



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM

七方律师事务所

七方法研

2021年第5期
共11期

学无止境 · 方有未来

目录

解读民法典

掉“井”里了，谁是侵权人？-----01

民商纵横

破产别除权的权利基础和实现方式-----07

分期付款的工程款，能加速到期么？-----14

涉及违章建筑的工程质量司法鉴定-----19

“大数据杀熟”？个人信息被滥用？
《个人信息保护法》来了！-----25

“唯一住房”能否被强制执行？-----30

家长里短

事实收养关系与收养行为无效-----35

一文搞懂代位继承&转继承-----41

“假离婚”成真，离婚协议效力如何认定？-----46

罪与罚

代购离走私究竟有多远？-----53

袭警罪中的“暴力袭击”应作限缩解释-----59

醉驾型危险驾驶罪的免责性思考-----64

公司治理

股权代持纠纷股东资格确认案判例研究-----	69
聊聊股权转让“阴阳合同”那些事儿！-----	77
未经评估作价的非货币资产出资，不必然导致出资瑕疵 以美力科技公司土地使用权出资纠纷案为例-----	84

财税金融

在证券虚假陈述索赔案中，揭露日对投资者意味着什么-----	92
同一损害结果为复数原因竞合所致，其一为承保原因； 另一为不承保之原因，保险人是否负赔偿责任-----	100

聚焦劳动法

论新就业形态劳动者的职业伤害保障-----	104
他人代写的辞职报告，单位能否据此办理退工？-----	116
未履行报告义务，可否拒付竞业限制经济补偿？-----	123
年休假超过一年未休视为自动放弃，约定有效吗？-----	129
《个人信息保护法》第13条之规定，企业HR不可不知！-----	133
劳动者“待命时间”的认定难题-----	138
沪上首份《电子劳动合同操作指引》新鲜出炉， 最新解读驾到！-----	144

知产知否

家丑外扬，阿里巴巴的员工有错吗？ ——兼谈商业秘密的构成要件-----	155
《扫黑风暴》摊上事了！-----	160



掉“井”里了，谁是侵权人？

作者：甘雯雯

道路上的窨井盖被损毁或缺失后，若不及时维修更换，很容易发生窨井“吃人”的悲剧。一线及省会城市，窨井盖的数量达百万座，涉及的产权单位超 30 家，上海市仅虹口一个区窨井盖就有 40 多万座。据统计，2019 年全国因窨井施工、管理、养护不当致人伤亡案件共 155 件，其中死亡 16 人。造成事故的原因主要有，井盖与地面凹凸不平、井盖缺失、井盖老化破损变形、井盖松动错位等。窨井盖所连通的地下管道有多种，如下水道、地下煤气管道、自来水管、电力管道、通讯管道等，涉及的管理和责任主体众多。倘若不小心掉“井”里了，谁才是侵权人呢？

案例

陈某在某小区绿化地内散步，踩到绿化地内没有井盖只铺有一块木板的窨井，因木板断裂跌落窨井受伤，后送医院治疗。陈某受伤的绿化地系小区内部的公共绿化地带，该窨井在交付时有窨井盖。因小区入住后业主陆续开始装修，小区道路上的窨井盖被车辆碾压损坏，有人（具体人员无可查证）将绿化地的窨井盖取来盖

在道路上的窨井上以便于交通不受阻，而绿化地的窨井则用木板覆盖导致陈某踩到木板断裂跌落窨井而受伤。经查明，该窨井内铺设的是自来水公司的供水管道。

陈某因其权利受到侵犯欲诉至法院，谁才是适格的侵权责任主体？是市政管理部门？供水公司？绿化管理部门？小区物业公司？还是移走窨井盖的人呢？

相关法律规定

《中华人民共和国民法典》第一千二百五十八条规定，在公共场所或者道路上挖掘、修缮安装地下设施等造成他人损害，施工人不能证明已经设置明显标志和采取安全措施的，应当承担侵权责任。

窨井等地下设施造成他人损害，管理人不能证明尽到管理职责的，应当承担侵权责任。

在司法实践中，适用民法典上述条款的判例众多，对于“管理人”的释义和适用标准不一，从以往案例分析，“管理人”做广义解释，包括但不限于窨井盖的产权人、管理人（养护人）、施工人。



产权人

城市供水、排水、燃气、热力、电力、路灯、通讯、广播电视、交通信号、综合管网等公共设施单位因铺设管网而开挖窨井，是对应的窨井盖的产权人。产权单位应当在窨井盖上标识出窨井用途，比如“上水”、“雨水”、“污水”、“电信”等字样分别对应着居民供水井、雨水井、污水井、电信线缆井。

《城市道路管理条例》第二十三条规定，设在城市道路上的各类管线的检查井、箱盖或者城市道路附属设施，应当符合城市道路养护规范。因缺损影响交通和安全时，有关产权单位应当及时补缺或者修复。产权单位作为窨井的实际使用人，负有定期巡查、维护管理的义务，是窨井盖管理的第一责任人。

管理人（养护人）

区别于民法典第一千二百五十八条“管理人”的概念，这里的管理人做狭义解释，是除产权人之外的对于窨井有行政管理权限或者合同约定义务的养护人。现实中，窨井盖的产权单位，在建设完毕交付正式使用之后，通常会与特定场所管理单位交接或者签订合同，交由场所日常管理单位养护。比如，某些城市设有市政工程管理处负责窨井、排水管网的日常管理

和养护；居民小区、工业园区内窨井盖由产权单位委托物业服务企业维护管理，由物业企业按照合同约定履行维护管理义务；城区公园、风景区等公共绿地内窨井盖，由城市园林和风景区管理部门履行维护管理职责；其他则由各街道办事处（镇政府）及居（村）委会按照属地管理原则负责协调管理。

施工人

未办理移交手续的建设项目范围内的窨井盖，由工程建设单位负责管理。
2021年02月09日，住房和城乡建设部办

公厅联合其他部门发布的《关于加强窨井盖安全管理的指导意见》中明确，加强窨井盖施工验收管理，窨井盖验收不合格



的，主体工程不得交付使用。扩建、改建城市道路需要拆除、移动窨井盖的，道路工程建设单位应当及时向窨井盖权属单位报告，落实安全防护措施，并在工程完工后按有关技术标准恢复原状。

值得注意的是，施工人的概念并不限于单位，也有可能是自然人。比如因关闭

自家入户供水阀门而打开窨井盖的，也可视为临时施工人。此种情形下，在打开或者移除窨井盖时，也必须设置明显标志或者委托他人看守现场，履行临时的管理责任。再如因城市排涝应急处置时，确需打开窨井盖排水的，亦应设置安全警示，在排涝结束时及时恢复原状。



回看我们的案例，陈某跌落的窨井属于小区绿化地内供水窨井，虽然窨井盖系某人移走，但该人已无可查证。供水公司

作为窨井盖的产权人，应尽到定期检修、巡查的管理义务；物业管理公司作为日常的养护人，负有妥善管理及安全注意义



务，对于窨井盖的缺失应及时设置防护栏或者警示信息，并通知产权单位补安装。根据民法典的规定，窨井盖致人损害责任实行过错推定原则，供水公司和物业管理公司如无法证明其已尽到合理的管理维护义务、已采取安全措施避免危险事件的发生，直接推定有过错，应当共同承担侵权责任。

另，因该窨井盖处于小区绿化地内，非小区正常通行道路，陈某在该处散步应尽到自身安全的注意义务，对可能发生的摔跤、跌倒等安全风险应当有一定的识别能力，故其对损害的发生存在一定的过错，也应承担相应的责任，由此侵权人的责任可以部分的减轻。



思考

由上述案例可以窥见，目前司法实践中对于民法典第一千二百五十八条的适用，关键在于：谁对窨井盖负有管理义

务？事实上，在城市职能机构的设置上，每个城市不尽相同。对于窨井盖的管理，有些城市比如郑州在2019年12月成立了



郑州市窨井盖管理办公室进行统一的归口管理，有些城市以“谁所有，谁负责”为原则分散管理。另因窨井盖上标识不标准、不统一、不明确，窨井盖的管理主体难以清晰确认，在危险事件发生之后也存在交叉管理的各主体之间互相推诿、不肯担责的情形。

被侵权人因窨井致损后，在不知道侵权人是谁、该如何维护自身合法权益的情况下，往往是将可能的管理人一并诉至法院，由法院通过司法程序确认究竟谁才是侵权责任人。如此，本应由通过合理设置



行政机关或者管理单位可以规避的权责问题，却必须经由司法加以明晰和确认，无形之中加重了司法的负担，也是对司法资源的不合理占用。



甘雯雯

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：民商事、企业合规、

建设工程与房地产

联系方式：13564750281

破产别除权的权利基础和实现方式

作者：李剑 王年俊

引言：破产，是很多企业不曾企及的词语。但在新冠疫情的持续影响下，国内国际经济形势不容乐观，许多企业存在运营危机，甚至走向破产的局面。在此背景下，如何最大程度实现企业债权人的利益，成为在破产程序中所关注的要点。本文将重点探讨在破产案件中广泛应用的别除权权利基础和实现方式。

一、“破产别除权”的内涵

破产别除权，指破产程序开始之前，就债务人的特定财产设定了担保物权或者存在有其他特别优先权的，于债务人宣告破产后，权利人享有就该特定财产不依照破产清算程序而优先获得清偿和满足的权利。可以概括为债权人在破产程序中优先受偿的权利。关于称谓“别除权”则是大陆法上的概念，英美法所使用的是“担保债权”一语。我国企业破产法中没有使用“别除权”的概念名称，而是仿照英美法称之为“有财产担保的债权”。其中在《企业破产法》第109条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。”但我国破产法理论却深受大陆法的影响，普遍认同并使用了“别除权”的说法。在最高院发布的《民事案由规定》“与破产有关的纠纷”中就明确规定了“别除权纠纷”这一案由。

二、“破产别除权”的权利基础

破产别除权并非是破产法所创设的权利，而是对相关实体法上权利的延伸。例如民法典物权编规定的担保物权就包括抵押权、质权和留置权就是破产程序中别除权产生的权利基础，也是最常见类型。当然，理论通说认为，破产别除权的权利基础不仅限于以上三种担保物权，也包括其他法定的特别优先权。

（一）破产别除权之担保物权基础

担保物权作为破产别除权的权利基础，在破产程序中最为常见、适用最广泛。债权人依据“物权优于债权的”原则在债权债务关系中所享有的优先受偿权，在债务人破产时被继续承认从而转化为了破产别除权。我国法律主要规定了三种担保物权。

抵押权

抵押权是指债权人对债务人或第三人提供的不移转占有作为履行债务的担保财产，在债务人不履行债务时，可就其拍卖、变卖所得价款优先受偿的权利。在破产程序中，对破产企业的财产享有抵押权的债权人称为别除权人，对特定的抵押财产优先于普通债权人受偿。目前在我国抵押权的法律依据主要有：

《中华人民共和国民法典》第 394 条：“为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。前

款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。”

《中华人民共和国海商法》第 11 条：“船舶抵押权，是指抵押权人对于抵押人提供的作为债务履行担保的船舶，在抵押人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得的价款中优先受偿的权利。”

《中华人民共和国民用航空法》第 16 条：“设定民用航空器抵押权，由抵押权人和抵押人共同向国务院民用航空主管部门办理抵押权登记；未经登记的，不得对抗第三人。”

质权

质权是对债务人或第三人提供的移转占有的作为履行债务担保的财产，在债务人到期不履行债务时，就该财产拍卖所得价款具有优先受偿的权利。质权可以分为动产质权和权利质权。

《中华人民共和国民法典》第 425 条：“为担保债务的履行，债务人或第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约

定的实现质权的情形。债权人有权就该动产优先受偿。前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的财产为质押财产。”

留置权

留置权是指债权人已经合法占有了债务人的动产，在债务人不能履行债务时，债权人就该留置财产拍卖、变卖所得价款优先受偿的权利。留置权作为法定的担保物权，当然也可以成为别除权的基础权利。

《中华人民共和国民法典》第 447 条：“债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。”

另外，海商法也规定了承运人的留置权。

《中华人民共和国海商法》第 87 条：“应当向承运人支付的运费、共同海损分摊、滞期费和承运人为货物垫付的必要费用以及应当向承运人支付的其他费

用没有付清，又没有提供适当担保的，承运人可以在合理的限度内留置其货物。”

破产别除权除了建立在以上三种担保物权基础上外，还有其他几种法定的优先权。

（二）破产别除权之法定优先权基础

法定优先权是指特定的债权人依据法律的直接规定，对债务人的全部财产或特定财产拍卖、变卖所得价款优先于其他债权人受偿的权利。我国法律主要规定了以下几种优先权：

消费型购房者的优先权

2020 年 6 月 20 日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》首次明确提出了消费型购房者优先权概念。其中第 2 条规定：“消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。”其立法本意在于对居住权的保障。根据该规定，消费型购房者的优先权优于建设工程优先权，而建设工程



优先权又优于抵押权。故消费型购房者的优先权作为破产别除权的权利基础，具有超级优先权的属性。

对于如何认定“消费型购房者”的问题，在2015年5月5日最高人民法院发布的《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29条有明确规定，其中内容为：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。

建筑工程承包人的优先受偿权

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第1条：“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当按照合同法第286条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受

偿权优于抵押权和其他债权。”《合同法》第286条规定：“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，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请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。”

国有土地出让金优先权

国有土地出让金优先权是指划拨国有土地使用权拍卖时，所得价款应当先缴纳土地出让金，再用于抵押权人受偿。《中华人民共和国城市房地产管理法》第51条：设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的，依法拍卖该房地产后，应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人方可优先受偿。

船舶优先权

船舶优先权是指特定海事债权人依法享有的、当债务人不履行或不能履行

债务时，以船舶为标的的对担保物优先受偿的权利。《中华人民共和国海商法》第 21 条：“船舶优先权，是指海事请求人依照本法第 22 条的规定，向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求，对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。”

民用航空器优先权

我国民用航空法规定了民用航空器优先权。《民用航空法》第 18 条规定：

“民用航空器优先权，是指债权人依照本法第十九条规定，向民用航空器所有人、承租人提出赔偿请求，对产生该赔偿请求的民用航空器具有优先受偿的权利。”

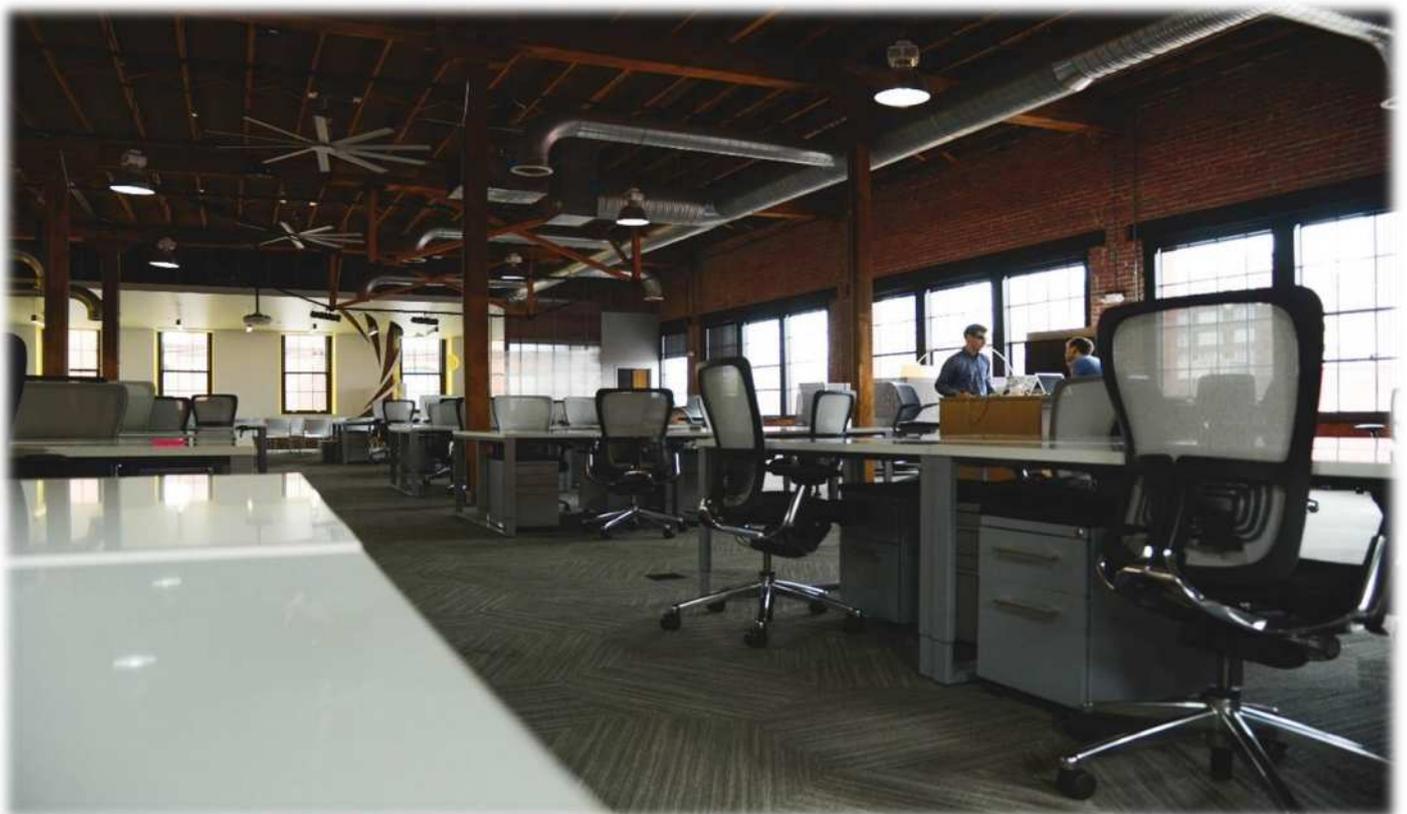
《民用航空法》第 19 条规定：“下列各项债权具有民用航空器优先权：（一）援救该民用航空器的报酬；（二）保管维护民用航空器的必需费用。前款规定的各项债权，后发生的先受偿。”

三、破产别除权的实现方式

破产别除权的实现

根据《破产法》第 110 条规定：

“享有本法 109 条规定权利的债权人行使优先受偿权利未能完全受偿的，其未



受偿的债权作为普通债权；放弃优先受偿权的，其债权作为普通债权。”即破产别除权不能全部实现的，未受偿的债权可作为普通债权来分配破产财产，同时，该优先受偿权作为一种权利，债权人也可以放弃，放弃的，将该债权作为普通债权共同分配破产财产。

破产别除权的优先受偿权是针对特定担保财产行使的，不受破产清算与和解程序限制，可优于其他债权人单独、及时受偿，即可继续个别执行。对于担保权人权利的行使与限制，在《全国法院破产审判工作会议纪要》第 25 条规定“在破产清算和破产和解程序中，对债务人特定财产享有担保权的债权人可以随时向管理人主张就该特定财产变价处置行使优先受偿权，管理人应及时变价处置，不得以须经债权人会议决议等为由拒绝。但因单独处置担保财产会降低其他破产财产的价值而应整体处置的除外。”因此，别除权人可随时向破产管理人申请优先处置其享有别除权的特定物优先受偿。破产管理人不同意或不

予回复的，别除权人可径行向人民法院提起别除权纠纷诉讼，主张行使别除权，先行处置特定物，对所得价款优先受偿。

破产别除权的暂缓实现

根据《企业破产法》第 75 条的规定，在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使，这是因为进入破产重整程序，如果不加区别的均实现别除权人的优先权，拍卖、变卖担保财产，则可能使企业重整程序无法进行下去，导致企业最终走向清算注销。但破产法并没有一律规定的暂停担保权的行使，其例外情形是“担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利的”。实行有条件的恢复权利行使，对于维护债权人利益具有必要性，也是合理的。根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》的精神，重整申请受理后管理人或者自行管理的债务人应当及时确定设定有担保物权的债务人财产是否为重整所必需。如果认为担保物不是重整所必需，管理人或者自行管理的债务人应当及时对担保物进行拍卖或者变卖

的所得价款优先清偿担保物权人的债权。

结语

破产别除权作为破产程序中一项重要的权利，其权利人应当准确明晰别除权的法律内涵，熟悉几种常见的别除权，定位在破产程序中的法律地位，正确充分的行使权利，从而最大化的实现自身的合法权益。另外，也应当分别理解别除权在破产清算、重整、和解程序的权利行使方式和异同，在维护自身利益的同时，也要兼顾各方利益。



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

业务领域：公司商事 诉讼与争端解决

联系方式：138 1727 9229



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

业务领域：公司商事 诉讼与争端解决

联系方式：198 2180 2660

分期付款的工程款，能加速到期么？

作者：赵发航

在民法典中有预期违约、不安抗辩、同时履行抗辩等法律规定保护合同期待债权，看似严密的规定却相对忽略了债权到期差异对债权实际实现造成的影响，民法典中规定的债务加速到期制度便是保障债权人在法定的条件下有突破约定债权履行期限的救济可能，以提前实现履行利益并起到维护交易稳定的效果，是合同履行保障体系的重要组成部分。

法律适用

民法典第六百三十四条：“分期付款的买受人未支付到期价款的数额达到全部价款的五分之一，经催告后在合理期限内仍未支付到期价款的，出卖人可以请求买受人支付全部价款或者解除合同。出卖人解除合同的，可以向买受人请求支付该标的物的使用费。”

民法典关于分期付款买卖规则的规定沿袭了原合同法的思路，并在此基础上增加了出卖方催告、给予付款人合理期限的限制要求，总体立法本意还是倾向于保护买受人，尽量平衡出卖方权益和买受人期限利益，避免买受人一旦迟延履行即丧失期限利益的情况。买卖合同司法解释中也对具体规则进行进一步

规制，就分期付款与解除后果作出详细解释。

依据民法典的编排体系，建设工程合同、承揽合同和买卖合同都位于“第二分编 典型合同”之下。其中，第十九章建设工程合同的第八百零八条规定，建设工程合同纠纷法律适用过程中，本章无规定时，可以适用承揽合同的有关规定。承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人支付报酬的合同。承揽合同、建设工程合同都是诺成合同、双务合同、有偿合同，这些法律特征都与买卖合同的相似，又根据民法典第六百四十六条的规定，法律对其他有偿合同有规定的，依照其规

定；没有规定的，参照适用买卖合同的有关规定。故涉及建设工程合同的纠纷处理，可以参照适用承揽合同和买卖合同的法律规定。

根据上述法律规定，笔者认为，在建设工程合同纠纷中，工程项目竣工验收后若是双方约定分期支付工程款的，付款方未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的，经过合理催告之后仍未支付的，施工方可以参照民法典第六百三十四条关于分期付款的规定，要求付款方支付全部价款或者解除合同。

民法规范通过涵摄之过程得以适用，以演绎推理的表现形式将民法规范与特定案件事实相对应得出应有的法律效果。但是法律的滞后性使得其不可能兼顾社

会的方方面面，尤其是在经济腾飞的今天，现实中发生的情况不一定能找到完全符合法律规定的每一个要件。站在立法的角度，民法典第六百四十六条作出“参照适用”的规定一定程度上填补了法律漏洞。修改之初的原意为“可以”还是“应当”尚有争议，但在目前类案裁判的风向之下更多理解为“应当”参照适用恐怕更为合适。参照适用意味着类型和特征高度相似，在法律效果上有参考引用的意义，事实构成的差异不能实质性地影响结果发生。法官在遇到新的案件类型时也有了更多灵活空间来调整裁判的尺度，保持整个民法规范的活力。

相关案例

在首钢诉绿诺建设工程施工合同纠纷【(2017)最高法民终 57 号】一案中，双方合同约定分十年付清所有工程款及利息，后首钢京唐公司未按期支付工程款。法院在裁判中依据合同法第一百七十四条（民法典第六百四十六条）认定

双方之间的工程承包总合同可以参照适用买卖合同的规定，再根据合同法第一百六十七条第一款（民法典第六百三十四条）的规定支持绿诺公司可以请求首钢京唐公司一次性支付全部剩余工程款并按合同约定支付利息。而后于南通二

建诉天津国储建设施工合同纠纷【(2019)最高法民终 1093 号】一案中，关于置业公司是否应当立即给付南通二建全部工程欠款及利息问题，法官沿袭了上述案件中的审判逻辑，依据建设工程施工合同是有偿合同，根据法律解释和法律漏洞填补的规则，可以准用买卖合同的相关规定，所以分期付款的买卖规则也可适用于本案，在满足本规则相关要件的同时，可以取得相应的法律后果，所以南通二建的起诉理据充分，予以支持。但是在张某与江苏建工建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书【(2019)最高法民申 2266 号】中，法院认为合同法第一百六十七条、第一百七十四条的规定，是买卖合同及其相关合同领域对贷款未到期而具备一定条件时视为到期的特别性规定，并不适用于建设工程施工合同这一特殊领域，上述规定既不能对抗当事人约定，也不能突破建设工程领域相关法律对质量保证金等制度的规定，张某要求在本案工程款到期时间认定上适用上述合同法规定，没

有法律依据。此段论述中认定不能对抗当事人约定以及突破质保金规定并无不当，但是在前段文书中写明“分期买卖的规则是买卖合同的特殊规定，不能适用于建设工程施工合同这一特殊领域”恐怕难说合理。尤其是早在 2017 年最高院的案例中就已经根据参照适用的逻辑认定建工领域亦可适用分期付款规则，本再审裁定却明确否认该规则的适用范围让人略显不解。尽管两个案子肯定有不同之处，就算依据本案的证据证明不能适用分期付款规则，但在说理释法时也不能对规则的适用进行限缩。





笔者以建设工程施工合同、第一百六十七条和分期付款为关键词在威科先行数据库中检索到相关案例约有一百六十四件，法院都是以参照适用买卖合同的逻辑来认定该笔债务可以加速到期，适用分期付款的规则。在类案裁判的大趋势下相信此种审判逻辑有望成为主流观点，只是在适用时还得多加注意，有案例认定付款方迟延支付第二期价款就

支持施工方加速到期的请求，回到事实部分却载明双方之间约定分两期支付该笔工程款，与买卖合同司法解释第二十七条规定的“分期付款”系指买受人将应付的总价款在一定期限内至少分三次向出卖人支付的解释有一定出入。既然参照适用分期付款规则，应当在法律要件层面更加严谨，既不能限缩其适用范围，也不可随意扩大解释。

适用范围

分期付款规则是信用经济发展的体现，解决买受人的资金周转问题，缓解其付款压力。市场经济主体的增加也使得该规则日益活跃，并不局限于消费者购买商品。最高院虽然强调分期付款规则的目的在于着重保护作为消费者的买受人，但也指出不排除其他类型合同买受人的保护，适用此规则的法院裁判案例发生在经营者之间的情形也不是个例。而在适用范围方面，分期付款规则中所有权已经先行转移但是相关的对价却并未支付完毕，付款方的期限利益亦非漫无边际，在我国民商合一的立法模式下，将此规则圈定在消费者买卖领域过于严格，分期付款合同的标的也可以是服务、承揽、供应或者其他类似的债权债务关系，应当说涉及信用性的分期付款买卖，满足分期付款买卖特征的都可以参照适

用，如股权转让领域。虽然 2016 年最高院发布的 67 号指导案例【汤长龙诉周士海股权转让纠纷案】中说明分期付款规则不适用于股权转让合同中，但是其说理部分的严谨与逻辑皆有争议，在实务工作者和学者中反对的声音不可小觑。不少学者认为指导案例限缩了适用范围、混淆了“适用”与“参照适用”、超越了一百六十七条之文义，且在此指导案例发布之后仍有法院支持股权转让合同里参照适用特种买卖合同规则。

在建设工程领域适用分期付款相关规则既是尊重现有法律体系与多数裁判案例，也是响应最高院类案检索统一法律适用的号召，注意民法典新增的催告和合理时间，把握标的先给付、满足法定价款分期数、总价款五分之一的阈值、迟延履行等明确规定的法律要件，债权

人一方可据此尽快实现债权、补充现金 身期限利益，在个案中综合考虑各种因
流，债务人则可保持稳定交易、落实自 素平衡各方利益。

实务提示

发包方与承包方约定付款计划时，可在协议中明确：若是债务人迟延支付任意一期工程款，债权人可主张债务人一次性付清全部工程款。在发生争议由法院或仲裁庭裁决时，便只需依照此约定主张权利，不必再过多纠结于法律适用问题。

参考资料：

1. 郝丽燕：《合同法》第 167 条（分期付款买卖） | 法典评注
2. 李建星：法定加速到期的教义学构造
3. 屈晨希：债务加速到期的法定情形及类推适用
4. 薛波：指导案例 67 号裁判理由之检讨
5. 钱玉林：分期付款股权转让合同的司法裁判——指导案例 67 号裁判 规则质疑
6. 最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》



赵发航

上海七方律师事务所 实习律师
七方房地产与建设工程部 实习律师

业务领域：争议解决

联系方式：150 0038 1863

涉及违章建筑的工程质量司法鉴定

作者：席绪军

案例

笔者近期代理的一个建设工程施工合同纠纷比较典型，浙江某地法院受理的甲公司的新建车间工程案件，案涉项目由乙公司承包施工完成，案涉项目在2015年4月30日竣工，2015年12月8日经过竣工验收合格后，交付使用至今已经近5年。案涉项目为局部三层、五层和六层的建筑结构，两侧的六层为电梯机房，原设计为一层层高6米，二至五层层高为4.2米，施工中甲方设计变更为一层层高6.8米，二至五层层高为4米，交付使用后甲方自行违章在一层加建一个夹层，在五层屋面上违章加建六层。由于甲方拖欠支付工程款，乙方被迫提起追索工程款诉讼，甲方在工程款诉讼败诉后，遂提起建设工程质量纠纷诉讼。

庭审中，甲方提起工程质量鉴定申请，经法院委托鉴定机构进行鉴定，乙方未提交鉴定材料，甲方提供竣工图作为鉴定材料，但该竣工图并未按照实际

施工情况在原设计图上修改或重新绘制，只是在原设计图上加盖竣工图章，除此之外，甲方未提供图纸会审纪要、设计变更联系单、工程联系单、工程签证单等资料。鉴定机构到现场进行现场勘验，乙方提出还有很多甲方没有提供的资料，乙方只能提供零散部分资料，且甲方存在严重的违章加建行为，案涉项目不具备司法鉴定条件，理应终止鉴定，但司法鉴定机构未予理睬，仍然继续鉴定程序，并出具鉴定报告，报告对设计变更和违章加建行为只字未提，也没有排除设计变更和违章加建行为对案涉项目工程质量造成的不利影响。法官提出可以让鉴定机构出具补充鉴定意见，乙方表示反对意见。

