SEVEN DIMENSION
LAW FIRM
七方律师事务所

七方法研

2021年第4期
共10期

目录
CONTENTS

01 解读民法典

滑雪被撞伤，能向滑雪场索赔吗？----------01

02 民商纵横

把钱错汇进被冻结账户，还能要回来吗？----------06
债务人恶意转移财产，债权人该怎么办？----------12
“建工司法解释”第四十三条第二款，发包人是否欠付工程款之举证责任分析----------19
案外人执行异议被驳回后，能否另行提起确权之诉？----------26
大数据时代——您的“面子”，法律来守护----------29
二手车交易中如何认定适用惩罚性赔偿？----------37

03 家长里短

公房动迁时户口不在房中就一分钱也拿不到么？----------45
痛心！稚子何辜？——从重庆幼童坠亡案谈离婚子女抚养权----------51
没有签字盖章的合同也能成立？征收人要特别注意----------56

04 罪与罚

“青眼白龙”游戏卡拍到88700万？扰乱司法拍卖该当何罪？----------61
生产、销售减肥类产品中涉及的刑事风险----------68
致企业家：企业融资的刑事风险提醒及防范——以团队办理的诈骗案件为例----------75

目录
CONTENTS

05 公司治理

打响公司控制权“争夺战”——证照返还纠纷的法律逻辑----------82
公司解散条件“经营管理发生严重困难”----------89

06 财税金融

血汗钱，哪能有投无回？----------97
上市公司隐瞒重大利好，要不要赔偿投资者的损失？----------104

07 聚焦劳动法

未约定竞业限制期限是否需履行竞业限制义务？----------113
强化平台用工主体责任，保障新就业群体劳动权益----------118
上海市2020年度城镇就业人员平均工资调整解读----------123

08 知产知否

欧洲杯闭幕，比赛直播节目有没有“独创性”？----------127

滑雪被撞伤，能向滑雪场索赔吗?

作者：七方民商法团队

金某在某旅游公司经营的滑雪场内滑雪时追尾撞上朱某，致自身受伤，住院 16 日，出院后经鉴定构成十级伤残。金某遂将旅游公司和朱某诉至法院，要求二被告赔偿各项损失 20 余万元。

这是一个真实的案例（下称“本案”，参见吉林省长春林区中级法院（2021）吉 76 民终 20 号民事判决书）。金某的主张能否得到法院支持呢？旅游公司应不应该赔偿呢？这涉及到经营者的安全保障义务问题，结合本案，本文对此略作介绍。

一、安全保障义务的法律规定

《民法典》第一千一百七十六条：“自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受害人不得请求其他参加者承担侵权责任；但是，其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。

活动组织者的责任适用本法第一千一百九十八条至第一千二百零一条的规定。”

《民法典》第一千一百九十八条第一款：“宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经

营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。”

二、安全保障义务的定义

根据民法典的上述规定，安全保障义务是指宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者所负有的在合理限度内保护他人人身和财产安全的义务。

1、**义务人：**宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者是安全保障义务的义务人；

2、**保护对象：**安全保障义务的保护对象为“他人”，可能是顾客、参与活动的人、进入该场所的人。哪些人属于保护对象应根据具体情况判断；

3、**内容：**安全保障义务包括，人身安全保障义务和财产安全保障义务；防止他人遭受义务人侵害的安全保障义务和防止他人遭受第三人侵害的安全保障义务。

三、安全保障义务的判断标准

安全保障义务的具体内容可能基于法律的明确规定，也可能基于合同义务，还可能基于诚实信用原则而产生。安全保障义务人的范围很广，不同义务人所负的安全保障义务是不同的。

实践中，应根据法律法规的规定，参考该安全保障义务人所在行业的普遍情况（如国家标准、行业标准）、所在地区的具体条件（如地方标准）、所组织活动的规模等因素，从义务人的保安能力以及发生侵权行为前后所采取的防范、制止侵权行为的状况等方面，根据实际情况综合判断义务人是否履行了安全保障义务。

本案中，一审人民法院根据中华人民共和国国家质量监督检验检疫总局和中国国家标准化管理委员会发布的《体育场所开发条件与技术要求 第 6 部分：滑雪场所》（GB19079.6-2013）和《中国滑雪运动安全规范》确定旅游公司的安全保障义务的标准。

《体育场所开发条件与技术要求 第 6 部分：滑雪场所》规定：滑雪场应有不少于 5 名的滑雪技术指导人员，并在醒目位置公示滑雪技术指导人员名录及照片。《中国滑雪运动安全规范》第一条第三款：“《中国滑雪运动安全规范》适用于

各种滑雪场所，适用于滑雪场所经营的各滑雪项目与雪上娱乐项目”。第二条第三款：“滑雪场管理者，应该在滑雪场入口或醒目的地方，设置语言简练的提示板，内容范围如下：1.提示滑雪者，滑雪有危险，请他们认真考虑、谨慎行动的内容”、第四条第一款第（二）项：“教练员在指导滑雪者练习时，要帮助其根据自己的技能水平正确选择雪道和滑行方式”。

一审法院认为，旅游公司未按行业标准及规范公示教练员名录及照片，未在雪道入口或醒目位置设置危险提示板，没有尽到安全保障义务，应承担侵权责任。

一审法院认为，金某自甘冒险，承担80%责任，朱某无故意和重大过失，不负民事责任；旅游公司未尽安全保障义务，承担20%责任，赔偿金某20%即40,183.13元。

四、安全保障义务的举证责任

据民诉法第六十四条第一款之规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。民诉法解释进一步明确：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明；主张权利受到妨害的当事人，应当对权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。

未尽安全保障义务的侵权责任，属于过错责任。受害人主张体育场馆承担此种侵权责任，应举证证明违法行为、损害后果、因果关系、过错。义务人反驳的，应证明其履行了安全保障义务。

本案中，一审法院查明：滑雪场未在醒目位置公示滑雪技术指导人员名录及照片，未在雪道入口或醒目位置设置危险提示板。

为证明自身已尽安全保障义务，旅游公司在二审中提交了一份国家体育总局发布的《经营高危险性体育项目许可管理办法》，试图与其在一审提交的高危险性体育项目经营许可证共同证实，旅游公司达到了安全保障制度和措施标准要求，配备了符合要求的指导人员和救助人员。

二审法院认为，此组证据能证明，旅游公司在申办许可证时其滑雪场专业人员配备、安全保障制度和措施符合该管理办法的规定，但不能证明在事故发生时，滑雪场在醒目位置公示滑雪技术指导人员名录及照片，在雪道入口或醒目位置设置危险提示板的事实。

二审法院认为，参照国家体育总局发布的《中国滑雪场所管理规范》附件3《中国滑雪运动安全规范》第二部分滑雪场所管理的安全规范第3条、第7条、第14条，关于对滑雪者的提示、设置标识、正常滑雪秩序的维护的相关规定，旅游公司提供的证据不足以证明，其已做到尽量避免初学者进入中级以上雪道的提示和措施；如初学者进入中级以上雪道，应聘请滑雪教练进行技术安全指导的提示；发现初学者对他人干扰，有充足的在场巡逻员及时劝离及事发当时该场地有技术指导人员、巡逻员值守的安全保障义务，故旅游公司应承担相应的侵权责任。故二审法院驳回某旅游公司的上诉，维持原判。

五、几点建议

笔者认为，民法典已经规定了体育活动自担风险的原则，但体育场馆的经营者如果存在过错，未尽到安全保障义务，仍然存在承担赔偿责任的可能。为了防范未尽安全保障义务引起的索赔，应注意以下几点：

（一）、各体育项目若需要审批、核准、备案，应获得相关行政许可或进行备案；

（二）、严格按国家法律法规、国家标准、行业标准、地区标准办；包括体育场馆管理的相关标准规范，各细分体育项目的相关标准及规范；

（三）、体育设施有合格证，并符合国家标准、行业标准、保障人身安全的标准；

（四）、场馆建筑、设施设计布置合理，不存在安全隐患；

（五）、在入口处及其他场地醒目位置设置安全警示标牌；

（六）、做好应急预案，准备好相应的应急救治设备；

（七）、做好人员救护培训，安排保安、巡视人员，发现危险、紧急情况，及时施救；

（八）、加强对陌生人员及非顾客、非会员的管理,防止第三人侵权(如盗窃、抢夺、抢劫、行凶等）引起的赔偿责任。

对于文体爱好者来说，应该选择有资质、口碑好的体育场馆进行体育活动。同时应量力而行，不要从事那些自己不熟悉、危险性高的体育活动，以免发生不测。

李伟锋

上海七方律师事务所　高级合伙人
七方民商事和保险法律服务部 主任
上海市律师协会民事业务研究委员会 委员
最高人民检察院民事行政案件咨询专家库成员
上海市消费者权益保护委员会公益律师团成员

业务领域：民商事、金融、证券
联系方式：18917905291

陈江松

上海七方律师事务所　律师助理
民商事与保险法律服务部研究员

业务领域：合同法、证券法
联系方式：13045642139

把钱错汇进被冻结账户，还能要回来吗?

作者：七方民商法团队

上周，笔者的朋友老刘急冲冲地打来电话说：自己误将本应汇给甲公司的10万元货款打进了乙公司的账户，乙公司承认收到此笔货款，但该公司银行账户早已被法院冻结，无法退还。老刘问：现在该怎么办，这笔钱还能索回吗？

此种案件，笔者曾进行过研究。实务中一般有两种操作思路，一是提起不当得利之诉，或基于不当得利返还请求权提起执行异议（之诉）；二是基于物权请求权提起执行异议（之诉）。现结合相关判例略作介绍。

一、基于不当得利请求权主张返还

（一）提起不当得利之诉

此种观点认为，乙公司没有法律依据，取得老刘汇入的十万元货款，属于不当得利，应依据民法典第九百八十五条之规定返还取得的利益。据此，老刘可以提起不当得利之诉，要求乙公司返还该十万元。

（2017）最高法民申 2088 号民事裁定书支持了该种观点，该裁定书认为：“货币作为特殊动产，属于种类物，具有高度可替代性，交付后不能发生返还请求权，仅能基于债权关系提出相应的请求。由于货币的特殊性，本案中，诉争款项打入河北大无缝公司后，华新公司主张对河北大无缝公司银行账户内的 722817.38 元享有足以排除强制执行的权利，缺乏法律依据，本院不予支持。如果华新公司认为河北大无缝公司取得诉争款项缺乏依据，可以依法向河北大无缝公司主张不当得利返还。”

不过，即使老刘提起不当得利之诉并胜诉，他对于被冻结账户内的十万元并没有优先受偿权，只能排队等待执行（据《最高人民法院关于人民法院执行工作的若干规定》第 55 条第 1 款）。当乙公司资产状况不佳、偿债能力不足，没有其他财产可供执行时，老刘拿到的胜诉判决很可能不能执行到位，沦为一纸空文。

（二）基于不当得利请求权提起执行异议（之诉）

对于乙公司账户内被冻结的十万元货款，老刘亦可根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条之规定提出执行异议。若执行异议被裁定驳回的，老刘可提起执行异议之诉。

值得注意的是，不当得利请求权乃是一种普通债权，不属于《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第三百

一十一、三百一十二、第四百六十五条的“足以排除强制执行的民事权益”，也不属于《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>执行程序若干问题的解释》第十四条规定的“所有权或者有其他足以阻止执行标的转让、交付的实体权利”。比如，(2018)最高法民申1742号民事裁定书认为，“案外人据以提出执行异议主张的实体权利应为物权及特殊情况下的债权，而本案华海公司享有的不当得利请求权属普通债权，不属于足以阻却执行的特殊债权。故，对于华海公司提出的再审申请，……依法不予支持。”

所以，如果老刘以对该十万元货款享有不当得利请求权作为理由提出执行异议，大概率会被裁定驳回；提起执行异议之诉，也不会得到法院支持。

二、基于物权提起执行异议

这方面的经典案例是刘玉荣与河南省金博土地开发有限公司案外人执行异议之诉再审案（参阅(2017)最高法民申322号民事裁定书）。由于该案裁判文书刊登于最高人民法院公报，成为众多异议人提起执行异议之诉时援引的依据。本案中，最高法支持了金博公司的执行异议主张。最高法认为：

（1）由于金博公司向元恒公司划款4244670.06元系误转所致，金博公司对于划款行为不具有真实的意思表示，元恒公司亦缺乏接受款项的意思表示，故该划款行为不属于能够设立、变更、终止民事权利和民事义务的民事法律行为，而仅属于可变更或撤销的民事行为——即该误转款项的行为未能产生转移款项实体权益的法律效果，该款项的实体权益仍属金博公司所有，而不属于元恒公司。

（2）虽然货币属特殊种类物，在一般情况下适用“占有即所有”原则，但本案中金博公司向元

恒公司误转4244670.06元，系通过银行账户转账实现，并非以交付作为“物”的货币实现，元恒公司事实上并未从金博公司处获得与案涉4244670.06元相等价的货币；且如前所述，案涉款项因被榆林中院冻结账户并直接扣划至执行账户，元恒公司并未实际占有、控制或支配上述款项。因而，本案中并不存在刘玉荣所主张的作为“特殊种类物”的货币，且元恒公司亦并未占有案涉款项，故不具备适用“货币占有即所有原则”的基础条件，二审法院未适用该原则处理本案并无不当。

（3）案外人执行异议之诉旨在保护案外人合法的实体权利，在已经查明案涉款项的实体权益属案外人金博公司的情况下，直接判决停止对案涉款项的执行以保护案外人的合法权益，该处理方式符合案外人执行异议之诉的立法目的，也有利于节省司法资源和当事人的诉讼成本；如仍要求案外人再通过另一个不当得利之诉寻求救济，除了增加当事人诉讼成本、浪费司法资源之外，并不能产生更为良好的法律效果和社会效果，亦不符合案外人执行异议之诉的立法初衷。

此外，最高人民法院(2015)民提字第189号民事判决书、湖北省高级人民法院(2018)鄂民终1322号民事裁定书等也持此种观点。

参考上述案例，老刘可以基于对该十万元货款的所有权提出执行异议（之诉）。

三、证明“错汇”是要点

如果老刘基于物权提起执行异议之诉，最需要注意的是要提供证据证明自己确实是错误汇款。

在上述刘玉荣与河南省金博土地开发有限公司案外人执行异议之诉再审案中，最高院认为“本

案中案涉款项的归属，取决于金博公司向元恒公司划款的行为是否确系误划。”金博公司提供证据对双方交易关系进行了详细说明，获得了陕西省高院和最高院的认可。最高院认为：“二审判决在对以上金博公司与元恒公司之间经济往来查明的基础上，确认金博公司转入元恒公司账户的4369651.29元，在扣除应支付的尚欠工程款124981.23元后，其余4244670.06元系误转，事实清楚，证据充分，并无不当。”

如果不能证明，则不能排除执行。比如，在大庆市阳鑫石油机械设备制造有限公司（以下简称阳鑫公司）因与被上诉人中冶南方都市环保工程技术股份有限公司（以下简称南方公司）、原审第三人唐山新兴隆钢铁有限公司（以下简称兴隆公司）案外人执行异议之诉一案中，当事人虽然也援引了上述(2017)最高法民申322号民事裁定书作为理由，但河北省高院认为阳鑫公司不能证明相关款项系误汇，未支持该公司的诉讼请求。该院（2019）冀民终1087号民事判决书认为：（一）、虽然阳鑫公司提供了银行业务回单、工矿产品购销合同、工业品买卖合同、增值税专用发票等证据以支持其主张，但上述证据不足以证明阳鑫公司与兴隆公司之间不存在其他任何合同关系从而不需要阳鑫公司向兴隆公司支付80万元款项的主张，不足以排除阳鑫公司与兴隆公司之间存在其他经济往来的可能性，也不足以证明涉案款项为阳鑫公司应向宏兴公司支付的款项而不是应向兴隆公司支付的款项的主张。（二）、“唐山新兴隆钢铁有限公司”与“秦皇岛宏兴钢铁有限公

司”两者名称存在很大差别，虽均系河北省钢铁企业并都带有“兴”字，但“唐山新兴隆”和“秦皇岛宏兴”两者区别明显；兴隆公司银行交易账号为“50×××99”，宏兴公司银行交易账号为“50×××71”，两者区别明显；且在银行转账时，需要审核确认收款人名称、账户、用途等。故，阳鑫公司所称涉案款项系其工作人员错误汇转的主张不合常理，说服力不足，不足以达到内心确信。

参考上述案例，老刘可以从与甲、乙公司的业务往来情况及甲、乙公司名称雷同等方面证明自己并无转移争议款项所有权的意思。

四、几点提醒

1. 汇款要谨慎。错误汇款极有可能有去无回，即使通过执行异议之诉排除执行、索回款项，也耗时耗力，成本高昂。

2. 诉讼要谨慎。在发生错汇误付的情况下，若资金原权利人基于不当得利制度请求占有人返还不当得利，即使胜诉，执行也有风险。

3. 举证要积极。提起执行异议之诉时，资金原权利人应积极证明自身系“错汇”，以最大程度避免法官对于货币占有即所有原则的适用。

值得注意的是，在《最高人民法院关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释（一）》（向社会公开征求意见稿）第十五条明确规定：“人民法院对被执行人账户中的资金实施强制执行，案外人以该账户中的资金系其误汇，其系资金的实际所有权人等为由，提起执行异议之诉，请求排除强制执行的，人民法院不予支持，案外人可依据误汇款项等事实依法另行主张权利。”若该司法解释照此颁布实施，错误汇款人想打执行异议官司可就难了。

债务人恶意转移财产，债权人该怎么办?

作者：张春球

现实生活中，债务人恶意转移财产的行为屡见不鲜，碰到这种情况，作为债权人该如何应对呢？最有效的办法，就是债权人可以请求人民法院撤销债务人恶意转移财产的行为，也就是《民法典》中的“债权人撤销权”制度。

当债务人的责任财产不足以清偿债权时，如果债务人随意处分财产，可能严重损害债权人的利益，依照《民法典》的规定，在法定条件下，债权人可以撤销债务人处分财产的行为，这就是“债权人撤销权”制度。相比《合同法》及其司法解释，《民法典》对于债权人撤销权制度的规定逻辑层次更为清

晰、完善。本文将结合《民法典》及相关案例就撤销权的性质和特点、成立要件及行使法则等三个方面作一个详细解析。

一、撤销权的性质特点

撤销权又称撤销诉权，它必须通过诉讼来实现。由于债权人请求法院撤销的是债务人和他人之间的行为，债权人行使撤销权时会涉及第三人，因此，债权人的撤销权作为债的效力的延展，有以下性质和特点：

1．撤销对象为当债务人放弃对第三人的债权、实施无偿或低价处分财产而有害于债权人债权的行为。

2．撤销权是附属于债权并专属于债权人的一项权利，撤销权不能单独存在，债权的有效存在是撤销权行使的前提，撤销权随债权消灭而消灭、随债权转移而转移。

3．撤销权既是形成权也是请求权，撤销权追求的结果是使债务人与第三人之间的行为归于无效，债务人在该财产上的地位得以恢复，故其具有形成权的性质；同时，行使撤销权时，债权人以债务人和第三人为共同被告，其请求权还具有返还利益的追求，故其也有请求权的性质。

二、撤销权的成立要件

1．债务人在实施行为时具有主观恶意，债务人明知其财产不足以清偿全部债务而处分财产或权利，即可推定其具有恶意；而第三人无须具有危害债权人的恶意，只要求其在实施行为时知道债务人的行为将有害于债权即可。

2．债务人须有放弃到期债权、无偿转让债权或以明显不合理的低价转让财产等害及债权的行为，也即诈害行为。其表现形式有买卖、借贷、赠与、免除等法律行为，也有催告、抵销、诉讼和解等非法律行为；有让与所有权、在自己的财产之上设定他物权、让与债权、免除他人债务

等积极减少财产的行为，也有债务承担、为他人提供担保、为一个债权人增设抵押权、提前清偿未到期债务等消极增加债务的行为。

3. 债务人的行为须以财产为标的，才能适用撤销权。另，撤销权的目的在于恢复债务人的责任财产，而不在于使其增加，故债务人拒绝受领利益或者拒绝对其有利的合同机会，债权人不得请求撤销。

4. 债务人行为须于债权发生后有效成立并继续存在，即债权发生在前，债务人行使撤销行为在后，这一要件虽在法条中没有明确规定，但如不作这样的理解，则会使债权人行使撤销权毫无限制可言。

三、撤销权的行使法则

债权人撤销权制度的核心是撤销权的行使法则，我们通过下面一则真实案例来解读其中内容：

【案情简介】

1998 年，李某（男）和杨某（女）结婚，2016 年 4 月俩人离婚并签订《离婚协议书》，约定共同共有的两套房屋产权均归杨某所有，并办理了产权变更登记。

2015 年 10 月，李某向甲公司购买了生产设备，因逾期支付 280 万元的货款，甲公司遂提起诉讼 A。2016 年 6 月，在该案审理中，李某称自己已经离婚。法院判决李某向甲公司支付 280 万元货款，此债权经甲公司申请强制执行但未获得清偿。

2017 年 3 月，甲公司提起诉讼 B，请求杨某对上述 280 万元债务承担连带清偿责任。2017 年 6 月，在该案审理中，甲公司持法院调查令调取了李某与杨某《离婚协议书》，得知其财产分割情况。该案中，甲公司败诉。

2018 年 4 月，甲公司提起诉讼 C，以李某与杨某恶意串通转移财产、损害甲公司利益为由，请求判令：

1. 撤销《离婚协议书》中共有财产分

割的条款；

2. 甲公司对李某享有的房屋产权份额享有优先受偿权；

3. 李某和杨某共同负担甲公司支出的律师费。

而李某与杨某则辩称，因李某疏于照顾家庭而导致婚姻破裂，俩人约定共有房屋归杨某所有，并非恶意串通。况且，2016年6月，甲公司已经知晓俩人离婚，但其2018年4月才提起诉讼C，法院不应予以支持。

本案诉讼C中，甲公司的诉请是否能得到法院的支持呢？归根到底，取决于其是否符合撤销权的行使法则。

【行使方式】

本案中，债务人李某和相对人杨某之间的法律行为可能同时符合撤销权的行使情形和恶意串通导致合同无效的情形，但这两项制度的证明标准具有明显的区别。债权人行使撤销权，只有在债务人以明显不合理价格处分财产时，才需要证明相对人存在恶意；而债权人主张债务人与相对人恶意串通，其对“恶意串通”事实的证明依法应当达到“排除合理怀疑”的证明标准。可见，恶意串通的证明标准要明显高于债权人撤销权的证明标准。

甲公司既主张李某与杨某恶意串通，又主张行使债权人撤销权，其实是混淆了两项请求权基础，应当择一主张。或者说，甲公司如要行使撤销权，只要证明李某恶意处分财产即可，而事实是李某在债务形成后放弃了夫妻共有财产，已经存在恶意处分行为。甲公司以李某与杨某恶意串通转移财产为由行使撤销权，无形之中提高了撤销权的证明标准，为自己挖了坑，采取了错误的行使方式。

【行使期限】

根据《民法典》第152、199、541条的规定，债权人应当在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使撤销权，债务人行为发生之日起五年内没有行使撤销

权的，撤销权消灭。这里的一年、五年是除斥期间、不变期间，期间经过，撤销权也随之消灭。

本案中，“知道撤销事由之日”应该是甲公司知道《离婚协议书》中财产分割条款具体内容的时间（2017 年 6 月）。甲公司只知道李某离婚（2016 年 6 月）但不清楚财产分割条款具体内容的，不应该认定为“应当知道”撤销事由，否则，对债权人事实认知状态的要求有过高之嫌。显然，甲公司起诉时间距其知晓《离婚协议书》中财产分割条款的时间并没有超过一年的除斥期间，故李某对此的抗辩理由不成立。

