



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM

七方律师事务所



七方 法研

2021年第1期
总第7期



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM

七方律师事务所

主编寄语

心之所向，行之所往-----01

解读民法典

《民法典》时代，“忠诚协议”究竟有没有效力？-----03

房产调控大棒下，合同解除那些事儿-----07

民商纵横

从“老公裸聊证据被驳回”兼谈权利保护的边界-----13

建设工程质量保证金与建筑工程质量保修的法律分析-----17

老公打赏主播，老婆能不能把钱要回来？-----22

离婚协议关于房屋产权的约定阻却执行的标准-----29

银行也会破产，你的存款咋办？-----33

家长里短

不是你死就是我活，家暴只有一条出路？-----37

优良家风 才是最贵的家庭不动产-----41

公司治理

股权转让中优先购买权的行使有限制吗？-----46

股东优先购买权 VS “反悔权”，谁胜出？-----51



罪与罚

《刑法修正案（十一）》评谈之服务商标入罪化-----	57
《刑法修正案（十一）》评谈之非国家工作人员受贿罪-----	61
收买被拐卖的儿童罪追诉期限何时起算？-----	65
疫情期间谎报送检样本构成妨害传染病防治罪！-----	69

聚焦劳动法

为引进人才办理上海户口，单位能否约定服务期和违约金？-----	73
员工声明放弃缴社保，公司赔了 60 万！-----	78
劳动争议中企业规章制度的合理性审查-----	82
从华信信托事件看：员工被刑事拘留，单位可否解除劳动合同？-----	87

依法行政

《教育惩戒规则》颁布后，学校要做5件事！-----	91
---------------------------	----

知产知否

抵制于正、郭敬明为哪般？合理借鉴的边界应该如何把握？-----	95
关键词广告中搜索引擎服务商的“合理注意义务”要“合理”-----	100

心之所向，行之所往

主编：王晓鹏



一年前的二月，春寒料峭，一场突如其来的新冠疫情打乱了所有人的生活，在全国上下共抗疫情的艰难时刻，我们七方律师事务所的电子期刊《七方法研》正式创刊，和各位读者朋友见面了。

《七方法研》诞生在这样一个特殊的时刻，彼时我们对其寄予一份特殊的期待，医者仁心、律者思方，我们希望用所内各位律师的专业知识为处在疫情中的人们和企业解决身边法律问题，为共抗疫情作出一些我们自己的贡献。我们还希望这本期刊能成为一座桥梁，连接屏幕前的你我；成为一个平台，让我们的友谊蓬勃生长。

一年的时间，于无声处缓缓流过，《七方法研》一周岁了，回顾过去的一年，我们欣喜的发现，在这座桥梁上，七方认识了数百位热心的读者；七方也在这个平台上一共发表了 214 篇文章，收获满满。我们总结过去一年的编辑工作，听取热心读者的建议，在新的一年里，七方将对第二季的期刊内容和编纂形式进行一些调整，我们会精简每一期的文章内容，收录进期刊的文章内容将更加侧重法律理论研究和实务分析，

保证文章的深度，体现七方律师事务所的专业广度和理论深度，我们还会有不定期的专栏推送，就热点法律问题与您进行深度探讨，我们所有的变化都是为了一个不变的方向：以专业和高效为您提供优质的法律服务，力求理论与实务兼收并蓄、观点与争鸣百花齐放，更好地展示七方在各个专业领域上的业务能力和研究水平。

一年来，疫情带来的阴霾已经逐渐消散，我们的生活也正在恢复如常，这个二月和以往每一个二月似乎没有什么不同，又似乎有着太多的不一样。变化的是《七方法研》的内容和形式，不变的我们是“以法律研究为支撑，以解决问题为导向”的创刊初衷；不变的是七方“学无止境，方有未来”的立所宗旨，我们心向学习，必将坚定前往，感谢您陪伴在我们前行的道路上。

愿新改版的《七方法研》一帆风顺，愿亲爱的读者平安顺遂。

2021 年 2 月 25 日



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



《民法典》时代，“忠诚协议”究竟有没有效力？

作者：张春球



婚姻是陌生男女在毫无血缘关系的条件下所能够产生的最亲密的关系，是在法律、伦理、道德、医学等层面认可后的个人生活与感情的总和。

钱钟书先生说：“婚姻是一座围城，城外的人想进去，城里的人想出来”。随着社会转型加速以及多元化的价值判断，“围城”中人对婚姻的危机感及法律意识发生了很大变化。

昨盼姻缘牵，今嫌世俗烦。一些人为了给婚姻和情感找寻安全而贴上“保护膜”，“忠诚协议”便应运而生。

然而，在《民法典》生效前，民法学界以及司法实务界对“忠诚协议”是否有效的观点不一，就各地法院对待“忠诚协

议”效力的态度来看，四川成都中院、广东省高院持“有效”意见；江苏高院持“无效”意见；上海高院、最高人民法院民一庭第二合议庭指导意见持“不予处理”意见。这种“同案不同判”的现象，影响了司法权威以及司法公信力。另外，在欠缺统一法律依据的情况下，“夫妻忠诚协议”的当事人很难对协议的效力形成稳定预期。

那么，自2021年1月1日《民法典》正式实施后，“忠诚协议”的效力究竟如何认定和判断呢？且听笔者慢慢分析。

1. 什么是“忠诚协议”？

所谓“忠诚协议”，是指男女双方在婚前或婚后自愿制定的，在婚姻存续期间

夫妻双方恪守《民法典》第 1043 条所规定和倡导的“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱”的义务。如果违反，过错方将在经济上对无过错方支付违约金、赔偿金、放弃部分或全部财产的协议。

从法理上讲，《民法典》第 1065 条规定“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同共有或部分各自所有、部分共同共有。”此中“约定”在实务中被称为“财产协议”，“财产协议”制度给予了夫妻双方处分财产的自由和空间，此类夫妻间的“财产协议”一旦与“保证忠诚”挂钩，亦即成为了“忠诚协议”。

2. 《民法典》生效前，对“忠诚协议”的效力认定的三种学说：

（一）有效说。

其认为，“夫妻忠诚协议”本质上是一种民事法律行为，民事法律行为应当具备以下三个要件方产生法律效力：行为人具有相应的民事行为能力；意思表示真实；不违反法律、行政法规或者社会公共利益。即使婚姻法第四条（现为《民法典》第 1043 条）所规定的夫妻忠实义务并非权利义务规范，而是一种倡导性规范，也不妨碍夫妻双方为赋予忠实义务以法律强制力而自愿以民事协议的形式将此道德义务转化为法律义务，只要此种协议意思表示真实，不违背法律、行政法规的禁止性规定，不违背公序良俗，不存在欺诈、

胁迫等情形，法律就应当承认其效力。再者，“夫妻忠诚协议”也符合我国婚姻法实行一夫一妻的本质要求，但法律对于夫妻互相忠诚的保护相当有限。因婚姻法属于私法，而私法的核心便是意思自治，“忠诚协议”是夫妻双方在婚姻法领域意思自治的具体体现，是对法定忠诚义务的具体化，是对违反忠诚义务所产生的不利法律后果的事先约定，承认其效力无疑符合私法意思自治的理念。追究违反忠诚义务一方的法律责任，让无过错方在经济上或精神上得到一定补偿，也是法律公平原则的具体体现。[案例：广东省高院（2016）粤民申 1433 号民事裁定书、中山市中院（2016）粤 20 民再 15 号民事判决书-陈某某（男）与杨某某（女）离婚纠纷案]

（二）无效说。

其认为，“忠诚协议”不属于《婚姻法》第 19 条（现《民法典》第 1065 条）规定的夫妻财产约定情形，按照此协议进行财产分割于法无据。而且，“忠诚协议”的签订，往往会加剧夫妻之间的相互不信任感。肯定“忠诚协议”的效力，会对夫妻间的相互不信任感起到助推作用，更不利于夫妻感情关系的维系。“忠诚协议”会导致婚姻关系的变质和异化。“忠诚协议”也容易侵犯隐私权，反向“鼓励”不正当的取证行为，如跟踪、窃听、捉奸等。[案例：2019 年度江苏法院婚姻家庭



庭十大典型案例之四-李某（男）与马某（女）的离婚纠纷案]

（三）部分有效部分无效说。

这种观点认为，“忠诚协议”的效力认定，不是一个非黑即白的问题。婚姻关系是理性与感性结合的产物，“忠诚协议”的订立，也夹杂着夫妻理性和感性的元素。其中涉及财产关系部分有效，涉及身份关系部分无效。

3. 《民法典》实施后，对“忠诚协议”的效力认定

《民法典》实施以后，上述对“忠诚协议”的效力认定的不确定状况有望发生根本性改变。《民法典》（总则编）第143条（以下简称“第143条”）对于民事法律行为的效力作了明确规定。第143条有关民事法律行为的效力规则适用于所有民事法律行为，而并没有区分财产行为和人身行为。另外，《民法典》合同编第464条（以下简称“第464条”）规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”第464条的规定无疑架起了一座身份协议也可以适用于合同编的桥梁。夫妻订立“忠诚协议”，无疑是民事主体进行的民事法律行为。由于《民法典》婚姻家庭编对“忠诚协议”没有特别规定，故其效力应直接适用第143条的规定，其履行等问题当然可以参照第464条的规定。

首先，按照第143条的规定，“忠诚协议”是否有效，主要应看主体是否适格、意思表示是否真实，是否违反法律、行政法规的强制性规定，是否有违公序良俗。忠诚是夫妻关系的应有之义。第1043条规定：“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱。”忠实义务也称忠诚义务、贞操义务，是指配偶的专一性生活义务，也称不为婚外性生活的义务，目的是忠诚于配偶。这里要特别强调的是，虽然其调整的内容属于道德范畴，但这也是《民法典》明文倡导的法律规定、法定义务，而并非是某些“专家”所说的单纯的道德约束。

“忠诚协议”不过是以约定的方式，强化了夫妻双方的法定义务，其本身合理合法，夫妻双方必须遵守。夫妻双方都是完全民事行为能力人，只要反映双方的真实意思，亦不存在违反法律和行政法规的强制性规定和有违公序良俗的情形，“忠诚协议”就应该得到认可。相反，对于子女的抚养和探望，既是属于父母不可剥夺的权利，也是为人父母者不可推卸的义务和责任。剥夺过错方抚养权和探望权的约定，以及强迫过错方自扇耳光、剃手自残、净身出户等带有严厉制裁性质的约定，既违反法律、行政法规的强制性规定，亦有违公序良俗，自应无效。

其次，最容易引发争议的，主要是哪些情形可以参照适用第464条。“忠诚协议”是否属于可以参照第464条的情形，



取决于其所约定的“违约责任”的具体目的及其量化与落实的时间节点。若“违约责任”是为了督促双方保持忠贞而维持婚姻，那这种协议多属于其“性质”不能参照第464条的类型，因为涉及婚内夫妻财产利益纠纷本身不具可诉性；但若该“违约责任”本无意维持婚姻，而是指向离婚之时的过错赔偿，那忠诚协议实为夫妻双方就特定婚内过错在将来离婚之时的赔偿核算方法、标准或数额的预先商定，在不存在欺诈、胁迫等意思表示瑕疵的情况下应当作为夫妻离婚协议的组成部分或离婚裁决的依据，理应获得法律上的支持。

另外，《民法典》扩大了离婚损害赔偿的范围。以往根据《婚姻法》主张离婚损害赔偿，仅限重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力、虐待遗弃家庭成员这四种情况。但是《民法典》第1091条【离婚损害赔偿】新增加了一项兜底条款：

“有其他重大过错的”。也就是说，《民法典》扩大了离婚损害赔偿范围，像出轨（仅指肉体出轨，不包括精神出轨）、一

夜情、与他人非婚生子等情形，在请求离婚损害赔偿时，都可以作为法院裁判考量的范畴。这也为“忠诚协议”的效力认定提供了又一个法律支撑。

总之，夫妻间的忠实义务，具有专属性和排他性。“忠诚协议”不具备单独的可诉性，但当其指向夫妻财产约定、离婚之时的过错赔偿时，只要不是限制或剥夺人身自由和权利、显失公平或导致夫妻一方生活极其困难的条款，其它对于同时包含财产关系和身份关系的“忠诚协议”，均可根据《民法典》的相关法律规定调整适用并被认定合法有效。

诚然，“忠诚协议”是夫妻双方为表忠心而自愿达成的约定，既非道德绑架，亦非感情杀手，而是感性与理性相结合、欢愉与尊重相融合的承诺，是两人相爱之合理合法的见证，更是夫妻感情不幸撕裂时和平分手的保证。

因为爱情而喜结连理，因为美好而走进婚姻，但当油盐酱醋茶被诱惑的筹码吊打，“忠诚协议”便似乎成了必要的“围城”篱笆。

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





房产调控大棒下，合同解除那些事儿

作者：王晓鹏



导语：

短短的 10 天时间，上海多个部门接连出台调控房地产市场的政策，在上海楼市掀起了不小的波澜。调控大潮下，很多朋友之前签订的买卖合同在履行过程中出现了各种各样的问题和困惑，那么签好的合同，可以随便解除么？本文将结合《民法典》的规定，为您一一道来：

2020 年 9 月开始，当疫情对经济的冲击还未完全消退之时，上海的楼市突然迎来了一波爆发。这一波涨势以学区房的快

速上涨为起始，带动整个沪上楼市的涨价潮，一时间，不管是优质的学区房，还是老破小，都被卷入这波涨价风波中，甚至有的热门房源，价格一周上涨 100 万，买家还要排队抢购。

房价在非理性的狂奔了四个月之后，2021 年 1 月 21 日，上海市发布了《关于促进本市房地产市场平稳健康发展的意见》（以下简称《意见》），多部门联合出手，对于快速上涨的楼市进行调控，1 月 29 日，《意见》带来的冲击波还未消退，上海银保监局又再次下发《上海银保监局



关于进一步加强个人住房信贷管理工作的通知》（以下简称《通知》），对于个人住房贷款的申请和审批从严管控，一时间各种调控政策多管齐下，目标直指过快上涨的上海楼市。

《意见》和《通知》出台后，笔者也接到了很多朋友的咨询，大家咨询的问题也都集中在，不能完全履约是否要承担违约责任？能不能单方解除合同？解除合同会不会存在风险？本文就结合此次上海房产调控为背景，跟大家聊一聊《民法典》时代合同解除的那些事儿。

一、调控政策对于购房者产生的影响

此次房产调控从购房资格、税费调整、信贷政策等多方面出手，出台了多项“大杀器”。其中对于购房者影响比较大的主要有以下四项：离婚后3年内再次购买商品房的，购房人拥有住房套数按照离婚前家庭总套数计算，简称“离婚也限购”；个人销售住房增值税征免年限从2年提高至5年，简称“满二升满五”；银行将只能对购买主体结构已经封顶住房的个人发放住房贷款，简称“从严批贷款”；人民法院法拍房也正式纳入限购范围，简称“法拍房限购”。

上述政策对于购房者而言，有的是直接影响到交易资格的，比如离婚也限购：以前夫妻双方通过“假离婚”、“净身出户”，“复婚后再离婚”等手段反复获取

购房资格，规避限购政策，甚至是获取“首套房”优惠政策的方式将不再有效，现在即使是真的离婚，房产归另一方所有后，未取得房产的另一方，很可能因为离婚之前家庭持有2套或以上房产，而在3年内丧失了购房资格，妥妥的“假离婚坑了真离婚”，所以很多朋友也将这一条戏称为：上海独享的离婚“三年冷静期”。又比如法拍房限购，之前上海的法拍房是无限购的，对于很多不具备上海购房资格又想在上海置业的朋友，法拍房是一个很好的选择，但是现在法拍房也纳入了限购范围，如果不具备购房资格再去购买法拍房，将承担违约的法律后果。

除了资格限制类的政策，还有一些政策是提升了交易成本和交易难度，比如二手房交易增值税征免年限满二升满五，可以毫不夸张的说，这个调整绝对是一把“大规模杀伤性武器”，所到之处，几乎无人能够幸免。

首先，按照上海对于普通住房的定义标准，房价230万这道门坎，符合房子估计您看不上，您看得上的妥妥的超过230万。也就是说，不用纠结您要买的房子是否是普通住房，您要关注的是您要买的房子是不是已经满五。

按照现在的政策，购买二手非普通住房的，上家理论上要承担的税费主要是：上家出售不满五年的房屋的，按照合同金



额 5.25% 全额征收增值税；满五年的，以合同金额与原购进金额差额按照 5.25% 征收增值税；不满五年或非唯一住房的，按照合同金额 2% 缴纳个人所得税，满五唯一的，免征。下家需要承担的税费主要是 1%-3% 的契税（根据平方数和套数计算）还有一些其他的手续费。

实际上，大家都知道，所谓的上家支付的税费，在交易中，往往都是约定由下家承担的，我们就以下家在二手房市场上购买一套 500 万元的房屋为例：该套房屋，上家之前购买的价格是 400 万元，那么如果该房屋现在满二不满五，下家将承担的增值税为 262500 元，而在本轮调控政策出台之前，下家承担的是差额增值税，仅为 52500 元，甚至很多中介机构通过“技术性处理”，可以做到无差价免征增值税。这凭空多出来的 20 余万元税费，是看得见摸得着的心疼啊。

二、调控政策大棒下，对于买卖合同履行的影响

楼市调控政策出台后，笔者接到咨询的这些朋友全都是买家，看来，在上海这个商品房供不应求的卖方市场，果然还是买家处于劣势啊。我们来看看他们都遇到了哪些问题：

朋友一：已经签署了购房合同，政策出台前，还没来得及网签，首付已付，现在经过计算，因为房子不满五年，交易税

费上涨了 17 万，感觉很郁闷，能不能解除合同？

朋友二：去年离婚，两套房产归另一方所有，今年准备买房，定金已付，还没来得及网签，怎么办？

朋友三：调控政策出台前已经合同已经网签，约定 2 月 1 日之前结清全部房款，公积金贷款已经发放，还有 110 万元商贷已经审批通过，原定于 1 月底发放，现在房款流程突然加长，2 月 1 日之前肯定无法房款，担心上家以未按期支付付房款为由解除合同，追究违约责任，怎么办？

上述的问题，核心在于，合同的解除，应该如何依法行使。

合同，是当事人之间平等协商，意思自治的产物，当事人签订的合同，如果没有法定的无效情形，依法成立并产生效力，是一把法锁，对各方主体产生约束力。然而，既然是“法锁”，自然也有打开这把锁的钥匙。解除权，就是这样一把钥匙。

合同的解除，分为约定解除和法定解除两种。

根据《民法典》第五百六十二条，当事人协商一致，可以解除合同，或者当事人约定的解除条件成就时，解除权人可以解除合同。以上规定，是为合同的“约定解除”。

根据《民法典》第五百六十三条，在出现了诸如：不可抗力不能实现合同目



的、预期根本违约、迟延履行等五种法定情形的时候，任何一方当事人也可以提出解除合同，以上规定，是为合同的“法定解除”。

回到前面的三位朋友遇到的困惑，我们对照法条，一一进行分析。

朋友一：调控政策导致交易成本上涨，买房者表示无力承担税费，如何解除合同？在这种情况下，要综合考虑合同已经履行的情况、上涨成本所占全部交易金额的比例来进行分析。

如果仅仅是草签了买卖合同，还未支付首付款，房屋也没有办理过户，在这种情况下，合同的主要义务实际上并没有履行，解除合同对于双方来说成本不高，如果上涨的交易成本确实给买家带来资金困难，笔者建议买家及时联系卖家，告知卖家调控政策带来的资金压力，在这种情况下，由于双方介入交易时间不长，房价处于上行通道过程中，解除合同对于卖家而言，损失也不大，双方是有可能通过协商一致的方式解除合同的。

而如果是双方已经完成了主要的合同义务，比如首付已经完成，或者主要房款已经支付，卖家已经迁出了户口，准备签约过户房产等等，此时，卖家往往不同意解除合同，那么买家能否依据《民法典》第五百六十三条第一项，以不可抗力致使不能实现合同目的为由，行使法定解除权

呢？笔者认为，政策性的原因虽然导致交易税费上升，但是增加的十余万元税费跟动辄数百万的总房价相比，毕竟占比较小，这种成本的上升，属于商业风险，并非必然导致合同无法继续履行。在卖方坚决不同意协商解除，要求必须继续履行的情况下，司法实践中，法院往往会出于保护交易安全，而认定不构成合同目的不能实现的法定情形，如果买家坚持以交易税费上涨为由不履行后续合同义务，卖家反而可以援引五百六十三条第二项、第三项以预期根本违约或迟延履行为由致使合同目的不能实现为由解除合同，并追究买家的违约责任。

总的来说，政策调整导致税费上涨，是大家都不愿意看到的，但是，如果双方已经完成了主要合同义务，那么从司法的角度，这种突发情况很难达到足以解除合同的程度，为了维护交易安全和市场秩序，买家如果不能和卖家达成合意解除合同，单方主张解除合同，很可能将反被认定违约，进而承担不利后果。

朋友二：“假离婚坑了真离婚”，这位朋友确实非常郁闷，半年的时间，没了爱人，还没了房票！虽然说这次离婚也限购的政策，针对的是之前通过假离婚，复婚后再离婚的投机客，但是，这样的一刀切，也让那些真正离婚后准备买房的朋友措手不及。



在这里我们不去分析政策的好与坏，我们只想说，如果真的遇到了像朋友二这样的情况，因为政策原因，导致其现阶段直接丧失了在上海购房的资格，合同实际上已经无法继续履行，合同自然应该解除。如果卖家拒绝合意解除合同，买家可以直接援引《民法典》第五百六十三条第一项，向人民法院起诉解除合同，并要求卖家返还已经收取的房款，卖家迟延返还的，还可以向其主张相应期间的利息损失。

朋友三：这位朋友担心，由于银行放款突然延长，导致最后一笔房款不能在合同约定的期限内按期支付，卖家会不会借此发难，追究自己的违约责任。对于他的担心，我的分析是，这套房子总价 600 万，他已经支付了 490 万，且房屋已经完成了过户，剩余的 110 万商业贷款，银行已经审批通过，实际上双方的主要合同义务已经完成，110 万的尾款，在银行已经审批通过的情况下，如无特殊情况，注定会支付给卖家，卖家实际上取得了一个确定可得预期债权。