以上案例引起笔者的一个思考，在建设工程涉及违章建筑时，法官应当如何启动工程质量司法鉴定程序，鉴定机构应当如何进行工程质量司法鉴定？



违章建筑的定义

违章建筑是指未取得拟建工程规划许可证（原址、选址建房意见书），在规划区以外建设，违反《土地管理法》、《城乡规划法》、《村庄和集镇规划建设管理条例》等相关法律法规的规定动工建造的房屋及设施。

违章建筑存在侵占安全通道和非法占用耕地、影响城市公共空间、破坏生态环境等特点，并且很多违章建筑还隐匿在

合法建筑里面。违法建筑损害了政府公信力，破坏了城市风貌，并制约城市健康发展和城乡规划执行，也影响了城市的未来发展。国家规定，违章建筑不仅要被拆除，违建当事人还要承担拆除违建所花费的全部费用。

以上案例就是违章建筑藏匿在合法建筑里，甚至是公开建设在合法建筑之上。

违章建筑的质量利益

违章建筑有合法建筑质量利益吗？从法律规定和国家对违章建筑行为的打击来看，违章建筑并没有合法建筑物所有权，应当被拆除，那就不可能有财产权益，更不可能有建筑质量利益。

《中华人民共和国建筑法》第一章“总则”和第二章“建筑许可”，对建设工程的合法性提出明确的规定和要求，第八十三条第二、三款规定：“依法核定

作为文物保护的纪念建筑物和古建筑等的修缮，依照文物保护的有关法律规定执行。抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”除此之外的违章建筑同样受到建筑法的规制，其非法利益并不受保护。根据建筑法制定的《建设工程质量管理条例》、《房屋建筑工程质量保修办法》也同样保护的是合法建筑的质量利益。

违章建筑应当由谁来认定

山东省高级人民法院在(2020)鲁民申2917号案件中的观点为：依照我国城乡

规划法的规定，认定涉案房屋是否属于违法建筑是当地规划行政主管部门的职

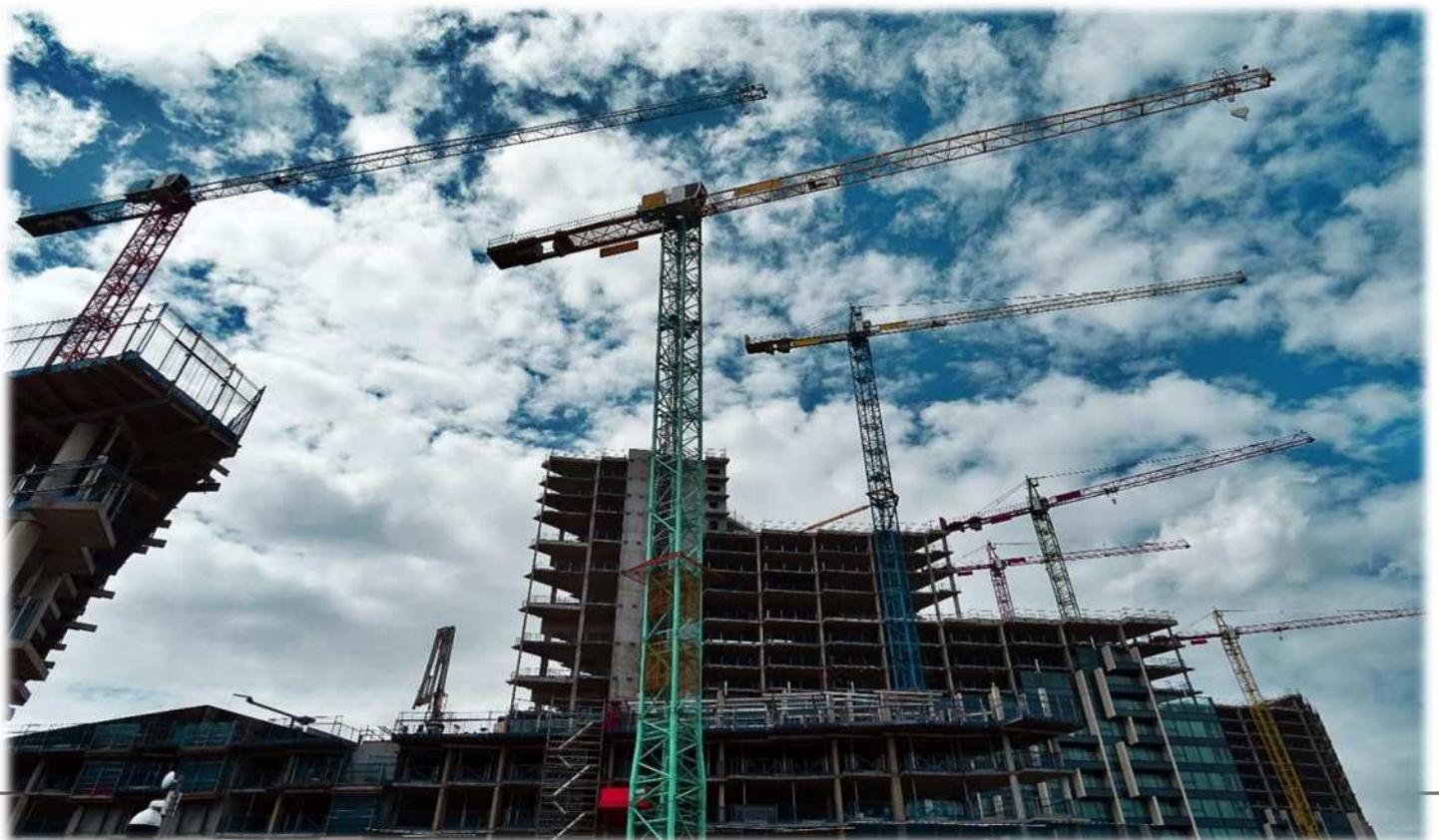


权范围，法院无权直接认定涉案房屋是否属于违法建筑。

司法实践中，法院的判决多数认为在建设主管行政部门作出违法建筑的认定之前，当事人有合法的财产权益，法律逻辑看似没错，但是处理纠纷却没有做到案结事了。在案件审理中如果有一方当事人提出案涉项目涉及违法建筑，法庭不应当搁置这个涉及违法建筑定性的问题，应当函请建设主管行政部门对此作出认定，如果当事人对建设主管行政部门的认定不服，可以提起行政复议和行政诉讼，民事案件应当中止审理，等对于是否属于违法建筑定性之后再恢

复审理。而不是以司法判决的形式来事实上保护日后可能被认定为违法建筑的“财产权益”，一旦被认定为违法建筑，日后执行生效的司法判决，如何恢复被错误执行的财产状况？

在诉讼涉及到的违法建筑认定上，法院不应当回避司法认定的责任，违法建筑的行为人不能提供合法的建设手续，就可以认定为是违法建筑，证明是合法建筑的举证责任是建筑一方的，这本身并不难。1988年2月12日《原城乡建设环境保护部关于房屋所有权登记发证工作中对违法建筑处理的原则意见》，该意见中提到历史遗留的违法建筑，根据



具体情况经过一定的申报审批程序，给予批评教育或适当罚款之后，可以补办手续，确认其所有权，发给产权证件。在此之后要从严处理，不再有违章建筑补办手续合法化的路径了。当下的违章建筑纠纷中，要么没有进入到诉讼中，由建设主管行政部门在行政执法中认定并处理，一旦进入到诉讼中，法院应当根据当事人是否有合法的建设手续来认定是否为合法建筑，对于法院难以做出认定的复杂情况，可以商请建设主管行政部门来帮助认定是否为合法建筑。行

政机关执法总归存在监管不到的空间，在这样的情况下纠纷到了司法机关，法院可以依据法律规定处理，涉及到技术性判断时则可以咨询专家，或者商请行政机关来做出认定。法律没有规定只有行政机关可以认定是否为违章建筑，即便是行政机关的认定也可以被司法机关改变。司法判决引导社会价值观的走向，借口未经行政机关认定的违章建筑也有合法的财产利益，实际是对违章建筑的纵容。

违章建筑的行政处罚

《中华人民共和国城乡规划法》第六十四条：“未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的，由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止建设；尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的，限期改正，处建设工程造价百分之五以上百分之十以下的罚款；无法采取改正措施消除影响的，限期拆除，不能拆除的，没收实物或者违法收入，可以并处建设工程造价百分之十以下的罚款。”由

此规定可知，当事人无法提供建设工程规划许可证的，又无法提供该建设行为无需申领建设工程规划许可证的证明材料，则法院可以认定为违章建筑。《中华人民共和国土地管理法》也有针对非法占用土地的建筑物拆除的规定。

2020年5月27日，自然资源部发布《关于加强国土空间规划监督管理的通知》，要求规范规划编制审批，严格规划许可管理，实行规划全周期管理，对新增违法违规建设“零容忍”，一经发现，

及时严肃查处。

司法解释针对违章建筑的规定

《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“司法解释”）第三条：“当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。”该条第二款实质上要求法院必须查明建设单位是否能够办理审批手续，那就与前述判决中认为一律应当由行政机关来认定是否为违章建筑的裁判相冲突，如果说连建设单位是否能够办理审批手续而未办理都能查明并认定，那是否有合法的审批手续更应当可以查明，是否违章建筑当然也可以认定。法院在审理此类案件时，可商请行政机关对案涉项目作出是否是违章建筑的认定并是否予以拆除的决定，如行政机关认定应当予以

拆除，利害关系人可以提起行政复议或行政诉讼，如被驳回，则建设单位对于违章建筑的质量鉴定申请应当予以驳回，这也是促使行政机关积极履行行政执法责任，不让违章建筑的建设单位获得非法利益。

司法解释第六条：“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。”由该条规定可以看出，一旦合同无效，只有在损失大小无法确定时才会参照合同约定的质量标准来确定损失，但是这不表明案涉项目已经被确定为违章建筑必定被拆除的情况下，仍需要支持建设单位所谓的质量利益。



违章建筑的发承包双方针对违章建筑的质量产生纠纷，建设单位提出质量鉴定申请的，法院认定为违章建筑的，应当驳回其质量鉴定申请，并移送行政机关处理违章建设行为，双方因违章建设行为造成的损失，则根据各自过错比例来承担。

案例中，法院和鉴定机构均无视案涉项目存在违章建筑的情况，鉴定机构更是在没有核实鉴定材料的真实性、完整性和充分性的情况下，出具与现场状况严重不符的鉴定意见。笔者提出不应当适用该鉴定报告，法官则提出可以让鉴定机构出具补充鉴定意见来解决存在的问题。关于对存在违章建筑的合法建筑部分的质量司法鉴定应当如何处理？限于篇幅，下期再做分析。



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商会法律分会委员

中国商务部国际经济合作局评标专家

注册一级建造师

注册监理工程师

注册投资咨询工程师

业务领域：建设工程、房地产、经济纠纷

联系方式：136 4172 0676

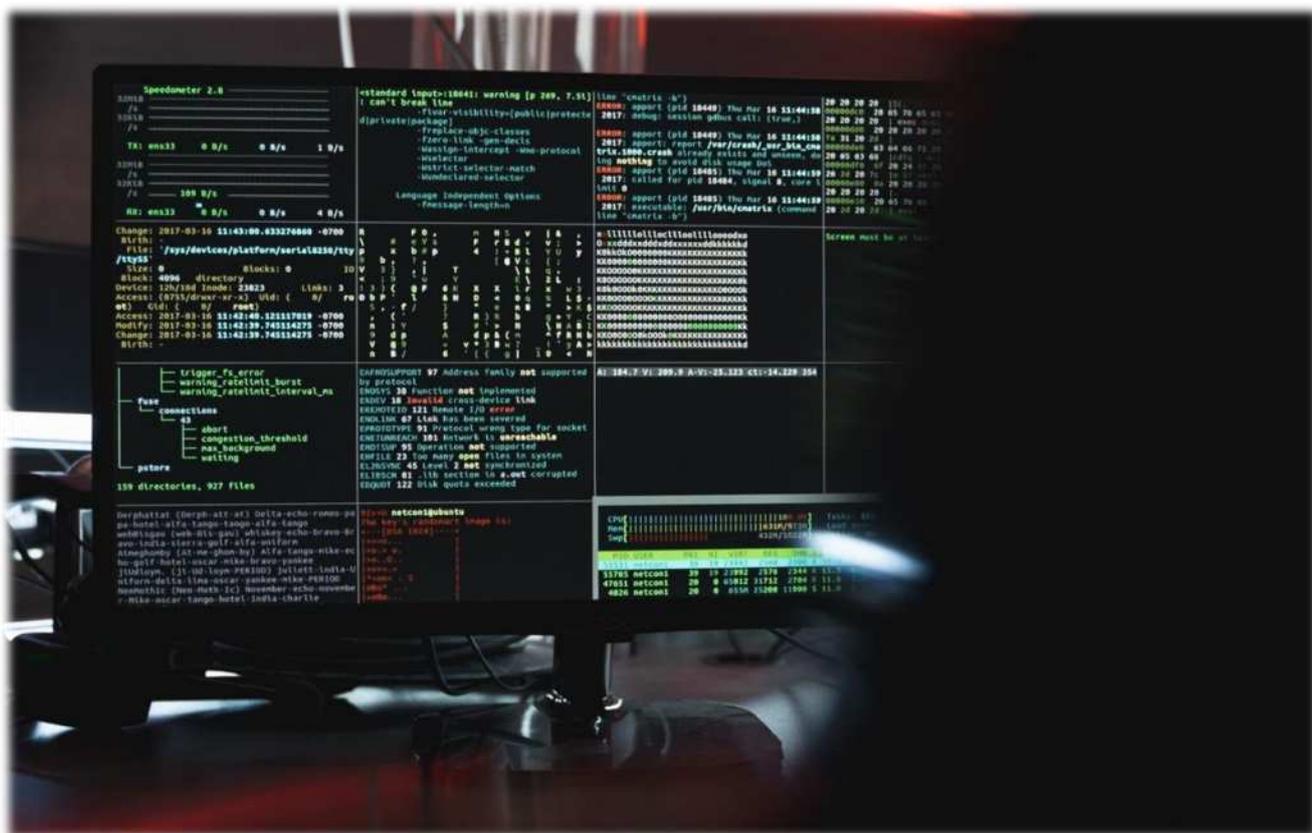
“大数据杀熟”？个人信息被滥用？ 《个人信息保护法》来了！

作者：邵弘高娃

2021年8月20日，十三届全国人大常委会第三十次会议表决通过《中华人民共和国个人信息保护法》，并将于11月1日起施行。从《民法典》第一百一十一条作为对个人信息保护的新增条款，在隐私权之外，从整体上确立自然人对其个人信息享有的民事权利，确保在“大数据时代”依法取得他人信息者有确保他人信息安全的义务，到最高院发布关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相

关民事案件的司法解释，力求在实践中解决有关涉及人脸识别技术的相关案件，保障每个公民的“面子”问题，再到《个人信息保护法》的出台，“为了保护个人信息权益，规范个人信息处理活动，促进个人信息合理利用”，这可以说是对个人信息全方位进行保护的一部法律。

对于普通民众而言，我们可以从以下几个方面去关注这部与我们息息相关的法律。



一、以“告知——同意”为核心规则，以撤回同意为基本权利

纵观整部《个人信息保护法》，有几个高频词汇：“告知”，共出现 16 次；“同意”，共出现 27 次；“撤回”，共出现 6 次。

信息处理人处理个人信息，需要遵循告知的基本原则，本法第十七条规定，个人信息处理者在处理个人信息前，应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知个人信息处理者信息、处理目的、处理方式、处理种类、保存期限、个人行使本法规定权利的方式和程序等。对于敏感信息，还应履行特别告知义务。本法第二十九条、第三十条规定，对于敏感信息，不仅应当取得个人的单独同意，还应当向个人告知处理敏感个人信息的必要性以及对

个人权益的影响。信息处理人处理个人信息，以不告知为例外。本法第十八条规定，因法律法规规定应当保密或不告知的，可以不告知。紧急情况下无法及时告知的，应当在紧急情况解除后及时告知。

而对于个人而言，无论是信息处理人收集个人信息、变更信息处理人或向他人提供信息的，均需得到个人的同意。同时，法律赋予个人有权撤回其同意的权利。并在本法第十六条中规定，“个人信息处理者不得以个人不同意处理其个人信息或者撤回同意为由，拒绝提供产品或者服务；处理个人信息属于提供产品或者服务所必需的除外。”

二、为“反大数据杀熟”提供明确的法律依据

胡女士多次通过某公司平台 APP 预订机票、酒店，成为该平台的钻石贵宾客户。2020 年，胡女士通过该平台订购

了某高端酒店的一间豪华湖景大床房，支付价款 2889 元。但胡女士在退房时，发现酒店的挂牌房价加上税金总价仅

1377.63 元。胡女士随后向该平台反应情况，该平台以供应商自行定价为由，仅退还了部分差价。于是，胡女士以某公司采集其个人非必要信息，进行“大数据杀熟”为由诉至法院，要求“退一赔三”并要求为其增加不同意《服务协议》和《隐私政策》时仍可继续使用的选项，以避免某公司采集其个人信息，以应对“被杀熟”。

法院经审理后，认为某公司 APP 要求用户概括性地同意他们的用户协议和相关隐私政策，概括性地要求用户授权，并通过胡女士的消费情况进行分析，导致胡女士作为高级会员却要对同一商品支付更高的价格，是侵犯胡女士作为消费者的合法权益，故最终支持了胡女士的诉求。

这个案子可以看作是消费者在质疑

遭遇“大数据杀熟”时成功维权创建的样板。在《个人信息保护法》实施后，这类案子将有更为强力的法律支撑依据。本法第二十四条第一款也对此进行了规定，“个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策，应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。”



三、正式将个人信息保护列入公益诉讼范围

个人信息的滥用不同于其他的侵权行为，往往具有隐秘性，个人天然处于

劣势地位，面临着举证不易、维权困难的困境。另一方面，此类侵权的损失一般较少或难以界定，个人如自行起诉，需要承担较高的时间成本和经济成本，故往往“哑巴吃黄连”，忍气吞声。

而在《个人信息保护法》中，针对此问题也给出了解决方案。第七十条规定，“个人信息处理者违反本法规定处理个人信息，侵害众多个人的权益的，人民检察院、法律规定的消费者组织和由国家网信部门确定的组织可以依法向人民法院提起诉讼。”简单地说，本法将个人信息保护列入公益诉讼的范围。据统计，至今已有二十余个省级人大常委会

通过支持检察公益诉讼的决定或决议，其中大部分都包括授权检察机关办理个人信息保护、大数据安全、互联网侵害公益等领域公益诉讼案件。2021年4月22日，最高检察院发布11件个人信息保护公益诉讼典型案例，涉及教育、市场监管、公安、网信、农业农村等行政机关个人信息监管、政府信息公开问题；涉及邮政快递、医疗机构、校外培训机构等泄露个人信息问题；涉及通过技术软件、物业服务等不同手段非法获取并交易个人信息问题，这些都是通过公益诉讼对个人信息进行保护的实例，而《个人信息保护法》将此正式列入公益



诉讼范围，也是后续为个人维权提供一条新的渠道。

四、处罚条款为信息处理人敲响警钟

除了对信息处理人及其直接主管人员和其他直接责任人员设定一百万元以下、一万以上十万元以下等较高的罚款、没收违法所得外，对于具有严重违法为的信息处理人，“由省级以上履行个人信息保护职责的部门责令改正，没收违

法所得，并处五十万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款”。对于巨头公司而言，营业额的 5%往往远超五千万元，故这样的处罚条款对巨头公司也会有一定的震慑力。

保护个人隐私，任重而道远。了解《个人信息保护法》，是我们维护个人信息安全、保障自身权利不受损害的一块最重要的盾牌。



邵弘高娃

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、企业法律顾问

联系方式：131 2798 6251

“唯一住房”能否被强制执行？

作者：张春球

强制执行是指在债权债务关系中，当债务人逾期未还款时，债权人可向法院请求判决还款，在法院做出还款判决后，债务人仍然拒不还债的，法院可以强制执行债务人名下的财产。法院通过查封、划扣、拍卖等方式将债务人名下的财产用于还债，其中房产因为其不动产的特性以及价值相对较高的特点，通

常被作为强制执行的重点对象。

法院在处置被执行人的房产时，经常会遇到被执行人以被执行房屋系被执行人及其所扶养家属生活所必需的的唯一住房提出异议，主张法院不能处置相应被执行房屋，这种情形在司法执行实践中非常普遍。

那么，被执行人“唯一住房”到底能不能被执行呢？

我们先来看一个青海高院的执复案例【(2021)青执复8号】

案情简介

青海省西宁中院在执行永丰凯业投资有限公司（以下简称永丰凯业公司）与许籍容股权转让纠纷一案中，被执行人许籍容对西宁中院拍卖其名下、位于西宁市城北区海湖路1号7号楼2单元251室房屋不服，向西宁中院提出异议，请求中止执行（2019）青01执恢374号执行裁定。

许籍容申请终止执行的理由为：西宁中院正在执行拍卖的其名下位于西宁市城北区海湖路1号7号楼2单元251室，为其一家唯一住房，如被拍卖，其一家将流落街头。

永丰凯业公司答辩称，许籍容并无证据证明位于西宁市城北区海湖路1号7号楼2单元251室房屋是许籍容及其

有抚养赡养义务人名下唯一住房，即使是唯一住房，亦可通过拍卖价款扣除部分租金的方式继续执行该房屋。许籍容所提执行异议理由不成立，请求裁定驳回其异议。

西宁中院查明，位于西宁市城北区海湖路1号7号楼2单元251室房屋登记在许籍容名下，为其名下目前唯一住宅。在审查过程中，永丰凯业公司向本院提交说明一份，表示如许籍容确实无其他居住房屋且许籍容在执行程序开始后没有逃避债务转移其名下其他房屋，

同意参照西宁市房屋租赁市场平均租金标准从房屋变价款中扣除许籍容本人居住面积五年的租金，及其未成年女儿至成年前居住面积的租金。

西宁中院认为，许籍容并未向本院提交其抚养家属的相关信息，且申请执行人永丰凯业公司同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋变价款中扣除五年租金，符合《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》第二十条第三款之规定，因此本院对许籍容名下位于西宁市城北区海湖路1号7号楼2单元251室房屋进行拍卖并无不当，不违反法律规定。遂作出（2021）青01执异30号执行裁定，驳回异议人许籍容的异议请求。

青海高院认为，本案的争议焦点是涉案房屋是否应当中止执行。本案的执行依据为西宁中院作出的（2018）青01民初406号民事判决，该判决是对永丰凯业公司诉许籍容股权转让纠纷一案的判决。不管是被执行人唯一住房还是被执行人及其扶养家属生活必须的住房，



并不当然属于豁免执行的财产，在符合法律、司法解释规定及保障被执行人及其扶养家属维持生活所必须的居住权益情况下，可以执行。本案中，申请执行人永丰凯业公司同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋变价款中扣除五年租金，符合《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》第二十条第一款第三项的规定，保障了许籍容及其扶养家属维持生活所必须的居住权益，可以执行。因此，许籍容请求中止对涉案房屋执行的复议理由不能成立。

青海高院裁判结果：驳回许籍容的复议申请，维持西宁中院（2021）青 01

执异 30 号执行裁定。本裁定为终审裁定。

通常情况下，当被执行人名下只有一套住房的时候，法院一般不会将房屋拍卖用于履行债务。但从上述案例中我们发现，被执行人许籍容没有因为其名下只有唯一一套住房而成为西宁中院中止拍卖的豁免事由。那么，在哪些情况下，被执行人名下“唯一住房”能被强制执行呢？

在金钱债权执行中，被执行人名下唯一住房实际上是可以被执行的，但是必须符合下面三种情况。根据《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（2020 修正）》第 20 条明确规定了唯一一套住房可执行的



三个条件（任一即可）：

一、对被执行人有扶养义务的人可保障其生活

虽然被执行人本人名下只有一套房产，但是如果其有扶养义务的人名下有房产的话，被执行的人这唯一住房是可



以被执行的。比如，父母欠债不还且名下只有一套房产，但只要其成年子女名下有房产，那么父母的唯一住房就可以被强制执行。

二、“唯一住房”为刻意为之

被执行人为了逃避债务或法律制裁而转让其名下其它房屋。当法院判决还款后，有的债务人依然不愿意还钱，想钻“唯一住房不可执行”的空子，将名下多余的房产转移到他人名下，导致当法院强制执行财产时被执行人名下只有唯一住房。这种情况一经查实，具有财产转移性质的房产赠与或转让协议无效，被执行人名下的房产（无论是否唯一）都还是会被强制执行用于还债。

三、申请执行人愿意提供居住房屋或预留足够的租房费用

申请执行人如果愿意按照当地廉租住房保障面积标准为被执行人及所扶养家属提供居住房屋，或者同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋的变价款中扣除五至八年租金，法院可以强制执行被执行人名下的唯一住房。

另外，法院不强制执行被执行人名下“唯一住房”是为了给其最低生活保障，不是为了让债务人逃债避债的。有的被执行人认为，反正“唯一住房”不可执行，自己就往好了买、往大了买，

自以为这样既能逃债，又有好房子住。显然这是行不通的，如果被执行人的住房超过了当地最低生活标准（可参照当地公租房面积及装修配置），法院就可以执行该“唯一住房”，在执行后，申请执行人按前述规定提供居住房屋或预留足够的租房费用即可。所以，不能简单地认为“唯一住房”是不可被执行的，被执行人不要以“唯一住房”作为欠债不

还的挡箭牌，债权人遇到债务人以“唯一住房”为借口，拒不还债的应及时向法院起诉，根据裁判文书，符合可执行情况的就可以依法强制执行。

因此，被执行人的唯一住房，法院一般不得强制执行，但是如果符合上述三种情况（任一即可），法院依然可以依法强制执行被执行人名下“唯一住房”。



律师提醒

任何手段、任何方法逃避执行，都将被法律无情戳破。请被执行人不要心存侥幸，一定要自觉履行生效法律文书确定的义务。



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

中国中小企业协会调解中心 调解员

业务领域：公司商事 诉讼与争端解决

联系方式：158 0056 0008

事实收养关系与收养行为无效

作者：七方婚姻家事团队



结婚、生儿育女，是绝大多数人的人生轨迹；但也有很多人，因为各种原因选择收养孩子。1992年4月1日施行的《收养法》，明确了收养关系的成立要件，即第15条第一款的规定：“收养应当向县级以上人民政府民政部门登记，收养关系自登记之日起成立。”基于此，司法实践中的主流观点认为，在1992年4月1日《收养法》颁布之后，法律就不再认可事实收养关系。



但是，前几天人民法院报发布的一则案例引起了笔者的关注：2020年8月的一天，孙某在某工地搭建钢结构框架时不慎跌落，后抢救无效死亡。经当地司法所调解，由雇佣公司一次性支付死亡赔偿金等各项费用88万元。在扣除办理丧葬事宜的费用后，尚余71万元。据调查，死者孙某父母均已过世，也无配偶子女，但有6个兄弟姐妹。2017年，孙某在贵州当地捡到一弃婴小星并精心抚育，但却一直未办理收养登记手续。之后，赔偿金如何分割的问题，孙某的兄弟姐妹与孙某的女友王某产生争议。2021年4月，孙某的兄弟姐妹6人将此

事诉到了法院，要求平均分割剩余的死亡赔偿金，其中排除了王某及“养女”小星的权益。

最后在法官的调解下，多方当事人达成一致意见，小星和孙某的兄弟姐妹平均分得该笔赔偿款。

在上述案件中，孙某与小星没有办理过收养登记手续，收养事实发生在2017年，远在1992年之后，本属于典型的收养无效行为；但孙某生前对小星视如己出、精心抚育，双方拥有深厚的情感，法官结合了法理与情理，一定程度上认可孙某与小星存在事实收养关系，才会促成双方的调解。

笔者经过查询，发现学界中对于事实收养的效力认定，存在三种观点：

1. 有效说。这种观点从立法精神出发，认为一味认定事实收养无效，意味着机械运用法律处理案件，违背了立法时追求的根本精神；

2. 无效说。这种观点认为事实收养关系自始无视法律规定，干扰收养的正常秩序，应当认定无效；

3. 附条件有效说。这种观点是对有效说和无效说的折中强化，有学者认为只有在事实收养关系不满足实质条件的情况下，才应当认定为无效。

笔者也通过威科先行数据库，以“确认收养关系”为关键词检索案例，发现我国对事实收养效力的态度，以

1992年4月1日《收养法》实施日为分界点，确实是由认可走向否定；但也仍然存在着1992年4月1日之后未登记的收养事实得到法院认可的实例。请看下列几种不同的案例。



一、因缺乏实质、形式要件，认定无效

基本案情：刘某、王某系夫妻关系，有一婚生女（即苏某2）。1995年底，刘某之父刘某权将该女孩送给苏某1、周某1领养。苏某1、周某1在未依法办理收养登记的情况下于1996年为苏某2进行了户口登记，且于2003年办理了独生子

女证。另查，苏某1、周某1于1995年底领养苏某2时，其年龄分别为24岁和26岁，未达到收养子女的法定年龄。

裁判理由：法院认为，苏某1、周某1在未依法办理收养登记的情况下收养苏某2的收养关系无效。苏某1、周某1认

为苏某 2 长期与其一起生活，且办理了户口登记和独生子女证，应视为事实收养关系。经查，根据 1991 年 12 月 29 日公布的于次年 4 月 1 日施行的《中华人民共和国收养法》第六条第（三）项规定，收养人应满三十五周岁；1999 年 4 月 1 日修改后的现行的《收养法》亦规定收养人应年满三十周岁，而苏某 1、周某 1 的收养行为发生在 1995 年底，苏某 1、周某 1 当时的年龄均未达到法定的收

养人的年龄，故其认为属事实上的收养关系，无法律依据，不予采信。且苏某 2 生父母尚在，并无证据证明生父母有特殊困难无力抚养，且收养并未订立书面协议。无论是被收养人、送养人、收养人还是送养的形式均违反法律规定。收养苏某 2 的收养行为无法律效力。

判决结果：苏某 1、周某 1 收养苏某 2 的收养关系无效。

二、缺乏形式要件，认定无效

基本案情： 张某未婚无子女，于 1999 年 6 月 8 日收养弃婴小张，将小张落户在张某户籍下，于 2000 年 2 月 22 日在公证处办理了收养关系公证。庭审中，张某、小张均陈述未按规定在民政部门办理收养登记手续。

裁判理由： 本院认为，《中华人民共和国收养法》第十五条规定，“收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收

养关系自登记之日起成立”。本案中，张某收养小张后虽办理了收养公证，但未按规定到县级以上民政部门办理登记，该收养行为发生于《中华人民共和国收养法》施行之后，违反了法律强制性规定，无法律效力。