【行使范围】

根据《民法典》第 540 条的规定，为平衡保护债权人的债权实现与债务人的处分自由，撤销权的行使范围应以提起撤销权之诉的债权人的债权为限。换句话

说，债权人主张撤销的诈害行为所处分的财产数额，原则上不应超过债权人不能获得清偿的债权数额。但这在实操中难于把握，债务人的诈害行为往往不可分，诈害行为处分的财产数额也不易准确认定，个案中债权人的诉讼请求与债务人的抗辩也各有不同。因此，实践中法院会综合考量各个因素，而不会苛求上述两个数额的大小关系。

本案中，甲公司可以要求撤销《离婚协议书》中全部二套房屋的分割行为。

【法律效果】

根据《民法典》第 542 条的规定，债务人行为被撤销的，自始没有法律约束力。基于不当得利制度，债务人与相对人因被撤销行为取得的财产应当返还，不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿；又基于债权平等性原则，债权人撤销权制度采用“入库规则”，取回的财产或者代替财产的损害赔偿，属于债务人的一般责任财产，理应由各债权人按照债权比例平等受偿。

本案中，甲公司只能诉请撤销李某与杨某关于财产分割的约定，并将系争房屋恢复登记至俩人名下。对于李某享有的房屋产权份额，甲公司并无优先受偿权。

【费用负担】

根据《民法典》第 540 条的规定，债权人行使撤销权的必要费用由债务人负担，取消了原《合同法》司法解释（一）第 26 条关于相对人有过错时应予适当分担的规定。此处的必要费用，包括债权人为行使撤销权而支付的律师费、差旅费等。

本案中，甲公司支出的律师费、差旅费等费用应由李某负担，杨某无需承担。

诚然，《民法典》将原《合同法》规定的债务人行为“对债权人造成损害”修改为“影响债权人的债权实现”，实际上是降低了诈害行为与债权实现之间因果关系程度的要求。《民法典》完善了债权人撤销权制度的规定，细化了该权利的成立要件和行使法则，加固了保障债权实现的法律屏障，进一步有效维护了债权人的合法利益。

在实践中，债务人为逃避债务往往会采取多种手段或方法，债务人的行为往往具有隐蔽性和表面的合法性，加上行使撤销权所涉及的不仅仅是债务人一方，因此，在行使债权人的撤销权时，除应正确理解《民法典》的规定、全面掌握撤销权的构成要件和行使法则外，还要对不同个案中出现的新问题新情况进行具体分析研究，不放过任何细节，才能最大限度地保障撤销诉权保全债权的权利、维护好债权人的利益。如果您有任何关于债权债务纠纷的法律问题，欢迎与笔者联系。

张春球

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

业务领域：公司商事 诉讼与争端解决

联系方式：15800560008

“建工司法解释”第四十三条第二款，发包人是否欠付工程款之举证责任分析

作者：席绪军

> 《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）》（以下简称“建工司法解释”）第四十三条第二款：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

从实践中法院对于发包人是否欠付转包人或者违法分包人工程款的举证责任分配来看，多数的生效判决是以实际施工人未能举证证明发包人欠付工程款这一事实而驳回实际施工人的诉请，少数的生效判决是以发包人未能举证证明不欠付工程款这一事实而支持实际施工人的诉请。

最高人民法院对于未办理竣工结算这一事实作出了不同的责任分配和认定。

最高人民法院（2016）最高法民再30号案裁判规则提到："发包人与承包人尚未完成最终结算，无证据证明发包人欠付承包人工程款，不支持实际施工人要求发包人在欠付工程款范围内承担责任的再审请求。"

最高人民法院（2019）最高法民终92号案裁判要旨亦指出："因发包人与承包人尚未结算，发包人是否欠付工程款，欠付多少工程款尚不清楚，不具备判决发包人在多少金额范围内承担向实际施工人支付工程款的条件，实际施工人未举证证明发包人欠付承包人工程款具体数额，发包人不承担责任。"

最高人民法院（2019）最高法民再89号案则持相反裁判规则，认为："发包人就双方之间已经结清工程款的事实负举证责任。"依据本院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第九十条的规定，同兴创达公司与同兴建筑公司应当对其主张的该二公司之间已结清案涉工程款之事实负举证证明责任。

笔者处理的一个案件也非常典型，笔者代理实际施工人钢筋施工班组起诉发包人和违法分包人，在庭审中发包人抗辩称已经结算并不欠付违法分包人的工程款，但是并未提交结算资料和支付资料，违法分包人则抗辩称并未与发包人做过工程款的结算，发包人至今还欠付工程款。而案涉工程已经竣工验收并交付使用达五年之久，庭审中主审法官并未要求发包人就其主张的已经结算的事实进行举

证，并且对于发包人是否欠付工程款这一事实也不去查明，而是在判决中直接以原告实际施工人未能举证证明发包人还欠付违法分包人工程款这一事实认定，驳回了实际施工人对发包人的诉请。

最高人民法院的两个裁判针对同样一个客观事实作出了一个相悖的法律事实认定，即一个认为没有结算就不能认定欠付工程款的事实，另一个则认为没有结算就不能认定不欠付工程款的事实。为什么会出现这样的现象呢？实际就是举证责任分配导致的。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“民诉法司法解释”）第九十条第二款：“在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”

司法实践中多数的法官都会把证明发包人欠付工程款的举证责任直接分配给实际施工人，那么实际施工人是否应当承担这一举证责任呢？

第一

先从民诉法司法解释的规定来分析，依据民诉法司法解释第九十条第一款规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。”。根据该款规定，实际施工人的确有基本的举证义务，但同时该款也规定了反驳对方诉请所依据的事实也应当提供证据加以证明，实践中发包人通常都会抗辩称已不欠工程款，如果不能证明同样应当承担不利后果。由此可见发包人同样也有举证责任。

第二

从建工司法解释第二十六条第二款的规定来分析，该款并未将证明“欠付工程款的举证责任”直接分配给实际施工人，条文陈述“在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”，那么法庭有主动查明相关事实的责任，当实际施工人不能提供证据证明发包人欠付工程款的事实时，应当合理分配举证责任，要求发包人和违法分包人承担举证责任来证明是否欠付的事实。

第三

如何来合理的分配举证责任？欠付工程款范围的查明实际上是给了发包人的一个抗辩理由，从这个角度来说，证明是否欠付的事实同样是付款义务方的举证责任，除非发包人主动认可欠付工程款的事实。从举证能力来说，实际施工人突破合同相对性来向发包人主张付款，就说明实际施工人不是合同相对方，对于发包人与违法分包人之间的合同约定内容和履行过程并不知情，且对于工程结算和付款情况更是一无所知，实际施工人根本就无从举证，因此对于实际施工人来说就是

一个无法完成的任务。关于是否结算及是否欠付工程款的材料都掌握在发包人和违法分包人的手中，要求实际施工人来对此事实举证，就是强人所难，有违法谚“法律不强人所难”的精神。如果说发包人和违法分包人拒绝举证，那法官如何来查明相关事实，建工司法解释第四十三条第二款的解释目的就会落空。谁离证据最近，谁就有举证责任，这是一个基本法理。

在实际施工人无法举证证明发包人欠付工程款的范围时，应当毫无疑问的将不欠付工程款事实的举证责任分配给发包人或者违法分包人，否则就应当判决发包人承担不利后果，这样才更有利于查明案件事实。

第四

从民事诉讼证据规定来分析，《最高人民法院关于修改<关于民事诉讼证据的若干规定>的决定》（以下简称“证据规定”）第四条规定：“一方当事人对于另一方当事人主张的于己不利的事实既不承认也不否认，经审判人员说明并询问后，其仍然不明确表示肯定或者否定的，视为对该事实的承认。”根据该条规定，发包人对于实际施工人关于在欠付工程款范围内承担支付责任，发包人必须对是否欠付工程款的事实作出承认或者否认，承认无需举证，抗辩式的否认必须举证，经法官释明后仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该事实的承认，因此通常发包人都会表示不欠付工程款，则发包人应当对此承担举证责任。

证据规定第九十五条：“一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以认定该主张成立。”对于实际施工人来说，能够证明欠付工程款事实的证据都在发包人和违法分包人的手中，比如施工承包合同、结算文件等，发包人拒不提交的，人民法院可以认定实际施工人的主张成立。

第五

关于未结算这一客观事实，到底能够认定为一个什么法律事实？最高人民法院的这两个截然相反的法律事实认定，似乎都各有其道理。未完成结算工作，也就没有明确发包人应当支付的工程款总金额，更没法知道实际欠付金额，但是同样也不能说就不欠付工程款，那么是否欠付就处于未确定事实的状态。在这种情况下，未结算对于发包人来说就是一个天大的好事，可以据此不用承担对实际施工人的付款责任，甚至不用向违法分包人支付工程款。

工程实践中发包人故意拖延工程结算几乎是一个普遍现象，而法院对于应当结算而未及时结算的发包人认定其不能证明不欠付工程款，并判决发包人对实际施工人承担支付责任，有利于促进发包人及时完成工程价款的结算工作，如果认定未结算就不欠付，则会给老赖们一个拖延结算的动机。

笔者的观点倾向于认为，未结算这一事实可以认定为发包人无法证明不欠付工程款这一事实，并将该举证责任分配给发包人和违法分包人，以促进发包人积极完成结算工作，同时也有利于解决建设工程领域长期出现拖欠工程款的现象，也便于发包人能够积极维护自身的合法权益，可以很轻松地就证明是否欠付工程款的事实，更有利于保护实际施工人的合法权益，有利于实现建工司法解释该条款的目的。

同时也应当结合合同履行的时间节点来综合认定，比如的确未到结算时间，则无法认定是否欠付工程款事实，可以据此驳回实际施工人对发包人的诉请。如前面笔者代理的案件，案涉项目已经竣工验

收交付使用达五年之久，此时还以未经结算不能认定欠付工程款事实来驳回实际施工人，显然有违公平正义。

第六

司法实践中，也会出现发包人与违法分包人恶意串通损害实际施工人的合法权益，对于发包人与违法分包人共同表示不欠付工程款的意思表示，更应当要求他们承担举证责任，而不是简单的以实际施工人未能证明欠付工程款的事实驳回实际施工人的诉请主张。

综上所述，笔者认为应当将查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的金额的举证责任分配给发包人、转包人或者违法分包人，才能更好地实现保护实际施工人合法权益的司法目的，如此也不会损害发包人的合法权益，反而会促进建设工程价款结算工作的良性发展，更有可能会减少实际施工人无法拿到工程款的现象。

席绪军

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

案外人执行异议被驳回后，能否另行提起确权之诉?

作者：张茜

笔者在上篇文章《婚后取得房产证，未登记的一方能否对抗执行？》中讨论了在执行程序中，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，人民法院不予支持。那么，本文将继续讨论案外人执行异议被驳回后的救济途径。

一、案外人执行异议被驳回后，应提起执行异议之诉。

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条的规定，案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。虽然法院在执行裁定书的最后也列明了此条作为指引案外人不服此裁定后的救济途径。但对于没有聘请律师的一般当事人往往不知如何适用，到底是该向哪个法院提起诉讼，该诉讼与一般的诉讼又有何区别？实际上，该条指的就是我们通常所说的执行异议之诉。因此，该诉讼也应当向执行法院提起。

二、案外人执行异议被驳回后，能否另行提起确权之诉？

在实践中，笔者就遇到过案外人在执行异议被驳回后，未向执行法院提起异议之诉，而是向其他法院另行提起确权之诉，要求确认对案涉房产享有共有权。根

据最高人民法院《关于依法制裁规避执行行为的若干意见》第9条的规定，“严格执行关于案外人异议之诉的管辖规定。在执行阶段，案外人对人民法院已经查封、扣押、冻结的财产提起异议之诉的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条和《最高人民法院关于适用民事诉讼法执行程序若干问题的解释》第十八条的规定，由执行法院受理。案外人违反上述管辖规定，向执行法院之外的其他法院起诉，其他法院已经受理尚未作出裁判的，应当中止审理或者撤销案件，并告知案外人向作出查封、扣押、冻结裁定的执行法院起诉。”及《最高人民法院关于人民法院立案、审判与执行工作协调运行的意见》第8条的规定，“审判部门在审理确权诉讼时，应当查询所要确权的财产权属状况。需要确权的财产已经被人民法院查封、扣押、冻结的，应当裁定驳回起诉，并告知当事人可以依照民事诉讼法第二百二十七条的规定主张权利。”因此，执行过程中，案外人就执行标的向执行法院或者其他法院另行提起确权之诉，人民法院均应不予受理；案件已经受理的，应当驳回起诉。

三、案外人另行提起其他诉讼，涉及确权问题的，如何处理？

实践中，有的当事人为了规避法律，向其他法院并非提起确权之诉，而会提起诸如离婚诉讼，请求分割执行标的，以达到确权的目的，该如何处理？笔者认为，根据《最高人民法院关于当前民事审判工作中的若干具体问题》第九条的规定，对于能否允许当事人不提执行异议之诉，另行起诉确权的问题，最高法院在《关于执行权合理配置和科学运行的若干意见》中明确规定，人民法院的查封排除了其他法院关于该查封物的另案确权。因此，不管案外人提起任何纠纷的诉讼，只要涉及到案涉房产的确权问题，其他法院都无权审理案涉房产的权属问题，而不仅仅限于确权之诉。裁判案例如，(2021)豫1322民初1878号判决书，“本院认为，原告闫某诉求本院将其与被告徐某共同财产进行分割，而该诉求前提是本院依法对案涉不动产进行确权。但根据《最高人民法院关于人民法院立案、审判与执行工作协调运行

的意见》第八条之规定，……结合本案查明事实可知，案涉不动产已经于 2020 年 12 月 21 日被本院另案查封，故原告闫某对执行标的主张实体权利，应当通过案外人异议之诉制度实现，而非另行起诉。同时，案外人即使通过另行起诉方式所取得的生效法律文书亦不能排除执行。”故，案外人向其他法院起诉涉及确权问题的，不符合法律规定，其他法院无权审理案涉房产的权属问题。

四、即便此后存在另案生效法律文书，案外人执行异议也得不到支持。

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》第二十六条第二款的规定，“金钱债权执行中，案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结后作出的另案生效法律文书提出排除执行异议的，人民法院不予支持。”因此，即便其他法院做出了涉及案涉房产的生效法律文书，案外人提出执行异议的，也得不到法院支持。针对另案生效法律文书，当事人也可以依照审判监督程序办理。

律师提醒：当案外人、当事人对裁定不服，认为与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向执行法院提起执行异议之诉，切勿向其他法院另行提起确权之诉。否则，不仅确权之诉得不到支持，提起执行异议之诉的权利也会因超期而丧失。

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

大数据时代——您的“面子”，法律来守护

作者：王晓鹏

2021 年 7 月 28 日上午，最高人民法院发布了《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》（以下称“《司法解释》”），该司法解释的出台，是最高院在《民法典》颁布实施后，针对人格权编中的个人信息保护内容出台的一部专项配套司法解释，在《个人信息保护法》尚未正式颁布之前，该司法解释将对时下越来越普及的人脸识别领域进行有效的法律规制，从此以后，我们每一个人的“面子”问题，将受到法律更加有力的保护。

一、《司法解释》出台的背景

时下，人工智能的迅速发展，大数据的全面渗透，给我们的生活带来便利的同时，也给个人信息的保护带来了新的挑战，相信大家都有这样的经历，在我们居住的上海，有很多小区已经开通了人脸识别门禁系统，业主去物业登记了人脸信息，出入小区的时候，无需再刷门禁卡，只要对准摄像头，轻松一拍，大门打开，确实非常方便；还有很多手机 APP，特别是手机银行类 APP，为了确保登录人是持卡人本人，都需要在登录过程中识别人脸信息，跟本人信息进行比对；还有一些购物消费场所，在买单结账的时候，设置有人脸支付装置，消费者只需要面对摄像头拍摄面部信息，系统后台就自动登录支付宝账户扣款……凡此种种，不一而足，可以说，人脸识别技术处理已经渗透到了我们日常生活的方方面面，我们每个人在享受科技带来的便利同时，也需要关注以下问题：我们每个人被收集的个人信息，特别是面部信息能否得到有效的保护？有没有可能被恶意利用？一旦被恶意适用，如何维权？

人脸信息是我们所有个人信息中最为独特的一种，具有极强的生物身份属性，世间众生，即使是双胞胎，也不存在一模一样的两张面孔，人脸面部特征，是我们与他人区别的最直接的外在生物属性，具有唯一性和不可更改性，再加上现在很多个人信息都直接与人脸信息匹配，甚至金融支付都可以通过面部识别代替支付密码，我们的人脸信息一旦泄露，将对每个人的人身和财产安全造成极大的风险。

在此情况下，国家先是在今年开始施行的《民法典》中新增了第四编《人格权编》，其中的第六章专门规定了“隐私权

和个人信息保护”内容，对于个人信息的范围、个人信息处理的原则、个人信息主体的权利、信息处理者的安全保障义务、保密义务等内容进行了专项规定，《民法典》是国之大法，个人信息的保护写入《民法典》，充分体现了国家和政府对于公民个人信息保护的重视程度。那么在司法实践当中，特别是审判实践中，裁判者如何对具体的个人信息进行司法保护？侵权人应当如何承担相应的法律责任？这些问题迫切需要司法机关通过专门的司法解释进行明确，在此背景下，《司法解释》正式颁布实施。如果说《民法典》为个人信息的保护提供了立法支持，那么《司法解释》是为面部信息保护提供了直接的司法适用指引，具有重要的实践指导意义。

二、《司法解释》重点内容解读

本次《司法解释》内容上共有十六条，2021 年 8 月 1 日起正式施行。《司法解释》的首部明确了制定解释所依据主要法律有：《民法典》、《网络安全法》、《消费者权益保护法》、《电子商务法》、《民事诉讼法》等，这些法律中有今年刚刚实施的新法律，也有涉及消费领域的专门性法律，说明这部司法解释的的出台是与最新的社会实践和社会发展密切相关，内容上着重于保护每一个公民生活中，特别是消费领域、公共场所的面部识别信息，与每一个人的日常生活息息相关。本文将对《司法解释》中的一些重要内容及亮点部分进行解读。

（一）《司法解释》明确了人脸信息的定义及保护范围

《司法解释》第一条明确了解释适用的范围，即在人脸识别技术处理过程中因侵权、违约行为导致的民事纠纷，适用《司法解释》。通过该条的规定，可以看出《司法解释》涵盖了人脸识别领域的侵权之诉和违约之诉；本条还对人脸信息的技术处理包含哪些具体的行为进行了列举说明；本条还明确人脸信息属于《民法典》第一千零三十四条规定的“生物识别信息”，与上位法的规定进行了衔接。

（二）侵权之诉中的法律适用

既然人脸信息属于人格权益，那么现实中不当收集、处理自然人的人脸信息，最有可能涉及的就是侵权之诉，本次《司法解释》从第二条到第十条，以九个条文对于侵权损害赔偿之诉的司法适用进行了专门规定。

其中，第二条至第四条开宗明义，对于什么样的行为属于侵害面部识别信息的行为进行了界定，第二条一共列举了七种具体情形和一项兜底保护情形，第四条对于信息处理人的无效抗辩事由进行了规定。

从条文规定可以看出，人脸信息的收集者和处理者如果违反法律、行政法规使用人脸识别技术进行人脸验证、识别或分析的；未公开处理规则的；未经个人同意收集人脸信息的；违反双方约定，未尽保密义务的，都属于法定的侵权行为，将承担相应的法律责任。处理人以自然人或监护人同意为抗辩理由的，如果存在不当的告知行为或人脸信息不属于服务必备授权内容的情形，该主张不得成为有效抗辩事由。

实践中，很多手机 APP 在初次登录的时候，都会跳出一份权限获取告知，要求用户授予 APP 一定的权限才能正常使用，比如要求读取通讯录、读取图库，获取定位以及收集个人面部信息等，而很多用户为了能够正常使用软件，往往不得已点击确认，一旦出现纠纷，软件服务商往往以用户已经同意授权而抗辩免责。现在根据《司法解释》，如果软件服务内容与人脸信息无关，或者人脸信息根本就不是软件服务所需的必备内容；或者软件商将人脸识别授权与其他用户权限打包在一起，要求用户统一确认的；又或者存在强迫，变相强迫用户点击确认授权行为的，即使用户点击了确认，也不得成为人脸信息收集、处理人不构成侵权的抗辩理由。

《司法解释》第五条对于人脸信息收集、处理过程中的合理使用免责事由进行了规定，主要包括应对突发公共卫生事件；维护公共安全；为公共利益实施新闻

报道、舆论监督等行为在合理范围内处理人脸信息；自然人或监护人同意的范围内合理处理人脸信息；法定的其他情形。

实践中，比如现在全国对于新冠肺炎防控过程中，在车站、机场、公共场所出于疫情防控目的对于进出人员的人脸信息进行识别、处理；为公共利益而做的新闻报道中不可避免的出现自然人的人脸信息等，这里需要注意的是，如果是自媒体自制的，与公共利益无关的新闻报道，如娱乐八卦，广告宣传，才艺展示等内容，这种新闻报道不属于本条列明的合理使用范围。

第六条至第九条分别规定了侵权之诉中的举证责任分配、共同侵权中各个侵权人的责任承担方式、侵权损害赔偿范围、人格权侵害禁令等具体内容。关于举证责任和共同侵权等内容，《民法典》、《民事诉讼法》、《民事诉讼证据的若干规定》已有明确规定，本文不再赘述，本文将详细解读人格权禁令制度。

我国的《民法典》创造性地将人格权作为独立一编，体现了国家和政府对于人格权益的保护决心。其中，《民法典》第九百九十七条规定了“人格权禁令”制度，即：“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的，有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。”这是我国法律中第一次规定了“人格权禁令”，而本次出台的《司法解释》第九条也呼应了《民法典》的规定，第一次在司法实践中明确如何适用该规定。2021 年 4 月 7 日，张家港市人民法院在审理一起名誉权侵权案件的过程中就第一次适用了“人格权禁令”，对于原告可能受到侵害的人格权采取了提前保护。自《司法解释》实施以后，在审理包含人脸识别信息侵权案件在内的所有人格权侵权案件中，权利人都无需等待判决结果，只要符合法律的规定，在审理过程中都可以提起人格权禁令申请，最大限度的保护个人的权益。

为人格权设置司法保护禁令，源自人格权的权利属性，人格权是专属于权利人

自身的，具有排他性，是对世性的绝对权。《民法典》时代之前，对于物权、知识产权等财产权的保护，权利人可以通过要求停止侵害，申请诉前证据保全、申请保护禁令等方式提供先期司法保护，以避免损失扩大或权利灭失，而在人格权领域，并没有专门的法律规定可以在案件审理终结之前申请人格权保护禁令，在立法上确实存在一个空白。而随着《民法典》时代的到来，人格权禁令首案适用，《司法解释》的正式出台，以后我们每一个公民的人格权益将受到法律不分彼此的平等保护，意义重大。

第十条结合当下社会实践，对于物业服务企业和建筑物管理人在日常管理工作中如何合理的收集、处理业主、物业使用人的人脸信息进行了规定。主要包括物业服务企业和建筑物管理人不得强迫或变相强迫业主、物业使用人提供人脸识别信息，有义务为不愿意提供人脸识别的主体提供其他替代性的出入解决方案等内容。

（三）违约之诉中的法律适用

当行为人的同一种行为既侵害了权利人的合法权益，造成损害，又违反了双方的合同约定的时候，就出现了侵权损害赔偿责任和违约责任的竞合。

比如网络 APP 运营商都会在用户第一次注册账户的时候提供一份与个人隐私及个人信息收集有关的合同，要求用户阅读后点击确认或同意，用户点击后，双方就个人信息方面的权利义务就达成了合同约定，如果后续运营商没有按照约定合理使用获取的用户个人信息给用户造成了损害，当合同中有相关违约责任约定时，客户可以选择依据自身受到的损害提起侵权之诉，也可以根据合同约定，提起违约之诉，二者任选其一。一般来说，侵权损害赔偿责任作为法定之债，举证义务较重、认定规则严格，基本都为过错责任，侵权之诉中，需权利人具备专业的法律知识才能很好地应对。而违约责任作为意定之债，属于无过错责任，举证难度较低，在双方约定明确的情况下更加容易获得法院的支持，具体在个案中自然人应根据

具体的情况进行分析，选择最有利于保护自身合法权益的诉讼策略。本次出台的《司法解释》也考虑到责任竞合的问题，对于不当处理个人面部信息构成违约行为应该如何处理做出了规定。

第十一条对于采用格式条款订立的合同中，如果出现无限期授权、任意转授权等明显排除或限制自然人主要权利的条款，自然人可以直接依据《民法典》第四百九十七条及本条向人民法院主张相关格式条款无效。

第十二条对于违约之诉中，在合同没有约定的情况下，自然人能否向法院主张删除人脸信息进行了规定。一般来说，违约之诉中，要求违约方承担的违约责任都应有明确的合同约定或法律规定。《司法解释》明确规定，即使合同没有约定信息收集、处理人在违约的时候需要删除人脸信息，只要自然人明确提出了该项主张，经过审理查明信息收集、处理人确实存在违约行为的，法院都应支持该项诉请。也就是说，要求信息收集、处理人在违约的时候删除之前已经收集的人脸信息，从此以后将成为一项法定的违约责任，这也杜绝了合同因违约解除后，一方仍然可以保留已收集的人脸信息，从而给自然人后续生活带来风险。

（四）其他规定

《司法解释》第十三条到十五条从提起诉讼的主体、如何适用公益诉讼、自然人死亡后由谁来提起诉讼等其他主体及程序方面对于人脸信息识别纠纷案件的处理进行了规定。

第十六条规定了适用时间，本《司法解释》自 2021 年 8 月 1 日，即信息处理者利用人脸识别技术处理人脸信息、处理基于人脸识别技术生产的人脸信息的行为发生在 8 月 1 日之后的，因上述行为产生纠纷的案件，都将适用《司法解释》予以处理。

结语

信息网络、移动互联网的高速发展，让我们每一个人的个人信息，特别是敏感信息，比以往任何一个时代都更加容易被他人获取，我们的个人信息如果不能得到法律有效的保护，将直接影响每一个人的人格尊严、财产安全、社会评价，因此《民法典》时代下关于人脸信息识别、收集、处理的《司法解释》及时出台，体现了国家和政府对于每一个公民人格尊严的保护和尊重，从此以后，我们的“面子”将由法律保护！

王晓鹏

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

徐汇区《民法典》宣讲团讲师

业务方向：侵权损害赔偿纠纷、合同纠纷、不良资产处置

联系方式：17621356262

二手车交易中如何认定适用惩罚性赔偿?

