



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM

七方律师事务所

七方法研

学无止境 方有未来

2020年第2期

总第2期





目录

01

七方风采

七方律师事务所的“秘密”——疫情下的律所品牌突围-----01

02

民商纵横

委托合同中那些你没想到的“坑”-----09

农村建房施工合同法律分析-----14

泉州欣佳酒店“3.7”房屋坍塌事故——又是野蛮装修惹的祸?---21

网络购物中的消费者权益保护典型问题-----26

浅谈消费领域的惩罚性赔偿-----31

新民事证据规定之自认规则探析-----38

违章建筑转租是否有效?-----44

无差别网络暴力下的反击之道-----47

浅谈合同无效中的强制性规定识别-----51

商铺未经竣工验收，不合格也能出租?-----55

03

家长里短

疫情过后为什么会出现离婚潮?-----59

热播剧解读：《安家》中江奶奶的外甥有继承权吗?-----64

论“吃瓜”群体的“自我修养”-----67

热播剧解读：房子是婚姻的潘多拉魔盒？	70
动迁利益的赠与是否“覆水难收”？	74
不知道这些法律谣言，天天都是愚人节	79
高管涉嫌性侵养女——也谈儿童利益最大化保护	83
热播剧解读：大寒索裘，何以《安家》？	86
如何唤醒沉睡的“维修资金”	91

04

罪与罚

热播剧点评：谢亭丰“一房数签”的行为构成犯罪吗？	94
从我国刑法的角度评价韩国“N号房事件”	99
适用“长臂管辖权”前提下 ——瑞幸咖啡财务造假事件责任主体罪责探讨	103

05

公司治理

法定代表人最恐怖的责任来了	109
---------------	-----

06

财税金融

海外疫情蔓延加速，我们该如何风控国际援助？ ——从“北新建材”案看国际援助的法律风险	118
消费贷款，债主“跑路”怎么办？	123

07

聚焦劳动法

- 疫情防控期间企业集体协商应该这样做-----129
- 疫情防控期间的工伤认定原则-----135
- 热播剧解读：房似锦持假文凭应聘入职
- 自己种的苦果自己咽-----138
- “共享员工”的春天还会远吗？-----143
- 周末实行 2.5 天弹性作息制，美不美？-----145
- 如何订立电子劳动合同-----149
- 面对涉嫌性侵养女的高管
杰瑞集团为什么不将其直接开除？-----153
- 有关代通金的方方面面-----156
- 河北石家庄：女职工产假可休至子女满一周岁，是真的吗？-160

08

依法行政

- 《上海市优化营商环境条例》亮点解读-----162
- 从“一级”到“二级”，申城守护你！-----167

09

新锐风采

- 敬畏规则，方能不蹈孙杨仲裁案之覆辙-----172

七方律师事务所的“秘密”

疫情下的律所品牌突围



律新社专访

新冠病毒感染肺炎疫情期间，网上有一组数据显示，受疫情影响严重的十大行业中，律师行业重伤85%，排名第7。由此可见，疫情对律师业造成的影响不言而喻。有业内人士分析道，疫情下的律师业，首当其冲的是小所和青年律师，其生存空间将进一步被压缩，要么合并，要么改革。

律新社近期走访了上海多家律所发现，大多数律所已全面复工，虽然很多业务短期内无法顺利开展，但很多律所都非常重视这一特殊时期的专业品牌建设。疫情下，有些律所看到了“危”，但不少律所看到了“机”，上海七方律师事务所（以下简称七方所）就是其中的典型代表。

作为一家成立不到三年，员工人数不到 40 人，致力于打造专业化、综合型的精品化律所，七方所在积极履行社会责任的同时，也在疫情带来的风口期实现了律所品牌突围。那么，七方所应对此次疫情的秘密有哪些？

以法律公益服务为载体，践行社会责任

对于七方所主任李华平律师和七方所副主任廖潇歌律师而言，从疫情爆发之际至今，他们已经连续两个月没有好好休息了，但他们却非常快乐，因为七方人在做一件很有意义的事情。而这件事情，源头要从抗击疫情说起。

本次突发的疫情，让律师业掀起了前所未有的公益热潮，据不完全统计，全国律师行业除物资捐赠外，累计捐款突破 1.5 亿元。作为一家“新秀”律所，七方所始终坚信公益不分高低和大小，履行社会责任是法律人应有的职业准则，也是律所品牌竞争力之一。疫情爆发后，七方所管理层迅速召集紧急会议，成立抗击疫情公益服务小组，一家律所

的反应速度体现了律所的内外治理程度，也体现了一家律所的社会责任担当和公益理念。

如何打好这场硬仗，不仅关乎社会和谐安定，也关乎七方所的专业品牌站位。

众志成城，共克时艰。当大多数律所还未复工时，七方所大部分律师已自发进入工作状态。自 1 月 27 日至今，七方所微信公众号“七方法苑”主编廖潇歌律师带领编辑部加班加点，组织全所律师撰写了大量疫情防控专业文章，涉及劳动用工、居家隔离、物业防疫、在建工程、捐赠协议、税收优惠、知识产权、刑事责任等多个方面。

其中，李华平律师撰写的有关劳动用工的普法文章《“延长春节假期”和“不得提前复工”的区别何在？》一文成为朋友圈“爆款”，阅读量超过 62 万，在律师圈和企业圈引起广泛关注。

同时，七方所律师们撰写的专业文章多次被“上海律协”“徐汇区司法局”“汇眼识法”“徐汇律师”“聚集劳动法”“璀璨徐家汇”等微信公众号采用；“七方法苑”推文和法律微课堂



的留言栏里，经常有客户留言，感谢七方所以专业的水平和态度解决疑难问题。七方所的专业品牌再次得到公众的认可。

1月31日，七方所在上海律师业中率先以社群的形式提供劳动法相关的公益咨询法律服务。李华平律师牵头带领团队成立“共抗疫情——七方法律咨询服务”微信群，消息一经发出，便引起广泛关注，24小时内微信群便加满500人。由于微信群最高限制500人，目前已新增至7个“共抗疫情——七方法律咨询服务”微信群，七方所各团队共为5000余人次提供了公益咨询法律服务，为社会各主体有效开展疫情防控提供有力的法律支持。

2月6日起，七方所通过语音授课的方式组织开展“七方公益微课堂”线上系列讲座，在线听课人次达7000人，吸引工会干部、律师同行、业界领导、企业家等参与。

其中，由李华平律师主讲的《防控疫情期间劳动关系的处理实务（上海地区）》，达到人数上限，共1000人在线参与。

3月8日至3月15日期间，七方所与徐汇区消保委联合举办了八场“女性维权·消费者维权公益云课堂”系列讲座，充分展示了七方女律师的风采。得到了业界的一致好评。

疫情期间，七方所还推出了法律研究类电子双月刊《七方法研》，首期内容正是汇编了全体七方所律师同仁在疫情防控期间的各项理论研究成果，以“医者仁心，律者思方”的理念，为业内外人士剖析疫情防控期间出现的热点法律问题。

截止目前，七方所各类公益行动仍在继续中。

李华平律师在接受律新社采访时表示，公益无大小，行动即力量。“从事公益与律所成立时间的长短、规模的大小并无关系。大所可以从事只有大所才有实力做的事情，中小所则需要量力而行、尽力而为。公益不是口号，是对社会的回馈，需要我们实实在在、踏踏实实地去践行。”

公益是七方所一直秉持的理念，在律所成立前，很多律师就以个人身份积极参与捐资助学等公益活动，比如与普

陀区总工会朱雪芹职工法律援助工作室合作，积极为职工维权；对自闭症儿童家庭提供免费法律咨询；十年如一日对上海中小企业进行定期劳动用工培训等等。

这些公益法律服务已经形成了固定的机制，将责任感、使命感深深融入七方所的基因中。

以律所党建工作为依托，凝聚律师合力

律新社了解到，上海司法局和上海律师行业党委等主管部门均对七方所在此次疫情中敏捷的反应力、快速的执行力、强大的行动力予以肯定。

伏久者飞必高，开先者谢独早。在这次律界公益行动中，七方所很好地向外界展现了律所的内部凝聚力和律所专业品牌形象。但七方所在疫情中的积极行动并非有意而为的突发行动，而是长期坚持后的品牌溢出，强劲的竞争力是其自身凝聚力、执行力和持续力的体现。

在七方所，高级合伙人以 70 后为主，提成律师以 80 后为主，律师助理和

行政人员以 90 后为主。日常工作中，七方所坚持“七八九，一起走”，对标不同发展阶段律师的需求，把党建与工会作为两个重要抓手，提升律所内部凝聚力，使各年龄段的成员协同发展，提升内部凝聚力。

作为“徐汇区司法行政系统先进党组织”“上海市律师行业先进党组织”，七方所党支部从思想政治学习及法律服务实践两大层面着手，平时积极组织思想政治学习，定期开展形式多样的组织生活，热心公益法律服务，以党建促所建。

在这场没有硝烟的疫情战面前，七方所发挥党员干部有困难冲在前的带头作用，由党员律师带头参加各类公益活动，发挥模范先锋作用。扎实组织开展疫情防控、专业公益，以实际行动践行“不忘初心、牢记使命”的责任担当。

身为律所党支部书记和上海市律师行业优秀党员律师，李华平律师告诉律新社，“党建引领，专业强所是七方所的信条，在七方所，党建永远放在第一位。党建不是简单的政治学习，更要和事务所建设紧密结合，与培养后备力

量相结合。”

律所党建文化已深入七方人的心中，律新社了解到，七方所每次举行团建活动时都会携带党旗，以党旗为引领，增强凝聚力。

除了党建文化，七方所还很重视青年律师的精神文化活动。2019年11月29日，七方所成立了工会，依托平台打造律所团队建设，构建企业文化，通过策划“七方看世界”团建旅游、“七方春晚”、健康体检、“七方生日趴”等活动来提升内部凝聚力。

事实证明，成效显著。疫情当下，七方所全体同仁齐心协力，实现了一次中小所的品牌突围。

以专业高效服务为核心，解决实际问题

李华平律师告诉律新社：“我们做了这么多事情，归根到底没有离开一个词语——专业。”

律所品牌的核心是专业。此次疫情中，七方所之所以能快速实现品牌突围，与其长期坚持的专业化品牌建设和构建

学习型律所密切相关。

学无止境，方有未来。自律所成立之日起，七方管理层便主抓构建学习型组织，专业立所，而这一成果在过去的2019年效果显著。李华平律师告诉律新社，2020年会将这一理念持续延续，并形成一定的知识成果。疫情期间推出的电子期刊《七方法研》，便是很好的印证。

李华平律师告诉律新社，七方所创办一份期刊的想法由来已久，现在时机已经基本成熟，主要是从两个方面考虑的：第一，从2017年8月起至今，七方所律师在“七方法苑”公众号上发表的法律实务原创文章已近400篇，已经形成了较好的实务研究和写作的基础与氛围，通过期刊作为载体能够进一步把研究成果有形化，有利于知识分享；第二，律所在劳动法、民商法、公司法、刑事辩护、公共法律服务、建筑工程与房地产、婚姻家庭、知识产权等多业务领域综合发展，已形成一定的规模，通过期刊的方式搭建与客户沟通的桥梁、与同行交流的平台，进一步促进事务所在各专业领域的业务能力和研究水平。

事实上，早在七方所成立之初，管理层便将专业人才培养和专业化建设作为律所发展的重要战略之一。

2017年7月，七方所创办了“七方学堂”，每两周举办一期专题业务学习，至今已经举办60余期；2017年8月，七方所开设“七方法苑”微信公众号，每周至少发表两篇原创文章，至今发表专业文章近400篇；2017年9月，七方所与上海社科院法学所达成战略合作，共同举办“七方高端法律讲坛”，邀请国内外知名法学家前来主讲法学前沿讲座，至今讲坛举办有7次……

李华平律师向律新社介绍，七方所从创所至今始终坚持走“专业化、综合化、精品化”之路，从未偏离轨道。

2019年12月，上海律协各业务研究委员会进行换届选举，七方所报名的11名律师入选多个委员会，无一人落选。在11名律师中，李华平、廖潇歌、傅建平律师分别当选为劳动与社会保障业务研究委员会、社会公共服务业务研究委员会、刑事诉讼与刑事辩护业务研究委员会的副主任，充分证明了七方所专业化道路的正确性。

中小企业对法律服务的需求是多方面的，涉及公司设立、用工管理、上市、融资、解散、合并、分立等问题，甚至企业家的刑事风险、婚姻继承、财富传承等，一些专业化律所可能只能解决一方面的问题。但七方所律师相互配合，旨在满足客户的多样需求，能为企业提供综合性、一站式的法律服务。

七方所的高级合伙人都有专业方向和明晰定位，如劳动法、公司法、刑事、家事、建设工程、税法、政府法律顾问等法律服务领域在业内都具有一定的影响力和较高的专业水准。未来，七方所还将继续吸纳专业人才，保证每个专业领域都有两到三名专家型律师，用拳头产品锁定客户，从而为客户提供更专业、高效、优质的法律服务。

以定位清晰宣传为助力，打造展示舞台

如果说清晰的定位是七方所厚积薄发的基础，那么，有力的品牌文化则是七方所展现律师风采、发挥专业优势的舞台。

作为上海律协对外宣传与联络委员会委员，七方所副主任廖潇歌律师认为，在律所品牌宣传中，敏锐度很重要。“中小所的规模有限，需要不断摸索，找到适合自己的宣传途径。目前，七方所尽可能占领大部分宣传阵地，并与全所律师匹配。”

律所成立伊始，李华平等管理层一致认为要加强律所微信公众号对外宣传，并决定由廖潇歌律师担任主编。

“七方法苑”微信公号成立后，律师每周一、四轮流交稿。经过一段时间的锻炼，律师们的创作水平越来越高，今年2月开始部分律师及团队拥有了专栏，如七方所副主任、上海律协刑法与刑事辩护业务研究委员会的副主任傅建平律师及其团队律师的“刑案平谈”；高级合伙人、上海律协婚姻家庭业务研究委员会委员胡晓萍律师及其团队律师的“晓之以理”；高级合伙人、上海律协劳动与社会保障业务研究委员会委员谢亦团律师的“亦论民声”，合伙人、上海律协民事业务研究委员会委员李伟锋律师的“锋言民商”等，展现了律师的专业风采。

如今，“七方法苑”已经成为七方所的品牌窗口，发表各类原创专业文章近400篇。七方律师通过这种方式将贯穿于案件全程的做法和细节信息最大化地记录下来，将律师业务工作和律所的知识管理合二为一。七方律师可以通过“七方法苑”微信公号输出自己的知识成果，树立专业形象，也给律所带来更多的业务机会。

七方所的秘密和未来

疫情当下，对于很多行业而言，是一次大浪淘沙、重新洗牌的机会。对于律所而言，是危还是机，事在人为。只有修炼好内功，才能做到蓄势待发。

在李华平律师看来，虽然目前的法律市场整体有所波动，但上海的法律服务市场空间很大，疫情是暂时的，产生的更多是机遇，李律师认为：“疫情对法律服务专业化的要求更加迫切，对没有专业优势的律师造成很大的打击，导致今后法律服务市场的两极分化更加明显。加之法律咨询公司、会计师事务所、互联网法律服务公司等外

部竞争者前来‘抢饭碗’，律所、律师团队必须走到队伍前面才有被看见的可能，走在队伍后面的只能被淘汰。”

成立至今，七方所一直坚持专业学习和自我提升，综合化的业务发展定位也使得律师之间可以相互支持、相互借力，实现强弱互补。面对律师行业已经到来的新挑战，有精湛的业务和稳定的客户群作为平稳运行的“双保险”。

李华平律师向律新社透露道，疫情下，七方所未对今年的创收目标进行调整，目前的各项业务也在持续稳步推进中。今年，七方所将扩租计划提上日程，一系列招聘也陆续展开，2020年执业律师人数将达到40人。

2019年，七方所由刚成立时的10名律师增长至20多人，人均创收和增长率在上海市的中小所中排名前列。李华平律师和廖潇歌律师均对未来法律服务行业的发展持乐观态度：“法律服务行业的业务高潮往往发生在下半年，届时疫情带来的各种负面影响将消退。同时，疫情作为一种催化剂，会倒逼行业改变传统的服务模式。”

面对突如其来的变化，每一个律师都应该有快速的反应力、辨别的敏锐度和广阔的知识面。在学习过程中要拥抱时代，输出品牌，获得认可。也许，这就是七方所的品牌突围“秘密”。

“有些事情快一步，就会快很多步。”这是李华平律师对市场判断的敏锐度，但他并不急于把七方所打造为百人所。“律所的规模化建设不必过快，当务之急是打好基础，稳步前进，行稳才能致远。七方所现在还处于起步阶段，需要一步一步、扎扎实实向前走。”

在疫情带来的风口，机会与挑战并存，而机会总会留给有准备的人。历经风雨洗礼，七方所未来可期。

本文来源为律新社

内容为律新社对七方所的专访报道

记者：谢珊娟、赵芳

委托合同中那些你没想到的“坑”！

作者：管杰

商事活动中通过签订合同来确定各自的权利义务，已是司空见惯之举。《中华人民共和国合同法》（以下简称“合同法”）第八条：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。”为合同的效力和在签订各方之间确立的权威性提供了法律依据。而在纷繁复杂的各类合同中，签订之后真的都不用担心对方“擅自”或者“随意”解除合同，将之前一切的约定都推翻么？本文就来聊一聊委托合同中你可能没想到的坑！

一、委托合同是什么？

委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。在合同法第 396 条—第 413 条以分则的形式对委托合同不同于普通合同的特征进行了规定，比如委托人的介入权、第三人的选择权等，而这些权利虽然有特殊性，但均是在尊重委托合同的基础上延伸了各种权利，而本文所说的“坑”，则是委托合同所拥有的更独特的特点，即委托合同双方均具有的“任意解除权”。

二、委托合同的任意解除权

合同法第 410 条规定：“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。”即合同双方随时可以做出解除的行为，不再承担委托合同所约定的权利义务。这条规定乍看之下与合同法总则部分的依合同履行原则和诚实信用原则背道而驰，随时可以解除合



同的话，双方之间的“安全感”大大削弱，而其背后的原理是什么呢？

主要观点认为，委托合同的任意解除权是为保护“信赖关系破裂”。委托合同具有特别的性质，其成立大多数建立在当事人信赖关系的基础上。委托人选择受托人为其处理事务，是以其对受托人办事能力和信誉的了解为基础的。而“信赖”具有一定的主观性，在一方当事人对相对人的信任有所动摇时，就应允许委托人或受托人随时解除合同而不需要给出其它理由。因为一旦这种信任关系不复存在，即使合同仍然有效也很难实现合同订立的目的。

也有的观念认为在委托合同不仅仅涉及一方当事人利益的情

形下，对于委托合同任意解除权不加限制，实际上片面保护了合同解除方的信赖感，在这种情形下应该限制任意解除权。比如在日本司法判例中，法官在裁判委托人行使任意解除权时会兼顾“受托人利益”以及“不得已事由”原则，通过限制任意解除权保护可能因此受到损失的受托人利益。

笔者认为，适当限制任意解除权的行使，一来对于恶意解除合同来达到利己目的的解除方起到抑制作用，二来对于为合同履行付出切实努力却最后无法获得预期利益的被解除方起到了保护作用。我国法律还未对于任意解除权的行使做更详细的解释和完善，那怎么做才能避免掉入任意解除权这个坑呢？

三、排除任意解除权的对策

（一）变更合同的类型

简而言之，只要我们订立合同时，在委托事项以外加入一般委托合同不具有的权利义务条款，从合同性质上否定该合同是委托合同，自然能以合同并非委托合同来抗辩任意解除权。最高人民法院经典案例(2013)民申字第1413号中法院认为：“本案《代理销售合同》尽管有诸多条款符合委托合同性质，但其第六条第6项明确约定：

“本合同到期如有剩余房屋未售，乙方（中字行公司）应在十日内按即时销售价格九五折一次性收购。否则甲方（天长公司）有权不再结算乙方尚未结算的佣金，并且乙方所交保证金不退。”这一约定符合关于上述商品房包销合同司法解释的规定。该合同既有天长公司委托中字行公司对外销售房屋的内容，也有中字行公司在约定条件成就时购买天长公司房屋的内容，将



其定性为单纯的委托合同，并由此排除《合同法》总则相关规定的适用，既不符合当事人真实意思表示，也与法律规定不符。当事人诉争的法律关系性质决定案由，《民事案件案由规定》编排了四个层级的案由体系，但该体系具有开放性，人民法院可以根据具体案件性质来确定具体案由。《民事案件案由规定》没有商品房包销合同这一名称，并不意味着人民法院不能就具体案件认定这一案由，更不能就此认为不存在包销这一民事法律关系。”可见，在委托合同的基础上加入业绩指标，包销约定等一般委托关系以外的要素后，合同性质发生了变化，自然可以排除任意解除权的适用，在订立合同时，建议有顾虑的当事人可以酌情“以承诺换保障”。

（二）约定排除任意解除权

当事人双方是否可以加入“不得擅自解除合同”等条款来排除任意解除权的行使呢？这个看似显而易见的问题，其实在学界观点不一、而在司法实践中亦有着截然不同的结果。

1. 根据意思自治原则可以排除

有的观点认为，如果不存在违背善良风俗等例外情形，原则上允

许当事人双方约定排除。但是，如果约定排除条款属于格式条款，尤其是委托诉讼代理以及物业服务合同中，由于没有体现双方当事人的意思自治，提供方处于优势地位，倘若一概认定约定有效，显然违背了公平原则。因此，如果当事人非基于自由意志排除任意解除权的适用，一般不应认定该排除条款有效。该观点从当事人视角出发，正因为合同法中未明确规定限制任意解除权的方式，用约定方式排除并无不当，体现了“法无禁止即自由”的原则。

2. 应根据任意解除权的规范性质的判断

有的观点认为当事人约定排除任意解除权违反了法律的强制性规范，应认定为无效。任意解除权是法律强制性规范还是任意性规范一直以来都存在争议。（2015）渝五中法民终字第03703号案中重庆市第五中级人民法院认为，双薪公司基于法定解除权，可以随时解除委托合同。合同虽然约定了双薪公司不得擅自解除合同，否则应当承担违约责任。但是，委托合同法律规定了任意解除权，解除合同是行使法律规定的权利，权利的行使不可能构成违约，因此任意解除权不得经特别约定而排除适用，故不



存在解除合同违反特别约定之情形。因此，本院确认双薪公司解除合同没有违约，不应承担违约责任。该判决在结果上支持了任意解除权属于法律强制性规范的观点。

另一种观点认为，任意解除权是应属于法律的任意性规范，可以通过约定排除。(2018)苏 03 民终 7420 号案中江苏省徐州市中级人民法院认为，合同法第 410 条虽然规定“委托人或者受托人可以随时解除合同”，但该条规定属于任意性规范而非强制性规范，允许当事人合意排除适用。本案中，双方当事人已经明确约定“委托经营期间，未经乙方同意，甲方不得擅自解除本合同”，该约定是双方当事人的真实意思表示，没有证据证明存在《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的无效情形，应当认定为合法有效，故上诉人不得依据上述规定解除合同。而在(2013)民申字第 2491 号案，最高法认为，《合同法》之所以规定委托合同双方当事人均可以行使任意解除权，主要是基于委托合同双方当事人存在人身信赖关系，一旦这种信赖关系破裂，合同便没有存续的必要，应允许当事人行使任意解除权。但是，在诸如本案这种商事委托合同的缔结过程中，双方法定代

表人或者代理人之间是否存在人身信赖关系往往并非是委托人选择受托人的主要考量因素，其更多的是关注受托人的商誉及经营能力。同时，受托人为完成委托事务通常要投入大量的人力和物力来开拓市场、联系客户等等，为了防止对方行使任意解除权带来的不确定风险，故对解除条件作出特别约定以排除任意解除权的适用，是双方当事人对合同履行风险所作出的特殊安排，体现了意思自治原则，且也不损害国家利益、社会公共利益以及第三人的合法利益。在此情况下，如仍允许委托人行使任意解除权，就会给受托人带来重大损失，且由于经营可得利益的不确定性，解除合同后受托人所能获得的损害赔偿往往与继续履行合同所能获得收益不相匹配，这一结果显然有悖公平原则。因此，鉴于商事委托合同的特殊性，当双方当事人对合同解除权的行使作出特别约定时，应当认定《合同法》第四百一十条关于任意解除权的约定已经被排除适用。

可见，关于约定排除任意解除权的效力在司法实践中仍然可能出现判决尺度不统一的情况发生。而笔者的观点倾向于约定排除任意解除权有效。无论是支持有效的



判例数量还是学界观点的主导趋势来看，双方真实意思表示来约定排除任意解除权的做法，通常来说能够达到排除目的。而即使排除任意解除权以后，合同法第 94 条的规定仍然能够保障合同的法定解除权。

3. 约定报酬防范解除

委托人行使任意解除权后，对受托人最大的损失通常是解除后的报酬无法获得。为防止此

“坑”，可以事先约定取得报酬的条件。合同法 405 条规定：“受托人完成委托事务的，委托人应当向其支付报酬。因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的，按照其约定。”可见合同法在报酬方面为当事人留了个口子，明确规定双方可另行约定。

结语

在委托关系中，当事人的信赖基础不仅仅是人身信任关系，更多是委托人的业务能力、专业水平、权威资质、业界评价、名誉威望等一系列“稀缺资源”所组成的集合。而受托人为委托事务可能付出巨大的成本乃至透支未来的收益。因此，双方应尽最大努力去保障委托合同的稳定性。在完善任意解除权的相应法律出台前，当事人很有必要在合理避“坑”上多下功夫。



管杰 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：合同纠纷、确权纠纷、公司法



农村建房施工合同法律分析

作者：席绪军

本文结合笔者代理的一起浙江省平湖市的农村建房施工合同纠纷案例，分析农村建房施工合同的相关纠纷和法律法规的相关规定。

案例

村民盛某（发包方）与村民徐某（承包方）签署《建房协议书》（以下简称“协议”），约定由徐某承建盛某的农村房屋一幢三层 300 平方米，总承包价款为 21 万元，包工包料按图施工，并对房屋的用材和质量要求等作了约定，于 2013 年 5 月开始施工，2014 年 6 月完工并交付盛某。施工图纸系平湖市建筑设计院有限公司设计的自建房农村住房设计通用图集，由当地某镇社区建设项目管理部负责审批监督并验收建设活动。

后盛某于 2016 年 1 月自行委托浙江某工程检测有限公司对房屋质量是否满足施工图纸、国家规范及协议约定内容进行鉴定，该检测公司出具报告，提出存在部分超出国家规范要求的质量问题，盛某据此提出质量问题严重影响房屋结构的整体稳定性和安全性及房屋安全使用的耐久性，要求徐某承担违约责任，赔偿其 30 万元的损失。徐某在案件审理中提出反诉，要求盛某支付拖欠的工程款 11 万元。

可以说案件虽小，但是纠纷复杂，几乎所有的与工程相关的法律问题都涉及到了。下面就农村建房施工合同常见的四个主要问题逐一分析。

一、农村建房施工合同法律适用问题

《中华人民共和国建筑法》（以下简称“建筑法”）第八十三条规定“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。”。

《建设工程质量管理条例》（以下简称“质量管理条例”）第八十条规定“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设活动，不适用本条例。”。

《建设工程安全生产管理条例》（以下简称“安全管理条例”）第六十九条规定“抢险救灾和农民自建低层住宅的安全生产管理，不适用本条例。”

根据《民用建筑设计通则》3.1.2 民用建筑按地上层数或高度分类划分应符合下列规定：

住宅建筑按层数分类：一层至三层为低层住宅，四层至六层为多层住宅，七层至九层为中高层住宅，十层及十层以上为高层住宅；

本案系争房屋建筑总高度为 9.9 米，层数为三层，根据民用建筑分类，应为农民自建低层住宅。

建筑法第八十三条规定的农民自建是从建设主体即权利主体而言的，不论是农民自己施工，还是将工程承包给个体工匠或建筑企业建设，都属于农民自建的范畴。

《村庄和集镇规划建设管理条例》第二条第 1 款规定“制定和实施村庄、集镇规划，在村庄、集镇规划区内进行居民住宅、乡（镇）村企业、乡（镇）村公共设施和公益事业等的建设，必须遵守本条例。但是，国家征用集体所有的土地进行的建设除外。”农民将自建低层住宅工程承包给个体工匠施工的，其建设行为当然也受《村庄和集镇规划建设管理条例》调整。

农民自建低层住宅的农村建房施工合同受《中华人民共和国合同法》及《村庄和集镇规划建设管理条例》的调整。此外，还要受《浙江省农村住房建设管理办法》、《浙江省房屋使用安全管理条例》、《浙江省违法建筑处置规定》的约束。

农民自建低层住宅的建房施工合同的双方主体是否可以约定适用“建筑法”、“质量管理条例”和“安全管理条例”，笔者认为不能约定适用，或者说约定也是无效的。因为建筑法、质量管理条例和安全管理条例均属于行政法及行政法规，属于强行适用的行政法律法规，在相关行政法律法规已经明确排除适用的情况下，则不属于民事主体可以自行约定适用的法律规范畴。

《浙江省农村住房建设管理办法》第二十五条规定：“由乡（镇）以上人民政府或者村民委员会负责统一建设的农村居住小区的建设管理，依照《中华人民共和国建筑法》《建设工程质量管理条例》《建设工程安全生产管理条例》等法律、法规的规定执行。”由该条规定可知，农

村居住小区的建设主体为乡（镇）以上人民政府或者村民委员会，其建设主体并非农民个人，此时即使建设项目是低层住宅小区，农村居住小区的建设活动也还是要受到建筑法、质量管理条例和安全管理条例的制约和适用。

二、农村建房施工合同法律效力问题

在本案中，盛某提出徐某作为个人没有施工资质，双方的建房协议为无效协议。为此，主审法官要求徐某提交施工资质，徐某提交了由平湖市规划与建设局颁发的《平湖市村镇建筑工匠资格证书》，其持证须知规定：

1. 本证持有人为平湖市农村泥木工协会会员。
2. 村镇建筑工匠从事房屋建筑活动必须遵守《平湖市村镇建筑工匠资格管理实施办法》。
3. 村镇建筑工匠承包范围是村镇农（居）民住宅的村镇房屋建筑工程。
4. 村镇建筑工匠必须持证上岗，严禁无证施工。
5. 严格按图施工，遵守施工操作规程、规范，主动配合相关部门检查、验收，保证工程质量和施工安全。



6. 村镇建筑工匠不得承包未经建设行政主管部门批准开工的村镇建筑工程。

由以上持证须知的内容可知，徐某有资格承接农民自建低层住宅建筑工程，其签署的建房协议为有效合同。

《村庄和集镇规划建设管理条例》第二十三条第2款规定“在村庄、集镇规划区内从事建筑施工的个体工匠，除承担房屋修缮外，须按有关规定办理施工资质审批手续。”

但笔者认为，即使徐某没有村镇建筑工匠资格证书，也不影响案例协议的法律效力，双方的协议依然是合法有效的。《村庄和集镇规划建设管理条例》第二十三条第2款的规定属于管理性强制性规定，并非效力性强制性规定。从建筑法对建筑企业的资质规定及合同法第五十二条第（五）项规定，并结合《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称“司法解释一”）第一条的规定，可以看出，只有以下三种情形才会导致施工合同无

效：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。由这些规定可以看出，因资质导致施工合同无效的是指承包人无建筑施工企业资质或者超越资质等级的，或借用有资质的建筑施工企业名义即挂靠施工的。而不包括不受建筑法规制的农民自建低层住宅施工合同的承包人。

而由乡（镇）以上人民政府或村民委员会负责统一建设的农村居住小区的建设工程施工合同，由于要适用建筑法律法规的规定，因此，承包人不能是村镇建筑工匠，而必须是建筑施工企业，此时如果承包人不具有建筑施工企业资质，或者超越资质等级，或者借用资质的，则会导致施工合同无效的法律后果。

《浙江省农村住房建设管理办法》第十条规定：“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。”注意不是应当委托具有相应技能的农村建筑工匠施工，这也是笔者认为即使徐某没有工匠资格证书，双方的建房协议依然有效的依据之一。

而如果农民自建四层以上（含四层）的住宅，属于多层住宅建筑，其建设活动必须遵照建筑法律法规进行，村镇建筑工匠不能作为承包人来承接工程，承包人必须是具有施工资质的施工企业，此时村镇建筑工匠签署的施工合同为无效合同。《浙江省农村住房建设管理办法》也规定此时应当委托建筑施工企业施工。

三、农村建房施工合同履行中的国家施工及验收规范的适用问题

根据《村庄和集镇规划建设管理条例》第二十一条规定“2层（含2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。”，则设计单位在设计住宅房屋时会按照设计规范操作，并在建筑说明

中明确施工规范要求。本文案例中为三层住宅，设计单位就是按照国家现行的设计规范和施工规范设计图纸，双方合同也约定按图施工。

但是在实践中，普遍存在农民自建房的房东擅自修改设计要求，村镇建筑工匠随意施工的现象，比如案例中，盛某就提出将内部格局做了变动，也将主体结构布局做了改动，并将建筑物外檐口高度擅自调高10公分，被人举报当地社区建设项目管理部，并被管理部责令停工，只得再调整回原有高度才复工。而徐某则没有按照施工规范要求，在墙体砌筑时放置拉结钢筋，据徐某介绍本地的农民自建房都没放置墙体拉结钢筋。而当地社区建设项目管理部在竣工验收时，只注重建筑物的四至边界、房屋外部门窗洞口及房屋檐口高度的验收，对于内部格局是否擅自变动在所不问。

实际上村民建房时未经原设计单位同意的擅自改动结构布局，极易导致结构安全性下降，在本文案例中，也存在这样

的情况，应当严格按照国家颁布的施工规范和验收规范组织施工和验收活动。

根据《村庄和集镇规划建设管理条例》第二十一条规定可知，农民自建一层房屋即俗称平房，并不需要有资质的设计单位来设计，也不需要使用通用设计或标准设计。在这种情况下，也就不能强制要求适用国家施工及验收规范，此时合同约定就变得非常重要，如果没有约定，一旦产生纠纷就难以认定责任方和过错方。

四、农村建房施工合同中的保修问题

本文案例中，盛某要求徐某承担保修义务，但建房协议书仅约定“其余贰万在完工后经过雨水无质量问题一次付清”，且至盛某起诉之时已经超过一年，除此之外双方并未约定保修期限和保修责任。

《浙江省农村住房建设管理办法》第十条第二款规定：“建房村民与建筑施工企业或者农村建筑工匠签订的施工合同，应当明确双方的权利、义务，约定农村住房保修期限和保修责任。法律、法规对住房保修期限和保修责任另有规定的，从其规

定。省建设行政主管部门负责制定农村住房建设施工合同示范文本。”

关于工程质量保修的强制性规定，见《建设工程质量管理条例》第四十条“在正常使用条件下，建设工程的最低保修期限为：（一）基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；（二）屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为五年；（三）供热与供冷系统，为两个采暖期、供冷期；（四）电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程，为两年。其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。建设工程的保修期，自竣工验收合格之日起计算。”

根据双方协议约定，徐某仅“负责整个工程的所有泥工工艺”，并不负责“防水工程（包括有防水要求的房间及外墙面防渗漏）、供热与供冷、水电工程及装修工程”，而本案系争房屋主体结构已经司法鉴定机构鉴定为安全，仅个别构件需要加固修复。协议也未约定徐某承担保修义

务，关于农民自建低层住宅也没有强制性的保修规定。

《建设工程质量管理条例》第八十条规定“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设活动，不适用本条例。”则其中关于工程质量保修的最低保修期限的规定，显然也不适用于农民自建低层住宅的施工合同。此时，完全遵从于双方的合同约定，没有约定的，根据“司法解释一”第十三条规定“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”即使未竣工验收擅自使用的，承包人也要在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。这主要是因为地基基础工程和主体结构质量事关结构安全性，不论是否约定责任，都应当确保结构安全性。

则本文案例中的建房协议中虽然未约定保修期限和保修责任，徐某也需要对

所建房屋的地基基础工程和主体结构质量承担民事责任，但对于其他方面的质量问题则不承担保修义务，比如墙体粉刷层裂缝等等。盛某不能引用质量管理条例的规定来主张所谓的最低保修期限。



