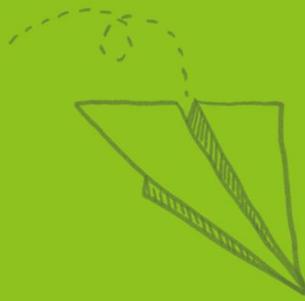


七方 法研



七方法研
2020年第6期
总第6期

学无止境 方有未来

目录

解读民法典

爱老敬老，《民法典》助力老年人权益保护	01
案说民法典之“遗嘱指定监护”	04
《民法典》时代，民间借贷十大注意事项	07
成都少女确诊，隐私全网疯传，法律怎么说？	14

民商纵横

摘取权利的桂冠， 谈建设工程价款优先受偿权的行使规则及法律适用	18
浅谈“合同僵局”的破解	23
银行卡内存款被盗刷，该由谁买单？	29
飞来横祸，谁来背“锅”	31
农民建房谁来管？如何管？ 山西临汾农村饭店坍塌事故法律分析	35
被执行人为挂靠人时， 法院能否直接执行在发包人处的工程款	41
“首封”的股权，为何变成了轮候？	44
房屋租赁知多少 合同目的很重要	49
法学博士状告动物园？为哪般	55
《未成年人保护法》新增学校保护义务 10大应当、66大禁止！	59

目录

家长里短

百万追空姐，悔婚可以把钱要回来吗？	66
6岁女童被虐案，谁来守护孩子的童年？	70
贾宝玉、薛宝钗婚姻中的法律问题	73
公房遇征收，承租人“地位显赫”	77
在了解公房承租的特点后，就来到了本文的重点 公房承租人在征收时为何如此重要	79
夫妻共同遗嘱的效力认定与争议解决	82
全国首例！同性伴侣孩子抚养权归谁？	86

罪与罚

“老赖”面临的刑事法律风险	90
虎毒不食子，虐童何时止？	94
山东虐待致死案判轻了吗	99
非法买卖死者个人信息是否构成犯罪？	106

公司治理

抢夺公章法定代表人胜算几何？	110
公司股权变更登记，说简单也复杂	114
上市公司章程能剥夺股东表决权吗？	118

目录

聚焦劳动法

- 员工提出辞职后公司作出违纪解除，算辞职还是解除？ -----123
- 失信被执行人劳动合同能否解除？-----127
- 企业要求员工自愿降薪真的合法吗？ -----131
- 劳动者一个月迟到 17 次，用人单位解除劳动合同竟违法？ -----135
- 从上海判决看：
月工资中包含竞业限制经济补偿约定是否有效？ -----139
- 网络主播与平台公司劳动关系 or 合作关系之甄别-----144

依法行政

- 《上海市不动产登记若干规定》将对我们的生活带来哪些影响？ ---149

知产知否

- 不要让知识产权惩罚性赔偿制度仅仅“看上去很美” -----153
- 互联网环境下不正当竞争行为如何认定？
以腾讯公司诉奇虎公司不正当竞争纠纷案为例-----161
- 劳动用工过程中的职务发明如何认定？ -----166

爱老敬老，《民法典》助力老年人权益保护

作者：李宁



农历九月初九，也是我国的传统节日——重阳节，九九重阳，九九与“久久”同音，被赋予长久长寿的寓意。每逢重阳，我们总能看到各式各样的“爱老敬老”的活动，从为独居老人送温暖，到志愿者上门与老人共度佳节；从共聚一堂的欢声笑语，到最美不过夕阳红的温馨相聚……重阳节已是一个尊老、敬老、爱老、助老的节日。

但在欢乐的背后，针对老年人群体存在的社会问题，依旧值得我们关注。据相关调查显示，中国社会目前已经进入人口老龄化快速发展时期，随着社会发展，空

巢老人的数量急剧增长，预计到2030年，中国空巢老人的数量将超过2亿。

近年来，老年人因被骗、赡养、监护等问题屡上热搜，对此，新出台的《民法典》针对老年人权益保护问题，也作出了相应规定。接下来，我们就结合三位老人的经历来一探究竟吧！

一、预防套路诈骗，个人信息需保护
主人公：杨爷爷，65岁，独居

被骗经过：某天，杨爷爷在家突然接到一个自称是某健康指导中心打来的电话，邀请杨爷爷到阳明山旅游，一再承诺包接送、零收费，还赠送价值668元的礼

物。杨爷爷一听，便动了心，欣然答应。旅游途中，工作人员非常热情体贴，还安排了一场老中医现场把脉的活动。老中医给杨爷爷诊断之后，说某保健品对杨爷爷身体会有很大功效，建议长期服用。杨爷爷一想，自己年纪大了，就图个身体健康，便花费6万多元购买了72盒保健品，等到回家之后，杨爷爷才发现自己上当受骗了。其实所谓的某健康指导中心根本是子虚乌有，他们搜集了大量本市的私人电话，专门以60岁以上的老年人为目标人群进行诈骗。

法律规定：《民法典》第1034条 自然人的个人信息受法律保护。个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。

小律建议：实践中，一些不法分子通过购买、窃取等方式获取老年人的个人信息，然后利用养生讲座、情感推销等手段欺骗老年人购买养生器材、保健品等牟取暴利。在此，小律提醒大家：一、天上不会掉馅饼，免费午餐要警惕。我们都想遇到“天上掉馅饼”的好事，但真的有那么多“馅饼”掉到你的头上吗？遇到“免费

午餐”，一定要谨慎。二、个人信息很重要，自我保护需记牢。此次《民法典》的修订，也让个人信息的保护更加有法可依。

听完杨爷爷的故事，你还敢去“爬山”吗？

二、免除后顾之忧，意定监护作用大 主人公：周老太，70岁

事情经过：年初的时候，周老太突发脑梗，幸好送医及时，救了回来。但脑梗这个东西，指不定哪天又要复发。周老太担心自己以后精神会出问题，她就提前“留了一手”。周老太有两个儿子，大儿子身体不好，小儿子一直觊觎自己的财产，为了保障自己的生活，周老太在神志清醒的最后日子，签署了一份法律文件，挑了大儿子的女儿，也就是她的孙女做她的监护人，并到公证处办理了公证。

法律规定：《民法典》第33条 具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人，在自己丧失或者部分丧失民事行为能力时，由该监护人履行监护职责。

小律建议：周老太的案例是“国内首个意定监护生效案例”，周老太也是中国第一个意定监护法律制度的受益者。老年人在智力正常的时候，可以用书面形式确定自己的监护人，签订一份《意定监护协议》，等到以后年老患病，丧失或者部分

丧失行为能力的时候，就可以由预先指定的监护人履行职责，这样既解决了自己的后顾之忧，也避免了纠纷的发生。

为周老太点赞，我的权利我做主！

三、保障老有所依，遗赠扶养选择多

主人公：杜老汉，75岁，独居

事情始末：杜老汉一生未婚，无儿无女，杜老汉为了让自己的老年生活有一个保障，在村主任的见证下，杜老汉与堂侄子杜义签订了一份《遗赠扶养协议》，约定杜义为杜老汉养老送终，杜老汉名下的一套房产归杜义所有。三年后，杜老汉去世，杜义为老人养老送终，但杜老汉的弟弟杜仁抢占了房屋，拒不搬出。杜义无奈之下提起诉讼。经过法院审判，杜义取得了房屋。

法律规定：《民法典》第1158条 自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照协议，该组织或者个人承担该自然人生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

小律建议：《民法典》此次扩大了扶养人的范围，不再将“组织”限定于集体所有制组织，也就是说，老人可以与继承人以外的自己信任的任何组织和个人签订《遗赠扶养协议》，包括养老机构也可以成为受遗赠的对象。《遗赠扶养协议》作为一种双务合同关系，双方互享权利，互负义务。对扶养人来说，只有履行了应尽的义务，才可以享有接受遗赠的权利，对遗赠人来说，也能真正的做到权利有所保障。

向杜老汉学习，用行动防患于未然！

结语

老吾老以及人之老，老年人的幸福生活，不仅需要法律的不断健全与实施，更需要全社会共同营造一种关爱老人的氛围，以做到真正的老有所依，老有所养。

重阳年年有，岁岁不重样，最后祝广大老年朋友：重阳节安康！



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事法律服务部
业务方向：婚姻纠纷、继承纠纷、抚养纠纷
联系方式：13262796603

案说民法典之“遗嘱指定监护”制度

作者：胡晓萍

笔者最近接到之前委托离婚案件的当事人李女士电话，询问如何用遗嘱指定监护人？笔者觉得此类案件颇有典型意义，故撰写此文。

案例介绍

李女士五年前经法院诉讼离婚，前夫吃喝嫖赌，对孩子不闻不问。离婚后，孩子随李女士共同生活，房产判归李女士所有。但前夫拒不履行法院生效判决，强占房屋不肯搬离，也不配合办理产权过户手续。李女士只能向法院申请强制执行，历

时近一年，才拿回房子，办理了新的产权证。离婚后李女士通过努力工作，积累了一定的财富，在上海购买了二套房，母女俩重新找回安宁的生活。但天有不测风云，最近李女士在一次体检中发现患上乳腺癌，她忧心忡忡：万一自己离世，未成年的孩子谁来照管？家里的财产是否又会落入前夫的掌控中？

法条解读

民法典第二十九条规定：“被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人。”

这个新创设的“遗嘱指定监护”制度，明确只有父母，才能通过遗嘱的方式，为未成年子女或者需要监护的成年子女指定监护人。父母作为孩子最亲密的人，最关心孩子的成长和权益，若父母去世，无法继续履行监护职责时，法律赋予父母通过遗嘱，选择信任的人承担监护职责，延续父母的爱，这无疑是最佳的安排。

但由于是新制度，法条的规定并不详尽。我们认为，遗嘱指定监护可能存在以下三种情形：

1、父母双方共同指定共同身故后的监护人

由于是父母协商一致，若双方同时身故，自然不会产生争议，就由双方共同指定的人作为监护人；若一方身故，则指定监护并未发生效力，当然也不存在监护的冲突。

2、父母双方各自指定各自身故后的监护人

若父母同时去世，而指定的监护人不一致时，这两个监护人都具有监护资格，双方可以共同监护。如果产生争议，双方可协商或者诉诸法院，由法院按照最有利于被监护人的原则来处理。

3、父母一方单独指定其身故后的监

护人

父母一方在去世前通过遗嘱另行指定监护人，常见于离异父母之间，本文开头李女士的案件，正是属于这一种情形。去世方的指定监护和健在方的法定监护的冲突如何认定？实践中的争议较大。

律师分析

若遗嘱指定监护和法定监护发生冲突，学界通常有三种观点：

第一：前者优于后者。持这种观点的理由是：父母与子女的关系最亲近，会本着子女利益最大化的原则，选择最信赖、最得利的人担任孩子的遗嘱监护人，而且遗嘱监护人得范围更广，不限于具有法定监护资格的人。只要遗嘱指定的监护人具有监护能力，能够履行监护职责，遗嘱指定监护人就具有优先地位。

第二：后者优于前者。持这种观点的理由为，遗嘱指定监护人的监护职责，不是指定人生前监护职责的延续，而是新产生的、独立的职责。而父母的监护人资格是法律赋予的，非经法定程序，他人不得剥夺。因此，健在的父母一方必定优先于另一方通过遗嘱指定的监护人。只有当法定监护人依法定程序被撤销监护资格时，其他指定监护人方能取代其履行监护职责。

第三：两者并存，共同担责，互相制约。笔者认同这一观点。《民法典》第二十九并没有禁止父母一方健在的情况下，另一方通过遗嘱指定监护人。依照民法上“法无禁止即自由”的基本原理，没有理由因为健在父母的法定监护权存在，就不允许遗嘱指定监护人存在。而且，监护制度的设立，最根本的出发点，就是为了保护被监护人的权益，尤其对于未成年人，保护其利益最大化原则也是《联合国儿童权利公约》确定的一项基本准则。

监护既是权利，更是义务和责任。承担监护职责通常是无偿的，非为被监护人的利益，也不得处分被监护人的财产。所以增加遗嘱指定监护人，与健在的父母一方并存共同参与监护，总体上是增加了被监护人的保障，而非削弱。

具体到李女士的案件中，她的担忧，相信许多离异家庭都会有。李女士完全可以通过订立遗嘱的方式，在遗嘱中指定合适的监护人，来与法定监护人制衡和监督。若法定监护人怠于履行监护职责，或者实施严重损害被监护人身心健康、合法权益的行为，遗嘱指定监护人有权向法院申请，

撤销法定监护人的资格。

结语

以上争议和冲突，从根本上来说，法律的规定还是过于简单和笼统。遗嘱指定监护作为一项新制度，仅有一条极其简短的条文规定，让人无所适从。离《民法典》正式实施还有四十余天，我们希望今后能有更详尽的司法解释予以完善，从而更好地实现遗嘱指定监护给被监护人带来的制度福利，真正最大限度保障被监护人的合法权益。



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

《民法典》时代，民间借贷十大注意事项

作者：谢亦团



民间借贷是一种常见的借款形式，我国是个高储蓄率的国家，老百姓手头有些余钱，却又没有好的投资途径（房子不能炒，股票不会炒，P2P 经常爆雷，存银行利率又太低），于是很多人选择民间借贷的方式（风险相对可控，利率更高）来保值增值；而对于急需用钱的小企业和个人也会首选民间借贷，因为方便快捷。最近身边很多朋友咨询一些民间借贷的问题，很多是共性问题，所以想做个归纳和总结，给有需要的朋友做个参考，避免掉进

坑里。

一、需要起诉借款人，应当提供哪些证据？

现实生活中，亲戚朋友之间的借款常会因为出于情面不写借条，直接通过微信、支付宝转帐给对方，当借款人无法及时还款，出借人需要通过诉讼程序解决时，常常会遇到举证困难。

法院对于民间借贷案件的审查原则是“借贷合意”和“借贷事实”相结合。借贷合意可能表现为借条、欠条、微信聊

天记录、口头协议等。借贷事实就是款项的实际出借，其表现形式有收条、转账凭证、证人证言等。法官在审查借贷事实时，还需结合借贷金额、贷款人支付能力、当事人之间的关系、交易习惯以及当事人陈述的交易细节等进行综合判断。

按照举证规则，出借人应就双方当事人之间存在借款关系承担举证责任。所以出借人除应提供支付凭证外，还应有借款协议、借条等能够证明款项性质的证据。

因此，对于大额借款，尽量要有书面借款协议、借条，并且通过银行转账的方式支付。如果没有相关的证据，对方又否认的情况下，出借人很难得到法院的支持。

二、借款人不还钱，而且与出借人不在同一行政区域内，出借人可以到自己住所地人民法院起诉吗？

实践中，通常会出现借款人在外地，甚至不知道其在外地的住所，如果到借款人所在地人民法院起诉，显然很不方便，还增加不少成本。所以很多出借人都想知道是否可到自己住所地人民法院起诉。

根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第三条规定，借贷双方就合同履行地未约定或者约定不明确，事后未达成补充协议，按照合同相关条款或者交易习惯仍不能确定的，以接受货币一方所在地为合同履行地。因此只要没有在借贷合同中约定管辖的，出借方完全可以到自己住所地人民法院起诉的。

三、借款逾期未还超过三年是不是不能再向借款人主张了？

根据现行法律规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年，自权利人知道或者应当知道时开始起算；诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。因此，出借人只要诉讼时期内提起过诉讼或者向借款人主张过权利，就不会超过诉讼时效。

此外，过了诉讼时效，只是丧失胜诉权，法院不会主动依职权对时效进行审查，借款人不提出时效抗辩的情况下，仍然可以获得支持。当然，尽量还是注意避

免过时效，否则会很被动。

四、现阶段国家保护最高借款利率约定是多少？没有约定逾期利率的，还能要求利息损失吗？

根据《民法典》第六百八十条规定，禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定；借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息；借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息，自然人之间借款的，视为没有利息。

国家对于利率在不同的时期有过不同的规定：

1、1991年8月13日，《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第六条所规定，民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。

2、2015年9月1日实施的《最高人

民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十六条规定：借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。简称“两线三区”。

3、2019年8月20日起，中国人民银行已经授权全国银行间同业拆借中心于每月20日（遇节假日顺延）9时30分公布贷款市场报价利率（LPR），中国人民银行贷款基准利率这一标准已经取消。自此之后，人民法院裁判贷款利息的基本标准改为全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率。

4、2020年8月19日，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十六条规定，出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利

率（指中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心自2019年8月20日起每月发布的一年期贷款市场报价利率）四倍的除外。目前一年期贷款市场报价利率为3.85%，故最高利息约定不得超过15.4%。

根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十九条第二款规定，未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：

（一）既未约定借期内利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起承担逾期还款违约责任的，人民法院应予支持；

（二）约定了借期内利率但是未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。

五、以签订买卖合同的形式为民间借贷提供担保，是按照买卖合同还是民间借贷主张？

根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十五

条规定，原告以借据、收据、欠条等债权凭证为依据提起民间借贷诉讼，被告依据基础法律关系提出抗辩或者反诉，并提供证据证明债权纠纷非民间借贷行为引起的，人民法院应当依据查明的案件事实，按照基础法律关系审理。

因此，名为买卖，实为借贷的，法院将按民间借贷法律关系进行审理。借款人未履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物以偿还债务而不能要求根据买卖合同直接获得物的所有权。如果出借人坚持请求对方履行买卖合同，人民法院将驳回起诉。

六、借款给夫妻一方，能否要求其配偶共同承担还款责任？

实务中，许多借款人为了逃避债务，采取离婚的方式将财产转移至配偶方，是否有效呢？

婚姻关系存续期间，夫妻一方以个人名义借贷用于家庭日常生活的，应认定为夫妻共同债务；超出日常生活需要范围的，认定为个人债务，但下列情形除外：

（1）债权人能够证明负债所得的财产用于

家庭生活共同生活、经营所需的；(2)夫妻另一方事后对债务予以追认的。

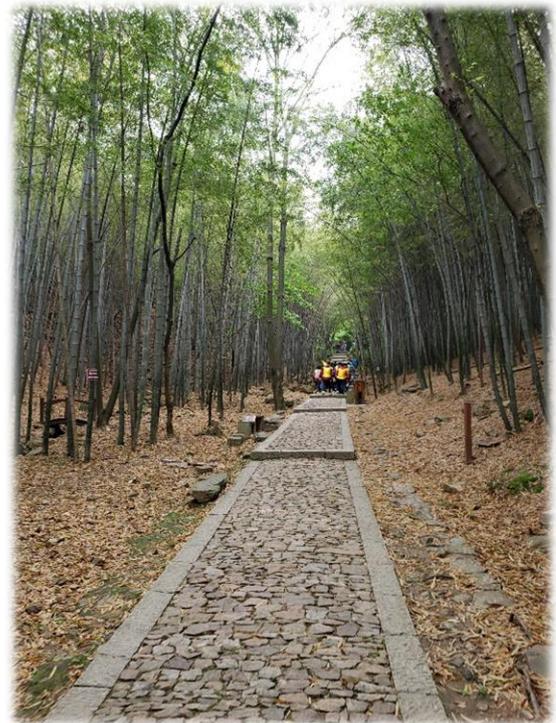
法院在审理这类案件时，如果是婚姻关系存续期间，以夫妻一方名义向他人借贷，债权人未将配偶列为共同被告的，法院将通知债务人配偶参加诉讼，以利于查明事实；如果借贷行为发生于婚姻关系存续期间，诉讼时已经离婚的，出借人可以申请追加其原配偶为共同被告。

七、对于大金额借款，要如何做才能更有保障？

对于大金额借款，出借人应当要求借款人办理特定财产抵押手续，或者提供保证。对于大金额的借款，有的借款人为了表示有履行能力，将房产证、机动车权利证书押在出借人处，其实这根本无法保证自身的债权利益。我国对于物权及特殊动产，采取登记生效制度，即没有到相关部门进行登记的，不能对抗善意第三人。因此，最终可能还是无法保障自身债权的实现。

为了保障自身的债权的实现，也可以要求借款人提供保证，需要特别注意的

是，根据《民法典》第六百八十六条第二款规定，当事人在保证合同中对于保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。这与《担保法》第十九条规定完全相反，即没有约定或者约定不明时，推定为连带担保责任。因此，在《民法典》实施后，在保证合同中，应当明确为连带责任保证，这样才能有更利于债权的实现。



八、哪些民间借贷不受国家法律保护？

国家对于普通的民间借款是予以保护的，但对于某些特殊的“民间借贷”则不予保护。根据最新的《最高人民法院关

于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十四条规定，具有下列情形之一的，人民法院应当认定民间借贷合同无效：（一）套取金融机构贷款转贷的；（二）以向其他营利法人借贷、向本单位职工集资，或者以向公众非法吸收存款等方式取得的资金转贷的；（三）未依法取得放贷资格的出借人，以营利为目的向社会不特定对象提供借款的；（四）出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；（五）违反法律、行政法规强制性规定的；（六）违背公序良俗的。

出借人应问清借款用途。如明知借款被用于违法犯罪活动（如贩毒、赌博、走私等）时，应拒绝对方的借款请求，否则民间借贷合同无效。对此，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十三条规定：出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的，人民法院应当认定民间借贷合同无效。

九、借款人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的判决认定构成犯罪，民间借贷合同还有效吗？

当事人提起民事诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。人民法院将会根据合同法第五十二条、《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第五、六条之规定，认定民间借贷合同的效力。对于借款人涉嫌非法集资的民间借贷合同的效力判定问题应视情形而定。具体而言，如果借款人明知或因重大过失不知出借人的犯罪行为的，民间借贷合同无效，案件应移送公安机关或检察机关先行处理。如果借款人对于出借人的犯罪行为并不知情且无过错，且不存在合同法第五十二条、第五十四条规定情形的，即使出借人的借贷行为由于影响金融秩序而涉及刑事犯罪，亦不影响双方之间的民间借贷合同的效力。

十、当事人虚假诉讼、恶意诉讼将会受到怎样的处罚？

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十条

规定，经查明属于虚假民间借贷诉讼，原告申请撤诉的，人民法院不予准许，并应当依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十二条之规定，判决驳回其请求。

诉讼参与人或者其他人恶意制造、参与虚假诉讼，人民法院应当依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条、第一百一十二条和第一百一十三条之规

定，依法予以罚款、拘留；构成犯罪的，应当移送有管辖权的司法机关追究刑事责任。

单位恶意制造、参与虚假诉讼的，人民法院应当对该单位进行罚款，并可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，应当移送有管辖权的司法机关追究刑事责任。



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

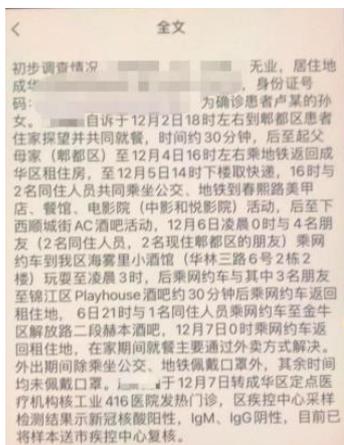
业务方向：劳动法、合同法



成都少女确诊， 隐私全网疯传， 法律怎么说？

作者：七方民商法团队

12月8日，成都20岁女孩赵某某被确诊为新冠肺炎病例。短短24小时之内，这名女孩的身份证号、电话、住址等个人信息被网友扒了个精光，一些人还给她贴上了“转场女皇”、“外围女”、“陪酒女”的标签，还有些人给女孩打电话、发短信进行谩骂。



(赵某某的姓名、身份证号、详细行踪等信息被人擅自放到了网上)

疫情之下，如何在防疫和保护隐私之间取得平衡？隐私权被侵犯后，如何维权？这都是值得思考的问题。

一、女孩的哪些隐私被侵犯了？

隐私，具有两个特征，一为隐，一为私。隐，即未公开且本人不愿对外公开；

私，即纯属私人的，与公共利益、群体利益无关。

隐私的具体内容，在《民法典》出台之前，我国法律并未进行明确规定，理论界也多有争议。《民法典》第一千零三十二条第二款对此进行了明确，隐私有以下四种：

1、私人生活安宁。生活安宁，是指安稳宁静的私人生活状态。实践中，对自然人私人生活安宁的侵扰，主要是以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式进行的，如向他人发送垃圾短信、拨打骚扰电话等。

2、私密空间。即个人的私密范围，包括个人居所、私家车、邮箱、衣服口袋、旅居的宾馆客房、日记本、人体私密部位等等。

3、私密信息。所有不愿他人所知的与公共利益无关的个人信息，如家庭住址、电话、生日、行踪、长相、通信记录、私人文件、私照、私人视频等等，皆为私密信息。除非法律另有规定或取得他人明确同意，收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开此等信息，即为侵权。

4、私密活动。即自然人进行的与公共利益无关的个人活动，如日常生活、家庭活动、婚姻活动等。私密活动乃动态的隐私，若以静态的形式记录此种私密活动，则此种记录为私密信息。比如某甲在房里

和某乙睡觉，此为私密活动；某甲手机中保存的自己与某乙睡觉的视频，为私密信息。窥视他人睡觉或传播他人睡觉的视频，皆构成侵犯隐私。

隐私权，是自然人对其上述隐私进行支配和控制的具体人格权，其具体内容包括隐瞒权、利用权、支配权、维护权。

本案中，一些人搜索并擅自公布赵某某电话号码、身份证号、行踪信息的行为，侵犯了赵某某对其私密信息享有的隐私权；另一些人给赵某某打去骚扰电话、发送谩骂短信的行为，侵犯了她对私人生活安宁享有的隐私权。



(赵某某发帖称，其身份被曝光后有人打电话、发短信攻击她)

二、侵犯隐私权要负什么法律责任？

1、民事责任。

《民法典》第一千零三十二条明确规定，任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵犯他人的隐私权。第一千零三十三条列举了六种侵害隐私权的行为。《民法典》总则编和侵权责任编关于侵权责任构成和民事责任承担方式等的规定，也适用于隐私权的侵权责任。

在《民法典》正式实施之前，权利人可根据《民法总则》和《侵权责任法》的相关规定来主张权利。

问题来了，有关部门公布赵某某的个人信息，是否构成侵权呢？这就要看发布者是否取得了法律的授权，以及公布的信息是否必要。

根据突发事件应对法、传染病防治法、突发公共卫生事件应急条例等相关规定，有权收集发布公民信息的主体包括疾病预防控制机构、医疗机构、被指定的专业技术机构，还有街道、乡镇以及居委会、村委会等，其他主体不得擅自采集和公布公民个人信息。

而从“成都发布”公布的赵某某信息看，其信息的收集的主体为疾控部门，公开部门为区政府，发布部门为成都市人民政府新闻办公室微博，皆为有权机关。

成都发布 12月8日 22:06 已编辑

【郫都区新冠确诊病例卢某某有一个孙女住在成华区，现在情况怎么样？成华区的流调情况怎么样？】#现在发布#成华区人民政府区长蒲发友介绍，昨天（12月7日）上午9点40分，成华区接到成都市疫情防控指挥部情况通报，郫都区确诊了1例新冠肺炎病例卢某某，而卢某某的孙女赵某某作为密切接触者，租住在成华区崔家店华都云景台小区。

我们在接到通报以后，立即展开流行病学调查。经过成华区疾控中心初筛、成都市疾控中心复核，今天（12月8日）零时30分，赵某某被诊断为新冠肺炎确诊病例（普通型），现在，赵某某已转运到成都市公共卫生临床医疗中心医院接受隔离治疗。

通过流行病学调查，赵某某近14天内主要停留的场所包括：中冶中央公园、嗨蓝调美甲店、小巷巷麻辣烫、海雾里小酒馆、playhouse酒吧、赫本酒吧等场所。

（成都发布公布的赵某某信息较为克制，没有敏感信息）

从信息的具体内容看，“成都发布”公开的赵某某信息较为克制，没有身份证号、姓名、电话、具体活动时间等私密信息。故而笔者认为，有关部门发布赵某某上述信息的行为，并没有侵犯其隐私权。

2、行政责任。

《治安管理处罚法》第四十二条规定：“有下列行为之一的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款；情节较重的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款：（六）偷窥、偷拍、窃听、散布他人隐私的。”此外，《网络安全法》第六十四条第二款规定：“窃取或者以其他非法方式获取、非法出售或者非法向他人提供个人信息，尚不构成犯罪的，由公安机关没收违法所得，并处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得的，处一百万元以下罚款。”

另据《传染病防治法》第六十八条、六十九条的规定，如果是疾病预防控制机

构或医疗机构的工作人员泄露了公民个人信息，造成严重后果的，有关人员还将面临着降级、撤职、开除、吊销职业证书的处分。

本案中，散布赵某某个人信息的王某已被行政处罚。

成都发布 12月9日 14:17 来自微博 weibo.com 已编辑

【#成都# 警方通报：男子散布泄露赵某某个人隐私 被行政处罚】@平安成华 今日发布通报：2020年12月7日23时许，王某（男，24岁）将一张内容涉及“成都疫情及赵某某身份信息、活动轨迹”的图片在自己的微博转发，严重侵犯他人隐私，造成不良社会影响。经公安机关调查，王某对散布泄露赵某某个人隐私的行为供认不讳，并深刻认识到自己的错误。目前，王某因违反《中华人民共和国治安管理处罚法》相关规定已被依法予以行政处罚。

公安机关提示：公民个人隐私受法律保护，对于侵犯公民个人隐私的行为，公安机关将依据《中华人民共和国治安管理处罚法》相关规定依法调查处理；涉嫌犯罪的，公安机关将依法追究刑事责任。#成都男子泄露确诊女孩信息被行政处罚#
[收起全文](#)

（转发赵某某隐私信息的王某被处罚）

3、刑事责任。

侵犯他人隐私权，情节严重，构成犯罪的，还可能承担刑事责任。此类案件涉及的具体罪名包括侵犯公民个人信息罪、非法侵入住宅罪、传播淫秽物品罪、侮辱罪等等。以侵犯公民个人信息罪为例，最高可处7年有期徒刑。

三、隐私权被侵犯后怎么办？

1、及时减损。发现自己的隐私权被侵犯后，首先要考虑的就是要防止影响和损失扩大。比如发现有人将自己的私密信息发到微博上，可以要求微博平台删除相关信息。

2、报案。权利人可以向公安、卫生、网信等部门报案、投诉，要求其调查处理相关侵权人。

3、起诉。此外，当事人还可以向人民法院提起民事诉讼，要求侵权人承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、恢复名誉、赔偿损失等民事责任。

四、结语

赵某某隐私被泄露后，如何兼顾疫情防控 and 隐私权保护，成为这几天大伙关注的焦点。

诚然，出于公共利益的考虑，个人隐私权的某些部分可以被牺牲。比如为了防控疫情，可以公开确诊病例的部分信息。但是，这种公开应当坚持权利协调原则，

尽量不要涉及当事人的姓名、住所、电话等具体信息，以免给当事人造成伤害。

赵某某事件发生后，四川省疫情防控指挥部及时发布公告，明确指出：“任何国家机关、社会组织和个人未经被收集者或其监护人同意，不得公开公民个人姓名、身份证号码、电话号码、家庭详细住址等信息。因疫情防控工作确需公开的，应当经过加工处理，确保无法识别特定个人且不能复原。”这对于其他省市的疫情信息发布，也有一定的参考意义。



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

摘取权利的桂冠

谈建设工程价款优先受偿权的行使规则及法律适用

作者：张春球

十一长假，笔者见到了几个从事建设工程领域的老朋友，也许受疫情影响，普遍反映拖欠工程款的问题越来越严重，回款周期越来越长，资金压力越来越大，即使费尽周章走了法律程序也还是要轮候排队，使承包商们苦不堪言。

房地产与基础设施投资是国民经济的重要支柱，至少目前还是。建设工程承包市场依旧欣欣向荣。但在繁荣景象的背后，也伴随着各种矛盾和纠纷。如建设工程结算纠纷、施工合同效力纠纷、黑白合同纠纷、工程索赔与反索赔纠纷、工程造价纠纷等等，在处理这些纠纷中，如何行使建设工程价款优先受偿权显得尤为重要，它是建设工程类纠纷的权利桂冠，也是司法实践中的重点和难点：事实认定难、法律适用难。本文就建设工程价款优先受偿权的行使规则及法律适用等问题作一个浅述。

即将实施的《民法典》第 807 条（《合同法》第 286 条）确立了工程款优先受偿权制度，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》[以下简称《建设工程适用法律解释（一）》]、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（二）》[以下简称《建设工程适用法律解释（二）》]、《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下

简称《批复》）对这一项法律制度进行了极大的完善。其在保护价值、行使程序等方面具有积极的社会功用，对于解决我国建筑市场上长期存在的拖欠工程款的问题，提供了很好的法律对策。

而其中对于司法实践影响最大的，就是工程款优先受偿权的行使规则及法律适用问题。

一、建设工程价款优先受偿权的行使条件



承包人行使优先受偿权的前提是其对发包人存在工程债权。而承包人获得工程债权的条件是必须保证建设工程施工质量合格。因此，承包人行使优先受偿权的前提条件是合同标的即建设工程质量合格。

二、建设工程价款优先受偿权的行使主体

（一）与发包人具有直接合同关系的承包人

与发包人具有直接合同关系的承包人，在其履行合同义务后，根据合同的原则，即具有行使优先权的主体资格。

对于无效合同的承包人是否享有优先受偿权，实践中有不同的观点。笔者认为，建设工程施工合同虽然无效，但所施工的工程经竣工验收合格的，根据民法典新增的第 793 条（《建设工程适用法律解释（一）》第 2 条）的规定，可参照合同约定折价补偿支付工程款。既然工程款债务仍然需要支付，建设工程价款优先受偿权也应予以支持。

（二）与建设工程存在转包、分包关系的施工人

建设工程价款优先受偿权原则上只能由与发包人具有直接合同关系的承包人享有，但是根据我国现行《建设工程适用法律解释（一）》第 26 条规定，分包人和实际施工人完成工程质量合格的，可以请求发包人在欠付工程价款范围内支付

工程款。由于该条款的制定目的是为了保护农民工的合法权益，故一般仅限于欠付农民工劳务报酬的范围。

（三）借用资质的施工人即挂靠人

挂靠人通常没有对发包人主张工程价款的合同权利，故也不享有建设工程价款优先受偿权的主体资格。但在司法实践中对于挂靠人是否享有向发包人主张工程款支付的权利问题，有两种情形。一是发包人对挂靠行为不知情，挂靠人就不能向发包人主张工程款，挂靠人只能根据合同相对性向被挂靠人主张权利；二是发包人明知挂靠事实，被挂靠人仅为名义上的合同相对方，应认定挂靠人与发包人之间达成合意，合同关系成立。挂靠人取得承包人的法律地位，具有主张优先受偿权的主体资格。

（四）取得建设工程价款债权的受让人

对于建设工程价款优先受偿权能否随工程款债权一并转让的问题，实践中存在很大争议。因优先受偿权所保护的是工程款债权，根据我国《合同法》规定，除专属于债权人的人身债权外，受让人可以取得与主债权有关的从权利。且建设工程价款优先受偿权属于法定优先权，其依附于工程款债权而存在，即使发生转移，亦不影响优先受偿权的行使。

