

2022年

3期

总第15期

七方法研

民商纵横 | 涉疫情二手房买卖风险防范——郑华
家长里短 | 遗产管理人典型案例启示 ——七方家族律师团队
聚焦劳动法 | 董监高违反竞业禁止义务，该担何责？——王余婷



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM

七方律师事务所



民商纵横

- 01 涉疫情二手房买卖风险防范-----郑华
- 05 “明码标价就无妨？”——浅谈疫情期间哄抬物价行为的规制
-----卫夏清
- 09 网络消费新规对网络直播营销的重塑与影响-----李林芳、张睿
- 12 互联网广告合同纠纷初探-----赵发航
- 16 关上重大事故风险之门——分析重大事故隐患判定标准-----席绪军
- 22 建工司法解释第三条之逻辑矛盾分析-----席绪军
- 26 疫情期间建设工程工资支付和人工费计价政策解析-----朱好婕
- 31 不可抗力情形下，如何工期索赔？-----朱好婕
- 36 分包合同中约定了“背靠背”条款法律分析-----甘雯雯

家长里短

- 41 进城落户后原有宅基地如何处理？-----胡晓萍、王睿
- 46 2020-2021 年度上海继承案件大数据分析报告-----七方家族律师团队
- 53 遗产管理人典型案例启示-----七方家族律师团队



罪与罚

- 57 热点案件的冷思考——从“唐山打人”案谈起——七方刑事团队
- 63 伪造、变造核酸检测报告，可能涉及犯罪？——赵珞宏
- 68 疫情防控期间，追究“团购加价行为”刑事责任须慎行
——以非法经营罪为例——七方刑事法律服务团队

公司治理

- 76 公章管理不善？公司恐难逃法律责任！——李剑
- 80 经营范围是法院认定竞业禁止的唯一标准吗？——吕小萌
- 85 你的企业能享受疫情减免租金政策吗？
——小微企业判断标准解析——周松涛
- 90 未按规定天数提前通知，股东会决议是否可撤销？——周松涛
- 95 公司减资过程中的特殊表决事项评析——周松涛

财税金融

- 99 浅议基金托管人的职责边界——王黎君
- 103 免责条款不免责？这些情况仍得赔保！——管杰
- 108 新规下，股民索赔时不可不知的四大攻防要点——陈江松



聚焦劳动法

- 116 疫情之下，企业可否依据客观情况发生重大变化解除劳动合同？——谢亦团
- 120 复工复产后，企业可以采取哪些纾困措施？——谢亦团
- 126 监高违反竞业禁止义务，该担何责？——王余婷

知产知否

- 131 将正品“五芳斋”重新包装后销售，是否构成侵权？——孙志勇
- 138 齐心抗疫，共同守“沪”，相关的知识产权政策不可不知——谢茂林



涉疫情二手房买卖风险防范

作者：郑 华



自 3 月以来，突如其来的新冠肺炎疫情影响着上海人民的生活，处于封控期间的你，是否因房屋买卖纠纷而困扰连连，是否因贷款难以支付而辗转反侧？二手房买卖纠纷，自己到底享有哪些权利，又该承担哪些义务，能否直接解除合同？这些可能是正处于房屋买卖过程中的你最关心的问题。

问题 1：受疫情影响，出卖人无法办理过户或交付房屋，买受人能否直接解除合同并要求对方承担违约责任？

案例：陈某、陈孟某（买受人、乙方）与 A 公司（卖售人、甲方）签订了《上海市房地产买卖合同》，约定 A 公司将上海市浦东新区 XX 路 XX 弄 XX 号 XX 室房屋（以下简称系争房屋）出售给陈某、陈孟某，房屋转让款为 4,250,000 元。合同约定，双方确认在 2020 年 2 月 29 日之前共同向房地产交易中心申请办理转让过户手续；甲方未按本合同约定的期限将房地产交付给乙方，应当向乙方支付违约金，违约金按房屋总价款日万分之五计算，逾期超过二十日后甲方仍未交付的，除甲方

应向乙方支付二十日的违约金外，乙方有权单方解除合同，甲方承担赔偿责任，赔偿金额为房屋总价款的 20%。受疫情影响，山西省的 A 公司未能按约配合陈某、陈孟某办理过户手续，双方对过户事宜进行过沟通，A 公司派员于 2020 年 4 月 18 日抵沪意图配合陈某、陈孟某办理过户手续，但当时陈某、陈孟某的贷款申请已过期无法办理过户手续，其后陈某、陈孟某发函解约。陈某、陈孟某后向法院诉请：1. 判令 A 公司向其支付延期交付违约金 42,500 元；2. 判令 A 公司向其支付违约赔偿金



850,000 元。

审判结果：一审法院判决驳回原告的全部诉讼请求；二审维持原判。

律师分析：本案中法院之所以驳回原告全部诉请，是充分考虑了疫情作为不可抗力对买卖合同履行造成的影响，当受疫情影响，房屋买卖合同目的无法实现，且不归责于任何一方当事人时，双方当事人均无需承担违约责任。

1、法院确认双方签订的买卖合同已经解除。本案中，双方均认可签订的《上海市房地产买卖合同》根本目的已无法实

现，已经解除，故法院依法予以确认。

2、法院认定买卖合同最终解除不可归责于任何一方当事人。双方签订的《上海市房地产买卖合同》中约定于2020年2月29日前办理过户手续，但是受新冠疫情的影响，客观上无法履行该合同，从双方的协商过程中能看出陈某、陈孟某与A公司均具有履行合同义务的诚意和行为，房屋买卖合同未能履行以致最终解除不可归责于任何一方当事人，因此陈某、陈孟某要求A公司承担违约责任有失公允，故一、二审法院未予支持。

问题2：受疫情影响，买受人不能按照约定支付购房款，出卖人是否当然享有合同解除权并要求对方承担违约责任？

案例：2019年12月8日，曹某（甲方）与陈某、柏某（乙方）经上海A房地产经纪有限公司（丙方）签订《房地产买卖居间协议》，约定乙方向甲方购买系争房屋，总价款133万元，乙方于签订本协议时支付甲方定金5万元，双方应于2019年12月15日前共赴丙方处签订网签合同，乙方应于2020年1月10日前向甲方支付首期房价款（含已付定金）60万元，乙方应于2020年3月10日前向甲方支付房款33万元，乙方以购房贷款的形式向甲方支付第四期房价款40万元。受2020年新冠疫情的影响，乙方未支付第二期房款33万元，也未获得贷款审批的通过。3月12日，

曹某向陈某、柏某寄送催告函，催告陈某、柏某于2020年3月20日前配合曹某办理系争房屋过户手续。陈某、柏某于2020年3月19日明确表示已备齐全部剩余房款，并于2020年3月26日确定预约到2020年4月2日的过户手续办理时间。然而，2020年3月26日，曹某向陈某、柏某寄送解除函，因截至发函之日陈某、柏某尚有第二期购房款33万元和购房尾款40万元未支付，已严重违反协议约定，故解除双方之间的房屋买卖合同关系。曹某向一审法院诉请：解除房屋买卖合同关系、返还系争房屋，并要求陈某、柏某向其支付违约金26万余元。

审判结果：法院判决确认房屋买卖合同解除，陈某、柏某将系争房屋返还给曹某，曹某返还房款 60 万元并支付陈某、柏某违约金 8 万元。

律师分析：本案中法院考察重点系曹某解除合同的行为是否合法？在疫情原因影响合同履行的情况下，买卖双方到底哪方存在违约行为？最终，法院综合考量新冠肺炎疫情及相关部门疫情防控措施对贷款及过户事宜的客观影响，以及充分考虑买受人始终积极促进合同履行的行为态度，认定买受人迟延支付房款的行为并不构成根本违约。而反观出卖人曹某在不享有合同解除权的情况下发送合同解除函，拒绝继续履行合同，致双方房屋买卖合同无法履行，已构成违约。

1、受疫情影响客观上无法依照合同约定支付购房款及未办理过户登记的，并不构成根本违约。本案中，虽然陈某、柏某未于双方合同约定的 2020 年 3 月 10 日前支付剩余房款并完成过户准备工作，但并非其主观原因造成，系受疫情及政府管控措施等不可抗力影响导致履行不能。并且主、客观上，陈某、柏某明确表示已备齐全部剩余房款，一直积极履行合同义务，并于 2020 年 3 月 26 日确定预约到 2020 年 4 月 2 日的过户手续办理时间。综合考虑上述因素，一审与二审法院均认定买受

人迟延支付购房款的行为并不构成根本违约。

2、出卖人单方解除买卖合同时需谨慎，应充分考虑不可抗力影响，秉持诚信原则，促进合同继续履行。案例中曹某在不享有合同解除权的情况下，拒绝继续履行合同，致双方房屋买卖合同无法履行，法院认定曹某为违约方，亦无不当。法院综合考虑陈某、柏某之实际损失、合同履行情况等，酌情确定曹某支付违约金 8 万元。体现了司法机关在审理涉疫情房屋买卖合同纠纷时，审慎解除的态度。引导买卖双方同力协契，充分考虑疫情对合同履行的影响，通过协商、变更等方式促进合同继续履行。





律师建议

Tip1: 综合判断疫情或者疫情防控措施作为不可抗力与合同履行障碍之间的因果关系。疫情以及疫情防控措施一般属于法律规定的不可抗力。当疫情或者疫情防控措施致使合同目的无法实现的，当事人可以依法主张解除合同；疫情或者疫情防控措施致使合同不能履行的，当事人可以主张免责或者部分免责。人民法院在审判过程中，会根据疫情发生时间、发展期间、严重程度、地域范围等对合同履行的实际影响，对不可抗力与合同履行障碍之间的因果关系作综合考量。

Tip2: 对于迟延履行是否可以不可抗力主张免责，应区分具体情况。对于非金

钱债务的履行，例如房屋出卖人因疫情或者疫情防控措施被依法隔离管控或因政府行为导致无法正常办理过户登记的，一般可以不可抗力为由主张免除或部分免除责任。对于金钱给付义务，虽然一般不能以不可抗力主张减轻或免除责任，但在房屋买卖纠纷中，涉及诸如因疫情防控滞留且不具备支付条件、因罹患新冠病情严重无法支付、因在线转账限额无法按时支付、因贷款无法审批或审批迟延等特殊情况的，人民法院会结合具体情况，把握不可抗力作为免责事由的认定标准，此外还需提醒基于不可抗力主张免责的一方应承担相应的举证责任。



郑华 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方劳动法、公司与破产清算法律服务部 律师

上海市破产管理人协会 预备会员机构代表

劳动人事争议委员会 兼职仲裁员

闵行区人民法院 特邀调解员

闵行区职工维权律师志愿团 律师

徐汇区枫林街道普法宣讲团 讲师

业务领域：劳动法、公司业务、家族法律事务

联系电话：134 8243 9658

“明码标价就无妨？”——浅谈疫情期间哄抬物价行为的规制

作者：卫夏清

近几天，上海市新冠确诊病例和无症状感染者数量都在不断下降，表明上海的疫情正在逐步得到控制，也让人看到了早日回归正常生活的希望。此次疫情，不仅让我们看到了广大市民和抗疫人员为抗击疫情付出的不懈努力和艰辛，同时也有少数让人愤慨的现象。疫情期间，不少市民反映购买的蔬菜、肉类等必备生活物资价格明显高于疫情前，更有甚者高出数倍之多。虽然在购买时也是“明码标价”，但在疫情这样的特殊时期，高价售卖生活物资不免让人有发不义之财的观感。那么，这样的行为到底是违法行为还是道德问题？本文就来探讨一下疫情期间哄抬物价行为的规制。

先看一则案例：



上海静安警方根据市场监督管理部门移交的线索，破获一起哄抬物价非法经营案。经查，4月10日以来，犯罪嫌疑人高某（男，42岁）非法租用他人食品经营营业执照在网络平台开店，大量囤积青菜、鸡蛋、鸡、鸭等食品，并大幅抬高价格对外销售，累计销售175余万元，非法获利150余万元。从该通报公布的数据来看，犯罪嫌疑人囤积的货品成本仅25万元，非法获利金额150万元是货品成本的6倍，金额之高令人咋舌，造成了恶劣的社会影响。

这一案例中提及的违法行为类型就是哄抬物价。除此之外，价格违法的

类型还有不明码标价、价外加价、不按规定标示商品信息等违反明码标价规定的行为，以及通过虚假的、使人误解的价格手段，诱使消费者进行交易的价格欺诈行为。这些都是疫情期间比较常见的价格违法行为，显然都要受到法律法规的严格规制。



规制哄抬物价行为的必要性

说到哄抬物价，有必要先了解一下我国商品价格的法律规定。当前我国商品价格管理的主要法律依据是《中华人民共和国价格法》，该部法律于1998年5月1日实施以来尚未做过修正或修订。究其原因，笔者认为主要有两点：一是《价格法》确立了我国实行“宏观经济调控下主要由市场形成价格的机制”。对于大多数商品和服务价格实行市场调节价，经营者享有自主定价权，极少数商品和服务的价格实行政府指导价或者政府定价。《价格法》已经在最大程度上对商品的价格放开了管制，并且随着市场经济的不断深入，一些原本实行政府指导价或政府定价的商品通过行政法规的形式也在逐步放开并实行市场调节价。因此虽然《价格法》实施时间较早，但经过市场机制的不断完善，其所规定的价格管理制度得到了充分的落实。二是针对一些具有特殊性、涉及面广的价格行为，我国分别出台了《反不正当竞争法》、《反垄断法》等法律进行专门规定。基于这两点，《价格法》在适用的过程中没有作进一步修改。

既然在《价格法》中已经明确，大多数商品价格属于市场调节价且由经营者自主定价，而疫情期间的高价商品也不属于政府指导价、政府定价的范畴，是否就

可以认为交易双方是“周瑜打黄盖，一个愿打一个愿挨”呢？这显然从情理上难以被接受，在法理上也站不住脚。

从上海疫情这段时期查获了数百起价格违法行为的实践来看，在特殊时期面对巨大的经济利益，仅靠市场机制这双“看不见的手”来调节价格显然是不够的。原因在于市场机制运行的基础需要有充分的市场主体参与竞争，而疫情期间一部分市场主体无法开展正常的经营活动，导致市场缺乏充分竞争，部分经营者可以通过囤积、控制渠道等方式垄断市场资源。另一方面，因为疫情消费者获取商品或信息的渠道受限，无法通过其他方式来获取商品或比对价格，最终被迫接受高价购买。

在市场机制受限的情况下，“看得见的手”——政府干预就应该发挥其积极作用了。实际上哄抬物价的现象不仅在新冠疫情这两年多时间里层出不穷，可以说在每次的疫情或者重大灾害前，总会有不法分子蠢蠢欲动，意图谋取非法利益。早在2003年“非典”疫情时期，司法机关针对疫情期间的违法犯罪行为就已经予以了明确，发布了《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕8号）。

2020年新冠疫情期间，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部又公布了《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》（法发[2020]7号），在这两份文件中对哄抬物价行为的处罚是一致的。

除了司法部门相关规定外，上海市市场监管局也在疫情期间发布了《关于疫情防控期间认定哄抬价格违法行为的指导意见》对进销差价率进行了规定，防止疫情期间哄抬物价行为的发生。该规定不同于其他省份（例如湖北15%，陕西35%等）采取直接确定进销差价率数值的方式，虽然为经营者考量了疫情期间不可预估的成本和风险等因素，但容易造成行政和刑事处罚上的不确定性，经营者需要在疫情期间对定价更为谨慎。

疫情期间哄抬物价行为的法律责任。

值得注意的是，《价格法》中并没有直接规定哄抬物价行为对应的刑事责任，而是通过司法解释进行了补充。此外在相关司法解释中涉及刑事犯罪的限于“哄抬物价、牟取暴利”这一类型，且适用的时间范围限于疫情期间。

具体的刑事法律责任为《刑法》第二百二十五条非法经营罪、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释[2003]8号）第六条以及《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》（法发[2020]7号）：的规定“依法严惩哄抬物价犯罪。在疫情防控期间，违反国家有关市场经营、价格管理等规定，囤积居奇，哄抬疫情防控急需的口罩、护目镜、防护服、消毒液等防护用品、药品





或者其他涉及民生的物品价格，牟取暴利，违法所得数额较大或者有其他严重情节，严重扰乱市场秩序的，依照刑法第二百二十五条第四项的规定，以非法经营罪定罪处罚。”

综合前面提到的我国价格机制，可以看出《价格法》是一部充分尊重市场经济、尊重市场主体定价权和消费者选择权的经济法规。在常规市场环境下，轻易不会对经营者适用刑事处罚，充分体现了刑法的谦抑性。但当出现疫情等特殊情况下，

市场机制无法正常发挥调节作用，部分经营者采取囤积货品、制造信息不对称、哄抬物价的方式，利用了消费者对商品和服务的紧迫性，导致消费者被迫选择。经营者谋取暴利的行为明显背离了市场经济的规律，更重要的是破坏了特殊时期政府对市场秩序的管制。所以即便是“明码标价”，也要受到法律的规制。如果情形尚不严重到构成刑事犯罪，也会受到《价格法》中哄抬价格、谋取暴利行为对应的行政处罚。

结语

疫情期间，不少人被“抢菜”这件事搞得焦头烂额，但更让人气愤的是有人利用疫情来大发不义之财。这样的行为不仅不是正常的市场行为，也明显破坏了特殊时期迫切维护的社会秩序，应当受到法律的严惩，再怎么强调“明码标价”、“自由交易”，都不能掩饰非法获利的目的。



卫夏清 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公共法律服务部 律师

上海律协行政法业务研究委员会 干事

业务领域：不动产征收、社会公共服务、
行政法

联系电话：136 3630 8387



网络消费新规对网络直播营销的重塑与影响

作者：李林芳、张睿

近年来，随着我国数字经济的蓬勃发展，网络消费已经成为社会大众的重要消费方式。网络直播作为电商数字营销模式，发展迅猛，但与此同时，网络直播营销的乱象也随之频出不穷。为妥善审理网络直播消费纠纷案件，依法保护消费者合法权益，促进网络消费的健康、有序发展，2022年3月2日，最高人民法院发布《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》（以下简称“司法解释”），从2022年3月15日起开始施行。司法解释明确了品牌自播虚假宣传、电商平台自营误导、平台未尽法定审核义务等乱象的法律后果，压实网络直播营销相关方民事赔偿责任，值得引起直播营销平台、平台内经营者、直播运营者、消费者的重视。

一、明确品牌自播虚假宣传的法律后果，压实平台内经营者责任

2021年，“私域流量”一词引发了不小的关注，很多企业都开始转战私域运营，以实现更精准的获客、更高效的推广。在搭建私域流量池的众多方式中，平台内经营者开设网络直播间销售商品的就被称之为品牌自播，该类销售模式作为较为有效的方式之一，受到了不少企业的青睐。而品牌自播只是展示和销售商品的方式发生了变化，责任承担与普通经营者并没有本质区别。因此，司法解释明确，平台内经营者开设网络直播间销售商品，其工作人员在网络直播中因虚假宣传等给消费者造成损害，消费者主张平台内经营者承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

二、明确直播运营者未尽标明义务的法律后果，压实运营者责任

除品牌自播情形以外，实践中更为常见的是商家以外的主体开设直播间专门从事直播营销业务。这种情况下，消费者往往存在对实际销售者辨识不清的问题。针对这一问题，司法解释规定，消费者因在网络直播间点击购买商品合法权益受到损害，直播间运营者不能证明已经足以使消费者辨别的方式标明其并非销售者并标明实际销售者的，消费者主张直播间运营者承担商品销售者责任的，人民法

院应予支持。

但直播间运营者已经尽到标明义务的，也并非一概不承担销售者责任。此种情况下，构成何种法律关系以及如何承担责任，法院应当综合交易外观、直播间运营者与经营者的约定、与经营者的合作模

式、交易过程以及消费者主观认知等事实认定。直播样态多样，并且不断发展，司法解释没有作一刀切的规定，在维护消费者知情权和选择权的同时，引导新业态规范健康发展，通过较为弹性的规定，为个案裁量和未来发展留出空间。

三、明确直播营销平台负有法定审核义务，压实平台连带责任

网络直播营销平台对于整个直播营销市场的作用应当说是举足轻重。实践中，有时会发生消费者无法找到直播间运营者难以求偿的情况。根据相关行政管理规定，直播营销平台负有对直播间运营者真实身份信息进行认证的义务。为使消费者得到更为充分的保护，司法解释规定，直

播间销售商品损害消费者合法权益，网络直播营销平台经营者不能提供直播间运营者的真实姓名、名称、地址和有效联系方式的，消费者可以依法向网络直播营销平台经营者请求赔偿。直播营销平台经营者承担责任后，有权向直播间运营者追偿。

四、严格把控网络直播售卖食品安全问题，严审食品经营者资质

在网络直播所售卖的商品中，食品占据很大比重，利用粉丝、网友的信任度推销产品牟利，其中会潜藏一定的安全风险，难以确保商品质量安全。司法解释亦特别关注了网络直播售卖食品情况，包括预包装食品和散装食品，还有些家庭作坊制作的食品。根据食品安全法的规定，入网食品经营者依法应当取得许可证的，平台提

供者应当审查其许可证。若直播营销平台经营者不能对食品经营者的资质把好关，消费者面临食品安全隐患的风险则会大大增加。因此，司法解释规定，网络直播营销平台经营者对网络直播间的食品经营资质未尽到法定审核义务，使消费者的合法权益受到损害的，应当与直播间运营者承担连带责任。



网络直播营销已经并且在未来都将会是商品交易的重要方式，在网络直播营销日趋发展之际，其暴露出的问题的确也值得我们关注，以法律技术手段对消费者权益进行更严密细致的保护势在必行。作为直播平台及平台内经营者，在注重实现盈利之时也应秉持合规经营；作为消费者，在享受网购便利、快捷的同时，也要注重自身的权益保护，受到侵害时，要学会运用法律的武器维护自身合法权益。



张睿 律师

上海七方律师事务所 律师

业务领域：合同法、公司法、家事法

联系电话：159 0214 5818



李林芳 律师

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

业务领域：刑事辩护、公司法、合同法

联系电话：130 5206 7259



互联网广告合同纠纷初探

作者：赵发航

广告合同是指广告主、广告经营者、广告发布者之间，为实现一定经济目的，明确相互权利义务关系而订立的协议。广告合同并非民法典所规定的典型合同，故依据《民法典》第四百六十七条规定，此种非典型合同适用合同编通则的规定，并可以参照适用合同编或者其他法律最相类似合同的规定。随着科学技术的不断发展，商业经济模式的不断更迭，广告的定义与外延也在不断拓展，广告合同的内容逐渐丰富，这就导致因其产生的纠纷愈发多样。具体而言，一种是涉及“广告”此种产品本身质量的纠纷，各方签订的合同名称一般是广告设计或者广告制作合同，法院在受理此类案件时往往会参照适用委托合同、承揽合同的相关规定。另一种则是更加关注“广告”作为量化商品投放的数据与达到的效果，此类合同的名称通常为广告发布合同，法院在受理此类案件时会参照适用合同编通则的规定。对具体合同的定性需根据合同约定及实际履行情况来确定，为解决立案时的案由确定问题，最高院在2011年对《民事案件案由规

定》进行修改时于第四部分加入了“广告合同纠纷”，以涵盖当事人因广告产生的各类纠纷，至于具体适用规定，则有待法官于庭审中查明案件情况后再作决断。

互联网广告是指通过网站、网页、互联网应用程序等互联网媒介，以文字、图形、音频、视频或者其他形式，直接或者间接推销商品或者服务的商业广告。现在元宇宙、个人信息、数据保护等概念势头正盛，广告在互联网时代更像是一种商品，可以根据广告发布者自身的影响力大小转变为可带来经济效益的流量数据。通过收集各种数据并经算法技术处理以达到广告精准投放，这大大刺激了人们的消费欲望。互联网相关行业的广告主在投放广告时更加关注广告出现的位置、频次与受众人群。

随着广告行业的不断发展，为了减少公司企业在宣传营销方面的成本支出和人力控制，广告代理业务顺势而生。广告发布者根据自身优势指定代理商承接广告业务，广告主找到代理商希望自己的产品取得更好的曝光度。代理商作为资深从

业者能找到合适平台的其他代理商进行对接，负责具体广告的设计制作、投放规则，广告主支付广告发布费，广告发布者则利用平台优势发布广告收取相应的流量收益，代理商的出现是广告行业越发精细化和专业化的成果，能够减少沟通成本，给广告主提供优惠，让广告发布者得到更多的利益，实现广告资源的合理配置。

【实务争议】

当此种合同发生争议时，各方往往聚焦于具体合同的投放发布完成量是否符合合同约定。广告主与代理商之间的争议焦点在于是否足量发布相应广告以及返还未投放广告对应的广告发布费。广告发布者与代理商之间的争议焦点在于是否足额支付已发布广告的广告发布费。在此种广告纠纷中，各方都应举证说明自身已履行的合同义务，以下是一些典型的履行相关证据：

- 各种通讯工具的沟通交流记录，常见的有工作邮件往来记录、微信个人聊天记录、微信群聊记录、办公通讯软件（如钉钉、飞书或其他定制类通讯软件）内的沟通记录、网络会议的录屏等。互联网公

相对于传统平面广告、电视广告等，互联网广告呈现出更加专业化、技术化的特点。随着计算机技术的发展而更新并衍生出一系列专属的标准与规则，繁复多样的行业术语也让合同各方发生的纠纷难于梳理，合同名称多与互联网相关，如：互联网广告投放合同、广告买量合同、互联网广告框架合同等。

司人员流动性比较大，公司企业应当注意在员工离职后及时留存邮箱内容，避免因邮箱注销导致数据丢失。

- 通过自身使用的广告数据系统监测所得的广告数据，依据合同约定价格计算出的广告费金额，注意不同广告位（开屏广告、横幅广告等）不同时间段的结算模式也并非一致，计算依据需详细说明。常用的CPC模式（COST-PER-CLICK，每次点击消耗的广告费）下，广告主、代理商、广告发布者会通过特定的系统开设账户，充值金额，根据具体投放的广告量，最后结算消耗金额。注意电子证据的证据规则适用以及公证的合理使用，及时保存对自己有利的相关数据。



相关案例【(2021)沪 0105 民初 7726 号】: 本院认为,原告与被告签署的《数据推广服务合同》系双方真实意思表示,且不违反法律禁止性规定,合法有效,双方均应本着诚实信用原则履行各自的义务。根据该服务合同的约定,袁某系被告的授权代表,且没有相反证据证明被告公司撤回对袁某的授权,故其通过电子邮件向原告确认的“广点通”平台投放及充值信息可视为被告公司的意思表示,关于“广点通”平台的结算约定亦约束原告与被告。原告现已举证证明其按合同约定提供了充值服务,被告亦应支付相应款项。被告在与原告进行对账的过程中,未对账单金额提出异议,后又主动向原告作出还款承诺,原告以经被告确认的结算金额及《还款承诺书》中载明的欠付金额,扣除被告公司及袁某代为还款后的剩余金额来主张服务费,具有事实和法律依据,本院予以支持。原告放弃对差额 25,940.04 元的主张,系其处分自身权利,且于法不悖,本院予以认可。

• 发布广告的历史记录(包括但不限于广告图片、广告视频、广告策划文案、

单项广告结算总结报告等)。除了广告发布的流量数据外,广告自身的内容和形式也要注意,具体投放的单项广告既可以证明履行投放的义务,也可以在后期涉及行政监管时明确各方责任。

相关案例【(2021)沪 0104 民初 30292 号】: 本院认为,本案《网络广告投放服务合同》的签订时间及违约行为发生时间均在《民法典》实施前,本案应适用《合同法》相关规定。双方签订的《网络广告投放服务合同》均系双方真实意思表示,且不存在民事法律所列民事行为无效情形,双方当事人均应恪守。原告提供的广告发布系统后台截图、《保证书》等证实其实际履行了全部广告投放义务具有高度可能性。被告公司对此持有异议,但并不能指出原告公司未投放的具体广告情况,也未提供任何有效反驳证据。本院对其辩称意见不予采信。原告公司提出的全部诉讼请求合法有据,本院予以支持。

• 此外,第三方的数据监测平台也可能在合同履行中提供监测服务。互联网广告合同纠纷中,广告主以投放数据不真实或者预期效果不理想为由拖延付款、非足

额付款等也是常见的争议焦点。

【合规建议】

除传统合同的核心关注点外，互联网广告合同的设计和履行过程中还应注意以下几点：

- 一、投放量的计算规则应明确且统一，额外签订单项广告发布合同应慎重。
- 二、保底条款与折扣优惠条款的设计需要注意内部合规。
- 三、把握授权范围，留心“拼框”行为。如果单个项目涉及多个代理商共同完成，需注意各份合同的形式一致性和关联性。
- 四、及时结算，双方应就特定时间段内的广告发布量进行核对，并明确具体消耗金额与折扣优惠等事项。
- 五、及时调整价格与投放模式。互联网时代瞬息万变，或许因为某个突发事件导致监管机关出台新规，又或许因为突然出现的热点带来了巨大流量，为了避免在诉讼程序中就各类事件是否涉及情势变更来劳心费力的举证辩论，各方应按照合同约定的方式及时沟通，通过发送通知函、签订补充协议等形式对原合同进行及时修改与更新。
- 六、行政合规问题需要与时俱进，不断更新。关注行业协会、国家标准、监管机构的最新动向，避免广告内容或表现形式违反规则遭受处罚，以及遭受处罚后各方的责任承担问题。



赵发航 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

七方企业合规法律服务部 实习律师

业务领域：民商事争议解决

联系电话：150 0038 1863

关上重大事故风险之门——分析重大事故隐患判定标准

作者：席绪军



住房和城乡建设部于2022年4月24日发布《房屋市政工程生产安全重大事故隐患判定标准(2022版)》(以下简称“《判定标准》”),要求各级住房和城乡建设主管部门要把重大风险隐患当成事故来对待,将《判定标准》作为监管执法的重要依据,督促工程建设各方依法落实重大事

故隐患排查治理主体责任,准确判定、及时消除各类重大事故隐患。要严格落实重大事故隐患排查治理挂牌督办等制度,着力从根本上消除事故隐患,牢牢守住安全生产底线。

本文主要介绍新出台《判定标准》的法律依据和判定标准的特点。

一、立法概述

近年来各行业屡屡出现生产安全重大事故,尤其是石油天然气、矿山、交通运输、建设工程等领域更是容易出现群死群伤的生产安全特别重大事故。实践中如何判断存在重大事故隐患,采取紧急预案措施防范重大事故的发生,由于没有相应的判断标准,使得生产经营单位和政府监

督部门针对是否存在重大事故隐患无法及时作出精准判断并采取有效的应对措施,同时对于相关预案措施对生产经营可能造成的经济损失影响存有顾虑,并抱有侥幸心理。

在2002年6月29日发布并于同年11月1日生效的《中华人民共和国安全生产



法》(以下简称“安全生产法”)中,针对生产经营单位的安全生产管理活动和行政监督及行政处罚做出详细的法律规定,但是对于已经出现的危险或者隐患的苗头,如何去判定重大危险源和重大事故隐患并未作出技术或者管理规定。

全国人大常委会于2014年8月31日通过修改2002版安全生产法的决定,增加要求生产经营单位对重大危险源登记建档,进行评估、监控,并制定应急预案,同时要求建立事故隐患排查治理制度。县级以上各级人民政府负有安全生产监督管理职责的部门应当建立健全重大事故隐患治理督办制度。并新增第一百一十三条规定“本法规定的生产安全一般事故、较大事故、重大事故、特别重大事故的划分标准由国务院规定。国务院安全生产监督管理部门和其他负有安全生产监督管理职责的部门应当根据各自的职责分工,制定相关行业、领域重大事故隐患的判定标准。”该新增法条要求各部门负责制定相关行业、领域重大事故隐患的判定标准。

