

2023年

3期

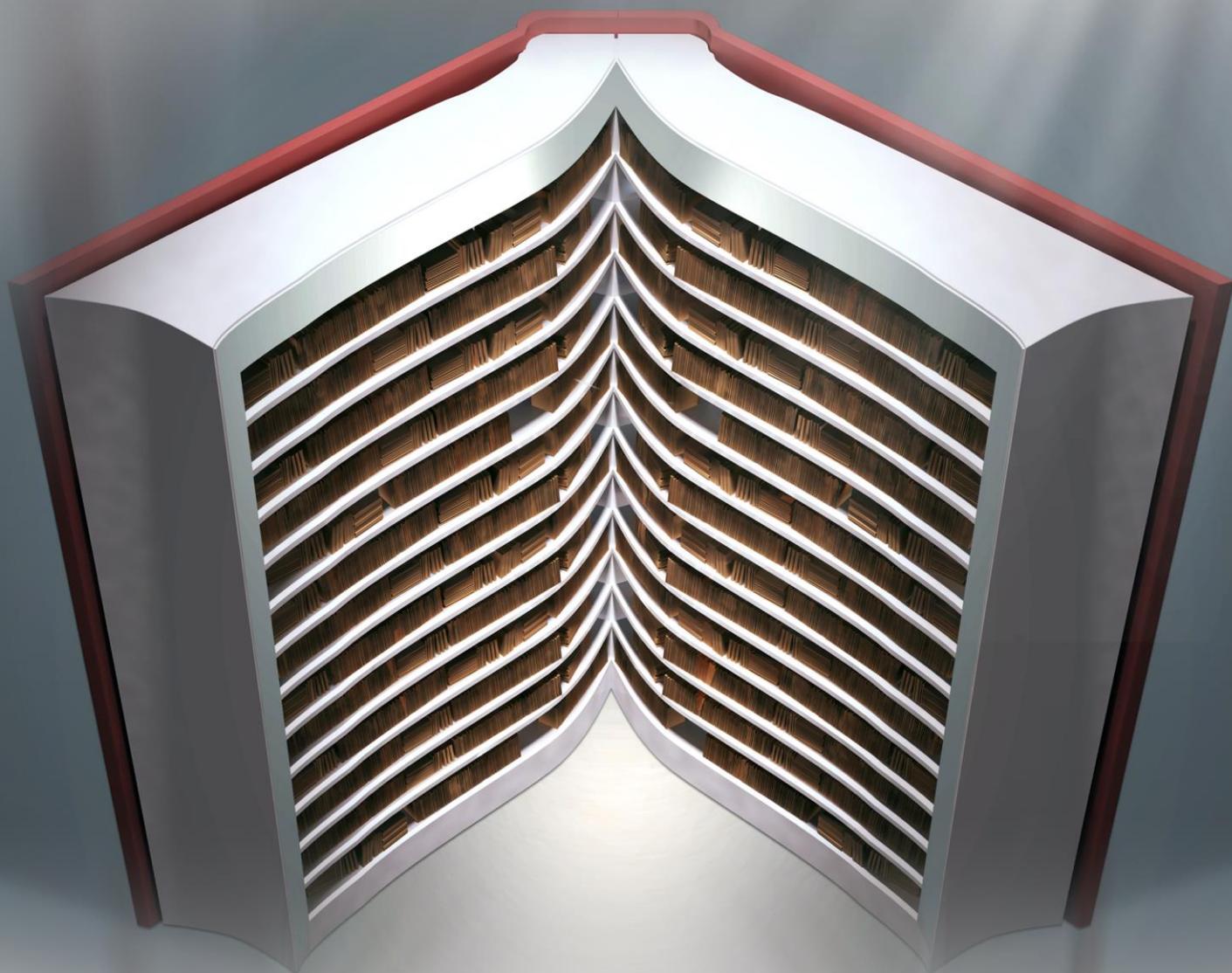
总第21期

# 七方法研

民商纵横 | 装修变拆楼，承重变沉重 —— 朱好婕

家长里短 | 遗嘱还是赠与？ —— 被继承人自书材料效力分析 —— 郑华、陈春雨

罪与罚 | “请托办事型” 诈骗罪的司法认定及出罪思路 —— 赵璐宏



学无止境 · 方有未来

# 目录

## 民商纵横

|                              |    |
|------------------------------|----|
| 装修变拆楼，承重变沉重 -----            | 01 |
| 通用合同条款不是格式条款-----            | 08 |
| “背靠背”条款在商事合同中的适用 -----       | 14 |
| 业主知情权知多少？ -----              | 21 |
| 约定管辖的条款使用“可以”一词是否具有排他性？----- | 26 |

## 家长里短

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| 婚姻财务安排重要性探究 -----           | 32 |
| 遗嘱还是赠与？——被继承人自书材料效力分析 ----- | 36 |

## 罪与罚

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| “请托办事型”诈骗罪的司法认定及出罪思路 -----    | 40 |
| 随意殴打型寻衅滋事罪与故意伤害罪如何区分定性？ ----- | 45 |

## 公司治理

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| 股东欠缴出资，董事向债权人承担连带赔偿责任！----- | 49 |
| 限制股权转让自由条款效力分析 -----        | 55 |

股权转让后，原股东是否承担出资责任？-----59

## 财税金融

浅析合伙企业利润分配和涉税风险-----63

## 聚焦劳动法

领导责任制是否属于解除劳动合同的合法依据？-----68

用工单位不变派遣单位不断变，工龄是否连续计算？-----72

口头辞职的法律效力分析-----77

## 知产知否

最高院：关键词推广隐性使用构成不正当竞争-----80

## 新锐风采

购卡自由！退卡自由？-----84



## 装修变拆楼，承重变沉重

作者：朱好婕

近日，哈尔滨一租户为开设健身房，装修时敲掉房屋内的剪力墙，导致该31层居民楼墙体墙面出现大面积裂缝，240多户人家被紧急疏散。该消息一经披露，引起广泛热议。这一事件无疑是一起因野蛮装修造成的悲剧。万幸的是，由于撤离及时，目前没有造成人员伤亡。但根据网传信息和照片，财产损失可能超过1亿元，同时该建筑物的质量也受到严重影响。

## 关于利民学苑小区一房屋私拆承重墙情况的通报

哈尔滨新区发布 2023-05-01 14:05 发表于黑龙江



4月28日，松北区城市管理和行政综合执法局接到群众关于利民学苑小区一房屋存在擅自拆改房屋承重墙的举报。松北区城市管理和行政综合执法局立即到达现场，责令当事人停止违法行为，对当事人进行立案调查。同时，会同相关部门对拆改的墙体进行安全支护，组织专业机构进行安全鉴定，制定拆改墙体恢复方案，并切实做好群众服务保障工作。下一步将依法依规从重追究相关责任人责任。

松北区城市管理和行政综合执法局

2023年5月1日

剪力墙为框架结构建筑的承重结构，是建筑物主体结构的重要组成部分，破坏剪力墙会导致整栋楼主体结构受损，造成房屋受力不均、结构变形，严重的甚至会导致屋面掉落、房屋坍塌，此前震惊全国的泉州欣佳酒店“3·7”重大坍塌事故就是因拆除承重梁、改变主体结构导致的。

建筑物主体结构安全的重要性毋庸置疑。从立法中也可以看出立法者对于建筑物主体结构安全的重视：《民法典》第 791 条规定主体结构的施工必须由承包人自行完成，不得分包或转包；《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 14 条规定

即使发包人擅自使用未经竣工验收的工程，承包人仍需对工程主体结构质量承担民事责任。本文通过对此次哈尔滨租户私

拆承重结构事件分析，探讨建筑物主体结构遭人为破坏时，责任主体的确定以及相应的法律后果。

## 一、有哪些人员需要承担责任

此前发生类似事件时，大众的目光主要聚集在房屋使用人（即租户或业主）身上，笔者认为租户、业主、装修人员（若有）、物业以及行政监管部门均应承担相应的责任，其中租户与装修人员为主要责任人。

根据《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条的规定，建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分属于业主共有部分。

《建设工程质量管理条例》第15条第1款规定，装修若涉及建筑物主体及承重结构变动的，必须由建设单位在施工前委托原设计单位或者具有相应资质等级的设计单位提出设计方案；没有设计方案的，不得施工。

室内承重结构作为建筑物主体结构组成部分，属于业主共有，业主对墙体的

使用不得破坏其基本功能，故无论是租户还是业主均无权变动房屋内的承重结构。且从上述法条中可以看出，涉及建筑物主体及承重结构变动时，有非常严格的要求和标准，必须要由原设计单位或者具有相应资质等级的设计单位提出合理可行的设计方案，而现实是房屋使用人在装修时所找的装修公司往往不具备相应资质甚至没有资质，这些装修人员未做设计方案，仅根据使用人要求砸这面、砌那面，装修时根本不考虑房屋的安全性能问题。

### • 租户

在本次事件中，租户无疑是直接责任人，应承担主要责任。根据《建设工程质量管理条例》第15条第2款明确规定，租户作为房屋使用人，在装修过程中不得擅自变动房屋建筑主体和承重结构。此外，租户应委托有资质的装修公司进行施工，且装修前应向物业申报登记。本案中，还



需考虑租户委托的装修施工人是否具有相应资质，这对租户的责任承担也有一定影响。

### • 业主

业主虽非房屋直接使用人，但作为产权人，其对租户的装修行为负有监管管理义务。故虽然业主也因租户野蛮装修遭受损失，若对租户的装修行为知情或应当知情的，仍需承担监督不力的责任。

### • 装修人员

若存在装修人员，装修人员也是直接责任人，包括装修负责人、具体施工人以及设计人员。不能随意改变房屋承重结构为一般公众均知悉的常识，而作为专门从事设计及施工的人员对装修安全性的认知应高于普通公众，更具备该方面的知识和经验。装修负责人为装修公司的负责人或者包工头，对装修工程整体安全及质量负责，在组织设计及安排施工人员时，应符合安全性的要求，其对自己行为可能导致造成的危险是完全能够认识的。且装修前应向业主、开发商或者物业索要图纸，避免毁坏承重结构。实际具体施工人员在

