



七方法研

2021年第3期

总9期

· 学无止境 方有未来

· 律者思方



目录 Contents

解读民法典

遗产管理人，让财富与爱共同传递	01
-----------------	----

民商纵横

拆迁安置房买卖，“坑”有几何？	06
建设工程竣工验收合格后的质量鉴定争议	13
浅谈保证期间	19
浅谈违约金的司法酌减	25
建设工程价款优先受偿权的权利主体范围	29

家长里短

当离婚遇上股权，该怎么办？	36
婚后取得房产证，未登记的一方能否对抗执行？	44

罪与罚

《刑法修正案（十一）》评谈之负有照护职责人员性侵罪	48
《刑法修正案（十一）》评谈之袭警罪	57
认罪认罚制度下见证主体的再思考 ——兼论辩护人与值班律师定位与作用	63

公司治理

股东优先购买权的“最后一公里”	71
-----------------	----



目录 Contents

聚焦劳动法

工伤保险不能理赔的费用该由谁来买单?	75
用人单位和劳动者约定延长试用期有效吗?	79
走出涉高管劳动争议“雷区”	83
“三孩”生育政策背景下, 女性就业权益保护该由谁买单?	89

依法行政

从“史上最严”《上海市非机动车安全管理条例》 浅谈非机动车的社区治理	92
---	----

知产知否

论新《著作权法》“作品类型开放”条款的适用	96
分装转售行为侵犯商标权的认定标准 —— 评不二家食品有限公司与钱某、淘宝公司商标侵权案	102

新锐风采

建设工程施工合同无效奖励性条款是否必然无效?	106
------------------------------	-----

遗产管理人，让财富与爱共同传递

作者：七方婚姻家事团队



在英美剧中经常出现这样的桥段：一位年迈的富豪去世，一堂子女惴惴不安地等待公布遗嘱。这时，作为遗嘱管理人的律师出现了，他庄严地拿出遗嘱开始宣读，故事也随之展开……

与英美法系国家普遍拥有成熟的遗产管理人制度不同，中国大陆在《民法典》之前并没有正式的遗产管理人制度，只在继承法中概念性的规定了遗嘱执行人和遗产保管人，无法满足人们对继承权保护的需求，也无法减少和避免继承纠纷。一代相声大师侯耀文继承案就是典型事例。

2007年，侯耀文突发心梗离世，留下两个女儿。由于侯耀文生前没有订立任

何遗嘱或遗赠协议，去世后遗产由侯耀文

武汉微博房产

3月18日 10:26 来自 微博 weibo.com

【#武汉首例居住权案判了#】妻子生前立下遗嘱，婚前的房子赠与弟弟，但丈夫李先生仍可常住。3月16日，长江日报记者获悉，经李先生申请，武汉市洪山区法院作出执行裁定，将房屋居住权登记下在李先生名下。这是民法典颁布实施后，武汉首例居住权执行案件。 武汉 目 武汉首例，判了！民法典实施后，武汉首例居住...

的哥哥掌管。然而，侯耀文哥哥并没有及时通知法定继承人清点遗产，且在继承开始后的两年内，一直把控着遗产拒绝交付。遗产实际控制人与法定继承人之间对于遗产范围和分配方案产生激烈争议，侯耀文的女儿不得不诉至法院，经历漫长的庭审，直至2010年8月20日该案最终和解结案。侯耀文去世三年后，其骨灰才得以安葬，令人唏嘘。



根据 2019 年《中国统计年鉴》数据显示，近十年我国公民的财富种类日益丰富，一个家庭有车有房有存款属于常态，股票债券、虚拟财产、知识产权以及各种形态的其他投资权益层出不穷。而从第七次人口普查结果看，在上海这个 2400 万人口的城市中，60 岁以上的老人比例高达 23.38%，意味着约有 580 万老年人。财产多样化和人口老龄化导致了相应继承案件的日趋复杂。

订立遗嘱对于大多数老百姓而言，已不是什么新鲜事，但与此同时，遗嘱的存在形态发生重大变化结合商业和情感因素的变动，不同形态的遗嘱经常会在同一继承事件中出现，从而引发纠纷，只凭借遗嘱或继承人内部协调难以避免和化解。

此外，我国民众的继承观念深受传统孝道影响，绝大部分情况下是在父母双方都去世后才会对父母的遗产进行分割。那么，在父母一方死亡至另一方去世前，就存在一个很长的遗产处分“空窗期”，这难免会出现遗产被侵害或损害的风险，造成继承人利益损失。

总而言之，电视剧里的富豪遗产分割的种种场景，如今已悄然发生在我们身边。《民法典》中明确规定“遗产管理人”制度，也是对越来越复杂的继承问题的及时回应。

哪些人可以担任遗产管理人？

《民法典》第一千一百四十五条规定：继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。

因此，遗产管理人有四类人：

- 1、 遗嘱指定的遗嘱执行人担任；
- 2、 继承人推选的人担任；
- 3、 所有继承人共同担任；
- 4、 民政部门、村委会担任。



其中第一类是由财富拥有人在生前指定；第二类是财富拥有人去世后继承人达成统一意见推选；第三类是财富拥有人去世后继承人达不成统一意见共同担任；第四类是财富拥有人去世后没有继承人或继承人放弃继承权时，有关部门担任。

可见，民法典并未对担任遗产管理人作出资格限制，只要具有完全民事行为能力、能够完成管理人工作职责，即有资格担任遗产管理人。但对于财富拥有人而言，如果能依照上述第一种方式，在生前指定专人担任遗嘱执行人及遗产管理人，全程参与遗嘱制定、财产确认、遗产管理、遗产保全、债权债务清理、遗产分配等流程，无疑是更为明智的，既能充分实现自己的意愿，又有利于财富传承和亲情延续。

遗产管理人都能做些什么？

《民法典》第一千一百四十七条规定：遗产管理人应当履行下列职责：

- 1、清理遗产并制作遗产清单；
- 2、向继承人报告遗产情况；
- 3、采取必要措施防止遗产毁损、灭失；
- 4、处理被继承人的债权债务；
- 5、按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；
- 6、实施与管理遗产有关的其他必要行为。

遗产管理人作为一项新生事物，《民法典》的规定还是比较原则和笼统，其权利义务、履职方式、违反职责的法律后果及风险控制，都有待于理论和实践的进一步探索。《民法典》实施半年以来，广州、深圳、济南、上海陆续发布了关于遗产管理人的操作指引，有的地方还收罗了众多有资质担任遗产管理人的律师、社会组织等，供大众选择及法院指定遗产管理人时参考。

综合各地的遗产管理人操作指引，遗产管理人具体能做以下十件事：

- 1、书面委托。与委托人签订书面合同，确定遗产管理人身份。
- 2、尽职调查。对委托人的身份、财产、亲属关系等进行调查和信息采集。
- 3、设立遗嘱。协助委托人订立遗嘱，尽可能使遗嘱真实、合法、有效。
- 4、保管遗嘱。对遗嘱采取归档封存或银行保险箱保管等措施，确保遗嘱安全、保密。
- 5、定期维护。定期对委托人生存状况、财产情况和利害关系人变动进行跟踪，协助委托人及时调整、完善遗嘱内容。
- 6、继承准备。继承开始后，收集死亡证明，确定继承人、受遗赠人，公布遗嘱内容等。
- 7、管理遗产。制作遗产清单，妥善保管遗产，防止遗产毁损。

8、处理债权债务。公示催告利害关系人申报债权债务，召开遗产管理人会议，必要时通过诉讼程序进行债务清偿。

9、分割遗产。清偿税款和债务后剩余的财产，按照遗嘱或法律规定进行分割，并协助办理遗产转移和交付。

10、清算报告。根据债务清偿和财产继承情况制作书面报告，归档备查。

遗产管理人的职责，与律师作为法律服务人员的角色定位和专业技能在很大程度上是吻合的。继承类纠纷发生在家庭内部，往往不是非黑即白，处理时要情、理、法三者兼顾。一位适格的遗产管理人，既要有法律专业能力，能捋清复杂的资产结构，处理好债权债务；也要有调解能力，减少继承人之间的推诿与纠纷，让遗产继承进行得更顺利。

实践中，聘请专业律师作为遗产管理人的情形已屡见不鲜。例如，成都商报（电子版）于2019年11月5日发表的《首现律所“遗产管理人”》一文中，成都一家律师事务所作为遗产管理人，借鉴了破产管理人的相关规定，对受托遗产进行管理和分配；深圳宝安公证处在2021年3月开出首份《遗产管理人资格公证书》，遗产管理人也是一家律师事务所；深圳市公证处今年初公布的首批遗产管理人（机构）推荐名录中，包含50家律师事务所；深圳律师协会也通过培训、考核的方式，

组建了由357名律师组成的“遗产管理人”律师库。

律师担任遗产管理人的优势，主要体现在以下四个方面：

首先，有资格担任遗产管理人的律师，都是经验与专业能力兼备，他们拥有丰富的知识储备和实务技巧，在处理继承事务时游刃有余。

其次，遗产管理人律师拥有自己的团队，面对复杂财产的清算，可以通过团队分工合作的方式，使工作效率大大提高。

再者，在财产尽职调查时，相较普通遗产管理人而言，律师的身份更有利于调查，履行职责也更顺利。

最后，律师身份中立，他们有明确的职业规范和操守，并且受到司法部门和律师协会的监督，与继承人、受遗赠人、债务人等都不存在利害关系，更加公平公正。

结语：

遗产管理人制度与我国社会、经济发展相适应，会对未来的家庭财富管理和传承产生重大影响。让更多人了解遗产管理人制度，让制度在实践中得以完善，这将有效减少家庭财富在传承中流失，更好实现遗产的保值增值。“火传也，不知其尽也”，希望更多人、更多家庭的传承，都能和谐有序，让财富与爱共同传递。



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



王睿

上海七方律师事务所 律师助理

上海七方律师事务所婚姻家庭
法律服务部 律师助理

业务方向：家事法、
私人财富管理

拆迁安置房买卖，“坑”有几何？

作者：李剑

何为拆迁安置房？并没有教科书式的法律定义。综合法院裁判文书的描述，一般是指政府在进行城市道路建设和其他公共设施建设项目时，对被拆迁住户进行安置所建的房屋。安置的对象可以是城市居民被拆迁户，也包括被征拆迁房屋的农户。

根据拆迁时和拆迁后安置房所占用土地的性质，可以将安置房分为三类：一是国有出让土地性质的拆迁安置房，二是国有划拨土地性质的拆迁安置房；三是农村集体土地性质的农村安置房。司法实践中，也是基于安置房的性质和安置对象的身份属性，来判定拆迁房安置买卖合同的效力和履行。本文以具体案例为切入点，为您详细介绍买卖拆迁安置房过程中应注意避免踩坑的“坑”。

效力“坑”——不是所有的拆迁安置房都可以买卖

拆迁安置房土地性质为国有出让土地的，可以买卖

案例 1：合同有效的判例

2017年2月，金某与赵氏父女签订《拆迁安置房买卖合同》，约定金某以55万价格购买赵氏父女名下位于某社区2幢1单元901室拆迁安置房，合同签订后，金某按约分期支付了50万房款，余款按约在房屋交付办理产权变更时支付。2019年2月，赵氏父女与高桥某建设开发有限公司签订《安置房交房协议书》，按照约定，赵氏父女支付了全部房款并已取得房屋，约定的产权登记人为赵女，但尚未办理产

权证。涉案房屋的土地性质为国有出让土地。因赵氏父女拒绝履行《拆迁安置房买卖合同》的义务，金某起诉要求确认涉案房屋所有权为金某所有。

桐乡市人民法院和嘉兴市中级人民法院认为，涉案房屋土地性质系国有出让土地，《拆迁安置房买卖合同》未违反法律规定，合同成立并生效，双方应按约履行各自权利义务，故判决涉案房屋归金某所有。

案例来源：（2019）浙04民终3074号

拆迁安置房土地性质为国有划拨土地的，安置房是否可以买卖，司法实践中有不同的意见

案例 2： 合同有效的判例

2001 年 6 月 4 日，毛某与原绍兴县风景旅游投资有限公司签订《房屋拆迁产权调换合同》一份，取得坐落于绍兴市柯桥区柯岩街道新未庄 169 号三层楼屋两间的拆迁期房。次日，赵某与毛某夫妻签订《房屋买卖合同》一份，约定毛某将上述房屋作价 37 万余元出卖给赵某，并对付款期限、房屋交付、公证费、税费负担等条款均作了明确的约定。赵某依约付款，毛某亦取得涉案拆迁安置房。赵某要求毛某按照约定办理产权过户手续，毛某以涉案房屋土地性质系国有划拨土地，房屋买卖会造成国家利益和社会公共利益损害，拒绝履行合同约定。赵某遂起诉要求确认《房屋买卖合同》合法有效。涉案房屋的土地性质为国有划拨土地。

绍兴市柯桥区人民法院和绍兴市中级人民法院均判决认为，涉案房屋土地性质虽为国有划拨土地，但根据《中华人民共和国城市房地产法》第四十条规定：“以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的

人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。”可见，该类房屋并非不能买卖。至于在合同履行过程中涉及到的有关审批手续并不会必然影响到合同的效力。双方订立的《房屋买卖合同》既系当事人的真实意思表示，内容未违反法律、行政法规的强制性规定，双方的房屋买卖行为也未改变土地的用途性质，并不存在损害国家利益或其他损害社会公共利益的情形，因此判决该合同应属合法有效，双方应按照合同约定履行权利义务。

案例来源：（2017）浙 06 民终 2870 号

案例 3： 合同有效的判例

2009 年 12 月，张某与无锡市新地房屋拆迁有限公司签署《集体土地住宅房屋拆迁安置协议书》，约定将坐落于鸿泰苑小区合计面积为 243 平方米的两套房屋安置给张某。2014 年 10 月，张某、钱某与蔡某签订《拆迁安置房买卖合同》，约定蔡某以 40 万元的价款购买张某拆迁安置协议书中对应的两套安置房，蔡某付款后实际占有房屋但未能办理产证。钱某以涉案房屋系集体土地上拆迁安置房，涉案房屋



买卖合同违反房地产管理法第 38 条关于未依法登记领取权属证书的房地产不得转让的强制性规定、第 40 条关于以划拨土地使用权房屋买卖应当报批的规定为由，认为《拆迁安置房买卖合同》无效，拒绝履行合同约定。蔡某遂起诉至法院要求认定《拆迁安置房买卖合同》有效。涉案拆迁安置房土地性质为国有划拨土地，拆迁安置前的房屋土地性质为集体土地。

江苏省无锡市中级人民法院认为，《拆迁安置房买卖合同》系双方真实意思表示，房地产管理法关于未依法登记领取权属证书的房地产不得转让的规定属于管理性规范，不影响合同的效力，房地产管理法关于以划拨方式取得土地使用权的房地产转让的限制，亦规范的是合同签订以后的物权行为变动，亦不影响合同效力。

案例来源：（2016）苏 02 民终 2039 号

案例 4：合同无效的判例

2007 年 6 月，周某夫妻及周某父亲共同与许某签订拆迁房屋买卖合同，约定周某将坐落于常州市某小区 1 幢三单元 01 室房屋以总价 21 万余元出售给许某。合

同签订后，许某按约付款，周某交付了房屋，尚未进行房屋产权登记。2014 年 4 月，案涉房屋所有权证登记在周某名下，涉案土地使用权类型为划拨。后双方发生争议，周某起诉至法院，以涉案房屋土地为划拨土地性质不能过户违反法律强制性规定等为由，要求确认拆迁房屋买卖合同无效。

常州市武进区人民法院认为城市房地产管理法关于划拨土地房屋转让审批的规定，恰好肯定了此类房屋转让合同的效力，房地产管理部门是否批转转让行为主要涉及到合同的履行问题，不涉及房屋买卖合同的效力，案涉房屋买卖行为系双方真实意思表示，该行为并未造成国有划拨土地使用权控制权的流失并对国家利益造成损害，故案涉房屋买卖合同并不违反法律的强制性规定，也未损害国家利益，因而判决房屋买卖合同有效。

但是，常州市中级人民法院却认为，根据城市房地产管理法律规定，未经有批准权的人民政府准许，转让划拨土地上房屋的，该转让合同无效，除非有批准权的人民政府事先允许转让或者在一审法庭辩论终结前准许转让。因此改判房屋买卖合同无效。

案例来源：（2019）苏 04 民终 1610

号

拆迁安置房土地性质为农村集体土地，不符合集体经济组织成员身份的，不可以受让

案例 5：合同无效的判例

2008 年 10 月，李某与刘某签订宅基地《合作建房协议书》，约定李某提供宅基地 170 平米（有集体土地使用证），乙方出资 4 万，建造两层房屋，李某和刘某各按 50% 比例享有所建房屋的所有权和使用权，如遇拆迁，原则上各按 50% 享有拆迁利益。房屋如期建成，土地性质为农村宅基地。李某和刘某非同一集体经济组织成员。

2014 年 12 月，李某与房屋征收办公室签署《房屋征收补偿协议》涉案房屋被拆迁，通过产权调换的方式，可获得三套拆迁安置房面积合计 290 平米，另有补偿费约十余万元。

后刘某与李某就《合作建房协议书》约定的拆迁利益分配问题发生纠纷，刘某遂向法院起诉，主张享有拆迁利益。

徐州市泉山区人民法院认为，案涉合作建房系在农村宅基地上所建房屋，土地性质为农村集体土地。依照我国土地管理法等法律、法规的有关规定，宅基地的买

卖为我国法律、法规明确禁止，国家土地管理局（1990）国土函字第 97 号《关于以其他形式非法转让土地的具体应用问题请示的批复》中亦明确规定，原宅基地使用者未经依法批准通过他人出资翻建房屋，给出资者使用，并从中牟利或获取房屋产权，属于“以其他形式非法转让土地”的违法行为之一。刘某并非李某所在村集体经济组织成员，其无权在该村集体土地上建住宅，双方所签的出资建房协议，在当前房地一体的格局下，名义上是出资建房，但依上述批复的规定，实际上属“以其他形式非法转让土地”的违法行为，故合作建房《协议书》因违反土地管理法等法律、法规的强制性规定，应认定合同无效。

徐州市中级人民法院维持了泉山区人民法院关于合作建房《协议书》无效的判决。

案例来源：（2020）苏 03 民终 3843 号

从上述几个案例来看，拆迁安置房买卖合同的效力问题，在司法实践中，根据所交易拆迁安置房的土地性质来判定其效力。国有出让土地上拆迁安置房买卖合同的效力，没有任何争议；集体土地上拆

迁安置房的买卖，受让人不是集体经济组织成员的，拆迁安置房买卖合同无效，也没有争议。

有争议的是国有划拨土地上拆迁安置房买卖合同的效力。《城镇房地产管理法》第 40 条规定了“以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金”的内容，该强制性内容属于管理性规定还是效力性规定？多数法院认为这属于管理性规范而非效力性规范，因此应当认定国有划拨土地上拆迁安置房买卖合同有效。

笔者赞同国有划拨土地上拆迁安置房买卖合同有效的观点。《城镇房地产管理法》第 40 条的规定，本身已经隐含了

这么一层意思，“国有划拨土地上的房屋是可以买卖的”，只是买卖的过程中应当要获得人民政府批准，并交纳土地出让金。还可以进一步理解为，交纳了土地出让金，法律没有规定交纳土地出让金之外的审批限制性要求，因此，从流程上来说，交纳土地出让金——政府审批变更为国有出让土地——办理产权变更登记，是没有法律上的障碍的，按照这一流程进行的国有划拨土地拆迁安置房交易，并没有造成国有划拨土地使用权控制权的流失并对国家利益造成损害。此外，从物权的角度来说，第 40 条规定的内容，仅仅是限制物权的变动效果，影响到的是合同的履行问题，而不是违反法律、行政法规规定的合同效力性问题。从笔者在中国裁判文书网和威科先行的检索结果来看，也能印证这一点。

履行不能的“坑”——无权处分下的拆迁安置房买卖，虽不至于影响合同的效力，但影响合同的履行，违约的损失赔偿只是个安慰

案例 6：合同有效但不能履行的判例

2008 年 11 月，陶某以家庭共有名义申请农村拆迁公寓房安置，安置对象 6 人，

安置总面积 240 平米。2009 年 11 月，陶某夫妻与俞某 3 人签署《房地产转让协议书》，约定俞某 3 人以 48 万元总价投资

购买陶某家庭约 160 平米拆迁安置房，还约定过户交易等费用全部由俞某 3 人承担，陶某必须无条件予以协助，入陶某等人违约则承担 100 万的违约金。协议签订后，俞某等人预约支付了房款。涉案房屋土地性质为国有划拨土地。

2018 年 12 月开始，涉案房地产转让合同对应的拆迁安置房开始抽签和交付。2020 年 5 月，陶某将涉案的两套拆迁安置房产权登记至女儿潘某名下，但陶某等人拒绝履约。

2019 年 6 月，俞某等人向法院起诉要求陶某履行《房屋转让协议书》，确认涉案房屋所有权归俞某等人所有，后因诉讼期间陶某未选取房屋不能明确具体标的物而撤回起诉；2019 年 7 月，陶某女儿潘某以其未在《房屋转让协议书》上签名、对房屋转让不知情，其父母系无权处分为由，向法院提起反诉，主张涉案《房屋转让协议书》无效。法院认为，合同之效力，并不以处分人对标的物享有所有权或处分权为要件，涉案《房产转让协议书》系双方平等磋商、自由缔约之结果，既不违反法律、行政法规的强制性规定，也未发生《合同法》第五十二条列明的恶意串通，损害国家、集体或第三人利益等情形，因

此认定房屋转让协议书合法有效。

2020 年 8 月，俞某 3 人得知陶某已经办理房产证后再次起诉，要求陶某等人履行《房产转让协议》，并承担违约责任，后变更诉讼请求为解除房产转让协议、要求陶某等人返还购房款、承担违约的损失赔偿。法院判决解除合同、陶某等人返还购房款和支付违约的损失赔偿。

案例来源：(2019)浙 0421 民初 3423 号和 (2020)浙 0421 民初 2841 号

《城镇房地产管理法》38 条规定了“未依法登记领取权属证书的房地产不得转让”的内容，有人认为拆迁安置房买卖合同签署时，安置房标的物不明确，既未依法登记又未取得权属证书，房地产不能转让，认为拆迁安置房买卖合同应当无效。

对于这一问题，《最高人民法院关于审理合同纠纷案件适用法律问题的解释》(2012 年 7 月 1 日施行)第三条规定了“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。”的内容，实际上肯定了拆迁安置房权利转让或者说期房转让的合同效力。

特别值得注意的是，《民法典》第 597

条规定，“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任”。最高人民法院根据民法典这条规定，修改《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（2021年1月1日起施行），直

接删除了原来第三条的内容。由此说明，关于出卖人尚未取得所有权或处分权的拆迁安置房，买卖行为是有效的，不再具有争议。当然，如果存在合同履行不能的情况，救济手段变更为要求解除合同和追究违约的损失赔偿，于法有据。

