

2022年

4 期

总第16期

# 七方法研

缘起 · 我国城市更新的发展及政策规定——文/廖潇歌

劳动合同到期顺延的十大情形——文/王余婷

醉驾型危险驾驶罪共犯的驾照应否被吊销？——文/傅建平、吴心成

公司章程规定股权转让必须一致同意是否有效？——文/周松涛

## 民商纵横

647.09 亿条信息，80.26 亿元罚款！个保法第一大罚单问世	01
敏感个人信息换咖啡？数据资产化时代个人信息价值几何	07
资质出借方的工程质量责任分析	13
浅议工程款结算约定之法律效力	18

## 家长里短

产证有子女姓名的房屋在离婚时如何分割？	24
一案三审，赠与情人的财物如何追索？	29
人身安全保护令司法解释七大亮点解读	33

## 罪与罚

醉驾型危险驾驶罪共犯的驾照应否被吊销？	37
AI 换脸技术的刑事法律规制探讨	41

## 公司治理

公司章程规定股权转让必须一致同意是否有效？	46
法定代表人能否通过变更方式解除限高措施？	52
公司章程约定扩大或者缩小股东知情权行使范围是否有效？	59
浅谈公司高管未尽勤勉义务的认定	64
私募基金投资人诉底层融资方的路径分析	73

## 聚焦劳动法

德云社员工酒后骚扰女性被辞退，合法吗？	77
事业在编人员聘用合同期满终止，为何不能获得经济补偿金？	82
劳动合同到期顺延的十大情形	86
小额诉讼程序中设计劳动争议案件的七个问题！	91

## 依法行政

缘起.我国城市更新的发展及政策规定	96
内涵.城市更新的类型与模式	109
环节.城市更新的主要实施流程	120
风口.城市更新的实务热点	126
慎签交通事故认定书！	131

## 知产知否

“山寨”走红“绿马”，构成侵权应承担法律责任	135
网络直播中演唱歌曲不侵犯表演权	139

# 647.09 亿条信息，80.26 亿元罚款！个保法第一大罚单问世

作者：王晓鹏

2022 年 7 月 21 日，国家互联网信息办公室对滴滴全球股份有限公司依法做出网络安全审查相关行政处罚的决定。从去年 6 月内，滴滴公司因为违规赴美上市遭到产品下架、强制进行网络安全整改以来，闹得沸沸扬扬的滴滴泄露个人信息事件终于落下了第一只靴子：滴滴公司收到了 80.26 亿元的公司罚单和 100 万元的个人罚单。从金额上看，这是《个人信息保护法》自颁布实施以来的最高额罚单，也是顶格处罚，滴滴公司为何会遭受顶格处罚？处罚的依据是什么？除了行政处罚，滴滴公司后续还可能面临哪些风险？本案对于我国数据及信息安全环境会带来哪些影响？本文将做一个简要的分析。

## 一、滴滴为何遭到顶格处罚？

根据网信办披露的信息，滴滴公司违法行为可谓触目惊心，其中：

从数量上看，违法处理个人信息高达 647.09 亿条；

从类别上看，滴滴公司违法处理和泄露的信息共涉及 8 个方面：一是违法收集用户手机相册中的截图信息 1196.39 万条；二是过度收集用户剪切板信息、应用列表信息 83.23 亿条；三是过度收集乘客人脸识别信息 1.07 亿条、年龄段信息 5350.92 万条、职业信息 1633.56 万条、亲情关系

信息 138.29 万条、“家”和“公司”打车地址信息 1.53 亿条；四是过度收集乘客评价代驾服务时、App 后台运行时、手机连接桔视记录仪设备时的精准位置（经纬度）信息 1.67 亿条；五是过度收集司机学历信息 14.29 万条，以明文形式存储司机身份证号信息 5780.26 万条；六是在未明确告知乘客情况下分析乘客出行意图信息 539.76 亿条、常驻城市信息 15.38 亿条、异地商务/异地旅游信息 3.04 亿条；七是在乘客使用顺风车服务时频繁索取





无关的“电话权限”；八是未准确、清晰说明用户设备信息等 19 项个人信息处理目的；

从性质上看，网信办在披露案件内容的时候，措辞严厉，使用了诸如：“滴滴公司存在严重影响国家安全的数据处理活动，以及拒不履行监管部门的明确要求，阳奉阴违、恶意逃避监管等其他违法违规问题。滴滴公司违法违规运营给国家关键信息基础设施安全和数据安全带来严重安全风险隐患。因涉及国家安全，依法不

公开。”这样严厉的表述。滴滴公司违法处理或泄露的个人信息涉及国家安全和关键信息基础设施安全，特别是部分信息在滴滴公司去年赴美上市知识可能已经泄露到境外，后续可能会给国家安全带来不可估量的风险。

基于滴滴公司上述违法事实无论是涉案信息的数量，情节恶劣程度，造成影响波及的范围，都属于及其严重的等级，所以网信办此次给予滴滴集团重罚。

## 二、处罚滴滴公司的法律依据

从网信办公布的信息可以看出，这也是网络及数据安全领域三驾马车——《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》颁布以来，网信办少有的同时适用三部法律展开调查并进行处罚的案例。从目前公开披露的滴滴公司违法情节及三部法律的处罚力度来看，应当是适用了最为严厉的《个人信息保护法》相关规定。

根据《个人信息保护法》第六十六条：“违反本法规定处理个人信息，或者处理

个人信息未履行本法规定的个人信息保护义务的……情节严重的，由省级以上履行个人信息保护职责的部门责令改正，没收违法所得，并处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务或者停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款，并可以决定禁止其在一定期限内担

任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人。”

此次滴滴公司违法处理及可能泄露的个人信息除了数量庞大以外，很多还都是《个保法》第二十八条规定的“敏感个人信息”，该类信息与我们日常人身、财产安全和私人生活安宁密切相关，例如我们的人脸特征、职业信息、通话内容、手机输入信息、特定活动地点的位置信息等等，这些信息被滴滴公司过度收集，过度处理，将会给我们的个人生活带来严重的隐患。比如滴滴公司可以通过匹配人脸和用户登记信息记录我们的面部特征从而实现对我们个人的精准识别；通过记录我们在网约车软件中常用的上下车地点，结合我

们在乘车过程中的通话记录和文字输入记录经过大数据分析，判断我们的职业和工作地点、家庭住址，如果某些用户是在涉密部门工作，这种分析结果一旦被“有心之人”获取，将会泄露保密部门的位置信息，甚至是泄露国家秘密，细思极恐。

鉴于滴滴公司涉案情节、造成后果的严重性，网信办适用《个保法》，按照滴滴公司 2021 年度营收额为基数，处以不超过 5%，高达 80.26 亿元的顶格罚款，按照这个金额我们也可以反推，滴滴公司全年的营业额高达 1600 亿，如此体量的互联网平台巨头，却无视国家网络与数据安全的监管要求，犯下如此大错，确实不应该。





### 三、另一只靴子会不会落地

网信办本次对滴滴公司开出的天价罚单，只是行政处罚，第一只靴子已经落地，那么滴滴公司是否还会受到其他处罚？会不会有另一只靴子落地？笔者认为可能性很大。

首先是民事责任，数量如此庞大，波及面如此之广的个人信息泄露事件，几乎可以肯定会对部分自然人造成损害，根据《个保法》第六十九条，侵害个人信息的侵权责任适用过错推定原则，如果自然人有证据证明自己的个人信息被滴滴公司过度收集利用，甚至是不当传输至境外，造成了损害，可以直接要求滴滴公司进行民事赔偿，此时应由滴滴公司证明自己在处理信息的过程中不存在过错，即所谓的“自证清白”。现在网信办处罚已定，滴滴公司存在过错也已经是板上钉钉，可以说，追究滴滴公司民事责任的条件已经成就。

考虑到此次事件中涉及的个人信息数量巨大，牵涉的主体必然也是海量，实

际上已经符合《个保法》第七十条规定的提起“公益诉讼”的条件，后续人民检察院、消保委、网信办确定的组织都有可能直接提起公益诉讼，向滴滴公司主张赔偿。

其次是刑事责任，从网信办公布的数据可以看出，滴滴公司违法处理了 647.09 亿条信息，这其中如果有大量的信息被泄露甚至是非法提供给境外机构，性质就不是简单的行政处罚和民事责任了，滴滴公司和直接责任人员可能会承担刑事责任。

根据《个保法》第七十一条，违反个人信息保护规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

又根据《刑法》第二百五十三条之一：

“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。



违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。

窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。

单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”

虽然目前为止还没有看到公安或国安机关对滴滴公司立案调查的进一步报道，但是数百亿的个人信息不当处理，未

经网信部门和国安部门同意擅自赴美上市，如果存在非法获取并识别、利用个人信息，对用户进行精准画像，甚至获取国家保密单位地址，国家秘密，如果在赴境外上市过程中，还存在大量的敏感个人信息、国家秘密被境外组织获取这样严重的情形，那么几乎可以确认，滴滴公司及相关负责人将难逃刑责，当然一切都要以公安或者国安机关的调查结论为准，

让我们一起关注本次事件的后续进展。





#### 四、结语

80.26 亿元的天价罚单，乍一看来，似乎是一个惊天数字，但是这个金额和滴滴公司的体量及事件造成的危害相比，并不算高，但足以载入史册。

去年6月份的滴滴赴美上市被紧急叫停事件到了今天，有了一个中期的答案，但是这绝不是一个结束，这只是一个开始，去年6月份开始，滴滴事件似乎成为了中国网络与信息安全立法的催化剂，从彼时彼刻开始，大量涉及到信息安全、网络安全、数据出境监管的法律、法规、规章、国家标准密集出台，凸显出国家保护网络

与数据安全的决心，亡羊补牢，未为晚矣。网络与数据安全已经上升到国家安全，经济安全的高度，如何加强监管都不为过。随着配套法律法规、国家标准的出台，宝剑已经铸就，滴滴公司“荣幸”成为了第一个试剑人，教训不可谓不惨痛。

滴滴事件终归会尘埃落定，但是数据合规之弦必须时刻紧绷，达摩克里斯之剑永远悬在头顶，希望所有从事此类行业的市场主体以此为戒，真正做到依法合规运营，健康有序发展。



王晓鹏 律师

上海七方律师事务所 管理合伙人

七方企业合规法律服务部 主任

上海市创优中小企业人才服务中心

讲师

业务领域：侵权损害赔偿纠纷、

合同纠纷、不良资产处置

联系方式：176 2135 6262

## 敏感个人信息换咖啡？数据资产化时代个人信息价值几何

作者：赵发航

笔者最近看到一则新闻报道：加拿大联邦和省级隐私监管机构发现，用户在通过咖啡连锁店 Tim Hortons 的手机订餐应用程序订餐时，Tim Hortons 会告知用户需要获得用户的许可，访问用户的位置信息，并误导用户认为只有在使用应用程序时，个人位置信息才会被访问，事实上，一旦用户许可，只要自己的设备保持开机状态，该应用程序都会持续跟踪用户，不断收集他们的位置数据。Tim Hortons 对于此举的解释是为了能够提供有针对性的广告，更好地推广其咖啡和相关产品，更好的服务客户，但该公司实际上从未使用这些数据用于此目的。

事件被曝光后，Tim Hortons 被指控其移动应用程序侵犯客户隐私，这宗集体诉讼拟进行和解，魁北克法院已安排听证会于 9 月 6 日审议和解方案。Tim Horton 向客户传送电邮，告知和解方案：公司将向受影响用户提供免费咖啡和甜圈饼。法庭文件显示，Tim Hortons 热饮税前零售价为 6.19 加元，而烘焙食品税前零售价为 2.39 加元，客户或将通过优惠券或通过 Tim Hortons 应用程序获得免费食品，Tim Hortons 指若法院批准和解，将提供有关计划详情。可是，一杯咖啡或一个甜甜圈，就能够购买到个人敏感信息么

### FINANCIAL POST

Innovation

## Double-double tracking: How Tim Hortons knows where you sleep, work and vacation

*Tim Hortons is logging detailed location data of customers through its app — and many may not realize it's happening at all*

## 应用程序 APP 违法收集位置信息

加拿大政府对 Tim Hortons 的调查源于《国家邮报》的一名记者发现的这一私隐漏洞，他发现自己手机上 Tim Hortons 的订餐应用程序在不足五个月的时间里跟踪位置信息超过 2700 次。



应用程序越权读取用户隐私信息的事情不是个例。在国内，2022 年 3.15 期间，工信部就曝出一款“WIFI 万能钥匙”的软件，在 IOS 系统内都设置了默认后台数据刷新且无法关闭。中国电子技术标准化研究院信息安全研究中心审查部指出，部分恶意蹭网 APP 一天之内收集位置信息

高达 6 万多次，此种 24 小时不断地定位理论上可以把用户生活的行踪轨迹全给穿串起来，通过广告联盟共享分析之后，你的生活规律、消费习惯、职业信息的隐私一览无余，接下来面临的的就是广告推送、过度骚扰、精准诈骗，信息所有人的合法权益和日常生活安宁受到严重威胁。

“读取位置信息”是 LBS（基于位置的服务）的关键权限，导航、购物、外卖、天气等类别的 APP 需要授予该权限才能提供完整的服务，而对于其他类别 APP 而言，并非提供服务所必须的个人信息，应提供给用户可以选择性开放或禁用的权限，如需使用该信息，必须取得用户的明确许可。在互联网 WEB2.0 时代初期，移动端应用程序开发者并不重视隐私保护，许多应用的底层代码设置就是在程序使用期间“默默无闻”地一直读取用户的一切信息，如：手机配置信息、存储空间、应用程序列表、位置信息等，这些信息被程序开发者过度访问，过度收集，用于各种商业目的甚至是非法利用。而随着技术变革与配套法律

的完善，包括美国、中国、欧盟等在内的主要国家及经济体对于数据保护和隐私保护都出台了专门的法律法规，对于应用程序索取权限的规制都是要求细化具体权限的使用范围与读取频次，位置信息作

为重要隐私数据，敏感个人信息，更是受到政府部门的有力监管，没有进行脱敏处理、过度高频的收集与滥用都违反了数据保护相关规定，轻则罚款警告，重则影响行业准入资质，甚至还可能涉及刑事犯罪。

### 现行法律规定概述

国家计算机网络应急技术处理协调中心与中国网络空间安全协会发布的《App 违法违规收集使用个人信息监测分析报告》中指出，收集频率超出必要范围属于“超范围收集个人信息”的一种，违反了《个人信息保护法》中的“最小必要原则”。《个人信息保护法》的第六条规定，即处理个人信息应当具有明确、合理的目的，并应当与处理目的直接相关，采取对个人权益影响最小的方式。收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息。《上海市数据条例》第十八条规定，除法律、行政法规另有规定外，处理个人信息的，应当取得个人同意。个人信息的处理目的、处理方式和处理的个人信息种类发生变更的，应当重新取得个人同意。处理个人自行公开或者其他已

经合法公开的个人信息，应当依法在合理的范围内进行；个人明确拒绝的除外。处理已公开的个人信息，对个人权益有重大影响的，应当依法取得个人同意。《网络安全法》第四十一条也规定，网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。

除了上述数据保护领域主要法律外，工信部联合其他部委办也发布了不少需要应用程序开发者与运营者重点关注的具体规定，例如《App 违法违规收集使用个人信息行为认定方法》中就规定收集个人信息的频度等超出业务功能实际需要可被认定为违反必要原则，《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规



定》则规定了各类应用程序基本功能服务所需要的信息类别，不得因为用户不同意提供非必要个人信息而拒绝用户使用基本功能服务。

广受关注的《网络数据安全条例》在国务院办公厅印发《国务院 2022 年度立法工作计划》中已被列入 16 件拟制定、修订的行政法规中。《网络数据安全条例（征求意见稿）》第十九条规定，数据处理者处理个人信息，应当具有明确、合理的目的，遵循合法、正当、必要的原则。基于个人同意处理个人信息的，应当满足以下要求：（一）处理的个人信息是提供服务

所必需的，或者是履行法律、行政法规规定的义务所必需的；（二）限于实现处理目的最短周期、最低频次，采取对个人权益影响最小的方式；（三）不得因个人拒绝提供服务必需的个人信息以外的信息，拒绝提供服务或者干扰个人正常使用服务。第二十条规定，数据处理者处理个人信息，应当制定个人信息处理规则并严格遵守。个人信息处理规则应当集中公开展示、易于访问并置于醒目位置，内容明确具体、简明通俗，系统全面地向个人说明个人信息处理情况。

### 合规建议

商业社会的逐利资本对个人隐私信息虎视眈眈，“扫荡式”采集各种敏感信息，利用技术手段对客户进行画像，通过自动化决策精准推送信息，甚至是简单粗暴的直接将敏感个人信息直接信息变现获取大量收益等种种乱象不一而足。

不可否认，让渡部分个人信息权利会让各种应用程序使用体验更好，好似机器人管家一样不断学习与改良自身以迎合

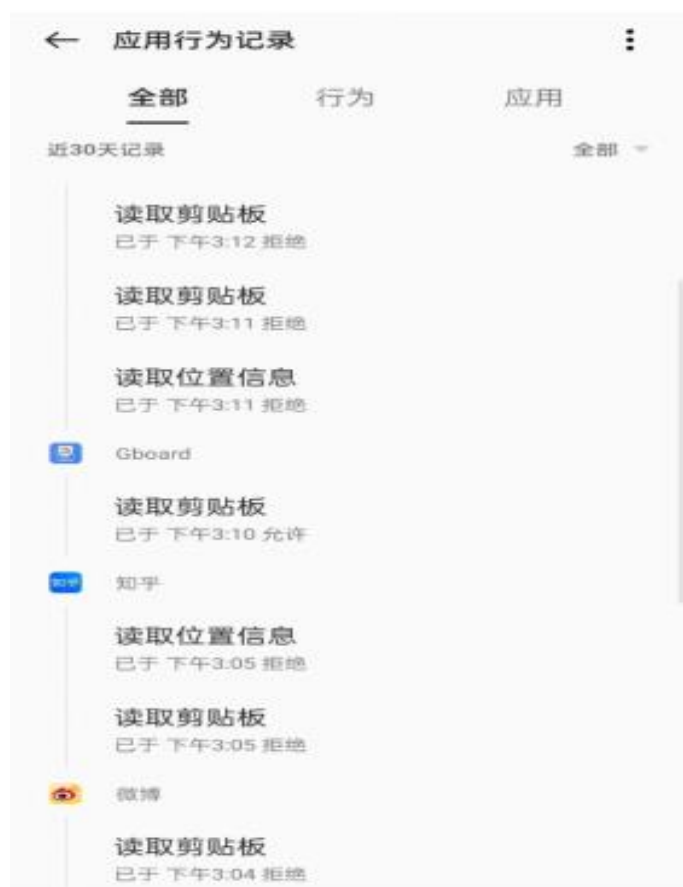
主人的习惯，但是当它想做坏事的时候，再没有什么能阻拦他的不法行为了。如何界定隐私的边界？如何平衡这种便利性与侵权行为的关系？是这个互联网时代的长远议题，各方都应承担起自身应承担的责任和义务。监管部门需要探索出可执行的合理监管方案，不断更新现有法律框架；企业自身专注合规建设，避免触及监管红线，提升技术手段区分合理个人信息

与敏感隐私信息，在不侵犯用户权益的基础上利用必要且合理的个人信息提供优质服务。在数据处理中应当删除所有细化的位置数据，并对第三方服务提供商也提出严格的合规要求。企业还可以为现有应用程序和所有未来的应用程序建立隐私管理计划，加强企业各部门的知识学习与培训，以确保符合最新的监管规则。

我们能做什么

2022年7月，滴滴公司（滴滴全球股份有限公司）刚刚因为信息处理问题遭到严厉处罚，其违法行为涉及多个App，涵盖过度收集个人信息、强制收集敏感个人

信息、App 频繁索权、未尽个人信息处理告知义务、未尽网络安全数据安全保护义务。某互联网大佬曾说过，我们国人对隐私问题没那么敏感，用户很多情况下是愿意用隐私交换便捷性的。与我们息息相关的大企业都不可避免的收集我们的个人信息，但是否未经用户充分知情同意的情况就收集了各类敏感隐私信息，我们也无从知晓，或许这些信息没有带来什么坏事，实际上还未造成任何有形伤害，但我们也会因为知道个人敏感信息在不知情或不同意的情况下被过度收集而感到毛骨悚然。





近年来互联网生态越发成熟，IOS 系统已从 1 代更新到 13 代，开源安卓系统也在各个大厂都穿上了新装。信息保护领域法律的出台实施，法律体系的完善使我们个人有了更多选择，让各类应用软件来符合我们自己的规矩。在安卓系统中，我们可以在【设置—应用软件—权限】（类似路径）中将不常用软件的权限关闭，在新安装软件的时候，跳出来的权限索取窗口中选择【仅本次可用】，还可以查看【应用行为记录】判断那些索取权限的软件是否在可接受范围内。在 IOS 系统中，也可以在【设置—隐私】里看到每一项权限都有哪些应用软件正在使用，手动调整每个应

用软件的授权范围，对于不常用的软件也可以将其【后台刷新数据】功能关闭。但是并非所有的用户都有这样的意识或者能力主动进行这样的设置，个人信息，特别是敏感个人信息的保护，仍然主要依靠企业自身的自律及法律法规的保护。

笔者相信随着法律的完善，处罚力度的加强，我们每个人对于自身个人信息利用的重视，当再有大企业侵犯个人信息权益的时候，每位用户都能通过合法的途径维权，收到应有的赔偿，让违法企业付出应有的代价，而不仅仅像本文开头所说，只是一杯咖啡、一个甜圈饼或者是一张打车优惠券这样的敷衍而已。



赵发航

上海七方律师事务所 律师

七方企业合规法律服务部 律师

业务领域：民商事争议解决

联系方式：150 0038 1863



## 资质出借方的工程质量责任分析

作者：席绪军

实际施工人没有资质或者资质过低，而借用符合建设项目施工资质要求的企业资质，在当下的中国国内建筑市场中屡见不鲜，因此而产生的工程结算纠纷和工程质量纠纷也层出不穷。

### 一、资质出借方的责任范围

《中华人民共和国建筑法》（以下简称“建筑法”）第三条：“建筑活动应当确保建筑工程质量和安全，符合国家的建筑工程安全标准。”，要求确保建筑工程质量和安全，质量和安全往往密不可分，一般的质量问题会导致建筑物无法正常发挥使用功能，而重大的质量问题则往往会导致存在重大安全隐患。

建筑法第十三条：“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分为不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。”建筑法对从事建筑活动的单位都有资质条件的要求，必须在取

得的资质许可范围内从事建筑活动，不得无资质或者超越资质许可范围从事建筑活动。而勘察单位、设计单位和工程监理单位的建筑活动都会对建筑工程质量造成重大的影响，勘察工作质量直接影响设计单位的设计工作，而设计工作的质量则影响最后出具的设计文件质量，施工企业不按照设计文件的要求组织施工，必然会导致施工质量不符合设计要求，建筑工程质量可谓是一环扣一环。工程监理单位虽然不直接参与工程实体质量的形成过程，但是监理的工作对于其他各参与单位的质量工作起到了监督作用，同样非常重要。

建筑法第六十六条：“建筑施工企业转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令



停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失，建筑施工企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任。”本条规定以出让、出借或者其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程，要对该企业进行相关的行政处罚，同时对其承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失，该企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任。建筑法该条所规定的因质量不符合标准造成的损失，应当包括发包人（建筑物所有

权人）、建筑物的使用人、建筑物的相邻权人或者其他的第三人因此造成的损失，不仅仅局限于发包人。

《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”）第七条：

“缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。”建工解释的该条规定，则明确发包人请求资质出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任，没有提到其他主体的权利，且条文内容与建筑法第六十六条的内容存在不同。建筑法第六十六条表述的是“不符合规定的质量标准”，这里用的是“质量标准”，可以是国家标准，也可以是发、承包双方约定的合同质量标准，约定标准不得低于法定标准。建工解释第七条用的是“工程质量不合格”，一般来说工程质量不合格是一个对工程整体的质量评



价结论，涉及到竣工验收的时候，工程质量不合格，是无法通过验收的，属于定性的评价用语。而现在有些工程质量司法鉴定机构在鉴定意见中通常使用的评价用语是“某分部分项的检测值不符合规范或者设计文件的要求”，不做整体定性的描述，是否足以判定鉴定项目整体质量不合格，留给法官根据鉴定报告及全案的情况来做出司法认定。

笔者观点认为，依据建筑法第六十六条的规定，“不符合规定的质量标准造成的损失”应当不限于发包人遭受的损失，也包括除发包人之外的其他权利主体，这些主体可以依据民法典中有关侵权责任

的规定提起侵权之诉。而允许他人使用本企业名义承揽工程的行为违反了建筑法的规定，属于该出借企业和借用方的共同过错，出借方与借用方存在共同侵权行为，应当承担连带赔偿责任。

建工解释第一条：“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：

（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；”根据该条规定，虽然发包人与出借方（实际施工主体是借用方）签署的施工合同无效，但是发包人向出借方和借用方提出的质量损失赔偿之诉仍然为合同之诉，而非侵权之诉。

## 二、资质出借方的证明责任

《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“建工解释理解与适用”）的观点认为（见该书第85页），发包人主张的工程质量不合格造成的损失必须与借用资质行为存在因果关系，作为发包人来说只要证明损失的存在和借用资质的事实，即完成初步证明责任，挂靠人否认损失的产生与借用

资质有关，则举证责任发生转移，挂靠人需证明损失是由其他原因产生的，而非借用资质。质量不合格造成的损失应当由造成质量不合格的责任方来承担，如果挂靠人举证证明质量不合格是由于设计单位造成的，挂靠人就不应当为此损失承担赔偿责任，出借资质方自然也不应当承担连带责任。





那么借用资质行为本身是如何导致质量不合格的呢？一般而言，出借资质行为本身并不会直接导致工程质量不合格，实践中也有不少存在出借资质行为的工程质量是合格的，但是国家对建设工程施工企业的资质作出强制性的法律规定，其目的就是要通过资质管理而提高工程施工管理的水平，从而使工程质量不合格的出现概率降低。不具备一定的资质条件，必然使得施工管理水平低下，更容易出现质量问题。国家通过要求资质出借方与挂靠人承担连带赔偿责任，加大资质出借方的工程质量责任，来减少工程实践中屡禁不止的出借资质乱象。

笔者理解，只要确定导致工程质量不合格的责任方是挂靠人，则出借方就必须与挂靠人承担连带赔偿责任，此时无需再证明损失与出借资质行为之间的因果关系，依据就是建筑法第六十六条的相关规定。出借资质方要想免责，唯一的途径就是要能够证明导致质量不合格的责任方另有其人。这是《民法典》第一千一百六十五条的推定过错责任原则的体现：“依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”因此，笔者的观点与建工解释理解与适用略有不同，笔者认为发包人无需证明因果关系，而是挂靠人和出借资质方来证明质



量不合格引起的损失是其他主体造成的。

### 三、律师提醒

值得出借资质方注意的是，民法典第七百九十三条第三款：“发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。”，工程实践中存在不少发包人明知是挂靠出借资质的情况，甚至有些是发包人的工作人员指使挂靠人找出借资质单位进行挂靠的现象，发包人要想发现挂靠现象并不是很难，有很多时候发包人急于检查施工单位的现场管理机构，

