

2022年
5期
总第17期

七方法研

民商纵横 | 工程质量第一责任人是谁? ——席绪军

财税金融 | 车毁人亡后,车损险赔偿金算遗产么? ——管杰

聚焦劳动法 | 多家公司发工资,我的劳动关系到底在哪里? ——谢亦团



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM

七方律师事务所

目录

民商纵横

| | |
|---|----|
| 从空中楼阁到真金白银，如何主张预期可得利益损失 | 01 |
| 工程质量第一责任人是谁？ | 09 |
| 一波三折的建设用地使用权转让纠纷 ——兼议离婚协议对建设用地使用权归属约定的效力 | 14 |
| 合同欺诈、缔约过失责任之辨析 ——以商品房预售合同为例 | 20 |
| 烫手的商业承兑汇票，施工单位如何应对？ | 25 |
| 一般买受人能否排除抵押权人的强制执行？ | 30 |

家长里短

| | |
|-------------------------|----|
| “抢孩子”可以休矣——国内首例婚内监护权案评析 | 34 |
| 家庭协议 VS 遗嘱，狭路相逢何者胜？ | 38 |

罪与罚

| | |
|-----------------|----|
| 对网络暴力行为，如何罚当其罪？ | 43 |
|-----------------|----|

公司治理

| | |
|--------------------------|----|
| 公司担保合规审查七大要点 | 48 |
| 抽象股利分配之诉——司法干预与公司自治之间的边界 | 54 |
| 普通债权还是共益债务？——浅议返还预付租金之债 | 57 |

财税金融

- 车毁人亡后，车损险赔偿金算遗产么？-----64
- 私募基金投资人诉底层融资方的管辖分析 -----68

聚焦劳动法

- “仲裁诉讼期间从竞业限制期限中扣除”的约定有效吗？-----71
- 多家公司发工资，如何认定劳动关系-----75
- 商业保险理赔款能否在工伤赔偿款中抵扣？-----78
- 小额诉讼程序涉及的7个劳动争议问题-----81

依法行政

- 新《上海市消费者权益保护条例》五大亮点解读 -----85

知产知否

- 员工侵犯企业数据类商业秘密被判赔300万元 -----90

新锐风采

- 快递保价条款到底保不保价？-----96



从空中楼阁到真金白银，如何主张预期可得利益损失？

作者：王晓鹏

近日，笔者代理了两起著作权许可使用合同纠纷案件，授权方并未在合同中约定著作权授权权利金，只是约定了以被授权产品上市后的销售额为基数，收取特定比例的销售分成，其中一份合同约定了不论被授权方未来销售情况如何，保底分成款为 30 万元，而另一份合同仅约定了分成比例，并未约定有明确的保底分成款。后被授权方怠于履行产品生产、上市的义务，导致产品未能在规定的时间上市，也

拒绝沟通和回应，授权方眼见合同目的已无法实现，获取分成无望，只得将被授权方诉至法院。

笔者在代理授权方处理本案的过程中发现，虽然双方合同中对于被授权方未能依约完成产品上市的违约责任并未做任何约定，但由于被授权方的违约行为，导致双方实际已经无法继续履行合同，商定的产品发行计划无法进行，根据《民法典》第五百八十四条之规定，“当事人一



方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益。但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

预期可得利益的属性及表现形式

一般而言，因违约造成的损失包括实际损失和预期可得利益损失这两个部分。实际损失，是指合同一方当事人因违约造成对方现有财产的减损以及费用支出，该损失已经实际发生；而预期可得利益损失，是指因一方当事人的违约，导致合同无法继续履行或被解除，使得另一方当事人丧失了合同正常履行后能够获得的利益，即应得财产无法获得之损失，这部分损失由于并未实际发生，属于期待利益，如“空中楼阁”一般，因此需要承担更加严苛的举证责任及遵循特定的计算标准。

从《民法典》第五百八十四条的表述也能够明确看出预期可得利益从性质上属于违约救济方式中的“损害赔偿”，而损害赔偿的原则应为“填平损失”，即违约

笔者建议授权方以对方违约，导致合同目的不能实现为由，起诉要求解除合同，并以预期可得利益损失为由要求对方赔偿合同约定的销售额分成，力争将还未发生的利润损失转化为真金白银实实在在的赔偿。

方仅需赔偿假设合同能够完全履行时，守约方可能获得的确定利益，五百八十四条后半段但书条款的可预见性限制，即为该原则的体现。

2009年，最高院颁布了《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》，该意见中列举了三种常见的可得利益损失：

生产利润损失，常出现在供应链采购合同中，比如上游供应商违约导致采购方无法获得生产原材料或设备，无法继续生产造成利润损失；

经营性利润损失，常出现在租赁合同、承包经营合同、服务合同等领域，比如一方违约，导致另一方无法继续原先正常的经营活动，造成期待利益的损失；

转售利润损失，常出现在上下游合同、背靠背买卖合同中，因一方违约，另一方无法将货物转售给下一环节买家造成的损失。一般来说，转售合同与原合同之间的差价再扣除必要的转售成本为可期待利益损失。

上述分类基本涵盖了合同纠纷领域中可能存在主张预期可得利益的情形，比如前文中笔者代理的两起著作权许可使用合同纠纷案件中，权利人所主张的预期可得利益，可以归属于经营性利润损失。

如何有效的主张预期可得利益赔偿

简单了解预期可得利益的法律属性和分类后，我们结合司法实践和判例分

析，如何有效的向违约方主张预期可得利益赔偿。

一、整体裁判思路

相较于因违约导致的实际损失，预期可得利益毕竟属于还未发生的期待利益，看不见也摸不着，司法实践中，裁判机关往往倾向于仅支持实际损失或承担约定

的违约责任，对于预期可得利益损失的认定，持谨慎态度，即使认定也会根据个案的不同情况对损失金额进行自由裁量，出现这样的裁判倾向的原因主要有：

守约方举证责任较大。

实践中，主张可得利益损失，一般需要证明以下事实：合同已经成立并生效，对方存在违约行为，本方因对方的违约行为受到损害，违约行为与损害后果之间存在因果关系。

明标准下文会详细介绍，而因果联系一般都要求必须要达到强关联的程度，对于守约方的证据充分性要求极高。除了上述待证事实之外，鉴于可得利益损失属于损害赔偿的一种形式，法院还会对合同各方主体是否存在过错进行全面审查，并进行自由裁量。

上述举证事实类似于侵权损害赔偿的举证要素，举证责任较大，特别是损害后果和因果关系两项内容，损害后果的证

损害结果难以准确查明

预期可利益属于违约责任承担方式中的损害赔偿，而损害赔偿的原则就是填平损失，因此要支持诉请，就必须查明准确的损失金额，又由于合同实际没有继续履行，未来没有发生的经营性损失、利润损失等，在诉讼发起时往往无法准确查明，裁判机关会要求守约方对自己主张的损失金额进行充分举证，很多案件中，守约方只能提供以往经营情况进行推定后续利润，但是因为经营行为都是存在风险的，以往的经营情况并不必然可以类推适用，如（2020）湘01民终12287号房屋租赁合同纠纷中，承租人按照合同解除前的平均利润水平，预估了剩余6年零8个月租期的总经营利润，并将该预估利润数额作为可得利益损失的计算标准。法院认为，对承租人要求出租人赔偿剩余6年零8个月租期的预期经营利润损失，因经营行为本身存在风险，是否盈利具有不确定性，故不予支持。但考虑到出租人提前解除租赁合同，承租人另行寻找替代租赁场

地需要一定时间，故对承租人另行寻找替代租赁场地周转期间所遭受的利益损失，出租人应予赔偿，至于具体的周转时间，一审长沙市岳麓区人民法院结合承租人的实际经营规模酌情确定为6个月，并参照涉案《租赁合同》解除前6个月承租人实际支付给平和堂公司的租金标准酌情认定，该案二审长沙市中级人民法院亦对此进行了最终认定。

总的来说，主张预期可得利益损失赔偿，除了金额上面的确定性要求之外，守约方还需要证明预期利益确定会产生，达到上述“两个确定”的证明标准，才有可能被裁判机关支持。



二、如何有效的主张预期可得利益损失

在可得利益损失赔偿举证的几个要件中，违约事实和因果关系相对来说属于客观事实，本文不做展开，本文仅就最关

键的如何证明具备“确定”的可预见利益以及如何计算“确定”的可得利益金额进行分析。

未雨绸缪，在合同中约定明确的可得利益的计算方式或金额

确定必然发生的可得利益和确定的可得利益金额，其实都是可以提前在合同条款予以约定的，我们在起草合同时，应该有意识地起草相应的条款对上述事项予以确认。

比如笔者代理的两起案件中，其中一起案件，著作权权利人明确约定，产品发售后，权利人收取固定的“保底销售分成”，该保底分成金额确定，该约定也是双方根据市场行情和双方合作产品的销量预期达成的合意，是双方在签订合同时都能明确预见的最低保底收益。上述约定在形式上符合“两个确定”的判断标准，因此虽然合同没有明确约定未能如期上市的违约责任，权利人仍然可以依据合同的约定主张无法收取保底销售分成的预期可得利益损失，且获得支持的概率较高。一般来说，双方在磋商阶段的信息披

露，工作文件，备忘录等文件中如有提及本合同履行的目的，本合同在关联合同、背靠背合同中的作用，甚至是直接载明本合同履行后的确定收益等内容，都可以作为证据证明双方已进行磋商，并确认本合同履行后一方可得利益。

之所以要求守约方证明诉求的可得利益是合同签订时各方可以预见、应当预见的，是因为通常情况下，若当事人在订立合同时预见到该合同可能会给自己带来极大的损失风险，那他在决定缔结合同时确定一个合理的对价以平衡自身风险，即当事人是根据自己的预见结果来确定合同价格的，在既定的合同价格之下，要求违约方对未预见的可得利益损失承担责任必然会造成双方当事人之间的利益失衡，有失公允。如（2022）辽01民终6918号建设工程施工合同纠纷案件中，建

设单位没有履行砂石回购合同，施工方只得将砂石低价出售给第三方单位以减少损失，诉讼中，施工方以与第三方签订的《砂石购销合同》《砂石材料补充协议》中的价格、利润约定为依据对预期利益损失进行了鉴定，并要求建设单位赔偿损

失，一审法院予以认可，但是二审法院以建设单位虽提出了解除双方施工合同关系，但其对施工人员和案外人之间合同履行情况并不属于其可预见范围，故地质勘察公司主张的此部分损失，亦不符合法律规定，不应支持。

言之有据，在诉讼中提出明确的主张依据和计算标准

在完成了第一个确定性（可得利益确定存在）的举证后，守约方还需要完成第二个关键事实的举证，即可得利益损失的计算标准。

《民法典》第五百四十八条规定：“损失赔偿额应相当于违约造成的损失”，即违约所造成的损害赔偿应以填平损害为目的，禁止得利。

实践中在计算可得利益的时候，应以合同正常履行时守约方因合同履行可获得的“净利润”为标准，结合案件的具体情形，予以尽力赔偿，需要注意的是，此处的“净利润”并非是指扣除了全部履行成本的“净利润”，如果该成本发生在合同订立之前，为接受履行、使用标的进行转售、生产、经营等，通常需支出运输、

仓储、质检费用以及生产、经营成本等，该成本属于信赖利益，一般不可与可得利益同时主张；但是如果该成本发生在合同签订后的履行过程中，可以不予扣除，一并作为损失要求违约方赔偿。

比如房屋租赁合同中，承租人在签订合同后，投入12万元装修房屋，租期一年，按照标准折旧，装修成本每年为1万元，在合同履行过程中，扣除上述租金成本、人员工资、租金费用等，每月的营业利润为2万元，此时如果出租人单方提前解除合同，导致承租人无法继续经营，在计算可得利益赔偿的时候，可以不予扣除，即向对方主张每月的经营利润损失为3万元。

综上，在计算可得利益的时候，合同中有明确的利润计算标准的，优先适用；如果合同中并未明确约定的，或者利润计算确实存在难度时，也可以尝试通过提供“过往同期利润证明”、“同行业协会公布的一般利润率”、“重新选址经营产生的额外支出”等证据予以辅证，上述标准是否能够被法院认可，各地的裁判口径不同，但是只要是在合理的利润区间内，也符合对方可能预见的范围，一般会酌情予

以支持。

除了上述的证据材料以外，守约方也可以通过申请第三方机构进行专业审计的方式，以核定因违约而造成的具体损失，比如在建设工程施工合同纠纷中，常使用此种方式，如（2022）陕07民终863号案件，施工方就以审计的未完工工程造价及利润率为依据向建设单位主张因其单方解约造成的预期利润损失，并获得法院支持。

个案裁量，主张可得利益损失赔偿还需注意的法定规则

即使能够提供可得利益必然发生及可得利益具体数额的证据材料，也不代表一定可以获得全部赔偿，民事案件本就不是一个“非此即彼”的零和博弈。在个案的处理中，裁判者也会根据案件的具体情形根据其他的法律规定行使自由裁量做出最终认定，而相关的裁量规则在《民法典》中也有相应的规定，主要有：

减损规则：《民法典》第五百九十一条第一款，一方违约后，另一方应当采取合理措施防止损失扩大，否则扩大部分不得赔偿。比如承揽合同中，定作方已经明

示取消订单，承揽方仍然无视定作方的通知，执意继续生产，此时额外产生的损失，无法主张赔偿。

过失相抵规则：《民法典》第五百九十二条第二款，当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以



减少相应的损失赔偿额。在我国，违约责任一般都是作为严格责任来认定的，判断一方是否违约，并不考虑其是否存在主观过错，但是具体到违约责任，特别是损害赔偿责任的承担，实践中往往都绕不开对于各方主体“过错”的认定，并以各方的过错程度来确定损害赔偿的数额，并由裁判者进行裁量。



依法成立并生效的合同是当事人之间意思自治的成果，理应获得法律的保护，基于对于诚实信用原则的保护，对于交易安全的维护，一方擅自违约理应承担相应的责任。但是如果合同各方对于违约责任的承担方式没有明确的约定，又或者赔偿实际损失不足以弥补守约方全部损失的情况下，可得利益损失赔偿就成为一个突破口。如果通过法律的规制及举证，合同当事人要么履行承诺，要么赔偿对方包括预期可得利益在内的损失，以使对方能够尽可能实现合同规划的利益状态，这无疑将有效保护交易安全。而随着《民法典》及对应各司法解释、司法判例对于可得利益保护的日益完善，有理由相信，只要我们严格按照法律的规定，在合同磋商、文书起草、合同履行、违约取证等各个阶段，有意识地针对预期可得利益的取证进行布局，曾经难以举证，难以获得支持的“预期可得利益”将变得清晰可见，真正成为保护合同当事人合法权益的一柄利器。

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

徐汇区《民法典》宣讲团成员

业务方向：企业合规管理、民商事争议解决、
不良资产处置

联系方式：17621356262





工程质量第一责任人是谁？

作者：席绪军

笔者代理的一起建设工程施工合同纠纷案件中，竣工验收交付使用近5年后，施工单位甲公司起诉建设单位乙公司主张支付工程款，乙公司随即提出反诉，主张甲公司存在工期逾期和施工质量问题，要求甲公司返工重做。

案涉项目系一个钢结构多层厂房项目，乙公司提出甲公司施工时涂刷的防火涂料不符合设计文件要求，并称在竣工验收合格之前就已经知道存在该情形，但是因为当地某政府职能部门对这个项目有投产时间的要求，因此，不得不办理竣工验收，并给予验收合格的结论。如果乙方所陈述的是事实，那么甲方是否应当承担质量责任，乙方对此是否也应当承担质量责任呢？

在建设工程质量纠纷中如何区分建设单位与施工单位的质量责任，本文结合实践案例来进行分析。

一、建设单位的质量责任

《住房和城乡建设部关于落实建设单位工程质量首要责任的通知》【建质规〔2020〕9号】（以下简称“9号文”）明确指出，“建设单位作为工程建设活动的总牵头单位，承担着重要的工程质量管理职责，对保障工程质量具有主导作用。”。9号文还明确：“建设单位是工程质量第一责任人，依法对工程质量承担全面责任。”、“（五）严格工程竣工验

收。建设单位要在收到工程竣工报告后及时组织竣工验收，重大工程或技术复杂工程可邀请有关专家参加，未经验收合格不得交付使用。住宅工程竣工验收前，应组织施工、监理等单位进行分户验收，未组织分户验收或分户验收不合格，不得组织竣工验收。加强工程竣工验收资料管理，建立质量终身责任信息档案，落实竣工后

永久性标牌制度，强化质量主体责任追溯。”

由此可见，建设单位是承担首要责任，是第一责任人，承担全面责任。

不论是《中华人民共和国民法典》（以下简称“民法典”），还是《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称“司法解释一”），关于工程质量都是提及施工单位的质量责任，这似乎给人感觉工程质量的责任方只有施工单位，一旦出现工程质量问题首先追究的也是施工单位的施工质量，久而久之反而忽视了建设单位的质量责任。实际上“民法典”及“司法解释一”没有言明的一个基本法律逻辑

就是，由于建设单位的行为所导致的工程质量问题，所产生的损失和责任由其自己承担。

从9号文的规定和《中华人民共和国建筑法》（以下简称“建筑法”）的规定都可以看出，实际上主要的工程质量责任主体是建设单位，其他质量责任主体如施工单位、设计单位、监理单位的各方行为是受到建设单位控制的。最后的竣工验收也是由建设单位来主导的，建设工程的各项申请文件也是由建设单位来向政府职能部门提出审批的，工程质量问题导致第三方受损的，也是先由建设单位承担赔偿责任，再向导致工程质量问题的责任方追偿。