明知或应知承重结构不能拆除却配合房屋使用人拆除的，与租户共同承担主要责任。装修人员应遵循最基本的安全标准，当发现使用人意图拆除承重结构时，负有提示和阻止义务，应告知使用人拆毁承重结构的严重后果并制止，而非一味听从使用人的指示。

### • 物业

根据《民法典》第942条规定，物业有监督管理、制止及报告义务：物业服务人应当按照约定和物业的使用性质，妥善维修、养护、清洁、绿化和经营管理物业服务区域内的业主共有部分，维护物业服务区域内的基本秩序，采取合理措施保护业主的人身、财产安全。对物业服务区域内违反有关治安、环保、消防等法律法规的行为，物业服务人员应当及时采取合理措施制止、向有关行政主管部门报告并协助处理。在哈尔滨这次拆墙事件中，据悉小区居民曾多次向物业反映该租户装修问题，且该租户甚至使用钩机此类大型器械设备，物业不可能不知情，未及时劝阻、制止，也未向属地住建、城管、公安等有

关主管部门报告该租户的违法装修行为。对暴力施工改造造成的后果，物业也需承担一定责任。

- 行政监管部门

案涉房屋用于开设健身房，属于经营行为，该经营行为以及装修活动是否经过相关部门的审批。在整个装修过程中，工商、消防、安监、卫生、环保、城建等部门均未发现问题，未能采取措施予以制止，致使危害结果扩大，在安全监管上明显存在疏漏，应承担监管不力的责任。



(图片来自网络)

## 二、各方需承担什么责任？

各方责任人除需对遭受无妄之灾的住户及业主民事赔偿，还面临因违法违规施工行为产生的行政处罚，承担主要责任的主体甚至涉嫌刑事犯罪。

- 民事责任

根据《民法典》第 179 条、第 236 条、第 1165 条、第 1167 条，其他业主和住户有权请求责任人停止侵害、消除危险，并就私拆剪力墙造成的损害，要求其恢复原

状或赔偿损失。目前，城市管理和行政综合执法局等部门已介入，叫停破坏行为，其他业主有权要求责任人加固受损承重结构。在恢复原状不能的情形下，责任人需要其他业主承担损害赔偿。其中，损失除了装修损失、住户临时安置费用及商户暂停营业损失，还包括鉴定费用、维修费用、房屋寿命缩短及市场价值贬损的损失，具体赔偿金额待鉴定后确定。



### • 行政责任

根据《建设工程质量管理条例》第六十九条规定，违反本条例规定，涉及建筑主体或者承重结构变动的装修工程，没有设计方案擅自施工的，责令改正，处50万元以上100万元以下的罚款；房屋建筑使用者在装修过程中擅自变动房屋建筑主体和承重结构的，责令改正，处5万元以上10万元以下的罚款。房屋使用人及装修人员需根据上述规定缴纳罚款。而监管部门相关责任人员可能因怠于履行监管职能面临行政处分及党纪处分。

### • 刑事责任

拆毁承重结构，已经严重影响整个建筑物结构安全和稳定，危及公众特别是该楼其他住户的生命安全，同时该行为已实质造成公私财产遭受重大损失，主要责任人租户及装修人员可能构成过失以危险方法危害公共安全罪。根据《刑法》第115条的规定，过失以危险方法危害公共安全罪为结果犯，要求危害公共安全，即危及不特定多数人的生命安全或造成重大公私财产毁损灭失。认定以危险方法危害公

共安全需谨慎，其他危险方法与放火、决水、爆炸、投放危险物质的危险程度应具有相当性。本文认为租户和装修人员存在疏忽大意的过失，其敲除剪力墙行为已造成重大直接经济损失且对公共安全产生危险，构成过失以危险方法危害公共安全罪。也有观点认为租户及装修施工人员的行为已构成以危险方法危害公共安全罪，这两罪的主要区别在于主观上应认定为疏忽大意的自信还是间接故意。本文认为行为人对于危害结果的发生是持否定态度的，并不希望发生人员伤亡或重大经济损失，主观为疏忽大意的过失。而认为行为人已构成以危险方法危害公共安全罪一方的理由是租户和装修人员明知自己该行为可能造成的危害结果，对结果的发生持放任心态。以上不同观点，供大家讨论。相关监管部门工作人员则可能根据《刑法》第397条构成玩忽职守罪。本案中，各方责任人是否需要承担刑事责任，由司法机关根据案件事实最终认定。截至5月9日，公安机关已依法对4名相关责任人采取刑事强制措施。



### 三、补救措施

对主体结构受损的建筑物修复并非简单自行加固即可，在对被拆毁的承重墙体进行安全支护后，首先需要请专业鉴定机构对该建筑物的受损情况进行评估鉴定，确定该建筑物能否修复。若整体结构安全未受影响，根据鉴定机构出具的修复

方案进行修补和恢复；若整体结构已不安全或修复费用过高甚至超过该建筑推倒重建的造价，则无法通过修复或者加固来补救，可能要拆除重建。对于业主来说，房屋原市场价值即为损失。

这次事件也给我们敲响警钟，此前因改变房屋承重结构发生的惨剧数不胜数，人员伤亡触目惊心。文明装修，安全是底线。

#### 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



## 通用合同条款不是格式条款

作者：席绪军

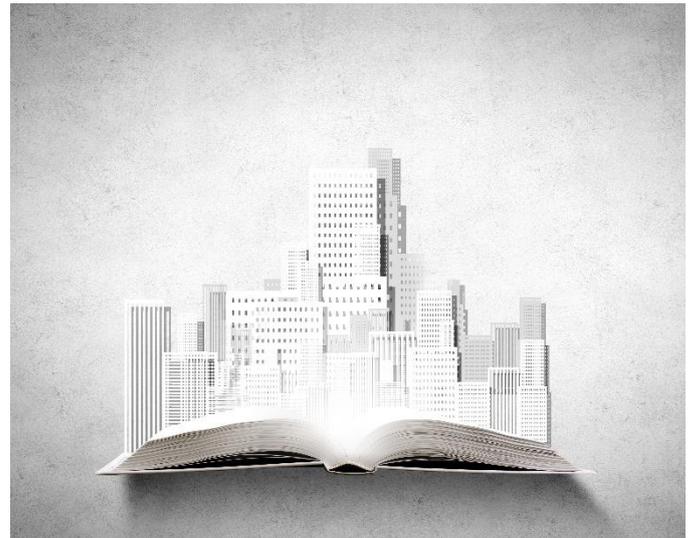
建设工程价款的结算几乎可以说是所有的建设工程合同履行的最大痛点，实践中常常出现承包人在竣工验收后，提交竣工结算申请单给发包人，发包人要么拒绝签收，要么签收后长期不予回复，以内部审批流程为由拖延结算，严重损害承包人的合法权益，导致承包人无法及时收到工程结算款，进而影响农民工工资的支付，严重影响社会稳定。

### 一、何为通用合同条款？

为了指导建设工程施工合同当事人的签约行为，维护合同当事人的合法权益，住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局制定《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）（以下简称《示范文本》）。

《示范文本》由合同协议书、通用合同条款和专用合同条款三部分组成。

通用合同条款是合同当事人根据《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国合同法》（已废止，应当是现行《民法典-合同编》）等法律法规的规定，就工程建设的实施及相关事项，对合同当事人的权利义务作出的原则性约定。



专用合同条款是对通用合同条款原则性约定的细化、完善、补充、修改或另行约定的条款。合同当事人可以根据不同建设工程的特点及具体情况，通过双方的谈判、协商对相应的专用合同条款进行修改补充。注意事项特别提到，合同当事人可以通过对专用合同条款的修改，满足具

体建设工程的特殊要求，避免直接修改通用合同条款。

《示范文本》为非强制性使用文本。

《示范文本》适用于房屋建筑工程、土木工程、线路管道和设备安装工程、装修工

程等建设工程的施工承发包活动，合同当事人可结合建设工程具体情况，根据《示范文本》订立合同，并依照法律规定和合同约定承担相应的法律责任及合同权利义务。

## 二、何为格式条款？

《中华人民共和国民法典》（以下简称“民法典”）中有三个条文针对格式条款作出了规定，第四百九十六条：“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。”从该条内容可以看出，格式条款一定是单方制定且未与对方协商的条款，

并对格式条款的提供方提出了说明和提示义务，否则对方可以提出该条款不成为合同内容。



第四百九十七条：“有下列情形之一的，该格式条款无效：（一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（三）提供格式条款一方排除对方主要权利。”第四百九十八条：“对格式条款的理解发生争

议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条

款。”该两条对格式条款无效规定和解释都作出了对提供方不利的规定，以保障格式条款合同的非提供方的合法权益不受侵害。

### 三、争议的起点

2006年4月25日最高人民法院的一则复函，将住建部、工商局联合制定的《示范文本》中的通用条款认定为格式文本，认为其不是合同双方的一致意思表示。

《关于如何理解和适用最高人民法院〈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第二十条〉的复函》

〔2005〕民一他字第23号内容为：“经研究，答复如下：同意你院审委会的第二种意见，即：适用该司法解释第二十条的前提条件是当事人之间约定了发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，则视为认可竣工结算文件。承包人提交的竣工结算文件可以作为工程款结算的依据。建设部制定的建设工程施工合同格式文本中的通用条款第33条第3款的规定，不能简单地推论出，双方当事人具

有发包人收到竣工结算文件一定期限内不予答复，则视为认可承包人提交的竣工结算文件的一致意思表示，承包人提交的竣工结算文件不能作为工程款结算的依据。”

该复函中提及的司法解释第二十条和建设部制定的建设工程施工合同（示范文本），现均已废止，类似的规定体现在民法典施行后，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）法释〔2020〕25号第二十一条规定：“当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，人民法院应予支持。”《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—