投资拆迁安置房，风险提示有必要

确定拆迁安置房的土地性质，听起来“廉价”的房子，隐含的可能就是集体土地性质，或者10年都办理不了产权证的划拨土地上拆迁安置房。

签字画押，不要遗漏。拆迁安置房，多为家庭共同共有财产，根据《民法典》的规定，处分共同共有财产，应当经共同共有人同意。

尊老爱幼，未成年和老年人的签字与户主一样重要，不签字，总是留下了反悔的机会。

虽说房住不炒，可还是有人不听，限购政策变化太快，拆迁安置房买卖要是遇上限购，麻烦更多。事前了解清楚，擦亮眼睛很有必要。

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

业务方向：公司业务、商业诉讼、投融资与并购



建设工程竣工验收合格后的质量鉴定争议

作者：席绪军



建设工程合同纠纷中，建设单位经常提起质量司法鉴定，如何确定鉴定范围，采用何种鉴定方法就变得非常重要。实践中法庭启动质量司法鉴定较为随意，因为法官们通常也希望通过鉴定机构的鉴定结论作出判决，避免案件审理风险，故往往只要申请方提出工程质量鉴定，法庭就会同意。据此，如何厘清工程质量鉴定的范围非常重要。

建设工程实践中，存在工程经过竣工验收交付后，建设单位提出存在质量问题，不要求施工单位履行质量保修义务，而是以质量瑕疵保证责任直接要求全部返工的情况，此时施工单位只需按照合同约定或者法定要求履行保修义务，建设单位无权要求施工单位对于工程进行返工。

司法实践中，施工单位追索工程款，建设单位就会提出工期延误索赔和质量缺陷索赔的反诉。法庭往往会要求建设单位承担举证责任，而建设单位也会因此提出要求进行质量鉴定，有些法庭甚至在建设单位没有提供存在质量问题基本的、足够的证据的情况下，就轻易地启动工程质量司法鉴定，不当地扩大了施工单位的合同义务和质量责任。

本文针对司法实践中存在的工程质量鉴定实操问题提出本人的拙见。

一、建设工程竣工验收的工程实体检验方法和方式。

建设工程竣工验收结论是对建设工程的一个整体质量等级的评价，有不合格、合格两个质量等级。如果不合格，则很显然施工单位需要承担违约责任，进行返工

后由建设单位再次组织验收，如果可以达到合格以上结论，才可以交付使用。

建设工程竣工验收整体合格，是建立在所有的分部分项工程均达到合格标准的基础之上的，各分部分项工程合格的检验标准是所有的检验批抽样检测结果达到合格标准，但检验批的合格与否主要取决于主控项目与一般项目的检验结果，主控项目必须全部符合规范要求，但是一般项目规范是允许存在一定数量的不合格点。

为了便于无工程专业背景的法律人理解，举一个小例子。某建设工程为三层楼，每层 15 间房间，共计 45 间房间，需要对楼地面分部分项的工程质量进行验收。实践中划分检验批时，可以将每层作为一个检验批，即 15 间房间作为一个检验批，但是每个检验批内并不是做全数的检验，而是根据验收规范的抽样比例来做抽样验收，抽样的检测点符合规范规定的合格标准的话，则该检验批就会被判定为合格。假设楼地面分部分项检验批的抽样比例为 30%，那么每个检验批 15 间房间，实际需要检测的是 4.5 间房间，那么我们

就会随机抽样检测 5 间房间的楼地面质量，以这 5 间房间的检测结论来认定该检验批 15 间房间的质量等级，那这样是否代表着另外未被抽取的 10 间房间就一定是符合规范规定的质量标准呢？当然不是，实践中可能会出现极端情况，未被抽取的 10 间房间都不合格，但这不影响本次抽样验收的合格结论，这就是抽样验收规则的法律效力。建设单位是否可以在竣工验收合格交付使用后以其余 10 间房间的楼地面质量都不合格为由来推翻本次验收的合格结论呢？显然也是不可以的。有人说，难道抽样验收就是看运气吗？当然也不全是，虽然有运气的成分，抽样规则本身也是考虑了偶然性的因素，同时也考虑到建设工程质量难以都做到全数合格以及验收成本的问题。实际上即使是国家最高奖项的鲁班奖，也不敢说再做第二次验收就一定能通过。

再举一个钢筋检测的小例子，所有在项目上使用的钢筋，根据规范规定要进行实验室的破坏性检测来判定钢筋是否能达到一定的荷载性能，即抗拉、抗压、抗弯、抗剪等指标，那么实践中也是从每检

验批的钢筋中剪下几段送实验室进行检测，不可能将所有的钢筋都送去检测。

包括食品的检验也都是通过抽样检验的方式来认定食品是否安全合格，千万不要以为你买到的每个食品都是经过实质性检验的产品，事实上抽样检测的食品是不会再进入市场的。而只有充分理解了建筑产品检验的抽样验收规则，才能理解本文第二个主题关于质量争议范围的确定。

《中华人民共和国民法典》规定施工人返工责任的条文仅有第八百零一条：“因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权请求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。”从该条款内容可以看出这个返工的规定仅适用于未竣工验收合格交付前，交付后的质量责任就是按照保修办法来进行，维修的范围取决于发现的质量问题。

二、竣工验收合格后质量争议的范围确定。

建设单位在保修期内提出工程存在

质量问题要求进行司法鉴定，如果是针对建设单位具体工程部位发现的质量问题，施工单位认为不存在质量问题，法庭当然可以启动司法鉴定程序确定是否存在质量问题。然而司法实践中，建设单位往往是要求对某个分部分项工程做司法鉴定，法庭也由于不了解建设工程的质量验收规则和程序，会轻易地同意建设单位的司法鉴定申请。

实际上这就变成了对分部分项工程的质量等级作重新评价的问题了，而根据前述所介绍的建设工程抽样验收规则和例子可以看出，即便建设单位之后没有发现任何质量问题，如果重新组织一次抽样验收，那这 15 间房间的检验批也有可能无法通过验收，因为每个检验批分不同次做的抽样检验，结果就可能是天壤之别。

《建设工程质量管理条例》和《房屋建筑工程质量保修办法》均对施工单位的工程质量保修义务作出了规定，对特定分部分项工程的最低保修期限也做出规定，双方可以自愿作出高于该最低保修期限的约定。但应当明确的是保修只针对发现的质量问题进行维修，前提是建设单位举出证据证

明具体工程部位存在质量问题，而不是以具体存在的个别质量问题要求对分部分项工程重新做质量等级评价，并根据所谓的“不合格”评价结论来要求施工单位进行整体返工。根据竣工验收的规则和保修办法的规定，竣工验收后的质量责任和义务，就是哪里坏修哪里，而不是发现有局部质量问题，就要全部返工，而保修办法中并无返工一词，返工的本意就是“局部问题，全部返工”，不是维修的意思。

司法鉴定的范围应当不超出申请人提交证据能够证明存在质量问题的范围，鉴定人不是来帮申请人找出质量问题的，鉴定人是来帮助法庭确认申请人提出的具体质量问题是否确实存在、是否需要维修及维修费用多少。

三、质量争议的司法鉴定方法和方式。

建设工程竣工验收合格后，建设单位认为验收程序不合法，或者存在施工单位通过欺诈手段骗取竣工验收合格结论的，可以依法提出撤销竣工验收结论并重新组织验收，此时可以采取竣工验收规范的规定再次抽样验收。此时如果需要司法鉴定机构介入进行重新验收活动的，司法鉴

定机构也可以采取抽样验收的方式，对工程项目作出整体性的质量评价结论。

在原有的工程质量合格或者优良结论未被撤销之前，司法鉴定机构不应当对工程项目或者分部分项工程做质量等级的重新评价，司法鉴定机构只能针对建设单位提出的具体部位的质量是否符合规范或者设计文件的允许偏差作出判断和认定。检验批抽样检验方式只能适用于工程验收需要作出整体评价结论时，对于保修期内发现的质量问题，双方产生争议时，则只能采取“个案”认定的方式进行鉴定。否则，建设单位就会滥用提出司法鉴定的权利。针对具体部位的质量问题，只要建设单位有具体明确的证据，通常施工单位不会也无法做出否认，施工单位至多是提出另有造成缺陷的责任方，这涉及到保修期内举证责任的分配，笔者会另文分享，在此不做分析。

笔者近期代理的数起工程质量鉴定案件中，如笔者一方提起对案涉房屋大理石质量进行司法鉴定，鉴定机构对案涉房屋大理石质量鉴定时，采取的是全数检验方式，而不是抽样检验做出整体评价的方

式，仅对于存在质量问题的大理石提出修理或更换的维修方式。

笔者近期同时代理的数起建设工程的工程款追索案件中，则无一例外的都遭遇被告一方提起质量反诉，除了湖北某地法院在没有推翻原竣工验收合格结论的情况下启动了质量司法鉴定之外，上海青浦法院和河南商丘梁园法院都驳回了建设单位或者总包施工方的质量鉴定申请，该两起案件同样都是对方无法提供安设工程存在质量问题的任何证据，尤其是青浦的这个案件，被告竟然把施工中监理提出的质量整改通知书作为竣工验收合格 5 年后要求启动质量司法鉴定的依据，法庭在询问是否存在竣工验收后自行检查发现存在质量问题的证据时，被告竟然又回答说，没有证据，但希望通过法庭启动的司法鉴定来确认存在的质量问题。而鉴定机构在提出鉴定方法时也是提出要采取抽样验收方式对分部分项工程重新做整体评价，这显然与工程已经竣工验收合格的结论是背道而驰的，也不符合保修办法的本意。湖北某地法院委托的司法鉴定机构采用的就是抽样检验方式重新作

出评价，而一审法院竟然在超过保修期近4-5年之后作出了赔偿返工修复费用的判决，该案已经进入二审阶段，我们拭目以待。

笔者认为竣工验收合格后，司法鉴定机构对工程质量的鉴定就不能用竣工验收规范中检验批抽样检验的方法和方式来对已交付使用的建设工程的分部分项工程作出新的质量评价，只能对双方产生争议的具体质量部位是否符合规范或设计文件要求作出个别认定，也只能对申请方已经提出的证据进行符合性的质量鉴定。在申请方没有自行检验证据的情况下，法庭应当拒绝启动建设工程质量司法鉴

定，防止建设单位滥用工程质量司法鉴定对抗工程款支付义务。

借用点读笔的广告语“哪里不会点哪里”，竣工验收后的工程质量保修义务就是“哪里坏了修哪里，没有义务全返工，谁的责任谁出钱，超期维修要付费！”附语：笔者此前一篇文章《建设工程质量保证金与建筑工程质量保修的法律分析》（<https://mp.weixin.qq.com/s/uMMfov7xSMjHPE04BxgZ2Q>）提及的一个工程质量保证金返还的案件，目前已经二审判决正式生效，二审法院河南省商丘市中级人民法院支持笔者一方的上诉请求，判决要求对方全部返还质量保证金。



席绪军 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方建设工程与房地产法律服务部 主任

上海律协建设工程与基础设施业务研究委员会委员

上海市工商联房地产分会法律专业委员会 委员

业务方向：建设工程、房地产、公司业务

联系方式：13611782519

浅谈保证期间

作者：七方民商法团队



保证是一种重要的债权担保方式。保证期间，是保证制度中的疑难复杂问题，在民法典出台之前争议较多。本文从实务的角度，对民法典及相关司法解释中对于

保证期间的规定进行简略介绍。

一、保证期间的约定

民法典对保证期间进行了明确的定义，厘清了此前司法实务和理论界对保证

期间的争议。该法第六百九十二条规定，保证期间是确定保证人承担保证责任的期间。据此，保证期间具有如下属性：1、保证期间-是“确定”保证人承担保证责任的期间（如何“确定”详见下文所述），不是保证人承担保证责任的期间；2、保证期间是民法上的“期间”，是一段确定的时间，若不能确定则不能构成“保证期间”。

保证期间可分为约定和法定两种。

（一）当事人对保证期间有明确约定的，按其约定。

民法典第六百九十二条第二款对此予以明确：“债权人与保证人可以约定保证期间”。笔者认为，只要具备民事法律行为有效的要件，不管当事人约定的保证期间是多长，均应确认其约定的效力。但在实务中，有一些法院以当事人约定期间过短（比如一天）或过长（比如二十年）违反诚实信用原则和公平原则为由，否定当事人约定的效力，改而适用六个月的法定保证期间。

（二）没有约定或约定不明的，适用六个月的法定保证期间。

民法典第六百九十二条第二款规定：“约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。”

在实务中，债权人为了保障债权的实现，经常会在保证合同中约定“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止”。已被废止的担保法司法解释规定，此种情形“视为约定不明，保证期间为主债务履行期限届满之日起二年”。民法典修正了这一规定，未对此种情形进行区别处理。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（下称《担保制度解释》）进一步明确：“保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。”

二、保证期间的计算

保证期间属于民法上的期间，自应按照民法典第一编第十章规定的方法进行计算，如“按照年、月、日计算期间的，

开始的当日不计入，自下一日开始计算”
“按照年、月计算期间的，到期月的对应日为期间的最后一日；没有对应日的，月末日为期间的最后一日”等等。

保证期间是从始期到终期的一段时间。确定了计算方法，接下来只要确定保证期间的起算点（始期）即可确定保证期间到底是指哪一段时间。

如前所述，保证期间是确定保证人承担保证责任的期间。《民法典》第六百八十一条规定：“保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。”据此，保证人承担保证责任的前提是“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形”。故而，“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形”的时间即为保证期间的起算点。

三、保证期间的法律意义

根据民法典的规定，保证期间最主要的法律意义就是“确定保证人承担保证责任”。

如何确定呢？依债权人的请求确定，

债权人不请求则不能确定。

众所周知，保证分为一般保证和连带责任保证，现分述之。

（一）一般保证责任确定的法定方式

根据民法典第六百八十七条的规定，一般保证的保证人享有先诉抗辩权。故而，民法典第六百九十三条第一款又规定“一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任”，将债权人在保证期间内对债务人提起诉讼或申请仲裁作为要求保证人承担保证责任的法定方式。

“保证人不再承担保证责任”，即保证责任的消灭（而非原担保法规定的“免除”），此后保证债权和保证债务也无从产生。

（二）连带保证责任确定的法定方式

连带责任保证的保证人并不享有先诉抗辩权，在主债务履行期间届满后，债权人可以直接请求保证人承担保证责任。故而民法典第六百九十三条规定“连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任”，债权人只需“请求”保证人承担

保证责任即可，无需先行起诉债务人。此处的“请求”不仅包括前款规定的“提起诉讼或者申请仲裁”，还包括其他方式如口头催告、书面通知等等。

综上，一般保证的债权人应在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁，连带责任保证的债权人应在保证期间内向保证人提出请求，否则保证责任消灭。

四、保证期间与诉讼时效

若债权人未在保证期间依法请求“确定”保证人的保证责任，则保证责任消灭，此时保证债务和保证债权尚未产生。保证债务本身尚不存在，自然不存在保证债务的诉讼时效问题。

若债权人在保证期间内依法提出请求，保证责任“确定”之后，即可能产生保证债务，此时保证期间失去其意义，保证人不能再主张保证期间经过的抗辩。保证债务与普通债务无异，理应存在时效问题，否则保证人将承担过重的责任。故而民法典第六百九十四条又规定了保证债务的诉讼时效制度。

（一）一般保证的诉讼时效

民法典第六百九十四条第一款规定：

“一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。”

保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之后，保证人即应承担保证责任，此时保证债务产生，发生保证债务的时效问题。

“保证人拒绝承担保证责任的权利”即民法典第六百八十七条第二款规定的权利：

“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任”。

《担保制度解释》第二十八条第一款对此进行进一步明确：“一般保证中，债权人依据生效法律文书对债务人的财产依法申请强制执行，保证债务诉讼时效的起算时间按照下列规则确定：（一）人民法院作出终结本次执行程序裁定，或者依照民事诉讼法第二百五十七条第三项、第五项的规定作出终结执行裁定的，自裁定送达债权人之日起开始计算；（二）人民法院自收到申请执行书之日起一年内未作出前项裁定的，自人民法院收到申请执行书满一年之日起开始计算，但是保证人

有证据证明债务人仍有财产可供执行的除外。”

针对民法典第六百八十七条第二款但书规定的例外情形,《担保制度解释》第二十八条第二款也进行了相应规定:“一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁,债权人举证证明存在民法典第六百八十七条第二款但书规定情形的,保证债务的诉讼时效自债权人知道或者应当知道该情形之日起开始计算。”

(二) 连带保证的诉讼时效

民法典第六百九十四条第二款规定:“连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的,从债权人请求保证人承担保证责任之日起,开始计算保证债务的诉讼时效。”本条文义明确,不赘叙。

值得注意的是,保证期间和保证债务的诉讼时效期间在时间上一般存在重合,在到期日上两者或先或后皆有可能:在保证期间很短(如六个月或六个月以下)的情况下,保证期间先于保证债务的诉讼时效到期;在保证期间很长(如二十年)的

情况下,保证期间可能晚于保证债务的诉讼时效到期。

由于保证责任一旦确定,保证期间即失去意义,故而在保证责任确定后保证期间的长短对保证人影响不大。

在保证期间超长且保证责任尚未确定的情况下,保证人可主张债务人的时效抗辩。比如,钱某于2021年1月9日向赵某借款一百万元,一年后到期;孙某提供连带责任保证,保证期间为10年(2022年1月10日至2032年1月10日)。后钱某到期未还本息,赵某也一直未主张债权。2031年12月9日,赵某突然想起保证期间将满,遂要求孙某承担保证责任。根据民法典第七百零一条的规定,保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。此时,虽然保证期间未过,但孙某可以主张债务人钱某的诉讼时效抗辩权拒绝承担保证责任。

几点提醒

1. 综上,当事人应明确约定保证期间,否则适用法定保证期间,可能对己方不利。
2. 保证期间是确定保证责任的期间,对于保证人来说是一种期限利益,能防止

其无限期地承担责任，保证期间越短越有利。故而保证人应争取在保证合同中约定较短的保证期间。

3、对于债权人来说，保证期间越长越有利。但如上所述，由于诉讼时效制度的存在，约定超长的保证期间对债权人意

义不大，不过也无损失。故而债权人应争取在保证合同中约定较长的保证期间。

4、债权人应在保证期间内及时、依法主张权利，否则可能丧失保证权。

5、保证人应综合运用保证期间和诉讼时效制度，维护自己的利益。



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
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

浅谈违约金的司法酌减

作者：七方民商法团队

定金和违约金条款都是日常交易中常见的合同条款。此前，笔者从实务角度对民法典定金规则的变化进行了探讨（参见：《简析民法典定金规则之变化》）。本文中，笔者将简要介绍民法典中的违约金酌减制度。

一、约定违约金的性质

违约金包括法定违约金和约定违约金，前者与本文无关，兹不赘叙。

约定违约金，是当事人通过协商确定的，在违约行为发生后作出的独立于履行行为的给付。

笔者认为，约定违约金可能是补偿性（赔偿性）的，也可能是惩罚性的，还可能是兼具补偿性和惩罚性的。

民法典第五百八十五条第一款规定：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。”本款是民法典对约定违约金的一般性规定。可以认为，约定违约金是双方当事人对损害赔偿金额的预定，具有免除守约方举证责任的功能，本质上是为了补偿守约方因为对方违约而产生的损失，具有鲜明的补偿性。

但是，当约定违约金的数额高于损失额的时候，在具有补偿性的同时又具有一定的惩罚性。

此外，民法典第五百八十五条第三款规定：“当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。”此种情形下，违约金承担着履约担保功能，具有明显的惩罚性。

对于具有双重性质的违约金，最高法在其裁判文书中多次对其性质进行说理论述。比如，在“北京华普产业集团有限公司、北京华普投资有限责任公司股权转让纠纷案”中，最高人民法院认为系争违约金约定“一方面固然是为了事先确定违约后的赔偿数额以省却损害举证成本，另一方面显然含有借约定违约金向对方施加履行压力的意图，即本案违约金具有履约担保功能的配置意旨，若不存在私法自治被滥用的情形，当事人的真意应当得到尊重”。[i]

违约金的性质，是法院在进行司法酌减时应该考虑的问题。一般认为，补偿性违约金不存在酌减问题，司法酌减只适用于惩罚性违约金——但也并非所有的惩罚性违约金都必须酌减，详见下文所述。

[i] 参见最高人民法院（2017）最高法民终455号民事判决书。

二、违约金酌减的规则

民法典第五百八十五条第二款后段规定了违约金的司法酌减：“约定的违约金过分高于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。”原合同法第一百一十四条第二款后段规定：“约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”与原合同法相比，民法典更为强调违约金酌减的决定权在于人民法院或仲裁机构。

此款中的“损失”金额，当依据民法典第五百八十四条、第五百九十一条和第五百九十二条的规定进行确定。即，“损失”包括实际损失和预期可得利益损失但不得超过违约方订约时能预见的限度；同时，守约方对损失有过错的，违约方赔偿责任可减轻；守约方未采取补救措施造成损失扩大的，对扩大部分不得请求赔偿。

按照民法典第五百八十五条第二款

前段的规定，只有约定的违约金“过分高于”造成的损失，守约方才可以要求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。原《合同法司法解释（二）》第二十九条第二款规定，约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为“过分高于”。该司法解释虽已废止，但最高人民法院在《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》（下称《纪要》）11条中重申了上述观点：“当事人请求人民法院减少违约金的，人民法院应当以民法典第五百八十四条规定的损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度等综合因素，根据公平原则和诚信原则予以衡量，并作出裁判。约定的违约金超过根据民法典第五百八十四条规定确定的损失的百分之三十的，一般可以认定为民法典第五百八十五条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，应当承担举证责任；相对人主张违约金约定合理的，也应提供相应的证据。”此外，《九民纪要》也有类似的论述，不赘叙。

三、酌减规则的司法适用

司法实践中，约定违约金的酌减一般会从以下几个方面进行考察：

一是应考虑守约方的损失。以此为基

础，综合考虑其他因素，确定酌减金额。在周杰帅诉余姚绿城房地产有限公司商品房预售合同纠纷案中，原告要求被告按照合同约定按已付房款的每日万分之五、万分之二的标准支付违约金合计 66 万余元，被告称约定的违约金过高，要求法院调低违约金至每日万分之一（相当于系争房屋的租金即实际损失）。一审法院将违约金调整至原告已付房款的 10%，即 219379.9 元。被告不服提起上诉，二审法院驳回上诉维持原判^[ii]。由此案也可以看出，即使法院酌减，也不是一定要将违约金减少至守约方的“损失”，而是综合其他因素“适当”减少。

二是应考虑合同的履行情况。接近履行完毕的合同和尚未履行的合同，违约所造成的结果存在较大区别。例如，标的额为 2 亿元的合同约定的违约金是 6000 万元，如果违约方在履行合同的 95% 之后出现违约，如拖延履行剩余的 5% 的义务，结果并未造成对方的损失或损失非常轻微，但仍然要支付 6000 万元的违约金，这明显不公平。

三是应考虑当事人的过错程度。在违约金过高的情形下，惩罚性违约金的目的在于给债务人心理上制造压力，促使其积极履行债务；在债务不履行的场合下，表现为对过错的惩罚，故债务人的过错自应

成为惩罚性违约金的要件。在“上海飞蕾科技有限公司、富士医疗器材（上海）有限公司合同纠纷案”中，一审、二审法院皆驳回原告飞蕾公司全部诉讼请求。但最高人民法院在再审判决书中指出，“……意思自治和诚实信用乃商事活动之基本原则。充分尊重当事人意思自治，是促进商事交易繁荣与发展之基本前提，而维护诚实信用，则是保障商事活动的基本要求。在商事活动中，各方均应当按照各自真实意思表示签订合同并严格履行，一方恶意违约导致合同不能履行时，即应当受到相应惩戒以维护正常交易秩序。……因此，当一方违约时，按照合同约定承担违约责任或进行相关赔偿，系商事交易普遍而根本之社会意愿”。^[iii]最终，最高院判决富士医疗公司按照合同中约定的第一种违约金方案（未酌减）向飞蕾公司支付违约金 1.76 亿元。