席绪军 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
上海律协建设工程与基础设施业务研究委员会 委员
上海七方律师事务所建设工程法律服务部 主任
注册一级建造师
注册监理工程师
注册投资咨询工程师
商务部评标专家
上海市工商联房地产分会法律专业委员会委员
湛江国际仲裁院仲裁员

业务方向：建设工程、房地产开发、
房地产交易、公司事务

泉州欣佳酒店"3.7"房屋坍塌事故 又是野蛮装修惹的祸？

作者：席绪军

泉州欣佳酒店坍塌事故背景

在全国防控新冠肺炎疫情攻坚战的关键时刻，一则突发事故夺取了众人的眼球。2020年3月7日19时15分，泉州一酒店楼体整体坍塌。据新闻报道，事发楼房占地5亩，建筑面积约7000平方米，共有7层，属于钢结构房屋。该建筑经查是2013年开始建设，2018年改造为欣佳酒店，并于当年6月开业，酒店有各类客房计66间。该建筑一楼共有6间，其中两间原为超市。今年春节前，房屋业主（杨某某，65岁，为泉州本地人）将一楼出租的超市收回重新改装。据了解，新冠肺炎疫情发生后，欣佳酒店被作为集中医学观察点，用以对来自省重点疫区或有相关旅居史的人员，进行集中医学观察，事发当时，欣佳酒店集中医学观察点共入住重点疫区或有相关旅居史的人员58人，经过核酸检测均为阴性。3月7日19时许，房主接到现场施工人员电话称，在进行作业的一楼房屋一根柱子发生变形。

一名曾在事发酒店楼下做生意的商户向新京报记者介绍：“2017年之前，每一层都是一个开阔的大厅。楼上要开欣佳酒店，2017年开始拉来水泥和砖，把宽敞的大厅砌墙，隔成了一个一个小房间。”上述商户在酒店装修的那两三个月，因为压力问题，一楼商户的门窗玻璃被挤压炸裂五六块，后来觉得房子太危险就搬走了。

新京报记者在鲤城区住建局官网上未查询到涉事房屋的建筑施工许可证的审批信息。

本次事故之所以吸引眼球，一则楼房毫无征兆的突然坍塌，二则该酒店被当地疫情防控指挥部作为新冠肺炎疫情隔离点酒店，三则埋压人员众多。据报道，截至3月9日23:20，现场已搜救出受困人员55人（其中12人救出时无生命体征，2人送医抢救无效治疗），正在搜救的还有16人。

本次事故的性质，根据《生产安全事故报告和调查处理条例》第三条第（二）项的规定，确定已死亡10人以上，故已构成重大事故。

为什么会产生如此严重的事故？从报道的情况来看，似乎是一楼重新装修造成的，建筑时报的报道怀疑在装修时敲掉了主梁，导致整体坍塌（当然直接的事故原因还要等事故调查组出具调查报告来予以认定）。乍一看，似乎又是野蛮装修惹的祸，但是，在本次事故中可能存在多个主体需要承担不同的法律责任。

一、事发楼房的建设程序和装修程序是否合法合规

从介绍的情况来看，事发楼房为钢结构房屋，于2013年建设，期间有多次内部装修活动，分租给不同的承租人用于商业经营活动。并于2018年将部分楼层改造为酒店。2020年春节前将一楼出租的超市收回再次改造装修。

（一）在2018年装修作为酒店时及本次事故发生前的装修活动，是否经过相关部门的审批。

根据《建筑法》第七十条规定：“违反本法规定，涉及建筑主体或者承重结构变动的装修工程擅自施工的，责令改正，处以罚款；造成损失的，承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”其当初改建为酒店时，增加了很多的使用荷

载，是否变动了原有的建筑主体或承重结构，是否经过相关部门审批？《建设工程质量管理条例》第15条明确规定“涉及建筑主体和承重结构变动的装修工程，建设单位应当在施工前委托原设计单位或者具有相应资质等级的设计单位提出设计方案；没有设计方案的，不得施工。房屋建筑使用者在装修过程中，不得擅自变动房屋建筑主体和承重结构。”

根据《福建省建筑装修管理暂行办法》第十一条：“在装修活动中，禁止下列行为：（一）未经原设计单位同意或者具有相应资质等级的设计单位提出设计方案，擅自变动建筑主体、承重结构；”第十二条：“建筑装修工程涉及变动承重

结构、使用功能或者超过设计标准增加楼面荷载的，其施工图设计文件应当依法报送施工图审查机构审查；按照国家工程建设消防技术标准需要进行消防设计的，其消防设计图纸应当依法报送公安消防机构审核；未经审查、审核或者经审查、审核不合格的，不得颁发施工许可证，不得交付施工。建筑装修工程施工图设计文件或者消防设计图纸需要修改的，应当依法报经原审查、审核机构同意。”

(二) 事发楼房建成当年竣工或后期改造为酒店是否通过相关部门验收后投入使用。

事发楼房改造为酒店属于改变房屋的实际使用用途，在投入使用前，是否经过消防安全部门的验收，这都需要提供相应的原设计图纸和改建设计图纸。

该酒店的工商登记地址是如何通过认定的，其经营者是如何提供房产证及图纸的，工商部门是如何审批通过的？

二、事发酒店是如何被选为疫情防控的集中医学观察点的

作为疫情防控隔离酒店的选择，房屋结构安全是第一位的，首先应当检查房屋权属和设计图纸，查明是否存在改建和违法装修的风险；其次，对房屋的现行状况做一个检查，当发现存在其他承租人时，或者发现存在当下的装修行为时，应当判

断是否适宜做一个隔离酒店；最后，公共建筑局部装修时，不应当许可该酒店的底层施工在疫情防控期间复工，尤其是在楼上还在进行集中医学观察，有人居住的情况下，不得进行涉及结构安全的施工行为。

三、各方主体可能需要承担的法律責任

(一) 各方主体可能承担的刑事责任

1. 业主方（或承租人）可能涉嫌刑法第一百一十五条过失以危险方法危害

公共安全罪和第一百三十七条工程重大安全事故罪。

司法实践中，对于装修中破坏主体结构

构的案件，对于业主方（或者承租人）一般以犯过失以危险方法危害公共安全罪处理。比如浙江温岭有一住户在装修时想扩大房屋空间，在不了解哪面是承重墙的情况下，竟然把五面承重墙全都拆了，对整栋楼造成了严重的安全隐患，该住户因涉嫌以危险方法危害公共安全罪被依法刑事拘留。

(2017)浙 0302 刑初 398 号案件，被告人金某等四人，未经合法程序加盖房屋，导致房屋倒塌，致 22 人死亡，6 人受伤，最后都被法院判决认定犯以危险方法危害公共安全罪，判决四人有期徒刑。

2. 设计、监理及施工单位的人员可能涉嫌刑法第一百三十四条重大责任事故罪、第一百三十五条重大劳动安全事故罪、第一百三十七条工程重大安全事故罪。

刑法第一百三十四条【重大责任事故罪】：“在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处三年以上

七年以下有期徒刑。”施工单位人员没有确保安全施工，导致重大伤亡事故发生。

第一百三十五条【重大劳动安全事故罪】：“安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处三年以上七年以下有期徒刑。”第一百三十七条【工程重大安全事故罪】：“建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位违反国家规定，降低工程质量标准，造成重大安全事故的，对直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；后果特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”

根据事故调查组查明的案件事实，设计、监理和施工单位人员如存在以上罪名中的犯罪行为，则需要承担刑事责任。

3. 当地建设主管部门及新冠肺炎疫情防控指挥部涉嫌刑法第三百九十七条滥用职权罪、玩忽职守罪。

刑法第三百九十七条【滥用职权罪；



玩忽职守罪】：“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。国家机关工作人员徇私舞弊，犯前款罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。”

如调查组查明业主方存在建设手续不完善，或者装修审批手续不完善的情形，则当地建设主管部门明显存在玩忽职守行为，该酒店的消防验收及工商登记是如何审核并通过的，该酒店是如何经营的。

对于新冠肺炎疫情防控指挥部来说，则必然要承担选址不当的责任，尤其是底层存在施工行为，在审核各地工地复工申请时，尤其不能让选为疫情集中医学观察点酒店的底层同时存在施工行为，更要深查其中可能存在的贪腐行为。从新闻报道前租客对事发楼房的陈述，可以看出，事

发楼房可能存在的违规行为早已出现，但是其并没有受到有关部门的处罚，而在选为集中医学观察点酒店时，却选择了这么一个居住和租赁使用情况极其复杂的一个酒店，本身就让人不得不怀疑其中猫腻。

（二）各方主体可能承担的民事责任

1. 业主方（或者承租者）、施工方需要承担民事赔偿责任，如果查明设计和监理方也存在过错，则也同样需要承担民事赔偿责任。

2. 新冠肺炎疫情防控指挥部也可能因为其安排相关人员入住隔离酒店，导致损害，当地政府需要为此选择隔离酒店的不当行为，而赔偿受害人或受害人家属的损失。

综上所述，本次事故可能有野蛮装修的因素，但绝不是唯一因素，一定是多种因素合力造成的重大事故，一切需要等事故原因查明后，才可追究相关部门及人员的法律责任。

网络购物中的消费者权益保护典型问题

作者：李伟锋

如今网络购物已经成为消费常态。尤其疫情防控期间，许多人宅在家中，购物往往都是通过网络电商平台、微信朋友圈、直播购物等。在网络购物大为兴盛的同时，也出现了不少的问题。作为消费者，在“买买买”的同时如何维护自己的权益？我们来看下以下典型问题。

一、商品涨价商家不发货问题

例：王女士1月底在网上拍了个紫外线灯，节后该商品价格上涨了几十元，时隔一个月商家一直不发货。王女士多次催促，商家称受疫情影响缺货，一直不发货。但王女士发现该商品在商家店铺上不断调价，且近期也有成交，判断很可能是由于商品涨价，而王女士前期拍下的价格较低，商家故意拖延不愿意发货。那么，商家是否可以以疫情影响为由取消订单或不发货呢？

1. 商家可以取消订单吗？

《电子商务法》第49条规定：“电子商务经营者发布的商品或者服务信息符合要约条件的，用户选择该商品或者服务并提交订单成功，合同成立。当事人另有约定的，从其约定。电子商务经营者不得以格式条款等方式约定消费者支付价款后合同不成立；格式条款等含有该内容的，其内容无效。”

所以，订单能否取消是存在不同情况的：（1）通常情况下，提交订单合同即成立，商家无权单方取消。（2）如果当事人另有约定，从其约定。这里包括了消费者和商家之间，以及不同平台上的用户协议，如果有特别约定的，则依照约定，订单提交不一定合同成立，订单有取消的可能。（3）如果已经支付了价款，原则上是属于合同成立。商家即使用格式条款规定

可以自行取消订单，这种规定也是无效的。

从实际情况看，淘宝、拼多多、当当网等主流平台规定为下达订单并支付货款后，买卖合同成立，商家不能在此时取消订单。

2. 疫情影响可以不发货吗？

根据近期各地高院发布的相关意见，新冠疫情多数被认为是属于不可抗力情形。如果由于新冠疫情政府采取管控措施，产生了相应影响，应该认定为受不可抗力影响。按照《合同法》第117条规定，

因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任。

如果商家不能供货确实是因为政府管控，比如商品被征用或优先支援疫情地区救援物资，或者由于政府要求延期复工导致无法生产供应，则可以相应免责。但商家如主张疫情不可抗力免责，应提供相应的证据并通知消费者。

而在王女士的案例中，商家一方面称疫情原因缺货，另一方面却又调高商品价格成交，显然是以疫情为借口拖延，试图迫使消费者自行取消订单。

二、快递问题

例：杨某通过网络购买电脑一台，支付了货款和邮寄费，商家已将电脑交付给快递公司运送，但快递公司在送货时，未仔细核验收货人信息，货物被他人冒领。到底由谁来赔付呢？

快递已成为大多数网购中不可缺少的一环。尤其是近期疫情期间，快递送货的作用更为突出。在购物快递寄送过程中，实践中也会出现不少纠纷。

1. 商品损坏或者收到的商品不符或被他人冒领

《电子商务法》第51条规定：“合同标的为交付商品并采用快递物流方式交付的，收货人签收时间为交付时间。”所以，相关商品通过快递交付的，只有收货人签收才视为交付。那么，在商品送达买

家之前，相关商品的损毁灭失责任自然属于商家。

在前述杨某网络购物案中，法院认为商家尚未完成货物交付义务，构成违约，故判决商家退还货款。而快递公司将货物错交给他人，属于商家与快递公司之间的运输关系，由双方另行处理。

2. 快递签收问题

快递的签收，影响到两个方面，一个是消费者是否已经收到商品，另一个是消费者主张七天无理由退货时间的起算。

(1) 是否收到商品：从快递的实际执行情况来看，很多快递并不当面进行拆封。建议消费者在收取价值较高的商品时，拆封的同时进行录像，保存证据。

(2) 签收时间：日常中的快递签收除了本人签收外可能有几种情况：A、快递智能柜签收。快递员将商品放入智能柜中，智能柜向消费者发送取件码。此种情况应当以智能柜开柜取件时间视为签收。B、由他人代收。这里的他人包括同事、门卫、邻居、家人等，快递员应告知本人并经过本人同意，此时应从代收人实际收货视为签收时间。C、投放点代收。在疫情隔离期间，许多小区采用了禁止快递人员进入，快递统一放置到快递投放点。在此种情况下，由于投放点无专人保管，也无人签收。快递员电话或短信通知并不能等同于消费者已经收货，何时签收不确定，实际存在纠纷隐患。

三、网络交易平台责任问题

例：何某某在某网购平台看到某电视机“抄底价最后一天，促销价 5099 元”广告，遂购买。之后发现，该广告连续发布 6 天。何某某于是起诉要求退一赔三，这种情况下，网购平台是否承担责任？

很多朋友习惯性地认为，平台对商家有管理责任，如果商家提供的商品或服务有问题，如弄虚作假、虚假承诺、伪劣商

品等，平台就应承担管理责任，其实并非完全如此。根据相关法律规定，电子商务平台承担责任的主要是以下四种情况：

1. 平台不能提供商家的真实名称、地址的，承担赔偿责任

《消费者权益保护法》第44条规定：消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。网络交易平台提供者不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的，消费者也可以向网络交易平台提供者要求赔偿。

2. 平台明知或应知商家存在问题而未采取措施的，承担连带责任

《消费者权益保护法》第44条规定：网络交易平台提供者明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益，未采取必要措施的，依法与该销售者或者服务者承担连带责任。

《电子商务法》第38条规定：电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求，或者其他侵害消费者合法权益行为，未采取必要

措施的，依法与该平台内经营者承担连带责任。

于是起诉商家和该网购平台。法院最终判决支持，该平台承担连带责任。

3. 平台对特殊商品或服务未尽到审核义务或安全保障义务的，承担相应责任

《电子商务法》第38条规定：对关系消费者生命健康的商品或者服务，电子商务平台经营者对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务，或者对消费者未尽到安全保障义务，造成消费者损害的，依法承担相应的责任。

例如商家在平台上假冒注册“xx大药房”出售药品或医疗器械，平台未对其是否属实是否具备相应的经营资质进行审核，造成消费者买到假药品，则应承担责

4. 平台对消费者有承诺的，按照承诺

《消费者权益保护法》第44条规定：网络交易平台提供者作出更有利于消费

者的承诺的，应当履行承诺。网络交易平台提供者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。

例如平台如果在网上承诺，发现假货由平台优先赔付，那么消费者可以直接向平台索赔。

四、消费者维护自己权益的注意点

1. 充分行使七天无理由退货的权利

根据《消费者权益保护法》第25条的规定，除一些特殊商品外，经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品，消费者有权自收到商品之日起七日内退货，且无需说明理由。

2. 注意保留以下证据

包括订单信息、商家信息、商品宣传和介绍信息、聊天记录、付款记录、快递运单记录等以截图、录音、录像等方式进行保留。如果是通过微信或银行转账付款的，应当注意写明款项支付用途及目的。

3. 维护权益的途径

(1) 与商家进行协商。(2) 向电商等网络交易平台进行投诉处理。(3) 异地

电话向商家所在地的消费者权益保护协会投诉，请求调解。(4) 异地电话向商家所在地或网络交易平台所在地的市场监督管理局等行政机构投诉。(5) 向消费者所在地（即收货地）法院提起诉讼。



李伟锋 律师

上海七方律师事务所 合伙人
上海律协民事业务研究委员会 委员
上海七方律师事务所民商事和保险法律服务部 主任

业务方向：合同法、公司法、保险法、
网络纠纷、企业法律风险控制



浅谈消费领域的惩罚性赔偿

作者：王晓鹏



消费者在购买商品和服务的过程中，难免会遇到一些烦心事，当自己的合法权益收到侵害的时候，应该怎么样维护权益？能否向生产者、销售者主张法定的惩罚性赔偿？本文将结合司法实践为您进行分析。

一年一度的3·15消费者权益保护日又要到了，过去的一年里，作为消费者，您在购买商品和服务的过程中有没有遇到过烦心事？您的合法权益有没有因消费欺诈、消费纠纷而受到侵害？您是否由于怕麻烦而不愿维权？亦或因为不知道如何维权而不了

了之？本文作者将告诉您，法律赋予了您有力的维权武器，遇到消费纠纷，请勇敢站出来说不。

一、消费领域惩罚性赔偿案件统计数据

因消费纠纷主张惩罚性赔偿的案件，自 2016 年开始出现了一个“井喷”的局面，通过对全国法院公开的判决进行统计可以看出，2016 年之前，该类案件数量并不多，但是从 2016 年开始，案件判决数量从 879 件猛增至 1402 件，到了 2017 年全国各地公开的该类案件的判决达到了 3644 件，增长了 160%，后续年份有所回落，但是也一直维持在每年 2500 件左右的水平。

究其原因，是由于 2015 年 10 月 1 日起，号称史上最严的《食品安全法》正式施行，其中第 148 条关于消费者可以主张惩罚性赔偿的规定，也就是我们俗称的“退一赔十”的惩罚条款，有力的震慑了食品药品的生产者、销售者，为消费者维权提供了有力武器，然而巨大的维权收益，也催生了一批以此为业的“职业打假人”，他们发现，通过设计维权流程，提起诉讼可以获取不菲的赔偿利益，导致相关案件自 2016 年开始出现井喷，在 2017 年达到顶峰，随着 2018 年最高院和各地法院开始对“职业打假人”进行甄别和限制，案件数量开始有了一定的回落，但是仍然保持一个较高的水平。

笔者经过统计，2019 年全国各地法院共作出涉及消费领域惩罚性赔偿的判决 2378 件，其中北京、天津、广东三地的判决数量位列前三，分别占到了 29.02%、20.62%、11.07%。全部判决中，因食品、化妆品、药品消费纠纷主张惩罚性赔偿的判决约占全部判决的 77%。

从上述的统计数据中可以看出，消费领域的惩罚性赔偿案件主要还是集中在经济发达地区，这些地区市场经济比较发达，消费者的维权意识、法律意识较强，法院审理该类案件的审判思路也比较成熟，能够快速、公正的审理此类案件。而食品消费领域仍然是维权的重灾区，“职业打假人”的身影也频频出现在个案中，那么作为一名普通的消费者，当自己的合法权益受到侵害的时候，能否向商品的生产者和销售者主张相应惩罚性赔偿？应该怎么样进行主张？接下来本文将为您简要分析。

二、相关的法律及司法解释

目前我国现行法律法规对于消费领域的惩罚性赔偿，主要集中在《消费者权益保护法》、《食品安全法》、《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下称“《食品药品案件司法解释》”）等法律和司法解释中。

《消费者权益保护法》第五十五条规定，经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。

经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。

《食品安全法》第一百四十八条规定，消费者因不符合食品安全标准的食品

受到损害的，可以向经营者要求赔偿损失，也可以向生产者要求赔偿损失。接到消费者赔偿要求的生产经营者，应当实行首负责制，先行赔付，不得推诿；属于生产者责任的，经营者赔偿后有权向生产者追偿；属于经营者责任的，生产者赔偿后有权向经营者追偿。

生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元的，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。

《食品药品案件司法解释》第十五条规定，生产不符合安全标准的食品或者销售明知是不符合安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，向生产者、销售者主张支付价款十倍赔偿金或者依照法律规定的其他赔偿标准要求赔偿的，人民法院应予支持。

《食品药品案件司法解释》第十七条规定，消费者与化妆品、保健品等产品的生产者、销售者、广告经营者、广告发布者、推荐者、检验机构等主体之间的纠纷，参照适用本规定。

从上述的法律和司法解释可以看出，我国是将食品、药品、化妆品作为特殊的消费品与其他普通消费品进行区别对待的，《消费者权益保护法》第五十五条规

定的，因遭受消费欺诈主张“退一赔三”属于一般性惩罚性赔偿规定。而《食品安全法》对于食品、药品领域的生产者和经营者提出了更为严苛的要求，如果违反了法定义务，其最高要承担消费者购买价款十倍的赔偿。法律的规定不可谓不严格，有了完善的法律规定，消费者在自身的合法权益受到侵害的时候，大可勇敢地站出来维权。

三、消费者如何向生产者、销售者主张惩罚性赔偿

根据上文的法律及司法解释的规定，消费者应根据购买的商品的性质来选择适用合适的法律进行维权。如果购买的是食品、化妆品、药品之外的普通商品，消费者主张惩罚性赔偿的依据应该是《消费者权益保护法》第五十五条，也就是只有当经营者提供商品或者服务有欺诈行为，受到欺诈的消费者才能提起惩罚性赔偿，且请求赔偿的金额是购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍。也就是“退一赔三”。

如果消费者购买的是食品、药品、化妆品等特殊商品的，主张惩罚性赔偿的依

据应该是《食品安全法》第一百四十八条，此时消费者只要能够证明购买的食物、化妆品、药品不符合国家安全标准，生产者、销售者如果不能自证清白，就将承担商品价款十倍的惩罚性赔偿，也就是“退一赔十”。

实践中，对普通商品的生产者、销售者主张“退一赔三”，对于消费者而言，举证负担往往较高，因为消费者需要就生产者或销售者在销售商品过程中存在欺诈进行举证。审判实践中，对于销售欺诈的认定，往往都遵循以下裁判要件：是否存在欺诈故意；是否提供了虚假信息或隐

瞒了真实信息；消费者是否因上述行为产生错误认识作出错误的意思表示。以上各要件从主观过错到客观行为再到因果联系，环环相扣，缺一不可。如（2018）沪民初 48134 号判决中，对于汽车销售商在销售汽车中是否构成欺诈，法院认为：

“欺诈，应包含使相对人陷于错误认识之故意及使相对人依其错误认识而为一定行为之意思表示，指经营者存在故意告知消费者虚假情况，或者故意隐瞒真实情况的事实，同时还存在诱使消费者做出错误意思表示的行为。鉴于在本案中，销售者并无事实欺诈的主观故意，因此不构成欺诈，也无需退一赔三。”

事实上，在笔者统计的 2019 年上海地区的消费者主张惩罚性赔偿的 75 份判决中，涉及普通商品退一赔三主张的共有 24 份，认定消费欺诈成立，支持退一赔三的有 6 件，占比为 25%；而另外的 18 份判决中，除了 2 份判决以原告不符合消费者身份驳回诉请之外，其余的 16 份判决均以原告主张销售者存在销售欺诈证据不足为由驳回三倍赔偿的诉请。从上述的统

计数据也证明，消费者主张消费欺诈退一赔三，需要承担较重的举证责任。笔者建议，消费者购买普通商品受到侵害维权的时候，应当尽可能提供购买商品时的相关的凭证、商品的交付记录、聊天截图等证据材料，以形成证据链证明商品的生产方、销售方明知生产销售的商品存在瑕疵，导致自己陷入错误认识，作出错误的意思表示。当然也可以委托专业的律师来处理案件，以期争取更好的维权结果。

而反观食品、药品、化妆品消费领域，消费者主张惩罚性赔偿的举证负担相对较小，消费者只需提供基本的证据材料证明购买的相关商品存在不符合国家标准的事实即可，而生产者、销售者需要就商品符合国家标准承担较重的举证责任。

根据上海地区 2019 年公开的 75 份判决，食品、药品、化妆品消费领域惩罚性赔偿有 51 件判决，其中支持原告诉请，判决退一赔十的有 28 件，约占 55%。不支持十倍赔偿的有 23 件，由于该领域存在着大量以维权为业的“职业打假人”，所以这 23 件判决中有 12 件，法院虽然认定食



品不符合国家标准，但是也认为由于原告不属于法律意义上的“消费者”，因此只支持退货的诉请，没有支持原告十倍赔偿的诉请。

如(2019)沪 03 民终 20 号判决就认为：“从食品安全法的立法目的来看，食品安全法赋予消费者要求支付货款十倍赔偿权利的目的，在于通过加大食品生产经营者的违法成本，从而引导食品经营者依法经营，净化食品生产经营市场，保障公民的身体健康和生命安全，而不是成为某些人的营利手段。而且，食品安全法规定要求支付货款十倍赔偿金的请求权人只能是为了生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的“消费者”。本案中姜某以营利为目的的经营性质的购买行为，不应受到食品安全法的保护。”

这里需要特别说明的是，消费维权领域的“知假买假”与“职业打假人”存在区别，“知假买假”并不必然导致维权失败。如(2019)沪 01 民终 8031 号判决就认为：“关于原告陈某是否属于职业打假人及其能否获得惩罚性赔偿问题。根据《最

高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条规定，因食品、药品质量问题发生纠纷，购买者向生产者、销售者主张权利，生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由进行抗辩的，人民法院不予支持。故不论陈某在购买时是否明知系争产品存在质量问题，其合法赔偿请求应当得到支持。”

笔者认为，决定消费者能否维权成功的关键不在于其是否明知所购产品存在瑕疵，而是在于要结合其购买的数量、目的、金额及原告本人既往类似案件的受诉情况来综合判断其是否属于法律意义上的“消费者”。虽然“职业打假人”的身份并不必然导致诉请被驳回，但是法院可以援引《消费者权益保护法》第二条关于“消费者”的定义，即“为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务”的市场主体才是适格的消费者，以原告不符合上述定义为由驳回相关诉请。

当然，如果消费者“知假买假”并非是为了牟利或以此为业，那笔者认为，这

种维权行为没有超过合理必要的限度，法律当然允许个别消费者拥有比其他人更高的专业知识，这些消费者发现市场中的不合格商品，主动购买，然后在法律允许

的范围内合理维权，恰恰是一种对不法厂商的震慑，对于净化市场环境，维护其他消费者合法权益也是有利的，应予支持。

四、结语

消费市场的净化一方面需要立法者出台完善的法律法规；另一方面也需要执法机关履行法定的职责，做好市场监管工作；但是更重要的是，广大的消费者在权益受到侵害的时候要主动站出来积极维权。维权的道路也许并不平坦，但是只有越来越多的消费者主动拿起法律武器维护自身权益，让“退一赔三”、“退一赔十”的惩罚性赔偿越来越多的落在实处，商家的行为才会越发规范，更多人的权益才能得到保障。

当然，笔者也建议，维权应该合法也要兼顾合理，应在必要的限度内实施，司法资源毕竟是有限的，“职业打假”团队批量化、流水化的维权方式，不应得到鼓励和提倡。

最后，在今年的3·15即将到来之际，愿我们的市场能够少一些纠纷，愿每一个消费者的合法权益都能得到法律的保护。



王晓鹏 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
上海七方律师事务所企业合规法律服务中心
副主任
《七方法研》电子期刊 主编

业务方向：合同纠纷、房地产、企业合规、
企业常年法律顾问



新民事证据规定之自认规则探析

作者：郑华



因为疫情，2020 年对每个人来说都会有别样的记忆，或许你感动于那些救死扶伤的最美逆行者，或许你感慨于生命之无常，应珍惜当下。有人说，你怎么度过疫情，你就怎么样度过一生，或许这其中有些许的夸张，但却从侧面反映了我们面对人生的态度。对法律人而言，2020 年注定是不平凡的一年，《九民纪要》、新《民事证据规定》轮番轰炸，还有重磅炸弹《民法典》紧随其后……真是应了那句话，专业选的好，天天在高考。亲爱的读者们，跟着法律人一起放下焦虑，学点法律、守护自己的权利吧！





民事证据规定简介

2019年12月26日,最高人民法院发布了《关于修改〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的决定》,《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)公布十八年来完成了全面修改,这是我国民事审判中的一件大事,同时也关乎着每个当事人的诉讼权利。

新《民事证据规定》(以下简称《规

定》)中的“当事人举证”部分,最重要的修改莫过于补充完善了当事人自认规则,以更好地平衡当事人处分权行使和人民法院发现事实的需要。《规定》中关于自认的规则涉及到的条文是从第三条到第九条,接下来,本文将对“自认制度”的类型、体系和适用规则做详细阐述。

一、自认的类型和特征

1. 明示自认和拟制自认

根据当事人意思表示的方式,可以分为明示自认和拟制自认(又称默示自认)。

《规定》第三条,一方当事人陈述于己不利的事实,或者对于己不利的事实明确表示承认的,另一方当事人无需举证证明。这就是典型的明示自认。而且当事人明示的自认不仅适用于诉讼过程中,在证据交换、询问、调查过程中,或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中,当事人明确承认于己不利的事实的,同样适用。

拟制的自认,是指当事人通过沉默的方式作出消极的承认,需要注意的是,审判人员行使释明权作为确认默示自认

成立的必要条件。《规定》第四条,一方当事人对于另一方当事人主张的于己不利的事实既不承认也不否认,经审判人员说明并询问后,其仍然不明确表示肯定或否定的,视为对该事实的承认。

2. 当事人自认和代理人自认

根据责任主体的不同可以分为当事人的自认和代理人的自认。一般而言,法定代理人在诉讼中的自认以当事人的自认对待,更有讨论价值的是委托代理人的自认效力。

根据《规定》第五条,当事人委托代理人参加诉讼的,除授权委托书明确排除的事项外,诉讼代理人的自认视为当事人的自认。当事人在场对诉讼代理人的自认明确否认的,不视为自认。

3. 单一主体自认和多主体自认

根据当事人人数的不同，区分为单一主体自认和多主体自认即共同诉讼人的自认。而共同诉讼人的自认又因诉的标的是共同的还是同一类的分为必要共同诉讼人的自认和普通共同诉讼人的自认。

《规定》第六条，普通共同诉讼中，共同诉讼人中一人或者数人作出的自认，对作出自认的当事人发生效力。

必要共同诉讼中，共同诉讼人中一人或者数人作出自认而其他共同诉讼人予以否认的，不发生自认的效力。其他共同诉讼人既不承认也不否认，经审判

人员说明并询问后仍不明确表示意见的，视为全体共同诉讼人的自认。说明在必要共同诉讼中，参照适用拟制自认的相关规则。

这条规定系新增条文，是对2001年《证据规定》关于自认主体类型的规定作了补充，使整个自认体系更为完整。

4. 完全自认和限制自认

根据自认范围、自认程度不同可以分为完全自认与限制自认。完全自认不必多言，是对另一方当事人主张的事实的全部自认；限制自认是一种有条件的自认，要对所附条件按照举证责任负担的原则进一步举证。

二、司法实践中对自认的具体适用

当事人及其诉讼代理人在司法实践中，除了掌握自认分类及效力外，更重要的是把握好具体的适用规则，避免因对规则适用一知半解而陷入误区，导致不利的法律后果。

1. 对拟制自认中“既不承认也不否认”的把握

拟制自认的构成要件之一，便是当事人对另一方当事人主张的于己不利的事实，既不承认也不否认。这里的事实

仅限于具体事实中的主要事实，法律法规、经验法则等不能作为拟制自认的内容，而具体事实中的间接事实和辅助事实同样不产生自认效力。

重点要讨论的是“既不承认也不否认”的一些具体情形，如对于当事人“不知的陈述”是否产生自认效力呢？笔者认为，需要分情况讨论，不知陈述不能一概适用拟制自认。对于并非当事人亲历的事实，当事人陈述“不知”的，不



能认定为拟制自认；如确系当事人亲历或者明知的事实，即使其陈述不知的，也可以视为规定中的“既不承认也不否认”，适用拟制自认。

再如，诉讼过程中当事人表示“对此无意见”、“对此不予争执”的，是否能直接推定当事人有自认的意思表示。笔者认为，对于这种情况不宜直接认定明示的自认，而是适用第四条拟制自认，需要审判人员加以说明询问后再做认定。

2. 拟制自认中审判人员的“中立说明”

“经审判人员说明并询问”这里较2001年《证据规定》中表述，去掉了“充分”二字，表明审判人员的说明应当是“中立说明”，告知当事人保持沉默后的法律后果即可，防止过度说明后阻碍当事人拟制自认发生的可能，对另一方当事人有失公平。

3. 认定委托诉讼代理人自认的限制条件

首先，委托诉讼代理人的自认只能发生在诉讼过程中，并且必须以明示的方式作出。委托诉讼代理人不适用拟制自认的规定，因为委托诉讼代理人对对

方陈述事实的沉默，可能出于对案件事实的不了解，如若将该沉默视为自认，与法院查明事实、作出准确判断的最终目的不符。

其次，委托诉讼代理人自认视为当事人自认时，除当事人在场明确否认的，其他情况下，代理人和当事人均不能随意撤销。

但是，对于当事人不在场情况下，代理人对事实的自认原则上产生与当事人出庭对事实作出自认相同的效果，不能事后撤销或更正。除非委托诉讼代理人作出的自认错误与事实不符，且当事人有充分证据证明的，才能撤销或更正。

4. 限制自认的情形及效力

一是部分自认且不附加条件。当事人仅仅认可部分事实，对该部分自认事实，对方当事人无需承担举证证明责任。

二是附条件自认且所附条件与承认事实不可分割。应当把承认事实和附加事实作为一个整体考量，相关举证责任分配也不能一概而论，需要法官根据案件性质、实际情况、双方举证能力等进行综合判断。

例如：甲起诉乙要求偿还5万元借款，现金交付，没有签订书面合同，也

没有出具借条等书面凭证；乙虽然承认甲向其出借5万元，但称已经偿还，因借款时无书面凭证，还款时亦无书面凭证。在该案例中，对借款事实、乙尚未还款的举证责任在甲，虽然乙承认了借款事实，但同时附加已还款的防御方法，在此情况下，因甲出借款项无书面债权凭证，则乙主张还款亦无凭证的理由具有合理性，故甲依然应当继续举证乙尚未还款。

需要注意的是，对于常见的民间借贷案件，举证责任的分配依照《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》进行（见文末）。

三是附条件自认但所附条件与承认事实可分割。由于附加事实与承认事实不具有法律上的关联性，分别形成两个完整的意思表示，故可以将两项事实作为独立的整体加以考察。

例如：甲起诉乙要求偿还5万元借款，没有书面凭证，乙尚未偿还；乙虽然承认未偿还甲向其出借的5万元，但主张甲还欠其贷款5万元，故两笔款项应当抵销。在该案例中，对于乙承认其欠甲5万元且未偿还事实应构成诉讼上的自认，免除甲承担举证证明的效力；而对于乙主张的甲欠其贷款的事实，系由乙独立提出请求，对此乙承担举证证明责任。

三、自认的限制和撤销

1. 自认的限制

《规定》第八条对不适用自认的情况作出规定，即《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》第九十六条第一款规定的五种情形。此外，自认事实与已经查明事实不符的，人民法院不予确认。

五种情形具体为：（一）涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；（二）涉及身份关系的；（三）涉及民事诉讼

法第五十五条规定诉讼的；（四）当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；（五）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

以上五种情形非常明确，没有兜底条款、也没有扩大适用的余地，除上述规定的五种应由人民法院依职权调查收集证据的事实外，均可以适用自认。

2. 自认的撤销

根据《规定》第九条，自认的撤销包括两种情形，一是经对方当事人同意的；二是自认是在胁迫或重大误解情况下作出的。

提醒注意的是，较 2001 年《证据规定》中胁迫或重大误解情况下的撤销发生了重大变化，删除了“有充分证据证明”和“与事实不符”两个限定条件，回归了撤销自认的基础即违背当事人真实意思，同时也减轻了自认当事人的举证证明责任，避免了实践中对证据标准把握的不统一。

自认的撤销应当在法庭辩论终结前，还应当注意与《规定》第八十九条第二款当事人认可证据反悔的处理方式之间的衔接适用。

自认是当事人基于处分权行使而实施的一种诉讼行为，具有免除对方举证责任的效力，在诉讼活动中发挥着积极作用，但是需要提醒当事人及诉讼代理人，自认时务必要审慎细致，避免因不清楚自认规则而危害到自身的实体权利。



