

七 方 法 研

2020年第4期
总第4期

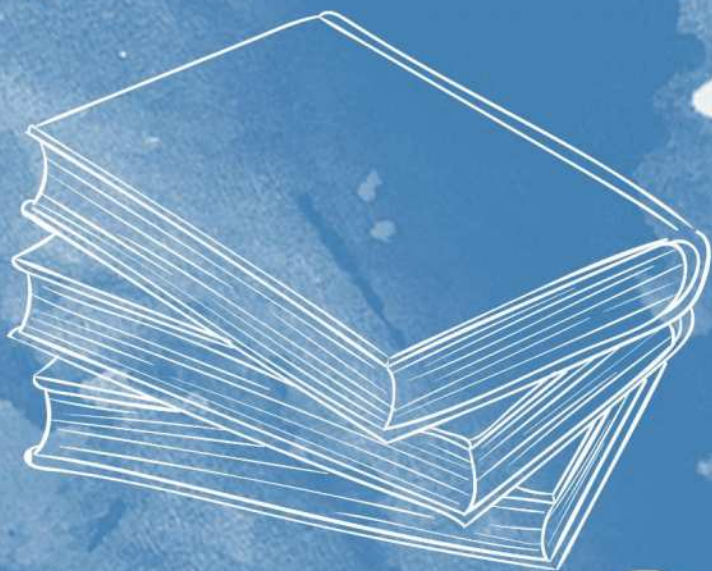


TABLE OF CONTENTS

七方风采

七方所参与学习“民法典的时代使命和理论创新”学术研讨会	01
我们凭什么承办疑难复杂的商业诉讼案件？	04

解读民法典

《民法典》租赁合同条文亮点解读	12
您身边的《民法典》	19
民法典进行时，你需要知道的“代位继承”！	23

民商纵横

不定期租赁合同关系应当如何解除？	27
“毒奶粉”之痛——湖南大头娃娃再现事件的法律分析	30
保险公司永远不会倒闭？	37
《隐秘的角落》中那些“隐秘”的法律知识	40
腾讯大战老干妈，“逗鹅冤”如何善后？	45
定了！30天内向中小企业付款！	52
60万钻戒不翼而飞，谁来赔偿？	57
勿做权利的睡眠者——建设工程价款优先受偿权的变化和适用	62

家长里短

李国庆说离婚太难“感情破裂”没那么简单	67
夫妻共同债务认定规则的前世今生	69
家暴“零”容忍，勇敢去 SAY “NO”	72



CONTENTS

罪与罚

温岭油罐车爆炸，该如何追责？	75
刑事案件中被害人如何寻求赔偿？	79
城市套路多之“套路嫖”	
SPA 馆忽悠顾客办卡享受“特色服务”是犯罪吗？	83
利用手机 APP 聚集他人赌博，构成犯罪吗？	88
“名牌大学生偷外卖”构成犯罪吗？	93
张玉环之悲：27 年青春价值几何？	96

公司治理

股权转让后出资义务应由谁承担	100
公司人格否认之诉中“资本显著不足”的裁判实务浅析	104

财税金融

借钱炒股？违法配资或让你万劫不复（上篇）	115
委托理财合同中的保底条款是否有效	119

聚焦劳动法

员工履职须谨慎，造成损失要赔偿	123
热评“逗鹅冤”案：	
腾讯公司该如何向严重失职的涉事员工追责？	125
劳动者违反保密义务，约定支付违约金条款无效	129
装有茅台酒的货车翻车，司机真的要赔 60 余万元吗？	131
网红女幼师亲吻男童视频所引发的法律问题探析	135
每天工作不足 8 小时被辞退！员工冤吗？	140
劳动合同期满不续签，用人单位需举证	143
疫情期间工资只发 1240 元，合不合法？	145

知产知否

“带货”不“带祸”——解读《网络直播营销行为规范》	148
---------------------------	-----

依法行政

“行政机关负责人出庭应诉司法解释解读	152
--------------------	-----



七方所参与学习“民法典的时代使命和理论创新” 学术研讨会



2020年7月4日，“民法典的时代使命和理论创新”学术研讨会在上海社会科学院举行，这是《民法典》颁布后沪上首次线下举办的民法学术类大型研讨活动。本次研讨会由上海社会科学院法学研究所、上海市法学会民法学研究会共同主办，来自上海各高校、研究机构的知名法学专家学者以及法律实务界代表近五十

人参与，上海七方律师事务所全程参与学习。

研讨会开幕式由上海社会科学院法学研究所所长姚建龙研究员主持。上海社会科学院党委书记于信汇教授，上海市高级人民法院党组副书记、副院长、上海市法学会民法学研究会会长茆荣华，上海市人民检察院党组副书记、副检察长盛勇



强，上海市司法局副局长罗培新教授，上海市法学会党组副书记、专职副会长施伟东出席开幕式并致辞。

本次研讨会共分三个单元，分别为“民法典的时代使命”、“民法典的理论创新”以及“民法典的司法适用”。

第一单元由上海社会科学院法学研究所研究员、《政治与法律》主编、上海市法学会民法学研究会副会长徐澜波主持，上海交通大学凯原法学院副院长、上海市法学会民法学研究会副会长彭诚信教授、华东政法大学法律学院院长、上海市法学会民法学研究会常务副会长兼秘书长金可可教授、上海财经大学比较民法与判例研究所所长、上海市法学会民法学研究会副会长朱晓喆教授、复旦大学法学院副院长、上海市法学会民法学研究会副会长李世刚教授、上海社会科学院法学研究所民商法研究室主任孟祥沛研究员先后进行专题发言，上海市高级人民法院研究室主任顾全、上海市人民检察院第六检察部主任陈子龙进行专题与谈。

自由讨论环节由上海七方律师事务所

所副主任傅建平律师主持，上海社会科学院法学研究所民商法研究室张艳副研究员、上海市人民检察院第三分院郑溶检察官、上海七方律师事务所高级合伙人李伟锋律师等在讨论中发言。

第二单元由华东政法大学教授、《法学》副主编、上海市法学会刑法学研究会副会长于改之主持，上海财经大学叶名怡教授、华东政法大学韩强教授、同济大学上海国际知识产权学院倪受彬教授、上海政法学院法律学院副院长王康教授、华东政法大学姚明斌副教授、上海社会科学院法学研究所民商法研究室副主任孙大伟副研究员先后进行专题发言，《东方法学》副主编吴以扬、上海政法学院教授、《上海政法学院学报》副主编赵运锋进行专题与谈。

第三单元由上海市徐汇区司法局党委书记、局长张雪梅主持，华东政法大学罗马法和欧洲法研究中心主任张礼洪教授、上海市闵行区人民法院副院长朱妙法官、上海社会科学院法学研究所江锴助理

研究员、上海大学讲师陈吉栋博士、上海七方律师事务所高级合伙人王晓鹏律师、上海社会科学院法学研究所董能助理研究员进行专题发言，上海市高级人民法院民事审判第一庭副庭长余冬爱、上海市第一中级人民法院研究室主任郑天衣进行专题与谈。

研讨会闭幕式由上海社会科学院法学研究所副所长、特聘研究员李建伟主持，由上海交通大学凯原法学院副院长、上海市法学会民法学研究会副会长彭诚信教授作学术总结，上海七方律师事务所主任李华平律师、上海社会科学院法学研究所所长姚建龙研究员致闭幕辞。





我们凭什么承办疑难复杂的商业诉讼案件？

作者：周松涛

作为一名公司商事律师，每天要跟各种疑难复杂的商业诉讼案件打交道，当我清理上半年来所做的多起商业诉讼案件时，感触良多，突然觉得有冲动特别想总结些什么。这些案件每一个都不简单，有的标的很高、有的事实复杂、有的法律疑难。我突然产生一个疑问，我们七方所建所不过三年多，按理说以客户的实力和诉讼标的，完全可以选择一流大所，为什么最终会选择我们来承办？提出这样一个问题，我无意自我标榜或炫耀，而是真的需要好好思考和总结，探寻其中的一些原因，以便走好我们今后的道路。

一、学习型律所奠定我们的专业形象

七方所有两大法宝。第一大法宝是“七方法苑”，我们从刚建所就开始创建了这个微信公众号平台，用来发布所里同事的原创专业文章。从刚开始的一周两篇发展到现在每天都有，截至目前已经发表了480多篇。疫情期间，与疫情相关的系列文章就达到了40多篇。第二大法宝是

“七方学堂”，这个学习交流平台也是从刚建所就开始创办的，我们坚持两周开展一次，截至目前已经开讲了接近80场。疫情期间不仅没有中断，更增加了多场疫情相关的线上讲座。以如此高的频率坚持写文章、开讲座的，恐怕在其他律所中并不多见。除了“七方法苑”、“七方学堂”，我们新近创办的“七方法研”也已经出台了三期，很快就将成为第三大法宝，又一件七方利器。我们为什么要搞这些法宝？因为我们要把七方所打造成最爱学习的律所，构建名副其实的学习型组织，这是我们的立所之本，也是我们差异化战略的重要组成部分。

有人说我们是“鸡血所”，我觉得并不准确。鸡血只能管一时，管不了长久。我们所更准确的定位应该是“匠心所”，我们用十年磨一剑的匠心学习法律、研究法律、实践法律，这才符合我们初心和现实。

事务所的“鸡血”也好、“匠心”也



好，通过一篇篇的文章、一场场的讲课传递开去，逐步赢得了同行的认可、主管部门的认可，也赢得了客户的认可。客户会觉得，把案子交给这样一家专注学习和研究的律所，基本错不了。所以，学习型事务所的背景给客户留下了昂扬向上、专业进取的好印象，这是业务开展的第一步。

二、团队协作汇聚强大力量

疑难复杂的商业案件很难以一己之力完成好，而是需要一支优秀的团队共同来承担。我们团队有明确的分工，大家既相互配合，又各司其职，共同为案件的获胜竭尽所能。我会按照每个人的特点让他们负责不同的工作。比如吕小萌律师法律素养高、极有责任心、沟通能力强，由她负责与客户的对接沟通、证据整理、文书起草、辅助开庭最为合适；管杰律师思维活跃、外语好、吃苦耐劳，所以让他检索案例、充当翻译、收集证据、辅助开庭符合他的特点；张茜因为做过五年法官，法律功底深厚、逻辑思维缜密、擅长法律文书写作，所以案件重点问题的分析、具体战术的探讨、法律文书的起草离不开她。而我主要负责案件整体战略的制定、核心

问题的解决、关键文件的撰写以及庭审主辩等工作。我们这样的分工合作，能够充分发挥每个人的长处，让合适的人做合适的事，最大限度发挥集体的力量。

而最能体现集体力量和智慧环节是对案件问题的开放式探讨，也可以叫“头脑风暴”。我们通过这个环节来探讨案件最核心的一些法律问题。我的要求是不设限，用极度开放的心态和方式去探讨，什么问题都能谈，什么观点都能说，不轻易否定，不给任何人心理负担，大家可以毫无顾忌地畅所欲言。这样才能听到不同的声音，不同的意见，为决策提供全方位的参考。尽管有的时候有些意见不太靠谱或者过于发散，但这又有什么关系呢？反倒是这些发散的意見给了我们很多启示或不一样的思路，不仅无害反而很有价值，让我们思考更多的观点和策略，做更充分的准备。我们正是用这样的开放心态和方式去探讨法律问题，集思广益，最大限度地汇集集体的智慧。

运用集体的力量与智慧，我们会比别人想得更多、更全面，从而准备更充分。所谓“三个臭皮匠赛过诸葛亮”，就算对



方是诸葛亮，我们集中团队的智慧也可能胜过他。更何况我们不是臭皮匠，我们是武装到牙齿的专业律师。

三、流程化管理确保案件质量

工业上流程化管理能够保证产品质量，这大家都理解。律师办理案件也需要流程化管理吗？在我看来不仅需要，而且必须。如果没有流程化管理，那么办理案件就会变得随心所欲。今天高兴了这个案子写一下代理词，明天心情不好那个案子就不写；今天有时间了这个案子做一下案例检索，明天没时间那个案子就不做。这样一来，案件办理没有标准、没有规范，天马行空，脚踩西瓜皮，滑到哪里算哪里，质量保证无从谈起。而客户总是希望自己的案子得到最好的处理，那只有靠运气了，因为得看律师这几天心情如何。这样是不行的，这种方式是作坊式的做法，不能适应现代化的诉讼，尤其不能适应现代复杂商业案件的处理。要有可靠的质量保证，必须建立流程化管理模式，确保规范操作。

我们团队会把商业诉讼案件分为以下步骤：1) 接洽客户，了解案情，接收材

料；2) 研究案情，对案件作全面评估；3) 与客户深入会谈，提出初步思路；4) 法规、案例检索，形成检索报告；5) 签订委托代理合同；6) 调查取证，补充收集材料；7) 制定诉讼策略，汇总关键问题；8) 团队开放式讨论；9) 起草诉状、答辩状等法律文件并提交法院；10) 申请财产保全（如适用）；11) 申请证据保全、申请调查令或申请法院调查（如适用）；12) 申请鉴定（如适用）；13) 向法院提交证据；14) 与客户不断沟通，研究所有现有和可能的争议点；15) 团队讨论、论证关键性问题；16) 制定详细的诉讼方案；17) 形成举证意见、质证意见；18) 预测争议焦点，制作提问清单；19) 制作思维导图、关键事实时间节点；20) 撰写详细的开庭提纲；21) 与客户沟通出庭注意事项；22) 与客户协调准备证据原件、证人出庭等事项；23) 代理出庭；24) 撰写代理词并征求客户意见修改完善，定稿后提交法院；25) 与法院保持良好沟通；26) 视情况撰写补充代理词并提交法院；27) 协助客户进行调解或和解（如适用）；28) 收到法院判决、裁定、调解书等法律文件后及时告知



客户并为客户分析说明；29）及时制定上诉策略并撰写上诉状（如适用）；30）为客户提供后续策略建议；31）协助客户按生效法律文件履行相关义务；32）申请法院强制执行（如适用）；33）团队复盘案件，分析得失；34）案件归档；35）知识积累。

有人会问，做一个诉讼案件需要这么复杂吗？我认为，如果做简单的民事案件可以简化步骤，但是做复杂的商业诉讼案件，就需要细致地分步操作，这样才能保证案件质量。经过我们的实践检验，这样的分步操作和流程化管理，能够使案件管理得井然有序，团队成员按照步骤各司其职，提前准备，能使相关工作落实到位，从而为实现最终目标打下坚实的基础。这样通过对过程的控制，把每个环节做好做细，最后案件呈现高质量是水到渠成的结果。我并不是说案件结果我们能把控或保证，这个我们给不了承诺，我们能做到的就是把案件做扎实，确保办案质量是上乘的。事实证明，这样的步骤和细致的工作获得了客户的认可和信任，他们把案件交给我们是放心的。事实同样证明，这样操

作能够让我们更加稳健从容，有能力快速处理任何棘手的案件。

四、诉讼就是战争的理念迫使我们全力以赴

我喜欢军事，会把每一个诉讼看成一场战争，这不是好玩，是敬畏。因为战争会流血、会死人，而重大的商业诉讼往往涉及到客户的重大利益甚至你死我活的争斗，所以来不得半点马虎，必须全力以赴。

诉讼与作战很相似，也需要运筹帷幄、排兵布阵、临场发挥。我通常会从宏观、中观、微观三个层面去思考，准备作战方案。首先，要从宏观上做好战略规划。打进攻战我们的突破点在哪里，打防御战我们需要建立几条防线，都要一一考虑清楚，论证到位。战局会往哪个方向发展，关联战役彼此会产生什么影响，都要有清晰的认识和预判。其次，要从中观上为每一次开庭做精心准备，在团队分工基础上汇聚工作成果，形成有力的作战武器，通过庭前模拟演练，为开庭时的短兵相接提供坚实基础。最后，要从微观上不放过每一个细节，魔鬼在细节中，要把它揪出



来为我所用，让它成为对方的梦魇。关键争议点都要准备多层防御或多点攻击，宁愿把对方想复杂而不用，不能想简单而被打个措手不及。

我通过这三个层面的充分准备，率领团队一步步实施战略规划。到实际作战时，放出所有大招，打得狠、打得准，给对方迎头痛击，狭路相逢勇者胜，我们绝不手软。只有这样，才能在没有机会的案件中获取机会，在有机会取胜的案件中扩大胜诉概率，我们作为诉讼律师，最核心的价值就是为客户获得更多的获胜可能。

我们去年承接了一个股东纠纷案件，客户股权差一点就被对方恶意侵占，好在我们及时介入，通过一系列精准打击和操作，不战而屈人之兵，最后迫使对方坐下来和谈，最终双方达成一致，我方客户以满意的对价全身而退。这个案例就是战略上准确评估、战术上切中要害、细节上精准命中的完美结合，堪称我们团队的经典之作。

五、服务意识赢得客户信赖

我们提供的服务尽管具有很强的特殊性，但仍然是服务业范围，我们需要有

强烈的服务意识。服务意识绝不等于卑躬屈膝、随声附和，而是以第三方独立视角给到客户客观、专业、优质的法律服务。在理念上要以维护客户合法利益为宗旨，核心做好两点。

第一点是透明。有不少同行，他们不愿意跟客户多谈案件情况，觉得客户不懂法律，跟他们多说是浪费时间；也有些会直接告诉客户，既然委托了他们就要相信他们的能力，其他不要多问，等结果就行。我不赞同这样的代理方式，尤其是对于商业案件的高端客户就更不合适。尽管客户不是专业搞法律的，但他们都很聪明，不少企业还配有专业的法务人员，他们绝对有能力从你的讲述、分析中作出评判，评判你的专业度究竟如何。我们团队会把整个诉讼进程以及所有文件向客户披露、说明，并同客户一起反复商讨，让客户清楚地了解案件全貌并参与其中。这样客户才能对案件心里有底，对我们的工作有清晰地认识。而最为关键的是，我们通过反复沟通，消除了信息不对称给客户带来的担



心、误解、烦躁等情绪困扰，从而使客户建立并巩固对我们的信心、对案件的信心、对法律的信心，相信办理案件是靠专业取胜的技术活，而不是一场听天由命的赌博。

第二点是尊重。尊重客户大家都懂，但要真正做好并非易事。我的理解，客户需要的尊重不是简单的表面客气，而是需要你真正为他的案件用心。我们对客户的尊重，体现在对于案件的每个环节都下足功夫，并将每阶段的工作成果呈报给客户；体现在尊重客户意见但不迁就，该坚持时一定坚持专业意见；体现在当客户产生疑虑时，为客户作详尽的法律分析和利弊分析，尽力说服客户但绝不越俎代庖替客户决策；体现在始终关切客户的核心利益，围绕核心利益思考所有问题，而绝不是为了我们的需求、维护我们的面子；还体现在当有应酬、讲课等事情影响到案件准备时，一定确保案件准备时间。说到底，就是在合法的框架下坚持客户利益至上。有了这份心，再加上专业和努力，客户一

定会感受得到。你用心尊重客户，客户也一定会尊重你，而这份尊重是客户应得的，也是用心付出的律师应得的。

六、精益求精的工匠精神提高获胜概率

我对团队成员的要求是，能力不足可以培养，缺乏责任心万万不行。我们做律师与医生很相近，稍有不慎可能会造成无法挽回的后果，所以必须要有很强的责任心。但有责任心只能说合格，更高要求是精益求精的工匠精神。现在大家都流行讲工匠精神，要真正做到又谈何容易。

我们团队办理重大商业诉讼案件必须按照上面讲的流程一步步操作，而且每一步都要做好，再简单的工作都不能轻率、马虎，而重点工作就更需要百倍用心。我们团队今年上半年完成的7个重大商业诉讼案件，撰写的核心法律文件字数总计超过了17万字，平均每个案件2万多字，最多的一份代理词有3万2千字。尽管诉讼案件不是以字数取胜，但是用不用心，有没有尽力，这方面可见一斑。有些律师



会忽视代理词的撰写，不少案件甚至没有书面代理词。因为他们会认为在法庭上已经充分表达了代理意见，已经记在庭审笔录中了，没必要再写代理词。这个理解只能适用于非常简单的案件，复杂的商业诉讼案件必须要有书面代理词。因为庭审过程中书记员能力层次不齐，往往律师讲了十句话，书记员只记下了一半，错漏现象时常发生，所以不能指望庭审记录准确记下你的所有意见。二审案件常常由一名法官通过谈话方式了解案情和双方意见，之后由合议庭进行书面审理，此时如果代理律师不提交书面代理词，很难保证合议庭其他法官了解你的观点和依据，而对方如果提交了详细的代理词，合议庭就有可能受到对方影响更多。所以我们认为代理词不仅要写，而且要给予万分的重视，这是整个案件大量前期工作的集中成果体现，也是说服法官、影响法官的最有利方式。我们团队就是这样不遗余力地撰写代理词以及相关文件，配合庭审中的舌战表现，最大限度把我们的意见有效传达给法

官。这是我们的客户做不到的，也是我们最需要为客户做到的。

而我们竭尽所能的工匠式做法也得到了回报，最近几个案件传来捷报，我们帮助客户取得了完胜。现在回想起来，不是我们运气有多好，其实几个案件都经历了一波三折的过程，有些甚至很危险。好在我们足够用心，当然也因为专业，加上客户的全力支持，才使得案件的天平向我们稍稍倾斜，最终取得了胜利。

我喜欢吃寿司，也喜欢看《寿司之神》这部反映日本工匠精神的经典纪录片。心无旁骛，用心做好每一块寿司，数十年如一日，这就是道。我们做诉讼也是一样，只有入道，才能无往而不胜。

七、向同行学习让我们不断进步

尽管我们做的不错，但要达到真正的一流标准，我们还有很多需要学习的地方。我们要向前辈律师学习，比如天同所的蒋勇大律师、虹桥正瀚所的倪伟大律师、埃孚欧所的谭芳大律师，他们都是我们顶礼的行业翘楚。我们要向同辈律师学习，比如最近案件合作的朱晶晶律师、刘

轶圣律师、丁旻律师、潘丽芳律师，他们都是非常优秀的青年才俊，跟他们合作令我们受益匪浅。我们还要向对手律师学习，比如证照返还案中，赵律师是业界名宿，我们要学习他沉稳的风格、临危不乱的气度；比如股东投资合同纠纷案中，对方尹律师讲故事的能力非常值得我们学习，因为法官不仅要听法律，更需要了解事实，如果我们只偏重于法律，那么遇到感性思维的法官就会被动；再如代建工程合同纠纷案中，对方的覃律师非常细致，是同样具备工匠精神的极为专业的优秀律师，我们要研究他、学习他，只有知己知彼才能百战不殆。当然，我们还要向七方所内的伙伴们学习。华平主任就是律师专业化和执行能力超强的典范，引领整个事务所快速发展。而其他合伙人也是个顶个的优秀、才华横溢，他们给了我们很多启示和帮助，没有这样一个彼此学习、共同进步的大家庭，我们不可能成长得这么

快。我们就是这样抓住一切机会向其他律师学习，弥补我们的不足。学习使我们进步，学习让我们看到不足，学习给我们前进的动力。我们将学习同行，超越自我，不断进步。

七方所习惯讲七点，我想以上这七点大概能够解答题述之问了。我们热爱法律，我们倾心于诉讼，商业诉讼的道路并不好走，我们满怀信心，坚定前行。



周松涛

上海七方律师事务所 副主任/高级合伙人

七方公司与财税法律服务部 主任

上海律协税务业务研究委员会委员



《民法典》租赁合同条文亮点解读

作者：管杰

一、前言

2020年5月28日，《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）经由十三届全国人大三次会议审议通过。《民法典》共设7编，依次为总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编以及附件，于2021年1月1日起施行。这本具有中国法学史上里程碑意义的《民法典》总计1260条条文，亮点与创新层出不穷，本文拟在千百条文中取其一瓢，对于《民法典》合同编第十四章即第703条至第734条的租赁合同条文进行亮点解读，让读者能感受到《民法典》对于租赁，尤其是房屋租赁方面作出的创新和完善。

二、新旧对比

《民法典》合同编第十四章租赁合同的 32 个条文，框架是承袭 1999 年生效的《中华人民共和国合同法》（以下简称“合同法”）第 212 条至 236 条的法律条文。在针对《合同法》条文中的表述进行修改的基础上（如多处将“期间”改为“期限”，“要求”改为“请求”等在法律条文中用语更加精确），也通过修改某些条文扩大了其的适用范围，下文会详细解说。

除了对条文的修改之外，《民法典》还通过将《最高人民法院关于审理城镇房

屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》（以下简称“《城镇房屋租赁合同司法解释》”）中对租赁合同的相关规定直接上升到法律层面，作为《民法典》中的正式条文编入。

再者，《民法典》为落实党中央提出的建立租购同权住房制度的要求，保护承租人利益，增加规定房屋承租人的优先承租权。

那接下来就让我们看看《民法典》中租赁合同的 32 个条文到底有哪些亮点？

三、亮点解析

1. 确立房屋承租人的优先承租权

《民法典》第 734 条规定：“租赁期限届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但是租赁期限为不定期。租赁期限届满，房屋承租人享有以同等条件优先承租的权利。”一直以来，《合同法》中并未将承租人的优先承租权作为一项法定权利列入《合同法》条文中，实践中通常是租赁双方通过在双方租赁合同上明确约定的方式对租赁期限届满后承租方是否享

有优先承租的权利。在 2017 年发布的住房和城乡建设部关于《住房租赁和销售管理条例（征求意见稿）》公开征求意见的通知的第 13 条：“办理住房租赁备案后，租赁期限届满时承租人享有同等条件优先承租的权利。”中曾提出过优先承租权的概念，但也仅停留于征求意见稿中的条文，之后并未出台正式规定。

由于全国性适用的法律法规、司法解释中并未就优先承租权作为统一规定，各个地区在处理优先承租权的案件上，基本

是通过地方法规或者地方的司法解释作出规定的。上海地区在 2011 年颁布的《上海市居住房屋租赁管理办法》第 18 条规定：“居住房屋在租赁期间届满后继续出租的，承租人在同等条件下享有优先承租权。”，北京地区在 2017 年颁布的《关于加快发展和规范管理本市住房租赁市场的通知》中第 5 条：“保障承租人合法稳定居住中的第 4 款规定租赁期间届满，出租人不再继续出租住房的，应当提前 1 个月以上通知承租人；继续出租的，同等条件下原承租人享有优先承租权。原承租人存在重大违约行为的除外。”除此之外，还有不少地区也发布类似的地方行规定。笔者认为，本次《民法典》将优先承租权写入法律规定中，既统一了全国各地对于优先承租权的保护力度，也将优先承租权一直以来保护居住的目的衍生到了保护生产、经营等所有承租人承租房屋所预期的合法目的，体现了对党中央建立租购同权住房制度要求的回应。

2. 将原《合同法》中未有规定，仅在《城镇房屋租赁合同司法解释》中规定的部分条文沿用到了《民法典》中，将司法解释规定上升到法律条文。

(1) 增加了租赁合同未备案不影响效力的规定。

《城镇房屋租赁合同司法解释》第 4 条	《民法典》第 706 条
当事人以房屋租赁合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由，请求确认合同无效的，人民法院不予支持。	当事人未依照法律、行政法规规定办理租赁合同登记备案手续的，不影响合同的效力。

(2) 增加了转租的规定

《城镇房屋租赁合同司法解释》	《民法典》
第 15 条 承租人经出租人同意将租赁房屋转租给第三人时，转租期限超过承租人剩余租赁期限的，人民法院应当认定超过部分的约定无效。但出租人与承租人另有约定的除外。	第 717 条 承租人经出租人同意将租赁物转租给第三人，转租期限超过承租人剩余租赁期限的，超过部分的约定对出租人不具有法律约束力，但是出租人与承租人另有约定的除外。
第 16 条 出租人知道或者应当知道承租人转租，但在六个月内未提出异议，其以承租人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的，人民法院不予支持。	第 718 条 出租人知道或者应当知道承租人转租，但是在六个月内未提出异议的，视为出租人同意转租。
因租赁合同产生的纠纷案件，人民法院可以通知次承租人作为第三人参加诉讼。	第 719 条 承租人拖欠租金的，次承租人可以向出租人支付其欠付的租金和违约金，但是转租合同对出租人不具有法律约束力的除外。



第17条 因承租人拖欠租金，出租人请求解除合同时，次承租人请求代承租人支付欠付的租金和违约金以抗辩出租人合同解除权的，人民法院应予支持。但转租合同无效的除外。

次承租人代为支付的租金和违约金超出其应付的租金数额，可以折抵租金或者向承租人追偿。

次承租人代为支付的租金和违约金，可以充抵次承租人应当向承租人支付的租金；超出其应付的租金数额的，可以向承租人追偿。

(3) 增加了承租人可以解除合同的情形

《城镇房屋租赁合同司法解释》第4条	《民法典》第724条
因下列情形之一，导致租赁房屋无法使用，承租人请求解除合同的，人民法院应予支持：	有下列情形之一的，非因承租人原因致使租赁物无法使用的，承租人可以解除合同：
(一) 租赁房屋被司法机关或者行政机关依法查封的；	(一) 租赁物被司法机关或者行政机关依法查封、扣押；
(二) 租赁房屋权属有争议的；	(二) 租赁物权属有争议的；
(三) 租赁房屋具有违反法律、行政法规关于房屋使用条件强制性规定情况的。	(三) 租赁物具有违反法律、行政法规关于使用条件的强制性规定情形。

沿用内容基本不变。

(4) 增加了优先购买权的排除情形

《城镇房屋租赁合同司法解释》第24条	《民法典》第726条
具有下列情形之一，承租人主张优先购买房屋的，人民法院不予支持：	出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利；但是，房屋按份共有人行使优先购买权或者出租人将房屋出卖给近亲属的除外。
(一) 房屋共有人行使优先购买权的；	出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的，视为承租人放弃优先购买权。
(二) 出租人将房屋出卖给近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女的；	
(三) 出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的；	
(四) 第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的。	

除了未引入“第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的。”的情形之外，沿用内容基本不变。

(5) 增加了出租人向承租人的拍卖通知义务



《城镇房屋租赁合同司法解释》第 23 条	《民法典》第 727 条
出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋，应当在拍卖 5 日前通知承租人。承租人未参加拍卖的，人民法院应当认定承租人放弃优先购买权。	出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋的，应当在拍卖五日前通知承租人。承租人未参加拍卖的，视为放弃优先购买权。

(6) 增加了侵犯承租人优先购买权的法律后果规定

《城镇房屋租赁合同司法解释》第 21 条	《民法典》第 728 条
出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。	出租人未通知承租人或者有其他妨害承租人行使优先购买权情形的，承租人可以请求出租人承担赔偿责任。但是，出租人与第三人订立的房屋买卖合同的效力不受影响。

(7) 增加了共同经营人的继续承租权

《合同法》第 234 条	《民法典》第 732 条
承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可	承租人在房屋租赁期限内死亡的，与其生前共同居住的

以按照原租赁合同租赁该房屋。	人或者共同经营人可以按照原租赁合同租赁该房屋。
《城镇房屋租赁合同司法解释》第 19 条	
承租人租赁房屋用于以个体工商户或者个人合伙方式从事经营活动，承租人在租赁期间死亡、宣告失踪或者宣告死亡，其共同经营人或者其他合伙人请求按照原租赁合同租赁该房屋的，人民法院应予支持。	

结合《合同法》与《城镇房屋租赁合同司法解释》相关规定，将共同居住人和共同经营人的继续承租权通过立法加强了保护。

3. 无法确认租赁期限的，方可认定为不定期租赁合同

《民法典》第 707 条：“租赁期限六个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式，无法确定租赁期限的，



视为不定期租赁。”本条文在《合同法》215 条的内容基础上，增加了“无法确认租赁期限的”表述。在司法实践中，双方当事人存在口头约定，或其他证明双方对租赁期限达成一致，但并未书面约定的情形。本条文的修改限定了即使没有书面形式，如果有充分证明可以确认租赁期限的情况下，应当认定为有租赁期限的合同，避免一方违背承诺利用不定期租赁合同的任意解除权便利。

4. 出租人不承担因承租人的过错导致租赁物减损的维修义务。

《民法典》第 713 条：“承租人在租赁物需要维修时可以请求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延长租期。因承租人的过错致使租赁物需要维修的，出租人不承担前款规定的维修义务。”相较于《合同法》221 条新增了出租人不用承担因承租人过错需要维修租赁物的义务的规定，从立法角度保障了出租人不用为别人的过错买单。

5. 增加了承租人解除不定期租赁合同时的通知义务。

《民法典》第 730 条：“当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁；当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。”与之相比，《合同法》第 232 条：“当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。”乍看之下，两者相差无几，但实际上先前的合同法仅对出租人加设了不定期租赁的解除通知义务，而《民法典》则将不定期租赁的解除通知义务的主体从出租人扩张至当事人的范围，即承租人也应在合理期限之前通知出租人。该条文的改变在今后的司法实践中会起到明显的作用。(2019)浙 02 民终 5290 号应霞霞、陈红霞房屋租赁合同纠纷中，一审法院认为：“不定期租赁合同的法律后果是，当事人任何一方均享有合同的任意解除权，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。即提前通知义务，仅对于出租人而言；对于承租人，则无义务提前通知出租人。应霞霞于 2018 年 9 月 14 日发现陈红霞已搬离出租房屋，该搬离事实应视为陈红霞已行使了合同的任意解除权，此时双方之间的房屋租赁合同关系已然终止。”虽然本案出租人不服一审判决上诉主张承租人赔偿损失，但二审法院



认为，上诉人在该月初催讨下季度租金，到9月14日被上诉人已经拒接电话、短信也不回，并搬离了涉案房屋，被上诉人已经以其行为明确表示不再续租，原判认定双方租赁关系于该日解除，符合法律规定。上诉人要求被上诉人支付三个月的寻租损失，于法无据，原判未予支持，并无不当。最终驳回了上诉请求。从该案裁判可以看出，按照原先《合同法》承租人在

不定期租赁期间随时可以解除合同，也不用承担出租人因此造成的损失。而在《民法典》正式实施以后，承租人也必须在解除不定期租赁合同前尽到事先通知出租人的义务，否则也应赔偿出租人因此遭受的损失。本条文的增加平衡了承租人和出租人双方间权利义务，在立法上做到了更加公平公正。

结语：

本次《民法典》关于租赁合同的条文修改上至理论实践深意下至字词标点符号都值得反复推敲，本文仅在粗浅层面对若干条文发表笔者的个人意见，希望能对读者理解租赁合同的特点，体会到《民法典》对意图保护的法益之用心起到抛砖引玉的作用。



管杰 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：公司业务、企业诉讼



您身边的《民法典》

作者：七方民商保险团队

一、胎儿可以接受赠与吗？

【案例】张三之妻怀孕。张三之父因为快要抱孙子了，欣喜若狂，遂将祖传美玉一块交与张三之妻，并表明：此玉送给孙子。两天后，张三之父因意外去世。三个月后，张三之子张小三出生，母子平安。四个月后，张三之妹要求张三之妻返还美玉，并称自己对此玉有继承权。

【解读】《民法典》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。”

张三之子作为胎儿，在涉及赠与时视为有民事权利能力。张三之父将其美玉交给张三之妻时，赠与合同即已生效。该玉所有权应由张三之子享有，不属于张三之父的遗产，故张三之妹无权主张对该美玉的继承权。

二、流浪狗咬人怎么办？

【案例】张三之子8岁时在小区玩耍，被一流浪狗咬伤，治疗花掉一万元。后查明，此犬乃小区前业主李四搬家时遗弃的。

【解读】《民法典》第一千二百四十九条：遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期

间造成他人损害的，由动物原饲养人或者管理人承担侵权责任。

据此，张三有权要求李四赔偿其子的医疗费和其他费用。

三 自甘风险怎么处理？

【案例】张三之子12岁时加入了其所在学校的足球队，担任前锋。某次与他校的足球比赛中，张三之子不慎踢伤对方后卫王二的脚。王二花掉治疗费五万元。王二之父要求张三赔偿。