一个只是出借资质的施工单位是不可能真正在施工现场设立项目部管理机构的，现场名为出借方的项目部，实际的工作人员没有一个是出借方的。作为出借资质方来说，也要保留好发包人明知或者指使挂靠的证据，将来可以作为对抗发包人关于质量损失诉求的抗辩依据。当然对于除发包人之外的其他权利主体，该证据并不能抗辩免责。



#### 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

## 浅议工程款结算约定之法律效力

作者：甘雯雯

在建设工程领域，建设单位和施工单位在签订建设工程施工合同时，关于工程款的支付依据经常会看到结算书、决算书、审计报告等文件，比如：需经审计的政府投资建设项目，双方可以直接在合同中约定以审计报告作为最终结算依据。这些约定方式在实践中有没有区别？会带来什么样的法律风险？对于合同双方有何利弊？本文将给出分析。



### 一、工程结算与决算的区别

工程结算是工程价款的结算，是施工单位按照建设工程施工合同的约定完成全部工程内容之后，以书面形式反映工程的量与价，向建设单位主张工程款的过程。工程决算则是建设单位在工程竣工验收之后，将包括建设投资、设备投资、待摊投资等全部项目费用结转为固定资产的过程，比如从立项到竣工验收之间的各阶段相关费用以及交付使用的全过程中需要实际支付的费用等，反映的是整个工程项目的建造成本，是建设项目竣工财务决算。



二者的区别详见下表：

	工程结算	工程决算
主体	建设单位、施工单位	建设单位
范围	建设阶段的工程价款，包括建筑工程费、安装工程费等	从立项到竣工投产过程的全部实际费用，包括建筑工程费、安装工程费、设备器具购置费用、勘察设计费、监理费等
编制依据	承包合同、专业分包合同、招投标文件、预算书、工程量清单及计价规范、施工会审记录、施工签证单、调差资料等	可行性研究报告、投资估算、招投标标底、承包合同、工程结算资料、竣工验收资料、设备材料调价文件、财务核算资料等
作用	结算施工单位的工程价款	反映整个建设项目的建造成本
时间	工程结算发生在工程决算之前，只有工程结算完成之后，才能进行工程决算。	

从上表可以看出，在建设工程合同签订时，关于工程价款的支付依据，虽然建设单位工程决算是以结算为基础的，两者在建设工程款这一部分的金额往往也趋于一致，但是如果双方在合同中约定以建设单位的项目决算书为依据，会延后施工单位获取工程款的时间，更应该约定为以双方确认的结算文件为依据。



## 二、审计在工程价款结算中的作用

工程审计是依据《审计法》等相关规定，对工程概、预算在执行中是否超支，有无隐匿资金、截留基建收入和投资包干结余，以及有无以投资包干结余的名义私分基建投资的违纪行为等。工程审计价格是独立的第三方对于工程造价的监督与审核，能够公平、公正地反映建设项目参与各方的实际支出以及工程的实际造价。

并非所有的工程结算都需要审计。

《审计法》第二十二条规定，审计机关对政府投资和以政府投资为主的建设项目的预算执行情况和决算，进行审计监督。另外，非政府性投资的建设项目，规模较大且涉及的利害关系人较多的，必须进行工程造价审计，比如房地产企业开发的房地产项目等。而对于企业建造自用的建设项目，可以不用审计。

## 三、审计报告的法律效力

审计是国家对建设单位的一种行政监督，本身并不影响建设单位与施工单位之间的合同效力。双方在建设工程施工合同中如果没有明确约定工程结算以审计报告

为依据的前提下，若最终审计结果与双方在竣工验收时达成的结算书不一致的，应当以施工合同中约定的工程价款以及确认的结算文件为准。



(2001 民一他字第 2 号) 最高人民法院关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见中明确：建设工程承包合同案件应以当事人的约定作为法院判决的依据。只有在合同明确约定以审计结论作为结算依据或者合同约定不明确、合同约定无效的情况下，才能将审计结论作为判决的依据。

全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会（法工备函[2017]22 号）《关于对地方性法规中以审计结果作为政府投资建设项目竣工结算依据有关规定提出的审查建议的复函》中提出的“我们研究认为，地方性法规中以审计结果作为竣工结算依据和应当在招标文件中载明或者在合同中约定以审计结果作为竣工结算依据的规定，限制了民事权利，超越了地方立法权限，应当予以纠正。”

另，《上海市审计条例》第十四条第三款规定，“政府投资和以政府投资为主的建设项目，按照国家和本市规定应当经审

计机关审计的，建设单位或者代建单位可以在招标文件以及与施工单位签订的合同中明确以审计结果作为工程竣工结算的依据”，且明确“审计机关的审计涉及工程价款的，以招标投标文件和合同关于工程价款及调整的约定作为审计的基础”。



建设工程合同中通常采用固定总价/单价计价方式以及经建设单位确认所超出的设计变更部分，按实际发生部分结算，要以审计部门的审计结果作为确定工程价款依据的，双方必须在合同中进行明确的约定，而且约定的主体必须明确，若是委托审计部门进行审计的应当明确约定审计单位的具体名称；若是提交当地政府审计部门进行审计的，应当写明审计部门的名称及层级，若只是约定“最终以审计

结果作为结算依据”的，属于条款约定不明，不能以审计结果作为确定工程价款的依据。

当前的司法实践对“以审计结果作为竣工结算依据”亦是作出了严格的适用，审计结论仅在以下情况中作为工程款结

算依据：

1. 合同中约定以审计结论作为结算依据且约定的审计主体必须明确；
2. 合同对工程结算没有约定、约定不明、约定无效。



#### 四、未竣工验收结算、未审计、工程价款无法达成一致的项目，如何确定工程价款

实践中，施工单位在完成工程施工之后，未经竣工验收即交付建设单位使用的现象时有发生，若后续建设单位一直不予结算，双方无法就工程价款达成一致的情况下，诉至法院，任何一方均可以向法院

申请启动司法鉴定，由第三方机构对争议内容给出相对公允的结论，鉴定的内容包括但不限于：工期、工程量、造价、质量等等。鉴定报告的结论是法院据以裁判的重要依据。



## 五、律师建议

对于施工单位而言

在签订施工合同时,应当尽量避免以审计结论作为结算依据,在工程项目完工之后,尽快提交竣工验收申请文件,及时与建设单位确认结算文件,避免因建设单位拖延审计时间而造成资金损失。

若合同中明确约定工程最终以某审计机构作出的审计结果作为确定工程价款依据的,应当对审计的时间以及逾期未审计完毕需要承担的法律风险作出约定。如果建设单位久拖不审、久审不决,应该视为主观恶意造成合同支付条件不成就。当然,对于建设单位委托的审计机构违反审计法规、建设法规和合同约定而作出的审计结果,施工单位依然可以提出异议,并申请启动司法审计程序,由独立的、中立的第三方司法审计机构对案涉工程的造价作出司法审计结果,作为法院的裁判依据。

对于建设单位而言

为规避审计结果与结算价格差异过大的风险,可以在合同中约定以某审计机构的审计结论作为结算依据。但是在工程完工或竣工后,建设单位要积极推进审计的进行,否则法院会准许施工单位的鉴定申请,最终以鉴定意见作为判决依据。

另外值得注意的是,若在合同中约定了以某审计机构的审计结论作为结算依据后,建设单位要避免在审计结果出具前与施工单位达成结算文件,否则会被视为对合同原结算方式的变更。



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

上海城建职业学院 外聘教师

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

## 产证有子女姓名的房屋在离婚时如何分割？

作者：郑华



实践中，一些夫妻出于对未来遗产税、过户税费等考量，或是为更好地实现财富传承，夫妻双方婚内共同出资购房，登记在双方（一方）和子女名下，甚至约定子女占有较高的产权份额，但是在离婚纠纷财产分割时，往往会产生较大争议。该房屋是否可作为共有财产一并分割？共同共有状态下进行分割，未成年子女的产权比例应当如何认定？父母与子女的按份共有约定是否有效？本文将结合上海地区的司法实践，给出相应解答，供广大读者参考。

### 案例一：房屋系家庭共有财产应予分割，无需另案处理

案情：原告付某某与被告刘 1 于 2003 年后因原、被告婚内争吵不断，2011 年开始分居。2020 年，原告付某某向法院提起诉讼，请求判决原、被告离婚及分割丰顺路房屋。

原告付某某与被告刘 1 于 2003 年 5 月 20 日登记结婚，婚后于 2005 年 3 月 9 日生育一女刘 2。2009 年 8 月，原、被告及双方之女刘 2 作为买受人与丰顺路房屋的出卖人签订《上海市房地产买卖合同》，根据房地产权证，丰顺路房屋登记的权利人为原、被告及双方之女即三人共同共有，核准登记日期 2009 年 9 月 9 日。

裁判观点：丰顺路房屋登记在原、被告及双方之女刘 2 三人名下，应属于三人家庭共同财产。至于三人各自所占的份额，虽然被告主张房屋购房款中有部分来源



于被告父母的赠与，但在被告未举证证明赠与对象系其个人的情况下，也理应认定为对原告、被告及双方之女三人的赠与，故原告、被告及双方之女对丰顺路房屋的出资贡献大小无明显区分。

法院最终认定，原、被告及女儿各占该房屋三分之一的产权份额。

律师分析：本案系离婚纠纷，在法院认定双方感情破裂无和好可能并判决双方离婚后，同时对抚养权和财产分割问题进行了处理，虽然系争房产上登记有未成年子女姓名，但并未影响系争房屋作为共

有财产在离婚案件中一并处理。正如本案中的女儿刘2作为共同共有人，其享有的份额来源于父母对其的赠与，在其父母离婚诉讼时，法院根据实际情况，采取一并分割的方式，认定产权人各自份额以及应支付的折价款。



### 案例二：共同共有状态下，未成年子女未参与还贷，考虑出资贡献，

#### 持有比例可适当降低

案情简介：杨某3与杨某1于1989年7月12日登记结婚，1991年7月7日生育一女杨某2，2003年1月22日，杨某1、杨某2、杨某3三人作为买受人与案外人林某签订购房合同，购买系争房屋（价格为125000元），买受人于2002年9月18日支付定金10000元，于2002年10月10日前支付115000元，房屋建筑面积38.92平方米，2003年3月10日，该房

屋产权经核准登记在杨某1、杨某2、杨某3三人名下，共有情况为共同共有，由三人共同居住。2021年6月16日，杨某3与杨某1经一审法院调解离婚。

后来，杨某3向法院起诉，要求依法分割本案中系争房屋，杨某3与杨某1、杨某2将该房屋拍卖或变卖，扣除相关费用后，杨某3得款60%，杨某1、杨某2各得款20%。



裁判观点：法院认为系争房屋在杨某1、杨某2、杨某3购买时即登记为三人共同共有，现杨某3和杨某1已离婚，杨某1、杨某2、杨某3之间的共有权基础已经丧失，杨某3要求分割系争房屋，符合法律规定，予以准许。

关于三人在系争房屋所占的份额，系争房屋系杨某3与杨某1在婚姻关系存续期间购买，购买时，杨某2系未成年人，并无出资能力，故综合考虑系争房屋的房款支付情况，结合杨某3、杨某1、杨某2的贡献大小等因素，法院酌定杨某3、杨某1对系争房屋各享有40%的产权份额，女儿杨某2对系争房屋享有20%的产权份额。

律师分析：系争房屋登记在夫妻双方和女儿三人名下，登记时并未约定各自份额的，应属于共同共有。因此在分割时，法院一般会考量共有人对房屋的贡献大

小、居住情况及子女抚养情况确认归属和支付房屋折价款。如本案中，三人均无力支付折价款，需要对房屋进行拍卖或变卖，法院将对取得的价款进行分割，确认各自享有的份额。

由于未成年子女一般对房屋并未实际出资即未支付首付款也未参与还贷，法院在确定产权份额时，在保障未成年子女权益的同时，也会结合家庭实际，予以综合考量，如案例中，夫妻双方经济条件均比较困难，且对房屋贡献相当，所以法院最终并未按照各三分之一的份额进行确认，而是适当调低了未成年人的占比。

当然，对于共同共有房屋的分割，我们还是建议共有人之间可以协商达成一致意见；无法达成一致的情况下，如若想分割较多的份额，应当尽量提供证据证明对房屋贡献值较大，法院也会根据实际情况，酌定共有人之间的相应产权份额。

### 案例三：父母与子女之间约定按份共有的，约定原则有效

案情简介：原告羌1与被告王某某原系夫妻关系，1995年11月20日登记结

婚，1998年7月生育一子即被告羌某2，羌1与王某某于2013年5月16日经法院



判决离婚。2017年，原告羌1起诉要求分割上海市四达路房屋，系争房屋于2004年12月14日取得产权，产权人为原、被告三人，被告羌某2产权份额98%，原告羌1产权份额1%、被告王某某产权份额1%。原告羌1主张，当时被告羌某2是未成年，系争房屋应视为产权三人共有，因为房屋主要出资人是原告，应当原、被告王某某各占40%产权份额，被告羌某2占20%产权份额。

裁判观点：法院认为被告羌某2接受房产赠与时虽未成年，但房产权登记在原、被告三人名下，原告与被告王某某各占1%产权份额，被告羌某2占98%份额，产权登记不具有随意性，体现了原告与被告王某某赠与被告羌某2产权份额意思表示明确，当时被告羌某2未成年，无购房能力，但有接受赠与的权利，且现在被告羌某2已成年，更有接受赠与的能力，也有管理赠与物的能力。系争房产产权涉及被告羌某2的份额应适用我国关于赠与及其他法律规定，故该房98%产权份额应认定为被告羌某2的财产。

律师分析：从上述案例中可见，在房屋产权登记时，父母与子女之间明确约定份额的，视为父母已经做出了明确的赠与意思表示，除非有相反证据证明并非真实意思表示外，一般法院会认可按份共有中各自的份额约定。



但是这里特别提醒，父母若出于逃避债务等考虑，将房屋产权仅登记在子女名下或约定较高比例的份额，司法实践中将面临不被法院认可或调低未成年产权比例的情况。因为根据上海高院《民事法律适用问答》规定：“夫妻双方共同出资购买房屋后，产权只登记在未成年子女名下，但并不意味着该房屋的真实产权人即为该未成年子女，而应考量夫妻双方在购买房屋时的真实意思。因此，除非有相反的证据，否则通常仍然将该房屋视为夫妻及未成年子女共有财产。但是，对于因房



屋产生的债务，应由夫妻负责偿还。”上海市高级人民法院《关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》(十二)又明确：“鉴于未成年子女未出资，也不承担还贷义务，在处理房产权利金额适当调整子女所得比例。”

可见，父母将房产登记在未成年子女一人名下，有一定的随意性，未成年子女

可能不理解赠与的含义，也可能从未作出接受赠与的意思表示，未成年子女接受赠与的行为很多情况下系由监护人代为确认。所以，因系争房产引发的债务，由父母承担，而未成年子女虽接受了赠与，但无还债能力，故在父母离婚时，登记在未成年子女一人名下的可以作为家庭共同财产处理并可调整产权份额比例。



### 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

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

业务领域：劳动法、公司业务、

家族法律服务

联系方式：134 8243 9658



## 一案三审，赠与情人的财物如何追索？

作者：胡晓萍

这是一起典型的有配偶者与他人同居引发的赠与纠纷案件，妻子起诉索要丈夫送给情人的房子、车子和钱款，案件经一审、二审、再审，三个判决结果却大相径庭。“一案三审”且法院判决截然不同，反映了此类案件在审判实践中存在着不小的争议，下面让我们一起来看看。



案情介绍：李某女与程某男系夫妻关系。2004年11月，程某男与冯某女开始婚外同居，当月程某男给冯某女20万元用于买车，车辆登记在冯某女名下；2005年4月，程某男将自己之前购买的蓝湾俊园住房一套（购房款53万元）以合同更名的方式赠与冯某女，房屋产权亦登记在冯

某女名下。此外，2005年10月至2006年期间，冯某某以开公司需要资金为由，向程某某索要钱款共计约305万元。

2006年7月，李某女诉至法院，请求确认程某男赠与冯某女财产的行为无效，判令冯某女返还轿车、蓝湾俊园住房和305万元钱款。



## 法院判决

一审法院认为：冯某女与程某男年龄相差悬殊，她明知程某男有配偶，仍以情人身份与之同居生活，并向程某男索要房、车、钱，其行为违反了社会公德；而程某男未经妻子李某女同意，将夫妻共有巨额财产擅自赠与冯某女，侵害了李某女的合法财产权益，其赠与行为无效。据此，一审法院判决冯某女归还房屋、车辆及 305 万元钱款。

一审判决后，冯某女不服提起上诉，二审法院认为，程某男向冯某女的赠与行

为应依照《合同法》单独判断。赠与行为是程某男的真实意思表示，且已办理过户登记，赠与行为已完成，应为有效。故冯某女无需返还房屋、车辆，仅返还 305 万元钱款。

李某女无法接受二审判决结果，申请检察院提起抗诉，再审法院最终认定：程某男擅自处分夫妻共同财产的赠与行为无效，冯某女应返还 305 万元；但房屋和车辆仍归冯某女所有，仅返还当时的购房款、购车款合计 73 万元。

## 律师分析

### 一、本案应适用合同法还是婚姻法？

《民法典》合同编规定，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人、受赠人表示接受的合同，权利转移后赠与即发生法律效力。本案二审法院正是从赠与合同的角度，才认定赠与行为有效。

但本案并非单纯的赠与合同，而是有配偶者与他人婚外同居发生的赠与纠纷。

《民法典》第 464 条第二款明确，对于婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定，即“特别法优先原则”；而且程某男赠与冯某女财物的行为，也违反了民事行为应遵循的公序良俗原则。因此，二审法院仅依据合同法单独判断赠与行为的效力，显属适用法律不当。

《民法典》第 464 条第二款明确，对于婚

## 二、本案的赠与行为是全部无效还是部分无效？

所谓“夫妻共同财产”，是基于法律规定，在夫妻关系存续期间形成的财产。若夫妻双方未约定其他财产制，则法律默认夫妻对共同财产形成共同共有，而非按份共有。根据共同共有的一般原理，婚姻关系存续期间，夫妻共同财产应作为一个不可分割的整体，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有，任何一方在没有重大理

由时无权于共有期间请求分割共同财产。

尽管法律赋予了夫妻对其共同财产享有平等的处理权，但这并不意味着夫妻各自能对共同财产享有 50% 的处分权。只有在共同共有关系终止时，才能对共同财产进行分割、确定各自份额。因此，夫妻一方擅自将共同财产赠与他人的赠与行为应为全部无效，而非部分无效。

## 三、本案应返还原物还是返还相应的款项？

这一点，审判实践中争议颇大，应具体问题具体分析。一般来说，若赠与人给受赠人的是钱款，让其购房、购车并登记在受赠人名下，赠与行为被确认无效后，受赠人应返还相应的钱款；若赠与人把原来登记在自己名下的房屋、车辆直接变更登记为受赠人，则受赠人应返还原房屋或车辆。

具体到本案，程某男给冯某女 20 万元现金购买轿车，登记在冯某女名下，再审法院判令冯某女返还 20 万元，没有争议；但系争房屋的情况就有些特别：程某男以合同更名的方式将房屋赠与冯某女



且登记在冯某女名下。仅从法律角度考虑，程某男签订购房合同并支付购房款时已经享有了房屋的准物权，一审法院判令冯某女向李某某返还房屋也有其合理性。但是，李某女并未与程某男离婚，如果判令冯某女返还房屋，现房价已有大幅度增长，作为主要过错方的程某男不仅没有财产



损失，反而能从房屋的增值部分中获利，这种“人财两得”的示范效应显然不利于婚姻家庭的和谐稳定，亦与婚姻法的立法本意相悖。再审法院正是考虑到这一层，才作出仅返还购房款的判决。因此，笔者认为，对此类案件，应综合法律、情理与当事人之间利益平衡方面综合考量。

结语：婚姻关系存续期间，除非另有约定，否则夫妻双方对共同财产不分份额地共同享有所有权。夫或妻非因日常生活需要处分夫妻共同财产时，应协商一致，任何一方均无权单独处分夫妻共同财产。如果夫妻一方超出日常生活需要擅自将共同财产赠与他人的，配偶方可以侵犯共有财产权为由，将受赠人列为被告、夫妻一方列为第三人，起诉要求撤销赠与，返还财产，用法律武器维护自身的合法权益。

胡晓萍 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方家族律师团队主办律师

上海市律协婚姻家庭业务研究委员会 委员

上海市徐汇区民法典宣讲团成员

上海市女律师联谊会副秘书长

上海市徐汇区女律师联谊会理事

业务领域：婚姻家庭 私人财富管理与传承

联系方式：186 1691 0916



## 人身安全保护令司法解释七大亮点解读

作者：胡晓萍

2022年7月15日，最高人民法院召开新闻发布会，发布了《关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》，着力扫清家暴案件中的各种障碍，最大限度保护家暴受害人的合法权益，下面笔者详细解读该司法解释的七大亮点。



### 一、不以提起离婚等诉讼为条件

从程序上看，人身安全保护令的申请、全保护令必须附带离婚等诉讼，所以司法审查、执行本来就具有高度独立性，完全可以独立存在，不需要依托其他诉讼。但实践中很多人存在误区，以为申请人身安

解释明确，人身安全保护令可以单独提起，不以离婚诉讼等为条件，以便快速、及时制止家庭暴力。

### 二、大力保护特殊困难群体救济权

一些特殊困难群体人员，遭遇家暴时往往不敢或者不能亲自申请人身安全保护令，因此司法解释做了两个更新：1、扩大代为申请情形，对年老、残疾、重病等

情况，可以在尊重当事人意愿的前提下，由相关部门代为申请；2、扩大代为申请主体，在原先《反家暴法》规定的近亲属、公安机关、妇联、居委会、村委会、救助管理机构的基础上，增加了民政部门、残联、依法设立的老年人组织等。

### 三、扩大人身安全保护令适用范围

《反家暴法》第二条规定：“本法所称家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。”但《反家暴法》实施六年多来，实践中还存在其他可以归为家暴范畴的行为，这次司法解释对家暴行为的种类作了列举式扩充，家庭成员间以冻饿或者经常性侮辱、诽谤、威胁、跟踪、骚扰等方式实施的身体或者精神侵害行为，都属于家庭暴力，以保障家庭成员免受各种形式的家暴侵害。

### 四、明确认定家暴行为的证据形式

证据是人身安全保护令司法实践中的一个关键问题，《反家暴法》中规定，人民法院审理涉及家暴的案件，可根据公安出警记录、告诫书、伤情鉴定等证据认定家暴事实，实践中有很多当事人并不能提供上述证据，导致其人身安全保护令因“证据不足”而被驳回。这次司法解释列举了十一种证据形式，明确指导审判实践，为家暴受害人留存、收集证据提供了更为清晰的行为指引。这十一种证据形式包括：

- 1、当事人的陈述；
- 2、公安机关出具的家庭暴力告诫书、行政处罚决定书；
- 3、公安机关的出警记录、讯问笔录、询问笔录、接警记录、报警回执等；
- 4、被申请人曾出具的悔过书或者保证书等；
- 5、记录家庭暴力发生或者解决过程等的视听资料；





6、被申请人与申请人或者其近亲属之间的电话录音、短信、即时通讯信息、电子邮件等；

7、医疗机构的诊疗记录；

8、申请人或者被申请人所在单位、民政部门、居民委员会、村民委员会、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、救助管理机构、反家暴社会公益机构等单位收到投诉、反映或者求助的记录；

9、未成年子女提供的与其年龄、智力相适应的证言或者亲友、邻居等其他证人证言；

10、伤情鉴定意见；

11、其他能够证明申请人遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的证据。

### 五、降低人身安全保护令案件举证难度

司法实践中常有证明标准把握不准的问题，对此，司法解释明确：人身安全保护令案件的证明标准不需要达到“高度可能性”，只需要“较大可能性”即可，这样就降低了申请人的举证难度。同时，司法解释还进一步重申了人民法院依职权调查取证的规定，从证据的获取、提供、认定等各个环节，为家暴受害人减少举证障碍提供制度支撑。

### 六、加大违反人身安全保护令惩治力度

综合《反家暴法》及司法解释，我们看到，违反人身安全保护令可能承担行政责任、民事责任甚至刑事责任。具体如下：

- 1、不构成犯罪的，根据情节轻重，处以一千元以下罚款、十五日以下拘留；
- 2、判决不准离婚或调解和好，禁诉期内被申请人违反人身安全保护令的，认定为“新情况、新理由”，受害人可立即再次起诉离婚；
- 3、符合《刑法》第三百一十三条规定的，以拒不执行判决、裁定罪定罪处罚；同时构成其他犯罪的，依照刑法有关规定处理。

### 七、“有错在先”不能成为家庭暴力借口

被申请人对自己实施的家暴行为往往会提出各种辩解，其中比较常见的是以对方“有错在先”为由，为自己的施暴行为寻找借口，甚至借机通过暴力的方式达到控制对方的目的。为此，最高人民法院相关负责人强调：任何理由都不是实施家暴

的借口，认为家庭暴力“情有可原”的想法是完全错误的。司法解释第八条作出明确规定：“被申请人认可存在家暴行为，但辩称申请人有过错的，不影响人民法院依法作出人身安全保护令。”



被申请人对自己实施的家暴行为往往会提出各种辩解，其中比较常见的是以对方“有错在先”为由，为自己的施暴行为寻找借口，甚至借机通过暴力的方式达到控制对方的目的。为此，最高人民法院相关负责人强调：任何理由都不是实施家暴的借口，认为家庭暴力“情有可原”的想法是完全错误的。司法解释第八条作出明确规定：“被申请人认可存在家暴行为，但辩称申请人有过错的，不影响人民法院依法作出人身安全保护令。”





## 醉驾型危险驾驶罪共犯的驾照应否被吊销？

作者：傅建平、吴心成

2011 年《刑法修正案（八）》修改生效后，醉酒驾驶机动车（醉驾）成为《刑法》第一百三十三条之一危险驾驶罪的情形之一，也就是俗称的“醉驾入刑”。醉驾入刑以来，“喝酒不开车，开车不喝酒”的理念深入人心，但不少人仍心存侥幸，醉驾型危险驾驶罪已成为犯罪数量最多的罪名（根据最高人民检察院 2022 年提供的数据，危险驾驶罪起诉人数最多。）

《刑法修正案（八）》生效至今已逾十年，司法实践中醉驾频发、高发，醉驾型危险驾驶罪衍生出不少新的问题，值得探讨。例如，在笔者团队承办的一起醉驾型危险驾驶罪案件中有一个问题很有讨论必要，醉驾型危险驾驶罪的共犯，其机动车驾驶证是否应当被吊销？

### 一、醉驾应当吊销机动车驾驶证的法律依据

上述问题实际上涉及的是行刑交叉的问题。根据刑法学理论，危险驾驶罪<sup>1</sup>的罪名属于叙明罪状，本身不再依赖于前置法的认定。根据 2013 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》第一条之规定，在道路上驾驶机动车，血液酒精含量达到 80 毫克/100 毫升

以上就能够以危险驾驶罪追究行为人的刑事责任。

吊销机动车驾驶证则属于行政处罚措施，其法律依据为《中华人民共和国道路交通安全法》（以下简称《道交法》）和《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》（以下简称《道交法实施条例》），根据上述法律规定，醉酒驾驶机动车的，由