0201) 14.2 竣工结算审核(1)规定：“除专用合同条款另有约定外，监理人应在收到竣工结算申请单后 14 天内完成核查并报送发包人。发包人应在收到监理人提交的经审核的竣工结算申请单后 14 天内完成审批，并由监理人向承包人签发经发包人签认的竣工付款证书。监理人或发包人对竣工结算申请单有异议的，有权要求承包人进行修正和提供补充资料，承包人应提交修正后的竣工结算申请单。发包人在收到承包人提交竣工结算申请书后 28 天内未完成审批且未提出异议的，视为发包人认可承包人提交的竣工结算申请单，并自发包人收到承包人提交的竣工结算申

请单后第 29 天起视为已签发竣工付款证书。”最高院复函表达的意思是，即便是通用条款针对结算申请书的默示推定有约定，只要在专用条款中没有特别约定，则通用条款也不能作为双方一致的意思表示，那么其他的通用条款，是否也是如此命运呢？最高院的这个认定实际上将示范文本的适用规则给彻底推翻，没有考虑示范文本使用的前提条件就是双方针对适用示范文本已经达成一致的客观现实，为何其他的默示推定条款都可以成立，唯独关于默示推定发包人认可承包人提交的竣工结算申请单这一条款没有法律效力？

#### 四、法律分析

第一，示范文本不是格式文本。示范文本并非任何一方强加于另一方的产物，是作为住建部和工商总局为规范和便利建设工程的发承包双方签署合同而制定的示范文本，与格式条款系具有市场强势地位的一方当事人单方制定，在兼顾各方合法权益上完全不可同日而语。示范文本没有强制性，鼓励自愿适用，是在遵循建

设工程领域的客观现实情况，本着保护公平公正和均衡各方利益的原则所制定的，总体来说对各方都有利，对于解决建设工程领域长期拖延结算的弊病是有益处的。各方都应对示范文本有着充分的理解，无须像格式合同条款的提供方那样向对方作出特别说明和提示。

第二，通用条款不是格式条款。示范文本中的通用条款不是合同当事人任何一方单方制定且未经协商而提供给另一方当事人的，但双方协商一致适用示范文本，则示范文本中的合同条款就都是双方协商一致的意思表示，合同包括协议书、通用条款和专用条款，通用条款中的默示推定条款也是双方达成一致的意思表示，无须再推论是否存在一致意思表示。专用条款本身就适用于对通用条款的修改或者补充，通用条款适用规则就是在专用条款没有特别约定的情况下适用通用条款。双方若没有修改对应的通用条款，就表明了要按照通用条款来履行。本质上来说，通用条款与专用条款没有差别，都属于双方协商确定的合同条款，示范文本的使用说明特别提到，不建议直接在通用条款处修改，建议在专用条款处修改对应的通用条款，修改后的专用条款与未在专用条款修改的其他通用条款共同组成合同的全部条款，都是双方的一致意思表示。被专用条款修改的通用条款不再适用，这是一个常识问题。

第三，最高院的这个复函认为通用条款的约定不属于双方的合同约定，只有专用条款的约定才是双方的合同约定，破坏了示范文本适用的合同基础。复函表达的意思是，专用条款没有约定的默示推定，则通用条款中约定的默示推定条款无效，这违背了通用条款适用的基本原则，并将通用条款解释为格式文本，为后续的不认定为双方一致意思表示埋下伏笔。笔者统计示范文本中有三十二处用到了“视为”默示推定条款，其中有很多的默示推定条款对承包人也是不利的，按照复函的逻辑，这些默示推定条款是否都因为专用条款中没有特别约定而都无效了。笔者没有看明白复函否定通用条款的法律逻辑是什么，或者说是为了特别保护发包人利益做出的个案复函。

第四，最高院的这个复函违背了公平公正的基本法律原则。有人提出，承包人的结算申请单中的结算价过高，按照默示推定条款认定，对发包人来说不公平，那么发包人对于结算单迟迟不作回复，是否也不公平呢？通用条款并非没有给出合



理回复时间，发包人在约定的期限内不作回复，就必须适用默示推定原则来认定结算价。最高院的司法解释认定了默示推定原则，又将示范文本中的默示推定条款认定为无效，理由就是专用条款没有约定，而专用条款没有约定的，就适用通用条款，可以说是自相矛盾的做法。这个做法实际就是告诉发包人不要在专用条款中

约定新司法解释一的第二十一条的内容，通用条款中的默示推定原则也不会得到支持。这种做法最后的结果就是导致新司法解释一的第二十一条就是镜中花水中月，本来示范文本中的通用条款还有适用该条司法解释的空间，复函彻底使得该司法解释的目的落空。

在当前推进施工全过程结算的大气候下，应当正本清源，将该复函予以废止，严格按照示范文本履行合同，严格按照合同约定来裁判案件，加快工程结算进度，减少拖欠工程款和拖欠农民工工资的现象。



### 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



## “背靠背”条款在商事合同中的适用

作者：张睿、李林芳

### 一、背靠背条款效力

“背靠背条款”通常是指，合同中的付款方与收款方约定以第三方完成一定行为（通常为付款行为）作为付款方付款的前提条件，该条款又称为“Pay-when-paid”或“Pay-if-paid”条款。“背靠背条款”原本常见于建设工程领域，近些

年来，“背靠背条款”亦常见于商事领域。在实务中，若该条款是合同当事人真实意思表示，不存在违反法律法规的强制性规定，则该“背靠背条款”有效，合同各方均应遵守该条款。

## 二、背靠背条款性质

在认定“背靠背”条款有效的前提下，“背靠背条款”的性质在实践中仍有多种解读。部分人认为“背靠背条款”系附履行期限约定不明的条款，即一方收款后再付款属于双方关于债务履行期的约定，是履行债务的宽限期，只是双方对履行期限的约定不明。另有部分人认为，“背靠背条款”系附履行条件条款，正常情况下，第三方的付款义务是必然要履行的，但若因第三方资金链断裂、破产等各种情形导致第三方无法实际付款的，则付款无法实现，这种情况下，“背靠背条款”应理解为附条件的条款。

笔者援引一个最高法的案例，看一看最高法对“背靠背条款”的性质是如何认定的。

**案号：（2021）最高法民申5750号**

最高法认为：从原审已经查明的基本事实看，本案双方所签订的《燃料油采购合同》系有关各方就同一合同标的物进行连环购销的一环。通常而言，即使在连环

购销的安排下，各个买卖合同仍不失其独立性和相对性，任何一个合同的当事人均应依约向其相对方履行合同义务，因未能完全履行合同义务亦应向其相对方承担相应违约责任。就同一标的物在不同民事主体之间所签订的连环交易，最终能否实现各个合同目的，取决于每一个交易主体的履行行为。如果连环交易中的某一合同约定，一方合同义务(包括支付价款在内)的履行须在其他连环交易主体的履行行为完成后进行，当对这一条款的理解存在分歧时，法律适用的一般原则是，应将该条款理解为关于履行期间的具体约定，而非关于履行条件的约定。因为在一般情况下，合同签订以后，合同一方期待合同对方在合理期间内向其履行是合同应有之义，而不会去考虑对方是否能够向自己履行还要取决于一定的前置条件是否成就。换言之，合同任何一方的履行，都不应该总是建立于一定条件是否成就的基础上，否则，连合同应当履行这样理所当然的事

情，都将处于一种变动不居的状态，显然不符合社会生活常识。如果对这类条款作相反的理解和适用，将会诱使居于合同有利地位的一方急于行使相关合同权利和急于做好必要的履行准备，势将在多个连环交易合同中产生大面积的违约，显然不符合合同严守的法律适用原则。对于该类条款所约定的履行期间的确定，应当考虑其他连环交易主体的合理的履行期间，如果其他连环交易主体在约定的或法定的履行期间内没有向本合同的义务人履行，经过一定合理宽限期后，合同权利人有权要求合同义务人向其履行。但是，如果某一连环交易合同的双方当事人经过充分磋商，明确约定一方合同义务的履行以合同以外的其他连环交易主体向其履行的行为成就作为前置条件，在合同中采取了类似“只有在第三人向被告作出相应履行后，被告才向原告履行”表述的条款，那么应将此类合同条款理解为附条件条款。因为在这里，合同双方已经明白无误地表明了一方履行行为需待他人向其履行完

毕作为前置条件的一致意思表示。该类条款不应再被理解为关于履行期间的条款。具体到本案，先进油库公司与中石化福建分公司以及第三人盈昌公司之间，存在就案涉 3000 吨重交通道路石油沥青的连环购销关系。该连环采购合同的签订，系在盈昌公司与先进油库公司之间已达成购销案涉合同标的物基本意向前提下，因第三人盈昌公司自有资金不足，需由先进油库公司先行向案外人支付贷款，先进油库公司出于保证贷款安全的考量与中石化福建分公司而非盈昌公司签订案涉采购合同。判断先进油库公司与中石化福建分公司之间采购合同第九条第二款“乙方（中石化福建分公司）按照结算数量在收到最终用户贷款和甲方（先进油库公司）开具的增值税发票后的 2 个工作日内支付全部贷款”的约定，属于履行期间条款还是履行条件条款，需结合合同的签订目的和动机来分析和认定。就先进油库公司一方而言，其签订合同的动机和目的在于确保其已支付给他人的采购资金能安全回

款；就中石化福建分公司而言，其已充分认识到先进油库公司的交易动机，为避免自己处于不利的合同地位而在合同中作出上述约定。有关合同签订的动机，除非在合同中有明确约定，否则不能视为合同内容，对合同当事人不产生约束力。因此，将该合同条款理解为关于货款支付条件的约定，更符合本案合同签订的实际背景。至于该款约定是否存在不合理地加重出卖人的合同责任与交易风险，并将第三人的违约风险转嫁给出卖人，造成双方利

益严重失衡的问题。不应仅从合同约定的内容来进行分析和判断，而应考察该合同约定的内容在合同双方磋商、订立以及履行过程中，是否存在一方利用优势地位或者合同对方的不利形势和地位，进而违背合同对方的真实意思，构成了合同权利的滥用。如果该有关付款条件的约定是基于合同各方对交易现状的客观认识，充分考虑到了各方的权利义务情况下所签，则难谓造成双方利益失衡，违背公平原则与诚实信用原则。考察中石化福建分公司通过