【解读】《民法典》第一千一百七十六条：“自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受

害人不得请求其他参加者承担侵权责任；但是，其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。”

因此，根据《民法典》的规定，足球运动的参加者属于自甘风险者，其因踢球受到损害的，不得要求其他踢球者承担侵权责任。张三之父依法可以拒绝赔偿。

四、私人生活安宁如何保护？



【案例】张三结婚后，其前女友旧情不忘，长期给张三发短信、微信、QQ语音，给张三的夫妻生活造成很大困扰，张三之妻闹起了离婚。

【解读】《民法典》第一千零三十二条：“自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。”第一千零三

十三条：“除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织或者个人不得实施下列行为：（一）以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁……”

据此，张三前女友的此种行为侵害了张三的隐私权，张三有权要求其停止侵害。

五、高空坠物伤人咋办？

【案例】某日，张三在回家的路上被小区里某栋高楼上扔下来的垃圾砸伤头部，花掉医药费十万元。警方调查后不能确定到底是谁扔的垃圾。小区此前曾多次发生高空抛物事件，业主多次要求物业公司采取加装摄像头、加强巡逻等措施，但物业迟迟没有举动。

【解读】《民法典》第一千二百五十四条：“禁止从建筑物中抛掷物品。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的，由侵权人依法承担侵权责任；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。可能加害的建筑物使用人补偿后，有权向侵权人追偿。

物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止前款规定情形的发生；未采取必要的安全保障措施的，应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任。”

据此，该栋高楼的住户如不能证明自己不是侵权人，皆应给予张三补偿。小区物业也应承担侵权责任。

六、被性骚扰怎么办？

【案例】张三之妻在某公司上班，主管王五经常在微信上发色情图片给她。张三之妻十分反感。

【解读】《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。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。”

王五的行为属于性骚扰。张三之妻有权要求王五承担民事责任。王五所在公司如未采取法律所规定的预防等措施，也有可能承担民事责任。



七、自助行为有何法律后果？

【案例】张三在人行道上散步，突然被素不相识的赵六违规驾驶摩托车撞倒，苹果手机掉落在地摔得稀碎，人也受了伤。赵六见状欲骑车逃跑。张三揪住不放，赵六弃车逃逸。张三遂将赵六的摩托车扣留并骑回家。

【解读】《民法典》第一千一百七十七条：“合法权益受到侵害，情况紧迫且不能及时获得国家机关保护，不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损

害的，受害人可以在保护自己合法权益的必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施；但是，应当立即请求有关国家机关处理。”

本案中赵六若驾车逃逸，张三的损失可能无法弥补。张三有权依

据民法典的上述规定实施自助行为——扣留赵六的摩托车。但是，应当立即请求有关国家机关如报警处理。

八、夫妻共同债务如何认定？

【案例】张三之妻迷恋上了名牌包包。因收入有限，她瞒着张三在某网贷平台借款 50 余万元，买了各种名牌包十几个。后该网贷平台要求张三偿还借款本息。

【解读】《民法典》第一千零六十四条规定，“夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，

属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”

张三之妻为买包所借之款，超出家庭日常生活所需，不属于夫妻共同债务。张三有权拒绝偿还。

九、离婚冷静期

【案例】张三夫妻俩因为负债之事争吵不休，一怒之下跑到民政局申请离婚。双方父母和亲朋好友听说后，纷纷前来劝解。张三夫妇在众人劝解之下想起往日种种恩爱，遂回心转意，决心好好经营家庭和生活。

【解读】《民法典》新增了协议离婚的冷静期制度。该法第一千零七十七条规定：“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。”



据此，张三可以在三十天内到民政局撤回离婚登记申请。

十、居住权如何设定？

【案例】张三年事已高，欲立下遗嘱将名下三套房子给儿子继承。同时，又希望照顾她多年、无房产无儿女的保姆孙阿姨继续居住。他应当怎么做？

【解读】《民法典》新增了“居住权”这一新型用益物权。该法第三百六十六条：“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。”

第三百六十七条第一款：“设立居住

权，当事人应当采用书面形式订立居住权合同。”

第三百六十八条：“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。”

第三百七十一条：“以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定。”

据此，张三可以以遗嘱的方式为保姆设立居住权并办理登记。



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 实习律师

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》进行时，你需要知道的"代位继承"！

作者：七方家事法团队

在中国传统的大家族之下，遗产继承并不是一件易事，牵扯到的人越多，就越错综复杂。继承方式、继承人、继承份额等问题，有时耗上个一两年时间也不一定讲得清辩得明。如果再涉及到代位继承，很多人就更加困惑了。此次《民法典》的一大亮点，就是扩大了代位继承的范围，下面为大家做详细解读。

案例介绍：

张爷爷与张奶奶生前育有一子张小强、一女张小月，张爷爷与张奶奶于 2005 年相继离世。张小强身有残疾，终身未婚未育，张小月育有一子王明，2018 年张小月车祸去世，一年之后，张小强因病离世，留下一套房子。这套房子应由谁继承？

答：在现有的《继承法》规定之下，张小强的所有法定继承人都已去世，张小强留下的遗产就属于无人继承的遗产，那么，张小强留下的房子将会归国家所有。但在《民法典》正式实施之后，根据新修订的代位继承制度，张小强留下的遗产就不再属于无人继承的遗产了，外甥王明将会继承舅舅张小强留下的遗产。

法条链接

《民法典》第 1128 条

继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的直系晚辈血亲代位继承。

被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。

代位继承人一般只能继承被代位继承人有权继承的遗产份额。



让我们从五个方面来了解“代位继承”：

1. 什么是代位继承？

代位继承是本位继承的对称，又称“间接继承”。根据目前的《继承法》，代位继承人仅包括被继承人子女的直系晚辈血亲。被继承人的子女先于被继承人死亡或被宣告死亡时，由被继承人子女的晚辈直系亲属代替被继承人子女的继承顺序，继承被继承人子女应继承的遗产份额的制度。

在《民法典》修订之后，代位继承人的范围将会扩大，除了被继承人的晚辈直系血亲之外，被继承人的旁系血亲的侄甥也可享有代位继承权。即当被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡时，被继承人的兄弟姐妹的子女（即被继承人的侄甥）可代位继承。

值得注意的是，代位继承只适用于法定继承，不适用于遗嘱继承。

2. 代位继承中的直系晚辈血亲都包括哪些？

当继承人的子女先于被继承人死亡时，由被继承人的子女的直系晚辈血亲代位继承。这里的“直系晚辈血亲”不仅包括被继承人的孙子女、外孙子女，还包括曾孙子女、外曾孙子女。代位继承并不受辈数的限制。

3. 侄甥在什么情况下可以行使代位继承权？

侄甥享有代位继承权需要满足三个前提条件：第一，继承方式为法定继承，



也就是说，被继承人并不存在合法有效的遗嘱、遗赠和遗赠扶养协议。第二，被继承人不存在第一顺位继承人，即被继承人的父母、配偶、子女以及晚辈直系血亲均不继承。第三，被继承人的兄弟姐妹（即侄甥的父亲或者母亲）先于被继承人死亡。

4. 代位继承中可继承的遗产份额有多少？

一般来说，代位继承只能继承其父亲或母亲有权继承的遗产份额。但是，如果代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或者对被继承人尽过主要的赡养义务的，分配遗产时，则可以多分。

5. 代位继承和转继承有什么区别？

首先，我们需要了解什么是“转继承”。转继承指的是，当继承开始后，继承人没有表示放弃继承，但是在遗产分割前已经死亡，那么继承遗产的权利将转移

给他的合法继承人。简单来说，转继承就是发生两次连续的继承，其转移的实质是财产的所有权而并不是继承权。

其次，代位继承与转继承有三大区别：

第一，适用范围不同。代位继承只适用于法定继承；而转继承的适用范围相对来说更宽，转继承不仅适用于法定继承，也适用于遗嘱继承，在特定条件下，也适用于遗赠。

第二、死亡顺序不同。在代位继承中，被继承人的子女、兄弟姐妹先于被继承人死亡；而在转继承中，继承人是后于被继承人死亡。

第三、继承人范围不同。代位继承人只能是被继承人的子女的晚辈直系血亲以及被继承人的侄甥；而转继承人不仅可以是被继承人的晚辈直系血亲，也可以是被继承人的其他法定继承。

结语

《民法典》将侄甥纳入代位继承人范围之中，使遗产无人继承的概率大幅降低，有利于财富在家庭范围内的传承，有效避免财富流失。而作为继承人，更应本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题，切不可因为遗产的继承，伤害了家人之间的感情。



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM
七方律师事务所

解读民法典



胡晓萍律师

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

业务方向：婚姻纠纷、继承纠纷、财富管理



李宁 律师

上海七方律师事务所 律师
业务方向：婚姻纠纷、继承纠纷、抚养纠纷

不定期租赁合同关系应当如何解除？

作者：谢亦团

【案件简介】

2017年10月26日，欣联公司（管理公司）与张某（预订人）签订一份《欣联中心二期商铺租赁预定确认书》，约定张某向欣联公司租赁一间商铺用于沙发、软床产品的销售经营，双方对于商铺面积、租金、物业费、押金、租金支付方式（一年一付、先付后用）进行了约定，预订人须在本确认书签署后五日内付清首期租金（三个月）并按照管理公司通知的时间签订租赁合同、交纳相关费用。同日，张某支付了三个月租金、物业费、押金。

2017年11月4日，欣联公司向张某交付了商铺。同日，张某向欣联公司提交进场装修申请书，施工日期为2017年11月4日至2017年12月4日。此后虽经欣联公司多次催讨，张某再未支付欣联公司租金、物业费。

2019年4月10日，欣联公司向张某发送《续约催告函》，要求张某于5月1日前到公司办妥新的租赁年度的《商铺租

赁合同书》的签订、租金、交纳等手续，租金标准不变。凡是未在规定期限内办妥续租手续的承租人，到期后将不能继续使用商铺和仓库租赁，承租人应当在期限届满时腾空并将商铺和仓库退还给公司，否则将依照综合费用支付违约金并承担实现权利的律师费用。公司于2019年6月28日向一审法院提交起诉状，要求1、解除双方的房屋租赁合同关系；2、张某返还商铺；3、按照约定的标准支付自2018年1月26日起至解除之日止的租金、物业费。

张某则主张招商部林经理曾经允诺房屋交付日至2018年4月30日期间为装修免租期，所以要求2018年5月1日之前的租金违反了双方的约定；另外，2019年4月16日张某搬离物品时，遭到欣联公司的阻挠，双方发生冲突并报警，双方再无履行租赁合同的可能，张某以实际行动表明解除租赁合同的意思表示

判决结果

- 1、双方租赁合同关系于2019年8月17日解除；
- 2、张某应于判决生效之日起十日内返还承租商铺；
- 3、张某应于判决生效之日起支付欣联公

- 司2018年8月1日至2019年8月17日期间的租金和物业费；
- 4、欣联公司于判决生效之日起十日内返还张某押金。

律师分析

一、双方签订的商铺租赁预订确定书属于预约合同，系双方真实表示，合法有效。

虽然确认书对租赁商铺的坐落及面积、租金及物业费标准、租赁用途等予以了明确，但确认书同时约定，张某应当按照欣联公司通知的时间签订租赁合同。由此可见，双方当事人有意此后订立新的租赁合同，以最终明确双方之间的租赁合同关系，故确认书属于预约合同。该合同系双方真实意思表示，合法有效，双方应当按照约定履行订立书面租赁合同关系的义务。

二、双方约定采用书面形式签订合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

双方在确认书中约定签订书面的租赁合同，此后虽然未签订书面的租赁合同，但根据《合同法》第三十六条，法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

本案中，双方虽未再签订书面租赁合同，但欣联公司交付了商铺，张某也支付了三个月的租金、物业费和押金。所以双方已建立了租赁合同关系，由于双方未约定期限，属于不定期的租赁合同关系。



三、当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行的，另一方当事人可以解除合同。

由于双方未签订书面的租赁合同，未约定履行期限也未约定租赁合同关系解除的条件，但根据《合同法》第六十二条规定，合同约定履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间；《合同法》第九十四条还规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合

理期限内仍未履行。

本案中，张某与欣联公司签订确认后，只支付了三个月的租金及物业费，此后未再支付过租金及物业费，虽然未约定支付期间达成明确约定，但欣联公司在2019年4月10日催告后的合理期限内仍未支付租金及物业费。因此，欣联公司具有法定的合同解除权。

四、通过仲裁或诉讼方式提出解除的，仲裁申请书副本或起诉状副本送达之日解除。

及时、足额支付租金系承租人的主要合同义务，张某于租赁合同履行期间，长期不支持租金，经欣联公司催告后仍未在合同期限内支付租金，构成根本违约，欣联公司有权提起诉讼，请求判令解除双方间的不定期租赁合同关系。张某于2019年8月17日收到起诉状副本，故双方租

赁合同关系自2019年8月17日起解除。

张某虽然于2019年4月16日搬离了系争商铺，但并未向欣联公司作出解除租赁合同的意思表示以及办理相关的交接手续，故其搬离行为并不能等效于作出了解除的意思表示。



谢亦团 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方劳动法律服务部 主任
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

“毒奶粉”之痛—— 湖南大头娃娃再现事件的法律分析

作者：王黎君



一、湖南再现“大头娃娃”事件！

看官还记得 2003 年大头娃娃事件吗？

2003 年安徽阜阳地区相继出现婴幼儿因食用劣质奶粉而重度营养不良的情况，出现营养不良综合征的共 171 例，死亡 13 例。

阜阳部分农村的婴儿食用劣质奶粉（因脂肪、蛋白质和碳水化合物等基本营养物质不及国家标准的三分之一），由于蛋白质含量严重不足，导致患上“重度营养不良综合症”，表现为停止生长，四肢短小，身体瘦弱，脑袋偏大，被当地人称为“大头娃娃”，严重的甚至心、肝、肾等器官功能衰竭而死亡。

后据国务院调查组通过卫生学调查证实，无良商家用淀粉、蔗糖等价格低廉

的食品原料全部或部分替代乳粉，再用奶香精等添加剂进行调香调味，制造出劣质奶粉，婴儿生长发育所必需的蛋白质、脂肪以及维生素和矿物质含量远低于国家相关标准。

今年 5 月 13 日，湖南省邵阳市永兴县，也出现了数名婴幼儿，食用一种倍氨敏蛋白固体饮料，出现颅骨突出类似大头娃娃的症状，经确诊为佝偻病。据报道称这些婴幼儿家长均有在当地某婴连锁店误导购买过“倍氨敏”当作特医奶粉给有过敏等症婴幼儿食用。经市场监管部门调查，倍氨敏并非特医奶粉，而是一种固体饮料。



二、蛋白固体饮料不是奶粉

先了解下什么是蛋白固体饮料，它和奶粉的区别又是什么？

根据《固体饮料卫生标准》规定，固体饮料是指以糖、乳和乳制品、蛋或蛋制品、果汁或食用植物提取物等为主要原料，添加适量的辅料或食品添加剂制成的每100克成品水分不高于5克的固体制品，呈粉末状、颗粒状或块状，分蛋白型固体饮料、普通型固体饮料和焙烤型固体饮料（速溶咖啡）3类。

蛋白固体饮料就是以乳或乳制品，或其他动物来源的可食用蛋白，添加了植物蛋白和其他的可食蛋白质，蛋白质含量大于4%的就属于蛋白型固体饮料。

根据中国食品安全卫生网显示，食品安全国家标准婴儿配方食品，现行标准号为GB 10765-2010，产品在即食状态下每100mL所含的能量应在250 kJ（60 kcal）~295 kJ（70 kcal）范围。能量的计算按每100mL产品中蛋白质、脂肪、碳水化合物的含量，分别乘以能量系数17千焦每克、37千焦每克、17千焦每克，

而蛋白固体饮料的4%含量的蛋白质远远低于婴儿配方奶粉的标准。

显而易见，蛋白固体饮料不是奶粉。

蛋白固体饮料和特医奶粉有何区别？

蛋白固体饮料可补充蛋白质，特医奶粉是针对蛋白质过敏婴儿的氨基酸配方奶粉，氨基酸奶粉也称为“无敏配方”，与普通婴儿奶粉一样，能提供0~12个月宝宝生长发育所需的热量、碳水化合物、脂肪、维生素和矿物质，只是蛋白质全部是由游离氨基酸所替代。并且国家规定，所有获得审批的正规特医奶粉，均在政府网站登记在册，且不得制定地方标准。

因此，蛋白固体饮料不是特医奶粉。

既然国家有对奶粉较严格的配方规定，为什么这些家长还会去买这些不是奶粉的“粉”呢？据悉某些粉的罐身上注有“深度水解蛋白&无乳糖配方粉（二合一）”，这些带有配方粉的字样，让包括笔者在内的消费者都傻傻分不清，无独有偶，笔者最近也在网上购买一款奶粉做食品添加：



在净含量下面有一行小字：乳粉调制蛋白固体饮品。笔者特意问了销售商家，此“粉”到底是奶粉还是蛋白固体饮品？奶粉等于蛋白固体饮品吗？商品包装上赫然显示“高钙乳粉”，底部又标注蛋白

固体饮品，乳粉等于奶粉？

笔者相信大多数消费者根据常识都无法判断。虽其后商家求证厂家明确回复是奶粉，但本着对健康的慎重，拒绝使用并退了货。

三、是否知假售假

再回到事件，对产品了解的销售人员售卖时称过敏儿童都食用的宣称有无涉嫌虚假宣传？该粉是否涉嫌销售假冒伪劣产品？

据媒体上一份倍氨敏蛋白固体饮料检验检测报告显示：氨敏蛋白固体饮料其食品名称、配料表、生产者和经销者信息、食品生产许可证编号、产品标准代号等经由广东省质量监督食品检验站出具的

检验报告显示，“倍氨敏”产品的检验结论为合格，均符合标准，另外在其致敏物质一栏中，标注为无。营养成分表中，其蛋白质含量为每100g中11g，占比18%。

请大家注意，这是一个前提，产品标注的是蛋白固体饮料，与大头娃娃事件及三鹿奶粉从案情上有本质的区别！它没说是奶粉！不是将伪劣或假冒的奶粉以次充好的销售了，而是知情的销售人员为获利

引人误解的宣传成了奶粉，所以不构成销售假冒伪劣产品。

湖南大头娃娃事件的家长明显受到

销售人员的误导而购买（包括固体饮料包装类似奶粉，与奶粉摆在一起销售，又被销售推荐是过敏婴幼儿都用的）。

四、是否构成犯罪

生产和销售者涉不涉嫌以下犯罪呢？

生产、销售不符合安全标准的食品罪，是指违反国家食品安全管理法规，生产、销售不符合安全标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的行爲。

生产、销售含有可能导致严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的超标准的有害细菌，或含有可能导致严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的超标准的其他污染物的就是犯罪。

可见，蛋白固体饮品的生产者和销售者并未违反国家食品安全法规，生产和销售的均是检验合格产品，也并未检测出致病疾的有害细菌和致疾患的污染物，所以并不构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。

生产、销售不符合安全标准的产品罪，

是指生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的电器、压力容器、易燃易爆产品或者其他不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产 品，或者销售明知是以上不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产 品，造成严重后果的行爲。

此罪也是违反国家安全生产管理制度，同时违反国家标准、行业标准且不合格并致严重后果的犯罪，但事件中生产、销售的均是检验合格的蛋白固体饮品，故同样不构成本罪。

生产、销售伪劣产品罪，是指生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额达 5 万元以上的行爲。如上文所述，只是销售者口头宣传成奶粉，销售及生产的均是检验合格的蛋白固体饮品，故同样不构成本罪。

五、虽不构成犯罪，但违反哪些法律规定，应受到怎样的处罚呢？

因为事件中生产销售的是检验合格的产品，故不涉及《食品安全法》及《产品质量法》，我们主要分析下《消费者权益保护法》（以下简称消法）的规定及相关条例和处罚办法：

根据消法规定消费者因经营者利用虚假广告或他虚假宣传买了商品或服务，

下列行为属于欺诈消费者：

- 1、销售掺杂、掺假，以假充真，以次充好的商品；
- 2、采取虚假或者其他不正当手段使销售的商品分量不足的；
- 3、以虚假的“清仓价”、“甩卖价”、“最低价”、“优惠价”欺骗价格销卖商品的；
- 4、不以自己的真实名称和标记销售商品的；
- 5、采取雇佣他人等方式进行欺骗性的销售诱导的，如请托排队购买的；
- 6、作虚假的现场演示和说明的；
- 7、骗取消费者预付款的；

合法权益受到损害的，可以向经营者要求赔偿，也可以请求行政主管部门予以惩处。

定义欺诈消费者行为：《欺诈消费者行为处罚办法》规定，经营者在提供商品或服务中，采取虚假或者其他不正当手段欺骗、误导消费者，使消费者的合法权益受到损害的行为就是欺诈消费者行为。

- 8、利用邮购骗款又不提供或不按照约定条件提供商品的；
- 9、以虚假的“有奖销售”、“还本销售”等方式销售商品的；
- 10、以其他虚假或者不正当手段欺诈消费者的行为
- 11、以虚假的商品说明、标准、实物样品等方式销售商品的；
- 12、销售“处理品”、“残次品”商品而谎称是正品的；
- 13、利用大众传播媒介对商品作虚假宣传的。

这么多的欺诈手段，防欺诈还是智商

战！事件中销售人员属于欺诈行为无疑，那么将受到怎样的处罚呢？

根据消法假一赔三的规定，商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。

销售人员口头虚假宣传，违反《反不正当竞争法》，应被行政处罚。《反不正当竞争法》规定：经营者违反规定对其商品作虚假或者引人误解的商业宣传，或者通

过组织虚假交易等方式帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传的，由监督检查部门责令停止违法行为，处二十万元以上一百万元以下的罚款；情节严重的，处一百万元以上二百万元以下的罚款，可以吊销营业执照。

利字当头，固体饮料的市场价和特医奶粉差不多，但进价更低，利润比普通奶粉高。但奶粉就是婴幼儿的主食，关乎健康和安 全，虽我国法律对婴幼儿奶粉有着严格的质量要求及处罚规定，但仍有利欲熏置生命安全于不顾，铤而走险之徒。

六、任何的法律善后均不如事前预防，我们通过湖南大头娃娃事件得到什么警示意义？

首先经营者向消费者提供商品或者服务，应当诚信经营。市场监管部门应定期对经营者的商品和服务进行抽查检验，并及时向社会公示抽查检验结果。经检验认定商品或者服务存在缺陷，有危及人身、财产安全危险的，应当立即责令经营者采取停止销售、警示、召回、无害化处理、销毁、停止生产或者服务等措施。

其次，在误导消费者的行为中，是否监管机构应做出更为严格的禁止性强制规定，不再让容易混淆的字体如“乳粉、乳糖、配方粉”等出现在非奶粉的外包装上。本事件中的涉事蛋白饮品的外包装同时标注深度水解蛋白和无乳糖配方粉，大众无法辨别哪些粉非乳！



《乳品质量监督管理条例》规定:本所称乳品,是指生鲜乳和乳制品。提醒消费者以后购买时,善用排除法选择,不清楚的“粉”切记不可当成乳,买知名品牌或看到显著标识为婴儿奶粉字样再买。

结语

婴幼儿对每个家庭都象征着生命和希望。家长在面对医生专业的处方、面对母婴店的刻意误导,作为大众不可能专业的判断成分,选择了善良的相信,却是给利欲熏心之徒谋财害命的便利。并不是我们选择有错,而是有人谋利昧了良知。社会秩序的维护需要正确的引导,也需要依法严惩!



王黎君 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方企业合规法律服务部 律师

上海律协法律合规业务研究委员会 委员

业务方向:金融相关、合同纠纷



保险公司永远不会倒闭？

作者：七方民商保险团队

“放心买！按照《保险法》的规定，保险公司永远不会倒闭！”近年来，不少保险代理人在推销产品时总喜欢说这句话，尤其是当消费者对保险公司的规模、名气、能否一直提供服务等提出疑问时。事情真的是这样吗？实际上，依据我国《保险法》等法律的规定，保险公司是完全可能“倒闭”的。广大消费者在购买保险时，还是要擦亮眼睛。

一、“永远不会倒闭”不成立

“倒闭”是民间说法，一般指企业因亏本而停业。狭义的“倒闭”，即法律意义上的破产。广义的“倒闭”，还包括公司解散。

按照我国《保险法》的相关规定，保险公司是完全可以依法破产的。该法第九十条规定：“保险公司有《中华人民共和国企业破产法》第二条规定情形的，经国务院保险监督管理机构同意，保险公司或者其债权人可以依法向人民法院申请重整、和解或者破产清算；国务院保险监督管理机构也可以依法向人民法院申请对该保险公司进行重整或者破产清算。”

《破产法》第二条第一款规定：“企

业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。”

根据上述规定，当保险公司同时存在以下两种情形时，可能被申请破产：

（一）、不能清偿到期债务

（二）、资不抵债或明显丧失清偿能力时。

当保险公司及其债权人申请破产时，应取得国务院保险监督管理机构的同意。银保监会也可依职权向人民法院申请对保险公司进行破产清算。

也就是说，“保险公司永远不会破产倒闭”在法律上是不成立的，是一个谣言。



当然，到目前为止，我国尚无保险公司破产的先例。但是，过去没有发生过的事，以后并不是不可能发生。

在国外成熟市场，破产倒闭的保险公司数不胜数。

值得注意的是，今年以来，我国保险市场改革开放的力度明显加快。6月19日，银保监会宣布允许友邦上海分公司改建为友邦全资持股的寿险子公司——友邦人寿，这也是我国首家获批的外资独资寿险公司。6月24日，媒体报道称，华泰保

险集团将由中资保险集团转变为外资保险集团，成为国内首例“中转外”保险集团。

随着国际保险巨头纷纷进入，中国保险业竞争将愈加激烈，优胜劣汰的进程将显著加快。

业内专家指出，随着开放力度越来越大，保险公司的解散、破产或将“与国际接轨”。在不存在法律障碍的情况下，不排除未来几年会出现一批规模较小、实力较弱、经营不善的保险公司走上破产之路。

二、除了破产、还可能解散

上述谣言为何甚嚣尘上呢？

这是因为很多人把“解散”和“破产”混为一谈。

日常生活中，很多人经常听到这样的故事：某公司欠下一大笔债，公司老板偷偷摸摸地把公司注销、解散了，债权人无从讨债。

很多人把这种情况，也称为“倒闭”。一般情况下，保险公司尤其是经营有寿险业务的保险公司，确实很难以这种方式“倒闭”。

由于人寿保险业务是以人的生命或身体为保险标的，具有长期性和储蓄性的

特点。为了保护被保险人的利益，我国《保险法》第八十九条规定，“保险公司因分立、合并需要解散，或者股东会、股东大会决议解散，或者公司章程规定的解散事由出现，经国务院保险监督管理机构批准后解散。经营有人寿保险业务的保险公司，除因分立、合并或者被依法撤销外，不得解散。”

而我国《公司法》第一百八十条规定：“公司因下列原因解散：（一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；（二）股东会或者股东大会决议解散；（三）因公司

合并或者分立需要解散；（四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；

（五）人民法院依照本法第一百八十二条的规定予以解散。”第一百八十二条规定：

“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

对比一下，可以看出，与普通公司相

三、保险公司经营的法律风险

实际上，除了解散和破产，保险公司还存在被责令停业、被接管的风险。

2004年，东方人寿被中国保监会勒令停业。十几年过去了，虽曾数次传出要复业但均未成功。

根据《保险公司偿付能力管理规定》第三十八条的规定，对于保险公司偿付能力不足的，保监会可以采取接管等监管措施。

在我国，接管的案例也已多次出现：永安财险被当时央行接管；新华保险因股东问题被保险保障基金接管；中华联合因巨额亏损、资不抵债被保险保障基金救助；安邦因前董事长涉嫌集资诈骗等被保险

比，经营寿险业务的保险公司的解散条件更为严苛：除因分立、合并或者被依法撤销外，不得解散；此外，保险公司的解散还必须经国务院保险监督管理机构批准。

这也是上述“保险公司不会倒闭”的谣言的由来。

但是，需要注意的是，“解散”的条件虽然严苛，但并非完全不可能。在我国，就发生过这样的案例：2005年，成立才四个月的国信人寿被保监会责令解散。

保障基金接管……

如上所述，根据我国现行法律，保险公司手上并没有免死金牌，它可能被：1、接管；2、解散；3、宣告破产；4、责令停业。

而一旦上述情况发生，消费者享受到的服务必然会大打折扣，经济利益也多少会受到影响。

所以，对于保险消费者来说，千万别轻信“保险公司不会倒闭”的说辞随意购买。在购买保险产品时，要关注保险公司的偿付能力等经营指标。相对而言，偿付能力强、实力雄厚、经营规范的保险公司，其发生法律风险的可能性会大大降低。



《隐秘的角落》中那些“隐秘”的法律知识

作者：吕小萌

刚刚落幕的热播剧《隐秘的角落》被誉为“国产剧之光”，看过的人都忘不了这个发生在广东的闷热夏天里的故事。追剧的过程中不断有朋友来问我，朱朝阳他们会不会构成敲诈勒索罪啊？朱晶晶坠楼少年宫也是有责任的吧？追完剧再回头看，才发现这部剧里确实有不少法律知识值得好好盘点盘点。那我们将剧集中的情节从2005年搬到2020年，看看在现在的法律框架内该如何评价这些行为。

一、模糊的录像视频可以作为证据吗？

第一集中，朱朝阳、普普、严良在六峰山上用相机拍摄视频的时候，阴差阳错地把张东升将岳父母推下悬崖的过程拍了下来。而这个相机也推动了后续剧集的发展，让双方的行为都有了合理的解释。在一遍又一遍回放的录像视频里面，我们可以看到在远远的山峰上有几个模糊的人影，但看不清楚具体轮廓。这让人不禁产生一个疑问：这么模糊的录像可以作为证据吗？

根据证据的种类划分，视频录像属于证据形式中的视听资料。视听资料是指以录音、录像等方式记录的声音、画面来证

明案件事实的证据。在刑事案件中，视听资料是非常重要的证据，例如监控录像，对于还原案发经过、锁定犯罪嫌疑人有重大帮助。与刑事案件中很多关键证据都是公安部门依职权调取的不同，在民事领域中，视听资料一般是当事人自行提供的，法院会对这类证据做筛查和判断。《民事诉讼法》第七十一条规定：“人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。”《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九十条规定：“下列证据不能单独作为认定案件事实的根据：……

（四）存有疑点的视听资料、电子数据。”

因此，法院对视听资料的认定是比较谨慎的，如果视听资料是经过剪辑、篡改的，基本是不可能被认定的。即便视频非常模糊，但是结合其他证据可以确认案件事实经过的，那么这就是一份有价值的证据



二、以他人的犯罪事实相威胁能构成敲诈勒索吗？



当张东升找到三人小分队要求他们交出相机的时候，主动提出可以花钱把视频买下来，当严良进一步问他可以出多少钱时，张东升微笑着说钱可以商量。没想到，严良狮子大开口，张嘴就要 30 万。这笔钱对张东升来说也绝对不是小数目，所以张东升下一步就是拿敲诈勒索罪来

“反威胁”他们。有人说，张东升确实是杀人犯，有把柄捏在别人手里，严良的做法不过是“黑吃黑”，算不上敲诈勒索的行为，这个说法正确吗？

其实，三人小分队能不能构成敲诈勒索犯罪，主要看两个方面：一是他们向警

方告发张东升的犯罪行为能否成为威胁的内容。威胁的内容比较宽泛，既包括对被害人及其亲属的生命、身体、自由、名誉等方面进行的威胁，还包括影响被害人工作、财产等方面进行的威胁。威胁的结果只要足以使被害人产生恐惧心理即可，不要求现实上使被害人产生恐惧心理。威胁的内容也不要求自身是违法的，即使是以他人的犯罪事实相威胁，也是成立的。二是他们主观上是否具有非法占有的故意。虽然剧集里面，他们要钱并非为了自己，而是为了给普普的弟弟治病，但是从刑法的角度来看，这种索取他人钱财并加以处分的行为是具有非法占有的故意的。

所以三人小分队的这波操作确实涉嫌敲诈勒索犯罪，但是别忘了哦，他们的年龄都未满14周岁，即便构成敲诈勒索罪也不承担刑事责任（《刑法》第17条：因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养），也许这就是他们“肆无忌惮”的真实原因。



三、朱晶晶坠楼少年宫有无责任？



朱晶晶到少年宫参加儿童合唱团的兴趣班，在上课途中离开教室，后来从五楼阁楼的窗户摔了下去，发生了悲剧。警

方到案发现场调查的时候，少年宫的老师说，这个阁楼已经废弃了，用于堆放杂物，平时不会有学生上来。但是从剧集中我们看到，这个阁楼没有封闭，学生还是能够轻易进入，并且窗户一直处于打开的状态，窗外也没有安装任何防跌落的设施。假定朱晶晶就是单纯的意外坠楼，那么少年宫

要为朱晶晶的死亡买单吗？

剧中朱晶晶的年龄大概在 10 岁左右，属于限制民事行为能力人。根据即将生效的《民法典》第一千二百条的规定，限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担侵权责任。《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》第七条规定，对未成年人依法

负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构，未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害，或者未成年人致他人人身损害的，应当承担与其过错相应的赔偿责任。

虽然朱晶晶的妈妈王瑶一口咬定朱朝阳就是杀人凶手，但苦于没有直接证据可以证明。如果王瑶换个思路，将少年宫告上法庭，要求其承担侵权责任，那大概率是能够得到支持的。

四、老陈为什么能做严良的监护人？



严良的爸爸在严良很小的时候被老陈送去强制戒毒，可惜毒品伤害了他的大

脑，他住进了精神病院，时刻需要护工照顾。这样的情况下，他没有能力继续照顾

严良，所以严良被老陈送去了福利院，福利院成为了严良的监护人。因为种种原因，严良和普普从福利院出走，老陈对严良始终怀有内疚之情，在征得老伴的同意后，老陈主动申请成为严良的监护人并拿到了监护权。看过剧的都知道，老陈是个好人，是个有责任心的热血警察，他多次在严良差点犯错的时候及时制止，时时刻刻像父亲一样保护着严良。

我国对于未成年人或者失能的成年人的监护非常重视，并在《民法总则》中

图片来源：微博@网剧隐秘的角落

作了专门的规定。如果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；（二）兄、姐；（三）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。严良只有爸爸这一个亲人，在爸爸失去监护能力的情况下，老陈自愿担任监护人，经过相关部门的审批同意后取得监护权，是符合法律规定的。



吕小萌 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与财税法律服务部 律师

业务方向：股东纠纷、股权纠纷
刑民交叉法律事务

腾讯大战老干妈 “逗鹅冤”如何善后？

作者：张春球

逗鹅冤，网络流行语，特指 2020 年 7 月 1 日被骗 1642 万后还遭全网嘲笑的腾讯公司。腾讯因此还被网友戏称“傻白甜”。

事发后，老干妈“帮腾讯”报了警并加一纸声明，华丽身退，剩下“傻白甜”独自在风中凌乱：那年杏花微雨，这仨说他们是老干妈……

面对如此尴尬局面，“逗鹅冤”该如何善后，且听笔者慢慢道来。

2020 年“窦娥冤”案件的时间轴

4 月 24 日

广东省深圳市南山区人民法院发布民事裁定书，同意原告腾讯提出的财产保全的申请，查封、冻结被告贵阳南明老干妈风味食品销售有限公司、贵阳南明老干妈风味食品销售有限公司名下价值 1624.06 万元的银行存款或查封、扣押其等值的其他财产。