二、施工单位的质量责任

“建筑法”第五十八条：“建筑施工企业对工程的施工质量负责。”为什么没有说施工单位对工程质量负责，而是说对施工质量负责，就是因为工程质量问题涉及到方方面面，勘察、设计、建筑材料、设备等方面都可能导致工程质量出现问

题，甚至还有使用不当导致的工程质量问题。施工单位只对其施工行为导致的质量问题承担责任，包括对由其负责采购的材料和设备的检验，未经检验合格不得使用，施工单位不对其他工程质量责任主体导致的质量问题负责。

建设单位的验收不免除施工单位的施工质量责任，应当是在建设单位严格按照法律、法规、规范和设计文件的要求对建设工程进行检查验收的情况下。在建设单位明知建设工程的质量不符合验收要求的情况时，还强行推动工程验收，强行投入使用，此时再向施工单位主张所谓的

质量责任，显然有违基本的诚信原则。

在不具备验收的条件下，施工单位配合建设单位组织的验收活动，同样违反了相关行政法规的规定，但施工单位应当承担的是质量违法行为的行政责任，而不是民事违约赔偿责任，该质量损失理应由建设单位来承担。

三、案例中的乙公司是否应当承担甲公司提出的防火涂料质量不符合设计和规范要求 的违约责任？

甲公司与乙公司签署的施工合同属于民事合同范畴，在“民法典”合同编第十八章《建设工程合同》有专门的规定。由于建设工程涉及到公共利益和公共安全，其建设、验收和使用又受到很多行政法的规制，比如城乡规划法、建筑法、安全生产法等。因此，施工单位的施工行为也同样受到行政法律法规的规制，如果施工单位违反了行政法律法规，会受到与违法行为后果相当的行政处罚。但是，民事责任与行政责任并行不悖，承担行政责任不代表就一定要承担民事责任。

按照乙公司在庭审中的说法，他们在竣工验收时是明知甲公司防火涂料的施

工质量不符合设计文件和施工规范的要求，但是为了尽快通过验收，而没有提出整改返工的要求。在甲公司提起追索工程款的诉讼中乙公司提出质量反诉，认为甲公司防火涂料的施工质量不符合合同约定，构成违约，要求甲公司对防火涂料予以返工。对此反诉，甲公司抗辩称防火涂料的施工质量符合合同约定和设计文件及规范要求，不存在违约行为。

“司法解释一”第十四条：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基



基础工程和主体结构质量承担民事责任。”案涉项目合同关于竣工验收均有详细约定，同时施工验收规范也属于双方验收的文件依据，未经竣工验收擅自使用部分的质量异议不予支持，那么对于验收时已经查出的质量问题，不要求整改予以验收通过，这属于对自身民事权利的处分行为，即使真的日后需要重新返工施工，该费用也应当由建设单位自身承担。

9号文第四条“全面加强对建设单位的监督管理”明确规定，“各地要建立健全建设单位落实首要责任监管机制，加大政府监管力度，强化信用管理和责任追究，切实激发建设单位主动关心质量、追求质量、创造质量的内生动力，确保建设单位首要责任落到实处。（一）强化监督检查。建立日常巡查和差别化监管制度，对质量责任落实不到位、有严重违法违规行为的建设单位，加大对其建设项目的检查频次和力度，发现存在严重质量安全问题的，坚决责令停工整改。督促建设单位严格整改检查中发现的质量问题，整改报告经建设单位项目负责人签字确认并加

盖单位公章后报工程所在地住房和城乡建设主管部门。工程质量监督中发现的涉及主体结构安全、主要使用功能的质量问题和整改情况，要及时向社会公布。”由此可见，建设单位应当对质量责任落实到位，坚决停工整改已发现的质量安全问题，更不能主动掩盖自己已发现的质量安全问题，组织虚假的竣工验收活动。实践中有些政绩工程或者所谓献礼工程常常会出现赶工期，忽视质量问题，强行组织竣工验收，提前将不符合合同约定或者规范要求的工程投入使用，致人民群众的生命财产安全于不顾。

《建筑法》第六十一条：“交付竣工验收的建筑工程，必须符合规定的建筑工程质量标准，有完整的工程技术经济资料 and 经签署的工程保修书，并具备国家规定的其他竣工条件。建筑工程竣工经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。”根据该条的规定，施工单位按照合同约定，依法提交验收资料，经过竣工验收交付建设单位使用，就全面履行了合同义务，对于使用中

发现的质量问题一般只需要履行保修义务，只要没有偷工减料行为，不应当为建设单位隐瞒质量问题而产生的工程质量责任买单。

对于已经发现的工程质量问题，确需返工的，应当由工程质量责任主体建设单位承担，如果可以认定是施工单位的施工质量导致的，则建设单位可以向施工单位追偿该损失。对于建设单位单方隐瞒已发现的工程质量问题，事后来向施工单位追偿的情形，则不能适用“验收不免除责任”的规则，因为在过程验收阶段乃至竣工验收时发现的工程质量问题，整改的成本要

远小于使用后的整改成本，此时，施工单位的人材机尚未退场，相应的施工措施工程（如脚手架等）也还在现场。

案例中，乙公司在竣工交付使用近5年后，为了对抗甲公司主张欠付的工程款，而提出对防火涂料予以返工，很显然属于恶意抗辩主张，不应得到支持。案例的合同中对于防火涂料的保修期没有明确约定，司法实践中的判例也是按照两年来认定保修期，工程实践中也没有哪一种涂料的保修期能够与主体结构的保修期一样长。最后，法院驳回了乙公司的该项反诉要求。

综上，建设单位才是建设工程的第一责任人，对工程质量全面负责。



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分会法律专业委员会 委员

业务方向：建设工程、房地产、公司业务

联系方式：13611782519



一波三折的建设用地使用权转让纠纷

——兼议离婚协议对建设用地使用权归属约定的效力

作者：郑华

近日，笔者团队在处理涉及建设用地使用权分割的某离婚后财产纠纷案时，在法律检索过程中发现了一个十分有趣的案例。该案中，张某作为受让人与颜某签订了建设用地使用权转让合同，而涉案土地的使用权证却登记在杨氏工艺厂名下，因颜某迟迟未能办理土地使用权的过户登记手续，张某将颜某、第三人杨某和杨氏工艺厂告上法庭，于是一起离婚后财产纠纷的关联案件也浮出水面。

案情

杨氏工艺厂是位于广州市南沙区某镇一土地的使用权人，该土地面积为 5500 平方米，登记时间为 2005 年 5 月 24 日，权证号码为 G18-000500（以下简称涉案土地）。个体工商户杨某是杨氏工艺厂的经营者。

2019 年 7 月 14 日，张某（受让方、乙方）与颜某（转让方、甲方）就涉案土地签订《土地使用权转让合同》约定：

“二、甲方确认该土地使用权归甲方所有，甲方就该土地使用权享有处分权；甲方提供深圳市罗湖区人民法院（2009）深罗法民一初字第 975 号《民事判决书》……三、甲乙双方同意按现状（含该土地使用权地上建筑物）及按该土地使用权使用性质由乙方 14700000 元受让甲方该土地使用权：1、乙方应于本合同签订之日起五日内支付甲方定金 200 万元（已包含乙方依据《土地使用权转让意向书》支付给甲方的首期定金 10 万元）。2、甲方应于收到乙方支付的定金款 200 万元之日起将该土地使用权所涉土地按现状（含该土地地上

建筑物）交付给乙方管业（管理、占有、使用并收益）。3、甲方应于收到乙方支付的定金款 200 万元之日起七日内协同乙方到土地管理部门办理该土地使用权转让至乙方名下的转让手续；乙方应于收到土地管理部门受理回执之日起三日内支付首期受让款 500 万元给甲方。……五、甲方的权利义务。……。2、甲方应当按本合同约定协助乙方办理该土地使用权的转让至乙方名下的手续，并排除在办理转让手续过程中发生的一切妨碍。3、甲方保证在签署本合同前，已取得杨某、杨氏工艺厂对本合同内容的认可及同意。……。七、违约责任……。”

签约当日，张某与颜某签署《不动产交付确认书》，双方确认已将涉案土地使用权证及地上建筑物按现状交付给张某。2019 年 7 月 16 日，颜某出具《收款收据》确认收到张某支付的土地转让款定金 2000000 元。

因颜某迟迟未能办理过户，张某无奈只能起诉至法院，要求被告颜某及第三人

登记没有依据，据此，一审法院对张某的诉请予以驳回。

二审期间，颜某于2020年12月4日就涉案土地取得不动产权证，共有情况为

首先，张某、颜某就涉案土地签署的《土地使用权转让合同》是双方真实意思表示，亦不存在违反法律法规强制性规定的情形，应为有效合同，各方当事人应依约履行合同义务。

其次，虽然已经生效的（2009）深罗法民一初字第975号《民事判决书》判决杨某应协助颜某办理涉案土地的产权过户手续，但涉案土地的权属登记情况显示该土地产权登记在杨氏工艺厂名下，一审法院以涉案土地在一审审理时是登记在杨氏工艺厂名下，并不具备过户条件为由驳回张某请求颜某协助办理过户登记手续

单独所有。

二审部分改判，判决颜某于判决发生法律效力之日起七日内协助张某办理过户手续；驳回其他诉讼请求。

裁判意见

续的诉请确有法律依据，并无不当之处。但在二审过程中，颜某已取得涉案土地的使用权并就涉案土地已办理转移登记，其在张某已按照合同约定支付了200万元定金款的七日内并未协助张某办理产权过户手续，已构成违约，故在颜某协助办理过户的条件已具备的情形下，张某请求其协助办理过户手续符合合同约定，故二审予以支持。

但是，不论是一审、二审均认为张某请求杨某、杨氏工艺厂协助办理过户登记的诉请既无合同依据亦无法律依据。

律师分析

一是原则确认了《离婚协议》中关于建设用地使用权归属的约定有效。根据我国原《婚姻法》司法解释及现行《民法典》

婚姻家庭编的解释（一）规定“离婚协议中关于财产以及债务处理的条款，对男女双方具有法律约束力。”原《物权法》及

现行《民法典》规定，“建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律另有规定的除外。”在颜某与杨某的离婚后财产纠纷案中，颜某提交了离婚证，离婚协议书、土地产权情况证明，个体工商户开业资料、用地补偿协议、鉴证书、国有土地使用权出让金专用票据，广州房地产权情况表等，证明涉案土地使用权及地上房屋产权原属于夫妻共同财产，《离婚协议》中明确约定归颜某所有，且二人婚姻关系已经解除。法院最终判决确认了夫妻双方在《离婚协议》中对于涉案建设用地使用权的权属约定有效。

二是未进行变更登记的情况下，不发生法律效力，受让方只能根据合同相对性主张出让方履行合同义务。“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。”故，本案中，因为颜某拿到生效判决后，杨某未主动履行，

颜某也没有申请强制执行，涉案土地及地上房屋一直未变更到颜某名下，所以不发生法律效力。对于张某而言，其只能依照合同相对性主张颜某履行《建设用地使用权转让合同》，没有法律及合同依据，直接请求杨某或杨氏工艺厂配合其进行产权变更登记。

三是若出让方颜某始终未能变更登记，张某作为受让方可以依据合同约定向对方主张违约责任或待涉案土地过户条件成就后再次主张办理过户登记。本案二审的转机来源于颜某在此期间顺利变更了土地使用权登记及房屋不动产权登记，成为不动产权利人，故张某主张过户的条件已然成就，二审得以改判。如若，颜某迟迟不予办理变更登记，张某又无法越过颜某直接要求第三人杨某或杨氏工艺厂配合过户，那张某的权益该如何实现呢？根据债权的相对性原理及颜某与张某的合同约定，张某还可以主张颜某的违约责任，即“有权单方解除合同并要求双倍返

还定金，并将已支付转让款返还给乙方（张某），甲方（颜某）并按自收到转让款之日起每日千分之一计付利息给乙方（张某）。”

看似一波三折的建设用地使用权转让纠纷，源头竟然是一份离婚协议书，不得不说，离婚协议中关于财产的约定对男女双方具有较强约束力，其约定的合法、具体和严谨也显得越来越重要。

郑华 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 律师

上海市闵行区劳动人事争议委员会兼职仲裁员

上海市闵行区职工维权律师志愿团律师

上海市闵行区马桥镇、新虹街道总工会法律顾问

上海市徐汇区枫林街道普法宣传团讲师

业务方向：劳动法、公司业务、家族法律服务

联系方式：13482439658



合同欺诈、缔约过失责任之辨析

——以商品房预售合同为例

作者：张睿、李林芳



在当今社会，房产为大部分群体的安家之本，然而因房产买卖产生的纠纷时有发生。当开发商对商品房购买者存在故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况的情形时，开发商将同时构成欺诈与缔约过失，在欺诈与缔约过失责任构成请求权竞合的情形下，此时作为商品房购买者的当事人享有选择权，即由当事人选择通过缔约过失责任追究相对人的损害赔偿责任，或选择以欺诈为理由而主张撤销合同进而恢复原状。

在商品房预售过程中，以欺诈为理由主张撤销合同及主张相对方缔约过失责任存在哪些区别，以及两者的适用情形有哪些，笔者作如下分析：



一、商品房预售合同中的欺诈。

欺诈，是指一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意、隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示。

《民法典》第148条：“一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人

民法院或仲裁机构予以撤销。”据此，判定构成“欺诈”须具备以下条件：（1）欺诈方有欺诈的故意；（2）欺诈方实施了欺诈行为；（3）相对人因欺诈行为而陷于错误认识，即相对人陷于错误认识与欺诈方的欺诈行为有因果关系；（4）相对方因错

误认识而作出了意思表示，即因为错误认识而与之订立了合同。若购房者认为开发商的行为构成欺诈进而提起诉讼，则购房者在诉讼中应注意对欺诈行为的四个构成要件进行逐一分析并举证。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零九条规定，当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。由此可见，该司法解释对“欺诈”行为的证明标准进行了特别规定。换言之，在商品房预售合同纠纷中，购房者一方需要对开发商存在“欺诈”行为的证明达到排除合理怀疑的程度，此证明标准系高于民事诉讼中的高度盖然性的一般证明标准。在该类案件中，有几个举证要点需要特别注意：

1. 构成欺诈需要举证开发商存在故意隐瞒事实或者告知虚假情况的主观心

态，同时还需要证明购房者因开发商的上述行为陷入错误认识而签订了合同。

2. 商品房预售合同的具体约定是判定开发商是否存在欺诈的重要标准。若购房者未签订商品房预售合同，仅因开发商的虚假宣传内容主张该行为构成欺诈，则购房者应注意分析该开发商的广告宣传内容是否对合同订立及房屋价格产生了重大影响。通常，商品房的销售广告和宣传资料一般应当视为要约邀请，若仅凭开发商通过官网、中介网站、宣传册等的宣传内容作为证据来证明开发商存在虚假宣传行为，则难以达到欺诈的证明目的。若购房者无法证明开发商发布的广告内容为要约的情况下，不能认定购房者对合同内容陷入错误认识，购房者若以此主张“撤销”则难以得到法院支持。

3. 开发商因虚假宣传被行政处罚并不必然构成商品房买卖合同项下的欺诈。开发商在销售过程中的虚假宣传行为应由行政主管部门认定并处罚，然而，民事

诉讼中法院对“欺诈”行为的认定标准与行政机关对“欺诈”的认定标准并不相同。行政主管部门在认定开发商虚假广告或价格欺诈行为时，仅需确认其行为的违法性，无需核实购房人是否因为虚假广

告或者价格欺诈最终陷入错误的意思表示，据此，购房者不要陷入只要开发商受到行政处罚就一定在司法领域构成欺诈的错误认识。

二、商品房预售合同中的缔约过失责任

缔约过失责任，是指在合同缔结过程中，一方当事人违反了以诚实信用为基础的先合同义务，先合同义务一般包括告知义务、保护义务、保密义务及其他依公平诚信原则应负的义务等。

其成立须具备下列条件：(1) 缔约人在缔约过程中违反先合同义务；(2) 缔约相对方受有损害；(3) 违反先合同义务与损害有因果关系；(4) 违反先合同义务的一方存在过错。

理论上观点认为，缔约过失责任仅适用于合同未成立、无效或者变更、被撤销的情形。但司法实践已基本认可缔约过失责任既可以存在于合同未成立、无效或者变更、被撤销的情形，也可以存在于合同有效的情形。《民法典》第 500 条规定，在订立合同过程中存在恶意磋商、违反告

知义务以及其他违反诚实信用原则的情形适用缔约过失责任。由此可见，民法典在规定缔约过失责任条款适用中并未以合同是否有效为前提。据此，笔者认为，只要缔约双方进入缔约阶段，任何一方违反了相关义务，给相对方造成损失就要承担相应责任，该损失既有可能发生在合同不成立或无效的情形，也有可能持续到合同有效甚至已经履行的状态。在商品房预售合同纠纷中，若开发商违反了先合同义务给购房者造成损失的，则购房者可以向开发商主张缔约过失责任。购房者可主张的赔偿金不仅应包括己方实际支出的费用等直接损失，还应包括由于信赖合同有效，从而丧失与第三人订立有效合同可能获得的利益，即是机会损失，对于该部分损失通常以房屋增值利益损失作为参考。



三、欺诈与缔约过失责任的关系

如上所述，欺诈的构成要件相对要求较高，构成民法上的欺诈则一定构成缔约过失责任，但构成缔约过失责任不一定构成欺诈。当开发商对商品房购买者存在故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况的情形时，开发商将同时构成欺诈与缔约过失，此时作为商品房购买者的当事人享有选择权。