四是应考虑当事人是否为商事主体。学界认为，商事主体对违约风险的预见及控制更强，其约定较高的违约金可能是为了在激烈的竞争中达成交易，对此种约定违约金的酌减应慎之又慎。甚至有观点认为，在商事交易中，商事主体的违约应一律不适用违约金司法酌减规则。在前述“北京华普产业集团有限公司、北京华普投资有限责任公司股权转让纠纷案”中，

最高法院认为“本案中华普投资公司、华普产业公司为典型的商事主体，具有评估其违约金负担的能力，《补充协议（四）》中约定的违约金应在其合理预见范围之内……综合以上因素，本院认为，原审判决华普投资公司、华普产业公司按照约定向李先阳、尹广宇支付违约金，具有合同和法律依据，符合当事人意思自治原则，亦符合公平原则和诚实信用原则，本院予以维持。”在上述“上海飞蕾科技有限公司、富士医疗器材（上海）有限公司合同纠纷案”中，最高法院也对此进行了说理。

结语

通过上述法条和案例，至少有以下几点值得合同当事人在诉讼中予以注意：

一、合同中约定多项违约金，且各项违约金责任皆已成立时，守约方在提起诉讼时应同时主张。法院在考虑酌减问题时，亦会根据合同约定和违约情况，对各项违约金责任予以分别考察，这对守约方较为有利。

二、合同中约定违约金选择权时，应主张对己方较为有利的一种违约金。在上述“上海飞蕾科技有限公司、富士医疗器材（上海）有限公司合同纠纷案”中，合同双方约定了两种违约金方案，按其中第二种方案计算的违约金高达 13.73 亿元。

原告飞蕾公司却另辟蹊径，按 54.5% 的利润率计算损失并主张违约金 3.83 亿元，此举被最高法院认为其自愿放弃第二种方案。而其按利润率计算的损失并无充分证据予以证明，法院并不认可，最终法院按第一种方案进行判决（未酌减）。可见，在主张违约金的诉讼中，原告弃违约金条款不用而自行举证计算损失并以此主张违约金，实乃画蛇添足。

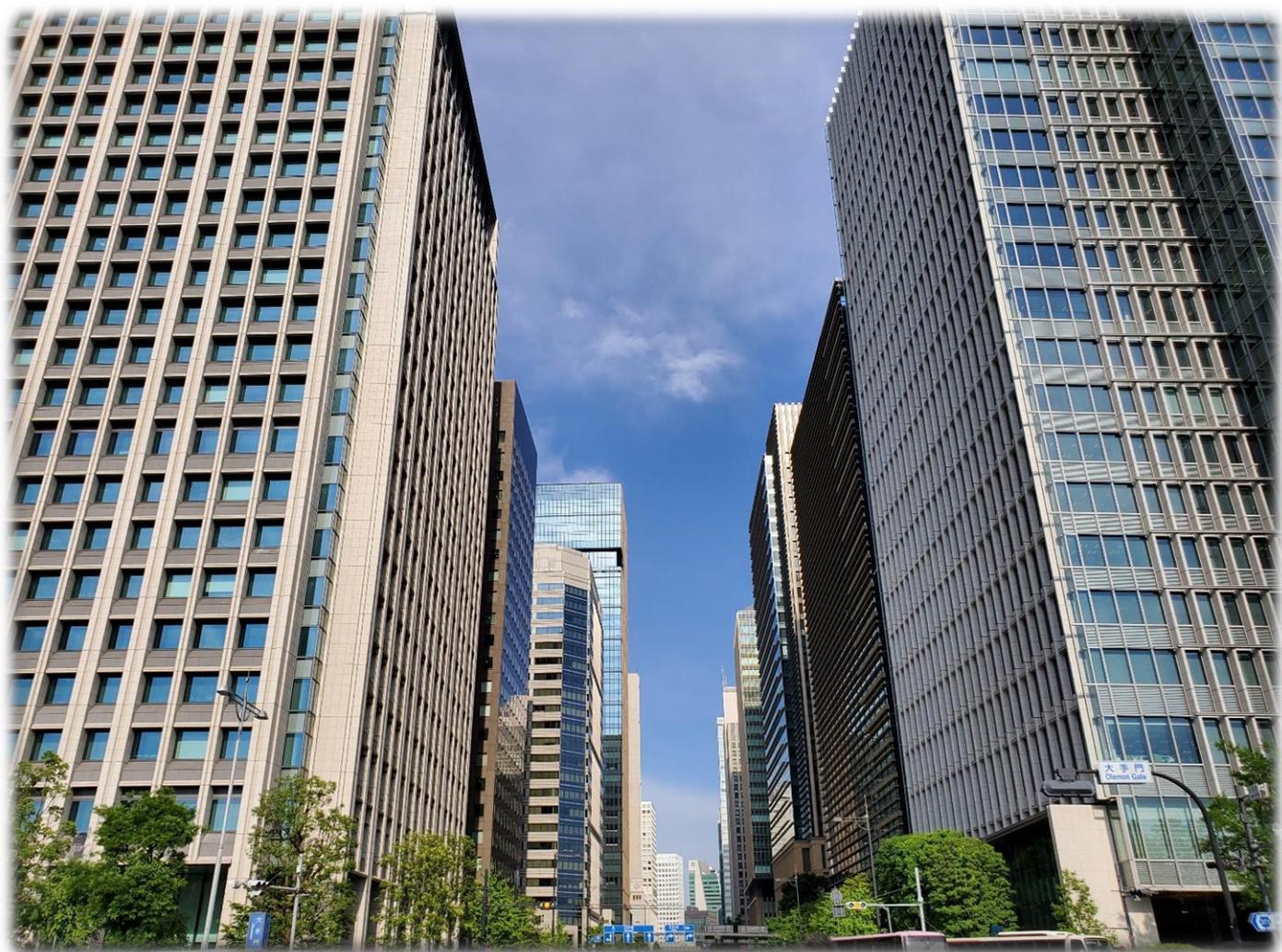
三、举证责任问题。在违约方请求减少过高的违约金时，按照“谁主张，谁举证”原则，应由违约方承担证明违约金过高的举证责任。但是，鉴于衡量违约金是否过高的最重要标准是违约造成的损失，守约方因更了解违约造成损失的事实和相关证据而具有较强的举证能力，因此，违约方的举证责任也不能绝对化，守约方也要提供相应的证据。

[ii] 参见《最高人民法院公报》2019 年第 12 期（总第 278 期）第 28-35 页。

[iii] 参见最高人民法院（2018）最高法民再 82 号民事判决书。

建设工程价款优先受偿权的权利主体范围

作者：朱好婕



作者在《新建设工程施工合同司法解释关于建设工程优先受偿权变化解读》（<https://mp.weixin.qq.com/s/G6Kflj3AtdyfeaPE4jXipA>）一文中，曾对新司法解释中建设工程价款优先受偿权规定的变化进行了解读。本文将结合新司法解释，探讨哪些主体享有工程价款优先受偿权。

根据《民法典》第八百零七条的规定，发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就

该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

依据本法条规定，承包人享有建设工程价款优先受偿权。承包人广义理解包括总包人、分包人、违法分包人等。那该法条中所指的承包人具体包含哪些主体？

2021年1月1日正式生效的《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）》（下文简称“新《解释》（一）”）第三十五条规定，与发包人订立建设工程施工合同的承包人，依据民法典第八百零七条的规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

该条文基本保留《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（二）》（下文简称“旧《解释》（二）”）第十七条的主要内容，仅针对对应条文依据进行调整。

根据上述条文文字表述来看，明确将享有优先受偿权的主体限定在直接与发包人存在施工合同关系的承包人（即“总包人”），这里的发包人应当理解为建设单

位（业主），亦不能作广义上的理解。

据此，分包人和实际施工人不属于新《解释》（一）第三十五条规定的承包人。

具体分析如下：

一、合法分包人是否享有工程款优先受偿权？

分包人是与总包人订立施工合同，其与发包人之间不存在直接的合同关系，故分包人依据合同，仅能向总包人主张工程款，并不能直接以发包人为被告起诉要求支付工程款。工程价款优先受偿权作为工程价款债权的从权利，在分包人对发包人不存在主债权的情况下，更没有基于此的优先受偿权。

但是，这并非是绝对的，有特定情况例外。若发包人、总包人与分包人三方共同签订施工合同时，此时的分包人满足上述新《解释》（一）第三十五条规定，直接与发包人存在合同关系，总包人与分包人享有连带的优先受偿权。该类合同亦包括发包人在与承包人订立的合同中直接指定第三方分包特定项目，此时，分包人

与发包人之间形成了事实合同关系，故指定分包人亦享有优先受偿权。这种合同被称为甲指分包合同。

二、实际施工人是否享有工程款优先受偿权？

首先需明确，只有在建设工程施工合同因存在转包、违法分包、挂靠、无施工资质等情况被认定为无效时，才会存在实际施工人的概念。实际施工人是指对相对独立的单项工程，通过筹集资金、组织人员机械等进场施工，且在工程竣工验收合格后，与业主方、被挂靠单位、转承包人进行单独结算的实际施工主体，可以是自然人、法人或其他组织。

在之前的《新建设工程施工合同司法解释关于建设工程优先受偿权变化解读》中就已提到，工程价款优先受偿权是一种法定优先权，为工程价款债权的从权利。因此只有在主债权合法有效的情况下，从债权方能行使。虽然新《解释》（一）第四十三条允许实际施工人突破合同相对性，直接起诉发包人主张工程款，但实际

施工人与发包人之间也并不存在合同关系，故实际施工人对工程不享有工程价款优先受偿权。

从另外一个角度来看，新《解释》（一）第四十三条已赋予实际施工人可突破合同相对性来主张工程价款（发包人欠付工程款范围内）的权利，考虑公平原则，在合法分包的情况下，分包人尚不能主张优先受偿权，在没有法律明文规定的情况下，实际施工人更没有该从权利，这有效地规制实际施工人滥用诉讼权利。

原先在司法实践中，法院为保护农民工等相对弱势群体、保障施工工人的工资报酬，往往支持实际施工人提出的优先受偿工程款主张。

部分支持实际施工人享有优先受偿权的观点也认为，从设立优先受偿权制度的立法目的来看，是为了更好保护农民工的基本生存权益，认为承包人并不是法律真正所要保护的弱势群体，法所指向和意欲保护的是工程背后的施工工人，处于施工末端的实际施工人直接与工人的利益

相关，故应赋予实际施工人以优先受偿权。

如今司法口径逐渐统一，最高人民法院在不同的场合均明确实际施工人不享有优先受偿权，这有助于规范建筑施工市场的竞争秩序，从源头消除层层转包、违法分包的情况，发挥法律制度的正向引导作用。

此外，从实际操作角度考虑，无论是实际施工人，还是合法分包人，施工范围均有限，无法取得与发包人协商变卖或者申请拍卖工程的地位，即使赋予其优先受偿权，也难以实现。（参考案例（2019）最高法民再 258 号）

三、债权人代位求偿权的规定

通过上文论述可知，除甲指分包外，分包人及实际施工人一般不享有工程款优先受偿权。那是否就意味着分包人和实际施工人无法主张优先受偿呢？

不尽然。

《民法典》第五百三十五条规定，因债务人怠于行使其债权或者与该债权有

关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。

代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

新《解释》（一）第四十四条规定，实际施工人依据民法典第五百三十五条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

上述法条赋予分包人及实际施工人在前手总包人、分包人、转包人怠于行使工程款债权时，可代承包人之位主张优先受偿权。

但值得注意，提起代位权诉讼的条件比较苛刻



一是行使该代位权的前提是实际施工人对转包人、转包人对发包人具有明确具体且已经结算的到期债权。在存在多手转包的情况下，需举证证明所有后手对前手都存在明确且到期的债权非常困难。

其次，只有在债务人怠于行使其对于次债务人的债权时，债权人才可代位向次债务人主张债权。债务人若通过诉讼或仲裁的方式向次债务人主张债权，债权人无法行使代位求偿权。若转包人已就发包人拖欠工程款起诉或申请仲裁，则实际施工人就不得再行主张代位求偿。

此外，若实际施工人已起诉转包人主张工程欠款，则必须等该诉讼结束才能向发包人提起代位求偿之诉。

不难发现，新《解释》（一）第四十

三条和第四十四条的规定是两条保护实际施工人的途径，这两条路径各有优劣，实际施工人可以选择直接起诉发包人，此种方式条件相对比较简单，但不能主张建设工程价款优先受偿权；提起代位求偿之诉可以主张优先受偿权，但限制较多。

行使代位权另一个优势在于代位权中的债权不要求具有一致性。实际施工人可代为主张的到期债权，不限于因实际施工人承包的工程产生的工程欠款，还包括转包人（或违法分包人）与发包人之间其他的到期债权。

而第四十三条实际施工人向发包人主张工程欠款的条件必须是发包人就同一工程拖欠转包人（或违法分包人）到期工程款。

四、工程款债权受让方是否享有工程款优先受偿权？

对此有两种意见，一种意见如河北高院关于审理建设工程的指导性意见认为工程款优先受偿权具有人身依附性，承包人转让工程价款债权时，优先受偿权消灭。

另一种如江苏、广东等地高院关于审理建设工程的指导性意见，则认为工程价款主债权转让时，优先受偿权作为从权利随之转让。

这两种意见分歧的核心在于工程款优先受偿权是否具有人身依附性。本文认为工程价款优先权为法定担保物权，且不具有人身专属性，主债权转让，担保权利一并转让，债权受让方得主张其对工程款享有优先受偿权。

《民法典》出台，《合同法》及相关司法解释均已失效，但在新司法解释出台前，可先参考原《合同法》解释（一）第十二条的规定：合同法第七十三条第一款规定的专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。工程价款优先受偿权不在其列，且无其他相关法律法规规定该优先受偿权具有人身依附性。

最高院公报案例陕西西岳山庄有限公司与中建三局建发工程有限公司、中建三局第三建设工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷（案号（2007）民一终字第10号）一案中，最高院的裁判观点亦为转让获得工程价款债权的第三方享有工程款优先受偿权。

判决书中载明，建设工程款具有优先受偿性质。建发公司基于受让工程价款债权取得工程款优先受偿权。鉴于该项建设工程目前尚未全部竣工，《施工合同》因发包人西岳山庄拖欠工程款等原因而迟延履行，受让人建发公司优先受偿权的行使期限应从2005年10月10日解除合同时起算。此前建发公司已提起诉讼，故不应认定其优先受偿权的行使期限已超过6个月。综上建发公司基于债权受让，在合同解除前已提起诉讼，对涉案工程享有优先受偿权。

建设工程价款优先受偿权仍有诸多

值得探讨的内容，例如涉及发包人破产执行时的情况、发包人以物抵债将工程所有权转让给第三方的情形等等，具体能否主张优先受偿权以及如何主张，且听下回分解。



朱好婕

上海七方律师事务所 律师
七方建设工程与房地产法律服务部 律师

业务领域：建设工程、房地产、公司法

当离婚遇上股权，该怎么办？

作者：七方家事法团队

前段时间，前世界首富比尔·盖茨离婚的消息闹得沸沸扬扬，比尔盖茨的身价折合人民币约八千多亿元，有朋友笑谈他们夫妻二人的财产比自己的电话号码还要长，据悉，盖茨夫妇已各自组建“离婚律师天团”，这场神仙打架引发各界的高度关注。

富翁们的离婚总能引起很大轰动，这与富翁离婚往往伴随着股权之争不无关系。几年前土豆网创始人王微离婚，尽管王微与妻子的婚姻关系仅持续了一年，土豆网非二人共同创立，但土豆网的5次融资和主要发轫期却发生在二人短暂的婚姻期间内，导致了一场离婚大战。最终王微付出惨痛代价：除了损失700万美元之外，土豆网也错失了上市良机，从此一蹶不振。

离婚股权分割问题由于法律规定过于笼统，实践中存在很多争议。本文拟对夫妻共有股权的定性及争议解决，做初步的分析和探讨。

一、夫妻共有股权的范围

首先我们需要明确什么样的股权才能在离婚时被当成是夫妻共有财产？根据民法典及婚姻家庭编司法解释对夫妻共同财产的相关规定，夫妻共有的股权是指夫妻双方婚姻关系存续期间，一方或双方因出资、买卖、继承、受赠与等原因而获得的依法由夫妻双方共同享有的股权，但双方另有约定或法律另有规定的除外。

上海高院意见进一步明确：“当事人以个人财产投资于公司或企业，若基于该投资所享有的收益是在婚姻关系存续期间取得的，则对该公司或企业生产经营产生的利润分配部分如股权分红等，依照《婚姻法》第十七条第（二）项的规定，应为夫妻双方共同所有”。

因此，我们概括出夫妻共有股权的范围包含以下六点：1. 婚后以

共同财产投资或买卖取得的股权。
2. 婚姻关系存续期间因继承或受赠而获得的共同股权。
3. 夫妻二人约定为双方共同所有的股权。
4. 婚

前双方共同投资获得的股权。
5. 一方婚后以个人财产投资取得的股权收益。
6. 一方婚前个人股权婚后的收益。

二、夫妻共有股权的特征

从上文所述夫妻共有股权的定义来看，夫妻共有股权是股权的一种特殊形式，而股权作为一种集人身性与财产性于一身的综合性权利，夫妻共有股权也相应具有其独特属性，主要表现在两方面：

（一）单一性

虽然作为夫妻共有财产，但是其行为主体是单一的。不管是登记在一方还是双方名下，都只能由登记在股东名册上的显名一方行使股东权利。所以，行使权利的一方只要满足股权转让的条件，且不属于民法典第一千零九十二条规定的夫妻一方隐藏、转移夫妻共同财产的情况，就应当有效。2019年江苏法院婚姻家庭十大典型案例中，就有持股的夫妻一方向第三人转让股权，最终法院认定股权转让协议合法有效的先例。

（二）涉他性

夫妻共有股权影响的对象并不止于夫妻双方，还具有一定的涉

他性。对于一个公司来说，尤其是更具人合性的有限责任公司，股权的分割可能会影响到公司的经营发展、其他股东以及相关利益人的权益。

因为股权性质的特殊，分割财产时又要兼顾公平，造成了一定的司法实践的难度，也有很多同案不同判的现象发生。



三、司法实践中的裁判口径

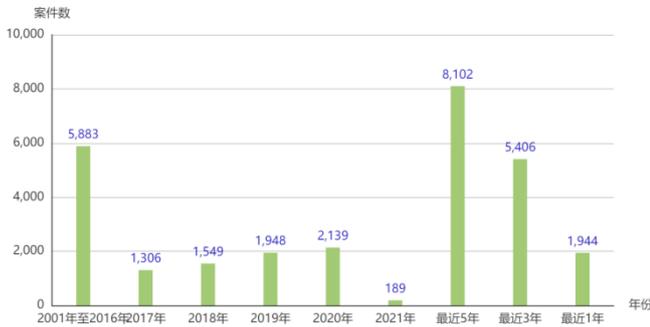


图 1：历年案件数

笔者通过检索离婚股权分割的案例，共搜到 13, 050 条结果，2017-2021 年共计 7, 124 件，其中 2017 年 1, 306 件，2018 年 1, 549 件，2019 年 1, 948 年，2020 年 2, 136 件，而 2001-2016 年仅共 5, 883 件。由此可见，离婚股权分割的相关案例数近几年呈明显增长趋势。

从图 2 可以看出，北上广以及沿海这些发达的省份有关离婚股权分割的案例远超过其他地区，说明这类案件与当地经济发达程度息息相关。从不同地区显示的案例数来看，截止至 2021 年相关案例整体数量并不算多。由于笔者筛选

检索途径：威科先行法律库

关键词：离婚股权分割

案由：民事

研究样本：2017-2020 年全国涉离婚股权分割纠纷判决书



图 2：不同地区案件数量图

案例的范围限制是全文公开的判决书，笔者推测，这一类案件的当事人比其他案件当事人更倾向于选择调解解决纠纷和不公开审理，不到万不得已不会交由法院判决。

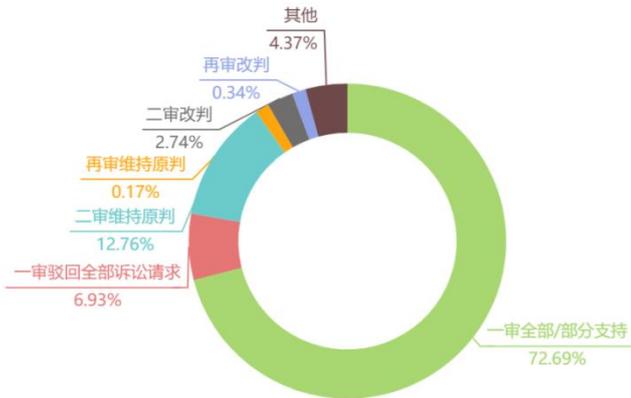


图 3：上海市离婚股权分割案例判决结果环形图

笔者特地将上海市的相关案例提取出来单独形成统计图，根据图表显示，法院对这一类案例，支持原告诉请也就是同意分割的比例明显居多。

目前我国法院对离婚股权分割案件，主要依靠民法典与公司法之间的衔接来裁判，对其最直接规定仅有最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）的第七十三条，其规定：“人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：（一）夫妻双方协商一

致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，其他股东过半数同意，并且其他股东均明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，其他股东半数以上不同意转让，但愿意以同等条件购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。其他股东半数以上不同意转让，也不愿意以同等条件购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。用于证明前款规定的股东同意的证据，可以是股东会议材料，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。”，但是该规定过于笼统并不足以解决全部问题。这就导致法院在判决时，根据法官不同见解，采取折价补偿还是转让股权的方式，并没有统一的结果。下面再分享两个具体案例：



(1) 法院判决分割股权本身

基本案情：彭某与董某于 2008 年 3 月 17 日登记结婚，婚后未生育子女。2015 年 7 月，彭某起诉至法院要求与董某离婚，2007 年 6 月，北京某科技公司成立。董某持有该公司股数 605000 股，占总股本比例 0.55%。2010 年 4 月，该公司上市，发行价格为 69 元每股。2011 年至 2014 年，该公司分四次通过资本公积转增注册资本金。截止 2015 年 8 月，董某共持有该公司股数 2681552 股。

争议焦点：董某持有的北京某科技公司股份是否属于夫妻共同财产；如果属于夫妻共同财产，应当如何分割。

判决结果：根据《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（三）》第五条规定，董某作为该公司股东，实际参与公司的经营管理，该公司在双方婚姻关系存续期间上市并进

行资本公积金转增之行为与董某投入的劳动、管理等经营行为密不可分，该财产的增值原因并非通货膨胀或市场行情变化，上述股权应属于董某在从事生产经营活动中的一种收益形式载体，关于分割方式，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（二）》第十五条规定判决董某于判决生效后 30 日内将其持有的北京某科技公司股份 1038276 股过户至彭某名下。

这是关于离婚股权分割的一个经典案例，法院最终采用转让股权的方式分割了股权。离婚诉讼中的股权分割问题涉及不同的法律关系，包括夫妻之间的共有财产分割关系，夫妻与公司之间的法律关系等。从法律适用层面看，离婚中的股权分割既要适用《婚姻法》的相关规定，还要适用《公司法》《证券法》的相关法律规定。最终股权