6 月 30 日

上述民事裁定书被媒体广泛报道。

腾讯对双方的纠纷做出解释称，事系老干妈在腾讯投放了千万元广告，但无视合同长期拖欠未支付，腾讯被迫依法起诉，申请财产保全，法院裁定冻结对方企业账户。

腾讯公司并称，2019 年 3 月，腾讯与老干妈公司签订了一份《联合市场推广合作协议》，腾讯投放资源用于老干妈油辣椒系列推广，腾讯已依约履行相关义务，但老干妈未按照合同约定付款。腾讯多次催办无果，因此不得不依法进行起诉。目前案件在法院具体审理过程中。

6月30日

据第一财经报道，老干妈有关负责人回应：腾讯被骗了！

老干妈在随后发布的声明中表示：2020年6月10日，我司接到深圳市南山区人民法院委托贵阳市南明区人民法院送达的相关法律文书。深圳市腾讯计算机系统有限公司（以下简称腾讯公司）以服务合同纠纷为由起诉我司并申请财产保全。收到上述文书后，我司给予高度重视并立即展开调查。经核实，我司从未与腾讯公司或授权他人与腾讯公司就“老干

7月1日

贵阳市公安局双龙分局《警方通报》：

近日，我局接到贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司（以下简称“老干妈公司”）报案称：有不法人员冒充该公司名义与深圳市腾讯计算机系统有限公司（以下简称腾讯公司）签订合作协议，导致被腾讯公司起诉。

经我局初步查明，系犯罪嫌疑人曹某（男，36岁）、刘某利（女，40岁）、郑

某”品牌签署《联合市场推广合作协议》，且我司从未与腾讯公司进行过任何商业合作。

针对上述重大事件，我司及时采取法律手段维护企业合法权益，已向公安机关报案。公安机关于2020年6月20日决定对此案予以立案侦查。

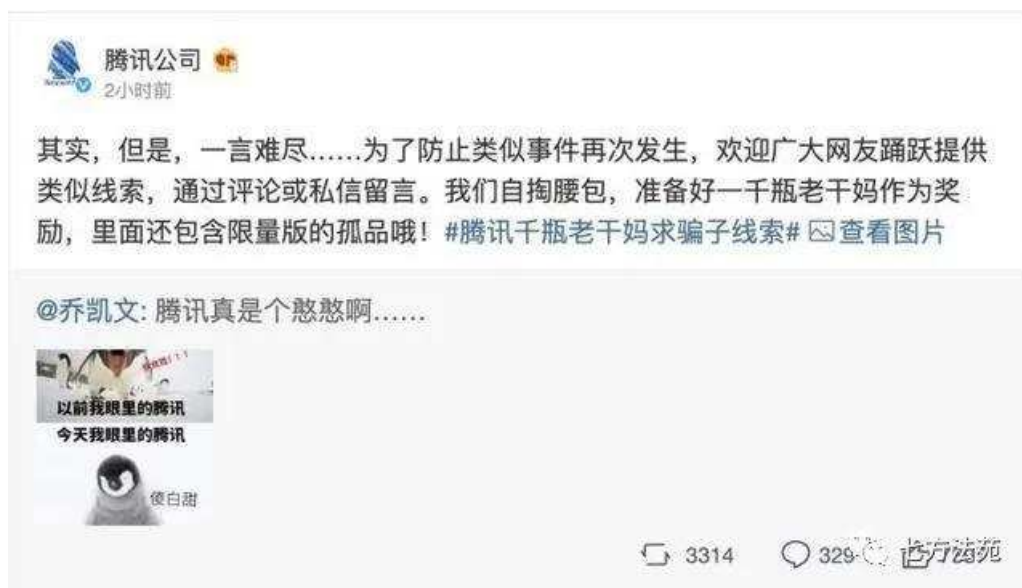
对于该事件给我司声誉造成的不良影响，我司保留追究相关主体法律责任的权利。

某君（女，37岁），伪造老干妈公司印章，冒充该公司市场营销部经理，与腾讯公司签订合作协议。其目的是为了获取腾讯公司在推广活动中配套赠送的网络游戏礼包码，之后通过互联网倒卖非法获取经济利益。

目前，曹某等3人因涉嫌犯罪已被我局依法刑事拘留。案件正在进一步办理中。

7月1日

腾讯在官方微博回应“被骗”一事称：通过评论或私信留言。我们自掏腰包，准备
“一言难尽……为了防止类似事件再次 备好一千瓶老干妈作为奖励，里面还包含
发生，欢迎广大网友踊跃提供类似线索， 限量版的孤品”。



腾讯还配了一张 QQ 飞车与老干妈的“合作图”



7月3日

字节跳动副总裁李亮和腾讯公关总监张军互怼。



7月10日

腾讯发文表示，已向老干妈方面当面致歉，已向法院申请撤回财产保全申请及本案诉讼。

综合审视本案，令人拍案惊疑：堂堂互联网巨头腾讯，其法务号称“南山必胜客”，竟然被三个伪造印章的骗子骗了？！

腾讯公司所经历的这一切，网友总结一句话就是：“他们骗了我，还‘白用’了我，没给钱，他们还笑我……”

鉴于“南山必胜客”在本案中不太优秀的表现，我们有必要来聊聊：“窦娥冤”善后的相关法律问题。

一、腾讯是否需要撤回诉请？

根据《民事诉讼法》第一百五十一条中止诉讼情形第（五）条规定，本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的，中止诉讼的原因消除后，恢复诉讼。又根据先刑后民的一般原则（非绝对。判

断依据：当合同一方通过民事途径起诉另一方要求偿付服务费用时，民事案件的请求权基础——服务合同关系，是否与刑案中涉嫌的犯罪行为是“同一事实”，是否必须以刑案的处理结果为前提，本案符

合)，因公安机关对本案已立案侦查，在刑事案件侦破审前结，法院应当裁定中止审理。

从目前情况来看，本案犯罪嫌疑人的犯罪事实基本成立，也就是说案涉 1600 万与老干妈无关。为避免虚假诉讼和承担

可能的不利后果，腾讯在 7 月 10 日向法院申请撤回对老干妈的诉请及财产保全，因为老干妈并未真实与其签定服务合同。

否则，如果腾讯一意孤行，很可能会赔了夫人又折兵。建议腾讯积极配合警方查明事实后，向实际责任方追究相关责任。

二、1600 多万元的广告费，腾讯应该找谁要呢？

在法律上，一般签章造假，合同都应该被认定无效。但是，有个例外，即在构成“表见代理”的情况下，即使行为人确实不具备代理权、伪造了印章，但合同仍然对获利的公司有效，法理上，这是为了保护交易中的善意第三人的信赖利益。但在司法实践中，适用“表见代理”较为严格、慎重，尤其是“相对人有理由相信行为人有代理权”往往较难证明。上海高院 2012 年发布的《商事合同案件适用表见代理要件指引（试行）》指出，适用表见代理须同时符合两项要件：

1、权利外观要件，即行为人行为在客观

上具有代理权的表象；

2、主观因素要件，即合同相对人善意且无过失地相信行为人有代理权。

显然，由于“傻白甜”没有对签约相对方（犯罪嫌疑人）尽到基本的审慎义务，故本案不构成表见代理。若经法院最终认定该案确系伪造印章，犯罪嫌疑人涉嫌伪造印章罪、合同诈骗罪等罪名。因欺诈订立的合同，腾讯公司可以在法定期限内要求撤销该合同，相关损失可以要求合同相对方的实际签约人，即本案中的犯罪嫌疑人承担。

三、老干妈是否构成不当得利？

这里涉及到强迫得利问题。根据《民法典》第九百八十六条规定，得利人不

知道且不应当知道取得的利益没有法律依据，取得的利益已经不存在的，不承担

返还该利益的义务。也即免除善意得利人返还义务。

如果腾讯在该案中能够举证老干妈在订立案涉合同之初就知晓犯罪嫌疑人伪造印章与腾讯签合同，那么，腾讯可主

张老干妈返还因广告产生的不当得利；但如果腾讯举证不能或者是老干妈看到广告或法院财产保全裁定书之后才知道，就算老干妈从中获利，腾讯也不能追究老干妈的相关获利责任。

四、腾讯公司是否侵犯了老干妈的商标权和名称权？

根据《商标法》第五十七条规定，有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；（三）销售侵犯注册商标专用权的商品的。

《民法典》第一千零一十三条规定，法人、非法人组织享有名称权，有权依法决定、使用、变更、转让或者许可他人使用自己的名称。《民法典》第一千零一十四条规定，任何组织或者个人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权或者名称权（犯罪嫌疑人涉及）。

季赛正式官宣启动，在商业赞助商的名单中，老干妈、伊利、Hello 语音等赫然在列。在当时用于外宣的稿件里，赛事方还特别突出了老干妈的赞助地位，指出这是这一国民品牌首次与电竞的跨界合作，“打破了过去老干妈从不打广告的传统印象”。

不难看出，本案侵权构成要件，但无过错，也没有损害结果。老干妈搭上了QQ飞车等手游产品，因为增加了销量，故没有损害结果，也就谈不上侵权了。

“逗鹅冤”善后事宜随着腾讯撤诉和致歉似乎已经烟消云散，但本案还有多疑问亟待办案机关给出答案：

1、腾讯所称的那种裹着老干妈和QQ飞车人物的老干妈的限量孤品是怎么生产的、由谁生产的？

2019年4月，QQ飞车手游S联赛春



2、犯罪嫌疑人如何拿到老干妈的公章、营业执照等文件的照片或影像资料进行伪造刻制，如何让其他部门配合才能运作和推进一个1600万的合作项目？

3、根据广东法院诉讼服务网的信息，合同纠纷立案的时间是2020年3月17日，此时距离双方合作已经过去一年。从腾讯出发，和一家大公司深度合作了这么久，给足各种资源，到头来竟然没有核实过对

方是美猴王还是六耳猕猴？1600万的广告费，以强势闻名的腾讯不要一分钱的预付款？



（源：QQ飞车官方微博）

结语

腾讯作为国内数一数二的互联网巨头，内部管理流程极其规范，B2B业务居然如此粗糙，值得好好反思，对其他互联网企业也是一种警示。

再冤的鹅终究会浮出水面，真相也是。希望本案只是二个不同领域的巨头在快速发展中的一段插曲，相信在以后的日子里，鹅还是那只鹅，老干妈永远是你的老干妈。



张春球 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与投融资法律服务部 律师

业务方向：公司法相关、经济相关
刑民交叉

定了！30 天内向中小企业付款！

作者：七方民商法团队

中小企业在和机关、事业单位和大型企业交易时，往往处于弱势地位，款项被拖欠的情况屡见不鲜。7 月 14 日，国务院总理李克强签署国务院令，公布《保障中小企业款项支付条例》（以下简称《条例》），自 2020 年 9 月 1 日起施行。

从民商事的角度，笔者认为《条例》作为一部效力层级仅低于法律的行政法规，其规范内容直接影响到相关企业间合同的约定和争议的处理，同时也与机关、事业单位和大型企业的合规运作相关，应予以重视。

【背景】

近年来，拖欠中小企业款项问题较为突出，中央为此也采取了不少措施。今年上半年，全国政府部门和大型国有企业累计清偿拖欠民营和中小企业款项 956 亿元，其中无分歧欠款 827 亿元，无分歧欠款清偿进度达到 49.5%。1 月 8 日，国务院常务会议确定了 2020 年底前无分歧欠款应清尽清，存在分歧的欠款也要通过调解、协商、司法等途径来解决，绝不允许增加新的拖欠。去年，国家工信部发布了《及时支付中小企业款项管理办法（征求意见稿）》（简称《办法》），许多人认为其作为部门规章，效力层级有限，不能很好约束国家机关、事业单位和大型企业支付行为，最终国务院将《办法》上升为《条例》。

本文对《条例》中八大要点内容予以介绍解读。

一、主动告知“我是谁”

《条例》的规范对象是“机关、事业单位和大型企业”。这里的大型企业明确为“是指中小企业以外的企业”，并未区分国有或非国有。因此，该《条例》对于机关、事业单位、国有大型企业及非国有大型企业都具备规范效力。

《条例》第三条规定“中小企业、大型企业依合同订立时的企业规模类型确定。中小企业与机关、事业单位、大型企业订立合同时，应当主动告知其属于中小企业。”

中小企业的划分标准见《中小企业划

型标准规定》。显然，中小企业在签约时有主动告知的义务。《条例》并未规定机关、事业单位、大型企业在签约时有询问的义务。如果中小企业未进行主动告知，是否会影响其享有《条例》中所规定的权利？《条例》对此并无规定。

二、付款期限“30日”

《条例》第八条规定：“机关、事业单位从中小企业采购货物、工程、服务，应当自货物、工程、服务交付之日起30日内支付款项；合同另有约定的，付款期限最长不得超过60日。大型企业从中小企业采购货物、工程、服务，应当按照行业规范、交易习惯合理约定付款期限并及时

支付款项。”

该条分两种情况：（1）对机关、事业单位的付款期限明确规定为30日，最长不得超过60日。（2）而对于大型企业，其属于市场交易的商业活动，《条例》中并未进行硬性规定，而是要求按照“行业规范、交易习惯”“合理”约定付款期限。

三、付款时点“怎么算”

《条例》第八条规定：“合同约定采取履行进度结算、定期结算等结算方式的，付款期限应当自双方确认结算金额之日起算。”

第九条规定：“机关、事业单位和大型企业与中小企业约定以货物、工程、服务交付后经检验或者验收合格作为支付

中小企业款项条件的，付款期限应当自检验或者验收合格之日起算。”

以上可见，付款期限有两种起算方式：

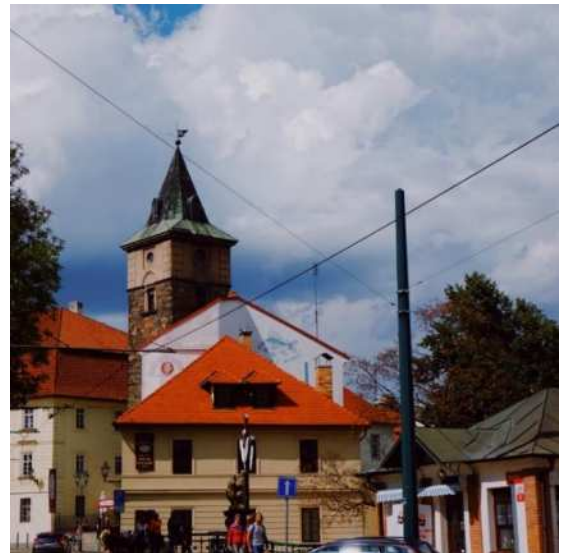
（1）约定结算方式的，以确认结算金额之日起算；（2）约定以检验或验收为付款条件的，以检验或者验收合格之日起算。

四、逾期利息“国家定”

《条例》第十五条规定：“机关、事业单位和大型企业迟延支付中小企业款项的，应当支付逾期利息。双方对逾期利息的利率有约定的，约定利率不得低于合同订立时1年期贷款市场报价利率；未作约定的，按照每日利率万分之五支付逾期利息。”

该条款明确约定了逾期利息的利率。合同未作约定的，按照每日利率万分之五支付逾期利息，相当于年利率18.25%。那么，逾期利息属于何种性质？严格讲，利息尤其是逾期利息一词在借款中才会出现。而迟延支付款项，其应承担的责任应为违约责任，相对应的是赔偿损失或支付

违约金。《条例》使用“逾期利息”一词容易理解但似乎并不严谨。鉴于违约金应基于双方合同约定的前提，笔者偏向认为该逾期利息从法律上应为计算损失的方式。中小企业在提起相关诉讼时，可以以该条为依据，主张支付相应的逾期利息。



五、变相借口“不可以”

《条例》第十条：“机关、事业单位和大型企业使用商业汇票等非现金支付方式支付中小企业款项的，应当在合同中作出明确、合理约定，不得强制中小企业接受商业汇票等非现金支付方式，不得利用商业汇票等非现金支付方式变相延长付

款期限。”

该条主要强调了不得强制使用非现金方式支付。

《条例》第十三条规定：“机关、事业单位和大型企业不得以法定代表人或者主要负责人变更，履行内部付款流程，或

者在合同未作约定的情况下以等待竣工验收批复、决算审计等为由，拒绝或者迟延履行支付中小企业款项。”

该条对于实践中经常发生的不合法的拒付理由进行了列举，明确予以否定，包括了如在履行内部付款流程、在等待决算审计等。

此外，该条例还规定了“机关、事业单位和大型企业不得要求中小企业接受不合理的付款期限、方式、条件和违约责任等交易条件。”“政府投资项目所需资金应当按照国家有关规定确保落实到位，不得由施工单位垫资建设。”等在交易中的要求，对中小企业进行保障。

六、公示与投诉“有保障”

如何运用行政力量来保障中小企业的款项支付呢？《条例》中对“老赖”建立了公示和投诉机制，其中企业信用信息公示系统是重要的公示途径，通过对企业信誉的失信惩戒进行倒逼。

《条例》第十六条：“机关、事业单位应当于每年3月31日前将上一年度逾期尚未支付中小企业款项的合同数量、金额等信息通过网站、报刊等便于公众知晓的方式公开。大型企业应当将逾期尚未支付中小企业款项的合同数量、金额等信息纳入企业年度报告，通过企业信用信息公示系统向社会公示。”

《条例》第十七条第一款：“省级以上人民政府负责中小企业促进工作综合

管理的部门应当建立便利畅通的渠道，受理对机关、事业单位和大型企业拒绝或者迟延履行中小企业款项的投诉。”第三款：“机关、事业单位和大型企业不履行及时支付中小企业款项义务，情节严重的，受理投诉部门可以依法依规将其失信信息纳入全国信用信息共享平台，并将相关涉企信息通过企业信用信息公示系统向社会公示，依法实施失信惩戒。”

工信部已建立违约拖欠中小企业款项登记(投诉)平台，并于2019年4月上线运行。同时，工信部指导各地清欠工作责任部门建立并公布了受理拖欠民营企业中小企业账款投诉渠道。

七、处理处分“都会有”

对于机关、事业单位违反《条例》中规定相关事项的，“由其上级机关、主管部门责令改正；拒不改正的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分”。

对于大型企业违反《条例》，“未按照规定在企业年度报告中公示逾期尚未支付中小企业款项信息或者隐瞒真实情况、

弄虚作假的，由市场监督管理部门依法处理。”

对比可以看出：作为商事主体的大型企业，行政机关只能对其在相关信息公示问题上依法进行处理；机关、事业单位违反《条例》的，则由其上级部门责令改正乃至处分。

八、支持融资“应当做”

《条例》第十四条：“中小企业以应收账款担保融资的，机关、事业单位和大型企业应当自中小企业提出确权请求之日起 30 日内确认债权债务关系，支持中小企业融资。”

为缓解中小企业融资难，《条例》明确要求机关、事业单位和大型企业应配合确认相关债权债务关系。

总结

疫情之下，民营中小企业经营更为不易，回款困难加剧让企业“雪上加霜”。

《条例》体现了国家对保障中小企业款项支付问题的高度重视。对中小企业而言，在具体纠纷中，如相关合同条款中与《条例》不一致，其是否可主张相关合同条款无效，是否可以《条例》规定为依据，要求法院判令对方付款及支付逾期利息？

60 万钻戒不翼而飞，谁来赔偿？

作者：谢亦团

【事件简介】

2019 年 8 月，上海某珠宝公司通过快递向深圳总部寄了价值几百万的裸钻及钻戒，当时分了一大一小两个包裹，一袋是裸钻 33 克，另一袋钻石戒指 677 枚，当时称重为 2.7 公斤。没想到第二天深圳总部却传来消息，仅收到装有裸钻的一个小包裹，称重才 400 多克，而装有 677 枚价值 60 万余元的钻戒竟在运送过程中不翼而飞。经过排查，快递员陈某具有重大嫌疑，但陈某却坚决否认自己拿走了钻戒。

日前，经徐汇区人民检察院提起公诉，徐汇区人民法院开庭审理了此案。

【问题讨论】

一、珠宝公司可以有哪些途径挽回损失？

1. 通过刑事报案，由公安机关进行侦查，追回这批钻戒。

珠宝公司（或快递公司）只需要提供初步的证据证明快递员陈某存在盗窃这批钻戒的嫌疑，可以向公安机关刑事报案，由公安机关通过强大的侦破技术和手段来追查这批钻戒的下落，如果陈某确实窃取并未销赃，可以作为赃物追回，并返还给被害人，这是最理想也是最有可能追回这批钻戒的方式。

2. 提起刑事附带民事诉讼，要求陈某承担赔偿责任。

检察院提起公诉后，作为受害人珠宝公司可以提起刑事附带民事诉讼，如果认定陈某盗窃罪名成立，可以要求陈某赔偿损失，当然如果陈某将钻戒销赃并挥霍了，家里也没有经济实力的，获得足额赔偿可能希望不大，但也是路径之一。

3. 如果是珠宝公司购买了保险，可以向保险公司要求赔偿。

由于这批钻戒的价格昂贵，如果购买了商业保险，珠宝公司与保险公司建立了

保险合同关系。珠宝公司可以根据双方合同约定要求保险公司理赔。当然如果双方在合同中明确约定由于第三人刑事犯罪

导致钻戒遗失、毁灭不承担赔偿责任的话，这条路径将会行不通。

4. 通过民事诉讼方式要求快递公司承担违约责任。

珠宝公司将这批钻戒交付快递公司支付了快递费用，与快递公司建立了运输合同关系。快递公司未能将珠宝公司的钻戒完整的运送至其指定的目的地，属于违约。珠宝公司可以要求快递公司赔偿损失。刑事手段失效的情况下，最有可能挽回损失的路径。

首先，珠宝公司披露了快递标的物后，由于价值巨大，作为快递公司有义务提醒或要求客户进行保价，如果快递公司未尽该提示或者说明义务，有什么法律后果呢？根据《民法典》第四百九十六条第二款规定，采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款

的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。也即如果快递公司没有尽到提示或者说明义务，就不能以珠宝公司未保价而不赔偿或者按照运费承担赔偿责任。

其次，不论是员工因为快递员盗窃还是工作失职导致钻戒遗失的，属于违约，应当承担赔偿损失的违约责任。

作为承运人，只要没有按照合同约定将托运人钻戒运输到指定地点，就属于违约，而不论是否因员工刑事盗窃抑或严重失职导致的遗失，都负有赔偿义务。

再次，本案中，如果运输合同约定按照运费的三倍赔偿应属于无效条款。如果约定的违约金过低的，可以要求按照实际损失赔偿。

根据《合同法》第四十条 格式条款

具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。珠宝公司的钻戒价值较大，如果只是按照运费的三倍赔偿，显然是不公平的，这极易诱发道德风险，不利于整个快递行业的发展，属于排除对方主要权利，免除自己义务的条款，系无效条款。

另外，根据《合同法》第一百一十四

条规定，当事人可以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，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

二、快递公司想要合法解除与陈某的劳动合同关系，有哪些理由？

1. 以“被追究刑事责任”为由作出解除。

如果陈某最终被判决盗窃罪（抑或职务侵占罪）成立，那么可以根据《劳动合同法》第三十九条规定，劳动者有下列情形之一的（六）被依法追究刑事责任的。需要特

别注意的是，虽然利用该条解除最安全，但需要等法院作出生效判决。而不能仅仅因为被涉嫌犯罪被刑事起诉就解除。

2. 以“严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”为由作出解除。

如果珠宝公司未能通过刑事手段追回这批钻戒，或者陈某刑事责任不成立，必然会通过民事诉讼的方式，起诉要求快递公司承担民事赔偿责任。由于这批钻戒价值达 60 万，不论陈某是故意或者过失，对快递公司造成了重大损害，根据《劳动

合同法》第三十九条劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

需要特别注意的是，用人单位需要在劳动合同或者规章制度里应当明确约定

重大损害的标准，这样不容易引起争议，也更具有可操作性。当然在本案中，由于数额巨大，即使没有约定，按照一般人的理解 60 万也属于重大损害了，快递公司据此解除也应当会得到支持。



3. 以“严重违反公司规章制度”为由作出解除。

如果快递公司的规章制度里明确约定，被行政或者司法机关行政或刑事拘留的，导致无法出勤超过一定天数视为严重违纪，公司可以解除，那么快递公司可以以陈某被刑事拘留无法正常出勤超过约定天数为由作出解除。

根据这条作出解除的好处是，不用举证损害的大小以及实际产生，也不用漫长等待刑事或民事审判的结果，只需要证明规章制度有过相关的约定，陈某也知晓该约定即可。

4、以“违反职业道德和操守”为由作出解除。

现实生活中，有些快递公司是以加盟合作的形式从事快递业务的，可能规章制度没有或者不完善，那么可以根据《劳动合同法》的一些基本原则进行解除。

作为劳动者，除了应当遵守用人单位的规章制度，也应当遵守合法、诚实守信等原则，同时还应当遵守职业道德和操守。而作为一名快递员，应当爱护客户的钻戒安全，做到不遗失、不损毁、不拖延。陈某作为快递员，将客户珠宝公司交付的贵

重物品占为己有，有违反职守道德和操守，快递公司据此作出解除也是合法的。

当然，根据这条来解除的话，快递公司需要证明陈某有占为己有，举证会相对困难。该条主要适用于规章制度不完备的情形。

三、快递公司承担赔偿责任后，是否可以向陈某追偿？

快递公司赔偿了珠宝公司的巨额损失后，是否可以要陈某来赔偿呢？根据《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。另外根据《上海市劳动合同条例》第五十五条规定，劳动合同当事人违反劳动合同的，应当承担相应的责任。给对方造成经济损失的，应当承担赔偿责任。

所以，快递公司不仅可以合法解除陈某的劳动合同关系，而且也可以要求陈某来赔偿损失，赔偿损失的多少要看过错程

度、收入情况等综合判定。这也要求快递公司在选任快递员时应当更加谨慎。

本文仅是根据相关媒体报道，从合同法及劳动合同法作的一些简要分析，案件最终走向仍然未知，让我们拭目以待！





勿做权利的睡眠者—— 建设工程价款优先受偿权的变化和适用

作者：席绪军



西方法谚：“法律不保护权利上的睡眠者”，法律只保护那些积极主张权利的人，而不保护怠于主张权利的人。实践中有很多的当事人并非怠于主张权利，也在积极的主张权利，但是由于对权利的法律性质不了解，操作方法上和证据保留上没有做好，导致真的进入诉讼时，不被法院支持。

笔者代理了不少的建设工程施工合同纠纷案件，但是只有很少的案件主张了建设工程款优先受偿权，绝大多数都因为承包人向法院提起诉讼时，已经超过了可以提起该权利的期限。现在有不少当事人咨询案件时，都知道询问是否超过时效了，虽然他们并不真正了解时效的法律意义，但是至少还听过这个名词。法律上还有一个除斥期间的概念，有很多当事人就不知道了，他们或许听都没听过。

最高人民法院关于建设工程施工合同的两个司法解释和即将实施的《民法典》对于建设工程款优先受偿权都有规定，且对于提出该权利的时间和期限也有变化，本文将对该权利的法律性质和实践应用做一个分析和解读。



一、诉讼时效与除斥期间

先对诉讼时效和除斥期间做简单介绍，诉讼时效又称消灭时效，指对在法定期间内不行使权利的权利人，使其丧失在诉讼中的胜诉权的法律制度。除斥期间为

法定的权利存续期间，因该期间经过而发生权利消灭的法律后果。诉讼时效须两个要件，即法定期间经过和权利继续不行使之事实状态；除斥期间只需一个要件，即法定期间经过。诉讼时效并不使没有行使的权利本身消灭，而只是消灭附着于其上的胜诉权；而除斥期间则使权利本身消灭。诉讼时效期间自权利人知道或应当知道

权利被侵害之日即权利人能行使权利之日起开始计算；而除斥期间自权利成立之时起算。诉讼时效期间是可变期间，可以中止、中断、延长；而除斥期间为不变期间，不能中止、中断、延长。诉讼时效之经过必须经享有时效利益之人为主张之后法院才可适用之；除斥期间是否经过，法院应依职权主动调查而适用之。



二、关于建设工程价款优先受偿权的法律规定

根据《民法典》、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称“解释二”）及《最高人民法院关于建设工程价款优先

受偿权问题的批复》（以下简称“最高院批复”）的规定，建设工程价款优先受偿权的行使期间为不变期间，不存在中止、中断或延长的情形。故此，该权利应当属

于除斥期间，为法律规定的权利存续期间，当事人双方也不能自行约定。

2002年6月27日起施行的最高院批复依据合同法第286条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。并规定：建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

2019年2月1日起施行的建设工程施工合同纠纷司法解释二，第22条“承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。”

民法典中的规定，第807条“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”民法典

没有规定优先权的行使期限，实践中还是按照最高院批复和司法解释二中规定的6个月行使期限。

2018年6月26日生效的《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》中（以下简称“江苏高院解答”）：

14、建设工程价款优先受偿权起算如何确定？

答：建设工程施工合同的承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，具体起算按照以下方式确定：

（1）工程已竣工且工程结算款已届期的，自建设工程竣工之日或者建设工程施工合同约定的竣工之日起算；

（2）建设工程施工合同解除、终止履行的，自合同实际解除、终止之日起算；

（3）工程已竣工验收合格，但合同约定除质保金以外的工程款付款期限尚未届满的，自合同约定的工程款付款期限届满之日起算。



三、建设工程价款优先受偿权的变化和影响

根据最高院批复的规定，必须在实际或约定竣工之日起6个月内行使优先权，然而建设工程实践中，合同约定的竣工结算完成的时间往往就超过竣工后的6个月内，此时债权尚无法确定，更谈不上主张债权，即使是合作愉快，完成竣工结算就需要3-6个月，有些项目还约定通过审计来确定工程价款，并约定审计确定价款后3个月支付，约定的支付时间还没到，优先受偿权的行使期间已经过了。

根据江苏高院解答的规定，“（1）工程已竣工且工程结算款已届期的，自建设工程竣工之日或者建设工程施工合同约定的竣工之日起算；”，该条将工程结算款已届期作为条件之一，同时还是规定工程竣工之日起算权利行使期间，还是没有解决工程结算周期长与工程竣工之日的问题，“（3）工程已竣工验收合格，但合同约定除质保金以外的工程款付款期限尚未届满的，自合同约定的工程款付款期限届满之日起算”，该条规定与司法解释二的第二十二项规定“自发包人应当给付建设工程价款之日起算”相似。

但司法解释二的规定更为合理，可包含的情形更广泛。“司法解释二”第22条“承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。”那么如何来理解“应当给付”，笔者认为只有双方办理竣工结算，确定结算的工程价款后，才是应当给付之日。当然如果双方约定竣工结算后的一定时间内支付经过竣工结算确定的价款，则约定的支付时间期限之日为“应当给付”之日。

而关于诉讼时效的起算之日，也同样是从竣工结算之日开始起算，或者从约定的竣工结算后支付之日开始起算，对于建设单位拖延办理竣工结算或者以工程审计未完成为由拒绝办理竣工结算的，建设工程价款的诉讼时效由于债权未确定而不能起算。对于合同未约定竣工结算审计期限的，建设单位应当在竣工验收后的合理期限内完成审计工作，该合理期限不应超过一个审计年度，作为施工单位来说，一旦超过合理期限，就应当立即拿起法律武器依法维权。

四、司法实践中的处理方式

1. 被告对诉讼时效的抗辩和法院对除斥期间的主动适用

法庭在审理建设工程价款纠纷案件时，不得主动审查原告的诉请是否超过诉讼时效，只能在被告提出时效抗辩时查明是否存在超过诉讼时效的事实，而对于除斥期间，法庭则是依职权主动审查原告的实体权利是否超过除斥期间而导致失权。

2. 诉讼时效与除斥期间的主张方式

诉讼时效可以因权利人向债务人主张而中断，并从主张之日重新起算新的诉讼时效。但除斥期间则不因权利人直接向

债务人主张而中断、中止、延长，它是一个固定不变的期间，权利人必须在期限内通过向法院起诉的方式主张建设工程价款优先权。有的权利人通过发函直接向债务人主张建设工程价款优先权，在法律上是无效力的。

综上，当双方已经明确了建设工程价款和支付时间，就属于司法解释二第 22 条的“应当给付”之日，施工单位应当及时在“应当给付之日”的 6 个月内起诉主张建设工程价款优先权。千万不要做权利的睡眠者！



席绪军 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方建设工程与房地产法律服务部 主任
上海律协建设工程与基础设施业务研究委员会 委员
上海市工商联房地产分会法律专业委员会 委员
业务方向：建设工程、房地产、公司业务



李国庆说离婚太难 “感情破裂”没那么简单

七方婚姻家事团队

李国庆与俞渝的离婚案，早已闹的纷纷扬扬，但距离结局似乎还是遥遥无期，逼得李国庆在媒体面前大喊：离婚太难！从2019年2月20日李国庆宣布离开当当网至今，李国庆与俞渝之间开展了网上对骂、互爆黑料、申请离婚、分割股权、暴力夺权、争夺公章等多种方式的对抗互撕，不管是明争还是暗斗，互联网都记录下了一切。

李国庆与俞渝的离婚案于2020年6月16日第二次开庭，在庭审中，出现了大跌眼睛的一幕，俞渝坚持她与李国庆的感情没有破裂，并举例两人去年还一起旅游，李国庆还给自己送了玫瑰花，还分了自己一半朋友给的土特产蘑菇。也就是这一箱“蘑菇”，让我们看到李国庆即使与俞渝深夜互撕，但在吃到“蘑菇”时，还不忘给对方分一半。

李国庆说在采访里委屈地说：30天你怕什么啊，你看我这个离婚，分居都2年零5个月了还没离成，这个冷静期可别影响判决离婚，那我这为什么从去年7月到现在，10个月了，法庭刚开了一次庭，原因是疫情原因，这没办法，这么大的事，

我也只能忍。可终于等到说可以网上开庭了，好的，我的希望又来了，激动得半夜没睡着，结果人家对方不同意。终于北京可以恢复线下开庭了，结果人家说得好，好好举证感情质证破裂。我还要怎么举证感情质证破裂？我真想不出来了。

《民法典》第1079条规定：“人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应准予离婚”。可见，“夫妻感情破裂”是法院准予离婚的法定条件。

那么，如何才能认定“夫妻感情确已破裂”？

一般来说，判断夫妻感情是否确已破裂，应当从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状以及有无和好可能等方面综合进行评判。

具体来说，《民法典》第1079条规定：（一）、重婚或与他人同居；（二）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改；（四）因感情不和分居满两年；（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。有上述情形的，调解无效，法院应当准予离婚。



除了上述情形之外，法律还规定了两种法定离婚的情形：1、一方宣告失踪，另一方提起离婚诉讼，应当准予离婚。2、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。另外，1989年最高法出台的《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》还列举了14种具体情形。

分居满两年就是“夫妻感情确已破裂”吗？

实践中，夫妻双方发生矛盾之后，很可能会选择分居，因为大多数人以为，分居满两年就能“自动”离婚了。但事实是，法院很少会以双方分居满两年来判定双方感情确已破裂，因为“分居满两年”必须以“感情不和”为前提，如果夫妻一方因就业、学习等的原因异地居住，并不是法律认可的离婚原因。依照现有的法律程序，在双方没有达成共识的情况下，单方面要证明双方是因为感情不和持续分居满2年，举证难度较大。

正如李国庆所说，自己和俞渝已经分居2年零5个月了，但俞渝坚持自己和李国庆的感情没有破裂，在这种情况下，如果李国庆无法提出明确的证据，法院难以

凭李国庆的一面之词来认定双方感情确已破裂。

如何举证“夫妻感情确已破裂”？

夫妻感情破裂的认定一般需要结合主客观情况，如双方当事人的陈述、书证、物证等综合判定，很少会因为某一项证据就直接认定感情破裂。因此，当事人要具备证据意识，做个有心人，提前收集并保留相关证据，比如一方在外居住的房屋租赁合同、双方签订的夫妻分居协议、一方向另一方发出的书面分居文书、双方来往的书信、电子邮件等能证明双方因感情不和分居的事实。