<sup>1</sup> 第一百三十三条之一 【危险驾驶罪】在道路上驾驶机动车，有下列情形之一的，处拘役，并处罚金：

（一）追逐竞驶，情节恶劣的；  
（二）醉酒驾驶机动车的；  
（三）从事校车业务或者旅客运输，严重超过额定乘员载客，或者严重超过规定时速行驶的；

（四）违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品，危及公共安全的。  
机动车所有人、管理人对前款第三项、第四项行为负有直接责任的，依照前款的规定处罚。  
有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。



设区的市人民政府公安机关交通管理部门或者相当于同级的公安机关交通管理部门吊销机动车驾驶证，且5年内不得重新取得机动车驾驶证。

根据《道交法》第九十一条第二款之规定<sup>2</sup>，行为人醉酒驾驶机动车被当场查获的，由公安机关交通管理部门约束其至酒醒，并吊销其机动车驾驶证，同时根据酒精含量等因素考虑是否追究其刑事责任。

从司法实践的案例来看，基本上按上述程序来操作的。例如上海市嘉定区人民法院2022年3月9日作出的其中一份判决书中显示，犯罪嫌疑人李某因危险驾驶罪被定罪量刑的日期为2022年3月9日，而其机动车驾驶证被吊销的日期则为2021年9月。其他的案例中，凡是提到机动车驾驶证被吊销的，其时间均早于行为

人被定罪量刑的时间。

因此，如果行为人醉酒驾驶机动车的，执法部门首先依据《道交法》《道交法实施条例》吊销其机动车驾驶证，同时启动刑事追究程序。换言之，吊销机动车驾驶证不以行为人被追究刑事责任为前提。



## 二、醉驾型危险驾驶共犯的机动车驾驶证是否应当被吊销？

需要强调的是，本文所谓的醉驾型危险驾驶罪的共犯仅限于非实行犯。《江苏

法制报》2020年9月3日发表了的一篇名为《酒驾共犯机动车驾驶证应否吊销》<sup>3</sup>的

<sup>2</sup> 醉酒驾驶机动车的，由公安机关交通管理部门约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任；五年内不得重新取得机动车驾驶证。

<sup>3</sup> 参见：宋广超、李宜诺《酒驾共犯机动车驾驶证应否吊销》  
<http://jsfzbv5.xhby.net/mp2/pc/c/202009/03/c821014.html>



文章，其中的案例是说诸某在明知孙某饮酒的情况下仍将自己的车辆交由孙某驾驶，后案发。其中，诸某就是本文所称的未实际驾驶机动车的醉驾共犯。

上述文章的观点认为，诸某的机动车驾驶证也应当被吊销，主要理由有两点：其一，根据《道交法》的规定，将机动车交给无证或者机动车驾驶证被吊销、暂扣的人驾驶的，要处 200 元以上 2000 元以下罚款。根据“举轻以明重”理论，让别人醉驾的行为要比上述行为社会危险性更大，所以更应该处罚。其二，根据刑法共同犯罪理论，一人既遂全部既遂。因此诸某也应认定为危险驾驶罪既遂，根据《道交法》醉酒驾驶机动车的，吊销机动车驾驶证之规定，该处醉酒驾驶机动车应当包含危险驾驶罪的同案犯。

笔者认为，上述观点值得商榷，根据《道交法》的规定，醉驾型危险驾驶罪共犯的机动车驾驶证无需吊销。

首先，就醉酒驾驶机动车这一行为，从《道交法》和《刑法》的规定上来看，吊销醉驾者的机动车驾驶证属于《道交法》的规定范围，属于行政处罚，并非属于《刑

法》的附加刑、非刑罚处罚措施或者从业禁止。因此，是否吊销机动车驾驶证完全取决于行为人是否符合《道交法》第九十一条第二款的规定。

其次，根据《道交法》第九十一条第二款的规定，仅规定了醉酒驾驶机动车的处理措施，并没有规定让他人醉酒驾驶机动车应当承担何种责任。《江苏法制报》文章以举轻以明重来论证醉驾共犯应当被吊销机动车驾驶证也有不妥之处。根据《道交法》第九十九条的规定，违反第九十九条的处罚仅为 200 元以上 2000 元以下的罚款，而非吊销机动车驾驶证这样的重罚，实则难以比较，况且，实际上无法证明无证驾驶的危险性一定小于醉驾驾驶的危险性。从反对解释的角度来说，既然立法者在制定第九十九条时，特地排除了醉驾共犯这种情况，也说明了这些行为无法类比，不能将醉驾行为人的行政处罚责任扩张到醉驾共犯身上。

最后，也是最为重要的一点，如前所述，吊销醉驾者的机动车驾驶证不以醉驾者构成犯罪为前提。换言之，构不构成醉驾型危险驾驶罪与是否吊销机动车驾驶证

证之间并无必然的因果关系，吊销机动车驾驶证考虑仅仅是《道交法》第九十九条第二款。以共犯理论论证应当吊销醉驾型危害驾驶罪共犯的机动车驾驶证显然缺乏法律依据。

### 结语

尽管可以追究醉驾型危险驾驶罪共犯（未实际驾驶机动车）危险驾驶罪的刑事责任，但不应当吊销其机动车驾驶证。



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、企业法律顾问

刑事合规及刑民交叉法律业务

联系方式：15201718516



吴心成 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

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：19512259950





## AI 换脸技术的刑事法律规制探讨

作者：吴心成

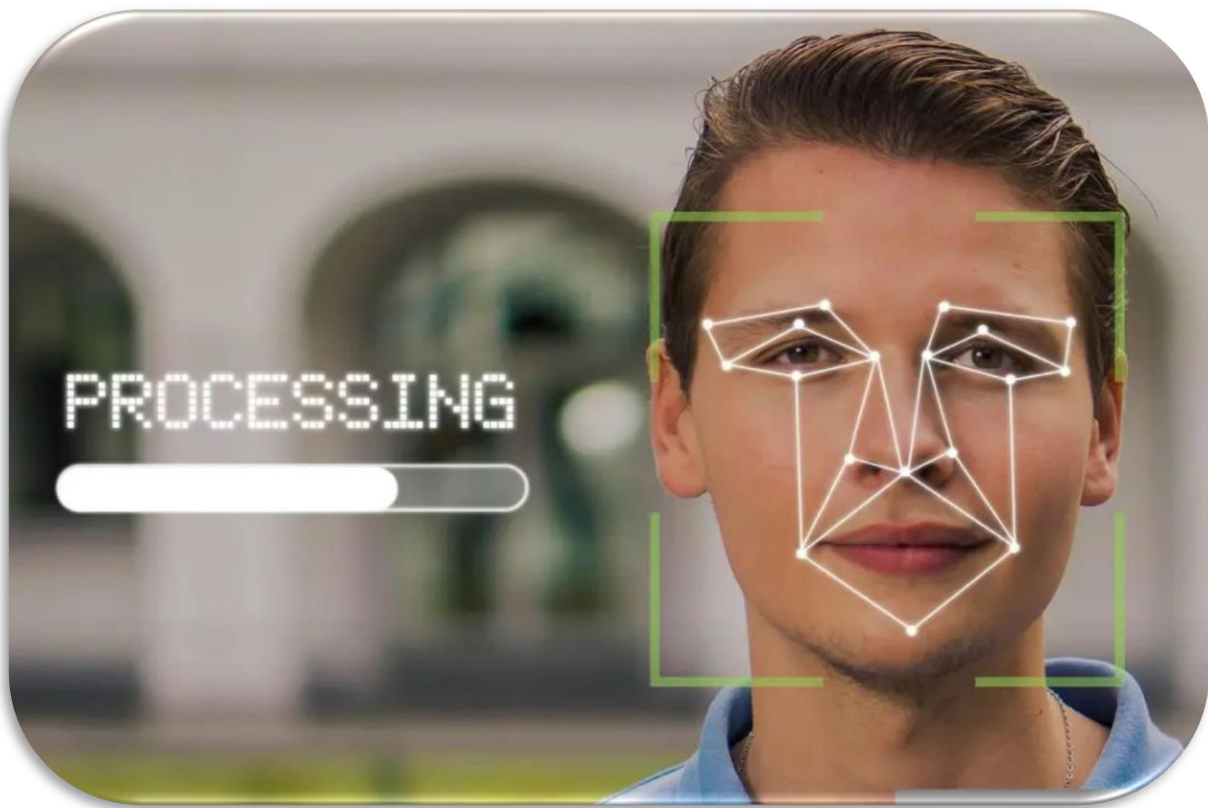
人工智能技术（Artificial Intelligence，以下简称“AI”）在这几年迅猛发展，在诸多领域都取得了广阔的前景和发展。在视频领域，AI 也得到了一定程度的应用，其中，最为人们所熟知的应用之一便是 AI 视频换脸技术。

AI 视频换脸技术脱胎于图片处理软件（如常见的 Photoshop 软件）对图片的编辑功能，可以说，PS 的广泛流行打破了“无图无真相”的刻板认知，有图也可能是假象。网络上，利用 PS 软件修改图片博

取眼球，吸引关注或者单纯恶搞的行为层出不穷，现实生活中，更是有人利用 PS 他人不雅照，进行诈骗、敲诈勒索等违法犯罪活动。众所周知，视频的本质其实就是一系列静态图片变化每秒超过 24 帧。因

此，如果 PS 一张图片比较容易的话，那“PS”一段视频的时间、技术成本就不那么简单了。如今，AI 的发展解决了这一难题，利用 AI，人们只要选取一款 AI 换脸软件，选定素材，花费不了多长时间，一部“量身定做”的视频便新鲜出炉了。

AI 视频换脸技术运用得当，有其特有价值，例如影视作品的出品人可以将作品内的“劣迹艺人”进行 AI 换脸替换，节省影视剧重新拍摄造成的浪费；人们也可以过一把“明星瘾”，将自己的脸换到影视剧主角的身上，用以自我娱乐。



凡事都具有两面性，尤其是新技术。技术可以是中立的，但利用技术的人却有善恶之分。现实生活中，利用 AI 换脸技术进行违法犯罪活动的人并不在少数。其中，较为出名的是 2021 年演员刘昊然被人换脸到淫秽视频中并在互联网上进行传播，引起了舆论关注。刘昊然的工作室在事发

后不久，向警方报案。目前未在网络上检索到该事件的处理结果。

无论是 AI 换脸技术还是较早的 PS 技术，二者的本质实际上均是“造假”，二者的滥用从民事法律规范上来说，可能侵犯了公民的肖像权、名誉权、个人信息等人格权利；从刑事法律规范上来说，其也



可能涉嫌多项罪名，存在极大的刑事法律风险。

首先，使用 AI 换脸技术所创造的内容本身可能触犯刑法。具体而言，行为人使用 AI 换脸技术创作的视频内容本身属于刑法所禁止的内容。最常见的形式是将女明星的人脸嫁接到淫秽色情视频中，进行传播或牟利。刘昊然的事件就可以归入到此类中。该类型为无疑可能涉嫌制作、复制、出版、贩卖淫秽物品牟利罪或传播淫秽物品罪。例如江苏省盱眙县人民法院就在 2020 年判决了一起叶某某贩卖淫秽物品牟利的案件，法院认为，被告人叶某某以牟利为目的，在网上售卖明星换脸淫秽视频，情节严重，其行为已构成贩卖淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币十万元。

AI 换脸技术造假的本质使其还可能涉嫌传播虚假信息类犯罪和涉互联网类犯罪，例如非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪、编造、故意传播虚假信息罪，编造、故意传播虚假恐怖信息罪，编造并传播证券、期货交易虚假信息罪等

罪名。

根据《互联网信息服务管理办法》《中华人民共和国网络安全法》《互联网文化管理暂行规定(2017 修订)》以及两高发布的《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》等法律法规文件中关于违法信息的界定，也为上述犯罪提供了前置法的司法解释的参考依据。

其次，对 AI 换脸技术的恶意使用行为涉嫌犯罪。具言之，行为人利用技术应用所创作的视频内容并不违反刑法的禁止性规定，但对该视频内容的使用存在刑事违法性。例如，行为人将原始视频内容篡改为被害人亲属被绑架，通过视频连线的方式实施敲诈勒索，被害人信以为真内心产生恐惧而交付财物，或者诈骗行为人将视频篡改为被害人亲属，使被害人误以为行为人就是其亲属而“自愿”支付财物，又或者将视频篡改为被害人与第三人出轨的视频，对被害人进行诽谤等等。该类行为的本质是行为人对技术的恶意使用，如同非管制刀具一样，正常使用是厨



具，伤害他人则成为了凶器。这类行为可能涉及到的具体罪名主要包括侵犯公民人身法益、财产法益类犯罪，前者例如诽谤罪、侮辱罪，后者例如敲诈勒索罪、诈骗罪等。

最后，行为人利用 AI 换脸技术所创作的内容及使用方式均涉嫌刑事犯罪。典

型的例子是行为人将被害人的人脸嫁接到淫秽视频中，并以此来敲诈勒索被害人，在被害人拒绝支付财物后，将该淫秽视频在互联网上进行传播；或行为人将被害人的人脸嫁接到淫秽视频中在网络上进行传播，进而达到侮辱被害人的目的。该类行为值得讨论的是是否应对其进行数罪并罚。



### 律师分析

前述两个例子的罪数处理应有区别。在第一个例子中，行为人实际上进行了三个行为，一是制作了淫秽物品，二是对被害人进行敲诈勒索，三是传播了淫秽物品。逐一起来看，对于第一个行为，因行为人不以牟利为目的，因此，难以评价为制作淫

秽物品牟利罪（该牟利是指制作淫秽物品本身进行非法获利，敲诈勒索的非法占有目的不能评价为制作淫秽物品的牟利目的），然而刑法并未规定制作淫秽物品罪，因此，第一个行为难以构成犯罪（根据《治安管理处罚法》存储淫秽物品的构成行政

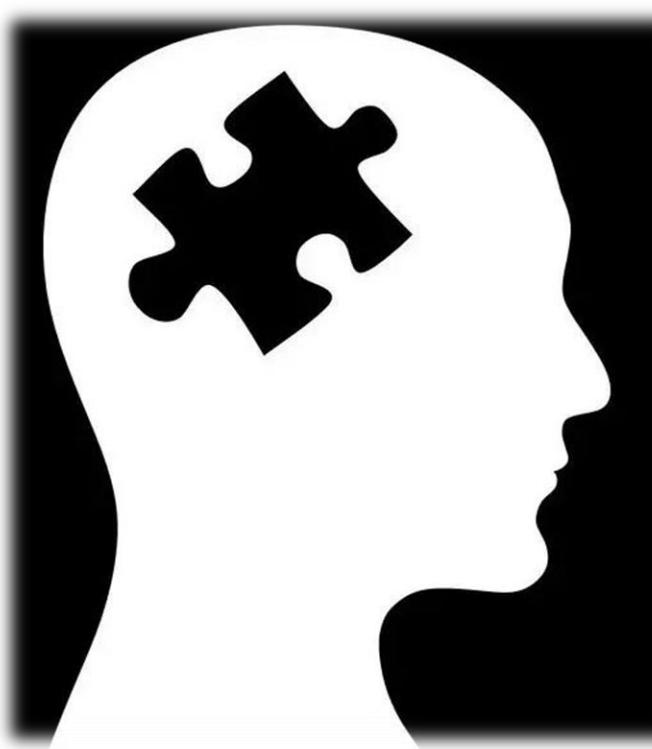
违法)；第二个行为无疑构成敲诈勒索罪，因最终未取得财物，应评价为敲诈勒索罪未遂；第三个行为构成传播淫秽物罪。由此可见，该案例中，行为人实际上是实施了多个行为并对不同的法益，即被害人的财产法益和社会的管理秩序造成了损害，应当数罪并罚。

第二个案例中，行为人的行为只有一个，即将 AI 换脸后的被害人的淫秽视频

在网络上进行传播，但侵害的法益却有两个，一个是被害人的人格尊严，另一个是社会的管理秩序，属于刑法中的想象竞合犯，应当择一重罪处。此处不宜适用牵连犯的处理原则，牵连犯是指行为人犯罪的手段行为或者结果行为又触犯了其他罪名的情形。而在本案例中，行为人的手段行为制作淫秽物品并不构成犯罪，不符合牵连犯的构成要件。

刑法并没有针对利用 AI 换脸技术以及涵盖更为广阔的 AI 技术进行专门的刑法规制，在现有的刑事法律框架中，绝大多数侵害行为都可以有较为妥帖的处理方式。但是，技术和法律存在巨大的迥异

之初，技术发展存在奇点，指数爆发的现象比比皆是，而法律需要社会现象的沉淀，就如同法谚有云，法律一旦被制定就已经落后于时代。因此，法律人应当未雨绸缪，去探讨刑事法律运用的前沿问题。





## 公司章程规定股权转让必须一致同意是否有效？

作者：周松涛

### 问题的提出

一些公司出于实际需要，往往在公司章程中对于一些事项作出特别规定，相应要求严于《公司法》的规定，尤其在决议事项的通过比例问题上有更多的体现。比如，对于公司修改章程、增资、减资等事项，《公司法》规定须经代表三分之二以上表决权的股东通过，如果公司章程将该

比例提高至四分之三或者百分之百是否可以呢？答案应当是肯定的。但有一个问题比较特殊，就是股权转让，如果章程规定股东转让股权必须要经过股东会或董事会一致同意方能进行，这样的规定是否有效呢？此时答案就没那么简单了。先来看一个刊载于《人民司法》上的案例。



### 典型案例

上海新证财经信息咨询有限公司成立于 2010 年 11 月 30 日，注册类型为有限责任公司（中外合资），登记股东为思佰益（中国）投资有限公司、中国证券报公司及远洋控股集团公司。2018 年 10 月 19 日，三方共同签订了上海新证财经信息咨询有限公司章程。章程第 7 章“股权转让”规定：任何一方未经其他各方事先书面同意，不得转让、出售或以其他方式做出其他可能导致其持有的公司股权发生变动的行为。

2018 年 12 月 31 日，思佰益投资公司与摩尔数字科技公司签订股权转让协议。2019 年 2 月，中国证券报公司和远洋控股集团公司均向思佰益投资公司出具同意股权转让、放弃优先购买权、出售跟随权的承诺函。2019 年 5 月 14 日，上海新证财经公司召开董事会会议，对外资股东变更议案进行决议时，7 位董事中 2 位董事未投赞成票。后由于上海新证财经公司未为思佰益投资公司与摩尔数字科技公司

办理股权变更手续，思佰益投资公司诉至法院。

上海浦东法院经审理后认为：上海新证财经公司章程约定任何一方转让公司股权需经全体在职董事一致同意方能转让的规定限制了股权权利，违反公司法的强制性规定，应属无效。法院遂作出（2020）沪 0115 民初 81228 号判决，支持了思佰益投资公司主张股权变更登记至摩尔数字科技公司名下的诉讼请求。

承办法官在撰文中说明：“股东享有的股权是一种财产性权利，任何财产权皆具有处分权能，公司章程对股权转让的限制不得违反财产权的本质。如果公司章程通过其他条件和程序的设置，实际造成股东股权转让极度困难或根本不可能，则因



违反公司法的规定而无效。本案上海新证财经公司的公司章程约定股东转让股权必须经董事会一致同意方能转让，该约定明显比公司法规定的经其他股东过半数

同意苛刻，同时章程未约定转让股东的救济程序，使转让股东的股权转让目的落空，实质上无法通过转让股权退出公司经营，显然有违公司法的规定。”

### 评析

1. 该案例的判决结果没有问题，因为其他所有股东都出具了承诺函表示同意股权转让，之后却又通过委派的董事提出反对，显然违背了诚信原则。仅从这一点出发，法院作出对其不利的判决是应当的。

2. 关于章程规定股权转让须经董事会一致同意的问题，法院认为因违反了《公司法》强制性规定而无效，但是具体是违反《公司法》哪一条强制性规定却没有指出。实际上现行《公司法》似乎并没有股权转让的强制性规定。第七十一条规定了有限责任公司股权转让的事项，其中第一款规定了股东之间可以相互转让股权；第二、三款规定了股权对外转让时所履行的程序以及其他股东的同意权和优先购买权；第四款规定了“公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。”依据

该第四款，公司章程可以对股权转让作出特别规定，这是由有限责任公司封闭性和人合性的特点所决定的，体现了公司自治原则。至于“股权是一种财产性权利，任何财产权皆具有处分权能，公司章程对股权转让的限制不得违反财产权的本质”，这似乎只是理论上的说明和解释，并非是《公司法》的强制性规定。

3. 全体董事一致同意的条件属于禁止还是限制也值得商榷。如果规定不得转让股权，是明确的禁止，而要求董事一致同意，看作是一种更为严苛的限制可能更合适。因为毕竟通过沟通、博弈还是有可能说服所有董事形成一致同意的。

4. 如果规定一致同意就属于违反强制性规定而无效，那么可能会带来其他情况下的解释困难。比如，章程规定股东3年内不能转让股权是限制还是禁止？很

多人会认为是限制。那么 30 年呢？恐怕绝大多数的公司都存续不到 30 年，那这个 30 年限制是不是起到了变相的禁止？那么 10 年、20 年呢？哪个数字下算限制，超过算禁止呢？这恐怕无法说清楚。再比如，要求股东会通过的股权比例四分之三以上如果属于限制的话，那么 80%、90% 呢？哪个数值下算限制，超过算禁止呢？这恐怕也无法说清楚。

5. 尽管财产权应当具有处分权能，但所有权人是否有权让渡或自愿受限该权

能呢？案例中公司章程是所有股东共同订立的，均认可该转让权的受限，难道在这样明知的情况下自行处置权利的行为无效吗？况且，在一定情况下财产权的权能都有可能受到限制，比如动产出质后处分权能受到限制。

基于上述几点，要说“一致同意”就是违反了《公司法》强制性规定而无效似乎比较牵强，将其视为一种严苛的限制更为合理。我们再来看另一个经最高院二审的案例。

### 典型案例

2018 年 1 月，梦兰星河能源股份有限公司的股东为江苏梦兰集团有限公司、黑龙江天狼星电站设备有限公司、常熟风范电力设备股份有限公司、上海梦星投资合伙企业、孙文。梦兰星河公司章程中有规定：“股东持有的股份可以依法转让。股东向股东之外第三方转让股份的，应事先取得其他股东一致同意”。

2018 年 5 月 7 日，梦兰集团公司与千兴投资公司签订《股权转让协议》，约定梦兰集团公司将其持有梦兰星河公司

4.29% 的 3000 万股股份转让给千兴投资公司，转让价格 9000 万元。本股权转让协议的生效应全部满足下列条件：目标公司股东会同意本协议项下的目标股权转让的决议或者其他股东放弃优先受让权……。

2018 年 4 月 28 日，梦兰集团公司向梦兰星河公司的其他股东天狼星公司、风范公司、梦星投资发出《股权转让通知》。

此后，梦兰集团公司与千兴投资公司要求进行股权变更登记时遭拒，千兴投资公司遂起诉要求确认其作为梦兰星河公



司的股东身份及享有对应股权，并要求办理工商变更登记。

一审黑龙江高院认为，梦兰星河公司的公司章程对股东向第三方转让股份作出限制性规定，即应事先取得其他股东一致同意及其他条件。千兴投资公司与梦兰集团公司所签《股权转让协议》中约定的合同生效条件之一，亦为目标公司股东会同意目标股份转让的决议或者其他股东放弃优先受让权。梦兰星河公司及天狼星公司、风范公司均未表示同意转让，亦未明确表示放弃优先受让权等相关权利，故案涉《股份转让协议》目前对梦兰星河公司并未发生法律效力。因此，一审法院判

决驳回千兴投资公司的诉讼请求。

千兴投资公司不服，向最高院提起上诉。最高院经审理后认为，梦兰星河公司章程规定了股东对外转让股份，应取得其他股东同意，且为“事先”、“一致”……梦兰集团公司股份转让条件尚未成就。……无证据显示梦兰集团公司已实质通知到小股东孙文，并不符合章程规定的“一致”要求。因此，在现有情况下，其履行情况尚不符合公司章程第 24 条的规定，其可待充分履行章程规定的条件后再行主张权利。最后，最高院作出(2020)最高法民终 1224 号判决，驳回上诉，维持原判。

### 评析

1. 该案例中，标的公司章程同样规定了股份对外转让时必须事先取得其他股东一致同意。对此，一审法院并未认定为禁止性规定，而是限制性规定，从而认可其效力。

2. 最高院认为梦兰集团公司没有将股权转让事项通知到小股东，也没有征求其意见，所以不符合章程规定的“应事先

取得其他股东一致同意”的条件。同时，最高院还释明，千兴投资公司可以等到充分履行章程规定的条件后再行主张权利，也就是说可以在通知并争取到其他所有股东一致同意后再主张权利。这充分说明，最高院对于“一致同意”的要求是持肯定态度的，同样并没有认为其属于禁止

股权转让违反《公司法》强制性规定而无效。

3. 该案例中，标的公司梦兰星河公司是股份有限公司。股份有限公司相比有限责任公司封闭性、人合性的特点更具开放性、资合性的特点。而且《公司法》对于股份有限公司股份转让事项的条文中并没有“章程另有规定的从其规定”的内容，在此情况下法院仍然认可章程作出的

特别规定，说明法院对此是比较宽松和谦抑的。根据“举重以明轻”的原则，这样的认定对于有限责任公司应当更加适用。

4. 本人比较赞同该案例中法院的观点，将“一致同意”视为对股权转让的限制而非绝对的禁止是比较合适的。这符合《公司法》第七十一条第四款的规定，即章程另有规定的从其规定，尊重当事人意思自治，维护契约诚信原则。

从以上两个案例可以看出，公司章程规定股权转让必须一致同意这个问题并不简单，不同法院有不同的判决和观点，只不过后一个是经过最高院二审的案例，相对更具权威性，可作一定参考。



### 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

## 法定代表人能否通过变更方式解除限高措施？

作者：王年俊

司法实践中，尤其是在《九民纪要》与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保解释》）实施后，股东资格确认之诉成为原股东反击债权人的诉讼策略，让与担保情境下的股东资格大战，关键还在于如何界定股权让与担保与转让之区别。

### 一、公司被执行期间，法定代表人是否可以变更？

依据《公司法》第十三条：“公司法  
定代表人依照公司章程的规定，由董事  
长、执行董事或者经理担任，并依法登记。  
公司法定代表人变更，应当办理变更登  
记。”之规定，公司变更法定代表人，属  
于公司内部自治范畴，原则上登记部门不  
得限制，实践中，公司登记机关对公司申  
请法定代表人变更采取形式审查，符合形  
式要件的予以变更。

《最高人民法院关于在执行工作中  
进一步强化善意文明执行理念的意见》

【法发〔2019〕35号】（以下简称《意见》）  
第17条：“单位被执行人被限制消费后，  
其法定代表人、主要负责人确因经营管理  
需要发生变更，原法定代表人、主要负责  
人申请解除对其本人的限制消费措施的，

应举证证明其并非单位的实际控制人、影  
响债务履行的直接责任人员。人民法院经  
审查属实的，应予准许，并对变更后的法  
定代表人、主要负责人依法采取限制消费  
措施。”

此外，在最高人民法院（2020）最高  
法执监102号裁定中也指出，“即在执行  
过程中，被执行人的法定代表人发生变化  
时，要判断原法定代表人是否为被执行人的  
主要负责人或者影响债务履行的直接  
责任人员。

可见，最高法的意见和裁定也都认可  
了在执行程序中公司存在变更法定代表  
人的可能性。因此，笔者认为，在执行期  
间，法定代表人变更没有法律层面的障  
碍。