作者：朱妤婕

随着汽车消费需求的增加，二手车市场交易规模日益扩大、交易活动频繁活跃。但因该业务领域存在准入门槛低、信息不对称等问题，经常出现类似将事故车谎称为正常车辆兜售给下家的情况，因此产生很多纠纷，这对二手车市场的健康持续发展易产生不利影响。

一般民事损害赔偿遵循的是“填平原则”，即以实际损失为限。但为了惩罚这种恶意欺骗行为，《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称“《消费者权益保护法》”）第五十五条[1]规定了三倍惩罚性赔偿，即经营者若提供商品或服务存在欺诈，消费者可向其主张不超过消费金额三倍的赔偿。由此可见，惩罚性赔偿的认定需考虑两个必备要素：一是买卖双方主体必须是消费主体和经营主体；二是经营者必须存在欺诈行为。下文具体阐述这两个必备要素的具体认定：

一、如何认定消费者及经营者

（一）消费者的认定

1、消费者的定义

《消费者权益保护法》中规定的消费者不限于自然人个人，也包括法人或其他组织，但要求所购商品或服务必须是用于日常生活消费。若购买二手车辆是用于生产经营所用或其他目的，如开网约车等经营行为，则买受人不属于《消费者权益保护法》中规定的消费者。

2、“知假买假”如何认定

根据《最高人民法院办公厅对十二届全国人大五次会议第 5990 号建议的答复意见》（法办函[2017]181 号，2017 年 5

月19日发布）规定，对食品、药品领域外的知假买假行为，不认定买家的消费者身份。故买受人维权时不能主张适用《消费者权益保护法》，仅能根据《民法典》等法律规定维权。

可参考案例(2018)鲁0214民初9111号案件。在该案中，法院认为虽然原告王某主张其购买涉案车辆用于家庭生活，属于普通消费者，但原告王某户籍所在地位于辽宁省，其工作地亦在辽宁省，王某对为何到青岛市购买家庭所需的二手车未作出合理解释，对其工作单位和地点的陈述也前后矛盾。同时，被告A公司提交相关证据显示，王某同案外人李某在短期内离开辽宁省先后到青岛市、济南市、唐山市采取同样的手段购买二手车辆，并以车辆里程表显示里程数与实际不符为由先后在多地法院起诉，要求三倍的惩罚性赔偿，其行为明显不属于普通消费者的消费行为，王某行为违背诚实信用原则和社会公序良俗原则，故对其主张的三倍赔偿金不予支持。

目前司法实践抵制知假买假，防止当事人滥用诉权，造成司法资源大量损失。但同时，各法院在认定是否构成“知假买假”、是否是职业打假人时均比较谨慎。

（二）经营者的认定

1、自然人能否作为经营者

《消费者权益保护法》对于经营者未作定义，对此可以参考相关其他法律的规定：

《电子商务法》第九条规定：“本法所称电子商务经营者，是指通过互联网等信息网络从事销售商品或者提供服务的经营活动的自然人、法人和非法人组织”。

《反不正当竞争法》第二条规定：“本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织。”

《反垄断法》第十二条：本法所称经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。

《价格法》第三条：本法所称经营者是指从事生产、经营商品或者提供有偿服务的法人、其他组织和个人。

……

从上述这些条文中可以看出，虽然各法律对经营者的表述不尽相同，但经营者不限定于法人及其他组织，均包含自然人。经营者是指连续、稳定地从事范围特定的经营活动，自然人即使未办理个体工商户营业执照，但长期职业性、经常性地实施二手车买卖的商业行为，仍属于《消费者权益保护法》中经营者的范畴。

2、二手车商是否属于经营者

二手车商身份比较模糊，既有可能是居间方，也有可能是实际出售人。这取决于二手车商与买受人之间究竟是何种法律关系。

若在整个交易过程中，原车主从未出现，所有环节全是由二手车商与买受人磋商沟通，车辆由二手车商直接交付给买受人，同时车款直接支付给二手车商，二手车买卖合同也是由二手车商与买受人签订的，一般可认为二手车商是经营者。

而若二手车商接受原车主委托与买受人磋商交易，在交易过程中向买卖双方披露交易相对方以及对方提供的交易信息，一般认为二手车商是提供中介服务。

现在有许多网络二手车交易平台，不仅作为中介促成交易，还自营二手车买卖。对于自营销售的二手车构成欺诈消费者的情况时，交易平台可能仍需承担“三倍赔偿”责任。

现实中比较常见的另一种情形是二手车商在买入卖出过程中未办理车辆变更登记，由原车主代为持有该二手车，以此逃避税费及法律责任，后续办理登记时直接通知前车主协助办理变更手续。在这种情况下，不影响认定二手车商经营者的身份。若所售车辆存在欺诈，买受人作为消费者仍可向二手车商主张三倍惩罚性赔偿。

二、如何认定出售人是否构成欺诈

欺诈的构成要件为：一方有欺诈的故意，并实施了欺诈的行为；另一方基于欺诈行为产生错误认识，并基于错误认识作出意思表示，而意思表示违背其真实意思。

欺诈行为可分为积极作为与消极不作为。积极作为表现为故意告知买受人虚假情况，比如篡改车辆里程表公里数。消极不作为表现为故意隐瞒与车辆安全性能或者车辆价值有关的重要信息，如故意隐瞒车辆曾发生严重事故或安全结构部件曾受损。

上述情形仅是认定欺诈的部分举例，且出售人是否构成欺诈仍需要结合具体案情进行判断。现实情况复杂交错，涉及二手车惩罚性赔偿的金额又较大，并非简单机械套用上述例子就可以得出结论。

二手车出售人为达成交易往往会在介绍中对车辆做出一定的美化，突出该车辆的优点、淡化不足，这种行为属于正常商业经营行为，不构成欺诈。那如何区分这种商业经营行为与欺诈行为之间的差别？本文认为判断标准为出售人故意隐瞒或者告知的虚假车况信息是否足以影响买受人的购买意愿以及车辆的出售价格。

除此之外，根据实际案例，在认定出售人是否构成欺诈时，需重点考虑以下两方面：

一是经营者是否有欺诈的故意，即经营者是否在明知所售车辆的具体车况而故意隐瞒相关事实或告知买受人与真实车况完全不符的虚假信息。

若出售人非故意隐瞒，已尽到合理审查和谨慎的注意义务，但因其他客观原因导致提供二手车与合同约定不符的，不认为构成欺诈。如（2017）浙1021民初1419号与（2016）浙1021民初534号案例中，裁判观点认为被告B公司作为普通汽车经销商，其本身无法查询车辆相关信息，但在车辆交付前已通过宝马4S店的官方渠道全面查询该车的维修保养记录，已经尽到合理审查和谨慎的注意义务。由于宝马

公司的操作流程及时间节点等客观因素，查询当日涉案车辆参加二手车检测的记录未显示于全国联网系统中，B 公司对此也并不知情，且在当时情形之下也无法知情，不存在故意隐瞒真实情况或者故意告知虚假情况的情形，其行为不构成欺诈。

不构成欺诈并不意味着买受人没有其他途径主张权利。买受人可主张交付货物不符合合同目的，要求解除合同、返还购车款。若买受人因出售人的违约造成损失，买受人仍可根据违约条款主张违约金或其他赔偿。

二是是否使买受人因出售人的欺诈行为产生错误认识，并基于此作出违背真实意思的意思表示。通俗来说，买受人是否因“受骗”购买出售人推销的二手车。如上文提到的“知假买假”，本文认为系因买受人并未因出售人的欺诈行为产生错误认识，且购买用途并非用于日常生活消费，不满足欺诈的构成要件。

需要提醒的是，若是车辆存在一些轻微瑕疵，比如车辆油漆小范围修补或者里程表数据存在较小的差异，一般不认为出售人有欺诈的故意，且此类小瑕疵对于车

辆损害极其轻微，不影响车辆外观、安全性能及使用功能，也不会对买受人购买意愿产生实质性影响，一般不构成认为欺诈。

三、“退一赔三”

消费者认为经营者行为存在欺诈行为时，主张三倍惩罚性赔偿的同时，一般会要求撤销合同、退车退款，即“退一赔三”。“赔三”依据的是《消费者权益保护法》第五十五条，而“退一”依据的是《民法典》第一百四十八条。

有时虽然买受人的三倍赔偿主张无法得到法院支持，但若满足《民法典》第一百四十八条[ii]撤销合同的条件，主张“退一”的诉请仍可得到支持。

还是以上述(2018)鲁0214民初9111号案件为例，虽然法院认定原告王某行为明显不属于普通消费者的消费行为，对其主张的三倍赔偿金不予支持。但认为被告A公司在该《二手车买卖合同》签订过程中确实存在修改里程表里程数的行为，隐瞒涉案车辆的真实情况，该行为亦违反诚实信用原则，故对王某要求撤销该《二手车买卖合同》并退还购车款的诉讼请求予以支持。法院最后判决撤销王某与A公司之间的《二手车买卖合同》，A公司与王某互相返还购车款及涉案车辆。

四、律师建议

针对交易协商过程中的买卖双方，有如下建议：

1、建议买受人通过正规渠道购买二手车，避免后续发现车辆存在问题无法找到出售人。

2、建议在二手车买卖合同中明确交易相对方。

在很多二手车买卖纠纷中，消费者想要主张维权首先面对的第一个难题就是明确究竟谁是出售人。买受人如果想主张三倍赔偿，除了所购车辆车况存在欺诈之外，还要满足出售人是经营者的身份。有些情况下出售人可能并非买受人认为的实际交易相对方，只是中介。也存在有些经营者谎称自己只是中介，若未保留好相关证据，会加大消费者的举证难度，给消费者一方带来不便甚至是不利影响。

3、建议在二手车买卖合同中中详细记录车辆状况，包括车辆事故情况、行程里程数、过户次数以及智能辅助系统等影响车辆使用功能的设备情况，并要求出售人在合同中对车况作出明确承诺。

二手车交易较新车买卖有其特殊性，车价对车况极为敏感。上述这些信息对于二手车交易有重要影响，决定了买受人是否购买该二手车以及以何种价格购买。合同中具体约定车辆质量情况，可以有效避免因标准不明确以及买卖双方理解不同而产生争议。

4、建议买受人在购车前通过各方渠道积极了解所购车辆的维修历史、事故记录，尽到审慎验货义务。

5、建议出售人尽到合理审查的注意义务，如实向买受人告知车况。

出售人不仅应告知涉及车辆安全性能与车辆价值的信息，包括其他可能影响买受人购买决定的特征均应全面、完整、充分、如实地说明。这不仅是对买受人的保护，也是对出售人自己的一种保护。出售人尽到谨慎的注意义务，可有效避免可能产生的三倍惩罚性赔偿。

若出售人是受原车主委托提供中介服务的，其工作要求本身包含全面、如实地向买卖双方披露交易相对方及交易信息，更应全面履行告知义务。若产生纠纷，二手车商需证明其提供的交易信息均是来自于交易相对方，非自行承诺。

若纠纷已经发生，建议还是咨询专业法律人士，因个案的案情些微差别，很可能导致结果的完全不同。

最后，诚信为本，随着二手车市场监督体系的逐渐完善，买卖双方在交易过程中应当遵循诚实信用原则，共同构建良好的市场交易秩序。

朱妤婕

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

业务方向：建设工程与房地产、商事仲裁、企业合规

联系方式：13816142289

[i] 《中华人民共和国消费者权益保护法》第五十五条规定：经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。

[ii] 《民法典》第一百四十八条：一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

公房动迁时户口不在房中就一分钱也拿不到么?

作者：管杰

上海现行的《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》(上海市人民政府令第71号，以下简称“71号令”）第44条规定：“征收居住房屋的，被征收人取得货币补偿款、产权调换房屋后，应当负责安置房屋使用人；公有房屋承租人所得的货币补偿款、产权调换房屋归公有房屋承租人及其共同居住人共有。”附则中又对“共同居住人”的概念定义为：“指作出房屋征收决定时，在被征收房屋处具有常住户口，并实际居住生活一年以上（特殊情况除外），且本市无其他住房或者虽有其他住房但居住困难的人。”可见，在被征收房屋处具有常住户口，是承租人和共同居住人的必要条件。那么，公房动迁时户口不在房中就一分钱也拿不到么？事实未必如此。本文将通过政策依据和真实案例为读者带来，“无户口照样拿补偿!”的几种特殊情形。

一、安置房屋利益和安置补偿款

首先，我们所说的“动迁款”一定都是对被征收人房屋利益的补偿么？那可未必，现行的71号令虽然以“数砖头”为主要政策口径，但也对居住困难户加以托底保障。第27条第4款中，“居住困难户的保障补贴”被规定为给予被征收人的补偿种类之一，与该条他款规定的“被征收房屋的房地产市场评估价格”，“价格补贴”“特定房屋类型的套型面积补贴”，“搬迁费和临时安置费”不同，“居住困难户的保障补贴”不用考虑到被征收对象对房屋的来源和维护上的贡

献大小，居住时间的长短等与被征收房之间的纽带，只需要满足政府对于居住困难的认定标准即可。“居住困难户”可以得到的安置补偿款不同于承租人、共同居住人得到的安置房屋利益，是政府为解决民生问题而敞开的保障之门。

二、“无户口照样拿补偿!”的几种情形

（一）继承被征收人的补偿利益

公房被征收人的补偿利益能否继承？根据上文 71 号令规定可以看出，是否成为被征收人，作出房屋征收决定后才能判断。因此，应以被继承人死亡的时间点做区分，在作出房屋征收决定前，在被征收人死亡的，由于公房非私有产权房，因此被征收人死后其继承人不会被作为被安置对象。而在作出房屋征收决定后，由于被征收人已经被作为安置对象了，因此其应得的补偿利益属于其个人财产，可以被继承。

（二）71 号令对居住困难户的保障补贴

作为居住困难家庭中的一员，即使没有迁入被征收房屋中，可以得到“居住困难户的保障补贴”。(2014)黄浦民四(民)初字第 52 号案中，原告董诗婕在动迁时作为胎儿被认定为居住保障对象，其补偿款被动迁组单独列出在其出生前未发放给承租人。须在胎儿出生后，凭胎儿出生证原件、户口报入本动迁范围内的户口簿原件，方能领取动居住困难户的保障补贴。

另一方面，公房动迁未迁入被认定为居住困难户的人员也并非一定拿不到居住困难户保障补贴以外的补偿利益，(2016)沪 0106 民初 367 号案中，法院认

为原告姜某虽不具有本市常住户口，但姜某与黄某缔结婚姻关系后，实际居住于系争房屋内，后虽因客观原因在外租房居住，并不因征收时未实际居住于被征收房屋而丧失共同居住人资格。因此，被告郭某某认为两原告不属于被安置对象的主张，本院不予采纳。两原告的具体份额，本院综合系争房屋的来源、居住使用情况、户籍迁移情况、他处住房情况，以及托底人口中的引进情况等因素，酌情确定原告在本次征收中可获得征收补偿利益共计956,965 元。最终，原告姜某所得的征收补偿利益远高于其应得的居住困难户保障补贴。

律师点评：关于居住困难的认定标准笔者在《上海公有居住房屋的拆迁补偿款该如何分割？》一文中详述，有兴趣的读者可以点击链接。

（三）61 号令政策下的应安置人口认定标准

上海公房动迁政策随着时代的推移，发生过多次变迁，主要可以分成三个阶段，除了2011 年10 月公布的现行71 号令外，2001 年至 2011 年期间主要适用的是《上海市城市房屋拆迁管理实施细则》（上海市人民政府令第 111 号，以下简称“111 号令”），及 1991 年至 2001 年期间的《上海市城市房屋拆迁管理实施细则》（以下简称“黄菊 4 号令”）。2001 年至 2011 年期间，111 号令一改黄菊 4 号令“只算砖头”的政策口径，施行“数砖头”+“数人头”的方式发放动迁补偿。2006 年更是推出了《上海市城市房屋拆迁面积标准房屋调换应安置人口认定办法》（已失效，上海市人民政府令第 61 号，以下简称“61 号令”），尤其是对“数人头”的政策中

应安置人口认定的标准作了详细的规定，其中第八条规定了“无户口”的应安置人口标准如下：

第八条 房屋拆迁许可证核发之日，不具有拆迁范围内的本市常住户口，在本市无其他住房（或者虽在本市有其他住房，但居住困难），且符合下列特殊情形之一的人员，可以认定为被拆迁居住房屋的应安置人口：（一）有本市常住户口的未成年人，且其父母属于拆迁范围内的应安置人口；（二）户口从被拆迁房屋内迁出，且拆迁时仍处于迁出状态的海员、船员、野外勘探人员、就学等人员（不包括已在外地结婚的）；（三）因应征入伍而注销户口的人员；（四）因服刑或者被劳动教养而注销户口的人员；（五）户口不在本市的人员，因结婚实际居住在被拆迁房屋内至房屋拆迁许可证核发之日满两年，且其配偶属于拆迁范围内的应安置人口；（六）市政府规定的其他情形。

其中第一和第五款作为很常见的情形，在 61 号令生效期间则是被普遍的运用到司法裁判中，(2014) 沪二中民二(民) 再终字第 18 号案中，再审法院认为，虽然一审原告郁国卿未居住系争房屋，户籍也未迁入系争房屋，但均系接受教育及系争房屋面积、郁德龙再婚等客观因素所致，特别需要指出的是，受配房屋之时，郁国卿为未成年人，其不能自主决定自身的相关事务。郁国卿成年之后也未另享受到福利分房待遇，属于他处无房的情况。因此，不能无视郁国卿作为原始受配人对于系争房屋的权利。法院最终认定郁国卿对动迁分配房屋的权利判决被告和房屋出售单位所签合同无效，房屋出售单位应将房屋恢复公有状态后，郁国卿与郁国君再协

商解决变更承租人事宜。本案正是 61 号令第一款的典型适用。

值得一提的是，在适用 61 号第五款时，必须注意户口未迁入动迁房的人员满足“户口不在本市”且“婚姻实际居住满两年的条件”。(2011)黄浦民(行)初字第 16 号案中，法院就因原告曹某的户口不在被拆迁房屋内，虽然其配偶属于拆迁范围内的应安置人口，但因原告系户口在本市的人员，故不符合应安置条件为由，驳回了原告的诉讼请求。

律师点评：61 号令现在虽已失效，但在审理发生在 06 至 11 年的动迁案件中，仍应作为裁判依据。

（四）知青

在 61 号令的时代，知青作为一个普遍受到政策保护的人群，也经常会发生未迁入动迁房中但仍然被认定为安置对象的情形。(2016)沪 0112 民初 4821 号案中，原告田国庆虽然作为返沪知青未将户口迁入动迁房屋，但仍作为拆迁的安置补偿对象对安置补偿款与被告田莹莹共同享有权利。最终判令被告将出售动迁款所购房屋房款的 50%支付给原告。

律师点评：知青及其子女在上海的公房征收补偿利益分割纠纷中经常受到“特殊照顾”，法院在审理知青分割补偿款的案件中，往往会酌情体谅知青因政策原因而导致的户籍迁出，即使在不认为其符合同住人条件的情况下，亦会酌情分给知青补偿款。

（五）沪高法民一(2004)3 号文中的特殊情况

除上述几种特殊情况之外，《关于房屋动拆迁补偿款分割民事案件若干问题的解答》（简称“沪高法民一（2004）3 号

文”）中也规定了如因结婚在被拆公房中实际居住满五年，服兵役、读大学、服刑等原因，户籍被迁出被拆公房等即使在被拆公房中无户口仍可被视为同住人的特殊情况。

结语：

不同个时代的上海动迁政策大相径庭，而且纷繁复杂，文件、解答层出不穷。在遇到动迁纠纷时，万不可按照自身经验、臆想或者他人的经历作为主观判断的依据，应谨慎对待，聘请专业律师根据不同情形客观理性分析对策，真正有效地保护到自身的合法权益。

管杰

上海七方律师事务所 律师

七方公司与财税法律服务部 律师

徐汇区汇调人民调解委员会 兼职调解员

业务领域：民商事合同纠纷、动拆迁补偿纠纷、公司股份纠纷

联系方式：13816934907

痛心！稚子何辜？

——从重庆幼童坠亡案谈离婚子女抚养权

作者：七方家事法团队

近日有一则令人三观炸裂的新闻：2020 年 11 月 2 日下午 3 点左右，重庆市某小区发生一起惨案，两名幼童从 15 楼坠下，两岁半的姐姐当场死亡，一岁多的弟弟在被送往医院后抢救无效去世。两名孩子的父亲张某在现场失声痛哭，用头撞墙，脸都抓烂了，他表现出的极度悲伤，令人动容。本以为是一场意外，然而不到十天，案件出现了惊天反转：张某其实是害死亲生子女的凶手，另一名与张某有特殊关系的女子叶某也被指涉案。

公诉书显示，张某婚内追求叶某后与前妻协议离婚，商定大女儿归前妻抚养，小儿子六岁前由张某抚养。离婚后，叶某表示其与父母不能接受张某有孩子，于是，张某为了与叶某开启“新生活”，逃避抚养义务，多次密谋采取意外高坠的方式杀害两个孩子。最终，张某将两个孩子从飘窗窗户扔下了楼。