郑华 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：劳动争议仲裁及诉讼
民商事纠纷解决
政府法律服务

违章建筑转租是否有效？

作者：苏峰琴

案情回顾：

2017年3月，谢某与出租人王某签订《房屋租赁合同》，由谢某承租王某位于上海市浦东新区**路2号店铺15平米用于开设小吃店，租期二年，年租金48000元，押金4000元。2018年1月因家中妻子患病，谢某经出租人王某同意，将店铺转让给第三人郭某，郭某支付谢某8万元转让费，双方未签订转让协议。2018年3月，郭某将一年房租48000元支付给王某。郭某承租后经王某同意花费2万元用于固定装修，后开业营业。2018年4月16日，郭某被当地城管局告知，该店铺属于违章建筑，限于2018年5月底前搬离拆除。郭某于是找谢某和王某协商退房赔偿事宜，王某同意将剩余租期内房租及押金退还郭某，但谢某不愿退还转让费，双方协商未果，郭某将谢某和王某起诉至浦东新区人民法院，要求返还转让费8万元并赔偿装修损失2万元。

前文的案例中，谢某认为，店铺拆除系转让后发生的，此时转让已完成，谢某无责，不应退还转让费和赔偿损失。

王某认为，店铺虽被认定为违章建筑，但自己具有当时购买该店铺的发票，未能办理商铺产权证系历史原因造成，且已合法占有使用多年，同意退还剩余

租期内的房租和押金，但不同意赔偿装修损失，不同意利用装修。

法院审理后认为本案的争议焦点在于转租合同是否有效以及无效后是否应当财产返还、赔偿损失？郭某代理人提出代理意见：根据2009年9月1日最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠



纷案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《租赁合同司法解释》）第二条：“出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效。”第三条：“出租人就未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑，与承租人订立的租赁合同无效。”承租人的转租权是基于合法的租赁权，既然承租人谢某与出租人王某就该建章建筑店铺所订立的租赁合同无效，那承租人的转租行为就没有合法权利来源，故承租人的转租行为即使经过王某同意，也应认定无效。

根据《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第58条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，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因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”最终，法院采纳了郭某代理人的意见，依法确认谢某和王某之间的租赁合同以及郭某与谢某、王某的转租合同无效，并综合各方当事人过错，最后依法判决谢某十日内返还郭某人民币五万元，对郭某要求赔偿装修损失的诉讼请求不予支持。

律师点评

一、为何转租会被认定无效？

我国《合同法》第224条规定：“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效。”郭某虽未和出租人王某签订书面租赁合同，但从承租人谢某事先经过王某同意、郭某到期直接支付租金给出租人王某、王某接受且未提出异议、王某事后同

意退还剩余租期的房租及押金给郭某等一系列当事人的行为可以推定，三人形成合意，由谢某将原与出租人王某之间签订的《房屋租赁合同》项下权利义务概括转移给郭某，由郭某、王某继续按原《房屋租赁合同》履行，谢某退出原合同。

当人民法院依法认定原《房屋租赁合同》为无效合同时，谢某的转租

行为因其租赁合法权的丧失也被依法认定无效。

二、既然转租无效，郭某的装修损失应当由谁承担？

根据《合同法》第 58 条的规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，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因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相

违章建筑租赁行为不受我国法律保护，律师提醒广大承租人应及时签订书面房屋租赁合同，事先核查出租人、代理人是否具有不动产权属证明及合法授权；租赁二手

应的责任。”《租赁合同司法解释》第九条：“承租人经出租人同意装饰装修，租赁合同无效时，未形成附合的装饰装修物，出租人同意利用的，可折价归出租人所有；不同意利用的，可由承租人拆除。因拆除造成房屋毁损的，承租人应当恢复原状。”

因此，租赁合同被认定无效后，出租人王某不同意利用店内装修，郭某要求赔偿装修损失的诉请难以得到人民法院支持。

结语

房时还应查看二房东与业主签订的租赁合同中是否同意转租，避免超出原租赁期限等内容，保留房租转账凭证、押金收条等相关材料，避免发生纠纷后无法有效维权。



苏峰琴 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：刑事辩护
婚姻家庭
公司法



无差别网络暴力下的反击之道

作者：邵弘高娃



当你遭遇“网络暴力”时，你会怎么做？

上周一，作者曾注意到，最近某明星粉丝之间爆发了“网络大战”，在此事件中，该明星被全网“群嘲”，在微博、知乎等网络信息平台上也受到了大量的攻击、谩骂，甚至有网友将其照片 PS 成遗照的情况。

近年来，遭受过“网络暴力”的除了明星，还有很多使用网络信息平台的普通人。他们受到的不仅是人格上的侮辱和精神上的折磨，甚至因此放弃生命。如果他们知道并且愿意用法律的武器保护自己，这个世界也许会变得更好。

一、发布微博的是与非

案例一：

小蔡是一名新浪微博大 V（即拥有

很多粉丝的博主），2018 年，小蔡多次在微博中发布关于另一名微博大 V 小徐的“爆料消息”，内容明确指向小徐隐

瞒整容情况、私生活混乱、被包养等，并获得了大量点赞及转发。

小徐经与小蔡、新浪微博的运营公司微梦公司（以下简称微梦公司）沟通，要求删除相关微博无果后，遂以侵犯名誉权为由将小蔡和微梦公司告上法庭，要求小蔡赔礼道歉、消除影响，并支付精神损害抚慰金2万元及公证费、律师费等开支，微梦公司承担连带责任。

经一审判决，法院要求小蔡在其微博账号上连续置顶二十四小时刊登致歉声明，并支付精神损害抚慰金2万元及合理开支3万元，但对小徐提出微梦公司承担连带责任不予支持。小蔡不服提出上诉，二审法院维持原判。

根据我国《民法总则》《侵权责任法》的规定，自然人的名誉权受法律保护，其认定采用过错责任原则，即推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。被侵害人可以要求侵害人通过停止侵害、赔偿损失、赔礼道歉、消除影响及恢复名誉等多种

方式承担侵权责任，也可以请求精神损害赔偿。

在本案中，小徐通过公证的方式举证了小蔡的侵权行为，而小蔡无法证明自己无过错，因此承担了败诉的结果。

由于小徐并未提供证据主张微梦公司存在过错，因此微梦公司不需承担连带责任。但是，这不代表网络服务平台就可以置身事外。依照《侵权责任法》的规定，如果被侵权人通知网络服务平台采取删除、屏蔽、断开等措施而网络服务平台不予处理的，需对损害扩大部分承担连带责任。如该网络服务平台明知侵权行为发生而未采取必要措施的，与侵权人承担连带责任。

划重点：

1. 每个人都要对自己在网络公开平台上的言论负责；
2. 向侵权人发律师函也是一种保护手段；
3. 权利被侵害时可通过公证方式保留证据并起诉；



4. 为制止侵权行为所支出的合理开支，可以认定为财产损失；

5. 网络平台运营者只在无过错范围内免责。

二、微信群里的是与非

案例二：

老罗、老陈等人成立了一家有限公司，并创建微信群将股东、投资人、公司经营相关人员等共8人拉入该群。后因公司经营管理纠纷，老罗在群里“爆料”老陈利用职权损害公司利益，并用侮辱性的言辞对老陈进行文字谩骂。老陈认为老罗的行为侵害了自己的名誉权。因此，起诉要求老罗通过登报的方式赔礼道歉、消除影响，并支付精神损害抚慰金5000元。

经一审审理，法院认为微信群虽较公开的网络信息平台更为私密，但其作为公众表达话语的实在载体，与现实生活中的公共场所并无实质性差别，群成员发表言论仍应当遵守法律规定和道德操守。老罗的行为会导致老陈在一定范围内的社会评价降低并对其经营公司产

生影响，但由于损害范围和程度相对较小，因此判决老罗在微信群中向老陈赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金2000元。

老罗不服提出上诉，认为自己所述均有证据，也有老陈自认，属于事实，不构成侵犯老陈的名誉权。二审法院审理认为，虽然老陈对老罗阐述的事实部分予以自认，但这不应成为老罗发表侮辱性言辞的理由，老陈的名誉权仍然受法律保护，老罗不能对其进行文字谩骂、发布侮辱性言辞。双方如有其他纠纷，可以通过合法途径加以解决。

划重点：

1. 侵害名誉权的认定在于是否会对被侵害人造成损害的事实，而不是发布言论的场合和知情人数量，后两者是用于对损害程度的判定；

2. 不能因存在其他纠纷则采用侮辱、披露隐私等方式侵害他人的权利，否则将从“被害人”变为“加害人”，从而承担法律责任。

3. 除此之外，以暴力或者其

他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，还可能承担三年以内的刑事责任。

钱钟书先生说过，流言这东西，比流感蔓延的速度更快，比流星所蕴含的能量更巨大，比流氓更具有恶意，比流产更能让人心力憔悴。

现代人都有着诸般压力，面对社会时不得不带着精致的面具活着。于是很多人选择通过网络作为发泄窗口，展示更为真实的、自我的、负能量的一面，这本无可厚非，但若由于一己私欲，导致别人的身心受损，则是为法律和道德所不容许的。

笔者想对正在或者准备向别人施暴的人说，用键盘对社会不公的口诛笔伐往往是自以为是的想法，不仅可能给自己的生命留下污点，更可能给别人的生命画上句号。

而对于正在经受“网络暴力”的人，希望你们能够在放弃前，选择再尝试一次，用法律的武器保护自己！



邵弘高娃 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向：政府法律事务
公共法律服务、
动拆迁（征收）纠纷



浅谈合同无效中的强制性规定识别

作者：李伟锋

随着民法总则以及民法典（草案）的出台，合同无效制度有了很大的变化。其中违反强制性规定的合同无效，成为合同无效制度中的一项重要内容。但何为违反强制性规定呢？《九民纪要》第 30 条对“强制性规定的识别”做了专门论述，本文对此做简要的梳理探讨。

一、合同无效制度的改变

在《民法总则》颁布前，关于合同无效的法定情形主要是适用《合同法》第 52 条的规定，共五种情形：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。

2017 年《民法总则》颁布后，关于合同无效法定情形的规定主要见民事行为中的三种情形：第 146 条虚假意思表示：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”第 153 条违反强制性规定和公序良俗：“违反法律、行

政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效”。第 154 条恶意串通：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”

《合同法》与《民法总则》关于合同法定无效的规定并不一致，如何适用？九民纪要指出：民法典施行后，合同法不再保留，在这之前，因民法总则施行前成立的合同发生的纠纷，原则上适用合同法的有关规定处理。因民法总则施行后成立的合同发生的纠纷，如果合同法“总则”对此的规定与民法总则的规定不一致的，根据

新的规定优于旧的规定的法律适用规则，适用民法总则的规定。

所以对于2017年10月1日(《民法总则》施行之日)后成立的合同发生的纠纷，若发生涉及合同无效的情形，应当依据《民法总则》第146条(虚假意思表示)、第153条(违反法律、行政法规的强制性规定)、第154条(恶意串通)的规定予以主张，而不应再以传统的《合同法》第52条为依据。而在民法典施行后，原合同法第52条已不存在，同样以民法总则的规定为准。

因此，关于合同无效，实际上已经从《合同法》52条的五种情形转变为《民法总则》的三种情形。在这三种情形里面，从实践看，违反强制性规定而导致合同效力争议的，明显比虚假意思表示和恶意串通的合同争议，相对要多得多。所以，该违反强制性规定条款实际成为判断合同是否无效情形的重要条款，在合同无效制度中占有重要地位。在此情形下，九民纪要专门论述强制性规定的识别是非常有必要的。

二、强制性规定的具体识别

合同法司法解释(二)中将“强制性规定”明确限于“效力性强制性规定”，之后《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷若干问题的指导》提出“管理性强制性规定”的概念。九民纪要秉持了这种区分的思路和方法，并认为，从民法总则第153条第1款的表述看，有两个“强制性规定”，其中前一个强制性规定指的就是效力性规定，所以违反会导致民事行为无效，后一个强制性规定指的就是管理性规定，所以违反并不导致民事行为无效。

事实上，在相关强制性法律条款中，比较少出现“本规定属于效力性规定”或“违反本规定的行为无效”等类似字样。强制性，往往更多的是从条款中的“不得”、“必须”、“禁止”等字样体现的。面对这些条款，具体如何识别，九民纪要主要是做了列举性的规定。

(一) 效力性强制性规定与管理性强制性规定的列举

效力性强制性规定列举：九民纪要中列举了五种应当认定为效力性强制性规定的情况，包括 1、强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；2、交易标的禁止买卖的，如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖；3、违反特许经营规定的，如场外配资合同；4、交易方式严重违法的，如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同；5、交易场所违法的，如在批准的交易场所之外进行期货交易。

管理性强制性规定列举：九民纪要中认为，关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定一般应当认定为“管理性强制性规定”。

值得注意的是，效力性规定与管理性规定也并不是绝对的，在个案中也存在因案而异的可能。我们看到，对管理性规定的列举中，是“一般”应当认定，也存在作为效力性认定的可能。

（二）强制性规定的范围

虽然九民纪要中列举了五种类型的效力性强制性规定，但与法律和行政法规中的大量强制性条款相比，无疑也难以全

部囊括。在实务中既要能够准确适用，又要避免错误混淆。因此，还有必要从法理上明确强制性规定的范围。最高人民法院民二庭在《全国法院民商事审判会议纪要理解与适用》（下称《纪要适用》）一书中，对此做了进一步释解：

1. 强制性规定包括的范围：强制性规定不仅包括公法上的强制性规定，也包括私法上的强制性规定。典型的如担保法中关于“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人”的规定就属于强制性规定。

2. 强制性规定不包括的范围：

（1）不包括法律、行政法规有关要求办理批准手续的规定，如以批准为生效条件的合同。

（2）不包括权限性规定，如公司法中的法定代表人对外担保的越权问题，此种情形在合同法第 50 条中已有规定。

（3）不包括赋权性规定，如房地产转让中的共有房产转让问题，应按合同法第 51 条规定处理。

笔者认为，实际上，强制性规定不包



括的范围，并不是单纯按照该规定的类型去识别，而是基于现有法律规定已经专门对违反该规定的后果做了规定，比如无权处分造成的效力待定。这也可以理解为对合同效力的特殊规定优于一般规定。

（三）如何确定是效力性还是管理性强制性规定？

九民纪要提出，要在考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上认定其性质，并在裁判文书中充分说明理由。最高人民法院民二庭在《纪要适用》一书中提出确认无效规则时要考量：1 要确定是否存在强制性规定。2、要考察规范对象即强制性规定规制的对象究竟是意思表示本身，主体的准入条件，还是合同的缔约方式、时间、场所等要素，甚至是合同的履行行为，来具体认定。3、要进行法益衡量在初步认定合同无效或者有效后，还要再根据法益衡量说进行检验校正。

三、强制性规定识别在适用中存在的问题

（一）以强制性规定属于“效力性”还是“管理性”作为决定合同是否无效的标准，逻辑上可能会产生倒果为因的问题。

进行两类强制性规定区分判断，其核心在于强制性规定性质的甄别上。但强制性规定的性质并不是在相关法律条款制定时就预先确定的，而是以合同违反相关规定的效果为标准作出的区分，违反之后将导致合同无效的为效力性强制性规定，不导致无效的则属于管理性强制性规定，这从逻辑上存在倒果为因的问题。

（二）在实务案例中，也存在先有结论再为论证的情况。

实务中许多法院判决中并未详细释明认定强制性条款性质的理由，或者先确定某个条款属于效力性强制性条款，再论证为何违反其规定的合同无效，衡量主观性较强。

九民纪要的实施有助于提升对强制性条款识别的认识，但具体适用衡量，仍然存在很多不确定性。实务中仍需不断总结归纳。



商铺未经竣工验收，不合格也能出租？

作者：李伟锋



在房屋租赁合同纠纷中，不乏承租人基于建筑物因素对租赁合同的效力提出质疑，主张合同无效。比如建筑物未经消防验收合格、未取得建设工程规划许可证、未竣工验收合格等等。但不同情况的法律后果并不相同。本文就建筑物未竣工验收合格的情况进行分析。

案情

小王经营一家建材公司，经过某华南建材博览城的招商，小王跟出租方宏百商贸公司签订了《建材博览城租赁合同》，租赁了博览城内三层某商铺，在该商城做起了建材生意。小王对商铺进行了装修，投了不少钱。但商城的商户入住率不高客流也较少，小王的生意一直不太好。有一天，小王无意中得知，原来建材博览城一直未经过竣工验收。小王勃然大怒，觉得一个都没验收合格的商城，怎么就把商铺租给了自己呢？小王觉得自己被骗做了

冤大头，就把出租方宏百商贸公司起诉到了法院，认为出租方不具备出租条件，其出租的商铺所在建筑未经竣工验收的情况下对外招租，双方签订的租赁合同应属无效合同，要求出租方宏百公司返还原告租金、运营保证金、装修押金，并赔偿损失。

小王认为，出租方将未经竣工验收的商铺出租，违反法律强制性规定。根据合同法 52 条的规定，违反法律行政法规的强制性规定的合同无效。

法律分析

一、关于竣工验收的相关规定：

主要有两条：

1. 《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十七条规定：“房地产开发项目的设计、施工，必须符合国家的有关标准和规范。房地产开发项目竣工，经验收合格后，方可交付使用”。

2. 《中华人民共和国建筑法》第六十一条规定：“交付竣工验收的建筑工程

程，必须符合规定的建筑工程质量标准，有完整的工程技术经济资料 and 经签署的工程保修书，并具备国家规定的其他竣工条件。建筑工程竣工经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用”

实践中，承租方往往认为，既然法律规定了未经竣工验收不得交付使用，那么对未经竣工验收合格的相关建筑物如商



铺、房屋、厂房等的出租，违背了相关法律法规的强制性规定，相关租赁合同应属于无效合同。

二、违反竣工验收规定，租赁合同是否无效？

根据相关司法解释规定，只有违反效力性强制性规定的合同才是无效的。在违反法律强制性规定情况下，一定要区分是效力性强制性规定，还是管理性强制性规定。

从司法实践看，法院倾向认为，竣工验收条款属于管理性强制性规定，不影响合同的效力。主要理由如下：

1. 竣工验收规定是对建设单位的要求，并非否定相关合同法律效力：

例如（2015）绍诸民初字第1843号案判决认为：《中华人民共和国建筑法》第六十一条第二款规定的立法目的是为加强针对工程竣工验收环节的规范与管理，而非否定以未经竣工验收的房屋为标的物的合同效力，强调的是建设单位应自觉、及时地履行竣工验收合同义务，否则将承担包括合同责任及行政处罚等在内

的不利后果，而非强调否定私法行为的效力。故该款的立法目的在于禁止建设单位违反该规定的事实行为，而非以否认违反该规定的法律行为的效力为目的，该款应界定为管理性强制性规定，违反该条款并不必然导致合同无效。

2. 竣工验收由行政许可制变为备案制，对私法并不干涉。

例如（2017）苏0303民初4878号案判决认为：国务院《关于取消第一批行政审批项目的决定》（国发[2002]24号）第323项，则将“房地产开发项目竣工验收”的行政审批项目列为取消项目。可见，自2000年起，房屋竣工验收即由原来的行政许可制变为备案制。这一变化对于《建筑法》第六十一条第二款的类型认定具有重要意义……竣工验收是基于建设工程合同关系而在平等合同主体之间产生的权利、义务，而竣工验收由行政许可变为备案制，正是将国家行政权力对私法领域的干预控制在合理范围内。

3. 未竣工验收合格不属于司法解释中的无效情形。

例如（2019）桂05民终1627号案判决认为：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第二条“出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效”、第三条“出租人

就未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑，与承租人订立的租赁合同无效。……租赁期限超过临时建筑的使用期限，超过部分无效”等规定，限定了无效租赁合同的范围，仅将违法建筑物租赁合同等认定无效，并不包含租赁物未经竣工验收的租赁合同。

律师结语

从前述分析可知，建筑物未经竣工验收，并不会导致租赁合同无效。小王要求确认合同无效的请求最终被法院驳回。本律师认为，是否竣工验收，实际上是对建筑物安全性所提出来的要求，应当认为是属于默认的交付条件，而不是对合同合法性的要求。

如果未经竣工验收，承租人能否提起诉讼，关键在于建筑物是否能够使用。小王不能主张合同无效，但如果小王的商铺因为商城未竣工验收，存在安全问题等而无法使用，则可依据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第八条“因下列情形之一，导致租赁房屋无法使用，承租人

请求解除合同的，人民法院应予支持：……（三）租赁房屋具有违反法律、行政法规关于房屋使用条件强制性规定情况的”之规定，向法院提起诉讼，要求解除合同，追究出租方的责任。



疫情过后为什么会出现离婚潮？

作者：胡晓萍



据媒体报道称，近日西安市多个婚姻登记处从3月2日起陆续复工，但相比较新人结婚，登记离婚的人反而更多。离婚预约天天爆满，离婚登记已经排队到3月18号。消息一出，引发诸多热议，微博上有人不禁感叹：真没想到，疫情后第一个报复性反弹的行业，是离婚！

事实上，早在2月初，微博的一条热搜叫做“疫情结束后你最想干什么”，其中就有“疫情结束，马上离婚”的回答。突如其来的疫情，在不经意间成了婚姻的一场大考。

我们认为，灾难之后，受损的不仅仅是社会和经济，往往还有小家和婚姻。家庭琐事矛盾的大幅增加，以及固有矛盾的进一步激化，都是造成疫情过后出现离婚潮的原因。

一、家庭琐事矛盾激增

疫情之下，人们被迫隔离在家，从早到晚 24 小时的面对彼此，极易因家庭琐事引发矛盾，矛盾的起因主要包括以下三个方面：

1、生活空间重叠

很多夫妻结婚以后，生活节奏很快，各自忙碌奔波，共处的时间并不多。即便共处，各个时间维度上的生活空间也是不同的。但庚子年春节期间的这场疫情，把夫妻俩甚至本并不同住的父母都困在狭小的空间内，生活资源的冲突、同住习惯的差异都会涌现出来，一旦处理不当，极易引发矛盾。

2、负面情绪爆棚

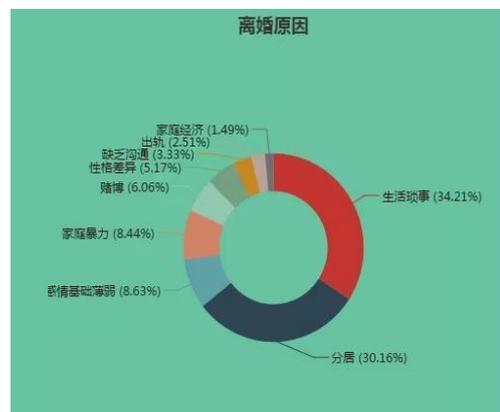
疫情突如其来，来势汹汹，不断有人确诊、有人死亡。在这样的重大压力事件下，很多人都会出现焦虑、紧张、恐慌、愤怒、悲伤等负面情绪。而长期宅在家中，负面情绪难以自我消化，它们持续存在，不断加深，或许一件小事就会引发不满，造成严重的情绪发泄和互相攻击，甚至大动干戈、拳脚相加。

3、经济负担加重

社会巨大负面事件通常会给社会造成不小的经济损失，对于个人而言，轻则减少收入，重则换岗失业，甚至长期没有工作。夫妻收入锐减，生活负担和经济压力接踵而来，会给婚姻带来不小的冲击。本来一些无关紧要的小问题，也可能成为压垮骆驼的最后一根稻草。

您可能会有疑问，仅仅是生活琐事的矛盾，对婚姻也有那么大的杀伤力吗？

浙江省在 2018 年曾发布过一份离婚纠纷司法大数据报告，显示了一段时间内离婚的各种原因，比如出轨、缺乏沟通、性格差异、家庭暴力、分居、生活琐事等等。



可以说，导致离婚的原因各不相同。但是，这张大数据却反映出，因为

生活琐事离婚的夫妻占到了 34.21%，是最多的一个；其次是分居占到了 30.16%，之后是感情基础薄弱，占到了 8.63%。家庭暴力占到了 8.44%，而出轨导致夫妻离婚的仅占到 2.51%。

因此，不要小看生活中鸡毛蒜皮小事所引发的矛盾，它往往会成为离婚的导火索。

二、固有矛盾强化激化

有些夫妻可能平常就已感情淡漠、无话可说。居家防疫期间，双方的缺点更是十倍的放大，“窝里斗”的频率越来越高，矛盾点也越来越多。如果在以前，夫妻吵架之后，可以通过跟社会、外界接触，把负能量发泄出去，从而在一定程度上缓和矛盾；但如今因为疫情，双方只能在相互厌烦又忍无可忍的状态下被迫延续共同居家生活的状态，使原本就存在的矛盾进一步强化和激化。

我在知乎上看到一个女子发文说：这次突发疫情挺暴露人性，她发现了对方一些问题是自己无法接受的，不想再勉

强下去了。

就在这篇文章后面，有人回帖说，疫情爆发之前，婚姻就有很多问题，勉强凑活着过。但疫情让两人在一起待得太久，公婆也加入了两人的矛盾。春节期间吵了很多架，她再也不想忍受，准备等民政局一上班，就去离婚。

近日，也有位女性当事人咨询时说，这次疫情期间，她看穿了老公的“真面目”。他不仅不干家务活，连一日三餐都要她伺候，更不会陪孩子。以前她总是自我安慰，说老公工作太忙，没时间注意这些。但这次疫情，他有了大把的时间，依旧是天天躺在床上追剧，明明闲得心发慌，也不愿动动手帮自己洗菜做饭。她终于明白自己一直都在自欺欺人，这样的婚姻实在没有再维系下去的必要了。

冰冻三尺，非一日之寒。很多夫妻长年累月积累起来的矛盾，因为疫情而无所遁形，提早爆发。疫情成了一面照妖镜，既照出人间冷暖，也照出婚姻好坏。这也是疫情过后涌现离婚潮的原因

之一。

三、律师建议

一般来说，灾难事件之后，离婚率比较容易容易出现增长。2008年汶川大地震后，四川的离婚率就曾经飙升；无独有偶，2011年日本大地震后，离婚咨询率也大幅上涨了20%-30%。这种现象，缘于人类心理对灾难事件的反应。

每个人在日常生活中，虽然也会遇到各种各样的困难，会感到焦虑，会抱怨生活不易。但是这些生活事件基本无法达到“危及生命”的程度，大多具有“可控性”。这种可控性带来了生活的连续性，人们在这种连续状态中，不会深入审视或者反思自己的生活，更不太可能做出改变，而是习惯性地继续前进。

可是，一旦灾难事件发生，人们心里已经习惯的“连续感”不复存在。突如其来的事件，会迫使很多人停下来，重新检视自己的生活，重新看待生活中的各种关系，尤其是亲密关系。

每一个家庭、每一个人，重新审视

自己的生活后，都会得到不一样的结论。

因此，我们建议，对于疫情下的婚姻家庭矛盾，不妨采取以下三种处理方式：

1. 及时自我化解

对于疫情期间因为生活琐事发生的家庭矛盾，矛盾的当事人要自我觉察和自我克制，如果不是原则性的争议，应尽早脱离矛盾现场，到另外一个空间去冷静一下，及时化解情绪。

其他家人也应当从善意的角度进行劝解，不要偏帮一方压制另外一方，也不要当中撺掇双方的火气，以免激化矛盾。

2. 寻求外界帮助

如果矛盾比较激烈，已经到了影响彼此关系的地步，可以寻求外部的支持。如果想改善关系的，可以在线咨询心理咨询师；如果妇女权益受损的，可以致电妇联12338热线；如果遭遇家庭暴力的，可以电话报警并注意留存相关证据。



3. 离婚三思而行

鉴于疫情，上海各级法院的立案和开庭均有一定的延期。所以对于矛盾激化想要起诉离婚的当事人来说，不妨把这段日子当成一个“冷静期”，重新审视自己的离婚决定，认真思考是否真的要结束一段婚姻。如果是经过深思熟虑后做出的选择，那么我相信，不管什么样的决定，在做出决定的那一刻，都已经无怨无悔。

最后律师想说，不管是在疫情中，还是在疫情后，婚姻都需要两个人的相互宽容和体贴，不要一时冲动，更不要盲目跟风，以免造成一生的遗憾。



胡晓萍
律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
上海律协婚姻家庭业务研究委员会 委员
上海七方律师事务所婚姻家庭法律服务部 主任
上海市女律师联谊会 副秘书长
普陀区人民法院特邀调解员
ACI 国际注册心理咨询师
普陀区首届优秀女律师

业务方向：婚姻纠纷、继承纠纷、财富管理



热播剧解读：《安家》中江奶奶的外甥有继承权吗？

作者：胡晓萍、李宁



孙俪主演的电视剧《安家》最近正在热播中，除了男女主角演技在线之外，剧中体现出的法律和现实问题也引发深思。

最新剧情中，江奶奶的两个外甥为了一己私利，百般阻挠江奶奶出售老洋房为老伴儿宋爷爷治病，甚至在房子有了买家要签约时，仍然躲避不出。最终，宋爷爷因为无钱医治而离开人世，几天后，伤心过度的江奶奶也随之逝世。这时，两个外甥才现身，急急忙忙地要继承江奶奶的遗产。

相信很多人都被宋爷爷和江奶奶的伉俪情深所感动，也对两个外甥恨得咬牙切齿吧！最终，江奶奶在去世前到公证处做了公证遗嘱，把老洋房捐赠给国家，两个外甥忙活了半天一无所获，故事的结局大快人心。

据悉，《安家》电视剧中，每一栋洋房的故事都有其真实背景。江奶奶的故事在现实生活中，都会涉及哪些法律问题呢？



一、外甥是法定继承人吗？

《继承法》第十条规定：“遗产按照下列顺序继承。第一顺序：配偶、子女、

父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一

顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。因此，根据现行的法律规定，外甥并不属于法定继承人。也就是说，在现行法律下，即便江奶奶没有留遗嘱，两个外甥也无权继承老洋房。

但是，未来的情况可能发生变化。《民法典（草案）》“继承编”新增加了外甥可以代位继承的规定，草案第 1128 条明确：“被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。”这意味着，在今年《民法典》正式颁布之后，外甥将列入法定继承人的范围之内。

二、外甥可以继承遗产吗？

答案是肯定的。《继承法》第十六条规定：“公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或数人继承。可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。因此，目前外甥可以基于遗嘱，成为受遗赠的人，从而获得遗产。

需要注意的是，外甥作为受遗赠人，必须在知道受遗赠后两个月内，作出接受遗赠的意思表示。这种意思表示的范围是比较宽泛的，包括向其他继承人口头表示

、发送书面函件、实际占有遗产、办理公证、提起诉讼等。如果超出两个月没有表示的，视为放弃受遗赠。

三、没有遗嘱也没有法定继承人，遗产如何处理？

如今的社会中，“不婚”、“失独”的情况并不在少数，而在传统观念的影响之下，孤寡老人很少会提前订立遗嘱，那么对于这部分人的遗产又该如何处理？

《继承法》第三十二条规定，对于无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；如果死者生前是集体所有制组织成员的，则归所在集体所有制组织所有。《民法典草案》第 1160 条进一步明确，收归国有后的财产，用于公益事业。

此外，结合司法实践来看，无人继承又无人受遗赠的财产，如果有人对被继承人扶养较多的，也可以获得适当的遗产，但需要举证证明履行了扶养义务。

四、江奶奶一生未育，该如何保障养老问题？

江奶奶没有孩子，把两个外甥当作亲生孩子看待，但两个外甥却伤透了江奶奶的心。那么像江奶奶这样的情况，又该如何

何保障养老问题？

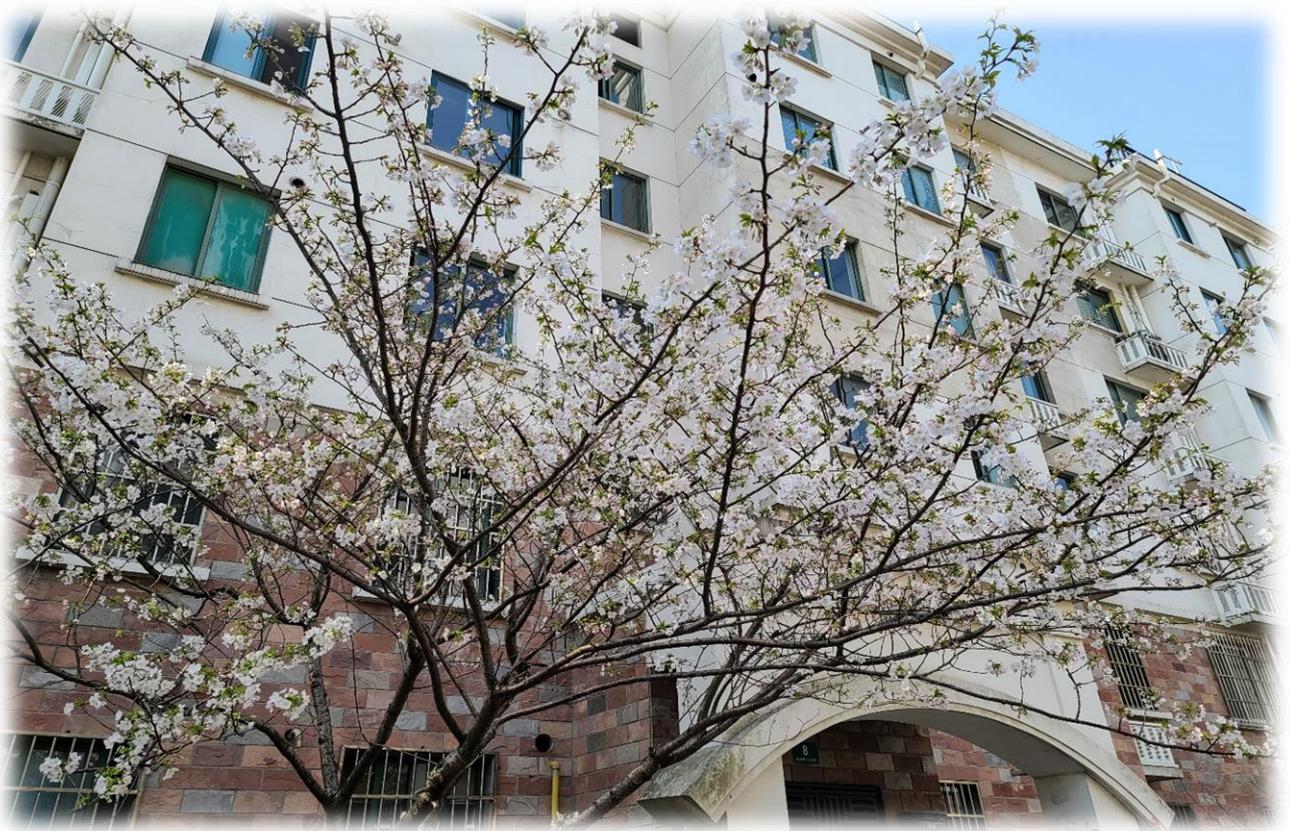
《继承法》第三十一条规定，遗赠人可以与扶养人签订遗赠扶养协议，由扶养人承担遗赠人的生养死葬义务，享有受遗赠的权利。这里的“扶养人”必须是法定继承人之外的公民或者集体组织，因为法定继承人本就负有法定的赡养义务，不能成为遗赠扶养协议的主体。另外，遗赠协议中应写明遗赠扶养双方各自的权利义务、遗赠财产的具体信息、以及提供扶养的具体内容，以免后续出现纠纷。

江奶奶的遭遇让人唏嘘不已。在金钱面前，人性往往很脆弱。希望如《安家》剧中谢亭丰的饰演者杨皓宇微博所说，愿世间多些美好，尤其是亲情之间。



李宁 律师

上海七方律师事务所 律师
业务方向：婚姻纠纷、继承纠纷、抚养纠纷



论“吃瓜”群体的“自我修养”

作者：邵弘高娃

最近，由于某明星的粉丝认为某网站上的一篇有关该明星的同人文（即在原作的基础上，把某部甚至某些作品里的人物放在新环境里，加入作者自己的想法从而展现作者对于原作不同的观念）有丑化该明星的嫌疑，故以“涉黄”为由进行举报，最后导致该网站暂时无法访问，国内的某同类网站中部分文章也同时下架。一石激起千层浪，其他圈子的粉丝发现自己喜欢的文章下架，于是组团到该明星的微博上以过激的语言留言，各方粉丝开始“混战”，甚至“人肉”对方明星及其粉丝的隐私信息。

