白祛斑顾问”的名义添加其微信；3、要求被害人发照片进行肤质检测，并回复分析图片，指出皮肤问题，发送成功案例，建议针对性配置产品；4、反复强调根据其肤质一人一方配产品是真正有效的，反复强调其公司是五百强大企业、某某集团2大品牌值得信任等，被害人因觉得其专业可靠而同意购买；5、发送产品后，被害人提出

收到的产品品牌等不一样时，告知其产品均是根据其个人情况定制的；被害人提出产品无效或者有灼烧等副作用时，告诉其产品需坚持使用才有效，有些不舒服正是产品起效的表现；被害人要求退款时，又有一整套话术予以推诿、哄骗，要求再继续购买产品以保证有效果。从上述分析可知，被害人之所以从被告人处购买甚至复购产品，完全是由于其在与销售人员进行一对一沟通中，因话术中所虚构的事实陷入了错误的认知。

综上，本案符合以虚构事实或隐瞒真相的方法，骗取被害人钱财的诈骗罪的构成要件，且本案被告人主要是通过通过在抖音等网络平台投放广告等手段骗取不特定公众财物，属于电信网络诈骗。

### （二）认定为虚假广告罪的案例

#### 1. 入库案例：唐某杰等虚假广告案—— (2023)川3431刑初4号

基本案情：2020年至案发，被告人唐某杰等组织策划，由被告人林某等担任主要运营人员，负责网络直播带货的抖音店铺管理、对接供应链等工作，并孵化出被

告人阿西某某（抖音昵称为“凉山孟阳”）、被告人阿的某某（抖音昵称为“凉山阿泽”）等网络主播。唐某杰等低价采购核桃、青花椒、红花、雪燕、羊肚菌等非凉山产地的农副产品，以“助农”名义虚假拍摄在四川省凉山彝族自治州昭觉县山区农户





家中收购上述农特产品的视频，通过阿西某某、阿的某某的抖音平台，以网络直播带货的方式将上述非凉山产地的农特产品冒充凉山产地的农特产品予以销售。在阿西某某、阿的某某网络直播期间，唐某杰还使用购买来的大量粉丝账号在直播间内通过控评等方式欺骗消费者。据此，唐某杰等销售额共计人民币 3500 余万元（币种下同），非法获利达 1300 余万元。

裁判要旨：关于唐某杰等是否构成诈骗罪。区分虚假广告罪与诈骗罪，关键在于行为人主观上是否具有非法占有目的。诈骗罪的成立要求行为人主观上具有非法占有目的，所谓的商品仅仅是行为人用来获取消费者信任的工具，对于其质量如何、能否满足消费者的需求，均不在其考虑之中。就实质而言，所涉商品在使用价值上对消费者而言相当于“废品”。而在虚假广告罪中，行为人销售的商品虽然与广告宣传存在不相符之处，但对消费者而言具有一定的使用价值，行为人具有非法获利目的，但不具有非法占有目的。本案中，唐某杰等通过虚构产地赢得消费者信任，

从而与之进行价格与品质不符的交易行为，但涉案商品对消费者具有一定程度的使用价值，唐某杰等主观上仅有非法获利目的，不具有非法占有目的。因此，唐某杰等的行为不构成诈骗罪。

### 2. 乔某等诈骗案—(2023)川 0303 刑初 164 号

基本案情：在销售过程中，各被告人均明知其所引进、销售的产品为保健品或食品，不能作为药品进行疗效宣传。在被告人乔某等的安排下，其他被告人参与向各门店店长铺课、下发视频、开展培训等工作，参与宣传视频的录制、剪辑和加密等工作，参与对自贡片区仓储、发货及门店管理等工作，参与熊胆粉产品视频的录制、培训及督导等工作，参与科明 SOD 产品视频的录制、讲解和培训等工作。其他被告人等人作为自贡片区门店店长，以“某某大健康”的名义，通过发放宣传单、赠送小礼品等体验式营销的方式，吸引中老年人到店听课，并播放公司及产品宣传视频，视频中夸大公司为集研发、生产、销售为一体的权威公司，夸大视频中“讲



师”黄某等人专家权威身份，并从讲解疾病产生的根源逐步引发中老年人对自身健康的危机感，再进一步讲解所售卖产品成分的药用功效，以虚假、夸大宣传及混淆所售卖产品与相同成分药品功效的方式，宣传沙棘晶粹粉、红景天、科明 SOD、熊胆粉等四种产品具有治疗各种疾病的功效，并进行销售。

裁判要旨：关于本案各被告人的行为构成诈骗罪还是虚假广告罪的问题，本院认为诈骗罪与虚假广告罪的主要区别在于：一是侵犯的客体不同，前者侵犯的是公私财物的所有权，后者侵犯的是国家对广告的管理秩序、市场竞争秩序以及不特定消费者的合法权益。二是主观方面不同，前者主观上具有非法占有的目的及诈骗的故意，后者主观上具有非法获利的目的，即通过刊登或散发虚假不实内容的广告，使消费者信以为真，从事价格与品质不相称的经济交易。三是客观方面不同，前者是采用虚构事实、隐瞒真相的欺骗方法，后者采用的是利用广告作虚假宣传的特定手段。

经庭审查明，本案中各被告人通过虚假、夸大宣传及混淆所售卖产品与相同成分药品功效的方式销售产品。主观上，其系以营利为目的，通过销售产品的行为，获取商业利润，而非以非法占有为目的。客观上，本案的终端销售门店有固定的经营场所和销售人员，销售的产品均为正规合格产品，且经营场所内及产品包装上均有一定的消费性提示，并有售后处理机制，各被告人进行虚假宣传的目的是扩大产品销量，获取利益，其实质性交易真实存在。因此，本案各被告人通过虚假、夸大宣传的方式向客户推销保健品的行为，不能等同于诈骗犯罪虚构事实、隐瞒真相的行为。

综上，本院认为被告人乔某等人为扩大产品销量，获取利益，违反国家规定，在销售产品过程中，利用广告对商品作虚假宣传，情节严重，其行为均确已构成虚假广告罪。公诉机关关于本案系诈骗罪的指控不成立，本院依法不予支持，对本案各被告人的犯罪行为应当以虚假广告罪追究其刑事责任。