当开发商构成缔约过失与欺诈的竞合，购房者可行使撤销权或者向开发商主张缔约过失之赔偿责任。

在无法证明开发商存在欺诈的故意时，开发商虽不用承担因欺诈而导致合同被撤销的责任，但若存在未如实告知相关情况等其他违反诚实信用原则的行为，仍应承担缔约过失责任，该缔约过失责任不以商品房预售合同的不成立或无效为前提。

有鉴于此，涉及商品房合同纠纷时，购房者需要考察开发商的行为性质以及列举相关证据。如果购房者认为自己被欺诈，就要对自身举证能力作出合理评估，若无法提供出强有力的证据，无法形成完整的证据链，则要慎重考虑以欺诈为由主张撤销合同，可考虑以缔约过失等理由向开发商追究相应责任，以期维护自身合法权益。



张睿 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方民商事与金融法律服务部 律师

七方家事与财富管理法律服务部 律师

业务方向：商事诉讼，婚姻家庭事、

私人财富管理

联系方式：15902145818



李林芳 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

上海市家庭教育研究会会员

上海市眉山商会理事

业务方向：刑事辩护、公司法、合同法

联系方式：13052067259



烫手的商业承兑汇票，施工单位如何应对？

作者：甘雯雯

近两年房地产企业暴雷、烂尾楼频出，房地产行业冰下的至暗渐渐浮出水面。一家房地产企业垮塌的背后，往往对应着一家或者数十家的建筑施工单位，再往下是无数的分包单位、建筑劳务公司、材料供应商。行业不振、资金紧张的情势下，建设单位用商票来支付工程款，施工单位怎么应对和防范其中的风险？本文将给出分析和建议。

什么是承兑汇票？

依照《中华人民共和国票据法》，票据作为一种支付方式，分为汇票、本票和支票。汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。汇票因出票人不同又分为银行汇票和商业汇票，顾名思义银行汇票是银行出具的，商业汇票是非银行单位出具的。

虽然都是承兑汇票，银行承兑汇票与商业承兑汇票在信用度上有着天壤之别。

银行承兑汇票的承兑人为商业银行，以银行信用为担保，安全性高。商业承兑汇票是商业单位开具的，以承兑人的信用为担保，到期后持票人要求承兑人（即付款人）无条件支付票款。商业承兑汇票的承兑人为商业银行以外的付款人，多为企业法人。2021年恒大暴雷之时的商票无法兑付事件，说的就是商业承兑汇票（以下正文中简称为“商票”）。

商业承兑汇票的风险

1. 无法承兑的风险

为避免长期商票带来的支付结算风险，纸质商业汇票的最长支付期限为6个月，电子商业汇票的最长支付期限为1年。承兑期限的计算从出票日期起，到汇票到

期日止。商票到期后，如果作为承兑人的建设单位出现破产倒闭、无足够现金等情况，商票就无法得到实际支付，施工单位的票据利益便不能得到保障。

2. 变现困难

施工单位拿到建设单位交付的商票之后，往往需要等到商票到期后才能承兑。而施工单位的下游企业，比如劳务公司、供货商等，一般不会接受施工企业以商票的方式支付劳务分包工程款、建筑材

料款等。商票很难背书给下游单位，也就意味着施工单位所接受的商票往往无法直接用于支付其各种施工开支。即使能够背书给下游单位，依据我国《票据法》第六十八条的规定：“汇票的出票人、背书

人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任。持票人可以 not 按照汇票债务人的先后顺序，对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。”，施工单位作为背书人，依然存在被追索的风险。

实务中，施工单位经常用贴现的方法将商票变现，获得现时资金。贴现是商票的持票人在到期日前，为了取得资金，贴

3. 可能丧失建设工程价款优先受偿权

根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十一条规定：“承包人应当在合理期限内行使优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。”建设单位以商票

付一定利息将票据权利转让给金融机构的票据行为。票据贴现是特许金融业务，但是很多银行出于风控考虑，并不接受商票贴现。为了解决资金问题，施工单位多采用“民间贴现”的方式，往往要付出高额

额的贴现利息，而且还存在会被认定为无效的法律风险。

的形式支付工程款，若本身已是拖欠了时日才支付，再加上商票本身的承兑期限长，如果至到期日施工单位才发现商票无法承兑，再向建设单位索要工程款时，可能已经超过了十八个月的期限，存在丧失优先受偿权的风险。

施工单位如何在合同中约定以规避商票风险？

施工单位可以在合同缔结之时，对建设单位采用商票支付工程款的约定尽可能的明确详细，来保障自己的合法权益。比如约定：

1. 明确的出票人、承兑人，尽可能只接受有良好的商业信用的大型企业的商

票，对于商业信用无保障的企业开具的商票不予接受；

2. 明确约定由建设单位承担商票贴现的费用，规避贴现成本增加的风险；

3. 约定商票无法承兑时由建设单位继续支付工程款；

4. 保留建设工程价款优先受偿权，



可与建设单位约定商票期满之日为应当给付建设工程价款之日，意在将建设单位应当给付工程款之日延后，以此保证施工

单位在商票无法承兑时，仍有权要求建设单位支付工程款并享有优先受偿权。

施工单位如何应对建设单位实际交付的商票？

1. 合同中未约定以商票支付工程款

在建设工程施工合同中，双方没有约定商票支付的情况下，若建设单位提出以商票支付工程款的，属于对合同重要条款的单方面变更，施工单位有权拒绝。

2. 合同中虽约定以商票支付工程款，但约定不明

在合同中关于商票支付约定不明的情况下，例如合同中仅约定“以商票支付工程款”，但对于出票人、承兑人未有明确约定。依据《民法典》第五百一十条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。”第五百一十一条规定：“当事人就有关合同内容约定不明确，依据前款规定仍不能确定的，适用下列规定：

（五）履行方式不明确的，按照有利于实

现合同目的的方式履行。”在此情形下，施工单位有权不接受商票，要求建设单位直接支付工程款。

3. 在评估商票承兑风险的前提下正确行使不安抗辩权

施工单位在接受建设单位以商票支付工程进度款时，应当评估相关的风险，对商票的承兑人进行信用评估，审核承兑企业的资信状况和支付能力，评估对方到期兑付的风险，避免承兑汇票到期不能及时承兑。

在承兑人丧失商业信誉的情况下，即建设单位已经开具的商票不能承兑或出现了其他丧失商业信誉的情况（如被列为失信被执行人或《民法典》第五百二十七条规定的四种情形：经营状况严重恶化；转移财产、抽逃资金，以逃避债务；丧失商业信誉；有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形），施工企业可以行使不

安抗辩权，拒绝接受商票，或者要求建设单位提供担保，或者要求第三人担保，以

此来确保商票可以承兑或者可以通过其它方式收回工程款。

在商票无法兑付的情况下，施工单位应如何主张工程款？

建设单位以商票支付工程款，商票到期之后未实际兑付，理论上，施工单位此时既可以依据基础的建设工程施工合同关系主张工程款，也可以依据票据关系主张工程款。

两者的区别在于：以建设工程施工合同关系主张工程价款，可以依据施工合同中的相关约定主张违约金、损害赔偿、资金占用损失等，也可以行使建设工程价款优先受偿权；若依据票据关系主张票据责任，将受限于票据金额和资金占用损失。

在这种情形下，最高人民法院也有指导案例给出了明确答案。例如在（2021）最高法民申6965号中，最高人民法院认为：建设单位与施工单位之间债权债务关系的产生基于双方之间的建设工程施工合同，商票的出具只是一种支付方式，在商票没有得到承兑的情形下，不产生偿付工程款的效力，债权债务关系并未因商票的出具而消灭。施工单位有权要求建设单位继续履行工程款的支付义务。



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

业务方向：民商事争议解决、
企业合规管理、建设工程与房地产

联系方式：13564750281



一般买受人能否排除抵押权人的强制执行

作者：朱好婕

此前已对商品房消费者与一般不动产买受人（以下简称“一般买受人”）二者概念做了简单区分，并分析讨论了商品房消费者能否排除强制执行，本文将继续讨论一般买受人与抵押权人在执行程序中的权利顺位。

一般买受人能否排除金钱债权执行参照适用《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称“《执行异议和复议规定》”）第 28 条的规定。当买受人符合《执行异议和复议规定》第 28 条规定情形时，无疑可以申请排除普通债权的执行。实践中争议较多的是，买受人能否参照适用第 28 条的规定，排除抵押权人的执行？

一、观点争议

这一问题存在许多争议，司法实务中的裁判观点也存在分歧。关键在于第 28 条是否属于第 27 条“法律、司法解释另有规定”的除外情形，对此有不同观点：

一种观点认为第 28 条是第 27 条的除外规定，故符合第 28 条规定情形的买受人可据此排除抵押权人执行；另一种观点认为第 27 条的除外规定中并不包含第 28 条规定的买受人，故一般买受人无权排除。

除此之外，还有观点认为要看买受人以及抵押权人有无过错，根据过错情况认定买受人是否符合第 27 条的除外规定。典型情形为“先买后抵”：设定抵押权在后的抵押权人即为非善意抵押权人，不得依据《执行异议和复议规定》第 27 条的规定，故不享有对抗买受人的优先受偿权。

如在（2019）最高法民申 4695 号案件，最高院认为买受人刘某与被执行人棉业公司签订《商品房买卖合同》以及实际占有案涉房屋在先，案涉房屋办理抵押登

记再后，故刘某对案涉房屋享有足以排除强制执行的实体权益，符合《执行异议和复议规定》第二十七条除外情形的规定。

(2022)桂 1421 执异 132 号也持有类似的裁判观点，法院认为买受人对于防范“先买后抵”的交易风险欠缺有效的手段，在办理产权登记前处于被动地位，基本上没有控制风险的机会。故非因买受人自身原因未办理过户登记，如果由其承担该笔交易风险，有违公平。而设定抵押权

在后的广投融资担保公司作为融资担保机构，不仅法应对抵押物尽职调查，更具有调查和防范风险的优势，负有对在先权利的注意义务以避免权利冲突。据此支持买受人对案涉商铺的执行异议。

本文认为这需结合买受人的购房目的，进行判断。总体而言，买受人无权排除抵押权人的执行。但当一般买受人出于居住目的购买二手房时，需要考虑其生存利益。

二、具体分析

在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）出台后，裁判观点已基本趋于统一：原则上一般买受人无权排除抵押权人的执行。

《九民纪要》第 126 条明确了商品房消费者的权利优先于抵押权人的抵押权，是针对实践中存在的商品房预售不规范现象为保护消费者生存权而作出的例外规定。为避免动摇抵押权具有优先性的基本原则，需严格把握条件，主体仅限于符合本纪要第 125 条规定的商品房消费者，一般买受人不适用上述处理规则。

以(2021)最高法民再 189 号案件为例：该案中一、二审法院认为抵押权人红岭公司同意抵押人新永秀公司销售抵押财产案涉商铺，吴某在人民法院查封案涉商铺之前，已与新永秀公司就该商铺签订了合法有效的商品房买卖合同，依照合同约定支付了全部购房款，且已经实际占有使用案涉商铺，未办理过户登记也并非吴某自身的原因，故《执行异议和复议规定》第 28 条的规定，吴某就案涉商铺享有足以排除强制执行的民事权益，驳回红岭公司对案涉商铺采取执行措施的诉请。



而最高院最终认定买受人吴某等对案涉商铺不享有足以排除强制执行的民事权益，支持了红岭公司的执行诉请。理由主要为：红岭公司虽出具同意为案涉商铺办理预售许可证延期手续，但并非表示放弃就案涉商铺设定的抵押权。在案涉商铺抵押登记尚未涂消的情况下，红岭公司

仍享有对案涉商铺的抵押权。吴某作为一般购房人，其取得的不是物权期待权，本质是债权，并不优先于抵押权。

从上述案例中可以看出一般不动产买受人即便符合《执行异议和复议规定》第 28 条的规定，只能排除普通债权人的执行，不能对抗抵押权人。

究其原因在于该类情形并不具有优先于抵押权的生存权至上的价值基础。

商品房消费者与一般买受人二者的区分主要是基于不同的购房需求，因体现的价值基础有所区别，法律保护方式也不相同。一般认为，商品房消费者是为居住需要购买商品房，基于对居住权以及生存权这类特定权益优先保护的必要，可以排除担保物权等权利的强制执行；而一般买受人购买不动产主要用于经营性行为，例如上述(2021)最高法民再 189 号案例中吴某购买案涉商铺被最高院认定为投资行为，不属于消费者生存权保护范围。一般买受人的物权期待权虽被赋予物权名义，但本质上属于债权请求权，而抵押权具有物权优先性，故无论抵押权设立先后，买

受人享有的物权期待权均不具有优先于抵押权的权利属性。

通过对相关法条的分析，也可以得出无过错并非买受人能够排除抵押权执行的原因。《执行异议和复议规定》第 28 条规定的是无过错不动产买受人物权期待权。若所购房屋原本已被设定抵押，而买受人购买时无论是未发现亦或明知存在抵押权，均不属于无过错买受人。

另外，《民法典》第 406 条规定：“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。”该规定明确转让抵押物无需抵押权人的同意，且转让抵押物不影响抵押权的实现。

综上所述，无论是先抵后买，还是先买后抵，结合法律规定以及权利性质，买受人的物权期待权均无法对抗抵押权人的抵押权。

三、购买二手房用于居住的情形

现有规则是依据出售人的身份来区分商品房消费者与二手房买受人。虽然有部分买受人出于投资经营目的购买不动产，但实践中大部分是购买二手房用于生活居住。仅因出售方的身份是否为开发商、所购房屋是否为一手房，致使一、二手房买受人的权利保障产生巨大差异是否合理？

本文认为对于购买二手房用于居住的买受人，其生存利益与居住利益亦应予以优先保护。如最高院在(2019)最高法民申 5142 号案例中指出，为了生活消费需要而购买商品房的买受人，其对于所购房屋的权益，在符合法律规定的条件时，应当优先于抵押权等优先受偿权而获得保护。而对于是否系生活消费需要，则并不必然以是否系从开发商处购买一手房为标准予以区别对待。

因此，在具体案件中需对买受人购房是否出于生存需要进行实质审查，而非仅凭是否从开发商处购买进行判断，这更符合立法目的。



朱好婕 律师

七方建设工程与房地产法律服务部 律师

业务方向：建工与房地产、民商事

联系方式：13816142289

“抢孩子”可以休矣——国内首例婚内监护权案评析

作者：胡晓萍

在大众认知中，素来在离婚诉讼中涉及孩子抚养权的争夺，或者在离婚后引发变更抚养权的纠纷，但现实往往不会按照文字规定那般波澜不惊，婚姻不仅是夫妻两个人的事儿，一段破裂的婚姻，受伤害的还有孩子。当离婚尚在进行时、双方婚姻仍然存在时，父母双方对于孩子的争夺早已紧锣密鼓地拉开序幕。2022年8月，河北省保定市中院关于国内首例“婚内监护权”纠纷案件落槌，引发广泛关注。

案情简介

张菁和刘勇（均为化名）于2019年登记结婚，两人虽是同学、知根知底，但婚后的嫌隙还是难以避免，2020年11月女儿的出生也没有让争吵停止。

2021年4月18日，争吵变成了实质性冲突，双方开始分居。

分居后，女儿本来随张菁共同生活。2021年7月7日，张菁像往常一样去上班，后接到了孩子被丈夫抱走的消息。张菁说，当天是自己母亲在带孩子遛弯，丈夫一家从身后追上，表示要带孩子去买吃的

然后就抱着孩子一去不归。

张菁联系刘勇，电话无人接听，婆婆也将其微信拉黑。多方联系未果后，张菁报警，但警方以“家庭纠纷”为由未出警。当时，孩子还不到9个月大，正处于哺乳期，离开母亲就意味着被强行断了母乳，这让张菁担心不已。

按照张菁的说法，从2021年8月至2022年4月，她几乎每天给刘勇发消息，询问何时能见到孩子，但基本得不到回复。



救济一波三折

孩子被抱走后，张菁的生活轨迹都与争夺女儿抚养权的诉讼有关：

第一步，张菁申请了人身安全保护令，要求刘勇将孩子送回，禁止其在双方离婚诉讼期间与女儿接触，但申请被驳回；

第二步，张菁提起了离婚诉讼，想通过离婚获得抚养权、进而与女儿团聚，但因刘勇坚决不同意，第一次起诉法院未准予离婚。

司法实践中，类似情况并不少见。拖延时间是“抢孩子”一方的惯用手段，因为孩子在其身边生活久了，法院就可能以“不改变孩子的生活环境”为依据判决抚养权的归属。以张菁的案子为例，一旦女儿超过2周岁，在抚养权的争夺上，张菁几乎没有什么胜算可言。

因此，在收到第一次离婚失败的判决后，张菁无比心焦。为尽快

见到女儿，她又采取了第三步——提起婚内监护权纠纷诉讼。张菁认为男方侵犯了她对女儿的监护权，要求刘勇及其母亲将女儿送回，使她能继续行使监护权。

2022年3月，监护权案一审宣判：法院驳回了张菁的诉讼请求，原因是她没有证据证实孩子爸爸没有抚养保护好孩子。张菁不服，于2022年4月2日提起上诉。

2022年7月15日，二审作出终审判决，判令对方在指定期限内将孩子送交张菁，暂由张菁直接抚养。张菁终于胜诉了！



判决指导意义

本案涉及的是婚姻关系存续期间夫妻双方分居后子女抚养争议的问题。

现行法律、司法解释对离婚后抚养权的归属是有明确规定的。



《民法典》第 1084 条第三款规定：“离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。”

最高人民法院关于适用《民法典》婚姻家庭编的解释（一）（法释〔2020〕22号）第 46 条规定“对已满两周岁的未成年子女，父母均要求直接抚养，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：