判决结果： 张某与小张的收养关系无效。

三、收养关系发生在《收养法》颁布前，认定有效

基本案情： 张某 1 与侯某系夫妻关系，二人未生育子女，张某 2 系张某 1

之侄女。1969 年张某 2 三岁时，张某 1 经与弟弟张某 3 协商，将张某 2 过继给

张某 1 夫妇做女儿。张某 1 表示张某 2 自 1969 年起与其共同生活，一直到张某 2 结婚成家，但未办理收养手续。

裁判理由：本院认为，《中华人民共和国收养法》自 1992 年 4 月 1 日施行，规定了收养人及被收养人的条件，并规定收养应当向民政部门登记。本案中，由双方当事人陈述及单位出具证明可知，张某 2 自 1969 年起随张某 1 夫妇长期共同生活，并以父女、母女相称，张某 1 与张某 2 虽未办理收养手续，但此时

《中华人民共和国收养法》尚未施行，依据 1984 年《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第二十八条规定：亲友、群众公认、或有关组织证明确以养父母与养子女关系长期共同生活的，虽未办理合法手续，也应按收养关系对待，故能够认定张某 1、张某 2 之间形成事实上的收养关系且合法有效。

判决结果：确认张某 1 与张某 2 之间的收养关系成立。

四、尊重养子女意愿，认定有效

基本案情：崔某、徐某于 1998 年 9 月 16 日向邵某、陈某抱养一女孩，取名崔某某。并由崔某、徐某抚育、培养至今，目前在读大学。崔某某在刚上高一时，邵某、陈某与崔某某相见。2016 年 7 月 5 日，邵某与崔某通电话，要求双方建立亲戚往来关系，遭到崔某、徐某的拒绝。

另查明，崔某某的本人意见：1、本人与崔某、徐某自幼生活至今，已经形成事实上的收养关系，本人不同意改变

目前的现状，可补办收养登记。2、不同意改变目前的身份及亲属关系。

裁判理由：关于收养关系的问题，崔某某虽系崔某、徐某抱养，但崔某、徐某已将崔某某抚养至其成年，并仍在照料其学习生活，即便崔某、徐某当时不符合收养人的条件，也未能按照规定办理收养登记，但崔某某明确表示愿意维持目前的身份关系，且邵某、陈某也未能举证证明其与崔某某之间存在特定的身份关系，进而有权请求确认崔某、

徐某与崔某某之间收养关系不成立，崔某某亦非本案当事人，故对邵某、陈某要求确认收养关系不成立的上诉请求，本院不予支持。

判决结果：驳回邵某、陈某的诉讼请求。

上述第 4 个案件，是江苏法院 2017 年度十大典型案例之一。试想，如果法

院判决支持送养人的诉讼请求，不仅与被收养人的个人意愿相悖，有损收养人和被收养人的合法权益，而且也违背了诚实信用原则。所以，人民法院最终从保护被收养人利益和尊重被收养人意愿的角度出发，对既有的、通过长期生活形成的稳定身份关系予以维护。



综上，涉及 1992 年收养法颁布后建立的事实收养关系，法院一般都会判定为无效。但笔者认为，仅根据法律规定，将未满足登记条件的事实收养关系“一刀切”地认定为无效，并不合理。2020 年 5 月 28 日，民法典正式颁布，收养作为婚姻家庭编中独立的一章写入民法典，其中所有的条款都贯穿了一个原则，即“最有利于被收养人”原则。这个原则来源于联合国保护儿童公约，本质含义就是最大限度的保护未成年人的合法权益。

从我国的实际情况来看，很多地方尤其是农村，仍然存在大量潜在的事实收养情形，简单认定事实收养关系无效，有时会有悖于公平原则，甚至不近情理。例如 2002 年《哈尔滨日报》报道的邱立仁、刘桂茹夫妇一案，两人好心收养弃婴，但因为沒有办理收养手续，14 年后孩子因为交通事故死亡，生父母跳出来以收养关系无效为由，要求获得 7 万元的死亡赔偿金，得到了法院支持。这样的案件如果频繁出现，我们认为并不符合收养制度的立法本意。

笔者认为，对于普通老百姓而言，要提高法律意识，知法懂法才能更好的受到法律保护，收养子女应当依法办理收养登记手续。但对于实践中已经存在的事实收养，法院不应机械审理，对于被收养人明确表示收养关系成立，双方确实在一起生活很久，以父母子女相称，感情深厚，且缺乏实质、形式要件不存在对被收养人不利情形的，可从尊重被收养人意愿的角度出发，做出更为人性化的裁判。



胡晓萍

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方婚姻家庭与财富传承法律服务部 主任
上海市律协婚姻家庭业务研究委员会 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：186 1691 0916



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：181 2137 0930

一文搞懂代位继承&转继承

作者：七方婚姻家事团队

代位继承和转继承作为继承法中的两个重要制度，与我们的生活息息相关，但很多人却并不知道如何区分。这两个“异父异母”的“同胞”兄弟，除了脸长得像，其他哪儿哪儿都不像！擦亮眼睛，让我们一起来比较它们！

法律规定

《民法典》第一千一百二十八条规定了代位继承：被继承人的子女先于被继承人死亡时，由被继承人子女的晚辈直系血亲代替先死亡的长辈直系血亲继承被继承人遗产。

值得注意的是，民法典新增了一个条款，扩大了代位继承人的范围。在被继承人无配偶、子女、父母继承财产、被继承人的兄弟姐妹又先于被继承人死亡的，被继承人兄弟姐妹的子女可代替先死亡的父母继承被继承人遗产。

代位继承



《民法典》第一千一百五十二条规定了转继承：继承开始后，继承人于遗产分割前死亡，并没有放弃继承的，该继承人应当继承的遗产转给其继承人，但遗嘱另有安排的除外。



以上法律规定揭示了代位继承和转继承的“真面目”，但它们之间究竟有哪些不同呢？

概念不同

代位继承是“一次继承”。被继承人去世后，代位继承人可以直接代替被代位继承人，取得遗产。

转继承是“二次继承”。被继承人去世，先发生一次继承；然后在遗产分割

前被转继承人去世，又发生一次继承。

性质不同

代位继承具有“替补性”。代位继承是基于其代位继承权而取得的继承遗产的权利，属于替补继承的性质。

转继承具有“连续性”。它是一种连续发生的二次继承，转继承人实际享有的是分割遗产的权利。

主体不同

代位继承人只能是被继承人晚辈直系血亲或兄弟姐妹的子女。

转继承人并不仅仅局限于被转继承人的晚辈直系血亲，还包括被转继承人

的其他法定继承人。

范围不同

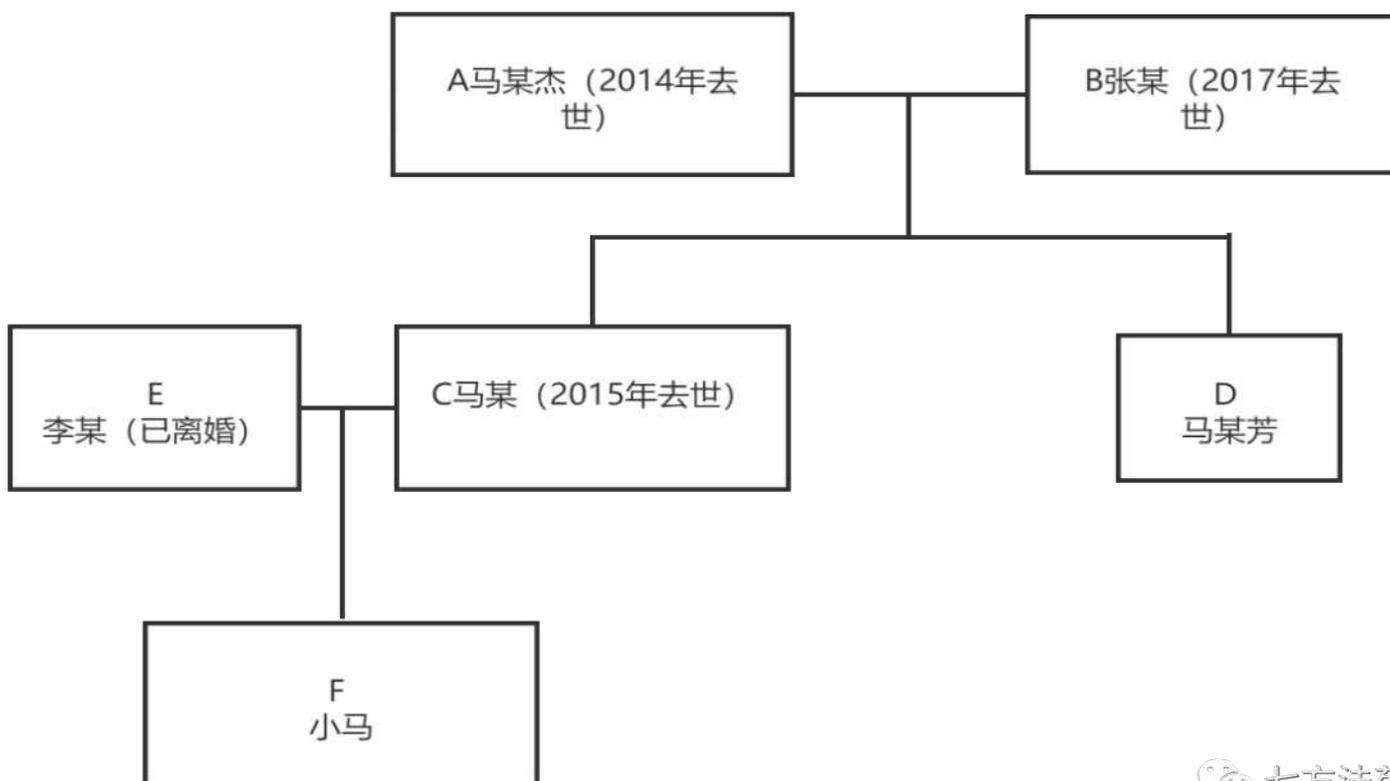
代位继承只适用于法定继承。

而转继承不仅适用于法定继承，也适用于遗嘱继承。

转继承中能否适用代位继承？

重点来了！能区分代位继承和转继承还远不够；实践中代位继承和转继承往往同时出现在一个继承案件中，使遗产分割的难度大幅增加。请看下面的案例：

马某与妻子李某于 1989 年结婚并育有一女小马。1998 年马某和李某因感情不和离婚，离婚时夫妻共同财产均已分割完毕。2015 年马某因病去世，未立遗嘱也无其他受遗赠人；马某的母亲张某于 2017 年去世（马某遗产未分割），未立遗嘱和遗赠抚养协议；马某的父亲马某杰于 2013 年先于马某、张某去世，所有遗产均已分割完毕。张某与马某杰育有一儿一女，分别是马某与马某芳，现就马某的遗产进行分割。





本案的第一次继承，在马某去世时，由于其未订立遗嘱也无遗赠抚养协议，由其第一顺位的法定继承人张某和小马继承。

本案的第二次继承，在张某去世时，由于张某的死亡时间在马某遗产分割之前，此时情形符合转继承的构成要件，即继承人在继承开始后、遗产分割前死亡，其所应继承的遗产份额转由其继承人承受。

张某的遗产中除了自己本身的财产外，还有马某遗产中所应继承的份额，由于张某未订立遗嘱、遗赠抚养协议等，其法定继承人即为合法继承人，也就是说马某芳为其合法继承人。

现在案件争议焦点是，马某先于母亲张某死亡，小马成为张某的代位继承人，小马能否代位继承其父马某应继承的张某的遗产份额？即回归主题：转继承中是否还能适用代位继承？对此，司法实践中观点不一。

否定说认为，转继承中不能适用代位继承。转继承的客体是继承权，民事

权利始于出生终于死亡，被转继承人去世时，他的继承权已经丧失，因此子女根本无法实现代位继承。

有些法院支持否定说，认为张某去世时，马某的遗产尚未分割处理，故张某应依法继承马某的遗产部分只能由其法定继承人马某芳转继承，小马无权再要求代位继承张某应继承马某的遗产份额。马某已经先于张某去世，其不是张某的合法继承人，继而其女小马也不是合法的代位继承人，不享有代位继承权。〈如（2018）鲁0105民初5509号案件〉

肯定说认为，转继承中可以适用代位继承。首先，就继承法立法本意而言，应承认转继承中的代位继承。继承法的立法本意是为了保护以家庭为单位的私有财产合理流转。从继承法确定的继承人的顺序来看，第一顺序的法定继承人有配偶、子女、父母，其目的就是要确保遗产由与其有最大关联的人来继承，以避免落于旁系之手。其次，支持肯定说的学者认为，转继承的客体是遗产所有权而非继承权，转继承是一种连续发

生的二次继承，被转继承人在第一次继承关系所取得的遗产份额已经转化为其本人的遗产，代位继承人只要满足代位继承的条件，应当能当然的成为合法的代位继承人。也有法院的裁判观点支持

肯定说，认为转继承中的代位继承，符合家庭伦理道德，也符合由亲等最近继承人继承多少遗产的继承法立法目的。〈如（2018）豫13民终4219号案件〉

笔者观点

笔者倾向于赞同肯定说，理由如下：

第一，转继承的客体应当是财产的所有权而非继承权。根据《民法典》第1121条规定，继承从被继承人死亡时开始。被继承人死亡时，继承已经开始，只要继承人生前未放弃或者丧失继承权，被继承人生前所享有的财产的所有权即由继承人承受，被继承人的遗产即成为继承人的合法财产。虽然在遗产分割前，继承人死亡，尚未实际接收遗产，但其仍然属于遗产共有人。因此继承人死亡，其代位继承人并不当然丧失代位继承的权利。

第二，根据公平原则，也应肯定转继承中可适用代位继承。民法典没有规定孙子女、外孙子女的法定继承人地位，而是通过代位继承制度保护孙子女、外孙子女的继承权。如果否定代位继承的适用，或许会出现至亲的遗产无人继承的状况。更何况，继承法的立法本意本就是保护私有财产的流转，案例中的马某一定更希望自己的遗产由自己最亲近的女儿继承，而如果否定了代位继承在转继承中的适用，马某遗产会被其他人接收，相信这并不是他想要的结果。

遗产继承，看似简单，其实非常复杂和繁琐。财富不应当是生命的目的，它只是生活的工具。传承财富的同时，更是在传递爱。边沁说：“一切法律的总目标一般是或应该是增加社会幸福”，笔者深以为然。凡事预则立、不预则废。希望大家都能善用法律工具，做好财产规划，让爱有序传递下去！

“假离婚”成真，离婚协议效力如何认定？

作者：七方婚姻家事团队

为买学区房，上海一对小夫妻在几年前办理了“假离婚”，没想到假戏真做，房子买好，妻子却不肯复婚。人财两空的丈夫一怒之下向法院起诉，近日，这起案件直接登上了微博热搜第一名。



事实上，基于规避购房、拆迁分房或逃避债务等原因，实践中“假离婚”的情形并不少见，为什么这个案件会引发如此大的关注？我们先来看看具体案情。

案情介绍

小刚（男）和小敏 2013 年结婚，婚后住在小刚名下的房子里。婚后两年女儿诞生，随着女儿渐渐长大，夫妻俩筹划着买套学区房，但因二人已经有房，再次购房不符合首房首贷的优惠条件，于是他们想到了“假离婚”，离婚后由名下无房的小敏出面购买学区房。

2019 年 7 月，两人去民政局办理离婚手续并签署《离婚协议》，协议书中有三点核心约定：

- 1、关于抚养权，女儿归男方抚养，女方每月支付 3000 元抚养费至女儿年满 18 周岁；
 - 2、关于共同财产分割，各自名下归各自所有；宝马轿车一部归女方所有，车贷由女方承担；女方店铺及设施均归女方所有。
 - 3、关于离婚补偿款，男方支付给女方补偿款 300 万元。
- 离婚后，小刚将自己和母亲共有的

一套房子变卖，陆续给小敏转款共计 294 万余元，小敏则用这笔钱付了学区房的首付。期间，小刚和小敏仍在一起居住和生活。

房屋买好后，小刚一直催促小敏复婚，可此时小敏却说，两人经常争吵已经没了感情，坚决不肯复婚，后来索性从家里搬了出去。小刚惊诧不已，他挽救婚姻无果后，想到转给小敏买房的 294 万元，气愤不已，起诉至法院。

法院在审理中发现，双方的微信聊天记录、录音等证据显示，小敏在离婚钱多次与小刚讨论购房政策、贷款优惠条件及房屋置换方案。在办理离婚登记前一日，小敏还催促小刚办理离婚，表示“怕政策有问题，而且离婚时间越长贷款约好办”。离婚之后，小敏与小刚及小刚母亲的对话中，又屡次提到“没有想过要真离婚”“因为要买房子，必须要离婚”等，并说“房本下来一年复婚”等。

一审法院认为，以上证据表明，双方并没有真实的离婚意愿，因此，《离婚

协议》中财产分割的约定无效。二审维持了一审的判决。

这个案件中，法院认可了小刚关于“假离婚”的说法，并进一步认定离婚协议中财产分割约定无效，这样的判决结果并不多见。司法实践中，“假离婚”的证明是非常困难的。我们再来看另外一个案件。

绍兴市中级人民法院审理的张某与金某离婚后财产纠纷一案【案号：(2019)浙 06 民终 4049 号】中，张某认为双方是为了躲避债务而假离婚，离婚后两人仍然共同居住，众亲戚朋友都知道他们是“假离婚”。为此，张某提交了银行转账记录、两人通话记录、微信聊天截图、QQ 截图、电话录音、另案规避债务的卷宗等材料，用以证明“假离婚”事实。张某据此请求撤销《离婚协议》中第三条“将房屋赠与金某”的条款，该房屋属于张某的婚前财产，应归张某一人所有。但金某认为二人不存在“假离婚”，签订的《离婚协议》是合法有效且是真实意思表示，经民政局登记离婚

后，该协议具有法律效力。

这个案件与小刚的案件有很多类似之处，但法院的判决却大相径庭。法院认为：“《离婚协议书》系双方当事人对自己民事权利作出的处分，是真实意思的表示，且其内容未违反国家法律、行政法规的效力性强制性规定，张某主张金某对其存在欺诈行为，但未能提供充分有效的证据予以证明。 张某认为双方系‘假离婚’，但双方当事人在离婚当

时都是具有完全民事行为能力的公民，双方依法办理了离婚登记手续，并已发生法律效力。根据“谁主张谁举证”的法律原则，张某主张《离婚协议书》订立时存在欺诈情形，应对此提供证据。现张某提供的证据只能证明双方在办理离婚手续后仍继续共同生活，不能证明其所主张的‘假离婚’及欺诈事实，故《离婚协议》合法有效，张某关于撤销协议第三条的主张不能成立。”



法律分析

综合上述两个案件，我们可以对“假离婚”的性质做以下两点分析：

1. 所谓的“假离婚”，是夫妻一方或者双方根本没有离婚的真实意思，因

双方通谋或受对方欺诈而作出的解除双方婚姻关系的民事法律行为，实际上离婚不离家，还在一起共同生活。《民法典》“婚姻家庭编”第 1076 条第一款规定：



“夫妻双方自愿离婚的，应当签订书面离婚协议，并亲自到婚姻登记机关申请离婚登记。”第 1078 条规定：“婚姻登记机关查明双方确实是自愿离婚，并已经对子女抚养、财产以及债务处理等事项协商一致的，予以登记，发给离婚证。”也就是说，从法律角度看，并没有关于离婚目的的规定，也未规定离婚目的对离婚效力的影响，所以，不存在所谓的“假离婚”的说法，如果双方“自愿离婚”，“假离婚”就是“真离婚”，意味着婚姻关系结束，双方均恢复单身，可以自由谈恋爱、结婚等，都不受限制。

2. 根据《民法典》“总则”第 143 条规定：“具备下列条件的民事法律行为有效：（1）行为人具有相应的民事行为能力；（2）意思表示真实；（3）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。”第 146 条第一款规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”据此，很多人会认为，“假离婚”双方当事人的意思表示不真实，不能按照真离婚处理。

但实际上，根据《民法典》“合同编”第 464 条规定：“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定”，所以，婚姻中的身份关系并不适用普通合同无效的法定情形，因此，也不能简单适用的《民法典》总则的相关规定来认定离婚无效。换句话说，如果双方都是完全民事行为能力人，对协议离婚的法律后果应当明知，实际上“假离婚”就是“真离婚”。



那么，“假离婚”中离婚协议的效力，我们又该如何认定呢？离婚是一个综合性的法律行为，既涉及对身份关系的处分，又涉及对财产问题的处理，我们区分情况来看：



涉及身份关系的条款

实务中，对于因“假离婚”而签订的离婚协议中解除婚姻关系的条款一般认定为有效。虽然“假离婚”双方协议离婚的目的可能是为了种种利益上的考虑，而不是为了解除婚姻关系，但在双方协商一致的情况下，自愿前往民政局办理离婚手续，只要签订了离婚协议，进行了离婚登记，程序就是合法的，离婚协议一般也认定为有效。换句话说，一旦在民政局进行了离婚登记，婚姻关系即告解除，双方离婚协议中关于身份关系解除的条款并不因所谓的“假离婚”

而无效。根据婚姻自由制度，即便今后欲恢复婚姻关系，若一方不配合复婚，双方婚姻关系也不可能自动恢复。

涉及财产关系的条款

离婚协议中涉及财产关系的条款则不能一概而论，有效与否要结合实际情况分析。总体上看，涉及身份关系的离婚协议与一般民商事协议有所不同，离婚协议是当事人为离婚达成的一揽子协议，其中包括身份关系的解除、子女抚养、财产分割、债权债务处理等内容，且身份关系的解除和财产分割存在一定的关联性。当事人在财产分割时除了考



考虑经济利益外，还可能掺杂一些感情因素，一方或双方都有可能作出一些有条件的让步，协议内容一般应整体看待，实践中倾向于认定财产分割条款有效。当然，如果夫妻双方为了规避债务而“假离婚”，在离婚协议中约定将所有财产给女方、所有债务男方承担的，债权人有权起诉要求撤销离婚协议中财产分割及债权债务处理的条款；另外，为规避限购政策的“假离婚”，其中规避房产限购政策的条款也可能被法院认定为无效。

综上，“假离婚”并不被法律所认可，实践中存在三大类风险：

离婚协议可强制执行

“假离婚”意味着“真离婚”，如果一方不履行离婚协议，根据《最高人民法院关于适用民法典婚姻家庭编的解释（一）》第69条第二款规定：“当事人签订的离婚协议中关于财产以及债务处理的条款，对男女双方具有法律约束力。登记离婚后当事人因履行上述协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。”

另一方有权起诉至法院要求其履行离婚协议。

过错损害赔偿无法获得

“假离婚”意味着双方恢复单身，即便存在“离婚不离家”，在此过程中一方“出轨”也并非法律意义上的“出轨”，也不可能存在重婚、有配偶者与他人同居等过错情形，如果一方想要主张“假离婚”后过错方的损害赔偿，将无法获得法律支持。

“假离婚”后财产纷繁复杂

《民法典》“婚姻家庭编”第1092条规定：“夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，或伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对该方可以少分或者不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。”可见，离婚后只有发现一方在离婚前有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产等行为的，可以要求再次分割财产，除此之外，都无权要求二次分割。如果

“假离婚”后双方没有复婚，即便“离婚不离家”，期间产生的财产，也是双方各自的个人财产；退一步说，即便“假离婚”的双方日后复婚，如果二人没有针对离婚协议的内容重新订立夫妻财产约定，则根据“假离婚”时的离婚协议，离婚前的夫妻共同财产也在离婚后转化为个人婚前财产，“假离婚”后复婚前的财产也是个人婚前财产，为复婚后再次出现感情及财产纠纷埋下了隐患。



结 语

有些人在利益面前剑走偏锋选择“假离婚”，但这种方式不仅达不到规避政策的目的，反而会损害自身的权益，最后落得人财两空的结果。为了避免“假离婚”，有些省市已经采取相应措施，比如上海市发布的《关于促进本市房地产市场平稳健康发展的意见》第三条规定严格执行住房限购政策。夫妻离异的，任何一方自夫妻离异之日起3年内购买商品住房的，其拥有住房套数按离异前家庭总套数计算。此外北京市、深圳市也有相关规定来有效制止“假离婚”事件的发生。要知道，婚姻非儿戏，结婚要擦亮眼睛，离婚更要慎之又慎，切莫因小失大、得不偿失。



代购离走私究竟有多远？

作者：傅建平 赵璐宏

由于国内外汇率、税率等原因导致同一商品在国内外的售价差额巨大，国民越来越热衷购买海外商品，部分专业代购者还可以通过代购行为获利，加之受疫情影响，海外很多商品，尤其是化妆品价格大跳水，更加刺激了国内消费者的购买欲，使代购业一度呈井喷之势。



然而，随着海外代购的蓬勃发展，伴随而来的走私犯罪也呈增长态势。海外代购类的走私常以“蚂蚁搬家”的方式，将货物通过个人分散携带入境以逃避海关税务的监管。普通游客及专业代购者如果携带超量消费品不向海关申报，是否存在法律风险？随身携带多少物品海关才可以免税放行？如不实申报涉嫌逃税的又会受到怎样的处罚呢？

本文将对代购行为的合法性问题作粗浅探讨，对代购行为和走私类行为作出界分，希望能够引起民众的警惕和重视，尽量避免因欠缺法律意识或心存侥幸，为自己招致不必要的刑事风险。

一、什么是海外代购？

海外代购是指专业代购者为了赚取一定差价或者代理费，受国内消费者的委托，将消费者意欲购买的境外商品运

回国内交给消费者的行为。当然，随着国内经济发展和对外贸易的开放，也有很多国民自行前往海外购买自用或赠送

亲友的商品。

不论是个人自行购买还是专业代购，凡是海外代购的商品我国都对其规定了相关的税收政策，对一些小额携带的物品可做免税处理，具体规定如下：

可免税携带的物品金额

根据我国《海关法》及《海关总署公告 2010 年第 54 号——关于进境旅客所携行李物品验放标准有关事宜的公告》的规定，进境居民旅客携带在境外获取的自用物品总值在 5000 元人民币（含 5000 元）以内的；非居民旅客携带拟留在境内的自用物品，总值在 2000 元人民币（含 2000 元）以内的，海关予以免税放行。《海关行政处罚条例》第 64 条对“自用”作出界定，即旅客或者收件人本人自用、馈赠亲友而非为出售或者出租。

概言之，免税携带的物品须满足两项要求：一是自用或送人，即不可用于售卖、出租等牟利方式；二是限定了物品的价值。如果超过限值或者商品数量

明显不合理时，在入境时就要主动向海关申报，按照法律规定缴纳税款。

须申报缴税的情形

《海关法》第 53 条明确规定，准许进出口的货物由海关依法征收关税。《海关行政处罚条例》第 64 条规定：“物品”是指个人以运输、携带等方式进出境的行李物品、邮寄进出境的物品，包括货币、金银等。超出自用、合理数量的，则视为“货物”。

简言之，当有偿为他人代购时，代购的商品此时理应属于“货物”。因此，当行为人为有偿代购时，无论数额、数量多少，在入境时均应当向海关如实申报，按照规定缴纳税款。须注意，对于是否属于自用，海关有自主裁量权，数量明显不合理时，即使行为人说是“自用”的，海关也不会采信。

可见，“代购”行为本身并不必然“违法”，买方以自用为目的购买货物一般不涉及刑事犯罪。专业的代购从业者也可以在合法范围内操作，在国外采购好客

户所需的商品再快递给客户时，如果代购者在最终价格上计入税款，或者由客户签收时补缴税款，这种交易行为并不会涉及违法犯罪。

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。”

二、什么是走私普通货物、物品罪？

《海关法》第 82 条规定，行为人违反海关法及有关法律、行政法规，逃避海关监管，偷逃应纳税款，运输、携带、邮寄依法应当缴纳税款的货物、物品进出境的，构成走私行为。即，入境时该申报不申报、该缴税未缴税、偷逃税款的，就已经属于走私行为。

构成走私行为不一定入罪，尚不构成犯罪的，海关可以没收走私货物、物品及

违法所得，可以并处罚款。哪些情形下可能构成走私犯罪呢？

根据《刑法》第一百五十三条及最高法、最高检《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第 16 条的规定，走私普通货物、物品偷逃应缴税额较大（个人走私偷逃税额在 10 万以上，单位走私偷逃税额在 20 万以上）或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私

的，此时就构成走私普通货物、物品罪。

也就是说，如果个人代购的物品价值较高，所逃税额超过了 10 万元，或者代

购行为被海关行政处罚的次数多了，即一年被罚超过两次，此时就触犯了刑法，构成走私罪。

三、海外代购行为与走私行为的界分

海外代购是否构成走私，要看货物过关时，货物所有人或收货人是否向海关如实申报货物的种类、价格、用途等信息，并依法缴税或者免税过关。

是否如实申报物品详情关系重大，根据海关总署的有关规定，不同的物品有不同的完税价格和税率，其价格高低决定是否在免征额度以下，行为人如不进行申报，则默认为所购货物为免税物或者征税额度以下；如经海关核查后发现所购物品并非免税物或者在应征税额度以上的，行为人就可能被认定为走私。至于物品的用途是自用还是转售也有重要区别，自用物品可以免税或是征收较低税率的行邮关税，转售则要征收税率较高的贸易关税，并且不能免税，如果不进行申报则默认为自用。由此可见，海外代购的代购者伪报商品性质，低报商品价值以及入境不申报的行为，

被海关查获后即有被认定为恶意逃税的风险。

正因为满足自用目的以及一定限额的物品可以免征税，部分代购者为获取更高的利润，利用该规定，采取多次分散以客带货的方式或者以各种方法不主动申报、少申报关税的方式将予以销售牟利的商品带入境内，以逃避对商业用途的货物征收税款，这种“打擦边球”的逃税行为具有较高的风险，海关工作人员可能会根据行为人的出入境频次判断，一旦被查获，轻则受到行政处罚，重则会带来牢狱之灾。

另外，一些居民旅客携带入境的商品超过限值或合理数量但未主动申报的，在被海关查处后，即使确实为自用，此类行为也可能被认定为走私，海关可对其行政处罚，包括没收代购物品、处以罚款等；如果携带入境的物品价值较大，则可能触

碰走私犯罪的红线、受到刑事处罚。

可见，海外代购是否构成走私普通

货物、物品罪关键在于代购的商品是否进

行了如实申报，是否偷逃了应缴税款。

四、在免税店里进行商品代购，构成走私犯罪吗？

以海南为例，自《海南自由贸易港建设总体方案》实施后，免税政策红利不断释放，加上疫情影响，无法到境外购物的消费者纷纷转向海南免税店，许多游客利用自己的额度为亲朋好友代为购买免税品。然而购物市场火爆的同时，部分专业代购者也盯上“套代购”这一发财的门道，通过走私从中牟利。