对于这位朋友的担忧，我建议：第一，所谓的 2 月 1 日之前结清款项，可以解释为只要在 2 月 1 日之前完成了贷款审批，对于买家而言就完成了付款义务，后续的支持应由银行完成，所以不应以卖家收到房款的时间作为结清房款的依据。第二，

由于双方已经完成了主要合同义务，且卖家未能在 2 月 1 日之前收到尾款，是由于信贷政策收紧造成的，亦不可归责于买家，因此出于保护交易安全，维护公平原则，即使卖家发难，起诉至法院，法院也会倾向于支持买家不构成违约，不支持解除合同。第三，建议买家及时告知卖家银行延期放款，并保留好银行的通知材料，积极和卖家协商，表明继续履行合同的态度和立场。第四，如果卖家要求在合同约定的期限之前由买家自行出资支付，建议买家慎重考虑是否答应，如果买家资金雄厚，且为了避免后续可能的纠纷，愿意先行垫付，那双方应订立书面的协议，约定一旦后期银行放款，卖家应及时返还先期收取的垫付房款，逾期不归还的，将承担相应的违约责任。

小结

调控政策的突然出台，导致很多买家或丧失购房资格，或不得不承担额外的成本支出，然而在房价上行大趋势下，上海的楼市还是一个卖方市场，调控之下，买卖双方出现了纠纷，买方往往处于劣势一方。有的朋友出于各种原因不愿意再买房子了，但是跟卖家协商不成，甚至发生冲突，一时气不过，认为合同我想解除就解除，房子我就是不买了，你把钱给我退出来。然而，合同不是儿戏，法律更不是儿戏，合同的解除，如果不符合法定解除



的情形，是不能单方擅自解除的，擅自解除合同，导致合同不能履行，是要承担违约责任的。

笔者还是建议和为贵，双方坐下来好好的协商，如果无法协商一致解除合同，

或者不符合约定解除的条件，那就应该谨慎的评估单方解除合同的法律风险和成本，判断是否符合法定解除的条件，再采取下一步的行动，万不可意气用事，激化矛盾，以免造成更大的损失和不利局面





从“老公裸聊证据被驳回”兼谈权利保护的边界

作者：王黎君



一则案例

据《广州日报》近日报道一则案例：

王女士和张某于2003年结婚，次年2月儿子出生。婚后不久，张某被单位外派至外地工作，王女士为了便于照顾儿子和儿子住一间房内，张某出差回来单独住在家中另一间房内。王女士近期发现张某在家经常偷偷摸摸的接打电话，王女士怀疑其出轨，并开始寻找证据。

一次，张某回来休假，王女士趁其醉酒昏睡时，多次尝试输入张某手机密码，翻看张某手机。发现手机内存有多张和其

他女性的合影，还有住宿记录、手机录像等。为进一步寻找证据，王女士在张某的卧室床头柜放置录音笔，录到张某和其他女性裸聊的语音。

2019年4月，王女士向西安市未央区人民法院起诉离婚，向法院提交了张某的手机截屏、手机中的录像，以及张某在成都、内蒙古等地旅游的朋友圈截屏和录音音频作为证据，请求与张某离婚，孩子归其抚养，位于城北的一处房产归其所有，分割夫妻共有的其他财产等。被告张某不同意离婚，并辩称外出工作是为维护家庭



生活，现已申请调回西安，王女士说他婚内出轨纯属猜忌。

对于王女士提供的证据，法院认为，两人虽系夫妻关系，但依然在婚姻中享有作为独立个体的隐私权，被告的手机系承载其个人隐私的载体并设置了密码，原告采取猜测密码的方式从被告手机取得的证据，侵犯了被告的隐私权，故其合法性法院不予认可，证据确认无效。原告提供的录音证据也侵犯了被告的隐私权，其合法性法院也不予认可，并确认无效。2019年6月10日，未央区人民法院驳回王女士要求离婚的诉讼请求。

王女士认为，双方互相忠诚是婚姻的基础，她提供的都是很重要的证据，没想到法院竟然不支持。在未央区人民法院判决满6个月后，2020年6月，王女士又在张某的居住地西安市莲湖区人民法院提起另行起诉。据悉，12月14日，法院将开庭审理此案。

案例分析

首先来看我国法律对非法获取证据排除适用的规定。

上述案例属于民事案件，我们还是看《民事诉讼法》以及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》，其中最高院新修订的《证据规定》于2021年5月1日起施行，其中有关涉及隐私权的规定，第四十七条：下列情形，控制书证的当事人应当提交书证：

（一）控制书证的当事人在诉讼中曾经引用过的书证；

（二）为对方当事人的利益制作的书证；

（三）对方当事人依照法律规定有权查阅、获取的书证；

（四）账簿、记账原始凭证；

（五）人民法院认为应当提交书证的其他情形。

前款所列书证，涉及国家秘密、商业秘密、当事人或第三人的隐私，或者存在法律规定应当保密的情形的，提交后不得公开质证。

由此可见，法律并未禁止涉及隐私权的证据不得作为证据，仅是为保护隐私权，在质证时不得公开质证。但上述案例，王女士提交的两份证据（解锁获取的手机信息、录音）内容不仅涉及隐私，且获取方式是未经他人同意，侵犯其配偶隐私权的非法手段。

所以我们还要看法律对非法获取的证据，有无明文规定排除适用。

《证据规定》第八十七条：审判人员对单一证据可以从下列方面进行审核认定：

（一）证据是否为原件、原物，复制件、复制品与原件、原物是否相符；

（二）证据与本案事实是否相关；

（三）证据的形式、来源是否符合法律规定；



(四) 证据的内容是否真实；

(五) 证人或者提供证据的人与当事人有无利害关系。

第八十八条：审判人员对案件的全部证据，应当从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。

这两条证据的审核认定的规定中，并未对来源不符合法律规定的证据定性及排除适用进行明确规定。第八十八条规定的用意，笔者认为，证据来源是审判人员审核的一个层面，但是在与案件事实关联程度及证明案件事实的证明力上，应当充分发挥法的评价作用中的衡量作用，即除了判断证据获取方式、是否侵犯他人权利外，还要综合衡量证据内容——是否是查清案件事实的主要证据，当事人是否突破举证有限性，当事人是否已穷尽举证的可实现性。

笔者查询到在 2013 年 11 月的《中国法院报发表》一篇当事人有义务说明证据来源的合法的报道：“客观性、关联性、合法性是民事诉讼证据的“三性”，证据的合法性是指证明案件真实情况的证据必须符合法律规定的要求，作为证据合法性的一个重要方面就是证据必须有合法的来源。如果证据的来源不合法，就不能用作定案的根据。因此，在民事诉讼中当事人有义务向法庭说明证据来源的合法性，否则，应当承担对自己不利的法律后

果。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的第五十条规定：质证时，当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行质疑、说明与辩驳。”

此篇文章发表时适用的是 2019 年修改前的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》，修改前的《证据规定》第五十条的用意是法院审核证据的取得、形成是否合法，因为合法取得的方式关系到证据是否真实。拒不讲明证据的来源，使法院无法查证证据的取得、形成是否合法，更无法查证该证据是否真实。可见，取得、形成合法，是为了查证证据是否真实，用真实的证据来调查案件事实，并非形式非法即排除的立法用意，加之我国审判实务中是更重实质，仅因取得系非法方式，就排除证据实属未能正确理解立法目的而以偏盖全的欠妥行为。

《民事诉讼法》也没有因证据合法性而排除适用的规定，第六十八条规定：

证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。

再者，上述案例是离婚纠纷，不可避免相关证据会涉及当事人的隐私，这也是法律规定不公开审理的案件类型。可见，法律保护当事人的隐私权，设有程序上的保护屏障。



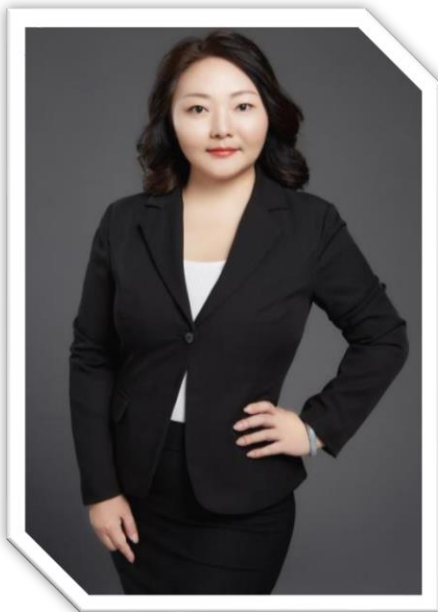
上述案例中，法院对证据不予认可是因为王女士侵犯了被告的隐私权，因侵权得来的证据合法性被否认，即获得证据手段而否认证据内容及效力，实有偏颇。是否侵犯他人的行为，及行为延伸所得“果”，皆是树之毒“果”必毒，均应受到法律否定的评价？

夫妻一方违背忠实义务的行为不可避免涉及披露隐私，王女士破解手机行为是侵犯隐私权，将手机和录音的不堪内容作为证据提交，要法官审查、要代理律师知晓。将证据的内容向除双方当事人外的第三人展示及提交的行为，第三人知道两人闹离婚，已暴露两人离婚的隐私。是否离婚纠纷本就是侵权之诉？

根据我国《民法典》第一千零三十二条：自然人享有隐私权。任何组织或者个

人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。

隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密信息。隐私的核心是私密性，任何对外宣扬、公布的行为都有可能构成对隐私的破坏，但任何权利的行使都不是无限度，作为离婚诉讼中对隐私保护程度应与普通案件有所区别，在隐私权与司法机关为查清案件事实的知情权发生冲突时，应进行适当的协调，在较小的范围内审理隐私证据，以满足案件事实查证的需要。离婚肯定涉及隐私，离婚案件的审理，是否更应该着重两人感情是否确已裂的事实审查上，而对事实的认定，就须借助证据的佐证，仅凭证据取得形式就否认证据效力未免过于片面和武断，也不利于实现法律解决矛盾的立法本意。



王黎君 律师

上海七方律师事务所 合伙人
七方企业合规法律服务部 律师
上海律协法律合规业务研究委员会 委员
业务方向：金融相关、合同纠纷



建设工程质量保证金与建筑工程质量保修的法律分析

作者：席绪军



为贯彻落实国务院关于进一步清理规范涉企收费、切实减轻建筑业企业负担的精神，规范建设工程质量保证金管理，住建部与财政部联合发布并于 2017 年 7 月 1 日起施行《建设工程质量保证金管理办法》（以下简称“《保证金办法》”），关于工程质量保证金预留比例（额度）、预留方式、返还方式、缺陷责任期的期限及计算方式等规定和要求。

原建设部于 2000 年 6 月 30 日就已经发布并实施的《房屋建筑工程质量保修办法》（以下简称“《保修办法》”），则规定承包人对房屋建筑在保修范围和保修期限内出现质量缺陷，应当履行保修义务，发包人与承包人约定的保修范围和保修期限不得低于国家规定标准。

然而工程实践中，依然存在发包人对于质量保证金的超比例预留，超期拒绝返还的现象，发包人利用市场强势地位，通过合同约定不合理条款或者约定不明的条款，以承包人工程保修义务未到期或者保修期内存在质量缺陷为由拒绝返还已到期的质量保证金。而一些法律从业人员由于缺乏建设工程的理论知识 and 实践经验，对于工程质量保证金与工程保修的法律关系无法厘清，导致在司法实践中对案件事实和法律适用产生了偏差，本文拟对建设工程质量保证金与工程质量保修的法律关系做出分析。



【相关定义】

建设工程质量保证金（以下简称“保证金”）是指发包人与承包人在建设工程承包合同中约定，从应付的工程款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。

房屋建筑工程质量保修（以下简称“工程保修”），是指对房屋建筑工程竣工验收后在保修期限内出现的质量缺陷，予以修复。

【案例分析】

某钢结构专业分包公司起诉总承包公司支付工程欠款及质量保证金，工程于3年前竣工验收合格并交付建设单位使用至今，未收到建设单位关于工程存在质量问题的报告，然而在分包公司向总承包公司主张返还工程欠款和质量保证金时（此时距竣工验收合格之日已经2年4个月），总承包公司提出涉案房屋存在漏水现象（同样未提供证据），并以此为由拒付工程欠款和质量保证金。分包合同还约定“质量保证金在质量保证期满，经业主和甲方工程验收无质量问题及甲方代修费用扣除后，叁个工作日内由甲方返还给乙方”及“屋面防水的保修期为5年”，总承包公司抗辩称质量保证金的返还期限为5年，返还期限未到。一审判决未明确质量保证金的返还期限，支持分包公司要求支付工程欠款的诉请，但未支持返还质量保证金，亦未陈述不支持的事实和法律依据，分包公司已据此提起上诉。

本案焦点问题：一、保证金的返还期限为几年？二、保证金返还可否以工程再次验收无质量问题为条件？

以下结合案例及法律规定来分析质量保证金与工程保修的法律关系。



【法律规定】

《保证金办法》第二条规定“缺陷是指建设工程质量不符合工程建设强制性标准、设计文件，以及承包合同的约定。缺陷责任期一般为1年，最长不超过2年，由发包、承包双方在合同中约定。”

《保证金办法》中并未使用“质量保证期”这样的用语，与保证金对应的说法是缺陷及缺陷责任期，更没有提及工程保修期限。

该办法对于双方可以约定的事项做出规定，其中关于预留比例做出了限制性



规定，但是并没有规定缺陷责任期内可以再次组织工程验收。而对于质量保证金的返还期限则规定为缺陷责任期满后返还。而缺陷责任期最长不超过2年。缺陷责任期内，由承包人原因造成的缺陷，承包人应负责维修，并承担鉴定及维修费用。由他人原因造成的缺陷，发包人负责组织维修，承包人不承担费用，且发包人不得从保证金中扣除费用。

《保修办法》则规定了一些主要项目的最低保修期限，如第七条规定“在正常使用下，房屋建筑工程的最低保修期限为：（一）地基基础和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；（二）屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为5年；（三）供热与供冷系统，为2个采暖期、供冷期；（四）电气系统、给排水管道、设备安装为2年；（五）装修工程为2年。其他项目的保修期限由建设单位和施工单位约定。”这是法定的最低保修期限。第八条规定“房屋建筑工程保修期从工程竣工验收合格之日起计算。”第十一条规定“保修完成后，由建设单位或者房屋建筑所有人组织验收。”第十三条规定“保修费用由质量缺陷的责任方承担。”

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释

（一）》法释〔2020〕25号（以下简称“司法解释”）的第十七条规定“有下列情形之一的，承包人请求发包人返还工程质量保证金的，人民法院应予支持：（一）当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；

（二）当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满二年；（三）……发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。”

【法律分析】

《保证金办法》与《保修办法》中关于缺陷责任期与工程保修期之间存在以下不同处及相同处。

一、对应的维修费用责任主体不同。

《保证金办法》中保证金（维修费用的保证）对应的维修费用责任主体是承包人，即由于承包人原因导致出现质量缺陷的，如果承包人拒绝维修和承担维修费用的，则发包人可以从保证金中扣除相应费用。

《保修办法》中保修费用由质量缺陷的责任方承担。保修义务的主体是承包人，质量缺陷的责任主体则未必一定是承包人。该责任方有可能是发包人、承包人或第三方主体，因为该质量缺陷有可能是发包人自身使用不当或损坏，也可能是第三方侵权所致，也可能是不可抗力导致。当然也可能是承包人的施工导致的。

无论是缺陷责任期内还是保修期内发现的质量缺陷，都需要查明质量缺陷的责任主体，而不是一律认定为承包人的责任。

二、对应的责任期限不同。

《保证金办法》中规定双方约定的缺陷责任期最长不超过2年，缺陷责任期满后退还保证金，司法解释第十七条第一项规定“当事人约定的工程质量保证金返

还期限届满”，该约定期限应当不超过《保证金办法》规定的缺陷责任期。

司法解释第十七条第二项规定“当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满二年”。

《保修办法》中关于保修义务人即承包人的保修期限则有规定的保修范围和保修最低期限，其中关于地基基础和主体结构工程的保修期最长，为设计使用年限，而一般钢结构厂房的设计使用年限在30-50年。案例中约定的屋面防水保修期限5年，也是《保修办法》规定的最低保修期限。



三、对应的维修范围不同。

按照《保证金办法》的规定“缺陷责任期内，由承包人原因造成的缺陷，承包人应负责维修，并承担鉴定及维修费用。”没有对维修的项目作出规定，也就是说，只要是工程上出现的承包人原因的缺陷都必须维修。

《保修办法》则规定双方在法定的维修项目之外，可以约定维修项目，那么既

不在法定维修项目之内，又没有约定的维修项目，承包人是拒绝维修，甚至即使是承包人原因导致的缺陷都可以拒绝维修。

但是，在缺陷责任期与工程保修期重合期内，承包人不得拒绝维修自身原因导致的质量缺陷，所以缺陷责任期实质上就是人们常说的“质量保证期”，而与工程保修期存在很大的不同。

四、对应的起算时间相同。

缺陷责任期从工程通过竣工验收之日起计，工程保修期从工程竣工验收合格之日起计算。二者表述文字略有差异，但是实质的意思和意义是一样的，笔者认为为是同一个日期的不同表述。

鉴于缺陷责任期和工程保修期的起算时间相同，二者必然会存在一个混同的期间，混同期间内在能够确定质量缺陷的责任主体是承包人一方时，如果承包人不履行维修义务或者承担维修费用，发包人有权直接从保证金中扣除维修费用。

五、对应的实际维修项目都需要建设单位及时组织验收。

《保修办法》规定“保修完成后，由建设单位或者房屋建筑所有人组织验收。”该验收应当仅指对实际保修的项目维修后的成果验收，不可能是指对工程全部重新进行质量验收。

《保证金办法》中对于缺陷责任期内的维修虽然没有规定验收，但是针对维修项目进行验收，为承包人义务的应有之义，当然需要验收，但同样也不可能是指对工程全部重新进行质量验收。作为建设

单位或者所有人应当及时组织验收，而不应当通过拖延对维修成果的验收来拒绝退还保证金，且验收结论也不应当影响保证金的返还。

六、保证金与保修义务无关。

保证金是对缺陷责任期（即质量保证期）的维修义务的保证，不是对工程保修义务的保证，有的合同文本也将质量保证金表述为“质量保修金”，实际上这反而会误导很多人，把质量保证金与工程保修期的保修义务关联起来，实际上二者没有法律上的关系。不可将缺陷责任期等同于工程保修期，反之亦然。

司法解释规定“发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。”由此规定也可以看出，质量保证金与工程保修义务无关，返还保证金不影响保修义务的履行。

至此，案例的焦点问题答案就已经出来了，一、保证金返还期限为缺陷责任期满后返还，最长不超过2年；二、不应当以工程再次验收无质量问题作为返还保证金的前提条件。

实际上建设工程的过程检验和竣工验收采取的是分部分项工程的抽样验收，验收规范允许工程存在一定比例的不合格点，不可能所有的部位都是合格的，即使是国家最高奖项鲁班奖工程也不可能做到，合格或者优良项目都允许工程项目存在一定数量的质量缺陷，只要不影响主体结构安全及使用功能即可，人民大会堂还每年定时维修呢，建设工程像任何一个

物品一样，都不可能越用越好，随着时间的推移，工程质量缺陷会越来越多，这是世界万物的自然规律。



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



老公打赏主播， 老婆能不能把钱要回来？

作者：七方民商法团队



近年来，网络直播作为一种新兴娱乐形式，受到越来越多人的喜爱。一些人长期打赏主播，幡然悔悟后又将直播平台或主播告上法院，要求其返还打赏金额。

遗憾的是，原告的此类诉讼请求无一例外地被法院驳回。近日，安徽芜湖中院对字节跳动与江某、钟某赠与合同纠纷案作出的二审判决，同样如此。

那么，打赏主播的钱为啥要不回来呢？本文结合相关案例对此略作介绍。

【典型案例】

老公打赏主播，老婆起诉要求退还

字节跳动公司系“西瓜视频”网络直播平台的运营商。

钟某在“西瓜视频”平台注册账号“寻觅故人”，于2018年11月至2020年3月，分别通过微信、支付宝转账的方式进行充值以购买虚拟钻石，累计充值1106次，充值金额合计294176元。钟某充值后，将所获得的虚拟钻石用于兑换虚拟礼物分别在372名主播的直播间内进行打赏，共计打赏132202次，打赏钻石总数为2940721个，对应支出的金钱数额为294156元。

江某系钟某之妻。江某诉至法院，要求：1. 依法确认钟某与字节跳动公司赠与行为无效；2. 判令字节跳动公司返还江某294156元。

一审法院认为：钟某和字节跳动公司之间存在网络服务合同关系和赠与合同关系。钟某打赏的款项中，属于有偿支付的网络服务费用与无偿赠与的款项所占比例，该院综合案情，酌定按照30%、70%的比例予以分配。本案江某与钟某系夫妻关系，目前尚无证据证实案

涉款项属于钟某一方的个人财产，应认定属于夫妻共同财产。钟某的打赏行为属于无权处分夫妻共同财产。对于钟某赠与字节跳动公司打赏款项中 70% 的部分，其中钟某无权处分的部分为 35%。同时，考虑到在钟某持续打赏的一年半的时间内，江某作为共同生活的配偶未能及时发现问题，其自身也存在一定的过错，故该院在前述 35% 的款项中再酌情扣减 5% 的款项。因此，该院认定钟某将其打赏款中 30% 的部分即 88246.8 元（294156 元×30%）赠与字节跳动公司的行为无效，该公司应返还江某 88246.8 元。