### 三、判例分析与辩护思考

#### （一）判例分析

##### 1. 刑事诉讼程序各个阶段罪名的变化

从上述司法判例及其他公开案例来看，对于嫌疑人销售产品过程中存在虚假宣传等行为时，公安机关多以诈骗罪立案侦查，检察机关多以诈骗罪提起公诉，法院判决支持诈骗罪的案件较多。不过也有少数案件，公安机关以诈骗罪立案侦查，检察机关以诈骗罪提起公诉，法院判决支持虚假广告罪，如(2023)川 0303 刑初 164 号。还有少数案件，公安机关以诈骗罪立

案侦查，检察机关以虚假广告罪提起公诉，法院判决支持虚假广告罪，如(2014)石刑初字第 136 号、(2023)冀 0929 刑初 214 号。

如前所述，在不同的刑事诉讼阶段中，因为两个罪名刑罚轻重的巨大差异和案件事实认识的差异，当事人和律师更多倾向于由诈骗罪向虚假广告罪进行辩护，而且在一些案件中确有成效。

##### 2. 两罪司法判例的界分维度分析

诈骗罪和虚假广告罪的构成要件差异较为明显，但在虚假宣传销售产品类案件中，因为对于事实认识和两罪刑罚轻重的差异，控辩双方往往存在争议，各方围绕两罪的构成要件进行控辩，司法判例中法院界分两罪主要考虑以下维度：

第一，主观上是非法占有目的还是一般营利目的。从成本和售价差距、诱使被

害人反复购买、被害人购买商品目的能否实现来认定是否具有非法占有目的，若成本和售价差距悬殊如十倍甚至几十倍，购买后出现问题继续行骗购买，被害人购买商品目的无法实现，可以认定具有非法占有目的，如刘某甲等保健品诈骗案——(2024)豫 15 刑终 24 号；从成本和售价差距来认定是一般盈利目的还是非法占



有目的，如肖某等美白祛斑品诈骗案--(2024)沪 0118 刑初 778 号；商品是“废品”还是有一定使用价值来认定非法占有目的，如唐某杰等虚假广告案--(2023)川 3431 刑初 4 号。

第二，客观上是仅虚假广告行为还是“诈骗中一骗到底”。客观上仅是虚假广告行为。客观上仅是虚假宣传商品产地，买粉控评，认定是虚假广告行为，如唐某杰等虚假广告案--(2023)川 3431 刑初 4 号；客观上产品、包装、售后正规，交易真实，为扩大销量，虚假、夸大宣传及混

## (二) 辩护思考

辩护律师在结合案情和两罪差异的基础上，除了做无罪辩护之外，对于诈骗罪指控，朝着虚假广告罪方向进行辩护是可行选择之一。参考司法判例在由重罪向轻罪辩护时，可以重点考虑以下几点进行辩护：

第一，可以通过产品实物、检测报告、用户基础反馈等证明商品/服务真实存在

清所售卖产品与相同成分药品功效的方式销售产品或虚假宣传让人误解，是虚假广告行为，如乔某等诈骗案--(2023)川 0303 刑初 164 号、(2023)冀 0929 刑初 214 号。客观上虚构事实、隐瞒真相，使被害人陷入错误认识而处分财产。欺骗宣传产品不具有的功能，如把普通食品宣传为“神药”，虚构身份和材料，虚假分析，套路被害人陷入错误认识反复购买产品，是诈骗行为，如(2023)沪 0120 刑初 526 号、肖某等美白祛斑品诈骗案--(2024)沪 0118 刑初 778 号。

且具备基础功能。

第二，通过采购记录、生产流程、物流单据、包装说明、售后等证明履约行为真实。

第三，从销售资金流向，比如发工资、推广、采购、支付租金等经营活动来证明不具有非法占有目的。

第四，质疑虚假广告与被害人购买产



品的因果关系唯一性，如购买者因为相信某品牌而购买。

的合理性，如销售价格还包括其他人工、租金等成本以及实际商业利润合理。

第五，说明销售价格和采购成本悬殊

#### 四、结语

区分诈骗罪和虚假广告罪，在两罪犯罪构成方面，关键点集中在主观方面是否具有“非法占有目的”、客观方面是虚假广

告还是穿透本质的诈骗行为。除了法理、法条分析，通过对司法判例进行分析，对于两罪区分及律师辩护有一定启发意义。



#### 纪冲 律师

上海七方律师事务所 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：15629067308



## 股东缴纳注册资本的财务合规分析

作者：张艳艳

在司法实践中，股东向公司转账的行为十分常见，但款项性质却往往存在争议。尤其是针对股东出资，不少股东认为，只要在转账时备注“投资款”“出资款”等字样，便能高枕无忧。然而一旦公司面临诉讼，却发现即便备注清晰，法院仍可能否定其出资性质，转而认定该转账为借款或往来款，尤其在债权人基于股东出资加速到期主张股东承担补充赔偿责任的情况下，股东出资被否定则意味着要承担在未缴纳出资的范围内补资的法律后果。因此，本文将结合实务经验及典型案例，通过表格的形式与大家分享如何通过法律程序的完善和会计证据的固化，使转账行为经得起司法审查及认定，最大限度地降低股东出资风险。

## 一、律师建议

### 建议一：出资款需存入公司开立的银行账户。

法律依据	新《公司法》第 49 条第 2 款规定：“股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；……。”
实务风险	股东应避免直接帮公司向第三方代付代偿款项。因该代付代偿行为，一是不符合法定形式，二是难以举证证明其与出资行为有所关联，所以很容易被法院否定其出资效力。如果已经实施了代付代偿行为，建议及时通过股东会决议、更新公司章程、出具股东出资证明书等方式对上述行为进行确认。
法院裁判	（2024）琼民申 774 号判决理由如下：“本案中，林某主张自己以货币形式出资，就应当将货币出资足额存入某禾餐饮公司在银行开设的账户…… <u>林某为某禾公司支付商铺转让费、商铺和宿舍租金的行为，是经营公司所支出的必要投入，不符合《中华人民共和国公司法》规定的现金出资的法定形式</u> ……林某主张自己尽到出资义务，不应被追加为被执行人的抗辩主张，应不予支持正确。”

