



# 七方法研

QIFANG LEGAL RESEARCH

学无止境 方有未来

2020年第5期 总第5期





## 解读民法典

- 《民法典》侵权责任编解读之“自甘风险” -----01
- 父母生二胎要我养？民法典：这是义务-----08
- 民法典时代，遗产管理人助你守护财产-----11
- 《民法典》电子合同发生了这些新变化！ -----14

## 民商纵横

- 买房遇价外收费？一言不合法院见？且慢！ -----19
- 房屋过户怕意外，预告登记来保障-----23

## 家长里短

- 七夕情人节，请收下这份“普法大礼包” -----27
- 夫妻间赠与房产 落笔无悔 OR 一纸空文-----30
- 小区广告收益该归谁？民法典定了！ -----33

## 罪与罚

- 老人被狗绳绊倒身亡为何定为意外事件？ -----37
- 面对“咸猪手”，该如何正当防卫？ -----41
- 鲍某某案留给律师哪些启示？ -----46
- 销售假冒注册商标的商品罪适用缓刑情节梳理
- 以上海某辖区法院的判决为例-----49
- 对《刑法修正案(十一)草案》
- 拟下调刑事责任年龄的一些思考-----63



## 公司治理

- 股东出资纠纷何处管辖? -----67  
保险公司破产问题的法律探析-----71

## 财税金融

- 借钱炒股? 违法配资或让你万劫不复! (下篇) -----77  
股民在什么情况下可以向上市公司索赔? -----82  
定融产品的“真假”管理人-----87  
证券虚假陈述纠纷中赔偿金额如何确定-----91

## 聚焦劳动法

- 倒饭 3 次要被开除, 这样合法吗? -----99  
“共享用工”的门道, 你都知道吗?-----102  
企业用工过程中的劳动者肖像权保护-----106  
公司少做了一件事赔了 38 万, 亏大了! -----110  
司法解释新规解读:  
从劳动关系角度谈企业商业秘密的保护-----113  
外卖骑手, 拿什么来拯救你? -----118  
从联想到小米, 常程竞业限制纠纷案判赔 525 万引争议-----121  
公司未书面通知员工无需履行竞业限制义务! -----126

## 知产知否

- 海底捞状告河底捞商标侵权败诉  
近似商标的判断标准在哪里? -----131  
“南翔小笼” 德比大战的出路何在? -----137



## 《民法典》侵权责任编解读之“自甘风险”

作者：王晓鹏

上一期《民法典》侵权责任编解读中，我向大家介绍了侵权责任编中“公平原则”的价值重构。这一期我们一起再来聊聊侵权责任编中新增的一个全新的免责事由——“自甘风险”，聊一聊“自甘风险”的前世今生，聊一聊“自甘风险”的实务与要件。

### 一、“自甘风险”前世今生

“自甘风险”，顾名思义，就是自愿参加特定的具有一定风险性的活动时，一旦发生了人身或财产损害，“好汉做事好汉当”，自己买单，怨不得别人。

《民法典》出台之前，在我国现行

的法律中，是没有明确规定“自甘风险”这一免责事由的。2002年教育部颁布的《学生伤害事故处理办法》中第12条规定，在对抗性或者具有风险性的体育竞赛活动中发生意外伤害的，学校已经履行了相应职责，行为并无不当，无法律责任。这可以看作是“自甘风险”原则的前身，但是这项规定更多的还是关注校园伤害这一领域，且调整的是受害人与校方之间的责任承担关系，其调整范围和主体都不够全面，在后来的《侵权责任法》中，也被学校及教育机构侵权责任条款吸收。

随后《侵权责任法》实施以后，并无明确的条文规定“自甘风险”的免责事由，实践中，特别是在体育对抗活动中，如果出现了一方因参加活动受到损害的时候，加害方如果没有过错，司法机关往往出于“伤者为大”的价值取向，多采用“公平原则”处理案件，根据个案的实际酌情判令加害人承担部分损失。

进入《民法典》时代后，上一期解读我们已经跟大家介绍过，“公平原则”的适用范围已经大大受限，除了法律有明确规定的情形以外，司法机关不得在个案中自由裁量，任意适用，在这样的价值重构下，《民法典》1176条第一次在我国法律中明确了“自甘风险”免责事由，该条规定如下：

“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。

活动组织者的责任适用本法第一千一百九十八条至第一千二百零一条的规定。”

上述规定是我国法律第一次从适用范围、免责条件、但书规定对于“自甘风险”进行明确规定。2021年1月1日《民法典》正式实施以后，如果再出现该条规定的情形导致人身损害的，加害人将依法免责，不再承担责任。

《民法典》1176条这条全新的免责事由，对于我们每一个人，特别是热爱文体运动的朋友，影响巨大，我们应

该对1176条进行一个详细的解读，以明确其在实践中的适用，了解其内涵，指引自身规避风险。

## 二、《民法典》时代“自甘风险”的适用

### 如何理解“文体活动”

《民法典》规定，“自甘风险”适用于“具有一定风险的文体活动”，可以看出，并非所有的场合，加害人都可以适用“自甘风险”主张免责。《民法典》采用了一种稳妥的立法方案，把“自甘风险”的适用范围限缩在“文体活动”中，一方面是由于此前出现过大量的相关案例；另一方面，对于一个全新的免责事由也需要在未来的实践中审慎确定其适用范围。

《民法典》1176条中，采用了“文体活动”而非“体育活动”的表述，笔者理解，这应该是包含一种广义的“大体育”的概念，也呼应社会现实中新出现的，诸如户外探险、野外生存、沙漠

冲浪、体育健身等有别于传统对抗性体育活动，偏向于娱乐性质的“文化活动”，这些活动也具有一定的风险，需要由法律予以规制。

从1176条的条文表述还可以看出，“自甘风险”并没有限定只能在专业体育运动领域适用，那可以推断其也适用于业余体育、大众健身领域，甚至应该主要适用在该领域。因为实践中，专业体育运动领域发生的人身损害，受害人往往有商业保险，而业余体育、大众健身领域中加害人和受害人往往没有购买相应的商业保险，只能通过法律规定确定责任承担方式和金额，这也是“自甘风险”的主要适用领域。

如何理解“因其他参加者的行为受到损害”

1176 条对于可能适用“自甘风险”免责的伤害来源规定为“因其他参加者的行

为”致害，笔者认为这里的“其他参加者”在实践中主要包含以下两种人员

## 第一种是体育活动中的同场参与人员

体育比赛的魅力在于其激烈的对抗性，除了单人参与的体育项目，比如跳绳、瑜伽、体操等以外，大多数体育项目都是对抗性和互动性的，在同一场地、同一时间，由两人以上共同参与特定的体育项目，比如足球、篮球、拳击等，这些对抗性体育项目不可避免的产生身体接触和对抗，在此过程中，同场竞技人员可能造成其他人员的人身损害，因此同场竞技人员当然属于 1176 条规定的“其他参加者”，这一点比较好理解。

需要指出的是，除了对抗性体育活动外，非对抗性的，相对平和的文体活动，比如户外探险、徒步旅行等，同行的参与者、旅伴、驴友等人员也应当属于“其他参加者”，这种情况下，受害人遭受的伤害大多并非来自瞬时的对抗伤害，但如果伤害的来源也是来自于其他参加者的，也可以对照 1176 条判断加害人是否应承担侵权责任。

## 第二种是场外的观众因场上运动员的行为致害

前文已述，不管是对抗性体育活动还是非对抗性的文体活动，直接参与人员很容易界定为“其他参加者”，但是现实中还存在一种特殊情形，即场外的观众因为场上运动员的体育活动受到伤

害，是否属于“自甘风险”的调整范畴？

笔者认为，结合“自甘风险”的条文规定和立法本意，此处可以做扩大解释，即如果观众自愿前往活动场地观看

文体活动，观众从一个正常理性人的经验判断，观看体育比赛在带来愉悦体验的同时，也会存在不可预知的风险，此时的观众应属于广义上的文体活动的参

加者，如因其他观众、场上运动员的行为致害的，也属于可能适用“自甘风险”调整的范围。

### 如何理解受害人“自愿参加”

受害人“自愿参加”具有一定风险的文体活动是主张“自甘风险”免责的前提条件，笔者认为，1176条中的“自愿参加”应指受害人知道或者应当知道参与某种文体活动可能存在的风险，这种风险源于文体活动本身固有的风险，而非其他不可预知的意外，但是受害人仍然出于自身的意愿积极参与，区别于出于职业、法定义务、双方约定等情形下的被动参与。

那么在判断受害人的主观心态的时候，是否要考虑年龄、智力、社会经验水平的因素？

笔者认为，判断是否受害人是否是“自愿参加”文体活动，不应机械的从年龄、智力等因素来简单判断，比如单纯的认为未成年人就一定比成年人的认

知水平差，对于风险认识不足，参与文体活动的自愿性较弱。而是应该在个案中个别分析，比如根据受害人参与文体活动的难度、专业要求、损害发生的原因行为等多重因素来判断。

### 如何理解加害人存在“故意或重大过失除外”

《民法典》公布之前，笔者检索到的体育运动致害的案例当中，司法机关在认定加害人在体育活动中致他人损害是否应承担侵权责任时，无一例外，首先都要对加害人是否存在“过错”进行判断，此处的“过错”指的就是1176条中的“故意或重大过失”。

“故意或重大过失”是一种主观心态，主观心态只能通过客观行为进行推断。在文体活动中，故意的主观心态往

往表现为，加害人以明显违反竞赛规则或者体育道德的方式积极追求对方受伤，以达到泄愤、迫使对方被动离场等目的，比如在足球比赛中通过恶意铲、无球冲撞、非对抗区域故意殴打对方等行为，给其他运动员的身体造成严重伤害；重大过失的主观心态往往表现为加害人对于自身的技术过于自信，或者对于一般人可预见的危险极度疏忽，虽然加害人本意并非追求受害人身体受损，但是客观上造成了损害后果。比如篮球比赛中球员明知场外观众席距离救球点很近，仍然飞奔救球，后期虽采取减速措施，仍冲入观众席造成观众的人身损害。

在判断加害人是否具备主观上的“故意或者重大过失”的时候，笔者认为可以将该文体活动通用的项目规则作为重要的参考标准，文体活动中，特别是对抗性体育活动中，场上参与者应当具备一定的专业技能，其对于项目规则的理解远甚于普通人，如果加害人的行

为明显违反了项目规则，则可推断主观上具备“故意或者重大过失”，将不能主张对受害人的人身损害免责。

### 如何理解“活动组织者的责任”

可以预见，在《民法典》于2021年1月1日正式颁布实施后，会有很多文体活动中的人身损害案件由于加害人符合“自甘风险”免责标准而免责，那么受害人是否就只能默默承受一切呢？

当然不是，1176条第二款也为“自甘风险”免责情形下，受害人的损害赔偿救济留下了一个空间，即如果加害人免责，还可以进一步根据《民法典》1198-1201条之规定，如果文体活动的组织者、教育机构等主体未能尽到安全保障义务、未尽到教育、管理职责的，由活动的组织者、教育机构承担相应的侵权责任。

而1198-1201条是原《侵权责任法》相关条文的继承，实践中有大量成熟的判例经验和操作，本文就不再展开。

## 结 语

丰富多彩的文体活动给参与者带来身心的锻炼和愉悦，给观赏者带来力与美的视觉欣赏，是每一个正常的社会主体积极追求的美好活动，但是风险始终也伴随着文体活动，一代巨星因伤退场，泪洒战袍的悲情场景可能比功成名就，辉煌谢幕更加令人难以忘怀，某种程度上，风险也是体育运动的魅力所在。如果在文体活动中，因为活动自身不可避免的固有风险，动辄运用“公平原则”苛求加害人承担责任，一方面显失公平；另一方面也会使得文体活动参与者为了免于承担责任而小心翼翼，畏手畏脚，最终导致文体活动缺乏足够的对抗性，失去其本意。

此次《民法典》在严格限制“公平原则”适用的大前提下，第一次明文规定了文体活动中“自甘风险”的免责事由，并再一次强调了活动组织者的安保义务，从逻辑上完整的构筑了我国的“自甘风险”免责事由，也尽可能的在

受害人和加害人之间寻求一种利益上的平衡，我们有理由相信随着《民法典》的正式实施，随着司法实践中适用本条的案件的大量出现，“自甘风险”的理论和实践一定会越来越完善，真正体现其立法价值。



王晓鹏 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人  
七方企业合规法律服务部 主任  
上海市创优中小企业人才服务中心 讲师  
业务领域：侵权责任、合同法、企业法律顾问  
联系方式：17621356262



## 父母生二胎要我养？民法典：这是义务

作者：七方家事法律团队

2016年1月1日，全面“二胎”政策正式实施，四年多来，关于“二胎”的新闻频上热搜：“大学毕业回家，家里多了一个娃”、“女儿和母亲同时怀孕”、“父母怕女儿不孝顺，又偷偷生了一个”……兄妹、姐弟之间的年龄差越来越大，有些矛盾也在悄然发生。

近日，刚刚大学毕业的小丽非常苦

恼，她那依靠低保生活的父母，在她上大学时生下二胎，弟弟现年2岁。父母的身体情况和经济状况都无力负担二胎的生活，就想让小丽来扶养弟弟，但遭到小丽的极力反对。

小丽的抗拒也不是全无道理。家里生活条件一直很拮据，小丽从小勤俭节约，学习刻苦；考上大学后，所有费用都是小

丽靠奖学金和助学金支付的。现在小丽终于毕业了，当她抱着对未来生活的憧憬，准备在社会上好好闯荡一番时，却没想到第一份“工作”竟然是扶养弟弟！

“无力扶养为什么要生？”这不仅是小丽的控诉，也是很多网友的共鸣。这则新闻一经报道，短短四个小时，就引来了1.4万人次的转发，2.9万人次的评论，网友纷纷为小丽抱不平：



那么，在法律上，小丽有义务和责任扶养弟弟吗？

答案是肯定的。《民法典》第1075条规定：有负担能力的兄、姐，对于父母已

经死亡或者父母无力抚养的未成年弟、妹，有扶养的义务。

由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有扶养的义务。

因此，虽然我们很同情小丽的遭遇，但小丽已经成年，根据《民法典》的规定，对于父母无力抚养的弟弟、妹妹，已经成年的姐姐确实具有扶养义务。

但兄、姐对弟、妹的扶养义务并不适用于所有情况，只有同时满足以下三个条件时，兄、姐对弟妹才负有法定的扶养义务：

## 01

兄、姐具有负担能力

如果兄、姐自身经济状况较差，无法满足自己的基本生活需要，也就对弟、妹没有扶养义务。

## 02

父母已经死亡或者父母无力抚养

父母作为法定抚养人，具有不可逃避的扶养义务。

## 03

弟、妹未成年

待弟、妹成年之后，即使不能自食其力，兄、姐也不负有法定的扶养义务。

对于由兄、姐扶养长大的弟、妹，在兄、姐丧失劳动能力，缺乏生活来源的情况下，弟、妹若具有能力，对兄、姐也负有对等的扶养义务，兄、姐有权要求弟、妹支付扶养费。

### 结语

小丽在法律上责无旁贷，而在情理上却情有可原。《奇葩说》第6季曾有一期辩题“生二胎要不要经过老大同意”？傅首尔的发言非常经典，她说，当一个孩子手里有一百颗糖，他怎么会介意分享？但是当他手里只有两颗糖，你又凭什么要求他大方？父母当然有生二胎的权利，作为老大也没有权利去阻止，但父母对待二胎是否偏私，却会影响孩子一生的幸福。

愿所有父母，生二胎不为别的，只为爱。



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  
联系方式：18616910916



李宁 律师

上海七方律师事务所 律师  
上海七方律师事务所婚姻家庭法律服务部  
业务方向：婚姻纠纷、继承纠纷、抚养纠纷  
联系方式：13262796603



## 民法典时代，遗产管理人助你守护财产

作者：七方家事法团队

近年来，我们时常能看到因为继承遗产而闹上法庭的案例，其中不乏名人事例，如：女富豪龚如心，生前争他人遗产，死后别人争她的遗产；相声艺术家侯耀文，因遗产继承，整整四年才得以下葬……遗产本是逝去亲人留给我们的安慰，但往往也能成为矛盾的起源，有的甚至因为遗产分割，从亲人变为仇人。此次《民法典》的修订，新增加了“遗产管理人制度”，又会对遗产继承产生哪些变化和影响呢？

《民法典》第 1145 条至第 1149 条，从遗产管理人的产生、职责、法律责任等进行了框架性的规定。遗产管理人制度作为遗产继承的一项基本制度，无论是法定继承，还是遗嘱、遗赠，均可适用。

### 遗产管理人的产生

《民法典》第 1145 条，明确规定了遗产管理人的产生方式，继承开始后，如果有遗嘱执行人的，遗嘱执行人则当然为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人，继承人未推选的，则由全体继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均表示放弃继承的，则由被继承人生前住所地的民政部

门或者村民委员会担任遗产管理人。如果继承人对遗产管理人的确定存在争议，那么利害关系人可以直接向人民法院申请指定遗产管理人。

遗产管理人产生方式的确定，首先解决了遗嘱执行人与遗产管理人权责不清的问题，其次，明确了遗产管理人的产生顺序，也为妥善分割遗产提供了保障。

## 遗产管理人的职责

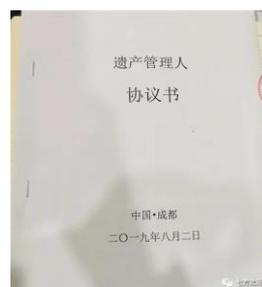
《民法典》第 1147 条对遗产管理人的职责进行了明确，主要分为以下四个方面：

### 1、明确遗产范围，制作遗产清单

《民法典》修订之后，遗产的范围予以扩大，遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产，除了传统的不动产、存款等，虚拟资产、网络财产也进入到了遗产范围，遗产的类型更加多样化与复杂化，从而也给遗产的继承带了更大的不确定性。遗产管理人需要全面了解被继承人的财产构成、分布和持有状况，制作遗产清单，针对不同类型的财产，实施不同的管理方式，保证财产的安全与完整。

2、处理债权债务，平衡好债权人与继承人之间的利益关系

据统计，我国高净值客户中约 70%为私营企业主，在企业的经营过程中，企业主（股东）往往会为了企业的融资而承担相应的担保责任，企业与企业之间的资金拆借更是常见，这就会使得他们的债权债务关系更加错综复杂，由专门的遗产管理人来处理债权债务，更有利于问题的实际解决。早在 2019 年 10 月，广西壮族自治区的四川卓宇律师事务所就以遗产管理人的身份参与到了民事借贷纠纷中。《民法典》将处理债权债务作为遗产管理人的职责之一，实际上也是为了平衡好债权人与继承人之间的利益关系。



3、按照被继承人的意愿或者依照法律规定分割遗产

如果被继承人生前已经订立了有效地遗嘱（遗赠等）文件，遗产管理人应依照被继承人的意愿分割遗产。反之，遗产管理人应按照法律的规定，综合考虑所有被继承人的情况，对遗产进行分割。

4、采取必要措施，实现遗产的保值、增值

“采取必要措施防止遗产毁损、灭失”是遗产管理人的职责之一，这也就对遗产管理人有了更高的要求。对于现金类财产，遗产管理人可以进行储蓄；对于不动产，遗产管理人可以维持现状或予以出租；对于收藏品，遗产管理应妥善保管；但是对于股票、基金类财产，就需要遗产管理具备更高、更加专业的理财能力。

### 遗产管理人的责任承担

《民法典》第 1148 条，遗产管理人应当依法履行职责，若因故意或者重大过失造成继承人、受遗赠人、债权人损害的，应当承担民事责任。

根据这一规定，既对遗产管理人的行

为进行了约束，也对继承人、受遗赠人、债权人的权利进行了保障。如果遗产管理人在履职期间不尽责，有关的利害关系人完全可以要求赔偿。

### 结语

遗产继承关乎每个人的切身利益，随着家庭财富的不断增加，财富种类的日益繁多，遗产继承越来越趋向于“复杂化”，而遗产管理人制度的顺势推出，势必将有利于遗产纠纷的解决，保障各方权利人的合法利益。但遗产管理人制度的具体实施，还需要进一步的细化规定，让我们共同期待！

## 《民法典》电子合同发生了这些新变化！

作者：吕小萌

摘要：不知不觉中，我们已经订立了数份电子合同，每一个电子合同都是我们生活消费的缩影



电子商务的快速发展使《合同法》中关于电子合同的相关规定需要进一步修改完善，《民法典》对电子合同逐条进行了修改，使其更易理解、更好适用，更好地为人民群众的日常生活服务。其实不知不觉中，我们已经订立过数份电子合同了，淘宝购物，支付宝买基金，开通花呗，为家人投个电子保单……每一个电子合同都是我们生活消费的缩影。现在让我们一起看看《民法典》中的电子合同都有哪些变化吧！

### 一、电子合同的形式

<p><b>第十条</b> 当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。 <b>法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。</b></p>	<p><b>第四百六十九条</b> 当事人订立合同，<b>可以采用</b>书面形式、口头形式或者其他形式。 书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。</p>
<p><b>第十一条</b> 书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。</p>	<p>以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，<b>并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。</b></p>

（注：左边为《合同法》的规定，右边为《民法典》的规定）

《民法典》的规定与《合同法》的规定相比，在合同书面形式的定义方面，表意更为精准、更有逻辑。《民法典》明确了电子合同的特点为：能有形地表现所载内容、可以随时调取查用。对于不在列举之列的其他形式的书面合同来说，如果能够符合这两个特点，那就可以认定为电子合同。电子合同的订立非常便捷，认定起来也较为宽松，但是即便如此，合同的内容必须明确，而且不能有法定无效的事由，否则合同要么难以成立，要么没有效力。

**案例一：通过微信沟通修改协议，但未明确约定租赁期限，导致形成不定期租赁关系。**

2017年7月6日，吕某与周某通过微信商谈曼生公司房屋相关事宜，周某同意

将曼生公司的部分房屋交付给吕某使用。2017年7月20日，吕某预支付20万元给周某，并于之后开始对场地进行了装修并实际投入了运营，前后共计产生装修费用94056元。在吕某装修及运营过程中，双方一直对合同进行磋商，2018年1月23日，周某通过微信将《合作协议》（其自行标注的文件名为《场地租赁协议书（终稿）（3）》）电子稿发送给吕某，并注明“合同已经不可更改，你看下。2.1之前把合同签了，剩余款项付了。”吕某并未在约定时间内作出答复。后双方对于租赁期限发生争议，周某称《合作协议》中明确了租赁期限为5年，吕某未明示同意但其承租及装修的行为可以视为默示同意。但吕某认为其未同意该协议的内容，协议尚未生效。

对此法院认为，周某作为曼生公司的法定代表人向吕某发出《合作协议》，并要求其在2月1日签订合同的行为，属要约。吕某既未在规定期限内作出明示承诺，其实际履约行为也不能证明其对合同租期为5年作出默示承诺，且《合同法》

明确规定租赁期限六个月以上的，应当采用书面形式，双方租赁期限超过六个月但并未签订书面合同，故涉案《合作协议》并未成立，吕某实际承租涉案房屋的行为，为不定期房屋租赁合同关系，双方可随时解除该不定期租赁关系。【江苏省常州市中级人民法院，（2019）苏 04 民终 4381 号】

**提示：**现实中存在大量通过微信或者邮件订立合同的情形，在最后签订之前往往会反复多次沟通，可能会出现约定不明的情况。为此，无论通过何种方式订立合同，都应当首先确保双方对于合同内容是清晰的、没有争议的，绝不能含糊其辞或者理所当然的把沉默当成同意。

## 二、电子合同的成立时间

<b>第三十三条</b> 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。	<b>第四百九十一条</b> 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立。 当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的，对方选择该商品或者服务并提交订单成功时合同成立，但是当事人另有约定的除外。
--	---

《民法典》第四百九十一条第二款的内容来自《电子商务法》第四十九条，该条规定：“电子商务经营者发布的商品或者服务信息符合要约条件的，用户选择该商品或者服务并提交订单成功，合同成立。当事人另有约定的，从其约定。电子商务经营者不得以格式条款等方式约定消费者支付价款后合同不成立；格式条款等含有该内容的，其内容无效。”可见《民法典》未保留《电子商务法》第四十九条

后半段关于何种情形下电子合同不成立的规定。

**案例二 r：**用户下单后商家以价格错误、商品未出库为由要求撤销合同未得到支持。

袁铭在京东网的黄金宝商家店铺内下单了 132 根金条，但是商家称因京东官网当日系统原因导致基础金价错误，袁铭以 45920 元的价格拍下 97692 元的金条差额为 51772 元。商家在袁铭下单后立即通过电话等途径通知袁铭，告知价格错误，要求其申请退款。商家也在第一时间内通知京东报备了价格错误和紧急延迟发货。袁铭拒绝了商家要求其退货的请求，坚持

要求商家按照订单的内容发货。商家称客户在京东商城上下单后，合同生成，但是货品未确认出库，所以合同还未生效。

法院认为，根据《电子商务法》和《合同法》的相关规定，商品详情页面符合要约条件，袁铭已提交订单并支付货款，案涉合同依法成立并且自成立时生效。因而黄金宝公司认为合同尚未生效的主张法

院不予支持。【杭州互联网法院，（2019）浙0192民初11068号】

**提示：**对于网购来说，在《民法典》和《电子商务法》的双重保护下，已经明确了提交订单成功时合同成立。当然也要擦亮眼睛，注意商家是否在提交订单之前明确提示了某些情况下订单不成立的情形。

### 三、电子合同的成立地点

<b>第三十四条</b> 承诺生效的地点为合同成立的地点。 采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其 <b>经常居住地</b> 为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。	<b>第四百九十二条</b> 承诺生效的地点为合同成立的地点。 采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其 <b>住所地</b> 为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。
---	---

《民法典》将电子合同的成立地点由收件人经常居住地改为收件人住所地，主要是便于起诉，因为公司的住所地是公开的信息，很容易查询和获取，但是经常居住地往往需要证明，这就给用户起诉商家带来了一定的困难，这样修改之后就解决了管辖地的问题。

**案例三：约定的管辖地与案件争议有实际联系，则约定有效。**

原告于2018年11月11日参加了蚂蚁会员（北京）网络技术有限公司作

为发起者和组织者的“相互宝”大病互助计划，并按照平台的要求为其他参加者分摊了互助金、管理费等费用。2019年5月11日，原告突发急性心肌梗死，经治疗后出院。出院后原告向被告运营的“相互宝”平台提交了互助金申请，并按照平台要求提交了相关病历资料，平台通过了材料初审，却在第二次审查时显示“案件审核未通过”。为此原告向蚂蚁会员公司住所地北京互联网法院起诉要求蚂蚁会员公司为其筹集大病互助金。蚂蚁会员公司提出管辖权异议，认为双方已经约定管辖地在杭州市西湖区。

法院经审查认为，根据《民事诉讼法》第34条规定，“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定”，即协议管辖适用于合同和其他财产权益纠纷案件。本案属于合同纠纷诉讼，原告与蚂蚁会员北京公司订立的合同系在互联网虚拟空间里达成，不存在地理空间意义上的签订地，故网签协议中约定的合同签订地应与案件争议存在实际联系。根据被告提交的《相互宝重症疾病互助计划》约定：“本规则签订地：杭州市西湖区”，该规则第八条第二款同时约定“与本规则相关的争议首先应当通过友好协商解决；协商不成的可依法向本规则签订地人民法院提起诉讼”。鉴于该约定的合同签订地与本案争议有实际联系，故杭州市西湖区人民法

院对本案具有管辖权。【北京互联网法院，（2019）京0491民初30583号】

**提示：**在没有特殊约定的情况下，线上订立线上交货的合同（例如加油卡、充值卡）可以在消费者住所地法院或者商家住所地法院起诉；线上订立线下交货的合同（例如网上下单后快递到家的）消费者的收货地也就是合同履行地的法院有管辖权；如果线上订立但是没有实际履行（取消订单、没有库存），那就要向商家住所地法院起诉。



吕小萌 律师

上海七方律师事务所 律师  
上海七方律师事务所公司与财税法律服务部  
业务方向：股东纠纷、股权纠纷、刑民交叉  
法律事务

联系方式：18817838201



## 买房遇价外收费？一言不合法院见？且慢！

卫夏清

房子作为家的载体，一定程度上寄托了人们安居乐业的朴素情感，随着房价的不断攀升，购置一套心仪的房屋往往需要全家人的共同资助，这使得买房成为每个家庭的头等大事。

购房过程中，每个人都期许能够顺利安心，但事与愿违的情况却时有发生。即便有相对成熟的法律法规对商品房的销

售进行监管，仍然会有预售房屋资质不全、购房过程中价外收费、房屋质量存在问题等商品房买卖的纠纷，在纠纷无法协商解决的情况下，最终购房者只能通过向法院诉讼的方式来解决。本文针对商品房买卖过程中的价外收费问题，来讲讲如何规避风险和及时救济。

## 一、商品房定价机制

商品房的定价有一定的特殊性。根据《价格法》第六条：“商品价格和服务价格，除依照本法第十八条规定适用政府指导价或者政府定价外，实行市场调节价，由经营者依照本法自主制定。”由此可见，我国的商品和服务价格实行的是政府定价、政府指导价和市场调节价三种定价形式。政府定价和政府指导价实行严格的清单管理制度，即只有列入中央和地方定价目录的商品和服务由政府参与定价，除此以外的商品和服务都可以由经营者根据市场条件自主定价，商品房也是如此。

但随着房价的快速上涨带来的一系列民生和经济问题，政府部门开始重视和加强对商品房价格，尤其是一手房价格的管制。比如国务院出台的《国务院关于坚决遏制部分城市房价过快上涨的通知》，对商品房的价格采取了限制措施，配以严格的价格备案制度，实际上对商品房的定价进行了干预和调整。因此，目前我国的商品房价格属于经营者自主定价结合政府调节的半市场化定价形式。在这样的形式下，商品房价格的公开、透明就成为了购房者关注的重点。

## 二、“价外收费”有哪些

在一些热门城市，商品房的价格受到限制的情况下，其备案的价格会与市场实际价格不匹配，甚至形成价格倒挂的情况——即周边二手房价格高于一手商品房价格。为了弥补限价和市场价格之间的差价，实现利益的最大化，开发商往往会采取各种办法见招拆招，其中一种就是名目纷繁的“价外收费”。此外，对于购房者另一项不利的情形是上海于2016年发布的《上海市定价目录》放开了房地产经纪服务收费的上限，给开发商通过中介费形式弥补价差留了一定空间。

一般而言，在购房过程中需要支付的款项主要包括订金或定金、购房款、中介代理费用、各类优惠活动费用、代办费等，而在实践中争议较大的中介代理费用和各类优惠活动费用，包括“代理佣金”、“茶水费”、“团购费”、“电商费”等。在实行了购房摇号政策后，又出现了所谓的“订单/名额转让费”等等，总之就是各种开发商与监管部门、购房者之间的斗志斗勇。读者不经要问，这些费用不是已经被上海市住建委、上海市物价局联合发布的《关于加强商品住房及其附属地下车库（位）等设施销售监管的通知》明令禁止收取了

吗？为什么还需要讨论呢？因为根据不同的法律关系、收费主体、收费性质等，并不能简单通过收费名目望文生义，一概否定。

### 三、钱付给谁很重要

在购房费用的支付上，购房者要谨记的一个要点是仔细查看商品房项目预售许可证的主体与房屋买卖合同的主体是否一致，合同约定的付款账户是否明确。在签订了房屋买卖合同的情况下，不论开发商以优惠、避税等各种理由要求汇入其他账户，购房者都应严格按照合同的约定付款以规避法律风险。当然有部分购房者存在现实困难而优惠力度确实可观，愿意接受开发商的付款条件，这样的情况下需要通过签订补充协议或取得开发商出具的证明材料方可降低操作风险。