### 二、被执行人变更法定代表人后，原法定代表人能否申请解除限高措施？

#### 1、原则上，变更法定代表人后，原法定代表人也不能解除限高措施。

实践中，有不少公司在执行前或执行中变更了法定代表人，但是法院仍将原法定代表人限制高消费。原法定代表人据此要求解除限制消费措施的，法院通常不会允许。这是因为法定代表人往往是公司的实际控制人或者是对债务履行负有直接责任的人员，能够促使债务的履行和案件的顺利执行，因此法院在审查是否解除原法定代表人的限制消费措施十分审慎，防止被执行单位通过变更法定代表人来规避执行，逃避法律制裁。

#### 【案情简介】

乐曙公司因与嘉任房产公司房屋租赁合同纠纷一案被法院判令支付房屋租金和物业管理费。因乐曙公司未履行生效判决内容，嘉任房产向法院申请强制执行，并申请将乐曙公司纳入失信被执行人名单、对公司原法定代表人尹某采取限制高消费、限制出境等强制执行措施。2020年6月19日，一审法院对尹某采取限制高消费措施。2020年6月28日，尹某和

乐曙公司分别向一审法院提供书面情况说明，请求解除对尹某的限制高消费措施。2020年7月2日，一审法院解除对尹某限制高消费措施。嘉任房产对解除尹某限制高消费措施的执行行为有异议，于2021年9月7日提出书面复议申请。

嘉任房产复议称，尹某是本案债务形成时被执行人乐曙公司（以 的法定代表人，也是乐曙公司的实际控制人、主要负责人，还是影响债务履行的直接责任人员，对尹某采取限制高消费措施不仅符合相关法律规定，也符合现行司法实践的做法，故请求准予对尹某采取限制高消费措施。

乐曙公司、尹某认为嘉任房产诉讼时，尹某已卸任法定代表人，对公司经营没有影响力，尹某虽个人持有乐曙公司10%的股权，通过千红公司持有50%的股权，对应注册资本总计人民币900万元，但均已实缴到位，无法影响乐曙公司的债务履行，嘉任房产的复议理由不能成立。

### 【裁判结果】

一审法院根据尹某的申请，仅因法定代表人实际发生变更而对尹某解除限高消费措施的执行行为有误，应予撤销。

### 【案例解读】

根据法律规定，作为单位的被执行人未按执行通知书履行生效民事判决确定的还款义务，执行法院有权对被执行人及其法定代表人、主要负责人、影响债务履行的直接责任人员、实际控制人采取限制消费措施。

截至目前，虽然没有法律法规或权威性文件对该规定进一步进行解释，但从上述规定来看，变更法定代表人后，解除原法定代表人的限制消费措施，至少要满足以下几个条件：1、公司因经营管理需要变更法定代表人；2、原法定代表人非单位的

但《意见》为原法定代表人解除限高措施提供了法律依据，其第17条第1款第2项规定：“单位被执行人被限制消费后，其法定代表人、主要负责人确因经营管理需要发生变更，原法定代表人、主要负责人申请解除对其本人的限制消费措施的，应举证证明其并非单位的实际控制人、影响债务履行的直接责任人员。人民法院经审查属实的，应予准许，并对变更后的法定代表人、主要负责人依法采取限制消费措施。”

实际控制人、影响债务履行的直接责任人员。即被执行人的法定代表人发生变更，能否解除其原法定代表人的限高措施，关键在于判断其是否为本案的主要负责人或者影响债务履行的人员。在本案中，具体要把握以下几点：

#### （1）确因经营管理需要变更，而非恶意变更、规避执行

如《意见》中所明确的“确因经营管理需要变更”那样，也就是说变更法定代表人是公司经营管理需要，而不是逃避执行的手段。虽然本案裁判说理部分并未提到尹某是否为恶意变更、规避执行的情

形。但笔者认为，在实践中对该点的理解应当要结合实际，具体问题具体分析。例如变更法定代表人的时间点明显不合理、将法定代表人变更为明显没有履行能力的其他自然人，则很大可能被认定为恶意

变更、规避执行的情形，当然也要结合申明材料，综合分析。

请人提供的确因经营管理需要变更的证

## (2) 非实际控制人，或影响债务履行的直接责任人员

关于实际控制人的认定，笔者认为可以参照《公司法》第 216 条关于实际控制人的定义加以认定，即“实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。”根据查明的事实，本案债务形成时乐曙公司的法定代表人是尹某，并且在变更法定代表人身份后，尹某仍继续作为乐曙公司的负责人、经办人与嘉任房产进行沟通、协商房租等事宜。

关于“影响债务履行的直接责任人员”的认定，目前并没有统一明确的标准，笔者认为一般可以理解为除法定代表人、主要负责人外的董监高等与债务履行有

直接关联的人员。例如公司的控股股东或其他大股东、公司的董事、经理或者其他高级管理人员等。在本案中，根据从工商信息显示，尹某自乐曙公司设立时即为公司股东，而且目前仍是乐曙公司另一持股比例为 50% 的股东千红公司的控股股东，可以反映其是乐曙公司的控股大股东、实际控制人。

此外，尹某和乐曙公司也并未提供有效证据证明其非影响债务履行的直接责任人员。那么综合以上几点，可以认为不应当解除对尹某的限制消费措施，或者说解除对尹某的限制消费措施，不利于债务履行，案件执行顺利。

## 2、原法定代表人充分举证后成功被解除限高措施的情形。

### 【案情简介】

2018 年 12 月 14 日，就神东公司与顺兴公司合资合作开发房地产合同纠纷一案，中华人民共和国最高人民法院作出终审判决，神东公司据此申请执行。2019 年

2 月 14 日，上海市高级人民法院作出 (2019) 沪执 7 号执行裁定，明确该案由一中院执行。2019 年 3 月 27 日，一中院作出 (2019) 沪 01 执 310 号执行裁定，冻结、扣划被执行人顺兴公司银行存款人民币



5.8 亿余元及利息。同年 12 月 17 日，一中院又作出(2019)沪 01 执 310 号限制消费令，对被执行人原法定代表人任某采取限制消费措施。任某不服向上海高院申请复议。

复议申请人任某称，一中院作出限制消费令之日，其已经不是被执行人顺兴公司的法定代表人。而且其并不知道被登记为顺兴公司的法定代表人，也没有参与过该公司实际经营管理，亦没有行使过任何董事或董事长的职权。同时，其更不是顺兴公司的实际控制人、影响债务履行的直

接责任人。就被登记为顺兴公司的法定代表人，任某还与顺兴公司在上海市闵行区人民法院进行了诉讼，要求顺兴公司涤除该法定代表人的登记事项，后双方达成和解才予以撤诉。

### 【裁判结果】

任某为顺兴公司影响债务履行的直接责任人员、实际控制人。故对任某采取的限制消费措施应予撤销。

### 【案例解读】

《限制高消费规定》第三条第二款规定被执行人为单位的，被采取限制消费措



施后，被执行人及其法定代表人、主要负责人、影响债务履行的直接责任人员、实际控制人不得实施高消费行为。故本案争议焦点在于，任某是否系上述四类人员。

首先，顺兴公司登记的现任法定代表人为黎某，未任职公司高层管理人员，故任某也非顺兴公司现任的主要负责人。其次，顺兴公司系一人公司，其股东为顺兴船务(香港)。任某除在2017年1月19日至2019年10月8日被登记为法定代表人外，并未出现在顺兴公司其他登记材料中，也即2019年12月17日一中院作出限制消费令时任某已非该公司股东。另

外，被登记为顺兴公司的法定代表人后，任某与顺兴公司在闵行法院进行了诉讼，要求顺兴公司涤除该法定代表人的登记事项。双方和解撤诉后，顺兴公司于2019年10月9日将法定代表人由任某变更为黎某，并向任某支付了相应费用。

本案中，原法定代表人任某提供了企业信用信息公示报告、外商投资企业工商登记材料、法院民事裁定书、和解协议、银行账户明细等证据证实了其非被执行人的实际控制人或影响债务履行的直接责任人员，故法院依法解除了任某的限制消费措施。

### 三、原法定代表人解除限高措施的程序

《意见》第18条第1款规定：“畅通惩戒措施救济渠道。自然人、法人或其他组织对被纳入失信名单申请纠正的，人民法院应当依照失信名单规定第十二条规定的程序和时限及时审查并作出处理决定。对被采取限制消费措施申请纠正的，参照失信名单规定第十二条规定办理。”

《最高人民法院关于公布失信被执

行人名单信息的若干规定(2017修正)》第十二条规定：“公民、法人或其他组织对被纳入失信被执行人名单申请纠正的，执行法院应当自收到书面纠正申请之日起十五日内审查，理由成立的，应当在三个工作日内纠正；理由不成立的，决定驳回。公民、法人或其他组织对驳回决定不服的，可以自决定书送达之日起十日内向上



一级人民法院申请复议。上一级人民法院应当自收到复议申请之日起十五日内作出决定。复议期间，不停止原决定执行。”

由此可见，解除限制消费措施是向执行部门申请，由执行部门决定，对决定不服的可以向上一级人民法院申请复议。

原法定代表人申请解除限高措施完全是需要建立在执行措施已经损害到当事人合法权益的基础上进行的，且其必须提供充分有效的证据证明其非实际控制人或者影响债务履行的直接责任人员，而不是进行恶意变更、用来规避执行的手段，否则将会破坏司法的稳定性和严肃性，导致承担更严重法律责任的风险。



王年俊 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师  
七方公司与投融资法律服务部 实习律师

业务方向：公司商事、诉讼与争端解决

联系方式：19821802660

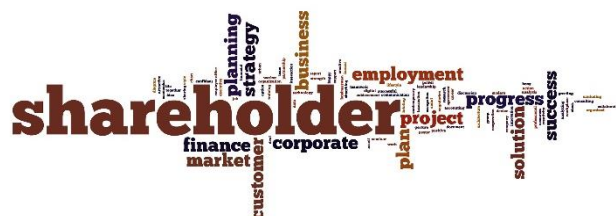


## 公司章程约定扩大或者缩小股东知情权行使范围是否有效？

作者：吕小萌

知情权是股东的一项重要权利，《公司法》第三十三条规定了股东有权查询或复制公司特定的文件材料，《〈公司法〉修订草案》进一步扩大了股东可以查阅的资料范围，将实践中争议不断的会计凭证也纳入其中，进一步保障了股东知情权的行使。

那么如果通过公司章程对股东可以查询的文件范围另行约定，例如有些公司不允许股东查询某种法律规定的文件资料，或者要求持股一定比例以上才能查询特定文件；有些公司则扩大查询范围，将子公司财务会计报告也纳入可供股东查询的范围。这些约定表面上看与法律规定是不同的，那实践中效力如何呢？我们一起来看下面的案例分析。



<p><b>第三十三条</b> 股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。</p> <p>股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。</p>	<p><b>第五十一条</b> 股东有权查阅、复制公司章程、股东名册、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。</p> <p>股东可以要求查阅公司会计账簿、会计凭证。股东要求查阅公司会计账簿、会计凭证的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿、会计凭证有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以向人民法院提起诉讼。</p> <p>股东查阅前款规定的材料，可以委托会计师事务所、律师事务所等依据执业行为规范负有保密义务的中介机构进行。</p> <p>股东及其委托的会计师事务所、律师事务所等中介机构查阅、复制有关材料，应当遵守有关保护国家秘密、商业秘密、个人隐私、个人信息等法律、行政法规的规定。</p>
--	---

（《公司法》与《〈公司法〉修订草案》相关内容的对比）

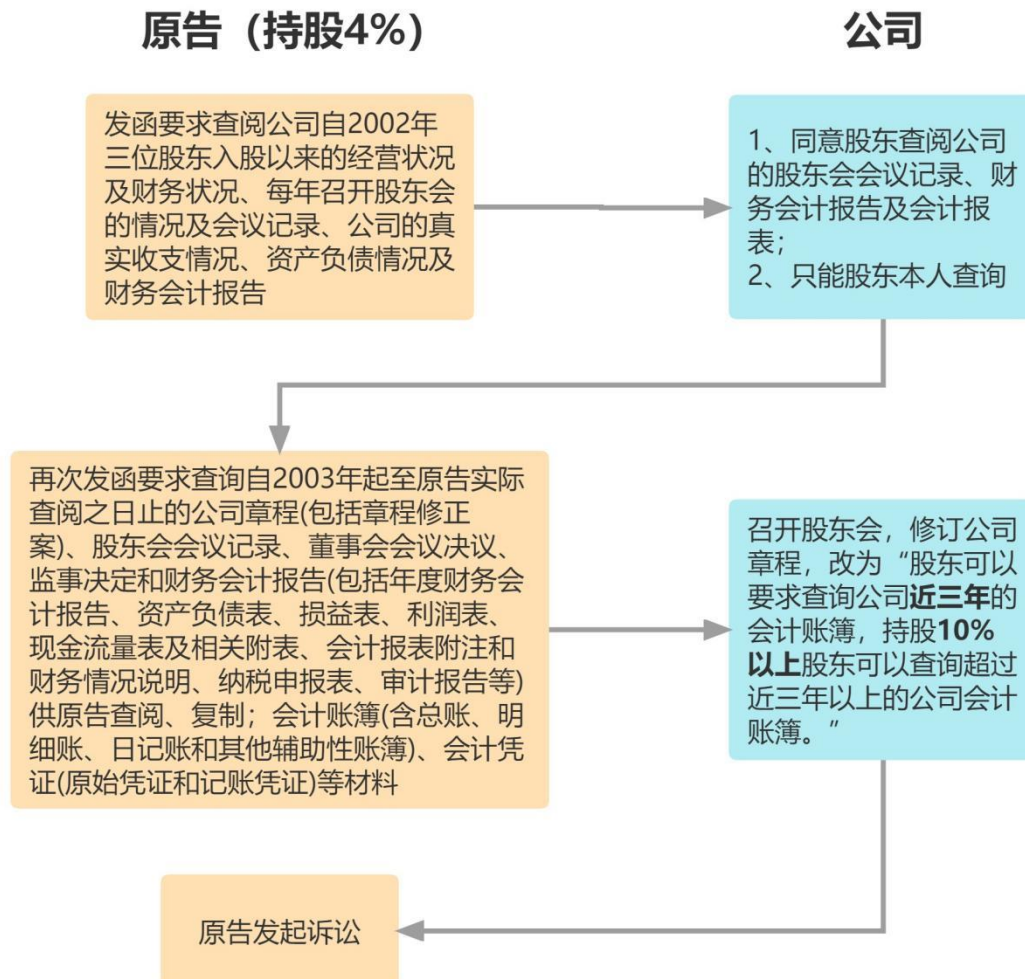
### 一、公司章程可以限缩股东知情权行使范围吗？

**案例一：周敬清与上海浦东孙桥商业有限公司股东知情权纠纷案**

**案号：**（2021）沪 0115 民初 17567 号

**审理法院：**上海市浦东新区人民法院

基本案情：如图。



这个案例的案情简单来说，就是持股比例很低的原告要求查阅包括会计账簿在内的多项公司文件资料，但公司只允许原告查询部分文件资料。而且公司为了“永绝后患”，甚至不惜专门修订了公司章程，对股东要求查阅会计账簿的权利进行了限缩：持股比例低的股东只能查询近三年的会计账簿，持股比例超过10%的股东才有权查询近三年之外的会计账簿。

看起来公司还专门通过修订公司章程的方式对股东可以查阅的文件资料的条件和权限进行了约定，流程上似乎没有问题，但是可以通过这样修订公司章程来限缩股东的知情权吗？答案显然是否定的。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第九条的规定：“公司章程、股东之间的

协议等实质性剥夺股东依据公司法第三十三条、第九十七条规定查阅或者复制公司文件材料的权利，公司以此为由拒绝股东查阅或者复制的，人民法院不予支持”，这里所说的公司章程既包括公司设立时制定的初始章程，也包括公司成立后依法经过修正的修订章程，因此股东法定知情权既不能被剥夺、限制，也不能由股东通过协议主动放弃，否则无效。

如公司章程或股东间协议等仅对《公司法》第33条、第97条规定以外的知情权行使地点、行使方式等事项进行细化约定，只要不构成对股东知情权的实质性剥夺，即不属于规制范围。但本案中原告知情权的行使范围已经被严重限缩，即便公

司是通过章程修订案的方式对股东知情权的行使范围进行的修改，也不能改变实质上侵害股东知情权的事实。

因此最终法院判决原告可以要求查阅公司会计账簿，并认定原告要求查阅被告自2003年起至实际查阅之日止的包括总账、明细账、日记账、其他辅助性账簿的会计账簿的请求于法有据。



## 二、公司章程可以扩大股东知情权行使范围吗？

**案例二：科朗公司诉上海和丰中林林业股份有限公司股东知情权纠纷案**

**案号：**（2013）沪二中民四（商）终字第S1264号

**审理法院：**上海市第二中级人民法院

**基本案情：**

和丰公司是中外合资股份有限公司，科朗公司是和丰公司股东之一。2012年，科朗公司对和丰公司1.96亿元银行存款和部分林权证的自查报告存有异议，要求和丰公司配合审计，遂涉诉。和丰公司的公司章程中对股东可查询文件资料的范围约定如下：





### 和丰公司章程规定：

股东有权查阅公司章程、股东名册、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告；任何公司及/或其子公司向任何政府或监管机构提交的所有报备文件的复印件；公司及其各子公司合并年度经审计的财务报表，并附带公司及其各子公司审计师分别出具的审计报告；公司及其子公司制备的单独的账簿、记录和管理账目。

### 法律规定的查询范围：

公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告

可以看出，和丰公司章程约定的可供股东查询的公司文件资料的范围较大，除了含有法律规定的那些特定文件外，还包含了子公司的相关文件。科朗公司要求查阅子公司的财务会计报告等资料，是否超过了法律规定的知情权行使范围？对此，一审和二审法院有着截然不同的观点。

一审法院（上海市静安区人民法院）认为：股东知情权的对象仅及于公司及分

公司，子公司不能作为股东知情权义务主体。故判决和丰公司应将公司及分公司的财务会计报告等交由科朗公司查阅，对科朗公司其余诉讼请求不予支持。二审法院（上海市第二中级人民法院）则认为，在不违反法律禁止性规定的情况下，股东有权依据公司章程主张知情权利。公司章程载明公司应向股东提交子公司财务报表、股东享有检查公司及子公司的会计账簿、记录和管理账目的权利，故予以改判。

### 律师分析

案例一中公司通过章程限缩股东知情权的行使是违反了法律规定的，案例二则相反，是公司章程的约定超越了《公司法》原本规定的股东知情权约定的范畴，如股东可以查阅会计资料之外的公司自身资料、子公司资料，以及对公司及子公司进行审计等。案例二在二审阶段被改判，足以说明公司章程关于扩大股东知情权行使范围的规定是有效的。

股东知情权作为股东的固有权利，本身就是为了保障股东对公司的经营状况

知情、了解到位，如果公司通过公司章程对股东知情权行使范围进行了扩大，往往是因为该公司的个体情况比较特殊，比如有外资股东或者股东之间需要进行制约、平衡等等。因此，只要股东合理、正当地依据公司章程行使知情权，对公司正常经营的影响控制在合理范围内，那么法院就倾向于充分尊重当事人意思自治，依法维护股东的合法权益，允许股东按照公司章程约定的范围行使知情权。



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



## 浅谈公司高管未尽勤勉义务的认定

作者：陈江松

---

公司董事、监事、高级管理人员（下称“公司高管”）的勤勉义务，法律规定极为简单模糊。到底何为勤勉义务，违反勤勉义务的标准是什么，尚有待厘清。本文结合各级法院审理的相关案件，对此略作探讨。

---



## 一、法条规定

《公司法》第一百四十七条第一款：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。

《公司法》第一百四十九条：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。

《公司法》第一百一十二条第三款：董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。

任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

此外，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定

（二）》第18条、第19条、《最高人民

法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉

若干问题的规定（三）》第13条、第14

条、第27条、《最高人民法院关于适用〈

中华人民共和国公司法〉若干问题的规定

（四）》第12条的规定也属于对董事勤勉

义务的具体规定，主要涉及未妥善保管公

司文件、未依法清算、未及时办理变更登

记、未对股东出资履行督促义务时董事应

承担赔偿责任的情形。

## 二、司法认定

### 1. 违反法律的具体规定

《公司法》第一百一十二条第三款及上引司法解释的相关规定，为法律对公司高管勤勉义务的具体规定。若法院认定高管存在上述规定中列举的情形，即可认定该高管违反了勤勉义务。

比如，在斯曼特微显示科技（深圳）

有限公司、胡秋生损害公司利益责任纠纷

再审案中，最高院认为：“根据《中华人

民共和国公司法》第一百四十七条第一款

的规定，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。上述规定并没

有列举董事勤勉义务的具体情形，但是董事负有向未履行或未全面履行出资义务的股东催缴出资的义务，这是由董事的职能定位和公司资本的重要作用决定的。根据董事会的职能定位，董事会负责公司业务经营和事务管理，董事会由董事组成，董事是公司的业务执行者和事务管理者。股东全面履行出资是公司正常经营的基础，董事监督股东履行出资是保障公司正常经营的需要。……本案深圳斯曼特公司是外商独资企业，实行注册资本认缴制。参照《最高人民法院关于适用若干问题的

### 2. 违反公司章程或其他内部规章制度的规定

比如，在吴新谦、石磊损害公司利益责任纠纷再审审查与审判监督案中，福建高院认为：“吴新谦作为帕特纳公司的法定代表人，应当知晓公司章程关于交易事项审批流程的规定，在明知案涉 20 立方米催化剂模块作为研发项目（再生市场的推广工作）列入研发费用同时生产发货的决议不符合公司章程规定的情况下，仍要求发货，导致本案损失产生，根据《中华人民共和国公司法》第一百四十九条规

定（三）》第十三条第四款的规定，在公司注册资本认缴制下，股东未履行或未全面履行出资义务，董事、高级管理人员负有向股东催缴出资的义务。……胡秋生等六名董事未履行向股东催缴出资的勤勉义务，违反了《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款规定，对深圳斯曼特公司遭受的股东出资未到位的损失，应承担相应的赔偿责任。胡秋生等六名董事应向深圳斯曼特公司连带赔偿 4912376.06 美元……”（参见（2018）最高法民再 366 号民事判决书）

定，应承担赔偿责任。原审对此认定，依据充分。”福建高院遂裁定驳回吴新谦的再审申请。【参见（2020）闽民申 4755 号民事判决书】

又如，吉林辉隆贸易有限公司与姚滨损害公司利益责任纠纷二审案中，吉林高院认为：“姚滨作为本单业务的业务经办人、分管副总经理的第一责任人，未遵守《辉隆大纲》的上述规定，在明知其同学谭泰峰没有经营资格，谭泰峰明确表示借

用他人经营资格的情况下，未按公司规定在订立合同前对谭泰峰是否真实获得绿谷米业的授权等进行尽职调查，对合同订立过程中未尽审慎注意义务；在合同履行过程中，在巡库检查时没有按照基本的工作要求，查验仓储合同、核对仓单、审查货物进出库单据等基本凭证，姚滨并未尽到在类似的情形、处于类似地位的具有一般性谨慎的人在处理自己事务时的注意，致使公司遭受巨额损失。根据《中华人民

### 3. 商业判断明显不合理

比如，在杨荣辉、李明祺损害公司利益责任纠纷二审案中，福建高院认为：“经查，2017年11月10日，案外人何某向绿谷公司出具了《放弃追索权的声明》，自愿放弃对绿谷公司应偿还其借款本息的追索权。因此，绿谷公司基于（2016）闽05民初1789号案件向何某所负的保证责任的，在取得《放弃追索权的声明》时已经免除。但杨荣辉在绿谷公司已经被免除担保债务且绿谷公司已于2018年1月10日就此向法院提出执行异议的情况下，仍然

共和国公司法》第一百四十七条第一款、第一百四十九条规定，姚滨违反了对公司的勤勉义务，给公司造成损失，应当承担赔偿责任。”【参见（2018）吉民终645号民事判决书】



于2018年1月15日代表绿谷公司向何某出具了一份杨荣辉本人签名并加盖绿谷公司公章的、在《放弃追索权的声明》上书写的内容为‘因为绿谷公司与其他公司正在洽谈业务中，为了证明绿谷公司没有债务及正常合作运行而作出此声明，故此声明无效，对人民法院继续执行没有异议’的证明，并于2018年1月16日代表绿谷公司向执行法院提交了其本人签名的《撤回执行异议申请书》，从而导致2018年1月29日绿谷公司银行存款



12384646.26 元被法院依法扣划给何某的后果。该损害结果已然发生，且与杨荣辉出具的上述证明具有因果关系。根据《中华人民共和国公司法》第一百四十九条……之规定，原审据此认定杨荣辉应向绿谷公司赔偿经济损失，并无不当。”【参见(2020)闽民终 1910 号民事判决书】

又如，在（2009）门民初字第 4 号案件中，法院查明：原告北京妙鼎矿泉水有限公司是销售桶装矿泉水的公司，被告王东春系其总经理；因客户拉走水桶后没有送回，导致公司丢失 100 只空桶，导致损失发生。法院适用普通谨慎人标准，认为被告可以通过预收押金的方式避免此类情况的发生，这样的要求对于一个处于相同地位、合理谨慎的人来说并非苛刻，被告没有尽到应有的谨慎和注意义务，应当赔偿。

再如，在（2009）沪一中民三（商）

终字第 969 号案件中，法院查明：被告李某在担任原告川流公司总经理期间以公司名义与日华公司合作开发项目，因未签订书面合同，导致川流公司 110 万元项目款不能收回。法院认为，按照一般经营常识，这样的业务不宜采用口头协议的方式，应该订立书面合同，但是李某既未订立书面合同，也不能提供能够证明合同履行情况的文件资料，致使川流公司的应收款债权不能得到有效救济，应当承担赔偿责任，“被告应有理由相信采用口头协议方式的经营判断与公司的最佳利益不相符合，然而被告无视该经营风险的存在，没有以善意的方式，按照其合理地相信是符合公司最佳利益地方式履行职务；并且以一种可以合理地期待一个普通谨慎的人在同样的地位上和类似的状况下能够尽到的注意，履行一个高级职员的责任。因此，被告明显违反了勤勉义务。”。

### 三、免责事由

#### 1. 得到了授权

如，在(2019)沪民终510号案件中，上海高院认为，“林高坤提供的证据可以证明2013年3月15日仁康国际公司出具董事会决议及任命证明书，授权林高坤在相关的一切必要文件加盖公章并代表仁康国际公司行使作为医霖医院股东可以行使的所有权力，从文义上理解，仁康国际公司该授权系概括性授权。医霖公司称该董事会决议及任命证明书系仁康国际公司为特定事宜出具，但未提供证据予以证明，本院对该抗辩不予采信。医霖医院

### 2. 不负相关职责

在(2019)最高法民申517号案件中，最高院认为：“根据原审查明，郭海婴和食品公司两次增资时均提供了相应的验资报告。彭海怀、彭海生、张秀云、杨西琳作为公司董事，对于股东出资不具有直接验资的法定职责，其信赖郭海婴和食品

### 3. 正常商业判断

在(2021)最高法民申1968号案件中，最高院认为：“刘克龙作为川主置业公司的法定代表人，有权代表川主置业公司对外签订合同，川主置业公司的公司章程并

亦未提供证据证明《合同解除协议》签署时仁康国际公司已撤回该授权，故林高坤作为持有医霖医院2%股权的实际股东与持有医霖医院98%股权的仁康国际公司的授权代表，签署《合同解除协议》，应当视为当时医霖医院全体股东的共同意志，林高坤虽未能举证对此医霖医院曾召开过董事会，但不能就此认为林高坤未得到公司内部授权。故医霖公司主张林高坤违反公司的忠实、勤勉义务，事实依据尚不充足，一审法院未予支持，并无不当。”