（一）已做绝育手术或者因其他原因丧失生育能力；

（二）子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利；

（三）无其他子女，而另一方有其他子女；

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

但是，对于处于婚姻关系中的父母双方，法律并没有明确规定孩子跟随哪一方共同生活。一般法院不会直接判决监护权归属，最多判决保障探望权。针对婚内监护权提起的诉讼，很多连立案都非常困难。

本次二审宣判的保定中院认为，从对未成年人的保护角度，刘勇及其母亲擅自将尚在母乳喂养期的婚生女接走并拒绝将孩子送回母亲身边，直接导致孩子被迫中断母乳，母女不得相见。刘勇的上述行为只是出于对自己情感需求的满足，以爱之名剥夺孩子享有母爱的权利，不利于未成年人的身心健康。

而从妇女权益保障的角度，该院认为，父母双方对未成年子女享有平等的监护权，即使是在婚姻关系存续期间，一方行使监护权时不应当侵害、阻止另一方行使权利。刘勇在未经夫妻双方协商一致的情况下，擅自将婚生女带走藏匿，对于张菁探望孩子的要求一度持消极态度并隐瞒住所，致使张菁长



期不能探望孩子，这是对张菁平等监护权的不当侵害。

基于此，保定中院根据《未成年人保护法》确定的“最有利于未成年人”基本原则，不仅对“抢孩

子”行为给予否定，还直接确定了婚姻关系存续期间未成年人的抚养权，同时也保障了父亲的探望权。这在国内尚属首例，具有突破性的指导意义。

结语

孩子不是可抢夺、藏匿的物品，也不是成年人恩怨中的筹码。恶意抢夺、藏匿未成年子女，扰乱一方与未成年子女会面交往的行为，既对孩子的身心健康造成不利影响，也侵害了父母对子女的监护权。目前，上海市律师协会婚姻家庭业务研究委员会已启动一个专

项课题，对离婚案件中抢夺、藏匿孩子的现象进行研究，以期在法律层面提出相应的解决方案或应对建议。最近大热的电视剧《底线》有这样一句经典台词“法律有尺度、法官有温度”，所有的法律从业者都需要这份“温度”，为弱势群体的权益保护事业贡献力量。



作者：胡晓萍

上海七方律师事务所副主任、高级合伙人
第七届上海市优秀女律师
上海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
上海市徐汇区民法典宣讲团成员
上海市女律师联谊会八五普法团成员
上海市普陀区人民法院特邀调解员

业务方向：婚姻家庭法、私人财富管理
联系方式：18616910916

家庭协议 VS 遗嘱，狭路相逢何者胜？

作者：王睿

I Agree



很多家庭尤其是农村家庭中，父母或长辈通常会以家庭协议的方式代替遗嘱来进行财产的传承安排。这些涉及财产继承的家庭协议名目多样，有的叫“析产协议”，有的叫“家庭财产约定”，甚至有的没有任何标题，只是最后由家庭成员们签了字。此类家庭协议的效力如何？若“遭遇”遗嘱，哪个效力更高？本文拟做分析。



一、家庭协议能否认定为遗嘱

我国法律并未对家庭协议进行明确规定，一般来说，家庭协议是指全体家庭成员协商一致后对家庭财产进行分割。内容一般包括财产分配、债务承担、赡养问题等。

那么家庭协议能否视为遗嘱？下面给大家分享一个案例：

王世卿与矫淑莲育有子女五人，即王某5、王某4、王某1、王某3、王某2。王世卿于2003年1

月 7 日去世，未留有遗嘱，矫淑莲于 2016 年 2 月 3 日去世。位于青岛市户房屋所有权人登记为王世卿，系王世卿与矫淑莲的夫妻共同财产。

王某 1 提交文书一份，内容为：“矫淑莲，现年 82 岁，丈夫王世卿于 2003 年 1 月 7 日去世，二人于 1975 年在四方区南山新村 310 号买下私房两间……因矫淑莲年事已高，经全家人商议后，一致同意，矫淑莲在世时由矫淑莲居住，矫淑莲去世后，该房的产权归矫淑莲的女儿王某 1 所有。2009.2.8 同意：矫淑莲同意：长子王某 4 同意：王某 2 同意：女儿王某 1 同意：王某 3（分别捺印）”（以下称“家庭协议”）王某 1 称以上内容为 2009 年 2 月 8 日，由其配偶孙胜军书写，王某 4 代矫淑莲签名、矫淑莲捺印，王某 4、王某 2、王某 1、王某 3 分别书写同意并签名捺印。〈(2022)鲁 02 民再 121 号〉

一审法院认为，涉案房屋系王世卿与矫淑莲的共同财产，涉及王

世卿的遗产继承，应由全体继承人协商确定，该“家庭协议”缺乏必要的参与人，对于王世卿的继承问题，应为无效协议。“家庭协议”涉及矫淑莲的部分，从内容上看实质应为遗嘱，“协议”内容由王某 1 的丈夫代书，遗嘱内容并非遗嘱人本人书写，系一份代书遗嘱，应具备继承法对代书遗嘱所要求的形式要件。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。对于遗嘱见证人，法律明确规定继承人、受遗赠人，与继承人、受遗赠人有利害关系的人不能作为遗嘱见证人，显然“家庭协议”涉及矫淑莲的部分不符合继承法所规定的代书遗嘱应具备的实质和形式要件，不能认定为矫淑莲的合法有效遗嘱。本案应当按照法定继承处理。再审法院也肯定了一审的观点，认为本案所谓“家庭协议”不符合各类遗嘱的法定形式，但该“家庭协议”能够反映矫某莲、王某 4、王某 2、王某 3 及王某 1 当时的真实

意思表示，在分配涉案房屋时应予以充分考虑。

由此可见，由于家庭协议的形式很多情况下都无法符合继承法上对于遗嘱的要求，例如自书遗嘱需由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日；代书遗嘱需由两个以

上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名等。因此家庭协议里的相关条款并不一定视为遗嘱。但家庭协议如确能反应家庭成员真实意思表示的，分配财产时也应当予以充分考虑。

二、家庭协议与遗嘱冲突的情况

那么当家庭协议与遗嘱先后出现，两者产生冲突时，应以哪一个作为分割的依据？我们再来看一个案例：

冯某 2 与张某 1 于 1979 年 4 月 22 日结婚，系再婚夫妻。冯某 1 系冯某 2 与前妻所育女儿，张某 2 系张某 1 与前夫所育女儿。2010 年 2 月 14 日，冯某 2 与张某 1 签订《协议书》一份，主要内容为：冯某 2 与张某 1 是再婚夫妇，并各自有一个女儿，现都婚嫁立业，三十多年来一直有二套住房，一套住房是丈夫名下 A 室，一套是两人现在住房即系争房屋。A 室从 2010 年 2 月 16 日归丈夫女儿冯某 1 所有，系争房屋归妻子女儿张某 2 所有。2010 年 3 月 8 日，冯某 2 与张某 1

再签订《协议书》一份，主要内容为：A 室今日起归冯某 1 所有，系争房屋今日起归张某 2 所有。2018 年 2 月 4 日，冯某 2 委托某事务所订立遗嘱，主要内容为：冯某 2 对系争房屋合法拥有三分之一产权，自愿将系争房屋冯某 2 所享有的份额全部由冯某 2 亲生女儿冯某 1 继承，但冯某 2 配偶生存期间，冯某 1 不得分割上述房产。该遗嘱代书人为姚某律师，见证人为姚某和赵某华律师。

法院认为，协议书涉及对象均为家庭成员，协议书内容中除了就本案系争房屋的权属进行了约定，也对 XX 村 XX 号 XX 室房屋的相关权利进行了约定，两项约定不分先后和主次，亦不应分割，而关于天

山三村房屋的约定已实际履行，故该两份协议书是家庭协议，并非遗嘱，也非赠与协议。

综上，《协议书》属家庭协议，系家庭成员真实意思表示，合法有效，各方应按此履行。冯某2在协议书中对系争房屋的权利已经进行了处分，冯某2无权再以遗嘱形式单方处分系争房屋权利，故对原告告诉请，本院难以支持。

笔者认为，当家庭协议与遗嘱发生冲突时，首先要判断此“家庭协议”的性质，是遗嘱、赠与协议还是家庭协议。

1、协议认定为遗嘱性质

认定为遗嘱性质的协议首先应当满足法律规定的遗嘱应具备的实质和形式要件，其次根据《民法典》第一千一百四十二条规定遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。遗嘱人对先前订立的遗嘱有撤销权，当协议内容被认定为遗

嘱时，则应当以最后订立的遗嘱为准。

2、协议认定为赠与协议性质

赠与是无偿法律行为。无偿法律行为的拘束力较弱，相较于受赠人之利益，赠与人利益更值得法律保护。更何况赠与人是在处理自己死后财产，因此尊重当事人最终意思是必然的。因此，根据《民法典》第六百五十八条规定，此种情形下赠与人应当也享有撤销权。应当尊重其最终意思，以后订立的遗嘱为分配财产的依据。

3、协议认定为家庭协议性质

笔者认为当协议的性质明确认定为是家庭协议时，该协议在一定程度上具有优先性。如前文所说，我国目前并没有法律明确家庭协议的性质，但是家庭协议一般属于家庭成员之间充分合意的体现，通常还伴随着对赡养等义务的约定，需要所有权利义务相关的家庭成员予以确认。对于被继承人应当具有约束力，因此在一定程度上限制了被继承人的财产处分权。

(2017)沪0115民初56595号案件中，法院认为本案争议的焦点是



被继承人赵林娣在《协议书》后所立的代书遗嘱是否能够对抗《协议书》。从《协议书》的内容看，不仅约定5名子女对被继承人过世后房屋的分配方案，亦约定5名子女在被继承人生前负有的赡养、照顾义务，且原、被告也实际按此协议履行赡养、照顾被继承人的义务，因此此协议是一种具有对等权利

义务内容的家庭内部约定，对所有家庭成员都具有了法律约束力，故在未经家庭成员同意的情况下，被继承人无权通过遗嘱方式擅自变更上述协议中约定的财产处分内容。如可擅自变更，即突破了合同的约束力，也无法体现公平性。综上分析，赵林娣代书遗嘱不能对抗《协议书》。

三、结语

家庭协议订立的初衷往往是为了家庭财产的稳定和明晰，为了促进家庭和谐。但是当出现利益冲突时，总会得到与初衷相悖的结果。在面对纠纷时，各方可以尽量通过协商，及时止纷息争，缓解家庭矛盾。



作者：王睿

上海七方律师事务所 律师

业务方向：家事法、私人财富管理

联系方式：18121370930

对网络暴力行为，如何罚当其罪？

作者：赵璐宏

一、网络暴力的主要表现形式和侵害后果

随着人们对互联网的依赖加深，网络空间对现实生活的影响也在不断延伸，人肉搜索、网络谣言、网络谩骂侮辱等行为愈发多生，不仅扰乱了正常的网络空间秩序，也给人们的现实生活造成不小的侵害后果。

网络暴力行为主要表现为：一是人肉搜索，即通过网络恶意收集或公布他人的身份、住址、工作单

位、家庭情况等隐私信息，自发或号召别人对特定人进行跟踪、骚扰、谩骂等攻击行为；二是语言暴力，即通过网络公开，自行或组织、煽动他人对特定人发表贬损性、污蔑性的言语，使被攻击人的名誉受损、社会评价降低；三是制造与传播网络谣言，即通过网络编造不实信息并予以散布，从而降低他人的社会评价和社会名誉等。

二、针对网络暴力行为的刑法规制

网络暴力行为除了可能因侵犯《民法典》中规定的名誉权、肖像权、隐私权等人身权益，需承担民事侵权责任外，还可能因达到行政违法的程度，而面临被公安机关行政拘留、罚款等处罚后果。[《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十二条 有下列行为之一的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款；情节较重的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚

款：（一）写恐吓信或者以其他方法威胁他人人身安全的；（二）公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人的；（三）捏造事实诬告陷害他人，企图使他人受到刑事处罚或者受到治安管理处罚的；（四）对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复的；（五）多次发送淫秽、侮辱、恐吓或者其他信息，干扰他人正常生活的；（六）偷窥、偷拍、窃听、散布他人隐私的。]



就刑事责任而言：如果行为人通过信息网络煽动、传播恐怖主义、极端主义等思想，危害国家安全与公共安全的，可能会涉及危害国家安全罪、危害公共安全罪等犯罪；如果行为人通过信息网络辱骂、恐吓他人，情节恶劣，破坏社会秩序，或起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的，可能涉嫌构成寻衅滋事罪。[《中华人民共和国刑法》第二百九十三条【寻衅滋事罪】有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制：（二）追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；（四）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。纠集他人多次实施前款行为，严重破坏社会秩序的，处五年以上十年以下有期徒刑，可以并处罚金。]如果行为人以暴力或者其他方法公然侮辱他人或捏造事实诽谤他人，情节严重者则可能涉嫌构成侮辱罪、诽谤罪。[《中华人民共和国刑法》第二百四十六条【侮辱罪】【诽谤罪】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，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。通过信息网络实施第一款规定的行为，被害人向人民法院告诉，但提供证据确有困难的，人民法院可以要求公安机关提供协助。]

（一）网络暴力可能涉嫌寻衅滋事犯罪

网络空间作为现实社会的延伸，其运行秩序也是公共秩序的组成部分。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条的规定[《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条 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。]，对于在网络上辱骂、恐吓、诅咒他人的“网络语言暴力”行为，破坏、扰乱公共秩序



的，严重者，如下图辱骂救火英雄的，将以寻衅滋事罪定罪处罚。

谢某网络辱骂凉山救火英雄获刑8个月

2019年，凉山火灾造成27名森林消防队员和3名地方干部群众牺牲，新浪微博平台上也出现许多火灾事件相关的报道，被告人谢某坚在网上发布辱骂救火英雄的不当言论，其言论被网友截图并在微博和其他社交平台上大量转发，引起网民强烈愤慨，造成恶劣的社会影响。谢某坚被公安机关抓获后，后被海南保亭黎族苗族自治县人民检察院以寻衅滋事罪向法院提起公诉，法院一审判决被告人谢某坚犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑8个月。

司法实践中，各地都有因网络言论被定寻衅滋事罪的案例，其中大多是因为针对国家政府部门、公职人员发表不当言论而获罪。本罪属于结果犯，要求必须造成公共秩序严重混乱，实务中对此类案件的处理应该从严把握，避免有时因受到民众情绪、社会舆论的裹挟降低入罪标准。

（二）网络暴力可能涉嫌侮辱、诽谤犯罪

2013年，在最高人民法院与最高人民检察院发布的《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》[《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》第二条 利用信息网络诽谤他人，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百四十六条第一款

规定的“情节严重”：（一）同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上；或者被转发达到五百次以上的。（二）对被害人或其近亲属造成了精神失常、自残、自杀等严重后果的；（三）二年内曾因诽谤受过行政处罚，又诽谤他人的；（四）其他情节严重的情形。]中，根据不同的犯罪行为情节，如不实信息的传播广度、是否对当事人造成精神失常、自残等伤害结果、行为人是否为惯犯等，为本罪设定了严格量化的入罪标准。

以“德阳女医生遭网暴自杀案”为例。被告人将被害人夫妻的个人信息加工，并配以带有明显负面贬损和侮辱性的标题发送至网上，引发大量网民对被害人夫妻的谩骂和诋毁，导致被害人因不堪侮辱而服药自杀。被告人也因煽动网络暴力，公然侮辱他人，致他人自杀身亡，而被法院认定构成侮辱罪。

这个案件中，被告人为了发泄对被害人的不满，先找到被害人单位对其进行辱骂，引发群众围观。后获取到被害人的照片及相关身



份信息后，与游泳池监控视频结合在一起，配注带有明显贬损、侮辱色彩的标题，并故意放大被害人乔某某为公务员、安某某为医生的身份信息，通过微信、微博等方式推送给他人及媒体记者进行爆料，引导大量陌生网民对被害人进行指责、谩骂、贬损等网络暴力行为，最终导致被害人自杀身亡。被告也自食恶果，被追究了相关刑事责任。

由于本罪属于自诉案件，受限于个人取证难、维权难等问题，既往受侮辱诽谤的被害人少有通过刑事方式追究网络暴力实施者的案例。但近年来，公权力在打击网暴上逐渐呈现出主动的姿态，最高人民检察院也在工作报告强调：

“从严追诉网络诽谤、侮辱、侵犯公民个人信息等严重危害社会秩序、侵犯公民权利犯罪”。

在“取快递女子被造谣出轨案”中，谷某在取快递被便利店店主郎某偷拍了视频并被造谣“少妇出轨快递小哥”。随后谣言经过转发、加工，在互联网端不断发酵，谣言的点击量、浏览量、转发量惊

人，给谷某的工作和生活带来了严重影响。后谷某某向杭州市余杭区人民法院提起刑事自诉，由于影响恶劣，后来转为检察院提起公诉，最终，两被告人因诽谤罪而获刑。

其实，司法实践的案例对于规范网络行为的导向也发挥着积极的指引作用。这一案件中检察机关的积极作为，不仅为被害人提供了强有力的支持和助力，也鼓舞了其他同类被害人勇于捍卫自己的合法权利。此案件发生后，各地检察院陆续对一些网络诽谤案件直接提起公诉，这说明它对引导和规范社会行为发挥了积极作用，当然最直接的价值是对受害人的人权保护。



可见，在当前网络暴力极为猖獗的时期，无论是法律法规还是司法案例都在释放明显的信号：网络

并非法外之地，司法机关也在进一步加强对互联网法治的研究，也警示我们在行使言论自由的同时也要把握权利的法律尺度。

三、结语

无序的情绪宣泄和肆意的网络暴力一直是难以根除的社会问题，成因复杂，依靠刑事处罚只能起到一定的警示作用。面对此难题，我们除了在民法、行政法、刑法方面构建出更细致、可操作性的法律制度外，也需研究滋养、点燃网络暴力的土壤和背后的深层次原因，在多方面形成打击合力。