“套代购”主要指行为人借用其他游客的购物额度，组织团伙购买离岛免税商品，再将所购物品进行二次销售转卖给其他消费者，有些免税店的柜员为了销售业绩甚至还会跟代购者“合作”完成上述行为。

游客使用自己的额度为亲友代购免税品，属于合法的行为。但个人组织、利用他人资格和额度购买离岛免税商品，再次销售牟利，且未补缴应缴税额的，应认定为走私行为，如果个人偷逃应缴税额在十万元以上，或者一年内曾因走私受到二次行政处罚又走私的，将构成走私普通货物、物品罪。

对于为完成销售业绩而为代购者提供帮助、协助，或者明知代购者是为了牟利而提供自己或亲友的资格或额度的其他个人，则可能涉嫌参与走私共同犯罪，同样也可能面临被追究刑事责任的风险。

笔者认为，代购行业涉及的缴税、申报等手续较为复杂，不论是专业代购人员，还是出国旅游、工作帮亲友代购、捎带物品的个人，都需注意物品的价值，出入境的次数等。在携带物品超量超值的情况下，切勿心存侥幸试图逃避海关查验，避免因小失大，遭受行政或刑事处罚，应始终对法律抱有敬畏之心，谨小慎微方能行稳致远。



傅建平

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人

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

专业领域：刑事辩护、刑事合规、刑民交叉业务

企业法律顾问

联系方式：15201718516



赵璐宏

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

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：18089390623

袭警罪中的“暴力袭击”应作限缩解释

作者：吴心成

袭警罪在《刑法修正案（十一）》被单列为新的罪名，且增加了法定加重情节。从最高人民检察院发布的2021年1季度全国检察机关办案数据显示，依据《刑法修正案（十一）》新增的17个罪名，检察机关已经提起公诉258人，其中，袭警罪101人，位居新罪名第一。该数据一方面反映了袭警罪增设的必要性——即人民警察占据因公负伤的公职人员的绝大部分；同时也反映出了司法实践中，可能对该罪名认定存在门槛过低的现象。

在团队办理的两起非常典型的袭警案件及案例检索之后，笔者发现，袭警罪门槛过低主要集中在对“暴力袭击”认定

过于宽泛，即只要与人民警察发生了肢体冲突或者在挣扎中伤到了人民警察，均会被以袭警罪定罪处罚。笔者认为，袭警罪作为重罪单列之后，应当在司法实践中适当提高入罪门槛：并非所有的暴力袭击人民警察的行为一律以袭警罪定罪处罚，而应考虑暴力的程度和造成的后果，否则将会架空《治安管理处罚法》，违背2019年12月25日最高法、最高检、公安部《关于依法惩治袭警违法犯罪行为的指导意见》（以下简称《袭警意见》）司法解释的规定，进而不当地扩大刑罚圈，导致罪刑失衡。

刑事司法应具有谦抑性，至少不应架空前置法

正如学者所言，我国正处于刑事立法的活性化阶段，但是刑事立法活性化并不代表刑事司法的活性化，相反，刑

事司法应该保持谦抑品格，即在刑事司法实践中，应遵循必要性原则。所谓刑事司法的必要性原则，是指司法实践中

能够用民法、行政法等前置法来解决问题时，就无需动用刑法，刑法依然处于最后保障法的地位。倘若一个行为同时被规定为行政违法和刑事犯罪，则该行为必然存在“量”的区别，例如“酒驾”和“醉驾”（血液酒精含量不同），盗窃和盗窃罪（盗窃金额不同）。如果行为人为某行为即被认为犯罪，则显然属于架空了前置法，刑事司法的谦抑性也就荡然无存。

回到袭警行为，我国的《治安管理处罚法》第五十条将其作为行政违法行为加以规制。另外，《袭警意见》也明确

规定，对袭警情节轻微或者辱骂民警，尚不构成犯罪，但构成违反治安管理行为的，应当依法从重给予治安管理处罚。在最高人民法院副院长杨万明主编的《〈刑法修正案十一〉条文及配套〈罪名补充规定（七）〉理解与适用》一书中也有类似观点：“实施袭警情节轻微，如抓挠、一般的肢体冲突等，尚不构成犯罪，构成违反治安管理行为的，应当依法给予治安管理处罚。”可见，在我国整体的法律框架结构中，对袭警行为是做了“量”的区分的，并非所有的袭警行为均构成袭警罪。

将暴力行为是否阻碍民警公务活动顺利进行作为判断标准具有模糊性和不可操作性， 无法解决入罪门槛过低的问题

在如何区分袭警行为和袭警罪的问题上，不少学者提出了实质性区分的观点，即将“暴力行为是否阻碍公务活动顺利进行作为判断标准”或“考察暴力是否达到使警察执法行为难以实现的现实可能性”

作为罪与非罪的判断标准。从理论上来说，上述观点并无问题，因为袭警罪虽被单独列为犯罪，但其仍属于《刑法》第六章妨害社会管理秩序罪，第一节扰乱公共秩序罪的犯罪，在整个体系中仍处于妨害公务

大类的犯罪中，保护的法益无疑仍然是国家的执法权。

但上述观点缺乏具体标准，如果坚持该观点作为判断袭警违法行为与犯罪行为的唯一依据，则无法解决该罪入罪门槛低的问题。因为是否达到使警察执法难以实现，更多的时候是一种主观判断。从案例检索来看，多数袭警罪都发生在警察执法过程中的矛盾激化，而非行为人蓄意攻击警察，该类行为均具有偶发性、无预谋性、无武器，常见的有踢蹬、推搡、抓挠

等行为。在这种普通公民实施较轻微暴力的场合，面对受过专业培训，配备一定武器的警察时，很难存在使警察执法难以实现的情形。从另一个角度考虑，面对同样的推搡行为，也可能出现以下情况：警察甲认为已经阻碍了他的执法活动，而警察乙则认为完全没有阻碍他的执法活动，使得入罪标准无法统一。因此，该理论无法准确指导司法实践，容易成为“精致的逻辑论证”却没有司法生命力的理论。

实践中可区分不同情形，将造成“轻微伤”作为一般袭警罪立案追诉标准

笔者认为，司法实践中应该给袭警罪的暴力行为设立下限，可以区分行为人的行为是否符合袭警罪的加重处罚条款。

第一种情形是，在行为人的行为尚不符合袭警罪的加重处罚情节时，即行为人徒手，不具有适用枪支、刀具等严重危及民警人身安全的手段的，应要求造成人民

警察轻微伤以上的危害后果。否则，应作为治安违法行为加以处罚。

第二种情形是，行为人符合袭警罪的加重处罚条款的行为方式，以使用枪支、管制刀具，或者以驾驶机动车撞击等手段，严重危及其人身安全的，不以要求造成轻微伤的结果。因为上述行为均属于严重危及人民警察的人身安全，即使因人民警察



躲避、制服或者成功防御使得自身没有受伤，行为人的手段也给人民警察造成了极大的危险后果。这种危险后果作为“罪量”作为考量，无疑是值得科处刑罚的。当然，无论上述何种情况，如果最终造成了重伤、死亡的后果，则应当以想象竞合的处理方式，以故意伤害致人重伤、死亡或故意杀人罪定罪处罚。

实际上，对于第一种情形，司法实务中一些地方公检法机关已经将暴力袭警行为的追诉标准定为轻微伤以上危害后果，这无疑符合刑法谦抑性的要求，也非常具有具体标准和实操性，避免有行为即犯罪的低入罪门槛标准。

以团队承办的两起案件为例作对比，可以发现上述观点在司法实践适用中具有合理性和可操作性。第一起案件案情简介如下：王某在酒吧醉酒后与酒吧工作人员起冲突，工作人员遂报警，民警在执法过程中遭到王某反抗，王某的手机砸到了民警的嘴唇，造成轻微伤。第二起案件则为：李某与朋友饮酒后大醉，在路上随意

殴打路人，后被其妻子带回家休息，路人报警，民警在李某卧室将李某带走（李某仅着一条内裤，未穿鞋），在警车上，李某挣扎过程中踹到民警，后经验伤，未找到任何痕迹。

上述两起案件最终均以袭警罪定罪，且均处以拘役五个月的刑罚。但将两起案件放在一起对比，就会发现问题：二者的行为程度及后果显然不同，却受到了一样的刑事处罚，很难说罪责刑相适应。但如果以轻微伤作为追诉标准，则显然王某构成袭警罪，而李某尚不构成袭警罪，则能有效区分不同行为程度的行为人的罪责。

不过值得注意的是，前述李某的案件，尽管法院最终在定性上仍认定了袭警罪，但最后量刑时充分考虑到了被告人行为的轻微性，最终以寻衅滋事罪的六个月有期徒刑吸收了袭警罪的五个月拘役刑，决定执行有期徒刑六个月。对此，是否可以认为法院是在量刑上“否定”了袭警罪？还请各位读者一起探讨。

参考文献：

- 1、吴章雄：《“暴力袭警”条款研究》
- 2、石魏：《暴力袭警的准确认定》
- 3、史山庚，张依萱：《暴力袭警中“暴力”认定标准的完善——基于〈关于依法惩治袭警违法犯罪行为的指导意见〉的阐释》
- 4、李翔：《袭警罪的立法评析与司法适用》
- 5、段甜甜：《袭警罪的刑法教义学分析》
- 6、黄伟文：《刑事司法应保持谦抑品格》



吴心成

上海七方律师事务所 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：19512259950



醉驾型危险驾驶罪的免责性思考

作者：傅建平 赵璐宏

2011年《刑法修正案(八)》中增设了醉驾型危险驾驶罪，意味着醉酒驾驶机动车的行为开始受刑法规制，然而，醉驾行为入罪以来，关于醉驾的认定标准、机械执法等方面仍存在着不小的争议。

饮酒后开车严重威胁着公共安全和人身安全，在行政处罚难以有效遏制之际，引入刑罚当然十分必要。刑罚能够有效抑制酒后驾车事件的发生，因饮酒而导致的交通事故和死亡人数也会下降，基于此，醉驾入刑具有非常重要的意义。但在目前国家对醉驾犯罪持严厉打击的态势下，刑

罚这把双刃剑将该类轻微化犯罪的案件数量推到了我国刑事案件之首，不仅给社会增加了大量犯罪，涉案人员也背负着过于沉重的负担，一旦被打上“罪犯”标签，其相应的公职、退休金等个人待遇以及子女的教育、工作不可避免会受到影响，由此可能将带来新的社会问题。

如何在有效维护公共安全与适度施加刑罚之间保持一个微妙且持久的平衡，如何在高压打击醉驾的趋势下，对部分“醉驾”行为免于刑事追究，适度松绑，确实有思考的必要。

一、醉酒型危险驾驶的刑法规定

根据《中华人民共和国刑法》第一百三十三条之一第二款规定，危险驾驶罪是指在道路上醉酒驾驶机动车的行为，对此处以拘役，并处罚金。

从条文中可看出，醉驾入刑须满足三个要件：1. 行为人须达到醉酒状态；

2. 驾驶工具须是机动车；3. 驾驶地点须是道路。然而，司法实务中对醉酒状态的判断、机动车辆的认定以及“道路”内涵的界定存有争议，下文欲对其逐一厘清，以期明确危险驾驶罪真正打击的重点。

二、“醉酒”状态的判断

根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）第一条的规定，醉酒驾驶须是血液酒精含量达到80毫克/100毫升，其中第六条规定，血液酒精含量检验鉴定意见是认定犯罪嫌疑人是否醉酒的依据。

上述规定使得80毫克/100毫升的醉酒标准几乎成为了判断醉驾的唯一准则，须注意，行为人符合醉驾标准并不意味着必然面临被起诉、定罪，在没有从重处罚情节的情况下，各地相应制定了醉驾的处罚标准，如浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅印发的《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》中提出：酒精含量在170mg / 100ml以

下，……犯罪情节轻微的，可以不予起诉或者免于刑事处罚。安徽省高级人民法院《关于审理“醉驾”刑事案件量刑工作指引》中提到：血液酒精含量未达到130毫克/100毫升的，……可以对被告人免于刑事处罚；湖南省人民检察院《关于危险驾驶（醉驾）犯罪案件不予起诉的参考标准（试行）》中提出：血液酒精含量在150毫克/100毫升以下，……可以适用相对不予起诉。

尽管各地在醉酒数据上做出了灵活裁量，但这一项标准的缺陷在于忽略了个体对酒精耐受度的巨大差异。同一量级的酒在酒量好与酒量差的人身上产生的化学反应不同，有些人喝一斤酒依旧神思清晰、行走自如，有些人喝三两可能已无法



控制身体平衡，就两者驾驶机动车可能造成的真实危险性来看，显然后者高于前者，这种情况下，如果对该醉酒行为的入罪标准单一依赖固定数据有机械执法之嫌；另一方面，如果以酒量好坏作为评判是否“醉驾”显然也违反了刑法适用平等性原则，无形中给了执法民警大量的自由裁量权，容易滋生司法腐败，缺乏实际操作性。

如何做到既要打击醉酒性危险驾驶行为对公共安全的危害，又对小部分形式上醉酒、实际上并无现实危险性的“醉驾”行为免于追究刑事责任，避免醉酒型危险驾驶打击面过宽，是司法部门理应认真思考的一个问题。笔者认为，对醉酒状态的

判断应引入一种更为科学的复合判断标准，即以酒精值为基础，辅以更实质的判定因素，如测试行为人的身体动态平衡能力、测试眼球反应能力等。通过借助这些更实质、直观的因素，将对交通安全具有真实、现实危险的人筛选出来，对其进行刑事处罚，对那些虽然形式上符合“醉驾”的标准、但实质上并无现实危险性的人，依酒驾进行必要的行政处罚即可。通过科学的复合判断标准，可以在刑法不断扩张的今天保持必要的谦抑性，也实现本罪的精准打击。当然，该复合标准的司法操作性，仍然需要依赖于科学技术的进步，否则等同于空谈。

三、“机动车”的认定

《意见》中第一条第二款规定了危险驾驶罪中的“机动车”和“道路”均适用《道路交通安全法》中的有关规定。《道路交通安全法》第一百一十九条规定：“机动车是指以动力装置驱动或者牵引，上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆”。

传统燃油汽车、摩托车属于机动车并无争议，然而近年来不断涌现出一些不符

合国家规定标准生产的电动自行车（以下简称“超标电动车”），其是否属于机动车引发的争议不断。目前我国法规暂未对超标电动车做出定性，它既不属于《电动自行车安全技术规范（GB 17761-2018）》或《电动自行车通用技术条件（GB 17761-1999）》定义的电动自行车，也不属于《机动车运行安全技术条件》（GB 7258-2017）定义的机动车，《道路交通安全法》未明确规定超标电动车是机动车，

实践中也没有对超标电动车按照机动车进行管理。

我国对于机动车的判定，采取技术标准和管理标准相结合的双重标准，超标电动车既不符合机动车的技术标准，也不符合管理标准，将其认定为机动车就于法无据。但实践中很多司法机关依然将超标电动车认定为机动车，如海南省第一中级人民法院曾在判决书{(2019)琼96刑终473号}中指出：涉案车辆为超标二轮电动车，从外观（大小、形状）和车速上看更接近轻便摩托车；再如安徽省亳州市中级人民法院在判决书{(2020)皖16刑终191号}

中指出：涉案四轮电动车在外观尺寸、空车重量、最高时速、驱动动力方面与电动汽车相似，醉酒驾驶该种类型车辆对公共安全的危害较大，本案的涉案车辆宜认定为机动车。

笔者认为，危险驾驶罪属于行政犯，对机动车的定义应与前置行政法规保持一致，不能随意扩大解释。既然目前法律法规并未明确规定超标电动车属于机动车，就不应片面地以超标电动车具备或接近机动车的性能、外观、时速等，或者认为《道路交通安全法》未排除超标车属于机动车，就据此认定其属于机动车。

四、“道路”的界定

《道路交通安全法》第一百一十九条第（一）项规定，“道路”是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围内但允许社会机动车通行的地方，包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。

危险驾驶罪的保护法益是道路交通安全的公共安全，是抽象的公共危险犯。因此，在判定本罪中的“道路”时应考虑驾驶行为发生路段是否具有“公共性”，这一特性应为认定“道路”的主要因素。

一般而言，居民小区属于相对封闭的

场所，不具备公共性特征，但很多生活小区不断发展、扩大，有些小区为合理利用场地或是为居民创收，会向外来车辆收费以供停放或允许其自由进出，此时小区内的通行对象不特定且人流量增加，封闭性被打破，在该管理模式下的小区道路与公共道路无异，应属于道路。如果仅允许与管辖单位及其人员有业务往来、亲友关系等特定事由的来访者的机动车通行的，因为通行对象相对特定，则不属于允许社会机动车通行的地方，不能认定为道



路。综上，笔者认为，只有允许不特定的社会车辆自由通行的道路才属于道路。

另外，本罪侵害的法益是公共安全，如果某些道路不具有公共安全的特性，即使具有一定的机动车行驶功能也应排除，

如四川省绵阳市涪城区人民法院在判决书{(2018)川 0703 刑初 333 号}中表明：

涉案被告人醉酒后在单位院内挪动机动车的行为，不属于在道路上醉酒驾驶机动车，依照法律规定不构成犯罪。

结语

醉驾型危险驾驶罪饱受争议与诟病的一大原因就是，作为典型轻罪，本身的刑罚力度是轻微的，但是被告人一旦被惩处，其个人、子女以及整个家庭都将承受巨大的不利恶果。故对该行为的入罪应提高门槛且谨小慎微，不能仅以酒精含量阈值检验为唯一标准，需要综合考虑被告人的醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度等，以具体认定危险是否存在以及危险程度的大小。

当然，谨小慎微并不意味着一律作不起诉或轻罪化处理，更妥当的做法是在维持醉驾入刑的前提下，细化醉驾入刑的认定标准，此外还应考虑降低轻罪、微罪的犯罪附随后果，以缓解诸多负面效应，更加科学地运用刑法参与社会治理，打击犯罪。

股权代持纠纷股东资格确认案判例研究

作者：陶然

这篇研究更多得是本人关于这些案例的汇总以及在做提交法院的类案案例报告时，想到的问题。并在上述案件的判决书的基础上做出的一系列可能有借鉴意义的答案，希望可以对各位读者有借鉴效果，或者作为相关的积累和总结。

笔者最近有对这一类案件做相关类案收集，并对其进行分析和总结，本文涉及的六个案件分别是：

案件名称	案号
任奕洁与施钰平、谭震股东资格确认纠纷二审案（以下简称案1）	(2020)苏02民终5361号
上海金怡减变速电机有限公司、徐丽萍等与刘娜股东资格确认纠纷上诉案（以下简称案2）	(2018)沪02民终8384号
韦宝与张丽珊股东资格确认纠纷案（以下简称案3）	(2015)徐民二（商）初字第9975号
蔡永南东莞市锦发实业投资有限公司股东资格确认纠纷二审案（以下简称案4）	(2018)粤17民终334号
吉林省万翔房地产开发有限公司、徐洪德、孙成林与万里股东资格确认纠纷二审案（以下简称案5）	(2020)吉民终278号
明昌与李天敏王艳芬东莞市东岳实业有限公司魏景新李小薇东莞市东岳实业有限公司工会委员会股东资格确认纠纷再审查（以下简称案6）	(2013)东中法审监民再字第1号
邹允青岛汉泰投资管理有限公司股权转让纠纷二审案（以下简称案7）	(2019)鲁02民终11458号

一、在上述类案判决的基础上，在股东资格确认纠纷这类案件中，法院是如何认定出资的？

首先，出资对于股东资格确认纠纷的法律依旧来自于，《公司法司法解释三》第二十二条“当事人之间对股权归属发生争议，一方请求人民法院确认其享有股权的，应当证明以下事实之一：（一）已经依法向公司出资或者认缴出资，且不违反法律法规强制性规定；”很明显，论证出资是股权确权的必要

条件。本文此处的出资系广义上的意义，意即上述内容中的“向公司出资或认缴出资”。

那么，法院是如何认定出资的，或者在上述案例中，什么类型的证据更容易被法官接受，而什么证据遭到了法官的排斥？首先，最容易被法官接受和认同的出资便是明确的《股东出资协议书》等明





确记载投资数额、投资比例甚至明确确认股东身份、股权确认的文件，这种证据可以说是一揽子解决确权诉请的证据，只要没有《中华人民共和国合同法》第五十二规定的合同无效情形，则被法官接受程度最高。例如案 4、7 中一审法院关于出资的认定。

其次，若无明确的《股东协议书》等类似文件，法院也倾向于通过出资人向公司转账及公司会计等相关工作人员的转账交易记录来认定出资到位。例如案 5 中的一审法院对于出资的认定。

与此同时，若代持行为发生于转账交易之前，通过让代持人代持其他人转让的股权，该原股权转让人的证言证词的证明也较易于被法官认定隐名股东已经实际出资。如案 1 中的，虽转让人的收据签署对象是代持人，但根据其证人证

言，法官认定其出资资金来源于原告施玉钰，也同时认定股权出资。

但在案 2 中，一审二审法院均不认同一审被告关于出资的证据，即仅就于一审被告提交了验资报告这一单独的证据，且无法证明该笔资金实际注入公司，且在原告有合理的解释，足以说明公司设立时没有出资，只是空手套白狼时，法院最终对于被告履行出资义务的事实难以认定。

当然，如果资金性质的情况特殊性比较大，或者是案件的争议焦点，法官是否会在审理过程中进行审查，以及在判决中进行论述，可能需要进一步的讨论和案例收集总结。

总结上述裁判思路，仅就现有案例来说，法官可能倾向于以实际资金是否真正到位，而非到位资金以何种名义来认定股权争议方的出资义务是否完成。

二、在出资确认的情况下，还需要什么证据，法官会认定股权代持？

因涉及的案例中，大部分是股东资格确认纠纷，诉请中经常会提出要求被告和公司配合原告进行股权变更登记。而当法官在讨论股权变更登记时，通常会援引《公司法司法解释三》第二十四条的内容，“实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。”以及《九民会议纪要》第二十八条的规定：“【实际出资人显名的条件】实际出资人能够提供证据证明有限责任公司过半数的其他股东知道其实际出资的事实，且

对其实际行使股东权利未曾提出异议的，对实际出资人提出的登记为公司股东的请求，人民法院依法予以支持。公司以实际出资人的请求不符合公司法司法解释（三）第24条的规定为由抗辩的，人民法院不予支持。”法官通常会以形式符合和实际符合分别来论证，实际出资人是否符合显名的条件。例如案7中，便提到这项问题。这里其实有一个论证逻辑上的小跳跃(gap)，即股权变更的诉请的实质审查部分是否可以直接等同于股权代持；或者究其本质应当论证，在法官的审判视角中，股权的代持和实际出资人之间是否存在一个类似等号的关系；或者当法官在判决中使用“实际出资人”这一词之时，其言语逻辑中，已本身蕴含和包括了一个前提认知(assumption)，股权已被代持，



该前提认知是否被法官先期论证。仅就找到的案例来看，法官没有明确得论证实际出资人和代持之间的关系，也就是说，在股权变更诉请案中而非确权的诉请中，法官对于代持和实际出资人的显名条件，有一种跳跃式的认定。

而在确权案中，例如案 1 中，则法官审判的思路是，既论证了施玉钰系实际出资人，又论证了当双方无代持协议时，原被告之间存在代持合意，被告系代持原告的股份，从而确认原告的股权所有权，

并进一步为后续论证第三人的非善意取得无效做出前提的基础。

综上，对于诉讼请求涉及实质和形式两种情况都要证明的出资人显明的情况时，法官的审判逻辑中，当其论证股权确权方系实际出资人的时候，有一定的概率出现，可能完全跳跃过关于代持合意的论证，直接抵达论证其实质符合的结果，而确权的审判中，可能还需要做出合意的判决理由，这部分有助于针对不同的诉讼请求进行不同的证据准备和攻防点的使用。





三、对于法官来说，确权和代持之间到底是什么关系？

上述问题，进一步引申出来一个新的问题，在法官的审判视角和逻辑中，仅就先有的案例来分析的话，确权和代持之间是何种形式的逻辑关系？充分关系、必要关系还是充要关系？抑或是根本没有关系？

就案例分析来看，确权是代持的必要条件。其中，案 1、案 3、案 6 中均以代持作为确权的论证的一个步骤，而其他案件中，代持并未明确得涉及审判的逻辑链条中，且案件 2 中，我们甚至可以看到一

个明确的以先认定原告为实际出资人，之后确认股权所有权系原告所有，最后以推定的方式设定现有两股东分别平均代持原告的股权的情况。其审判逻辑清晰而又明确得展现出在法官的视角中，代持是确权的充分条件。

综上，代持和确权在法官的视角中，更多得是认定为确权是代持的必要条件，以此来进行确权案件的审理，这也是类似案件中，可能涉及的审判逻辑和漏洞的把握。

四、什么样的原告的诉讼请求才会提出只要求确权不要求确认被告与

第三人之间转让行为无效？

这一部分反思是来自于，当团队在讨论相关案件诉讼请求的内容时，将某些困难归咎于草拟起诉内容的律师团队的错误。但既然可以找到类似的案件，是否只是简单

得可以以诉讼请求提出失误概括所有类似案件，还是存在什么共同的关于此诉讼请求的提出的考虑。甚至可以探讨一下，到底什么相似案件中出现的因素，引起了这一诉

讼请求提出的失误？可以作为此后起诉时准备工作的教训。

类案中，提出此类诉讼请求的原告，可以发现，比较有趣的是，以个人作为实际出资人的原告，诉讼请求中更为迫切得想要确认相应股东权利的所有。类似于案 1、案 5，其更多地是想要确认股东地位。而对于原告出资人是公司的时候，其有更大的倾向性提出要求确认被告和第三人的转让行为无效的诉讼请求。虽然这一举动涉及诉

讼策略的选择，本身可能也和诉讼主体的选择有一定的关系。

而诉讼请求中，当涉及提出要被告和第三人协助其完成股东显名。其诉讼请求有一定的可能性，会忽略不提及被告和第三人的转让非善意无效这一诉讼请求。可以有趣地发现，在代持恶意转让与确权中，原告人的思维逻辑，可能在与上述法官的出资与代持之间的思维跳跃，从而导致了原告略过了确认无效这一诉讼请求。

五、法官在未被申请确认无效时，究竟是什么样的原因触发了 TA 对转让行为无效的审查？

上述情况中，原告产生了一种法官跳跃式的逻辑审判思维，但是却出现了很多法官，实际上填补了这一逻辑漏洞的情况出现。那么哪种原因触发了这些法官，来主动实质上论述和确认了一个新的诉讼请求。

首先，是诉讼请求中，对于确认权利归属而非股东显名的，法官更倾向于做出填补和论述转让行为无效。结合上述的发现中，法官此时也会更倾向于论述代持关系。可以明确的发现，仅就确权这种诉讼请求来说，法官会以对于股东显

名条件实质审理的完全不同的逻辑严密要求来进行审理。可能和就确权来说，涉及的条款条件，而显名条件涉及的条款的要求有一定

的不同有关。但实质上，股东显名的实质条件并没有比股权确权的要求有多大区别。

小结

可以见到，很多情况下，这可能涉及不同条款之间，背后产生的逻辑严密要求的不一致，最后将会导致法官以及原告诉讼代理人的论证结构产生一定程度的改变。虽然，一点点抽丝剥茧看下来，可能两者并无太大区别，而且以简单的语言逻辑的关系进行论述，是可以产生一定的推导结果。但就像阿格

里帕的理论所言，论证本身就具有其内部的必然悖论，无论严密与否，无论推导到什么程度，其结果依旧是会导致深深的绝望和无力感。也许，这一问题，在律师的手中，可以通过认同和研究法官眼中的论证思维和逻辑思路，来达到律师以为的足以心安的论证，从而可以消解这种绝望和无力感。



陶然

上海七方律师事务所 实习律师

七方公司与财税法律服务部 实习律师

业务方向：股东纠纷、股权纠纷；

刑民交叉法律事务

联系方式：18817319603



聊聊股权转让“阴阳合同”那些事儿！

作者：郑华 李书静

商事实践中，股权转让是一种常见的交易模式。但是在某些情形下，股权转让双方出于某些特殊目的需要，会签署两份（以上）内容不同的股权转让协议，俗称“阴阳合同”。两份合同之间在部分条款，如价格条款、交易条件等方面存在明显差异，其中，记载双方真实交易条件并作为履约依据的合同被称为“阴合同”；另一份主要用作工商登记备案或缴纳税款等依据的一般称为“阳合同”。司法实践中，对于多份股权转让协议效力的认定须格外关注，因为其直接关系到市场交易秩序的稳定及交易主体真实权利义务的保障。



案例 1：工商登记备案协议与实际履行不一致时，以实际履行为准

靳某、徐某为前景公司股东，分别出资 50 万元，持股比例均为 50%。2013 年 8 月 22 日，徐某（甲方）与靳某（乙方）签订《股权转让协议书》（2013.8.22），约定：“甲方愿意将持有的前景公司的全部股份转让给乙方，乙方愿意受让；甲方将持有全部股份以 65 万元的价格转让给乙方；本协议签订之日起至 2013 年 8 月 30 日前，乙方将第一笔转让金 50 万元，已转账方式支付给甲方，同时办理工商部门变更股权手续及公司章程等事宜；第二笔转让金 15 万元等乙方办理完房屋抵押贷款后 7 日内以现金方式支付甲方（即时无法贷款，最迟在 2013 年 12 月 31 日前支付，不计利息）；股权转让后，乙方持有前景公司 100% 的股份……”同日，徐某（甲方、转让方）、甲方代理人胡某、与靳某（乙方、受让方）签订《股权转让附加协议书》（2013.8.22），约定：“……股权转让后，乙方按照 5000 元/月（净收益）支付给甲方，甲方不再承担任何经济法律责任和义务，也不因外界任何因素而

影响该收益的获得，从 2014 年 3 月 1 日开始，分享期 8 年（即 2022 年 2 月 28 日为止），每季度支付一次（即 2014 年 5 月 31 日支付第一笔 15000 元）……”

2013 年 9 月 9 日，前景公司召开两次股东会。《股东会决议》载明：同意徐某将其在公司的 40 万元股份转让给靳某，同意徐某将其在公司的 10 万元股权转让给贾某。同日，徐某（甲方）与靳某（乙方）签订《股权转让协议》（2013.9.9），约定：“甲方将其持有的该公司 40 万元的股份转让给乙方……”；徐某（甲方）与贾某（乙方）签订《股权转让协议》（2013.9.9），约定：“甲方将其持有的该公司 10 万元的股份转让给乙方……”靳某与贾某为夫妻关系。