结语

离婚诉讼中，对于夫妻感情是否确已破裂的举证难问题，一直都存在着。究其原因，一方面因为夫妻俩的感情问题，如人饮水冷暖自知，外人很难辨别；另一方面也是中国几千年来“劝和不劝离”的传统思想影响，导致当事人第一次向法院起诉离婚时，往往很难得到法院的支持。随着民法典“离婚冷静期”的落地，在冷静期中制定相应的配套制度，例如及时披露固定双方的财产、保障孩子的抚养和探望、对当事人双方介入适度心理疏导等，其实是更为重要的。



夫妻共同债务认定规则的前世今生

七方婚姻家事团队

夫妻共同债务问题一直是司法实务中的热点问题。您可能也听说过这样的事：丈夫 A 与妻子 B 感情不好要离婚，A 和朋友 C 串通，从 C 那里“借”了 100 万；然后 C 向法院起诉 AB，法院判决 100 万为夫妻共同债务，A 和 B 离婚时要从共同财产中扣除。在离婚率不断攀升的今天，这样的“套路”频繁出现，引发了社会的广泛关注。

为什么“被负债”也得归还？2018 年之前，法院的裁判依据主要是最高人民法院 2003 年出台的《婚姻法司法解释(二)》第二十四条的规定（以下简称“24 条”）。作为夫妻共同债务案件曾经的重要认定规则，我们先来回顾一下“24 条”的具体内容：

“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”

该条文的含义是：夫妻婚内，一方以个人名义向其他人借钱，这笔债务是夫妻共同债务，需要俩人共同归还。不知情的配偶一方想要摆脱共债只有两种除外情形，即债权发动时明确约定为个人债务，或者夫妻实行分别财产制且债权人发动债权时已知悉夫妻实行分别财产制。但是，司法实践中，上述两种除外情形的举证极其困难，导致两种除外情形基本丧失了应有的司法价值。

当年“24 条”的出台，是有一定实践背景的。当时民间借贷刚刚兴起，出现了很多夫妻“假离婚真逃债”的现象。即夫妻一方以个人名义举债用于共同生活，但离婚时自己“净身出户”，将财产转移给另一方，从而导致债权人无法清偿债权。这种行为损害了债权人的利益，严重影响交易安全。因此，“24 条”应运而生，当年的立法理由和考虑，不无道理。

然而，“24 条”对夫妻共同债务的推定并未考虑当事人在举债时的意思表示是否一致，只单纯以身份关系作为确定夫妻共同债务的唯一要素，这样就出现了另



外一个问题：一方背着自己在外面大举借债，自己不知情也要承担连带还款责任，只因为一张结婚证！对于完全不知情的配偶一方，实在难言公平。

因此，2017年2月28日，最高人民法院公布了修正的《婚姻法司法解释（二）》，对于虚假债务、一方因赌博、吸毒所引发的不法债务，要求法院不得判定为夫妻共同债务。随后，最高法院又向全国法院发出《关于依法妥善审理涉及夫妻共同债务案件有关问题的通知》，强调了审理涉及夫妻债务案件要坚持法治和德治相结合原则、保障未具名举债夫妻一方的诉讼权利、审查夫妻债务是否真实发生、区分合法债务和非法债务、把握不同阶段夫妻债务的认定标准、保护被执行夫妻双方基本生存权益不受影响、制裁夫妻一方与第三人串通伪造债务的虚假诉讼等7个要求。

以上这些“补丁式”的修订，并未平息大家对“24条”的指责。批评者们认为，“24条”的规定简单粗暴且偏颇，具有鲜明的短期政策性和工具性色彩，导致恶意债务、非法债务及虚假债务急剧增加；“24条”长久以来作为“恶法”的形象出现在各裁判文书中，使一方离婚后莫名背负了巨额债务，无数受害人对此叫苦不迭却又

投诉无门。对“24条”的小修小补已无济于事，应予以全面废除。

2018年1月，最高人民法院出台了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》，对“24条”进行了“脱胎换骨”式的改造。主要包括以下三点内容：

一、肯定“共债共签”原则

以共同意思表示所负的债务，属于共同债务，比如夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等。从债的相对性原理来说，这样的规定当然更加合理。“共债共签”原则的确立，也能引导债权人在形成债务时，应尽可能要求夫妻共同签字，这样才能最大限度避免事后不必要的纷争。

二、认可“日常家事代理”制度

夫妻都是一个家庭的成员，共同生活、养育子女，在此过程中，双方均对家庭共同体的维系和发展负有重要义务。所以，就家庭的日常事务，夫妻原则上享有同等权利。婚内一方以个人名义为家庭日常生活需要的负债，也属于共同债务。

三、“大额举债”债权人负举证责任

婚内夫妻一方所负债务如果超出家庭日常生活需要的，只有债权人举证证明了夫妻一方所负债务用于夫妻共同生活、共同生产经营，或者基于共同意思表示的，



才可以认定为夫妻共同债务，否则对债权人的主张将不予支持。

《民法典》吸收了 2018 年最高人民法院司法解释的内容，建立起以日常家事代理权为核心的夫妻共同债务认定规则体系。主要体现在两个条文中：

第 1060 条：【日常家事代理权】夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意第三人。

第 1064 条：【夫妻共同债务】夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

可见，“共债共签”、“家事代理权”、“大额举债债权人举证”等已经明确写入法典，从立法角度而言虽非创新，但提高了夫妻共同债务认定规则的立法层级，对

于司法实践亦是利好。民法典中确立的以日常家事代理权为核心的夫妻共同债务认定规则体系，用明确的法律规范杜绝“被负债”的极端个案，避免“夫妻共同债务”原则被滥用。同时，因为债务有了明确的预期，一定程度避免了夫妻之间的嫌隙、猜忌和挖坑，有效平衡了债务的对外稳定性和夫妻之间债务的公平分配。

婚姻是一种人生选择，也蕴含着极大的风险和机遇，《民法典》无法保证你的配偶永远爱你，但是却用严格的法律机制，最大程度避免你的配偶通过“共同负债”来坑你。夫妻共同债务认定规则的前世今生，彰显了我国法治进程的不断完善，我们有理由相信，被称为“社会生活百科全书”的民法典，会在将人民对美好生活的向往变成现实的过程中，发挥着越来越重要的作用。





家暴“零”容忍，勇敢去 say “no”

七方婚姻家事团队

家暴离我们究竟有多远？

近日，一则让人惊心动魄的家暴视频被置顶了热搜，视频内容为：丈夫殴打、拖拽妻子，妻子为逃生，不得不选择从二楼跳下，最后导致腰部脊髓损伤至双下肢截瘫、全身多处骨折。短短几小内，视频遭到了数万人的转发和热评，使得“家暴”一词再次引起了我们的关注。

还记得不久之前爆出的“美妆博主宇芽被家暴”、“蒋姓男星家暴女友”、“韩国偶像团体女星被男友家暴”、“日本顶级美女佐佐木希遭遇家暴”等事件吗？事实证明，家暴离我们并不远，家暴就在我们身边。

全国妇联曾做过一个关于家暴的调查，据统计：在中国 2.7 亿的家庭中，有 30% 的女性遭遇过家暴（不包括情侣间的暴力行为）。平均 7.4 秒就会有一位妇女受到丈夫的殴打。家暴致死占妇女他杀原因的 40% 以上。我国每年有 15.7 万妇女自

杀，而其中 60% 的动因是家庭暴力。

我国妇联每年受理的家暴纠纷高达 5 万件，而受害人在平均遭受 35 次家暴之后才会报警，仍有大部分女性选择隐忍。

世界范围内，在美国，平均每年也有 500 万女性受到家暴；在南非，有 40% 的男性对配偶实施过家暴；中东地区，有高达 80% 的妇女受到家暴，甚至遭受过其他非人虐待；在印度，有 30% 的女性受到过丈夫的暴力伤害；而在一向以“浪漫”而闻名世界的法国，家暴问题也同样严重，每年约有 50 万的妇女遭到丈夫的殴打，平均每 3 天就有一起因家暴致死的惨案发生。

家庭暴力的认定

2016 年 3 月 1 日起，正式开始施行的《反家庭暴力法》第二条规定：“家庭暴力，是指成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。”同时，



该法第三十七条明确规定：“家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为，参照本法规定执行。”

从目前的规定来看，法律规制的是“家庭成员之间”以及“家庭成员以外共同生活的人”以“作为”的方式实施的暴力行为，既包括“动手”（殴打、捆绑、残害、限制人身自由等行为），也包括“动口”（经常性的“谩骂”、“恐吓”等方式）。

对于以“不作为”方式实施的“冷暴力”，目前法律并没有对此进行规定。另外，各地对于《反家庭暴力法》也出台了相应的实施办法，例如，《广东省实施〈中华人民共和国反家庭暴力法〉办法》于2020年7月29日全票表决通过，明确将网络侵害、冻饿、禁闭、跟踪、骚扰、诽谤、散布隐私等纳入家暴暴力范围。

家庭暴力的取证

据统计，在涉及家庭暴力的案件中，被认定为家庭暴力的案件仅占到3.96%，这其中最主要的原因就是举证困难。为便

于被家暴者拿起法律武器维护自己的合法权益，现提供以下取证方式供参考：

1. 报警

报警是所有方式中的第一选择。照片、就医记录只能证明受到了伤害，但无法证明受到了谁的伤害，而报警能在一定程度上反应事实的整个过程。

《反家庭暴力法》第十五条规定：“公安机关接到家庭暴力报案后应当及时出警，制止家庭暴力，按照有关规定调查取证，协助受害人就医、鉴定伤情。”报警记录作为证据的公信力极高。在打报警电话以及做笔录时，应沉着冷静，如实供述，将家暴的全过程记录在案，避免出现前后供述不一致的情形。

同时公安机关也会根据家暴情节的轻重作出相应的处理。家庭暴力情节较轻的，给予加害人批评教育或出具告诫书；情节严重的，给予治安处罚。这些告诫书、治安处罚决定书都将会成为强有力的证据。

2. 拍照、就医、鉴定伤情

家暴发生后，及时将自己受伤的状况进行拍照留存，并前往医院就医，并保存好医院出具的诊疗记录，以便佐证家庭暴力的存在。

3. 录音录像

如果发现家庭成员存在家庭暴力倾向或曾经遭遇过家庭暴力，可以考虑在家中安装录像录音设备，若能将家暴行为的整个过程拍摄下来，将会成为最直接的证据。

4. 申请人身安全保护令

《反家庭暴力法》第二十三条规定：“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。”人民法院受理后，应当在七十二小时内作出人身安全保护令或者驳回申请；情况紧急的，应当在二十四小时内作出。

人身安全保护令主要包括三种措施：第一，禁止被申请人再次实施家庭暴力；第二，禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属；第三，责令被申请人迁出申请场所。

人身安全保护令在生效之后，由人民法院监督人身安全保护令的履行，若被申请人继续骚扰、殴打或者威胁受害人及其亲属、或有其他拒不履行人身安全保护令裁定行为的，人民法院可视情节轻重处以罚款、拘留。构成犯罪的，移送公安机关处理或告知受害人提起刑事自诉。

结语

家暴只有0次和无数次之分，没有中间值。家暴并不可怕，可怕的是明知道有解决办法，却仍然无动于衷。正如柴静在《看见》中所说：没有任何婚姻制度可以承诺给人幸福，但应该要有一项制度避免人们遭遇极端的不幸。一旦遭遇家暴，个人和社会都要勇敢发声，拒绝沉默，才能真正消除家庭暴力。



温岭油罐车爆炸，该如何追责？

作者：傅建平、吴心成

据媒体报到，截至2020年6月15日7时许，浙江温岭油罐车爆炸事故已造成20人死亡。从各大媒体的新闻报道中可以了解到，现场大规模搜救工作已基本结束，后续搜救及各项善后工作正在有序进行中。目前为止，本次事故的原因尚未向社会公布。

在造成如此重大人员伤亡和财产损失的情况下，事件的驾驶员和涉事槽罐车所属的瑞安市瑞阳危险品运输有限公司（以下简称“瑞阳公司”）究竟谁该承担刑事责任？承担哪种刑事责任？实践中，需要分析事故发生的原因及以危害结果之间的因果关系来确定相关人员的刑事责任，本文拟就相关人员可能涉嫌的罪名作一简要分析。

一、交通肇事罪

交通肇事罪是指违反道路交通安全法规，因而发生重大交通事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。根据新闻报道的视频，有燃气行业从业人员推测，本次事故有可能是肇事司机车速过快或者拐弯处急刹车，导致翻车并撞断泄压阀，司机或押运员无法采取措施切断泄露点，LPG大量泄露

后遇明火发生爆炸，从而引发本次事故。

也有业内人员指出，危化品槽车，至少需要一押一运，或者双押双运，也就是说需要一名押运员和一名驾驶员或者两名押运员或两名驾驶员。而押运员门槛低，危化品槽车驾驶员资质难考，较为稀缺，所以很多情况下都是一押一运模式。

业内人士介绍，从事危险品运输的驾驶员有一张卡，需要插入车上的系统里才可以驾驶。如果偏离路线、超速、驾驶超时（防止疲劳）、深夜行驶等该系统会自动报警，如果在即将驾驶超时之前，换一张卡，则可以继续驾驶，这就是双押双运的好处。但该系统的设置并不能完全阻止部分企业或个人违规操作，有的公司为了片面追求利益，让一名驾驶员多带几张他人的卡，同一个人换卡开，造成的直接后果就是疲劳驾驶。

根据我国刑法第 133 条及 2000 年最高人民法院《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》的相关规定，如果油罐车驾驶员在驾驶过程中违反交通管理法规，确实存在超速或者疲劳驾驶等情况，从而导致本起事故发生的话，司法机关可以交通肇事罪追究其刑事责任；如果瑞阳公司存在指示、强令油罐车驾驶员违章驾驶的行为，比如强令其疲劳驾驶，从而导致本起事故的，除追究驾驶员责任外，还需

要追究其单位主管人员交通肇事罪的刑事责任。

二、危险物品肇事罪

危险物品肇事罪是指行为人违反爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定，在生产、储存、运输、使用中发生重大事故，造成严重后果的行为。

据目前公开的消息了解，本次油罐车内主要化学品是液化石油气。根据国家安全生产监督管理总局（已撤销）、工业和信息化部、公安部等发布的《危险化学品目录（2015 年版）》，液化石油气属于危险化学品，运输液化石油气需要取得危险化学品经营许可证。根据笔者查询的瑞阳公司企业信息及媒体披露的信息反映，瑞阳公司经营范围虽然含有危险品货运，但在 2016 年至 2018 年期间，该公司受到了 10 次行政处罚，其中 4 次被处罚的原因显示为“未按规定周期和频次进行车辆综合性能检测和技术等级评定”，2 次因“未按规定实施安全生产管理制度”被处罚，2 次因“未

按规定的周期和频次进行车辆综合性能检测和技术等级评定”被处罚，以上处罚信息均以危险化学品管理有关。

如果本次事故的发生原因系驾驶员违规操作导致，应当以危险物品肇事罪追究驾驶员的刑事责任；如果驾驶员并无违规操作的行为，而是由于瑞阳公司违反危险物品管理规定，因为危险物品肇事罪在我国《刑法》中并未规定单位犯罪，无法追究作为单位的瑞阳公司的刑事责任，但应当以危险物品肇事罪追究瑞阳公司主管人员或直接责任人员刑事责任。

三、重大责任事故罪

有人认为，该起事故的直接管理主体可能还涉嫌构成重大责任事故罪。本文持反对意见。重大责任事故罪是指在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大事故的行为。该罪与交通肇事罪的区别之一在于，交通肇事行为必须是发生在交通管理的范围内，例如本案发生的G15沈海高速往福建方向温岭西出口下匝道中段，而重大责任

行为发生地一般在企业、事业单位内部或者其他作业的场所。

2000年最高人民法院《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8条也明确规定，在实行公共交通管理的范围内发生重大交通事故的，依照交通肇事罪处理；在公共交通管理的范围外，驾驶机动车辆或者使用其他交通工具致人伤亡或者致使公共财产或者他人财产遭受重大损失的，构成犯罪的，分别依照重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪、过失致人死亡罪处理。

因此，本次事故不应以重大责任事故罪追究相关人员的刑事责任。



需要说明的是，由于事故原因目前仍未查明或公布，也尚未找到两名驾驶员，但就现场的情况来看，两名驾驶员幸存的可能性极低。倘若驾驶员不幸遇难，则无法追究其刑事责任。如果瑞阳公司存在本文分析的情况，则可以追究相关人员的刑事责任。



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

法律服务部 主任

华东政法大学文伯书院校外导师

业务方向：刑事辩护、刑事合规及刑民交

叉法律业务、企业法律顾问



吴心成 实习律师

上海七方律师事务所刑事辩护与刑事合规

法律服务部 成员

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问



刑事案件中被害人如何

寻求赔偿？

作者：张佰乐



刑事案件中，被害人因犯罪嫌疑人、被告人的犯罪行为常常遭受不同程度的财物毁损、人身侵害（死亡）及精神损害等，此时被害人除了想让犯罪嫌疑人、被告人得到应有的刑事处罚，最关心的是该通过何种途径获得相应的赔偿。笔者根据法律法规及司法解释等规定、结合实务经验，作简单介绍。

现实中，最常见的是双方协商解决，这种方式是最直接、最有效且尽可能多的获得赔偿的方式，此种方式没有过多的局限，只要双方达成协议即可。犯罪嫌疑人及其家属为了获得量刑上的减刑，会积极主动进行赔偿以获取被害人的谅解。根据最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》的规定，对于积极赔偿被害人经济损失并取得谅解的，综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔偿能力等情况，可以减少基准刑 40%以下，积极赔偿但没有取得谅解的，可以减少基准刑的 30%以下。可见，量刑减少可以有效调动犯罪嫌疑人赔偿的积极性。另外根据刑法及其解释等有关规定，当事人还可以通过刑事和解、刑事附带民事诉讼（包括调解撤诉、直接判决、申请国家司法救助三种方式）获得赔偿，特殊情形下还可以单独提起民事诉讼。具体如下：

一、如何进行刑事和解？

刑事和解适用的前提局限于部分案件，特定的双方主体在同时满足法律规定的条件下才能达成和解协议。

（一）适用和解的案件范围

1. 因民间纠纷引起，涉嫌刑法分则第四章（侵犯公民人身权利、民主权利罪）、第五章（侵犯财产罪）规定的犯罪案件，可能判处三年有期徒刑以下刑罚的；

2. 除渎职犯罪以外的可能判处七年

有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件；

3. 在满足前两项且案件事实清楚、证据确实充分的未成年人、在校学生以及七十周岁以上老年人犯罪的轻微刑事案件；

4. 自诉案件（告诉才处理的案件；被害人有证据证明的轻微刑事案件；被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件）；

犯罪嫌疑人、被告人在五年以内曾经故意犯罪的不适用。

（二）和解的相关主体

犯罪嫌疑人、被告人一方：非监禁的本人；经犯罪嫌疑人、被告人同意的近亲属；系限制民事行为能力的犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人；

被害人一方：本人；被害人死亡的，其法定代理人、近亲属；被害人系无行为能力或者限制行为能力人的，其法定代理人；

其他主体：公安机关、检察院、法院，根据案件情况人民法院可邀请人民调解员、辩护人、诉讼代理人、当事人亲友等参与促成双方当事人和解。除双方当事人可以自行达成和解，也可以经人民调解委员会、村民委员会、居民委员会、当事人所在单位或者同事、亲友等组织或者个人调解后达成和解。

（三）和解应当同时符合下列条件：

1. 犯罪嫌疑人真诚悔罪，向被害人赔偿损失、赔礼道歉等；

2. 被害人明确表示对犯罪嫌疑人予以谅解；

3. 双方当事人自愿和解，符合有关法律规定；

4. 属于侵害特定被害人的故意犯罪或者有直接被害人的过失犯罪；

5. 案件事实清楚，证据确实、充分。

（四）和解的内容

双方当事人可以就赔偿损失、恢复原状、赔礼道歉、精神抚慰等民事责任事项进行和解，并且可以就被害人及其法定代理人或者近亲属是否要求或者同意公安机关、人民检察院、人民法院对犯罪嫌疑人依法从宽处理进行协商，但不得对案件的事实认定、证据采信、法律适用和定罪量刑等依法属于公安机关、人民检察院、人民法院职权范围的事宜进行协商。

（五）和解协议的履行

和解协议约定的赔偿损失内容应当在协议签署后立即履行；确实难以一次性履行的，在被害人及相关主体同意并提供有效担保的情况下，也可以分期履行。和解协议已经全部履行，当事人反悔的，有关机关不予支持；被害人或者其法定代理人、近亲属又提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理，但有证据证明和解违反自



愿、合法原则的除外。当事人在有关机关作出决定前反悔的，可以另行达成和解，不能另行达成和解的，有关机关依法作出决定；在作出决定后反悔的，有关机关不撤销原决定，但有证据证明和解违反自愿、合法原则的除外。

二、如何提起附带民事诉讼？

当检察院将刑事案件移送起诉到法院立案时，被害人及其法定代理人、近亲属、诉讼代理人在明确被告人的前提下，有请求赔偿的具体要求和事实、理由，即可向有管辖权的法院提起附带民事诉讼，人民法院会在7日内决定是否立案。

（一）提起的主体

被害人；被害人死亡或者丧失行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属；诉讼代理人（律师）。

（二）被告人的选择范围

1. 刑事被告人以及未被追究刑事责任的其他共同侵害人；
2. 刑事被告的监护人；
3. 死刑罪犯的遗产继承人；
4. 共同犯罪案件中，案件审结前死亡的被告人的遗产继承人；
5. 对被害人的物质损失依法应当承担赔偿责任的其他单位和个人；
6. 被告人的亲友自愿代为赔偿的；

（三）赔偿范围

1. 犯罪行为造成物质损失的，结合案

件具体情况，确定赔偿的数额；

2. 犯罪行为造成被害人人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支付的合理费用，以及因误工减少的收入。造成被害人残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费等费用；造成被害人死亡的，还应当赔偿丧葬费等费用。（起诉死亡赔偿金、残疾赔偿金、精神损害赔偿的，不予支持）

3. 特殊情形：交通肇事刑事案件可将死亡赔偿金、残疾赔偿金纳入赔偿范围。

（四）财产保全

人民法院对可能因被告人的行为或者其他原因，使附带民事判决难以执行的案件，根据原告人的申请，可以裁定采取保全措施，查封、扣押或者冻结被告人的财产；原告人未提出申请的，必要时，人民法院也可以采取保全措施。

（五）结案方式及优缺点

1. 调解撤诉：人民法院可以根据自愿、合法的原则进行调解。经调解达成协议的，应当制作调解书，经双方当事人签收后，即具有法律效力；调解达成协议即时履行完毕的，可以不制作，但应当制作笔录，经相关人员签字后发生法律效力。优缺点：一方面促使被告人认罪悔罪，另一方面也能帮助被害人争取到更多的经济补偿。既能促进案件审理的社会效果，也能向社会传递司法正能量。



2. 直接判决：调解为达成协议或者调解书签收前当事人反悔的，附带民事诉讼应当同刑事诉讼一并判决；但为了防止刑事案件审判过分延迟，可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。优缺点：有较强的既判力，但法院支持的数额有限，无法支持前述死亡赔偿金、残疾赔偿金、精神损害赔偿等诉请。

3. 司法救助：若被害人及其家属符合国家司法救助条件，且同意撤回附带民事上诉，可以依规定获得国家司法救助。优缺点：能从被告人之外获得经济补偿，但因申请程序、材料多，往往需要较长周期，被害人不能及时获得补偿。

三、哪几种情况下可以另行提起民事诉讼？

1. 人民法院准许人民检察院撤回起诉的公诉案件，对已经提起的附带民事诉讼，可以进行调解；不宜调解或者经调解不能达成协议的，应当裁定驳回起诉，并告知附带民事诉讼原告人可以另行提起民事诉讼；

2. 第一审期间未提起附带民事诉讼，在第二审期间提起的，第二审人民法院可以依法进行调解；调解不成的，告知当事人可以在刑事判决、裁定生效后另行提起民事诉讼。

3. 被害人及其法定代理人、近亲属在刑事诉讼过程中未提起附带民事诉讼，另

行提起民事诉讼的，人民法院可以进行调解，或者根据物质损害情况作出判决。

4. 最高院裁判观点：通过刑事追踪、退赔不能弥补被害人全部损失的情况下，被害人有另行提起民事诉讼的权利。

律师提醒：

1. 并不是所有的刑事被害人都能获得赔偿，只有存在相关损失且在符合法律法规等规定的情况下，通过合法途径才能获得。

2. 上述几种方式，各有利弊，被害人应及时进行专业咨询，寻求最优的赔偿方式。



张佰乐 律师

上海七方律师事务所 律师

上海七方律师事务所刑事辩护与
刑事合规法律服务部 成员

业务方向：刑事辩护、合同纠纷、企业法律顾问

城市套路多之“套路嫖”， SPA 馆忽悠顾客办卡享受“特 色服务”是犯罪吗？

作者：傅建平、吴心成

上游新闻 7 月 7 日消息，2020 年 4 月 17 日，浙江杭州市上城区人民法院对一起诈骗罪案件作出判决，并在判决书中以“套路嫖”描述诈骗手段，是为国内首例。一审法院判决：6 名被告人以可提供色情服务为诱饵，采用虚构事实、隐瞒真相的方法骗取他人财物，已构成诈骗罪，分别判处 6 个月至 14 年的有期徒刑。涉案 6 名被告人和辩护律师均认为不构成刑事犯罪并已提起上诉。该案现在杭州市中级人民法院二审。

不同于“套路贷”，本案判决中所称的“套路嫖”是全国首例，并没有相关司法解释或地方司法机关的会议纪要对此种行为作出明确的界定和法律适用。因此，该判决引起了法律界人士的关注，亦引发了一定的争议。

一、案情回放——何为“套路嫖”？

据上游新闻报导，2017 年 9 月，于某、黄某等人注册成立杭州御府 SPA 馆。之后，于某等人以可以提供色情服务为诱饵，由张某、李某负责的团队，采取打电话、散

发美女图像卡片等方式对外宣传店铺，吸引客户与营销人员通过微信进行联系。

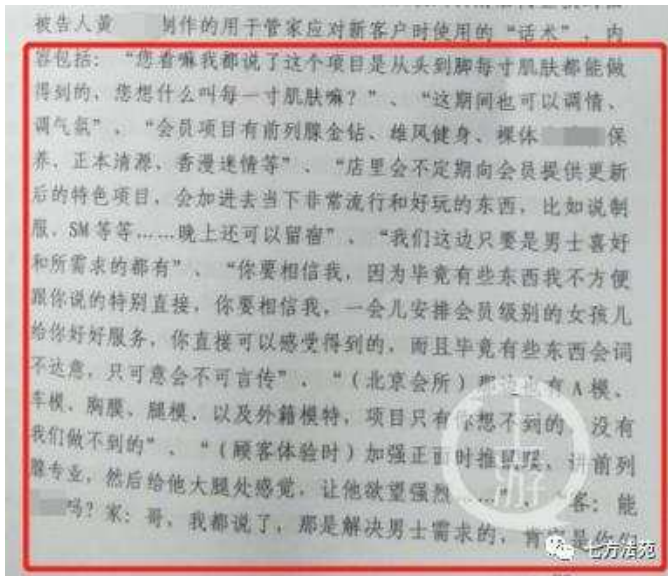
在与客户交流过程中，营销人员按照“话术”、发送性感暴露美女视频方式诱导客户，让客户误以为可以提供色情服务从而到店消费。客户确定到店消费时，营销人员会将与客户的聊天记录发送至相应微信群内，以便群里的经理、店长、管家等人了解客户相关信息，方便对接。

客户到店后，由营销人员及前台人员引导至房间，由管家与营销人员、技师相互配合，按照“话术”进行言语误导，并通过坐大腿、抚摸、勾肩搭背等肢体接触暗示客户店内有色情服务，使客户误以为充值成会员后可在会员区享受色情服务。如果客户坚持先体验后充值，则会极力推荐客人做单次体验项目，价格为 1988 元、2288 元，区别在于技师的等级和项目不同。

客户交纳费用后，由技师给客户提提供普通按摩服务并与客户周旋拖延时间，在客户意识到被骗时，由店长罗某、经理苟某、区域经理黄某等出面安抚，或者以“话术”暗示继续让客户误以为后期会推出色情服务，或者以多送会员卡金额的方式，不让客人退卡退款，从而骗取客户的充值消费款项，并以股东分红、工资、提成方式分赃。事后，营销人员会将自己的微信朋友圈对客户屏蔽。

公诉机关称，截至 2018 年 1 月 17 日，

于某、黄某等人共诈骗 1452 名被害人，涉



案金额 1557 万多元。

(判决书内容，展示具体话术及过程。图片来源：上游新闻)

二、意见分歧——民事欺诈还是刑事诈骗？

由于案件本身行为手段较为“新颖”，各方对本案是否构成犯罪产生了极大的争议，形成了诸多分歧意见。

(一) 辩护律师意见：“话术”不是诈骗，被告人不具有非法占有目的，不构成诈骗罪

本案的辩护律师的意见可以概括为两大点。第一点，“话术”是一种营销手段，并不构成诈骗罪。杭州御府 SPA 馆采取相关“话术”是为了促使顾客办理会员卡，进而通过事后的服务行为来获取经营利润，因此，该 SPA 馆仍然是通过交易来获得经济利益，而不是通过欺诈直接非

法取得被害人财物。涉案的“话术”只是为了促成交易的民事欺诈行为，并非刑法意义上的诈骗行为。

第二点，杭州御府 SPA 馆不具有非法占有目的。客户在充值后若对服务不满意，可办理退款，实际上案发前，已有多名客户办理退款。且在案件侦办过程中，1452 名“被害人”中有近千人未报案，或并未认为上当受骗。同时，杭州御府 SPA 馆存在真实的投资经营，提供的按摩服务是真实存在的，且有固定的经营场所，且具备随时返还涉案争议财物的能力，不具有非法占有目的。

(二) 专家意见一：充值卡是债权凭证，“消费者”没有处分财产，不构成诈骗罪

本案中，辩护律师向法庭提交了高铭喧教授、陈兴良教授、曲新久教授、邓子滨教授对杭州御府 SPA 馆案的专家论证意见。上述学者认为充值卡本身不是债权，而只是一种债权凭证，只有每次消费后结账时才属于对财产的处分，并未排除他人占有。故本案中向会员卡充值的行为，不能算作诈骗罪中被害人对财产的处分。

杭州御府 SPA 馆从事的是有对价服务的经营行为，其中可能有不合规范甚至违法的招揽生意的民事欺诈。但结合现有证据，无法判定办理充值卡的人就是为了享受性服务而明确排除其他服务，在无法区

分是否为“知道真相就不会交易”的情况下，不宜认为总体上构成诈骗罪。

（三）专家意见二：被告行为人行为上构成诈骗罪，但可以扣除部分金额

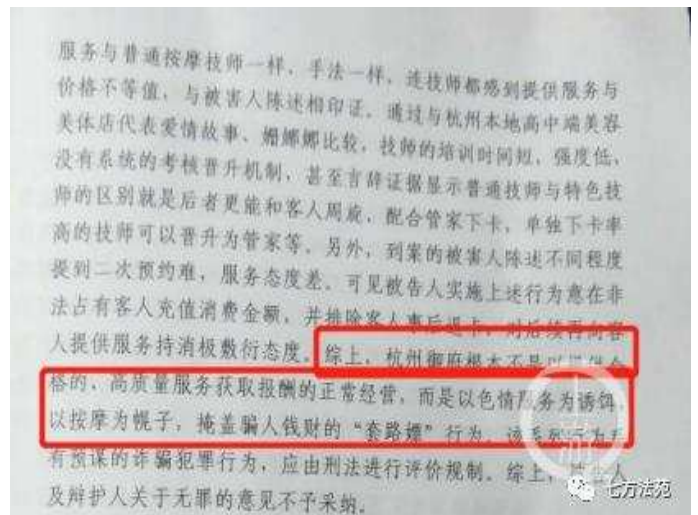
张明楷教授提出了不同的看法，张教授在接受上游新闻采访时认为，此案行为方式上符合诈骗罪要件，但也存在不应认定为非法占有、且在实际消费金额中应该扣除正规按摩的消费费用、同时可以退还或已经退还的部分应当从累计金额中扣除等问题。

（四）法院判决：被告人以色情为诱饵，以按摩为幌子的“套路嫖”构成诈骗罪，但诈骗金额应予扣减

杭州市上城区人民法院在本院认为部分提到：杭州御府 SPA 馆根本不是以提供合格、高质量服务获取报酬的正常经营，而是以色情为诱饵，以按摩为幌子，掩盖骗人钱财的“套路嫖”行为，系列行为系有预谋的诈骗犯罪行为。

对于本案涉案金额，法院认为，起诉书指控被告人于某等 6 人诈骗 1452 人的卡内金额，但到案制作笔录的被害人只有 524 人。根据刑事诉讼证据规则，对被告人犯罪数额的认定应建立在到案被害人陈述结合其他证据的基础上作出。其中有韩某等 36 人陈述并非上当受骗而充值消费，故剩余未到案的 928 人在该店内充值消费是否系自愿为之亦无法排除。起诉书径直

将未到案客人认定为被害人，对相应的充值消费金额认定为 6 被告人的诈骗犯罪金额，系证据不足。



（杭州市上城区人民法院判决书部分内容。

图片来源：上游新闻）

三、本文观点：“套路嫖”构成诈骗罪

本案的争议焦点实际上是“套路嫖”行为是属于民事欺诈还是刑事诈骗。该问题也是目前司法实践中特别疑难的问题——刑民交叉问题。在刑民交叉案件中，既存在民事不法，又涉及刑事犯罪。因此，如何准确界分民事不法和刑事犯罪，给二者之间划清界限显得尤为重要。

（一）民事欺诈和刑事诈骗罪的区分

诈骗罪是指以非法占有为目的，采用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。诈骗罪的构成要件可以概括为五个要件：行为人实施诈骗行为→被害人产生错误认识→被害人基

于错误认识处分财产→行为人取得财产
→被害人遭受财产损失。

民事欺诈是指在民事活动中，一方当事人故意以不真实情况作出意思表示，使对方陷于错误认识，从而达到引起一定民事法律关系的不法行为。

北京大学法学院陈兴良教授对该问题作过具体论述，民事欺诈和刑事诈骗罪的界分可以从以下三个方面加以区分：

1、欺骗内容

民事欺诈和诈骗罪，虽然都具有欺骗性，但两种欺骗的内容是有所不同的。可以说，民事欺诈是个别事实或者局部事实的欺骗，而诈骗罪则是整体事实或者全部事实的欺骗。在考察民事欺诈和诈骗罪的区分的时候，需要分析欺骗的具体内容。

2、欺骗程度

欺骗程度是指行为人采用的欺骗方法，是否达到了使他人产生错误处分财物的程度。在民刑交叉的案件中，如果行为人采用的欺骗手段达到了使他人产生认识错误并处分财物的程度，则构成诈骗罪。如果行为人虽然采取欺骗手段，但并没有达到使他人对价交付财物的程度，则只是民事欺诈，尚不构成诈骗罪。

3、非法占有目的

无论是民事欺诈还是刑事诈骗，都会造成他人的财产损失，这是没有疑问的。因此，存在财产损失并不能就此认定为诈

骗罪。在某些情况下，民事欺诈和刑事诈骗在行为方式是完全相同的，因此不能从行为方式上区分民事欺诈和刑事诈骗，而是要从行为人主观上是否具有非法占有目的上予以区分。只有诈骗罪才具有非法占有目的，而民事欺诈，包括刑事化的民事欺诈都没有非法占有目的。