虎毒尚且不食子，而张某竟狠心将两个亲生子女扔下窗台，简直丧尽天良、泯灭人性。新闻揭露出来的“蛇蝎父母”绝非个例，尤其在离婚率高发的当今社会，父母离婚后孩子的抚养、教育该如何保障？下面笔者就来聊聊关于子女抚养权的界定和思考。

一、抚养权界定规则

抚养权是指父母对其子女的一项人身权利，抚养有婚生的抚养与非婚生的抚养之分。我国在认定抚养权时，遵循未成年子女利益最大化原则。

根据《民法典》第一千零八十四条及《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）》第四十四至四十八条的规定，离婚子女抚养权认定规则梳理如下：

不满两周岁的子女

离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。这与母亲在家庭中的特殊地位有关，哺乳期的子女由母亲抚养，更大程度的为未成年子女提供生活上的照顾。但是母亲存在不适宜抚养子女情形，例如患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病的、有抚养条件不尽抚养义务的或是其他不适宜情形的，也可以跟随父亲生活。此外父母双方根据协议两周岁以下子女随父亲生活，并对子女健康成长无不利影响的，法院也予以支持。

两周岁以上未成年子女

对两周岁以上未成年的子女，父方和母方均要求随其生活，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：

（1）已做绝育手术或者因其他原因丧失生育能力；

（2）子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利；

（3）无其他子女，而另一方有其他子女；

（4）子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活。

已满八周岁的子女

如果子女是已满 8 周岁的未成年人，

应考虑该子女的意见。父母离婚后，子女随哪方生活，一般是根据有利于子女健康成长的原则来决定。

二、确定抚养权归属的实践困境

未成年子女的真实意愿难以掌握

根据法律明确规定，对于八周岁以上未成年子女的抚养问题，应当考虑子女的真实意愿。这样有利于帮助实现未成年子女的最大利益，将孩子自主选择加入确定抚养权需要考虑的因素中，充分尊重孩子的想法，保障未成年子女的自主选择权与知情权。

可是在司法实践中，可能会存在未成年子女由于父母离婚带来的伤害产生的逆反情绪，未成年子女不愿意表露出自己的真实意愿，给法官实践操作带来难度。而对于八周岁以下的未成年子女，由于思想、心理远不够成熟，可能会因为表达不够客观或容易受到成年人引导的影响，而忽视他们的意愿。

多孩背景下的难题

在全面二孩、现又开放三胎的背景下，多子女家庭也逐渐增多。法院在处理未成年抚养权纠纷时，已经不能笼统适用独生子女所确定的抚养裁判规则。目前二孩家庭较多，在离婚时确定子女抚养权归属问题时，需要考虑的不再是父母与子女三方的关系，还有兄弟姐妹的同胞关系。根据未成年子女利益的最大化原则，法院需要整体考虑多子女的抚养问题，不是简单单一的选择父母各自分开抚养。根据实际，考虑到多子女家庭的特殊性，考虑共同生活成长对未成年子女的影响，选择最优方案。

三、确定抚养权归属应当考虑的因素

在确定抚养权归属前，需要充分考虑到未成年子女的主体地位，不能简单的将

其客体化。根据未成年利益最大化原则，考虑各种因素。

1、未成年子女的意愿

抚养权的归属问题，更多的还是要考虑未成年子女自身的需求。上文说到真实意愿难以探寻的问题，可以选择在未成年子女可以获得安全感的观察室进行询问，介入心理咨询师进行疏导。使孩子可以在相对舒适的环境中表达自己的真实感受，便于法院将其列入考虑范围。

2、未成年子女未来的成长环境

未成年利益最大化原则自然要考虑到其未来的成长环境。父母离婚对孩子的伤害巨大，其未来的成长环境尤其重要，很多孩子在父母离异后变的敏感、沉默。因此需要创造更加良好的成长环境。

父母自身的素质、经济能力与子女未来成长教育环境息息相关，在确定抚养权归属时，也需要纳入考虑。

3、未成年子女的保护

未成年子女在离婚案件中处于弱势地位，其权益极易被忽视，需要结合未成年保护法等相关法律给予其特殊保护，从而平衡其在成年人主导的社会中处于的不利地位。例如这次重庆幼童坠亡案、去年五月的抚顺虐童案等，人渣父母直到最后才暴露本性，在确定抚养权归属时难以预见更难以避免，谁会想到亲生父母竟会残忍至此？因为家庭矛盾的封闭性、私密性，外人难以介入。有学者曾提出可以设置家事监管员进行后续监管，但笔者认为很难运用于实践，效果也不一定尽如人意。

四、结语

重庆幼童坠亡案将于下周开庭审理，相信杀人凶手会得到法律应有的制裁。但对于未成年人的保护不应只停留在事后弥补，而应该加强事前防范。 2020 年 5 月 29 日，最高检等部门联合印发的《关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的

意见（试行）》中明确，有关组织和个人看到未成年人面临不法侵害危险的，都应立即报案或举报。《民法典》、《未成年人保护法》等也对未成年人保护提供了一定的制度保障。每个孩子都是天使，都应该被温柔以待。保护未成年人，需要我们的共同努力。

胡晓萍

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方婚姻家事与财富传承法律服务部 主任

上海市律协婚姻家事业务研究委员会 委员

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

普陀区首届优秀女律师

业务领域：家事法、私人财富管理

联系方式：18616910916

王睿

上海七方律师事务所 实习律师

业务领域：家事法、私人财富管理

联系方式：18121370930

没有签字盖章的合同也能成立？征收人要特别注意

作者：卫夏清

笔者近期经手了一个征收拆迁案件（为行文表述方便，本文中的征收、拆迁同义，不做区分），案件系争的是一份已有被拆迁人签字、拆迁实施单位盖章，但没有拆迁人盖章的补偿安置协议。拆迁人在走盖章流程时，审计发现该协议存在超标准补偿的情况，可能造成国有资产流失，因此未在协议上盖章。但拆迁人及拆迁实施单位未积极采取措施变更协议内容，也未按协议内容向被拆迁人交付安置房。在其他人陆续入住安置房屋两年后，被拆迁人仍无法入住，遂诉至法院要求拆迁人按协议交付房屋。法院认为拆迁人虽未盖章，但基于拆迁实施单位作为拆迁人的代理人，其盖章签约的效力及于拆迁人。拆迁人主张该协议超标准补偿导致未能通过审计，但关于该协议效力的异议未提起诉讼或对协议进行变更。最终判决拆迁人按协议约定交付安置房屋。

该案件因为补偿安置协议上有拆迁实施单位的盖章，而拆迁实施单位和拆迁人存在代理关系，因此协议对拆迁人产生约束力。那在更特殊的情况下，有没有拆迁实施单位、拆迁人都没有盖章，补偿安置协议仍然能够成立的情况呢？再来看一个案例。

案例简述

系争征收房屋为私房，产权人登记为王某，王某与丈夫育有5名子女。王某和其丈夫相继去世后，王某的4名子女及1名已去世子女的继承人于2007年5月就该系争房屋权属经法院主持达成了调解协议，协议确定了4名子女以及其中1名已去世子女的法定继承人各自在系争房屋的产权份额。

2013年9月，Z区房管局依据征收决定对系争房屋进行征收，并委托一征所作为征收实施单位。在征收过程中，一征所的工作人员安排其中1名子女沈某龙在补偿安置协议以及安置房预约单上签字，协议明确“经征收部门认定后，房屋征收决定范围内签约率达到85%，本协议生效”。2013年10月，Z区房管局公示系争房屋所在地块签约率已达85%以上，已签约的补偿安置协议生效。但是，该户的协议在内部审批过程中被认为签约主体存在问题，Z区房管局及一征所均未在该协议上盖章，最后部分子女起诉该协议无效。

将案情简单概括就是共有房屋在征收过程中，未取得全部共有人的一致同意，征收人最终未通过审批盖章的情况。那么问题就来了，征收人、征收实施单位都没有签字盖章的协议是否成立？是否生效？

从本案例的判决来看，法院是认可该补偿安置协议已经成立的。主要理由是，一征所经办人安排沈某龙签约属职务行为，其行为的法律后果应由一征所承担。其次，在Z区房管局统计基地签约率时已经将系争协议计入，故应认定Z区房管局与沈某龙之间的补偿安置协议已经成立。Z区房管局提出的该协议未经内部审核批

准、未盖章、协议不成立的抗辩意见未获法院支持。但是，因在协议签订过程中 Z 区房管局未获得全部共有人一致同意，损害了部分共有人的利益而被认定为无效。

法律依据

有读者不禁要问，为什么没有签字盖章的合同也能够成立，这样不就给合同的签订和履行带来了很大不确定性吗？会不会有哪天出现倒置，比如征收人、征收实施单位在未征得被征收人同意先行盖章，房屋不知情的情况下就“被征收”了呢？大可不必有这种担忧。实际上，根据法律规定合同成立有限定条件，房屋征收也有必要程序。

具体到前面的案例中，适用的是《合同法》（现已失效）第三十二条，该条规定了一般情况下合同系在双方当事人签字或盖章时成立。同时第三十七条也对合同成立的特殊情况进行了规定，解释了为什么前述案例中一方当事人未盖章，合同仍然能够成立。这两条对应的是现行《民法典》第四百九十条：“当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。”这一法律条款的存在，让征收人在开展征收工作要特别留意。

实操中，补偿安置协议的内容是以征收实施单位为主导，结合相关法律、政策、口径、规定的情况下与被征收人协商方案。协商确定后，会由征收实施单位打印补偿安置协议并交被征收人签字，再经征收实施单位、征收人审核后盖章确认，前述案例实际是征收操作的常态。在被征收人签

订协议后，为尽早实现清地腾房，征收实施单位往往会要求被征收人在较短时间交房并搬离。也就是说，可能征收实施单位和征收人都未盖章，被征收人已经将合同义务履行完毕。再者，征收人在确定征收地块签约率时必然会将被征收已签字的协议计入到签约率的统计基数中。在这几项条件下，即便没有征收实施单位和征收人盖章，也因符合了“盖章前”、“履行主要义务”、“对方接受”的规定而被认定为合同成立。

律师提醒

因操作流程而几乎不可避免的合同风险，征收人和征收实施单位要如何应对呢？建议在以下三个方面加强注意。

1. 审计和法制审核前置。在查询的诸多补偿安置协议履行案例中，征收人未能及时履行补偿安置协议，往往是发现协议内容不符合法律规定或不符合补偿标准，如履行会侵犯他人合法权益或国家、公共利益。这种情况下，审计和法制审核前置就非常有必要。从签约主体、补偿内容、履行方式进行全面审核，让协议在签订前就达到合法合规的形式和实质标准，确保协议能够履行。

2. 重要节点前再审核。针对补偿安置协议签订的特点以及此类案例的审理要点，在被征收人交房、公布签约率等重要节点前，对被征收人已经签字的协议再次进行审核，及时在重要节点前发现问题。

3. 发现问题积极行权。在一些征收拆迁案例中，经审计发现了被征收人提供虚假材料、征收实施单位超标准补偿等情况，征收人仅通过通知要求被征收人变更协议或退还补偿利益，而不积极采取法律手

段维护权益。直到被征收人诉至法院，征收人仍然认为只要做了相应抗辩就不需按协议履行。但从很多判决结果来看，法院在判断协议是否成立、有效并应按约履行都需要有足够有力的证据证明和支撑，在法院向被征收人释明协议效力需提起协议无效之诉后，征收人仍不起诉的，视为对协议效力不持异议，最终导致被动履行的局面。

结语

除了征收补偿安置协议，现实生活中其他合同或协议同样适用《民法典》关于合同生效的规定，且合同成立的形式多样，需要各方当事人在合同的协商、签订、履行等各环节中都要密切注意，避免合同风险。征收补偿安置协议作为一种特殊的协议类型，因为受到审计、操作流程等限制，只要被征收人签字，协议就可能会因为被征收人的先履行、征收人的计入签约率的行为而被认定为成立。即便后续的签约程序无法完成，征收人也要从合同履行的角度尽快进行调整或变更，最大限度地符合法律规定要求。如此时被征收人不配合，征收人要主动通过协商、诉讼等方式维护自身权益，避免损害国家、公共利益或他人合法权益。

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

业务领域：不动产征收、社会公共服务、行政法

联系方式：13636308387

“青眼白龙”游戏卡拍到 8700 万？扰乱司法拍卖该当何罪？

作者：七方刑事团队

2021 年 6 月 21 日，一张 20 周年纪念版“青眼白龙”游戏王纯金卡牌被拍出 8700 多万人民币，让游戏王卡牌和司法拍卖同时出圈，引起网友热议。

据媒体报道，近日，安徽滁州中院在阿里拍卖网上法拍了一张刑事案件被执行人的游戏卡牌，资料显示，被拍卖的卡牌为青眼白龙游戏王纪念卡牌。法院提示，被拍卖品的品牌真伪不详，仅供参考，以实地看样为准。据资深玩家介绍，这款 11 克 24K 金的“青眼白龙”原版真品卡牌限量发售 500 套，每张卡牌上刻有单独编号，当时含税总价为 21.6 万日元，约合人民币 1.2 万元，参与拍卖的这张“青眼白龙”编号 152，正常情况下，市场价在 20 万人民币左右。

由于该卡证书遗失，滁州中院无法判断其真伪，故其起拍价仅为 80 元人民币，评估价和保证金均为 100 元。在法拍流程正式开拍之后，事情出乎所有人预料。短短半小时时间，这张游戏卡片便从 80 元

直冲 8700 多万元。在拍卖了 32 分 34 秒后，阿里拍卖负责人员发现拍品与实际竞拍价格严重不符，可能存在恶意炒作与竞价行为，紧急叫停，本场拍卖中止。

毫无疑问，恶意竞拍、悔拍都属于扰乱司法拍卖的行为，依法应当受到法律的惩罚。在司法拍卖界面上可以看到恶意抬价、悔拍、扰乱司法拍卖秩序的买受人应当承担何种法律责任：1、司法网拍成交后，买受人悔拍的，其所交纳的保证金不予退还。（《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第 24 条）2、重新拍卖的价款低于原拍卖价款造成的差价、费用损失及原拍卖中的佣金，由原买受人承担。人民法院可以直接从其预交的保证金中扣除。扣除后保证金有剩余的，应当退还原买受人；保证金数额不足的，可以责令原买受人补交；拒不补交的，强制执行。（《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》（2020 修正）第 22 条第 2 款）3、对于在司法拍卖中恶意抬价，扰乱司法拍卖秩序的买受人，人民法院可以对其罚款、拘留，**构成犯罪的，依法追究刑事责任。**（《民事诉讼法》第 111 条、《民事诉讼法的解释》第 187 条）

这件事件在网络发酵之后，有人注意到了《民事诉讼法》第 111 条之规定，认为在司法拍卖中恶意抬价、扰乱司法拍卖秩序属于犯罪，可以追究刑事责任。那么，上述行为是否构成犯罪？是否可以直接依据上述规定追究刑事责任？如果构成犯罪，又该当何罪呢？

一、能否直接依据《民事诉讼法》第 111 条追究买受人刑事责任？

在现代刑法学理论中，“罪刑法定原则”是当之无愧的首要原则。在我国《刑

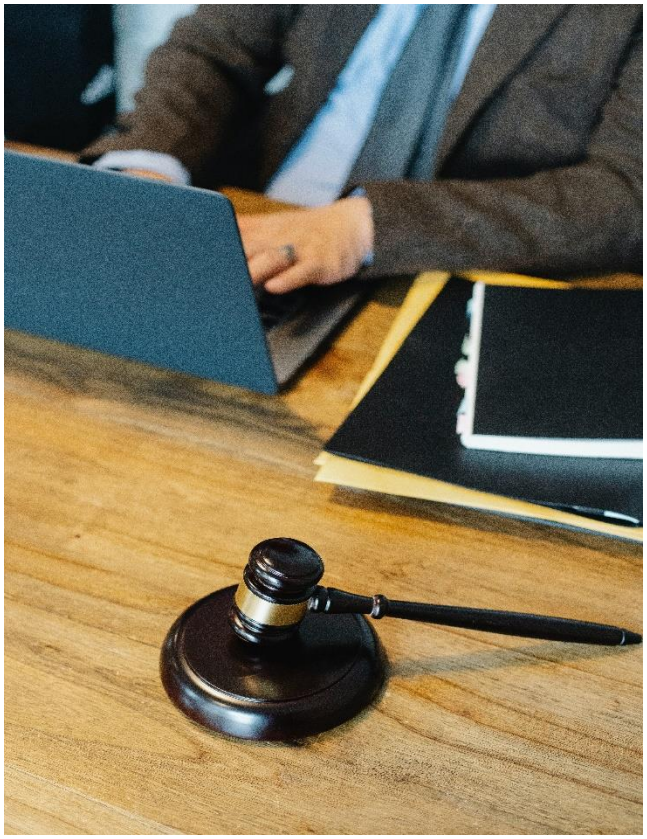
法》中，罪刑法定原则被规定在《刑法》总则部分第 3 条：法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。而在我国，规定犯罪的法律有且只有《刑法》和一部单行刑法《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。换言之，是否追究一个人的刑事责任仅能依据《刑法》和单行刑法，不能直接依据《民事诉讼法》第 111 条追究买受人刑事责任。

那么，该条表述的“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的意义何在？最高人民法院刘树德、喻海松法官指出，按照罪刑法定原则的精神，非刑事法律中“构成犯罪的，依法追究刑事责任”对其所在条款所规定的与刑法罪状不吻合的部分行为而言不具有刑法后果，不是严格意义上的刑法规范（罪与刑的统一），至多具有宣示功能。简言之，构不构成犯罪，其他法律规定没有用，还是得看《刑法》怎么规定。

事实上，类似宣示功能的法条在其他法律中也有出现。例如，2018 年 5 月 1 日起实施的《中华人民共和国英雄烈士保护法》第 26 条规定，以侮辱、诽谤或者其他方式侵害英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉，构成犯罪的，依法追究刑事责任。而彼时《刑法修正案（十一）》（2021 年 3 月 1 日）尚未发布生效，《刑法》中并无侵害英雄烈士名誉、荣誉罪，因而无法以该罪名定罪处罚。

二、能否构成扰乱法庭秩序罪？

有人提出，如果把法庭做扩大解释，线上的司法拍卖可以视为法庭的延伸，买受人的这种行为或许可以评价为扰乱法庭秩序罪。笔者认为，这种观点值得商榷。



首先，根据《刑法》第 309 条之规定，扰乱法庭秩序情形有且只有四种，包括（1）聚众哄闹、冲击法庭；（2）殴打司法工作人员或者诉讼参与人；（3）侮辱、诽谤、威胁前述人员；(4)毁坏法庭设施，抢夺、损毁文书、证据等。而线上的司法拍卖中，尽管买受人恶意竞价，但他的行为仅仅是不断地出价，无论如何解释，也无法将该行为对应到上述四种情形。

其次，将线上法庭解释为法庭并无问题，但不宜将“法庭”的范围扩张至线上司法拍卖。随着科技的发展，开庭的形式也从传统的线下法庭扩展至线上法庭，尤其是受疫情影响，线上开庭的案件屡见不鲜。如果在线上开庭时，严重扰乱法庭，致使庭审无法顺利进行的，无疑可以以扰乱法庭秩序罪追究刑事责任。但是，司法拍卖并非庭审，不具有庭审的举证质证、事实认定等功能。司法拍卖与法庭的主体也不同，前者的主体并非人民法院，而是第三方网络服务机构。因此，将司法拍卖解释为“法庭”无疑是不合适的。

三、能否构成寻衅滋事罪？

有人指出，这种行为扰乱了公共场所秩序，属于在公共场所起哄闹事，造成公

共场所秩序严重混乱，可以以寻衅滋事罪追究刑事责任。笔者认为，这种观点也值得商榷。

首先，在司法拍卖中恶意竞价的行为不符合《刑法》第 293 条第 4 项“在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱”的规定。根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第 5 条，只有利用信息网络辱骂、恐吓他人，或者编造虚假信息，明知是编造的虚假信息而散布的，才属于《刑法》第 293 条第 4 项，以寻衅滋事罪定罪处罚。而买受人恶意竞价、悔拍等扰乱司法拍卖的行为显然无法与上述行为相匹配，因此，不能以此罪定罪处罚。

其次，从扰乱司法拍卖的行为所侵犯的法益和寻衅滋事罪所保护的法益来看，二者之间也不相匹配。前者所侵犯的法益应当是司法秩序，而后者所侵犯的法益则是公共秩序，二者之间并不相同。因此，从这个角度来说，也不宜以此罪定罪。

四、能否构成拒不执行判决裁定罪

笔者认为，如果买受人并未被执行人串通，单纯地恶意竞价、悔拍的行为无法构成拒不执行判决、裁定罪。但反之，则完全有可能构成该罪。

根据《刑法》第 313 条之规定，拒不执行判决、裁定罪是指被执行人等负

有执行义务的人对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的行为。而由于司法拍卖的买受人（竞拍人）并非人民法院判决、裁定的执行义务人，因而，其单独的行为不可能构成该罪。

但如果买受人与被执行人串通，通过恶意竞价、悔拍的方式干扰司法拍卖，致使法院无法执行，情节严重的，则可以构成本罪。笔者通过检索，司法实践中有人采取这种方式拒不执行法院的判决裁定，最终以拒不执行判决裁定罪追究刑事责任。

在湖南省邵阳市中级人民法院《张某某拒不执行判决、裁定二审刑事裁定书》（(2021)湘05刑终87号）中，被执行人为阻碍法院拍卖股权，指使张某某报名竞拍，并提供了报名保证金人民币40万元。张某某明知被执行人要利用她的名义报名参与网上竞拍，仍将自己的身份证提供给其使用。张某某在既无购买意愿，也无资金实力的情况下，受被执行人等人的指使点击电脑参与出价，至2020年5月3日，张某某经过628次出价，以44974500元人民币成交。成交后，张某某悔拍，经隆回县人民法院多次催款，拒不交付成交余款，妨害人民法院的执行。另查明，张某某因本案于2020年8月28日被隆回县人民法院决定司法拘留十四日，已羁押十四日，依法应折抵刑期。判决被告人张某某犯拒不执行判决、裁定罪，判处有期徒刑一年。

因此，单纯地恶意竞价、悔拍的行为不至于构成拒不执行判决裁定罪，但与被执行人串通，妨碍法院执行的，则可能构成本罪。

结语

综上所述，尽管从目前的《刑法》规定来看，扰乱司法拍卖的行为难以构成犯罪。但如果认为，自己损失的仅仅是交给法院的保证金的话，可就严重低估了司法拍卖的严肃性。根据前述法律规定，法院可以根据买受人的情节严重程度，对其扰乱司法拍卖的行为处以司法拘留、罚款、要求补足拍卖造成的差价等措施。

本案中，如果滁州中院严格按照《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第 24 条惩处，照此计算，假使“青眼白龙”游戏卡最终以接近市场价的 20 万人民币成交，那么，导致第一次司法拍卖中止的买受人要补足剩余的 87126098 元人民币！相信这样的责任，无论是谁都无法轻易承担。因此，司法拍卖不是儿戏，网络“狂欢”应当注意场合和分寸，切莫因为一时之玩笑，落下终身的悔恨。

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

业务领域：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：19512259950

生产、销售减肥类产品中涉及的刑事风险

作者：七方刑事团队

前段时间网红郭美美因涉嫌销售违禁减肥类食品被捕，其销售的违禁食品中添加了“西布曲明”，网红的再度翻车引发了网友的广泛关注。

互联网技术为各类减肥产品的流转提供了更多渠道，常见微商在微信、微博等社交平台上宣传、交易相关产品。交易渠道的互联网化，使相关产品的生产、交易链缺乏合理监管，导致其成为我国食品、药品安全类犯罪的高发领域。非法添加违禁成分、缺乏相关的批准文号等是构成犯罪的主要原因，这种非法交易不仅扰乱市场经济秩序，同时也对个人身心健康造成极大威胁。