字节跳动公司上诉。

二审法院撤销一审判决，驳回江某诉讼请求。

【法律定性】

打赏是消费行为还是赠与行为？

认定当事人之间构成何种民事法律关系，主要依据当事人之间的权利义务内容。

通常所说的网络直播打赏，实际上

可以分解为两个阶段，存在两个法律关系。第一阶段：打赏者在平台充值，购买虚拟商品。第二阶段：打赏者将购买的虚拟商品打赏给特定主播。

（一）充值

主流裁判观点认为，充值乃消费行为，充值者和平台之间构成网络服务合同关系，不构成赠与法律关系。

如芜湖中院上述裁判文书认为：

“根据钟某与字节跳动公司之间签订的《西瓜视频用户服务协议》和《充值协议》……的约定，钟某每次的充值行为均系钟某在字节跳动公司经营的网络平台购买用于在该平台进行相关消费的虚拟货币钻石的行为，而由于该虚拟货币钻石不能兑换成货币，也不能交易或转让，仅可用于在字节跳动公司经营的网络平台购买虚拟礼物等平台上各项产品或服务，故钟某充值行为的性质属于网络消费行为，……充值的目的是方便使用字节跳动公司提供的虚拟社区币服务。根据双方当事人合同约定的权利义务关系，钟某与字节跳动公司之间成

立网络服务合同法律关系。”

《中华人民共和国合同法》第一百八十五条规定，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。芜湖中院认为钟某和平台之间不存在赠与法律关系。理由是：

“首先，钟某在字节跳动公司平台充值行为的意思表示明确，即购买虚拟货币钻石，其未曾有将自己的充值财产无偿给予字节跳动公司的意思表示，也未曾有将自己在字节跳动公司平台充值购买的钻石无偿给予字节跳动公司的意思表示；其次，即便将虚拟货币“钻石”视为财产对待，钟某充值购买虚拟货币钻石打赏行为的对象为网络平台主播，并非字节跳动公司，钟某未曾有将自己的充值财产无偿给予字节跳动公司的行为，也未曾有将自己购买的虚拟货币钻石无偿给予字节跳动公司的行为；最后，更无证据证实字节跳动公司曾有接受赠与的意思表示及行为。……钟某与字节跳动公司之间不符合赠与合同的

法律特征，不成立赠与合同关系，双方之间仅成立网络服务合同法律关系。”

芜湖中院的上述裁判观点已成主流。如，在俞某与华多公司（直播平台）、兴戎公司、王某（直播经纪公司法人代表）及刘某（主播）网络服务合同纠纷案中，在崔应民（打赏者）与刘珍珍（主播）合同纠纷案中，铜陵市中院、广州互联网法院也持此观点。

（二）打赏

对于打赏，主流裁判观点认为，打赏乃赠与行为，打赏者和主播之间构成赠与法律关系。

如，在俞某与华多公司（直播平台）、兴戎公司（直播经纪公司）、王某（直播经纪公司法人代表）及刘某（主播）网络服务合同纠纷案中，广州互联网法院认为：

“任何浏览该直播平台的人均可观看该频道号为2****的直播间的全部直播内容，刘某的直播表演不需要支付对价。俞某基于观看直播后对刘某表演的满意、赞赏，向刘某以打赏的方式赠与

金钱，在打赏的同时没有向刘某设定义务，是无偿、单务的合同，由此形成的是赠与法律关系。”

又如，在崔应民（打赏者）与刘珍珍（主播）合同纠纷案中，法院认为：

“崔应民与刘珍珍之间，基于观看直播后对刘珍珍表演的满意进行打赏，在打赏期限虽然两人曾一度在线下发展为恋爱关系，但崔应民无证据证明其在打赏的同时向刘珍珍设定义务，是无偿、单务的合同，由此形成的是赠与法律关系。”

【律师解读】

打赏给主播的钱为什么要不回来？

如上所述，打赏者和直播平台之间是网络服务合同关系，打赏者和被打赏者之间是赠与合同关系。既然是合同，若无《民法总则》和《合同法》规定的合同无效、可撤销情形，则合同已生效，当事人均应恪守，一方主张返还打赏金额自然不会被支持。

实践中，原告诉请退还打赏金额败诉的情形主要有以下几种：

（一）主体不适格

一些未成年人打赏主播，监护人以自己的名义提起诉讼，要求主播退还打赏金额。由于父母不是赠与合同当事人，其诉请被法院驳回。

如，在贾富泽、裴喜红等与北京市快手科技有限公司合同纠纷案中，法院认为：

“二原告诉称其儿子贾浩瀚用原告裴喜红手机绑定原告裴喜红的银行卡，使用快手直播平台陆续向快手主播打赏134000余元。贾浩瀚系限制民事行为能力人，是在原告裴喜红不知情的情况下做出的行为，被告应当返还。因此，本案中支付款项的合同的一方当事人系贾浩瀚，二原告作为法定代理人，非合同一方当事人，并非本案的诉讼主体，故应当驳回二原告的起诉。”

（二）案由不合适

如，在姜某与快手公司财产损害赔偿纠纷案中，法院审理查明，齐某某（姜某之子）在被告处使用其父齐某的手机号码注册快手账号的用户，用户名

为齐某某，使用的头像为齐某某照片。

2017年10月4日至2017年10月6日期间，原告姜某名下兴业银行信用卡发生9笔转账，均转至北京快手科技有限公司-支付宝外部，合计转款10044元。上述转款均被充值购买快币，并打赏给昵称为忆***的用户，该用户在快手上的作品为成年女性秀身材。

法院认为：“原告自称以受损失方的身份起诉，并基于财产损害赔偿要求被告返还1万元，本案应为财产损害赔偿纠纷。原告应举证证实被告对原告实施了侵权行为，存在过错、因果关系或存在其他被告应予返还的情形。根据原告的陈述，被告未直接对原告实施侵权行为。原告虽存在财产损失，但其以财产损害赔偿为由直接起诉被告主张返还，无事实及法律依据，法院不予支持。”

（三）理由不充分

如，上述字节跳动与江某、钟某赠与合同纠纷案中，江某要求字节跳动公司返还打赏款的理由之一是“钟某采取

欺骗江某的方式擅自处分夫妻共同财产”。但法院认为：

我国民法学界、婚姻法学界主流观点认为，婚姻为夫妻生活之共同体，在处理日常家庭事务范围内，夫妻互为代理人，享有家事代理权，夫妻一方在因家庭日常事务而与第三人为一定的法律行为时，享有代理配偶他方的权利。这是婚姻的当然效力，夫妻因配偶身份关系的确立而依法当然享有此代理权。……《中华人民共和国婚姻法》第十七条第二款“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”便是我国婚姻法有关家事代理权的规定之一。日常家事的范围应当包括家庭生活所必要的一切事务，该事务的范围主要以家庭生活开支的形式表现出来。它涵盖了必要的日用品的购买、医疗和医药服务、合理的保健与锻炼、文化消费与娱乐、子女教育以及家庭用工的雇佣等决定家庭生活必要的一切事务……通过手机观看网络直播表演以及充值使用虚拟社区币服务可纳入文化和娱乐服务消费类别，

本身并未超出我国居民常见消费支出范围。……本院难以直接认定钟某的充值行为显著超过了日常家事的范围且必然侵害夫妻共同财产处分权。……即便存在钟某采取编辑虚假短消息欺骗江某处分共有财产的事实，该纠纷也属于夫妻共同财产处分的内部纠纷，不得对外对抗已提供完合同约定网络服务的字节跳动公司作为善意第三人的合法权益，故本院对江某主张字节跳动公司返还案涉充值款项不予支持，若江某执意追究责任，可另行向钟某主张。

（四）证据不充分

如，在李某诉王某、华多公司确认合同效力纠纷案中，法院查明：“王某系在校学生，与李某系母子关系。王某自认其几年前在华多公司运营的欢聚宝网站注册账户，前述账号一直由其使用。前述账号在欢聚宝支付平台内充值1112603元。王某自认前述账号款项充值及消费系其所为，是其趁母亲李某不备，获得李某的支付宝账号、绑定李某的银行卡对前述账号充值，并屏蔽了李

某手机余额变更的短信提示，前述款项被其全部用于打赏虎牙平台的网络主播。”法院认为：“虽然李某及王某本人自认涉案账户是王某注册并使用，但是李某、王某提交的相关证据不足以证明其主张，法院无法确认。”

另外，该案中，李某为王某之母，不是合同当事人，其起诉也存在主体不适格的问题。法院认为：

即使认为订立涉案合同及相关行为超出了王某的年龄智力认知范围，且未经其法定代理人事后追认，合同应为无效，也应由王某提起确认合同无效之诉。李某并非涉案合同当事人，其无权以原告身份直接提起确认合同无效之诉。现李某直接作为原告提起本案诉讼，其只能是基于涉案合同损害了其作为合同外当事人的利益。根据已查明事实，即使涉案协议是王某与华多公司签订的，也不存在双方恶意串通并因此损害李某利益的情形。

故而，法院判决驳回了原告李某的全部诉讼请求。

如前所述，打赏出去的钱如泼出去的水，打赏者本人难以索回。

而且，老公给美女主播打赏的，老婆很难以老公无权处分夫妻共同财产的理由索回；同理，老婆给帅哥主播打赏的，老公亦难以索回。

未成年人给主播打赏的，应以未成年人名义提起诉讼，不能以父母名义提起诉讼。实践中，即使以未成年人的名义起诉，诉请也很难被法院支持——索赔成功的案例一个都没有。总之，退款希望小，打赏要谨慎……



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



离婚协议关于房屋产权的约定阻却执行的标准

作者：张茜

在执行中，我们经常会遇到被执行人的配偶依据离婚协议中关于房屋产权归属的约定（尚未过户）对执行房产提出异议，笔者曾经在一线执行办案中就遇到过类似的问题。笔者认为，离婚协议关于房屋产权的约定阻却执行的标准最重要的考量因素应当是夫妻双方是否存在假借离婚协议恶意逃避执行的问题，但是判断是否存在恶意逃避执行的问题涉及到主观方面的认定，对于执行法官来说有时过于抽象，往往需要借助

其他的一些事实来综合判断，从客观方面来看最直观的标准就是时间的比较，即离婚协议签订的时间与申请执行人的债权（以下简称“债权”）的一系列时间节点作比较，比如说债权形成的时间、起诉的时间、查封的时间等。因为我国法律尚未对该问题做出明确规定以哪一个时间点作为是否阻却执行的标准，也导致了实务界出现了很多分歧。笔者根据法规、判例及文章的研究并结合自身的经验，谈一些自己的看法。

一、离婚协议关于房屋产权的约定阻却执行的积极标准

离婚协议关于房屋产权的约定阻却执行的积极标准，目前大部分裁判观点及学者都支持如果离婚协议签订的时间早于债权形成的时间，那么离婚协议关于房屋产权的约定可以阻却强制执行。道理很简单，因为债权形成的时间在后，完全可以排除夫妻双方恶意串通排除逃避执行的可能，在以往有些案例中，法官还会考量案外人未及时办理过户是否存在过错，也有案例以案外人长时间未及时办理过户存在过错为由不支持离婚协议关于房屋产权的约定可以阻却强制执行。但是，笔者认为在此情形下，虽然案外人存在一定的过错，但不足以排除离婚协议关于房屋产权的约定阻却执行。如最高人民法院在（2015）民一终字第150号中阐述的观点，“案外人要求变更登记的请求权要远远早于申请执行人所形成的金钱债权。债权的成立时间尽管并不影响债权的平等性，但是在若干情形下对于该债权能否继续

履行以及继续履行的顺序产生影响。例如，《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条针对出卖人就特殊动产订立多重买卖合同的继续履行问题明确规定，在均未受领交付且未办理所有权转移登记手续的情况下，依法成立在先合同的买受人的继续履行请求权就优先于其他买受人。以此类推，在本案情形，至少不能得出成立在后的债权具有优先于成立在前的债权的结论。”



二、离婚协议关于房屋产权的约定 阻却执行的消极标准

1、如离婚协议签订的时间在房产查封的时间之后的，则离婚协议关于房屋产权的约定不得阻却强制执行。根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第二十四条的规定，“被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不得对抗申请执行人。”可见，查封对被执行人的效力主要为对其所有权所具有的占有、使用、收益、处分权能的剥夺与限制。因此，离婚协议签订在法院查封之后的，不得对抗申请执行人。同样可以借鉴《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条关于买受人阻却执行的标准的规定，“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的

书面买卖合同；（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。”对于善意的第三人买受人最高院的规定是需要买卖合同签订在查封之前，那么相比较逃避债务风险成本更小的配偶一方如离婚协议签订在查封之后，则理应无法阻却执行。



2、如离婚协议签订的时间晚于债权形成的时间却在房产被查封之前的，则应着重考虑夫妻双方是否存在假借离婚协议恶意逃避执行的情形，如存在恶意逃债的故意，则不应支持案外人阻却执行的主张。如债权人向法院起诉夫妻双



方后，法院向夫妻双方送达了应诉通知书及开庭传票，夫妻签订了离婚协议将房屋产权归属于一方的，笔者认为如案外人无相反证据证明，可以推定为夫妻双方是存在恶意逃避执行的。关于是否恶意逃避执行，实务判例中考虑的因素也较多，主要包括财产分割是否公平、查封前案外人是否已占有房产、案外人对未变更登记是否有过错等。

值得注意的是，由于最高院并未制定统一的标准，各地法院对此出现了一些分歧，如江苏高院专门就此问题做出了规定，《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件审理指南

（二）》27条，“执行依据确定的债务人为夫妻一方，被执行人在案涉房产查封前已经协议离婚，约定被查封房产归另一方所有，被执行人原配偶提起执行异议及异议之诉的，区分下列情形处理：……（2）案涉房产仍在被执行人名下，尚未过户登记到被执行人原配偶名下，被执行人原配偶以其为权利人为由，提出案外人执行异议及执行异议之

诉，请求排除执行的，不予支持。但其提供的证据能够证明其对未办理房屋所有权转移登记没有过错，且离婚财产分割行为早于执行依据所确定的债务形成时间的，应予支持。……”，江苏高院的标准较为严格，将阻却执行的标准要求离婚财产分割行为应早于执行依据所确定的债务形成时间，虽然方便了实务操作，但是合理性仍有待商榷。



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



银行也会破产，你的存款咋办？

作者：七方民商法团队

银行也会破产！今天（2021年1月12日）上午，包商银行破产清算案取得最新进展：该案第一次债权人会议如期举行。此案是我国第二起银行破产案。

对于广大储户来说，最关心的莫过于银行破产时自己的存款能不能拿回来，能拿回来多少。本文对此略作介绍。

一、银行破产不稀奇

从世界范围来说，银行破产并不稀奇。据统计，2008年至2012年，世界金融危机发生后的短短4年内，仅美国就有415家银行破产。

在我国，银行也不是破产法的法外

之地。

《企业破产法》第二条第一款规定：“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。”《商业银行法》第七十一条第一款规定：“商业银行不能支付到期债务，经中国人民银行同意，由人民法院依法宣告其破产……”

据此，商业银行破产，是有法可依的。

实际上，在包商银行之前，我国已经有三家银行关停倒闭，分别是海南发展银行、汕头市商业银行和河北肃宁县



尚村信用社。其中，海南发展银行被工商银行托管，汕头市商业银行重组后更名为广东华兴银行，而河北肃宁县尚村信用社则是我国第一家进入破产司法程序的银行金融机构。

二、储户和银行的关系

在我国，存款是商业银行负债的主要组成部分，一般占其总负债量的 70% 左右。

存款，是银行接受客户存入资金，存款人可以随时（活期）或按约定时间（定期）支取本息的一种信用业务。存款人和银行之间是一种储蓄合同的债权债务关系，存款人是银行的债权人。

《破产法》第四十六条规定：未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。据此，不管是活期存款还是定期存款还是定活两便存款，只要银行进入破产程序，存款皆视为已到期，存款人即可以行使抵销权、破产财产分配权等权利。

三、存款可以抵销贷款

《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十条第一款规定：“与债务人互负债权债务的债权人可以向清算组请求行使抵销权，抵销权的行使应当具备以下条件：（一）债权人的债权已经得到确认；（二）主张抵销的债权债务均发生在破产宣告之前。”

据此，对银行负有债务的存款人，可以行使抵销权。比如，王某在甲银行存款 100 万元，同时有贷款 200 万元。若甲银行进入破产程序，则王某可行使抵销权，只需返还银行 100 万元即可。

若存款金额大于贷款金额，则多余部分可通过其他途径受偿。如王某在甲银行存款 100 万元，同时有贷款 60 万元。王某行使抵销权后，还对银行有破产债权 40 万元，这 40 万元存款可通过存款保险来受偿。

四、由存款保险基金偿付

我国法律法规十分重视存款人权益保护，《商业银行法》立有专章。该法第三十二条规定：“商业银行应当按照



中国人民银行的規定，向中国人民银行交存存款准备金，留足备付金。”第三十三条规定：“商业银行应当保证存款本金和利息的支付，不得拖延、拒绝支付存款本金和利息。”

但是，当商业银行经营不善、资不抵债，并进入破产程序时，上述条款显然不足以保护存款人利益。有鉴于此，我国在 2015 年又推出了存款保险制度。

根据《存款保险条例》（下称“条例”）第二条的规定，在我国境内设立的所有有存款业务的银行金融机构都必须投保存款保险。

根据条例第十九条的规定，在人民法院裁定受理对投保机构的破产申请后，存款人有权要求存款保险基金管理机构在本条例规定的限额内，使用存款保险基金偿付存款人的被保险存款。存款保险基金管理机构应当在 7 个工作日内足额偿付存款。

那么，存款人的存款是否可以由保险基金全额偿付呢？条例第五条规定：存款保险实行限额偿付，最高偿付限额

为人民币 50 万元。……同一存款人在同一家投保机构所有被保险存款账户的存款本金和利息合并计算的金额在最高偿付限额以内的，实行全额偿付；超出最高偿付限额的部分，依法从投保机构清算财产中受偿。存款保险基金管理机构偿付存款人的被保险存款后，即在偿付金额范围内取得该存款人对投保机构相同清偿顺序的债权。”

比如，李某在乙银行 A 分行存款 30 万，在乙银行 B 分行存款 40 万。在乙银行进入破产程序后，李某可从存款保险基金受偿 50 万，其他 20 万元存款本金及全部利息，可按规定从乙银行破产财产中受偿。

五、参与破产财产分配

如前所述，储户未通过存款保险受偿的存款本息，可参与银行破产财产的分配。

《商业银行法》对个人存款予以了特殊保护。该法第七十一条规定：“商业银行破产清算时，在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当

优先支付个人储蓄存款的本金和利息。”

结合《企业破产法》第一百一十三条和相关司法解释的规定，商业银行的财产应按以下顺序分配：

1、有优先受偿权（在银行财产上设定了抵押权、质权等担保物权）的债权；

2、清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用；

3、个人储蓄存款的本金和利息；

4、税款；

5、其他破产债权。

不过，进入破产程序的银行偿付能力已大打折扣，储户从破产财产中能分到多少钱，尚是个未知数。

六、尚无个人存款受损实例

在已有的实践案例中，储户的存款未进入破产财产分配的环节。

比如，我国河北肃宁县尚村信用社破产清算案中，破产债权人不包含个人储户。

又如，在包商银行进入破产程序之前，已由存款保险基金出资设立存款保险基金管理公司，对包商银行的债权债务实施收购承接，对全部 520 万个人储户的储蓄存款本息全额保障。

也就是说，在我国目前仅有的两起银行破产案中，个人储户的存款本息没有损失。

【结语】

虽然到目前为止，在我国银行破产案件中，尚无个人存款受损的案例发生，但是，不能保证未来也不会发生。为了防范风险，笔者建议在存款时注意两点：一、存款时尽量选风控好、实力强的大中型银行；二、在同一家银行存款最好不要超过 50 万元。

至此，笔者已经探讨过保险、银行破产时金融消费者的权益保障问题。实际上，券商也是有可能破产的。时机成熟时，笔者再来谈这个话题。



不是你死就是我活，家暴只有一条出路？

作者：苏峰琴



2021年1月8日，湖北阳新县36岁的小芳因家暴五年，起诉离婚，丈夫余某心生不满，在家门口用斧头砍伤头部，导致小芳头颅严重受伤，送医抢救后三天后不幸离世。小芳生前一直遭遇家暴，离婚调解期间内一直在武汉打工躲避，意外的是，在法院的传唤下与余某处理财产时遭到毒手。



2020年12月22日下午，重庆市第二中级人民法院开庭审理刘某会涉嫌故意杀人案。公诉机关的起诉书称：2020年7月8日凌晨4时许，重庆梁平区人刘某会持铁锤多次击打俯卧在床上的再婚丈夫蒋某银，致其死亡。刘某会在受审当天称，案发前，蒋某银多次对她和其他家人家暴，并多次想强奸年仅13岁的继女，她觉得“防得住今天，防不住明天”，便产生杀人想法。

前述两个案子都是因家庭暴力引起的命案，不同的是，一个是受害者被杀，另一个是施害者被杀。这不禁让作者困惑，难道家庭暴力只有你死我活一条出路吗？

应对家庭暴力的正确方法

2016年3月1日起开始施行的《中华人民共和国反家庭暴力法》明确了家庭暴力的概念，从法律层面为禁止家庭暴力做出了有力保障。自2020年1月1日起实施的《民法典》第一千零七十九条第三款第二项明确家庭暴力作为判决离婚的法定情节之一。《刑法》对因家庭暴力导致的各种伤害后果规定了不同罪名和刑罚。笔者试从以下几个层面讲述防止及应对家庭暴力的方法：

1. 远离有暴力倾向的人。

婚前进行充分了解、考察，对有暴力倾向的人坚决不同意交往和结婚。广大女性在选择恋爱结婚对象时要睁大眼睛，对拟交往对象要从个人文化修养、脾气秉性、

家庭背景、价值观、家庭观、男女观等多方面进行充分了解后谨慎选择对象，切忌一时贪图对方的外貌、财产等外在条件而仓促选择。值得注意的是，高学历不代表高修养，很多高学历男生婚后往往会用冷暴力对待另一半，冷暴力相比肢体暴力而言，受害者往往精神上受到更大折磨和伤害。