2013 年 9 月 3 日，徐某向靳某出具收条载明：今收到靳某支付的前景公司股权转让金 10 万元；2013 年 9 月 9 日，徐某向靳某出具收条载明：今收到靳某支付的前景公司股权转让金 40 万元；2014 年 2 月 21 日，贾某支付 5 万元给徐某，交易明细为还款。

经过一审、二审，最终人民法院认定 2013 年 8 月 8 日签订的《股份转让协议》系符合双方真实意思表示且真实履行的合同。

案例 2：以规避税款为目的，调整合同价款的，合同效力并非当然无效

2007 年 12 月 26 日，永昌公司与博峰公司签订《整体收购博峰公司协议》约定，永昌公司以总价款 7000 万元收购博峰公司及其名下的小中甸镇和平铁矿 100% 矿权。

2008 年 1 月 15 日，博峰公司股东林毅、程启开、拉茸春平作为甲方、永昌公司作为乙方签订《股权转让协议》，约定甲方以总价 1000 万元向乙方转让其在博峰公司持有的 100% 的股份。

协议签订后，永昌公司支付了 7000 万元转让款，双方已办理了 100% 的股权变更登记手续，将博峰公司的股东由林毅、程启开、拉茸春平变更为永昌公司。双方均认可实际履行的转让款为《整体收购博峰公司协议》所约定的 7000 万元，但办理相关手续时系按照《股权转让协议》中载明的 1000 万元，少缴了其余 6000 万元部分的税款。

永昌公司向云南高院提起诉讼，主张双方所签订的协议中存在违反国家法律规定的条款，其内容已损害了国家利益，请求：确认《整体收购博峰公司协议》及其相关补充协议无效；林毅等连带返还永昌公司 7000 万元，并承担银行贷款利息及实际费用支出 2000 万元。

最高人民法院最终判定：双方当事人签订的《整体收购博峰公司协议》、《股权转让协议》及相关补充协议有效，永昌公司该项上诉请求法律依据不足，不予支持。



案例 3：恶意串通，损害其他股东优先购买权的协议无效

2004 年 5 月 27 日，李国柱、马红其、蔡鸿铭、爻伟民、张正、赵锡英、黄舒、邹宪壮、周丽慧、缪晨炜、李安平、尚炯 12 人达成《香港新世纪医疗投资管理有限公司合作章程》，其中载明“……2、合作的法律根据《公司法》有关规定和解决方法；3、董事向董事以外的人转让其出资时，必须经全体股东过半数同意，不同意转让的董事应当购买该转让的出资，如果不购买转让的出资，视为同意转让；董事同意转让的出资，在同等条件下，其他董事对该出资有优先购买权……”

2009 年 7 月 25 日，爻伟民、姜文松已商定爻伟民愿意以最低 180 万元（1：1.8）的价格转让股权，然而爻伟民在同一天给李国柱的通知中，却告知转让价格为 300 万元（1：3），爻伟民、姜文松还商量按照 1：3 的比例通知其他股东，避免其他股东按照实际转让价格行使优先购买权。

为了制造按照 300 万元转让股权的表象，2009 年 8 月 25 日，爻伟民与名义受让人肖进签订转让价格为 300 万元的《股权转让协议》，但是爻伟民与实际受让人姜文松在公安笔录中均承认转让的实际价格为 180 万元（1：1.8），爻伟民多收的 120 万元只是在账面上走一下。

最终人民法院认定：爻伟民与实际受让人姜文松恶意串通，制造以 300 万元转让股权的表象，隐瞒 180 万元的真实交易价格，损害了李国柱的优先购买权，爻伟民与名义受让人肖进 2009 年 8 月 25 日签订的《股权转让协议》无效。



结合各地司法实践及团队办理的相关案件实务，在审查“阴阳合同”效力时，可以从以下三个方面进行综合认定。

一、重点审查真实意思表示及实际履行情况

在判断多份股权转让协议效力时，须着重考察何为当事人真实意思表示，而双方的真实意思表示可以从合同签订时间、签订目的、协商过程、实际履行情况等因素综合判断，如真实支付的股权对价款、与股东身份相联系的证照印章财务资料是否一并转移、双方有无关于股权转让的聊天记录、频繁针对股权转让事宜进行交流、沟通，双方有无签订书面协议等证据。

需要注意的是，不能简单地认为成立在后的协议当然变更前协议，如案例1中，后签订的协议仅仅用于办理工商变更需要，并非双方真实意思表示。此外，还可以对合同内容进行分析，如经工商部门备案的合同一般仅约定通用条款，内容简单，但实际交易中可能会涉及到为特定项目、经双方合意而定制的针对性条款，这些内容往往在具备双方真实意思表示的合同中予以体现。

二、重点审查是否存在合同无效的认定情形

除了重点审查股权转让双方真实意思表示外，在判断合同效力过程中，对于是否存在导致合同无效的情形，也应作为重要考量因素。根据《中华人民共和国民法典》第一百四十六条第一款、第一百五十三条、第一百五十四条之规定“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。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。行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”

如案例3就是因为“恶意串通”导致合同无效的典型案例。在《公司法司法解释四》中也有了相关的规定：“有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权，未就其股权转让事项征求其他股东意见，或者以欺诈、恶意串通等手段，损害其他股



东优先购买权，其他股东主张按照同等条件购买该转让股权的，人民法院应当予以支持，但其他股东自知道或者应当知道行使优先购买权的同等条件之日起三十日内没有主张，或者自股权变更登记之日起超过一年的除外。”当然，裁判实践对于“恶意串通”的标准要求其实较为严格，当事人往往负有较重的举证责任。

此外，对于违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效这一情形的认定，实践中，也存在不少争议，哪些情况属于该条款的适用情形，哪些条款属于法律、行政法规的强制性规定，都需要在具体案例中加以判断，但是人民法院在作出无效认定时，态度仍然非常审慎。如在案例1中，最高人民法院对于当事人所

签协议的性质和效力问题，就持如下观点：双方当事人签订的《整体收购博峰公司协议》、《股权转让协议》及相关补充协议内容看，双方当事人的真实意思系转让博峰公司的全部股权，永昌公司因此取得博峰公司及其全部资产的控制权。包括属于无形资产的探矿权。本院认为，股权转让均会伴随着资产控制权的主体发生变化。由于目前尚无对此类变化应办理相关审批手续的规定，因此，以转让公司及股权的方式实现企业资产转让的，不违反国家强制性规定。关于逃避税收问题。如果依照国家税收管理规定，当事人的转让行为应缴纳相关税费而未缴纳，其属于行政处罚调整的范围，并不导致转让协议的无效。

三、审慎认定是否存在隐名股东及代持协议

实践中，另外一种较为常见的情形，就是“隐名股东”或股权代持的情形。股权受让人出于各种因素考量，不愿意登记为目标公司的显名股东，但为了保障自身的合法权益、享有股东相应权益，真实的股权交易双方会在名义股东作为受让人

签署“阳合同”并登记为股东之外，根据真实权利义务关系签署另一份“阴合同”，作为双方权利义务的保障。对于该种情形实践中的处理也较为一致，其并不违反法律法规的强制性规定，只要双方意思表示真实，可认定为有效。当然对于代持关系



是否真实存在，还应通过代持协议的具体内容、实际履行情况等做综合判断，不能简单认定。

结语

股权转让“阴阳合同”在一定程度上必然为交易主体带来争议与纠纷，尽管司法实践中，已经逐步形成了一定的判断标准，笔者还是要提醒股权转让的当事人，尽量避免“阴阳合同”的签订，以真实转让协议作为工商备案的版本，以期更好地维护双方合法权益以及保障市场交易秩序的健康稳定。



郑华 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方劳动法律服务部 律师

上海市闵行区劳动人事争议委员会兼职仲裁员

上海市闵行区职工维权律师志愿团律师

上海市闵行区马桥镇、新虹街道总工会法律顾问

上海市徐汇区枫林街道普法宣传团讲师

业务方向：劳动法、公司业务、家族法律服务

联系方式：13482439658



李书静 律师助理

上海七方律师事务所 律师助理

七方劳动法律服务部 律师助理

业务方向：劳动法、公司业务、家族法律服务

联系方式：15262875288

未经评估作价的非货币资产出资，不必然导致出资瑕疵 以美力科技公司土地使用权出资纠纷案为例

作者：李林芳



股东的出资是形成公司财产、奠定公司基本债务清偿能力的基础，是公司股东最为基本和重要的义务之一，同时也是《公司法》规定的股东所必须承担的法定义务。我国法律规定的股东出资形式分为货币出资和非货币出资两种，其中对于非货币出资的形式包括土地、房屋、股权、知识产权等。以非货币形式进行出资的，应当进行评估作价，且需办理权属变更手续。

鉴于非货币资产的多样性和特殊性，由非货币资产出资引发的纠纷大都属于疑难、复杂案件。例如，公司设立前约定以非货币资产作为出资，公司设立后股东能否拒绝办理权属变更手续？未经评估作价是否意味着股东未履行其出资义务？非货币财产实际价值若与认缴出资额存在差异时，超出认缴额的部分是否归出资人所有？本文以【（2013）鄂民二终字第 00060 号】民事判决书为例，结合审判实践中以及笔者办理此类纠纷案件的实践经验，对上述问题进行逐一分析，为处理该类纠纷的法律实务提供一些参考。



案情简介

2010 年 7 月 16 日，湖北美力高科技实业股份有限公司（以下简称“美力科技公司”）与向化良签订公司章程，确定成立荆州市美力世纪房地产开发有限公司（以下简称“美力世纪公司”），公司注册资本 2500 万元，其中，美力科技公

司认缴出资额为 1500 万元，占 60%，以土地使用权出资，公司注册后一月内办理过户手续；股东向化良认缴出资额为 1000 万元，占 40%，首次出资额不低于 500 万元，其余出资须在公司注册后两年内全部到位。

2010 年 7 月 28 日、29 日股东向化良向美力世纪公司交付出资款共计 500 万元。同年 8 月 4 日，向化良再次向美力世纪公司交付出资款 500 万元。

2012 年 9 月 2 日，美力世纪公司向美力科技公司发出催办函，要求美力科技公司尽快办理土地过户手续。

美力世纪公司认为公司成立后，股东美力科技公司未将其所有的土地使用权

过户到美力世纪公司名下，影响了美力世纪公司对土地的开发利用。故美力世纪公司起诉到荆州市中级人民法院，请求判令美力科技公司向美力世纪公司履行出资义务，将其所有的土地使用权过户到美力世纪公司名下。

美力科技公司答辩称：根据《公司法》第二十七条、《公司注册资本登记管理规定》第七条的规定，以非货币财产出资的，应当评估作价，而本案所涉土地并未评估，且涉案土地的使用权价值已超过我公司在发起人协议和公司章程中的认缴出资额，该宗土地即使过户，也应当经评估后，以我公司认缴的出资额为限，划出相应价值的土地过户至美力世纪公司。



裁判结果

本案经过审理，一审法院判决美力科技公司在判决生效之日起六十日内对案涉土地使用权进行评估，并以其中价值1500万元的部分向美力世纪公司依法履行出资义务。美力世纪公司不服，提起了二审，二审法院撤销了一审判决，改判美

力科技公司于判决生效后三十日内，将其所有的案涉土地使用权过户至美力世纪公司名下。

二审法院综合双方当事人的上诉、答辩意见归纳了三个争议焦点，并对其进行了详尽的说理，笔者摘录如下。

争议焦点一：美力世纪公司主张美力科技公司应将涉案土地使用权过户至自身名下的诉请应否得到支持？

裁判要点

《公司法》第二十八条第一款明确规定：“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续”。公司章程系发起设立公司的投资人共同签署的且对公司、股东及经营管理人员具有普遍约束力的自治规则，也是公司设立的必备法律文件。故本案应以2010年7月16日双方共同签署的章程作为确定各自出资责任的基础。

美力世纪公司章程载明，美力科技公司作为公司发起人之一，认缴出资1500万元，系以土地使用权作价出资，并承诺公司注册成立后一个月内办理土地过户手续。双方对涉案土地权属变更手续至今尚未办理的事实均无争议。根据《公司法司法解释三》第十条第一款关于“出资人以房屋、土地使用权或者需要办理权属登记的知识产权等财产出资，已经交付公司使用但未办理权属变更手续，公司、其他股东或者公司债权人主张认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当责令当事人在指定的合理期间内办理权属变更手

续”及第十三条第一款关于“股东未履行或者未全面履行出资义务，公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的，人民法院应予支持”的规定，美力世纪公司有权要求美力科技公司全面

律师评析

股东出资义务是指股东应当足额缴纳对公司资本的认缴出资额的义务，是股东最基本的法律义务。本案是股东出资纠纷，故审判机关负有审查有出资义务的股东是否完全适当履行了自身的出资义务，若未履行，则应当判决瑕疵股东承担相应

履行出资义务，其合法权益应受法律保护。

二审法院认定美力科技公司依法应按约履行出资义务，在二审判决生效后30日内将涉案的土地使用权过户至美力世纪公司名下。

的法律后果。就本案而言，美力科技公司未按照公司章程在公司注册后一月内办理过户手续，违反了股东法定出资义务，构成瑕疵出资，因此，美力世纪公司主张美力科技公司将涉案土地使用权过户至自身名下的诉请应当得到支持。



争议焦点二：本案诉讼中是否需要将土地使用权补充评估作价作为美力科技公司实际履行股东出资义务的前置条件？

裁判要点

美力科技公司在本案一、二审期间均以《公司法》第二十七条第二款和《公司注册资本登记管理规定》第七条提出抗辩，主张其出资的土地使用权未经法定评估程序进行评估，且该土地使用权价值已超过其在公司章程中认缴的出资额。故主张即使本案判令其履行过户手续，也需要先进行评估，待确定土地使用权价值后再以认缴的 1500 万元出资额为限，划出相应价值的土地过户至美力世纪公司，并且主张剩余部分土地使用权仍应归属美力科技公司所有。一审法院判决采纳了美力科技公司的上述抗辩意见，判决结果为首先对涉案土地使用权进行评估，待评估结束后美力科技公司仅以其中价值 1500 万元的部分向美力世纪公司履行出资义务。

二审法院认为，一审法院的上述实体处理存在将《公司法》第二十七条第二款理解绝对化的问题，未区分非货币资产出

资设立公司过程中评估作价程序和补充评估程序之间对股东出资义务的不同要求。《公司法司法解释三》第九条规定：“出资人以非货币财产出资，未依法评估作价，公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当委托具有合法资格的评估机构对该财产评估作价。评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的，人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务”。上述司法解释规定系承继《公司法》第二十七条、第二十九条、第三十一条的规定而来，为公司股东未依法对非货币财产出资评估作价所可能遭受权利侵害的主体设



立了救济渠道和路径。一旦评估值显著低于认缴额，即可认定未尽出资义务。

从适用《公司法》及司法解释的条文联系上分析，对与本案类似的情形并未作出必须先补充评估，而后才能办理过户

律师评析

根据《公司法》第二十七条第二款规定：“对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。”非货币出资的补充评估作价是否作为股东实际履行出资义务的前置条件取决于该条规定是管理性强制规定还是效力性的强制规定，若是管理性强制规定，则补充评估并非股东实际履行出资义务的前置条件；若是效力性强制规定，则应为前置条件。一审法院将该条规定理解

的程序限定。在作为出资的土地使用权未经评估作价的情况下，负有出资义务的股东首先应依法将虽未评估作价但承诺作为出资的土地使用权转移至公司名下并完成实际交付。

为效力性强制规定，因此认为补充评估系股东实际履行出资义务的前置条件，此种认定方式的错误之处在于并未准确把握该条款的立法原意。

就本案而言，美力世纪公司已注册成立，涉案土地使用权未经法定评估作价的程序性瑕疵并不必然导致章程中关于非货币资产整体作为出资的约定无效，更不能成其为美力世纪公司主张美力科技公司全面履行出资义务所必经的法定前置程序。

争议焦点三：未经依法评估作价即作为出资的非货币财产实值若与认缴出资额存在差异时，超出认缴额的部分是否归出资人所有？

裁判要点

从涉案土地使用权出资情况分析，美力科技公司与向化良签署公司章程并设

立公司的时间为 2010 年 7 月，则以此时间节点作为基准日的土地使用权价值补



充评估结果可能出现三种情形：一是补充评估的结果显示 2010 年 7 月土地价值和 1500 万认缴投资额基本相当。则若土地已实际交付并办理了过户手续，就应当视为股东履行了出资义务，不再承担补充出资的责任；二是补充评估结果显示基准日的土地价值显著低于认缴出资额 1500 万。则此时应认定股东出资未到位，按照司法解释的相关规定，公司、其他股东或者外部债权人有权要求其进行补足的权利；三是补充评估结果显示基准日的土地价值超出了认缴出资额的范围。则此时就涉及到高于认缴出资的此部分价值如何处理，由谁享有权利的问题。对此，一审法院认为，超出部分的所有权仍旧归属出资人所有，未交付的可不予交付，从而将高于评估值的非货币资产出资界定为出资人的法定出资义务之外。

二审法院认为，一审法院的上述认定缺乏必要的法律依据。首先，上述司法解释第九条中只规定了若评估价额显著低于公司章程所定价额的，应当认定出资人未依法全面履行出资义务，而对于高于章

程约定认缴价额情形时如何认定并未作出相关规定。其次，该条规定系将诉权赋予了公司、股东或外部债权人，而不是出资人。再者，从公司章程的法律地位、本案双方当事人签署章程时的文义解释以及当时的真实意思表示判断，若经评估实际出资高于认缴额，则超出部分应视为美力科技公司对美力世纪公司的赠与，和美力科技公司之间并无法律上的关联，不得以此对抗法定出资义务或主张分割出资。

由于美力世纪公司章程中明确约定了美力科技公司系以涉案土地使用权整体固定作价 1500 万元对公司进行出资，且美力科技公司在诉讼中未能举证证明其与美力世纪公司或向化良之间还存在有仅以 1500 万元价值为限进行土地出资，多余部分不纳入出资的内部约定。则即使产生土地使用权实值高于认缴出资额的情况，多缴的部分也只能作为美力世纪公司财产的增值计入财务报表。故美力科技公司关于土地评估基准日价格必然高于 1500 万元，剩余部分应当归属自身所有的

抗辩，因缺乏事实根据和法律依据，二审法院不予采纳。

律师评析

《公司法司法解释三》第九条规定允许当事人以事后的补充评估方式来解决追索股东出资责任的问题。评估便涉及到评估基准日的确立，此处的评估基准日并非是指诉讼发生之时，而是指股东将无形资产投入出资的时间节点作为基准日进行补充评估。从司法解释规定的立法本意分析，该条的设置系出于公司资本充盈的考虑，避免公司实际资本额与登记注册资本之间的差额过大，从而杜绝虚增公司资本，进而损害公司、其他股东及外部债权人利益的情况发生。笔者认为该条规定系

将诉权赋予了公司、股东或外部债权人，而不是出资人。

就本案而言，在设立美力世纪公司时未进行评估作价的过错不在美力世纪公司或另一股东向化良。2010年7月，双方当事人签署章程是其真实意思表示，而美力科技公司的签署行为应当视为对可能产生的赠与行为的确认。笔者建议，用于出资的非货币资产未经评估，而实际价值又可能超过认缴出资额时，双方可以通过章程或协议等约定超出认缴出资额的部分所有权的归属。



李林芳

上海七方律师事务所 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

上海市家庭教育研究会 会员

上海市眉山商会 理事

业务方向：刑事辩护、公司法、合同法

联系方式：13052067259



在证券虚假陈述索赔案中，揭露日对投资者意味着什么？

作者：七方民商法团队

上一期《锋言民商》专栏中，笔者对虚假陈述揭露日认定的法律依据和司法实践进行了介绍。拙文发表后，不少投资者来电询问：揭露日有啥意义，怎样认定揭露日对我更为有利？本文中，笔者将对此进行举例说明。



案例

A 上市公司 2015 年 4 月 20 日发布 2014 年年报。2015 年 5 月 20 日，某权威媒体刊发报道，质疑该公司财务造假，该公司股价连续 3 个跌停，其后阴跌不止。2015 年 6 月至 2016 年 2 月，沪深两市剧烈调整，大盘暴跌。2016 年 5 月 20 日，该公司发布公告称收到证监会立案调查通知书。2017 年 10 月 20 日，该公司公告称收到证监会行政处罚事先告知书。2018 年 1 月 20 日，该公司公告称收到证监会行政处罚决定书，证监会认定该公司 2014 年年报存在虚假陈述违法行为，依法给予警告、罚款 50 万元的行政处罚。2017 年以后，A 公司市场环境发生重大变化，该公司业绩连年下降。

赵二于 2015 年 4 月 28 日买入

10 万股，2016 年 7 月 30 日全部卖出。

张三于 2015 年 7 月 28 日买入 10 万股，2017 年 11 月 20 日全部卖出。

李四于 2017 年 4 月 21 日买入 10 万股，2018 年 2 月 20 日全部卖出。

王五于 2015 年 1 月 29 日买入 10 万股，2015 年 4 月 24 日全部卖出。

钱六于 2015 年 4 月 28 日买入 10 万股，一直持有至今。

本案中，2015 年 5 月 20 日、2016 年 5 月 20 日、2017 年 10 月 20 日、2018 年 1 月 20 日皆可能被认定为虚假陈述揭露日。那么，揭露日认定不同，对上述投资者和上市公司有何影响呢？

一、揭露日影响能不能赔（交易因果关系）

证券虚假陈述责任系侵权责任，因果关系系构成要件之一。如

果没有因果关系，则投资者不能索赔。



因果关系包括两种，其一为交易因果关系，即投资者买入或卖出股票的交易决策系受虚假陈述行为的影响所致。其二为损失因果关系，即投资者所遭受之损失系虚假陈述行为所致。

《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（下称《虚假陈述若干规定》）第十八条、十九条规定：同时具备以下条件者，可推定存在因果关系：“（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。”如果被告举证证明原告具有以下情形的，应当认定虚假陈述与损害结果之间不存在因果关系：“（一）在虚假陈述揭露日或者更正日之前已经卖出证券；

（二）在虚假陈述揭露日或者更正日及以后进行的投资；（三）明知虚假陈述存在而进行的投资；”

根据上述规定，可列表如下：

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		无
3	买入		卖出	无
4		买入并卖出		无
5		买入	卖出（或持有）	有
6			买入并卖出	无

本案中，各投资人买入、卖出 A 公司股票的时间如下表所示。

投资者	2015年4月20日之前	2015年4月20日（实施日）	2015年5月20日	2016年5月20日	2017年1月20日	2018年1月20日之后	有无因果关系（能否索赔）
赵二		买入		卖出			
张三			买入		卖出		
李四				买入		卖出	
王五	买入	卖出					无（不能）
钱六		买入		持有	持有	持有	有（能）

本案中，2015年4月20日应认定为虚假陈述实施日。

由于王五买入股票的时间在实施日之前，其交易行为未受虚假陈述的影响，故其损失与虚假陈述没有因果关系，不能索赔。

钱六在实施日后买入并一直持有至今，按照《虚假陈述若干规定》，不管哪一天被认定为揭露日，皆存在因果关系，可以索赔。

对于其他投资者来说，揭露日之认定直接影响交易因果关系是否存在，从而影响能否索赔。

对于赵二来说，如果2015年5月20日或2016年5月20日认定为揭露日，则存在因果关系，可以索赔。如果2017年10月20日或2018年1月20日被认定为揭露日，则其卖出行为发生在揭露日之



前，未受虚假陈述影响，不存在因果关系，不能索赔。

对于张三来说，如果 2015 年 5 月 20 日被认定为揭露日，则其买入行为发生在揭露日之后，未受虚假陈述影响，不存在交易因果关系，不能索赔。如果 2018 年 1 月 20 日被认定为揭露日，则其卖出行为发生在揭露日之前，未受虚假陈述影响，不存在交易因果关系，不能索赔。如果其他日期被认定为揭露日，则存在交易因果关系，可以索赔。

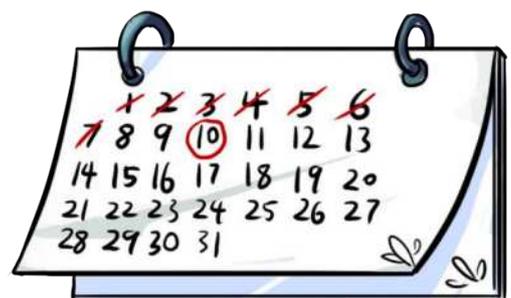
对于李四来说，如果 2015 年 5 月 20 日或 2016 年 5 月 20 日被认定为揭露日，在其买入行为发生在揭露日之后，不存在因果关系，不能索赔。如果 2017 年 10 月 20

日或 2018 年 1 月 20 日被认定为揭露日，则存在因果关系，可以索赔。

对于 A 上市公司来说，如果 2015 年 5 月 20 日被认定为揭露日，由于实施日至揭露日之间的时间极短，则符合索赔条件的投资者数量较少、可能赔偿的金额较小，对该公司较为有利。如果 2018 年 1 月 20 日被认定为揭露日，则存在买入交易因果关系的投资者最多，较为不利；但同时不存在卖出因果关系的投资者也最多，较为有利。综合来看，由于 A 股市场投机氛围浓厚、换手率大，揭露日定得越晚，在买、卖两方面都符合条件的投资者可能越少，对一些成交活跃的上市公司相对有利，具体情况还需根据个股交易情形进行具体分析。

二、揭露日影响赔多少（损失金额计算）

根据《虚假陈述若干规定》，在司法实践中，投资者可以索赔的损失金额=投资者差额损失+佣金损失+印花税损失+利息损失-其他



因素所致损失。其中，佣金损失、印花税损失、利息损失皆以投资差额损失为根据计算而来。

揭露日通过影响损失因果关

（一）影响损失因果关系

一般来说，存在交易因果关系即存在损失因果关系。但根据《虚假陈述若干规定》第十九条第四项的规定，被告举证证明原告的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。

证券市场系统风险，一般指大盘和个股所属板块的剧烈调整。

“其他因素”，还包括除证券市场系统风险之外的非系统风险，如企业经营恶化、市场环境不佳等。在司法实践中，法院在计算投资者因虚假陈述所致损失时，将在投资者的全部损失中扣除“其他因素”所致损失。

系的认定影响其他因素所致损失的计算，通过影响基准日的认定影响投资差额损失的计算，并最终影响投资者可以索赔的损失金额。

其他因素是法院在审理此类案件时重点处理的争议焦点之一。由于不同的时期证券市场走势各异、经济环境也可能不一样，揭露日不同将导致“其他因素”所致损失的认定结果相差悬殊。在一些个案中，部分法院甚至对其他因素导致的损失进行100%扣除，即认定投资者的损失全部是由其他因素所致，与上市公司虚假陈述行为无关。

在本案中，2015年6月至2016年2月，沪深两市剧烈调整，大盘





暴跌，此为“其他因素”中的“系统风险”。2017年以后，A公司市场环境发生重大变化，该公司业绩连年下降，这是“其他因素中”的

（二）影响基准日的认定。

根据《虚假陈述若干规定》第三十一条、第三十二条之规定：投资人在基准日及以前卖出证券的，其投资差额损失，以买入证券平均价格与实际卖出证券平均价格之差，乘以投资人所持证券数量计算；投资人在基准日之后卖出或者仍持有证券的，其投资差额损失，以买入证券平均价格与虚假陈述揭露日或者更正日起至基准日期间，每个交易日收盘价的平均价格之差，乘以投资人所持证券数量计算。

可见，基准日之认定，对于计算投资者的投资差额损失影响非常大。

而基准日的认定，又以揭露日为根据。《虚假陈述若干规定》第三十三条规定：“投资差额损失计

“非系统风险”。揭露日认定的不同，将导致不同投资者的“其他因素所致损失”的不同。

算的基准日，是指虚假陈述揭露或者更正后，为将投资人应获赔偿限定在虚假陈述所造成的损失范围内，确定损失计算的合理期间而规定的截止日期。基准日分别按下列情况确定：（一）揭露日或者更正日起，至被虚假陈述影响的证券累计成交量达到其可流通部分100%之日。但通过大宗交易协议转让的证券成交量不予计算。（二）按前项规定在开庭审理前尚不能确定的，则以揭露日或者更正日后第30个交易日为基准日。（三）已经退出证券交易市场的，以摘牌日前一交易日为基准日。（四）已经停止证券交易的，可以停牌日前一交易日为基准日；恢复交易的，可以本条第（一）项规定确定基准日。”



揭露日是证券索赔诉讼中的一个争议焦点，它的认定直接影响到投资者能否索赔、能索赔多少。相应地，对于上市公司而言，揭露日的认定直接决定其对某个投资者应不应负赔偿责任和赔偿责任的大小。



李伟锋 律师

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
上海律协民事业务研究委员会 委员

业务方向：合同法、保险法

联系方式：18917905291



陈江松 律师助理

上海七方律师事务所 律师助理
七方民商事和保险法律服务部 研究员

业务方向：民商法、金融法

联系方式：13045642139

同一损害结果为复数原因竞合所致，其一为承保原因； 另一为不承保之原因，保险人是否负赔偿责任？

作者：七方公司与税法部

A、B两公司签订诚实保证保险合同，A公司系投保人，且以本公司为被保险人。该保险协议系B保险公司负责赔偿A公司“雇员不诚实行为”导致的损害。嗣后A公司的董事C，主导董事会决议进行违法超贷，又有副总经理D、风险管理部经理E、授信审查部经理F、贷款经办人员G等人员配合办理相关放贷程序。嗣后该笔贷款无法收回，A承受巨额损失。A公司遂向B请求理赔，遭到B拒绝。B主张，该保单免责条款明文排除“董事”所导致的损失，而本案损害乃系因董事C行为所致，故无须理赔；而A主张，本案并非单以董事之不诚实行为为唯一原因，尚因其他员工之不诚实行为所导致，而单凭员工之行为，本已属于承保范围，故B仍应理赔。那么：同一损害结果为复数原因竞合所致，其一为承保原因；另一为不承保原因，保险人是否负赔偿责任？

一、焦点提出

1. 同一损害结果为复数原因竞合所致，其一为承保原因；另一为不承保之原因，保险人是否负赔偿责任？

2. 若保险人以合同明文规定的免责条款，但却未将此项保险发生概率情况计算在保险精算上，仍收取相对于未免责的对价，是否仍可以适用不包括占优势原则？



二、自始未包括与除外不包括保险事故的概念厘清

保险制度，乃系由保险人汇集危险共同团体的力量，精算风险收取对价以承担风险，嗣于危险发生之时，填补被保险人损害的制度。虽然保险制度以填补损害为目的，但保险人亦不能漫无边际得承担风险，还是必须划定特定范围，否则无法来计算出合理的对价保费，更无从建立风险分摊的稳固的基础。