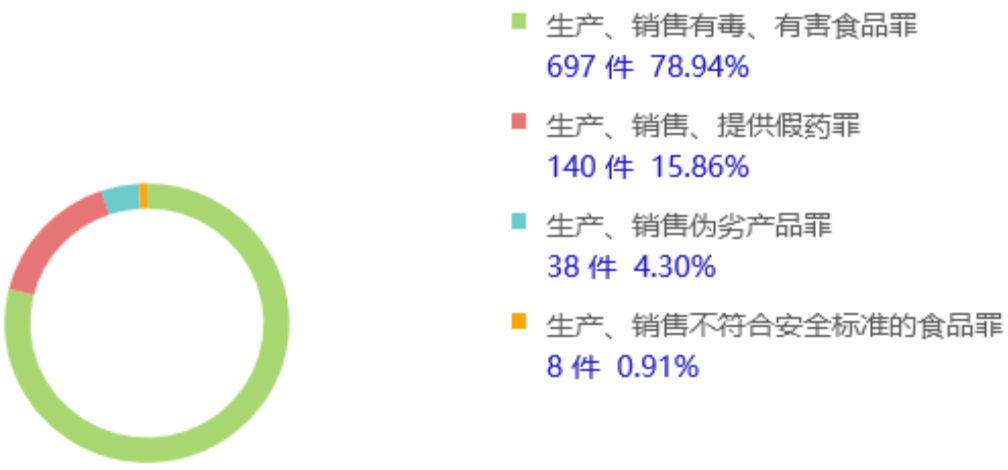
司法实践中，对销售减肥类产品涉嫌的罪名有所争议，检索既往的案例，有些法院按照生产、销售有毒、有害食品定罪处罚，有些法院按照生产、销售假药处理。笔者认为，要想对此类行为择一正确的罪名处罚量刑，须先明确“减肥药”的性质。

一、西布曲明是什么？

西布曲明（Sibutramine）是一种中枢神经抑制剂，由于可抑制人的食欲达到减肥效果，曾在 1997 年被美国 FDA 批准用于肥胖症治疗。随着西布曲明的推广使用，研究人员发现西布曲明会增加心脑血管风险，导致内分泌代谢失调、精神紧张、睡眠障碍等。2010 年《关于停止生产销售使用西布曲明制剂及原料药的通知》（国食药监办[2010]432 号）中规定全面停止生产、销售和使用西布曲明制剂和原料药，撤销其药品批准证明文件。2012 年《国家食品药品监督管理局办公室关于发布保健食品中可能非法添加的物质名单（第一批）的通知》中将西布曲明列为减肥功能产品中可能非法添加的物质。

西布曲明最初是作为药品获批进入国内，但后期已被“开除”药籍，所以含有“西布曲明”成分的产品并不必然属于药品，也有可能是含有违禁成分的保健类食品。

二、含西布曲明成分的产品交易中可能涉及哪些罪名



笔者通过检索相关判例，发现因在减肥产品中添加“西布曲明”而涉刑的案件

高达 906 件（以上数据截至 2021 年 7 月 13 日），涉及生产、销售伪劣商品罪（869 件）的占比接近 96%。其中，生产、销售有毒、有害食品罪 697 件；生产、销售假药罪 140 件；生产、销售伪劣产品罪 38 件；生产、销售不符合安全标准的食品罪 8 件。

由次可见，销售含有“西布曲明”成分的减肥类产品，涉及的罪名主要集中在生产、销售有毒、有害食品罪与生产、销售、提供假药罪，生产、销售伪劣产品罪作为兜底罪名，有时候会与前述罪名并罪处罚。

一、 生产、销售有毒、有害食品罪

根据《刑法》第 144 条规定，本罪是指在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品。“两高”《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第二十条对“有毒、有害的非食品原料”作出规定，其中第二款列明“国务院有关部门公布的《食品中可能违法添加的非食用物质名单》、《保健食品中可能非法添加的物质名单》上的物质”。由于西布曲明被列入上述文件之中，因此对该类行为多以本罪判定。

肖某某生产、销售有毒、有害食品一案【（2021）鲁 0829 刑初 223 号】中被告人肖某某以牟利为目的，多次从盛某（已判刑）处购买减肥保健食品“植物三天瘦”、“中药七天瘦”、减肥奶片，通过网络先后销售给刘某、陈某等人，销售金额共计人民币 69220 元。在其家中查获“植物三天瘦”、“中药七天瘦”、减肥奶片一宗，经检测，均含有国家明令禁止在保健食品中添加的西

布曲明成分。

法院认为，被告人肖某某为牟取非法利益，明知是有毒、有害食品而销售，应当以销售有毒、有害食品罪追究其刑事责任。

案例中被告人售卖奶片等产品属于保健食品，在其中非法添加西布曲明的行为符合本罪中规定的“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料”的行为模式，故以本罪处罚最为适宜。

然而，是否凡是填加了违禁成分西布曲明的产品就会被认定“有毒、有害”的食品？司法实践中，曾有不少类似案例被以假药罪定罪处罚。

二、 生产、销售、提供假药罪

通过对现有公开判决书的检索，发现以本罪名处理的案件多发生在《刑法修正案（十一）》生效之前，《修正案（十一）》生效后则多以“生产、销售有毒、有害食品罪”论处。原因在于，我国原《刑法》第 141 条第 2 款作出规定，对假药的认定参考《药品管理法》中假药的定义，当时的《药品管理法》将“须批准而未经批准生产、进口，或须检验而未经检验即销售的”以假药论处。在国内，西布曲明已被撤销药品批准的证明文件，依据当时规定，可将其认定为假药。

然而，《刑法修正案（十一）》中删去了假药的界定，修订后的《药品管理法》也将“未经批准的药品”从假药的定义中删除，因此，不宜再以西布曲明未经批准生产为由，进而将其认定为假药进而处罚。

现行《刑法》第 141 条未明确假药的定义，含有西布曲明的减肥产品究竟如何定性呢？

根据“两高”《关于办理危害药品安全

刑事案件适用法律若干问题的解释》第十四条规定，对“假药”、“劣药”难以确定的，司法机关可以根据地市级以上药品监督管理部门出具的认定意见等相关材料进行认定，必要时委托省级以上药品监督管理部门或确定的药品检验机构进行检验。概言之，对“假药”定性拿捏不准时可借助相关行政部门或医药机构进行认定，如果认定是假药的，依旧按照本罪处罚。

周倩生产、销售假药一案【(2020)冀0302刑初163号】被告人周倩在淘宝网上销售减肥药，经北京微量化学研究所检测，其销售的“7Dayslimhip&legs”及无标识减肥药（网上销售称为骨灰级减肥药）均检出国家禁止添加的西药成分西布曲明，再经河北省药品监督管理局对其销售的“7Dayslimhip&legs”及无标识减肥药（网上销售称为骨灰级减肥药）进行药品真伪鉴定，认定上述两种产品按假药论处，涉案价值6万余元。

法院认为，被告人周倩利用互联网销售含国务院药品监督管理部门规定禁止使用的成分的减肥药，构成销售假药罪，应予依法惩处。

上述案例中，被告人出售含西布曲明成分的减肥产品，该产品经省级药监局鉴定后被认定为假药，故法院择本罪以处罚，涉案产品不再作为“有毒、有害的食品”。

通过以上两个案例对比发现，针对生产、销售含违禁成分西布曲明的产品，法院以不同的罪名做出了判决。笔者认为关键在于涉案减肥产品的性质认定，是作为药品来交易，还是作为保健食品？

减肥药到底是药品还是食品？

减肥类产品常被称为“减肥药”，导致大众容易被默认其为药品。根据《药品管理法》第二条规定，“药品，是指用于预防、治疗、诊断人的疾病，有目的地调节人的生理机能并规定有适应症或者功能主治、用法和用量的物质”。而现在网络常见的减肥类产品，并没有治疗疾病的功能，也无上述功效，大多产品成分更接近保健、食品，对外也多以保健品宣传。如“馈世瘦身咖啡”，是将西布曲明添加入咖啡粉里作为食品售卖【(2020）沪 03 刑终 42 号】，针对此种行为以生产、销售有毒、有害食品罪评价更为合理。而若含有西布曲明成分的减肥产品，有药品外观，而该产品又因经相关医药机构、部门鉴定为假药的，则应按假药罪论处。如臭名昭著的泰国 DC 减肥药，主要成分为西布曲明、分特拉明、氟西汀、比沙可啶等药物成分【(2020)沪 0115 刑初 1628 号】，则按生产、销售假药罪认定。

三、 妨害药品管理罪

该罪名系《刑法修正案（十一)》新增罪名，根据《刑法》142 条之一的规定，销售“未取得药品批准证明文件的药品”，足以严重危害人体健康的行为可以本罪论处。结合西布曲明被开除“药籍”的处境地位，笔者认为，对生产、销售非法添加该成分的药品，足以危害人体健康的，更宜以本罪处罚。

四、生产、销售伪劣产品罪

本罪作为生产、销售伪劣商品罪中的兜底条款，凡是产品质量违反国家法律、法规，不符合产品质量标准规定的质量要求的，均可认定为本罪。依照两高《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条，不合格产品是指不符合《产品质量法》第二十六条的规定，即存在危及人身、财产安全的

产品。

西布曲明对人体的危害毋庸置疑，将其添加进减肥产品进行生产、销售的行为，符合本罪的行为构成。依照 2001 年最高院《关于审理生产、销售伪劣商品刑事案件有关鉴定问题的通知》第三条规定，被告人的行为既构成生产、销售伪劣产品罪，又构成生产、销售假药罪或者生产、销售不符合安全标准的食品罪，应当依照处罚较重的规定定罪处罚。由于本罪的刑罚轻于假药罪，故司法实践中常见对生产、销售西布曲明的行为以假药罪定罪处罚。

三、结语

现代社会高强度的压力和不规律的饮食作息习惯使肥胖成为困扰当代青年人的心头大患，以西布曲明为代表的特效减肥药在网络平台上收割了一波又一波年轻人。由于缺乏有效监管，各类减肥产品在网络渠道里横流，不论是销售者，还是消费者，都应该保持理智和警觉，对涉及到健康和生命安全的食品保持警惕，否则被收割掉的不仅是自己的钱包，甚至还有宝贵的生命。

赵珞宏

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

业务领域：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：18089390623

致企业家：企业融资的刑事风险提醒及防范

——以团队办理的诈骗案件为例

作者：七方刑事团队

成王败寇漫相呼，直笔何人纵董狐。

柳亚子《题<太平天国>战史》

中小微企业在创业初期最缺少的条件之一便是资金，为获得资金，企业家往往会进行一定程度的融资活动。其中，融资既包括面向不特定多数人的集资行为，也包括面向特定人的吸引投资行为。如果企业做大做强，如约履行了对所有债权人的义务，往往会“歌舞升平”，哪怕前期融资阶段确实存在一定的瑕疵，也不会出现刑事风险。

但是，一旦创业失败，刑事风险便会接踵而至：前者会产生非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等刑事风险，后者亦会产生诈骗罪等刑事风险。可以说，只要创业失败，除了债权人会找上门，经侦可能也在来的路上。

这便是司法机关在经济犯罪认定中很典型的“成王败寇”现象。诚如刘宪权教授在《涉民营企业犯罪案件的刑法适用》一文中所言：“司法机关仅因经营失败、未能扭转亏损状态便认定民营企业具有非

法占有目的，显然是以‘成王败寇’的态度对待民营企业，明显违背了收益与风险并存的市场经济规律。”

但遗憾的是，现实司法实践中，仍广泛存在着“成王败寇”的司法认定倾向。那么，作为企业家应当如何应对和防范此类刑事风险呢？笔者重点以一则团队办理的案件为典型，分析并指出企业面向特定人引资过程中，应当注意并防范哪些刑事风险。

一、基本案情

公诉机关指控两节犯罪事实：

第一、2018 年 8 月期间，被告人李某以投资某电子竞技公司股权获取高回报为由，骗取被害人王某、徐某、孙某共计人民币 70 万元，用于向其个人支付宝充值等个人消费以及支付某投资公司房租、员工工资等。

第二、2018 年 11 月至 12 月期间，被告人李某谎称在某省购置了商务楼运营电子竞技公司，以投资某电子竞技公司股权获取高回报、需要给领导送红包为由，骗取被害人吴某 52 万元，用于其向个人支付宝充值等个人消费以及支付某投资公司房租、员工工资等，后经催讨，归还 2.1 万元。

二、裁判结果

本案办案周期较长，自 2020 年 5 月接受委托以来，我方多次提交了无罪的辩护意见，收集整理提交了诸多证据，本案经过多次开庭，最终法院认定如下：

第一、公诉人指控被告人诈骗王某、徐某、孙某共计人民币 70 万元不成立，辩

护人提出的相关意见，本院予以采纳。

第二、公诉人指控诈骗吴某 49.9 万元成立，被告人李某构成诈骗罪。

最终法院判处被告人李某构成诈骗罪（49.9 万元），判处有期徒刑 6 年，罚金 6 万。

三、风险防范

为何同样是吸引投资款，公诉机关指控的第一节事实不构成诈骗，而第二节事实却构成诈骗？针对本案及该类商业活动广泛涉及的刑事风险点，笔者提出以下五个“不要”，希望企业家们在对个人进行融资、吸引投资者时加以注意，以防范个人的刑事风险。

（一）不要夸大或虚假宣传

公诉机关指控的两节犯罪事实中，最大的区别点就在于被告人是否以购置了商务楼为由，吸引投资者钱款。最终法院的判决书中亦肯定了这一点。诚然，企业家在创业初期，对自己所要创业的项目必然会进行宣传，而在宣传过程中难免会有部分的美化和夸大。但是，在这些夸大的内容中，有些内容是不宜进行夸大的，否则可能构成诈骗罪。

根据诈骗罪的刑法学理论，诈骗罪成立的第一步就要求行为人实施欺骗行为，所谓欺骗行为，包括捏造事实和隐瞒真相两种方式。其中最典型的欺骗行为，是就事实进行欺骗。例如将塑料谎称系玉石而售卖的，就是欺骗行为。

而一般性的价值夸大判断，不具有使他人处分财产的具体危险的行为，不是欺骗行为。例如，售楼人员声称房价会上涨而劝他人购买住房，结果房价暴跌，不能认定为欺骗行为。再如，一般性地对投资

者声称投资极为安全必定获得回报的，不是欺骗行为。商业广告中对商品的功效进行一般性夸张宣传的，或者单纯声称产品质量好、价格低的，也不是欺骗行为。

本案中，被告人李某以投资某电子竞技公司股权获取高回报为由并不足以使他人处分财物（事实上，所有拉投资的人都会这么说），仅是一般性的价值夸大表述，被害人投资也仅是对项目的乐观判断，不属于欺骗行为，自然不构成诈骗罪。

相反，没有购买商务楼而谎称购买商务楼，没有给领导送红包（当然如果真的送了红包，则可能构成行贿类犯罪）而谎称给领导送红包都是典型的事实层面的欺骗行为，构成诈骗罪。

因此，简单来说，对于事实层面的内容不宜夸大（更不能虚假宣传），而对价值层面的内容，可以适当夸大。

（二）不要将财务、人事混同

所谓不宜将财务、人事混同包括两个方面的混同：第一是创业公司与旧公司混同；第二是个人与创业公司混同。

首先，不宜将创业公司与旧公司的人事、财务混同。不少企业家创业时往往已经有了一家公司。为税务、管理方便考虑，往往将二者之间进行混同管理。典型的情形是，明明是创业公司需要资金，而让投资者将款项打入旧公司，并且并未入创业公司的账户。或者是成立创业公司之后，仍然使用原班人马，工作地点、工作内容均为发生改变。

这种做法或许在行业内或者中小微企业管理角度并无太大问题，但一旦发生刑事风险，便很可能成为公诉机关指控的点。例如，本案中，公诉机关就将此作为指控被告人李某构成诈骗罪的证据，认为

这种混同管理实质上就是没有开展新公司的业务，实质上属于偿还旧公司的债务，类似于“借新还旧”。

其次，更不宜将创业公司与个人的财物混同。许多创业者认为，公司都是我的，公司的钱当然就是我的钱。但是，在法律上，公司是一个独立的法人主体，公司的钱和公司所有者的钱不能当然地划等号。特别是公司的钱实质上是通过吸引投资而筹集时，就更不能将个人和公司的财务混同管理。否则，在发生刑事风险时，极有可能被公诉机关认为是将投资款用于个人消费和挥霍。

（三）不要拖延进度

一些企业家在获得投资款后，出于诸多考虑，可能并不会及时地开展业务，但这样可能会引发刑事风险。本案中，法院之所以认为被告人李某部分行为不构成

诈骗罪，很重要的一个原因就是被告人李某及时展开了一些创业行动。诸如注册成立公司、拟定股权转让协议、做公众号、网站等等。

需要提醒企业家注意的是，要注意区分金融概念和法律概念。一些企业家可能是金融背景出身，对金融概念很清楚，认为只要是在金融层面上行得通，在法律层面上也没问题。典型如风险投资，风险投资可以允许被投资企业前几年均无收益，甚至项目都不需要实际展开，只需要有企划书即可。但辩护律师看下来就会发现满满的刑事风险，如果项目没有实际展开，如何证明被告人不存在虚构事实的情形？如果刑事风险发生后，辩护人和被告人仅凭风险投资的金融层面要求，主张被告人无罪，公诉机关和审判机关如何信服？本案中，倘若李某拿到钱之后迟迟未展开行为，相信最终的结果可能就不好说了。

（四）不要在创业初期大量购置个人资产

诚然，实现财富自由是创业的目的之一，但是在创业初期，笔者不建议企业家大量购置个人资产。即使购置了，在将来发生财务危机时，也应及时变卖偿还债权人债务，千万不要因担心急于出手而导致资产贬值而继续持有。

本案中，法院最终认定被告人李某构成诈骗罪的其中一个理由就是被告人李某本人名下有商品房、有豪车三辆，有偿还能力而故意逃避拖欠还款之嫌。

（五）不要躲债、数衍债权人

最后，如果不幸创业失败，造成财务上的亏空，千万不要躲避债权人玩失踪。笔者也明白，一些企业家对债权人避而不见并非不愿意还钱，而是债权人逼得太紧，或因心烦或因在积极寻找出路所致。但在

法庭上，这一点就极有可能成为证明企业家有非法占有目的的证据。

同时，也不要敷衍债权人，一定要积极与债权人沟通，拟定具体的详细的还款计划。本案中，法院认定被告人李某构成诈骗罪的另一个理由是当被害人吴某向李某索回钱款时，李某虽出具了还款协议，但无实际还款期限。用俗语说就是“千年不赖万年不万”，这也是企业家应当警惕的。

结语

在笔者接触的诸多企业家中，都能感受到他们不惧失败、勇于创新的精神，无论挫败多少次，都能东山再起，大有胜败乃兵家常事之豪迈。然而，一旦涉及刑事风险，身陷囹圄，哪怕其意志是坚定的、信念是坚韧的、性格是坚强的，但现实却是残酷的，企业家不得不面临几年甚至十几年的人身自由的限制，即使想东山再起，也怕是时不我待。因此，失败不可怕，失败了而遭受刑事责任的双重打击才可怕。应对方式只有一个：增强刑事法律意识，在前期做好刑事风险防范。

打响公司控制权“争夺战”——证照返还纠纷的法律逻辑

作者：郑华

证照返还纠纷作为与公司有关的纠纷，表面上是对公章、营业执照、财务账册等归谁掌管的争议，其实质往往涉及对公司实际控制权的争夺。故而，近年来，证照返还纠纷逐年增多，也逐渐成为司法审判的难点问题。本文从司法实践出发，结合团队办理该类案件的经验，以期向读者揭示证照返还纠纷案件处理的法律逻辑，帮助客户更加有效地化解纠纷，不断完善法人治理，重获公司经营的主导权。

笔者通过威科先行法律信息库检索，5年来（2016年7月-2021年6月）全国及上海各级法院公司证照返还生效法律文书情况如下：

范围	生效法律文书	判决书	裁定书	调解书	一审/判决	二审/判决	再审	执行	单位（份）
全国	5728	2622	2863	66	3313/1484	1851/1125	158	350	
上海	639	271	361	6	397/156	171/113	19	44	

通过分析，我们发现该类案件存在以下特点：

一是案件审理难度较大，调解比例极低；

二是审理周期长、程序多，绝大多数案件一审中转为普通程序审理，部分案件当事人还提出了管辖权异议；

三是上诉率高，一审判决后，当事人不服提出上诉的比例非常高；

四是关联诉讼多，证照返还背后还与公司决议撤销纠纷、损害公司利益责任纠纷、损害股东利益责任纠纷等相互交织，部分案件当事人还启动了刑事报案等程序。

遇到该种纠纷时，公司法定代表人、实际控制人、大股东等如何重新确立对证照的掌管权，如何打赢这场控制权“争夺战”呢？笔者总结了“五步法”，帮助我们的客户夺取“攻坚战”的胜利。

第一步：明确合法的请求权基础

根据《中华人民共和国民法典》第二百三十五条和原《中华人民共和国物权法》第三十四条规定“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。”

《中华人民共和国公司法》第三条规定“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”

上述法律规定是民事、商事一般原则性规定，也是公司返还证照纠纷的请求权基础。司法实践中，将证照作为公司的特殊财产予以保护，对于无权占有证照的主体，可依照上述法律规定主张返还。

第二步：找到适格的诉讼主体

1、原告是公司还是个人？

在明确了请求权基础后，我们进一步分析，可以提出证照返还的主体到底是公司还是实际有权掌管证照的个人呢？回答这个问题并不难，既然请求权基础是基于对公司财产的保护，那公司作为拟制人，就应当以公司名义提起诉讼，只不过谁能代表公司意志需要

我们接下来仔细分析和思考。一般情况下，公司的法定代表人能代表公司意志提起诉讼，要求非法占有人返还相关印鉴，但是在一些特殊情况下，法定代表人即为公章等印鉴的非法占有返还主体，那公司意志的体现会成为案件审理的关键。

2、公章缺位下如何提起诉讼？

（1）法定代表人有权代表公司就公司证照返还提起诉讼。

当公章被非法占有，公司主张返还证照的范围包含公章时，实践中该种情况下，公司该如何提起诉讼呢？我们来看一个案例。

案例：苏某滨与龙岩市红邦水电有限公司公司证照返还纠纷再审案中，再审申请人苏某滨认为公章被其持有应为有权占有，公司法定代表人陈某假借公司名义，企图损害股东苏某滨和公司利益。而本案中，公司在不掌管公章的情况下，通过法定代表人签字的形式代表公司提起诉讼，法院也认可了该种情形。最高院在本院认为中阐述：《中华人民共和国民法总则》第六十一条第一款规定："依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人"。公司法定代表人作为代表公司从事民事活动的负责人，在不与公司章程、授权冲突的前提下，有权行使对内管理公司运营、对外代表公司履行职务等行为。陈某作为法定代表人有权代表红邦公司就公司证照返还提起诉讼。(案号：(2019)最高法民申2444号)