2. 面对暴力，第一时间说不！

当不幸遭遇家庭暴力时，受害方不能一味忍气吞声，轻易原谅，一定要理性对待，千万不要因对方的忏悔而一时心软，相信其一定会改。施暴者往往在施暴后或威逼恐吓，使受害者不敢离婚，或下跪认错、痛哭悔过，让受害者心软，但往往在



得到原谅后不久又故技重施，屡屡再犯，受害者陷入被打-原谅-再被打-再原谅的无限循环中，痛苦不堪，直至酿成文章开头所述的两个惨剧。在对方实施第一次实施家庭暴力后，就要勇敢说不，第一时间报警，由公安机关对加害人出面制止，出具告诫书，并及时到医院就医验伤，留下对方实施家庭暴力的证据。这样既可以使对方有所顾忌，在以后进行离婚诉讼时，也有利于认定对方的过错，提高一次起诉就判决离婚的机率，并为自己争取赔偿和抚养权等提供有力的证据。

3. 拿起法律武器，捍卫权利。

根据《反家庭暴力法》第四条、第十三条、第十五条的规定，如果遭受了家庭暴力，受害人可以去居住所在地的居民委员会、村民委员会、妇联或者所在单位如实反映情况，这些单位应当予以劝阻、调解。受害人的亲友、邻居、同事知道情况的也可以向上述单位报告情况。公安机关接到家庭暴力报案后应当及时出警，制止家庭暴力，按照有关规定调查取证，协助受害人就医、鉴定伤情。受害人还可以向人民法院申请人身安全保护令，禁止被申

请人实施家庭暴力或骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属，责令被申请人迁出申请人住所等。

4. 当家庭暴力行为到了非常恶劣的程度，上升为犯罪行为时，遭受家庭暴力应如何维权呢？

我国《刑法》规定的有关家庭暴力罪名主要有故意伤害罪、故意杀人罪、虐待罪、遗弃罪和暴力干涉婚姻自由罪，刑罚有管制、拘役、有期徒刑，最高可以判死刑。故意伤害罪是指必须给被害人造成达到法定伤害标准的伤害，包括轻伤、重伤、死亡。故意杀人罪是指造成被害人死亡的结果。虐待罪是指对共同生活的家庭成员，经常以打骂、冻饿、禁闭、强迫过度劳动、有病不给治疗、限制自由、凌辱人格等手段，从肉体上和精神上进行摧残、折磨，情节恶劣的行为。遗弃罪是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有抚养义务而拒绝抚养，情节恶劣的行为。暴力干涉婚姻自由罪是指以暴力手段干涉他人结婚和离婚自由的行为。受害人可以到法院对施暴者提起自诉，要求追究其刑事责任，也可以通过向公安机关

举报、控告的方式，要求立案追究施暴者的刑事责任。

值得一提的是，自 2020 年 1 月 1 日起实施的《民法典》设置了离婚冷静期，即自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。前款规定期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。很多读者可能由此产生误解，认为离婚冷静期令

遭受家庭暴力的一方想离婚更加难了，受害者因离婚冷静期的设置更加难以立即摆脱施暴者重获自由，但律师想提醒读者，离婚冷静期的条款仅适用于双方通过协议离婚的情形，对向人民法院起诉离婚的一类案件并不适用。遭受家庭暴力的一方如无法协议离婚仍可以通过直接向人民法院起诉的方式要求离婚，对经审查认定确实存在家庭暴力的，人民法院应准予离婚。

结语

家庭暴力对当事人不仅是身体上的伤害更是对精神上的摧残，当遭遇家庭暴力时，受害者要及时拿起法律武器维护自身权益，切不可沉默以对，以暴制暴更不可取！



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



优良家风 才是最贵的家庭不动产

作者：七方家事法团队

牛年春节假期临近，秉承“非必要不离沪”的原则，我和孩子制定了一个“春节宅家悦读计划”。作为一名忙碌的律师妈妈，平时埋头于专业书籍，也是难得享受与孩子共读的时光。这两日我们阅读了《傅雷家书》，最大的感触是：优良家风，才是最贵的家庭不动产！在此与各位读者分享。

傅雷是中国著名文学翻译家，其翻译的大量法文作品既保留了原作之神，又展

示了中文之美，连法国人也不得不承认，再没有他人能把法文名著译得如此传神。但可能连傅雷本人也没想到，自己一生著作无数，最出名的却是他写给儿子的书信。或许正因为是家书，字里行间流露出傅雷最真的性情和最深的情感，才让这本书成了万千家庭教育的必读书籍。

一、好的教育，是陪伴成长

翻开傅雷写给儿子的信，他对儿子事无巨细的关怀让人印象深刻。很多时候信



件的开头就是一连串的问题：学校何时开学？零花钱是否够用？吃饭是怎么样？是否在校外上饭店？将来开学后又怎样？所有的行李是否都在身边……

我们发现，跟天底下绝大多数的父亲一样，傅雷会牵挂孩子有没有吃饱睡好，会担心孩子会不会因为过度用功而病倒，会想着孩子的零花钱是不是又不够用了……一个絮絮叨叨的老父亲形象跃然纸上。

尽管傅雷不在儿子傅聪身边，但他们的书信从未间断。无论多忙，傅雷总会给儿子写信，在信中他尽其所能把自己的所有经验都教予孩子，却又不曾用自己的思想去套牢他。通过这一封又一封的书信，父子情谊日渐深厚。

回顾当今社会，有太多啃老的例子。据统计，我国约有 65% 的家庭存在着孩子啃老的情况。究其原因，有相当一部分是因为父母在孩子成长阶段没有陪伴，而这份负疚感又使父母在孩子长大后毫无底线地纵容孩子。最好的教育，就是陪伴孩

子成长。这份陪伴，不一定是待在身边，谁说书信交流不是另一种陪伴呢！



二、好的教育，是以身作则

傅雷是个极其严苛的人，他将生活和工作安排得井井有条，在文学翻译上更是吹毛求疵，这份严苛也体现在他对孩子的教育中。在他的影响下，两个儿子都品行端正，事业有成。

在傅聪结婚以后，傅雷对孩子的指导并没有中断。他们不仅聊生活，聊艺术，也聊夫妻之间的相处之道。有一个情节让我印象深刻：一次傅雷在信中和儿子说起儿媳弥拉很久不回信了，但他并没有直接抱怨弥拉，而是考虑到她年纪小，让儿子多多提点她，还细心地提醒傅聪要掌握

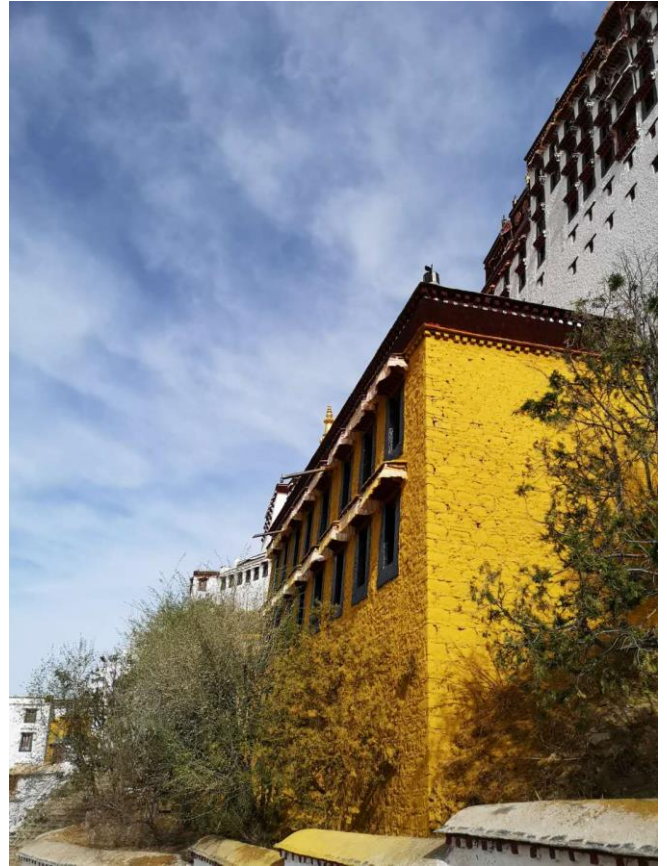
时机，以委婉的口吻心平气和地指出这个问题，千万不要让他们小夫妇因为自己而闹得不愉快。

傅雷给孩子传授的这些夫妻相处之道来源于自己的亲身经历，无论多么忙，傅雷每天都会拉着妻子朱梅馥聊天，有时谈家庭事务，有时聊文学艺术和读书心得，有时也谈他在文学翻译上遇到的问题，感情在长期的闲聊中不断加深。真正的教育，来自父母的言传身教，你的样子，就是孩子的样子。

三、好的教育，是教学相长

在傅雷的家信中，他扮演的不仅仅是一个父亲的角色，还有老师和朋友的角色。很多时候他都是在深夜写信，也许那时他刚翻译完一篇著作；也许他刚读完一本不错的书；也许他刚给小儿子讲了一篇文章，感触颇深，于是抑制不住内心的激动，将此刻的所思所想以信件的方式讲给大儿子听；有时他还会将自己的译文寄过去，让大儿子提提建议。这种亦师亦友的相处之道，让傅雷在信中发出了这样的感

慨：“儿子变成了朋友，世界上有什么事可以和这种幸福相比呢？尽管将来你我之间离多别少，但我精神上至少是温暖的，不孤独的。”



而且，傅雷还常常自我检讨，他总强调工作纪律与生活纪律，使得儿子傅聪的童年不似其他人那般快乐和无忧无虑。虽然他知道傅聪如今的成就和当初受的严格训练有很大关系，但他还是为自己太过严苛而深感抱歉。在傅聪成长过程中，傅雷一直在反省和改进。



坦诚相待，敢于自我批判，看似舍弃了作为父亲的威严，实则更加拉近了和孩子的距离。好的教育都是相互成就，父亲成就了儿子，儿子也成就了父亲。

作家马伯庸曾说：“一个家族的传承，它看不见，摸不到，却渗透到家族每一个后代的骨血中，成为家族成员的性格乃至命运的一部分。”

晚清四大名臣之首的曾国藩也是如此，他官做的挺大，但一生清廉，去世时没有留下什么家产，只给后人留下了十六字家训：“家俭则兴，人情则健，能勤能俭，永不贫贱。”也正是在这种家风的影响下，曾氏后裔 200 多年来在学术、科技、文化领域上人才辈出。

千百年来，优良家风作为中华民族传统美德的重要组成部分，发挥着为家庭成员树立行为准则，为家庭与社会和谐提供内在价值与秩序支持的重要功能。

聊了这么多，作为家事律师一枚，我还是三句话不离本行：如今的“优良家

风”，已不再停留于道德层面，还上升到了法律层面。

2021 年 1 月 1 日实施的《中华人民共和国民法典》在婚姻家庭编（第 1043 条）明确规定：“家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”，该条第二款紧接着解释道“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”该条款体现了立法者对家庭伦理道德规则的尊重，也是对民法总则第一条关于“弘扬社会主义核心价值观”要求的具体落实。

当然，《民法典》规定虽好，但树立优良家风、弘扬家庭美德不能只靠原则性、指导性的规定，还要在婚姻家庭案件的处理中得到具体适用。

比如，在处理离婚案件的抚养权归属时，可从双方优良家风、家庭美德的树立和弘扬上进行考量，诸如是否尽到了夫妻忠实义务，是否有虐待、伤害家庭成员特

别是孩子的情况，是否有对孩子不管不顾或过度溺爱的情况等。

又比如，在继承案件确定遗产分配份额时，可考量继承人在优良家风和家庭美德建设方面的贡献，诸如是否存在物质供应之外，对被继承人进行精神陪伴，是否敬老爱幼和帮助、关爱家庭成员，是否帮助维护平等、和睦、文明的家庭关系等。

“优良家风”入法典在未来将发挥出的强大效力，让我们拭目以待。

结语

家是最小国，国是千万家。家风，是民风、社风、国风的基础展现，是社会风貌和国家风度的核心映射。诚信为本、厚德载物、自强不息、孝老爱亲……优良的家风，会在时光的长河中，熠熠生辉，历久弥香，这才是留给后代子孙最宝贵的财富。今天是牛年新春假期前最后一个工作日，祝福各位都能平安快乐，家和万事兴！



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

股权转让中优先购买权的行使有限制吗？

作者：吕小萌



有限责任公司的股东若想成功将自己持有的股权对外转让，在公司章程没有特殊约定的情况下，必不可少的一个环节就是该次转让得到二分之一以上其他股东的同意，以及其他股东放弃优先购买权。法律赋予有限责任公司股东优先购买权保障了公司的人合性、维护了股东之间的信任关系。那如果围绕优先购买权内部股东和外部人员发生了冲突，法院会为了维护公司内部稳定而一味地支持优先购买权吗？答案是否定的，优先购买权的主张和行使是有限度的，怠于行使优先购买权、不恰当行使优先购买权或者恶意行使优先购买权很可能会导致优先购买权不被法院支持。

优先购买权的法律规定：

《中华人民共和国公司法》第七十一条规定：“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。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。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。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第十九条规定：“有限责任公司的股东主张优先购买转让股权的，应当在收到通知后，在公司章程规定的行使期间内提出购

买请求。公司章程没有规定行使期间或者规定不明确的，以通知确定的期间为准，通知确定的期间短于三十日或者未明确行使期间的，行使期间为三十日。



由此可见，在公司章程没有特殊规定的情况下，优先购买权的法定行使期限是接到股权转让通知之日起三十日。如果在这个期限之内没有主张行使优先购买权，那么这个权利就灭失了；如果在这个期限内积极、明确地提出了主张，则要按照同等条件购买股权。从法律规定本身来说，并未对优先购买权的行使作出更具体的限制，下面我们通过部分案例来看看实践中法院是如何对优先购买权的行使作出限制的。

一、不善意行使优先购买权 导致优先购买权未被支持

基本案情

王经新和蔡鸿辉均是财林公司的股东，王经新欲转让他持有的一部分股权给案外人王清访。2015年1月4日，王经新向蔡鸿辉发出了《股权转让通知书》，仅载明转让的股权比例和价格，蔡鸿辉书面回复要求进一步明确股权转让款支付形式、支付期限、违约责任、过户期限等。2015年2月4日，王经新就上述问题作出回复，但蔡鸿辉要求王经新再继续明确受让主体基本情况、股权转让涉及的标的公司债权债务承担等情况。2015年2月16日，王经新回复了受让主体的情况。2015

年3月2日，蔡鸿辉要求王经新“一次性完整”告知股权转让同等条件，王经新未作回复，与案外人王清访签订了《股权转让协议》，王清访支付了股权转让款。蔡鸿辉认为，在尚未了解清楚全部条件之前无法决定是否行使优先购买权，王经新未经其同意转让股权的行为剥夺了他的优先购买权。（王清访与晋江市财林纺织化工贸易有限公司股权转让纠纷一审民事判决书，福建省泉州市中级人民法院，(2015)泉民初字第708号）

分析

这个案例中，蔡鸿辉虽然多次向王经新发函，询问与股权转让相关条件等问题，但是在了解了股权转让的主要交易条件后，仍未明确提出要行使优先购买权。法院认为，从王经新与蔡鸿辉的数次函件往来内容，足以认定王经新已经将对外转让股权的条件完整地通知蔡鸿辉并征求其同意，但蔡鸿辉却以各种理由不明确表

态是否行使股东优先购买权，蔡鸿辉的行为不能认定为正确、正当或恰当行使股东优先购买权，即蔡鸿辉不是善意地行使股东优先购买权。蔡鸿辉以自己行为表明其没有行使股东优先购买权的意思表示。最终，法院未支持蔡鸿辉要求行使优先购买权的主张。

二、优先购买权所设的限制 不应在实质上损害转让股东的利益

基本案情

凯盛公司的两名股东许世平、张振德于 2018 年 1 月 4 日将持有的股权分别转让给各自的儿子许圣皓、张立勇，相应的股东会决议、公司章程都进行了工商备案。2018 年 1 月 2 日，许立辉发起诉讼，要求确认许世平持有的 10%的股权归许立辉所有，法院以许世平不是凯盛公司的登记股东为由驳回了许立辉的诉讼请求。2018 年 5 月 14 日，许立辉再次起诉要求

确认具有凯盛公司股东资格，并要求对许世平、张振德转让的股权享有优先购买权。各方对于许立辉何时得知股权转让事宜、是否享有优先购买权各执一词。（许立辉与北京凯盛鑫源商务酒店管理有限公司等股权转让纠纷二审民事判决书，北京市第三中级人民法院，(2019)京 03 民终 9902 号）

分析

一般情况下，优先购买权的规定是为了维护有限责任公司内部信赖关系，但是优先购买权对于转让股东所设置的限制不应在实质上损害转让股东的利益，法院在审查时会平衡股权的自由流动和对外转让的限制，以保障利益相关方的权益均衡。本案中，在许立辉于 2018 年 1 月 2 日发起的诉讼的审理过程中，许立辉已知许世平、张振德将登记在其名下的股权分

别转让给了许圣皓、张立勇，他也可以随时查询工商登记档案信息。因此许立辉到 2018 年 5 月 14 日起诉要求行使优先购买权已超过了法定期限。另外，法院考虑到许世平与许圣皓、张振德与张立勇系父子关系，涉案股权也较早就完成了转让及工商登记，从商事交易中股权转让利益相关方权益均衡的角度，法院认为，涉案股权转让行为没有损害许立辉的优先购买权。



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。

通过上述分析，我们可以看到法院是否支持权利人要求行使优先购买权的主张，不仅仅考察法定期限这一个因素，还会结合优先购买权制度的设立原因、公司与股东之间的人合关系、新加入股东与旧有股东之间的人合关系、商事交易的稳定性、诚实信用原则等因素。毕竟，对优先购买权不加限制很可能会导致优先购买权的滥用，甚至威胁到公司的正常运营、损害股东对外转让股权的权利。因此，依据公司章程、法律规定合法行使优先购买权才是对权利的尊重。

吕小萌

上海七方律师事务所 律师

七方公司与财税法律服务部 律师

业务方向：股东纠纷、股权纠纷、

刑民交叉法律事务

联系方式：18817838201



股东优先购买权 VS “反悔权”，谁胜出？

作者：周松涛

有限公司股东关于股权的优先购买权源自我国《公司法》第七十一条，该条第三款规定：“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。”

根据这一规定，股东对外向第三人转让股权（本文均指转让有限公司的股权），遇到公司其他股东行使优先购买权，转让股东可以反悔吗？或者说法律上允许其反悔吗？可能很多人会认为，当然不能反悔，法律怎么可能支持出尔反尔呢？我原先也认为应该是这样的，直到《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》（以下简称《公司法司法解释（四）》）的出台。该解释第二十条规定：“有限责任公司的转让股东，在其他股东主张优先购买后又不同意转让股权的，对其他股东优先购买的主张，人民法院不予支持……”这一规定实质上赋予了转让股东“反悔权”，完全颠覆了我对优先购买权的理解。随着办理优先购买权的诉讼案件增多，我对这一问题有了进一步的研

究，更觉赋予转让股东“反悔权”存在的问题和弊端。

最高院在司法解释中设置“反悔权”的理由是什么？我们可以从2017年8月出版的《最高人民法院公司法司法解释（四）理解与适用》（以下简称《理解与适用》）中找到答案。书中承认在起草该司法解释时存在两种观点，一种认为转让股东不能反悔，一种认为可以反悔。最终最高院采纳了后者，主要理由是：“在其他股东提出优先购买后，如果转让股东不同意与其他东签订书面合同，我们认为，这时股权转让合同并没有成立。理由在于，股权转让合同比较重要，根据《合同法》关于合同形式的规定精神，该类合同不当采用口头形式，而应当采用书面形式。没有书面合同，在合同都没有成立的情况下，转让股东不应受到合同约束。”¹其背后的理论基础是将优先购买权的性质归为请求权，也就是其他股东有权要求转让股东与其缔结股权转让合同的权利。

个人认为上述理由存在几个问题。

01

第一，《合同法》第十条规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。”但《合同法》并没有规定股权转让合同必须要采用书面形式。同时《合同法》第十一条规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。”股权转让方征求其

他股东意见时需要以书面方式通知，而其他股东要求行使优先购买权通常也是书面方式回复。既然都是书面方式，也就不存在上述理由中所说的“该类合同不应当采用口头形式，而应当采用书面形式”的问题。上述观点其实已经将书面形式进一步限缩为合同书形式了，这并不符合法律本意。所以转让股东与其他股东均以书面方式发文的情况下，双方就是在采用书面方式订立合同。没有合同书就不是书面订立合同的观点是不对的。

02

第二，最高院在《理解与适用》中认为，转让方发出通知的行为不是要约，其他股东要求行使优先购买权才是要约，转让方同意才构成承诺，所以转让方就拥有“反悔权”。如果按照这个逻辑，那么就不存在反悔问题了，因为对于要约方发出要约后，受要约方当然可以选择不承诺，既然没有承诺何来反悔呢？这一权利应当叫做拒绝承诺权，这是受要约方固有的

权利，不需要另行赋予“反悔权”。而且如果其他股东要求行使优先购买权才是要约，那转让方发出通知的行为是什么性质呢？是要约邀请吗？如果是要约邀请，那凭什么要求通知中必须明确股权转让“同等条件”的具体内容呢？这是说不通的。《合同法》第十三条规定：“当事人订立合同，采取要约、承诺方式。”第十四条规定：“要约是希望和他人订立合同

的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：（一）内容具体确定；（二）表明经要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。”转让方向其他股东发送的通知符合要约的条件，因为通知内容应当包含转让股权的数量、价格、支付方式及期限等，内容具体明确。而且转让方对于其他股东享有同等条件下的优先购买权应当知道（即便不清楚，法律上也推定为应当知道）。所以转让方在发出通知时就已有在

其他股东主张购买时股权将转让给该股东的心理准备及预期。虽然不是主动追求，但该行为已包含接受其他股东优先购买的意思表示，这完全符合要约的条件。所以转让方的通知行为构成要约，其他股东继而要求行使优先购买权的行为则构成承诺，承诺到达转让方时合同成立。合同成立情况下，转让方何来反悔权？如果一定要反悔，那么就构成违约，应当承担违约责任，而绝不是缔约过失责任。