此后,全国人大常委会再次对安全生产法作出修改决定,决定于2021年6月10日发布,并于同年9月1日生效。2021

版安全生产法将2014版的第一百一十三条改为第一百一十八条,第二款修改为:“国务院应急管理部门和其他负有安全生产监督管理职责的部门应当根据各自的职责分工,制定相关行业、领域重大危险源的辨识标准和重大事故隐患的判定标准。”,相较2014版的安全生产法新增了制定重大危险源的辨识标准这一要求。

交通运输部自2015年以来陆续颁布了《水上客运重大事故隐患判定指南(暂行)》、《危险货物港口作业重大事故隐患判定指南》、《交通运输部关于印发公路水运工程建设重大事故隐患清单管理制度的通知》(交安监发〔2015〕156号)等重大事故隐患的判定指南和管理制度。

应急管理部制定的《煤矿重大事故隐患判定标准》已于2021年1月1日起生效施行。同年6月30日应急管理部组织制定的《石油开采重大事故隐患判定标准(征求意见稿)》,向社会公开征求意见。

农业农村部制定的《渔业船舶重大事故隐患判定标准(试行)》于2022年4月2日开始施行。

2019年8月陕西省应急管理厅独创编制了《陕西省石油天然气开采业重大事

故隐患判定标准（试行）》

湖南省交通运输厅安全生产委员会整理并印发《湖南省公路管理局关于印发〈湖南省国省干线公路重大事故隐患行业判定标准（试行）〉的通知》（湘路安委

〔2017〕274号）、湖南省水运管理局制定《湖南省水运安全生产重大隐患评定表（试行）》等地方相关行业的重大事故隐患判定标准。

二、如何运用判定标准阻断重大事故的风险？

（一）重大事故隐患的判定标准的分类

及解读

住建部的《判定标准》通知要求将重大风险隐患当成事故来对待，以处理事故的高度来消除重大风险隐患。

安全生产法关于重大事故隐患发现、处理、举报、监督和处罚均有详细的条款规定，但是实践中因缺乏一般事故隐患和重大事故隐患的判定标准，导致无法及时采取针对性的有效防范措施。

《判定标准》中对于重大事故隐患的具体判断事由可以根据其特点分为以下几类：

一、行政许可类的判定标准，比如第四条第一至三款：“施工安全管理有下列情形之一的，应判定为重大事故隐患：（一）建筑施工企业未取得安全生产许可证擅自从事建筑施工活动；（二）施工单位的主要负责人、项目负责人、专职安全生产管理人员未取得安全生产考核合格证书从





事相关工作；(三) 建筑施工特种作业人员未取得特种作业人员操作资格证书上岗作业；”。

该类判定标准的特点是，企业和人员必须获得相关的行政许可、职业资格证书、操作资格证书。需要防范骗取行政许可和出借各类资格证书的行为，避免出现人证分离现象。本来该类现象并不是重大事故的直接原因，但是由于现在凡是出现重大事故的工程项目几乎无一例外会出现没有行政许可或者人证分离现象，导致现场管理失控，更使得施工安全管理和制度建设完全落空。故管理者和操作者的安全培训和安全意识欠缺是导致重大事故隐患的首要因素，必须从源头抓住安全管理的笼头，提高管理者的安全意识，做好安全工作的表率。而企业获得安全生产许可证也是对企业安全生产管理体系的认可，更是建设工程安全管理工作的重中之重。在开工前就应当查明行政许可类的判定标准事实是否构成重大事故隐患，不满足要求的不允许开工。

二、措施方案类的判定标准，比如第四条第四款：“施工安全管理有下列情形之一的，应判定为重大事故隐患：…(四)

危险性较大的分部分项工程未编制、未审核专项施工方案，或未按规定组织专家对“超过一定规模的危险性较大的分部分项工程范围”的专项施工方案进行论证。”，以及第五条第一款和第二款：“基坑工程有下列情形之一的，应判定为重大事故隐患：(一) 对因基坑工程施工可能造成损害的毗邻重要建筑物、构筑物 and 地下管线等，未采取专项防护措施；(二) 基坑土方超挖且未采取有效措施；”。

该类判定标准的特点是，风险源已经做出辨识，必须针对危险性较大的分部分项工程编制专项施工方案并组织专家进行论证，对周边毗邻可能造成损害的需要采取专项防护措施。如果没有编制专项施工方案，盲目组织危险性较大分部分项施工，则造成重大安全事故的可能性必然加大，且一旦出现相应风险事件时，由于没有专项施工方案，无法应对和处理突发的险情。

三、技术规范类的判定标准，比如第六条：“模板工程有下列情形之一的，应判定为重大事故隐患：(一) 模板工程的地基基础承载力和变形不满足设计要求；(二) 模板支架承受的施工荷载超过设计值；

（三）模板支架拆除及滑模、爬模爬升时，混凝土强度未达到设计或规范要求。”。

该类判定标准的特点，就是执行设计施工技术规范严格程度，尤其是对强制性标准的执行。近期不断出现的模板的坍塌，造成群死群伤，就是因为模板支架存在施工缺陷，没有满足施工规范的要求。违反强制性规范都会造成现实的重大事故隐患。严格遵照设计文件和规范进行施工，是避免该类风险的唯一途径。

四、监测异常类的判定标准，比如第五条第三款和第四款：“基坑工程有下列情形之一的，应判定为重大事故隐患：（三）深基坑施工未进行第三方监测；（四）有下列基坑坍塌风险预兆之一，且未及时处理：1. 支护结构或周边建筑物变形值超过设计变形控制值；2. 基坑侧壁出现大量漏水、流土；3. 基坑底部出现管涌；4. 桩间土流失孔洞深度超过桩径。”。

该类判定标准的特点是通过技术检测和人员观察的方式判断重大事故隐患，需要设置监测点和安排专人负责，通过监测设施和监测人员的日常观察和监测来发现风险预兆，甚至必须通过第三方监测来避免自我监测的不足。一旦发现风险预



兆，要及时处理，并尽快疏散周边建筑物内的人员，避免出现群死群伤的重大安全事故发生。

五、检查验收类的判定标准，比如第七条：“脚手架工程有下列情形之一的，应判定为重大事故隐患：（一）脚手架工程的地基基础承载力和变形不满足设计要求；（二）未设置连墙件或连墙件整层缺失；（三）附着式升降脚手架未经验收合格即投入使用；（四）附着式升降脚手架的防倾覆、防坠落或同步升降控制装置不符合设计要求、失效、被人为拆除破坏；（五）附着式升降脚手架使用过程中架体悬臂高度大于架体高度的 $\frac{2}{5}$ 或大于 6 米。”。



该类判定标准的特点是，需要通过施工单位自身的内部检查和验收机制来及时发现存在的重大安全隐患，比如脚手架的验收，未经验收合格不得提供其他施工班组使用，同时企业的安全员必须不断巡视检查脚手架使用后的变化情况，脚手架的使用人员也应当及时向安全员反映在使用中发现的安全隐患，及早消除安全隐患，避免小的安全隐患由于没有及时处理而变成重大安全隐患。

以上的特点分类只是根据各判定标准的主要特点所做的区分，事实上这些判定标准往往具有两个以上的特点，检查、监督和监测的方法可以混合使用。



（二）各方职责义务

作为生产经营单位，应当根据具体的建设工程项目的特点，遵照判定标准对号入座，及时发现重大事故隐患，主动采取措施消除安全事故隐患，加强对员工的安全培训工作，接受一线员工的安全监督和举报，让每一个员工都积极参与到安全事故防范工作当中，对消除安全事故隐患的有功人员要予以精神和物质奖励。

负有安全生产监督管理职责的部门工作人员和建设工程监理人员的检查和验收也应积极履行监管职责，提前发现这类重大安全隐患，并监督施工单位及时整改，确保安全施工。

席绪军 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方建设工程与房地产法律服务部 主任
上海律协建设工程与基础设施业务研究委员会 委员

上海市工商联房地产商会法律分会委员
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

建工司法解释第三条之逻辑矛盾分析

作者：席绪军

【本案中，甲公司与乙公司签订的产品买卖合同系双方真实意思表示，合同内容不违反国家法律法规的强制性规定，应认定合法有效，双方均应当按照合同约定履行各自义务。】

在合同之诉的判决书中，这样的判词是否很熟悉？无论当事人是否提出确认合同效力的诉请，法院的判决几乎无一例外的都会在本院认为中对合同效力作出这样认定的陈述，并依据该效力认定来适用合同约定内容和法律规定条款对案件纠纷作出最终处理。也就是说在合同纠纷案件审理中，法官应当依职权主动审查涉合同的法律效力，不受当事人是否提出合同效力确认的限制，不属于“民不告官不理”的范畴。当然，当事人也可以主动提出确认合同效力之诉请，这样在最后的判决主文中针对确认合同效力的诉请作出是否支持的认定，如果当事人没有提出这样的诉请，则可以在本院认为中作出是否有效认定的分析，并在认定合同无效的情况下向当事人释明变更诉请，如当事人

坚持诉请，可驳回其诉请。而依据合同约定作出的事实认定和最终判决，都是建立在合同有效的前提下，一旦认定合同无效，则只能适用关于合同无效的法律规定来处理。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2019 修正）》第五十三条：

“诉讼过程中，当事人主张的法律关系性质或者民事行为效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，人民法院应当将法律关系性质或者民事行为效力作为焦点问题进行审理。但法律关系性质对裁判理由及结果没有影响，或者有关问题已经当事人充分辩论的除外。存在前款情形，当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许并可以根据案件的具体情况重新指定举证期限。”由该条

规定也可以看出，法官在审理中发现合同效力存在问题时，无论当事人是否提出确认合同效力的诉请，都应当主动将合同效力作为焦点问题进行审理，之所以在大多数的案件中法官并没有将合同效力作为焦点问题进行审理，是因为大多数的合同之诉经过简单查明即可判断合同并不存在无效情形，双方对此也无争议。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称“建工解释”）第三条规定“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。”

其中第二款规定“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。”，由该款规定可知，法院对合同无效的请求确认不予支持的结果就是认定合同有效。

根据建工解释第三条第一款的规定，

将合同效力补正的时间点确定为“起诉前”，那么在法院开庭审理时，是不存在合同效力待定的问题。根据该条第二款的规定，可以回避对合同效力的确认吗？当然不能，根据该款的规定似乎可以得出合同有效的结论。

都是请求确认建设工程施工合同无效，第二款是“发包人未办理审批手续为由”，而第一款是“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”，未办理审批手续与未取得审批手续的法律后果在本质上是完全一样的，就是案涉工程建设行为没有合法的审批手续，可以说理由是一样的，唯一的区别是发包人是否故意不去办理审批手续，但是合同效力的命运却是截然相反的。发包人主动去办理审批手续，但办不下来审批手续，施工合同无效，发包人故意不去办理审批手续，施工合同反而有效，可谓滑稽至极。

合同效力可以分为双方约定的效力性规定和法律规定的效力性规定，比如当事人可以约定附生效条件的合同，在生效条件成就时合同生效。

《中华人民共和国民法典》（以下简称“民法典”）第一百五十八条规定：“民

事法律行为可以附条件，但是根据其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。”第一百五十九条规定：“附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已经成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。”第一百六十条：“民事法律行为可以附期限，但是根据其性质不得附期限的除外。附生效期限的民事法律行为，自期限届至时生效。附终止期限的民事法律行为，自期限届满时失效。”

建工解释第三条第二款的规定可以用民法典第一百五十九条来解释吗？显然不能。民法典第一百五十九条所附条件应当不是法律的效力性强制性规定，效力性强制性规定不受当事人的约定而受到限制，无论当事人是否约定，均应当对合同效力产生约束力，不能因为发包人故意不去办理审批手续，就视为已经获得审批手续，并进而认定合同有效，置效力性强制性规定于不顾。根据民法典第一百五十八条的规定，根据建设工程施工合同的性质，不应当将效力性法律规定作为所附条件来约定。

最高人民法院民事审判第一庭编著的《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》（以下简称“理解与适用”）对第三条涉及的“建设工程规划许可证”的论述，在理解与适用的第44页“建设工程取得建设工程规划许可证是进行合法建设的前提，未取得建设工程规划许可证即进行建设或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设是法律明确禁止的行为，该行为属于《民法典》第一百五十三条规定的违反法律、行政法规强制性规定的行为。由此签订的建设工程施工合同应属无效。”由该论述可知，未取得建设工程规划许可证而进行建设，签署的施工合同因违反了效力性强制性规定而无效。那么不论哪一方当事人提出合同无效的确认请求，都应当作出合同无效的裁判认定，这才符合法律规定。

理解与适用的第46页对于第三条第二款的解释是这样的，“显然，发包人故意不予办理相关手续，其主观恶意明显，违背了合同法严守合同约定、全面履行合同及诚信等基本原则”，“《2018年解释》根据《合同法》第四十五条的规定，对发包人恶意反悔获利的行为作出了否定性评价，规定了不予支持发包人恶意主张合



同无效的请求，并对因发包人迟延办理相关审批手续而给承包人造成损失的，令其承担赔偿责任。”由此可见，第二款解释的本意是为了惩罚发包人的主观恶意，而不予支持其合同无效的请求。但这样的解释明显与法律、行政法规强制性规定相违背，不能为了惩罚发包人而认定合同有效，这样的解释没有法律逻辑，过于儿戏草率。其引用的原合同法第四十五条，包括本文提及的民法典第一百五十九条，都不应当影响法律、行政法规的效力性强制性规定的适用，强制性法律规定约束力当然的高于合同约定附条件条款。不论是谁提出来的合同无效，只要发包人没有取得建设工程规划许可证等审批手续，无论发包人是积极的还是消极的未办理，合同效力的法律后果应当是一样的。

对于发包人故意不予办理相关审批手续行为的惩罚，完全可以在认定合同无效的前提下，参照合同约定对其作出不利

的严厉判罚，充分赔偿当事人的损失，无需对其合同无效的确认请求不予支持。当事人没有提出合同效力的争议，法院也应当依职权查明合同效力，当事人提出合同无效的，即使其理由没有法律依据，同样不影响法院依法认定合同是否有效。

发包人是否取得建设工程规划许可证，也是法院判断案涉工程是否属于违法建筑的主要事实和法律根据，笔者此前对违法建筑法律认定的分析中也多次提到，司法机关不应回避对违法建筑的司法认定职责。违法建筑应当由行政机关来认定，是指有关违法建筑的纠纷没有提交司法机关处理的情况下，司法机关当然不能主动跑到大街上去找违法建筑来做认定。对于违法建筑施工合同无效的司法认定，也是杜绝违法建筑现象泛滥的有力武器，表明司法机关引导社会价值观的积极态度，任何人不能从违法建筑中获益，从而真正保障人民生命财产的安全。

因此，笔者建议将建工解释第三条修改为：“法院在审理建设工程施工合同纠纷案件时，如发现存在发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续的情形，应当认定当事人所签署的建设工程施工合同无效。发包人能够办理审批手续而未办理，由发包人针对合同无效承担全部过错或者主要过错，充分赔偿其他当事人由此造成的各项损失。”



疫情期间建设工程工资支付和人工费计价政策解析

作者：朱好婕

目前，上海正逐步推动各行业复工复产，在确保符合疫情防控要求的基础上，争取尽快恢复全市正常生产生活秩序，“打赢大上海保卫战”。为促进建筑工地稳妥、有序、安全复工复产，上海市建筑建材业市场管理总站于昨日（2022年5月12日）发布了《关于新冠肺炎疫情防控下建筑工人人工费计价有关问题的通知》

（沪建市管〔2022〕10号）（以下简称“10号文”），一共有6条内容。虽然条数不多、篇幅较短，但该文件涉及到工人工资、人工费计价以及工人管理。

本文结合10号文的内容，就疫情防控期间的工人工资支付以及人工费计价方式等问题进行解读。

一、疫情防控期间的工人工资支付

施工单位与建筑工人之间存在劳动法律关系，故工人工资发放问题也必然涉及到相关的劳动法律规定。10号文中前三条明确了当受疫情或疫情防控影响，建筑工人无法正常施工时，工人工资如何支付。其中，均提到应参照上海市人力资源和社会保障局发布的《关于进一步维护当前劳动关系和谐稳定的工作指引》（以下简称“指引”），故下文在讨论工人工资问题上，也会结合指引的具体规定。

10号文第一条中明确了工人工资支付原则为：施工单位与建筑工人协商确定疫情防控隔离期间以及窝工期间的工资支付和生活费发放，即希望双方尽可能以

协商方式解决工资及生活费问题。

结合指引，这里提到的协商更多的是指“共商单议”，经简化后的合法民主程序，施工单位因受疫情影响所作的变更工人劳动报酬的决定，即可生效实施。但提醒施工单位需注意的是，在调整涉及工人权益的重大事项时，不仅要程序合法，也必须满足实体上公平合理的要求，即不得将工人工资调整过低。若双方在劳动合同中针对疫情等不可抗力已有规定，调整时应尽量尊重双方此前已达成的合意。另外，这种“共商单议”模式的协商仅适用于疫情防控特殊时期。

针对工人工资发放问题，具体可分为

以下三种情况处理：

1、工人被确诊为新冠肺炎患者、无症状感染者、密切接触者（即“三类人员”）的

根据 10 号文第二条的规定，出于对上述三类人员的保护，属于这三类人员的工人被采取隔离措施、无法提供正常施工劳动的，在隔离治疗期、医学观察期以及隔离期间，施工单位仍需按正常劳动支付其工资。

2、工人被封闭在工地，工程仍能继续施工的

此前文章中提到“封闭式”管理并不必然导致停工，工程项目可能仍能继续施工。但因疫情防控措施的要求，很可能会导致工效降低或不定期停工，因此会产生窝工期间工人工资发放问题，施工单位究竟以何为标准支付工资？

对于该问题，10 号文中也是在第一条中进行规定，即由施工单位与建筑工人协商确认工资或生活费发放标准，考虑因素主要为具体完成的工作量以及工时，因防疫需要所耗费的时间也属于工人工作时间。但需要提醒注意无论如何协商约定，不建议发放标准低于最低工资。

3、不属于“三类人员”但因政府依法采取防控措施，导致建设工程停工或者工人无法返岗复工的

根据 10 号文第三条的规定，施工单位应在一个工资支付周期内的，按照劳动合同约定的标准支付工资；超过一个工资支付周期的，发放生活费。具体而言，若因疫情工程停工或工人无法复工的情形存续期限在一个工资支付周期内的，建设单位仍应按照合同约定标准支付工人工资。若是上述情形存续期限超过一个工资支付周期的，在情形发生的第一个工资支付周期内按照合同约定标准支付工资，一个工资支付周期之后的期限内，施工单位可向工人发放生活费。生活费一般低于约定的工人工资，但建议不低于当地最低工资标准。

需要解释几点，一是有关工人无法返岗复工，是指工地已复工但工人因为疫情防控措施无法到施工现场进行作业的，例如被隔离在小区或人在外地，施工单位应按照第三条的规定支付工人工资。

二是如何理解“一个工资支付周期”，这一概念甚至本条规定均来自指引第九条的规定。第九条中还提到了对于居家办

工的劳动者，应按正常劳动支付工资。然而，建筑工人工作的特殊性在于必须现场施工，不存在居家办公的情形。这里所说的一个工资支付周期的起算点是自因疫情或疫情防控原因，建筑工人无法正常提供劳动之日，一直计算至上述情形消灭、工人复工之时。

三是劳动合同约定的工资报酬，需要结合双方劳动合同的具体约定。有些合同中会明确约定工日单价以及窝工或停工时的工资计算标准，还有些会约定固定定额标准，例如工人每月工资收入不得低于3000元。若劳动合同中有类似约定，双方

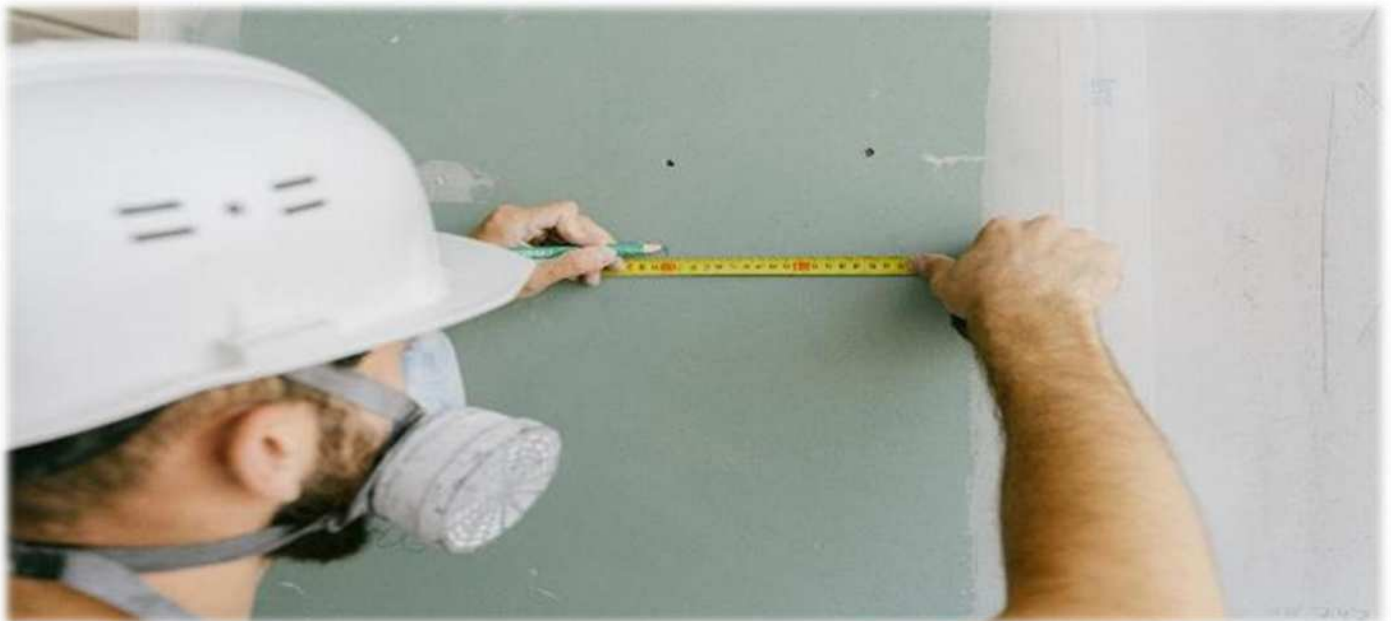
可以此为标准支付工资。即使合同中没有类似规定，根据第三条，施工单位也是可与工人就工资问题进行协商。这里的协商含义及程序与上文所述一致，为“共商单议”，但是同样也不得低于最低工资。

综合上述各类情形，可以看出10号文以及指引的相关规定，既要求施工单位支付一定的工人工资或生活费保障工人日常生活得以维持，同时考虑到施工单位疫情期间经营用人压力。在维护劳动者合法权益的同时，兼顾减轻施工单位经营压力。

二、疫情防控期间的人工费计价分担

对于工人工资与人工费之间的关系，许多人会产生误解，认为二者是同一事物的不同叫法。需要先简单澄清，工人工资

与人工费是完全不同的两个概念，在金额确认以及计算方式上也存在着差异。工人工资存在于施工单位与建筑工人的劳动





关系中，是工人付出劳动的报酬；而人工费是工程成本计价概念，存在于建设工程施工合同关系中，人工费是与建设项目工程量相关的费用概念，建设工程直接费包括人工费、材料费、机械费等三类费用。且人工费与工人工资并不一致，例如人工费计价时往往包含一定比例的管理费，管理不当导致也会工人工资总额上升，甚至还会出现实际支付的工资总额高于人工费总额的“倒挂”现象。因篇幅原因，该问题不再继续展开。

根据 10 号文第四条，疫情期间人工费的工程计价方式和标准为建设工程合同有约定，按照合同约定调整计算。合同没有约定的，由合同双方协商确定计价方式和计价标准，且计价标准不得低于本市最低工资标准，并会相应计取税金。由此可见本市最低工资标准可以作为人工费计价标准的起步价，双方在此基础上进行协商。

上海市曾在 2020 年 4 月份发布的《关于新冠肺炎疫情影响下本市建设工程合

同履行的若干指导意见》中关于受疫情影响造成建设工程成本增加的处理，明确规定：因疫情造成停工损失以及成本增加的，合同有约定的，按照合同约定处理；合同未约定或者约定不明确的，合同双方按照公平原则合理分担。

参照《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）（以下简称“施工合同示范文本”）第 17.3.1 条的约定，不可抗力引起的后果及造成的损失由合同当事人按照法律规定及合同约定各自承担。

因此，针对因疫情及疫情防控措施产生的人工费，合同有约定按约定处理，合同未约定或约定不明的，由建设单位与施工单位双方按照公平原则合理分担。双方若能协商一致，可按双方协商结果处理。

此外，根据施工合同示范文本第 17.3.2 条第四款的约定，停工期间必须支付的工人工资由发包人承担。除双方在合同专用条款另有约定外，疫情防控停工期间，承包人应发包人要求留在施工场地的必要人员费用由发包人承担。

三、疫情期间的人员管理措施

疫情期间，施工单位和建设单位应及时做好建筑工人实名登记、考勤记录，确

认建筑工人施工作业、隔离和窝工天数，以便减少将来因计算依据产生纠纷矛盾。



即使因此产生纠纷矛盾，登记记录也足以证明工人工资以及人工费的计算方式。

施工单位因对施工现场以及工人较为熟悉了解，掌控管理能力也较强，一般通过直接统计的方式做好各类登记。建设单位对于工人以及工地的管理，往往可以采取两种方式，一种是与施工单位一样，直接在施工现场确认登记。另一种则是通过施工单位的报告，获知上述信息。施工单位应及时向建设单位报告工人出勤情况及工程量完成情况。具体报告频率由双方根据实际情况协商确认，每天、每周或每月等。相关证据可以用于处理与工人的劳动争议，也可以作为与建设单位协商调整人工费的依据。

上海市住房和城乡建设管理委曾于3月

25日下发紧急通知，要求参建各方项目负责人必须坚守在项目工地一线，即无论是建设单位还是施工单位，其项目负责人均应在施工现场。此时双方项目负责人均在施工现场，具体采用哪种管理方式由双方自由决定。

在10号文最后一条中也提到，该文件仅涉及人工费的计价，其他诸如材料费用、机械费、疫情防控费用、停工期间损失等均未涉及。这些费用损失亦属于因疫情影响造成的建设工程增加成本，由建设单位和施工单位分担。具体如何分担，本文不展开详述，期待之后对于疫情期间其他费用的计价及分担问题会有进一步的具体规定。



朱好婕 律师

上海七方律师事务所 律师

七方建设工程与房地产法律服务部

律师

业务领域：建设工程房地产、商事

仲裁、企业合规

联系方式：138 1614 2289

不可抗力情形下，如何工期索赔？

作者：朱好婕

当前新冠疫情对于建设工程施工合同的履行可能造成了一定的影响。除疫情外，其他诸如地震、海啸、极端天气等不可抗力事件也会对施工合同履行产生阻碍。其中，对工期的影响是各承包人和发包人尤为关心的问题。由于篇幅有限，本文仅分析探讨不可抗力下的工期索赔，不涉及因工期延误产生的费用和损失的索赔问题。

一、承包人申请工期索赔的条件

（一）不可抗力是否对工程施工造成

实质性影响

《民法典》第 590 条规定，一方当事人因不可抗力不能履行合同的，可以根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任。

根据上述法律规定，不可抗力是合同的法定免责事由之一，但并非只要发生了不可抗力，就能免责。对于虽受不可抗力影响但合同可以履行的，双方当事人应照合同约定继续履行；对于合同能够履行而拒绝履行的，责任方应当承担违约责任。

同样，在建设工程施工合同履行中，并非只要有不可抗力事由存在，承包人就能申请工期索赔并获得发包人工期顺延的确认。

承包人能否申请工期索赔的关键在于不可抗力是否对工程施工造成实质性影响。

具体从以下几个角度分析不可抗力对工期是否产生影响：

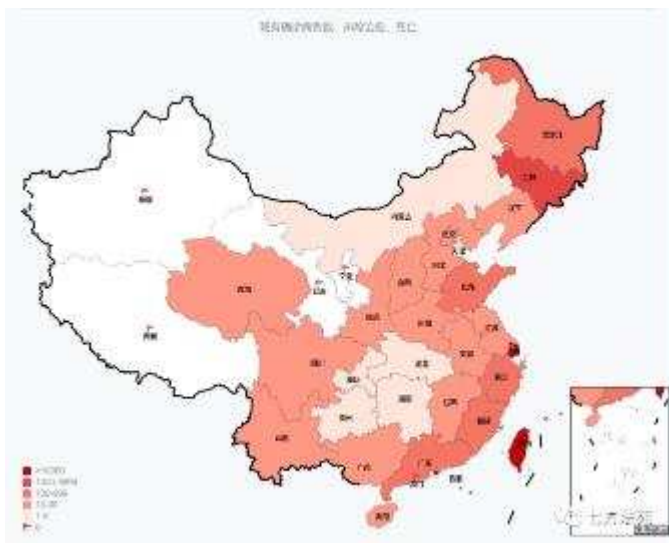
首先，不可抗力涉及到建筑行业。不同情形的不可抗力事件对各行业的影响程度不同，不可抗力并不是对所有合同的履行都有影响。若发生的不可抗力对建设工程施工领域没有明显影响时，不能认定承包人属于因不可抗力不能履行合同义务的情况，更无论工期索赔问题。

其次，不可抗力情形持续时间、发生地点以及波及范围也是决定能否申请工期顺延非常重要的因素。若施工现场与不可抗力灾害中心距离甚远，一般而言不会因不可抗力影响到正常施工进度，这种情况下，承包人自然无法申请工期索赔。例如沿海地区夏季容易出现台风暴雨这类极端天气。在考虑工期是否受台风影响以及影响程度时，需要结合台风的级数、台



风登陆地点、路径以及台风在施工所在地停留时长这些因素。

再以新冠疫情为例，当前上海疫情形势严峻，可能因疫情防控需要暂停施工或影响工效，导致工期会受到影响。但对于位于湖南、甘肃等地的工程项目，工程所在地目前疫情处于良好的控制下，除施工现场发现疫情等特殊原因，施工进度实际未受到疫情影响，承包人亦无法以疫情为由主张工期索赔。



（数据来源于国家和省市卫健委）

此外，不可抗力对于不同类型、不同进度的工程项目工期影响也不相同。是否对工期造成实质性影响首要考虑关键线路是否受延误。网络进度计划的关键线路受不可抗力影响，势必导致工期延长；不可抗力若是仅影响非关键线路，并不必然导致工期延误，承包人可通过调整工作次

序，以减轻不可抗力对施工进度的影响。

例如，同样是遭遇暴雨极端天气，A工程尚处于基坑围护进度，B工程已经封顶，一般而言，暴雨对A工程的施工会造成较大的阻碍，导致工期不得不延迟。对于B工程而言，当遭遇暴雨时，承包人可以调整施工人员先进行室内部分施工，因此所受到的工期影响比较小甚至不需要申请工期顺延。

最后，不可抗力对施工进度的影响，包含对施工人员以及材料设备进场的影响。上文提及较多的是施工现场因不可抗力暂停施工或工效降低，产生工期索赔问题的情况。实际上除了该因素，施工人员以及材料设备是否按合同约定到位也会影响到工程工期。若因不可抗力导致材料供应短缺或劳动力不足，造成工程无法施工，或者因人员流动管理措施以及延长的运输过程导致工效降低的，均会产生工期延迟问题。