分别与先进油库公司以及盈昌公司之间所签的购销合同，即使在合同正常履行的情况下，中石化福建分公司也仅获利9万元，即 $(4601\text{元/吨}-4571\text{元/吨})\times 3000\text{吨}$ ，如果因此由中石化福建分公司承担类似于对合同总价款保证责任的贷款赔偿责任，显然并非中石化福建分公司的真实意思表示。与此相反，基于仅仅获利9万元的客观情形，中石化福建分公司与先进油库公司在合同中约定交付货款的前置要件，以保证合同双方权利与义务的均衡和对等，并未造成双方利益严重失衡。原审

判决依据该合同所约定的支付条件尚未成就的客观事实，判决驳回先进油库公司的诉讼请求并无不当。

对此，笔者认为，“背靠背条款”系附期限还是附条件不能一概而论，要根据合同约定的“背靠背”付款条款所隐含的真实意思表示进行判断。如果根据合同约定，可以判断出收款方承担第三方不能付款及延期付款的风险，则该“背靠背条款”系附条件的；如果根据合同约定，可以判断出收款方仅同意接受延迟付款风险，则该“背靠背条款”系附期限的。

### 三、“背靠背”条款的适用

在实践中，签订“背靠背”条款的双方在市场中的地位并不平等，甲方往往依仗其优势地位同时也为了现金流的稳定，防范一定的风险，故与乙方即相对弱势的一方企业签订附有“背靠背条款”的合同。面对强势的甲方，乙方为了维系客户，往往同意签署该类条款。对此，在对“背靠背”条款的效力予以认可的同时，应对其

适用范围加以合理规制，以防止合同显失公平。



在“背靠背”条款有效的情况下，若第三方始终不付款，那么合同中的付款义务方是否可一直援引该“背靠背”条款作为抗辩理由进而拒绝向另一方付款？若是，则会严重侵害收款方的合法权益，亦违背公平原则。据此，适用“背靠背”条款，应在综合考量合同双方的真实意思表示、付款方对第三方进行权利主张的积极性等情形进行综合考虑。

### （一）付款方怠于向第三方主张权利

在“背靠背”条款的适用过程中，在第三方的付款期限已到且未付的情况下，付款方应积极地向第三方主张权利，且该等主张不能仅限于发送催收函，还应系通过诉讼或仲裁的方式向第三方行权。否则，应认为付款方怠于行使权利，此种情况下“背靠背”条款条件成就，付款方应立即直接向收款方履行支付义务。

### （二）付款方对第三方存在违约行为

对于付款方与第三方之间的合同，若因付款方存在违约行为，导致第三方未付款的。此时，应视为付款方为自己利益不正当阻止条件成就，即付款方不得以第三方未支付货款为由拒绝向付款方履行支付义务。

### （三）第三方履行不能

若付款方已通过诉讼或仲裁的方式向第三方主张权利，第三方因不具备清偿能力进而无法向付款方支付款项的。此时，应考虑“背靠背条款”系附期限还是附条件。若为附期限的，则付款方应直接向收款方履行支付义务。

## 结语

综上所述，对于因“背靠背条款”的适用引发的争议，应遵循当事人真意表示以及对合同的解释，且在合同解释过程

中，要综合运用文义解释、体系解释、目的解释等方法及诚实信用、公平等原则，以期维护当事人的合法权益。



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



## 业主知情权知多少？

作者：卫夏清

前不久,上海普陀法院一审判决支持了中远两湾城业委会起诉物业返还四千万的新闻吸引了社会的广泛关注,该新闻使得业主和物业之间的纠纷又重回人们的视线,众多小区业主跃跃欲试。在此之前,了解小区公共部位的管理规则、小区维修资金和公共收益的筹集使用是一项必不可少的工作。如果无法获知或公开主体拒不提供,就需要通过业主知情权诉讼的方式实现了。

业主知情权作为业主了解小区事务的重要权利,是法律赋予的一项权利,但这项权利的行使并非如法律规定般简单明确。业主与业委会、物业服务企业之间对知情的内容、范围、必要性等理解上的不同、一些资料客观上获取的困难或公开主体之间责任推诿都对权利实现造成了障碍。本文对业主知情权案件做简要介绍。

### 知情权诉讼主体

顾名思义，提起业主知情权诉讼的主体一般是业主，但也有特殊性。比如购买了商品房，合法占有但尚未办理产权登记的、未售罄商品房的开发商、业委会也都可以成为诉讼主体。而被诉的主体则根据法律规定的公开主体、知情范围不同可以进行选择，一般为业主委员会或物业服务企业。

诉讼主体一方面会影响案件能否受理处置，另一方面也会影响诉讼请求能否得到支持。例如在（2021）沪 0112 民初 11680 号案件中，部分原告要求获取小区公共账目的时间早于其产权登记为业主的时间，法院认为该部分原告彼时既非缴纳物业维修基金的主体，也非小区物业维修、改造项目的受益方、分摊方，也不对



小区具有共同管理权，因此对诉请中早于产权登记前的账目信息予以了驳回。而业主大会决议、业委会决定、管理规约等文

件因具有延续性，仍对该部分业主产生约束，对此类资料公开的诉请予以了支持。

### 业主知情权的内容

业主知情权的内容在《民法典》《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》《物业管理条例》等法律法规中都有规定。同时，一般小区的管理规约也会对小区公共部位的使用、档案管理、信息公开等进行规定，从而保障业主的知情权。

具体来看，《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十三条规定的业主知情权内容为：“……（一）建筑物及其附属设施的维修资金的筹集、使用情况；（二）管理规约、业主大会议事规则，以及业主大会或者业主委员会的决定及会议记录；（三）物业服务合同、共有部分的使用和收益情况；（四）建筑区划内规划用于停放汽车的车位、车库的处分情况；（五）

其他应当向业主公开的情况和资料。”

《物业管理条例》第六条规定为：“……

（八）对物业共用部位、共用设施设备和相关场地使用情况享有知情权和监督权；……”

需注意的是，无论是司法解释或者《物业管理条例》虽然都规定了业主知情权的内容和范围，但不可能事无巨细将所有资料一一列明，只能通过兜底条款予以完善。实践中，各类小区管理的资料 and 文件名称不一而足，当一些资料的性质和名称无法与法律规定直接对应时，对于是否应公开就会产生分歧。本文的观点是，符合以下几点特征时公开的要求就应得到支持。

1、与小区共用部位、共用设施设备的使用、管理相关；

2、需使用公共资金或产生公共收益；  
3、对业主的权利义务可能产生影响；  
4、业主申请获知的信息在合理且必要的范围内。

即便某些资料不能完全满足法律规定和以上特征，公开主体还是应从最大限度保障业主知情权和向业主提供便利的角度进行判断。

### 知情权诉讼常见抗辩

在业主知情权案件中，常见的抗辩意见包括以下几点：1、原告不具备诉讼主体资格。2、申请的资料客观上不存在或因各种原因灭失。3、被告为非公开义务的主体。4、被告是公开主体，但未保管。5、诉请的内容不属于知情权范围，不予公开。6、诉请的内容包含其他业主信息，不予公开。7、诉请的内容在过往已公开，无须再提供。以上抗辩意见中，本文主要就第2-6项进行说明。

对于抗辩2，以资料客观上不存在为由进行的抗辩，现实中确实可能存在，对于时间久远、资料交接导致的灭失，法院会结合实际情况予以考量。

对于抗辩3-4，有的法院严格对照法

定的公开主体和公开职责进行判断，不属于被告保管的资料法院一般不予支持。同时，也有法院考虑到公开主体和保管主体不一致的情况，公开主体有获取资料的便利性，也会支持获取后公开的诉求。

对于抗辩5，需回到业主知情权范围和内容进行判断，前文已表达的观点此处不再赘述。

对于抗辩6，资料中包含其他业主个人信息的，如果法院认为采取涉密处理的方式没有明显增加公开主体负担的，可以进行公开，也可以采取限定查阅的方式。例如(2021)沪0115民初92465号案件中对包含个人信息的资料的处理方式是可以查阅，但不得摘抄、复制。

### 业主知情权的执行

在“威科先行”网站以“上海地区、业主知情权”作为关键词进行检索，此类案件在2019年-2022年间平均每年约160件，案件数量并不算大。其中一审支持或部分支持诉请的比例在41.1%，驳回起诉或诉请的比例在6.2%，相较而言支持诉请的比例还是比较高的。但到了具体的执行阶段，不少案件都遇到了一定困难，如：一些知情权内容被判决确认公开后，如果被告仍有意不提供，即便是法院也难以直

接获取。较好的一点是法院对于公开主体的负责人可以采取限高措施，督促其及时履行。此外，还有一些更特殊的情况，例如(2021)沪0106执17390号案件，因业委会解散且没有成立新的业委会，最终裁定终结执行。

实际上知情权类案件，不论是政府信息公开、股东知情权还是本文探讨的业主知情权，对不掌握具体信息的一方而言实现该权利始终在客观上存在一些困难。

法律设置业主知情权是为了保障业主在小区管理过程中，对小区事务、费用支出、公共收益等事项予以充分参与和监督，从而促进小区的有序稳定。但知情权实现上的障碍，一定程度也让该项权利的实际效果打了折扣。即使这样，只有走出这一步，才会让小区事项的公开透明运行向前一大步。



#### 卫夏清 律师

上海七方律师事务所 律师  
上海律协行政法业务研究委员会 干事  
七方公共法律服务部 律师

业务方向：不动产征收、行政法、  
社会公共服务

联系方式：13636308387



## 约定管辖的条款使用“可以”一词是否具有排他性？

作者：王年俊



合同纠纷的当事人往往会在合同当中约定纠纷的解决方式，即是否起诉或者仲裁？起诉时可向哪些人民法院起诉？仲裁时向何处仲裁机构申请仲裁？只需不违反级别管辖和专属管辖之规定，亦不存在或裁或审的仲裁条款之情形，当事人所选择的法院只要是在被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系地点的人民法院即可。在使用措辞方面，管辖条款多使用先“协商解决，协商不成”，后“可向XX法院起诉”，“可”字一词，从法律人朴素的价值观来看，显然是具有既可为、也可不为之含义，言下之意，当事人有自主选择的权利，系非强制性的规定。但结合以往案例，此处管辖条款中的“可”字一词并非全然与通常语境下的“可以”划等号，具体案件中还需结合当事人有无其他争议解决方式的约定，若仅有“可向XX法院起诉”，则该约定不具有选择性，而是双方对于管辖的排他性约定，当事人理应依据此条款向约定法院起诉。