三、建设工程价款优先受偿权的行使期限

《建设工程适用法律解释（二）》第22条规定了优先受偿权的行使期限为六个月。它是一种形成权。因此这六个月是除斥期间，不存在中止、中断、延长的情形，也不允许当事人自行约定延长或缩短。当承包人没有在这六个月的除斥期间内及时行使优先受偿权的话，权利将被消灭。

《建设工程适用法律解释（二）》第22条同时规定，六个月除斥期间应该从发包人应当给付工程价款之日起算。

（一）施工合同有约定的，应当按照施工合同约定的工程款付款时间来认定应当给付工程价款之日，这也是在民事关系中遵从当事人意思自治的体现。

（二）施工合同没有约定的，以工程款支付条件成就之日予以认定。

1、建设工程已经交付的，以工程实际交付之日作为认定依据；

2、建设工程没有交付的，但承包人递交了竣工结算资料的，以承包人递交竣工结算资料之日作为认定依据。

如果工程既没有移交，竣工结算资料也没有递交的，应该认定工程款结算条件没有成就。承包人也就不能主张优先受偿权。

同时，最高人民法院《2011年全国民事审判工作会议纪要》对未竣工工程是否能主张优先受偿权问题作出了相应规定，“非因承包人的原因，建设工程未能在约

定的时间内竣工，承包人依据合同法第286条规定享有的优先受偿权不受影响。承包人请求行使优先受偿权的期限，自建设工程实际竣工之日起计算；如果建设工程合同由于发包人的原因解除或者终止履行，承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限自合同解除或终止履行之日起计算。”

参照上述认定原则，对于分期分批工程当事人约定单独结算的，按照分期分批工程进行结算。未约定或者未进行单独结算的，按照最后一项工程竣工时间、解除或终止履行时间进行认定。

四、建设工程价款优先受偿权的行使范围

工程款优先受偿权的行使范围以国务院有关行政主管部门关于工程款组成的确定依据来予以认定。对于工程款的组成，从现有的行政法规来看，一般包括施工成本、利润和税金这三项，不包括履约保证金、违约金、损害赔偿金等。

（一）实际支出的施工成本

《批复》第3条规定，“建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约造成的损失”。根据上述规定，承包人为建设工程支出的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，属于优先受偿权的范围。对于垫资款能否优先受偿的问题，《建设工程适

用法律解释（一）》第6条第2款规定：

“当事人对垫资款没有约定的，按照工程欠款处理”。故在当事人没有将垫资款约定为借贷或者其他用途的情况下，承包人为建设工程支出的垫资款，应纳入可主张优先受偿权的范围。

（二）利润和税金

正常的利润和税金应当包含在工程价款之内。建设工程价款由成本、利润和税金构成。工程利润和税金是工程款的组成部分，应当属于优先受偿权的范围。

（三）发包人应当支付的履约保证金、违约金、损害赔偿金

履约保证金是工程发包人为防止承包人在合同履行过程中违反合同约定，并弥补发包人因此造成的损失而要求承包人交纳的一定数目的金钱，是债的担保方式，不属于工程款范畴，也不是承包人基于建设工程施工实际支出的费用，不应纳入优先权的保护范围。违约金、损害赔偿金等在性质上属于承包人因发包人违约所造成的损失，不属于工程价款的范畴，也不是承包人在建设工程上的投入，也应排除在优先受偿范围之外。

五、工程款优先受偿权的行使方式

我国法律对于工程款优先受偿权的行使方式没有规定，实践中诉讼是最常见，也最被大众所接受的一种行使方式，即由承包人向人民法院提起优先受偿权确认之诉。

同时，《民法典》第807条（《合同法》第286条）又赋予了承包人可以通过与发包人协商将工程折价以使工程款得到优先受偿的权利，因此，承包人通过与发包人协商将工程折价以支付工程款的方式，也是行使优先受偿权的一种方式。

除此之外，实践中争议很大的是，承包人能否通过以书面致函的方式行使优先受偿权。最高人民法院对此有相反的判例，既有确认这一行使方式的判决，又有否定其效力的判决，期待日后能有统一认识。

六、工程款优先受偿权行使的规制

（一）行使优先受偿权的对象是可折价、可拍卖的建设工程，因此，对于性质上不宜折价、不宜拍卖的建设工程，是不能行使优先受偿权的。

1、公益优先是我国司法和立法所应遵循的一项基本价值取向，承包人行使优先受偿权不能超越社会公益或公共利益。因此当建设工程涉及政府、军事等社会公共设施，以及学校、医院等社会公益设施的，承包人不得行使优先受偿权。

2、生存权是人权的一项基本内容，优于其他一切权利。购买商品房的消费者的权利要优于承包人的优先受偿权，当消费者支付了全部或大部分购房款，承包人不得主张优先受偿权。但其中的消费者仅限于购房自住者，用于出租或者投资炒房的，将不能对抗承包人的优先受偿权。同

时，商品房的性质仅限于住房，商铺、写字楼和商住两用房不属于法律保护的对象。而对于“大部分”购房款的认定，以超过商品房买卖合同总价款的 50%以上为认定标准。

3、动迁房安置工程是一项民生工程，它直接影响到众多被拆迁人的居住权。如前所述，生存权优于承包人的优先受偿权，因此，当建设工程涉及的是动迁房安置工程的，承包人不得行使优先受偿权。

4、违法建筑。违法建筑不具有物权法上物的概念，它既不能进行权属登记，也不发生物权变动的法律后果，更不能通过折价或拍卖的方式使其予以转让、处分，因此，建设工程涉及违法建筑的，其性质同样归于不可折价、不可拍卖的建设工程而不得行使优先受偿权。

(二) 优先受偿权与抵押权和其他债权的关系。《批复》第 1 条规定：建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。在司法实践中，优先受偿权的实现主要是在拍卖建设工程的价款中进行优先受偿。

(三) 优先受偿权在破产分配中的顺位。基于目前《破产法》及相关司法解释未对建设工程价款优先受偿权在债权受偿顺位进行规定，但按照《破产法》应当遵循“尊重非破产法规范”的原则，根据《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第 71 条规定“依照法

律规定存在优先权的财产不属于破产财产”，则其中的优先权应当包括建设工程价款优先受偿权。

结语

建设工程价款优先受偿权是建设工程价款纠纷的权利桂冠，对于倡导公平、保护价值、行使程序、优化法制等方面具有积极作用，对于解决我国建筑市场上长期存在的拖欠工程款的问题，提供了很好的法律依据。但其行使规则还不够完善、法律适用还不够系统。建议借鉴海外先进的立法经验，结合我国房地产与基础设施投资的市场实际，进一步健全和完善建设工程价款优先受偿权的法律内容。



张春球 律师

上海七方律师事务所 律师
七方公司与投融资法律服务部 律师

业务方向：公司法相关、经济相关
刑民交叉

浅谈“合同僵局”的破解

作者：七方民商法团队

在实践案例中，尤其是长期合同中，如果一方因为经济形势的变化、履约能力等原因，导致不可能履行长期合同，需要提前解约，而另一方拒绝解除合同。①这就形成了合同无法继续履行，但因有解除权的守约方拒绝解除合同，合同亦无法解除的僵局状态。对此，《中华人民共和国合同法》并无相应条文的明确规定。随着司法实践的发展，对该问题的解决方式争议也非常大。

一、司法实践对合同僵局的破解实例及规定

（一）“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”

原告新宇公司将其开发的商业用房时代广场分割销售给 150 余家业主，冯玉梅与新宇公司签订了商铺买卖合同，支付了全部价款。但新宇公司未为冯玉梅办理登记过户。其后，该商场经营多次停业，小业主无法正常经营。新宇公



司经两次股东变更，新股东为盘活资产，拟对商场重新规划布局，为此陆续与大部分小业主解除了商铺买卖合同。但只有冯玉梅与另一业主始终不愿解除合同。因此，新宇公司无法进一步对商场进行改造，施工不能继续，6万平方米建筑闲置。冯玉梅的商铺也因为商场的搁置而无法经营。之后新宇公司起诉解除合同，并愿给予合理的经济补偿。



一审法院认为，新宇公司与冯玉梅之间的合同关系合法有效，并且在合同履行过程中，冯玉梅恪守合同，并无违

约。当违约方继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益，合同已不具备继续履行的条件时，为衡平双方当事人利益，可以允许违约方解除合同，但必须由违约方向对方承担赔偿责任，以保证对方当事人的现实既得利益不因合同解除而减少。因此，法院判决合同解除，并要求新宇公司给予冯玉梅充足的补偿。二审法院认为，当继续履行也不能实现合同目的时，就不应再将其作为判令违约方承担责任的方式。合同法第110条规定了不适用继续履行的三种情形，其中第(二)项规定的“履行费用过高”，可以根据履约成本是否超过各方所获利益来进行判断。当违约方继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益时，应该允许违约方解除合同，用赔偿损失来代替继续履行。

该案刊载在《最高人民法院公报》2006年第6期(总第116期)，作为判例而备受关注，此后引发了关于违约方是否有解除权的争论。此后，也有法院同

样支持了违约方要求解除合同的诉请。如“温州市万里马皮件服饰有限公司与余昌普房屋租赁合同纠纷案”【(2017)浙03民终3074号】、“彭家煌、深圳市利保义实业发展有限公司与彭臣房屋买卖合同纠纷案”【(2018)粤03民终13289号】等。

(二) 九民纪要

最高人民法院2019年11月通过的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(亦称“九民纪要”)第48条,该条规定名为“违约方起诉解除”,对合同僵局下的违约方诉讼解除规则做了明确的规定。其规定为:“违约方不享有单方解除合同的权利。但是,在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中,双方形成合同僵局,一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同,有时对双方都不利。在此前提下,符合下列条件,违约方起诉请求解除合同的,人民法院依法予以支持:(1)违约方不存在恶意违约的情形;(2)违约方继续履行合同,对其显

失公平;(3)守约方拒绝解除合同,违反诚实信用原则。

人民法院判决解除合同的,违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。”

九民纪要旗帜鲜明地主张了对违约方的起诉解除,首次从司法意见层面,有了明文的可参考的依据。

二、民法典对合同僵局破解的规定

在民法典一审稿起草过程中,专家学者们首次将违约方享有合同解除权写入了草案353条第三款,赋予了合同违约方的在一定条件下享有合同解除权。

在民法典二审稿中,对违约方解除权做了文字上的修改,增加了许多限定,表述为“合同不能履行致使不能实现合同目的的,有解除权的当事人不行使解除权,构成滥用权利对对方显失公平的,人民法院或者仲裁机构可以根据对方的请求解除合同,但不影响违约责任的承担”。该条款由于当中有太多法律

术语限定，产生了相当争议，甚至在三审稿中删去了该违约方解除权的规定。

民法典最终定稿，并未按照之前草案在 353 条中的合同解除权中规定违约方解除权，其调转方向，在“违约责任”部分的第 580 条第二款规定了在属于请求履行的除外情况时，当事人请求司法解除的途径。

三、民法典 580 条对合同僵局破解规定之剖析

民法典第五百八十条：“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；

（三）债权人在合理期限内未请求履行。有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同

权利义务关系，但是不影响违约责任的承担”

这一最终的条款与之前一二审草案出入较大，对其认识也多有不—。

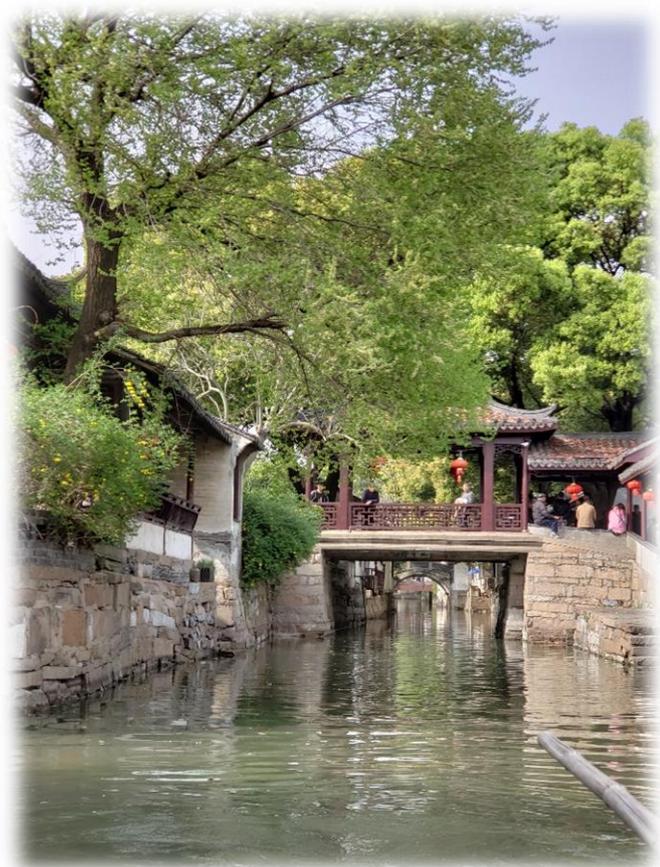
在民法典正式出台后，有许多人认为第 580 条第二款规定的即违约方解除权。也有的认为该款规定的是司法解除权。个人认为，该款规定应为司法解除权，相比违约方解除权，以司法解除权进行规范也更有其合理性。

（一）第 580 条第二款是在合同履行不能情况下对合同关系的司法处理，完善了原合同法第 110 条的规定。

第 580 条第一款的内容是原合同法第 110 条的内容，即规定了在哪些除外情况下，守约方并不能请求继续履行。这其中包括了三种状态：法律上或者事实上不能履行；债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；债权人在合理期限内未请求履行。

在原合同法的框架下，守约方虽不能请求继续履行，但合同的解除权仍然归属于守约方。只要守约方不主张解

除，合同关系仍然继续存在，即便该合同关系的存续对双方在经济上已无实际利益。所以，该原 110 条的规定在解决合同僵局的问题上并不完善。现通过 580 条第二款之规定，对履行不能的情况下的合同关系的处理，形成了一个完整的规则。



（二）第 580 条第二款的增加与已有的司法实践相统一，与域外法亦相统一。

在合同法尚未对合同僵局的解决出台明文规定的情况下，司法审判实践中

欲突破，支持违约方提出的解除权之请求时，往往多以“合同目的无法实现”、“当事人利益严重失衡”、“有悖公平正义”为判决理由，依《合同法》第 110 条判决违约方解除合同。以排除履行请求权的《合同法》第 110 条作为违约方解除合同的法条依据。^②但这种突破毕竟还缺乏法律上的明文规定。通过增加该第二款的规定，与司法实践中已有的大多数审判案例能够形成比较有效的呼应统一。

同时第 580 条第二款的增加与德国法国民法典之履行不能情况下的合同关系消灭之精神亦相统一。

（三）第 580 条第二款应理解为司法解除权，其比违约方解除权更为合理。

作为解决合同僵局的手段，有学者认为：合同编二审稿所谓“违约方申请解除权”的条款本来是要解决合同履行不能情况下合同关系的终止，却被错误地置于合同解除的框架之下，错误地使用了“解除”这一具有强烈色彩的措

辞，毕竟解除权归属于债权人，因而招致了大量完全不必要的误解和质疑。^③

在新增的第 580 条第二款中，我们发现，已经完全没有违约方的字样。而只是从更为中性的立场出发，在合同不能履行，不能实现合同目的的情况下，“人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系”。其表述为“当事人”，回避了更为刺眼的“违约方”的说法。而且也未使用“解除权”的字样，而表述为“请求终止合同权利义务关系”。

从该条款可以看出，在此种情况下，当事人享有的是一种依照法律规定可以提出的请求权，其请求的是司法机构进行裁决，最终的重心在于人民法院或仲裁机构的裁判。所以，其本质实际是一种司法解除权，由司法机构根据合同的实际情况，从中立的立场出发，来判定是否终止合同权利义务。在考虑该问题的时候，并不是站于对某一方有利的立场，而从客观的合同履行代价等出发来判定合同是否应予终止。

因此，第 580 条第二款之规定，可以有效地避免“违约方享有解除权，可以解除合同”的误解和争议，应解读为司法解除权更为妥当。

结语

民法典 580 条第二款实际给出了合同僵局下的处理路径，对当事人尤其是非违约方而言，必须增强法律意识，重视自己可能面临的合同被解约的诉讼风险，从而慎重对待在发生合同纠纷情况下的处理方式。

注释：

①王利明：《论合同僵局中违约方申请解约》，载《法学评论》2020 年第 1 期

②陆涵缘：《违约方合同解除权问题研究》，浙江大学硕士专业学位论文

③石佳友：《履行不能情形下的合同终止——兼议民法典草案第 580 条第二款的有关争议》，中国民商法律网

银行卡内存款被盗刷，该由谁买单？

作者：苏峰琴



导言

近年来，储户银行卡内存款被盗刷的新闻屡见不鲜，由于手机或网银转账须凭密码或验证码才能顺利交易，用户常常苦于无法证明非本人保管不善导致密码或验证码泄露，银行往往以此为由拒绝赔偿储户的损失。

案情回放：

沈某在上海某银行新桥支行（以下简称“银行”）办理了一张借记卡，卡号为xxx。2014年12月1日2时04分左右，沈某本人在家中，身份证及该银行卡均在身边，但银行短信告知沈某，银行卡里的钱分三次被转支，连同手续费共计34万余元。沈某接到短信后，立即拨打110报警。经上海市公安局松江分局车墩派出所

核实，银行卡在沈某处。当日8时许，沈某至银行新桥支行反映上述情况，并打印明细对账单，发现上述转支均在山东临朐。故沈某提起诉讼，请求判令银行赔偿沈某34万元及相应的利息。银行则辩称：对沈某所述办理银行卡及2014年12月1日凌晨该卡发生转支，包括手续费共计34万元的事实无异议。但是，根据借记卡章程第四条规定，凡根据密码取得的交易均视为持卡人本人交易。涉案交易是通过银行卡和密码完成的交易，应视为沈某本人所为，责任应由持卡人承担。法院经审理后判决支持了沈某的全部诉讼请求。

律师分析：

沈某与银行之间通过开通借记卡的方式建立了合法有效的储蓄合同关系。根

据《中华人民共和国合同法》第六十条：

“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”银行通过发行银行卡，作为沈某在指定的账户进行人民币存取款、转账及消费业务结算，故银行对银行卡账户内的资金负有安全保障义务。沈某作为持卡人，自行设定密码，并根据密码进行存取款及消费等结算交易，故其应对银行卡信息及密码负有妥善保管义务。本案的争议焦点在于银行卡存款转账行为是否是沈某本人持卡所为，如果是被持伪卡盗刷，沈某作为原告对此负有举证责任。在沈某提交一系列的证据证明借记卡内的存款在凌晨时异地被连续转账的事实后，银行应举证证明涉案结算交易系沈某持卡所为，否则应当承担举证不能的法律后果。根据《合同法》第一百零七条：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”，沈某的诉请应得到人民法院的支持。

律师提醒：

用户一旦发现自己的银行卡被盗刷，应第一时间向公安机关报案，保留真实银行卡在身边以及被盗刷时本人不在场等相关证据材料。

结语：

由于技术的发展，新的犯罪手段层出不穷，导致银行卡轻而易举就被盗刷，商业银行在攫取大量利润的同时，应加强交易安全保护，保障存款人的合法权益不受任何单位和个人个人的侵犯。



苏峰琴 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：刑事辩护、婚姻家庭、公司法

飞来横祸，谁来背“锅”？

作者：程伟



现代社会，高楼林立，因高空坠物造成人身伤亡、财产损失的时有发生。而司法实践中，此类案件往往因为难以确定具体侵权人或责任主体众多而导致争议不断。鉴于高空坠物严重危害公共安全，2019年10月21日，最高人民法院发布《关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》，明确依法惩处构成犯罪的“高空抛物、坠物”行为；2020年1月1日生效的《民法典》亦对高空坠物相关法条进行了补充修改，“高空坠物”一时间又进入公众视野成为街头巷尾的热议话题。

虽然目前适用的《侵权责任法》和即将适用的《民法典》都有单独的条文对高空坠物的责任主体进行规定，但普通人阅读起来还是较为空泛理论。本文将按实践中高发的高空坠物场景分类，为大家分别阐述发生事故后应当向谁追责。当然，分享此题仅作普法，笔者更希望大家平安喜乐，顺遂无忧。



一、高空坠物的责任主体

1、建筑物装修施工致物件坠落导致损害的

适用场景：装修过程中施工工具如锤子、绳索坠落，或装修导致建筑物上瓷砖等物件坠落。

举例：A公司为某大厦21层业主，B公司为A提供装修服务，王某系B的装修工人，王某在拆除一朝南铝合金窗户过程中，失手让锤子坠落，砸伤路人张某。事故发生后，经调查，王某未做防护网，C公司为该大厦的物业。

分析：案例事故中，王某为直接侵权人，而由于其系因执行工作任务造成他人损害，故应由B公司承担侵权责任。那A公司作为该层的所有人及使用人，是否应当承担赔偿责任呢？《民法典》1253条规定，物件脱落坠落致人损害的，所有人、管理人或使用人是第一责任人，在所有人、管理人或使用人不能证明自己没有过错时，其应当赔偿，若有其他责任人的，比如聘请的承揽人安装的防盗网不牢固，导致物件坠落伤人的，其有权再向其他责任人追偿（后文第二种情形）。但该条文适用范围是建筑物的组成部分或是其搁置物、悬



挂物的自发脱落坠落，其立法原理也是因为所有人、管理人、使用人对这些物件有实际控制力及管理的义务，而在本案例中有直接侵权人，致人损害的物品也是控制在直接侵权人手中，应当适用《民法典》第1254条规定，由直接侵权人即B担责。不过要拉上业主A承担责任的可能性也是有的，A将装修工程发包给B，双方构成承揽关系，若B公司不具有相应装修施工的资质，A作为定作人，意味着其对选任存在过失，应当承担相应的赔偿责任。

那物业公司C是否需要担责任？一般来说，物业公司作为管理单位，有义务对装修的业主进行安全教育，且无论是去年最高院发布的《意见》还是即将生效的《民法典》都强化了物业服务企业对于高空坠物的安全保障义务，笔者认为若物业未能举证证明自己尽到安全教育，如发放装修注意事项告知书，并设置相应的警示标志等，应当承担相应的赔偿责任。

2、建筑物组成部分或附属设施脱落、坠落导致损害的

适用场景：建筑物外侧水泥砂浆粉层脱落，建筑物外侧空调、防盗网未安装牢固导致坠落。

举例：一日，由物业使用的某栋非住宅用房外墙水泥砂浆粉层块脱落，导致地面路过行人林某某头部被砸身亡，事故发生后，在有关部门的协调下，该小区物业公司A与林某某家属达成赔偿协议书，共赔偿林某某家属共计49.9万。A公司承担赔偿责任后向法院起诉向B、C公司追偿。经调查，B公司系涉案小区的实际建设单位，

C公司系施工人。在事发前一年，本案所涉建筑物已出现挑檐板外侧立面抹灰层脱落并砸坏电瓶车的情况，C公司接报后曾派员维修。且事发工程通过了竣工验收，事发时，房屋竣工验收已超过五年（房屋建筑的保修期）。本案经一审、二审，法院最终判定A、B、C公司按照35%、20%、45%的比例分担涉案事故责任。

分析：当事故发生是由于建筑物或附属设施本身质量问题导致时，责任主体包括建筑方（总包）、施工方、物业，在其不能举证证明自己不存在过错时，由法院根据案件事实及原因力大小判定各方责任。

除合理判定了各方责任，本案判决的核心亮点在于确认了尽管事故发生时间超过建筑物保修期，但“建筑物脱落发生在建筑物合理使用年限内，系因工程质量缺陷所造成的，建设单位、施工单位亦应对损害担相应的赔偿责任”，无锡中院认为合理使用年限应当“参照同类装修工程普遍的、通常可以达到的实际合理使用年限，使所确定的建筑物工程合理使用年限符合社会公众对房屋合理使用年限的预期，为社会公众认同和接受”。

3、公用设施设备坠落导致损害的

适用场景：公用水管、水箱、避雷装置坠落，楼顶冰柱脱落。

举例：某日，受害人张某行至某小区23号楼附近人行道时，被该栋楼17楼至24楼外墙处脱落的水管砸中。经查，A公司为该小区物业管理公司，事故发生前，该小区业主大会作为甲方（发包单位）、B公

司作为乙方(施工单位)、A公司作为丙方(监管单位)签订承包合同一份,由B公司负责安装涉案小区室外空调滴水管。

分析:一般来说,物业作为建筑物的管理单位,基于物业服务合同约定或法律法规规定、相关行业规范,负有公共部位的维修、公用设施设备的日常运营和维护等义务,像供水管道、落水管、照明灯具、垃圾通道、电视天线、水箱、水泵、电梯、邮政信箱、避雷装置、消防器具等一般均属于公用设施设备。本案中脱落的物件为公共设施, A虽然没有实际维修的责任,但负有包括及时报修、反映情况、跟进维修进程等管理职责,故本案应当适用《民法典》第1253条,由A作为第一责任人承担赔偿责任,若B不能证明其没有过错的, A有权向其追偿。

4、无法确定具体侵权人的

适用场景:花盆、烟灰缸、玩具、玻璃等从高楼坠落,但无法查明属于哪户。

举例:一日,王某所有的奔驰牌轿车停放于某小区12号楼北面停车位,该车被空中落下的硬质长木杆撞击前挡风玻璃、引擎盖等部位。事发后,王某对其车辆进行维修及清洁,共计支付相关费用10000元。本案起诉至法院后,法院委托鉴定机构对可能造成本次事故的范围进行鉴定,鉴定机构出具退卷说明(意即无法确定具体侵权人或范围)。

分析:此种情形应适用《民法典》第1254条第一款规定,“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的,由侵权人依法承担侵权责任;

经调查难以确定具体侵权人的,除能够证明自己不是侵权人的外,由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”一般来说,2层及以上的业主(所有人)均为责任主体,由其均摊损失,若能证明事故发生时其房屋已出租的,承租人或他使用人为责任主体。关于该条规定,很多人会觉得不公平,侵权责任不是应该由实际侵权人承担吗?我只是不能“自证清白”,为什么还要承担责任?本条规定是立法上合理分散风险、公平救济受害人的制度设计所要求的,因而此种情形下,可能加害人被判决承担责任并非是被认定有过错,也绝非被认定侵权,其承担的只是对受害人基于公平和道义的一种补偿。

二、律师提示

1、对上述高发的高空抛物情形的责任主体进行归纳,如下图:

序号	情形	责任主体	法律适用
1	有直接侵权人的(外力)	由直接侵权人担责,物业、业主未尽安保(注意)义务的,承担相应责任	《民法典》第1254条
2	建筑物组成部分或附属设施脱落坠落(自发)	由所有人、管理人、使用人作为第一责任人,有其他责任人的(比如建筑物本身的质量问题),所有人、管理人、使用人赔偿后有权向其他责任人追偿,如总包方、实际施工人等	《民法典》第1253条
3	无法确定具体侵权人的(外力或自发)	由可能加害的建筑物使用人给予补偿(基于公平理念的补偿责任,而非侵权责任、赔偿责任)	《民法典》第1254条

2、若当事人遭遇该类事故,一定要在第一时间报警并留下报警回执、验伤单等、或寻找目击证人留下对方的联系方式,不然很有可能都无法确认是由高空抛物导致的事故。其次,由事故产生的各类医疗费、交通费、住宿费发票单据要保存

好，误工请假的，请单位开具证明。再次，待伤情稳定后，可以委托有资质的鉴定机构进行三期鉴定、伤残等级鉴定等。

3、诉讼时效

“法律不保护躺在权利上睡觉的人”，诉讼时效就是这样一项制度，当事人在其民事权利受到侵害时，没有在法定的时效期间内行使权力的，就会丧失胜诉权。关于该类事故，很多当事人存有这样的疑虑，《民法通则》规定，身体受到伤害要求赔偿的诉讼时效期间为一年，从我受伤到现在早就过了一年了，我是不是就没法向侵权人要赔偿款了呢？

首先，人身损害赔偿的诉讼时效的起诉点应当为治疗终结之日而非事故发生之日，具体到个案中，如果当事人在第一次手术后还有拆除手术等二次治疗的，应该从拆除手术终结出院之日开始计算诉讼时效。

其次，2017年10月1日生效的《民法总则》已经调整了《民法通则》中关于人身损害赔偿1年的规定，目前适用的普通诉讼时效为3年，即治疗终结在2017年10月1日之后的，适用3年的诉讼时效。

最后，由于法不溯及既往，当治疗终结之日在2016年10月1日之前的，当然适用1年的诉讼时效；若治疗终结之日在2016年10月1日以后，由于截至2017年10月1日诉讼时效未届满，法院认可适用3年的诉讼时效。



程伟 律师

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

业务方向：股权转让纠纷
公司清算法律实务
一般民商事合同纠纷

农民建房谁来管？如何管？

山西临汾农村饭店坍塌事故法律分析

作者：席绪军



2020年8月29日，山西省临汾市襄汾县陶寺乡陈庄村聚仙饭店突发坍塌，事故造成29人遇难，7人重伤，21人轻伤。坍塌饭店负责人祁某某已经被刑事拘留，涉嫌过失以危险方法危害公共安全罪。

发生事故的聚仙饭店，最初是上世纪80年代初的农村自建房，但在随后，多次进行了加盖扩建。聚仙饭店，本是一座二层建筑物，地上和地下各一层。饭店院子前后的两座小楼中间，加盖了预制板房顶，形成了饭店的“宴会厅”。之后，在这个房顶之上，又加盖

了顶棚。29日9点40分左右，饭店二层预制板瞬间整个倒塌下来，造成下面宴会厅内的客人，大多来不及逃生。

之前有法律人士发文分析，认为我国对于农民自建低层住宅存在法律规定的空白，法律的缺位导致农民建房行为处于失控和无人监管的状态。事实真的是这样吗？应当由谁来监管，如何来监管？

事发的山西临汾陈庄村聚仙饭店倒塌事件，实际上涉及到两方面的行政监管法律问题，一是农民自建低层住宅的审批建设监管问题，一是住宅用房改为

经营场所的审批监管问题。

一、农村建房的现状

目前农民建房的正常审批程序，一般是由农户向村委会提出建房申请，再向国土资源部门领取农户建房审批表，而后又要先经过规划部门（城建、国土、公路、电力、文广、电信）依照选址规划程序审批，再经国土资源管理部门逐级审批，从建房用地申请到审批终结，少则6至7个工作日，多则要两个月以上时间。虽然近几年政府相关部门加大了农村宅基地和农村建房的管理力度，但由于缺乏有效的手段，农民建房违法用地和违法建设的现象仍十分突出，存在擅自搭建、擅自加层等违法现象。

农村建房一开始基本都是作为低层住宅审批建造的，而后有一些农民为了增加收入，将自有的临街、临路住宅改为饭店，但是并没有完成审批手续，相关的监管部门也放任不管，造成监管的空白地带。

现在各地政府都大力推进乡村旅游

经济，增加农民收入，有很多农民住宅摇身一变改成了经营性的民宿酒店，在旅游旺季也出现了民宿一房难求的现象，增加了人员聚集性的活动风险，建筑结构安全风险和消防安全风险都大大增加。

二、现行建筑法相关的法律、法规的规定

《中华人民共和国建筑法》（以下简称“《建筑法》”）第二条规定“在中华人民共和国境内从事建筑活动，实施对建筑活动的监督管理，应当遵守本法。”，但是该法第八十三条又规定“抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”

《建设工程质量管理条例》（以下简称“《质量管理条例》”）第二条规定“凡在中华人民共和国境内从事建设工程的新建、扩建、改建等有关活动及实施对建设工程质量监督管理的，必须遵守本条例。本条例所称建设工程，是指土木工程、建筑工程、线路管道和设

备安装工程及装修工程。”，但是该条例又在第八十条规定“抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建设活动，不适用本条例。”

《建设工程安全生产管理条例》

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

从以上规定可以看出，农村自建低层住宅不适用《建筑法》及《质量管理条例》和《安全管理条例》的规制，但是对于农村经营性用房的审批建设依然应当纳入到以上法律法规的监管。

三、农民自建低层住宅的法律规定

根据《民用建筑设计通则》中 3.1.2 的划分标准，民用建筑按地上层数或高度分类划分应符合下列规定：1 住宅建筑按层数分类：一层至三层为低层住宅。

自 1993 年 11 月 1 日起就已施行的《村庄和集镇规划建设管理条例》中规定：第十八条 农村村民在村庄、集镇

规划区内建住宅的，应当先向村集体经济组织或者村民委员会提出建房申请，经村民会议讨论通过后，按照下列审批程序办理：

（一）需要使用耕地的，经乡级人民政府审核、县级人民政府建设行政主管部门审查同意并出具选址意见书后，方可依照《土地管理法》向县级人民政府土地管理部门申请用地，经县级人民政府批准后，由县级人民政府土地管理部门划拨土地；

（二）使用原有宅基地、村内空闲地和其他土地的，由乡级人民政府根据村庄、集镇规划和土地利用规划批准。

第二十一条 在村庄、集镇规划区内，凡建筑跨度、跨径或者高度超出规定范围的乡（镇）村企业、乡（镇）村公共设施和公益事业的建筑工程，以及 2 层（含 2 层）以上的住宅，必须由取得相应的设计资质证书的单位进行设计，或者选用通用设计、标准设计。

上述条文均规定乡镇的农民自建低层房屋的建设活动，监管主体为乡级人

民政府，各地政府亦颁布相关管理办法对农民自建低层住宅进行规定。

以山西省为例，山西省人民政府于1994年颁布《山西省村庄和集镇规划建设管理实施办法》，并于1997年修正，该办法中规定：

第三条 县级以上人民政府建设行政主管部门是本行政区域内村庄、集镇规划建设管理工作的主管部门。

乡级人民政府负责本行政区域内的村庄集镇规划建设管理工作。

村庄和集镇的村民委员会在乡级人民政府委托范围内负责本村庄或本集镇的规划建设管理工作。

第五条 乡级人民政府的主要职责是：（二）审批农村居民住宅建设的开工申请，并负责现场放样、验线。

第十五条（农村）二层以上住宅，必须由取得等级设计资质证书的建筑设计单位或持有村镇规划设计专项证书的单位进行设计；也可选用县级以上建设行政主管部门推荐的通用建筑设计图或标准设计图。

第十七条 村庄、集镇内的各项建设，须按照下列规定办理开工建设手续：（二）住宅建设，由建房单位和个人提出开工申请，经乡级人民政府核查规划选址意见书、用地批准文件和设计图纸，发给建设许可证，派管理建设的人员到现场放样、验线后，方可开工建设。

由以上规定可以看出，农村农民自建低层住宅并没有法律规定的空白，且规定的非常详细，监管责任主体也非常明确。乡级人民政府负责本行政区域内的村庄集镇规划建设管理工作。村庄和集镇的村民委员会在乡级人民政府委托范围内负责本村庄或本集镇的规划建设管理工作。

