



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3期
总第3期



CONTENT

解读民法典

法人是“人”吗？《民法典》总则之法人章-----	01
《民法典》出台，孙悟空和猪八戒都慌了-----	08
民法典时代下的“离婚冷静期”-----	12
《民法典》通过：物业服务合同“榜上有名”-----	17
居住权来了，你真的了解吗？-----	22
《民法典》侵权责任编亮点解读之“公平原则” 的价值重构-----	26
《民法典》中国王的一生-----	33
《民法典（草案）》重点解读系列课程精彩回顾-----	37

民商纵横

为什么显失公平的合同难以撤销？-----	41
“不破”的租赁，如何去破解？-----	45
个人信息主体的五大权利-----	48
小区与丰巢大战，合法还是合理？-----	52
一年免费换新成“噱头”？ 知名电商平台玩“甩锅”-----	55

家长里短

小井盖，大难题-----	59
上市公司高管，婚姻与资本的博弈-----	62



CONTENT

七旬母亲遭活埋 老有所养怎保障？	66
宅基地房屋确权，不打官司有点难	69
“神兽们”全面归笼， 学校、培训机构、家长应该怎样做？	73
注意！购买动迁安置房可能是个坑！	78

罪与罚

污染环境罪之刑事政策解读	81
酒后驾驶误区和风险知多少？	93
高空抛物，仅仅是赔钱的事吗？	98
以案说法：“套路贷”诈骗案件辩护思路分享	103

公司治理

五张图表带你轻松了解公司自行清算	109
《九民纪要》解读：股东出资加速到期实务研究	116
敢夺敢当，只为章狂 当当网“夺章大战”的法律分析	120

聚焦劳动法

员工未提交病假单，公司解除劳动合同是否违法？	126
建设单位还能空手套白狼吗？论《保障农民工工资支付条例》 对建设工程施工合同的影响	130



CONTENT

“三期”女职工不能胜任工作时，公司可以解除劳动合同吗？	136
毕业生签订就业协议的风险提示	140
演艺经纪关系与劳动法律关系之“异曲同工”之妙	143
“性骚扰”能成为公司合法解除劳动合同的理由吗？	146
员工拒绝加班被判赔偿公司 1 万 8， 法院传递怎样的裁审思路？	149
“重大损失”到底是由谁造成的？ 从劳动法视角看法院副院长被判玩忽职守罪案	155
员工兼职摆地摊 到底行不行？	159
温岭爆炸槽罐车司机，能否认定为工亡？	163
《民法典》颁布后首例“职场性骚扰”案： 环卫女工把单位告上法庭！	167

知产知否

李佳琦申请注册“OH MY GOD 买它买它！” 声音商标能成吗？	172
--------------------------------------	-----

新锐风采

林黛玉之死的当代解读——从民法典的角度	176
《民法典》视角下小区改造项目相关法律问题解读	181



法人是“人”吗？《民法典》总则之法人章

作者：王黎君

我国《民法典》在十三届人大第三次会议上正式审议通过。民法典总则分为5章：第1章是基本规定，第2章是自然人的相关规定，第3章是法人，第4章是非法人组织，第5章是民事权利，本文着重解析第3章（后续第4章再另刊书写），并引申部分案例，解读法律规定。在此提醒各位读者，总则部分涉及大量的法律基础概念，可能会有一些生涩和隐晦，需要结合案例方能立体理解。

法人是人吗？

法人是相对于自然人所拟制的人，并不像自然人是一个生命体，确切的说它是个组织体，有自己的名称，组织机构，住所，财产和经费，依照法定的程序和条件设立的组织，例如公司、企业、工厂。虽然是拟制的人，但是民法典赋予它像自然人一样有相应的民事权利能力和民事行为能力，享有民事权利、承担民事义务。

民事权利能力，简而言之是享有民事权利的能力，是由法律规定的、一直存在的，能够享有民事权利和承担民事义务的前提资格。具有这种资格的主体要享有实际的

权利，还必须通过一定的行为参与到具体的法律关系中去。

通过行为参与到具体的法律关系中，就要看主体是否具有民事行为能力，否则，行为效力将不被法律确认。民事行为能力，是指以自己独立的行为去取得民事权利、承担民事义务的能力。

篇外话：并不是有民事权利能力就必然有民事行为能力，就自然人来说，如婴儿，具有民事权利能力，但属于无民事行为能力人。婴儿要想行使民事权利、承担民事义务就需通过监护人代理。自然人的行为能力分三种情况：完全行为能力、限制行为能力、无行为能力。



法人怎样行使民事权利能力和民事行为能力

法人的行为能力则不需复杂区分，直接由法律规定具有完全行为能力。法人非“人”，怎么去行使民事行为获得民事权利呢？法

人不是人，可是它有代表人，法人通过法定代表人做出民事行为行使民事权利。

法定代表人是什么？

法定代表人就是法人的代表，一般法定代表人从事的与职务相

关的民事活动，都被认定为法人行为。

法定代表人所有的行为都要法人承担吗？

要区分情况，法定代表人做出与职权行为没直接关系的民事活动，其责任由法定代表人个体自行承担。如果作出的是职权行为，此刻法人对法定代表人行使职责权限的行为承担后果。法定代表人是

基于法律的授权，代表法人，而不是基于法人的授权，故法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，因是法人内部约定，不得对抗善意相对人。

法定代表人怎么来的？谁都可以承担吗？

法定代表人是由股东选举的吗？还是委派的？一般是根据法人章程约定各股东推选，国有企业也可以委派，甚至可以月薪聘任，是的，没错！法定代表人可以雇用。

法律对可以担任法定代表人的资格具有一定要求，从有利于公司经营活动来设立限制条件：曾担任因违法被吊销营业执照的公司、企业的法定代表人，并该企业违法行为负有个人责任，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾三年的，不得担任公司的董事、监

事、经理（之所以限定的是高管职位，因高管中除监事外，其他两职可担任法定代表人）；

曾担任因违法被吊销营业执照的企业的法定代表人，不得担任其他企业的法定代表人；因为贪污、贿赂、侵占挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序罪被判刑的（主要为经济犯罪），以及因犯罪被剥夺政治权利，自刑满之日起5年内不能担任法定代表人。



法人的财产独立

认定法人承担民事责任，怎样去承担？法人是有出资且独立于股东财产的资产，法人以其独立的财产承担法人民事责任。

法人住所和“身份证”

法人是拟制的“人”，怎么去找到他们呢？法人在市场监督管理机构注册登记的所在地即为住所。如果在法人存续期间，登记的住所地发生变更的还应当变更登记的。如我们在被告为公司的诉讼中，可查询被告企业登记的住所地在哪，向被告登记住所地区域法院起诉，法人也像人一样是有身份证的，营业执照就是他们的身份证。

法人设立时权利义务的承担

法人的民事权利能力、民事行为能力始于设立，结束于法人终止。在设立前，是不能以法人名义对外行使民事行为，此时法人还没成“人”，在终止后，法人已消亡，也不能以法人名义对外发生民事行为。债务。设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求法人或者设立人承担。

规定必有例外情形，现实中存在法人设立时，设立人就以法人名义对外订立合同了，怎么解？《民法典》第75条：设立人为设立法人从事的民事活动，其法律后果由法人承受；法人未成立的，其法律后果由设立人承受，设立人为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务。首先看法人是否设立，法人没有成立，只能由设立人承担法律后果。如果法人设立时，设立人以自己名义对外成立合同，法人成立后对合同予以确认，或者已经实际享有合同权利或者履行合同义务，合同相对人请求法人承担合同责任的，法院一般予以支持。但合同相对人享有选择权，如果法人资产状况没设立人充盈，合同相对人可选择有利于自己权利实现的承担人。



一则案例：

李某与旅游公司和某经贸公司于 2011 年初签订共同投资设立某汽车租赁公司，协议约定李某以个人实物汽车出资，作价 250 万元，旅游公司和经贸公司各以现金 75 万元出资，公司注册资本 400 万元。李某负责公司的设立和筹办事项，公司设立后，由李某担任公司法定代表人，全面负责公司的管理工作。2011 年 3 月，李某以汽车租赁公司的名义与某汽车制造厂订立购车合同约定购买汽车制造厂单价为 10 万元的越野车 25 辆，总计 250 万元。2011 年 6 月 30 日前交货，采用分期付款方式，首期购车款 100 万元于交车之日支付，余款最迟于 2012 年 3 月 1 日前付清。同年 5 月，李某向有关部门递交了汽车租赁公司的设立审批申请，6 月 12 日李某以汽车租赁公司的名义接收了汽车制造厂交付的汽车，并支付了部分款项，7 月该公司取得营业执照之后，李某又以租赁公司名义办理了该批车过户登记手续，截止 2012 年 3 月 1 日，总共付款 210 万元，尚余 40 万元未付。李某又以汽车租赁公司的名义出

具了欠条，但欠条只有李某的签名，而未有公章。

2012 年 5 月，李某病故，汽车制造厂向汽车租赁公司索要余款，汽车租赁公司拒绝支付。理由有三，一是合同虽以汽车租赁公司名义签订，但公司并未成立，实际上是李某个人所为，二是李某后出具的欠条未盖公章，故是为个人行为，第三根据投资协议验资证明和公司章程约定汽车实物出资为李某的出资义务，其所欠的债务应由李某个人承担。本案中，李某是以汽车租赁公司的名义与汽车制造厂签订的合同。根据《民法典》第 75 条设立人为设立法人从事的民事合同法律后果，应该由法人承担。

本案还有一个情节，李某的出资方式就是实物汽车。此时就需再分析法人成立过以后，对李某签署的合同有没有进一步追认？如果租赁公司已实际享有合同权利或履行合同义务了，合同相对人可以请求法人承担合同责任。

本案中汽车租赁公司成立后，继续占有并使用了车厂出售的汽车，并以租赁公司名义办理过户手续，汽车厂有理由相信汽车租赁公



司的行为已经构成了追认，由汽车租赁公司对设立中的债权债务进行概括承受。由于李某是法定代表人的身份，从事的是与公司业务有关的行为，相对人是有理由相信李某的行为就是法人的行为。

关于李某实物出资义务，车的购买本应当是李某以自己的名义购车然后再过户到公司名下，履行自己的出资义务。可本案中的李某是以公司名义购买的车，李某将对公司负有继续出资的义务，如是租赁公司支付车款，李某还应当偿还公司垫付的车款。

设立人的协议，在性质上是属于一种内部协议，不能对抗善意第三人，不能以设立人内部的出资义

务来对抗汽车制造厂商的债权主张。



法人分立、合并

法人像人一样可以分家、结婚？又是怎么分家、结婚？

法人的分家、结婚在法律用语上叫分立、合并。

先说分立，例如生产矿泉水的A公司，业务慢慢做大了，原来生产瓶子的一个部门有能力独立出去，设立成一个B公司。B公司不仅可以生产原来公司的瓶子，也可

以做其他企业饮料的瓶子。这不是分家了？此时分立后的两公司是两相独立的法人主体。

再说合并，例如一个生产糖果的公司，外用糖果包装的纸盒需求量特别大，就想把一直供货的纸盒企业吸收合并到自己公司里了。这是不是就像结婚了？



法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和分立前的法人另有约定的除外，即分立前可

以约定是分立后的新、旧法人单独承担债权债务。法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担。

法人的分支机构

法人可以设立分支机构，分支机构不同于前述法人的分立或合并，分支机构不能独立承担民事责任。分支机构就像家庭中没分家的傻儿子们，自己对外惹了祸，还得

法人老爹出去赔不是，赔钱。要是儿子有钱的，可以儿子先赔钱，不足部分再让老爹赔，若起诉则只能起诉法人老爹。

法人终止

法人像人一样有出生——设立，也像人一样有生命的终结——法人终止。出生有登记，法人终止也需要登记——注销登记。

法人的终止是有多方原因的，例如公司章程约定的存续期限届满，股东会未能通过决议修改公司章程延长公司存续期限的解散、法人合并后原法人需要解散的、法人

被法院宣告破产、国有企业“关闭”等。法人存续期间有一定的经营活动，产生债权债务，终止前还需要对法人资产负债进行清算，方能注销登记。

解散中合并或者分立的情形是无需清算的，因原法人的权利义务由继受法人承担，对债权人的相关权益的实现影响不大。

法人终止前的清算程序

法人怎样清算呢？解散的情形是得由相关人去进行清算，相关人是指法人的董事执行机构或者决策机构的成员为清算义务人，也可向法院申请指定清算人。法人破

产则由法院指定清算人。清算期间法人存续，一般不得从事与清算无关的活动，更不能有对外新增负债或负义务的经营活动。



注销登记后法人终止

法人清算后除税、清算费用、偿还债务后的剩余财产,根据法人章程的规定或者法人权力机构的决议处理。清算结束并完成法人注销登记时,法人终止。例外:依法

不需要办理法人登记的,清算结束时,法人终止。

法人被宣告破产的,依法进行破产清算并完成法人注销登记时,法人终止。

总结

本文是按民法典总则对法人的规定进行顺序释义,因是总则部分,故并未就单项规定深入剖析,展开面比较分散,作者再总结下,本文从法人是什么?是不是享有自然人的权利义务,那么权利义务怎么行使?法定代表人是干嘛的?哪些人不能担任法定代表人?法人可不可以像人一样分家和结婚,法人的分支机构又是什么角色?可不可以独立承担责任?以及到法人终止的相关规定进行全面阐释。如有理解不同,或书写不当不妥,还请各位读者多指正。



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

业务方向:

法律合规、私募股权基金业务、公司法业务、投融资法律服务



《民法典》出台，孙悟空和猪八戒都慌了

作者：李伟锋、陈江松

大唐贞观年间，孙悟空、猪八戒一行四人在取经路上突遭变故，穿越到了公元2020年6月1日。此时恰逢《民法典》出台，取经团队遭遇了一系列法律纠纷。

(注：本故事纯属虚构，《民法典》如有变化，请勿生硬入座)

一、玉皇大帝要求孙悟空返还金箍棒

虽然孙悟空在如来、观音的法力感化之下，加入了取经团队，暂时不敢兴风作浪，但屡次被其捉弄的玉皇大帝仍心有不甘。一日，玉皇大帝听说《民法典》出台，遂心生一计，责成相关部门对孙悟空提起金箍棒返还之诉。他想：这猴头没了棒子，孤家就可以好好收拾他了……

孙悟空接到法院的传票后，慌成一团，找到师傅哭诉道：“如今乃是法治社会，好勇斗狠行不通，俺的金箍棒保不住了，可怎么办才好呐哇？”

唐僧呵呵一笑，道：“你这猴头没见过世面，多大点事就慌成这样？听说上海七方律师事务所实力甚强，你何不去咨询下？”

说时迟那时快，孙大圣架着筋斗云来到七方律师事务所。律所安排律师接待了他。听完孙悟空的陈述，律师进行了如下分析：

(一) 东海龙王无权处分金箍棒。金箍棒，乃是大禹治水时留在海底定深浅的

一个定子，属于国家文物。按照《民法典》第二百五十三条之规定，法律规定属于国家所有的文物，属于国家所有。《文物法》第五条规定，中华人民共和国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物，属于国家所有。

金箍棒深藏海底数千年，根据上述法律规定，其所有权属于国家。

《文物法》第四十四条规定，禁止国有文物收藏单位将馆藏文物赠与、出租或者出售给其他单位、个人。据此，东海龙王作为金箍棒的收藏单位东海龙宫的主要负责人，无权将金箍棒赠与孙悟空。

(二) 孙悟空未取得金箍棒的所有权。《民法典》第一百五十三条：“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。”东海龙王将金箍棒赠与孙悟空的行为，违反了《文物法》的强制性规定，属于无效的民事法律行为，孙悟空不能据此取得金箍棒所有权。



值得注意的是，此案不属于《民法典》第三百一十一条规定的善意取得。其一、东海龙王赠与金箍棒的行为违反了法律的强制性规定；其二、孙悟空是无偿取得金箍棒，没有支付“合理的价格”。

（三）建议双方协商解决。《民法典》第一百五十七条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；

不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。”据此，孙悟空应将金箍棒归还国家，如果硬扛到底，可能是要败诉的。民律师建议，孙大圣应找观音出面与玉皇大帝进行协商，此事或有转圜余地。

后来，孙悟空根据民律师建议找到观音，此事果然得到圆满解决。原告方主动撤诉，同意孙悟空继续占有、使用该棒……

二、蜘蛛精状告猪八戒性骚扰

一波未平，一波又起。孙悟空的官司刚结束，二师兄猪八戒又遇到了麻烦事。

一日，猪八戒突然接到法院的电话通知，说他被盘丝洞的七个蜘蛛精告了。原告的起诉状说：原告七人在濯垢泉洗澡时，被告猪八戒出言轻薄、行动猥琐，化身鲇鱼精占原告便宜（有视频监控为证），实属性骚扰，现依《民法典》相关规定要求被告赔礼道歉并赔偿精神损失费100万元。

法官说，这乃是《民法典》通过后的性骚扰第一案，猪先生你要好好应诉哦。猪八戒一听，慌了神，哭丧着脸问大师兄怎么办。孙悟空说，这有何难？俺上次那么大的官司都被律师解决了，你也去咨询下吧。猪八戒一听，赶紧从孙悟空处要来电话打来给律师求助。

听完猪八戒对案情的介绍，律师作了如下分析：

（一）猪八戒在濯垢泉中的言行，实属性骚扰；

（二）原告的请求于法有据。依据《民法典》第一千零一十条第一款之规定，违背他人意愿，以言语、行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任；

（三）猪八戒名声不太好，此案对二师兄相当不利；

（四）建议调解，与蜘蛛精协商解决，以免久拖不决、影响取经大业。

取经团队听了民律师的建议后，赶紧请出德高望重的太上老君从中斡旋。其后，本案以猪八戒登门道歉、赔偿十万元了事……



三、火焰山居民状告孙悟空高空抛物致人损害

猪八戒的事情刚完，取经团队又遇到了麻烦事——火焰山周边居民提起诉讼，要求孙悟空赔偿因高空抛物给他们造成的损失并排除妨碍、消除危险。

原来，孙悟空大闹天宫之后，被太上老君关进了兜率宫中的八卦炉烧烤。烧了七七四十九天，老君开炉取丹，孙悟空跳将出来，蹬倒八卦炉，落下几块砖，内有余火，坠地后即化为火焰山。五百年来，火焰山周边居民生产、生活遭到重大影响，损失惨重。听闻《民法典》对高空抛物进行了明确规定，他们遂据此提起诉讼。

俗话说久病成医，亲历了几场官司之后，孙悟空对法律也有所了解，遂找出《民法典》进行检索。果然，该法第一千二百五十四条规定：“禁止从建筑物中抛掷物品。从建筑物中抛掷的物品或者从建筑物上坠落物品造成他人损害的，由侵权人依法承担侵权责任……”

据此，孙悟空觉得原告的诉讼请求也有一定道理。但他忽然又想起民法有关于诉讼时效的规定，遂继续查找，在该法第一百一十八条看到如下规定：

“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。

诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。”

孙悟空一看，乐了：这事都过了500多年，早就过了诉讼时效，我怕甚？于是，孙悟空主动与原告联系，对其进行关于诉讼时效的知识普及。

不料，一位居民针锋相对地说：“赔偿我们可以不要，但你要把火焰山搬走或者把火灭掉。根据《民法典》第一百九十六条的规定，停止侵害、排除妨碍、消除危险的请求权不适用诉讼时效的规定。”

孙悟空拿出《民法典》一查，果然如此。但他听说不用赔偿，只要灭火就好，笑道：这有何难，鄙人神通广大，马上就给你们灭火。后来，就发生了三借芭蕉扇的故事。

结语

《民法典》被称为“社会生活百科全书”，是民事权利的宣言书和保障书。实

际上，如果真的穿越到现在，孙悟空一行四人在取经路上的很多遭遇，皆可适用



《民法典》来进行解决。比如，神仙养的动物逃到下界兴风作浪，咬伤孙悟空等人，即可根据《民法典》第一千二百四十九条的规定，要求动物原饲养人（即有关神仙）承担侵权责任。又如，孙悟空被六耳猕猴假冒姓名和身份，可适用《民法典》

人格权编的有关规定，要求对方承担民事责任。

虽然本文相关案例是根据小说《西游记》进行的戏说，也从另一个角度说明了《民法典》在社会生活中确实是无处不在的。



李伟锋 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
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

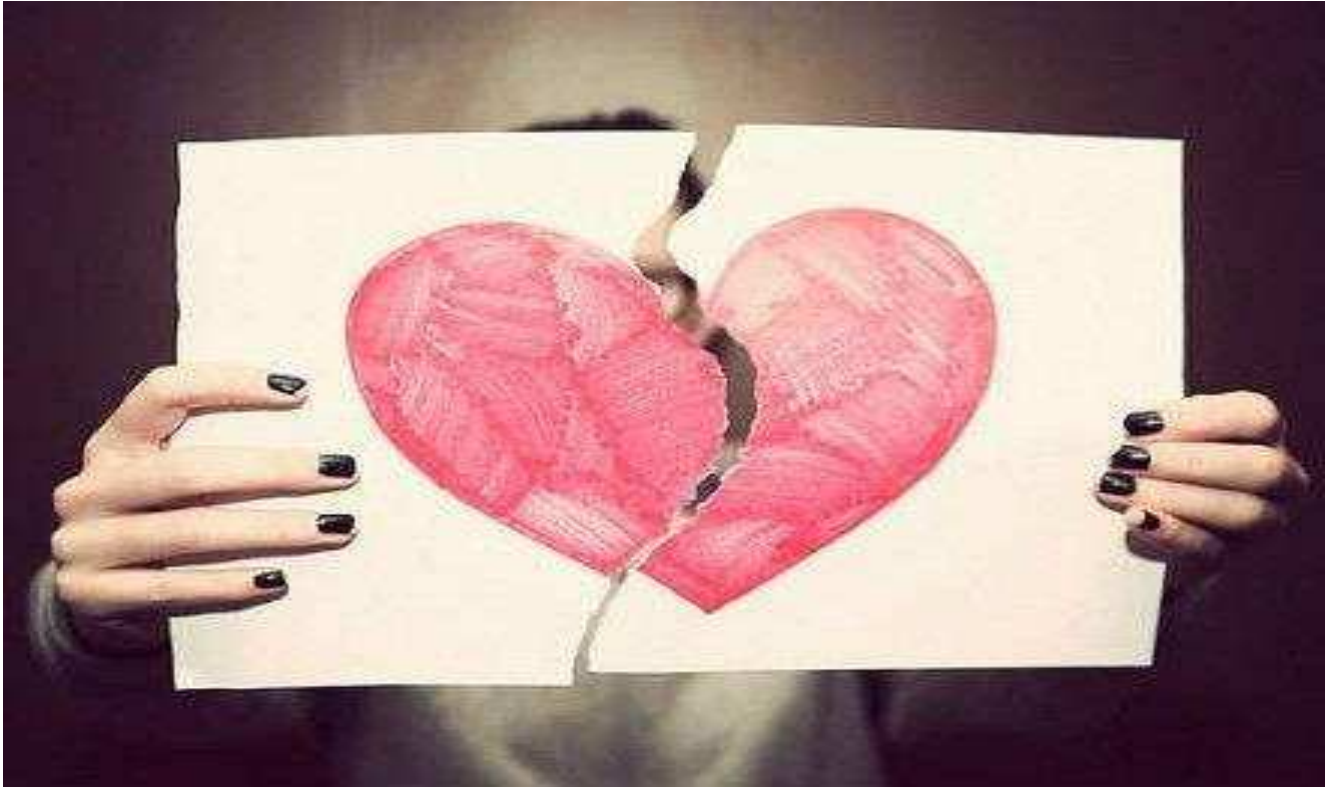
业务方向：
合同法、公司法、保险法、
网络纠纷、企业法律风险控制



陈江松

上海七方律师事务所 实习律师
民商事和保险法律研究部 研究员

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



民法典时代下的“离婚冷静期”

作者：胡晓萍、李宁

十三届人大第三次会议审议通过了中国第一部民法典，引发全社会关注。民法典在审议通过之前，央视新闻发布的一条微博火了，内容是：民法典拟引入“离婚冷静期”，你支持吗？短短6小时内，3.9万人评论，4万人转发，而且广大网友的意见居然空前一致，留言区清一色的都是“不支持”！

全国人大法工委之后解释：“离婚冷静期不适用于家暴”。也就是说，本次民法典草案中规定的离婚冷静期制度只适用于协议离婚，而有家暴问题的夫妻往往会选择诉讼离婚，所以不涉及离婚冷静期。但网友们并不买账，认为离婚冷静期会限制“离婚自由”。



“离婚冷静期”是否会限制“离婚自由”？要解答这个问题，先来了解一下我国的离婚方式。《婚姻法》规定，离婚可以通过两种方式：协议离婚和诉讼离婚。协议离婚，指婚姻双方当事人取得合意，通过婚姻登记机关解除婚姻关系的离婚方式；诉讼离婚指婚姻一方当事人向人民法院提出离婚请求，由法院调解或判决解除婚姻关系的离婚方式。两种离婚方式各有利弊，但协议离婚因其当场就可办结，时间短、压力小、成本低，而成为离婚的首选方式。

据民政局的数据显示，2019 年我国协议离婚的数量再创新高，结婚登记 947.1

万对，而离婚登记 415.4 万对，离结比高达 43.8%。有专业人士分析，照这个速度，2020 年的离结比可能攀升到 50%！因此，为了减少轻率离婚、冲动离婚，《民法典》拟将“离婚冷静期”引入协议离婚的程序之中。

《民法典》第 1077 条规定：“自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。前款规定期间届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。”

可见，《民法典》实施后，协议离婚将“三步走”

第一步，夫妻双方必须亲自到婚姻登记机关提出离婚申请；**第二步**，等待 30 天，期间任何一方均可反悔，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。**第三步**，上述 30 天届满之后的 30 天内，双方亲自到

婚姻登记机关申请发给离婚证。未亲自到场的，视为撤回离婚登记申请。

所以，“离婚冷静期”并非只有 30 天，而是可达 60 天。在前 30 天内，任何一方均可以“主动撤回”的方式不离婚；

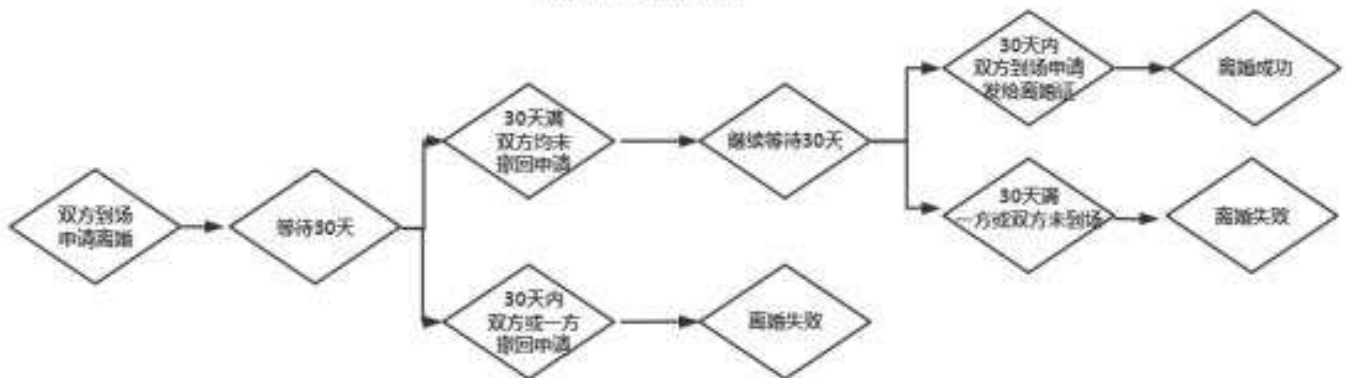


在后 30 天内，任何一方均可以“不去申领”的方式不离婚。

应该说，民法典草案引入“离婚冷静期”的初衷是好的，但条文的设计却不尽如人意。实践中，要求离婚的双方在两个

月内必须两次同时到民政局办理相关手续，并不容易，协议的小船往往说翻就翻，即便不存在家暴，只要一方对子女抚养和财产分割问题反悔，另一方会很被动，最后的结果，可能不是和好，而是闹上法院。

协议离婚流程图



那么，诉讼离婚中有“冷静期”吗？

当然有。

《民事诉讼法》第 124 条第七项规定：“判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。”

夫妻一方第一次起诉离婚时，另一方很可能因为种种原因不同意离婚。按照中国“宁拆十座庙，不毁一桩婚”的传统，法院第一次判决不准予离婚的概率非常高。因此，依照《民诉法》的规定，起诉方一般需要等满 6 个月才能再次起诉。这 6 个月，就是诉讼离婚中的“冷静期”。



而司法实践中，再等待6个月，第三次起诉离婚的情形也不在少数。

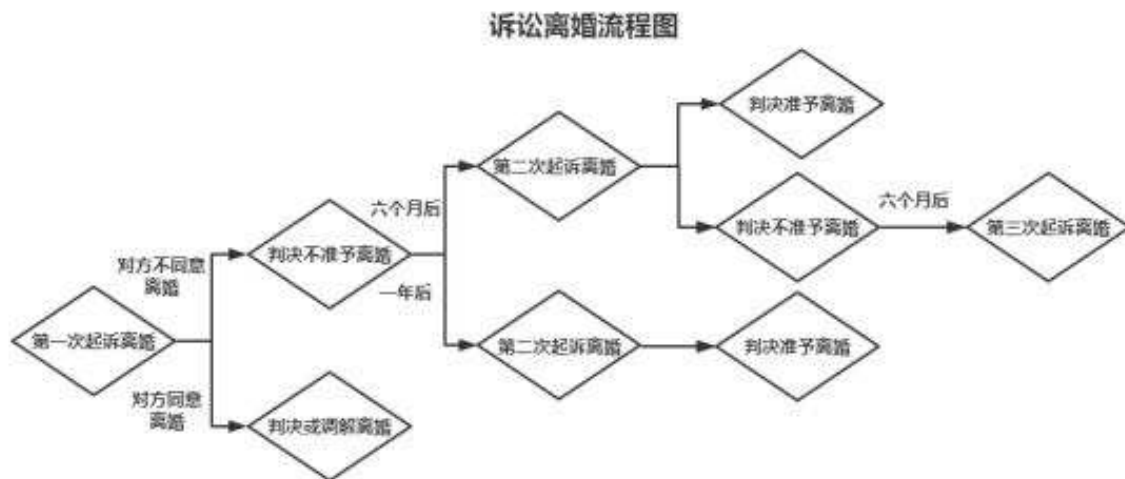
《民法典》第1079条第四款规定：

“经人民法院判决不准离婚后，双方又分

居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。”

这个新增加的条款，事实上是为诉讼

离婚设定了一年的“冷静期”。整个诉讼离婚的流程，平均需要一年半，甚至更长的时间。



离婚全面引入“冷静期”，虽不至于限制离婚自由，但确实提升了离婚的难度，“离婚难”会给那些感情确已破裂的家庭带来更大的困扰和麻烦。除了寄希望于法律进一步完善之外，当事人可以通过以下方式尽快达成离婚：

订立《财产约定协议书》

双方有离婚意向且对财产分割能达成共识的，不妨先签订一份规范、合法的

《财产约定协议书》，它不以离婚为生效要件，签订即可生效，任何一方均不能随意反悔。



调整心态，就事论事。

很多离婚案件并不复杂，但当事人双方充斥着各种情绪，言语间都是指责和抱怨，根本不说事情本身，这样只能激化矛盾，让离婚变得难上加难。所以，在离婚

中及时调整心态是非常重要的。学会用法律的方式，把离婚可能对配偶、孩子、家庭的伤害降到最低，才是最好的选择。

结语

没有人结婚时是奔着离婚去的，只是在迈入婚姻后才发现，对方并非自己想象的样子。这时候，有人选择留下，有人选择离开。离婚率高，不过是多变动、多选择的社会生活，在婚姻关系上的反映罢了。不管“离婚冷静期”这颗“后悔药”是否有效，那些留下来的人，值得祝福；但最终离开的人，也同样值得祝福。



胡晓萍

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



李宁

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



《民法典》通过：物业服务合同“榜上有名”

作者：邵弘高娃



自 2003 年的《物业管理条例》出台以来，小区物业服务开始逐渐走向合法化、规范化。但是却没有一部法律对物业服务进行详细的规定。5 月 28 日，第十三届全国人大三次会议上审议通过了《民法典》，该部法律自 2021 年 1 月 1 日起施行。

其中的第三编“合同”将替代《合同法》的全部内容，作为新的法律规则为人们所用，与《合同法》相比的一个重要变化，就是将物业服务合同作为合同编第二分编典型合同中的第二十四章单独列出。自此，物业服务合同也正式跻身法律意义上的“有名合同”之列。



一、物业服务合同在民法典中的意义

众所周知，法律的制定一定是根据社会的发展和需求而进步的，近年来业主、业主大会、业主委员会与物业公司之间因为物业服务产生的诸多纠纷，是促成物业服务合同入典重要原因之一。根据中国裁判文书网的数据显示，自 2009 年至今，案由为物业服务合同的法律文书共计 229

万余件（包括判决书、裁定书、调解书、通知书等），呈逐年上升的趋势，且自 2013 年起猛增。

与之相对应的，是自 2003 年《物业管理条例》之后，法律法规中只有 2007 年《物权法》中的建筑物区分所有权部分提到了物业管理问题，其余均为各

地根据自身情况出台的地方性文件。由此可见，当前的法律法规对于物业管理方面较大的滞后和空白，亟待完善和补充。

物业服务合同作为有名合同列入民法典，提升了物业相关法规的效力位阶，

可以为物业服务交易和物业行业监管提供基本的规范依据，保障各方权益的相应平衡，避免因一方由于优势地位或法律空白的原因而造成合同条款的不平等、执行难等难题。

二、案例与法条解析

我们来看一则案例：

钱某是某小区的业主，由于长期以来认为物业未解决房屋漏水问题而拒绝缴费，被物业公司一纸诉状告上法庭。钱某辩称，收到过催费通知，但并不知悉物业合同的存在，没有缴费的理由。

法院经审查认为，该物业服务合同是由业主委员会和业主大会与依法选聘的物业公司签署的，对全体业主具有约束力，被告经书面催告无正当理由拒交物业费，应当承担相应责任。其二，房屋漏水问题非原告行为导致，原告已按照合同内容积极推进改造措施，但因资金问题未能成功，因此不构成被告拒交物业费的理由。

虽然该案发生在 2018 年，但通过这则案例，我们能够看到法院的判决理由是和《民法典》精神相一致的。

1. 业主没签字、不知情是否构成不交物业费的理由？

不构成。《民法典》明确规定，在业主大会、业主委员会尚未成立前，建设单位（房地产开发商）有权与物业服务人（《民法典》将名称由原来的物业公司修

改为物业服务人）订立前期物业服务合同（详细解释见下述第 2 条），业主委员会与业主大会会有权与依法选聘的物业服务人订立物业服务合同。

通过上述方式订立的合同，其效力及于全体业主。物业服务人已按照约定和相关规定提供物业服务的，业主不得以未接受或无需接受相关物业服务拒付物业费。同时，《民法典》也对物业服务人作出了

限制：不得采取停止供电、供水、供热、供燃气等方式催交物业费，鼓励物业服务人通过合理、合法的方式催费，避免激化社区矛盾冲突。

2. 前期物业服务合同与物业服务合同的区别？

首先，两者签订的主体不同：前期物业服务合同由建设单位与物业服务人签署，而物业服务合同由业主委员会及业主大会与物业服务人签署。

其次，两者的期限不同：前期物业服务合同属于无固定期限合同，物业服务合同属于固定期限合同。在业主委员会及业

主大会重新订立的物业服务合同生效时，自行终止。

在尚未成立业主委员会、未召开业主大会的小区，为了更好地保护业主权益，由建设单位与物业服务人签署前期物业服务合同起到了很好的过渡作用，使小区物业管理能无缝衔接。



3. 物业服务的转委托限制

《民法典》对于物业服务人的转委托也提出了新的要求。

物业服务人将部分专项服务事项委托给第三方的，基于合同的相对性，物业服务人仍应当就该部分向业主负责。

另一方面，法律要求物业服务人不得将全部物业服务转委托或支解后分别转

委托给第三方。这条规定与《建筑法》《合同法》中对于建设工程施工合同不得转包，只能部分分包的规定相类似，可以从根本上解决不具备物业服务资质的企业“挂羊头卖狗肉”的行为，也有利于简化法律关系，便于解决纠纷。

4. 合同双方的告知义务

物业管理的核心内容是服务，对于物业服务人而言，其应当向合同约定的被服务方——即全体业主负责。故需定期将服务的事项、负责人员、质量要求、收费项目、收费标准、履行情况，以及维修资金使用情况、业主共有部分的经营与收益情况等以合理方式向业主公开并向业主大会、业主委员会报告。

对于业主而言，也并不是可以“为所欲为”的。在以下三种情况出现时，需要告知物业服务人：（1）装饰装修房屋；

（2）业主转让、出租物业专有部分；（3）设立居住权或者依法改变共有部分用途。

上述告知义务，一方面是为了保障全体业主的共同权益不受侵犯，另一方面也是对业主权利的约束。特别是对于初次提出的“居住权”概念，尚无具体的实施细则，但及时告知物业服务人进行备案很有必要，这个细节能够让居住权的实现又多了一层保护。

5. 物业服务合同的解除与续订

一般而言，合同的解除都是以合同双方的约定为准，旨在保护合同双方的自由

合意，故由法律强制规定单方解除条款的合同很少，规定单方解除合同期限的更



少，如《劳动合同法》中对于劳动合同一方无过错情况下的单方解除规定为提前30天。

在《民法典》中，只有物业服务合同中的业主享有此权利，即经法定程序共同决定解除物业服务人的，除合同另有约定，应当提前60天通知；而物业服务人不同意续聘的，也应当在90天前书面通知。这一规定，给了双方缓冲和交接的时间。提前解约造成物业服务人公司损失的，除不可归责于业主的事由外，业主应

当赔偿损失。

同时，如果合同期满业主未作出续聘、另聘且物业服务人继续提供服务，即存在事实上的合同关系的，依照不定期合同处理。业主仍然享有提前60天通知的任意解除权。需要注意的是，《民法典》并未规定在此情况下的解约损失赔偿责任，因此，在物业服务合同即将到期前，物业服务人最好及时与业主沟通续约事宜，避免处于被动的地位。

每一条法规背后，都是千万个案例和纠纷的堆积。短短十四条物业服务合同，其背后凝聚的是无数个案例判决的总结。从中我们可以看到，《民法典》的确是从方方面面去保障百姓的生活，不愧被誉为新时代人民权利宣言书，社会生活百科全书。

邵弘高娃

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



居住权来了，你真的了解吗？

作者：郑华

一、居住权的前世今生

很多人对居住权的概念可能还比较陌生，但居住权在我国《民法典》中的确立，确是经历了一个很长的争议过程。

1. 居住权的由来

居住权是一个古老的法律概念，创设于古罗马。在罗马法中，人役权有用益权、使用权与居住权三种。[1]故而，居住权是人役权的一种，是为特定人的利益而设定的役权，其最初目的是“家主”或丈夫以遗赠用益权的方式，使某些无继承权的家庭成员（特别是对继承权被剥夺的妇女、未婚女儿或者被解放的奴隶）有可能取得一种供养。

受罗马法的影响，后续在法国民法典、德国民法典中也相继以成文法形式确立了居住权制度，但是居住权的适用范围仍比较狭窄，功能也较为单一，一般限于满足弱势家庭成员居住需要，可以通过遗赠或契约设立，但不可转让、不得继承。

2. 居住权的争议

2007年，在我国《物权法（草案）》中曾专设一章规定了居住权，但因争议过大，在提交全国人大会议审议的正式物权法草案中被删除。争论的焦点：有的专家学者认为在社会生活中需要保留居住权的情形确实存在，如有人把自己的房屋赠与朋友但自己要保留居住权等。有的则认为，居住权的适用范围很小，从一些国家的法律规定居住权的社会背景看，主要是由于那些国家的妇女在当时没有继承权，法律通过设定居住权以解决妇女在丈夫去世后的居住问题。我国男女都享有继承权，基于家庭关系的居住问题适用婚姻法有关扶养、赡养等规定，基于租赁关系的居住问题适用合同法等有关法律的规定，这些情形都不适用关于居住权的规定。[2]

3. 居住权的确定

2020年5月28日，十三届全国人大三次会议表决通过了《中华人民共和国民法典》，其中“物权编”第十四章6个条文，从居住权的定义、居住权合同、居住权的设立、转让、继承、消灭等方面，对我国居住权制度进行了规定。《民法典》中明确：“居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。”“设立居住权，当事人应当采用书面形式订立居

住权合同。”“居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外。设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。”“居住权不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。”“居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。居住权消灭的，应当及时办理注销登记。”“以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定。”

二、居住权&租赁权

在民法典物权编的编纂过程中，有观点认为，居住权的功能完全可以被租赁所替代，因而不须在民法典中增设居住权制度。那么让我们来看看，这两个制度到底有哪些异同之处呢？

1. 相似性

首先，二者均是对他人房屋所享有占有、使用权。

其次，未经所有权人同意，不得擅自将房屋出租、转租或对房屋进行约定方式以外的经营性利用。

最后，都具有一定的对抗第三人的效力。即所有人将房屋所有权转让给他人，

居住权也可以对抗受让人；租赁权基于“买卖不破租赁”的规则，同样享有对抗第三人的效力。

2. 差异性

支配权 VS 相对权。作为用益物权的居住权是支配权，居住权人对房屋具有较强的支配力，其效力仅次于所有权，暨只要不违反法律规定，居住权人完全可以基

于生活居住的需要而对房屋进行广泛的正常使用。而作为债权的租赁权支配力比较低，承租人对租赁物进行占有和使用不仅受到法律的限制，更受到出租人意志的严格限制，不得随意对租赁房进行添附或改变用途。