03

第三，如果优先购买权性质上属于请求权的话，那所谓的优先购买权实质就变成了优先请求缔约的权利。不论理论上如何，现行《合同法》、《公司法》均无优先缔约权的规定。而从《公司法》第七十一条第三款的表述来看，也得出这样的结论。而且所谓优先请求缔约的权利又有什么实质意义呢？合同有效与否、效力高

低并不决定于合同签订的时间先后。转让方若已经与第三方签约，两份合同均已成立并生效，那么应当履行哪份合同呢？优先缔约权可不等于优先履约权。履约层面如何解决呢？难道由转让方选择跟谁履约吗？若此，这跟“一房二卖”又有何区别？其他股东根本没有主动权，优先购买权岂不成了空中楼阁？

04

第四，如果允许转让方反悔，那么后续转让方与第三人的转让合同如何处理？（转让方与第三人的合同效力问题以

前有争议，目前已形成共识，主流观点和司法解释都认为有效，在此不作展开）处理方式无非是可继续履行或不可履行。如

果是可以继续履行，那么其他股东的优先购买权将被完全架空，因为转让方只要对其他股东行使“反悔权”就可以将股权确定性地转让给第三人。与第三人的合同如果不能继续履行，那么在转让方行使“反悔权”后，优先购买权这一履行障碍已排除，有什么理由和法律依据可以支持不继续履行呢？而且如果可以不继续履行与第三方的合同，那就相当于给了转让方就该合同的又一“反悔权”。因为转让方如果想要推翻该合同，可以串通其他股东行使优先购买权，转让方再行使“反悔权”，继而达到不履行与第三方合同的目的。如

此一来，转让方将立于“不败之地”，可以将这一制度玩弄于股掌之间。有人可能会说其他股东未必会愿意与转让方串通，没错，不是必然，但恐怕发生概率很高。其他股东与转让方有合作基础，关系密切，通常也有排斥外部人员的动力，串通代价也只不过是表面主张一下优先购买权。在此情况下，其配合转让方发生道德风险的概率有多高不言而喻。正因为有了“反悔权”，转让方在三方中就拥有了近乎绝对的决定交易的权利，以及实质违约的借口和工具，这样的权利保障机制显然是失衡的。

05

第五，允许转让方反悔，与我们朴素的价值观相违背，也与民商法的“帝王原则”——诚实信用原则相背离。《理解与适用》中引用了一个最高院的判例ⁱⁱ，以说明“反悔权”不得滥用，其理由是：本院如果支持了方某某等8名股东的再审主张，允许方某某等8名股东多次随意变更意思表示，不顾及对交易相对人合理利益的维护，对依法享有优先购买权的公司其

他股东明显不公平，同时也纵容了不诚信的行为。ⁱⁱⁱ我非常赞同这里所说的维护诚信和利益保护的观点，但是以此说明是对“反悔权”滥用的限制，个人觉得是牵强的。案例中转让方的行为明显违背诚信，这一点不容置疑。但是就其反悔情况来看，只是发生了两次，两次在法律定义的通常理解中尚不能构成多次，以两次反悔就认定为对“反悔权”的滥用恐怕说服力



不够。其次，既然“反悔权”背后的理论依据是请求权说，其他股东主张优先购买权才是要约，那么转让方选择不承诺又有什么问题呢？即便在面临多次要约时，多次不承诺又有何不可呢？否定“反悔权”滥用的法律依据又是什么呢？遍查法律并无直接依据，但并不能说就没有任何法律依据了，因为我们还有间接依据，那就是法律原则。这里最适用、最权威的原则就应该是诚实信用原则。否定“反悔权”



其实对于转让股东的“反悔权”设置不论在理论界还是实务界都有很大的争议。上述最高院的典型案例中，一审法院和二审法院都是不支持“反悔权”的。二审法院更是明确认为，转让方发通知的行为就是要约，其他股东表明愿意按通知条

滥用的法律依据是诚信原则，而我主张反对“反悔权”的依据恰恰也是诚信原则，说明诚信原则的至上地位。但我想说的是，设置“反悔权”本身其实是对诚信原则一定程度上的背离，法官在处理具体个案中就会发现这种背离所带来的“尴尬”，因而才会出现以该原则兜底限制所谓权利滥用的情况，这在一定程度上提供了折中的方案，但反过来是不是需要考虑一下设置“反悔权”本身是不是有问题

款受让股权就是承诺，双方因此达成合意。罗培新教授对“反悔权”也是明确持否定观点的。他认为：“如果允许转让人在公司其他股东主张优先购买权后，仍可反悔或行使合同解除权，则会使《公司法》中的优先购买权条款成为具文，由此，优先购买权将不复存在，势必颠覆优先购买权之基础。从法教义学的角度上看，此说认为，只要权利人表达权利行使的意思，即产生形成法律关系的效果，也即只要其他股东在同等条件下表达了优先购买的意思，即自动在转让人与其他股东之间成立股权转让合同关系。该说认为，只要出

让人打算向第三人转让股权，在其他股东打算优先受让时，必然转化为向其他股东的股权出让交易。因而，在传统的规范法学意义上，出让股东当无“反悔权”，否则会导致出让股东无限制违约的可能。”^{iv}我完全赞同罗教授的观点，“反悔权”的设置完全架空了优先购买权，是不符合立法本意的。

综上所述，个人浅见认为，为转让股东设置“反悔权”不符合合同成立的基础理论，存在逻辑矛盾，且与诚信原则有背离之嫌，建议在后续司法解释或《公司法》修订中予以调整，以平衡和维护好各方主体的合法权益，限制不诚信行为。



周松涛

上海七方律师事务所 副主任 高级合伙人

七方公司与财税法律服务部 主任

上海律协税务业务研究委员会委员

法务会计师

业务方向：公司业务、商业诉讼、税务

联系方式：18621368850

ⁱ 《最高人民法院公司法司法解释（四）理解与适用》，最高人民法院民事审判第二庭编著，2017年8月第一版。

ⁱⁱ 楼国君与方樟荣、毛协财、王忠明、陈溪强、王芳满、张铨兴、徐玉梅、吴广灯股权转让与优先购买权纠纷案，（2011）民提字第113号，最高院提审案件。

ⁱⁱⁱ 《最高人民法院公司法司法解释（四）理解与适用》，最高人民法院民事审判第二庭编著，2017年8月第一版。

^{iv} 罗培新：《抑制股权转让代理成本的法律构造》，载《中国社会科学》2013年第7期。



《刑法修正案（十一）》评谈之服务商标入罪化

作者：吴心成

2020 年 12 月 27 日正式公布并将于 2021 年 3 月 1 日起实施的《刑法修正案（十一）》第十七条：将刑法第二百一十三条修改为：“未经注册商标所有人许可，在同一种商品、服务上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”正式将服务商标纳入《刑法》的保护范围内。

所谓服务商标是指提供服务的经营者为将自己提供的服务与他人提供的服务相区别而使用的标识。服务商标与商品商标是商标根据使用对象的不同所进行的再分类。与商品商标一样，服务商标可以由文字、图形、字母、数字、三维标志、声音和颜色组合，以及上述要素的组合而构成。

尽管我国早在 1993 年修改《商标法》的时候为了履行相关的知识产权条约和适应我国在 1988 年开始采用的《商标注册用商品与服务国际分类尼斯协定》，将

服务商标写入到《商标法》中。在现行《商标法》中第 3 条规定：“经商标局核准注册的商标为注册商标，包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标；商标注册人享有商标专用权，受法律保护”；第 4 条第二款：“本法有关商品商标的规定，适用于服务商标”。但在刑事法律的规范中，一直未明文将服务商标纳入到知识产权犯罪领域的保护范围中。由是，根据罪刑法定原则，司法实践中亦未对侵犯服务商标的行为予以定罪处罚。

在市场经济充分发展的今天，服务商标的影响力完全不亚于商品商标（由世界品牌实验室（WorldBrandLab）独家编制的 2020 年度（第十七届）《世界品牌 500 强》排行榜中，前三名分别为：亚马逊、谷歌、微软，均为服务品牌），对服务商标侵犯行为的社会危害性也不容小觑，服务商标理应受到刑罚保护。《刑法修正案（十一）》可以说与时俱进地扩张了注册商标的保护范围，摒除了因循守旧对保护商标权的弊端。徒法不足以自行，完善立法的裨益

还需正确的司法适用来实现，尽管《刑法修正案（十一）》将商标的保护扩张到了

服务商标，但也有下列问题值得探讨或许仍需司法解释予以进一步细化。

一、如何认定相同的“服务”

在 2020 年两高发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释（三）》中，再一次细化了“与其注册商标相同的商标”的认定，但并未对何为同种商品予以细化规定。笔者认为，在实践中，相较于同种商品的认定，同种服务的认定将会更加复杂。

首先，在认定侵权商品与被侵权商品是否属于同一种商品时，往往采用将二者进行对比的方式。但服务不同于商品，其并没有一个实体的产品，无法像对比同一种商品时，将两种商品放置于同一视域下比较。因此，将两种服务进行对比时，其难度必然更大。其次，认定是否属于同种商品是根据商品在《类似商品和服务区分表》（基于尼斯分类第十一版（2020 文本））中是否属于同一种商品而确定。但在该表中，不同服务所涵盖的内容更具有模糊性，

在认定是否属于同一种服务时更难以把握。

笔者认为，在认定是否属于相同服务时，首先要根据《国家知识产权局商标局》编著的《类似商品和服务区分表》。如果根据该表，侵权服务与被侵权服务分列不同的种类的，不宜认定为相同服务。例如，同为 4056 法律服务项下的 450201“调解”与 450211“诉讼服务”，这二者不宜认定为相同服务。

其次，与相同商品认定时的规则相同，应当考虑服务的实质性内容，不能仅凭名称是否相同来认定。例如在商品中，“元宵”和“饺子”、“馄饨”通常应当认定为同一种商品；再如，行为人故意取非常用名称但实质上指涉同一商品的也应认定为同一种商品，例如“插电式风力干发器”和“电吹风”。同理，在相同服务的认定上，也应采取同样的逻辑。例如“打官司”与“诉讼服务”应当认定为同一种服务。反之，名称相同但实质上属于不同服务的，也不应认定为同一种服务。

二、“提供明知是假冒注册商标的服务”

是否构成“销售假冒注册商标的商品罪”

笔者认为，提供明知是假冒注册商标的服务这一行为不能构成销售假冒注册商标的商品罪。首先从罪刑法定的原则出发，注册服务商标不符合本罪在《刑法》条文中罪状的表述。

其次，从目的解释角度来说，《刑法修正案（十一）》仅对第二百一十三条增设了“服务商标”，并未在二百一十四条增设“服务商标”说明刑法立法者的本意只是打击最为严重的使用行为，商品上假冒注册商标的行为，提供明知是假冒注册商标的服务这一行为不在打击范围之内。

再次，基于“同一部法律中用语应当具有同一性”的认识，我国《刑法》中是明确区分商品与服务的。刑法第二百一十四条的“商品”含义并不包括“服务”。

最后，法谚有云“法律不理琐碎之事”。在实践中，“提供明知是假冒注册商标的服务”的情形并不多，在笔者个人的想法中，很难想像出什么情况下会发生这种行为。站在法益保护与救济的角度分析，倘若一种行为的发生可能性很小，则其通过立法的方式予以规制的必要性也就微乎其微了。

三、非法制造、销售“服务商标”

是否构成“非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪”

笔者认为，非法制造、销售“服务商标”是可以构成刑法二百一十五条非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪的。与第二个问题不同，从罪刑法定的原则来看，本条的罪状表述并未排除“服务商标”，无论是根据国际上的尼斯协定还是我国的《商标法》，“服务商标”均属于我国法律所保护的注册商标。《刑法修正案（十

一）》未对刑法第二百一十五条在罪状表述上做修改或许也有这方面的原因。

在司法实践中，已有案例对非法制造、销售“服务商标”的行为以非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪定罪处罚——李国俭非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪一案（（2016）豫01刑初131号）。在本案中，被告人李国俭在未取得禹州市梅花农资有限公司许可的情况下，



擅自委托杨某为其印制带有“禹梅花”注册商标和“三七二十二”注册商标的泰玉七号玉米种子铁制包装盒 20820 个，后杨某又委托郑州市中原印铁涂料有限公司印制带有“禹梅花”注册商标和“三七二十二”注册商标的泰玉七号玉米种子铁制包装盒 22920 个。而本案中被侵犯的商标“禹梅花”属于服务商标，最终本案以非法制造注册商标标识罪定罪量刑。

值得注意的是，在本案判决时，假冒注册的服务商标的行为并不构成犯罪。因此，本案的判决会带来以下疑问：为何危害最严重的犯罪处罚的范围小于危害最

轻微的犯罪，且两罪属于同一犯罪的上下游。甚至实践中大部分侵犯商标罪的情况下都伴有制造注册商标标识的行为，按照该判决，如果行为人仅仅制造注册的服务商标标识，就可以以刑法第二百一十五条定罪处罚，而行为人为了贩卖服务而制造注册的服务商标标识却无法定罪，显然不合理。

但《刑法修正案（十一）》生效后，该问题就不再成为问题，处罚非法制造、销售服务商标的行为不会造成罪责刑不相适应的矛盾，相反，处罚这种行为应当是《刑法》保护注册商标的应有之意。



吴心成

上海七方律师事务所实习律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 实习律师

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：19512259950

《刑法修正案（十一）》评谈之 非国家工作人员受贿罪

作者：吴心成

现行《刑法》第 163 条非国家工作人员受贿罪在以往的修正案中已有过修正。2006 年《刑法修正案（六）》第七条对本条文进行修正，增加了“其他单位的工作人员”，同时罪名也调整为现在的“非国家工作人员受贿罪”。2020 年《刑法修正案（十一）》再次对本罪进行修正，见下表：

非国家工作人员受贿罪	
原条文	现条文
公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益	公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益
数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役	数额较大的， 处三年以下有期徒刑 或者拘役， 并处罚金
数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产	数额巨大或者 有其他严重情节的 ， 处三年以上十年以下有期徒刑 ， 并处罚金
	数额特别巨大或者有其他特别严重情节的 ， 处十年以上有期徒刑或者无期徒刑 ， 并处罚金



经对比，其变化有以下几点：1、调整法定刑档数，将原来的两档变为三档，增加第三档并将最高刑提高至无期徒刑；2、量刑的节点由“五年”变成“三年”；3、每一个量刑档次均设有“并处罚金刑”；

4、将“可以并处没收财产”改为“并处罚金”。针对上述改动，笔者从辩护人的角度出发，对本次修正案做以下评析：

一、提高最高刑并不意味着一律从严

有观点认为本次非国家工作人员受贿罪系参照受贿罪的处罚进行修改和调整，并认为非国家工作人员受贿罪和受贿罪侵犯的法益不同，受贿罪侵犯的是公务行为的廉洁性，二者的社会危害性不可相提并论，因此这样的刑期修正合理性存在疑问。笔者认为，不能仅仅因为将本罪的最高刑调整为无期徒刑就认为本罪的刑罚整体大大加重了，更不能认为是将本罪的刑罚提高到了与受贿罪同一水平。首先，因受贿罪有死刑，受贿罪的最高刑必然重于非国家工作人员受贿罪。这也反映了立法者在对两种不同社会危害性的犯罪立法时，做到轻重有度，分而治之。其次，二者的入罪条件不完全相同。受贿罪的入罪的标准有两个，包括数额较大或者有其

他较重的情节。而非国家工作人员受贿罪的入罪条件仅有数额较大，没有其他严重情节或较重情节的规定，只有数额达到第二档“数额巨大”者，才引入“其他严重情节”作为定罪依据。最后，二者具体的入罪数额、升格法定刑数额相差较大。根据2016年两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第十一条第一款，非国家工作人员受贿罪的“数额较大”“数额巨大”的数额起点，按照本解释关于受贿罪相对应的数额标准规定的2倍、5倍执行。（即受贿罪是3万、20万和300万，非国家工作人员是6万、100万）。

另外，本次修正案对辩护人为行为人争取缓刑存在利好之处，这一角度也能看

出，提高最高刑并不必然意味着实际处罚会一律加重。

显而易见的利好之处在于，第一档的刑期下调为 3 年以下有期徒刑或者拘役。相较于原来的 5 年以下有期徒刑，行为人的刑期必然在三年以下。因刑法规定，适用缓刑必须是三年以下有期徒刑的犯罪。因此本罪修正后，如果行为人处于第一档刑期的，辩护人为行为人争取缓刑的可能性则大大提升了。

第二个利好之处在于，即使行为人的受贿金额在 100 万以上，处于第二档刑期的，辩护人仍有机会为行为人争取缓刑。

根据原来的条文，如果行为人处于第二档刑期，其起刑点为 5 年，按照刑法规定，其不属于适用缓刑的范围，若没有自首等减轻处罚的情节，行为人必然将面临实刑。因此，可以认为本条修正之后，拓宽了对行为人判处缓刑的情形。对行为人积极弥补公司、企业或者其他单位的损失，积极退赃，早日回归社会均起到了促进作用。

最后，从法定刑的设置来看，即使行为人的受贿数额或者情节达到了本罪的第三个量刑档次，倘若行为人具有自首等减轻处罚的情节，也有为其争取缓刑的可能性。

二、如何认定“其他严重情节”“其他特别严重情节”

本罪的另一个重大变化是将本罪从单一数额犯罪变成了需同时考虑数额和情节的犯罪。那么，如何认定何为本罪中的“其他严重情节”和“其他特别严重情节”呢？笔者认为，在新的司法解释对此作出明确规定之前，可以参照适用 2016 年两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》。但需要注意的是，

由于非国家工作人员受贿罪与受贿罪侵害的法益不同，二者严重情节的适用也应相应地作出调整。

根据上述司法解释，受贿罪其他严重情节的类型为：“数额+情节模式”，即受贿数额在 1 万元以上不满 3 万元，具有 1、曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的；2、曾因故意犯罪受过刑事追

究的；3、赃款赃物用于非法活动的；4、拒不交待赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作，致使无法追缴的；5、造成恶劣影响或者其他严重后果的；6、多次索贿的；7、为他人谋取不正当利益，致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的；8、为他人谋取职务提拔、调整的；共计8种情形。受贿罪其他特别严重情节则是指上述8种情形，但受贿金额在150万元以上不满300万元的。

笔者认为，非国家工作人员的其他严重情节与其他特别严重情节的类型也应为“数额+情节模式”，即在特定情节下，其犯罪数额的标准可以下调。但其严重、特别严重情节不应完全等同于受贿罪的相应情节。具体而言：“曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的”“曾因故意犯罪受过刑事追究的”“为他人谋取职务提拔、调整的”上述情节不应适用于非国家工作人员受贿罪。上述情节的共性

在于当国家工作人员具有这些情形时，其本身均具有损害国家工作人员形象的特点。而非国家工作人员因不具有特殊身份，侵犯法益单一，不会影响到国家整体层面的形象和廉洁性，不应适用上述情形作为严重情节进行处罚。

“为他人谋取不正当利益，致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的”这一项应作调整，因为非国家工作人员受贿罪损害的往往是公司的利益，宜将该情节调整为“致使公司财产遭受（重大）损失”。

此外，“数额特别巨大”同样可以参照适用《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第十一条第一款，对本罪的数额特别巨大以受贿罪的相应数额（300万）的倍数予以确定。从此前规定的2倍、5倍的规定来看，笔者认为，应以不少于5倍为宜，即至少在1500万以上才能认定为“数额特别巨大”。

收买被拐卖的儿童罪追诉期限何时起算？

作者：吴心成

近日，新京报微信公众号报道了一则新闻：《男童被拐十年养父获刑 2 年，相关专家：买方入刑其实是“无奈”的选择》。新闻讲述了张某某在 2010 年 4 月，以 2 万元的价格“收买”了一名男童“刘某”并抚养至 2020 年 1 月。2020 年 10 月 12 日，太原市万柏林区人民法院对这起案件作出判决：被告人张某某犯收买被拐卖的儿童罪判，判处有期徒刑二年。

据新京报报道，本案的争议焦点有两点：

其一为张某某是否明知刘某是被拐卖的儿童，这涉及到张某某罪与非罪；

其二为张某某的收买行为发生在 2010 年 4 月，是否应适用 2010 年时《刑法》第二百四十一条的规定，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以不追究刑事责任。

一、问题的提出

笔者认为，对于第一个问题，由于需要综合考量全案证据，无法仅从有限的报道材料中分析得出合适的结论，故不予评价。但对于另一个争议焦点所引申的问题却十分值得探讨——收买被拐卖的儿童罪的追诉期限应当自何时起算？

具体而言——

如果自“收买”行为结束之日起算，则本案的追诉期限已过，按照法律规定如果没有追诉期限中止或中断的事由，则不应当追究张某某的刑事责任；如果自被拐卖的儿童获救或脱离收买者时起算，则本案的追诉期限尚未过期，应当追究张某某的刑事责任。

二、学理上的争议

要讨论本罪追诉期限应自何时起算，首先应当明确收买被拐卖的儿童罪属于

即成犯、状态犯还是持续犯。根据结果发生的状态与犯罪行为的实施，犯罪可以分

为即成犯、状态犯与持续犯。所谓即成犯，是指犯罪行为终了，犯罪成立，法益被侵害并随之被消灭，例如故意杀人罪；状态犯是指犯罪终了时，法益遭到侵害，但并没有被消灭，只是法益受侵害的状态仍在持续，如盗窃罪；持续犯是指在法益侵害的持续期间，危害行为与侵害状态同时存在，典型的例如非法拘禁罪。

学理上对该问题存在两种观点：第一种观点认为本罪属于持续犯，收买行为自

收买开始到被害人被解救之前，其收买行为处于持续状态，只要被害人还在收买人的控制之下，那么收买行为就尚未停止。根据该观点，本罪的追诉期限应自被收买的儿童被解救或脱离收买者时起算。另一种观点则认为本罪属于状态犯，收买行为完成、被拐卖人置于收买人实力支配之下，收买行为即告结束。由是，本罪的追诉期限应自收买行为完成时起算。