维护有序的网络环境，抵制网络暴力，不仅是国家部门的责任所在，也与每位普通网友息息相关。如果不对其加以规制和治理，网络暴力、诽谤势必愈加猖獗，任何人都会有被网暴的危险。当然，在打击网络暴力行为的同时也不能过分挤压公民的言论自由，对公民在网络上行使监督权和建议权的行为给予一定宽容。对于正常的网络批评和议论，不管是私主体还是公主体都要有容忍的素养，这也是对法治社会基本价值观的尊重。



作者：赵璐宏

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：18089390623



公司担保合规审查七大要点

作者：周松涛

企业合规是时下的热点，涉及企业的治理、业务、知识产权、劳动人事、税务、刑事等多个方面。但对于公司的担保事项似乎论及的不多，而实际上公司担保问题较为复杂，法律、司法解释也在不断变化，操作不当往往存在重大风险而亟需加强合规审查。本文就此问题以债权人视角谈谈公司担保合规审查的要点。

一、把握核心关键

如果用一句话说明这一问题
的核心关键，那就是作为债权人在
与作为担保人的公司订立担保合
同时，不仅要看担保合同签署的规
范性，看签署人员的权限，同时应
要求对方提供股东（大）会或董事
会决议关于担保事项通过的决议，
以此来确保担保合同的效力。如果

未审查担保决议，则很有可能带来
担保无效的严重后果。因此，即便
不看全文，只要记住这句话就基本
掌握了这一问题的核心关键，只不
过这一问题并不像看起来那样简
单，要操作妥当并了解清楚其中原
委，还需深入探究。

二、厘清相关规定的效力顺位

现行《公司法》第十六条规定，公司为他人提供担保，应当依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议。公司为股东或者实际控制人提供担保，必须经股东会或者股东大会决议。这是关于公司担保须经股东（大）会或董事会决议的基础性规定。

最高人民法院于2019年11月发布了《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民会议纪要》），其中第（六）项对公司为他人提供担保问题提出了需要把握的几个要点。

《民法典》颁布实施后，最高人民法院又于2020年底发布了《关于适用〈中华人民共和国民法典〉

有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保制度司法解释》），其中第七条对此问题又作出了相应解释。

这三方面的规定是公司担保事项适用的依据，也是我们理解和把握这一问题的准绳。其中《公司法》的规定无疑效力最高，是统揽，但过于简单，具体问题需要配套解释予以明确；《民法典担保制度司法解释》的规定不仅是对《民法典》相关条款的解释，更是对《公司法》第十六条的解释，而且出台时间晚于《九民会议纪要》，因此两者存在不一致的地方应以《民法典担保制度司法解释》为准。

三、准确理解善意与非善意

《九民会议纪要》和《民法典担保制度司法解释》均规定，相对人（即债权人）如果是善意的，则担保合同有效；相对人如果是非善意的，则担保合同无效。这里的“善意”并不是通常所理解的好心、好意，“善意”在法律上有特定的含

义，在此语境下更有特定的含义，是指债权人在订立担保合同时不知道且不应当知道法定代表人超越了权限。相反，债权人如果知道，则构成“非善意”或“恶意”。

那是否只要公司的法定代表人没有说明其是否拥有签订担保

合同的权限，债权人对此也并不清楚就构成“善意”了呢？答案是否定的。这里需要注意的还有“不应当知道”的情形。《公司法》第十六条明确规定了公司为他人担保必须经决议。债权人被推定知晓该规定，因而负有审查担保人是

否已就此通过决议的义务。正因为有此义务，就不能仅以被动不知情为由构成善意。换句话说，就是债权人没有审查决议以核实法定代表人是否具有签订担保协议的权利，则构成“非善意”，担保合同将无效。

四、准确理解审查的程度性要求

债权人的审查义务应当达到怎样的程度，是形式审查还是实质审查，同样存在着变化演进。《九民会议纪要》提出的要求是形式审查，只要债权人审查了决议就行。至于该决议是股东（大）会决议还是董事会决议，是否符合公司章程的规定，均不影响债权人善意的成立。

《民法典担保制度司法解释》在此问题上有了新的调整，并不仅仅局限于形式审查，而是进一步提出了合理审查的要求。即债权人除了在形式上审查是否有决议以及决议的基本信息，还包括需要查阅公司章程，以审查担保事项应当由

股东（大）会还是董事会审议、决议通过的比例是多少等内容是否符合章程规定。将审查要求延伸到了公司章程，以达到合理程度。债权人只有达到了这一程度，才能说履行了审查义务，才能构成善意。

至于决议过程、决议内容的真伪，债权人并没有实质审查的义务。换句话说，即便决议是虚假的，只要债权人在形式上对照公司章程合理审查了决议的合法性、合章性就可以了。此时担保仍为有效，公司以决议虚假抗辩担保无效，法院将不予支持。当然，债权人明知决议是虚假的除外。

五、例外情形

根据《民法典担保制度司法解释》第八条的规定，当担保人存在以下情形时，即便没有作出决议，也不影响担保合同的效力：（一）金融机构开立保函或者担保公司提供担保；（二）公司为其全资子公司开展经营活动提供担保；（三）担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意。

债权人在遇到担保人有上述情形时，未审查其决议并不会导致担保合同无效。只不过从谨慎和便捷角度而言，债权人可以统一要求担保人提供决议进行审查，由担保人提出无需审查的理由并提供证据证明自身符合上述情形。

值得注意的是，上述情形与《九民会议纪要》所列情形有了一

些变化。一是删除了相互担保无需决议的情形；二是将公司为其直接或者间接控制的公司提供担保修改为为其全资子公司提供担保。例外范围进一步缩限，债权人应予以重视，注意两者的区别。

此外，上市公司在此问题上有其特殊规则。《民法典担保制度司法解释》第九条规定，相对人应以上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息为准。换句话说，债权人仅仅审查了上市公司关于担保事项的决议还不够，必须要看到上市公司就此进行了公开披露才行，否则仍不能构成“善意”。这是十分特殊的要求，债权人同样应予以重视，切勿因为只知其一不知其二导致错误操作。

六、担保无效情况下的索赔

如果法定代表人越权提供担保，而债权人在订立担保合同时未就公司决议进行合理审查，如上所述将构成非善意，此时担保合同应

属无效。在此情况下，债权人是否就无法要求担保人承担任何责任了呢？答案是否定的。遇此情况，千万不能简单理解、草率处理。《民



《民法典担保制度司法解释》第十七条规定，主合同有效而第三人提供的担保合同无效，债权人与担保人均有过错的，担保人承担债务人不能清偿部分二分之一以内的责任。担保人法定代表人越权担保存在过错，债权人未尽合理审查义务亦存在过错，此时债权人仍可以要求担保人承担补充赔偿责任，以债务人不能清偿部分的二分之一为限。

所以即便债权人非善意，未尽合理审查义务，并不代表担保权益全部丧失（严格来讲，此时担保权益已转化为缔约过失下的损失获赔权益），仍有机会获得最高二分之一的赔偿。这与一般合同的无效、一般权利的丧失有重大的不同，获赔利益有司法解释明确规定且相当可观，债权人仍应积极索赔，亡羊补牢。

七、索赔下的追偿

《民法典》第六十二条规定，法人承担民事责任后，可以向有过错的法定代表人追偿。《九民会议纪要》规定，法定代表人的越权担保行为给公司造成损失，公司可以要求法定代表人承担赔偿责任。据此，在担保无效情况下，债权人向担保人提出索赔，而担保人无力赔偿时，债权人是否可以代位起诉担保人的法定代表人呢？

在起诉担保人并经法院判定其承担赔偿责任之前，担保人的责

任是不确定的，因此其对法定代表人的追偿权也是悬而未决的，此时债权人缺乏直接代位起诉法定代表人的事实基础。所以不起诉担保人直接起诉法定代表人或者起诉担保人的同时起诉法定代表人，均难以构成代位权的行使。

相反，当债权人先行起诉担保人并经法院判定其承担赔偿责任后，担保人无力赔偿又急于向法定代表人追偿时，债权人可以代位起诉其法定代表人，代位权成立。



公司担保看似简单，实则复杂。理论界、实务界对此问题争议不断，从各地司法机关不同的判决、最高法出台的相关文件、司法解释前后的差别也可见一斑。所以担保关系的各方尤其是债权人，对此应加倍重视，建立和完善担保事项的合规审查制度，确保担保利益的维护和实现，这无疑是合规体系中的重要一环。



周松涛 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人

上海律协财税业务研究委员会 委员

法务会计师

业务方向：公司、财税、保险

联系方式：18621368850



抽象股利分配之诉——司法干预与公司自治之间的边界

作者：郑华

“公司有利润，但长期不分红，我该怎么办？”“股东会决议不分红，可以诉讼要求分红吗？”这是很多公司中小股东经常会问我们的问题。看似简单的问题，却是公司法上一个巨大的难题。关于“抽象股利分配之诉”，司法机关究竟是始终保持司法的谦抑性还是应该坚守法律的公平价值，有所作为，是决定这类案件裁判走向的关键。本文拟从最高法公报案例入手，浅析《公司法司法解释四》15条的具体适用规则。

典型案例

案情：太一热力公司由李昕军和张海龙二人于2006年3月设立，公司注册资本1000万元，李昕军占注册资本65%；张海龙占注册资本35%，经营范围为热能供给、管道安装维修。

2007年4月，张海龙与居立门业公司签订股权转让协议，将其在太一热力公司的350万元股权转让给居立门业公司。2007年5月，李昕军与甘肃太一工贸有限公司（以下简称太一工贸公司）、居立门业公司签订股权转让协议，将其在太一热力公司的股权600万元转让给

太一工贸公司，50万元转让给居立门业公司。同年5月，太一热力公司将公司股东变更为太一工贸公司和居立门业公司，太一工贸公司持股比例60%，居立门业公司持股比例40%。

2009年9月29日，庆阳市人民政府召开市长办公会决定对太一热力公司进行整体收购，收购价款除政府已拨付的支持资金和已收取的城市供热配套费外，政府再支付7000万元。2009年10月6日，庆阳市西峰区人民政府（甲方）与太一热力公司（乙方）签订《庆阳

市西峰区新区集中供热站工程回购合同》约定，甲方已于2009年10月前向乙方支付1000万元，其余6000万元于2009年采暖期结束前一次性付清。2010年7月10日，庆阳市经济发展投资有限公司向太一热力公司支付资产转让余款57616003.25元。

一审法院于2013年5月委托甘肃茂源会计师事务所有限公司对太一热力公司的盈余状况进行了审计。《审计报告》，结论为：截止2014年10月31日，太一热力公司资产总额93635362.38元，负债总额4856924.26元；所有者权益88778438.12元，其中实收资本12805025.04元、未分配利润

75973413.08元；清算净收益75973413.08元。

另外，太一热力公司的全部资产被整体收购后没有其他经营活动，太一热力公司清算净收益为75973413.08元。李昕军同为太一热力公司及其控股股东太一工贸公司法定代表人，未经公司另一股东居立门业公司同意，没有合理事由将5600万余元公司资产转让款转入兴盛建安公司账户。

居立门业公司诉讼请求：1、判令太一热力公司对盈余的7000余万元现金向居立门业公司进行分配；2、判令李昕军对居立门业公司的第一项诉讼请求承担连带责任。

裁判结果

最高人民法院判决庆阳市太一热力有限公司给付甘肃居立门业有限责任公司盈余分配款

16313436.72元；庆阳市太一热力有限公司到期不能履行上述给付义务，由李昕军承担赔偿责任。

案例评析

该案例有较强的指导意义，最高院通过此案例明确了“四个问题”：

一是明确了《公司法司法解释四》15条但书条款规定应进行强制盈余分配的实质要件，且无前置程序；

二是明确了人民法院在确定盈余分配数额时应严格公司举证责任，兼顾各方利益；

三是明确了人民法院强制公司分红，盈余分配款不计息；

四是明确了有过错的公司股东、实际控制人、董监高应对公司到期不能支付盈余分配款义务承担赔偿责任。

具体而言，“抽象股利分配之诉”的实质要件有三：

要件一：公司具有可分配的税后利润存在，可以通过知情权之诉获得。

要件二：股东实施了滥权行为且该行为与公司不分红存在因果关系。体现为滥权作出不分配的决议，同时通过其他途径实质性获得利润分配。如：控股股东或实际控制人担任或委派高管领取高薪酬；通过汽车、房产租赁等高额在职消费；操纵公司隐瞒利润或通过不公平关联交易等通道利益输送，稀释可供分配的利润等。

要件三：给其他股东造成损失，该适用相对比较宽松，一般账上有大量盈余不分红，即可推定受损。

结语

抽象股利分配之诉是司法干预与公司自治之间边界的试金石。在司法实践中，只有约 10%左右的判决支持了中小股东抽象股利分配之诉的诉请。从司法审判角度，原则上，司法干预应保持谦抑性，贯彻公司、股东自治，尊重商业决策。但是，这也并不意味着股利分配行为完全游离于司法审查范围之外，对于符合公司法司法解释四第 15 条但书规定情形的，法院也会审慎裁判、有所作为。希望本文能对正处于迷茫之中且自身权益严重受损的股东们有所帮助，抽象股利分配之诉不再遥不可及，而是有切实实现路径的理性选择。

普通债权还是共益债务？——浅议返还预付租金之债

作者：王年俊

在破产程序中，对于设有租赁权的破产财产在资产处置时往往会遇到变现困难或者价值降低。故在实践中，管理人一般会选择解除租赁合同以提升租赁物变现能力，推进破产程序顺利进行。然而，租赁合同解除之后，承租人预付租金或保证金返还是依据《企业破产法》第 53 条“管理人或者债务人依照本法规定解除合同的，对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权”之规定确认为普通债权，还是《企业破产法》第 42 条“人民法院受理破产申请后，因债务人不当得利所产生的债务为共益债务”之规定确认为共益债务，司法实践中存在不同看法。

根据《企业破产法》第 113 条的规定，普通债权的清偿顺序是在破产费用和共益债务、职工债权、企业税收债权之后，并且按比例清偿。而根据《企业破产法》第 43 条的规定，破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。由此可见，共益债务相较于普通债权具有无可比拟的优越性，因此，对于返还预付租金之债性质认定关乎全体债权人的利益，这也是本文关注的重点

一、何为共益债务？

我国 2006 年《破产法》中第一次使用了“共益债务”这一概念，但并未定义何为“共益债务”。在《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用》一书中，最高院民二庭将共益债务定义为在破产程序中为全体债权人利益而由债务人财产负担的债务总称。这一定义也成为学界主流观点，认为共益债务的构成要件主要包括：第一、发生在破产程序中即破产受理后，破产终结前；第二、为全体债权人的利益；三、为了破产程序顺利进行。《企业破产法》

主要列举了以下六种共益债务的情形：（一）因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务；（二）债务人财产受无因管理所产生的债务；

因债务人不当得利所产生的债务；（四）为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；（五）管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；（六）债务人财产致人损害所产生的债务。

二、破产程序中，预付租金返还之债性质认定的分歧

【观点一】为维护债权人利益，因解除租赁合同而产生的财产返还义务仅能作为普通债权予以清偿。

案例一【2021】浙 0681 民初 12597 号

案情介绍：2011 年 11 月 20 日，阳光公司与王某签订租赁协议一份，将其所有的一块土地及土地上的厂房租赁给王某使用，租期为 10 年，自 2011 年 11 月 20 日至

2021 年 11 月 19 日，租金为 500 万元。王某在签订协议后一次性将租金付清。

2016 年 11 月 24 日，法院受理对阳光公司的破产申请，并指定了破产管理人。2017 年 2 月 16 日，阳光公司管理人向王某发送解除租赁通知书，告知王某租赁协议已于 2017 年 1 月 24 日解除。2020 年 10 月 26 日，管理人将上述房地产

公开拍卖，最终以 14945434 元成交。

2021 年 7 月 20 日，王某向阳光公司管理人申报债权，要求阳光公司返还自 2017 年 1 月 25 日起至 2021 年 11 月 19 日止的剩余租金 2409589 元，并确认为共益债务。2021 年 9 月 18 日，阳光公司管理人作出不予确认债权通知书对该。王某遂诉至法院。

法院观点：依照《合同法》第 97 条规定，合同解除后，尚未履行的，终止履行。因生效民事判决已确认原、被告签订的租赁协议于 2017 年 1 月 24 日起解除，因此该合同所涉的自 2017 年 1 月 25 日起至 2021 年 11 月 19 日期间按年租金 50 万元计算的以应收租金抵充欠款计金额 2409589 元因终止履行而未抵充，原告有权请求被告支付。本院确认王某对阳光公司享有破产债权 2409589 元。

依照《企业破产法》第 42 条规定了六种共益债务情形，其中包括因债务人不当得利所产生的债务情形，但原告所述的上述债务系阳光公司不当得利理由不成立。所谓不当得利是指没有合法根据，取

得不当利益，造成他人损失。而上述债务系因租赁协议被解除而形成，不是不当得利形成。本院确认的王海军对阳光公司享有破产债权 2409589 元显然不属于该法条规定的共益债务。

持相同观点还可见于(2019)浙 0411 民初 2567 号民事判决书，只是在裁判说理部分有所不同。该法院认为，根据《立法法》第 92 条的规定：“同一机关制定的法律、行政法规、地方、地方性法规条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。”本案系处理企业破产（重整）中发生的纠纷，应优先适用企业破产法的规定。根据企业破产法第 18 条和第 53 条的规定，管理人解除合同的，对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权，并未赋予对方当事人其他主张权利的理由（包括原告所称的合同法第 97 条及民法通则第 92 条规定的理由）。被告取得上述预付租金的时间在本院受理破产之前，并未在本院受理破产之后增加两被告的财产总额而令全