物权请求权 VS 债权请求权。居住权是绝对权，要通过登记而设立，具有对世性，可以对抗房屋所有权人之外的任何第三人，能基于物权请求权来保护自己权利。而租赁权是相对权，不需要采取登记方式设立，仅能在特定的合同当事人之间发生效力，不具有对世性。例如：在《民法典》施行后，子女为父母设立居住权的，双方只要到登记机构办理居住权登记即可，可以避免以往法律实践中，仅凭双方约定不得对抗善意买受人的风险。

人役权、无偿性 VS 租赁权、有偿性。居住权本质上还是人役权属性，具有较强帮扶性质，其既可以以合同的方式设立，也可以以遗嘱的形式设立，且原则上为无偿设立。虽然《民法典》中规定了可以约定有偿的方式，但这种有偿却不同于租赁关系中的支付对价。而租赁权基于市场行为和租赁合同产生，是一种双务、有偿的法律行为，租赁权的取得必须以支付租金为条件。

长期、终身性 VS 短期、不稳定性。居住权没有最长期限的限制，通常是长期权利，甚至可能为居住权人终身设定。而租赁权一般为短期占有、使用，租赁期限通常为1-3年，最长期限不得超过二十年，这也导致租赁权无法成为一项长期、稳定的权利。

三、居住权的功能定位与未来发展

居住权制度的根本目的是有利于实现“住有所居”的目标，其制度优势也将在未来发展中逐步显现和拓展。笔者认为，随着居住权制度的实践，我国的居住权不仅仅能解决特定的家庭成员和家庭

服务人员之间的居住困难问题，更将在完善住房保障体制、实现“以房养老”模式、明确公房居住权益等方面发挥更加积极的作用。



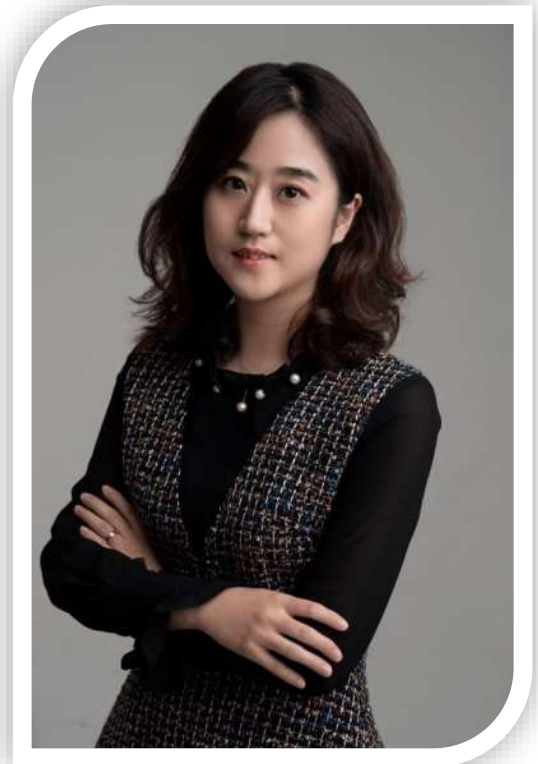
例如：国家投资兴建的房屋，可以由国家享有房屋的所有权，但为低收入家庭设置长期居住权，以满足人民群众基本的居住需求。同时，居住权人不能将居住权用于营利，也不得转让、继承居住权。

再如：“以房养老”模式下，老年人可以将其房屋所有权移转给金融机构或

其他有资质的机构并支付价款供老年人生活需要，转让后，在该房屋上为老年人设定永久居住权，保障在老年人有生之年，依然对房屋进行正常居住。而金融机构只有在老人身故后，才能享有完整的所有权。

结语

“老有所养”、“住有所居”不仅仅是保障公民的基本生活需要，更是关乎公民基本人权、关系社会稳定和谐的重要政治、经济和社会问题。居住权制度在我国设立，已经突破传统人役权的界限，进行了制度重构，相信在不久的将来，这一制度将愈发具有生命力和实践价值。



郑华
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

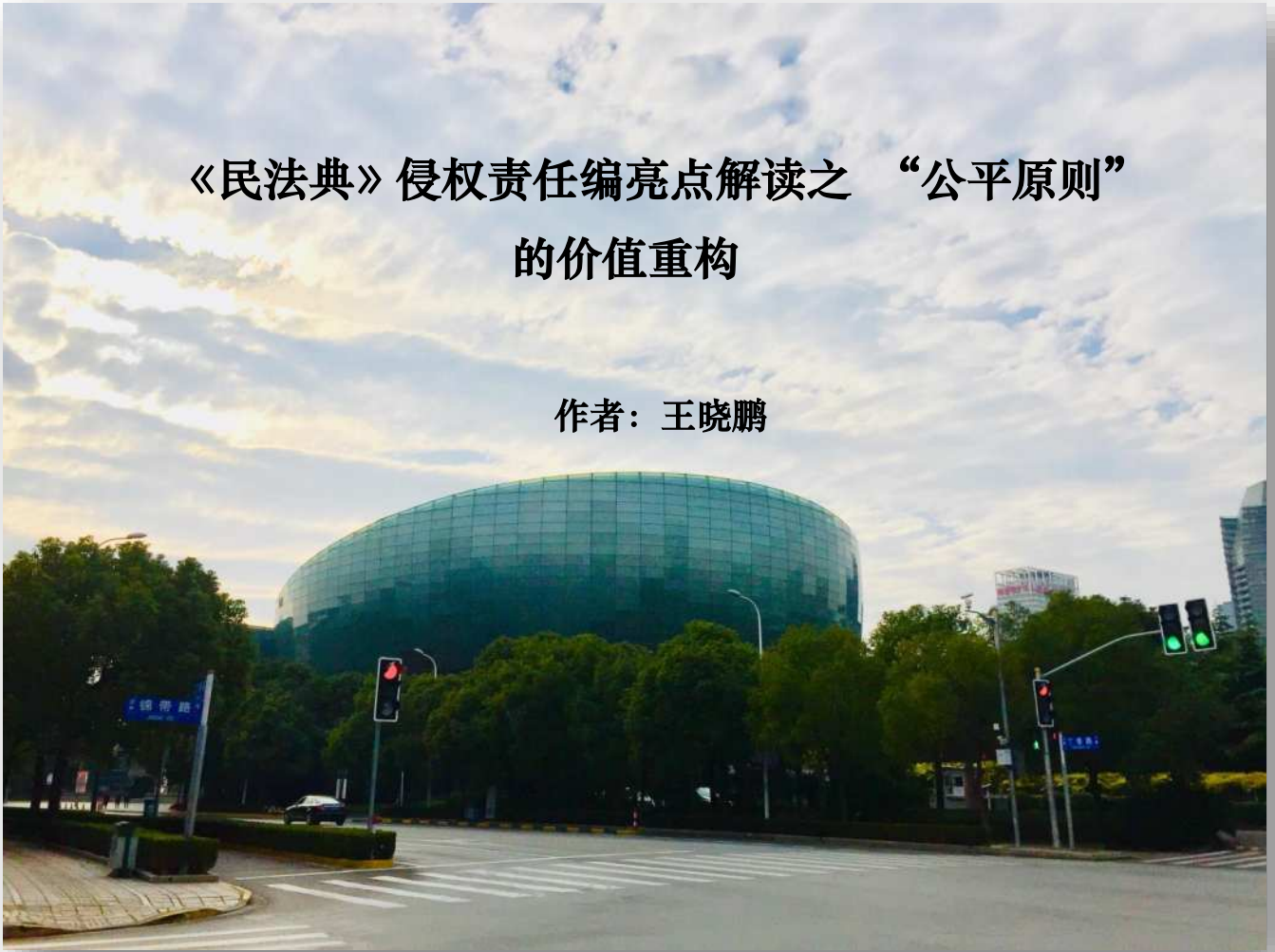
[1] 鸠利亚诺·克里弗：《罗马法中的用益权问题》，薛军译，费安玲主编：《学说汇纂》第2卷，北京：知识产权出版社，2009年，第111页。

[2] 梁慧星：《关于民法典分则草案的若干问题》，载《法治研究》2019年第4期。



《民法典》侵权责任编亮点解读之 “公平原则” 的价值重构

作者：王晓鹏



《民法典》正式审议通过，其中关于侵权责任的规定，从《侵权责任法》走到了侵权责任编。施行了近十年的《侵权责任法》其立法技术和司法适用可以说都是成功的，是我国司法实践中处理侵权案件的重要依据，作为法定之债的重要代表的侵权损害赔偿之债，和合同之债各自独立成编，侵权责任编的意义和亮点有哪些，我们先从最具代表性的“公平原则”的价值重构谈起。

一、侵权责任独立成编的意义

2020年5月28日，第十三届全国人民代表大会第三次会议审议通过了《中华人民共和国民法典》，本次审议通过的民法典共计七编一附则，共计1260条，分为总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编，我国《民法典》将民法理论中传统的债权中的意定之债和法定之债进行了拆分，设置为独立的合同编（包括准合同分编）和侵权责任编，分别对应债权法中的合同之债和法定之债中的不当得利、无因管理和侵权损害赔偿之债。

侵权责任独立成编有其独特的意义，一方面本编是对于之前的《侵权责任法》、各单行司法解释和其他法律中关于民事侵权责任条款的汇总和提炼，吸取了原有的立法成果和司法实践的有

益经验；另一方面，本编体现了《民法典》权利保护法的属性。《民法典》中记载的权利，毕竟是抽象的，对于我们每个人而言，写在纸面上权利，如何才能转化为看得见，摸得到，实实在在的利
益，除了在《民法典》中对于权利本身，也就是本权的设立、生效、行使、变更、终止等进行确认以外，更为重要的一点是，当民事权利受到侵害的时候，法律能够提供及时、有效的保护，民事权利才不至于成为无根之水，无本之木，而《侵权责任编》解决的正是当民事权利受到侵害以后，应当如何进行保护的
法律问题。因此侵权责任编作为整个《民法典》的最后一编，从编纂体系上看，属于兜底保护安排；从立法价值上，属于损害救济手段，不可或缺。

二、《民法典》侵权责任编的十大亮点

本次新编纂的《侵权责任编》和已有的《侵权责任法》相比，继承了《侵权责任法》的基本内容，新增了十三条内容，对原有的四十五条内容进行了不同程度的修改，这其中有文字修改，使得原有的法条逻辑更加完整；还有一些

修改是对于原有的立法价值取向进行了颠覆性的重构，比如本文接下来要介绍的对于“公平原则”的重构。笔者认为，此次《民法典》侵权责任编共有以下十大亮点：

一、调整了过错相抵原则的适用范围（1173条）；二、新增了“自甘风险”免责事由（1176条）；三、新增“自助行为”规定和行使规则（1177条）；四、重构公平原则的价值取向（1186条）；五、扩大惩罚性赔偿的适用（1185条、1232条、1207条）；六、完善网络侵权案件中的避风港原则、反通知规则和红旗原则的适用（1194条、1195条、1196条、1197条）；七、“好意同乘”致搭乘人损害的责任承担（1217条）；八、完善缺陷产品召回制度（1206条）；九、规定破坏环境、破坏生态的公益诉讼制度；十、修改高空抛物致人损害侵权责任的规定（1254条）。

这些亮点中，有些内容来源于其他法律法规中有关民事侵权的规定，比如

扩大惩罚性赔偿的适用；有些是来自于对人民群众呼声较高的社会热点事件的回应，比如对高空抛物致人损害责任进行修改，对“好意同乘”进行规定，“自甘风险”和“自助行为”的立法确认；有些是适应社会现实的发展变化，对于新型侵权行为的回应，比如网络侵权案件中避风港原则、红旗原则，反通知规则的完善，比如公益诉讼制度的确认；还有些是直接对于原有立法价值取向的重构，比如过错相抵原则的扩大适用，公平原则的重构。

对于上述十大亮点，笔者将选取其中部分内容进行系列解读，本文将首先解读《民法典》侵权责任编中对于公平原则的价值重构。

三、“公平原则”的价值重构

1. “行为人”和“受害人”；“侵权人”和“被侵权人”

侵权责任的全称是“侵权损害赔偿”，行为人的行为（包括作为或不作为）导致受害人的民事权益受到了损害，该种行为具有法律上的可归责性，行为人即承担相应的侵权责任。现实生活中，行为人的行为是一种客观状态，行为客观上造成了受害人的损害，却并

不一定构成侵权责任。事实上，在《侵权责任法》中，除了适用无过错责任的特殊侵权责任以外，其他的侵权责任都是适用过错责任归责原则（包括“过错推定”），即行为人主观上存在过错，因过错实施了特定的客观行为，该行为

导致了受害人的损害，由法定的主体承担侵权损害赔偿责任。

一种行为是否构成侵权行为，行为人是否应当承担侵权责任，应由法律规定。如果加害行为不具备法律上的可归责性，那么双方的称呼就是“行为人”和“受害人”，这样的称呼，仅基于对于客观事实的中立陈述，不存在价值判断，在此种表述下，行为人很可能无需承担任何民事责任，比如，《民法典》第1174条规定：“损害是受害人故意造成的，行为人不承担责任。”

2. 公平原则“公平”么？

何为公平原则？根据《侵权责任法》第24条：“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。”从《侵权责任法》的规定可以看出，公平原则并不是一种责任承担原则，首先双方的称谓为“行为人”和“受害人”；其次，发生损害以后，双方分担的是“损失”不是“责任”。从法条中这样的表述可以看出，公平原则其实并非是一种责任承担，应该是损害发生后，在不可归责于行为人和受害人的情况下，对于受害人所遭受的损失，进行的一种人道补偿。这样

如果加害行为属于法定的侵权行为，双方的称呼就变成“侵权人”和“被侵权人”，这样的称呼体现了法律对行为的价值评判，即法律已认定行为人的行为符合侵权责任的构成要件，在这样的身份下，被侵权人有权请求侵权人或其他责任承担主体承担侵权损害赔偿责任。所以，当我们在阅读法条，特别是涉及侵权责任的法条的时候，要仔细甄别法条中对于法律关系各方主体的称谓，不同的称谓体现的是背后不同的价值评判和可能的责任承担方式。

的规定看起来体现了一种立法的温情，让受害人遭受的损失可以得到一定的补偿，显得“公平合理”。但是实践中最大的争议恰恰来自本条中“根据实际情况”这句话，既然“公平原则”属于“例外性”的特殊赔偿规则，理应严格其适用范围，区别于一般侵权责任和特殊侵权责任，以免影响到已有稳定的侵权责任归责原则及适用。如果在适用“公平原则”的时候，赋予裁判者“根据实际情况”来进行判断，相当于赋予个案中的裁判者过多的自由裁量权，导致类似案件法律适用的不同。



关于公平原则适用的争议,从 2017 年 5 月闹得沸沸扬扬的“电梯劝人吸烟猝死案”中可见一斑。本案中,段某在乘坐电梯的过程中在电梯内吸烟,同乘人员杨某进行劝阻,两人发生言语冲突,经过物业人员劝阻分离,杨某离开物业办公室,段某在自行离开的途中,突发心脏病猝死。段某的家人将杨某诉至郑州市金水区人民法院,要求杨某赔偿 40 万元。金水区人民法院一审认为杨某的行为和段某的死亡之间并无必然的因果关系,但是段某确实是在于杨某言语争执后猝死,根据公平原则之规定,判决杨某补偿段某家属 15000 元。本案一审判决后,段某家属认为杨某存在过错,杨某的行为与段某的死亡之间存在因果关系,本案适用公平原则错误,提起上诉。郑州市中级人民法院经过审理认定,杨某属于正当劝阻行为。其与段某之间也没有发生肢体冲突和拉扯行为,也没有证据证明杨某有其他不当行为。杨某没有侵害段某生命权的故意或过失,其劝阻段某吸烟行为与段某死亡之间并不存在法律上的因果关系,因此,杨某不应承担侵权责任。本案中,杨某劝阻段某在电梯内吸烟,是自觉维护社会公共

秩序和公共利益的行为,一审判决判令杨某分担损失,让正当行使劝阻吸烟权利的公民承担补偿责任,将会挫伤公民依法维护社会公共利益的积极性,既是对社会公共利益的损害,也与民法的立法宗旨相悖,不利于促进社会文明,不利于引导公众共同创造良好的公共环境,因此一审判决判令杨某补偿 15000 元错误,二审法院依法予以纠正,遂撤销一审判决,驳回段某家属的全部诉请。

从上述案例也可以看出,如何适用公平原则?是否应该适用公平原则?两审法院认定是截然不同的,笔者认为二审法院的认定显然更加符合法律规定和社会普遍认知。

侵权责任法具有一般预防和特殊预防的双重社会功能,就一般预防而言,社会普通大众应能通过侵权责任法的规定预测出自身行为可能产生的不利后果;就特殊预防而言,个案中的行为人,应当认识到行为与损害后果之间的因果联系,其行为具有可归责性,应该承担侵权责任。

就侵权责任的归责原则来说,行为的可归责性是承担侵权责任的基础。比如过错责任原则是基于侵害行为人本身



的过错行为而承担损害赔偿，而无过错责任原则是由于它调整范围内的活动都具有不同于一般的危险性，基于其高度危险性而由法律规定的一种特殊侵权责任。但是“公平原则”的救济更倾向于一种社会保障性质的救济，社会保障救济的职能，不应由侵权责任法来承担，

3. 《民法典》侵权责任编对于“公平原则”的重构

此次《民法典》在侵权责任编中对于原有的公平原则进行了价值重构，新的公平原则规定在第1186条：“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，依照法律的规定由双方分担损失。”

从侵权责任编中新的规定可以看出，民法典实施后，公平原则的适用，裁判者不得随意自由裁量，只有法律有明确规定的情形下，才能适用。立法者的考量应是，适用公平原则要求行为人承担补偿义务，本就是一种侵权责任法上的例外情形，如果基于人道主义，受害人的利益需要考虑和保护，那么在行为人的行为不具备可归责性的前提下，要求其承担补偿责任更需要慎重，只有在法律有明确规定的情况下才能适用，不得自由裁量。

如果不严格限制“公平原则”的适用，在实践中就容易出现裁判机关以“伤者为大、死者为大”的传统道德观念左右司法裁判的倾向，看似对于伤者、死者提供了补偿，但是却损害了行为人的利益，造成了一种实质的不公平。

具体到《民法典》中，有以下一些条文涉及到公平原则的法定适用情形，分别是：

第182条第二款：“危险由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任，可以给予适当补偿。”

第183条：“因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任，受害人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。”

第1190条：“完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的，应当承担侵权责任；没有过错的，根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。”



第 1254 条，高空抛物致人损害案件中，“经调查难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”

从上述法律规定中可以看出，《民法典》实施后，能够适用公平原则的情形将大为减少，适用的条件也简单明确。这样的规定从立法上扭转了之前《侵权责任法》中“公平原则”看似公平，实则价值失衡的适用问题，让侵权责任的

承担真正回归到以行为具备可归责性这一基础上来，不管是社会普通民众还是个案中的行为人，都可以对自己的行为是否应承担侵权责任或承担补偿进行一个合理预期和判断，不至于对结果产生一种不确定性的认知，从而削弱法律的稳定性和可预期性。此次的修改也让侵权责任编真正回归到损害赔偿法的法律属性，无需过多的承担社会保障法的职能属性。

结语

笔者认为，《民法典》对于施行了十年的《侵权责任法》中的“公平原则”的修改，体现了立法者的勇气和担当，回应了社会的发展和司法实践中遇到的难题。既然要追求例外性的“公平”就要严格限制法外适用的裁量空间，个案中的实际恰恰不应该是主要考量的因素。公平的价值，不是要一味的追求偏向受害人，公平的价值更应该体现在法律的严肃性和价值取向的衡平与谦抑，要对双方进行平等的保护，以免厚此薄彼，造成适用上的混乱与实质的不公。



王晓鹏

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



《民法典》中国王的一生

作者：胡晓萍、李宁

《民法典》来了，它真的来了！

2020年5月28日正式表决通过！

中国法律史上

历史性时刻 里程碑事件

那么，《民法典》生效之后

会对汉斯国王的一生产生哪些影响呢？

一、胎儿篇

冰雪国的老国王日夜操劳国事

突然驾鹤西去

留下了王后和肚子里的小王子汉斯

以及千千万万的财富

那么，问题来了

汉斯小王子可以继承老国王的财富吗？

《民法典》胎儿也享有继承权

第十六条：涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力；但是，胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。

第一千一百五十五条：遗产分割时，应保留胎儿的继承份额。胎儿娩出时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。



汉斯小王子出生之后
继承了老国王留下的遗产
并成为了新一任的国王

二、结婚篇

一转眼，年轻的汉斯国王也到了结婚的年龄
寻寻觅觅 觅觅寻寻
汉斯国王终于找到了属于他的“白雪公主”
两人很快步入了婚姻的殿堂
婚后，汉斯国王发现公主患有很严重的疾病
于是汉斯国王陷入了纠结

《民法典》第一千零五十三条 隐瞒疾病可撤销婚姻

一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。



最终，真爱战胜了疾病
汉斯国王和公主开始了幸福的生活
小王子和小公主也降临了

三、离婚篇

爱情即使比钻石还坚固
但也抵不过生活的柴米油盐酱醋茶
汉斯国王向公主提出了协议离婚



两人前往婚姻登记机关申请了离婚登记
婚姻登记机关给了他们三十天的离婚冷静期

《民法典》第一千零七十七条 协议离婚冷静期

自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。

前款规定期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。

汉斯国王感慨良多

几经思考之后

汉斯国王向婚姻登记机关撤回了离婚登记申请

四、遗嘱篇

白发苍苍 耄耋之年

一生已到了尾声

汉斯国王开始考虑起了身后事

汉斯国王先给了小王子一份“公证遗嘱”

后来又给了小公主一份“打印遗嘱”

应以哪份遗嘱为准？





《民法典》 废除公证遗嘱效力优先，新增打印遗嘱和录像遗嘱

第一千一百三十六条：打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日。

第一千一百三十七条：以录音录像形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像，以及年、月、日。

第一千一百四十二条：遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。

立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

汉斯国王在小王子和小公主的陪伴之下

离开了人世

小王子和小公主各拿出一份遗嘱

法官宣布“以最后的打印遗嘱为准”

汉斯国王的一生就此结束

从出生到死亡

每时每刻 都与民法典息息相关

权利、义务 伴随我们终生

法律是我们必不可少的生活常识

《民法典（草案）》重点解读系列课程精彩回顾

十三届全国人大三次会议将于 2020 年 5 月 22 日在北京召开，举世瞩目的《民法典》也即将正式颁布。学无止境，方有未来。七方学堂在民法典正式审议通过之前，采用在线直播的方式，邀请了事务所 9 位合伙人在线提前分享《民法典（草案）》的各编内容，吸引了大量的朋友前来学习交流。4 月 7 日至 4 月 29 日，民法典系列课程 9 期法律直播课程已经全部完美收官。

以下是本次系列课程的介绍和回看二维码，欢迎感兴趣的读者朋友们扫码参与学习讨论！

第 66 期讲座

由七方所副主任、公司与税务法律服
务部主任周松涛律师主讲《民法典（草
案）》总则，周律师以生动的图表以及案
例为大家详细讲解了民法典起草过程、民
事权利能力及民事行为能力、民事主体、
民事权利、民事法律行为、民事责任等六
大内容。扫码回看



第 67 期讲座

由七方所副主任、公共法律服务部主
任廖潇歌律师主讲《民法典（草案）》中
的物权编第一分编至第三分编。廖律师通
过对《物权法》和《民法典（草案）》的
修改、新增内容进行逐条的对比分析，结
合案例列举的方式，重点讲解了如下问
题：1、不动产登记制度对不动产征收诉
讼的影响；2、《民法典（草案）》对征
收人的付款义务的严格限定；3、《物权
法》、《物业管理条例》与《民法典（草
案）》中有关建筑物区分所有权中有关业
主大会选举表决、公共维修基金等的不同



规定；4、土地承包经营权流转的新方式、公司设立入股的新规定及具体步骤；5、《民法典（草案）》新设立的居住权规定等。



第 68 期讲座

由七方所高级合伙人、劳动法律服务部主任谢亦团律师主讲《民法典（草案）》之合同通则编。谢律师通过细致地梳理法条与案例分析，为大家解读了合同中涉及的八大内容：1、合同的一般规定；2、合同的订立；3、合同的效力；4、合同的履行；5、合同的保全；6、合同的变更和转让；7、合同的权利和义务；8、合同的违约责任。

解读《民法典》



第 69 期讲座

由七方所高级合伙人、民商事与保险法律服务部主任李伟锋律师主讲《民法典（草案）》第三编合同中的第二分编 9 至 17 章。李律师结合具体的法条以及实务案例，为大家详细讲解了买卖合同、供电合同、赠与合同、借款合同、保证合同、租赁合同、保理合同、承揽合同等多类合同的具体规定及注意事项。





第 70 期讲座

由七方所高级合伙人、建设工程与房地产法律服务部主任席绪军律师主讲《民法典（草案）》第三编合同中的第二分编 18 至 27 章以及第三分编。席律师结合结合具体实践案例，与之前的合同法以及司法解释的相关内容进行对比，为大家详细解读了建设工程合同中涉及到的各个问题：1、建筑工程合同的种类、形式；2、纠纷管辖；3、招标投标；4、合法或违法的发包与承包；5、勘察、设计、施工合同的必备条款；6、质量检查和竣工验收；7、各主体的法律责任。



第 71 期讲座

由七方所管理合伙人、股权与投融资法律服务部主任李剑律师主讲《民法典

（草案）》第二编物权中的第四分编担保物权以及第五分编占有。李律师结合实务经验与相关案例，解析了以下四个问题：删除“耕地”不得抵押的寓意何在？流押流质条款不再无效？未经抵押权人同意抵押人也可以转让抵押财产？实现抵押权、质权和留置权的顺序变了？



第 72 期讲座

由七方所高级合伙人、知识产权法律服务部主任谢茂林律师主讲《民法典（草案）》第四编人格权，谢律师从以下七个内容为大家全面讲解了人格权编的一般规定及各类子权利的具体规定：1、人格权编概述；2、一般规定；3、生命权、身体权和健康权；4、姓名权和名称权；5、



肖像权；6、名誉权和荣誉权；7、隐私权
和个人信息保护。



第 73 期讲座

由七方所高级合伙人、婚姻家庭法律服务部主任胡晓萍律师主讲《民法典（草案）》第五编婚姻家庭以及第六编继承。胡律师通过梳理立法改革以及对比分析《婚姻法》、《继承法》与婚姻家庭编、继承编的具体规定，为大家详细解读了婚姻家庭编涉及的六大新增、三大变化以及实务热点，并细致分析了继承编的五大修改与两大制度。

解读《民法典》



第 74 期讲座

由七方所高级合伙人、企业合规法律服务中心副主任王晓鹏律师主讲《民法典（草案）》第七编侵权责任，王律师首先从《民法典（草案）》的编纂体系分析了侵权责任单独成编的意义，之后通过详细的法条梳理与实务案例，从侵权责任的保护范围、责任主体、归责原则等方面详细解读了从侵权责任法到侵权责任编中侵权责任的变与不变。





为什么显失公平的合同难以撤销？

作者： 吕小萌

合同建立在契约自由的基础之上，契约自由意味着合同当事人可以自由选择交易的对象、自由设定交易的条件，相应的，也要承担一定的市场风险。正是由于法律对交易双方的保护，已经订立的合同在正常情况下都是不可以撤销的，除了法律规定的几种特殊情况。今天要说的就是可能会导致合同撤销的主要事由之一——显失公平。

合同撤销权中的显失公平，是指一方当事人不是出于自己的真实意愿签约，对方当事人因此获得不正当利益而导致的利益失衡。如前所述，我国民法体系同样遵循“合同自由原则”，显失公平的规定对于合同自由而言既是一种保护但也是一种限制。这就造成了一种矛盾——法律提供了救济的途径，但是这个途径本身是非常难走的。也许正是这个原因，实务中以显失公平为由否定合同效力的案例并不多见。那是什么原因导致显失公平的合同很难被撤销呢？笔者认为，以下三个原因是关键：

原因一：《民法总则》将乘人之危与显失公平“合二为一”，实际上提高了显失公平的认定门槛。

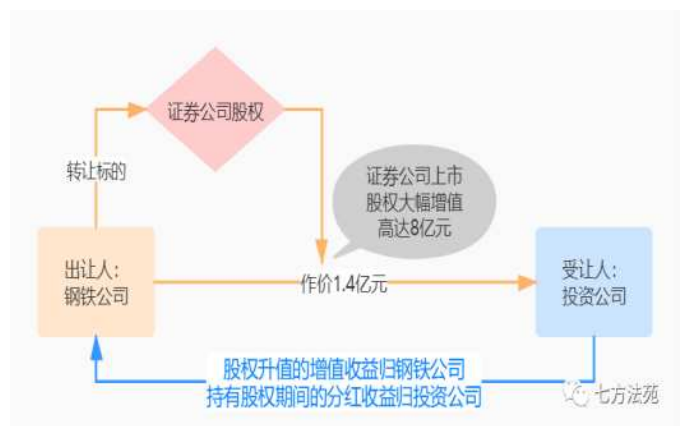
法律上对“显失公平”的规定经历了数次变化，总体的趋势就是构成要件越来越严格，认定门槛不断提高。1988年《〈民法通则〉意见》将显失公平解释为“一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的，可以认定为显失公平”；1999年《合同法》明确了“因重大误解订立的”或者“在订立合同时显失公平的”合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销；2017年《民法总则》不再沿用《〈民法通则〉意见》的定义，而是规定：一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

因此，在显失公平的问题上，《合同法》是将显失公平与乘人之危作为两类不同的可撤销或者可变更合同事由，而《民法总则》则将二者合并为一类可撤销合同事由。我们暂不讨论将乘人之危作为显失公平的条件的合理性，但是相较于之前《〈民法通则〉意见》的规定，《民法总则》规定下的显失公平的认定门槛显然提高了。毕竟“利用对方处于危困状态、缺乏判断能力”已经有些“恃强凌弱”的意味了，显失公平与胁迫、欺诈（这两者也是可能导致合同被撤销的事由）之间的界限越来越模糊。

原因二：是否显失公平只看合同成立之时，只要不违背合同订立的初衷，即使交易结果不公正也不能认定为显失公平。

实务中，认定合同是否构成显失公平，是以“订立合同时”为判断时点的，同时还要结合合同约定的权利义务、缔约背景和目的等因素综合认定。换句话说，即使签订合同时约定了部分看似“不公正”的条款，但是如果这种“不公正”也是建立在双方合意的基础上的，那就是“一个愿打一个愿挨”了。事后因为种种原因，当时“吃亏”的一方反应过来，再要求以显失公平撤销合同的，法院基本都不会支持。毕竟法律对显失公平进行认定时，并不会对交易结果的公平性进行评价。下面我们来看一个经典的股权转让纠纷案例。

案情简介：2009年，为配合证券公司上市，钢铁公司将所持证券公司股权作价1.4亿元转让给投资公司，约定“受让方未来对外减持或转让证券公司股权所获全部增值收益”归钢铁公司。2014年，投资公司以受让股权现值8亿元、其4年来只获得8000万余元股利、前述条款显失公平为由诉请确认无效。（案例指引：江苏高院（2014）苏商初字第0016号）



本案中，投资公司主张案涉争议条款显失公平理由是，案涉股权升值所带来的几亿元增值收益全部归属钢铁公司，而投资公司仅能获得8000余万元分红款。股权转让合同履行后，双方收益数额悬殊巨大，因此投资公司认为股权转让协议显失公平。由此可见，投资公司的立场是——“交易结果不公平”说明签订的协议不公平。但是法院认为，认定争议条款是否显失公平应以“订立合同时”为判断时点，以双方约定的权利义务为判断对象，如果脱离了合同订立背景，脱离了合同本



身关于双方权利义务约定，也就不符合法律规定的显失公平认定标准了。

从合同签订背景及约定内容分析，投资公司在预判案涉股权将在证券公司上市后增值的情况下，仍明确约定未来增值收益归钢铁公司所有，表明投资公司签约时所预期的投资收益并不包括股权增值收益部分。而且在本案中，投资公司作为有法人资格的独立商事主体，在合同中明确表述其投资收益不包括案涉股权增值收益部分，故双方之间可能出现的收益差距属于合同订立时其应能预见范围。综合考虑上述签约背景因素，探求当事人本意，法院认为股权转让方钢铁公司旨在获得股权未来增值收益，而股权受让方投资公司旨在通过享有除增值收益之外的分红权等其他股东权利获取相应收益。双方当事人据此安排合同内容并无不妥，关于双方当事人主要权利义务的约定并无不公平之处。因此法院最终判决驳回了投资公司的诉请。

原因三：显失公平在实践中采取主客观相结合的认定规则，对主观方面的证据要求较高。

法院审查当事人的合同撤销权是否成立，一般通过主、客观两方面的构成要件进行考察和认定：一是主观上，是否存在一方当事人利用了对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，使对方在违背真实

意思的情况下订立合同；二是客观上，是否造成当事人之间在给付与对待给付之间严重失衡或利益严重不平衡。在这种主客观相结合的认定规则下，仅在客观上存在利益失衡尚不足够，仍然需要有充分证据证明当事人是“不得已而为之”，而主观方面恰恰是难以证明的。下面再来看一个未能成功撤销合同的案例。

案情简介：西藏中太公司由于资金周转问题，难以继续经营，于2017年5月与柳梧城投公司签订了《收购协议》，柳梧城投公司以4.7亿元整体收购了西藏中太公司。《收购协议》履行后，西藏中太公司主张收购价格偏低，《收购协议》的签订系乘人之危，且结果显失公平，要求撤销。（案例指引：(2019)最高法民终760号）



本案二审法院即采取主客观相结合的认定规则。法院认为，就主观要件而言，西藏中太公司由于自身资金链断裂，无力清偿高额债务，危及债权人利益，是产生本案《收购协议》的直接原因。收购价格虽然定义于“成本价”，但其出发点仍然是“商讨”，表明西藏中太公司与柳梧城



投公司签订《收购协议》是在平等协商的基础上进行的，因此主观上法院认为柳梧城投公司没有利用西藏中太公司处于危困状态的情形，显失公平的前提条件并不存在。就客观要件而言，收购价格是双方在第三方评估鉴定结果的基础上商定的最终收购价，并未违反公平合理原则。因此不能得出收购价严重偏离市场价，造成双方利益严重失衡的结论。最终法院未支持西藏中太公司要求撤销《收购协议》的诉请。

结语

当事人在交易中的利益失衡经常发生，而且此种失衡往往是当事人所应承担的正常的交易风险。只有利益失衡超出了社会公平观念所能容忍的界限，破坏了正常人所具有的道德标准时，法律才应当对其进行干预，这时才是合同撤销权中的显失公平发挥作用的时候。如果在合同签订之时抱有侥幸心理，对风险的把控不够谨慎，等交易结果与预期不一致时再提起合同撤销之诉，这时能够得到支持的概率已经微乎其微了。正是因为显失公平的“准入标准”太高，各个法院在适用上也是慎之又慎，所以建议大家在签订合同时务必对交易结果做好充足的预判，通过设计周密的合同条款来规避可能发生的各种风险，这样即便将来真的出现显失公平的结果，前期充分的准备也能为合同的撤销增加不少筹码。



吕小萌 律师

上海七方律师事务所 律师
公司与商事法律服务部 律师

业务方向：股东纠纷、公司法律事务

“不破”的租赁，如何去破解？

作者：李伟锋

“买卖不破租赁”是大家熟知的原则，有些债务人借此来逃避债务。实务中当债权人好不容易通过诉讼取得胜诉，将要执行债务人名下的房产时，有时候却会碰到第三方提出异议。第三方称该房屋早已被其租赁，并且租赁时间往往很长，租赁费用早已消耗殆尽等。此种往往为债务人与第三方合谋而为的虚假租赁。如果认同该租赁，则债权人实际将难以执行该房产。该如何破解此类问题呢？

案例

2017年1月3日，法院受理了浦发银行与A公司等金融借款合同纠纷一案。审理过程中，浦发银行申请财产保全，2017

年1月18日法院查封了A公司名下两处房屋。经二审判决确认，浦发银行对被保全的房屋享有第二顺位的优先受偿权。2018年1月19日，浦发银行向法院申请强制执行。案外人B公司以系争房屋在抵押前就已经承租为由提出执行异议，被驳回执行异议后，又起诉要求对系争房屋进行带租拍卖。

法院裁判理由

本案中，2015年9月16日，申请执行人浦发银行与A公司已经就案涉房屋办理了抵押登记手续。虽然A公司与B公司签订的《房屋租赁合同》打印的签订时间为2015年3月25日，但是B公司无其他



证据证明该合同实际签订时间即为 2015 年 3 月 25 日，亦无其他证据证明其在此后即已取得涉案房屋的租赁权，对该房屋实际占有使用，故其不能证明取得的租赁权时间先于浦发银行的抵押权设立登记时间。法院最终判决驳回 B 公司请求。

法律规定

《中华人民共和国物权法》第一百九十条规定，“订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。”

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第三十一条“承租人请求在租赁期内阻止向受让人移交占有被执行的不动产，在人民法院查封之前已签订合法有效的书面租赁合同并占有使用该不动产的，人民法院应予支持”“承租人与被执行人恶意串通，以明显不合理的低价承租被执行的不动产或者伪造交付租金证据的，对其提出的阻止移交占有的请求，人民法院不予支持”

破解虚假租赁要义

一、法律适用要义

鉴于前述的法律规定，承租人如果是在相关不动产被抵押或被查封前既已签署了书面租赁合同的，并占有使用该不动产的，其仍然可以继续占有使用承租房产。这就对房屋的拍卖执行造成了很大的障

碍。实践中甚至发生第三方主张其已签署长达数十年的租赁合同。

在此情况下，债权人需要去推翻或否定租赁合同，才能使执行能够顺利进行。但单纯根据法律规定，要去证明该租赁合同签订在抵押合同之前，其实并不容易，在举证上存在很大的困难。从实务情况看，对租赁合同的真实性、合法性和承租人是否占有使用不动产，就成了关键内容。

二、司法实务要义

从司法实践看，法院在此类案件中，对租赁合同的审查，并不需要从确定无疑的证据来证明租赁合同是否伪造或虚假，而是从合同性质、合同内容等多方面，从合理性的角度来对案件进行判定。

1. 从合同的性质去判断：有些合同，虽然合同双方签订的是租赁合同，承租人也真实占有使用租赁物，但出租人缔约目的并不是为了收取租金。对此，债权人可以主张，该合同并不是属于租赁合同，从而排除租赁合同对执行的对抗。例如在某案中，在债务发生前，承租人与出租人签订《房屋租赁合同》，约定以其给出租人的借款的利息折抵每月租金 1 万元，租赁期限 20 年。法院认为该《房屋租赁合同》实质上是承租人以取得房屋 20 年租赁权作为出租人所欠债务利息的保证，属于以租抵债性质，不符合租赁合同的法律特征，其基础法律关系属于民间借贷性质。

2. 从合同的真实性去判断：(1) 合同

签订的真实时间。许多虚假的租赁合同，系为对抗执行而事后签署。通过“倒签”合同形式将租赁合同签订时间签在抵押权设立或财产查封之前。但也有部分债务人故意不签合同时间或自称签约时未写时间，是事后补签予以狡辩。债权人很难判断租赁合同签订的具体时间，如果两者相差时间较长，可以进行司法鉴定。法院也可以要求承租人举证证明其签订时间的真实性。(2) 对特殊的签订时间点进行否定。某案中，某能源公司以其所有的土地及地上物自 2014 年 7 月 4 日以来连续地为其向某银行宁德分行借款提供抵押担保。前一抵押权登记于 2015 年 6 月 25 日注销，后一抵押权于 2015 年 6 月 26 日登记。案涉该能源公司与承租人公司签订的《租赁合同》载明“合同签署日期：2015 年 6 月 25 日”，法院最终认为“现有证据无法证明该合同签署于 2015 年 6 月 25 日抵押登记注销后至 2015 年 6 月 26 日抵押登记设立前这一期间，故尚难以确认案涉租赁合同签订时，租赁物上不存在已登记的抵押权。”

3. 从合同内容和履行的合理性去判断：(1) 租金的支付：租金支付是租赁合同履行的主要内容，如果租金未支付或拿不出支付凭证，那么可以认为租赁合同并未实际履行，租赁不真实。但更隐蔽的是，有些合同故意设计把租金的支付时间推迟延长到相当长的时间，造成从合同上看，

过几年才需要支付租金。也有的债务人与他人比如自己的亲属恶意串通，一次性支付长期租金或者大额租金，并且进行转账，也能提供支付凭证。此种情况，不能简单地以租金是否支付来判断，而应该从合理性的角度来分析。这些操作方式都与正常的合同租赁或生活常理相悖。(2) 合同内容和履行是否符合商业惯例。比如合同双方均无法定代表人签字或盖章，也无经授权的代理人签字，与一般公司间签订重大合同的形式不符，租赁双方均未对此作出合理解释。比如双方所称的租赁合同在法院进行执行后才去进行备案，比如合同约定的租金价格明显低于正常价格。

4. 从是否占有租赁物去进行判断。承租人显然需提供证据来证明自己是否占有。而司法审查也需对其进行分析，判断其证据的合理性。比如，可以要求承租人提供相应租赁时间内的水、电、煤等的交付凭证。比如，进行现场勘查，要求承租人说明其对租赁物的使用情况，判断其是否属于合理范围。比如，要求承租人就租赁物的交接等履行《租赁合同》项下交付租赁物义务的具体行为提供相应的证据证明；要求承租人就其占有租赁物之外观及公示效果提供相应的证据证明。比如，判断承租人对租赁的占有使用与其支付的租金之间的是否构成合理的对应关系。