## 一、 案例介绍

| 审理法院          | 案号                    | 案件事实   | 法院观点   | 管辖约定的认定             |
|---------------|-----------------------|--|--|---------------------|
| 上海市浦东新区人民法院   | (2015)浦民一(民)初字第22833号 | 原告焦某与被告A公司网络购物合同纠纷一案中,原、被告之间签订的《淘宝平台服务协议》第十条约定“可向被告住所地人民法院提起诉讼”,被告住所地位于广东省东莞市,原告向合同履行地上海市浦东新区人民法院起诉,被告提出管辖权异议。   | 《淘宝平台服务协议》第十条的具体约定内容系“可向被告住所地人民法院提起诉讼”的选择性约定,而非必须“向被告住所地人民法院提起诉讼”的唯一性约定。 | 协议管辖条款中“可”一词系选择性约定。 |
| 江苏省南通市崇川区人民法院 | (2017)苏0602民初1445号    | 周某诉B股份有限公司等股权转让纠纷一案中,被告在提交答辩状期间,对管辖权提出异议,认为根据案涉《股权认购协议书》的约定,发生纠纷由甲方(即为B公司)所在地人民法院管辖,而甲方所在地与实际经营地不一致的,应以实际经营地为准。原告认为案涉《股权认购协议书》没有约定管辖的效力,第十条约定“任何一方均可向甲方所在地有管辖权的人民法院提起诉讼”,“可”是选择性约定,不具排他性,当然可以适用法定管辖。 | 根据该《股权认购协议书》的约定内容来看,应当是明确约定协议各方当事人均有权向约定的管辖法院即B公司的所在地法院提起诉讼,该约定应为合法有效。   | 协议管辖条款中“可”一词系排他性约定。 |



|                     |                         |   |   |                            |
|---------------------|-------------------------|---|---|----------------------------|
| <p>江苏省无锡市中级人民法院</p> | <p>(2019)苏02民辖终556号</p> | <p>C公司与D公司签订的《订货合同》第十五条约定若双方协商不成,可向对方所在地人民法院起诉。</p>   | <p>一审法院认为 C 公司辩称该约定系诉讼权利的选择性表示,无事实和法律依据,不予采信,故移送管辖。二审法院认为 C 公司自行对约定管辖内容作出解释无法律依据,原审法院作出本案移送审理的裁定并无不当,故驳回了当事人的上诉。</p>  | <p>协议管辖条款中“可”一词系排他性约定。</p> |
| <p>最高人民法院</p>       | <p>(2014)民提字第154号</p>   | <p>E公司以F公司及G公司拖欠工程款、单方解除合同应承担违约责任等为由,诉至辽宁省鞍山市中级人民法院,一审被告G公司在一审提交答辩状期间对管辖权提出异议,认为承包合同中约定了双方可向合同签订地有管辖权的人民法院起诉,依据合同签订地属于上海市长宁区人民法院管辖。<b>一审法院认为</b>合同约定的“双方可向合同签订地有管辖权的人民法院起诉”是一个<b>选择性的</b>条款,遂驳回G公司对管辖权提出的异议。G公司不服一审裁定,向辽宁省高级人民法院提起上诉,主张案件应由合同签订地上海市长宁区人民法院管辖。<b>二审法院认为</b>,双方约定的“可”是<b>可选择性的</b>,二审法院裁定驳回上诉,维持原裁定。G公司申请再审,<b>最高人民</b></p> | <p><b>一审法院认为</b>从合同文字的表达可知,“可”代表可以而不是必须,也就是说,合同约定的是一个选择性的条款,双方当事人可以选择向合同签订地人<br/>民法院起诉,也可以选择向其他有管辖权的人民法院起诉。<b>二审法院认为</b>,从双方当事人约定管辖的角度看是可以向合同签订地有管辖权的人民法院起诉,双方约定的“可”是可选择性的,含义是可选择、也可不选择。既然不是唯一的指向和选项,也可以不向合同签订地有管辖权的人民法院起诉。<b>最高人民<br/>法院认为</b>,从本案协议约定看,虽然当事人使用了“可”字,但协议内容并没有既可以<br/>选择向管辖法院起诉,也可以向法定管辖法院起诉的意思表示,因此,二审法院将此约定理解为是选择性的约定,含义是可选择、也可不选择,此认定缺乏事实依据。本案双方</p> | <p>协议管辖条款中“可”一词系排他性约定。</p> |



|  |  |   |   |  |
|--|--|---|---|--|
|  |  | <p>法院认为该协议管辖具有排他性，故撤销原裁定及原判决，将案件移送上海市长宁区人民法院审理。</p> | <p>协议约定所使用的“可”字，系目前国内当事人进行协议管辖时的常用术语，“双方可向合同签订地有管辖权的人民法院起诉”的约定，应视为双方对管辖法院作出了单一确定的选择，应当解释为由被选择的法院行使排他性管辖权。</p> |  |
|--|--|---|---|--|

## 二、案例评析

依以既往的法院判例为观察，不难发现，法院多数情况下会认定为当事人合同中协议管辖使用“可”一词，系排他性的确定了当事人选择的法院有管辖权，未选择的法院无管辖权，因为该约定已成为目

前交易实践中当事人约定管辖使用的常用术语，若片面的从文字表意来探求当事人的协议管辖约定，不做实质性的考察，一味地做出僵硬刻板的认定，那恐怕失之偏颇。

### （一）约定管辖必须符合法律规定

或起诉或仲裁，涉及法院的主管问题。若要仲裁，就不宜再约定起诉，否则仲裁条款将无效。若约定起诉，得先考虑是否存在专属管辖和级别管辖问题。级别管辖是划分四级法院之间受理第一审民事案件的分工和权限，原则上第一审民事案件都由基层法院管辖，但是《民事诉讼法》另有规定的除外；中级人民法院管辖重大涉外案件、本辖区有重大影响的案件、最高人民法院确定由中院管辖的案件；高级人民法院和最高人民法院通常不审理一审民事案件；此外，标的额也是确

立管辖的一个标准。专属管辖是法律对某些特殊案件，强制性规定只能由特定的人民法院管辖，例如不动产纠纷由不动产所在地法院；港口作业纠纷由港口所在地法院管辖；遗产纠纷由被继承人死亡时住所地、主要遗产所在地法院管辖；涉外方面，在中国履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生的纠纷，由中国法院管辖。上述案例当中当事人的约定在没有违反级别管辖和专属管辖的前提下，才有必要考虑约定是否具有排他性的问题。

## （二）约定管辖应当清晰、明确

管辖条款通常使用的术语比较随意，但大体上皆是“如协商不成，可向XX法院起诉”。当事人约定的法院有时会明确写明法院名称，有时会用“对方住所地”“任何一方所在地”等词，但无论如何，若该约定尚且明确，并无含糊不清，

只须稍加推理，便可知晓管辖的法院即可。上述案例中不少情况下，当事人的约定仍然可以锁定某个或某些具体确定的法院，因此，该约定清晰、明确，能够起到很好的指引效果。

## （三）约定管辖以外不含其他相反的意思表示

约定管辖的条款既然在不违法、且清晰明确的基础上已经为当事人的争议解决方式作了简单勾勒，合同中就不应再有其他与约定管辖相冲突的表述，否则也会影响到约定管辖排他性的效果。上述（2014）民提字第154号裁定表明，对于

当事人的约定管辖，法院在认定其是否具有排他性的时候，也会考察合同的其他条款来探求当事人的真实意思表示，即协议内容是否有既可以选择向管辖法院起诉，也可以向法定管辖法院起诉的意思表示。

## （四）约定管辖的排他性和非排他性辨析

在学理上，约定管辖有排他性和非排他性之分。排他性的管辖协议具有授权和排他双重功能，即授予约定法院以管辖权，并排除其他法院管辖；而非排他性的管辖协议只有授权功能，不具排他性，当事人并非只得在约定的法院起诉，其他的法院也有管辖权。非排他性的认定主要依赖对协议的文意分析，但也需要考虑整体意思、主合同的类型和法律对性质的通常推定。上文尽管有个别案例认可了非排他

性管辖协议的效力，但对认定的标准、认可的条件等，均缺乏阐释。《民事诉讼法》并未对协议管辖进行排他性和非排他性的类型划分，本文认为管辖约定无论是排他性的还是非排他性的，均是缔约主体自由处置其诉讼权利的安排，理应得到尊重，但关键的问题是合同当中当事人的意思表示可能是不确切的，那么留给裁判者的任务就是依据合同的相关条款、结合交易的类型、交易术语的习惯来认定约定管



辖是否具有排他性。在（2014）民提字第154号裁定当中，法院也并未采用一刀切的做法直接认定约定管辖便是排他性的，在考察合同的相关条款和管辖协议习惯

术语的使用的基础上，最终认定该条款排除了其他法院的管辖，即该条款具有授权和排他双重功能。

### 结语

对于约定管辖使用“可”一词是否具有排他性的问题，司法实践中目前也逐渐形成了统一的认识，在该约定合法确定且无相反意思表示的情况下，应认定当事人排他性的选择了有管辖权的法院。约定管辖是法律允许当事人在法律规定的范围内以书面形式协商一致自行选择解决纠纷时的法院，其立法目的是在充分体现当

事人意思自治的原则上，减少管辖争议，缩减诉讼成本。当事人约定管辖时应当避免使用易产生歧义的表述，“可”一词源于交易习惯，但鉴于多数合同文本为格式合同，更新迟缓，当事人签署时应留意约定管辖条款表述，若能在订立合同时就打消歧义，便能减少后续争议解决过程中关于管辖的纷争。