四、居住用房改为经营用房的相关法律规定

《物权法》第七十七条规定“业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的

业主同意。”

《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十条规定“业主将住宅改变为经营性用房，未按照物权法第七十七条的规定经有利害关系的业主同意，有利害关系的业主请求排除妨害、消除危险、恢复原状或者赔偿损失的，人民法院应予支持。将住宅改变为经营性用房的业主以多数有利害关系的业主同意其行为进行抗辩的，人民法院不予支持。”

该解释中第十一条又规定“业主将住宅改变为经营性用房，本栋建筑物内的其他业主，应当认定为物权法第七十七条所称“有利害关系的业主”。建筑区划内，本栋建筑物之外的业主，主张与自己有利害关系的，应证明其房屋价值、生活质量受到或者可能受到不利影响。”

《个体工商户条例》第十九条规定“地方各级人民政府应当将个体工商户所需生产经营场地纳入城乡建设规划，

统筹安排。个体工商户经批准使用的经营场地，任何单位和个人不得侵占。”

在我国，土地是归于国家和集体所有的，并且土地的规划是非常严格的，就连房子也并不例外，根据有关法律规定，将住宅或其他用房改作经营用房的，应征得规划和房管部门的同意。根据以上法律规定，农村个体工商户在将农村住宅改为经营场所时，应当经过相邻村民和村民委员会的同意，并经县乡规划部门审批通过。

在农村个体工商户登记时，应当加强对经营场所建设审批手续和现场的审核认定，尤其对于有人员聚集性的经营场所，如民宿酒店等，更应当从严审核认定。对于擅自将住宅改为经营场所的，应当不予工商登记发证。可以看出在该事故中，乡工商所在给聚仙酒店发放工商执照并没有认真审核。

即使在物权法出台之前，对于农民建房的审批手续也非常严格。有些建设时间很早的农民住宅，在之后进行开挖地下室或者违法加建时，基层人民政府

的监管人员也是睁一只眼闭一只眼。中国是一个很讲人情的社会，这些监管人员往往会认为都是乡里乡亲的，甚至都沾亲带故，根本不好意思严格执法，再加上收点小恩小惠，就更加无法无天了。本次倒塌的聚仙饭店已经存在近40年，中间又存在多次违法搭建的行为，作为当地乡政府的多任乡长书记们不知道吗？甚至说他们可能都多次去过这个饭店吃饭，不可能不知道。

生命至上

综上，现阶段我国农村农民自建低层住宅及居住用房改为经营场所的法律规定制定非常详细和完备，现在还欠缺的是监管人员的责任心，建房行为和经营行为都关系到人民群众的重大生命财产安全，要破除亲情社会的束缚，大胆严格执法，对于不负责任的监管人员追责到底，不能等出现重大安全事故再来追究责任。对于房屋建设初期直到目前在任的监管人员完善责任交接，对于前任监管人员发生的监管失职行为，后任监管人员有责任举报追究，并在自己的

任内解决相关问题，不将所谓的历史遗留问题遗留给下一任监管人员，下一任监管人员也不要主动做接盘侠，离任交接的不仅仅是财务，更是责任。



席绪军 律师

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

被执行人为挂靠人时， 法院能否直接执行在发包人 处的工程款

作者：张茜

在执行案件中，当被执行人为挂靠人时，申请执行人申请执行在发包人处的工程款，且发包人欠付的工程款数额已经人民法院作出的生效判决确认的情况下，法院能否直接执行？根据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定》（试行）第61条第一款规定，被执行人不能清偿债务，但对本案以外的第三人享有到期债权的，人民法院可以依申请执行人或被执行人的申请，向第三人发出履行到期债务的通知。那么当第三人发包人欠付的工程款数额明确且已到期，挂靠人是否对发包人享有债权决定了人民法院是否可以直接执行在发包人处的工程款。

第一，发包人应付工程款的所有权归属。

实践中，挂靠人借用承包人的资质承建工程，其与承包人之间往往签订内

部的协议，与发包人无合同关系，发包人只与承包人签订《建设工程施工合同》，依据合同相对性，发包人应先将工程款支付给承包人，承包人扣除相关费用后再将款项支付给挂靠人。这种转付行为系承包人履行其与挂靠人之间的内部协议，与发包人的给付不属于同一给付。因为货币是作为一般等价物的种类物，承包人转付给挂靠人的工程款并非就是发包人给付承包人的同一款项，承包人完全可以用其他等量货币替代。因此，发包人应给付的到期工程款的所有权属于承包人，而不是实际施工人的挂靠人。挂靠人相对于发包人不享有债权。

第二，法院直接执行在发包人处的工程款缺乏法律依据。

审判实践中，有判例是直接依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条规定支持挂靠人突破合同相对性，直接要求发包人支付工程款，如江西省吉安市中级人民法院（2015）吉中

民三初字第 47 号闵德平与吉安市天成实业有限公司、江西吉祥建设工程有限公司、第三人江西江鹏建设集团有限公司、闵德强建设工程施工合同纠纷一案。但在最高人民法院(2017)最高法民申 3613 号天津建邦地基基础工程有限公司、中冶建工集团有限公司建设工程施工合同纠纷一案中，明确了《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条适用于建设工程非法转包和违法分包情况，不适用于挂靠情形。且该解释第二条赋予主张工程款的权利主体为承包人而非实际施工人，故主张挂靠情形下实际施工人可越过被挂靠单位直接向合同相对方主张工程款，依据不足。那么，被执行人为挂靠人时，法院直接执行在发包人处的工程款更是无法可依。挂靠人不能突破合同相对性，直接向发包人主张债权，其相对于发包人来说，不享有债权请求权。

第三，被执行人是挂靠人的情形下，多数案例不支持人民法院直接执行承包人在发包人处的工程款。

虽然我国并不是判例法国家，但是法院以往的案例具有借鉴的作用，其对公民的行为也有一定的指引作用，特别是最高人民法院近期发布的《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）》要求人民法院办理有关案件时，应当进行类案检索，进一步强调了类案检索的重要性。笔者通过检索中国裁判文书网相关案例，查询到大多数案例是不支持法院直接提取在发包人处的工程款的，如广西壮族自治区高级人民法院（2017）桂民申 3211 号申请执行钟彩和、钟显和、陈炳坤、陆莹、徐一鸣、徐某与被申请人广西大业建设集团有限公司、原审上诉人黄廷环案外人执行异议一案；江西省高级人民法院（2018）赣民申 300 号再审申请人李屏贵与被申请人江西银厦建筑工程有限公司执行异议之诉一案；江苏省高级人民法院（2017）苏民申第 3748 号再审申请

人陈正平与被申请人安徽海博建设工程有限公司、被上诉人高常宝案外人执行异议之诉一案等。

综上，当被执行人为挂靠人时，申请执行申请人申请执行被执行人在发包人处的工程款，即使发包人欠付的工程款数额已经人民法院作出的生效判决确认且已到期的情况下，法院不能要求发包人协助执行或直接提取在发包人处的工程款。

法条援引：

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》

第一条 建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：

（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；

（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；

（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

第二条 建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

第二十六条 实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。

实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。



张茜律师

上海七方律师事务所 律师
七方公司与财税法律服务部 律师

业务方向：公司业务、执行事务

“首封”的股权，为何变成了轮候？

作者：王晓鹏



近日，笔者在办理一系列股份有限公司股权冻结及解除冻结案件的过程中，发现最早向市场监督管理局送达股权冻结协助执行通知书的甲法院，却并没有成为首封法院，股权的首封被他人捷足先登，一个小小的疏忽，导致原告A公司错误以为自己是首封申请人，错失执行先机，一年多来殷切的希望差点化

为镜中花、水中月，原因究竟为何？且看本文道来。

案情简介

2019年5月，A公司因保证合同纠纷，准备起诉B公司，起诉之前，A公司律师通过查询市场监督管理局公示的登记信息发现，B公司持有C股份有限公司5%的股权，该股权在工商登记信息系统中还没有被其他司法机关冻结，A公司于7月份向甲法院提起诉讼，案件受理后，根据A公司的申请，甲法院依法裁定保全了B公司持有的C公司的股权，并于2019年8月向C公司登记所在地的市场监督管理局送达了裁定书和协助执行通知书，对上述股权的冻结进行了公示登记，此时市场局仍然无其他司法机关的股权冻结公示信息，甲法院在市场监督管理局登记的司法冻结是第一顺位。A公司自认为自己是第一顺位的保全人，一颗心放进了肚子里，自认为案件的执行大可高枕无忧。

2020年8月，案件调解结案，A公司依据生效调解书，向甲法院提起强制执行申请，请求依法拍卖B公司持有的C股份有限公司5%的股权，以清偿债务。甲法院以上述股权第一顺位冻结机关的身份，要求C股份公司协助执行。然而，C公司收到协助执行通知书后，回复甲法院，甲法院并非首封法院，首封法院另有其人，某地乙法院曾在2019年7月15日向C公司送达了冻结上述股权的裁定书和协助执行通知书，但是乙法院没有要求市场监督管理局进行股权冻结的公示登记，所以在市场局对外公示的股权冻结登记信息中，没有显示乙法院的司法冻结。

这一消息对于A公司而言，不啻晴天霹雳，在长达一年多的时间里，市场局的公示信息都是显示甲法院都是上述股权的首封法院，怎么半路里杀出个程咬金，截胡了这笔股权，那市场局的司法冻结公示难道没有作用么？A公司不服，认为自己的股权冻结是经过了市场局的公示的，有国家行政机关的背书，

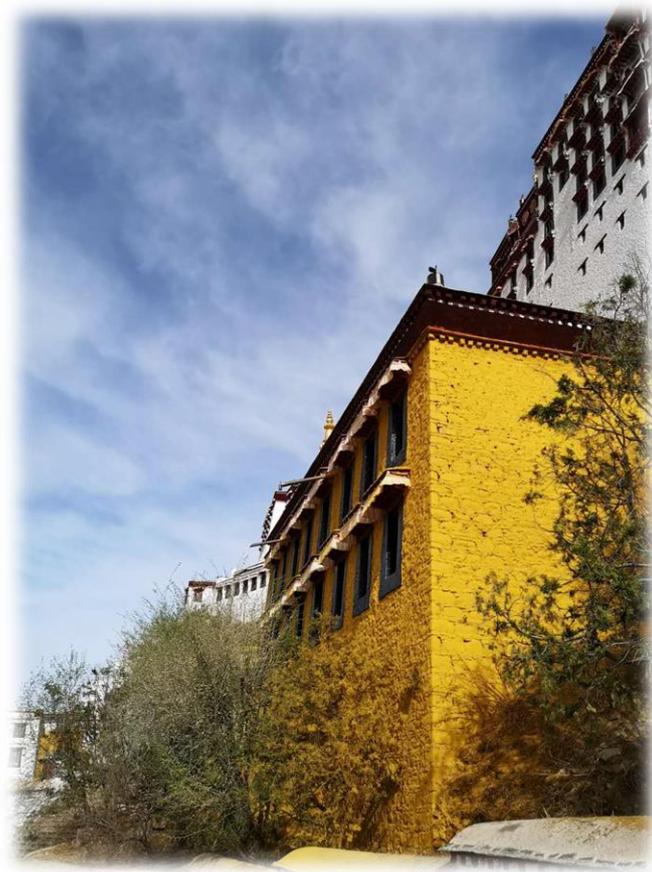
效力上应当高于乙法院的“暗箱操作”，自己的冻结“光明正大”，是案涉股权货真价实的第一顺位。

然而笔者在了解了案情之后，向A公司解释了我国的相关规定，A公司终于搞清楚了个中原委，自己申请的股权冻结结果真是轮候查封，眼看所有美好的期待都要落空，好在最终甲乙两家法院都已进入执行阶段，股权的价值也基本上能够涵盖两家法院的执行标的，最终在笔者的协调下，两家法院配合执行，甲公司的债权也基本得到了清偿，避免了起个大早赶个晚集，竹篮打水一场空的尴尬局面。

法律分析

在司法实践中，当事人申请人民法院对公司股权进行冻结，法院通常的做法都是向公司注册地的市场监督管理局送达冻结裁定书及协助执行通知书，并要求市场监督管理局对股权的司法冻结情况进行公示，其他的主体可依法对公司股权的冻结情况进行查询，当股权存

在多个司法冻结的时候，以公示登记的先后顺序判断顺位先后。然而这样的做法其实存在一个风险，那就是忽略了公司股权真正的登记机关其实应该是公司本身，市场局的公示信息其实并不能准确的反应股权司法冻结的真实情况，因为：



一、人民法院在冻结公司股权的过程中，市场监督管理局进行公示仅是“协助公示”，公司股权的登记机关应为公司主体。

根据关于印发《〈关于建立和完善执行联动机制若干问题的意见〉的通知》

（法发【2010】15号）第十七条，工商行政管理部门应当协助人民法院查询有关企业的设立、变更、注销登记等情况；依照有关规定，协助人民法院办理被执行人持有的有限责任公司股权的冻结、转让登记手续。

从上述各规定可以看出，市场监督管理局对于法院对公司的股权的冻结进行的公示义务，仅仅是一种协助义务，是一种对抗第三人的登记行为，并不是股权冻结的生效要件。

根据《中华人民共和国公司法》第三十二条、《中华人民共和国公司登记管理条例》第九条、第三十四条的规定，有限责任公司和非上市股份公司的股权（股东名称、出资额或者股份数量）登记机构是股权所在公司而非公司登记机关，公司登记机关仅登记有限公司的股东和非上市股份公司的发起人姓名（名称）。

根据《最高人民法院、国家工商总局关于加强信息合作规范执行与协助执行的通知》（法【2014】251号）第十一条规定，人民法院冻结股权、其他投资权益时，应当向被执行人及其股权、其他投资权益所在市场主体送达冻结裁定，并要求工商行政管理机关协助公示。

从上述规定可以看出，公司股权的登记机关，应为公司自身，所以，如果人民法院仅仅向公司送达了冻结股权的裁定及协助执行通知书，即使没有在市场监督管理局进行公示，也当然产生司法冻结的法律效力。

本案中，甲法院在冻结C公司股权的时候，仅告知了市场局，却没有及时向C公司了解C公司本身登记的股权冻结情况，导致A公司、甲法院都错误的以市场监督管理局的登记顺位认为自己是首封，闹了个乌龙。

二、司法实践中，各级法院对于公司股权登记生效的要件及时间先后顺序的判定。

实践中，由于对于股权冻结登记生效要件认识的差异，出现过不少多个法院“争夺”首封权的案子，这类案件中，大多是一家法院在市场局进行了股权冻结登记，另一家法院仅仅向公司送达了股权冻结司法文书，但是时间在先，在后公示的法院往往以另一家法院没有在市场局进行股权冻结登记公示为由否认另一家法院冻结股权的效力。比较典型的案例有：江苏省高院（2016）苏执复14号裁定书，北京市高院（2018）京执复132号裁定书等等。

按照上文的分析，其实我们已经很清楚了，不管法院有没有去市场局进行公示，只要在先向公司送达了股权冻结的司法文书，就产生首封的法律效力，上述类似案件的裁定也都无一例外持该种观点。但是从案件的检索中也可以看出，各地法院对于股权冻结的效力问题的认识还存在不统一，不少法院只注重市场局的协助公示，并以这种公示作为股权冻结生效的要件，从而对于多个司

法冻结的顺位产生了错误的认识，最终导致执行偏差甚至是执行不能。

律师建议

在实践中，不管是提起诉讼保全还是在执行过程中保全被执行人的财产，首封法院往往具有处置财产的优势地位，首先冻结股权的当事人获得清偿的可能性远远高于轮候冻结股权案件中的当事人，所以在冻结对方持有的公司股权的时候，确认自身对财产的保全处于何种顺位对于诉讼策略的选择，诉讼成本的控制，执行方案的确定都至关重要。

为了准确的弄清拟查封股权的司法冻结状态，律师建议：当事人除了要查询市场监督管理局登记的公示信息以外，一定要记得还要查询股权登记机构——有限责任公司的登记机构为公司自身、非上市股份有限公司的登记机构有的为公司自身，有的为当地设立的股权托管机构，要向股权登记机构查询是否收到过其他法院在先送达的，但是没有

在市场局进行公示的冻结股权的司法文书，并应提醒自身案件的承办法官，对于公司股权的冻结，除了要求市场局协助公示以外，一定还要给股权登记机关送达司法文书，做到双保险，以避免后期多个法院对于查封顺位的纠纷和扯皮，也更好的维护自身的合法权益。



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

房屋租赁知多少 合同目的很重要

作者：朱好婕

任何人或企业从事经营性行为时，房屋场地往往是必不可缺的，而实践中房屋场地的出租人与承租人双方之间特别容易产生纠纷。在这种情况下，合同目的条款就发挥了很大作用，是解决双方纠纷、确定双方责任的重要要素之一。本文主要探讨为实现经营行为，签订的房屋租赁合同中约定合同目的条款的价值。

一、相关法律规定

《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第九十四条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；

（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；

（三）当事人一方迟延履行主要债

务，经催告后在合理期限内仍未履行；

（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；

（五）法律规定的其他情形。

第一百二十五条 当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。

合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释。

第二百一十六条 出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并在租赁期间保持租赁物符合约定的用途。

第二百一十七条 承租人应当按照约定的方法使用租赁物。对租赁物的使用方法没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，应当按照租赁物的性质使用。

《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)》第二十六条 合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

最高人民法院关于印发《全国法院民商事审判工作会议纪要》的通知中，第47条规定：合同约定的解除条件成就时，守约方以此为由请求解除合同的，人民法院应当审查违约方的违约程度是否显著轻微，是否影响守约方合同目的实现，根据诚实信用原则，确定合同应否解除。违约方的违约程度显著轻微，不影响守约方合同目的实现，守约方请求解除合同的，人民法院不予支持；反之，则依法予以支持。

在讨论合同目的在房屋租赁合同中的重要性及作用之前，首先需区分合同动机与合同目的二个不同的概念。

动机是合同一方内在的签订合同的缘由，动机没有客观的表象，无法产生对外效力，对此合同相对方不负责任。在房屋租赁合同中，若无明确书面约定，出租人无法获知承租人的动机，动机尚不能转化成为合同目的，更无法作为该房屋租赁合同交易的基础。若在这种情况下要让出租人承担合同解除的违约责任，无疑是将承租人的市场经营风



险转嫁到出租人一边、不合理地加剧了出租人的风险。

对于合同目的该概念的内涵，《合同法》并未作出明确阐释，诸多学者都做出过自己的解读。在2009年发布的《最高人民法院知识产权案件年度报告》（法〔2010〕173号）中对“合同目的”亦有定义：合同目的是指合同双方当事人通过合同的订立和履行，期望最终得到的东西、结果或者达到的状态。合同目的通常表现为一种经济利益。本文便是以上述定义作为合同目的之内涵。

若是合同中未明确约定合同目的条款，容易发生承租人与出租人对合同目的理解不一致、不明确的情况，导致租赁合同履行过程中产生纠纷。司法实践中对合同目的的认定较为严格谨慎，除非能证明双方达成一致或对方明知，一般不宜将合同约定之外的一方当事人的主观特殊目的作为合同目的。

二、司法审判实践中合同目的条款的价值

下面通过三个案例介绍合同目的条款对于合同解除、责任承担及确定双方权利义务起着关键性作用。

不能实现合同目的系行使解除合同的法定事由

无论房屋租赁合同中是否约定解除条件，在满足《合同法》第94条规定的法定解除条件时，任意一方即可要求解除合同。而在实践中，往往是承租人一方以此为由主张解除合同并要求出租人赔偿损失。

在（2020）京01民终3099号案例中可以看到，依据消防部门作出的处罚决定以及《建筑设计防火规范》

（GB50016-2014）的规定，乐壳公司违反国家强制性规定将不能用作儿童活动场所的店铺出租于沐花苑公司，导致沐花苑公司无法实现开设儿童水育培训的租赁目的，双方的《房屋租赁合同》客观上已无法继续履行，因此法院认定双方租赁关系解除。

（2018）京01民终8881号案例中，因为出租人迟迟不能提供消防等相关验

收手续，导致商城无法按期开业，承租人也因此提供不出有效证件导致无法办理营业执照，案涉商铺至今未能如约营业，法院认定合同目的无法实现，出租人存在违约，承租人享有合同解除权。

约定合同目的有助于判断违约责任及损失承担

需要提醒注意的是，承租人合同目的无法实现系解除房屋租赁合同的法定事由，但并非因此解除合同所产生的违约责任都由出租人承担。需要根据承租人与出租人双方对于合同目的无法实现的过错进行责任分担并承担相应比例的损失。

仍以上述（2020）京01民终3099号判决为例，在该案中，乐壳公司作为招商企业，明知商场四层、五层不能用作儿童活动场所，仍进行青少年招商培训，违反国家强制性规定，存在过错，对合同目的不能实现负主要责任。而沐花苑公司作为专门从事儿童教育培训的公司，对相关法律规定及行业规范亦应知晓，其承租乐壳公司407室商铺用于

儿童水育培训亦存在过错，应承担次要责任。故法院最终判令出租人、承租人双方按照7:3的比例承担沐花苑公司的相应损失（主要指装修残值）。

约定合同目的有助于确定合同双方的权利义务

当租赁用途为商业经营行为时，即使租赁合同中未约定协助办理营业执照或其他行政手续的，出租人仍负有协助办理的附随义务。

以上述（2018）京01民终8881号判决为例，虽然双方在合同中并未约定出租人应提供相关材料协助承租人办理营业执照的义务以及协助办理的时间，但是双方合同载明用途为从事餐饮，因此取得营业执照，开业经营系承租人签订合同的必然目的。故，虽然合同没有相关约定，但是在合理期限内提供相关材料协助承租人办理营业执照属于出租人的一项合同附随义务。

而在（2020）沪0120民初17495号案例中，因案涉房屋租赁合同明确约定租赁房屋系作为仓库使用，承租人签订

合时应当清楚不通水电对其有没有影响，且承租人占有使用租赁房屋至出租人起诉时尚未要求解除合同，故无法开通水电并非导致合同目的无法实现，承租人无法以此为由行使合同解除权更无法对抗出租人要求其交付租金的请求。



三、律师提醒

建议承租人：

1、在合同中明确约定租赁房屋的具体用途。正如上文所述，合同动机不等于合同目的，若未在合同中确认，无法据此获得法律保护。且书面形式的合同目的条款效力最为直观有力。虽然有些合同目的隐含于意思表示中、可由客观事实加以推断，或者存在其他充分、

明确证据能够证明该合同目的的存在，并不必须通过合同条款加以规定。但对于承租人来说，这种行为存在风险，凭借其自身亦无法准确判断合同目的是否已包含在意思表示中。对于经营者来说，通过约定合同条款的方式明确租赁房屋的用途及使用目的，可以大大降低这类不必要的风险、减少相关争议、节约时间和人力成本。

2、即使在合同中约定合同目的，承租人亦需尽到谨慎选址及验房的注意义务。承租人需认真仔细审核相关书面材料，避免租赁房屋无法办理营业执照或其他行政审批手续。在（2018）渝05民终2476号某橡胶制品有限公司与某制造有限公司房屋租赁合同纠纷中，二审法官认为，该橡胶制品公司作为专业的橡胶制品的制造与销售公司应当在签订租赁合同之前充分了解从事橡胶生产所应通过的行政审批等程序，而其与某制造公司签订的《房屋租赁合同》所租用的土地系农用地，无法取得从事橡胶生产必须的环境影响评价手续及排污许可

证，因此认定导致租赁合同目的无法实现并予以解除的责任均由该橡胶制品公司负担。

建议出租人：

1、秉持诚实信用原则，切实履行协助义务。在明确出租房屋用于何种经营行为时，出租人应履行附随义务、提供相关材料，尽力配合承租人办理营业执照及相关行政手续。

2、尽到审慎注意义务，避免将商铺出租给依据国家法律及行业规定不得在此营业的承租人，出现出租房屋无法实现合同目的的情况发生。这并不是要求出租人做到对所有行业的规范都了如指掌，事实上出租人也不可能做到。而是出租人作为招商企业，明知出租房屋不具备用作某类经营业务范围的条件时，不可为了尽早出租房屋、获取租金的目的，而将房屋出租给从事此类经营行为的承租人，否则出租人反而要承担相应的违约责任，得不偿失。

合同目的并非总是以合同条款加以规定，其认定非常复杂，建议无论是在

订立房屋租赁合同前或是已经订立合同甚至产生纠纷后，咨询专业法律人士的意见，从而实现合作共赢、尽可能地减少合同纠纷、在租赁关系中更好地保障自身权益。



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

法学博士状告动物园？

为哪般？

作者：谢亦团

人脸识别已经走进了我们的生活：用人单位用于员工考勤，小区、机场、车站等出入口通过人脸识别出入；有的商店通过人脸识别进行支付。人脸识别技术给我们的生活带来便利的同时，个人信息的泄露却也令人非常的担忧。我们先来看一例真实的案例，该案例被称为中国“人脸识别第一案”，引发了社会的广泛关注和热议！

案情简介

2019年4月27日，郭某(法学博士、浙江理工大学的特聘副教授)支付1360元购买了杭州野生动物世界有限公司(以下简称杭州野生动物园)“畅游365天”双人年卡，确定入园方式为指纹识别。郭某与其妻子留存了姓名、身份证号码、电话号码等，并录入指纹、拍照。后来杭州野生动物园将年卡客户入

园方式从指纹识别调整为人脸识别，并通过店堂告示对游客进行了告知。

10月17日，郭某收到了来自杭州野生动物园的一条短信“尊敬的年卡用户，系统已升级为人脸识别入园，原指纹识别已取消，即日起，未注册人脸识别的用户将无法正常入园。”

10月26日，郭某专门驱车前往杭州野生动物园核实。园方工作人员告知他，短信所提及的内容属实。郭某当即表示，脸部识别信息属于个人敏感信息，一旦泄露，将危害到他的人身和财产安全。他不想进行人脸识别，希望杭州野生动物园能够退还年卡的费用，但是遭到园方的拒绝。

郭某觉得，杭州野生动物园在未经同意的情况下，通过升级年卡系统强制收集个人生物识别信息，严重违反了《消费者权益保护法》等法律的相关规定，损害了自己的合法权益。园方却坚持认为进行系统升级的初衷是为了优化入园效率，便捷游客，现在游客入园无

需携带年卡，“刷脸”后即可入园，要比原先的速度快。

最终双方未能就入园方式、退卡等相关事宜达成一致，郭某于是于2019年10月28日向杭州市富阳区人民法院提起诉讼，要求确认野生动物园店堂告示、短信通知中相关内容无效，并以野生动物园违约且存在欺诈行为为由要求赔偿年卡卡费、交通费，删除个人信息等。

判决结果

一审法院经过审理后，判决野生动物园赔偿郭某合同利益损失及交通费共计1038元，删除郭某办理指纹年卡时提交的包括照片在内的面部特征信息；驳回郭某提出的确认野生动物园店堂告示、短信通知中相关内容无效等其他诉讼请求。

法律分析

一、双方已建立服务合同关系，动物园单方改变入园方式已构成违约。

杭州野生动物世界有限公司推出“畅游365天”双人年卡项目，属于要约邀请，而郭某支付了约定的款项，构

成承诺，双方已建立了服务合同关系，建立合约时，园方已明确入园方式为指纹，郭某与其妻子也录入了相关生物信息，通过行为表示认可了指纹入园的方式，双方均应遵守。

尽管动物园方认为，将指纹入园变更为人脸识别入园是为便于缩短入园时间，让游客入园更便捷，但无论是通过店堂告示还是短信通知郭某，将入园方式由指纹变更为人脸识别，属于对合同内容的重大变更，理应双方协商，园方单方变更已构成重大违约，并将导致合同目的无法实现，故郭某要求解除合同并要求返还剩余款项获得了法院的支持。

二、个人信息的收集要遵循“合法、正当、必要”的原则并且应当征得当事人同意。

我国法律对于个人信息在消费领域的收集、使用虽未予禁止，但对个人信息利用应当遵守以下几个原则：确保安全原则，不得泄露、出售或者非法向他

人提供；个人信息被侵害时，经营者需承担相应的侵权责任。

本案中，郭某夫妇在办理年卡时，野生动物园以店堂告示的形式告知购卡人需提供部分个人信息，未对消费者作出不公平、不合理的其他规定，客户的消费知情权和对个人信息的自主决定权未受到侵害。郭某系自行决定提供指纹等个人信息而成为年卡客户。野生动物园在经营活动中使用指纹识别、人脸识别等生物识别技术，其行为本身并未违反相关法律规定。据于此，一审法院驳回郭某第二项诉请。

郭某表示，由于其关于确认动物园店堂告示、短信通知中相关内容无效等诉讼请求并未得到法院支持，“我会选择继续上诉的。”

本案最终的判决结果将会如何，让我们拭目以待。

人脸识别技术让我们的生活更加便利，却让我们的个人信息面临泄露的风险，如何平衡二者的关系，在2021年1月1日即将生效的《民法典》中有着较

为详尽的规定，相信有了《民法典》的指引，人脸识别技术的运用必将更加广泛。

法律链接：

《消费者权益保护法》第29条 园区收集、使用原告个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经原告同意；而且，被告收集、使用原告个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。

《民法典》第111条：自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。

《民法典》第1034条：自然人的个人信息受法律保护。

个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的

姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。

《民法典》第 1035 条：处理个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理，并符合下列条件：

- （一）征得该自然人或者其监护人同意，但是法律、行政法规另有规定的除外；
- （二）公开处理信息的规则；
- （三）明示处理信息的目的、方式和范围；
- （四）不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。

个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。



《未成年人保护法》

新增学校保护义务

10 大应当、6 大禁止！

作者：李华平



2020 年 10 月 17 日，全国人大常委会通过了《未成年人保护法》的修订，修订后的《未成年人保护法》将于 2021 年 6 月 1 日起施行。其中，修订后的《未成年人保护法》第三章“学校保护”内容从之前的 9 条增加到 17 条，进一步规定和明确了学校对于未成年学生

的安全保护义务，回应了社会关切和未成年人保护工作的迫切需求，对于修改和新增的学校保护义务，可归纳为“10 大应当、6 大禁止”：

一、学校应当建立未成年学生保护工作制度

《未成年人保护法》第二十五条第二款规定，学校应当建立未成年学生保护工作制度，健全学生行为规范，培养未成年学生遵纪守法的良好行为习惯。修订后的法律把学校建立未成年学生保护工作制度规定为强制性义务，进一步强化了学校对未成年学生的安全保障职责，把学校的安全保障义务和教书育人职责放到同等重要的位置。

二、学校应当履行辍学学生登记劝返及报告义务

为保障未成年人的受教育权，《未成年人保护法》第二十八条第二款规定，学校应当对尚未完成义务教育的辍学未成年学生进行登记并劝返复学；劝返无效的，应当及时向教育行政部门书面报告。新法规定学校对于未完成义务

教育的辍学学生，首先需要进行登记，掌握第一手情况，同时要履行劝返义务，和监护人进行沟通联系，规劝学生返校学习完成义务教育。根据《义务教育法》的规定，适龄儿童、少年的父母或者其他法定监护人应当依法保证其按时入学接受并完成义务教育。对于劝返无效的，新法还规定学校应当及时以书面形式向教育行政部门报告，由教育行政部门责令未完成义务教育的辍学学生父母或者其他监护人将其送入学校接受义务教育。

三、学校应当建立留守学生、困境学生信息档案

近年来，留守儿童现象广受社会关注。针对“留守儿童”权益保护的问题，《未成年人保护法》第二十九条第二款规定，学校应当配合政府有关部门建立留守未成年学生、困境未成年学生的信息档案，开展关爱帮扶工作。学校为留守儿童、家庭困难儿童建立相关信息档案，更能够掌握学生家庭的基本情况以及委托照护人相关情况，能够让学

校开展针对性的关爱帮扶工作，保障留守儿童的受教育权。新法同时规定“留守儿童”的父母委托他人代为照护的，应当及时将委托照护情况书面告知学校，也便于学校能够及时与委托照护人沟通与联系。

四、学校应当对未成年学生开展生命教育

《未成年人保护法》第三十条规定，学校应当根据未成年学生身心发展特点，进行社会生活指导、心理健康辅导、青春期教育和生命教育。修订后的法律增加了学校应当开展“生命教育”的要求，学校通过开展生命教育，能够帮助学生认识生命、珍惜生命、尊重生命、热爱生命，预防和减少学生自杀现象。

五、学校应当开展热爱劳动、勤俭节约等宣传教育活动

《未成年人保护法》第五条规定，学校应当对未成年人进行理想教育、道德教育、科学教育、文化教育、法治教育、国家安全教育、健康教育、劳动教

育，加强爱国主义、集体主义和中国特色社会主义的教育，培养爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德，抵制资本主义、封建主义和其他腐朽思想的侵蚀，引导未成年人树立和践行社会主义核心价值观。

《未成年人保护法》第三十一条规定，学校应当组织未成年学生参加与其年龄相适应的日常生活劳动、生产劳动和服务性劳动，帮助未成年学生掌握必要的劳动知识和技能，养成良好的劳动习惯。《未成年人保护法》第三十二条规定，学校、幼儿园应当开展勤俭节约、反对浪费、珍惜粮食、文明饮食等宣传教育活动，帮助未成年人树立浪费可耻、节约为荣的意识，养成文明健康、绿色环保的生活习惯。

六、学校应当协助做好未成年人的卫生保健工作

2020年6月1日起施行的《基本医疗卫生与健康促进法》第六十八条规定，国

家将健康教育纳入国民教育体系。学校应当利用多种形式实施健康教育，普及健康知识、科学健身知识、急救知识和技能，提高学生主动防病的意识，培养学生良好的卫生习惯和健康的行为习惯，减少、改善学生近视、肥胖等不良健康状况。学校应当按照规定开设体育与健康课程，组织学生开展广播体操、眼保健操、体能锻炼等活动。学校按照规定配备校医，建立和完善卫生室、保健室等。县级以上人民政府教育主管部门应当按照规定将学生体质健康水平纳入学校考核体系。《基本医疗卫生与健康促进法》中规定了学校要履行的相关健康教育义务，与修改后的《未成年人保护法》一脉相承。

《未成年人保护法》第三十四条规定，学校、幼儿园应当提供必要的卫生保健条件，协助卫生健康部门做好在校、在园未成年人的卫生保健工作。

七、学校应当建立健全校车安全管理制度

2021年4月4日起施行的国务院《校车安全管理条例》第十条规定，配备校车的学校和校车服务提供者应当建立健全校车安全管理制度，配备安全管理人员，加强校车的安全维护，定期对校车驾驶人进行安全教育，组织校车驾驶人学习道路交通安全法律法规以及安全防范、应急处置和应急救援知识，保障学生乘坐校车安全。修订后的《未成年人保护法》新增了“要求学校建立健全校车安全管理制度”的内容与《校车安全管理条例》保持一致。《未成年人保护法》第三十六条规定，使用校车的学校、幼儿园应当建立健全校车安全管理制度，配备安全管理人员，定期对校车进行安全检查，对校车驾驶人进行安全教育，并向未成年人讲解校车安全乘坐知识，培养未成年人校车安全事故应急处理技能。