然而可能很少人关注到，国家互联网信息办公室（以下简称“网信办”）于2019年12月15日发布的《网络信息内容生态治理规定》（以下简称《规定》）于今年3月1日起施行。由此，在公众人物的“舆论战”中，作为媒体、粉丝、平台、路人这四个不同角度的“吃瓜”群体，都应该注意哪些事情呢？

一、网络媒体的自我修养

如果把“瓜”定义为可能存在或已经存在的事实，那么媒体则是把“瓜”展现给大众的群体，是“吃瓜群体”的第一环。由于网络环境的特殊性和发展性，针对网络媒体的监管相对较为宽松和滞后。

在《规定》出台前，其实已经有《中华人民共和国网络安全法》（以下简称《网络安全法》）、《互联网信息服务管理办法》（以下简称《互联网管理办法》）等法律规定对网络信息的发布、传播做出了

相应的限制，如不得涉及分裂国家、“黄赌毒”、血腥暴力等内容，这些内容在《规定》第六条中也有所体现。

但随着网络媒体的发展，网民经历了从单纯地浏览网站新闻，到小范围的论坛讨论，再到微博、微信群、公众号等快速、爆炸式的信息传播，而对网络媒体的设立门槛却不升反降，因此，监管上更加需要在保障新闻自由的前提下进行筛选和设置。

《规定》第七条对网络信息的生产者进行了更为详细的要求，特别是对使用夸张标题、内容与标题严重不符、绯闻炒作、对灾难事故的不当评述、歧视等均归为不良信息的类别。这意味着通过“标题党”、过激言论博眼球的时代已经过去，明星想通过绯闻炒作提升热度也将受限。网络媒体将不再仅仅是通过迎合大众获取关注群体，而是更多地强调了媒体的责任及客观性、公正性。

二、网络平台的自我修养

对网络平台而言，《规定》要求平台全方位、多角度地制定网络信息内容生态治理细则，健全用户注册、账号管理、信息发布审核、跟帖评论审核、版面页面生态管理、实时巡查、应急处置和网络谣言、黑色产业链信息处置等制度。设立网络信息内容生态治理负责人，配备与业务范围和服务规模相适应的专业人员，加强培训考核，提升从业人员素质。

对违反《规定》发布的信息，及时采取措施，保存有关记录并向有关部门进行报告。特别是在热搜榜单、弹窗等显眼的位置，不得呈现《规定》第七条中的内容。这在一定程度上对网络平台的自我净化提出更详细的要求，同时也是避免由于网络平台的过失，导致不良信息的传播，从而对网络平台的用户造成不良的影响。

《规定》第十六条，首次明确地要求网络平台在处理公众投诉举报后需及时反馈，避免举报内容石沉大海。这一点，其实在一些比较大型的网络平台都已经

做到，但据笔者观察，目前对于投诉举报的情况，只会在审核结束后将处理结果告知被举报者，而不会给被举报者以辩解的机会。以引文中某明星粉丝举报国外网站的来说，该网站实际上按照当地法律设有严格的分级和告知制度，并且被举报文章中的角色只是和该明星重名，其外貌、性格、性别、经历等均与该明星不同，如在未听取被举报者的意见即单方认定为侵权，这可能造成举报者对权利的滥用。

三、粉丝和路人的自我修养

《规定》第四章对于网络信息服务使用者也提出了要求，鼓励广大网民通过举报投诉的方式处理违法和不良信息，而不能以侮辱、诽谤、威胁、散布谣言及侵犯他人隐私的方式，通过“网络暴力”、“人肉”他人来解决问题。

其实这个问题由来已久，但以往都是从刑事责任和民事责任方向对行为严重的施暴者以侮辱诽谤等罪名进行约束。而近年来随着网络的普及，很多人在网上发布不当言论，甚至到当事人的社交平台上

对其进行辱骂，却因不足以构成刑事责任或难以主张民事责任而被放任。然而本次《规定》的出台，相信是对这类行为的管控放出的信号，除了网络平台现在常用的封号、禁言等措施，未来可望出台更为有效的处理措施。

作为粉丝，在喜欢的偶像受到质疑和冒犯时，情绪激动在所难免；作为路人，自由发表言论表达喜恶也理所当然。但是，我们不能只凭感情用事，从受害者变成加害者，以暴制暴，最终可能问题并未解决，反而让自己受到处罚。合理地行使举报权，才能够更好地保护自己和想要保护的人。

文明健康的网络环境，离不开网信办及相关部门的监管，更离不开网络平台的自主规则和网民的自我约束。但由于中国目前所处的发展阶段，在上述监管和自我管理的过程中必然有所缺失。《规定》的出台，使净化网络环境、保护公民权利又向前走了一步。

热播剧解读：房子是婚姻的潘多拉魔盒？

作者：胡晓萍、李宁



电视剧《安家》之所以频频上热搜，因为它不偏不倚地踩在了国人对于房子这件事的痛点上，由房屋的买入和售出牵扯出一个个家庭的悲欢离合。房子与婚姻向来无法分割，与其说这是一部关于房屋中介的剧，倒不如说它是透过房屋的流转，来揭露婚前、婚内和离婚后的种种现实问题。

一、婚前为儿购房，准儿媳要加名

剧情简介：

老严夫妇一辈子起早贪黑卖包子，用所有积蓄为儿子全款买了一套房。签约时，儿子要求加上未婚妻的名字，“准儿媳”也以怀孕为由给老两口施压，最终老严夫妇同意加名。但拿到房子后，儿子媳妇却拒绝老严夫妇居住。

律师分析：

《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释二》第二十二条规定：当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确赠与双方的除外。司法实践中一般认为，父母在子女婚前全资买房，如果登记在子女和另一半两个人的名下，就视为是“父母明确赠与双方”的情形，该房屋属于子女和另一半共有。

近年来由于房价的居高不下，尤其在北上广深这样的一线城市，年轻人想靠自己买房非常困难，这样就出现了很多父母资助买房、甚至全额出资购房的情况。房产证究竟登记在自己子女名下，还是登记

在小夫妻俩人名下，见仁见智。我们认为，每个家庭的情况不同，加名与否各有利弊，不能一概而论。父母爱护子女，使尽浑身解数去支持，是人之常情，但父母与子女终究是各自独立的个体，没有天生的理所应当，父母的心血和付出，子女同样应当珍视。

因此，建议在买房这样的大事上要慎重，如果父母出全资，可以考虑不完全的赠予，在房产证上保留父母一定的产权份额；或者父母也可以资助一部分钱款，剩下的由小夫妻自己负担或者贷款负担，共同出资，共享利益。

二、婚内丈夫出轨 赠送小三房产

剧情简介：

阚文涛与太太白手起家，通过卖喜饼逐渐将事业做大。但在事业有成后，阚文涛有了外遇，他带着“小三”知否到房产中介，用公司财产购买房屋赠送给知否。

律师分析：

夫妻双方婚后积累的财产，如果没有书面约定为各自所有的，都属于夫妻共同共有。根据《婚姻法》第十七条的规定，

夫妻共同财产的范围包括(1)工资、奖金；(2)生产、经营的收益；(3)知识产权的收益；(4)继承或赠与所得的财产；(5)其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

由此可知，剧中阚文涛的公司经营所得收益，属于他和阚太太共同所有。但也有人觉得，既然是共有，阚文涛使用部分钱款为知否买房，是否是行使“夫妻平等的处理权”呢？

最高人民法院关于适用《婚姻法》若干问题的解释一第十七条对“夫妻平等的处理权”做了明确的解释：(1)夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。(2)夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。可见，“夫妻平等的处理权”仅仅针对家庭日常生活所需的事宜，而给“小三”购房，显然不是因

为日常生活需要而对夫妻共同财产进行处置，需要夫妻双方协商一致。阚文涛未经阚太太同意，擅自用夫妻共同财产购房赠与知否，这种无权处分行为，不具有法律效力。

在实践中，如果配偶一方私自为第三者出资买房，另一方应收集证据以证明资金来源于夫妻共同财产。这时，即使房屋已经登记在第三者名下，另一方仍然可以运用法律武器，起诉要求确认赠予行为无效，从而追回房屋。

三、离婚假戏真做 结果人财两空

剧情简介：

徐文昌与妻子张乘乘为了购买“二套房”避税，想到“假离婚”的主意。徐文昌把自己的名下的房屋过户给张乘乘，却在办理离婚登记后，意外发现张乘乘出轨，假离婚变成了真离婚。

律师分析：

实践中的“假离婚”屡见不鲜。所谓“假离婚”，一般是指夫妻俩为了满足某种需求，比如买二套房、拆迁补偿、逃避夫妻债务、孩子上学等，一致同意先办理离婚

手续，达到目的后再复婚的一种现象。那么，法律上是否承认“假离婚”，假离婚可以撤销吗？

《婚姻法》第三十一条规定：“男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。” 据此，只要双方自愿离婚并依照法定程序办理了离婚登记，离婚即发生法律效力，不问离婚背后的真实意图。

而为了“假离婚”而达成的财产分割协议，必须有充分证据证明当初是为了规避国家政策，并非双方真实意思的表示，才有可能主张协议无效。但事实上众多假离婚纠纷中，受害方往往基于对原配偶的信

任，根本没留下任何证据，难以获得法院支持。

离婚无所谓真假，领了离婚证就意味着婚姻关系结束，法律上不可撤销。因此，假离婚不可取，稍有不慎，就可能像徐文昌一样“人财两空”的结局。

结语

《安家》即将迎来大结局，剧中的一个故事也都会有自己的终点，而我们的生活还在继续。

虽然现实的婚姻并不尽如人意，但我们认为，房子绝不是婚姻的潘多拉魔盒。相反，在中国人的心中，房子是有生命的，正如徐文昌所说：“房子不光是房子，它承载着一家人一辈子的幸福。”





动迁利益的赠与是否“覆水难收”？

作者：管杰

一、引言

老张户籍所在的公租房去年动迁了。动迁那时，老张想着以后养老得指望儿子小张，就头脑一热把领到的动迁款送了一半给小张，还答应把动迁协议中分给他的动迁房的产权送给儿子，并书面签订了《房产赠与协议》。哪想到，小张拿到协议后就开始对老张态度冷淡，生病都不来探望。老张心灰意冷，最终并没同意在动迁房上写上小张的名字。小张知情后立马急了，一纸诉状将老张告上法院。那老张这动迁房到底保不保得住呢？

二、赠与行为的法律规定

《合同法》第一百八十五条对赠与合同作出了如下的定义：赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。显然，老张将自己的动迁利益无偿赠与给小张，而小张收下了动迁款并签订了《房产赠与协议》，均表示接受了赠与，因此一系列行为的性质完全符合赠与合同的要件，应适用赠与合同的相关法律规定。

可能有些人会问，动迁款发给了老张

，确实属于他自己财产，而动迁房还未过户到老张名下，只是动迁协议约定了归他所有，也算是老张的财产么？

民法学家杨立新在《民法总则重大疑难问题研究》指出，财产利益是指财产中对民事主体的物质生活和精神生活所具有的价值和有用性。财产包括物权中的积极财产即物、债权中的消极财产和知识产权中的无形财产。所以，财产利益也包括积极财产利益、消极财产利益和无形财产利益。积极财产是指民事主体所拥有的具有现实价值的财富；消极财产是指不是民事主体所拥有的现实财富，但是可以期待将来可以实现的财产价值；无形财产则是指智力成果。基于民法对于财产和财产利益的解释，《合同法》第一百八十五条规定的财产也应当包括三种财产以及所含的三种财产利益。

浙江省宁波市中级人民法院在(2011)浙甬民二终字第704号案中认为，所谓自己的财产，不仅包括赠与人个人所有的动产、不动产等有体物，还应当包括可以享有的财产性利益。洪方淇将自己可

享受的利益赠与给洪瑞英，并不悖法律规定。对于这种动迁房利益这种可享受的财产性利益，可以更精确的定义为是除了依据动迁协议享有普通债权之外被动迁人享有对动迁房的优先取得权，这一权利是基于被动迁人的特殊身份所获得的，是优先于一般债权的特殊债权。因此，老张的动迁房即使还没过户到自己名下也应属于自己的财产。

三、赠与合同的任意撤销权

那既然老张都签了《房产赠与协议》了，是不是就覆水难收了？答案是未必哦。《合同法》第一百八十六条第一款规定：“赠与人在赠与财产转移之前可以撤销赠与。”

这一条规定赋予了赠与人的任意撤销权，即除了本条规定的法定限制条件之外，只要是尚未交付的财产，赠与人可以无理由撤销赠与。台湾民法学者王泽鉴认为，“为了保护赠与人的利益，从利益平衡的角度和公平原则出发，现代世界上诸多国家的立法例中都赋予赠与人与受赠人达成合意后法定要件实现前以悔约权，

使赠与人不致因情绪冲动，思虑欠周，贸然应允将不动产等价值贵重物品无偿给付他人，即受法律上的约束，遭受财产上的不利益。”

鉴于赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人的单务诺成合同，基于平衡受赠人与赠与人之间利益的需要，因此合同法确立了赠与撤销权制度，来保护赠与人的“反悔权”。

在本案中，老张的动迁款已经交付给小张，自然不能适用本条规定，但动迁房可并没过户给小张，所以老张完全可以主张行使任意撤销权，撤销《房产赠与协议》。

四、道德义务性质的范围

任意撤销权的行使并非百分之百的“任意”。《合同法》第一百八十六条第二款规定：“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。”其中社会公益和公证等条件，通过日常生活经验不难判断识别，而道德义务性质究竟是哪些情况呢？



1. 离婚协议中父母对未成年子女的赠与。父母解除婚姻关系，最大的受害者即为子女，对未成年子女的不良影响更是显著。离婚诉讼中的未成年子女，一般不具有诉讼行为能力，因此在案件处理过程中处于弱势地位，其权利最容易受到损害，也因而最应该受到保护。如果父母离婚协议中对未成年子女的赠与不被认定为“道德义务性质”赠与，可能会造成提出离婚的一方既实现了离婚目的又以任意撤销权达到占有财产的目的，既对未成年子女造成了二次伤害，不利于未成年人在成长期间的心理健康重塑。所以一般情况下离婚协议中对未成年子女赠与的撤销，往往不会得到法院的支持。

那父母对成年子女的赠与呢？通常情况下并不属于道德义务性质的赠与。父母对成年子女已不具有监护职责和法定的抚养义务，反而是成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。因此，父母出于期待子女对自己养老或者帮助子女改善生活而发生的赠与行为，都不应作为“道德义务性质”赠与。

2. 无法定抚养义务的双方之间基于抚养行为的赠与。无法定抚养义务的受赠人，为抚养行为已经付出了巨大的精力、财力和时间，此类赠与是对受赠方给予精神和物质的回馈，应认定为“道德义务性质”赠与，因而赠与人不能任意撤销对受赠人的赠与。

3. 强烈目的性的安慰补偿性质赠与。这种类型的赠与往往是为了平息受赠人与赠与人之间的矛盾，赠与人任意撤销会导致矛盾激化或者对受赠人带来巨大情感伤害。

五、法定撤销权

最后我们来看看老张已交给小张的动迁款可以如何救济。

合同法除了赋予赠与人交付赠与物之前的任意撤销权，还规定了一些特殊情况下不论是否已交付，赠与人所拥有的法定撤销权。《合同法》第一百九十二条受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：（一）严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；（二）对赠与人有扶养义务而不履行；（三）不履行赠与合同约定的义

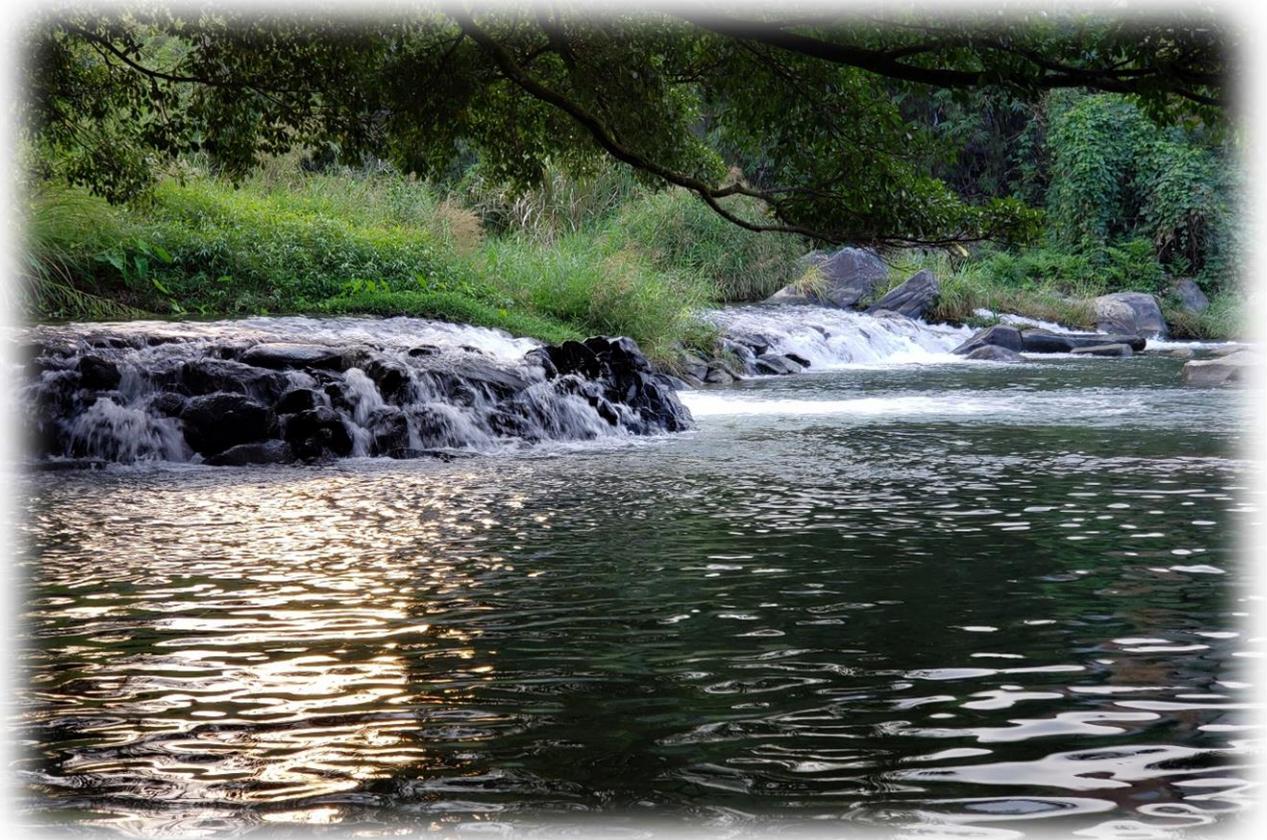
务。如果小张未尽到对老张的抚养义务，老张可以通过向法院诉讼，要求撤销动迁款的赠与，让小张返还动迁款。

此外，合同法规定了赠与人的穷困抗辩权及赠与人继承人和法定代表人的撤销权，都是在特定情况下可以撤销赠与的救济途径，本文就不再深入展开了。

六、结语

虽然乍看之下赠与合同的撤销权一

定程度上违背了民法中的诚实信用原则，但确实能保护赠与人免受因其缺乏慎重考虑或一时冲动而做出的错误承诺的损失。对于受赠一方而言，能够始终如一，让赠与人不后悔当初承诺，多为赠与人考虑，多做一点成为“受之无愧”之人，方才能使得赠与双方一个送得开心，一个拿得心安的。





不知道这些法律谣言，天天都是愚人节

作者：胡晓萍、李宁



4月1日是一年一度的“愚人节”，真真假假，“愚”你没商量！但即便各种“谣言”满天飞，大家也只是开心一乐！不过，生活中的法律谣言就没那么欢乐了，如果你傻傻分不清楚，甚至把谣言传播出去，就可能天天“愚人节”，害己又害人。所以，我们特地准备了婚姻家庭法律方面的“十大谣言”，助你破解“愚人节”！



No. 10 子女已经上大学，父母还要为其提供生活费、教育费？

谣言指数：☆

传播指数：☆☆

谣言解析：大部分子女在上大学之后，依然由父母提供生活费、教育费等费用，很多子女也认为这是理所应当的。但从法律上来说，子女一旦年满 18 周岁，就已经是具有完全民事行为能力的成年人，父母不再负有抚养子女的义务。如果父母依旧为子女提供生活费、教育费，是合乎情理的；反之，如果父母不再提供生活费、教育费，也是合乎法理的。

No. 9 不让探望，就可以不支付抚养费？

谣言指数：☆☆

传播指数：☆☆

谣言解析：探望权的行使与抚养费的支付，不属于同一法律关系，也不存在权利与义务的对应关系，两者是完全独立的，并不能以对方阻挠探望孩子为由，拒绝支付抚养费。一旦拒付抚养费，不但自己要承担败诉或者被强制执行的法律后果，也不利于子女的成长，损人不利己。因此，作为非直接抚养子女的一方，如果无法行使探望权，应通过沟通、协商或向法院申请执行的方式妥善解决。

No. 8 离婚后，可以对子女姓氏进行更改？

谣言指数：☆☆☆

传播指数：☆☆

谣言解析：离婚了，孩子的抚养权归我，我就能让孩子随我姓？事实上并非如此。在现有的法律规定下，父母任一方均无法对子女姓氏进行更改。对于父母单方申请变更子女姓氏的情形，公安机关将拒绝办理。在子女未成年时，更改姓氏必须经父母双方的一致同意；待子女满 18 周岁之后，则可以依据自己的意愿自行更改。

No. 7 谁先提出离婚谁就吃亏？

谣言指数：☆☆

传播指数：☆☆☆

谣言解析：这种说法并没有法律依据，诉讼中的主动与被动取决于证据的收集、法律的运用以及诉讼技巧和经验，法官判案也是依据证据、事实和双方的感情状况，结合法律的规定进行裁判。如果双方感情已完全破裂，婚姻关系无法再维系，完全可以主动提起离婚诉讼，避免久拖不决。

No. 6 出轨就可以净身出户？

谣言指数：☆☆☆

传播指数：☆☆☆☆

谣言解析：我国婚姻法及相关司法解释中，均没有关于“净身出户”的规定，只有对无过错方的损害赔偿权的规定。《婚姻法》第四十六条明确，在夫妻一方存在重婚或者婚内与他人同居等情形的，无过错一方有权要求损害赔偿。同居不等于“出轨”，有权要求损害赔偿也并不等于“净身出户”。也就是说，离婚诉讼时，除非出轨方自愿放弃财产，否则法院不会判决出轨方“净身出户”。

No. 5 父债子还？

谣言指数：☆☆☆☆

传播指数：☆☆☆

谣言解析：在我国的传统观念里，始终存在着“父债子还”的理念。但根据法律上的责任自负原则，父母作为完全民事行为能力人，应当对自己的行为承担相应的责任，子女并没有义务为其偿还。当父母去世之后，子女作为继承人，如果子女继承了遗产，则应当清偿父母生前所欠债务，清偿债务的范围则以实际继承到的遗产价值为限；如果子女放弃继承，就不再对债务负有偿还的义务。

No. 4 房屋登记在谁名下，离婚时就判给谁？

谣言指数：☆☆☆☆

传播指数：☆☆☆

谣言解析：婚后夫妻双方共同购买的房屋，无论登记在哪一方名下，只要没有特殊约定，都属于夫妻共同财产；婚后父母为双方购买房屋出资的，在没有单独说明的情况下，也会认定为对夫妻双方的赠与。离婚时涉及房屋的分割，不仅要看房屋的登记状况，还要根据出资来源、贷款归还、居住使用、子女抚养等各个情况，由法院综合考量后裁决。

No. 3 未领取结婚证，长期以夫妻名义同居生活，构成事实婚姻？

谣言指数：☆☆☆☆

传播指数：☆☆☆☆

谣言解析：事实婚姻仅指 1994 年 2 月 1 日以前，男女双方已经符合结婚实质要件，未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的情形。而在 1994 年 2 月 1 日，我国的《婚姻登记管理条例》正式颁布，结婚、离婚都必须进行登记。因此 1994 年 2 月 1 日之后，便不再存在“事实婚姻”一说，男女双方以夫妻名义共同生活未补办结婚登记的，离婚时按照解除同居关系处理。

No. 2 分居两年自动离婚？

谣言指数：☆☆☆☆☆

传播指数：☆☆☆☆☆

谣言解析：第一，法律上并不存在“自动离婚”的概念，要解除婚姻关系，必须通过“协议离婚”或者“诉讼离婚”，没有其他的途径。第二，法院判决离婚的理由是双方“感情破裂”，分居满两年是法院认定夫妻感情确已破裂的依据之一，但分居的原因必须是双方“感情不和”，而不是其他的因素。第三，司法实践中，因感情不和分居满两年的举证难度较大，一般难以得到法院的认可。

No. 1 离婚协议书签字就生效了？

谣言指数：☆☆☆☆☆

传播指数：☆☆☆☆☆

谣言解析：离婚协议书是即将解除婚姻关系的夫妻双方，对婚姻解除、子女抚养、财产分割内容所签署的书面文件。离婚协议书是一份特殊的协议，在法律上属于附生效条件的法律文书，它的生效需以离婚为前提条件。双方签字后，还需要到民政局办理离婚登记或到法院办理离婚调解，离婚协议书才发生效力。也就是说，如果在办理离婚手续的过程中，夫妻双方有任何一方反悔而离婚不成，即便双方已经签署了离婚协议书，这份协议也不具有法律上的效力。

近年来，我国民众的法律意识已逐步加强，但由于根深蒂固的传统观念，以及长期以来对法律的误解，关于法律问题的谣言依旧在传播。俗话说：“学法明道义，懂法辨是非”。七方普法的脚步不停，希望大家都能守法律己，社会才能和谐有序。

高管涉嫌性侵养女 也谈儿童利益最大化保护

作者：胡晓萍、李宁

自4月9日南风窗发表长文，曝光某上市公司高管鲍某明涉嫌长期性侵未成年养女的事件后，引起舆论哗然。鲍某明是否应当承担刑事责任？当事人双方究竟存在何种关系？各种报道持续发酵中，甚至出现“爹系男友”的反转说，一时众说纷纭。

让我们先来回顾一下基本案情。

南风窗的报道称：李星星与母亲生活在农村，母亲出于迷信想为女儿找个养父母以冲灾祸。2015年9月，李星星母亲通过网络认识了鲍某明，当年43岁的鲍某明，单身，拥有众多闪光头衔：他是杰瑞集团副总裁、中兴通讯独立非执行董事、西南政法大学商学院研究员，此外鲍某明还同时具有中美律师资格，是全国十佳总法律顾问。

外表光鲜亮丽的鲍某明很快取得了李星星母女的信任。2015年11月，李星星母亲把13岁的女儿送养给鲍某明，由鲍某明独自将李星星带到北京抚养。之后三年多的时间内，鲍某明持续性侵李

星星，她处于半失学状态，多次尝试自杀。2019年4月8日，李星星自杀被他人救下后送到警局，第二天李星星向警察陈述了自己的遭遇，但当地警方调查后，以“没有犯罪事实”为由撤销了案件；2019年10月月9日，在检察院的监督之下，李星星的案子第二次立案。这个事件的最新进展是：鲍某明已辞去高管职务，公司也与其解除了劳动合同，警方成立工作专班进行全面调查，最高人民检察院、公安部派出联合督导组，对该案办理工作进行督导。

除了刑事责任上的争议，该案还涉及不少法律问题。

首先：鲍某明与李星星是否具有法律意义上的“收养关系”？

现行《收养法》第六条规定：收养人应当同时具备下列条件：无子女；有抚养教育被收养人的能力；未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；年

三十周岁。第九条规定：无配偶的男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。

在2015年11月时，鲍某明43周岁，而李星星即将年满14周岁，两个人的年龄相差29岁，并不满足《收养法》第九条规定的年龄相差40岁的条件。因此，鲍某明和李星星之间不构成法定收养。

那么，事发前鲍某明与李星星已共同生活了三年多，是否构成事实收养呢？

答案也是否定的。事实收养指双方当事人符合法律规定的条件，未办理收养公证或登记手续，便公开以养父母子女关系长期共同生活的行为。也就是说，事实收养成立的前提，是收养人和被收养人都符合法律规定的条件。而鲍某明收养李星星，鲍某明不是适格的收养人，其与李星星的事实收养关系也不能成立。

其次：李星星母亲是否应当承担法律责任？

据李星星自述，她遭受性侵三年来，母亲并不知情，这本身已经让人疑

惑。更让人不解的是，作为一个母亲，怎么会愿意将自己未成年的女儿交给一个仅仅认识几个月的男人，并让其把女儿带到远离自己的北京去抚养呢？纵观李星星母亲与鲍某明相识的过程，处处透露出反常：一名农村妇女和一个城市上流人士，职业、身份、阶层、地域都相差悬殊，有什么必要会通过网友介绍认识？即便鲍某明对李星星母女关怀备至，还表示想与她们母女组成家庭，但最后的结果是，鲍某明并没有跟李母结婚，却直接“收养”了李星星！李母所作所为，仅仅是因为愚昧吗？从鲍某明在李星星年满14周岁之后才实施性侵、逼迫李星星观看恋童癖视频，以及事发后鲍某明给李星星的保证书中写到“给我现在的女儿，和未来的妻子”等做法来看，鲍某明是处心积虑的；而李母具体如何与鲍某明相识、如何沟通“收养”关系等细节，现有各大媒体的报道中都没有说明，我们无从得知，但无论最后案件如何定性，李母作为具有抚养能力的成年人，却不抚养自己的未成年子女，致使孩子受到侵害，起码应该承担监护人失职的民事责任。

第三：“收养”背后，是否还有更多受害者？

有关部门调查显示，鲍某明曾浏览过“送养女宝宝”的QQ空间，这个空间从何而来？有网友怀疑，可能有某些专门从事送养女孩子的贩子，把相关孩子的信息公布到某个QQ空间里，而这个贩子，就是介绍鲍某明与李星星母亲相识的“网友”。本案背后是否真的存在黑色产业链，尚有待于警方彻查。然而，不能否认的是，借收养买卖未成年人的现象确实仍有存在，比如2017年爆出的巫山童养媳事件，12岁女童马泮艳被大伯收养后，以4000元的价格被卖为童养媳，14岁就生下孩子，在长达8年非人的生活中，马泮艳逃跑无果，求告无门，生不如死。《收养法》第二十条明确规定：“严禁买卖儿童或者借收养名义买卖儿童”，民法典草案中也针对收

养问题确立了“保护被收养人最大利益”的原则，但要切实避免心存歹念者以“收养”为名，行“包养”之实，仍亟待法律的进一步完善。

结语

不论本案目前如何扑朔迷离，李星星在14岁被性侵是事实，她曾经自杀也是事实。呵护未成年人是一个社会的文明底线和法治底线，处理此类案件时，应当遵循儿童利益最大化和最优化的原则。正如人民日报的评论所说：“事关重大，不容烟云缭绕，不容雾失楼台，盼真相大白！”是的，全社会都有责任求证，不然，我们怎能面对孩子们稚嫩的心灵被反复蹂躏的痛苦？



热播剧解读：大寒索裘，何以《安家》？

作者：廖潇歌、卫夏清、邵弘高娃



摘要：热播剧《安家》围绕房子展开，尤其让经历过房屋买卖的观众入戏颇深。《安家》即将迎来大结局，热度也会随之消退，作为法律人，让我们走进剧情谈谈买房卖房背后的冷思考。

1988年2月，国务院颁发《在全国城镇分期分批推行住房制度改革实施方案的通知》被认为是房地产市场化的标志。此后，国内房价虽然经历过几次下跌拐点，但总体呈上升趋势，居高不下

的房价成了当下社会永恒的话题，对老百姓的影响不言而喻。

作为法律人，对于现实生活中房子那些事并不陌生，包括房屋买卖合同、房屋拆迁补偿安置、房屋共有等等一系

列纠纷。本文结合电视剧《安家》剧情，从房屋买卖的角度来探讨消除房屋的权利负担，让权利能够及时实现。

一、房屋的权利负担

《安家》中女主房似锦号称“没有我卖不掉的房子”，却在两套房子的出售中波折重重，分别是江奶奶和两个侄子共有的房屋（以下简称“江奶奶房屋”）以及老洋房龚家花园（以下简称“龚家花园”）。这两套房屋不仅是剧中的卖房困难户，在现实中也同样如此。而究其原因，在于房屋存在不同程度的权利负担。

房屋不同于一般商品的特点在于房屋属于不动产，实行严格的登记制度。

《物权法》第九条：不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。

物权法的这一规定以及与之相对应的不动产登记制度形成了房屋买卖的一套完善流程，在这个流程中促成房屋买卖最重要的因素就是房屋是否存在权利

负担。比较常见的权利负担有共有、抵押、占有以及户口等情形。以《安家》为例，江奶奶房屋是共有状态，龚家花园是占有状态。这些状态都会成为房屋的权利瑕疵，阻碍房屋权利的实现。

二、权利负担的消除

当房屋存在权利负担时，该如何消除才能实现完整、充分的权利呢？这需要根据不同的负担状态选择不同的救济方式。

1. 房屋共有，可以主张分割共有物

《物权法》第九十九条：共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。

共有物分割，一般会由一个共有人取得物的完整所有权，其他共有人获得折价补偿，对于房屋也是遵循这种分割方式。在排除共有后，房屋就可以由一

方自由支配了。

2. 房屋占有，需要解除占有状态

占有包括合法的占有使用，比如共有权人的使用或者房屋承租人的使用。

也存在不合法的占有，比如剧中住的龚家花园太表姑奶奶一家。龚爷爷当年出于好心的收留换来太表姑奶奶一家的狮子大开口，倚仗的就是对房子的占有状态。

◆ 合法占有

房屋共有人的使用可以通过请求分割共有物来实现，那么对房屋承租人的使用应如何解决？《合同法》第二百二十九条：租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。第二百三十条：出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。这两个法律条款是对承租人的权利保护以及优先购买权，需要在房屋买卖过程中引起充分重视，因为往往现实中的桥段比电视剧更精彩。买房后发现长达 20 年的租期？解除租赁合同违约

金是天价？承租人主张未行使优先购买权索要赔偿？关于承租人的一系列问题都让人措手不及。该怎么破？买卖时将房屋的租赁合同作为附件、对房屋的租赁情况设置违约金以及明确责任承担、要求承租人出具放弃优先购买权的申明等等都是排除房屋买卖中承租人问题的办法。

◆ 非法占有

像太表姑奶奶一家的非法占有，既不是产权人也没有合法正当的理由，却仍然居住在他人的房屋内。剧中是通过拆除违章建筑并报警来最终实现消除权利负担的目标，但现实中期望通过行政救济途径来解决这些问题略有难度，更何况现实中并不能总是遇到违章建筑这样的情况。那对于非法占有应该如何解决呢？《物权法》第三十四条：无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。第三十五条：妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险。这两条都明确规定了类似情况下物权的保护，随着现在执

行力度的进一步加大，此类问题通过诉讼能够得到比较好的解决。

◆ 滞留户口，有行政救济途径

户口作为最棘手的一项权利负担，因为很难作为法院判决中可以明确的履行义务，同时缺乏强制的执行措施和手段，在一段时间内成为房屋买卖中的一大难题。但随着 2018 年上海市出台了《上海市常住户口管理规定》第三十二条：房屋所有权或者公有居住房屋承租权因交易已发生转移，现权利人或者承租人申请将房屋内原有户口迁出的，房屋所在地公安派出所应当通知原有户口人员迁出，对拒不迁出或者无法通知的，可以直接将其户口迁至社区公共户。解决了户口迁移的重大问题，让户口不再成为买卖房屋中的障碍。

三、积极行使权利

无论在剧中还是现实中，可以发现房屋买卖中的很多权利负担并非一天形成，往往是因成年累月的事件而一拖再拖。但“拖字诀”是不能解决问题的。法律要求权利人积极行使权利，没有积



极行权会导致目的无法实现，或者为了实现目的付出很大代价。剧中江奶奶的老伴因为房屋没有出售，得不到及时的医治；龚家花园虽然在剧中实现了目标，但现实中“龚家花园”的原型却付出了不菲的金钱作为代价。