除了开发商自行销售的模式外，当前市场上更多的是由中介公司代销的模式。这种模式是有法律依据的，《商品房销售管理办法》第四条规定：“房地产开发企业可以自行销售商品房，也可以委托房地产中介服务机构销售商品房。”在中介公司代销的情况下，购房者需要注意和谨记的一点仍然是将购房的所有款项按照合

同约定来支付，合同外的各项费用都要取得前述补充协议和证明材料的基础上进行。而此时，如果购房者通过参加所谓的团购活动、电商活动最终将费用支付到中介公司的名下，会有被认定为中介服务费用或佣金而无法追回的风险。例如在(2017)沪0118民初2099号案件中，购房人向开发商支付房款，向中介公司支付团购费，后因存在违约情形合同解除。购房者在诉讼中将开发商和中介公司列为共同被告，但主张由开发商承担退还团购费的连带责任的诉求没有得到法院的支持。在(2020)沪0114民初560号案件中，同样的购房情形，购房者仅起诉开发商，要求开发商退还团购费同样没有得到法院支持。但在两份判决书中，法院都提示了购房者可以另行主张团购费。

### 四、价外付费的追索

我们始终在强调按照合同约定付款和付款主体的问题，主要原因是什么呢？主要原因在于合同相对性的这一法律原则，该原则限定了合同仅对缔约方产生约束力。回到购房的情景下，在只和开发商签订了房屋买卖合同的情况下，购房者如果主张在开发商的授意下支付给其他人，又拿不出

开发商授意的证据，就会像前面所述的案例一样给价外收费纠纷的一次性解决带来困难。

那又有读者会提出，能否以违反相关法律或行政法规的规定，从而否定房屋买卖合同的效力，实现退还费用的目的呢？

从法律层面来看，购房者要主张合同无效，主要根据《合同法》第五十二条规定“（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”但该条在实际的运用上，需要满足和具备一定条件。首先需要违反的是“法律、行政法规”，从本文所述的关于商品房价格管理的文件位阶和发布主体来看，并不属于法律和行政法规，主要是部门规章或规范性文件。此外，即便违反了法律、行政法规的规定，还要区分属于“效力性强制性规定”还是“管理性强制性规定”，合同无效的情形明确限于“效力性强制性规定”。在（2019）鄂0103民初3992号案件中，购房者一方面通过主张开发商、中介公司采用欺诈的方式签订房屋买卖合同，另一方面以开发商没有按照国家及湖北省规定在销售现场公示该房屋的备案价，为此受到武汉市房管局的处罚这一情

形为由，主张合同无效和开发商违约均没有得到法院的支持。综合上述理由和案例，给希望从合同无效角度进行诉讼和抗辩的购房者带来一定困难。

### 结语

买房不易，购房者更应提前做好功课，面对各种名目的费用要谨慎对待。虽然相对而言在房屋买卖过程中，开发商处于优势地位，但购房者仍然要坚持自身的原则和要求，切不可一味妥协或为了一时的优惠而忽视更大的风险。



作者：卫夏清

上海七方律师事务所 律师  
七方公共法律服务部 律师  
业务方向：不动产征收、社会公共服务、  
行政法



## 房屋过户怕意外，预告登记来保障

管杰

房产交易往往牵涉金额巨大，尤其是居住用的房屋买卖对于每个家庭来说都是心头大事，一旦出现意外，都是无法承受之痛。现实中经常会发生一房二卖，法院查封等意外情形导致房屋无法过户，有没有什么方法能消除这些隐患呢？本文就来介绍一个防止房屋无法按约过户的重要工具——预告登记。

预告登记是指权利人为了保障未来会导致不动产物权变动的债权请求权顺利履行的不动产登记。也就是说，房屋购买人可以到房产交易中心申请进行预告登记，成为预告登记的权利人以后，便可以期待在未来某一个时间点不受他人妨碍地实现该房屋物权转移到自己名下的目的。物权法第 20 条规定：当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。物权法解释（一）第 4 条：未经预告登记的权利人同意，转移不动产所有权，或者设定建设用地使用权、地役权、抵押权等其他物权的，应当依照物

法第二十条第一款的规定，认定其不发生物权效力。《全国民事审判工作会议纪要》法办〔2011〕442 号：变更登记、合法占有发生在预告登记有效期内的，登记权利人或占有人的权利不能对抗预告登记权利人。所以，预告登记在保护登记权利人权利，对抗他方处分标的房屋上是有明文规定的。

可能有人会问，房产交易时，双方的合同是经过网签备案的，难道还不足以保证房屋过户的顺利实现么？

其实还是不够的。所谓“网签”，是指房地产开发企业利用房地产管理部门的网络化管理系统与交易方签订房屋买卖合同，并在网上进行公布的行为，用户可通过网签号在网上进行查询。这样做的目的是为了letting 房地产行业的交易更加透明化。网签只是房地产部门的网络化管理系统，并无直接的法律法规进行规定。而所谓“备案”，是指房地产开发企业取得了《商品房预（销）售许可证》和预登记通知单后，在与承购人签订《商品房买卖合同》之日起 30 日内，由房地产开发企业向项目管辖范围的房产交易管理部门申请



办理商品房预售合同备案手续。确实，对于预购商品房中的“一房多卖”，行政管理属性的预售商品房登记备案制度已具有预防功能。尤其是预售商品房登记备案的网络系统，通过将预售商品房登记备案的窗口延伸至商品房开发单位的销售端，可为房屋买受人提供预售商品房的销售状况信息。房屋买受人通过该系统及时查知其欲受让的商品房是否已被他人购买而处于“锁死”状态，从而决定自己的交易行为。但网签备案却无法对抗房屋因出卖人本身债务问题被法院执行查封从而导致无法过户的窘境。

(2017)最高法民终606号案中，法院认为麻小林虽然与金昊公司就涉案六套房产签订《商品房买卖合同》并办理了预售备案登记，但没有办理预告登记，该六套房屋至今仍未办理产权移转登记，也并未实际交付。商品房预售合同不同于预告登记，有公示效力、同一条件下继续履行的优先请求权，但无保全效力，不能阻止物权变动。最终驳回了麻小林撤销房屋查封的请求。

可见，在未办理房屋登记前，只有进行了预告登记才能对抗法院的查封。那是不是预告登记以后法院就不能查封该房屋了呢？答案是仍可查封。《最高人民法

院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第17条规定：“被执行人将其所有的需要办理过户登记的财产出卖给第三人，第三人已经支付部分或者全部价款并实际占有该财产，但尚未办理产权过户登记手续的，人民法院可以查封、扣押、冻结。”只要是还未办理过户的房产，法院都有权查封。

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称“《执行异议和复议规定》”）第30条金钱债权执行中，对被查封的办理了受让物权预告登记的不动产，受让人提出停止处分异议的，人民法院应予支持；符合物权登记条件，受让人提出排除执行异议的，应予支持。所以，预告登记的权利人虽然不能阻止房产被执行查封，但可以在房产被执行查封后向法院提出异议，这时法院应当停止处分该房屋。

预告登记对抗执行查封的功能有目共睹，那是否在预告登记后就能高枕无忧了呢？接下来就要说一下预告登记的限制之处了。

### 1. 有效期只有三个月。

现行物权法第20条规定：预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记



失效。而即将生效的民法典将三个月的有效期限改成了九十天，区别不大。超过三个月后，由于预告登记失效，这时要继续对抗法院的查封执行，就必须根据《执行异议和复议规定》第 30 条规定符合物权登记条件。那哪些条件是符合物权登记的条件呢？

在二手房买卖中，《执行异议和复议规定》第 28 条规定：金钱债权的执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。可见，签合同、已占有、付全款、非己因，是符合物权登记的四个条件。前三个条件都很好理解，而非因买受人自身原因是什么意思呢？（2017）沪 0106 民初 32983 号案中，法院认为原告未能办理过户登记不能排除其自身原因。自 2009 年 1 月 20 日起，系争房屋即可办理过户登记手续，但是原告一直未申请产权登记。2009 年 9 月 2 日，第三人东方国贸公司在原告付清全部购房款后向其开具了用于办理产证的发票，但在统一办理过户登记

时未能联系上原告；审理中，原告自认在 2009 年至 2011 年期间，因出国频繁无时间办理过户登记；又因与案外人骆家辉之间存在借贷纠纷等，一直犹豫是否要办理过户登记；此后原告虽有一段时间人身自由受限制，但仍于 2013 年 7 月委托其妻朱珊珊办理系争房屋的变卖及出租等事宜，故原告在本院查封前对系争房屋可办理过户登记的事实是明知的，但原告因自身原因一直怠于行使该项权利。现原告以未收到第三人东方国贸公司发出的可办理过户登记的通知为由主张对系争房屋何时可办理过户登记不知情，并对未办理过户登记不存在任何过错，本院不予支持。最终法院驳回了原告排除执行的诉讼请求。以上案例可以看出，在房屋可以过户的情况下，买受人应该积极推进过户的完成。否则，很可能被法院认定为自身原因造成房产未过户，不符合物权登记的条件，因此无法支持买受人排除执行查封的诉讼请求。在出卖人是房地产开发商的情况下，《执行异议和复议规定》第 29 条规定：金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百



分之五十。由于买受人向开发商购买唯一住房时所处于的弱势地位，也兼顾到民生问题，规定还是对这些买受人符合物权登记的条件作出了比第 28 条更宽松的规定，只需要付款 50% 以上即可，而非 28 条中的付清全款，且此时对未过户的原因并不追究。

### 2. 能对抗执行的是买受人进行的预告登记，抵押权人进行的预告登记不能对抗执行。

当预告登记人并非房屋的买受人，或者所做的预告登记并非房屋所有权人预告登记，只是抵押权人预告登记的情况下，预告登记人在房屋被法院执行查封时提出异议请求是无法被支持的。(2019)最高法民申 1049 号案中，最高法认为，《执行异议和复议规定》中可以排除人民法院执行处分行为的，系不动产买卖关系中已对标的物办理了预告登记的买受人，而并非抵押权预告登记的权利人。公积金中心以其对案涉房屋办理了抵押权预告登记为由要求排除人民法院的强制执行，没有法律依据。在此前提下，原审是否查明案涉抵押权预告登记的时效等事实，不影响原审对公积金中心不享有足以排除人民法院强制执行的民事权益的事实认定。如前所述，公积金中心仅是案涉房屋的抵押权预告登记权利人，在其未提供证据证明已经具备完成本登记条件的情况下，原审对其要求确认就案涉房屋享有优先受偿权

的诉讼请求未予支持，并无不当。最终驳回了公积金中心的再审申请，可见，最高法对于可以对抗执行查封的预告登记之理解，其标的应是房屋产权而非抵押权，登记权利人也应是买受人。

房产交易中灵活运用好预告登记，对保障自身权益有着无可比拟的作用。而在积极行使法律赋予权利的同时也不要做一个躺在权利薄上睡觉的人，无论预告登记的保障性有多强，尽快完成房产过户登记永远是首要的，毕竟一鸟在手胜过二鸟在林嘛。



管杰

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：民商事合同纠纷、动拆迁补偿纠纷、公司股权纠纷

## 七夕情人节，请收下这份“普法大礼包”

作者：七方家事法团队

又是一年七夕节将至，朋友圈“秀恩爱”大赛也即将拉开帷幕：各种送吃送喝送花送包送钻送车……但是，作为法律人，我们还是要在“吃狗粮”前给大家发个“普法大礼包”，不是煞风景，而是懂点法律知识，更能安心过节！

### 一、恋爱赠送礼物，分手可以要回吗？

七夕节前后，各种发红包送礼物撒狗粮络绎不绝，万一之后分手了，送出去的礼物还能要回来吗？这要分几种不同的情况。

#### 1、恋爱期间互赠小礼物

恋爱的双方互赠小礼物，比如衣服、口红，或者520、1314之类含有特定意义的红包，这些属于恋爱中自己感情的一种表达或者一种祝福，一旦交付给对方，赠与行为就已完成，赠与的财物已属对方所有。分手时索回的，法院不予支持。

#### 2、恋爱期间赠与贵重物品

对于一些大额的贵重物品，比如钻戒、轿车，甚至房产等，这些财物的赠与一般是以结婚为前提条件，法律上默认为一种附条件的赠与行为。这个附加条件就是“你

要与我结婚”。如果双方婚前分手，即附加的条件未能成就，受赠方当然应该将财物返还给赠与方。

#### 3、恋爱期间承诺赠与

恋爱期间，一方因为一时激动，挥笔写下《赠与\*\*协议》等书面材料，承诺赠与对方财物。之后如果分手，受赠方未实际获得赠与的，即便有赠与协议，法院也不支持该赠与关系。因为《中华人民共和国合同法》第185条、186条明确，赠与合同是实践性合同，在实际赠与完成之前，赠与人有权撤销赠与。当然，涉及公益或经过公证的赠与协议除外。



## 二、婚嫁给付彩礼，悔婚可以返还吗？

彩礼是我国古代婚礼程序中的必经程序之一，经过上千年的延续，现仍留存于我国大部分地区。那么，彩礼又该如何认定呢？

根据我国法律的规定，“彩礼”的认定应满足两个条件：首先是基于当地的风俗习惯，其次为了缔结婚姻关系，不得已而为给付的。

如果法院认定为彩礼，当符合法律规定的以下三种情形，可予以返还。

- 1、双方未办理结婚登记手续的；
- 2、双方虽办理结婚手续但确未共同生活的；
- 3、婚前给付并导致给付人生活困难的。

如果双方已登记结婚，并且已共同生活，但双方结婚时间过短，法院也会根据彩礼金额的大小、结婚时间的长短、双方的过错程度等情节来判定返还的数额。

## 三、情侣同居期间财产，应该如何分割？

如今很多情侣在步入婚姻殿堂之前，会选择在结婚之前同居，也就是“试婚”。七夕往往是决定“试婚”的好日子，而当男女双方衣食住行都在一起，就难免会产生经济上的混同，一旦日后分手，同居期间的财产又该如何分割？

《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第十条规定：解除非法同居关系时，同居生活期间双方共同所得的收入

和购置的财产，按一般共有财产处理。也就是说，在同居期间，双方各自所得的收入仍归各自所有，但共同所得的收入和购置的财产则归双方共有。

为避免在分手后产生不必要的纠纷，男女双方可以在同居之前签订一份财产协议，对双方名下的财产以及未来可得的财产进行书面的约定，就算以后发生了纠纷，也有据可凭。

## 四、以恋爱为名骗钱，构成诈骗罪吗？

名为恋爱，实为骗财。此种情形在现实生活中也并不少见。那这样的行为是否构成犯罪呢？

《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》规定，诈骗公私财物数额较大的，即个人诈骗公私财物 2000 元以上的，即构成诈骗罪。

因此，如果有确切的证据证明一方以非法占有为目的，用虚构事实或隐瞒真相的方法，骗取财物金额超过 2000 元的，即可向公安机关报案。若诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，可处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

### 小结

处于恋爱期间的男女双方，在涉及财物时，一般不会留意证据，更不会留存证据。但万一产生矛盾甚至双方分手，缺乏证据意识就会

导致自己处于非常不利的境地。温馨提示：大额赠与需谨慎，书面凭证保留好，转账用途要注明，自我保护少不了。





## 夫妻间赠与房产 落笔无悔 OR 一纸空文

作者：七方家事法团队

最近频繁接到客户咨询：夫妻俩吵架，男方给女方写下一张纸条“我名下房产归女方所有”、“我名下房产归双方所有”、“我们夫妻共有的房产归女方一人所有”……诸如此类的纸条是否有法律效力？

事实上，婚姻关系存续期间，为了维护感情及婚姻稳定，常有夫妻之间赠与房产的情况出现。这种赠与行为，当事人双方通常会写下书面协议或书面承诺，但大部分人不会去办理产权过户手续。之后，赠予房产一方反悔的情形也是屡见不鲜。

我们先来看两个案例：

### 案例一

案情介绍：小强婚前在市中心有一套房产，新婚期间为了向妻子小丽表达真心，小强亲笔写下承诺书一份，承诺将自己的婚前房屋赠与小丽一人所有，但一直未办理房屋产权变更手续。结婚3年后，双方因为性格不和而协议离婚，离婚协议中未涉及房屋。之后，小丽向法院起诉，要求小强履行房产赠与协议，协助将房屋产权变更至小丽名下。

法院判决：驳回小丽的诉讼请求。

### 案例二

案例介绍：杨先生和章女士在婚内购买了一套别墅，产权登记在杨先生名下。因两人常年两地分居，章女士发现杨先生有了外遇。当时杨先生表示将痛改前非，并与章女士签订一份协议，约定别墅归章女士一人所有。然而，杨先生并未改正，依然与案外女性保持不正当关系，章女士遂向法院起诉离婚，并要求按照婚内协议的约定，别墅归自己所有，不作为夫妻共同财产分割。

法院判决：支持章女士的诉讼请求。

看起来类似的两个案件，为什么会有迥然不同的判决结果？

**关键在于，对夫妻之间的房产赠与行为，法律规定存在一定的矛盾和冲突。**

现行《婚姻法》第十九条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。”

因此，有观点认为，既然夫妻之间的约定对双方有法律上的约束力，夫妻之间关于赠与房产的约定不涉及第三人，只要意思表示真实，没有欺诈、胁迫的情形，就应该认定为有效，**履行房屋变更登记手续不是必要条件。**

而《婚姻法》司法解释三第六条却规定：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在房产变更登记前撤销赠与，另一方要求继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。（《合同法》第一百八十六条：**赠与人在赠与财产**

**权利转移之前可以撤销赠与。**具有救灾、扶贫等社会公益、道德性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同不适用前款的规定。）

夫妻间赠与房产，究竟是按《婚姻法》第十九条处理，还是按《合同法》第一百八十六条处理？笔者认为，对于夫妻一方将个人房产全部赠与另一方的，一般适用《婚姻法》解释三第六条的规定。如案例一所述，在产权变更登记之前，赠与人享有撤销权；而对于夫妻将共同房产约定为各自所有或按份所有的，则适用《婚姻法》第十九条规定，如案例二所述，即便没有办理产权变更登记，夫妻的婚内财产协议对双方也有约束力。



但是，对于夫妻一方将个人房产约定为共同共有或按份共有的情形，司法实践中一直存在争议，同案不同判的情况比比皆是。因此，笔者建议：夫妻之间的房产赠与，不论哪一种情形，均应形成书面赠与协议，并做到以下“三项注意”：

### 01 房产过户尽快办理

赠与是实践性合同，在权利转移之后不得撤销。房产办理过户登记手续后，才能真正属于自己。所以，要在协议中约定房产过户的时间，并及时前往办理。

### 02 赠与协议最好公证

现实中，由于很多房产有按揭贷款，而银行在贷款还清前一般不同意贷款人变更，导致产权过户很难完成。这时，可以考虑将赠与协议进行公证，公证后的赠与协议，赠与人也无权行使撤销权。

### 03 放弃撤销权明确约定

如果由于种种原因，房产过户和协议公证暂时都无法办理怎么办？那可以在协议中约定，赠与人自愿放弃行使任意撤销权。因为任意撤销权是法律赋予赠与人的一项民事权利，赠与人有权选择行使还是放弃，一旦明确放弃，赠与人就无权再主张。

---

## 结语

巴菲特曾说过“风险来自于你不知道自己在做什么”。房产作为家庭的重要资产，怎么细致都不为过。如果夫妻之间有赠与的意向，不妨先咨询专业律师，以求最大限度降低风险，避免房产赠与的承诺成为“一纸空文”。

---

## 小区广告收益该归谁？民法典定了！

作者：邵弘高娃



为了对小区共有部分进行合理利用以增加收益，最常见的方式之一就是进行广告投放。然而，对于小区共有部分的收益究竟归谁一直是众说纷纭，甚至因此让物业服务人和业主起了纠纷和冲突。既然即将生效实施的《民法典》是社会生活的百科全书，那能不能解决这个问题呢？我们先从一个案例说起。

2006年11月，某小区交付使用后，A公司作为前期物业公司，代为收取属于公共收益部分的费用，但未向小区业主及业委会公布任何公共收益收支账目。直到2016年，小区业主成立了第二届业委会之后，业委会与A公司才第一次签署《物业共有部分经营收益分配协议》，约定由A公司对停车场、游泳池、广告牌等公共部分的公共收益代为收取和管理。双方约定在扣除法定税费后，70%归业委会，30%作为A公司的服务成本和经营管理费用，且A公司应每季度公布一次公共经营收益的核算结果。但在服务期间，A公司仅仅就2017年向业委会分5次支付了公共收益125891.56元，其他年度均未向业委会支付过收益或公布账目。于是在2019年，业委会将A公司告上法庭，要求其公布2006年11月至今的公共收益收支账目，并支付公共收益130万余元及利息。

要分析这个案例，首先要厘清几个问题。

### 一、业委会是适格的诉讼主体吗？

在一般情况下，为了保证小区能够在尚未召开业主大会选举物业服务人之前得到有效的管理，会由房地产开发商先确定一个物业服务人并与其签订物业服务合同，或由购房者签订购房合同的同时签订物业服务合同，该类物业服务合同的物

业服务人由于未经过业主大会的选聘，被称为前期物业服务合同。

虽然业主并非签订合同的相对方，但由于物业管理是建筑物区分所有权人对建筑物共用部分的自治管理，故业主因购买房产而享有共同管理物业的权利，也应当承担相应的义务；此外，在房地产开发商与购房者签订购房合同时，也包含了转让前期物业服务合同的合意。

因此，不论是在上述何种情况下，前期物业服务合同都可以将业主视为合同的实际主体，那么作为代表业主行使权利的业委会，虽然并未直接与物业服务人签

订合同，仍然可以代表业主向物业服务人提起诉讼。这在一定程度上突破了合同的相对性。

## 法条速递

《民法典》第 939 条：建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务人订立的物业服务合同，对业主具有法律约束力。

现行法规：《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条

## 二、广告的收益究竟该归谁？

物业服务人由于负有管理小区的职责，利用共有部分从事经营活动颇为常见，以广告投放为例，往往是直接与广告公司签订协议。因此物业服务人就认为，合同收益自然归其所有，由其统一支配。实际上，这是一种明显的侵害业主权利的行为，小区共有部分由业主共有，可能是全体业主共有，如小区的车位、绿地等；

也有可能由部分业主共有，如某幢楼的外墙。故小区共有部分的权利主体和义务主体都是业主，物业服务人只是承担管理的职能。因此，共有部分产生的收益由业主所有，业主可以通过业主大会决议进行分配或共同决定其用途；因产生收益而发生的合理成本也应当由业主承担。

常见的利用共有部分产生收入的行为包括：

- 1、保证业主停车需求得到满足情况下的空余车位出租；
- 2、楼顶平台设置广告塔；外墙广告；过道、楼梯、电梯间等设置广告位；
- 3、会所、网球场、游泳池等公共设施的收入。

### 三、业委会是否有权要求物业服务人公布公共收益收支账目？

从物业服务合同的角度对物业服务人的要求来看，物业服务人作为小区的管理人，无论采用的是包干制还是酬金制，都应当按期向业主披露管理情况，公共收益收支项目也是管理情况的内容之一，理应按业主要求进行公布。业委会系业主大会的执行机构，显然也有权代表业主要求物业服务人公布公共部分的使用和收益情况。

在《民法典》的相关条文中，除了要求物业服务人定期公布外，还要求物业服务人及时答复业主对物业服务情况提出的询问。这其实是一种较为简便地行使业主监督权利的方式。由于业主不具有物业

### 法条速递

《民法典》第 282 条：建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收入，在扣除合理成本之后，属于业主共有。

现行法规：《物业管理条例》第 54 条、《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 14 条

服务人的专业性，如果让其查阅资料进行监督的话，可能业主并不知道该如何操作。而业主提问的内容往往是最为直接、表面、琐碎而紧急的，物业服务人通过解答问题，既能够及时对即时产生的问题进行处理，提供更为良好的服务，又能够和业主加强联系，增进交流，避免不必要的误解。

### 法条速递

《民法典》第 281 条第 1 款：建筑物及其附属设施的维修资金，属于业主共有。经业主共同决定，可以用于电梯、屋顶、外墙、无障碍设施等共有部分的维修、

更新和改造。建筑物及其附属设施的维修资金的筹集、使用情况应当定期公布。

第 285 条第 1 款：物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托，依照本法第三编有关物业服务合同的规定管理建筑区划

内的建筑物及其附属设施，接受业主的监督，并及时答复业主对物业服务情况提出的询问。

现行法规：《物权法》第 79 条、82 条；《物业管理条例》第 6 条、15 条

通过上述分析，相信大家对于本文中案例已有了正确的判断。没错，最终法院判决支持业委会要求支付公共收益和公布账目的诉讼请求，但以没有法律依据驳回了业委会的利息请求。

我们能够看到，结合《民法典》中物业服务合同和建筑物区分所有权的规定，对于物业服务行业的规范、管理有很大的效用。在未来，随着《民法典》的正式施行，相信物业服务合同的合法订立、合理履行，能够为社区生活带来更多积极的影响。

### 邵弘高娃

上海七方律师事务所 实习律师

七方公共法律服务部 实习律师

业务方向：不动产征收、社会公共服务、

企业法律顾问

联系方式：13127986251



## 老人被狗绳绊倒身亡为何定为意外事件？

作者：江淑娟

### 【案件简介】

8月17日傍晚，广东省佛山市顺德区发生一起事件，一女孩偷偷地将别人家的大狗牵出来玩，结果途径市场时，大狗看见其他狗便挣脱了牵引绳上前追赶。站在市场旁边的受害人被牵引绳绊倒，头部朝下摔倒在地，后经抢救无效死亡。经查，牵狗的小女孩12周岁，受害人88岁，挣

脱牵引绳的大狗重达一百多斤。案发后，狗主人表示不知道小女孩什么时候把狗牵走的。此案，警方初步定性为意外事件。

关于本案的民事责任部分，已有不少人对此作出了分析，笔者不再赘述；笔者主要想从另一个方面分析：警方为何会将此事定性为意外事件。

### 一、我国刑法关于意外事件的规定

根据《刑法》规定，构成犯罪需要行为人主观上有过错，过错又可分为故意和过失；如果行为客观上造成了危害结果，但是行为人主观上并无故意或者过失，则不构成犯罪，而属于意外事件或不可抗力。我国《刑法》以处罚故意犯罪为原则，处罚过失犯罪为例外，其中过失犯罪分为疏忽大意的过失与过于自信的过失。过失犯罪通常是未尽到合理的注意义务，因此主观恶性较小。

可见，从理论上来说，意外事件和过失犯罪存在一定的相似度，两者在否定犯罪结果发生这一点上是一样的。但二者又有所区别：

1. 过于自信的过失与意外事件。根据《刑法》第15条规定，行为人主观上已经预见到自己的行为可能发生危害社会的后果，但是轻信可以避免以致这种结果发生的，是过失犯罪。因此二者的主要区别在于，过于自信的过失犯罪的行为人主观上已经预见到了危害后果可能发生，而意外事件是指行为人主观上对危害后果没有预见。

2. 疏忽大意的过失与意外事件。根据《刑法》第15条规定，行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的后果，由于疏忽大意没有预见以致后果发生的，是过失犯罪。尽管疏忽大意的过失犯罪与意

外事件都没有预见到危害后果发生，但疏忽大意的行为人存在预见可能性，而意外事件的行为人主观上不存在预见可能性。

因未牵好狗绳导致他人被狗绳绊倒而摔死，究竟该定性为过失犯罪还是意外事件，通过法条可知，关键看行为人主观上有无对危害后果的预见可能性。笔者认

为，就本案而言，小女孩偷偷牵别人家的狗出来玩确实存在一定过错，但是应当认定小女孩对死亡后果缺乏预见可能性，其虽造成老人死亡的后果，但是主观上并不是出于过失，而是由于不能预见的原因引起的，属于意外事件。

## 二、本案认定为意外事件的理由

笔者认为，警方将此事定性为意外事件是正确的，具体理由如下：

（一）本案小女孩对于无法掌控犬只存在预见可能性

因为牵的犬只体型很大，小女孩是无法控制犬只的，才会导致犬只挣脱牵引绳去追逐其他狗。案件中，狗本身是一种危

险源，小女孩将狗带出去就应该能够保证对狗的看管义务，控制好以免狗伤害他人。但是小女孩明显对这种大型犬只没有控制和管理能力，最终狗造成老人死亡的后果。因此小女孩应当预见把这么大的狗牵出来可能自己会掌控不了，即使有牵引绳可能也会被狗挣脱，那么就极有可能给他



人带来危险。

(二)《刑法》第15条表述的预见可能性仅是对危害结果的预见可能性

从“应当预见自己的行为可能造成危害社会的后果”可知，此处的预见可能性只是对于危害后果的预见可能性，在本案中，指的就是小女孩对于狗绳绊倒老人致其死亡这一后果有无预见可能性。一般人的认知是，大型犬只可能会咬伤人；可能会追逐人；可能会狂吠使人受到惊吓，但是牵引绳绊倒人致人摔死这种危险却是超出社会一般人的预见范围的。这并不是大型犬只致人损害的危险的合理性实现。因此笔者认为，即便小女孩对于无法掌控犬只有一定的预见可能性，但是其对于狗绳绊倒老人致其死亡是没有预见可能性的。其实这也是这一事件热度居高不下的

原因之一，因为本案不仅是突发事件，而且行为与结果之间的因果关系也是相当离奇。

(三)作为法律规范，《刑法》具有至关重要的指引作用

本案小女孩不满十四周岁，绝对不负刑事责任。但，倘若是完全刑事责任能力人导致老人死亡的后果，对行为的定性就至关重要。因为《刑法》不仅是司法审判的裁判规范，更是指引国民遵守法秩序的行为规范。如本案中小女孩的行为之所以不负刑事责任，并非因为其未达到刑事责任年龄，而是由于行为本身就不符合犯罪构成要件。本案被定性为意外事件，个中理由对于提醒国民如何尽到合理的注意义务，如何规范自己的行为都能起到直接、现实的指引作用。

### 三、本案能否主张民事赔偿

由于本案属于意外事件，行为人依法不应当承担刑事责任，但是行为人是否应当进行民事赔偿呢？如果答案是肯定的，女孩方和狗主人是否都应当承担民事责任？还是只有一方向受害家属承担民事责任？从案件报道来看，受害方是不存在任何过错的，如果狗主人对小女孩偷牵狗

出去玩的事实也不知情，狗主人也不存在过错，那么还能让狗主人承担民事责任吗？答案是肯定的。

1. 本案属于饲养的动物致人损害，狗主人应承担侵权责任

根据《侵权责任法》第7条、第78条、第83条规定，饲养的动物致人损害



的，不管狗主人有没有过错，狗主人应当首先向受害人承担民事赔偿责任，除非受害人有故意或重大过失可以作为狗主人的减轻、免责事由，显然本案不存在受害方过错。因此狗主人应当承担侵权赔偿责任。

### 2. 小女孩偷牵狗出去，属于第三人过错

根据《侵权责任法》第 83 条规定，由于第三人过错导致饲养的动物致人损害的，受害方也可以向第三人请求赔偿。本案中如果狗主人已经进行了赔偿，事后可以向女孩家属追偿。