特定范围的划定可以着重于两个方面：事故和保险利益。即，保险合同双方当事人会先以基本条款合意承保的范围，包括一定范围的事故或保险利益。此外，没有在基本条款中包括的内容，就属于“自始未包括”的事故或保险利益。

而当上述包括的事故或保险利益的范围特定以后，当事人多会从中排除特定部分，此即包括中的“除外不包括”范围。例如，火灾保险中排除因地震引起者。

自始未包括与除外不包括的事故和保险利益，是不应当混淆的。除外不包括是基本条款曾经包括，但因嗣后当事人约定除外而不包括；未包括是自始就未包括在基本条款中。如果不能厘清两者的概念，将混淆两者和保险承保事故竞合后的问题的处理；对于承保事故与自始未包括事故竞合时，笔者认为其具有相当程度的因果关系，保险人理应负责。（非本文重点内容，本文不做论述）对于本文的案例出现的情况，即承保事故与除外不包括事故竞合时，保险人的责任为何，本文以此来进行重点论述。



三、承保事故与除外不包括事故同时导致保险利益损害

保险人的赔偿责任，除单以损害发生即刻赔，不问原因的事故外，一般都会约定必须因为特定的保险事故导致。这种保

险事故与保险损害间的因果关系应当如何认定，学理上有相当的争议。有支持相当因果关系原则的学者，也有持近因原则

的学者。当下，学界和实务界的主流理论还是支持近因原则。不仅是学术中，近因原则更多得被引用和诠释；事务上，包括最高法院给出的《保险法司法解释三的理解与适用》等工具书中，均以近因原则作为审判逻辑和理论解释。笔者也认同近因原则作为保险事故与保险损害间的因果关系的认定方法，即，当没有这一事故，必不会产生此损害；若有此事故，通常足以产生此种损害，那么事故和损害之间应当被认定具有一定的因果关系。

然而，这种因果关系会以“通常”作为标准，法院容易形成损害原因有多种情

况同时存在竞合的心证。而当此复数的原因，其一为承保事故；另一为除外不包括事故之时，保险人是否负有给付保险金的责任。笔者持否定意见，应当采用“不包括占优势”原则来处理该情况，来排除保险人的赔付责任。

当承保事故与不包括事故竞合为损害之原因时，保险人承担给付保险金的责任。这便是德国学理上称为“不包括占优势”(Der Ausschluß gewinnt Übermacht)的原则，换言之，双方当事人明确的除外不包括事故，效力优于一般的承保条款。究其理由，可以从以下方面得出：





首先，不同于侵权的法律关系，保险合同视角下的保险原因认定应当考虑的重要要素是合理期望原则，即当事人应当以合同既有条款为依据，对已经约定的事由造成的损害进行主张和赔偿。换言之，保险合同应当以当事人立约时的真实意思表示为准，损害的原因事故是否包括于承保范围，应当探求具体的合同条款约定。一般而言，保险合同的除外不包括条款，不论以除外条款、不保事项、免责条款等称之，均不改变其明显排除特定承保范围的特点。基于此，可以断定，双方当事人已有在不包括事故发生时，排除保险人责任的合意。

其次，由保险计算的角度来说，保险人利用概率预测危险产生的可能性，来精算承担危险所需的费用。而立约的时候，

合同既然已明文排除特定风险的范围，保险人在保费的计算上，按照保险费用精算的规则，就会扣除该风险的对价，所以基于风险与保费对价平衡的原则，不应当让保险人承担额外的责任。

但是，笔者进一步认为，我国保险实务起步较晚，我国保险实务对风险精算之要求是否如德国实务严谨，并非毫无疑问，将此原则引用时，应当谨慎。也就是说，当保险人实际上并未充分得将除外不包括的情况贯彻于保费精算，且无法证明其在精算上扣除合同条款相关除外不包括范围的对价时，应当遵循诚信原则的精神，认为这依旧是保险人的义务。否则，让已经在专业、经济上占相当优势的保险人享有更优势的地位，实非笔者所乐见。

四、案例分析

本案系违法放贷导致被保险人的损害，是董事及相关承办员工共同的不诚实行为导致，属于基本的承保的条款固然是没有异议的。但是双方当事人已经将“董事的不诚实行为”作为除外的排除条款时，应当尊重双方当事人的立约时的真实

的意思表示，并需要斟酌保险人B是否已经将除外不包括的特殊情况在保险费用的精算过程中得到充分考虑。如果得到充分考虑，则应当援引“不包括占优势”原则，保险人不承担保险金的给付责任。



论新就业形态劳动者的职业伤害保障

作者：李华平

现行法律以建立劳动关系为前提的劳动者职业伤害保障规定，对新就业形态劳动者发生职业伤害保障情形难以覆盖，亟须制定具有针对性的职业伤害保障措施来填补现有“法律真空”。本文拟从实务操作角度出发，从确定职业伤害主体责任、新设职业伤害保险类型、限定职业伤害认定范围、简化职业伤害认定流程、固定职业伤害保险待遇、职业伤害保险理赔竞合和畅通职业伤害救济途径七个方面对新就业形态劳动者的职业伤害保障制度构想作了一些思考。

一、引言

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”体现在劳动用工上的用工灵活性，而用工灵活性的主要表现形式则又是“去劳动关系化”或“劳动关系不确定性”，这一特性使得平台企业劳动用工游离在劳动法律监管之外。平台企业用工主体责任的缺失致使新就业形态劳动者的劳动权益难以得到保障，其中影响最大、诟病最多的就是职业伤害保障问题。



二、现行法律难以覆盖新就业形态劳动者的职业伤害保障

劳动者因为工作原因遭受事故伤害或患职业病被认定为工伤的，可以按照《工伤保险条例》规定享有相关工伤保险待遇，获得医疗救治和经济补偿。

《工伤保险条例》第二条规定，中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本

单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费。《社会保险法》第三十三规定，职工应当参加工伤保险，由用人单位缴纳工伤保险费，职工不缴纳工伤保险费。

可见，现行法律对于劳动者的职业伤害保障，都是建立在以“职工”为适用对象的基础上，要求用人单位和劳动者之间建立劳动关系为前提。一旦用人单位和劳动者不能被认定为具有劳动关系，那么无论是社会保险的缴纳，还是工伤



认定申请、工伤保险待遇的享受都是无法实现，与用人单位不存在劳动关系的劳动者职业伤害保障则成为无源之水、无本之木。因此，在实践中，当劳动者遭受到职业伤害要求按照工伤处理时，首先要做的是确认劳动关系。

对于劳动关系的认定问题，恰恰又是新就业形态劳动用工的难点所在。新就业形态的劳动用工模式与传统标准劳动关系不同，往往是由“平台企业+用工单位+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，新就业形态劳动者与平台企业之间的人身依附性弱化、经济从属性弱化、组

织从属性也弱化，并不完全符合，在裁审实践中一般难以被认定为劳动关系。笔者团队处理了一起外卖送餐员遭受职业伤害纠纷案，仅仅确认劳动关系纠纷就耗时近4年。

新就业形态劳动者与平台用工主体之间由于难以被认定为劳动关系，更无法确定工伤保险的缴费主体、申请主体及责任主体，劳动者一旦在提供劳动或服务过程中发生职业伤害，平台企业把自己的责任撇得干干净净。现行法律以建立劳动关系为前提的劳动者职业伤害保障的规定，无法覆盖新就业形态劳动者，于是就出现了这部分劳动者职业伤害保障的“法律真空区”。

三、亟须填补新就业形态劳动者职业伤害权益保障“法律真空区”

现行法律出现了“法律真空区”，而新业态从业人员由于就业方式灵活，工作时间过长或工作时间不规律以及夜间工作等，加之很多新业态从业人员新手多、缺乏岗位培训等，导致其职业伤害风险反而更大。

国家信息中心发布的《中国共享经济发展报告（2021）》中显示，2020年共享经济参与者人数约为8.3亿人，其中服务提供者约为8400万人，同比增长约7.7%；平台企业员工数约631万人，同比增长约1.3%。[1]新业态从业人员一

旦发生职业伤害，无法获得足够的救济和保障，其职业伤害后果最终只能自己承担。虽然国家兜底性建立了残疾人医疗和生活救济帮扶制度，但都不能很有效地解决职业伤害给新业态从业人员带来的生存困境和维护人的尊严。这引发了一系列社会问题，尤其是很多建卡贫困人员和农民工等低收入群体因职业伤害得不到有效的救济和保障而返贫。[2]新就业形态劳动者的职业伤害保障问题已经引起国家及有关部门的高度重视，亟须制定具有针对性的权益保障措施来填补这一“法律真空”。

2020年2月5日发布的《中共中央、国务院关于抓好“三农”领域重点工作确保如期实现全面小康的意见》中提出明确要求，要“开展新业态从业人员职业伤害保障试点。”[3]

2021年7月7日，国务院召开常务会议，确定加强新就业形态劳动者权益保障的若干政策措施，明确提出“以出行、外卖、即时配送等行业为重点，开展灵活就业人员职业伤害保障试点”[4]。

2021年7月16日，人力资源和社会保障部等8部门联合发布《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56号）[5]的意见中提出：要强化职业伤害保障，以出行、外卖、即时配送、同城货运等行业的平台企业为重点，组织开展平台灵活就业人员职业伤害保障试点，平台企业应当按规定参加。采取政府主导、信息化引领和社会力量承办相结合的方式，建立健全职业伤害保障管理服务规范和运行机制。鼓励平台企业通过购买人身意外、雇主责任等商业保险，提升平台灵活就业人员保障水平。

2021年7月26日，国家市场监督管理总局等7部门联合发布的《关于落实网络餐饮平台责任切实维护外卖送餐员权益的指导意见》（国市监网监发〔2021〕38号）[6]中提出，“网络餐饮平台及第三方合作单位要依法为建立劳动关系的外卖送餐员参加社会保险，鼓励其他外卖送餐员参加社会保险。按照国家规定参加平台灵活就业人员职业伤害保障试点，防范和化解

外卖送餐员职业伤害风险。鼓励针对平台就业特点，探索提供多样化商业保险保障方案，确保缴纳费用足额投保，提高多层次保障水平。”

2021年8月18日，国家人力资源和社会保障部游钧副部长在国务院政策例行吹风会上表示，正在制定平台灵活就业人员职业伤

害保障办法，拟开展职业伤害保障试点，力争尽早地解决职业伤害保障不平衡、不充分的问题。[7]

短短的一个多月时间，国家及相关部门相继密集召开会议进行专题研究、联合出台相关指导意见，可以感受到国家要解决新就业形态劳动者的职业伤害保障问题的必要性、重要性和紧迫性。

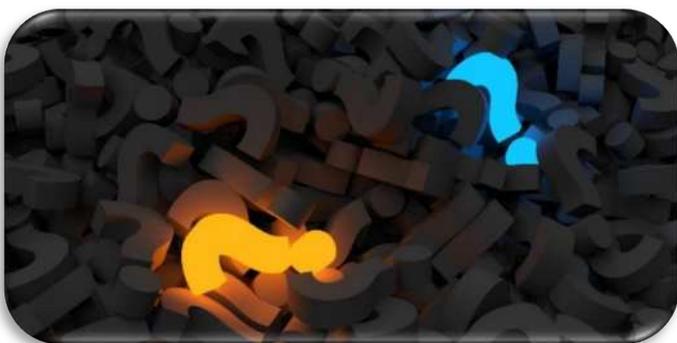
四、新就业形态劳动者的职业伤害保障制度构想与思考

针对新就业形态劳动者的职业伤害保障措施，目前从国家层面上还在讨论制定过程中，也尚未发布征求意见稿。笔者认为，在建立新就业形态劳动者职业伤害保障制度设计过程中，既要解决职业伤害风险防范和保障问题，又要支持新就业形态更好的发展、实现更高质量的就业创业，需要找到二者权利义务之间的平衡点。本文仅从实务

操作角度作对新就业形态劳动者的职业伤害保障制度构想作一些简单思考：

1、确定职业伤害主体责任

人力资源和社会保障部等8部门联合发布的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》将新就业形态劳动者分为三大类：符合确立劳动关系情形的，不完全符合确立劳动关系情形的以及不符合劳动关系情形的。有学者称该指导意见的出台，标志着不同于劳动法和民法的制度体系开始建构，我国由此将进入“劳动三分法”时代。[8]





针对符合确立劳动关系情形的劳动者，不管劳动者是直接和平台企业建立劳动关系，还是平台通过劳务派遣的方式进行，在职业伤害保障上都一样适用《工伤保险条例》的规定，由用人单位承担工伤保险主体责任，这一点没有争议。

针对不完全符合确立劳动关系或不符合劳动关系情形的，平台企业要么对劳动者进行了部分的劳动管理要么是相关经营业务的最终受益人，因此建议明确由平台企业承担职业伤害保障用工主体责任。如平台企业与合作单位就劳动者发生职业伤害责任承担另有约定的，该约定不适用于新就业形态劳动者，平台企业可以在向劳动者履行主体责任后再向合作单位进行追偿。因此，在讨论新就业形态劳动者的职业伤害保障措施时，仅是指排除适用《工伤保险条例》之外的其他新就业形态的劳动者这一特定范围。

2、新设职业伤害保险类型

为了解决专门群体的劳动权益保障问题，设立特殊的社会保险类型此前已有先例。例如，2002年，为解决外来从业人员养老保险、医疗保险、工伤保险缴纳问题，上海颁布了《上海外来从业综合保险暂行办法》^[9]，创设性的对外来从业人员实行缴纳综合保险制度，在2011年《社会保险法》实施前起到了非常好的作用。

针对就业形态劳动者的职业伤害保障问题，也可以参照当年上海创设外来从业人员缴纳综合保险的模式，建议设立社会保险新类型——“职业伤害保险”。该职业伤害保险作为社会保险的一部分，是单独的社会保险险种，与劳动关系相分离，不与养老保险、医疗保险等捆绑在一起。职业伤害保险与现行工伤保险制度并行。当新就业形态劳动者通过平台提供劳动或服务时，平台企业需要统一为劳动者购买职业伤害保险，强制性缴纳，保险费用由平台企业承担（平



台企业亦可与合作单位协商约定分担)，个人无需缴费。

以上海为例，关于平台企业缴纳职业伤害保险的缴费基数，可按照上海市上年度职工月平均工资的60%计算，缴费比例为1%。缴费比例参照《上海市工伤保险浮动费率管理办法》，根据职业伤害保险支缴率和职业伤害事故发生率等因素实行浮动费率，这样也有利于平台企业加强对新就业形态劳动者的劳动安全教育和提供必要的劳动保护。

当然在缴费比例上，也可以采取不同行业实行差异化处理的方式。例如，出行、外卖、即时配送、同城货运等新就业形态尽管都与交通风险相关，但不同行业出现职业伤害风险的概率不一样，可以通过大数据分析，针对不同的行业特点以及行业现有保障机制，合理设定职业伤害缴费比例。

3、限定职业伤害认定范围

传统工伤保险的基本原则难以适用于新业态从业人员，原因就

在于人格从属性的缺失。新业态从业人员可以随时随地在网络平台注册，借助移动互联网与平台企业交流信息，因此工作时间灵活，工作场所不固定，工作行为与生活活动混淆不分，平台企业不可能像传统雇主那样控制这些网约工作。如果将传统工伤保险的认定法则适用之，则会产生大量难以解释的悖论。[10]平台企业对新就业形态劳动者的管理属性有所弱化，不能照抄照搬工伤认定的标准，不得过于加大平台企业的用工主体责任。灵活就业人员缺乏“人格从属性”，在没有劳动关系约束的情况下适用工伤保险，结果将是“工伤”不在局限于劳动关系履行过程中的伤害，工伤保险的保障边界将无限扩大，甚至可能成为全社会各种劳动形态的总揽式人身保险，由此将产生极大的财务负担，病情只能由工伤保险基金和平台企业承担，这必然是不可持续的。[11]因此，在认定是否属于职业伤害时仅限于



“提供劳动或服务过程中”更为妥当。

对于“上下班途中”受到事故伤害的情形能否认定为职业伤害的问题，可以预见一定会有很大的争议。其实当年在《工伤保险条例》修订草案中，也曾把“职工上下班途中受到交通事故伤害”情形直接删除过，期间讨论和争议相当大。那么，新就业形态劳动者的上下班时间更加难以界定，从不完全符合确立劳动关系的情形角度而言，不予认定为职业伤害更为合适。



相比较《工伤保险条例》而言，建议新就业形态劳动者有下列情形之一的，可以认定为属于职业伤害：

(1) 在提供劳动或服务过程中，因工作原因受到事故伤害或意外伤害的；

(2) 在提供劳动或服务过程中，因极端恶劣天气原因患中暑、冻伤等职业病的；

(3) 在提供劳动或服务过程中，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的；

(4) 在提供劳动或服务过程中，见义勇为或抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；

(5) 法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。但是，新就业形态劳动者有下列情形之一的，不得认定为职业伤害：

(1) 故意犯罪的；

(2) 醉酒或者吸毒的；

(3) 自残或者自杀的。

新就业形态劳动者提供劳动或服务的相关证据是由平台企业掌握管理，因此，在职业伤害认定中的举证责任由平台企业承担。与此同时，平台企业应通过修改新就



业形态运行规则、完善互联网平台安全管理程序等措施，加强从业人员的安全管理，提供风险防范培训，实行超时工作接单限制等风险管控措施，切实履行职业伤害风险预防责任。

4、简化职业伤害认定流程

相比较工伤认定程序，建议职业伤害认定流程要简单、便捷，要符合新就业形态的用工灵活特点。建议新就业形态劳动者发生职业伤害的，平台企业应当自职业伤害发生之日起 15 日内，向职业伤害认定部门提出认定申请（遇有特殊情况，经报职业伤害认定部门同意，申请时限可以适当延长 15 日）。新就业形态劳动者或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日起 2 个月内，可以直接向职业伤害认定部门提出认定申请。平台企业未在规定的时限内提交职业伤害认定申请，职业伤害保险待遇由平台企业负担。

职业伤害认定部门应当在受理之日起 15 日内作出职业伤害认

定的决定（特殊情况经报职业伤害认定部门负责人同意，可以延长 15 日）。平台企业对职业伤害认定部门作出的认定结论不服的，如发生行政复议、行政诉讼的，行政复议和行政诉讼期间平台企业不停止对新就业形态劳动者支付或垫付医疗费用。

对于新就业形态劳动者的劳动能力鉴定，建议直接参照《工伤保险条例》规定和《劳动能力鉴定职工工伤与职业病致残等级》的标准执行。

5、固定职业伤害保险待遇

相比较工伤保险待遇而言，职业伤害保险待遇要考虑其工作时间的不固定性和人员流动性采取一次性固定金额理赔的方式更为合适，还是建议参照 2002 年上海颁布的《上海外来从业综合保险暂行办法》的相应做法执行。

建议由职业伤害保险机构向受到职业伤害的新就业形态劳动者支付如下保险待遇：（1）医疗费用：实际发生的符合国家和本市基

本医疗保险规定的抢救治疗职业伤害的医疗费用；（2）一次性职业伤害补助金：该补助金包括伤残补助金、伤残津贴、生活护理费、医疗补助金和职业伤害复发医疗费等各类费用；（3）辅助器具费用：经劳动能力鉴定机构确认符合配置辅助器具条件、确需配置辅助器具的费用。

对于新就业形态劳动者受到职业伤害死亡的，由职业伤害保险基金向其近亲属支付6个月上年度职工月平均工资的丧葬补助金、上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍的一次性职业伤害补助金。如还需要考虑支付供养亲属抚恤金费的，也建议采用一次性支付的方式，而不适用于按月支付。

在新就业形态劳动者因职业伤害需要治疗及休息期间，由平台企业向其支付生活费（最长不得超过12个月）。生活费标准建议按照上一年度职工最低工资标准或最低工资标准的80%执行。因为不具有劳动关系，平台企业不需要支

付新就业形态劳动者一次性就业补助金。

6、职业伤害保险理赔竞合

当出现新就业形态劳动者发生职业伤害的同时又出现第三人侵权竞合等情形的，建议明确新就业形态劳动者向第三人主张侵权赔偿的，并不能免除平台企业的职业伤害用工主体责任。在出现理赔竞合时，新就业形态劳动者可以同时主张职业伤害保险待遇和侵权赔偿。除了医疗费用、生活费（误工费）不得重复赔偿外，其他待遇新就业形态劳动者可以兼得。

同时，考虑到职业伤害保险理赔金额不足等原因，鼓励平台企业或合作方为新就业形态劳动者同时购买意外伤害商业保险，通过职业伤害保险与商业保险等多险种互补的方式进一步保障劳动者的权益。需要明确的是，平台企业或合作方购买意外伤害商业保险或雇主责任险等，并不能替代平台企业应当依法缴纳职业伤害保险费用的义务。

7、畅通职业伤害救济途径

建议组建新就业形态行业工会，通过行业工会来与平台企业进行集体协商，对新就业形态劳动者的劳动工时、劳动定额、劳动安全保障、职业伤害预防等劳动基准权益进行协商，形成公约或集体合同，监督平台企业履行用工主体责任。

对平台企业未履行职业伤害主体责任等情形的，行业工会、上级工会可以向平台企业上级主管部门或政府相关职能部门提出意见，责令改正。

对平台企业没有依法缴纳职业伤害保险费、瞒报劳动安全事故

等，建议通过立法明确将其纳入到劳动监察的监管范围。目前的新业态主要是“互联网+”模式，这更为其利用大数据监管提供了得天独厚的优势。从大数据的检测更易记录事故发生状况以及潜在的事故发生，这样有助于缓解传统劳动监管中容易形成瞒报或漏报的现象[12]新就业形态劳动者与平台企业产生的职业伤害保障赔付争议，建议参照《劳动争议调解仲裁法》及相关规定纳入劳动争议仲裁受案范围，通过行政或司法的手段来维护新就业形态劳动者职业伤害保障合法权益。

[1] 国家信息中心网，<http://www.sic.gov.cn/News/557/10779.htm>，2021年2月19日

[2] 胡京，《我国新业态从业人员职业伤害保障问题及其解决》，载于《广东社会科学》2020年第6期

[3] 中国政府网，http://www.gov.cn/zhengce/2020-02/05/content_5474884.htm，2020年2月5日

[4] 中国政府网，http://www.gov.cn/premier/2021-07/07/content_5623109.htm，2021年7月7日

[5] 人力资源和社会保障部网：http://www.mohrss.gov.cn//xxgk2020/fdzdgknr/zcfg/gfxwj/ldgx/202107/t20210722_419091.html，2021年7月22日

[6] 市场监管总局，http://www.samr.gov.cn/wljys/wlscjg/202107/t20210726_333060.html，2021年7月26日



[7]人力资源和社会保障部网：http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/dongtaixinwen/buneyao wen/rsxw/202108/t20210819_421063.html，2021年8月19日

[8]法制网：http://www.legaldaily.com.cn/Lawyer/content/2021-07/28/content_8565384.htm，2021年7月28日

[9]上海市人民政府网：<https://www.shanghai.gov.cn/xxzfgzwj/20210608/1645a7b95563499b9714e866ca77bde5.html>，2004-08-

[10] 姜宇，《新业态从业人员职业伤害保障的法理基础与制度构建》，载于《社会科学》2021年第6期

[11] 王天玉，《试点的价值：平台灵活就业人员职业伤害保障的制度约束》，载于《中国法律评论》2021年第4期

[12] 郝玉玲，《新业态从业员工工伤保护的难点与对策》，载于《中国劳动关系学院学报》2018年第6期



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

浙江农林大学法律硕士 实务导师

《劳动报》劳权周刊 专家点评律师

业务领域：劳动法、企业法律顾问、法律培训

联系方式：13917749521



他人代写的辞职报告，单位能否据此办理退工？

作者：李华平

《劳动合同法》第三十七条规定，劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。辞职权是劳动者择业自由权的一种体现，劳动者只要履行相应的预告手续，即提前30天通知单位（试用期内提前3天）即可解除劳动合同，无需得到用人单位的批准。无论用人单位同意与否，劳动者均可以在预告期满单方面解除劳动合同。哪怕是签订有服务期协议的劳动者，在服务期内提出辞职，只是承担违反服务期的违约责任而已，不影响其单方解除劳动合同的效力。

一般情况下，劳动者提出辞职，都是本人向用人单位通过书面形式提出。但是在实践中，有会出现辞职报告不是劳动者本人书写，而是由

他人代写并提交的情况，用人单位能否据此与劳动者解除劳动合同？他人代写的辞职报告，能否发生单方解除劳动合同的法律效力？一旦发生争议，裁判部门会如何认定呢？先来看两则案例：

案例一

2010年6月28日，高某要求单位同事为其代写辞职报告，辞职报告内容为：“本人高某因家中有事，不能继续为公司工作，故提出辞职，望公司给予批准。”同时让同事代交了7天的病假单。该辞职报告和病假单先后被放在单位收银柜台的抽屉内。单位电话要求高某确认是递交病假单还是辞职报告时，高某回答“随便”。7月6日，高某到单位办理了营业员退卡手续，并填写了《厂商自聘人员离

职申请单》，其中记载的离职理由为家中有事。7月9日，单位为高某办理了退工手续。7月14日，高某要求单位返还劳动手册。7月19日，高某经检查发现怀孕，于是高某拒绝收取单位通过快递交付的退工证明和劳动手册。7月26日，高某提出劳动争议仲裁申请，认为同事代写的辞职报告没有其本人的签字，不具有法律效力，要求与单位恢复劳动关系。该案经过劳动仲裁和法院审理。

案例二

2012年5月4日，付某在单位工作期间发生工伤。同年5月16日，单位申请工伤认定。医院为付某开具了5月7日至6月7日、6月6日至7月6日两张病假单，其中6月6日至7月6日的病假单付某于10月份补交给了单位。11月23日，作出因工致残程度十级的结

论。付某受伤后一直没有上班，付某要求单位支付其至11月23日停工留薪期工资。

单位则称，付某已经于2012年7月5日提出辞职，辞职报告是付某委托黄某写的，上面有黄某及付某当时部门领导的签字，黄某现已离职；付某事后以传真形式补给单

位辞职报告，但传真的原件已经找不到了。2012年7月9日，单位为付某办理了退工及社会保险转出手续。付某认为其没有主动辞职，

也没有委托他人代写辞职，根本没有传真过辞职报告，辞职报告上的签字与付某本人的签字相差很大。

以上两则案例，都是均是涉及到辞职报告是由他人代写的问题引发的争议，分别看一下法院的裁判理由。

针对案例一，法院认为

高某委托他人代为书写辞职报告，并先后与病假单放在单位的收银柜台的抽屉内，在单位电话要求高某确认递交病假单还是辞职报告时，未明确辞职报告并非其真实意思，嗣后不仅办理了退卡手续，填写了《厂商自聘人员离职申请单》，还要求返还劳动手册，综上所述事实，确认该辞职报告系高某的

真实意思表示。高某系自行提出辞职，故其要求与单位恢复劳动关系的诉讼请求予以驳回。



针对案例二，法院认为

黄某与单位之间存在利害关系，而且黄某及单位均没有提供相应的付某委托黄某的证据，同时单位无法提供辞职报告传真件的原件，且仅从一般人角度进行辨识，辞职报告上的“付某”签名字体与其他材料上付某本人的“付某”签

名完全不同。因此，在没有证据证明系付某辞职的情况下，单位于2012年7月9日为付某办理了退工及社会保险转出手续，单位单方解除劳动合同的行为明显违反法律规定，依法应承担违法解除劳动合同的法律责任。



从法院的裁判可以看出，由他人代写的员工辞职报告，能否认定辞职的效力，核心在于单位能否证明该辞职行为是员工本人的真实意思表示。如果能够证明是员工本人的真实意思表示，则可以认定；反之，则用人单位需要承担违法解除劳动合同的法律后果。

他人代写辞职报告的行为，实质上是一种代理行为，代理行为是否有效，则要来判断其是否有相应的代理权利，这涉及到辞职代理行为的效力认定等相关法律问题。

首先，辞职行为，能否由他人代为实施。《民法典》第161条规定，民事主体可以通过代理人实施民事法律行为。依照法律规定、当事人约定或者民事法律行为的性质，应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。

法无禁止即可为，我们国家法律上并没有要求劳动者提出辞职，只能由本人亲自实施，不得由他人代理。是否有当事人的约定呢？假如某用人单位和劳动者有诸如“劳动者辞职只能本人亲自提出，他人不得代为提出”的明确约定，本着意思自治的原则，该约定不违反法律规定，则约定优先。

辞职行为属不属于民事法律行为的性质不得代理的行为呢？不属于。依照民事法律行为的性质不得代理的行为，主要是指人身专属性的行为，具有严格的人身性质，如婚姻登记、收养子女等行为。显然，如果用人单位和劳动者没有明确的约定不得他人代理辞职的情形外，他人的代理行为是可以实施的。

其次，他人代为辞职，是否事先取得委托代理权限。《民法典》第165条规定，委托代理授权采用书面形式的，授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期限，并由被代理人签名或者盖章。委托代理并没有禁止



口头委托，但是从法条的导向性来看，希望委托代理采用书面形式。事实上，口头委托的举证相当困难。因此，如果劳动者出具了授权委托书，委托权限有代为提出辞职、办理相关离职手续等内容的，代理人持授权委托书向用人单位代为提出辞职的，则辞职行为有效。实践中，有书面授权委托书的，也几乎不会发生争议。

再次，他人代为辞职，是否存在劳动者事后追认情形。《民法典》第171条规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。他人代为辞职，虽然没有事先取得委托授权，并不是说该代理行为无效，而是在劳动者追认前处于效力待定的状态，当劳动者事后追认的，则该代理行为有效。

前述案例一中，高某委托他人代为书写辞职报告，并没有向单位提交授权委托书，而是在提交他人代写的辞职报告之后，高某前往单

位办理退卡手续，填写的《厂商自聘人员离职申请单》，高某的这些行为，实质上就对他人代为辞职的委托行为的追认，以行为的方式予以确认他人代为提交辞职系高某真实意思的表示。

追认的意思表示，可以是明示，也可以是默示。《民法典》第140条规定，行为人可以明示或者默示作出意思表示。明示是最为常见的意思表示方式，默示往往是指通过行为的方式作出意思表示。例如案例一中，如果高某认为他人代写的辞职报告不是自己真实意思表示，则自己不可能主动办理退卡手续，以及填写离职申请单，也不可能病假单期满后没有请假而不去正常上班。高某是以默示的方式作出意思表示的。