八、学校应当履行及时通知受伤害学生监护人的义务

教育部颁布的《学生伤害事故处理办法》第十五条规定，发生学生伤害事

故，学校应当及时救助受伤害学生，并应当及时告知未成年学生的监护人；有条件的，应当采取紧急救援等方式救助。而现行的《未成年人保护法》中并没有规定要“及时告知未成年学生的监护人”。教育部颁布的属于部门规章，层级较低，如发生争议容易扯皮。因此在本次修改的《未成年人保护法》中把“及时通知未成年人的父母或者其他监护人”加上去了，解决了法律和部门规章规定不一致的问题。《未成年人保护法》第三十七条第二款规定，未成年人在校内、园内或者本校、本园组织的校外、园外活动中发生人身伤害事故的，学校、幼儿园应当立即救护，妥善处理，及时通知未成年人的父母或者其他监护人，并向有关部门报告。

九、学校应当建立学生欺凌防控工作制度

校园欺凌问题广受社会各界的关注，尽管有多部规范性文件中对防控校园欺凌行为进行了相应的规范，但尚未上升到法律的高度。关于防控学生欺凌

的立法内容，是本次《未成年人保护法》修订的一大亮点。为预防和处置校园欺凌问题，《未成年人保护法》要求学校建立学生欺凌防控制度，从开展教育培训、制止欺凌行为、欺凌行为的处理与认定、对学生的保护与管教、对监护人的家庭教育指导等后续处理规定了学校的责任和义务。《未成年人保护法》第三十九条规定，学校应当建立学生欺凌防控工作制度，对教职员工、学生等开展防治学生欺凌的教育和培训。学校对学生欺凌行为应当立即制止，通知实施欺凌和被欺凌未成年学生的父母或者其他监护人参与欺凌行为的认定和处理；对相关未成年学生及时给予心理辅导、教育和引导；对相关未成年学生的父母或者其他监护人给予必要的家庭教育指导。对实施欺凌的未成年学生，学校应当根据欺凌行为的性质和程度，依法加强管教。对严重的欺凌行为，学校不得隐瞒，应当及时向公安机关、教育行政部门报告，并配合相关部门依法处理。

十、学校应当建立预防性侵害、性骚扰学生工作制度

性侵害未成年人问题，同样备受社会各界广泛关注。修改后的《未成年人保护法》在学校保护义务上新增了“建立预防性侵害、性骚扰学生工作制度”的要求，要求学校开展与学生年龄相合适的性教育，提高防范性侵害、性骚扰的自我保护意识和能力，采取相应措施保护遭受到性侵害、性骚扰的学生，对违法犯罪行为，要及时报告并配合处理，不得隐瞒。《未成年人保护法》第四十条规定，学校、幼儿园应当建立预防性侵害、性骚扰未成年人工作制度。对性侵害、性骚扰未成年人等违法犯罪行为，学校、幼儿园不得隐瞒，应当及时向公安机关、教育行政部门报告，并配合相关部门依法处理。学校、幼儿园应当对未成年人开展适合其年龄的性教育，提高未成年人防范性侵害、性骚扰的自我保护意识和能力。对遭受性侵害、性骚扰的未成年人，学校、幼儿园应当及时采取相关的保护措施。

十一、禁止幼儿园对学龄前未成年人进行小学课程教育

《未成年人保护法》第二十六条规定，幼儿园应当做好保育、教育工作，遵循幼儿身心发展规律，实施启蒙教育，促进幼儿在体质、智力、品德等方面和谐发展。《未成年人保护法》第三十三条第三款规定，幼儿园、校外培训机构不得对学龄前未成年人进行小学课程教育。修订后的法律明确要求幼儿园在保教过程中应当遵循幼儿身心发展规律，实施启蒙教育，不得进行小学课程教育。

十二、禁止学校占用休息休假期间给学生集体补课

《未成年人保护法》第三十三条第二款规定，学校不得占用国家法定节假日、休息日及寒暑假，组织义务教育阶段的未成年学生集体补课，加重其学习负担。新法强调的是要保障未成年学生的休息时间、娱乐时间和体育锻炼的时间，合理安排学习时间。国家法定节

假日、休息日、寒暑假是未成年学生的休息时间，不得占用。

十三、禁止学校与机构合作为未成年人学生提供有偿课程辅导

《未成年人保护法》第三十八条第二款规定，学校、幼儿园不得与校外培训机构合作为未成年人提供有偿课程辅导。教育部《新时代中小学教师职业行为十项准则》中“规范从教行为”规定：勤勉敬业，乐于奉献，自觉抵制不良风气；不得组织、参与有偿补课，或为校外培训机构和他人介绍生源、提供相关信息。学校老师提供有偿补课，既违反师德又违反法律规定。

十四、禁止学校安排未成年学生参加商业性活动

《未成年人保护法》第三十八条第一款规定，学校、幼儿园不得安排未成年人参加商业性活动，不得向未成年人及其父母或者其他监护人推销或者要求其购买指定的商品和服务。

十五、禁止学校向未成年学生及家长推销或要求购买商品和服务

《未成年人保护法》第三十八条第一款规定，学校、幼儿园不得安排未成年人参加商业性活动，不得向未成年人及其父母或者其他监护人推销或者要求其购买指定的商品和服务。教育部《新时代中小学教师职业行为十项准则》中“坚守廉洁自律”也规定：严于律己，清廉从教；不得索要、收受学生及家长财物或参加由学生及家长付费的宴请、旅游、娱乐休闲等活动，不得向学生推销图书报刊、教辅材料、社会保险或利用家长资源谋取私利。

十六、禁止学校违反国家规定变相开除未成年学生

《未成年人保护法》第二十八条第一款规定，学校应当保障未成年学生受教育的权利，不得违反国家规定开除、变相开除未成年学生。与之前的法律规定相比，学校对未成年学生受教育的权利由“尊重”改为“保障”，更加明确了学校的保护职责。对于处于义务教育阶段的未成年学生，即使是违反校纪校规，也只能进行批评教育，不得将其开

除。这在《义务教育法》中规定得非常明确。《义务教育法》第二十七条规定，对违反学校管理制度的学生，学校应当予以批评教育，不得开除。修订后的《未成年人保护法》增加了不得“变相开除”如禁止学校的劝退行为，进一步保障了未成年学生的受教育权利。



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

百万追空姐，悔婚可以把钱要回来吗？

作者：七方民商法团队



近日，某长沙男子通过网络发出一份“清单”，细数他与海航空姐女友的情感纠葛，迅速引发热议。在该男子的清单里，他帮空姐买车、买奢侈品、发红包转账，前前后后花了上百万。男子认识空姐时，本已有家室。在和空姐交往一年多后，男子离婚了。没想到却发现空姐一边说着要和他结婚，一边带着男同事回家过夜。空姐现在拒绝与男子结婚，男子愤而要求空姐退回花在其身上的钱。

无独有偶，近日某杭州男分手后要求烟台女返还赠与的 86 万“彩礼”案，二审法院维持原判，支持返还。我们从该案中可见法院对此类案件的态度。



司法案例

杭州的俞先生陆陆续续通过微信给烟台籍女友徐女士发红包 40 多个，加上购买宝马车等花费，数额巨大。分手后，俞先生将徐女士告上了法庭，要求返还 86 万元。

一审法院审理后认为：“婚约财产纠纷是指男女双方在相识恋爱期间，一方因某种特定原因而从对方获得数额较大的财物，当双方不能缔结婚姻时，财产受损

的一方请求对方返还财物因而产生的纠纷。”

“根据原告提供的录音及微信聊天记录，及正常的世俗道德观念，原、被告之间产生的款项往来应是基于双方恋人关系而为之，是以缔结婚姻为目的。因双方未办理结婚登记手续，该款项为附解除条件的赠与，赠与人可要求解除赠与。以双方身份考量为前提，本案适用《婚姻法》

的相关规定，参照彩礼的规定处理，接收彩礼的一方应予返还。原告共支付给被告956720.31元，原告只要求被告返还862800元，本院予以照准。”

二审法院认为：双方并非普通意义上的男女朋友，通过此微信聊天可以看出，两人聊天时结婚意图明显，俞先生给予徐女士的钱款、购车款，数额巨大，明显不

同于一般的双方在恋爱中为表达爱意的小额赠与。此举超出了普通赠与的范围，故俞先生要求返还的款项不应视为无条件的赠与。参照《婚姻法》中关于彩礼的规定，并参照关于附条件赠与的规定，判令女方返还男方恋爱期间为上诉人支付的购车款等大额支出。

律师分析

一、谈婚论嫁的彩礼

关于彩礼，《婚姻法》的司法解释中有规定，“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。”

按照此规定，返还彩礼应该具备以下条件：

1、当地有给付彩礼的习俗。这种习俗可以提供相应证据予以证实，比如当地的群众组织，媒婆，村长，有威望的长辈等予以作证。

2、符合规定的三种情况。第一种是彩礼给了，但双方并没有登记结婚，最后分手了。第二种是双方虽然去办理了登记手续，但还没有在一起共同生活，“名份”虽有了，但实际并未在一起。第三种是在结婚前给的，并因此造成给付人生活困难的，之后虽然双方登记结婚并共同生活，但在离婚时也可以要求返还。

法院之所以支持返还彩礼，是因为彩礼本身是以建立婚姻关系为目的的，这时候一方才对另一方或双方互赠有关财物。此时赠与的财物，完全是基于为了缔结婚姻。所以此时赠与的财物，已经是依附于

身份权才产生的赠与物，不同于普通的赠与。彩礼可以理解为是一种附条件的赠与，

当赠与财物的基础已经丧失即双方分手或离婚时，财物就应当返还。

二、谈情说爱的赠与

那么，是否在双方交往过程中的所有赠与都会被作为彩礼要求返还呢？并非如此。实践看应该考虑两个方面：

1、金额的大小。如果是小额的金额，比如几十元几百元的红包，比如送的小礼物，往往被认为只是正常谈情说爱中促进双方感情的自愿赠与，符合人之常情，不应当要求返还。例如在 86 万彩礼案中，男方要求返还的是 5000 元以上的赠与，

对于低于 5000 元的支出，其未要求返还。

2、是否基于以结婚为目的。如果是金额较大，是否就一定是彩礼呢？笔者以为也未必。作为彩礼的话，这种支出应该是双方关系已经达到一定程度，有结婚的合意，比如已经订婚或者双方已经为结婚而筹备的情况下，才有产生彩礼的前提条件。

在 86 万返还案中，男女双方并未办



理结婚登记，符合返还彩礼的前提条件。但是，这 86 万是否都属于以结婚为目的的彩礼呢？实际情况中，男女双方从谈情说爱过渡到谈婚论嫁，期间会有一段时间过程。虽然该案二审中，男方提供了他在微信中称呼女方母亲为“丈母娘”的证据以证明其以结婚为目的，但该时间发生

的时点较晚，已经是在买车之后。如果将自双方结识开始的 86 万直接全部认定为彩礼，显然与法律要求条件并不能直接相符，也有失偏颇。最终法院在实际判决走了一个捷径，以“参照”彩礼规定，做出了要求返还的判决，笔者认为也存在商榷空间。

三、婚内出轨的赠与

值得注意的是，在长沙男子对空姐所送礼物时，有些是发生在其婚姻期内。对于婚内出轨，将财物赠送给“小三”，在司法中，大多认为是对夫妻共同财产的无效处分，应当撤销。故长沙男的前妻可以主张，在婚姻期间这部分的赠与属于夫妻共同财产，要求撤销赠与后再予以分割。

在男女双方恋爱过程中，赠与礼物是常有之事。小到一杯奶茶，大到汽车、房产。如果双方分手，可否都要求返还呢？显然，一般的小额赠与不应返还。但如果是大额赠与，虽然并非通常意义上的彩礼，在谈婚论嫁的情况下，也可能被参照“彩礼”要求返还。

就如在 86 万彩礼案中，我们看到，法院在事实上已经对关于彩礼的规定做了扩大性的适用，将非真正意义上的彩礼的其他赠与，也就是双方在从谈情说爱进入到谈婚论嫁阶段后，交往过程中大额的赠与，也参照彩礼进行处理。由此看来，长沙男子为追空姐而离婚，其索要这些百万支出是有希望的。

6岁女童被虐案，谁来守护孩子的童年？

作者：七方家事法团队

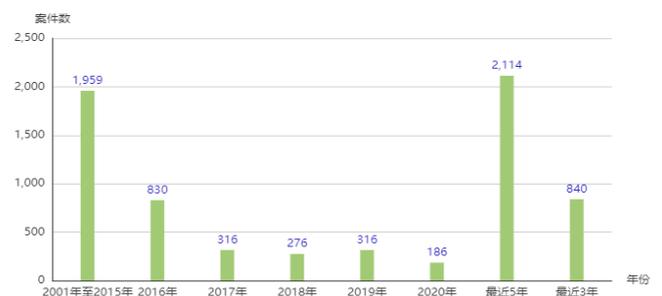
近日，一篇关于“辽宁抚顺6岁女童被虐待”的报道，彻底刺疼了我们。凡是接触过、了解过6岁女童背后经历的人，无一不震惊，无一不愤怒，从医院抢救的医生，到新闻媒体的记者，从负责调查的警察，到公益援助的律师，从孩子的亲生父亲，到全社会的爱心人士。但更令人惊讶的是，这一切的加害者竟然是女孩的亲妈及亲妈的男友。

芊芊的父母于2018年经法院判决离婚，抚养权归女方，但实际上芊芊一直跟随父亲生活。2019年11月，芊芊的母亲刘某彦通过网络认识了刑满释放的抢劫犯陈某威，两人迅速确定了恋爱关系，并开始同居。2020年1月份，芊芊父亲因外出工作，将女儿交给母亲刘某彦抚养。

就这样，刘某彦带着芊芊和陈某威共同生活在一起。仅仅3个

月时间，就造成了芊芊身上一处处令人触目惊心的伤痕。直到芊芊伤势严重濒临死亡，二人才把芊芊送往医院治疗，这一起惨案才得以曝光。

经抚顺公正司法鉴定所鉴定，芊芊体表被烫伤评定为重伤二级，其他身体组织亦严重受伤。



目前，刘某彦与陈某威二人已被公安机关逮捕，但芊芊的抚养权仍归属母亲，事件曝出之后，芊芊的父亲已经在和法院交涉变更抚养权的事宜。

《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第15条，离婚后，一方要求变更子女抚养关系的，或者子女要求增加抚育费的，



应另行起诉。第 17 条，父母双方协议变更子女抚养关系的，应予准许。

芊芊父亲可以通过诉讼与协议两种方式拿回芊芊的抚养权。

除了变更抚养权之外，芊芊父亲还可以申请撤销芊芊母亲的监护人资格。

《民法典》第 36 条，监护人实施严重损害被监护人身心健康的行为的，人民法院可以根据有关个人或者组织的申请，撤销其监护人资格，安排必要的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人。

芊芊母亲的虐待行为已经严重损害了芊芊的身心健康，芊芊父亲可以向人民法院申请撤销芊芊母亲的监护人资格。

其实，芊芊的案例并不是少数，通过威科先行法律信息库检索，近 5 年涉及虐待未成年子女案件的数量高达 2114 件，此类案件大多发生在家庭中，隐秘性比较

强，除非有人主动报案，否则很难被发现。

据统计，在虐待儿童的案件中，亲生父母作为加害者的比例达到了 49%，而在这 49% 的案例中，母亲作为作为加害者的比例更是高达 85%。

中国的虐童事件为何屡禁不止？

第一，我国的儿童救助机构相较于其他国家来说较少，政府的重视不够；第二，法律缺失，没有专门为“虐童”制定的法律制度，责任不明，惩罚不足；第三，在中国人的传统观念里，孩子不打不成才；第四，孩子弱小，缺乏反抗能力，不会主动寻求保护。

如何才能保护未成年人的健康成长？

首先是要提升儿童自身的自我保护意识，其次要加大全社会的监管强度。

2020 年 5 月 7 日，最高人民法院联合国家监察委员会联合教

育部、公安部等九部门共同下发了《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》，规定发现侵害未成年人的案件必须强制向公安机关报告。凡是密切接触未成年人的机构部门都有强制报告的义务，比如：居（村）民委

员会、中小学、幼儿园等机构，凡是发现未成年人受到侵害的就要报告，不报告造成严重后果的，给予相应处分，构成犯罪的，追究刑事责任。另外，报告人的信息会被严格保密。

结 语

童童的真实经历，再一次提醒了我们未成年人更需要保护，涉及未成年人的案件更值得我们高度关注。未成年人是祖国的花朵，家庭虐待、校园霸凌等案件的频发，反映出我国在儿童保护领域方面的缺失。时间能够抚平孩子身体上的伤痕，但心理上的裂痕却难以愈合。我们也呼吁让孩子远离伤害，共同守护孩子的童年。



贾宝玉、薛宝钗婚姻中的法律问题

作者：七方民商法团队

薛宝钗新婚之夜，林黛玉恨恨而亡。这一幕乃是红楼梦中悲剧的最高潮。历代多情女儿为此“千红一窟（哭），万艳同杯（悲）”。

笔者考察发现，贾宝玉与薛宝钗这段所谓的“金玉良缘”，不管是按照清朝法律，还是按照现行《婚姻法》或即将实施的《民法典》，皆有诸多法律瑕疵，实在不是一桩好姻缘。

一、居丧结婚问题

按照当时的法律，贾、薛结婚的最大问题，是居丧结婚（即在服丧期间结婚）。

居丧不娶，是自先秦至清末的一项重要礼制，隋唐以后载入法典。《大清律例》规定：“若居祖父母、伯叔父母、姑、兄、姊丧而嫁娶者，杖八十”。贾宝玉结婚时，他姐姐贾元妃（元春）刚死不久，贾宝玉尚在9个月的服丧期内。结婚之事若被人举报至官府，贾宝玉应判打棍子八十下。

但是清律并没有规定居丧结婚必须强制其离婚，所以，贾薛的婚姻并不因此解除。

建国以来，我国各部《婚姻法》及《民法典》都废除了居丧不娶的相关规定。



二、结婚年龄问题

据专家考证，贾、薛结婚时，贾宝玉17岁，薛宝钗18岁。

依清律，男女最低结婚年龄分别为16、14岁。据此，这段婚姻在年龄上并无瑕疵。



若依据我国《婚姻法》和《民法典》，男、女法定婚龄为 22 岁、20 岁，贾、薛二人结婚之时皆未达到法定婚龄。依据《婚姻法》第十条（《民法典》第一千零五十一条）之规定，未达法定婚龄的婚姻无效。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（下称《解释一》）第七条的规定，未达法定婚龄结婚的，当事人及未达法定婚龄一方的近亲属有权向人民法院申请宣告婚姻无效。

贾、薛结婚之后的第三年，贾宝玉离家出走，下落不明。此时，若薛宝钗心生悔意，是否能以未达法定婚龄为由向法院申请宣告婚姻无效呢？《解释一》第八条：“当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。”贾宝玉出走时 19 岁，仍未达法定婚龄，法定的无效婚姻情形并未消失。故而，薛宝钗作为婚姻当事人可以向法院申请婚姻无效。

三、近亲结婚问题

贾宝玉和薛宝钗为姨表兄妹关系。

若依当代法律，中表婚当如何处理

呢？
我国自宋朝以来，各朝法律皆禁止中表婚姻，但民间中表婚姻盛行，法律规定沦为一纸空文。宋《刑统》规定，中表结婚的，“各杖一百并离之”，男女双方都要挨打，还得强制离婚。明清律皆规定：

呢？

我国现行《婚姻法》第七条规定，直系血亲和三代以内的旁系血亲禁止结婚；第十条规定，有禁止结婚的亲属关系的，婚姻无效。《民法典》沿袭了上述规定。

“若取己之姑舅两姨姊妹为婚者，杖八十”。据此，贾宝玉应判打棍子八十下。但《大清律例》又同时规定：“姑舅两姨姊妹为婚者，听从民便”，据此则贾宝玉不需要承担法律责任。

贾宝玉和薛宝钗属于第三代旁系血亲，属于法律禁止结婚的情形，他们的婚姻无效。依《解释一》第七条的规定，贾薛二人及他们的近亲属皆可向法院申请宣告婚姻无效。

四、重病结婚问题

贾宝玉结婚的时候，正身患重病，精神失常，处于一种痴傻疯癫的状态。这种疾病，民间称为“失心疯”。

《大清律例》对于患病者结婚并没有相关规定，也未规定女方在男方患重病时的离婚权（反之，女方有恶疾则男方可以出妻）。

我国现行《婚姻法》第七条禁止患有医学上认为不应当结婚的疾病的人结婚。第十条规定，婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的，婚姻无效。一般认为，医学上认为不应当结婚的疾病包括麻风病、花柳病、精神失常等。

根据以上规定和《解释一》第七条，

在贾宝玉的失心疯（精神失常）治好之前，薛宝钗可向法院申请宣告婚姻无效。而在贾宝玉的失心疯治好之后，则婚姻无效的情形消失。

但我国《民法典》删除了上述条款，不再将重大疾病作为禁婚条件和法定的婚姻无效事由，而是将其规定为可撤销事由。《民法典》第一千零五十三条规定：

“一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。”由于薛宝钗在结婚前对贾宝玉的病情心知肚明，故而不享有上述法条规定的撤销权。





五、身份问题

据专家研究，贾宝玉和薛宝钗皆为满族旗人。

对于旗人的婚姻，《大清律例》规定：“八旗、内务府三旗人，如将未经挑选之女许字民人者，将主婚人照违制律杖一百。若将已挑选及例不入选之女，许字民人者，照违令律，笞五十。其聘娶之民人一体科罪。”这是针对满汉通婚的规定，贾、薛二人皆为满族人，不适用这一条。

我国《婚姻法》和《立法法》都规定了民族自治地方可以对《婚姻法》的相关规定进行变通。比如我国宁夏、西藏、新疆等地皆有变通规定。但贾宝玉和薛宝钗的户籍地皆为金陵（今南京），经常居住地皆为京城（今北京），故仍应直接依据《婚姻法》的相关规定处理他们的婚姻问题。其婚姻自由，不因身份问题而受限。



中国传统哲学认为，夫妇乃人伦之始，关系到家族、社会和国家，决不仅仅是男女双方的私事。故历朝历代对于婚姻问题，均通过法律来加以规制。

随着社会的发展和道德观念的变迁，婚姻制度也在发生变化。一些在传统中国被视为美谈的婚姻，以现代婚姻制度来评判，可能是荒谬甚至是违法、无效的。一些婚姻悲剧，以现代眼光来审视，更容易找出其悲剧的根源所在。

贾宝玉和薛宝钗，在中国是家喻户晓的一对夫妻。用 21 世纪的法律来审查他们的婚姻，很有意思。



公房遇征收，承租人“地位显赫”

作者：卫夏清

在国有土地上房屋征收中，公有房屋（以下简称“公房”）作为其中一种房屋类型，与私有房屋（以下简称“私房”）有着不同的补偿标准和安置利益分配方式。实践中，容易产生纠纷的也以公房较多。本文主要探讨国有土地上房屋征收中关于公有房屋承租人（以下简称“公房承租人”）的几个问题。



提到公房承租人，首先我们要了解两个概念：第一，什么是公房？公房是公有房屋的简称，主要指由国家机关、政府部门或国有企事业单位所有的房屋。第二，什么是公房承租人？公房承租人是指通过国家福利分配、调配或国家认可的其他方式取得公房承租权的个人或单位，本文仅以个人的情况作讨论。

公房承租和一般的房屋租赁有以下几点区别：

第一，房屋权属不同。一般房屋属于个人或单位所有，具有明显的私有财产属性，而公房属于国家机关、政府部门或国有企事业单位所有，产权属于广义的公

有。

第二，租赁方式不同。一般房屋通过市场方式，租赁双方可以自由选择建立租赁关系，同样其租赁价格也是市场化的。公房则是基于特殊的劳动关系等，通过分配、调配或其他方式建立承租关系，公房承租具有福利性质，租金价格也是一般房屋租金的凤毛麟角。

第三，管理方式不同。《上海市房屋租赁条例》第十五条、《上海市居住房屋租赁管理办法》第十三条都规定了房屋租赁后需要向有关部门办理登记手续，特别是《上海市居住房屋租赁合同管理办法》还对不备案的行为规定了罚则，但在实际操作中，租房备案并没有得到完全落实。公房承租则不同，公房承租实行严格的登记制度，公房承租关系建立后，需要取得租用公房凭证即俗称的“房卡”。需要注意的是，公房租用凭证只登记承租人一人，因此在承租人发生变故时，承租人的变更就成为了争夺承租权利的关键。



在了解公房承租的特点后，就来到了本文的重点

公房承租人在征收时为何如此重要

一、仅承租人具有公有房屋征收补偿协议的签约主体资格

《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》（以下简称《征收与补偿实施细则》）第二十三条：“房屋征收补偿协议应当由房屋征收部门与被征收人、公有房屋承租人签订。”这条规定明确了房屋征收补偿协议的签订主体，私房为被征收人、公房为承租人。根据该规定及征收实践，征收主体都是与公房承租人进行征收补偿协议的协商和签订，公房承租人具有决定是否签约的权利。在未取得公房承租人同意的情况下，即便同住人达成一致意见，仍不具备签订协议的主体资格而无法签约。公房承租人虽非房屋产权人，却

有着决定是否签订协议的绝对权利，让同样是征收利害关系人的同住人望洋兴叹。

那么，公房承租人的“绝对权利”是否会存在滥用的情形？在理论上有可能，在实践中也偶有发生。经过搜索相关案例可以发现，在承租人与同住人签订了家庭内部协议或具结书对征收补偿利益进行分配后，同住人再以签订协议时受胁迫或协议显失公平进行主张难以得到支持。主要原因在于受胁迫和显失公平在举证上存在困难，同时征收补偿利益分配有较强的人身关系属性和顾及家庭和睦等因素，因此法院对不等额分配的情形也会考量并认可。

二、是否能以他处有房排除承租人的征收权益？

《征收与补偿实施细则》第四十四条：“……公有房屋承租人所得的货币补偿款、产权调换房屋归公有房屋承租人及其共同居住人共有。”这条规定明确了征

收补偿利益属于公房承租人和共同居住人共有。实践中会出现的一种情况是，原公房承租人因户口迁出或死亡，需要重新确定承租人，而新的承租人在他处有房或

享受过征收安置。这种情况下，是否能够参照同住人资格的认定，从而排除新承租人的征收权益？

答案是否定的。《征收与补偿实施细则》明确规定了公房承租人是征收权益的获得主体，但并没有承租人资格排除的规定。特别是在《关于房屋动拆迁补偿款分割民事案件若干问题的解答》（以下简称《若干问题的解答》）第九问的第二点解答：“……（二）属于本市两处以上公房承租人的，其对各处被拆迁公房的补偿款均有权主张分割。”从这一解答可见，即便公房承租人在他处有房，亦不排除某一处房屋的征收补偿利益，相关案例也都在按照这一口径进行审理。例如在(2019)沪0109民初25023号郑某1与郑某2分家析产纠纷案件中，“郑某2系在征收过程中

被指定为承租人，仅具有代表该户签订征收协议的地位，况且其征收前长期不在系争房屋内居住，还享受过平阳路房屋的住房福利，亦属他处有房，不符合系争房屋同住人条件”，即便法院对郑某2的同住人资格予以了否定评价，但在最终判决结果中，郑某2仍与其他当事人均分了安置补偿款。

而同住人则大不相同。一方面，《征收与补偿实施细则》对同住人有严格的认定规则，另一方面《若干问题的解答》还规定了同住人资格的排除情形，特别是第三点：“……3、已在本市他处公有房屋拆迁中取得货币补偿款。”与承租人在征收权利的分配中采取了完全不同的规定和标准，也使得确定承租人成为了“兵家必争之地”。

三、承租人确定后的权利救济

公房承租权是一项特殊的用益物权，其特殊性主要体现在两个方面：一是公房承租具有较强的政策性，有具体的管理办法进行规定；二是公房承租具有福利性，不仅是在日常使用中的租金价格有极大

优惠，在遇到房屋征收时更有巨大的预期征收利益。如前文所述，承租人和同住人虽然同样对承租房屋享有居住权利，但在征收利益的资格排除和分配上有着完全不同的规定。

现实中一些公房遇到征收，登记的承租人出现户口迁出或死亡等情形，相关当事人在不清楚、不确定承租人权益的情况下，仓促推选新的承租人。或无法协商一致的情况下，由公房管理单位等部门直接确定了承租人，都会对同住人权益产生巨大影响。如对确定承租人存有异议，可以进行诉讼方式予以撤销。在（2020）沪02民终5559号李某某与上海某房（集团）有

限公司、徐某房屋租赁合同纠纷案件中，“一审法院认定李某某并非系争房屋的共同居住人，某房公司的指定行为不符公有住房变更租赁户名的相关规定，并无不当，本院予以认可。李某某在二审期间向本院提交的证据及证人证言，并不能证明李某某是系争房屋的共同居住人，本院不予采信。”

结语

公房，作为一种独具特点的房屋类型，尤其在征收中的特别规定，给各方当事人对确定承租人的矛盾埋下了伏笔。

本文围绕公房承租人在征收中的权利和承租人的确定两方面进行阐述，希望与公房相关的各方都能有正确认识，并最大程度上维护各方权利。



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



夫妻共同遗嘱的效力认定与争议解决

作者：郑华

本文主要分析两种比较常见的共同遗嘱效力争议的典型情形，并以此为切入点提出共同遗嘱的效力认定及争议解决建议。

01

情形一：夫妻二人共同订立一份《遗嘱》，遗嘱内容由一人书写，另一方签字确认情况下，该《遗嘱》是否有效？

案例

被继承人姚某、刘某系夫妻关系，两人生前共生育五名子女，分别是长子姚大、次子姚二、女儿姚三、姚四、姚五。其中，姚二为精神残疾人，其监护人为姚大。刘某、姚某先后去世后，姚四、姚五作为原告将姚大、姚二、姚三起诉至法院要求继承被继承人留下的遗产房屋一套。诉讼中，姚大、姚二、姚三提供了姚某、刘某的《遗嘱》一份，该《遗嘱》载明的立遗嘱人为姚某和刘某，其内容为：“我在此立遗嘱，对本人所有的房产作如下处理。我自愿将下列归我所有的房产遗留给

姚大个人所有。姚二为精神残疾人，对此房产享有居住权。姚大给予姚三、姚四、姚五三人补偿金每人十万元整。姚大是姚二的监护人。”姚四、姚五认为该《遗嘱》系姚某的自书遗嘱，其只能就其个人财产作出处理，而刘某只是在该《遗嘱》上签字，不符合代书遗嘱的形式，对其财产份额的处分无效，且该《遗嘱》未给姚二保留必要的份额，对该部分的处分无效。”姚三认可《遗嘱》真实有效，收下姚大给付的10万元。

判决结果

法院最终认定了姚某和刘某所立遗嘱属共同遗嘱，具有遗嘱的合法效力。判决房屋归姚大所有，姚大给付姚二房屋补

偿款七十万元，确认姚二对于诉争房屋有居住权使用；姚大给付姚四、姚五各十万元。

从案例看，我们着重分析两个问题：

一是共同遗嘱是否为我国法律排除的遗嘱形式？不论是现行《继承法》或明年即将施行的《民法典》中，对于遗嘱形式的规定均未提及夫妻共同遗嘱的形式，但是，同样也未作禁止性规定。可见，我国法律并未排除共同遗嘱的有效性，判断共同遗嘱是否具有法律效力，核心还是要回归到是否反映了立遗嘱人的真正意思表示。正如案例中，《遗嘱》为立遗嘱人姚某亲笔书写，共同立遗嘱人刘某在遗嘱上签字，表明该遗嘱为二人的共同意思表示，从主体上看，姚某和刘某都是本案《遗嘱》的立遗嘱人。从内容上看，《遗嘱》处理的财产系共同立遗嘱人的夫妻共同财产，处理财产的范围和对象都是同一的，系共同的意思表示；从形式上看，《遗嘱》系两个被继承人基于共同的意思表示对夫妻共同财产做出处理，只形成了一份遗嘱。因此，这样的遗嘱属共同遗嘱，具有遗嘱的合法效力。

二是—方书写的共同遗嘱与代书遗嘱的异同？在笔者处理和查询的诸多案例中，对于此类遗嘱效力的否定，抗辩理由还集中于其不符合代书遗嘱的形式要件上。一种观点认为一方书写的共同遗嘱属于代书遗嘱，根据我国《继承法》第三十七条的规定，代书遗嘱是指非由立遗嘱人自行书写的遗嘱，而是由代书人根据立遗嘱人的意思表示代为书写的遗嘱。代书遗嘱的代书人不能与遗嘱所处理的财产有利害关系，更不能是受益人，且代书遗嘱必须有两个以上的见证人在场，除代书人的代书和签名外，立遗嘱人本人必须在遗嘱上签名。但是，事实上，这是对共同遗嘱与代书遗嘱的一种混淆，共同立遗嘱人中一方代写遗嘱的行为与代书遗嘱中见证人的代书有着实质上的不同。实际上，对代书遗嘱的形式规定应理解为是继承法对于单独遗嘱的要求。在共同遗嘱情况下，共同立遗嘱人中一方书写遗嘱内容而另一方以签名确认应属常态。

司法实践中，在我国大部分省市，如北京、上海、重庆等地区，一般情况下认可共同遗嘱有效性，但是从制度规范角度，为保障共同遗嘱确实反映共同立遗嘱

人的真实意思，采取由非书写遗嘱一方写明类似“以上遗嘱确属本人真实意思表示”的确认词后再签字的做法更为妥当。

02

情形二：夫妻二人共同订立一份《遗嘱》，一方过世后，另一方又重新订立内容相悖的遗嘱时，两份《遗嘱》效力该如何认定？

案例

被继承人宗某与被继承人杨某系夫妻，婚后生育四个子女，即宗某 1、宗某 2、宗某 3、宗某 4，杨某、宗某生前共同共有灵石路产权房屋一套。宗某于 2012 年 3 月 4 日报死亡。杨某于 2018 年 5 月 18 日报死亡。

2010 年，杨某、宗某共同立下《遗嘱书》，内容为：“夫妻二人无论哪一方先一方过世时，生存一方全部继承遗产。生

存一方过世后，房屋作价所得钱款应先还掉所有借买房屋的钱款(由借条凭证为据)，余款的百分之伍拾归宗某 1。百分之贰拾伍归宗某 2。百分之贰拾伍归宗某 4。”2013 年，杨某又立下《遗嘱》，内容为：“房屋产权中属于我所有的产权份额(包括我可以继承宗某的遗产份额)均由宗某 1 继承。”杨某将该份遗嘱保存于上海市闸北公证处。