像经典的墨菲定律：担心的事情必然会发生。当权利存在负担时，这份负担会一直伴随权利本身存在。在需要实现权利的时候，权利负担必然会成为障碍。而根据权利实现的紧急情况不同，需要权利人付出的代价也各不相同，可能简单地协商解决，也有可能付出正常价格的数倍来解决，甚至彻底无法解决。

结语

从某种角度而言，法律行为也可以是一种储蓄。在发现权利负担的第一时间，通过采取法律方式进行消除以获得一个完整、充分、可自由支配的权利就是在为以后行权打下基础。法律设置除斥期间、诉讼时效等制度意在于鼓励大家积极行权并承担消极行权带来的不利后果。

电视剧《安家》很火，各种围绕房屋买卖的剧情引人入胜，除了房子这一永恒的话题外，或许剧中折射出的世间百态、人情冷暖更能触及到绝大多数观众的内心情。



廖潇歌 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人
上海律协社会公共服务业务委员会 副主任
上海七方律师事务所公共法律服务部 主任
上海铁路运输法院 特约调解员

业务方向：行政法、不动产征收、
社会治理、物业管理



卫夏清 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师
具有多年政府部门工作经验，具备丰富的
政府法律事务、公共法律事务处理经验

业务方向：政府法律事务、公共法律服务、
动拆迁（征收）纠纷

如何唤醒沉睡的“维修资金”

上海七方律师事务所公共法律服务团队

维修资金是社区治理中经常被提及的一个名词，它好比房屋的“养老金”，指专项用于保修期满后物业共用部位、共用设施设备的维修和更新、改造的资金。有数据显示，上海市目前有商品住宅小区近一万个，而维修资金达到续筹线的小区约有 200 多个。住房作为消费品，伴随着使用过程，必然要发生费用，只要房屋共用部分发生损坏，就应当及时维修并从维修资金列支。但由于维修资金的使用、筹集难度大，使得公共维修陷入困境的小区并不是个例。下文以维修资金相关制度以及如何使用、筹集并结合案例展开。

一、维修资金账户管理

自 1998 年《国务院关于进一步深化城镇住房制度改革加快住房建设的通知》（国发〔1998〕23 号）以及《建设部关于印发〈住宅共用部位共用设施设备维修基金管理办法〉的通知》（建住房〔1998〕213 号）两份文件确立“维修资金制度”以来，至今已近 22 年。后续还有《住宅专项维修资金管理办法》（建设部、财政部令第 165 号，以下简称“资金管理办法”）、《物业管理条例》（国务院第 698 号令修订）相应出台。上述法规、文件确立了维修资金制度，明确规定未建立或建立标准低于规定的维修资金账户，应当补建或补充。

我们来看最高人民法院的指导案例：上海市虹口区久乐大厦小区业主大会诉上海环亚实业总公司业主共有权纠纷案。

基本案情：

2004 年 3 月，被告上海环亚实业总公司（以下简称环亚公司）取得上海市虹口区久乐大厦底层、二层房屋的产权，底层建筑面积 691.36 平方米、二层建筑面积 910.39 平方米。环亚公司未支付过上述房屋的专项维修资金。2010 年 9 月，原告久乐大厦小区业主大会（以下简称久乐业主大会）经征求业主表决意见，决定由久乐业主大会代表业主提起追讨维修资金的诉讼。久乐业主大会向法院起诉，要求环亚公司就其所有的久乐大厦底层、二层的房屋向原告缴纳专项维修资金 57566.9 元。被告环亚公司辩称，其于 2004 年获得房地产权证，至本案诉讼有 6 年之久，原告从未主张过维修资金，该请求已超过诉讼时效，不同意原告诉请。

裁判结果：

上海市虹口区人民法院于 2011 年 7 月 21 日作出 (2011) 虹民三 (民) 初字第 833 号民事判决：被告环亚公司应向原告久乐业主大会缴纳久乐大厦底层、二层房屋的维修资金 57566.9 元。宣判后，环亚公司提起上诉。上海市第二中级人民法院作出 (2011) 沪二中民二 (民) 终字第 1908 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

律师评析：

维修资金的交纳义务非因合同关系形成的债权，不适用诉讼时效的规定，在相关方交纳了维修资金后，仍然可以向交纳义务主体进行追偿。

另外，在维修资金的管理中，是否成立业主大会是开展各项工作程序的重要标准。根据规定，在业主大会未成立前，维修资金账户由物业所在地的建设（房地产）主管部门负责管理，在业主大会成立并开立账户后，由业主委员会通知主管部门，主管部门再将资金划转至账户内。同时，文件规定赋予了行政机关代管维修资金账号的权利和责任，确保即便没有成立业主大会的情况下，由主管部门履行资金账号的代管职责。

二、维修资金的承担

维修资金应该由谁交纳？《上海市住宅物业管理规定》对此做出了规定：新建商品住宅、公有住宅以及住宅区内的非住宅物业出售时，交纳主体为物业出售人和买受人。但在房屋所有权首次登记前，由

物业出售人交纳应交维修资金，未销售的由物业买受人交纳但由出售人垫付。

当房屋所有权发生变化时，维修资金的交纳义务是否也随之发生变化？此种情形产生的争议较大。《上海市商品住宅专项维修资金管理办法》同样作出了规定：原业主交纳的维修资金由受让人向原业主交付。同时也保留了转让双方意思自治的权利，如有约定可以按约定。从文件的规定来看，贯彻了《物权法》权责一致的原则，由权利最终的受让方承担物权义务。

上海商品住宅维修资金管理制度自 1996 年 6 月开始施行。沪上不少外销商品房、老公房由于历史遗留问题，维修资金账户余额不足。根据《上海市加强住宅小区综合治理三年行动计划（2015-2017）》的规定，1996 年 6 月 10 日前已办理房产初始登记手续的商品住宅，业主自行筹集金额与市、区两级政府补助金按照 6:4 的比例共同筹集维修资金，其中政府补助金部分由市与区财政按照 5:5 的比例各自承担。1996 年 6 月 10 日至 2000 年 12 月 31 日期间办理了房产初始登记但未归集维修资金的商品住宅小区，由区政府负责追缴。追缴未果的，由区财政承担应由建设单位交纳的部分。对原以职工住宅立项的“售后房”小区维修追缴不足部分，按初始筹集标准，由市、区财政一次性予以补充。

三、维修资金的支取

在维修资金的支取适用过程中，同样以是否有业主大会作为节点，并按照严格的程序进行。对于账户没有划转至业主大会管理的，在需要使用维修资金时，首先由物业服务企业提出使用建议，没有物业服务企业的，也可以由相关业主来提出。其次由住宅专项维修资金列支范围内两个“三分之二以上”（专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上）的业主讨论通过。然后由物业服务企业或相关业主组织实施方案并向主管部门申请列支，审核通过后直接由主管部门通知专管银行到维修单位。对于账户已经划转业主大会管理的，支取和支付流程也基本类似，不同之处在于实施过程中，业主委员会代替物业服务企业向主管部门进行申报、申请和通知等工作，让维修资金的使用自主权更强，更能体现业主自治。

值得注意的是，2019年12月公布的《民法典（草案）》（待全国两会审议）中的物权编在现有《物权法》关于维修资金的使用和筹集上，做了更为严格的区别对待。降低了“使用”条件，即只需两个“半数以上”（应当经参加表决专有部分面积过半数的业主且参加表决人数过半数的业主同意）就可以决定维修资金的使用。提高了“筹集”条件，即需两个“四分之三以上”（应当经参加表决专有部分面积四分之三以上的业主且参加表决人数四分之三以上的业主同意）。这一区分

更有利于解决小区日常面临的维修问题，可谓是唤醒了沉睡的“维修资金”，也防止了维修资金的滥用。《民法典（草案）》同时还赋予了紧急情况下，业主大会和业主委员会申请使用维修资金的权限，进一步增加了维修资金使用的灵活度，有利于维修资金设立目的的实现。

结语：维修资金是保障商品房住宅及其相关公共设施正常维修和更新的重要资金来源。应通过法定续筹、日常续筹和公共收益补充等方式，建立小区维修资金长效补充机制。随着相关法律、法规的逐步完善，维修资金的管理、交纳和使用、筹集都需要按照法定程序开展。业委会、物业服务企业应加强与业主沟通，达成共识，共同制定短、中、长期的共有部位、共有设施设备的维修计划。努力做到“三审两公开”，共建美好家园。



热播剧点评：谢亭丰“一房数签”的行为 构成犯罪吗？

作者：傅建平、张佰乐

前段时间，热播剧《安家》中的许多话题上了热搜，不仅仅是因为女主又是孙俪，更主要是剧中关于婚姻、就业、房屋买卖本身就与老百姓的生活休戚相关。安家固然温馨，何以为家却是初创上海滩不少年青人的酸楚，“生活一地鸡毛，努力活在当下，未来仍然可期”恐怕是多数年轻人的心声，剧中人物虚虚实实、实实虚虚，突显大时代、小人物、真性情。艺术来源于生活，又往往高于生活。作为法律人，往往倾向于探究事实的真相，笔者拟对剧中主人公谢亭丰的“一房数签”行为作一些简单的法律分析。

剧情案例

房产中介谢亭丰，因筹钱给“儿子”看病，意将自有房屋出售，为在短时间内筹得钱款，将其一套房屋先后与七名客户签订《购房意向书》，并向每人各收取1万元购房意向金，共筹得意向金7万元整。之后两周，客户联系谢亭丰未果，于是报案并前往安家天下门店讨说法，民警在医院找到谢亭丰，称其在房屋买卖过程中涉嫌诈骗并将其带走。之后，安家门店和谢亭丰的律师积极同七名客户沟通并双倍退赔意向金，最终达成和解。

一、谢亭丰的行为是否构成诈

骗罪？

一般认为，诈骗罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。我国《刑法》第266条规定：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。

需要指出的是，根据“两高”司法解释，对于“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准，可根据每个省市的经济发展水平分别制定不同的标准。《安家》的剧情发生在上海，上海司法实践中对上述三个档次的标准分别以1万元、10万元、50万元作为“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准来区分不同的法定量刑刑档次。

据此，谢亭丰的行为构成诈骗罪需要同时满足三个条件：主观上有非法占有的目的、客观上有虚构事实、隐瞒真相的行为，且诈骗金额至少要达到1万元以上，才构成犯罪。

谢亭丰的行为是否属于诈骗罪中“虚构事实、隐瞒真相”的行为？

从形式上看，谢亭丰的行为显然是“欺诈”：其一，其明明已经和他人签订了《购房意向书》，又就同一房屋与其他人签订《购房意向书》，“一房数签”基本上是实锤，没有任何狡辩的余地；其二，其隐瞒了自己是房东的身份，利用中介双重身份，双方代理，不是欺诈又是什么？

笔者认为，民事上的欺诈不同于刑事的“诈骗”，刑事上对行为的判断需要一种“穿透式”思维，来判断行为人的行为是否具有实质的社会危害性。毋庸置疑，谢亭丰的行为显然有欺诈成份，但其不符合刑法上诈骗罪的实质特

征，其一，谢亭丰有“隐瞒真相”，但无“虚构事实”，其本意确实是因救儿子出售房屋，有交易的意思表示，而诈骗的本质是以“交易”为名行行骗之实；其二，交易房屋确实客观存在，谢亭丰是房屋的所有权人，有处分权。因此，谢亭丰对于“卖房”这一客观事实并不存在虚构事实、隐瞒真相的行为，仅仅在交易对象的选择上有欺诈行为，但并不影响对其交易真实意图的评价。

事实上，并非所有的欺诈行为都纳入刑法的评价范围，我国法律也对民事欺诈行为设置了相应的救济途径。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第68条对民法中的欺诈行为做了以下界定：“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人做出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为”。我国合同法中也对受欺诈签订的合同认定为可撤销合同。

因此，并非所有的欺诈行为都可以纳入刑法的评价范畴。本案谢亭丰的行为构成民事上的欺诈，但不符合刑事上的诈骗客观特征。

谢亭丰主观上是否具有非法占有的目的？

剧情中，谢亭丰收取七名客户共计7万元意向金后，选择了短暂的失踪，似乎符合“非法占有”的目的。在刑法对诈骗罪的评价中，行为人主观上是否具有非法占有目的，是一个主观评价的范畴，通常难以感知和把握，往往需要结合其客观行为表现来判断和推定。笔者认为，结合剧情，谢亭丰主观上是不具有非法占有为目的的，理由如下：

其一，谢亭丰事先并无永久占有7万元款项的意思表示。从动机上和钱款用途来看，谢亭丰“一房数签”出发点是为筹钱救治生病的孩子，以“卖房意向金”为载体，从不同对象中获得7万元钱款，以解燃眉之急，并未挥霍。从其和徐姑姑的对话中可知，其本意仅仅

是暂时“骗借”客户钱款，并无长久占有钱款之意，开始即无将他人财物占为己有之意。

其二，谢亭丰事后的行为表现也足以证明其主观上并无非法占有的目的。谢亭丰明知客户正在门店讨说法的情况下，并未选择逃避，而是积极主动解决问题，将争议房屋出售给其中一位客户，并按照约定赔付客户钱款。进一步证明其主观上并无非法占有为目的。

综上，笔者认为，谢亭丰“骗借”的金额虽然超过诈骗罪的入罪标准，但其主观上无非法占有的目的，客观行为属于民事欺诈，而非刑事诈骗，其行为不构成犯罪。

二、谢亭丰需要承担何种民事责任？

综上分析，谢亭丰“一房数签”的行为不属于刑法意义上诈骗，但构成民事欺诈，明显有违诚实信用原则，不承担刑事责任，但无法免除其民事责任。

如何界定其民事责任呢？首先，谢

亭丰与七名客户签订的合同均合法有效。

除符合《合同法》规定的无效情形外，合同不因客观上无法履行而认定无效。因此，除最后签约成交的客户外，谢亭丰对其余六名客户均构成民事违约责任。《中华人民共和国合同法》第107条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第15条规定：出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所

有权请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。

其次，谢亭丰应按合同约定承担相应的违约责任。《中华人民共和国担保法》第89条规定：当事人可以约定一方向



对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。《安家》剧情显示，谢亭丰向七名客户收到的是签约意向金，而非房屋买卖合同的定金。意向金是附条件的定金，指有中介介入，买方有意签订购房合同的，交付意向金给居间方，然后中介将意向金交付给卖方（卖方同意买方的购买条件），通常情况下，合同中会约定，一旦卖方接受了该意向金，该笔意向金即转化为签约定金。谢亭丰虽是中介，但也是房屋的主人，因此，作为卖方，当他收取意向金的同时就已经转化为定金，此时意向金协议也自动转化为定金协议。买方违约，卖方可收没收意向金；卖方违约，买方可要求双倍返还意向金。剧情中，由于双方签订的仅仅是《购房意向书》，谢亭丰仅需向另外六名客户支付双倍购房意向金即可。

结语

谢亭丰为救孩子出此下策，虽属无奈之举，但明显违背诚实信用基本原则，实不可取，不可效仿。“一房数签”的行为构成对购房人民事上的违约，在无法交易的情况下，轻则承担违约责任，重则面临刑事风险。诚实守信乃人之立身之本，不以善小而不为，不以恶小而为之。



傅建平 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人
上海律协刑事诉讼与刑事辩护业务委员会 副主任
上海市法学会刑法学研究会 理事
上海七方律师事务所刑事辩护与刑事合规部 主任
华东政法大学文伯书院校外导师

业务方向：刑事辩护、企业刑事合规、
企业刑事风险防控、企业法律顾问



从我国刑法的角度评价

韩国“N号房事件”

作者：李彪

引言：近日，韩国“N号房事件”的新闻震惊世界，引起不少吃瓜群众围观。该事件不仅暴露了行为人人性的扭曲和道德的沦丧，而且严重地触碰了民众的底线。民众在愤怒、悲叹之余，同时难免会问，该如何将这些犯罪分子绳之以法？笔者无从考察韩国法律的规定，仅以我国现行刑法的规定对该事件的始作俑者、参与者的行为作一些简单分析。

一、“N号房事件”简介

（一）“N号房事件”概要

所谓韩国“N号房事件”，是指犯罪嫌疑人利用即时加密通信软件 Telegram，开设多个色情聊天室，与聊天室会员共享非

法拍摄的性剥削视频和照片。聊天室大都以数字编号命名，简称“N号房”[1]。“N号房”里的视频和照片则由犯罪嫌疑人和聊天室会员共同“贡献”。据报道，“举世震惊的‘N号房’事件，已经被认为是韩国最大规模的集体性犯罪案件，74名女性悲惨地沦为被凌辱的性奴，其中16人为未成年女性，最小的受害者才11岁，多达26万（可能包括部分重复统计的人数）韩国男性参与了令人发指的犯罪。[2]”

（二）“N号房事件”的犯罪模式

“N号房”运营者使用的聊天软件 Telegram 具备“端对端加密”“阅后即焚”（运营者能够随时删除聊天室，建立新的聊天室，聊天内容被阅看后数秒内即消失）功能，会员通过加密货币支付会员费，使得警方难以调查。运营者除自行在聊天室上传类似的性剥削视频或者照片以外，还要求会员也要对内容有类似“贡献”，才能保留会员资格，以恶传恶。“N号房”群主及同伙的犯罪手段包括但不限于如下方式：

1. 通过“黑客”等非法途径，侵入含有众多受害女性个人信息的网络，以公开受害女性“不雅视频”为由，胁迫受害女性（包括女童）拍摄色情视频，最终沦为被他们控制的性奴[3]。

2. “博士”聊天室群主曹某从2018年开始以“高薪招聘兼职生”为诱饵在网上吸引年轻女性，之后哄骗她们“上传裸体照或不雅视频，然后给她们介绍金主”。这些女性以为加密通信软件的聊天记录很快就被删除、个人信息不会被外泄，便乖乖就范。殊不知，曹某在另一个聊天群里全程直播自己与这些女性的视频聊天并截屏下来，供付费会员们围观或下载。若这些女性事后发现有陷阱、不再听“博士”的话，就会被人肉搜索且受到“你的家人和朋友将很快看到你的裸体照和性爱视频”的恐吓，这让受害女性只能继续按照“博士”的指令拍下不雅照或视频[4]。

3. “为了制造奴隶，他们恐吓、威胁、哄骗涉世未深的未成年女孩，获取她们在

社交网站上发布过的照片，合成裸体照，聊天室运营者冒充警察掌握了她们全部个人信息，不乖乖听话会被公开。等到女孩按要求做出屈辱性的举动时，他们又会变本加厉，以手里有的视频，强迫女孩做出更无下限的事情，一步步被拖入地狱般的深渊。[5]”

二、罪行累累——我国刑法对“N号房事件”相关责任人员行为的评价

从“N号房事件”的行为模式来看，事件的始作俑者、参与者的行为可谓罪行累累、罪恶滔天，等待他们的必然是法律的严惩。那么，我国刑法对这些人的行为该作何评价呢？笔者试作简要分析如下：

（一）赵某等人的行为涉嫌构成我国刑法第236条第3款规定的强奸罪。赵某等人先引诱、欺骗被害人上传裸照、不雅视频，并以将向被害人家人发送、向社会公众公开上述不雅照片、视频为由，指使他人强行与被害人发生性关系，明显违背了被害人的意志，涉嫌构成强奸罪，最

高可判处死刑。

(二) 赵某等人的行为涉嫌构成刑法第 363 条规定的制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪。赵某等人为以牟利为目的，以收取高额会员费的方式，大量制作各种性犯罪、性剥削视频、照片，在聊天室内销售、传播，向社会不特定公众传播淫秽物品，严重扰乱社会管理秩序，破坏社会公序良俗，恶化社会风气，涉嫌构成制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，情节特别严重，可判处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

(三) 赵某等人的行为涉嫌构成刑法第 237 条规定的强制猥亵、侮辱罪，猥亵儿童罪。从报道上看，赵某等人为追求刺激，吸引会员，采取强迫被害人食用排泄物、在身体上刻画“奴隶”字样的行为，并在各种聊天室内向社会不特定公众予以传播，受众人数多达几十万人，被害人中既有成年女性，也有未成年女性，性质极其恶劣，涉嫌构成强制猥亵、侮辱罪，

猥亵儿童罪，最高可判处五年以上有期徒刑。

(四) 赵某等人的行为涉嫌构成刑法第 253 条之一规定的侵犯公民个人信息罪。赵某等人通过“黑客”手段入侵他人网络，获取个人信息，并指使他人聊天室里上传含有被害人隐私信息的行为，涉嫌构成侵犯公民个人信息罪，情节特别严重，可判处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

(五) Telegram 网络平台管理人涉嫌构成帮助信息网络犯罪活动罪。Telegram 网络平台管理人，理应对网络平台内容的合法性负有审查义务，其明知赵某等人利用信息网络实施犯罪而提供网络存储、通讯传输等技术支持，导致大量淫秽、侮辱信息在网络上传播，造成严重的社会后果和不良影响，其行为涉嫌构成帮助信息网络犯罪活动罪，应处 3 年以下有期徒刑，并处罚金。

需要指出的是，由于在“N 号房事件”中，各名行为人在共同犯罪中的地位、作

用不同，参与的程度有所区别，应根据各名行为人的情况区分评价，该事件的领导者、发起者应对所有参与犯罪的行为人的行为负责，其行为应构成数罪，数罪并罚；对于其他行为人，应根据每个人的参与情况，或一罪或数罪，做到罚当其罪。

以上仅是笔者根据我国现行刑法规定，对现有报道中相关行为人行为性质的分析，具体评价应以案件的具体事实为主。因此，本文评价难免有失偏颇，不太周全，欢迎批评指正。但无论如何，笔者相信，“N号房事件”行为人的行为放在任何一个国家的法律体系评价，都必将受到法律的严惩。“惩恶扬善”，应该是法律的共性。

参考文献

- [1]微信公众号“央视新闻”2019年3月24日报道。
- [2]“‘N号房’为何成为26万人围观性犯罪的人性阴沟”，澎湃新闻2019年3月24日报道。
- [3]“韩国将正式追查‘N号房’会员身份”，澎湃新闻2020年3月24日报道。
- [4]“26万会员瑟瑟发抖！300万民众请愿曝光‘色情博士’，文在寅下了一道令！”，环球网2020年3月23日报道。
- [5]“韩国N号房事件：一场26万人围观的犯罪”，微信公众号“樊登读书”2019年3月27日。



李彪 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：刑事辩护、合同纠纷、
劳动纠纷

适用“长臂管辖权”前提下

瑞幸咖啡财务造假事件责任主体罪责探讨

作者：傅建平、张佰乐



2020年4月2日，瑞幸咖啡自曝财务造假涉及金额高达22亿元人民币致使股价暴跌80%的新闻引发广泛关注并持续发酵。事后不管是“国货之光”与“民族之耻”之争，亦或是“元气满满”的打气和“真诚道歉”的悔过，都不能否认财务造假的事实，其可能要面临美国证监会行政执法的天价监管罚单，还有可能导致退市甚至是公司破产。那么，

中国证监会对于瑞幸咖啡财务造假行为是否可以根据新《证券法》的规定行使“长臂管辖权”？如果可以，则相关责任主体应当承担何种罪责？笔者结合媒体有关报道和相关事实依据作简单的法律分析。

一、事件脉络及相关证据

（一）媒体报道简要梳理

◆ 2020年2月1日：瑞幸咖啡遭做空大跌！浑水称其财务和运营数据造假。

◆ 2020年2月3日：瑞幸咖啡否认数据造假。

◆ 2020年4月2日：瑞幸咖啡发布公告自爆：“公司于2019年二季度至四季度期间虚增了22亿元人民币交易额，相关的费用和支出也相应虚增”。

◆ 2020年4月3日：中国证监会强烈谴责瑞幸咖啡财务造假：将依法核查打击证券欺诈行为。董事长陆正耀发声：今天更要元气满满。

◆ 2020年4月5日：瑞幸董事长陆正耀回应22亿财务造假：难辞其咎。瑞幸咖啡发布道歉声明：涉事高管及员工已停职。

（二）瑞幸咖啡数据造假的相关证据

据智通财经根据做空报告整理的相关数据表明，瑞幸咖啡存在以下严重的欺诈行为：



道歉声明

对于此次涉嫌财务造假事件，及其所造成的极恶劣影响，瑞幸咖啡在此向社会公众致以最诚挚的道歉。

涉事高管及员工，现已被停职调查。瑞幸咖啡董事会已委托由独立董事组成的特别委员会及其委任的第三方独立机构，进行全面彻底调查。公司会第一时间向公众披露调查结果，并采取一切必要的补救措施，不回避就此事带来的一切问题。

对于任何涉事人员，公司将保留采取法律手段的权利，不会包庇，绝不姑息！

公司也将深刻反思忏悔，强化内控合规。与此同时，公司会持续服务社会，保持正常经营，稳定员工和门店业务。

我们深知自己的每一步都来自千千万万客户的支持，也将倾尽全力，为用户提供好的产品和服务。

再次郑重道歉！

luckin coffee 瑞幸咖啡

2020年4月5日

其一：长达11260小时的门店客流量监控视频显示，2019年第三季度和2019年第四季度，每家门店每天的商品销量分别至少夸大了69%和88%。

其二：瑞幸的“每笔订单商品数”从2019年第二季度的1.38降至2019年第四季度的1.14。

其三：从收集的25843份客户收据发现瑞幸将每件商品的净售价至少提高了1.23元或12.3%，人为地维持了这种商业模式。在实际情况中，门店层面的损失高达24.7%-28%。不包括免



费产品，实际销售价格为上市价格的46%，而不是管理层声称的55%。

其四：第三方媒体跟踪显示，瑞幸将2019年第三季度的广告支出夸大了150%以上，尤其是在分众传媒上的支出。

其五：瑞幸从“其他产品”获得的收入贡献在2019年第三季度仅为6%，根据25,843份客户收据和报告的增值税数字，这代表了近400%的通货膨胀。

2020年3月1日颁布的新《证券法》第2条第4款新增规定，“在中华人民共和国境外的证券发行和交易活动，扰乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内投资者合法权益的，依照本法有关规定处理并追究法律责任。”该条款被认为是我国证券执法的“长臂管辖”，在此之前，国内监管部门介入到境外证券市场违法违规行为还尚未有先例。

公开资料显示，虽然瑞幸咖啡注册地在开曼群岛，是经境外监管机构注册发行证券并在美国纳斯达克股票市场上市，但其财务造假目前只涉及到2019年二季度至四季度期间，如果

没有证据证实瑞幸咖啡存在上述财务造假行为在2020年3月1日之后仍在延续，损害境内投资者合法权益的，则中国证监会就不可以行使“长臂管辖权”；反之，则因为法律溯及力问题，中国证监会可以行使“长臂管辖权”。笔者大胆猜测，基于企业运营的惯性原理，瑞幸咖啡财务造假行为是完全有可能延续至2020年3月1日之后的，在这一猜测成立的前提下，笔者试图对瑞幸咖啡相关责任主体的刑事责任作简单的法律分析。

二、瑞幸咖啡财务造假行为相关责任主体罪责分析

上述媒体报道显示，瑞幸咖啡事件致使股票市值蒸发约50亿美元（约合350亿人民币）并且存在产品销量夸大、跳单、商品净售价虚高、广告支出夸大、税务造假等运营数据和财务造假的行为，上述行为可能涉嫌下列罪名：

罪名一：欺诈发行股票、债券罪

如最终调查结果证实瑞幸咖啡在申请公开发行股票、债券的过程中，在招股说明书、认股书等申报文件中虚增业绩，在财务报告中虚增收入，隐瞒



或编造公司实际经营状况等情况的，属于“隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容”情形，其行为涉嫌构成发行股票、债券罪，公司本身及相关直接负责的主管人员、其他直接责任人员均需承担相应刑事责任。《刑法》第160条规定“在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法募集资金金额百分之一以上百分之五以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。”

罪名二：违规披露、不披露重要信息罪

如最终调查结果证实瑞幸咖啡捏造虚假的财务报告，或在财务报告中隐瞒重要事实并对外披露的，或不按规定披露依法应当披露的重要信息的，其行为涉嫌构成违规披露、不披露重要信息罪，公司本身及相关直接负责的主管人员、其他直接责任人员需

承担相应刑事责任。《刑法》第161条规定“依法负有信息披露义务的公司、企业向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，或者对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露，严重损害股东或者其他利益，或者有其他严重情节的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。”

罪名三：背信损害上市公司利益罪

如最终调查结果证实特别委员会所披露的瑞幸咖啡公司首席运营官兼董事刘剑以及数名员工有捏造虚假交易的不当行为，该等人员即违背了对上市公司的忠实义务，其行为涉嫌涉嫌背信损害上市公司利益罪。

《刑法》第169条之一规定“上市公司的董事、监事、高级管理人员违背对公司的忠实义务，利用职务便利，操纵上市公司从事下列行为之一，致使上市公司利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使上市公司利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以



下有期徒刑，并处罚金：（一）无偿向其他单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产的；（二）以明显不公平的条件，提供或者接受资金、商品、服务或者其他资产的；（三）向明显不具有清偿能力的单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产的；（四）为明显不具有清偿能力的单位或者个人提供担保，或者无正当理由为其他单位或者个人提供担保的；（五）无正当理由放弃债权、承担债务的；（六）采用其他方式损害上市公司利益的。上市公司的控股股东或者实际控制人，指使上市公司董事、监事、高级管理人员实施前款行为的，依照前款的规定处罚。犯前款罪的上市公司的控股股东或者实际控制人是单位的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”

罪名四：虚开增值税专用发票罪或虚开发票罪

如果最终调查结果证实瑞幸咖啡运营数据和财务造假过程中存在与虚假交易一方进行资金流转并开具发票的行为，因为没有真实交易背景，根据

开具发票的性质，其行为涉嫌构成虚开增值税专用发票罪或者虚开发票罪。上述行为单位可成为犯罪主体，单位内决策、组织、实施的人员均可构成本罪。**刑法第 205 条规定：**虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；虚开的税款数额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，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。单位犯本条规定之罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑；虚开的税款数额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。虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，是指有为他人虚开、为自己



虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。**刑法第 205 条之一**规定：虚开本法第二百零五条规定以外的其他发票，情节严重的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节特别严重的，处二年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯前款罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

罪名五：提供虚假证明文件罪和出具证明文件重大失实罪

如果最终调查结果证实有关中介机构明知瑞幸咖啡财务造假而放任或者提供帮助，出具虚假文书、报告的，其行为涉嫌构成提供虚假证明文件罪；如该等中介机构在提供服务中，工作严重不负责任，过失出具证明文件、报告，造成严重后果，其行为涉嫌出具证明文件重大失实罪。相关中介机构除应承担刑事责任外，还面临禁止从事相关业务的处罚。

《刑法》第 229 条规定“承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员故意提供虚假证明文件，情节严重的，处五

年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。前款规定的人员，索取他人财物或者非法收受他人财物，犯前款罪的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”“第一款规定的人员，严重不负责任，出具的证明文件有重大失实，造成严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”



张佰乐 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向：刑事辩护、合同纠纷、
廉洁从业保障机制研究

法定代表人最恐怖的责任来了

作者：周松涛

随着瑞幸咖啡事件的深入调查，我国证监会、税务、公安等行政司法机关也会相继介入，其背后可能牵出更为惊人的内幕，瑞幸咖啡及其高管人员也会面临其他更为严重的刑事责任处罚。

看到这个题目可能有人会认为是标题党，为了吸引眼球故作夸张表述。是不是标题党，究竟有没有夸张，读完本文您自会有答案。

作者专注商法领域，尤其是公司业务居多，常常遇到客户问我这样的问题：“我做法定代表人有风险吗？是不是换个人做比较好？”“我们几个合伙人一起创业设立公司，法定代表人由谁来当合适？我要去争还是该推？”这些问题

看似简单，实际上要回答好并不容易。法定代表人既有很大的权利，也有很大的责任，是股东博弈中最为重要的职务，远超很多人以为的董事长一职。董事长在《公司法》中除了召集会议等职责外，并不比其他董事有更大的权利。董事长常常给人以公司一把手的形象，其实是因为董事长往往就是大股东、实际控制人，是因为大股东、实际控制人的身份决定了他一把手的地位，而非董事长身

份。有些董事长是实际控制人委派的，他除了召集会议等履职工作外，并没有特别大的权限。法定代表人则不然，他在《公司法》以及其他相关法律、法规中有很多的权利、义务、责任的规定，可谓权利大，责任也大。

一、哪些人可以当法定代表人

很多人以为法定代表人是可以随便挑个人来当的，实际上我国《公司法》对于法定代表人的人选是有严格限定的，只能由董事长、执行董事或者经理担任，这里的经理就是通常所说的公司总经理，除此之外的人员都不能担任法定代表人。但是工商管理部门在办理公司登记过程中，对此并没有按照法律作严格的限定，所以实务当中公司不乏有让员工、司机、甚至外部无关人员担任的，人选比较混乱。相信随着主管部门行政管理能力和规范要求的不断提升，这方面的问题会得到纠正，法定代表人的设定和变更势必会被要求在法律规定的范围内进行选任。依法依规治理公司

的企业，应当首先从规范法定代表人的人选开始。

二、法定代表人有哪些权力

法定代表人最核心的权利有两项，一项是代表公司从事民事活动的权利，一项是代表公司诉讼的权利。

《民法总则》第六十一条规定：“依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。”法定代表人代表法人从事民事活动的权利来自于法定而非意定，所以区别于委托代理人，同时也区别于法定代理人，他与公司的关系不是代理，而是代表。英美法系认为这是代理关系，大陆法系认为这是代表关系。我国法律属于大陆法系，所以用代表关系解释更合适。本人也认为法定代表人作为公司的表意机关，直接作为公司的代表是恰当的，这种关系与代理关系相似但并不相同。

《民事诉讼法》第四十八条第二款规定：“法人由其法定代表人进行诉讼。

其他组织由其主要负责人进行诉讼。”

法定代表人代表公司进行诉讼的权利同样来自于法定，所以当一方股东持有公章授权他人争夺代理公司诉讼权利时，法定代表人可以以法定代表诉讼权为由排除代理人的诉讼权利。别小看这项权利，公司一旦发生股东诉讼，谁有权在法庭上代表公司尤为重要。本人就曾经帮助过客户以法定代表人身份夺得了代表公司诉讼的权利，从根本上击破了对方股东的攻击。

法定代表人的这两项权利非常大，原因就在于公司虽然被称为法人，但毕竟是法律上拟制的人，其意志或意思必须要通过自然人来体现和表达，法定代表人就被法律赋予了这项职能。所以，千万别再小看法定代表人这个职位了，人选一旦定错，后患无穷。

三、法定代表人有哪些主要责任

法定代表人的权利大，责任也重，其法律责任主要涉及民事责任、行政责任和刑事责任。

(一) 法定代表人的民事责任

1. 根据《民法总则》第六十二条的规定，法定代表人因执行职务造成他人损害，虽然直接责任由法人承担，但法人有权向有过错的法定代表人追偿。

2. 根据《民事诉讼法》第二百四十一条的规定，公司作为被执行人未按执行通知履行义务的，应当报告公司的财产情况，如果公司拒绝报告或者虚假报告的，法定代表人有可能被处以罚款、拘留。

3. 根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》第三十七条第一款的规定，公司为被执行人时，法定代表人可以被限制出境。

4. 根据《最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》第三条的规定，公司为被执行人时，法定代表人可以被限制以下高消费：乘坐飞机、列车软卧、轮船二等以上舱位；进星级以上宾馆、酒店、夜总会、高尔夫球场等场所消费；购买不动产或者新



建、扩建、高档装修房屋；租赁高档写字楼、宾馆、公寓等场所办公；购买非经营必需车辆；旅游、度假；子女就读高收费私立学校；支付高额保费购买保险理财产品；乘坐G字头动车组列车全部座位、其他动车组列车一等以上座位等其他非生活和工作必需的消费行为。

这里需要注意的一点是，如果法定代表人是因私以个人财产消费的，可以向执行法院提出申请，执行法院审查属实的应当批准。所以不要以为一旦被限制高消费了，这些消费就一律被限制了，因为个人和家庭原因的消费还是被允许的，只是需要向法院申请，法院原则上也应当批准。