（二）本案简评

笔者支持杭州上城区人民法院和张明楷教授的观点，认为本案所称“套路嫖”构成诈骗罪，但在金额认定时应当从刑事实体和程序两方面加以认定。

首先，对于本案辩护律师的观点。笔者认为，从判决书公布的 SPA 馆销售的“话术”内容来看，该“话术”已经超出了一般销售的“话术”范畴，内容上已经不仅仅是暗示具有“特殊服务”，对于任何一个有社会经验的成年男性来说，上述话语完全属于明示。但实际上，该 SPA 并无任何“特殊服务”可以提供。顾客的充值金额和支付按摩的价款也远超同规格的 SPA 会所，并非正常按摩服务的对价。因此，无论是从欺骗的内容还是程度上，均达到了诈骗罪的程度。

本案辩护律师指出，SPA 馆具有偿还能力，因此不具有非法占有目的。在刑事辩护中，辩护律师在针对诈骗罪的辩护意见常常强调不能以事后无法返还财产推定行为人具有非法占有的目的。实际上，



同样也不能以事后有能力偿还去推定行为人不具有非法占有的目的。诈骗罪的构成要件中并不以行为人事后是否具有偿还能力为要件，诈骗行为既遂后的返还行为属于退赃，仅属于量刑情节。

另外，辩护律师还提出，1452名“被害人”中有近千人未报案，或并未认为上当受骗。这其实不难理解，第一，本案中的“被害人”兼具意欲嫖娼的“违法者”身份，无论是出于面子考虑还是家庭、工作稳定考虑，不报案是理所当然的；第二，部分顾客不认为被诈骗，不影响其他顾客认为其遭到了诈骗。当然，需要注意的是，根据刑事诉讼法证据规则，未报案者和不认为被诈骗的顾客的金额不应计入到行为人的诈骗金额中。

其次，对于本案辩护律师提交的专家论证意见。笔者认为，该意见抓住了本案的实质——顾客充值的VIP卡等是属于债权还是债权凭证。其本质上想要说明的是，充值卡实质上属于债权凭证，顾客的充值行为不属于处分财物的行为，因此诈骗罪的第三步“被害人基于错误认识处分财产”没有完成，不构成诈骗罪。

根据现有学说观点，关于充值卡的性质问题，目前有两种观点，第一种观点认为，充值卡属于交付财物，相当于我通过充值的方式买了这家店等价的服务。第二种观点认为，充值会员卡只是对财产的寄

存，如同银行存款，随存随取，仅仅是债权凭证。但第二种观点的成立有一个重要的前提，即充值卡内的金额随时可以退，实际上该问题又回到了行为人是否具有非法占有目的这一问题上。那么本案的充值卡到底是否可以随时退呢？对该问题可以从经验和在案证据的角度得出结论，倘若杭州御府SPA馆的充值卡金额可以随时退还，还会有人报案吗？从一般人的社会经验上也可以知道，充卡容易退卡难，想想你家还有几张Tony老师的卡没有退？

最后，对于法院的判决和张明楷教授的观点，笔者持支持的态度。通过前述的简要分析，笔者认为，“套路嫖”的行为实质上符合诈骗罪的构成要件，应当定罪处罚。但对于诈骗金额的认定上，应当严格以非法占有目的为标准，从刑事实体上和程序上两方面作出认定。从刑事实体上来说，被告人等人实质上提供了正规的按摩服务，该服务属于正当业务，对于该部分对应的金额应当参考类似档次的SPA馆的收费标准，从被告人诈骗金额中予以扣除；从刑事程序上来说，应当按照刑事诉讼中关于证据的标准，对于被害人未报案的，缺少被害人陈述部分的金额，不能排除充值消费是系自愿为之的合理怀疑的，根据存疑时有利于被害人的原则，应当从被告人诈骗金额中扣除。



利用手机 APP 聚集他人赌博，构成犯罪吗？

作者：李彪

随着智能手机的普及化，人们的生活、工作方式都发生了巨大的变化。“一机在手，吃穿不愁”，只要有一部智能手机，装上各种 APP，衣食住行都不用愁，人们几乎可以在互联网上搞定一切。与此同时，也有一些人利用互联网，从事诈骗、赌博等违法犯罪行为，以为可以逃脱法律的追究。岂不知，互联网在给人们带来便利的同时，也给一些违法犯罪行为留下了不可删除的证据。有些人认为，在手机 APP 上召集一些朋友玩玩小钱、娱乐娱乐，不算赌博，更不可能构成犯罪。果真如此吗？笔者以上海某地区为例，对利用手机 APP 进行网上赌博的案件进行简单梳理，权当普法。

一、网上开设赌场的表现形式

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）第一条第一款规定，利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据，组织赌博活动，具有下列情形之一的，属于刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”行为：（一）建立赌博网站并接受投注的；（二）建立赌博网站并提供给他人组织赌博的；（三）为赌博网站担任代理并接受投注的；（四）参与赌博网站利润分成的。

近年来，除了《意见》第一条规定的网上开设赌场行为外，还出现了一些新型的网上开设赌场行为，比如：其一，利用微信等平台聚集他人进入手机 APP “某某麻将”中特定“房间”进行赌博，事后收取“房费”渔利，属于开设赌场[i]。其二，以营利为目的，通过邀请人员加入微信群的方式招揽赌客，根据竞猜游戏网站的开奖结果等方式进行赌博，设定赌博规则，利用微信群进行控制管理，在一段时间内持续组织网络赌博活动的，属于刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”[ii]。其三，以营利为目的，通过邀请人员加入微信群，利用微信群进行控制管理，以抢红包方式进行赌博，在一段时间内持续组织赌博活动的行为，属于刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”[iii]。

二、犯开设赌场罪将面临的刑罚

《中华人民共和国刑法》第三百零三条第二款规定：“开设赌场的，处三年以下有

期徒刑、拘役或者管制，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。”此外，《意见》第一条第二款规定，实施前款规定的行为，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百零三条第二款规定的“情节严重”：（一）抽头渔利数额累计达到3万元以上的；（二）赌资数额累计达到30万元以上的；（三）参赌人数累计达到120人以上的；（四）建立赌博网站后通过提供给他人组织赌博，违法所得数额在3万元以上的；（五）参与赌博网站利润分成，违法所得数额在3万元以上的；（六）为赌博网站招募下级代理，由下级代理接受投注的；（七）招揽未成年人参与网络赌博的；（八）其他情节严重的情形。

三、网上开设赌场犯罪的主、从犯的区分

对于网上开设赌场罪的行为人，根据罪责刑相适应原则，应结合行为人在共同犯罪中的地位、作用来区分主、从犯，力争做到罚当其罪。通过案例检索，笔者发现某法院曾作如下认定：（2019）沪0115刑初3568号案例中，法院认定被告人张某帮助清盘、结算网络赌博账号产生的赌资及码量提成，属于从犯；（2019）沪0115刑初1118号案例中，法院认定被告人班某某、谭某某作为分析、推广人员具体负责在QQ群等平台进行赌博网站的分析、推广，起次要作用，属于从犯；（2018）沪0115刑初3954号案例中，法院认定被告人刘某某等人担任代理，通过各自平台代理账号配套的微信二维码，让他人扫码进入平台的方式发展赌客，并接受赌客投注进行赌博活动依法认定为从犯；（2018）沪0115刑初4793号案例中，法院认定被告人黄某某、卢某某在QQ群等网络平台为赌博网站进行推广、招揽参赌人员，起次要作用，被告人唐某某、张某某为参赌人员提供球赛输赢结果的分析、预测信息、为赌博群烘托气氛，起辅助作用，4人均是从犯；（2018）沪0115刑初1300号案例中，法院认定被告人檀某某负责公司总体运营，是主犯，胡某某负责公司技术工作，李某某负责公司财务工作，刘某某、邵某某负责客服工作，均是从犯。

（2015）浦刑初字第3786号案例中，法院认定被告人季海荣、杨亮在共同犯罪中都分别积极实施了为他人提供赌博网站账号，彼此分工不同，作用相同，不宜区分主、从犯。（2018）沪01刑终455号案例中，法院认定在案证据能够证明陈某1系赌场的股东之一，且实际参与了赌场部分工作人员的介绍、招募工作，在共同犯罪中并非起次要、辅助作用，不符合从犯的构成要件。

前述网上开设赌场案例显示，实施帮助结算赌资、推广赌博网站、招揽参赌人员、



烘托赌场气氛等次要、帮助作用的行为人可以认定为从犯，而积极为他人提供赌博网站账号，甚至担任赌场股东的行为人则可以认定为主犯。

四、上海某地区 APP 类开设赌场罪案列梳理

笔者检索了上海某地区法院从 2010 年至 2020 年的部分 APP 类开设赌场罪案例，对涉案金额、量刑情节及判处刑罚情况作了部分梳理，具体情况如下：

上海某地区 APP 类开设赌场案量刑梳理										
序号	法院案号	涉案赌资人民币数额	非法获利人民币数额	主犯/从犯/不区分主、从犯/个人犯罪	自首/坦白	退赔人民币数额	减轻/从轻处罚	刑种及刑期	实刑/缓刑	罚金人民币数额
1	(2019)沪 0104 刑初 407 号		2200000	主犯	坦白	220000	从轻	1 年 9 个月		50000
2	(2019)沪 0104 刑初 107 号		收取台费 38865	个人犯罪	坦白	全部退赔	从轻	6 个月	缓刑 1 年	6000
3	(2018)沪 0104 刑初 605 号		收取台费 751756	不区分	坦白		从轻	1 年 3 个月		20000
4	(2018)沪 0104 刑初 951 号		收取台费 40000	个人犯罪	自首		从轻	7 个月		5000
5	(2018)沪 0104 刑初 441 号		收取台费 117378.5	不区分	坦白	退赔		8 个月		20000
6	(2018)沪 0104 刑初 445 号		收取台费 50000	不区分	坦白		从轻	6 个月		20000
7	(2019)沪 0112 刑初 1134 号	901996.37	70000	主犯	坦白	70000	从轻	3 年		30000
8	(2019)沪 0115 刑初 3043 号		违法所得 50000	不区分	自首	退缴	减轻	1 年 6 个月		25000
9	(2019)沪 0115 刑初 2938 号		30000	不区分	自首	退缴	减轻	1 年 2 个月		25000
10	(2018)沪 0117 刑初 96 号		200000	不区分	坦白		从轻	3 年 6 个月		20000
11	(2017)沪 0117 刑初 1963 号		32000	不区分	坦白	退缴	从轻	3 年	缓刑 3 年	5000



12	(2019)沪 0120 刑初 1334 号		75920	不区分	坦白		从轻	10 个月		40000
13	(2019)沪 0120 刑初 1201 号		46196	不区分	坦白		从轻	8 个月		10000
14	(2019)沪 0120 刑初 903 号		75920	不区分	坦白		从轻	9 个月		40000
15	(2019)沪 0120 刑初 826 号		81800	个人犯罪	坦白		从轻	10 个月		40000
16	(2019)沪 0120 刑初 214 号		84051	主犯	坦白		从轻	7 个月		40000
17	(2019)沪 0120 刑初 268 号		64300	个人犯罪	坦白		从轻	拘役 4 个月		4000
18	(2019)沪 0116 刑初 1036 号		350000	不区分	坦白	10000	从轻	1 年 8 个月	 七方法苑	20000

19	(2019)沪 0116 刑初 737 号		40000	不区分	自首	40000	从轻	7 个月		7000
20	(2019)沪 0116 刑初 716 号		200000	不区分	坦白		从轻	1 年 6 个月		15000
21	(2019)沪 0116 刑初 647 号		收取台费 58902	个人犯罪	坦白		从轻	拘役 6 个月		6000
22	(2019)沪 0116 刑初 640 号		58530	主犯	坦白	58530	从轻	7 个月		7000
23	(2019)沪 0116 刑初 667 号		收取台费 86000, 非法获利 46500	个人犯罪	坦白	5000	从轻	7 个月		7000
24	(2019)沪 0116 刑初 593 号		收取台费 160000,	个人犯罪	自首	20000	从轻	9 个月	 七方法苑	10000



			非法获利 54000							
25	(2019)沪 0116 刑初 322 号		45000	主犯	坦白	10000	从轻	7 个月		7000
26	(2018)沪 0116 刑初 1271 号		50000	个人犯罪	坦白		从轻	1 年		10000
27	(2018)沪 0116 刑初 168 号		80000	不区分	坦白	退缴	从轻	8 个月	缓刑 1 年	10000
28	(2018)沪 0114 刑初 1834 号	580000		主犯	自首		减轻	2 年 6 个月		30000
29	(2018)沪 0114 刑初 1989 号		420000	主犯	自首		减轻	2 年 6 个月	 七方法苑	30000

备注 检索方式：数据库：北大法宝司法案例库，案由：开设赌场罪，全文：APP，审结日期：2010 年 8 月 31 日至 2020 年 6 月 21 日，筛选上海某地区案例 75 个，逐一阅读筛选出非法获利金额在 3 万元以上或者赌资数额在 30 万元以上的案例，共得到以上 29 个案例。需要说明的是，这些案例中有部分案例是多人共同犯罪，为了便于统计，笔者仅选取每个案例中第一被告人的数据作为样本。所以，这些案例中的被告人都不是从犯。

从样本案例中可以看出，近年来上海某地区 APP 类开设赌场罪案件有如下量刑倾向：其一，普遍刑期较短，29 个案例中只有 3 个案例中的被告人被判处 3 年以上有期徒刑。其二，非从犯的被告人缓刑适

用率较低，29 个案例中只有 3 个案例的被告人被判处缓刑。其三，不同区域量刑倾向有别，浦东、闵行、松江以获利 3 万元为“情节严重”，徐汇、奉贤、青浦则不然。上述案例说明，网络并非法外之地，游戏也要遵守法律规定，不然，可能“娱乐至罪”



李彪 律师

上海七方律师事务所 律师

上海七方律师事务所刑事辩护与
刑事合规法律服务部 成员

业务方向：刑事辩护

“名牌大学生偷外卖”构成犯罪吗？

作者：傅建平、江淑娟



一、“争议”案例

近日，南京市发生一起“名牌大学生偷外卖”案。据传，涉案嫌疑人系某名牌大学在校大学生（后警方辟谣为大学毕业生，有固定工作和收入），其在备战考研期间外卖被偷，遂产生报复心理，在小区门口连续十几次偷他人外卖，每份外卖价格10元至20元不等。目前，嫌疑人因涉嫌盗窃罪被南京市雨花台警方刑事拘留。本案一经披露，再次遭受了网上舆论的口诛笔伐，认为对嫌疑人不应该以犯罪论处，原因不外乎两个：一是涉案嫌疑人系名牌大学生；二是外卖价格极低。有人甚至还抛出名言：“一个人为钱犯罪，这个人有罪；一个人为面包犯罪，这个社会有罪；一个人为尊严犯罪，世人都有罪”，来表达对处理结果的不满。果真如此吗？我们

不妨先来看看法律规定：

二、法律规定

通常认为，财产性犯罪保护的法益是财产权益，入罪一般都对涉案数额有要求。例如，在《刑法修正案》（八）出台之前，盗窃罪一直是以涉案数额作为定罪量刑的标准，根据最高人民法院关于盗窃罪的司法解释，对于盗窃罪的入罪标准，各省、自治区、直辖市可以根据本地区的经济发展状况，并考虑社会治安状况，在1000元至3000作为起刑点；根据《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定》第33条规定，故意毁坏公私财物，造成公私财物损失5000元以上的应予立案追诉；此外，抢劫罪虽然在罪状描述中对犯罪数额不作要求，但理论界一般认为，抢劫罪的对象财物应当有值得刑法保护的价值，如抢劫一张卫生纸或者抢劫一个普通打火机这种价值非常小的财物，即使行为人动用了暴力或者胁迫手段，也很难认定行为人构成抢劫罪，如果其中的暴力或者胁迫手段符合故意伤害罪或者寻衅滋事罪的构成要件，则可以故意伤害罪或者寻衅滋事罪定罪处罚，而不是定抢劫罪。

然而，对于盗窃罪的定罪处罚，在《刑法修正案》（八）施行之后，发生了变化。根据修订后的规定，“多次盗窃”“入户盗窃”“携带凶器盗窃”以及“扒窃”与



“数额较大”并列成为盗窃罪的犯罪入罪要件，涉案数额不是作为盗窃罪唯一的入罪标准。限于篇幅因素，本文仅以“多次盗窃”为切入点，对“名牌大学生偷外卖案”的涉案嫌疑人的行为进行简要分析。

三、本案的法理分析与评价

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第三条，二年内盗窃三次以上的，应当认定为“多次盗窃”。然而，对于“多次盗窃”的理解，在实践中也存在着不少争议，主要集中在以下几个方面：

1、其一，两年内三次以上的“三次”盗窃是否要求每次盗窃均达到盗窃罪的入罪数额？

答案显然是否定的。主要理由在于：一，如果对单次盗窃也作数额要求，那多次盗窃的设置便失去了意义；二、“多次盗窃”与“数额较大”作为并列罪状，应当认为“多次”与“数额较大”具有刑罚评价上的等价性，只有“多次”才能达到单次“数额较大”的法益侵害程度，多次中的“单次”必然不能够以犯罪论处，单次盗窃单独构成犯罪就不符合立法理性与理论逻辑。可见，对于“多次”盗窃行为中的“单次”盗窃并无数额要求。

2、其二，多次盗窃行为累计数额是否

需要达到“数额较大”的标准？

答案同样是否定的。以某省盗窃罪的入罪数额 1000 元为标准，三次盗窃平均每次需 333 以上才能累计达到“数额较大”的要求。假设甲两年内三次盗窃且每次都不满盗窃罪的定罪数额，累计才满足数额较大的要求，对甲应当以“多次盗窃”定罪量刑；而乙单次盗窃即满足“数额较大”的要求，对乙应当以“犯盗窃罪，数额较大”定罪量刑。假设甲乙两人的盗窃总额是一样的，对于“多次盗窃”行为也要求盗窃总额需达到“数额较大”的标准，而“多次盗窃”与“数额较大”作为并列罪状，在同一法定刑幅度内，对甲乙两人的评价便难以区分。如此，对甲的“多次盗窃”的主观恶性评价便无法在最终量刑中体现出来，不符合罪刑相适应的基本原则。很显然，对于多次盗窃行为的盗窃总额并不要求达到“数额较大”的标准。

通过以上分析，笔者认为，对于“多次盗窃”即使单次犯罪数额较小，累计也无法达到“数额较大”的情况，仍然应当以盗窃罪定罪量刑，因为“多次盗窃”的行为已经内含与“数额较大”相当的危害，不宜再考虑单次或者累计的数额大小。从这个意义上而言，名牌大学生连续十多次偷他人外卖的行为，毫无疑问是符合盗窃罪的构成要件的，其“名牌大学生”的



身份并不能成为免除其刑事责任的理由，“读书人的事也算偷？”，不应成为争议的问题。

当然，就个案而言，笔者认为，综合考量涉案大学生的作案动机、犯罪原因、行为的实质危害性等多种因素，可以对本案大学生适用我国刑法第十三条关于“但书”的规定，即“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”，对其行为去罪化处理，从而实现法律效果和社会效果的有机统一。

四、“多次盗窃”行为的进一步思考

除对本案涉案大学生的行为是否构成犯罪的分析以外，对于“多次盗窃”行为还存在如下争议问题，值得我们进一步思考：

1、其一，“多次盗窃”是否可以包括其中一次或多次受过行政处罚的情形？

笔者认为，从法律规范评价的角度来看，两年内的盗窃次数中不宜有任何一次受到过行政处罚。理由有二。首先，如果两年内有三次以上盗窃行为，其中一次受到过行政处罚，如果再将该次盗窃行为重新纳入两年内“三次盗窃”对行为人的行为进行评价，进而使该次盗窃行为受到行政处罚与刑罚的双重评价，显然有违反禁止重复评价原则之嫌。其次，如果该次盗窃行为曾受过行政处罚，同样对行为人具有制裁功能与社会秩序保障作用，某种

意义上讲，行政处罚对财产被害人的保护有时比刑事处罚更为及时和高效，行政处罚已经足以对该次违法行为达到对行为人惩罚和对受害财产权益的救济，没有必要用刑罚对其重复评价。

2、其二，对于“多次盗窃”行为可否认定为刑法上的连续犯？

连续犯是刑法理论中处断的一罪，通常是指行为人以概括的或者连续的故意，连续实施数个独立的犯罪，触犯的是同一罪名，故作为一罪处断的情形。笔者认为，基于前面所述，“多次盗窃”并不要求每次单独盗窃行为独立成罪，而连续犯则要求每次盗窃行为均可独立成罪。此外，虽然连续犯的犯意是概括的，但是应当认为多个犯意针对的对象是在一个大概的范围内的，并且时间地点都不能相差太久。而“多次盗窃”对时间地点并不要求很紧密，《解释》中已经明确只要二年内三次以上即可。因此，笔者认为，盗窃罪的连续犯肯定为“多次盗窃”，“多次盗窃”也有可能构成连续犯，但并非所有的“多次盗窃”行为均认定为连续犯。当然，刑法对于“多次盗窃”的连续犯的处罚，鉴于连续犯每次行为均独立成罪且为多次，对于仅仅因“多次盗窃”而构罪的行为而言，无论从主观恶性和社会危害程度而言，都要更大，受到的处罚显然不可相提并论的。



张玉环之悲：27 年青春价值几何？

作者：吴心成

一、张玉环案情回顾

近段时间，张玉环无罪释放案件的相关信息占据了各大众媒体和自媒体的前端，人尽皆知。8月4日，江西省高级人民法院依法对原审被告人张玉环故意杀人再审一案进行公开宣判，撤销原审裁判，宣告张玉环无罪。张玉环被错误羁押 9778 天，超过了此前的“羁押时间最长的蒙冤者”刘忠林（9215 天），成为公开报道中被羁押时间最长的蒙冤者。

对于本案的各种细节，张玉环本人及

其律师尚满庆和王飞律师已经在各大媒体中作了详细披露，本文不再赘述。

冤案已然发生，对蒙冤者的赔偿是必然的。借由本案，根据《中华人民共和国国家赔偿法》规定的刑事赔偿范围、赔偿方式和计算标准，笔者和大家一起来简单了解一下，张玉环和那些蒙冤者们，能获得几何？

二、国家如何赔偿

1994 年 5 月 12 日我国通过并实施了《中华人民共和国国家赔偿法》（以下简



称“国家赔偿法”），并经2010年、2012年两次修改，形成了目前适用的《国家赔偿法》。之后，最高人民法院制定了一系列司法解释，进一步细化了《国家赔偿法》的司法适用。例如，2014年《最高人民法院关于人民法院赔偿委员会审理国家赔偿案件适用精神损害赔偿若干问题的意见》（以下简称“精神损害赔偿意见”）、2015年《最高人民法院关于进一步加强刑事冤错案件国家赔偿工作的意见》、2017年《最高人民法院关于国家赔偿监督程序若干问题的规定》等。

（一）赔偿适用哪些范围？

根据《国家赔偿法》第三章、第四章及相关司法解释，目前，我国刑事赔偿的范围包括侵犯人身权和财产权两种情况，其中侵犯人身权大致可以概括为以下三种情况：第一，违反程序的错误羁押；第二，因无罪而导致的错误羁押；第三，刑讯逼供、违法使用警械或唆使放纵他人殴打等行为造成公民身体损害或者死亡的。无疑，张玉环案件显然属于国家赔偿范围之内，属于因改判无罪而导致的错误羁押，依法可以申请赔偿国家赔偿。

（二）由谁来赔？

也许有人觉得既然是“国家赔偿”，那当然是由“国家”来赔偿。事实上，“国家”并非一个具体的行政机关，《国家赔偿法》第21条明确了具体的赔偿机

关。概括来说就是，“谁最后错，谁负赔偿责任”。比如，侦查机关错误拘留后，由检察院错误批准逮捕并起诉，最终一审法院判决无罪，该例中检察院作出了“最后的错误决定”（即错误起诉），那么，应当由检察院承担国家赔偿的责任。张玉环的案件最终由江西省高级人民法院作出“有罪”的错误判决，因此，根据《国家赔偿法》第21条第4款的规定，应当由江西省高级人民法院承担国家赔偿的责任。

（三）能赔多少？

根据《国家赔偿法》及2014年最高人民法院《精神损害赔偿意见》，对于侵犯公民人身自由的，每日赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算，对于造成严重精神损害的，还应当给予精神损害赔偿，其金额“原则上不超过依照国家赔偿法第三十三条、第三十四条所确定的人身自由赔偿金、生命健康赔偿金总额的百分之三十五，最低不少于一千元。”

基于上述规定，有律师在接受记者采访的时候提出，张玉环可申请约458万元赔偿金，计算方式为：2019年我国职工年平均工资为346.75元/天，侵犯人身自由的赔偿金可主张3390521.50元（346.75元/天*9778天），精神损害抚慰金一般不超过人身自由赔偿金总额的35%即1186682.53元，总计4577204.03元赔偿



金。

司法实践中，果真如此吗？不妨先看看那些“著名的蒙冤者们”获得了多少国家赔偿。

三、其他蒙冤者们获得了多少赔偿？

我国的法治建设无疑在臻于完善之中，但在法治的进程中，也不乏张玉环这样的蒙冤者。笔者就近年来部分蒙冤者所获得的国家赔偿数额，做如下表格统计（注：数据均来源于网络）：

四、张玉环能获赔多少？

通过前表可知，虽然 2014 年最高法的《精神损害赔偿意见》规定了原则上精神损害赔偿不超过人身自由赔偿金、生命健康赔偿金总额的 35%，但实践中，近年被长期羁押或者错误执行的蒙冤者们，其所获得的精神损害赔偿金均远远超过了 35% 的比例。

笔者认为，上述超过法定数额的精神损害赔偿，实质上是合理的。首先，该司法解释只是做了原则上的规定，从文义解释的角度理解，应当允许出现“例外”的情况。

其次，2014 年最高法的《精神损害赔偿意见》在第七条“综合酌定‘精神损害抚慰金’的具体数额”规定中，明确列举了应当考虑“精神损害事实和严重后果的具体情况；侵权机关及其工作人员的违法、过错程度；侵权的手段、方式等具体

情节；罪名、刑罚的轻重；纠错的环节及过程；赔偿请求人住所地或者经常居住地平均生活水平；赔偿义务机关所在地平均生活水平；其他应当考虑的因素。”表格中所列举的案例，无一例外，均是存在严重的程序违法，乃至采取极为恶劣的刑讯手段，对蒙冤者及其家属造成了极为严重的人身和精神损害的案件，应当突破 35% 的原则，在精神损害赔偿金上给予足够的赔偿，以体现实质的公平。

最后，正如韩春晖教授所言，精神损害赔偿还应当考虑到“生存照顾”的各种因素，这些被长时间羁押的蒙冤者们，或是被执行死刑的蒙冤者直系家属们，均已失去了像普通人一样正常生存的条件和能力。1993 年，“互联网时代”还是一个对于未来的称呼，而今，互联网已经成为生活的常态，张玉环们，如同“穿越”到现代的“古人”，一切都是那么的不适应，属于他们的时代已经在高墙内悄然过去，人生的时钟，无法回拨。

据悉，张玉环的代理人尚满庆律师将帮助其申请总计约 700 万元的国家赔偿金额，基于上述分析，无论最终赔偿机关支持多少金额，笔者都赞同尚满庆律师提出的金额。

五、结语

冤案为何会发生？中国人民大学的何家弘教授总结了十个冤案发生的原因：



由供到证的侦查模式、违背规律的限期破案、先入为主的片面取证、科学证据的不当解读、屡禁不止的刑讯逼供、放弃原则的遵从民意、徒有虚名的相互制约、形同虚设的法庭审判、骑虎难下的超期羁押、证据不足的疑罪从轻。

何教授总结的原因基本都是从公权力出发，囊括了一系列典型冤案形成的主要原因。作为一名辩护律师，笔者认为，造成冤案的“第十一个原因”，也许是“错误对待的律师意见”。无论是张玉环案件，还是其他著名的冤案，律师的有效辩护往往不见踪影，或是无视律师提出的所有意见，或是律师急于行使职责，更或是严重违背程序，缺少律师为嫌疑人辩护。

刑事案件中，辩护律师并不是站在正义的对立面，也不应被视为司法机关行使权力的阻力，而是共同维护每一个案件公平正义，推进社会法治建设的重要力量。

也许有人会说，疑罪从轻已是当时司法环境下的“最优解”，不能“过分苛责”司法人员。对此，作为一名律师，笔者认为，所谓法治，只有“0”和“1”的区别，“0.5的法治”“0.6的法治”乃至“0.9的法治”，都称不上法治。司法人员坐在自己的位置时，不能仅仅看到人民给予的权力，更要看到人民那一双双渴望公平、正义、法治的热切目光！

27 年青春价值几何？

无价！





股权转让后出资义务应由谁承担

作者：张茜



2014年3月1日起，注册资本认缴登记制正式实施，现行法关于股权转让后出资义务的承担问题主要有最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(三)(以下简称“《公司法解释三》”)第十八条的规定，“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第十三条第二款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。受让人根据前款规定承担责任后，向该未履行或者未全面履行出资义务的股东追偿的，人民法院应予支持。但是，当事人

另有约定的除外。”以及《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》第十九条的规定，“作为被执行人的公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，其股东未依法履行出资义务即转让股权，申请执行人申请变更、追加该原股东或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在未依法出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持。”以上规定主要是建立在实缴资本制基础上的，在认缴资本制下，有限责任公司股东未履行或未全面履行出资义务的前提是股东的认缴期限届满或者认缴期限加速到期，因此该规范无法适应认缴资本制，认定股权转让后出资义务的承担主体就离不开注册资本的认缴时间了。



一、股东出资认缴期限届满或认缴期限加速到期后转让股权的

1. 股东认缴注册资本时间在股权转让前的，股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权的，应适用《公司法解释三》第十八条的规定，出让股东应承担出资的义务，受让股东对此知道或者应当知道的，承担连带责任。

2. 股东认缴时间虽然在股权转让之后，但是在股权转让前已触发了认缴期限加速到期，股东的出资义务即发生在股权转让前，同样应适用《公司法解释三》第十八条的规定。如(2019)苏民申708号民事裁定书“本案中，虽然中铁集团公司出资的认缴期限为2044年5月28日之前，但

中铁集团公司作为中铁物流公司的唯一股东，在中铁物流公司成立后未进行任何出资，在中铁物流公司财产不能清偿债务且中铁物流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执行的情况下，仍以零对价将中铁物流公司的股权转让给远大公司，在此种情况下，一、二审判决中铁集团公司就上述3笔债务向中铁物流公司缴纳出资，并无不当。中铁集团公司主张其在出资认缴期限届满之前转让股权不应当履行出资义务的理由不能成立，本院不予采信。”

二、股东出资认缴届满前转让股权的

股东出资认缴期限届满前且未发生认缴期限加速到期转让股权的，不属于股东未履行或者未全面履行出资义务的情形，故不应适用《公司法解释三》第十八条的规定，如何依据现行规范裁判，则需要法官依据现行法规进行解释，也就难免会出现实践中裁判的不一致。目前，主要

分为两种裁判结果：

1. 认缴出资期限尚未届满前，股东转让股权后的出资义务应由受让股东承担。

(2019)最高法民再104号民事判决书，“因在该部分股份转让时，鞋帽进出口公司第二年出资期限尚未届满，尚不具

有出资义务，相应的增资义务应由顺都公司承接；鞋帽进出口公司对该部分增资所负义务不属于《公司法解释(三)》第十三条第二款规定的股东未履行或者未全面履行出资义务情形。”

(2016) 最高法民再 301 号民事判决书，“2013 年 5 月 28 日，安徽控股与中能控股签订《股权转让协议》，将其持有的安投资本 99% 的股权转让给中能控股，并将股东的权利义务一并转让。故安徽控股在出资义务尚未到期的情况下转让股权，不属于出资期限届满而不履行出资义务的情形，安徽控股不应再对公司承担出资责任。”

2. 认缴出资期限尚未届满前，股东转让股权后的出资义务由出让股东承担，受让股东知道或应当知道的承担连带责任。

(2019) 皖 02 民终 95 号民事判决书，“由于恒发投资公司作为中天科霖公司的股东，其虽享有对其持有的中天科霖公司股权的处分权，也负有履行其认缴的出资义务，恒发投资公司虽有权将其持有的

中天科霖公司股权转让给君华科技公司，但其认缴的出资义务并不能当然随之转移。基于民法原理，义务的转移应当取得该义务的相对权利人的同意，即应当取得中天科霖公司及其股东和公司债权人的同意，本案中恒发投资公司并未就此提供证据予以证明。再者，股东认缴出资的行为实质是其对公司及公司债权人承诺的担保行为，若未经公司及其债权人同意任意转移该担保责任，可能损害公司及其债权人的利益，导致公司债权人的债权不能实现。为此，恒发投资公司仍应履行其 420 万元的出资义务，故对恒发投资公司的该上诉主张，不予支持。”



笔者认为，股东认缴出资的行为实质是对公司负有债务，对公司债权人的担保行为，那么股东转让股权并不当然的发生出资义务的转移，出让股东转移出资义务应征得公司及公司债权人的同意。因此，股东出资认缴期限届满前转让股权的应区分债权形成的时间。

债权形成于股权转让前的

债权形成于股权转让前，股东认缴出资实质是对公司对外债务的担保，除非出让股东转让出资义务经过了公司及公司债权人的同意，出让股东仍应承担出资义

务，受让股东知道或应当知道的承担连带责任。

债权形成于股权转让后的

债权形成于股权转让后的，且经过了公司同意并办理了工商变更登记手续的，债权人对出让股东的出资义务并未产生合理信赖，债权人在与公司发生交易时，应尽到合理的注意义务，由此产生的交易风险也不应由无过错的第三方承担，即出让股东不应承担出资义务。但是对于现实中经常出现的转让给穷亲戚恶意规避出资义务的出让股东仍应承担出资义务。

结语

关于股权转让后出资义务的承担主体问题实务界、理论界争议都比较大，亟需出台相应的司法解释予以明确。本文中个人的一些观点可能尚不够成熟严谨，不足之处欢迎大家批评指正。



张茜 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师
七方公司与财税法律服务部 研究员

业务方向：公司业务、执行事务

公司人格否认之诉中“资本显著不足”的裁判实务浅析

作者：李剑

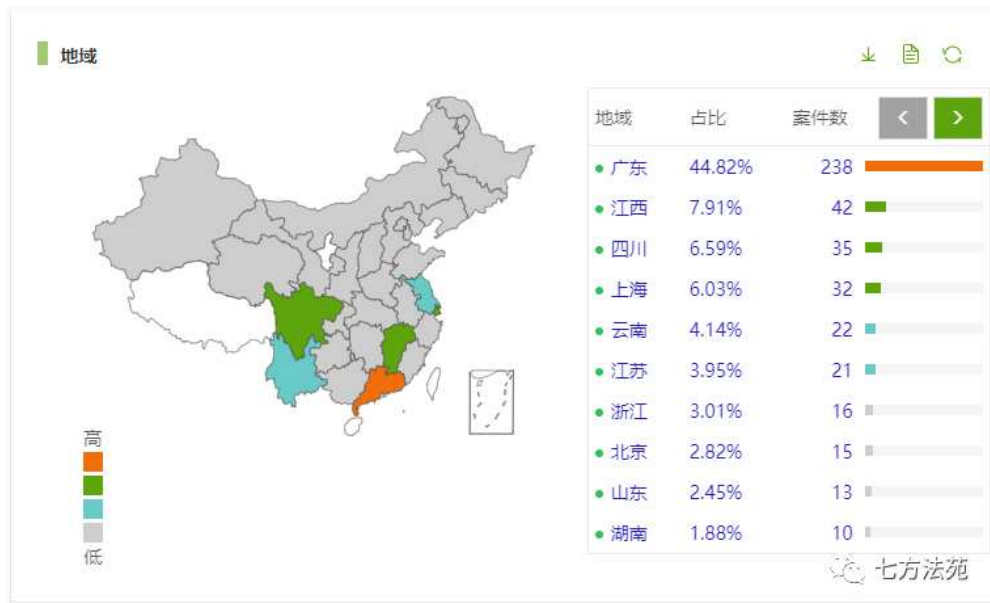


公司注册资本 10 万，从事的却是 100 倍的交易，公司出现巨额欠款时，该认定公司“资本显著不足”从而否认公司独立人格要求股东承担连带责任呢？还是该认定股东“以小博大”的正常经营风险呢？作为交易相对方的债权人来说，又该如何防范风险呢？