（二）申请工期索赔的天数

承包人申请顺延的工期天数，需要结合双方合同约定、不可抗力对工程建设实际影响程度、工程停工复工时间、行政管理措施等因素，进行综合确定。



工期延误期间不仅仅局限于停工期间，还包括为应对即将到来的不可抗力准备措施阶段以及不可抗力结束后的恢复期间。

例如为应对即将到来的台风暴雨，承包人组织现场施工人员对工程采取加固保护措施所花费的时间，以及极端天气结束后拆除相应防护措施所花费的时间，均属于因不可抗力导致的工期延误，承包人在申请工期索赔时可将这部分期间纳入。

此外，材料设备供应恢复和施工人员调配进场也需要一定的客观时间，在计算工期顺延期限时，这部分时间也应合理纳入其中。

总之，在确定工程延长期限时，需要结合工程的实际情况。

（三）承包人和发包人应采取合理措施减轻不可抗力对工期的不利影响

若不可抗力影响某一线路的施工进度，承包人可调配施工人员至其他线路施工。若因不可抗力导致施工人员无法按照原定人数、时间以及原施工计划开展施工作业的，或施工材料和设备无法按照合同约定节点送达时，承包人可及时分派或紧急调配来自其他地区的施工人员和设备材料，尽力推进工程施工进度。

对于发包人而言，若是甲供材料无法按时提供，或其他配套工程因不可抗力无

法按期完工影响承包人施工的，发包人也 通过上述调整施工组织安排、调配人
应尽力协调各方施工，及时调取其他材料， 员材料设备等措施，最大限度地减轻不可
安排其他线路施工。 抗力对工期的不利影响。

二、工期索赔的程序

承包人和发包人在施工合同中对工期顺延有约定的，按照双方约定。若施工合同中
没有关于不可抗力造成工期顺延的相关约定，一般要求承包人及时递交工期索赔申请。

承包人和发包人双方签订施工合同时，往往会采用住建部门公布的建设工程施工
合同示范文本。示范文本通用条款中对于工程索赔程序已有详细的规定，除双方在专用
条款中另有约定外，发生工程索赔时一般适用该通用条款规定。

故本文主要介绍《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）（以下简称“施
工合同示范文本”）通用条款中第 19.1 条的约定，梳理承包人提起工期索赔的程序：

步骤	详细规定
递交索赔意向通知书	承包人应在知道或应当知道索赔事件发生后 28 天内，向 监理人递交索赔意向通知书，并说明发生索赔事件的事 由；如果在这 28 天内没有递交索赔意向通知书，则丧失 了该项索赔权利。
递交索赔报告	承包人应在发出索赔意向通知书后 28 天内，向监理人正 式递交索赔报告；索赔报告应详细说明索赔理由以及要 求延长的工期，并附必要的记录和证明材料。
提交中间报告	如果不可抗力持续发生，承包人负有中间报告义务，应 按合理时间间隔继续递交延续索赔通知，说明持续影响 的实际情况和记录，列出累计的工期延长天数。
提交最终索赔报告	在不可抗力影响结束后 28 天内，承包人应向监理人递交 延长工期最终索赔报告，说明最终要求索赔的延长的工 期，并附必要的记录和证明材料。



整个申请索赔流程有三个“28 天”，其中第一个“28 天”尤为重要，特别需要注意。若承包人未在不可抗力事件发生后的 28 天内递交索赔通知，则将丧失索赔权利，诉讼中可能不被支持。

上述条款中也明确承包人负有证明工期延误责任，因此承包人需收集保留因不可抗力导致工期延误的客观证据，例如政府下发的有关复工停工的通知、工程日志记录，设备、材料及人员台账等等。

三、提醒注意

1、迟延履行后发生不可抗力的，承包人不得主张工期索赔

根据《民法典》第 590 条规定，在当事人迟延履行期间发生疫情不可抗力的，对这方当事人而言，不能免除其违约责任。承包人无权向发包人申请工期索赔，同时还需承担相应的工期逾期违约责任。

2、承包人应及时申请工期索赔

首先，上文提到示范文本通用条款中有约定 28 天内递交索赔意向书，没有及时提交申请，该项权利可能丧失。

另外，根据最高人民法院建设工程施工合同司法解释第十条规定，承包人如果能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，虽未取得工期顺延的确认，承包人以此为由主张工期顺延的，即使之后产生纠纷，法院也会支持顺延工期的主张。

分包合同中约定了“背靠背”条款法律分析

作者：甘雯雯

在建设工程领域，发包人作为合同的甲方，始终占据主导地位，拖欠工程款的现象屡见不鲜。总包人为了转嫁分包工程款的支付压力，会在分包合同中写入如下条款：

“分包工程款按照建设单位（发包人）支付工程款的进度支付”、“分包工程款的支付以收到发包人支付的工程款为前提”，这样的条款意在表达：总包人只有在收到发包人支付的工程款之后，才会向分包人支付分包工程款。建设工程领域通常称其为：“背靠背”条款。该条款是分包合同中，总包人与分包人关于付款条件的约定，当“发包人向总包人支付工程款”这一条件成就时，分包人才可主张工程款。

这一条款对于总包人而言，看似是甩手条款，百利而无一害，写入这一条之后即可高枕无忧，“发包人不付我也不付，发包人付了我才付”，实则不然，法律实践中对于“背靠背”条款的效力有着严格的适用标准和条件。



“背靠背”条款的效力

判断“背靠背”条款是否有效，首先以分包合同是否有效为前提。在分包合同无效的情况下，“背靠背”条款自然是无效的。但是在分包合同有效的前提下，如果该条款不存在法定的无效情形，我们也不能掺杂太多的个人因素或者情感，断然认

为这样一条有失公允、利益失衡的条款是无效的。能写入分包合同中的约定，只要其内容不违反法律、法规的强制性规定，系总包人、分包人作为平等主体的意思自治，基于这一原则，“背靠背”条款通常被认为是合法有效的。

“背靠背”支付的客观条件

在工程建设施工过程中，整个工程项目的开工建设存在多个施工阶段，包括基坑开挖、地基基础、主体结构、附属结构、安装工程、装饰工程等等，总包人从工程开工进场，到工程竣工验收完毕退场，但分包人仅负责某一分部工程或者分项工程，时间进度上与发包人不可能一一匹配。发包人向总包人支付工程款之时，除非发包人特别指明款项用途，否则分包人无从知晓该工程款的支付是结算前述工程还是专项用于其所分包的部分工程。

另外，工程款的支付根据施工内容完成情况本就存在多个阶段，比如预付款、进度款、结算款、质量保证金，且对于工程进度款支付条件的约定形式也是多种多样的，常见的约定如：按照施工组织设

计的关键结点的完工作为进度款的支付条件，或者按照当月/季度已完工程量在整个工程中所占比例按月/季度支付对应的进度款。“背靠背”条款下，分包合同工程款的支付条件是否同总包合同一致？分包工程款是否跟总包工程款同进度、同比例支付？往往无法确认。

如此可见，简简单单的一条“背靠背”条款，虽然合法有效，但是不能涵盖上述支付深意，缺乏对于具体支付条件、支付比例的约定，使得总包人履行付款义务的约定处于不确定状态，应当认定为合同双方对于付款期限、付款方式的约定不明，“背靠背”支付的客观条件不具备，并不能作为总包人拒绝支付工程款的依据。

“背靠背”支付的适用限制

在司法实践中，总包人若以“背靠背”条款抗辩分包人的工程款请求权，应从严适用。在合同履行过程中，总包人负有积极向发包人主张工程款的义务，以确保其与分包方约定的支付条件得以成就，当发包人怠于履行相关义务时，应视为分包工程款的支付条件已成就。

北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的

解答》第 22 条规定：分包合同中约定总包人收到发包人支付工程款后再向分包人支付的条款的效力如何认定？分包合同中约定待总包人与发包人进行结算且发包人支付工程款后，总包人再向分包人支付工程款的，该约定有效。因总包人拖延结算或怠于行使其到期债权致使分包人不能及时取得工程款，分包人要求总包人支付欠付工程款的，应予支持。

“背靠背”条款下的证明责任

总包人援引“背靠背”条款抗辩工程款支付请求时，对于其与发包人之间的结算情况以及发包人支付工程款的事实负有举证责任。总包人应当举证证明：

1. 不存在因自身原因造成发包人付款条件未成就的情形；
2. 自身已积极向发包人主张权利，发

包人仍尚未就分包工程付款。

“背靠背”条款虽未约定明确的付款时间，但发包人与总包人签订的建设工程施工总包合同中的付款时间往往是明确的，因此在总包合同约定的期间内，发包人若不按时支付工程款，总包人就应当及时主张自己的权利。



关于主张权利的方式，通常情况下，总包人主张权利所采取的方式有自力救济方式（付款申请或催告函、律师函、协商谈判、争议评审等）和公力救济方式（诉讼与仲裁）。但自力救济方式并不能完全证明总包人主张权利的积极性，因此在总包人向发包人主张工程款时，诉讼或仲裁的方式才应当被认定为是“积极地向发包人主张权利”。

但建筑市场主体之间本就存在一定的利益关联性，在发包人拖欠工程款的情况下，总包人通常并不优先选择将争议提交诉讼或仲裁。发包人不及时付款，总包人也不通过诉讼或仲裁的方式主张权利，则总包人向分包人支付工程款的条件就无法成就，这对分包人来说显然是不公平的。因此，总包人在没有证据或者未提交证据证明其与发包人的具体工程款结算

情况、未积极主动向发包人催讨欠付工程款项的情况下，急于行使其自身权利所导致的不利后果，不应该由分包人承担，其以“背靠背”条款抗辩付款请求，应不予支持。



律师建议

对于总包人而言，利用“背靠背”条款规避风险，有其符合建设工程行业特点的合理性，但是在分包合同中对于付款期限、付款方式的约定应该更为具体和详细，可以采取如下风险防范措施：

1. 将“背靠背”条款书写完整、规范、明

确、清晰，并用醒目的方式呈现出来，特别要写明发包人不能付款时的后果；

2. 分包工程款的支付条件可以参照总包合同中的支付期限、支付方式、支付比例同等约定，而不是一言以蔽之，造成约定不明、无法履行的情况；



3. 在订立分包合同时，充分地向分包人详细告知其与发包人在总包合同中的支付约定；

4. 在履行合同时，积极行使总包工程款请求权，在发包人拖欠工程款的情况下与分包人积极沟通，及时告知其发包人工程款的支付情况，让分包人知晓其为行使到期债权所做的积极努力。

对于分包人而言，面对“背靠背”条款，即使是相对弱势的一方，也应当积极争取自己应有的权利，可以采取如下风险防范措施：

1. 签订分包合同时，对于合同条款应当慎之又慎，充分考虑风险，对于“背靠背”条款，该拒绝的要拒绝；

2. 不能拒绝的，应当约定更为详细和明确的付款期限、付款方式，或者对“背靠背”条款加以限制，比如约定：“若发包人逾期付款超过特定时限的，“背靠背”条款失效”，降低后期合同履行风险；

3. 在合同履行过程中，积极与总包人沟通，尽可能地了解发包人工程款的支付情况，并保留相关资料和证据，以备主张分包工程款之用。



甘雯雯 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方建设工程与房地产法律服务部 律师

业务领域：民商事、建设工程与房地产、
企业合规

联系方式：135 6475 0281



进城落户后原有宅基地如何处理？

作者：胡晓萍、王睿

宅基地，指的是农村村民用于建造住宅及其附属设施的集体建设用地，是广大村民朋友依法享有的一项重要福利。那如果转为城镇户口了，还能拥有宅基地吗？近日，杭州余杭区人民法院公开的一起案件引起大家关注。

案情介绍

张某和王某是杭州余杭区良渚街道某村的村民，系夫妻关系，在村内共有一块宅基地。二人婚后育有两女一子，随着孩子长大成人，张某和王某也日渐年迈。幺女小张大学毕业后杭州市区工作，取得了城镇户籍，但小张并没有忘记年迈的父

母，她一力承担起父母的生活开支，并主动参与出资为父母重建了宅基地上的房屋。

张某和王某将几个子女的行为看在眼里记在心里，于2011年立下遗嘱，表明要将宅基地及其房屋全部留给小女儿。

法院判决

杭州市余杭区人民法院经审理认为：小张的继承权不受户籍影响，遗嘱有效，驳回原告诉求。

律师分析

看到杭州的这起案件，可能有部分网友会以为，现今农村宅基地使用权能由城镇户籍子女无条件继承了，从此便可过上“城里有房、村里有地”的幸福生活，但这种理解过于片面，农村宅基地使用权的继承并不完全等同于其他类型财产的继承，而是需要符合一定的条件才能合法继承并办理登记的。

《民法典》第362条规定：“宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。”而《土地管理法》

2014年张某病逝、2020年王某去世，当小张依照遗嘱想继承房屋和宅基地时，却引发哥哥姐姐的不满，他们索要同等继承权无果后，将妹妹告上法庭，认为妹妹已是城镇户口，没有资格继承农村宅基地，请求法院认定遗嘱无效。

第2条规定：“中华人民共和国实行土地的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。任何单位和个人不得侵占、买卖或者以任何形式非法转让土地。土地使用权可以依法转让。”可见，宅基地使用权并不能被单独继承，但宅基地上的房屋，根据民法典继承编和物权法的相关规定，是可以合法继承的。





2020年9月9日自然资源部发布《对十三届全国人大三次会议第3226号建议的答复》，明确关于农村宅基地使用权登记问题。即按照房地一体的原则，继承人可继承取得房屋所有权和宅基地使用权。同时自然资源部在答复中也指出，《不动产登记操作规范（试行）》明确规定，非本农村集体经济组织成员（含城镇居民），因继承房屋占用宅基地的，可按相关规定

办理确权登记，在不动产登记簿及证书附记栏注记“该权利人为本农民集体经济组织原成员住宅的合法继承人”。

因此，城镇户籍子女继承宅基地使用权的前提是“地上有房”。如果宅基地上没有房屋、或者建造的房屋已灭失，则城镇户籍子女无权通过继承取得宅基地使用权。



农村宅基地上的房屋可以适用遗赠吗？我们再来看一个案件。

王老伯是某村村民，在村里有一处宅基地，地上有北房三间。王老伯无儿无女，只有一个好友李某（城镇户籍）经常到村里看望他。李某对王老伯乡间的田园生活表示十分向往，多年后，王老伯订立遗嘱，表示在自己去世后，将其在村里的宅基地及北房三间赠与李某。那么，李某能否依据遗赠获得宅基地使用权和房屋呢？

我国的遗赠制度，规定在《民法典》第 1133 条第 3 款中，即自然人立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的组织和个人的制度。通俗来说，遗赠就是被继承人采用立遗嘱的方式，将个人合法财产在死后赠送给配偶、父母、子女、兄弟姐妹、（外）祖父母以外的人。

前面我们已经了解到，城镇户籍子女

可以继承取得房屋所有权和宅基地使用权，那么城镇户籍的非亲缘关系人，是否能依据遗赠取得宅基地使用权呢？答案是否定的。

虽然宅基地上的房屋可以进行继承，但这只是对基于亲缘关系的宅基地上房屋流转的特殊认可，并不意味着在没有亲缘身份关系的人之间可以通过遗赠形式合法取得宅基地上房屋。宅基地使用权具有强烈的人身依附性，其设定是为了给予农民基本的生活资料和生活保障，实现“居者有其屋”的目的。因此，为了避免农村土地资源流失，不具有本村集体组织成员身份的非亲缘关系人，不得通过遗赠的方式取得农村房屋所有权及宅基地使用权。





结语

随着经济发展，大量农村人口涌向城市，但近几年，因为疫情等因素影响，也出现了农村“返乡潮”，毕竟，有山有水有宅院，是不少中国人的梦想。要实现这个田园梦，宅基地是必不可少的前提，农村宅基地使用权流转在农村建设进程中发挥着不可或缺的作用，其取得、行使和转让，都要严格遵守适法律和国家有关规定。这样才能最大程度保障农民的合法权益、推进乡村全面振兴。



胡晓萍 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人

七方家族法律服务中心 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

业务方向：家事法、私人财富管理

联系方式：18616910916



王睿 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

七方家族法律服务中心 实习律师

业务方向：家事法、私人财富管理

联系方式：18616910916



2020-2021 年度上海继承案件大数据分析报告

作者：七方家族律师团队



上海七方律师事务所家事法律服务中心近期完成了“2020-2021 年度上海继承案件大数据分析报告”的制作。

在民法典施行前后，上海地区的继承案件呈现何种特点？谁能分遗产，谁能多分？遗嘱的效力如何认定？遗赠扶养协议能否解除，是否应履行？遗产管理人如何确定？被继承人的债务如何处理？……

针对上述问题，七方家事法律服务中心通过威科先行法律信息数据库，检索、研究了上海各级法院在 2020-2021 年间处理的各类继承纠纷 7000 余起，并对相关裁判文书进行了简要的解读和分析。针对部分新型内容，如遗产管理人、遗嘱信托、意定监护等，还检索了全国法院判决数据。

本次大数据分析包括六部分：数据概览、法定继承、遗嘱继承、遗产管理人、遗嘱信托、其他类型案件（债权人追索、遗赠、遗赠扶养协议、意定监护）。

现将第一部分数据概率内容介绍如下，其他内容将在后期择机发布。如果您希望提前获知报告全部内容，可登陆七方家族律师团队网站阅览。

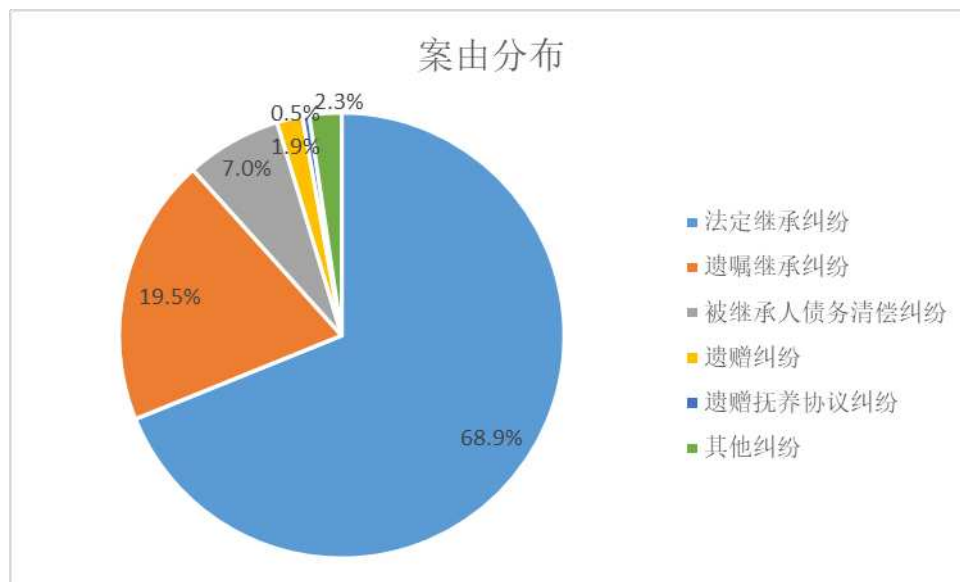


第一部分 数据概览

我们通过威科先行法律信息库搜索了裁判日期为 2020 年-2021 年的上海市各级法院的继承纠纷案件，对相关的数据进行了统计。

一、继承概况

（一）案件数量、种类（案由）及相应比例

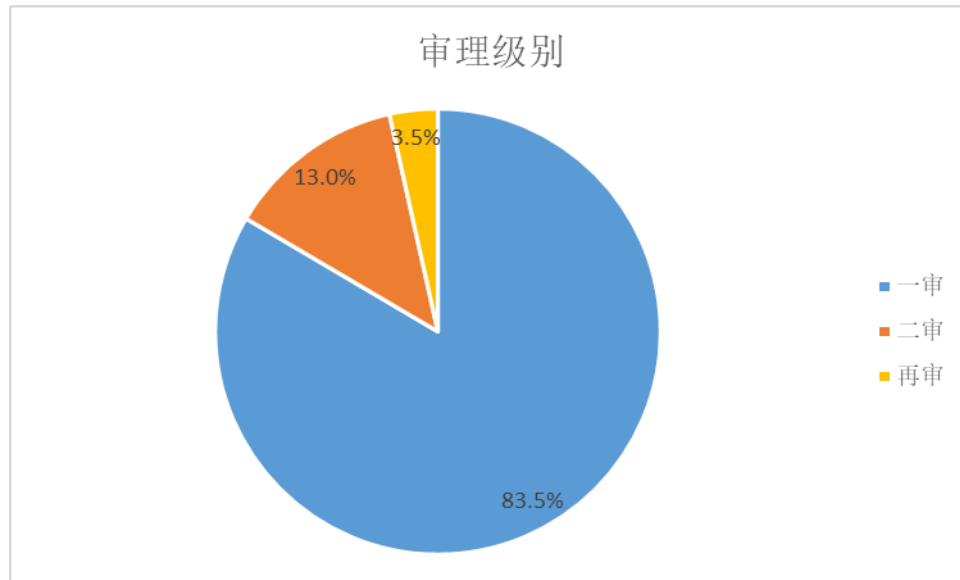


我们通过威科先行法律信息库搜到的上海市 2020-2021 年继承案件共 7414 例，其中法定继承纠纷 5107 例，占比 70.5%；遗嘱继承纠纷 1443 例，占比 19.9%；被继承人债务清偿纠纷 516 例，占比 7.1%；遗赠纠纷 138 例，占比 1.5%；遗赠扶养协议纠纷 37 例，占比 0.5%；其他纠纷 173 例，占比 2.3%。

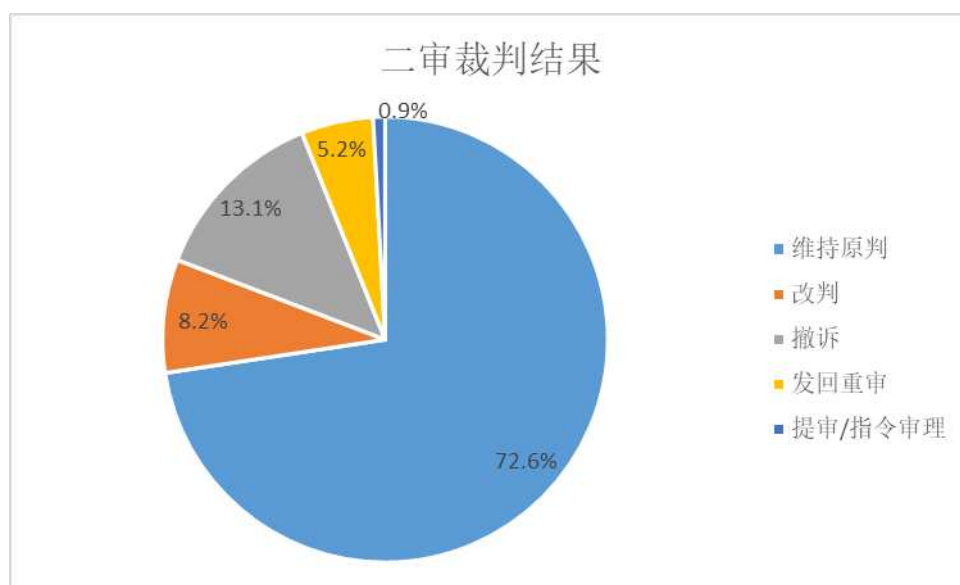
在搜索案例过程中，我们发现还有其他案由也被包含在继承纠纷案件中，例如分家析产纠纷、共有纠纷、其他继承纠纷等。司法实践中，当事人可能会提出不同案由的诉讼请求，法院通常会一并审理。



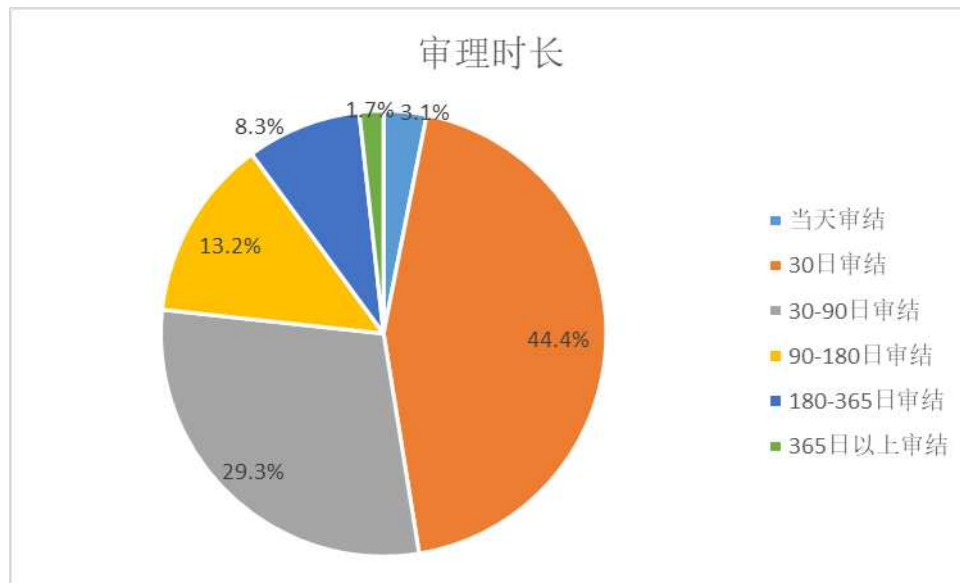
（二）案件审理程序及期限



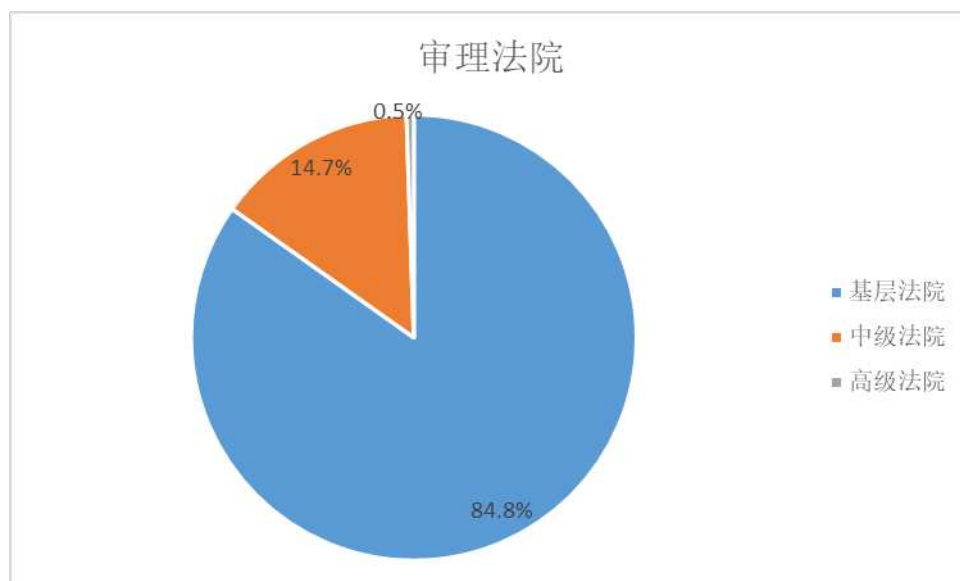
通过搜索案例得出数据：一审案件共 5639 例，占比 83.5%；二审案件共 881 例，占比 13%；再审案件共 236 例，占比 3.5%。



二审裁判结果数据显示，维持原判的案件共 583 例，占比 72.6%；改判的案件共 66 例，占比 8.2%；当事人撤诉案件共 105 例，占比 13.1%；发回重审的案件共 42 例，占比 5.2%；提审或指令审理的案件共 7 例，占比 0.9%。

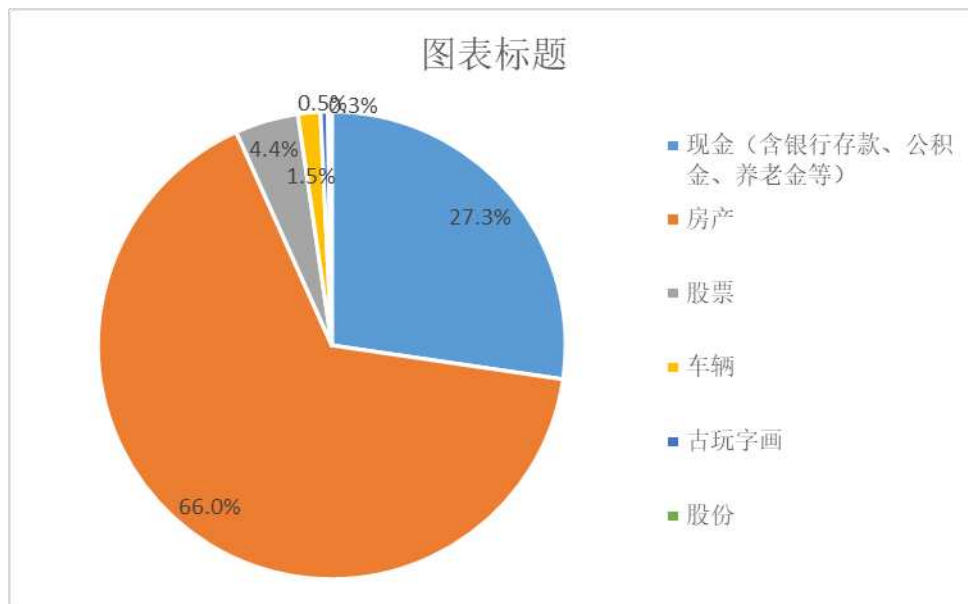


从审理时长上看，大部分案件在 90 日内审结，当天审结的案件占 3.1%；30 日内审结的案件占 44.4%；30-90 日审结的案例占 29.3%；90 日-180 日审结的案例占 13.2%；180-365 日审结的案例占 8.3%；365 日以上审结的占 1.7%。



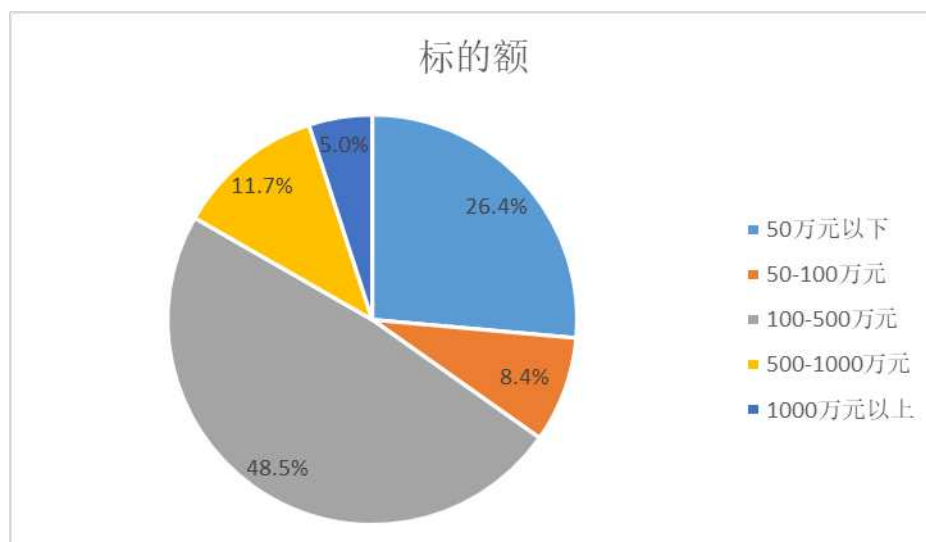
从审理法院数据看，大部分案件由基层法院审理，占 84.8%；中级法院审理的案例占 14.7%；高级法院审理的案件占 0.5%。