个人信息主体的五大权利

作者：谢茂林



个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息,包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱地址、行踪信息等。我国法律明确规定自然人的个人信息受法律保护,国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会也于近日正式对外发布了国家标准《信息安全技术 个人信息安全规范》(GB/T 35273-2020, 下称《规范》),并定于2020年10月1日实施。

《规范》在2017年版本的基础上进行了修订,对个人信息的收集、储存、使用等各个方面做出了明确规定,并规定了个人信息主体[1]有权查询、更正、删除、撤回授权、注销账户、获取个人信息副本。本文对个人信息主体享有的五大权利梳理如下:

一、个人信息收集的知情与同意

除了一些特殊例外情形,收集个人信息,应向个人信息主体告知收集、使用个人信息的目的、范围和方式等规则,并获得个人信息主体的授权同意。授权同意行



为包括通过积极的行为做出授权（明示同意），或者通过消极的不作为作出授权（如信息采集区域内的个人信息主体在被告知信息收集行为后没有离开该区域）。不必征得个人信息主体授权同意的例外仅限于以下情形：

◆ 与个人信息控制者履行法律法规规定的义务相关的；

◆ 与国家安全、国防安全直接相关的；

◆ 与公共安全、公共卫生、重大公共利益直接相关的；

◆ 与刑事侦查、起诉、审判和判决执行等直接相关的；

◆ 出于维护个人信息主体或其他个人生命、财产等重大合法权益但又很难得到本人授权同意的；

◆ 所涉及的个人信息是个人信息主体自行向社会公众公开的；

◆ 根据个人信息主体要求签订和履行合同所必需的；

◆ 从合法公开披露的信息中收集个人信息的，如合法的新闻报道、政府信息公开等渠道；

◆ 维护所提供产品或服务的安全稳定运行所必需的，如发现、处置产品或服务的故障；

◆ 个人信息控制者为新闻单位，且其开展合法的新闻报道所必需的；个人信息控制者为学术研究机构，出于公共利益

开展统计或学术研究所必要，且其对外提供学术研究或描述的结果时，对结果中包含的个人信息进行去标识化处理的。

收集个人敏感信息前，应征得个人信息主体的明示同意，需要个人信息主体通过书面、口头等方式主动作出纸质或电子形式的声明，或者自主作出肯定性动作，对其个人信息进行特定处理作出明确的授权。肯定性动作包括个人信息主体主动勾选、主动点击“同意”“注册”“拨打”、主动填写或者提供等行为。个人敏感信息是指一旦泄露、非法提供或者滥用可能危害人身和财产安全，极易导致个人名誉、身心健康受到损害或歧视性待遇的个人信息。通常情况下，14岁以下（含）儿童的个人信息和涉及自然人隐私的信息属于个人敏感信息，如个人财产信息、个人健康生理信息、个人生物识别信息、个人身份信息以及个人宗教信仰、婚史、性取向、通讯录、行踪轨迹、精准定位等信息。

收集个人生物识别信息前，应单独向个人信息主体告知收集、使用个人生物识别信息的目的、方式和范围，以及存储时间等规则，并征得个人信息主体的明示同意。个人生物识别信息包括基因、指纹、掌纹、耳廓、虹膜、面部识别特征等。

收集年满14周岁未成年人的个人信息前，应征得未成年人或其监护人的明示同意；不满14周岁的，应征得其监护人的明示同意。



另外，为保障个人信息主体授权同意的自主权，个人信息控制者应当提供撤回授权同意的方法，保障个人信息主体拒绝接收基于其个人信息推送商业广告的权利。撤回授权同意后，个人信息控制者后续不应再处理相应的个人信息。通过注册账户提供产品或服务的个人信息控制者，应向个人信息主体提供注销账户的方法，且方法简便易于操作。注销过程如需进行身份核验，要求个人信息主体再次提供的个人信息类型不应多于注册、使用等服务环节收集的个人信息类型。注销账户的过程需收集个人敏感信息核验身份时，应明确对收集个人敏感信息后的处理措施，如达成目的后立即删除或匿名化处理等。个人信息主体注销账户后，应及时删除其个人信息或匿名化处理；因法律法规规定需要留存个人信息的，不能再次将其用于日常业务活动中。

二、个人信息的查询

个人信息主体有权向信息控制者依法查阅其个人信息，个人信息控制者应向个人信息主体提供查询下列信息的方法：

- ◆ 其所持有的关于该主体的个人信息或个人信息的类型；
- ◆ 上述个人信息的来源、所用于的目的；
- ◆ 已经获得上述个人信息的第三方身份或类型。

个人信息主体提出查询非其主动提供的个人信息时，个人信息控制者可在综合考虑不响应请求可能对个人信息主体合法权益带来的风险和损害，以及技术可行性、实现请求的成本等因素后，作出是否响应的决定，并给出解释说明。

三、个人信息的更正、补充

个人信息主体发现个人信息控制者所持有的个人信息有错误或不完整的，有权更正或补充，个人信息控制者应为其提供请求更正或补充信息的方法。

四、个人信息的删除

发现以下两种情形，个人信息主体可以要求个人信息控制者及时删除其个人信息：

- ◆ 个人信息控制者违反法律法规规定，收集、使用个人信息的；
- ◆ 个人信息控制者违反与个人信息主体的约定，收集、使用个人信息的。

个人信息控制者违反法律法规规定或违反与个人信息主体的约定向第三方共享、转让个人信息，且个人信息主体要求删除的，个人信息控制者应当立即停止共享、转让的行为，并通知第三方及时删除。个人信息控制者违反法律法规规定或违反与个人信息主体的约定，公开披露个人信息，且个人信息主体要求删除的，个人信息控制者应立即停止公开披露的行为，并发布通知要求相关方删除。



五、个人信息副本的获取

个人信息主体有权向个人信息控制者依法抄录或者复制其个人信息。对于下列两类个人信息，个人信息主体有权获得副本，个人信息控制者根据个人信息主体的请求，应为个人信息主体提供获取个人信息副本的方法，或在技术可行的前提下直接将个人信息的副本传输给个人信息主体指定的第三方：

- ◆ 本人的基本资料、身份信息；
- ◆ 本人的健康生理信息、教育工作信息。

个人信息主体的以上权利应当得到充分保障。个人信息控制者应当积极响应个人信息主体提出的上述权利请求，在规定的时限内依法作出答复或者提供解决方案；应当建立投诉管理机制和投诉跟踪流程，并在合理的时间内对投诉进行响应。

个人信息保护是我国公民享有的一项基本民事权利。任何侵犯个人信息保护的违法行为都应承担相应的法律责任，面临侵权索赔、行政处罚甚至是刑事追责的法律后果。

[1] 个人信息主体：个人信息所标识或者关联的自然人。个人信息控制者：有

能力决定个人信息处理目的、方式等的组织或个人。



谢茂林律师

上海七方律师事务所高级合伙人
上海律协社会矛盾化解业务委员会 委员
上海七方律师事务所知识产权服务部 主任

业务方向：企业经济纠纷、风险防控、知识产权
房地产买卖、租赁和征收补偿



小区与丰巢大战，合法还是合理？

作者：李伟锋



近期，丰巢快递柜宣布推出会员制度，具体的收费如下：普通用户可以免费保管用户包裹 12 小时，超时后，每 12 小时收取 0.5 元，3 元封顶，节假日期间不计费；会员用户，月卡每月 5 元，季卡每季 12 元，有效期内不限保管次数，7 天长时存放。该制度推出后，引发众多关注。据媒体报道，因认为丰巢超时收费“损害业主利益”，杭州东新园小区率先打响了“禁用快递柜”的第一枪，决定对其暂停使用。此后杭州、上海等地一些小区亦宣布停用丰巢快递柜。人民日报对此也发表了评论。

目前，使用丰巢投递快递已成为一个普遍现象。在大众已经习惯了免费使用的情况下，丰巢突然推出 12 小时的收费制度，难免有强制付费之嫌。这里面涉及到的商业因素暂且不论，本文从法律层面讨论丰巢的收费问题。



一、法律关系解读

在丰巢智能柜事件中，一方面存在着快递行业的行政监管关系，快递公司、智

能快递柜相关提供服务企业应当遵守国家行政法规和部门规章，如《快递暂行条例》、《智能快件箱寄递服务管理办法》。

另一方面存在着相关民事主体之间的民事法律关系。就相关民事关系而言，鉴于大多数快递是基于网络购物发生，我们以网络购物为例：

1. 就买家（用户）而言：买家在网上下单购物后，卖家将货物交付给第三方快递公司进行送货。这其中，快递公司属于为卖家服务的第三方，买家与快递公司之间其实并无合同关系。而当智能快递柜出现后，由于快递员将快件投递到快递柜中，买家要到快递柜取件，就不得不成为智能快递柜的用户，在买家和智能快递柜运营企业之间形成了保管合同关系。

2. 就智能快递柜运营企业而言：智能快递柜要进行使用，它需要放置快递柜，需要占用小区场地及使用电源等设施，故需要经过小区同意，企业与小区签署相关场地协议，形成场地租赁关系。另一方面，智能快递柜运营企业又与快递公司之间签署协议，快递公司需要支付相关费用给运营企业，双方之间形成相关智能柜的租赁合同关系。

二、小区可否对丰巢智能柜采取断电停用措施？

据相关媒体报道，丰巢称在入驻小区时都会与小区签署合同，主要是约定要给物业的费用，其中大约 95% 的合同中不包含接下来要对消费者和快递员运营收费的规定和要求。只在个别与小区的合同中做了要求，原因是这些物业对丰巢是不收

费的，或者是租用丰巢的快递柜，这些小区里的丰巢快递柜，对消费者和快递员都不收费。

如果上述说法属实的话，则小区和丰巢之间签署了相关场地租赁协议，无疑合同双方需要按照协议进行履约。如果协议中没有对丰巢是否收费的相关约定和制约措施，那么虽然从情理上说，丰巢改变收费方式会让业主难以接受，但小区并无权因此而采取断电措施，该行为确实很有可能构成违约。

三、用户可以说不是吗？

实际上，对买家或用户而言，最为难以接受的是，快递员往往在未经买家同意的情况下，直接把快件往快递柜中一放了之。如此产生的后果就是，买家不仅并未享受到送货上门的服务，并且还可能要承担保管费用。

根据《快递暂行条例》第二十五条之规定，“经营快递业务的企业应当将快件投递到约定的收件地址、收件人或者收件人指定的代收人，并告知当面验收，收件人或者代收人有权当面验收。”因此，快递公司应当将快递投递到约定的收件地址、收件人或者收件人指定的代收人，并应当告知收件人或者代收人当面验收的权利。

此外国家邮政局公布的《智能快件箱寄递服务管理办法》第二十二条明确规定：“智能快件箱使用企业使用智能快件



箱投递快件，应当征得收件人同意；收件人不同意使用智能快件箱投递快件的，智能快件箱使用企业应当按照快递服务合同约定的名址提供投递服务。寄件人交寄物品时指定智能快件箱作为投递地址的除外。”所以，根据该规定，除非寄件人交寄物品时指定了智能快件箱作为投递地址，否则，快递公司在投递快件前应先征得收件人同意。快递员如未经收件人同意，自行将快递放入智能快件箱，是违反上述规定的。

事实是，之前丰巢并未有任何的技术方式来满足相关法规的要求，也导致了收件人丧失了要求将快递送到家的选择权利。从实际情况看，是否送到家，成了快递员的单方选择。快递链的终端双方，快递员和收件人，其实都是处于相对弱势地位，却变成了矛盾的最终点。

对此，我们认为，作为收件人，完全有权利拒绝将快递送到智能快递柜中。更重要的是，智能快件箱的运营企业如丰巢，应采取相应的技术措施，真正保障用户的选择权。

四、12 小时是合理期限吗？

目前产生争议的另外一个焦点是丰巢提出的 12 小时的免费期限。丰巢认为“后台数据显示快递员派件高峰集中在早上 9 点至 11 点之间，一般 10 点到达峰值。设置 12 小时保管期限就是基于这个派件高峰时段的推算。”

《智能快件箱寄递服务管理办法》第二十五条规定“智能快件箱运营企业应当合理设置快件保管期限，保管期限内不得向收件人收费。”从该条款看，言为之意也认可，在保管期限外也是可以向收件人收费的。而如果收件人自愿和智能快件箱运营企业之间形成保管关系，收费保管也不违反法律规定。该“双头收费”虽不合理，但也合法。

那么，何为合理期限呢？合理的尺度，不能单纯地从企业一方的角度出发考虑，也应当从用户的角度出发。虽然丰巢认为，一般 12 小时已经足够收件人取件。但实际上，对于大多数用户上班族而言，在上班时间内并无取快递的可能。如果保管仅为 12 小时，其实意味着白天投递的快递，用户当天必须取走。12 小时内取走，很可能实际上就演变为用户必须下班取走甚至要及时下班。12 小时实际等于只有一次机会。这对用户来讲，无疑并不合理。

结语

丰巢凭借以往的免费方式开路，已经在市场上占据了很大份额。如今再要收费，用户难免有“韭菜”被收割之感。企业在发展过程中，需要兼顾合法与合理，才能取得好的经济效益和社会效益。



一年免费换新成“噱头”？

知名电商平台玩“甩锅”

作者：王黎君



今天，王律师要给大家讲一个，关于空调的故事……

第一章

低龄神兽还未开学，炎炎夏日却早已来临。夜幕降临时，不开空调，还真的有点辗转反侧的体感热。到了空调使用和安装的高峰期，也到了维修师傅的繁忙季。

于小姐于 2019 年 7 月在某平台购买了一台评论还不错的某牌空调，安装工人告知于小姐除原厂三米管外还需安装加长管并增加费用，于小姐遂决定从实体店购买加长管及安装服务。空调在使用第二天出现不制冷现象，于小姐通过某平台客服报修，商家派了厂家维修人员，此次维

修人员属于厂家的维修人员，维修人员检测后，并没有对出现的问题作出结论，仅仅是将外机加满氟利昂，因正值每年的七月酷暑，空调亦能使用，此次维修就此作罢。

听闻此事，王律师眉头一皱，感觉事情没这么简单。

第二章

转眼间来到 2020 年的 5 月，5 月间的高温来得早了一点，于小姐再次开启应是经上次维修加满氟利昂的空调，发现开至 16 度发现不制冷，又向某平台再次报修。同时，于小姐谨慎地向某平台客服询问作为此空调的消费者有什么权益，卖家在平



台上有什么承诺服务，平台客服截图回复于小姐，卖家在网页上的服务承诺中有一项是一年内免费换新，于小姐随即问客服换新的条件是什么？客服回答，卖家并未在网页有详细介绍，于小姐又问客服，商家是否在网页上及在平台上承诺过对一年换新服务的列出适用有标准？客服答复商家在平台承诺服务时，未详细解释适用标准，也未列明适用标准。于小姐，随后向客服提出，希望卖家兑现一年换新服务。某平台遂表示，需要与卖家沟通后再回复于小姐。

因收到平台维修申请，卖家指派厂家维修人员到于小姐家上门检测问题，开机运行初步判断内机无问题，随后判定是管道问题，却未对原厂出品的随机三米管进行任何测试，判定是安装引起的一系列故障，做出的处理是在外机加满氟利昂，并且把通向管道的阀门关闭后离场。随后平台未接通于小姐电话，短信通知于小姐卖家不同意一年换新，其后某平台显示第二次报修处理完毕。

没处理完就修改平台流程，这是要闹哪样？

第三章

于小姐随后找寻实体店的安装人员上门维修，安装人员检测了管道，以及原厂三米管和后接管的衔接处，均无泄漏，用自备的液压设备检测外机的氟利昂含

量，发现距离厂家维修人员离场仅仅两天，加满的氟利昂压力已经显示泄露 50%，于小姐遂第三次向平台报修，且明确提出，不再接受维修，希望卖家兑现一年换新的服务承诺。隔 24 小时后，平台客服人员回复于小姐说，卖家仅愿意维修，平台亦无其他处理意见，因已超过 15 天的换货时间，建议于小姐接受维修，其后，商品卖家给于小姐致电，通知于小姐近期会再次安排维修人员检测故障，于小姐询问卖家一年换新的适用标准，卖家回复说修不好才换。

那么问题来了，卖家说得对么？消费者于小姐有没有权利要求卖家一年免费换新服务，什么是一年换新？相关的法律依据在哪里？卖家承诺应不应该得到兑现？如果不兑现，会有什么后果？平台在此次纠纷中有什么服务瑕疵？

律师答疑

于小姐购买空调的销售商家在销售网页上承诺一年换新服务，且在某平台及页面上均未对一年换新服务作出适用标准说明，亦买卖双方在购买商品时均未对一年换新服务明确约定适用条件，于小姐亦不认可卖家事后对一年换新的适用标准的解释。消费者在订立买卖合同时商店对其承诺服务无约定适用条件，既无约定，就看有无法定。



根据我国的《电子商务法》规定电子商务经营者应当按照承诺或者与消费者约定的方式、时限向消费者交付商品或者服务，并承担商品运输中的风险和责任。

据此法律规定，于小姐有权要求平台及商家对一年免费换新的服务承诺兑现，平台更有义务兑现换新的承诺服务。

根据《消费者权益保护法》第八条：消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。

于小姐有权要求某平台对一年免费换新的适用标准作出解释说明。

在某平台不能做出一年换新的适用说明，兑现不了承诺服务时，是否可以认定为某平台涉嫌虚假宣传？

律师答疑

根据《中华人民共和国广告法》规定，广告不得含有虚假或者引人误解的内容，不得欺骗、误导消费者。广告主应当对广告内容的真实性负责。这里的真实性怎么理解？广告法二十八条对虚假广告作出了明确的规定，商品或者服务不存在的；商品的、服务的内容与商品或者服务有关的允诺等信息与实际不符的，均是虚假宣传。笔者认为，宣传的服务能兑现，才是真实的宣传。否则，就是空有的“噱头”！

于小姐在平台网页看到的一年免费

换新服务，商家及平台均不能作出适用说明，此时，平台上的一年免费换新服务，可视为平台的店堂告示，对于店堂告示，《消法》明确规定：经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定。故此，平台及商家应当作出便于消费者理解知晓或普通民众认知的合理解释，且不能做出不利于消费者或排除消费者权利的解释。

卖家在某平台明确承诺了一年免费换新服务，此承诺也系平台审查认可的承诺，即平台亦是承诺方。平台却传达卖家的拒绝意见，作为平台自身并未遵守我国法律法规履行兑现义务，不仅袒护卖家虚假宣传，又有“甩锅”之嫌。

再据我国现行有效的国经贸〔1995〕458号《部分商品修理更换退货责任规定》（俗称旧三包），其中第十一条规定：在三包有效期内，修理两次，仍不能正常使用的产品，凭修理者提供的修理记录和证明，由销售者负责为消费者免费调换同型号同规格的产品或者按本规定第十三条的规定退货，然后依法向生产者、供货者追偿或者按购销合同办理。

乍看起来，某平台客服回复的是符合三包法第十条规定的15日内换货的规定。但是某平台明显忽略了旧三包第十一



条的规定的用义：在超出 15 天换货又确属质量问题，消费者只要在三包有效期内，经修理两次，仍不能正常使用的产品，销售者仍然需要承担换货义务。于小姐是

终章

经过王律师的详细解答，于小姐选择向相关部门投诉，并保留相关报修的证据，以备诉讼之用。

其后，卖家再次派维修人员全面测评空调内外机及管道，安装人员也再次上门将管道连接点电焊处理，但外机又出现不工作问题，后卖家同意换机，同时平台也对之前处理欠妥行为予以纠正。

于小姐的问题从 5 月 18 日报修至 5 月 27 日换装新机，总算是解决了纠纷。但是于小姐的问题的解决不是平台服务到位的解决，是卖家基于法律规定及商业交易规则，同意了一年换新处理。

总算是圆满的结局呢！

后记

法律是商事交易中诚实信用原则的最低标准，既然平台允许入驻商家在平台上宣传承诺，就应当保障宣传承诺的真实性及兑付实现性。

随着网络购物的迅猛发展与便捷性，网购已成消费者依赖的主导购物方式，但售后与质量问题的纠纷频发，网购纠纷数量还在持续上升。仅在“3.15”期间，上

海全市消保委受理网络购物投诉 264 件。各地的市场监管机构和消费者权益保护委员会也在加大对各大型网购平台与消费者纠纷解决机制，如上海市工商局于 2019 年 4 月间开通微信 12315 投诉通道，多地推出 12315 投诉绿色通道，一些知名网购平台企业承诺通过绿色通道 5 日内先行协商和解。

虽然各监管机构加大处理纠纷力度，但各大商家及平台，应避免投诉或起诉是纠纷处理终端。毕竟消费者是基于对平台的信任，才在平台上消费购物。各大网购平台，应增加消费者纠纷有效处理渠道，监督入驻商家的承诺服务兑现，杜绝入驻商家虚假宣传行为；在处理消费者维权时，制定独立处理的机制，保持中立专业的处理态度与方式，留住消费者的信任，才是留住了持续购买力。

（本文特别鸣谢上海市徐汇区消费者权益保护委员会卞俊老师提供的专业支持与解答）



小井盖，大难题

作者：廖潇歌、卫夏清、邵弘高娃



案情简介

2010年10月1日晚21时许，杨某某从商场回家，在经过黄浦江防汛墙抢修通道时，踏入通道的无盖窨井中。当即左腿激烈疼痛，不能动弹，遂向110报警。警察达到现场后将原告送至医院，经治疗至康复后出院。在事故发生后，原告家人多次找到上海市某区水务局（以下简称“水务局”）要求赔偿，但水务局只承认防汛墙和通道是其修建，不承担赔偿责任。也不告知修好后移交给何方管理，也提供不出与何方有委托管理协议。后经原告了解，原告将水务局以及其认为的窨井盖所

有人和管理人，上海市某区横泾农贸市场经营管理有限公司（以下简称“横泾市场”）、上海肖房物业管理有限公司（以下简称“肖房物业公司”）作为被告一并起诉。在审理过程中，法院依法追加上海市某区黄浦江防汛墙管理所（以下简称“防汛墙管理所”）、上海某农业生产资料有限公司以下简称“农资公司”）作为本案的共同被告。

在对本案进行审理后，法院认定水务局作为区排水行政主管部门未尽到管理职责。同时，涉案窨井位于西渡防汛墙抢修通道上，防汛墙管理所对窨井的检查维

修具有职责，也应承担责任。此外，原告作为完全民事行为能力人，应承担一定注意义务。最终，法院判决原告 20%、水务局 50%、防汛墙管理所 30%的比例承担本案的赔偿责任。

但本案的故事并没有结束。在一审判决后，水务局和防汛墙管理所均表示不服，提出上诉。二审法院认为本案一审事实不清，裁定撤销原判、发回重审。法院重审阶段，再追加了第三人上海市某区建设和交通委员会（以下简称“建交委”）和第三人上海市某区某镇人民政府（以下简称“镇人民政府”）参加诉讼。最后经过审理，法院判决横泾市场、农资公司、防汛墙管理所三被告共同承担 80%的赔偿责任。

重审判决后，三被告再次提出上诉被二审法院驳回。后又向高院提出再审申请，被高院驳回。本案由 2010 年原告受伤后开始向相关责任方追责，到 2012 年案件初审，2013 年 12 月一审判决，后被发回重审 2015 年启动重审，2015 年 11 月出具重审判决、到 2016 年 2 月驳回上诉、再到 2017 年 4 月驳回再审申请，算是最终尘埃落定。本案经历一审、二审、重审、二审和再审程序，总计历时 7 年，判决结果也发生了重大改变。

律师评析

从本案例可以一窥由窨井盖引起的侵权责任纠纷的难点问题。

首先是窨井盖的权属问题。窨井盖根据使用功能、所处位置的不同，在权属上也存在不同。包括排水、电力、电信、燃气等提供公共产品的公司均可能成为窨井盖的所有者。另外，根据窨井所处位置的不同，窨井盖权属也有所不同。本案例在重审过程中就存在无法确认窨井权属的情况，在这种情况下法院从管理人、使用人的角度进行综合分析判断，对责任的承担进行最终的确认符合相关法律的规定。《侵权责任法》第九十一条“窨井等地下设施造成他人损害，管理人不能证明尽到管理职责的，应当承担侵权责任。”法律规定了管理人的责任承担，那么接下来管理人的认定就是第二个难点。本案例中的一审和重审，法院分别依法追加了 2 名共同被告和 2 名第三人，加上原告起诉时的被告，总计 5 名被告和 2 名第三人。可见此类案件可能的责任人之多，对原告而言要找到相应的责任主体就是一件极具挑战的事情。众多责任方有不同的管理规定，对责任认定和费用承担也会有不同的理解和认识，要让此类案件能有更妥善的解决方式，需要通过对窨井设施的全流程进行更好地管理和细化。如通过确定窨井在施工、交付、维护等不同阶段的权利人、管理人，以明确因窨井造成的侵权责任的承担。

与两高一部发布指导意见一样，随着窨井盖造成的侵权事故不断发生，且在发

生后围绕责任主体纠缠不清，不利于此类矛盾的解决，因此也有针对窨井盖管理的文件不断出台，如《住房城乡建设部关于进一步加强城市窨井盖安全管理的通知》（建城〔2013〕68号），以及在窨井盖管理方面做得较为优秀的合肥市，通过《合肥市城市窨井设施管理绩效考核实施意见》对窨井盖实施绩效考核管理，不仅对窨井的权属和管理责任进行明确，更对管理的成效进行严格考核，进一步避免了发生侵权责任事故后，责任人难找、责任推诿等情况的发生，切实维护了“脚底下的安全”。

随着科技水平的提升，物联网技术的应用，窨井盖的管理工作更趋智能化。同时随着相关管理制度的完善，相信关于窨井盖引发的民事纠纷将得到更妥善的解决，而对小小窨井盖的重视程度，也体现出现代社会的综合治理水平。



上海七方律师事务所公共法律服务团队，由事务所副主任、高级合伙人、上海市律协社会公共服务业务研究委员会副主任廖潇歌律师（右）担任团队负责人。团队主要成员有卫夏清（中）、邵弘高娃（左）

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

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



上市公司高管，婚姻与资本的博弈

作者：胡晓萍、李宁

4月27日，在天猫总裁蒋凡的“小三丑闻”爆出十天后，阿里巴巴调查组公布了处分结果：蒋凡因为个人家庭问题处理不当，引发严重舆论危机，给公司声誉造成重大影响，所以取消蒋凡的阿里合伙人身份！近期，最年轻总裁、网红、小三、原配、股价蒸发等话题频上热搜，阿里巴巴的股价蒸发了近500亿，张大奕背后的中概股如涵控股的市值也出现大幅波动，蒋凡和张大奕可谓双双受损。公司高管的婚姻问题并没有那么简单，蒋凡的事例不是第一个，也绝不是最后一个。

一、高管婚姻问题会对企业产生什么影响？

对于普通家庭来说，婚姻风险问题仅仅只涉及到夫妻双方、孩子、双方父母，离婚也只包括婚姻关系的解除、子女的抚养以及财产分割；但对于公司的控股股东、大股东、高管来说，婚姻问题不仅涉及上述方面，更是会影响到背后的公司。

（一）婚姻问题导致上市公司股价暴跌

大股东的婚姻状况直接关联到公司的稳定性，普通股民也会将大股东的婚姻状况作为其判断是否继续持有的重要参考因素之一。大股东一旦出现负面新闻，势必会引起普通股民的猜测，其个人影响和社会形象也会大打折扣，继而会导致股价动荡，股价下跌也再所难免。比如，2018年发生的刘强东性侵案，曝出时虽未定案，但京东股价已经开始暴跌。

（二）婚姻问题可能会造成董事会格局变动

根据我国法律的规定，夫妻双方在没有特殊约定的情况下，婚后所得均为夫妻共同财产。如果是婚后设立的公司，大股东名下的股份均为夫妻共同财产，一旦婚姻出现问题，离婚时就要对该股份进行分割，原本为控股股东的一方，在离婚后则很有可能从大股东的地位降为小股东，直接丧失了对公司的控制权，从而也对公司的稳定性造成了一定的影响。

（三）婚姻问题导致错失上市良机

“土豆网”创始人王微的离婚案被认为是“国内资本市场离婚第一案”。2010年11月，土豆先于优酷提交了IPO申请，可就在提交申请的第二天，王微的前妻杨蕾提起诉讼，要求分割婚姻存续期间的财产。王微名下的股份随即被冻结，土豆网的上市计划就此搁置，而在此期间，竞争对手优酷抢先上市，土豆网的发展就此一落千丈，最后被优酷收购。

二、上市公司高管婚姻风险案例

近年来，公司股权在夫妻财产中的分量越来越大，婚姻关系的稳定性也越来越受到公司高管的重视。虽有“土豆网事件”在前，但“最贵离婚门”依然在频繁上演。股权的分割，不仅会对一家公司的股权结构产生极大的影响，甚至会左右一家公司的命运。

时间	公司名称	当事人	分割情况	后续影响
2006年	真功夫	董事长蔡达标	婚变引发内斗，估值从33亿缩水至16亿。	上市以失败告终。
2010年	土豆网	CEO王微	前妻杨蕾申请冻结王微95%股权，	上市被推迟，错过良



			700 万美金分手费。	机，后被优酷并购。
2011 年	硅宝科技	股东王有志	前妻杨丽枚分的 940 万股，市值 1.56 亿。	硅宝科技股价一路下跌。
2013 年	神州泰岳	董事长王宁	前妻分割近 15 亿元股票。	由第一大股东沦为第三。
2015 年	豪迈科技	股东冯民堂	前妻刘霞分割公司总股本 6.73%，市值 14 亿。	分割后冯所持股数少于前妻。
2016 年	昆仑万维	实控人周亚辉	前妻李琼达分割 2.77 亿股，市值 76 亿。	刷新 A 股最贵离婚手续费记录。
2018 年	金溢科技	实控人罗瑞发	前妻王丽娟分得 660 万股，市值 2.1 亿。	平分金溢股票，罗享有优先受让权。
2018 年	恒星	董事长	前妻焦会芬分得 1 亿股（占公司总	“分手费”1 亿股，5 亿

科技	谢保军	股本 7.96%，市值 5 亿元。	离婚事件。
----	-----	-------------------	-------

三、规避婚姻风险对企业的影响

公司高管的婚姻状况不仅与自身利益密切相关，更是与公司利益休戚与共。与其“亡羊补牢”，倒不如“未雨绸缪”，私募股权投资人在前期尽职调查时更要“明察秋毫”，对实际控制人、大股东的婚姻状况进行评估，并提前做好相应的措施，避免留下隐患。

（一）订立财产约定协议书

如果是在婚前设立的公司，那么控股股东可以在婚前与另一方签订《婚前财产协议》，就自己名下的婚前财产进行固定，并对婚后可能产生的收益、增值等进行约定。如果是在婚后设立的公司，配偶一方作为非持股方，控股股东可以在婚内与配偶方签订《婚内财产协议》，对公司的股权、增值、收益等的归属进行明确规定，可以约定归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。但值得注意的是，无论是《婚前财产协议》，还是《婚内财产协议》，都需要平衡爱情、亲情、习俗、法律、财富等各方面因素，尽可能的慎重、全面。

（二）签署配偶承诺函

配偶承诺函，一般是指控股股东或者主要股东的配偶出具的，针对股权及其收益的放弃承诺函。要求配偶一方在承诺函



中明确：公司股权非夫妻共同财产，不享有该股权的所有权或受益权利，不采取与上述安排相冲突的任何行动，包括主张该股权构成本人与本人配偶之间的财产或共同财产而影响或者妨碍本人配偶履行在控制性协议下所承担的义务。本人无条件地并不可撤销地放弃任何适用之法律可能授予本人的对该股权的任何权利和权益。我国《婚姻法》允许夫妻双方对夫妻财产进行明确的约定，配偶签署承诺函在法律允许的范围之内，承诺函不仅起到了确权和防火墙的作用，也有利于公司股

权的稳定性。

结语

阿里家事落下帷幕，当当宫变仍在发酵。一个个真实的案例提醒我们，大股东的婚姻不仅影响到公司的现有状况，还事关公司的未来命运。为了不让“天价离婚门”再次上演，公司高管必须从结婚的那一刻起，就做好风险防范。当然更重要的是，要像经营企业一样，用心经营和管理婚姻。正如知乎上的一句话所说：“婚姻最大的本质，要不双赢，要不双输，没有中间态。”





七旬母亲遭活埋 老有所养怎保障？

作者：胡晓萍、李宁



刚刚过去的“母亲节”，我们看到了一幕幕暖心的场景，你养我小，我养你老，你陪我长大，我陪你变老。母慈子孝是中国的传统美德，但随着中国老龄人口的不断增加，养老问题日益凸显，遗弃、虐待老人的事件时有发生。近日陕西榆林“七旬母亲遭儿子活埋”一案，更是引发社会的广泛热议。

新闻报道称：2020年5月2日，陕西男子马某谎称将母亲送去亲戚家，将其瘫痪的79岁老母亲用手推车拉走；5月5日，马某妻子见婆婆失踪而报警；马某被警方抓获后供述，他将母亲拉到附近无人处的一个废弃墓坑活埋了。民警紧急出

动，将墓坑内仍有生命体征的被害人王某救出。目前，被害人王某生命体征平稳，犯罪嫌疑人马某因涉嫌故意杀人罪被公安局刑事拘留，该案正在进一步侦查中。

据悉，马某小时候父亲就去世了，12岁时母亲带着弟弟妹妹改嫁，马某由其叔父抚养长大。在马某心中，一直对母亲存有怨气，认为母亲没有抚养过自己，自己不应该赡养瘫痪的母亲。

那么，子女的赡养义务，是否要以父母尽了抚养义务为前提？

答案是否定的。

赡养是因婚姻、血缘或者收养关系所派生出来的法定义务，是子女对丧失劳动

能力、生活不能自理又无其他生活来源的父母在经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务。

父母对子女的抚养义务，虽然也是法定义务，但子女履行赡养义务并不以父母履行抚养义务为前提。这体现了我国法律对老年人这一特定社会弱势群体的保护，它既是一项法律规定义务，也是我国传统伦理道德一种要求，任何人都不能以被赡养人有过错、放弃继承权或者其他任何理由、任何附加条件推卸责任，逃避自己的赡养义务。

子女对父母的赡养义务包含哪些内容？

根据《中华人民共和国宪法》的规定，成年子女有赡养扶助父母的义务。子女对父母的赡养义务，不仅发生在婚生子女和父母之间，而且也发生在非婚生子女与生父母间、养子女与养父母间，以及继子女与履行了扶养教育义务的继父母之间。

当女不履行赡养义务时，无劳动能力或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。那么赡养费的标准又是如何确定呢？赡养费的标准要根据当地的经济水平、被赡养人的实际需求、赡养人的经济能力综合确定，具体来说，包括老年人的医疗费用、退休工资、住房费用、消费支出、子女家庭的人均月收入等因素，当子女人均月收入低于最低生活保障线时，视为该子女无力向父母支付赡养费。

除支付赡养费，给予经济上的帮助之外，子女还应承担生活上照料和精神上慰藉的义务，主要包括：1、赡养人应当妥善安排老年人的住房，不得强迫老人迁居条件低劣的房屋。老人自有的或者承租的住房，子女或者其他亲属不得侵占，不得擅自改变产权或租赁关系。老人的自有住房，赡养人有维修的义务。2、赡养人不得要求老人承担力不能及的劳动。3、赡养人不得以放弃继承权或者其他理由，拒绝履行赡养义务。4、子女不仅要赡养父母，而且要尊敬父母，关心父母，在家庭生活中的各方面给予扶助。当老人年老、体弱、病残时，更应妥善加以照顾。5、老人的婚姻自由受法律保护。子女或者其他亲属不得干涉老人离婚、再婚及婚后生活。赡养义务不得因老人的婚姻变化而消除。

如何更好地保障老年人的养老生活？

中国养老主要有三种模式：居家养老、社区养老和机构养老。长期以来，居家养老占了 90%，但随着独生子女家庭的增多，“4-2-1”的家庭结构使得很多 80 后、90 后、00 后的独生子女，两个人无法照顾四个老人。而目前的养老机构、保姆行业又是乱象丛生，这两天江苏溧阳的保姆杀害老人案就让人触目惊心。因此，与养老相关的法律亟待规范和完善。

就老人自己而言，如果出现无人赡养或者子女无力赡养的情形，可以选择在意



识清楚的情况下，与他人或者组织签订一份《遗赠扶养协议》。

《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、办法和期限，以免后续出现纠纷。

结语

中国一直以儒家思想为主导，“养儿防老”、“父母在，不远游”、“百善孝为先”等等，都是孝道伦理在人们日常生活中的反映。然而，现代社会大家庭的概念日益淡化，小家庭的的概念显著增强，老少分居的情况越来越多。要真正做到“老有所依，老有所养”，除了道德约束之外，更重要的还是立法规范。西方有一句哲言：“不是因为没道德才没秩序，而是因为没秩序才没道德。”这个秩序，就是法律。





宅基地房屋确权，不打官司有点难

作者：卫夏清

摘要：农村宅基地房屋作为《物权法》规定的不动产，却因为行政管理的原因，登记状态长期无法更新，无法发生物权变动的效力，导致宅基地房屋纠纷屡见不鲜。

农村宅基地房屋作为《物权法》规定的不动产，其物权的设立、变更、转让和消灭，都应经过依法登记后方能发生效力。但在实践中，除少数试点地区，宅基地房屋发生权利变动后无法进行登记，导致物权效力不能及时实现。即便在上海，宅基地房屋也仍在沿用这样的管理制度。

来看一个宅基地房屋的案例：王某和朱某为某村村民，共育有王某 A、王某 B、王某 C 三个子女，有祖宅一套。1987 年由王某 A 出资对祖宅进行翻建并于当年完

成。后 1991 年权证登记时，该宅基地房屋立基人口登记为王某、朱某、王某 A、王某 B、王某 C 五人。后王某 B 于 1994 年出嫁，出嫁后与丈夫作为一户在他处批准新建的宅基地房屋。1996 年王某 C 成家后在同村获批另一处宅基地房屋。该宅基地房屋一直由王某、朱某、王某 A 及其子女共同居住。2007 年，王某 A 的子女在申请未通过的情况下，自行将原宅基地房屋部分拆除后新建。2012 年，王某和朱某相继去世。2018 年，王某 B 以其是原宅基地房屋的权



利人以及继承父母在房屋中的相应份额为由起诉至法院，要求对房屋进行继承并析产。这个案例中体现了宅基地房屋纠纷的几个特点：历时长、经过多次变动、他处批建等情形，下文会阐述这些情形对宅基地房屋的影响。

一、宅基地房屋权证管理的历史沿革

几乎每一个宅基地房屋纠纷都有一段历史。所以要解决宅基地房屋的纠纷，同样有必要先了解一下宅基地管理的历史沿革。新中国成立后，1950年《土地改革法》的出台废除了地主的土地所有制，实行农民的土地所有制。此后，在1951年全国范围内对农村房屋进行了第一次的确权登记，权证的名称主要是土地房产所有证，也有俗称“土改地契”。（下图为土地房产所有证）



之后在近30多年的时间里，宅基地房屋的登记制度和权证类型没有太大的变化。登记制度的再次变动是1987年《土地管理法》的实施，再次确立了集体土地的权证制度。以上海浦东为例，在1991年对全域范围的集体土地和宅基地房屋进行了新的权属登记，形成了目前最为常见

红色封面的“上海市农村宅基地使用证”，也就是俗称的“土地证”。这一俗称较为简便，且能够充分体现权证性质，在后文中就以“土地证”来代称。1991年以后，土地证基本不再更新，宅基地房屋的变动通过“上海市村镇农（居）民建房许建证”、“农村建房用地许可证”（以下简称“建房许可证”）进行确立。再后来，随着宅基地房屋新建、扩建、改建的审批不断严格，大部分宅基地房屋状态和权证状态相对固定了下来。但随着时间流逝，宅基地房屋发生了包括买卖、置换、赠与、继承等情况，却无法通过登记形式对变动的效力进行明确，导致围绕宅基地房屋的纷争不断。

二、宅基地房屋怎么确定权利人？

目前宅基地房屋纠纷的根源在于法律要求宅基地房屋的物权效力需要通过登记来确立，相关的行政管理制度却将宅基地房屋登记堵在门外。这种僵局是怎么形成的？怎样才能确定宅基地房屋的权属呢？

以最常见的土地证（建房许可证也是同样情况）来说明宅基地房屋物权的困境。土地证和城市房屋的不动产权证书不同，证书上载明的不是房屋权利人，而是土地使用者，且一般仅登记土地使用者一人。这样的记载虽然和权证的名称和性质保持了一致，却给房屋权属的认定带来了

很大困难。实际上土地使用者是以户为单位进行宅基地建房申请，但在土地证上没有体现出“户”的概念和权利人，导致很多人误以为土地使用者即宅基地房屋的唯一权利人，可以任意处分房屋。这一点在与宅基地房屋相关的合同、遗嘱中最容易体现。这样的合同和遗嘱造成的法律效果，往往是土地使用者处分了不属于自己的房产权利，导致合同和遗嘱部分无效甚至全部无效，无法实现期待的合同目的或意愿。

土地使用者	周	户 ()	不动产权属	号
土地坐落	上海市浦东新区川沙新镇周家宅村	权利人	沈某娟	
土地用途	宅基地	共有情况	按份共有：周 (20%)，沈 (80%)	
土地面积	1.1000	坐落	浦东新区川沙新镇周家宅村	
规划用途	48	不动产单元号	浦东新区川沙新镇周家宅村	
其中：主房占地	30	权利类型	国有建设用地使用权/房屋所有权	
附属占地		权利性质	土地权利性质：出让	
共有使用面积		用途	土地用途：住宅用地/房屋用途：居住	