5. 根据《破产法》第十五条的规定，公司被法院受理破产后，法定代表人未经法院许可，不得离开住所地，不得新任其他企业的董事、监事、高级管理

(二) 法定代表人的行政责任

根据《民法通则》第四十九条的规定，公司如果有下列情形之一的，法定代表人可以被处以行政处分、罚款，甚至

被追究刑事责任：超出经营范围从事非法经营的；向登记机关、税务机关隐瞒真实情况、弄虚作假的；抽逃资金、隐匿财产逃避债务的；解散、被撤销、被宣告破产后，擅自处理财产的；变更、终止时不及时申请办理登记和公告，使利害关系人遭受重大损失的；从事法律禁止的其他活动，损害国家利益或者社会公共利益的。

(三) 法定代表人的刑事责任

根据《刑法》第三十一条的规定，单位犯罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。司法实践中，法定代表人通常会被认定为直接负责的主管人员。

单位犯罪涉及的罪名不少，其中比较常见的有生产销售伪劣产品罪、妨害对公司、企业的管理秩序罪、非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、危害税收征管罪、侵犯知识产权罪、扰乱市场秩序罪、工程重大安全事故罪、重大责任罪、拒不支付劳动报酬罪、拒不执行判决、



裁定罪等。如果公司犯了这些罪，那么法定代表人也极有可能被判处刑罚。

四、法定代表人最恐怖的责任是什么

笔者要说法定代表人最恐怖的责任属于民事责任范畴，可能有人马上会说，前面都已经提到刑事责任了，难道民事责任还会比坐牢更恐怖吗？是的，有时民事责任就有可能超过坐牢。试想背负上亿元的责任之债和坐6个月牢，哪个更令人恐怖呢？我之所以说这个责任恐怖，不单是责任金额可能会很大，还因为这个责任发生的概率高，且容易被忽视而更可能触发。

那么这个恐怖的民事责任究竟是什么呢？就是法定代表人未经公司董事会、股东（大）会决议，签订担保合同，让公司为他人提供担保而引发的责任。

根据《公司法》第十六条的规定，公司为他人提供担保，由董事会或股东（大）会决议，公司为股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东（大）会决议。所以，当公司要为他人提供担保

时，法定代表人合法合规的做法是必须提交董事会或股东（大）会审议，只有审议通过并做出决议后，才能签订担保合同。但是实务当中，多数情况下法定代表人就是控股股东本人或者是控股股东、实际控制人委派的人。这样的法定代表人往往控制了公司的运营和管理，包揽了公司所有合同的签订，担保合同自然也不例外。

在他们的概念中，往往认为法定代表人或执行董事（董事会制下则为董事长）的权限，是除了公司的发展规划、修改章程等少数事项外几乎可以决定公司的一切，对于担保合同的签订，很少有人会意识到需要经过董事会或股东（大）会决议。而当需要公司为控股股东、实际控制人做关联担保时，多数希望瞒着其他股东，更无召开董事会或股东（大）会的动力。

在此情况下，公司因承担担保责任的风险大大增加，常常出现一些本来很赚钱、很有前途的公司，因为承担巨额担保责任而被一夜拖垮的现象。当然也

有一些情况下，法定代表人并非受控股股东的指使，而是因为其个人的故意或过失，私自代表公司对外签订担保协议，造成公司和股东的损失。不论何种情况，直接受损的是公司，间接受损的是股东，他们的损失是否应由法定代表人来承担呢？对此，《公司法》及相关法律法规并未明确。

法定代表人往往会提出这样一些抗辩：签订担保合同属于法定代表人职责范围或属于职务行为，即便有过错，承担的责任也很有限；签订担保合同是受命于控股股东或实际控制人，如果有责任应当由他们来承担；《公司法》第十六条的规定只是管理性规范甚至是倡导性规范，违反该条文并不能当然认为就是过错等。由于缺乏统一的裁判尺度和明确的规定，各地法院在此问题上有不同的认定和判决。

此外，在公司不起诉情况下，小股东能否通过股东代表诉讼制度起诉法定代表人，各地法院的认识也不统一。在此情况下，法定代表人还有一定的抗辩

和逃避责任的空间。但是《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，以下简称《九民会议纪要》）的出台结束了这一局面，其中第21条规定：“法定代表人的越权担保行为给公司造成损失，公司请求法定代表人承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。公司没有提起诉讼，股东依据《公司法》第151条的规定请求法定代表人承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。”这里非常明确地规定了公司有权要求法定代表人赔偿损失，股东也有权提起股东代表诉讼。这样一来，法定代表人的责任被锁定，股东的诉权被确定，法定代表人的抗辩空间几乎被挤压殆尽。

五、法定代表人该责任的现实风险是什么

有人会说，《九民会议纪要》出台新规定，那法定代表人以后但凡遇到担保合同先提请董事会、股东（大）会审议不就能规避风险了？这话没错，如果每个法定代表人都清楚这项规定，并按规范操作，那今后的风险应当可以规避。

但问题是，现实风险可能已经发生。如果新出台的是法律法规，一般没有溯及力，对以往发生的法律问题不适用。但出台的《九民会议纪要》不是法律法规，而是法院系统对于现行法律适用的若干问题，为了统一思想和裁判口径，开会讨论后所形成的纪要性文件。所以严格来说，并没有形成新规定，自然也就不存在溯及力的问题，对已经发生的法律问题自然是适用的。但不管怎么说，法定代表人越权担保需要赔偿公司损失这一规则毕竟是随着纪要明确下来的，对于很多法定代表人而言都是陌生的，更别说掌握和采取风险防控措施了。

纪要出台前已发生的越权担保的恐怕也不在少数，这些法定代表人在代表公司签订担保合同时很可能并没有意识到这样的签订行为是不合法的。他们满心以为只是代表公司在做担保，殊不知也把自己兜了进去，公司担责后有权向自己追偿，自己成了最终责任的承担者。而这个风险在当时并不清晰、极容易被忽视，随着纪要的出台突然变得现实，

犹如一个正在冒烟的炸弹甩到了面前，你说恐怖不恐怖？

熟悉《九民会议纪要》的朋友可能还会产生一个疑问，纪要里不是说债权人在签订担保合同时必须要审查担保人（公司）的董事会或股东（大）会决议才算是善意，否则担保合同会被认定为无效吗？那法定代表人越权担保的话自然就没有决议，在此情况下签订了担保合同，自然是债权人没有履行审查义务，属于非善意，合同应属无效，既然是无效，法定代表人还有什么可担心的呢？

没错，公司没有形成董事会或股东（大）会决议的确需要考问债权人善意与否。但是这里需要注意两点：

第一，虽然公司实际没有召开董事会或股东（大）会，但不排除法定代表人或其他人（比如实际控制人）伪造了董事会或股东（大）会决议，债权人也进行了审查，但形式审查下并未发现有假，在此情况下债权人仍属善意，签订的担保合同仍然有效，公司应当承担担保责任。

第二，债权人未履行审查义务构成非善意，担保合同无效，但是别忘了，担保合同无效不等于公司就无需承担任何责任了。《担保法司法解释》第七条规定：“主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”

据此，公司极有可能要承担不超过未偿债务二分之一的责任。

因此，法定代表人越权担保将可能导致公司承担全部或二分之一的担保责任，公司受损后即有权向法定代表人追偿。如果法定代表人是因为伪造决议而咎由自取也就算了，他还可能遇到实际控制人伪造决议而成为替罪羔羊，更多的则是原来不知道有这项规则酿成大错在前，现在要来背负不可承受之重在后，你说冤不冤、苦不苦？

2017年爆出了上市公司亿阳信通违规担保案。控股股东需要上市公司为

其担保40多亿元，自知很难通过股东会决议，于是跳过股东会直接要求上市公司董事长兼法定代表人签署担保合同。董事长不敢签，于是控股股东连续撤换多人，最后一人终于签字设立了担保。之后被证监会发现，上市公司受到处罚，还差点被强制退市。这位董事长的胆量不可谓不大。现如今法定代表人越权担保责任被明确，这位董事长不知道是不是会寝食难安，因为一旦亿阳信通担保责任需要实际履行，那他恐怕不仅仅是倾家荡产的问题了。

六、法定代表人如何防范这一重大风险

公司法定代表人看到这里可能会倒吸一口凉气，吓出一身冷汗，赶紧回去要辞任法定代表人。其实大可不必，只要懂法并依法办事，还是能在很大程度上防范风险的。本人对于法定代表人提出如下几点建议：

第一，回去查询一下，此前是否已经存在越权担保的情形。如果有，赶紧提请补开董事会或股东（大）会（关联

担保则必须是股东（大）会），促使担保事项能够通过并做出决议。这样就能补全授权手续，尽管在后，也构成追认。

第二，如果此前越权担保已经发生，而补开董事会或股东（大）会又无法通过决议，那么就要看签订担保合同是你自己的主张还是受到例如实际控制人的指使所为，如果是后者，那么需要收集和保留一些相关证据，以便在今后真的被追究责任时可以拿出来澄清和抗辩。

第三，今后但凡公司有担保事项（其实不仅仅是担保，还有其他一些特殊事项），一定要提请董事会或股东（大）会审议，并参与审议和决议过程，确保取得合法授权。

第四，如果实在觉得复杂或不安心，那最好的方式就是请个专业的律师帮你来把关。

文章看到这里，还觉得我是在危言耸听吗？包括公司法、合同法、担保法等在内的现代商法越来越复杂，法律、

法规、司法解释、会议纪要、公报案例等层出不穷，而且随着法律学术和法律技术的发展以及国家政策的导向而调整频繁，要很好地掌握绝非易事。但是如果因为复杂，公司经营者就回避这些法律问题，无异于鸵鸟把头埋进沙子里，后果就是风险累积，随时可能爆雷。想要在激烈竞争的商海中持久地立于不败之地，法律风险防范是不可或缺的重要一环，经营者怎么重视都不为过，法定代表人尤是。



周松涛 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人
上海律协财税业务研究委员会 委员
上海七方律师事务所公司与税务法律服务部 主任
业务方向：公司业务、税法、企业并购、商业诉讼

海外疫情蔓延加速，我们该如何风控国际援助？ ——从“北新建材”案看国际援助的法律风险

作者：张春球



全球新冠疫情

今年，新冠肆虐全球，世界上大部分国家都已“感染”，特别是欧美国家的疫情发展迅猛，确诊人数成千上万地蹿升，

截止 2020 年 4 月 12 日，世界总确诊人数 180 万，中国外 172 万，美国 53 万，西班牙 16 万，意大利 15 万，法国 13 万，德国 12 万。接下来的数字可能还会持续攀升，

按世界感染模型估算，感染总数将达 400 万以上！

随着海外确诊人数的与日俱增，医疗物资及医护人员严重短缺，这会严重影响和阻碍对新冠疫情的防治，如若得不到及时、充足的补给，欧美国家可能将面临确诊人数和死亡率进一步升高的危险局面！

美国总统特朗普满世界地寻找医疗物资，连番与中国沟通，个中原因大家心知肚明，毕竟现在只有中国能够提供足够的医疗物资帮助美国！在美国当地时间 3 月 26 日，美国更是发了一个“招聘广告”：鼓励美国以外的医疗专业人员，特别是从事新冠肺炎工作的相关医护人员，就近与美国大使馆联系，并获得预约签证。4 月 9 日，美国卫生与公众服务部门官宣：美国联邦政府的个人防护及医疗储备已经耗尽。

中国作为第一个走出新冠疫情阴霾的国家，作为一个负责任的大国，抛开某些外国政客无端指责甚或恶毒攻击，我们还是义无反顾地对全世界展开了积极援助。但是，对于参与新冠疫情国际援助（包括有偿和无偿）的中国企业、医疗组织及医护人员，为了避免陷入跨国诉讼的泥潭，应该提前规划，做好各种应对预案。不然，由于法律体系和标准机制的迥异，

有可能面临巨大风险，特别是在欧美国国家。

国际医疗援助的准入机制

以美国为例，我们看看美国法律规定的相关事项。

医疗物资，美国食品和药物管理局（Food and Drug Administration）简称 FDA，FDA 是美国政府在健康与人类服务部（DHHS）和公共卫生部（PHS）中设立的执行机构之一。美国医疗药品准入需要经过 FDA 认可并通过。没有审批的行为将属于违法，即使间接牵连的死亡等事故，也都要承担后果。

医护人员，作为医护人员去美国的，如果没有美国的医护从业资格而参与救护，其经手的病人家属未来也有可能把你告上法庭。就新冠的高死亡率及新冠恢复后可能的后遗症，结果令人担忧。

美国医疗成本高的原因一定程度上是因为美国的医药企业和医疗机构已经把诉讼的成本平摊到了医药费中。

在分析新冠疫情下国际援助的法律风险之前，先来看一个值得我们借鉴并汲取教训的涉外侵权高额索赔案——“北新建材”案。

北新建材集体诉讼案



2005年，美国佛罗里达州遭遇了卡特里娜（Hurricane Katrina）飓风，造成了巨大的破坏，大量房屋毁损。除给美国带来2000多亿美元的损失外，死亡人数更是超过了1800人，是1928年以来死亡人数最多的一次飓风。美国房屋中一个重要的建材就是石膏板。在灾后重建期间，因美国国内的石膏板短缺，美国的建筑商因此采购了大量中国制造的石膏板。从2006至2007年，中国建材股份有限公司下属子公司北新集团建材股份有限公司（简称“北新建材”）的全资子公司泰山石膏有限公司（简称“泰山石膏”）及泰安市泰山纸面石膏板有限公司（泰山石膏的全资子公司，与泰山石膏合称“泰山”）向美国出口1422万平方米石膏板，2008年又向美国出口1.69万平方米石膏板。

房屋建造后不久，从2008年开始，美国佛罗里达州部分房主报告了其身体不适、房屋有异味的情况，美国住房和城市发展部（HUD）和美国消费品安全委员会（CPSC）检测后宣布，这些房屋中使用的产于中国的石膏板产品释放出的硫化氢比非中国产样品高出100倍，认定产自这批石膏板产品“有毒”。这种大面积的质量问题，不出所料地进入了集体诉讼。面对美国房屋业主和涉事建筑公司的指控，

北新建材坚称其产品没有质量问题，并获得了包括美国、英国相关国际质量认证。

结果却令人遗憾。这个案子历经十余年诉讼。2020年1月，泰山以赔偿2.48亿美元（约合17亿人民币）的代价与对方达成和解。另，泰山为该案花费的律师费超过一亿元人民币。

前事不忘后事之师，为了避免类似“北新建材”案的历史重演，我们有必要从国际法的角度对新冠疫情下有关国际援助的法律风险作一个分析及应对。

国际援助纠纷的法律分析

一、其性质一般为跨国侵权纠纷

由于医疗行业的特殊性，国际医疗援助的法律风险尤为巨大，一般受援国对医疗物资和医护人员都有法律规制和标准管控，各国也存在差异，欧美等发达国家的标准普遍高于发展中国家。跨国侵权诉讼中一般都会诉请涉及人身或财产权利损害的高额赔偿。

侵权行为之债是指不法侵害他人人身或财产权利，并造成损失而承担民事责任所构成的一种法定之债。各国对侵权行为的立法与实践有所不同，各国对侵权行为的理解也并不一致。有关跨国侵权行为的法律规范的冲突主要表现在三个方面：

1. 侵权行为构成要件的冲突。是否违反受援国关于医疗物资和医护人员责任的条件、归责原则是严格责任还是过错推



定责任、侵权是否包括精神损害赔偿等等。虽然各国的规定并不尽相同，但侵权构成要件对法庭最后的责任评价及裁判非常重要。

2. 受害人范围的冲突。跨国侵权案的受害人范围一般指直接受害人及其近亲属，特殊情况还有一些受到严重精神伤害的间接受害人，如旁观者。

3. 损害赔偿数额及计算标准的冲突。一般来讲，欧美等发达国家的赔偿数额及计算标准要远远高于发展中国家，而且差距相当巨大，不乏有数亿乃至数十亿美元的天价赔偿案。

二、受援助国一般都有管辖权

出口医疗物资及派出医护人员，目的地都在受援国的领土范围内，属地管辖是各国主权的主要表现形式，除非有个案中的特殊情况，受援国及其法院一般都会主张管辖权并能得到普遍认同。

三、一般以侵权行为地法律作为准据法

侵权行为地法是指侵权行为事实发生地法，是解决涉外侵权法律冲突的一个系属公式，作为侵权行为之债适用的准据法，为世界许多国家普遍采用。这也是国际私法的一般原则。

欧美等一些少数国家在近些年的立法中开始采用最密切联系原则来确定侵权行为之债的准据法。另外，当事人意思自治原则开始进入侵权法适用领域，根据

这一原则，中国企业可以选择适用中国法律（最好在合同中约定）来处理因国际援助而产生的涉外医疗纠纷。

国际援助法律风险的应对措施

医疗物资和医护人员资格首先要符合我国相关法律的规定，也要符合受援国的法律规定。为避免在受援国遭遇法律风险，建议采取如下应对措施：

一、获得当地政府的认可或豁免

参与国际无偿援助的医疗物资和医疗队，应与受援国签署认可或豁免条款，要求其认可医疗行为和医护资格，免除相关的责任，或者由受援国政府承担后续责任。作为有偿援助的医疗物资，等同于国际贸易，也应尽可能地与受援国签署相关免责条款。

二、治疗前签署风险告知书

援助的医疗行为开始前，要求病患及家属签署风险告知书，明确告知治疗新冠的医疗风险，包括预后。也可以请病患及家属签署知情同意书或自担风险的承诺声明，具体形式要根据受援国法律规定具体确立。

三、明确管辖法院为中国法院

作为无偿援助方，我国在援助的法律关系中应该占主导地位，可以对管辖问题作出约定；对于有偿援助，也可以由双方协商确定管辖法院，尽量将我国法院作为管辖法院的条款载入合同。



特别注意的是，如果涉及到病患的侵权问题，有可能这种约定因不符合受援国法律而无效，也有可能因为单边的管辖法院选择条款而无效。

四、明确纠纷解决适用中国法律

尤其在有偿援助的合同中一定要约定这一冲突规范。

如果涉及到病患或家属起诉，则较难适用中国法，受援国在法律选择时往往为了保护其本国公民而会优先适用受援国法律。

对于侵权行为，目前国际上一般采用双重可诉原则，有些个案会采用最密切联系原则或当事人意思自治原则。所谓双重可诉原则，是一项侵权国际私法领域的重叠性多边冲突规则，即发生在法院地国外的侵权行为，必须同时符合侵权行为地法和法院地法关于侵权行为成立的标准以及允许(可以)诉讼的标准。即一项涉外侵权案必须同时满足侵权行为地法和法院地法两个要件才能获得救济。也就是说，只要不满足两个国家任何一方的法律中的条件，原告的诉请便不能获得法院的支持。

我国在2011年4月1日起实施的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》彻底废除了双重可诉规则在侵权领域的适用。因此，受援国的病患或家属如果在



张春球

上海七方律师事务所 实习律师

其本国法院起诉获胜，就可以到中国法院要求承认与执行。

欧美人的思维方式与国人存在不小的差异，如果真出现了国际援助涉外纠纷，他们一般不会礼行孔孟之道感恩于我们的雪中送炭而放你一马，一切以法为先、以利为重，不管援助是有偿还是无偿。抢救生命是目前国际社会的最大关切，作为人类命运共同体的一分子，我们可以摒弃西方一些媒体和政客对中国的恶意指责，向那些亟需得到帮助的国家及时伸出援手，但在积极参与国际援助的同时，也要做好应对相关风险的准备。



消费贷款，债主“跑路”怎么办？

作者：王黎君

作者曾在 2020 年 3 月 11 日徐汇区消费者权益保护委员会与上海七方律师事务所联合举办的消费者维权公益云课堂中讲过一堂关于消费贷的网络直播课。因为篇幅和内容设置的原因，没有深度剖析，今天就债主“跑路”这个话题再次探讨，并援引出一部规定，在债权人失联状态下，债务人怎么履行不承担违约责任，希望能给大家更多的启示。

案例一：2019 年初周女士去民营牙科诊所做牙齿整形，因费用较贵，在工作人员的指点下，手机下载了一个金融贷款 APP，并完成注册和审核信息，贷得 3 万元款项用于牙齿整形。贷款后周女士是正常还款的，忽然在 2019 年 11 月份，发现不能还款了，也联系不上贷款公司。周女士非常焦急，周女士的收入比较稳定，并非因经济困难不能还款，是债权人跑路导致自己违约还不了贷款，万一以后被追债又要承担一些违约责任，又对自己造成不良影响该怎么办？无奈之下，周女士向贷款公司所在地的消费者权益委员会投诉。

确实，如果周女士违约还款，可能受到提前收回借款本金、逾期利息、逾期罚息、个人征信报告不良记录等各种难以预料的损害。周女士觉得最冤的是，自己被动违约是债权人失联导致的。

在建议周女士保存向贷款公司积极还款的相关证据（比如向消费者权益保护委员会投诉，报警或到贷款公司所在地的市场监督管理机构举报、贷款公司注册地的街道举报，并留存举报投诉证据）、还可向法院起诉要求继续履行还款义务。

除以上建议外，对于债权人失联，我们还可以用**提存**来履行还款义务。

一、什么是提存

提存是指债务人到履行期限时，因债权人拒绝受领，或者因债权人下落不明等原因无法向债权人履行债务时，债务人可依法将履行债务的标的物送交有关部门保管，以代替履行。

提存是代为履行的方法，提存之后，合同义务视为履行。

提存是国家有关部门对债务人履行义务的公证，公证处是国家设立的保管提存物的机关。

二、什么情况下适用提存

案例二：药店业务员刘某到某药厂购买了一批新产品中成药总价款 7800 元，刘某付清了货款，但未提货。双方协议，20 天以后提货。但过了一年刘某不仅未提货，而且下落不明。药厂致函药店，催派人来提货。药店声称：“刘某是药店承包人，一切业务由他本人负责，现刘某出差在外，不知何时归来。”不久，药厂再次通知药店，表示愿意代为托运。药店回复拒收

货物，并声称如果托运，一切损失概由药厂负责。此时，该药品保质期即将过期的情况下，药厂无奈，就将药品向其所在地公证处申请提存。因药品保质期即将到期，公证处将该药品变卖后提存了价款。就在提存后一个星期，刘某来到药厂，称双方协议的货物只是 20 天以后提货，而未规定在多少时间内必须提走货物，因此，药厂擅自提存货物的行为属侵权行为，又称如药品过期属于刘某的责任，因为刘某已支付了全部价金，刘某还说，其另外已与他人签定了转让该药品的合同，由于药厂提存使其与他人的合同因违约而受损，要求药厂赔偿损失。

大家看药厂可不可以将药品提存啊？刘某与药厂明确约定货物是 20 天以后提货，并且药厂也向刘某和药店多次催告，药厂并无在履行期限届满后继续帮其保管的义务，根据《提存公证规则》第 5 条规定，药厂提存做法并无不妥。不过，为防止以后此类纠纷的发生，

药厂以后可以在购销协议中约定提存条款。

《提存公证规则》第5条意为：对于债务清偿期限届至，债权人无正当理由拒绝或延迟受领债的标的、债权人不在债务履行地又不能到履行地受领的，或债权人不清、地址不详，比如债权人失踪、死亡后继承人不清，或债权人无行为能力，法定代理人不清这些债务人无法按时的给付情况，债务人都可以向债务履行地的公证处申请提存。

三、哪些财物可以提存

提存是向国家有关部门申请保管债务人履行义务的标的物，适合保管的标的，包括货币、有价证券、票据、提单、权利证书、贵重物品、担保物（金）或其替代物。对于不适合保管的物就不能提存了？比如不动产怎么提存？

不动产可以提存权利证书。

对于实在不便提交公证处的提存物，公证处应当派公证员到现场实地验收。验收时，提存申请人应当在场，公证员应制作验收笔录。对易腐易烂易燃

易爆等物品，公证处应当在保全证据后，由债务人拍卖或变卖，提存其价款。

四、怎样办理提存

如上例周女士，向公证处申请提存应还的贷款和利息，周女士的申请书应写明：提存的原因，钱款数量，贷款公司名称，地址如果不知谁是受领人的，还要写清不知受领人的理由，并要提交贷款合同、无法向贷款公司清偿的证据，此时周女士就可以提交其向消保委投诉无法向贷款公司偿还的证据。

提存需向约定的债务履行地的公证处提出申请，如在债务履行地申办提存公证有困难的，也可以向债务人住所地的公证处申请管辖。

公证处在审核提存人具有行为能力，意思表示真实，提存之债真实、合法；提存标的与债的标的相符等信息后，从提存之日起三日内出具提存公证书。

提存之债从提存之日即告清偿。

周女士将应偿还的贷款金额和利息，悉数按合同约定的偿还方式用现金或支票交付公证处或划入公证处提存帐户，并



由公证处出具提存公证文书，周女士与贷款公司的债务就视为清偿了。

五、除了债清偿的提存，还有担保提存、抚养费提存

1. 在一些经济活动中，尤其是一些有担保的债权，担保物质押在债权人处不方便，放在担保人处，债权人又不放心，这时就可以提存担保物。担保提存需要债权人和担保人协商一致，将担保物存放在公证处，有利于担保债权各当事人之间建立信任，有利于债权的履行减少违约风险。提存担保物所有权的转移，可在合同约定，在条件成就时发生转移，依法确定提存物的归属，条件不成就时所有权不发生转移。如果合同发生争议，给付条件不成就，公证处会根据司法机关裁定后确定的受领人进行给付，这样也确保权利人的权益不会遭受损害。

2. 抚养费的提存

笔者经询公证处了解到，常用公证的提存是抚养费、拆迁款、房租等公证。抚养费的提存，我们来了解下：

夫妻张男、李女因感情不和离婚，双方约定由张男抚养婚生儿子张丙，由李女支付抚养费。但张男担心抚养费不能及时给付到位，李女却担心抚养费不能专款专用于丙，于是双方向公证处申请办理抚养费协议和抚养费提存公证。

公证员审查了双方提供的抚养费协议，告知双方：（1）虽然孩子跟随一方生活，但父母都有抚养的义务，且不得对给付抚养费附加条件，李女不得以没有实现探望权等为由，停止支付或不足额支付抚养费；（2）李女可以将抚养费提存到公证处，由张男代孩子领取，也可以约定由公证处定期转交至以孩子名义开立的银行账户。

最后，张男、李女决定：由李女一次性支付孩子 18 岁之前的抚养费并提存至公证处，由公证处按月支付至孩子的银行账户。双方办妥抚养费协议及提存公证后，李女当场将抚养费一次性打入公证处的提存账户，公证处出具了公证书。

提存制度适用，延伸适用到支付未成年子女抚养费上，给未成年的离婚父

母，避免以后频繁交涉抚养费产生纠纷给孩子带来更多伤害，也对未成年人利益维护有一定积极作用。

对于离婚一方有能力一次性支付未成年子女抚养费的，或担心对方挪用抚养费的，双方可以申请办理抚养费提存公证。

注意事项：办理抚养费提存公证时，双方要明确抚养费的支付方式、支付期限、专用账户信息等内容，可以由公证机构代为支付至当事人指定银行账户。

六、提存的效力

那么我们来说一说提存的效力。

1. 提存标的物所有权的转移，债务消灭。提存使债务人与债权人之间的债权债务关系归于消灭。

《合同法》第91条规定：“债务人依法将标的物提存，合同的权利义务终止。”《提存公证规则》第17条明确规定：“提存之债从提存之日即告清偿。”

2. 债权人取得提存物领取请求权。提存在性质上属于保管合同，是保管合

同的第三人（债权人）取得了提存部门请求领取提存物的权利。债权人可以随时领取提存物，需提供身份证明、提存通知书或公告，以及有关债权的证明，并承担因提存所支出的费用。提存受领人负有对等给付义务的，应提供履行对等给付义务的证明。委托他人代领的，还应提供有效的授权委托书。由其继承人领取的，应当提交继承权公证书或其他有效的法律文书。

3. 提存标的物的风险承担。《合同法》第103条规定：“标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。”在提存期间，一切发生的提存标的物毁损、灭失的风险由债权人承担。因为在提存之后，提存物的所有权已经归债权人，所以债权人应承担标的物因意外原因而发生毁损、灭失的风险责任。但是，因提存机构的过错造成毁损、灭失的，提存机构应当负有赔偿责任。

4. 提存期间孳息与提存费用的负担。《合同法》第103条规定：“提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。”

七、什么是提存费用

提存费用是因提存行为而发生的费用，包括提存公证费、公告费、邮电费、保管费、评估鉴定费、代管费、拍卖变卖费、保险费，以及为保管、处理、运输提存标的物所支出的其他费用。

如果提存权利人，未支付提存费用，公证处有权留置价值相当的提存标的物或变卖款。

八、怎样通知提存受领人

通常情况下，提存人提存后应将提存事实及时通知提存受领人。公证处应自提存之日起七日内，以书面形式通知提存受领人，告知其领取提存物的时间、期限、地点、方法。提存受领人不清或下落不明、地址不详无法送达通知的，公证处应自提存之日起六十日内，以公告方式通知。公告应刊登在国家或债权人在国内住所地的法制报刊上，公告应在一个月内在同一报刊刊登三次。

九、提存人可以领回提存物的

情形

《提存公证规则》26规定：提存人可以凭人民法院生效的判决、裁定。或提存之债已经清偿的公证证明取回提存物。

提存受领人以书面形式向公证处表示抛弃提存受领权的，提存人得取回提存物。

提存人取回提存物后，视为未提存。因此产生的费用由提存人承担。提存人未支付提存费用前，公证处有权留置价值相当的提存标的。



王黎君 律师

上海七方律师事务所 律师
上海律协法律合规业务研究委员会 委员

疫情防控期间企业集体协商应该这样做

作者：谢亦团



受新型冠状病毒肺炎疫情影响，众多企业特别是中小企业的生存发展遇到严峻挑战，企业应当如何来应对这些挑战？党中央、国务院、中央以及各级地方人民政府高度重视，陆续密集出台了多项扶持政策希望企业能够早日渡过难关。

2月17日，市总工会、市企联、市工商联发布《关于在疫情防控期间做好企业集体协商工作的工作提示》（以下简称：《工作提示》），就集体协商的原则、代

表的产生、协商的内容和形式等提出建议，笔者结合该《工作提示》就疫情防控期间集体协商应当如何开展，需要特别注意哪些事项提出一些建议，供

需要的企业参考。集体协商大致可以分为五个程序：

一、企业集体协商议题的选择

疫情防控期间，企业可能需要解决疫情防控，做好疫情防控，有序复工复产的措施；无法按时返岗职工的劳动关系处理；企业停工停产期间职工的劳动关系；调整工作时间、工时制度、调整薪酬福利、社保缴纳、工资支付方式、年休假和福利假及其他各类假的使用、劳动安全卫生及女职工权益保护等涉及职工切身利益问题；灵活用工等问题。以上问题都可以做为集体协商的议题，每个企业可以结合自身的状况来选择集体协商的议题，企业采取比较多的议题有：

（一）薪酬调整

这是企业最关心的议题，也是最直接有效的手段。

1. 调整薪酬标准。比如采取普降模式，全体职工薪酬标准差距不大的，全体降低相同比例，但幅度应当合理，并保障职工的基本生活条件；职工薪酬差距悬殊的，发动工资较高的管理人员起带头作用，

降低比例比普通职工适当高些。另外还可以通过提高绩效工资考核标准、业绩提成的标准等方式来改变薪酬的标准。

2. 调整薪酬结构。比如原来是固定工资的，调整为基本工资+绩效工资，这样既能减轻工资支付的压力，也更能激发职工的工作积极性，提高工作效能；原来奖金福利比较多的，比如有季度奖金、年中奖金、留用奖金、年终奖金等，困难时候取消一些奖金项目和减少奖金的金额，甚至暂时全部取消。

3. 薪酬支付时间。对于现金流暂时出现困难的，可以考虑分两部分支付，比如先行支付60%（具体比例可以根据企业现有资金、预期收入、职工工资支出总额等综合确定），剩余部分于年中或者年底一次性补足。

（二）缩短工时

企业订单或者业务数量减少，开工不饱和时，可以通过缩短工时，减少用工成本，缓解资金压力。这样也可以保留更多职工的劳动关系，真正做到不裁员、少裁员，体现企业的社会责任和担当。

缩短工时常见的有对每天工作时间缩短，比如对全体职工或者受影响严重的部分业务部门由每天工作八小时，调整为每天工作六小时，或者每周工作五天调整为每周工作四天，根据实际工作小时或者天数计算劳动报酬。企业通过缩短工时的方式可以减少职工工资支出，保留更多职工的劳动关系，等疫情防控结束，企业恢复生产后再恢复原状。

（三）轮岗轮休、综合调剂使用休息日

通过对职工休息休假的调整，可以解决部分职工不能及时返岗、部分企业需要延迟复工或不能完全复工问题。

企业复工复产后，由于交通受限、返居住地后隔离等原因，仍然存在一些职工未能及时返岗，或者企业需要整体延迟复工复产，涉及人数众多的，企业需要及时与职工沟通协商，采取轮岗轮休、综合调剂使用休息日、年休假和福利假安排等方式进行处理。

安排年休假和福利假期企业有一定的自主权，对于不能复工职工通过先行安

排这些假期。假期休完后，仍然无法复工的，可以通过轮岗轮休，综合调剂休息日进行处理，比如相同岗位的轮流上岗，或者先安排职工休息，等疫情结束后，由每周工作五天改为每周工作六天补回，第六天工作并不属于休息日加班，无需支付周六加班费。

二、企业向全体职工发出集体协商议题的告知书

企业在告知书中应当事实求是将此次重大疫情对企业带来的重大不利影响，遇到的困难和挑战，以及企业需要采取的具体措施告知全体职工，让职工了解企业的困难，理解企业的做法，并呼吁全体职工支持企业，共同努力度过目前的难关。

企业拟采取的应对措施，应当反映职工的普遍诉求与愿望，尽量照顾职工的合法劳动权益和切身感受，理解和尊重职工的正当利益诉求。

三、企业和职工双方产生集体协商代表

为了提高集体协商效率，双方应当尽快选出各自的集体协商代表和首席代表。

《上海市集体合同条例》对于协商代表和首席代表有相关的规定和要求；《上海市职工代表大会条例》对于职工代表如何产生也有着具体规定。

（一）集体协商代表和首席代表的基本规定

1. 协商代表具体人数由双方协商确定，但每方协商代表人数不得少于三人，企业一方的协商代表不得多于职工一方的协商代表。

2. 已经建立工会的企业，职工一方的协商代表由本企业工会选派，建立女职工委员会的，应当有女性协商代表。首席代表由工会主要负责人担任。

3. 企业一方的协商代表由企业法定代表人指派，首席代表由法定代表人或者其书面委托的人担任。

4. 有条件的企业和企业工会可以聘请工会劳动关系指导员、社会律师、上级工会干部、企业组织代表等企业外人员作为外聘代表参与协商，但人数不得超过本方协商代表的三分之一，且不得担任首席代表。

5. 集体协商双方可以更换本方的协商代表。更换协商代表，应当遵守《上海市集体合同条例》规定的代表产生程序。

（二）特殊防控特殊时期，未建立工会组织的企业职工代表如何选举产生

对于未建立工会的企业，针对复工复产后的用工情况需要与职工方开展集体协商的，为了提高效率，尽快选出集体协商代表，企业可以向所在地街镇、开发区（园区）等上级工会组织提出，由上级工会指导职工与企业开展协商。另外，企业还可以向各级企业代表组织寻求指导和帮助。

在上级工会组织的指导和帮助下，相信企业职工能够可以快速地选出协商代表，再由协商代表民主推荐产生首席协商代表。

四、企业和职工方代表就集体协商议题开展协商

1. 企业和职工集体协商代表就企业提出的集体协商议题，运用互联网信

息技术、电视电话、网络平台等形式开展集体协商。

双方在集体协商过程中不能达成一致的，职工一方可以提请上级工会、企业一方可以提请企业方面代表进行指导。经指导仍未能达成一致的，任何一方可以提请人力资源社会保障部门协调处理。

双方集体协商代表最终达成共识后，形成协商会议纪要草案，由双方首席代表在该协商会议纪要草案上签字。

2. 双方首席代表签字确认后，及时通过电子邮件、内部 OA、微信群组等形式发放给职工听取意见建议，尽快修改完善。

3. 职工协商代表将协商会议纪要草案提交全体职工代表或者全体职工通过电子邮件、内部 OA、微信群组进行投票表决。经全体职工代表半数以上或者全体职工半数以上同意，即为通过。

五、集体协商会议纪要的公示和告知

企业应当将双方集体协商代表确认，并经职工代表或者全体职工表决通过的最终协商会议纪要文本通过电子邮件、内部 OA、微信工作群等方式向全体职工进行公示和告知，同时做好相应的保存或纪录工作。

六、疫情防控期间集体协商应当特别注意的事项

1. 提前做好预案：企业方应当评估集体协商的重点、难点、风险点；针对可能出现的风险，做好预案，防止局面失控，避免引发群体性劳动争议和职工群体上访事件。可以充分发挥律师、公司法律顾问等专业人士的专业优势和实务经验，减少法律风险，达成好的结果。

2. 合法合理合情：双方协商的内容应当坚持合法、合理，既要符合国家和本市的相关法律法规，又符合特殊时期政府颁布的相关政策，同时要体现企业人文关怀。

3. 兼顾双方利益：企业提出薪酬调整、轮岗轮休、缩短工时等解决方案应当有利于企业的复工复产，同时要考虑职工

的实际困难和感受，兼顾劳动者合法权益，以达到双方利益平衡。

4. 利用科技手段：充分运用互联网信息技术、电视电话、网络平台等科学技术手段，提高双方协商效率，减少人员聚集，降低病毒传播风险。

5. 注重灵活实效：企业和职工方应当就集体协商中普遍关心的、涉及职工切身利益的劳动关系相关事项，开展一事一议的灵活协商，提高集体协商效能。

6. 多聆听多沟通：充分听取职工意见，畅通职工利益诉求表达渠道，理解和尊重职工感受。

7. 特殊期限规定：由于集体协商形成的内容系疫情防控特殊时期为解决企业生存发展问题，由职工作出一定的劳动权益让渡形成的，因此协商一致内容存在适用期限，应当根据政府发布的疫情防控期及企业受此影响的波及期，由企业和企业工会协商确定期限，但原则上不应超过一年。

当前疫情防控及企业复工时期，经营确实困难的企业，需要调整薪酬、轮岗轮

休、缩短工时、延缓工资支付时，应当依法依规通过与职工进行集体协商的方式来解决。在集体协商制度框架下，共商共谅、寻求与职工方利益平衡点，并达到同舟共济，共度难关的最终目的。



谢亦团 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会委员
业务方向：劳动法、合同法、
仲裁与诉讼争议解决等



疫情防控期间的工伤认定原则

作者：马怡坤

2020年1月23日，人力资源社会保障部、财政部、国家卫生健康委发布《关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》（人社部函[2020]11号）（下称“人社部函[2020]11号文”），其中规定，“在新型冠状病毒肺炎预防和救治工作中，医护及相关工作人员因履行工作职责，感染新型冠状病毒肺炎或因感染新型冠状病毒肺炎死亡的，应认定为工伤，依法享受工伤保险待遇。”

很多人都会认为,《工伤保险条例》第十四条第(一)项规定确立了工伤认定的“工作时间、工作场所、工作原因”原则。而“人社部函[2020]11号文”,一方面突破了传统的伤病界限,对“伤害”作扩大解释;另一方面又对工伤认定标准做了缩小解释(仅在新型冠状病毒肺炎预防和救治工作中),从而造成适用范围过窄的窘境。那么人社部函[2020]11号文究竟是何性质?对疫情期间的工伤认定产生了哪些影响呢?