（三）遗产的类型



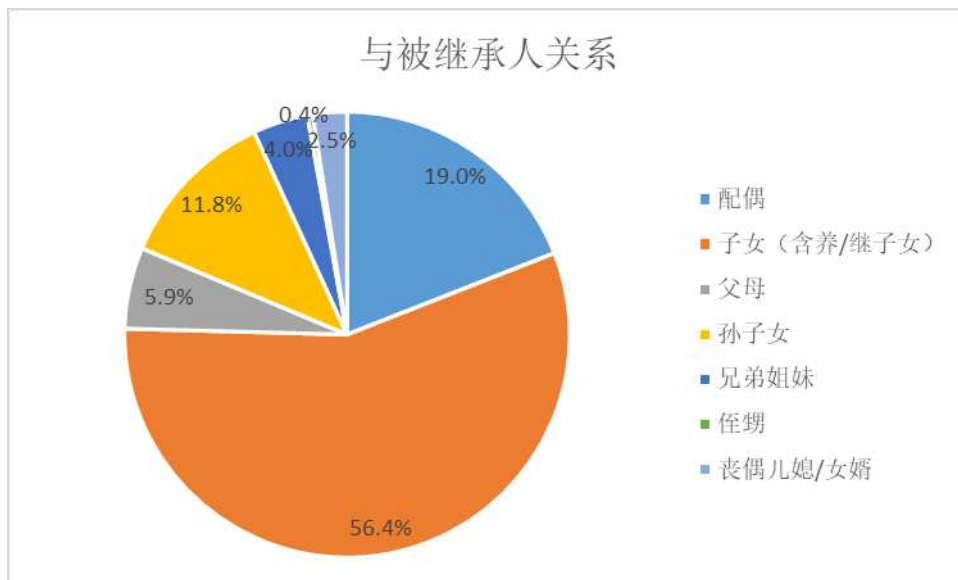
我们从搜索到的 7414 例案件中选取了 313 件作为研究样本，遗产类型分布如上，涉及现金类（包括银行存款、公积金、养老金等）遗产的案件共 106 例，占比 27.3%；涉及房产分割的案件共 256 例，占比 66%，其中涉及动迁房的有 41 例，占比 13.8%；涉及股票资金的案件共 17 例，占比 4.4%；涉及车辆分割的案件共 6 例，占比 1.5%；涉及古玩字画分割的案件共 2 例，占比 0.5%；涉及股权分割的案例 1 例，占比 0.3%。

（四）遗产的金额



从上图可以得出大部分案件的标的额在 50 万元以上，大多分布在 100-500 万元区间内。标的额在 50 万元以下的案件共 158 例，占比 26.4%；标的额在 50-100 万元内的案件共 50 例，占比 8.4%；标的额在 100-500 万元内的案件共 290 例，占比 48.5%；标的额在 500-1000 万元内的案件共 70 例，占比 11.7%；标的额在 1000 万元以上的案件共 30 例，占比 5%，其中标的额在 5000 万元以上的案件仅 1 例。

（五）继承人与被继承人的关系



根据民法典第一千一百二十七条规定，遗产按照下列顺序继承：（一）第一顺序：配偶、子女、父母；（二）第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承；没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。继承人与被继承人关系分布如上图显示，在选取的 313 例样本中，继承人分布最多的是子女，占比 56.4%；其次是配偶，占比 19%；接着是外/孙子女占比 11.8%；父母占比 5.9%；兄弟姐妹占比 4%；侄甥占比 0.4%；丧偶儿媳/女婿占比 2.5%。

二、法律适用

《中华人民共和国民法典》于2021年1月1日正式生效,到目前仅一年多时间。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》时间效力的若干规定第一条规定,民法典施行后的法律事实引起的民事纠纷案件,适用民法典的规定;民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,适用当时的法

律、司法解释的规定,但是法律、司法解释另有规定的除外;民法典施行前的法律事实持续至民法典施行后,该法律事实引起的民事纠纷案件,适用民法典的规定,但是法律、司法解释另有规定的除外。我们目前搜索到的案例被继承人大多于2021年1月1日前去世,因此适用民法典的案例仅占15%。

总结与启示

继承纠纷案件数量众多,法定继承纠纷数量仍占多数。房产为主要的遗产类型,继承案件涉及标的以100-500万元居多,子女和配偶

是继承纠纷的主要当事人。可见,大多数人在提前处理身后事的问题上,未能未雨绸缪,易产生纠纷。





遗产管理人典型案例启示

作者：七方家族律师团队

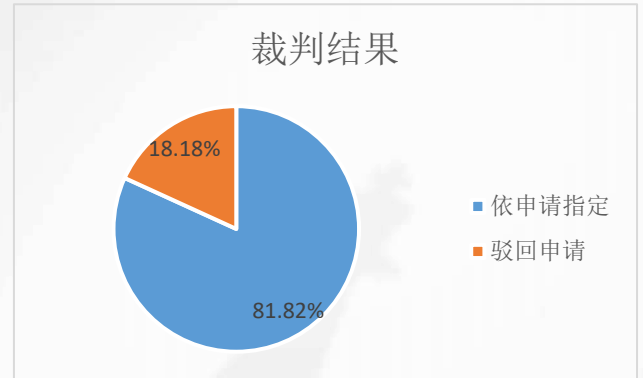
Last Will

遗产管理人制度是《民法典》新创设的。民法典第 1145 条规定了遗产管理人制度，“继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。”该制度从 2021 年开始实施，那么实践情况如何呢？我们做了全国范围内的案例检索，通过检索相关案例可知，与遗产管理人有关的纠纷，主要有两大类，一是申请指定遗产管理人纠纷，二是遗产管理纠纷。



一、指定遗产管理人纠纷

我们检索到，自《民法典》施行以来全国各地法院处理的申请指定遗产管理人纠纷 11 起（不含申请撤诉的裁定），其中支持申请人的申请从而指定遗产管理人的 9 起，占 81.81%；驳回申请的 2 起，占 18.19%。



1、哪些人可以申请指定遗产管理人？

民法典规定，可以申请指定遗产管理人的为利害关系人，从案例看，包括了债权人、继承人、村委会（无继承人的情况下）。而在一起案件中，因无继承人，被继承人的小姨因为负责丧事处理而被认为与案件具有利害关系，具备申请人资格。

典型案例：

(2021)新 4221 民特 323 号案，申请人额敏县玉什喀拉苏镇喀拉尕什村村民

委员会申请指定遗产管理人。某村民去世后，其无继承人，无人管理遗产。村委会于是作为申请人，在无被申请人的情况下，向法院申请要求指定村委会自身作为遗产管理人。法院认为，张恩志死亡后，没有继承人，其遗产处于无人管理状态，为有利于管理和维护遗产，确保各权利人利益顺利实现，申请人申请指定其为张恩志的遗产管理人，符合法律规定，法院予以支持。

2、法院是否会支持指定遗产管理人？

在法院支持申请的 9 起案例中，法院指定村委会、居委会、民政部门为遗产管理人的有 6 起，占 66.7%，其中没有继承

人的 4 起，继承人均放弃继承的 2 起；指定继承人为遗产管理人的有 2 起，占比

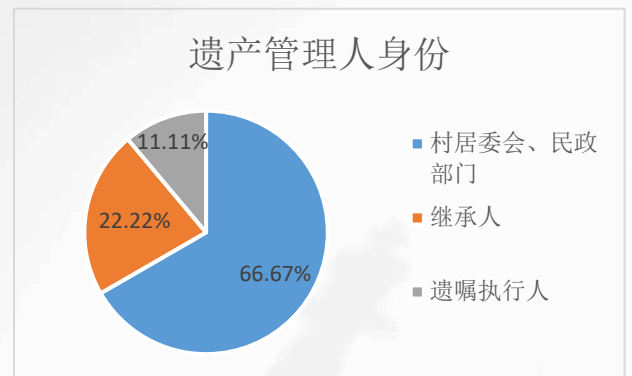


22.2%；指定遗嘱执行人为遗产管理人的 1 起，占比 11.1%。

在法院驳回申请的两起案例中，一起是因为申请人的申请不符合法律规定，另一起则是因为法院认为申请人的申请不利于保持遗产现状、不利于解决争议。

典型案例：

（2021）沪 0114 民特 171 号案，申请人徐某与被申请人杨某某等三人指定遗产管理人纠纷案，徐某要求指定其为遗产管理人。法院认为，《中华人民共和国民法典》为保障遗产的妥善处理，故增设遗产管理人制度。根据法律规定，对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人，但设定遗产管理人的意义在于更好的维护好遗产



状况，解决遗产争议及维护继承人的合法权益。本案中，一则申请人与被申请人就遗产等纠纷在本院存在诉讼，现尚未处置完毕；同时，如现明确的被继承的遗产在被申请人控制管理下，则申请人要求指定其为遗产管理人更不利于维护财产现状，也不利于解决双方的争议。故法院综合考虑申请人与被申请人的各方意见，判决驳回徐某申请。。

二、遗产管理纠纷

我们检索到全国法院处理的遗产管理纠纷的有效案例共 22 起，其中 17 起与遗产管理无关。在 5 起相关案件中，2 起为继承人要求法院撤销遗产管理人资格，

因缺乏事实和法律依据被驳回。另 3 起案件，皆为村委会担任遗产管理人，法院判决其履行管理职责（履行合同、配合办理过户手续等）。



典型案例：

(2021)渝 0116 民初 3943 号案，原告购房后，房东况某某去世，尚未办理房屋过户手续。房东无继承人。原告起诉村委会，要求其协助办理房屋过户手续。法院认为，原告按照《房屋买卖协议》约定支付房屋价款，并入住使用至今，况某某或其继承人也应按照协议协助原告办理房屋过户手续。

由于况某某没有继承人，其生前住所地的民政部门或村民委员会可担任其遗产管理人。被告草坝居委会系况某某生前所在村委会建制调整而成，经协商一致自愿担任况某某遗产管理人，其作为基层组

织兼具社区服务职能，又对况某某生前联系密切、关怀照料，同时对本案事实较为清楚，能更好地履行遗产管理人职责，故法院对被告草坝居委会担任况某某遗产管理人予以确认。被告草坝居委会作为况某某遗产管理人，应履行处理况某某的债权债务，并实施与管理遗产有关的其他必要行为。本案中，由于况某某去世，原告未能办理房屋过户手续，而协助原告办理房屋过户手续属于处理与管理遗产有关的必要性行为，故对于原告请求被告协助办理房屋过户手续的诉讼请求，法院予以支持。

总结与启示

遗产管理人是《民法典》规定的一项新制度，其功能是对遗产进行管理分配。在实际运用中，其功能并不仅仅是以遗产管理人角度来处分遗产。对于存在众多继承人的情况下，可以通过遗产管理人制度共同管理；对于债权人，可以通过遗产管理人制度来要求获得债务清偿或义务履

行；对于其它有利害关系的人，可以通过遗产管理人制度来要求使过世者的遗产获得公平合理的处置。从实践看，法院对利害关系的人的范畴较为宽泛，这有助于对过世者的遗产进行处理，保障各方的合法权益。

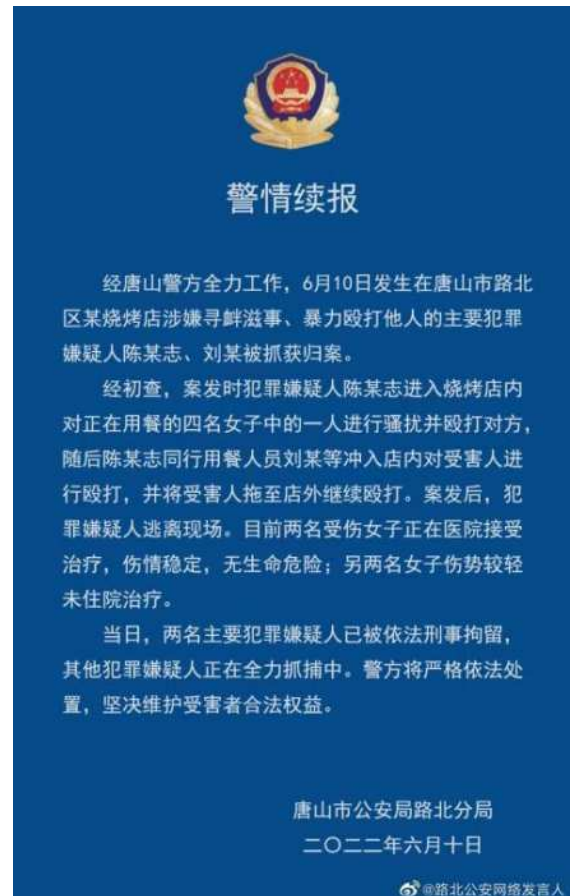


热点案件的冷思考——从“唐山打人”案谈起

作者：七方刑事团队

近年来，越来越多的重大刑事案件引起全民的热议和思考，自去年的江苏“铁链女”案，到前期的长沙“倒楼”案，至近日的“唐山打人”案，相关人员的恶行不断突破道德和法律的底线，引起全民公愤，形成人人喊打的局面。据官方报道，目前九名犯罪嫌疑人均被抓捕归案，关于几名犯罪嫌疑人的各种前科劣迹也被网友们扒了出来。不出意料的是，随着司法机关“从严从快”打击，新的舆情案件的出现，该事件引起的热议马上就会被另一个新的案件所替代。作为法律人，应该回归理性，在热点背后，立足于客观事实和法

律规定，进行冷静思考和反思，这才是法治本身的应有之义。



思考一：我们该如何正确认识“从严从快”打击重大刑事案件？

据河北省廊坊市公安局广阳分局通报：经廊坊市广阳区检察院批准，陈继志等9名犯罪嫌疑人已由廊坊市公安局广阳分局执行逮捕。根据我国刑事诉讼法的规定，公安机关对于被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留的三日以内，提请人民检察院

审查批准。在特殊情况下，提请审查起诉的时间可以延长一至四日。对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至三十日。该案件公安机关的办案速度，真正实现了依法从快打击犯罪，人民群众无不拍手称快，



并未违反法律规定。之所以能在这么短的时间内破案并批准逮捕，除了案件本身事实清楚、证据确实充分以外，还与舆情的导向、民众的关注、各级领导部门的高度重视和齐心协力是分不开的。

唐山案件爆发后，先有唐山蛋糕店老板实名举报史某为首的黑势力团伙多次对其骚扰闹事，后有张女士实名举报某酒吧老板对其非法拘禁 16 个小时。然而，相关涉案人员并未如本案犯罪嫌疑人一样，被从快从严地受到应有的惩罚，而是久拖未决。根据相关报道，本案的几名犯罪嫌

疑人曾经也因涉刑案件被网上追逃，却迟迟未归案。问题在于，从对本案相关嫌疑人的抓捕速度来看，公安机关是完全具备快速破案能力的，为何本案相关犯罪嫌疑人 3 日内即被抓捕？其他类似案件却长达一年之久仍杳无音讯呢？这难免会引起公众质疑：这些案件背后是否存在保护伞？迟来的正义是否还是一种正义？正义不仅要实现，而且要被一种看得见的方式实现。从法律公信力的角度而言，从速从缓未必是好事，严格依法办事才是王道。

思考二：就本案事实而言，唐山案件犯罪嫌疑人将被以什么罪名追究刑事责任，将被处于什么处罚？

网上公布的事发地监控录像显示，本案犯罪嫌疑人在骚扰被害人遭拒后，随意殴打被害人，情节极为恶劣，严重破坏了社会秩序，给全社会造成恶劣影响，引起全民公愤。对于本案中行为人性质的定性，很多法学专家已经给出了答案，根据《刑法》第二百九十三条第一款、第一项的规定：随意殴打他人，情节恶劣的，将被处五年以下有期徒刑、拘役或者管制；如果

被害人的伤情被鉴定为重伤，根据《刑法》第二百三十四条的规定，故意伤害他人身体的，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑。打人者的行为不仅涉嫌构成寻衅滋事罪，还涉嫌构成故意伤害罪，根据想象竞合犯理论，择一重罪处罚。因此，如果被害人最终鉴定为重伤，就适用故意伤害罪，犯罪嫌疑人面临十年以下有期徒刑；如果被害人的伤情仅构成轻伤，则适



用寻衅滋事罪，打人者将面临五年以下有期徒刑。

需要指出的是，尽管警方公布的信息显示对9名犯罪嫌疑人均采取了逮捕措施，但最终的处理结果尚需以案件的进一步调查结果为依据。比如，涉案的9名嫌疑人是否全部参与了打人或提供了帮助？是否有人在其中劝导或阻止？如果其中

有人不仅没有参与打人，反而进行劝阻，即便被检察机关因查清案件事实而附条件地批准逮捕，随着相关证据的掌握，案件事实进一步查清，不排除对某个别犯罪嫌疑人无罪释放的可能性。即便对于共同打人者，也会根据其在共同犯罪中起的作用大小而认定主从犯，从而判处不同的刑罚。

思考三：若本案被害人仅仅构成轻伤，

是否意味着犯罪嫌疑人最高只判处五年有期徒刑？

媒体称唐山烧烤店打人事件嫌疑人刘某、陈某志、陈某亮均有刑罚记录，法律上对于前科再犯案人员会加重处罚吗？

更新进展：【唐山9名施暴者至少3人有前科，2人曾被网上追逃】青岛广电·点时新闻出品 | 6月11日，河北唐山打人事件9名嫌疑人全部被抓获。@点时新闻 通过中国裁判文书网查询发现，嫌疑人刘某、陈某志、陈某亮均有刑事处罚记录，其中2019年刘某涉故意伤害罪被判处有期徒刑二年零一个月，上诉被驳回。2020年陈某亮涉开设赌场罪被判处有期徒刑三年，服刑期间获减刑。2015年刘某、陈某志等人涉嫌非法拘禁被网上追逃。

青岛广电·点时新闻出品 | 唐山打人事件嫌疑人全部到案，9人中3人有刑...
3g.163.com/v/video/VM8M3U9H8.ht...



昨天看到有人说，为首的几个有前科，有一个刚刚出狱一年多，我去中国裁判文书网找了一下，真找到了他们的“光辉事迹”，老赖、肇事逃逸，相似的暴力殴打事件，巧合的是这些人犯事，都经常是一起出现。

从网上公布的信息来看，涉案的9名犯罪嫌疑人中多名嫌疑人有犯罪前科，且

作案时肆无忌惮，为避免该案受地方司法部门干扰，进一步深挖、查实涉案嫌疑人的违法犯罪事实，该案已由河北省公安厅指定廊坊市公安机关办理。笔者认为，随着案件的进一步发展，本案部分犯罪嫌疑人将根据不同情形受到不同处罚：

情形一：除本案外，涉案嫌疑人无其他漏罪。根据我国《刑法》第六十五规定，因犯罪被判处有期徒刑以上刑罚，且法定刑罚执行完毕或赦免后，五年之内再犯应当判处有期徒刑之罪的，是累犯，应从重处罚。从新闻报道的内容来看，本案部分嫌疑人属于累犯，应当从重处罚，但因无

漏罪，即便从重处罚，也只能在法定刑以内处罚，即仅在五年以下有期徒刑量刑。

情形二：除本案外，有证据表明涉案部分犯罪嫌疑人曾多次实施《刑法》第 293 条 1 款的行为，严重破坏社会秩序的，对该部分犯罪嫌疑人将适用《刑法》第 293 条 2 款规定，适用加重处罚条款，处五年以上十年以下有期徒刑，可以并处罚金。

情形三：如经查实犯罪嫌疑人尚有未经公安机关查实的“漏罪”的，则应根据《刑法》第六十九条、第七十条的规定，对其数罪并罚，对其量刑将根据其他涉案漏罪的性质，判处五年以上有期徒刑甚至更重的刑罚。

情形四：如若查实本案犯罪嫌疑人有多次类似本案的寻衅滋事行为，且满足黑社会性质的组织特征，则根据《刑法》第二百九十四条规定，其涉嫌构成组织、领导、参加黑社会性质组织罪，将以组织、领导、参加黑社会性质组织罪、寻衅滋事罪和其他犯罪数罪并罚。通常认为，黑社

会性质的组织应当同时具备以下特征：

（一）形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定；（二）有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力，以支持该组织的活动；（三）以暴力、威胁或者其他手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众；（四）通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容，称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序。从媒体披露的部分信息来看，犯罪嫌疑人陈某某系一家水产公司的老板，结合其在本案中暴力侵害，不排除其涉嫌组织、领导、参加黑社会性质组织罪的可能。如查证属实，相关犯罪嫌疑人最终受到的处罚将远远高于五年有期徒刑。

需要指出的是，以上情形还需要公安机关在立案侦查的过程中进一步查证核实，回应社会关切。

思考四：网友是否可以以正义之名，在网络上随意发声？

唐山打人事件发生后，在全民声讨打人者的同时，有关媒体也批露，多名无辜

者因“唐山打人”案件被网暴和骚扰——有人收到花圈和菊花，有重名者或长相相似者被打电话骚扰、辱骂、威胁，烧烤店老板娘称已经无法正常生活等。另外，施暴者的个人信息，包括姓名、抖音信息、家庭成员信息、经营店铺信息等被人在网络上传播。



是否可以正义为名，在网上肆意发表言论，随意攻击他人？答案是否定的。对于故意在网上传播不实信息，以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽

谤他人，情节严重的，根据《刑法》第二百四十六条规定，涉嫌构成侮辱罪或者诽谤罪。根据 2013 年 9 月 6 日最高法、最高检《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条的规定，利用信息网络辱骂、恐吓他人，情节恶劣，破坏社会秩序的，依照刑法第二百九十三条第一款第二项的规定，以寻衅滋事罪定罪处罚。此外，我国刑法第二百五十三条之一规定，违反国家规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，涉嫌构成侵犯公民个人信息罪。

可见，以正义为名，对无辜者以送花圈和菊花等方式进行网暴和骚扰，也是寻衅滋事的一种行为方式，同样将受到法律的制裁。对重名者或长相相似者被打电话骚扰、辱骂、威胁，可能涉嫌侮辱、诽谤罪。即便是对施暴者及其家人的个人信息，包括姓名、抖音信息、家庭成员信息、经营店铺信息等被人在网络上传播，也涉嫌违反《个人信息保护法》，轻则构成民事侵权，重则涉嫌构成侵犯公民个人信息罪，实不可取。



我们支持对施暴者进行严苛的道德谴责和严厉的法律制裁，但网络并非不法之地，同样应在法律规定的范围内讨论，理性的谴责和发声，切不可正义之名对无辜者施以网络暴力和不明骚扰。一切案件

应以事实为依据，以法律为准绳，严格遵循罪刑法定、罪行相当、刑法面前人人平等三大刑法基本原则，否则将陷入“以牙还牙”“以暴制暴”的功利主义怪圈，与我国的法治理念背道而驰。



傅建平 律师

上海七方律师事务所 主任

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部主任

上海律协刑事诉讼与刑事辩护业务研究委员会 副主任

上海市法学会刑事学研究会 理事

华东政法大学文伯书院 校外导师

上海社科院法学所硕士研究生导师

业务方向：刑事辩护、刑事合规及刑民交叉法律业务、企业法律顾问

联系方式：15201718516



张佰乐 律师

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

上海律协刑事诉讼与刑事辩护委员会 干事

业务方向：刑事辩护、合同纠纷、企业法律顾问

联系方式：18089390623

伪造、变造核酸检测报告，可能涉及犯罪？

作者：赵珞宏

在全民防疫的关键时刻，核酸检测报告、抗原检测结果成为了证明市民是否感染新冠病毒的主要依据。虚假的核酸检测报告、抗原检测结果不仅会扰乱社会管理秩序，还会妨碍疫情防控工作，加剧新冠病毒传播的潜在风险。伪造、篡改前述报告或结果，根据行为的性质和危害程度，可能涉嫌下列犯罪。

一、伪造事业单位印章罪

• 法条链接

《刑法》第二百八十条第二款规定：“伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金。”

案例一

辽宁省朝阳市的王某、王某某经营一家复印社，2021年8月至2022年3月，二人为牟取非法利益，伪造“朝阳某医院体检专用章”“朝阳某医院复印病历专用章”“朝阳某科技有限公司”等5枚公司、事业单位实体印章，用于制作虚假的核酸检测报告、从业人员健康证明等，并将伪造的报告和健康证明以2元及10~30元不等的价格对外出售。其中，伪造从业人员健康证明150余份，伪造虚假核酸检测报告17份，均被用于出行途中防疫卡口检查。

最终，法院以伪造公司、事业单位印章罪判处被告人王某、王某某有期徒刑10个月，并处罚金2000元，伪造的印章予以没收。

案例二

2021年8月下旬，山西一名运煤司机为省事，在当地找到经营婚纱摄影工作室的梁某，让其帮助修改核酸检测报告时间。梁某认为当地属于低风险地区，遂使



用修图软件修改了核酸检测时间，并将报告中岚县人民医院核酸检测专用章的颜色加深，打印伪造的核酸检测报告，再模仿审核医生签名，并向司机收费5元。从2021年8月到2021年10月案发前，梁某使用上述手段为252人伪造核酸检测报告

律师点评：

印章是公司、企事业单位、人民团体从事民事活动、行政活动的认证和印记，体现着该单位的意志。印章制作主体的真实性、权威性是产生信用的基础，承载着社会和民众对该单位的信赖利益，以及对各单位作出相应行为的认可。任何对印章伪造、变造的行为都会影响上述单位的正常管理活动、损害其名誉，从而破坏社会管理秩序，尤其是当医疗机构等单位承担着诸如疫情防控等协助社会管理的工作时，对其伪造、改造印章将带来更深层的社会危害性。

案例一中，从客观行为上来看，两位被告人实施了伪造实体印章的行为，且具备主观方面的故意，即行为人明知自己无权制作上述单位的印章，但为牟利目而进

621份，非法获利3105元。截至目前，经对所有涉案司机进行核酸检测，结果均为阴性。

最终，法院认定梁某犯伪造事业单位印章罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币6000元。

行了伪造，符合伪造公司、事业单位印章罪的构成要件，故最终以本罪定罪处罚。

再看案例二，梁某某其实没有伪造印章的行为，而是打印了伪造的核酸报告检测单，那伪造印影文件是否与伪造实物印章同罪？

笔者认为，这个问题的关键在于如何理解“伪造的印章”及背后的法益保护问题。本罪设立的初衷是为保护公司、企事业单位等团体的名誉、利益及相应的社会公共秩序，法益承载的核心并非仅存在于实物印章本身，而在于因印章产生的印文是否足以让社会民众相信该文件或说明出自该公司、企事业单位等团体。伪造的印影文件以影像、字符等形式存储、散布，同样可以发挥一定的证明效用，足以对公

共信用和市场秩序带来破坏。简言之，实物印章与印影文件所达到的最终目的和实际作用并无实质区别，两者具有同一性，应当给予相同的刑法评价。

此外，两例案例中，尚未发现购买伪造核酸检测报告的人员中有阳性病例，排

除了病毒传播的风险，尚未达到《刑法》第三百三十条规定的引起传染病传播严重危险的程度且未造成病毒传播的实质后果，因此两案例中涉及的行为尚不构成

妨害传染病防治罪，仅构成伪造事业单位印章罪一罪。

二、妨害传染病防治罪

• 法条链接

《刑法》第三百三十条规定：“违反传染病防治法的规定，有下列情形之一，引起甲类传染病以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑：…（5）拒绝执行县级以上人民政府、疾病预防控制机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的。”

虽然根据《传染病防治法》和国务院有关规定，新冠肺炎不属于甲类传染病，但国家卫健委早在2020年1号公告中就依法决定对新冠肺炎采取甲类传染病的预防、控制措施。

如果当事人伪造、编造核酸检测报告，引起疫情传播或者有传播严重危险的，属于拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施，可能构成妨害传染病防治罪。

案例三

2020年10月23日，易网聚鲜公司从俄罗斯进口的冷冻鳕鱼4760箱（共计95.2吨）到达天津港，易网聚鲜公司委托奥顺公司对该批鳕鱼进行消毒和核酸检测后，再运输至海食界冷库。

被告人陈某华为满足易网聚鲜公司尽快卸货入库、节省运输成本的要求，在明知未对该批鳕鱼进行核酸检测的情况下，通过在此前其他货物的核酸检测报告

上修改货物名称、柜号等信息的方式，故意伪造 4 份阴性核酸检测报告，并将该 4 份报告通过微信发送给易网聚鲜公司员工，致使该批鳕鱼于当日在冷库卸货储存。后经疾控中心检测，该批鳕鱼外包装样品上有新冠肺炎阳性病毒，该案共计造成 52 人集中隔离，经济损失超百万元。

法院经审理认为，被告人陈某华违反传染病防治法的规定，为冷冻食品伪造多份阴性核酸检测报告，引起新型冠状病毒传播的严重危险。综合其具有坦白、自愿认罪认罚的法定从轻处罚情节，以妨害传染病防治罪，判处陈某华有期徒刑一年二个月。

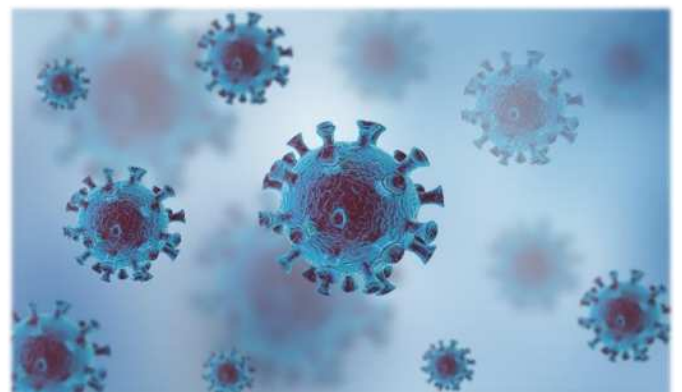
三、以危险方法危害公共安全罪

- 法条链接

根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》的规定：故意传播新型冠状病毒感染肺炎病原体，具有下列情形之一，危害公共安全的，依照刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定，以危险方法危害公共安全罪定罪处罚：

如果行为人明知是上述两类人员，还帮助其出具、伪造虚假核酸证明，使其顺利进入公共场所或者公共交通工具的，就可能涉嫌构成以危险方法危害公共安全罪的共犯。

1. 已经确诊的新型冠状病毒感染肺炎病人、病原携带者，拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具的；2. 新型冠状病毒感染肺炎疑似病人拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具，造成新型冠状病毒传播的。



四、编造、故意传播虚假信息罪

- 法条链接

《刑法》第二百九十一条之一第二款规定：“编造虚假的险情、疫情、灾情、警情，在信息网络或者其他媒体上传播；或者明知是上述虚假信息，故意在信息网络或者其他媒体上传播，严重扰乱社会秩序的；处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑。”

湖南省邵东市卫健局近日通报，女子余某出于猎奇和游戏心理，将自己本为阴性的核酸检测报告结果通过修图改成阳性，在网络上广泛传播，引发不良影响，目前当地公安机关已对余某采取了相应处理措施。

出于恶作剧或引流心理，将阴性核酸检测报告以修图方式更改为“阳性”的行为，可能影响正常的社会治安秩序的，可依法给予行政拘留，可以并处罚款；如果严重扰乱社会秩序的，将会以编造、故意传播虚假信息罪定罪处罚。

结语

面临严峻的疫情形势，尽力配合做好核酸检测工作，不仅有利于政府部门掌控疫情发展的新态势，也有助于社会尽快恢复正常。希望广大民众，不要因嫌麻烦、图方便等购买、使用伪造的核酸检测报告，否则，不仅可能面临治安管理处罚或相应的行政处罚，造成严重后果的，还可能被追究刑事责任。



赵璐宏 实习律师

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



疫情防控期间，追究“团购加价行为”刑事责任须慎行 ——以非法经营罪为例

作者：七方刑事法律服务团队

一、问题的提出

2022年3月底以来，奥密克戎肆虐，上海市政府突然宣布对全市实施静态管控措施。在该种管控措施下，市场供应渠道较为混乱，柴米油盐酱醋茶等平时基本生活保障成了每个家庭最为重大、迫切的需求，特殊时期，为社区居民团购基本生

活物资的特殊主体“团长”应运而生。与此同时，物资供需失衡滋生了哄抬物价的现象，不少跑腿小哥伺机收取高额配送费。上海警方也对部分哄抬物价行为进行了严厉打击，媒体通报了其中两个典型案件：