三、审判实践的分歧

本文所讨论的问题不仅在刑法的理論中存在争议，在审判实践中也有分歧。

有的法院以“收买”行为完成时作为本罪追诉期限的起算时间。但遗憾的是并未在判决书中充分说理，解释为何要以该时间节点作为追诉期限的起算时间。

例如，在登封市人民法院《（2015）登少刑初字第16号郭某某、王某拐卖儿童一审刑事判决书》中，公诉机关指控被告人王某在2005年10月以6500元的价格购买一名女婴并抚养至今（2015年）。最终，法院认为“收买被拐卖的儿童罪的

追诉时效为5年，从2005年10月被告人王某收买被拐卖儿童到2010年11月帮助他人收买被拐卖的儿童，已超过法定追诉时效，故就该起犯罪事实不应再追究被告人王某某的刑事责任”。再如，在清丰县人民法院《（2019）豫0922刑初19号王顺献拐卖妇女、儿童、收买被拐卖的妇女、儿童一审刑事裁定书》中，法院认为，因王顺献收买被拐卖的妇女犯罪已超过追诉时效期限，对被告人王顺献终止审理。

也有的法院以自被拐卖的儿童获救或脱离收买者时起算本罪的追诉期限。例



如在邹城市人民法院《(2018)鲁0883刑初23号梁庆红、梁红梅拐卖妇女、儿童罪、收买被拐卖的妇女、儿童罪一审刑事判决书》中，法院认为“一般情况下，追诉时效的期限从犯罪之日起计算，如果犯罪行为有连续或者继续状态的，追诉时效的期限从犯罪行为终了之日起计算。收买被拐卖的儿童罪即侵害了儿童的人格尊严，也同时侵害了儿童的人身自由权利。因犯本罪时，被害人往往处于婴幼儿或者儿童时期，此时，被害人不知且也不具有表达自己意识的能力，更无从谈起通过向司法机关报案等方式救济自己的权利，在被害人被自己父母出卖牟利的情形下，被害人更不具有自力救济的条件。被害人完全被收买人非法控制人身自由并抚养，其对自己系被拐卖的情形毫不知情，也无从获悉。此时被告人对被害人的犯罪行为仍

然持续存在，故本案对被告人梁庆红、梁红梅的追诉，没有超过追诉时效”。

再如，本案的审理法院太原市万柏林区人民法院也持相同观点，其认为“被告人张某某2010年4月收买被拐卖的儿童，该行为持续到2020年1月公安机关对被买儿童解救，应适用现行法律规定”。换言之，太原市万柏林区人民法院也认为本罪的追诉期限应自被买儿童解救时起算，本案不会涉及已过追诉期限的问题。

因此，本文所讨论的问题并非是“假想的问题”，相反，是一个实践中确实可能遇到，需要被认真讨论和解决的问题。尤其是自2015年刑法修正案（九）加重对收买者的刑罚之后，倘若不统一适用法律，必将导致同案不同判，有违公平原则，影响司法公信力。

四、本文观点

笔者认为，本罪应属于状态犯，其追诉期限应自收买行为完成时起算。首先，从罪行法定的原则出发，对法条的理解首先应当从法条用语出发。刑法第二百四十

一条之一收买被拐卖的妇女、儿童罪的罪名和罪状描述中，均使用“收买”一词。而在现代汉语中，“收买”往往理解为瞬时行为，而非持续性行为。换言之，不宜

将“收买”行为扩大理解为包含收买后的“控制”等行为。例如，本案中只能说张某某于2010年收买了刘某，而不能说张某某自2010年起一直在“收买”刘某。

从本条法律的设置中也可对该观点加以佐证。本条第三款、第四款做了如下规定：收买被拐卖的妇女、儿童，并有第二款、第三款（非法拘禁罪）规定的犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。因此，如果行为人在完成收买行为后，有“控制”妇女儿童人身自由的，实际上应当认定为非法拘禁罪，即“控制”等限制人身自由的行为应以非法拘禁罪论处，也反证了“收买”行为并不包含“控制”等行为。

其次，从体系解释角度来说，刑法倘若要同时处罚“购买”和“控制”某一事物或人的行为，通常会设立两个罪名，“购买”与“控制”行为相分离。例如，非法买卖枪支弹药罪与非法持有枪支弹药罪、购买假币罪与持有假币罪等等。笔者认为，收买被拐卖的妇女儿童罪与非法拘禁罪应做同样理解。换言之，本罪所处罚的实质是行为人“收买”行为，其“控制等”

行为应由非法拘禁罪或其他罪名予以规制。

最后，倘若认为本罪属于持续犯，在某些情况下会得出荒谬的结论。例如甲在2010年收买了被拐卖的乙。两年后，甲娶丙为妻，并告知丙，乙并非其亲生儿子，而是向人贩子手中收买的，丙听闻后未表示反对而是与甲一同抚养乙。根据承继共犯理论，丙在得知甲收买被拐卖的乙后，共同抚养的行为应当认定为其构成收买被拐卖的儿童罪的共犯。无疑，这样的结论难以令人接受。

综上所述，收买被拐卖的儿童罪应当认定为状态犯，其追诉期限应自收买行为完成时起算。回到文章开头的案例中，如果张某某不存在追诉期限的中止和中断事由，则不应当追究其刑事责任。

疫情期间谎报送检样本构成妨害传染病防治罪！

作者：张佰乐

自新冠疫情爆发以来，全世界人民饱受磨难，多国政治、经济等面临全面崩溃，我国也深受其害。庆幸的是，在中国共产党的领导下，全国民众众志成城、共克时艰，已经取得了实质性的突破和阶段性的胜利。但有些人、有些单位无视防疫管理规定，以身试法，隐瞒行程、不按规定隔离等，引起传播的严重危险或者给防疫带来实质性的严重危害，最终被以“妨害传染病防治罪”定罪量刑。然而，近日更有甚者私自修改核酸检测报告、谎报送检样本，给疫情防控带来更为严重的灾难，其行为该当何罪？笔者做以下简要分析。

案例简介

据隆尧县报告，因检测能力有限，隆尧县第二轮核酸检测任务委托济南一家检测机构济南华曦医学检验有限公司承担。该公司收集点负责人翟某，在样本尚未全部检测完成的情况下，于1月14日向隆尧县卫健局谎报送检样本全部为阴性，1月16日上午又报告发现有阳性样本。得到报告后，隆尧县迅速采取排查流调、隔离管控等防控溯源工作，紧急启动了相关应急防控措施，严格管控人员流动，加大消毒消杀力度，全力阻断疫情传播。截至目前，经初步核查，隆尧县报告确诊病例2例，无症状感染者1例。目前，公安机关已对济南华曦医学检验实验室业务代表翟某某采取刑事强制措施，案件正在进一步侦办中。

妨害传染病防治罪的法律规定和司法实践

妨害传染病防治罪被97《刑法》首次规定在第三百三十条，但该罪从未受到关注。之后，根据2003年5月15日两高施行的《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条规定，故意传播突发传染病病原体，危害公共安全的，以及患有突发传染病或者疑似突发传染病而拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗，过失造成传染病传播，情节严重，危害公共

安全的，分别按照以危险方法危害公共安全罪和过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

直至 2020 年 2 月 6 日，为了更有力的抗击疫情和打击有关疫情期间的违法犯罪行为，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合制定公布《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》第二条第（一）项对新冠肺炎疫情防控下以危险方法危害公共安全罪定罪处罚的犯罪作出严格限定。将罪过形式限定为故意犯罪（含间接故意）；将犯罪主体限定为已确诊新冠肺炎病例（含无症状患者）和疑似新冠肺炎感染病例两类；将犯罪行为限定为两类，即已经确诊的新型冠状病毒感染肺炎病人、病原携带者，拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具，和新型冠状病毒感

染肺炎疑似病人拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具，造成新型冠状病毒传播。同时作出兜底条款，规定其他拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的防控措施，引起新型冠状病毒传播或者有传播严重危险的，以妨害传染病防治罪定罪处罚。

2020 年 12 月 26 日，《中华人民共和国刑法修正案(十一)》正式通过公布，修改第三百三十条妨害传染病防治罪，明确新冠肺炎等依法确定采取甲类传染病管理措施的传染病属于本罪调整范围，同时本条增加一项作为本条第（四）项并将原第（四）项修改为“拒绝执行县级以上人民政府、疾病预防控制机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的”作为本条第（五）项。

妨害传染病防治罪的构成要件

对构成要件的理解无疑是罪名适用的关键。虽然 2020 年《意见》将以危险方法危害公共安全罪、妨害传染病防治罪以及妨害公务罪进行了区分，但也将妨害传染病防治罪定位于“兜底”条款，即规

定：“其他拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的防控措施，引起新冠肺炎病毒传播或者有传播严重危险的，依照刑法第 330 条的规定，以妨害传染病防治罪定罪处罚。”加之《刑法修正案(十一)

对该罪的修订，在此背景下，有必要更加明确妨害传染病防治罪的构成要件。

01 主体要件

该罪主体为一般主体，包括单位和个人，既包括确诊病毒感染者和疑似感染者，也包含在疫情防控工作中有特定职责和义务的个体和单位。案例中，检验实验室业务代表翟某某属于在疫情防控中有特定职责和义务的个体，符合该罪的主体要件，如果单位对此明知也同样符合该罪的主体要件。

02 主观要件

该罪的主观要件为故意，包括直接故意和间接故意。案例中，翟某某明知在样本尚未全部检测完成的情况下，向隆尧县卫健局谎报送检样本全部为阴性，之后又报告发现有阳性样本，符合该罪的主观构成要件。

03 客体要件

该罪侵犯的是公共卫生管理秩序，尤其是传染病防控秩序。其区别于以危险方法危害公共安全罪和过失以危险方法危

害公共安全罪，此两者是对“公共安全”的侵犯或严重威胁。案例中，翟某某谎报检测样本的行为贻误了最佳时机，给全县乃至全国的疫情防控工作带来诸多风险和不可预测性，符合该罪的客体构成要件。

04 客观要件

本罪的前提是行为人违反了有关防疫管理的规定。《中华人民共和国传染病防治法》第十二条第一款规定“在中华人民共和国领域内的一切单位和个人，必须接受疾病预防控制机构、医疗机构有关传染病的调查、检验、采集样本、隔离治疗等预防、控制措施，如实提供有关情况。疾病预防控制机构、医疗机构不得泄露涉及个人隐私的有关信息、资料。构成此罪要求必须引起新冠肺炎传播或者有传播的严重危险，既可以是引起新冠病毒传播的严重后果，也可以是引起传播严重危险的后果。该罪此处有别于前两个罪名。综上，笔者认为，行为人在同时满足以构成要件时才能以“妨害传染病防治罪”定罪处罚。



2020 已然过去，但新冠疫情仍在蔓延。正如世卫组织高级官员发出的警告那样：2021 年人类遇到的危机，将比去年更加严重。虽然经历了数千年时光考验的中国不需要惶惶不可终日，这一难关必将度过，但对疫情的警惕和持续的防疫工作绝不可懈怠。这场抗疫之战关乎到每个人的生命健康，积极配合防疫工作是每个公民在这场“战争”中所能发出的美丽微光，微光汇集，光明必现！



张佰乐

上海七方律师事务所律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部
律师

业务方向：刑事辩护、合同纠纷、企业
法律顾问

联系方式：13681605614

为引进人才办理上海户口，单位能否约定服务期和违约金？

作者：李华平

2020年11月5日，上海市人民政府公布了《上海市人才引进申办常住户口办法》（沪府规〔2020〕25号）。为贯彻落实人才引进政策，上海市人力资源和社会保障局于2020年11月25日印发了《上海市引进人才申报常住户口办法实施细则》（沪人社规〔2020〕27号），对相关适用对象、申报条件、申办材料等内容进行了进一步的细化与明确。上海为未来发展广纳英才，推出的人才引进政策更加积极、开放和有效。

能落户上海，成为“新上海人”，确实对很多人来沪就业或创业人员特别有吸引力，毕竟上海户口属于稀缺资源。那么，如果用人单位为引进人才申办成功了上海户口，能否与其设定服务期和约定违约金呢？



这个问题用人单位和劳动者都很关心。约定是否有效？司法实践中又是怎样理解和裁判的？

首先来看《劳动合同法》的规定。《劳动合同法》第二十二条规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。从法条内容来看，服务期属于约定条款。

如何理解这一法条内容，实践中有两种不同的观点。一种观点认为，用人单位只有在为劳动提供专项培训费用，对其进行专业培训的情形下，才可以和劳动者约定服务期。如果不是就提供专项培训而约定的服务期，系违反法律、行政法规的强制性规定的约定，属于无效约定。很显然，用人单位为劳动者办理落户手续不属于提供专项培训，因此不能约定服务期。即使双方约定了也是无效约定。从检索的相关司法实践的判例来看，持该观点的占主流。（检索相关案例：【（2020）沪0112民初14721号、（2019）沪0117民初19953号、（2018）沪0112民初22681号、（2017）沪0112民初36678号、（2013）金民三（民）初字第3725号】）

另一种观点则认为，《劳动合同法》第二十二条条款内容属于授权性规范，即授予用人单位可以自行决定是否通过对劳动者进行专业技术培训的方式约定服务期，但无法据此推出对劳动者进行专业技术培训是实现约定服务期的唯一方式。用人单位向劳动者提供了正常劳动报酬之外的额外待遇，劳动者从中获益后，自愿让渡一定期限内的辞职权，向用人单位承诺服务期限，使得双方付出对价的期待利益不致落空，符合公平、平等自愿、协商一致的原则。在用人单位为劳动者提供的特殊待遇足以与专业技术培训相对等的情况下，应当认定为约定有效。对于像北京、上海这样的特大城市，户口属于稀缺资源，具有相当的经济价值，用人单位引进人才申办户口属于提供特殊待遇。从检索的相关案例来看，支持此观点的裁判文书很少。（检索相关案例：【（2010）徐民一（民）初字第4158号、（2019）京0114民初366号】）

其实，关于用人单位为劳动者办理上海户口属于特殊待遇的规定，上海高院在2006年已经就这一问题进行过相关解答。《上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答》（沪高法民一【2006】17号）第七条规定：用人单位为其引进的部分非本市户籍人员办理本市户籍，可约定其为特殊待遇。当事人通过书面合同约定，明确将用人单位为引进人员办理本市户口作为特殊待遇，并据此设定服务期和违约责任的，劳动争议处理机构可予以确认。服务期期限和违约金数额应当合理确定，审理中发现所设定的服务期期限和违约金数额不合理的，可以根据当事人的具体违约原因、违约程度酌情调整。当然，2008年《劳动合同法》施行后，上海的司法实践中基本上不再认为用人单位为劳动者办理落户可以约定服务期和违约金。

但是，对于认为用人单位只有为劳动者提供专项培训才能约定服务期的这一规定，实务操作中也不尽然。上海高级人民法院《关于适用〈劳动合同法〉若干问

题的意见》（沪高法【2009】73号）第七条规定：用人单位给予劳动者价值较高的财物，如汽车、房屋或住房补贴等特殊待遇的，属于预付性质。劳动者未按照约定期限付出劳动的，属于不完全履行合同。根据合同履行的对等原则，对劳动者未履行的部分，用人单位可以拒绝给付；已经给付的，也可以要求相应返还。因此，用人单位以劳动者未完全履行劳动合同为由，要求劳动者按照相应比例返还的，可以支持。这一观点，实际上和北京的案例【（2019）京0114民初366号】的理解基本一致。只是把特殊待遇转化成预付性质的给付行为，实质上就是“服务期”和违约金的性质。

由于在实践中对能否约定服务期和违约金存在较大争议，客观上影响了用人单位引进人才的动力，尤其是已经约定了服务期还被认定为无效约定的情况，同时一定程度上助长了劳动者违反诚实信用和契约精神的行为，否定了双方的意思自治，从社会效果上来看弊端也不少。

当然，当引进户口可设定违约金的大门关上的时候，向劳动者主张因用人单位引进户口所产生的损失这扇窗已经悄悄打开。

由于用人单位和劳动者就引进户口事宜达成了相关协议，因劳动者原因违反约定的，势必会给用人单位造成一定的损失，给公司的管理带来不良影响，因此法院一般会判定劳动者因为违约行为而承担相应的赔偿责任。

经检索，类似的案例有不少。例如，（2019）沪 0115 民初 35927 号判决中，法院认为劳动者未遵守约定，客观上确系违反了承诺，有违诚实信用原则，该行为不可避免地对公司管理等带来不良影响，给公司造成了损害，劳动者存在过错，应当承担赔偿责任。关于损失的数额，鉴于劳动者的行为给公司所造成的损害后果难以以具体数字来衡量，故法院参考双方的约定，酌情确认劳动者应赔偿公司损失 10 万元。

（2019）沪 0116 民初 6092 号民事判决也认为，用人单位和劳动者在户口办理费

用赔偿金的约定合法有效，应由双方自觉履行，劳动者已赔偿了公司办理费 150,000 元，应视为双方就办理费的赔偿和金额达成一致并实际履行，现劳动者要求公司返还缺乏法律依据。

当然，上海目前仅有判例这样处理，并没有明确规定或操作口径。而北京地区对这一问题采用会议纪要的形式予以明确。《北京市关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（2009 年）》第 33 条规定，用人单位为其招用的劳动者办理了本市户口，双方据此约定了服务期和违约金，用人单位以双方约定为依据要求劳动者支付违约金的，不应予以支持。确因劳动者违反了诚实信用原则，给用人单位造成损失的，劳动者应当予以赔偿。

如何认定单位的实际损失？这在实践中用人单位往往难以举证。从检索的案例来看，裁审部门一般都是参照双方的约定金额、结合承诺工作年限与实际工作年限、薪酬标准进行酌定。从现有检索的案例来看，法院一般酌定的数字在 5 万至 15 万之间。因此，建议用人单位和劳动者可

以公平合理地约定损失金额，这样既让劳动者有相应的违约成本预期，也便于发生

争议时法院进行酌情认定。



还有一类特殊情形需要特别提醒，即事业单位和在编人员之间就引进户口问题约定服务期和违约金问题。

2018年11月13日，中共上海市委组织部、上海市人力资源和社会保障局共同颁布《上海市事业单位聘用合同管理办法》（沪人社规〔2018〕33号）（以下简称《聘用合同管理办法》）。《聘用合同管理办法》第十八条规定，聘用合同当事人可以对由聘用单位出资招聘、培训或者提供其

他特殊待遇的受聘人员的服务期作出约定。这里明确约定服务期的情形有三种：出资招聘；培训；提供特殊待遇。申办户口属于提供特殊待遇的一种。从《聘用合同管理办法》对服务期约定的范围来看，明显要比《劳动合同法》列举的范围宽。因此，对于事业单位和在编人员就引进户口约定服务期和违约金问题，应当是不存在争议的。当然，服务期和违约金的约定仍需遵循公平和合理性原则。



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

员工声明放弃缴社保，公司赔了 60 万！

作者：谢亦团

众所周知，依法缴纳社会保险费是用人单位和劳动者的法定义务，任何规避行为都因违反法律法规规定而归于无效。但在实务中，仍然存在不少用人单位未缴纳社会保险费的情形，有的是因为用人单位想节省用工成本，也有的员工本人不想缴纳希望多拿钱。用人单位为了减少自身风险，普遍的做法是让员工签署放弃社会保险缴纳的声明，这种情况下，如果员工出了工伤，用人单位还需要赔偿吗？个人需要承担赔偿责任吗？事故伤害发生后，用人单位如果去补缴，能要求工伤理赔吗？本文结合真实的案例就以上问题进行逐一分析。

案件简介

梅某系外省市户籍来沪从业人员，于 2015 年 1 月 3 日进入上海某机械公司从事司机工作，双方签订有期限自 2015 年 1 月 3 日至 2018 年 1 月 3 日止的劳动合同。

2015 年 1 月 27 日，梅某签署了一份自愿放弃社保声明书，内容为：“乙方（即梅某）于 2015 年 1 月 3 日到甲方（即机械公司）公司工作，获知甲方将统一为其在上海市社保中心购买社会保险，并按照规定由双方分别缴纳参保费用，乙方应承担的费用由己方按照规定从其工资中代扣代缴，乙方在充分了解到社保的相关规定，清楚其在社保上的权利义务以及不购

买社保可能存在的法律风险后，仍然自愿放弃公司为其购买社会保险，具体原因为自己个人购买社会保险。鉴于为乙方原因，为明确责任，乙方声明如下：本人自愿放弃甲方为本人购买社会保险（含养老、工伤、医疗、失业、生育等险种），因未购买社会保险而产生的一切不利后果和法律责任由本人自行承担；本人同时保证不在任何时候，以任何理由就未购买社会保险事宜向公司提出任何主张权利……”

2015 年 4 月 8 日，梅某在工作中突发疾病死亡。2015 年 4 月 13 日，机械公司

为梅某补办社会保险转入手续，并为其补缴社会保险费。

2015年5月26日，机械公司所在的区人力资源和社会保障局作出认定工伤决定书，认定梅某死亡视同为工伤。公司告知梅某家属，公司已补缴了社会保险费，可以向工伤保险基金申请工伤理赔。

2015年8月6日，梅某家属向上海市社会

保险事业管理中心申领工伤待遇，该中心出具办理情况回执，告知其一次性工亡补助金及丧葬补助金不符合领取条件。

由于领不到工伤保险待遇，2015年10月29日，梅某家属申请仲裁，要求机械公司赔偿一次性工亡补助金576,880元、丧葬补助金32,706元。

裁判结果

仲裁、一审、二审法院支持了梅某家属的请求

律师分析

一、依法缴纳社会保险是用人单位和劳动者的法定义务，

通过声明放弃社会保险费缴纳的行为无效

根据《社会保险法》第四条规定，中华人民共和国境内的用人单位和个人依法缴纳社会保险费，有权查询缴费记录、个人权益记录，要求社会保险经办机构提供社会保险咨询等相关服务。个人依法享受社会保险待遇，有权监督本单位为其缴费情况。同时在《工伤保险条例》第二条也明确规定，中华人民共和国境内的企