### 3. 受害方可请求女孩的监护人承担侵权赔偿责任

根据《侵权责任法》第 32 条规定，无、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任，如果监护人尽到了监护责任，可以减轻其侵权责任。本案中小女孩才 12 岁，属于限制民事行为能力人，即使由于其过错导致他人死亡，受害方也只能请求其监护人承担侵权赔偿责任，而不能直接请求小女孩承担侵权责任。但是如果小女孩自己有财产的，赔偿费用以其本人财产优先支付，不足部分由监护人赔偿。

综上，本案受害方可以向小女孩的监护人或狗主人请求承担侵权赔偿责任。笔者了解到，案发后，受害人家属已经表示放弃追究小女孩的责任。根据民法的意思自治原则，受害方家属当然可以放弃请求赔偿的权利。



江淑娟

上海七方律师事务所 实习人员

## 面对“咸猪手”，该如何正当防卫？

作者：七方刑事团队

近年来，地铁、公交乃至商场等人员密集场所内的性骚扰、“咸猪手”事件常常出现在公众的视线。去年，上海一名男子因“咸猪手”（此案和一般的“咸猪手”案件有所区别，其中强制猥亵的情节表现得比较充分，而且证据比较确凿），被静安区人民法院以强制猥亵罪判处两年半有期徒刑。面对该类行为，有热心的群众可能会阻止违法犯罪分子或将其扭送到公安机关，这种见义勇为的行为无疑会得到公众的赞许。但是，近日冷水滩公安分局发布的一起《案情通报》却在网上引起了轩然大波，笔者以此案为例，结合近日两高一部发布的《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》（以下简称“指导意见”）作出分析，并结合办案经验，谈谈面对“咸猪手”，该如何进行正当防卫？

### 一、案情回顾

根据 2020 年 8 月 21 日，湖南省永州市冷水滩公安分局发布的《警情通报》以及网上后续的一些报道，本案的基本案情大致如下：2020 年 6 月 1 日，在冷水滩区某商场内，雷某某用手臂故意碰撞艾某某胸部，艾某某的同行男友胡某因此与雷某某发生争执。后双方来到商场监控室查看监控过程中（此时胡某已报警，等待警察处警），雷某某借机跑出监控室，胡某追至商场外停车场，两次脚踢（胡某因手受伤不便，故用脚踹）雷某某，但未踢中，第三次脚踢雷某某致其倒地受伤。经司法鉴定：雷某某右肱骨头粉碎性骨折、右股骨粗隆间粉碎性骨折，上述骨折均为新鲜骨折，两处损伤分别构成轻伤一级。针对雷某某猥亵他人行为，公安机关已于 6 月 1 日受案调查，鉴于其仍在治疗期间，暂未采取强制措施。同年 8 月 21 日，冷水滩公安分局对胡某予以刑事拘留。后该事件在网上发酵，引起热议。冷水滩公安分

局于8月26日撤销对胡某的立案，解除对胡某的刑事拘留，并提级由市公安局重新调查。对雷某某猥亵他人的违法行为，冷水滩分局依据《中华人民共和国治安管理处罚法》处行政拘留15日。

该起事件引起热议的主要原因是，网友普遍认为，雷某某明明是猥亵在先，而胡某是见义勇为的好人，或者认为他属于正当防卫，怎么能对他进行刑拘？

### 二、争议观点

**第一种观点**，即冷水滩公安分局的黄警官认为，虽然雷某某猥亵的事实已经成立了，但这两处轻伤都是胡某造成的，不管是出于什么原因，也确实是胡某造成的，他不是故意的，难道是无意的吗？因此，冷水滩分局认定胡某涉嫌构成故意伤害罪。

**第二种观点认为**，胡某的行为属于正当防卫。公安机关的处理决定明显是错误的，是对互相斗殴与正当防卫界限的错误理解和适用。在一般性纠纷过程中，先动手对他人实施殴打等暴力行为的，属于不法侵害，后动手反击者造成前者轻伤害的，应认定为正当防卫，而不应当认定为互相斗殴，更不应当认定后动手反击者的行为构成故意伤害罪。反之，在一般性争吵过程中，先动手殴打造成对方轻伤的，则应

当认定为故意伤害罪。这一规则体现了正不得向不正让步的法律精神，既有利于保护公民的法益，也有利于预防故意伤害案件的发生。

据此，本案胡某无论如何都不能被以故意伤害罪刑拘。相反，他的行为属于正当防卫，值得提倡鼓励。

**第三种观点认为**，胡某的行为不能认定为正当防卫，但属于法律许可的法令行为（扭送行为），不构成故意伤害罪。

一个行为被认定为正当防卫需要同时满足五个要件，即侵害现实存在、侵害正在进行、具有防卫意识、针对侵害人防卫、没有明显超过必要限度。而本案中，胡某在踹猥亵男的时候，由于不法侵害已经结束了，因此不能认定为正当防卫。

胡某的行为虽然不属于正当防卫，但

具有扭送的性质。扭送属于法令行为，是一种重要的违法阻却事由，根据我国《刑事诉讼法》第八十四条，对于有下列情形的人，任何公民都可以立即扭送公安机关、人民检察院或者人民法院处理，其中之一就是“正在实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的”。因此，如果胡某欲将猥亵者送交公安机关而被拒绝，由此引发的强制行为就属于法律规定的扭送行为。当然，扭

送的手段不能超过必要的限度，否则就属于扭送过当了。但在此案中，即便认为胡某的扭送行为超越了必要限度，属于扭送过当，那它和防卫过当一样，在司法实践中属于“过失”，而“过失”对轻伤是不构成犯罪的。也就是说，即便按照扭送过当处理，胡某的行为也不构成犯罪，不宜对其进行刑事拘留。

### 三、本文观点

笔者认为胡某的行为虽不属于正当防卫，但因缺乏故意伤害的故意，因此，不构成犯罪。

首先，对于第一种观点，笔者认为该观点属于客观归罪。在刑事犯罪中，构成犯罪需符合主客观相统一原则，即主观上有罪过，客观上实施了危害行为。根据《刑法》第14条关于故意犯罪的规定，所谓故意犯罪，是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生。因此，故意犯罪中的“故意”与生活中日常用语的“故意”属于同词不同意。例如，在交通肇事罪的情形下，行

为人的违章行为往往是故意的，但对造成的事故却是过失的，因此，交通肇事罪是一个典型的过失犯罪。回到本案，无疑，胡某的脚步行为当然是他故意作出的，但并不意味着他有“故意伤害”的主观意图，其用脚踹雷某，主要原因有二，其一，其手有伤，不便伸手拦截；其二，他想阻止雷某逃避警方的处罚。且从本案的整体情况来看，胡某仅仅踹中了雷某一脚，在雷某不再逃跑之后，胡某未对其继续伤害，也能反映出胡某不具有故意伤害之主观意图，显然不能认定为故意伤害罪。

其次，对于第二种观点，笔者认同其

认为胡某的行为不属于斗殴或伤害。其一，从案情来看，胡某的行为不属于斗殴或伤害，本案中，胡某用脚踹的主要目的是防止雷某逃避法律的制裁。其二，根据两高一部近日发布的《指导意见》第九条，“要求坚持主客观相统一原则，进行综合判断，准确把握行为人的主观意图和行为性质，准确认定相关行为究竟是正当防卫还是相互斗殴。”也能认定，胡某的行为并不属于相互斗殴。

但其认为胡某的行为构成正当防卫，笔者认为值得商榷。构成正当防卫的条件之一是“时间要件”，即要求实施正当防卫的时机是在不法侵害正在进行时，通常

来说，不法侵害发生前（事前防卫）与不法侵害发生后（事后防卫）均不能认定为正当防卫。

最后，笔者基本赞同第三种观点，即胡某的行为虽然不属于正当防卫，但因缺乏故意伤害的故意，因此不构成犯罪。认定扭送行为，需要认定行为人主观上有将违法犯罪分子送到司法机关进行处理，他之所以想阻止雷某逃跑，是为了能够让他承认自己的“咸猪手”行为，并向自己的女友道歉，同时接受司法机关的处罚。由于胡某缺乏故意伤害之主观要件，无论认为胡某是出于扭送或阻止逃跑，其行为均不构成犯罪。

#### 四、面对“咸猪手”，该如何正当防卫？

需要明确的是，对于“咸猪手”，完全可以进行正当防卫。不法侵害既包括侵犯生命、健康权利的行为，也包括侵犯人身自由、公私财产等权利的行为，既包括犯罪行为，也包括违法行为。“咸猪手”等猥亵行为，当然属于不法侵害，阻止不法侵害的行为，必然具有防卫意图。如何做到合法、及时、适当？笔者建议，在防

卫过程中需要把握以下几个原则：

**1、出手要快。**对于不法侵害，一定要及时制止，如果不及时，不仅让违法犯罪分子得逞，还丧失了正当防卫的时间条件。即使当时来不及制止，事后也一定要采取报警等手段，让其受到法律的制裁。

**2、出手要准。**正当防卫有对象要求，即防卫的对象只能是实施猥亵者本人，不

能针对其他人。

**3、出手要稳。**正当防卫要求不能超过必要限度。《指导意见》也明确指出，对于显著轻微的不法侵害，行为人在可以辨识的情况下，直接使用足以致人重伤或

者死亡的方式进行制止的，不应认定为防卫行为。因此，即使面对“咸猪手”也要掌握分寸，切莫义愤填膺丧失理智，作出过激的行为。

正当防卫的立法原理之一便是法不得向不法让步、正不能向邪让步，因此正当防卫是每个公民的合法权利，面对“咸猪手”，不仅仅是受害者个人，任何人见到不法侵害发生的，都有制止、防卫、扭送等合法权利，这是合法行为，也是见义勇为，应大力倡导，但必须用合理、合法的方式进行。



张佰乐

上海七方律师事务所 律师  
七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

业务方向：刑事辩护、合同纠纷、  
企业法律顾问

联系方式：13681605614



吴心成

上海七方律师事务所 实习律师  
七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 实习律师

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：19512259950

## 鲍某某案留给律师哪些启示？

作者：吴心成

近日，最高人民检察院、公安部联合督导组通报鲍某某涉嫌性侵韩某某案调查情况。经全面深入调查，现有证据不能证实鲍某某的行为构成性侵犯罪。也就是说，根据我国刑事法律规定及“无罪推定”的诉讼法法理，鲍某某不构成犯罪。但其因涉嫌违反《中华人民共和国律师法》与《中华人民共和国出境入境管理法》，仍应受到相关的行政处罚。

“鲍某某性侵养女”案一经爆出便引起了舆论的广泛关注，经媒体南风窗的一篇文章，更是让这个案件热度达到了前所未有的高度。案件双方也没有令人失望，不断爆出新的证据，反转连连，又不断有



经司法行政部门调查，美国人鲍某某在华期间违反律师执业管理有关法律法规，情节严重，北京市司法局依法吊销其律师执业证书。根据《中华人民共和国出境入境管理法》第三条、第八十一条之规定，公安部决定对鲍某某驱逐出境。山东省烟台市公安局依法执行对鲍某某驱逐出境决定。

来源：新华社

新的角色为双方“站台”，其中不乏知名的媒体和律师，活生生一部“罗生门”。从目前公布的结果来看，其完全不输任何一部“黑色幽默”的电影，生活永远比电影更精彩。

感叹之余，作为常常接触刑事业务的法律工作者，笔者认为，鲍某某的案件其实能给执业律师们起到一定的启示作用。

### 一、舆论是把“双刃剑”

自媒体的空前发展意味着普通大众都能通过网络等途径向外发布他们本身的故事、新闻和观点，是对传统媒体的“去中心化”，这意味着任何一个人都可能成为舆论风暴的发起者，甚至不少“大V”

的影响力可能不输官媒。对律师来说亦是如此。自媒体的发展不仅意味着律师传统的营销方式得到翻天覆地的改变，实际上，对于往往能引起社会关注的刑事律师来说，其办案方式也得到了改变——以往只

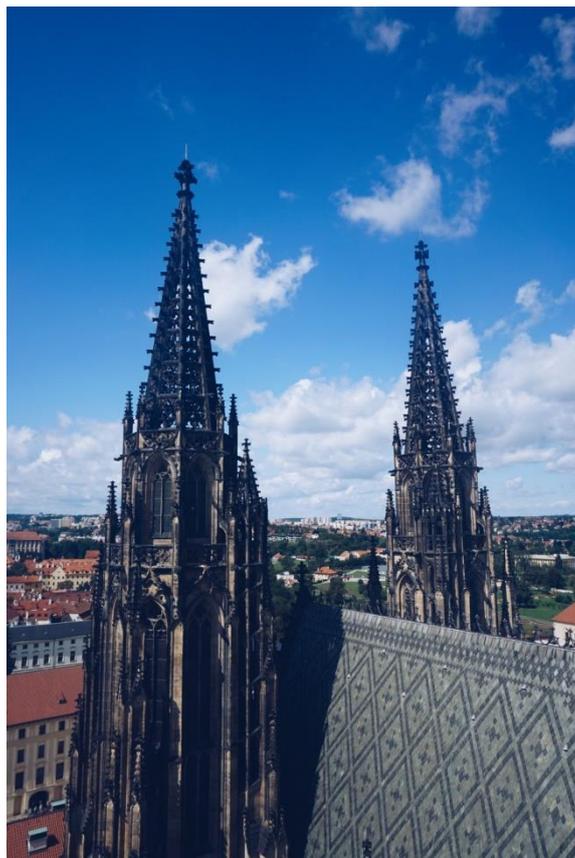
有官方或者极少数有影响力的律师能通过传统媒体（电视、报纸）来制造舆论，现在简简单单的一条微博，就可能在互联网上掀起一场舆论风暴。

以往有些观点通常将“舆论”与司法机关捆绑，提醒司法机关要警惕舆论。实际上，不光司法机关要警惕舆论或者是被某种利益所裹挟的虚假“民意”，律师，尤其是刑事律师，也要警惕“舆论”带来的负面影响。

目前，有不少律师非常善于利用舆论。当然，这其中也取得了不少良好的结果。例如“天津大妈非法持枪案”“于欢案”等，律师利用舆论，让一些案件走到大众面前，接受舆论的监督，最后在法律效果和社会效果上均取得了良好的结果。

但是，同时也要时时刻刻意识到舆论是把双刃剑，一着不慎，将遭受反噬。在鲍某某性侵案中，“受害者”母女一方委

托的律师，在未认真审查案件材料、未认真核实当事人提供的材料时，就匆忙通过微博发声，甚至还以“为受性侵儿童提供法律援助”为名募集捐助款。之后，因为案情发生反转，导致舆论反噬，通过舆论“压制”鲍某某的律师反过来遭受到了舆论的“攻击”，极大地损害了律师的社会信任度和专业性。



### 二、审慎对待当事人提供的信息

律师作为一个特殊职业，尤其是刑事律师，必须审慎地核查当事人提供的信息。

否则，轻则被人当枪使，重则将可能被吊销律师执照，甚至招致牢狱之灾。

在鲍某某案件中，接受“受害者”母女委托的两名律师，正是没有认真审核当事人提供的信息，轻信当事人的一面之词，在未核实当事人提供的材料时就匆匆接受委托，又在媒体、互联网上匆匆发声，导致陷入了目前被动的局面。律师和当事人之间联系的关键点无疑是信任，但信任并不是说盲目轻信，律师作为法律从业人

员，显然应当要比社会民众有更高的专业度和职业警惕性。这种警惕性并非是对当事人的不信任，恰恰相反，而是对当事人负责的表现。无论当事人出于何种目的，作出不实的叙述或提供不实的材料，律师都应当时时提醒当事人，当你使用法律的武器保护自己的时候，请务必实事求是。

### 三、蹭“热点”要冷静

热点事件往往会带来巨大的流量，互联网社会，流量即价值。对于律师行业也是如此，也许有律师会抱着代理一起社会关注案件“一炮而红”的想法，这种想法本身无可指摘，但必须以遵守职业道德和伦理为前提。现实中，个别律师在代理了具有一定社会热点的案件后，因不注重职业道德规范，作出了一些不当举动，既陷当事人于不利，同时也显得自己的业务水平低下，遭到同行的批评。

另外，在热点事件发生之后，部分律师在材料不足或者事实存在争议之时就

急于发声，在真相被查明之后，往往存在被“打脸”的尴尬。当然，也有不少律师的言论既及时又不失严谨，值得同行的学习。例如在发表观点之前，往往会事先声明：“本观点仅针对目前公布的信息”，或者“案件尚在调查期间，一切以最终调查结果为准。”

法律工作因其性质特殊，往往影响着当事人重大权利的得失，决不能仅凭头脑发热而妄下定论。冷静、克制、审慎、理性无疑是律师在日常工作中时刻牢记的信条。

## 销售假冒注册商标的商品罪适用缓刑情节梳理

### —以上海某辖区法院的判决为例

作者：李彪

近年来，随着社会经济的快速发展以及民众对商品品牌的追求，销售假冒注册商标的商品罪案件频发。因此，如何处理此类案件，也是司法实务中的常见问题。本文中笔者结合相关法条和上海某辖区法院的近期判决文书作简单梳理，供读者参考并敬请指正。

#### 一、相关法条

##### （一）关于基本量刑幅度的规定

《中华人民共和国刑法》（下称“刑法”）第 214 条规定：“销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；销售金额数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”犯罪既遂的，根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（下称“解释”）第 2 条的规定，销售金额在 5 万元以上的属于“数额较大”，销售金额在 25 万元以上的属于“数额巨大”。犯罪未遂的，根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》（下

称“意见”）第 8 条的规定，“假冒注册商标的商品尚未销售，货值金额在十五万元以上的”以及“假冒注册商标的商品部分销售，已销售金额不满五万元，但与尚未销售的假冒注册商标的商品的货值金额合计在十五万元以上的”这 2 种情况都依照刑法第 214 条第 1 档量刑幅度，以犯罪未遂定罪处罚。假冒注册商标的商品尚未销售，货值金额达到 25 万元以上的，依照刑法第 214 条第 2 档量刑幅度，以犯罪未遂定罪处罚。

据上述规定可见，关于销售假冒注册商标的商品罪案件，法律规定了 2 档量刑幅度，分别为“3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金”“3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金”。在决定基本

量刑幅度时，主要考虑犯罪形态和商品货 值金额这 2 个因素，如下表所示。

犯罪形态	行为方式	货值金额	量刑幅度
犯罪既遂	已经销售	5 万元~25 万元	3 年以下有期徒刑或者拘役，并 处或者单处罚金
	已经销售	25 万元以上	3~7 年有期徒刑，并处罚金
犯罪未遂	尚未销售	15 万元~25 万元	3 年以下有期徒刑或者拘役，并 处或者单处罚金
	部分销售	已销售商品金额不满 5 万， 但与未销售的商品货值金 额合计 15 万元~30 万元	3 年以下有期徒刑或者拘役，并 处或者单处罚金
	尚未销售	25 万元以上	3~7 年有期徒刑，并处罚金

## （二）关于是否适用缓刑的规定

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》第 8 条规定：

“具有下列情形之一的，可以酌情从重处罚，一般不适用缓刑：（一）主要以侵犯知识产权为业的；（二）因侵犯知识产权被行政处罚后再次侵犯知识产权构成犯罪的；（三）在重大自然灾害、事故灾难、公共卫生事件期间，假冒抢险救灾、防疫物资等商品的注册商标的；（四）拒不交出违法所得的。”第 9 条规定：“具有下

列情形之一的，可以酌情从轻处罚：（一）认罪认罚的；（二）取得权利人谅解的；（三）具有悔罪表现的；（四）以不正当手段获取权利人的商业秘密后尚未披露、使用或者允许他人使用的。”

《上海市高级人民法院知识产权审判庭关于常见知识产权犯罪的量刑指引》关于“缓刑的适用”部分规定：“（1）对拟宣告刑为三年以下有期徒刑、拘役且符合刑法总则规定的缓刑适用条件的犯罪分子，可以依法宣告缓刑；对符合前述情形且不满十八周岁的人、怀孕的妇女和

已满七十五周岁的人，应当宣告缓刑。(2) 对于法定刑在三年以上有期徒刑、具有减轻处罚情节，认罪悔罪并退出全部违法所得的，可以适用缓刑。(3) 有下列情形之一的，一般不适用缓刑：①因侵犯知识产权被刑事处罚或者行政处罚后，再次侵犯知识产权构成犯罪的；②拒不交出违法所得的；③不具有悔罪表现的；④共同犯罪中情节严重的主犯；⑤犯罪金额特别巨大或者社会影响特别大的；⑥犯罪对象系食品、药品、母婴幼儿专用品以及其他危害人身安全产品的（但经鉴定假冒产品与正

品质量相当的除外)；⑦被数罪并罚的；⑧其他不宜适用缓刑的情形。”

由以上规定可见，销售假冒注册商标的商品罪是否适用缓刑，除了刑法第 72 条规定的一般条件外，还应注意是否有“曾因侵犯知识产权被刑事处罚或者行政处罚”“拒不交出违法所得”“共同犯罪中情节严重的主犯”“犯罪金额特别巨大或者社会影响特别大的”“犯罪对象系食品、药品、母婴幼儿专用品以及其他危害人身安全产品的”“被数罪并罚的”等因素。

## 二、上海某辖区法院的部分判决情况

看了以上关于销售假冒注册商标的商品罪的法条规定，并从中提取出影响判处缓刑的因素后，笔者还想了解司法实务中法院是怎么判决的。由于《上海市高级人民法院知识产权审判庭关于常见知识

产权犯罪的量刑指引》的实施日期是 2019 年 6 月 28 日，因此笔者检索了从 2019 年 6 月 28 日到 2020 年 9 月 14 日期间上海某辖区法院作出的共计 108 份判决书，整理这些判决书的情况如文末附表所示。

## 三、关于判决情况的分析

**(一) 检察院建议判处缓刑的被告人几乎都被判处了缓刑**

76 个被判处缓刑的人中，有 37 人被检察院建议缓刑。另外 39 个检察院没有建议缓刑的也被法院判了缓刑的，包括：

4 人预缴罚金，15 人犯罪未遂被减轻处罚，9 人退赔被害人，2 人系从犯，2 人自首，等。124 人中，40 人被检察院建议缓刑后，其中 37 人被法院判处缓刑，占比 92.50%。另外没判缓刑的 3 人，最重也只判了 1 年

有期徒刑。

### （二）绝大多数从犯都被判处了缓刑

76个被判处缓刑的人中，有13人是从犯。被认定为从犯的16人中，有13人被判处了缓刑。另外3人即便没有被判处缓刑，其中2人也仅分别被判处9个月有期徒刑、7个月有期徒刑，最后1人因为销售金额达450万元，犯罪既遂，但也被减轻处罚后判了2年有期徒刑。

### （三）犯罪未遂的被告人大多都被判处了缓刑

76个被判处缓刑的人中，有41人犯罪未遂。124人中，共有47人犯罪未遂，其中41人被判处缓刑，占比87.23%。犯罪未遂的47人中，有41人涉案金额数额巨大，其中34人被减轻处罚后判处缓刑，占比82.93%。

### （四）大多数退赔的被告人都被判处了缓刑

124人中，有17人对被害人进行了退赔，其中11人被判处了缓刑，占比64.71%。

### （五）自首的被告人多数被判处了缓刑或较短刑期

76个被判处缓刑的人中，有19人自

首。124人中，共28人自首，其中19人判处缓刑，占比67.86%。剩余9个没判缓刑的包括：5人犯罪金额超过120万，但都被减轻处罚，1人是知识产权犯罪再犯，1人被判处拘役6个月，1人销售金额达19万元，被判处1年有期徒刑，1人涉案金额36万、犯罪未遂，减轻处罚后被判处1年有期徒刑。

### （六）涉案货值金额对是否判处缓刑影响不大

124人中共76人被判处缓刑，占比61.29%。这124人中，共有62人犯罪数额巨大，其中39人被判处缓刑，占比62.90%。由此可见，总体缓刑比率和犯罪数额巨大的罪犯被判处缓刑的比率相差无几。

### （七）一般不判处缓刑的情形

以上判决情况显示，一般不判处缓刑的主要包括2种情形。其一是曾因侵犯知识产权被刑事处罚或者行政处罚的，124人中共6人，仅1人被判处缓刑。其二是共同犯罪中的主犯。124人中共16个主犯，其中10人被判处缓刑。这10人中有9人是犯罪未遂，另1人是部分犯罪未遂。



## 上海某辖区法院关于销售假冒注册商标的商品罪的部分判决情况统计

序号	法院案号	既遂金额	未遂金额	主犯/ 从犯/ 不区分主 从犯/ 一个人犯 罪	自首/ 坦白	退赔违 法所得 金额	从 轻/ 减 轻 处 罚	刑种/ 刑期	实刑/ 缓刑	罚金数 额	备注
1	(2020)沪 0115 刑初 917 号	73000	38000		自首		从 轻	有期徒 刑 8 个 月		55000	曾侵犯知 识产权被 行政处罚
2	(2019)沪 0115 刑初 5562 号	80000			自首		从 轻	拘役 5 个月	缓刑 6 个 月	50000	建议缓刑
3	(2019)沪 0115 刑初 5536 号	90000			坦白		从 轻	有期徒 刑 7 个 月		50000	建议缓刑
4	(2019)沪 0115 刑初 5363 号	118800			坦白	200000	从 轻	有期徒 刑 7 个 月		20000	退赔获谅 解, 销售 白酒
5	(2019)沪 0115 刑初 5365 号	149,139.52	16,603.33	主犯	坦白	全部	从 轻	有期徒 刑 1 年 4 个月		80000	
				从犯	坦白	全部	从 轻	有期徒 刑 9 个 月	缓刑 1 年	20000	建议缓刑
6	(2019)沪 0115 刑初 4719 号	1000000			坦白		从 轻	有期徒 刑 3 年 2 个月		400000	
7	(2019)沪 0115 刑初 5566 号	100000	23040		坦白	20000	从 轻	有期徒 刑 1 年		60000	建议缓刑
8	(2019)沪 0115 刑初 5330 号		1,437,306		自首		未 遂 减 轻	有期徒 刑 8 个 月		30000	
9	(2019)沪 0115 刑初 5203 号	60000			坦白	15000	从 轻	拘役 5 个月	缓刑 5 个 月	30000	销售白 酒, 预缴 罚金
10	(2019)沪 0115 刑初 4100 号		361000		自首		未 遂 减 轻	有期徒 刑 1 年		150000	
11	(2019)沪		694,500		坦白		未	有期徒	缓刑	100000	



	0115 刑初 1835 号						遂 减 轻	刑 2 年	2 年		
12	(2019)沪 0115 刑初 2893 号	65100			坦白	65100	从 轻	有期徒 刑 8 个 月		30000	
13	(2019)沪 0115 刑初 2194 号	330,292	117,626					有期徒 刑 3 年 2 个月		200000	
14	(2019)沪 0115 刑初 2301 号	1290000		主犯	坦白		从 轻	3 年 9 个月		600000	
15	(2019)沪 0104 刑初 1164 号	192000			坦白		从 轻	有期徒 刑 1 年 6 个月		100000	
16	(2020)沪 0104 刑初 483 号	185019	23400		坦白		从 轻	有期徒 刑 1 年 6 个月		100000	
17	(2020)沪 0104 刑初 304 号	182836			坦白		从 轻	有期徒 刑 1 年 6 个月	缓刑 1 年 6 个月	60000	建议缓刑
18	(2020)沪 0104 刑初 305 号		255909		坦白		未 遂 减 轻	有期徒 刑 10 个 月	缓刑 1 年	20000	建议缓刑
19	(2019)沪 0104 刑初 1400 号	84405.65			坦白		从 轻	有期徒 刑 10 个 月		40000	
20	(2020)沪 0104 刑初 419 号	84600			自首	84600	从 轻	有期徒 刑 10 个 月	缓刑 1 年	20000	建议缓刑
21	(2020)沪 0104 刑初 418 号		1310000	主犯	自首		减 轻	有期徒 刑 1 年		50000	建议缓刑 知识产权 犯罪再犯
				从犯	坦白		减 轻	拘役 6 个月	缓刑 6 个月	10000	建议缓刑
22	(2020)沪 0104 刑初 209 号	70000	160000		坦白		从 轻	有期徒 刑 10 个 月		20000	知识产权 犯罪再犯
23	(2020)沪 0104 刑初 368 号		1210000	主犯	自首		未 遂 减 轻	有期徒 刑 1 年 3 个月	缓刑 1 年 3 个月	100000	建议缓刑
24	(2020)沪	168455.57			自首		从	有期徒	缓刑	50000	建议缓刑



	0104 刑初 362 号						轻	刑 1 年 4 个月	1 年 4 个月		
25	(2020)沪 0104 刑初 107 号	43000	148000	主犯	坦白		从 轻	有期徒 刑 1 年	缓刑 1 年	20000	建议缓刑
	从犯			自首		从 轻	有期徒 刑 6 个 月	缓刑 1 年	10000	建议缓刑	
26	(2020)沪 0104 刑初 357 号		970000	主犯	坦白		未 遂 减 轻	有期徒 刑 10 个 月	缓刑 1 年	20000	建议缓刑
				从犯	坦白		未 遂 减 轻	拘役 6 个月	缓刑 6 个 月	10000	建议缓刑
27	(2020)沪 0104 刑初 315 号	230000			坦白		从 轻	有期徒 刑 1 年 6 个月		120000	
		180000			坦白		从 轻	有期徒 刑 1 年 2 个月		90000	
		130000			坦白		从 轻	有期徒 刑 1 年		70000	
		160000			坦白		从 轻	有期徒 刑 1 年 3 个月		80000	累犯从重
28	(2019)沪 0104 刑初 1391 号	140000		从犯	坦白		从 轻	有期徒 刑 9 个 月		70000	
		200000			坦白		从 轻	有期徒 刑 1 年 6 个月		100000	
		230000			坦白		从 轻	有期徒 刑 2 年	缓刑 2 年	120000	预缴罚金
		230000		从犯	坦白		从 轻	拘役 6 个月	缓刑 6 个 月	20000	建议缓刑
29	(2020)沪 0104 刑初 182 号	360000			自首		从 轻	有期徒 刑 3 年	缓刑 3 年	170000	退赔 16 万 获谅解
30	(2019)沪 0104 刑初 1389 号	70000			坦白		从 轻	有期徒 刑 6 个 月	缓刑 1 年	30000	建议缓刑
31	(2019)沪 0104 刑初		2080000		坦白		未 遂	有期徒 刑 1 年	缓刑 1 年 6	30000	建议缓 刑, 曾知



	1386号						减轻	6个月	个月		知识产权被行政处罚
					坦白		未遂减轻	有期徒刑1年	缓刑1年	20000	建议缓刑
32	(2019)沪0104刑初1306号	480000						有期徒刑3年		240000	
33	(2019)沪0104刑初1285号	1080000			坦白		从轻	有期徒刑3年3个月		500000	
34	(2020)沪0104刑初84号	78000			坦白		从轻	有期徒刑10个月	缓刑1年	40000	建议缓刑
35	(2020)沪0104刑初215号		2720000	主犯	坦白		未遂减轻	有期徒刑1年6个月	缓刑2年	20000	建议缓刑
				从犯	坦白		未遂减轻	拘役6个月	缓刑6个月	10000	建议缓刑
36	(2019)沪0104刑初1399号		321,440		坦白		未遂减轻	有期徒刑1年		50000	
37	(2019)沪0104刑初1415号	900000	600000	主犯	坦白			有期徒刑4年		300000	
				从犯	坦白			有期徒刑7个月		20000	
38	(2020)沪0104刑初208号		1180000	主犯	自首		未遂减轻	有期徒刑1年	缓刑1年	20000	建议缓刑
				从犯	坦白		未遂减轻	拘役5个月	缓刑5个月	10000	建议缓刑
39	(2020)沪0104刑初210号		215000	主犯	坦白		未遂减轻	拘役5个月	缓刑5个月	20000	建议缓刑
40	(2020)沪	3500000	380000		坦白		从	有期徒	缓刑	500000	赔偿15万