案件一

2022年4月10日以来，犯罪嫌疑人高某大量囤积青菜、鸡蛋、鸡、鸭等食品原料，并非法租用他人食品经营营业执照在网络平台开店对外销售。同时，为追求

高额利益，高某从外地以批发价购入的青菜（6元/斤）、冰冻鸡（38元/只）和冰冻鸭（35元/只）大幅抬高价格对外进行销售，进销差价率分别达到了150%、184%和



437%。截止4月19日案发，犯罪嫌疑人高某已累计销售175余万元，非法获利150余万元。

案件二

朱女士通过某平台求购了一批价值270元左右的民生物资，骑手赵某接单后，按照朱女士的订单前往超市购齐商品，并收取330元的跑腿费。当赵某将物资送往朱女士小区时，却拒绝出示购物凭证，还临时坐地起价，称其要求采购的物品实际花费577元，即朱女士需向其支付共计900元才能拿到代购的物品。双方沟通无果后报警处理。

出人意料的是，上述两个案件披露以来，对于上述两名犯罪嫌疑人的“囤积居奇”“哄抬物价”的行为是否构成非法经营罪，引起了法学界和社会民众的广泛争议

目前，犯罪嫌疑人高某因涉嫌非法经营罪已被静安警方依法采取刑事强制措施，案件正在进一步侦办中。。

经警方调查，赵某自4月以来，通过平台接单、小区蹲点、朋友介绍等方式接单，在为客户代买、配送蔬菜、水果等商品的过程中，不仅私下联系客户提高跑腿费，还在将代购物资送抵后，现场坐地起价，非法牟利合计2万余元。目前，赵某因涉嫌非法经营罪已被警方采取刑事强制措施。

和讨论，自媒体上也出现不同的声音。为此，笔者认为，有必要对特殊时期非法经营罪的适用进行展开讨论。

二、“哄抬物价”“囤积居奇”行为入刑的法律规定及适用分析

我国《刑法》第二百二十五条规定：“违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违

法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：（一）未经许可经营法律、行政法规规

定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；(二) 买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；(三) 未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；(四) 其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。”

此外，2003 年 5 月 14 日，“两高”《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用若干问题的解释》（以下简称“《解释》”）第六条规定：“违反国家在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间有关市场经营、价格管理等规定，哄抬物价、牟取暴利，严重扰乱市场秩序，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，依照刑法第二百二十五条第（四）项的规定，以非法经营罪定罪，依法从重处罚。”

2020 年 2 月 6 日，最高院、最高检、公安部、司法部《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》（以下简称“《意见》”）第二条第

四项再次规定：“依法严惩哄抬物价犯罪。在疫情防控期间，违反国家有关市场经营、价格管理等规定，囤积居奇，哄抬疫情防控急需的口罩、护目镜、防护服、消毒液等防护用品、药品或者其他涉及民生的物品价格，牟取暴利，违法所得数额较大或者有其他严重情节，严重扰乱市场秩序的，依照刑法第二百二十五条第四项的规定，以非法经营罪定罪处罚。”

根据我国刑法规定和司法解释的内容，结合上述案件公布的内容，不难发现，警方之所以对两名犯罪嫌疑人均以“非法经营罪”刑事立案，主要认为案件一的犯罪嫌疑人高某既有“囤积居奇”行为，又有“哄抬物价”行为，案件二中的犯罪嫌疑人赵某坐地起价，有“哄抬物价”的行为，符合我国刑法第二百二十五条第四项的规定。单从法律条文的含义来看，对上述案件中两名犯罪嫌疑人的刑事立案似乎不应该存在争议。然而，为什么上述两个案件公布以后会引起如此大的争议呢？这就需要对刑法第二百二十五条和两部司法解释（学界存在不同意见，有人认为

2003 年颁布的称为司法解释，2020 年发布的只能称为司法意见，为论述方便，均称为司法解释）的司法适用进行深入理解和探讨。

一直以来，学界对于刑法第二百二十五条第四项作为认定非法经营罪的兜底条款颇有微词，认为是新的口袋罪。有学者认为，“《意见》将应受惩罚的哄抬物价行为限定‘在疫情防控期间’，且只限于新冠肺炎的防控期间，非此期间内，不构成非法经营罪。该规定为罕见的行政犯中的限时刑法，具有理论上的研究价值。”¹据此，一般认为，将“哄抬物价”行为以非法经营罪入刑必须同时符合以下要件：

首先，行为必须发生在疫情防控期间，这是“哄抬物价”入刑的时间条件；其次，违反了《中华人民共和国价格法》和《中华人民共和国价格管理条例》等国家有关

市场经营、价格管理的规定；再次，具备违法所得数额较大或有其他严重情节，最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》

（2011 修正）第七十九条第八项具体规定了构成非法经营罪的犯罪情节和数额标准，即“…个人非法经营数额五万元以上或违法所得一万元以上；单位非法经营数额五十万元以上或违法所得十万元以上…”；最后，行为人的行为客观上严重扰乱了市场秩序，才会以非法经营罪第四项的兜底条款进行规制。

因此，对于本文中两名犯罪嫌疑人高某和赵某的行为，司法机关是否最终对其定罪、定罪后在何种量刑幅度内量刑，仍需满足上述条件及结合案件的相关证据予以认定。

三、疫情防控期间，追究“团购”行为刑事责任须慎行

（一）“团购”行为可能产生刑事法律风险

笔者认为，上述两个案件之所以会引起社会广泛讨论，除了法律适用方面的因

素外，特定时期因政府物资供应不及时、市场管理缺乏导致某一时期市场正常供



应无法满足居民的基本生活需要时，高某、赵某的行为确实解决了部分人的燃眉之急也是重要的因素，买方与卖方有时是周瑜打黄盖，一个愿打，一个愿挨。

我们注意到，随着疫情防控措施的进一步升级和延长，依靠政府供应物资显然无法完全满足居民的正常的物质生活需求，绝大多数居民的物资采购只能通过社区内外的“团购”行为予以解决，各式各样“公益团长”与“盈利团长”各显神通，充分发挥各自的组织能力号召能力、拓宽购销渠道，为小区居民解决了特殊时期的物资供应问题。然而，需要“团长”们注意的是，在为社区居民提供团购服务的同时，可能触碰诸多刑事法律风险，导致好心办坏事。

除前面谈到的非法经营罪以外，“团长”如将“团购”过程中获得的公民信息出售或提供给他人，情节严重的，可能触犯刑法第二百五十三条规定，构成侵犯公民个人信息罪；如果在销售产品中掺杂、掺假、以假充真、以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额较大的，可

能涉嫌触犯刑法第一百四十条条规定，构成生产、销售伪劣产品罪；销售的食物不符合安全标准，甚至是有毒有害食品，可能涉嫌触犯刑法第一百四十三条、第一百四十四条的规定，分别构成生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪；如果对采购物资的安全性未尽必要的注意义务、未采取必要的消杀措施，导致奥密克戎病毒传播的，可能触碰刑法第三百三十条，构成妨害传染病防治罪等等。

笔者认为，虽然“团长”的“团购”行为可能触碰上述刑事法律风险，囿于疫情防控措施的特殊性，总体应采取“谨慎入刑”的原则。具体对行为人行为是否入罪、入罪后的定罪量刑，应从刑事政策层面，应区分不同行为的社会危害性大小，采用“轻轻重重”的刑事政策，对危及人民群众生命健康安全的行为应从重打击，而对法律、道德注意义务较高的行为应当从轻处罚。限制本文篇幅关系，本文仅以非法经营罪为例，谈谈自己的观点。

（二）对“团购”加价行为追究刑事责任须慎行

疫情封控措施以后，总体物价普遍上行。对于从事公益“团购”行为的团长，因为并未从中赚取利润，不存在哄抬物价、扰乱经济秩序的行为而不具有任何社会危害性，其行为当然不构成非法经营罪。如前所述，对于加价行为是否构成非法经

1、应高标准认定“哄抬物价”

首先，所谓“哄抬物价”行为应以行政违法为前提。《中华人民共和国价格法》第十四条第三项“捏造、散布涨价信息，哄抬价格，推动商品价格过高上涨”。《价格违法行为行政处罚规定》（2010 修订）第六条第一款则对《价格法》中的哄抬行为进行了明确：“（一）捏造、散布涨价信息，扰乱市场价格秩序的；（二）除生产自用外，超出正常的存储数量或者存储周期，大量囤积市场供应紧张、价格发生异常波动的商品，经价格主管部门告诫仍继续囤积的；（三）利用其他手段哄抬价格，推动商品价格过快、过高上涨的。”可见，所谓“哄抬物价”仅指经营者捏造、散布涨价信息、非法囤积经告诫后仍不改正和

营罪，关键在于其客观是否存在“哄抬物价”“囤积居奇”，情节是否严重。笔者认为，鉴于将“哄抬物价”“囤积居奇”行为入刑属于限时刑法，应充分考虑将该行为入刑的特殊性，是否追究刑事责任，应重点考虑以下几个因素：

利用其他手段哄抬价格三种具体情形。

其次，价格过高、增幅过快的认定应当有市场监管部门的法定依据。比如，国家市场监督管理总局于 2020 年 2 月 1 日发布生效的《市场监管总局关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间查处哄抬价格违法行为的指导意见》对哄抬物价差额标准的规定如下：“……（三）经营者销售同品种商品，超过 1 月 19 日前（含当日，下同）最后一次实际交易的进销差价率的；（四）疫情发生前未实际销售，或者 1 月 19 日前实际交易情况无法查证的，经营者在购进成本基础上大幅提高价格对外销售，经市场监管部门告诫，仍不立即改正的。”上海市市场监管局于 2022 年 3



月 25 日发布《关于疫情防控期间认定哄抬价格违法行为的指导意见》对哄抬物价差额标准的规定如下：“（一）成本没有发生明显变化的，进销差价率超过 2022 年 3 月 19 日前 7 天内在本交易场所成交，有交易票据的同一商品或同类商品最高进销差价率的；（二）确因运输、人工等客观原因，成本发生明显变化的，进销差价率以实际成本为基础，进行合理确定；（三）2022 年 3 月 19 日前，未实际销售过同一商品或同类商品的，进销差价率参考同时期该经营者周边（或同类）市场同一商品或同类商品的进销差价率，进行合理确定。”

然而，上述规定未对“大幅度提高”给出具体认定标准，也未对进销差价率予以明确。据了解，目前部分地方政府规定了各自的价差率，例如湖北、青海、海南

2、应从宽认定“违法所得”数额

根据 2013 年《最高人民法院研究室关于非法经营罪中“违法所得”认定问题的研究意见》中的规定，非法经营罪中的“违法所得”应是指获利数额，即以行

等规定为 15%，浙江、江西为 25%，河北、黑龙江为 30%，山东、贵州、西藏为 35%，广西为 50%。笔者认为，在“哄抬物价”具体认定上，不能机械适用比率，还须综合考虑防疫期间原材料成本、运输成本、人力成本、主观恶性和社会危害程度等因素，还要考虑疫情封政策下的风险成本（存在感染奥秘克隆的可能），不能简单地将超过价差率就是“哄抬物价”，应谨慎认定哄抬物价行为，避免将一些轻微的行政违法行为，当作非法经营犯罪予以打击。

对哄抬物价的认定不仅要考虑到原材料的成本、交通运输成本、产品质量，还要考虑疫情封控特殊时期下运输物品的风险成本（是否感染新冠的可能）、购销价格、政府限价等因素，不能简单地将明显高于市场价格就是“哄抬物价”。

为人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入（即非法经营数额），扣除其直接用于经营活动的合理支出部分后剩余的数额。这是针对一般非法经营行为

所作的规定，有司法工作者认为，而作为哄抬物价型的非法经营罪，与一般非法经营的违法所得是有所区别的，其哄抬后的价格包括进价（即成本）、合法利润和超过合法利润之外的非法利润三部分，如果按照一般非法经营罪违法所得的计算方式不尽合理。在没有法律明确规定该类非法经营罪违法所得如何计算的情况下，从谨慎入罪的角度考虑，把合法的利润扣除，按照超出正常市场价格而获得的部分利

润作为违法所得更符合大众认知。ⁱⁱ笔者深以为然。尤其是，疫情封控为社区居民“团购”的“团长”，一方面要付出大量的时间和精力，另一方面确实是为居民解决了特定时期的生活物资，即便其加价行为触犯刑法，在认定违法所得时，应采用较为宽松的标准，不仅要减去成本价，还要减去一定的合理利润，之后才可以认定违法所得金额。

3、应从法益侵害角度来考虑是否“严重扰乱市场秩序”

从法益侵害角度，疫情防控期间，将“哄抬物价”行为以非法经营罪第四项的兜底条款来认定时，其行为侵害的法益程度应该同前三项具有等同性，即重点关注行为人的行为是否扰乱了正常的市场秩序。因此，对于某些加价行为性质的判断首先要考虑行为当时是否存在正常的市场环境。如果在特定时期，社会公众缺乏正常采购渠道，原本规范的市场处于失衡状态，说明市场本身不正常，那么一定限

度的加价行为就应当被允许，不应认定为严重扰乱市场秩序。

最后，需要说明的是，笔者对于疫情防控措施“团购”加价行为主张审慎入刑，并不意味着对加价行为的无条件认可，可以适度盈利，但过度加价，即便其行为不构成犯罪，但如果触犯了《中华人民共和国价格法》等相关规定，同样可以对其行政处罚。

ⁱ 涂龙科，《物价管控的限时刑法研究》，《中国监狱学刊》2021 第三期。

ⁱⁱ 高娜、冯瑞，《涉疫哄抬物价型非法经营罪如何认定》，《检察日报》2020 年 3 月 21 日，第 003 版。



公章管理不善？ 公司恐难逃法律责任！

作者：李剑

上海疫情封闭管控期间，闵行区梅龙镇保供猪肉的质量问题曾经引起非议，经过有关部门的调查，该批问题猪肉的供应来源于上海咨谕实业有限公司。根据《每日经济新闻》的后续报道，记者在采访咨谕公司法定代表人王某时，王某称她本人对此事并不知情，对相关猪肉的来源和质量等情况也并不清楚，并已就此事报案，事情是其朋友用上海咨谕的公章做的。在回答记者“朋友为何会有咨谕公司公章”问题时，王某讲道“因为他（她）自己没有公司，做不了这个……我也没有签字”。

这是公司公章的管理不善的问题了，后果很严重，本文将就此问题做一个简单分析。



要闻

每经网首页 > 要闻 > 正文

上海梅陇镇就发放变质猪肉启动问责 供货公司法定代表人：事前不知公司成为供应商

每日经济新闻 2022-04-16 20:12:40

每经记者 程雅 每经编辑 张海燕

今日（4月16日），闵行微信公众号发布名为《关于梅陇镇保障物资中发现问题猪肉的情况说明》（以下简称《说明》）的文章，该文落款为“梅陇镇防控办”。

《说明》显示，“4月14日至15日，有居民陆续反映我镇发放的第四批生活保障物资中，部分猪肉存在质量问题。经初步核查，情况基本属实，我镇立即叫停了该批物资的发放，并启动相关调查问责程序”。



7:42



今日闵行 >



关于梅陇镇保障物资中发现问题猪肉的情况说明

启信宝显示，上海咨谘成立于2017年6月22日，注册资本500万元，公司法定代表人为王金鑫，王金鑫与马涛各持股50%。

公司经营范围包括：食品流通，食用农产品销售，电子商务（不得从事增值电信、金融业务），商务咨询，从事农业科技专业领域内技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务，环保工程，房地产经纪。

4月16日下午，《每日经济新闻》记者拨通了王金鑫的电话。王金鑫称，她本人对此事并不知情，对相关猪肉的来源和质量等情况也并不清楚。“如果今天官方不打电话的话，我都不知道这个事情。”王金鑫称。

王金鑫告诉记者，她已经就此事报案，事情是其朋友用上海咨谘的公章做的。

但是，王金鑫的朋友为何会有上海咨谘的公章呢？“因为他（她）自己没有公司，做不了这个，他（她）和政府对接的，我不知道，我和政府没对接过，我也没有签字。”“疫情的时候，他们在我们厂房配送蔬菜什么的，我的公章一直在台面上放着，也没人动，因为我们主管每天要用这个，就大意了。”王金鑫表示。

王金鑫称，上海咨谘的另一位股东马涛为其丈夫，昨晚知道消息后已从外地连夜赶回上海。同时，王金鑫表示，前述其朋友的电话已经打不通，她自己也已聘请律师拟定相关律师函及声明，随后可能会公布。

对于王金鑫的说法，记者暂未联系上王金鑫的朋友予以证实。

关于事件进展，4月16日傍晚，梅陇镇宣传科工作人员对《每日经济新闻》记者表示，相关事情是由物资保障组具体在操作，区镇相关部门已对此事进行了深入联合调查，但目前还没有可供进一步披露的信息。

一、法定代表人依法持有公章， 其他人依委托授权才能持有公章

法定代表人，顾名思义，是依据法律规定直接代表公司的自然人，其权利直接来源于法律的规定，因此只有法定代表人才是依法持有公章的真正的权利人。实务中，我们通常看到执行董事、董事长、甚至是总经理、财务人员持有公章的情形，包括一些办事人员持有公章的情形，都是基于公司或法定代表人的授权而持有公章的。一

旦授权被收回，持有公章的人就应当将公章返还给公司，移交给法定代表人。公司的印章证照，本质上属于公司财产，第三人不能证明其系授权持有公司公章的，公司有权要求无权占有人予以返还。

有兴趣的可以参阅#七方法苑#公众号《证照印章和财务资料属法人财产，依法应由公司保管》。

二、公章对外代表公司，出借公章等于出借了公司经营资质，需承担法律责任

根据《企业法人登记管理条例》第二十五条第三款的规定,《企业法人营业执照》、《企业法人营业执照》副本,不得伪造、涂改、出租、出借、转让或者出卖。而违反了行政法规的规定,就应当依法承担法律责任。根据《企业法人登记管理条例》第二十九条的规定,企业法人伪造、涂改、出租、出借、转让或者出卖《企业法人营业执照》、《企业法人营业执照》副本的,登记机关可以根据情况分别给予企业法人警告、罚款、没收违法所得、停业整顿、扣缴、吊销《企业法人营业执照》的处罚。同时,还应当根据违法情节,对企业的法定代表人追究行政责任、经济责任,乃至刑事责任。

本次事件,如确系“朋友自己没有公司,做不了”政府保供物资的供应,而向咨询公司借用经营资质的,显然违反了《企业法人登记管理条例》的规定。咨询公司遭受上述行政处罚是在所难免的,严重的恐要吊销《营业执照》了。而法定代表人恐亦难逃其法律责任,这取决于最后调查的结果。

王某称会聘请律师拟定律师函发声明,不管其内容如何,从律师函的法律效果来说,也只能起到对发函之后他人继续使用公章的效力性阻断问题,不能免除其已经发生的出借公司资质所造成后果的法律责任。

三、授权使用公章,应由公司承担使用公章的法律责任

咨询公司本次如果是授权使用公章的,则其朋友代表的是咨询公司的意志,其所持公章与梅陇镇签订物资供应协议,合同依法成立

并生效,咨询公司负有保质保量及时高效供货的合同义务,现咨询公司提供的猪肉食品不符合约定,存在严重的质量问题,应当承担违约



责任，造成梅龙镇抗疫损失的，还应当承担赔偿责任。

授权使用公章出现越权使用时，一般会适用表见代理来认定协议的效力问题。在没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。但是，如果相对人有理由相信使用人有代理权的，则适用表见代理的规定，代理行为有效。

这个“表见代理有效”，在公司对外担保使用公章时，可能会有例外情况，如法定代表人以公司名义对外加盖公章提供担保的问题。如

前所述，法定代表人当然代表公司，是否就符合表见代理呢？未必，此时并不是担保合同上加盖了公司的公章，担保合同就一定是有效的。根据《公司法》第十六条和《九民纪要》的规定，公司对外提供担保的，应当根据公司章程的规定，需要董事会、股东会或者股东大会作出决议，如果没有相应的决议，事后又没有得到追人的，则担保责任的约定无约束力。是否能够适用表见代理来认定担保行为的效力，还要看当事人能否举证进行了相应的审查。



李剑 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方律所规划与发展委员会 主任

七方公司与破产清算法律服务部 主任

上海律协公司与商事业务研究委员会 委员

上海市破产管理人协会 个人预备会员

浙江农林大学法律硕士研究生实务导师

业务方向：公司商事 诉讼与争端解决

联系方式：138 1727 9229

经营范围是法院认定竞业禁止的唯一标准吗？

作者：吕小萌



与竞业限制是约定义务不同，竞业禁止是董事和高管的法定义务。董事、高管作为公司的管理者，应当全心全意为公司服务，在行为上要以公司利益最大化为目标。《公司法》第一百四十八条规定：“董事、高级管理人员不得有下列行为：（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”，这便是竞业禁止的法律依据。而自营或者经营“同类业务”是构成竞业禁止的前提，这里的“同类业务”具体如何判定呢？有的人认为是否构成同类业务就要看公司营业执照上载明的经营范围所涉的业务是否相同或类似，有的人认为要看公司实际业务是否有交叉或重叠。下面我们一起来看两个案例，这两个案例中公司经营范围均有一定程度的重合，法院最终的判决却南辕北辙，这是为什么呢？





案例一：经营范围只有一项重合，会构成同业竞争吗？

湘力公司股东黄某、周某共同出资设立了平行公司，湘力公司认为黄某、周某作为湘力公司的董事和业务承接责任人，自营同类业务损害湘力公司利益，构成同业竞争的侵权行为。而黄某、周某则称平行公司与湘力公司的业务范围差别巨大，并不构成同业竞争。

我们可以通过下图对比这两家公司的经营范围：

从两个公司的经营范围可以明显看出，平行公司虽然成立在后，但是经营范围比湘力公司大很多，唯一相同的一项是“机电设备安装服务”。因此黄某、周某认为：湘力公司、平行公司的具体经营范围不同，经营范围分类也不同，平行公司属于科技推广和应用服务业，湘力公司则是通用设备制造业，分别属于服务业和制造业，明显不属于同类企业。湘力公司、平行公司从事的业务性质、客户对象不同，平行公司主营状态检测业务，而湘力公司主营电机维修业务，平行公司属于湘力公司的上游公司，二者不存在竞争关系。

但是湘力公司则认为：平行公司的商事登记信息可以充分证明其经营项目涵盖了湘力公司的所有经营范围。公司具体的经营项目以及是否构成同业竞争，不是简单的看行业分类，而是要看官方公示平台的商事登记信息和公司章程

湘力公司经营范围	平行公司经营范围
电气设备修理	机械技术推广服务
电气机械设备销售	节能技术开发服务
机械技术咨询、交流服务	节能技术咨询、交流服务
机械零部件加工	机电设备安装服务
通用机械设备销售	机电设备安装工程专业承包
机电设备安装服务	其他办公设备维修
	能源技术咨询服务
	职业技能培训(不包括需要取得许可审批方可经营的职业技能培训项目)
	机械配件批发
	机械配件零售
	商品批发贸易(许可审批类商品除外)
	商品零售贸易(许可审批类商品除外)
	集装箱维修
	消防设施设备维修、保养
	安全技术防范系统设计、施工、维修
	汽车维修工具设计服务
	医疗设备维修
	电梯维修
	日用电器修理
	电气设备修理

中记载的经营项目。在湘力公司提交给法院的湘力公司、平行公司的商事登记信息和公司章程中，非常清楚地证明平行公司的经营项目基本已经涵盖了湘力公司的所有经营项目，构成同业竞争。

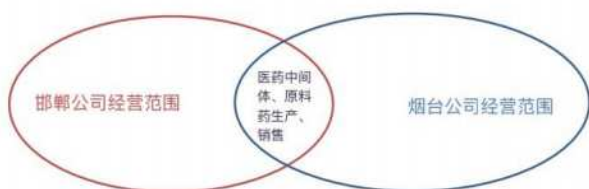
最终法院认定：公司营业执照上的经营范围是公司可能开展的业务范围，如果仅将竞业禁止范围限缩于实际经营范围，负有竞业禁止义务的主体就有机会利用公司资源为私利开展业务，剥夺公司开展其他业务的机会，使得公司不能开展经营范围内的其他业务，这与公司法设立董事、高管等人的忠实义务的制度目的是相违背的，故竞

业禁止的业务范围应以营业执照载明的内容为准。湘力公司、平行公司两者之间的工商登记信息重叠，营业范围具有较高相似性，业务内容亦高度相同，注册地、经营地、均属广州市区，属于同类经营。

【案例来源：黄历洋、周冰损害公司利益责任纠纷二审民事判决书（2019）粤01民终18964号】

在这个案例中，法院最终还是根据营业执照中载明的经营范围来判断是否构成竞业禁止。因此，即便公司实际经营范围不重合，但是营业执照载明的经营范围有重合，还是有可能构成同业竞争。

案例二：只要经营范围有重合，就一定构成同业竞争吗？



杨某在担任邯鄲公司副董事长、医药研发总监期间，开办了烟

台公司。两家公司的经营范围有部分重合的（如上图），邯鄲公司据此认为杨某自营与邯鄲公司同类业务的公司，违反了竞业禁止的法定义务，并要求杨某和烟台公司承担邯鄲公司的利益损害赔偿赔偿责任。杨某认为邯鄲公司核心业务为石杉碱甲的研发，烟台公司实际经



营范围为染发剂的研发和销售，两公司属于不同类别。虽然工商登记中有部分经营范围重合，但是不能证明两家公司实质上构成同业竞争。

一审法院认为：邯鄲公司的经营范围不具有专有权和垄断权，烟台公司与邯鄲公司的经营范围虽有相似之处，但经营范围的交叉或重叠，不是侵权行为产生的必要条件，也不能证明烟台公司对邯鄲公司侵权行为的存在。烟台公司的经营范围与邯鄲公司不属于同一类别，不存在与邯鄲公司同业竞争的可能性，与邯鄲公司无明显的竞争关系和直接的利益冲突。

一审判决作出后，邯鄲公司即刻提出了上诉。二审法院认为：虽然邯鄲公司和烟台公司的营业执照经营范围在“医药中间体研发、生产和销售”、“原料药的研发、生产和销售”等范围内存在部分重合，但是邯鄲公司核心业务为石杉碱甲的研发，属于药品领域，烟台公司的实际经营范围为染发剂的

研发和销售，属于化妆品领域，两者属不同类别。仅凭营业执照上经营范围的部分重合，不足以认定烟台公司对邯鄲公司产生侵权。二审法院据此驳回了邯鄲公司的上诉请求。邯鄲公司向最高院申请再审，最高院以相似理由驳回了邯鄲公司的再审申请。【案例来源：邯鄲市冀翔冶金材料集团有限公司、杨家德损害公司利益责任纠纷（2020）最高法民申4854号】



案例二与案例一的结果完全相反，在案例二中，经营范围是法院认定同业竞争的重要标准，但并不是唯一标准。法院会根据公司所处行业、商业类别、实际业务、遭受损失等多个角度进行综合判断。



所以实践中不同法院对于董事、高管是否构成竞业禁止，裁判口径有所出入，但总体上还是以营业执照载明的经营范围为基础，再结合案例中公司实际业务、销售范围等情况进行综合判定。因为原公司和新公司一旦构成同业竞争，对原公司的利益势必造成重大损害，董事或高管通过经营新公司所取得的收益就应当全部归入原公司，因此法院在认定董事、高管是否构成竞业禁止行为时都是比较谨慎的。

吕小萌 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与财税法律服务部 律师

业务方向：股东纠纷、股权纠纷；

刑民交叉法律事务

联系方式：18817838201



你的企业能享受疫情减免租金政策吗？

——小微企业判断标准解析

作者：周松涛

上海疫情缓解，各行各业都在积极复工复产。在面临重重压力尤其是资金压力的情况下，很多企业对于租金减免政策的落实以及自身是否属于减免对象非常关心。

相关政策

此次疫情之初，《关于做好2022年服务业小微企业和个体工商户房租减免工作的通知》、《上海市国有企业减免小微企业和个体工商户房屋租金实施细则》、《关于进一步做好上海市国有企业房租减免工作的通知》等文件先后发布，规定国有企业给小微企业和个体工商户减免租金。一般情况的免

3个月租金，特殊情况的免6个月租金。5月29日，上海市政府又发布了《上海市加快经济恢复和重振行动方案》，进一步规定，对承租国有房屋从事生产经营活动的小微企业和个体工商户，明确免除2022年6个月的租金，并将受益主体扩展至民办非企业单位。

误区

受益主体中个体工商户和民办非企业单位在营业执照中就有明确体现，所以没有多大问题，剩下的小微企业，很多人并不清楚判断标准，甚至存在理解上的误区。比如税法上有小型微利企业的概

念，就容易产生混淆。根据《财政部税务总局关于实施小微企业普惠性税收减免政策的通知》，小型微利企业须符合的条件是：

1. 年度应纳税所得额不超过 300 万元；

2. 从业人数不超过 300 人；

3. 资产总额不超过 5000 万元。很多人以这个标准来判断自己的企业是否属于小微企业。

正确标准

6 月 3 日“上海发布”平台上推出了《〈上海市加快经济恢复和重振行动方案〉百问百答》，这是第一财经在采访了上海市发改委、经信委、财政局、商务委等多个部门之后，结合相关文件整理形成的。其中明确说明了小微企业的认定标准应当以《中小企业划型标准规定》、《统计上大中小微型企业划分办法（2017）》和《金融业企业划型标准规定》为准，这才是辨别享受免租政策小微企业的正确标准。根据这几个文件，企业被划分为大型、中型、小型、微型四种类型，各行各业的区分标准不同，有些相差还很大。

比如，工业企业的小微标准是，从业人员 300 人以下或年营业收入 2000 万元以下；零售业的小微标准是，从业人员 50 人以下或年营业收入 500 万元以下；餐饮业

的小微标准是，从业人员 100 人以下或年营业收入 2000 万元以下。各行业区分标准见文后附表，企业可对号入座。另一种简便方法是登录“全国个体私营经济发展服务网”（xwqy.gsxt.gov.cn）查询，只不过经笔者测试，有些企业明显是微型，但在该网站上未能查询到，所以可靠的方式还是按照文件规定的标准对照判断。

大部分企业属于哪个行业一目了然，也有一些企业在归类时可能会遇到困难，因为《中小企业划型标准规定》、《统计上大中小微型企业划分办法（2017）》对于企业的分类较粗。如需进一步搞清企业类别，需要查询《国民经济行业分类》（GB/T 4754—2017）。该文件中对行业有详细的分类，任何企业都能查询到自己的类别。查询到小类后再看归属哪个大类，最后就

能与前两个文件中的类别相对应，进而就能查询到区分标准了。

至于金融企业，应当按照《金融业企业划型标准规定》作区分。

会所、律所、私募基金等特殊行业的区分标准

这里值得说一说会所、律所、私募基金等特殊行业的标准问题。这些机构的特殊之处在于其组织形式多数是合伙企业。按照前面所说的认识误区，有些人把这里的小微企业误以为是税法上的小型微利企业。而根据《财政部税务总局关于实施小微企业普惠性税收减免政策的通知》等文件的规定，企业所得税优惠政策只适用于企业所得税主体，包括有限责任公司、股份有限公司以及其他单位。而合伙企业不属于企业所得税主体，所以就不属于文件所规定的小型微利企业。在此情况下，就会误以为以合伙企业为主的会所、律所、私募基金等企业就无法享受此次疫情减免租金政策。而如上所述，小微企业正确的定义和划分标准应当以《中小企业划型标准规定》、《统计上大中小微型企业划分办法（2017）》和《金融业企业划型标准规定》这三个文件为准。而这