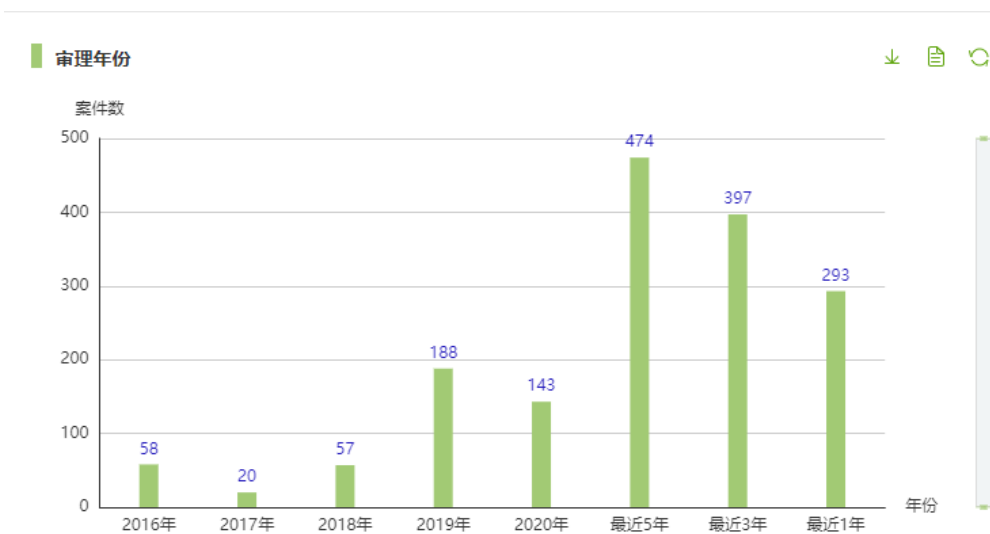
一、实务中关于“资本显著不足”的裁判情况

（一）在威科先行法律信息库中输入“资本显著不足”作为关键词，执行普通搜索，检索结果显示，在法律文书中提到“资本显著不足”的案件总数是 534 件，分别从地域、审理年份、案由和法院级别的维度统计，显示如下四幅图：

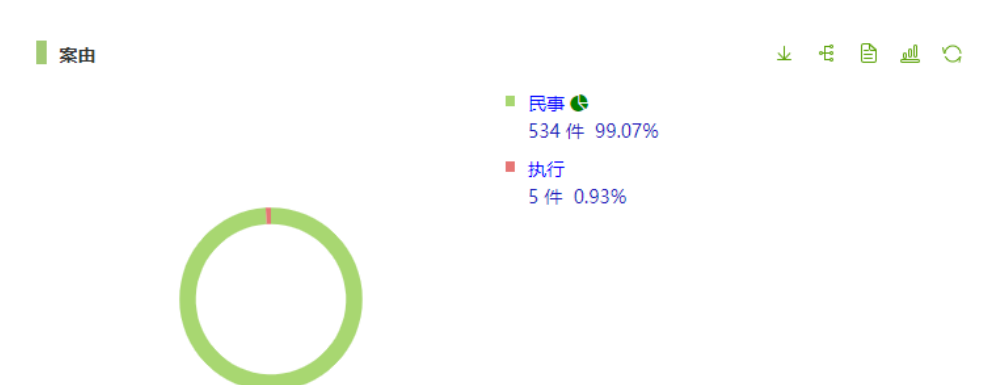
图例一：地域



图例二：审理年份



图例三：案由

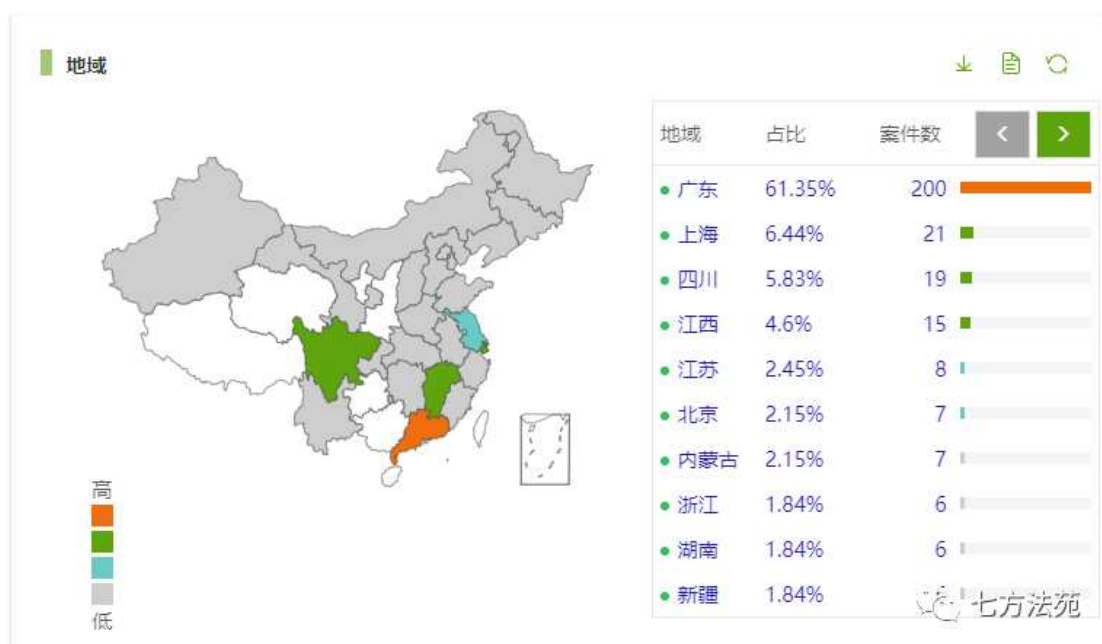


图例四：法院级别



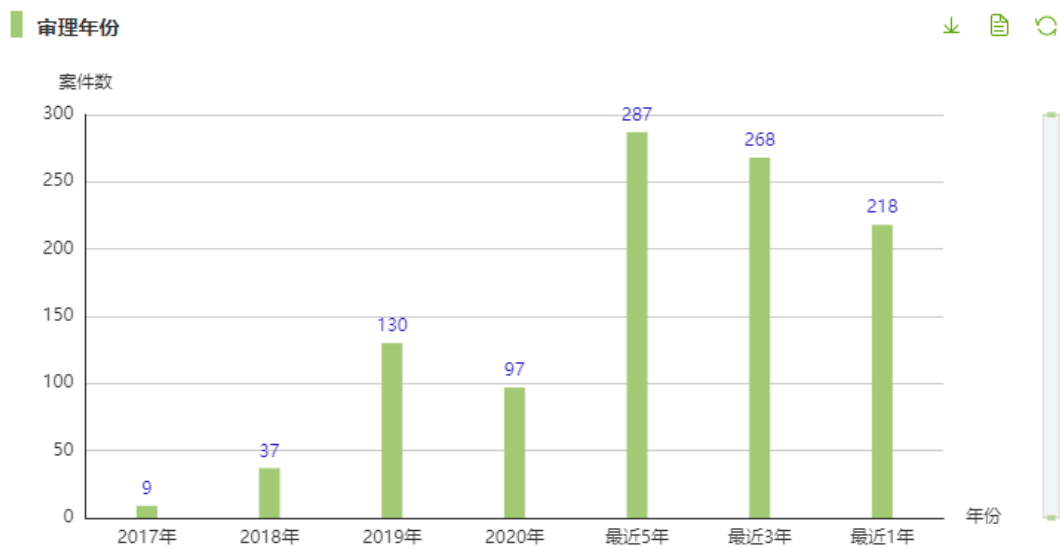
(二) 以“资本显著不足”作为关键词，并将搜索范围限定在“法院判决书”且出现在“法院裁判理由和依据”中，检索到的案例总数是 327 件，分别从地域、审理年份、案由和法院级别的维度统计，显示如下四幅图：

图例五：





图例六：



图例七：

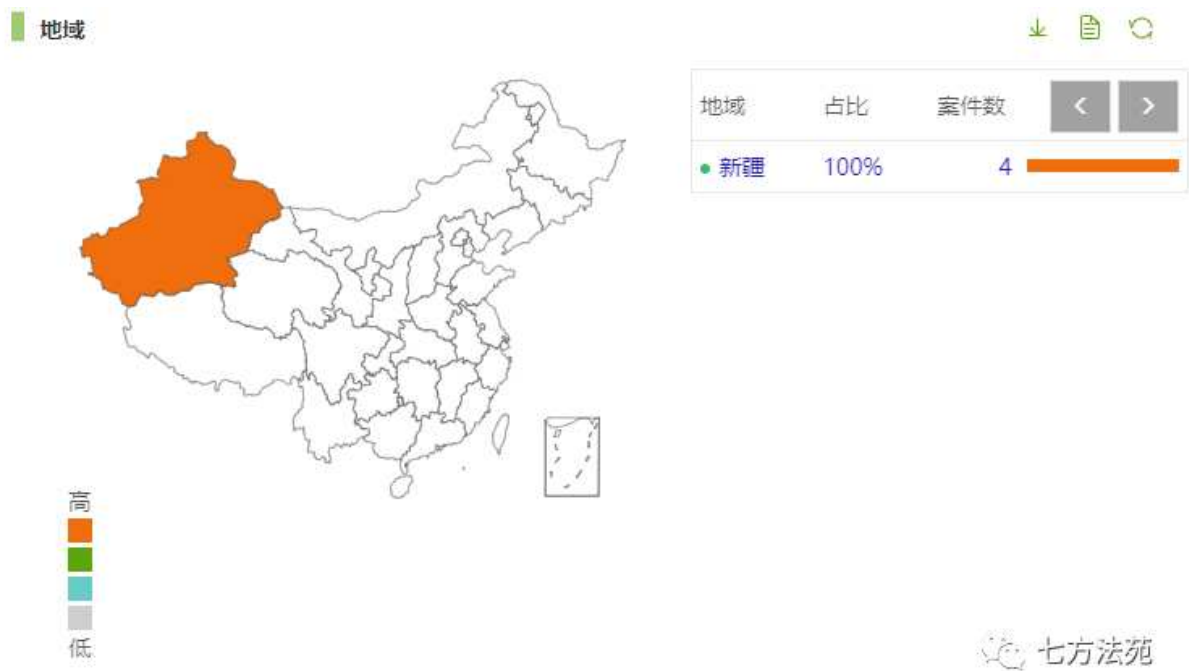


图例八：

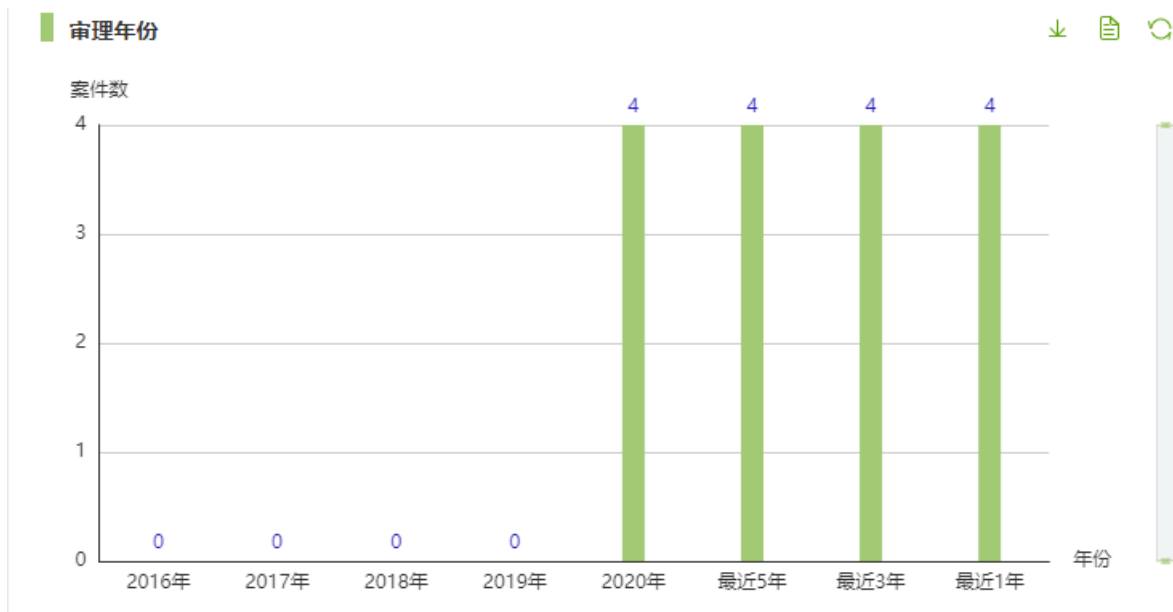


（三）以“公司经营过程中存在资本显著不足”作为关键词，并将搜索范围限定在“法院裁判理由和依据”中，检索到的案例总数一二审合计仅为 4 件，有效案件实为 2 件，分别从地域、审理年份、案由和法院级别的维度统计，显示如下四幅图：

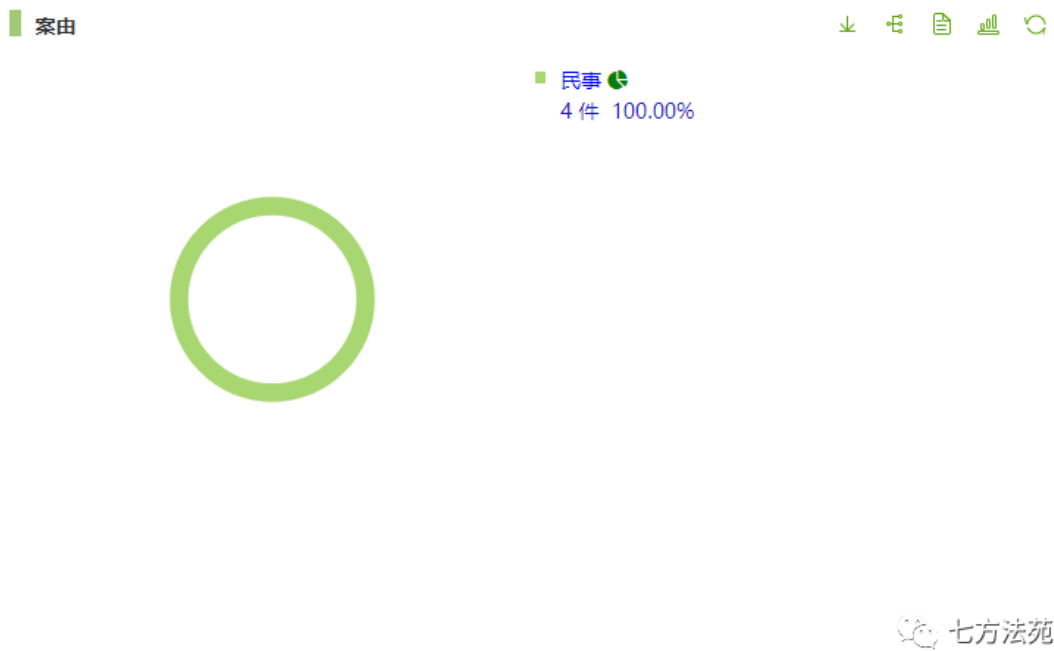
图例九：



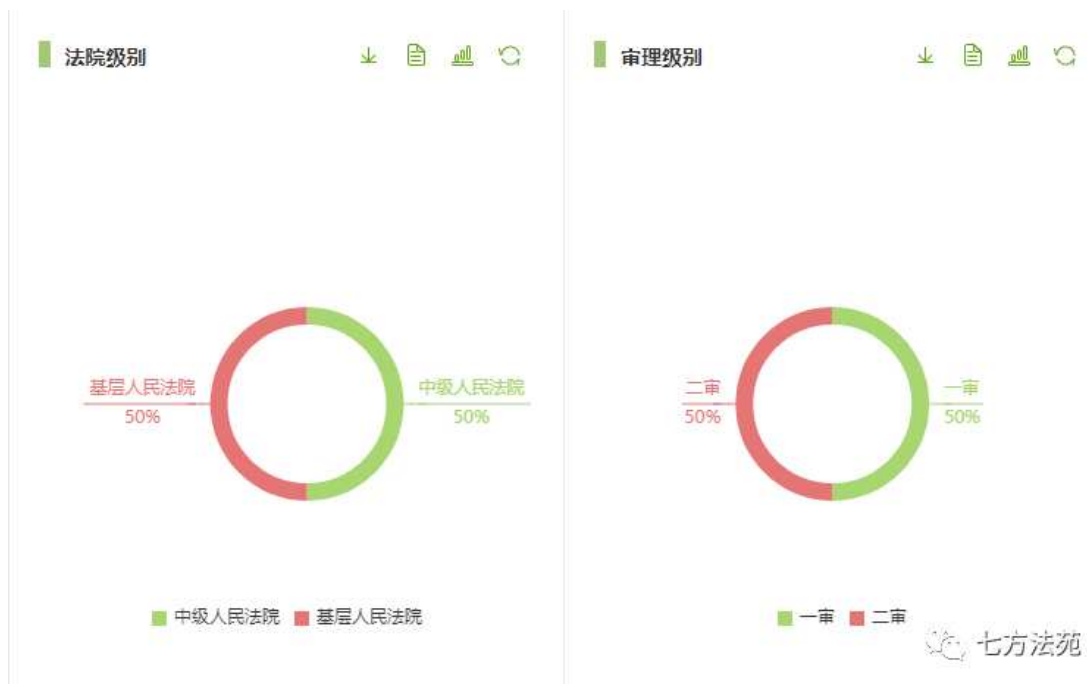
图例十：



图例十一：

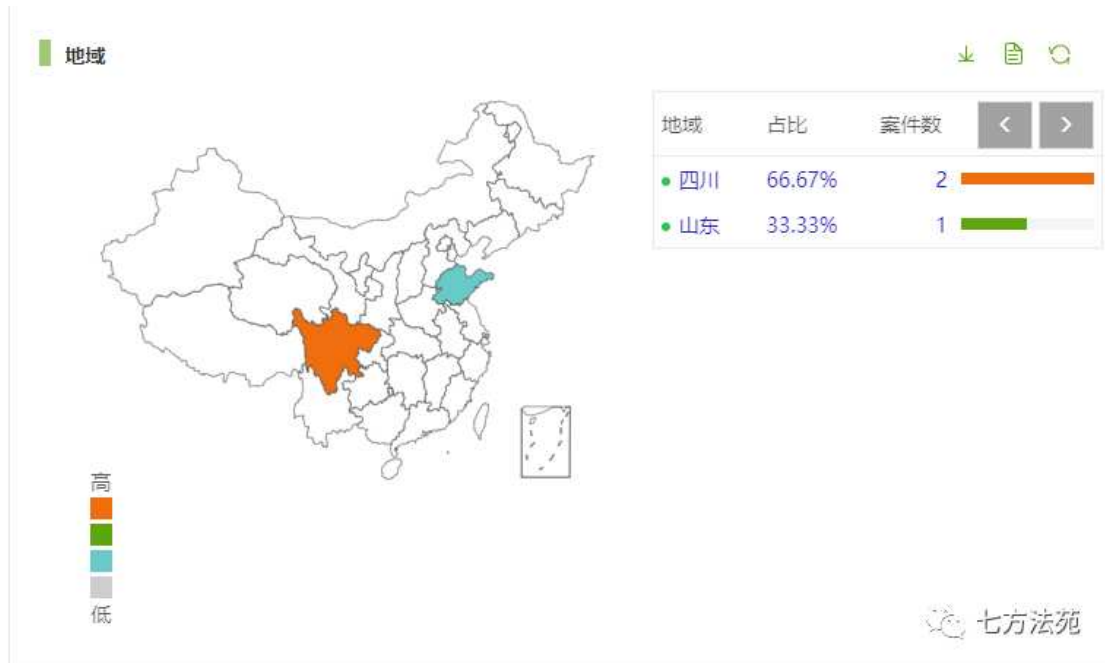


图例十二：

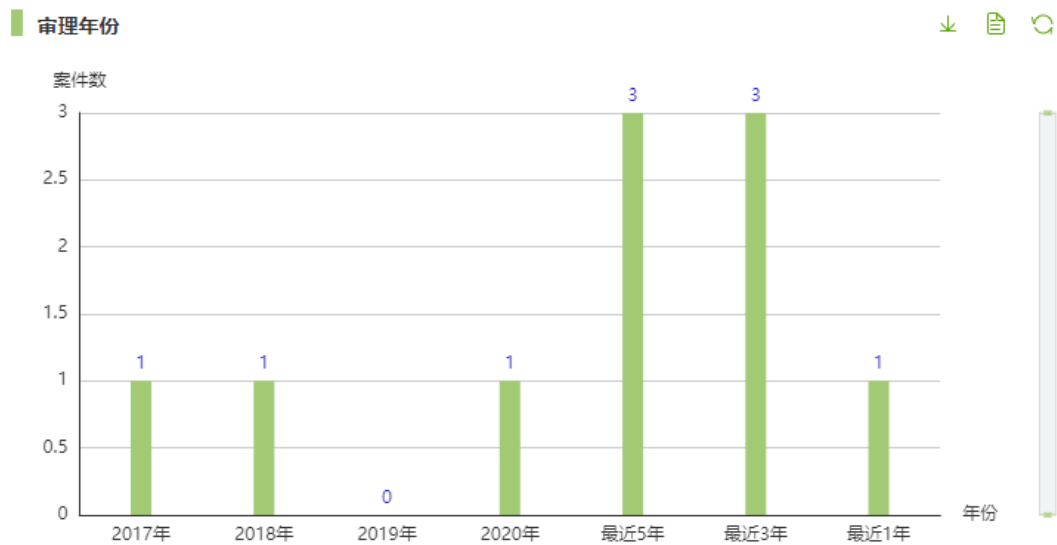


（四）以“资本显著不足”和“以小博大”作为关键词进行检索，仅仅检索到 3 个有效案例，分别从地域、审理年份、案由和法院级别的维度统计，显示如下四幅图：

图例十三：



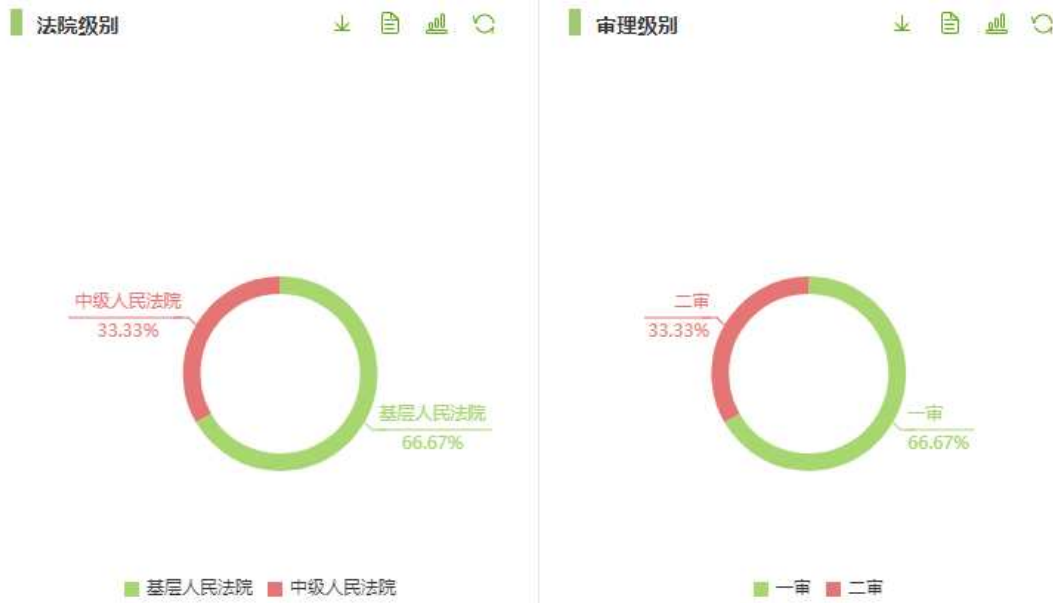
图例十四：



图例十五：



图例十六：



（备注：上述十六幅图表均摘自“威科先行·法律信息库”。）

根据上述不同关键词的检索结果统计分析，我们可以看到案涉“资本显著不足”的案件数量是非常少的，全国历年来也只有 534 件，而其中大多数检索案例案例仅是原告在诉讼请求中以被告公司资本显著不足要求股东承担连带责任，法院在裁判理由中以“资本显著不足”作为争议焦点进行评述的案件数量为 327 件，多数案例并不支持原告以“资本显著不足”要求被告股东承担连带责任的诉请，即使有支持的案例，支持的理由实质仍然回到了一人有限公司的股东连带责任上

来，即依据公司法第六十三条的规定上来，而不是公司法第二十条的第三款的规定。

尤其是以“公司经营过程中存在资本显著不足”和“资本显著不足、以小博大”作为关键词进行搜索的结果，支持原告资本显著不足的案例均为个位数，只有新疆乌鲁木齐市头屯河区人民法院和乌鲁木齐市中级人民法院在（2019）新 0106 民初 1304 号、（2020）新 01 民终 1648 号、（2019）新 0106 民初 3499 号三个案例中，是根据公司法第二十条第三款认定被告时代命之运公司的法人人格与股东于海

霞、杨开然的人格存在混同，公司经营过程中存在资本显著不足，经营模式不符合商事行为的基本原则，公司资产明显不足以偿还公司债务，严重损害了公司债权人的利益，判决股东对公司债务承担连带责任。

二、《九民纪要》中关于适用“资本显著不足”否定公司人格与“以小博大”的公司正常经营风险的区别认定

根据《九民纪要》的规定，资本显著不足指的是，公司设立后在经营过程中，股东实际投入公司的资本数额与公司经营所隐含的风险相比明显不匹配。股东利用较少资本从事力所不及的经营，表明其没有从事公司经营的诚意，实质是恶意利用公司独立人格和股东有限责任把投资风险转嫁给债权人。

关于资本显著不足是指设立时的显著不足还是经营中的显著不足抑或是两者皆有，目前《九民纪要》已经统一了观点，采纳了经营过程中的资本显著不足的观点，至于出资未到位的股东连带责任不在此讨论范围内。

就经营过程中的资本显著不足的判断，《九民纪要》给出了三个判断标准：

任。

可见，从目前的司法审判的实践来看，以“资本显著不足”来否定公司人格还是非常之难的，原告方的举证责任亦是极其困难的。

一、所投资金与经营风险要达到明显不匹配的“明显”程度，但是这个“明显”又怎么来判断呢？从数据比对角度看行不行？比如投入的注册资本100万，经营数额达到2个亿，欠款金额高达1个亿，应该认定为已经达到“明显”的程度，还是认为是“以小博大”的正常经营风险？

目前没有具体的案例和操作指引可供借鉴；二、“明显不匹配”时要有时间要求，这个时间要求是短时间不匹配还是长时间不匹配？按照《九民纪要》的精神，时间长就是不匹配，时间短就不能认定不匹配，那么是不是要债权人等一段时间起诉？如果再等待起诉期对方的其他欠款金额继续上升，那还需要依赖时间来判断吗？这些问题目前也没有具体的案例支撑和

操作指引可供借鉴；三、公司的主观过错明显，具有恶意利用公司独立人格和股东有限责任的主观过错。主观的东西，这在实务中就更加难以认定，没有具体的裁量标准，只能取决于法官的自由裁量了。

在实践中，有很多民营企业，表面上公司经营业绩越做越大，但是公司始终处于“无钱”状态，股东的产业和家业却是越来越多、财富增长很快。债权人从起诉公司到申请强制执行，结果却是无财产可供执行。

债权人试图以“资本显著不足”来否认公司人格追偿股东的连带责任，虽然

《九民纪要》给出了上述三个判断标准，但同时也明确这些判断标准具有很大的模糊性，需要借助“人格混同”和“过度支配与控制”来综合判断，但是，“人格混同”和“过度支配与控制”的举证和判断同样也是极其不容易的。上述检索的“公司经营过程中存在资本显著不足”的人格否认之诉中，仅有新疆乌鲁木齐市头屯河区人民法院和乌鲁木齐市中级人民法院所作出的判例，是《九民纪要》实施后唯一的支持债权人“公司经营过程中资本显著不足、经营模式不符合以大博小商事行为基本原则”的生效案例。足见以“资



本显著不足”来否认公司法人独立人格诉讼案件是何等的艰难！

笔者认为，《公司法》虽然把公司人格独立和股东有限责任作为基石、否认公司独立人格为例外，以此保护公司投资人的利益以鼓励投资，但是，倡导市场主体

诚信经营、保护债权人的合法利益亦是司法审判的重要职能，为此有必要对“资本显著不足”的人格否认之诉案件，充分利用新《民事举证规则》的规定，通过加重债务人和股东的举证责任对债权人合法利益予以保护。

三、对市场主体防范“资本显著不足”法律风险的建议

法院并不保护各市场主体的经营风险，仅是对违反《公司法》第二十条第三款，滥用法人独立人格和股东有限责任逃避债务的行为予以规制。诚如前述法院裁判案例的检索结果显示的一样，实践中如何区分“资本显著不足”恶意逃债和“以小博大”的正常经营风险，以有效保护债权人的合法利益是很难的。

因此，债权人应当具有自我的风险控制措施，比如说实地考察交易方的注册资本与其经营规模是否匹配、付款周期的长短对其产生的资金压力的影响、履约中股东与公司的付款是不是对应、所有的交易是不是都开具发票、交易联系人的隶属身份等等。

总之，生意难做钱难赚，且行且珍惜！



李剑 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人、管理合伙人
七方公司与投融资法律服务部 主任
上海市律师协会公司与商事业务研究委员会 委员
徐汇区汇调人民调解委员会的兼职调解员

业务方向：公司业务、商业诉讼、投融资与并购

借钱炒股？违法配资或让你万劫不复 (上篇)

作者：李伟锋、陈江松



配资风险极大，乡亲们要小心！

近期，A股市场风云再起，大盘与个股齐涨，赚钱效应凸显，人心浮动。有些人钱多但不擅长炒股，有些人自认为擅长炒股但苦于钱不够多。于是，“我出钱，你炒股”的方式又迅速冒了出来。这个看似你情我愿、各取所需的合作方式，真的合法吗？有无法律风险？会不会竹篮打水一场空？

一、从一个合同说起

日前，笔者的朋友王某发来一纸协议，让笔者为其把关。

该协议名为“投资合作协议”，主要内容为：

(一) 王某与李某合作炒股，王某出资 1000 万元，李某出资 100 万元；合作期限一年；

(二) 合计 1100 万元资金存放于王某在证券公司开立的证券账户中，此账户交由李某操作，王某不得以任何方式干预李某的证券交易；

(三) 证券投资亏损的风险由李某承担；

(四) 王某每季度收取 50 万元投资收益；

(五) 扣除王某享有的投资收益之外的证券投资收益，一律归李某享有；



(六) 李某可按证券账户资产变化情况, 随时收取投资收益(超出 1100 万元部分), 王某应予以配合; 若股票投资发生亏损达 5% 以上(账户资产总额小于 1045 万元), 李某应予补足亏损部分; 若李某不予补足, 则王某可对证券账户进行平仓。

王某觉得这个合同对自己很有利, 包赚不赔。但事实远非如此!

二、这是一个什么合同?