判决结果

法院最终判决原告宗某 1 继承 75% 产权份额，被告宗某 2、宗某 4 各继承 12.5% 产权份额。

此案例的裁判结果表明：法院认定房屋产权中属于宗某的 50% 遗产份额，按照第一份共同遗嘱的比例进行了分配，而对

于杨某的 50% 份额，依照其变更后的遗嘱内容，全部由宗某 1 继承。

分析此判决结果，需要关注的有两点：一是从立遗嘱人真实意思表示出发，确认共同遗嘱中遗产份额的分割。例如案例中，在认定共同遗嘱具有法律效力基础



上，可以确认宗某对自身遗产份额的最终处分意思表示系宗某 1 占 50%、宗某 2 和宗某 4 各继承 25%。二是法律认可遗嘱人变更、撤销遗嘱的权利，但一方仅能对自身遗产份额进行变更，不影响共同遗嘱中

另一方份额的处分。所以，杨某后续变更遗嘱的行为合法有效，但其仅仅对夫妻共同财产中，属于自己的份额进行了重新分配，后一份遗嘱实际上仅仅变更了共同遗嘱中杨某对于自身份额的分配。

我国社会生活中大量存在共同遗嘱的形式，这于长期有着以“户”作为社会基本单位传统有着密切关系，家庭财产也以共同共有为主体，子女一般会在父母均去世后才分割家庭共有财产。但是从法律制度规范化及争议预防角度出发，笔者还是建议：一是在条件允许情况下，夫妻双方先通过财产协议约定各自份额，再订立个人遗嘱对身后遗产进行处理，这样不仅有利于夫妻双方对自己财产的处分，更能减少因共同遗嘱所引发的后续争议；二是订立个人遗嘱时，应严格遵守法律规定的形式要件，避免因遗嘱形式瑕疵影响其法律效力的认定，同时，对于立遗嘱人变更遗嘱的情况，应采取重新订立遗嘱的方式，切勿在原遗嘱上直接涂改或添加手写内容，这些都可能导致遗嘱的无效，而立遗嘱人的真实意思表示无法得到真正的执行。

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

闵行区职工维权律师志愿团律师

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



全国首例！同性伴侣孩子抚养权归谁？

作者：七方家事法团队

据有关机构统计，同性恋人群已占世界总人口的5%，以此推算，中国的同性恋者有近7500万人，如此庞大的人群，也引发各类社会问题和法律问题。

今年9月，一起女同性伴侣争夺孩子抚养权的案件在厦门湖里区法院宣判，作为全国首例，该案引起了广泛热议，笔者拟对相关问题做简要分析。

案情介绍

小提（化名）与阿美（化名）是同性伴侣，2019年3月，小提提供卵子，并出钱购买案外人的精子培育出胚胎，再由阿美十月怀胎产下女婴丫丫。2020年2月26日，因双方发生矛盾，阿美将丫丫抱走，

不让小提见孩子。2020年5月9日，小提向湖里区法院申请对与丫丫进行亲子鉴定，但遭到阿美的拒绝。之后，小提将阿美告上了法院，要求判决丫丫归自己抚养。

法院判决

一审判决：驳回小提的诉讼请求（目前该案尚在二审中）。

湖里区人民法院认为，本案中，虽然双方均确认丫丫系以小提的卵子与购买的精子培育成受精卵后，由阿美孕育分娩。但是，在无明确法律规定的情况下，不能仅以双方确认或仅因丫丫具有小提

的基因信息，就认定其与小提存在法律上的亲子关系。

判决还指出，因为丫丫系由阿美孕育分娩，出生医学证明亦载明丫丫母亲为阿美，孩子出生后亦一直由阿美照顾，现未满周岁仍需母乳喂养，因此法庭判决由阿美抚养，符合法律规定且有利于丫丫的健康成长。

焦点热议

上述案件中热议的问题主要包括以下三点：

一、“同性婚姻”受我国法律保护吗？

本案中，小提和阿美是否已在海外登记结婚，我们并不清楚。但根据我国现有的法律规定，同性伴侣无法在国内登记结婚，那么，在海外成功办理结婚登记的同性伴侣，回到国内会被认可吗？

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十二条规定，结婚手续，符合婚姻缔结地法律的有效。虽然根据某些国家法律的规定，同性婚姻有效，但我

国《国际私法》的适用还有一条原则——“公共秩序保留原则”，也就是说法院依其所属国的冲突规范本应适用外国法律，但因外国法律的适用会对法院地国的重大利益、基本政策、道德观念或者法律的基本原则相抵触而排除适用。所以，即使我国公民在其他国家完成了同性婚姻的登记，在我国也是不具备相应法律效力的，依然不受到我国法律的保护。

二、亲子关系该如何认定？

女同性伴侣通过医学技术生育的孩子，其亲子关系该如何认定？现有法律和

《民法典》中均未明确。目前从学理上来说，主要有四种观点。





第一、血缘说。提供精子和卵子的人自然成为子女的父母，该理论依据是基于血缘关系来确定子女的父母身份。

第二、分娩说。基于传统的“分娩者为母”原则，应根据分娩的事实确定子女的母亲。

第三、契约说（人工生殖目的说）。根据契约，双方在实施人工辅助生殖技术之前已经同意由提供精子、卵子一方成为子女的父母，按照契约精神，法律应当尊重当事人的意愿。

第四、子女利益最佳说。该说从子女自身利益出发，将子女最佳利益作为最终认定标准。

“血缘说”虽然有着天然的生物学基础，但在公众的一般认知里，母子关系的

确立更多在于十月怀胎的孕育过程和分娩艰辛所带来的情感联系，在于母亲对孩子在精力、心血、感情上的巨大投入和无形付出，单纯以生物学上的基因来认定母子关系，将缺乏社会学和心理学层面的支撑。“契约说”虽然是合同双方意思自治的结果，但因合同内容涉及伦理道德等问题，因此并不适用契约自由原则。“子女利益最佳说”以子女利益来确定亲子关系，侧重于考量子女利益，与我国的传统伦理原则和价值观念不符合。

司法实践中，一般采用“分娩说”即“分娩者为母”原则来确定母亲的身份。

“分娩说”不仅符合我国传统的道德观念，而且与我国目前禁止代孕行为的立场相一致。

三、未生育一方是否享有孩子探望权？

在异性婚姻离婚时，一方享有孩子的抚养权，另一方则享有探望权，但当女同性伴侣分手时，生育子女的一方为孩子的母亲，而另一方在法律上是否也享有孩子的探望权？

从目前的法律规定来看，答案是否定的。探望权是法律赋予离婚后不直接抚养子女的父或母的权利，而同性婚姻在我国不被承认，不存在“离婚”，且同性伴侣中与子女无生物学上的关系且未通过法



律程序进行收养的一方，不成立父母子女关系。

但笔者认为：从立法目的出发，探望权的本意是弥补子女因父母关系破裂而遭受的心灵创伤，我国虽不承认同性婚姻，但当同性伴侣实际上承担了父母的职责时，同性伴侣关系破裂对子女造成的心

灵创伤与异性婚姻破裂并无不同。这好比隔代探望权，虽然《民法典》中最终并未采纳，但江苏省首例隔代探望权案件，仍有其积极意义。因此，结合“儿童利益最大化”原则，我国若能在一定限度内承认同性伴侣的探望权，无疑对同性伴侣一方及孩子都是最优选择。

在中国，1997年之前同性恋被认定为“流氓罪”，2001年之前同性恋被认定为一种精神疾病。近年来，人们逐渐开始谈论同性恋这个话题，民法典草案在向社会公开征求意见时，还有人建议将“同性婚姻合法化”写入民法典。

笔者认为，“恋”是自由，婚姻是“法”。中国作为一个人口大国，更应该对婚姻形式持谨慎态度，因为它随时可能引发制度性的影响。中国目前并不具备欧美国家为同性婚姻立法的伦理环境和社会环境，中国同性婚姻合法化还远不到提上立法议程的时候。但同时，也不应忽视同性恋者这一特殊群体的权利要求，随意歧视、排斥同性恋人群。

“老赖”面临的刑事法律风险

作者：七方刑事团队



近十几年来，在人民法院强制执行生效法律文书过程中，一些地方单位、企业和个人拒不执行或以暴力手段抗拒人民法院执行的事件时有发生，“老赖”一词也逐渐进入大众的视野。面对失信黑名单、限制高消费等一系列解决执行难的措施，“老赖”也是置若罔闻，严重影响了法律的尊严和执法机关的权威。殊不知，当其有能力执行而拒不执行，情节严重时将会面临牢狱之灾。下面，让我们通过一起案件进行了解。

案件简介

某法院于 2001 年作出民事判决书，判决徐某某于判决生效之日起十日内给付某公司人民币 86000 元整。徐某某在判决生效后，未自觉履行法定义务，申请执行人于 2002 年申请强制执行，该法院于 2002 年立案受理，并向徐某某发出执行通知书，督促其履行生效法律文书确定的义务。执行法官多次约谈被执行人，徐某某仍未履行还款义务。因未发现被执行人徐

某某名下有可供执行的财产，案件裁定终结本次执行。2012 年底，徐某某以 10 余万元的价格购置了一辆丰田牌轿车供自己使用，2013 年，徐某某成立某有限公司，公司注册资金人民币 50 万元，徐某某认缴额人民币 25 万元，任公司法定代表人。经查，徐某某的个人银行账户有大量的超过正常生活所需的资金进出，但都未履行上述还款义务。

调查与处理

2019 年，徐某某经民警电话通知，至公安局投案，经民警教育，如实供述了犯罪事实。此后，徐某某向法院交付了执行款人民币 110000 元，履行了生效判决全

部义务。2020 年检察院以徐某某犯拒不执行判决、裁定罪向法院提起公诉。经公开开庭审理，法院作出一审判决，徐某某犯拒不执行判决、裁定罪判处有期徒刑七个

月，缓刑一年。判决后，徐某某未上诉，
检察机关也未提出抗诉，一审判决发生法

律效力。

法律分析

拒不执行判决、裁定罪规定在我国
《刑法》第 313 条：对人民法院的判决、
裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，
处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情
节特别严重的，处三年以上七年以下有期
徒刑，并处罚金。单位犯前款罪的，对单
位处罚金，并对其直接负责的主管人员
和其他直接责任人员，依照前款规定处罚。

本案中，徐某某的行为符合拒不执行
判决、裁定罪的构成要件：

(1) 客体。该罪侵犯的的客体是人民
法院正常的司法活动。法院是代表国家
行使审判权的唯一机关，判决书和裁定书
是法院行使审判权的具体表现形式。判决
和裁定一经生效，即具有法律强制约束力，
案件当事人及负有执行责任的机关、单位
都必须坚持执行。该罪中“人民法院的判
决、裁定”是指人民法院依法作出的具有
执行内容并已发生法律效力、生效的
包括人民法院为依法执行支付令、生效的
调解书、仲裁裁决、公证债权文书等所作
的裁定。本案中，法院已作出民事判决书

且已生效，符合该罪的客体要件。

(2) 客观要件。该罪在客观方面表
现为有能力执行而拒不执行人民法院的
生效判决和裁定，情节严重的行为。具体
来说包括三个方面：一是要有拒绝执行的
行为，这种拒绝可以是明示的公开抗拒，
也包括消极不作为的抗拒；二是执行义务
人必须具有能力执行而拒不执行。如在金
钱债权执行案件中，被执行人有履行能力，
但为逃避债务，采取转移、隐藏赠送、变
卖等行为造成无法履行的假象，则属于典
型的有能力执行而拒不执行；三是情节严
重。情节严重主要考虑当事人的行为手段
和行为后果两方面因素，而不是考虑相关
数额的大小。根据《关于〈中华人民共和
国刑法〉第三百一十三条的解释》和《最
高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定
刑事案件适用法律若干问题的解释》的有
关规定，“有能力执行而拒不执行，情节
严重”的情形包括：

(一) 被执行人隐藏、转移、故意毁
损财产或者无偿转让财产、以明显不合理

的低价转让财产，致使判决、裁定无法执行的；（二）担保人或者被执行人隐藏、转移、故意毁损或者转让已向人民法院提供担保的财产，致使判决、裁定无法执行的；（三）协助执行义务人接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助执行，致使判决、裁定无法执行的；（四）被执行人、担保人、协助执行义务人与国家机关工作人员通谋，利用国家机关工作人员的职权妨害执行，致使判决、裁定无法执行的；（五）具有拒绝报告或者虚假报告财产情况、违反人民法院限制高消费及有关消费令等拒不执行行为，经采取罚款或者拘留等强制措施后仍拒不执行的；（六）伪造、毁灭有关被执行人履行能力的重要证据，以暴力、威胁、贿买方法阻止他人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证，妨碍人民法院查明被执行人财产情况，致使判决、裁定无法执行的；（七）拒不交付法律文书指定交付的财物、票证或者拒不迁出房屋、退出土地，致使判决、裁定无法执行的；（八）与他人串通，通过虚假诉讼、虚假仲裁、虚假和解等方式妨害执行，致使判决、裁定无法执行的；（九）以暴力、威胁方法阻碍执行人员进入执行现场或

者聚众哄闹、冲击执行现场，致使执行工作无法进行的；（十）对执行人员进行侮辱、围攻、扣押、殴打，致使执行工作无法进行的；（十一）毁损、抢夺执行案件材料、执行公务车辆和其他执行器械、执行人员服装以及执行公务证件，致使执行工作无法进行的；（十二）拒不执行法院判决、裁定，致使债权人遭受重大损失的。本案中，徐某某多次被约谈仍未履行还款义务，且在有能力执行却不执行反而购买车辆、出资成立公司，存在上述第（5）和第（12）规定的情形，符合该罪的客观要件。

（3）主体。该罪为特殊主体，主要是指有义务执行判决、裁定的单位和个人，包括负有义务的单位直接负责的主管人员和其他责任人员以及对判决、裁定负有协助义务人员。本案中，徐某某作为生效判决中履行义务的唯一主体，符合该罪的主体要件。

（4）主观要件。该罪的主观方面表现为故意，即行为人明知人民法院判决、裁定已经生效，且在有能力执行的情况下而故意采取变相方式拒绝执行。本案中，徐某某明知民事判决已经生效，且在有能

力支付的情况下没有支付，而是进行高消费（买车）、注册公司等，其本人实施的

客观行为表明本人主观上存在拒绝执行的故意，符合该罪的主观要件。

律师建议

面对“老赖”，我们要敢于拿起法律的武器来捍卫自己的权利，国家有关机关也应加强对拒不执行判决、裁定犯罪行为的打击力度，打消一些“老赖”的侥幸心理、规避心理，从而迫使其自动履行判决、裁定确定的义务，从而充分保障当事人的合法权益，维护司法权威，推动诚信社会构建。律师建议，要采取刑事法律手段对“老赖”进行威慑，必须要做到以下几点：

首先，聘请专业的律师启动诉讼程序，争取获得胜诉的判决或者裁定；

其次，积极配合律师和有关司法机构，尽可能获取财产线索，对其动产和不动产进行查、冻、扣等；

再其次，依法申请人民法院进行强制执行、采取限制消费、纳入失信被执行人名单等措施；

最后，及时关注被执行人的行动轨迹和财产状况，当发现有能力执行而拒不执行的时候，自己或者聘请律师依法调查取证，依法、及时向公安机关提出控告或向人民法院提起自诉。



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



虎毒不食子，虐童何时止？

作者：七方刑事团队

近年来，辽宁抚顺6岁女童遭其生母及其男友虐待的新闻牵动着千千万万人的心。据新京报报道，经抚顺市公正司法鉴定所鉴定，女童共计有10项伤情，伤情鉴定结果有一处重伤及八处轻伤。伤情鉴定显示，女童的体表烫伤为重伤二级，头部、胸部、骨盆等五处部位一级轻伤，其中胸部9根肋骨骨折。此外，左股骨、牙齿损伤等三处部位二级轻伤，右大腿扎入5厘米钢针三枚为轻微伤。目前，女童母亲刘某及其男友陈某因涉嫌故意伤害罪及虐待罪已被检方提起公诉。

此前，我们律所的李宁律师曾撰写过《6岁女童被虐案，谁来守护孩子的童年？》一文从民事的角度对本案作出过分析。根据目前的消息，本案不仅仅是民事侵权，已经上升到刑事处罚的高度。那么，何为虐待罪？虐待罪与故意伤害罪如何区分？本案中女童母亲刘某及其男友陈某又应该承担何种刑事责任呢？

一、什么是虐待罪？

虐待罪规定在我国《刑法》第 260 条，是指经常以打骂、禁闭、捆绑、冻饿、有病不给治疗、强迫过度体力劳动等方式，对共同生活的家庭成员进行肉体上、精神上的摧残、折磨，情节恶劣的行为。如果造成被害人重伤、死亡的，最高可处 7 年有期徒刑。

虐待罪相较于其他犯罪而言，其较为特殊的是虐待罪是一种亲告罪。所谓亲告罪，是指告诉才处理的犯罪，即所谓的“不告不理”。在我国《刑法》中，通常以公诉罪（即不需要被害人控告也应启动刑事追诉程序）为主，亲告罪则作为例外，由法条明确规定。我国现行《刑法》中，亲告罪包括：侮辱罪、诽谤罪、虐待罪、暴力干涉婚姻自由罪以及侵占罪。除了侵占罪以外，亲告罪在满足一定的条件时，可以转化为公诉罪，由国家公诉机关提起公诉。例如，本案涉及的虐待罪，当被害人出现重伤、死亡的严重后果时，本罪就变成了公诉罪。另外，刑法修正案九增加了另外两种情况，即当被害人没有能力告诉，

或者因受到强制、威吓无法告诉时，本罪也会转换为公诉罪。

上述应当公诉的特殊情况中，比较难以判断的是何为“被害人没有能力告诉”？对此，最高检在 2018 年发布的第十一批指导性案例之三《于某虐待案》中明确，“被虐待的未成年人，因年幼（11 岁）无法行使告诉权利的，属于刑法第二百六十条第三款规定的“被害人没有能力告诉”的情形，应当按照公诉案件处理，由检察机关提起公诉，并可以依法提出适用禁止令的建议。”因此，年幼未成年人遭受虐待的，公权力应当及时介入予以保护。

为充分保障未成年人的权益，2020 年 5 月 7 日，最高检发布最新《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见（试行）》。《意见》指出，密切接触未成年人的行业的各类组织及其从业人员，在工作中发现未成年人遭受或者疑似遭受不法侵害以及面临不法侵害危险的，应当立即向公安机关报案或举报。各类组织及其从业人员不仅包括了学校、医院，甚至包括了

校外培训机构、宾馆等。2020年10月17日，全国人大常委会审议通过的《未成年人保护法》修订案拟增设了发现未成年人身心健康受到侵害时的“强制报告制度”。上述制度均为未成年人受虐待时的“告诉权”规定了报告责任人，提供了现

实可操作性，更切实际地保护了未成年人在家庭的安全。

当然，本案中被害人童童，由于其鉴定，已经构成了重伤，由公诉机关提起公诉追究刘某、陈某的刑事责任完全符合法律规定。

二、如何区分虐待罪和故意伤害罪？

根据《刑法》第234条关于故意伤害罪的规定，故意伤害他人身体的，最高可处死刑，而虐待罪最高刑期只有7年。因此，有人认为，如果是家庭内部的严重伤害、杀人，是可以逃脱法律的严惩，只需要付出最高7年的代价。那么，果真如此吗？答案显然是否定的，如果行为人有故意伤害的意图，通过虐待伤害被害人的，仍可以定故意伤害罪甚至故意杀人罪。诚然，物理型的虐待行为与故意伤害行为存在相似性，但并非完全不可区分。

根据2015年最高院、最高检、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》第17条第2款，“准确区分虐待犯罪致人重伤、死亡与故意伤害、故意杀人犯罪致人重伤、死亡的界限，要根据

被告人的主观故意、所实施的暴力手段与方式、是否立即或者直接造成被害人伤亡后果等进行综合判断。对于被告人主观上不具有侵害被害人健康或者剥夺被害人生命的故意，而是出于追求被害人肉体和精神上的痛苦，长期或者多次实施虐待行为，逐渐造成被害人身体损害，过失导致被害人重伤或者死亡的；或者因虐待致使被害人不堪忍受而自残、自杀，导致重伤或者死亡的，属于刑法第二百六十条第二款规定的虐待‘致使被害人重伤、死亡’，应当以虐待罪定罪处罚。对于被告人虽然实施家庭暴力呈现出经常性、持续性、反复性的特点，但其主观上具有希望或者放任被害人重伤或者死亡的故意，持凶器实施暴力，暴力手段残忍，暴力程度较强，

直接或者立即造成被害人重伤或者死亡的，应当以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。”

笔者通过案例检索发现，实务中不乏以虐待罪、故意伤害罪数罪并罚的案例。例如《浙江省高级人民法院（2017）浙刑终100号赵某某故意伤害罪、虐待罪刑事

裁定书》中就因被告人赵某虐待、故意伤害致其女儿死亡等行为，以故意伤害罪致人死亡、虐待罪数罪并罚，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。

因此，如果想以家庭虐待为“保护罩”故意伤害他人，以此奢望能够逃脱法律的严惩，恐怕得不偿失。

三、童童母亲刘某及其男友陈某将受到何种刑事处罚？

那么在本案中，童童母亲刘某及其男友陈某将受到何种刑事处罚呢？从目前新闻媒体报道的消息来看，童童遭受了其

母亲刘某及其男友陈某的长达3个月的虐待，身上伤情共计10处。首先，对于刘某，由于其长期虐待童童，造成其身上多



处轻伤、一处轻微伤，情节恶劣，其行为已经构成虐待罪。此外，刘某以热水反复浇烫童童身体，从其手段上看，已经超出了一般的虐待行为，其手段残忍，直接造成了童童重伤，应当认为其具有希望或放任童童重伤乃至死亡的故意。因此，按照《刑法》及相关司法解释的规定，其已经构成故意伤害罪。

其次，陈某与刘某的处罚不完全相同。根据虐待罪的构成要件，其要求虐待的对象是家庭成员，而陈某与被害人童童之间并无亲属关系，不属于家庭成员，陈某对童童亦没有监护、看护职责。因此，陈某很难构成虐待类犯罪（包括虐待被监护、看护人罪）。那么，陈某是否不应当受法律处罚呢？答案显然是否定的。立法者之

所以给予虐待罪相对故意伤害罪较轻的刑罚，是出于加害人与被害人之间的特殊关系考虑。因此，对于虐待罪中较为轻的伤害，不认定为故意伤害罪，而是认定为量刑较轻的虐待罪，在没有造成重伤、死亡等严重后果时，采取“不告不理”的处理方式。相反，倘若没有家庭成员这一身份，其他人之间的互相伤害案件，只要造成轻伤以上的伤害，就会被追究刑事责任。当然，在本案中如果查明陈某存在帮助刘某虐待童童的情节，也不排除认定陈某构成虐待罪的帮助犯的可能性。

因此，本案中，陈某应当认定其构成故意伤害罪；童童母亲刘某则应当以虐待罪和故意伤害罪数罪并罚。



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

山东虐待致死案判轻了吗？

作者：七方刑事团队

引言

上海七方律师事务所刑事团队在上一期“刑案平谈”专栏中，曾撰文《虎毒不食子，虐童何时止？》一文分析虐待罪。近日，又一起山东虐待儿媳致死案件刺痛人们的神经，引发社会舆论关注。该案件引发关注的主要因素有两个，其一是虐待的起因系被害人方某不能生育，其二是一审法院对实施虐待的三人分别处以3年、2年2个月以及2年（缓刑3年）的处罚，不少网友觉得处罚畸轻，法院判决不公允。无论是生育问题背后隐含的男女平等问题还是法院定罪量刑所蕴含的社会公众对法律公正的期待，均是本案引发热议的原因。如果仅从本案目前媒体披露的事实和我国法律有关虐待罪的法律适用出发，本案一审法院的判决是否真的存在量刑畸轻的问题呢？且看本文分析。

定罪的分析

（一）一审判决结果

根据目前媒体披露信息，山东禹城市法院认为，方某的公婆、丈夫经常对共同生活的方某以打、冻、饿、禁闭等手段予以肉体上和精神上的摧残，并致使方某在营养不良的基础上，受到多次钝性外力作用，导致全身大面积软组织挫伤死亡，情节恶劣。被告人的行为均已构成虐待罪，应予刑事处罚。各被告人归案后均能如实供述犯罪事实，构成坦白，且具有悔罪表现，决定从轻处罚；各被告人亲属自愿预交赔偿金人民币5万元，决定从轻处罚。方某的丈夫张某犯罪情节较轻，具有悔罪

表现，决定适用缓刑。

故一审法院最终判决，张某林因犯虐待罪，被判处有期徒刑三年。刘某英因犯虐待罪，被判处有期徒刑二年二个月。张

（二）本案定罪的争议焦点

本案定罪的争议焦点在于，是否应当对方某的公婆以故意伤害罪（致人死亡）和虐待罪数罪并罚？

根据媒体披露的本案判决书细节，方某死亡当日（2019年1月31日）上午8时许，刘某英让方某刷锅，方某拒绝，刘某英就拿着50厘米长的木棍抽她。接着张某林抓住她的肩膀往前拽，方某倒地时，“听到她头部、膝盖和手磕到地面的声音。”随后张某林拿起木棍朝着方某腿部、臀部打了三四下，打完她后，让方某在院里进行罚站。当天10时许，张某林让方某宰鱼，方某不愿意，再次被张某林用木棍抽打了四下。一小时后，刘某英让方某洗衣，方某坐着不动，张某林拿着木棍再次殴打了方某。18时许，刘某林发现“方某快不行了”。丈夫张某随即拨打120，但是等救护车到场后，方某已死亡。

某犯虐待罪，被判处有期徒刑二年，缓刑三年。同时，被告人需向方某的母亲赔偿丧葬费、误工费、交通费等，合计4万余元。

首先，从这段细节的描述中可以看出，由于方某的丈夫在方某死亡当日并未参与殴打方某，其不应当承担故意伤害罪的刑事责任。但他长期虐待方某，情节恶劣，应当承担虐待罪的刑事责任。因此，方某的死亡结果与其丈夫的行为缺乏刑法上的因果关系。一审法院据此认定其构成虐待罪，且情节相较于方某公婆较轻，并无不妥。对方某丈夫的争议主要在于量刑方面，本文将在第三部分进行分析。

其次，对于方某公婆是否应当以故意伤害罪（致人死亡）和虐待罪数罪并罚则应当综合考虑本案事实。根据2015年最高院、最高检、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》第17条第2款之规定，区分虐待犯罪致人重伤、死亡与故意伤害、故意杀人犯罪致人重伤、死亡的关键是要根据被告人的主观故意、

所实施的暴力手段与方式、是否立即或者直接造成被害人伤亡后果等进行综合判断。结合本案，倘若要以虐待罪对方某公婆定罪处罚，其二人对于方某的死亡的主观态度上不应当是故意或间接故意，而只能是过失。在客观行为上，其一要考察公婆的暴力程度，其所采取的暴力不能是直接会导致方某重伤、死亡的结果；其二要考虑公婆的击打部位，其击打的不能是头部、颈部等要害部位；其三，方某的死亡

结果不能在受到其公婆伤害后立即出现。

笔者认为，根据媒体目前披露的案件信息，从方某公婆一家在伤害手段、死亡结果与伤害行为的时间间隔以及拨打 120 等行为，现有证据尚不能证明公婆具有故意伤害致人死亡或故意杀人的主观心态。因此，一审法院判决在定罪上并无不妥。当然，由于笔者无法看到案件卷宗，仅能根据互联网上的信息对本案作出评析，难免出现纰漏。

量刑的分析

本案的另一个争议焦点在于对各被告人的量刑是否畸轻。

根据《刑法》规定，如果认定各被告人构成虐待罪（致人死亡），其量刑幅度为有期徒刑 2 年以上 7 年以下，意味着法律给了法官自由裁量权，法官有权根据具体案情，对被告人作出 2 至 7 年的刑期。

但法官的自由裁量权并非完全没有限制。2020 年 7 月，最高人民法院发布了

《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》（以下简称“意见”），简单来说该《意见》要求“类案同判”，即相似案情的案件其裁量尺度应当一致。因此，笔者以虐待罪为案由，致人死亡为情节，在中国裁判文书网上做了检索，经过整理一共有 15 个案件（见下表）。笔者以被害人的死亡原因，对 15 个案件作出分类。

序号	名称	审理法院	案号	手段	死亡原因	量刑情节	量刑
1	贺洪翠、陈	成都市中	(2018)川 01	殴打、冻饿、限	虐待行为	无	有期徒



	敦和虐待罪	级人民法院	刑终 696 号	制人身自由	直接导致死亡		刑五年
2	张世国虐待罪	重庆市第二中级人民法院	(2016)渝 02 刑初 63 号	辱骂、殴打、饿、有伤不治	虐待行为直接导致死亡	尚未完全丧失辨认、控制自己行为能力的精神病人	有期徒刑四年
3	马金婷虐待罪	新晃侗族自治县人民法院	(2017)湘 1227 刑初 57 号	长期使用木棒、竹条等工具以殴打	虐待行为直接导致死亡	坦白	有期徒刑五年
4	韩云虐待罪	汉中市汉台区人民法院	(2017)陕 0702 刑初 19 号	用枝条抽打为手段对被害人进行体罚	虐待行为直接导致死亡	自首	有期徒刑六年
5	李某甲犯虐待罪	昆山市人民法院	(2014)昆刑初字第 0605 号	多次殴打	虐待行为直接导致死亡	无	有期徒刑三年
6	高长胜虐待罪	青县人民法院	(2015)青刑初字第 112 号	多次殴打	虐待行为直接导致死亡	坦白	有期徒刑五年
7	陈晓爱虐待罪	上饶市中级人民法院	上饶市中级人民法院	经常、持续性实施指甲掐、牙齿咬等伤害行为，在王某受伤后	未得到及时救治而死亡	自首、被害人家属谅解	有期徒刑二年



				未及时送医			
8	吴波虐待罪	晋江市人民法院	(2019)闽0582刑初2612号	使用铁质的衣架、皮质的电线等工具多次殴打,不予送医治疗	未得到及时救治而死亡	坦白	有期徒刑四年
9	张伟虐待罪	成武县人民法院	(2019)鲁1723刑初27号	殴打手段,未及时送医院治疗	未得到及时救治而死亡	累犯	有期徒刑六年
10	赵利萍虐待罪	晋中市中级人民法院	(2014)晋中中法刑终字第41号	扇耳光、踢、用棍打,对被害人冻伤处撒盐,被害人昏迷未送医治疗	未得到及时救治而死亡	抛尸、焚尸,被害人家属谅解	有期徒刑五年
11	石冬冬虐待罪	沭阳县人民法院	(2019)苏1322刑初431号	多次殴打、辱骂	跳楼自杀	坦白、认罪认罚、被害人家属谅解	有期徒刑三年,缓刑四年
12	潘大刚虐待罪	潍坊市中级人民法院	(2013)潍刑一终字第151号	用皮带多次抽打	跳楼自杀	坦白、被害人家属谅解	有期徒刑二年零六个月
13	梁某某虐待罪	修水县人民法院	(2014)修刑初字第180号	采取打骂等手段	跳楼自杀	自首	有期徒刑二年

							六个月， 缓刑三年
14	罗丽虐待罪	长沙县人民法院	(2019)湘0121刑初344号	禁闭不提供食物、水	重度营养不良	坦白	有期徒刑四年
15	许文华虐待罪	苏州工业园区人民法院	(2016)苏0591刑初448号	多次采用皮带抽打身体、关进露天阳台过夜	患大叶性肺炎致呼吸、循环功能衰竭而死亡	共同犯罪，前科	有期徒刑三年六个月； 有期徒刑一年九个月， 缓刑二年

从上表可知，在几种死亡因素中，被害人因受不了长期虐待，跳楼自杀的量刑最轻，平均3年不到，且有两起案例均给予了缓刑。因被害人身患疾病，加虐待行为而导致死亡的量刑也较轻，且宣告了缓刑，其余案件均未对被告人宣告缓刑。

本案中，方某的死亡原因应当是“虐待行为直接导致死亡”一类案件，本类案

件中，平均刑期是4.7年，且即使有自首情节，也未宣告缓刑。如果以“类案同判”的思维考量本案法院的量刑，确实存在量刑偏轻的情况。但如前所述，由于笔者无法看到案件全貌，只能通过案例检索，简单对比得出该结论，未必妥当。

目前，本案因程序违法，已被德州市人民法院发回禹城市人民法院重审。根据

上述分析，笔者认为，根据现有材料，本案的定罪不存在问题，但量刑上确实偏轻，或许禹城市人民法院会对本案的量刑作出相应调整。





非法买卖死者个人信息是否构成犯罪？

作者：七方刑事团队

《人民法院报》公众号在 2020 年 12 月 7 日发布了一篇题为《用死者信息给活人办驾照，“业务竟然火遍全国”？》的文章，其主要介绍了以下一则案例的定罪量刑：2017 年初，被告人付某、张某开始从事非法买卖驾驶证活动。他们收购已死亡但未注销驾驶证的人员身份信息，将购买驾驶证者的照片与死者的信息合成假身份证并通过该身份证的复印件将死者的驾驶证补办出来，最后伪造盖有各地公安机关户口专用章的户籍证明、双重户口

注销证明，再将死者的驾驶证信息在车辆管理所全部变更为购买驾驶证人员的信息。至 2018 年案发时，付某共办理了 35 本驾驶证，其中，张某参与了 27 本。

四川省广元市利州区人民法院经审理认为，被告人付某、张某为非法获利、帮助他人违规办理驾驶证，伪造国家机关公文、印章，妨害正常的社会管理秩序，情节严重，构成伪造国家机关公文、印章罪。一审判决后，付某、张某上诉，广元市中级人民法院维持原判。

笔者认为，法院对该案件的判决并无问题。不过，其中值得探讨的是，付某等人购买死者个人身份信息的行为能否构成刑法第二百五十三条之一的侵犯公民个人信息罪？

在本案中，由于付某等人仅仅办理了35本驾驶证即被抓获，其收购的死者信息数量不足50条。根据2017年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯公民个人信息案件适用法律若干问题的解释》

第五条，构成侵犯公民个人信息罪需要达到一定的数量：对于行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信息需要50条以上，住宿信息、通信记录等其他可能影响人身、财产安全的公民个人信息需要500条以上，除上述两种的其他公民个人信息需要5000条以上才能构成犯罪。因此在本案中，付某等人的行为由于仅涉及35条（不满500条）公民个人信息，因而尚不构成该罪。



那么，倘若达到司法解释所规定的数量，非法买卖死者个人信息是否构成侵犯公民个人信息罪呢？

对于死者人身权利保护的问题在理论上存在一定的争议。肯定说认为，应该保护已经去世的人的人身财产权利，或是主张将死者和生者等同地进行保护，或是要求对死者保护规定具体的年限。否定说认为，侵犯公民个人信息罪中的“公民”不包含单位和死者。

在实践中，目前也缺乏案例对该问题作出明确的回应。虽也有案例涉及死者的个人身份信息买卖，但往往由于涉及与其他罪名的竞合，司法人员会对案件做“简单化”处理。例如，某精神卫生中心的医生，利用工作便利，收集死者的医保信息后虚开药物，套取国家的医保药品后变现。但司法人员对于该类案件一般倾向于按照传统的诈骗等罪名处断，对于是否构成