### 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

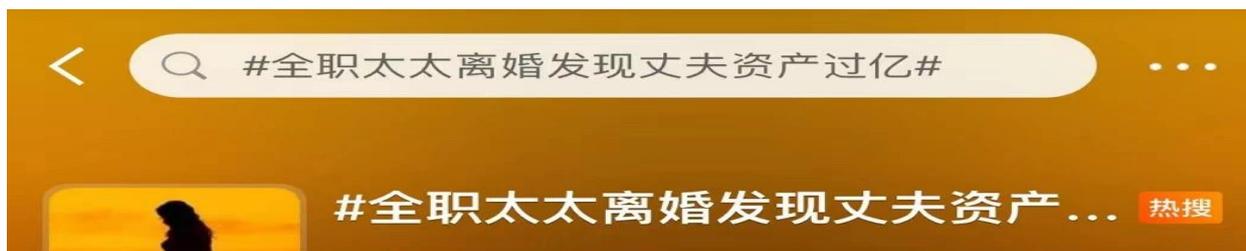
业务方向：公司商事、诉讼与争端解决

联系方式：19821802660

## 婚姻财务安排重要性探究

作者：胡晓萍

做了 20 年全职太太的于女士，在起诉离婚时才发现丈夫资产过亿，在离婚进程中，丈夫还悄悄地将名下 18 套商铺送给其与前妻的女儿……近日，上海某法院审理的这起案件一经公布，就在社交平台引发热议。



### 一、案情介绍

通过申请法院调查令查询，于女

于女士与秦先生结婚近二十年。秦先生忙于生意，经常不着家；为了照顾孩子和家庭，于女士成为了全职太太。

士发现秦先生多年来经商有道，名下房产众多，资产过亿。在离婚过程中，秦先生一边表示不同意离婚，一边偷偷将其名下 18 套商铺以无偿赠与的方式，过户到秦先生与前妻的女儿名下。

虽然秦先生每月交给于女士生活费、负担家庭各项开支，但由于夫妻俩聚少离多，感情渐行渐远。于女士不想被已剩空壳的婚姻拖累，遂起诉要求离婚并分割夫妻共同财产。

于女士一怒之下将秦先生与其女儿小兰告上法庭，要求判决双方之间的房屋赠与合同无效。这个案件审理中，小兰一脸委屈，认为父亲赠与女儿财产天经地义；秦先生则认为：于女士一直没有工作，家里的财富都是自己辛苦打拼积攒下来的，跟于女士没有半点关系。

当法官询问夫妻共同财产时，于女士一脸茫然：这些年丈夫从不让自己过问、插手家里的生意，对于家里的存款、房产、股票、证券及其他大额财产情况，自己更是一无所知。

结婚时一句“我养你”的浪漫感人，到了离婚时却变成“是我养的你”这样冰冷残酷，这个案件让广大网友唏嘘不已，也让全职太太权益保护的话题再次引发讨论。

### 二、律师评析

这个案件在法律上并无太大分歧。中国现行婚姻制度以婚后所得共同制为主、约定财产制为辅，婚后取得的财产，如无特别约定，一般都视为夫妻共同财产，所以秦先生擅自将婚内购买的18套商铺赠与自己女儿的行为，显然是无效的。最终，法院判决撤销了赠与合同，要求小兰配合将产权过户回秦先生名下，在离婚诉讼中依法分割。从这个案件当中，我们要进一步思考的是婚姻中的财务安排。

“中国式婚姻”中对于“管钱”往往有两种极端做法：一是“集权控制”，二是“撒手不管”。这两种做法都会导致婚姻双方对财产的控制相差悬殊，进而影响到婚姻中的决策权、话语权，优势一方可能颐指气使，弱势一方只能忍

气吞声，最终可能走向夫妻感情的瓦解。俗话说“经济基础决定上层建筑”，这句话用于婚姻关系中也不无道理。

婚后财产的法律性质，可以用“一个原则，四个例外”来概括：

#### （一）一个原则——蓄水池原则

《民法典》第1062条明确规定了婚后获得的工资收入或投资收益等，都归夫妻共同所有。举个形象的例子：结了婚，就好比夫妻俩共同挖了一个蓄水池。可能一方收入多些，是根粗水管，另一方收入少些，是根细水管，但两根水管的水都流入“家庭财富蓄水池”后，是分不出你我的，都是夫妻共有。甚至当有一根水管不出水了（相当于一方是全职太太），剩下的一根水管往蓄水池里灌水，这个池子里的水，也还是夫妻共有。

#### （二）四个例外——婚后的个人财产

##### 1、涉及人身例外

婚后所得的财产，如果涉及人身属性，则不属于夫妻共同财产，一般归于

个人所有。比如，一方因身体受到伤害而获得的医疗费、残疾人生活补助费等。

### 2、专用物品例外

婚后一方在日常生活中的专用物品，一般都归个人所有。但是，如果是价值较高的物品，比如贵重珠宝首饰，除了佩戴，还兼有投资和收藏的功能，则可能被判定为共有。

### 3、指定赠与例外

婚后如果通过赠与或遗嘱，获得了一笔财产，就需要看遗嘱或赠与合同中是否指定财产归夫或妻一人所有？如果有指定的内容，该笔财产就不属于夫妻共有。

### 4、书面约定例外

夫妻双方对婚后财产享有约定权，可约定各自所有、共同共有或部分各自所有、部分共同共有。约定应采取书面形式，只要没有法律上的漏洞，该份财产约定协议就是有效的，约定优于法定。另外，对于婚后共同财产，法律赋予了夫妻双方两大权利：

#### (1) 平等处理权

《民法典》第 1062 条第二款明确规定：“夫妻对共同财产，有平等的处理权”。也就是说，在婚姻关系存续期间，不管是谁挣的钱，都是共有的。如果你挣得比对方多，那千万别骄傲；如果你挣得比对方少，也别畏畏缩缩。一方成就的背后，都有另一方的付出和贡献。

#### (2) 日常家事代理权

《民法典》第 1060 条增设了夫妻日常家事代理权，即“夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生法律效力”，比如日常买个菜、叫个外卖，一个人决定就可以；但夫妻重大财产的处理，则需要双方协商一致。

通过上述法律规定，我们知道，婚姻中对财产共同管理既是权利，也是义务，所以不要逃避，不能放任，要善做财务安排。在这里，律师给全职太太三点建议：

第一，共同协商规划。对于家庭重大财务决策，在婚姻伊始就要充分协商，

共同规划，双方都不要藏着掖着，以免引发婚姻矛盾。

第二，相互制约平衡。在夫妻间平衡财政权利，共同回顾收支项目，能相互制约是最好的。

第三，做到心中有数。对于家庭财产的总量、类型、变动情况，比如家里有几个存款账号？购买房产钱是如何支付的？都要做个有心人，不能稀里糊涂。

### 结语

当今社会，不少女性出于各种考虑回归家庭，成为“全职太太”、“全职妈妈”，这是一种生活方式的选择，如人饮水、冷暖自知。但俗话说“好的婚姻，大多势均力敌”，希望全职太太们都能一边爱自己，一边通过合理的财务安排，明晰情、理、法的界限，修筑起婚姻的护城河。



### 胡晓萍 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人

七方家族法律服务中心 主任

上海市律协婚姻家庭业务研究委员会 委员

上海市女律师联谊会 副秘书长

普陀区人民法院特邀调解员

普陀区首届优秀女律师

上海市优秀女律师

业务方向：家事法、私人财富管理

联系方式：18616910916

## 遗嘱还是赠与？——被继承人自书材料效力分析

作者：郑华、陈春雨

### 前言

不动产所有权人生前通过订立书面声明将自己的不动产所有权作出赠与其法定继承人的意思表示，在其去世后继承人就该份声明的法律性质认定产生纠纷，该声明究竟属于赠与还是遗嘱？其法律效力应当如何认定？当事人在订立相关的赠与合同时应当注意防范哪些风险？本文将一一展开解答。

### 一、所谓的“遗嘱”究竟是遗嘱还是赠与？

#### （一）案例一

被继承人王某(2007年12月过世)与杜某某(2017年2月去世)系夫妻，共育有王甲、王乙、王丙三子女。涉案房屋系登记在王某、杜某某、王乙三人名下按份共有的房屋，三人各占房屋产权份额三分之一。杜某某生前留有三份自书“遗嘱”，表示将自己所有的涉案房屋房产份额赠与其长子王甲，第一份打印件上载明：“兹有本人和杜某某，女……本人愿意将本人拥有房产所有权份额即XX路XXX号XXX室产权证拥有者，自愿赠于长子王甲……”，立据人为杜某某签字、捺印，落款日期为2012年X月X日；第二份手写件上内容

为：“本人愿房产所有权份额赠于长子王甲”，但无签名和日期；第三份手写件内容为：“本人愿将我拥有的房产所有权份额XX路XXX号XXX赠于长子王甲”，落款为：母杜某某，日期为：XXXX.X.X。

王某与杜某某去世后，王甲起诉王乙、王丙，要求法院依据其前述书面“遗嘱”，依法判令被继承人王某、杜某某名下涉案房屋的房产份额归原告王甲所有。

法院认为，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。王甲提供的“遗嘱”其内容均显示为杜某某将其在涉案房屋中的份额生前赠与王甲，但并未体现杜某某对自己去世后财产的处理，故王甲所提供的“遗嘱”效力不予认可。王某和杜某某所留遗产应由其第一顺序法定继承人继承。

因此原、被告各当事人在涉案房屋中所占份额为：王甲 2/9、王乙 5/9、王丙 2/9。

### （二）案例二

被继承人赵某生前拥有系争两套房产，赵某与前妻育有原告赵甲，后与被告卞某再婚。赵某去世后赵甲与卞某因系争房产继承问题协商无果，遂涉诉。原告向法院提交《父子协议》一份：“我名下所属房产归我儿子赵甲所有。赵某XXXX年X月X日立”。卞某辩称，遗嘱系立遗嘱人对其遗产所作的处分或对其身后事务所作的安排，并在死亡时发生法律效力，故应写明“遗嘱”“百年之后”“去世后”“身后”等字样，赵某所写的《父子协定》无上述字样，如果将《父子协定》认定为遗嘱，失之偏颇；应当将该协定认定为赵某与赵甲达成的赠与合同，而赵某与赵甲的赠与合同因未办理产权变更登记故未生效，则涉案房屋均应按照法定继承予以分割。