王某提供的这个协议, 是典型的股票场外配资合同。

通俗来说, 所谓场外配资合同, 就是股民向证券公司之外的其他机构或个人借钱炒股并提供相应担保的合同。其中, 借出资金的一方称为配资人或出资人, 借入资金的一方称为用资人或融资方、投资者。在配资合同中, 一般约定将配资款、保证金存入配资人实际控制的证券账户。

按照合同主体的不同, 场外配资合同可分为:

(一) 自然人与自然人之间的配资合同;

(二) 法人(含银行、证券公司、期货公司、基金管理公司、信托公司、P2P 互联网金融公司、其他民间配资公司) 与自然人之间的配资合同;

(三) 法人与法人之间的配资合同。

目前, 经过央行、证监会、银保监会的严厉打击和整顿, 银行、券商、信托等

金融机构参与的场外配资活动已卷旗息鼓。但, 自然人和自然人之间的配资, 自然人和民间配资公司之间的配资, 仍是一个灰色地带, 且有死灰复燃之势。

一般来说, 常见的场外配资合同具有以下基本条款:

(一) 资金条款: 用资人向配资人缴纳一定的保证金, 配资人按照一定的杠杆比例向用资人提供炒股资金;

(二) 账户条款: 上述资金存放于配资人实际控制的证券账户, 该账户包含但不限于以配资人本人名义开立的证券账户; 用资人独立操作上述证券账户的一切交易, 配资人不予干涉;

(三) 收益分配条款: 配资人不承担投资失败的亏损, 不参与投资成功的利润分配; 配资人收取固定的费用, 该费用与投资盈利与否无关;

(四) 平仓权条款: 配资人有权在证券账户资产市值达到平仓线后强行卖出股票以收回本息。

上述账户条款和平仓权条款, 实为让与担保条款。

只要同时具备上述四大条款, 不管该合同名义上称为股票配资合同、借款合同、合作合同、合伙合同、委托理财合同、证券抵押合同还是其他, 皆为配资合同。

而王某、李某之间的合同, 虽名为投资合作, 实际上王某却不承担任何炒股风

险，也不分享收益，只收取固定费用，完全符合配资合同的特征。

三、配资合同的定性

由于合同中约定配资人不承担投资失利的风险，所以配资合同不是委托理财合同，也不是合伙合同。由于用资人是为了自己的利益而运用配资款进行投资，故而配资合同不是信托合同。

笔者认为，配资合同是一种特殊的借款合同，其主要法律关系为借贷法律关系和让与担保法律关系。

（一）配资合同是借款合同。

配资合同中，一般都有资金使用期限、资金返还与固定利息等条款的规定。按照合同约定，无论证券投资的盈亏状况如何，用资人都有义务返还本金和利息。当事人之间的借贷意思表示明确，该类合同的基础法律关系实为借贷法律关系。

（二）配资合同是一种资金用途特定、担保方式特殊的借款合同——证券融资合同。

证券融资合同，是指一方向另一方出借资金供其买入证券，并收取担保物的合同[i]。如前所述，从主要条款看，配资合同完全具备证券融资合同的主要特征。

与普通借款合同相比，配资合同的特殊之处在于：第一、资金的用途特定；第二、特殊的担保方式。第一点不言自明，下面略谈第二点。

配资合同中，一般均约定融资方将配资款和保证金存入配资方实际控制的账户，用资人有权独立使用上述资金进行证券投资，配资方有权在资产市值达到股票平仓线后强行卖出股票以偿还本息。上述约定，与证券公司签订的证券融资合同中的相关条款如出一辙，法律性质上均属于让与担保。我国物权法和担保法虽未规定让与担保，但最高院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称《九民纪要》）第71条明确承认了让与担保的法律效力。

除了担保方式，配资合同在其他主要条款上也和证券公司签订的证券融资合同[i i]也高度相似，故《九民纪要》第86条指出：“……这些场外配资公司所开展的经营活动，本质上属于只有证券公司才能依法开展的融资活动……”

虽然证券融资合同的担保方式比较特殊，但担保合同为从合同，借款合同为主合同，仍应以借款合同对证券融资合同进行定性。

（三）配资合同具有场外性。证券融资合同依据其主体不同，可分为场内证券融资合同和场外证券融资合同。前者即通常所说的“证券融资合同”，后者又称场外配资合同、配资合同。两者的主要区别在于，前者的出资人是经过监管部门批准的依法从事证券业务的证券公司，而后者

的出资人则未经批准、没有从事证券业务的资质。

四、配资合同的效力：无效！

关于配资合同的效力问题，《九民纪要》进行了阐述，认为无效。但随着《证券法》的修正，在适用法条时实际有所变化。

《九民纪要》第86条：“在案件审理过程中，除依法取得融资融券资格的证券公司与客户开展的融资融券业务外，对其他任何单位或者个人与用资人的场外配资合同，人民法院应当根据《证券法》第一百四十二条、合同法司法解释（一）第十条的规定，认定为无效。”

原《证券法》第一百四十二条规定：“证券公司为客户买卖证券提供融资融券服务，应当按照国务院的规定并经国务院证券监督管理机构批准。”据此，融资融券业务，是专属于经批准的证券公司经营的业务。合同法司法解释（一）第十条规定：“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”

新《证券法》颁布之后，审判机关可以直接根据该法第一百二十条和《民法总则》第一百五十三条之规定，认定配资合同无效。

新《证券法》第一百二十条第一款第五项规定“经国务院证券监督管理机构核准，取得经营证券业务许可证，证券公司可以经营下列部分或者全部证券业务；

（五）“证券融资融券”，明确将证券融资纳入“证券业务”的范畴。该条第四款规定：“除证券公司外，任何单位和个人不得从事证券承销、证券保荐、证券经纪和证券融资融券业务。”此款规定，属于禁止性规定、强制性规定。《民法总则》第一百五十三条规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。”

据此，任何个人和机构违反《证券法》第一百二十条第四款规定从事证券融资融券业务的，相关合同无效。

配资合同无效的法律后果和经济风险相当严重，且待下篇再行论述。

[i] 此定义参考了《证券公司融资融券业务管理办法》第二条关于融资融券业务的相关规定：“本办法所称融资融券业务，是指向客户出借资金供其买入证券或者出借证券供其卖出，并收取担保物的经营活动。”

[ii] 参见《证券公司融资融券业务管理办法》第十三条关于证券融资融券合同主要条款的规定

委托理财合同中的保底条款是否有效

作者：程伟



相信7月初股市大涨已让不少投资者上头，纷纷投身市场，希望也能跟上这波行情大赚一笔。其中肯定不乏朋友由于缺时间、缺经验而选择通过委托银行、证券公司、基金公司、资产管理公司等专业机构或身边懂金融的朋友帮忙炒股理财。而为了防范风险，他们往往会要求在合同中约定“保证本金”、“不承担亏损”等保底条款，但这样真的就能万无一失吗？笔者将从法律层面为大家分析委托理财合同中的保底条款效力问题。大家注意，本文分析的“委托理财”区别于以自有资金提供担保，向配资公司借入一定倍数的炒股基金炒股的“场外配资”，关于“场外配资”的法律风险，大家可以翻阅七方法苑公众号此前文章《借钱炒股？违法配资或让你万劫不复！（上篇）》。

一、金融类委托理财合同

顾名思义，金融类委托理财是指当事人将其资金、证券等金融类资产委托给银行、证券公司等金融机构，由金融机构在资本市场上从事股票、债券等金

融产品的交易，所得收益或亏损由双方按合同约定分担。在此提醒大家注意的是，机构受托投资理财属于特许经营范围，需经主管机关批准方能进行，因而委托机构理财的，一定要查看受托企业



是否需要具备相应资质，否则一方面资金安全无法保障，另一方面整个合同可能因主体无资质归于无效。

1. 保底条款一般约定模式

例：A 与 B 公司签订《资产管理委托协议书》，约定 A 将其**证券公司账户**委托给 B 公司在一定期限内进行管理、投资，B 公司保证 A 委托管理资产不亏损，盈利部分双方五五分成，如有亏损由受托方承担全部损失。

2. 保底条款应属无效

首先，从法律规定来看，《证券法》第一百三十五条明确规定：“证券公司不得对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。”《中华人民共和国证券投资基金法》第一百零三条规定：“基金投资顾问机构及其从业人员提供基金投资顾问服务，应当具有合理的依据，对其服务能力和经营业绩进行如实陈述，不得以任何方式承诺或者保证投资收益，不得损害服务对象的合法权益。”即法律规定明确禁止了金融机构在提供理财服务时承诺保底。其次，从司法价值判断来看，“保底条款违反市场基本规律，在高风险的证券等金融市场中，投资风险无法避免，绝对的只赢不亏的情形不可能存在，盲目

约定一定收益率的保底条款，通过所谓意思自治的法律安排将投资风险完全分配给受托人，严重违背市场经济基本规律和资本市场规则，只能诱导投资者非理性地将资金投入金融市场，严重破坏资本市场直接融资和间接融资之间所形成的合理格局。故该保底条款当属无效。” [1]

3. 保底条款无效后的法律后果

在保底条款被确认无效后，法院往往会以保底条款属委托理财合同之目的条款或核心条款，判决整个《资产管理委托协议书》无效。根据合同法的规定，合同无效后，因该合同取得的财产应予以返还；不能返还或者没必要返还的，应当折价补偿；有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。故当盈利时，委托人有权要求受托人返还分红，但受托金融机构毕竟付出了劳动，根据诚实信用原则及公平原则，其有权主张扣除必要的管理费，若还支付了保证金的，也可主张返还。

二、民间委托理财合同

与金融类委托理财相对应的，民间委托理财的受托人为个人，一般为委托人熟识的具有金融理财专业知识的个

人。由于民间委托理财操作模式多样，不同的操作模式的法律后果大相径庭，以下分类阐述。

（一）民间委托理财的操作模式

1. 委托人转移资金控制权的

例 1：A 向 B 转账 500 万，委托 B 利用其专业金融知识通过炒股、期货等方式为其理财，双方约定固定年收益率 13%，超出 13% 的收益由 B 享有。随后，B 将该 500 万转到自己的金融证券账户。

2. 委托人保留资金控制权的

例 2：A 将自己在证券公司开立的账户、交易密码告知 B，全权委托 B 进行股票操作。双方约定如出现损失，B 应补齐 A 所委托资金损失部分，盈利部分按 A70%、B30% 的比例进行分成。

（二）保底条款的效力

1. 在例 1 中，A 转移资金控制权，并约定保本+固定利息，双方当事人之间的法律关系名为委托理财，实为民间借贷。

民间借贷与委托理财的区分，主要应从是否保本、是否具有固定收益、由哪方享有资金的控制权以及理财风险如何分担等方面综合判断。[2]在例 1 中，B 不论盈亏均需向 A 支付固定的收益，符合民间借贷贷款人享有固定收益的法律

特征，双方形成民间借贷法律关系，到期后，A 有权向 B 主张本金及固定利息。

2. 在例 2 中，A 保留资金控制权，并约定“下保底、上分成”的保底条款，双方当事人之间构成委托理财法律关系，保底条款的效力在司法实践中存在较大争议。

在此种操作模式下，该证券账户是以委托人 A 的名义开设，账户的所有权（包括资金、股票）仍然在委托人名下，实际上 A 仍然拥有对账户的最终干预权，可以通过更换密码等方式恢复其对账户的全部控制权，双方形成委托理财法律关系。

关于此种操作模式下保底条款的效力问题，有的法院以违背基本经济规律及公平原则认定无效；有的法院则认为，在“自然人之间的委托理财关系中，受托人并非处于劣势或没有经验，而正是因为其有经验和优势，才能接受委托理财。与受托人相比，将自己的资产拱手交给理财人的委托人在资源与信息占有两方面才真正处于弱势地位。故自然人之间委托理财合同中的保底条款并不存在显失公平的前提条件。自然人之间设定的保底条款是正常商业风险投资承担的结果”[3]。笔者认为，在民间

委托理财合同纠纷中，往往是由于资金亏损双方诉至法院，如果完全由受托人承担损失，有违民法基本原理，也悖于公平原则，不利于定纷止争，故笔者赞同认定保底条款无效。

（三）保底条款无效的法律后果

此点与金融类委托理财合同无效的法律后果类似，鉴于保底条款属委托理财合同之目的条款或核心条款，法院一般会认定由于保底条款无效进而导致双方关于委托理财的整体约定无效，并综合双方的投资经验、投资行为、收益分享比例及履约过程中的过错情况，酌情确定涉案资金投资股市的经济损失由双方分担。

投资有风险，入市需谨慎。大家不要认为签订投资理财合同时约定了保底条款就可以高枕无忧，虽然民商事交易中优先尊重双方当事人协商一致的意思表示，但当该意思表示有违法律强制性规定或者有违基本经济规律、有损交易秩序的，仍然可能会被认定无效，最终只能自担苦果。

[1] 参见上海珩舜资产管理有限公司与任宝根委托理财合同纠纷二审案件《二

审民事判决书》，案号：(2019)沪01民终12928号)

[2] 参见云南润泽经济信息咨询有限公司、云南红河金田电力有限责任公司合同纠纷《再审审查与审判监督民事裁定书》，案号：(2019)最高法民申5013号

[3] 参见周润华与蒋晓春、张俊蓓委托理财合同纠纷《二审民事判决书》，案号：(2018)渝01民终3184号



程伟 律师

上海七方律师事务所 律师
七方公司与投融资法律服务部 律师
徐汇区汇调人民调解委员会的兼职调解员

业务方向：股权转让纠纷
公司清算法律实务
一般民商事合同纠纷

员工履职须谨慎，造成损失要赔偿

作者：谢亦团

案例简介

周某于 2006 年 5 月 5 日入职上海某广告公司，担任财务部门高级 IT 经理，2009 年 5 月起担任部门副经理，2012 年 5 月起在 IT 部门担任中国 SAP 支持中心经理，负责公司电脑软件的审核安装工作。

2015 年 1 月，广告公司被某软件公司告知有员工使用了未经其授权的软件，后经第三方审计公司两次审计发现共有 18 台电脑使用了 22 个未经授权的软件。两公司经过谈判达成和解协议，由广告公司支付软件公司软件许可使用费 570 万元，审计费用 330 万元全部由广告公司承担。

2017 年 10 月 9 日，广告公司以周某存在严重失职，对公司造成重大损失为由解除了双方的劳动合同。周某不服，申请劳动仲裁要求恢复劳动关系并支付恢复期间的工资，经过仲裁、一审、二审、再审后，最终认定广告公司以周某严重违反规章制度，并对其公司造成严重损失为由，解除与周某劳动合同，并无不当。

2019 年 2 月 18 日，广告公司申请劳

动仲裁，要求周某赔偿经济损失 900 万元。

裁审结果

经过仲裁、一审、二审，最终认定周某赔偿广告公司经济损失 15 万元。

案例评析

本案的争议焦点是周某是否存在严重失职并对公司造成重大经济损失的行为，造成了多少损失，周某应当承担多少赔偿责任。

一、已为人民法院发生法律效力判决所确认的事实属于无需举证事实，除非有相反的证据予以推翻。

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条之规定，下列事实当事人无需举证证明（四）已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实……；

前款（一）、（三）、（四）、（五）、（六）项，当事人有相反证据足以推翻的除外。由于周某就解除劳动合同事宜申请了劳动仲裁，并经高级人民法院最终认定，其工作过程中存在严重失职，并使公司产生了重大的经济损失。而在本案中，周某提

供的证据并不能推翻生效判决文书中认定的事实。所以最终认定其存在严重失职并对广告公司造成重大损失的行为。

二、因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可以要求劳动者进行赔偿。

根据《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。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。另外根据《上海市劳动合同条例》第五十五条规定，劳动合同当事人违反劳动合同的，应当承担相应的责任。给对方造成经济损失的，应当承担赔偿责任。

本案中，周某作为广告公司的 IT 部门负责人，对于软件安装存在监管职责，由于周某管理不力，导致公司电脑使用了未经软件所有权人授权的软件构成侵权，与广告公司的经济损失存在因果关系。根据上述文件的规定可知，周某应当承担相应的赔偿责任。

三、劳动者因失职行为对用人单位造成损失的赔偿金额应当以实际损失为限，不当将损失范围任意扩大。

本案中，广告公司认为在与软件公司的和解协议约定的软件许可使用费也属于其损失范围。但事实上软件许可使用费是广告公司为继续使用软件公司的软件而支付的对价，而并不是广告公司因为侵权所支付的赔偿费用。所以不应当将其纳入损失赔偿范围。

审计费用系为查实盗版软件的使用而实际产生，且由广告公司实际支付，属于直接经济损失的范围。由于第一次审计只查出广告公司存在违法使用软件公司软件行为，并没有对所有电脑进行筛查，而且由于从所安装的软件公司侵权软件自动发送的信息只能看出大致范围，但不能确定是哪一家公司，所以进行了第二次审计，对所有的电脑，包括另一家关联的研发公司进行了审计，并不存在重复审计情形，周某要求只将一次审计费用纳入损失范围，并不合理。

四、劳动者由于严重失职对公司造成经济损失，用人单位要求劳动者进行赔偿时，应当结合其过错程度、损失的多少、劳动者的工资收入水平等综合认定。

本案中，由于周某未尽到监管义务，存在严重失职，虽然对广告公司造成了 330 万元的重大经济损失，但法院最终根据周某的过错程度、工资收入水平、已从广告公司离职等综合因素，酌定赔偿 15 万元。

热评“逗鹅冤”案： 腾讯公司该如何向严重 失职的涉事员工追责？

作者：李华平



逗鹅冤，网络流行语，特指 2020 年 7 月 1 日被骗 1642 万后还遭全网嘲笑的腾讯公司。

据媒体报道：腾讯公司称老干妈在腾讯投放了千万元市场合作广告，但无视合同长期拖欠未支付，腾讯被迫依法起诉，申请资产保全，广东深圳南山区人民法院裁定冻结老干妈名下价值 1624.06 万元的

银行存款或查封、扣押其等值的其他财产。但 2020 年 6 月 30 日，老干妈方发了红头通告文件表示其从未与腾讯有过合作，腾讯公司系被骗了。7 月 1 日，贵阳市公安局双龙分局发出通报，称三名犯罪嫌疑人曹某、刘某利、郑某君伪造老干妈公司印章，冒充该公司市场营销部经理，与腾讯公司签订合作协议。三人此举的目的是为了获取腾讯赠送的“网络游戏礼包码”，之后倒卖非法获取经济利益。目前 3 人已经被刑拘，案件正在进一步办理中。

都是公章惹的祸？

其实不然！

要订立一份合作协议，主要涉及到商务洽谈、文本磋商、合同签署等三个步骤。

首先，是商务洽谈。这个主要是市场部门的业务人员直接和客户对接的，比如谈广告业务，业务人员要搜集客户的资料并进行业务沟通，了解和发掘客户的广告投放需求，商讨价格与服务内容，定期与合作客户进行沟通，建立良好的长期合作关系等等。这些业务人员是对接客户的终端，“春江水暖鸭先知”，对于客户的情况业务人员应当最为熟悉。

就腾讯与老干妈“广告业务”纠纷，腾讯的业务人员是直接与三名骗子对接的，骗子冒充老干妈公司的市场营销部经理，业务人员有无核实其相应身份，在洽

谈中是否有尽到审慎注意义务等（重大的商务交易，法务部门可能会提前介入）。商务洽谈中对于价格商讨、服务内容的确定等是否符合正常的商业行为和交易习惯等，有无违反常识常理之处的。这些都是可以来考量到相关人员有无尽职尽责的因素。

其次，是文本磋商。一般而言，对于大公司而言，一般都是使用本公司经过法务部门审核的格式合同与客户进行交易，市场人员仅仅对价格、数量、期限等可变内容与客户进行商讨，对于其他的条款一般来讲合同条款都不做变更。如果其他条款要进行变动或作特殊约定，必须征得法务部门的审核同意。因此，像本案中的”广告合同“是否完全是格式条款，还是有变更或特殊约定，不得而知。假设完全就是一份格式合同，则法务部门无需对本合同文本的审核负责，因为空白之处的内容都是商务性条款，这些是由业务部门去洽谈和沟通的；如果该合同的约定比如付款时间、付款条件、违约责任等条款有特殊约定的，法务部门未进行风险提示等尽到合同审核义务的，则法务部门难咎其责。

再次，是合同签署。法务部门审核的合同文本，通常有两种，一种是对方先盖章的，一种是本方先盖章的。对于本方先盖章的，法务部门一般只会对合同内容进行审核，经合同文本经审核后回到业务部

门与对方联系盖章事宜，因此对于公章真伪的辨别要求往往落到业务人员的头上，业务人员要核实对方签约代表的身份，还要查核印章和落款时间等；对于对方先盖章的，法务部门除了要对合同内容进行审核，还会要求业务人员提供对方签约代表的授权情况，查核印章和落款时间等。

当然，除了合同的订立以外，在合同履行过程中也会涉及到相关部门会人员，比如财务部门或风控部门，对合同履行过程要进行监管，对方是否按时付款等。在腾讯“广告合同”纠纷案中，媒体报道中并未披露一个情况，就是对方是否支付过款项？如果有，是否是通过老干妈公司账户支付的？如果是其他公司或个人支付，显然已经不符合合同主体的权利义务一致的特性，风险就出现了；如果没有支付过，是否是合同文本就是约定先提供服务后付款的？这个约定是否符合正常的商业交易习惯等等，可以说这些也会涉及到合同履行与监管的相关部门。

可以说，腾讯公司具体哪些部门或员工存在失职行为，不仅仅是一个假公章的问题，这暴露出的是公司从商务磋商、合同订立到合同履行多个环节可能存在问题。

假设员工严重失职，造成了公司重大损害，公司可以怎么做呢？

可以解除劳动者劳动合同

《劳动法》第二十五条规定，劳动者严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的，用人单位可以解除劳动合同。《劳动合同法》第三十九条规定，劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的，用人单位可以解除劳动合同。

如何认定“严重失职”？一般地，用人单位要对以下几个方面进行举证：一是劳动者存在失职行为，存在该作为不作为，或不该作为滥作为的情形。对于劳动者的职责范围，可以根据规章制度或者劳动合同约定、职位说明书等内容进行确定；二是劳动者对失职行为存在故意或者重大过失；三是劳动者的失职行为与损害结果的发生之间存在因果关系。

如何认定“重大损害”？根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第87条规定，劳动法第二十五条第（三）项中的“重大损害”应由企业内部规章来规定，不便于在全国对其作统一解释。若用人单位以此为由解除劳动合同，与劳动者发生劳动争议，当事人向劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动争议仲裁委员会根据企业的类型、规模和损害程度等情况，对企业规章中规定的“重大损害”进行认定。

因此，用人单位可以通过制定规章制

度来规定“重大损害”的标准。当然，规章制度的制定应该通过民主程序进行，具体应当按照《劳动合同法》第四条规定执行。

对于用人单位单方解除劳动合同，还需要注意程序上的问题。《劳动合同法》第四十三条规定，用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十二条，建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第三十九条、第四十条规定，但未按照劳动合同法第四十三条规定事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院应予支持，但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。

可以要求劳动者赔偿经济损失

根据原劳动部《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。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣



除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。

劳动者严重失职，给用人单位造成重大损失的，用人单位可以按照劳动合同的约定，要求劳动者赔偿经济损失。但是，对于劳动者赔偿用人单位的损失金额，要综合劳动者的过错程度、岗位职责要求、劳动报酬等因素进行综合考量，并不少造成用人单位多少损失就劳动者就要赔偿多少，属于用人单位应当承担的经营风险不能全部转移至劳动者来承担。

回到本案，到底是哪些员工应当负责，相信憨憨的企鹅内部自然会处理。

是否会对外公布？

企鹅说，其实，但是，唉！一言难尽.....



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



劳动者违反保密义务，约定支付违约金条款无效

作者：李华平

本案例刊登于 2020 年 7 月 8 日《劳动报》

案情简介

2018 年 6 月 1 日，胡某进入上海某生物科技有限公司工作，公司与胡某签署了劳动合同和保密协议。

协议约定：“六、乙方(胡某)在甲方(生物科技公司)任职期间，保证不私自保留、复制和泄露任何商业秘密资料，不在其他公司兼职……八、乙方需严格执行本协议。如有以上违约行为，应向甲方支付违约金人民币一百万元；给对方造成经济损失的，愿承担额外全部赔偿责任……”2019 年 8 月 23 日，胡某因个人原因向生物科技公司提出辞职。

2019 年 8 月，生物科技公司发现吴某在职期间与他人共同设立了上海某生物化工有限公司，该公司与生物科技公司从事同类业务；胡某还利用生物科技公司的客户资料开展产品销售业务。生物科技公司认为胡某严重违反了保密协

议的约定，于是向劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁请求，要求胡某支付生物科技公司违约金人民币一百万元。

判决结果

劳动人事争议仲裁委员会裁决不予支持生物科技公司的仲裁请求；生物科技公司起诉至法院后，其请求事项仍未获支持。

律师点评

上海七方律师事务所主任李华平律师：本案涉及劳动者违反保密义务，用人单位能否向劳动者主张违约金的问题，该案具有典型性，希望通过对此案的分析，对正确约定保密义务和责任承担有所帮助。

一、保密义务是劳动者履行劳动合同的随附义务，劳动者应当保守用人单位的商业秘密。

用人单位和劳动者订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。实践中，用人单位往往会针对商业秘密的认定范围、

保密措施、职责要求、后果承担等内容和劳动者签订保密协议，保密协议由用人单位和劳动者协商一致订立。实际上，保守用人单位的商业秘密是劳动者的职责所在，是履行劳动合同的随附义务，无论是否签订过保密协议，都应当遵守。需要指出的是，履行保密义务与用人单位是否向劳动者支付保密费也无关。

二、劳动者违反保密义务，用人单位约定劳动者需支付违约金无效。

《劳动合同法》第二十三条规定，用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

《劳动合同法》只规定了用人单位可以和劳动者约定违约金的两种情形，即劳动者违反服务期约定和违反竞业限

制约定。对于劳动者违反保密义务的，用人单位并不能直接和劳动者约定违约金。本案中，公司和胡某在《保密协议》中约定的违约金违反法律、行政法规的强制性规定，属于无效约定。生物科技公司基于无效约定主张胡某支付违约金，没有法律依据。

三、劳动者违反保密义务造成用人单位损失的，劳动者应当向用人单位承担赔偿责任。

尽管用人单位不能直接和劳动者约定劳动者违反保密义务需支付违约金，但是并不等于劳动者可以随意违反约定而无需承担任何责任。《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。

本案中，胡某违反保密义务行为，虽无需支付违约金，但是对生物科技公司造成损失的，仍应当向公司赔偿损失。生物科技公司有证据证明由于胡某违反保密义务而造成损失的，可就损失向胡某主张相应的赔偿。

装有茅台酒的货车翻车，司机真的要赔 60 余万元吗？

作者：王余婷

据媒体报道：2020 年 7 月 3 号中午 12 点 29 分，一辆厢式货车经淞虹路由北向南行驶至金钟路路口掉头时，车厢侧门突然松动，千余箱茅台酒从车内掉落下来，正好散落在十字路口中央位置，影响车辆通行，见此情形，司机拨打 110 求助。

驾驶员罗某现场就崩溃了：“把门开一下，我看看里面什么情况，全斜啦？！”“是呀。”“通知单位来呀。”“通知了，老板马上过来了。”

“一箱一万？”“是的呀，我又赔不起的。”经初步核实，厢式货车内共装有茅台酒 1500 余箱，掉落的茅台酒超过了 1000 箱，经济损失还在进一步估算中。

据报道该起事故与超载相关，交警：“1500 箱，每箱 7.4 千克，乘以 7.4，等于 11.1 吨，你这个车到底可以装几吨啊？”驾驶员罗某：“……”交警：“8 吨的车，你装了 11.1 吨，你自己算算，你超了多少？”驾驶员罗某：“……”目前，驾驶员罗某的公司要求其赔偿人民币 50 万至 60 万元，但司机

仍在协商。事故也在进一步调查处理中。

在媒体的报道中，我们没有看到货车司机受伤的消息，这也是万幸。但对于这起翻车事件，司机也是苦不堪言，这么多的茅台酒从起驾驶的车辆上翻车，这经济损失可不是一丁点儿的事！但司机真的要承担高达 60 余万元的赔偿责任吗？这并不是一个简单的“是”与“否”的答案，需要从司机与公司之间建立的何种法律关系进行判断与分析。

一、司机与公司之间建立劳动关系，应如何担责？

这起“茅台酒货车翻车事件”与我们曾代理的一个劳动案件有点类似。我们所代理的案件基本情况是这样的，司机与某干粉砂浆厂公司之间建立劳动关系，但公司未与司机之间签订书面劳动合同。某天清晨，司机因超载的原因导致装满干粉砂浆的槽罐车翻车，车辆损坏严重，修理费高达 8 万余元。公司遂通过提起劳动仲裁，要求司机承担因其严重失职行为给公司造成的经济损失。



大家猜想这个案件是如何进行判决的呢？

该案件经过了劳动仲裁及法院的审理，最终法院驳回了公司的诉讼请求，原因在于以下几点，第一点：交通事故的发生具有偶发性和多种可能性，虽然发生了全责的交通事故，但全责并不等于司机存在故意违章的主观状态，交通事故全责也不能证明司机是存在故意或重大过失的，因而，司机的行为不构成“严重失职行为”；第二点：对于“重大损害的金额”，公司未与司机之间签署《劳动合同》，也不存在相关的《规章制度》对重大损害的金额予以约定，因而，对“重大损害”的标准很难作出界定；第三点：公司与司机之间就发生交通事故后，损害应按照何种比例进行承担，未有任何的约定；第四点：法院认为，运输业务过程中发生交通事故时企业正常的经营风险，该风险不能随意地转嫁给劳动者，否则会加重了劳动者的责任。最终法院判决驳回了公司要求翻车实际承担损害赔偿责任的诉讼请求。

通过上述我们所代理的案件，本次事件中的司机是不用那么害怕的，可以稍微松一口气。但这不等于在这次的

“茅台酒货车翻车事件”中的司机是完全无需承担任何的损害赔偿责任的，每个案件的细节之处都有不同。从媒体发布的视频中，我们看到的是“茅台酒直接从货车上翻到下来的”，假设本起事故中没有超载的因素，是司机忘记将侧门的门锁关闭的，此时司机就存在没有履行到最基本的劳动义务，没有尽到应尽的勤勉和安全注意义务，属严重失职的可能性就比较大了。对此，有关损害赔偿的问题，审判机关会结合司机的劳动报酬、对本次事故发生的过错程度等各方面的因素进行综合的考量。

在司法实践中，公司向员工主张损害赔偿责任的法条依据，通常为《劳动合同法》第90条。该条规定：“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。”因而，在本案中公司与司机是否就承担损害赔偿责任的在《劳动合同》、《规章制度》等文件中进行约定，也是一个非常关键的点。作为运输企业，不要等到要用时，方恨当初未约定。事前做好相关的规章制度完善是非常有必要的。

二、司机与公司之间建立的劳务关系，应如何担责？

如本案中的司机与公司之间未建立劳动关系，双方之间建立了劳务关系的。在发生这样的翻车事故后，司机应如何进行赔偿呢？在公司与自然人之间建立劳务关系的情况下，有关损害赔偿责任的承担，需看双方之间对此是如何进行约定。但并非一定会按照约定的金额来判决提供劳务方承担损害赔偿的金额。审判机关也会结合提供劳务方的主观过错、实际发生损害的金额、雇主方是否尽到相应的勤勉义务等多方面因素进行综合考量。

另外，司机与公司之间也有可能建立的是货运合同法律关系，在此情况下，根据《民法典》第 833 条规定：

“货物的毁损、灭失的赔偿额，当事人有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算。法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的，依照其规定。”

《民法典》尚未生效，要到 2021 年 1 月 1 日。但根据现行有效的《合同法》第 312 条规定：“货物的毁损、灭失的

赔偿额，当事人有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算。法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的，依照其规定。”因此，在建立运输合同法律关系的情况下，司机是需要按照约定向公司承担损害赔偿责任的，有约定从约定，在没有约定或者约定不明的情况下，按照市场价格承担！当司机的风险可真大，特别是运输茅台酒！

三、建立劳动关系的司机因翻车导致受伤的，能否认定为工伤？

工伤认定是建立在司机与公司之间建立劳动关系的前提基础之上的，如司机与公司之间建立的是劳务关系或运输合同法律关系的情况下，即便司机因本次事故而受伤的，也谈不上“工伤”的问题。《工伤保险条例》第 14 条及 15 条对哪些情况下应当认定为工伤，哪些情况下视同工伤的，进行了明确的规定。

在《工伤保险条例》第 14 条第 6 项中规定：“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；”。

对于本次“茅台酒货车翻车事件”中司机，假设货车真的翻车，司机因翻车导致自己受伤的，同时，交警部门认定司机对翻车事故承担“全责”，再结合上述法条规定的“非本人主要责任”的规定，是否就认定，该司机是不可以被认定为工伤的。

上述答案是错误的！错误的！错误的！重要的事情说三遍！

开车是司机的本职工作，本次交通事故是发生在履行工作职责过程中，并非“上下班途中”，有关《工伤保险条例》第14条第6项的规定，是适用于固定的时间点，即“上下班途中”的。

工伤实行的是“无过错责任原则”，如司机在履行工作职责过程中发生交通事故的，那怕是“全责”的情况下，只要排除司机存在《工伤保险条例》第16条规定的三种情形，即（一）故意犯罪的；（二）醉酒或者吸毒的；（三）自残或者自杀的。

司机也是符合《工伤保险条例》第14条第1项的规定：“在工作时间和工

作场所内，因工作原因受到事故伤害的，应当认定为工伤。”及第5项的规定：“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，应当认定为工伤。”因此，司机在发生全责的交通事故时，自己受伤的，也是可以认定为工伤的。

司机开车需谨慎，注意人身安全；提前关好车门，保管好车上的货物。运输企业在日常管理过程中，应制定好相关的制度，在要求损害赔偿时会多一份保障！



王余婷 律师

上海七方律师事务所 合伙人

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 干事

业务方向：劳动法、企业用工管理、
合同法、公司法

网红女幼师亲吻男童视频所引发的法律问题探析

谢亦团

【事件回顾】

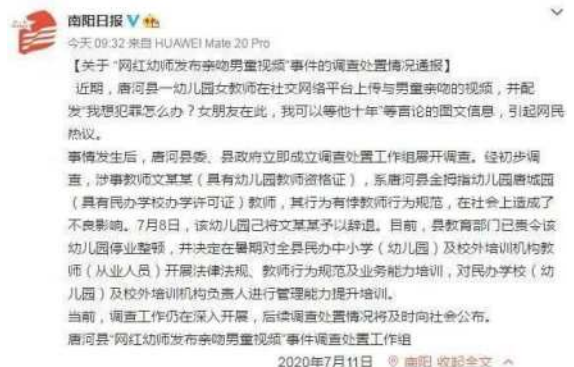
近日，河南省南阳市唐河县一名短视频网红幼师在幼儿园和男学生“亲吻”的视频内容引发争议。一名女幼师在短视频平台上发布了与男童嘴对嘴亲吻的视频，并配文称：“我想犯罪怎么办？女朋友在此，我可以等他十年。”在网友提出质疑后，她甚至声称“在幼儿园我就是老大，可以为所欲为”、“不要拿取关来威胁我，爷不在乎”。该幼师的短视频平台账户名为“一只小胖”，有21.2万粉丝关注，200多个创作视频，获赞高达640万。



7月11日上午，南阳日报发布关于“网红幼师发布亲吻男童视频”事件的调查处置情况通报：

事情发生后，唐河县委、县政府立即成立调查处置工作组展开调查。经初步调查，涉事教师文某某（具有幼儿园教师资格证），系唐河县金拇指幼儿园唐城园（具有民办学校办学许可证）教师，其行为有悖教师行为规范，在社会上造成了不良影响。7月8日，该幼儿园已将文某某予以辞退。目前，县教育部门已责令该幼儿园停业整顿，并决定在暑期对全县民办中小学（幼儿园）及校外培训机构教师（从业人员）开展法律法规、教师行为规范及业务能力培训，对民办学校（幼儿园）及校外培训机构负责人进行管理能力提升培训。

当前，调查工作仍在深入开展，后续调查处置情况将及时向社会公布。



【网友观点】

网红女幼师亲吻男童视频一经媒体报道，在网友中立即炸开了锅，绝大部分认为该名幼师不配做老师，其行为让人难以接受，有违师德，当然也有极少数人认为老师只是为了表达对学生的爱意，开开玩笑，人家父母都没意见，没必要小题大做，来看一下部分网友的观点：



下面针对网友们提出的种种质疑，笔者从法律上逐一进行分析：

一、女幼师亲吻男童的行为是否构成猥亵儿童罪吗？如果不构成刑事犯罪，是否可以根据《治安管理处罚法》的相关规定对其采取行政拘留措施？

根据《中华人民共和国刑法》第二百三十七条之规定，猥亵儿童罪是指以刺激或满足性欲为目的，用性交以外的

方法对儿童实施的淫秽行为，不满十四周岁的男童女童都可以作为本罪的受害人或猥亵对象，猥亵的手段如抠摸、舌舔、吸吮、亲吻、搂抱、手淫、鸡奸等行为。从这个犯罪构成可知，客观要件必须是以刺激或满足性欲为目的，用性交以外方法对儿童实施的淫秽行为。猥亵的手段如抠摸、舌舔、吸吮、亲吻、搂抱、手淫、鸡奸等行为。那么该网红幼师的行为是否符合猥亵儿童罪的客观要件呢？来看看警方的调查。

警方称，相关视频于2019年12月2日在短视频APP上发布，当时涉事幼师带着班里学生在院里玩游戏，班里一名学生表现良好，涉事幼师要奖励该学生亲自己脸蛋一下，谁知学生亲到了涉事幼师的嘴唇，她正好用手机把当时的情景录了下来。涉事幼师也没有多想就把该视频发到了短视频APP上。警方表示，这段视频的截图发到了微博上，在网络上造成了不良影响。涉事幼师在短视频APP评论上说“是我男朋友之类的话”只是玩笑话，经询问幼儿园园长等人，均表示涉事幼师思想单纯，热爱学生，深受孩子喜爱，涉事幼师喜欢拍小视频记录孩子们的快乐瞬间，并没有猥亵儿童的行为，并且该学生的母亲对此事表示理解，表示如果有需要，愿意出来澄清此事。

根据以上警方的调查可知，网红女幼师的行为并不存在以刺激或满足性欲为目的，也即并没有猥亵儿童的主观故意，并不构成猥亵，7月10日，有媒体记者从南阳警方获悉，警方的调查结论也是认定该名幼师没有猥亵学生的嫌疑。

那么是否违反了治安处罚法，可以进行行政拘留呢？根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十四条规定，猥亵他人的，或者在公共场所故意裸露身体，情节恶劣的，处5日以上10日以下拘留。根据警方的调查结论，由于该幼师的行为并不属于猥亵，所以也无需行政拘留。

二、女幼师亲吻男童的行为是否属于性骚扰？是否需要承担民事侵权责任？

该女幼师的行为不构成刑事责任，也不违反治安处罚法，那么是否属于性骚扰，是否需要承担民事侵权责任呢？

性骚扰是指带性暗示的言语动作。针对被骚扰对象，通常是加害者肢体碰触受害者性别特征部位，妨碍受害者行为自由并引发受害者抗拒反应。性骚扰表现形式尚无统一界定。性骚扰的实质是侵犯被骚扰者的性自主权的一种侵权行为。根据《民法典》第一千零一十条违背他人意愿，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。

根据媒体报道来看，幼师的行为并不包含对性自主权的侵犯，因此也不属于性骚扰。当然如果属于性骚扰，幼儿园没有采取合理的预防措施的话，应当承担相应的民事责任。

三、女幼师将亲吻男童视频发布到抖音的行为是否侵犯了男童的肖像权呢？

根据《民法典》第一千零一十九条规定，任何组织或者个人不得以丑化、污损，或者利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。未经肖像权人同意，不得制作、使用、公开肖像权人的肖像，但是法律另有规定的除外。