公司提供的验资报告并据以履行相应管理职能，不具主观过错。在没有其他相反证据证明的情况下，雪樱花公司关于彭海怀、彭海生、张秀云、杨西琳未尽忠诚勤勉义务的主张，缺乏相应的事实和法律依据，依法不予采信。”

未对法定代表人或执行董事以公司名义处分公司资产有程序上的形式要求。另外从原审查明的事实来看，在川主置业公司无法正常经营，且案涉土地一直未办理相

关规划许可立项开发的情况下，刘克龙沿用第一次土地征收价格作为第二次土地征收的参考价格签订《国有土地使用权收回补偿协议书》的行为，系其根据公司实际情况进行商业判断后的履职行为，川主科技公司提交的证据不足以证明刘克龙存在违反法定义务的情形。”

在(2019)冀民终 485 号案件中，河北高院认为：“签署工程结算单据属于公司管理性事务，《多乐美地滑雪度假公司章程》第五条、第十四条、第二十六条等规定，并未细化到公司法定代表人行使管理权也需要公司董事会等权力部门特别授权，或者开会审议的程度。正如一审判决认定的那样，即使法比奥存在失误，亦是多乐美地公司内部综合因素共同决定的，不能由法比奥个人承担事后的赔偿责任。至于法比奥能否胜任本职工作，则属于其工作能力或者自身知识水平等能否满足工作需要的问题，这些均不是法律应当考虑的范围，其后果应当由任命其成为法定代表人的公司权力机构负责。因此，本案不存在适用公司法第一百四十九条‘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’规定的条件。故多乐美地公司主张法比奥违反公司章程的主张，无事实依据。”

在(2019)鲁民终 615 号案件中，山东高院认为：“勤勉义务是指高管人员应尽到普通人在类似情况下应有的谨慎、注意义务，尽职维护公司利益。本案中，根据海之杰公司提交的公司章程第三十七条、四十三条的规定，（海之杰公司总经理）盖博与祥辉公司签订衬衫合同，与金律公司签订布匹采购合同，以及带领人员到广州采购光坯布的行为，均是其为开展公司经营而履职的行为，没有超越海之杰公司章程规定的职责范围。……据此，可以认定，在涉案衬衫生产前，海之杰公司向投资人作了请示，无论投资人对请示是形式审查还是实质审查，都可以证实投资人对海之杰公司生产涉案衬衫是知情的，盖博没有隐瞒或规避内部审批的主观故意……海之杰公司主张，盖博违反公司内部审核、财务等制度，但没有提供相关的



财务制度。即便如海之杰公司所主张的，盖博在与祥辉公司签订、履行合同以及采购产品的质量审查方面存在问题，仅说明盖博的经营判断行为存在瑕疵，不能证明盖博存在主观上故意违反公司的内部审核制度，损坏公司利益，行为上存在未尽履职的情形；且海之杰公司也没有证据证实盖博在履行总经理职务期间，存在获利的情况。因此，海之杰公司主张盖博违反高管人员的忠实、勤勉义务，没有事实根据和法律依据，本院不予支持。”

#### 4. 其他免责事由。

如民法上的不可抗力、章程规定的免责事由等。



## 四、小结

综合上引法条和案例，并结合《公司法》修订草案，可对公司高管的勤勉义务下一定义：勤勉义务，是指公司高管遵守法律法规及公司规章制度的规定，为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意的义务。

公司高管的某一主动的作为行为是否尽到勤勉义务，可按以下步骤进行考察：

1. 是否为自己或他人谋取不当利益。若有，则适用忠实义务的相关规则；若无，则进一步考虑勤勉义务问题。
2. 是否违反法律法规司法解释或公司章程明确规定的职责和义务。若有则未尽责，若无则进一步考察其商业判断的合



理性；

3. 商业判断是否明显不合理。若是，则未尽责；若否，则不宜认为其未尽责，即使其行为给公司造成了损失。对“合

理”的判定，一般采用普通人标准，即客观标准；若该高管具有特殊技能（如该董事为会计专家），则同时应考察其个人因素。

公司高管的某一被动的不作为行为是否尽到勤勉义务，可按以下步骤进行考察：

1. 是否有作为的义务（负有相关职责）。若无，则无所谓不尽责。

2. 在有作为义务的情况下，其不作为是否具有免责事由。若有，则无所谓不尽责；若无，则未尽责。

上文仅分析高管是否尽到勤勉义务的评判问题。至于未尽勤勉义务的高管是否需要承担赔偿责任，则需考察侵权责任的其他构成要件：过错、损失、因果关系。因与本文无关，兹不赘述。



**陈江松 实习律师**

上海七方律师事务所 实习律师  
七方民商事和保险法律服务部 研究员

业务方向：民商法、金融法

联系方式：13045642139

## 私募基金投资人诉底层融资方的路径分析

作者：张茜

案例：私募基金投资人与基金管理人及基金托管人签订了《基金合同》，约定基金募集资金投资于A公司之股权。同时，基金管理人与A公司签订了协议，约定了回购条款。现基金存续期限已到期，私募基金无法按时兑付，回购条件已触发，但基金管理人怠于向A公司行使回购权，私募基金投资人又未与A公司签订任何协议的情况下，如何起诉A公司追回投资款？

私募基金主要分为有限合伙型私募基金、公司型私募基金、契约型私募基金。不同类型的私募基金投资人的诉讼路径不同。

### 一、有限合伙型私募基金

有限合伙型私募基金是指采取有限合伙的形式设立的股权投资基金。投资人通常作为有限合伙人，基金管理人作为无限合伙人执行合伙事务，基金管理人的行为受《合伙企业法》的约束，有限合伙型基金的投资人可依据《合伙企业法》的相关规定维权。《合伙企业法》

第六十八条规定，执行事务合伙人怠于行使权利时，有限合伙人可督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼。故有限合伙型基金的投资人在基金管理人怠于向底层融资方行使回购权时，可行使代位权直接起诉底层融资方。

### 二、公司型私募基金

在公司型私募基金是指通过公司的形式来组织和运作而形成的私募基金，公司型私募基金的管理者通常以基金公司的名义对外投资，投资者通过购买公司的

基金份额，成为公司的股东。公司型私募基金的投资者可依据《公司法》的相关规定维权。



《公司法》第一百五十一条规定，董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百四十九条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、

执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。故公司型私募基金投资人可依据《公司法》提起代位权之诉。



### 三、契约型私募基金

契约型私募基金是指资金管理人、基金托管人和基金持有人之间根据信托契约确立相互之间的权利和义务关系，并通过发行收益凭证开展募集工作的基金。契约型私募基金不同于有限合伙型及公司型私募基金，并没有成立合伙企业及公司，无法依据《合伙企业法》及《公司法》的规定行使代位权，其诉讼路径主要有以下三种：

**1、债权人代位权纠纷。**债权人代位权纠纷的行使条件为债权人的债权确定，债务人怠于行使权利。故在投资人与管理人之间的债权尚未确定前，投资人仍无法起诉底层融资方以行使债权人代位权。

**2、委托人的介入权。**《民法典》第九百二十五条规定，受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人；但是，有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。第九百二十六条，受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利。但是，第

三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。如适用该条规定，基金投资人的合同相对人就是底层融资方，可以直接向底层融资方行使合同的权利。

**3、适用信托法的规定。**《信托法》第二十二条规定，受托人违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的，委托人有权申请人民法院撤销该处分行为，并有权要求受托人恢复信托财产的原状或者予以赔偿；该信托财产的受让人明知是违反信托目的而接受该财产的，应当予以返还或者予以赔偿。根据该条规定，基金投资人可以直接起诉底层融资方返还财产或者要求予以赔偿。

上述三种路径各有利弊，对于债权人代位权纠纷，投资人一般需要先确定与管理人之间的债权，再行使债权人代位权，就必须分两步走，先根据合同相对性对管理人提起合同之诉，确认管理人应返还的本金及利息金额，再依据管理人与底层融资方的协议行使代位权，因此涉诉时间较长，无法第一时间起诉底层融资方，保全其财产。但该路径是目前较为常见的做法，实践操作有案例可循，不存在较大的争议，立案及诉讼较为容易。对于适用委托合同

介入权起诉底层融资方的路径最大困难之处在于契约型私募基金是否属于委托法律关系，还是属于信托法律关系？目前大部分裁判案例的观点是契约型私募基金属于信托法律关系，如上海金融法院宁波德邦基业投资管理有限公司与丰圣财富资产管理有限公司其他合同纠纷案，因此如认定契约型私募基金属于信托法律

关系则无法适用委托人的介入权。对于第三种路径，信托法虽有规定，但是笔者查遍了所有案例，并未有私募基金投资人援引该条诉请底层融资方获得支持的案例。因此，实践中适用信托法 22 条立案和诉讼仍存在困难，还需要时间待司法实践来适用及完善。



张茜 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与财税法律服务部 律师

业务领域：公司业务、执行事务

联系方式：15807933733



## 德云社员工酒后骚扰女性被辞退，合法吗？

作者：谢亦团

前几天，媒体纷纷报道了德云社艺人陈某酒后裸体闯入女子卧室，德云社次日随即对其作出辞退。那么德云社的解除行为是否符合劳动法的相关规定呢？有人认为这种行为有损艺德就应当解除；有人认为这是工作时间之外的行为，只能由相应的职能部门对其作出处理，德云社解除涉嫌滥用惩戒权。两种观点听上去都有一定的道理，司法实践中类似的情形，裁审部门将会作出怎样的裁判呢？笔者结合多年处理劳动争议的实务经验，作些简要的分析。

### 【事件经过】

根据媒体报道，6月25日早上5点10左右，德云社的陈某当天喝完酒后赤裸闯5楼一女子的卧室，口中还碎碎念：“在这等着我呢”、“真不错啊”，等明显具有猥亵意味的话语，并向躺在床上的女子走去。由于天气炎热，所以女子当时只穿了内裤，当她感觉到危险后，慌乱中套上衣服，戴上眼镜，并拿起床上的筋膜按摩滚轴进行防御并大声质问。但陈某并未停下，女子于是大声呼救，同时用手机对准他拍摄，女子的室友听到呼喊声后报警，陈某随后被警方带走。事后，陈某辩称称，自己住在三楼与女孩一样的户型，喝多走错了家门。

德云社于26日傍晚即向陈某发出《辞退通知》。



22-6-27 10:06 来自 iPhone 13 Pro  
发布于 北京

分享图片



点击加入德云社频道



#### 辞退通知

陈 (艺名: 陈霄华, 身份证号码: ):

鉴于: 2022 年 6 月 25 日, 因你个人在非工作时间无端醉酒生事, 酒后擅自闯入邻居住宅, 并导致邻居报警, 且警方已于 2022 年 6 月 26 日与德云社取得联系。

你的行为违反了相关法律法规、社会公德以及公司规章制度, 并且已经造成严重的后果, 为此德云社在此通知你:

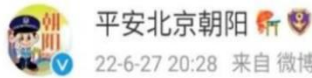
一、自即日起对你做开除处理, 解除与你的劳动合同, 本通知自发出之时生效。

二、自即日起, 你不得以德云社艺人的名义进行任何行为、开展任何活动, 不得在任何场合表演或使用德云社拥有著作权的相关作品。

三、自即日起, 你不得继续使用在德云社工作期间的艺名。



德云社



22-6-27 20:28 来自 微博 weibo.com

+关注

#### #情况通报#

2022年6月25日5时许, 租住在朝阳区常营某小区三层的陈某(男, 32岁), 酒后在租住地一层电梯口脱光衣服, 乘电梯上楼, 进入五层未锁门的某住户卧室内, 将正在休息的女事主惊醒, 后报警。民警迅速到场将陈某带离审查。

目前, 陈某已被朝阳公安分局依法刑事拘留, 案件正在进一步工作中。

# 情况通报

朝阳公安

#### 情况说明

就北京德云社文化传播有限公司(“德云社”)原艺人陈某(艺名: 陈霄华)涉嫌擅闯他人住宅事件, 德云社做出如下说明:

一、2022 年 6 月 26 日, 德云社经陈某朋友(非德云社人员)处电话得知陈某于 2022 年 6 月 25 日凌晨酒后擅自闯入他人住宅并被警方带走的情况, 且当时德云社已无法与陈某取得直接联系。26 日下午, 德云社即接到警方协助调查电话(关于核实陈某身份)并积极配合, 进而可基本确定陈某涉嫌擅闯他人住宅。

二、德云社第一时间做出了对陈某的辞退决定, 并于 26 日傍晚即向其发出《辞退通知》(见附件, 电子及书面送达), 要求其不得再以任何德云社艺人的名义进行任何行为、开展任何活动, 不得在任何场合表演或使用德云社拥有著作权的相关作品, 且不得继续使用在德云社工作期间的艺名。

三、德云社对旗下艺人违反法律法规、社会公德、艺人艺德的任何行为绝不姑息, 并对陈某涉嫌擅闯他人住宅而给受害人造成的伤害及影响深表歉意。

四、德云社将继续配合警方的相关协助调查工作, 将以适当方式配合对受害人的安抚工作。同时, 德云社还将进一步对旗下艺人进行艺德宣传教育, 并引导艺人积极创作能够弘扬正气、讴歌时代、传递正能量的作品。

五、德云社再次对该事件的受害人诚恳致歉。

特此说明!



德云社

### 【律师评析】

本次事件引起了媒体的巨大反响，除了因为涉事人员为德云社的演艺人员，剧情比较吸睛外，还有一个比较大的原因就是德云社直接辞退到底是否合法。就这牵涉到劳动争议案件处理中，一直争议比较大的几个问题，劳动者八小时之外的一些言行间接影响到了用人单位，用人单位是否可以解除？用人单位能否以劳动者被扣留属于严重违纪作出解除？用人单位是否可以根据劳动者违反公序良俗解除劳动合同？用人单位的惩戒权边界到底在哪里？

#### 一、用人单位惩戒权的边界在哪里？

在劳动合同关系中，劳动者在工作时间让渡自己的劳动力，用人单位支付其劳动力对价即劳动报酬。据于此，通常认为用人单位对

劳动者的管理应当仅限于工作时间内，而对于工作时间之外的行为，用人单位应当是无权干涉的。

但随着时代的发展信息传播变得十分快捷，尤其是自媒体高度发达的今天，负面新闻一经发布迅速传遍全网。所以一些知名单位的劳动者工作之余存在一些严重失当言行时，受害者、公众或者媒体为了产生传播效果，常常将其工作单位一起“捆绑”发布，这样必然对单位的声誉带来巨大负面影响。就如这次事件，陈某行为虽然发生在工作时间之外，但影响恶劣，使得德云社瞬间被推上舆论的风口浪尖，显然对德云社造成了巨大的负面影响。所以德云社第一时间作出响应，立即对其作出辞退处理。

这样的事件时有发生，前些年奔驰公司外籍高管辱骂中国人以及本次事件发生的同一天一名





快手员工偷拍全裸合租女生等。这些事件都发生在工作时间之外，却都给用人单位造成了巨大的负面影响。用人单位据此作出解除从劳动法的角度来看是否合法呢？

实务中争议确实比较大，有人认为用人单位管得太宽了，用人单位的惩戒权只应当仅限于工作时间，不应当随意扩大，否则可能造成用人单位滥用惩戒权；有人认为尽管发生在工作时间之外，但对用人单位的声誉确实造成了巨大的负面影响，用人单位作出解除情有可原。司法实践中，如果规章制度有明确约定，而且客观上确实对用人单位声誉造成巨大负面影响的，一般会得到裁审部门的认可。如果没有约定，或者影响有限，裁审部门可能认为解除没有法律依据。

## 二、劳动者被拘留是否可以解除？

日常生活中，还有的劳动者因为自身的某些违法行为被拘留导致无法出勤，这种情况下能否认定为旷工，进而作出解除呢？实务中争议也比较大，有观点认为劳动者不能出勤系非本人主观原因所导致，所以不属于旷工，用人单位以旷工解除违法。另有的观点却认为，无论是行政拘留还是刑事拘留均因劳动者自身违法行为所致，所以无法出勤是劳动者自身违法原因导致，仍然应当属于旷工。

一般而言，如果用人单位的规章制度明确界定因为被拘留超过3天以上属于严重违纪，用人单位据此解除一般会得到裁审部门的认可。

本次事件中，由于解除发生在刑事拘留之前，所以即使规章制度也规定不能适用。



### 三、规章制度没有相关规定时，用人单位是否不得解除？

劳动者工作时间之外的行为，对用人单位声誉造成了巨大负面影响，而规章制度不可能事无巨细对所有情形作出规定，如果未对相关情形作出规定，是否意味着用人单位不得作出解除呢？

作为劳动者除了要遵守用人单位规章制度，还应当遵守职业道德、诚实信用、公序良俗，言行符合社会主义核心价值观。所以劳动者的行为如果违反了以上原则时，用人单位仍然有权解除。

本次事件中，陈某的行为不仅是违法的，而且也是有违艺德、公序良俗。因此，笔者认为德云社的辞退从劳动法的角度来说具有一定的合法性、合理性。



#### 谢亦团 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方劳动法律服务部主任

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会

委员

上海市徐汇区公共法律服务中心

值班律师

上海市普陀区人民法院特邀调解员

上海市闵行区职工维权志愿团成员

业务领域：劳动法、合同法

联系方式：13585507739



## 事业在编人员聘用合同期满终止，为何不能获得经济补偿金？

作者：李华平

### 案例简介

2018年7月15日，汪老师（非上海户籍）与上海某公立学校（事业单位）签订了期限自2018年8月1日至2021年7月31日为期3年的《聘用合同》，担任学校信息技术教师，职称为二级教师，通过人才居住证相应政策取得事业编制。

2021年3月25日，学校向汪老师发送《关于聘用合同期满不再续聘的通知》，告知聘用合同期满后学校不再与其续聘的决定，汪老师予以签收。2021年6月底，学校向教育主管部门报告并得到批准。

7月31日，学校为汪老师办理了《上海市事业单位解除（终止）聘用关系证明》，依法终止了双方的聘用关系。汪老师对学校终止其聘用合同没有异议，但要求学校需按照《劳动合同法》的规定支付终止聘用合同的经济补偿金，金额为3个月工资。学校则表示，汪老师是事业编制人员，聘用合同期满的，学校无需向其支付经济补偿金。为此，双方发生争议。

请问：汪老师向学校主张终止聘用合同的经济补偿金，能否得到支持？

### 律师评析

这是事业单位与在编人员在聘用合同期满终止时最容易出现的争议，问题还是出在法律适用上。

### 一、事业单位与在编人员建立的是聘用关系，而非劳动关系

事业单位是指国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。按照社会功能，事业单位划分为承担行政职能、从事生产经营活动和从事公益服务三个类别。

事业单位由各级编制部门根据其服务职能、规模大小进行批准核定，并确定相应的编制人数，登记管理机关予以发放《事业单位法人证书》。纳入事业单位核定编制范围内的人员，简称为事业在编人员。事业单位与在编人员订立聘用合同，建立聘用关系，而非劳动关系；因履行聘用合同、解除人事关系发生的争议为人事争议，而非劳动争议。

需要指出的是，法院在审理事

事业单位人事争议案件中，程序运用《劳动法》的相关规定，实体处理应当适用人事方面的法律规定，但涉及事业单位工作人员劳动权利的内容在人事法律中没有规定的，适用《劳动法》的有关规定。

### 二、对《劳动合同法》第二条、第九十六条的理解与适用

《劳动合同法》第二条规定，中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。注意，对于事业单位与其建立劳动关系的劳动者，依照《劳动合同法》执行，但是对于事业单位与其建立聘用关系的劳动者，并非是当然适用



《劳动合同法》。简言之，事业单位与在编人员建立聘用关系，与非在编人员建立劳动关系。

《劳动合同法》第九十六条规定，事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行。针对“国务院另有规定的”情形，原人事部办公厅《对江西省人事厅情况反映的答复意见函》(国人厅函[2007]153号)明确：“《国务院办公厅转发人事部〈关于在事业单位试行人员聘用制度意见〉的通知》(国办发[2002]35号)是规范事业单位人员聘用合同的国务院办公厅文件，属于《中华人民共和国劳动合同法》第九十六条中‘国务院另有规定’的范围，有关事业单位人员聘用合同的订立、履行、变更、解除或者终止

应当适用该文件的规定”。

也就是说，事业单位和在编人员之间的聘用关系，适用的法律法规为《国务院办公厅转发人事部〈关于在事业单位试行人员聘用制度意见〉的通知》(国办发[2002]35号)，以及国务院《事业单位人事管理条例》(国务院令 第652号)。上海有关事业单位聘用合同的地方行政法规政策有《上海市事业单位聘用合同办法》(沪府发[2003]4号)和《上海市事业单位聘用合同管理办法》(沪人社规[2018]33号)。

三、聘用合同期满终止，事业单位无需支付经济补偿金

《劳动合同法》第四十六条第五项规定，除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的，用人单

位应当向劳动者支付经济补偿。

《劳动合同法》第四十四条第一项就是劳动合同期满终止。而对于聘用合同终止是否需要支付经济补偿金，则需要按照事业单位聘用合同相关法律法规规定执行，并不能直接适用《劳动合同法》。

《国务院办公厅转发人事部〈关于在事业单位试行人员聘用制度意见〉的通知》（国办发〔2002〕35号）、《上海市事业单位聘用合同办法》（沪府发〔2003〕4号）、《上海市事业单位聘用合同管理办法》（沪人社规〔2018〕33号）中规定的支付经济补偿金的法定情形中均不包括聘用合同终止情形，因此事业单位与在编人员终止聘用合同，无需支付经济补偿金。在本案中，汪老师的请求事项，没有法律依据，难以支持。



李华平 律师

上海七方律师事务所 首席合伙人

上海市徐汇区人民政府法律顾问

上海市总工会法律顾问团成员

上海律协劳动与社会保障

业务研究委员会 副主任

全国律协劳动与社会保障法

专业委员会 委员

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

业务领域：劳动法、企业法律顾问、

法律培训

联系方式：13917749521



## 劳动合同到期顺延的十大情形

作者：马怡坤

劳动合同的延续可以分为依约续延和法定顺延，依约续延一般指用人单位与劳动者双方协商达成一致，延长劳动合同期限；法定顺延指法律法规为保护特定劳动者权益而对劳动合同终止做出的限制性规定，劳动合同期限在法定情形达成后方可终止。法定顺延不因劳动合同双方意志而改变，用人单位擅自终止劳动合同的，需要承担相应法律责任。下面就列举劳动合同到期法定顺延的十种情形，并作简单分析

### 一、从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的

我国《劳动合同法》、《职业病防治法》对用人单位组织劳动者进行健康体检的义务作出了明确规定，用人单位应当为从事接触职业病危害的作业的劳动者安排离岗时的职业健康检查。从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的，用人单位不得到期终止劳动合同，应当将劳动合同顺延至职业健康检查完毕或至医学观察期结束。若劳动者存在职业病情形的，参照下文工伤的处理办法。

### 二、停工留薪期期内或者劳动能力鉴定结束尚未作出前的

上海市劳动和社会保障局、上海市医疗保险局关于实施《上海市工伤保险实施办法》若干问题的通知第二十四条规定：工伤人员在停

工留薪期内或者劳动能力鉴定结论尚未作出前，用人单位不得与其解除或者终止劳动关系。工伤人员因工作原因受到伤害，经认定构成工伤，并处于受伤接受医疗阶段，

该工伤对劳动者影响的程度尚不清楚，为了保障工伤人员获得充分的治疗及享受相关工伤待遇，法律规定用人单位不得擅自终止其劳动合同。

### 三、在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失 或者部分丧失劳动能力的

《上海市工伤保险实施办法》规定：工伤人员因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，保留劳动关系，退出工作岗位。在此期间，劳动合同到期的，用人单位不得终止劳动合同。工伤人员因工致残被鉴

定为五级、六级伤残的，仅在工伤人员本人提出终止劳动关系时，用人单位方可终止劳动合同。工伤人员因工致残被鉴定为七级至十级伤残的，用人单位终止劳动合同不受影响。

### 四、患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的

医疗期是劳动者因伤病停止工作，接受治疗的期间，用人单位在此期间不能以劳动合同期满终止劳动合同的，需将劳动合同续延至相应的情形消失时终止。上海地区，医疗期以劳动者在“本用人单

位的工龄”进行计算的。劳动者在本单位工作第1年，医疗期为3个月；以后工作每满1年，医疗期增加1个月，但不超过24个月。对某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在24个月内尚





不能痊愈的，经企业和劳动者主管部门批准，可以适用延长医疗期。

上海地区，对于上述三类疾病直接适用 24 个月医疗期

### 五、女职工在孕期、产期、哺乳期的

根据《劳动合同法》第四十五条规定，劳动合同期满，女职工在孕期、产期、哺乳期的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终

止。如果用人单位强行终止劳动合同，则属违法终止，女职工可要求继续履行劳动合同或要求用人单位支付赔偿金。

### 六、在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的

用人单位老职工对企业的贡献较大，但临近退休再就业能力较低，为维持劳动关系稳定，故法律规定劳动者在本单位连续工作满

十五年，且距法定退休年龄不足五年的，用人单位只能顺延劳动合同期限至劳动者达到退休年龄，为其办理退休手续，终止劳动关系。

### 七、劳动合同期满，服务期尚未到期的

《劳动合同法实施条例》第十条规定：劳动合同期满，但是用人单位与劳动者依照劳动合同法第二十二条的规定约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其

约定。用人单位提供专项费用并对劳动者进行专业技术培训，目的在于确保劳动者经培训后能够在相对较长时间内为用人单位提供更有价值的劳动，故《劳动合同法》第二十二条、《劳动合同法实施条

例》第十七条允许用人单位在劳动合同期满情况下对劳动者离职进行限制。但是否续延劳动合同至服务期届满是用人单位的权利而非义务，若用人单位无需劳动者继续履行服务期约定，劳动合同当然可以到期终止。

### 八、工会主席、副主席或者委员任职期间劳动合同期满的

《工会法》第十九条的规定：基层工会专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其劳动合同期限自动延长，延长期限相当于其任职期间；非专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其尚未履行的劳动合同期限短于任期的，劳动合同期限自动延长至任期期满。但是，任职期间个人严重过失或者达到法定退休年龄的除外

### 九、职工协商代表在任期内，劳动合同期满的

《集体合同规定》第二十八条规定：职工一方协商代表在其履行协商代表职责期间劳动合同期满的，劳动合同期限自动延长至完成履行协商代表职责之时。

### 十、疫情期间，被采取隔离措施或者采取其他紧急措施

#### 导致不能提供正常劳动的劳动者，劳动合同到期的

上海市人力资源和社会保障局发布《关于进一步维护当前劳动关系和谐稳定的工作指引》（五）劳动合同终止问题。对依法实行隔离治疗或者医学观察的新冠肺炎患者、无症状感染者、密切接触者



以及因政府实施隔离措施或者采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的劳动者，劳动合同到期的，分别顺延至劳动者隔离治疗

期、医学观察期、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束，需要停工继续治疗的除外。

### 结语

法定顺延情形是法律强制性规定，该期间内双方仍遵循原劳动合同约定继续履行至相应的情形消失时止，无需双方当事人另行协商，也不需要通过续签书面劳动合同予以确认。“未签劳动合同双倍工资”是对用人单位违反劳动合同法规定不与劳动者签订劳动合同的惩罚性赔偿。而法定顺延期间，用人单位并不存在不签劳动合同的故意，故无需承担不订立劳动合同“双倍工资”的法律责任。