笔者认为，侵犯公民个人信息罪的对象不应包含死者的个人信息。首先，从文义解释，“公民”是指具有某一国国籍，并根据该国法律规定享有权利和承担义务的人。根据公安部的《中华人民共和国户口登记条例》第八条，公民死亡需要申

侵犯个人信息犯罪以及竞合、罪数形态等往往避而不谈。

也有单纯涉及侵犯公民个人信息罪，但因为死者的个人信息中混杂了其他生者的个人信息，法院亦未对此充分说明释理。例如，在张某某犯侵犯公民个人信息罪（案号：（2017）川 0681 刑初 90 号）案中，法院认为，被告人张某某非法获取公民个人信息 41637 条，情节严重，构成侵犯公民个人信息罪。在这 41637 条个人信息中心包含死亡人口数据（死者姓名、身份证号码、入院原因、家属姓名、联系电话、住址、诊断结果、死亡原因、死亡时间等）4556 条。但遗憾的是，法院并未对此作出进一步说明，即未指出将这 4556 条信息计入时，究竟是因为死者个人信息也是本罪所保护的法益还是仅仅因为这其中混杂了家属的公民个人信息。

报死亡，注销户口。这意味着死者曾是公民，但已不是公民。

其次，从刑法用语的同一性来看，刑法倘若要保护“死者”，均采用其他名词进行指涉。例如，刑法第三百零二条，盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪。

《刑法修正案（十一）草案二审稿》第二十九条，侮辱、诽谤英雄烈士罪。上述法条均以“尸体、尸骨、骨灰、烈士”等名词指代死者。

再次，从刑法的体系来看，也不宜将死者的个人信息纳入侵犯公民个人信息罪的保护范围内。侵犯公民个人信息罪设立在刑法的第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪一章中，在该章节中的其他罪名均不保护死者。此外，刑法第三百零二条以及《刑法修正案（十一）》拟增加的侮辱、诽谤英雄烈士罪等保护死者利益的罪名均设置于刑法第六章妨害社会管理秩序罪第一节扰乱公共秩序罪一节中。

最后，相较于生者的个人信息，保护死者个人信息的必要性值得商榷。诚然，侵犯死者的个人信息确实有一定的社会危害性，但刑法作为最后一道屏障，在立法和对其进行解释时应当遵循谦抑性的原则，并非所有具有社会危害性的行为都值得入罪化。侵犯死者个人信息的行为无论是在案件数量上，还是保护的必要性上均未达到非要刑法保护的程度。因此，侵犯公民个人信息罪的对象不应包含死者的个人信息。



傅建平 律师

上海七方律师事务所 副主任
七方刑事辩护与刑事合规法律服务
部 主任

上海律协刑事诉讼与刑事辩护业务
研究委员会 副主任

上海市法学会刑事学研究会 理事
华东政法大学文伯书院 校外导师

专业领域：刑事辩护、刑事合规及
刑民交叉法律业务、企
业法律顾问

抢夺公章 法定代表人胜算几何？

作者：周松涛

公章的重要性不言而喻，尤其在中国，代表机构表达意志主要靠公章。对于公司而言，尽管法律规定法定代表人能够代表公司从事民事活动，但现实生活当中，人们对于公章的关注和认可度明显高于法定代表人的签字。公司公章从性质上而言，是经政府职能部门核发的企业合法经营的有效证件，表达公司意志的重要工具。只要文件上盖有公章，通常都会被认认为是代表公司意志，所以就形成了“得公章者得天下”的局面，公章关乎公司控制权的核心。

正因为公章如此重要，所以一旦发生公司纠纷尤其是股东纠纷，往往就会上演争夺公章的好戏。比如，前几年中国山水水泥集团发生股权纠纷，原董事张才奎父子为对抗新董事会带走公章，造成公司无法正常经营，导致来自 9 省市 2000 多名员工聚集总部向张才奎父子索要公章的壮观场面。再比如，前段时间当当网发生的夺章事件，李国庆因婚变与俞渝闹掰，为了夺取公司的控制权，他带人闯入公司抢走公司公章、证照，之后被公安部门行政拘留，最终由主管部门出面调停才平息了事件。李国庆交还了公章、证照，当当

网得以恢复秩序，否则经营必定受到重大影响。

那么问题来了，当发生抢夺公章的情况，往往双方都会说出持有公章的理由，那么公章究竟应该归哪一方持有或保管呢？这一权利是归总经理还是董事长，亦或是法定代表人呢？对此，法律并没有明确规定。立法者认为，这属于公司内部治理问题，法律不宜统一规定，应当交由公司自行决定。如果公司章程中也没有规定那如何处理呢？有意见认为，此时法定代表人有权保管公章，因为法定代表人有权代表公司，由其保管公章能够实现意思表示主体及工具上的统一。司法实务中是否支持这一观点呢？经过查询相关案例，我们发现，法定代表人代表公司起诉要求其他主体返还公章的案件，大部分得到了法院的支持。看来这一观点基本是成立的。以此来看，李国庆如果拒绝交出抢走的公章，作为公司法定代表人的俞渝代表公司起诉李国庆的话，估计法院大概率会支持俞渝，李国庆交出公章还算明智。

基于上述分析是否就能得出法定代表人有权保管公章的结论呢？换句话说，只要一方是法定代表人，就有权要求持有人交出公章吗？笔者认为，这一结论只能在一般情况下成立，特殊情况未必成立。公章属于公司的法人财产，归公司所有，不属于任何个人的私人财产。一般情况

下，如果公章被股东、董事、高管占有或抢夺了，公司有权向法院诉请索回。但由于公章失控，此时起诉状上无法盖章，公司要立案就只能由法定代表人在起诉状上签字，代表公司起诉。民事诉讼法规定，法人由法定代表人进行诉讼。由此，法定代表人可以通过诉讼代表公司索回公章。名义上索回后归还给公司，但公司是拟制的人，实际还是要具体落实到自然人保管，法定代表人由此获得了实际的保管权。所以，笼统来说，法定代表人有权夺回公章。

那特殊情况是什么呢？特殊情况或者例外情况主要包括这样几方面：

1、公司有决议。如果公司股东会、董事会就公章保管、使用事项作出了决议，决议由特定部门或人员保管公章，那就应当按该决议执行，法定代表人也应当遵守。参考案例如夏叶锋诉上海兴乐线缆有限责任公司公司证照返还案（2018 沪 01 民终 9259 号）。

2、公司章程有规定。章程是公司的“宪法”，如果章程作出特别规定由特定部门或人员保管公章，那就应当按章程执行，法定代表人当然也受章程约束。参考案例如杜龙泉诉上海安益健康管理有限责任公司公司证照返还案（2018 沪 01 民终 280 号）。

3、公司有制度。如果公司制定了关于公章保管、使用的制度，规定由特定部门或人员保管公章，并且该制度经由股东会或董事会通过，那就应当按该制度执行，法定代表人也不例外。参考案例如杜龙泉诉上海安益健康管理有限责任公司公司证照返还案（2018 沪 01 民终 280 号）。

4、公司有惯例。如果公司没有就公章保管、使用事项作出决议或制定章程、制度，但是长时间由特定部门或人员保管公章，各方均未提出过异议的，那可以被认为是存在惯例，应当按该惯例继续维持公章的保管和使用方式。参考案例如缙海佐鹤精密钣金制品有限公司诉蔡培明公司证照返还案（2019 沪 01 民终 6424 号）。笔者认为，惯例并非绝对标准，需要作综合分析。如果平时由某人保管公章，当公司需要调整保管人员或收归法定代表人持有时，通常情况下该保管人员应当交出公章，这是公司治理的规则使然。但如果由于发生股东纠纷，并且法定代表人出于自己意志主张持有公章时，则应考虑各方面因素，其中包括惯例，综合作出判断和认定，而不能一刀切。

5、公章存放于公司。如果公章存放于公司，一般情况下就不应认为被某个个人持有，诉请该个人返现就缺乏事实依据。参考案例如上海高博特信息科技有限公司与董服龙公司证照返还案（2019 沪 01

民终 13135 号)。当然，笔者认为，这里的存放于公司还有一个前提，即公司可以正常取用公章，而不是被个人控制下的存放，否则不属于例外情况。

上述特殊情况均有案例支持，所以法定代表人保管公章的权力并不绝对。笔者由此分析给到大家的建议是：如果你是一方股东，而法定代表人由对方股东担任或控制，那么为了平衡公司控制权，你很有必要在公司成立之初就提出制定公章的保管、使用制度或就该事项作出专项股东会或董事会决议或者直接写进章程，以免万一发生纠纷时，对方以法定代表人身份控制或索取公章。

笔者近期办理了一个证照返还案件，情况很特殊，用一般规则恐怕没有那么容易得出结论。涉案公司有三个股东，我方股东两人，合计持股 50%，对方股东一人，持股 50%，法定代表人由对方担任。公章长期存放在公司，并由专人保管使用。股东发生纠纷后，对方股东起诉要求我方两股东交出公章。笔者接手案件后发现，公司有公章保管、使用的规定，但该规定并未经过股东会、董事会审议通过。由于股权各半，如果召开股东会没有办法形成过半数的有效决议，所以无法通过股东会解决。再看董事会，成员三人，就是这三个股东组成。于是我们提议公司召开董事会，重新通过该制度并追认该制度的历史

效力，从而确保制度的有效性。但该方式有一点不足，因为对方起诉的被告是我方两股东，而召开董事会由两名董事赞成通过该制度也正是我方两股东，这样的做法很可能遭到对方的质疑，质疑我方是为了逃避责任而补作了决议，该行为具有主观恶意，不应得到法律的支持。这一点与以往案例不同，存在一定的不确定性。开庭过程中，对方果然就此提出质疑，主张决议无效。我方则主张，董事会的召开及决议的作出只要合法合规，在未经司法程序宣告其无效或撤销的情况下，董事会作出的决议就应当是有效的，况且董事会决议的效力不应成为本案的认定对象，即便法官作出效力认定，也缺乏法定理由认定该决议无效或可撤销。经过双方激烈辩论，法院最终支持了我方观点，我方获得了全胜。（本案还有其他争点问题，在此仅提取与本文有关的部分说明。）

通过上述承办案件的分析，笔者再次给到大家的建议是：

(1) 尽量避免股权平分，否则这颗雷迟早要爆（该问题可另行参阅笔者于 2019.3 在七方法苑公众号上的文章《股权均分是颗雷》）；

(2) 在你无法掌控股股东会时，尽量掌控董事会，无法掌控董事会时尽量抓住法定代表人；

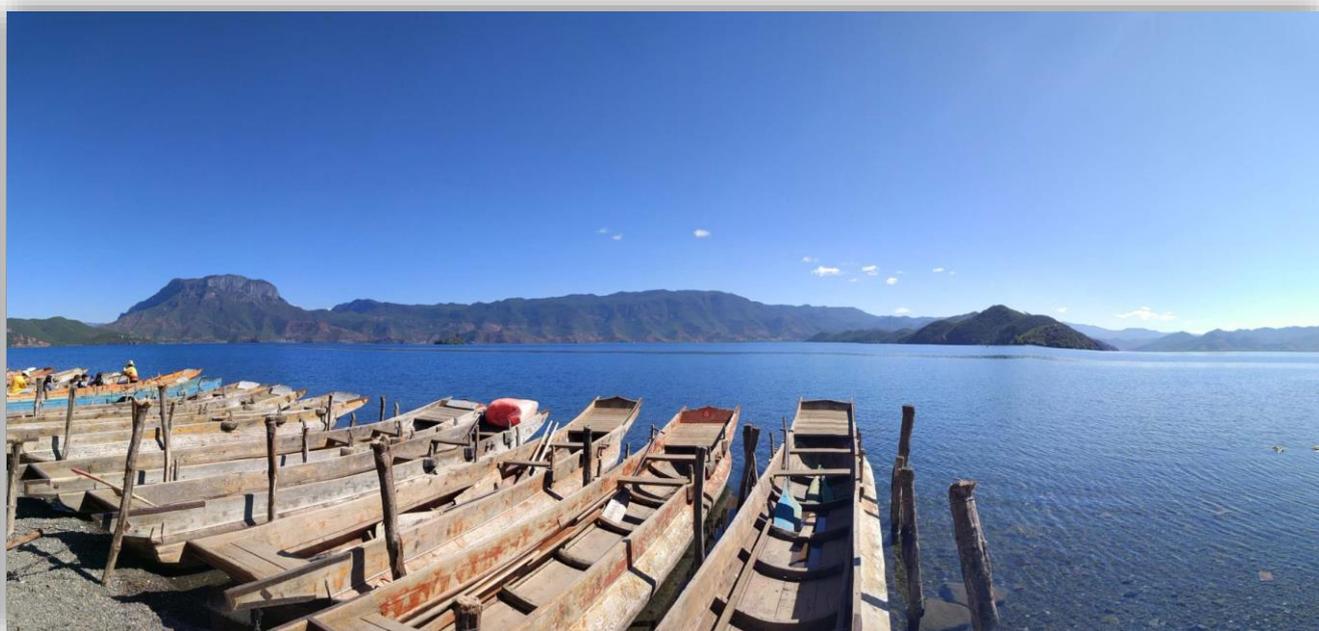
(3) 如果股东会、董事会、法定代表人你一样都无法控制的话，请务必在公司设立之初与对方关系良好时就把公章管理的相关内容写进章程，或者制定相关制度并经股东会、董事会审议通过，从而确保公章不被对方一手控制。如此，即便你仅仅只担任总经理，或许也能保住公章、维持对公司的控制权。

发生股东纠纷不可怕，有时甚至难以避免，可怕的是对此掉以轻心没有任何预备。多了解一些纠纷解决方案、控制权维持及防范方案，有助于遇到问题时可以从容应对。



周松涛 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人
七方公司与财税法律服务部 主任
上海律协税务业务研究委员会 委员
法务会计师
专业方向：公司业务、商业诉讼、税务
联系方式：18621368850



公司股权变更登记，说简单也复杂

作者：李剑

笔者最近处理的一个公司变更登记小案例，有点意思。

A 有限责任公司有五个股东，持股比例分别为甲 49%、乙 15%、丙 15%、丁 15%和戊 6%。乙、丙和戊拟将各自持有的股权全部转让给甲，其他登记事项不予变更。

在进行工商变更登记过程中，因无法提供由全部股东签名的股东会决议和公司章程修正案，无法进行变更。原因是股东丁口头上都说没有意见，但不愿意签署任何书面文件。

表：股权变更登记应当提交的主要资料（生产型企业）

根据登记部门的要求，公司进行股权变更登记，确实需要提供股东会决议和修订后的章程或者章程修正案，这两份文件都需要全部股东签名。但是出现上则案例中的股东不愿意签署任何书面文件的话，该如何处理呢？

一般来说，以生产型有限责任公司为例，不管是股东对外转让股权还是对内转让股权，能提交下列全部完整资料的，说明股东之间都是相互配合，没有显性的纠纷，股权变更登记就没有障碍。

序号	名称	盖章/签字
1	公司登记（备案）申请书	法定代表人签署
2	股东会决议 1	原股东签署
3	股东会决议 2	新股东签署
4	聘任经理决定	执行董事签署
5	股权转让协议	股东签署
6	公司章程修正案	股东签署
7	完税凭证	税务部门出具
8	生产型企业意见征询表	企业注册地方政府出具
9	营业执照	市场监督管理局回收

但是，凡事总有例外，如果遇到部分股东不予配合签署文件，该如何进行股权变更登记？

一、股东对股东以外的第三人转让股权，其他股东不予配合签署文件的，如何处理？

1、书面通知其他股东征求意见，是必要的程序。

根据《公司法》第七十一条的规定，“股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他

股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。①其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。②”

划重点，股东对股东以外的人转让股权，首先，是看公司章程是否对此有特殊

约定，有约定从约定，没有约定就按照法定来；其次，看法定，股东应当就其转让股权事项书面通知其他股东征求其同意。也就是说，在章程没有特殊约定的情况下，股东要发出书面通知，静等三十日期满未答复的，视为同意。不同意转让又不同意购买的，视为同意转让。

因此，股东对股东以外的人转让股权，在无法取得其他股东有效签字情况下，应当提供通知股东转让股权事项的书面凭证，连同其他材料一起提供给公司变更登记机关。

2、根据章程规定，书面通知股东召开股东会，就选举法定代表人和董监高、修改公司章程进行表决，是必经的程序。

由于股东对股东以外的人转让股权，不可避免遇到公司法定代表人、执行董事或董事、监事的选举和变更，这些董监高的变更又会引起公司章程的修改，这些变更文件和章程的修改，均需要召开股东会予以表决，因此，股东会决议就成为必须有的法律文件，决议内容应当就变更事

项，按照公司法的规定或者章程的约定程序进行表决。

在提交这部分材料时，必须要提交股东会的召开程序是合法的、是符合章程约定的凭证。

二、股东内部转让股权的，其他股东不予配合签署文件的，能否进行股权变更？

根据《公司法》第七十一条的规定，股东之间相互转让部分或者全部的股权，应当完全遵循双方的意思自治，无需征得其他股东的同意。但是实践中的争议是，如果完全不尊重其他股东的意见，股权结构的变化会不会导致小股东的权益难以得到保护？因此，有的地方认为应当提交股东同意转让的股东会决议，同时提交股东签署的章程修正案；有的地方则认为无需提交股东会决议，公司章程修正案无需全体股东签署。如前述案例一样，公司内部进行股权变更登记时，因无法提交全体股东签署的股东会决议和章程修正案而无法顺利进行变更。

《公司法》第七十三条规定，股东转让股权后，应当相应修改公司章程和股东

名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。

国家市场监督管理总局关于印发《企业登记申请文书规范》《企业登记提交材料规范》的通知中明确，股东转让股权变更登记，无需提交关于修改公司章程的决议，只需要提交由法定代表人签署的公司章程修正案。

因此，根据《公司法》及其他文件的规定，涉及股东之间全部或者部分转让股权的，如果不变更其他登记事项，无需提交股东会决议，无需提交全体股东签署的公司章程修正案。

当然，对于股权变更后小股东权益的保护，实质上《公司法》已有相关规定，小股东应当按照法律规定和章程的约定，积极行使股东权利，但无论如何，双方都不能滥用股东的权利阻碍公司的发展，损害公司和其他股东的合法利益。



李剑 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人、管理
合伙人

七方公司与投融资法律服务部 主任
上海律协公司与商事业务研究委员会委员
徐汇区汇调人民调解委员会的兼职调解员

专业方向：公司业务、商业诉讼、

投融资与并购

联系方式：13817279229

上市公司章程能剥夺股东表决权吗？

作者：七方民商法团队



《公司法》第四条规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策、选择管理者等权利。”第一百零三条：“股东出席股东大会会议，所持每一股份有一表决权。”参与重大决策权和选择管理者的权利属于公司法赋予股东的固有权利，而表决权是其核心内容。

那么，上市公司股东的表决权是否必须同股同权呢？上市公司能否通过公司章程或者股东大会决议限制或剥夺部分股东的表决权呢？本文对此略陈管见。

一、同股同权是基本原则

《公司法》第一百零三条：“股东出席股东大会会议，所持每一股份有一表决权。”第一百二十六条第一款：“股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利。”

股份有限公司具有较强的资合性，上市的股份有限公司为典型的资合公司。对于股份有限公司来说，投票权实行一股一票，而不是一人一票。这是国外市场经济

发展几百年逐渐形成的规则，我国公司法也予以采用作为表决权分配的基本原则。

《公司法》上述条款为强行性法律规则，具有强制性，除非其他法律、法规有特别规定，不允许对此进行随意变更。

《公司法》第一百三十一条同时规定：“国务院可以对公司发行本法规定以外的其他种类的股份，另行作出规定。”

目前，我国资本市场上的优先股、特别股（有特别表决权）即依此发行。

二、股东表决权受限的法定情形

1、优先股股东的表决权受限。

优先股是指其股份持有人优先于普通股股东分配公司利润和剩余财产，但参与公司决策管理等权利受到限制的股票。

国务院《关于开展优先股试点的指导意见》第一条第（五）款规定了优先股的表决权限制：“除以下情况外，优先股股东不出席股东大会会议，所持股份没有表决权：（1）修改公司章程中与优先股相关的内容……（5）公司章程规定的其他情形。”证监会《上市公司股东大会规则》第二十三条第二款：“优先股股东不出席股东大会会议，所持股份没有表决权，但出现以下情况之一的，公司召开股东大会会议应当通知优先股股东……”

自2014年我国启动优先股试点以来，已经有数十家上市公司（含新三板公司）通过发行优先股融资近万亿元，融资规模远超配股。依据上述规定，这些优先股股东，一般没有表决权。

2、与上市公司发生关联交易的股东的表决权受限。

《公司法》第十六条第二款：“公司

为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。”第三款：“前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”

对于担保之外的其他关联交易，公司法未对相关股东的表决权进行限制，但其他法规对此有相应规定。如证监会《上市公司股东大会规则》第三十一条第一款：

“股东与股东大会拟审议事项有关联关系时，应当回避表决，其所持有表决权的股份不计入出席股东大会有表决权的股份总数。”《上海证券交易所股票上市规则》第10.2.2条规定：“上市公司股东大会审议关联交易事项时，关联股东应当回避表决。”《深圳证券交易所股票上市规则》10.2.2条：“股东大会审议关联交易事项时，下列股东应当回避表决：（一）交易对方；……（七）中国证监会或者本所认定的可能造成上市公司对其利益倾斜的法人或者自然人。”

3、上市公司持有的本公司股份没有表决权。

《公司法》第一百零三条第一款：“股东出席股东大会会议，所持每一股份有一表决权。但是，公司持有的本公司股份没有表决权。”证监会《上市公司股东大会规则》第三十一条第三款：“公司持有自己的股份没有表决权，且该部分股份不计入出席股东大会有表决权的股份总数。”

4、举牌股东违法买入的股票的表决权受限。

新《证券法》第六十三条第四款规定：“违反第一款、第二款规定买入上市公司有表决权的股份的，在买入后的三十六个月内，对该超过规定比例部分的股份不得行使表决权。”该条第一款、第二款规定的是，举牌股东在举牌后应及时上报证监会并履行信批义务且在特定时段内不得再行买卖公司股票。

在新《证券法》颁布实施之前，证监会规章及上海、深圳证券交易所的自律规则中，也有类似规定。如证监会《上市公司收购管理办法》第七十五条规定：“上市公司的收购及相关股份权益变动活动中的信息披露义务人，未按照本办法的规定履行报告、公告以及其他相关义务的，

中国证监会责令改正，采取监管谈话、出具警示函、责令暂停或者停止收购等监管措施。在改正前，相关信息披露义务人不得对其持有或者实际支配的股份行使表决权”；第七十六条规定：“上市公司的收购及相关股份权益变动活动中的信息披露义务人在报告、公告等文件中有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，中国证监会责令改正，采取监管谈话、出具警示函、责令暂停或者停止收购等监管措施。在改正前，收购人对其持有或者实际支配的股份不得行使表决权。”据此，相关股东是否违规、是否改正，应由证监会予以认定。在证监会采取监管措施之前，上市公司不得限制相关股东的表决权。在当事人已经改正之后，上市公司也不得限制相关股东的表决权。

5、股东资格未获批准时的表决权受限。

法律规定股东资格的取得必须经有关部门批准的，受让人的股东资格自批准后取得。

比如，在我国，银行、保险、信托等金融行业的上市公司，其重要股东资格皆

需批准。如《保险法》第八十四条规定：“保险公司有下列情形之一的，应当经保险监督管理机构批准：（七）变更出资额占有限责任公司资本总额百分之五以上的股东，或者变更持有股份有限公司股份百分之五以上的股东。”《商业银行法》第二十八条规定：“任何单位和个人购买商业银行股份总额百分之五以上的，应当

事先经国务院银行业监督管理机构批准。”比如，安邦保险举牌民生银行，其股东资格就未获批准。

此外，依据《外商投资法》的规定，外国投资者的股东资格在负面清单禁入、限入领域和需经核准、许可、备案的领域，也受到一些限制。

三、股东表决权限制纠纷案例

在实践中，一些上市公司的控股股东、实控人为了防止控制权旁落，往往通过公司章程或董事会决议、股东大会决议剥夺其他股东表决权。这在法律上是站不住脚的。

比如，近期某上市公司在章程中新增了一个条款：“若公司被恶意收购并由此导致公司控股股东、实际控制人发生变动的，变动后的公司控股股东、实际控制人所持公司股份在其实际控制公司之日起三年内不计入出席股东大会有表决权的股份总数。非经公司股东大会以特别决议通过，公司修改本章程时不得对本款规定进行修改。”

笔者认为，股东参与重大决策权和选择管理者的权利属于公司法赋予股东的固有权利，而表决权是其中最重要内容。表决权非依据法律规定或股东自行放弃，不得以章程或股东大会决议予以剥夺或限制。故而，某上市公司章程中的上述条款违反了《公司法》第四条和第一百零三条之规定，若今后有投资者大举买入该公司股票，并取得该公司实控权，可依《公司法》第二十二条及相关司法解释之规定向人民法院提起撤销之诉或确认无效之诉。

实际上，这样的案例在实践中时有发生。

比如，在李勤与上市公司成都路桥公司决议效力确认、公司决议撤销纠纷案件中，成都路桥通过公司章程和股东大会决议剥夺李勤的表决权，李勤遂向人民法院起诉请求确认相关决议无效并撤销相关决议。一、二审法院皆支持了李勤的诉讼请求[i]。

又如，在京基集团有限公司（以下简称京基公司）与深圳市康达尔（集团）股份有限公司（以下简称康达尔公司）公司决议效力确认纠纷一案中，康达尔公司在董事会决议中以京基公司举牌违规为由，剥夺了京基公司的表决权。京基公司将康达尔公司诉至法院，主张康达尔公司董事会决议内容违反法律及公司章程的规定，侵犯了京基公司作为股东的合法权利，请求依法判令确认该决议无效。法院认为，“股东的合法权利受法律保护，除非股东自愿放弃，否则非经严格法律程序不得剥夺或限制。这是现代公司制度的基石。尤其是股东表决权，是股东行使自己意志、参与公司重大决策和选择管理者等其他股东权利的方式，系股东的根本性、固有性权利，对其限制或剥夺，只能是由有权

机关依据公权力、根据法律的明确规定、按照法定的程序进行，而不应允许公司董事会有权认定股东的违法行为，进而决定限制股东权利。否则，将动摇公司制度的基石。”据此，法院支持了京基公司的诉讼请求[ii]。

近年来，资本市场风起云涌，上市公司实控权之争时有发生。为了将“野蛮人”挡在门外，一些上市公司的实控人绞尽脑汁，试图通过公司章程、股东大会决议、董事会决议等方式剥夺“新人”的表决权。殊不知，在我国，表决权乃是公司股东享有的法定权利，非依法律规定、非经法定程序，不得以公司意思自治为由任意剥夺。

其实，为了保住实控权，还是有法可依的。在美国，公司可以通过发行少投票权、无投票权、多投票权的方式来巩固控制权。在我国，科创板、创业板和新三板引入了特别表决权制度，拥有特别表决权的股东一股表决权的数量最高可以达到普通股份的10倍。目前，优刻得等上市公司已率先尝试特别表决权。

员工提出辞职后公司作出违纪解除，算辞职还是解除？

作者：谢亦团



案情介绍

张女士于2017年1月24日入职上海某知名酒店，担任客房服务员，双方签订劳动合同，合同期限为2017年1月24日至2020年1月23日。

2018年4月9日，张女士向该酒店以个人原因为由提出书面辞职，酒店同意了其辞职请求。次日，张女士反悔要求撤回辞职申请继续上班，酒店不同意，于是张女士就在酒店大吵大闹，酒店不堪其扰，以其严重违反公司规定为由出具书面的解除劳动合同通知书。

张女士提起仲裁，要求酒店支付解除劳动合同的经济补偿金，仲裁、一审、二审未获得支持后，向高院提起再审，要求酒店支付违法解除的赔偿金和代通金。

裁审结果

驳回张女士的再审申请。

律师分析

一、劳动者的辞职理由、时间不同，产生的法律后果不同。

众所周知，劳动者只要提前三十日（试用期内提前三日即可）以书面形式通知用人单位，就可以解除劳动合同。辞职的法律效力可以分以下几种情形：

1、劳动者书面辞职报告中，明确表示是提前三十日通知解除劳动关系的，双方劳动关系自三十日届满后解除，而无需用人单位批准同意。这种情形，属于最常见的劳动者行使合法的辞职行为，没有经济补偿金。

2、劳动者提出辞职，用人单位当即同意的，劳动关系当日解除，当然双方就离职期限另有约定的，从其约定。这种情形属于劳动者提出并与用人单位达成协商一致解除，没有经济补偿金。

3、劳动者没有提前三十日（没有约定离职时间径自离职或者明确的离职时间不足三十日）书面通知，也没有征得用人单位同意辞职，双方劳动关系自劳动者离开之日解除，属于劳动者违法解

除（没有法律依据）。如果因此对用人单位造成损失的，用人单位可以要求劳动者承担赔偿责任。

4、劳动者以用人单位未及时足额支付劳动报酬、未依法缴纳社会保险等特殊情形为由提出的辞职。此时，虽然名为辞职，但属于劳动者根据法定情形提出解除劳动合同并获得经济补偿金情形（辞职理由必须明确系《劳动合同法》规定第三十八的情形）。

二、劳动者的辞职权系形成权，一经作出即为有效，除非具有法律规定的特殊情形，否则劳动者不得反悔。

尽管《劳动合同法》规定或者劳动合同约定，劳动者提出辞职的，应当提前三十日，劳动者未提前三十日通知的，并不影响解除的意思表示，仍然产生解除的法律效力。根据《民法总则》第一百三十七条第二款规定，以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。因此劳动者提出辞职后，除非劳动者辞职时明确表示是提前三十日通知解

除劳动关系或者在离职申请书中明确其最后工作日，否则其辞职的意思表示到达用人单位即可发生解除劳动关系的效力。

另外，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(三)》第十条规定，劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。因此，除非劳动者能证明提交辞职报告存在欺诈、胁迫、乘人之危、重大误解或者显失公平，否则不得反悔。

本案中，赵女士主张未约定最后工作日以及提交辞职报告系受到酒店的欺骗所致，辞职无效的说法未获得支持。

三、劳动者作出辞职意思表示后，用人单位再以严重违纪为由作出解除，

并不发生违纪解除的法律效力。

实务中，劳动者提出辞职后又反悔的，用人单位不同意后进行大吵大闹的；或者有的用人单位想通过对劳动者的某些行为处理以儆效尤，给其他员工以警示的；或者是收到劳动者的解除通知（按照《劳动合同法》第三十八条），用人单位为了逃避支付经济补偿金的，用人单位可能会以劳动者存在严重违纪为由发个解除通知，孰不知，并没有什么用。

劳动者一旦提出辞职，双方劳动关系解除，用人单位再次作出解除就失去了前提条件（存在劳动关系）。本案中，4月9日，张女士已提出了解除的意思表示，酒店当天也同意了，双方劳动关系于4月9日解除，酒店4月10日再作出解除从法律上并没有任何意义，张女士也不能以此作为酒店违法解除的理由。

四、劳动仲裁请求一旦确定，后续的诉讼程序中劳动者不得新增诉讼请求或增加金额。



我国劳动争议案件，实行一裁二审制（再加再审，有三个诉讼程序），劳动争议仲裁请求一旦确定后，在诉讼过程中不能做“加法”，只能做“减法”。所以劳动者申请劳动仲裁时，仲裁请求事项一定要全而且要准确，不然可能还得重新申请劳动仲裁或者放弃自己的合法权益。

本案中，张女士仲裁、一审、二审对于要求经济补偿金没有获得支持后

（不符合《劳动合同法》第三十八情形），于再审程序中，提出变更请求为要求支付违法解除劳动合同赔偿金和代通金。即使用人单位违法解除成立，这种再审申请也不可能会获得支持，因为其超出了仲裁、一审、二审的请求范围，而且主张赔偿金和代通金本身也是矛盾的，不能同时主张（没有2N+1的法律规定）。

律师提醒



最后，再次提醒各位劳动者，辞职须谨慎，反悔不容易；而作为用人单位，收到劳动者的辞职报告后，应及时办理好退工手续，没有必要再以严重违纪为由作出解除，因为那样纯属多此一举，甚至可能徒增烦恼。

失信被执行人劳动合同能否解除？

作者：马怡坤

为保障广大人民群众合法权益，维护公平竞争的市场环境，近年来，中央及全国各地均建立起跨部门失信联合惩戒机制，加大了政务和司法领域失信问题专项治理力度。作为用人单位，若发现员工被列为失信被执行人时该如何处理双方之间劳动关系？

《劳动合同法》并未给予劳资双方约定解除条件的权利，故被列为失信被执行人能否成为解除事由，应回到《劳动合同法》第三十九条各款项的讨论中去。本文试图通过分析司法实践中常见的解除事由，讨论失信被执行人劳动合同解除的风险。

一、试用期不符合录用条件

试用期是用人单位与劳动者双方约定的互相考察、双向选择的磨合期间，用人单位在此期间拥有较大的用工自主权。《劳动合同法》第三十九条规定：劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的。因此，不少用人单位规定失信被执行人为不符合录用条件，试用期内单方解除其劳动关系。

但通过对上海市此类案件的检索结果来看，极少有用人单位在试用期内解

除此类人员劳动关系，往往是试用期过后才发现被录用人员的“失信被执行人”身份。究其原因，多数用人单位在招聘员工的时候未根据岗位特点做相应的背景调查，如工作经历、学历、执业资格、违法犯罪记录、司法失信情况等。查询劳动者是否被法院列为失信被执行人，可以登录“中国执行信息公开网”，输入劳动者的身份信息进行查询。

二、严重违反用人单位规章制度

《劳动合同法》第三十九条规定“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（二）严重违反用人单位的规章制度的。”那么用人单位是否可以在规章制度中规定：劳动者被列为失信被执行人的，单位可以单方解除其劳动合同呢？

劳动是公民赖以生存的基本手段，劳动权是公民的基本权利。对于失信被执行人而言，平等的就业机会不仅直接关系到后续偿债能力，更直接影响着其基本生存。劳动者所享有的基本劳动就业权应当受到宪法和法律的平等保护，不应因其失信行为而遭到剥夺。最高人民法院与中央文明办等8个部门联合签署的《“构建诚信 惩戒失信”合作备忘录》（文明办[2014]4号）中也仅规定失信被执行人为自然人的，不得担任企业的法定代表人、董事、监事、高级管理人员等，并未对普通劳动者就业权作出限制。因而，从保护作为劳动者的失信