将感染传染病纳入“伤害”范畴已有先例,早在2003年非典期间,“劳社部发电[2003]2号文”就有过类似规定,“在传染性非典型肺炎预防和救治工作中,医护及相关工作人员因履行工作职责,感染传染性非典型肺炎或因感染传染性非典型肺炎死亡的,可视同工伤,比照工伤保险的有关规定享受有关待遇。”人社部函[2020]11号文可以算是对劳社部发电[2003]2号文的重复。此外,《广东省工伤保险条例》第十条第四项“由用人单位指派前往依法宣布为疫区的地方工作而感染疫病的”也将传染病纳入了工伤认定范畴。

在实际案例中,不少地区也将传染病默认在“伤害”范畴中。在“张某与长沙

市人力资源和社会保障局工伤认定纠纷案(2015芙行初字第332号)”中,张某在前往非洲出差期间感染疟疾,法院在认定其系工作原因感染的情况下,适用了《工伤保险条例》第十四条第一款第五项规定,并沿用劳社部发电[2003]2号文的精神,认为张某所感染的疟疾与血吸虫病、非典型肺炎同属于乙类传染病,应当认定为工伤。在“广州某公司与钟某、李某、劳动和社会保障部门工伤认定纠纷案(2017粤71行终1137号)”中,法院认为李某接受船舶公司的派遣前往莫桑比克工作,其是在工作时间、工作场所内因感染了当地所流行的恶性××最终导致其死亡,李某的死亡是由于其工作场所特定的劳动环境所造成的,与其特定的工作环境具有必然的联系,应视为系工作原因受到伤害。

从上述案例可以发现,法院并未执着于将“疟疾等传染性疾病是否属于伤害”这一问题作为案件的争议焦点,而是将判断“因果关系”放在首位。这一点,在国务院办公厅《关于加强传染病防治人员安全防护的意见》(国办发[2015]1号)第七条中也有所明确“将诊断标准明确、因果关系明晰的职业行为导致的传染病,纳入职业病分类和目录。”



工伤认定的核心就在于对“工作原因”因果关系的认定。《工伤保险条例》通过法条列举和建立职业病目录的方式，为工伤认定的因果关系判断提供了法律依据和审判途径。未将一般传染疾病列入工伤范畴，主要考虑到此类疾病的引起往往有多重原因，导致工伤认定机构难以判断其因果关系。新型冠状病毒肺炎更是如此，其潜伏期长：感染该类病毒并无明显的反应，其潜伏期更是长达 14 日甚至更久；传染性高：劳动者每日上下班接触人群复杂，传染几率极高。这样情况下劳动者与用人单位都无法承担举证责任，工伤认定机构也难以判断劳动者在什么情形下被感染。因此，人社部函[2020]11 号文才通过列举方式，将特定条件下感染新型冠状病毒肺炎认定为工伤，为工伤认定提供了法律依据，简化了认定程序。工伤认定部门在适用人社部函[2020]11 号文相关规定时，应当谨慎判断，不能任意作出扩大解释。

对于感染新冠肺炎却不符合人社部函[2020]11 号文中的工伤认定标准的劳动者，如何判断“因果关系”是绕不开的问题。

在“石军与上海市黄浦区人社局、上海市人社局工伤认定纠纷案(2017 沪 02 行终 457 号)”中，针对双方争议焦点：石军是否因工作原因而受到事故伤害，即“因果关系判断”问题，黄浦人保局提供

了瑞金医院、上海市疾病预防控制中心等专业机构调查笔录，并在受理申请后进行了走访、调查和询问，并听取了行政相对人和专业机构的意见。同样的在前述几例案件中，法院对于工伤认定中因果关系判断也都离不开疾控中心或者医疗机构的权威性意见，同时进行走访调查，最终才作出工伤认定结论。

《工伤保险条例》的立法宗旨是为了保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险。劳动者感染传染性疾病在认定工伤时不应当囿于对“伤害”的机械解读，应当将重点放在因果关系的判断中来，在确立了因果关系的前提下，应当从《工伤保险条例》的立法目的出发，尽可能保护劳动者权益。



马怡坤 实习律师

业务方向：劳动法、企业用工管理、
合同纠纷处理



热播剧解读：房似锦持假文凭应聘入职

自己种的苦果自己咽

作者：李华平

最近有一部电视剧很火，那就是《安家》。剧中涉及到有关房似锦持假文凭应聘被翟云霄发现，被录取后在工作期间又被翟云霄当众揭穿，并受到撤销其店长职务和撤销其业务权限三个月的处分情节。相信大家看过电视剧后都觉得翟云霄很可耻，房似锦很可怜甚至很无辜。

房似锦真的无辜吗？笔者职业病又

犯了，对这个剧情从企业员工招录用管理和劳动法角度来谈一谈看法。首先来看房似锦和翟云霄在应聘面试过程中的对话：

房似锦：领导你好，我叫房似锦。整个大学期间，我都靠打工挣钱，没有花过家里一分钱，我做过很多工作，摆过地摊，当过家教、做过护工，在食堂洗过碗，还在超市卖过化妆品？我业绩

很好的。

翟云霄：经历很丰富嘛，做过这么多工作。在学校成绩优秀吗？拿过奖学金吗？胆子挺大呀，敢拿一张假文凭来糊弄人，嗯？200块在地摊上买的吧？

房似锦：领导，我真的很需要一份工作，请你给我一个机会，你试试我，试我一个星期就好，我一定不会辜负您的。我会好好干，我很能吃苦的，一定不会让您失望的。

翟云霄：连文凭都是假的，我怎么能分辨你说的哪一句是真话，哪一句是假话？

房似锦：我承认，我的毕业证书是假的，但是我有能力，我真的上过大学。我也是事出有因、迫不得已，请你一定相信我。

翟云霄：哪个单位会相信一个造假的骗子？这个（假毕业证书），你还想保存吗？

房似锦：我会撕了！

翟云霄：你被录取了！你没听错，你被录取了。我相信你说的一切，除了这个（假毕业证书）。从我见你的第一眼起，我就知道我们是同一类人。今后

跟着我，在安家天下好好干活，保证你会前途无量，至于这个（假毕业证书），我会替你处理的。

一、对房似锦和翟云霄之间的应聘

面试对话的简要分析

房似锦在面试的时候递上毕业证书后，自我介绍的内容与上大学几乎无关。除了说“当过家教”外，其他的摆地摊、做护工、洗过碗、卖过化妆品等实践活动，这些能够说明她很吃苦，但这些实践活动几乎与在大学的无关，且所说的内容都是没有提供相应的证明材料，用人单位在招聘面试中一般只是听过算数。反过来讲，如果在大学期间做了那么多费时费力与学习无关的兼职工作，用人单位往往会想这个同学花在学习上的时间与精力可能不多，甚至会对其能否正常毕业以及提供的学历真实与否产生怀疑。

翟云霄在面试中对房似锦发出的疑问是：在学校成绩优秀吗？拿过奖学金吗？确实，对于初入职场的大学毕业生在面试中，用人单位比较看重的是其在校的学习成绩，这个是根本。如果说大学期间年年获得奖学金，甚至在报刊



杂志上发表过相关文章，参加过与专业相关的研讨学习和社会调查之类，在与应聘单位相类似的单位有过实习经历，会有明显的优势。而这些房似锦都没有。

翟云霄看了一眼房似锦递上的假文凭证书，说“胆子挺大呀，敢拿一张假文凭来糊弄人！”。他怎么发现的呢，真是火眼金睛啊！

也许，房似锦的假文凭还真是在地摊上随便弄的，可能是文凭上的照片和本人长相、头型、发型等严重不符，可能是证书纸张太新了，没做旧，可能是纸张和照片的泛黄程度明显不一致，可能是盖的钢印模糊不清、校长名字、证书编号位数出错等等，一言以蔽之，就是造的实在太假，根本无法达到“以假乱真”的程度，一眼就被翟云霄看穿了。

也许，房似锦相对来讲还是比较实在的女生，当她递上假文凭的时候，内心是忐忑不安的，脸色、眼神都不对，眼睛一直盯着那张假文凭，神色慌张，而翟云霄又是阅人无数、城府极深，看出端倪后来诈房似锦，结果房似锦直接承认。也许，翟云霄自己本身就是造假的“老司机”，他说“从我见你的第一

眼起，我就知道我们是同一类人”。说不定他们的假文凭出自同一个地摊，价格都一样是200元呢。

不管哪种情形，当用人单位在招聘面试过程中发现应聘者学历造假的时候，一般来讲应聘就结束了，正如翟云霄所说“哪个单位会相信一个造假的骗子？”。是的，没有单位会录用一个学历造假的应聘者。可是，翟云霄又说“你被录取了”。意不意外，惊不惊喜？其实，从房似锦接受录用的那一刻起，自己的苦果就已经种下了。这是违反诚实信用的代价。

“从我见你的第一眼起，我就知道我们是同一类人”，翟云霄的这句话信息太大了。第一眼就看出她是“造假的骗子”，那一定是人精啊。在职场中和这样的人精打交道，压力可想而知。“我们是同一类人”，在房似锦的眼中理解可能是同样能吃苦的人，而翟云霄其实想表达同样是“骗子”。太可怕了。

对于那张假文凭，翟云霄不同意房似锦撕了它，而是说“至于这个，我会替你处理的”。显然，翟云霄想保留着，否则要么会叫房似锦收回去，或者当场



撕掉。这可是实实在在的虚假证据啊，就这么被翟云霄捏在手中。这种情况在现实职场中是很常见的，就是在工作中发现了同事的把柄，然后一直保留着，一旦不符合发现同事的做法于己不利时，就以把柄相要挟。因此，当翟云霄在后来揭穿房似锦学历造假，并以“房似锦涉嫌履历造假，撤销其店长职务，撤销其业务权限三个月”进行处理，房似锦只能吞下自己种下的苦果。

二、应聘时提供虚假学历骗取录用的劳动者，用人单位可以确认劳动合同无效或解除其劳动合同。

《劳动合同法》第三条规定，订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。诚实信用原则是用人单位和劳动者履行劳动权利义务的基石，贯穿于劳动合同的订立、履行、变更、解除与终止的始终。

根据《劳动合同法》第二十六条规定，下列劳动合同无效或者部分无效：

（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；…。对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳

动争议仲裁机构或者人民法院确认。如果应聘者提供虚假学历、虚假工作经历，使用用人单位在违背真实意思的情况下对其作出录用决定的，用人单位一经发现，可以向劳动人事争议仲裁委员会申请确认劳动合同。劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

《劳动合同法》第三十九条第（五）项规定，劳动者具有因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的，用人单位可以解除劳动合同。因此，用人单位除了可以申请确认劳动合同无效外，也可以对提供虚假学历的劳动者直接解除劳动合同。实践中，用人单位以直接解除劳动合同的情形比确认劳动合同的情形居多。

用人单位一般都会会在《员工手册》等规章制度中规定“劳动者在试用期内，被发现提供虚假学历、虚假履历的，一律视为不符合录用条件”“劳动者提供的学历证书、资格证书、工作经历等资料材料应当真实有效，一经发现虚假，

可以立即解除劳动合同”等内容，用人单位可以根据《劳动合同法》第三十九条第（一）项、第（二）项规定解除劳动合同。

回到电视剧中，对“房似锦涉嫌履历造假，撤销其店长职务，撤销其业务权限三个月”进行处理是否合法简要分析一下：房似锦在面试中有提供虚假学历的行为，明显违反诚实信用，翟云霄在面试中一眼看穿，但仍然作出录用决定，可见翟云霄代表用人单位录用提供虚假学历的房似锦，并不属于违背真实意思的情况下订立劳动合同，不适用于《劳动合同法》第二十六条规定劳动合同无效的情形。当然，对于在翟云霄在招聘面试时已经知晓房似锦提供虚假学历的行为这一事实，房似锦应当承担相应举证责任。事实上，房似锦根本不可能提供其在面试中被翟云霄揭穿假学历的录音证据。换句话说，如果房似锦不能提供证据表明单位录用时已经明知其虚假学历的事实，则单位直接解除劳动合同都是可以的，不要说是只撤销其店长职务和撤销其三个月的业务权限而已。

所以说，尽管在《安家》剧中大家都痛恨翟云霄的行为，对房似锦的遭遇深表同情，但是房似锦作为劳动者必须诚实信用，这是毋庸置疑的，房似锦应当为自己提供虚假学历的行为承担相应的法律后果，自己种的苦果自己咽。



李华平 律师

上海七方律师事务所 主任、高级合伙人
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 副主任
全国律协劳动与社会保障法专业委员会 委员

上海市总工会法律顾问团成员
华东政法大学文伯书院导师
上海律协规划与规则委员会委员
《劳动报》劳权周刊专家点评律师

业务方向：劳动法、员工关系管理、
企业合规、企业常年法律顾问

“共享员工”的春天还会远吗？

作者：谢亦团

文章摘要：

共享单车、共享汽车、共享充电宝、共享办公等共享经济早已走进了我们的生活。受新冠肺炎疫情影响，“共享员工”这一新的用工模式应运而生。那么“共享员工”存在哪些法律风险，怎样来防范这些风险呢？

受新冠肺炎疫情影响，餐饮、旅游、运输等行业生意惨淡，人力成本不堪重负，而生鲜电商等网购业务需求却暴涨，线上零售企业门店员工、配送小哥职位出现大量空缺，“共享员工”这一新的用工模式便应运而生。共享员工的做法让员工在企业之间临时流动，实现人力资源的再分配，成为国内企业应对疫情进行积极自救的一次创新之举。

“共享员工”这一新型用工模式，很好的解决了未复工企业的人力成本，已复工企业人员暂时短缺，停业员工无工作可做的的问题，真可谓是一举多得。但该模式也存在一些法律风险，如何预防这些潜在的法律风险便显得至关重要。

【背景介绍】

2月2日，盒马与餐企云海肴接洽，

达成“共享员工”共识。截至3月初，已有超过40个企业的4000余名共享员工，加入盒马临时用工队伍。

2月4日，生鲜传奇、沃尔玛、金虎便利等多家公司发出“共享员工”的邀请，欢迎暂时歇业的员工前去“上班”。

2月5日，京东7FRESH发布了“人才共享计划”，邀请临时歇业的餐饮、酒店、影线及零售联营商户员工前去“打短工”。

2月6日，阿里本地生活推出就业共享平台，招募万名餐饮员工临时送外卖。

2月7日，苏宁物流推出的“共享员工”计划，在短短3天内收到3000余份报名表。

【法律关系】

目前企业普遍都采用“借调”的方式进行“共享员工”，在这一用工模式中，“共享员工”与借出单位之间构成劳动关系；“共享员工”与借入单位之间构成劳务关系；借出单位和借入单位之间构成民事合同关系。

【法律风险】

一、被认定建立劳动关系风险

根据《关于审理劳动争议案件适用法律



律若干问题的解释（三）》第八条规定，企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。因此，如果借入单位没有与借出单位以及“共享员工”没有明确约定，借入单位与“共享员工”发生争议时，有可能按照劳动关系处理。特别是当借出单位存在没有为“共享员工”依法缴纳社会保险费、签订书面劳动合同等违反劳动合同法的行为时，对于借入单位来说用工风险就是明显增大。

二、“共享员工”人身安全风险

根据《工伤保险条例》第四十三条第三款之规定：职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。

如果借出方没有依法为“共享员工”缴纳社会保险费，按照法律规定应当由用人单位来承担“共享员工”的工伤保险待遇，而借出方很可能会认为是借入方用工导致员工受到伤害，应当由用工单位承担；

“共享员工”无法工伤理赔或者用人单位无力赔偿时，就会向借入方主张赔偿，这对于借入方的用工单位来说，风险较大。

三、劳务报酬、社会保险费重复承担风险

通常情况下，“共享员工”的劳务报酬和社会保险费用由借入方直接转给借出方，再由借出方转给“共享员工”，这就有可能出现借出方单位拖欠、克扣、挪用“共享员工”劳务报酬的情形，“共享员工”向借出方追索未果的情况下，可能会向实际用工的借入方主张，或者直接向借入方追索劳动报酬，导致用工单位存在支付双重劳务报酬、社会保险费用的风险。

四、货物损害赔偿难的商业风险

“共享员工”在提供劳务过程中，“共享员工”有可能未尽到注意审慎义务导致用工单位货物遗失、损毁、破坏。由于“共享员工”流动性较大，外来人员居多，用工单位要求赔偿比较困难；而且如果货物价值较大，由于“共享员工”收入不高，承担能力有限，用工单位很难向“共享员工”要求全额赔偿。

此外，在用工过程中，部分“共享员工”有可能接触、知晓借入方的一些商业秘密，存在商业秘密被泄露的风险。

【风险防范】

作为实际用工单位的借入方如何在现有法律构架下，怎样来降低“共享员工”带来的用工风险呢？

一、借入方与借出方、“共享员工”应当就劳动关系归属、工伤费用分担、劳动报酬和社会保险费用的支付方式、劳动报酬的结算方法等进行详细约定。

1. 借入方应当在协议中明确“共享员工”与借出方建立劳动关系，与己方仅存在劳务关系，由借出方履行劳动合同签订、社会保险缴纳等用人单位的法定义务，承担用人单位责任。

2. 对“共享员工”在工作过程中受到工伤费用承担进行约定。明确由借出方履行工伤申报、工伤理赔、支付相关费用，对于由用人单位承担的费用，由用工单位或者双方进行分担；如果由于借出方未履行依法缴纳社会保险费用，导致“共享员工”不能全部或者部分享受的工伤待遇由借出方承担。

3. 与“共享员工”约定劳务费用的结算标准，避免产生争议；同时约定劳务报酬由借入方直接汇至“共享员工”的银行卡中，社会保险费用及管理费直接汇至借出方帐户中，避免借出方拖欠、克扣“共享员工”劳务报酬。如果出于财务上的需要，将“共享员工”劳务报酬汇到借出方的，可以要求借出方提供保证金。

4. 约定协议的期限、人员退回机制。对于借用期限、员工退回进行约定，

这样对于借出方和借入方都能够提前做好用工规划，避免出现人员临时短缺、脱节，造成经济损失。

二、用工过程中，应当加强对“共享员工”的劳动保护和用工管理，规范用工，降低用工风险。

作为实际用工单位借入方应当为“共享员工”提供必要的劳动条件和劳动保护，同时加强对他们进行劳动用工管理，避免或减少“共享员工”在用工过程中发生工伤事件。

三、借入方可以采取购买雇主责任险等商业保险、加强商业秘密保护等方式来降低商业风险。

借入方可以购买雇主责任险等商业保险减少“共享员工”出现重大工伤时巨额赔偿风险；另外，需要加强商业秘密的保护，一旦泄露，可能带来重大的经济损失。

在当前严峻的疫情形势下，“共享员工”这一新型的用工模式无疑体现出其实用性、灵活性、优越性。希望未来相关部门能够出台细则或打造平台，助推“共享员工”相关工作更加系统化、标准化、平台化、规范化，让“共享员工”落地生根，而不是昙花一现。



周末实行 2.5 天弹性作息制，美不美？

作者：李华平

3月19日，江西省人民政府宣布：为了提振旅游消费，推行周末弹性作息。要求各地各单位要结合实际，优化工作安排，今年二季度试行周末2.5天弹性作息，积极引导干部职工周末外出休闲度假。弹性作息减少的工作时间，通过延长其他工作日时长调剂补回。

突然多出半天假，惊不惊喜！？让我们走在春风里，步履不停！

一、推行周末 2.5 天弹性作息，是否符合法律规定？

根据《国务院关于职工工作时间的规定》第三条和第六条规定，职工每日工作8小时、每周工作40小时。任何单位和个人不得擅自延长职工工作时间。因特殊情况 and 紧急任务确需延长工作时间的，按照国家有关规定执行。

江西试行周末2.5天弹性作息，并不是减少法定工作时间，而是将弹性作息减少的工作时间，通过延长其他工作日时长调剂补回。注意，用的是“延长其他工作日时长调剂补回”。什么意思？就是周一至周四，每天多工作1小时，即每天工作9小时，周五下午、周六、周日休息。

那么问题来了，地方政府规定调剂后

补回0.5天的休息，让职工每天工作9小时，是不符合《国务院关于职工工作时间的规定》规定职工每日工作8小时的规定。地方政府的规范性文件明显与行政法规相抵触的。

有的人说，每天工作9小时很正常啊，不都还提倡要996吗！那再来看看《劳动法》的规定。《劳动法》第四十一条规定，用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时。看到了吗？延长工作时间（加班）是要与工会和劳动者协商的，并不是地方政府部门可以



在规范性文件中规定的。当然，江西的规定也只是倡导和引导，而不是强制性推行周末 2.5 天弹性作息。

《劳动法》第四十四条规定，有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。即哪怕是职工同意周一至周四每天延长工作 1 小时，但根据《劳动法》的规定安排职工在工作日延长工作时间的，多出来的这 4 个小时是需要支付 150% 的加班工资，而不能用来调休。这不是明显是增加了企业的用工成本吗？

如果单位对工作日延长工作时间只是安排调休而没有支付加班工资的，职工向劳动监察部门投诉怎么办？受不受理？算不算没有及时足额支付劳动报酬？劳动者以用人单位没有及时足额支

付劳动报酬为由单方解除劳动合同主张经济补偿金支不支持？这些都是问题。

有的人讲，弹性作息是综合计算工时的，不适用标准工时的相关规定。可是综合计算工时工作，属于特殊工时制，是需要经过劳动行政部门审批的。按劳部发[1994]503 号文件规定，可以实行综合计算工时工作制的职工只有三种：（一）交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊，需连续作业的职工；（二）地质及资源勘探、建筑、制盐、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工；（三）其他适合实行综合计算工时工作制的职工。未经过劳动行政部门审批，是不能实行综合计算工时的。

周末实行 2.5 天弹性作息制，看上去很美！要解决周末 2.5 天弹性作息的合法合规性问题，只要放宽或者取消综合计算工时工作制的审批许可即可。用人单位只要安排劳动者每月正常工作时间不超过 166.7 小时，安排加班每月不超过 36 小时，保证劳动者每周至少休息一天的，用人单位和劳动者可以自行协商确定综合

计算工时，可以根据实际情况作出工作时间和休息休假的安排。

二、综合调剂使用年度内休息日，是否符合法律规定？

受新冠肺炎疫情影响，部分省市规定用人单位可以采取综合调剂使用年度内休息日的灵活用工制度。综合调剂使用年度内休息日，什么意思？也就是说，用人单位可以把这个休息日集中起来，综合调剂使用。

比如2月10号到14号，这五天本来是工作日，用人单位发通知规定这五天是综合调剂过来的休息日，劳动者在家休息。2月17日起正式复工，接下来的五周，劳动者每天工作6天，第6天用人单位不需要加班工资。这就是综合调剂使用休息日。休息日可以调休是符合《劳动法》规定的，没有违反劳动者每天工作8小时的规定，也没有违反用人单位至少保证劳动者每周休息一天的规定。

《劳动法》第四十四条规定，休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬。休息日工作是优先安排补休，而不同于工作

日延长工作时间只能支付加班工资。

当然同样存在一个问题，用人单位综合调剂使用年度内休息日，需要与劳动者协商确定。这种协商是程序上的协商，还是必须要征得员工的同意为前提？如果是员工不同意就不能实行综合调剂使用年度内休息日的话，那这个制度同样是看上去很美，但中看不中用。

在疫情防控期间，部分企业不能及时复工或者部分员工不能及时返岗，采用综合调剂使用年度内休息日是非常好的措施，因此建议对用人单位和劳动者的协商层面上，只是参考职工意愿，但由用人单位单方决定更合适。

三、结语

无论是推行周末2.5天弹性作息，还是综合调剂使用年度内休息日等弹性用工政策，都会涉及到综合计算工时工作的问题，只有取消对综合计算工时审批许可制度或者改为工时报备制度，尊重用人单位弹性工时安排的用工自主权，同时守住保证劳动者工作时间和休息休假权利的劳动基准底线，这样弹性用工才能真正做到合法用工，又不至成为镜中花、水中月。

如何订立电子劳动合同

作者：谢亦团

随着我国互联网经济的快速发展，电子合同在商务活动中屡见不鲜，但由于电子合同形式要件要求高、无痕篡改可能性高、容易灭失、原始性难以保障等弊病，在劳动人事管理中采用并不多见。受疫情的重大影响，各地不得不推迟复工，这给用人单位签订书面劳动合同带来了巨大的困难。

2020年3月4日，人力资源社会保障部办公厅发布《关于订立电子劳动合同有关问题的函》，该函中明确“用人单位与劳动者协商一致，可以采用电子形式订立书面劳动合同”。此函一出，使得远程签订电子劳动合同的需要被激活，一些主管部门也出台了对电子劳动合同的支持意见。电子劳动合同签订过程中存在哪些法律风险，如何进行有效防范对于用人单位来说显得迫切需要。

一、电子劳动合同的优势与弊端

电子劳动合同相对于传统纸质的书面劳动合同具有明显的优势，同时也具有天然的弊端。

（一）优势

1. 签订更加方便、快捷、高效。电子合同最大的好处就是可以实现远程签订，可以很好地解决异地用工或者其它不便到现场签订劳动合同的问题。对于那些由总部建立劳动关系，再将劳动者分派到各地分公司或办事处工作的用人单位签订或者续签劳动合同更加便利。受疫情影

响无法复工的用人单位也可以通过签订电子劳动合同的形式来完成续签。

2. 省去大量打印、快递、管理劳动合同文本成本。有些用人单位劳动合同内容全面页数多，劳动合同文本数量多，保管工作量大。全部采用无纸化可以节约成本，方便管理，可以大大减少签约成本。

3. 可以避免代签、冒签。有的用人单位通过邮寄或者让员工带回家里签署时，容易出现代签、冒签。员工一旦主张没有签订书面劳动合同要求支付双倍工资时，用人单位风险很大。

（二）弊端

1. 电子劳动合同无痕篡改可能性高、容易灭失、保存困难。通过一些技术手段，电子劳动合同有可能被篡改；如果采用电子邮件或者第三方平台保存数据的服务器损坏，将导致所有数据丢失；如果是通过微信确认的，在更换手机或者手机出现故障时，数据也会灭失。

2. 用人单位举证的难度更高。

员工与用人单位发生劳动争议，进入了仲裁、诉讼程序后，用人单位举证会比较困难，要证明电子劳动合同已经送达、没有经过更改、属于原件等都将遇到一些困难，而如果是纸质的，只要劳动者确认是本人签署即可。

3. 通过第三方平台签署，成本较高。如果通过具有相关资质的机构来签订电子劳动合同，固然更具有证明力，但成本较高。

二、电子劳动合同有效的法律要件

根据《中华人民共和国电子签名法》第四条规定，民事活动中的合同或者其他文件、单证等文书，当事人可以约定使用或者不使用电子签名、数据电文。当事人约定使用电子签名、数据电文的文书，不得仅因为其采用电子签名、数据电文的形式而否定其法律效力。

由此可知，双方当事人约定使用电子签名的方式来签署劳动合同的，与签订书面劳动合同具有相同的法律效果。根据电

子签名法的相关规定，电子劳动合同合法有效，应当具备以下条件：

1. 能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用；
2. 能够可靠地保证自最终形成时起，内容保持完整、未被更改（在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性）；
3. 数据电文的格式与其生成、发送或者接收时的格式相同，或者格式不相同但是能够准确表现原来生成、发送或者接收的内容；
4. 能够识别数据电文的发件人、收件人以及发送、接收的时间；
5. 具有可靠的电子签名。电子签名同时符合下列条件的，视为可靠的电子签名：

(1) 电子签名制作数据用于电子签名时，属于电子签名人专有；

(2) 签署时电子签名制作数据仅由电子签名人控制；

(3) 签署后对电子签名的任何改动能够被发现；

(4) 签署后对数据电文内容和形式的任何改动能够被发现。当事人也可以选择使用符合其约定的可靠条件的电子签名。

三、电子劳动合同签订的方式

1. 采用水印、可视化图章或者是PS的电子签名来签署合同；
2. 纸质合同由一方盖章后扫描到电脑上，通过QQ、微信、邮件等方式发送给对方，对方打印出来签字或盖章后再通过同样的方式传回；
3. 网站平台生成电子协议，用户只需点击“确认”即可；
4. 通过可靠的第三方电子签约平台签署电子合同。

四、电子劳动合同签订应当注意事

项

入职时，用人单位要求员工信息提供完整。

新员工入职时，用人单位应当让员工填写完整的联系方式，包括手机号、电子邮件、微信号、QQ号、钉钉号等，这样在通过这些方式把电子劳动合同送达、确认、签署时，可以证明是由其本人所确认和签署。

1. 通过不同的方式对证据进行固定。

特殊情况下，比如疫情防控期间，确实有必要通过电子数据的方式来完成劳动合同的签订时，应当先通过电子邮件、微信、OA系统等方式将劳动合同文本发送给员工，并通过电话、短信、微信语音等多种方式与员工确认是否收到，是否同意签署，避免形成孤证。

2. 对于人员规模较大的用人单位，建议通过第三方平台签署，这样更安全、更可靠、更有公信力。

现在有不少具有相关资质专业的第

三方平台，从事电子合同的签订业务。由于平台具备区块链、eID电子身份系统对接认证、AES对称加密与个人数字证书密钥颁发双加密等技术，能保证在其上订立的电子合同能满足形式与保存上的法律要求。

此外，签署完毕的合同在电子合同平台上储存，用人单位可以在平台上进行查看、下载，有的平台还可以出具说明报告用以解释其整体技术，电子合同的订立是如何符合满足法律要求的，这样可以进一步提高电子合同的证明力。

电子劳动合同是对传统劳动合同订立的重大突破，虽然存在可篡改性、容易灭失、举证困难等缺陷，但其签订的便捷性、保管条理性、第三方平台可见证性等方面具有无法比拟的优越性。相信随着科学技术的发展，电子劳动合同的发展将更为完善、安全和实用，而不仅仅是疫情时期的特殊之需。

面对涉嫌性侵养女的高管

杰瑞集团为什么不将其直接开除？

作者：李华平

近日，有媒体爆出一则《上市公司高管被指性侵养女四年 警方立案》的新闻，网络传言，涉案高管或为杰瑞股份高管。

2020年4月9日，山东省烟台市公安局芝罘分局官方微博发布《案情通报》，具体内容如下：

案情通报

2019年4月8日，一女子到我局报案称，其三年多来被“养父”鲍某某多次性侵，我局于次日立案，并商请检察机关提前介入。经侦查，综合各种证据，认为鲍某某不构成犯罪，遂于2019年4月26日决定撤销此案，并通知了当事人。后根据当事人及其律师提供的一些新的线索，我局于2019年10月9日决定再次立案，并在本地及其他涉案地做了大量调查取证工作。目前侦查工作仍在进行中。我局将严格依法办案，切实维护当事人合法权益。

烟台市公安局芝罘分局
2020年4月9日

当天，杰瑞集团官方微信发布声明，具体内容如下：

声明

杰瑞集团在获悉媒体报道的有关《烟台上市公司高管涉嫌性侵养女》突发事件后，高度重视。4月9日下午杰瑞集团已经与鲍毓明先生协商解除了劳动合同。

特此声明。

杰瑞集团

二〇二〇年四月九日

相信很多人已经注意到，杰瑞集团在发布的声明中，用的是“协商解除”与鲍某的劳动合同，而不是将其直

接开除。为什么会这样呢？我们先来看一下《劳动合同法》有关解除之规定：

《劳动合同法》第三十六条规定，用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。这也是杰瑞集团在声明中使用“协商解除”劳动合同的法律依据。可以说，用人单位和劳动者协商解除劳动合同，是最没风险的。协商解除，不需要理由，只要是双方真实意思的表示即可。

对于鲍某来讲，公司采用协商解除的方式将其解聘，既温和又留有余地，可以说是最佳选择。面对“涉嫌性侵”的行为，没被公司“扫地出门”也感激不已。

而对于杰瑞集团来讲，使用“协商解除”方式解聘鲍某，某种程度来讲也是不得已而为之。因为当鲍某“涉嫌性侵”事件被媒体曝光之后，杰瑞集团不可能坐视不管，可以说不将其解聘不足以平民愤。但是采用何种理由将其

解聘也确实值得思考。从平民愤的角度，最好的是直接将其开除。可是依据是否充足呢？还得细思量！

《劳动合同法》第三十九条第（二）项规定，劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。鲍某“涉嫌性侵”行为是否构成严重违反规章制度呢？杰瑞集团的规章制度中是否有相关规定，目前不得而知。但是，一般地，规章制度往往规定的是劳动者履行劳动合同直接相关的内容，对于劳动者在享有劳动权利和履行劳动义务中应遵守的规范和纪律。对于员工八小时之外的行为，一般规章制度内容很少涉及。问题在于对于鲍某是否具有性侵行为，仍处于“涉嫌”过程中，尚未作出结论。2019年4月26日公安局还作出过撤销刑事立案的决定。鉴于此，**如果杰瑞公司直接以严重违反用人单位的规章制度为由将其解雇，还存在着违法解除劳动合同的可能性。**