	0104 刑初 29 号						轻	刑 3 年	4 年		获谅解
41	(2020)沪 0104 刑初 72 号	170000			坦白		从 轻	有期徒 刑 1 年 6 个月	缓刑 1 年 6 个月	50000	退赔 12000
42	(2019)沪 0104 刑初 1397 号		43000000		自首		未 遂 减 轻	有期徒 刑 9 个 月	缓刑 1 年	20000	取保候 审
43	(2020)沪 0104 刑初 63 号	53960	64500		自首		从 轻	拘役 6 个月		20000	
44	(2020)沪 0104 刑初 47 号	80000			坦白		从 轻	拘役 6 个月		20000	
45	(2019)沪 0104 刑初 1402 号	55000			坦白		从 轻	拘役 5 个月		20000	
		63000			坦白		从 轻	有期徒 刑 11 个 月		30000	曾知识产 权刑事处 罚后再犯
		300000			坦白		从 轻	有期徒 刑 3 年	缓刑 3 年	100000	建议缓 刑, 退赔 70 万获谅 解
46	(2019) 沪 0104 刑初 1035 号	101929			坦白		从 轻	有期徒 刑 10 个 月		30000	
47	(2019)沪 0104 刑初 1393 号	606852.12	147512		自首		减 轻	有期徒 刑 1 年	缓刑 1 年	100000	立功, 退 赔获谅解
48	(2019)沪 0104 刑初 1382 号		459167		坦白		未 遂 减 轻	有期徒 刑 1 年	缓刑 1 年	50000	建议缓刑
49	(2019)沪 0104 刑初 983 号		2090000		坦白		未 遂 减 轻	有期徒 刑 2 年	缓刑 2 年	100000	
50	(2019)沪 0104 刑初 984 号	68000			坦白		从 轻	有期徒 刑 8 个 月		30000	
51	(2019)沪 0104 刑初 980 号	490000			坦白		从 轻	有期徒 刑 3 年	缓刑 3 年	100000	赔偿获谅 解
52	(2019)沪	190000			自首		从	有期徒		40000	



	0104 刑初 1398 号						轻	刑 1 年			
		120000			坦白		从 轻	有期徒 刑 10 个 月		30000	
53	(2019)沪 0104 刑初 1168 号		565338		坦白		未 遂 减 轻	有期徒 刑 1 年	缓刑 1 年	50000	建议缓刑
54	(2019)沪 0104 刑初 1090 号	171430			坦白		从 轻	有期徒 刑 1 年 10 个月	缓刑 1 年 10 个 月	30000	建议缓刑
55	(2019)沪 0104 刑初 663 号	2030000						有期徒 刑 3 年 6 个月		400000	
56	(2019)沪 0104 刑初 1140 号		1000000		坦白		未 遂 减 轻	有期徒 刑 8 个 月		50000	
57	(2019)沪 0104 刑初 1068 号	630000			坦白		从 轻	有期徒 刑 3 年		200000	
58	(2019)沪 0104 刑初 1139 号		1300000		坦白		未 遂 减 轻	有期徒 刑 10 个 月		80000	
59	(2019)沪 0104 刑初 985 号	55000			坦白		从 轻	拘役 6 个月		10000	
60	(2019)沪 0104 刑初 1069 号	2700000	600000		自首		减 轻	有期徒 刑 1 年 6 个月		500000	
61	(2019)沪 0104 刑初 1016 号		210000		坦白		从 轻	有期徒 刑 7 个 月		20000	
62	(2019)沪 0104 刑初 1047 号	320000		从犯	坦白		减 轻	有期徒 刑 2 年	缓刑 2 年	50000	对象食品
63	(2019)沪 0104 刑初 880 号		50000000	主犯	坦白		未 遂 减 轻	有期徒 刑 2 年	缓刑 2 年	100000	
				从犯		未 遂 减	有期徒 刑 1 年	缓刑 1 年	50000		



							轻					
64	(2019)沪 0104 刑初 1286 号	70000			坦白		从轻	有期徒刑 6 个月		20000		
65	(2019)沪 0104 刑初 1281 号	90000	200000	主犯	自首		从轻	有期徒刑 1 年 6 个月	缓刑 1 年 6 个月	50000	建议缓刑	
				从犯	坦白		从轻	拘役 6 个月	缓刑 6 个月	10000	建议缓刑	
66	(2019)沪 0104 刑初 1283 号	50000			坦白		从轻	拘役 6 个月	缓刑 6 个月	30000	建议缓刑	
67	(2019)沪 0104 刑初 1190 号		690000		坦白		未遂减轻	有期徒刑 2 年	缓刑 2 年	30000	建议缓刑	
68	(2019)沪 0104 刑初 1235 号		300000		坦白		未遂减轻	有期徒刑 1 年 6 个月	缓刑 1 年 6 个月	50000	建议缓刑	
69	(2019)沪 0104 刑初 1167 号	100000	100000		坦白		从轻	有期徒刑 1 年		50000		
70	(2019)沪 0104 刑初 1236 号	50000			自首		从轻	拘役 4 个月	缓刑 4 个月	10000	建议缓刑	
					坦白		从轻	拘役 5 个月	缓刑 5 个月	10000	建议缓刑	
71	(2019)沪 0104 刑初 1279 号	210000			自首		从轻	有期徒刑 1 年 6 个月	缓刑 1 年 6 个月	50000		
72	(2019)沪 0104 刑初 1162 号		200000	从犯	坦白		从轻	有期徒刑 9 个月	缓刑 1 年	30000		
73	(2019)沪 0104 刑初 1166 号	150000			坦白		从轻	有期徒刑 1 年	缓刑 1 年	50000	赔偿获谅解	
74	(2019)沪 0104 刑初 1041 号	70000			坦白		从轻	有期徒刑 6 个月		30000		
75	(2019)沪 0104 刑初 1124 号		970000		自首		未遂减	有期徒刑 6 个月	缓刑 1 年	30000	建议缓刑	



							轻					
76	(2019)沪 0104 刑初 1149 号	44000	120000		自首		从轻	拘役 6 个月	缓刑 6 个月	20000		
77	(2019)沪 0104 刑初 1015 号		50000000	主犯	自首		减轻	有期徒刑 1 年		100000	有立功, 但曾知识 产权犯罪	
				从犯	坦白		未遂 减轻	有期徒刑 10 个月	缓刑 1 年	50000		
78	(2019)沪 0104 刑初 789 号	615,300.25						有期徒刑 3 年 6 个月		300000		
		441,166						有期徒刑 3 年		200000		
79	(2019)沪 0104 刑初 932 号		610000		坦白			未遂 减轻	有期徒刑 1 年	缓刑 1 年	60000	建议缓刑
					坦白		未遂 减轻	有期徒刑 10 个月	缓刑 1 年	40000	建议缓刑	
80	(2019)沪 0104 刑初 806 号	120000			自首		从轻	有期徒刑 9 个月	缓刑 1 年	20000	赔偿获谅解	
81	(2019)沪 0104 刑初 933 号	200000			自首		从轻	有期徒刑 1 年	缓刑 1 年	100000	预缴罚金	
82	(2019)沪 0104 刑初 750 号		240000		坦白		从轻	有期徒刑 6 个月	缓刑 1 年	20000	建议缓刑	
83	(2019)沪 0104 刑初 716 号		1115,608		坦白			未遂 减轻	有期徒刑 6 个月	缓刑 1 年	30000	
84	(2019)沪 0104 刑初 675 号	180000			坦白		从轻	有期徒刑 2 年	缓刑 2 年	90000		
85	(2019)沪 0104 刑初 787 号	60000			坦白		从轻	拘役 5 个月	缓刑 5 个月	20000		
86	(2019)沪 0104 刑初	3000000			坦白		从轻	有期徒刑 3 年		1500000		



	267号							6个月			
87	(2019)沪 0104刑初 788号	90000	10000		坦白		从轻	有期徒刑9个月		30000	
88	(2019)沪 0104刑初 809号	130000			坦白		从轻	有期徒刑1年		70000	
89	(2019)沪 0104刑初 808号	470000	80000		坦白		从轻	有期徒刑3年		100000	赔偿获谅解
90	(2019)沪 0104刑初 726号	50000			坦白		从轻	有期徒刑8个月		20000	
91	(2019)沪 0104刑初 790号	4500000		主犯	坦白		从轻	有期徒刑3年6个月		1000000	
				从犯	坦白		减轻	有期徒刑2年		250000	
92	(2019)沪 0104刑初 734号	140000			坦白		从轻	有期徒刑10个月	缓刑1年	30000	赔偿获谅解
93	(2019)沪 0104刑初 798号	110000			坦白		从轻	有期徒刑9个月	缓刑1年	50000	预缴罚金
94	(2019)沪 0104刑初 640号		3900000		坦白		未遂减轻	有期徒刑10个月	缓刑1年	20000	
95	(2019)沪 0104刑初 515号		35000000		坦白		未遂减轻	有期徒刑1年	缓刑1年	30000	
96	(2019)沪 0104刑初 585号	240000			坦白		从轻	有期徒刑2年	缓刑2年	80000	
97	(2019)沪 0104刑初 605号	80000			坦白		从轻	有期徒刑6个月		20000	
98	(2019)沪 0104刑初 682号	460000	150000		坦白		从轻	有期徒刑3年		100000	
99	(2019)沪 0104刑初 554号	50000						有期徒刑9个月	缓刑1年	20000	
100	(2019)沪	120000			坦白		从	有期徒	缓刑	50000	



	0104 刑初 656 号						轻	刑 1 年	1 年		
101	(2019)沪 0104 刑初 623 号		1120000		自首		未 遂 减 轻	有期徒 刑 9 个 月	缓刑 1 年	50000	
102	(2019)沪 0104 刑初 555 号		1320000	主犯	坦白		未 遂 减 轻	有期徒 刑 1 年 6 个月	缓刑 1 年 6 个月	100000	
				从犯	坦白		未 遂 减 轻	有期徒 刑 9 个 月	缓刑 1 年	30000	
103	(2019)沪 0104 刑初 553 号		8920000		坦白		未 遂 减 轻	拘役 6 个月	缓刑 6 个 月	10000	
104	(2019)沪 0104 刑初 285 号	75000	240000	主犯	坦白		从 轻	有期徒 刑 2 年	缓刑 2 年	50000	赔偿 45 万 获谅解
105	(2019)沪 0104 刑初 622 号	130000			坦白		从 轻	有期徒 刑 1 年	缓刑 1 年	30000	
106	(2019)沪 0104 刑初 482 号		450000		坦白		未 遂 减 轻	有期徒 刑 9 个 月	缓刑 1 年	20000	
107	(2019)沪 0104 刑初 476 号		658000		自首		减 轻	有期徒 刑 1 年 6 个月	缓刑 1 年 6 个月	100000	
108	(2018)沪 0104 刑初 1056 号	250000			自首		减 轻	有期徒 刑 1 年 6 个月	缓刑 1 年 6 个月	50000	



李彪

上海七方律师事务所 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部  
律师

业务领域：刑事辩护

联系电话：18817878545

## 对《刑法修正案(十一)草案》拟下调刑事责任年龄的一些思考

作者：七方刑事团队

近年来, 14 周岁以下的未成年人恶性刑事案件时有发生, 例如 2020 年 4 月, 安徽省郎溪县就发生了一起 13 岁的杨某某奸杀 10 岁幼女的案件。这些刑事案件不止一次地引发了法学界、实务界以及舆论对我国刑事责任年龄调整的激烈讨论。

近日, 全国人大法工委发言人臧铁伟在记者会上介绍, 对低龄未成年人犯罪既不能简单地“一关了之”, 也不能“一放了之”。即将提请全国人大常委会会议(2020 年 10 月 13 日至 17 日)审议的刑法修正案(十一)草案二次审议稿拟“两条腿走路”, 一方面在特定情形下, 经特别程序, 对法定最低刑事责任年龄作个别

下调; 另一方面, 统筹考虑刑法修改和预防未成年人犯罪法修改相关问题, 在完善专门矫治教育方面做好衔接。根据中新网北京 10 月 13 日电, 刑法修正案(十一)草案 13 日提请十三届全国人大常委会进行二次审议。草案规定, 已满十二周岁不满十四周岁的人, 犯故意杀人、故意伤害罪, 致人死亡, 情节恶劣的, 经最高人民法院核准, 应当负刑事责任。

笔者在此根据我国未成年犯罪的规范与现状, 结合域外的立法经验, 对修正案(十一)拟调整刑事责任年龄作一些简要评价。

### 一、我国治理未成年犯罪的规范与现状

我国历来高度重视未成年人犯罪, 采取“教育、感化、挽救的方针, 坚持教育为主、惩罚为辅的原则”并通过各种制度保障取得了一定的成就。例如, 根据人民法院大数据管理和服务平台发布的《从司法大数据看我国未成年人权益司法保护和未成年人犯罪特点及预防》的报告,

2009 年至 2017 年, 全国未成年人犯罪数量呈持续下降趋势。我国已成为世界上未成年人犯罪率最低的国家之一。2018 年, 最高人民法院发布的《校园暴力司法大数据专题报告》显示, 2015 年全国法院一审审结校园暴力案 1000 余件, 2016 年、2017 年分别同比下降 16.51%、13.37%。

根据我国《刑法》第 17 条之规定，示，划分为了三个阶段。

我国对未成年人刑事责任年龄如下表所

年龄对未成年人责任能力的影响		
<14 周岁	完全无刑事责任年龄	对所有犯罪均不负刑事责任
≥14 周岁 <16 周岁	相对刑事责任年龄	仅对部分犯罪负刑事责任
≥16 周岁	完全刑事责任年龄	对所有犯罪均负刑事责任，但应当从轻减轻处罚

## 二、域外未成年人刑事责任年龄制度概况

尽管我国在预防和惩治未成年人犯罪方面取得了一定的成就，但不可否认的是仍然有较大的完善空间。所谓他山之石可以攻玉，不妨先了解一下域外对未成年人的刑事责任年龄制度。

首先，1985 年《联合国少年司法规则最低限度的标准规则》与 2007 年的《〈儿童权利公约〉第 10 号一般性意见——少年司法中的儿童权利》均对未成年人负刑事责任的年龄上提出了要求，后者规定，最低刑事责任年龄不能低于 12 岁。

其次，各国对最低刑事责任年龄的规定如下表所示，并不统一，具有很大的差别。

再次，各国在划分相对责任年龄段也存在不同的做法。例如西班牙、菲律宾、巴拿马、智利、俄罗斯采用四分法，根据

不同年龄分为幼儿、儿童、未成年人和成年人；保加利亚、意大利、瑞士、泰国和

最低刑事责任年龄（周岁）	代表国家
7	瑞士、新加坡约旦、黎巴嫩、也门、印度
8	孟加拉国
9	墨西哥、菲律宾
10	澳大利亚
12	荷兰、墨西哥、土耳其、埃及、乌干达
13	以色列、法国
14	日本、意大利、俄罗斯
15	丹麦、芬兰
16	西班牙、葡萄牙
17	波兰
18	卢森堡



朝鲜等国采用和我国类似的三分法；日本、匈牙利、德国、比利时、土耳其等国采用二分法，超过一定年龄为完全刑事责任年龄，不足则为无刑事责任年龄，不存在中间地带。

最后，一些国家为未成年人犯罪制定了特殊的刑事程序。其中比较具有关注度和代表性的是英国的“恶意补足年龄”原则。英国法律规定，未满10周岁的儿童，

认定为无实施犯罪行为的能力，绝对不负刑事责任；14周岁以上的，负刑事责任；对10周岁以上不满14周岁的儿童被推定为无实施犯罪行为的能力，但可以用证据反驳。具体来说如果低龄未成年人知道恶性而实施危害行为，则追究刑事责任。例如杀人后具有抛尸、分尸的行为等，具有恶意补足年龄的效力。

### 三、对修正案十一降低最低刑事责任年龄的简评

如前所述，草案规定，“已满十二周岁未满十四周岁的人，犯故意杀人、故意伤害罪，致人死亡，情节恶劣的，经最高人民检察院核准，应当负刑事责任。”与刑法第17条原有的规定相比，无疑是极大加重了12岁至14岁未成年人的刑事责任，突破了原有的法定最低刑事责任年龄。

尽管如此，笔者认为草案的修改仍保持了较为审慎和保守的态度。首先草案规定的犯罪仅限于两种犯罪，即故意杀人与故意伤害致人死亡。皮艺军教授认为，降不降刑事责任年龄，取决于三个标准：生理标准、心理标准和社会标准。不能否认的是，对于已满12周岁的未成年人来说，要求他们理解“杀人”这一概念并未超

出其心理的认知能力，具有一定的合理性；其次，草案不仅限定了特定犯罪，还要求情节恶劣。该规定既考虑定性（特定犯罪）又将量（情节恶劣）纳入是否惩罚的标准，无疑在实体上尽可能地保障了未成年人的权益；最后，草案将核准权放置在最高人民检察院，该规定在程序上体现了立法机关对于低龄未成年人犯罪处罚的审慎态度。

但是，新的规定必将引发新的问题，笔者认为，至少有以下问题需要立法机关通过相应司法解释进行进一步明确。第一，草案所限定的“犯故意杀人、故意伤害罪”是仅指两种具体的罪名还是指两种具体的犯罪行为。例如，已满12周岁未满14

周岁的人在绑架过程中撕票的，是否需要负刑事责任。尽管 2002 年全国人大法工委在《关于已满十四周岁不满十六周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》中业已明确，刑法第十七条第二款规定的八种犯罪，是指具体犯罪行为而不是具体罪名。但该答复意见是否适用新规是值得讨论的。笔者认为，对于该问题应当保持更为审慎的态度。追究不满 14 周岁行为人的刑事责任已经是对我国刑事处罚范围的重大突破，如果再扩大适用范围，则有矫枉过正之嫌。

第二，草案所规定的“情节恶劣”应当尽快通过立法加以明确，以限制法院的自由裁量权，防止极端情况下，法院受被害人家属以及舆论影响，对行为人作出不当的处罚。此外，“情节恶劣”是处罚的

必要条件？还是报最高人民检察院核准的前置条件？又或者二者皆是？其区别在于，倘若是报最高人民检察院核准的前置条件，则情节不恶劣的情况下，原则上不应当上报给最高人民检察院进行核准，也即不应启动追究行为人的刑事责任程序；倘若是处罚的必要条件，则无论情节是否恶劣，只要是故意杀人、故意伤害致人死亡两种情况的，均应上报至最高人民检察院，再由最高检核准定罪处罚。

第三，程序法应当及时跟进。例如，“经最高人民检察院核准”应当由谁上报，如何上报？最高检核准期间，行为人的强制措施是否与一般刑事案件的强制措施相同？最高检核准之后，对于该结果，行为人及其代理人、辩护律师等是否能提出异议？相应的程序又该如何规定？

### 结语

法谚有云，“徒法不足以自行”。未成年犯罪的问题绝不可能仅仅通过一味的降低最低刑事责任年龄来解决。草案制定并实施后，当面临 11 岁孩子杀人的案件时，又何所适从呢？尽管调整最低刑事责任年龄的关注度更高，但笔者认为，同样在十三届全国人大常委会第二十二次

会议中提出的，“统筹考虑刑法修改和预防未成年人犯罪法修改相关问题，将收容教养修改为专门矫治教育。”这个提案如果能落实到位，可能更有助于解决未成年人的犯罪问题。李斯特的名言“最好的社会政策即最好的刑事政策”在未成年人犯罪问题中，无疑也是适用的。

## 股东出资纠纷何处管辖？

作者：朱好婕

股东出资是股东对公司最基本的义务，是公司资产最基础的来源，是公司作为主体参与市场交易中重要的对外信用保障。

股东出资纠纷，指针对股东瑕疵出资或抽逃出资产生的纠纷。在商事实践中，因股东出资产生纠纷提起诉讼的情况常见多发、情形多变且诉讼主体多样，本文主要讨论以公司或股东作为原告、违反出资义务的股东作为被告的股东出资纠纷的管辖问题，究竟是民事一般地域管辖，亦或是公司纠纷特殊管辖，以及公司住所地人民法院是否享有管辖权。

具体分析如下：

### 一、是否属于公司诉讼特殊地域管辖

股东出资纠纷不属于公司诉讼纠纷，不适用《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）第二十六条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第二十二条的规定，应属于一般地域管辖。

曾有过两个观点，都支持股东出资纠纷属于公司诉讼案件：

一是认为股东出资纠纷属于公司诉讼特殊地域管辖适用范围，直接依据《民

诉法》第二十六条及《民诉法解释》第二十二條，由公司住所地人民法院管辖。

（参考案例：(2017)沪 0107 民初 17345 号）

二是认为一般地域管辖与公司诉讼特殊地域管辖竞合，特殊地域管辖的适用并不排斥一般地域管辖的适用，故原告可以选择在被告住所地或者公司住所地法院起诉。（参考案例：(2018)沪 02 民辖终 362 号）

公司诉讼首先针对公司的组织行为，涉及多个利害关系人和多项法律关系，便于查明事实、调取证据、提高诉讼效率，特别规定由公司住所地人民法院管辖。

本文认为股东出资纠纷属于给付之诉，虽然涉及《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）上的权利义务关系，但不具有组织法上纠纷的性质，不涉及公司设立、解散、合并、分立以及确认股东资格、分配利润等，亦不涉及多项法律关系，不属于《民诉法》第二十六条和《民诉法解释》第二十二条规定的公司诉讼特殊地域管辖的适用范围，应按照传统民事纠纷确认管辖。

这一观点自(2018)最高法民辖终 140 号裁定作出后，得到了广泛的确认。该裁定中提到了《民诉法》第二十六条特别之处在于公司作为原告时，为了方便诉讼、提高诉讼效率，规定了“被告就原告”，由公司住所地法院管辖。在公司作为被告

的情况下，当然由公司住所地人民法院管辖，这与原告就被告的一般管辖规定并无特别之处。适用前述两条的前提条件之一是：公司要么是被告，要么是原告。在公司为第三人的情况下，除非是根据《公司法》第一百五十一条提起的股东代表诉讼，否则不具有适用《民事诉讼法》第二十六条的前提。

而在股东诉股东的案件中，公司只是第三人，该类纠纷又是股东直接诉讼，并非股东代表诉讼，因此不能适用《民诉法》第二十六条和《民诉法解释》第二十二条的规定。此外，上述两条规定中也没有规定股东瑕疵出资或者抽逃出资案件由公司住所地法院管辖。

### 二、一般地域管辖的法律适用

对于股东出资纠纷适用一般民事诉讼地域管辖目前已基本达成共识，那么，对于此类纠纷具体究竟适用何种一般地域管辖？以及公司住所地是否享有管辖权？

回答上述问题，须先判断股东出资纠纷属于违约纠纷还是侵权纠纷。

在这一点上，目前仍有争议，实践中也有不同的判例。一种认为属于违约责任（参考案例：(2019)苏 05 民辖终 1299 号），一种认为属于侵权责任（参考案例：(2019)苏 01 民辖终 690 号），实践中还存在有法院认定股东出资纠纷直接适用一般民事诉讼管辖，根据《民诉法》第二

十一条的规定，由被告住所地人民法院管辖。（参考案例：（2020）沪02民辖终90号、（2019）沪0120民初7203号）

本文认为股东出资纠纷案件的性质需要根据原被告之间的法律关系予以确认。若是股东提起的股东出资纠纷，倾向于认定属于违约纠纷，而公司提起的股东出资纠纷更偏向于认定为侵权纠纷。

若是股东提起的股东出资纠纷，股东违反出资协议、增资协议或者公司章程等具有合同性质的文件中约定的出资义务，属于合同纠纷，股东未按照合同约定履行相应的出资义务，构成违约。针对违约纠纷的管辖，首先看是否存在约定管辖，若是存在符合《民事诉讼法》第三十四条规定的与争议存在实际联系的管辖地，则由约定的管辖法院管辖。在不存在约定管辖的情况下，适用《民事诉讼法》第二十三条关于合同纠纷的地域管辖，由被告住所地或合同履行地人民法院管辖。

对于公司住所地是否是合同履行地，有观点主张依据《民事诉讼法解释》第十八条第二款的规定“...合同对履行地点没有约定或者约定不明确，争议标的为给付货币的，接收货币一方所在地为合同履行地”，合同对履行地没有约定或约定不明，公司作为接受货币一方，故公司住所地为合同履行地。

本文认为公司在此类案件中作为第三人，而《民事诉讼法解释》第十八条第二款

中所指的“接收货币一方”应为原告或被告其中一方，不包括第三人，故公司住所地不能作为合同履行地。在没有约定合同履行地且无法确定的情况下，只能由被告住所地法院管辖。

若是公司与股东之间的股东出资纠纷，由于股东未履行或未全面履行出资义务，侵害公司合法权益，则构成侵权纠纷。公司可以依据《民事诉讼法》第二十八条的规定，向被告住所地或侵权行为地法院起诉。而公司住所地作为侵权行为发生地或者侵权结果发生地，该地人民法院对此类案件享有管辖权。

由于股东出资纠纷本身复杂多变、情况多样，关于该纠纷的管辖权问题在司法实践中存在不同的裁判情况，尚未有法律或司法解释予以明确。本文建议，若是希望将来可能产生的股东出资纠纷由公司住所地人民法院管辖的，在与其他自然人、法人或非法人组织签订投资协议或者增资协议时，可以在协议中明确由此产生的纠纷由公司住所地人民法院管辖。

自今年7月31日起，最高人民法院《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》开始试行。对于股东出资纠纷管辖权问题，望通过实行类案检索制度，统一裁判口径，做到“同案同判、不同案不同判”。

**【1】** 《民事诉讼法》第二十六条 因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等

纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。

【2】《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二十二 条 因股东名册记载、请求变更公司登记、股东知情权、公司决议、公司合并、公司分立、公司减资、公司增资等纠纷提起的诉讼，依照民事诉讼法第二十六条规定确定管辖。

【3】《民事诉讼法》第二十一条 对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

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

【4】《民事诉讼法》第三十四条 合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同

【5】《民事诉讼法》第二十三条 因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。

【6】《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第十

八条 合同约定履行地点的，以约定的履行地点为合同履行地。合同对履行地点没有约定或者约定不明确，争议标的为给付货币的，接收货币一方所在地为合同履行地；交付不动产的，不动产所在地为合同履行地；其他标的，履行义务一方所在地为合同履行地。即时结清的交易行为地为合同履行地。合同没有实际履行，当事人双方住所地都不在合同约定的履行地的，由被告住所地人民法院管辖。

【7】《民事诉讼法》第二十八条 因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。



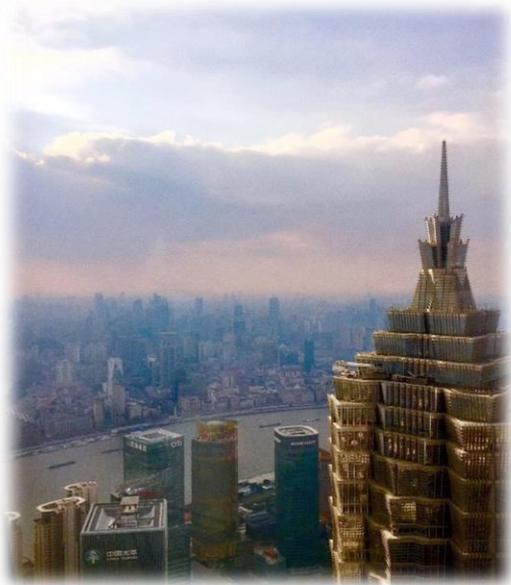
朱好婕

上海七方律师事务所 实习律师  
七方建设工程与房地产法律服务部 实习律师

业务领域：建设工程、房地产、公司法

## 保险公司破产问题的法律 探析

作者：七方民商法团队



### 一、保险公司永远不会倒闭吗？

“放心买！按照《保险法》的规定，保险公司永远不会倒闭！”近年来，有些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》等规定，保险公司是完全可能“倒闭”的。近期，银保监会宣布对4家保险公司托管更是引起了广泛关注。投保人在购买保险时，还是要擦亮眼睛。

#### 01 “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。法律意义上一般指“破产”。

按照《保险法》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：

- 1、不能清偿到期债务；
- 2、资不抵债或明显丧失清偿能力时。

当保险公司或其债权人申请保险公司破产时，应取得国务院保险监督管理机构的同意。银保监会也可依法向人民法院申请对保险公司进行破产清算。即“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。到目前为止，我国尚无保险公司破产的先例。但是，这并不能代表以后不会发生。

值得注意的是，今年以来，我国保险市场改革开放的速度明显加快。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。随着开放力度越来越大，保险公司的破产、解散、或将“与国际接轨”。

### 02 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，与普通公司相比，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。

### 03 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。此类情况屡见不鲜。

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《保险法》第一百四十四条的规定，对于保险公司偿付能力严重不足的或严重危及偿付能力的，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保障基金接管……2020年7月17日，银保监会宣布对华夏人寿、天安人寿、天安财险、易安财险4家保险公司进行接管，原因就是触发了接管条件。

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、勒令停业；2、接管；3、解散；4、宣告破产。

所以，对于保险产品消费者来说，勿轻信“保险公司不会倒闭”的说辞而随意购买。在购买保险产品时，仍然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。

## 二、保险公司破产倒闭，保单持有人利益会受损吗？

我们主要探析下寿险公司破产的情况。

### 01 破产程序下，投保人怎么赔？

我国《保险法》第九十一条规定：“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，按照下列顺序清偿：

（一）所欠职工工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠应当划入职工个

人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；

(二) 赔偿或者给付保险金；

(三) 保险公司欠缴的除第(一)项规定以外的社会保险费用和所欠税款；

(四) 普通破产债权。”

以上可见，赔偿或者给付保险金是列在第二位的。但保险公司进入破产程序，意味着其不能清偿到期债务且资不抵债。这种情况下，破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，很可能不足以偿付保单持有人的保单利益。

这个时候，保险保障基金就要出手对保单持有人进行救助了。

### 02 保障基金，能救助多少？

我国《保险法》第一百条规定：

“保险公司应当缴纳保险保障基金。保险保障基金应当集中管理，并在下列情形下统筹使用：

(一) 在保险公司被撤销或者被宣告破产时，向投保人、被保险人或者受益人提供救济；

(二) 在保险公司被撤销或者被宣告破产时，向依法接受其人寿保险合同的保险公司提供救济；

(三) 国务院规定的其他情形。

保险保障基金筹集、管理和使用的具体办法，由国务院制定。”

原保监会出台的《保险保障基金管理办法》对救助的金额和比例进行了明确规定。以寿险为例：

《保险法》第九十二条：“经营有人寿保险业务的保险公司被依法撤销或者被依法宣告破产的，其持有的人寿保险合同及责任准备金，必须转让给其他经营有人寿保险业务的保险公司；不能同其他保险公司达成转让协议的，由国务院保险监督管理机构指定经营有人寿保险业务的保险公司接受转让。转让或者由国务院保险监督管理机构指定接受转让前款规定的人寿保险合同及责任准备金的，应当维护被保险人、受益人的合法权益。”

《保险保障基金管理办法》第二十一条：“被依法撤销或者依法实施破产的保险公司的清算资产不足以偿付人寿保险合同保单利益的，保险保障基金可以按照下列规则向保单受让公司提供救助：