些文件规定的对象是所有企业，而不区分企业的组织形式。因此，合伙企业也是分类对象，只要符合小微标准的，同样也能享受此次租金减免政策。

根据上述查询方法，会计师事务所和律师事务所在《国民经济行业分类》中分别属于“咨询与调查”、“法律服务”小类，属于“商务服务业”大类。再查文后附表可知，从业人员低于100人或资产总额低于8000万元的就是小微企业。按照这个标准来看的话，由于会所和律所大部分都是轻资产企业，即便有些人数规模较大，但资产规模一般都不高，所以大部分都符合小微标准。

再以私募基金为例，其在《国民经济行业分类》中属于“非公开募集证券投资基金”小类，属于“资本市场服务”大类。再查《金融业企业划型标准规定》，该文件中将资本市场服务类金融业企业划为



证券业金融机构，再对照标准可知，资产总额低于 100 亿元的属于
小微型企业。以此标准来看，大部分私募基金应当属于小微企业。

通过上述分析和方法的说明，相信每家企业都能准确判断自身的类型，如果属于小微企业，如果承租了国有房产，则完全可以依据最新政策享受 6 个月的租金免除。如遇争议，可以此文所述方法和依据据理力争，为企业减负，助力复工复产。

周松涛 律师

上海七方律师事务所 副主任、

高级合伙人

七方公司与财税法律服务部

主任

上海律协税务业务研究委员会

委员

法务会计师

业务方向：公司股权、

公司治理、并购重组、

商业谈判、商业诉讼、税务

联系方式：18621368850





附表：《统计上大中小微型企业划分办法（2017）》中列出的大中小微型企业划分标准：

行业名称	指标名称	计量单位	大型	中型	小型	微型
农、林、牧、渔业	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 20000$	$500 \leq Y < 20000$	$50 \leq Y < 500$	$Y < 50$
工业	从业人员(X)	人	$X \geq 1000$	$300 \leq X < 1000$	$20 \leq X < 300$	$X < 20$
	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 40000$	$2000 \leq Y < 40000$	$300 \leq Y < 2000$	$Y < 300$
建筑业	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 80000$	$6000 \leq Y < 80000$	$300 \leq Y < 6000$	$Y < 300$
	资产总额(Z)	万元	$Z \geq 80000$	$5000 \leq Z < 80000$	$300 \leq Z < 5000$	$Z < 300$
批发业	从业人员(X)	人	$X \geq 200$	$20 \leq X < 200$	$5 \leq X < 20$	$X < 5$
	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 40000$	$5000 \leq Y < 40000$	$1000 \leq Y < 5000$	$Y < 1000$
零售业	从业人员(X)	人	$X \geq 300$	$50 \leq X < 300$	$10 \leq X < 50$	$X < 10$
	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 20000$	$500 \leq Y < 20000$	$100 \leq Y < 500$	$Y < 100$
交通运输业	从业人员(X)	人	$X \geq 1000$	$300 \leq X < 1000$	$20 \leq X < 300$	$X < 20$
	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 30000$	$3000 \leq Y < 30000$	$200 \leq Y < 3000$	$Y < 200$
仓储业	从业人员(X)	人	$X \geq 200$	$100 \leq X < 200$	$20 \leq X < 100$	$X < 20$
	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 30000$	$1000 \leq Y < 30000$	$100 \leq Y < 1000$	$Y < 100$
邮政业	从业人员(X)	人	$X \geq 1000$	$300 \leq X < 1000$	$20 \leq X < 300$	$X < 20$
	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 30000$	$2000 \leq Y < 30000$	$100 \leq Y < 2000$	$Y < 100$
住宿业	从业人员(X)	人	$X \geq 300$	$100 \leq X < 300$	$10 \leq X < 100$	$X < 10$
	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 10000$	$2000 \leq Y < 10000$	$100 \leq Y < 2000$	$Y < 100$
餐饮业	从业人员(X)	人	$X \geq 300$	$100 \leq X < 300$	$10 \leq X < 100$	$X < 10$
	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 10000$	$2000 \leq Y < 10000$	$100 \leq Y < 2000$	$Y < 100$
信息传输业	从业人员(X)	人	$X \geq 2000$	$100 \leq X < 2000$	$10 \leq X < 100$	$X < 10$
	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 100000$	$1000 \leq Y < 100000$	$100 \leq Y < 1000$	$Y < 100$
软件和信息技术服务业	从业人员(X)	人	$X \geq 300$	$100 \leq X < 300$	$10 \leq X < 100$	$X < 10$
	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 10000$	$1000 \leq Y < 10000$	$50 \leq Y < 1000$	$Y < 50$
房地产开发经营	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 200000$	$1000 \leq Y < 200000$	$100 \leq Y < 1000$	$Y < 100$
	资产总额(Z)	万元	$Z \geq 10000$	$5000 \leq Z < 10000$	$2000 \leq Z < 5000$	$Z < 2000$
物业管理	从业人员(X)	人	$X \geq 1000$	$300 \leq X < 1000$	$100 \leq X < 300$	$X < 100$
	营业收入(Y)	万元	$Y \geq 5000$	$1000 \leq Y < 5000$	$500 \leq Y < 1000$	$Y < 500$
租赁和商务服务业	从业人员(X)	人	$X \geq 300$	$100 \leq X < 300$	$10 \leq X < 100$	$X < 10$
	资产总额(Z)	万元	$Z \geq 120000$	$8000 \leq Z < 120000$	$100 \leq Z < 8000$	$Z < 100$
其他未列明行业	从业人员(X)	人	$X \geq 300$	$100 \leq X < 300$	$10 \leq X < 100$	$X < 10$

未按规定天数提前通知，股东会决议是否可撤销？

作者：周松涛

现行《公司法》四十一条第一款规定：“召开股东会会议，应当于会议召开 15 日前通知全体股东；但是，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。”现实中很多公司并未对通知期限另作规定，或者跟法律一致也规定了 15 日，也有规定其他较长时间的。而公司在临时召开股东会时又往往比较着急，等不了那么久，于是缩减通知期限开会的现象频频发生。这就带来一个问题，如果有股东提出，缩减通知期限违反了法律或章程规定的程序，所作决议应予撤销，这样的主张是否能成立？

《公司法》第二十二条第二款规定：“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。”按此规定，似乎会议召集程序一旦违反了法律法规或公司章程，所作出的决议就属于可撤销范围。但是《公司法司法解释（四）》第四条又规定：“股东请求撤销股东会或者股东大会、董事会决议，符合公司法第二十二条第二款规定的，人民法院应当予以支持，但会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，且对决议未产生实质影响的，人民法院不予支持。”按此规定，如果会议召集程序只是轻微瑕疵，并未对决议产生实质影响的，决议不可撤销。那缩减期限发出股东会通知究竟算是轻微瑕疵还是重大瑕疵呢？这恐怕是见仁见智的问题，仅从法律和司法解释层面恐怕很难得出明确的结论。

笔者团队查询了多个此类典型案例，以期分析法院对此问题的裁判思路。

以下是整理的案例关键信息表：



案号	法定/章程规定的股东会提前通知天数	实际提前通知天数	起诉撤销决议的股东是否参加	起诉撤销决议的股东持股比例	股东会决议事项	法院认定
(2019)沪01民终12104号	章程规定提前15日	10日	参加	41.33%	收购协议解除等事宜。	程序上存在轻微瑕疵，对决议未产生实质影响。
(2019)苏02民终1020号	章程规定提前15日	11日	未参加	20%	解除原告股东资格。	开会通知虽有瑕疵，但不影响股东行使权利。
(2020)苏0113民初6216号	章程规定提前15日	1日	未参加	10%	免去原告执行董事职位。	并未剥夺原告正当行使表决权的权利。
(2021)沪02民终496号	章程规定提前15日	14日	未知	10%	免去原告执行董事、法定代表人职务。	程序上的轻微瑕疵对决议不产生实质影响。
(2021)京02民终13417号	章程规定提前15日	0日	未参加	出资比例20%	股权转让等。	属于轻微瑕疵，没有证据证明对决议产生实际影响。
(2021)京0101民初17105号	章程规定提前15日	1日	参加	20%	公司是否继续经营等。	召集程序属于轻微瑕疵。
(2021)京0107民初10519号	章程规定提前30日	18日	参加	45%	更换董事长。	属于轻微瑕疵，且对股东会决议未产生实质影响。
(2021)京民申5520号	章程规定提前15日	8天	参加	未知	更换法定代表人。	属于轻微瑕疵，未产生实质影响。
(2022)粤01民终1145号	章程规定提前15日	3天	参加	7%	18亿元银团贷款融资方案及其他公司经营事项	属于重大的程序瑕疵且严重损害了原告的股东权利。

其中部分案例的裁判要点如下：

案号：（2019）沪01民终12104号

裁判要点：虽然涉案股东会的召集通知时间未严格按照公司章程关于在会议召开前十五日前通知股东的规定。但是，邹某收到该会议通知后，即对通知中所列会议审议事项作出书面处理意见，并委托律师参加股东会，该律师实际亦已经在股东会上代表创欣公司发表了意见。因此，涉案股东会在召集通知程序上存在轻微瑕疵，但对决议未产生实质影响。

案号：（2019）苏02民终1020号

裁判要点：公司法及锡晟公司章程规定召开股东会会议应提前15天通知股东，锡晟公司仅提前11天向朱晓夏送达开会通知虽有瑕疵，但不影响朱晓夏为股东会会议做准备及参会行使股东权利。本次股东会临时会议召开之前，锡晟公司员工曾向朱晓夏提供的地址及联系方式提前邮寄了载明召开时间及会议主题等内容的通知，在邮件退回后又向朱晓夏履行了短信告知义务，可以看出本次股东会临时会议在会议通知方面并无重大瑕疵，也不存在蓄意遗漏股东的情形。



案号：（2020）苏 0113 民初 6216 号

裁判要点：被告于 2020 年 8 月 29 日通过电子邮件和微信方式发出会议通知，原告已于当日收到该通知，会议召开时间为 2020 年 8 月 30 日。被告未于会议召开 15 日前通知原告，且以微信和电子邮件方式发出通知，程序上存在瑕疵。但原告已收到被告发出的“会议通知”，能够确保原告对 2020 年 8 月 30 日会议的知晓，会议通知后附会议具体审议事项及表决票，能够保证原告对股东会决议内容提前知晓，并未剥夺原告作为股东行使正当表决权的基本权利。故案涉股东会会议召集程序瑕疵未对原告的股东权利产生实质影响，尚不能构成股东会决议撤销的事由。

案号：（2021）京 0101 民初 17105 号

裁判要点：被告金朝瑞鼎公司于 2021 年 7 月 3 日召开的股东会虽未按照公司章程规定提前 15 日通知，但法定代表人李伟在股东会召开的前一天已在微信群中通知各位股东会议召开的时间、地点、讨论事项，原告收到了会议通知，实际参加了股东会会议并发表了意见，故涉案股东会的召集程序存在的瑕疵属于轻微瑕疵，不影响原告作为股东的实体权利，亦未对决议产生实质影响。

（2022）粤 01 民终 1145 号

裁判要点：富田公司召开涉案股东会的通知系周五送达至孟结仪、谢志雄处，而股东会会议定于次周周一举行。孟结仪、谢志雄从收悉开会通知到参加会议仅有三天准备时间且横跨周末。此外，富田公司发送的会议文件多达 200 余页，相关决议事项涉及股东出资金额、违约责任确认、设定担保等多项重要内容，直接关乎富田公司及各股东的切身重大利益。孟结仪、谢志雄虽委派代理人出席会议，但对于会议召集、表决程序已于第一时间提出明确异议。富田

(2022) 粤 01 民终 1145 号

公司仅提前三天作出会议通知，违反了公司法及富田公司章程所规定的会议召集时间的约定。且从本案实际情况来看，该次会议召集时间的严重压缩直接影响了孟结仪、谢志雄对决议事项进行充分准备和理性决策的时间，属于重大的程序瑕疵且严重损害了孟结仪、谢志雄的股东权利。一审法院判令撤销涉案股东会决议正确，本院予以维持。

从以上案例的关键信息及裁判要点可以总结出以下结论：

1. 仅仅以提前通知天数短于法定或章程规定的期限主张股东会决议撤销的，大部分案件法院都会认定属于轻微瑕疵而判定不可撤销。

2. 法院在认定是否属于轻微瑕疵时均会考虑后果因素，即是否对决议产生实质影响。这一点根据案情的不同需要作个案分析。如果所议事项不复杂，缩减的时间并不是重点考量因素，案例中仅有提前3天、1天甚至当天，远远少于规定天数的，但均被认定为不构成重大瑕疵。

3. 异议股东虽然对通知提前

的期限提出了异议，但仍然参加了股东会的，法院通常会认为没有影响到股东权利的行使，故而不构成重大瑕疵。

4. 异议股东未参加股东会的，法院虽然在判决中没有明确说明，但实际法院考虑了异议股东的持股比例这一因素。即异议股东如参加股东会，是否会对决议会产生重大影响甚至导致相反结果。如是，则不排除会认定为重大瑕疵；如否，则不影响决议的结果。

5. 最后一个案例非常有价值。法院认定属于重大瑕疵的原因在于，提前通知的天数只有3天，而需要决议的事项非常复杂，涉及到股东的切身利益，需要阅看的文件



又非常多。在此情况下，理应给与股东足够的阅看文件和考虑意见的时间，否则就难以保障股东权利的行使和股东利益的维护。一定程度上来讲，这已经是从维护股东基本权利角度来作评判了，而不仅仅只看是否对决议产生实质影响。

笔者通过以上案例分析总结出一些有价值的裁判思路，但反过来说，公司与其到开会时缩减通知期限给决议带来不确定因素，还不如事先在章程中对通知期限作合理设定，免除后患更可取。一般而言，有限公司股东会通知期限设定在3到5日较为适宜，既给股东思考、准备的合理时间，也便于公司决策，提高效率。

公司减资过程中的特殊表决事项评析

作者：周松涛

大家都知道，公司减资需要股东会作出决议，决议经代表三分之二以上表决权的股东通过就能有效。但是这则案例告诉我们，有一种常见的减资，却必须经全体股东一致同意才行。

基本案情

上诉人（原审原告）：华某

法院经审理查明：圣甲虫公司

被上诉人（原审被告）：上海圣甲虫电子商务有限公司（以下简称“圣甲虫公司”）

的股东由XX网络科技有限公司（以下简称“XX公司”）以及华某等6名股东构成，公司注册资本

华某诉称：案涉决议第一、三、四项涉及到公司股权结构的重新调整，未经全体股东一致同意，违背了公司法“同股同权”的基本原则，故主张该三项决议内容不成立；圣甲虫公司将资本公积金返还给个别股东损害了其他股东和公司债权人的利益，故主张第二项决议内容无效。

6,313,131元。圣甲虫公司于2018年3月1日召开股东会并作出决议：一、同意对XX公司认缴的注册资本中210,438元进行定向减资，减资后XX公司股权比例从10%降至6.9%，其他股东持股比例均上升，其中华某股权比例从24.47%上升至25.32%；二、同意圣甲虫公司向XX公司返还投资款500万元；

圣甲虫公司辩称：案涉股东会决议符合《公司法》规定，也未违反公司章程的约定，决议作出的程序也不存在任何瑕疵，故案涉决议合法有效。

三、同意修改章程；四、授权办理工商变更手续。该决议表决结果：同意股东5名，占总股数75.52%，不同意股东1名即华某，占总股数24.47%。

裁判结果

一审浦东法院判决驳回华某全部诉请。华某上诉至上海一中院，一中院作出（2018）沪01民终11780号判决，改判案涉股东会决议的第一、三、四项内容不成立，第二项内容无效。

裁判理由

二审法院认为，《公司法》中规定的“减少注册资本”应当仅仅指公司注册资本的减少，而并非涵盖减资后股权在各股东之间的分配。由于减资存在同比减资和不同比减资两种情况，不同比减资会直接突破公司设立时的股权分配情况，如只需经三分之二以上表决权的股东通过即可作出不同比减资决议，实际上是以多数决形式改变公司设立时经发起人一致决所形成的股权架构，故对于不同比减资，应当由全体股东一致同意。案涉股东会决议第一、三、四项符合《公司法解释（四）》第五条第（五）项“导致决议不成立的其他情形”。圣甲虫公司处于持续亏损状况，如允许其向XX公司返还500万元投资款，将导致公司的资产大规模减少，损害公司的财产和信用基础，也损害公司其他股东和公司债权人的利益。故此，二审法院改判支持原告的诉请。

笔者评析

1、从案件来看，很明显公司大股东或实际控制人在公司经营持续亏损的情况下，企图通过定向减资的方式来确保XX公司全身而退，不仅定向单方面减资，而且还按原投资金额返还投资款。这种做法显然有损公司、其他股东以及债权人利益，从实体公正而言，应对其作出

出不利判决，二审法院抓住了这一核心。

2、《公司法》第四十三条规定得很明确，股东会作出减少注册资本等决议，须经代表三分之二以上表决权的股东通过。案涉决议通过比例超过了三分之二，符合该规定。一审法院也因此而认定决议成



立且有效。二审法院思路则不同，而且处理得非常巧妙，其对该条文的理解限定在减少注册资本本身，而不能扩展至减资后对于股权比例的调整，这样的解释是合理的。减资分为同比例减资和不同比例减资，如果是同比例减资，每个股东的持股比例没有变化，则只需按前述条文规定的比例经股东会决议通过即可，不需要就股权调整问题另行决议；如果是不同比例减资，则除了减资本身外，还需要就股权比例调整问题另行决议。在此基础上，二审法院认为对于股权比例的调整应当经全体股东一致同意，理由是设立时就是经一致同意的。这不失为解决问题的好路径，但在逻辑上似乎仍然存在一个漏洞。如果因为起初是股东一致同意，所以后期变更也必须要一致同意，那么比如公司章程起初是所有股东都签字同意订立的，但之后的修改却只需要三分之二以上即可。实际上涉及公司很多事项都存在这个问题，起初一致决并不代表后续变更都必须要一致决。这是因为

公司章程、股东会决议与合同存在区别，合同必须所有当事人一致同意方能修改，章程、股东会决议则采取多数决。所以，以上述逻辑来论证定向减资决议必须一致决存在一定困境。

3、那是否意味着定向减资就不应当一致决呢？如果只需三分之二以上同意，则就会出现案例中的情形，大股东或实控人利用股权比例优势通过决议让特定股东全身而退，尤其在公司亏损情况下，对小股东极为不利。华某面临的不利包括：1) XX公司得以无亏损退出，华某却无法同步退出；2) 由于XX公司按初始投资金额退出，造成公司资产大幅减少，华某所持股权对应的公司资产和股权价值均同步大幅减少；3) XX公司降低的股权比例分摊给了其他股东，华某因此股权比例上升，在公司亏损情况下同样对其不利。所以，确有必要要求定向减资须全体股东一致同意，否则小股东利益无从保障，只是在理由上可作推敲。通过前述分析，之所以认为由部分股东决定定

向减资不合理，是因为大股东或实控人可利用定向减资损害小股东的利益，此等行为本质上是对股东权利的滥用。因此，笔者认为援引《公司法》第二十条第一款中“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益”似乎更为合适，即案涉决议未经全体股东一致同意侵害了华某的合法权益，具有滥用股东权利的性质，违反了前述规定，因而可以判定无效。

4、案涉决议第二项由圣甲虫公司向XX公司返还500万元投资款，这显然违反了资本维持原则，也侵害了其他股东以及债权人利益，当属无效。此外，此等行为还有侵占公司财产之嫌。因为虽然XX公司投资时是溢价出资，但是出资款已进入公司属于公司财产，500万元进入资本公积，属于全体股东按比例享有的所有者权益，不再与XX公司出资的一一对应关系了。所以全额返还资本公积金是完全

混淆了公司财产与股东财产的关系，以此角度来看，也当属无效。

5、关于资本公积补亏的问题，笔者认为华某主张返还公积金属于违反《公司法》第一百六十八条关于资本公积金不得用于弥补公司亏损是有一定道理的。一审法院从字面意思认为，该法条并不排斥公司经决议将股东溢价投资所转成的资本公积金退还给原股东的情形。这样的理解不够准确。法律如此规定，其背后的原因是要防止通过补亏的形式变相将资本公积分配给股东，既然变相分配都禁止，更何况直接返还呢？所以，可以说公司向股东直接返还资本公积是对该条文的实质违反，以此角度认定该项决议内容无效亦可。此外，我们注意到，《公司法（修订草案）征求意见稿》对此作出了修改，在先使用任意公积金和法定公积金补亏后仍然不足的，可以继续使用资本公积金补亏。该项修改是否会最后通过，我们拭目以待。

浅议基金托管人的职责边界

作者：王黎君

《私募投资基金监督管理暂行办法》允许私募基金管理人自行确定是否对基金进行托管，私募基金不仅可以投资证券类产品，也可以投资未上市公司股权，但私募基金投资运作的灵活性及投资标的多样性，导致其具有明显的高风险、高收

益的特点。私募基金合同一般有三方主体，为管理人、投资者和托管人。相对于证券投资基金，私募基金投资运作相对封闭，信息不够透明，其托管人面临的法律及操作风险不容小觑。我们先通过一个案例了解下托管人职责风险。

【案例】

投资人 S 与北京 y 投资管理有限公司以及 XX 银行北京分行于 2018 年 5 月 25 日签订的《某二十号私募投资基金一基金合同（非证券类）》，约定 XX 银行北京分行为托管人，北京 y 投资管理有限公司为管理人。投资人发现基金 2019 年年度报告未提及托管人复核该年度报告，因此认为不能确定年度报告是否经托管人复核确认，该报告还存在内容空洞，未披露基金投向的底层资产的具体情况等问题。且托管人在收到管理人指令划款时，对管理人违反合同约定、监管规定投资划款指令未进行审查复核，致使管理人违反基金合同约定，划款投向基金合同约定之外的被投标的公司。

投资人在发现上述问题后，依据《基金合同》仲裁条款约定，向中国国际经济贸易仲裁委员会申请仲裁，请求管理人 Y 公司向投资人 S 赔偿投资本金损失和投资损失，托管人 XX 银行北京分行向 S 承担连带赔偿责任；请求管理人 Y 公司向投资人 S 赔偿律师费损失，XX 银行北京分行向 S 赔偿律师费损失的连带赔偿责任。

中国国际经济贸易仲裁委员会经过仲裁认为，Y 公司与 XX 银行北京分行未复核基金年度报告，亦未对管理人划款指令进行必要审查，存在对投资人共同违约行为，并根据双方在共同违约行为中的过错程度裁定管理人和托管人各自承担相应的违约责任（案号：（2021）中国贸仲京裁字第 1888 号）。

XX 银行北京分行不服仲裁裁决，遂向北京金融法院申请撤销该 1888 号仲裁，认为如果按照仲裁庭的裁定，托管银行存在违约行为，实际上是要求托管人在托管资金的过程中负担实质性审查义务，而根据《中国银行业协会商业银行资产托管业务指引》第十六条规定，托管银行对管理人、受托人等相关机构的行为不承担连带责任。第二十条规定，托管银行对管理人的划款指令进行形式审核。仲裁裁决等于认定托管银行对管理人指令有实质的审查义务，并将管理人的责任转嫁给托管人。同时，本纠纷虽然系因基金产品合同纠纷，从表面上看是对个案的裁决，但在本质上是对托管银行责任边界的破坏，伤害了托管行业，也是对金融秩序稳定的严重冲击，是对金融监管部门破除刚性兑付规则的违反，甚至是对所有不特定的可能从事私募基金投资的投资人宣告，银行作为托管

人应承担赔偿责任，违反了社会公共利益，特别是在银行业金融监管部门明确规定了托管机构仅对划款指令进行形式审查，不负责资金运作，不对投资损失负责的情况下，仲裁裁决仍然无视法律规定和合同约定，不当加重了托管银行的责任，背离了金融监管规定要求和法律原则。

仲裁庭和北京金融法院认为托管人 XX 银行北京分行在复核管理人相关付款指令时，作为专业金融机构，即使对管理人的划款指令仅进行形式审核，仍然对明显的违反基金合同约定及监管规定的投资指令时，未能尽责。形式审核并未突破托管人职责边界，其应按照违约过错责任大小共同赔偿因违约给投资人 S 造成的实际损失，且托管人作为基金合同的平等主体，因其违约过错承责，并未涉及和违反了社会公共利益，故判定托管人承担管理人赔偿的连带责任。

【分析】

那么托管人的职责有哪些？

由于《私募投资基金监督管理暂行办法》等监管规定并未明确私募股权基金托管人的职责，实务中或基金合同约定中一

般都是参照《中华人民共和国证券投资基金法》来进行规制。但私募股权基金与证券投资基金在投资主体、投资标的、交易场所、资金清算流程等方面均不同，证券

投资基金的交易系统、监督模式以及资金流转更为透明和健全，而私募基金由于其私密性导致资金托管人的职责尤为重要，所以私募股权基金托管人的职责，还需根据基金运作实际需要由基金合同来界定，主要包括交易监督、资金清算、信息披露。

私募股权基金运作中，一旦资金从托管账户划出，托管人即失去对基金资产的控制权，特别是如果资金投向未上市公司股权，投资运作涉及企业管理、经营项目、财务等方面，对公司运作的监督远超出托管人的专业范畴和控制范围，加之基金管理人及托管人之间信息不对称，托管人无法对私募基金的后续投资运作进行有效监督，注定托管职责的履行存在一定的局限性。所以托管人才要更严格执行交易监督职责。

交易监督职责，主要是根据基金合同约定的投资比例、投资限制、投资禁止行为对基金管理人的投资行为进行监督。托管人发现基金管理人的投资指令违反法律法规，或者违反基金合同约定的，应当

拒绝执行投资划款指令，立即通知基金管理人；对于依据交易程序已经生效的投资指令违反法律法规，或者违反基金合同约定的，应当立即通知基金管理人。

实务中，基金托管人一般都是依据基金合同及实务操作中“管理与保管分开”的原则对基金管理人进行监督、对基金资产进行托管。基金托管人与基金管理人签订托管协议，在托管协议规定的范围内履行自己的职责并收取一定的报酬。为避免加重己身托管责任，应注意在基金合同等相关法律文件中清晰、准确地界定托管人职责，尤其资产安全保管方式、交易监督范围、信息披露事项等，明确托管人仅对实际控制的资产承担托管责任，对第三方机构控制资产以及基金从托管账户划出后的投资运作行为不承担托管责任。同时，托管人应严格执行私募基金合同对投资范围、投资方式、投资底层设计、投资标的公司的具体约定，及时识别私募基金运作中的托管风险，特别要对比基金合同约

定的投资划款约定是否与管理人实际划款指令相一致，不可盲目执行管理人的投

资指令，发现基金管理人的投资指令违法违规的，不予执行，并向中国证监会报告。



王黎君 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方企业合规法律服务部 律师

上海律协法律合规业务研究委员会 委员

上海徐汇女律联公益普法团秘书长

上海专职律师中级职称

专业领域：金融相关、合同纠纷

联系方式：15221703694

免责条款不免责？这些情况仍得赔保！

作者：管杰

最近闹得沸沸扬扬的“隔离险拒赔”纠纷，可以看出保险产品的关注度和需求度都在愈发提高，也侧面说明了理解和关注保险合同中约定条款的重要性。这些“隔离险拒赔”纠纷，本质上对于保险合同中关于责任免除的争议。保险法第十八条规定，保险合同应当包括下列事项：……（四）保险责任和责任免除；……，可见，责任免除是保险合同中的必备条款，也是涉及保险人能否理赔的关键条款。

那责任免除具体是指什么呢？

责任免除也叫除外责任，在保险合同中也常被称之为“免责条款”。是指保险合同所规定的保险人不承担赔偿或给付责任的范围。除外责任一般在保险合同中明确列明。对于保险合同来说，首先应当明确的是保险责任，在保险责任范围之内，保险人不承担赔偿或给付责任方为责任免除。

问题来了，是不是约定了免责条款，保险公司就能免责？我们通过几个案例看一下司法实践中的处理。



一、约定承保五日后生效，就能免责？

【案例一】王某与保险公司于 2016 年 10 月 24 日签订保险合同，并于当日缴纳了相应的保险费用；保险合同中约定，“自本产品承保 5 日后生效，保险期限一年”。2016 年 10 月 25 日王某发生交通事故死亡。由于保险公司认为按合同约定事故发生时保险合同尚未生效，无需理赔，王某家属遂诉至法院。

法院认为，涉案保险合同中约定的“自本产品承保 5 日后生效”属于特别约定；投保申明第二款载明“投保人及被保险人已详细阅读并理解了本保险的相关格式条款，特别是保险责任、责任免除、特别约定和合同解除等事宜，了解并完全明白本保险合同规定的权利和义务，愿意遵守保险公司的保险条款及特别约定”。但在该保单中投保人签名一栏中没有王某签字确认，因此，保险公司应就“王某投保时就特别约定中的生效时间对王某履行了明确告知义务”承担举证责任。保险公司未能举出充分有效的证据加以证实，

因此，本案保险合同生效的时间为成立时生效即 2016 年 10 月 24 日。最终，法院判决保险公司向王某家属支付保险金。

【律师解读】这则案例可以看出，免责条款并非保险公司理赔的“免赔金牌”。保险法第 13 条规定：……，依法成立的保险合同自成立时生效，投保人和保险人可以对合同的效力约定附条件或者附期限。本案的免责条款约定明显超过了保险法规定的范围，属于投保人和保险人之间特别约定的免责条款。保险法第十四条第二款规定，对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。即使在保险合同中约定了免责条款，法院在保险公司据此拒赔时仍要审查保险公司是否向投保人就免责条款进行提示和明确的说明。因此，保险公

司在企图适用免责条款情形拒赔的情况下，必须证明其已经对该免责条款进行过

提示和明确说明，举证不足的应当承担免责条款无效的法律后果。

二、免责条款约定了近似情形能否免责？

【案例二】木某妻子和某作为投保人，通过网络投保为被保险人木某投保了高额户外运动保障方案保险，保险期间被保险人木某在陕西省穿越鳌太线路时，遇到暴风雪发生意外后导致死亡。保险公司认为保险合同中明确约定“本产品不承保下列高风险运动：潜水、跳伞、攀岩运动、蹦极、驾驶滑翔机、探险活动等”；且鳌太穿越是保险条款明示的“高风险运动”，释义中的“无人区进行的探险、考察和旅游”情形，同时“鳌太穿越”是保险条款明示的“高风险运动”释义中的“攀登海拔 3500 米以上独立山峰”的情形，故拒绝理赔。木某家属遂诉至法院。

法院认为，首先，对于保险公司主张已通过网页对免责条款给予投保人明确的说明或提示，但仅提交目前在售网页截图证据，未提交投保人投保时网页截图及投保人投保页面轨迹，因此，不能推断投保人已经知晓被告的免责条款。其次，对于“鳌太穿越”是否为高风险运动，保险公司提交的证据不能证明被保险人木某所从事的活动与高风险活动相符合，且投

保须知中载明：“可承保的低风险运动包括远足徒步、登山运动等”，法院认可被保险人木某所进行的活动属于被告承保范围。最终判决保险公司向木某家属支付保险金。

【律师解读】法院在审理该案时，首先考虑到如【案例一】中争议焦点同样的保险人的提示和明确说明义务是否履行。本案订立保险合同的方式系网络投保，保险法解释（二）第十二条规定通过网络、电话等方式订立的保险合同，保险人以网页、音频、视频等形式对免除保险人责任条款予以提示和明确说明的，人民法院可以认定其履行了提示和明确说明义务。因此，保险公司仅提供销售网页截图是无法证明其通过网络销售保险产品时对免责条款尽到了提示和明确说明的义务。其次，在本案事故实质上是否属于免责范围之内，关键在于免责条款是否明确约定了“穿越运动”为不在承保范围内的高风险运动，但是免责条款中并未明确约定“穿越运动”，只是将潜水、跳伞、攀岩运动、蹦极、驾驶滑翔机、探险活动等”