体债权人获益，因而因解除合同而产生的损害赔偿请求权是一种普通债权，并非共益债务。

对此，笔者并不认同上述裁判观点，笔者认为并不存在在特别法与一般法之间选择适用问题，而是适用《企业破产法》第42条还是适用《企业破产法》第53条的问题，这两个条款属于同一部法律，不存在适用优先级的问题，如若适用第42条因债务人不当得利所产生债务情形，则需要通过《合同法》和《民法通则》来解释不当得利的法理基础和产生根据。另外，在合同解除时，被告受领原告支付的租金，有部分尚未履行对等义务，被告取得该尚未履行对等义务的租金当然没有合法根据，实际上增加了破产企业财产而使全体债权人获益，构成不当得利，从而应当被视为共益债务。

【观点二】因解除租赁合同而产生的预付租金/保证金返还义务系不当得利，应作为共益债务予以清偿。

案例二【2020】沪0118民初20732号

案情介绍：陆某、意帝公司于2018年3月21日签订租赁合同一份，约定自2018年4月1日至2023年6月30日止，陆某租赁意帝公司位于上海市青浦区新水路XXX号厂区内781平方米的办公用房作为日常办公使用。原告支付租金、管理费至2019年7月，并支付保证金28500元。

2018年11月28日，青浦区人民法院裁定受理意帝公司破产清算一案，案号(2018)沪0118破33号，并于2019年2月18日指定破产管理人。陆某于2019年6月14日向管理人申报债权4301041.73元，包括装修款、保证金、维护厂区运营支出等。

2020年9月23日，管理人对陆某的债权最终确认如下：一、共益债务75250元，包括保证金28500元，破产受理后应由意帝公司分担的安保费用，上述共益债务优先抵消房屋到期后陆某占有厂产生使用费用258500元，陆某仍应向管理人补交183250元；二、普通债权合计1740989.76元，包括管理费和装饰装修残值损失。



陆某不服诉至法院要求确认保证金 28500 元、装修残值损失 1891123.20 元、物业管理费 127600 元、厂区配电房改造费用 258000 元为破产债权并确认上述债权为被告共益债务。

法院观点：《企业破产法》第 42 条第 3 款规定，在法院受理企业破产后，因债权人不当得利所产生的债务为共益债务，根据文义解释，本项规定要求共益债务需要满足发生于受理破产申请之后、债务因不当得利产生这两个条件。不当得利作为债的一种发生根据，在破产案件中，如管理人管理的债务人财产没有法律上的原因获得利益而致使他人受到损害的，应将该不当得利返还受损人。这种不当得利会使债务人财产从整体上增加，故属于共益债务。对于破产审理受理

前成立的合同，如在破产申请受理后由管理人决定解除或法院判决解除的，对于一时性合同，双方应终止履行，对于继续性合同，如本案之租赁合同，合同解除后破产企业继续占有相对人的保证金属于不当得利，且该不当得利之债发生于合同解除之日即受理破产申请之后，应当认定为共益债务，最高法在 (2016) 最高法民他 93 号答复函《关于破产企业签订的未履行完毕的租赁合同纠纷法律适用问题的请示》中明确预付租金属于不当得利，应作为共益债务，由破产企业财产中随时返还，本院认为，租赁合同设立时的保证金应比照适用，故本案原告主张确认其基于租赁合同支付被告的保证金 28500 元应认定为共益债务，本院依法予以支持。

三、律师观点

笔者认同观点二，预付租金/保证金返还之债应认定为共益债务。

首先，租赁合同在破产程序中能否解除？虽然《民法典》对合同解除规定了相应的解除条件。但

《企业破产法》第 18 条规定，“人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人，管理人自破产申请



受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行。但是，对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合同。”根据特别法优先于一般法的原则在，该条也是赋予了破产管理人对租赁合同的单方解除权，但是前提是需要满足破产申请前成立和双方当事人均未履行完毕的合同两个条件。

其次，合同解除后预付租金返还之债是否是共益债务？《企业破产法》第 53 条规定，管理人或者债务人依据本法规定解除合同的，对方当事人可以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。从该条可以看出，对于善意无过错的承租人可以合同解除产生的损害赔偿请求权向管理人申报债权，至于此部分债权是否应认定为共益债务，是否享有优先受偿权争议的焦点在于对出租人破产导致房屋租赁合同解除的情况下房屋预付

租金返还之债的性质认定。依《民法典》第 566 条，合同解除后，合同的权利义务终止，出租人已经受领的解除日之后的超付租金因给付目的归于消灭，即受领原因失其存在，应当构成不当得利。

从公平的角度，承租人的预付租金确实使得破产财产增值而形成不当得利，对于承租人因提前解除合同申报的预付租金债权应当认定为出租人的共益债务。

另外，在相关司法解释层面，除了上文提到的最高人民法院在（2016）最高法民他 93 号答复函明确了租赁合同中预付租金返还义务属于共益债务之外，最高法第二巡回法庭 2020 年第 9 次法官会议纪要《出租人破产时待履行房屋租赁合同的处理》，认为：“出租人破产时，租期尚未届满且承租人也未支付全部租金的租赁合同属于双方当事人均未履行完毕的待履行合同，根据《企业破产法》第 18 条规定，破产管理人有权单方决定解除合同，要求承租人返还租赁物，以保障租赁物顺利回收处置，



实现破产财产价值最大化。出租人解除合同、收回租赁物，则其继续占有承租人预付的租金即失去法律依据而构成不当得利，承租人有权要求将该租金作为共益债务从债务人财产中随时优先清偿”，该

意见在答复函的基础上更进一层认为该债权还属于双方均未履行完毕的待履行合同解除后产生之债，同时符合《企业破产法》第42条第1项的共益债务情形。

综上所述，笔者认为，破产程序中，因租赁合同解除的预付租金返还之债宜认定为共益债务。从共益债务的法理基础出发，即为全体债权人共同利益推进破产程序顺利进行而负担的债务。将承租人的预付租金认定为共益债务，有利于承租人及时腾退房屋，便利与管理人处置资产，从而推进破产程序顺利进行，从这个角度讲，认定为共益债务也是合理的。



王年俊 律师

上海七方律师事务所 律师
七方公司与投融资法律服务部 律师
业务方向：公司商事 诉讼与争端解决
联系方式：198 2180 2660

车毁人亡后，车损险赔偿金算遗产么？

作者：管杰

发生车毁人亡的交通事故后，保险金往往成为焦点。不同于人身保险的保险金的指定受益人或法定受益人通过法律、司法解释规定保险金性质，作为财产保险的车损险赔偿金，在车主同时死亡的情况下，最终就理所当然地能够被视为车主的遗产呢？

【案例一】

严某在 2019 鲁 14 民终 37XX 号机动车交通事故责任纠纷一案中，由于丈夫龚某在交通事故中身故并承担全部责任，被判在丈夫龚某遗产范围内赔偿李某、马某等 90 余万元。李某、马某等人遂向法院申请强制执行。在执行过程中，执行法院作出（2020）鲁 1426 执 954 号之一执行裁定书和协助执行通知书，冻结了包括严某在保险公司享有的车损理赔款 50 余万元。被执行人严某对此不服，认为冻结的在车损理赔款中有 281000 元为严某个人财产，其不属于龚某的遗产，执行法院冻结错误，应予解除冻结。遂提出执行异议，请求法院解除对其中严某享有的 281000 元款项的冻结。

一审法院认为，生效的 2020 鲁 1426 民初 29XX 号民事判决书中查明龚某驾驶的涉案车辆为龚某与严某夫妻共同财产，保险公司应当赔付严某的 281000 元车损赔偿款依法不应当被执行，故应当解除对该部分款项 281000 元的冻结。一审法院作出（2021）鲁 1426 执异 24 号异议裁定后，李某、马某等人上诉至二审法院。

二审法院认为，案涉车辆属于死者龚成华的财产并无争议，执行法院对该车辆当然可以予以查封，亦当然可以查封该车辆的赔偿款。执行法院裁定查封该车辆赔偿款并无不当，平原县人民法院异议裁定认定事实错误，应当予以撤销。

【法院判决】

裁定撤销（2021）鲁 1426 执异 24 号异议裁定。

【律师点评】

本案的焦点是案涉车辆车损赔偿款的性质认定问题。该赔偿款不是死亡赔偿金，死亡赔偿金是基于死者死亡对死者近亲属所支付的赔偿。获得死亡赔偿金的权利人是死者的近亲属，而非死者。死亡赔偿金不宜认定为遗产。同时，该赔偿款亦不能完全认定为死者近亲属的收入。该赔偿款产生的原因是基于案涉车辆价值的贬损而产生的补偿，是案涉车辆价值的替代物，不同于一般的劳动收入或者其他收益。因此，车损赔偿款应当被认为与车辆一样性质的夫妻共同财产。

既然车损赔偿款属于夫妻共同财产，执行法院查封该车辆的赔偿款是否合法？根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（2020修正）第二十二条规定，“查封、扣押、冻结的财产灭失或者毁损的，查封、扣押、冻结的效力及于该财产的替代物、赔偿款。人民法院应当及时作出查封、扣押、冻结该替代物、赔偿款的裁定。”案涉车辆属于死者龚某的财产并无争议，执

行法院对该车辆当然可以予以查封，亦当然可以冻结该车辆的赔偿款。执行法院裁定冻结该车辆赔偿款并无不当，但是执行法院（2021）鲁1426执异24号异议裁定对于车损保险金的性质和归属，认定事实错误，应当予以撤销。

实际执行过程中，因案涉车辆为高某，死者龚某的共有财产，应当充分保障好该车辆共有人的实体权利和程序权利，根据《民法典》第一千一百五十三条规定，夫妻共同所有的财产，除有约定的外，遗产分割时，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。因此，本案中，严某所主张的属于个人部分的281000元车损理赔款应当在后续执行过程中通过分配的方式排除出执行。

但即使车损保险金随车辆本身的性质可能被认定为夫妻共同财产，也并不一定保证可以将属于个人部分的车损保险金排除执行之外。在执行过程中，如果执行法院认定应当用于偿还夫妻共同债务

或是应当用于补偿执行异议人已处分的夫妻共同财产的，亦会被执行。

【案例二】

高某在(2014)岱民初字第15XX号机动车交通事故责任纠纷一案中，由于丈夫刘某寿在交通事故中身故并承担主要责任，被判在丈夫刘某寿遗产范围内赔偿孙某、刘某等376230元。孙某、刘某等人遂向法院申请强制执行。在(2015)寿执委字第XX号执行过程中，执行法院冻结了(2015)寿商初字第23XX号判决书判决保险公司赔付高某等人车损赔偿金178639元。高某认为本案涉案车辆损失所得车损赔偿金也为夫妻共同财产，不能认定为死者的遗产，其中一半为异议人个人合法财产，执行法院错误的冻结属于异议人个人的车损赔偿款，遂提起执行异议之诉，请求依法解除对异议人应得的105620元的冻结。

审理法院在审理过程中查明刘某寿其他财产，刘某寿去世后，其农行银行账

户存款信息显示2013年12月21日尚有存款余额为46579.61元；2014年1月7日，车辆转移登记信息显示，刘某寿名下车辆鲁V×××××卖给第三人，价格为71200元；寿光市孙家集街道胡营一村村委出具证明，高某在胡一村有房屋一套，以上财产为异议人与刘某寿的夫妻共同财产；刘某寿的发生交通事故死亡时间为2013年12月17日，其中一半为刘某寿的遗产，银行存款、车辆转让款，高某已处分，对于居住房屋，高某亦表示不放弃继承。本案中，法院之所以驳回异议的主要理由是法院查明的异议人处分的、继承的死者遗产明显多于该车损险的一半，而高某也未在继承遗产的范围内履行法定义务，本院依法扣押其应得的车损赔偿款，符合法律规定。

【法院判决】

驳回异议人高某在(2015)寿执委字第XX号案中的异议。

【律师点评】

涉案交通事故车辆为高某与刘某寿的夫妻共同财产，那么该车保险公司的车损赔偿款也为夫妻共同财产，笔者认为，以用于补偿执行异议人已处分的夫妻共同财产作为驳回异议的理由的，应当满足以下条件：

应当查明异议人已处分的夫妻共同财产的范围及价值，确保其高于异议标的物的价值。由于已处分的夫妻共同财产难以追回，执行法院确认异议标的为夫妻共同财产的情况下作出“以物抵物”的裁判结果，符合执行裁判实体审理的规则及效率优先的原则。但仍应以查明事实为基础，不能在尚未查明事实的情况下直接推断出异议人“继承的死者遗产明显多于该车损险的一半”结论。

依法分配举证责任。在申请执行人主张异议人个人名下的财产亦属于夫妻共同财产或尚有其他夫妻共同财产应当在本案中补偿时，应当根据“谁主张，谁举证”的原则将主张积极事实的初步举证责任分配给申请执行人，证明异议人已处

分的财产及已处分的行为。法院不能仅以异议人未充分举证其所有目前占有使用的财产是以个人资金所购得为由，先入为主地认定该财产是父亲共同财产且异议人已经处分该财产。对于申请执行人未提供给执行法院作为线索，且执行法院并未加入执行程序的标的物不应作为补偿的参考依据。



管杰 律师

上海七方律师事务所 合伙人
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



私募基金投资人诉底层融资方的管辖分析

作者：王黎君

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 公司之股权及约定了仲裁条款。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？管辖如何确定？

关于如何起诉A公司追回投资款的问题，笔者在《七方法苑》6月20日发表的《私募基金投资人诉底层融资方的路径分析》一文中论述了契约型私募基金投资人诉底层融资方的诉讼路径主要三种，本文将进一步探讨如契约型私募基金投资人适用《信托法》第22条规定诉底层融资方时的管辖问题，《信托法》第二十二条规定了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。

私募基金投资人诉管理人及底层融资方是否可以适用《基金合同》的约定申请仲裁？

在私募基金投资人直接诉管理人及底层融资方有法可依的情况下，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》，合同中约定了仲裁条款，私募基金投资人诉管理人及底层融资方是否可以申请仲裁？根据《中华人民共和国民事诉讼法》第四条的规定，当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。因私募基金投资人只与基金管理人之间有仲裁协议，与底层融资方并未有仲裁协议，故私募基金投资人适用《信托法》的相关规定同时诉管理人及底层融资方的情况下不属于仲裁管辖范围，不能直接适用《基金合同》的约定去申请仲裁。

私募基金投资人诉管理人及底层融资方是否属于法院管辖？

如前所述，私募基金投资人诉管理人及底层融资方不属于仲裁管辖，是否属于法院的管辖则只需要看是否符合起诉的条件。《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十二条规定了起诉的条件，其中第二项仅仅规定要“有明确的被告”及最高人民法院《关于人民法院推行立案登记

制改革的意见》中规定，“有下列情形之一的，应当登记立案：（一）与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织提起的民事诉讼，有明确的被告、具体的诉讼请求和事实依据，属于人民法院主管和受诉人民法院管辖的”。可以看出，起诉对被告的要求仅仅规定的是“明确的被告”，只是指被告必须明确具体，要有被告明确的身份、住址等等。该条并未规定起诉时就要有“正确的被告或适格的被告”。因此，原告起诉谁属于原告自由处分的诉讼权利，原告所列被告是否正确、合适均不属于立案审查的内容。故私募基金投资人诉管理人及底层融资方应属于法院管辖。

三、私募基金投资人诉管理人及底层融资方适用一般地域管辖。

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十二条的规定，对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管

辖。私募基金投资人同时诉管理人及底层融资方适用一般地域管辖，管理人及底层融资方的住所地人民法院都有管辖权。

实践当中，私募基金投资人想要直接诉管理人及底层融资方仍是比较困难的，在适用当中也会遇到各种困难，还有待司法实践去验证及完善。



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
上海专职律师中级职称
专业领域：金融投资、合同纠纷
联系方式：15221703694



“仲裁诉讼期间从竞业限制期限中扣除”的约定有效吗？

作者：谢亦团

【案情简介】

王小姐于2005年9月28日入职北京某信息技术有限公司（以下简称公司），担任高级总监。双方签署了多份劳动合同，最后一份劳动合同期限自2014年2月1日起至2017年2月28日止。

2014年2月1日，公司（甲方）与王小姐（乙方）签订《不竞争协议》，其中第3.3款约定：“……，竞业限制期限从乙方离职之日开始计算，最长不超过12个月，具体的月数根据甲方向乙方实际支

付的竞业限制补偿费计算得出。但如因履行本协议发生争议而提起仲裁或诉讼时，则上述竞业限制期限应将仲裁和诉讼的审理期限扣除；即乙方应履行竞业限制义务的期限，在扣除仲裁和诉讼审理的期限后，不应短于上述约定的竞业限制月数。”

2017年2月28日劳动合同到期，双方劳动关系终止。2017年3月24日，公司向王小姐发出《关于要求履行竞业限制

义务和领取竞业限制经济补偿费的告知函》，要求其遵守《不竞争协议》，全面并适当履行竞业限制义务。王小姐自公司离职后，于2017年3月中旬进入一家与公司存在竞争关系的新媒体公司，后于2017年4月底离开该新媒体公司。