业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费。因此，用人单位和劳动者均不能放弃，也无法用声明或协议的方式免除该义务。

二、发生工伤事故后，公司补缴工伤保险费的，

工伤保险基金仅支付新发生的费用

根据《工伤保险条例》第六十二条第三款规定，用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照本条例的规定支付新发生的费用。

最核心的是，“新发生的费用”如何的理解，人力资源社会保障部关于执行《工伤保险条例》若干问题的意见（二）第三条规定，《工伤保险条例》第六十二条规定的“新发生的费用”，是指用人单位参加工伤保险前发生工伤的职工，在参加工伤保险后新发生的费用。其中由工伤保险基金支付的费用，按不同情况予以处理：（一）因工受伤的，支付参保后新发

生的工伤医疗费、工伤康复费、住院伙食补助费、统筹地区以外就医交通食宿费、辅助器具配置费、生活护理费、一级至四级伤残职工伤残津贴，以及参保后解除劳动合同时的一次性工伤医疗补助金；

具体到本案，根据上述文件精神，由于机械公司是在梅某死亡后才补缴的社会保险费，一次性工亡补助金和丧葬补助金均发生于机械公司补缴社会保险之前，自然不能由工伤保险基金理赔。试想，如果这种情形得到允许，无疑间接纵容了用人单位不履行依法缴纳社会保险费的义务。

三、用人单位未依法缴纳社会保险费，员工发生工伤的，

由该用人单位支付员工的工伤待遇

根据《工伤保险条例》第六十二条第二款规定，依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工

发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。从该条规定来看，不问具体的原因和过

错，只要是用人单位没有履行依法缴纳社会保险费的义务就需要由用人单位来承担劳动者的工伤赔偿责任。毕竟，缴纳社会保险费可以由用人单位掌控，可以直接从员工的工资中代扣代缴，劳动者不同意缴纳的，完全可以不录用。所以由用人单位来全部承担未依法缴纳社会保险费的责任，具有合法性合理性。

本案中，虽然梅某出具了声明，知晓未缴纳社会保险的风险，并承诺放弃追究用人单位未缴纳社会保险的责任，但由于该声明违反了法律行政法规的规定，是无效的；该声明同时是排除劳动者权利和免除用人单位的义务，根据《劳动合同法》第二十六条规定，同样是无效的。所以应当由机械公司赔偿全部的工伤责任，梅某本人不用承担赔偿责任。

需要特别说明的是，尽管放弃社会保险缴纳声明在法律上是无效的，但如果劳动者主动要求不缴纳社会保险费，因此给用人单位造成损失的，比如被劳动行政部门处罚的，也可能需要承担赔偿责任；对于用人单位而言，如果劳动者出现工伤事故，需要承担工伤赔偿责任。因此，用人单位和劳动者需要特别注意：放弃社会保险费缴纳的声明不仅是无效的，而且对用人单位和劳动者自身都存在法律风险。



谢亦团

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

联系方式：13585507739

劳动争议中企业规章制度的合理性审查

作者：马怡坤

01

规章制度的效力认定

用人单位规章制度是由用人单位根据其自身经营情况在本单位范围内施行的有关劳动生产、经营管理的规则，被称为企业的“内部法律”。《劳动合同法》第四条明确：“用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全

体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”

可见，根据我国劳动法律的规定，用人单位制定的劳动规章制度必须符合下列生效要件：制定主体合法、制定程序合法、内容合法、向劳动者公示，其法律效力方为法院所认可。值得注意的是，如果用人单位制定的劳动规章制度内容严重不合理，其法律效力亦有可能得不到法院的认可。

02

规章制度合理性审查的必要性

1994年《劳动法》第八十九条仅对用人单位规章制度的内容的合法性作出规定，2001年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十九条又增加了对规章制度制定及公示的程序性要求。可见，立法机关对于规章制

度审查的范围有逐渐扩大的趋势，2008年随着《劳动合同法》的颁布，在强化了对程序合法性的要求后，规章制度的合理性要求开始进入审判机关的审查范围。

对于规章制度性质的探讨存在多种学说，这里就不一一赘述。但无论是“契

约规范说”、“法律规范说”、“根据二分说”亦或“集体协议说”、“劳动力支配说”等多种主流观点，始终绕不开的是现阶段用人单位规章制度制定过程中的困境。《劳动合同法》等相关法律法规对于用人单位规章制定仅要求针对“重大事项”与职工或工会等组织“讨论”、“协商”确定。对规章制度的程序合法性只停留在征求意见层次，并不是要得到职工或工会同意，最终内容实际由用人单位单方决策。另外，由于我国劳动关系的三方协调机制并不完善，工会等组织参与度低，控制力弱，因而无法发挥其应有作用。因劳动者无法在用人单位规章制度制定过程中发声，在发生争议的情况下司法机关的合理性审查就显得十分必要。此外，《民法典》中人格权编的增补，极大增强了普

通劳动者人权意识，所以用人单位规章制度对劳动者人格权力的制约必须具有一定的合理性。

(2016)沪02民终1863号案例中，法官在裁判时也表示：在判断劳动者是否构成违纪及其严重程度时不能以用人单位的规章制度作为唯一标准，更须对其规章制度的合理性进行评判。结合该案不难看出，对于规章制度的审查不仅在于保护劳动者的合法权益，对于用人单位经营权的保护也有裨益。此案中法官正是考虑到用人单位的行业、劳动者工作岗位的特殊性，认定用人单位的规章制度具有一定合理性，从而判决解除劳动关系合法。本判决不仅体现司法机关对用人单位规章制度合理性审查介入的日常化，更是从侧面打消了不少人对于“合理性审查对用人



单位经营权有不利影响”的顾虑。

03

规章制度合理性审查的参考因素

规章制度合理性的标准难以具体化，但若如此就将合理性的判断全权交由审判人员的自由心证显然也不合适。一般来说，可以参考以下因素：

（一）规制范围

用人单位规章制度是在本企业内部实施的管理规则，《劳动合同法》第三十九条第一款第（二）项规定劳动者严重违反用人单位的规章制度，用人单位可以解除劳动合同。但用人单位不能对规章制度的内容任意扩大乃至超过劳动者工作和企业管理的范畴。用人单位有权通过制定规章制度进行正常生产经营活动的管理，但劳动者在工作时间、工作地点以外的行为，用人单位无权进行禁止性规定，更不能据此对违反规定的员工进行惩罚。

劳动关系中，劳动者对用人单位而言虽然具有人身和财产上的从属性，但此从属性仅限于工作领域，用人单位的管理不应涉及私人领域。当然若劳动者不当行为已经严重影响其履行劳动合同，对用人单位造成较大不利影响的，用人单位仍然可

以通过规章制度行使内部惩戒。

（二）行业岗位

随着社会的发展，各行业纷繁复杂，逐渐发展出各自用工特点以及独特的劳动关系体系。处理争议过程中，规章制度合理性的判断不能仅看条文内容，还应当结合用人单位所处的行业特点、争议劳动者的岗位职责综合考量。不同劳动者同样的违纪行为可能对各用人单位会产生不同的影响。

几年前上海和平饭店员工偷吃苹果被辞退的案例是最好的说明，作为接待人员的劳动者凌晨偷偷进入饭店厨房偷吃两个苹果，最后法院判决用人单位解除合法。同样，以睡觉为例，若一般劳动者上班时睡觉尚达不到严重违纪程度；但若该劳动者为门禁岗位，睡觉的行为极有可能对单位造成严重损害，在此情况下解除劳动关系显然具有合理性。当然，由于各行业之间有着巨大差异，在发生争议时应对用人单位的举证责任提出更高要求以证明其行业岗位的特殊性与解雇行为间

的紧密联系。

（三）比例原则

用人单位惩戒权是维持企业正常运作的保障，但用人单位的惩戒措施应当与劳动者的过错行为相适应。参照刑法中的“罪责刑相适应原则”，惩戒的措施和手段应当参照劳动者的主观过错、损害后果进行设定，特别是涉及解雇权行使的情况下，只有当劳动者行为对用人单位造成严重影响，其他手段已经不足以对其进行惩戒，劳动合同已经无法继续履行的情况下，用人单位才可以行使解雇权。

实践中一些用人单位滥用惩戒权，规章制度中“迟到三天视为严重违纪”等规定显然都是对比例原则的违反，不具有合理性。虽然劳动者有不当行为，但其行为性质远未达到严重违纪的程度，用人单位应当设置不同等级的惩戒方式，如“训戒”、“口头警告”、“处分”，以上方式都可以达到用人单位的管理目的。

（四）公序良俗

规章制度的内容设置需要符合公序良俗，尊重社会的公共秩序与公众的道德风俗是其顺利施行的保障，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干

问题的解释（四）》（征求意见稿）曾将公序良俗作为用人单位规章制度的生效要件，《民法典》中也将公序良俗作为民事活动的基本准则。例如某公司规章制度规定禁止办公室恋情，显然违反公序良俗，且侵犯了员工的人格权利。当然，若劳动者行为违反公序良俗，对双方履行劳动合同造成严重不利影响，即使用人单位规章制度中未明确禁止，单位亦可以据此解除劳动关系。

（五）用人单位举证

用人单位作为规章制度的制定者，亦是解除劳动关系行为的作出者，为避免用人单位利用自身的优势地位，通过制定不合理的规章制度滥用用工管理权，在因用人单位以劳动者违纪为由作出解除劳动关系的决定而发生争议时，应加重用人单位的举证责任。在对规章制度的司法审查过程中用人单位应当对规章制度的合法性、劳动者行为的严重性以及行业的特殊性承担全面举证责任。

需要注意的是，用人单位证明的劳动者的违纪行为仅能是其作出解除通知时所依

据的事实，对于用人单位嗣后发现的劳动者严重违反劳动规章制度的事由，即使用人单位已举证证明确实存在，亦不能成为用人单位解雇行为合法的依据。

04

规章制度合理性审查的法律后果

规章制度被认定为不合法或者不合理情况下，产生同样的法律后果，即“违法解除”。不少人认为单位违法解除案件中审判机关已经通过裁决或判决否认了单位规章制度条款的效力，需要注意的是，在前述规章制度的合理性审查中已经明确，审判机关对于规章制度的审查不仅从条文内容角度；更是针对具体争议案件，参考劳动者职位特殊性、该行为发生时期等多种因素综合考量，所以审判结果也仅能适用个别劳动者的争议处理过程，并不当然导致规章制度的无效。



马怡坤

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

从华信信托事件看：员工被刑事拘留，单位可否解除劳动合同？

作者：王余婷

近日，华信信托在其官网发布声明，声明的内容为：2021年1月6日晚，我司董事长董永成与总裁王瑾因工作产生矛盾，董永成对王瑾造成人身伤害。董永成当晚被公安机关依法传唤，现已刑事拘留。王瑾伤情稳定，正住院治疗。事件发生后，在监管部门的指导下，公司班子成员团结带领全体员工，确保公司正常运转。当前，我司全体工作人员状态稳定，公司各项业务正常进行。我司将积极配合公安部门审查和调查工作，在监管部门的指导下，进一步规范结构和决策体系。

有这样一句标语：“千万不要打架，打赢坐牢！打输住院！”，因而，如因工作原因同事间产生矛盾的，一定要控制好情绪，千万不要打架。作为劳动法律师，我们注意到两个细节，一个细节在华信信托公司的董事长董永成与总裁王瑾是因“工作原因”产生矛盾的，从而打架，现王瑾已住院接收治疗；第二个细节就在于董事长已被公安机关依法传唤，且已经被“刑事拘留”。那问题来了，如劳动者被刑事拘留，用人单位能否单方解除劳动合同？

根据《劳动合同法》第39条第6项规定：“被依法追究刑事责任的，用人单位可以解除劳动合同。”何为“被追究刑事责任？”根据原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发[1995]309号）的相关规定，被依法追究刑事责任的情形包括：（1）被人民法院判处刑罚（主刑：管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑；附加刑：罚金、剥夺政治权利、没收财产）的；（2）被人民法院依据刑法第32条（现第37条）免于刑事处罚的。

华信信托案件中董事长董永成是被“刑事拘留”，显然不是被追究刑事责任，有关董永成是否会被追究刑事责任，还有待进一步调查。在现阶段，如劳动者被刑事拘留的，用人单位可否直接解除劳动合同呢？

一、有制度依据的，单位可单方解除合同

用人单位虽不可以依据《劳动合同法》第39条第6项解除劳动合同，但如用人单位在规章制度或员工手册等文件中的规定，劳动者被“刑事拘留”的，用人单位可单方解除劳动合同。在检索上海地区的判例时，我们发现在上海地区基本上是支持这样的做法的。即当劳动者被刑事拘留的，用人单位可依据通过民主程序制定，且向劳动者有效送达的规章制度或员工手册对劳动者作出解除劳动合同的行为。但有些地方的观点是不同的，认为用人单位这样的规定是无效的，用人单位单方做出的解除行为违法。

因而，在处理劳动者被刑事拘留或行政拘留时，用人单位应首先查看企业内部制定的规章制度是否有规定，是否有权解除劳动合同。另外，还需结合当地有关此类劳动案件的处理操作口径，对依据规章制度作出单方解除行为是否认同。如司法实践中认可用人单位依据规章制度作出解除劳动合同行为的合法性时，用人单位

可依据规章制度作出单方解除劳动合同的决定，否则，应谨慎为之。

有些地方性条例，如《江苏省劳动合同条例》第30条第2项规定：“劳动者因涉嫌违法犯罪被限制人身自由的，用人单位可以中止劳动合同，劳动合同中止期间，劳动关系保留，劳动合同暂停履行，用人单位可以不支付劳动报酬并停止缴纳社会保险费。劳动合同中止期间不计算为劳动者在用人单位的工作年限。劳动合同中止情形消失，除已经无法履行的外，应当恢复履行。”又如：《上海市劳动合同条例》第26条规定：“有下列情形之一的，劳动合同中止履行：（一）劳动者应征入伍或者履行国家规定的其他法定义务的；（二）劳动者暂时无法履行劳动合同的义务，但仍有继续履行条件和可能的；（三）法律、法规规定的或者劳动合同约定的其他情形。劳动合同中止情形消失的，劳动合同继续履行，但法律、法规另有规定的除外。”同时，《上海市企业

工资支付办法》（2016年修订）第18条规定：“劳动者因涉嫌违法犯罪被扣押或者其他客观原因，使劳动合同无法履行的，企业不支付劳动者工资，但法律、法规另有规定或者双方另有约定的除外。”

如司法实践中不认可用人单位依据规章制度作出单方解除劳动合同的合法性时，用人单位可能需依据地方性的规定选择暂时与劳动者之间中止双方之间的劳动合同。

二、单位单方解除劳动合同，需注意解除理由

作为企业，在处理此类事件时，应先与劳动者的家属进行确认，其近期没有至用人单位正常出勤的原因是什么？要弄清楚是刑事拘留、行政拘留还是其他原因。有些用人单位没有弄清楚基本事实，就贸然直接以劳动者被刑事拘留为由依据规章制度的规定直接解除劳动合同，并在《解除劳动合同通知书》上明确载明系因劳动者被刑事拘留而做出单方解除行为。

直到劳动者出来后才得知劳动者并不是被刑事拘留还是被行政拘留的，此时，用人单位单方解除劳动合同的行为被认定为违法解除的可能性就比较大了。因用人单位所作出的解除劳动合同的理由与事实根本就不成立，劳动者根本就没有

被刑事拘留而是行政拘留。这样的案件在上海市浦东新区人民法院审理的（2020）沪0115民初40706号案件中就出现了这样的情况。

另外，如劳动者被刑事拘留或行政拘留的情况下，建议用人单位在作出单方解除劳动合同行为时，一定要注意解除劳动合同的理由，最好不要用“旷工”的解除理由。原因在于劳动者被刑事拘留或行政拘留，并非劳动者主观上恶意不知用人单位出勤，不属“旷工”。在司法实践中，如用人单位以旷工为由解除被刑事拘留或行政拘留劳动者的劳动合同被认定为违法解除的概率是非常高的。

另外，需要提醒用人单位注意的是根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件

适用法律问题的解释（一）》第 47 条规定：“建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第三十九条、第四十条规定，但未按照劳动合同法第四十三条规定事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院应予支持，但起

诉前用人单位已经补正有关程序的除外。”因而，用人单位单方解除劳动合同的，需履行通知工会的义务，如劳动仲裁阶段未履行通知工会的，最晚应在提起一审前履行通知工会的程序，否则，就有可能被认定为程序违法，而被认定单方解除劳动合同之行为违法。

被刑事拘留的董永成虽是华信信托的董事长，属公司的高级管理人员，但现阶段我国并未对劳动者进行分层管理，因而，有关董事长劳动合同的解除仍然适用劳动法及相关法律法规的规定。



王余婷

上海七方律师事务所 合伙人

七方劳动法律服务部 律师

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 干事

业务方向：劳动法、企业法律顾问

联系方式：18202162796



《教育惩戒规则》颁布后，学校要做 5 件事！

作者：李华平



2020 年 12 月 29 日，教育部官方网站公布了《中小学教育惩戒规则（试行）》（中华人民共和国教育部令第 49 号）（以下简称《教育惩戒规则》）。千呼万唤的《教育惩戒规则》终于出台了，将于 2021 年 3 月 1 日起施行。

有了《教育惩戒规则》这把“戒尺”，就能够解决老师不敢管、不愿管、不会管的问题吗？要用好这把“戒尺”，学校还得做好以下几件事情：

一、学校应当制定和完善校纪校规

《教育惩戒规则》对学校 and 教师实施的教育惩戒行为分了三大类：一是对学生违规违纪情节较为轻微的处理；二是对学生违规违纪情节较重的处理；三是对学生违规违纪情节严重或者影响恶劣的处理。

那么学生违纪违规行为的情节是否严重如何界定？这需要学校通过制定校纪校规对相应违纪情形的情节具体明确。

根据《教育惩戒规则》规定，学校制定校纪校规，需要经过以下民主程序：

1、听取三方意见

学校在制定校纪校规中，应当征求教职工、学生和学生家长的意见，教师在日常教学管理中是直接面对学生实施教育惩戒的，因此如何保障和规范教师的教育惩戒行为，教师的意见非常重要；学生是被教育惩戒的对象，惩戒的目的是要让学生引以为戒、认识和改正错误，不能为了惩戒而惩戒，因此在制定校规中听取学生的意见，本身也是学生便于学生了解和遵守校纪校规；教育惩戒尽管面对的是学生，但是容易引发的争议或矛盾的，往往

是家长和学校，如果在制定校纪校规过程中能够听取家长意见，在执行过程中就更能够得到家长的理解与配合。当然，有条件的学校，还可以组织有学生、家长及有关方面代表参加的听证。

2、提交两会讨论

由于实施教育惩戒行为涉及到教师、学生和家长三方的切身利益，根据《教育惩戒规则》规定，学校制定的校规校纪应当提交家长委员会、教职工代表大会讨论。学校家委会一般由学校老师、家长推选产生，学校家委会代表建议推选具有一定组织协调能力、有教育、财务、法律、文宣等某一方面的特长，处事公正且具有奉献精神的家委担任。校纪校规提交学校家委会仅是讨论，家委会可以提出修改意见或建议，并不是一定要其表决通过。教代会是教职工依法参与学校民主管理和监督的基本形式，校纪校规主要规范的是学生行为，因此也并不要求一定通过教代会表决通过，也是提交讨论而已。

3、审议通过备案

学校校纪校规在听取意见和提交家委会、教代会讨论后，真正的审议决定权在校长办公会议，需要经过校长办公会议审议通过。同时，校纪校规作为学校管理制度，接受上级主管部门的监督和指导，需要报主管教育部门备案，而不是要上级主管部门批准。

4、公布实施

经过校长办公会议审议通过的校纪校规，未经公布的校规校纪不得施行。校纪校规公布后，对全校学生具有约束力。因此，当校纪校规审议通过后，可以通过入学教育、班会、张贴、网站、公众号等方式，向学生和家长宣传讲解。

二、学校可设立校规校纪执行委员会

《教育惩戒规则》规定，学校可以根据情况建立校规校纪执行委员会等组织机构，吸收教师、学生及家长、社会有关

方面代表参加，负责确定可适用的教育惩戒措施，监督教育惩戒的实施，开展相关宣传教育等。

三、学校应建立教育惩戒和纪律处分听证制度

《教育惩戒规则》规定，学校对违规违纪情节严重或者影响恶劣的学生实施教育惩戒或给予警告、严重警告、记过或者留校察看、开除学籍等纪律处分的，应当听取学生的陈述和申辩。学生或者家长申请听证的，学校应当组织听证。因此，

学校应当建立建立教育惩戒和纪律处分听证制度。听证制度内容应当包括听证参加人、听证主持人职权、听证参加人权利义务、听证程序以及相关回避制度等。

四、学校应成立学生申诉委员会

《教育惩戒规定》规定，学校对违规违纪情节严重或者影响恶劣的学生实施教育惩戒或给予警告、严重警告、记过或者留校察看、开除学籍等纪律处分不服的，可以在教育惩戒或者纪律处分作出后15个工作日内向学校提起申诉。学校应当成立由学校相关负责人、教师、学生以及家长、法治副校长等校外有关方面代表组

成的学生申诉委员会，受理申诉申请，组织复查。学校应当明确学生申诉委员会的人员构成、受理范围及处理程序等并向学生及家长公布。学生申诉委员会应当对学生申诉的事实、理由等进行全面审查，作出维持、变更或者撤销原教育惩戒或者纪律处分的决定。

五、学校应保障教师正当实施教育惩戒的行为

《教育惩戒规则》规定，学校应当支持、监督教师正当履行职务。教师因实施教育惩戒与学生及其家长发生纠纷，学校应当及时进行处理，教师无过错的，不得因教师实施教育惩戒而给予其处分或者其他不利处理。家长威胁、侮辱、伤害教师的，学校应当依法保护教师人身安全、维护教师合法权益；情形严重的，应当及时向公安机关报告并配合公安机关、司法机关追究责任