### 建议二：转账时务必备注好资金性质，备注需明确完整，如“某某股东出资款”。

法律依据	新《公司法》第 49 条第 2 款规定：“股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；……。”
实务风险	最好备注“出资款”而非“投资款”。因为在司法实务中，法院往往认为，经济活动中对于“投资款”有多种理解，通常的理解是向项目或者公司投入资金，以期获得回报的行为，包括对外借款、入股、购

买收益性权益等行为。股东出资的行为属于投资行为的一种，但投资行为的内涵更为广泛，故“投资款”不能简单等同于“注册资金”。

## 法院裁判

(2021)粤03民申247号判决理由如下：“该转账备注为投资款，而没有明确注明为股东出资款，而投资款有可能是对某个项目的投资，且某某有限公司之前存在以项目名义融资的记录，项目结束后投资款是可以收回的，与股东的出资款有明显的区别……”

**建议三：转账完成后，需及时通过企业年报申报、变更工商登记、出具股东出资证明书、修改公司章程等方式，对股东出资事实进行确认。**

## 法律依据

新《公司法》第46条规定：“公司章程应当记载股东的出资额、出资方式 and 出资日期。”

新《公司法》第55条规定：“有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书，记载下列事项：……（四）股东的姓名或者名称、认缴和实缴的出资额、出资方式和出资日期。”

《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》第四条规定：“公司调整股东认缴和实缴的出资额、出资方式、出资期限，或者调整发起人认购的股份数量等，应当自相关信息产生之日起20个工作日内通过国家企业信用信息公示系统向社会公示。”

## 实务风险

首先，工商登记和年报申报等均具有对外公示的效力，也是法院在审查股东出资是否到位、能否对抗善意相对人的重要因素；其次，如果缺乏正式的股东出资证明书、公司章程的确认等，股东权利很可能大幅受限，进而导致无法正常行使利润分配权、表决权、剩余财产分配权等权



利；最后，如果股东出资后未获得出资证明书或未在公司章程中明确记载，公司做账时很有可能将该笔资金记为借款或其他往来款，而非出资款，这就会导致股东在日后面临的纠纷中无法证明其出资性质，很可能要承担补足出资的法律风险。

## 法院裁判

（2021）粤 03 民申 247 号判决理由如下：“如陈某所述上述出资属实，其实缴出资后公司应向其签发股东出资证明书，修改公司章程中有关实缴出资的金额，并在年度报告中予以公示，但陈某未能提供上述证据予以佐证。”

**建议四：转账完成后，公司财务应进行及时、正确的会计处理。**

## 法律依据

《企业会计准则——基本准则》第 12 条规定：“企业应当以实际发生的交易或者事项为依据进行会计确认、计量和报告，如实反映符合确认和计量要求的各项会计要素及其他相关信息，保证会计信息真实可靠、内容完整。”

## 实务风险

**针对股东而言：**

- **股东权利受限：**股东权利（如利润分配权、新股优先认购权等）通常与出资到位因素挂钩。如果公司未进行正确的会计处理，可能导致股东权利无法正常行使。
- **出资加速到期：**如果公司未正确处理股东出资的会计分录，导致股东出资情况不明确，当公司面临债务危机时，债权人可能会要求股东在未出资范围内对公司债务承担补充赔偿责任。

**针对公司而言：**



- **审计风险：**在公司进行财务审计时，如果会计处理不规范，可能导致审计机构无法准确评估公司的财务状况，甚至可能出具保留意见或否定意见的审计报告。
- **税务风险：**根据《税收征收管理法》，公司未正确处理股东出资的会计分录可能导致税务申报不准确。税务机关可能会对公司进行税务检查，并要求公司补缴税款、滞纳金，甚至处以罚款。

### 法院裁判

(2021)最高法民申 7206 号判决理由如下：“虽然张某存在向某源公司转款 5671.6666 万元的行为，甚至有部分转账注明有“投资款”，但是系张某单方记载，且股东向公司支付的所谓“投资款”，其性质也可能是借款，股东出借给公司的借款系公司负债，构成公司资产，但是不能作为公司的注册资本。对于张某转给某源公司的款项，该公司财务记账凭证记载均是“其他应付款”，不能确定是补足出资款。”

### 审计要点

法院在审理案件过程中，往往也会辅以审计机构审计的方式判断注册资本是否实缴到位。在（2020）沪 03 民初 153 号案件中，审计机构工作人员到庭陈述，100 万元注册资本是否到位需根据以下条件综合判断：1. 是否由股东汇入公司账户，是否属自有资金；2. 资金入账时是否记载在实收资本项下；3. 是否进行了工商登记。本案倪某所汇 100 万元对这三项条件均不符合。因此，100 万元注册资本没有到位。据此，也可以为股东缴付出资款及应对相关案件时提供相应思路。

## 二、会计处理



货币出资	借：银行存款 贷：实收资本/股本 注：【公司为有限责任公司，出资款计入“实收资本”；公司为股份有限公司，出资款计入“股本”。】
	示例：股东 A 向公司转账 100 万元作为出资款。 借：银行存款 1,000,000 贷：实收资本——股东 A 1,000,000
货币出资超出认缴资本	借：银行存款 贷：实收资本/股本 资本公积——资本溢价
	示例：股东 C 认缴有限责任公司出资 100 万元，实际出资 130 万元。 借：银行存款 1,300,000 贷：实收资本——股东 C 1,000,000 资本公积——资本溢价 300,000
企业向股东借款	借：银行存款 贷：其他应付款——股东名称

**律师提醒：**

“实收资本”作为所有者权益的一部分，反映在资产负债表的“所有者权益”部分，而“其他应付款”作为负债的一部分，反映在资产负债表的“负债”部分。二者有本质区别，且在司法层面上会影响款项性质的认定，因此，企业在会计处理时务必要做好区分。