分割的结果是在一系列矛盾中寻求利益平衡的结果。

(2) 法院判决分割折价款

基本案情： 张某与王某是夫妻，与 2015 年 12 月签订了离婚协议书，协议书约定丈夫张某一方名下的股权属于共同投资项目，双方各持一半。张某按照协议书办理了股权分割事宜，但是在案件审理时，法院查询了其他股东的意见，部分股东表示不同意将张某持有的股权转让给其妻子王某。后来经过法院调解，双方对股权价值无法达成合意。

判决结果： 最终通过对股权进行评估，法院判决由张某继续持股，对王某进行折价补偿。

该案例是由于兼顾公司法中规定，基于有限责任公司的人合性，公司的其他股东不同意导致实践操作股权分割困难。但是司法实践中，并不是所有相似案例都是采用折价款的方式进行分割，还存在不予处理和驳回起诉的情形。



四、司法实践中发现的问题

通过对案例的检索，笔者发现在司法实践中由于缺乏专门的法

（一）未持股一方与公司股东的权益难以平衡

其实很多法院都是采取直接转让股权的方式进行股权分割，但是按照这种方式或者夫妻双方通过协议决定转让股权时，公司内其他股东的优先购买权将会受到侵犯。根据公司法有关规定，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意见。由此持股一方的配偶与公司其他股东的利益难以同时保障。

其实有很多法院的判决结果是以转让股权的方式分割，但是受到公司法的限制，导致实际操作有难度，从而导致法院最后判决不支持诉请。

（二）取证困难，难以保障知情权

律规定，实际操作的存在难度，主要存在以下两个问题：

在公司中真正行使股权有关权利的，是登记在股东名册上的一方。另一方虽然名义上共同享有股权，但是根据公司法的有关规定，其并不享有实体权利，他往往不是其配偶拥有股权的公司的实际经营人，故很难对公司的和股权价值有很客观的认识，对股权信息的了解远没有持股一方充分，想要调取证据维护自己的权利更是难上加难。





五、建议

（一）完善立法

现行的民法典等相关法律相对于已失效的婚姻法而言，对离婚股权分割这一块并没有进行改动，法律仅对出资额这类财产性利益进行了笼统的规定。而公司法中明确的又是股权一词，二者并不对等。股权作为一个综合性权利，对其人身性部分也应当通过立法明确，建立一个专门的法律对离婚股权分割方面加以规定。更何况股权的变动关系到公司的稳定，公司也可以通过章程等方式，预知风险，提前合理性规划，规避公司因为股东个人情感问题而带来的不稳定性。

（二）采用举证责任倒置制度

由于未持股一方不参与公司的经营管理，对股权信息的掌握不到位，知情权难以保障，离婚诉讼时也很难拿出有力证据保障自己的权益。因此针对这方面，可以打破谁主张谁举证的原则，让更密切接触管理股权的人承担相应证明责任。

总之，目前关于离婚股权分割的立法还存在空白，为了保障夫妻双方、公司股东以及公司三方之间的利益，应当更加完善法律，使司法和婚姻法能够更好的衔接，为未来同类案例提供更明确的法律依据。

离婚股权分割不仅仅是夫妻双方的事情，还会牵扯到其他相关利益人、关乎到公司的稳定发展，是一个极其复杂的问题。因此，当离婚遇上股权，建议夫妻双方慎重、理智地处理，要知道，夫妻之间要么双赢、要么双输，从没有单独的赢家。

参考文献：

- 1、最新公司法修改对离婚时股权分割的影响……………李丹
- 2、离婚诉讼中夫妻共有股权分割问题研究……………杨正琴
- 3、从法律视域分析离婚时夫妻所持公司股权的分割问题……………胡永芬



婚后取得房产证，未登记的一方能否对抗执行？

作者：张茜

在执行程序中，被执行人的房产是由其婚前购买，出资支付首付款，办理贷款，在婚后取得房产证，产证登记在被执行人一人名下，配偶一方以案外人的身份提出执行异议，是否能得到法院支持？



一、婚前个人财产 or 婚后夫妻共同财产？

如果案涉房产签订买卖合同的时间、支付首付款的时间、办理房贷、申请、受理颁发房产证的时间均在结婚证的时间之前，但是房产证的时间确是在结婚证的时间之后，那么首先应该明确案涉房产系婚前财产还是夫妻共同财产，如果是属于婚前个人财产，配偶一方当然不可以对抗执行。笔者认为，判定房产属于婚前还是婚后财产的时间点不能单纯的根据房产证的时间，应综合考虑签订买卖合同、支付首付款及办理房贷的时间，如果仅仅因为不动产登记中心办理证件的时间在结婚证之后，就认定房产属于夫妻共同财产明显与法有悖。因为不动产登记中心办理证件的时间是不可控的，是当事人主观不

能决定的，如果界定婚前婚后财产仅依据产证的时间，就等于变相的把物权权属的划分交给了不动产登记中心。事实上，实务判例都是支持此种情形属于婚前个人财产，如广东省广州市中级人民法院(2019)粤 01 民终 6626 号民事判决书，“根据《中华人民共和国婚姻法》第十八条的规定：“有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（一）一方的婚前财产”，涉讼房屋为袁伙林于 2012 年 6 月 1 日购买，此时袁伙林与周梦园尚未登记结婚，袁伙林取得的涉讼房屋的不动产权证上登记的权属人也只有袁伙林一人，故一审法院认定该房屋属于袁伙林一人的婚前财产，并无不当，本院予以维持。”

二、案外人主张有婚内协议能否对抗执行？

在实务中，有的案外人会提出在婚姻关系存续期间，双方约定了案涉房产属于双方共有，此种情况下是否可以对抗执行呢？笔者认为，首先，即使案外人对案涉房产享有份额，也不得对抗善意第三人，即不能排除执行。如果双方就房产约定了

由双方共有，应该办理不动产变更登记，因未及时办理不动产变更登记的风险应由被执行人及配偶承担，且双方对内的约定不具有对外的效力。其次，申请执行人与被执行人交易往往是鉴于其个人名下有房产的事实而信赖被执行人有足够的

责任财产和偿债能力，此时应当认为债权人存在权利外观构成要件之信赖，此信赖利益需要得到保护。根据商事外观主义原则，有关公示体现出来的权利外观，导致第三人对该权利外观产生信赖，即使真实状况与第三人的信赖不符，只要第三人的信赖合理，第三人的民事法律行为效力即应受到法律的优先保护。正如隐名股东不得对抗执行的道理一样（见笔者之前发表的文章《执行程序中实际出资人能否对抗名义股东的债权人》），实际出资人都不

能对抗善意第三人，更何况案外人并未出首付，房产也登记在被执行人一人名下。最后依据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十五条的规定，对案外人的异议，人民法院应当按照下列标准判断其是否系权利人：（一）已登记的不动产，按照不动产登记簿判断。故最高人民法院已经规定了在执行阶段，确定不动产的权利人，按照权利外观来执行，即按照不动产登记簿判断。

三、案外人主张婚后共同还贷能否对抗执行？

实践中，有的案外人也会依据《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（三）》第十条的规定：“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付

的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。”主张对婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分享有一半的份额，





从而对抗执行。根据上述规定，虽然案外人有权对双方婚后共同还贷支付的款项及房屋对应增值部分向被执行人要求补偿。但该种要求补偿的权利从性质上属于

请求权，相较于申请执行人的债权，不具有优先性。因此，即使配偶一方在婚后有共同还贷的行为，但是其也不得对抗申请执行人的强制执行。

综上，如果被执行人的房产是由其婚前购买，出资支付首付款，在婚后取得房产证，产证登记在被执行人一人名下，配偶一方以案外人的身份提出执行异议的不能对抗执行。



张茜

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

业务领域：公司业务、执行事务

联系方式：15807933733



《刑法修正案（十一）》评谈之负有照护职责人员性侵罪

作者：七方刑事团队

近日，13岁山东女孩安某在网上发视频自述遭到性侵，关于未成年人遭受性侵害的话题又再次成为舆论热议的话题。回想一下，上一次引起舆论轩然大波的王某某猥亵幼女案、鲍某某疑性侵养女案余热尚在，似乎近年来性侵未成年人的案件呈现增长趋势。从传播学角度来看，是空前发达的新媒介给了性侵未成年案件更多的曝光机会，让越来越多的案件走到公众视野中。但从去年6月1日最高人民检察院发布的《未成年人检察工作白皮书（2014—2019）》披露：“近年来，侵害未成年人犯罪数量连续上升。”可见，未成年人受到性侵害的问题不仅仅是媒体呈现出来的“假象”，而是真实存在的、刻不容缓的一个社会问题。

如何对待未成年人是衡量社会文明程度的指示灯。关注未成年人的性保护、严惩针对未成年人的性犯罪，制定一套完整的保护未成年人性权益的法律，更是现代文明社会的应有之意。正如日本的法务大臣山下贵司所言：“强奸是在灵魂层面的杀人罪。”

为进一步打击性侵未成年人犯罪，本次《刑法修正案（十一）》新增设了负有照护职责人员性侵罪作为刑法第二百三十六之一，新条文设置在刑法第二百三十六强奸罪之后。对该新增罪名的立法目的尚无最高人民法院或全国人大常委会法制工作委员会等权威机关作出解释。有法官认为，新增罪名是为了处理实务中，有不法分子利用《刑法》对性同意年龄的规定（14周岁），采取引诱哄骗等手段，诱导刚满14周岁的女性与自己发生性关系。这类行为同样具有社会危害性，但原有《刑法》却无法条规制。也有人认为是为了解决该类性侵犯罪中难以取证证明发生性行为是违背了未成年女性的意志

的问题，防止纵容犯罪。笔者认为，之所以增设新罪，除了上述原因，也可能是参考了其他国家和地区的立法，严密我国打击针对未成年人性侵犯的法网。因此，本文以比较法的视角，通过对比我国台湾地区和日本国的立法，来探讨负有照护职责人员性侵罪在司法适用中可能遇到的问题，并在本文最后展望一下未来修法的一些可能性。



我国台湾地区规定的性同意年龄沿革 1928 年民国时期的规定，为 16 周岁，并规定了“利用权势性交或猥亵罪”；日本刑法于 2017 年修改了一系列关于性犯罪的立法，亦增设了与我国台湾地区类似的“监护者猥亵及监护者性交等”罪，具体规定如下表所示：



我国刑法	我国台湾地区刑法	日本刑法
<p>第二百三十六条之一【负有照护职责人员性侵罪】对已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员，与该未成年女性发生性关系的，处三年以下有期徒刑；情节恶劣的，处三年以上十年以下有期徒刑。</p> <p>有前款行为，同时又构成本法第二百三十六条（强奸罪）规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。</p>	<p>第 228 条（利用权势性交或猥亵罪）对于因亲属、监护、教养、教育、训练、救济、医疗、公务、业务或其它相类关系受自己监督、扶助、照护之人，利用权势或机会为性交者，处六个月以上五年以下有期徒刑。因前项情形而为猥亵之行为者，处三年以下有期徒刑。第一项之未遂犯罚之。</p>	<p>日本刑法第 179 条</p> <p>对于未满十八周岁者，利用身为监护者的影响力乘机进行猥亵行为的，按第一百七十六条（强制猥亵）规定处罚。对于未满十八周岁者，利用身为监护者的影响力乘机进行性交等行为的，按第一百七十七条（强制性交等）规定处罚。</p>

一、犯罪对象

从犯罪对象的范围来看，我国台湾地区的刑法所保护的范围最广，未规定具体的年龄段且未规定性别，从法条的文义理解出发，可以认为只要是符合该法条规定的构成要件，全年龄段的人均属于本罪规定的犯罪对象；其次是日本刑法，其犯罪对象是所有未满十八周岁者，无论男女。

我国刑法本条的犯罪对象为已满 14

周岁不满 16 周岁的未成年女性。相较而言，我国刑法的保护范围相对比较保守。之所以将男性排除在外，是因为本条被规定在二百三十条强奸罪之后，虽罪名中使用“性侵罪”，但从法条描述来看，其实质上属于“强奸罪”，而根据我国刑法的通说，男性无法成为强奸罪的犯罪对象。

而将年龄段设置为 14 周岁至 16 周岁，可

能与我国未成年人的生理、心理成熟度有关。

考察我国的立法沿革，我国对未成年女性设置最低性同意年龄的立法例古已有之，最早可以追溯到宋代，南宋《庆元条法事类》规定：“诸强奸者，女十岁以下虽和也同，流三千里，配远恶州；未成，配五百里；折伤者，绞。”之后的元、明、清均大致沿用上述规定。民国时期，性同意年龄提升至 16 周岁。新中国成立后起先废除同意年龄说，后因司法实践等问题，

又于 1979 年重新将性同意年龄规定为 14 周岁，沿用至《刑法修正案十一》之前。

在本次修正案之前，我国法律的性同意年龄的下限是 14 周岁。对性同意年龄的划分采用“二分法”，即未满 14 周岁，无性同意能力；已满 14 周岁，有性同意能力。现在，可以粗略地将性同意年龄分为三个阶段，即未满 14 周岁，无性同意能力；已满 14 周岁未满 16 周岁为相对性同意能力，在特定情况下视为无性同意能力；已满 16 周岁，有性同意能力。



二、犯罪主体

本条系真正的身份犯，即以特殊身份（监护者等）作为构成要件要素的犯罪。置言之，如果行为主体不具有特殊身份，则不能构成本罪。将本罪规定为身份犯，主要有两个因素：第一，我国、我国台湾地区、日本均规定了最低性同意年龄，非特殊情境下，已达到最低性同意年龄的人是否自愿与他人发生性行为是公民的自由，法律不应干涉；第二，只有具有照护职责人员的人实施这种行为，其法益侵害性才达到值得科处刑罚的程度，否则属于公民的性自由范畴。

从犯罪主体的范围来看，我国台湾地区的刑罚所囊括的主体范围亦最广，不仅包括我国刑法规定的监护、收养、看护、教育、医疗等人员，还进一步将公务、业务也明文纳入到犯罪主体范围内，并将上述主体进一步类型化为“其它相类关系受自己监督、扶助、照护之人”。相对而言，日本刑法所囊括的主体范围最窄，只规定了“监护者”这一类主体。

我国的立法模式类似我国台湾地区

的规定，采用了列举加兜底“等”的方式，根据相当性原则，对“等”字的理解应当为其他与监护、收养、看护、教育、医疗人员具有相当优势地位、影响力的人。

对主体范围的规制范围必然影响本罪犯罪圈的广度。笔者认为，日本的立法模式过于保守，过于单一的犯罪主体范围可能无法满足司法实践的需要。因此，为弥补上述漏洞，日本司法实践中，将“监护者”理解为监护者与被监护者之间需要在一定时间内持续的、事实上的、依存与被依存或者保护与被保护的关系，而并不需要考虑是否具有法律上的监护权限。日本通过法律解释的方式，扩大本罪的犯罪主体。但可能遭受的责难是上述“扩大解释”是否属于有罪类推，从而违反罪刑法定原则。

笔者认为，我国刑法对本罪犯罪主体的规定比较恰当，需要注意的是除了法条明确列明的几类人之外，认定其他的人构成本罪，需要严守刑法解释的相当性原则，不宜随意扩大打击范围。

三、行为方式

我国刑法、我国台湾地区刑法以及日本刑法对该罪的行为方式规定的共同点是：均不需要存在暴力、胁迫或者其他手段使对方被迫发生性行为，否则适用强奸罪或强制性交罪加以处罚。

与我国台湾地区刑法和日本刑法不同，对于该罪，我国刑法不要求行为人“利用权势或机会”或“利用身为监护者的影响力”，即在认定行为人是否构成犯罪时，不需要证明前述要件，只需证明行为人具有“特殊职责”且“与未成年女性发生了性行为”，即可定罪处罚。

从打击犯罪、保护未成年人的角度来说，这样的规定无疑是便于司法实践中给行为人定罪的。因为不同于是否具有特殊职责和发生了性行为，是否利用权势或影响力证明难度较大。例如，日本司法实践中，如果要认定利用监护者的影响力，首先需要确定的问题是，该影响力是否存在。正如有学者指出，在对“影响力”进行认定的过程中，需要考虑的因素包括被监护者的年龄、被监护者从监护者处感受到的

精神权威、经济支持等因素。我国台湾地区在司法实务方面的实践也还不充分，该罪名的修正也受到一些学者的批评。可见，如果要求公诉机关证成行为人存在利用权势或影响力这一情节，对其收集、固定证据能力的要求很高。换言之，会让公诉机关承担极大的证明负担和倾注更多的司法资源。我国刑法对此未作规定，如此“简约化”的处理，无疑对节省司法资源、提升司法效率、降低公诉机关证明难度具有明显的作用。

但这种立法模式并非全无问题。例如，这种立法模式是否与设立该罪名的立法目的相冲突，从而限制了该阶段未成年女性的性自由，是值得考虑的问题。设立该罪名的要旨就在于由于监护等特殊职责状态的存在，被监护者可能对与监护者之间的性行为的意义欠缺认识能力，或丧失对这种性行为的拒绝能力而妨碍被监护者性的自我决定权。但是否只要是具有特殊职责的人对未成年女性就会产生巨大的影响力，从而导致已满 14 周岁的未成

年女性无法正确对待自己的性决定权呢？答案恐怕是复杂的。换句话说，这样简单的立法模式是否会架空法定的最低性同意年龄，或者说将法定的最低性同意年龄变相地提高到了16周岁？

因此，笔者从辩护律师的角度来说，尽管我国刑法未将利用权势或影响力作

为本罪的构成要件。但在处理具体案件时，可以将此作为一个辩护角度，从行为人的主观恶性角度出发，为行为人进行辩护。提醒法院在裁量时，至少应在量刑上对上述两种情形加以区别，利用特殊职责所形成的优势的行为人与未利用者相比，前者的主观恶性和社会危害性无疑更大。

四、情节恶劣的认定

目前尚未有司法解释对情节恶劣的认定作出具体规定，我国台湾地区刑法和日本刑法也未规定情节恶劣的情形。但结合相关性侵害未成年人犯罪的司法解释，大致可以认为以下情节属于情节恶劣的

考量因素，例如次数、人数、场所、特定对象如智障、残疾女性以及是否造成被侵害对象怀孕、流产、受伤或感染疾病等后果。

五、对本条第二款的理解

同样，我国台湾地区和日本刑法亦并未设置该条款，其中，日本甚至未设置独立的法定刑，而是直接以强制性交的规定处罚。

有观点认为，该条的规定系解决司法实践中的证明问题。即如果不足以证明行为人实施了暴力胁迫等手段，就以该罪定罪处罚；如果有证据证明行为人实施了暴力胁迫等手段，就以强奸罪处罚。以此防

止行为人逃脱法网。笔者认为，第二款的规定并非是为了解决实务中证明的问题。事实上，就任何法律事实而言，如果没有证据均不得认定，也就失去了法律适用探讨的必要性。

笔者认为，该条对定罪量刑最大的影响之处在于数罪并罚的处理。若无本款规定，那么如果行为人对同一女性既存在强奸行为，又存在负有照护职责人员性侵

行为，则应当以本罪和强奸罪数罪并罚；而根据本款规定，对前述行为，仅能以一

重罪定罪处罚。一般情况下，强奸罪的法定刑重于本罪。

六、对未来立法的展望

如前所述，关于本罪的犯罪对象，我国刑法仅规定了已满 14 周岁未满 16 周岁的未成年女性，其中不含未成年男性。但现实社会中，未成年男性被性侵害的案件和新闻也不在少数。笔者认为，不排除今后通过立法，将已满 14 周岁未满 16 周岁的未成年男性（未满 14 周岁男性由猥亵儿童罪规制）也纳入到本条犯罪的保护范围。至少有以下三个理由。

其一，从我国关于性侵害犯罪的立法过程来看，我国刑法实际上在逐步地扩张性保护范围，例如《刑法修正案（九）》将成年男性纳入到强制猥亵罪的保护范围内。本次修正案又进一步扩张了“强奸罪”的保护范围。因此，未来的立法可能会进一步扩张。

其二，最高人民检察院在确定本罪罪名时采用了更为中性的“性侵罪”，而非

强调犯罪对象是女性的“负有照护职责人员强奸罪”。在中国的刑法语境中，通常，强奸罪特指男性对女性的性侵害。例如，中国将日本的强奸罪翻译成强制性交罪，除了直译因素，同时也考虑到了日本的强制性交罪的犯罪对象包含男性。本次命名可能为将来的立法规范做铺垫。

其三，即将于今年 6 月 1 日起生效的新修订的《未成年人保护法》针对未成年人性侵害问题作出了许多新的规定，但并未区分性别，而是平等地给予保护。刑法做相应的扩张亦能更好地与前置法相衔接。



结语

《刑法》作为保障法，是保护法益的最后一道屏障，对惩罚和震慑未成年人性侵害犯罪起到了不可替代的作用。但不可否认的是，《刑法》也无法让已经发生的伤害完全平复，让已经破碎的心灵复原如初。因此，针对未成年人性侵问题不仅要严密刑事法网，更应要从根本上预防未成年人性侵害事件，让妄图对未成年人性侵犯的罪恶之手无法再伸向未成年人。

参考文献：

- 1、戴桃疆：《谁是“幼女”？——惩戒儿童性侵立法走过的那些弯路》
- 2、潘卓希：《日本性犯罪最新立法动态（2017-2020）》
- 3、潘卓希：《日本性侵儿童犯罪的立法现状与动向》
- 4、周口中院 李静、郭东景：《深度解读〈刑法修正案（十一）〉之三——增加特殊职责人员性侵未成年人犯罪的规定》
- 5、张明楷：《刑法学（第五版）》第131页。