“土地证” VS “不动产权证”

通过上图，就可以看出土地证和不动产权证的明显差别，仅有土地证是无法确定宅基地房屋权属的。那么，如何才能确定呢？一般而言，需要通过调取宅基地房屋档案资料中的“上海市农村宅基地使用权审批表”或者“上海农村建房个人建房用地申请表”中的“立基人口”或“计算建房人数”进行确定。根据《物权法》、《关于审理宅基地房屋纠纷若干问题的意见》（沪高法民一[2007]24号）的规定以及审判案例，一般以土地证或建房许可证核定的人员为宅基地房屋的权利人。

三、在产权明晰后，再来看一下权属变动的规定。

《土地管理法》第 62 条和《上海市农村村民住房建设管理办法》第 12 条都对农村村民拥有宅基地的户数进行了限制的规定，包括：“农村村民一户只能拥有一处宅基地”；“农村村民出卖、出租、赠与住宅后，再申请宅基地的，不予批准。”；“农户内在本市他处已计入批准建房用地人数的人员，或者因宅基地征收（拆迁）已享受补偿安置的人员，不得计入用地人数。”可见，不论是法律或者行政法规都对宅基地有严格的数量和面积的限制，对于经过批准建房或者享受过补偿安置的人员，再申请宅基地时要予以排除。这是否意味着一个人只能在一间宅基地房屋中享有权属？当同时拥有多处宅基地房屋权属时，是否应认定其仅具有一处房屋的产权呢？

来看两个案例：在沈某娟与沈某华宅基地使用权纠纷一案（(2017)沪 0115 民初 27880 号），法院认为：“从本案事实看，原告沈某娟未出嫁前与其父母共有一处宅基地，而其出嫁后在他处与其丈夫作为一户又另行申请宅基地建房，且自认批准足额面积建房，即现原告沈某娟居住的周东路 XXX 号处房屋，故原告沈某娟对原告 461 号处房屋不再享有宅基地使用权。”以及在袁某娟、陈某民等与陈某春共有物

分割纠纷一案（(2018)沪0110民初15592号）中，法院认为：“被征收的房屋是宅基地，宅基地的使用权证上虽然登记的是被告**春，但在1975年立基时，申请人为陈某道、袁某娟、**春、陈某民、陈某平、陈某勋6人，故宅基地使用人应为此6人。又因其后，陈某平、陈某勋在他处获得宅基地使用权，根据法律规定，农村村民一户只能拥有一处宅基地，故本案系争的宅基地使用权归陈某道、袁某娟、**春、陈某民4人。”上述两份判决书中，都直接以在他处获得了宅基地使用权而排除了原宅基地房屋的使用权，进而推定不再对原宅基地房屋享有权属。

四、在现行制度下，如何确定宅基地房屋权属？

前面提到，宅基地使用权是一项具有很强的身份属性的权利，根据房地一体的原则，作为宅基地上所建的房屋也具有一定限制。比如宅基地房屋能否买卖？答案是宅基地房屋可以买卖的，但基于宅基地使用权的主体是农村集体经济组织成员，所以对买方主体也一般要求为农村集体经济组织成员，而且需要是本乡范围内。而本乡范围以外的人员购买，又根据是否经过有关部门批准、是否实际履行来综合判定买卖合同是否有效。

总的来说，基于目前宅基地房屋权证

无法变更的状态，一系列围绕宅基地房屋的行为发生后，房屋权属始终处于不明或待定的状态，给宅基地房屋的处分，特别是征收（动拆迁）补偿埋下矛盾的种子。在越来越多这类矛盾发生后，当事人预见了风险的存在，想通过登记进行明确却因为管理制度的停滞而变得不可行，想通过公证途径也会因为权属不明而无法公证。这种情况下，要确定宅基地房屋权属似乎就仅剩唯一的确权路径——诉讼。所以当宅基地房屋可能会存在权属争议或者已经存在权属争议，即便当事人间可以协商一致，也最好通过诉讼的形式予以确定。

宅基地房屋的权属问题由来已久，在物权法确立了不动产登记制度和宅基地房屋严格的审批制度的制约下，通过行政途径来确立权属几乎已不可行。但作为一种财产，权属明晰是财产能够自由流通并最大程度发挥经济效益的前提。相信随着《民法典》的出台、《中华人民共和国土地管理法》和《不动产登记暂行条例》的修订，关于宅基地房屋的登记制度将随着土地制度的改革进一步细化完善，届时农村宅基地房屋除了能够实现其保障居住功能外，也能够最大程度的实现其作为财产的经济价值，在保障功能和经济效用之间取得平衡。



“神兽们”全面归笼， 学校、培训机构、家长应该怎样做？

作者：廖潇歌、卫夏清、邵弘高娃

4月9日，在上海市新冠肺炎疫情防控新闻发布会上，上海市教委按照国家卫建委、教育部的相关文件，以“一校一策”为原则，出台了《上海市高等学校和中等职业学校防控新型冠状病毒肺炎疫情开学工作指南》《上海市中小学校和幼儿园防控新冠肺炎疫情开学工作指南》及相应修订版，以及《本市教育系统关于进一步细化2020年春季学期开学工作方案的通知》，作为学校安排返校开学的重点指导文件。

上海各年级复学的时间是这样安排的：

1. 4月27日高三、初三年级返校开学；各高校及中等职业学校可从4月27日起开始安排毕业年级学生返校（具

体返校开学时间经批准后由学校发布）；

2. 5月6日高二、初二年级返校开学；

3. 5月18日高一、初一年级、小学四至五年级以及初中预备年级返校开学；

4. 小学一、二、三年级学生将于6月2日返校开学；全市公办托幼机构也将于6月2日开园，民办托幼机构经所在区教育行政部门同意后，可自主选择开园时间。

上海中小学放暑假时间定了：

经研究决定，本市基础教育各学段2019学年第二学期暑假开始时间安排如下：



1. 小学本学期至 2020 年 6 月 30 日结束，7 月 1 日起放暑假；

2. 初中本学期至 2020 年 7 月 7 日结束，7 月 8 日起放暑假；

3. 高中本学期至 2020 年 7 月 14 日结束，7 月 15 日起放暑假。

在目前大部分年级已经陆续开学、即将全面复学的阶段，我们团队结合《上海市中小学校和幼儿园防控新冠肺炎疫情开学工作指南》（以下简称《工作指南》）中涉及线下复学安排的内容，对学校、培训机构、家长三个主体分别作出如下提示。

主体一：学校

一、坚持属地管理、群防群控的基本原则

《工作指南》第三条中提出了十六字的基本原则：“统一领导，属地管理；以人为本，突出重点；制定方案，科学应对；全面动员，群防群控。”

学校防疫工作仍应坚持以全体师生员工生命安全和身体健康的基本前提和首要目标，在各区委、区政府、区教育局的领导下，与各相关单位和部门协调一致、密切配合，根据学校实际情况制定疫情防控方案并落实责任负责制度，

充分发挥教职员工、家长的作用，这是共同开展复学工作的基础。

二、制定符合低年级学生和儿童的复学防疫方案并培训演练

《工作指南》第四条、第七条中具体要求中小学校和幼儿园建立由校

（园）长和书记负责的疫情防控工作机制和工作体系，与各相关部门紧密联系、联防联控，制定专门的疫情防控方案和应急处置预案，包括实施错时上下学、严格管理入校人员、晨检、全日健康观察和健康巡查、落实各类情况处置方案、因病缺勤缺课报告及病因追踪、会议及活动、重点区域防控工作等规定，严格要求学校做好防疫监管和执行工作。比如徐汇实验小学、向阳小学、高安路一小等多所学校通过录制视频的方式，对学生及家长作出注意事项提示，同时全校教职员工提前演练，对每个流程熟记于心。

对于低年级学生和儿童而言，由于其理解和执行能力有限，对于复杂的内容和流程的接受程度较低，方案需要更加简单易记易执行。

“出门口罩正确戴；排队晨检隔一米；洗手测温按指示；家长校门不滞留。”而徐汇区龙南小学把防疫要求编

成儿歌，并且制作“四色接送卡”引导家长错峰接送学生，能够对学生起到更好的指引作用，同时将防疫要求传递给家长。

三、进行安全检查排除校园安全隐患

《工作指南》中第六条提到了返校开学前的重点防控措施，就目前而言最需要关注的是校园安全检查。幼儿园尚未正式开学，对于水、电、室内外设施设备等均需要进行详细的检查，避免因安全隐患引发事故。小学虽然已经部分开学，但仍应对低年级教室及周边等未启用区域进行详细检查。同时，可以对高年级学生进行安全隐患的科普教育，鼓励他们在发现可能存在的问题时积极上报给老师。

学校疫情防控方案涵盖日常管控、上报及应急处置预案，并应对全体师生员工开展知识普及培训、应急处置演练、心理疏导，确保疫情防控方案能够从上而下全面推行，而不是纸上谈兵。

主体二：培训机构

一、培训机构复学有限制

对于培训机构而言，面向18周岁以上成年人开展的各类线下培训服务（密

闭空间除外）及在室外场所面向未成年人开展的各类培训服务，符合相应行业主管部门提出的疫情防控要求，并向行业主管部门备案承诺或经其检查合格后，可于5月18日起恢复线下服务，具体恢复时间由培训机构发布。

市教委说，根据当前疫情防控形势，经研究决定，本市未成年人室内培训、托育、婴幼儿早期发展指导服务等（密闭空间除外），符合相应行业主管部门提出的疫情防控要求，并向行业主管部门备案承诺或经其检查合格后，可于6月2日起恢复线下培训服务（具体恢复时间由机构发布）。

不符合上述要求的培训服务，仍然不能开展线下服务。虽然对于培训机构复学工作的安排暂时未出台更加具体的规定或指南性文件，鉴于培训机构也属于教育机构的一种，其内部组织架构、人员配置、服务模式均与学校相接近，其复学应当参考上述指南文件的要求进行适用且尽量不低于上述要求。

二、人员管理需重视

培训机构与学校最为不同的地方在于，其往往设立在商场等人员相对密集、流动性大的场所，教职员工和学生、家长频繁进出培训场所的可能性更

大。因此，为了保障人员的健康和安
全，更应严格管理，做好登记、测温、
人流限制等工作，减少人员非必要的进
出和无关人员的进入。

主体三：学生家长

一、积极配合学校和老师的安排

对即将开学的小学低年级学生及幼
儿园儿童而言，复学管理尤为不易。由
于小学低年级学生及幼儿园儿童均属于
法律上的限制民事行为能力人和无民事
行为能力人，无论是从其身心发展阶段
还是法律法规（如《未成年人保护
法》）的设定，都要求家长和学校给予
更多的关注和保护。家长作为复学防疫
工作中的重要一环，需要积极承担法定
监护人的责任，依照学校的要求配合开
展防疫工作，对于孩子的健康状况及时
关注和上报。

二、关注孩子的心理变化

在经过了几个月的“网课”生活之
后，有的孩子可能无法立即适应去学校
上课，从而出现一定的心理障碍，如焦
虑、恐惧、情绪激动等，这些负面情绪
可能会导致心理问题的产生，如不能及
时得到纾解，严重的可能会发展成心理
疾病，或导致校园暴力、自残行为的发

生。因此，家长最好能够多和孩子进行
沟通交流，多鼓励、少批评，循序渐进
地引导孩子逐渐适应学校生活，如发现
孩子可能存在心理上的问题，应当及时
与学校联系并告知情况，配合学校对孩
子进行心理疏导，避免学生之间、学生
与教师之间发生不必要的冲突纠纷。

三、提高自身和孩子的安全意识和 防护能力

上学、放学路上难免出现意外情
况，因此家长要时刻保持警惕，并提醒
孩子不要在走路时打闹、玩手机，随时
“眼观六路，耳听八方”，避免受到伤
害；在校园里也并不意味着绝对安全，
要告知孩子听从老师的安排，避免做有
危险的“游戏”，在出现身体不适或有
紧急情况时要及时告诉老师。

另一方面，家长自身应当具有防范
意识，收到“老师收取费用”“孩子突
发疾病或遭遇车祸”等电话、短信时不
要着急，及时与学校、老师联系，或在
班级微信群里询问，切勿向陌生账户汇
款。同时，家长应对孩子进行防骗教
育，要求孩子对陌生人提高警惕，特别
是对陌生成年人的求助、套取个人信息
等行为不予理睬，并及时告诉老师或向
警察求助。



我们向各位家长分享中国人民公安大学犯罪学教授编写的几首儿童安全童谣

童谣一：

一个人，上学校，
问我什么不知道。
低下头，快点走，
追上前边小朋友。

童谣二：

小熊小熊好宝宝，
背心裤衩都穿好。
里面不许别人摸，
男孩女孩都知道。

童谣三：

火灾来了拔腿跑，
弯腰捂嘴向下逃。
逃跑不能坐电梯，
危险挥手大声叫。

童谣四：

身后有人很可疑，
走到马路对面去。
要是他又跟过来，
拔腿就跑莫迟疑。

童谣五：

红灯停，绿灯行。
遇到黄灯不抢行。
先左后右看一看，

一定要走斑马线。

四、做好自身心理建设

对于部分家长担心复学安全的问题，上海市教委给了家长更多的自主选择权：小学低年级在线教育延续至本学期末，若学生有需要，经向学校报备后，可选择在家继续接受在线教育。另一方面，民办托幼机构经所在区教育行政部门同意后，可自主选择开园时间，所有家长均可自愿选择幼儿是否来园，托幼机构为选择本学期暂时不来园的幼儿保留学位。目前虽不能掉以轻心，但家长们也无需过分担心，全面复学即意味着疫情防控接近尾声，在各方共同努力确保安全的情况下，尽量让孩子投入和适应学校的集体生活，有利于孩子的身心健康发展。

“神兽”们即将全部“归笼”，对于天性活泼爱动的孩子们而言，能重返校园与小伙伴们一起学习玩耍，是一件快乐的事情。为了实现这个目的，其背后需要政府、学校、家长以及社会各界相互配合、紧密互助。校园管理、教学安排、家校联动缺一不可，惟愿大人们共同的付出，能给孩子们一片纯净的天地！



注意！购买动迁安置房可能是个坑！

作者：苏峰琴



近年来，随着商品房价格的节节攀升，普通老百姓想购买一套商品房已经越来越困难，此时，动迁安置房因价格远低于同地段商品房而逐渐被更多人青睐，但因动迁安置房过户需在取得房产证满三年后，而房价日新月异，由此引发不少纠纷。本文试从一个执行异议之诉，分析购买动迁安置房存在的法律风险，以为读者提供相应的参考。

案情回放

2013年，周某一家三口因拆迁获得安置房二套，产权登记在周某及儿子、妻子名下。后因周某在外赌博欠钱，于是周某通过中介与丁某夫妻签订安置房

买卖合同，约定将其中一套位于闵行区先新路1058弄*号*室安置房以109万元价格出售，合同签订当天支付100万房款，余款9万元待过户之日结清，2016年10月31日前过户。双方于签订买卖



合同当天交房，后丁某夫妻装修入住至今。

2016年5月，因房产证已满三年，满足过户条件，丁某遂提出过户，但周某以未到合同约定的最后过户日期为由，不予配合。

2016年3月，周某因借款合同纠纷被马某起诉至黄浦区人民法院，周某名下该套已出售的安置房也被法院查封，后判决生效移送强制执行。丁某在执行期间向黄浦区人民法院提出书面执行异议，要求解封对该安置房的查封措施，被依法裁定驳回，丁某随后提起执行异议之诉，经黄浦法院审理后依旧驳回诉讼请求，丁某不服上诉至一中院，一中院维持一审判决。丁某夫妻陷入了既无法取得安置房产权，又难以要回房款，即使要回房款及违约金，仍难以高价另行购房的尴尬境地。

律师分析

或许有读者会问，根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条：金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应

予支持：

（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。

这样看来，周某要求解封安置房的请求应当被支持啊，但人民法院恰恰以第四款非因买受人自身原因未办理过户登记这条不符合为由，裁定驳回其异议，又判决驳回执行异议之诉的。

根据《上海市动迁安置房管理办法》第二十三条：动迁安置房在取得房地产权证后的3年内，不得转让、抵押，但依法发生继承等非交易类行为以及由原安置区、县的住房保障房屋管理局按照有关规定组织回购的除外。根据前述规定，动迁安置房在取得房地产权证后三年内，不得转让，本案中周某和丁某在不得转让期间内签订买卖合同，合同本身虽具有法律效力，但三年内不能办理产权过户手续，本身就存在法律风险。三年时间里，既可能出现房价上涨过快，导致卖家要求涨价的风险，也

存在被卖家一房二卖甚至多卖的可能，还有就是本案中出现的，安置房被卖家的债权人申请法院查封并拍卖的风险。当事人在选择购买安置房时，就已经可以预见到各种风险的存在，仍然基于安置房的价格远低于同地段商品房的而自甘风险，因此往往最终无法获得法律的相应保护。

律师提醒

购买动迁安置房应从以下几点防范法律风险：

（一）购房产证还没有办出来的房屋，要注意核实动迁安置协议，要求动迁安置协议上的被拆迁人和同住人签字。在动迁安置协议上签字的人可能只有被拆迁人，但法定的同住人是拆迁安置房屋的共有人，所以在购买房产证还没出来的房屋时一定要要求同住在买卖合同上签字。

（二）房屋买卖合同的内容很关键，约定要尽量详细，对付款方式、交房、交易过户、税费承担、户口、抵押、违约等条款要尽量全面，特别是违约条款的设置，要做到既要合法又要能制约对方违约，违约金约定过高法律不予保护，约定

过低不能制约对方，所以在违约条款的设置上一定要重视。

（三）一旦满足过户条件，应第一时间提出过户要求，必要时采取法律措施，及时维权。

结语

购买动迁安置房存在诸多风险，建议读者在条件允许的情况下尽量选择购买商品房的，必要时应当咨询律师。



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

污染环境罪之刑事政策解读

作者：张佰乐



刑事政策的作用在于指导刑法，主要体现在刑事立法政策和刑事司法政策两个方面。环境犯罪的刑事政策，是指导我国环境犯罪立法和司法过程中必不可少的原则，也是国家政策在刑法领域的体现。不同的历史时期下刑事政策有着不同的内涵，当前我国采取的是“宽严相济”的刑事政策，即对某些犯罪重点打击，对某些犯罪则适当放宽。面对日益严重的环境污染问题和为了顺应风险社会的发展趋势，我国对于环境犯罪的刑事政策趋于严格，立法观念也逐渐更加符合现代生态学人类中心主义观。

一、刑事政策内涵的正当化发展

传统的刑事政策理论具有突出的工具主义特征，其内涵、外延具有主体单一、

目标绝对的特点。因此，有学者对传统刑事政策提出了批评，在此基础上倡导广义刑事政策理论的研究，借此实现刑事政策的正当化发展。日本学者大谷实指出：“所谓刑事政策，是国家和地方公共团体



通过预防犯罪，维护社会秩序的稳定、安宁所采取的一切措施”。根据大谷实的定义，可以看出他将刑事政策定义为狭义的概念，结合污染环境罪的复杂性和相关构成要件的模糊性，我们可知，如果采取最狭义的概念，它所打击的对象就过于狭窄，不利于有效防止相关犯罪行为；相反，如果采取最广义的概念，那它追诉的范围就过于宽泛，就很难与社会政策相区别，因此，我们有必要考察与其相关的刑事政策，通过科学合理的方法审视污染环境罪的相关立法和司法实践，以便更加系统、科学地治理相关环境污染问题。

（一）刑事政策的发展与内涵

“刑事政策”一词最早出现在 18 世纪末的德国，

但真正意义上的刑事政策概念首见于德国法学家克兰斯罗德和费尔巴哈的著作中，他将其界定为“国家据以与犯罪作斗争的惩罚措施的总和”，“刑事政策是立法国家的智慧”。此后，刑事政策定义也

被很多刑法学家界定为刑法的辅助学科或者刑法的辅助手段。19 世纪后半期经验科学的方法成为刑事政策的核心内容，以此来解释犯罪原因，许多学者试图建立科学而又合理犯罪防治对策，他们从不同的角度作为研究视野，涉及生物学、人类学等领域，将研究的侧重点放在查明犯罪的社会原因上。进入 20 世纪，德国著名法学家李斯特提出“最好的社会政策就是最好的刑事政策”的论断，刑事政策的内涵才被拓宽，他认为，犯罪是由社会原因产生的，当然应该由社会政策来治理，他还进一步强调，为防止行为人再犯，最好的措施应当是对犯罪人进行特殊预防。随着社会发展变化和刑法学科的理论更迭，刑事政策的涵义已不仅仅限于立法政策，还涵盖了司法、行政上的各种措施。此外，对欧陆法系国家影响极其深远的观点，来自于法国刑法学家马克·安塞尔，他认为，刑事政策具有导向性，它可以指引立法者与法官在判断某种行为是否构成犯罪时，或者在认定某些公民是否值得保护时进行抉择。这一观点至今仍被许多现代刑事



政策学者所认可。一些德日学者认为，刑事政策是国家以预防和镇压犯罪、保障公民权利为目的所采取的各种措施的统称。之前，英美法系国家习惯将刑事政策纳入犯罪学当中进行考量，但近年来，英美法系国家许多法学家开始注意到了刑事政策自身的独立价值，其中心内容包括刑法的界限、刑事诉讼措施与人权保障以及更深更广的犯罪预防领域。

刑事政策研究在我国并没有形成科学的体系性，尽管如此也不可否认近几年取得了成就。刑事政策含义的界定具有鲜明的时代特征，其本身是特定历史时期的产物，并与社会结构和法治发展阶段相关。起初我国采取的是严打刑事政策并发动过三次较大规模的“从快从重”斗争，主要针对的是特定的严重刑事犯罪。该刑事政策明显违背了罪刑法定、罪刑相适应的刑法价值原则和人权保障原则，严重扰乱了刑事法律的权威性，但不可否认的是该刑事政策的实行维护了特定时期下的社会秩序、保障了社会和谐。之后我国又实行惩办与宽大相结合的刑事政策，现在推

行的宽严相济刑事政策就是新形势下对该政策的继承与发展，也是对“严打”刑事政策进行理性反思的成果。我国学者对刑事政策内涵有不同的解读，例如著名学者马克昌认为，我国的刑事政策是指导我们与犯罪进行斗争的纲领性意见，必须基于国情和一定时期的发展规划需要而制定，目的是为了预防犯罪，减少犯罪，以至消灭犯罪。魏东教授认为：“刑事政策是指国家政治系统和社会公共权力组织基于一定的社会公共价值目标（为共性价值目标）并以防控犯罪为个性价值目标而有组织地采取的一系列方略”。

从国内外不同学者对刑事政策内涵的界定可知，防控犯罪是刑事政策的应有之义，它在致力于帮助犯罪人重返社会的同时，还要做好如一般预防等其他防止犯罪的相关对策；但刑事政策的目的又不仅仅是防控犯罪，它应采取一系列措施去维护社会稳定。

（二）宽严相济刑事政策的发展与内涵

刑事政策是时代的产物，不仅与我国经济发展密切相关，同时也与我国法学界



理论和实践水平的提高有关。为适应生产力发展水平，实现构建和谐社会的目标，我国在结合本国实际国情的基础上，借鉴了西方刑事政策当中“轻轻重重”的做法，形成了我国现在所推行的“宽严相济”的刑事政策。罗干书记于 2004 年首次提倡该政策，并于两年后再次重申，其要求就是结合我国的现实情况并根据统计、分析等方法来探寻相关犯罪产生的原因、规律、特点等，以至于更好地回应现实情况，以求达到感化犯罪分子、有效减少相应犯罪；之后又强调，要将“宽严相济”的基本刑事政策上升为法律制度，其目的是力求增强群众安全感，减少不和谐因素，最终达到能够有效控制社会治安的效果。2006 年中共十六届全会正式提出宽严相济的刑事司法政策，之后该政策成为刑事法治的重要政治指南；2010 年公布的《刑法修正案（草案）条文及草案说明》使该政策完成向立法政策的转变；同年最高司法机关将该政策作为基本刑事政策。可以得出的结论是，宽严相济刑事政策不仅是刑事司法政策，而且是刑事立法中具有重要指导

意义的政策。

通过借鉴以美国为典型代表的英美法系国家和以德国为典型代表的大陆法系国家在刑事政策实施的经验和教训，可以为我国宽严相济刑事政策的良性运作提供参考。20 世纪 70 年代以后，美国由于当代社会的风险化和保守化及其所带来的福利国家模式的崩溃，致使其刑事政策从矫治模式和公正模式转变为两极化模式，并且在资源有限的情况下，对安全、风险控制的强调以及对权力制约和权利保障的放松，使得该政策更具有压制性。所谓两极化刑事政策也不单单主张严厉政策与宽缓政策的“两极分化”，其所主张的是二者互为手段与目的，“透过内部宽严两方面论述的互补，相互作为合理化的依据”。相比于我国宽严相济的刑事政策，二者在技术、逻辑上基本一致，只是由于我国在经济、政治、文化上不同于美国，所以在具体的运作模式和所达到的效果有所不同。而在德国，刑事政策的探讨离不开与刑法的关系，在处理二者关系时，其坚持的原则是刑事政策必须在罪刑法

定原则的框架下进行，同时，严格区分了二者的功能及思考方式，但是德国理论建立在作为法治原则或宪法原则的罪刑法定原则基础之上，同时以阶层式犯罪成立体系为生态环境，具有地域性。因而，在我国刑法理论上只能通过塑造文义解释的权威地位和否定酌定从重处罚情节来建立刑事政策与刑法的关系，因此，下文应侧重吸收域外刑事政策的相关理念和基本原则，力求探寻出适合我国国情的具体立法和司法实践策略。

“宽严相济”的意义就在于均衡罪刑，平衡个案，调整刑罚结构使之更加合理，将轻罪刑事政策与重罪刑事政策统一，重点打击某类犯罪，或基于社会各方利益的考量而对某类犯罪做出较为轻缓化的处理，以期达到双重预防的效果。正确理解宽严相济相济刑事政策，需要对具体内涵加以科学认定。

宽				严		济		
非 犯 罪 化	非 刑 罚 化	非 监 禁 化	非 司 法 化	严 密 法 网	刑 罚 的 严 厉	宽 严 相 济	宽 严 有 度	宽 严 审 视
情 节 轻 微 ， 危 害 不 大	刑 罚 之 外 的 较 轻 的 制 裁 手 段	缓 刑 、 假 释 、 社 区 矫 正 .. .	和 解 、 调 解 、 自 诉 .. .	对 新 型 犯 罪 进 行 及 时 规 制	罚 金 刑、 资 格 性 .. .	宽 中 有 严， 严 中 有 宽	在 法 律 的 框 架 与 限 度 内	以 社 会 客 观 情 况 为 依 据， 达 到 法 律 效 果 与 社 会 效 果 的 统 一

表 1 宽严相济的刑事政策

“宽”具体有两层涵义：其一是轻微的犯罪处以较轻的刑罚，这也是其应有的涵义；其二是对于严重的犯罪处以较轻的刑罚，应用的前提为行为人具有自首、立功和犯罪中止等从宽处理的情节。该内涵的目的旨在鼓励犯罪分子积极投案、改过自新，让行为人重归社会，这样不仅有利于法治中国的建设和体现刑法谦抑原则，



同时也提高了刑罚的效益，节约了司法资源。刑事立法和司法实践上具体表现在四个方面：非犯罪化、非刑罚化、非监禁化和非司法化。非犯罪化指将犯罪行为不作为犯罪处理，其原因是该犯罪行为社会危害性不大、犯罪情节显著轻微；非刑罚化指用民事、行政等相关措施来替代刑罚措施，不仅有利于犯罪行为人重返社会，还可以节省司法资源、提高司法效率；非监禁化指将犯罪行为人在监外执行刑罚，具体包括缓刑、假释和社区矫正等，体现了现代行刑思想由“报应刑”向“教育刑”的转变，刑罚不再被看做惩罚与赎罪的手段，而是对犯罪人进行教育的一种方法；非司法化指符合进入诉讼程序的相关案件，经过双方当事人的和解或者经过其他相关机构的调解等而无需进入诉讼程序。

“严”也有两层含义：一是在立法上要严密刑事法网；二是刑罚措施上要趋于严厉。所谓严密法网，实质内容就是扩大构成要件的延展性，也就是将现实社会中所产生的新型犯罪行为纳入到犯罪圈中来，对那些严重危害社会的行为要将其纳入刑法

的框架内，以缓和刑法的稳定性与社会发展变化之间的矛盾；所谓刑罚的严厉，就是对那些极其严重的危害行为在处罚上当重则重，坚持严厉打击，相对应的刑事政策就是从严，充分发挥刑罚的威慑力，以达到一般预防的效果。宽严相济的“济”也就将是“宽”与“严”二者进行融合，就是要切实作到宽而不纵、严而不厉、宽严有度。

（三）我国污染环境罪的政策适用

结合我国“宽严相济”刑事政策来看，污染环境罪是我国近期刑事政策刑法化比较成功的罪名之一。立法与司法解释中，在罪名的构成要件的设置上体现出“从严”的一面，该罪的罪过形式由过失调整为复合罪过、规定了多种“纯环境损害”入罪的情形；从刑罚上体现出“从宽”的一面：增加“确有必要判处刑罚的，应当从宽处罚”以及不起诉或者免于刑事处罚的情形；司法实践中，中央和地方政府的相关政策对案件的审判工作有较大的影响，直接阻碍了环境污染的治理工作。因此，我们有必要通过立法沿革、相关司法解释和统计

分析污染环境罪案件来审视该罪的政策适用。

首先具体表现在刑事立法和司法解释的修改变动上，面对日益严重的环境污染状况，我国立法者不得不做出相应的应对策略。初次为《刑法修正案（八）》将罪名的更改，为了更好地保护环境、惩治犯罪，将“危险废物”修改为“有害物质”，并取消了“危害后果”的规定，在严密刑事法网的同时，降低了污染行为的入罪门槛，扩大了处罚范围。第二次为2013年两高的司法解释，明晰了法律条文的适用规则和具体情形，确定了单位犯罪和共同犯罪的规定，不仅降低和明确了污染行为的认定标准、扩大了对象处罚范围，还改变了以往的主观罪过形式——故意和过失都可以构成该罪，这不仅体现了趋于严厉的刑事政策和立法者重刑治污的目的，还减少了司法适用上不确定性，有效地节省了司法资源、提高的司法效率。第三次为升级版的司法解释，为了更好地与趋于严格的刑事政策相协调，将行为犯引入当下的生态的人类中心主义的发展阶段并增

加其他行为的入罪情形和证据的认定、适用；同时还增加“确有必要判处刑罚的，应当从宽处罚”以及不起诉或者免于刑事处罚的情形。不仅解决了以往的入罪难问题，也使得相关的规定更加科学、合理，体现了宽严相济刑事政策的价值取向，有利于司法实践中的有效执行和贯彻

表2 污染环境罪

1997年《刑法》第三百三十八条：【重大环境污染事故罪】...危险废物，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的...
2011年《刑法修正案（八）》第三百三十八条：【污染环境罪】...有害物质，严重污染环境的...
2013年两高司法解释第一条：对“严重污染环境”的认定，（1）—（14）；第二条：实施刑法第三百三十九条、第四百零八条规定的行为，具有本解释第一条第六项至第十三项规定情形之一的，应当认定为...；第三条：对“后果特别严重”的认定，（1）—（11）；第四条：应当酌情从重处罚的情形，（1）—（4）；第五条：可以酌情从宽处罚的情形；第六条：有关单位犯本罪的规定；第七条：共同犯罪的规定；第八条：择一重罪处罚的规定；第九条：“公私财产损失”的解释；第十条：“有毒物质”的认定，（1）—（5）；第十一条：专门性问题的确定；第十二条：废止法释[2006]4号...
2016年两高司法解释相比2013解释的变动：第一条：（3）—（4）：对重金属的具体划分以及超标标准的变动；灌注逃避监管方式的增加；增加防



止污染设施的相关规定；第三条：增加“非法排放、倾倒、处置危险废物一百吨以上的；造成生态环境特别严重损害的”情形；第五条：增加不起诉或者免于刑事处罚的情形；确有必要判处刑罚的，应当从宽处罚；另外增加对“二年内”、“重点排污单位”、“违法所得”、“生态环境损害”、“无危险废物经营许可证”的解释；对证据的认定、适用的；……

环境领域“两法衔接”法规制度层面：《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》、《关于环境保护行政主管部门移送涉嫌环境犯罪案件的若干规定》、《关于加强环境保护与公安部门执法衔接配合工作的意见》、《公安机关受理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》、《环境保护行政执法与刑事司法衔接工作办法》等等。

污染物认定、污染损害估算的法律、法规：2007年7月，司法部发布《司法鉴定程序通则》、2016年1月，两高和司法部共同制定《环境损害司法鉴定机构登记评审办法》和《环境损害司法鉴定机构登记评审专家库管理办法》；2011年5月30日，环境保护部《关于开展环境污染损害鉴定评估工作的若干意见》、《环境污染损害数额计算推荐方法》；2013年8月，环保部发布《突发环境事件应急处置阶段污染损害评估工作程序规定》；2014年3月，司法部司法鉴定管理局发布《农业环境污染事故司法鉴定经济损失估算实施规范》。

相关党政领导干部生态文明建设评价考核和生态环境损害责任追究的法律法规

其次具体表现在中央和地方政府的相关政策对案件的审判工作上，通过对污染环境罪案例在时间和空间上的统计可知，

立法上的变化和地方政府的相关政策手段是影响案件数量的两个重要因素。通过表3可以明显的发现，污染环境罪案件数量在2013年和2016年骤然增多，其原因就在于两高司法解释的出台；而《刑法修正案（八）》出台两年内，案件数量仅有一个，充分体现出立法的不科学性；另外通过环境公报上的数据显示，在污染环境罪名变化之前的十几年时间内一共只有一百多个案件，而当时的环境污染是极其严重的，很显然当时的立法是存在缺陷的，同时也表明当时中国政府对待环境污染的态度是漠视的，发展经济是第一要务；通过表4统计分析可以简单的发现，我国31个省份（除台湾外）的污染环境罪案件有极大的悬殊，浙江、山东等地是其他地方的数百倍，甚至有些地方竟然没有一个相关案件；虽然说环境污染和地方经济的发展有密切的关系，但是也不至于有这么大的差距；很显然，地方政府的环境保护态度对污染环境罪有重大的影响，经济发达的地区转变了治理环境污染的观念，在地方政策上倾向于严格的保护策略，而经

济相对落后的地区仍然为了追求经济发展而忽略环境保护。这也就表明污染环境罪刑事政策的运行严重脱离了规范的法学科，在很大程度上受地方政策的影响，甚至可以说政治决策替代了刑事政策。因此，我们有必要考察刑事政策与法教义学的关系，探寻出科学合理的污染环境罪的刑事政策。

表 3 2011 年-2017 年案件数量统计

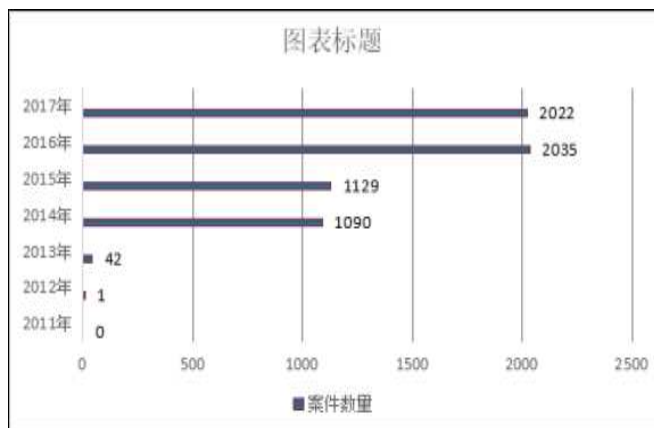


表 4 各省份污染环境罪案件数量

排名	省份	案件数	GDP 排名
1	浙江省	2251	4
2	河北省	1209	8
3	山东省	854	3
4	广东省	733	1
5	江苏省	502	2
6	福建省	388	10
7	天津市	205	20
8	河南省	172	5
9	安徽省	151	13
10	辽宁省	117	14
11	上海市	111	11
12	湖南省	85	9
13	湖北省	74	7
14	重庆市	70	18
15	江西省	66	16
16	四川省	48	6

排名	省份	案件数	GDP 排名
17	山西省	44	24
18	贵州省	28	25
19	广西壮族自治区	28	17
20	北京市	22	12
21	甘肃省	20	27
22	内蒙古自治区	17	19
23	云南省	15	22
24	陕西省	15	15
25	宁夏回族自治区	15	29
26	新疆维吾尔自治区	7	26
27	吉林省	5	23
28	青海省	2	30
29	黑龙江省	3	21
30	海南省	1	28
31	西藏	0	31
截止 2018 年 4 月 6 日			

二、刑法教义学与刑事政策的关系

污染环境罪作为一种新型犯罪，具有许多异于传统犯罪的特质。然而，迄今为止，学界对污染环境罪异质性研究还呈现出一种“零散化”的状态：虽然认识到污染环境罪在因果关系、犯罪结果等具体问题上与传统犯罪的区别，但尚未出现对污染环境罪进行较为系统的法教义学分析的成果，导致学界对该罪名异质性的研究长期徘徊于有限的几个命题和污染环境罪研究的“专业槽”不深。这种研究现状不利于我国污染环境罪以及环境犯罪研究的纵深发展，也无法满足司法实践对理论指导的需求。刑法教义学的研究需要引入刑事政策的内容，以此来调和刑法所固有的滞后性，以应对所出现的新型犯罪和司法实践中出现的疑难案件。刑法属于规范学科，主要研究犯罪与刑罚，而刑事政策则是主要针对社会治理的一种政策，它涵盖的范围不仅仅法学科，而且对其他相关问题提出了解决的方式，更多意义上刑事政策处于刑法之上或者之外。但是具体

到刑事政策的研究和发展，它应回归到自身应有的规范性和系统性，以此来指导刑事立法和司法。因此，刑法教义学不应该排斥刑事政策，而是应当吸收刑事政策的内容，以此克服教义学所具有的形式主义带来的僵硬性，保持刑法学对社会的即时反应能力。现通过德国学者相关思想来探讨刑法教义学与刑事政策的关系：

（一）严格区分到相互贯通

刑法教义学与刑事政策被李斯特加以严格区分：刑法教义学是形式的——实证的学科，其完全排斥价值判断，被称为古典派的犯罪论体系；刑事政策则是在刑罚论中予以研究，以特殊预防的目的性思想为依归，将法教义学的规范原则排除在外，形成了所谓的“李斯特鸿沟”。之后，刑事政策与刑法教义学的关系研究又经过新古典派的犯罪论体系和目的行为论的犯罪论体系改良，但仍充分显现出二者相互分立的状态。罗克辛对李斯特鸿沟予以贯通，创立形成了其目的理性的犯罪论体系，其核心思想就是将刑事政策相关内容引入犯罪论体系，使构成要件实质化、



违法性价值化、罪责目的化。不仅以刑事政策先进理念充实了教义学的内容，有利于打击出现的新型犯罪，弥补刑法滞后性的缺陷；还通过法教义学对刑事政策的边界加以明确，使刑事政策学科更加的科学合理。我国的刑法教义学研究起步较晚，目前还没有形成规范的系统性研究，所以，我们有必要借鉴上述思想，在结合我国实际国情的情况下来贯彻：注重二者的相互关系，以刑事政策的相关内容来引导刑法教义学的发展和完善，以刑法教义学的规范性和系统性来控制刑事政策的边界。

罗克辛清楚的认识到李斯特对刑法教义学和刑事政策二者关系的错误理解，并通过自己的研究贯通二者的隔阂，其主要做法是将其外在关系转化为内在关系，根本标志就是将刑事政策引入到犯罪论体系的三阶层中，创立了目的理性的犯罪论体系。也就是说，犯罪论三阶层分别应该以罪刑法定原则、利益衡量原则和刑法目的的原则作为其刑事政策的基础。具体含义为：①构成要件的实质化：体系性、刑事政策性、信条性是构成要件的三个功

能，其中刑事政策对构成要件具有保障性，而罪刑法定原则是构成要件的刑事政策基础。也就是说，刑事政策使得罪刑法定原则有了实质性地积极功能，将那些没有必要处罚的行为排除在构成要件之外，即出罪功能。②违法性的价值化：违法性是一种否定性的价值判断，其功能在于对构成要件再一次进行实质审查；本身并不需要单独进行，而是取决于正当化事由是否存在；同构成要件共同发挥出罪的功能。③罪责的目的化：刑罚的目的是预防犯罪，是实质性罪责中预防必要性的应有之义，也是刑事政策视角下的科学选择；

（二）“目的理性”的犯罪论与“三元递进”排除模式

德日“三元递进排除”模式的精髓在于：在构成要件符合性阶层遵循事实评价，以此进行排除不符合构成要件的行为；违法性阶层遵循法律评价，进行考察某种行为是否具有违法阻却事由；有责性阶层则遵循价值评价，对行为的条件和形态进行审视。一个具体个案的审判经过层层评价，最终得到公平正义的审判。而罗克辛将罪

刑法定原则、利益衡量原则和刑法目的原则贯穿到构成要件、违法性和有责性这三个阶层之中，通过刑法教义学为刑事政策提供理论依据并限定范围边界，通过刑事政策为刑法教义学积累实践经验并及时进行补救，使得刑事政策与刑法教义学相互融合、相互促进。这也就要求我们，在研究个罪的刑事政策时必须遵循的三个原则：即罪刑法定原则、利益衡量原则和刑法目的原则。