未经肖像权人同意，肖像作品权利人不得以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。同时在一千零二十条还规定，合理实施下列行为的，可以不经肖像权人同意：（一）为个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究，在必要范围内使用肖像权人已经公开的肖像；

女幼师发布视频的目的主要是展示课堂教学活动（亲吻是由于游戏活动中表现较好学生的奖励），而且孩子的母亲事后也表示理解，可以视为获得肖像权人监护人的同意，因此发布视频公开孩子们的肖像并未侵犯儿童们的肖像权。

四、幼儿园解除女幼师的行为是否合法？

可能绝大多数网友直观判断解除都是合法的，那么直觉是否正确呢？解除的理由可能有哪些呢？

（一）适用《事业单位人事管理条例》还是《劳动合同法》的规定？

公办幼儿园与具有事业编制老师建立的是聘用关系，适用《事业单位人事管理条例》的相关规定，而民办幼儿园与老师建立的劳动关系，适用《劳动合同法》的相关规定。根据媒体的报道，事发的幼儿园属于民办幼儿园，《劳动合同法》第二条规定，中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。因此，对该名女幼师的辞退是否合法应当看是否符合《劳动合同法》的规定。

（二）园方可以选择合法解除的路径有哪些？

1、规章制度有规定的，可以以“严重用人单位的违反规章制度”为由作出解除。

如果幼儿园的规章制度里明确约定，老师发布不当视频等行为对幼儿园造成重大负面影响的属于严重违反规章制度的行为，幼儿园可以解除。女幼师的行为已经引起媒体的广泛关注，对幼儿园带来了极其负面的影响，教育部门已对幼儿园作出停业整顿，对幼儿园造成了实质影响。根据《劳动合同法》第三十九条第二项规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（二）严重违反用人单位的规章制度的。幼儿园据此作出解除完全是合法的。

2、规章制度没有约定的，可以以“违反职业道德”为由作出解除。

作为劳动者都应当遵守职业道德和操守。根据《教师法》第八条规定，教

师应当履行下列义务：（一）遵守宪法、法律和职业道德，为人师表。女幼师亲吻男童，并配有不当言论公开发布于网络的行为显然有违反教师的职业形象，其为了吸引眼球和流量的目的有违教育的本义，幼儿园据此作出解除并无不当。

3、以女幼师的行为违反公序良俗为由作出解除

根据《民法典》第八条规定，民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。女幼师亲吻男童的行为显然有违公序良俗，网友们对其行为也纷纷进行了谴责。虽然《劳动合同法》第三条中只规定了合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则，而并没将不得违反公序良俗作为基本原则之一。但公序良俗是从事民事活动的基本原则，笔者认为可以适用于劳动法领域。





每天工作不足 8 小时被辞退！员工冤吗？

作者：马怡坤

近日，腾讯高级工程师因每天在岗不足 8 小时被辞的新闻再次引爆热点，去年某公司 996 的消息余波未消，腾讯又被推向风口浪尖，本文带领大家一起理性吃瓜。

本案最大的争议就是该员工在岗时间的问题，员工认为自己执行的是弹性工作制，只需要完成工作任务即可，并

没有工作时长要求。腾讯方则认为，虽然是不定时工作制，但《员工劳动合同》、《员工假期管理制度》中仍然规定，确保每天工作时间 8 小时。这里不少人存在疑惑，不定时工作制也要确保工作时间？

首先了解下什么叫做“不定时工作制”

“不定时工作制”是指没有固定工作时间的限制，是针对因生产特点、工作性质特殊需要或职责范围的关系，无法适用标准工作时间或需要机动作业的职工而采用的一种工作时间制度。

高级工程师能否适用不定时工作制？根据原劳动部《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第四条：“企业对符合下列条件之一的职工，可以实行不定时工作制。

(3) 其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围关系，适合不定时工作制的职工。”可见，本案中的高级工程师的工作时间若符合不定时工作制的情形，当然可以申请适用不定时工作制。

不定时工作制有工作时间要求吗？

根据《劳动部关于职工工作时间有关问题的复函》第八条规定：“对于实行不定时工作制的劳动者，企业应当依据标准工时制度合理确定劳动者的劳动定额或其他考核标准，以便安排劳动者休息。”实行不定时工作制度的员工，虽然实行的是弹性的工作时间，但前提是确保生产、工作任务的完成，而不是绝对的自由，企业可以合理确定其劳动定额或其它考核标准。而腾讯就在其

《员工劳动合同》中约定了该员工的考核标准，即：确保每天工作时间 8 小时。

员工工作时间达标了吗？

根据腾讯提交的在岗时长统计表，2019 年 2 月、3 月上旬 8 点至下午 18 点期间，该员工在卡位时长每天 3 至 6 小时不等，均不足 8 小时。该员工虽然主张其除卡位外，还有其他工作场所，工作地点不固定，但并未提交充分有效证据证明。另外法院也并未认可员工提交的微信聊天记录和反应其他员工加班的视频，故认为该员工并未达到劳动合同所要求的每天 8 小时工作时间，违反了劳动纪律。

再审申请过程中，该员工否认腾讯提供视频的真实性，但依据二审判决书中所述，该员工或其代理人已经认可了“在岗时间统计表”的真实性。《最高人民法院关于修改〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的决定》规定了诉讼当事人的自认制度，诉讼过程中当事人对另一方主张的于己不利事实的明确承认，可以直接免除对方的举证责任。所以，该员工再审过程中质疑监控真实性，否定统计表数据，显然已经覆水难收。

员工可以要求腾讯支付加班费吗？

经批准实行不定时工作制的职工，其工作时间不受劳动法第 41 条规定的日延长工作时间和月延长工作时间标准的限制（即每天加班不得超过 3 小时，每月不得超过 36 小时），不执行普通用人



单位加班工资计算的相关规定。该案中，员工要求公司支付其加班工资显然不能得到法院支持。

但实行不定时工作制的用人单位安排劳动者在法定休假节日工作的，根据《深圳市员工工资支付条例》第二十条规定，用人单位应当按照不低于员工本人正常工作时间工资的百分之三百支付员工加班工资。

纵观整个案件，劳动者败诉的主要原因就是举证不能，其中最主要的是对“加班”事实，劳动者并未提供充分证据证明自己达到8小时工作时间。根据最高院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第九条的规定：“劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。”因此，劳动者应当提供证明其在其他时间点“加班”事实的初步证据，如工作记录、打卡记录、交通记录等。当然，在本案中若员工能证明腾讯同时掌握了其加班的监控记录，那么腾讯应当提供，否则就要承担不利后果。

在这里，要劝告劳动者，在平时工作中切勿存在侥幸心理，切实履行劳动义务，遵守劳动纪律。同时，当用人单

位恶意侵害劳动者合法权益时，劳动者要积极做好证据保留和收集工作，寻求专业人士指导，做到未雨绸缪，而非亡羊补牢。



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、企业合规



劳动合同期满不续签，用人单位需举证

作者：王余婷

本案例刊登于 2020 年 8 月 5 日《劳动报》

案情简介

冯某于 2016 年 3 月 16 日入职上海某建筑公司，第二份劳动合同到 2019 年 5 月 20 日截止。公司向冯某出具了落款日期为 2019 年 5 月 20 日的《离职证明》，《离职证明》中载明“冯某系公司员工，2016 年 3 月 16 日入职，2019 年 5 月 20 日离职，离职原因为劳动合同期满，不再续签”。冯离职后提起劳动仲裁申请，向公司主张终止劳动合同的经济补偿金及提成款 120000 元。公司在庭审中称，续签第二份 2 个月短期劳动

合同是冯某自行提出来的，终止劳动合同是冯某提出来的，在《离职证明》中明确载明系不再续签。因此，公司无需向冯某支付终止劳动合同的经济补偿金。

对于冯某主张的提成款，公司称对于提成款的金额予以确认，但认为冯某不符合领取提成款的条件。根据公司《销售绩效考核管理办法》规定：“对于离职员工的提成规定，自离职之日起 1 年内收完客户全部应收款可享受全部提成，离职后 1 年以上仍不能收完客户全部应收款，离职当事人不再享有相应提

成，离职人员提成结算必须待全部回款后才可结算发放。”因冯某所负责的项目回款率未达到100%，因此公司无需向冯某支付该提成款。冯某则称，系公司在劳动合同期满时表示不再与自己续签劳动合同的，本人从来未收到过《销售绩效考核管理办法》，对该内容不予认可。

判决结果

本案经劳动仲裁，法院一审及二审，判决公司需向冯某支付终止劳动合同的经济补偿金及提成款

律师点评

上海七方律师事务所主任李华平律师：本案主要涉及劳动者合同期满不续签，由用人单位举证的问题，以及规章制度的制定需经法定程序且公示告知的问题。

一、劳动合同期满的，用人单位应当对劳动者不愿续签合同承担举证责任。

根据《劳动合同法》第46条第5项规定：“除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同

的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。”因此，如系劳动者的原因不同意续签劳动合同的，用人单位终止劳动合同是无需向劳动者支付经济补偿金。用人单位应对维持或者提高原有劳动合同约定条件情形下劳动者不同意续签劳动合同承担举证责任。

本案中《离职证明》中载明的“离职原因为劳动合同期满，不再续签”，并未表明是哪一方提出的。用人单位应承担举证不能的法律责任，需向劳动者支付终止劳动合同的经济补偿金。

二、用人单位的规章制度，需经民主程序制定且应公示或告知劳动者。

用人单位制定有关劳动报酬等涉及劳动者切身利益的规章制度，应当根据《劳动合同法》第4条的规定通过民主程序制定，并经过公示或告知劳动者后，对劳动者具有约束力。

本案中，公司并未能提供证据证明《销售绩效考核管理办法》通过民主程序制定并公示或告知冯某，冯某亦对该规定不予认可。在公司确认冯某的提成款金额的基础上，单方面规定的提成领取条件对冯某不具有约束力，应当向冯某支付相应的提成款。

疫情期间工资只发 1240 元，合不合法？

谢亦团

案情简介

林某于 2014 年 6 月 1 日进入到上海某软件公司（以下简称公司）从事软件开发工作，双方签订了多份劳动合同，最后一份劳动合同期限为 2017 年 6 月 3 日至 2020 年 6 月 2 日，林某工资为 25000 元/月。林某工作至 1 月 24 日后回家过年，此后由于受到疫情的影响，公司未再安排其出勤。

公司于 2020 年 2 月 26 日发布《意见征询稿》，主要内容为：公司受疫情影响，业务陷入困境，经公司行政方与工会协商，关于薪酬发放听取大家的意见，由于公司经营困难，希望员工与公司能够共克时艰，1 月份工资拟按照以下方案发放①月工资 10000 元以上人员，按照原工资工资待遇的 50% 支付；②月工资 10000 元以下的人员，先支付 70%，其余部分于将于疫情结束后，根据公司的经营状况予以补发。2 月 27 日，公司发布《通知》，告知经过民主程序通过了《意见征询稿》中所列方案。

2020 年 3 月 3 日，公司发布《关于公司纾困措施实施方案》，安排部分员工放长假；3 月末制订公司部分复工轮岗

轮休的纾困措施，并于 4 月 2 日发布《关于公司部分复工措施实施方案》告知员工部分复工，被安排轮岗的员工自 4 月起返岗上班，安排轮休的员工在家休息。5 月，被申请人就放长假和轮岗轮休期间的员工待遇征求全体员工意见，最后待遇问题统一为：2 月份为 2480 元，3 月份起为 1240 元。公司方声称该方案获得 74.6% 员工的同意。公司于 5 月 18 日发布《关于公司纾困放假期间保障待遇支付问题的通知》。

公司于 2 月底按照税前 12500 元支付了林某 1 月份工资，3 月底仅支付了 2956.1 元工资，之后直到劳动合同期满终止未再支付工资。

林某于 2020 年 6 月 19 日提起仲裁，要求公司支付终止劳动关系经济补偿金 150000 元、1 月 1 日至 2 月 29 日期间的工资差额 34543.9 元、3 月 1 日至 6 月 2 日的工资 77298.85 元。

裁判结果

仲裁委员会经过审理后，裁决公司支付林某经济补偿金 150000 元、1 月至 2 月工资差额 12500 元、3 月至 6 月工资为 3834 元。

问题讨论

一、公司通过行政和工会协商的方式通过1月份工资方案是否合法有效？

无效的，理由如下：

1、根据《劳动合同法》第四条之规定，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。

本案中，公司并没有经过职工代表大会或者全体职工的讨论，而是以通知的形式直接公布了1月份薪资发放方案（公司盖章和工会盖章），不符合民主程序的要求。

2、由于1月份公司正常经营，员工正常出勤，公司以“民主”形式将员工工资减半也是不合法的。

1月份疫情并未全面爆发，公司正常营业并未受到疫情的影响，林某等员工也提供了正常的劳动，公司通过所谓的民主程序，假借疫情为由将员工工资减半，不具有正当性和合法性。仲裁委员会也没有支持公司的这一做法。

二、公司一直未安排林某上班是否合法？

2月份之后由于受到疫情的影响，许多公司无法及时复工复产，导致经营困难，从中央至地方各级政府出台多项措施来为公司纾困，其中包括，通过民主程序可以调整薪酬、轮岗轮休、综合调剂休息日等多种方式稳定劳动关系。

什么是轮岗轮休呢？顾名思义，即通过一定的民主程序，大家同意轮流上岗，轮流休息，目的是保证大家都有工作岗位，都能通过劳动满足日常生活需要。而本案中，公司对林某等部分员工（公司想裁员的人员）一直安排在家休息，林某本人也已经超过6个月未上过岗，也没有劳动收入，显然有违轮岗轮休设定的本意。

三、公司以民主形式将月工资标准设定为1240元是否合法？

公司认为其并没有停工停产，所以不能按照停工停产的标准支付工资，经过“民主程序”后，占大多数（按照其说法有74.6%都同意了，事实上全是在职人员的事后签字）同意了有关2月份及以后的工资支付标准，完全是符合政策的。由于林某每月缴纳社会保险的个人部分为4300多元，每月应发工资为1240元，所以林某每月还倒欠公司3000多元。公司这种行为显然很不具有合理性。



1. 公司民主程序并不符合法律规定。由于需要调整员工们的劳动报酬，涉及到员工们的切身利益，按照《劳动合同法》第四条的规定，应当经过民主程序。

本案中，公司所谓的程序并非真正意义上的民主程序，是先确定的上岗人员，再进行征询意见，由于留用的人数比在家休息的人数多，所以当然可以获得多数通过（全是在岗人员同意，而没有一个非在岗人员的签名）；真正的民主程序，那应当是针对全体人员，在未确定是否上岗时进行表决。

2. 经过民主程序调整的报酬应当是针对之后的行为发生效力，而不应当溯及既往。

疫情发生后，公司经过民主程序并公示和告知后，可以对员工们的薪酬进行调整，也即薪酬的调整应当针对方案公布之后的行为具有约束力。本案中，公司是在5月份通过程序，调整的却是自2月起的工资标准，也不合理。

3. 公司通过的方案中约定的标准显然过低，明显不具有合理性，而且应当是到手工资而不是税前工资。

公司方案中约定自3月起在家休息员工的工资为1240元，而且还是税前工资，明显不具有正当性和合理性。设定

停工停产期间最低工资（或生活费）工资标准，目的是为了使得员工获得基本生活保障，最低工资标准已经算是最低的保障，而且按照上海市的政策，最低工资是实得工资而非税前工资，公司将标准设为1240元明显过低，还导致了公司无法安排林某上班，林某竟然每月还倒欠公司3000元的奇葩现象。

仲裁委员会经过审理后，认为公司的方案已经过民主程序，合法有效，很值得商榷，所幸的是按照实得工资来认定，并没有认可公司主张的林某“倒欠”公司的说法。



“带货”不“带祸”——解读《网络直播营销行为规范》

作者：谢茂林



作为新兴的电子商务营销模式，“直播带货”可以营造抢购氛围，增强社交性和互动性，帮助消费者提升消费体验，为产品打开销路。“直播带货”是目前当仁不让的风口，但野蛮生长、迅速扩张之下，行业也面临良莠不齐、缺乏监管而带来的诸多乱象：直播带货商家未能充分履行证照信息公示义务；部分主播特别是“明星主播”在直播带货过程中涉嫌存在宣传产品功效或使用极限词等违规宣传问题；产品质量货不对板，平台主播向网民兜售“三无”产品、假冒伪劣商品；直播刷粉丝数据、销售量刷单造假；售后服务难保障等等。

近日，中国广告协会制定并发布了《网络直播营销行为规范》，为各类参与主体提供了行为指南。《网络直播营销行

为规范》自2020年7月1日起施行，“直播带货”的各类参与者可以参照执行，规范自身行为，防控法律风险，做到“带货”不“带祸”。

总体而言，网络直播营销活动应当遵守以下三大原则：

1、依法合规

网络直播营销活动应当严守法律底线，遵守法律法规，特别是《中华人民共和国电子商务法》、《中华人民共和国消费者权益保护法》、《中华人民共和国广告法》、《中华人民共和国产品质量法》、《中华人民共和国反不正当竞争法》等法律法规中的相关规定。网络直播营销活动中发布的各种信息不得包含以下内容：

（一）反对宪法所确定的基本原则及违反国家法律、法规禁止性规定的；

(二) 损害国家主权、统一和领土完整的；

(三) 危害国家安全、泄露国家秘密以及损害国家荣誉和利益的；

(四) 含有民族、种族、宗教、性别歧视的；

(五) 散布谣言等扰乱社会秩序，破坏社会稳定的；

(六) 淫秽、色情、赌博、迷信、恐怖、暴力或者教唆犯罪的；

(七) 侮辱、诽谤、恐吓、涉及他人隐私等侵害他人合法权益的；

(八) 危害未成年人身心健康的；

(九) 其他危害社会公德或者民族优秀传统文化传统的。

2、客观真实

网络直播营销应当全面、真实、准确地披露商品或者服务信息，依法保障消费者的知情权和选择权；网络直播营销主体不得利用刷单、炒信等流量造假方式虚构或篡改交易数据和用户评价；不得进行虚假或者引人误解的商业宣传。

3、严格履责

网络直播营销主体应当严格履行产品责任，严把直播产品和服务质量关；应当建立健全消费者保护机制，保护消费者的合法权益；应当依法履行网络安全与个人信息保护、知识产权保护、未成年人保护等方面的法律责任。

对于其中最为主要的三类网络直播营销主体——商家、主播、直播平台，其行为规范要点可以概况如下：

一、商家行为规范要点

商家是指在网络直播营销中销售商品或者提供服务的商业主体。

1、实名入驻，亮照经营

商家应具有与所提供商品或者服务相应的资质、许可，并亮照经营。商家入驻网络直播营销平台时，应提供真实有效的主体身份、联系方式等相关信息。销售药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品等特殊商品时，应当依法取得相应的资质或行政许可。

2、提供的产品或者服务合法

商家提供的产品或者服务应当合法，不得销售、提供违法违禁商品、服务，不得侵害他人合法权益。

3、质量和安全保证

商家推销的商品或提供的服务应符合相关法律法规对商品质量和使用安全的要求，符合使用性能、宣称采用标准、允诺等，不存在危及人身或财产安全的不合理风险。

4、信息客观真实

商家发布的产品、服务信息，应当真实、科学、准确，不得进行虚假宣传，欺骗、误导消费者。

5、保障消费者合法权益



商家应当依法保障消费者合法权益，积极履行自身作出的承诺，依法提供退换货保障等售后服务。

二、主播行为规范要点

主播是指在网络直播营销活动中与用户直接互动交流的人员

1、实名认证

主播入驻网络直播营销平台应当进行实名认证，应提供真实有效的个人身份、联系方式等信息。信息若有变动，应及时更新并告知。

主播设定直播账户名称、使用的主播头像与直播间封面图应符合法律和国家有关规定，不得含有违法及不良有害信息。

主播不得违反法律、法规和国家有关规定，将其注册账号转让或出借给他人使用。

2、直播场所适当

主播的直播间及直播场所应当符合法律、法规和网络直播营销平台规则的要求；直播间的设置、展示属于商业广告的，应当符合《中华人民共和国广告法》规定。不得在下列场所进行直播：

- （一）涉及国家及公共安全的场所；
- （二）影响社会正常生产、生活秩序的场所；
- （三）影响他人正常生活的场所。

3、禁止不当言行

主播在直播营销中应坚持社会主义

核心价值观，遵守社会公德，不得含有以下言行：

- （一）带动用户低俗氛围，引导场内低俗互动；
- （二）带有性暗示、性挑逗、低俗趣味的；
- （三）攻击、诋毁、侮辱、谩骂、骚扰他人的；
- （四）在直播活动中吸烟或者变相宣传烟草制品（含电子烟）的；
- （五）内容荒诞惊悚，以及易导致他人模仿的危险动作；
- （六）其他违反社会主义核心价值观和社会公德的行为。

4、如实宣传

主播发布的商品、服务内容与商品、服务链接应当保持一致，且实时有效。应当保证信息真实、合法，不得对商品和服务进行虚假宣传，欺骗、误导消费者。

5、重诺守信

主播在直播活动中做出的承诺，应当遵守法律法规，遵循平台规则，符合其与商家的约定。

主播在网络直播营销活动中不得损害商家、网络直播营销平台合法利益，不得以任何形式导流用户私下交易，或者从事其他谋取非法利益的行为。

主播向商家、网络直播营销平台等提供的营销数据应当真实，不得采取任何形

式进行流量等数据造假，不得采取虚假购买和事后退货等方式骗取商家的佣金。

三、平台行为规范要点

网络直播营销平台是指在网络直播营销活动中提供直播技术服务的各类社会营销平台，包括电商平台、内容平台、社交平台等。

1、信息审核和管理

平台应当要求商家、主播提供真实、有效的相关信息并及时予以审核、管理；应当完善商品和服务交易信息保存制度，依法保存网络直播营销交易相关内容；应当加强内容生态审核和内容安全治理，依法配合有关部门的监督检查，提供必要的资料和数据。

2、建立、健全和执行平台规则

平台应当建立入驻主体服务协议与规则，明确网络直播营销行为规范；应当规范主播准入和营销行为，加强对主播的教育培训及管理；应当明确本平台禁止的营销行为，及对违法、不良等营销信息的处置机制。

平台应当建立便捷的投诉、举报机制，完善争议处理衔接机制；应当公开投诉、举报方式等信息，及时处理投诉、举报。

3、有效管控其他主体行为

电商平台类的网络直播营销平台经营者，应当加强对入驻本平台内的商家商

家主体资质规范，督促商家公示营业执照及与其经营业务有关的行政许可信息。

内容平台类的网络直播营销平台经营者应当加强对入驻本平台的商家、主播交易行为规范，防止主播采取链接跳转等方式，诱导用户进行线下交易。

社交平台类的网络直播营销平台经营者应当规范内部交易秩序，禁止主播诱导用户绕过合法交易程序在社交群组进行线下交易；应当采取措施防范主播利用社交群组进行淫秽色情表演、传销、赌博、毒品交易等违法犯罪以及违反网络内容生态治理规定的行为。



谢茂林 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方知识产权法律服务部 主任
上海律协文化传媒业务研究委员会委员

业务方向：知识产权



“行政机关负责人出庭应诉 司法解释”解读

作者：廖潇歌

快讯

《最高人民法院关于行政机关负责人出庭应诉若干问题的规定》已于2020年3月23日由最高人民法院审判委员会第1797次会议通过，现予公布，自2020年7月1日起施行。

最高人民法院

2020年6月22日

2020年6月23日，最高院公布了行政机关负责人出庭应诉司法解释的全文以及起草该司法解释所坚持的基本原则。下文对行政机关负责人出庭应诉制度进行归纳：

一、行政机关负责人出庭应诉制度的发展概要

行政机关负责人出庭应诉是指在行政诉讼案件中，一般应当由行政机关负责人出庭应诉的制度。

1. 1996年11月，浙江省温州市平阳县人民政府在全国率先发布了《行政首长出庭应诉工作暂行办法》；1999年8月，

陕西省合阳县人民政府和人民法院联合下发了《关于“贯彻行政首长出庭应诉制度”的实施意见》。这是行政机关负责人出庭应诉的雏形。

2. 2004 年，国务院《全面推进依法行政实施纲要》第 28 条规定：“对人民法院受理的行政案件，行政机关应当积极出庭应诉、答辩。”

3. 2008 年，国务院《关于加强市县政府依法行政的决定》第 22 条指出：“要认真做好行政应诉工作，鼓励、倡导行政机关负责人出庭应诉。”

4. 2010 年，国务院《关于加强法治政府建设的意见》第 25 条规定：“行政机

关做好行政应诉工作。完善行政应诉制度，积极配合人民法院的行政审判活动，支持人民法院独立行使审判权。”

5. 2014 年 11 月 1 日，第十二届全国人大常委会第十一次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》。第 3 条第 3 款规定：“被诉行政机关负责人应当出庭应诉。不能出庭的，应当委托行政机关相应的工作人员出庭。”

据此，行政机关负责人出庭应诉制度正式成为法律制度。但是，对于如何贯彻落实这一最新的诉讼制度，需要司法解释予以进一步明确。

二、新《行诉解释》中关于行政负责人出庭应诉的特别规定

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释自 2018 年 2 月 8 日起施行。该《行诉解释》分为十三个部分，共计 163 条，《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（法释〔2000〕8 号）、最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释》（法释

〔2015〕9 号）同时废止。

为进一步推动行政机关负责人出庭应诉，确保行政纠纷获得实质化解，《行诉解释》第八部分“行政机关负责人出庭应诉”在以下几个方面作了规定：

（一）适度扩大行政机关负责人的范围，确保制度落地生根

第一百二十八条第一款 行政诉讼法

第 3 条第 3 款规定的行政机关负责人，包括行政机关的正职、副职负责人以及其他参与分管的负责人。

第一百二十八条第二款 行政机关负责人出庭应诉的，可以另行委托一至二名诉讼代理人。行政机关负责人不能出庭的，应当委托行政机关相应的工作人员出庭，不得仅委托律师出庭。

（二）明确应当出庭应诉的情形，促进行政机关负责人依法出庭应诉

第一百二十九条第一款 涉及重大公共利益、社会高度关注或者可能引发群体性事件等案件以及人民法院书面建议行政机关负责人出庭的案件，被诉行政机关负责人应当出庭。

（三）明确行政机关负责人不出庭的说明义务，确保行政机关负责人出庭应诉制度的实效

第一百二十九条第三款 行政机关负责人有正当理由不能出庭应诉的，应当向人民法院提交情况说明，并加盖行政机关印章或者由该机关主要负责人签字认可。

第一百二十九条第四款 行政机关拒

绝说明理由的，不发生阻止案件审理的效果，人民法院可以向监察机关、上一级行政机关提出司法建议。

（四）明确“行政机关工作人员”的含义，确保“告官见官”

第一百三十条第一款 行政诉讼法第 3 条第 3 款规定的“行政机关相应的工作人员”，包括该行政机关具有国家行政编制身份的工作人员以及其他依法履行公职的人员。

第一百三十条第二款 被诉行政行为是地方人民政府作出的，地方人民政府所属法制工作机构的工作人员，以及被诉行政行为具体承办机关工作人员，可以视为被诉人民政府相应的工作人员。

（五）明确不出庭应诉的不利后果

第一百三十二条 行政机关负责人和行政机关相应的工作人员均不出庭，仅委托律师出庭的或者人民法院书面建议行政机关负责人出庭应诉，行政机关负责人不出庭应诉的，人民法院应当记录在案和在裁判文书中载明，并可以建议有关机关依法作出处理。

三、《行政机关负责人出庭应诉司法解释》的七大亮点

（一）明确行政机关负责人出庭应诉的定义和范围，确保负责人出庭应诉制度的正确适用

第一条 明确了行政机关负责人出庭应诉的内涵。

第二条 明确规定了行政机关负责人及相应的工作人员的范围。

（二）明确人民法院通知行政机关负责人出庭应诉的案件，保障重大案件行政机关负责人应当出庭应诉

第四条 明确了人民法院应当、可以通知负责人出庭应诉的案件类型。

（三）合理减轻行政机关负责人出庭应诉负担，节约有限的行政资源

第三条 明确规定了共同被告案件出庭负责人的确定。

第七条 明确规定了多次庭审的行政机关负责人出庭应诉问题。

第五条 明确规定了出庭应诉负责人的更换程序。

（四）细化行政机关负责人出庭应诉相关程序，保障负责人出庭应诉工作有序开展

第五条 明确规定了负责人出庭应诉的通知程序。

第六条 明确对负责人以及相应的工作人员身份审查。

（五）明确行政机关负责人不能出庭的正当理由，规范负责人不能出庭的情形

第八条 明确列举负责人不能出庭正当理由情形。

第九条 明确规定对负责人不能出庭理由的审查，以及有正当理由不能出庭的延期开庭制度。

（六）规定行政机关负责人出庭效果保障措施，确保行政机关负责人出庭又出声

第十一条 明确规定负责人出庭的相关义务，并保障负责人履行出庭义务的相关措施。

（七）规定行政机关负责人未履行出庭应诉义务的处理措施，切实保障负责人出庭应诉制度得到有效落实

第十二条 明确规定行政机关未依法履行负责人出庭义务的处理措施。

第十四条 明确规定行政机关负责人出庭应诉情况的公开制度。

结语

行政机关负责人出庭应诉司法解释是在我国全面建成小康社会、法治政府基本建成的收官之年，

最高人民法院通过的一部重要的行政诉讼司法解释。这部司法解释的发布，将对推进严格规范文明执法、促进实质性化解行政争议、推进人民法院行政审判工作产生积极影响。

法条链接

法释〔2020〕3号

《最高人民法院关于行政机关负责人出庭应诉若干问题的规定》（2020年3月23日最高人民法院审判委员会第1797次会议通过，自2020年7月1日起施行）为进一步规范行政机关负责人出庭应诉活动，根据《中华人民共和国行政诉讼法》等法律规定，结合人民法院行政审判工作实际，制定本规定。

第一条 行政诉讼法第三条第三款规定的被诉行政机关负责人应当出庭应诉，是指被诉行政机关负责人依法应当在第一审、第二审、再审等诉讼程序中出庭参加诉讼，行使诉讼权利，履行诉讼义务。法律、法规、规章授权独立行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织的负责人出庭应诉，适用本规定。

应当追加为被告而原告不同意追加，人民法院通知以第三人身份参加诉讼的行政机关，其负责人出庭应诉活动参照前款规定。

第二条 行政诉讼法第三条第三款规定的被诉行政机关负责人，包括行政机关的正职、副职负责人、参与分管被诉行政行为实施工作的副职级别的负责人以及其他参与分管的负责人。

被诉行政机关委托的组织或者下级行政机关的负责人，不能作为被诉行政机关负责人出庭。

第三条 有共同被告的行政案件，可以由共同被告协商确定行政机关负责人出庭应诉；也可以由人民法院确定。



第四条 对于涉及食品药品安全、生态环境和资源保护、公共卫生安全等重大公共利益，社会高度关注或者可能引发群体性事件等的案件，人民法院应当通知行政机关负责人出庭应诉。

有下列情形之一的，需要行政机关负责人出庭的，人民法院可以通知行政机关负责人出庭应诉：

（一）被诉行政行为涉及公民、法人或者其他组织重大人身、财产权益的；

（二）行政公益诉讼；

（三）被诉行政机关的上级机关规范性文件要求行政机关负责人出庭应诉的；

（四）人民法院认为需要通知行政机关负责人出庭应诉的其他情形。

第五条 人民法院在向行政机关送达的权利义务告知书中，应当一并告知行政机关负责人出庭应诉的法定义务及相关法律后果等事项。

人民法院通知行政机关负责人出庭的，应当在开庭三日前送达出庭通知书，并告知行政机关负责人不出庭可能承担的不利法律后果。

行政机关在庭审前申请更换出庭应诉负责人且不影响正常开庭的，人民法院应当准许。

第六条 行政机关负责人出庭应诉的，应当于开庭前向人民法院提交出庭应

诉负责人的身份证明。身份证明应当载明该负责人的姓名、职务等基本信息，并加盖行政机关印章。

人民法院应当对出庭应诉负责人的身份证明进行审查，经审查认为不符合条件，可以补正的，应当告知行政机关予以补正；不能补正或者补正可能影响正常开庭的，视为行政机关负责人未出庭应诉。

第七条 对于同一审级需要多次开庭的同一案件，行政机关负责人到庭参加一次庭审的，一般可以认定其已经履行出庭应诉义务，但人民法院通知行政机关负责人再次出庭的除外。

行政机关负责人在一个审理程序中出庭应诉，不免除其在其他审理程序出庭应诉的义务。

第八条 有下列情形之一的，属于行政诉讼法第三条第三款规定的行政机关负责人不能出庭的情形：

（一）不可抗力；

（二）意外事件；

（三）需要履行他人不能代替的公务；

（四）无法出庭的其他正当事由。

第九条 行政机关负责人有正当理由不能出庭的，应当提交相关证明材料，并加盖行政机关印章或者由该机关主要负责人签字认可。



人民法院应当对行政机关负责人不能出庭的理由以及证明材料进行审查。

行政机关负责人有正当理由不能出庭，行政机关申请延期开庭审理的，人民法院可以准许；人民法院也可以依职权决定延期开庭审理。

第十条 行政诉讼法第三条第三款规定的相应的工作人员，是指被诉行政机关中具体行使行政职权的工作人员。

行政机关委托行使行政职权的组织或者下级行政机关的工作人员，可以视为行政机关相应的工作人员。

人民法院应当参照本规定第六条第二款的规定，对行政机关相应的工作人员的身份证明进行审查。

第十一条 诉讼参与人参加诉讼活动，应当依法行使诉讼权利，履行诉讼义务，遵守法庭规则，自觉维护诉讼秩序。

行政机关负责人或者行政机关委托的相应工作人员在庭审过程中应当就案件情况进行陈述、答辩、提交证据、辩论、发表最后意见，对所依据的规范性文件进行解释说明。

行政机关负责人出庭应诉的，应当就实质性解决行政争议发表意见。

诉讼参与人和其他人以侮辱、谩骂、威胁等方式扰乱法庭秩序的，人民法院应

当制止，并根据行政诉讼法第五十九条规定进行处理。

第十二条 有下列情形之一的，人民法院应当向监察机关、被诉行政机关的上一级行政机关提出司法建议：

（一）行政机关负责人未出庭应诉，且未说明理由或者理由不成立的；

（二）行政机关有正当理由申请延期开庭审理，人民法院准许后再次开庭审理时行政机关负责人仍未能出庭应诉，且无正当理由的；

（三）行政机关负责人和行政机关相应的工作人员均不出庭应诉的；

（四）行政机关负责人未经法庭许可中途退庭的；

（五）人民法院在庭审中要求行政机关负责人就有关问题进行解释或者说明，行政机关负责人拒绝解释或者说明，导致庭审无法进行的。

有前款情形之一的，人民法院应当记录在案并在裁判文书中载明。

第十三条 当事人对行政机关具有本规定第十二条第一款情形提出异议的，人民法院可以在庭审笔录中载明，不影响案件的正常审理。

原告以行政机关具有本规定第十二条第一款情形为由拒不到庭、未经法庭许可中途退庭的，人民法院可以按照撤诉处理。



原告以行政机关具有本规定第十二条第一款情形为由在庭审中明确拒绝陈述或者以其他方式拒绝陈述，导致庭审无法进行，经法庭释明法律后果后仍不陈述意见的，人民法院可以视为放弃陈述权利，由其承担相应的法律后果。

第十四条 人民法院可以通过适当形式将行政机关负责人出庭应诉情况向社会公开。

人民法院可以定期将辖区内行政机关负责人出庭应诉情况进行统计、分析、评价，向同级人民代表大会常务委员会报告，向同级人民政府进行通报。

第十五条 本规定自 2020 年 7 月 1 日起施行。



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、
社区治理、物业管理



医者仁心 律者思方

主 编：王晓鹏

编 辑：顾芸、吕新雅、薛克拉提·塔依尔、朱好婕、张茜

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