被执行人劳动权的角度出发，用人单位不能以劳动者被列为失信被执行人为由任意行使单方劳动合同解除权。

上海市金山区人民法院(2019)沪0116民初6331号案件中，用人单位规章制度中即规定：“职工违反国家法律法规、后果严重或违法犯罪依法判刑的，予以开除。”法院认为：“该劳动者被列为失信被执行人是因其违反法律并严重失信而对其采取的司法惩戒措施，另外劳动者已经违反了公司规章制度，且被列为失信被执行人后影响了公司的商誉。故单位解除与劳动者之间劳动关系并未违法。”该案中，法院不仅审查了用人单位的规章制度，更是考量了劳动者行为对单位造成的不利影响，最终支持单位的诉求。

用人单位单方解除被列为失信被执行人劳动者的劳动合同时，应以劳动者被列为失信被执行人影响到了劳动合同的具体履行导致单位受损为要件。

三、欺诈致使劳动合同无效的

在规章制度无明确规定的情况下，多数用人单位会依据《劳动合同法》第三十九条第五款，即劳动者存在欺诈为由解除劳动合同。

《劳动合同法》在第八条第二款中规定“用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明”，可见用人单位的知情权受到限制，劳动者的说明义务限于“与劳动合同直接相关的基本情况”，至于其他个人情况，劳动者无说明义务。

苏州市中级人民法院（2017）苏05民终5204号案件中，法院认为用人单位在与劳动者建立劳动关系时具有知情权，但是知情权具有一定界限，限于“与劳动合同直接相关的基本情况”。劳动者的驾驶证未被执法部门吊销，其驾驶资格依然存在，其依然可凭驾驶技能从事相关工作。列为失信被执行人主要是限制其进行高消费、不合理消费及飞机出行等，并不影响劳动者作为一名司机开展工作任务。据此判决用人单位

解除劳动合同行为违法。

从法院判决可以看出，劳动者的告知义务取决于其岗位的性质，仅当劳动者未履行告知义务妨碍劳动合同履行的前提下，用人单位才可以以“欺诈”为由解除劳动合同。这一点，从上海市的案例中亦可初见端倪。

上海市虹口区人民法院（2016）沪0109民初17866号案件中，同样是劳动者入职后隐瞒被列为失信被执行人的情况，法院认定如下：钱某系公司高级管理人员，不仅所负债务数额较大到期未清偿，被列入失信被执行人，且不具备基金从业人员资格，因此公司认定钱某为缺乏基金公司高级管理人员任职资格的准入条件，影响劳动合同的继续履行，进而解除劳动合同，并无不当。

本案特殊之处在于，该劳动者被聘为公司高管，因被列为失信被执行人完全丧失执业资格，故法院认定解除合法。不过需要注意的是，劳动者的职务与劳动关系的存续不具备同一性，即二

者的存在无必然的联系。本案中，劳动者虽然不具备担任高管的资质要求，用人单位当然有权因劳动者系失信被执行人而免除其高管职务，但是同时能否解除劳动关系，存在疑问。

上海市第一中级人民法院(2019)沪01民终4649号案件中，同样是高管隐瞒被列为失信被执行人身份产生争议，法

院认为：公司高级管理人员与公司之间并非仅有劳动关系，作为具有特殊身份的劳动者，其受公司法和劳动法双重调整。因此根据公司法，失信被执行人不得担任企业的高级管理人员，但并不能以此即推论双方劳动关系不能继续履行，因此公司以此为由解除劳动者劳动合同亦属违法。

结语

用人单位并不当然拥有解除失信被执行人劳动关系的权利，除了要严格适用法律依据，还需要针对劳动者不同岗位性质作出判断。从上述案例来看，失信被执行人“一处失信、处处受限”的信用惩戒大格局已经初步形成，对于如何在完善违法失信惩戒机制与保护劳动者就业权益间寻求平衡，仍是值得深思的问题。



马怡坤 律师

上海七方律师事务所 律师
七方劳动法律服务部 律师
业务方向：劳动法、企业合规
联系方式：18202162796

企业要求员工自愿降薪

真的合法吗？

作者：谢亦团

你听说过公司效益良好，利润有较大增长，还要求员工自愿降薪的吗？听上去令人匪夷所思，但现实中还真有其事。正应了那句古话“大千世界无奇不有”。让我们一起来看看到底是怎么回事吧！

知乎截图：公司效益良好，被要求“自愿降薪”

近日在知乎上一则截图引发网友热议，截图对话显示，“今年公司效益良好，利润有较大增长。公司决定，允许员工自愿申请每月降低待遇的10%”。



公司声明：降薪是自愿的，内心普遍真实高兴满意

针对网友的热议，涉事的多益网络公司发出声明，称自愿降薪是员工合理合法的权力，多益老员工和高管100%申请参加自愿降薪活动，内心普遍真实高兴满意。所有符合参与条件的员工中，93%参与了本次活动。

网友质疑：哪有员工自愿降薪

网友的眼光是雪亮的，纷纷提出质疑：

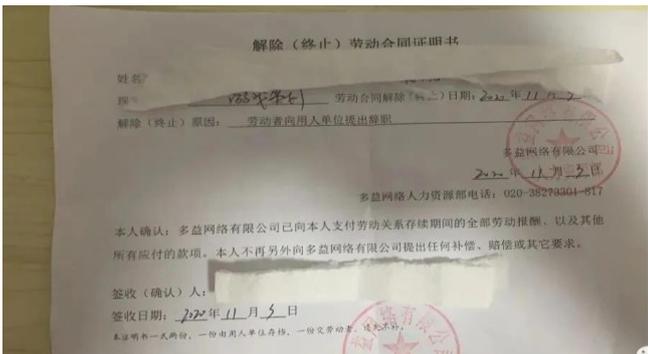
内心普遍真实高兴满意，你写这话你自己信吗🙄
今天 15:03

哈哈，简直笑话，哪有员工自愿降薪的呢！涨的少了都不高兴
58分钟前 北京晚报

出来上班就是挣钱的，为啥要降薪啊？还是自愿的？
今天15:15 北京晚报

如果降薪是为了提高年终奖，那你就直说降薪转化为年终奖，不要被人质疑了才来解释，太无力了
今天16:29 北京晚报

涉事员工：因与公司三观不合，自动离职



“自愿降薪操作，这里大家都明白是钓鱼，徐波自己也清楚，希望能完全信任他的人为他工作，很明显我不是吧，所以我不再与他合作，我走了，后续年终奖肯定会涨，但工资也是会降低的。”截图员工在知乎平台称，11月3日，他截图后，随即收到公司创始人徐波的问话，承认自己截图后，人事在当天就开出了解除劳动合同证明。该员工

调侃自己是“光速离职”。

7日中午，涉事公司在微博回应此事。该公司声称自愿降薪是员工合理合法的权利，并称涉事员工是私自违法把公司内部发布的待遇调整相关的商业机密对外发布，后其引咎辞职。公司老员工和高管100%申请参加自愿降薪活动，内心普遍真实高兴满意。疫情特殊环境下，员工自愿降薪是非常好的共度疫情的模式，不应该攻击这种自愿。更何况是降低月薪，但提高年终奖，提高实际总年薪的做法，更应该被称赞。

据说这并不是多益网络公司第一次因类似事件上热搜。去年，同样引发热议的，是多益网络要求入职满一年及以上的员工向徐波发感谢红包，金额从100元到500元不等。这件事的结果，是徐波在年会上宣布，红包全部拒收，并且给予员工十倍返还。这一系列的操作被内部员工视为“服从性测试”，目的在于“测试忠诚度”，“排除异己”。

【律师分析】

针对网友们共同关心的几个问题，笔者从劳动法的角度进行分析。

一、公司希望员工们“自愿降薪”是否违法？

根据媒体披露内容来看，从法律上并不存在公司可以单方降薪的情形，需要降薪的话应当与员工进行协商达成一致，正因为这样，公司才会要求员工主动提出降薪，公司发出“自愿降薪”的要求在法律上相当于邀约，劳动者有权利可不接受这个邀约；如果员工同意降薪，对其具有法律约束力。

虽然劳动法赋予公司根据其经营效益设定相应工资绩效考核制度及薪酬，但这种权力不应当被滥用，也应当考虑一下员工的切身感受，这样才有可能被员工从内心去遵从和认可。

二、涉事员工是否属于“被迫”辞职？

涉事员工在知乎上发出公司在内部工作群后，就被创始人找去谈话，当天公司人事就出具了离职证明，证明书

中明确了离职原因为“劳动者向用人单位提出辞职”并且还有本人确认：多益网络有限公司已向本人支付劳动关系存续期间的全部劳动报酬、以及其他应付的所有款项。本人不再向多益网络有限公司提出任何补偿、赔偿或其它要求。

许多网友，纷纷表示这明显是“被迫”离职呀，但这份离职证明以及该员工在网络上公开表态来看，并无法证明存在公司胁迫员工离职的情形。所以主张“按照《劳动合同法》第二十六条第

（一）项以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的”无效很难得到支持。也很难认定存在重大误解或者明显公平的情形，因此主张“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（三）第十条劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存

在违反法律、行政法规的强制性规定，且不存



在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持”要求撤销，同样也不会获得支持。

三、公司的工资调整信息是否商业秘密？

商业秘密是指不为公众知悉，能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。公司的工资待遇调整并不符合经济价值性、实用性的法律特征。何况，公司在群内发的还只是一个意见征询，并非最终的工资调整方案。所以公司认为”涉事私自违法把公司内部发布的待遇调整相关的商业机密对外发布“的说法并不成立。

四、泄露公司的工资信息是否属于严重违纪？

泄露工资信息是否属于严重违纪，一直是个存在争议的话题。笔者认为如果员工尤其是负责公司薪酬福利人员对外公开公司其他员工的工资信息，除了涉嫌泄露他人隐私外，确实对公司的经营、同行竞争对手以及内部管理带来极大的负面影响，可以认为属于严重违纪；如果在网络上发布自己的工资进行调侃吐槽，尽管客观上会给公司带来一定的负面影响，但因为公布是自身的信息而且是真实的，很难认定为严重违纪。

本次事件中，涉事员工披露的也不是公司的工资调整信息，只是对于公司的行为表达自己的不满，而且根据其陈述他只是截图，并不是他发布到网络上，所以也很难认定为严重违纪，公司”引咎辞职“的说法很难成立。

公司的做法到底是否合法，是否能得到人心，是否能够达到想要的目的，相信员工们都会用脚投票的。



劳动者一个月迟到 17 次，用人单位解除劳动合同竟违法？

作者：薛克拉提·塔依尔

用人单位在管理员工的过程中，往往会遇到员工迟到、旷工、早退、擅自离岗等不遵守劳动纪律的行为，而对于这些行为，用人单位一般需要通过制定较为完备的规章制度来对其加以管理与奖惩，情节严重的，则会以“严重违反用人单位规章制度”为由解除与员工之间的劳动合同。

而在司法实践中，用人单位以“严重违反用人单位规章制度”为由解除员工的举证责任很重，举证难度非常大。用人单位需要证明规章制度的合法性、合理性，证明其是否通过法定程序制定，又是否将其公示告知给员工，若员工存在该规章制度中所禁止的行为，还需证明其过错程度、危害结果，该规章

制度内容是否进行了分级管理与处罚，其处罚是否合理、合法以及各方的因果关系等等，所以很多时候用人单位在以此理由解除劳动关系时需要十分的慎重。

再者，规章制度具有一定的滞后性，很多严重影响到用人单位生产经营秩序或者管理秩序的行为未被规定在规章制度中或者规定的并不完全规范，那么用人单位是否还可以解除与员工之间的劳动合同？



案例简介

王某系某公司的项目总监，2018年5月28日入职，双方订立了期间为2018年5月28日至2021年5月27日的劳动合同，约定月工资为43000元，2019年1月1日起王某岗位调整为市场经理，月工资调整为28000元。某公司以此标准足额支付王某2019年1月1日至2019年10月9日期间工资。后王某在2019年9月2日至20日期间迟到12次，2019年9月23日至10月8日期间迟到7次，某公司分别于2019年9月20日及2020年10月8日通过邮件的形式向王某发送违纪警告通知书，认为其行为已严重违反公司规章制度，故在2019年10

月9日某公司以王某多次迟到为由解除劳动合同。

而关于因多次迟到的解除行为问题，仲裁庭认为：“从员工手册的内容来看，其中并无对应员工多次迟到即可解除劳动合同的相关规定，员工手册中关于迟到的规定为需要进行扣款，某公司亦自述其已对王某的迟到行为进行过扣款。王某作为劳动者未能遵守劳动纪律，多次迟到的行为确有不妥，然某公司根据员工手册对申请人迟到行为进行扣款后，即可解除劳动合同并无明确的制度依据，应承担不利后果”。



仲裁结果

某公司应支付王某违法解除劳动合同赔偿金。

上述案例中，王某迟到的事实清楚，其确有严重违反劳动纪律的行为，但某公司并没有得到仲裁庭的支持，本人认为其原因是在于本次诉讼中某公司以王某严重违反规章制度为争议焦点进行主张，其诉讼方向更多的侧重于王某违反了规章制度中的某条规定才解除了双方的合同，但是，某公司又无法证明其规章制度有相应的制度依据，无法充分的进行论证，该方向在某种程度加重了某公司的举证责任，于是仲裁庭根据某公司该项主张进行了客观合法的审理，所以结果显而易见，某公司需要承担无法证明其主张的不利后果，故某公司的解除行为被认为是违法。

那么此种情形某公司能否合法解除王某的劳动合同呢？

首先，根据《劳动法》第三条第二款规定：“劳动者应当完成劳动任务，

提高职业技能，执行劳动安全卫生规程，遵守劳动纪律和职业道德。”可以明确劳动者具有遵守劳动纪律和职业道德的义务。

其次，用人单位可以以违反劳动纪律为由解除劳动合同。根据《劳动法》第二十五条第（二）项规定：“严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同”，虽说《劳动合同法》并未明确劳动纪律为可以解除的理由，但是，在《劳动法》还未有修改的情况下其所规定的内容仍然有效，并且很多法院也认可以违反劳动纪律为由解除劳动合同的情形，也出台过相应的规定。

比如《长三角区域“三省一市”劳动人事争议疑难问题审理意见研讨会纪要》（2019年12月30日）（“三省一市”指上海市、江苏省、浙江省、安徽省）就有了相应规定：在规章制度未明确规定或者制定存在程序瑕疵、劳动合

同未明确约定的情形下，若劳动者存在明显过错，对用人单位行使解除劳动合同权的认定。

劳动者存在违反法律、行政法规规定或者必须遵守的劳动纪律等情形，严重影响到用人单位生产经营秩序或者管理秩序的，应当认可用人单位解除劳动合同的正当性。对劳动者仅以用人单位规章制度未明确规定或者制定存在程序瑕疵、劳动合同未明确约定为由，主张用人单位解除劳动合同违法的，不予支持。

但是，需要注意的是，无论是以违反劳动纪律解除还是以严重违反规章制度解除都需要达到严重程度，所以用人单位应当更充分的对劳动者过错和损害结果进行举证，法官或者仲裁员会根据双方对事实的举证来判断该情形是否属于“违反劳动纪律”亦或是“严重违反规章制度”。

故本人认为在上述案件中，某公司可以以王某严重违反劳动纪律为由解除

劳动合同为侧重点会更加有利。因为一次、两次迟到行为确实不至于解除劳动合同，但王某在一个月内迟到次数高达17次，其通过迟到的行为表达了其不服从管理的态度，该行为也严重影响了某公司的管理秩序，多次劝告无效，破坏了用人单位与劳动者之间的信赖关系，所以若某公司以王某严重违反劳动纪律为由解除劳动合同的，可以认为其解除劳动合同具有正当性、合法性。



薛克拉提·塔依尔

上海七方律师事务所 律师
七方劳动法律服务部 律师
业务领域：劳动法、知识产权、娱乐法
联系方式：18302189863



从上海判决看： 月工资中包含 竞业限制经济补偿约定 是否有效？

作者：王余婷

竞业限制是通过对劳动者的择业权进行限制，从而达到保护用人单位商业秘密的目的。在竞业限制期限内，用人单位应履约向负有竞业限制义务的劳动者支付竞业限制经济补偿。

实践中，竞业限制经济补偿的支付是多种多样的，普遍的做法是在劳动者离职后，按约定的金额每月向劳动者支付竞业限制经济补偿；也存在这样的做法，在劳动者离职时一次性地向负有竞业限制义务的劳动者支付所有的竞业限制经济补偿；在我们所代理的竞业限制纠纷案件中和顾问单位日常咨询过程中，经常会被问到，如用人单位与劳动者之间签署的《竞业限制协议》约定在职期间月工资中已包含部分竞业限制经济补偿，这样的约定，是否有效？

一种观点：约定预先支付的竞业限制经济补偿有效

判决一：（2015）沪一中民三（民）终字第2106号。

这是上海市第一中级人民法院审理的一起竞业限制纠纷案件。在该案件中，田某在甲公司担任工程师的职务，在入职当天，甲公司就与田某之间签署了《劳动合同》及《保密及竞业限制合同》。在《保密及竞业限制合同》中明确规定，田某离职后2年内都负有竞业限制的义务，同时，对竞业限制经济补偿的支付，做如下约定：“甲公司需向田某支付每月1,000元的竞业限制补偿金。支付方式如下：

（1）在田某在职期间全额或部分支付，并经乙方确认签字；

（2）若田某在职期间甲公司已全额支付竞业限制补偿金，则田某离职后，甲公司无需再向田某支付竞业限制补偿金。

（3）若田某在职期间甲公司已部分支付竞业限制补偿金，则田某离职后先

须遵守竞业限制时间为：已支付金额÷1,000元/月，在此之后，若甲公司判断田某必须履行竞业限制义务，则甲公司将按月向田某支付竞业限制补偿金。

(4) 田某在职期间，若甲公司未支付竞业限制补偿金，则甲公司将按月支付。”后因田某的《劳动合同》期满而终止了双方之间的劳动合同关系，因终止了劳动关系后，甲公司一直未向田某支付竞业限制经济补偿，因而田某提起劳动仲裁主张相应的竞业限制经济补偿。甲公司辩称，按照双方之间合同的约定，其在职期间已在每月工资中向田某支付了竞业限制经济补偿，无需再向田某支付。

该案经劳动仲裁、法院一审及二审，最终二审法院认为，甲公司与田某之间约定竞业限制经济补偿在职期间按月进行支付是有效的。虽然《劳动合同法》第23条规定：“对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同

后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。”但竞业限制经济补偿是在职期间预先支付还是在劳动合同解除或终止后按月支付，均不会影响到该笔款项属竞业限制经济补偿的性质。

该判决是从实体上把握，用人单位在职期间支付款项的性质到底是否为竞业限制经济补偿，对此应由用人单位承担举证责任。如用人单位无法证明每月支付的工资中已包含竞业限制经济补偿的，则用人单位主张在职期间已支付竞业限制经济补偿的主张，就很难得到支持。同样的道理，如劳动者抗辩称，用人单位在职期间支付的月工资中不包含竞业限制经济补偿的，则劳动者也应对其抗辩承担举证责任。在上述案例中，田某就称在职期间每月支付的部分工资不是竞业限制经济补偿，而是奖金，但其并未能举证证明其抗辩，因而被法院驳回。

判决二：（2019）沪01民终14804号。

此案例也是由上海市第一中级人民法院审理的一起二审竞业限制纠纷案例，章某在乙公司担任财务的工作，乙公司与其之间签署了《劳动合同》。乙公司与章某在《劳动合同》中约定了竞业限制条款，约定章某离职后2年内负有竞业限制义务，同时约定：“章某每月税前基本工资为3,500元（已含竞业限制经济补偿金500元/月）。”后因章某提出解除劳动合同，结束了双方之间的劳动关系。之后，乙公司并未向章某支付竞业限制经济补偿。章某遂提起劳动仲裁主张竞业限制经济补偿，乙公司辩称竞业限制经济补偿已在在职期间的工资中按月发放。

该案经劳动仲裁、法院一审及二审，最终二审法院判决，**章某离开乙公司后的竞业限制补偿金已在章某在职期间的工资中按月发放，金额为500元/月，章某确认已明确知晓。因此，双方对解除或者终止劳动合同后履行竞业限**

制义务的补偿金已有约定，且已于在职工资中预期支付。因而，对章某主张竞业限制经济补偿的请求不予支持。

上述两则案例是上海地区的判决，这两则判决都是支持在职期间支付竞业限制经济补偿的，另外，有些地区是通过指导意见的形式对此进行规定的，江苏地区对此也是持赞成观点的，在江苏省高级人民法院关于印发《关于审理劳动争议案件的指导意见（二）》苏高法审委[2011]14号第11条规定：“用人单位与负有保密义务的劳动者约定了竞业限制条款，并在劳动关系存续期间先行给付了合同约定且不低于法定标准的经济补偿，劳动合同解除或终止后，劳动者请求确认该竞业限制条款无效的，不予支持。”

另一种观点：约定预先支付的竞业限制经济补偿无效

判决三：（2014）沪一中民三（民）终字第1055号。

赵某与丙公司之间签署了《竞业限制协议》，并约定赵某在职期间的工资

组成中含有“竞业限制及保密工资”。赵某与丙公司解除劳动合同，丙公司未支付竞业限制经济补偿，赵某申请劳动仲裁主张竞业限制经济补偿。该案经过劳动仲裁、法院一审及二审，最终判决，丙公司应向赵某支付竞业限制经济补偿，**法院认为，按照法律规定，竞业限制补偿金应该在解除或者终止劳动合同后支付，离职前包含在工资中的竞业限制补偿金不具有法定的竞业限制补偿金的性质，且工资表显示该部分工资是以赵某出勤天数进行考核发放，故应当认定为工资。**

上述判决同样是上海地区的，在这则判决中就未支持用人单位的主张，主要原因在于用人单位无法证明在职期间支付的月工资实质上包含对劳动者离职后的竞业限制经济补偿，根据用人单位提供的工资表显示，月工资的发放是按照考勤记录进行核算的，显然，这样的计算方式很难令裁判部门信服月工资中包含离职后的竞业限制经济补偿。用人单位主张按照所签署的《竞业限制协

议》中约定，月工资中已包含竞业限制经济补偿，这样的约定明显是免除用人单位义务，排除劳动者权利的行为，这样的约定应认定为无效定。

从上述正反判例来看，在上海地区用人单位在职期间向劳动者支付竞业限制经济补偿还是存在一定风险。对在职期间支付竞业限制经济补偿明确持否定观点的，主要有广东和北京。在《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会议纪要》（粤高法[2012]284号）第21条规定：“劳动合同解除或者终止后，劳动者请求用人单位支付竞业限制经济补偿或以用人单位未按约定支付竞业限制经济补偿为由要求不履行竞业限制义务，用人单位以其在劳动关系存续关系期间向劳动者支付的劳动报酬已包含竞业限制经济补偿进行抗辩的，不予支持。”通过对上海地区有关在职期间支付竞业限制经济补偿判决的检索，我们发现如用人单位确实

在月工资中预先支付了竞业限制经济补

偿的，应事先通过《竞业限制协议》或在工资单等其他协议中予以明确。如只是形式上标注为竞业限制经济补偿，实质上是对月工资进行拆分的，则用人单位主张月工资已包含竞业限制经济补偿的，很难得到支持。若劳动者发现工资单或其他文件中存在竞业限制经济补偿时，若非竞业限制经济补偿的，应及时向用人单位对该工资组成及时提出异议。

另外，在近些年有关竞业限制典型案例中，有些用人单位会将股票期权、限制性股票等作为竞业限制经济补偿。有些股票期权或限制性股票，在劳动者在职期间已支付给劳动者，因而，在此建议用人单位应在相关协议中予以明确给予股票期权或限制性股票是竞业限制经济补偿，如劳动者违反竞业限制义务的，应向用人单位返还已获得的股票期权或限制性股票。



王余婷 律师

上海七方律师事务所 合伙人

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 干事

业务方向：劳动法、企业用工管理、

合同法、公司法



网络主播与平台公司劳动关系 or 合作关系之甄别

作者：郑华

“双十一”火热来袭，不知道众多“千手观音”们是不是已经在“网红主播”的带货下剁手成功，为拉动内需贡献了不少力量。说到“网络主播”，这一新型职业在诞生几年内可谓蓬勃发展，很多网络主播其影响力甚至已经超过一线明星，李佳琦、薇娅这些耳熟能详的名字以各种形式活跃在我们的生活中。其实网络主播不仅仅是包括这些“带货主播”，按照内容分为秀场主播、游戏主播、其他主播，秀场主播如唱歌主播、MC主播、聊天主播、舞蹈主播、乐器主播等，其他主播包括教学主播、美食主播、户外主播、外语主播、财经主播、健

身主播等等。可见，“网络主播”已经成为一种内涵丰富的新职业、新业态，甚至新产业。

与此同时，网络主播与直播平台之间因薪酬待遇、竞业禁止等问题也产生了大量纠纷。网络主播与直播平台之间能否认定劳动关系，其权利义务又应当按照何种法律关系来认定成为司法实践中，各方尤其关注又充满争议的问题。

下面，笔者拟通过两个案例，帮助大家进一步分析司法实践中对于网络主播与平台之间法律关系的认定以及网络主播劳动者身份的识别。

案例1：吕某诉上海G网络科技有限公司劳动合同纠纷案

2016年1月2日，吕某与上海G网络科技有限公司(以下简称G公司)签订《主播经济协议》，约定自2016

年1月1日至2019年1月1日止，吕某从事的主播事业包括参与所有游戏或娱乐的线上、线下直播、

录制或表演之一切相关演艺事务，以及涉及吕某之名誉、姓名、肖像、表演、著作权之一切相关演艺活动；由 G 公司在全世界范围内担任吕某独家的经纪公司，独家享有吕某的全部主播事业的经纪权。该协议中双方还约定了各自的权利义

务、权利归属、合作费用、收益分配、违约责任等等。

2016 年 4 月 19 日，吕某向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求：1、确认 2016 年 1 月 1 日至 3 月 31 日与 G 公司存在劳动关系；2、G 公司支付解除劳动合同的经济补偿金 2,500 元。

该案经过劳动仲裁和法院一审、二审，均驳回吕某诉请，认定吕某与 G 公司不存在劳动关系。

案例 2：张某某与北京 F 传媒有限公司劳动争议案

2017 年 6 月 28 日，张某某与北京 F 传媒有限公司（以下简称 F 公司）签订有效期从 2017 年 6 月 28 日至 2020 年 6 月 27 日的一份《主播签约协议》。协议约定，张某某为 F 公司的签约主播，F 公司为张某某提供演绎平台，并有权对张某某的行为实施监督、管理。协议第四条约定：“张某某的待遇由底薪、提成、奖金构成，具体构成及数额根据张某某每月表现进行确定，底薪 5000 元（播够 44 小时），提成 35%。底薪、奖金、提成每月 15 日

发放。”第五条第 2 款约定：“乙方月直播有效天数 22 天、时长 44 小时，月刷量不符合底薪领取标准的，甲方有权下月取消乙方主播资格。”第 5 款约定：“乙方在签约期内，如因故辞职，未经甲方允许不得以任何形式在其他类似的平台、网站进行开播，如上述问题出现，甲方有权要求乙方支付 50000 元的违约金。备注：1、正式主播每天必须按时上播，如有特殊情况需提前一天申请，批准之后方可请假，无批准不开播的，视为旷工处

理，扣除底薪 100 元，出现 2 次以上甲方有权取消主播资格，一个月内只允许三天带薪请假……。2、直播时间未滿一个月工资不予发放……。”

该案经过劳动仲裁和法院一审，均支持了张某某的诉讼请求，认定双方存在劳动关系。

同是签署了一份《主播协议》，两个案例却出现了截然不同判决结果，原因为何？让我们来分析一下法院的裁判观点：

案例 1 中，法院认为：从双方签订的《主播经纪协议》内容来看，双方没有订立劳动合同的合意，吕某的主要工作是在 G 公司指定的互联网平台上进行直播活动，双方收益按三七开比例进行分配，其中 G 公司得 30%，吕某得 70%。吕某的主播工作在其家中完成，无需到 G 公司的办公场所上班，亦无需遵守公司规章制度。协议系双方就开展演艺活动、提供经纪服务等民事活

2017 年 12 月张某某向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求：确认双方 2017 年 6 月 28 日至 2017 年 9 月 30 日期间存在劳动关系并支付解除劳动关系经济补偿金 2500 元等诉求。

动的权利义务约定，并非劳动权利义务的约定，不符合劳动关系的特征。故双方不构成劳动关系。

案例 2 中，法院认为：张某某与 F 公司签订的《主播签约协议》中明确约定了张某某的工作内容、工作条件、工作地点、职业要求、劳动报酬等，上述主播签约协议已经具备劳动合同的要件，协议具有劳动合同的性质，故认定双方建立了劳动关系。

综上所述，在没有签订书面劳动合同的情况下，判断网络主播与平台公司之间是否存在劳动关系时，主要从双方是否达成建立劳动关系的合意以及是否具有劳动关系从属性特征两方面进行考量：

一、重点审查《主播协议》内容是否具有建立劳动关系的合意

劳动关系是双方当事人通过合意由劳动者一方提供劳动、用人单位一方支付报酬所形成的具有经济和人身从属性的权利义务关系。判断网络主播与平台公司到底是劳动关系还是合作关系，首先要审查，双方签署协议之目的是否为建立劳动关系，协议内容是重点对双方劳动权利义务进行规制，还是对如何合作经营、利润分配作出约定，从合意本质上区分两种不同的法律关系。

司法实践中，法院通常会参考原劳动和社会保障部于 2005 年发

布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》来认定劳动关系。该《通知》规定，“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”

二、关键认定“权利义务”履行是否具有劳动关系从属性特征。

从属性是劳动关系有别于一般民事合作、合同关系的重要特征。我们在判断网络主播与平台之间形成何种法律关系时，是否具有从属性成为认定劳动关系的重要考量因素。

劳动关系的从属性分为经济上的从属性和人身上的从属性。经济

上的从属性体现在，一方面劳动者是为用人单位营业之目的而劳动，而非为自己营业之目的，生产经营之风险亦由用人单位承担；另一方面，劳动者对生产要素一般不享有所有权，劳动者通过劳动获取报酬。但仅仅具有经济上的从属性不足以认定网络主播与平台公司之

间具有劳动关系，更加重要的是对人身从属性作出判断，其核心内容是二者是否形成管理与被管理的关系。可以从四个方面进行综合考察：一是劳动者服从用人单位工作规则，具体表现为服从用人单位规章制度、劳动纪律、行政管理等；二是劳动者服从用人单位工作指示，包括对工作地点、工作内容、工作方式、工作流程等指示要求；三是劳动者接受用人单位监督检查，即接受用人单位的监督考察、绩效考核确定是否遵守工作规则、任务要求等；四是劳动者接受用人

单位奖惩管理，用人可以对劳动者进行考核、评估、奖励和惩罚，有权通过训诫、开除解雇等合法方式对劳动者的错误行为进行制裁。

由此可见，在识别网络主播劳动者身份时，应当看双方权利义务约定内容及实际履行情况是否符合劳动关系从属性特征，而在工作地点、工作时间、工作内容相对灵活的情况下，应重点审查是否处于平台公司的规章制度、管理行为约束和监督之下，以人身从属性为核心结合经济从属性进行综合判断。

最后，需要提醒各网络直播平台的是，如并非以建立劳动关系为目的，在拟定合作协议时，应注意：

1、合同条款中可以明确该协议在双方之间不产生或构成雇主/雇员关系、或合伙关系、劳动关系；

2、报酬约定可采用“平台补贴金”而非“工资”、“底薪”的表述，并将主播的收入约定为用户的直接打赏；

3、尽量避免过多管理性规定如直接规定主播的工作地点、工作时长、直播内容等，更多是对双方合作方式、利润分成作出约定；

4、尽量避免出现试用期、员工培训、违反规章制度单方解除等条款。

《上海市不动产登记若干规定》将对我们的生活带来哪些影响？

作者：邵弘高娃

2020年11月27日，《上海市不动产登记若干规定》（以下简称若干规定）经上海市第十五届人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过，并将于2021年3月1日起施行，同时2008年修订通过的《上海市房地产登记条例》（以下简称登记条例）废止。在此，我们对一些重点条款进行解读，与大家共同探讨这部新规定出台的意义和可能为我们生活带来的便利。

一、确认不动产登记的主管部门

若干规定第二条规定，由市规划资源部门负责指导、监督全市的不动产登记工作，市自然资源确权登记局是本市不动产登记机构，负责全市不动产登记工作，市、区规划资源部门所属的登记事务机构受市自然资源确权登记局委托，具体办理登记事务。

这条规定将登记条例中由房地产登记处进行的登记工作改由市、区规划资源部门所属的登记事务机构进行，管理部门也从市房屋、土地行政管理部门改为市规

划资源部门。实际上，2015年3月1日施行的《不动产登记暂行条例》（以下简称暂行条例）及2015年12月7日生效的《上海市人民政府办公厅印发关于做好本市不动产统一登记有关工作的通知》已经明确组建市不动产登记事务中心，且其为市规划国土资源部门所属的事业单位。现在，不动产登记事务中心已经更名为自然资源确权登记事务中心，故此次的更改只是与现行的不动产统一登记制度保持一致。

二、登记范围新增“居住权”

在登记条例和暂行条例的基础上，需依法办理登记的不动产权利新增了一条“居住权”。在民法典中首次设立的居住权，采用的是登记生效主义，即应当向登记机构申请居住权登记，但却没有明确具体的登记机构。在若干规定中对此进行了细化：“当事人采用书面形式订立居住权合同或者以遗嘱方式设立居住权的，应当持居住权合同或者遗嘱等材料申请居住权首次登记。不动产登记机构应当核发不动产登记证明。居住权消灭的，相关当事

人应当及时办理居住权注销登记。”

以合同形式办理居住权登记较为简单，但该规定尚未明确如以遗嘱方式办理居住权登记，尚需要提供什么其他材料来证明遗嘱的真实性和有效性？是否可以参照若干规定中第二十一条的规定，需要当事人提交死亡证明材料、房产证或经公证的材料或生效的法律文书等，是否可以要求相关继承人或相关人进行配合？这些问题都亟待更为详细的解读，才能保障居住权登记制度的顺利实施。

三、细化民法典对土地经营权的流转登记规定

民法典第三百四十一条中对流转期限为五年以上的、通过流转合同设立的土地经营权规定了可以向登记机构申请登记并采用登记对抗主义。在若干规定中对此条款进行了更详细的说明，当事人可以申请土地经营权首次登记。

首次登记，即不动产权利第一次登记。未办理不动产首次登记的，不得办理

不动产其他类型登记，但法律、行政法规另有规定的除外。虽然在2019年7月生效的《不动产登记暂行条例实施细则》中已经提到过关于土地承包经营权的首次登记，但首次登记与否的权力在于人民政府根据情况组织开展，而若干规定中则结合民法典的内容，赋予了当事人申请首次登记的权利。

四、宅基地及房屋使用权的户成员均予以记载。

由于农村宅基地是以家庭户为单位进行审批的，农村的宅基地使用权证中往往只会写明户主的名字，而不会体现共有人。这就导致出现宅基地相关的诉讼纠纷时，如何保障共有人的诉权成为法院需另行审查的问题。在（2020）豫 1721 民初 829 号李连英与臧发成、苏青枝宅基地使用权纠纷案件中，由于宅基地使用权证上只有原告之夫一人的名字，被告则认为原告主体不适格，后经法院查明“本案中，案涉宅基地虽然登记在臧发旺名下及臧发旺已经去世，但原告与臧发旺系夫妻关系，有占有和使用的权利”，才使案子得以继续审理下去。