(一) 保单持有人为个人的，救助金额以转让后保单利益不超过转让前保单利益的90%为限；

(二) 保单持有人为机构的，救助金额以转让后保单利益不超过转让前保单利益的 80% 为限。

保险保障基金依前款规定向保单受让公司提供救助的，救助金额应以保护中小保单持有人权益以维护保险市场稳定，并根据保险保障基金资金状况为原则确定。”

以上规定表明，保障基金是“可以”最多提供人寿保险合同保单利益 90% 的救助金额。那么，剩余的保单利益部分是否由其他保险公司接盘承担就可以了呢？“人寿保险合同”的范围是否有明确的法律界定呢？

根据《保险法》、《人身保险公司保险条款和保险费率管理办法(2015 修订)》的规定，从文义解释来看，年金险、健康保险、意外伤害保险应不属于“人寿保险业务”；

不过，从现有财、寿保险公司的经营范围以及普通消费者对于名称为某“人寿保险”公司所经营险种的认识来看，有一种朴素的理解是年金险、健康保险、意外伤害保险属于与其名称一致的“人寿保险业务”。

**03 由其他保险公司接盘，能完全保障投保人的利益吗？**

从形式上看，根据《保险法》九十二条和《保障基金管理办法》第二十一条，保单有其他保险公司接手，投保人似乎就安全无忧了。但当保险公司面临破产时，其牵涉到的保险客户数量及其债务无疑都是相当巨大的，其涉及的问题会相当复杂。目前而言，仅凭以上两个条款，投保人未必能安枕无忧。

1、强制要求所有的保险合同及准备金一律转让给其他保险公司，可能会遭到债权人的狙击。

保险公司破产后，寿险合同准备金应当被纳入债务人财产和破产财产。而转让保单准备金的行为实质上等同于向保单持有人先行分配财产。对此其它债权人可能会根据破产法提出异议并采取法律措施进行阻挠。

2、强制要求其它保险公司接盘，未必能够确实保障投保人的实际需求。

当保险公司破产时，其即便有新公司承接，其过程预计也是复杂冗长。一方面不同的保险合同差异很大：有的可能正在缴费，有的可能缴费已经全部完毕，有的可能已经发生保险事故。投保人有的希望退保，有的希望继续投保，有的希望获得理赔。而另一方面保障基金并未对保单利益明确，保险金、保

费、现金价值是否都在救助范围。在此情况下，等待期间及各种不确定性因素增加将影响投保人，尤其对退保、理赔等多种利益和需求的保障可能有不确定的争议和影响。

3、强制要求其他保险公司接盘，可能会面临实际操作困境。

寿险公司既然破产，则显然其拥有的准备金必然不足。在保单负债和准备金之间存在差距。如果出现集中暴雷的情况或者某个保险公司亏空严重，保险保障基金不能提供全额救济的情况下，可能面临很难找到接盘公司的操作困境。

4、即便有其他保险公司接盘，仍将对部分类型的保单利益产生影响。

对于部分具有不确定利益的保险产品，如分红险的分红，万能险的结算利率、投连账户的收益，这些跟保险公司的经营情况相关。当保险公司破产、保险公司主体发生变化时，势必会受到影响。

目前我国并未有保险公司破产的实际案例。法律上虽有原则性的处理措施，但实际操作仍可能会面临不确定的风险。对此，作为投保人而言，选择规范经营，有雄厚实力、有足够信誉的保

险公司，减少保单出现问题的可能性，才是为自己选对了“保险措施”。



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与保险法律服务部 主任  
业务方向：民商法、金融保险法



陈江松

上海七方律师事务所 律师助理  
七方民商事与保险法律服务部 研究员  
业务方向：民商法、金融保险法

## 借钱炒股？违法配资或让你万劫不复！（下篇）

作者：七方民商法团队



书接前文。上篇提到：笔者的朋友王某发来一纸协议，让笔者为其把关。该协议主要内容为：（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）上述 1100 万元资金存放于王某在证券公司开立的证券账户中，此账户交由李某独立操作；（三）证券投资亏损的风险由李某承担，盈利由李某享有；（四）王某每季度收取 50 万元投资收益。

笔者认为：这是一个典型的场外配资合同；其基本法律关系为借贷关系、让与

担保关系，应定性为借款合同；因违反了《证券法》的强制性规定，该合同无效。

本篇分析配资合同无效的法律后果，除民事责任外，还可能产生行政责任和刑事责任。

### 一、返还借款本金和保证金

《合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”

据此，配资合同被确认无效后，用资人应返还借款金额，配资人应返还保证金。以王某和李某的合同为例，若双方已按合同支付款项但尚未开始投资，由于证券账户实际由王某控制，王某应返还李某 100 万元。

### 二、利息的处理

《合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；……”

据此，对于已经收取的利息，配资人构成不当得利，用资人有权要求其返还。比如，王某和李某的合同履行半年后被法院判定无效，此时证券账户市值为 800 万元，李某已支付给王某投资收益（实为利

息) 100 万元。此时, 李某只需返还王某 900 万元即可。

又根据《民法总则》第一百五十五条: “无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。”《全国法院民商事审判工作会议纪要》(下称《九民纪要》) 第 87 条第 1 款: “场外配资合同被确认无效后, 配资方依场外配资合同的约定, 请求用资人向其支付约定的利息和费用的, 人民法院不予支持。”

据此, 若用资人尚未按照合同约定支付利息的, 无需再支付。比如, 王某和李某的合同履行半年后被法院判定无效, 此时证券账户市值为 1100 万元, 李某尚未支付应给王某的投资收益(实为利息) 100 万元。此时, 李某只需返还王某 1000 万元本金, 抵消后返还 900 万元即可。由于证券账户实际由王某控制, 李某实际无需返还资金给王某, 王某应返还 100 万元保证金给李某。

### 三、投资收益的处理

因配资合同无效, 合同中关于收益分配的相关条款亦无效。故《九民纪要》第 87 条第 2 款指出: “配资方依场外配资合同的约定, 请求分享用资人因使用配资所产生的收益的, 人民法院不予支持。”

根据该规定, 配资人没有投资收益请求权。但是, 由于证券账户一般由配资人实际控制, 配资人取得投资收益无需“请求”, 可能径行收取。用资人可请求返还。

比如, 王某的证券账户交给李某交易之后, 市值猛涨, 达到了 1500 万元。此时, 投资收益为 400 万元(暂不考虑李某已经支付的利息), 王某可以自行卖出股票, 将资金转到自己(或开立证券账户的第三人)的银行卡上。李某有权请求其返还本金和投资收益合计 500 万元。

### 四、投资亏损的承担

实践中, 因场外股票配资合同引发的纠纷, 除少数涉嫌诈骗、非法集资等犯罪外, 大多是由于股票投资亏损引起的——若无亏损, 皆大欢喜, 无需诉讼。

比如, 王某交给李某投资的证券账户市值归零。此时证券账户实际亏损 1100 万元, 其中王某损失本金 1000 万元, 李某损失保证金 100 万元。

那么配资炒股的损失, 应由谁承担?

#### (一) 用资人的损失

《九民纪要》第 87 条第 3 款规定: “用资人以其因使用配资导致投资损失为由请求配资方予以赔偿的, 人民法院不予支持。用资人能够证明因配资方采取更改密码等方式控制账户使得用资人无法及时平仓止损, 并据此请求配资方赔偿其因此遭受的损失, 人民法院依法予以支持。”第 87 条第 4 款规定: “用资人能够证明配资合同是因配资方招揽、劝诱而订立, 请求配资方赔偿其全部或者部分损失的, 人民法院应当综合考虑配资方招揽、劝诱行为的方式、对用资人的实际影

响、用资人自身的投资经历、风险判断和承受能力等因素，判决配资方承担与其过错相适应的赔偿责任。”

如山东省五莲县人民法院在（2019）鲁 1121 民初 3012 号民事判决中认为，“本案中，王斌出资 1000 万元，赵天宇向王斌转账 150 万元，均应视为股票投资款。平仓后资管账户资金数额 1075.997987 万元，王斌作为配资方不能因场外配资合同获取利息和费用，用资人也不能因使用配资导致投资损失要求配资方赔偿，因此王斌应将剩余的 75.997987 万元返还赵天宇，对剩余损失赵天宇应自行承担……”，遂判决“王斌于判决生效之日起十日内返还赵天宇投资款 75.997987 万元”。这实际上是判定由用资方赵天宇自行承担其保证金损失（约 74 万元）。山东省日照市中级人民法院在二审中维持了原判[i]。

### （二）配资人的损失

一般情况下，无论用资人是亏损还是盈利，因配资方拥有强行平仓的权利，配资方出借的本金及利息都能得到保障。也许是出于上述考虑，《九民纪要》并未对配资人的损失直接规定。

但在实际操作中，若遇到股票长期停牌、连续跌停等情形，配资方将无法及时平仓，从而导致其本金出现损失。

配资人的损失，应由谁承担？司法实务中，有以下几种裁判思路：

1、配资方和用资方各承担 50% 责任。如常德市中级人民法院认为：因双方均明知是场外股票融资，但仍签订协议，故双方均存在过错，酌定双方各自承担 50% 的责任。[ii]若依此种思路，在王某和李某的配资炒股活动中，对于 1100 万元的亏损，双方各承担 550 万元，李某应向王某支付 450 万元（550-100）。

2、用资方承担主要损失。如福建省福州市中级人民法院在《林真真、吴峰晔合同纠纷二审民事判决书》中认为：“本院经审查认为，林真真作为股票的实际操作者，对于股票投资亏损存在主要过错，但按照中国证券监督管理委员会第〔2015〕19 号公告《关于清理整顿违法从事证券业务活动的意见》，个人出借股票账户系违规行为，吴峰晔为追求高额收益，与用资方签订场外配资合同，违规出借股票账户，亦存在过错，一审法院判令该股票亏损均由林真真承担显失公平，综合双方的过错程度，本院酌定林真真应就股票投资亏损承担 70% 的责任……” [iii]若按此种思路，在王某和李某的配资炒股活动中，对于 1100 万元的亏损，李某承担 70% 的损失即 770 万元，应向王某支付 670 万元（770-100）。

3、由用资人实际承担全部本金损失。如浙江省丽水市莲都区人民法院在《鲍志锋与陈文辉合同纠纷一审民事判决书》中，虽然认为双方各有过错，“被

告为追求高额收益，在不符合证券法有关规定的情况下，向原告借款投资于股市，表明其愿意承担更高风险的同时，亦应认定其对于合同无效具有过错。另一方面，原告为取得利息收益，明知被告陈文辉向其借款的用途，且约定了相应的平仓警戒线、强制平仓线等条款，也有一定的过错……”，仍判决被告向原告支付全部本金损失 1058.5154 万元并支付资金占用损失 [iv]。

此外，浙江省绍兴市中级人民法院在 (2020) 浙 06 民终 1099 号、(2020) 浙 06 民终 777 号、(2019) 浙 06 民终 4984 号 (2020 年 6 月 29 日作出并生效) 民事判决书中也持相同观点。若依此种裁判思路，在配资证券账户市值归零后，李某应承担全部损失，向王某支付 1000 万元。

上引司法裁判，皆为《九民纪要》出台之后作出。由上述裁判可知，司法实践中，大多数法院认为应由用资方承担全部或主要投资损失。这与合同法第五十八条关于合同各方按过错承担责任的规定及《九民纪要》的规定精神似有冲突。

笔者认为，在配资证券账户出现亏损时，应严格按照合同法第五十八条之规定来分配配资合同双方的责任：1、只要签订了违法的配资合同，双方即有过错，应各自承担 50% 责任；2、若一方能证明另一方另有其他过错的（如引诱、急于平仓、用资人违反合同约定买入劣质股票以致连

续跌停无法平仓），另一方应承担更大的责任。

### 五、担保合同（条款）的处理

配资合同乃主合同，担保合同乃从合同。主合同无效的，从合同自然无效。故，在配资合同中，若有第三人提供担保的，该第三人无需承担担保责任，但依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条之规定，“担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一”。

### 六、行政责任

《证券法》第二百零二条规定：“违反本法第一百一十八条、第一百二十条第一款、第四款的规定，擅自设立证券公司、非法经营证券业务或者未经批准以证券公司名义开展证券业务活动的，责令改正，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上十倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，处以一百万元以上一千万元以下的罚款。”在王某与李某的场外配资活动中，王某已构成非法经营证券业务，若被监管部门查出，最低也要被罚款一百万元。

《证券法》第一百九十五条规定：“违反本法第五十八条的规定，出借自己的证券账户或者借用他人的证券账户从事证券交易的，责令改正，给予警告，可以处五十万元以下的罚款。”在王某与李某的

配资活动中，王某为证券账户出借方，李某为证券账户借用方，两人皆违反了证券法第五十八条之规定，最高可处罚款五十万元。

### 七、刑事责任

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、中国证券监督管理委员会《关于整治非法证券活动有关问题的通知》明确：

“任何单位或个人经营证券业务必须经证监会批准，未经批准的，属于非法经营证券业务，应予以取缔；涉嫌犯罪的，以非法经营罪追究刑事责任。”

根据证券法第一百二十条第一款第五项之规定，证券融资融券属于证券业务。

《刑法》第二百二十五条规定：“违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产……”

在王某与李某的场外配资活动中，王某已构成非法经营证券业务；若情节严重，则可能被追究刑事责任。

综上所述，配资本身属于违法行为。配资合同涉及的法律关系较为复杂。虽然最高法已明确此类合同无效，但其法律后

果似仍有不明确之处。从投资的角度来说，此类合同的经济风险也极大。在此，笔者再次提醒：炒股，千万别配资啊！

---

[i] 王斌、赵天宇二审民事判决书，(2020)鲁11民终1031号。

[ii] 王海涛、张家生与马涛、柴园园借款合同纠纷二审民事判决书，(2020)湘07民终820号。

[iii] 林真真、吴峰晔合同纠纷二审民事判决书，(2020)闽01民终3026号。

[iv] 鲍志锋与陈文辉合同纠纷一审民事判决书，(2020)浙1102民初1235号。



# 股民在什么情况下可以向上市公司索赔？

作者：七方民商法团队

股市波诡云谲，亏钱乃是常事。有些投资者亏了钱就自认倒霉，却不知道自已可能被上市公司割了韭菜，依法可以索赔。

本文结合《证券法》<sup>[i]</sup>及相关司法解释，对股民可以向上市公司<sup>[ii]</sup>索赔的情形进行梳理<sup>[iii]</sup>。

## 一、上市公司虚假陈述导致投资者损失的

虚假陈述，是上市公司侵权行为中最常见的。以证券虚假陈述责任纠纷为案由的诉讼，也是涉证券民事诉讼中最常见的一种。

《证券法》第八十五条规定：“信息披露义务人未按照规定披露信息，或者公告的证券发行文件、定期报告、临时报告及其他信息披露资料存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，信息披露义务人应当承担赔偿责任；发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员，应当与发行人承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外。”

股民据此进行索赔的条件是：

1、发行人实施了虚假陈述行为，包括未按照规定披露信息、信批资料中存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。未按照规定披露信息，是指未在适当期限内或者未以法定方式公开披露应当披露的信息。虚假记载，是指信息披露义务人在披露信息时，将不存在的事实在信息披露文件中予以记载的行为。误导性陈述，是指虚假陈述行为人在信息披露文件中或者通过媒体，作出使投资人对其投资行为发生错误判断并产生重大影响的陈述。重大遗漏，是指信息披露义务人在信息披露文件中，未将应当记载的事项完全或者部分予以记载。

2、股民遭受了损失，包括投资差额损失、佣金和印花税以及前述损失的利息。

3、股民的损失是虚假陈述行为引起的。《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（以下简称《规定》）第十八条规定：“投资人具有以下情形的，人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系：（一）投资人所投资的是与虚假陈述直接关联的证券；（二）投资人在虚假陈述实施日及以后，至揭露日或者更正日之前买入该证券；（三）投资人在虚假陈

述揭露日或者更正日及以后，因卖出该证券发生亏损，或者因持续持有该证券而产生亏损。”虚假陈述实施日，是指作出虚假陈述或者发生虚假陈述之日。虚假陈述揭露日，是指虚假陈述在全国范围发行或者播放的报刊、电台、电视台等媒体上，首次被公开揭露之日。虚假陈述更正日，是指虚假陈述行为人在中国证券监督管理委员会指定披露证券市场信息的媒体上，自行公告更正虚假陈述并按规定履行停牌手续之日。根据上述规定，对于虚假陈述行为和股民损失之间的因果关系，实行推定原则。同时根据《规定》第十九条，信息披露义务人对不存在因果关系承担举证责任。

### 【典型案例】

日前，上海金融法院对方正科技证券虚假陈述纠纷案的四件示范案件作出判决。该案是全国首例证券群体性纠纷示范案件。在示范判决生效后，案件中所认定的共通的事实和法律适用标准对平行案件具有扩张效力。

2017年5月，中国证监会对方正科技公司作出行政处罚，认定方正科技公司在2004至2015年各期年报中未披露重大关联交易事项。该系列案上千名原告投资者针对《行政处罚书》中认定的违规行为向上海金融法院提起诉讼，要求方正科技公司承担民事赔偿责任。

2019年3月21日，上海金融法院公开开庭审理方正科技系列案的示范案件。2019年5月5日，上海金融法院经审理后作出一审判决，认定方正科技公司存在证券虚假陈述行为需承担民事责任，支持了四名原告投资者的部分索赔请求，获赔最多的一名投资者获赔金额达18万余元。

宣判后，原被告代理人当庭表示，本案示范判决生效后，同意按照示范判决确立的裁判标准以调解方式解决纠纷。

### 二、上市公司内幕交易给投资者造成损失的

《证券法》第五十三条第三款：“内幕交易行为给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。”

据此，股民向上市公司索赔的条件是：

1、上市公司存在内幕交易行为。根据《证券法》第五十三条第一款之规定，内幕交易是指证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息公开前，买卖该证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券的行为。根据《证券法》第五十一条第一项之规定，发行人为内幕信息知情人。在一般情况下，上市公司不得买卖本公司股票，但《公司法》第一百四十二条规定了六种特殊情形下公司可以收购股票。因此，上市公司完全可能实施内幕交易行为。

2、投资者因上市公司的内幕交易行为遭受了损失。一般认为，只有与内幕交易行为人进行直接相反交易的投资者，其损失才是内幕交易行为引发的直接后果，才能享有民事赔偿请求权[iv]。而那些与内幕交易行为人进行同向交易或间接相反交易的投资者，则不享有民事赔偿请求权。

### 【典型案例】

目前，我国尚未发生上市公司因内幕交易本公司股票而被投资者索赔的司法案例。

不但如此，向上市公司之外的其他内幕交易行为人进行索赔的证券内幕交易责任纠纷案件也少之又少。在仅有的几件此类案件中，除光大证券内幕交易责任纠纷案外，其他案件（如黄光裕内幕交易索赔案、潘海深内幕交易索赔案）的原告（自认为遭受损失的投资者）都没有得到法院的支持。

损失及因果关系的证明，已成为投资者索赔的两只拦路虎。

### 三、上市公司操纵证券市场给投资者造成损失的

《证券法》第五十五条第二款：“操纵证券市场行为给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。”

据此，股民向上市公司索赔的条件是：

1、上市公司实施了操纵证券市场行为。根据《证券法》第五十五条第一款之规定，操纵证券市场行为是指影响或者意图影响证券交易价格或者证券交易量的行为，包括连续交易操纵、联合交易操纵、串通买卖操纵、洗售操纵、虚假申报操纵、蛊惑交易操纵、抢帽子交易操纵、跨市场交易操纵、其他操纵行为等。上市公司为了自己的市场地位或者为了谋利，完全可能利用自己的资金和信息优势，实施上述操纵行为。

2、投资者因上市公司的操纵证券市场行为遭受了损失。

### 【典型案例】

我国目前尚未出现投资者因上市公司操纵证券市场而提出索赔的案例。笔者在这里介绍一个投资者诉上市公司控股股东、实控人操纵证券交易市场责任纠纷案。

恒康医疗控股股东为达到高价减持公司股票目的，联合蝶彩资产及其实际控制人在减持期间夸大恒康医疗研发能力，密集发布利好信息，“假借市值管理之名，行市场操纵之实”。证监会于2017年8月11日对相关责任人作出行政处罚。

行政罚单下发后，中证中小投资者服务中心接受投资者委托，代理受损投资者提起民事损害赔偿诉讼，将恒康医疗控股股东及实际控制人阙某列为被告。2018年8月初，案件已被成都市中级人民法院正

式立案受理。2019年12月27日，成都中院对全国首单操纵市场民事赔偿支持诉讼——恒康医疗案一审公开宣判，原告杨某诉请获得胜诉支持。

这是1999年《证券法》颁布以来，全国操纵市场民事损害赔偿案件中第一单原告获胜的判决。在新《证券法》正式施行之际，该判决对股民向上市公司索赔具有一定的参考价值。

#### 四、上市公司不履行公开承诺给投资者造成损失的

《证券法》第八十四条第二款：“发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员等作出公开承诺的，应当披露。不履行承诺给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。”

投资者据此向上市公司索赔，需具备三大条件：1、发行人不履行公开承诺；2、投资者遭受了损失；3、投资者的损失是发行人前述行为造成的。

#### 【典型案例】

本条为新《证券法》新增条文，笔者未检索到相关司法案例。

#### 五、准上市公司非法发行证券或发行证券失败

1、发行人发行不符合法定条件证券或不依法定程序发行证券。《证券法》第二十四条：“国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门对已作出的证券发行注册的决定，发现不符合法定条件或者

法定程序，尚未发行证券的，应当予以撤销，停止发行。已经发行尚未上市的，撤销发行注册决定，发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还证券持有人；发行人的控股股东、实际控制人以及保荐人，应当与发行人承担连带责任，但是能够证明自己没有过错的除外。

2、股票发行失败。《证券法》第三十三条：“股票发行采用代销方式，代销期限届满，向投资者出售的股票数量未达到拟公开发行股票数量百分之七十的，为发行失败。发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还股票认购人。”

3、擅自公开发行或变相公开发行股票。《证券法》第一百八十条：“违反本法第九条的规定，擅自公开或者变相公开发行股票，责令停止发行，退还所募资金并加算银行同期存款利息……”

在上述3种情形下，股民皆可要求发行人退还认股资金及相应利息。

#### 【典型案例】

因被证监会撤销首次公开发行股票核准决定（老证券法第二十六条）或注册决定而引起的证券发行纠纷，在实务中很少发生，笔者未检索到相关案例。

首次公开发行股票失败的案例，中国只发生过两起，分别为八菱科技和朗玛信息，皆因询价投资者数量不足，据《证券发行与承销管理办法》第七条第二款之规定中止发行股票。但因首次公开发行股票

失败引发的索赔案例，实务中尚未发生。不过，因非公开发行股票（含定向增发）失败、中止、终止而引发的证券发行纠纷时有发生。如，西藏好德创业投资管理合伙企业（有限合伙）（简称好德企业）诉河北宏润核装备科技股份有限公司（简称宏润公司）、盐山县农村信用联社股份有限公司、新时代证券股份有限公司、刘春海证券发行纠纷一案，好德企业要求各被告共同承担因宏润公司终止发行股票给好德企业造成的损失本金和资金占用损失、滞纳金。一、二审法院均判决由发行人宏润公司返还相关款项。[v]

擅自公开发行或变相公开发行股票的情形，在我国时有发生，但由此引发的索赔诉讼少之又少。但上海市第一中级人民法院在《李国忠诉陆家云等其他与公司有关的纠纷一案二审民事判决书》[vi]中认定发行人卓越公司存在未经有关部门依法核准擅自变相公开发行股票的行为，应承担补充赔偿责任。湖北省来凤县人民法院在《胡骏与来凤安普罗（集团）食品开发有限公司普通破产债权确认纠纷一案民事判决书》中认定凤安普罗食品公司擅自公开发行股票，应依据《中华人民共和国证券法》（1999年证券法）第一百八十八条规定给投资人胡骏退还所募资金并加算银行同期存款利息，故而法院判决确认原告胡骏对被告来凤安普罗（集团）

食品开发有限公司享有普通破产债权。  
[vii]

---

[i] 除非特别指明，本文所指《证券法》皆指2020年3月1日实施的新《证券法》。

[ii] 本文中的“上市公司”，仅指作为股民所投资股票发行人的上市公司。其他上市公司，比如作为承销商、保荐人的上市券商，违反投资者适当性管理义务的上市券商，作为发行人的控股股东或持股5%以上的股东的上市公司，作为发行人并购相对人的上市公司，发行人控股、投资的上市公司等，在损害股民利益时，也应依法承担赔偿责任，但在本文讨论之列。

[iii] 诉讼时效及程序法上的问题，本文暂不讨论。

[iv] 周友苏《证券法新论》，法律出版社2020年4月第1版，第576页。

[v] 参见河北省高级人民法院（2019）冀民终867号民事判决书。

[vi] 参见上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民四（商）终字第256号民事判决书。

[vii] 参见湖北省来凤县人民法院（2019）鄂2827民初1687号民事判决书。

## 定融产品的“真假”管理人

作者：王黎君



### 案情简介

A、B、C 公司均是某地方产权交易中心有限公司的会员单位，B 公司因为项目资金短缺，欲在地方交易中心平台发行定向融资产品，C 公司是 B 公司前几期定融产品在产权交易中心公示的管理人兼承销人。B 公司前几期定融产品的募集完成并不理想，C 公司江郎才尽，正好遇到以前合作过的 A 公司，遂向 A 公司求救，邀其担任 B 公司后续发行产品的承销人。A 公司思量再三，引进了其他承销人 D，并将管理与承销职责分化，自愿担任管理人。其后 C 公司向 B 公司书面申请引入 A、D 两家公司，两家公司分别与 B 公司另行签订协议：A 公司与 B 公司签署了《管理服务协议（5-12 期）》，约定 A 公司管理职责为管理咨询和项目配套服务，做好产品宣传推介、信息披露工作以及向产品持

有人披露被告及其产品信息，不得与产品持有人存在利益冲突。

B 公司、C 公司、D 公司共同签署了三方《销售服务协议》，约定 D 公司为承销人，约定 C 公司管理职权表现为协助定融产品在某产权交易中心后期信息披露事宜，完成本产品的相关服务工作，包括但不限于本产品的尽调工作相关合同文件，协议的起草和制作。

A 公司和 C 公司签署了《业务顾问协议》，约定 A 公司帮助 C 公司做 B 公司后几期的定融产品的管理人。

因在交易中心平台变更承销和管理人费时，故 A 公司和 D 公司并未在交易中心平台公示变更承销人和管理人。为了保持公示信息的准确性，A 公司和 D 公司虽然设计了 B 公司后续产品的《认购协议》文本，但《认购协议》的承销人和管理人仍保持是 C 公司。

后 D 公司完成承销任务，承销期间，A 公司献计献策，并协同 D 公司在 B 公司所在地安营扎寨配合承销人定向宣传推介，D 公司将承销后募集信息和客户信息汇总给 A 公司管理。

募集期结束，封账期解除所募集款项转账到发行人 B 公司账户后，A 公司按合同约定主张管理费用时，B 公司否认 A 公司的管理人身份，并否认 A 公司的履行了管理职责，拒绝支付管理费，B 公司认为

管理人仍是C公司，且称已将管理费和承销费支付给了C公司，A公司遂诉至法院。

### 争议焦点

本案的争议焦点在于以下几点：

一、某地方产权交易中心有限公司对在本平台挂牌的定融产品的适用规则，是否不经公示的管理承销变更约定是无效约定？

二、定融产品的管理人具体职责有无法律规定？

三、定融产品的管理人与承销人是否可为同一人兼顾两职？

四、本案是否是“双管理”？

五、法律有无禁止定融产品“双管理”？

六、谁实际履行了管理职责？

### 案例剖析

在我们分析问题前，先了解下什么是定融产品？定融就是定向融资，定融产品也可以叫做定融项目或定融计划，简言之就是企事业单位、合伙企业或其他经济组织向特定投资者发行，约定在一定期限内还本付息的投融资产品。

定向融资一般采用备案制，发行完后需在金交中心或产权交易中心登记备案。定融因向特定的主体发行募集也是私募。虽然定融是直接融资的业务，但不属于资产管理业务，资产管理业务的受托主体须是金融机构。所以定融产品属业务分类不明确、法律地位不清晰。

关于问题一，某地方产权交易中心有限公司对在本平台挂牌的定融产品的适用规则，是否不经公示的管理承销变更约定是无效约定？

某地方产权交易中心有限公司对在本平台挂牌的定融产品并无具体的适用规则，只在平台规则中要求挂牌产品的所有服务商须是平台的会员单位。虽然B公司向法庭出具了《南京金融资产交易中心定向融资工具业务管理办法》和山东金交所的规则，但法律和法规没有规定各地方产权交易中心的规则可以援引适用其他地方平台规则，涉案的某地方产权交易中心也未在平台明示过可援引适用其他地方产权交易中心的规则。

关于不经公示的管理人和承销人变更效力，涉案的某地方产权交易中心并没有对“未经公示的变更即无效”有过规范性规定，鉴于涉案的定向融资产品与公司债性质比较相近，只能参考公司债的法律规定，不能直接援引。央行的《资管新规》调整的主体系金融机构，包括各银行、证券公司、基金公司、期货公司、私募投资基金管理机构、各保险资产管理机构，并不包括未经在中国基金业协会备案登记的民间金融服务机构，例如本案的A公司、C公司、D公司。所以《资管新规》也是只能参考，并不能直接援引适用。

那么基于法律法规没有直接规定，发行平台也没有规定，本案就适用合同纠纷

的原则来处理争议，合同各方约定的意思自治原则来处理本案。依据相关民法的理论依据，未经发行平台的公示，变更管理人和承销人的，并不当然致变更协议无效，只是在对抗善意第三人上，不能产生对抗效力，例如投资人就是基于原来的管理人承销人方愿购买的定向融资产品，投资人知道实际承销人管理人不是C公司而主张提前赎回，此时发行人是不可对抗投资人的赎回。

### 关于问题二、问题三：管理人和承销人具体职责有无法律规定？管理人与承销人是否可为同一人兼顾两职？

本案中定融产品的管理人和承销人，因其是定融产品的定性，并没有直接法律法规规定，鉴于和公司债的相近，我们先参考看看公司债的法律法规关于管理人的规定，中国证券监督管理委员会 2007 年发布施行的《公司债券发行试点办法》的第二十五条债券受托管理人应当履行下列职责：关注发行人和保证人的资信状况，出现资信不良影响投资者权益时，召集债券持有人会议；公司债设定担保的，管理人应债券发行前取得担保的权利证明文书，并妥善保管；勤勉处理债券持有人与公司之间的谈判或诉讼事务；公司债不能偿还时，追加担保或者采取财产保全措施；公司债不能偿还时，受托参与整顿、和解、重组或者破产。

关于承销人的职、权、责，试点办法没有规定。

我们再来看看中国证券监督管理委员会 2015 年发布施行的《公司债券发行与交易管理办法》关于承销人的规定，第三十六条条文可知，公司债的承销人可多家。

再根据《公司债券发行与交易管理办法》第四十八条规定，公司债存续期限内，由债券受托管理人按照规定或协议的约定维护债券持有人的利益。

第四十九条债券受托管理人由本次发行的承销机构或其他经中国证监会认可的机构担任。债券受托管理人应当为中国证券业协会会员。为本次发行提供担保的机构不得担任本次债券发行的受托管理人。