公司认为王小姐违反了竞业限制协议，申请劳动仲裁要求确认王小姐违反竞业限制义务并双倍返还竞业限制补偿金、继续履行竞业限制义务、赔偿损失并支付律师费。

【裁判结果】

2018年3月15日一审法院作出判决：一、王小姐于判决生效之日起七日内向公司双倍返还2017年3月、4月竞业限制补

偿金共计177892元；二、确认王小姐无需继续履行对公司的竞业限制义务。公司不服，提起上诉，二审维持原判。

【律师分析】

本案的争议焦点为：双方在竞业限制协议中约定“仲裁、诉讼期限从竞业限制期限中扣除”是否有效？

一、竞业限制协议系双方真实意思表示，竞业限制协议本身合法有效。

实务当中，经常有劳动者咨询竞业限制协议没有竞业限制的期限、没有约定竞业限制经济补偿金标准、没有约定违约金等存在“瑕疵”或者存在明显“霸王”条款时，竞业限制协议是否生效？用人单位没有支付竞业限制经济补偿金时，劳动者是否可以不遵守竞业限制协议？

事实上，只要是双方真实意思表示，竞业限制协议都是发生法律效力的，劳动者仍然应当遵守竞业限制协议，存在“瑕疵”时可以重新协商确定，协商不成的，按照法定进行计算；当存在违反法律法规条款时，可以主张部分条款无效；用人单位没有履行支付经济补偿金义务超过三个月后，劳动者可以提出解除竞业限制协议，但在解除之前仍然应当履行竞业限制协议约定的义务。

二、用人单位免除自己的法定责任，排除劳动者权利的约定无效。

《劳动合同法》第二十六条规定，下列劳动合同无效或者部分无效：

（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

（三）违反法律、行政法规强制性规定的。

根据以上规定，如果用人单位与劳动者签署的竞业限制协议中条款存在以上情形之一时，将被认定为无效。

公司在《不竞争协议》第3.3款约定王小姐的竞业限制期限应扣除仲裁和诉讼的审理期限，该约定实际上要求王小姐履行竞业限制义务的期限为：仲裁和诉讼程序的审理期限+实际支付竞业限制补偿金的月数（最长不超过12个月）。该约定因“免除了自己的法定责任，排除了劳动者的合法权益”而无效。

1、仲裁、诉讼的审理期限并非固定，这种约定必然导致劳动者的竞业限制期

限处于不确定的状态，不符合竞业限制应当明确竞业期限的立法目的。

2、该约定将使劳动者处于两难境地，限制了劳动者寻求司法救济的权利。

按照该约定，双方如因履行竞业限制协议发生争议时需要扣除，必然导致竞业限制期限加长；而如果不申请劳动仲裁诉讼则又将使劳动者失去救济的机会。所以将约定将使劳动者陷入“两难”境地，限制了劳动者的司法救济权利。

3、该约定还将诱发用人单位通过仲裁、诉讼变相延长竞业限制期限的风险。

根据双方的约定，用人单位无需与劳动者进行协商，即可通过提起仲裁和诉讼的方式单方地、变相地延长劳动者的竞业限制期限，一定程度上免除了其法定责任。

需要特别指出的是，根据《劳动合同法》第二十七条规定，劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。同理，竞业限制部分条款的无效，并不影响竞业限制其他部分的效力。

本案中，由于王小姐新入职单位确实与原单位存在竞争关系，故法院判决按照双方约定双倍返还竞业限制经济补偿金，但至2018年3月作出一审判决时，距双方劳动关系于2017年2月28日期满终止已超过了12个月，所以法院驳回了公司要求继续履行竞业限制的诉讼请求。



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

专业领域：劳动法、合同法

联系方式：13585507739

多家公司发工资，如何认定劳动关系

作者：谢亦团

【案情简介】

张某从2019年6月起入职上海XX广告公司，担任广告设计师，双方签署了一份为期三年的书面劳动合同，每月工资为9500元，工资通过银行转账的方式支付。

周某也是XX公司的员工，于2019年8月7日注册成立个人独资企业——XX中心，自2020年5月起，张某等人的工资全部改由XX中心支付，一直持续至2021年3月止，此期间张某的工作内容、工作岗位、工作地点、业务主管均未发生变化。

2021年8月30日，XX中心工商登记注销，周某承诺其个人对XX中心的未了事宜承担无限责任。

2021年9月14日，张某向上海市闵行区劳动人事争议仲裁委员会（以下简称仲裁委）申请仲裁，要求XX中心支付解除劳动合同经济补偿金以及确认与XX中心

存在劳动关系，但仲裁委未予受理。2021年12月21日，张某又向仲裁委申请仲裁，要求周某支付2020年6月1日至2021年3月31日止的未签订劳动合同双倍工资差额93,546.3元（9,354.63元/月*10个月）双倍工资差额，但仲裁委仍然未予受理。张某不服该不予受理决定，向法院提起诉讼。

庭审中，周某提供了2019年7月以来XX

公司的纸质和电子考勤记录以及XX公司的情况说明，证明张某在2019年7月至2021年3月期间与XX公司存在劳动关系，XX中心仅为XX公司代发张某工资。同时提供了张某与其主管金某某的往来邮件和微信聊天记录，以及金某某的劳动合同，用以证明金某某也为XX公司员工。

【判决结果】

一审法院认定 2020 年 6 月 1 日至 2021 年 3 月 31 日期间, 张某与 XX 中心并不存在劳动关系, 驳回张某的起诉; 张某

不服, 提起上诉, 二审法院驳回其上诉, 维持原判。

【律师分析】

一、用人单位注销后, 劳动者与原用人单位发生劳动争议的, 以原用人单位的出资人为当事人。

司法实践中, 劳动者劳动权益受到侵害准备申请劳动仲裁或者在仲裁、诉讼过程可能遇到用人单位注销的情形, 因用人单位已履行了注销手续, 从而失去了作为用人单位的主体资格, 也失去了仲裁、诉讼主体资格, 仲裁、诉讼过程难以为继, 此时仲裁、法院将会以裁定的形式终结案件的审理。但并不会导致劳动者状告无门, 因为用人单位在注销过程中, 出资人需要作出承诺对于未了的债务承担连带责任, 所以劳动者可以将出资人作为仲裁、诉讼当事人。

此外, 根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(二)》第二十条规定, 公司解散应当在依法清算完毕后, 申请办理注销登记。公

司未经清算即办理注销登记, 导致公司无法进行清算, 债权人主张有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东, 以及公司的实际控制人对公司债务承担清偿责任的, 人民法院应依法予以支持。公司未经依法清算即办理注销登记, 股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任, 债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的, 人民法院应依法予以支持。因此, 公司在明知尚有诉讼案件未审结的情况下即办理了注销登记, 应当由前述规定的相关人员(以下统称清算责任人)承担相应的责任, 即应当由清算责任人继续参加诉讼。

本案中, 张某仲裁时, XX 中心已注销, 故张某直接将 XX 中心的出资人周某作为仲裁、诉讼当事人。才会出现劳动争议案件中少见的两个自然人作为当事人“奇怪”现象。

二、劳动报酬支付主体发生改变，并不必然导致劳动关系发生转移。

劳动关系中，一般而言，劳动者出让劳动力，由用人单位支付劳动者劳动报酬。但实践中，也存在一些用人单位通过人事外包等方式代为支付的情形，这种情况下就会导致用人单位与支付劳动报酬发生分离的现象，也正因为如此，在《关于确立劳动关系有关事项的通知》并未将劳动报酬的支付作为确立劳动关系的根本特征。故确立劳动关系还是需要围绕三要素（主体适格、接受用人单位的用工管理、从事的劳动内容为用人单位业务组成）来进行综合判断。

本案中，张某的劳动报酬支付主体虽然自 2020 年 5 月起由建立劳动关系的 XX 公司变更为 XX 中心，但张某的工作内容、工作地点、业务管理等均未发生任何变化，且支付主体发生变化时，XX 公司并未与张某表达劳动关系需要进行转移的意思表示，故周某主张 XX 仅仅是代 XX 公司支付工资，并未与张某建立劳动关系的合意得到法院的采纳，最终法院驳回了张某要求双倍工资差额的诉讼请求。



商业保险理赔款能否在工伤赔偿款中抵扣？

作者：谢亦团

【案情简介】

张某于2013年10月8日进入上海某机电公司工作。双方签有书面劳动合同，同时签署了一份声明书，该声明内容为：“因本人家庭需要，特自愿要求就职公司不予给本人缴纳上海市社会保险，这部分保险费用将以现金的形式每月与工资一起发放，由此产生的一切后果将由本人自己承担，与公司无关。”

2014年1月23日工作期间，张某在公司车间内装配机器部件时，铁屑溅入其右眼而受伤。经医院诊断为右眼外伤，右眼球内异物。公司垫付医疗费前要求张某签署了一份承诺函，该承诺函的内容为：

“因本人工伤期间所有医药治疗费用是由公司先行垫付，故待本人治疗完成后，由保险公司承赔之医药费部分需在保险公司相应赔付之后尽快返还公司，本人承诺会在收到医疗赔付后一星期内将此款项返还公司，若未返还的话，一切事情将

与公司无关，本人愿意承担一切后果。”公司垫付医疗费3万多，张某通过公司购买的商业保险获得理赔款105000元，张某将3万多医疗费返还给了公司。

张某2014年10月27日，上海市青浦区人力资源和社会保障局认定该事故为工伤。2017年5月10日，张某伤情经青浦区劳动能力鉴定委员会鉴定为因工致残程度七级。公司未为张某正常缴纳社会保险费。张某进行工伤鉴定产生鉴定费、检查费和诊疗费共计600元。双方劳动关系结束日期为2017年5月16日。

张某于2017年5月18日申请仲裁，要求公司支付张某解除劳动合同经济补偿18,000元、一次性伤残补助金58,500元、一次性工伤医疗补助金78,048元、一次性伤残就业补助金78,048元、鉴定费600元。上海市青浦区劳动人事争议仲裁委员会经审理裁决公司支付张某一次性

伤残补助金 58,500 元、一次性工伤医疗补助金 78,048 元、一次性伤残就业补助金 78,048 元、鉴定费 600 元。对张某要

求公司支付解除劳动合同经济补偿 18,000 元的请求不予支持。公司对裁决不服，起诉至法院。

【判决结果】

一审判决公司支付张某一次性伤残补助金 58,500 元、一次性工伤医疗补助金 78,048 元、一次性伤残就业补助金

78,048 元、鉴定费 600 元。公司主张将张某获得的 105000 元商业保险理赔进行抵扣未得到支持。公司提出上诉，二审维持。

【律师分析】

一、依法缴纳社会保险系用人单位的法定义务，该义务不因劳动者的声明而免除。

根据《社会保险法》第四条规定，中华人民共和国境内的用人单位和个人依法缴纳社会保险费，有权查询缴费记录、个人权益记录，要求社会保险经办机构提供社会保险咨询等相关服务。因此，依法缴纳社会保险是用人单位和劳动者的法定义务，任何单位和个人都不得以声明、承诺、协议等方式进行规避。本案中，虽然张某应公司的要求作出了不要求缴纳社保的承诺，但该承诺因违反了法律的强制性规定而无效。

用人单位未依法缴纳社会保险费的，由用人单位承担工伤保险责任。

《工伤保险条例》第六十二条第二款规定，依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。因此，不论什么原因，用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险，劳动者发生工伤时，用人单位按照法定标准支付劳动者工伤保险待遇项目和费用。

本案中，由于公司未依法缴纳社会保险，所以法院最终判决公司按照法定标准支付张某一次性伤残补助金、一次性工伤

医疗补助金、一次性伤残就业补助金、鉴定费。

三、用人单位为劳动者购买商业保险，劳动者在获得商业理赔后，用人单位能否要求从工伤赔偿中进行抵扣问题。

司法实务中，有两种观点：

观点一，可以抵扣，理由有：（1）用人单位购买商业保险的目的在于降低自身因未缴纳社会保险将来可能面临的工伤赔偿风险，如果允许抵扣，劳动者受到工伤时，能够获得一份商业赔偿，这样赔偿更有保障；（2）用人单位和劳动者约定将商业保险理赔款抵扣工伤保险并不违反法律法规的强制性规定，应当尊重双方的意思自治；（3）如果不允许抵扣，也将导致劳动者因为一个事故意外伤害，而获得二份赔偿，有失公允。

观点二，不能抵扣。理由有：（1）两者的性质不同，工伤保险是国家为保障劳动者在工作过程中受到伤害时可以获得经济救济，是一项法定的劳动权益，而商业保险理赔系根据用人单位与保险公司之间保险合同约定，是一项商业权益，两

者性质完全不同，所以不能抵扣；（2）如果允许抵扣，间接纵容了用人单位不履行法定的缴纳义务，而是通过购买商业保险来替代，显然与国家设立社会保险的宗旨，全面推广社会保险制度相悖。

笔者倾向于第二种观点，社会保险制度的设立在于保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利，只有用人单位都依法为劳动者缴纳社会保险，劳动者的劳动权益才能真正有所保障，如允许抵扣，一些用人单位将通过购买商业保险的方式来逃避缴纳社会保险的法定义务，同时又降低自己的风险，这样不利于社会保险的全面推广实施。

本案中，法院也采用了第二种观点，并未支持公司要求将张某获得的 105000 元从工伤赔偿中进行抵扣的请求。

小额诉讼程序涉及的 **7** 个劳动争议问题

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，我们劳动法团队接受某用人单位的委托，代理了一起劳动争议案件，劳动者向用人单位索要绩效工资的金额不足1000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，意味着一审即为终审，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。

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较小，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可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，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事项的决定》（国发〔2018〕28号），决定取消11项行政许可等事项，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”，即不能再向中院提起二审，如对该判决结果不服的，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

新《上海市消费者权益保护条例》五大亮点解读

作者：廖潇歌、邵弘高娃



2022年8月1日起，新修订的《上海市消费者权益保护条例》（以下简称“新《消条》”）正式施行，共九章84条。本次修改采用了修订的形式，对现行条例中的部分条文作了修改完善，并增加了多项新型消费领域的经营者义务，以及政府职责、人大监督、消保委的职责与作用、消费纠纷多元化解、消费环境建设等内容。

亮点一：优化消费者权益保护工作体系，形成保护合力

新《消条》除了明确本市各级人民政府建立消费者权益保护工作议事协调机制，各级人大常委会的监督机制外。将消费者权益保护委员会（以下简称“消保委”）界定为“法定的对商品和服务进行社会监

督、保护消费者合法权益的公益性组织，行使《中华人民共和国消费者权益保护法》赋予消费者协会的职能。”，标志着消保委由原来的职责法定变为机构法定，使消保委的地位和作用得到显著提升，市消保委还可以提起公益诉讼，这对于全市消费者权益保护工作具有历史性意义。



新《消条》首次赋予消保委“桥梁纽带”和“平台”两大新作用。一是**联动**，积极加强与行政管理部门及行业组织等的信息共享，及时发现消费维权领域的新情况新动向，共同制定行业指引、行约行规，推动消费者权益保护的制度共建。二是**组织**，通过建立消费维权志愿者队伍，汇聚专家、律师、学者等各领域的专业人士，开展形式多样的志愿者活动，传播消费维权正能量，提升消费者权益保护的专业度和影响力，将上海建设成**国际消费中心城市**。

亮点二：明确经营义务，强化新型消费领域行为规范

近年来，新消费业态频现，比如盲盒、沉浸式体验、数字艺术等，成为消费者维权“高发地”。来自上海市消保委的数据显示，其年均处理投诉 20 万件以上，其中新消费领域的投诉占比持续增长。此外，消费维权领域还呈现出一个重要趋势——分散的个案争议比重下降，涉及大企业的群体性问题和行业普遍性问题上升。

因此，新《消条》的修订着重对新型消费业态等特殊领域的经营者义务作出特别规定：例如网络直播间卖货往往“重流量轻售后”，一旦商品售后出现问题，直播间运营者、购买平台之间的责任应当如何正确划分？新《消条》对直播间运营者进行了约束，要求其标明商品或服务的实际经营者，并应协助消费者维护合法权益，提供必要的记录和数据。又如对以盲盒为代表的射幸消费模式，要求商家“以显著方式公示抽取规则、商品或者服务分布、提供数量、抽取概率等关键信息。经营者实际的市场投放应当与其公示内容相一致，不得篡改抽取概率，改变抽取结果。开展随机销售活动不得违反法律、法规规定、不得违背公序良俗；鼓励随机销售经营者通过建立保底机制等方式，维护消费者的合法权益。”

新《消条》还对经营者不得以无关信息侵扰消费者，跨境电商零售进口经营者、跨境电商第三方平台对消费者权益的保护义务，金融服务经营者义务等方面作出了规定。



亮点三：优化消费环境，关注特殊群体需求

在消费纠纷中，消费者本身就处于相对弱势的一方，而在这弱势一方中，还有一些特殊群体更需要特别的强化保护，他们就是未成年人、老年人、残疾人和低收入群体。加大对他们的保护力度，坚决消除“技术歧视”和“信息歧视”，实现更

及“一老一小”保健食品销售以及欺诈消费者、侵害消费者人身权等行为，加大监管执法力度，让消费者放心无忧，提振消费信心。

亮点四：完善消费争议解决方式

新《消条》第五十九条明确：“本市健全行政管理部门、人民调解组织、专业组织与人民法院、仲裁机构相衔接的消费



大范围的消费公平也印证了 2022 年的年主题“共促消费公平”。新《消条》对涉

争议多元化解机制，完善和优化消费纠纷解决流程与反馈机制.....