马怡坤 律师

上海七方律师事务所 律师

七方劳动法律服务部 律师

上海市普陀区总工会

“朱雪芹职工法援工作室”

值班律师

上海市普陀区总工会

“八五”普法讲师团成员

上海市创优中小企业人才服务中心

特聘讲师

业务方向：劳动法、企业合规

联系方式：18202162796



## 小额诉讼程序中设计劳动争议案件的七个问题！

作者：王余婷

2021年新修订的《民事诉讼法》第165条对小额诉讼程序适用的情形进行了规定，上海作为最高人民法院授权开展民事诉讼程序繁简分流改革试点的20个城市之一，在2022年7月2日，上海高院发布了《上海市高级人民法院关于小额诉讼审判工作的实施细则》（以下简称“实施细则”）共29条，该实施细则于2022年6月30日起施行。

近期，我们劳动法团队经用人单位委托，代理了一起劳动争议案件，劳动者索要绩效工资的金额不足一千元。该案件就适用了“小额诉讼程序”进行审理，一审法院在2022年7月下旬对该案件作出判决，用人单位无需向劳动者支付绩效工资，并明确该案件为“终审判决。”

适用“小额诉讼程序”进行审理，意味着一审就为终审，劳动者不能再提起上诉。就劳动案件而言，一般情况下是实行“一裁二审”的，但如出现“一裁终局”或“小额诉讼程序”时，则有所不同，需特别注



意。本文结合实施细则的相关内容，与大家介绍“小额诉讼程序”在劳动案件中适用的相关问题，供大家参考：

### 问题 1：劳动案件何种情况下适用小额诉讼程序？

**答：**法定情形：根据《实施细则》第 2 条规定：“对于事实清楚、权利义务关系明确、争议不大且争议标的额为上海市上年度就业人员年平均工资百分之五十以下的简单金钱给付民事案件，适用小额诉讼程序审理。”这是法定适用小额诉讼程序的情形，无需当事人的同意，适用小额诉讼程序审理的，实行一审终审。

约定情形：根据《实施细则》第 3 条规定：“诉讼标的额超过上海市上年度就业人员年平均工资百分之五十但在二倍以下的简单金钱给付民事案件，双方当事人约定适用小额诉讼程序的，适用小额诉讼程序审理。”此条款明确对于诉讼标的额在一定范围内的，当事人可以约定适用小额诉讼程序。

我们知道劳动争议案件的管辖，是由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖，即便约定由其他地区的劳动人事争议仲裁委员会管辖的，这样的约定也是无效的。对于劳动争议案件是否适用《实施细则》第 3 条规定的约定适用小额诉讼程序，在《实施细则》中并未排除，笔者认为应适用于劳动争议案件。

### 问题 2：当事人变更劳动争议案件的诉讼标的，是否还继续适用小额诉讼程序？

**答：**劳动案件必须经过劳动仲裁的前置程序，在劳动仲裁阶段仲裁请求就固定了，在法院一审阶段，劳动案件变更诉讼标的的几率

小，特别是增加诉讼标的。对于普通民事案件，在答辩期内，原告可向法院递交变更申请，将诉讼标的额进行变更。对劳动案件而言，如经法院审理，并经对方当事人同意将部分诉讼请求的标的额增加的，是否还会继续适用小额诉讼程序审理呢？

根据《实施细则》第4条规定：“当事人在小额诉讼案件审理过程中变更诉讼请求，如仅是针对诉讼标的额变更，变更后的标的额超过上海市上年度就业人员年平均

工资百分之五十但在二倍以下的，人民法院应向双方当事人释明是否同意继续适用小额诉讼程序审理。当事人均没有异议的，人民法院应制作笔录，双方当事人签字确认后继续适用小额诉讼程序审理。”即如变更后的诉讼标的额在“约定情形”的金额范围内，法院应当征求当事人的意见，如双方当事人均同意适用小额诉讼程序审理的，才可适用小额诉讼程度进行审理。

### 问题3：确认劳动关系的案件是否适用小额诉讼程序？

**答：**劳动关系除具有财产属性外，其还具备人身属性。对劳动者提起诉讼，要求确认与用人单位之间存在劳动关系的案件，此案件属确认之诉，涉及到人身属性。根据《实施细则》第2条规定适用小额

诉讼程序的前提条件是“简单金钱给付的民事案件”，显然确认劳动关系的案件不属该范畴，对此，《实施细则》第5条第1项的规定，人身关系、财产确权案件的案件不适用小额诉讼程序。



### 问题 4：涉港澳台或外籍劳动者的劳动案件是否适用小额诉讼程序？

**答：**2018 年 8 月 3 日，国务院发布《关于取消一批行政许可等项目的决定》（国发〔2018〕28 号），决定取消 11 项行政许可等项，其中就包含取消台港澳人员在内地就业许可事项，也就意味着港澳台人员在大陆就业的，无需再办理就业证，但对于外籍劳动者而言，仍需办理《就业许可证》，才属合法的用工。

那如港澳台或外籍劳动者与用人单位之间发生劳动争议的，是否适用小额诉讼程序呢？根据《实施细则》第 5 条第 2 项的规定，因涉外、涉港澳台案件，此类案件也是不适用小额诉讼程序审理。因而，无论是港澳台员工还是外籍员工与用人单位之间发生的劳动争议均不适用小额诉讼程序审理。

### 问题 5：对按小额诉讼程序进行审理有异议的，应如何救济？

**答：**劳动者或用人单位对法院将劳动争议案件按照小额诉讼程序进行审理存有异议的，根据《实施细则》第 10 条规定，当事人可向人民法院提起管辖权异议，人民法院应对此进行审理，并作出相应的裁定。裁定一经作出即生效。异议不成立的，继续按小额诉讼程序进行审理，如异议成立的，则转换程序，变为简易程序或普通程序进行审理。

### 问题 6：适用小额诉讼程序审理的案件审限为多少时间？

**答：**《实施细则》第 19 条规定：“适用小额诉讼程序审理民事案件，应在立案之日起两个月内审结。有特殊情况需要延长的，经分管院长批准，可延长一个月。”也就是说小额诉讼程序的审限最长

为三个月，起算时间从立案之日起 开始计算。

### 问题 7: 对经小额诉讼程序审理的劳动案件一审判决不服, 应如何救济?

**答:** 经小额诉讼程序审理的劳动争议案件实行“一审终审”，即不能向再向中院提起二审，如对该一审判决结果不服的，劳动者或用人单位应如何进行救济呢？根据《实施

细则》第 27 条规定，当事人可以按照民事诉讼法、民事诉讼法相关司法解释关于审判监督程序的规定，向原审人民法院申请再审。

对适用小额诉讼程序审理的劳动争议案件，无论劳动者还是用人单位都需特别注意，要提高警惕，尤其在证据方面需特别重视，因实行“一审终审”，在法院一审阶段的举证是非常关键的，莫错过最佳时机！



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

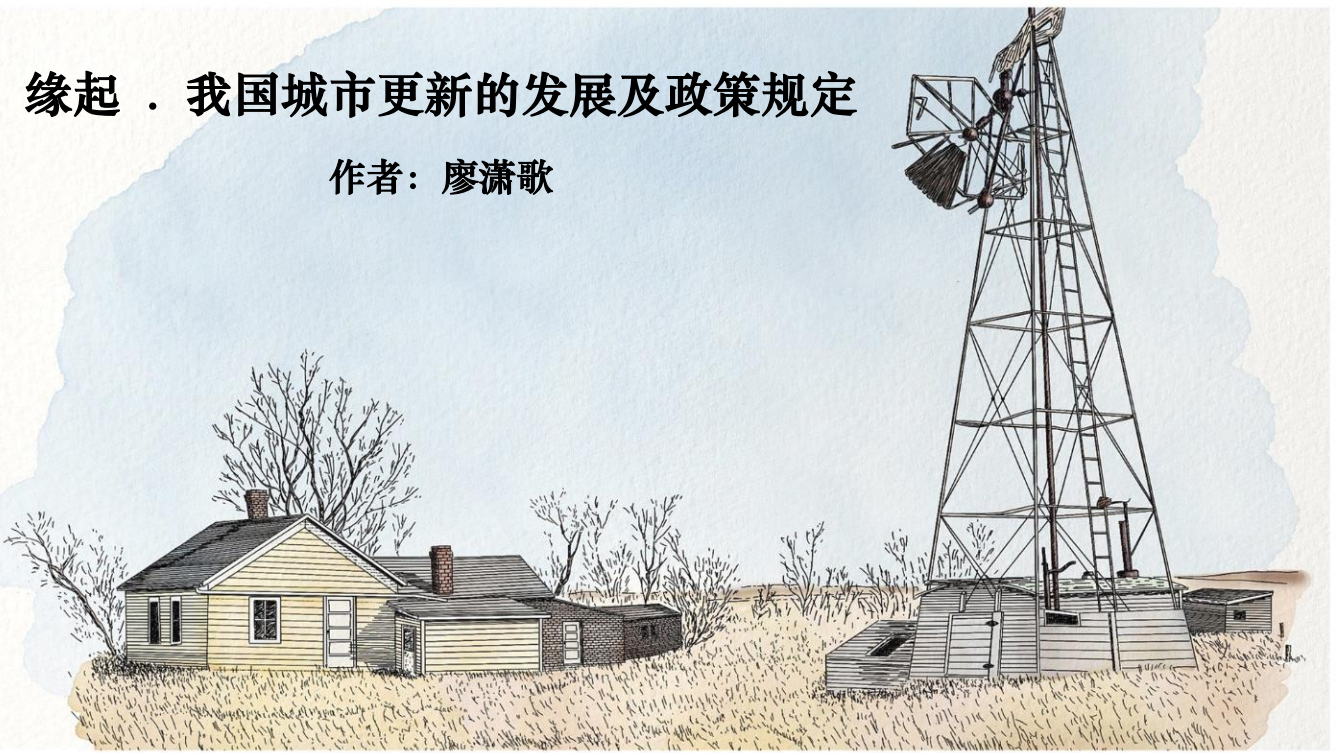
业务方向：劳动法、企业法律顾问

联系电话：13641834607



## 缘起 . 我国城市更新的发展及政策规定

作者：廖潇歌



城市是一个大型的人类聚居地。自人类形成规模化的城市聚居生活形态以来，城市形态的变更就已经发生。城市更新活动是城市发展过程中必然经历的，其内容主要包括土地资源的充分利用、居住环境的提升改造、配套基础设施的完善、城市产业升级等。

笔者将围绕城市更新的政策与定义、城市更新的类型与模式、城市更新的主要流程、城市更新的上海实践等方面分四期进行解析，以期与读者共同探讨、交流。

本文为本系列的第一期。

## 一、城市更新的发展阶段

主流观点普遍认为，我国城市更新经历了以下六个阶段。

第一个阶段是新中国成立初期至 1977 年，主要是发展生产。

1948 年末，我国城市共有 58 个，随着解放战争的胜利，大批县城改设为城市。1949 年末，全国城市共有 132 个，其中，地级以上城市 65 个，县级市 67 个。

第二个阶段是改革开放以来至 2000 年，主要是城市扩张期。

改革开放前，我国城市发展过程整体比较曲折，小城市和小城镇发展迟缓。1978 年末，全国城市共有 193 个，其中，地级以上城市 101 个，县级市 92 个。改革开放后，我国城镇化建设加速，城市数量迅速增加。

第三个阶段是 2001 年至 2008 年，现代意义的城市更新初现雏形。

2004 年的国土资源部令(第 11 号)之后，旧改模式变更，实行净地出让招拍挂新模式，旧区拆除和安置工作由政府机构来负责。

2007 年《物权法》，更加规范了城市更新中的拆迁工作。

第四个阶段是 2009 年至 2014 年，城市更新改造由大规模改造向微改造转变。

第五个阶段为 2015 年至 2016 年，城市更新制度和政策的制定，各地城市更新专门机构的成立。

第六个阶段是 2017 年至今，城市的高质量发展成为城市更新的内涵。

2020 年末，我国城市个数已达到 684 个，其中地级以上城市 297 个，县级市 387 个，常住人口城镇化率达 63.89%，城市建成区面积达 6.1 万平方公里。

## 二、城市更新政策梳理

我国城市更新直接的法律、法规仅限原则性规定，主要体现在：

1. 《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）规定，国家实行土地用途管制制度。将土地分为农用地、建设用地和未利用地。2019年8月26日修订后的《土地管理法》第56条规定在城市规划区内改变土地用途的，在报批前，应当先经有关城市规划行政主

管部门同意。2. 《中华人民共和国城乡规划法》第31条关于旧城区改造的原则性规定；3. 《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条关于危房及旧城区改造的征收规定。

自2019年12月中央经济工作会议首次强调“城市更新”概念起，我国进入了城市更新的快速发展期，相关政策陆续出台。

### （一）中央层面

时间	机构	政策文件（会议）	重点内容
2020.10		《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》	明确提出实施城市更新行动，城市更新首次被写入国民经济和社会发展五年规划。
2021.03		《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》	<p>加快转变城市发展方式，统筹城市规划建设管理，实施城市更新行动，推动城市空间结构优化和品质提升。</p> <p>加快推进城市更新，改造提升老旧小区、老旧厂区、老旧街区和城中村等存量片区功能，推进老旧楼宇改造，积极扩建新建停车场、充电桩。</p>
2021.04	发改委	《2021年新型城镇化和城乡融合发展重点任务》  （发改规划〔2021〕493号）	实施城市更新行动。在老城区推进以老旧小区、老旧厂区、老旧街区、城中村等“三区一村”改造为主要内容的城市更新行动。加快推进老旧小区改造，2021年新开工改造5.3万个，有条件的可同步开展建筑节能改造。在城市群、都市圈和大城市等经济发展优势地区，探索老旧厂区和大型老旧街区改





			造。因地制宜将一批城中村改造为城市社区或其他空间。（住房城乡建设部、发展改革委、自然资源部、商务部、卫生健康委等负责）
2021.05	住房和城乡建设部办公厅	《城镇老旧小区改造可复制政策机制清单（第三批）》（建办城函〔2021〕203号）	<ol style="list-style-type: none"> <li>总结了各地在动员居民参与、改造项目生成、金融支持、市场力量参与等7个方面的可复制政策机制。</li> <li>金融支持方面涵盖培育规模化实施运营主体、编制一体化项目实施方案、探索创新融资模式、创新金融产品和服务、金融机构建立协同工作机制5项举措。</li> </ol>
2021.08	住房和城乡建设部	《关于在实施城市更新行动中防止大拆大建问题的通知》（建科〔2021〕63号）	<ol style="list-style-type: none"> <li>严格控制大规模拆除。除违法建筑和经专业机构鉴定为危房且无修缮保留价值的建筑外，不大规模、成片集中拆除现状建筑，原则上城市更新单元（片区）或项目内拆除建筑面积不应大于现状总建筑面积的20%。</li> <li>严格控制大规模增建。除增建必要的公共服务设施外，不大规模新增老城区建设规模，不突破原有密度强度，不增加资源环境承载压力，原则上城市更新单元或项目内拆建比不应大于2。</li> <li>严格控制大规模搬迁。不大规模、强制性搬迁居民，不改变社会结构，不割断人、地和文化的关系。要尊重居民安置意愿，鼓励以就地、就近安置为主，改善居住条件，保持邻里关系和社会结构，城市更新单元（片区）或项目居民就地、就近安置率不宜低于50%。</li> <li>确保住房租赁市场供需平稳。注重稳步实施城中村改造，完善公共服务和基础设施，改善公共环境，消除安全隐患，同步做好保障性租赁住房建设，统筹解决新市民、低收入困难群众等重点群体租赁住房问题，城市住房租金年度涨幅不超过5%。</li> </ol>
2021.09		中国城市规划年会	<ol style="list-style-type: none"> <li>住房和城乡建设部将组织开展城市更新试点，推出示范项目，总结可复制推广的经验做法。</li> <li>会同相关部门，针对城市更新难点问题，探索完善适用于城市存量更新的土地、规划、金融、财税等政策体系。</li> </ol>





2021.11	住房和城乡建设部办公厅	《关于开展第一批城市更新试点工作的通知》（建科〔2021〕63号）	1. 探索城市更新统筹谋划机制。鼓励出台地方性法规、规章等，为城市更新提供法治保障。 2. 探索城市更新可持续模式。探索建立政府引导、市场运作、公众参与的可持续实施模式。 3. 探索建立城市更新配套制度政策。创新土地、规划、建设、园林绿化、消防、不动产、产业、财税、金融等相关配套政策。
2021.11	住房和城乡建设部办公厅	《城镇老旧小区改造可复制政策机制清单（第四批）》（建办城函〔2021〕472号）	总结各地经验，为解决老旧小区改造计划不科学、统筹协调不够、建立长效管理机制难等问题提供参考。
2021.12	住房和城乡建设部	《关于政协第十三届全国委员会第四次会议第0983号（城乡建设类021号）提案答复的函》	正牵头制定指导各地实施城市更新行动的政策文件，从国家战略高度加强城市更新顶层设计。
2021.12	住房和城乡建设部	住房和城乡建设部召开城镇住房和城市更新试点工作视频会	视频会上，北京、重庆、南京、成都、呼和浩特、长沙、烟台、铜陵等8市政府负责同志介绍了试点工作打算和实施方案。
2022.02	国新办	国新办举行推动住房和城乡建设高质量发展发布会	四是稳步实施城市更新行动。实施城市体检评估机制，在59个样本城市开展城市体检。制定“城市营建要则”，加强城市建设底线管控，防止在城市更新中大拆大建。督促各地从广州市大规模迁移砍伐树木等事件中深刻汲取教训，坚决杜绝破坏性“建设”行为。建立国家历史文化名城保护评估制度，加快划定历史文化街区、确定历史建筑。统筹防洪和排涝，推进城市排水防涝设施建设。地级及以上城市开展垃圾分类的小区覆盖率达到74%。一批新型城市基础设施建设项目落地见效。推进国家、省、市三级城市运行管理服务平台建设。
2022.03	国务院	政府工作报告	有序推进城市更新，加强市政设施和防灾减灾能力建设，开展老旧建筑和设施安全隐患排查整治，再开工改造一批城镇老旧小区，支持加装电梯等设施，推进无障碍环境建设和公共设施适老化改造。

## (二) 地方层面

### 1、一线城市

城市	时间	文件名称	重点内容
北京	2021.08	《北京市城市更新行动计划（2021-2025年）》	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 北京城市更新要紧扣新版总规和发展实际，聚焦城市建成区存量空间资源提质增效，不搞大拆大建，推动六类城市更新项目的发展，建立起良性的城市自我更新机制。</li> <li>2. 六类城市更新项目分别为：首都功能核心区平房（院落）申请式退租和保护性修缮、恢复性修建，老旧小区改造，危旧楼房改建和简易楼腾退改造，老旧楼宇与传统商圈改造升级，低效产业园区“腾笼换鸟”和老旧厂房更新改造，城镇棚户区改造。</li> </ol>
北京	2022.07	《北京市城市更新条例（草案）》  征求意见稿	明确北京市城市更新 5 大类、12 项更新内容，在强化规划土地保障、加大更新政策支持力度方面颇具亮点。
上海	2021.08	《上海市城市更新条例》	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 建立区域更新统筹机制，由更新统筹主体负责推动达成区域更新意愿、整合市场资源、编制区域更新方案，统筹、推进更新项目实施。</li> <li>2. 根据区域情况和更新需求，政府可以赋予更新统筹主体参与规划编制、实施土地前期准备、统筹整体利益等职能。</li> <li>3. 本市建立更新统筹主体遴选机制。市、区政府通过公开、公平、公正的遴选，确定与城市更新活动相适应的市场主体作为更新统筹主体。</li> </ol>
广州	2022.03	《关于在深化城市更新工作推进高质量发展中加强年度实施计划管理的指导意见》	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 坚持“补短板、惠民生、强弱项”。</li> <li>2. 坚持维护土地市场稳定。</li> <li>3. 坚持保障房地产市场健康发展。</li> <li>4. 坚持支持重大战略平台建设。</li> </ol>

深圳	2020.12	《深圳经济特区城市更新条例》	当已签订搬迁安置协议的合法产权比例不低于 95%且符合房屋征收相关规定的，市、区政府可以对未签约部分房屋实施个别征收。
----	---------	----------------	---

## 2、其他省、市

省、市	时间	文件名称	重点内容
江苏省	2020.12	《关于全面推进城镇老旧小区改造工作的实施意见》	注重科学谋划，把握改造重点 凝聚各方力量，鼓励多方投入 强化改革创新，加大政策支持 完善治理机制，强化长效管理
浙江省	2020.12	《关于全面推进城镇老旧小区改造工作的实施意见》	重点改造 2000 年底前建成的城镇老旧小区。 城镇老旧小区改造分为综合整治和拆改结合两种类型。
珠海	2021.06	《珠海经济特区城市更新管理办法》	新发布的《管理办法》删除了与相关规定和实际工作推进要求不适用或重复性的条款，完善了实施主体选择方式和项目全过程监管制度，并补充了实际工作中需要给予支持的措施。
重庆	2021.06	《重庆市城市更新管理办法》	城市更新主要包括完善生活功能、补齐公共设施短板，完善产业功能、打造就业创新载体，完善生态功能、保护修复绿地绿廊绿道、完善人文功能、积淀文化元素魅力，完善安全功能、增强防灾减灾能力。将对城市更新项目提供政策支持。
贵州	2021.07	《贵州省城市更新行动实施方案（送审稿）》	1. 发布关于向社会公开征求《贵州省城市更新行动实施方案（送审稿）》意见的通知。 2. 到 2022 年，县城及以上城市完善城市更新政策体系和工作机制，形成城市更新项目库，建成一批城市更新示范项目。 3. 到 2025 年，存量棚户区（城中村）改造任务消化完毕，完成城镇老旧小区背街小巷改造。



成都	2021.07	《成都市公园城市有机更新导则》	从“保护历史文化、优化功能业态、完善公服设施、美化城市环境、强化安全韧性”五个方面提出了目标与指引。并在此基础上，提出了具体更新路径和方法。
内蒙古	2021.09	《内蒙古自治区人民政府办公厅关于实施城市更新行动的指导意见》	加大资金支持。积极争取中央补助资金，调整优化财政支出结构，加大城市更新项目投入。统筹自治区专项资金，引导财政性补助资金向城市更新项目倾斜。
济南	2021.10	《济南市城市更新专项规划（征求意见稿）》	1. 规划期限为 2021-2035 年 2. 构建“历史城区”“二环以内”“中心城区”“市域范围内其他建成区”四大更新圈层。
西安	2021.11	《西安市城市更新办法》	从城市更新的职责要求、城市更新规划、城市更新实施计划、城市更新项目管理等多方面做出了明确规定。
沈阳	2021.12	《城市更新管理办法》	1. 零星土地可改造成口袋公园、环卫设施； 2. 鼓励存量资源发展文创、养老等产业； 3. 增加公共服务功能可获 20%容积率奖励； 4. 建立城市更新及发展基金。
合肥	2022.02	《合肥市城市更新工作暂行办法》	从四方面关注城市内涵发展、强调以人为本、重视人居环境的改善和城市活力的提升： 1. 坚持“留改拆”并举，科学确定城市更新内容； 2. 设立专门机构，统筹协调城市更新工作； 3. 汇聚专家力量，凸显城市更新决策专业性； 4. 夯实政策保障，逐步完善城市更新的治理制度。
辽宁省	2022.02	《辽宁省城市更新条例》	1. 城市更新应遵循“规划引领、统筹推进，政府推动、市场运作，民生优先、节约集约，数字赋能、绿色低碳，公众参与、共建共享”的原则，优化城市更新体制机制； 2. 促进完善城市功能，改善人居环境。将城市建设重点转向以提升城市品质为主的存量提质改造。



南京市	2022.04	《南京市城市更新试点实施方案》	共有 13 个试点项目，分为四部分，其内容涵盖居住类地段更新、生产类建筑改造、公共类空间提升、综合类片区更新。
-----	---------	-----------------	---

2020 年以来，各地基于前期实践，因地制宜构建城市更新政策体系。其中，上海、深圳、辽宁省分别颁布《上海市城市更新条例》、《深圳经济特区城市更新条例》、《辽宁省城市更新条例》，在效力层面上，是截至目前关于城市更新的最高级别的三部地方性法规。而就在 7 月 27 日，北京市十五届人大常委会四十一次会议首次审议《北京市城市更新条例（草案）》。广州、珠海、重庆、西安等地以政府规章形式分别颁布城市更新（管理）办法。江苏、浙江等地则以地方规范性文件等形式颁布各自适用的城市更新相关政策规定。

### 三、城市更新试点情况

序号	所属区域	省/直辖市	地级市
1	华北地区	北京市	北京市
2		河北省	唐山市
3		内蒙古	呼和浩特市
4	东北地区	辽宁省	沈阳市
5	华中地区	湖北省	黄石市
6		湖南省	长沙市
7	西南地区	重庆市	渝中区
8			九龙坡区
9		四川省	成都市
10	西北地区	陕西省	西安市
11		宁夏回族自治区	银川市
12	华东地区	江苏省	南京市
13			苏州市
14		浙江省	宁波市
15		安徽省	滁州市
16			铜陵市
17		江西省	南昌市
18			景德镇市
19		山东省	烟台市
20			潍坊市
21		福建省	厦门市

2021年11月4日，住房和城乡建设部办公厅发布《关于开展第一批城市更新试点工作的通知》，通过结合各地实际，因地制宜探索城市更新的工作机制、实施模式、支持政策、技术方法和管理制度。第一批试点自2021年11月开始，为期2年，涉及21个城市（区）。

从试点城市来看，包括不同发展阶段和特点的城市类型，充分体现了政策希望通过以点带面，形成可复制、可推广的经验做法，引导各地互学互鉴，科学有序实施城市更新行动。从区域上，基本覆盖了东北、华北、华中、西南、西北、华东等各个区域；从城市类型上，既有经济发达的超大城市、省会城市，也有充满潜力、历史文化底蕴丰厚的三四线城市，还有资源枯竭型的工业城市。

由此可见，“城市更新”已成为党中央站在开启全面建设社会主义现代化国家新征程的战略高度，根据城市发展的新阶段、新形势和新要求做出的重大战略决策部署，也是“十四五”以及今后一段时期我国推动城市高质量发展的重要抓手和路径。

#### 四、城市更新的定义

从渊源来看，美国是最早出现城市更新（Urban Renewal）概念的国家，立法则始于1949年的联邦住宅法案。其后美国经历了1960-1970年代的城市更新、1980年代的城市再发展及之后的城市活化等阶段，发展重点由最初以住宅为重点的贫民窟改造，到住宅之外的医院、学校、商业区、公园等公共环境建设。

2009年，深圳市就颁布了《深圳市城市更新办法》，这也是我国最早关于“城市更新”的提法。城市更新的概念目前缺乏在国家层面上的法律、法规具体规定，但是各地政府结合法律、法规的原则性规定，在其本行政区域内进行了城市更新的制度化、规范化和程序化的体系建设与研究，对城市更新的概念作出了具体界定：