SEVEN DIMENSION  
LAW FIRM  
七方律师事务所

## 公司治理



### 张艳艳 律师

上海七方律师事务所 专职律师

注册会计师（CPA）、税务师

上海企业竞争力研究中心法律顾问及专家委员会专家委员

上海市服务消费促进会法律顾问及专家委员会专家委员

上海机电招标评标专家

业务方向：合同法、公司法、企业法律顾问

联系方式：13917257050





## 法人人格否认制度助力债权人追讨公司债务法律分析

作者：郎青青

在复杂的商业世界中，公司作为一个具有独立人格的主体，扮演了重要的角色，它以独立的意思表示参与民商事行为，以独立的财产承担着自身的责任，对市场经济的发展起着举足轻重的作用，然而某些股东却滥用公司独立人格和股东有限责任，行躲避债务之实，严重损害了债权人利益。法人人格否认制度的出现，穿透了公司独立的外衣，重新平衡了股东与债权人之间的利益天平。接下来我们将结合案例探究法人人格否认制度在现实中的应用，助力债权人突破困境，实现自己的债权。

### 一、法人人格否认制度的概述

#### （一）制度源起

我们现实中看到的“有限责任公司”，这里的有限指的是股东有限责任，而对于公司而言，其自始至终需要以他的全部财产作为承担责任的后盾。股东有限责任指的是股东仅以其出资额为限对公司的债务承担责任。但实施股东有限责任的前提是公司应具有独立的人格，拥有属于自己独立的财产，在此条件下，倘若公司对外负债，则其应以自身全部的财产用于偿还债务。若股东的出资款已到位，股东无需对公司的债务再行承担责任。有限

责任制度是公司法的基石，它区分了股东财产与公司财产，使得股东财产免受无限责任的牵连，促进了股东投资的积极性。

然而，有一部分非善意的股东却滥用公司法人独立地位和股东有限责任，将其作为自身利益的保护伞，用以逃避债务，侵害债权人的利益，在此背景下法人人格否认制度应运而生，该制度的产生旨在矫正有限责任制度在特定法律事实发生时对债权人保护失衡的现象。

法人人格否认制度，在英美法系也称“揭开公司的面纱”，指的是在特定情形下，债权人可以越过公司的法人资格，直接请求滥用公司人格独立的股东对公司

债务承担连带责任的法律制度。即：在特定情况下，法院可以否认公司的独立人格，突破股东的有限责任，以保护债权人的合法权益。

### （二）现行公司法规定

2024年7月1日实施的《中华人民共和国公司法》（以下简称“《公司法》”）第二十三条规定了我国现行法人人格否认制度，具体法条原文如下：

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

股东利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。

只有一个股东的公司，股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

法条第一款规定的是纵向人格否认，它是经典的法人人格否认制度，也是我国首次引入的内容，是指债权人可以直接起诉要求滥用公司法人独立地位和股东有

限责任并严重损害其利益的公司股东，对公司的债务承担连带责任，一般处理股东与公司之间的混同关系。2005年《公司法》修订时，首次将法人人格否认制度纳入法律规范，目前实施的新《公司法》延续了纵向人格否认规则。

法条第二款规定的是横向人格否认，是指当被股东控制的关联公司存在人格混同，严重损害债权人利益时，债权人可提起诉讼，要求该些关联公司对公司债务承担连带责任，一般处理关联公司之间的混同关系。2019年发布实施的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）中详细阐述了法人人格否认的行为类型、方式、认定标准等具体内容，为现阶段法人人格否认制度的出现奠定了基础。新《公司法》新增了横向人

格否认规则，这是第一次在法律层面对横向人格否认进行确认。

法条第三款规定的是一人公司人格否认，它属于纵向人格否认里面的一种，

财产独立于公司财产，则需要对公司债务承担法律责任。新《公司法》把一人公司的相关规定，放入了公司法的总则部分，扩大了其适用范围。



实行举证责任倒置，股东若无法证明自身

## 二、从案例看法人人格否定（纵向与横向）

### （一）案例简介

赵某某作为蔬菜供应商长期向某餐饮公司供货，经结算该公司共欠其货款772,911.50元未支付。赵某某认为该公司股东、实际控制人及经营管理者吴某甲与

公司人格混同，应承担连带责任，而某餐饮公司和吴某甲对此予以否认。

法院经审理查明多项关键事实，包括某餐饮公司的股权变更情况；某餐饮公司

部分门店实际运营主体为吴某甲负责的某餐饮店；2017年至2020年间，某餐饮公司使用吴某甲等人的个人账户对外支付费用，存在用公司资金偿还吴某甲个人债务等行为；人员存在亲属关系且身份陈述有矛盾；某餐饮公司财务及资产状况陈述不一，以及吴某甲在诉讼后无偿转让股权、注销餐饮店等情况。

法院生效判决认为，债务形成期间吴某甲对某餐饮公司有控制力，其用公司资金偿还个人债务等行为构成滥用股东权利，且其在诉讼后转让股权等行为有逃避债务之嫌，故吴某甲应承担连带责任。（具

体见 2021 沪 01 民终 7262 号，入库编号 2023-08-2-084-011）

分析：当公司股东（尤其是实际控制人）存在滥用公司法人独立地位的行为，导致股东与公司人格混同时，债权人可主张股东承担连带责任。如案例一中，吴某甲作为某餐饮公司的股东、实际控制人及经营管理者，存在用公司资金偿还个人债务、公司使用其个人账户对外支付费用等财产混同行为，且其对公司具有实际控制力，最终法院认定其滥用公司独立地位，需对公司债务承担连带责任。本案是典型的纵向人格否认，主要处理的是股东与公司之间的人格混同与权利滥用。

### （二）案例简介

徐工机械公司因买卖合同纠纷案起诉川交工贸公司要求偿还货款，同时以川交机械公司、瑞路公司与川交工贸公司存在人格混同为由，要求该些公司与相关股东对川交工贸公司拖欠的货款承担连带责任。法院审理后认为：三公司重要部门人员相同，经营范围重合，企业资料宣传信息相同混同，相关的业绩账务都计算到