对于符合规定的消费争议，人民法院、仲裁机构依法采取便捷的方式予以处理。”新《消条》第六十条在提高争议解决的便捷性方面：“鼓励经营者建立方便快捷的消费争议处理机制，鼓励行业组织建立消费者投诉和维权第三方平台”。

从律师工作的实践可以看出，多元化解是不错的思路，当遇到纠纷，大家不要认为只有去法院或者仲裁才能解决。法院近年来案件量激增，一件纠纷案件可能等到处理完毕，往往都是跨年了。

亮点五：助推国际消费中心城市建设

为全面提升消费繁荣度、活跃度和便利度，建设具有全球影响力、竞争力、美誉度的国际消费中心城市这一目标要求，新《消条》增设了“消费环境建设”专章，让消费者在点滴中感受到城市的温暖关怀，充分展现了上海文明城市形象。

该章共7条，为营造安全放心的消费环境提供框架性制度安排：一是加大消费

供给，不断满足消费者新的需求。二是完善城市商业设施布局，支持建设友好型消费环境，保障老年人、残疾人、儿童、母婴等特殊群体的消费环境需求，这点在之前的亮点三已经提到过。三是强化行业自律，推进社会监督，完善信用治理。前不久徐汇区钟区长在2022年上半年工作情况的报告中，也提及“要加快建设国际消费中心城市引领示范区，力争年内引进10家国内外知名品牌首店，举办20场高端品牌新品首发首秀首展活动，促进消费强劲复苏。”

据市商务委介绍，今年上半年，上海累计引进全球各类首店366家。为了更好地推动新《消条》落地，接下来，上海将注重利用“首发经济”效应，助力集聚品牌资源、引领消费潮流，加快建设国际消费中心城市，提升“上海购物”的丰富度、时尚度和体验度。

新《消条》赋予了上海市消保委新定位新职责，相信上海市消保委要抓住这一重大历史性契机，砥砺前行奋力作为，以维护消费者权益为宗旨，积极贯彻落实新《条例》，携手上海市消保基金会和消费维权特邀志愿者等社会更广泛的力量，共同努力为打造上海国际一流的消费环境做出贡献。



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

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



邵弘高娃 律师

七方律师事务所 律师

七方公共法律服务部 律师

高级合规师

业务方向：不动产征收、社会公共服务、企业法律顾问

员工侵犯企业数据类商业秘密被判赔 300 万元

作者：孙志勇

数据作为数字经济和信息社会的重要资源，已经成为了与土地、劳动力、资本、技术并列的一种新的生产要素，数据之争日趋频繁。当前司法实践中，与数据有关的争议通常是适用《反不正当竞争法》第 12 条即互联网专条，以及第 2 条一般条款来进行评价的，那么，数据争议能够通过商业秘密来进行保护吗？2022 年 8 月 24 日，杭州互联网法院发布的数据和算法十大典型案例之一，即（2021）浙 8601 民初 609 号杭州某科技公司与汪某商业秘密纠纷案，对此作出了肯定的回答，该案例为数据维权提供了新的思路，对企业数据保护有重要的启示和借鉴作用。

【案情简介】

原告杭州某科技公司从事网络直播平台经营活动，被告汪某曾任原告平台运营总监，并与原告签订有保密协议。

原告平台的经营模式为：平台主播与注册用户开展娱乐互动，用户通过现金充

值获得平台内的虚拟货币，并通过消费该虚拟货币向主播打赏礼物，主播获得礼物兑换后按照约定比例向公司分成收益。为鼓励用户参与互动，公司在打赏环节设置了中奖程序，将特定比例的打赏金额归入奖池，在一定礼物赠送周期内，根据后台配置，

由程序算法随机生成中奖礼物个数索引，用户有机会从奖池中获得其所打赏礼物价款的一定倍数返还作为中奖奖励。

通过后台权限，公司高管可登陆平台账号查看中奖实时数据。

被告在职期间，利用自身账号权限，登录查看、分析后台数据，掌握中奖率高的时间点，通过关联多账号进行刷奖，获得平台高额奖金；被告离职以后入职同行业的另一平台公司，在自身账号已被注销的情形下，仍通过获取原告员工胡某账号的方式，继续登录后台进行刷奖，被告持续一年多时间多次登录实施被诉行为，通过数十名主播提现，被告自述以此获利200余万元。

原告认为，被告上述行为侵犯了原告的商业秘密，导致平台其他注册用户基本无法获取中奖奖励，平台的注册用户充值大幅减少、用户流失，情节恶劣。

原告依据《反不正当竞争法》，并主张适用惩罚性赔偿，以被告获利金额的1.5倍为依据，请求法院判决被告赔偿原告损失390万元。被告答辩称，被告不是反不

正当竞争法的竞争者，不存在侵权行为，原告诉请金额并无依据。

【裁判结果】

一审法院经审理认为，原告在本案中主张的后台中奖实时数据和通过中奖数据得出的中奖概率，构成商业秘密，经营者由此可获得相应竞争优势。被告在自身获利的同时，损害平台经营秩序和竞争优势，构成侵犯原告商业秘密。法院确认适用惩罚性赔偿，判决被告赔偿原告经济损失300万元。

被告不服一审判决，上诉至杭州市中级人民法院。二审法院判决驳回上诉，维持原判。



【案例评析】

本案的核心争议在于原告主张的数据是否属于商业秘密，以及被告是否实施

了侵犯商业秘密的行为。

一、符合条件的数据属于商业秘密的保护范围

从法律规定来看，2019年4月修订的《反不正当竞争法》，在第9条将商业秘密的范围从之前的“技术信息和经营信息”，扩大为“技术信息、经营信息等商业信息”，增加了商业秘密概念的包容性，对数据信息和算法等，实现了通过商业秘密保护路径予以保护的可能性。

2020年9月，最高人民法院施行的《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》，明确新增列举了“数据”作为商业秘密的类别之一，其在第1条明确规定，与技术有关的数据，可以认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的技术信息；与经营活动有关的数据，可以认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的经营信息。

因此，企业数据是可以作为商业秘密予以保护的，重点在于该数据是否符合商业秘密的构成要件，即是否符合秘密性、保密性和价值性的要求。

从分类来看，数据可分为公开数据和非公开数据。对于公开数据，因其不具备秘密性的要求，显然无法作为商业秘密予以保护，但对于非公开数据，则有可能符合秘密性的要求。本案中，原告主张的直播打赏实时数据，需要登录平台管理人员账户查看，没有证据表明该数据可以通过其他公开渠道获得，因此一审法院认定其符合秘密性。

对于保密性，本案中，原告与被告签订了保密协议，而且原告对账户区分不同人员，设置了不同的查看权限，对能够接触或获取后台不同数据的人员范围进行了限制；在工作人员离职后，公司也及时注销相关账号，对访问、使用相关数据采取了必要措施，因此一审法院认定原告采取了保密措施，符合保密性要求。

就涉案实时数据，法院认为系原告通过设定中奖算法，由程序分配中奖索引，结合用户打赏实时产生，这些后台数据同时蕴含着用户深层衍生信息，通过跟踪程序的运作和数据的变化，关注用户参与度和活跃度，可以了解用户的打赏习惯和消

费水平，可以及时调整相关中奖算法和中奖机制。同时，通过对这些数据的分析和利用，还可以了解特定平台对中奖规则和利润分成的设定。因此，一审法院从平台数据本身、从数据转化为流量的网络平台运营模式、从网络直播行业的商业模式和盈利模式三个角度出发，认定涉案数据具有商业价值。

二审法院确认了涉案后台实时数据构成商业秘密的认定，但二审法院同时认为，原告主张的由实时数据推算而得出的中奖概率，是运用一定算法使用系统后台数据计算得出的，所主张保护内容的基础实际上在于后台数据和算法本身，并不是

一项具体确定的独立客体，因此不宜与后台数据并列作为一种独立的经营信息进行保护。

无论如何，该案探索了数据作为商业秘密保护的司法审查标准，对企业通过商业秘密路径来保护企业数据提供了重要启示，为企业数据保护提供了新的思路。同样重要的是，该案进一步明晰了企业在日常经营过程中建立和落实相应安全措施、保密措施的重要性。通常情况下，法院会根据信息载体的特性、权利人保密的意愿、保密措施的可识别程度、他人通过正当方式获得信息的难易程度等因素来认定权利人是否采取了合理的保密措施，因此，权利人要通过协议、权限、制度、教育等多种方式，加强和完善保密措施。

二、被告存在多种侵犯商业秘密的行为

我国《反不正当竞争法》第9条第1款规定了多种侵犯商业秘密的行为，每一种行为都有其明确的规制对象。

本案中，被告在离职前和离职后均存在侵权行为，包括离职前通过分析数据进



行刷奖获得高额奖金，离职后通过获取原告其他员工账号继续刷奖的行为等等，因此需要对其行为的性质逐一进行认定。

针对被告在职期间的“使用”行为，被告作为原告平台的运营总监，其在职时查看、分析相关数据的行为并不违法，但其违反保密约定使用数据的行为，违反了《反不正当竞争法》第9条第(3)项的规定，即构成“违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密”。

针对被告离职之后的行为，则要分为两个部分，一是离职后的“获取”行为，其通过原告其他员工账号登陆平台，获取数据的行为，违反了《反不正当竞争法》第9条第(1)项的规定，属于“以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密”；二是离职后的“使用”行为，在通过非法手段“获取”数据后，被告还进行了“使用”，该行为违反了《反不正当竞争法》第9条第(2)项的规定，属于“披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人

的商业秘密”。

因此，本案中被告存在三项侵犯商业秘密的行为，在获得利益的同时，也使原告平台互动打赏环节失去吸引力，干扰了打赏环节正常的运行机制，损害了原告平台的经营秩序和竞争优势。司法实践中，对于侵犯商业秘密案件，权利人应当梳理侵权人的行为方式，与法律规定一一对照并进行分析论证。

三、数据维权商业秘密保护路径的优势

我国目前并没有专门的商业秘密保护法，有关商业秘密保护仍然是在《反不正当竞争法》的框架内进行。但在数据保护的具体路径上，以《反不正当竞争法》第12条互联网专条、第2条原则条款，还是以第9条商业秘密条款进行保护，还存在着些许不同。

首先，从规制的主体来看，《反不正当竞争法》第9条第1款规制的主体是“经营者”，第2款规制的主体是“经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织”，也就是说，对于商业秘密保护而言，法律可以

规制的主体既包括经营者也包括非经营者。比如本案中的被告，其在加入同行业的另一直播平台，作为一名劳动者时，其就并非法律意义上的“经营者”，但这不影响其应当承担侵犯商业秘密的法律责任。而在《反不正当竞争法》的其他条款中，其规制的主体仍为“经营者”并不包括“经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织”。

其次，从惩罚性赔偿的适用条件来看，《反不正当竞争法》第17条第3款规定，“恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的”，可以适用惩罚性赔偿。本案中，法院综合考虑被告的主观故意和情节严重等因素，包括明知行为性质、侵权持续时间久、涉及范围广、获得金额高等等，确认适用惩罚性赔偿，判决被告赔偿原告经济

损失300万元。而在《反不正当竞争法》的其他条款中，虽然有个别案例在适用第2条时也判决了惩罚性赔偿（详见作者另文《惩罚性赔偿，不能想用就用》），但通说还是认为，惩罚性赔偿制度作为一项特殊的民事责任制度，其适用范围必须有法律的明确规定。因此，本文还是认为，在数据保护的路径上，通过商业秘密保护在符合条件的情况下是可以主张适用惩罚性赔偿的，而通过《反不正当竞争法》其他条款进行维权时无法主张惩罚性赔偿。

数字经济时代，特别是新业态中数据知识产权的保护愈发重要。对于数据类信息，在其符合商业秘密特征的情况下，可以积极通过商业秘密的角度来加强数据保护。

孙志勇 律师

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

上海律协知识产权业务研究委员会 委员

首批上海海外知识产权纠纷应对指导专家

业务方向：知识产权、合同法

联系方式：18918887908



快递保价条款到底保不保价？

作者：汤裕杰

在快递运输过程中发生物损、物丢的情形时，消费者和快递公司就物件赔偿问题总是吵得不可开交。最近在杭州就发生了快递物品进行了保价，而快递丢失后快递公司未能足额赔偿的情况。那么快递的保价条款，到底保不保价？

一、案情简介

9月10日中秋节那天，住在杭州的小刘要把20克黄金送到住在拱墅区的一位客户住处，于是便通过某快递公司下单，将黄金快递至客户处。由于快递物品比较贵重，目前市场价值约8000元，于是小刘进行了保价，保价金额为8000元。随后快递员突然打来电话说黄金丢了，快递公司表示愿意赔付2000元，小刘表示明明保价金额是8000元，为什么赔付变成2000元，那保价意义何在？另外这些黄金的市场价就是8000元，东西丢了，当然要按本来的价值赔付，难道我寄的东西被弄丢还要我自己承担损失吗？快递公司表示，此事发生以后，公司第一时间协助客户报警，同时进入客服理赔流程，现已按照8000元的保价金额全额先行赔付到账。

虽然快递公司最终按照快递价值全额赔偿，但是我们也同时思考，快递保价的规则到底是什么？

二、何谓快递保价条款

保价条款主要运用在快递运输行业，托运人向快递公司声明物件的价值并且支付相应比例的保费，在物件发生损害或者丢失的情况下，快递公司就根据声明的价值予以赔偿。关于保价条款主要包括两个方面：①只有被保价的货物才可以获得高额赔偿，②对于未保价的物件通常只能获得数倍之于快递费的金额赔偿，保价条款为有限责任，即低保低赔，高保高赔。

保价条款是一种加收费用的物流运输增值业务，用于寄递较贵重物品、有价证券、包裹等。寄件人与快递公司签订带有保价条款的物流运输协议，并由快递公

司按照保价条款的约定，对于除因不可抗力而发生的货物部分或全部损坏或灭失，承运人按保价协议的约定负责赔偿。保价运输并非法律规定，而是由寄件人与快递公司双方协商约定具体的保价及理赔方式。

以顺丰快递的理赔规则为例：

1、保价快件，按照实际价值损失赔偿（物品损坏可以维修的，在保价金额的限额内赔偿维修费用），请按照货物价值足额申报价值并支付费用，理赔时提供真实有效价值证明（如发票，合同、付款凭证组合），顺丰会结合市场价值和第三方机构意见评估损失价值（不包含商业机会、预计收益等间接损失），不足额保价部分或超额保价部分均无法获得赔偿，如无法证明托寄物品的实际价值，顺丰将全额退还保价费用，按照未保价快件进行赔偿。

1、足额保价：保价金额 \geq 货物实际价值，超额部分不予赔付。理赔金额=定损金额 \leq 货物价值。

2、不足额保价：保价金额 $<$ 货物实际价值，理赔金额=定损金额 \times （投保金额/货

物价值）。备注：特定托寄物赔付标准参考特定托寄物赔付标准协议。

三、保价条款赔偿基础

经寄件人与快递公司双方合意后作为赔偿责任依据，其实质是通过双方事先约定保价赔偿数额来实现可量化赔偿。当快递服务活动中发生货损货丢的情况时，快递公司的责任承担，有三种情况，即违约责任说、侵权责任说、竞合说。违约责任说认为快递公司违反了合同义务，应该承担违约责任。侵权说认为快递企业在快递公司中消极的不作为或不适当的作为的行为侵害了消费者就托运快件所享有的财产权，应该承担侵权责任。而竞合说则认为快递企业应该承担违约责任或侵权责任，消费者可以根据更有利于自身的情况来主张权利。

笔者认为如果寄件人选择了保价服务则采合同说较为合理。因为快递保价是寄件人自愿选择的快递服务项目，虽然是由快递公司提供格式合同，但是该服务亦是双方合意的结果，当快递发生破损或丢失，快递公司应该承担违约责任。



四、保价条款赔偿规则

1、等值保价时的赔偿数额

由于快递公司自身原因导致用户快递丢失毁损的，用户已向快递公司实际支付保价费用，保价条款生效的，快递公司应当按照特别条款约定以保价额为最高限额以物品的实际价值进行赔偿。具体赔偿标准将综合托寄物品的市场价值以及第三方评估机构对物品损失程度的评估意见折合赔偿比例认定赔偿金额。即如果是等值保价时，如果快递丢失快递公司应当按照保价额赔偿，如果快递发生破损，应当按照受到的损害赔偿。

2、申报的保价金额低于物品的实际价值时

当保价金额低于实际损失时，意味着消费者想要仅凭较低的保价申报金额来

获取与高对价相同质量的服务。有的人认为应该根据民法的公平原则来加以调整，因为消费者明显遭受了巨大的损失却无法得到相应的弥补。但是这并没有考虑到快递企业的利益，因为往往如此，快递企业仅获得了较低的对价却要承担过高的责任，也是不公平的。所以当保价金额过度低于实际损失，也应该按照合同约定来赔偿。即赔偿金额=损失金额 X (保价金额/货物价值)。

3、申报的保价金额高于物品的实际价值时

实践中，存在寄件人申报的保价金额高于物品的实际价值，从而出现高保的现象。与“低保低赔”所不同的是，“高保”但不能“高赔”，而仅按照物品的实际价值进行赔偿。快递公司于缔约时仅对托寄物品做形式审查，但索赔时快递公司将对其实价值进行实质审查。按照消费者提供的有效真实证明及市场评估机构专业评估后得出物品的实际价值作为赔偿标准，由此虚高或者谎报所额外支出的保价费用由消费者自行承担。即如果是高额保价

时，如果快递丢失快递公司应当按照保价额赔偿，如果快递发生破损，应当按照受到的损害赔偿。

简而言之，保价协议是寄件人与快递公司之间达成的合意，对于等值保价和高额保价，应当按照货物价值和损害进行赔

偿；而对于低额保价，应当按照保价金额占货物价值的比例赔偿相关损失。

寄件人如果需要对货物进行保价，应当了解相关快递公司的保价条款及赔偿规则，根据货物价值选择足额保价或是不足额保价，避免自己的权益受到侵害。



汤裕杰 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向：公共法律服务、

民商事争议解决

联系方式：186 2156 9139



医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：吕新雅、朱好婕、王睿、冬玉姣

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：www.7-dimension.com

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