同样，教师的教育惩戒权也不可以滥用，如果教师违反《教育惩戒规则》的，学校也不能袒护教师，学校应当视情

节程度不同给予批评教育，或暂停履行职责或者依法依规给予处分，如给学生身心造成伤害构成犯罪的，报告公安机关依法处理。

要让教师敢于拿起教育惩戒这把“戒尺”，除了教师的职责和勇气外，需要学校对教师合法权益的保障，其实更需要学生家长的理解与配合。一切为了孩子，教育需要家校互动、通力协作。这样，这把“戒尺”才能真正发挥作用，才能更好地教育学生，促进学生的身心发展。

教育惩戒，需依法行使！合理行使！
审慎行使！

抵制于正、郭敬明为哪般？合理借鉴的边界应该如何把握？

作者：谢茂林

一、联名抵制于正、郭敬明

12月21日晚，《抄袭剽窃者不应成为榜样！》一文再次将于正和郭敬明推上风口浪尖，该公开信由琼瑶、赵冬苓、董润年、束焕、汪海林、王立扶、白一骢、冯元良、高群书、何秀琼、刘沛、王小平等111名知名影视从业者联名签署，点名有抄袭劣迹的于正、郭敬明屡屡以导师、嘉宾的身份出现在各种节目中，进行话题炒作、博人眼球；公开信呼吁立即停止对这些“劣迹从业者”的宣传，不给抄袭剽窃者提供舞台，应将他们从公众媒体中驱逐出去。

抄袭剽窃者不应成为榜样！

——部分影视从业者致媒体公开信

近来，在一些网络平台、电视台的综艺节目，屡屡出现有抄袭劣迹的编剧、导演（于正、郭敬明）以节目导师、嘉宾的面目出现，在节目内外进行话题炒作，以此追逐点击率、收视率，博人眼球。

这种一切唯收视率论、流量论的做法引起了相关从业者和社会各界的极大反感，我们是中国影视行业的从业者，对此感到非常遗憾和无比愤慨。广大群众也感到迷惑不解，吸毒嫖娼的艺人都受到了惩罚，一些有道德问题的艺人也被限制出境，为什么被法院判决的“文贼”却被资本和平台追捧，这种“审丑”行为不应该再继续下去了。

七方法苑

二、抄袭门事件回顾

众所周知，郭敬明和于正都曾被法院生效判决认定抄袭侵权并承担相应的法律责任：

2006年，法院判决郭敬明与春风文艺出版社赔偿庄羽经济损失20万元，春风文艺出版社与北京图书大厦停止《梦里花

落知多少》的出版、销售行为。法院认定：郭敬明在其作品《梦里花落知多少》中剽窃了庄羽作品《圈内圈外》中具有独创性的人物关系的内容，而且在12个主要情节上均与《圈内圈外》中相应的情节相同或者相似，在一般情节、语句上共57处

与《圈内圈外》相同或者相近似。两文整体上构成“实质性相似”，侵犯了原告的著作权，应当承担停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失的民事责任。

2014年12月25日，北京市第三中级人民法院认定余征（笔名：于正）等侵害了陈喆（笔名：琼瑶）对其作品《梅花烙》享有的改编权及摄制权，判决电视剧《宫

锁连城》各出品方立即停止该电视剧的复制、发行和传播行为；编剧余征在新浪网、搜狐网、乐视网、凤凰网显著位置刊登致歉声明，向陈喆公开赔礼道歉，消除影响；余征及各出品方连带赔偿陈喆经济损失及诉讼合理开支共计人民币五百万元。北京市高级人民法院终审维持了这一判决。

三、合理借鉴的边界

作品创作过程中借鉴他人经验，本属常见，但要避免陷入抄袭指责甚至被控侵权，就必须了解清楚著作权法中的相关规定，把握好其中的边界和限度。

他人已经完成的作品，受到著作权法保护，但著作权法并不保护抽象的思想，而只保护以文字、音乐、美术等各种有形的方式对思想的具体表达；TRIPs 协定第9条第2款规定：版权保护应延及表达，而不延及思想、工艺、操作方法或数学概念之类。此所谓著作权法保护“表达”而不保护“思想”之公论。

对于著作权侵权的判定，我国司法实践采用“接触”+“实质性相似”标准。所谓“实质性相似”是指两部作品的基

本表达构成实质性相似，判定方法有“抽象概括法”和“整体感观法”之分，前者侧重“思想”和“表达”之区分，后者侧重“整体相似”之感观。

要做到合理借鉴、避免侵权，应当在三个不同的维度上分别采取不一样的态度和方法：

1、属于“思想”范畴的题材概念、创意理念、行文风格等，可以大胆借鉴，并无侵权风险。

“才子佳人”历久弥新，玄幻、穿越风行一时，悬疑、惊悚扣人心弦，历史演义通俗易懂，诙谐幽默老少咸宜。诸如此类的作品题材、理念、概念、手法、风格

等等，都属于不受著作权法保护之“思想”，大可借鉴模仿，并无侵权之担忧。

2、语句的雷同必须要有正当的理由， 否则是最为直接的侵权。

语句是表达的具体手段，语句抄袭是最为直接、最为明显的一种侵权方式。引用他人作品应当指明出处，并且也有篇幅比例的限制；除此之外的语句雷同，是被控抄袭侵权最为常见的情形。

北京市朝阳区人民法院于 2019 年判决的《锦绣未央》著作权侵权案，就认定《锦绣未央》有 116 处语句及 2 处情节与作品《身历六帝宠不衰》的相应语句和情节相同或实质性相似，构成著作权侵权。对于语句侵权的判定，该份判决指出，“对于相同或相似的语句是否构成侵害他人著作权的判断，不应将句子甚至短语或字词进行孤立看待和割裂对比，还应结合文字的相似程度、数量，考虑上下文的衔接，将被控侵权的语句进行整体认定和综合判断”，“文学作品使用有限的字、词和短句的表达并不鲜见，因此在著作权侵权判断时无法仅就单独语句甚至短语进行割裂判断，而应结合上下文衔接、具体用字的选择、将这些语句放入段落甚至

篇章整体对比”。该判决还将被控侵权的语句分列了三种情况：一是独特的比喻或形容的具体表达，二是刻画人物或事物的细节描写，三是大量常用语言的相似组合。认为前两种语句能够在很大程度上体现作者文学素养、遣词造句习惯，诸如将“阑珊的灯火”比喻成“模糊夜空中的五彩繁星”，使用“刀削般的面孔此时更见瘦削”、“双腮也甚至微微凹陷了下去”等一系列语句刻画人物外貌，这类语句明显体现出了作者的独创性。而第三种语句是常用语言的组合，一般应当认定属于公知领域，但“这些句子的组合如果在整体上能够体现作者的独特构思，则这些句子组成的语句在整体上仍具有独创性”。因此，语句的直接照搬、别具特色的语句在类似语境下的相似表达都将面临著作权侵权的指控。



3、情节、“桥段”等的借鉴应当把握适当的限度。

故事情节的似曾相识、经典“桥段”的一再重现我们司空见惯，但是否构成作品“实质性相似”就很难泾渭分明。合理借鉴和抄袭侵权的边界该如何把握呢？

首先，情节的相似并不必然导致侵权。在《暗香》诉《人民的名义》著作权侵权一案中，法院认为原告主张的被告作品中的故事情节、场景等内容与原告作品虽然存在相似之处，但构成相似的故事情节内容较为简单，且是生活中的常见情景，只能被认定为是一种单纯的事实描述，而单纯事实是属于“思想”的范畴，不受著作权法的保护。因此，判定《人民的名义》不构成侵权。

但是，情节的借鉴必须要有合理的限度。前述提及的庄羽诉郭敬明《梦里花落知多少》著作权侵权一案中，法院就认为其 12 个主要情节、57 处一般情节和语句相同或者相似，数量超出了“巧合”的程度，因此判决郭敬明存在抄袭。

在前述提及的“琼瑶诉于正”一案中，其中一个主要的故事情节是：清朝乾隆年间，硕亲王府福晋倩柔已为王爷生下三个女儿，王爷没有子嗣，恰逢王爷寿辰，回疆舞女翩翩被作为寿礼献予王爷。倩柔在府中地位遭受威胁，此胎如再生女孩，则可能地位不保。姐姐婉柔便出主意，如果再生女孩，则不惜偷龙转凤换成男孩。生产当夜，倩柔生下女婴，婉柔将换出的女婴遗弃溪边。遗弃女婴前，倩柔在女婴肩头烙下梅花烙，作为日后相认的证据。该情节总体而言属于“偷龙转凤”的公知素材，但对该“偷龙转凤”过程进行的具体描述包含时间、地点、人物、事件起因、经过、结果等诸多细节，已经成为著作权法保护的表达，且不属于唯一或有限的表达，使其不再属于公知领域的素材，被告对该偷龙转凤过程的描述构成法律上的“实质性相似”。

可见，法院在案件审理时，不但需要考虑相似情节的数量，还需要考虑多个情节的叠加编排、相似情节各要素的具体描写，诸如时间、地点、人物、事件、起因、



经过、转折、结果以及多个情节之间的逻辑顺序、起承转合等，从而进行“整体判断”。相似情节数量越多，情节要素覆盖越广，组合关系越一致，就越容易被认定为表达的相同或相似，越容易被认定为著

作权侵权。

因此，情节、“桥段”等的借鉴不仅应当限制合理的数量，更应该在多个情节的叠加使用、情节的各个要素描述上把握好合理的限度，切忌广重叠、全覆盖。

模仿是创新的开始，借鉴永远都会是作品创作中的常见情形。但合理的借鉴必须是在认真研究他人作品的基础上，参透其理念和创意，学习其方法和手段，潜心创作，推陈出新。一味心浮气躁、急于求成，简单模仿甚至照搬照抄，轻则作品价值寥寥，重则违法侵权、名誉扫地，不可为也。



谢茂林

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方知识产权法律服务部 主任

上海律协文化传媒业务研究委员会 委员

业务方向：知识产权

联系方式：13916303656

关键词广告中搜索引擎服务商的“合理注意义务”要“合理”

作者：孙志勇

一、问题的提出

本文所称的关键词广告，是指搜索引擎服务商提供的一种竞价排名服务，广告主通过向搜索引擎服务商付费的方式，从而使其选定的关键词在被用户搜索时，其网站或者推广链接会按照价高者排名靠前的原则出现在搜索结果中。该结果因为并非搜索引擎自然搜索的结果，因此会在结果中标明“广告”字样。

关键词广告有助于消费者在互联网的海量信息中第一时间找到广告主的目标企业或产品，因而成为许多企业或产品重要的推广方式。然而，实践中大量存在另外一种情形，即甲企业会将竞争对手乙企业的商标购买为搜索关键词，使消费者在搜索乙企业的商标时，搜索结果中排名靠前的其实是甲企业的网站或推广链接。

根据网站或推广链接中是否包含有搜索关键词，理论上一般分为显性使用和隐性使用两种方式。众所周知，搜索出的推广链接一般是由标题、链接描述和 URL

地址等三部分组成，所谓显性使用是指除了将他人商标作为搜索关键词之外，在搜索结果的链接标题或者点击该链接所显示的网页（以下简称“目标网页”）中仍有该商标显示；而隐性使用是指仅将他人商标作为搜索关键词，但在搜索结果的链接标题和目标网页中均不再有该商标显示。

不管是显性使用还是隐性使用，因这一行为可能使消费者在不同企业之间产生混淆或误认，存在利用他人商誉不劳而获获得交易机会以及减少权利人商业机会的情况，因此当前理论研究及司法实践对这一行为基本都是作否定评价的，法院通过对是否构成商标性使用、是否具有混淆误认可能性等进行分析，主流观点是对显性使用方式，一般认定为广告主构成商标侵权或者不正当竞争；而对隐性使用方式一般认定为广告主不构成商标侵权，但构成不正当竞争。

然而，在此类案件中，权利人除起诉广告主直接侵权外，通常会同时要求搜索引擎服务商承担共同侵权责任，对该责任

的承担，实践中存在各种不同观点，法院判决也各不相同，有必要进行深入讨论。

二、搜索引擎服务商责任承担的法律规定和司法适用

根据侵权责任理论，除法律另有规定外，存在过错是承担侵权责任的前提。我国《民法典》第 1197 条规定：“网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任”。这里的“知道或者应当知道”，就是“过错”的具体表现形式。

与已废止的《侵权责任法》第 36 条第三款相比较，《民法典》在适用条件上增加了“或者应当知道”这 6 个字，表面上增加了“过错”的认定范围，但鉴于理论研究及司法实践中对《侵权责任法》第 36 条第三款中的“知道”均理解为包括“知道或者应当知道”，因此法律规定实际上并无变化。

对该规定中的“知道”，即明知，其含义和适用范围是清晰的，具体案件中需要权利人提供证据加以证明。而对于“应

当知道”，即应知，则属于法律的推定，这其中就涉及到搜索引擎服务商的审查义务或者注意义务应当如何确定，因为没有明确的规定和标准，界限的模糊导致了实践中的不同认定。甚至在同一案件中，基于同样的事实，各级法院也会做出完全相反的认定。

在（2018）京民再 177 号案件（新会江裕公司诉爱普生公司及百度公司不正当竞争纠纷案）中，一审法院认为“一般情况下，竞价排名服务商对于用户所选择使用的关键词并不负有全面、主动、事先审查的义务”，因此判决百度公司不承担责任。而二审法院认为“搜索引擎对于其竞价排名服务需承担相对较高的注意义务”“百度公司至少可以做到要求选择‘品牌词’这一选项的购买者提交相关初步证据（包括注册商标的商标注册证、未注册商标的使用证据、许可使用合同

等)以证明其与该商标之间的关系”,因此撤销一审判决,改判百度公司应与爱普生公司共同赔偿新会江裕公司经济损失10万元。本案经再审,北京市高级人民法院认为,“依据现有证据不能认定百度公司知道或者应当知道爱普生公司实施了具体的不正当竞争行为。百度公司缺乏侵权责任法第六条规定的应当承担侵权责任的主观过错要件”,因而撤销二审判决,而维持了本案一审判决。

在(2018)粤民终2352号案件(精英商标事务所诉猪八戒公司及百度公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案)中,一审法院认为“面对众多推广客户设置的海量搜索关键词,不能苛求百度公司具有较高的事前审查责任”“不能证明百度公司在精英商标事务所起诉前已知晓猪八戒公司实施的侵权行为”,因此判决百度公司无须承担连带赔偿责任。但广东省高级人民法院二审认为“百度公司接到通知后,未及时采取删除等必要措施,造成对精英商标事务所损害的进一步扩大,故精英商标事务所请求百度公司就该部

分损失与猪八戒公司承担连带责任,于法有据,本院予以支持”,因此改判酌定百度公司对猪八戒公司所需赔偿精英商标事务所50万元中的10万元承担连带责任。

在(2017)粤73民终199号案件(华进联合公司诉广州北标公司、深圳北标公司及百度公司不正当竞争纠纷案)中,一审法院认为“百度公司应在该种链接推广服务中承担较高的审查义务”,因此以其在涉案侵权行为中未尽该义务为由,判决百度公司承担连带赔偿责任12万元。但广州知识产权法院二审认为“一般而言,如对网络服务提供者的注意义务要求太严苛,将会严重影响网络服务商业模式的正常发展,最终必将影响公众对网络的使用和体验。因而不宜要求网络服务公司尽到‘较高的注意义务’,只应是‘合理的注意义务’”“一审法院认定百度公司‘应知’并判决其承担连带责任显属不当”,因此改判百度公司不承担连带责任。不过,出人意料的是,二审法院进一步认为,百度公司在提供本案网络服务中收取

的 5600 元服务费，实际上是因为其服务对象从事侵权违法行为而取得的，属于非法所得，依法应予以收缴，收归国库。

在 (2017) 沪 73 民终 230 号案件（赛锐公司、迅美公司诉有壹手公司及百度公司侵害商标权纠纷案）中，一审法院认为“一般而言，搜索服务提供商除对明显违反法律法规的内容应予主动排除外，对于推广服务用户所选择使用的关键词、推广内容并不负有主动的事先审查义务”，因此以百度公司已尽到合理的注意义务为由，判决百度公司不构成侵权。上海知识产权法院二审维持了一审判决。

在 (2007) 沪二中民五(知) 初字第 147 号案件（大众交通公司、大众搬场公司诉百度三公司侵犯商标专用权与不正当竞争纠纷案）中，上海市第二中级人民法院认为，三被告作为百度网站的经营者以及“竞价排名”业务的负责主体对于明显存在侵犯他人权益可能的注册用户未尽合理的注意义务，主观上存在共同过错，客观上共同给两原告造成了损失，构成帮助侵权行为，应当就该侵权行为共同承担

赔偿损失的民事责任。因此判决三被告赔偿两原告经济损失 5 万元。三被告不服，向上海市高级人民法院上诉，但在审理过程中申请撤回了上诉。

综合上述案例，可以看到对搜索引擎服务商是否应当承担责任，其核心是“应当知道”如何认定，也就是“合理注意义务”的边界是什么？当前多数裁判意见是根据“避风港规则”，认为搜索引擎服务商对网络用户所选择使用的关键词不负有审查义务，因此无须承担责任，其仅



在接到权利人通知后应当采取必要措施；当然，也有裁判意见认为搜索引擎服务商应当承担较高的注意义务，否则应当认定为“应知”需承担连带责任；还有裁判意

见认为虽然其无须承担责任，但其因该业务所产生的服务费属于非法所得，应予收缴。等等。

三、搜索引擎服务商的“合理注意义务”应“合理”

本文认为，“合理注意义务”的内容并非确定不变的，其是否“合理”应当取决于商业模式。

关键词广告是搜索引擎服务商提供的一项收费服务，其通过技术手段或方法人为地改变了自然搜索的结果，使付费用户的推广链接显示在搜索结果中相对靠前的位置，因此，与自然搜索中搜索引擎服务商所承担的义务相比，关键词广告中的搜索引擎服务商应当承担与其商业模式相匹配的注意义务。

现实情况是，在该商业模式之下，一方面因其针对性强、转化率高而成为一种有效的营销方式，对消费者的选择及社会公众都产生了巨大影响，另一方面也出现了大量将他人商标购买为关键词并进行商业推广的行为，扰乱了市场竞争秩序，

引发了大量纠纷，此时的搜索引擎服务商在客观上为侵权行为的发生和蔓延提供了帮助。

当前司法实践中将关键词广告中的搜索引擎服务商等同于自然搜索中的搜索引擎服务商，适用“避风港原则”，通常以搜索引擎服务商在网站设置了侵权投诉渠道、在推广服务合同中明确要求了推广用户设置的关键词不得侵害他人权益等，就认为搜索引擎服务商已尽到了合理注意义务，这样的认定并不合理。

首先，关键词广告业务是搜索引擎服务商重要的收入来源，在其经营总收益中占有极大比重，根据权利义务对等的原则，此时搜索引擎服务商对该商业模式可能引发的法律风险，应尽相应的合理注意义务。在信息网络传播权侵权认定中，网

络平台从其经营行为中直接获利，通常是法院认定网络平台应当承担较高注意义务的重要理由，这一规则在关键词广告业务中应当同样适用，特别是在该业务已经对市场竞争秩序产生较大影响的情形下。

其次，“红旗标准”是“避风港原则”适用的例外和补充，当侵权行为明显得像飘扬的红旗一样引人注目时，应当推定网络服务商知道侵权行为的存在，不能再适用“避风港原则”，一旦参与其中就应当被认定为侵权。比如在关键词广告业务中，当推广用户将与其明显不具有任何关联的驰名商标购买为关键词时，应当推定搜索引擎服务商应知存在侵权行为。

再次，根据我国 2016 年 9 月 1 日实施的《互联网广告管理暂行办法》的明确规定，付费搜索实质是一种互联网广告，这从付费搜索的搜索结果均标明“广告”字样也可以得到印证。而根据《广告法》的规定，此时的搜索引擎服务商应当被认定为广告发布者，《广告法》第 34 条还规定了广告发布者的义务，其中就包

括“依据法律、行政法规查验有关证明文件，核对广告内容”，对内容不符或者证明不全的广告，广告发布者不得发布。因此，对作为广告发布者的搜索引擎服务商，不经任何审查，仅在推广服务合同中要求推广用户作出不侵权承诺就认为已尽到合理注意义务并不合理。

本文认为，根据关键词广告的商业模式，关键词广告中搜索引擎服务商的合理注意义务，应当体现为一定的事前形式审查义务，即对广告主与其购买的关键词之间是否存在关联进行初步审查，这不仅是《广告法》对广告发布者所明确规定的义务，也是网络服务提供者应承担与其商业模式相匹配注意义务的应有之义。比如，对于将他人商标购买为关键词的，搜索引擎服务商至少应当要求购买者提交其与该商标存在关系的初步证据，经过初步审查后，可以认定搜索引擎服务商尽到了合理的注意义务，即使最终因材料虚假或其他原因，被证明该商标与购买者实际上并无关联，搜索引擎服务商也无须承担责

任。还比如，对于广告主将其拥有合法权利的商标在某搜索平台购买为关键词，并申请了平台商标保护的，如有其他广告主在同一平台再将该商标购买为关键词时，该搜索平台应当从严进行审查，未审查的应当认定为未尽到合理注意义务。再比

如，对于社会公众广泛知晓的驰名商标，根据常识即可判断购买者与该商标并无关联，即使购买者提供了初步证据，搜索引擎服务商也有义务要求其进一步举证证明，否则应当承担共同侵权责任。

四、结语

搜索引擎技术的广泛运用是科技进步的重要成果，但对该技术运用所导致的可能的侵权用途，特别是在搜索引擎服务商自身所大力推广并获取巨大经济利益的商业模式中，服务商除了要求网络用户

合法合规使用并做出不侵权承诺之外，还应当承担一定的事前形式审查义务，利用其技术优势，采取适当措施减少可能的侵权行为发生，为市场竞争秩序的规范作出努力。



孙志勇

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

联系方式：18918887908



医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：张茜、朱好婕、吕新雅、陈江松

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