川交工贸公司名下。即：三公司存在人格混同，表现在人员混同、业务混同、财务混同三个方面。三公司丧失独立人格，财产无法区分，严重损害债权人利益，行为本质与《公司法》中关于股东滥用公司法人独立地位的情形相当，故参照相关规定判决关联公司承担连带责任。（具体见最高人民法院发布的 15 号指导案例）



分析：若关联公司之间存在人格混同，丧失独立人格，严重损害债权人利益时，债权人可要求关联公司承担连带责任。案例二中，川交工贸公司、川交机械公司、瑞路公司在人员(经理、财务负责人等关键岗位人员相同，管理人员交叉任职)、业务(经营范围部分重合，共用销售资料，对外宣传信息不分)、财务(共用结

算账户，资金支配由同一人决定)等方面高度混同，法院据此认定三公司构成人格混同，判决川交机械公司、瑞路公司对川交工贸公司的债务承担连带清偿责任。最高院 15 号指导案例，首次确认了横向人格否认制度，其主要针对的是关联公司之间的人格混同。

### 三、法人人格否认的适用条件

#### (一) 主体要件

有权提起公司法人人格否认之诉的原告，仅限于因股东滥用公司法人人格行为而受损的公司债权人(包括自然人、法人和其他组织)，一般股东自身不能成为公司人格否认之诉的原告；公司法人人格否认之诉的被告，是实施了滥用行为的积极控制股东(未参与经营或无控制权的消极股东不构成)、实际控制人、关联公司

等。《公司法》第二十三条虽未明确载明“实际控制人”，但已有相关的判例，支持了实际控制人责任主体的身份(如 2024 赣 0902 民初 4069 号案件)。公司董事、经理等高级管理人员一般不能成为被告，仅当其以“支配股东”身份滥用公司法人人格时，才可作为被告；否则，可依公司章程或《公司法》追究其相应责任。

#### (二) 行为要件

股东和实际控制人只有实施了滥用公司独立人格和股东有限责任的行为，才可能要求其对公司债务承担连带责任。这

里的滥用行为是关键，滥用的程度是使得公司丧失独立意思和独立财产。那什么是滥用行为?《九民纪要》对其进行了详细地

阐述，主要可归纳为**人格混同**、**过度支配与控制**、**资本显著不足**三种行为类型，具体见下表：

行为类型	主要特征	实践中常见情形
人格混同	公司缺乏独立意思和独立财产，核心是财产混同且无法区分。常伴随业务、员工、住所等混同（作为补强）。	1 股东无偿使用公司资金或财产且无财务记载； 2 股东用公司的资金偿还个人债务，或将公司资金供关联公司无偿使用，不作财务记载的； 3 公司与股东账簿不分，财产无法区分； 4 股东收益与公司盈利不区分，利益不清； 5 财产记载于股东名下并由其占有、使用；
过度支配与控制	股东和实控人控制多个子公司或关联公司，使其财产、财务混同，丧失独立性，沦为逃债工具，损害债权人利益。	1 母子公司或子公司间利益输送； 2 母子公司或子公司间交易，收益与损失归属不公； 3 抽走资金或解散原公司后另设同类公司逃避债务；
资本显著不足	股东投入资本与公司经营隐含风险明显不匹配，恶意转嫁风险给债权人。	以少量资本从事远超能力的经营，无经营诚意，利用公司独立人格和有限责任逃避风险（需结合其他因素综合判断）。

另外，由于司法实践中对主观要件的审查并非重点，而且实践中如被认定实施了上述滥用行为，一般也可认定其存在逃避债务的故意，因此，主观要件部分不单独论述。

### （三）结果要件

滥用行为导致公司丧失独立性，是不是一定可以适用公司人格否认规则，答案是不一定，还要看最终的损害结果，如果结果是严重损害债权人利益的，则可否认公司人格，司法实践中一般以公司资不抵债，无偿还能力作为严重损害的标准；如果股东虽有滥用行为，但并未影响公司偿

债能力的，如债务有充分担保等，则还是无法适用人格否认规则。

另外，该损害结果需与责任主体实施的滥用公司独立地位的行为存在因果关系，若公司丧失偿债能力是因为市场大环

境影响、经营不善等造成，则不构成法人人格否认。法人独立、股东有限责任是公司法的基本原则，否认法人人格是一种例外，仅限于出现特定事实后，方可适用。

#### 四、从案例看法人人格否定（纵向与横向）

##### （一）案由与管辖

债权人对债务人公司享有的债权提起诉讼时，一并提起公司人格否认诉讼，则案由和管辖根据基础法律关系（如合同纠纷、不当得利纠纷等）来确定；债权人对债务人公司享有的债权已经生效裁判确认，其另行提起公司人格否认诉讼的，则案由为损害债权人利益纠纷（股东损害公司债权人利益责任纠纷、实际控制人损害

公司债权人利益责任纠纷），管辖则可参照侵权纠纷案件进行确定，即由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。《重庆市高级人民法院关于民事诉讼管辖若干问题的解答》中就有相关的阐述“股东损害公司债权人利益责任纠纷虽与公司有关，但在本质上并非公司组织法性质的诉讼，应按照侵权纠纷确定案件管辖”。

##### （二）举证责任分配与标准

公司法人人格否认案件本质上是侵权纠纷，一般情况下是“谁主张，谁举证”，由债权人对滥用行为进行证明。债权人应对公司股东存在滥用公司法人独立地位和股东有限责任、逃避债务、严重损害债权人利益的事实承担初步举证责