法院认为，首先，赵甲提交的《父子协定》，名为父子协定，但签名仅有赵某一一人，全文也是赵某一一人所写；遗嘱虽然是单方行为，但并不意味着赵甲在赵某立遗

嘱过程中不能与其进行沟通，不能改变该份书证的单方性。因此，法院不采纳卞某所称《父子协定》系赠与合同的观点。其次，虽然《父子协定》仅写明“我名下所属的房产归我儿子赵甲所有”，并未表明以死亡为条件，但赵某并非法律专业人士，法律不强求其对法律行为的所有内容均存在规范的认知；文字上并未写明以死亡为要件，但也没有写明系将房屋以赠与给赵甲；考虑到赵某与卞某结婚时已年过六旬，且双方系再婚，赵甲所称赵某在与卞某再婚时，对其身后事宜进行安排，符合一般社会认知与人伦观念。故法院认定《父子协定》在法律性质上属于遗嘱，且属于自书遗嘱，对其真实性和有效性应予以认可。

### 二、律师解读

在第一则案例中，法院之所以认定被继承人订立的三份书面材料并非遗嘱而是赠与，是因为被继承人的书面材料内容出现了“赠予”一词，仅能表明其具有处分生前财产的意思表示，材料中未出现“百年后”“去世后”“遗产”“遗嘱”等关

关键词，无法推断其具有订立遗嘱的意思表示。而第二则案例中，法院作出了相反的判断，法院依据《父子协议》中仅有被继承人一人的签名从而判定该《协议》的签订系单方行为，具有遗嘱订立的单方行为性质；其次即便《协议》没有出现任何与遗嘱有关的字样，但法院认为不应当要求这类非法律专业人士对法律行为的所有内容均存在规范的认识，并且文字上也没有写明系将房屋赠与给赵甲，因此也无法推断出其具有生前赠与的意思表示。可以说，由于两位被继承人订立的材料不论在遗嘱的认定还是赠与合同的认定上都缺乏一定的形式要件，因而导致裁判结果充满不确定性。

从自书遗嘱的订立来看，我国《中华人民共和国民法典》第1134条规定：“自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。”有效的自书遗嘱需要满足三个要件：立遗嘱人必须亲笔手写、在遗嘱中附有亲笔签名，并注明立遗嘱时的日期。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉继承编的解释（一）》第27条规定：

“自然人在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，确为死者的真实意思表示，有本人签名并注明了年、月、日，又无相反证据的，可以按自书遗嘱对待。”根据司法解释，自然人在遗书中若做出其死后应当如何处分财产的意思表示，则可以认定为遗嘱，因此自然人是否在相关字据中做出了对其死后财产处分的意思表示，成为认定遗嘱是否成立的另一关键因素。上述第一则案例中，立遗嘱人的三份书面材料均未出现“遗嘱”“死后”“去世”“遗产”等字眼，且无法推断其具有处理其去世后的遗产的意思表示，因此很难认定为遗嘱。

从赠与合同的订立来看，《民法典》第657条规定：“赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。”赠与合同是诺成性合同，经赠与人订立后成立。赠与也是双方法律行为，虽然法律并未明确规定赠与合同订立的形式要件，但赠与人应当在赠与合同中明确做出其具有赠与的意思表示，并且受赠人应当通过某种形式表示其接受赠与。若一份“协议”中既无“赠”等表明赠与意

思表示的字眼，又无受赠人接受赠与的意思表示，实践中很难认定协议为赠与合同。

### 结语

立遗嘱人或是赠与人在订立遗嘱或者赠与合同时，应当尽量在书面材料中表述清晰，使旁人能够合理推测出立字人的意图，这样既能稳定家庭关系，又能避免出现立字人去世后因系争财产约定不明导致纠纷。



### 郑华 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人  
上海市闵行区劳动人事争议委员会兼职仲裁员  
上海市闵行区人民法院特邀调解员  
上海市破产管理人协会预备会员机构代表  
业务方向：劳动法、公司法、婚家法律服务  
联系方式：18116026089



### 陈春雨 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师  
业务方向：劳动法、公司法、婚家法律服务  
联系方式：17749733383

## “请托办事型”诈骗罪的司法认定及出罪思路

作者：赵珞宏

生活中，不少人在遇到子女入学、工作调动、项目审批，甚至亲友被刑事羁押后，会倾向于托人找关系解决。但“捷径”未必真能走通，尤其在涉刑案件中，不少犯罪嫌疑人抓住当事人焦灼无助的心理，虚构自身具备某些特殊关系与渠道，允诺能帮其达到取保候审、不起诉等结果，使受害人陷入错误认识而支付一定财物，最后不仅被骗得“人财两空”，还可能因错误相信“关系”而使被羁押者错失最好的辩护时机。“请托办事”行为若成功可能会涉及贿赂类犯罪或其他犯罪，本文仅重点论述该行为构成诈骗罪的认定。

### 一、行为人是否有虚构履行能力的行为

如果行为人自身并不具备能完成请托事项的能力，但通过虚构自己的身份、人脉或渠道等方式，获取委托人的信任，使其陷入认识错误并取得财物，但实际无法完成所托之事，无疑会被认定为诈骗罪。如在刘字平诈骗罪【(2022)赣0902刑初566号】一案中，刘字平向受害人周某表

示能为其被刑拘的儿子袁某操作缓刑，并向其索要20万好处费。在刘字平自知并无此能力的情况下，仍允诺周某此事并接受钱款，之后也无任何实质举动。直到事情败露，刘字平才承认自己其实并无渠道操作此事，也退还了已收取的四万余元好处费。最终刘字平因犯诈骗罪，被判处

诈骗罪的一般构成为：客观上，行为人实施了虚构事实、隐瞒真相的行为，该行为使受害人陷入错误认识并处分了财物，行为人得到该财物。主观上，行为人具有非法占有被害人财物的故意。

笔者通过梳理各地案例发现，针对“请托办事型”的诈骗案件，司法实践中主要会从行为人是否虚构了履行能力、有无实际履行行为、请托资金是否用于请托事项、事情未办成是否愿意退还请托资金等方面去认定是否构罪，因此，对于此类诈骗的出罪辩护，应从客观实行行为及非法占有目的两大层面去着手。

示能为其被刑拘的儿子袁某操作缓刑，并向其索要20万好处费。在刘字平自知并无此能力的情况下，仍允诺周某此事并接受钱款，之后也无任何实质举动。直到事情败露，刘字平才承认自己其实并无渠道操作此事，也退还了已收取的四万余元好处费。最终刘字平因犯诈骗罪，被判处

有期徒刑二年，缓刑二年零六个月。

相反，如果在案证据能够证明，受托人并未完全虚构办事能力，也有明确真实的办事意思，自己确实认识部分有权限协助操作的办事人员，系基于真实办事的意图而对请托人作出承诺。此种情形下，即使受托人对办事能力存有一定程度的夸张，或是请托之事最终未办成，都不应构成诈骗罪。

此外，还需判断受害人交付财物的行为与受托人的欺骗行为之间是否具有因果关系，是否系因陷入错误认识而交付的财物，若没有错误认识而处分财产的则不成立诈骗罪。如在刘某某诈骗案的不起诉决定书【瑞检公诉刑不诉[2021]Z18号】

中，检察院认为：刘某某并未虚构自己舅舅曾某某就职于江西省公安厅，具有找关系的现实可能性，其答应请托人欧阳某乙尽量帮忙，主观也希望通过关系促成请托事项，其未虚构或夸大自身影响力，也未对结果作出保证。请托人对刘某某存有的关系认知清晰，送钱目的明确，其对请托一事的内容及后果（事情可能办成也可能办不成）并未陷入错误认识，故请托人不属于陷入错误认识而交付钱财。本案中，刘某某并未虚构自己的履约能力，请托人也未陷入错误认识而交付钱财，故检察院认为刘某某不构成犯罪，最终对其不起诉处理。

## 二、行为人是否有真实履行请托事项的行为

如果行为人具备完成受托事项的能力，但在受托后未进行任何实际行为，即收钱不办事，或是行为人的办事能力本就为虚构，受托后仍未有任何积极履行的举动，此种情况下，行为人可能会因具有非法占有钱财的目的，且缺乏完成受托事项的意图，而被认为构成诈骗罪。如在崔某某诈骗罪【（2020）冀0491刑初50号】

一案中，崔某某虚构自己亲属系市房管局领导，对外宣传自己能办理公租房、挑选公租房房号。为进一步获取他人信任，崔某某私刻印章、伪造公租房选房确认，以此收取大笔受害人的办理费用。在收到受害人的费用及相关资料后，崔某某一直未有实质行为，后因被害人报警而案发。最终，崔某某因犯诈骗罪，被判处有期徒刑

十二年。

如果行为人真实实施过处理请托事项的客观行为，如找人沟通、出差办事、支付第三方办事费用等，哪怕最终事情未办成，只要行为人有实际的办事行为、有办成请托事项的意愿【（2014）绥北刑初字第339号】，就很难被认定构成诈骗罪。

另外，如果行为人不具备实际履约能力，但收取财物后积极为请托一事操作的，也不宜被认定为诈骗罪。如在杨某某诈骗

案的不予起诉决定书【掇检一部刑不诉〔2021〕19号】中，杨某某接受被害人委托帮忙办理学生入学事项并收取好处费共计58000元，虽然其明知自己没有能力办成受托事项，需要再找人帮忙且找人也一定不能办成，但他还是找了教育系统的相关人员帮忙想办法办理，并向相关人员支付了费用。其客观上实际履行了受托行为，不符合诈骗罪的构成要件，故检察院最终对其作出不予起诉处理。