表 5

罗克辛“目的理性”的犯罪论体系			
构成要件的实质化	违法性的价值化	罪责的目的化	
罪刑法定原则	利益衡量原则	刑法目的原则	
刑法教义学	刑事政策	矛盾	调和
1 体系性	个案性	难以兼顾	提供理论依据&积累实践经验
2 教条性	灵活性	不能两全	限定范围边界&及时进行补救
3 逻辑性	价值性	无法并存	逻辑富有价值&价值评判科学
德日三元递进排除模式			
构成要件符合性	事实评价	不符合构成要件的行为	客观方面：行为、结果、主体和客体；主观方面：故意、过失；因果关系；主观要素、客观要素；
违法性	法律评价	具有违法阻却事由	正当防卫、紧急避险、职务行为、自救行为等
有责性	价值评价	责任性的条件和形态	未成年、精神病等

三、结语

本文首先通过考察刑事政策内涵的

正当化发展得出，防控犯罪是刑事政策的应有之义，它在致力于帮助犯罪人重返社会的同时，还要做好如一般预防等其他防止犯罪的相关对策；但刑事政策的目的不仅仅是防控犯罪，它应采取一系列措施去维护社会稳定。其次通过污染环境罪立法沿革和案件统计分析得出，虽然污染环境罪更加符合宽严相济刑事政策的价值取向，但是不可避免地受到中央和地方政府的相关政策的影响，严重违背了刑法基本原则。最后通过考察刑事政策与法教义学的关系得出，无论是立法者还是司法者，亦或是地方政府官员，在制定或运用污染环境罪的刑事政策时，必须遵守罪刑法定原则、利益衡量原则和刑法目的原则。



张佰乐 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、
廉洁从业保障机制研究



酒后驾驶误区和风险知多少？

作者：傅建平、张佰乐

随着我国疫情控制的形势好转，亲朋好友之间的聚会也慢慢多了起来，人们为了释放各种压力，往往都会喝一些酒，但切记“喝酒不开车，开车不喝酒，道路千万条，安全第一条”。否则可能乐极生悲，轻者扣分、罚款、吊销驾照，重者则是面临牢狱之灾、巨额赔偿，进而导致家庭支离破碎、断送自己和孩子的前程等严重后果。尽管如此，现实中仍有不少人抱有侥幸心理，以身试法，酿成悲剧，也有一些人对于酒后驾驶存在一些误区，糊里糊涂就触碰刑法。

误区一：酒量好的人喝少量酒，隔断时间开车问题不大

酒后驾驶，根据血液中酒精含量的多少，分为饮酒驾驶和醉驾。不可否认，由于每个人身体内酶含量存在差异，加上身

体状况、喝酒的心情等综合因素的影响，喝酒后对每个人的身体状况、意识控制能力的作用确实存在较大的差异。正因为如此，实践中，不少酒量好的人往往会陷入一种误区：酒量好，酒精分解得快，少喝



点酒开车没事；也有一些人认为，喝完酒，休息一两个小时就没事了。果真如此吗？

去年，江苏交管部门针对饮酒量和检测结果做过专门的实验，对不同年龄阶段的饮酒者，饮用不同种类、不同分量的酒，在不同时间段进行检测，检测结果直接明了的区分了饮酒驾驶和醉驾，以及二者所面临的处罚。对此，笔者根据实验数据和法律法规及司法解释进行了归纳整理（见下表）：

饮酒驾驶与醉酒驾驶					
实验组织者：江苏交管部门（晚8点开始：20-55岁，自认非常能喝）					
测试项 小组项	饮酒者	饮酒量 ml	3 小时后检测 ? mg/100ml	9 个半小时后检测 ? mg/100ml	
白酒组	小哥	350	99	醉酒	0
	大叔	550	147	醉酒	81
	大叔	400	177	醉酒	93
啤酒组	小哥	6 瓶	68	饮酒	0
	大叔	6 瓶	60	饮酒	0
	大叔	6 瓶	65	饮酒	0
红酒组	大叔	1200	95	醉酒	0
	大叔	1600	135	醉酒	43
	大叔	1200	97	醉酒	0
实验结果：饮酒量与测试结果没有必然关系；建议饮酒后隔天驾驶。					
《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》（GB19522-2010）中规定		饮酒驾车：驾驶人员血液中的酒精含量 $\geq 20\text{mg}/100\text{ml}$ ， $< 80\text{mg}/100\text{ml}$ 的驾驶行为。 醉酒驾车：驾驶人员血液中的酒精含量 $\geq 80\text{mg}/100\text{ml}$ 的驾驶行为。			
《中华人民共和国道路交通安全法》第91条：	饮酒驾车	机动车	首次，暂扣6个月驾驶证，并处1000元以上2000元以下罚款；再次，处10日以下拘留，并处1000元以上2000元以下罚款，吊销驾驶证。		发生重大交通事故，终生不得取得驾驶证
		营运机动车	处15日拘留，并处5000元罚款，吊销驾驶证，5年内不得重新取得机动车驾驶证。		
	醉酒驾车	机动车	约束至酒醒，吊销驾驶证，依法追究刑事责任；5年内不得重新取得机动车驾驶证。		
		营运机动车	约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任；10年内不得重新取得机动车驾驶证，重新取得机动车驾驶证后，不得驾驶营运机动车。		
《中华人民共和国刑法》第133条之一		醉酒驾驶机动车的构成危险驾驶罪，处拘役并处罚金。（拘役的期限为1个月以上6个月以下，由公安机关就近执行；执行期间1个月可回家1至2天）。			
《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》		从重处罚：1.造成交通事故且负全部或主要责任，或逃逸；2.达到200mg/100ml 以上的；3.在高速公路、城市快速路上驾驶的；4.驾驶载有乘客的营运机动车的；5.有严重超员、超载或者超速驾驶，无驾驶资格，使用伪造或者变造的机动车牌证等行为的；6.逃避公安机关依法检查，或者拒绝、阻碍公安机关依法检查尚未构成其他犯罪的；7.曾因酒后驾驶机动车受过行政处罚或者刑事追究的；8.其他情形。			
		判处罚金：应根据醉酒程度、是否造成实际损害、认罪悔罪态度等情况确定。			

不了进看守所“体验生活”，最多6个月拘役，此乃第二大误区。

那么，酒后驾驶可能触碰哪些刑事风险呢？笔者结合实务经验及法律法规以及司法解释的规定，对酒后驾驶可能涉嫌的刑法罪名做具体分析：

罪名一：危险驾驶罪

醉酒者在道路上驾驶机动车，即涉嫌构成危险驾驶罪，具有下列情形之一的（见第一部分图标中的从重处罚），依照刑法第133条之一第1款的规定，从重处罚。对于醉酒驾驶机动车的被告人，应当综合考虑被告人的醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害以及认罪悔罪等情况，准确定罪量刑。对于情节显著轻微危害不大的，不予定罪处罚；犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚。这里的“醉酒”、“道路”、“机动车”（见下图）适用如下法律规定：



《刑法》第 133 条之一规定：在道路上驾驶机动车，有下列情形之一的，处拘役，并处罚金：...（二）醉酒驾驶机动车的...有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》第 1 条规定：在道路上驾驶机动车，血液酒精含量达到 80 毫克/100 毫升以上的，属于醉酒驾驶机动车，依照刑法第 133 条之一第 1 款的规定，以危险驾驶罪定罪处罚。前款规定的“道路”“机动车”，适用道路交通安全法的有关规定。《中华人民共和国道路交通安全法》第 119 条规定：“道路”是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围内但允许社会机动车通行的地方，包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。“机动车”是指以动力装置驱动或者牵引，上道路行驶

的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆。

罪名二：妨害公务罪

醉酒者在被交警查处时，以暴力、威胁方法阻碍公安机关依法检查，即可能涉嫌构成妨害公务罪，此时依照数罪并罚的规定处罚。此处对象包括“辅警”，从立法目的看，刑法设立妨害公务罪的目的在于保护国家公共管理活动的顺利实施。该罪侵犯的法益是“公务”，并非“公务人员”，落脚点在公务活动。从实质意义上来说，只要妨碍了公务活动的顺利执行，都有可能涉嫌该罪。而辅警的执法行为属于从事公务活动，需要刑法予以保护。具体法律规定如下：

《刑法》第 277 条规定：以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。...故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，未使用暴力、威胁方法，造成严重后果的，依照第一款的规定处罚。暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，依照第一款的



规定从重处罚。《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》第3条规定：醉酒驾驶机动车，以暴力、威胁方法阻碍公安机关依法检查，又构成妨害公务罪等其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

需要注意的是，即便没有构成醉驾的标准，如果在公安机关盘查期间不予配合，妨害公安机关工作人员正常执行职务的，也可能构成妨害公务罪。

罪名三：交通肇事罪

酒后（只要有证据证明有喝酒的行为即可，当然包含饮酒驾驶和醉驾）驾驶机动车造成交通事故而致一人以上重伤，并且负事故全部或主要责任的，即涉嫌构成交通肇事罪。如果未造成一人以上重伤或者只是造成重大财产损失的，依然涉嫌构成危险驾驶罪的从重处罚情形。具体法律规定如下：

《刑法》第133条规定：违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处

三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条规定：交通肇事具有下列情形之一的，处三年以下有期徒刑或者拘役：（一）死亡一人或者重伤三人以上，负事故全部或者主要责任的；（二）死亡三人以上，负事故同等责任的；（三）造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在三十万元以上的。交通肇事致一人以上重伤，负事故全部或者主要责任，并具有下列情形之一的，以交通肇事罪定罪处罚：（一）酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的；...

罪名四：以危险方法危害公共安全罪

醉酒者主观上持放任态度，在繁华路段驾车，连续多次闯红灯，或者高速逆行，造成重大交通事故，因其行为具有与放火、决水等四种行为相当的危险性、破坏性，按照主客观相统一的原则，可能涉嫌构成

以危险方法危害公共安全罪。具体法律规定如下：

《刑法》第 114 条和第 115 条第 1 款规定：放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。**最高人民法院 2009 年制定的《关于醉酒驾车犯罪法律适用问题的意见》提出：**“行为人明知酒后驾车违法、醉酒驾车会危害公共安全，却无视法律醉酒驾车，特别是在肇事后继续驾车冲撞，造成重大伤亡，说明行为人主观上对持续发生的危害结果持放任态度，具有危害公共安全的故意。对此类醉酒驾车造成重大伤亡的，应依法以以危险方法危害公共安全罪定罪。

需要指出的是，酒后驾驶者尤其是醉驾导致承担刑事责任以外，还将面临巨额经济赔偿、开除公职、失业等多种风险。

结语

针对醉驾者，给予刑罚是常规，免于刑罚是特例，且不可抱有任何侥幸心理。当你准备酒后驾驶的时候，想一想违法犯罪的代价：牢狱之灾、巨额赔偿、断送自己和孩子前途... 酒驾是你承受不起的代价，且行且珍惜！



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

高空抛物，仅仅是赔钱的事吗？

作者：傅建平、吴心成

随着社会城市化的快速发展，越来越多的人住进了都市的高楼大厦，享受着城市生活带来的便利与美好。然而，居住环境的改善并不意味着不良习惯必然改变，适应城市生活过程中的各种问题也随之而来，其中，近年来各地频发的高空抛物事件尤其让人揪心，头顶上的“飞来横祸”不仅严重影响市容市貌，而且严重危害了人们的财产乃至生命安全，如何守卫“头顶上的安全”已成为城市发展过程中的痛点之一。

为了保卫人们“头顶上的安全”，最高人民法院于 2019 年出台了《关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》（以下简称“意见”），防高空抛物也写入了民法典草案中。不少人认为，高空抛物仅是道德品质问题，最多承担民事责任，如果刚好砸中了人或物，由于主观上并没有伤人或伤物的故意，充其量属于“意外事件”，大不了赔钱了事！果真如此吗？不妨先来看看以下两个案例：

一 真实案例：小事变大事，“家事”变“刑事”

蒋某因家庭矛盾与父母感情恶化，从父母家中搬出。2019 年 8 月 1 日，蒋某声称要为外公外婆讨回公道，手持棒球棍来到父母家。没想到父母竟然更换了门锁，蒋某心中顿生怒火，联系了锁匠上门开锁。蒋某发现父母都在家中，双方遂发生了激烈的争吵。争执过程中，蒋某抡起手中的棒球棍对家中电器、窗户玻璃等一顿打砸，还将手边的平板电脑、手机、水果刀等物品扔出窗外。蒋某父母家住 14 楼，窗户下方是小区公共道路，蒋某扔出的部分物品砸落在小区公共道路上，还砸



坏了楼下停放的三辆机动车，损失合计4293元。上海市闵行区人民法院认定蒋某的行为构成以危险方法危害公共安全罪，对其判处有期徒刑1年。该案件也是《意见》实施以来，上海地区首个高空抛物入刑案。



浙江省瑞安市也有一起因家庭琐事
而向楼下扔东西当事人被判刑的案件。

2019 年 12 月 25 日晚，被告人方某健与朋友相约聚餐，因家庭生活不顺喝了不少酒。当日 21 时 40 分许，被告人方某健回到住处休息。并于 21 时 55 分在 5 楼窗前拨打

其前妻电话，因电话未接十分生气，拿起房内一把椅子扔下楼，由于用力过猛，抛出时将一扇玻璃窗和不锈钢窗框一起带到商业街人行道上，部分物件砸中一辆停放在街边的红色轿车，导致车辆左前侧受损。几十秒后，被告人方某健又将一个装有热水的烧水壶抛向对面人行道上，所幸未造成人员伤亡。瑞安市人民法院经审理后认为，被告人方某健酒后故意从临商业街高层民房抛弃木制椅子和装有热水的烧水壶，危害公共安全，其行为已对不特定人员的人身、财产构成严重威胁，构成以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑三年。

看到上述两个案例，你还认为高空抛物是小事吗？不顾公共安全，因家庭琐事发泄情绪随意高空抛物的行为，小事可能变成大事，“家事”可能转成“刑事”，



二、法律规制：轻则赔偿，重则入罪

《意见》出台之前，司法实践中，面对高空抛物行为造成他人损害，司法机关多数根据《侵权责任法》第八十七条的规定为依据，仅仅追究当事人的民事侵权赔偿责任，该法条规定：“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”部分造成严重后果的当事人，法院也会追究其刑事责任，但各地法院呈现出定罪不统一等现象，有的定故意毁坏财物、有的定寻衅滋事罪。很显然，这些罪名的法定刑与高空抛物行为的对不特定公众带来的巨大危险和社会危害性相比，罪刑已不相适应，难以对高空抛物行为进行有效规制和震慑。

《意见》出台之后，最高法根据不同社会危害性的高空抛物行为，作出了罪刑相适应的规制，对其中故意进行高空抛物的，足以危害公共安全的，依照刑法 114

条以危险方法危害公共安全罪定罪处罚；致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，依照刑法第 115 条第一款的规定处罚。如果是为伤害、杀害特定人员实施上述行为的，依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。需要指出的是，对于上述故意实施高空抛物行为的行为人，无论是以危险方法危害公共安全罪还是故意伤害罪、故意杀人罪定罪，其最高刑期均可以判处死刑。

即使是行为人不小心将物品从高空抛下，如果造成人员死亡、重伤的，也要追究刑事责任，按照刑法第 233 条过失致人死亡罪和第 235 条过失致人重伤罪定罪处罚，最高可处 7 年有期徒刑。

《意见》实施后，为各地司法机关处理相关事件作出了良好的指引。通过案例检索（见下图），我们发现，多数案件按以危险方法危害公共安全罪定罪处罚，占所有罪名比例的 66.7%，少部分以故意毁



坏财物罪、寻衅滋事罪和重大责任事故罪定罪。高空抛物入刑在最高法出台司法解释和各地司法机关实践之后，无疑对于高

空抛物行为一个巨大的震慑作用，助力营造一个安全、文明的城市生活、居住环境。

三、风险防范：控制情绪，放弃侥幸

通过上述案例检索和分析，高空抛物行为大都是行为人在情绪失控下的失去理智的行为，根据主观恶性程度、社会危害性的大小，可能涉及以危险方法危害公共安全罪、故意毁坏财物罪、寻衅滋事罪、重大责任事故罪等多个罪名，从既有案例不难看出司法机关对高空抛物的严惩态度：一旦被认定为以危险方法危害公共安全的，均未适用缓刑。那么，作为城市居民的我们如何避免自己因高空抛物陷入民事乃至刑事诉讼的风险？笔者做如下提醒：

第一，控制好情绪，别乱扔东西。本文开头介绍的两则案例，都是由家庭琐事引发，或因与父母争执，或因与妻子吵架，行为人均未能控制好自己的情绪，肆意发泄，将物品直接扔到窗外，从而锒铛入狱。可见，在面对家庭矛盾时，应当控制情绪，心中默念“君子动口不动手”。

第二，养成好习惯，别心存侥幸。从新闻报道和案例来看，不少人辩称，是看到楼下没人才扔的东西。在这需要提醒各位注意的是，法律不要求砸到人才算犯罪，只要有砸到人的可能性就可能构成犯罪。比如说小区的道路、住宅区附近的马路，都是人们经常会路过的地方，即使你看的时候没有人，也保不齐什么时候会突然窜出一个人来。《意见》明确规定了，只要足以危害到公共安全的，就可以定罪处罚，不需要实际造成他人损伤，但倘若造成了，则将面临更重的处罚。

另外，如果是不会有人经过的场所，但楼下有贵重物品的，造成贵重物品损坏达到 5000 元以上的，也会被追究故意毁坏财物罪的刑事责任。

需要注意的是，有人心存侥幸，认为往窗外扔的东西小就不会造成危险。有这种思想的人，一是公德心有问题，二是物



理学没学好，物理常识告诉我们，从高空抛下的物品，哪怕一个鸡蛋，都会在重力加速度的作用下，变成一个致命的“武器”，更别提椅子、电脑、水果刀等物了。

第三，学习好法律，别随意推责。也许有人会认为，东西虽然是自己扔的，但是砸到别人纯属“意外”，不能要求他承

担责任。这里其实是对“意外事件”的误解，简单来说，意外事件是不能预见、不能避免。高空抛物这件事，一般人都知道很容易发生危险，而且可以避免。因此，对于故意往窗外丢东西砸伤、砸死别人的行为，不能以“意外”来搪塞，而是对他健康、生命的漠视，将遭到法律的严惩。

四、结语：相互尊重，成人达己

对他人生命的尊重，也就是对自己生命的尊重。对于我们每一个公民，尤其是居住在高层的公民而言，任何时候都要对高空抛物行为说不。因为在高空抛物的危险中，我们、我们的至亲、好友都可能成为下一个受害者。对于抛物者，也请三思，是否图一时之方便，或图发泄一时之情绪，令自己背负骂名赔偿巨款乃至身陷囹圄？答案不言而喻。

写下本文，恰逢 520，又是一个特殊的日子，爱情生活除了甜蜜也少不了争执，只不过在发生争执的时候多一份克制，多一份冷静，可以争吵，但别动手，无论是动手打人还是动手砸东西，都可能触犯刑法，十分不值得。



吴心成 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



以案说法：“套路贷”诈骗案件辩护思路分享

作者：傅建平、吴心成

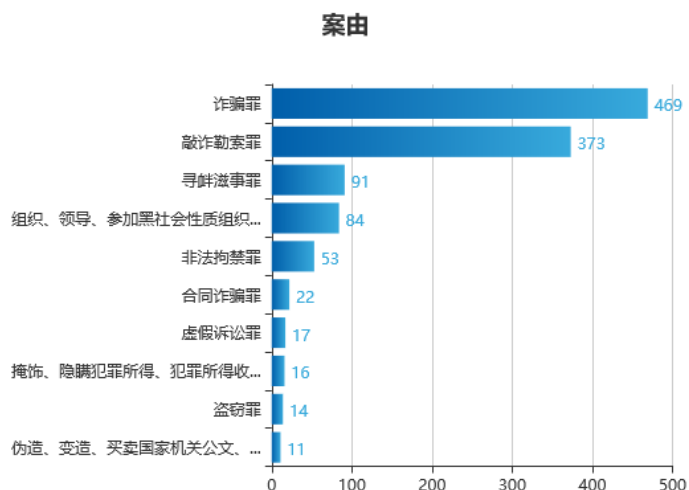
一、“套路贷”法律规定及特征分析

近年来，“套路贷”案件频发，其亦是作为“扫黑除恶”专项斗争重点打击的对象之一，各级司法机关均极为重视。自2017年至今，全国和地方司法机关围绕套路贷犯罪已出台过不少指导意见，例如，2017年10月25日上海出台了《关于本市办理“套路贷”刑事案件的工作意见》、2018年3月18日浙江出台了《关于办理

“套路贷”刑事案件的指导意见》、2018年3月20日杭州出台了《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的工作实施意见》、2019年4月9日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合制定了《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》（以下简称“意见”）、2019年7月24日浙江出台了《关于办理“套路贷”相

刑事案件若干问题的纪要》等。

何谓“套路贷”？根据最高人民法院等联合制定的《意见》第一条规定：“套路贷”，是对以非法占有为目的，假借民间借贷之名，诱使或迫使被害人签订“借贷”或变相“借贷”“抵押”“担保”等相关协议，通过虚增借贷金额、恶意制造违约、肆意认定违约、毁匿还款证据等方式形成虚假债权债务，并借助诉讼、仲裁、公证或者采用暴力、威胁以及其他手段非法占有被害人财物等相关违法犯罪活动的概括性称谓。通过案例检索分析，“套路贷”所涉及的主要罪名如下：



可见，“套路贷”系对某一类行为的一个概括性的称谓，并非刑法规定中的某一具体罪名。在司法实践中，“套路贷”以诈骗罪定罪量刑的案件数量最多。通常针对诈骗罪，根据其犯罪构成，一般会从以下几个方面展开辩护：其一，行为人有无非法占有目的；其二，行为人有无捏造事实和隐瞒真相的行为；其三，被害人有无错误认识；其四，被害人有无处分财产；其五，被害人有无实际的财产损失；其六，诈骗行为与被害人损失之间是否具有因果关系。对于诈骗罪的辩护经验，已有不少律师加以总结和分享，既有珠玉在前，本人不再泛泛而谈，而是聚焦“套路贷”诈骗行为的特点，通过分析实际案件，来分享若干“套路贷”诈骗案件的特有的辩护思路，供大家参考交流。

二、案例简介

2015年8月，被害人李某找到被告人项某，向其借款人民币60万元用于偿还

债务，并约定每月利息6万元，并直接收取6万元“砍头息”。项某以需要提供借



款保证的行规为由，要求李某出具120万元的房款收条，并收取李某房产证作为抵押。之后，项某让其朋友向李某账户转入34万元偿还王某之前所欠债务，并付给债务人一笔费用（李某称，该笔费用为3万，另有6万给予了项某；项某某则称，该笔费用为9万，由李某给了其债务人，此外再无其他证据。）。次日，项某向李某账户转入120万元，李某取现9万元后交还给项某，并向项某朋友刘某转账100万，刘某再将该100万元转回项某指定账户，李某实际得款11万元。过一段时间后，刘某怕转账对其不利，要求将李某转入其账户的100万元予以转回，项某、刘某再次向李某账户转入100万后由项某取现收回。2015年11月，因李某未在约定时间还款，项某再次向李某账户转入60万元并取现

收回，以保留转账凭证。期间，项某让李某签订120万元、60万元购房首付款收据2张、房屋买卖合同1份。李某向项某返还利息3万元。2016年4月，项某因李某无力归还利息，遂让张某、吴某与李某签订虚假借条10万元，后由张某、吴某收取李某10万元现金交还给项某，并将借条归还李某。

2016年5月，项某向法院起诉李某，要求李某归还上述购房首付款180万本息及违约金420余万元，后项某咨询律师得知，该行为属于犯罪，遂撤诉。2017年9月，项某以60万元转账凭证、李某承认借款60万的电话录音，再次向法院起诉李某，要求李某归还本息64.3万元，法院判决支持项某的诉讼请求。后李某报案，项某未能追回出借款项。

三、辩护思路

笔者在介入该案件后，通过阅卷、多次会见项某进一步了解案情，发现本案初看确实像是“套路贷”，仔细斟酌后发现，本案并非“套路贷”诈骗，甚至是否构成诈骗也存疑。

疑点一：行为人是否属于“套路贷”诈骗？

需要明确的是，并非所有利用民事诉讼达到非法占有目的的行为均属于“套路贷”诈骗，是否属于“套路贷”诈骗应考

察是否符合其行为特征。从前文介绍来看，虚增借贷金额、恶意制造违约、肆意认定违约、毁匿还款证据等方式形成虚假债权债务和借助诉讼、仲裁、公证等行为应属于“并列”关系。也就是说，“套路贷”诈骗案件一定会具备上述全部行为，仅具备其中一个或者部分特征，无法将其定性为“套路贷”套路贷诈骗。就本案而言，笔者以项某 2017 年 9 月第二次起诉李某为界，可以将项某的行为分成前后两个阶段。

第一阶段，从 2015 年 8 月至 2016 年第一次起诉，项某以要求李某赔偿 180 万本息及 420 万违约金的行为确实涉嫌“套路贷”诈骗。但在诉讼过程中项某认识到其行为涉嫌犯罪后，主动撤诉，笔者认为，该行为属于犯罪中止。根据刑法规定，对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚。

那么问题来了，既然项某第一阶段行为已经被评价为犯罪中止，那么将其中虚假走账部分作为依据，从而认定项某第二阶段行为属于套路贷诈骗则明显存疑。笔

者认为，项某第二阶段的行为应当单独考虑其行为性质。首先，项某提供的 60 万元转账凭证实质上不属于虚假走账。本案在案证据显示，项某形成的虚假走账的凭证有很多，数额多数远大于 60 万元，但项某并未以此起诉李某，而是选择 60 万元转账凭证作为起诉依据，这与项某与李某双方最初于 2015 年 8 月约定的 60 万元借款是相吻合的，足以证明其主观上并无非法占有被害人巨额财产之目的，也可看出其 60 万转账凭证的实质即为双方最初约定的借款金额 60 万。其次，项某在起诉时，仅仅对法院隐瞒了李某已经还款 13 万元和 6 万元砍头息的事实，抛开该 19 万元是属于民事不法行为还是刑事诈骗行为不谈，即便构成诈骗，项某的行为实质上属于典型的三角诈骗，即受骗人和受害人并非同一人，而不属于“套路贷”。

疑点二：借款本金如何确定？

“套路贷”诈骗案件在证据层面往往具有以下特点：其一，虚假走账部分证据确凿，往往有完整的转账凭证、银行流水可查、有明确的借条，但被害人实际获得

的金额往往是以现金方式收取，具体数量缺乏证据支撑；其二，案件发生环境较为封闭，往往仅有放贷人和借款人两人。案发后笔录上所呈现的便多是“一对一”的言词证据，无法确定真伪。

“套路贷”诈骗案的涉案金额往往是控辩双方争议的焦点之一，辩护人如何通过有效辩护为当事人争取更为有利的金额，也是该类案件辩护的关键点之一。笔者认为，至少可以从两个层面来确定借款本金。首先是证据层面，如前所述，该类案件的被害人通常得到的是现金，缺乏物证，且发生环境较为封闭，常常出现放贷人与借款人“各执一词”的局面。但辩护律师仍可以通过仔细阅卷，发现蛛丝马迹。言词证据可以将其表格化来进行对比分析，例如，以人物分类，对比同一问题下不同时间的笔录内容，通过对比能更好的发现笔录的矛盾部分；以问题划分，对比同一问题下不同人的笔录内容，也能看出

笔录的矛盾或者串供部分；以时间划分，对比不同人在同一个问题下供述的变化，可以看出是“先供后证”还是“先证后供”。本案中，笔者通过对比发现，对于控辩双方争议最大的一笔6万元欠款的去向，在案的直接证据仅有项某和李某的说法。但是通过全案的笔录对比发现，李某的说法存在很大问题，首先，李某在前几次笔录中均未提到过该笔费用；其次，李某称该笔6万元系项某分给在场的其他朋友作为辛苦费，而其他所有在案人员的笔录中均未提及此事。据此，辩护律师即可将案件事实还原成一个更有利于被告人的案情。

其次是证明责任层面。根据刑事诉讼法，对于“套路贷”诈骗罪的诈骗金额，证明责任在于公诉方，且要求很高，至少达到排除合理怀疑的程度。辩护律师则不然，只需提出本案存在其他可能，不能排除合理怀疑即可，两者难度一目了然。因此，即便本案仅有李某和项某的笔录，其

也不能要求项某对该6万元负责。根据存疑时有利于被告人原则，在现有证据无法证明项某诈骗金额时，只能认定其所供述的数额，这也是我国刑事诉讼法证明标准的应有之义。

疑点三：被害人是否存在“反套路”的行为？

与一般诈骗不同，随着各级司法机关对“套路贷”知识的普及，越来越多的“被害人”摇身一变，成为了“加害人”，利用司法机关对“套路贷”的严厉打击，对相关的放贷人施行“反套路”。所谓“反套路”是指，借款人明知放贷人属于“套路贷”，仍然向其借款，在借款后立即报警，从而非法占有放贷人的本金的行为。本案中，被害人李某也存在着类似情况。李某在其前几份笔录中，均称未收到项某向其转账的34万元，之后在得知项某处有该笔钱款的凭证后，才向办案机关承认，自己曾得到该笔款项。该行为属于典型的

“反套路”，李某对项某的钱款同样具有非法占有目的，可能涉嫌诈骗罪。

发现被害人具有“反套路”的行为，除了可以依法对其进行控告之外，对案件的辩护有何帮助？笔者认为，至少可以说明以下几点：第一，证明被害人的品格问题，从而动摇其陈述的真实性，降低其证明力；第二，降低司法机关对被害人的同情心理；第三，对于被告人获得被害人谅解具有一定的促进作用。

四、小结

司法实践中的“套路贷”诈骗类案件案情各有差异，面对纷繁复杂的案件，辩护律师需要不断地总结经验、精进业务。更要脚踏实地，针对不同的案件制定与之相适应、相匹配的辩护思路，拒绝“套路辩护”、“走过场式辩护”，不断推陈出新、挑战自我。正如有人所言，辩护律师办理的不仅仅是一个个案件，更是他人的人生。



五张图表带你轻松了解公司自行清算

作者：程伟



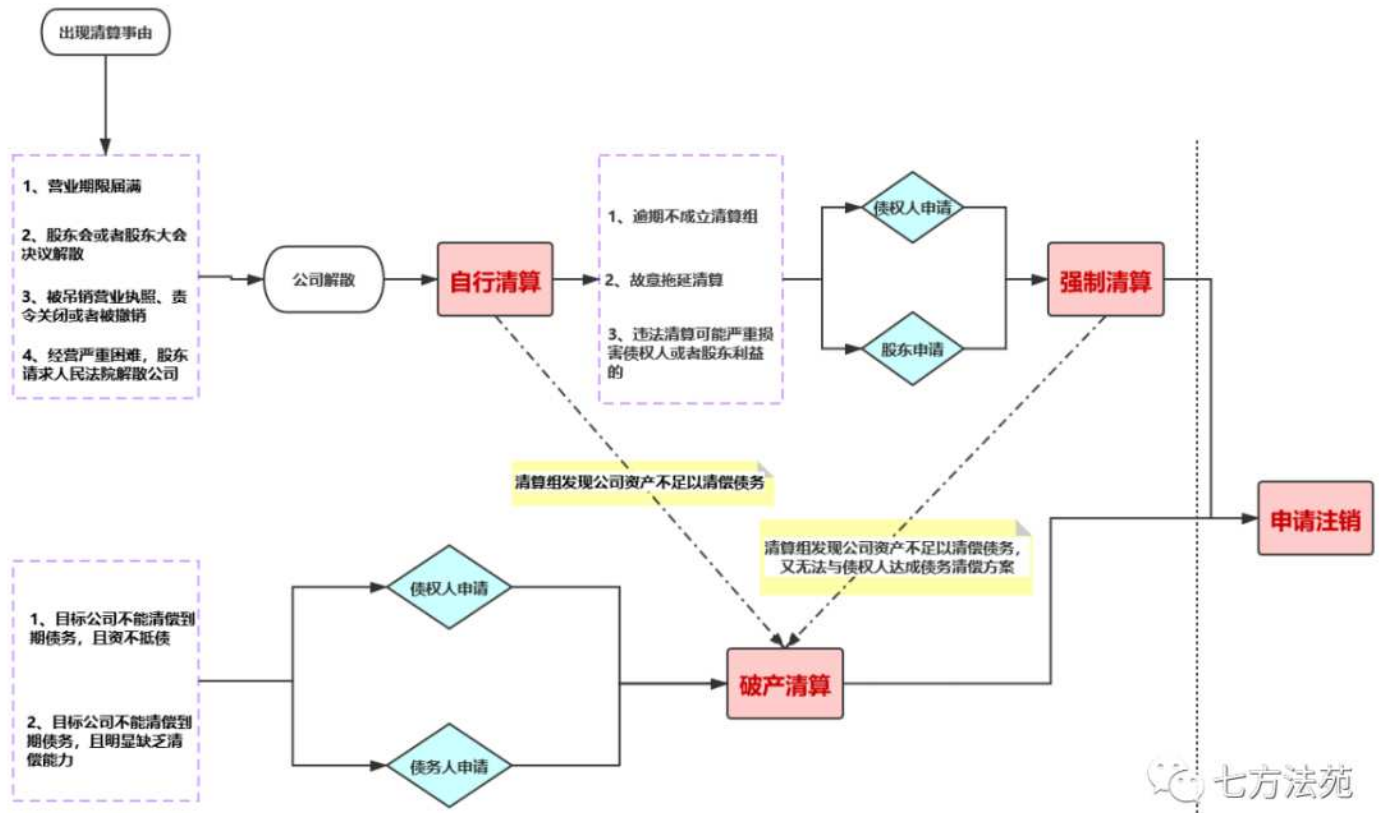
2020 年伊始，受疫情影响，大量公司陷入经营困难、入不敷出的困境，面对后续发展无望，继续开业经营还需支出职工工资、房租、水电等不菲成本，自行解散清算从而彻底终结企业不失为各位投资人降低损失的一种路径。而作为现代企业，不但设立时需要严格遵循市场准入规则，在退出时，亦应遵循市场退出路径。但纵览商业实践，不少投资人碍于清算注销程序繁琐，认为只要停止营业就可以放任公司不管了，殊不知对于“怠于清算”的公司直接责任人需面临罚款、今后设立公司受限等行政责任，对公司债务承担连带清偿责任等民事责任，更有甚者，可能涉及“妨害清算”等刑事责任风险。

公司自行清算涉及众多行政部门、交织纷繁复杂的法律关系，这也是各位投资人最头疼和“怠于清算”的主因，基于此，笔者试图化繁为简，五张图表带您轻松了解公司自行清算。



一、公司终止路径——清算

一般来说，公司自营业执照签发之日成立，自注销登记时终止。而清算是公司合法终止的必经程序，按照公司终止的方式不同，清算也分为自行清算、强制清算与破产清算三大类，其各自的适用条件及相互关系如下图：



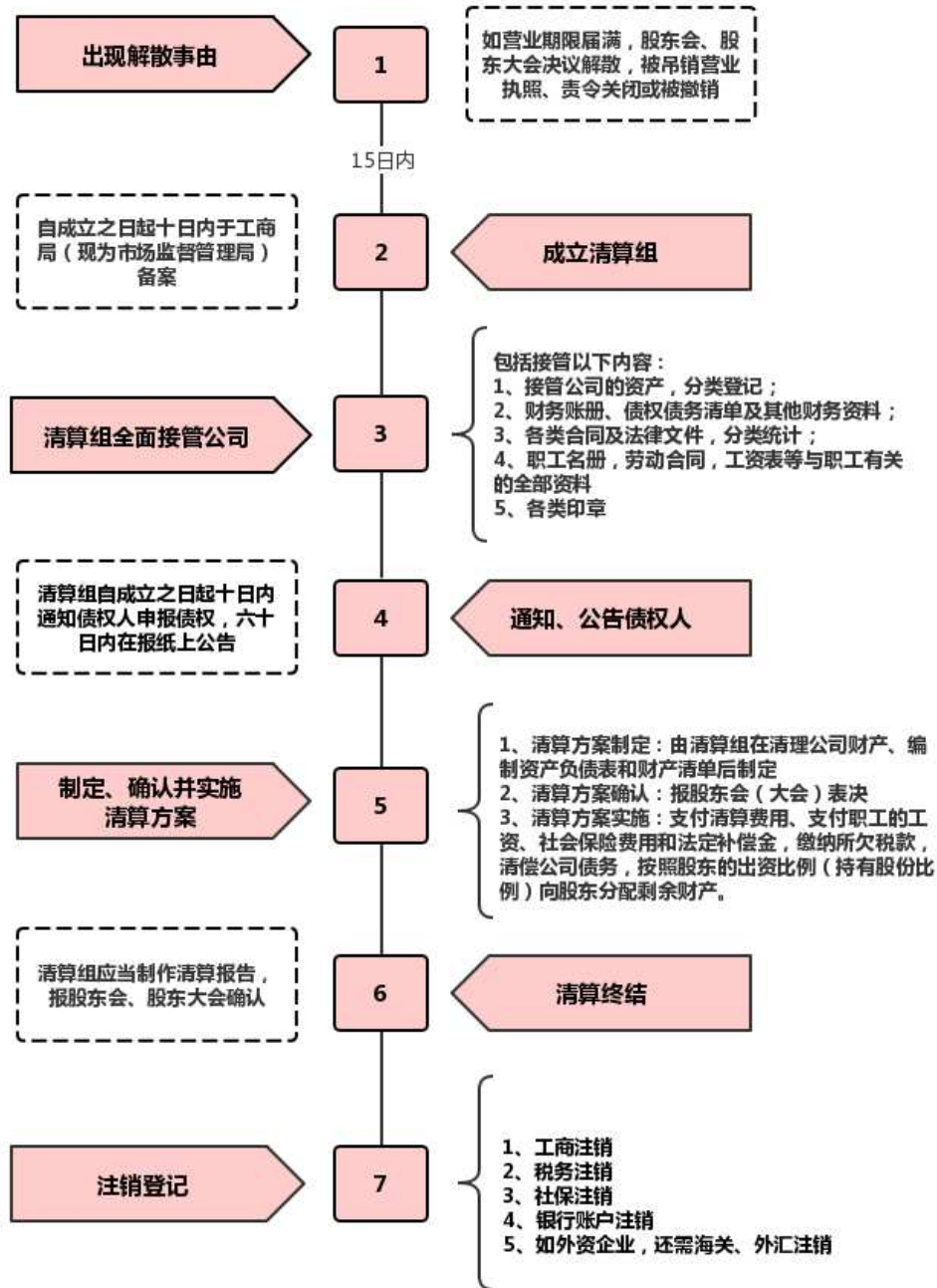


二、三种清算方式比较

项目 \ 类型	自行清算	强制清算	破产清算
适用条件	资产足以清偿债务		资不抵债或明显缺乏清偿能力
清算组成员(管理人)	自行组成:	人民法院指定:	
	1、有限责任公司的清算组由股东组成	1、股东、董事、监事、高级管理人员	1、有关部门、机构的人员
	2、股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。		
	2、律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构		
	3、上述中介机构中具备相关专业知识和取得执业资格的人员。		
相互转化	自行清算可转化为强制清算；自行清算、强制清算均可转化为破产清算		

三、自行清算纵向流程

限于篇幅，本文主要对公司自行清算进行介绍。公司自行清算的纵向流程大致包括下图的七大步骤：

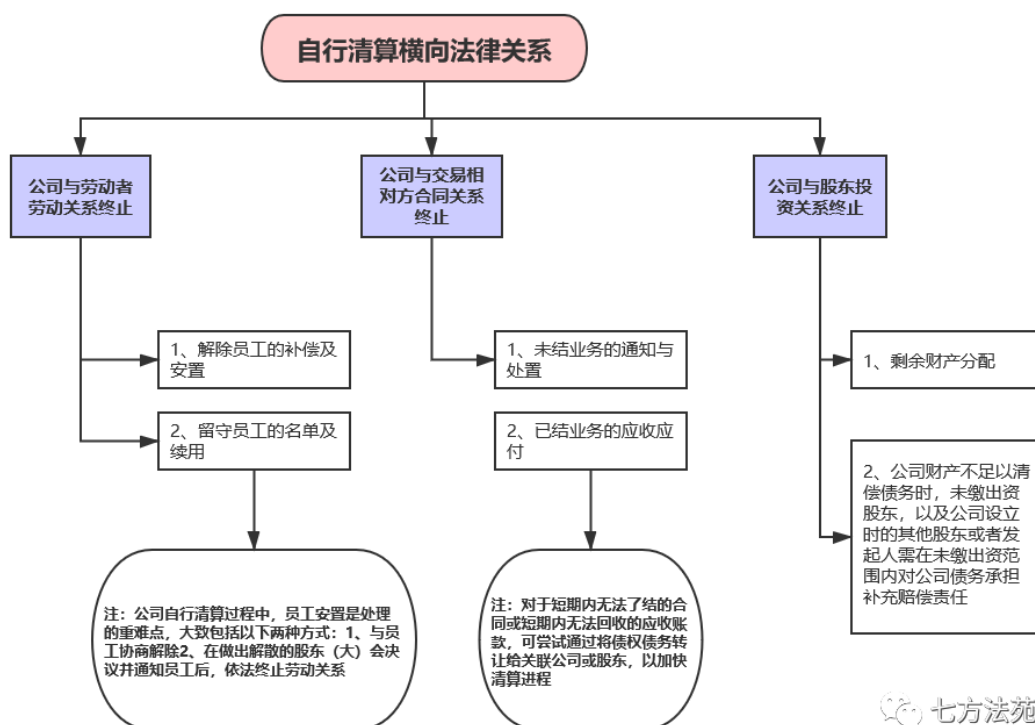


七方法苑

公司按上图进行自行清算的，需要重点注意如下几个问题：

1. 清算组成员人数尽量为单数，如此，在清算组因清算事务发生争议时，可以通过表决形成过半数决议，从而不至于导致“清算僵局”。
2. 股东会、股东大会决议解散的，必须经代表三分之二以上表决权（出席会议的股东所持表决权的三分之二）的股东通过。
3. 清算方案、清算报告需报股东（大）会表决，表决通过比例由章程或股东（大）会通过的清算组议事规则确认。
4. 清算结束后，工商、税务、社保、银行、外汇、海关等注销手续中，优先办理税务注销、工商注销，待拿到工商出具的注销登记文书后，再分别至其它行政部门办理注销手续。
5. 清算纵向流程中，清算方案及清算报告尤为关键，一份完整的清算方案需包括如下内容：公司基本情况；清算组基本情况、职权及议事规则；公司未结业务情况及处置；债权债务清理；公司资产清理及变价；员工安置方案；涉诉处理方案；清算工作预算等。