任，但仅需提交能够引起合理怀疑的证据，无需达到高度盖然性的标准。债权人举证若能达到合理怀疑的标准，则举证责任将转移至相对方。

但一人公司人格否认案件实行举证责任倒置，由于一人公司的股东只有一

个，缺乏对股东行为的监督，在这种封闭的环境下，很难保证公司具备独立的意思表示与独立的财产，为平衡股东与债权人的利益，一人公司人格否认，要求举证责

任倒置，即推定股东财产与公司财产混同，除非股东举证证明自身财产独立于公司财产，否则，就应当对公司债务承担连带责任。

### （三）证据搜集与提供

#### 1、针对纵向人格否认：

需收集股东与公司在财产、业务、人员、住所等方面存在混同的证据。但财产混同是核心，其他方面的混同仅起补强作用，例如案例一中，赵某某需提供某餐饮公司使用吴某甲个人账户支付费用、用公司资金偿还吴某甲个人债务等证据，以证明两者财产混同；同时，相关人员身份陈述矛盾、公司财务及资产状况陈述不一等证据，也能辅助证明吴某甲对公司的控制及人格混同情况。

实践中，债权人可提供银行账户开户信息、流水信息、银行收付款回单、转账凭证、会计凭证、财务报告、会计账簿、审计报告、交易合同、财产权属登记文件、缴税文件等材料用以证明股东与公司之间存在财产混同。特别应关注无真实交易背景的大额划转、股东无偿使用公司资金

且无财务记载的情形。另外，对于其他三方面的混同，可从公司章程、工商内档、官网信息、业务手册、招聘信息、租赁合同、信封信纸、劳动合同、社保缴纳记录、业务人员联系信息等相关材料中入手。

#### 2、针对横向人格否认：

要收集关联公司之间在财务，业务、人员等方面混同的证据。如案例二中，徐工机械公司需提供三公司共用管理人员、经营范围重合、共用结算账户、业务核算混同等证据，以证明三公司人格混同。实践中，债权人可收集关联公司的股权结构资料、实际控制人身份证明（如亲属关系证明、任职文件）、交叉持股协议，或通过业务配合记录（如共同投标文件）、协议控制文件，证明存在隐蔽关联；同时，提供关联公司共用银行账户的流水、财务混同的审计报告、利益输送的转账凭证（如无



合理对价的资金调拨);此外,还可收集关联公司共用人员(特别是财务人员的共用)、共用业务资源(如统一销售体系)的证据,结合债权人债权受损的证明(如关联公司相互推诿债务),证明其沦为逃避债务的工具。

3、相关证据的搜集方式,主要来自三方面:

首先,债权人要保存好相关的交易凭证、来往的其他相关材料,这些材料很多

#### (四)对一人公司证据的质证要点

诉讼过程中一人公司的股东需要证明自身财产与公司财产相互独立,否则需对公司的债务承担连带责任,实践中,一人公司股东会提供财务报告、会记账簿、财务会计原始凭证、审计报告等材料中的部分或全部作为证据用于证明其财产独立于公司财产。如果,前述材料缺乏审计报告,则债权人可主张财务报告、会记账簿、原始凭证等材料系对方单方制作,不具备客观性,2018年修正的《公司法》里第62条,明确载明一人公司财务报告应经审计,此条虽在新《公司法》中删

时候形成于各方纠纷未产生时,相对方彼时尚未有防范,因而较有机会从该些材料中挖掘出有价值的信息;

其次,通过公开的搜索渠道,如:国家企业信用信息公示系统、裁判文书网、执行信息公开网、企业官方网站等,去查找相应的线索;

最后,穷尽前述途径无法获取后,可在一定条件下向法院申请调查取证。

去,但新《公司法》208条亦有相关印证,所以质证时仍可以依此思路。

倘若股东既提供了财务报告、又提供了审计报告,则债权人可以关注以下信息进行质证:一、财务报告、审计报告是否是在每一会计年度终了时及时编制,且连续完整。如若是多年合并一次审计或仅提供零星的几次,甚至诉讼期间才去制作相关报告,均无法认定公司财务规范。二、注意审计报告的签章、审计人员的资格。审计报告应由两名以上有资质的注册会计师签章并经会计师事务所盖章方有效,

缺任一要素，则可以此否认其证据效力。

三、还要注意财务审计单位与为债务人公司提供代理记账服务的单位是否存在同一性。实践中不乏存在两者为同一家单位的情形，如果年度财务审计系由原本为债

务人公司提供代理记账服务的单位作出，则可以此否认该份证据的客观真实性。很多时候对方提供的作为证据的财务文件，有时恰好可以证明对方的财产与公司存在混同，需要债权人多关注相关细节。

### 五、结语

公司法人人格否认制度，既是债权人追讨债务的利器，也是国家维护市场秩序的法治屏障。从制度内核到司法实践，法人人格否认制度的价值始终锚定“矫正失衡、恪守公平”。当相关责任主体滥用

公司独立人格与股东有限责任，将公司作为逃避债务的工具时，法律终究会刺穿公司独立的外衣，让真正的“幕后者”承担相应的责任。



**郎青青 律师**

上海七方律师事务所 律师

业务方向：公司法、婚姻家庭事、  
劳动法、涉台涉外法律服务

联系方式：18801912786

## 《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）》对劳动合同期满后继续用工的影响

作者：谢亦团

劳动合同期满后，劳动者仍在原单位工作的，用人单位是否有任意终止权，是否需要支付经济补偿金，如何做才能合法合规，这些问题一直困扰着用人单位，而这次司法解释（二）实施后，对于这种情形，又出现了新的重大变化，笔者结合对司法解释（二）中第十一条的规定，作些个人的分析，供用人单位参考。

### 一、法条原文

第十一条、劳动合同期满后，劳动者仍在用人单位工作，用人单位未表示异议超过一个月，劳动者请求用人单位以原条件续订劳动合同的，人民法院依法予以支持。

符合订立无固定期限劳动合同情形，劳动者请求用人单位以原条件订立无固定期限劳动合同的，人民法院依法予以支持。

用人单位解除劳动合同，劳动者请求

用人单位依法承担解除劳动合同法律后果的，人民法院依法予以支持。

### 【关联法条】

1、劳动争议司法解释（一）第三十四条第一款之规定：“劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。一方提出终止劳动关系的，人民法院应予支持。”

2、《劳动合同法实施条例》第五条，自用工之日起一个月内，经用人单位书面

通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。

3、《劳动合同法实施条例》第六条，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。

## 二、新法条解读

司法解释（二）相比较于司法解释一，发生了两个重大变化，一是增设了一个月的异议期；二是删除了任意终止权。这将对用人单位的用工处理发生根本性的变化。具体分析如下：

### （一）增设了一个月的异议期

#### 1、超过一个月是否包含本数

法律上“以上”、“以内”、“届满”