定义为高风险运动，而将“远足徒步、登山运动等”定义为可承保的低风险运动。虽然保险公司在庭审过程中提交了相关事故报告证明“鳌太线路”历年来死亡失踪的发生率极高，是中国最危险的徒步路线，但由于免责条款规定的不明确，是否能将“鳌太穿越”明确归入到高风险运动仍有很大争议，法院也根据保险法解释（二）第十七条规定：“保险人在其提供

的保险合同格式条款中对非保险术语所作的解释符合专业意义，或者虽不符合专业意义，但有利于投保人、被保险人或者受益人的，人民法院应予认可”，将“鳌太穿越”认定为合同中约定承保的低风险运动。所以，免责条款出现约定不明确的情况下，根据法律规定是应当作出有利于投保人、被保险人或者受益人的认定。

三、超过约定的“意外伤害发生之日起 180 日”伤残鉴定时间，能否免责？

【案例三】余某公司为其投保人寿团体意外伤害保险。保险合同约定：自保险事故发生，被保险人受意外伤害，应该在治疗结束后进行残疾等级鉴定，如果自被保险人受意外伤害或患病之日起 180 日内，治疗仍未能结束，按第 180 日的身体情况进行鉴定。2013 年 10 月 20 日，余某在工作期间左眼被灼伤。于 2015 年 5 月进行了左眼球摘除及眼座植入手术，2015 年 6 月 1 日办理出院。2016 年 1 月 12 日，经人保局工伤鉴定，认定余某构成六级伤残。余某向保险公司提出理赔申请，保险公司以余某超过理赔期限为由拒绝赔偿。余某遂诉至法院。

法院认为，保险条款对鉴定时间设限的初衷是为督促被保险人积极治疗并排除被保险人构成伤残是因保险事故之外

的其他原因导致的可能性，同时也便于及时确定保险人的赔偿责任。余某发生工伤事故后一直在医院接受治疗，于症状及体征达到相对稳定时及时进行了伤残鉴定，并无证据证明其存在懈怠治疗或拖延鉴定的情形，亦无证据证明超过 180 天后所做的鉴定提高了伤残等级。因此，保险公司仍应承担残疾保险金理赔责任，不因伤残鉴定超过意外伤害发生之日起 180 天而免责。最终判决保险公司向余某支付保险金 10 万元。

【律师解读】本案中，保险合同限定被保险人在受伤或患病之日起 180 日内进行伤残鉴定，仅是对被保险人在事故发生后的时间进行了预先合理的约束，该条款的初衷是督促、指引作用，而非为保险公司免责，且超出上述 180 日后进行伤残鉴



定所得出的鉴定结论是否有效、保险公司是否因此免责也未明确约定。同时，被保险人的主观上并未恶意拖延鉴定和治疗，客观上也没有证据证明因超过180日鉴定造成保险公司损失或鉴定结果的偏差。最后，虽然在《人体损伤程度鉴定标准》中对鉴定时机的规定，伤残鉴定原则上应在临床治疗终结或者伤情稳定后进行，以不同性质的损失作为鉴定依据的，治疗终结

时间不等。临床上常见的治疗终结时间为3到6个月。因此，保险合同中约定了180日的鉴定期限，但在伤者病情严重或者恢复期久等特殊情况下，并不能排除180日以后的鉴定有效性。在符合保险条款初衷、保险法的合理期待原则，保障保险双方利益平衡、实质公平的情况下，应当对某些条款的约定限制加以放宽。



管杰 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与财税法律服务部 律师

徐汇区汇调人民调解委员会 兼职调解员

业务方向：民商事合同纠纷、动拆迁

补偿纠纷、公司股权纠纷

联系方式：13816934907

新规下，股民索赔时不可不知的四大攻防要点

作者：陈江松

长期以来，虚假陈述违法行为在 A 股市场时有发生，给广大投资者造成了惨重的经济损失和严重的心理创伤。遗憾的是，由于法制的滞后，在相当长的一段时期内，投资者索赔无门。2002 年 1 月 15 日最高法院下发通知，要求各级人民法院受理证券虚假陈述责任纠纷（简称“股民索赔案件”）。2003 年 2 月 1 日，《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》（简称“旧规”）正式实施，此后的近 20 年间法院受理了大量的股民

索赔案件。2022 年 1 月 22 日，《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》（简称“证券虚假陈述新规”或“新规”）施行，正式取消前置程序，自此股民索赔进入“想告就告”的新时期。

新规之下，打股民索赔官司该注意些什么呢？

本文以证券虚假陈述侵权责任的构成要件和举证责任为视角，对各方攻防要点略陈管见。



图虫创意

【一】违法行为

1. 信息披露义务人实施了虚假陈述行为

根据证券法第八十五条之规定，证券虚假陈述侵权责任以信息披露义务人实施了虚假陈述行为为前提。

虚假陈述行为，包括虚假记载、误导性陈述、重大遗漏、未按规定披露等四种。新规第四条、第五条分别对上述四种虚假陈述行为进行了定义。

2. 该虚假陈述行为具有重大性

虚假陈述的违法性以重大性为前提，不具备重大性则不构成证券法上的违法。根据新规第十条第一款第三项和第二款的规定，所谓重大性即该虚假陈述行为导致相关证券交易价格或者交易量明显变化的属性。

根据新规第十条第一款第一项、第二项的规定，虚假陈述的内容属于证券法第八十条第二款、第八十一条第二款规定的重大事件或监管部门制定的规章和规范性文件（下称监管规范）中要求披露的重

大事件或者重要事项的，推定为具有重大性。

3. 投资者承担举证责任

根据“谁主张，谁举证”的原则，原告（证券虚假陈述责任纠纷的原告皆为投资者）应对信息披露义务人实施了虚假陈述行为且该行为具有重大性承担举证责任。

在旧规时代，由于前置程序的存在，投资者只需提交行政机关的行政处罚决定书或司法机关作出的生效刑事判决书即可证明违法行为的存在。《九民纪要》曾明确指出：“虚假陈述已经被监管部门行政处罚的，应当认为是具有重大性的违法行为。”

在新规时代，由于取消了前置程序，投资者需自行举证证明。在行政机关、司法机关未作出相关法律文书的情况下，投资者举证有一定的难度。

首先，投资者要举证证明信息披露义务人实施了虚假陈述行为。实际上，绝大部分

投资者不是信披义务人的内部人员，很难知悉信息披露出台的幕后真相，很难掌握相关的证据材料。在此情形下，投资者可根据民事诉讼法及相关司法解释关于书证提出命令的规定，申请法院责令信披义务人提供其掌握的书证。此外，为了减轻投资者的举证负担，最高院和证监会联合发布的《关于适用〈最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定〉有关问题的通知》第二条要求，“为了查明事实，人民法院可以依法向中国证监会有关部门或者派出机构调查收集有关证据。”

其次，投资者应举证证明上述虚假陈述具有重大性，即证明虚假陈述的内容属于监管规范列举的重大问题，或者虽不属于监管规范列举的重大问题但导致了股票量、价的明显变化。

再次，根据新规第十条第二款的规定，即使虚假陈述的内容属于监管规范明确列举的事项，信息披露义务人仍有一定的抗辩空间。对于此类推定具有重大性的虚假陈述行为，信息披露义务人负有证明其不具有重大性的举证责任。

【二】损害结果

1. 投资者遭遇了实际损失

损害后果，即投资者因信赖虚假陈述而买卖股票所遭受的损失。新规第二十五条明确，投资者的实际损失包括投资差额损失、投资差额损失部分的佣金和印花税。

值得注意的是，实际损失并非账面浮亏。在账面浮盈的情况下，投资者仍然可能遭遇了实际损失。比如，投资者某甲2021年1月30日以30元每股的价格买入

某股票10万股。2月10日，上市公司发布虚假的利空消息，某甲当天即以45元每股的价格卖出该股票。3月10日，上市公司发布更正公告，某甲于3月15日又以50元每股的价格重新买入该股票10万股。在此情形下，某甲账面浮盈150万元，但仍遭受了50万元【 $(50-45) \times 10$ 万】的实际损失（不考虑交易费用）。

2. 投资差额损失的计算

新规下，诱多型虚假陈述案件中，投资差额损失的计算办法同旧规。诱空型虚假陈述案件中，计算原理同诱多型，上文中某甲的损失计算方法可供参考。

投资差额损失的计算公式为：损失=差价*股票数量。应当注意的是，按此公式计算出的损失，为投资者可以索赔的最高金额，若被告能够举证证明部分或全部损失是虚假陈述之外的其他因素导致的，

则法院在确定被告赔偿金额时应剔除其他因素导致的损失。

3. 投资者承担举证责任

投资者应举证证明自己遭受了多少损失。由于股票交易的相关材料（交易凭证）都掌握在投资者或券商手中，投资者举证的难度并不大。一般来说，投资者向法院提交股东卡和券商盖章的股票对账单即可。

【三】因果关系

因果关系指违法行为和损害结果之间存在着原因和结果的关系，即损害结果是违法行为引起的。

1. 交易因果关系及其举证责任

交易因果关系，即证券交易是虚假陈述引起的，投资决定是基于对虚假陈述的信赖而作出的。

以常理度之，在股民索赔案件中，投资者若要证明因果关系的存在，首先必须证明自己知悉并理解了虚假陈述的内容，其次还要证明其基于对虚假陈述的信赖进行了证券买卖并最终遭受了损失。实际上，由于投资理念和知识结构的原因，大多数投资者在买卖股票之前并没有阅读相关信披材料，即使读了很多人也读不懂。

如此一来，因果关系似乎是不存在的，也很难证明其存在。这样，大多数遭受损失的投资者都得不到赔偿，这与证券法保护投资者的立场是背道而驰的。

为解决这一问题，司法解释（新规第十一条，旧规第十八条）采取了市场欺诈理论。这种理论认为，在一个有效市场中，市场价格是所有公开信息的综合反映。投资者作出了投资决策，是出于对市场的信赖，也就是处于对虚假信息的信赖——即使他实际上并不知道或者虽然知道但没有读懂虚假信息，他还是受到了虚假信息的欺骗，交易因果关系可以成立。

新规第十一条规定：“原告能够证明下列情形的，人民法院应当认定原告的投

资决定与虚假陈述之间的交易因果关系成立：（一）信息披露义务人实施了虚假陈述；（二）原告交易的是与虚假陈述直接关联的证券；（三）原告在虚假陈述实施日之后、揭露日或更正日之前实施了相应的交易行为，即在诱多型虚假陈述中买入了相关证券，或者在诱空型虚假陈述中卖出了相关证券。”

也就是说，原告对于因果关系只负初步的举证责任：只要证明在相关时段内买卖了涉案证券即可推定因果关系成立。

对于推定的事实，当事人有权举证反驳。新规第十二条规定：“被告能够证明下列情形之一的，人民法院应当认定交易因果关系不成立：（一）原告的交易行为发生在虚假陈述实施前，或者是在揭露或更正之后；（二）原告在交易时知道或者应当知道存在虚假陈述，或者虚假陈述已经被证券市场广泛知悉；（三）原告的交易行为是受到虚假陈述实施后发生的上市公司的收购、重大资产重组等其他重大事件的影响；（四）原告的交易行为构成内幕交易、操纵证券市场等证券违法行为的；（五）原告的交易行为与虚假陈述不具有交易因果关系的其他情形。”

其中第（一）项，原告的交易行为显然未受虚假陈述影响，此项事实证明较易，只需要看看原告提交的交易凭证即可，此时双方争议的焦点可能聚集在实施日、揭露日、更正日的确定；第（二）项指的是原告知假买假，此项较难证明，似可从原告的职务、身份入手证明其知道或应当知道相关信息；第（三）项证明难度较高，其一是难以证明“重大”，其二是即使证明了“重大”这一介入因素也难以切断虚假陈述和交易决策之间的因果关系；第（四）项，在原告的内幕交易、操作市场违法行为被监管部门查处之前极难证明；第（五）项为兜底条款，应结合具体案情进行判断。

综上，对于推定的交易因果关系，原告举证责任较轻，被告则较难推翻。

2. 损失因果关系及其举证责任

损失因果关系，指损失是由虚假陈述造成的。

在确定了交易因果关系之后，即可推定损失因果关系的成立，除非被告能够举证推翻。也就是说，被告对不存在损失因果关系承担举证责任，若举证不能则在事实真伪不明时应全额赔偿。

新规第三十一条规定：“人民法院应当查明虚假陈述与原告损失之间的因果关系，以及导致原告损失的其他原因等案件基本事实，确定赔偿范围。”

被告能够举证证明原告的损失部分或者全部是由他人操纵市场、证券市场的风险、证券市场对特定事件的过度反应、上市公司内外部经营环境等其他因素所

导致的，对其关于相应减轻或者免除责任的抗辩，人民法院应当予以支持。”

如前所述，若被告能够举证证明部分或全部损失是虚假陈述之外的其他因素导致的，则确定赔偿金额时应剔除相应损失。对此，各级法院已有丰富的实践经验，但各地法院做法不一。可参阅拙文《证券虚假陈述纠纷中，赔偿金额如何确定？》。

【四】主观过错

加害人的过错，为一般侵权责任的必要构成要件。证券虚假陈述侵权责任为特殊的清泉责任，不同的责任主体适用不同的归责原则，当事人也相应承担着不同的举证责任。

1. 信批义务人承担无过错责任，投资者无需举证。

根据证券法第八十五条的规定，信息披露义务人承担的是无过错责任。此时，原告无需举证证明信息披露义务人存在过错。对于信息披露义务人来说，不存在过错的抗辩也是毫无意义的。此时，信息披露义务人可证明损失是原告故意造成的，从而免责。

公司重大资产重组的交易对方并非信息披露义务人，但在行政监管和司法实

践中其地位与信息披露义务人类似。新规第二十一条规定了重大资产重组的交易对方的无过错责任：“公司重大资产重组的交易对方所提供的信息不符合真实、准确、完整的要求，导致公司披露的相关信息存在虚假陈述，原告起诉请求判令该交易对方与发行人等责任主体赔偿由此导致的损失的，人民法院应当予以支持。”

2. 帮助造假的第三人承担过错责任

新规第二十二条规定：“有证据证明发行人的供应商、客户，以及为发行人提供服务的金融机构等明知发行人实施财务造假活动，仍然为其提供相关交易合同、发票、存款证明等予以配合，或者故意隐瞒重要事实致使发行人的信息披露文件存在虚假陈述，原告起诉请求判令其与发

行人等责任主体赔偿由此导致的损失的，人民法院应当予以支持。”据此，帮助造假的第三人侵权的主观方面为故意，原告对此应举证证明。

3. 其他责任人承担过错推定责任

根据证券法第八十五条、第一百六十三条之规定，发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员、证券服务机构（会计师事务所、律师事务所、资信评级机构、资产评估机构、财务顾问等）承担过错推定责任。即不能证明自己没有过错的，视为有过错，与信批义务人或委托人承担连带责任。

值得注意的是发行人的控股股东、实际控制人的特殊责任形态。新规第二十条规定：“发行人的控股股东、实际控制人组织、指使发行人实施虚假陈述，致使原告在证券交易中遭受损失的，原告起诉请求直接判令该控股股东、实际控制人依照本规定赔偿损失的，人民法院应当予以支持。

控股股东、实际控制人组织、指使发行人实施虚假陈述，发行人在承担赔偿责任后要求该控股股东、实际控制人赔偿实际支付的赔偿款、合理的律师费、诉讼费用等损失的，人民法院应当予以支持。”

据此，发行人的控股股东、实际控制人组织、指使发行人实施虚假陈述的，应与发行人承担不真正连带责任，且控股股东、实际控制人承担的是最终责任，发行人承担的是中间责任。

4. 其他责任人应证明自己尽到了勤勉尽责义务

发行人的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员、证券服务机构（会计师事务所、律师事务所、资信评级机构、资产评估机构、财务顾问等）等责任人应如何证明自己没有过错呢？新规第十四条至第十九条对各责任人无过错的抗辩事由分别做了规定。一言以蔽之：证明自己尽到了勤勉尽责义务，即无过错；不能证明，即推定有过错。

【小结】

除了对侵权责任构成要件进行重构，新规还对适用范围、时间效力、实施日揭露日更正日基准日的认定、诉讼时效、连带责任的分摊与追偿等重要内容进行了相应修订。

可以预见，新规出台后，股民索赔案件的攻防双方将面临更加激烈的“肉搏战”。以前不成为问题的重大性、违法性问题将成为争议的焦点；以前吵个不停的

揭露日认定、其他风险因素的认定还将继续吵下去；而董监高、保荐人、承销人、会计师事务所、律师事务所也将绞尽脑汁地证明自己尽到了勤勉尽责义务，以免承担生命中不能承受之重（如康美药业的独董那般）……但，截至目前，笔者尚未检索到适用新规的裁判文书。新规的威力如何，能否解决痛点、难点问题，适用中是否会出现新的问题，尚有待观察。



陈江松 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

七方民商事和金融法律服务部 研究员

业务方向：家族律师、金融证券、

合同纠纷

联系方式：13045642139

疫情之下，企业可否依据客观情况发生重大变化解除劳动合同？

作者：谢亦团

[案情简介]

邵某于2010年6月17日起进入某知名酒店上海分公司工作，担任高级值班工程师一职。双方签订有期限自当日起的无固定期限劳动合同。

2020年11月17日，分公司召开业主变更民主沟通会，与会人员包括所有部门职工代表。该次沟通会形成了会议纪要，并载明了各个部门召开沟通会的时间、个案处理的时间及针对拒绝签署文件员工的专家答疑会的时间。当日，分公司在其处张贴了《关于上海A酒店有限公司业主变更通知》，告知全体员工，因为疫情导致分公司经营困难，公司决定将经营权抵偿负债的形式将分公司所有资产转让给上海B酒店，新用人单位愿意自2021年1月1日起承接原用人单位所有劳动合同的权利和义务，各位员工在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限，不影响各位员工所享有的劳动条件和

劳动福利待遇（包括薪酬待遇、年假天数、加班补休、酒店工龄、哺乳期、产假、工伤待遇等依据劳动法所享受的全部劳动权益）。

分公司要求员工于2021年1月1日0点之前与新用人单位签署劳动合同。如有部分员工不接受新公司就职的工作安排，没有和新用人单位签署劳动合同，请于2020年12月31日之前与分公司办理劳动合同终止手续、工作交接手续以及所管财物退还手续……”。

邵某不同意与新公司签订书面劳动合同，分公司于2020年12月31日解除了双方的劳动合同关系。邵某认为疫情并不属于客观情况发生重大变化，而且全体沟通会并不等于协商，所以申请劳动仲裁要求分公司支付违法解除劳动合同的赔偿金219780元。

[裁判文书]

该案经过仲裁、一审、二审后，均驳回了邵某的请求。

[律师分析]

本案主要涉及企业因为疫情导致生产经营困难是否属于客观情况发生重大变化，民主沟通会是否属于协商程序，分公司的解除是否合法。

一、由于疫情原因导致生产经营困难的，可以认定为客观情况发生重大变化。

《劳动合同法》第 40 条规定的“客观情况发生重大变化”，一直是司法实践中的认定的难点问题。虽然劳动部办公厅《关于〈劳动法〉若干条文的说明》（劳办发[1994]289 号）中将客观情况定义为发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等，并且排除本法第二十七条所列的客观情况。但由于该文件制订于 1994 年，随着经济的高速发展，客观情况发生重大变化不应仅限于定义中所列举的“企业迁移、被兼并、

企业资产转移”几种情形，资金链断裂、公司亏损、失去重要业务、上级主体作出战略调整、公司搬迁、出售资产以及当下的疫情也可能成为客观情况发生重大变化的事由。

新冠肺炎疫情属于不可预见、不可避免、不可克服的不可抗力事件，是双方订立劳动合同之初所无法预见的情形，所以司法实践中普遍认为新冠肺炎疫情导致企业经营发生困难的，可以认定为客观情况发生重大变化。

二、客观情况发生重大变化，必须要导致劳动合同无法继续履行，才可以成为劳动合同解除的条件。

虽然疫情可以成为客观情况发生重大变化的事由，但并不是所有的企业，也不是对企业的所有员工都能直接作为解

除劳动合同的理由，关键要看疫情的影响是否导致劳动合同无法继续履行。疫情对于不同的企业，不同的岗位带来的影响并不相同，比如保供企业在疫情期间业绩只会发展的更好；还有企业的人事、财务人员的岗位影响可能并不必然导致劳动合同无法履行，所以只有受疫情影响导致劳动合同无法继续履行的，才可以成为合法解除的理由。

众所周知，疫情对酒店行业比一般企业的影响更大，所以分公司因为经营困难，将酒店的整个资产和经营管理权进行转让，必然导致包括邵某在内员工们劳动合同无法继续履行，而且事实上酒店的实际管理经营权也确实移交给了第三方。

三、企业必须要与员工就劳动合同内容变更进行协商，才符合劳动合同法第四十条第三项解除的程序性要求。

当客观情况发生重大变化，并导致劳动合同无法继续履行时，企业不得根据《劳动合同法》第四十条直接作出解除，还应当与员工就劳动合同内容，包括岗位、职务、级别、工资、地点等方面的变更进行协商，不然在程序上是不完整的；另外协商变更的内容需要有一定的合理性，不能对员工履行劳动合同造成明显不利影响，否则可能会被认为没有尽到善良的磋商义务。

本案中，企业通过民主协商的方式与包括邵某在内的所有员工就劳动合同内容变更进行了协商，并保证员工的工龄、报酬等与原来保持一致，也具有合理性。当然，需要说明的是，一般情况下，劳动合同内容变更不涉及到用人单位主体的变更。本案中比较特殊的是，用人单位主体不再经营，只能通过转让给第三方的方式进行变更。所以最终裁审部门认为分公司已经履行了协商程序。

结语

总之，受疫情影响导致生产经营困难的企业，可以通过民主程序采取变更劳动报酬、轮岗轮休、缩短工时等纾困措施稳定劳动合同关系，尽量不裁员或少裁员；

当然如果确实需要解除劳动合同的，应当要符合客观情况发生重大变化、导致劳动合同无法继续履行、劳动合同内容变更进行协商三个要件，否则就有违法解除劳动合同的风险。



谢亦团 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会委员

业务方向：劳动法、合同法、

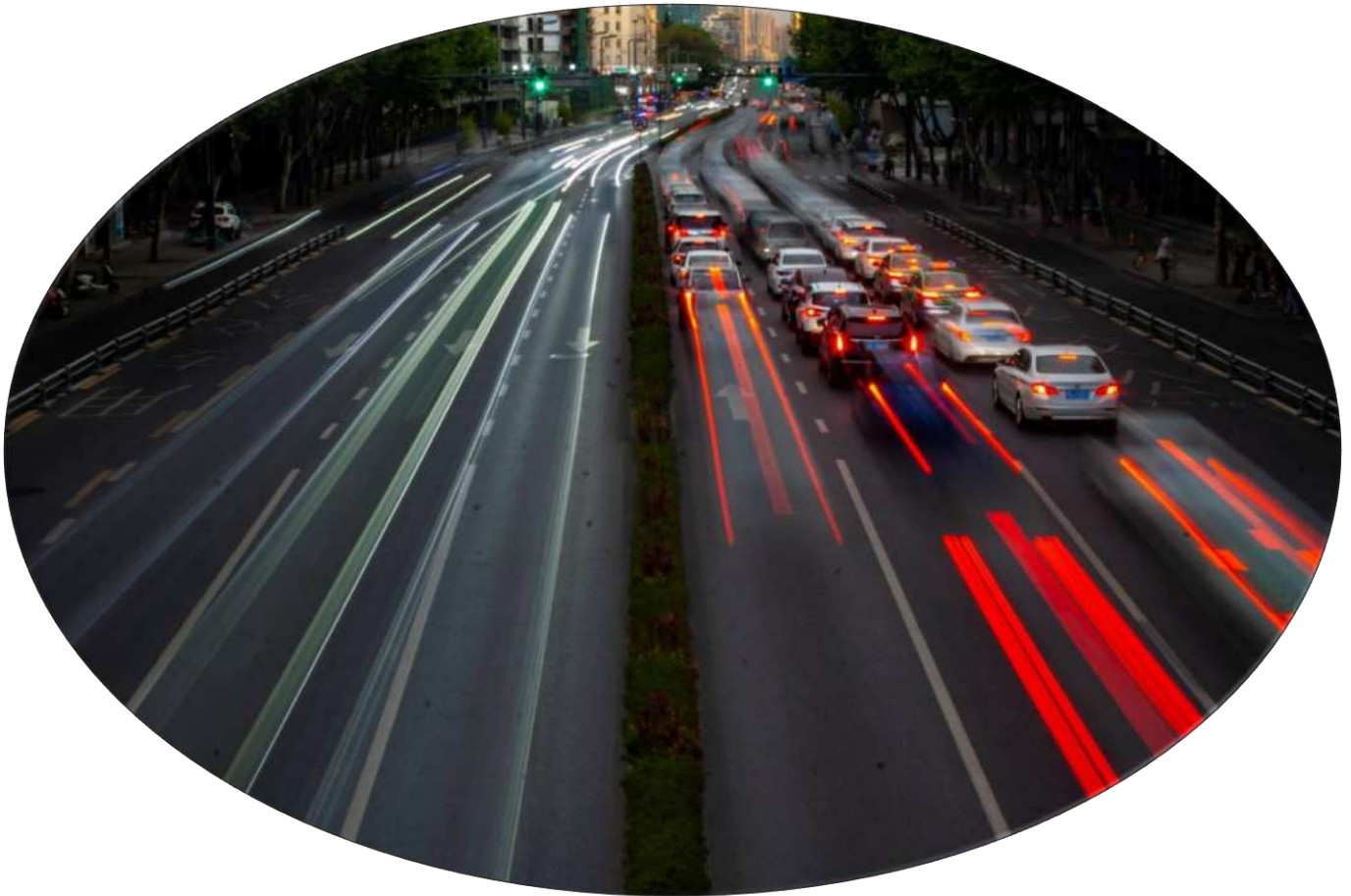
仲裁与诉讼争议解决等

联系方式：13585507739



复工复产后，企业可以采取哪些纾困措施？

作者：谢亦团



随着上海疫情防控形势的好转，全市将很快迎来全面复工复产。由于本次疫情影响巨大，部分企业可能面临经营困难，短小时内无法恢复到完全正常的生产经营状态，那么这些企业可以采取哪些纾困措施来缓解资金压力，从而渡过目前的难关呢？采取这些措施时又应当注意哪些问题呢？笔者进行以下简要分析，供有需要的企业参考。

一、企业可以采取的纾困措施

人力资源社会保障部办公厅发布《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（人社厅发明电[2020]5号）第二条规定，企业因受疫情影响导致生产经营困难的，可以通过与职工协商一致采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等方式稳定工作岗位，尽量不裁员或者少裁员。

人力资源社会保障部全国总工会中国企业联合会中国企业家协会全国工商联《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》（〔2020〕8号）第（五）条规定，支持困难企业协商工资待遇。对受疫情影响导致企业生产经营困难的，鼓励企业通过协商民主程序与职工协商采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等方式稳

定工作岗位；对暂无工资支付能力的，要引导企业与工会或职工代表协商延期支付，帮助企业减轻资金周转压力。

另外，上海市人民政府《关于印发上海市全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展若干政策措施的通知》（沪府规〔2020〕3号）第四条（二十二）规定，实施灵活用工政策。因受疫情影响导致生产经营困难的企业，可通过调整薪酬、轮岗轮休、弹性工时、综合调剂使用年度内休息日等方式稳定工作岗位，具体方式由企业与员工协商确定。

因此，受疫情影响导致生产经营困难的企业，可以根据自己的情况采取缓发工资、调整薪酬、轮岗轮休、弹性工时、综合调剂使用年度内休息日等各种方式稳定工作岗位，尽量做到少裁员或不裁员。

二、各种纾困措施的含义及操作要领

（一）缓发工资

之外仍然休息的一种用工政策，本质上是

由于受到疫情的影响，刚刚复工复产，
现金流碰到困难的企业可以通过民主协
商程序，缓发工资。

缩减工作量、缩短工时的一种方式。

由于工作量不饱和，同类岗位员工轮
流交替上班，比如做一休一或者做二休一，
同步减少相应比例的工资。

企业需要将缓发的时间告知员工，同
时缓发时间原则上不得超过一个月。

需要注意的是，轮岗轮休应当尽量照

（二）调整薪酬

顾到全体成员，不能安排有的员工正常上

指通过民主程序，与员工协商降低
工资标准，减少人力资源成本的支出。

班，而对部分或者个别员工一直在家休假；
另外，支付的工资不得低于最低工资。

如果工资水平比较平均的，设定同一
比例更为公平合理；如果工资水平差异比
较大的，设定分层，对于管理人员、工资
水平较高人员，比例可以适当提高，对于
低收入人群不降或者少降。不论采用何种
方案，降薪比例都要有一定的合理性，合
理性没有法定标准，需要结合工资水平来
确定。

（四）缩短工时

减少劳动者的法定工作时间（不包括
缩短加班时间），并同步减少员工相应比
例的工资，以达到降低企业用工成本的目
的。比如由原来的每天工作八小时，缩短
为工作四小时。

（三）轮岗轮休

轮岗轮休是指企业安排部分员工上
班、部分员工在周末休息日和法定节假日

同样应当尽量照顾全体员工，不能有
的员工每天上一二小时，而有的正常甚至
是加班，而且支付的工资不得低于最低工
资。

（五）综合调剂使用休息日

将疫情防控导致员工不能上班的时间，视为员工享有休息日，

等复工复产后，再安排员工在休息日补回前期的休息时间。简单地说，就是先休息再补班。

应当注意的是：

1. 虽然休息日是无薪日，理论上可以先不发工资，等补班时再发，但建议休息期间先支付工资，补班时不再另行支付工资，如果员工提前离职的，可以要求扣回，这样相对公平合理，否则可能导致全月无薪，员工失去最基本的生活保障。

2. 补班时，需要保障员工休息权即每周休息一天，每月“补班”不超过 36 小时。

3. 对于实行标准工时制员工，因为涉及到工作时间的调整，所以需要通过民主程序进行协商；对于实行季度或年度综合计算工时制的，因为并未改变工作时间，可以由企业直接安排而无需取得员工的同意；而对于不定时工时制的员工，因为没有休息日的概念，所以并不适用。