第五十条是对公开发行公司债券的受托管理人职责的规定（略）（与《公司债券发行试点办法》的第二十五条内容雷同）。

通过以上条文可以看出，49 条允许公司债的管理人与承销人可同一人担任，只禁止发行人的担保人不得担任受托管理人。公司债管理人的职责主要是维护投资者的权益。

### 关于问题四：本案是否是“双管理人”？

虽然在交易中心平台公示的管理人及投资者《认购协议》中管理人承销人都

是C公司，但C公司对后几期产品并未开展承销和管理人的职责活动，正是基于C公司是交易平台的公示管理人，所以才有权将管理职权另行与A公司协议协助，且作为发行人的B公司是知晓且同意的，所以才与A公司另行签订《管理协议》，约定三方协议中C公司管理职责外的管理活动由A公司履行。基于A公司实际履行了管理职责，本案并非双管理。

### 法律有无禁止“双管理”？

经查，《资管新规》及公司债的法律法规并未有明文规定双管理人制度被允许或禁止，一般双管理多出现在私募基金的业务类型中，即有限合伙中，普通合伙人基于法律规定有法定的合伙事务执行人职能，又因基金账户的外部委托管理人，故会存在双管理人的模式。但一般实务中，受托管理人只认可外部委托管理人，普通合伙人只是对基金的内部或决策管理，维护投资者权益的是外部委托管理人的职责。

### 本争议中重中之重的问题是誰实际履行了管理职责？

本案中法院依职权追加C公司为第三人，C公司拒绝作为第三人参加庭审，却提了书面意见：C公司未否认与A公司管理业务合作，未否认A公司实际履行了管理职责，但在书面意见中表示A公司履行的管理义务不是B公司所需的。作为A公司的代理人，有些哑然：A公司履行的管

理职责是否是B公司所需的不重要，是与B公司协议约定的职责权限就好。期间，A公司有大量证据证明实际履行了合同约定的管理人职能，有往来B公司所在地的车票、参与的承销活动中的宣传推介，有与B公司和D公司的往来工作记录。

综观本案，定融产品因其属性处于法律规定的灰暗地带，没有明文的法律法规调整，只能参考相近似的法律法规规定。又因有些地方平台为了迅猛发展业务，没有配套的管理办法，让此类争议裁判没有依据。但法无明文禁止既允许，毕竞争议的约束力源于双方意思自治形成的合同，基于合同法的规定以及原则，A公司因合同约定有管理权限，且实际履行了管理职能，应当依据合同约定得到相应对价。



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

## 证券虚假陈述纠纷中 赔偿金额如何确定

作者：七方民商法团队



上一期专栏中，笔者对投资者可以向上市公司索赔的五种情形进行了介绍。（参见《【锋言民商】股民在什么情况下可以向上市公司索赔？ | 七方法苑》）其中，尤以虚假陈述类索赔案件最为常见。在此类案件中，赔偿金额该如何计算呢？目前，我国《证券法》和

相关司法解释的规定较为笼统，司法裁判尺度不一，笔者对此进行简要介绍。

### 一、损失范围的确定

《证券法》第八十五条规定：“信息披露义务人未按照规定披露信息，或者公告的证券发行文件、定期报告、临时报告及其他信息披露资料存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，信息披露义务人应当承担赔偿责任……”

上述法条中的“损失”，指的是实际损失。《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（下称《虚假陈述规定》）第三十条：

“虚假陈述行为人在证券交易市场承担民事赔偿责任的范围，以投资人因虚假陈述而实际发生的损失为限。投资人实际损失包括：

- （一）投资差额损失；
- （二）投资差额损失部分的佣金和印花税。

前款所涉资金利息，自买入至卖出证券日或者基准日，按银行同期活期存款利率计算。”

据此，投资者的实际损失包括三项：1、投资差额损失；2、佣金和印花税；3、利息损失。其中，佣金和印花税、利息皆以投资差额损失为计算的依据。而且，在金额上，投资差额损失在全部损失也占绝大部分。因此，投资差额损失的计算，是索赔金额计算的重中之重。

## 二、投资差额损失的计算

关于投资差额损失的计算方法，《虚假陈述规定》进行了原则性规定——

第三十一条：“投资人在基准日及以前卖出证券的，其投资差额损失，以买入证券平均价格与实际卖出证券平均价格之差，乘以投资人所持证券数量计算。”

第三十二条：“投资人在基准日之后卖出或者仍持有证券的，其投资差额损失，以买入证券平均价格与虚假陈述

揭露日或者更正日起至基准日期间，每个交易日收盘价的平均价格之差，乘以投资人所持证券数量计算。” [1]

根据上述规定，买入均价与卖出均价（或基准价）的价差乘以投资人所持证券数，即为投资差额损失。

买入、卖出均价，有简单加权平均法、实际成本法、先进先出加权平均法、移动加权平均法等多种计算方法。

兹举一例。

某上市公司于2018年1月10日作出虚假陈述，2018年8月10日作出更正。投资人王某于2018年1月10日之前已持有该公司股票5万股，成本价为7元；2018年1月22日以10元每股的价格买入1万股，1月23日以11元每股的价格买入5000股，1月25日以12元每股的价格买入15000股，2018年1月24日以9元每股价格卖出1万股，2018年8月11日以8元每股的价格卖出7万股。

### （一）简单加权平均法。

买入均价=买入总金额÷买入总股数。加权平均法适合一些简单的交易；对于复杂交易，无法准确反映真实的买入均价。

按此法，王某买入均价为  
 $(10 \times 1 + 11 \times 0.5 + 12 \times 1.5) \div 3 = 11.1666$  元，卖出均价为 8 元，其投资差额损失为  $(11.1666 - 8) \times 30000 = 94998$  元。

### （二）实际成本法。

指在计算股票买入均价时用投资人在实施日至揭露日（更正日）期间买入股票的总成本减去在此期间卖出股票的总收入后再除以在揭露日（更正日）或基准日后卖出或尚持有的股票数量。此法是司法实践中较为常用的一种买入均价计算方法。

比如，北京市第一中级人民法院在“汪雅洪与钱永耀、北京无线天利移动信息技术股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案”中审理认为：“《若干规定》所指的买入证券平均价格是指投资人买入证券的成本，因此投资人在虚假

陈述实施日及以后至揭露日或更正日之前存在多次买进卖出的情况时，其在此期间卖出股票收回的相应资金，属于投资人提前收回的投资成本，应在总投资成本中予以扣除。即买入证券平均价格为在揭露日或更正日之前以每次买进价格和数量计算出投资人买进股票总成本，减去投资人此期间所有已卖出股票收回资金的余额，除以投资人尚持有股票数量。” [2]

按此法，王某的买入均价为  
 $(10 \times 1 + 11 \times 0.5 + 12 \times 1.5 - 9 \times 1) \div 2 = 12.25$  元，其投资差额损失为  $(12.25 - 8) \times 20000 = 85000$  元。

### （三）先进先出加权平均法。

“先进先出法”，假定投资人每次卖出股票都首先消耗其股票存量中最先购买的部分（即先买入的股票先卖出），并以此规则推算交易成本。

例如，上海市第一中级人民法院在“曲延宁诉上海三毛企业（集团）股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案”中审理认为：“原告在虚假陈述实施日之

前已持有 600689 股票存量 47,300 股，此后直至虚假陈述更正日期间，原告共计买入 18,800 股，买入成交金额合计为人民币 149,865 元，原告在虚假陈述实施日至虚假陈述更正日期间卖出的共计 16,700 股，根据先进先出原则，属于对虚假陈述实施日之前已持有股票的卖出，故不作为投资人提前收回的投资成本，不在原告买入股票的总投资成本中予以扣除。据此，原告的买入证券平均价格为人民币 7.97 元/股 [149,865 元 ÷ 18,800 股]。” [3]

按此法，王某的买入均价、卖出均价、投资差额损失与按加权平均法计算的结果相同。

#### （四）移动加权平均法。

即在计算买入均价时将投资者每笔买入与下一笔买入进行加权计算，将得出的结果再与下一笔买入进行加权计算，直至计算至最后一笔买入。此法较为繁琐，适用于频繁买卖的复杂交易。

如上海金融法院在“许亚鑫、厉志宏等与上海普天邮通科技股份有限公司

证券虚假陈述责任纠纷”一案中即采用此法计算买入成本，该院认为“……移动加权平均法对持股单价的计算更全面、客观，更能反映投资者真实的投资成本，也为司法实践所认可。”

上述各种计算方法在司法实务中皆有采用。只要不违反《虚假陈述规定》第 31、32 条规定之精神，在具体案件中应使用哪种计算方法，皆在法院的自由裁量范围之内。

前文介绍的买入平均价的计算方法对卖出均价也同样适用，司法实践中通常依照“先进先出加权平均法”来计算卖出均价。

### 三、其他因素所致损失的扣除

按照上述方法计算出的投资差额，投资者是否可以全额索赔呢？这就要考虑因果关系。只有与证券虚假陈述行为有因果关系的损失，才能要求侵权人赔偿。

对于证券虚假陈述侵权责任的因果关系，《虚假陈述规定》第十八条采取的是推定原则。但是，对于上述推定的

因果关系，被告可以举证推翻。《虚假陈述规定》第十九条：“被告举证证明原告具有以下情形的，人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间不存在因果关系：（一）在虚假陈述揭露日或者更正日之前已经卖出证券；（二）在虚假陈述揭露日或者更正日及以后进行的投资；（三）明知虚假陈述存在而进行的投资；（四）损失或者部分损失是由证券市场系统风险等其他因素所导致；（五）属于恶意投资、操纵证券价格的。”

上述五种情形中，尤以第四项“证券市场系统风险等其他因素”最为引人注目，往往成为诉讼双方争议的焦点。

对于因系统风险等其他因素导致的投资损失，在计算赔偿金额时应当予以扣除。扣除比例如何确定呢？

### （一）100%扣除。

全盘否定虚假陈述行为与投资者损失之间的因果关系，认为投资损失完全是系统风险所致。

例如，最高人民法院在“付方亚与山东鲁北化工股份有限公司侵权责任纠纷再审案”中审理认为：“虚假陈述的本质特征就是误导投资人对股票价值的判断，造成股票价格异常涨落，致使投资人产生损失。案涉股票的价格，在虚假陈述揭露日至虚假陈述基准日期间系上涨的，而且股价上涨的幅度与股票的特点及市场的变动相一致，并未看出案涉股票受到虚假陈述行为的影响。……一、二审判决认为付方亚所主张的投资损失系证券市场系统风险等其他因素导致，与鲁北化工公司的虚假陈述之间无必然因果关系，并无不当。”[4]此案中，最高人民法院特别考虑到了案涉个股本身的弱势性，直接否定了虚假陈述行为与股票价格波动及投资者损失间的因果关系。

### （二）酌情扣除。

很多法院在判定系统风险在投资者损失中所占的比例时，并不在判决书中展现其具体确定过程，而是发挥自由裁

量权以“酌情确定”的方法判定比例大小。

例如，最高人民法院在“广东超华科技股份有限公司、梁健锋证券虚假陈述责任纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”中认为：“根据原审查明的事实，2015年6月至8月期间，我国证券市场出现异常波动，上证指数和深证成指跌幅达44.82%、48.98%。2016年1月4日至1月7日期间，A股市场实施熔断机制，深证综指、超华公司股票股价均发生大幅下跌。……原判决对超华公司、梁健锋所举证据在一定程度上予以采信，综合本案投资人股票购入时间等实际情况，确认罗群、兰黎光、谢招辉因购买超华公司股票产生的损失与证券市场系统风险存在一定关联并酌情按25%予以扣减，并无不当。”[5]

### （三）按时间范围排除相关损失。

有些法院采用划定时间范围的方法进行损失确定，将某一部分时间内的损失全部认定为系统风险造成而予以排除。

例如，湖北省武汉市中级人民法院在关于“张研与湖北武昌鱼股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案”中审理认为：“众所周知，2006年初至2010年9月期间，上证综合指数振幅巨大，在此期间，武昌鱼公司股票的涨跌不可能没有受到上证综合指数的影响，完全否定上述系统风险的存在是不客观的。故，本院认为，2006年6月1日至2010年9月7日期间，武昌鱼公司股票的下跌存在证券市场系统风险影响的因素，张妍应自行承担因证券市场系统风险导致的股票交易损失……”[6]

### （四）按指数降幅扣除法。

此法以投资者买入、卖出的大盘指数比作为计算系统风险比例数值的依据。

例如，广东省高级人民法院在“佛山电器照明股份有限公司与汪建华证券虚假陈述责任纠纷上诉案”中审理认为：“一审根据本案实际情况，确定以深成指数作为参数，以买入平均价×损失计算数（1-卖出时的深成指数/买入

时的平均深成指) 计算系统风险致损金额, 认定原告的投资差额损失在扣除系统风险致损金额后的部分由佛山照明承担, 并无不当。” [7]

### (五) 指数个股比较法。

指数个股比较法系以指数变动幅度与案涉个股变动幅度之比作为计系统风险的比例数值的依据。

例如, 福建省福州市中级人民法院在“刘玉华与兴业证券股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案”中审理认为: “在扣减市场风险所致损失时, 被告兴业证券主张采用个体投资者在买入至卖出欣泰电气股票或股票暂停上市期间, 欣泰电气股价涨跌幅与对应的相同区间的创业板综合指数涨跌幅, 以个体市场风险相对比例修正法扣减市场风险所致损失, 即投资差额损失=扣减市场风险因素之前的投资差额损失×(1-证券买入卖出或暂停上市日期间指数加权平均跌幅/证券买入卖出或暂停上市日期间股价加权平均跌幅), 该计算方法公平合理, 本院予以采纳。”

### (六) 数学建模计算法。

综合考虑各种影响股价的因素, 通过数学建模, 计算出应扣除比例。

比如上海金融法院在“许亚鑫、厉志宏等与上海普天邮通科技股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案”中委托专业机构对“其他因素”的影响程度进行核定。受委托的上海交通大学中国金融研究院综合考虑 11 种影响因素, 建立数学模型, 精确计算出剔除其他因素后的投资差额损失。上海金融法院认为, “……该方法相对科学精确、覆盖面广、现实可行, 本院予以采纳。” [8]

如上所述, 对于证券虚假陈述纠纷案中赔偿金额的确定, 法律和司法解释的规定相当模糊, 并未给出具体的计算办法。在司法实践中, 法院的自由裁量权相当大。

在实务中, 关于投资差额损失, 投资者在提起诉讼时, 选择一种最利于自己的计算方式即可。

[1] 由于虚假陈述揭露日(或更正日)的确定直接关系到基准日的确定和

损失的计算，也成为司法实务中争议的焦点。实务中，一般在确定揭露日时，除了考虑揭露时间的首次性和揭露主体的权威性之外，还应着重考察揭露能否充分揭示投资风险，进而对投资者起到足够的警示作用，即对证券交易是否产生了实质性的影响。此乃另一论题，兹不赘述。

[2] 汪雅洪与钱永耀、北京无线天利移动信息技术股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷一案一审民事判决书，（2017）京01民初104号。

[3] 曲延宁诉上海三毛企业（集团）股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷一案一审民事判决书，（2015）沪一中民六（商）初字第128号。

[4] 付方亚与山东鲁北化工股份有限公司侵权责任纠纷申请再审民事裁定书，（2015）民申字第3212号。

[5] 广东超华科技股份有限公司、梁健锋证券虚假陈述责任纠纷再审审查与审判监督民事裁定书，（2020）最高法民申857-859号。

[6] 张研与湖北武昌鱼股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷一案一审民事判决书，（2014）鄂武汉中民商初字第00061号。

[7] 佛山电器照明股份有限公司与汪建华证券虚假陈述责任纠纷一案二审民事判决书，（2015）粤高法民二终字第13-967号。

[8] 许亚鑫、厉志宏等与上海普天邮通科技股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷一案一审民事判决书，（2018）沪74民初1399号。



# 倒饭 3 次要被开除，这样合法吗？

作者：谢亦团

## 事件背景

最近，制止餐饮浪费成为大家热议的话题。据有关媒体报道，我国每年浪费的粮食总量至少能养活 2 亿人，每天都有数以万吨计的食物在餐桌上被浪费。而根据联合国粮农组织统计显示，全球每年约 1/3 粮食被损耗和浪费，76.33 亿人口中至少还有 8.2 亿面临饥饿，相当于每 9 人中就有 1 人挨饿。疫情之下，该组数据更加令人触目惊心。

虽然我国粮食生产连年丰收，粮食安全有保障，但我国领导人还是高瞻远瞩，强调要有危机意识。于是罕见的几大央媒同时发声，狠批浪费粮食现象。





在此大背景下，上海一家公司就突发奇想，规定“员工随意（非因变质等原因）倒掉午餐，1次警告，3次辞退”，推出此项规定的上海求必应咨询服务有限公司人事部负责人解释说，每个工作日，公司清点人数后外送午餐，但每次都发现不少员工选自己要吃的菜吃，余下很大一部分（包括饭）都被扔了。有的午餐几乎动也没有动，员工领取后放桌上三四天，直接坏掉扔进垃圾箱。公司有不少年轻女员工，他们平时对饮食过分挑剔，为了有效制止浪费现象，公司领导作出了上述规定。此规定一经宣布，网友们都炸开了锅，有支持的有反对的。那么公司的规定是否符合劳动合同法的相关规定，公司能否据此作出解除呢？

### 问题探讨

**一、公司单方制订并出台“倒饭1次警告，倒饭3次开除”的规定是否合法有效？**

不可否认，作为用人单位具有一定的用工自主权，可以结合自身的经营需要制订一些规章制度。但根据《劳动合同法》第四条规定，用人单位应当依法建立和完

善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。

无论是警告还是辞退，由于直接涉及劳动者的切身利益，所以应当经过民主程序来制订，而不能利用其管理地位直接以通知的形式作出。

**二、公司规章制度中规定了“倒饭1次警告，倒饭3次开除”，假设该制度经过了民主程序，并经公示和告知了劳动者，是否有效？**

这就回归到公司的规章制度只要经过民主程序制订，并且进行了公示和告知，是否必然具有约束力。其实未必，规章制度除了要经过民主程序制订，并要公示告知外，最关键的规章制度的内容还应当是合法性、关联性、合理性。

首先，规章制度的内容应当合法，否则是无效的。根据《劳动合同法》第二十

六条规定，用人单位免除自己的法定责任，排除劳动者权利的行为是无效的。比如约定公司根据经营需要，可以安排员工加班，员工应当服从，并无需支付加班费，此约定属于无效内容。

其次，规章制度约定的内容应当与工作内容相关，与工作内容无关或者约定的是工作时间之外的行为（极少数因为工作时间之外行为，造成公司较大负面影响的除外）也是无效的。员工倒饭的行为当然是不可取的，但与工作内容、工作能力是不相关联的，据此作为处罚员工的依据，难以具有说服力。

最后，规章制度倒1次饭给予警告，倒饭3次开除，不具有合理性。当然对于合理性的判断，要结合公司的性质、员工的岗位职责等结合一般人通常的认知来综合考量。比如对于一般的公司如果规定在厂区里抽烟一次一经发现立即解除属于过于严苛，解除不合法；但对于消防、化工、生产经营易燃易爆企业来说，在厂区抽烟属于严重违纪。员工倒饭，也有可能各种各样的原因，有可能是身体不舒服、饭菜是不合胃口、食量少而饭菜多、赶时间出去办事、请朋友外面吃饭等等，如果直接就给予警告，超过3次就解除过于严苛。

**三、公司能否以倒饭行为违反了公序良俗为由解除？**

勤俭节约是我们中华民族的传统美德，而倒饭确实属于一种铺张浪费，有违我们国家提倡的厉行节约，但是否属于违反公序良俗仍存在争议。

另外，需要特别注意的是虽然《民法典》第八、九条规定了，民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗；应当有利于节约资源、保护生态环境。但此两条原则是否可以直接作为劳动合同解除的依据还不明确。

公司如果以此为由解除劳动合同将存在较大风险，不建议采用。

总之，厉行节约是我们中华民族的传统美德，我们应当提倡节约，反对浪费，但简单的以倒饭次数作为解除理由过于牵强，用人单位应当谨慎使用。



**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

## “共享用工”的门道，你都知道吗？

作者：郑华



疫情期间，“共享用工”概念悄然走红，包括阿里、京东、苏宁、每日优鲜、联想等在内的企业发起了与传统企业“共享员工”计划。

共享员工是疫情之下，灵活用工模式的创新，在一定程度上起到了多方共赢的效果，暨为了解决某些新经济企业如电商、新零售等平台企业骤然上涨的用工需求，对接餐饮等传统行业的需求差异，通过签订“共享用工协议”“借

用协议”等，达成临时合作，企业之间自行调配人力资源，解决特殊时期用工难的应急措施。

那么问题来了，在这种借用关系中，劳动者的劳动关系该如何认定、劳动报酬如何支付以及当借出方无法继续履行协议时，又当如何处理呢？

**问题一：借入员工劳动关系是否发生转移？**



案例 1：李某为甲餐饮公司服务员，双方签订劳动合同，期限自 2018 年 1 月 1 日—2020 年 12 月 31 日止。2020 年春节期间，因新冠疫情影响，餐饮公司停止营业。而乙生鲜超市则因业务持续增长，送货等岗位人员紧缺。乙生鲜超市与甲餐饮公司签订了“共享用工协议”，协议中明确约定李某“自 2020 年 2 月 3 日至 4 月 2 日借用到乙生鲜超市从事送货员岗位工作，每月乙生鲜超市将借用员工的工资转到甲餐饮公司账户后，由餐饮公司支付李某工资。借用结束后，李某仍回到甲餐饮公司工作。”李某经乙生鲜超市培训后上岗。而后，李某因 2 月、3 月工资支付问题与甲、乙公司发生争议。

案例中李某为维护自身权益，至某区仲裁委员会申请仲裁，那么被申请人是甲餐饮公司还是乙生鲜超市呢？在回答这个问题之前，首先要正确认定借出单位、借入单位与员工的三方法律关系。

1. 借出单位与借入单位之间的法律关系。借出单位与借入单位之间是两个平等主体基于合同约定所产生的民事法律关系，二者的权利义务在双方签署的“共享用工协议”中具体约定，若一方

违约，承担的是民事上违约责任。如案例中，约定乙生鲜超市借用甲餐饮公司员工，借用期间的员工工资由乙方支付给甲方，借用结束后，员工仍回到借出单位工作。如果乙生鲜超市不支付员工工资给甲餐饮公司，甲公司可以依据合同起诉乙公司，要求支付相应款项。提醒注意的是，在双方的约定中，甲公司的借出行为必须非以营利为目的，否则涉嫌借“共享之名”行“派遣之实”。

2. “共享用工协议”对借出单位与员工之间劳动关系的影响。“共享用工”是指员工富余企业将与之建立劳动关系的员工借调到缺工企业工作，员工与借出企业的劳动关系不发生改变。《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发〔1995〕309 号）第 7 条规定：“用人单位应与其长期被外单位借用的人员、带薪上学人员以及其他非在岗但仍保持劳动关系的人员签订劳动合同，但在外借和上学期间，劳动合同中的某些相关条款经双方协商可以变更。”因此，我国劳动法并不禁止用人单位之间对劳动者的借用。案例中，李某同意暂时到乙生鲜超市工作，“共享用工协议”实际上正是甲餐饮公司与

张某对劳动合同中工作地点、工作内容等进行了变更。

3. 严格区分共享用工与劳务派遣、员工自主另外择业的区别。司法实践中，还是要严格区分共享用工与劳务派遣的区别。众所周知，劳动派遣制度在我国法律上有严格的适用条件，如派遣单位要经劳动行政部门审批具有派遣资质、用工单位要向派遣单位支付一笔管理服务费用、用工单位使用派遣员工的比例不得超过10%等等。疫情之下的共享用工明显与劳务派遣制度不同，既不能以营利为目的，也未要求借出单位具有相关资质，“共享关系”本质上仍是一种临时性、应急性的人力资质调配措施。此外，劳动者在企业停工停产等特殊情况下，自主选择为其他企业提供劳动，并不属于“共享用工”，应根据相关法律和政策判断是否建立“双重劳动关系”。

根据笔者的上述分析，回到案例中问题，李某与用人单位之间因工资支付产生的劳动争议，被申请人应当是与其存在劳动关系的甲餐饮公司，而非乙生鲜超市。

**问题二：员工借出企业无法继续履行协议，“共享用工”如何处理？**

案例2：张某为某餐饮公司服务员，双方签订有劳动合同。2020年春节期间，因新冠肺炎疫情影响，餐饮公司停止营业，多名员工滞留当地。而某电商公司则业务持续暴发增长，送货、拣货等岗位人员紧缺。电商公司遂与餐饮公司签订了“共享用工协议”，约定张某自2020年2月3日至5月4日借用到电商公司从事拣货员岗位工作，每月电商公司将工资交由餐饮公司后，由餐饮公司支付张某。张某同意临时到电商公司工作，并经电商公司培训后上岗。然而，餐饮公司于3月20日依法宣告破产，并告知张某双方劳动合同终止，同时告知电商公司将无法履行共享用工协议。电商公司仍安排张某工作并支付工资。4月16日，张某向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。

案例的争议焦点是员工借出企业无法继续履行共享用工协议，借入企业继续用工的，双方是否建立劳动关系？具体而言，应从以下三方面进行认定。

一是认定员工与借出单位之间的劳动关系是否已经终止？根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条规定：“有下列情形之一的，劳动合同终止：……（四）用人单位依法宣告破产的”。案例中，甲餐饮公司于3月20日

宣告破产，并告知张某双方劳动合同终止，可以认定张某与甲餐饮公司之间劳动合同已经于3月20日依法终止。

二是认定借出单位与借入单位之间共享协议是否已经无法履行？“共享用工协议”履行的前提，是劳动者与借出单位之间存在劳动关系。当借出单位宣告破产时，因员工与借出单位劳动关系终止，“共享用工”的用工模式也因丧失合作基础而被打破，双方的“共享用工协议”已经确定无法继续履行，如有争议，借出和借入单位可以另外通过法律途径解决。

三是认定员工与借入单位之间的劳动关系是否已经建立？借入单位明知劳动者与借出单位劳动关系终止的情况下继续用工，应根据有关法律和政策认定是否建立劳动关系。案例中，电商公司明知餐饮公司宣告破产，双方共享协议无法履行，仍然安排张某从事业务工作，对其进行劳动管理并发放劳动报酬，符合原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）规定，张某与电商公司自2020年3月20日确立劳动关系。

最终裁判结果：双方庭前和解，并签订了自2020年3月20日至2021年3月19日的劳动合同，张某撤回了仲裁申请。

“共享用工”属于特殊情况下的灵活用工方式，在法律主体认定、劳动报酬支付、社会保险缴纳等方面还存在不少制度盲点，需要在今后的司法实践与理论研究中，不断确立和完善。



郑华

上海七方律师事务所 合伙人  
七方劳动法律服务部 律师  
兼职仲裁员  
闵行区新虹街道法律顾问  
闵行区马桥镇总工会法律顾问

业务方向：劳动法、婚姻家庭事

## 企业用工过程中的劳动者

### 肖像权保护

作者：薛克拉提·塔依尔



《民法典》将自2021年1月1日起施行，其在我国的法律体系中，属于仅次于宪法的重要基本法，堪称社会生活的百科全书。其中，最特别的便是在《民法典》体系中加入了《人格权编》，将人格权保护放在了重要位置，明确了人格权保护范围，这也是国家尊重和保障人权最有力的方式。同时，

《民法典》的出台也对劳动用工带来了一定的冲击，用人单位也需要及时对这些新规定、新变化有正确的理解和适用。

在企业用工的过程中，通常会不可避免地使用到员工的肖像，比如为了管理考勤制作工作证件、工作牌，为了广告宣传拍摄宣传片、纪录片，甚至在举办年会时，员工的表演、演讲、主持等都有涉及到员工肖像的使用，更别说是目前最流行的“带货直播”，更需要对肖像权的许可内容作出详细的约定。若企业未经员工的同意，擅自使用、制作、公开员工的肖像的，员工有权要求其停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿财产损失和精神损失。

《民法典》第一千零一十八条规定：“自然人享有肖像权，有权依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像。”

肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象”

根据《民法典》一千零一十八条规定可知，员工使用自己的肖像权的方式

包括制作、使用、公开或者许可他人使用等。如果企业未经员工同意，擅自制作、使用、公开或者许可他人使用员工肖像，则会造成侵权。

其次，正确理解法条中规定的“肖像”非常重要。什么是肖像？首先，要明确法条中的所描述的“外部形象”并不局限于面部形象。本条对我们日常生活中理解的“肖像”作了扩大解释，其包括面部形象以及可被识别的特定形象，即该特定形象能够与某个自然人建立特定联系，并引起一般人产生与某个自然人有关的思想或感情活动的视觉效果。举个例子，某企业在前台大厅播放新的宣传片，许多员工看到后发现其中无意间拍到一只纹有 Hello-Kitty 卡通图案的成年男性手臂并且持续数秒，让人印象深刻，使大家立刻想到该手臂属于已经离职的某员工，此时手臂与离职的某员工建立了特定联系以至于让其他员工达到了面“臂”思人效果，如果企业此时没有取得该员工的许可，则很有可能构成侵权。

可以说法条中描述的内容非常简单易懂，而企业在实务操作中却很容易忽

略这些细节，往往在员工在职期间不容易引发问题，但在员工离职时却纠纷不断，所以作为企业方应该如何规范使用员工的肖像呢？

### 一、劳动合同、规章制度中对一般性使用进行约定

笔者认为，对于员工肖像的一般性使用可以通过在劳动合同中约定或者规章制度的制定中体现。而一般性使用标准应当根据对员工肖像的使用目的、使用价值、以及使用方式等要素综合考虑后确定，比如，企业为了考勤进行人脸识别，为了区别管理等级而制作带有面部形象的工牌、开门卡等，一切属于企业管理的必要性使用均可归类于一般性使用。企业享有一定的自主管理权，其使用员工的肖像是具有一定的合理性和必要性的，这也是由双方劳动关系的人身依附性所决定。故在管理的必要限度内，企业可以通过在劳动合同中约定获得在劳动关系存续期间的许可，在规章制度中则可以详细的制定必要性使用的具体范围。

另外，笔者认为规章制度中关于肖像必要性使用的范围越具体越合理，因为本身肖像权的许可是需要一定的对价的，所以对其使用范围的规定不可太宽泛。由于企业是为了管理才对员工肖像进行了无偿使用，其中的“管理”一词我们也可以理解成，为了给员工提供便捷的劳动条件，这实际上是一种为了肖像权人利益而使用的合理使用情形之一。但是，我们需要明确的是合理使用制度中所规定的行为本身就是侵权行为，但我们为了避免该权利被滥用从而设计出合理使用制度来限制权力，所以对于这类“合法”的侵权行为范围不可太过宽泛，并且使用目的需正当，不得损害肖像权人的使用。

所以笔者认为通过劳动合同或者规章制度确定员工肖像的一般性必要使用，既做到了公平合理，提高管理效率，也能减少管理成本，一举两得。

### 二、在特殊使用时另行与员工签订书面许可协议

那么何为特殊使用呢？特殊使用是指除一般性使用范围之外的肖像使用，也即是除了上述所说的劳动合同及规章制度中为了管理而约定的肖像权使用范围之外的使用。比如企业为了宣传目的拍摄宣传片，在企业的书籍、报刊、电视、网络等载体上复制、发行、出租、发表或许可他人使用员工肖像，装饰墙面、橱窗、前台甚至用作商标等情形。所以此类特殊的受益性使用需要经过员工的书面同意，最好可以支付合理的对价，以保证将风险降至最低。