均包含本数，而“不满”、“不足”、“超过”均不含本数。据此，本法条中的一个月并不包含本数，用人单位表示异议的期限是否超过一个月，处理方式将完全不一样。

2、异议的内容是否包含终止劳动关系。

此处的异议存在不同理解，是仅对劳动合同条件，比如岗位、劳动报酬、工作时间等提出异议，还是包含终止劳动关系、通知不续签、停止用工等行为。个人认为此处的异议内容应当同时包含对劳动关系的终结。

3、对于符合订立无固定期限劳动合同情形的，用人单位是否还享有异议期。

如果劳动者在同一用人单位连续工作满十年，或者已经连续订立两次固定期限劳动合同的，劳动者只要提出无固定期限劳动合同，用人单位必须订立，而不得终止，所以不论用人单位是否在一个月內提出异议，劳动者只要符合订立无固定期限且提出订立无固定期限劳动合同，用人单位就应当订立无固定期限劳动合同，不



存在一个月的异议期。因此第一款中的劳动合同期满应当指的是第一次签订的劳动合同的期满，异议期也仅适用于第一款。



### （二）删除了任意解除权

#### 1、为什么会删除？

根据司法解释（一）第34条规定，劳动合同期满后，继续用工的，任何一方享有终止劳动关系的权利。按照最高人民法院民一庭编著《最高人民法院新劳动争议司法解释（一）理解与适用》中的观点：本条款仅适用于劳动合同期满后双方尚不具备法定应当签订无固定期限劳动合同的情形；劳动合同期满后未续签劳动合同继续用工，双方不存在劳动关系，属于事实劳动关系，原条件的范围包括劳动时间、工作地点、工作岗位、劳动报酬等，不包含原劳动合同期限。双方的事实劳动关系状态处于不定期的状态，当事人结束

这种不稳定劳动关系视为符合《劳动合同法》第44条第1项规定的终止情形。

而本次司法解释（二）却删除了双方的任意终止权，并且明确用人单位解除劳动合同，劳动者请求用人单位依法承担解除劳动合同法律后果，人民法院予以支持。也即用人单位作出解除时，仍然应当按照劳动合同法的相关规定，否则需要承担违法解除劳动合同的法律后果，可见司法解释（二）第十条对司法解释（一）第三十四条作出了重大变更。区别在于，司法解释（二）给了用人单位一个月的异议期，而且增设了劳动者请求用人单位以原条件续订劳动合同（此处的原条件应当包含劳动合同期限，否则劳动者这个请求权无法落地），这也有利于稳岗就业。

#### 2、劳动合同期满后继续用工的正确处理方式：

（1）在一个月之内，希望继续留用的，维持或提高劳动合同条件要求劳动者续签书面劳动合同，劳动者不同意续签的，终止双方的劳动关系，无需支付经济补偿金；

(2) 在一个月之内，用人单位不希望继续留用的，终止双方劳动关系，并支付经济补偿金；

(3) 用人单位在劳动合同期满后超过一个月未提出异议，劳动者要求按照原劳动合同条件续签劳动合同的、符合订立无固定期限劳动条件的，用人单位应当予以订立，而再也不能以劳动合同期满为由进行终止，否则将变成违法终止；

(4) 超过一个月后，用人单位应当及时签订新的书面劳动合同，劳动者拒绝签订的，应当及时终止双方的劳动关系，并支付经济补偿金；

(5) 具备解除劳动合同法定理由的，用人单位仍然可以依法作出解除，比如存在劳动合同法 39 条、40 条、41 条的，用人单位仍然可以作出解除。

**(三) 劳动者提出按照原来条件订立劳动合同，用人单位没有订立的，是否仍然需要支付二倍工资差额。**

本次司法解释（二）中规定了，劳动合同期满后，劳动者仍在用人单位工作，用人单位未表示异议超过一月，劳动者可

以请求用人单位以原条件续订劳动合同的（满足无固定期限的，还可以要求订立无固定期限劳动合同），从该条规定来看，签订劳动合同是个请求权，并不同于《劳动合同法》第十四第三款即“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”的情形，也就是不能视同为已经续签或订立了无固定期限劳动合同。根据举轻以明重的原则，劳动合同期满后，劳动者没有提出要求订立劳动合同的情况下用人单位都应当支付二倍工资差额，现在劳动者提出订立劳动合同的情况下，拒绝签订书面劳动合同，更应当支付二倍工资差额。

### 三、对用工单位的用人建议

(一) 用人单位应当加强对劳动合同期限的管理，在劳动合同期满前与劳动者完成续签劳动合同或及时作出终止（首次劳动合同期满），如果错过了一个月的异议期，仍然应当及时做好劳动合同的补签工作，尽快结束无劳动合同的用工状态。

(二) 劳动合同期满，继续用工超过



一个月，劳动者提出订立劳动合同时，应当及时订立书面劳动合同，否则需要支付二倍工资差额。

（三）用人单位需要单方终结劳动关系时，应当按照司法解释（二）的规定，

按照《劳动合同法》的相关规定依法作出处理，否则可能需要承担违法解除/终止的法律后果。



### 谢亦团律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

上海市律师协会劳动与社会保障

专业委员会委员

上海市静安区劳动人事争议仲裁委员会兼  
职仲裁员

上海市普陀区人民法院特邀调解员

上海市普陀区总工会“八五”普法讲师团  
成员

上海市闵行区人民法院特邀调解员

上海市闵行区总工会特邀调解员

业务方向：劳动法、企业法律顾问

联系方式：135 8550 7739



## 以专利无效应对技术垄断实务分析

作者：王乾姬

在当今科技飞速发展的时代，专利在企业竞争中扮演着至关重要的角色。专利无效宣告程序作为专利制度中的重要环节，为打破不合理技术垄断、维护市场公平竞争提供了关键手段。本文将结合实际案例和实务经验，浅谈专利无效的相关内容。