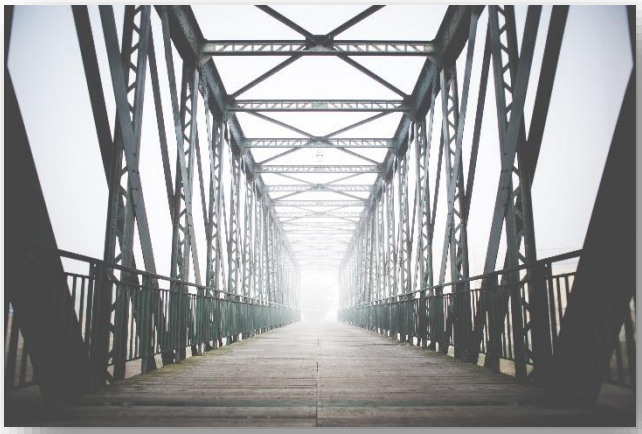
（2）股东会确定的新任法定代表人可代表公司提起诉讼。

案例：盛某与上海杰桢海洋工程有限公司公司证照返还纠纷案，盛某为杰桢公司登记的法定代表人，但是杰桢公司作出股东会决议选举徐某担任公司执行董事兼法定代表人。最终，上海第一中级人民法院认定：虽然杰桢公司现登记的法定代表人为盛某，但从杰桢公司提交的2019年9月30日的杰桢公司股东会决议看，合计持股比例达60%的股东签字通过该决议，明确免去盛某执行董事职务，选举徐某为公司新的执行董事暨法定代表人。关于公司证照持有等公司自治事项，应尊重公司有权机关的决

议，现徐某被选举为公司的执行董事暨法定代表人，故其能够代表杰桢公司提起诉讼，而盛某已非杰桢公司股东会实际选举的法定代表人，其提出撤回本案诉讼的请求不能代表公司，不予准许。（案号：（2021）沪 01 民终 595 号）

3、如何确定适格的被告？

确定公司证照返还纠纷诉讼的被告，是该类案件成功立案以及胜诉的关键之一。实践中，立案庭法官在审查立案材料时，还是会重点审查被告目前实际占有公司印章证照的证据，而这也是案件审理时，承办法官审查的重点之一。所以，我们还是要掌握和提供被告实际占有公章等证照的事实依据，如：保管证照的书面记录证明确为被告保管，被告自认其持有证照的证据等。



第三步：确定有利的管辖法院

“抢管辖”是司法实践中，当事人和专业律师团队比较重视的问题。对于证照返还纠纷案件的管辖原则该如何确定？是适用特殊管辖、一般管辖，还是能以侵权行为确定管辖？在启动案件之前，这是必须予以明确的问题。

总结实践经验和通过大量检索，该类纠纷法院一般都会认定属于侵权纠纷，即公司的合法权益受到侵害而提起诉讼。故，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十八条规定：“因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。”《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第二十四条规定：“民事诉讼法第二十八条规定的侵权行为地，包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。”《最高人

民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第三条规定："公民的住所地是指公民的户籍所在地，法人或者其他组织的住所地是指法人或者其他组织的主要办事机构所在地。法人或者其他组织的主要办事机构所在地不能确定的，法人或者其他组织的注册地或者登记地为住所地。"一般情况下，公司会倾向于以其住所地为侵权行为发生地，向该地人民法院提起诉讼。

第四步：提供对方侵权和我方合法持有的有力证据

"谁有权持有公司证照？"这是审判实践中的主要争议焦点，也是承办法官审理的重点，围绕有权合法持有证照，需要我们在诉前就做好充分的准备。

1、体现公司意志的章程、制度中明确证照的有权占有人。因为证照返还类纠纷的逐年增多，我们提醒公司客户应不断规范法人治理，对公章、营业执照、财务账册等公司 证照要尽量在公司章程、证照管理制度中明确合法持有的主体，一旦发生争议，此类规章制度均可以作为主张返还的有力证据使用。

2、一般情况下推定公司法定代表人合法持有掌管证照。在没有明确规定或约定公司证照由谁持有时，一般推定公司的法定代表人有权代表公司持有证照。特别提醒的是，股东会在合法程序下作出的罢免原法定代表人，选举新的法定代表人或执行董事的决议，也是证照有权持有人的重要依据。

3、股东会、董事会决议的明确授权。司法实践中，股东会选举的法定代表人、董事会制定通过的《规章制度》明确的证照持有人都可以作为证照持有的合法主体。值得关注的是，对于股东会、董事会决议或授权的时间并不严格限定在争议发生之前，虽然实践中会有所争议，但是在一般情况下，即使在争议发生期间，股东会或董事会通过合法程序作出的生效决议，仍然可以作为明确授权的依据。

4、固定对方非法占有的相关证据。包括记载保管公章证照的书

面文件、被告通过电话、邮件等自认的证据等。实践中，有的法院结合初步证据还会依据职务推断法定代表人为印章证照的保管人，但是笔者认为，这种推断应当审慎运用。（参见（2014）深中法民终字第 864 号判决书、(2019)渝 01 执复 50 号）。

第五步：关联诉讼的有效启动和积极应对

1、公司决议撤销、损害公司利益责任纠纷案件的适时启动和有效应对。伴随着对于公司证照的争夺，法定代表人、股东还会发起公司决议撤销或损害公司利益、损害股东利益等关联诉讼。作为原告，要把握好关联案件的提起时间，并做好充分准备，避免盲目提出反而影响证照返还案件的审理结果及进程；而作为被告，则需积极应对，在关联案件中掌握对自己有利的证据材料或陈述，化被动为主动。

2、特别提醒：审慎提起股东代表诉讼。《中华人民共和国公司法》第一百五十一条规定了股东代表诉讼制度，公司董事、监事、高级管理人员以及他人侵害公司合法权益的，公司股东有权向人民法院提起诉讼，但要遵循前置程序的要求，即股东应书面请求监事会或者不设监事会的有限公司的监事、董事会或执行董事提起诉讼；监事会、监事或者董事会、执行董事收到书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。该前置程序是一项法定的强制性义务，除非存在情况紧急不立即诉讼公司将会受到不可弥补的损害的情形，才可免除前置程序。

尽管，《全国法院民商事审判工作会议纪要》第二十五条规定，股东提起代表诉讼的前置程序是有可能被豁免的：“如果查明的相关事实表明，根本不存在该种可能性的，人民法院不应当以原告未履行前置程序为由驳回起诉。”但是如何证明“即在股东向公司有关机

关提出书面申请之时，不存在公司有关机关提起诉讼的可能性”，实践中还是存在相当大的难度。换句话说，在绝大多数情况下，我们建议股东选择通过股东派生诉讼主张印章证照返还时，还是严格按照法律规定，向监事/董事提出起诉申请，在监事/董事明确拒绝或自收到请求之日起三十日内未提起诉讼的情形，再提起股东代表诉讼。（参见最高院(2015)民申字第2767号裁定书

结语：

证照争夺战，往往成为实践中公司控制权争夺的“第一枪”，为了有效应对该类纠纷，还是提醒公司于日常经营中规范印章证照的内部管理，建章立制，同时完善法人治理，尤其关注《公司法》上的程序问题，避免和防范“抢公章”失利而引发的公司控制权丧失，甚至公司解散、各方受损的惨痛结局。

郑华

上海七方律师事务所 合伙人

七方劳动法律服务部 律师

兼职仲裁员

闵行区职工维权律师志愿团律师

闵行区新虹街道总工会法律顾问

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

公司解散条件“经营管理发生严重困难”之认定

作者：七方公司与投融资法律服务团队

近日，笔者接到一个股东欲谋求公司解散的咨询，称公司业绩下滑，股东之间发生严重冲突，根本无法合作或形成有效决议，问在此种情况下如何解散公司？

这就是通常所说的公司僵局。所谓公司僵局，指股东内部矛盾导致公司权力机构长期对峙，无法形成有效决议，从而使公司正常运转陷入困难甚至瘫痪的事实状态。根据《公司法》第一百八十二条规定："公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。"而“经营管理发生严重困难”将是司法实践中审查的重点和难点。下面将通过两个案例梳理并分析公司解散之诉中对“经营管理发生严重困难”的认定。

案例一

富钧公司案情梗概[公报案例：(2011)民四终字第29号]

2004年4月，永利公司与仕丰公司共同投资贝克莱公司（后更名为“富均公司”），注册资本1000万美元，其中永利公司持40%股份，仕丰公司持60%股份。永利公司委派董事黄某担任贝克莱公司董事长，仕丰公司法定代表人郑某担任董事，仕丰公司委派张某担任总经理并负责贝克莱公司的筹建和生产经营。

2005年4月，仕丰公司和永利公司因对富钧公司治理结构、专利技术归属、关联交易等方面发生争议，总经理张某离开富钧公司，此后富钧公司由董事长黄某进行经营管理。仕丰公司和永利公司及富钧公司通过各自律师进行大量函件往来，沟通召开董事会事宜，最终于2006年3月31日召开了富钧公司第一次临时董事会，但董事会未形成决议。此后仕丰公司和永利公司对富钧公司的治理等问题进行书面函件交流，但未能达成一致意见，董事会在长达六年多时间内未能召开并形成有效的董事会决议。

由于富钧公司一直处于亏损状态，未能实现盈利。仕丰公司向法院诉请解散富钧公司。

裁判要旨：两审法院均认为，富钧公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，且通过其他途径也无法解决，故对持有公司全部股东表决权60%的仕丰公司提出解散富钧公司的请求，依法予以准许。

案例二

海南瑞华特公司案情梗概[（2018）琼民终635号]

2011年10月，海口公交集团与上海瑞华公司共同出资设立海南瑞华特公司，注册资本为1亿元，双方各占50%股份。经双方协商海南瑞华特公司董事长由海口公交集团委派的人员担任，总经理和财务总监由上海瑞华公司委派的人员担任。

2015年3月份后因公司营业收入下滑、运营成本持续增长，收支严重失衡，公司现金流出现较大缺口。第一批投入运营的30辆纯电动公交车因电池寿命影响相继不能运行。

2015年3月至2017年8月，公司运营情况持续恶化，股东多次邀约召开股东会，但未能形成会议纪要，亦未能解决公司运营恶化情形，甚至出现公交线路停运现象。上海瑞华公司遂提出，鉴于公司现状，继续经营已经无法持续，希望海口公交集团收购上海瑞华公司的股份，上海瑞华公司退出合资公司，海口公交集团表示无意收购；上海瑞华公司进而要求清算并解散公司，海口公交集团不同意清算和解散公司。

2017年11月，上海瑞华公司向法院提起诉讼，以公司经营困难为由，请求解散海南瑞华特公司。诉讼期间，海口公交集团以固定资产形式完成了公司注册资本出资，促使公交线路恢复运营，双方亦多次召开股东会，但均未形成会议纪要或决议。

裁判要旨：海南瑞华特公司目前不存在公司经营管理发生严重困难而导致必须予以解散的情形，也不符合法定的解散条件。

根据笔者对相关案例的检索，以2017年至2021年目前为限，以“公司经营管理发生严重困难”为由提起解散之诉的一审案例一共有11325件，其中法院判决公司解散的共有2983件，判决不予解散的共有1836件，其余通过调解、

撤诉或其他途径解决的 6506 件，笔者亦将其归类为不予解散情形。

公司因股东矛盾致使公司经营发生困难的情形比比皆是，但司法之间中以此为由提起公司解散之诉的，并非就能被法院判决公司解散，难点还是在于对解散条件和解散必要性的审查。

一、公司经营管理发生严重困难

公司经营管理困难不等同于经营性困难，经营管理困难是指公司内部管理层面出现困难，而经营困难更多的是指公司盈利不佳、资金缺口、亏损严重等情况。通过《公司法》司法解释二的规定来看，公司经营管理发生严重困难最主要体现在股东会、董事会这些内部管理机制方面。因此，判断公司经营管理是否出现严重困难，应当侧重于分析公司内部治理结构层面是否存在严重障碍，如股东或董事之间相互对抗致股东会机制失灵，董事会陷入权力对峙而无法就公司的经营管理作出有效决策等，而不应简单地理解为是否存在公司财务困难、资金亏损严重等经营性困难。当然从维护股东利益出发，出现严重的经营性困难也是法院考虑解散公司的因素但不是必备要素，判断是否发生经营性困难则可通过审查公司的资产负债表和损益表以确认公司的盈亏情况，通过委托审计或综合其他证据以确认公司的经营状况等来确认。

在案例一中，富钧公司经营管理已经发生严重困难。一方面，富钧公司的董事会长期无法履行职能。富钧公司仅于 2006 年 3 月 31 日召开过一次未能做出决议的临时董事会，董事会形同虚设，在长达六年多时间内未能履行章程规

定的职能。此种情形符合持续两年以上无法召开股东会或者股东大会。另一方面，公司董事长期冲突无法通过股东会或者股东大会解决。富钧公司董事兼总经理张某因在公司治理结构、关联交易等方面与董事长黄某发生争议，自行离开公司后，数年来富钧公司董事均通过律师进行函件往来，但并未能就解除公司经营管理的分歧达成一致，冲突始终存在。实际上，股东之间的情绪对立、分歧严重已导致公司的“人合性”基础丧失，相互间已无合作的基础。据此，可认定富钧公司股东会、董事会已无法正常运转，内部管理发生严重障碍，且外部经营一直处于亏损状态，符合经营管理发生严重困难的情形。

而案例二中，首先，从公司的内部管理结构层面来看，公司的高管分别由海口公交集团和上海瑞华特公司委派，管理架构，且双方委派的公司管理人员均在正常履职，不存在损害股东内部控制管理利益的情形。2017 年 8 月和 2018 年 4 月公司就召开了两次股东会，也不存在连续两年不能召开股东会或股东大会的情形，虽然没有形成股东会决议，但双方股东仍可正常召开股东会进行协商，公司的经营活动仍在正常运转中，所以不存在内部管理运行障碍。其次，从公司的对外经营层面来看，由于公交客运具有公益性质，属于微利行业，所以在纯电动车电池不能使用以及两条线路暂停运营的情况下，出现暂时性的困难是正常的，且海口公交集团后期投入 60 量电动汽车，也使得公交线路恢复运营，公司经营重新步入正轨，收益也在逐步回升，因此海南瑞华特公司出现的经营困难也并不能达到“严重”程度以至于必须解散公司。

二、公司继续存续会使公司股东权益受到重大损失

股东权益实际可分为对公司的控制管理权和财产收益权，判断股东权益是否会遭受重大损失应侧重于对这两方面考查。首先，如果公司内部治理存在问题，股东无法正常参与公司管理、决策和监督，则股东的管理控制利益会受到损害；其次，公司的外部经营状况出现困难，连续亏损，则股东的分红收益也会遭到损失。

在富均公司解散案中，一方面从内部管理来看，由于双方股东的冲突始终不能得到解决，富钧公司一直由永利公司委派的董事长黄某单方进行管理长达六年之久，作为公司的大股东仕丰公司却游离于公司之外，不能基于其投资享有适当的公司经营决策、管理和监督的股东权利，损害了其股东权益。另一方面，富钧公司自成立以来一直处于亏损状态，虽然经过黄某经营管理，但始终处于亏损状态，继续存续造成股东经济利益的重大损失。

相反，在海南瑞华特案中，上海瑞华公司作为股东的管理、决策权益并没有落空，上海瑞华公司委派的人员仍正常履职，且参加了股东会；海南瑞华特公司在海口公交集团完成实物注资后，11路、20路公交线路的运营得到恢复，排除了无法使用车辆的经营障碍，公司处于正常经营状态，对外无重大债务问题，故公司继续存续不会使公司股东权益受到重大损失。

三、穷尽其他途径而不能解决

是否解散公司不仅牵涉到公司股东的权益，也关系到与公司有关的其他民商事主体的合法权益，甚至社会公共利益，因此对于公司解散，司法机关持审慎介入态度，在公司陷入僵局有其他途径可以救济的情况下，通常不轻易解散公司。根据《公司法解释（二）》第五条第一款之规定：人民法院审理解散公司诉讼案件，应当注重调

解。当事人协商同意由公司或者股东收购股份，或者以减资等方式使公司存续，且不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院应予支持。当事人不能协商一致使公司存续的，人民法院应当及时判决。双方可以通过法院调解、股权回购、股权转让、减资、股东的退出机制等方式来重塑公司的人合性基础，判断是否能够解决公司经营管理困难，破解公司僵局局面，若无，则进入司法解散程序。富钧公司陷入僵局后，双方股东均通过多种途径力图化解纠纷，但均未能成功。一方面，股东双方通过函件自行进行沟通协调，对分歧事项一直未能达成共识。另一方面，在提起诉讼之后，在人民法院的主持下，三方进行了多轮的调解，从重新建立富钧公司新的公司治理结构到股东

转让股权单方退出，股东各方均提出解决方案，也均未能达成意见一致的调解协议。故，法院认定富钧公司通过其他途径不能解决当前困难。而在海南瑞华特公司案中，公司股东会机制运转正常，双方股东仍然可以通过召开股东会进行协商，因此仍可以通过其他途径解决公司目前现状。

结语：

基于“人合性”基础设立的公司如果因股东长期冲突致使公司设立目的无法实现、经营管理发生严重困难，则可以通过司法解散方式保障股东权益，降低损失，同时也能够避免社会资源浪费。但股东在提起解散公司之诉时，应把握好程序性和实质性要求，以期最大程度保障自身合法权益。

李剑

上海七方律师事务所管理合伙人

上海律协公司与商事业务研究委员会委员

业务方向：公司商事

诉讼与争端解决

王年俊

上海七方律师事务所 实习律师

七方公司与投融资法律服务部

实习律师

业务方向：公司商事

诉讼与争端解决

血汗钱，哪能有投无回？

作者：王黎君

案情简介

某创业股权投资基金管理有限公司系某两个专项基金的管理人，该基金管理人向六人推荐销售两基金，张某，刘某，王某三人签订投资协议，约定张某出资 65 万，刘某出资 36 万，王某出资 14 万，合计 115 万认购买上述投资管理公司任管理人的电商投资基金，约定该基金期限为 1 年，预期年化收益率 12%，收益按季分配，经三人协商，以张某名义签订基金合同，收益共享风险共担，该基金管理公司分公司的主要负责人作为见证人在投资协议上签字。后基金管理公司向张某出具的《基金份额确认函》，该函载明内容认购基金为电

商产业投资基金，认购人为张某，认购金额为115万，认购资金到账日期为2018年1月30日，起息日为2018年2月1日，第2年预期业绩比较基准为12.5%/年，基金到期日为2019年7月31日。

王某出资30万，孙某出资45万元，叶某出资60万元，刘某出资5万元共计140万元，共同认购该基金管理人管理的专项水果园私募股权投资基金，该基金期限为18月+6个月，预期年化率11%，收益按季分配，经4人协商以王某名义签订基金合同，收益共享风险共担，基金管理公司分公司的负责人作为见证人在投资协议上签字。基金管理公司向王某出具《基金份额认购确认函》，该函载明认购基金为某水果园专项私募股权投资基金，认购人为王某，认购金额为140万元，认购资金到账日期为2018年4月29日，起息日为2018年5月2日，业绩比较基准为11%/年，基金存续期间为18+6。

后因上述投资人未收到基金合同约定的投资本金兑付及收益分配，故上述投资人2019年4月20日与基金管理公司签订《协议书》和《备忘录》约定：1、基金管理公司将其持有的某农副产品贸易博览会49%股份的预期收益用于兑付某地区投资户的全部投资产品，兑付期为5年；2、基金管理人同意6名投资人关于兑付比例分配，即第1年兑付投资额的10%，第2年兑付投资额的15%，第3年兑付25%，第4年兑付30%，剩余的第5年兑付完毕，该协议自签订之日起，第7个月逐步开始。3、投资人同意在兑付期内优先兑付投资本金，投资收益在兑付本金后按银行同期存款利率收益进行兑付。

但基金管理人其后违约兑付，投资人诉至法院，要求履行《协议书》、《备忘录》，法院判予支持。

争议焦点

第一、6 名投资人合并投资违反合格投资者的规定，该投资行为是否有效？

第二、基金管理人与 6 名投资者签订的协议书和备忘录是否因侵害其他投资人利益而无效？

第三、基金管理人在产品的募集说明书和基金合同中，明预期收益率等方式是否向投资者承诺收益回报，该承诺有无效力？

第四、基金合同里如果写上预期收益率，发生基金管理人违约兑付，投资者可以主张预期收益损失吗？

第一、6 名投资人合并投资违反合格投资者的规定，该投资行为是否有效？

根据《民法典》153 条，违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效。

再看合格投资者的定义，《私募投资基金监督管理暂行办法》第十二条：私募基金的合格投资者是指具备相应风险识别能力和风险承担能力，投资于单只私募基金的金额不低于 100 万元且符合下列相关标准的单位和个人：

（一）净资产不低于 1000 万元的单位；

（二）金融资产不低于 300 万元或者最近三年个人年均收入不低于 50 万元的个人。

前款所称金融资产包括银行存款、股票、债券、基金份额、资产管理计划、银行理财产品、信托计划、保险产品、期货权益等。

但《私募投资基金监督管理暂行办法》属部门规章，不属于法律、行政法规。因此违反上述规定的行为并不属于无效民事法律行为，应当由行政机关依据相关规定进行处理。

虽然基金管理公司出具的两份《基金份额认购确认函》中载明的基金认购人为张某、王某，但6名投资人签订的两份《投资协议》中已明确约定6名投资人各自的出资金额，并一致同意以其中两名投资人名义签订基金合同，说明该投资协议系6名投资人的真实意思表示，且两份投资协议上均有基金管理公司分公司的负责人作为见证人签字，说明该基金管理公司对该协议的内容系知悉并表示认可，因此6名投资人即金融消费者，投资行为有效，有权维护自己的权益，对基金公司明知违反《私募投资基金监督管理暂行办法》向非合格投资者销售基金份额的行为，应当由行政机关处罚。

第二、基金管理人与6名投资者签订的分期兑付本金和收益《协议书》和《备忘录》是否因侵害其他投资者利益而无效？

基金管理人虽然与6名投资签订了分期兑付6名投资者投资本金和收益的协议书，并没有动用基金的财产，因基金财产是独立于基金管理人财产的，在未清算前属于所有投资人的财产。本案中基金管理人是动用其持有的其他股权收益，兑付6名投资者本金及其收益，未侵害到其他基金投资人的利益，并未违反法律法规的强制性规定，系各方真实意思表示，属于合法有效，应对协议双方具有约束力。

第三、基金管理人在产品的募集说明书和基金合同中，明确预期收益率等方式是否向投资者承诺收益回报，该承诺有无效力？

基金合同里写明争取预期复合收益率达到多少，算不算违规向投资者承诺收益呢？算的，根据今年2月中国证券投资基金业协会的《纪律处分决定书》的公布内容显示，在产品募集说明书和基金合同中以宣传“年预期复合收益率”的方式向投资者承诺收益，虽有基金管理人异议其描述预期收益率的条款，不存在承诺收益的主观意图和事实行为，在相关产品销售过程中已向投资者告知产品风险和不保本保收益的情况，但协会认为上述承诺收益的内容清晰、明确，

将前述条款纳入向投资者提供的推介材料和合同的行为，已经构成“承诺收益”的行为，协会仍作出“暂停受理私募基金备案六个月”的纪律处分措施。同第一问相同的是，即使违反相关行政部门的规定，但不属于法律规定的无效行为，是属当事人真实的意思表示，应由相关的行政机关依据规定进行行政处罚处理。

第四、基金合同里如果写上预期收益率，发生基金管理人违约兑付，投资者可以主张预期收益损失吗？

深圳前海合作区人民法院书（2015）深前法涉外初字第 459、46 名 0 号》：基金公司未按照约定在投资期限届满后返还投资本金，并未支付投资期限内和届满后的收益，构成违约，应承担继续履行的违约责任。原告诉请被告返还投资本金按照年化收益率 12%计算的收益，依据充分，本院予以支持。

实务中确有投资人是按照预期的收益来主张违约损失，但本人认为法院支持预期收益不应作为全覆盖理解，毕竟我国不是判例法国家，但可作主张依据。

近期各地爆发基金管理人失联或者不履行职责的案例情形，尤其是基金合同到期，投资人的本金收益无法兑付基，金管理人不履行职责，导致投资者无法退出，这种情况投资者如何救济？

基金合同约定基金合同期限，届满时管理人有组建清算组返还投资款的义务，如果基金管理人和托管人不履行清算和返还财产职责，此时投资者可以拿起法律的武器诉讼维权。

有投资者还会碰到基金合同到期，但是基金管理人却强势不兑付还主张基金延期，那基金管理人是否有权基金延期？实际上延长期限是可行的，但前是需要所有投资者同意并签署补充协议方可。基

金管理人无权一意孤行延长基金期限。基金管理人是否有权变更投资目标？投的是哪个项目，基金合同是有白纸黑字明确约定的，如果想变更投资范围和投资目标，必须也要所有投资者同意，并变更基金合同。

律师支招

保住血汗钱理性投资，投资人投前首先要了解参投私募基金投向、所投行业、风险评估，是否属于合格投资者，交由专业律师审核相关文件合同，防范私募基金合同中的风险和法律漏洞。在条件允许情况下，最好实地去了解和考察项目。

投资后，可以要求管理人及时履行报告义务，或通过各种方式了解所投项目的运作以及收益兑付情况。特别是资金流向、项目状况等。

基金管理人分配收益一旦有逾期，应当起诉管理人，要求履行合同义务，对基金产品进行清算。如果私募产品发生风险，可以要求管理人采取措施防止损失进扩大，管理人怠于履行义务的，应当对损失进一步扩大的部分承担赔偿责任。

有投资者侥幸认为：参投的项目或投向的企业有背景，有能力偿还，希望再等一等。在此提醒广大投资者，发生延期兑付，最好第一时间采取财产保全措施，查封能查封到的财产。私募基金纠纷中，大多数被投企业不希望通过诉讼方式扩大影响，所以越早采取行动的，保住血汗钱的可能性才更大。

在今年 7 月 28 日，深圳证监局发布了一个私募维权渠道的投教内容：对于购买私募基金后管理人失联了怎么办？赶紧向中国基金业协会反映（投诉电话：400-017-8200），如果募基金发生爆雷，管理人已跑路、失联或管理人存在挪用资金、伪造材料、转移基金财

产等犯罪的线索，应立即向公安机关报案。

私募基金管理人发生纠纷时若为投资失败，则按照合同约定处理，或与管理人协商处理方案；依据合同相关条款通过仲裁、诉讼等法律途径解决，为避免损失，投资人还可以向法院申请财产保全，以冻结私募基金管理人及其实际控制人的财产。

律师提醒：投前需了解，避免冲动投，投资有风险，入市需谨慎，如若没谨惧，维权莫心软、起诉莫犹豫。

王黎君 律师

七方律师事务所 合伙人

上海律协法律合规业务研究委员会 委员

七方企业合规法律服务部 律师

上海财经大学研修生 经济法学专业

上海专职律师中级职称

执业领域：经济合同、金融合同纠纷处理、企业合规、企业法律顾问

联系方式：15221703694

上市公司隐瞒重大利好，要不要赔偿投资者的损失?