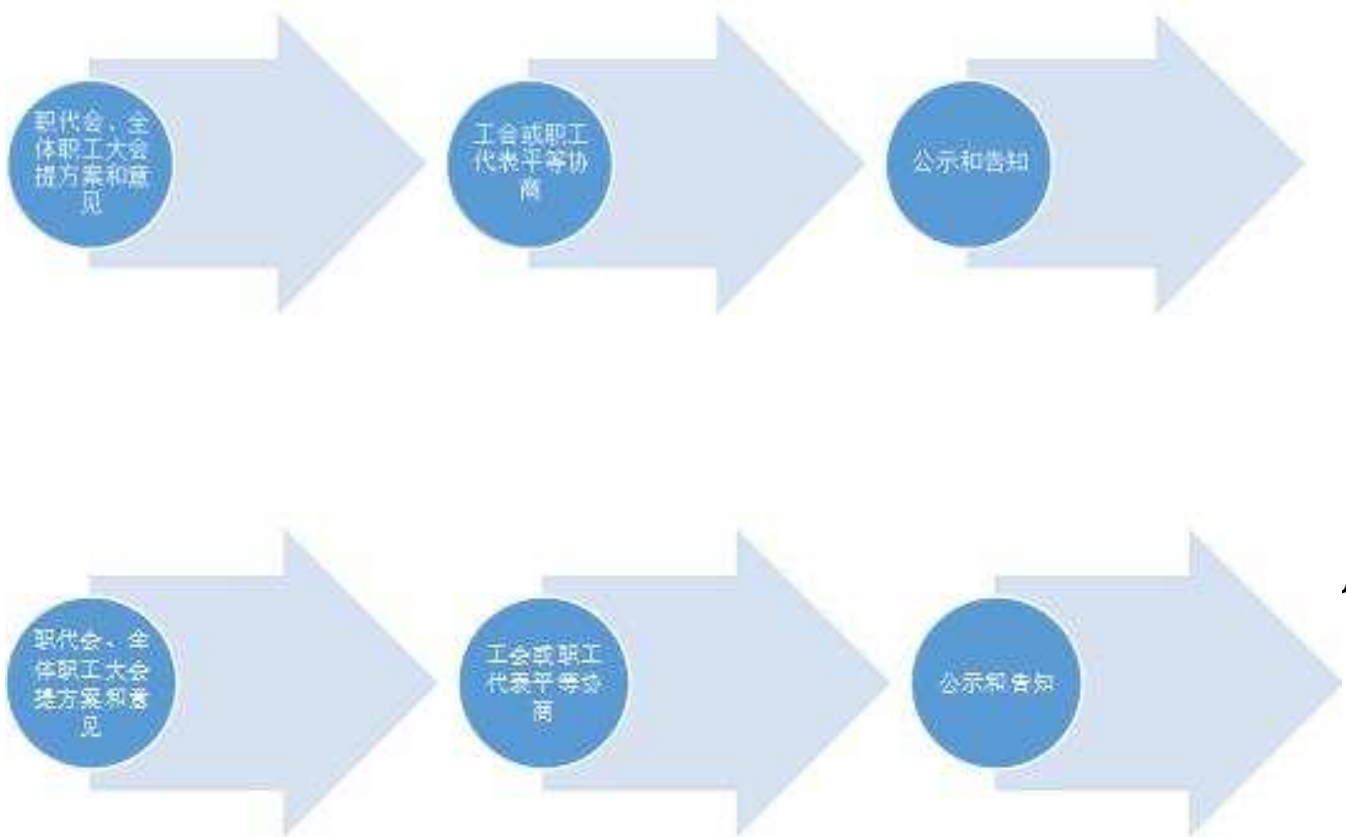
三、采取纾困措施的民主程序

由于所有的纾困措施，属于涉及劳动者切身利益和重大事项的变更，所以应当经过履行一定的民主程序。而不能由企业单方自主决定，企业以通知的形式告知全体员工的方案不具有法律效力。

（一）法定的民主程序

根据《劳动合同法》第四条的规定，用人单位在制定、修改或者决定有关劳动

报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定，并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，或告知劳动者。

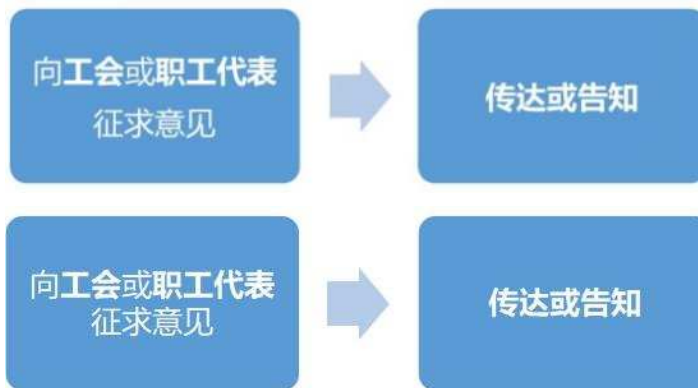


（二）疫情期间民主程序

受疫情或疫情防控措施影响期间，用人单位可通过电子邮件、内部办公自动化（OA）系统、微信群组等形式，将涉及停工停产、变更劳动报酬、调整工作方式、工作时间、轮岗轮休等直接与劳动者切身利益相关的规章制度或重大事项等相关

方案和意见，交由工会或职工代表并征求意见，经协商确定仅适用于疫情期间并传达或告知劳动者的，可视为已履行民主程序。

流程图如下：



由此可知，疫情期间民主程序进行了简化，更加便捷。另外，尽管传达方式也有效，但为了减少纠纷建议采用告知的方式。

四、采取纾困措施应当需要注意的事项

（一）需要经过民主程序制定。

疫情期间民主程序已经大大简化，企业不能省略，否则很可能被裁审部门认为没有履行民主程序，企业所采取纾困措施因违反法律规定而无效。

（二）制订的纾困方案要有合理性。

即使是通过民主程序确定的方案，还是需要有一定的合理性，企业不能利用优势地位损害到员工的基本合法权益。因为

纾困方案发生争议时，裁审部门除了对民主程序是否合法审核外，对合理性也会进行审查。

（三）仅适用于疫情期间。

疫情一旦结束，恢复正常经营生产的，企业应当法律规定安排工时，支付员工工资，而不得变相降低员工的工资待遇，损害员工的合法权益。

总之，企业采取缓发工资、调整报酬、轮岗轮休、缩短工时等特别纾困措施时，应当按照法律规定履行民主程序，并做到公平合理；而对于员工也要理解企业的困难，本着互帮互助的精神，与企业共渡难关！

董监高违反竞业禁止义务，该担何责？

作者：王余婷

很多人会将“竞业限制”与“竞业禁止”混淆，认为两者是同一概念，都是指劳动者离职后一段时间内不得到与原用人单位具有竞争关系的企业工作或者自营与原用人单位具有竞争关系的业务。实则两者是完全不同的，竞业限制是劳动法上的概念，通过对劳动者的自由择业权进行限制，从而实行保护用人单位商业秘密的目的，而竞业禁止是公司法上的概念，是基于特定的身份对用人单位具有忠实及勤勉的义务的劳动者，不得利用职务便利为自己或他人谋取属于公司的商业机会，目的在于保护公司利益。因而，竞业限制与竞业禁止是不同的，具体有哪些不同，详见下文，供大家参考。

一、竞业禁止的义务主体

竞业限制的义务主体是高级管理人员、高级技术人员以及其他负有保密义务的人员，那竞业禁止的义务主体是谁呢？	管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人，以及上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。”
根据《公司法》第 148 条第 5 项规定：“董事、高级管理人员未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。”此条款中明确了董事和高级管理人员是竞业禁止的义务主体。对于哪些人员属高级管理人员，《公司法》第 216 条规定：“高级	此外，还有观点认为，根据《公司法》第 147 条规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。”基于此条款的规定，监事也应属竞业禁止的义务主体。但有观点认为此条所

指定的“忠实义务和勤勉义务”并不等于竞业禁止义务，因而，监事不是竞业禁止的义务主体。从监事的职责来讲，因监事是公司的监事机关，不负责公司的管理。笔者更倾向于第二种观点，竞业禁止的义务主体不应包含监事。

2021年12月24日，《中华人民共和国公司法（修订草案）》进行了审议，修订草

案向社会公开征求意见，但在该草案第185条中规定：“董事、监事、高级管理人员未向董事会或者股东会报告，并经董事会或者股东会决议，不得自营或者为他人经营与本公司存在竞争关系的同类业务。”在该草案中，明确将监事列为竞业禁止的义务主体。

二、竞业禁止是法定义务

竞业限制义务是用人单位与劳动者之间约定的义务，以用人单位与劳动者之间签署《竞业限制协议》或在其他协议中对竞业限制进行明确约定为前提。如未约定的，则劳动者无需承担竞业限制义务，而竞业禁止义务是法定义务，义务来源于《公司法》直接的规定，并非以用人单位与董事、高级管理人员之间签署书面协议为前提。当然，如用人单位与董事、高级管理人员将竞业禁止的义务，在岗位职责

或其他协议中再次进行明确，也可起到再次提醒的作用。

正是基于竞业禁止义务属法定义务，与保密义务一样，法律法规并未规定，董事、高级管理人员履行竞业禁止义务，用人单位需向劳动者支付相关的费用；但竞业限制义务属约定义务，且会对劳动者离职后的择业权进行限制，因而，用人单位需向劳动者支付履行竞业限制义务的竞业限制经济补偿。

三、违反竞业禁止的法律责任

劳动者违反竞业限制义务的，需向用人单位支付违反竞业限制义务的违约金、竞业限制期限尚未届满的，仍需继续履行竞业限制义务、约定违反竞业限制义务需返还已支付竞业限制经济补偿的，则需承担返还竞业限制经济补偿的法律责任。近几年，上海地区有关违反竞业限制义务的违约金调整趋向于严厉，裁审部门认为，应当“秉持谦抑原则，审慎使用自由裁量权，调整违反竞业限制义务违约金的金额”。因而，对于我们劳动者而言，签署竞业限制协议时，就必须小心、谨慎，有谈判能力的劳动者，应与用人单位之间就竞业限制条款进行充分地沟通，最终达成双方协商一致的竞业限制协议。

在我们日常咨询过程中，经常有经营国际贸易业务的客户咨询，公司在职的高级管理人员利用职务的便利，在外开设与本公司具有竞争关系的公司，该如何处理呢？实际上，该高级管理人员违反了《公司法》中规定的竞业禁止的规定，用人单

位可以损害公司利益纠纷为案由直接提起民事诉讼。有关董事、高级管理人员违反竞业禁止义务，需注意以下几点：第一，劳动者是否为董事、高级管理人员。因只有特定身份的劳动者违反《公司法》的规定，才有可能构成违反竞业禁止义务。有关特定身份，如劳动者只是挂名或已被免职但仍登记在册，法院也会进行实质审查判断是否具备特定的身份，对有名无实的劳动者，一般不会认定为属竞业禁止的义务主体。第二，劳动者从事竞业禁止行为是否经股东会或者股东大会同意。竞业禁止行为是一个相对禁止义务，并非绝对禁止义务，如得到股东会或股东大会同意，则可以为之，需要注意的是此处同意的主体是股东会或股东大会，其他机构或人员的同意是无效的。第三，劳动者从事竞业禁止行为是否存在利用职务便利谋取属用人单位处的商业机会。如劳动者在入职前就设立了与用人单位具有竞争关系的企业，且从事的业务也与用人单位相同，但



客户并不重合。对此种情况，就很难认定为劳动者是谋取了用人单位处的商业机会。如用人单位处《规章制度》规定，劳动者入职前设立公司，应向用人单位进行报备，如未报备的，属严重违纪行为。这样的规定是有效的，董事、高级管理人员或其他劳动者应按照规定向用人单位履行报备义务，否则很有可能被用人单位以严重违纪为由解除劳动合同。第四，劳动者存在自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。对于两家公司之间是否经营同类业务，是否仅从工商登记的经营范围进行判断？答案是并不一定，有些判决是直接根据经营范围来认定的，但在笔者检索的上海市浦东新区人民法院审理的（2021）沪 0115 民初 48155 号案件，法院认为：“仅凭原告与 A 公司的公司章程记载的经营范围上有一定程度的重合并不足以证明两被告存在利用职务便利为自己谋取属于公司的商业机会、自营与所任职公司同类业务的行为。”在此案件中，法院并未因两家公司经营范围重合，就直

接认定属经营同类业务。

如董事、高级管理人员违反竞业禁止的规定，根据《公司法》第 148 条规定：“董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有”，此条就是我们常说的“归入权”。劳动者违反竞业禁止规定，其所获得的相关收益归其所就职的用人单位。同时，根据《公司法》第 149 条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”，即用人单位可向劳动者主张损害赔偿的法律责任。根据“谁主张，谁举证”的原则，主张一方应就实际损害已发生及实际损害的金额承担举证责任，因而，对于此类案件，常常会涉及到审计的问题。最终，法院会综合考虑侵权行为的性质、侵权的持续时间、恶性程度、劳动者获利情况等因素，判决损害赔偿的金额。那问题来了，用人单位能否同时主张归入权及损害赔偿呢？理论上是可行，两者的请求权的基础不同，两者之间并不冲突。



在上海市第一中级人民法院审理的(2017)沪01民终13408号案件中,就同时主张了归入权及损害赔偿 responsibility,只不过对于损害赔偿 responsibility 部分,原告是按照用人单位的亏损的金额来计算的,最终法院认为,亏损是属于公司一个持续状态的经营表现,亦是公司内外各种因素的综合结果,不直接等同于公司的某项具体损失。

综上,竞业限制与竞业禁止是不同的,如董事、高级管理人员违反竞业禁止的规定,公司可以损害公司利益责任纠纷为由直接向人民法院提起诉讼,而不像竞业限制纠纷案件,必须先要经过劳动仲裁的前置程序,对裁决结果不服的,可向人民法院提起诉讼。有关竞业禁止义务的主体是否包含监事,还有待在公司法修正案中予以明确。



王余婷 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



将正品“五芳斋”重新包装后销售，是否构成侵权？

作者：孙志勇

吃粽子是端午佳节的传统习俗，“五芳斋”是粽子中的知名品牌。在刚刚过去的端午节前夕，上海知识产权法院审结了一起“五芳斋”商标侵权案件。

有经营者将购买的五芳斋正品散装粽子装入礼盒，在礼盒上继续标注五芳斋商标并对外销售，这样的行为到底是侵权行为还是正常的销售行为呢？我们一起来看看法院的观点。

第 331907 号“五芳斋”、第 9720610 号

【案情简介】

原告浙江五芳斋实业股份有限公司（以下简称五芳斋公司）通过注册取得了

“五芳”、第 10379873 号“美味五芳”商标专用权，核定使用商品为第 30 类粽子等。原告还通过许可使用取得了第

3781249 号“五芳斋”商标专用权，核定使用商品为第 16 类印刷出版物、纸板盒或纸盒、包装用纸袋或塑料袋（信封、小袋）等。

2018 年 5 月，被告上海苏蟹阁实业有限公司（以下简称苏蟹阁公司）在某商场销售美味五芳粽子礼盒，礼盒包装上印有竖体“五芳斋”、“美味五芳”、“五芳”等文字。原告表示其从未生产或授权其他公司生产、销售该类礼盒。

经调查，苏蟹阁公司以 79 元/份的价格向被告上海赢礼实业有限公司（以下简称赢礼公司）购买散装“五芳斋”粽子并要求赠送礼盒包装。赢礼公司将散装粽子和礼盒包装分装送货给苏蟹阁公司，其中的散装粽子采购自原告授权销售商，系正品，礼盒包装采购自他处。苏蟹阁公司将其自行组合后以 99 元/份的价格对外销售。

原告以两被告侵害商标权为由诉至法院，认为赢礼公司提供粽子及礼盒，苏蟹阁公司进行组合销售，两被告共同侵犯了其第 9720610 号“五芳”商标、第 10379873

号“美味五芳”商标、第 331907 号“五芳斋”商标专用权，此外赢礼公司销售礼盒包装，系在相同商品上使用相同商标，侵犯其第 3781249 号“五芳斋”商标专用权，请求法院判令两被告停止侵权并赔偿经济损失和合理开支共计 30 万元。

庭审过程中，原告确认涉案礼盒内的粽子来源于其授权销售商，系正品；原告同时确认散装真空包装粽子的包装、保质期、品质等与礼盒内所装粽子并无区别。

被告苏蟹阁公司主张，两被告不存在共同侵权故意，其向赢礼公司购买散装粽子，并要求赢礼公司赠送礼盒包装，并不知道礼盒包装涉嫌侵权，其有正当的采购来源，不存在侵权故意，不应当承担侵权责任。

被告赢礼公司主张，其向苏蟹阁公司销售的是散装粽子，来源于原告授权销售商，礼盒包装是因苏蟹阁公司需要，为此其以每个 5 元的价格向朋友购买，在礼盒包装上没有任何获利，不存在销售行为。

【裁判结果】

一审法院认为，涉案礼盒内的粽子来源于五装真空包装粽子上亦印有五芳斋老人圆形图案和生产日期，散装粽子包装、保质期、品质等与礼盒内所装粽子并无区别。可见在涉案礼盒包装上使用与第 30 类注册商标基本相同标识的行为既未破坏商标指示来源的功能，又未破坏商标品质保证的功能，故两被告的行为并未侵犯第 9720610、10379873、331907 号注册商标的权利。

但是，苏蟹阁公司在销售的涉案礼盒上突出标注“五芳”“美味五芳”“五芳斋”标识，构成商标法意义上的使用行为，其未经许可，在同一种商品上使用与注册商标相同的商标，侵犯原告第 3781249 号注册商标专用权。据此，法院判决两被告赔偿原告经济损失和合理开支共计 3 万元。

原告不服一审判决，向上海知识产权法院提起上诉。二审法院审理后认为，两被告对“五芳斋”正品粽进行分装销售的行为构成商标侵权，侵害了五芳斋公司第

9720610、10379873、331907 号注册商标专用权，一审法院适用法律错误，应予纠正。但综合考虑案情，二审法院对原审判决金额予以维持，故作出了驳回上诉、维持原判的终审判决。

【案件评析】

本案的焦点之一在于两被告将来源于原告的正品散装粽子再用礼盒包装后，继续在礼盒上标注原告商标进行销售的行为，是否构成对原告在第 30 类注册商标权的侵犯。一、二审法院对此有不同的认定。

一、案涉商品的界定是认定案涉行为是否侵权的前提

未经许可在相同或类似商品上直接使用他人商标，导致消费者可能产生混淆的行为即构成对他人商标权的侵犯。那本案的案涉商品是什么呢？

梳理一、二审判决可以发现，一审法院认为案涉商品包括散装粽子和礼盒包装，鉴于散装粽子系五芳斋公司正品，所以两被告不构成第 30 类的商标侵权，而礼盒

包装未经许可擅自使用了原告商标，构成第 16 类的商标侵权。一审法院进一步分析认为，经营者在销售商品时，附赠侵犯注册商标专用权商品的，属于销售侵犯注册商标专用权的商品的行为，因此，被告在销售散装粽子时，附赠侵犯原告注册商标专用权的美味五芳礼盒包装，属于商标法第五十七条第三项规定的“销售侵犯注册商标专用权的商品的行为”，构成商标侵权。

而二审法院认为，从注册商标核定使用的商品类别来看，礼盒粽也属粽子类商品，也就是说，二审法院是把散装粽子和礼盒包装作为一个整体来看待，认为案涉商品是礼盒粽子。因此，作为粽子类商品，被告在外包装上使用原告商标的行为属于在同一种商品上使用与注册商标相同或近似商标的行为，构成对第 30 类的商标侵权。

显然，导致上述不同结论的逻辑起点在于一、二审法院对案涉商品的认定不同，本文赞同二审法院的认定，对消费者而言，

其购买的商品就是礼盒装粽子，且消费者对礼盒装粽子和散装粽子的区别有明确认知，本案中，礼盒装粽子作为商品，已经具有区别于散装粽子的独立外部形态，将其作为一个整体认定更为合理。

二、可能导致消费者对商品来源产生混淆仍是构成商标侵权的必要条件

对于正品分装销售构成商标侵权的案件，本案并非第一起。在（2015）杭余知初字第 416 号，即知名的“不二家糖果”案件中，杭州市余杭区人民法院从商标的功能出发，认为破坏商标品质保证功能的行为，不论是否具有市场混淆的后果，均可以直接认定构成商标侵权行为，法院进一步认为该案中被告使用质量低劣的铁盒包装进行糖果分装转售的行为，降低了商品包装品质，使得消费者对涉案商标的评价降低，构成商标侵权。

在（2020）沪 0115 民初 26507 号，即“克鲁勃润滑油”案件中，被告将大罐正品“克鲁勃”润滑油分装入小罐后销售，并在小罐上贴附其自行委托制作的“克鲁

勃”商标，针对这一行为，浦东新区人民法院也重点分析并认定该分装行为破坏了商标的品质保证功能，并认为尤其对于润滑油这种储存条件、内在精细度要求较高的产品来说，分装行为使商标的品质保证功能更容易受到损害，从而认定被告构成商标侵权。

本案中，一审法院认为，涉案礼盒内的粽子系来源于五芳斋公司的正品，原告在审理中也确认散装真空包装粽子的品质等与礼盒内所装粽子并无区别，因此在涉案礼盒包装上使用与原告第 30 类注册商标基本相同标识的行为既未破坏商标指示来源的功能，又未破坏商标品质保证的功能。

由此可见，在此类案件中，法院通常会将破坏商标品质保证功能作为认定商标侵权的标准，特别是余杭区人民法院“破坏商标品质保证功能的行为，不论是否具有市场混淆的后果，均可以直接认定构成商标侵权行为”的观点，在实践中引发了较大争议。

对于是否破坏商标的品质保证功能，需要根据具体案情进行个案认定，需要相关证据予以证明，通常情况下，如果分装的是可以直接接触到的液体、粉末状商品，则很可能会导致商品本身的品质发生改变，在本案中，根据原告的确认以及商品的特性，尚没有证据证明被告的行为破坏了原告商标的品质保证功能。实际上，涉案行为仍然是一种可能导致消费者混淆误认的行为。

如前所述，案涉商品是礼盒粽子，被告的行为会使消费者误认为该商品作为一个整体，包括其中的粽子、礼盒以及组合包装均是由五芳斋公司提供的，但根据本案查明的事实，该礼盒粽子商品与原告自身经营的正品礼盒粽子商品在外包装和销售价格上均有区别，比如在外包装上，涉案礼盒未加贴含“五芳斋”字样的封口贴，产品信息是直接印制在外包装侧面并非加贴，外包装正面竖版的“五芳斋”商标并非金色字样而是银色字样等，这就会使相关公众对礼盒粽商品的来源产生混淆和误认，侵占正品礼盒粽的市场份额，

对五芳斋公司的商业声誉产生影响，这也是本案二审法院认定案涉行为构成对第30类原告商标侵权的主要理由。

三、本案无法适用“商标权用尽”原则

本案中，被告主张其销售的是粽子系来源于权利人授权销售商的正品，因此不构成侵权，该抗辩实际上就是理论上所称的“商标权用尽”原则。

“商标权用尽”与著作权法中“发行权用尽”的原理是相同的，是指对于经商标权人许可或以其他方式合法投放市场的商品，他人在购买之后无须经过商标权人许可，就可将该带有商标的商品再次售出或以其他方式提供给公众。因此，零售商从批发商处购买了品牌商品后，无需商标权人的许可就可以对外销售这些商品，这是市场经济中允许合法商品自由流转的要求。

但是，在这一中间环节中，如果经营者对商品进行了改造、包装变更等积极行为，则可能导致“用尽”的商标权再次“复活”。也就是说，适用“商标权用尽”原则，要求再次售出的商品必须是来源于商标权

利人，且在销售中不能对商品进行形态的改变，不能影响商标的来源识别功能和品质保证功能。

本案中，被告将散装粽子包装为礼盒粽子之后，在销售过程中，商品的外包装已经成为了商品的一部分。对消费者而言，一般情况下会认为礼盒装的商品要比散装的商品更为高档，这种未经授权的重新包装行为会导致混淆的可能性，经常购买正品礼盒装的消费者还可能会认为案涉礼盒商品是“假货”，因此被告的行为已无法适用“商标权用尽”原则，构成商标侵权。

值得说明的是，对此类行为是否构成商标侵权，在行政监管领域，上海知识产权局还曾专门向国家知识产权局进行了请示，国家知识产权局于2021年9月17日作出了《国家知识产权局办公室关于擅自将他人商品再包装后继续标注他人注册商标并进行销售的行为是否构成侵权的批复》（国知办函保字〔2021〕850号），同样认为该行为构成商标侵权。

结语

综上，经营者在对正品商品进行重新分装或包装的过程中，要坚持合法且善意地使用权利人的商标，诚信经营，不能有搭便车或者故意误导消费者的不良企图，唯此才能最大程度地规避侵权风险。



孙志勇 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

上海律师协会知识产权业务研究委员会 委员

业务领域：知识产权、反不正当竞争、

民商事争议解决

联系方式：18918887908

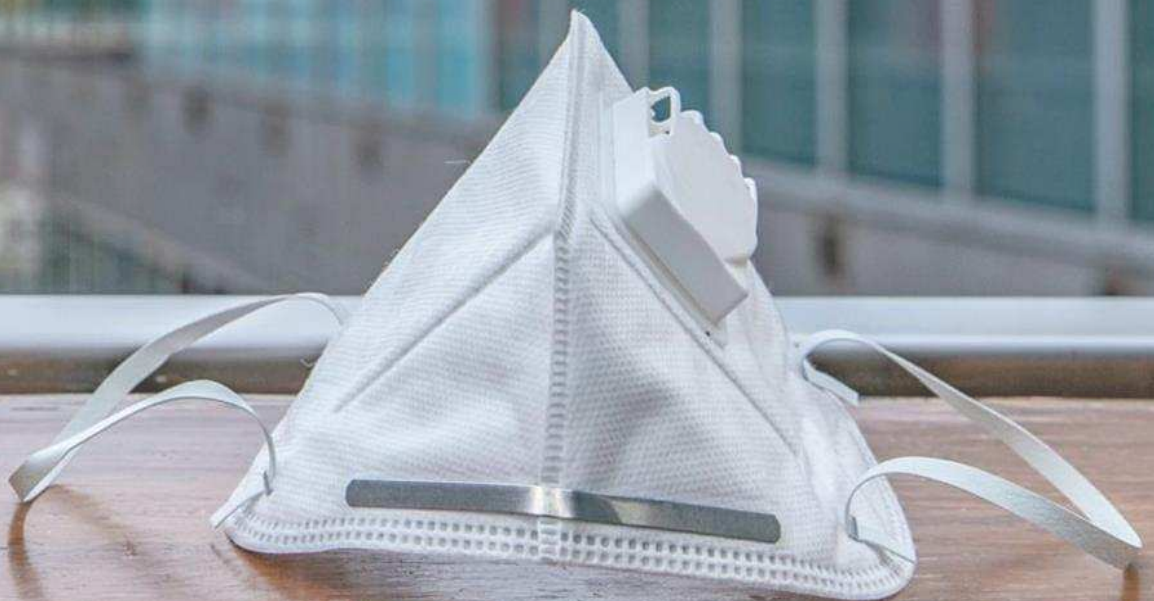


齐心抗疫，共同守“沪”

相关的知识产权政策不可不知

作者：谢茂林

为了更好地抗击新冠肺炎疫情，上海近日出台的相关政策、措施，有不少内容涉及知识产权领域，主要集中在疫情期间知识产权服务的特别保障、疫情期间对知识产权的金融支持以及加大涉疫知识产权的利用和保护力度三个方面。



当前，上海面临着严峻的新冠肺炎疫情形势，全市人民上下一心，深入贯彻落实习近平总书记重要指示精神，按照党中央、国务院决策部署，坚持“动态清零”总方针不犹豫不动摇，紧紧扭住社会面清零目标不放。为了更好地抗击新冠肺炎疫情，陆续出台并落实了相关的政策和措施，其中有一些涉及知识产权领域，尤其是近日上海市知识产权局印发的《全力抗疫情助企业促发展的若干知识产权工作措施》以及上海市高级人民法院印发的《关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题的系列问答五（2022版）》。这些政策文件的知识产权相关规定，主要集中在以下三个方面：

疫情期间知识产权服务的特别保障

一、支持防疫知识产权创造。对防疫相关的专利、商标可申请加快办理。中国（浦东）知识产权保护中心优先预审、快速预审涉及防疫的专利申请。在上海市高价值专利培育中心、高价值专利升级培育等项目申报认定中，对开展新冠病毒疫苗、

药物、诊断产品等研发的企事业单位给予积极扶持。按本市有关规定，加大对防疫一线专业技术人员参与高级知识产权师职称评审的支持力度。

二、加强疫情防控领域专利技术运营工作。依托国家知识产权运营公共服务平台国际运营（上海）平台、上海知识产权交易中心、上海技术交易所等专业机构，面向企事业单位组织开展涉及疫情防控领域专利技术供需对接活动，从知识产权运用端发力，提升疫情防控工作的技术水平。在专利工作试点示范单位认定及知识产权运营服务体系建设、专利导航等项目实施中，加大对疫情防控技术攻关单位的支持力度。

三、酌情延长专利、商标、集成电路布图设计事务办理相关期限。对申请办理专利、商标、集成电路布图设计等事务，确因疫情相关原因延误相关期限，导致权利丧失的，协助按规定办理相关权利恢复

手续。2020 年，国家知识产权局《关于专利、商标、集成电路布图设计受疫情影响相关期限事项的公告(第 350 号)》和《与疫情相关的恢复权利手续具体问题解答》明确了当事人因受疫情影响延误专利、商标、集成电路布图设计事务办理期限的救济程序，上海对此作出了更加具体的规定。

四、加强中小微企业知识产权服务。

出台加强本市中小企业知识产权工作的意见，加强中小微企业知识产权服务指导和项目支持。深化实施知识产权服务专精特新中小企业专项行动。支持鼓励知识产权服务机构为受疫情影响较大的中小微企业提供专利及商标代理援助、维权援助等服务。

五、支持知识产权服务机构抗击疫情。

加强疫情期间知识产权社会组织年检、专利代理机构年报、专利代理师备案等服务工作。依托市知识产权服务行业协会及信

息化手段，及时收集了解和协调解决服务机构现实困难。用好本市援企稳岗等政策措施，支持知识产权服务行业吸纳就业。

六、完善知识产权业务办理和服务措施。优化“互联网+政务服务”，引导申请人充分依托中国专利电子申请网、中国商标网、国家知识产权局政务服务平台以及上海政务“一网通办”平台等，全程线上办理知识产权业务。在符合疫情防控要求前提下，视情优化调整行政服务窗口服务措施。

★ 疫情期间对知识产权的金融支持

一、充分发挥知识产权融资作用。鼓励商业银行充分用好知识产权质押贷款贴息、风险补偿、优化不良率考核等扶持监管政策，放宽普惠型小微企业不良贷款容忍度，加快办理中小企业知识产权质押融资贷款审核手续，缓解中小微企业因疫情带来的资金压力。

二、加强知识产权保险服务。鼓励保险机构加大知识产权质押融资保证保险、

知识产权执行保险等险种推广力度，简化知识产权保险理赔服务流程，提升知识产权保险服务便利化水平。

三、促进知识产权金融供需精准对接。依托市知识产权金融服务联盟开展中小微企业知识产权质押融资需求调查，及时公布商业银行、担保机构、保险公司等金融机构相关知识产权质押融资、担保、保险等产品服务信息。

★ 加大对涉疫知识产权的利用和保护力度

一、优先受理、从严从快查处涉疫知识产权案件。建立专利侵权纠纷快速受理机制，优先处理与防疫相关的专利权保护请求。加强对防疫物资生产企业的知识产权保护，组织力量严厉打击扰乱防疫物资市场规范的各类知识产权侵权违法行为，从严从快查处一批重点违法案件。支持企业进行与防疫相关的专利商标确权保护，严厉打击非正常专利和恶意商标注册行为。

二、适用惩罚性赔偿制度，提高法定赔偿数额。人民法院在处理涉及防疫物品的知识产权侵权纠纷中，准确适用惩罚性赔偿，加大对病毒疫苗、快速检测试剂、特效药物等疫情防控创新产品，以及口罩、医用手套、护目镜、防护服、隔离服等防疫用品知识产权的保护力度。如果权利人实际损失、侵权人因侵权所获得的利益或者相关知识产权的许可使用费均无法查明时，可以根据侵权行为的性质、情节等因素酌定赔偿数额。在处理涉及防疫物品的知识产权侵权纠纷时，可将侵害防疫物品的知识产权行为，作为提高法定赔偿数额的情节加以考量。

三、限制适用停止侵害的民事责任承担方式。人民法院在处理知识产权侵权案件时，如果判令停止侵害影响疫情防控的，人民法院在确认侵权行为成立的前提下，可以不判令行为人停止侵害，而代以其他方式进行补偿、赔偿。即对停止侵害民事责任的适用做一定限制，以便在疫情防控中更为直接、高效地利用相关的知识产权。



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM
七方律师事务所

知 产 知 否



谢茂林 律师

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

专业领域：知识产权

联系方式：13916303656



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