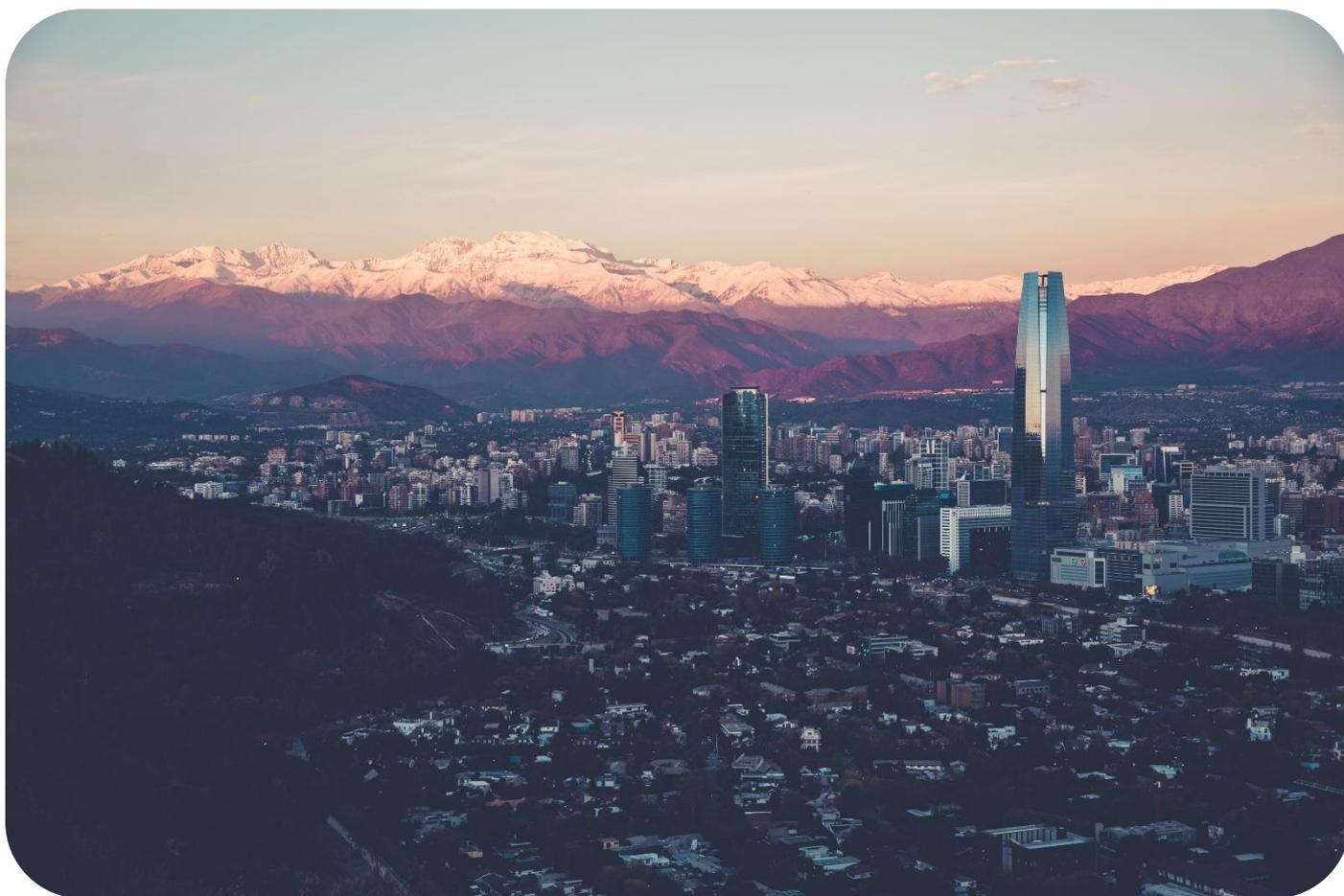
吴心成

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）》评谈之袭警罪

作者：七方刑事团队

社会秩序的平稳运转依赖于国家管理活动的有效进行，这就要求国家机关工作人员在此过程中依法执行职务。公安干警作为长期活跃在违法犯罪第一线的工种，在要求其积极履职的同时，也需采取有效措施，保障其特殊的执法身份和地方，对干扰、妨碍其依法执行职务的行为予以惩处。

我国《刑法》中针对妨害警察执行公务的处罚本规定于第二百七十七条妨害公务罪的项下，《修正案(十一)》将袭警罪作为单独的罪名予以规定，较修正前的妨害公务罪，有如下变化：一是增加了“三年以上七年以下有期徒刑”的量刑档，二是取消了“三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金”中的单处罚金刑。

一、袭警罪的立法原因

早在 2003 年就有人大代表提议在《刑法》中增加“袭警罪”，以加强对人民警察执法身份的保障，同时加大对不法分子的威慑作用。有人担心，在已有妨害公务罪的情况下，再设立“袭警罪”会导致对权力机关的保护过于倾斜，有可能放纵部分公安干警“滥用特权”，对公民权利造成侵害。我们须理解，设置单独的罪名并不意味着对警察这一特殊群体的保护，而仍然是对执法权的保护，单设针对人民警察执行公务的保护条款有利于维护司法权威。

目前社会矛盾多发，公安人员身处的执法环境日渐复杂，派出所民警和交警等

长期处于一线的警种，在出警时受到侵害比例显著提高。冲突中常见行为人辱骂、撕咬，甚至使用器具或者驾驶机动车撞击等手段袭击警察，不仅对其人身安全造成威胁，也动摇了国家机关的权威和其维护社会安定的职责。增设该罪名能够更好地震慑和预防这类犯罪，保障社会管理活动的有序推行，对和谐社会的稳定建设有着积极意义。

笔者认为，在加强对警务人员保护的同时，如何避免激化警民矛盾，缓解警民关系，则要求司法机关在实践中谨慎对待该罪名，不可肆意扩张甚至类推本罪的适用范围。

二、“暴力袭击”应达到阻碍公务行为无法正常进行的程度

2020 年 1 月 10 日发布并生效的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法惩治袭警违法犯罪行为的指导意见》对暴力袭击做出了明确规定，即：(1) 实施撕咬、踢打、抱摔、投掷等，对民警人身进行攻击的行为；(2) 实施打砸、毁坏、抢夺民警正在使用的警用车辆、警械等警用装备，对民警人身进行攻击的行为。

从上文规定可以看出，“暴力”包括直接暴力和间接暴力，前者指对正在依法执行职务的警务人员人身实施的侵害行为，如殴打、撕咬等，后者指对执行公务时使用的工具（如警车、酒精测试仪、执法记录仪等）实施暴力。

笔者认为，对后者施以暴力需要达到阻碍公务行为无法正常进行的程度，如果

对工具的损坏并不影响公务行为继续执行，则对其损害的手段充其量为一种“威胁”手段而非“暴力”手段。妨害公务罪所要求的行为既有暴力又有威胁，因此无论是直接暴力还是间接暴力，只要阻碍了公务行为，均可以构成妨害公务罪。但是袭警罪所要求的行为仅仅包括“暴力”的

方式，不包括威胁，因此仅对物品进行毁坏的行为不能被认定为是“暴力袭警”。根据条文规定，毁损工具的同时要求对民警人身进行攻击。如果行为人只是单纯毁坏、摔砸使用中的警用装备，并未对民警人身进行攻击的，不属于本罪中的暴力袭击行为。

三、损毁自身物品或自伤自残等方式妨害人民警察执行公务的，

不宜认定为袭警罪，但可能构成妨害公务罪

若行为人实施暴力的对象是与公务执行并没有密切联系的物品，比如为发泄、挑衅或威胁，损毁自身物品的，不会妨害公务的执行，则不应当认定行为人构成袭警罪。有些行为人会以对自己造成伤害的方式来阻碍执法进行，威胁程度较重，导致警务人员无法正常执行公务的，可能构成妨害公务罪。

如在 2018 年 1 月汉中发生的一起轿车碰撞事故，交警支队接警后组织两名民警赶赴现场处警，在民警对一驾驶员王某翠进行酒精检测时，其同事王某国对正常执法行为进行阻挠，辱骂执法民警，并将民警所持勘察用照相机打落在地。派出所值班民警迅速赶至现场依法处置，遭王某

国反抗。同时，另一同事何某亦对民警正常执法活动进行暴力阻挠，至二名警员手部受伤，何某在被依法强制带离过程中先后蹬踹损坏两辆制式警车。后何某、王某国两人因涉嫌妨害公务罪被汉台警方依法刑事拘留。

上述案例中，王某国将民警所持勘察用照相机打落在地的行为，以及何某蹬坏警车的行为都属于对执行公务密切相关的物实施暴力，勘察相机的损坏可能导致无法记录案发现场的场景，若由此阻碍了警察执行公务，则该两人涉嫌构成袭警罪，鉴于事件发生之时尚未制定出袭警罪，故以妨害公务罪定之。

如果行为人不是采取上述暴力袭击

或是威胁的方法，而是以一般的争吵、纠缠、辱骂等方法，给警务人员执行职务或

履行职责造成一定的影响，一般不纳入刑法评价，可以按情节予以治安处罚。

四、“辅警、协警”能否成为袭警罪的犯罪对象

刑法第 277 条第五款规定的主体，必须是正在依法执行职务的人民警察，如果行为人袭击的对象不是人民警察而是其他国家机关工作人员，或者袭击的人民警察不是正在依法执行职务，都不构成本款规定的犯罪。这里的警察既包括执行刑事追诉相关的侦查职责的警察，也包括根据其他法律执行治安管理等职责的警察；既包括公安机关、国家安全机关、监狱的人民警察，也包括人民法院、人民检察院的司法警察。

根据治安形势发展的需要，社会中开始大量产生“辅警”、“协警”一职，即面向社会招聘的非正式人民警察身份人员。此类人员在“涉警类”妨害公务案件中有着不小的比重，是否可以将其纳入本罪的适用主体则值得讨论。一种观点认为，辅警无独立执法权，因此，在辅警单独执法的情况下，殴打辅警的行为尚不属于妨害公务，如果有正式民警在场，带领其执法，则对其殴打、伤害的行为可构成本罪。另

有观点认为，本罪的实质是妨碍国家机关依法履职的行为，只要是国家机关内从事公务的人员，均应受到法律保护。辅警的日常即是协助在编警察依法执行公务，故对其威胁、殴打的行为，应属于妨害公务罪的打击对象。

目前实务界对处理涉及辅警类的妨害公务案尚未形成统一做法，如在李某危险驾驶一案（（2015）灵刑初字第 72 号）中，法院认为虽然张某某、左某在出警过程中遭到李某的辱骂、殴打，但二者系辅警，且未有证据表明其在在编警察带领下执法，鉴于二者不具备国家工作人员身份，认定李某不构成妨害公务罪。再如在赵某某妨害公务案的不起诉决定书（新兵哈垦检诉刑不诉（2019）7 号）中，被不起诉人赵某某等人在辅警王某某、辅警罗某某执行工作中产生冲突，对两名辅警拳打脚踢。最终法院认为本案中王某某和罗某某不是事业编制的警察，不具备执法主体资格，王某某和罗某某实施的不属于国家机

关工作人员依法进行的职务活动。因此，检察院认为赵某某的行为不构成犯罪。

相反，在崔宏良、霍某妨害公务罪一案（（2020）冀06刑终491号）中，二审法院认为，虽然本案中的辅警尚未列入国家机关人员编制，但其受公安局委派开展道路交通管理、与交通和路政部门相互配合治理超限、超载等工作，可以认定为受国家机关委托的从事公务的人员，符合妨害公务罪所保护的客体要件，故上诉人对其辅警实施的伤害行为构成妨害公务罪。可见，该法院从辅警从事的工作性质入手，将其认定为妨害公务罪的适用主体。

考虑到目前辅警队伍构成的特殊性和不规范性，笔者赞同对涉及辅警类人员

的案件严格认定，即只有在接受公安民警指挥、监督下依法执行公务的辅警，才可对其职务行为予以保护。如果他们单独“执法”，在对待违法群众时，可能会因专业素养的不足和工作方法的欠缺，导致过度“执法”、超范围执法，甚至滥用职权，进一步恶化警民关系。如果执法人员身份的合法性存在瑕疵，当群众对其进行反抗时被施以刑罚时则从根源上欠缺惩处的正当性，故笔者认为，如若警务辅助人员独立执行公务，则对其“执法”行为的反抗和由此造成的人身、财产伤害不构成袭警罪或妨害公务罪，情节严重的，可以以故意伤害罪进行评价。

结语

本罪规定的初衷旨在维持社会秩序、捍卫国家机关的尊严。从维护国家和社会安定的角度看，维护警务人员的执法权威不容侵犯，确实是必然之举。但在具体适用时，应当结合行为人暴力程度、暴力对象、造成影响等方面，综合考量后得出审慎的结论，而不是采用“一刀切的”办案方式，把凡是涉及到与警察起肢体冲突的案件均定性为袭警罪。

当然，作为律师，在文章的最后也要提醒大家，一定要提高法律意识，遇到警务人员执行公务时，如果对其工作方式和要求无法理解，可以采用合法的方式维权，例如通过执法人员所在机关进行协调、沟通或者投诉、建议等方式。倘若已经发生了言语上的冲突，也一定要克制自己的行为，绝对不要出现肢体冲突，以免触犯刑法。



傅建平

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

联系方式：15201718516



赵珞宏

上海七方律师事务所 律师助理

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师助理

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：18089390623

认罪认罚制度下见证主体的再思考 ——兼论辩护人与值班律师定位与作用

作者：七方刑事团队

2020年12月1日最高人民法院就十三届全国人大常委会对检察机关适用认罪认罚从宽制度情况报告的审议意见提出十个方面28条贯彻落实意见（以下简称“意见”）。其中第7条特别指出：“认罪认罚案件签署具结书时，犯罪嫌疑人有辩护人的，应当由辩护人在场见证具结，严禁绕开辩护人，安排值班律师代为具结见证。”最高人民法院之所以特别强调这一点，缘于司法实务中存在犯罪嫌疑人明确聘请了辩护人，却因为种种原因，公诉人却绕开辩护人，安排值班律师代为具结见证的情况屡屡出现。笔者本人办理的某起案件中，辩护人认为公诉机关的量刑建议偏重，公诉人在明知辩护人已经向检察院递交了委托手续的前提下，却安排值班律师代为见证犯罪嫌疑人签署认罪

认罚具结书。笔者在与同行的交流中发现，该现象绝非个例，有的辩护律师直至开庭前会见时才知道犯罪嫌疑人已经签署了认罪认罚具结书。

因此，笔者认为最高人民法院去年所提出的意见非常具有针对性，解决了认罪认罚案件中刑事辩护的一大痛点。也许有人会有疑问，同样是律师，由值班律师进行见证有何不妥？在最高人民法院提出前述意见之前，为何检察院会让值班律师代为见证？笔者认为，之所以司法实践中会出现上述疑问或争议，根本原因在于对我国值班律师制度设立的本意以及《刑事诉讼法》第174条第1款的理解存在偏差。为正确理解值班制度设立的本意、认真贯彻认罪认罚制度的实施，值得进一步探讨。

一、 犯罪嫌疑人已聘请辩护人的情况下，

为何不宜由值班律师见证《认罪认罚具结书》的签署？

我国的值班律师制度肇始于 2006 年河南省焦作市修武县，并逐步向河南全省，而后又向全国推广试点工作。此后，我国通过制定各种法律法规，逐步确立值班律师制度，尤其是认罪认罚从宽案件中，值班律师重要性与之俱增。

值班律师在认罪认罚从宽案件中，具有以下重大意义和作用：首先，值班律师有助于建立建成刑事辩护全覆盖。在司法实践中，部分犯罪嫌疑人既未委托辩护人，但也不符合指派法律援助律师的条件，由此造成了辩护人缺位的情况。值班律师的制度在一定程度上填补了这一空缺。其次，值班律师角色定位应当是“法律帮助者”，可以起到部分辩护人的作用，即为犯罪嫌疑人（尤其是认罪认罚从宽案件下的犯罪

嫌疑人）提供法律帮助。法律帮助既包括实体判断的帮助，同时也包括程序选择的帮助。最后，值班律师应当保障认罪认罚从宽案件的合法性和公正性，避免一味地追求司法效率而导致犯罪嫌疑人合法权益减损。值班律师应当与犯罪嫌疑人、被告人、辩护人共同代表被追诉方与作为追诉方的侦查机关、检察机关形成“两造对抗”的局面。

然而在司法实践中，尽管值班律师在一定程度上保证了制度的正确、高效实施，但也在一些地方存在不足甚至发生了偏离。在犯罪嫌疑人已聘请辩护人的情况下，不宜让值班律师见证签署《认罪认罚具结书》，理由如下：

（一）从法律规定上，值班律师的角色定位应属于法律援助律师

我国《刑事诉讼法》第 36 条规定：“犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人，法律援助机构没有指派律师为其提供辩护的，由值班律师为犯罪嫌疑人、被告人

提供法律咨询……等法律帮助。”从法律规定上来看，法律将值班律师的定位为法律援助律师的一部分。值班律师为犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助的前提是其缺

少辩护人（或法律援助指派的辩护人）。换言之，倘若犯罪嫌疑人、被告人有辩护人的情况下，值班律师是不需要为其提供法律帮助，包括在《认罪认罚具结书》签

署中，亦不应让值班律师替代辩护人在场见证。这既是对《刑事诉讼法》对值班律师定性为法律帮助者的正确理解，也是司法资源高效调配、合理利用的应有之意。

（二）实践中，值班律师作用发生了异化

如前所述，《刑事诉讼法》将值班律师纳入第四章辩护与代理一章中，并将其定位为“法律帮助者”，其职责是“为犯罪嫌疑人、被告人提供法律咨询、程序选择建议、申请变更强制措施、对案件处理提出意见等法律帮助”。据此，有观点认为，值班律师是一种特殊的法律援助辩护律师。正如有学者指出，值班律师的职责应当是通过临时性、缓冲性的法律帮助实现对犯罪嫌疑人、被告人合法权益的初步保护。然而在司法实践中，这种良善的立法初衷往往会扭曲为一种“站台效应”。“个别值班律师在签署认罪认罚意见、提供法律咨询服务时搞形式、走过场，对相关案卷不审核、不阅卷”。可以说，值班律师的存在并未实质性地为犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书提供法律帮助。从目前暴露的问题上来看，值班律师从某

种程度上异化为了签署认罪认罚具结书程序合法性的见证人与背书者。置言之，值班律师成为了公诉机关完成认罪认罚从宽案件流程的“传动装置”，背离了立法的初衷。需要特别说明的是，笔者并非对值班律师本身有所指摘，更不是说只要是值班律师就是不负责、走过场的。笔者想表达的是，在案件数量多、时间紧、值班律师待遇极低的情况下，很难指望所有值班律师都能够对认罪认罚案件认真负责。然而，刑事司法的特殊性又要求无冤



(既是定罪无冤，也是量刑无冤)，因此二者之间便出现了不容忽视的矛盾。

(三) 值班律师不参与后续的庭审活动

在认罪认罚从宽案件中，厘清值班律师的作用对庭审实质化亦有重要作用。正如有学者指出，“建立和完善法律援助值班律师制度是推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革和实施认罪认罚从宽制度的重要保障，影响到司法改革的实际成效。”但“绕开”辩护人，让值班律师见证认罪认罚具结书的签署将对庭审实质化造成冲击。

司法实践中，值班律师在审判环节，前期的法律帮助和后期的律师辩护相互脱节，由于值班律师并不具备“辩护人”的身份，无法全程参与刑事诉讼的全过程，特别是法庭审理过程，无法针对检察官的

量刑建议发布有针对性的意见。这其中既有立法本身的因素，也有司法实践的考量。总之，目前的现状是值班律师不参与后续的庭审程序。而庭审则是以前面的诉讼程序作为根基，“绕开”辩护人的做法乃人为地割裂了该整体，进而无法保证刑事诉讼程序的公正性与连续性，实质上就不能体现庭审的实质化，沦为过场。

因此，公诉机关绕开辩护律师，让值班律师成为签署认罪认罚具结书的见证者，无疑是人为地切割了这个整体，其损害的不仅是被追诉人的辩护权，还是整个辩护制度，更是对审判实质化的冲击。

二、成因分析

笔者认为，在最高人民检察院提出《意见》，明确不得绕开辩护人由值班律师代为具结见证之前，出现上述问题的主要原因可以概括为两点。其一是缺乏明确

的法律规定，导致司法机关与辩护人律师之间对法律规定存在理解上的分歧；其二是对律师见证犯罪嫌疑人、被告人签署认罪认罚具结书含义理解存在不同的看法。

(一) 缺乏明确的法律规定

在认罪认罚从宽案件中，犯罪嫌疑人委托辩护人的，在其签署认罪认罚具结书

时，是否可以径直通过值班律师的见证来完成这一程序，我国《刑事诉讼法》仅在

第 174 条第 1 款作出如下规定，“犯罪嫌疑人自愿认罪，同意量刑建议和程序适用的，应当在辩护人或者值班律师在场的情况下签署认罪认罚具结书。”从表述中可以看出，《刑事诉讼法》在这个问题上，以值班律师和辩护人相并列的方式予以规制。“或”的表述似乎表明了，即使犯罪嫌疑人委托了辩护人，公诉机关依然可以直接通知值班律师来完成这一程序。

然而，比 2018 年《刑事诉讼法》稍晚实施的 2019 年《人民检察院刑事诉讼规则》第 276 条第二款却采取了另一种表述：“人民检察院受理案件后，应当向犯罪嫌疑人了解其委托辩护人的情况。犯罪嫌疑人自愿认罪认罚、没有辩护人的，在

审查逮捕阶段，人民检察院应当要求公安机关通知值班律师为其提供法律帮助；在审查起诉阶段，人民检察院应当通知值班律师为其提供法律帮助。”法律帮助无疑包含了见证签署认罪认罚具结书这一项重要程序。因此，从中不难发现，其明确规定了只有在犯罪嫌疑人没有辩护人的前提下，公诉机关才能通知值班律师为其提供法律帮助。反之，则应当通知辩护人完成认罪认罚从宽的相应程序。

单从字面含义来看，司法解释与法律规定之间似乎存在一定的冲突，这也是导致实践中，公诉机关“绕开”辩护人，径直通知值班律师见证的主要原因之一。

（二）认罪认罚具结书签署中，律师见证含义理解的偏差

此外，在认罪认罚具结书签署过程中，律师见证的含义理解不同，也是导致出现这种现象的另外一个原因。

司法实务部门倾向于将值班律师视为见证人，以保证认罪认罚从宽程序的效率。笔者认为，这种观点有侵犯被告人基本人权的嫌疑。如前所述，法律对值班律师的定位应当是法律帮助者，而非仅仅是

程序合法的见证者，这二者之间的关键区别在于“建议权”。法律帮助者必须给予犯罪嫌疑人选择的建议。具体到认罪认罚具结书的签署中，值班律师应当根据具体案情，对认罪认罚具结书中事实认定、法律适用，刑罚建议是否有利于犯罪嫌疑人的判断，提供专业性的意见，保证其明智性。此外，还需见证犯罪嫌疑人的自愿性

和公诉机关的程序合法性。倘若仅仅是见证人，则无需给出建议，只需要保证程序的合法性和犯罪嫌疑人自愿性即可，却无法保证犯罪嫌疑人的明智性。无须讳言，现代刑事诉讼是一项极具专业性的活动，绝大多数犯罪嫌疑人不可能对自己行为的定性和量刑有一个清晰的认知。在此前提下，缺乏值班律师的建议，无疑将损害犯罪嫌疑人的明智性，有损认罪认罚从宽制度的人权保障。

此外，从司法实践的角度上来说，也不宜将律师见证仅仅定性为见证者。一般情况下，在辩护律师的见证下，犯罪嫌疑人在充分听取了辩护人的意见后，仍然自愿签署完认罪认罚具结书，在后续的庭审中，一般对犯罪事实和量刑意见不会提出

异议。否则，公诉机关将对此视为对认罪认罚的反悔，从而撤回相应的量刑建议，并建议法院对被告人作出更为严厉的刑罚。假使仅仅将律师作为一个见证者，从见证者的角度上来说，其后续的诉讼活动可以完全不受认罪认罚具结书内容的约束，其在后续的庭审活动中可对事实认定和法律适用均可作出不同于公诉机关意见的辩护，这无疑将降低认罪认罚从宽案件的诉讼效率，背离该制度设立的初衷。

相反，如果将见证律师不仅定性为见证人，而且也是法律意见的提供者，除非其在见证阶段即对案件事实或法律适用、量刑建议均提出了独立的辩护意见，并向犯罪嫌疑人予以释明，一般不宜作不同于公诉机关的定性和量刑意见的辩护。

三、对《刑事诉讼法》第 174 条第 1 款的正确理解

笔者认为，最高人民检察院提出的《意见》并非“创设性”地作出新规，而是《刑事诉讼法》第 174 条第 1 款正确理解的重申和强调，属于注意规定。

有观点认为，《刑事诉讼法》第 174 条第 1 款从文义解释出发，该条的规使用了“或”的表述，似乎意味着在律师见证

中，值班律师与辩护律师二者择一在场即可。笔者认为，该种理解既是对该条文含义的曲解，亦是对认罪认罚从宽制度的曲解。“或”字在现代汉语中是指“表示选择关系”或“表示等同关系”。立法者在第 174 条使用“或”的表述，旨在强调签署认罪认罚具结书时，必须有律师在场，