四、自行清算横向事务



公司自行清算过程中需要终结对外对内全部法律关系，包括公司与员工、公司与交易相对人、公司与股东、债权人与股东、股东之间、清算组与债权人、清算组与公司等，上图挑选其中最主要的前三项做详细介绍。

值得注意的是，在公司自行清算过程中，债权人能要求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。简单来说，就是：

1. 当公司能足额清偿债务的，债权人无权要求未足额出资股东承担责任；
2. 当公司刚刚进入清算程序而尚未完成清算，不能确认公司财产是否能清偿债务的，债权人也无权要求未足额出资股东承担责任。
3. 若公司清算中发现资不抵债，或公司违法清算导致公司注销后仍未清偿债务的，债权人可诉请要求未足额出资股东、发起人在未出资范围内承担连带责任。

五、“怠于清算”的民事法律风险

正如笔者开篇所述，对于“怠于清算”负有直接责任人需承担相应行政、民事责任甚至刑事责任。公司法上，我们将对公司解散时对公司负有依法组织清算义务，并在公司未及时清算给相关权利人造成

损害时依法承担相应责任的民事主体称为“清算义务人”。通说认为清算义务人包括公司股东、董事、实际控制人。下图根据“怠于清算”的不同形式归纳出清算义务人的相应民事法律责任。

序号	“怠于清算”形式	法律责任
1	未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失	在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任
2	怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算	对公司债务承担连带清偿责任的
3	未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算	对公司债务承担清偿责任



结语

值得注意的是,2019年11月最高法院发布《全国法院民商事审判工作会议纪要》严格了有限责任公司股东清算责任的认定,规定有限责任公司股东举证证明其已经为履行清算义务采取了积极措施,或者小股东举证证明其既不是公司董事会或者监事会成员,也没有选派人员担任该机关成员,且从未参与公司经营管理的,可以不对公司债务承担连带清偿责任。若各位股东正陷入上述纠纷,不妨考虑适用上述规定举证抗辩。

在营商环境日益法治化、规范化的今天,一个公司从诞生、发展、成熟、消亡的生命周期全过程都需要严格遵守法律规定,也唯有此,各位投资人才能在市场信用体系全面建立完善的今天,在激荡的市场洪流中始终立于不败之地。



程伟

上海七方律师事务所 律师

业务方向:

婚姻家庭、民间借贷、合同纠纷、公司股权纠纷

《九民纪要》解读：股东出资加速到期实务研究

作者：张茜

股东出资应否加速到期

在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，下列情形除外：

(1) 公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；

(2) 在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

一、实践操作问题

1. 《九民纪要》关于股东出资加速到期的实践操作还需要进一步明确，存在困难性。甚至有观点认为“表面看是对债权人的保护，但实际并不具备可操作性。”ⁱ

2. “不申请破产”的认定问题。申请的主体应是债务人公司。申请时间没有规定，但是笔者认为应该予以规定。有学者主张应为催告后三个月。

3. “债务产生时间”的认定问题。

有学者主张一般情况下，应当以生效法律文书所认定的主债务形成时间为准，特殊情况下才以文书生效时间为准，例如调解书。笔者认为，在无明确的法律文书能认定的情况下，应以当事人意思表示一致的时间点来认定，如签订合同的，以合同的生效时间认定。

4. “公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的”的认定问题。《九民纪要》与征求意见稿相比去掉

了“善意”二字。说明债权人无需举证股东的主观恶意。但是，公司股东会作出决议延长股东出资期限的时间与工商变更登记时间不一致的，以什么时间衡量较为合理，实践中要警惕公司故意将股东会决议时间提前至债务产生时间前。

5. 第一种例外情形的适用，前提条件很明显要经过执行程序，且已终本结案，那么如果符合条件是否直接可以在执行阶段追加应履行出资义务的股东为被执行人还是需要重新起诉股东。

有观点认为，“从实际操作路径来看，2016年《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（下称《追加规定》）出台后，在‘穷尽执行措施无财产可供执行’情形下，法院依据《追加规定》第17条‘申请执行人可申请追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任’，追加未届

出资期限的股东作为被执行人的案例并不鲜见。但是，此前审判实践对于《追加规定》第17条‘未缴纳或未足额缴纳出资’是否可扩大解释至‘未届出资期限时的未缴纳或未足额缴纳情形’仍存在较大争议，此次《九民纪要》出台，法院援引《追加规定》第17条追加未届出资期限股东作为被执行人似乎有了更加明确的法律基础。”ⁱⁱ

也有观点认为，“应当由债权人另行起诉，要求股东承担补充责任。原因如下：一、直接申请追加被执行人，剥夺了股东的抗辩权。二、虽然企业不能履行到期债务，但是并不必然表明企业资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力，不符合《企业破产法》第二条第一款的规定，不能直接申请企业破产。”ⁱⁱⁱ笔者认为，从九民纪要的表述以及为了限制“加速到期”的情形，债权人应当另行起诉，经过审判程序审理确认符合第一种例外情形。

二、举证责任

为了限制例外情形的适用，毫无疑问，第一种例外情形举证责任应当由主张符合出资加速到期情形的债权人举证，笔者认为“因穷尽执行措施无财产可供执

行，被人民法院裁定终结本次执行”恰好可以作为实务操作的指引，债权人要证明已具备破产原因，必须举证证明公司已因穷尽执行措施无财产可供执行，被人民法

院裁定终结本次执行。第二种例外情形，债权人与公司往往信息严重不对等，公司股东延长出资期限、修改章程虽然需要变更工商登记，但对章程的变更行为鲜少进

行公示或难以查询，债权人难以知晓、获取相关信息，因此实务中债权人很难证明公司通过股东会决议延长了股东出资期限。

三、有感而发

笔者认为，在《九民纪要》中最高院强调了对“加速到期”持非常慎重的态度，只规定了两种例外情形，但是在实践操作层面仍要警惕“加速到期”的扩大使用，因此实践操作问题显得尤为重要。从第一种例外情形来看，只要公司作为被执行人的案件，因穷尽执行措施无财产可供执行，被人民法院裁定终结本次执行的，就能视为“已具备破产原因”，在中国民法学会和商法学会组织的对纪要的研讨会上也曾表述是“公司作为被执行人的案件，因穷尽执行措施无财产可供执行，被人民法院裁定终结本次执行或者终结执行的。”后改为“已具备破产原因，但不申请破产的”。在实践操作上其实无异于公司不能清偿到期债务，出资即加速到期的情形，只是加了个条件必须经过执行阶段，公司作为被执行人的案件以终本结案了。但是大部分案件公司不能清偿到期债

务的，债权人都会申请执行，且最终都无法执行以终



终本结案。笔者曾在一线执行工作过，几乎所有的公司作为被执行人的案件，能执行完毕的案件不超过一半，大部分是以终本形式结案，如果一旦允许此类情形构成股东出资加速到期，那么只要是公司不能清偿到期债务的，经过了执行阶段，出资即加速到期。因此，如果在实践操作层面不谨慎使用，第一种例外情形反而适得其反。有些人可能会有疑惑，原来规定债务人具备破产原因，也可通过申请公司破产来达到此目的，现在只是具备破产原因，而不申请破产的，并没有什么多大的不同，也不会加大出资加速到期的情形。



然而，原来破产情况下加速到期的情形，为什么申请的债权人不多，笔者认为，首先，通过破产程序，时间非常长且复杂，耗费的人力、财力、精力非常大；其次，破产程序中，并不是申请破产的债权人一人获利，所有利益归属于全部的债权人；最后，有些债权人，比如首封案件的债权人一旦进入破产程序，就不能享受到首封的权利。因此，债权人通过启动破产程序促使出资加速到期的情形并不多。但是，九民纪要第一种例外情形，债权人无需申请破产，而且要求出资加速到期所获得的利益是归债权人一人所享有，那么大部分的债权人会首选该条例外情形，除非出现

其他债权人申请破产的情形进入破产程序，这也将间接的倒逼其他不能获得利益的债权人申请进入破产程序，但是一旦破产案件增多，对法院也是巨大的冲击力。所以，关于股东出资加速到期的实践操作问题亟需有关部门出台具体的细则。



- i 《九民纪要后，股东出资加速到期的操作路径》。
- ii 《〈九民纪要〉下股东出资加速到期问题解读》。
- iii 《〈九民纪要专题〉股东出资的加速到期》。

张茜

上海七方律师事务所 实习律师
曾任某人民法院法官，具有丰富的
商事审判和执行事务处理经验

业务方向：

公司业务、民商事合同纠纷、执行
案件

敢夺敢当，只为章狂

当当网“夺章大战”的法律分析

作者：张春球

李国庆和俞渝夫妇共同创立了北京当当科文电子商务有限公司（以下简称“当当”或“当当网”），想当年也是夫妻恩爱，举案齐眉，比翼双飞，如今却反目成仇，摔杯夺章，争权夺利，令人唏嘘。在李国庆离开当当网管理层后，向法院提起了离婚诉讼，目前尚在审理期间。

“庆渝”婚姻早已名存实亡，剩下的剧情不出所料将会围绕争股夺权展开。4月27日，李国庆率领一众人马悍然发动“夺章大战”，拿走了当当网的公章、合同章、财务章等大小印鉴30余枚。

看了这场闹剧，你也许会产生如下疑惑：公司中谁有权保管印章和证照？股权是夫妻共同财产吗？李国庆争夺公章的行为合法吗？拿到公章就等于抢到公司控制权了吗？公章被夺，当当网可以挂失或声明作废而后重新刻制吗？俞渝方该如何应对？

本文借用法律之手把这瓜给切开，陪你吃个明白。

一、公司中谁有权保管印章和证照

公章属于公司财产，对此类物品的保管系公司经营管理范畴。公司是当然的公章所有权人。但是，公章的意义在于对外表征公司意思，而公司意思需要通过意思机关作出，法定代表人作为公司意思机关，是享有公司代表权的法定主体。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。公章由公司的法定代表人执掌，法定代表人如果把法定代表人章与公章一同使用就代表公司行为。

我国法律并无明确规定公章由谁保管或使用。一般而言，公司公章和证照的保管问题，属于公司内部治理事项，应通过公司相关机构行使相应职权或股东行使股东权利予以实现。在公司章程、管理制度没有规定，股东会、董事会没有决议，各方又无相关约定的情况下，法院不宜直接介入公司内部治理，应尊重公司意思自治。

最高人民法院在张某强、林某琼公司证照返还纠纷再审审查与审判监督民事裁定书[（2018）最高法民申 2951 号]中认为：“对于公司中谁有权保留印章及证照，我国法律并无明确规定，现实中应当以公司章程相关规定为准。公司经营中，大量公司印章与证照因日常处理事务方便所需，交由非特定人员保管亦较常见，导致印章及证照返还案件增多。因此，根据公司章程规定，公司印章及证照可由不同人员持有，在公司证照返还之诉中，应当以持有人非法侵占印章及证照为前提。”

二、股权是夫妻共同财产吗？

股权是有限责任公司或者股份有限公司的股东对公司享有的人身和财产权益的一种综合性权利。从股权的性质上来讲，它是一种基于股东身份而享有的具有财产权、经营管理权等多种权利在内的综合性权利集合形态，它与我们平常所讲的“物权”或“债权”不同而又彼此相关的一种独立的权利形态。股权的持有与股东身份的存在不可分离，股权的转让意味着

股东身份的丧失，股权的受让意味着股东身份的取得。

夫妻婚后取得的股权登记在一人名下，那么该股权是否是夫妻共同财产？

最高人民法院在艾某、张某田与刘某平、王某、武某雄、张某珍、折某刚股权转让纠二审民事判决书[（2014）民二终字第 48 号]中认为：“股权作为一项特殊的财产权，除其具有的财产权益内容外，

还具有与股东个人的社会属性及其特质、品格密不可分的人格权、身份权等内容。如无特别约定，对于自然人股东而言，股权仍属于商法规范内的私权范畴，其各项具体权能应由股东本人独立行使，不受他人干涉。在股权流转方面，我国《公司法》确认的合法转让主体也是股东本人，而不

是其所在的家庭。”因此，股权不属于夫妻共同财产，但股权所代表的财产利益应属于夫妻共同财产。

李国庆与俞渝虽同为当当网的股东，但各自股权不属于夫妻共同财产，并不能享有彼此公司股份一半的股东权利。

三、李国庆争夺公章的行为合法吗？拿到公章就等于抢到公司控制权了吗？

根据《公司法》第三十九条的规定，代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持临时股东会，李国庆在当当网的股权占比为 27.51，显然其有权召集和主持临时股东会。

新选举了董事长和总经理，并且经过代表半数以上表决权的股东投票通过了

又根据《公司法》第一百零二条的规定，召开临时股东会，要提前十五天通知各股东，李国庆说已经通知了俞渝，但俞渝拒绝参加，想必召集程序也合法。

李国庆合法召集临时股东会，又履行了通知程序，是不是意味着股东会决议一定有效呢？未必！根据工商注册登记显示，俞渝在当当网的股权占比 64.2%，李国庆占比 27.51%，其他三个小股东总计占比 8.29%。李国庆称其取得了其中占股 8.01%的二个小股东的支持，股东会议重



(以上图片来自天眼查)

那么，这个“过半数”是怎么计算得来的呢？根据李国庆声明内容，其认为他和俞渝在当当网的占股总计为 91.71%，如把这个股权视为夫妻共同财产，因他和俞渝尚未离婚，所以双方实际的股权占比均为 45.855%，再加上支持他的其他二个股东占股 8.01%，两者相加就是 53.865%，完美超过半数。这个解释似乎很有道理。但从上文分析可知，股权本身不属于夫妻共同财产，李国庆或其律师混淆了《公司法》《婚姻法》关于股权权利和股权财产性利益的区分所有，所以偷换概念通过的股东会决议是一份无效的决议。既然股东会决议无效，据此召开的董事会也当然无效，李国庆就不能取得合法有效的董事长、总经理等身份，即使占有了公章，也不会取得公司的控制权。然，还有一种可能。根据《公司法》第三十八条的规定，股东会确实有权选举和更换董事、董事会。但是，之前当当网一直没有设立董事会，只设置俞渝一名执行董事。而有限责任公司是否设立董事会，法律没有强制性要求，可以由公司章程按照经营需要自行规定。如果当当网的公司章程中并未规定

设立董事会的内容，那么李国庆想要设立董事会，就需要在临时股东会上变更公司章程。而根据《公司法》第四十三条的规定，有限责任公司变更章程，需要代表三分之二以上表决权的股东投票通过，俞渝一人就持有公司 64.2%股权，显然李国庆无论如何都凑不满三分之二以上的表决权来变更公司章程、成立董事会。既然无法成立董事会，李国庆在声明所言的免去俞渝所有职务，由自己全面接管公司也就成了一句空话；如果当当网的公司章程里规定了可以成立董事会，那还要看公司章程规定的临时股东会选举董事会的具体要求，如果能满足公司章程规定，那就程序合法。董事会选举实行一人一票，在李国庆所称组成的董事会中，除了俞渝以外，还有四人，如果李国庆的提议能够获得董事会五人中三人的支持（过半数），董事会决议合法有效，并产生法律效力。李国庆还真能踢开俞渝，获得公司的控制权。根据李国庆的声明及相关方透露的信息可以看出，这种可能性极低。

四、公章被夺，当当网可以挂失或声明作废而后重新刻制吗？

4月27日，李国庆称依法接管掌印。对此，当当副总裁阚敏表示，公章已经挂失，正在补办。当当并称已经向社会公布声明印章作废。因此，很多人认为李国庆此番抢走印章没有意义，只要俞渝方申请重新刻制即可。但事情没有那么简单。

广东省高级人民法院在广州美年实业有限公司与深圳市美百年商业管理有限公司公安行政管理再审审查与审判监督行政裁定书[(2019)粤行申1892号]中认为：“美年公司的旧有印章仍在原共管

人手中，不属于无法追回、失去控制的情形，美年公司以“遗失”为由申请重新刻制公章与事实不符。”

根据《印章管理办法》，印章遗失、被抢、被盗的，可以在公告之后，向公安机关申请后重新刻制。但股东之间因公司内部管理纠纷引发的印章争夺战，公安机关一般不会给予办理印章的丢失备案而获得重新刻制。而且即使重新刻制，公司还是会面临两枚印章具有同等法律效力的局面从而造成经营障碍。

五、俞渝方面如何应对公章被夺的局面？

俞渝方面可以寻求刑事或者民事两条救济途径。

根据《刑法》第二百八十条规定，伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金。

对企业来说，刑法只规定了伪造印章才能入罪。虽然争夺公章对企业的社会危害性很大，但到目前为止还没有把争夺公

司印章的行为纳入刑事范畴。故刑事救济难于实现。

俞渝方面可以通过向法院提起“公司证照返还之诉”维护自身权益。从前文分析可以看出，在“公司证照返还之诉”中，应当以持有人非法侵占印章及证照为前提，也即如果李国庆召开临时股东会及董事会程序违法，俞渝方面可以通过向法院提起“公司证照返还之诉”来追回被李国庆拿走的三十多枚印鉴。公司证照返还之诉依据《物权法》《公司法》《民事诉讼法》等相关法律规定向有管辖权的法院提起诉讼，鉴于篇幅所限，笔者另行行文，本文暂不赘述。



李国庆夺章行动应是周密筹划，背后定有专业人士支招，虽规避了刑事追责，但李国庆及其律师不会不明白面临的诉讼风险，至于为什么“偏向虎山行”，只有李国庆最清楚，现在看来，也许醉翁之意不在酒，其真正目的是想借此让俞渝在某些方面妥协或让步，否则一旦拖入诉讼泥潭，各方都要承受巨大压力，当当网也有可能面临不可预估的企业经营风险。

公章是公司行使权力的象征物，只是公司开展经营管理活动的辅助手段，公司

管理者不能被公章所奴役。公章不是玉玺，不能让崇拜玉玺的封建遗毒出现在公司经营中，那就是对印章的争夺。公司高管离职后拒不交还印章甚或抢夺公章，以此对抗公司。现代公司法治文明看重的不是一枚小小的公章，而是公司意思形成机关做出的内容合法、程序规范的决议。公司法定代表人只要有法人机关的授权，一样可以名正言顺地代表公司行使权利和履行义务

睚眦必报定是仇人相向，从来就不是一种爱意。自知遇人不淑，何必浪费徒劳？如果非要以敌视的立场审视夫妻夙昔，那么，恩爱过往也会抖落成腌臢龌龊的一地鸡毛……

即使感情难以维系，也要尊重自己曾经的选择和初心，留下美好和祝愿，划清公私经纬，不必八卦互撕、不必尽揭隐私，更不必摔杯夺章。宫斗没有赢家，只会使公司声誉蒙羞、经济受损。

初夏恰是读书日，最美人间五月天。当当网曾经是我们购书的最大网络平台，创造了不菲的社会价值，期望当当走出风波，尽早驶入正常营运的轨道。

张春球 律师

上海七方律师事务所 律师

曾在多家国有企业从事法务、培训师工作，
具备丰富的企业经营及管理经历，
具有丰富的实务经验和缜密的商业思维

业务方向：

民商事诉讼仲裁业务、投资并购、
金融、公司法领域非诉及诉讼业务



员工未提交病假单，公司解除劳动合同是否违法？

作者：谢亦团



案件介绍

林小姐于2015年6月26日进入一家外贸公司担任销售经理，双方签署了一份期限为2015年6月26日至2018年6月25日止的劳动合同，劳动合同约定林小姐工资为15000元。

林小姐于2017年4月11日起因怀孕开始休病假。根据公司的要求，员工休假应当先在OA系统里提交申请，并提交病情单。5月起，林小姐经常不及时提交病假单，公司在系统批复中多次提醒林小姐，要休假没问题，但要及时提交病假单。

但自5月31日起林小姐未提交申请也未提交病假单。

公司于6月18日口头告知林小姐，其旷工已超过三日，属于严重违纪，公司决定解除双方劳动合同，林小姐表示自己是三期女职工，还在休病假，不同意解除。公司于6月19日通过电子邮件并把解除通知书作为附件告知林小姐，“林小姐：你好！由于你未履行请假手续也未正常出勤，旷工已超过三日。根据公司的规章制度，旷工超过三日的，属于严重违纪，公司可以作出解除，据此双方劳动关系于

2017年6月20日正式解除”。次日，公司将该份解除通知快递给林小姐。庭审中林小姐认为该份通知是由其父亲签收的，转到她手上时，已是7月15日，所以林小姐认为公司解除的时间应当是7月15日。公司于6月26日在网上办理了退工。7月18日，林小姐通过家人将5月31日至7月20日期间的病假单交给了公司，公司也收下了。

7月8日林小姐生育一女，并于10月26日以失业者身份领取生育生活津贴。

林小姐于10月29日向公司所在区劳动人事争议仲裁委员会申请劳动仲裁，要求公司支付：

1. 违法解除劳动合同的赔偿金60000元。
2. 生育生活津贴差额45000元。

裁判结果

劳动仲裁委员会认定公司解除违法，需要支付违法解除赔偿金60000元，公司不服起诉至法院。

一审法院认为，双方对解除时间有争议，林小姐一方主张其于7月15日才收到，因为留存在公司的地址是父母家的地址；而公司一方以6月19日邮件并通过邮寄的方式告知林小姐，双方解除日期应当是6月20日，林小姐说因为公司已于5月31日关闭OA系统，无法阅看邮件；鉴于双方的陈述都有一定的合理性都均无充分的证据，故以公司办理退工手续的6月26日作为解除时间。公司知晓林小姐自4月起怀孕休假的事实，并且未提供证据证明林小姐5月30日至7月20日期间病假单的真实性，结合林小姐于7月8日生产的事实，公司以旷工为由作出解除显属不当，解除违法应当支付赔偿金。公司不服，认为即使病假单是真实的，那么林小姐未履行请假手续也是违法的。至于生育生活津贴，由于双方劳动关系已于6月26日解除，而林小姐领取生育津贴的时间为10月26日，要求生育生活津贴差额没有法律依据。

二审法院认为驳回上诉，维持原判。

争议焦点

本案的争议焦点有三个：

1. 解除日期应当以哪一个为准。
2. 未履行请假手续是否构成旷工，公司据此作出解除是否合法。
3. 要求生育生活津贴差额是否有法律依据。

律师评析：

1. 劳动者和用人单位对于解除时间发生争议的，应当结合双方提供的证据以及退工作出的日期进行综合判断。

本案中，公司主张6月19日通过邮件告知双方劳动合同于6月20日作出解除，并于6月20日邮寄到林小姐劳动合同确认的地址，未及时签收是林小姐的责任，双方劳动关系于6月20日解除，而林小姐则认为公司已于5月30日关闭了其邮箱，接受不到邮件，应当于7月15日至其手上的时间作为解除时间。双方对于解除时间各执一词，并且都有一定的合理性却无法提供充分的证据，办理退工手续是劳动关系结束的重要标志，最终法院

根据公司作出退工的时间作为解除时间具有合理性。

2. 对于三期女职工、患病、工伤等特殊员工未履行请假手续时，用人单位应当先行催告，如直接以旷工作出解除，风险较大。

对于三期女职工、患病、工伤等员工在休假期间，作为用人单位应当多关心、关爱，对于请假手续不应过于严苛，出现未及时请假或者请假手续不全的，应当及时提醒。本案中，公司认为在之前已有提醒过林小姐要交病假单，对请假流程也是完全熟悉的，履行请假手续是作为劳动者的基本义务和常识，其旷工远远超过规章制度规定的三日，公司解除完全是合法的。但却忽略了林小姐已经怀孕在身，在5月31日之后并未作出任何的提示和催告，显然不妥当的。所以最终认定公司解除是违法的。

3. 双方劳动关系结束后，要求产假期间的生育生活津贴差额没有法律依据。

劳动者在产假期间，领取的生育生活津贴与实际收入存在差额的，可以要求用

人单位支付产假工资差额。本案中，由于林小姐选择的是要求支付赔偿金，双方劳动关系于6月26日结束后，要求公司支付此后的生育生活津贴差额就失去了法律依据。

维权提示：

1. 用人单位作出口头解除时，劳动者应当**要求**用人单位出具书面的解除通知，如果用人单位拒绝提供的，可以通过录音微信等方式固定证据。

根据谁主张谁举证的原则，对于用人单位是否作出解除的举证责任在劳动者一方，解除是否合法的举证责任才在用人单位一方，一些劳动者误以为涉及解除的全部义务都归用人单位一方，导致仲裁诉讼过程中因为无法举证用人单位已作出解除而败诉。

2. 劳动者需要休假时，一定要履行相应的请假手续，并按照用人单位的要求提供相应的凭证，即使是在怀孕、患病、工伤需要休假时，也应当履行请假手续，让用人单位及时掌握休假情况，便于工作

安排。如果不履行相应的请假手续，很有可能被认定为旷工，遭到解雇。

3. 对于三期女职工、工伤员工在遭遇违法解除时，对于选择恢复劳动关系还是要求支付赔偿金很关键。如果选择要求支付赔偿金的，可能无法享受后续三期待遇或者工伤待遇，需要结合自身的情况，慎重作出选择。



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

建设单位还能空手套白狼吗？

论《保障农民工工资支付条例》对建设工程施工合同的影响

作者：席绪军

背景：建设工程领域长期存在的三角债及拖欠支付工程款现象，使得施工单位都不同程度的存在拖欠农民工工资的情况。每年春节前，也是各地人民政府非常紧张的时候，常常会发生农民工索要工资的群体性事件，农民工以命相搏追讨工资，甚至爬上高塔和桥梁要自杀，这严重影响社会稳定，也极易滋生治安案件和刑事案件。中央政府及各地方政府每年在春节前也都发布各项政策帮助农民工追讨工资，但难以治理顽疾。

2019年12月4日国务院第73次常务会议通过《保障农民工工资支付条例》（以下简称“条例”），自2020年5月1日起施行。本文从不安抗辩权和建设工程施工合同的订立和履行来分析条例的影响。

由于建设工程市场僧多粥少，施工单位在建设工程施工合同的谈判中明显处

于弱势地位，完全没有话语权。常常是建设单位要求施工单位提供履约保证金或者履约保函，甚至有利用签署工程承包合同诈骗履约保证金的情况，而施工单位则无法在施工合同中要求建设单位提供工程款支付担保。

有些建设项目甚至政府项目都在建设资金没有落实的情况下，建设单位仓促实施工程建设项目，导致拖欠工程款，最终导致施工单位无法支付农民工工资，此外由于后期建设资金无法到位，甚至出现烂尾楼项目。2020年4月20日0时30分，位于真北路1531号的中环中心T1、T2、T3楼及兴力达B区公寓楼成功爆破拆除，矗立近20年的四幢“烂尾楼”在普陀版图上成为了历史。该地块位于中环商圈核心位置，2001年兴力达集团提出在这里打造商业广场并投资建设，后因资金链吃紧无法延续开发，后经多次易主仍

未能顺利建成。建设项目的长期烂尾及最终的拆除，对社会财富造成了极大的浪费。当地政府部门好大喜功，盲目上马建设项目，也暴露出行政管理部门对于建设项目建设资金到位及挪用情况监管的缺位，甚至出现建设项目审批中的权力寻租现象。

一、不安抗辩权

合同法第六十八条：“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。”

这是合同法关于不安抗辩权的规定，当建设单位不能按照施工合同约定支付工程款时，施工单位可以依据该条第四项规定，认定建设单位构成“有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形”而提出停工。如果停工后，在合同约定期间内或者合理期间内，建设单位仍无法支付工程

款，并提供支付担保的，施工单位有权提出解除施工合同。

当建设单位不能支付合同约定的工程预付款时，施工单位有权提出先履行抗辩权，拒绝履行在后的合同履行义务。

有的施工合同约定，当出现工程款欠付时，施工单位不得停工，必须继续履行合同，笔者认为这是对法定不安抗辩权的预先放弃，以事先约定的方式排除法定抗辩权的适用，这个预先放弃的约定是无效的。

但在实践中，施工单位运用法定不安抗辩权、依法维护自身合法权益的例子不多。多数的施工单位不敢运用这一权利，担心被列入依法维权的“黑名单”，导致日后无法承接工程项目。当施工单位行使这一权利时，又不可避免地陷于与建设单位直接对抗的境地，使得施工单位顾虑重重，最终使得自身无法承担重负，而导致拖欠农民工工资的现象出现。

二、“条例”对建设工程施工合同订立的影响

“条例”第二十四条：“建设单位应当向施工单位提供工程款支付担保。

建设单位与施工总承包单位依法订立书面工程施工合同，应当约定工程款计量周期、工程款进度结算办法以及人工费用拨付周期，并按照保障农民工工资按时足额支付的要求约定人工费用。人工费用拨付周期不得超过1个月。建设单位与施工总承包单位应当将工程施工合同保存备查。”

鉴于“条例”为行政法规，法律效力层级较高，人民法院审理案件时应当适用，无论施工合同中是否约定了建设单位向施工单位提供工程款支付担保，建设单位都必须提供支付担保。

另根据“条例”第五十七条：“有下列情形之一的，由人力资源社会保障行政部门、相关行业工程建设主管部门按照职责责令限期改正；逾期不改正的，责令项目停工，并处5万元以上10万元以下的罚款：（一）建设单位未依法提供工程款支付担保；（二）建设单位未按约定及时足额向农民工工资专用账户拨付工程款

中的人工费用；（三）建设单位或者施工总承包单位拒不提供或者无法提供工程施工合同、农民工工资专用账户有关资料。”

无论是施工单位、材料设备供应单位或者是这些单位的工作人员及农民工都可以向行政部门举报要求处理建设单位未依法提供工程款支付担保的违法行为。行政部门应当检查建设单位是否提供工程款支付担保，是否存在未按照约定及时足额向专用账户拨付工程款中的人工费用。如存在逾期不改正的情况，应当责令停工，并处罚款，这就将原来需要施工单位自力救济自行主张的权利，同时变成行政管理部门的行政执法责任和义务，而行政管理部门的责令项目停工，也使得建设单位应当为停工承担违约责任，施工单位据此也可以主张停工和窝工损失。

“条例”第四十九条还规定：“建设单位未依法提供工程款支付担保或者政府投资项目拖欠工程款，导致拖欠农民工工资的，县级以上地方人民政府应当限制其新建项目，并记入信用记录，纳入国家

信用信息系统进行公示。”该条规定使得相关单位新建建设项目受到限制,且被纳入国家信用信息系统进行公示,更使得该建设单位难以获得融资贷款。也使得政府投资项目的建设主体信誉受损。

相信在 2020 年 5 月 1 日之后签署的建设工程施工合同,建设单位可以接受在合同中约定提供工程款支付担保的条款,也会主动履行提供工程款支付担保的合同义务,这对于遏制建设单位空手套白狼的现象会有帮助,也会极大地避免在建设资金不落实的情况下盲目上马建设项目,加大了行政管理部门对建设资金落实情况的审查义务,减少烂尾建设项目的出现。

三、“条例”对建设工程施工合同履行的影响

1. “条例”对工程款支付方式的影响。

“条例”规定:人工费用拨付周期不得超过 1 个月,及时足额向农民工工资专用账户拨付工程款中的人工费用。

这改变了原先的工程款支付模式,原

来的支付模式无非是两种:一种是定期(月度或季度)核定已完成的工程量,按照约定的支付比例支付相应的工程款;另一种则是按照约定的工程形象进度节点(如正负零、每一层或者几层为一节点)核定已完成的工程量,按照约定的支付比例支付相应的工程款,再由施工单位自行发放所有用工人员的工资。

现在“条例”的实施之后,在保留原有的两种工程款支付方式基础上,规定必须将其中的人工费用按月拨付,这样对于每个月完成工程量中的人工费用必须单独核定。且“条例”第三十五条规定:“建设单位与施工总承包单位或者承包单位与分包单位因工程数量、质量、造价等产生争议的,建设单位不得因争议不按照本条例第二十四条的规定拨付工程款中的人工费用,施工总承包单位也不得因争议不按照规定代发工资。”这样就使得人工费用的核对和拨付,不受任何因素和借口的影响。当然这不表明最终的工程结算中人工费用是不可调整的,实际的人工费用还是要根据最终的工程结算审计来认定,

但其影响的是最终的工程结算价款的支付。

人工费用必须支付到农民工工资专用账户,其他工程款的支付账户则没有硬性规定,双方可以根据合同约定或者根据实际履行的需要另行商定。

“条例”第三十三条:“除法律另有规定外,农民工工资专用账户资金和工资保证金不得因支付为本项目提供劳动的农民工工资之外的原因被查封、冻结或者划拨。” 农民工工资专用账户和工资保证金受到特殊保护,除非因为支付本项目的农民工工资的原因,不得被查封、冻结或者划拨。不得出现“神仙打架,小鬼遭殃”的情况,不论施工参与各方有什么矛盾或者争议,都不能拖欠农民工工资。

2. “条例”对施工单位的用工方式和管理方式产生重大影响。

“条例”第二十八条:“施工总承包单位或者分包单位应当依法与所招用的农民工订立劳动合同并进行用工实名登记,具备条件的行业应当通过相应的管理

服务信息平台进行用工实名登记、管理。未与施工总承包单位或者分包单位订立劳动合同并进行用工实名登记的人员,不得进入项目现场施工。”

施工单位必须与农民工订立劳动合同并进行用工实名登记,否则相关用工人员无法进入项目现场施工,这极大地改变了施工单位原有的用工模式,增加了施工单位的用工成本和管理成本。各工种人员进入建筑工地工作呈现潮汐式的工作模式,即只有在每一个分部分项的施工期内需要时才出现。而每一个分部分项又是在每一层或者分段施工周期内循环出现,这就使得工地各工种人员呈现潮汐式的现象。比如每一层的混凝土钢筋绑扎阶段,钢筋工的人数会增加,而加工阶段则无需很多人,这就像潮汐一般。施工单位必须在各项目中合理调配各工种的施工人员,且都必须进行实名登记管理,这对于施工单位的管理能力提出了更高的要求。原先的人员调配则完全依赖于承包班组的自

由流动,找活的人很多,无需作人员储备。

“条例”这种用工要求和实名制要求,使得原来相对自由度很大的人员调配变成不可能。

“条例”第三十六条:“建设单位或者施工总承包单位将建设工程发包或者分包给个人或者不具备合法经营资格的单位,导致拖欠农民工工资的,由建设单位或者施工总承包单位清偿。

施工单位允许其他单位和个人以施工单位的名义对外承揽建设工程,导致拖欠农民工工资的,由施工单位清偿。”

在出现违法发包或者分包时,由建设单位或者总承包单位清偿农民工工资。在出现挂靠以施工单位名义施工时,由被挂靠的施工单位清偿农民工工资。

结语:

综上所述可以看出,《保障农民工工资支付条例》原先的立法目的是为了保障农民工工资的支付,但是条例的规定对建设工程施工合同的影响却不仅仅是农民工工资支付这一块,对国家建设规模发展意义

重大,对整个建设工程承包市场的良性发展有着不可估量的作用。不仅仅社会建设主体不能空手套白狼,政府建设项目更是不能垫资建设,避免建设工程经济泡沫过大。当然,在实践中的效果如何我们可以拭目以待。鉴于篇幅有限,实际的影响远不止前文分析,后续再行文分析。



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



“三期”女职工不能胜任工作时，公司可以解除劳动合同吗？

作者：谢亦团

案情介绍

王小姐于2014年1月28日进入一家培训公司，担任高级地区销售经理一职。双方签署了一份期限为2014年1月28日至2017年1月27日的劳动合同，入职当天签署了《员工手册》。

公司与王小姐设定了2014年2015年绩效目标，经考核王小姐2014和2015年度均未达成目标，其中2014年目标达成率为52.6%；另外团队成员总共7人，流失两位，流失率超过28%，超过了团队流失率不高于22%的人员管理目标。

2015年8月3日，公司找王小姐谈话，告知其未能完成2014年工作目标，并提出改进计划，王小姐不认同，并拒绝在改进计划上签字。9月15日，王小姐表示身体不舒服，申请休长病假，公司表示同意。2015年12月17日，公司作出《关于王某某的转岗通知》：由于你当前所在岗位非常重要，公司已另行安排，并以短信和邮件通知了你。你最后一次提交的病假单到2015年12月30日，本应于2015年12月31日回公司上班。根据公司目前的经营状况，以及考虑到你现在的身体状况和之前未能履行改进计划，无法安排你继续担任高级区域销售经理的岗位，故从2015年12月31日起，将你的岗位调整为客户销售经理，无下属，直接汇报给华北区推广经理李某。职位级别、工作地点、月基本工资及福利津贴均不变，请你在病假结束后到公司向李某报道并接受新的工作安排。2015年12月18日，公司通过EMS向王小姐寄出《关于王某某的转岗通知》，王小姐拒收了该通知。2015年12月30日，公司向王小姐发送电子邮件，内容为因2015年12月18日EMS寄出的转岗通知书被拒收，故再次以电子邮件的方式进行通知。

王小姐转岗后，其上级经理李某于2016年1月1日通过电子邮件的方式向王小姐提出了2016年Q1辖区安排和新岗位的工作要求。2016年3月31日，公司出具王小姐工作表现改进计划跟进表，内容为王小姐未达到工作要求，Q1拜访定性指标全部不合格，Q1定量指标销售完成几乎为零，自2015年8月3日开始的工作表现改进计划并未有改进，经2016年1月1日转岗，在新的岗位上仍不能达到公司的最基本要求，公司将做后续处理。

2016年4月8日，公司向王小姐发出解除劳动合同通知信，载明“由于您不能胜任工作，公司自2015年8月3日开始为您制定了工作表现改进计划，但之后并未有改进，自2016年1月1日起公司为您调整了工作岗位，但您在新的工作岗位上仍不能达到公司的基本工作要求。现公司依据《劳动合同法》第四十条第二款对你作出立即解除劳动合同的处分决定，你的最后工作日为2016年4月8日。请立即配合办理工作交接和离职手续”。当天，公司把她的工作交给另一名女同事处理，该同事于2016年4月初怀孕。

2016年4月25日，公司通过银行转

账的方式向王小姐支付了经济补偿金和代通金。5月12日，王小姐至医院检查，检查结果为孕六周。

2016年5月10日，劳动人事争议仲裁委员会受理了王小姐要求公司与王小姐恢复劳动关系的仲裁申请，裁决结果：公司自裁决生效之日起继续履行双方签订的劳动合同。公司不服该裁决，起诉至一审法院。

一审法院在庭审中向王小姐释明，如果法院认定公司解除违法，但劳动合同无法继续履行，是否同意改为赔偿金，林小姐坚持要求恢复劳动关系。一审最终认定公司解除违法，但认为没有恢复劳动关系的基础，对林小姐的请求不予支持。林小姐上诉到二审法院。

二审最终驳回上诉，维持原判。

争议焦点

本案的争议焦点有三个：

1. 公司以不能胜任工作为由解除是否成立；
2. 三期女职工是否可以以不能胜任为由作出解除；
3. 违法解除的，劳动者坚持恢复劳动关系的，是否应当获得支持。

律师评析

一、用人单位以不能胜任工作解除时，必须负“三重”举证责任，否则会被认定为解除违法。

用人单位需要依据《劳动合同法》第四十条第二项，以劳动者不能胜任工作为由作出解除时，需要满足以下条件：

1. 有证据证明劳动者存在不能胜任工作的情形，需要有劳动者认可的考核标准，用人单位根据双方确认的考核标准进行考核后不达标的，可以认为是不能胜任工作。

2. 用人单位应当证明进行培训或者调岗。培训应当是与岗位有关的，有助于劳动者提供技能的培训，而不应当是看产品宣传片的形式；对于岗位的调整，应当具有合理性，不能存在主观恶意。

3. 用人单位还应当证明，经过培训或者调岗后，劳动者仍然不能胜任工作。此处的考核仍然应当尽量做到客观公正，不能存在主观恶意。

本案中，公司与林小姐已就2014、2015年的绩效考核目标进行了设定，并且明确必须达到100%，同时约定了团队流失率不得超过22%的要求。但林小姐均未完成，所以公司提出转岗要求是符合法律要求的。由于林小姐也未能完成新岗位

的考核要求，据此可以认为公司完成了“三重”举证责任。

二、即使用人单位能够完成“三重”举证义务，用人单位也不得以不能胜任工作为由作出解除。

根据第一点分析可知，公司的解除似乎是完全“合法”的，为什么最终会被认定为违法解除呢？这主要是公司作出解除时，王小姐属于孕期，而根据《劳动合同法》第四十二条之规定，劳动者具有以下情形之一的，用人单位不得根据本法第四十条、第四十一条作出解除：（二）女职工处于孕期、产期、哺乳期的。因此，即使公司能证明林小姐存在不能胜任工作解除的情形，由于林小姐处于“三期”所以仍然不能解除。