序号	政策文件	城市更新定义
----	------	--------



1	《上海市城市更新条例》	本条例所称城市更新，是指在本市建成区内开展持续改善城市空间形态和功能的活动，具体包括：（一）加强基础设施和公共设施建设，提高超大城市服务水平；（二）优化区域功能布局，塑造城市空间新格局；（三）提升整体居住品质，改善城市人居环境；（四）加强历史文化保护，塑造城市特色风貌；（五）市人民政府认定的其他城市更新活动。
2	《深圳经济特区城市更新条例》	本条例所称城市更新，是指对城市建成区内具有下列情形之一的区域，根据本条例规定进行拆除重建或者综合整治的活动。（一）城市基础设施和公共服务设施急需完善；（二）环境恶劣或者存在重大安全隐患；（三）现有土地用途、建筑物使用功能或者资源、能源利用明显不符合经济社会发展要求，影响城市规划实施（四）经市人民政府批准进行城市更新的其他情形。
3	辽宁省城市更新条例	本条例所称城市更新，是指对城市空间形态和功能进行持续改善的建设和管理活动，具体包括： （一）加强基础设施和公共设施建设，提升城市服务功能； （二）调整和完善区域功能布局，优化城市空间格局； （三）提升城市居住品质，改善城市人居环境； （四）加强历史文化保护，塑造城市特色风貌； （五）创新社会治理，增强城市安全韧性； （六）省、市人民政府认定的其他城市更新活动。
4	北京市城市更新条例 （草案）	本条例所称城市更新，是指对本市建成区内城市空间形态和城市功能的持续完善和优化调整，具体包括： （一）以保障老旧平房院落、危旧楼房、老旧小区等房屋安全，提升居住品质为主的居住类城市更新； （二）以推动老旧厂房、低效产业园区、老旧低效楼宇、传统商业设施等存量空间资源提质增效为主的产业类城市更新；

		<p>（三）以更新改造老旧市政基础设施、公共服务设施、公共安全设施，保障安全、补足短板为主的设施类城市更新；</p> <p>（四）以提升绿色空间、滨水空间、慢行系统等环境品质为主的公共空间类城市更新；</p> <p>（五）以统筹存量资源配置，优化功能布局，实现片区可持续发展的区域综合性城市更新；</p> <p>（六）市人民政府确定的其他城市更新活动。</p>
5	《广州市城市更新办法》	本办法所称城市更新是指由政府部门、土地权属人或者其他符合规定的主体，按照“三旧”改造政策、棚户区改造政策、危破旧房改造政策等，在城市更新规划范围内，对低效存量建设用地上进行盘活利用以及对危破旧房进行整治、改善、重建、活化、提升的活动。
6	《成都市人民政府办公厅关于印发成都市城市有机更新实施办法的通知》	本办法所称城市有机更新，是指对建成区城市空间形态和功能进行整治、改善、优化，从而实现房屋使用、市政设施、公建配套等全面完善，产业结构、环境品质、文化传承等全面提升的建设活动。
7	重庆市城市更新管理办法	<p>本办法所称城市更新，是指对我市城市建成区城市空间形态和功能进行整治提升的活动。</p> <p>主城都市区范围内的城市更新工作适用本办法，其他区县（自治县）城市更新工作参照本办法执行。</p>
8	《珠海经济特区城市更新管理办法》	本办法所称城市更新，是指由符合规定的主体，对符合条件的城市更新区域，根据城市相关规划和规定程序，进行整治、改建或者拆建。

从以上可以看出，虽然各地对于城市更新的概念定义不尽相同，但总结得出，城市更新是对于特定城市区域的特定情况进行特定的活动。





自 2021 年城市更新战略升到国家层面开始，城市更新正在以点到面，逐步在全国铺开。全国各地都在积极响应并加强立法与政策完善，截至到 2022 年 3 月 29 日，据不完全统计，全国共有 20 多个省市出台了相应政策。



## 廖潇歌 律师

七方律师事务所 副主任、高级合伙人

徐汇区人大代表

上海市律协社会公共服务业务研究委员会

副主任

市律协对外宣传与联络委员会 委员

徐汇区女律师联谊会副会长、律师界妇联

执委

业务方向：政府法律事务、社区治理、

城市更新

联系方式:13611936047

## 内涵 · 城市更新的类型与模式

作者：廖潇歌

城市是一个大型的人类聚居地。自人类形成规模化的城市聚居生活形态以来，城市形态的变更就已经发生。城市更新活动是城市发展过程中必然经历的，其内容主要包括土地资源的充分利用、居住环境的提升改造、配套基础设施的完善、城市产业升级等。

笔者将围绕城市更新的政策与定义、更新更新的类型与模式、城市更新的主要流程、更新更新的上海实践等方面分四期进行解析，以期与读者共同探讨、交流。本文为本系列的第二期。

上一期，笔者谈及有关城市更新的政策及定义。目前无论是政府文件还是法律文件，都没有对城市更新进行过具体分类。下文从不同视角对城市更新进行分类。

### 一、按规模分类

#### 1. 广义城市更新

广义城市更新是站在城市规划角度的成片旧区改造、旧村改造，这是开发角度的，更类似于上世纪60-70年代美国的大规模城市更新运动(urban renewal)。一般而言，广义城市更新会涉及到规划调整、大拆大建、变更土地和房屋的使用权人等问题。聚焦在上海，广义城市更新是指“旧改”、“城中村”的区域成片开发和再造。

#### 2. 狭义城市更新

狭义城市更新指某一个地块、某几栋建筑物，甚至是某一个企业的某项房屋固定资产的重新焕发生机(urban regenerate)。一般而言，狭义城市更新会涉及到规划调整、变更土地性质、小拆小建等问题。聚焦在上海，狭义城市更新是指受上海市政府《上海城市更新规划土地实施细则》、上海市《关于本市盘活存量工业用地的实施



办法》以及《上海城市更新条例》所调整的规模较小的单元更新、地块调整或者存量用地盘活改造等。

### 3. 城市微更新

城市微更新特指某栋或某几栋建筑的升级改造。一般而言，城

市微更新不涉及规划和土地性质的调整，也不涉及建筑物主体结构的变化，仅对建筑物的用途调整，并进行内部装修和外立面改造，但此类更新却有可能使得原项目产生质的飞跃，从而完成华丽转身。

## 二、按对象分类

### （一）老旧工业区改造

#### 1. “工改工”类城市更新。

即按照政府要求将现有土地性质为普通工业用地（M1）改变为新型产业用地（M0），因此，工改工又称为“工改M0”，将旧工业区拆除重建升级改造为新型产业园，开发产品包括新型产业用房、配套商业、配套公寓等多种物业形态。例如，三星工业区位于深圳市福田区华富街道，彩田路与彩田工业区1号路的交会处东南面，北接长城开发彩田工业园，南临深业上城，紧邻深圳福田CBD和华强北，地块的商业价值明显。2016年万科在激烈竞争下拿下该工改项目，根据深圳市城市更新政策，“工改工”项目除了70%产业用房，开发商可获

准建设30%的配套设施，包括配套公寓、商业等。在此规定下，万科能较高发挥其在房地产开发上的优势，提高项目的利润率。2019年7月三星工业区城市更新方案公示，拟拆除重建面积为129996平方米，拟开发建设用地面积为84480.6平方米，该“工改工”项目完成后，将对该片区产业优化升级产生巨大促进作用，成为高新技术产业的聚集区，促进区域经济的发展。

【说明】M1：对居住和公共设施等方面基本无干扰和污染的工业用地，如电子工业、缝纫工业、工艺品产品制造等。M2：对居住和公共设施等环境有一定干扰和污染的工业用地，如食品工业、医药制



造工业、纺织工业等。**M3**：对公共设施等环境有严重干扰和污染的工业用地，如采掘工业、冶金工业、大中型机械制造工业、化学工业、造纸工业、制革工业、建材工业等。**M0**：主要用于融合研发、创意、设计、中试、检测、无污染生产等新型产业功能及其配套设施的用地。

### 2. “工改商办”类城市更新。

即将城市旧工业厂区改造为商业办公空间模式，强调服务于所处片区的居民，为他们提供商业、娱乐、休闲等生活方式，为片区经济注入活力。例如，上海万科位于城市核心区域的首个城市更新项目——“上生·新所”，围绕“尊重历史、传承城市脉络、新老建筑对话、多样共享共生”的主题进行打造，旨在将其塑造为一个传承历史、激发创新的新地标。目前，“上生·新所”项目的建筑组成包括3处历史建筑、11栋围绕新中国成长史的工业改造建筑和4幢风格鲜明的当代建筑。万科“上生·新所”的改造充分实现了存量资产的越能升级，实现了工业区的良性更

新，以多元化的形式丰富了城市大众的生活。

### 3. “工改文创”类城市更新。

即指利用城市内的工业遗存打造新型文创园区。例如，“8号桥”项目位于上海市黄浦区建国中路8-10号，前身为上海汽车制动厂15000平方米旧厂房，香港时尚生活策划咨询有限公司在2003年通过公开招标获得20年的承包经营权，负责具体开发定位、规划论证、整体包装策划、改建招商和管理工作。通过改建，8号桥成为上海市有名的“上海创意产业集聚区”，入驻企业多为设计公司、影视制作公司、画廊等。

## （二）历史文化街区改造

即在历史建筑基础上，融入更多文化创意以及对建筑保护的新理解，根据不同的建筑风格量身定制其未来的用途，在最大限度保留和延续它们的历史、文化价值的基础上，充分发挥其经济、社会价值。例如，“外滩源”位于黄浦江和苏州河的交汇处，属于外滩历史文化风貌保护区范围，上海新黄浦（集





团) 有限责任公司担任总体开发商, 投资开发圆明园路以东地块, 包括修缮原英国领事馆及领事官邸、新天安堂及教会公寓、划船俱乐部、益丰大楼等 6 幢历史保护保留建筑, 新建公共绿地、地下空间、亲水平台等。上海外滩半岛酒店有限公司投资建造并经营上海半岛酒店。开发商进行历史建筑修缮所获得的红利, 一是有条件的新建, 获得新建建筑的所有权, 二是对于保护建筑内的居民进行了异地安置, 取得了保护建筑的使用权和经营权。

### (三) 城中村改造

是指在城镇建成区或城镇规划区范围内, 集体土地被全部或大部分征用, 原农村居民全部或大部分转为城镇户口, 被城镇建成区包围或基本包围的自然村。

1. “城中村”又分为三种自然形态。

#### (1) 合围态势

城中村项目范围内土地均为集体土地, 并未经过征收。集体经济组织相关房屋也都现存, 只是周

边均为城市化地区, 周边均为国有土地, 形成国有土地对小片集体土地的合围态势。

#### (2) 交叉态势

城中村项目所在位置属于城郊结合部, 项目内土地大多数为集体土地, 个别也存在一些国有土地, 其上建筑物存在国有建设用地上厂房与集体经济组织的农民房混杂的态势。这种形式的“城中村”最为常见。

#### (3) 半程态势

即城中村项目所在位置的农用地、集体建设用地已被征收或者大部分被征收, 但土地上的集体经济组织房屋仍在, 补偿了部分(常见只部分补偿青苗费等)或者未做补偿, 此类项目常见于历史开发项目, 也就是“征而未拆”或“征而未补”。

2. 上海“城中村”改造项目的三种方式进行。

#### (1) 采取土地储备方式。

区政府通过土地储备方式, 对“城中村”地块实施土地征收、补偿安置和必要的基础设施建设。经

营性土地形成“净地”后，公开招  
标、拍卖、挂牌出让，由受让人按  
照规划开发建设。

（2）采取农村集体经济组织  
改造方式。

以农村集体经济组织为改造  
主体，可引入合作单位共同改造开  
发。改造方案在市、区有关部门指  
导下，经村民集体讨论确定后，由  
农村集体经济组织或合作单位自  
筹资金改造开发。

（3）采取公益性项目建设方  
式。

“城中村”地块规划建设为公  
益性项目的，可通过组织实施公益  
性项目建设，对“城中村”地块进  
行改造，以改善和提高区域生态环  
境质量。

上海市行政区划内的集体经  
济自行组织改造的标准“城中村  
”项目，最近一次由嘉定区某镇  
集体经济组织实施，目前已经基本  
完成一级开发，已有二级开发项目  
在上海付诸预售。

### （四）旧区改造

以上海为例，是指坐落于本市  
各行政区划中国有土地上的危棚  
简屋，或已不符合现代城市人居和  
社会管理需要危房集中和基础设  
施落后的成片旧房，并经过市建交  
委、市房管局、市发改委、市规划  
资源局、市财政局、所在区政府  
联合认定的旧区改造项目。上海市  
旧改将根据不同项目情形，分别予  
以“拆、改、留、修”等四种不同  
的处理方式。

（1）拆：是对房屋结构简陋、  
基础设施较差及没有保留价值的  
危旧房进行拆除；

（2）改：是对城市规划予以保  
留、但建筑标准较底的房屋实施成  
套改造和环境整治；（成套改造）

（3）留：是对历史风貌街区、  
优秀历史建筑和花园住宅、新式里  
弄开展保留和保护；

（4）修：对经认定的历史风貌  
街区和优秀历史建筑保护性修缮  
改造。

### 三、按改造力度分类

#### （一）综合整治类

指对更新单元内的基础设施、公共服务配套设施和环境进行更新完善，以及对既有建筑进行节能改造和修缮翻新等，但不改变建筑主体结构和使用功能。城镇老旧小区改造可视为整治类城市更新的一种。又可细分为基础类、完善类、提升类。



#### （二）改建加建类

指以国有土地使用权登记的宗地为单位，在符合国土空间详细规划的前提下，对更新单元内已确



权登记的原有建筑物改变使用功能，变更土地用途，并可在不全部拆除的前提下进行局部拆除或者

加建，一般不改变土地使用权的权利主体和使用期限。

重建类项目流程较复杂，审批机构涉及区、市城市更新管理部门，流

### （三）拆除重建类

程包括更计划立项、专项规划审

指通过对城市更新单元内原有建筑物进行拆除并重新规划建设，可能改变土地使用权的权利主

批、实施主体确认、用地出让等环节。

体、可能变更部分土地性质。拆除

虽然不同城市命名略有不同，但实质相近。

	综合整治类		改建加建类		拆除重建类	
城市	命名	定义	命名	定义	命名	定义
深圳	综合整治类	不改变建筑主体结构和 使用功能，改善消防设施、基础设施、沿街立面等；一般不增加建筑面积。	功能改变类	不改变土地使用权的权利主体和使用期限，保留建筑物原主体结构；改变部分或全部建筑物使用功能。	拆除重建类	可能改变土地使用权的权利主体、可能变更部分土地性质，严格按照城市更新单元规划、城市更新年度计划的规定实施。业主改造意愿需符合两个三分之二条件。
广州	微改造	维持现状建设格局基本不变的前提下，通过建筑局部拆建、建筑物功能置换、保留修缮，以及整治改善、保护、活化，完善基础设施等办法实施的更新方式，主要适用于建成区中对城市整体格局影响不大，但现状用地功能与周边发展存在矛盾、用地效率低、人居环境差的地块。			全面改造类	以拆除重建为主的更新方式
珠海	整治	对更新单元内的基础设施、公共服务配套设施和环境进行更新完善，	改建	对更新单元内已确权登记的原有建筑物改变使用功能，实施土地用途变更，并可在不全部拆除的	拆建	对城市更新单元内原有建筑物进行拆除并重新规划建设。





	类	以及对既有建筑进行节能改造和修缮翻新等，但不改变建筑主体结构和使用功能；一般不加建附属设施。	类	前提下进行局部拆除或者加建，但不改变权利主体和土地剩余使用期限；可增加建筑面积，增加的总建筑面积不得超过原合法建筑面积的百分之三十。	类	
中山	微改造	维持现状建筑物主体结构基本不变，对附着于现状建筑物进行加建、拆建，改变使用功能，整饰修缮、保护活化，完善公益性设施等改造活动。	局部改造	是指在宗地范围内，保留符合规划、建筑规范和安全标准的建筑物为前提，另行加建、改扩建等改造活动。	全面改造类	是指以拆除重建方式进行再开发，或实施生态修复、土地复垦等改造活动。

#### 四、按实施主体分类

从城市更新实施主体角度，大致可以分为政府主导实施模式、市场主导实施模式、合作实施模式。

（一）政府主导（含当地国有企业）模式

上海的城市更新模式以“政府主导、国企实施”为主。2021年8

月的《上海市城市更新条例》，上海城市坚持“留改拆”并举、以保留保护为主，遵循规划引领、统筹推进的原则；由市人民政府负责统筹并建立相关推进机制，市住房城乡建设管理部门下设办公室具体负责日常工作；区人民政府（含特

定地区管理委员会)负责辖区内城市更新工作,城市更新实施主体由城市、区人民政府遴选或直接指定。此模式下,通常由政府征收土地、收购储备土地并完成拆迁平整后出让,再由受让人开发建设。



图为上海市城市更新流程

## (二) 市场主导模式



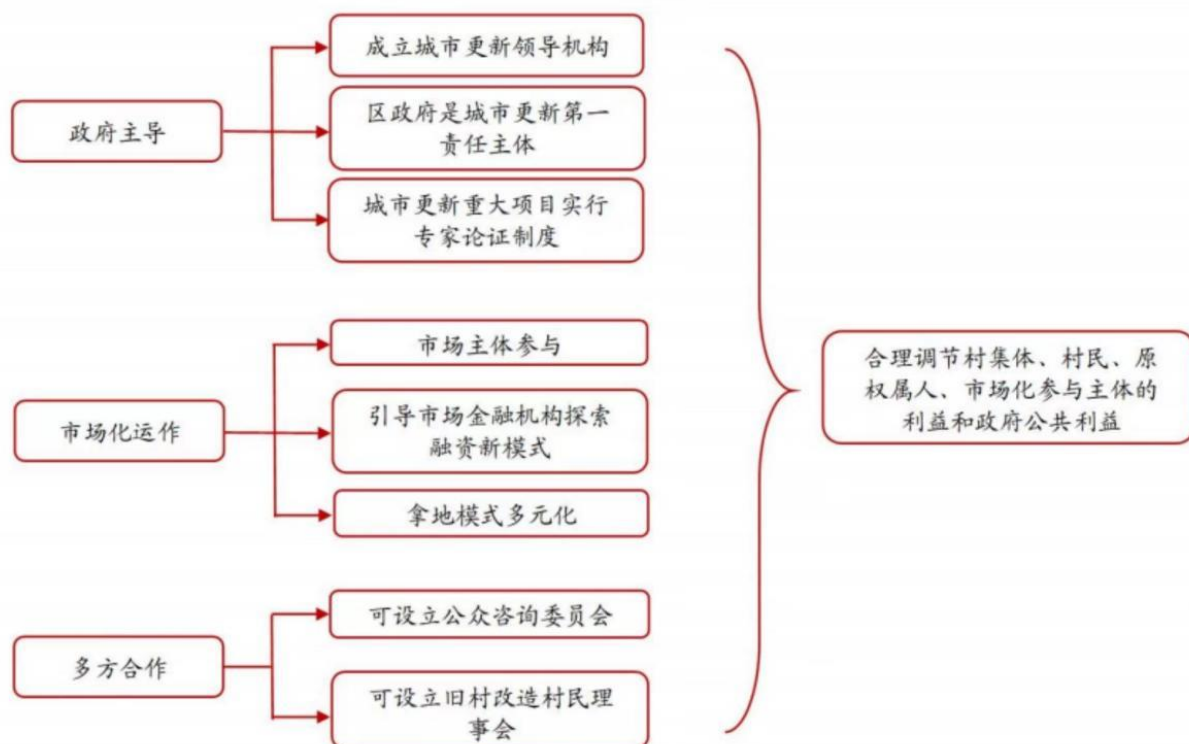
图为深圳城市更新类别

深圳的城市更新以市场主导模式为主，政府制定相应引导性政策，包括总的纲领性政策以及配套政策、市场体平等合理获取利益机制等，将部分权利和收益让渡给市场，从而撬动市场资金，推动项目建设。深圳的城市更新积极鼓励本

地房企、银行、全国房企以及各类金融机构全面参与，充分激发市场活力、提高效率。

此模式下，包括村企合作改造、单一主体归宗改造、物业权利人自主改造、农村集体自改、企业收购改造等。

### （三）多元合作模式



图为广州城市更新类别

广州的城市更新加强了公众参与，根据 2015 年通过的《广州市城市更新办法》，广州城市更新遵循“政府主导、市场运作，统筹规划、节约集约，利益共享、公平

公开”的原则，相关产权主体也可以参与到改造项目当中去。

此模式下，又包括土地一级开发（是指政府在拆迁阶段通过招标等公开方式引入土地前期整理合

作方承担具体拆迁工作，改企业需要垫付征地拆迁补偿款。完成拆迁后，政府通过招拍挂等公开方式确定土地使用权人，收到地价款后，政府再向合作方支付拆迁费用与合理利润）和一二级联动（是指政府通过招标等公开方式征选合作

方，既承担土地前期整理工作，又是土地使用权人。合作方承担具体拆迁工作，垫付征地拆迁补偿款，完成拆迁后，政府直接将拟出让土地使用权供应给该合作方，所支付拆迁费用与合理利润抵减其应向政府缴交的地价款）。

---

城市是一个“新陈代谢”的有机生命体，城市更新需要动态平衡。不同城市有不同的更新策略，既需要面向未来改善居住空间环境，完善基础设施体系，提高城市运营效率，增加城市时尚和活力。又需要保持历史的多样性和层次性，延续代际传递与历史记忆。这决定了城市更新是一个持续优化的过程。

下期将和读者一起探讨城市更新的主要流程。

---







## 环节 · 城市更新的主要实施流程

作者：廖潇歌



城市是一个大型的人类聚居地。自人类形成规模化的城市聚居生活形态以来，城市形态的变更就已经发生。城市更新活动是城市发展过程中必然经历的，其内容主要包括土地资源的充分利用、居住环境的提升改造、配套基础设施的完善、城市产业升级等。

笔者将围绕城市更新的政策与定义、城市更新的类型与模式、城市更新的实施流程、城市更新的实务热点等方面分四期进行解析，以期与读者共同探讨、交流。本文为本系列的第三期。

我国各地关于城市更新的政策文件侧重不尽相同，对城市更新内容、组织方式等也不同，因而没有统一的城市更新实施流程。以深圳、广州、上海等城市更新走在前列的城市为例，城市更新的主要流程基本包括四个阶段：目标原则、计划立项、专项规划、项目实施。



## 一、目标原则

城市	文件名称	目标原则
深圳	深圳经济特区城市更新条例	规范城市更新活动，完善城市功能，提升城市品质，改善人居环境
广州	广州市城市更新办法	促进城市土地有计划开发利用，完善城市功能，改善人居环境，传承历史文化，优化产业结构，统筹城乡发展，提高土地利用效率，保障社会公共利益
上海	上海市城市更新条例	践行“人民城市”重要理念，弘扬城市精神品格，推动城市更新，提升城市能级，创造高品质生活，传承历史文脉，提高城市竞争力、增强城市软实力，建设具有世界影响力的社会主义现代化国际大都市
成都	成都市城市有机更新实施办法	加快美丽宜居公园城市建设步伐，以公园城市建设引领城市有机更新，创新城市发展模式，增强城市永续发展动力
南京	南京市城市更新试点实施方案	以人为本，服务民生。规划先行，片区推进。传承文脉，保护风貌。政府引导，社会参与。协同治理，共建共享。

在准备施行城市更新之前，必须先确定一个城市的城市更新原则和目标。从上表可以看出：在目标方面，上海、广州、深圳等一线城市都最需要节约利用存量土地，优化产业结构、改善人居环境；南京集中精力放在改善居住条件和保障居住安全上；成都围绕公园城

市的建设目标，强调保护优先、少有机拆多改。在原则方面，各地都会规定“政府引导，市场运作”，可见政府、市场与城市发展需要处于一个相对平衡的状态，这样既能调动社会资本的积极性，又能发挥政府有效监管的作用，使竞争更加有序。



## 二、计划立项

计划立项是指在项目征得各权利主体意愿，并达到申报计划合法权属比例后，经过区更新主管部门审议该更新单元，最终列入城市更新单元计划的项目。

计划立项的目的既能让城市更新项目有序规范地进行也能尊重利益相关方的知情权，降低风险。向社会公众公示宣布后可以推动进行下一步专项规划设计。

城市	文件名称	计划立项
深圳	深圳经济特区城市更新条例	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 满足规模，原则上拆除范围的用地面积不少于1万平方米；</li> <li>2. 为民生做出贡献，无偿移交政府用于各种公众性的用地面积不少于3000平方米，且不小于拆除范围用地面积的15%，实例中的项目基本远远大于这个贡献率；</li> <li>3. 五类合法用地比例不少于60%，包括具有合法手续的用地、城中村用地、旧屋村用地、房地产登记历史遗留处理用地和城市化历史遗留违法建筑处理用地等；</li> <li>4. 符合意愿，单一地块：单一权利主体，同意；按份共有，三分之二以上共有人同意；共同所有，全体共有人同意；建筑物区分所有，专有部分占建筑物总面积三分之二以上，且占总人数三分之二以上权利人同意。多个地块：符合上述规定的地块总用地面积应当不少于拆除范围的80%。</li> <li>5. 达到相应年限，旧住宅需20年以上，旧厂房、商区需15年以上。</li> </ol>
广州	广州市城市更新办法	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 城市更新片区发展定位、基础设施、公共服务设施和其他用地的功能、产业方向及其布局；</li> <li>2. 城市更新片区内更新项目的具体范围、更新目标、更新模式和方式、拆迁补偿总量和规划控制指标；</li> <li>3. 城市更新片区内城市设计指引；</li> <li>4. 城市更新片区的实施经济分析及资金来源安排；</li> <li>5. 需要分期实施的，列出分期实施的地块（项目）和时序，并提出资金安排建议；</li> <li>6. 历史文物资源及保护方案；</li> </ol>
上海	上海市城市更新条例	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 符合国民经济和社会发展规划、国土空间总体规划，统筹生产、生活和生态布局；</li> <li>2. 破解城市发展中的突出问题，推动城市功能完善和品质提升；</li> <li>3. 聚焦城市发展重点功能区和新城建设，发挥示范引领和辐射带动作用；</li> <li>4. 注重历史风貌保护和文化遗产，拓展文旅空间，提升城市魅力；</li> <li>5. 持续改善城市人居环境，构建多元融合的“十五分钟社区生活圈”，不断满足人民群众日益增长的美好生活需要；</li> <li>6. 强化产业发展统筹，促进重点产业转型，提升城市创新能级；</li> <li>7. 加强城市风险防控和安全运行保障，提升城市韧性。</li> </ol>

## 三、专项规划

### (一) 编制城市更新专项规划

专项规划即对城市更新单元做出细化规定。通常是由市政府相关主体组织编制市级专项规划，各区政府组织编制本辖区专项规划。内容包含区域现状分析，未来规划情况（含更新范围、目标、更新方式、地块划分、开发强度、功能配比等）。专项规划还需经专家论证、风险评估和合法性审查最终由政府相关部门审定后实施。

### (二) 划定城市更新单元/城市更新片区

城市	文件名称	具体规定
深圳	深圳市经济特区城市更新条例	城市更新单元是城市更新实施的基本单位。一个城市更新单元可以包括一个或者多个城市更新项目。城市更新单元的划定应当执行有关技术规范，综合考虑原有城市基础设施和公共服务设施情况、自然环境以及产权边界等因素，保证城市基础设施和公共服务设施相对完整，并且相对成片连片。
广州	广州市城市更新办法	划定城市更新片区，应当符合下列规定： 1. 保证基础设施和公共服务设施相对完整； 2. 综合考虑道路、河流等自然要素及产权边界等因素； 3. 符合成片连片和有关技术规范的要求； 一个城市更新片区可以包括一个或者多个城市更新项目。