且在这里值班律师享有与辩护律师相同诉讼权利。换言之，是值班律师权利的扩张，对犯罪嫌疑人缺乏辩护人时权利的保障，而非对辩护人权利的限制或替代。而《人民检察院刑事诉讼规则》则是对不同情况下，具体由谁在场作出细化规定，下位法与上位法并没有发生冲突，在此意义上，适用《人民检察院刑事诉讼规则》第276条第二款的规定并无不妥，即应当以辩护人见证优先。

此外，由于用语具有模糊性、多义性等特点，因此法律的解释不应仅仅聚焦于法律条文的文义本身，一切认为文义绝对优先于其他任何解释论据的解释理论的观点都是错误的。对该条文的理解不应仅局限于独立的法条，而应将触角扩张至刑

事诉讼法律规范的全貌，即体系解释。所谓体系解释，是根据刑事诉讼法条文在整个刑事诉讼法律规范中的地位，联系相关法条的含义，阐明其规范意旨的解释方法。体系解释是一种非常重要的解释理由。

《刑事诉讼法》第36条规定“犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人，法律援助机构没有指派律师为其提供辩护的，由值班律师为犯罪嫌疑人、被告人提供法律咨询……等法律帮助。”其中规定值班律师提供法律帮助（包括见证）的前提是犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人且缺乏法律援助律师。从《刑事诉讼法》体系上来说，第36条规定在第一编总则中，而174条则规定在第二编（分则）中。对分则的理解不应脱离总则的规定，因此值班



律师参与见证亦应当遵循犯罪嫌疑人缺少辩护律师的前提。从逻辑上来说，既然法律规定，在法律帮助程序伊始，都需要先确认犯罪嫌疑人、被告人是否已委托辩

护人或是是否被指派法律援助律师。那么，在后续具体程序展开中，就更应当确认其是否具有辩护律师或法律援助律师。

参考文献：

- 1、詹建红：《刑事案件律师辩护何以全覆盖——以值班律师角色定位为中心的思考》，载《法学论坛》，2019年第4期，第20-30页。
- 2、阴宇晨：《论值班律师与辩护律师工作的有效衔接程序》，中国人民公安大学2020年硕士学位论文，第24页。
- 3、汪海燕：《三重悖离：认罪认罚从宽程序中值班律师制度的困境》，载《法学杂志》，2019年第12期，第14页。
- 4、中国政法大学课题组：《值班律师制度的规范化——湖北省武汉市汉阳区值班律师试点工作纪实》，载《人民检察》，2018年第10期，第51页。
- 5、许建丽：《法律援助值班律师制度再探》，载《江西社会科学》，2019年第9期，第194页。
- 6、陈禹衡、王素军：《人权保障：认罪认罚从宽制度中值班律师作用的价值进路》，载《江苏科技大学学报（社会科学版）》，2020年第1期，第87页。
- 7、中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典（第7版）》，商务印书馆，2016年，第595页。
- 8、[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第324、325页。
- 9、张明楷：《刑法学》，法律出版社，2017年，第36页。

股东优先购买权的“最后一公里”

作者：周松涛

《公司法司法解释（四）》创设了转让股东的“反悔权”，除了不合理之外，对于后续问题如何解决没有给出方案，规制上还差“最后一公里”。

关于股东优先购买权的话题，我们团队吕小萌律师之前写了《股权转让中优先购买权的行使有限制吗？》和《案例集锦！一起来看优先购买权未得法院支持的原因有哪些？》两篇文章，分析了实务中优先购买权的限制和未被法院支持的一些原因；我写了一篇《股东优先购买权 VS “反悔权”，谁胜出？》的文章，主要分析了《公司法司法解释（四）》超越法律赋予转让股东“反悔权”的不合理性。在前文基础上，本文进一步来探讨这方面的话题，作为系列文章的延续。

《公司法司法解释（四）》用了7个条文对股东优先购买权问题作出了解释，其中第二十条就创设了转让股东的“反悔

权”，我在前文中详尽分析了“反悔权”的不合理。但尽管不合理，司法解释已然如此规定，除了分析其不合理性外，有必要沿着已有“反悔权”的思路进一步往下思考。经过思考并结合实务案件的承办情况，我发现对于“反悔权”设定后，相应规制有欠缺。在股东拟将股权转让给外部第三人时遇到其他股东行使优先购买权，此时转让股东如果不愿意转让了，根据司法解释，该股东是享有“反悔权”的，但问题是，反悔之后如何处理？转让股东还能把股权再转让给外部第三人吗？司法解释没有给出答案，《全国法院民商事审判工作会议纪要》也没有给出答案，而这个后续问题必须解决，否则在实务中仍将带来不确定性并可能导致各地裁判不一。

对于上述问题，我们来分析一下答案。有人可能会说，转让股东行使“反悔权”就彻底阻断了股权转让，当然也就不能再向外部第三人转让了。从逻辑上来讲，应当是这样，但是按此推导我们会得出矛盾的结论。

如果转让股东已经跟外部第三人签订了股权转让合同，那么不论是否已经征询过其他股东同意，通常情况下这份股权转让合同是有效的。这从《公司法司法解释（四）》第二十一条中“前款规定的其他股东仅提出确认股权转让合同及股权

变动效力等请求，未同时主张按照同等条件购买转让股权的，人民法院不予支持”的表述也可以推知合同的有效性。合同在有效的情况下，如果其他股东行使优先购买权，转让股东并未行使“反悔权”，则股权应当由要求优先购买的股东受让，转让股东与外部第三人的合同将因此无法实际履行。但如果转让股东行使了“反悔权”则情况就完全不同了。由于“反悔权”是针对其他股东行使的，转让股东有权拒绝将股权转让给该股东。但是回过头来，转让股东也当然就有权拒绝将股权转让给已订立了合同的相对方外部第三人吗？这个权利来自哪里？这是不能当然推定的，这个反悔权不能作当然的衍生。司法解释设定的“反悔权”仅仅是针对其他股东，而非针对外部第三人。在转让股东行使“反悔权”“否决”了其他股东优先购买权的情况下，其与第三人的合同就不存在履行障碍了，此时转让股东再拒绝向第三人转让没有法律和合同依据。从另一个角度来看，如果转让股东在行使“反悔权”后可以继而拒绝向外部第三人转让，那么转让股东就相当于享有了两个“反悔权”。



这样导致的后果是，转让股东在整个股权转让过程中立于不败之地，想反悔就反悔，不论是其他股东还是外部第三人，都没有决定权，甚至没有合同锁定的平等权利。所以，只有设定转让股东仍需依据合同向外部第三人转让股权才是合理的。

再从这个结论反推一下，我们发现又出问题了。如果在转让股东行使“反悔权”情况下，可以允许其同外部第三人继续履行合同即继续将股权转让给第三人的话，那么其他股东的优先购买权岂不是形同虚设了？这个可以被转让股东随时击破的权利又有什么意义呢？从这个角度来看，似乎又不能让合同继续履行。至此，得出了两个矛盾的结论。为什么会出现两个都无法说得通的矛盾结论？归根结底还是因为“反悔权”的设置搅乱了整个制度体系。“反悔权”设置的理由不充分甚至不成立，带来了一大堆问题。（由于前文已有详述，在此不赘述。）

接下来，问题该如何解决呢？我个人觉得要彻底解决，最好的方式就是重新修订司法解释，取消“反悔权”。能取消无疑好的，如果不能取消呢？不能取消，

就需要继续打补丁。这个补丁不能简单地在上述两个结论中取其一，因为选择任一结论都会推导出不合理的结果。

我考虑的解决方案是应当分情况。第一种情况是，转让股东与外部第三人已就股权转让达成基本合意，但未订立转让合同。在此情况下，转让股东向其他股东征求意见遇到有股东要求优先购买时，转让股东可“反悔”，但仅限一次。“反悔”后，转让股东也不得再与外部第三人继续订立合同，否则将对其他股东优先购买权构成实质侵害。这种情况下给与转让股东“反悔权”尽管无奈（因为此处分析是在无法改变司法解释赋予“反悔权”的前提下），但至少还有一定的合理性。这是给与转让股东一次考量将股权转让给其他股东还是外部第三人的机会，因为转让股东在转让股权的同时往往需要考虑公司控股权等问题，尤其是在其部分转股的情况下。之所以给与一次反悔的机会，是为了避免权利被滥用（前文中就有涉及“反悔权”滥用而被法院否定的案例）。如果不限次数，那么转让股东可以反复询问、反复反悔，从而为其探测出其他股东的价

格压力位和支付力缺失的时间窗口提供了便利，这样对其他股东行使优先购买权将造成极大困难，更有失公平。所以给与一次“反悔权”具有一定的合理性。第二种情况是，在征询其他股东意见前，转让股东已经与外部第三人订立了转让合同，此时遇到有股东要求优先购买时，转让股东不得“反悔”，不享有“反悔权”，必须将股权转让给该股东，从而切实保障其他股东的优先购买权，否则就会得出上文所述两个矛盾结论。两种情况下，都应当要求转让股东在征询其他股东意见时须明确说明与外部第三人是否已订立合同，

以便其他股东对于自己行为的后果以及转让股东是否拥有“反悔权”有预先的判断。

这一方案对两种情况进行了区分，在一定程度上解决了与外部第三人已签协议是否继续履行的问题，但毕竟是在“反悔权”这个大“漏洞”上进行的修补，肯定不是完美方案。但作为一种解决思路，提出来抛砖引玉，供业界参考，同时也希望立法机关和司法机关在修订《公司法》或相关司法解释时对此问题予以重视，并妥善解决，将股东优先购买权规制的“最后一公里”补上。



周松涛

上海七方律师事务所副主任、高级合伙人

七方所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：公司股权、公司治理、并购重组、

商业谈判、商业诉讼、税务

联系方式：18621368850

工伤保险不能理赔的费用该由谁来买单？

作者：谢亦团

众所周知，用人单位依法缴纳社会保险费的，工伤职工发生工伤产生的相关费用，用人单位可向工伤保险基金申请理赔，但在实践中，工伤职工的医疗费用超过工伤保险理赔目录的现象普遍存在。那么超出工伤保险理赔的医疗费由用人单位还是工伤职工来承担呢？笔者结合一个真实的案例谈谈自己的一些看法。

案情简介

2003年2月10日，张某入职北京某电梯公司，担任电梯调试员，后任质量安全项目经理，双方签订了劳动合同。公司为张某缴纳了医疗及工伤保险，并购买一款商业医疗保险。

2007年7月13日，张某因工受伤，2008年5月7日，区社保局认定张某构成工伤并发给张某工伤证，认定部位或职业病名称为“左足外伤第一楔骨裂，诱发潜在疾病加重。全身瘫痪，呼吸衰竭，肺部感染”。

2007年7月13日至2009年11月12日张某停工留薪期间，公司按每月5770元标准支付了张某工资并报销了张某的生

活护理费。2009年11月27日，经区劳动能力鉴定委员会鉴定，张某已达到工伤与职业病致残等级标准一级，护理依赖程度为完全护理依赖。

由于张某还有130多万元医疗费，45多万元护理费无法进行工伤理赔，张某要求全部由公司承担，而公司认为已经履行了依法缴纳社会保险的义务，张某也申请了工伤理赔，而且还通过关爱基金及慰问、捐款等形式，给予其700,607元的经济援助。超过工伤保险理赔的医疗费、护理费用要求公司承担没有法律依据，张某向法院提起了诉讼。

判决结果

一审法院酌定公司支付张某 2007 年 7 月 13 日至 2015 年 12 月 31 日社会保险及商业保险未予报销的医疗费用（含辅助器具费）共计 110 万元；2010 年 1 月 1 日至 2016 年 4 月 25 日期间社会保险未予报销的护理费用共计 42 万元。公司不服，提起上诉，二审维持原判；公司向北京市高院申请撤销，高院驳回其再审申请。

律师解析

根据《工伤保险条例》第三十条第三款规定，治疗工伤所需费用符合工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准的，从工伤保险基金支付。至于超出上述目录和标准、不由工伤保险基金支付的医疗费，由用人单位还是工伤职工负担，当前法律法规未作直接明确的规定，笔者认为由用人单位承担更符合工伤保险的立法精神，也有利于工伤职工的保护。

一、由用人单位承担更符合工伤保险立法的目的，同时有利于对工伤职工的劳动保护。

依据《工伤保险条例》第一条规定，工伤保险系为保障因工作遭受事故伤害

或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险。由此可知，工伤保险立法的目的在于工伤职工在受到工伤时能够获得医疗救治和经济补偿，而对于用人单位，只是起一个“分散”而非“替代”或“免除”的作用。因此，《工伤保险条例》并没有规定用人单位对工伤保险基金不予支付的部分免除赔偿责任的情况下，由用人单位来承担更有利于保护劳动者。

二、用人单位对于劳动者负有安全保障义务，超出部分的费用由用人单位承担更为公平合理。

工伤职工系因工作原因受到伤害，用

用人单位作为危险源的开启者、最有能力的危险源控制者和生产活动的受益者，对劳动者负有安全保障义务。

根据《工伤保险条例》第三十三条规定，用人单位应当按照正常出勤的工资标准支付劳动者停工留薪期的工资福利待遇。停工留薪期待遇属于职工因暂停工作而发生的可得利益损失，属间接损失，而工伤医疗费是职工因接受医疗而遭受的既有利益损失，属直接损失。根据“举重以明轻”的原则，作为直接损失的医疗费用由用人单位支付更为合理。

劳动者毕竟是因工作原因受伤，如果超过工伤保险和商业保险的医疗、护理等费用需要由劳动者承担，必然使劳动者同时遭受身体伤害和经济损失的双重打击，显然是不公平不合理的。

三、现有法律规定，工伤事故中存在人身损害赔偿和工伤赔偿双重赔偿情形

《中华人民共和国职业病防治法》第五十八条规定，职业病病人除依法享有工伤保险外，依照有关民事法律，尚有获得赔偿的权利的，有权向用人单位提出赔偿要求。《中华人民共和国安全生产法》第五十三条规定，因生产安全事故受到损害

的从业人员，除依法享有工伤保险外，依照有关民事法律尚有获得赔偿的权利的，有权向本单位提出赔偿要求。从上述规定可以看出，在适用工伤保险赔偿之外，存在劳动者向用人单位主张民事侵权赔偿的情形。

四、雇佣活动中，雇主需要承担无过错责任，医疗费、护理费等相关费用全部由雇主承担（雇员没有过错时），而劳动者的劳动保护应当高于对雇员的劳动保护，所以超出部分应当由用人单位承担。

依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条第一款规定，雇主对雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害的，应当承担赔偿责任。因此雇员在从事雇佣活动中受到伤害产生的医疗费、护理费均需雇主赔偿，而对劳动者的劳动保护应当是高于雇员的劳动保护，根据举重以明轻的原则，劳动者在工作过程中受伤产生的不能理赔的医疗费用和护理费也由应当用人单位承担。

需要说明的是对于该条第三款规定，符合工伤保险范围的不适用雇主责任，但该条款并未对雇员在工伤保险范围外的

损失排除由雇主承担。而第十二条规定，依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按

《工伤保险条例》的规定处理。该条宜理解为劳动者就工伤赔偿在程序上应先主张工伤保险责任，并不能排除劳动者在享受工伤保险待遇后，还享有就其他损失向用人单位主张赔偿的实体权利。

结语

综上所述，对于工伤保险基金不予支付的费用，由用人单位实际承担更符合工伤保险的立法目的，更符合法律规定的内在逻辑，更符合社会公平和合理的原则。这样既分散了用人单位风险，减轻了用人单位负担，又避免受害人遭受身体受伤和经济损失的双重伤害。

需要特别注意的是，由于对于工伤保险基金不予支付的费用由用人单位还是工伤职工来承担法律并没有规定，所以各地的判决存在较大的差异，笔者只是认为该案例判决结果比较符合法理精神同时也比较公平合理，所以拿出来与大家进行分享和解读。



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

用人单位和劳动者约定延长试用期有效吗？

作者：谢亦团

或许很多人都听说过《劳动合同法》中有规定同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期，法定最长试用期限内双方协商一致延长试用期是否违反了该规定呢？司法实践中，各地规定并不完全统一，即使在上海也存在两种截然不同的判决结果。

观点一

劳动合同法明确规定，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期，双方约定延长试用期因违反了法律强制性规定而归于无效。

【案例1】张某于2019年6月3日进入上海一家展览公司，从事销售助理工作。双方签署了一份期限为自2019年6月3日至2020年6月2日止的劳动合同，约定试用期为自2019年6月3日起至2019

年7月2日止，试用期内工资为3,500元/月。

试用期满前，公司经过考核认为张某在这一个月试用期内的表现不尽如人意，找张某谈话后，张某表示今后会努力改进，公司也同意再给其半个月考察。但在试用期延长期限内，张某的工作表现并没有明显的改善，仍然未能达到公司规定的每天向客户拨打电话数量80个且时长80分钟的考核指标。

2019年7月10日公司对张某作出试用期未通过确认函，确认函载明：“因张某入职后工作表现未能达标，公司给予延长试用期的决定继续培训考核，至7月10日依旧未能达到公司的用人要求，故解除劳动关系”。

张某认为公司延长试用期的约定属于二次约定试用期违反了法律规定，公司的解除是违法的，公司应当支付违法解除劳动合同的赔偿金；而公司则认为因试用期满前张某不符合录用条件，公司秉着继续观察，培训鼓励的态度与员工协商一致将试用期延长2周，即将原试用期1个月

变更为1.5个月，该协商变更行为不属于第二次约定试用期，公司并没有剥削员工劳动力的恶意，故应属合法有效。

法院经审理后认为：劳动合同试用期是指用人单位与劳动者为了进行相互了解而选择约定的一定期限的考察期，为了平衡劳动者和用人单位的合法权益，法律对于试用期限和次数的设置有明确规定，同时规定同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。由于劳动合同中试用期限的约定是劳动者选择是否入职的考量要素，故用人单位应当在与劳动者签订劳动合同时就与劳动者就试用期限进行明确约定。用人单位须在试用期内就对劳动者是否胜任工作进行判断，否则需自行承担由此带来的用工风险。在双方建立劳动关系后，由于双方并非完全平等的主体关系，而是存在人身隶属关系，若赋予用人单位再次与劳动者约定延长试用期的权利，则很可能侵害劳动者的利益。故本案中原告（公司）与被告（张某）协商延长试用期亦属于第二次约定试用期的情形，该行为违反了劳动合同法的规定，应属无效。原告以被告未在试用期内达到公司用人要求与被告解除劳动关系，于法无

据。由于原告属于违法解除劳动关系，故其应当向被告支付违法解除劳动合同赔偿金。

观点二

双方一致同意延长试用期系双方真实意思表示，且延长的期限仍在法律规定的最长期限内，用人单位并不存在主观恶意，合法有效。

【案例2】章某于2016年6月1日进入到上海一家网络公司工作，担任城市总经理一职，双方签有一份期限为自2016年6月1日至2019年5月31日的劳动合同。该合同约定，章某的试用期为自2016年6月1日至2016年8月31日止，每月工资25,000元。

2016年8月26日公司与章某进行面谈，告知章某经考核不符合公司的录用条件，双方经过沟通后一致同意延长试用期。8月29日，章某通过邮件向公司人事部确认愿意延长试用期至9月14日。2016年8月31日公司人员与章某再次面谈，章某在《绩效沟通改进表》签字确认。9月5日，公司工作人员用电子邮件的方式将

《绩效沟通改进表》发给章某，要求其按照改进表执行。

2016年9月14日，公司向发送题为“解除劳动合同通知书”的彩信，内容为，“章某，劳动合同期2016年6月1日至2019年5月31日，原试用期至2016年8月31日，后双方确认试用期延长到2016年9月14日，经评估，你的试用期末通过，公司于2016年9月14日解除和你的劳动合同。”

章某对公司的解除不予认可，申请劳动仲裁，要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金。

法院经审理后认为：双方在原试用期届满前曾就被告试用期期限协商一致延长至2016年9月14日，且该延长后的试用期期限并未超过法定标准。试用期是劳动者和用人单位为相互了解、选择而约定的考察期。劳动合同中约定试用期，一方面便于用人单位进一步详细考察被录用的劳动者的业务素质、工作能力、品行、知识水平等是否符合录用条件，另一方面，也可以使劳动者实际了解自己所从事的工作是否符合自身的特长、兴趣及爱好，通过用人单位和劳动者的双向选择，

可以使双方更加全面、直接、准确的了解对方，从而有利于劳动关系的相对稳定。通过一段时间的实际工作，如果确实发现劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可依法解除劳动合同。根据双方提供的证据可知，章某的综合能力确实不符合其岗位要求，公司据此作出解除并无不当，公司要求不予支付违法解除劳动合同赔偿金的诉讼请求予以支持。

笔者观点

虽然第二种观点有一定的合理性，但笔者更倾向于第一种观点，理由如下：

一、同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期属于法律强制性规定，双方约定延长试用期违反法律规定无效。

《劳动合同法》第十九条第二款明确规定，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。用人单位和劳动者通过协议的方式延长试用期，属于第二次约定试用期，该约定违反了法律强制性规定，所以应当是无效的。

二、劳动者与用人单位并不是完全的平等主体关系，用人单位属于强势地位一

方，如果可以延长试用期将损害劳动者的合法权益。

劳动者与用人单位建立劳动关系前属于平等的民事主体，双方建立劳动关系后，双方的地位并不平等，劳动者在工作时间内必须接受用人单位的用工管理，用人单位天然属于强势地位一方，正因为如此劳动合同法作出了一些强制性的规定，以平衡劳动者和用人单位利益。

根据《劳动合同法》第二十条规定，劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。如果可以延长试用期，意味着用人单位仍然可以按照百分之八十支付工资，这显然损害了劳动者的合法权益。

延长试用期对劳动者影响更大的是用人单位仍然可以根据试用期内不符合录用条件为由作出解除，根据《劳动合同法》第三十九条，“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）

在试用期间被证明不符合录用条件的；因此，试用期的延长后，用人单位将仍然可以根据该条对劳动者进行解除，这必然增加劳动者的职业不确定性和经济负担。”

笔者认为在合理期限内用人单位依然不能判断劳动者是否能胜任，就应当承担因此带来的风险

特别提醒

由于司法实践中，对于在法定期限内延长试用期存在着截然不同的判决，因此劳资双方对于延长试用期都应当持审慎态度。对于用人单位来说，即使劳动者同意延长试用期也存在用工风险（违法约定试用期并且实际履行的，劳动者可以要求支付赔偿金），更科学的做法是约定最长的试用期，劳动者表现达到录用条件的提前转正；对于劳动者来说，也不用“委曲求全”同意延长试用期，一旦同意，很有可能被法院认为对自身合法权益的放弃，也让用人单位多了一条解雇自己的理由。

走出涉高管劳动争议“雷区”

作者：郑华

2021年4月，上海市第一中级人民法院发布了《涉高管劳动争议案件审判白皮书》，对2019年以来该院涉高管劳动争议案件审判情况进行了通报。《白皮书》中显示，近年来上海一中院辖区内涉高管劳动争议案件数量呈上升趋势，审判难度也逐年增加。在优化营商环境，促进“六稳”“六保”的新发展格局下，如何平衡保护高管权益与企业经营发展，不仅给司法审判带来了挑战，也对劳动法律师专业能力提出了更高的要求。本文拟从办理过的多起涉高管劳动争议案件入手，从有效维护劳动者权益出发，帮助企业和劳动者走出争议“雷区”，有序化解此类劳动争议。