反观案例二，当付某提出没有委托黄某提出辞职，单位的辩解是说嗣后付某通过传真的方式进行了追认，补了本人的辞职报告。但是在举证过程中又无法提供传真原件，显然单位需要承担举证不能



的不利后果。假如，单位能够提出后续付某确实补了相应的辞职报告，则结果完全不一样。也许有的人会说，付某不是也没有去单位上班吗，也没有提交请假单？这个不能算追认吗？这里有一个重要的细节是，付某是发生了工伤，尚处于停工留薪期内。从常理来判断，付某发生骨折，已经被认定为工伤，在伤残等级鉴定结论尚未作出之前，在工伤理赔没有完毕前，自己主动提出辞职的可能性极小。

最后，他人代为辞职，是否存在表见代理的情形。《民法典》第一百七十二条规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。他人代为辞职，能否构成表见代理，核心在于“有理由相信”其代理权。

关于表见代理，必须在代理行为的外观上存在使相对人相信行为人具有代理权的理由。这样包括两个方面：一是存在外表授权，即

存在有代理权授权的外观，代理行为在外在表现上足有相对人相信行为人有代理权的事实。例如持有空白合同书或者其他能够证明其有代理权的证明文件；二是相对人对行为人有代理权形成了合理信赖。

实践中通常会遇到一种较大争议情形，就是家属代写的辞职报告，是否直接构成表见代理。个人认为，需要分不同的情况考量，不能一概而论。首先要解决一个最核心的问题，就是为什么劳动者本人不提交辞职报告，需要家属来代写？单位是否知晓劳动者不能提交辞职报告的原因？如何去判断家属代写的辞职报告是劳动者本人的真实意思表示？难道仅仅因为只要是家属代写的，就有理由相信是劳动者本人的真实意思表示？个人认为，用人单位和劳动者建立劳动关系，在劳动者事先没有委托，事后也无追认的情形下，仅仅因为是家属提交的辞职报告即直接归为表见代理是不合适的。



作为用人单位而言，一般情况下有理由相信的是劳动者提出辞职是会由自己作出，而不是需要家属来代写。因此只有用人单位在真正了解了劳动者本人的真实意思表示的前提下，才有可能认可家属代写的辞职报告。而用人单位要真正了解劳动者的本人真实意思表示，不外乎是要么有劳动者的授权委托，要么有劳动者的事后追

认，而不仅仅是因为他们是家属。事实上，如果有委托，或有追认，本身也就不是表见代理了。



综上，对于他人代写的辞职报告，能否发生辞职效力，简言之就是该辞职报告是否是劳动者本人的真实意思表示。作为用人单位而言，为了避免引发争议，尽可能要求劳动者本人书写提交辞职报告，当出现他人代写情形的，则需要劳动者提供相应的授权委托或进行相应追认，不能仅仅想当然的认为“有理由”相信就直接办理解除劳动合同手续。



未履行报告义务，可否拒付竞业限制经济补偿？

作者：王余婷

竞业限制是用人单位与劳动者之间约定的义务，有关竞业限制的权利与义务的内容依约定履行，当然该约定也不得违反法律法规强制性的规定。在《劳动合同法》及《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）》的规定中，我们是看不到有关用人单位在劳动者离职前或离职时需通知劳动者履行竞业限制义务，劳动者才需履行竞业限制义务、劳动者在离职时需向用人单位确认其是否需履行竞业限制义务，如未确认的，则用人单位无需支付竞业限制经济补偿及劳动者离职后，需向原用人单位报告其就业情况或提交新就业所签署的劳动合同、社保记录等条款的。

正是因为竞业限制是约定义务，因而在用人单位与劳动者之间所签署的《竞业限制协议》中有关竞业限制的权利与义务条款中就会出

现五花八门的内容。笔者曾写过一篇《两则判决：公司未书面通知，员工无需履行竞业限制义务！》的文章，在该文中就讨论了，如在《竞业限制协议》中明确规定用人单位需书面通知劳动者履行竞业限制义务，如未通知的，劳动者是否需履行竞业限制义务的问题。如大家对该文章有兴趣可以点击链接进行查看。

用人单位除给自己设定“通知义务”外，有些用人单位在所拟定的《竞业限制协议》中还会明确：“劳动者离职后需向用人单位报告其就业情况”。本文就与大家探讨一下，《竞业限制协议》中约定了“报告义务”，如劳动者未履行报告义务的，用人单位是否可拒付竞业限制经济补偿或直接认定劳动者违反竞业限制义务。

一、履行报告义务以约定为前提

因劳动者违反竞业限制义务的行为具有较强的隐蔽性，有时用人单位很难证明劳动者违反竞业限制义务，因而，很多用人单位在拟定《竞业限制协议》时，就会在协议中明确劳动者在竞业限制期间内负有“报告义务”。

有些用人单位这样规定：“在竞业限制期间内，劳动者应向用人单位报告其就业及任职情况，否则用人单位有权不支付当月的竞业限制补偿费；如用人单位发现劳动者隐瞒信息或提供虚假信息，则劳动者应当承担违约责任。”有些用人单位这样规定：“劳动者自离职

次日起，在竞业限制协议有效期内，于每月10日前以书面形式向用人单位报告竞业限制义务履行情况，用人单位自员工离职次日起，于每月15日向员工支付竞业限制补偿金。”还有些用人单位这样规定：“劳动者在竞业限制期限内，每个季度初通过面谈、电话或函件等方式，向用人单位报告近期工作单位、证明人及联系电话，如不报告的，用人单位将暂停发放当月的竞业限制经济补偿，劳动者仍应遵守竞业限制的全部义务。”

在《劳动合同法》等相关法律法规或司法解释中，并未规定劳动



者具有该报告义务，因而此义务属约定义务，并非法定义务。如用人单位与劳动者之间所签署的《竞业限制协议》中并未规定报告义务的，则用人单位单方通知劳动者要

求其递交相关新就业情况资料、面谈等，是比较困难的，劳动者是完全可以不予理睬的。因而，建议用人单位在拟定《竞业限制协议》时将报告义务纳入到协议中。

二、能否以未报告为由拒付竞业限制经济补偿

很多用人单位在设定“报告义务”时规定：“在劳动者离职后遵守竞业限制义务及相应报告义务的前提下，用人单位在劳动者离职后的竞业限制期限内按月向劳动者支付竞业限制经济补偿。”但有时，劳动者离职后根本就不按照《竞业限制协议》所约定的报告义务向原用人单位履行报告义务，将其新入职的用人单位及相关的资料递交给原用人单位。

对于原用人单位的电话、微信或《律师函》的等催告置之不理的情况时有发生，此时，原用人单位能否以劳动者未履行报告义务为由进行抗辩，不支付竞业限制经济补偿呢？通过检索相关的判决，江苏省苏州市中级人民法院所审理的二审案件，案号为（2019）苏05民终11478号，该二审判决撤销了

一审判决并进行了改判。二审法院认为：“根据双方竞业限制协议明确约定，公司应在竞业限制期间内支付竞业限制补偿，同时员工有义务按月向公司书面汇报其履行和遵守本合同项下竞业限制义务的情况。员工若未能正确履行前述竞业限制报告义务，公司有权立即暂停支付竞业限制补偿直至员工在十五个工作日内完全纠正该等行为。如果员工在十五个工作日内仍未能按要求完全纠正该等行为，则视员工已经实质性违反本合同项下竞业限制义务。该协议对劳动者履行竞业限制义务是有要求的，当劳动者履行了协议约定的义务后才能享有公司给付竞业限制补偿金的权利。权利与义务是统一的，义务是享有权利的基础。根据“谁主张，谁举证”的原则，董某主张



公司给付竞业限制补偿金，但未能提供充分有效的证据证实其全面、恰当地履行了竞业限制协议所约定的义务，且根据协议其已经实质性违反竞业限制义务，故其主张公司给付竞业限制补偿金的请求，缺乏事实依据，本院碍难支持。”该判决是持支持的观点，其理由在于“权利与义务相统一”的原则，给与竞业限制经济补偿是以履行报告义务及竞业限制义务为前提的。同样的，浙江省义乌市人民法院审理的（2020）浙 0782 民初 12916 号案件，也是持上述的观点。

但在有些案件中，原用人单位是很难证明劳动者违反竞业限制义务的，如上述案件中原用人单位未证实劳动者确实已违反竞业限制义务，仅存在劳动者未履行报告义务的情况下，是否会支持原用人单位的主张，无需支付竞业限制经济补偿呢？因与竞业限制相关的法律法规或司法解释中对此并未作出规定，笔者通过检索判决发现，几乎都是持否定观点的，不支持原用人单位仅以劳动者未履行

报告义务为由拒付竞业限制经济补偿。甚至有观点认为“未报告可拒付竞业限制经济补偿的条款中因报告义务非法定义务，系加重了劳动者的义务，免除了用人单位的法定责任的条款，该条款无效。”

笔者认为上述观点是值得商榷的，当《竞业限制协议》中对报告义务有约定时，实际劳动者按照约定履行报告义务，本身是其履行竞业限制义务的一部分，且该报告义务并未加重劳动者的义务，其只是将相关的新就业情况告知原用人单位而已，是非常便捷的，可操作的。如劳动者未履行报告义务，且原用人单位无法提供证据证明劳动者确实已违反竞业限制义务的，笔者是不赞同用人单位直接不支付竞业限制经济补偿的，且原用人单位还会存在风险，因用人单位原因导致未支付竞业限制经济补偿超过三个月的，劳动者是可单方解除竞业限制协议的。在出现未按时报告情况时，用人单位应及时进行催告，多次催告，并保留相关证据，同时，建议用人单位在《竞业

限制协议》中约定，如劳动者违反竞业限制义务的，需向用人单位返还已支付的竞业限制经济补偿。

在《竞业限制协议》中有约定报告义务情况下，且原用人单位已有初步证据证明劳动者频繁进入具有竞争关系的企业或对外以具有竞争关系的企业从事相关工作等，此时“举证责任转移”，裁审部门应要求劳动者提供相关的新入职资料，如：劳动合同、社保记

录、银行记录等资料，以证明其是“清白”的。这也是劳动者诚实守信，全面履行双方所签署协议中约定报告义务的表现。



三、可否直接认定为违反竞业限制义务

从举证角度而言，用人单位对劳动者违反竞业限制义务需承担举证责任，证明劳动者到其具有竞争关系的用人单位工作或开设与原用人单位具有竞争关系的企业等违反竞业限制的行为。如在《竞业限制协议》中约定：“劳动者未按约定履行竞业限制义务的，属违约，应向用人单位支付违反竞业限制义务的违约金。”

笔者认为此“视为条款”的效力是存在问题的，不能用一种假设进行推定，假设劳动者未履行报告义务的，就属违反竞业限制义务，

不报告就等于违反竞业限制义务。在上海市徐汇区人民法院审理的案号为(2020)沪0104民初14108号案件中，腾讯公司认为高某在竞业限制期内不按约定汇报就业及任职信息的行为，即构成了违约，应承担相应的违约责任，腾讯公司无需就高某在竞业限制期内的工作情况承担举证责任。法院经审理认为：“高某与腾讯公司签订的《竞业限制协议》约定高某承诺在竞业限制期内告知腾讯公司其就业等情况，高某实际未履行该告知义务，但腾讯公司主张未按约告知

即构成违反竞业限制义务，缺乏法律依据，本院不予采信。”该判决就直接否定了视为条款的效力，原

用人单位还是应从违反竞业限制义务的证据着手，证明劳动者确实已存在违反竞业限制义务的行为。

综上，审判实践中对于竞业限制协议中的“报告义务”还是存在不同观点的，但笔者还是建议用人单位在协议中添加此条款，做到“有备无患”，另外，如原用人单位发现劳动者存有违反竞业限制义务的迹象时，应及时取证，并应及时向劳动者发送书面通知或《律师函》进行催告，要求劳动者按照双方之间的约定履行报告义务。小小的报告义务就有这么多值得研究的问题，可见竞业限制无小事，事关企业商业秘密，协议条款是关键。

作者：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

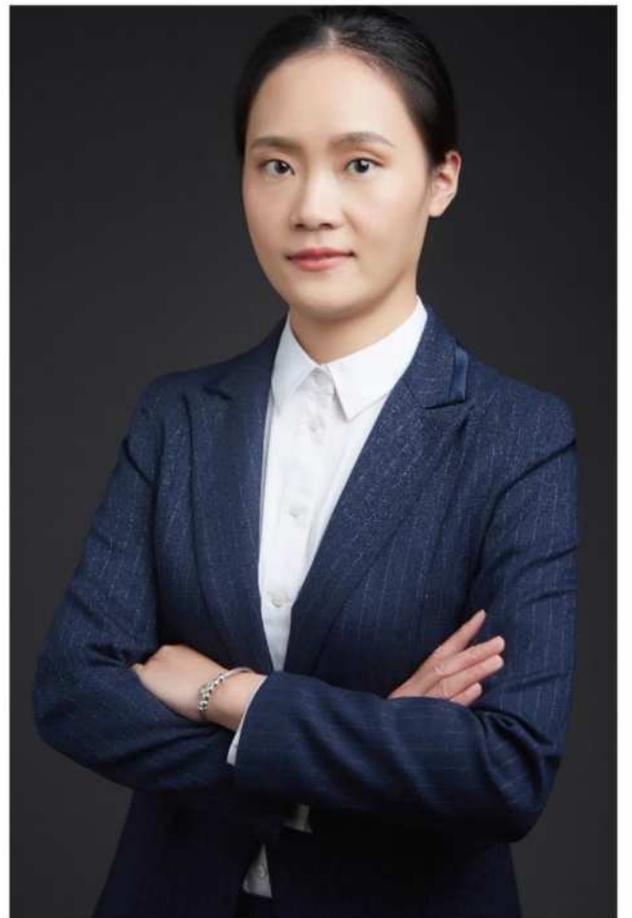
委员会 委员

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：13641834607





年休假超过一年未休视为自动放弃，约定有效吗？

作者：谢亦团

案情简介

2008年12月15日，王某入职一家置业公司，担任公司高级人力资源经理，双方签订了多份劳动合同，2014年12月15日，双方续签无固定期限劳动合同。王某同时签收了公司的《员工手册》，该手册约定：“在合同期内，员工当年度没有使用完成的年（休）假可以带转至下一个年度，并须在下一个合同年度内使用完毕，如因员工自身原因未能使用的年假，视为自动放弃”。

2019年5月20日，公司以王某存有严重违纪行为，违反其公司规章制度为由，解除了双方的劳动合同关系，并对剩余假期进行了结算，总金额为29526.40元（按王某离职前十二个月平均工资数额27500元/21.75天/8小时*312小时*200%计算而来，其中有200小时属于2018年之前的未休年休假）。公司主张误将王某2018年以前未休年休假累积部分予以结

算,造成多向王某支付63218.39元未休年假工资报酬,要求王某返还,遭到王某的拒绝。

公司于是申请劳动仲裁,要求王某返还多支付的年假工资63218.39元。

裁判结果

该案经过仲裁、一审、二审,最终都驳回了置业公司的请求。

律师评析

本案的主要争议焦点是,公司以双方在员工手册中约定,未休年假未在当年度休完,视为自动放弃是否有效;公司对于王某未休年假进行支付后,还能否要求撤销。

一、年假可跨1个年度安排是对单位履行安排休假义务的放宽,不应理解为对劳动者享受年假权利额限制。

根据《职工带薪年休假条例》第五条第二、三款规定,年休假在1个年度内可以集中安排,也可以分段安排,一般不跨年度安排。单位因生产、工作特点确有必要跨年度安排职工年休假的,可以跨1个年度安排。单位确因工作需要不能安排职工休年休假的,经职工本人同意,可以不安排职工休年休假。对职工应休未休的年假天数,单

位应当按照该职工日工资收入的300%支付年假工资报酬。可见,年假可跨1个年度安排是对单位履行安排休假义务的放宽,不应理解为对劳动者享受年假权利的限制。

二、用人单位未安排劳动者休年假的,应当按照日工资收入的300%(包含已支付的出勤工资)支付未休年假工资。

根据《职工带薪年休假条例》第五条规定,单位根据生产、工作的具体情况,并考虑职工本人意愿,统筹安排职工年休假。年休假应当由用人单位主动进行统筹安排;劳动者提出申请休假的,用人单位有权根据自身的需要作出是否同意休假的决定。由此可知,即使劳动者没有提出休年假,用人单位没有主动安排的,也

不能推定劳动者放弃休年休假的权利。用人单位仍然应当按照该职工日工资收入的 300% 支付年休假工资报酬。

当然，如果用人单位主动安排劳动者休年休假，劳动者书面提出不休年休假的，根据《企业职工带薪年休假实施办法》第十条第二款规定，可以只支付其正常工作期间的工资收入，而不用按照日工资收入的 300% 支付年休假工资。

三、用人单位与劳动者约定年度内未休法定年休假视为自动放弃，属于排除劳动者权利，免除用人单位义务条款，系无效的。

劳动者只要符合享受法定年休假的条件，进入用人单位后就可以享受年休假待遇，这属于劳动者的法定权利，用人单位的法定义务。用人单位通过约定当年度未休视为劳动者自动放弃属于免除用人单位义务，排除劳动者权利的行为。根据《劳动合同法》第二十六条第二项规定，下列劳动合同无效或者部分无效：（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者

权利的。由此可知，该约定是无效的，在法律上是禁止的。

本案中，公司虽然主张王某系高级人力资源经理，是年休假制度的制订者，对使用规则完全是熟悉的，自己没有主动申请视为自动放弃。但公司并未能举证已主动安排其年休假，也没能证明王某书面放弃年休假时，公司主张王某已自动放弃年休假没有法律依据。

四、劳动者与用人单位就支付工资报酬、加班费、经济补偿金等达成协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。

原《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第十条规定，劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。



本案中，公司已与王某就未休假期进行了结算，并已实际支付，视为双方对于王某未休假期达成一致。该合意并不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形。因此，即使王某 2018 年以前累计未休年

休假已过 1 年仲裁时效，但公司在 2019 年办理离职手续后仍然进行了结算，视为对诉讼时效权利的放弃。

最终，公司要求王某返还多付的年休假工资并未得到仲裁机构的支持。

作者：谢亦团

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方劳动法律服务部 主任

上海律协劳动与社会保障业务

研究委员会 委员

上海市徐汇区公共法律服务中心

值班律师

上海市普陀区人民法院 特邀调解员

上海市闵行区职工维权志愿团 成员

专业领域：劳动法、合同法

联系方式：13585507739



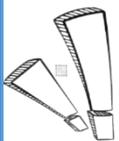


《个人信息保护法》第 13 条之规定，企业 HR 不可不知！

作者：李华平

2021 年 8 月 20 日，全国人大常委会通过《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》），该法将于 2021 年 11 月 1 日起施行。对于企业 HR 来讲，最为关注的当然是员工个人信息的处理与保护问题。

作为用人单位而已，处理员工个人信息的边界在哪里？是否需要征得员工事先同意？企业在收集、存储以及使用员工信息过程中，需要遵循哪些基本原则？这些在《个人信息保护法》规定的内容，作为企业 HR 必须了解与掌握。



对于企业 HR 来讲，《个人信息保护法》第十三条规定内容最为重要，不可不知！



法律规定

《个人信息保护法》第十三条规定，符合下列情形之一的，个人信息处理者方可处理个人信息：

（一）取得个人的同意；

（二）为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需；

（三）为履行法定职责或者法定义务所必需；

（四）为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需；

（五）为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，在合理的范围内处理个人信息；

（六）依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息；

（七）法律、行政法规规定的其他情形。

依照本法其他有关规定，处理个人信息应当取得个人同意，但是有前款第二项至第七项规定情形的，不需取得个人同意。

《个人信息保护法》第十三条怎么理解？《个人信息保护法》确立了“告知—同意”为核心的个人信息处理一系列规则，要求处理个人信息应当在事先充分告知的前提下取得个人同意。同时，考量到经济社会生活的复杂性和个人信

息处理的不同情况，对第十三条第一款第二项至第七项，作了但书规定，处理个人信息不需要取得个人同意为前提作为例外。

注意，《个人信息保护法》第十三条第一款第二项，即“为订立、履行个人作为一方当事人的合同



所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”情形，是不需取得个人同意的。

因此，对于企业 HR 来讲，需要了解《个人信息保护法》规定当因为“订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需”时，处理员工个人信息是不需要征得员工同意的。常见的情形有，当企业和员工签订劳动合同，企业要求员工提交劳动手册、离职证明、个人身份证明、学历证书、资格证明、家庭地址、联系方式等涉及员工个人信息的相关资料、证书等，员工有义务提供，无需以征得员工同意为前提。

《劳动合同法》第八条规定，用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。可见，用人单位要了解劳动者与劳动

合同相关的基本情况，必然要会涉及到劳动者的个人信息甚至个人隐私内容。作为与用人单位建立劳动关系的劳动者一方，应当如实说明，不得隐瞒或拒绝。可见，《个人信息保护法》在用人单位和劳动者订立劳动合同时对于员工个人信息的处理规定保持了一致性。

企业 HR 更需要了解和掌握的是，《个人信息保护法》规定，“按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”情形也无需取得员工同意。确实，用人单位和劳动者之间存在管理与被管理的关系，在企业实施人力资源管理过程中，不可避免的会涉及到员工的个人信息或个人隐私，如果都需要事先征得员工同意为前提，那管理的效率和效果都难以实现。

与此同时，为了实现企业人力资源管理的用工自主权与保护员工个人信息之间的冲突与平衡，《个人信息保护法》在尊重企业用工自主权的同时强调了管理依据的程序民主要求，即依照劳动规章



制度或集体合同来实施管理权和依法处理员工个人信息。

《劳动合同法》第四条规定，直接涉及劳动者切身利益的劳动规章制度，是用人单位经过与职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见后与工会或者职工代表平等协商确定的。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。可见，由于企业的劳动规章制度是通过民主程序制定的，对员工具有约束力。那么，企业在依据规章制度对员工进行管理过程中，涉及到处理员工个人信息情形的，也无需征得每一位员工的同意为前提。例如，企业在制定考勤管理制度时，决定采用电子考勤的，需要采集全体员工的指纹，企业在处理该员工个人信息时，并不需要事先取得员工的同意，而员工则有义务配合企业，接受企业的管理。

《劳动合同法》第五十一条规定，企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作

时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。由于集体合同也是职工一方与企业平等协商确定的，对企业和全体员工均有约束力。企业依照集体合同进行相应的人力资源管理，涉及到处理员工个人信息情形的，同样无需征得每一位员工的同意为前提。例如，依据集体合同，在涉及到为员工安排健康体检等疗休养福利过程中，也可能会涉及到员工的个人信息甚至个人隐私，员工也同样应当配合。

当然，无论是“订立、履行合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”之情形，都特别强调了“必需”二字，即处理个人信息的“合法、正当、必要、诚信及最小化利用”要求，不得过度处理，采取对个人权益影响最小的方式。

另外，《个人信息保护法》第二十九条规定，处理敏感个人信息



应当取得个人的单独同意；法律、行政法规规定处理敏感个人信息应当取得书面同意的，从其规定。那么，是不是企业在处理涉及员工指纹、人脸识别等生物识别、医疗健康、行踪轨迹等敏感信息时，是不是要必须也要取得员工个人的单独同意？

再回过头来看一下《个人信息保护法》第十三条第二款之规定，“依照本法其他有关规定，处理个人信息应当取得个人同意，但是有前款第二项至第七项规定情形的，不需取得个人同意。”可见，“依照本法其他有关规定”显然包含了《个人信息保护法》第二十九条。所以说，《个人信息保护法》第十

三条第一款第二项至第七项，就是处理个人信息不需要取得个人同意的例外情形，不管该个人信息是否属于敏感信息。因此，《个人信息保护法》第二十九条并不是优先适用条款。

对于企业 HR 来讲，作为企业 HR，需要掌握的就是员工的个人信息是否属于订立和履行劳动合同所必需，企业的规章制度或集体劳动合同有无纳入和明确规定，这才是在人力资源管理过程中处理员工个人信息的合法前提。因此，进一步完善企业劳动规章制度和集体合同内容势在必行，不然《个人信息保护法》给了企业“尚方宝剑”，企业也只能一声叹息。

总之，企业因为为订立、履行劳动合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需，处理员工个人信息无需取得员工同意，这是合法的情形，但是同样需要严格遵守《民法典》和《个人信息保护法》中规定的信息处理规则，履行保护员工个人信息义务。



劳动者“待命时间”的认定难题

作者：郑华、李书静

待命时间是劳动者受到用人单位明示或默示等指令和要求、由用人单位管理和支配、随时具有劳动可能性，但工作饱和度及工作强度明显低于正常工作时间的的时间间隔。实务中，工作种类繁多复杂，部分劳动者的工作性质较为特殊，如医务人员待命急诊、保安人员在传达室值班等。作为正常工作与休息时段的中间状态，待命时间的法律性质认定将影响劳动报酬的计算，导致劳资关系中工伤等劳动问题的认定困难。

本文以实践中的真实案例为依据，对待命时间的法律性质与司法问题进行初步探究和梳理，寻求维护劳动者合法权益与兼顾劳资双方利益平衡的有效方法，以期构建更加和谐健康的劳动关系。



一、案例梳理与问题提出

	案号	判决书	审理法院	裁判摘要
1	(2021)浙07民终598号	张孝成、义乌稠州医院劳动争议、人事争议二审民事判决书	浙江省金华市中级人民法院	张孝成虽全天24小时吃住在单位，但医院已在工作场所配备了必要的休息设施，且每班安排两名驾驶员从事急救车出车工作，张孝成的实际出车工作强度并未造成无法休息的情况，再考虑急救行业的工作特殊性，法院认为扣除必要的吃饭休息时间后，上48小时休48小时的工作制度不存在延长工作时间超时工作的情况。
2	(2021)京01民终1625号	苗宏举与北京瑞鑫安泰物业管理有限公司劳动争议二审民事判决书	北京市第一中级人民法院	关于延时加班工资，苗宏举的工作岗位具有值班性质，存在特殊性，其在工作期间，大量时间处于等待状态，且等待期间可以休息，此期间工作处于不饱和状态，因此将该岗位待命时间完全等同于普通职工的工作时间明显不合理。
3	(2021)湘02民终155号	李时丰、醴陵市聚诚和信息科技有限公司劳动争议二审民事判决书	湖南省株洲市中级人民法院	原告在入职前对该行业的特殊工作模式是明知的，外卖骑手的工作时间包括外出送餐时间和待命时间，其提供的服务为餐饮产品的配送，在不进行外送待命的情况下，原告仍然享有保底工资，其多付出的劳动通过提成形式予以体现
4	(2021)吉02民终366号	吴斌与吉林安泰护卫有限责任公司劳动争议二审民事判决书	吉林省吉林市中级人民法院	吴斌从事的押运工作每天有长时间的休息待命时间，该时间段内虽然需要服从安泰护卫公司的管理，但并没有固定的工作内容。因此，吴斌所称的“加班时间”是工作内容决定其提供劳动的时间不同于其他岗位，故不属于法律规定应当另行给付劳动报酬的“加班时间”。
5	(2020)粤0606行初138号	佛山市南海恒迅物业管理有限公司与佛山市南海区人力资源和社会保障局、佛山市南海区人民政府、何锦锋劳动和社会保障行政管理（劳动、社会保障）一案行政一审判决书	广东省佛山市顺德区人民法院	何建章是在上班待命时间、在待命地点突发疾病，并在四十八小时之内经抢救无效死亡。在待命时间内，劳动者虽没有提供实际劳动，但其是基于用人单位的利益、听从用人单位的指令产生和存在的，因此待命时间并非劳动者完全自由支配的时间，应属工作时间范畴。

通过表格中案例，我们可发现，由于当前我国法律法规中缺乏对待命时间是否属于工作时间的统一规定，各地法院在审理涉及待

命时间的劳动争议案件时，存在同类案不同判、态度明显不一或矛盾的情况。此种现象在扩张各地法院自由裁量权的同时，也挑战着司法



权威。随着劳动争议案件量逐渐增加、争议类型日渐复杂，为了维护司法权威、保障劳动者权益，对待命时间做出法律性质的界定确有必要。



二、概念界定与观点展示

（一）域外观点

在对劳动者的待命时间是否属于工作时间之认定上，域外的司法判例与学理解释各不相同，但区分标准大多依赖“劳动者是否处于工作场所中”。当劳动者处于劳动场所中，德国法律强调劳动者在待命时间是否保持连续注意状态，即值勤时间与候传时间通常需保持连续注意状态，可认定为工作时间，但备勤时间则一般视为休息时间，除非劳动者切实履行工作；欧洲法院基本确立了“工作场所”的认定标准，即只要劳动者在工作场所待命，均可视为工作时间；英国在判例法中基本遵循“工作场所”的认定标准，但又形成本国特色的“义务标准”，即考察劳动者在待

命时间内的义务状态是否紧急、工作强度是否与正常工作内容一致、工作是否连续等；美国依赖本国最高法院 1944 年两个典型判例的观点——待命时间内工作内容是为雇主还是雇员的利益。

（二）国内观点

我国劳动法中对待命时间是否属于工作时间未作明确解释，但诸多地方性规定对该问题进行了具备参考性的解答。《江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》（2009 年 12 月 14 日）第 24 条第 2 款：“对劳动者工作时间长，但劳动强度与工作时间明显不一致的；或者长期处于等待状态且等待期间有休息场所可以休息、完



全认定为工作时间明显不合理的，在认定时可以根据用人单位规章制度或者劳动合同的约定，对工作时间进行合理的折算。”该款内容将待命时间可以视为正常工作时间的延长，但须根据约定或规章制度进行折算。

《惠州市中级人民法院、惠州市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件若干问题的会议纪要》（2012年6月20日）第23条：“对于在岗时间较长、劳动强度不大、工作时间灵活或间断性、具有提成性工资性质等特殊行业岗位，应当充分考虑上述岗位的工作性质和当地劳动力价格水平，且尊重该行业和岗位工资支付的行规惯例，对于劳动者主张在标准工作时间以外的加班工资，从严掌握。”该条内容对待命时间认定为工作时间进行了严格限定，不仅要充分考虑当地劳动力价格，还需综合考量行业惯例，给予审理法院严格裁量权。

《上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解

答》第3条：“（一）以下情形中，劳动者要求单位支付加班待遇的，劳动争议处理机构不予支持：1、因单位安全、消防、假日等需要担任单位临时安排或制度安排的与劳动者本职工作无关的值班；2、单位安排劳动者从事与其本职工作有关的值班任务，但值班期间可以休息的；（二）上述情形中，劳动者可以要求单位按照规章制度、集体合同、单项集体协议、劳动合同或惯例等支付相应待遇。”该条内容对劳动者值班待命时间原则上不认定为工作时间，对要求支付加班费的不予支持，但同时，对于值班或待命时间的待遇也规定了“有约定从约定”标准，即可依据单位规章制度、集体合同、惯例等主张相应的待遇，如：调休、发放一定补贴等。