三、认定违法解除时，一般情况下劳动者具有选择权，但如果失去恢复劳动关系的基础，裁判机构可以不判决恢复。

《劳动合同法》第四十八条规定，用人单位违法解除的，劳动者可以要求恢复劳动关系或支付赔偿金，劳动者要求恢复劳动关系的，应当判决恢复劳动关系，劳动者要求支付赔偿金的或者劳动合同无法继续履行的，用人单位应当支付赔偿

金。由此可知，当用人单位违法解除或者终止时劳动者具有选择权。但如岗位没有恢复的条件，劳动者只能要求赔偿金。本案中，虽然最终认定用人单位解除违法，但由于林小姐的岗位具有唯一性，且已被另一个三期女职工顶替，没有恢复的可能，在林小姐坚持要求恢复劳动关系的情况下，法院最终驳回了其请求。

律师提醒

1. 如果劳动者不能胜任工作时，用人单位需要安排培训或者调整岗位时，应当具有合理性，不得存在主观恶意，否则也会认定解除不合法。

2. “三期”女职工解雇受到劳动法的重点保护，只有女职工存在过失性解除的情形时，用人单位才可以解除；用人单位不得以不能胜任工作为由对其作出解除。

3. 如果劳动者认为用人单位解除违法时，可以选择要求恢复劳动关系或支付赔偿金；当劳动者选择要求恢复劳动关系，庭审过程中如果仲裁委员会或者法院释明，无法继续履行，是否同意判决赔偿金时，建议选择同意，否则请求很有可能被驳回，并增加自身的维权成本。

毕业生签订就业协议的风险提示

作者：马怡坤

近年来围绕就业协议产生的纠纷日益增多，本文就围绕《上海高校毕业生、毕业研究生就业协议书》（以下简称“上海市就业协议”）中的格式文本进行风险解读，保护毕业生合法权益。

一、就业协议的法律性质

“上海市就业协议”第一条开宗明义地阐明了就业协议的性质，就业协议是普通高等学校毕业生和用人单位在正式确立劳动人事关系前，经双向选择，在规定期限内就确立就业关系、明确双方权利和义务而达成的书面协议。

就业协议与劳动合同有着显著区别，劳动法律关系的主体为用人单位与劳动者，而就业协议的主体除了用人单位、应届毕业生之外，还有学校作为具有行政色彩的主体参与其中，故又被称为“三方协议”。且根据劳动合同法的规定，与用人单位建立或者形成劳动合同关系的劳动者应当符合国家和本市规定的就业条件。

作为未具备毕业条件的“准毕业生”，其仍然受学校管理，显然不符合劳动关系的主体要求，故就业协议书并非劳动合同而是民事协议。

二、就业协议中的聘用内容

“上海市就业协议”第二条（劳动或聘用合同有关条款的约定）中允许用人单位与毕业生就日后拟签订的劳动合同内容进行初步约定，包括劳动合同期限、试用期、工作条件、劳动保护、保险福利、薪资待遇等内容。上述内容双方在劳动合同中亦会具体进行约定，因此不再赘述，这里要提醒的是签订就业协议的主体适格问题：

为了吸引更多优秀毕业生报名竞聘，有的用人单位会在招聘信息中夸大自身资质或用关联公司名义发布招聘信息，毕业生签订就业协议前应当仔细核对用人单位信息。特别是部分毕业生因办理落户对用人单位资质有特殊要求的，在签订就

业协议前就应当查询该公司是否符合落户资质、是否存在上年度落户人员全部离职而导致被取消落户资质等情况。

近年来，因落户产生的纠纷不断增多，不少用人单位承诺拥有落户资质，但毕业生入职后却发现该公司不符合落户条件，虽然上海地区已经有支持赔偿毕业生损失的司法判例，但毕业生因此丧失的应届毕业生落户机会却仍然难以挽回。

三、就业协议的解除

“上海市就业协议”第三条通过列举的方法对用人单位与毕业生合法解除协议的情形进行了约定，并附有了兜底条款。不少毕业生求职的同时也参加了公务员考试，后因考上公务员想解除就业协议，是否要承担违约责任？

因“上海市就业协议”第三条并未对毕业生考上公务员进行免责约定，兜底条款中“法律、法规规定的其他情形”也未涵括“考上公务员”，所以毕业生以此为由解除就业协议仍然需要承担违约责任。建议有考公务员情形的毕业生在签订就业协议前，与用人单位另行达成协议（如：通过“上海市就业协议”第五条的补充条款），约定考上公务员后无法履行本协议

的处理办法。

四、就业协议中的违约条款

《劳动合同法》第二十二条、第二十三条规定：用人单位仅可在服务期合同与竞业限制协议中约定违约金，劳动合同中其他情形约定的违约金无效。不少毕业生以此为由，认为就业协议中的违约金条款无效。

就业协议并不受《劳动合同法》调整，其应当受民事法律法规约束，因此当事人可以依据《合同法》约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金。上海市就业协议第四条也提供了违约条款，用人单位与毕业生可以约定违约金数额，同时建议金额不高于协议第二款约定的毕业生月收入数。实践中，对于违约金约定过高的，审判机构会根据公平原则，考虑违约金与损失相当的原则，对应付违约金进行相应调整。

五、就业协议的效力

“上海市就业协议”中仅要求填写甲方（用人单位）、乙方（毕业生）信息，并注明：甲乙双方通过供需见面、双向选择，达成如下协议。而学校一般不参与前述双方协议内容的制定和商议，仅作为鉴

证方在协议书上盖“鉴证章”，并按照协议书约定内容为毕业生和用人单位提供相关就业服务。就业协议作为民事法律调整对象，遵循相对性原则，只要双方达成合意并签字盖章，即对双方生效。

“上海市就业协议”第六条也有同样表述：本协议经甲乙双方签字盖章后即生效。因此，尽管就业协议未经学校签证，但仍对协议双方产生约束力，违反协议约定依然要承担相应违约责任。

六、就业协议的终止

“上海市就业协议”第七条：乙方到甲方报道后，双方应按有关法律法规规定及本协议约定条款，及时（最长不超过一个月）订立劳动合同（聘用合同）并办理有关录用手续。劳动合同（聘用合同）订立后，本协议终止。

根据劳动合同法的规定，用人单位自用工之日起与劳动者建立劳动关系。由于应届毕业生仍处于在校状态，其相应的学历、学位和专业资质尚未取得，待学校颁授学位证书认可后，才能以合格毕业生的身份建立劳动关系。因此，毕业生取得相应学历学位证书后，就应当要求用人单位

与其签订劳动合同，该劳动合同的生效当然取代就业协议，重塑双方权利义务。用人单位逾期未签的，应当承担赔偿责任。

七、就业协议纠纷的处理

就业协议不同于劳动合同，因此毕业生不享有劳动法中的特殊保护。所以因就业协议产生的纠纷（如违约、人身损害）不属于劳动人事争议，用人单位与毕业生应当通过民事诉讼的途径解决。在寻求法律途径解决前，毕业生可尝试与单位协商解决，同时请求学校介入，形成相对有利的处理方案，更好地保护自身权益。



马怡坤 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向：劳动法、企业用工管理

演艺经纪关系与劳动法律关系之

“异曲同工”之妙

作者：薛克拉提·塔依尔

随着近年来文化娱乐产业的发展，多元化的娱乐模式造就了繁杂的合作体系，不同的演艺模式背后所呈现的法律关系也变得越来越模糊，影视合作、演艺经纪中的相关问题也随之产生，其中最本质最基础的就是把握好演艺经纪法律关系与劳动法律关系之间的联系，关注演艺经纪法律关系中的劳动合规。

演艺经纪法律关系与劳动法律关系在很多地方都存在相似之处，这也是让公众造成混淆的最大原因之一。演艺经纪法律关系与劳动法律关系存在交叉混同的情况。我们都知道劳动法律关系的主体是劳动者和用人单位，客体是劳动力，而在演艺经纪法律关系中，艺人也常常会以其自身或基于其自身产生的艺术产品作为劳动成果要求经纪公司支付报酬，这里恰与“劳动者和用人单位”有异曲同工之处，且符合劳动法律关系中对客体的要求。

另外，二者法律关系的内容也存在着一定的关联。比如演艺经纪合同中常常会为艺人提供培训服务，会约定竞业限制条款等，而这些在《劳动合同法》第二十四条、第二十二条中也能找到相似的法律规定，比如演艺经纪合同中那些高额违约金的约定，其实与劳动合同中服务期违约金背后的原理相似，经纪公司为艺人提供专项培训费用，对其进行专业培训，提升其演艺专业能力，而艺人也要相应的在合同“服务”期限内为经纪公司创造价值。

如何区分两种关系的不同，是实务中的关键所在，我们以下文的案件为例进行分析。

张三是一位网络主播，后加入某网红孵化公司，并与该公司签订了为期8年的《艺人独家签约协议》，并在公司指定的直播场所进行直播演艺，该协议约定了工作内容、双方权利义务、收益分配、违约

责任等,约定该公司在全球范围内担任张三的独家经纪公司;约定张三的演艺收益按照5:5的比例分成,后该公司以张三直播效果差而将其封禁5年。张三不服诉至劳动仲裁委,请求确认双方解除劳动关系并支付克扣的工资。

争议焦点:

Q: 双方是否存在劳动关系?

A: “劳动关系”,是指用人单位与劳动者之间,依法所确立的劳动过程中的权利义务关系,具有明显的人身和经济从属性。

首先需要明确的是,在本案中,张三与该网红孵化公司基于真实意思表示签订了《艺人独家签约协议》,但该协议的内容不仅包括工作内容、双方权利义务、收益分配、违约责任等进行了约定,还约定了其名誉、姓名、肖像、表演、著作权之一切相关演艺活动。上述民事活动的权利义务作出的约定,并非劳动权利义务的约定,双方虽构成劳动关系的适格主体,但双方当事人并无建立劳动关系的合意。

从经济从属性角度看,张三的直播收益来源于观众刷礼物等“打赏”行为,而张三自身的知名度越高,其收益也随之越

高,但这与该网红孵化公司也并无直接关系,该公司仅仅是提供场地及结算渠道,而张三的收益由二者共享,按照比例分成,并没有工资性质,所以二者之间体现的是民事合作关系,而不是劳动关系。

在人身从属性上,张三认为其工作时间和直播地点都是该公司制定的,并对他进行管理,而该公司认为,张三不受公司控制,其对公司的场所设备和内容创作具有很高的自由度及不确定性,只需要完成合同要求的直播时长即可。仲裁委认为“该网红孵化公司对张三进行的管理实质是由演出经纪关系衍生而来,不是劳动关系的管理行为,双方人身从属性较弱,最终综合判定双方不存在劳动关系。”

Q: 那么如何正确区分劳动关系和经纪关系呢?

A: 要确立劳动关系首先应当确定双方的主体资格,就劳动者而言,应当为已满16周岁的自然人,对于未满16周岁的自然人仅能被文艺、体育和特种工艺单位招用,且需该单位依照国家有关规定、履行审批手续并保障其接受义务教育。而经纪关系则无需履行审批手续并保障其接受义务教育的义务,仅需监护人的追认。

其次，双方是否基于真实意思表示，这是所有合同必备的要素之一，避免存在欺诈、胁迫等手段签订的情况，避免意思表示不自由，注意不能拘泥于合同名称，应着重审查合同中关于权利及义务的约定。

另外，若存在实际用工，则应审查是否符合劳动关系的交换形式及从属性特征。从经济从属

性和人身从属性两个方面着重分析，通过多种证据，比如单位是否个人缴纳了社保，个人是否接受了单位的考勤，个人对于工作时间、场所、内容、方式等安排是否由单位指定或者需经其同意等。

如上述案件中的《艺人独家签约协议》更凸显的是演艺经纪中的合作关系，与劳动关系存在明显的不同，在合作关系中，最明显的就是双方参与利润分配，各担风险，双方各自独立，而劳动关系中中担风险，双方各自独立，而劳动关系中劳动者不参与利润分配，风险自然由单位承担，并且受单位支配、服从单位的指挥和管理。

经纪关系是个集居间、行纪、服务、委托于一身的综合法律关系，若要与劳动

关系相区分，一定要从上述的三个方面对比。在实务中，判定艺人与经纪公司之间是否存在劳动关系要通过考察双方的从属性、是否有订立劳动合同的意向、艺人是否受公司规章制度约束、工资支付情况等多方面共同判定，而这也是经纪公司与艺人在签订合同时都应当引起重视的。



薛克拉提·塔依尔

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向：劳动法、知识产权、娱乐法

“性骚扰”能成为公司合法解除劳动合同的理由吗？

作者：谢亦团

2020年5月28日，我国第一部以“典”命名的法律——《民法典》正式诞生，又被誉为“社会生活的百科全书”，《民法典》不是现行单行法律的简单拼凑，她是与时俱进的，增加了不少亮点，“性骚扰”的规定就是其中的亮点之一。不仅对性骚扰的方式进行了具体列举，而且明确规定了机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。如果有员工存在性骚扰行为，用人单位据此作出解除是否合法呢？

案情简介

张某系上海市外来从业人员，于2013年9月18日进入制造公司（以下直接简称“公司”）从事安保工作，双方之间签订两份劳动合同，最后一份期限为2015年7月1日至2020年6月30日。2018年10月29日，公司出具人事公告，内容如下：“安保张某于10月26日晚夜班时对公司女同事进行骚扰，经查他对其他女同事有不雅举动，造成不好的影响，

导致女同事不敢上夜班的恶果，现公司决定予以开除”。2018年11月7日，张某向区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金、最低工资差额等。

张某在仲裁申请书上声称“2018年10月27日上夜班，20时10分上白班的员工还有没下班人员，我拿手电到车间、厂区巡逻，在厕所外遇到一女同事在玻璃门上照镜，我说你干啥照镜子，她说我眼里迷东西，我说我给你吹吹，我就和她开玩笑，我一手拿着手电一手抱了她一下，以前相互之间也有开玩笑……公司人事让我向当事人和她爱人道歉、私下解决算了，我向当事人道了歉，请求原谅，没和当事人爱人碰面，之后当事人爱人找公司闹……”。仲裁庭审中，涉事当事人李某出庭作证证明当晚张某有从背后拥抱的行为；证人李某的丈夫王某证明当天李某有打电话给他哭诉被张某侵犯的行为；证人安保队长陈某到庭作证，证明收到李某的投诉后，有向张某询问了解情况，张某

承认有不雅行为，陈某建议张某向李某及家人道歉，但张某没有采纳其意见。

公司的员工手册载明第七章第八条解除劳动合同的条件有：1、积满大过两次者；…… 8、犯有其他过失，如厂内打架、偷窃者等情节特别严重者。

裁判结果

仲裁、一审、二审均未支持张某要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金的请求。

争议焦点

张某的行为属不属于性骚扰，其性骚扰行为是否属于严重违纪，公司解除劳动合同是否合法。

律师评析

一、什么是性骚扰？

性骚扰，是指带性暗示的言语动作。国际上对于性骚扰并没有一个统一的界定，这里所指的性骚扰是指除去强奸等性暴力犯罪外，有性意涵的、不受欢迎的导致严重后果的动作、手势、语言及图文展示。性骚扰是一个“拥有很长的过往，历史却很短的问题”，是随着女性权利意识的觉醒和不断提高并经过女权主义者的据理力争，才逐步从道德的范畴中脱离出来成为一个法律的概念。2005 年修订后的《妇女权益保护法》才第一次提到性骚扰这一法律术语，关于如何反性骚扰只是

轻描淡写；2012 年《女职工劳动保护特别规定》中进一步明确“用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰”。2020 年，在《民法典》中对于性骚扰的具体方式进行了细化。《民法典》第一千零一十条规定，违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。

二、张某是否存在性骚扰的行为？

张某存在性骚扰的行为还是比较明显的，理由有二：

1. 其在仲裁申请书中的自述，属于自认。

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据规定理解与适用》第三条规定，在诉讼过程中，一方当事人陈述的于己不利的事实，或者对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。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，适用前款规定。

本案中，张某的在仲裁申请书中的陈述可以看出张某对于李某确实存在拥抱的行为。张某辩称他只是与李某开玩笑，但该行为超出了同事间正常的交往的尺度，也超出了嬉笑打闹的范围，性质本身并不因其辩称而改变。

2. 三名证人的证言互相印证，也能与张某的自认相互佐证。

作为受害人李某的证词具有较强的说服力，许多类似案件用人单位往往会败诉，就是因为受害人出于种种原因不愿意出庭当面对质。而其丈夫和领导的证词也进一步佐证了张某的不雅行为。

三、性骚扰是否属于严重违纪行为？

工作中，对同事或者客户实施性骚扰，有违公序良俗，属于违纪的行为，是否严重要看性骚扰对受害者是否带来严重的身体或者精神上的影响，比如导致受害者抑郁、自闭等精神疾病，极端的甚至可能导致当事者自杀；还可以看对公司是否造成了巨大的负面影响。比如新闻媒体的关注、公司内部造成的恐慌等。

本案中，张某的行为已经对李某及其家人还有公司产生了极为负面的影响，还导致公司女员工拒绝上夜班的恶劣后果。虽然公司的员工手册没有直接规定存在性骚扰的可以直接解除，但性骚扰应当属于“其他情节特别严重的行为”。

四、公司的解除行为是否合法？

判断用人单位的解除行为是否合法，应当员工是否存在严重违纪行为的事实依据，作出解除的法律依据是否成立。根据上面的分析，可知张某确实存在严重违纪的行为，公司以张某违反《劳动合同法》

第三十九条第（二）款严重违反用人单位规章制度为由作出解除也符合法律规定。所以公司的解除最终被认定是合法的。

需要特别说明的是《民法典》第一千零一十条第二款规定，用人单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止利用职权、从属关系等实施性骚扰。

律师提醒

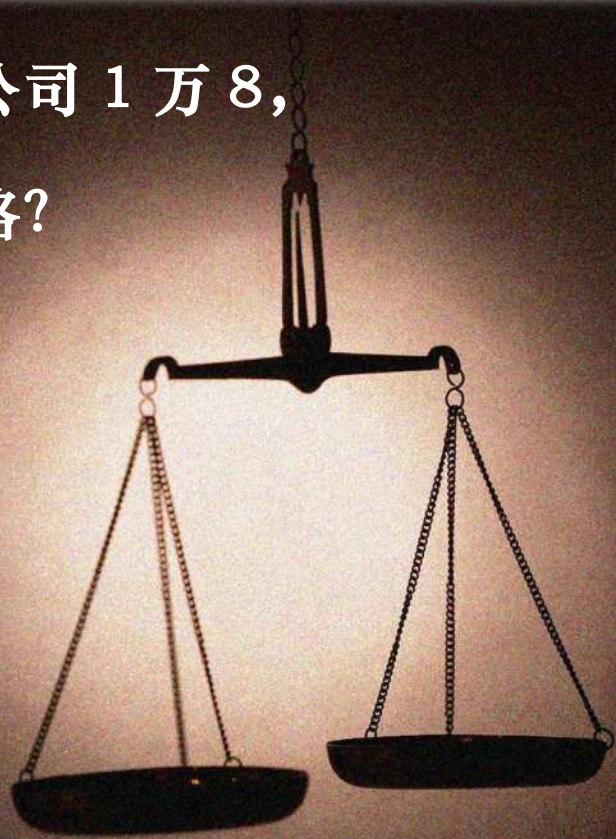
1. 用人单位如发现或者有员工举报遭受性骚扰的，应当及时进行调查核实，固定好相关的证据，并妥善处理，尽量减少由此对受害者造成的影响。由于性骚扰事件通常发生得比较隐蔽，而且持续时间短，取证困难，这也是导致很多用人单位因此败诉的原因。所以用人单位应当第一时间进行调查取证，可以通过调取监控录像、受害人陈述、侵权人悔过书、其他证人证言等方式来固定证据。

2. 对于受害者，受到侵害时，应当通过呵斥、谴责等方式进行劝阻、及时报警、向用人单位投诉等方式维护自己的合法权益。也存在极个别案例受侵害者由于采取的维权方式不当，比如采取群发邮件、在媒体上夸大宣传给用人单位声誉造成巨大负面影响，不仅没有达成维权的目，自己反而遭到用人单位无情的解雇。



员工拒绝加班被判赔偿公司 1 万 8， 法院传递怎样的裁审思路？

作者：李华平



“员工拒绝加班被法院判赔偿公司 1 万 8！”，在五一劳动节之前看到这则热搜新闻，五一节期间劳动者还能好好休息吗？说好的保障劳动者休息权呢？法院到底想传递怎样的裁审思路？

据媒体报道：王某和李某是江苏扬州某公司的产品检验员，2018 年 5 月，公司要求两人加班完成产品检验，否则公司将违约。两人为了逼迫公司续签劳动合同拒绝加班，导致公司赔偿 12 万元。公司将他们告上法庭，两人被判扬州邗江法院赔偿公司 1 万 8。

法官在接受媒体采访时称：两人劳动合同即将到期，他们为了逼着公司续签劳动合同，在明知道公司的这批货必须由他们检验后方能出厂，在公司要求其加班完成出厂前检验任务的情况下拒绝加班，法院根据他们的经济收入的能力以及造成损失的状况，酌情赔偿了企

业损失的15%，也就是18000元。企业可以通过安排劳动者调休等方式要求劳动者进行加班，这种情况下劳动者是不可以拒绝加班的，在加班过程中企业应当为劳动者提供相应的福利待遇。

从法官接受采访的内容来看，表达了这么几层意思：1、这两位劳动者拒绝加班的动机不纯，为逼迫续签合同而故意“撂挑子”；2、企业完成紧急任务时，安排劳动者加班时，劳动者不得拒绝；3、企业可以通过安排调休的方式要求劳动者加班，劳动者不得拒绝；4、劳动者赔偿是根据其收入情况以及造成的损失状况，酌情赔偿的。那么，法院这样判决真的合适吗？想传递怎样的裁判信息？

一、用人单位单方面要求劳动者加班，劳动者必须服从吗？

《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。

《劳动法》第四十二条规定，有下列情形之一的，延长工作时间不受本法第四十一条规定的限制：（一）发生自然灾害、事故或者因其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，需要紧急处理的；（二）生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公众利益，必须及时抢修的；（三）法律、行政法规规定的其他情形。

为了保障劳动者的休息权，除了特殊情况下，用人单位安排劳动者加班，必须与工会和劳动者协商一致。实践中，部分企业没有建立工会，往往只是用人单位和劳动者协商一致即可。也就是说劳动者不同意加班的，用人单位是不能强迫其加班的。媒体报道的这则案例中，公司因为产品生产检验任务紧急，并不属于《劳动法》第四十二条规定的情形，这只是公司在正常经营管理应当考虑的问题，生产工期不能只是通过延长员工工作时间、压缩其休息时间

来实现。实际上，公司如此安排员工加班，反而是违法《劳动法》规定的。

《劳动法》第四十三条规定，用人单位不得违反本法规定延长劳动者的工作时间。《劳动法》第九十条规定，用人单位违反本法规定，延长劳动者工作时间的，由劳动行政部门给予警告，责令改正，并可以处以罚款。

简言之，除了法律规定的特殊情况下外，用人单位安排劳动者加班的，应当与工会和劳动者协商一致；用人单位擅自延长劳动者的工作时间，是违反劳动法的。

二、劳动者拒绝用人单位的加班要求，需要理由吗？

《劳动法》规定，用人单位由于生产经营需要安排劳动者加班，需要与工会和劳动者协商。因此，劳动者提出不同意加班并不需要理由，劳动者同不同意加班，这都是劳动者自主选择。否则，法律应该修改为“用人单位由于生产经营需要安排劳动者加班，劳动者无正当理由不得拒绝”。而本则报道中，

法院恰恰就是认为两位员工拒绝加班的理由不正当、动机不纯，是为了逼迫公司续签合同而故意“撂挑子”。很显然，法院的认为与法律规定相悖。

逼迫公司续签合同而故意“撂挑子”？从何谈起？请问，公司到底是不想和这两名员工续签劳动合同？如果公司想与其续签，那么哪来的“逼迫”呢，是双方都有续签合同的真实意思表示；如果公司不想与其续签，那还要叫他们最后的合同期限内加班加点，是要榨干他们合同期内最后一滴汗吗？劳动者这边被要求要加班加点，那边合同续签又没着落，换位思考一下吧。能否反过来说公司故意不续签劳动合同而故意安排大量加班加点呢？实际上，对于劳动者拒绝加班的，是不需要理由的。

三、劳动者被判赔偿用人单位的损失，有法律依据吗？

在本则新闻中，法院认为两劳动者拒绝加班，致使用人单位违约造成损失12万，法院根据法院根据他们的经济收入的能力以及造成损失的状况，酌情赔

偿了企业损失的15%，也就是18000元。法院判决的依据是什么呢？

《劳动法》和《劳动合同法》中，对劳动者向用人单位承担赔偿责任的法律条款只有两条。《劳动法》第一百零二条规定，劳动者违反本法规定的条件解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，应当依法承担赔偿责任。《劳动合同法》第九十条规定，劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。这两条规范的是劳动者违法解除劳动合同、违反保密义务或竞业限制，给用人单位造成损失的赔偿责任。很显然，法院不能依据该法条来判决两员工未加班需赔偿公司损失。

原劳动部《工资支付暂行规定》第十六条规定，因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。根据该规定，如果是劳动者原因造成用

人单位经济损失的，是要按照劳动合同约定进行赔偿的。也就是说，法院判决两个员工造成公司的损失，依据的是用人单位和劳动者的劳动合同约定吗？不得而知。进一步讲，如果用人单位和劳动者在劳动合同或规章制度中有诸如

“员工不服从公司加班安排，造成公司损失的，员工应当承担赔偿责任”的约定或规定，这样的约定或规定有效吗？

《劳动法》规定，用人单位延长劳动者工作时间，应当与工会和劳动者协商一致。显然，该约定或规定属于《劳动合同法》第二十六条“违反法律、行政法规强制性规定”的内容，属于无效条款。同意，法院也不能据此判决两员工未加班需赔偿公司损失。

另外，从公司在生产经营过程的实践来看，公司在接受客户订单的时候就应当要考虑到能否如期完成，以及在约定违约责任的时候就要考虑到各种可能存在的经营风险。公司并不能把未能如期完成合同交货时间导致违约的经验风险转嫁到是由于劳动者不服从加班安排

所致而由劳动者来承担。法院在判决员工支付公司赔偿 15% 的损失，同样完全没有法律依据，也不具有公平合理性。

四、法院通过接受采访的方式，想传递怎样的裁审思路？

该劳动纠纷案是 2018 年 5 月发生的，已经将近两年时间。从媒体报道的画面背景来看，是法院召开新闻发布会的方式，并在发布会现场主动接受媒体采访谈及此案的。那么法院想通过这个案例传递怎样的裁审思路呢？

法官在采访中说到，“企业可以通过安排调休的方式要求劳动者加班，劳动者不得拒绝”，用到一个词——“调休”。即安排劳动者加班，是因为企业另行安排调休的方式来处理。那么就产生一个新的问题，用人单位能否单方面安排劳动者调休，需不需要劳动者同意？如果说，用人单位可以单方面安排劳动者调休，不需要员工同意的话，则确实是可以要求劳动者在工作任务多的时候加班，工作任务少的时候进行相应时间的调休。那员工拒绝这样的加班安排，

显然就是存在问题的。但是，如果用人单位安排劳动者调休，需要员工同意的话，则又回到必须与劳动者协商一致的问题上来了。

当前，受新冠肺炎疫情的影响，部分企业生产经营发生严重困难，为了加大企业复工复产的进程，各地相继出台多种减少企业经营压力、促就业保岗位保稳定的措施，针对企业的生产经营特点，鼓励企业采取调整薪酬、轮岗轮休、错峰上下班、综合调剂使用年度休息日等灵活用工方式，鼓励企业和员工通过协商变更劳动合同内容的方式保持劳动关系的稳定。在这样的背景下，也希望员工能和企业同力协契、共克时艰。在审判思路上也力求保护劳动者合法权益和促进企业生存与稳定发展并重的平衡保护原则上来。因此对于员工来讲，也有体谅公司的难处，在企业生产任务少、经营困难的时候通过协商变更劳动合同内容保持劳动关系问题，在生产任务紧急的时候多为公司出一把力，不要太斤斤计较。

因此，面对用人单位安排劳动者的调休问题上，在当前受疫情影响的背景下，司法实践中会赋予用人单位更多的用工自主权，在通过相应的民主协商程序后，用人单位作出的综合调剂使用年度休息日、轮岗轮休、调整工时的做法，在没有损害劳动者合法权益的前提下，裁审部门对用人单位的用工自主权会予以尊重。假如在媒体报道的案件中，公司要求两员工安排加班是通过相应的民主程序并已经就调休做出安排的情况下，员工拒绝这样的安排肯定是不对的。

以上海为例，近日上海市高级人民法院、上海市人力资源和社会保障局联合发布了《关于疫情影响下劳动争议案件处理的相关指导的意见》（沪高法【2020】203号），就涉疫情劳动争议案件处理提出了四个基本原则：协商求同；平衡保护；稳定劳动关系；促进劳动合同协作履行。这些原则所传递的信号就是要保企业保就业保稳定，注重协商和平衡各方利益。

我想扬州邗江法院接受采访想表达的意思，大体应该也是这样的。

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： 劳动法与员工关系管理、企业合规、
企业常年法律顾问



“重大损失”到底是由谁造成的？

从劳动法视角看法院副院长被判玩忽职守罪案

作者：李华平

近日，看到一则新闻，标题为：《法院分管副院长对法官判决书审核把关未尽责致重大损失，被判玩忽职守罪》。经查询核实，确实有这份判决书，是内蒙古自治区察哈尔右翼后旗人民法院判决的，案号为【（2020）内0928 刑初 1 号】。

判决书中载明：经法院审理查明，2009 年 12 月 22 日，被告人李某任乌兰察布市集宁区人民法院副院长，分管刑事审判工作。2011 年 12 月 20 日，原集宁区人民法院刑事审判庭庭长云小霞（已另案处理）在审理郝某过失致人死

亡一案时，其制作的（2012）集刑初字第 6 号刑事判决书中将郝某的职业“乌兰察布电业局职工”错误填写成为“无业”，对郝某宣判后，未将已发生法律效力（2012）集刑初字第 6 号刑事判决书依法送达给郝某所在单位乌兰察布电业局。被告人李某在对郝某过失致人死亡一案《刑事判决书》未认真审核，致郝某从 2012 年至 2019 年在乌兰察布电业局领取工资薪酬、奖金、福利（企业年金）、企业代缴五险一金共计 1374960.01 元。法院认为，被告人李某作为人民法院分管刑事审判工作的院长，在履行签

发法律文书职责时，未认真审核把关，致使乌兰察布电业局遭受重大损失，其行为已构成玩忽职守罪。鉴于被告人李某犯罪情节轻微，判决被告人李某犯玩忽职守罪，免于刑事处罚。

李某是否构成玩忽职守罪，这个是刑事法律范畴讨论的问题。本文仅从劳动法的视角来谈一谈郝某领取的工资薪酬、奖金、福利（企业年金）、企业代缴五险一金共计137万余，是否属于乌兰察布电业局遭受的重大损失？需要指出的是，在判决书中并没有说明郝某2012年至2019年是否已经向乌兰察布电业局提供劳动这一节事实。郝某被追究刑事责任，用人单位可以选择解除或不解除劳动合同。假设在此期间郝某是向乌兰察布电业局正常提供劳动的（比如郝某是被判处缓刑的），那么乌兰察布电业局按照劳动合同约定向郝某支付工资报酬、奖金、福利（企业年金）、为其缴纳社会保险是完全合法而且是必须的。在此情形下，郝某和乌兰察布电业局都是完全履行劳动合同各自义务，不存在

造成乌兰察布电业局损失一说。

假如郝某2012年至2019年期间，郝某因被判处刑事责任被收监而没有向乌兰察布电业局提供劳动的，则要分以下几种不同情况来分析：

第一种情况

乌兰察布电业局已知晓郝某因被判处刑事责任而没有提供劳动的，则乌兰察布电业局完全可以按照《劳动合同法》第三十九条第（六）项规定以郝某被依法追究刑事责任为由解除郝某的劳动合同。而乌兰察布电业局在郝某未正常提供劳动的情况下依然长达7年的时间向其正常发放工资、缴纳社保的话，该损失确实已经造成，但是是由乌兰察布电业局自身原因造成的，应当追究的是乌兰察布电业局负责人事管理、工资发放等相关负责人员和直接责任人员的法律责任。这与法院副院长对判决书审核把关未尽责也无关。当然，这种可能性相对较低，因为没有证据证明乌兰察布电业局明知郝某因被判处刑事责任，乌兰察布电业局完全可以称没有收到法

院送达的判决书。

第二种情况

乌兰察布电业局虽已知晓郝某涉嫌刑事犯罪但并不清楚案件进展情况，郝某何时被判处刑事责任因未收到法院判决书而不知晓。尽管郝某没有提供劳动，但是因未能得到被追究刑事责任的确切消息，故乌兰察布电业局未与其解除劳动合同。对于此种情形，乌兰察布电业局未解除其劳动合同也属于正常，但是持续七年时间一直发放工资、缴纳社保则是不符合法律规定的。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》（劳部发[1995]309号）第28条规定，劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕的，用人单位在劳动者被限制人身自由期间，可与其暂时停止劳动合同的履行。暂时停止履行劳动合同期间，用人单位不承担劳动合同规定的相应义务。劳动者经证明被错误限制人身自由的，暂时停止履行劳动合同期间劳动者的损失，可由其依据《国家赔偿法》要

求有关部门赔偿。换言之，当乌兰察布电业局已知晓郝某涉嫌刑事犯罪但并不知道已经被判处刑事犯罪期间，应当要暂时停止劳动合同的履行，乌兰察布电业局作为用人单位不承担劳动合同规定的相应义务，无需支付工资、缴纳社保。可见，如果乌兰察布电业局仍然为郝某支付工资、缴纳社保造成的损失，责任还是其自身所致，与未收到法院送达的判决书无关。

第三种情况

乌兰察布电业局压根就不知道郝某涉嫌刑事犯罪，但是郝某就是七年没有提供劳动而向其正常发放工资，这是典型的“吃空饷”啊。一个员工七年没有来上班，单位的人事管理是形同虚设吗？没有请假单、没有被限制人身自由，这种长时间的旷工行为，单位还正常发放工资、奖金，和有没有收法院的判决书有什么关系呢？能让法院未送达判决书来背这个锅吗？造成单位损失的是负责人事管理的相关人员的严重失职所致。

可以说，尽管法院在制作判决书的时候将郝某的职业“乌兰察布电业局职工”错误填写成为“无业”，对郝某宣判后未将刑事判决书依法送达给郝某所在单位乌兰察布电业局。但这个从根本上不会影响到乌兰察布电业局对郝某的工资发放与否，或者说仅仅有影响的话也可能是很短的时间比如一两个月。长达7年未提供劳动而正常发工资，能用一句没有收到判决书来免责吗？法院想背这个锅也背不起啊！法官在判决书中填写了“无业”两个字，并不会直接造成乌兰察布电业局的重大损失。造成乌兰察布电业局重大损失的根本原因，是其自身极不规范的劳动用工管理所致。至于法院副院长到底是否构成玩忽职守罪，还是让刑事法律理论与实务人员去讨论吧。特别有意思的是，我还检索到乌兰察布电业局的另一起案件：乌兰察布电业局与刘某的劳动争议纠纷一案

【（2018）内09民终513号】。法院查明的事实是：2013年9月18日，刘某犯

交通肇事罪被判处有期徒刑二年，缓刑三年。同年9月22日，法院将刑事判决书送达至单位。刘某被宣判后，继续回单位上班。2016年3月1日，刘某与单位签订了为期五年的劳动合同，2016年8月25日，单位以刘某被追究刑事责任为由作出解除劳动合同通知。最后法院判处乌兰察布电业局解除劳动合同违法，双方应继续履行《劳动合同》，补发仲裁诉讼期间的工资。

从该案可以看出，刑事判决书送到了乌兰察布电业局后，乌兰察布电业局同样没有立即行使解除劳动合同的权利，而是双方继续履行劳动合同。履行了将近三年时间又以刘某被追究刑事责任为由解除劳动合同，结果可想而知，乌兰察布电业局的劳动用工管理不是一般的差劲啊。到底谁在玩忽职守呢？可悲可叹！

员工兼职摆地摊

到底行不行？

作者：李华平

2020年6月1日，李克强总理在考察山东烟台一处老旧小区时说，“地摊经济、小店经济是就业岗位的重要来源，是人间的烟火，和‘高大上’一样，是中国的生机”。“地摊经济”，一下子火了！一些城市因地制宜，允许临街店铺临时越门经营、设置流动商贩摊位等，活跃了城市消费。上海将在6月6日启动首届上海夜生活节，围绕“夜购、夜食、夜游、夜娱、夜秀、夜读”等主题，推出上海酒吧节、深夜食堂节、深夜书店节、购物不眠夜、夜上海LIVE秀等180余项特色活动，打造具有烟火气、上海味、时尚潮、国际范的夜上海新形象。想想那场景，一定是“高大上”的人间的烟火！这几天朋友圈里，后浪们讨论十分热烈，跃跃欲试准备摆地摊去。

“员工能否兼职摆地摊？单位能否据此

为由将员工开除？” ，这个问题大家考虑过没有？且看下文分析：

严格意义上讲，法律并没有对“什么叫兼职”下过定义，没有明确的规定。通常来讲，兼职是区别于本职工作的，是指职工在本职工作之外兼做其他工作。在《劳动合同法》中有一个条款涉及到这方面的内容。《劳动合同法》第三十九条第四项规定，劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位工作任务造成影响，或经用人单位指出，拒不改正的，用人单位可以解除劳动合





同。需要指出的是，该条款是规范劳动者同时具有双重劳动关系或多重劳动关系时，赋予用人单位的单方解雇权，前提是“对完成本单位工作任务造成影响”或“经用人单位指出，拒不改正”。

在实务中，用人单位需要对劳动者对完成本单位工作任务造成影响或者已经向劳动者指出但劳动者拒不改正进行相应的举证。一般地，如果劳动者存有兼职行为，对完成本单位工作任务造成影响的，此类情形实务中用人单位根据《劳动合同法》解除劳动者劳动合同的，认定为合法解除没有争议。比较有争议的情形是，劳动者的兼职行为可能并不影响完成本单位工作任务，比如劳动者在周末兼职的，如果用人单位要求其不得兼职而劳动者拒不改正的，用人单位据此解雇劳动者则有不同的观点。一种观点认为，劳动者只要是不影响完成本单位工作任务的兼职行为，用人单位就无权干涉劳动者“8 小时之外”的事情，用人单位不能管得太宽，应当有一定的边界；另一种观点则认为，劳动者在用

人单位提供全日制工作的就应该忠诚、勤勉，对劳动者的兼职是否影响完成本单位工作任务用人单位难以举证，从管理与被管理的角度而言，只要指出后劳动者拒不改正的，就可以解雇。站在不同的角度来看，都有一定的道理，但是从对法条内容的解读上来讲，用人单位是有权进行管理的。

举一个真实发生的例子：A 公司的员工张三，申请休法定年休假 10 天，A 公司予以批准。张三回到老家后，到当地的 B 公司去兼职提供劳务，在兼职过程中意外受伤骨折。后面一直在家休息三个月。张三并未告知 A 公司系本人兼职过程中受伤，A 公司按照非因工负伤向张三发放了这三个月的病假工资。张三的工作内容也由其他员工帮助完成。事发半年后，张三与 B 公司发生诉讼，A 公司才得知其在休假期间兼职受伤的事情。很显然，从结果来看，张三的兼职行为影响了完成 A 公司的工作任务，A 公司可以解除张三劳动合同。但是，如果张三与 B 公司没有发生诉讼或者即使发生诉讼但 A 公司不

知情，A 公司要证明张三有兼职行为都难，更不要说还要证明“对完成本单位工作任务造成影响”了，这种情形显然对 A 公司不公平。因此当用人单位对劳动者的兼职行为是否造成影响完成本单位工作任务难以举证时，只要能够举证出劳动者有兼职行为，同时证明要求其停止兼职而劳动者拒绝的，即可以解除其劳动合同。

问题又来了，《劳动合同法》中说的是劳动者和其他用人单位同时建立劳动关系的情况，如果劳动者不到其他用人单位去兼职，而是自己去摆地摊，这个还能适用《劳动合同法》第三十九条第四项规定吗？确实不能！

那员工兼职摆地摊，到底行不行，单位管不着咯？且慢。除了《劳动合同法》规定之外，用人单位还有规章制度可以约束呢。很多用人单位的规章制度中有类似规定，即“未经公司许可，员工不得在外从事与公司利益相冲突的活动或其他兼职行为，无论有偿或是无偿，



一经发现，公司可以立即解除其劳动合同”。那么该规定是否对员工具有约束力呢？《劳动法》第四条规定，用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。

《劳动合同法》第四条规定，用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不

适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十九条规定，用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。可见，通过民主程序制度的规章制度，且不违反国家法律、行政法规及政策规定并已向劳动者公示的，是对劳动者具有约束力的。兼职摆地摊前，得先看看公司的规章制度是如何规定的。否则，被公司解雇后而变成专职摆地摊了！经检索，还真有在职员工去兼职摆地摊被解雇的案例！