一、为何涉高管劳动争议成为司法 审判难点？

1. 利益诉求多元。涉高管劳动争议案件诉讼请求内容往往呈现多元化的特征，不仅包含常见的工资差额、未休年休假工资、经济补偿金、恢复劳动关系外，奖金、股权期权以及竞业限制争议等也是屡见不鲜。多项利益诉求交织，且高管群体维权意识极强，对诉请内容及金额更加坚持己见，无形中增加了调解难度，所以司法实践中涉高管劳动争议案件裁决和判决

的比例都较高，而且不服裁决、一审判决后，双方均起诉或上诉的比例相较其他劳动争议案件也更高。

2. 薪酬体系复杂。由于高管在企业中的特殊地位，导致其薪酬福利不同于普通劳动者简单的工资结构，其工资构成更加复杂，工作内容和要求往往也与企业经营状况、盈利情况、发展前景直接相关。实践中，用人单位为体现责、权统一，高管的收入构成除工资、绩效奖金、各类津贴外，还会有股票期权、风险奖金、家庭

成员保险等浮动收入及特殊福利。而双方一旦发生争议，对于绩效考核标准、有无完成考核、风险奖金目标收益是否实现、期权利益如何实现等往往存在较大分歧，也成为裁判实践中的难点问题。

3. 法律关系交织。在我们办理的案件中，发现一些高管与用人单位之间不仅签订了劳动合同，具有劳动者身份，其与公司或公司股东之间还另外签有双方协议，同时具有多重身份，如：股东、法定代表人、执行董事或总经理等。高管的权利义务在多份协议中予以规定或约定，甚至存在相互冲突的情况，发生争议时，还面临劳动法、公司法等法律适用上的争议，增加了案件办理的复杂性。

4、事实真伪难辨。案件审理中往往需要依据举证质证情况对双方的合意进行判断，而用人单位与高管的证据意识都比较强，往往提供大量的文件、资料、聊天记录、录音等证明案件事实，但是由于高管的特殊性，有机会接触公章、内部文件等，一些用人单位便以高管特定身份和特殊职权为屏障而恶意否认证据的真实性。

相较于其他劳动争议案件，涉高管劳动争议案件中双方举证的证据更易趋向真伪不明的状态。

二、涉高管劳动争议常见诉求分析

1. 劳动者要求支付项目提成或绩效工资（差额）。该类诉求在高管劳动争议案件中占比较高，双方往往对绩效约定认识不一致，且存在与股东利益实现相交叉的情况。如一案件中，张女士与A公司签订了书面劳动合同，约定薪酬构成为基本工资+项目提成，基本工资为10000元/月。随后公司向所有员工发布项目提成奖励方案，规定引进项目可根据标的提取5%作为提成奖金，项目完成后，作为团队负责人还可以提取15%作为项目提成。同时张女士作为公司股东与另外两名股东还签订了一份协议，约定对全部项目收益双方5:5分成。双方发生争议后，各执一词，公司认为张女士作为公司股东只能按照收益分配的约定对公司账目上30万的盈余进行分红，而张女士则要求按照劳动合同及公司项目提成奖励方案，主张公司支付其引进的标的为200万元项目的提成奖

励 60 万元。又如一案中高管与用人单位在约定基本工资之外，约定了浮动绩效奖金为 0-12 个月工资，但是双方对于绩效考核没有书面约定，仅仅有涉案高管与公司 CEO 之间的口头约定，导致公司与劳动者在解除劳动合同时，对于绩效部分存在巨大的分歧，而这时由于缺乏有效的证据，劳动者要进一步证明已经完成绩效考核指标存在较大的困难。

2. 劳动者主张恢复劳动关系。由于高管群体收入普遍较高，一般均超过社平工资的三倍，一旦涉及违法解除，不论从诉讼策略还是实际收益角度出发，高管更加倾向于主张恢复劳动关系。但是，审判实践中，能否恢复劳动关系，法官考量的因素会更多，不仅会审查客观上是否具有恢复可能性，而且会从双方信任基础出发，考察是否具有继续履行的期待，双方的信任关系还能否重建等因素。故目前的审判方向是判决恢复比例越来越低，即便认定违法解除，法院也可依职权改判赔偿金。如一案件中，高管主张公司违法解除劳动合同，要求恢复劳动关系，仲裁阶段亦支

持了恢复劳动关系，但是单位不服，提起了诉讼，一审法院审查后认定涉案的岗位唯一且已经被他人替代，不具备恢复可能性，遂判决用人单位支付赔偿金。

3. 劳动者主张实现股权利益。近年来，用人单位为吸引高管入职，通常会给予一定的股权期权作为激励，于是在双方产生劳动争议时，劳动者一方往往提出支付股权利益的诉求。但是股权本身既不属于劳动报酬也不属于福利待遇。劳动争议调解仲裁法对劳动争议受案范围有明确规定，并不包含股权，故裁审机构对该项诉求一般不予处理，认为不属于劳动争议案件受理范围。

4. 用人单位主张返还竞业限制补偿金并要求支付违约金。高管在入职时，一般均与用人单位签订竞业限制协议，作为掌握用人单位核心商业秘密的高管，在职时负有忠实勤勉义务，离职后也成为竞业限制主体，诸多争议也因此产生。一些高管在离职后，在与原用人单位存在竞争关系的企业任职或创办自己的企业，但经营

范围与原用人单位高度重合，故用人单位依据竞业限制协议或条款要求劳动者返还其已经支付的竞业限制补偿金并支付相应的违约金。如一案中：王某是H公司负责高精地图和无人车核心技术研发部门的负责人，任职期间，H公司与其签订了竞业限制协议，约定若王某离职，一年内不得从事与H公司及关联公司相竞争的业务，H公司支付月工资的50%作为竞业限制补偿金。另约定如王某违反协议，需返还所有经济补偿并支付违约金。王某于2018年3月辞职，2018年5月，王某作为唯一股东发起设立L公司，经营范围为人工智能行业应用软件开发等，其担任法定代表人、总经理。2018年7月，H公司申请劳动仲裁、后不服起诉，请求王某履行竞业限制义务，返还竞业限制补偿金89万余元，并支付违约金459万余元等。最终法院认定，根据工商登记信息及L公司公开发布的招聘信息显示，L公司与H公司经营范围、实际开展的业务均存在一定的重合，可以认定两公司存

在竞争关系。王某系L公司的唯一股东并担任法定代表人，违反了竞业限制义务。判定王某返还竞业限制补偿金89万余元，并酌情判决其支付竞业限制违约金260万元。

5. 用人单位主张劳动者严重违反用人单位规章制度或严重失职给公司造成重大损失。在涉高管解除类案件中，用人单位一般会以劳动者严重违反用人单位规章制度予以解除，并不支付任何赔偿金。故在解除类案件中，关键是对于解除事由是否合法的审查，一是用人单位规章制度中是否有明确规定；二是用人单位是否有足够证据证明劳动者确实违反了该项规定。如一案件中，公司高管将其配偶投资设立的公司招揽为客户，并进行了合作，用人单位以其行为违反了公司关于利益冲突的规定为由解除了与该名高管的劳动合同，并且认为该项目的投资给公司造成了数十万的经济损失。最终法院认定解除合法，用人单位不用支付任何赔偿金。

三、破解争议的六点建议

结合近年来涉高管劳动争议案件的审判思路及实践经验，笔者提出如下建议：

一是劳动合同中明确约定工资构成。提醒公司及高管尽量在劳动合同中对工资构成、计算方式和依据进行明确约定，尤其对于基本工资以外的绩效奖金、项目提成、风险收益等明确约定，以免发生争议时，双方各执一词，因缺乏书面约定导致案件事实难以认定。

二是履行过程中掌握绩效考核书面依据。实践中，劳动合同中虽然对收入构成项目进行了约定，但是具体的考核办法和计算依据只能在合同实际履行过程中根据公司出台的具体规定及方案进行认定。故提醒劳动者，在此过程中，一定要提高证据意识，对于考核方案、考核标准、完成情况等的书面证据要及时留存，以免用人单位不发或少发该部分工资收入时，劳动者陷入举证不能的困境。

三是出现利益冲突要及时有效进行报备。对于高管而言，用人单位一般都赋

予了较高的保密及竞业限制义务，不仅要求离职后遵守竞业限制约定，在职过程中如果存在利益冲突而未及时报备也可能被认定为严重违法规章制度而被解除。

故提醒高管们，不论是自己还是配偶、父母等近亲属，在执业过程中，存在发生利益冲突的可能性时，要及时按照规章制度要求，向有关人员或部门进行报备或获得批准，否则很容易被“秋后算账”，承担不利的法律后果。

四是可书面约定高于法定标准的离职补偿。

入职时可与用人单位协商确定，如果离职，单位给予的补偿标准。而该离职补偿可高于法定标准，司法实践对此已基本予以认可，只要是双方真实意思表示，会认定协议有效。

五是抓住先行调解化解争议的有利契机。对于高管与企业而言，诉讼解决争议并非唯一的路径选择，还是建议双方抓住协商谈判的契机，通过有序的协商来化解争议。对于高管而言，可通过协商获取高于法定标准的离职赔偿、补偿等；对于

企业而言，也可通过协商平稳快速的化解争议，既保护了公司声誉，又节约了诉讼的时间和成本。

六是股权争议通过法律途径另行解决。如果双方协商也难以化解股权争议，而高管又坚持要求实现该部分权益的，建议另案进行诉讼。审理时，法院将对股权激励约定效力如何认定、授予股票或者股票期权的主体是否适格、行权条件如何成就等问题进行综合的判断。



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

闵行区职工维权律师志愿团律师

闵行区新虹街道总工会法律顾问

闵行区马桥镇总工会法律顾问

业务方向：劳动法、合同法

联系方式：13482439658

“三孩”生育政策背景下， 女性就业权益保护该由谁买单？

作者：李华平

5月31日，中共中央政治局召开会议，审议《关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定》。“优化生育政策，实施一对夫妻可以生育三个子女政策”！她来了，她来了，三孩生育政策她来了！重磅消息，一石激起千层浪。网络段子满天飞，基本反映了出“不想生、不敢生”的生育意愿现状。针对群众生育意愿降低的原因，国家卫生健康委有关负责人在答新华社记者问中指出，教育、住房、就业等相关经济社会政策成为影响家庭生育抉择的关键。全面两孩政策实施后，相当比例的家庭想生不敢生，排名前三的原因是经济负担重、婴幼儿无人照料和女性难以平衡家庭与工作的关系。

确实，就业问题会影响到女性生育意愿的降低。《劳动法》、《劳动合同法》、《妇女权益保障法》、《就业促进法》、《女职工劳动保护特别规定》等法律法规都对女性就业及“三期”女职工的劳动保护有着相应的规定。

女性生育，与就业相关的权益主要有：

- 1、利用工作时间做产前检查；
- 2、孕期内需要减轻工作量；
- 3、怀孕7个月以上，不得安排加班或上夜班，需要安排工间休息；
- 4、产前假、产假、生育假、哺乳假；
- 5、哺乳时间；
- 6、不得因怀孕、生育、哺乳为由降低其工资、予以辞退、与其解除劳动合同等。

这些女性的就业权益保护与企业直接相关，简单来讲与企业的用工成本息息相关。不可否认的是，保障“三期”女职工的**各项就业权益**，会直接影响到企业的**用工成本显著上升**，因此部分企业在招录过程中对女性存在“就业歧视”的情形就一直存在，甚至可以说屡禁不止。尽管《劳动法》、《就业促进法》等法律法规对公平就业有明确的规定，但女性就业更为困难是不争的事实。“三孩”生育政策实施后，如果不能改变或调整这种做法，可以预见，女性就业将更为困难，这



也是很多职场女性“不愿生、不敢生”的主要原因之一。生育政策调整完善，是国家的重大决策，是基于国情的需要。《关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定》中指出，**要完善生育休假与生育保险制度，加强税收、住房等支持政策，保障女性就业合法权益**。以上海的女性顺产为例，女职工的生育假期为产假 98 天、生育假 30 天，共 128 天。女性在产假和生育假期间，由生育保险基金支付其生育津贴，企业支付其生育津贴差额（生育津贴低于其本人工资的情形）。女职工在生育休假期间，企业需要为其正常缴纳社会保险。如何“完善生育休假与生育保险制度”？是增加产假和生育假的休假天数吗？从职工来讲，表面看是好事，不用工作多休假；但是站在企业角度来看，那用工成本就更高了。针对女性的“就业歧视”可能会更严重，那就不是保障女性合法就业了，就是连就业都保障不了。“你请客，我买单”的做法显然并不合适。为鼓励生育三孩，出台差异化的生育休假政策可能更好。**比如**，“生育第三孩的女性，而是产假是 196 天，生育假 60 天，在产假期间和生育假期间，完全由生育保险基金支付生育津贴，每月领取的生育保险津贴低于上年度职工月平均工资发放，用人

单位无需补足工资差额”在产假期间和生育假期间，企业和个人均无需缴纳社会保险费。这样对企业来讲，在女职工生育期间没有增加用工成本，相当于“**劳动合同中止**”。假如生育休假天数延长，对企业而言可能带来的一个现实问题，就是当女职工恢复上班时，原有的工作岗位已经不复存在或者被他人所替代。此类情形，如果允许“**在女职生育休假结束后，用人单位可合理安排同类或近似的其他工作岗位，但劳动报酬应保持基本一致**”，而不是一定要去恢复原岗位，效果也会更佳。还有，就是**利用税收优惠政策**，例如企业当年度有女职工生育休假的，根据休假人数的多少按照一定的标准享受税费减免或退税补贴。让企业在招录用女职工时，不会明显增加用工成本，还可能有利可图。另外，**不要忽视“另一半”的存在**。以上海为例，符合法律法规规定生育的夫妻女性生育的，男方享受配偶陪产假 10



天。配偶陪产假期间的工资，按照本人正常出勤应得的工资发给。如果，把这个规定也改一下，会怎么样呢？例如：“符合法律法规规定生育的夫妻女性生育的，男方享受配偶陪产假，第一孩 10 天，第二孩 20 天，第三孩 30 天。配偶陪产假期间的工资，由生育保险基金支付，用人单位无需支付。”

不要忘了，企业也为男职工缴纳过生育保险了，只是男职工没有享受过罢了。

让生育三孩的男职工在家陪产 1 个月，画面肯定特温馨。最后，还可以考虑放大招。

《关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定》中再次指出，**要稳妥实施渐进式延迟法定退休年龄。**未来，延长法定退休年龄实在必行，女职工的退休年龄也可能要年满 65 周岁。

能否出一个鼓励政策，**比如**“生一孩的年满 65 周岁退休，生二孩的年满 55 周岁退休，生三孩的年满 50 周岁退休”。

“以前带娃太辛苦，早点退休享清福；前面不生很舒服，继续工作不孤独”。

如果这样，你怎么选择？其实，要鼓励和促进生育，保障女性就业合法权益，配套措施一定要回到不要加重企业的用工成本或负担中来，这个单最好由政府来

买。这样才不至于“上有政策、下有对策”。

理想很丰满，现实很骨感。女性都生三娃了，还有精力就业吗？都有能力生三娃，还要啥自行车？



李华平 律师

上海七方律师事务所 主任、高级合伙人
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 副主任
全国律协劳动与社会保障法专业委员会 委员
上海市总工会法律顾问团成员
华东政法大学文伯书院导师
上海律协规划与规则委员会委员
《劳动报》劳权周刊专家点评律师

业务方向： 劳动法与员工关系管理、企业合规、
企业常年法律顾问

从“史上最严”《上海市非机动车安全管理条例》 浅谈非机动车的社区治理

作者：卫夏清

2021年5月1日，被称为“史上最严”的《上海市非机动车安全管理条例》（以下简称《条例》）开始实施，《条例》对非机动车的生产、销售、登记、通行、停放、充电以及相关安全管理活动都进行了规定，本文以《条例》中与社区治理有关的内容进行解读。鉴于《条例》中规定的非机动车种类较多，而在社区治理中主要矛盾集中在电动自行车，为行文表述方便，下文以电动车代称。

一、电动车在社区治理中的矛盾由来

电动车作为一种日常交通工具，因其价格实惠，方便快捷，在生活中被广泛使用。同时，与之相关的各种问题也接踵而至。电动车非法改装、充电难、占道停车等等，尤其涉及到消防安全、用电安全的问题就更让人头疼。

5月中旬，新闻报道了一则发生在成都的电动车电梯内着火的事件，造成包括1名婴儿在内的5人不同程度烧伤。可以说，电动车“上楼”、违规充电等行为的危险性显而易见，且在“史上最严”的《条例》出台前，已经有相关法律法规进行规制，为何仍屡禁不止？

对电动车车主而言要解决两个刚需，



（监控截图：电动车在电梯内着火）

分别是充电和防盗。为了满足这两个刚需，就有了“上楼”、“飞线”、“占道”这些不合法、不规范的使用方式。在一些没有电梯的小区里，“上楼”的问题相对较少。所以如果能有一个遮风避雨，又能方便充电的场所，相信电动车的问题就解决了大半。

二、《条例》规定了疏堵结合的两条路径

通过前文的陈述，解决电动车在小区里各种乱象的症结点就可以归纳为固定充电场所和设施。针对这一点，《条例》从疏、堵两方面都做了规定。

《条例》第二十六条：“市住房城乡建设管理部门应当会同相关部门组织制定本市住宅小区非机动车集中停放场所及充电设施配套建设标准。

新建、改建、扩建住宅小区，应当按照有关标准，规划和配套建设非机动车集中停放场所及充电设施。

市和区人民政府应当加大对已建成的住宅小区非机动车集中停放场所及充电设施建设的投入，推动已建成的住宅小区新建、改建、扩建敞开式地面车棚等非机动车集中停放场所及充电设施。

鼓励国家机关、企业、事业单位、社会组织新建、改建、扩建非机动车集中停放场所及充电设施。”

这一条款对电动车的停放场所及充电设施作出了详细规定和规划安排：由职能部门制定标准，新建、改建、扩建的住宅小区按标准建设。对于已建成小区，市

区政府要加大投入推动建成。同时，鼓励国家机关、企事业单位新建、改扩建。

有了上面“疏”的规定，还要有相应“堵”的措施。现实生活中，经常看到有的小区设施完备，有着完善的停放场地和充电设施，但为了省下一些充电费用或者为了防盗，居民还是习惯把电动车推上楼，在公共楼道充电。这一行为的安全隐患毋庸置疑，也是在此次《条例》中明令禁止的。

《条例》第二十九条：“电动自行车充电时应当确保安全，不得违反用电安全要求私拉电线和插座为电动自行车充电。

禁止电动自行车在建筑物首层门厅、共用走道、楼梯间、楼道等共用部位，以及疏散通道、安全出口、消防车通道及其两侧影响通行的区域、人员密集场所的室内区域停放、充电。”

此次《条例》对各种常见的不规范、不安全的停放、充电方式都进行了严格的规制，在引导规范的同时设立了严格的处罚。《条例》对违反第二十九条第二款设立的处罚是：“违反本条例第二十九条第二款规定，电动自行车在人员密集场所室

内区域违规停放、充电的，由消防救援机构对人员密集场所责令改正，处一千元以上一万元以下罚款；情节严重的，处二万元以上五万元以下罚款。”这一处罚针对

电动车停放和充电形成的消防安全隐患，处罚力度上也比照了消防方面的法律法规，堪称“史上最严”。

三、《条例》出台对社区治理带来的思考

《条例》从疏堵结合的角度进行立法规制，对小区里出现的电动车停放和充电两大难题对症下药，反映了非机动车安全管理的紧迫性，也彰显了政府部门治理非机动车乱象的决心。但实际上电动车在小区里的问题由来已久，也并非没有相应法律法规进行规制。例如《中华人民共和国消防法》第六十条“单位违反本法规定，有下列行为之一的，责令改正，处五千元以上五万元以下罚款：……（三）占用、堵塞、封闭疏散通道、安全出口或者其他妨碍安全疏散行为的……个人有前款第二项、第三项、第四项、第五项行为之

一的，处警告或者五百元以下罚款。”对一些情形已经作出了规定，也就是说如果想在《条例》出台前解决一部分问题并非无法可依。当然，《条例》作为一部专门针对非机动车安全管理的法规在内容上更全面，解决非机动车的问题上更具有针对性。

《条例》的出台带来的另一个思考是，在小区治理过程中，涉及到公共安全、公共管理的事项仅仅依靠民事法律难以实现。通过搜索相关信息会发现，在如何妥善处理非机动车停放和充电问题上，一些小区通过业主自治的方式进行了尝试，在



法律法规的基础上形成了《小区防火公约》等管理规约，对电动车充电、停放等行为进行了约束和限制，并授权物业进行管理。但遇到不遵守的居民，物业表示没有执法权，业主个人更是无能为力，如果没有得到行政机关的支持，难以得到落实。

那是否有突破口呢？《民法典》在业主的建筑物区分所有权这一章，第二百八十六条规定：“业主或者其他行为人拒不履行相关义务的，有关当事人可以向有关行政主管部门报告或者投诉，有关行政主管部门应当依法处理。”这一条款出台时，让很多公众认为在社区治理领域的事务可以通过向行政机关申请交由行政机关处理，实现从民事行为向行政行为的转化，为民事行为提供了行政法律支撑和行政强制力，进而解决一些社区难题。但从目前的行政法律制度而言，要实现这样的转

化还存在一定困难。

当下，在社区治理中形成的绝大部分公共事务仍然需要通过政府部门牵头或主导，才能得以落实和解决。公众想要通过自治方式来实现，始终面临困难。这一现象从好的方面来说，能够让社会共性问题一次性解决，节约了社会成本。从不好的方面来说，公众想要通过自主、自治方式解决问题缺乏法律支撑和可行性，进一步降低公众自主解决问题的意愿和积极性，无论是现在的非机动车安全管理，抑或是垃圾分类、加装电梯都呈现出这样的情况。但从实现法治社会的角度和目标来看，还是应该更多地从法律角度为民事主体的自治行为提供保障，引导公众通过法律途径参与到社区的管理中，避免形成坐等“史上最严”的法律法规出台，一劳永逸解决问题的思维惯性。



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

联系方式：13636308387

论新《著作权法》“作品类型开放”条款的适用

作者：孙志勇

2021年6月1日，万众瞩目的新《著作权法》即将正式施行。本次《著作权法》修改对现行的诸多规定进行了改变，其中一项重大修改，就是将《著作权法》中的作品类型，由原来的“作品类型法定”模式改为了“作品类型开放”模式，这一调

整在整个修法过程中一度成为讨论的焦点。那在新《著作权法》正式施行后，作品类型“开放式”的规定，会对司法实践产生怎样的影响，在实践中该条款又该如何适用呢？

《著作权法》(2010)	《著作权法》(2020)
<p>第三条 本法所称的作品，包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品：</p> <p>(一) 文字作品；</p> <p>(二) 口述作品；</p> <p>(三) 音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；</p> <p>(四) 美术、建筑作品；</p> <p>(五) 摄影作品；</p> <p>(六) 电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品；</p> <p>(七) 工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；</p> <p>(八) 计算机软件；</p> <p>(九) 法律、行政法规规定的其他作品。</p>	<p>第三条 本法所称的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果，包括：</p> <p>(一) 文字作品；</p> <p>(二) 口述作品；</p> <p>(三) 音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；</p> <p>(四) 美术、建筑作品；</p> <p>(五) 摄影作品；</p> <p>(六) 视听作品；</p> <p>(七) 工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；</p> <p>(八) 计算机软件；</p> <p>(九) 符合作品特征的其他智力成果。</p>