此外，学界对待命时间是否属于工作时间也有多种声音，主要从“劳动者空间与时间上自由支配权”、“劳动合同中所约定的劳动性质”等判定因素进行讨论，即无

论劳动者是否处于工作场所，若其自由支配行为的限度极小，仍应将待命时间认定为工作时间；此外，待命时间法律性质的确定还取决于劳动者在待命期间所从事劳动

的性质，若劳动者在待命期间从事的是劳动合同所约定的工作内容，则应当认定为工作时间，若从事与劳动合同中约定的劳动义务无关的工作，则应当认定为休息时间。

三、总结与提议

我国司法对于待命时间的认定尚未形成统一标准，但通过地方中高级法院关于劳动争议案件适用法律的意见，并结合案件判决，司法实务中逐渐形成注重“工作强度”的倾向，笔者认为对于认定标准还是应当进行综合判断。

支配限度可以作为工作时间的综合判定标准。只有在工作内容基本趋近于劳动者与用人单位所签订劳动合同中的约定工作内容、工作强密度不明显低于正常工作强密度且劳动者对待命时间的自主支配力较小（如不能随意离开，不能长时间做与工作无关的事）以上条件均满足时，待命时间才可被认定或折算为工作时间，因此而产生的加班费用或被认定为工作时间的待命时间内发生的工伤争议等才应纳入劳动争议保护范畴予以处理。

1、确立综合判断标准

仅仅通过区分劳动者的工作场所来判断“待命时间”是否属于工作时间未免过于简单，尤其在新冠疫情发生后，多数用人单位陆续采取支持劳动者居家办公的工作模式，劳动者更换工作场所，通过线上模式完成劳动合同中的义务已不罕见。因此，判断“待命时间”是否属于工作时间仍需引入多种因素，笔者认为，待命期间，劳动者的工作内容、工作强密度与自主

2、确定约定优先原则

在面临此类需劳动者值班、睡班、长时间待命性质工作的用人需求时，用人单位应当以保护劳动者合法权益为前提，提前与劳动者协



商确定工作时间、工时制度、“待命时间”如何认定折算待遇等，并将约定内容事先写入规章制度、劳动合同、集体合同中，由双方协商一致并签字盖章，使其具备效力。当双方发生争议时，可以依照约定来判断是否折算待命期间为工作时间来计算劳动报酬，或应以其他津贴形式对劳动者进行保护，避免后续讼累。

3、系统完善工时制度

随着社会发展，用工模式也不断变化，现行劳动法律法规在应对新型用工模式时可能会出现不适

应的情形，对于不定时上班、待命时间较长易引起争议的工作类型，进行工时制度的完善和创新，不仅能够促进用人单位规章制度的完善，还有利于保障劳动者的权益。工作时间是劳动关系的基点，却也是劳动者实现个人价值、追求家庭幸福、做出社会贡献的起点。在劳动法、社会保险法等制度的框架内，应探寻不同用工类型和不同劳动者工时保护规律的差异性，来系统完善我国的工作时间制度，对此类争议问题做出有效回应。



沪上首份《电子劳动合同操作指引》新鲜出炉，最新解读驾到！

作者：李华平

2021年8月19日，闵行区人力资源和社会保障局、区行政服务中心共同发布《闵行区用人单位与劳动者订立电子劳动合同操作指引》（以下简称《操作指引》）。这是沪上首份政府部门发布的有关电子劳动合同的操作指引，为闵行区人社局点赞，《操作指引》逐条解读如下：



《闵行区用人单位与劳动者订立电子劳动合同操作指引》

一、电子劳动合同定义

1.1 电子劳动合同是指用人单位与劳动者经协商一致，以可视为书面形式的电子数据电文为载体，以使用可靠的电子签名的形式订立、涉及劳动关系权利义务履行内容的劳动合同及相关保密协议、竞业限制协议等附件。

解读：与国家人力资源和社会保障部办公厅发布的《电子劳动合同订立指引》（以下简称《订立指引》）相比，《操作指引》增加了“相关保密协议、竞业限制协议等附件”内容，即除了《劳动合同》可以以电子形式订立外，《保密协议》《竞业限制协议》也可以通过该形式订立。注意，用了个“等”字，例如用人单位为劳动者提供专项培训并约定服务期的，《培训与服务期协议》也是可以通过电子形式订立。

1.2 用人单位在人事管理过程中，需要劳动者单方签署的各类管理性、通知性、结果性文本，包括但不限于企业规章制度、绩效考核制度、行政管理通知、入职信息表、文件或物品签收表、岗位职责确认表以及交接单，也可以采取可靠的电子签名的形式进行签署。

解读：《操作指引》就用人单位在人事管理过程中要求劳动者单方面签署的涉及各类管理性、通知性、结果性文本，用列举加概括的方式进行指引，“包括但不限于”涵盖了所有。需要提醒的是，此类表单是要求劳动者签订的，不是以与劳动者协商一致为前提，劳动者签署后仅代表劳动者已经知悉、收到，并不能表示只要劳动者签署了即证明对劳动者有约束力。例如，劳动者签收了企业规章制度，仅表示用人单位履行了公示或告知义务，该规则制

度要对劳动者具有约束力，用人单位还需要证明该规则制度的内容合法、制定程序合规，这些举证责任用人单位并不以为劳动者的签署而免除。

二、电子劳动合同的订立主体

2.1 电子劳动合同的缔约人是启用合同订立系统的合同当事人。用人单位是电子劳动合同的缔约人。

解读：《操作指引》把用人单位定义为劳动合同的缔约人，类似行政法中的“行政主体”，说的也是，用人单位和劳动者本来就是具有管理与被管理的关系。

2.2 电子劳动合同缔约相对人是与合同缔约人共同订立合同的另一方当事人。劳动者是电子劳动合同的缔约相对人。

解读：《操作指引》把劳动者定义为劳动合同的缔约相对人，相对人，也好记。对上眼了，就缔约。

三、电子劳动合同的服务方

3.1 电子签名认证机构

3.1.1 电子签名认证机构是为电子合同缔约人签发电子签名认证证书及提供相应服务的依法设立的机构。

解读：这是对电子签名认证机构的定义。在《电子签名法》中则称为“电子认证服务提供者”，一个意思。

3.1.2 持有工信部颁发的《电子认证服务许可证》的电子认证服务提供者合法的电子签名认证机构，依法向电子合同缔约人出具电子签名认证证书。

解读：《电子签名法》中对从事电子认证服务的提供者，要求必须国务院信息产业主管部门提出申请，予以许可的，颁发电子认证许可证书。因此，取得《电子认证服务许可证》是电子签名认证机构合法化的前提。

3.2 电子劳动合同订立服务机构

3.2.1 用人单位可以自建电子劳动合同订立系统，也可以采购第三方电子劳动合同订立服务机构提供的服务。电子劳动合同订立服务机构是建立电子劳动合同订立系统并进行运营维护的机构。

解读：注意，又来一个机构，“电子劳动合同订立服务机构”。注意，这个机构并不是电子签名认证机构。“电子劳动合同订立服务机构”，实际上有可能是人力资源公司或者咨询服务机构，提供订立服务，有点像“人事代理”哦，订立一份，向用人单位收多少钱，跑量。

3.2.2 电子劳动合同订立系统应视情综合采用符合《电子签名法》等法律法规规定的电子签名、可信时间戳、哈希值校验、区块链等证据收集、固定和防篡改的技术手段，确保电子劳动合同真实性、有效性。

解读：电子劳动合同，还得采用电子等技术手段确保真实性和有效性。这个其实有点意思，用技术手段来防止技术手段作假。

3.2.3 电子劳动合同订立系统应当留存订立和管理电子劳动合同全过程证据，包括身份认证、签署意愿、电子签名等，保证电子证据链的完整性，确保相关信息可查询、可调用。

解读：保留和固定订立电子证据的全过程。注意，保留证据！用人单位的举证责任哦。

3.2.4 用人单位在选择电子劳动合同订立服务机构时，可以要求电子劳动合同订立服务机构提供其与电子签名认证机构的合作协议、电子签名认证机构资质证书进行核验。

解读：提醒，用人单位选择电子劳动合同订立服务机构除了要看该机构自身的资质外，还得要了解与是否与电子签名认证机构有相关合作。否则，有可能签了个“假电子合同”。

3.3 电子劳动合同存证机构

3.3.1 电子劳动合同存证机构是独立于电子劳动合同缔约各方、电子劳动合同订立服务机构，能提供电子劳动合同信息保存的第三方存储服务机构。

解读：又来一个机构名称，电子劳动合同存证机构。这是一个第三方机构，有点像“公证处”，有点像“储存器”。第三方具有独立性。





3.3.2 电子劳动合同存证机构可以应电子劳动合同缔约各方以及电子劳动合同订立服务机构的请求对电子劳动合同订立提供多种形式的存储服务并提供信息真实性证明。

解读：这是一个能开证明的机构。为了发生电子劳动合同订立争议的，仲裁机构或法院肯定会要求用人单位提供有该机构提供的证明。开一份证明要多少钱呢？不得向劳动者收取，可没说不能向用人单位收取哦。

3.3.3 电子劳动合同的完整储存信息应当包括合同内容、签署时间、签署主体（含电子签名认证）、签署意愿等信息。作为一项保障措施，建议将完成签署的电子劳动合同源文件、签署过程形成的日志记录存储于本地区公证处服务器上，并采取区块链技术进行加密防篡改。

解读：公证处的新业务来了。

3.3.4 电子劳动合同订立服务机构、电子劳动合同存证机构建议相互独立，不应当存在总分公司、母子公司、投资关系等关联关系。

解读：有关联关系，难以自证清白。

四、电子劳动合同应用流程

4.1 用人单位与劳动者协商一致，可以采用电子形式订立书面劳动合同。



解读：电子形式也是书面形式的一种。可以，不是应当。当然，可以预见，未来签订电子合同的会越来越多，就像现在的电子支付。

4.2 用人单位与劳动者在电子劳动合同订立前，通过书面、微信短信或电子邮件等多种方式进行沟通协商，征得劳动者对于订立电子劳动合同的事先同意。

解读：新生事物，接受有个过程。事先告知讲清楚好。

4.3 用人单位可以在电子劳动合同订立的流程中勾选订立须知、电子劳动合同的正文中以加粗加黑等显著突出的方式，明确约定双方同意签订电子劳动合同。

解读：这个基本都是“格式条款”，因此特别提醒是很有必要的。劳动者还是看看清楚为好，不要轻易一签了之。一旦签订，就是双方真实意思的表示了。

4.4 对于用工体量较大的用人单位首次全员采取电子签名方式订立劳动合同等用工管理相关文本的，建议用人单位按照厂务公开的要求，采取民主程序向全体员工进行告知和确认。

解读：通过民主程序告知和确认，很不错。提醒用人单位，要保留告知和确认通过民主程序的证据哦。

4.5 用人单位通过电子劳动合同订立系统将待签署的电子劳动合同文本推送给劳动者后，应当运用数字证书、联网信息核验、生物特征识别验证、手机短信信息验证码等技术手段，确保劳动者实施远程签署系本人的自愿行为，并记录和验证确认过程。

解读：确保劳动者本人签字，还是比较容易做到的。如果提供订立劳动合同服务的机构采集了劳动者的生物特征识别验证等个人隐私、个人信息等，采取怎样的保密措施确保信息不被泄露是至关重要的。

五、电子劳动合同举证规则

5.1 劳动争议案件审理过程中，负有举证责任的一方当事人应提供证据。

解读：谁主张谁举证，没错。但是，由用人单位掌握管理的证据，还得用人单位来举证。是否订立过电子劳动合同，采用哪家电子劳动合同订立服务机构等，用人单位还得通过举证说清楚。

5.2 发生劳动争议，当事人可以提交电子劳动合同打印件作为证据。当事人对电子劳动合同的真实性产生争议的，劳动争议仲裁机构可以要求用人单位补充提交订立电子劳动合同的原始数据、订立机构技术说明相关的司法鉴定书或公证书等相关证据。

解读：从举证责任的分配可以看出，需要用人单位需要就订立劳动合同的真实性举证。

5.3 用人单位对电子劳动合同的生成、传输、储存全过程作了清晰、完整、合理的说明，并提供必要的证据材料证明电子劳动合同真实性的，劳动争议仲裁机构应当采信该电子劳动合同，但劳动者有相反证据足以推翻的除外。

解读：保留但书条款，还是很有必要的。万一出现了万一呢。



5.4 用人单位有证据证明电子劳动合同订立过程用于验证身份的手机号码、数字证书等为电子签名人本人信息，但劳动者否认签约过程系电子签名人本人操作的，劳动者应当就相应登陆或验证方式脱离电子签名人本人掌控的事实进行举证。

解读：这个有点像举证“盗刷信用卡”的操作设计。

5.5 电子劳动合同源文件、签署过程日志记录构成电子劳动合同的相关电子数据。电子劳动合同订立平台、电子劳动合同存证平台存储的电子数据保持一致的，可以增强电子劳动合同未被篡改的可信度。

解读：相互独立、相互印证，高度盖然性。

六、信息保护和安全

6.1 电子劳动合同信息的管理、调取和应用要符合《中华人民共和国网络安全法》《互联网信息服务管理办法》等法律法规，不得侵害信息主体合法权益。

解读：除了以上法律法规，别忘了“等”中还有《民法典》。

6.2 电子劳动合同订立平台及其所依赖的服务环境，要按照《信息安全等级保护管理办法》第三级的相关要求实施网络安全等级保护，确保平台稳定运行，提供连续服务，防止所收集或使用的身份信息、合同内容信息、日志信息泄漏、篡改、丢失。

解读：揽了瓷器活，得是金刚钻。



6.3 电子劳动合同订立平台及存储平台要建立健全电子劳动合同信息保护制度，不得非法收集、使用、加工、传输、提供、公开电子劳动合同信息。未经信息主体同意或者法律法规授权，电子劳动合同订立平台及存储平台不得向他人非法提供电子劳动合同查阅、调取等服务。

解读：劳动合同信息，很多涉及个人隐私，保密职责非同一般。非法收集、使用、加工、传输、提供、公开个人信息，轻则侵权、重则犯罪。

七、其他

7.1 用人单位有义务提示劳动者及时下载和保存电子劳动合同文本，告知劳动者查看、下载电子劳动合同的方法，并提供必要的指导和帮助，并不得向劳动者收取费用。

解读：这个和《订立指引》的要求一致。

7.2 劳动者需要电子劳动合同纸质文本的，用人单位要至少免费提供一份，并通过盖章等方式证明与数据电文原件一致。

解读：对于部分劳动者来说，有个盖章的文本心理还是踏实些，用人单位要理解。

7.3 电子劳动合同的储存期限要符合《中华人民共和国劳动合同法》、《保障农民工工资支付条例》关于劳动合同保存期限的规定。

解读：《劳动合同法》规定，用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。《保障农民工工资支付条例》中规定，用人单位编制的工资支付台账至少保存3年。



八、附则

本《操作指引》未尽事宜，按照有关法律法规和政策规定执行，随有关法律法规和政策规定明确进一步明确进一步修订和完善。

解读：新生事物，先行先试，逐步完善。





家丑外扬，阿里巴巴的员工有错吗？

——兼谈商业秘密的构成要件

作者：谢茂林



据媒体报道，阿里巴巴开除了对外泄露“控诉前公司经理性侵”内网文章的10名员工。这10名员工泄露的内容属于商业秘密吗？阿里巴巴开除他们合法吗？遇到此类情形，单位职员应当怎么做呢？

今年真是阿里巴巴的多事之秋。前段时间闹得沸沸扬扬的女员工被性侵的事件还未有定论，媒体又有消息称，阿里巴巴开除了对外泄露“控诉前公司经理性侵”内网文章的10名员工，此事又引起了一波热议。知情人士称，这些员工将内网

控诉文章截图除去个人水印后对外公开发布，此行为违反了公司政策。我们不禁要想，阿里巴巴究竟有多少“秘密”需要员工保守？员工泄密是否都不对呢？其实这不仅是阿里巴巴的问题，也是所有用人单位都应认真思考和正确应对的问题。



我国法律有明确规定、公民应当普遍保守的秘密，主要包括个人隐私、商业秘密和国家机密。作为一个企业而言，其秘密主要体现在商业秘密上。《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条规定，用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。^[i]此处的商业秘密，笔者以为，应当作广义的理解，但凡用人单位明确约定为需要保密的事项，只要符合相关的法律规定，都应包括在内。

根据我国《反不正当竞争法》第九条^[ii]的规定，商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。2020年9月12日起施行的《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》，对商业秘密的相关事项有着更为详细、具体的界定。学界普遍认为，商业秘密应当符合“秘密性、商业价值性和保密性”三个基本构成要件：

01 秘密性

这里的秘密性是指不为公众所知悉，也就是说，商业秘密必须是未曾公开，除特定的知情人外，一般公众并不知晓、也不容易获得，这是商业秘密的核心特征。

02 商业价值性

从立法目的以及具体法律规定的演变来看，此处的“商业价值”其外延明显有扩张趋势。笔者以为，商业价值性可以理解为商业秘密对于权利人具有商业利益的相关性，不仅是现实的利益，还应包括潜在的、预期的利益；不仅包括积极的商业价值，还应包括消极的商业价值，即一旦泄漏可能会导致权利人的商业利益受损、品牌形象降低等负面影响。

03 保密性

权利人对于商业秘密必须采取了相应的保密措施。依据最高人民法院2021年4月颁布的《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定的理解与

适用》，“相应保密措施”并不要求达到万无一失的程度，而是要求“在正常情况下足以防止商业秘密泄漏”。一般认为，以下几种情形可认定为采取了保密措施：

(1) 人员控制：涉密人员分级管理/针对员工、前员工、供应商、客户、来访者等提出保密要求/要求离职人员登记、返还、清除、销毁商业秘密及相应载体，继续承担保密义务。

(2) 书面声明：签署保密协议/张贴保密标语/章程、制度、培训告知/涉密载体保密标志/签署离职保密声明等。

(3) 载体管制：秘密分级管理/场所分区管理/电子设备全流程加密/离职返还、销毁涉密载体。

需要强调的是，商业秘密的构成与否，除了以上三大要件之外，其实还有一个隐含的前提条件，那就是“合法性”，或者可以称为“违法性例外”原则。首先，法律保护的只能是合法权益，非法利益法律不保护；其次，对于违法犯罪，任何单

位和个人都有报案、举报的权利和义务，除非具有特别的身份要求，否则不能要求知情人保守，当然就不能成为受到法律保护的商业秘密。

我们回到前述的阿里巴巴员工泄露内网内容的事件。我们姑且假设阿里巴巴制定的规章制度程序规范、内容合法，按照相关的法律规定和劳动合同的具体约定，阿里巴巴的员工不得将公司内网上的内容外泄。那么，这10名员工的行为可以认定为严重违反公司规章制度吗？阿里巴巴单方提前解除与他们的劳动合同合法吗？

依照前文所述的观点，阿里巴巴公司内网上的内容可以被公司界定为商业秘密，但必须要符合法律规定的几个要件：在合法的前提下，还应符合秘密性、商业价值性、保密性的三大要求。阿里巴巴据说至少有十几万的员工，都可以登陆公司内网进行浏览甚至发帖，其内网上的内容是否符合“秘密性”的要求，不为公众所知悉、他人不容易获得呢？员工可以自行



把它挂到内网上，能否认为采取了相应的保密措施呢？显然很难得出肯定的结论。

那么，如果不属于商业秘密，员工就可以随意泄漏吗？显然不是的，民商事法律强调诚信守诺、法无规定从其约定。既然公司制度规定了和劳动合同中约定了不能泄漏内网内容，该约定在不违反法律强制性规定的情况下，应当认定合法有效，员工应当遵守。问题是，该内容涉及犯罪事实和犯罪嫌疑人，公安机关的侦查也确认了“涉嫌强制猥亵犯罪”的事实，且该案仍然处在进一步侦查之中。这种情况下，这10名员工还有错吗？应该说，其做法是极不妥当的，应当受到否定性评价。因为该内容只是他人的一面之词，并非亲历、也无确证，况且涉及大量的个人隐私，截图发布还极易暴露与此事无关的公司其他信息。但单就这一具体事件来说，这10名员工的动机良善、意图合法，其违反公司规章制度的情节不算严重、性质并不恶劣，对公司的长远发展来说应当

也是利大于弊、至少是有弊也有利的吧。如果阿里巴巴仅以此事开除员工，理由是不充分、合理的。这正是此事遭到很多人微词、质疑的原因所在。

据称，该事件被媒体披露之后，阿里巴巴CEO张勇感到的也是“震惊、气愤、羞愧”。那么，阿里巴巴的当务之急应当是解决问题，而不是急着解决提出问题的人吧。

当然，员工的此类行为应当尽量避免，因为仅凭他人的一面之词判定事实真相风险过高，如果事后证明是虚假信息，造成的负面影响无法逆转，自身就可能面临难以承受的法律后果。较为妥当的办法是依法举报，将相关违法犯罪的线索提供给相应的主管机关，在权威部门作出确定结论之前不可轻易向社会公开相应内容。总之，作为单位职员，我们应当记住：

员工爆料当谨慎，商业秘密要保守！



[i] 《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条

用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

[ii] 《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条

本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。

[iii] 《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十条

任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报。



谢茂林

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方知识产权法律服务部 主任
上海律协文化传媒业务研究委员会 委员
业务方向：知识产权



《扫黑风暴》摊上事了！

作者：孙志勇



根据真实案例改编的电视剧《扫黑风暴》近期热播，围绕该剧产生的各类新闻也是不断。先是腾讯视频以抖音侵犯其著作权及不正当竞争为由，向北京知识产权法院起诉并索赔1亿；接着，《扫黑风暴》全集遭泄露，权利人向公安机关报案；随

之，就该剧在超前点播中必须“按顺序解锁观看”的做法，上海市消保委点名批评腾讯视频涉嫌捆绑销售，侵害消费者权益；再然后，就是有摄影师声明《扫黑风暴》片头未经授权使用了其作品，涉嫌侵权，一时引爆舆论。



事件回顾

9月初，媒体报道，有摄影师反映其拍摄的一段延时摄影素材，有两组共8秒钟的画面出现在《扫黑风暴》的片头里，但片方未获得其授权。

随即，片方回应，该剧的片头、片尾系委托第三方影视公司制作。如涉及侵权，将由该公司与摄影师协调处理，并表示“这事和剧组没关系了”。

9月2日，负责片头制作的亿和视效（北京正通亿和文化艺术交流有限公司）发表声明，表示片头被指未授权的素材是公司从成都伦索科技有限公司运营的VJshi网购买的。

9月2日晚间，VJshi网发表道歉声明，表示经核实，供稿人高某某提供了非原创作品，已对其账号进行封禁，并终止合作，同时表示“会承担应有责任”。

9月3日凌晨，亿和视效转发VJshi网声明，并表示虽然其也是受害方，但会尽力协调VJshi网一起解决侵权问题，同时

时会尽快制作替换片头，并与剧组沟通尽快替换。

随后，《扫黑风暴》官方微博表示，对发生此类纠纷深表遗憾，会尽快与亿和沟通片头替换事宜，同时保留追究相关责任方法律责任的权利。

各方声明发表之后，许多网友的态度发生转变，都表示制片方是冤枉的，“是素材网站的问题”，各种说法，比如“人是从第三方网站购买了素材，说起来的话他们自己也是受害者”，“购买渠道正规，一切都是正规来的，又没有犯法”等等，都认为剧组和制作公司可以被理解和原谅。而作为制片方，也表示这事与他们没有关系，从未表达过自己会承担责任。**但是，真的没有关系吗？制片方真的就不用承担责任了吗？**

现在是大数据的时代，所有工作信息的获得大都是从数据的分析开始，那么这就不仅仅要求我们在搞懂上司所布置的工作是什么了。



一、未经许可使用他人作品，构成侵权

从媒体报道的调查情况来看，《扫黑风暴》制片方并没有侵权的故意，其委托第三方制作片头的做法也符合行业惯例，这也是许多网友对其行为表示理解的原因。然而，没有侵权的故意，并不代表没有侵权的行为，也不代表没有过错。

客观情况是，该剧片头确实存在未经许可而使用他人作品的情况。我国《著作权法》在第24条列举了12种合理使用的情形，在第25条规定了法定许可制度，以此作为对著作权的限制，除此之外，使用他人作品均应当获得权利人的许可，否

则构成侵权。因此，在本起事件中，存在侵权行为是确定的。

关于侵权的主体，电视剧的版权是归制片方所有的，电视剧也是以制片方的名义传播的，因此制片方应当对外承担侵权责任，并非如其所称的“这事和剧组没关系了”。至于其委托第三方影视公司制作该剧片头，这是其与第三方影视公司之间的合同关系，第三方影视公司与素材交易平台之间也存在素材购买的合同关系，但这些都是他们之间的内部责任关系，均不影响本事件的侵权认定，也不影响制片方应当对外承担责任。制片方“这



事和剧组没关系了”的想法过于乐观和天真了。

二、制片方是否可以援引“合法来源”进行抗辩？

许多网友还是觉得制片方挺冤，认为制片方与第三方影视公司之间签订了合同，支付了对价，其合法获得了该片头的使用权利，那在知识产权侵权案件中不是有合法来源抗辩的说法吗，制片方是否可以援引呢？

的确，合法来源抗辩是在知识产权侵权案件中被告方经常使用的抗辩手段之一，但是，合法来源抗辩也有其特定的含义和适用范围，不能望文生义。

我国《著作权法》第59条第一款规定，“复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合法授权的，复制品的发行者或者视听作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的，应当承担法律责任”，这是通常所指的著作权法领域关于合法来源抗辩的规定。该规定在

表述上与《专利法》《商标法》的规定有所不同，比如《商标法》第64条第二款规定，“销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，不承担赔偿责任”，可见《商标法》的规定更加清晰和明确；《专利法》第77条有类似的规定。

有观点认为，从《著作权法》的规定来看，并不能当然推导出只要发行者能够提供合法来源，就一定不承担侵权责任，对此本文暂不作深入探讨。

但有一点可以形成共识的是，从法律规定来看，合法来源抗辩是有其适用主体的，主要包括著作权法领域的复制品发行者或者出租者，商标法领域的销售者，专利法领域的使用者、销售者或者许诺销售者，其本意是在保护流通过程中因不知情而使用或者销售侵害权利人知识产权产品的第三人。

显然在本起事件中，作为电视剧的制片方，其并不属于上述流通过程中的发行者，因此也就没有适用合法来源抗辩的



前提。

换个角度来看，假设权利人在本事件中主张的是获得了该电视剧网络传播权的腾讯视频侵权，鉴于腾讯视频仅获得制片方的授权在平台播出该电视剧，其对该电视剧的内容没有控制权，没有义务也不可能对电视剧内容是否侵权一一进行核实，因此腾讯视频存在适用合法来源抗辩的可能。另外需要说明一点的是，在知识产权侵权案件中，如果合法来源抗辩成立，其后果也是“不承担赔偿责任”，并非“不构成侵权”，这两者在性质认定上还是有区别的。

三、制片方是否可以援引“善意取得”进行抗辩？

合法来源抗辩制度的设计，实际是来自于民法中保护善意第三人的法律精神，那在本事件中，合法来源抗辩无法适用，制片方是否可以直接适用民法中有关善意取得的相关规定来抗辩呢？

首先要面临的一个问题就是，在知识产权领域是否可以适用“善意取得”制

度？众所周知，善意取得制度规定在我国《民法典》第二编“物权”编中，显然，知识产权并不在“物权”编的调整范围之内，既然不受“物权”编调整，因此直接适用“物权”编中的善意取得规则好像并无依据。比如，北京市高级人民法院在《关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》中就明确规定，“擅自转让商标权人注册商标的行为是商标侵权行为，受让人不能因此取得商标权。受让人通过正常商业交易再将该注册商标转让给第三人并经核准公告的，第三人亦不能因此取得该商标权”。

然而，也有观点认为，知识产权和物权同属财产权，且同样属于绝对权，拥有诸多共性，可以参照适用。比如商标权转让方面，福建省高级人民法院在（2018）闽民再 58 号郭月功与厦门优觉投资咨询有限公司商标权权属、侵权纠纷再审一案中，就适用善意取得规则对有关商标权权属进行了确认；在该案二审法院审理过程中（虽然再审撤销了二审判决，但仍遵循



了二审关于知识产权领域可以适用善意取得规则的认定逻辑），厦门市中级人民法院更是明确指出，“商标权系知识产权，具有财产属性，可依法转让。商标注册、转让均需经过国家工商行政管理总局商标局核准、登记，鉴于商标登记的公信力，为维护市场稳定和交易安全，善意取得制度的原则和规定应适用于商标权的流转”。还比如专利权转让方面，最高人民法院在（2013）民申字第 2320 号隗寿宏与青岛科尼乐机械设备有限公司等专利权权属纠纷再审一案中指出，“本案涉及专利权的转让，已经获得授权的专利权主要是一种财产权，在性质上与物权类似，具有对世性。为保障交易安全，保护善意第三人的利益，如无例外规定，一般情况下该种权利的转让可以参考适用物权法关于物权善意取得的规定”。也就是说，虽有争议，但在司法实践中，有观点认为在知识产权领域是可以参照适用善意取得制度的。

接下来的一个问题就是，如果可以参照适用，那参照适用的范围又是哪些呢？还是要回到《民法典》关于善意取得的规定来看。《民法典》第 311 条规定了善意取得制度，具体而言，是规定在“所有权取得的特别规定”这一章节中，其针对的对象是动产或不动产的所有权归属问题。而在知识产权领域参照适用的案例中，也多是为了解决商标权或专利权转让过程中的权属纠纷问题。此种权属的转移，因为登记公示制度的存在，与物权的转移一样，是有明确的权利外观，且通常是可以被感知的。

但著作权与此不同，其权利自然取得而无需国家授予，著作权的存在及转让并不一定具有公示公信力的权利外观，因此通常认为在著作权的转让方面，也不能适用善意取得制度。而且，在本起事件中，并不涉及著作权的转让，而仅仅是著作权的授权许可问题，更加没有相应的具有公信力的权利外观展示。



因此，制片方将使用未经授权素材制作的片头，作为其电视剧的一部分，就应当对电视剧的整体不侵权负有责任，包括对片头是否侵权尽到合理审查义务。如

涉及侵权的，制片方可以通过主张第三方影视公司违约的方式来维护自身权利，但却无法适用善意取得向权利人进行抗辩。



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



医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：陈江松、赵发航、吕新雅、朱好婕、王睿

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C、D座