《劳动合同法》第三十九条第（六）项规定，劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可以解除劳动合同。但是，目前该案正处于侦查之中，尚未被追究刑事责任。根据原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》规定，“被依法追究刑事责任”是指：被人民检察院免于起诉的、被人民法院判处刑罚的、被人民法院依据刑法第三十二条免于刑事处罚的。劳动者被人民法院判处拘役、三年以下有期徒刑缓刑的，用人单位可以解除劳动合同。因此，杰瑞公司以“被依法追究刑事责任”将鲍某解雇，同样涉嫌违法解除劳动合同。

我们国家对于用人单位解除与终止劳动者劳动合同都是实行严格的法定解除模式，即解除劳动合同必需要相应的法律依据。尤其是用人单位单方面解除劳动者劳动合同，需要履行事先通知工会说明解除理由等程序，

并要对解除行为的合法性承担举证责任。因此实践中，协商解除劳动合同，是用人单位和劳动者最优先的选择路径。

需要讨论的是，对于劳动者违反诚实信用原则和公序良俗的，用人单位能否直接将其解雇。实际上，当劳动者有违反公序良俗的，用人单位和劳动者之间的信赖基础就会出现动摇，尤其是劳动者违反公序良俗通过媒体曝光等，对用人单位的伤害是很明显的。如果违反公序良俗行为与履行劳动合同相关的，则用人单位据此解除劳动合同更具有正当性。但是，对于与履行劳动合同不直接相关的违反公序良俗行为，实践中解雇的风险以及争议都很大。

面对涉嫌性侵养女的高管，杰瑞集团不将其直接开除，而是以协商解除方式解雇，也就可以理解了。

有关代通金的方方面面

作者：谢亦团

不少用人单位咨询“员工工作能力不行，我能不能不要他”，也经常会有劳动者问“单位没有提前一个月书面通知就解除我劳动合同，我能不能要求公司赔偿我2N+1”等类似问题。由此可见，不论是用人单位还是劳动者对代通金都存在一些理解误区。那么到底什么情况下劳动者可以主张代通金呢？用人单位怎样操作才能不被认定为违法解除呢？笔者将对这些问题作简要的分析。

一、代通金的概念

代通金，又叫代替通知金，是指具有《劳动合同法》第四十条情形之一的，用人单位应当提前三十日以书面的形式通知劳动者本人，如果用人单位没有尽到这一提前书面通知义务，则应当额外支付劳动者一个月工资作为替代补偿。

二、代通金适用的法定情形

根据《劳动合同法》第四十条之规定，有下列情形之一的，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：

(一) 劳动者患病或者非因工负伤，

在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

（三）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。

需要注意的是根据《劳动合同法》第四十一条（裁员）之规定，用人单位应当提前三十日向工会或全体职工说明情况，听取工会意见。这里的提前三十日是向工会或者全体职工说明情况的时间，并不属于代通金。

由此可知，法律明确规定适用代通金只有《劳动合同法》第四十条三种特定的情形，没有特别约定的情况下，劳动者要求用人单位支付代通金是没有法律依据的。

三、代通金运用实务操作要领及风险防控

（一）以医疗期满解除注意事项

1. 仅适用于劳动者因为患病或者非因工负伤需要治疗休息的情形，如果是因为工作原因负伤，法定休息期间属于停工留薪期，并不属于医疗期。

2. 劳动者患病或非因工负伤，医疗期满才能合法解除。劳动者如果还在医疗期内，应当享受医疗期（劳动者患病或者非因工负伤停止工作治病休息，用人单位不得因此解除劳动合同的期限）待遇，用人单位不能作出解除，还应当依法支付劳动者病假工资。

3. 医疗期满后，劳动者不能从事原来的工作，也不能从事用人单位应当另行安排工作。有的地区在实务操作中，对于劳动者医疗期满劳动者不能从事原来工作的，要求用人单位另行安排工作。而在上海地区，根据《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定》第五条规定，劳动者在本单位工作期间累计病休时间超过按照规定享受的医疗期，用人单位可以依法与其解除劳动合同。所以医疗期满后，劳动者继续提交病假单的，就可以认为其不能从事另行安排的工作，无需另行安排工作，可以直接依据本条解除。

4. 医疗期内，劳动者存在严重违纪的，用人单位仍然可以解除。比如劳动者提供虚假病历的；未履行正常的请假手续，经用人单位催告后仍未履行，属于旷工的等。也即劳动者即使在医疗期内，如果存在严重违纪的，用人单位

仍然可以根据《劳动合同法》第三十九条规定作出解除。

5. 用人单位以劳动者医疗期满解除的，应当支付不低于六个月的医疗补助费。

根据《上海市劳动合同条例》第四十四条用人单位根据本条例第三十二条第一款第(一)项的规定解除劳动合同的，除按规定给予经济补偿外，还应当给予不低于劳动者本人六个月工资收入的医疗补助费。如果用人单位以合同期满终止的，在劳动者被鉴定为丧失劳动能力的，也应当支付医疗补助费。

(二) 以不能胜任工作解除应当注意事项

用人单位对于那些工作能力一般，大错不犯，小错不断的人，常常想利用此条作为解除理由，但最终被认定为违法解除风险较高。原因在于，用人单位必须承担“三重”举证责任。

1. 首先应当证明劳动者不能胜任工作。用人应当要有相关的绩效考核标准，该标准应当具有可操作性，如果都是理念性要求，很难具有客观性并被仲裁法院采信。该考核标准要为劳动者所知晓并同意，否则对劳动者也不具有约束力和证明力。另外考核的结果应当客观呈现，而不能由主管部门直接给个分

数和评价。

2. 其次应当证明对劳动者进行了培训或调整工作岗位。这种培训不能是走走形式的，需要有专业的培训内容，并保留好相关的培训记录，而且应该是针对工作岗位能力提升的内容，不能仅仅是产品宣传类内容。

工作岗位的调整应当具有合理性，应当与原岗位内容相同或者相似，而不能完全不同；降低岗位级别不能过大；工资待遇不能降低太多；岗位调整不能有侮辱性。至于怎样认定合理性，要结合具体案例进行综合评定。

最后需要证明经过培训或调整工作岗位后劳动者仍然不能胜任工作。经过培训或者调整工作岗位后，对劳动者应当进行考核，考核要求、流程同第一步举证。

(三) 以客观情形发生变化重大变化解除注意事项。

原劳动部印发的《关于〈劳动法〉若干条文的说明》将其界定为“发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等，并且排除本法第二十七条所列的客观情况（指经济性裁员）”，但《劳动合同法》第三十三条规定，用人单位变更投资人，不影

响劳动合同的履行。

第三十四条规定，用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行，因此。企业“被兼并”不一定构成“客观情况发生重大变化”。随着社会经济的发展，客观情况发生重大变化的外延应当进行扩大，而不在局限于原来劳动部规定的三种列举情形。

出现客观情况发生重大变化后，应当与劳动者就劳动合同内容变更进行善意磋商，不能存在主观恶意。协商未能达成一致之后，用人单位才可以据此解除，而不能以客观情况发生重大变化直接作出解除。

四、出现《劳动合同法》第四十条三种情况之一的，并不必然需要支付代通金

根据《劳动合同法》第四十条规定，出现三种情形后，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。据此，用人单位如果履行了提前三十日书面通知了劳动者的义务，则无须支付代通金。

由于替代通知期间不仅需要工资，还需要缴纳社会保险，出现患病或者怀孕等特殊情形时，用人单位据此作出解

除条件丧失。因此，对于用人单位来说，选择代通金可能是更佳选择。

五、代通金的计算标准

根据《劳动合同法实施条例》第二十条之规定，用人单位依照劳动合同法第四十条的规定，选择额外支付劳动者一个月工资解除劳动合同的，其额外支付的工资应当按照该劳动者上一个月的工资标准确定。这里的上一个月的工资标准，应当指正常出勤月工资标准，而不应当是事假或者病假工资。如果每月工资不固定，或者上一个月工资不能反映正常出勤工资水平的，可以参照解除劳动合同之前劳动者十二个月的平均工资作为标准，比较公平合理。

总之，在劳动合同履行过程中，如果劳动者出现《劳动合同法》第四十条三种情形之一的，用人单位需要据此解除时，应当严格按照法律规定的要求进行。特别需要注意的是，需要履行通知工会的程序，同时还应当依法支付经济补偿金。通过友好协商对于劳资双方来说都是个不错的选择，这也有利劳资关系的和谐稳定。

河北石家庄：女职工产假可休至子女满一周岁，是真的吗？

作者：李华平



2020年3月29日，多家媒体发布同一新闻，标题为“河北石家庄：女职工产假可休至娃满一周岁”。看到该标题，第一反应就是不可能。产假是国家统一规定的，河北石家庄怎么可能单方面规定产假呢？看看到底是怎么规定的？

最近有报道称：河北省石家庄市政府办公室下发《关于促进3岁以下婴幼儿照护服务发展的实施意见》（以下简称《实施意见》），市倡导以家庭为主的育儿模式。贯彻相关法律、法规，全面落实产假、护理假政策，用人单位对哺乳期女职工按照规定安排哺乳时间。产假期满，经本人申请，用人单位批准，哺乳期可以休假至婴儿满一周岁，请假期间的待遇由双方协商确定。

《实施意见》中的内容明确是全面落实产假政策。国务院《女职工劳动保护特

别规定》第七条规定，女职工生育享受98天产假，其中产前可以休假15天；难产的，增加产假15天；生育多胞胎的，每多生育1个婴儿，增加产假15天。女职工怀孕未满4个月流产的，享受15天产假；怀孕满4个月流产的，享受42天产假。可见，产假天数是国家明确规定的。

同时，根据《人口与计划生育法》第二十五条规定，符合法律、法规规定生育子女的夫妻，可以获得延长生育假的奖励或者其他福利待遇。对于生育假的天数，各省市根据实际情况规定了天数不一样。

以上海为例,《上海市人口与计划生育条例》第三十一条规定,符合法律法规规定生育的夫妻,女方除享受国家规定的产假外,还可以再享受生育假三十天,男方享受配偶陪产假十天。生育假享受产假同等待遇,配偶陪产假期间的工资,按照本人正常出勤应得的工资发给。

《河北省人口与计划生育条例》第二十八条则规定,依法办理结婚登记的公民,除享受国家规定的婚假外,延长婚假十五天;符合法律法规规定生育子女的夫妻,除享受国家规定的产假外,延长产假六十天,并给予配偶护理假十五天。延长婚、产假期间,享受正常婚、产假待遇。

符合法律法规生育的河北省女职工,国家规定的产假加上本地区规定延长产假,一共是 158 天。

《实施意见》规定,产假期满,经本人申请,用人单位批准,哺乳期可以休假至婴儿满一周岁,请假期间的待遇由双方协商确定。注意,产假期满再休的就不是产假了!如果本人申请要继续休假的,是需要经过用人单位批准的。因此,如果用人单位不批准,女职工是不能继续休假的。当然,如果用人单位批准其继续休假的,完全是用人单位的用工自主权的体现,就是没有《实施意见》的规定也是可以操作的。因此,可以说《实施意见》所称的“产假期满,经本人申请,用人单位批准,哺乳期可以休假至婴儿满一周岁”

仅仅是倡导性内容而已,无强制性要求。决定权完全在用人单位!

问题来了,如果用人单位批准女职工继续休假的,这算不算哺乳假呢?如果是哺乳假,那期间的工资是不得低于其原工资性收入的 80%,并不是双方自行约定就可以的。如果不是哺乳假,那算休什么假?如果是事假,则是无薪假,哪来的待遇由双方协商确定?要单位批准才可以休的假,女职工有协商确定待遇的可能吗?单位说要么无薪,要么不批准休假。此类的倡导性条款,基本上就会变成一纸空文。

其实,如果女职工生育后一直休假到小孩一周岁满,对于女职工的保护和职业发展来讲未必是好事情。由于长达一年多没有工作,原岗位基本上有其他人所替代,此时用人单位完全可以合理调整其工作岗位。换句话说,休假回去,岗位没有了,而且还是合法的。此时关于三期女职工的劳动合同解除与终止的特殊保护也不适用了。

如果真的想让女职工多休产假或哺乳假,就直接规定在产假及哺乳期间的生育津贴统一由生育保险机构承担算了,那用人单位说不定还乐意接受。对女职工权益保护的“政府请客,企业买单”行为看上去是在帮女职工,而实际上会加大女职工就业的难度,效果可能适得其反。

这样的倡导性条款,女职工看了只是空欢喜一场罢了。

《上海市优化营商环境条例》亮点解读

上海七方律师事务所公共法律服务团队



2019年10月8日，国务院第六十六次常务会议通过了《优化营商环境条例》，自2020年1月1日起施行，共七章七十二条。

2020年4月10日，上海市第十五届人大常委会第二十次会议通过了《上海市优化营商环境条例》（以下简称上海市《条例》）自2020年4月10日起施行，共八章八十条。上海市《条例》紧密结合上海实际，对最高标准和最高水平，秉持“鼓励探索、创新容错”的理念，结合过往已有的“一网通办”、

上海企业服务云的经验，对优化营商环境各项改革举措的责任主体、工作职责、操作路径和办理时限进行了明确，也对市场主体的权利和诉求作出了明确的规定和措施。下面我们结合其中的亮点进行解读。

一、围绕市场主体可能遇到的痛点、难点、堵点问题提出破解之道

国务院《优化营商环境条例》中，着重强调了该行政法规的“市场主体保护”这一立法目的。通观上海市《条例》全文，也均是围绕该目的而作出的更加



详细、符合上海特色的条例内容。

就市场环境而言，首先上海市《条例》充分认可和发挥“市场”在资源配置中的决定性作用，并以企业生命周期为基础构建服务体系，让企业开办、融资信贷、纠纷解决、企业退出的每一步都有所依。

其次，强调各市场主体、合同主体之间的平等性。对于各类市场主体在法规政策下均给予同等的准入条件，鼓励外商投资和与国际经济、金融、航运、贸易、科创相关的国际组织落户上海，同时任何单位和个人对于市场主体的合法的自主经营管理权不得以任何理由侵犯和干预，各市场主体有权享有同等的公共资源、公平的竞争权利，并要求行政主体的行政行为公开化、透明化，在作为民事合同主体时不得利用其行政地位拖欠合同款、变相违约。

除此之外，上海市《条例》要求对于中小企业，通过专项政策和专项资金保障其发展，对于中小投资者，建立更为强有力的权益保护机制，保证其在持股行权、纠纷调解、诉讼等方面的便利度。

二、以政务服务“一网通办”为核心，提出要着力提升政务服务能力和水平，提供惠企便民的优质高效服务

国务院《优化营商环境条例》重点提出，政府及有关部门应当增强服务意识，切实转变工作作风，提供规范、便利、高效的政务服务，具体则是通过加快建设全流程一体化在线政务服务平台（以下简称“一网通办”平台），并结合推动“线上+线下”的政务融合和公共数据资源整合、业务协同办理，使市场主体能够“线上一个总门户、一次登录、全网通办”。

上海市《条例》从市场监管、税务、人力资源等方面，对政府服务事项的条件、流程、收费标准、时限等，均较之上级行政法规提出了具体的、高标准的透明度要求。例如，申办营业执照、印章、发票、基本养老保险等业务，材料齐全、符合法定形式的，应当当场办结，最迟应当在一个工作日内办结；再比如社会投资低风险工程项目的建设规划许可和施工许可可以合并办理，全流程备案、审批时间不超过十个工作日等。

另一方面，建立全市统一的电子印章系统并同步免费发放电子营业执照，认可符合法律规定条件的电子签名、电子印章、电子证照，明确线上办理和线下办理标准应当一致，市场主体有权自主选择服务办理渠道和方式。



对于国际贸易实现相关口岸“一站式”查询和办理，推动优化口岸监管，并对企业报关采用容错机制，依照有关规定实行先验放后检测、先放行后缴税、先放行后改单等管理模式。

同时建立反馈机制，即政务服务“差评”制度，范围覆盖全市全部政务服务事项、被评价对象、服务渠道并进行公开。该制度不仅是评完就算，通过对差评和投诉问题调查核实、督促整改和反馈机制，要求业务办理单位在一个工作日内联系核实、限期整改并向企业、群众公开，并由主管部门对整改情况进行追踪回访。

三、在做好政务服务之外，积极协调、推动公用事业、公共法律服务、金融等单位为市场主体提供全方位服务

上海市《条例》的一个创新点，在于将“公共服务”作为一大重点和亮点，单独在上海市《条例》里列为一章，这是国务院《优化营商环境条例》未专门提及的。

2018年1月1日，上海市企业服务云（以下简称服务云）上线运行，为本市企业提供全所有制、全规模、全生命周期的兜底式服务，为企业解决对于政策“找不到、看不懂、难操作”的三大问题。经过两年的打磨，服务云已作为上海市企业服务体系建设的强大依托，

为实现涉企政策统一发布、专业服务机构集中入驻、企业诉求集中受理，有效打通政策公共服务的“最后一公里”。

在涉企政策方面，建立本市财政资金类惠企政策统一申报系统，为企业提供一站式在线检索、订阅、匹配、申报服务，对收费项目明码标价，并按照规定履行成本信息报送和公开义务。

在专业服务机构入驻方面，设立优化营商环境咨询委员会，收集市场主体诉求，为优化营商环境改革提供政策咨询和精准施策；加快推进公共法律服务体系建设，整合律师、公证、司法鉴定等公共法律服务资源，鼓励律师创新法律服务模式，通过专业化服务帮助中小企业有效防范法律风险和高效解决纠纷，同时鼓励公用企事业单位提供代办服务，鼓励公证机构和司法鉴定机构优化服务、提高效率。

在企业诉求集中受理方面，要求各区建立网格化企业服务模式，在乡镇、街道、园区及商务楼宇等设立企业服务专员，根据需要在产业园区设立政务服务窗口，提供企业开办、项目建设、人才服务等政策咨询和代办服务；要求建立政企沟通机制，通过调研、座谈、问卷调查、新媒体等多种形式，及时倾听和回应市场主体的合理诉求。



除此之外，为了中小企业的发展顺利，上海市《条例》鼓励金融机构为诚信经营的中小企业提供无抵押信用贷款，为科技型企业提供综合金融服务，并设立中小微企业政策性融资担保基金，建立健全融资担保体系，为中小微企业融资提供增信服务。市财政部门应当会同市地方金融等部门，建立信贷风险补偿和奖励机制。

四、结合转变政府职能，加强“放管服”改革的需要，聚焦政府监管执法

从优化营商环境的角度出发，对监管采取更包容审慎的态度。考虑到新技术、新产业、新业态、新模式在一定程度上具有先进性，而法律法规存在一定滞后，不考虑社会环境、技术进步、模式创新等因素一味地以违反现行法律法规进行管控，会极大抑制创新活力。当然也并非放任不管听之任之，而是对监管提出了更高层次的要求。始终保持动态监管，一方面充分运用现行法律规范，并理解存在的滞后性，评估分析新技术、新产业、新业态、新模式是否符合法律规定的本意和内容，为新的情况预留发展时间和空间，及时反馈并进行调整和适应。另一方面要在发现新情况后进行评估，既预留发展空间也保持监管距离，在预见或已经出现严重后果的情况下能够迅速阻断，防止蔓延。

以共享单车为例，自2014年开始兴起并蓬勃发展，再到2018年行业的两大巨头摩拜打包出售，OFO负面报道缠身，可以说整个行业的兴衰仅仅经过了不到4年的时间。4年间，除了体会到移动互联网和共享经济带来的便利，也感受到互联网企业在资本的把持下带来的盲目扩张和给社会带来的巨大公共成本。上海作为共享单车最先登陆的城市之一经历了共享单车的野蛮发展，但直到2017年10月才出台了《上海市鼓励和规范互联网租赁自行车发展的指导意见（试行）》对共享单车的经营和发展进行规范。但此时整个共享单车行业已经走向衰落，造成的一系列问题，包括资源浪费、公共秩序混乱、用户押金难退回等都亟待解决。可以说，从“万众瞩目”到“一地鸡毛”的过程中，监管始终处于徘徊而滞后的状态。上海市《条例》对于监管提出了更高的要求，既要为发展留出空间，又要做好监督保障工作，也是未来执法工作的趋势。

五、围绕推进营商环境法治保障体系建设，着力发挥法治在营商环境建设中国根本、稳预期、利长远的保障作用

正所谓“法治，是最好的营商环境。”上海市《条例》进一步强调法治在营商



环境中的保障作用，严格落实依法行政的要求，特别是在涉及到市场主体的规范制定、审查、执行的过程中，注重听取市场主体意见。在保证合法性的基础上，最大程度保留合理性和激活主体活力。进一步营造公平、公开、透明的市场竞争环境，保持法治的统一和平衡。

此外，对于市场主体在经营过程中遇到的法律问题和争议解决提供更为便利和多样化的解决机制，方便和引导市场主体通过法治渠道解决遇到的困难和问题。对于市场上普遍存在和反映的情况，通过制定相应法律法规的形式提供解决方案。加强司法机关、争议解决机构与市场主体的信息互通，提高争议解决的效率，加强对主体的保障机制。

总之，上海市《条例》在市场环境、政务服务、公共服务、监管执法、法治保障等营商环境建设的关键性领域，结合过去的经验教训和上海经济发展的特殊地位，尽可能地考量未来可能会发生的问题，创造性地以行政法规的形式，构建覆盖企业全生命周期的服务体系闭环，将涉企经营许可事项全部纳入“证照分离”改革范围、编制政务服务办事指南，探索容缺受理机制、推广企业固定资产投资项目实行告知承诺制、建立统一的工程建设项目审批管理系统、设立中小微企业政策性融资担保基金、建立重大项目联系制度和协调处理机制、行政执法实行跨部门跨领域联合综合执法，向优化营商环境的目标迈进了一大步！





从“一级”到“二级”，申城守护你！

作者：廖潇歌、卫夏清、邵弘高娃





上海作为较早发现新冠病例且人口流动量巨大的几个城市之一，时时刻刻处于众人的关注之下。在此次疫情中，通过上海政府各个部门的工作人员、医务人员和市民的共同努力，上海没有让疫情过度扩散，并且治愈人数稳步上升。

上海在 1 月 24 日启动重大突发公共卫生事件应急一级响应，今天发布了重大突发公共卫生事件应急响应级别由一级响应调整为二级响应的消息。

一、关于“一级”转为“二级”

从一级调整为二级，我们可以得出哪些重要信息？根据《国家突发公共卫生事件应急预案》、《上海市突发公共卫生事件专项应急预案》的规定，一起来看看二级意味着什么？

从法律规定来看，一级响应适用的传染疾病标准具体包括发现高传染性疾病且有扩散趋势、出现输入性病例达到严重危害公共安全的程度；而二级响适用的情况则相较一级响应而言，在扩散情况上更具有可控性，但仍然发现一定数量的病例。从数据上来看，3 月 3

日起至今，上海已经超 20 天无新增本地新冠肺炎确诊病例。结合先前对新冠病毒潜伏期的分析，本地病例处于逐步递减等待完全治愈的状态。另一方面，目前上海新增新冠肺炎确诊病例均为输入病例。截至 22 日 24 时，上海累计报告境外输入确诊病例 66 例。综合来看，上海调整响应级别是符合法律和事实情况的。

所以就上海而言，防疫重点从原先的防止疫情在市内蔓延扩散转变为口岸防控。主要防疫措施场所也集中在口岸和社区，这两个重要区域的防疫工作依然不能放松。

二、关于口岸防控

国内绝大部分省市已连续数日没有新增病例，上海也多日没有本地新增病例，同时还在着手解决另一个难题——境外输入病例。

上海自3月4日起至今，需要入境隔离的重点国家已经增加到24个，对途经或来自重点国家的入境人员实行入境隔离14天的政策。由于国外疫情的不断扩大，目前所有入境人员均需进行核酸检测。

如何才能从入境飞机降落的一刻即开始进行防控？上海是这样做的：

(一) 医务人员、公安警务人员、相关部门人员及志愿者24小时值守，分工合作，随时做好迎接入境人员的准备。

(二) 海关人员登临检疫，如发现有疑似症状的人员，直接由120送至医疗机构就诊。

(三) 旅客入境后，需填写健康申明卡，并根据护照登记的旅居史分为重点国家和非重点国家，根据旅客具体情况筛选后进行集中隔离或居家隔离。

(四) 由专门的接送车辆安

排专人分批送至集中隔离点或居住小区内，护送车辆“一趟一清扫，一趟一消毒”。

相关法律法规：《中华人民共和国国境卫生检疫法》

第四条 入境、出境的人员、交通工具、运输设备以及可能传播检疫传染病的行李、货物、邮包等物品，都应当接受检疫，经国境卫生检疫机关许可，方准入境或者出境。具体办法由本法实施细则规定。

第十六条 国境卫生检疫机关有权要求入境、出境的人员填写健康申明卡，出示某种传染病的预防接种证书、健康证明或者其他有关证件。

(五) 配备翻译人员，对于部分不了解、不理解相关政策的外国人员，向其解释入境防疫政策的相关内容，细致沟通。

(六) 仔细核查旅客信息，对于部分谎报、漏报信息的人员依法进行处理。

相关法律法规：《中华人民共和国国境卫生检疫法》

第二十条 对违反本法规定，有下列行为之一的单位或者个人，国境卫生检疫机关可以根据情节轻重，给予警告或者罚款：

（一）逃避检疫，向国境卫生检疫机关隐瞒真实情况的；

至此，全航班专场停靠、分流专用通道、筛查专业检测、转运专车接送，一个完整的“口岸防疫闭环”就形成了。

三、关于社区防控

随着防疫重点的变化，相信近期大家对入境人员的防疫信息都有所耳闻，让我们一起来了解从口岸到社区如何做到无缝链接。

（一）严格居家隔离条件

明确居家隔离条件为“一户一人或一家”，即同一家庭中，居家隔离对象和非居家隔离对象不可以住在同一套房子里；承诺一起居家隔离健康观察的，可以住在同一套房子里。全家人都需要居家隔离健康观察的，也可以住在同一套房子里。该措施更有利于防止交叉感染的风险。

（二）集中接送

具备居家隔离条件的入境人

员抵达后，全部由各区工作人员集中接送到各区的人员住址。统一采用“集中接送”方式，目的是最大程度实现接送各环节、各空间之间的全程封闭管理、无缝衔接。

此举，将有效减少待隔离人员的多次往返、转送，最大程度地避免交叉感染风险。

（三）严格加强居家隔离管理
入境人员进入小区开始居家隔离健康观察后，地区公安、卫健部门将会同社区更加严格落实管理措施，确保居家隔离人员不离开住所。对擅自离开的，将依法处置。

（四）集中隔离费用自理

如居家条件不具备隔离要求的，一律集中隔离。集中隔离的人员需自理住宿费和餐费。

另外，从国内其他口岸入境中转来沪的入境人员，参照上述标准落实居家隔离或集中隔离，并开展流行病学调查。

相关法律法规：《中华人民共和国传染病防治法》

第十二条：在中华人民共和国领域内的一切单位和个人，必须接受疾病预防控制机构、医疗机构有

关传染病的调查、检验、采集样本、隔离治疗等预防、控制措施，如实提供有关情况。

总结下来，就是采用集中接送、核酸检测、居家隔离、“一户一人或一家”等措施。对比前段时间的措施来看，这一阶段对入境人员的防疫措施更为严格。那么作为现阶段防疫的重点之一，社区防疫要继续做好哪些事？

1. 做好从入境登记到家门口的对接。随着防疫重点转向防控境外输入后，社区工作者就开展了境外返沪人员的排查工作。在了解到有入境人员的情况后，社区防疫工作者需要对隔离住所地进行核查，确认是否具备居家隔离的条件。

2. 在确保境外人员可以进行居家隔离的情况下，在住所地接收入境人员。按照程序进行测温登记，告知当事人居家隔离的注意事项，包括签订居家隔离法律承诺书等等。

3. 仍然按照原先居家隔离的要求做好隔离人员的记录和报告工作。对于出现症状的人员，第一

近期，一系列诸如“带毒回国黎女士”、“澳洲跑步女”事件都让社区防疫工作者倍感压力，一方面来自入境人员迫切的入境意愿，另一方面部分入境人员体现出的不理解、不配合让前一阶段经过艰难抗疫的市民感到不安，也让原本想松一口气的市民们不得不再次打起精神，绷紧疫情防控的弦。上述事件中的“黎女士”被顺义公安分局以涉嫌妨害传染病防治罪立案侦查，“澳洲跑步女”被北京市公安局出入境管理局依法注销工作类居留许可，被限期离境。疫情当前，也提醒各位入境人员配合开展疫情的调查和实施隔离措施，尤其是不能隐瞒疫情。

四、结语

上海在前一阶段的防疫工作已经取得了阶段性的成效，面对新冠疫情在境外爆发的情况，防疫形势依然严峻。防疫重点也转变为以口岸防疫和社区防疫为重点。从一级响应到二级响应，并不意味着疫情的完全结束，此时此刻要特别注意，仍不能掉以轻心。

敬畏规则，方能不蹈孙杨仲裁案之覆辙

作者：薛克拉提·塔依尔

看了孙杨听证会的视频，令我印象比较深刻的一段对话就是控方律师对话孙杨的那段。

控方律师问：“But after the DCO and BCA showed their documentation when they arrived, you willingly provide your blood sample without any objection initially, correct?”（主检官和血检官到达并出示证明文件后，你自愿提供了血液样本，你一开始并没有反对，是吗？）

孙杨：“当晚我只看到了复印件，血检官只出示了资格证书，但我不知道她是否合格合法来采集我的血液，在此过程中，我只是履行自己的权益配合他们采血。”

控方律师：“And that is what rules require, right?”（那就是规则所要求的，对吗？）

孙杨：“规则是双方都应该遵守的，不是针对一方的。”

大家似乎都明白规则需要被遵守，需要被尊重，不管是孙杨方还是 IDTM 公司的 DCO。而笔者认为恰恰是孙杨方对规则理解的偏差以及对规则抱以强烈质疑的态度才导致如今被禁赛 8 年的处境，教训深刻，遗憾至极。比较致命的是，孙杨方在庭上的表现着实让人“捉急”，尤其是在交叉询问环节，证言与证词相矛盾，答非所问，可以看出该团队并没有提前进行过类似的模拟演练，以至于表现出对规则的不熟悉。另外，在语言上也确实处在一个“弱势”（本案听证会中的中英文双语同声传译质量让人唏嘘，虽然听证会后对该翻译内容进行了重审，但或多或少地会影响证人或者当事人方的表达和庭上表现）。

下文就笔者认为值得深思的几个地方表达一下个人看法：

基本案件事实梳理

1、2018 年 9 月 4 日国际兴奋剂检查管理公司 (IDTM) 对孙杨进行赛外兴奋剂

检查，血液样本在当晚被采集，但血液容器被破坏，最终导致样本没有被送到 WADA 的实验室，并且尿液未被采集。

2、2019 年 11 月 15 日上午 9 点，国际体育仲裁法庭 (CAS) 在瑞士蒙特勒举行听证会。听证会上孙杨对事件的相关细节进行了解释和澄清。世界反兴奋剂机构 (WADA) 提出由于孙杨拒交样本，要求其接受最少两年、最多八年禁赛的惩罚。

3、2020 年 2 月 28 日下午 5 点，国际体育仲裁法庭 (CAS) 通过官网公布了“世界反兴奋剂机构 (WADA) 诉孙杨和国际泳联 (FINA) 听证会”的裁决书，孙杨被禁赛八年，即日起生效。对此结果，孙杨本人表示无法理解并将提起上诉。【1】

误解一：“此规则非彼规则”

笔者认为孙杨方最大的失误是对规则理解存在误差，其团队仅凭一方自身的解读来决定冠军运动员的命运，着实让人汗颜，而这次对规则理解的偏差导致的后果，在“台面”上可能也只有孙杨一人承担。最明显的就是 WADA 的《国际检测和调查标准》(ISTI) 与《ISTI 血样取样指南》存

在效力上的不同。

在听证会中，我们可以看到 WADA 认为 ISTI 是具有强制性的，而孙杨一直作为强力依据的《ISTI 血样取样指南》似乎并不具有强制性，仅仅是推荐做法的存在，更像是一个最佳的行为规范。而在本案中由 WADA 授权的 IDTM 的检测官，如果仅存在违反了《ISTI 血样取样指南》的情形而不存在违反《ISTI》情形的话，其检测行为和手续不存在不合格的情形。在听证会中，WADA 的工作人员也证明了该取血指南仅仅只是推荐做法，并无强制力。

孙杨方庭上仅以《ISTI 血样取样指南》为依据，主张血检官与尿检官无官方授权资格采集样本的请求是不合理的，更何况案发当时的孙杨方也许并没有想到过指南的事儿，只是根据队医、领队还有中国反兴奋剂机构专家以往经验，或以咱们国家兴奋剂检测的标准去判断 IDTM 的行为是否合法，实属武断。

误解二：“此情形非彼情形”

在本案中，孙杨方一直在尽力去证明，血检官和尿检官的资格问题，进而淡

化其通过毁坏血液容器而阻碍兴奋剂检测的事实，无疑是一条侥幸的险路。

国际体育仲裁法庭(CAS)的专家组认为：As the Panel noted, it is one thing, having provided a blood sample, to question the accreditation of the testing personnel while keeping the intact samples in the possession of the testing authorities; it is quite another thing, after lengthy exchanges and warnings as to the consequences, to act in such a way that results in destroying the sample containers, thereby eliminating any chance of testing the sample at a later stage.

(正如专家组指出，进行血检后对检测人员的资质提出质疑，而同时将完整的血检样品保留在手中是一件事；在针对后果进行长时间的交流和警告之后，采取另一种方式行事而导致样品容器的毁坏，从而消除了以后再测试样品的任何机会，则是另一回事。)

在错误的方向上，孙杨本人又在微博上发布了血瓶未被破坏的照片，而这段微博更说明了孙杨方对规则的理解存在重大偏差。本案中，仲裁庭此时的侧重点并不在证明血样的完整与否，而是在意孙杨方是否有阻碍兴奋剂检查的行为。这波微博喊冤实属搬起石头砸自己的脚。

误解三：“此法系庭审非彼法系庭审”

英美法系和大陆法系存在制度上的差异，因此英美法系与大陆法系对庭审程序的侧重点不同。在大陆法系国家（如我国），律师很少申请证人出庭作证，由于证人主观性强，实践上更倾向于书面证据，所以书面证据是大陆法系中最常见证据形式，优秀的律师往往决胜在庭前证据材料的准备上。而英美法系国家更侧重于对证人的发问环节，通过对证人非常犀利的发问，来证明证据之间的矛盾，法官也会按庭上证人的反应去判断案件证据与事实是否存在矛盾，所以在英美法系国家，律师对于发问技巧是非常拿手的，往往庭前都会准备逻辑严密的发问稿等材

料，并对自己的出庭证人进行筛选和模拟训练。

在本案中，以孙杨方的表现来看，显然是对规则不熟悉的表现。也许是因为在之前的所谓一审中胜诉而导致其疏忽大意，以至于能够很明显地看出，在证人发问环节，孙杨方准备的并不充分且缺乏专业度。故在控方犀利的言辞下，只能答非所问，模棱两可，如哑巴吃黄连，有苦说不出。

综上，孙杨方出于对规则的理解错误，一味地犯错，最终造成了被禁赛八年的后果。当然，不可否认的是，本案中检测人员确实存在不够专业的现象，较低标准授权未经培训人员的行为确实令人难以接受。本案不管是对 WADA 也好，还是对 IDTM 来说，都非常有教育意义，一次严格完整的检测程序是对运动员负责任的表现，而从 IDTM 工作人员庭审中的表现，很多检测过程中的细节主管部门是掌握不到，就连孙杨方问道是否清楚护士拥有 IDTM 的工作卡时，也含糊其辞，无法自圆

其说，确实令人担忧该机构是否值得信赖，检测程序是否符合标准。

但是，规则就是规则，即使每个人理解上有所不同，却又实实在在约束着每一个人。孙杨说的不错：“规则是双方都应该遵守的，不是针对一方的。”但就是因为缺乏了敬畏的态度，以至于出现了强烈的质疑行为。而在现行的规则框架下，过于强烈的质疑行为并不是一个好的解决方案。熟悉规则、敬畏规则才是该有的正确态度。前车之鉴，后事之师！



薛克拉提·塔依尔

上海七方律师事务所 实习律师
业务方向：知识产权、娱乐法、劳动法



医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：顾芸、吕新雅、薛克拉提·塔依尔、张茜、朱好婕

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D座