而企业与员工签订的肖像权许可使用协议时需要注意，明确许可使用的具体权能，根据使用方向来确定所需的权能是制作、使用、公开还是对外在许可；还需明确许可使用的效力范围，参照著作权或商标许可的效力，可以分为独占许可、排他许可、普通许可；明确许可范围，其中包括地域范围、空间范围、行业领域等；明确许可使用的期限，根据使用价值来确定期限的长短，这样也能避免在员工离职后，某一项目因肖像权阻碍而无法继续被使用的尴尬局面。



障信息安全，信息处理者还需要采取技术措施和其他必要措施，确保其收集、存储的个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。

所以，对于上述没有单独进行书面约定的一般性使用情形中，员工离职后应当妥善的处理这些肖像作品，需要删除的将其删除，需要归还的将其归还给员工本人，需要获得授权的尽快取得授权，以避免在无意中造成了未经许可使用他人肖像的情形，同时也保障了员工的人格权不被侵害。

所以分清特殊性使用和一般性使用非常重要，如此细分，不仅给企业管理上带来了极大的方便，同时也尊重了员工人格权的行使，促进企业内部的和谐发展。

### 三、注意肖像及肖像作品的信息保护，防止泄露

除了划分使用标准外，企业应当注意已获取的肖像信息、肖像作品信息的保存，防止其泄露。

肖像及肖像作品属于与员工直接相关的个人信息，根据《民法典》一千零三十八条，企业作为信息处理者应当保



薛克拉提·塔依尔

上海七方律师事务所 实习律师  
七方劳动法律服务部 实习律师  
业务领域：劳动法、知识产权、娱乐法

# 公司少做了一件事 赔了 38 万，亏大了！

作者：谢亦团



### 案情简介

张某于 2009 年 8 月 19 日入职江苏一家电子公司，担任工艺工程师，双方签署了多份书面劳动合同，最后一份为自 2015 年 9 月 1 日起无固定期限劳动合同。张某的工资由固定工资 15000 元/月，另加年底奖金构成。其离职前十二个月平均工资为 20000 元。

张某入职时还签署了一份《员工行为管理条例》，该条例约定：未经批准，擅自离岗 60 分钟以上的，并视为当日 1 次旷工，属于中度违纪；上下班无故迟到、早退、擅自离岗（30 分钟

内），半年内累计达到 6 次或累计达到 120 分钟，属于严重违纪；拒绝服从上级人员作业的工作指示、安排或要求（可能造成安全事故的错误指示、安排或要求除外），属于中度违纪；员工如有中度违纪行为，公司一般予以书面警告之处分；个人档案内存在两次书面警告记录或两次可以累积为书面警告的情形，属于严重违纪。员工如有严重违纪行为，公司可以予以立即解除劳动合同之处分。

2018 年 12 月 28 日，张某因家里有事，正好也遇上公司年底盘点，工厂停止生产；另外因工厂 12 月 15 日晚仓库发生大火，安监局要求公司 15 日内进行整改，导致当天办公室只有两个人，张某于是直接回家了。事后在考勤系统里申请补假被公司拒绝。

2019 年 1 月 7 日，公司向张某出具《员工违纪处分决定书》，给予张某书面警告处分，违纪事由：该员工未经主管同意其请假于 2018 年 12 月 28 日下午 14:00 左右擅自离厂未归，违反《员工行为管理条例》中严重违纪条款，因鉴于首次，故从轻处理，按照书面警告处分。

2018年12月5日，培训经理向包括张某在内的全体员工发送邮件，通知2019年度的绩效目标和发展目标设定已经开始，要求员工及主管/经理合作，制定目标，并要求员工通过登录公司办公系统完成绩效目标及发展计划设定；12月21日，培训经理提醒员工12月31日前尽快完成绩效目标和发展计划的设定；12月24日张某上级主管向未设定的员工发送邮件，提醒只剩下一周；12月29日张某主管单独向张某发送邮件提醒张某只剩下他一人，要求尽快设定；12月30日再次对邮件提醒只剩下最后一天；1月2日，张某主管要求张某务必在1月7日前完成，当天及后续几天张某邮件回复，认为其2018年度的绩效评审不客观，要求提供相关的数据，并对主管完全失去信任；1月7日张某主管回复称2019年度的绩效设定与2018年度的无关，要求1月8日务必完成设定。张某认为其目标不合理，最终并未设定。

2019年1月15日，公司再次向张某出具《员工违纪处分决定书》，给予张某书面警告处分，违纪事由：不服从主管安排，没有按要求日期完成2019年绩效设定，违反《员工行为管理条例》中拒绝服从上级人员作业的工作指示、安

排或要求。2019年1月17日，公司以张某存在两次书面警告为由作出解除。

2019年1月23日，为了更好找工作，张某向公司提出申请，要求将离职证明中离职理由由“解除”改为“辞职”，公司批准同意。

2019年3月8日张某申请劳动仲裁，要求公司支付违法解除赔偿金38万元。

仲裁庭审中，双方确认张某所在的部门2018年全体人员绩效目标中的OEE设定为85%，实际完成平均为78.88%，张某2018年完成为79.07%，考评结果为最差的B3。公司要求张某所在部门2019年度绩效目标中的OEE设定为90%，并要求张某自行到系统上设定，张某认为是不可能完成的任务，所以拒绝设定。

### 裁审结果

经过仲裁、一审、二审，法院最终认定公司解除违法，判决公司支付违法解除的赔偿金38万元。

### 专业评析

本案主要涉及双方劳动合同解除时间是哪一天？公司以两次书面警告为由解除的理由是否成立？

一、公司作出解除劳动合同的行为系形成权，一经作出立即生效，公司主

### 张后续辞职行为覆盖前一次解除的行为的说法不能成立。

本案中公司于2019年1月17日向张某作出解除劳动合同的意思表示，因解除劳动合同行为系形成权，一经作出立即生效，自此双方劳动关系终结，1月23日在离职证明中根据张某的申请将离职原因由“解除”改为“辞职”并不能改变双方劳动合同关系已于1月17日解除的事实。张某在收到解除劳动合同通知后出具申请的目的仅仅是便于后续找工作，辞职并非其真实意思表示，出具该申请的行为并不影响公司先前单方通知解除劳动合同的法律效力。故解除日期应当为2019年1月17日。

**二、公司未经民主程序，单方提高绩效考核目标，并不具有正当性和合理性，公司据此作出解除违法。**

根据《劳动合同法》第四条规定，用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬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。

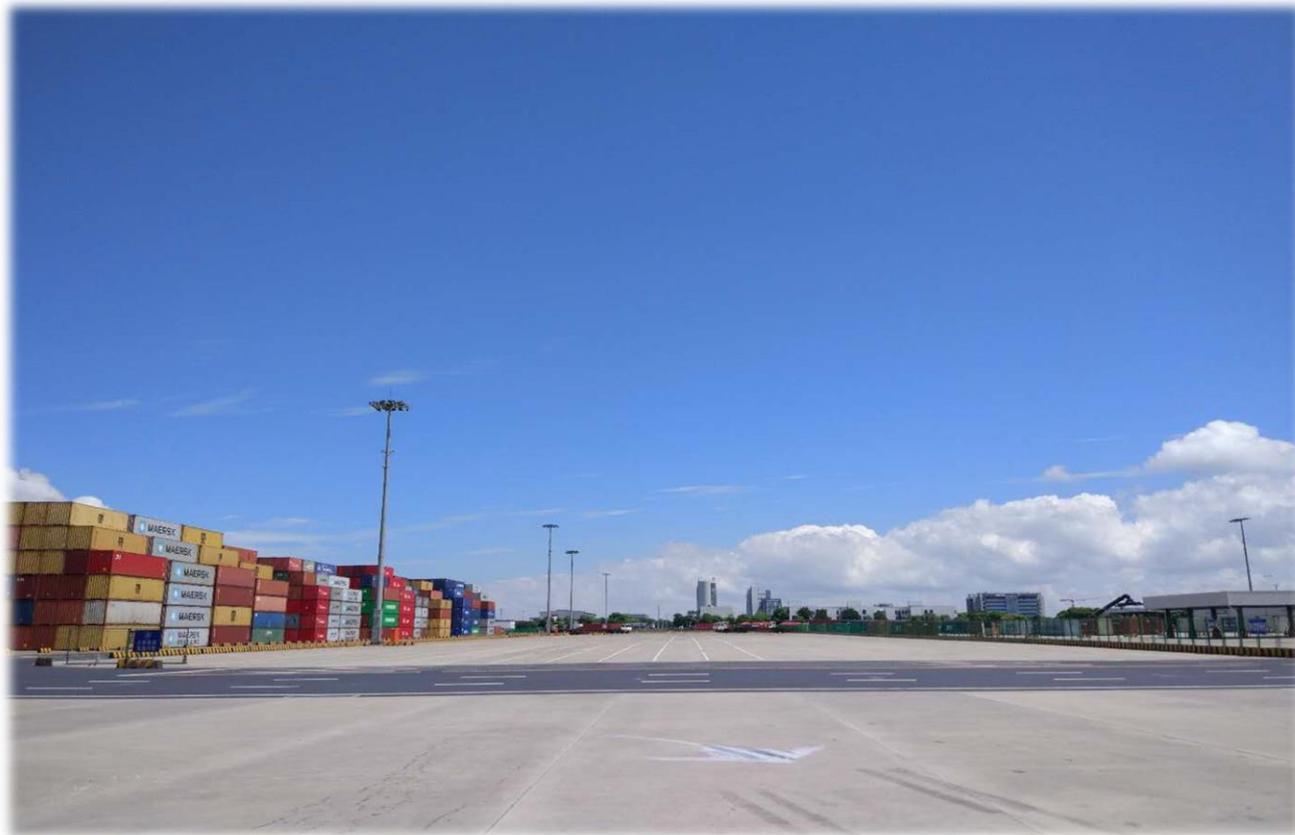
公司要求将绩效考核中的OEE指标从2018年的85%提高至2019年的90%，该指标的变化直接影响到员工2019年年

年终奖，公司应当对提高OEE指标的合理性进行说明并进行履行相应的民主程序。且公司培训经理在邮件中也特别批出员工及主管或经理合同制定相应绩效目标。公司只是不断地催促张某去设定目标，但该目标并没有经过部门全体人员的讨论，所以公司自行提高考核指标的行为缺乏正当性与合理性。公司以张某违反《员工行为管理条例》的规定给予书面警告处分不当，公司以张某存在两次书面警告处分的理由不成立，解除违法。

**三、用人单位违法解除劳动合同的，劳动者要求违法解除的赔偿金合法有据。**

由于公司的解除理由是不能成立的，属于违法解除。根据《劳动合同法》第四十八条规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。

最终，张某要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金38万的请求获得了支持。



## 司法解释新规解读：从劳动关系角度谈企业商业秘密的保护

作者：李华平



近日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2020〕7号）（以下简称《司法解释》），该《司法解释》部分条款涉及到用人单位和劳动者之间有关商业秘密保护的权利义务，本文从对用人单位商业秘密保护角度对相关内容进行分析与解读。



### 一、何为商业秘密？

《反不正当竞争法》第九条已经规定，商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。

要成为单位的商业秘密，必须同时具备秘密性（不为公众所知悉）、实用性

（具有商业价值，能够使权利人获得经济利益或者获得竞争优势）、保密性

（采取了相应的保密措施）三个特征。

针对技术信息和经营信息，《司法解释》第一条通过列举加概括的方式进一步进行明确。

需要特别注意的是《司法解释》第二条！《司法解释》第二条规定，当事人仅以与特定客户保持长期稳定交易关系为由，主张该特定客户属于商业秘密的，人民法院不予支持。客户基于对员工个人的信赖而与该员工所在单位进行交易，该员工离职后，能够证明客户自愿选择与该员工或者该员工所在的新单位进行交易的，人民法院应当认定该员工没有采用不正当手段获取权利人的商业秘密。

《司法解释》规定“仅以与特定客户保持长期稳定交易关系”不构成单位的商业秘密，可能会让很多经营者不能

理解，在他们眼里“老客户”就理所应当是商业秘密。尤其是离职的员工和原单位的老客户发生交易的关系，原单位的领导就认为是自己的商业秘密被侵犯，可谓怒火中烧，怎么就不是商业秘密了？实际上，这里面有一个误区，特定客户是属于经营信息这没错，但是经营信息要成为商业秘密还必须同时满足构成商业秘密的三要素，实践中用人单位往往没有采用保密措施，缺了重要的一个要素。实际上，客户不分新老，如果单位是经过一定的努力和付出，有独特交易习惯内容，具有现实的或者潜在的商业价值，能给单位带来一定的竞争优势且采取过相应的保密措施，新客户也同样构成商业秘密。因此，《司法解释》作了进一步明确也是为了更好的厘清误区，便于单位准确把握商业秘密保护要求。在此，有必要提醒用人单位为防止员工侵犯商业秘密，对新老客户等经营信息应采取相应的保密措施。

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（法释〔2007〕2号）第十三条规定，客户基于对职工个人的信赖而与职工所在单位进行市场交易，该职工离职后，能够证明客户自愿选择与自己或者其新

单位进行市场交易的，应当认定没有采用不正当手段，但职工与原单位另有约定的除外。这是新的变化！《司法解释》第二条规定直接把“但职工与原单位另有约定的除外”删除了，也就是说只要是“客户基于对员工个人的信赖，客户自愿选择与员工本人或员工所在新单位进行交易”，就是不构成侵犯商业秘密，哪怕原单位和员工有过约定也不影响，约定不发生法律效力。这是基于对员工信赖而产生的交易的信赖保护，也是对员工的保护。

### 二、如何理解“客户基于对员工个人的信赖”？

实践中这类交易往往是强调员工个人的专业技能和服务，与其所在的单位关联度无关或极为有限，完全是认可员工个人才会和其所在单位发生交易，交易因人而产生，这就属于基于对员工个人的信赖。假如员工是在用人单位工作后，利用单位的物质技术条件而与产生交易，然后在交易中形成良好的信赖和互动关系，这种信赖是先公司后个人的，并不属于“客户基于对员工个人的信赖”的情形；同样，如果员工从原单位离职后，主动联系客户，甚至许诺

低价或回扣等采用不正当竞争手段，致使客户选择与其或所在新单位产生交易，这并不属于基于对员工个人的信赖，而是典型的“撬客户”行为。

### 三、哪些情形可以认定为用人单位采取了相应的保密措施？

《司法解释》第六条规定，具有下列情形之一，在正常情况下足以防止商业秘密泄露的，人民法院应当认定权利人采取了相应保密措施：（一）签订保密协议或者在合同中约定保密义务的；

（二）通过章程、培训、规章制度、书面告知等方式，对能够接触、获取商业秘密的员工、前员工、供应商、客户、来访者等提出保密要求的；（三）对涉密的厂房、车间等生产经营场所限制来访者或者进行区分管理的；（四）以标记、分类、隔离、加密、封存、限制能够接触或者获取的人员范围等方式，对商业秘密及其载体进行区分和管理的；

（五）对能够接触、获取商业秘密的计算机设备、电子设备、网络设备、存储设备、软件等，采取禁止或者限制使用、访问、存储、复制等措施的；

（六）要求离职员工登记、返还、清除、销毁其接触或者获取的商业秘密及

其载体，继续承担保密义务的；（七）采取其他合理保密措施的。

在劳动合同履行过程中，劳动者保守用人单位的商业秘密是基于劳动关系而产生的随附义务，没有约定也应当保密。但是，用人单位和员工签订了保密协议或者在合同中约定保密义务的，则会视为用人单位已经采取了保密措施，因此，用人单位很有必要对负有保密义务的员工签订保密协议或约定保密义务。

作为用人单位，除了和员工签订保密协议义务，也可以通过规章制度对保密要求作出规定，规章制度对全体员工进行公示或告知，对公司法上的董事监事高管通过章程进行规定，或者对相关保密要求进行专项培训、专门告知等等，这些都是法律上认可的采取的保密措施。保密措施规定，不仅可针对在职员工、离职员工提出，也可以针对供应商、客户、来访者等提出。

“堡垒最容易从内部攻破”，用人单位的商业秘密被侵犯，很多时候都与员工、前员工有关。因此，用人单位必须重视加强对员工商业秘密保护的管理，对接触或知晓单位商业秘密的高级管理人员、高级技术人员等，可以在劳

动合同中和保密协议中约定不超过6个月的脱密期。当员工离职时，可以要求员工对所接触或获取的商业秘密及其载体进行登记、返还、清除、销毁等，要求其继续履行保密义务至该商业秘密已为公众所知悉时为止。

### 四、如何判断员工、前员工是否有渠道或者机会获取用人单位的商业秘密？

针对如何判断员工、前员工是否有渠道或者机会获取用人单位的商业秘密，《司法解释》第十二条规定，人民法院认定员工、前员工是否有渠道或者机会获取权利人的商业秘密，可以考虑与其有关的下列因素：（一）职务、职责、权限；（二）承担的本职工作或者单位分配的任务；

（三）参与和商业秘密有关的生产经营活动的具体情形；（四）是否保管、使用、存储、复制、控制或者以其他方式接触、获取商业秘密及其载体；

（五）需要考虑的其他因素。因此，实践中，用人单位可以通过职位说明书、岗位职责书对员工的工作内容、工作权限进行界定，职位说明书、岗位职责书等最好让员工签字确认，对员工参与过

的工作内容或工作任务留有记录，对保管、使用、

单位要求员工使用公司邮箱对外发送文件，统一使用公司加密过的电脑等，对保密要求较高的可以禁止员工携带个人电脑、不得将纸质文件带出等等。

不得不说，对于用人单位商业秘密被侵犯的情形，用人单位在举证上是比较困难的，因为侵权行为具有相当高的隐蔽性，尤其是有员工“里应外合”更难以举证。因此，建议对于企业高管、高级技术人员和负有保密义务的其他人员，用人单位可以与其约定竞业限制义务。需要提醒的是，用人单位和劳动者对劳动者违反保密义务情形的，不能直

接约定违约金；而对违反竞业限制情形的，则可以约定违约金。

当然，作为员工保守用人单位的商业秘密，这是基本的职业道德。如果侵犯商业秘密给用人单位造成损失需要赔偿，造成重大损害将被追究刑事责任。

2020年9月14日起实施的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释（三）》规定，给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的，或直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的，或者造成商业秘密的权利人其他重大损失的，就构成侵犯商业秘密罪。

### 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、企业法律顾问

# 外卖骑手，拿什么来拯救你？

作者：谢亦团

### 新闻背景

据《上海法治报》报道，9月19日下午2点30分，福州市台江区一小区内，一名配送员送完东西一路小跑下楼，结果到最后一层的时候不小心踩空了，整个人从楼梯上滚下来，头狠狠地撞到地上，当场死亡，听后令人扼腕叹息。

快递、外卖小哥闯红灯、逆向行驶、不在非机动车道内行驶等突出交通违法行为随处可见。根据上海公安交管部门公布的数据，2017年上半年，平均每两天半就有一起因“外卖小哥”违反交通法规而发生的交通事故，“骑手”交通违法行为是事故发生的重要原因之一。2019年以来，已累计查获快递、外卖非机动车各类交通违法行为3.6万余起。

那么到底是什么让外卖骑手陷入了“与死神赛跑，和交警较劲，和红灯做朋友”的窘境呢？如何来保障这些骑手的合法权益呢？

**一、是谁迫使骑手们冒着生命危险违反交通规则？**

9月8日，《人物》发布的《外卖骑手，困在系统里》的文章将该讨论引向舆论高潮。舆论矛头直指美团和饿了么两家平台公司的系统和算法，在系统的压迫下，外卖骑手受到派送时间不合理、规划路线含逆行、超时高额罚款等多重问题的困扰。而饿了么官微在9日凌晨1点回应称，将在结算付款时增加“愿意多等5分钟/10分钟”的新功能，在获得不少网友点赞的同时，却也引发了更大的舆论争议。

各大媒体纷纷给予了高度关注，9月10日晚间，我们七方律师事务所主任、全国律协劳动与社会保障专业委员会委员、上海市律协劳动与社会保障专业委员会副主任李华平律师，做客东方卫视《今晚》栏目直播，就“多等五分钟，这账究竟该怎么算”，当晚就同一主题还接受了《夜线约见》栏目的电话采访，可见关注度有多高。

效率和成本永远是商业竞逐的本质，无可厚非。但当前外卖配餐效率在资本、竞争、算法乃至消费习惯等多重因素影响下，外卖骑手的人身安全却遭到无视，这无疑是值得这些平台去理性反思的。上海市消保委副秘书长唐健盛也在接受媒体采访时直言，“外卖骑手



的关系，是与企业的关系，外卖骑手相关的这些规则也是企业来定，即平台定。消费者在平台下单，商业行为也是针对平台产生。因此在这种情况下，平台拿外卖骑手的过错（违规、撞人、闯红灯）让消费者去承担下来，这显然是有违基本逻辑的”。

### 二、如何来保护这些骑手的合法权益呢？

这些骑手一旦在送外卖发生交通事故受到伤害时，如何来保障他们的生命权、人身权、健康权、工伤待遇呢？

#### （一）要求交通事故的侵权方承担侵权责任。

如果是由第三方侵权造成的交通事故，根据《侵权责任法》的相关规定，可以要求侵权方承担侵权责任，但由于这类交通事故中，承担全部或者主要责任的往往是骑手自身，所以很难从交通事故中从相对方获得足够的赔偿。

特别提醒的是，如果存在第三方侵权的，除了获得交通事故的赔偿外，还可以同时要求享受工伤待遇，属于竞合。

#### （二）要求用人单位承担工伤赔偿责任。

或许很多人很疑惑，发生交通事故要认定工伤，不是要求非本人主要责任吗？而上文也提到了，骑手负全部或者主要责任居多，那为什么还要能求享受工伤待遇呢？先来看一下相关法律规定。

根据《工伤保险条例》第十四条职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：

（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；

（二）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；

（三）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；

（四）患职业病的；

（五）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；

（六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；

（七）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

因此，只有在上下班途中发生的交通事故才需要看主次责任，而对于外卖骑手来说，外出送餐并不是上下班途

中，而是在工作过程当中，符合第一种情形，所以应当认定为工伤。问题在于，与谁建立劳动关系，笔者处理过很多这类案件，一旦发生工伤，申请工伤认定时就碰到很大的困难，手头证据有限，除了工作帽、工作箱、就是平台软件，这些都只能看出是在哪个平台送单，但不足以确认劳动有关系。没有劳动合同，只能先仲裁确定劳动关系，告谁是个问题，告平台的话，平台会提供很多资料证明他们是外包的；告代理商的话，没有劳动合同，费用也是通过第三方给的，也无法根据平台资料直接认定与代理商存在劳动关系，代理商也可能通过劳务外包、劳务派遣等方式用工；告第三方的话，第三方会主张只是代发工资，所以会相当的困难，建议应当加强平台方的监管责任，因为只有平台方掌握了较多的证据，同时也只有平台方能限制到代理商。

### （三）购买商业保险的，获得商业保险赔偿。

去年出台了《关于印发上海市全面推行安全生产责任保险制度工作实施意见》，其中规定“鼓励其他行业领域、特别是涉及快递、外卖的生产经营单位，根据实际投保安全生产责任保险，

并明确保障范围包括投保的生产经营单位的从业人员人身伤亡赔偿、第三者人身伤亡赔偿和财产损失赔偿，事故抢险救援、医疗救护、事故鉴定、法律诉讼等费用”，同时上海银保监局支持行业开发快递、骑手专属保险产品，对快递、外卖骑手在提供配送服务中发生人身伤亡，以及对第三者造成人身伤亡以及财产损失的情形，提供意外伤害、第三者责任等保险保障，这样可以减少骑手们的后顾之忧。

当然，即使有了商业保险的护身符，作为快递、外卖骑手还得遵守交通法规，毕竟生命重于一切。

总之，外卖平台在进行优化的同时，应当重点保障外卖配送员的人身安全，同时加强对代理商的监管，避免出现工伤找不到用人单位的情形，相关代理商应当规范劳动用工管理，购买商业保险以确实保障骑手的人身或者对第三方造成的人身、财产损失。

只有兼顾了安全、效率、公平、合理，才能真正实现商家、平台、骑手、消费者多方共赢的局面。

## 从联想到小米 常程竞业限制纠纷案 判赔 525 万引争议

作者：谢亦团

10月10日，北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会的一份竞业限制裁决内容引起了媒体的广泛关注，不仅是因为其裁决的525万的巨额违反竞业限制违约金，也不仅仅是因为涉及到联想、小米两家科技互联网巨头公司，以及手机界的风云人物——常程，最主要是因为其中的内容太过于扑朔迷离，下面让我们跟随着新闻媒体报道的时间顺序一起走进这个案件。

### 媒体报道

2019年12月31日，常程发布一则微博，正式宣布从联想离职，还细数了曾在老东家做出的成绩，并表示：19年成长在联想，感悟、感谢、感恩。

2019年最后一天常程离职的微博发出后，有消息表示其或将加入华为荣耀。

2020年1月2日，科技圈大佬、小米公司创始人兼CEO雷军发布微博宣布：2020年上班第一天，欢迎常程加入

小米，担任小米集团副总裁，负责手机产品规划。



当日下午，联想方面发声：公司与所有高管均签有竞业限制条款，如有违约，公司将在法律框架内寻求问题的妥善解决，共同营造尊重契约精神的人才流动空间。

于是小米对此回应称：未签订竞业限制协议。一来二去，常程和联想之间的纠纷也拉开了序幕。

2020年6月，联想就常程违反竞业限制协议正式对其提起仲裁，要求常程返还股权激励金额、支付违反竞业限制义务违约金、并继续履行竞业限制义务。庭审中，联想公司提交了一份《联想限制性协议》，上面有常程签名，但常程却不认可其本人签名的真实性，经仲裁委员会指派，由法大法庭科学技术

鉴定研究所对该份协议进行鉴定，鉴定结论显示确系常程本人签字。

2020年10月10日，媒体报道了仲裁结果：

1、常程继续履行竞业限制义务；

2、常程于本裁决书生效之日起十日内，返还联想移动通信进出口（武汉）有限公司违反竞业限制义务违约金5252821.09元；

3、常程于本裁决书生效之日起十日内，返还联想移动通信进出口（武汉）有限公司2020年1月竞业限制补偿金72955.85元（税前）；

4、驳回联想移动通信进出口（武汉）有限公司其他仲裁请求。

吃瓜群众们估计看了感觉雾里看花，下面笔者对该案做全方位的解析，以飨读者。

### 律师分析

**一、常程与联想公司到底是否签署了竞业限制协议？**

一直以来，在科技互联网或者是硬件行业，竞业协议的存在都是非常正常的，毕竟一些接触公司核心机密的高级管理人员知道得太多了。众所周知，最近几年国内智能手机的竞争是相当剧

烈，所以联想公司在雷军2020年1月2日高调宣布常程加盟时，于当天下午立即发出“公司与所有高管均签有竞业限制条款，如有违约，公司将在法律框架内寻求问题的妥善解决”的声明一点都不觉得奇怪。

当然，以上只是根据常理进行的推测，至于常程与联想公司是否签署了竞业限制协议，最关键的就是联想公司提供的《联想限制性协议》中常程的签名是否是其本人的，常程对此一直是否认的，并声称联想方面提供用于笔迹鉴定的多份劳动合同和相关法律文件均非其本人签署。如果真如其所说，那么问题就大了，到底是入职时，常程签名全部都让人代签了还是联想公司故意提供了非其本人的签字文本呢？各位看官自己猜测。现在鉴定结论认定该份协议确系常程本人所签，如果常程对联想公司提供比对样本签名有异议，还有正名的机会，就是再次申请鉴定，并由本人到鉴定机构提供亲笔签名作为比对样本，至于仲裁期间申请鉴定为什么没有这样做，没有参加过庭审，媒体也没有公开报道，不好妄加评论。

因此，常程与联想公司是否签署了竞业限制补偿协议，取决于最终的笔迹

鉴定结论。

**二、根据仲裁结果，常程确实是违反了竞业限制协议，为什么还要委托律师起诉呢？**

我们国家劳动争议案件实行一裁二审制，需要经过三个程序，全部走完，快的话也得将近一年，慢的话将近两年，而根据《劳动合同法》第二十四条规定，竞业限制期限，不得超过二年。也即，等整个案件结束，竞业限制期限已经届满或者将要到期。

根据媒体报道，常程也已委托律师准备起诉到法院。到目前为止，常程的竞业限制期限已过了十个月，而仲裁才出结果，可以预见等本案结束，其竞业限制期限也将所剩无几。

**三、裁决常程承担巨额违约金后，为什么还要裁决其继续履行竞业限制义务？**

按照民法中违约责任的相关规定，一方违约，守约方要追究违约方的违约责任时，只能要求承担违约金或者是继续履行二选一，那仲裁结果为什么既裁决常程承担了巨额违约金，同时还要求他继续履行竞业限制义务呢？

竞业限制制度设定的目的是保护用

人单位的商业秘密和保密信息，如果劳动者违反竞业限制后，用人单位只能二择一的话，无法公平地实现这一目的。因为用人单位要求劳动者承担违约金，劳动者有可能通过支付违约金的形式来恶意违反竞业限制，这样就会持续不断地给用人单位造成损失；而用人单位要求继续履行竞业限制义务，却无法获得劳动者违反竞业限制违约金的话，也会因为没有任何的惩罚导致劳动者恶意地违反。所以只有让劳动者承担违反竞业限制的违约金，同时又要求其继续履行竞业限制义务，才能持续地保护用人单位的商业秘密或保密事项不被泄露。

《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）》第十条对此也作出了明确规定：劳动者违反竞业限制约定，向用人单位支付违约金后，用人单位要求劳动者按照约定继续履行竞业限制义务的，人民法院应予支持。

**四、联想公司支付给常程竞业限制补偿金为7万多元，仲裁委员会裁决的违约金是525万元，违约金是否畸高？**

民事诉讼中，违约金畸高的，违约方可以要求适当减少，那么对于劳动者违法竞业限制协议的违约金是否适用呢？

根据《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第28条规定，用人单位和劳动者在竞业限制协议中约定的违约金过分高于或者低于实际损失，当事人请求调整违约金数额的，人民法院可以参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十九条的规定予以处理。由此可知，如果竞业限制约定的违约金过分高或低于实际损失的，当事人同样可以要求进行调整。仲裁机构将结合劳动者的主观恶意程度、收入水平、违反竞业持续时间、用人单位支付竞业限制经济补偿金的金额、对用人单位造成损失的大小等综合作出调整。

本案中，仲裁裁决常程支付的违反竞业限制违约金为525万多元，而联想公司支付的竞业限制经济补偿金仅仅为7万多元，看上去是很不公平的。仲裁员没有进行调整，笔者认为可能存在四个原因，第一，常程离职第二天就入职竞争公司，而且对签名进行否认，存在明

显主观恶意；第二，常程的职位比较高，掌握的商业秘密和保密信息会比较多，对联想公司造成的潜在影响会比较大；第三，常程的年收入比较高，离职后，还获得了一笔巨额激励股权金；第四，违约金的总金额为常程年收入的3倍，仍然属于一个相对合理的期间。当然，也可能跟近年来我国对知识产权保护力度加大有关。