作者：七方民商法团队

近年来，证券虚假陈述责任纠纷案件呈多发之势。诉讼中，一些上市公司往往以本方为诱空型虚假陈述、没有因果关系为抗辩理由。

那么，诱空型虚假陈述行为如何认定？作出诱空型虚假陈述行为的上市公司应不应该对投资者的损失承担赔偿责任呢？对此，本文以张怀玉、国民技术股份有限公司（下称国民技术）证券虚假陈述责任纠纷案（下称本案）为例略作介绍。本案历经一审、二审、再审审查，具有一定代表性。

案情简介

2015年11月23日，国民技术全资子公司深圳前海国民投资管理有限公司（以下简称国民投资）与北京旗隆医药控股有限公司（以下简称北京旗隆）签订《合伙协议》，国民投资作为有限合伙人出资3亿元，北京旗隆作为普通合伙人出资50万元，共同投资成立深圳国泰旗兴产业投资管理中心（有限合伙）（以下简称国泰旗兴）。

2015年11月27日，国民投资与深圳前海旗隆基金管理有限公司（以下简称前海旗隆）签订《补充协议1》，约定在合伙企业有效期限内，前海旗隆为国泰旗兴的有限合伙人国民投资资金本金安全提供担保，前海旗隆承诺在合伙企业到期或者合伙人一致同意退伙时，若国民投资认购出资的本金出现亏损，则由前海旗隆对相应亏损进行等额补偿；在合伙企业有效期限内，前海旗隆承诺，保障国民投资资金自缴纳之日起每年5%的固定收益，如合伙企业未能实现上述收益，则由前海旗隆补足，且按年支付。

2016年3月，国民投资、北京旗隆和国泰旗兴签署《追加投资协议》，约定国民投资向国泰旗兴追加投资2亿元。

针对《追加投资协议》，国民投资和前海旗隆签订《补充协议2》，就国民投资的2亿元追加资金进行了补充约定，协议内容基本与《补充协议1》相同。

国民技术分别于2015年11月9日、2016年3月2日将《合伙协议》《追加投资协议》事项公告披露，但未披露《补充协议1》《补充协议2》相关事项。

2017年11月29日，国民技术发布公告称，前海旗隆、北京旗隆

的相关人员失去联系，国民技术于2017年11月28日晚间已紧急安排向公安机关报案。

2018年5月2日，国民技术发布《关于收到中国证监会<行政处罚决定书>的公告》。深圳证监局《行政处罚决定书》认定，国民技术未披露《补充协议1》《补充协议2》的行为，违反了《证券法》第六十七条规定，决定对国民技术给予警告，并处以30万元罚款。

张怀玉因买入国民技术股票发生亏损，遂根据《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（以下简称《证券虚假陈述若干规定》）的相关规定，诉至法院，请求判令国民技术向张怀玉赔偿损失9787.25元。

深圳市中院（2018）粤03民初1519号民事判决书驳回了原告张怀玉的诉讼请求。张怀玉不服，提起上诉，广东省高院（2019）粤民终1786号民事判决书驳回其上诉，维持原判。张怀玉仍不服，向最高院提起再审，最高院(2020)最高法民申3330号民事裁定书驳回其再审申请。

一、违法行为的认定

本案为证券虚假陈述责任纠纷，乃特殊侵权责任纠纷。根据《证券法》及《证券虚假陈述若干规定》，以上市公司为责任人的证券虚假陈述责任构成要件有三：一是虚假陈述行为，二是损害结果，三是因果关系。其中，是否构成虚假陈述行为和因果关系往往成为庭审争议的焦点。

（一）是否构成虚假陈述

《证券法》第六十三条：“发行人、上市公司依法披露的信息，必须真实、准确、完整，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。”《证券虚假陈述若干规定》第十七条：“证券市场虚假陈述，是指信息披露义务人违反证券法律规定，在证券发行或者交易过程

中，对重大事件作出违背事实真相的虚假记载、误导性陈述，或者在披露信息时发生重大遗漏、不正当披露信息的行为。”

本案中，原告张怀玉认为，根据深圳证监局《行政处罚决定书》，被告国民技术因未依法披露《补充协议1》《补充协议2》，已构成虚假陈述。

被告国民技术辩称，法院应对相关事项的重大性进行司法审查，不能直接根据《行政处罚决定书》就认定重大性。被告认为，《补充协议1》《补充协议2》不属于《证券虚假陈述若干规定》中的“重大事件”，故而被告未依法披露该等协议的行为不构成虚假陈述。

在实务中，经监管部门行政处罚决定书认定的虚假陈述，法院一般会予以认可。本案中，深圳证监局（2018）4号《行政处罚决定书》认定，国民技术未披露《补充协议1》、《补充协议2》相关事项，根据两份补充协议约定，国民技术2015年、2016年分别至少享有125万元、1991.78万元的固定收益，分别占国民技术2014年、2015年经审计净利润的12.32%、23.16%。深圳证监局认定，补充协议约定事项属于《证券法》第六十七条第二款、《上市公司信息披露管理办法》第三十条、第三十三条规定应当及时披露的重大事件，但国民技术未依法披露；国民技术上述行为违反了《证券法》第六十七条的规定，已构成《证券法》第一百九十三条所述违法行为，故对国民技术及相关责任人员给予行政处罚。一审法院认为，“根据上述法律规定及行政处罚事实，本案应当认定国民技术构成证券市场虚假陈述。”

（二）诱多型还是诱空型

根据虚假陈述对市场影响、对投资者主观判断和投资行为的影响，虚假陈述可分为诱多型和诱空型。

诱多型虚假陈述是指虚假陈述行为人故意违背事实真相发布虚假的利多信息，或者隐瞒实质性的利空信息不予公布或不及时公

布等，以使投资者在股价处于相对高位时，持有积极投资心态并进行投资追涨。

诱空型虚假陈述，是指虚假陈述行为人发布虚假的消极利空信息，或者隐瞒实质性的利好信息不予公布或不及时公布等，以使投资者在股价向下运行或处于相对低位时，因受其虚假陈述影响持有消极心态而卖出股票。

本案中，国民技术辩称，公司未依法披露案涉的两份补充协议，即使构成虚假陈述，也是诱空型，而不是诱多型。

在实务中，判断到底是诱多型还是诱空型虚假陈述，一般应从相关信息对股价可能造成的影响进行综合判断。一般认为，增加利润、增加营收、增加市场份额、降低风险的信息会提振股价，为利多信息；增加成本、降低利润、提高风险、降低市场份额的信息会打压股价，为利空信息。

本案中，一审法院从案涉补充协议对公司利润的影响方面进行了分析。

一审法院认为，“依据《补充协议1》、《补充协议2》的约定，国民技术2015年、2016年分别至少享有125万元、1991.78万元的固定收益，分别占国民技术2014年、2015年经审计净利润的12.32%、23.16%。在证券市场，对投资者而言增加收益及利润系利好消息，利好消息的披露一般会引发证券价格的上涨。即便考虑到《补充协议1》、《补充协议2》约定的保底固定收益比例为年5%，不属于重大利好消息，但其同样明显有别于虚增业绩、隐瞒亏损等诱多型虚假陈述行为。”故而法院认定，国民技术的涉案虚假陈述行为不属于诱多型虚假陈述。

二审中，广东高院认为，国民技术延迟公布利好消息的行为，属于诱空型虚假陈述，不属于《若干规定》第十八条和第十九条规定应予赔偿的虚假陈述行为。

再审审查阶段，最高院认为“两份补充协议约定的相关担保事项等并未增加国民技术的投资风险。国民技术未及时披露该两份

协议，明显与虚增利润、隐瞒亏损等诱多型虚假陈述不同，不会增加投资者对于国民技术的信赖，也不会促使投资者作出买入该股票的积极行为。张怀玉关于国民技术未披露两份补充协议，属于诱多型虚假陈述行为的申请理由不能成立。”

二、因果关系的认定

因果关系是侵权责任必不可少的要件。证券虚假陈述责任纠纷中的因果关系应从两个层面来进行理解：一为交易因果关系，即投资者是否因信赖行为人作出的虚假陈述行为而进行了证券投资行为；二为损失因果关系，即投资人所产生的损失是否与侵权行为之间存在因果关系，行为人实施的虚假陈述是否导致了投资人的损失。

实务中，法院也往往将因果关系分为两层来进行分析，在既无交易因果关系也无损失因果关系的事实下，投资人不应获得损害赔偿。

（一）交易因果关系的认定

《证券虚假陈述若干规定》第十八条：“投资人具有以下情形的，人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系：（一）投资人所投资的是与虚假陈述直接关联的证券；（二）投资人在虚假陈述实施日及以后，至揭露日或者更正日之前买入该证券；（三）投资人在虚假陈述揭露日或者更正日及以后，因卖出该证券发生亏损，或者因持续持有该证券而产生亏损。”

在诱多型虚假陈述案件中，法院即可直接根据上述规定认定因果关系。但上述规定显然并不适用于诱空型虚假陈述：此类虚假陈述并不足以导致投资者基于对该陈

述的信赖而买入股票，也不会仅仅因为该陈述的揭露或更正而卖出股票。

笔者认为，根据投资者买入和卖出证券的时段分析其交易行为是否受到虚假陈述的影响，可以将诱空型虚假陈述案件中的因果关系归纳为以下六种情形：

序号	实施日以前	实施日至揭露日	揭露日至基准日	有无因果关系
1	买入并卖出			无
2	买入	卖出		有
3	买入		卖出	无
4		买入并卖出		有
5		买入	卖出（或持有）	无
6			买入并卖出	无

本案中，张怀玉属于第5种情形。笔者认为，此种情形下，利好消息尚未披露时张怀玉即买入国民技术股票，虚假陈述未对张怀玉的买入行为产生影响。

各级法院均否定了本案中虚假陈述和交易行为之间的因果关系的存在。

深圳中院认为，“综合考量国民技术已披露信息及未披露信息的性质、内容，可以认定在国民技术已披露国民投资5亿元投资的情况下，如国民技术及时披露《补充协议1》、《补充协议2》可能会对投资者产生积极买入国民技术股票的影响，但其未披露两份补充协议的行为不会使投资者改变对既有信息的判断状况，未披露信息的行为亦不会对投资者产生积极买入国民技术股票的影响。”

广东高院认为，“投资者的投资行为并非受涉案虚假陈述行为影响。国民技术未及时披露两份补充协议的行为并没有让投资者产生合理信赖从而成为影响投资决策。”

最高院认为，“两份补充协议约定的相关担保事项等并未增加国民技术的投资风险。国民技术未及时披露该两份协议，明显与虚增利润、隐瞒亏损等诱多型虚假陈述不同，不会增加投资者对于国民技术的信赖，也不会促使投资者作出买入该股票的积极行为。”

（二）损失因果关系的认定

证券交易活动中，影响证券交易价格的因素众多。国际经济和国家宏观经济状况、国内外突发事

件、各项政策（货币政策、财政政策、产业政策、监管政策、行业政策、金融政策）等系统风险会综合影响股价。除了系统性风险外，公司发展战略、经营状况、自身声誉、预期发展前景、投机炒作行为、投资者心理因素等非系统风险也会影响股票价格。

由于股票涨跌归因的复杂性，损失因果关系的证明极为困难。为了保护投资者的利益，避免投资者承担过重的举证责任，惩戒虚假陈述行为，《证券虚假陈述若干规定》第十八条对推定存在因果关系的情形进行了明确规定。

但《证券虚假陈述若干规定》同时赋予了虚假陈述行为人反驳的权利。该规定第十九条第四项："被告举证证明原告具有以下情形的，人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间不存在因果关系：（四）损失或者部分损失是由证券市场系统风险等其他因素所导致。"

本案一审时，被告国民技术从大盘系统性风险、公司经营状况、股票价格走势等多方面论证了损失因果关系的不成立。

一审法院支持了国民技术的抗辩。法院认为，2015年11月27日至2017年12月15日期间，"在创业板股票普遍下跌的背景下，国民技术股票价格的走势与创业板指数的整体走势基本一致，但跌幅小于创业板指数。故上述期间国民技术股票价格的下跌与国民技术未披露《补充协议1》、《补充协议2》的行为不具有因果关系。""国民技术于2017年11月29日至2017年12月20日期间多次发布的关于前海旗隆、北京旗隆相关人员失联导致国民技术产生损失5亿元的相关公告属于重大利空消息，必然导致国民技术股票大幅下跌。故2017年12月20日至2018年1月5日期间，国民技术股票价格的下跌，其原因应主要归结于由失联事件引起的公司自身的非系统风险因素。"

综上，一审法院全盘否定了张怀玉的投资决策及损失与国民技术诱空型虚假陈述之间的因果关系，进而驳回了原告的诉请。

二审判决和再审裁定，维持了一审法院的观点。

结语

《证券虚假陈述若干规定》出台已 17 年多。其中关于虚假陈述的定义并未排除诱空型，但关于因果关系的规定实际上并不适用于诱空型。起草者的解释是：“对于诱空型虚假陈述，因证券市场少见且尚未有一起受到相关查处，同时欲将这两类对证券市场及投资行为影响和作用完全相反的虚假陈述行为，确定与投资损失的因果关系，技术上极为困难。故今后采取个案批复方式，对诱空型虚假陈述行为与投资损失的因果关系再行解释。”但 17 年来，诱空型虚假陈述屡见不鲜，相关诉讼时有发生，最高院并未针对此类案件进行“个案批复”，这也导致实务中裁判规则的缺失，法院需要根据案件具体情况分析论证因果关系的存在与否。

实务中，绝大多数投资者起诉时仍依据《证券虚假陈述若干规定》第十八条第二项、第三项计算自己的损失、论证因果关系的存在。但如上所述，这属于上表中的第 5 种情形，在此时段内买入卖出股票的损失与诱空型虚假陈述不存在因果关系。如此，则法院难以支持投资者的诉请。

若投资者交易相关证券的时段属于上表中第 2、第 4 种情形，虽然理论上因果关系成立，但由于缺乏明确的法律依据，能否得到法院的支持仍有很大的不确定性。

好消息是，最近中办、国办联合发布的《关于依法从严打击证券违法活动的意见》中明确提到，要修改这一司法解释。如果在修改后的司法解释中明确对诱空型虚假陈述进行规定，投资者对此类虚假陈述引致的损失进行索赔，可就方便多了。

未约定竞业限制期限是否需履行竞业限制义务?

作者：王余婷

竞业限制义务是用人单位与劳动者约定的义务，其中竞业限制经济补偿的金额、竞业限制的范围、竞业限制期限等都是竞业限制协议的重要条款。竞业限制期限是有“上限限制”的，最长时间为2年，约定期限超过2年部分，因违反法律法规强制性规定，超过部分无效。设定竞业限制期限上限的目的在于保障劳动者的自由择业权，如不设定竞业限制期限的上限，有可能存在用人单位滥用竞业限制制度从而无限期地限制劳动者的自由择业权。

但是在律师办理的竞业限制纠纷案件实务中，经常会看到用人单位与劳动者之间所签署的竞业限制协议中，并未对竞业限制期限作明确约定，其只是笼统地表述：“劳动者负有竞业限制义务，离职后不得到与本用人单位具有竞争关系的公司工作”。在上述条款中未对竞业限制的期限做明确的约定，面对这样的竞业限制协议，我们的劳动者在离职后是否需履行竞业限制义务呢?

【支持观点】未约定竞业限制期限的，也需履行竞业限制义务

《劳动合同法》第24条规定：“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。”

从该法条可以看出，竞业限制的期限是由用人单位与劳动者之间进行约定，最长时间为“二年”，但在实践中，用人单位拟定的竞业限制协议中对竞业限制期限的约定是形形色色的，用人单位本意是将竞业限制的期限变长，但殊不知这样的约定是存在法律风险的。有些用人单位为了保护企业的商业秘密，其在

竞业限制协议中约定:“自劳动者经用人单位许可获取商业秘密至用人单位明确许可将该商业秘密公布于众之日止，劳动者具有竞业限制义务。”这样的约定是否有效呢？实质上该条款是混淆了“法定保密义务”与“竞业限制义务”。上述约定是基于劳动者职业道德，基于劳动者对用人单位的忠实义务，对劳动者在职期间接触到的企业商业秘密所负有的“保密义务”，而非“离职后的竞业限制义务”。即便存在这样看视很长期限的所谓的“竞业限制”，实质上并非如此，其无法对劳动者离职后的自由择业权进行限制。

有些用人单位在竞业限制协议中明确竞业限制期限包括在职期间及离职后的两年，对于这样的约定是否有效？笔者认为这样的约定是有必要的，虽根据《劳动合同法》第 24 条规定，竞业限制义务是在劳动合同解除或终止后，但在职期间劳动者本应忠于职守，全面履行劳动合同，不得到与用人单位具有竞争关系的企业工作。如在竞业限制协议中再次明确，可以提高劳动者竞业的意识，同时，也为用人单位以严重违纪等作出单方解除劳动合同提供协议保障。在 2015 年 9 月 29 日，浙江省高级人民法院民事审判第一庭浙江省劳动人事争议仲裁院关于审理劳动争议案件若干问题的解答（三）第 5 条也规定在职期间需履行竞业限制协议的约定是有效的。

还有些用人单位在与劳动者之间所签署的竞业限制协议中约定:“劳动者离职后负有竞业限制的义务”。在这样的约定中，实质对竞业限制的期限并未作出明确、具体的约定。那面对这样的竞业限制期限的条款，作为离职的劳动者是否还需履行竞业限制义务呢？在我国的相关法律法规中对此并未作出规定，笔者在撰写本文章时检索了各地的司法判例，有支持观点认为，在此情形下，因劳动者与用人单位已签署竞业限制协议，系双方的真实意思表示，劳动者仍需履行竞业限制义务。

在北京市第二中级人民法院审理的（2021）京 02 民终 4717 号案件中，法院认为：“关于竞业限制补偿金，双方签订有《保密与竞业限制协议》，协议中虽未约定竞业限制期限，但并不影响上述协议的效力。用人单位未向劳动者支

付过竞业限制补偿金，亦未在2020年8月5日前向劳动者作出过不需要劳动者履行竞业限制义务的意思表示，故劳动者在双方劳动关系解除后履行了竞业限制义务，用人单位应向其支付竞业限制补偿金。”

同时，在2009年8月17日，北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于印发《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》的通知第38条规定：“用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制条款，但未就补偿费的给付或具体给付标准进行约定，不应据此认定竞业限制条款无效，双方在劳动关系存续期间或在解除、终止劳动合同时，可以通过协商予以补救，经协商不能达成一致的，可按照双方劳动关系终止前最后一个年度劳动者工资的20%-60%确定补偿费数额。用人单位明确表示不支付补偿费的，竞业限制条款对劳动者不具有约束力。劳动者与用人单位未约定竞业限制期限的，应由双方协商确定，经协商不能达成一致的，限制期最长不得超过两年。”

【否定观点】未约定竞业限制期限的，无需履行竞业限制义务

在江苏苏州市中级人民法院审理的(2021)苏05民终2412、2413号案件中，法院认为：“根据《劳动合同法》第二十四条中竞业限制的期限由用人单位与劳动者约定的规定，该期间的长短应由用人单位与劳动者协商确定，且最长期间不得超过两年，双方未就竞业限制期限达成一致的，应认定劳动者无需遵守竞业限制义务。本案中，双方均认可在签订竞业限制合同时未约定竞业限制期限，且根据双方签订的劳动合同和保密协议等其他材料亦无法确定竞业限制期限，用人单位系在劳动者表示明确反对的情况下擅自添加了1年的期限，故应认定双方并未就竞业限制期间达成合意，劳动者无需履行竞业限制义务。”

笔者认为苏州中院的二审判决结果是值得商榷的。竞业限制的目的是在保护用人单位的商业秘密，当竞业限制协议中未对竞业限制期限作出约定的，但在劳动

者离职时，用人单位向劳动者明确竞业限制的期限，劳动者应按照诚实信用原则及双方之间的约定履行竞业限制的义务。当然，用人单位也需秉持诚实信用的原则，全面履行竞业限制协议的约定，按时向劳动者支付竞业限制经济补偿。如用人单位在劳动者离职时，并未弥补竞业限制协议的“缺陷”，未明确告知劳动者履行竞业限制期限的，且在劳动者离职后，用人单位长时间未支付竞业限制经济补偿的，可视为用人单位本意就没有要求劳动者履行竞业限制义务的意思表示。有关上述“长时间”的标准可参考《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 38 条规定的“三个月”的时间。

在人社部最高法联合发布第一批劳动人事争议典型案例第 12 个典型案例，《用人单位未支付竞业限制经济补偿，劳动者是否需承担竞业限制违约责任》案例中，某银行在竞业限制协议履行期间长达 11 个月未向乐某支付经济补偿，造成乐某遵守竞业限制约定却得不到相应补偿的后果。根据公平原则，劳动合同解除或终止后，因用人单位原因未支付经济补偿达三个月，劳动者此后实施了竞业限制行为，应视为劳动者以其行为提出解除竞业限制约定，用人单位要求劳动者承担违反竞业限制违约责任的不予支持，故依法驳回银行的仲裁请求。