【(2018)沪 0115 民初 25835 号】原告李某于 2017 年 5 月 26 日进入被告上海某贸易有限公司从事总务兼采购工作。

自 6 月 21 日起，以腰部疾病、关节炎等

理由连续请病假，公司发现李某在 2017 年 12 月 9 日至 12 月 17 日期间，先后在日月光中心集市和正大广场内设摊从事销售活动，公司将其解雇。经法院认定，原告在病假期间先后在日月光中心集市和正大广场内设摊从事销售活动，在原告未能举证证明其已经征得被告同意从事该活动的情形下，其上述营利性行为已经违反了被告制定并执行的《劳动规定》中关于“除非公司书面同意外，员工不得兼职或在其他奖金组织工作，否则，视为严重违反公司的规章制度，公司可以解除劳动合同”的规定，亦违反了劳动者的基本诚信和职业道德，被告据此解除双方的劳动合同，并无不当，该解除决定合法。总理鼓励的摆地摊，是创新就业岗位。为了维持生计摆地摊，真不容易，确实值得鼓励。但已经有工作单位的员工，还是踏踏实实的做好本职工作吧。生活不易、各自珍惜！



温岭爆炸槽罐车司机，能否认定为工亡？

作者：李华平

据媒体报道：2020年6月13日下午4时40分许，发生在G15沈海高速宁波往温州方向，在温岭西收费站下行匝道中段发生爆炸的液化石油气槽罐车两名车上人员已经确认死亡。死亡消息于6月15日得到确认，车上两名驾驶人员一名为司机熊某，另一名为押运员谢某高，两人所驾驶车辆为瑞安市瑞阳危险品运输公司所属。另据报道本次爆炸受损最为严重的为一处厂房，该厂房为台州甲乙机电有限公司，厂房共有三层，二、三层大部分被损毁。事发时厂内有数十名工人在上班，有多名工人被气浪冲到厂房后侧山坡。本次爆炸事故造成包含2名司机在内的20人死亡，170余名人员受伤。

一、槽罐车司机死亡，能否认定为工亡？

在本次爆炸事故中，瑞安市瑞阳危险品运输公司的驾驶人员司机熊某、押运员谢某高已经确认死亡，能否认定为工亡？先来看一下法律规定：

《工伤保险条例》第十四条规定，职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；（二）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；（三）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；（四）患职业病的；（五）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；（六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；（七）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

很显然，槽罐车司机属于《工伤保险条例》第十四条第（五）项规定的情

形。假如，驾驶人员司机熊某是因驾驶车辆操作不当的原因导致发生爆炸，能否也认定为工伤呢？由于工伤认定适用于无过错原则，因此即使事故是由于司机熊某的过错导致的，只要熊某不具有《工伤保险条例》第十六条规定的排除工伤认定的情形，同样可以认定为工伤。

《工伤保险条例》第十六条规定，职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：（一）故意犯罪的；（二）醉酒或者吸毒的（三）自残或者自杀的。从现有证据来看，并无证据证明熊某具有排除工伤认定的情形。因此，驾驶人员司机熊某、押运员谢某高应当认定为工伤（工亡）。

二、槽罐车司机发生工亡，谁是工伤认定的申请主体？

职工发生工亡的，有以下三类主体可以提出工伤认定申请：

1、用人单位

根据《工伤保险条例》第十七条规定，用人单位应当自事故伤害发生之日起30日内向工伤认定部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报工伤认定部门同意，申请时限可以适当延长。

故，瑞安市瑞阳危险品运输公司应当在30日内为司机熊某、押运员谢某高提出工伤认定申请。

2、直系亲属

根据《工伤保险条例》第十七条规定，用人单位未按规定提出工伤认定申请的，工亡职工的直系亲属在事故伤害发生之日起1年内，可以提出工伤认定申请。

哪些属于工伤职工的直系亲属？根据《因工死亡职工供养亲属范围规定》第二条规定，本规定所称因工死亡职工供养亲属，是指该职工的配偶、子女、父母、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹。因此，实务中，提出工伤认定的直系亲属的范围也参照该规定来确定。

3、工会组织

根据《工伤保险条例》第十七条规定，职工发生工伤，用人单位未按规定提出工伤认定申请的，工会组织在事故伤害发生之日起1年内，可以提出工伤认定申请。注意该工会组织并不限于本用人单位的工会。如用人单位没有建立工会的，用人单位所在的上级工会组织也具有申请工伤认定的权利。当然，实务中，由工会组织提出申请工伤认定的情形几乎没有。

三、槽罐车司机发生工亡，其近亲属可以主张哪些工伤保险待遇？

根据《工伤保险条例》第三十九条规定，职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金：

（一）丧葬补助金为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资。（二）供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准

为：配偶每月 40%，其他亲属每人每月 30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加 10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由国务院社会保险行政部门规定（三）一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍

《社会保险法》第三十八条也规定，因工死亡的，其遗属领取的丧葬补助金、供养亲属抚恤金和因工死亡补助金，按照国家规定从工伤保险基金中支付。《社会保险法》第四十一条规定，职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的，从工伤保险基金中先行支付。从工伤保险基金中先行支付的工伤保险待遇应当由用人单位偿还。用人单位不偿还的，社会保险经办机构可以依照本法第六十三条的规定追偿。

可见，假如瑞安市瑞阳危险品运输公司依法缴纳工伤保险的，则由工

伤保险基金中支付工伤保险待遇；未依法缴纳工伤保险的，由该公司自行支付；该公司不支付的，由工伤保险基金中先行支付后再向该公司进行追偿。该规定确保了工伤职工的近亲属能够依法享受到工伤保险待遇。

四、工亡司机近亲属，能否同时主张工伤赔偿和人身损害赔偿？

司机熊某、押运员谢某高的近亲属，能否同时主张工伤赔偿和人身损害赔偿？

不可以。因为司机熊某驾驶车辆、谢某押运均属于职务行为。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条规定，雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的，不适用本条规定。因此，司机熊某、押运员谢某高的近亲属只能向瑞安市瑞阳危险品运输公司主张工伤保险待遇。

《民法典》颁布后首例“职场性骚扰”案： 环卫女工把单位告上法庭！

作者：李华平

据媒体报道：2020年6月15日，环卫站女工黄女士来到广州市越秀区人民法院，以“性骚扰损害责任纠纷”为案由将环卫站站长周某某和环卫站告上法庭。黄女士称，她于2016年3月入职广州市越秀区白云街道环卫站，在此后长达4年的时间里，环卫站站长周某某长期对其实施骚扰行为，向她发送一些黄色或者具有性意味的文字、图片，以及不少露骨语言。据悉，广州市越秀区人民法院已经正式受理立案。

2020年6月18日，广州市越秀区白云街党工委、白云街道办事处发出《关于媒体报道〈女环卫工状告站长及单位——广东首例“性骚扰纠纷”立案〉的情况通报》，内容为：2020年6月18日《羊城晚报》报道《女环卫工状告站长及单位 广东首例“性骚扰纠纷”立案》，反映我街“环卫站女状告站长周某某对其性骚扰”问题。我街高度重视，立即召开街道党工委会议，决定由街纪工委（派出监察组）成立核查组对事件展开核查，并暂时停止街道环卫站站长周某某职务。有关情况一经查实，街道将依规依纪依法严肃处理。

这是《民法典》颁布后首例“职场性骚扰”纠纷案！

一、“职场性骚扰”的相关立法

对于国家层面的“职场性骚扰”的立法，最早出现在2012年4月18日国务院颁布的《女职工劳动保护特别规定》中。《女职工劳动保护特别规定》第11条规定，在劳动场所，用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰。该规定明确用人

单位在劳动场所应当保护女性职工免受“职场性骚扰”，要采取必要事先预防措施以及事中事后的制止处置措施。

《女职工劳动保护特别规定》第 15 条规定，用人单位违反本规定，侵害女职工合法权益，造成女职工损害的，依法给予赔偿；用人单位及其直接负责的主管人员和其他直接责任人员构成犯罪的，依法追究刑事责任。

除了国家层面的行政法规外，地方性法规已有禁止“职场性骚扰”的相关规定。以上海为例，2007 年 4 月 26 日通过的《上海市实施中华人民共和国妇女权益保障法办法》第 32 条规定，禁止以语言、文字、图像、电子信息、肢体行为等形式对妇女实施性骚扰。受害妇女有权向有关单位和部门投诉。有关部门和用人单位应当采取必要措施预防和制止对妇女的性骚扰。

上海地方性法规也明确用人单位的义务，应当采取必要措施预防和制止“职场性骚扰”。同时对于性骚扰的表现形式也进行了相应列举，例如以语言、文字、图像、电子信息、肢体行为等形式。

需要指出的，上述立法保护的范围仅适用于女职工。而从笔者接待的咨询案例中，同样有男职工被女同事实施性骚扰而困扰不已的案例。但是在当时的法律规定中，还真没有类似的保护规定。好在，举世瞩目的《民法典》来了！男女平等，反性骚扰也一样。

二、《民法典》关于“职场性骚扰”的立法

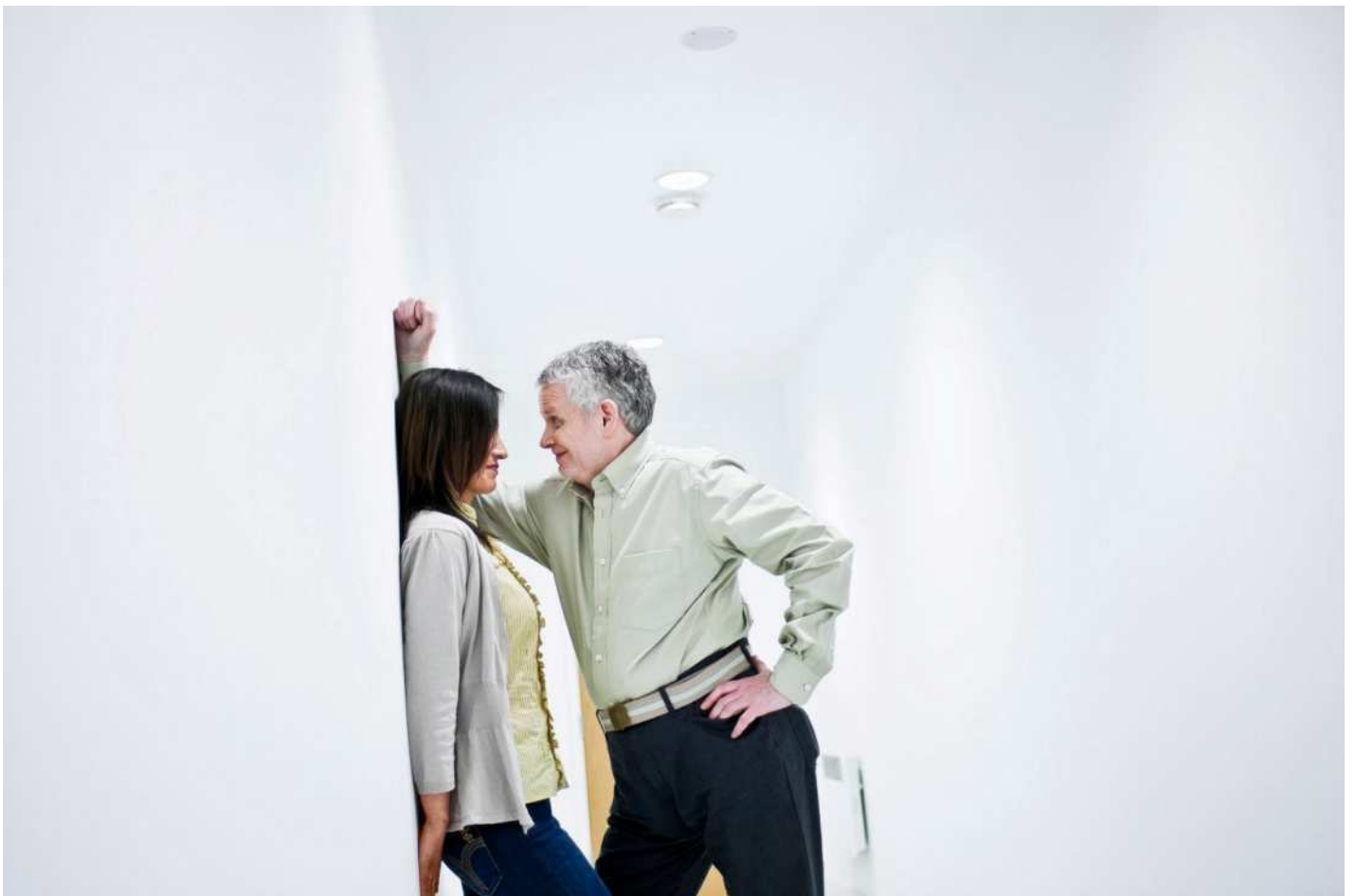
2020 年 5 月 28 日，十三届全国人大三次会议表决通过了《中华人民共和国民法典》，自 2021 年 1 月 1 日起施行。

《民法典》第 1010 条规定，违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。机关、企

业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。

相比较《民法典（草案）》，对于实施性骚扰的具体方式增加列举了“文字、图像”的方式。这两种方式确实较为常见，环卫站女工黄女士状告周某某长期对其实施骚扰行为，主要证据也是说周某某向其发送一些黄色或者具有性意味的文字、图片等。

从《民法典》规定的“性骚扰”构成要件来看，应当具备以下几个方面：1、实施了以言语、文字、图像、肢体行为等与性有关的骚扰行为，例如通过短信、微信等方式发送黄色图片、发有关性暗示的文字、语音或视频之类，触碰隐私部位等肢体行为等；2、向特定人实施，有骚扰的明确对象，注意这里的对“他人”实施，“他人”即特定的受害人，可以是女性，也可以是男性；3、违背受害人意愿，即



以言语、文字、图像、肢体行为等方式实施的与性有关的骚扰行为，受害人不接受，或者迫于压力“被接受”。

三、用人单位反“职场性骚扰”的义务

《民法典》规定，机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。因此，作为用人单位，在防止和制止“职场性骚扰”中应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施。

1. 事先预防措施

对于预防职场性骚扰，作为用人单位，首先就是要通过民主程序制定相应的规章制度，明确哪些行为是构成职场性骚扰，同时规定实施性骚扰员工的处理方式，以及受理投诉程序、解决性骚扰纠纷的负责部门及职责权限等。除制定相关规章制度外，用人单位应当加强对员工防范、投诉举报性骚扰的相关内容的培训。例如，有的公司规定：在工作中，不得通过电子邮件，或即时聊天工具，或通过公司的计算机网络传播不恰当的笑话、言论或图片；浏览色情视频或者软件；不得寻求性需求，做出不受欢迎的性举动，或以口头、视觉行为的方式从事带有性属性的行为。如果发生骚扰事件，公司将视情节采取口头或书面警告直至立即解聘的惩戒措施。实践中，职场性骚扰往往具有隐蔽性，因此在办公场所的布置和工作安排上，尽量避免设置独立或私密性过强的办公空间，尽量考虑避免安排异性在工作中独处；例如两人合用办公室的，尽量安排同性人员办公；安排员工出差的，尽可能不安排两名上下级异性员工同时同地出差。除了规章制度外，在劳动合同中也可以约定，劳动者实施职场性骚扰行为的，视为严重违纪，用人单位可单方面即时解除劳动合同。

2. 事后处置措施

用人单位在接到针对性骚扰的投诉举报后，应当启动受理和调查程序，同时对投诉人员和投诉内容进行保密，对被性骚扰受害员工采取相应的保护措施，给予心理疏导、安排休假等，在内部调查过程中保护受害员工的隐私，避免“二次伤害”。在调查过程中还应注意证据的固定和保护，如果经查证属实的，应当根据规章制度的规定和劳动合同的约定及时处置，如实施性骚扰行为，情节严重涉嫌构成犯罪的，应当向公安机关报案。需要提醒的是，由于涉及到个人隐私，用人单位在受理、处置过程中不应公开和散布。

四、用人单位反“职场性骚扰”的责任

2019年1月1日起，“性骚扰损害责任纠纷”作为新增的民事案由，属于侵权责任纠纷的一种。《民法典》则将“性骚扰”行为纳入到人格权编的侵犯生命权、身体权和健康权的范畴。《民法典》第995条规定，人格权受到侵害的，受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权，不适用诉讼时效的规定。如果同事之间利用职权、从属关系等实施性骚扰，而用人单位没有采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施的，受害员工除了可以向实施性骚扰行为的侵权人主张民事责任外，同时还可以向用人单位主张。因此，员工实施性骚扰，用人单位成为被告是完全可能的。实际上，也是通过责任承担的方式倒逼用人单位应当采取相应的措施，防止和制止员工利用职权、从属关系等实施性骚扰。当然，受害员工要举证被性骚扰都比较困难，更不要说还要举证用人单位没有履行预防和制止的义务了，因此要让用人单位为此承担相应的民事责任是相当之艰难。

《民法典》将于2021年1月1日起施行，对于用人单位在职场性骚扰中的责任承担问题，还需要在实践中进一步细化和完善。但是，用人单位的防止和制止职场性骚扰的义务则不能侥幸，应对职场性骚扰说“不”！

李佳琦申请注册“oh my god 买它买它！”声音商标 能成吗？

作者：张茜

近日，带货红人李佳琦申请注册口头禅声音商标”登上微博热搜，引发广大网友的热议。

企查查官网搜索显示，2020年4月7日，上海妆佳电子商务有限公司申请“oh

my god 买它买它！”声音商标，该声音商标为知名主播李佳琦的人声，语速较快，奔放有力，极具情绪调动力以及极强个人风格和识别度。注册类别为第35类广告销售，处于“等待审查”的阶段。

商标详情			
商标图案：		本件声音商标以知名网络主播李佳琦人声，念出“oh my god，买它买它！”。语速较快，奔放有力，极具情绪调动力，声音具有极强的个人风格和识别度。	
商标名称：	-	状态：	等待审查
申请日期：	2020-04-07	申请/注册号：	45217353
国际分类：	35-广告销售	类似群：	3504；3503；3502；3501；3509；3508；3507；3506
申请人名称（中文）：	上海妆佳电子商务有限公司	申请人名称（英文）：	-
申请人地址（中文）：	上海市崇明区陈家镇层海路888号3号楼1450室（上海智慧岛数据产业园）	申请人地址（英文）：	-
初审公告期号：	-	初审公告日期：	-
注册公告期号：	-	注册公告日期：	-
是否共有商标：	否	商标类型：	普通商标
专用权期限：	至	商标形式：	声音

一、为“oh my god 买它买它”注册声音商标，有什么用？

李佳琦方面表示说该声音商标为保护性注册。很多网友担心的是如果这个被成功注册为声音商标后，是不是其他商家或个人就无法继续使用“oh my god 买它买它！”这几个字。结合商标法相关法律法规，如果该商标真的注册成功，首先其他主播或者商家就不能冒用李佳琦的声音用“oh my god 买它买它！”来进行带货销售，但是这并不会垄断“oh my god 买它买它！”这几个词汇的使用；其次这也是李佳琦进行商标布局、扩大品牌影响力的一种方式。

二、声音商标的前世今生

我国 2013 年 8 月 30 日修改通过的现行《商标法》（自 2014 年 5 月 1 日起施行）第 8 条规定：“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册”。具体来讲，商标是商品的生产经营者在其商品或者服务上使用的，由文字、图形、声音等等要素或其组合构成的标记，其目的在于便于消费者识别同类商品或者服务的来源，故在商标的设计上一定要注重显著性。

正是在 2013 年修正通过的商标法中，我国才允许对声音商标进行注册，因此目前我国是承认声音商标的。声音商标，是指由用以区别商品或服务来源的声音本身构成的商标。声音商标可以由音乐性质的声音构成，例如一段乐曲；可以由非音乐性质的声音构成，例如自然界的声音、人或动物的声音；也可以由音乐性质与非音乐性质兼有的声音构成。举个例子，美国米高梅电影公司在电影片头出现的“狮吼”、诺基亚手机开机的声音以及央视一台新闻联播的开始曲都是声音商标。

三、声音商标的注册审查标准

新修订的《商标审查及审理标准》中规定：声音商标注册申请的形式审查和实质审查。声音商标的实质审查包括禁用条款审查，显著特征审查和相同、近似审查。声音商标从整体上审查其可注册性。

声音商标形式审查

《商标法实施条例》第十三条规定了形式审查的要求：“以声音标志申请商标注册的，应当在申请书中予以声明，提交符合要求的声音样本，对申请注册的声音商标进行描述，说明商标的使用方式。对声音商标进行描述，应当以五线谱或者简谱对申请用作商标的声音加以描述并附加文字说明；无法以五线谱或者简谱描述的，应当以文字加以描述；商标描述与声音样本应当一致。”

需要注意的是，申请人应当说明以何种方式或者在何种情形下使用声音商标。例如：在打开、关闭或使用商品过程中使用；在开始、结束或提供服务过程中使用；在经营或服务场所使用；在公司网站上使用；在广播、电视、网络或者户外等广告宣传中使用等。

声音商标实质审查

1. 声音商标禁用条款审查

声音商标不得违反《商标法》第十条规定的禁用条款审查，如不得与我国或外国国歌、军歌或国际歌等旋律相同或近似或者宗教音乐或恐怖暴力等具有不良影响的声音。

2. 声音商标显著特征审查

商标的显著性，是指商标应当具备的足以使相关公众区分商品来源的特征。

如果仅直接表示指定商品或服务内容、消费对象、质量、功能、用途及其他特点的声音，则会被商标局认定为缺乏显著特征，从而被驳回。

《商标审查及审理标准》举了以下几个例子：钢琴弹奏声使用在“乐器”上、儿童嬉笑声使用在“婴儿奶粉”上、狗吠或猫叫声使用在“宠物饲养”上、开启酒

瓶的清脆“嗒”声使用在“啤酒”上、儿童“水开啦，水开啦”的叫声使用在“电热水壶”上等，均为缺乏显著特征的声音。

除此之外，简单普通的音调或旋律、一首完整或冗长的歌曲或乐曲、以平常语调直接唱呼广告用语或普通短语、行业内通用的音乐或声音等也会被认定为缺乏显著性的声音。

在具体的实践中，声音商标需经长期使用才能取得显著特征，在商标申请的流程中商标局可以发出审查意见书要求申请人提交使用证据，并就商标通过使用获得显著特征进行说明。

3. 声音商标相同、近似审查

声音商标相同、近似审查包括声音商标之间和声音商标与可视性商标之间的相同、近似审查。原则上，声音商标以听取声音样本为主进行相同、近似审查。

声音商标之间相同、近似审查具体是指：两声音商标的听觉感知或整体音乐形象相同或近似，易使相关公众对商品或服务来源产生混淆误认，或者认为二者之间存在特定联系的，判定为相同或者近似商标。

而声音商标与可视性商标相同、近似审查则是指：声音商标中语音对应审查



的文字或其他要素，与可视性商标中含有的文字或其他要素读音相同或近似，易使相关公众对商品或服务来源产生混淆误认，或者认为二者之间存在特定联系的，判为相同或近似商标。例如：“yahoo”声音商标与“yahoo”文字商标构成近似商标。

但是从商标局官网查询到的近几年声音商标的注册情况来看，我国审查声音商标非常严格，一般难以成功注册。腾讯QQ的“嘀嘀嘀嘀嘀”提示音也曾因为缺乏显著性被驳回，不过坚持了4年多的努力后，终于成功将其注册为声音商标。酷狗音乐的“Hello，酷狗”这些被认为是非常具有显著性的声音也是在经过了多年复审之后才得以成功注册。而“拼多多”以及中央电视台的新闻联播片头曲也是难以避免被商标局驳回的结局。

目前来看，该商标申请正处于“等待审查”的状态，判断李佳琦注册该声音商

标能否成功还为时过早，让我们拭目以待商标局的认定。最后需要提醒的是，哪怕该声音商标最后没有被注册成功，如果有主播或者商家在直播中使用“oh my god，买它买它！”并且表明销售与李佳琦方存在一定联系的，李佳琦也还是可以通过《反不正当竞争法》来维护自己的合法权益。



张茜

上海七方律师事务所 实习律师

林黛玉之死的当代解读

——从民法典的角度

作者：陈江松

“一年三百六十日，风刀霜剑严相逼”，在贾府如此凶险的环境里，备受侮辱与损害的天才少女林黛玉终于香消玉殒。此时，她的爱人贾宝玉还流浪在外，这真是“花落人亡两不知”了。

林黛玉的一生，民事权利屡遭侵害，这也间接造成了她的芳年早逝。本文试从《民法典》和《大清律例》的角度探讨这一问题。

一、继承问题

林黛玉七岁丧母（第二回），同年入贾府，初见贾宝玉（第三回）。11岁时，黛玉之父林如海去世（第十二、十三回）。林如海去世时，给林黛玉留下了巨额财产。

说到这里，有必要交代一下林家的背景。

林黛玉出身“钟鼎之家、书香之族”。其父林如海以上四代，皆为列侯——而荣国府从荣国公到贾赦才有三代的辉煌。林如海本人科第出身，“乃是前科的探花”，曾当过兰台寺大夫。林黛玉五岁时，林如海出任巡盐御史。须知，巡盐御史乃是当时最肥的差事之一，光养廉银一年就是二万两，灰色收入那就更不必说了。林如海在这个位置上，一做就是六年，积累了巨额财富。除了祖传的基业和历年仕宦所得，林黛玉的母亲贾敏，作为贾母唯一的亲生女儿，带过来的嫁妆也不可小觑。

说了这么多，林如海死的时候，到底给林黛玉留下了多少遗产呢？

第七十二回，焦头烂额的贾琏感慨说，“这会子再发个三二百万的财就好了”。通观全书，除了帮林如海处理后事外，贾琏并没有“发个三二百万的财”的

机会。可见，这个“三二百万”就是林如海留下来的遗产，被贾府侵吞了的。姑且以 250 万两计算，这笔财产折合人民币约 5 亿元。

这么多遗产，该谁继承呢？

林如海死的时候，除了林黛玉，没有其他亲生子女，也没有养子、继子。《大清律例》规定：“户绝财产，果无同宗应继之人，所有亲女承受。”据此，林如海的遗产全部归林黛玉继承。但当时，林黛玉年方 11 岁，尚无处理此等事务之能力。帮她处理此事的，是她嫡亲的大表哥、荣府长孙贾琏（其时贾珠已死，荣府玉字辈贾琏最大）。这么一个显赫人物出面，林家的远房宗亲也不敢来争家产了。

自此，林黛玉名义上取得了数亿家产的所有权。但遗憾的是，她本人并没有实际享受到这笔财富。这笔财产，一开始就落入贾府之手。

【古案今说】

如果按照我国《民法典》，林如海的遗产该如何处理呢？当然也是由林黛玉来继承。不赘述。

二、监护问题

父亲死后，林黛玉就像断了线的风筝，过上了彻彻底底寄人篱下的生活。

《红楼梦》第四十五回，黛玉对宝钗道：“你如何比我？你又有母亲，又有哥哥，这里又有买卖土地，家里又仍旧有房有地。你不过是亲戚的情分，白住了这里，一应大小事情，又不沾他们一文半个，要走就走了。我是一无所有，吃穿用度，一草一纸，皆是和他们家的姑娘一样，那起小人岂有不多嫌的。”

这时候，林黛玉十二岁半，已经“一无所有”了。她的数亿财产，在短短一年多的时间里全部被贾府挪用了。

这一年里，荣国府发生了什么大事呢？只有一件，那就是贾元春省亲。为了这事，贾府花钱如流水（第十六、十七、十八、五十三回）。而贾府，是早已没有什么积蓄了（第二回），收入又不多（第七十二回、第五十三回）。那么，迎接贾妃省亲的钱从哪里来呢？只能是林黛玉的财产。此外，贾府上下人等穷奢极欲的生活，可能也花了林黛玉不少钱。

寄人篱下的林黛玉，处境极其可怜。不但邢、王二位又蠢又毒的夫人不喜欢她，就连一贯维护她的凤姐也拿她堵枪眼（第四十六回）。她的情敌薛宝钗更是一有机会就要陷害她（第二十七回）。凤姐率人查抄大观园时，对于贾府亲戚薛宝钗轻轻放过，却没有放过同样是贾府亲戚的林黛玉。对此，林黛玉也只好忍气吞声。（第七十四回）

【古案今说】

对于未成年人林黛玉的监护问题，如果按照《民法典》，该如何处理呢？

《民法典》第二十七条规定：“未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（一）祖父母、外祖父母……”此时，林黛玉父母、祖父母、外祖父俱亡，贾母作为她的外祖母，依法应担任她的监护人。实际上，在《红楼梦》中，贾母也充当了林黛玉监护人的角色。但是，贾母显然没有尽到监护人的义务。

《民法典》第三十五条规定：“监护人应当按照最有利于被监护人的原则履

行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。

未成年人的监护人履行监护职责，在作出与被监护人利益有关的决定时，应当根据被监护人的年龄和智力状况，尊重被监护人的真实意愿。”

贾府为了自身利益擅自动用林黛玉的财产，违背了上述规定；而当时林黛玉已十余岁，为限制民事行为能力人，再加上她聪慧过人，实际上已有相当的判断能力，贾府处置林黛玉的财产应征求她的意见。

贾府违法处置林黛玉财产，作为监护人，贾母应加以阻止。但贾母作为贾府的最高权威，不但没有阻止，很可能还参与了相关的非法活动。对此，人民法院可按照《民法典》第三十六条之规定，“根据有关个人或者组织的申请”，撤销贾母的监护人资格，“安排必要的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人”。



三、婚姻问题

如果说遗产被侵吞是林黛玉的间接死因，婚姻问题则直接导致了她的死亡。

林黛玉深爱的人，是贾宝玉。但对于林黛玉来说，这段美好的感情，从一开始就注定是个悲剧。

（一）所爱非人

贾宝玉这个人，一是滥情。二是性情软弱，从来不敢把感情说出口，也不敢自己作主。

（二）对手实力强劲

薛宝钗，是林黛玉的主要竞争对手。此女工于心计，城府极深，贾府上下没一个人不喜欢她。

（三）婚姻不能自主

《大清律例》规定，“嫁娶皆由祖父母、父母主婚；祖父母父母俱无者，从余亲主婚”。林家人都死光了，林黛玉的婚事应由她的监护人、外祖母史太君来主持。怎奈，贾母迟迟不松口。贾母年事已高，一旦去世，谁来替她主持和贾宝玉的婚事呢？这是林黛玉最大的一桩心事。

【古案今说】

如果那时有《民法典》，林黛玉就没有这么多苦恼了。

《民法典》第一千零四十一条第二款规定：“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。”第一千零四十二条规定：“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。”

据此，在达到法定婚龄后，林黛玉完全可以和贾宝玉自由结婚，完全没有必要担心贾母死后无人给她主婚的问题。

《民法典》第一千零四十八条：“直系血亲或者三代以内的旁系血亲禁止结婚。”这一条沿袭了《婚姻法》的相关规定。林黛玉和贾宝玉属于第三代旁系血亲，属于法律禁止结婚的情形。但是，现实中，仍有很多近亲结婚的实例存在。按照《民法典》之规定，此种婚姻属于无效婚姻，自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。

实际上，大清律例也明文禁止姑表兄妹结婚：“若娶己之姑舅两姨姊妹者，杖



八十”。但附例中又明确规定：“姑舅两姨姊妹为婚者，听从民便”。

四、黛玉香消玉殒

如上所述，爱情不如意、财产被侵占，严重伤害了林黛玉的身心健康，造成了她的病情日甚一日。尤为令人发指的是，邢、王二夫人联合薛宝钗等人对林黛玉发起了最后的猛攻。这种情况下，林黛玉不得不死了。

由于曹雪芹英年早逝，他本人并没有写林黛玉的死法。据笔者研究，林黛玉是这样死的：在贾宝玉流亡期间，王夫人、邢夫人、薛宝钗联合袭人等发动攻击，此时黛玉贫病交加，又怀念恋人，整日以泪

洗面，最终活活哭死。（第五回、第七十七回、第七十八回有明显的暗示）

呜呼哀哉，在那个没有民法典的时代，在那个权利得不到保障的时代，一代佳人就这样含恨而死了。而如果有现代民法典之保护，其命运或可得到改变。

【几点说明】

（一）本文所据《红楼梦》为人民文学出版社排印的庚辰本前八十回；

（二）由于曹雪芹死的太早，《红楼梦》未最终定稿，书中人的年龄十分混乱。本文据多种版本考定林黛玉的年龄，或与真实情况略有出入；

（三）四大家族中的老爷太太公子小姐皆为清代旗下贵族，其相关法律问题应适用《大清律例》。

本文古案今说，纯属穿



《民法典》视角下小区改造项目相关法律问题解读

作者：朱好婕

小区内的共有设施设备、建筑物共有部分，随着长期使用必然会出现设施老化，功能退化等问题，出于改善住宅性能、完善社区服务功能，需要维修、更新和改造。本文结合《民法典》等法律法规，梳理小区建筑施工整个流程各个法律注意点。



一、业主表决通过

首先，明确本文所指的小区建筑施工项目不包含市政工程等有政府参与、出资或者主导的工程项目。对于此类施

工项目，均需经本小区业主内部达成一致，形成书面文件。

根据《民法典》第二百七十一条的规定：“业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有

部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。”业主对于共有部分享有共益权，故不同于市政工程，小区内部的建筑施工属于小区自治范围内的事项，由业主自行决定。

依《民法典》第二百七十八条规定，下列事项由业主共同决定：……

（七）改建、重建建筑物及其附属设施；……

业主共同决定事项，应当由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决。决定前款第六项至第八项规定的事项，应当经参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意。决定前款其他事项，应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。

小区内部建筑施工属于业主共同决定事项中的“改建、重建建筑物及其附属设施”，根据该条规定，建设项目需要由符合两个三分之二以上标准的业主参与表决，通过表决比例为参与表决业主中专有面积四分之三以上、人数四分之三以上的业主同意通过。

《民法典》该规定较《物权法》对业主共同决定事项的决议规则进行了趋严的修订，一些重大事项的通过比例由两个“三分之二以上”标准变为两个“四分之三以上”标准，提高决议通过

所需表决权的比例，该修改是为了防止少数业主滥用共同决定权。

其次，小区内开展建筑施工项目需要使用房屋维修基金，维修基金是在保修期满后，对物业共用设备设施及公共部位进行维修、更新和改造时使用的。

根据《民法典》第二百七十八条第一款第五项及第二款及《住宅专项维修资金管理办法》第二十二条的规定，决定使用房屋维修基金需由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决，且必须经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。讨论通过后，由物业服务企业或业委会向房地产主管部门申请列支，审核通过后由房地产主管部门直接通知专管银行将维修资金划转到维修单位账户上。

《民法典》较《物权法》就房屋维修基金的使用上，降低了条件，由两个“三分之二”以上降至双“过半”，较之前更有利于解决日常维修的需要。

业主经民主投票同意建筑施工项目后，需要告知物业公司和居委会，有助于协调后续施工工作的开展，业主可以委托物业公司对之后的建筑施工活动进行监督和管理。

二、申请批复

建筑施工项目都需经相关部门的审批同意获得许可，才可以开展施工。各

项建筑施工项目涉及到的内容方向不同，所需的审批程序也有所不同。由于需要使用维修基金，故都需要向房地产主管部门申请同意。依据《建筑法》第七条、《建筑工程施工许可管理办法》第二条规定，建设单位开工前需向工程所在地的县级以上地方人民政府住房城乡建设主管部门申请领取施工许可证。

以增设停车设施及平改坡项目的审批流程为例，由于申报内容与各地的地方政策有关，具体审批内容及流程需参考地方有关部门的相关政策，下文仅做参考。

1. 增设停车设施：向规划部门递交申报资料，申报资料中包括小区业主及社区居委会同意改造的书面材料、小区现状测绘资料及停车设施改造方案（包括可行性分析、总平面布置、交通组织、绿化方案、建筑方案等内容）等。

小区扩建停车位一般采用绿化带改建停车位的方式，涉及到小区绿化率，根据国务院出台的《城市绿化条例》第十八条规定，“任何单位和个人不得擅自改变城市绿化规划用地性质或者破坏绿化规划用地的地形、地貌、水体和植被”，以及第七条“……城市人民政府城市绿化行政主管部门主管本行政区域内城市规划区的城市绿化工作……”，故占用绿地规划停车设施的，依据《上海市居住区绿化调整实施办法》第八条的规定，由业委会（没有

成立业委会的可由相应居委会代履行）向城市绿化管理部门递交改造车位的申请。提交的改造方案中应采用绿化与停车相兼容的措施，一般采用嵌草砖及类似形式，保证小区绿量不减。若需因扩建车位需要砍伐树木的，依据《城市绿化条例》第二十条的规定，同样必须经绿化管理部门的批准，并按照国家有关规定补植树木或者采取其他补救措施。

2. 平改坡：该项目需向发改委填报立项申请表盖章，由业委会委托建筑设计等相关专业机构对该项目实施进行初步勘验、设计及可行性评估，然后将初步勘验报告、初步设计图纸及方案、可行性报告、发改委批准文件等相关资料递交到规划部门申请规划许可1。获得规划许可后，将申请书、规划许可、承诺书、质量保证书等材料提交给建设管理部门申请施工许可2。相关许可都审批下来后，再到城市管理部门进行备案。

三、签订建设工程合同注意事项

业委会或物业代全体业主与建筑施工单位、勘察单位、设计单位、监理单位签订的是建设工程合同，需要遵循《民法典》、《建筑法》等法律法规。

1. 物业不得将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给数个承包人。

2. 小区内的建设工程一般采用公开招标的方式，依据《中华人民共和国招

招标投标法》第二十条及《中华人民共和国招标投标法实施条例》第三十二条的规定，招标文件不得标明特定生产供应者及排斥潜在投标人的内容。公开招标方式的，应当发布招标公告，载明招标人的名称和地址、招标项目的性质、数量、实施地点和时间以及获取招标文件的办法等事项。

3. 根据《保障农民工工资支付条例》第二十四条的规定，应当在工程施工合同中约定工程款计量周期、工程款进度结算办法以及人工费用拨付周期，人工费用拨付周期不得超过1个月，以此来保障农民工工资按时足额支付。

四、建设

（一）噪音

根据《中华人民共和国环境噪声污染防治法》第三十条的规定，在居民区建筑施工时，除抢险、抢修作业及特殊需要必须夜间工作连续工作的，禁止夜间进行产生环境噪声污染的建筑施工作业。对于夜间的定义，该法第六十三条解释，夜间是指晚上22点至早晨6点的期间。换句话说，早上六点到晚上22点的施工是合乎法律规定的。若业主担心早晨或夜晚的施工声音会干扰其正常生活，业主可在施工合同中与施工单位在此法律允许的范围内约定具体的施工时间段，如可通过施工合同约定造成7点半以后开工、晚上21点以后不得再施工

的条款。

值得注意的是，建筑施工产生的噪音并非社会生活噪音，业主不得直接适用《上海市社会生活噪声污染防治办法》第十二条的规定，主张晚上18点至次日早晨8点以及法定节假日（不包括双休日）全天不得进行产生噪音的装修工作。

根据《建筑施工场界环境噪声排放标准（GB12523-2011）》，居民住宅区的建筑施工噪音限制分别为昼间（6:00-22:00）不超过70分贝，夜间（22:00-6:00）不超过55分贝。

对于建筑施工噪音的问题，最有效的解决方式是在与施工单位签订的建设工程合同中明确约定相关的施工时间、施工方式等，当然合同约定不得违反相关法律法规的强制性规定。

除此之外，当发生噪音问题时，业主可以采取先与建筑施工单位协商，或告知业委会或居委会调解的方式。如果都无法解决，业主可以向当地生态环境主管部门投诉、举报或者就产生的损失直接向法院起诉。

（二）固体垃圾

建筑垃圾遵循谁产生、谁承担处置责任的原则，由工程施工单位负责处理。依据9月1日即将生效的新《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》第二十条、第三十六条的规定，工程施工单位应当编制建筑垃圾处理方案，采

取防扬散、防流失、防渗漏或者其他防止污染环境的措施，并报县级以上地方人民政府环境卫生主管部门备案。在施工过程中及施工结束，工程施工单位应当及时清运工程施工产生的建筑垃圾等固体废物，并按照环境卫生主管部门的规定进行利用或者处置，不得擅自倾倒、抛撒或者堆放工程施工过程中产生的建筑垃圾。

有上述违法行为的，依据《固体废物污染环境防治法》第三十一条及第一百一十一条规定，任何业主都可以向生态环境主管部门和其他负有固体废物污染环境防治监督管理职责的部门举报，由地方环境卫生主管部门责令改正，处以罚款，没收违法所得。构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予相关责任人治安管理处罚；构成犯罪的，追究刑事责任。

五、验收

除了依据《民法典》第七百九十九条，小区业委会或者物业应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收，还需通过市住建委等相关部门组织的验收。依据《上海市建筑工程综合竣工验收管

理办法》，建设工程竣工后，由建设单位统一申请，综合验收管理部门统一受理后推送至各专业验收管理部门，各专业验收管理部门在预审时明确是否参加现场综合验收。验收合格后，统一核发竣工验收备案证书。

社区是业主自我管理、自我服务的生活家园，小区维修、更新、改造项目是改善住宅性能、保障小区住宅及公共设施功能正常、完善社区服务功能的重要内容，小区业主应善于行使其所享有的权利，业委会、居委会与物业应各尽其责，协助业主进行相关的改造项目，共建“美丽社区”。

1:http://zwdt.sh.gov.cn/govPortals/bsfw/findBsfw.do?_itemId=SH00SH310100503003&_itemType=%E5%AE%A1%E6%89%B9&_organCode_=SHGSH 上海市人民政府一网通办建设工程规划许可证（房屋建筑工程）
2:http://zwdt.sh.gov.cn/govPortals/bsfw/findBsfw.do?_itemId=SH00SH310100357001&_itemType=%E5%AE%A1%E6%89%B9&_organCode_=SHJSSH 上海市人民政府一网通办建设工程施工许可



朱妤婕

上海七方律师事务所 实习律师

医者仁心



SEVEN DIMENSION
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