在若干规定中，明确“宅基地使用权及房屋所有权登记由农村村民户成员推选户代表申请，户成员名单在不动产登记簿中予以记载。”这样，共有人的情况一目了然，可为后续办理各项事宜提供了更为明确的指向。

另一方面，若干规定还要求“对于未登记的宅基地使用权及房屋所有权组织开展首次登记工作。宅基地和房屋面积、房屋建设年代以及家庭分户等情况，应当经不动产权属调查并经村民小组、村、乡镇逐级确认。”

由于历史原因和部分村民法律意识不强、登记管理较为松散的原因，现在仍然存在部分宅基地使用权及房屋所有权未登记的情况，这就导致出现纠纷时难以进行界定。在某法院的审理事由中即以“排除妨害是一种物权请求权，它的成立以请求人具有物权为前提，薛某的宅基地未依法登记，四至不明，无法认定赵某是否存在妨害行为。”为由而驳回原告起诉。因此，对宅基地使用权及房屋所有权开展首次登记十分重要。



五、依托“一网通办”，优化办理流程。

在“一网通办”的大势所趋下，若干规定也明确了由市规划资源部门建立全市统一的不动产登记信息系统，逐步扩大网络申请的范围。在登记职责范围内的，可以当场补齐的应当告知申请人当场更正并书面告知；不能当场补齐的应当一次性告知申请人在一定期限内补齐材料。

并且作出了办理时间的限制。对于查封登记、异议登记应当当场办结，地役权、抵押权、预告登记的注销登记在一个工作

日内办结；宅基地使用权及房屋所有权登记，土地承包经营权登记，未能提交生效法律文书或者公证文书的继承、受遗赠的转移登记，权利归属更正登记以及依职权更正登记在三十个工作日内办结；其他不动产登记在五个工作日内办结。依法需要进行公告的，公告时间不计算在前款规定时限内。依法需要实地查看和调查、向有关部门核查相关情况的，办结不动产登记手续的时限不得超过三十个工作日。

若干规定的出台，既是现行法规及即将施行的民法典的补充和细化，更是便民措施的一项重要举措。相信也会为各位读者开展业务提供一定的指导作用。

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



不要让知识产权惩罚性赔偿制度仅仅“看上去很美”

作者：孙志勇



前言

知识产权领域的惩罚性赔偿制度，是当前学术界和实务界都十分关注的热点问题。

一方面，即将于2021年1月1日施行的《民法典》，作为我国民事法律的集大成者，同时是新中国第一部以“法典”命名的法律，在第1185条，全面确立了我国知识产权领域的惩罚性赔偿制度，意义重大。另一方面，作为知识产权的三大专门法，《专利法》于今年10月17日刚刚修订通过，增加规定了惩罚性赔偿条款；而《著作权法》也正在修订中，此次修订酝酿十年，于2020年8月8日刚刚在全国人大常委会进行了二次审议，这次修法也明确了侵害著作权的惩罚性赔偿制度。在官方的宣传报道中，也把“拟引入惩罚性赔偿制度，显著提高违法成本”作为此次修法的五大看点之一[i]。

同时，在国家知识产权强国战略的大背景下，政府更是在积极推进知识产权领域惩罚性赔偿制度的建立健全。

然而，“徒法不足以自行”“法律的生命在于实施”。当前，一边是政策以及立法层面的强力推进，另一边却是首次在知识产权领域引入惩罚性赔偿条款的《商标法》，7年来在司法层面鲜有适用，两者形成了巨大的反差，司法现状与设立该制度的初衷相差甚远。

鉴于修订后的《专利法》及正在修订的《著作权法》中关于惩罚性赔偿条款的表述与《商标法》基本相同，可以预见，在该两部法律修订出台之后，仍然面临着相同的适用难的问题，因此，有必要对惩罚性赔偿制度的可适用性进行研究，真正发挥惩罚性赔偿制度对保护知识产权的作用，不要让其仅仅是“看上去很美”。

一、国家政策强力推动下的知识产权惩罚性赔偿制度立法进程

惩罚性赔偿，是与补偿性赔偿相对应的一个概念。我国作为大陆法系国家，长期以来遵循损害赔偿的“填平原则”，公私法二元划分的理念导致惩罚性赔偿制度在我国民事领域难以适用。直到1993年的《消费者权益保护法》，为了强化对人民生命财产安全的保护，首次在产品责任中规定了惩罚性赔偿责任。之后，在民生领域，为加强不法行为惩戒力度，我国通过《食品安全法》《侵权责任法》以及司法解释等形式，又在食品、药品、旅游、商品房、医疗产品等领域分别规定了惩罚性赔偿。

而在知识产权领域，2013年修订的《商标法》首次引入了惩罚性赔偿规则。近年来，为向世界传递我国严格保护知识产权的坚定立场，同时为满足国内加强知识产权保护的需求，我国政府在强力推进知识产权领域的惩罚性赔偿制度。

2018年3月，国务院《政府工作报告》提出，要“强化知识产权保护，实行侵权惩罚性赔偿制度”；

2018年4月，国务院新闻办就2017年中国知识产权发展状况举行发布会，会上表示要“加快建立侵权惩罚性赔偿制度，充分发挥法律威慑作用”；

2018年11月，国家主席习近平在首届中国国际进口博览会开幕式上发表演讲，明确提出我国坚决依法惩处侵犯外商合法权益特别是侵犯知识产权行为，将“引入惩罚性赔偿制度，显著提高违法成本”；

2019年3月，国务院《政府工作报告》再次提出，要“全面加强知识产权保护，健全知识产权侵权惩罚性赔偿制度”；

2019年10月，党的十九届四中全会审议通过了《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，作出了“建立知识产权侵权惩罚性赔偿制度”的决策部署；

2019年11月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于强化知识产权保护的意见》，强调要“加快在专利、著作权等领域引入侵权惩罚性赔偿制度。大幅提高侵权法定赔偿额上限，加大损害赔偿力度。强化民事司法保护，有效执行惩罚性赔偿制度”；

2019年12月，中共中央、国务院发布《关于营造更好发展环境支持民营企业改革发展的意见》，第十二条明确，要“健全知识产权侵权惩罚性赔偿制度”；

2020年1月，国务院发布的《优化营商环境条例》正式施行，第十五条规

定，“国家建立知识产权侵权惩罚性赔偿制度”。

与此同时，在政策强力推动下，知识产权惩罚性赔偿的立法进程也在提速。首次引入惩罚性赔偿规则的《商标法》在2019年再次修订，加大了惩罚性赔偿的力度；与知识产权密切相关的

《反不正当竞争法》也在2019年进行了修订，规定了恶意实施侵犯商业秘密行为的惩罚性赔偿；2020年5月审议通过的《民法典》，更是确立了侵害知识产权惩罚性赔偿的一般规则；修订完成的《专利法》和正在修订的《著作权法》也都规定了相应的惩罚性赔偿规则。具体规定详见下表。

从条文内容来看，除了在主观要件上存在“恶意”和“故意”这样表述上的细微差别之外，其余内容基本相同。短期内，我国在知识产权三大专门法中全面确立惩罚性赔偿规则将成为现实。

二、知识产权惩罚性赔偿制度的适用现状

与政策强力推动和立法热潮形成鲜明对比的是在法律执行层面，虽然我国《商标法》早在2013年就规定了惩罚性赔偿条款，但这一备受期待的规定，7年来在实践中真正得到适用的却很少。据北京市高级人民法院统计，“截至2019年年底，北京各级法院能够精确检索到适用惩罚性赔偿的案例仅有5

件”[ii]；而在上海，直到2019年9月才产生了首例知识产权侵权惩罚性赔偿案件[iii]；全国其他地区的情况与此类似，适用惩罚性赔偿的案件屈指可数。相对的，有数据统计显示，全国98%以上的知识产权案件最终都是通过法定赔偿来处理的。

为什么会有如此巨大的反差？究其原因，还是要回到《商标法》第63条的具体规定，仔细分析，可能主要存在两方面的原因：

第一，惩罚性赔偿的基数难以确定，导致适用难。

《商标法》第63条规定了侵害商标权损害赔偿的四种确定方式，其中第一款规定了三种，包括权利人损失、侵权人获利、合理倍数的许可使用费，第三款规定了法定赔偿。从条文表述来看，这四种方式是有明确的先后适用顺序的，只有在前一种方式无法确定数额的情况下，才能适用后一种方式（虽然在实践中这样的适用顺序基本被忽略，法官允许原告自由选择适用依据）。

惩罚性赔偿规则规定在该条第一款中，其“可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额”的表述，表明惩罚性赔偿的计算应当有一个确定的基数，而且这个基数的确定是指通过第一款中列举的三种方式，而不包括第三款中规定的法定赔偿。



然而，在司法实践中，恰恰是这三种方式的计算都非常困难。由于知识产权的权利客体是不具有物质形态的智力成果和商业标记等，具有无形性的特点，其损害赔偿的确定有着现实复杂性，当知识产权权益受到损害时，很难评估、量化侵权行为给权利人造成的损害，侵权人的获利也难以证明，特别是侵权行为与损害后果之间的因果关系更是难以确定。比如，权利人的损失到底是因为侵权行为，还是因为权利人自身经营不善，还是市场的变化，更有甚者，在侵权行为发生期间，权利人的收入不降反升，这又如何认定权利人的损失？而侵权人的获利，到底是因为权利人的知识产权因素，还是侵权人自身良好的营销推广和经营模式？实际中的认定极为复杂。周乐伦与新百伦贸易（中国）有限公司等侵害商标权纠纷案^[iv]就是对此最好的说明，一审法院通过计算新百伦公司的获利，综合考虑新百伦公司对“新百伦”标识的使用情况，最终认定新百伦公司向原告赔偿的数额应占获利总额的1/2，为9800万元。而二审广东高院认为，新百伦公司的经营获利并非全部来源于侵害原告“百伦”“新百伦”的商标，考虑“新百伦”标识对新百伦公司获利的贡献率，法院最终认定新百伦公司向原告赔偿500万元，两者差距巨大。还比如，

在2016年1月最高人民法院审结的法国卡思黛乐公司与上海班提酒业有限公司等侵害商标权纠纷一案中^[v]，最高法院认为，根据本案证据，难以认定侵权人所获得的利益全部系侵害权利人商标权所致，从而撤销了一、二审判决，将损害赔偿额从一、二审判决的3373万余元调整为50万元。



第二，法定赔偿的可替代性导致权利人及法官适用意愿不强。

《商标法》第63条规定了法定赔偿的适用情形。一方面，在与惩罚性赔偿

的关系上，从条文规定来看，惩罚性赔偿与法定赔偿不能同时适用，惩罚性赔偿的适用需要通过权利人损失、侵权人获利、合理倍数的许可使用费等任一方式确定一个赔偿的基数，换言之，这三种方式中至少有一种方式是可以确定数额的；而法定赔偿适用的条件则是，通过这三种方式均不能确定数额，才适用法定赔偿，所以从这个角度，两者之间在适用条件上是不兼容的。

而另一方面，法定赔偿实质上又是对惩罚性赔偿制度的补充，从规定来看，法定赔偿的上限是人民币500万元，而在这有着巨大裁量空间的范围内，其判断依据也是“情节”，条文规定是“由人民法院根据侵权行为的情节判决”，因此情节的轻重会决定判决的高低，在司法实践中，当前也普遍认为，法定赔偿兼具了补偿和惩罚的双重功能[vi]。

法院通过法定赔偿实现惩罚功能，对于恶意明显但又难以适用惩罚性赔偿的侵权行为，有利于实现司法公正，保护知识产权。然而，相对地，在法定赔偿也可以实现惩罚功能的情况下，大部分权利人就不愿意花大力气去证明损失或者侵权人的获利，而是直接主张适用法定赔偿。而在当前案件数量多、办案压力大的情况下，加之权利人损失、侵权人获利、因果关系的认定等等纷繁复

杂，证据认定与分析耗时耗力，还存在错误的风险，因此法官在主观上也更愿意适用自由裁量权更大的法定赔偿，毕竟适用法定赔偿既能提高审判效率，又能规避风险。进一步地，法官的意愿又会促使权利人更加急于举证，而直接主张法定赔偿，导致惩罚性赔偿的适用极少。

也有观点认为，难以确定“恶意”及“情节严重”的标准和界限是《商标法》惩罚性赔偿条款没有得到适用的重要原因[vii]。但笔者认为，适用条件的标准和界限是否清晰，与在实践中能否得到适用并不存在必然联系，概念的模糊反而在实践中有更大的张力，法官根据具体案情的不同进行具体分析，拥有更大的自由裁量权。比如《反不正当竞争法》第二条规定的诚信原则、商业道德，在概念上更加模糊和原则，但并不妨碍这一规定在当前司法实践中被大量适用。

三、增强知识产权惩罚性赔偿制度的可适用性

《民法典》第1185条规定了我国知识产权领域惩罚性赔偿制度的一般规则，具有重要的宣示意义，而该制度的适用还依赖于知识产权各专门法的详细规定。针对当前知识产权惩罚性赔偿条款适用的困境，应当综合采取多种方

式，增强制度的可适用性，加大知识产权保护力度。

（一）应当明确以裁量性方式确定的实际损失或者侵权获利，可以作为惩罚性赔偿的基数。

实践中，实际损失或者侵权获利难以确定，还有一个重要原因是法院习惯于“将损害赔偿的认定限定为一种精确认定”[viii]，而精确认定必然导致巨大的司法成本和社会成本，也会导致最终结果是实际损失或者侵权获利“难以确定”。

而以裁量性方式确定损害赔偿，属于对权利人损失或侵权人获利的概括计算，是指有一定的证明损害赔偿的证据，能够大致确定赔偿数额，但是损害赔偿的具体数额仍难以具体确定，此时法官可以在现有证据的基础上，根据案情运用裁量权酌定合理的赔偿数额。

在上海首例知识产权侵权惩罚性赔偿案件，即平衡身体公司与永康一恋运动器材有限公司侵害注册商标专用权纠纷案中，法院根据被告微信宣传的内容，证明侵权商品的销售量，而对于侵权商品的单位利润，结合案外同类产品以及被告的自认进行了酌情确定，最终，法院认定被告的侵权获利在 101.7 万元至 139.5 万元之间，并以此作为基数，按照 3 倍的惩罚性赔偿比例，全额支持了原告 300 万元的诉请。本案中赔

偿基数的确定，就是以裁量性的方式确定的。

在笔者代理的一起原告某网络股份有限公司与被告深圳某科技有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案中，我方提交的证据显示被告运营的游戏平台上被诉侵权游戏的下载次数达 33 万余次，被告对此虽予以否认，但未能充分举证实 际下载量，基于购买该正版游戏的价格为 12-18 元，法院判决中参考我方提供的证据在法定赔偿标准之上判令被告赔偿 100 万元，也是裁量性赔偿在实践中的具体运用。

（二）充分运用举证妨碍制度和书证提出命令制度。

侵权案件中，鉴于权利人损失一般难以量化，而且侵权行为与损害后果的因果关系也难以认定，而侵权人获利的相关证据，权利人一般又难以掌握。因此，要灵活运用举证妨碍等制度，合理降低权利人证明标准。

关于举证妨碍制度，《商标法》第 63 条作了明确规定：在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。在广州知识产权法院 2019 年 1 月审结的广

州市红日燃具有限公司诉广东睿尚电器股份有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷中[ix]，法院明确指出，被告违反了本院证据提交命令，构成举证妨碍，可以参考原告主张和提供的证据确定赔偿数额。最终，法院综合原告销售损失、被告侵权规模和侵权恶意、行业利润、原告广告费支出等因素，对原告5000万元赔偿的诉请予以了全额支持。

在2020年5月1日正式施行的《关于民事诉讼证据的若干规定》中，最高人民法院进一步完善了“书证提出命令”制度，这是法院为提高当事人举证能力、扩展当事人收集证据手段所采取的重要措施，该制度在当前司法实践中的适用正逐步得到重视。2019年11月28日，上海知识产权法院在上诉人上海点点乐信息科技有限公司、上海犀牛互动网络科技有限公司与被上诉人上海畅梦网络科技有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案中[ix]，首次发出了证据出示令，在畅梦公司拒不提交任何证据，犀牛公司所提交的证据不能真实反映被控游戏营收的情况下，将一审判赔的25万元改判为300万元。

（三）明晰标准，为法官合理适用惩罚性赔偿提供支撑

惩罚性赔偿的适用条件的确相对模糊，需要法官根据个案进行具体分析。当前，有的地区通过制定裁判标准，有

的地区通过案例指导等方式，进一步明确和细化了“恶意”“情节严重”等条件的认定标准。

如北京市高级人民法院在2020年4月21日发布的《关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准（2020年）》中，对惩罚性赔偿的适用条件、适用方法、“恶意”的认定、“情节严重”的认定、惩罚性赔偿的“基数”和“倍数”都作出了具体的规定，为法官适用惩罚性赔偿作出了明确指引。

上海市高级人民法院在2020年8月24日发布了2020年第二批（总第十二批）参考性案例，其中第95号参考性案例即为前文提及的上海市首例知识产权惩罚性赔偿案例，该案例对侵权人的恶意、情节严重等情形进行了详细具体的分析。该案例同时入选最高人民法院2019中国法院10大知识产权案件，对审判实践有重要参考作用。

另外，最高人民法院办公厅于2020年3月19日发布了关于印发《最高人民法院2020年度司法解释立项计划》的通知，计划在2021年上半年完成“关于知识产权侵权惩罚性赔偿适用法律若干问题的解释”项目工作。该解释也必将有力地促进和规范惩罚性赔偿的适用。

结语

通过以上方式，希望能够增强惩罚性赔偿制度的可适用性。当然，惩罚性赔偿的适用要坚持依法、审慎的原则，明确适用条件和范围，整体上要坚持以补偿为主、惩罚为辅的侵权赔偿原则，并且应当以当事人的“主张”为前提，法院不能主动适用。在符合条件的情况下，则要充分发挥惩罚性赔偿制度威慑和遏制知识产权侵权行为的作用，通过判例和实践，进一步完善和细化，而不能将该制度“束之高阁”，仅仅停留在政策和立法层面，仅仅是看上去很美。

注释：

- [i] 参见《著作权法修正案草案有五大看点》，新华社微信公众号“新华视点”，2020年4月26日。
[ii] 参见曹丽萍：《惩罚性赔偿在知识产权赔偿制度中的价值定位》，载《国知识产权》（总第158期）。该5案具体为：“鄂尔多斯案”〔（2015）京

民初字第1677号〕，“新华字典案”〔（2016）京73民初277号〕、“斐乐案”〔（2017）京73民终1991号〕、“约翰迪尔案”〔（2017）京民终413号〕、“艾维泰克案”〔（2018）京73民终2132号〕。

[iii] 参见《300万！上海首例知识产权侵权惩罚性赔偿案件一审落槌》，微信公众号“上海浦东法院”，2019年9月9日。

[iv] 参见（2015）粤高法民三终字第444号、（2013）穗中法知民初字第574号民事判决书。

[v] 参见（2014）民提字第25号民事判决书。

[vi] 参见凌宗亮、陈璐旸：《法定赔偿制度应兼具补偿与惩罚功能——评江苏红蚂蚁公司诉上海红蚂蚁公司商标侵权案》，载《中国知识产权报》，2016年6月22日，第8版。上海市高级人民法院在2016年12月审结的（2016）沪民终409号“康成投资公司诉大润发投资公司侵害商标权纠纷”案中持同样观点。

[vii] 参见《唤醒“沉睡”的知识产权惩罚性赔偿制度》，微信公众号“知产力”，2020年6月22日。

[viii] 参见徐俊：《知识产权惩罚性赔偿基数问题研究》，载《中国知识产权》总第158期。

[ix] 参见（2017）粤73民初2239号民事判决书。

[x] 参见（2019）沪73民终130号民事判决书。

孙志勇 律师

上海七方律师事务所 合伙人
七方知识产权法律服务部 律师
上海律协知识产权业务研究委员会 委员

业务方向：知识产权、合同法



互联网环境下不正当竞争行为如何认定？

以腾讯公司诉奇虎公司不正当竞争纠纷案为例

作者：张茜



摘要：互联网经营行为越发多元化，导致了新型不正当竞争行为层出不穷。本文从中国互联网不正当竞争第一案为例，解读互联网环境下不正当竞争行为的认定标准。

随着互联网和商业模式的日新月异，互联网经营行为越发多元化，由此也带来了许多新型的互联网不正当竞争行为。在此背景下，司法如何对此类行为进行规制就十分重要。本文就以“中国互联网不正当竞争第一案”——腾讯公司诉奇虎公司不正当竞争纠纷案为

例，剖析互联网环境下不正当竞争行为的认定标准。

一、案例简介

原告腾讯公司和被告奇虎公司都是互联网企业中的巨头，双方都拥有广大的用户访问量，占据着互联网市场中巨大的市场份额。2010年10月29日，被告奇虎公司推出了360扣扣保镖安全软件（以下简称“扣扣保镖”）。“扣扣保镖”声称是一款具有“保护QQ用户隐私安全”、“帮助QQ软件加速”、“去除QQ商业广告”等功能的安

全软件。在“扣扣保镖”推出极短的时间内，大量的 QQ 用户下载安装，“扣扣保镖”瞬间网络走红。电脑端下载安装“扣扣保镖”后，“扣扣保镖”能够自动对 QQ 软件进行体检，并统一显示 QQ 软件存在严重安全问题，在点击修复后，“扣扣保镖”会阻止 QQ 应用进程，禁止 QQ 软件部分插件，过滤 QQ 商业广告以及弹窗等。扣扣保镖还能够替换 QQ 软件的安全中心，引导 QQ 用户安装 360 安全卫士软件。

2011 年 6 月，原告腾讯公司、腾讯计算机公司向广东省高级人民法院起诉认为：被告奇虎公司、奇智公司推出扣扣保镖的行为构成不正当竞争，应当立即停止开发和传播扣扣保镖，停止诋毁原告及原告的产品和服务，向原告赔偿经济损失，并在主要媒体网站、报纸公开道歉，消除影响。

二、判决结果

广东省高级人民法院一审认为，被告的行为违反了《反不正当竞争法》的规定，构成不正当竞争。判决两被告奇虎公司、奇智公司败诉，赔偿腾讯公司、腾讯计算机公司 500 万元并赔礼道歉，消除影响。

奇虎公司不服一审判决，向最高人

民法院上诉，最高人民法院公开审理后认为：被告开发并传播扣扣保镖的行为是违背诚实信用原则和行业公认的商业道德的行为，构成不正当竞争。最高人民法院于 2014 年 2 月 24 日做出民事判决书：驳回上诉，维持原判。

三、争议焦点

本案主要存在以下两个争议焦点：

第一，互联网环境下经营者竞争关系的认定。第二，互联网环境下不正当竞争行为的认定。本案中被告一直辩称自身开发扣扣保镖的行为并不构成不正当竞争，主要原因是在认定被告构成不正当竞争行为时，能够适用的法律依据只有我国《反不正当竞争法》第二条的一般性条款，法官以该条款进行判案，难以令被告信服。因此，互联网环境下出现的新型不正当竞争行为，也是值得分析和研究的难点问题。

四、案例分析

（一）互联网环境下经营者竞争关系的认定

在互联网经济中，互联网企业的商业模式为一种新型的商业模式，不同于线下一般的商业模式，它是通过向用户提供免费和优质的产品或服务，为自身盈利创造交易的条件和机会，进而



通过与第三方交易完成盈利的一种商业模式。随着互联网的迅速兴起，互联网企业的商业模式已经趋于成熟并得到了市场认可。

本案中腾讯公司和奇虎公司都采用了这种免费服务平台与收取第三方广告费相结合的商业模式。奇虎公司否认腾讯公司的商业模式，认为腾讯公司的商业模式损害了消费者权益，具有侵害性，不应当被保护。腾讯采取何种商业模式，取决于市场正当竞争的选择，商业模式的改进也应当是正当的竞争和市场发展的结果，不能是其他经营者假借消费者之名通过不正当的竞争行为改变的。本案中，网络用户享受了QQ软件带来的免费的聊天通讯服务，腾讯公司在QQ软件中插入广告和弹窗，用户观看广告和弹窗的时间成本应当理解是享受免费服务的经济成本，也符合经济学的原理。奇虎360借用部分消费者利益之名，通过开发扣扣保镖肆无忌惮地破坏QQ软件，改变腾讯公司商业模式的抗辩理由是不成立的。

此外，最高人民法院在内部的工作会议上做出过关于广义竞争关系的认定标准：“所谓竞争关系一般是指经营者经营同类商品或服务而产生的关系，如

果经营者经营业务范围不相同，但其行为违背了《反不正当竞争法》第二条的竞争原则，也应当认定具有竞争关系。”孔祥俊法官将这种广义的竞争关系进一步细化为三种类型：同行业竞争者直接产生的竞争关系、经营者之间为增加自己或者他人的市场交易机会而产生的竞争关系、经营者破坏他人的竞争优势而产生的竞争关系。总结而言，在互联网环境下不正当竞争案中，竞争关系的认定应当从竞争行为对经营者之间竞争利益的角度进行判断。本案中，腾讯公司和奇虎公司都是拥有巨大客户访问量的互联网公司，奇虎公司通过开发扣扣保镖，借助了QQ软件巨大的客户群体，使扣扣保镖及奇虎公司的其他安全软件的使用量迅速增加；同时，奇虎公司带有“诋毁性”的宣传方式，致使QQ软件及腾讯公司的相关安全软件的使用量下滑，腾讯公司整体客户群因此而减少。即奇虎公司的行为致使双方的竞争利益出现了增加和减少，因此应当认定双方存在竞争关系。

（二）互联网环境下不正当竞争行为的认定

《反不正当竞争法》第二条属于竞争法的总则性条款，是采用定义法方式

认定不正当竞争，具有高度的概括性、原则性和概念性。在特别条款不明确的时候，一般性条款能够起到很好的补充作用，但是完全依靠一般性条款认定不正当竞争行为具有很大的随意性、模糊性，在实践中难以做出准确的判定。因此在具体判决中，就要考虑以下几个因素：

1. 诚实信用原则与公认的商业道德

最高人民法院曾对诚实信用原则和公认的商业道德做出指示：“公认的商业道德是诚实信用原则在反不正当竞争法意义上的具体体现；商业道德是在特定的不同商业领域中的商业伦理，是交易参与者共同认可和遵守的行为准则，应当按照特定商业领域中的伦理标准加以评定。”司法实践中，只有当经营者实施的竞争行为，背离了特定行业普遍认可和遵守的商业准则，具有商业谴责性，并侵犯了其他经营者的合法权益时，才应当认为是违背了诚实信用原则和公认的商业道德，进而构成不正当竞争。对于《自律公约》这种互联网领域的行业准则，也可以作为行业商业道德的判断基础。本案中，最高人民法院正是结合互联网行业的商业准则，细化了

互联网的商业道德，认定被告的竞争行为为违背商业道德，构成不正当竞争。



2. 市场自由竞争

市场自由竞争是在同一市场规则与市场环境下，经营者自主地进行市场活动不受其他经营者等相关因素的干扰。

《反不正当竞争法》的立法目的明确规定保护市场经济健康发展和保护公平竞争。在互联网环境下的不正当竞争行为认定时，应当分析和考虑市场自由竞争对不正当竞争行为认定标准的影响，应当充分考虑到市场的自由竞争的边界，保护互联网市场的竞争自由和创新精神，鼓励互联网经营者大胆创新，保持市场中的自由和创新精神。

3. 消费者的合法权益

消费者是互联网服务相关消费体验的最佳判断者，在给予全面正确的信息后，相关消费者会自行对是否选用某种互联网产品作出判断。当然，经营者非以损害他人合法权益和谋求不正当商业利益为目的，提供尽可能便利消费者选择或者更好满足消费需求的中立性技术工具或者手段，非但不会受到法律禁止，而且还会得到市场激励。尽管天下通常并无免费的午餐，但消费者享受特定免费服务与付出多余的时间成本或者容忍其他服务方式并无当然的“对价”关系。

因此，一审判决关于“由于用户在享受即时通讯服务的时候没有支付相关费用，因此花费一定的时间浏览广告和其他推销增值服务的插件和弹窗，是其必须付出的时间成本。用户若想享有免费的即时通讯服务，就必须容忍广告和其他推销增值服务的插件和弹窗的存在”的判断失之准确和有所不妥，但其关于“通过使用破坏网络服务提供者合法商业模式、损害网络服务提供者合法权益的软件来达到既不浏览广告和相关插件，又可以免费享受即时通讯服务的行为，已超出了合法用户利益的范畴”的认定并无不当。



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

劳动用工过程中的 职务发明如何认定？

作者：薛克拉提·塔依尔



随着科技时代的迅速发展，创新与科技已成为新的时尚，很多企业在我国加速推进知识产权强国战略的背景下，加大对科技发明的投资力度，引进高新技术人才与技术，不少企业已成为独立自主创新的大户，但过快的发展也衍生出诸多法律问题，比如企业与技术岗位

员工之间对于新的产品、技术上的归属约定仍然不够明确，对于涉及职务成果的相关法律法规及概念仍有许多不太理解的地方等，这些都将成为企业科技创新发展的隐患，所以应当引起企业十二分的重视。

要知道职务成果的范围非常广泛，并不是一两部法律能够完全覆盖的。在法律领域中，职务成果包括：职务发明、职务作品、法人作品、商业秘密甚至还有竞争优势等等。而这些职务成果中又会存在相互交叉、相互结合使用的情况，所以其涉及的法律也非常广泛，包括《专利法》、《著作权法》、《计算机软件保护条例》、《促进科技成果转化法》、《反不正当竞争法》、《劳动合同法》等等，本系列将对企业劳动用工过程中的职务成果问题进行分类讨论，而本文将简要探讨企业用工过程中关于职务发明的问题及风险防范。

我国《专利法》第六条中规定：

“执行本单位任务或者主要是利用本单

位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。”对该条分析可知，认定某项发明创造是否为职务作品时，应当注意两个方面：1、为执行本单位任务所完成的发明创造；2、利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造。

而这两个方面中又存在值得深思的地方。比如“本单位”是否包括临时单位？又是否以存在劳动关系为基础？本条所说的“任务”为何？何为本单位的物质技术条件？实务中企业又如何避免产生归属分歧？接下来为大家一一解答！

1、关于临时工作单位中所完成的发明创造是否属于职务发明？职务发明是否以存在劳动关系为基础？

根据《专利法实施细则》第十二条第二款的规定，“本单位”包括临时工作单位。所以在临时工作单位中所完成的发明创造属于职务发明。那么是否临时工作单位一定要与员工建立劳动关系才适用职务发明制度呢？在（2014）豫法

知民终字第6号判决中，法院认为：

“不管是身份关系密切的劳动关系，还是临时性的为完成一定任务的劳务关系，在完成本职工作期间均属于单位与员工的关系，陈某与某公司之间是劳动关系还是劳务关系的认定不影响本案专利权权属的确定”所以在实务中，在认定职务发明时，需要注意区分劳动雇佣关系和职务发明创造关系，劳动雇佣关系是职务发明创造关系的前提，这也是区别委托发明等其他关系的最重要的一点。劳动雇佣关系中包括劳动关系、劳务关系以及其他形式的雇佣，所以关于职务发明制度中“本单位”不能简单的认为仅是存在劳动关系的主体为唯一标准，无论是建立劳动关系还是存在劳务关系，只要符合利用单位物质技术条件的或者是为了履行工作职责的情形，均有可能被认定为职务发明。

2、本单位的任务是否仅是劳动合同中约定的本职工作？

《专利法实施细则》第十二条第一款规定，“专利法第六条所称执行本单位的任务所完成的职务发明创造，是指：

- （一）在本职工作中作出的发明创造；
- （二）履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造；
- （三）退休、调离原单位后或者劳动、人事关系终止后1年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。”

由此可见，本单位的任务不仅仅包括劳动合同约定的本职工作，而是要根据实际任务情况与单位提供物质技术条件来综合确定。该条旨在保护单位的竞争优势，在离职后1年内，劳动者若是与其在原单位承担的本职工作或分配的任务有关的发明也都会被认为是职务发明，所以用人单位应该在平时就注意固定相关证据，留下相应的工作记录。

3、是否只要是使用了单位的物质技术条件就会被认为是职务发明？

根据《专利法实施细则》第十二条第二款规定：“专利法第六条所称本单位的物质技术条件，是指本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等。”

在（2017）粤民终1384号判决中，法院认为：“由于《市场销售部工作职责及组织架构》《职位说明书》《员工入职登记表》《劳动合同》《员工转正申请表》《晋升通知书》《品质手册》《质量手册》等证据也只能证明樊中成在优瑞泰公司从事的是管理工作，而优瑞泰公司也未指出邮件证据中存在樊中成直接参与产品研发、对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的内容，故以上证据不足以证明樊中成的工作内容还包括具体的研发，更不足以证明樊中成在本职工作中或执行优瑞泰公司交付的本职工作之外的任务发明了涉案专利。”

综上，笔者认为职务发明不仅仅只关注物质技术条件的使用情况，还需要

考虑物质技术条件的使用与争议职务发明之间是否存在因果关系，该物质技术条件是否直接被用在该职务发明上，该岗位是否与其职务发明之间存在关联，当然不否认管理人员也可能会完成技术创造，但在实务中证明其中的因果关系才是关键。

给企业的几点建议：

对于职务发明的认定问题，一定要防患于未然，企业应当提前在劳动用工过程中就与劳动者进行有效的约定，明确且具体，全方完善劳动人事制度，故笔者提出以下建议：

1、可以在劳动合同或者规章制度中明确约定劳动者的工作内容或岗位内容，若是在履行劳动合同过程中出现调岗行为的，尤其是调至研发岗位，可以要求与劳动者重签劳动合同或者以补充协议的方式书面变更劳动合同条款，又或者经过法定程序在规章制度中详细的规定研发岗位的相关职责。

2、落实工作任务明细或清单，将知识可视化保存。除本职工作以外，要求员工完成本职工作以外的其他任务时，应当作出书面的任务函或者任务清单，明确其任务内容，并对于任务具体实施细节，以书面形式沟通，以作为证据使用；其次，可以通过工作日志、技术方案汇总等方式将员工的技术诀窍（know-how）固定在物质载体上，使其能够作为具体表达来保护，防止员工后续的侵权行为。

3、与离职的员工签订保密协议及竞业限制。对于一般的发明职务的员工可以签订保密协议，在离职交接时明确约定保密范围，最好是能够在保密内容上签字认可，对于重要研发岗位的员工，可以采取竞业限制，按时支付竞业限制补偿金，统一维护管理具有竞业限制的员，设计专利预警方案，减少侵权发生的可能性。



医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：张茜、朱好婕、吕新雅

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：www.7-dimension.com

地 址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼D座