一、新《著作权法》第三条的调整与修改

新《著作权法》第三条对作品定义和作品类型作出了重要修改，一方面，2010年《著作权法》中并没有作品的定义，新《著作权法》借鉴《著作权法实施条例》

第二条中的作品定义，并将“能以某种有形形式复制”修改为“能以一定形式表现”，正式在《著作权法》中对作品进行了定义。



另一方面，在作品类型的名称上，将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”修改为“视听作品”，避免了“摄制”这一要件对作品类型认定的影响。

二、“作品类型开放”模式的论争

现行《著作权法》第三条列举了8种作品类型，同时规定了一项兜底条款，即“法律、行政法规规定的其他作品”，然而，由于当前我国法律、行政法规并没有另行规定任何“其他作品”，这一兜底条款也就无底可兜。换言之，我国现行《著作权法》保护的作品类型仅限于第三条所列举的8种作品类型。

实践中，随着文化产业不断深入发展，一些看似新型的创作成果，比如网络游戏画面、网络直播、人工智能生成内容、音乐喷泉、短视频等等，在寻求版权保护的过程中，就其是否构成作品、构成何种类型的作品等问题，给司法裁判带来了不少难题。比如，在西湖音乐喷泉案中，北京海淀法院认为音乐喷泉的喷射效果具有独创性，但由于无法将其归入第三条所列举的8种作品类型，因而适用第三条第（九）项兜底条款的“其他作品”对其进行了保护。但是，这一认定忽略了法条中

再一方面，就是将第（九）项的兜底条款从“法律、行政法规规定的其他作品”修改为了“符合作品特征的其他智力成果”，在作品类型层面进行了从“作品类型法定”到“作品类型开放”的重大调整。

“法律、行政法规规定的”限定，明显超越了法律条文的字面含义，没有意识到适用这一条款的前提在于有法律或行政法规对该“其他作品”作出了特别规定。二审法院北京知识产权法院注意到了这一问题，对一审法院的认定予以了纠正，其通过扩张解释的方式，将音乐喷泉认定为“新型美术作品”，而不是“其他作品”予以保护。

可能正是这种在科学领域内的表达方式不断多样化，给著作权法理论与实践带来了新的挑战，促成了此次修法过程中作品类型立法模式的变化。实际上，我国一直存在作品类型究竟是封闭还是开放之争，2010年《著作权法》采用的封闭模式，在2014年国务院法制办公布的《著作权法（修订草案送审稿）》中，曾将兜底条款改为了开放性的“其他文学、艺术和科学作品”；之后，在2018年著作权法修订内部征求意见时，又恢复为之前的作品

类型法定的模式；而最终，本次《著作权法》修订确定了我国将采取“开放式”的作品类型模式。

对这一修改，有观点认为“有利于解决作品类型限定的僵化性司法困境”“有利于实现著作权法鼓励作品创作与传播的立法宗旨”。然而，也有观点认为，著作权本身是一种绝对权，本质上是对他人

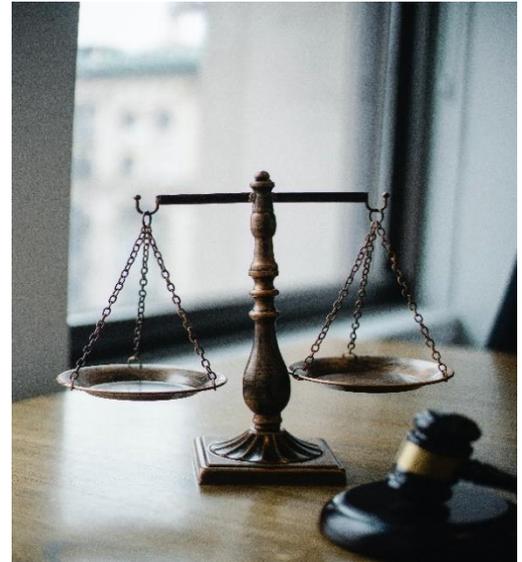
行为自由的限制，与“物权法定”一样，对著作权法相关权利的适用必须具有严格的法律依据，若法官突破相关限制而贸然使用一般条款，增加新的著作权保护客体，扩充著作权的保护范围，将可能损害著作权法的立法政策，破坏著作权法所建立起来的利益平衡机制，以及著作权法在全国范围内的统一性和确定性。

三、“作品类型开放”条款的适用

开放式的立法模式，赋予了法官在认定新作品类型方面更大的自由裁量权，在有利于保护创新的同时，也伴随着相应的风险。一方面，在没有明确法律规定的情情况下，法官需要依靠相对抽象的著作权法原理，来分析论证并最终对某些智力成果是否属于作品作出认定，不同法官对作品范围的认定会存在观点分歧，这在一定程度上增加了司法裁判不确定性的风险；另一方面，法官可以在个案中认定一种表达形式构成作品，从而为其提供著作权保护，还存在著作权保护客体无限扩张的可能；因此，对该权利的行使应当审慎，对兜底条款的适用应当明确适用规则。

首先，在认定新类型作品时，要考察其是否符合著作权法中作品的构成要件。

根据新《著作权法》第三条的规定，



作品的构成要件包括“文学、艺术和科学领域内”“具有独创性”“能以一定形式表现”“智力成果”等四个要件，缺一不可。虽然当前实践中，对每一个要件的理解都不同程度地存在差异，比如“独创性”，有观点认为体育赛事直播并未有个性化选择空间，不应纳入作品范围，但实践中多个法院将其作为作品进行保护。再比如“智力成果”，有观点认为作品必须



是人类基于主观能动性而创作的智力成果或表达，但有法院判决认可人工智能生成内容可以构成作品。然而，理解的不同可以通过理论研究和司法实践来不断统一，而在认定新类型作品时，还应当从作品的四个构成要件入手，分析论证新的表达形式是否符合作品的构成要件。

其次，在认定新类型作品时，要明确该智力成果不属于著作权法已明确列举的作品类型，只有在此前提下，该兜底条款才有适用的空间。

除了对新修订的“视听作品”尚没有明确定义之外，我国《著作权法实施条例》第四条对其他已列举的7种作品作了明确的界定，总体而言每类作品的概念是清晰和明确的，在认定新类型作品时，需要准确理解现有法律明确规定的作品类型的准确含义。只有法律明确列举的作品类型概念明晰，而新类型作品的确不属于任何一种类别的情况下，才能考虑适用兜底条款。

当然，现实状况的丰富性以及表达形式的多样性，使得在法律适用上对部分类型作品的概念还存在争议，需要进一步统一。仍以音乐喷泉案为例，二审法院通过扩张解释认定音乐喷泉构成“新型美术作

品”，就引发了巨大的争议。因此，在认定作品类型时，有两个方面值得注意：

1. 不能仅仅根据作品的表现形式，以直观感受来判断该作品与哪类作品相似，或者构成哪类作品，而应当从作品类型的概念进行分析。从直观感受来讲，音乐喷泉的确具有美感，但将其解释为美术作品，还是超出了人们的普遍认知；另外，也有观点认为在新《著作权法》施行后，可将音乐喷泉归入视听作品范围内，然而，在著作权法理论中，视听作品是由一系列“画面”组成的，这里的“画面”通常理解为影像，因此，将音乐喷泉认定为视听作品，可能是把音乐喷泉的景象望文生义地当做了视听作品中的画面。

2. 要从著作权法体系化的角度，就该作品类型的认定是否与其配套规则相匹配作出考量。有些专有权利以及对专有权利的例外只针对特定类型作品，比如展览权只针对美术作品和摄影作品，出租权只针对视听作品和计算机软件。就美术作品而言，我国著作权规定了美术作品作者公开陈列美术作品原件或复制件的展览权，以及展览权例外，也就是说，美术作品原件所有权的转移，不视为作品著作权的转移，但美术作品原件的展览权由原件所有



人享有。从体系解释的角度，可以看到美术作品必须是在被固定的物质载体上，否则不会有原件和复制件的概念，而且，将音乐喷泉划定为美术作品，其必将适用展览权例外等相关规则，但音乐喷泉的特质决定了其无法适用这些美术作品的配套规则，因此这一认定存在需进一步讨论的空间。

再次，在认定新类型作品时，要从经济、法律和社会发展等多方面对“其他作品”进行保护的正当性进行充分论证，审慎适用。

一方面，对新类型作品的认定，世界各国都是持非常谨慎态度的，因此我国在认定时，要充分考虑将其作为“其他作品”进行保护的必要性，分析判断这样的认定是否有利于行业发展，是否符合著作权法的价值目标，是否符合社会公共利益，切不能为了“创新”而认定。王迁教授多次对“作品类型开放”模式表达担忧，强调要“避免《著作权法》像一匹脱缰的野马，任性地闯入其他法律的专属领地甚至是公有领域”。

另一方面，在认定时还要考虑对这一表达形式是否可以从其他法律制度中提供保护或救济手段。著作权法必须有其限

度，并非所有的智力成果都能获得著作权保护，法院打击侵权、保护创新的良好愿望值得肯定，但是，在分析论证新类型作品时，还应当考虑是否有其他途径，包括《反不正当竞争法》等法律规则来提供保护的可能性。

最后，在认定新类型作品时，要规范认定程序，建议参考有关商事规范中的相关规定，需层报至高级人民法院审核，必要时应报请最高人民法院审核。

著作权作为绝对权，本质是对他人行为自由的限制，司法应当对认定新类型作品采取谨慎态度，如果任由全国每一名法官在个案中均享有认定一种“对他人行为自由进行限制”的权利，将会降低广大民众行为规则的可预期性，因此需要在相关配套法律制度及司法实践中限制和规范该条款的适用，既要为新作品的产生和保护预留适度的空间，也要保持司法的谦抑性和可预期性。

在我国商事裁判中，为了最大限度地避免对交易安全 and 市场秩序造成冲击，对必须适用情势变更原则进行裁判的个案，最高人民法院要求各级法院正确理解、慎重适用，如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用的，应当层报至高级人民法



院审核，必要时应报请最高人民法院审核。鉴于认定新类型作品的重要影响，建议可以参照该规定，对在个案中需要认定新类型作品的，层报至高级人民法院审

核，必要时应报请最高人民法院审核，以维护著作权法在我国范围内的统一性和确定性。



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

分装转售行为侵犯商标权的认定标准——

评不二家食品有限公司与钱某、淘宝公司商标侵权案

作者：张茜

摘要：《商标法》第57条规定的“其他损害”兜底性条款的司法适用。

在激烈的市场竞争中，各种营销手段花样翻新，将正品重新包装贴附相关标识再行出售是很常见的情形，近几年发生的“不二家与钱某商标侵权案”就是其中典

型的例子。对该行为如何定性，是否构成商标侵权也是目前争议较大的问题。本文就以该案为例，对商品分装转售的行为进行法律分析。

一、案情简介

原告不二家（杭州）食品有限公司是在中国范围内唯一一家获得权利人商标许可的被许可人，一直将上述涉案商标在其生产的糖果、饼干等商品上使用，上述涉案商标经过原告长期地经营、使用以及投入大量人力财力进行宣传，已经具有一定知名度和影响力。被告钱海良系淘宝网网上的个人网店店家，其经营的店铺掌柜名为：yyy 喜铺。钱海良未经权利人许可，在其经营的淘宝网网上销售擅自使用了与原告相同及近似商标的糖果，该行为侵犯了日本株式会社不二家及原告享有的相关商标专用权，严重损害了日本株式会社不二家及原告的市场利益。钱海良通过淘宝网销售侵权产品。淘宝公司作为淘宝网的经营管理者，为钱海良的侵权行为提供了便利条件，造成网络上侵权产品泛

滥，给原告造成了不可估量的损失。原告认为，综合考虑原告涉案商标的知名度、侵权假冒产品给原告造成的损失、淘宝公司在食品安全方面未采取足够注意义务、淘宝公司对侵权行为的帮助等因素，淘宝公司应对钱海良的侵权行为承担连带责任。



为此，原告诉至法院，法院判决被告钱海良于本判决生效之日起十日内赔偿

原告不二家（杭州）食品有限公司经济损失（含合理费用）30000元。

二、法院判决

浙江省杭州市余杭区人民法院经审理认为：商标具有识别商品来源的基本功能，也具有品质保障、信誉承载等衍生功能。商标的功能是商标赖以存在的基础，对于商标的侵权足以达到损害其功能的程度的，不论是否具有市场混淆的后果，均可以直接认定构成商标侵权行为。本案中，虽然钱某某分装、销售的三种规格的涉案产品中的糖果本身系来源于不二家公司，且其使用的三种规格的外包装上也附着了与涉案商标相同或相近似的标识，从相关公众的角度来看，并未产生商品来源混淆的直接后果，但是商品的外包装除

了发挥保护与盛载商品的基本功能外，还发挥着美化商品、宣传商品、提升商品价值等重要功能，而钱某某未经不二家公司许可擅自将不二家公司的商品分装到不同包装盒，且该些包装盒与不二家公司对包装盒的要求有明显差异，因此，钱某某的分装行为不仅不能达到美化商品、提升商品价值的作用，反而会降低相关公众对涉案商标所指向的商品信誉，从而损害涉案商标的信誉承载功能，属于《中华人民共和国商标法》第五十七条第（七）项之规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为”，构成商标侵权。

三、案例评析

本案的判决依据是《中华人民共和国商标法》第五十七条第（七）项之规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为”，核心问题在于商标的功能与侵权行为之间的联系。商标具有识别功能、品质保证功能、广告宣传三大功能。品质保证功能，亦称质量保障或担保功能，是指以同一商标所表彰的商品或服务具有相同的品质。品质保证功能并不要求相关商标所表征的商品或服务具有多高的质量，而是要求标有同种商标的商品或

服务所代表的质量具有一致性。换言之，某一商标代表特定商品或服务具有相同的质量，而不关心质量如何。品质保证功能的有效发挥有助于商标权人在市场竞争中积累商誉，促进商品销售，吸引消费者。

在商品如此众多的市场经济条件下，消费者基本上都是通过认牌购物的方式购买自己所需的产品。在这种情况下，商品的质量及商誉就显得极为重要。消费者在购买特定一个品牌的商品或服务时，实



际上就是将该商品或服务的内容及商标同一种特定的质量与商誉建立了一定的联系，那么这种特定的质量与商誉就是生产经营者在商品或服务在营销各个环节当中积累下来的，品质保证功能就是特定质量与商誉的内在动因，也是消费者购买该商品或服务的心理动因。品质保证功能贯穿于商品的制造、商品的包装、商品或服务的宣传等一系列的环节当中，正是商标具有品质保证功能，才使得消费者在购买该商品或服务的时候内心有了特定质量与商誉的确信。

本案中，不二家的商品的品质保证功能就体现在消费者内心对其不二家糖果的商标及商品和不二家糖果特有的质量



与商誉建立了一定的联系。不二家长期的经营与商品的包装使得不二家商标本身就代表着高质量与高商誉。虽然钱某某分装、销售的三种规格的涉案产品中的糖果

本身来源于不二家公司，且其外包装上也附着了与涉案商标相同或相近似的标识，。但是从商品的外包装的功能来看，商品的外包装改变也会使得消费者对商品质量与商誉的认知产生影响。商品的包装的功能主要有两方面：一是自然功能，即对商品起保护作用；另一是社会功能，即对商品起媒介作用，也就是把商品介绍给消费者，把消费者吸引过来，从而达到扩大销售占领市场的目的。这两种功能相辅相成。自然功能保护商品处于完好状态，为社会功能的实现提供可能；社会功能把商品尽快地推向消费者手中，使自然功能的实现成为有效。而对于一种商品来说，包装的自然功能和社会功能如何，直接影响到该商品在市场中的竞争力。如果商品包装整洁大气，消费者从心里会觉得该商品本身质量还不错；如果包装粗糙随意，消费者也不会认为商品的质量很高。就本案来说，钱某用质量低劣的铁盒对不二家的糖果进行包装，当消费者购物的时候，首先会产生疑问：为什么这次的包装这么粗糙？会不会不二家的商品质量也下降了？从而会引发对不二家商品的质量及商誉的怀疑，即对商品质量与商誉的认知产生消极影响。

商标侵权行为众多，且随着社会发展会出现越来越多的新型侵权行为，故立法

者无法在《商标法》中穷尽所有侵权行为。在没有具体条款约束的情况下，本案中审理法官即从《商标法》第57条规定的“其他损害”兜底性条款入手，认定被告分包

装的行为构成商标侵权。这种认定商标侵权的方法对于保护商标的品质保证功能、保障商标权人合法利益具有很大的价值。

结语

商标具有识别商品来源的基本功能，也具有质量保障、信誉承载等衍生功能。商标的功能是商标赖以存在的基础，对于商标的侵权足以达到损害其功能的程度的，不论是否具有市场混淆的后果，均可以直接认定构成商标侵权行为。



张茜

上海七方律师事务所 律师

七方企业合规法律服务部 律师

业务领域：知识产权、合同法、

公司法

联系方式：15000526775

建设工程施工合同无效奖励性条款是否必然无效？

作者：赵发航

建设工程施工合同在司法实践中被认定无效并不罕见，民法典第一百五十三条是大多数建设工程施工合同被认定无效的主要依据，导致合同无效的情况可以从承包人和发包人的角度来归类。于承包人方而言，其违反资质管理规定、违法分包转包的行为可能会影响合同效力；未办理建设用地规划许可证、支解发包、违反工程质量强制性规定等可归责事由主要是发包方的责任。在招投标相关领域中，承包人与发包人都可能因违反法律法规的效力性强制性规定而导致合同无效。

《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）》第六条保留了原《建设工程司法解释（二）》的规定：建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、

建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。

今天主要探讨的奖励性条款在实践中大多表现为获得高级别建筑类奖项、保证施工质量、或者工期方面具体约定等，那么建筑工程施工合同被认定无效的情况下，此类条款的效力如何呢？实务中存在着不同的理解：

第一种观点认为在合同整体被认定无效的情况下，此类工程奖励费作为奖励承包人附条件的特殊条款，有时也可以看作反向的违约金条款，此类条款不能直接适用，无效的合同自始无效，当事人只能要求造成建设工程合同无效的一方承担缔约过失责任或赔偿责任。

在（2019）最高法民终750号中：最高院认为，双方在招标前就案涉工程进行

实质性谈判的行为，违反了法律的强制性规定，该中标无效，中天公司与美亚公司签订的“9·19 合同”以及“11·28 合同”因此均应认定为无效合同。合同中的违约金条款不属于《中华人民共和国合同法》第九十八条（民法典第五百六十七条）规定的结算条款，亦应无效，中天公司依据该合同主张美亚公司给付违约金，不应支持。因案涉施工合同无效，合同约定的奖励条款亦无效，中天公司依据合同要求美亚公司支付 30 万元提前竣工验收奖励款的主张不能成立。质保金条款亦无效，合同中关于质保金扣留比例及返还时间的约定，对合同当事人不具有法律约束力。

在(2019)最高法民终 1459 号中：长沙市政公司关于违约金、赔偿金、逾期付款利息以及省级优质工程奖励等请求是否应予支持的问题。因案涉合同属无效合同，而当事人关于逾期付款违约金、优质工程奖励款的约定不属有关解决争议方法的条款，故亦属无效；因此，一审法院没有支持长沙市政公司关于新城公司、醴

陵市政府支付逾期违约金、优质工程奖励款的请求，事实根据和法律依据充分，本院予以支持。

第二种观点认为施工合同无效但其中的奖励性条款并不当然无效。工程造价是承包人得以向发包人主张的主要款项，但不是唯一款项。工程奖励款的目的是为了希望承包方更好更快的完成项目，故而承包方会投入更多的人力物力，理应得到支持，并不受合同无效的影响。

在(2018)最高法民终 843 号中：关于百洋公司应否向吉力公司支付 190 万奖励款及鉴定费的分担问题。百洋公司上诉称一审已经认定双方之间签订的《合同》《栋号施工承包合同》无效，合同中约定的奖励性条款亦应当无效，其不应再向吉力公司支付奖励款 190 万。本院认为，奖励条款的约定实际是以奖励的形式增加工程费用，合同中关于奖励款的约定系百洋公司与吉力公司达成的合意，为了鼓励施工方安全、文明施工，确保施工质量，应遵循诚实信用原则，在吉力公司实际已经符

合奖励条件的情况下，百洋公司应参照合同约定向吉力公司支付奖励款。关于鉴定费用的分担，鉴定费用作为诉讼费用的一部分，一审法院根据本案具体情况决定各方当事人各自负担的诉讼费用数额，并不违反法律规定，本院予以支持。

在（2019）最高法民终 1779 号中：关于黄山杯奖金。一审法院（2019）皖民终 104 号民事判决认定凤阳县教育体育局应向江苏一建支付黄山杯奖金 7628842 元。因涉案《工程内部承包合同书》在黄山杯奖金发放问题上约定“与江苏一建和业主承包合同要求一致”，故江苏一建主张根据该约定，其应以该份判决确定的数额为基数向孙炎、鞠建军支付黄山杯奖金。但江苏一建与凤阳县教育体育局之间签订的《工程施工承包合同》在黄山杯奖金问题上不仅约定凤阳县教育体育局要按照工程总造价的 2% 金额作为江苏一建的优质质量奖，还约定江苏一建承诺将奖金除去必要的创优费用后返还给凤阳中学。该份《工程施工承包合同》的签订日期早于

涉案《工程内部承包合同书》，江苏一建明知自己在《工程施工承包合同》中已作出将扣除创优费用后的奖金返还凤阳中学的承诺，又在随后签订的《工程内部承包合同书》中约定将对孙炎给予造价的 2% 作为奖励。这表明两份合同关于黄山杯奖金的约定并不相同，孙炎、鞠建军有权按照《工程内部承包合同书》中的约定主张该部分费用，该请求并不受《工程施工承包合同》相关条款及履行情况的影响。

两种观点均有相应的判例支持，笔者更倾向于认定奖励性条款有效的观点，此类奖励性条款应为附条件的结算性条款。

在合同无效制度中，具备特定条件时某些具有相对独立性的条款无效或合同在量上的违法并不必然引起整个合同的无效，这就是所谓的合同无效问题。罗马法中“有效部分不因无效部分而受影响”的精神也在民法典 156 条中体现，核心问题在于有效部分需有意思且仍然能够符合合同的目的。鼓励交易是民法典合同编的目的，尊重双方当事人意思自治是合同

编的基本原则，实践中处理合同无效相关法律问题时应兼顾目的与原则，尽量缩小无效合同的范围，减少干预，最大化保障当事人的自由意思。发包方希望承包方能保质保量的完成工程，获得奖项认可，更快地投入使用，承包方为了满足发包方的要求以及获取奖励会在整个工程项目投入更多，双方处于各自的意愿达成的奖励性条款既有利于工程质量的提升，也体现民法典中的公平原则与诚实信用原则。在此也希望承包人与发包人在合同签订时明确奖励条款的地位、细化双方的权利义务，使其在条件成就时尽量减少争议。承包人保质保量完成工程项目，达到事先约定的奖励条件获得奖励款也符合朴素的价值判断和利益衡平观念，在社会实践中能提高承包方的积极性，对其高质量完成工程予以认可，提高行业整体标准，促进社会和谐。



赵发航

上海七方律师事务所 律师助理

七方建设工程与房地产法律服务部

律师助理

业务领域：合同法、建设工程、房地产

联系方式：15000381863



医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：朱好婕、张茜、吕新雅、陈江松、赵发航

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