### 一、专利无效宣告请求的提出主体

在实际工作中，提出专利无效宣告请求的主体主要包括以下几类：

#### （一）竞争对手

当竞争对手的专利对自己构成威胁，比如阻碍产品市场推广或带来潜在侵权风险时，企业为消除不利影响，往往会请求宣告对方专利无效。例如，A 公司和 B 公司生产类似智能家居设备，A 公司发现

B 公司专利可能使其陷入侵权纠纷，便深入研究并提出无效宣告请求。

#### （二）潜在侵权者

被专利权人指控侵权后，潜在侵权者为避免巨额赔偿和停止侵权造成的损失，会仔细审查涉案专利稳定性，若发现可被无效的缺陷，就会主动请求宣告专利无效。

#### （三）行业新进入者



刚进入行业的企业若面临老专利阻碍，为扫清技术布局和业务拓展障碍，可对老专利提出无效宣告请求，以自由开展技术研发和产品生产销售活动。

## 二、专利无效宣告的常见理由

（一）不符合《专利法》第 22 条规定的新颖性、创造性和实用性

### 1. 新颖性问题

实务中的常见情况：常出现专利申请日前，相关技术已在行业技术报告、学术会议论文、产品销售宣传资料等渠道被公开，但专利权人申请专利时未充分检索，导致专利缺乏新颖性。如某化工企业专利涉及新催化剂制备方法，但申请前半年行业期刊已发表相同方法的论文，该专利新颖性受质疑。

### 2. 创造性问题

实务中的常见情况：部分专利技术方案是对现有技术简单拼凑或显而易见改进，如将已知的产品或方法组合或连接在一起，两者组合后仍以其常规的方式工作，在功能上没有相互作用关系，无新效果，创造性不足易被无效。

### 3. 实用性问题

实务中的常见情况：有些专利技术理论上可行，实际无法实现预期功能或存在重大缺陷，违背专利法实用性原则。

（二）不符合《专利法》第二十六条第三款、第四款

### 1. 说明书不清楚、不完整

实务中的常见情况：说明书没有对发明或者实用新型作出清楚、完整的说明，以所属技术领域的技术人员能够实现为准。如软件领域专利仅描述功能模块，未说明交互逻辑、算法原理。

### 2. 权利要求书未以说明书为依据

实务中的常见情况：概括有反例，比如权利要求对某个特征进行了概括，如果能找到反例证明即便有这个特征也不能解决权利要求所要解决的技术问题，那么该权利要求就没有以说明书为依据。

## （三）其他常见理由

### 1. 独立权利要求缺少必要技术特征

在实际专利撰写中，部分专利代理人或申请人对独立权利要求的撰写不够严谨，遗漏了关键技术特征，导致独立权利要求无法完整反映发明创造的核心技术方案。例如，在一项涉及机械设备的专利中，独立权利要求遗漏了实现设备核心功能的关键部件，这就使得该独立权利要求存在明显缺陷，容易被无效。请求方在审查独立权利要求时，要结合技术方案的整体架构，分析其是否缺少为解决技术问题所必不可少的技术特征，并通过与现有技术对比等方式来论证该缺陷的存在。

## 2. 非正常专利

随着专利申请量的不断增加，一些非正常专利也时有出现，如黑代理撰写的专利。这些专利往往存在技术创新性极低、说明书撰写不符合规范、权利要求书保护范围不合理等问题。例如，有些专利只是对现有产品或方法进行了极其细微、毫无实质意义的改动，就匆忙申请专利，以牟取不当利益，这类专利在无效宣告程序中很容易被认定为非正常专利而无效。请求方在面对疑似非正常专利时，要仔细分析专利的申请文件，从技术内容、撰写质量等方面寻找其不符合《专利法实施细则》第 11 条的证据，并结合行业常识和正常专利的标准来论证其非正常性。

## 三、专利无效的程序

### （一）提出无效请求

证据收集与组织：请求方要拓展检索渠道，包括行业文献数据库、学术会议论文集等，收集在先公开技术信息。同时，仔细筛选证据，挑选与涉案专利最相关的现有技术，合理组合对比文件构建无效理由。

撰写无效宣告请求书：明确请求与理由，清晰准确写明无效理由，避免模糊表述。

### （二）专利复审和无效审理部受理与审查

形式审查与补正：提交请求后，关注发出的形式审查通知书，及时了解是否受

理及补正材料要求，按时补正避免影响处理。

专利权人的答复与证据交换：收到答复后，研究其观点与证据，分析漏洞薄弱环节，及时调整反驳策略。证据交换时，确保自身证据合法有效，严格审查质疑对方证据。

### （三）合议审理

充分准备：制定无效策略，确定重点理由与证据，准备反驳意见。有需要可制作演示文稿、实物模型等辅助工具。

### （四）作出决定后的应对

对于不服决定的，可以自收到通知之日起3个月内向人民法院起诉。法院应当通知无效宣告请求程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。

## 四、专利无效的影响

### （一）对专利权人的影响

1. 商业利益受损：专利被无效后，专利权人可能失去技术垄断优势，市场份额下降。如药企核心专利被无效，其他药企推出仿制药抢占市场。

2. 专利布局调整与成本控制：需重新规划专利布局，填补漏洞。加强成本控

制，建立风险预警机制，定期评估专利稳定性。

### （二）对请求方的影响

扫清障碍与后续布局：专利无效成功后，请求方消除专利壁垒，可自由开展相关业务，加强专利布局，开展技术合作。

## 五、结论

专利无效宣告程序是应对专利纠纷、打破技术垄断、维护公平竞争市场环境的重要手段。无论是专利权人还是请求方，

都应充分了解专利无效的法律规定、实务操作要点和潜在影响，提前做好应对策略和准备工作。



SEVEN DIMENSION  
LAW FIRM  
七方律师事务所

知 产 知 否



王乾姬 律师

上海七方律师事务所 律师

七方企业合规法律服务部 副主任

高级企业合规师

劳动关系管理师

业务方向：知识产权、民商事争议解决

联系方式：186 2162 3933