综上所述，笔者认为竞业限制属用人单位与劳动者之间约定的内容，有关竞业限制期限根据双方约定履行，如双方未约定情况下，其并不会影响竞业限制协议的效力，竞业限制协议仍然有效。此时，有关竞业限制协议的期限，用人单位可与劳动者之间进行协商，如协商不成的，用人单位可单方在法定期限内确定一段期限为竞业限制的期限。

有关用人单位与劳动者之间未约定竞业限制经济补偿的情形，在 2021 年 1 月 1 日实施的《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 36 条中已予以明确。有关未约定竞业限制期限应如何处理还有待相关司法解释的出台，这样才会有效避免出现“同案不同判”的现象。

商业秘密是企业的核心竞争力，竞业限制协议是用人单位保护商业秘密的重要方式之一，但很多企业在拟定竞业限制

协议时由于疏忽等其他原因，导致竞业限制条款不完备。如未约定竞业限制期限、未约定违反竞业限制的违约金、未约定竞业限制范围等条款，导致在发生争议时，依据已签署的竞业限制协议的约定，处于被动甚至是败诉的局面。因而，一份条款完备、约定明确的竞业限制协议对用人单位而言是至关重要的！

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委员

上海市总工会女律师志愿服务团　成员

业务方向：劳动法、企业法律顾问

联系电话：136 4183 4607

强化平台用工主体责任，保障新就业群体劳动权益

作者：李华平

党的十九届五中全会提出“支持和规范发展新就业形态”。所谓“新就业形态”，是指新一轮信息技术革命特别是数字经济和平台经济发展所带来的就业市场新样态。新就业形态之“新”体现在劳动关系上的就是“用工灵活化”。用工灵活化的主要表现形式是“去劳动关系化”，“去劳动关系化”导致的结果是平台用工主体责任缺失，新就业群体的劳动权益难以得到保障。

一、新就业形态用工与“去劳动关系化”

区别与传统的标准劳动关系，新就业形态的用工模式改由“用工单位+平台+个人”的方式构成，通过互联网平台链接了人力资源供需两侧实现用工的灵活化。因此，按照传统的劳动关系认定标准来判断，新就业形态用工方式的人身依附性弱化、经济从属性弱化、组织从属性也弱化，一般难以被认定为劳动关系。确实，就目前的司法实践来看，快递员、外卖员、网约车驾驶员等新形态就业群体，基本上都不会被认定为劳动关系。可以说，去劳动关系化的现象非常明显。

诚然，一旦对新就业形态用工被直接认定劳动关系，确实会带来一系列影响用工灵活性的问题，这些影响主要是受劳动法、劳动合同法的相关特殊劳动保护规定所导致，比如签订书面劳动合同、签订无固定期限劳动合同、劳动报酬要求、休息休假规定、女职工特殊保护、医疗期保护、社会保险缴纳、劳动合同解雇保护、经济补偿金支付等一系列规定。因此，将劳动关系泛化必然会影响到新就业形态的快速发展。

二、“去劳动关系化”与平台用工主体责任的缺失

由于司法实践中一般不会被认定为劳动关系，新就业形态群体就很难纳入到劳动法、劳动合同法的劳动权益保障范围之内。平台企业往往只认为自己属于信息提供者即“居间中介”身份，一旦劳动者在就业过程中发生伤害或致使他人受伤，平台企业把自己的责任撇得干干净净。而实际上，平台企业作为信息纽带不是简单的信息提供者，还扮演着诸多的雇主特征。

以“E 代驾”平台用工为例，代驾司机与”E 代驾”平台公司之间属于何种关系？法院认为：第一，从外在表现形式来看，代驾司机在提供代驾服务时穿着”E 代驾”统一制服、佩戴 E 代驾显著标志的胸卡，可以看出其代驾行为受到了代驾平台规定的行为规范的制约，代驾司机需要接受”E 代驾”平台公司的培训与考核，代驾司机在发生事故之后，”E 代驾”平台公司可采取取消接单、重新培训的措施，可以看出 E 代驾”平台公司能够对代驾司机的行为进行制约。第二，就代驾平台发布的指令而言，代驾司机并不具备议价权。车辆使用人按照代驾平台指定的标准支付代驾费，代驾司机实际仅领取相应劳动报酬，无法与车辆使用人就代驾费进行议价。”E 代驾”平台公司不仅通过代驾平台发布指令，还收取了 20%的信息管理费，可以看出其对代驾行为时存在管理职能的。对外关系而言，可以认定代驾司机与”E 代驾”平台公司存在雇佣关系，代驾司机在履行职务期间发生的侵权行为，应由”E 代驾”平台公司承担赔偿责任。

但是，仅仅确认双方系雇佣关系并不能解决代驾司机自身在就业过程中受伤害申请工伤的问题，也难以保障自身劳动权益，更无法追究到平台的用工主体责任。代驾司机致使第三人受伤，虽然以平台承担责任为常见，然而平台仍然会通过在结算报酬时进行克扣等方式而使得其承担最终责任。

实际上，新就业形态改变的是就业认知和就业模式，并没有改变产业劳动本身。

而去劳动关系化所导致的问题就是平台用工主体责任的缺失，新就业形态群体劳动权益难以得到保障。比较突出的问题主要有：1、社会保险缴纳问题：社会保险体一旦在工作中受到职业伤害，就几乎没有任何职业保障；2、劳动报酬结算问题。几乎所有的平台用工，新就业形态群体是没有议价权的，劳动报酬的结算标准、支付时间，消费者支付费用标准等等，无论是确定或调整变更，都是平台单方面说了算，也不存在与个体或集体协商的情形；3、劳动时间及强度问题。劳动时间、劳动强度不受劳动法律保护，超长时间工作、缴纳是把养老、医疗、失业、工伤、生育保险捆绑在一起的，缴纳社会保险与建立劳动关系相挂钩，去劳动关系化后，就没有缴纳社会保险的问题了。新就业形态群超负荷劳动是新就业形态群体的常态，目前这些都游离在劳动法律监管之外；4、权利侵犯救济问题。由于不存在劳动关系，劳动监察和劳动仲裁都不受理，只能到法院去提起诉讼，但是由于平台用工所涉及到的相关数据等证据都是由平台公司掌握，新就业形态从业人员难以获得相关证据，“谁主张，谁举证”举证规则导致维权难度很大。

三、新就业形态群体的劳动权益保障

新就业形态群体的劳动权益保障，关系到平台经济的持续健康发展。去劳动关系化，不等于去劳动权益保障化，平台用工的主体责任不应当弱化。建议针对新就业形态群体的劳动用工情况，首当其冲的就是把劳动关系与社会保险缴纳相分离。没有劳动关系，也可以缴纳社会保险，尤其是工伤保险。应当把工伤保险的缴纳要单列出来，要求平台企业强制性缴纳，没有缴纳就要承担工伤赔偿主体责任，这是最基础的职业伤害保护。工伤保险缴纳费用可以根据不同的就业群体确定一定的缴纳基数和缴纳比例。下一年度，可以根据平台用工的工伤保险缴纳和理赔情况，动态调整工伤缴纳费率。鼓励新就业形态群体以自由职业者的身份，不论户籍均可以在工作地缴纳养老保险和医疗保险，适当降低缴费基数和比例。

同时，建议组建快递企业行业工会、网约送餐行业工会、网约车企业行业工会等新形态就业行业工会，通过行业工会来与平台企业进行集体协商，对新就业形态的劳动工时、劳动定额、最低工资、劳动条件、劳动安全卫生等多样化劳动标准体系内容进行协商，形成公约、集体合同等，从业保障从业人员的劳动报酬、休息休假、劳动安全卫生等劳动基准权益。行业工会、上级工会还可以对新就业形态用工情况进行相应的监督与指导。

另外，针对新就业形态的用工情况，建议通过立法明确将其纳入到劳动监察的监管范围，对平台用工没有依法缴纳工伤保险、没有遵守休息休假、劳动安全卫生等劳动基准的问题进行监管；新就业形态的用工发生争议的，针对劳动报酬、工伤保险待遇问题，建议通过立法纳入到劳动争议仲裁受案范围。

李华平

上海七方律师事务所　主任

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校外导师

上海社科院法学所硕士生实务导师

业务方向：劳动法、企业法律顾问

联系方式：13917749521

上海市2020年度城镇就业人员平均工资调整之解读

作者：王余婷

2021年7月2日下午，上海市人力资源与社会保障局公布了上海2020年度的城镇单位就业人员平均工资（以下简称“社平工资”）为10338元，比2019年的社平工资9580元高出758元。

原文为：“按照国家要求，各省、自治区、直辖市每年应核定社保缴费基数上下限。本市2020年度全口径城镇单位就业人员平均工资为124056元（10338元/月），比上年增长7.9%。按此计算，2021年7月1日起，本市社保缴费基数的上限调整为31014元/月。社保缴费基数下限应为全口径城镇单位就业人员平均工资的60%。考虑到新冠肺炎疫情对经济社会发展的影响，为减轻企业负担，根据人力资源社会保障部、财政部、国家税务总局《关于2021年社会保险缴费有关问题的通知》（人社厅发〔2021〕2号）的规定，本市社保缴费基数的下限将分两年过渡到位，自2021年7月1日起调整为5975元/月。”

10338元的社平工资是从2021年7月1日起进行调整，这个数字在我们办理劳动案件过程中经常会被运用到，具体与以下的内容相关。

一、确定社会保险费基数的上、下限

根据上海市社会保险缴费相关规定，职工个人社会保险缴费基数的上限和下限，按照上年度全市职工月平均工资的300%和60%确定。

2021 年 7 月 1 日起的社保缴费基数上限：10338 元*300%=31014 元。

2021 年 7 月 1 日起的社保缴费下限：10338 元*60%=6203 元。因考虑到疫情对企业经营的影响，上海市社保缴费基数的下限将分两年过渡到位，从 2021 年 7 月 1 日起社保缴费的下限调整为 5975 元/月。

二、确定住房公积金缴费基数的上、下限

根据上海市住房公积金缴费相关规定，职工和用人单位均需缴纳住房公积金费用，即职工每月公积金账户存入的金额为其缴费基数的 2 倍。本市职工和用人单位的住房公积金缴存基数上限以本市上年度全市职工月平均工资的 300%为标准；下限以本市上年度最低工资标准。同时，2021 年 7 月 1 日起住房公积金按照职工本人和单位各 7%的缴存比例计算。

2021 年 7 月 1 日起公积金缴费上限：10338 元*300%*7%*2 倍=4342 元。

2021 年 7 月 1 日起公积金缴费下限：2480 元*7%*2 倍=348 元。

（备注：在 2021 年 7 月 2 日，上海市住房公积金管理委员会发布的沪公积金管委会〔2021〕5 号文件中明确，从 2021 年 7 月 1 日起公积金缴费下限为 348 元。按照 2480 元*7%*2 倍计算，得出的数字为 347.2 元，因公积金是精确到元的，是“逢分逢角进元”而不是四舍五入，因而为 348 元。）

三、确定经济补偿金 3 倍封顶的标准

根据《劳动合同法》的规定，用人单位依法向劳动者支付解除或终止劳动合同经济补偿的，劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、社区的市级人民政府公布的本地

区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

2021 年 7 月 1 日起经济补偿金封顶基数=10338 元*3 倍=31014 元。

2021 年 7 月 1 日起经济补偿金封顶上限=10338 元*3 倍*12 个月=372168 元。

例：劳动者月工资超过 31014 元时，用人单位就应按照 31014 元为基数，向劳动者支付不超过 12 个月的经济补偿金，即 31014 元*12 个月=372168 元。

四、确定经济补偿金收入免税标准

根据《关于个人所得税法修改后有关优惠政策衔接问题的通知》财税〔2018〕164 号的规定，个人与用人单位解除劳动关系取得一次性补偿收入（包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其他补助费），在当地上年职工平均工资 3 倍数额以内的部分，免征个人所得税；超过 3 倍数额的部分，不并入当年综合所得，单独适用综合所得税率表，计算纳税。

即：2021 年 7 月 1 日起经济补偿金个税免征额为：10338 元*3 倍*12 个月=372168 元。

五、确定生育生活津贴上限及其单位补差金额

根据沪府发【2011】35 号文规定，从业妇女的月生育生活津贴标准，为本人生产或者流产当月所在用人单位上年度职工月平均工资。从业妇女生活或者流产时所在用人单位的上年度职工月平均工资高于本市上年度全市职工月平均工资 300%的，按 300%计发，从业妇女生产或流产时所在用人单位的上年度职工月平均工资高于本市上年度全市职工月平均工资 300%以上的，高出部分由用人单位补差。

即：社保每月支付的生育生活津贴最高为 10338 元*3 倍=31014 元，当企业或劳动者个人的上年度月平均工资高于该数额时，由用人单位进行补差。

六、确定工伤人员的一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金标准

根据《上海市工伤保险实施办法》规定，5-10 级的工伤人员解除或终止劳动合同时，可获得一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金，按照上年度职工月平均工资为标准，分别为：工伤 5 级 18 个月、工伤 6 级 15 个月、工伤 7 级 12 个月、工伤 8 级 9 个月、工伤 9 级 6 个月、工伤 10 级 3 个月。其中，一次性工伤医疗补助金由工伤保险基金支付，一次性伤残就业补助金由用人单位支付。

七、确定高工资人员的病假工资上限

根据《上海市劳动局关于加强企业职工疾病休假管理保障职工疾病休假期间生活的通知》规定，职工疾病或非因工负伤待遇高于本市上年度月平均工资的，可按本市上年度月平均工资计发。

即：当劳动者月工资高于 10338 元，因病请假时，除另有约定外，用人单位可按 10338 元的上限标准向劳动者支付病假工资。

八、确定丧葬补助金的标准

根据《上海市工伤保险实施办法》规定，从业人员因死亡，其近亲属可获得 6 个月的上年度全市职工月平均工资的丧葬补助金。即：丧葬补助金为 10338 元*6 个月=62028 元。

欧洲杯闭幕，比赛直播节目有没有“独创性”？

作者：孙志勇

万众瞩目的2020欧洲杯在伦敦城落下帷幕。一个月的激情盛夏，克罗地亚令人血脉偾张的补时绝平、瑞士令人窒息的点球大战、比利时黄金一代的步履蹒跚，还有希克写意的越远距离吊射、因莫比莱“医学奇迹”等等，都给观众留下了极为深刻的印象。

本届欧洲杯的精彩赛事，观众可以通过CCTV、中国移动和爱奇艺等授权平台观看，当然，未经授权直接提供赛事直播的网络“盗播”平台也屡禁不止。据报道，仅在本届欧洲杯开幕当天，网站端（PC）就有84家侵权直播，移动端（APP）也有47家。那么，作为赛事权利人应当如何维权呢？这就涉及到体育赛事直播节目是否构成《著作权法》意义上的作品，以及如果构成作品则构成何种作品、侵害的又是何种权利等诸多问题。

要回答是否构成作品这一问题，首先要考量的就是体育赛事直播节目是否具有“独创性”，本文仅就此做简要分析。

一、“独创性”是作品的实质构成要件

劳动成果要想成为受著作权法保护的作品，首先要“独立创作，源于本人”，即劳动成果是由劳动者独立完成的，除此之外，劳动成果还要具有一定程度的“智力创造性”，能够体现作者的独立判断与选择，展示作者的个性并达到最基本的创造性要求。

我国《著作权法实施条例》明确规定了只有具备“独创性”的劳动成果才能成为著作权法意义上的作品，然而，立法上对于“独创性”的标准，即“创”的高度并没有做出任何规定，这也导致了司法实践中的判断尺度各不相同。

不过，有一点是形成共识的，那就是不同种类的作品，其独创性的体现方式，或者对于独创性的要求程度是不同的。有一种观点认为，通过相机拍摄的

体育比赛画面，可以构成摄影作品，那通过摄像机拍摄的双方激烈对抗的动态影像画面，其独创性虽然不能武断地说提高了，但总不能说其独创性反而更低了，由此得出体育比赛直播节目具有独创性，构成著作权法意义上的“类电作品”或者“视听作品”，这样的推论显然过于武断了，没有意识到不同种类作品其对独创性的要求程度是不同的。

特别是在我国采取“著作权—邻接权”二分立法模式，且又不区分摄影作品与普通照片的情况下，以摄影作品的独创性来类比视听作品或类电作品的独创性，更是没有依据的。

二、独创性的有无与独创性的高低之争

当前司法实践中，对体育赛事节目的保护路径，主要包括著作权法保护路径和反不正当竞争法保护路径两种方式。而在著作权法保护路径下，对体育赛事节目性质的认定，核心分歧在于节目独创性的认定。2020 年 9 月 23 日，北京市高级人民法院再审审理的“新浪诉凤凰网”案就是其中的典型代表，一、二审法院及再审法院各不相同，甚至是截然相反的认定引发极大关注。

该案案情并不复杂，新浪公司获得了在门户网站领域播放中超联赛的独占权利，后新浪公司发现同为门户网站的凤凰网也实时转播了部分中超比赛，因此以凤凰网的运营者侵犯其类电作品著作权及构成不正当竞争为由，向法院提起了诉讼。

2015 年，一审法院北京市朝阳区人民法院[（2014）朝民（知）初字第 40334 号]认为，“对赛事录制镜头的选择、编排，形成可供观赏的新的画面，无疑是一种创作性劳动，且该创作性从不同的选择、不同的制作，会产生不同的画面效果恰恰反映了其独创性”，因此法院认为涉案赛事画面符合独创性的要求，应当认定为作品。但是，对于涉案赛事画面究竟构成何种作品，一审法院予以了回避，没有作出说明。

2018年3月31日，二审法院北京知识产权法院[（2015）京知民终字第1818号]审理后，撤销了一审判决。除了认为涉案赛事画面在直播时尚未被稳定地固定在有形载体之上，即不符合“固定”的要件之外，在“独创性”上，二审法院认为虽有一定的独创性，但未能达到构成类电作品所需要的独创性高度。二审法院进一步分析认为，“在我国著作权法区分著作权和邻接权两种制度，且对相关连续画面区分为电影作品与录像制品的情况下，应当以独创性程度的高低作为区分二者的标准”。

2020年9月23日，北京市高级人民法院[（2020）京民再128号]再审后，撤销了二审判决，在“独创性”的认定上，再审法院有着与二审法院完全相反的观点。再审法院认为，对于作品的独创性判断，只能定性独创性的有无，而无法定量独创性的高低，所以，“电影类作品与录像制品的划分标准应为有无独创性，而非独创性程度的高低”。也就是说，再审法院认为独创性只有“零”和“一”（有和无）的区别，而不存在“零”至“十”（低至高）的说法。据此，再审法院认为涉案赛事画面具有独创性，符合作品的构成要件。

的确，在立法没有明确规定的情况下，实践中的判断标准是一个难题。现行《著作权法》在修订时，曾有观点是将“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”，同时删除有关录像制品的规定，即把类电作品和录像作品统一归为视听作品，解决独创性问题之争。但正式修订的《著作权法》在把类电作品修改为“视听作品”的同时，保留了录像制品的规定。也就是说，对视听类内容，我国仍然采用的是“著作权—邻接权”的二分模式，独创性的判断问题还将继续存在。

至于划分标准是独创性的有无还是独创性的高低，本文认为这可能是一个伪问题。所谓无独创性，是指劳动成果没有劳动者智力创造的空间和个性发挥

余地，或者智力创造性过于微不足道，不符合“创”的标准。比如，在固定位置架设一台摄像机拍摄一台晚会，其成果因无智力创造空间会被认为无独创性；利用两台摄像机拍摄一台晚会，并进行简单的镜头切换，其成果因智力创造性过低也会被认为无独创性；而利用多台摄像机拍摄一台晚会，运用全景、中景、近景、特写等不同方式，通过画面选择和调度所形成的成果，可能就会被认为有独创性，这其中的区别还在于智力创造性的高低。王迁教授就认为，如果一定要用“有无”来描述独创性，则这里的“有无”实际上是指独创性的程度问题，是以“高低”界定的，也就是只有达到了一定的程度，才能被称为“有”独创性，未达到该程度就被称为“无”独创性。比如说某人没钱，并不意味着此人的货币拥有量就是“零”，只是没有达到当地观念中的特定水准而已。

三、体育赛事直播节目具有较高的独创性

虽然不认同北京市高级人民法院将独创性的有无与独创性的高低相对立的观点，但本文认同其将涉案赛事节目认定为具有独创性的结论。本文认为，对于大型体育赛事的直播，比如奥运会、欧洲杯、足球联赛等重大赛事，直播团队在直播时都有详细的方案和计划，包括镜头的数量、机位的架设、画面的选择、资料的筛选、解说的安排等等，直播质量的好坏取决于直播团队的经验、能力、智力创造性和对赛事进程的判断，不同的节目制作者对直播画面的编排与选择具有较大的自由度，可以体现创作者的个性选择和安排，因此体育赛事直播节目可以认为具有较高的独创性。

有观点认为，体育赛事公用信号的统一制作标准、对观众需求的满足、符合直播水平要求的摄影师所常用的拍摄方式及技巧等客观因素，极大限制了直

播团队在素材拍摄上可能具有的个性选择空间，因而独创性不高。当然，上述因素的确会限制个性选择空间，但规范的拍摄流程并不表示拍摄的画面丧失个性化选择的空间，在相应规则范围内进行创作，仍然可以通过智力创造性产生大量的个性选择；至于满足观众需求，在这样的原则下直播团队会有更多的个性化选择空间，足球比赛拍摄中，有的更关注球员的带球突破，有的更关注无球队员的精彩跑位，有的更关注整体阵型的紧凑移动，等等，与个性选择空间受限并无必然联系，不能以此作为否定节目独创性的理由。

还有观点认为，直播导演会基于其对规则、流程以及比赛规律的了解，尽可能使得其对画面的选择和编排更符合比赛的进程，而这一能力对于同等水平的直播导演而言并无实质差别，相应地，不同直播导演对于镜头的选择及编排并不存在过大的差异。然而事实情况并非如此。仍以足球比赛直播为例，一场大型足球赛事，一般会设置 40 个左右的拍摄机位，对比赛中的特定场景，直播导演对素材的编排有非常大的选择权，球员、教练、观众、赢球一方、输球一方等对不同事件的反映，如何选择与编排是考验直播导演功力的，体育赛事直播在选择和编排方面的要求，还远没有达到会完全限制独创性的程度。

另外，解说与评球等也是体育赛事节目独创性的重要体现。一场足球比赛直播节目，除了比赛画面之外，还包括现场解说、嘉宾评球等，而解说与评球则与解说员的风格、经验、知识储备等密切相关，具有独创性。某些时候，解说员的水平甚至决定了直播节目的质量，这也是为何不同平台对同一体育比赛的直播节目会有完全不同的效果，或者收视率差距巨大。比如，在 2006 年世界杯 1/8 决赛，意大利与澳大利亚比赛的最后一分钟，意大利队获得点球，中央电视台解说员黄健翔经典的“他不是一个人在战斗”的激情解说，让“伟大

的意大利左后卫”流传至今。再比如，在 2014 年世界杯 B 组最后一轮小组赛结束，曾在 2008 年、2012 年两获欧洲杯，2010 年获得世界杯的西班牙队小组赛被淘汰，比赛的最后，中央电视台解说员贺炜“自古打天下容易守天下难，如何面对失败才重要”的经典解说，言犹在耳，“从头再来吧，难道向上攀爬的那条路不是比站在顶峰更让人热血澎湃吗？”饱含深情，震撼人心。

由此可见，体育赛事直播节目的制作并不是对体育赛事的简单记录，其中镜头的切换、拍摄对象的选择、技术统计、战术分析、精彩解说等等，包含了导播、摄像师、解说员、评论嘉宾等不同人员的创造性劳动，最终形成多种连续画面与声效组成的有机整体，完全满足我国《著作权法》中的独创性要求。

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

上海律师协会知识产权业务研究委员会

委员

业务领域：知识产权、反不正当竞争、民商事争议解决

联系方式：18918887908

医者仁心 律者思方

主 编：王晓鹏

编 辑：朱妤婕、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