### 五、常程承担竞业限制的违约金后，是否还需返还联想公司支付的竞业限制补偿金？

如果劳动者与用人单位在竞业限制中约定，劳动者违反了竞业限制义务的，除了应当承担违约金外，还需要返还用人单位已经支付的竞业限制经济补偿金的，约定有效；如果没有明确，司法实践中两种判决都有，支持返还的认为劳动者获得竞业限制经济补偿金的前提条件是劳动者履行了竞业限制的义务，既然有证据证明其没有履行竞业限制的义务，当然应当返还获得的竞业限制补偿金。持反对意见者认为，竞业限制协议约定了用人单位支付竞业限制经济补偿金的义务，用人单位按照双方约定支付的经济补偿金就不能再要求返

还，劳动者违反竞业限制义务，用人单位可以要求其承担违约责任。

相信对于联想这么大的一个公司，对于竞业限制协议的文本中约定劳动者违反了竞业限制协议支付的竞业限制补偿金应当返还也是预料之中的事情。

### 六、如果最终认定常程违反了竞业限制义务，联想公司能要求小米公司承担连带责任吗？

竞业限制协议由劳动者和用人单位之间缔结，根据合同法的相对性原理，劳动者违反竞业限制协议，当然只能由劳动者承担违约责任，所以即使最终认定常程违反了竞业限制协议需要承担违约责任，由于小米公司不是合同的相对方，联想公司也不能要求小米公司承担连带赔偿责任。

当然，如果小米公司明知道常程与联想公司之间竞业限制协议签署了竞业限制协议，仍然招聘录用的，并且因此侵犯了联想公司的商业秘密，那么联想公司可以直接根据反不正当竞争法的相关规定追究小米公司的侵权责任。

### 七、返还股权激励款项是否属于劳动争议受理范围？

本案中，联想公司要求常程返还已

支付的股权激励款项，最终并未获得支持。股权激励纠纷到底是否属于劳动争议也有不同意见，持肯定的一方认为，股权激励实际上是属于高级管理者的劳动报酬；另一种观点认为，股权激励不属于劳动法的调整范围，其实质是基于成为公司的股东后所享有的利益。

笔者认为，股权激励是为了激励劳动者，提高其工作积极性，给予其公司的部分股权，虽然股权激励依附于劳动者这一特定身份，但本质上是因为公司盈利，股东根据公司章程的规定而获得的分红。

另外，国家统计局发布的《关于工资总额组成的规定》，工资总额不包括对购买本企业股票和债券的职工所支付的股息（包括股金分红）和利息，因此分红并不是劳动报酬。

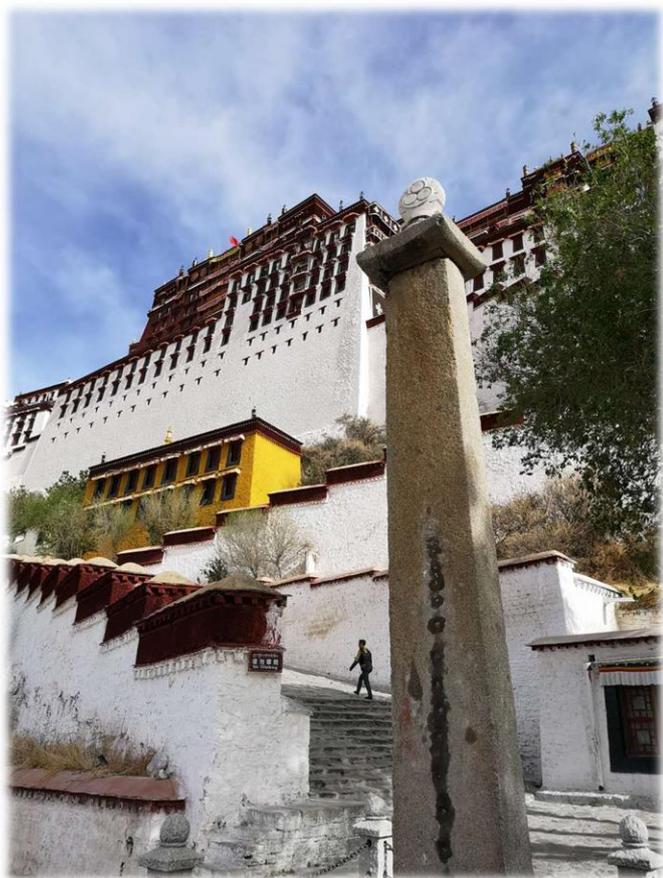
因此，股权激励产生的纠纷并非劳动争议，不受劳动法的调整。

总之，该案的仲裁裁决结果只是开始，有些谜底仍然未能揭晓，最终的结果仍然存在变数，让我们拭目以待。

### 公司未书面通知

## 员工无需履行竞业限制义务！

作者：王余婷



一提及“竞业限制”，作为我们劳动法律师，立即想到的是劳动者在离职后一段时间内应按照其与用人单位之间所签署的《竞业限制协议》的约定，不得到与原用人单位具有竞争关系的用人单位就职，也不得自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。

竞业限制是用人单位与劳动者之间约定的义务，离职劳动者履行竞业限制义务是以签署《竞业限制协议》为前提

条件的。在实践中，许多用人单位在劳动者离职时，并不会主动告知劳动者，在其离职后需履行竞业限制义务。有些劳动者因入职年限较久，早已忘记与原用人单位之间有签署过《竞业限制协议》，劳动关系解除或终止后，压根想不到履行竞业义务的问题。

一旦，离职劳动者违反了竞业限制协议的约定，此时，原用人单位就会拿出当初双方之间所签署的《竞业限制协议》，要求离职劳动者按照协议的约定支付高额的违约金。此时此刻，劳动者是一肚子苦水，表示原用人单位在离职时未通知履行竞业限制义务，且在其离职后也未按照协议约定支付竞业限制经济补偿，凭什么要求离职劳动者履行竞业限制义务呢？此类劳动者抗辩的两点理由能否得到裁审部门的支持呢？

### 一、一般情况下，用人单位无需履行通知义务

通常情况下，在用人单位与劳动者解除或终止劳动合同后，劳动者就应自动地、主动地按照双方之间所签署的《竞业限制协议》的约定开始履行竞业限制义务，法律法规并未给用人单位赋予强制性的义务——必须以书面通知形式要求劳动者履行竞业限制义务，离职劳

劳动者才负有竞业限制义务，因而，并不能因用人单位在劳动者离职时未告知劳动者需履行竞业限制义务，而免除劳动者的竞业限制义务。

相反，如用人单位要免除劳动者的竞业限制义务的，需以明示的方式向离职劳动者作出，用人单位在劳动者离职时明确告知劳动者无需履行竞业限制义务的，是无需向劳动者支付竞业限制经济补偿或额外补偿的，但如用人单位在劳动者已开始履行竞业限制义务之后再免除竞业限制义务的，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9条规定，则需额外支付3个月的竞业限制经济补偿。

### 二、特殊情况下，用人单位需按约履行通知义务

上述通常情况是用人单位与劳动者就履行竞业限制义务无特别约定的情况，但有些用人单位与劳动者之间所签署的《竞业限制协议》是“私人订制”的，比较特别，用人单位给自己附加了“通知义务”。例如：上海市第二中级人民法院审理的有关竞业限制纠纷案，案号：（2019）沪02民终10966号，在该案例中，用人单位与劳动者之间所签

署的《竞业限制协议》中约定：“劳动者承诺并保证在其任职期内或无论何种原因离开用人单位，如果用人单位书面要求劳动者履行以下义务，则劳动者不得直接或间接实施下列同业竞争行为：单独组建、参与组建或受雇于与用人单位生产同类/类似产品或经营同类/类似业务且有竞争关系或者其他利害关系的其他企业或组织，生产、经营与用人单位有竞争关系的同类/类似产品或业务，或者从事其他与用人单位有直接竞争关系的活动。”劳动者离职后，用人单位未向劳动者发书面通知，同时，劳动者在离职后，利用其母亲的名义设立了与原用人单位具有竞争关系的企业。

另外，在北京市海淀区人民法院审理的（2018）京0108民初7633号案件中，爱奇艺公司在与孙某之间所签署的《不竞争协议》第3.3条规定：“最终竞业限制协议的效力、竞业限制补偿费以双方劳动合同解除或终止时，甲方向乙方出具的竞业限制协议效力确认书为准。”孙某因个人原因向爱奇艺公司提出辞职，但爱奇艺公司并未向孙某发送书面确认书。

在上述两则案例中，用人单位均向劳动者主张违反竞业限制的违约金。但

在用人单位与劳动者之间所签署的竞业限制中，实质上对竞业限制协议的生效附加了一个“条件”，即“用人单位需向劳动者发出书面通知”，按照字面意思理解，只有用人单位向劳动者发送了书面通知，劳动者才需履行竞业限制义务；反之，劳动者无需履行竞业限制义务。

在上海第二中级人民法院和北京市海淀区人民法院审理的上述两则案件中，法院均认为，原用人单位在离职时并未履行“通知义务”，要求劳动者履行竞业限制义务。进而，法院在判决时都未支持用人单位的主张违反竞业限制违约金的请求，认定劳动者无需履行竞业限制义务。



### 三、长久不支付竞业限制经济补偿，可能会导致协议自动解除

在上海市第二中级人民法院审理的（2019）沪02民终10966号案件中，裁判文书未支付用人单位主张违反竞业限制违约金的另一因素在于原用人单位长期未向劳动者支付竞业限制经济补偿。劳动者履行竞业限制义务，用人单位应按照《竞业限制协议》的约定向劳动者支付履行竞业限制的经济补偿，即使用人单位未支付竞业限制经济补偿的，劳动者也需按照协议的约定履行竞业限制义务。对用人单位未及时支付竞业限制经济补偿的行为，劳动者可向用人单位主张，也可通过裁判文书向用人单位进行主张。

在实践中，有些用人单位自劳动者离职后一直未支付竞业限制经济补偿的情况屡见不鲜，一旦发现劳动者违反《竞业限制协议》就要求劳动者按约支付违约金。用人单位未按约支付竞业限制经济补偿，能否成为劳动者阻却承担违约金的有效抗辩理由。2020年7月10日，最高人民法院和人力资源社会保障部联合发布的第一批劳动人事争议典型案例，其中第12个案例——《用人单位

未支付竞业限制经济补偿，劳动者是否需承担竞业限制违约责任？》

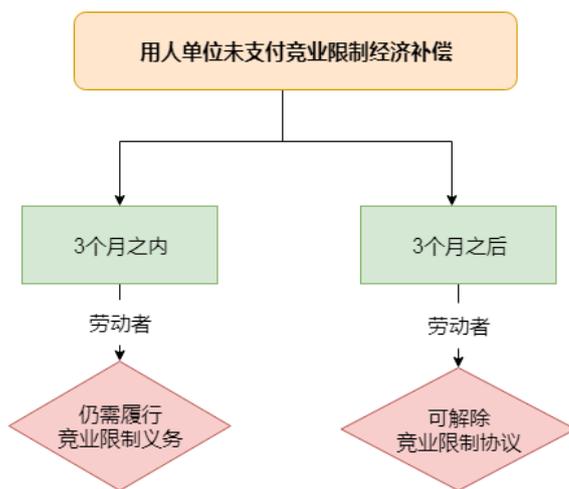
在该典型案例中，乐某于2013年7月入职某银行，某银行某与乐某之间签署了《竞业限制协议》，约定离职后两年内，乐某负有竞业限制义务。如违反竞业限制义务的，需向某银行支付200万元的违约金。2018年3月1日，某银行以乐某存在严重违纪之行为与其解除劳动合同，但某银行一直未向乐某支付竞业限制经济补偿。2019年2月，乐某进入另一家银行工作，某银行就以乐某违反竞业限制为由提起劳动仲裁要求乐某支付200万元的违约金，并继续履行竞业限制义务。

经仲裁部门审理，判决乐某无需向某银行支付违约金，也无需继续履行竞业限制义务。仲裁部门认为，某银行在竞业限制协议履行期间长达11个月未向乐某支付经济补偿，造成乐某遵守竞业限制约定却得不到相应补偿的后果。根据公平原则，劳动合同解除或终止后，因用人单位原因未支付经济补偿达三个月的，劳动者此后实施了竞业限制行为，应视为劳动者以其行为提出解除竞业限制约定，用人单位要求劳动者承担

违反竞业限制违约责任的不予支持，故依法驳回银行的仲裁请求。

### 案例归纳

通过上述人社部的典型案例，我们发现该案例和我们以往的代理案件思路是不一样的，以往在上海地区即使用人单位未支付竞业限制经济补偿，在达到三个月后，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8条规定：“当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。”



即劳动者也需履行解除竞业限制协议的义务，需“手动解除”，但在本典型案例中，在达到原用人单位长达11个月未支付竞业限制经济补偿时，仲裁部门直接就认定已实施竞业限制行为的劳

动者以其行为解除了与原用人单位之间的竞业限制协议。这样“自动解除”的操作，在《浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院关于审理劳动争议案件若干问题的解答（三）》（浙高法民一[2015]9号）第2条中早已有规定：“劳动合同解除或者终止后，因用人单位原因未支付经济补偿达三个月，劳动者此后实施了竞业限制行为，视为劳动者已以其行为提出解除竞业限制约定，用人单位要求劳动者承担违反竞业限制违约责任的，不予支持。”现如今，在大力推行“类案检索制度”的大背景下，作为用人单位需吸取上述典型案例的教训，如需劳动者履行竞业限制义务的，应及时按向劳动者支付竞业限制经济补偿。

### 结语：

本篇文章中的两则判决，实质上都是用人单位在制定《竞业限制协议》时给自己设定了一定的义务，而在负有竞业限制义务劳动者离职时又未履行“通知义务”，从而导致败诉的。因而，一份完美有效的《竞业限制协议》对用人单位而言是至关重要的，比如对哪些属具有竞争关系的企业描述，是采用列举式还是概括式呢？在我们所代理的竞业限

制劳动纠纷案件中，有些案件中用人单位之所以败诉就是因对竞业关系企业限定的范围过窄而导致的。

同时，违反竞业限制违约金的约定也是《竞业限制协议》的重要条款之一，有些用人单位在草拟的协议中，仅约定三万元的违约金，该金额远低于劳动者的年收入工资，根本无法弥补因违约行为给用人单位造成的损失。这样的约定，简直是在神助攻劳动者，为有效保护用人单位的商业秘密，科学有效的《竞业限制协议》在手是关键。



王余婷 律师

上海七方律师事务所 合伙人  
七方劳动法律服务部 律师  
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、企业法律顾问

## 海底捞状告河底捞商标侵权败诉

### 近似商标的判断标准在哪里？

作者：张茜

近日，一则“海底捞告河底捞商标侵权被驳回”的新闻上了热搜，引起了社会广泛关注。该案发生在2019年年底，湖南省长沙市天心区人民法院于2019年9月23日作出一审判决，认定被告河底捞餐馆不构成对原告海底捞公司的注册商标“海底捞”的商标权的侵犯，遂驳回原告海底捞公司的诉讼请求。该案的核心就在于海底捞商标与河底捞商标是否构成近似商标，本文就结合该案及相关法律规定，为大家解读近似商标的判断标准。

凤凰网财经 V

#海底捞状告河底捞商标侵权#【好尴尬：“海底捞”把“河底捞”给告了！法院判决来了...】2019年8月，海底捞以商标侵权为由，将河底捞告上了长沙天心区人民法院。海底捞认为河底捞和海底捞两个商标很相似，要求被告停止侵权行为，并赔偿经济损失20万元等。而被告认为，河底捞与海底捞商标不属于近似商标。文字商标是不是相似，要从读音、形象、意思来进行对比，河与海读音不同，字形也不一样，相似之处是属于水，但一个是咸水，一个是淡水。如果按照原告逻辑，只要是用水的名字都是侵犯商标专用权，这显然不对。此外，一提海底捞，就知道是火锅，但河底捞主要经营的是湘菜河鲜，火锅并非主业，服务方式不一样。基于以上理由，河底捞请求法庭驳回原告请求。根据中国裁判文书网消息，针对海底捞状告河底捞商标侵权，长沙市天心区人民法院进行一审宣判：驳回原告诉讼请求。一审宣判后，原被告双方均未上诉。#海底捞告河底捞商标侵权被驳回#好尴尬：“海底捞”把“河底捞”给告了！法院判决来了... 收起全文



#### 一、案情简介

原告“四川海底捞餐饮股份有限公司”成立于1994年，是一家以经营川味火锅为主、融汇各地火锅特色为一体的大型跨省直营餐饮品牌火锅店。

被告“长沙市雨花区河底捞餐馆”于2018年9月20日核准登记，“河底捞”三个字的标识整体采用艺术字形，其中“河”字的三点水则呈现河流的艺术形态，“底”字下面的点则是由一个鱼形图像所代替。并且整个招牌上方都有一个活蹦乱跳的鱼的图像。

原告认为被告使用的“河底捞”标识与原告核准注册的“海底捞”商标为近似商标，被告在其经营场所使用“河底捞”商标，属于饭店服务业中典型的商标使用行为，构成在相同服务上使用近似商标，侵犯了原告海底捞公司的商标专用权。



## 二、法院观点

湖南省长沙市天山区人民法院认为：《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条第二款规定：商标法第五十二条第（一）项规定的商标近似，是指被控侵

权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生

误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。就文字商标而言是否近似，一般需要结合音、形、意等方面综合认定。

首先，“河底捞”标识与“海底捞”商标虽都有“底捞”二字，但在文字的整体字形方面，两者还是存在一定的差异，原告海底捞公司其注册商标“海底捞”为方正华隶字体，而再看“河底捞”标识则是艺术字构成，并且“河”字三点水部分则是呈现河流的艺术形态，而“底”字其下面的点则是用艺术形态的鱼的图像构成。

读音方面“河”字与“海”字，虽然拼音都是H开头，但是无论是按照普通话读法，还是按照湖南本地方言读法，两者读音均无任何相似性。河底捞餐馆店铺牌匾与海底捞火锅店铺牌匾在构图、颜色等方面没有相似性。且其整

体结构、立体形状、颜色组合均无相似性。

其次，海底捞公司旗下所有店铺经营的菜谱全部是川菜系列的火锅，而河底捞餐馆经营的菜谱是典型的湘菜系列，虽然河底捞餐馆菜谱有火锅菜品，但其火锅也与原告海底捞公司经营的火锅存在一定的差别，大多数为河鲜火锅，通过其菜单和店铺门口海报宣传可以看出，其在门口招牌以及菜单海报上都是针对其湘菜系列进行宣传。

因此，无论从字体的字形、读音、构图、颜色，还是从原告、被告经营的菜品等方面，均不会使一般的消费者对河底捞的餐饮服务的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标海底捞之间有特定的联系，故被告河底捞餐馆不构成对原告海底捞公司的注册商标“海底捞”的商标权的侵犯。

### 三、近似商标的相关法律规定

2002年10月12日，最高人民法院发布并于当月16日实施的《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律

若干问题的解释》第九条规定：“商标法第五十二条第（一）项规定的商标相同，是指被控侵权的商标与原告的注册

商标相比较，二者在视觉上基本无差别。商标法第五十二条第（一）项规定的商标近似，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。”

第十条规定：“人民法院依据商标法第五十二条第（一）项的规定，认定商标相同或者近似按照以下原则进行：

（一）以相关公众的一般注意力为标

准；（二）既要进行对商标的整体比对，又要进行对商标主要部分的比对，比对应当在比对对象隔离的状态下分别进行；（三）判断商标是否近似，应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度。”

2010年4月20日，《最高人民法院印发〈关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见〉的通知》第十六条规定：

“人民法院认定商标是否近似，既要考虑商标标志构成要素及其整体的近似程度，也要考虑相关商标的显著性和知名度、所使用商品的关联程度等因素，以是否容易导致混淆作为判断标准。”

#### 四、司法实践中近似商标的认定标准

由上述规定可见，法院对近似商标的判断标准是以相关公众的一般注意力看是否容易导致混淆。其前提在于需要从相关公众的一般注意力出发，如果申请商标与引证商标易导致消费者混淆，则两个商标构成近似商标。

可能有些人会想问，那什么是相关公众呢？《最高人民法院关于审理商标

民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条也做出了规定：“商标法所称相关公众，是指与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与前述商品或者服务的营销有密切关系的其他经营者。”而对于一般注意力的判断，则需要参照具有一定经验和认知的相关公众的一般注意力作为标准，他们在选购

商品时对要购买的商品及商标有了一定的了解，但是对商标并没有非常精确的印象，这种情况下去选购商品可能会被近似商标所误导造成混淆，可能导致最终的误购。

结合近年来的司法判例，笔者总结了法院对近似商标有以下三个具体的考量因素：

## （一）商标比对结果

近似商标的判定首先要进行商标比对，分为隔离比对、主要部分比对以及整体比对三个环节。

隔离比对是指应当将申请商标与引证商标分别进行观察之后，凭借相关公众的一般注意力进行比对。隔离比对是商标比对的第一步。

主要部分比对也称“显著部分比对”，是指在隔离比对的前提下，针对申请商标与引证商标之间最显著、给人留下印象最深的部分进行比对。这与消费者的认知水平有关，因为一个商标可能会包含很多要素，但是消费者往往记忆的只有其中最为显著的那部分，如果显著的这部分也出现在了其他商标上，

就很容易产生混淆了。以南北稻香村商标之争为例，一审法院认为：“被异议商标中的扇形边框，相关公众在识别时更多地会将其视为一种装饰，识别的作用极为有限，因此，被异议商标的主要识别部分为中文“稻香村”，与引证商标相比，其文字构成、读音、含义完全相同，仅在字体上存在细微差别，故属于近似商标。”

最后，还要进行商标的整体比对。这是指在隔离比对和主要部分比对的前提下，判定申请商标与引证商标在整体外观上是否给消费者留下了近似的印象。

## （二）引证商标的显著性与知名度

引证商标的显著性越高、知名度越大，给相关公众留下的在先的商标的印象就越深刻，那如果这时候出现一个新的外观有点相似的商标，那么两者认定为近似商标的可能性就很大了。

当引证商标知名度不高时，知名度大小同样作为法院对于近似商标的考量因素。以“亮视点”商标纠纷案为例，最高人民法院在（2016）最高法行再75

号再审行政判决书中指出：引证商标的知名度有限，而争议商标自2006年进入中国市场后，无论是媒体宣传还是门店招牌，“亮视点”通常是与其英文商标“LensCrafters”同时使用，其主观上并无攀附引证商标的意图。这点作为最后认定争议商标与引证商标不构成近似商标的考量因素。

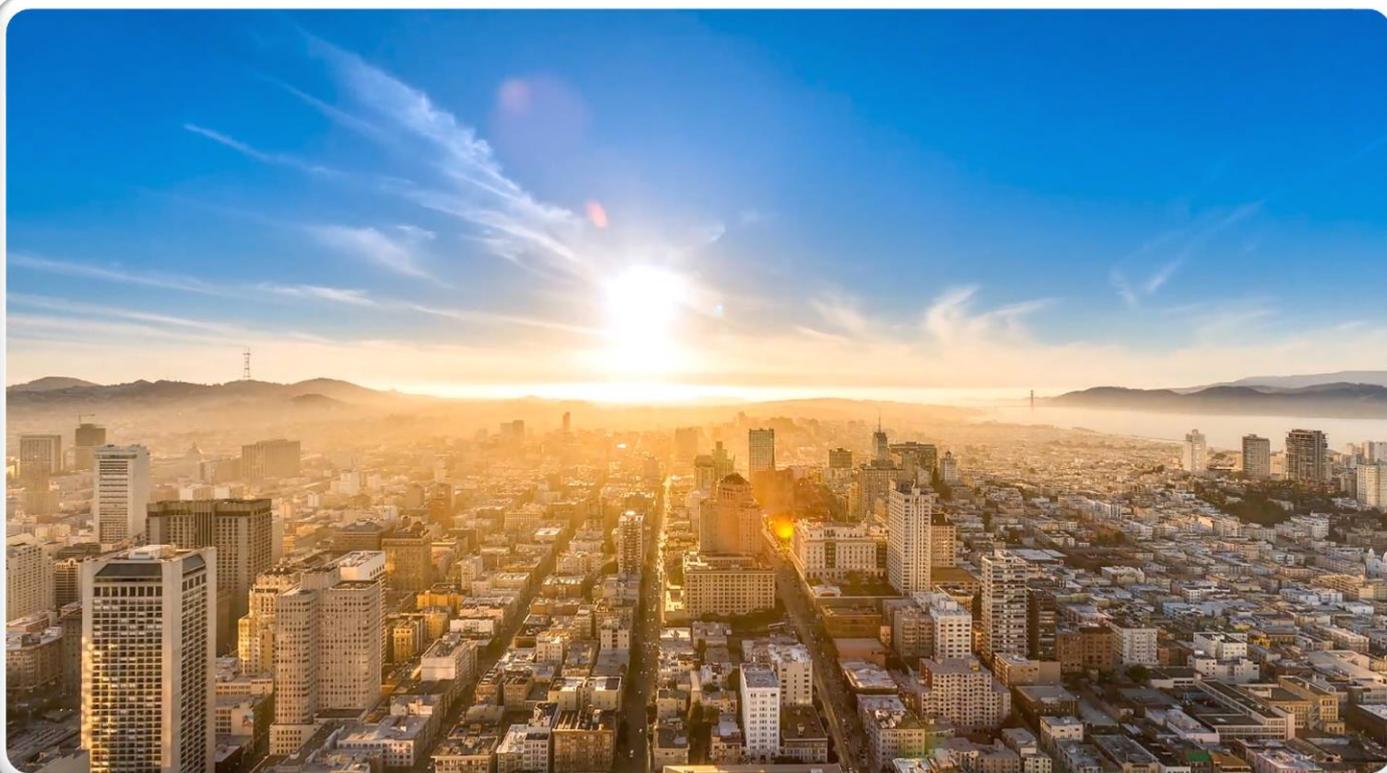
### （三）市场秩序

除了前面两点之外，法院在认定近似商标时也会考虑判决结果对于原有市场秩序的影响，尽量维护市场秩序的稳定。正如《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》中提到的：“对于使用时间较长、已建立较高市场声誉和形成相关公众群体的诉争商标，应当准确把握商标法有关保护在先商业标志权益与维护市场秩序相协调的立法精神，充分尊重相关公众已在客观上将相关商业标志区别开来的市场实际，注重维护已经形成和稳定的市场秩序。”



张茜 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师  
七方企业合规法律服务部 实习律师  
业务方向：知识产权法、合同法、公司法



## “南翔小笼” 德比大战的出路何在？

作者：谢茂林

近日，“南翔”商标之争引发的两起诉讼案件引起大家的关注：

一是浦东新区人民法院受理的原告上海老城隍庙餐饮（集团）有限公司、上海豫园南翔馒头店有限公司诉被告上海南翔食品股份有限公司、上海南翔餐饮管理有限公司、上海市浦东新区北蔡镇润泽小笼店商标侵权及不正当竞争纠纷案。

二是杨浦区人民法院受理的原告上海南翔食品股份有限公司诉上海豫园南翔馒头店有限公司、上海豫园南翔馒头店有限公司豫园店、上海豫园旅游商城（集团）股份有限公司和上海豫园旅游商城（集团）股份有限公司等四家公司不正当竞争纠纷案。

案件提要

上述两起案件的当事方可以概括地简称为“老城隍庙餐饮公司”一方和“南翔食品公司”一方，各自做了一回原告和被告，争议的核心就是双方对“南翔”作为商标和企业字号的正当使用问题：

老城隍庙餐饮公司于1994年11月21日将“南翔”申请注册为第42类“餐馆”商标。该商标获得“中华老字号”、上海市“非物质文化遗产”“上海市著名商标”等荣誉。

南翔食品公司于1986年8月20日将“南翔”申请注册为第30类“小笼包、云吞”等商标，该商标于2011年被评为“中华老字号”。

长久以来，两家各自经营，之前并未发生任何纠纷。但从2018年起，老城隍庙餐饮公司发现南翔食品公司在上海

市区开设多家“南翔小笼”的加盟或者直营餐饮店，这些门店店面招牌、店内装潢、店内及店面海报、菜单、餐具上等均突出标有“南翔”文字。老城隍庙餐饮公司认为南翔食品公司的上述使用行为已经构成对其“南翔”商标权的侵害，要求南翔食品公司停止商标侵权及不正当竞争行为、登报消除影响，并赔偿其经济损失及合理费用300万元。

南翔食品公司不甘示弱，随即另案起诉老城隍庙餐饮公司，认为老城隍庙餐饮公司在网络和店堂中多处使用“南翔小笼专门店”“正宗南翔小笼”“小笼鼻祖”等表述，擅自使用其商品名称和企业名称，系“搭便车”的不正当竞争行为，同样要求停止侵权、消除影响并索赔300万元。

## 原因分析

双方互不相让的原因，显然在于“南翔小笼”的巨大商业价值。

综合多方资料，我们可以知道：

“南翔小笼”起源于1871年南翔镇日华轩点心店主黄明贤始创的“紧酵小笼大肉馒头”制法，原名“南翔大肉

馒头”、“南翔大馒头”、“古猗园小笼”，也称为“南翔小笼包”、“南翔小笼馒头”，是上海市嘉定区南翔镇的传统名产，以皮薄、肉嫩、汁多、味鲜、形美著称，在2014年列入国家非物质文化遗产名录，争议双方都有其明确的渊源传承关系。二十世纪八十年代，随着我国的改革开放和市场经济政策的推行，双方开始意识到商标注册的重要意义。由于小笼是一个通用名称，于是双方先后分别将“南翔”申请注册为自己的商标，并都有意识地将其作为自身的企业字号使用。

比较双方注册的商标和各自的企业名称就可以发现：

1. 双方字号相同。双方都特意将“南翔”使用到企业名称中，“南翔”构成双方相同的字号。

2. 商标容易混淆。双方商标主体都是汉字“南翔”，商标元素单一、内容雷同，虽然分别注册在不同的第30类“小笼包、云吞等”和第42类“餐馆”上，一个是服务商标，一个是商品商标，但其外观可区分度很低，而餐馆和小笼包、云吞等食品关联度极高。

3. 南翔还是一个地名。不管商标怎么注册，都无法阻止他人将“南翔”作为商品产地和企业地址等的描述性正当使用。

在过去的数十年间，由于双方在不同的地域和领域各自经营，未有明显的利益冲突，故未发生任何纠纷。但随着双方的线下扩张以及当前线上经济的迅猛发展，双方的正面冲突是不可避免的必然事件。

### 对策建议

1. 双方协商和解是最理想的解决途径。双方都有充分的理由使用“南翔”作为自己的宣传重点，大家都应尊重历史，共同打造“南翔小笼”这张金字招

牌，友好协商应是最好的解决途径。由于共同的长久历史渊源，对簿公堂的诉讼肯定是难解难分，而且治标不治本，无法避免以后反复出现新的争议。

2. 此后双方在企业字号上应当做出明显区分，比如可以分别称作吴记南翔、黄记南翔，表明双方既有共同的传承，又有各自的创新和发展，在维护好各自的商业利益的同时，共同传承好这一国家级非物质文化遗产。

3. 各自都应调整商标战略，提高商标的特异性和可识别度。双方可以在以汉字“南翔”为主体的基础上（甚至可以考虑共有“南翔”这一文字商标），各自搭配上其他的不同元素，如明显的色彩差异、空间布局、附注其他内容等，注册各自的新商标，在门面装潢、店招设计、外包装等各方面形成自己的鲜明特点，形成特征显著、差异明显的不同使用方案，以利防范他人的简单模仿和“傍名牌”、“搭便车”等不正当竞争行为。



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

专业领域：知识产权

联系方式：13916303656



# 医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：顾芸、吕新雅、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](http://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