除广州等少数城市叫作片区规划以外其余多数城市都引入了

单元规划的概念，城市更新单元是城市更新实施的基本单位。一个单元可以包括多个项目。

### (三) 编制城市更新单元规划

城市更新单元规划是管理城市更新活动的基本依据，通常包含城市更新单元范围内应当配置的基础设施和公共服务设施的类型和规模、其他用地的功能、产业方向及布局、城市更新项目的具体范围、更新目标、更新方式和规划控制指标、城市更新项目时序安排、资金来源、利益平衡等内容。

### (四) 编制城市更新年度计划

政府相关主管部门结合城市更新专项规划、城市更新单元划定、城市更新单元规划的编制情况，编制城市更新年度计划。年度计划通常明确更新内容、实施主体要求、时序安排、政策措施等内容，报相关主管部门审定后实施。如《深圳市 2019 年度更新和土地整备计划》。



## 四、项目实施

在上一篇城市更新系列文章中笔者已提及城市更新的种类主要包括综合整治、改建加建、拆除重建，三者城市更新程度上呈现递进关系。各地关于城市更新项目实施规定最多的，为拆除重建类城市更新，故下文重点讨论。

### （一）确认实施主体

1、确认实施主体的条件为完成计划立项、专项规划，形成单一主体区政府组织制定城市更新单元的实施方案，并落实实施

2、权利主体以房地产作价入股成立或者加入公司；权利主体与搬迁人签订搬迁补偿安置协议；权利主体的房地产被收购方收购；合作开发，市场单一主体需与村委签订合作协议；旧住宅区改造项目，区政府公开选择市场主体，市场主体与所有业主签订搬迁协议后形成单一主体。

### （二）土地供应

城市更新项目供地大致可以分为政府供应土地模式和物业权利人转让房地产权益模式。通常为

一二级开发联动，在完成土地整理后的拿地环节，有“招拍挂”、协议出让以及补缴价款等多种方式，为多个市场主体参与提供了空间。

#### 1、协议出让

（1）国有土地使用权协议出让：《民法典》第三百四十七条第二款的规定，工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。可见，通常对于仅有一名意向用地者且土地为非经营性用地的情形，才有适用协议出让方式的可能性。

（2）集体土地使用权协议出让：2020年1月实施的《土地管理法》第六十三条明确“土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途，并经依法登记的集体经营性建设用地，土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用，并应当签订书面合同”，以法律形式明确集体经营性建设用地可以入市。以及

2021年9月实施的《土地管理法实施条例》第四十一条进一步明确了集体经营性建设用地的入市交易规则。由此集体经营性建设用地可以适用协议出让方式供地也具有了明确的法规依据，但集体性土地中的公益性建设用地和宅基地不能进行交易。

## 2、土地“招拍挂”

(1) 土地招标：是指市、县人民政府土地行政主管部门发布招标公告，邀请特定或者不特定的公民、法人和其他组织参加国有土地使用权投标，根据投标结果确定土地使用者的行为。

(2) 土地拍卖：是指市、县人民政府土地行政主管部门发布拍卖公告，由竞买人在指定时间、地点进行公开竞价，根据出价结果确定土地使用者的行为。

(3) 土地挂牌：是指市、县人民政府土地行政主管部门发布挂牌公告，按公告规定的期限将拟出让宗地的交易条件在指定的土地交易场所挂牌公布，接受竞买人的报价申请并更新挂牌价格，根据挂牌期限截止时的出价结果确定土地使用者的行为。

土地“招拍挂”又分为公开市场“招拍挂”、定向“招拍挂”两种。

## 3、补缴价款

(1) 城市更新导致土地性质、用途、指标、容积率发生调整的，相关受益主体应按市场价格或特定价格补缴土地出让金。

(2) 在协议出让和定向招拍挂模式中，一级整理主体通常也是二级拿地主体，一级开发成本通常可以折抵土地出让金，相关主体在招拍挂时仅需补缴剩余出让金。

---

城市更新项目流程主要包括目标原则、计划立项、专项规划、项目实施等四个阶段，同时还涵盖了前期论证、意愿征集、实施主体确认、规划策划、方案设计、施工设计、项目实施、竣工验收、权属登记以及后期的运营管理等多个环节。

---



从上表可见，无论是综合整治类、拆除重建类还是加建该建类（成套旧住房改造）城市更新，相关权利主体的意愿是决定项目能否顺利实施的前提条件。虽然城市更新能极大改善区域居住条件，提升区域公共设施配套水平，但除了正常征拆补偿、还迁安置外，还可能涉及模糊产权用房确权、违建拆除等历史遗留问题，实践中很难取得全部权利主体的认同。比如，深圳、广州、上海等地针对拆除重建、改建加建项目需要征集权利人同意的比例提出了具体要求。

对投资人而言，为了合理控制风险，在需要征求权利人意见的各项上，建议至少确保获得95%以上权利人同意再启动相应工作。其余5%并非可以忽视，实践中往往由于1%的权利人不同意征拆方案或不签协议，导致项目陷入旷日持久的停滞或失败的案例。

部分地方政府通过出台《条例》形式，赋予了区政府在一定条

件下申请强制执行的权利，例如深圳、广州的城市更新条例（或征求意见稿）都明确，若实施主体与剩余5%权利人无法达成协议，可向项目所在地的区人民政府申请调解，调解不成区政府可依法对房屋实施征收，被征收人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼，又不履行征收决定确定的义务的，区人民政府可向人民法院申请强制执行。而上海在《条例》中明确：公房承租人拒不配合拆除重建、成套改造的，公房产权单位可以向区人民政府申请调解；调解不成的，为了维护和增进社会公共利益，推进城市规划的实施，区人民政府可以依法作出决定。公房承租人对决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。在法定期限内不申请行政复议或者不提起行政诉讼，在决定规定的期限内又不配合的，由作出决定的区人民政府依法申请人民法院强制执行。



## 二、关于参与主体

### （一）国有企业——以城投公司为例

1. 城投公司是城市更新的重要参与主体

城投公司是城市建设投资公司的简称，是全国各大城市政府投资融资平台。1991年，上海率先成立城投，之后，重庆、广东等省市也相继成立。城投公司大多是国有独资公司，承担相应的政府职能，是特殊市场经营体。

2. 城投公司参与城市更新的优势

（1）政策优势。2021年8月，住建部发布了《关于在实施城市更新行动中防止大拆大建问题的通知》，明确城市更新由政府主导地位，项目不应沿用过度房地产化的开发建设方式，不应大拆大建，应更加侧重城市更新的公益的属性，以提升功能、保留城市记忆为主，鼓励推动由“开发方式”向“经营模式”转变。城市更新由政

府主导，作为政府出资设立的城投公司更具备产业协同能力、城市综合服务能力和资产管理能力，承担承接政府委托与市场化融资的职能。

（2）经验优势。城投公司长期从事土地整理、保障房建设、基础设施项目建设等业务，在此过程中积累了丰富的建设、管理和运营经验，而城市更新项目也将会大量涉及此类业务，因而，城投公司从事城市更新具有较强的基础。同时，由于城市更新项目周期较长，实施风险较大，城投公司可以充分发挥自身的经验优势，减少项目风险。

（3）资源优势。城投公司开展城市更新，通过收储、整理、划拨、招拍挂等多种方式获得大量建设用地使用权，并加以改造、重建和更新，可以提升土地资产价值。

3. 城投公司参与城市更新的模式

(1) 土地一级开发。一般是政府授权城投公司进行土地开发，在对国有土地（毛地）或乡村集体土地（生地）进行统一的征用、拆迁、安置、补偿，并进行适当的基础建设，使土地达到“三通一平”的建设条件（熟地）后，再由政府进行收储，后续出让获得土地出让价款，给予城投公司一定的收益率。即实施范围内的经营性用地土地出让收入实现后的合规路径的返还。

(2) 一二级联动开发。这是目前城投公司参与城市更新的核心利润来源，也是城投公司市场化转型的重要手段之一。城投公司作为开发商，首先与原土地或建筑物权益人等签订拆迁安置补偿协议等，完成拆迁后再以协议出让、定向招拍挂、补缴地价以及通过原始权益人直接向实施主体转让等模式获得土地使用权，后续再进一步实施二级开发，获取二级开发和土地增值的收益。

一二级联动开发也是城投公司合法合规参与土地业务、城市更新的有效模式，有助于城投公司提升经营性收入，增厚盈利空间，顺应市场化转型趋势。该模式下的城市更新相较于传统公益性业务，经营性属性更强，并且不必须进行土地收储，前期土地整理环节也属于正常的工程项目，可以进行相应的市场化融资，融资便利性高且不涉及新增隐性债务，同时可以增加城投公司的经营性收入。

### (二) 市场化企业

#### 1. 品牌房企---万科

万科企业股份有限公司（简称万科或万科集团）成立于1984年，1988年进入房地产行业，总部位于深圳市盐田区大梅沙环梅路33号万科中心。

万科采用基金模式、轻重模式综合参与城市更新项目。

(1) 设立专门地产基金“万丈资本”进行运作模式。主要寻求将一线城市的旧商业体改造为新

型商业体，比如上海企业天地 3 号项目。

(2) 万科旗下地方公司在一线城市寻求旧商业体或旧厂房、旧仓

库等的更新改造。比如北京万科“曼哈顿计划”---北京西单商场改造为写字楼；上海万科产业地产改造战略（重资产模式）---张江国创中心；产业地产改造战略（轻资产模式）---上生·新所。

### 2. 旧改之王---佳兆业

佳兆业集团控股有限公司成立于 1999 年，总部位于香港。立足“城市公共服务商”战略定位，深耕城市更新业务领域 20 余年，素有“旧改之王”的称号，城市更新业务是其核心竞争力。截至 2021 年上半年，佳兆业集团共拥有 213 个

城市更新项目，占地面积超 5,370 万平方米。

佳兆业采用周转效率和产业运营能力参与城市更新项目。

(1) 高周转模式：以业主回迁率高及回迁速度快形成项目快速滚动成熟，项目周期一般在 3-5 年。比如大连佳兆业广场，该项目从签署合作协议到开幕，全程仅用 9 个月，而行业内项目平均周期约为 8 年，快周转带动佳兆业资金占用和财务费用大幅下降。

(2) ROT 模式（重构-运营-移交）：深圳大运中心项目采用该模式，即龙岗区政府将政府投资建成的大运场馆交给佳兆业集团以总运营商的身份进行运营管理，双方 40 年约定期满后，再由佳兆业将全部设施移交给政府部门。

城市更新的热点、难点问题远不止以上两个方面，由于篇幅所限，本系列介绍到此。后续笔者将择机和读者共同探讨城市更新的上海实践。

## 慎签交通事故认定书！

作者：卫夏清

交通事故认定书（以下简称“事故认定书”）是公安机关交通管理部门在处理交通事故过程中出具的材料，记载了交通事故当事人、车辆、道路环境、事发经过、主次责任等要素。虽然事故认定书上载明的主次责任不完全等同于民事赔偿责任，但对后续的赔偿也起着相当重要的作用。

不少当事人陷入对事故认定书的错误认识，在对事实还存疑、没有完全了解事故认定法律后果的情况下，就“懵懵懂懂”地在事故认定书上签了字。或者误以为事故认定书可以像一般的交通处罚决定一样采取行政复议、行政诉讼等救济途径，再不济还可以在交通事故提起的民事诉讼中再想办法。实际上，这时候要再推翻事故认定书的证明力已经非常困难了。

本文从围绕交通事故认定书的救济和法律后果等方面进行介绍，希望对公众在处理交通事故上有所帮助。

### 一、对事故认定不服，能否提起行政诉讼？

事故认定书出具后，如果各方当事人无法就赔偿事宜达成一致，一方就需要通过民事诉讼来进行主张。面对作为证据的事故认定书，被诉一方当事人该怎么应对呢？

（一）复核是事故认定的救济方式

交通事故处置作为交管部门的一项职能，有专门规章予以规范。《道路交通事故处理程序规定》第七十一规定：“当事人对道路交通事故认定或者出具道路交通事故证明有异议的，可以自道路交通事故认定书或者道路交通事故证明送达之日起三日内提出书面复



核申请。当事人逾期提交复核申请的，不予受理，并书面通知申请人。”这一条款需要注意的有两点，一是提起复核的时限仅为送达之日起三日，二是要以书面方式提出。实践中不少当事人都是在对方提起民事诉讼后才想起对事故认定提出异议，时限上早已远超规定，复核不再受理。

### （二）行政复议、行政诉讼行不通

由此，当事人就会想通过行政复议、行政诉讼的方式来提出异议，这也是事故认定中一个容易陷入的误区。从一般公众的视角来看，事故认定的主体公安机关交通管理部门是行政机关；事故的当事人是特定的公民，对象具体明确；内容上，是对交通事故的基本事实、成因和当事人的责任作出的结论，且该认定行为是决定交通事故当事人承担何种程度责任的重要依据，对当事人的人身自由、财产权利及其它合法权益等实体权利和义务都将产生重大影响。据此认

为事故认定书具备具体行政行为的形式外观，属于行政救济的范畴。在学界和实践领域，也有对这一观点持支持态度。

为避免误导，本文还是要在明确，根据目前的法律规定和司法判例，对事故认定书的异议不能通过行政复议和行政诉讼方式进行救济。具体的法律规定为全国人大法工委《关于交通事故责任认定行为是否属于具体行政行为，可否纳入行政诉讼受案范围的意见》，该意见明确：“根据道路交通安全法第七十三条的规定，公安机关交通管理部门制作的交通事故认定书，作为处理交通事故案件的证据使用。因此，交通事故责任认定行为不属于具体行政行为，不能向人民法院提起行政诉讼。”无论是最高法的判例（（2020）最高法行申 3931 号），或是上海（如（2018）沪行申 262 号、（2021）沪 02 行初 543 号等）以及全国各地的各级法院（（2021）新行申 59 号等）都引用了《意见》的规定，进而适用《行

政诉讼法》第四十九条驳回起诉。因此，当事人应特别注意事故认定的救济方式，如有异议及时通过书

面方式提出复核，以免对后续处理带来不利影响。

## 二、推翻事故认定即便困难，也要据理力争。

### （一）事故认定书的证明力

《道路交通安全法》将交通事故认定书界定为处理交通事故的证据、《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第二十四条也明确：“公安机关交通管理部门制作的交通事故认定书，人民法院应依法审查并确认其相应的证明力，但有相反证据推翻的除外。”那么反驳该证据需要从证据的三性：真实性、合法性以及关联性上进行辩论，但要推翻其证明力，存在较大难度。一方面因为事故认定书是由行政机关依照法定职权，按照法定程序制作并形成的书证，具有较强的证明力。另外一般而言，交通事故当事人在处置过程中难以获取比职能机关更多、更充分的证据，用以推翻其证明力。

### （二）事故认定带来的各项责任

在部分案例中，法院认为事故认定书未直接设定当事人之间的权利义务，不属于行政诉讼的受案范围为由驳回了当事人的起诉。不可否认的事实是，责任的认定即是承担义务的开始，虽然事故认定书无法直接确定当事人承担某项具体责任，但有着间接的重要影响，包括刑事、行政和民事等各项责任。

以刑事为例，根据《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定，在交通事故中负全部责任或主要责任是构成交通肇事罪的要件之一，死亡三人以上的交通事故，负事故同等责任即可构成。可见，事故认定对是否承担刑事责任起着极为关键的作用。



民事责任就更为直观，在没有相关证据推翻的情况下，人身、财产损失承担会充分考量事故认定、双方过错等情形综合确定具体责任比例。此外《工伤保险条例》也规定，认定工伤的标准之一是“在上下班途中，受到非本人主要

责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的”，因此事故认定还事关能否享受工伤待遇，对当事人也非常重要。至于行政责任，主要涉及违反交通安全或管理的处置，在此就不展开讨论了。

### 律师建议

日常生活中难免会遇到交通事故，事故认定也是一般事故处置中的必经程序，作为当事人要对事故认定书充分重视。事故认定书不仅有着特殊的救济方式，也是后续承担各项责任的起点。如果对事故认定有异议，务必在规定的时限内提出复核，切莫听之任之，到最后承担责任的时候后悔莫及。



#### 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

业务方向：不动产征收、社会公共服务、行政法

联系方式：13636308387

## “山寨”走红“绿马”，构成侵权应承担法律责任

作者：谢茂林

以馆藏文物为原型创作的文创产品受到我国法律多种保护，未经权利人授权擅自仿造和销售构成侵权，应当承担相应的侵权责任，情节严重者还将面临刑事追究。

### 【事件回顾】

最近走红的不仅有健康码的“绿码”，还有马踏飞燕的“绿马”，它是甘肃省博物馆推出的“马踏飞燕”文创毛绒玩偶。该系列玩偶皆龇牙咧嘴，露出一口大白牙；一款绿马金鸡独立踩住不情不愿负重而行的“飞燕”，另一款则三足腾空，一足轻踩身下那只想要努力挣脱的小鸟。

该毛绒玩具一经推出，就因其丑萌可爱而迅速“出圈”，受到公众热捧。与此同时，该文创产品也未能逃脱被“山寨”的命运。

7月1日晚，甘肃省博物馆官方微博刊发声明称，由甘肃省博物馆原创设计的文创产品铜奔马毛绒玩具近日走红全网，已发现有部分不良商家对该款产品进行非法仿造和销售。对此，甘肃省博物馆方面强调拥有此款铜奔马毛绒玩具的独家版权，并且没有对任何第三方进行生产和销售的相关授权。

丑萌“绿马”玩偶的原型是铜奔马，又名“马踏飞燕”、“马超龙雀”等，为东汉青铜器，1969年10月出土于甘肃省武威市雷台汉墓，现藏于甘肃省博物馆，为



©人民日报



甘肃省博物馆镇馆之宝，1996 年被国家文物局专家组鉴定为国宝级文物，2002 年被国家文物局列入首批禁止出国展览的珍贵文物。据“百度百科”介绍：“铜奔马通高 34.5 厘米，长 45 厘米，宽 13.1 厘米，重 7.3 千克，造型矫健精美，作昂首嘶鸣，疾足奔驰状，显示了一种勇往直前

的豪情壮志，是中华民族伟大气质的象征。奔马三足腾空、一足超掠飞鸟的瞬间，飞鸟回首惊顾，更增强奔马急速向前的动势，全身的着力点集注于超越飞鸟的一足之上，准确地掌握了力学的平衡原理，具有卓越的工艺技术水平。”

### 【律师解读】

我国自 2016 年 11 月启动“互联网+中华文明”行动计划以来，以故宫博物院为代表的国内多家博物馆先后推出了几

款网红级馆藏文物衍生的文创产品，先后“出圈”，“活了文物，火了博物馆”，丑萌“绿马”是最近的典型个例。为了激



励创作、保护创新，依据《中华人民共和国文物保护法》、《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国著作权法实施条例》、《博物馆条例》、《博物馆管理办法》和《文物拍摄管理暂行办法》等法律规定，中共中央办公厅、国务院办公厅《关于加强文物保护利用改革的若干意见》、国务院《关于进一步加强文物工作的指导意见》、国务院办公厅《转发关于推动文化文物单位文化创意产品开发的若干意见》、国家文物局关于印发《博物馆馆藏资源著作权、商标权和品牌授权操作指引（试行）》的通知先后出台，指明了博物馆文创产品的法律保护路径。

**一、博物馆文创产品一般都是以知名文物为原型进行的再创作，形成新的作品，受到著作权法的保护。**馆藏文物本身因其年代过于久远，除署名权、修改权和作品完整权外的其他著作权权利已经进入公有领域，但以其为原型再创作的衍生品，足以构成新的作品的，受到我国著作权法保护。

**二、博物馆文创产品还可以通过注册并使用相关的商标、申请外观设计专利，从而得到商标法、专利法方面的法律保护。**

**三、博物馆的名称权和授权许可。**

文物的馆藏博物馆，因管理之便有权接触实物并加以合理利用，具有专业的权威性和广泛的影响力，其自行创作或者授权创作的相关文创产品，容易得到公众的信任和认可。基于馆藏文物创作、生产和销售相关文创产品，获得博物馆的授权许可具有巨大的商业价值。如果未经授权擅自宣称相应博物馆的出品，侵犯相应博物馆的名称权以及其他的相关权利。为更好地处理此类问题，2019年国家文物局出台了《博物馆馆藏资源著作权、商标权和品牌授权操作指引（试行）》，内容涵盖了授权内容的界定，模式、流程、权利与义务等，解决了馆藏资源知识产权授权的问题，有助

于合理开展文物资源授权使用工作，激发博物馆创新活力，盘活博物馆馆藏文物资源，推动博物馆逐步开放共享文物资源信息，更好地宣扬和传承中华文明。

统而言之，以馆藏文物为原型创作的文创产品受到我国法律的多种保护，未经合法授权擅自仿造和销售构成侵权，应当承担相应的侵权责任，情节严重者还将面临刑事追究。甘肃省博物馆拥有走红“绿马”的独家版权以及其他相关权利，他人擅自仿造和销售构成侵权。



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：刑事辩护、不动产征收（房屋动拆迁）、

知识产权、企业法律顾问

联系方式：13916303656

## 网络直播中演唱歌曲不侵犯表演权

作者：孙志勇

近期，主播 PDD 因直播时随口演唱歌曲《向天再借五百年》而被起诉索赔 10 万的消息引发热议，该事件最终以和解的方式落幕，PDD 公开道歉，并取得了词曲作者的谅解。

事件已经结束，但因该事件而引发的网络直播中的歌曲版权问题，却持续成为直播界的热门话题。有人认为，当前直播界的版权意识需要加强，版权人的维权行为和合法权益应当得到支持；也有人不然，甚至对版权人不乏挖苦与讽刺，“索赔 10 万”已成为直播间的一个热梗；还

有人认为，应当区分职业翻唱和随口翻唱，对于随口翻唱的，可能属于“免费表演”而构成合理使用，等等。

首先要明确的是，在网络直播中未经许可擅自演唱他人歌曲，是一种侵权行为，侵犯了作者的著作权。但是，值得注意的是，在评析这一事件时，有相当一部分观点认为，主播 PDD 侵犯了作者的表演权，甚至本市某法院官方微信公众号发布的一篇文章表示：“主播在直播时向不特定的平台用户演唱歌曲，且基本开通打赏服务，应认定为商业行为，属于公开表演作品的





行为。如主播未获授权，想唱就唱，则侵犯著作权人的表演权”。

在之前更加广为人知的刘德华奥迪“小满”广告事件中，也有观点认为，刘德华朗诵广告文案的行为属于“表演”，其行为侵害了“北大满哥”的表演权。

### 一、我国《著作权法》中的“表演权”只控制面对现场受众的表演

我国《著作权法》第10条第1款第9项规定，表演权是“公开表演作品，以及用各种手段公开播送作品的表演的权利”。表面上看，主播PDD在直播间随口演唱歌曲的行为属于公开表演作品，其未经许可，应当可以认为其侵犯了作者的表演权。

但是，知识产权具有法定性，所以对其概念的理解需要根据我国《著作权法》的规定来作系统理解。在我国著作权法传播权体系中，有两种传播权，一种是控制向位于传播发生地的公众传播行为，可称为“现场传播权”，另一种是控制不在传播发生地的公众传播行为，可称为“远程传播权”。

由于我国《著作权法》还规定了放映权、广播权等其他专有权利，为了协调表

实际上，这些观点错误地理解了我国《著作权法》中“表演权”的含义，我国《著作权法》规定了17项具体权利，每一项专有权利都有其具体的控制范围，日常生活中的文字理解与法律概念的含义有时并不完全吻合，不能望文生义。

表演权与其他专有权利的关系，我国《著作权法》中的表演权是典型的“现场传播权”。从定义上来看，其控制的是两种行为，一种是现场表演，指在公开场合的公开表演，比如在体育场馆举办的演唱会上演唱歌曲，在剧院的文艺晚会上朗诵诗歌，等等；另一种是机械表演，指的是将对作品的表演使用机器设备向现场公众进行播放的行为。

但不管是现场表演，还是机械表演，都应该界定为仅仅控制面对现场受众的表演，而不控制通过网络向不在传播最初发生地的公众传播行为。有法院在判决书中明确表示，如果将在直播间中表演并通过网络直播手段进行公开传播的行为纳入表演权的控制范围，将导致著作权中

各项权利的控制范围发生交叉重叠。

因此，在本起事件中，包括刘德华奥迪“小满”广告事件中，由于相关的“表演”发生现场，并没有现场受众，其表演

行为并不是为了面对现场受众的表演，而是通过直播向不在表演现场的公众传播，因此，这些行为都不是表演权所控制的行为，不会侵犯作者的表演权。

## 二、认为属于“免费表演”而不侵权的说法不成立

网络主播在直播间演唱歌曲不侵犯作者的表演权，并不代表该行为不侵权。

在评析该事件时，有观点认为，对直播间的演唱行为需要区分，对于以演唱歌曲为主要内容的直播间，应当获得作者认可，而对于随口演唱、即兴演唱，如果不以营利为目的，属于“免费表演”，构成合理使用。其依据是我国《著作权法》第24条第1款第9项的规定，“免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬，且不以营利为目的”，可以不经著作权人许可，因此这种“免费表演”行为，可以认定为合理使用。

但是，且不说“不以营利为目的”这样的要件在实践中存在的认定困难问题，没有直接向公众收取费用，但通过演唱来吸引观众、获取流量，在流量为王的时代通过广告或其他方式变现，是不是以营利为目的？

更为关键的是，如前所述，在直播间演唱歌曲的行为在我国著作权法中并不是表演权所控制的行为，因此有关表演权的权利限制的规则，根本就没有适用的空间，以此来论证和分析这一行为，由于前提不正确，由此得出的任何结论都无法成立。

## 三、未经许可在直播间演唱歌曲的行为侵犯作者的广播权

说到广播权，大家的第一印象或许是与广播、电视相关的权利，直播间演唱歌曲与广播权好像也没有什么关系，其实不然。

2020年修订的新《著作权法》，其中一项重要修改内容就是重构了广播权。在修订之前，我国《著作权法》中的广播权只控制三种行为，一是无线广播，二是以

有线或无线方式对无线广播进行转播，三是公开播放接收到的广播，这是由于广播权的定义是根据当时的信息传播技术来界定的，因此对于初始传播是属于有线传播的行为，则无法纳入广播权的控制范围，比如网络直播行为，毕竟通过网线传播的网络传播方式属于广义上的有线传播。

修订后的现行《著作权法》，将原广播权定义中的“以无线方式公开广播或者传播作品，以有线传播或者转播的方式向公众传播的作品”，修改为“以有线或者

无线方式公开传播或者转播作品”，不再限定初始传播的方式，“以有线或者无线方式”这种法律表述可以包含任何向公众传播的手段，当然包括通过网络直播向公众传播的行为。

因此，在修订之前，由于法律规定的不完备，对于在直播间表演并通过网络进行公开播送的行为，只能适用《著作权法》第 10 条所规定的“其他权利”进行兜底保护，但修订之后，应当依照广播权进行



孙志勇 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 律师

上海律协知识产权业务研究委员会 委员

业务方向：知识产权、合同法

联系方式：18918887908



# 医者仁心 律者思方



---

主 编：王晓鹏

编 辑：陈江松、赵发航、吕新雅、朱好婕、王睿、芩玉姣

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：[www.7-dimension.com](http://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