### 三、行为人是否具有非法占有请托资金的目的

双方如何约定请托资金的用途，是全部用于请托之事，还是分给行为人部分好处费，是否违背约定的资金用途也关乎行为人非法占有目的的认定。此外，若事未

办成，剩余资金如何处理、是否愿意退还等也是考量其是否具有非法占有目的的重要因素。

#### （一）行为人是否将请托资金用于请托事项

如果行为人以疏通关系为由索要钱款，之后却未将资金用于请托事项，而用于个人挥霍，并且缺乏实际行动，最终导致请托人的目的无法实现、遭受财产损失，可推断其具备非法占有的目的，主观上具有诈骗的犯罪故意。如在吴晓丽诈骗罪【（2021）浙01刑终112号】一案中，吴晓丽将收受的钱款用于所谓的“捞人”，

资金去向也证实未用于行贿，足以认定吴晓丽具有非法占有目的，最终，二审法院维持原判，吴晓丽因诈骗罪被判有期徒刑十一年。

如果双方对请托资金的用途并未作严格限制，行为人虽然未将资金用于疏通关系，但还是消耗了自己的人脉、资源，真实地为请托之事付诸过实际行动的，即

使行为人将财物用作己用，也难以认定其主观上有诈骗的犯罪故意。如在蒋道芬诈骗罪【（2016）渝0103刑初41号】一案中，蒋道芬承诺利用关系为请托人周某办理加油站经营合同续签事宜，请托人陈述只要蒋道芬能把事办好，支付的300万就是她的，哪怕她一分钱不花，只靠自己的关系。在办事过程中，有证据可证明蒋道

芬曾为此事多次找人寻求过帮助。因此，虽然最终事情未办成，也难以认定其主观具有非法占有钱财的故意。

如果行为人将收取的请托资金用以送礼、宴请等疏通关系之事，则证明行为人在积极操作请托之事，从客观行为可推断出行为人主观上具有履行意愿，对请托财物并无非法占有目的，不构成诈骗罪。

## （二）请托目的落空后，行为人是否拒绝退还请托资金

事情未办成后，行为人是否具有还款意愿是焦点所在。当然，也不能因行为人未还款而径行认定非法占有目的，需进一步分析未及时还款的原因。

如果请托目的落空，面对请托人的退款要求，行为人采取躲避、失联等拒绝沟通的方式，则可能会被认定为具有非法占有的目的。如在任锋诈骗罪【（2017）吉03刑终225号】一案中，任锋收取请托人财物后，在没有还款能力的情况下将请托资金挪用以偿还债务，且更换联系方式逃避还款，在长达3年的时间内不归还款项，由此可以看出其既不具有还款能力，也不

具有还款的积极性，具有非法占有财物的目的，最终任锋因犯诈骗罪被判处有期徒刑十年。

另外，行为人不退款也并非必然具有非法占有目的。如果行为人在接受请托时，不存在核心的欺骗手段，后续由于客观或其他原因，不能及时还款的，例如资金已为请托一事真实花费掉了，仍可能不构成诈骗罪，具体还需根据个案情况进行判断和分析。如果行为人表示愿意退还请托人相应的资金，或出具有效的欠条证明行为人具有还款能力和还款意愿的，一般不认为其具有非法占有的目的。

## 结语

针对“请托办事型”诈骗案件的认定，客观上，可从行为人是否具备一定能力、是否存在积极的履行行为等方面去判断其是否存有诈骗的故意；主观上，可从请托事项无法办成时行为人是否有退款行为和意愿去判断其是否有非法占有的目的。如果行为人确实具备办事能力和办成事情的可能性，也尽力办理了请托事项，但事情最终没有办成，不论行为人是否及时退还款项，都不应成立诈骗罪。

最后提示大家，不要过度迷信“关系”，警惕“请托办事”型诈骗套路。尤其遇到亲友被司法机关调查、羁押时，切莫“病急乱投医”，一定优先选择联系专业律师寻求法律帮助。



赵璐宏 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

专业方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：18089390623

## 随意殴打型寻衅滋事罪与故意伤害罪如何区分定性？

作者：赵璐宏

### 一、案情简介

2020年12月30日3时许，被告人丁某、刘某某在上海市嘉定区一KTV，因故与该KTV工作人员牟某、吴某发生争执。其间，牟某等推搡丁某等人后，双方相互推搡并互殴。被告人丁某一、丁某二见状上前与丁某、刘某某共同殴打牟某、吴某，致该二人多处受伤。

丁某、丁某一、丁某二、刘某某到案后均如实供述自己的罪行。经鉴定，被害人吴某一处轻伤一处轻微伤；被害人牟某三处轻微伤。案发后，四名被告人在家属的帮助下赔偿被害人吴某、牟某的经济损失共计人民币15万元，并获得谅解。

### 二、判决结果

一审法院认为，被告人丁某等四人酒后在公共场所结伙随意殴打他人，致一人一处轻伤一处轻微伤、一人三处轻微伤，其行为均已构成寻衅滋事罪，并分别判处四名被告人一年至一年四个月有期徒刑不等。

一审宣判后，被告人丁某、丁某一、丁某二提出上诉。三名上诉人及各自的辩护人均提出，其三人的行为构成故意伤害罪，原审量刑过重。公诉机关提出抗诉，认为一审法院定性错误，本案应认定为故意伤害罪。

上海二中院经审理认为，丁某等四名原审被告人结伙故意伤害他人身体，致一人一处轻伤一处轻微伤、一人多处轻微伤，行为均已构成故意伤害罪，遂以故意伤害罪判处四名被告人十个月至一年二个月有期徒刑。

### 三、律师点评

根据我国《刑法》刑法第二百九十三条规定，寻衅滋事罪主要有随意殴打型、追逐辱骂型、强拿硬要型和起哄闹事型四种行为类型。其中，随意殴打型寻衅滋事表现为随意殴打他人，情节恶劣的行为。随意殴打他人，破坏社会秩序，“致一人以上轻伤或者二人以上轻微伤的”的即认定为情节恶劣。而故意伤害罪包含造成他

人身体伤害结果的构成要素，“致一人轻伤的”，应予立案追诉。由于该两个罪名在客观行为上有所重合，因此，当行为人随意殴打他人致人轻伤时，容易产生寻衅滋事罪与故意伤害罪的定性分歧，本案即是如此。

笔者认为，对该两种罪名的区分，主要应从行为人的主观故意、是否侵害特定对象及是否侵害公共法益三个方面来分析。

### （一）侵害人是否有“随意”殴打他人的故意

最高人民法院、最高人民检察院在《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》中，将随意殴打型寻衅滋事罪定性为“无事生非”与“借故生非”。即行为人主观上是为了寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等，其殴打行为缺乏相关诱因。而故意伤害罪中的行为人往往基于一定的纠纷、积怨去殴打他人，其殴打行为系“事出有因”。

笔者认为，是否具有“随意”殴打别人的故意，是区分寻衅滋事罪与故意伤害罪的重要突破口。此处的随意性，既包含

殴打动机的随意，也包括殴打对象、殴打场合的随意，概言之，行为人主观上多表现为“没事找事”，客观上多表现为不分对象、不顾场合、不计后果地殴打行为。而对故意伤害罪而言，行为人的殴打行为往往具有一定的诱因，如因婚恋、家庭、邻里、债务等具体纠纷而引发故意伤害他人的故意，在这一故意支配下进而实施了伤害他人的行为。

具体到本案，从殴打行为发生的诱因来看，难以认定被告人具有无事生非的主观故意。案发当天，丁某等四人在KTV正常消费娱乐，因与被害人产生争执而加剧了冲突，自身并无逞强斗狠、惹是生非的故意，被告人的殴打行为系事出有因。

### （二）被侵害对象是否特定

在随意殴打型寻衅滋事中，行为人出于耍横、发泄的心态，殴打的往往不限于与之发生冲突的特定个人，还有可能伤害到现场不相关的他人或伴有损坏现场财物的行为，以此达到释放情绪、寻求精神刺激的目的。而故意伤害中的行为人有明确的对象，系有预谋、有针对性的殴打行为，意图伤害特定人身体健康。由于具有

明显的伤害目的，在实施殴打的手段上，可能会选择杀伤性较大的工具，殴打行为也倾向针对要害部位。简言之，由于寻衅滋事罪的行为人存在逞强耍横、寻求精神刺激的主观状态，因此侵害的对象往往具有偶然性和不确定性，而故意伤害罪因事出有因，侵害对象往往是确定的。

具体到本案，从冲突发生的原因、方式分析，被告并不符合随意殴打型寻衅滋事的特征。丁某等人的殴打行为并非其主动挑起，系对方先动手推搡后的反击，而且在殴打被害人之际，并未波及同时在场的被害人一方的其他人员，在侵害对象上具有特定性，并非为发泄或滋事而随意殴打。

### （三）殴打行为是否侵害了公共秩序

张明楷教授认为，寻衅滋事罪中“随意殴打他人”类型保护的法益，应是社会一般交往中的个人的身体安全，或者说是与公共秩序相关联的个人的身体安全。<sup>[1]</sup>换言之，随意殴打型寻衅滋事不仅侵害了被害人个人的人身权益，还破坏了被害人对正常社会秩序中人身安全的预期，此处的人身安全是与社会公共秩序紧密关联

的非特定个人的身体安全。即，随意殴打型寻衅滋事具有侵犯个人法益和公共法益的双重危险。另外，殴打行为对公共秩序的破坏，还需从多方面进行考量。即使行为发生在公共场所，也不一定等同于对公共秩序造成破坏，需要结合犯罪动机、案发原因、犯罪对象、案发时间、地点等方面综合判断。

就本案而言，首先，应判断殴打行为仅侵害了个人法益，还是同时侵害了与社会公共秩序相关联的非特定人的人身安全。被告人丁某等人殴打的对象是率先动手推搡的被害人，在侵害对象上具有特定性，并未涉及与社会公共秩序相关的非特定人的人身安全。其次，虽然互殴行为发生在公共场所，但案发时间为凌晨3点，KTV已接近歇业，此时并非人流密集时段，也未造成群众围观。另外，案发具体地点位于KTV一楼后门的电梯间，与大堂、走廊等公共区域相比，较为偏僻，殴打行为的发生与侵害社会公共秩序缺乏紧密的关联性。需要注意的是，殴打型寻衅滋事罪和故意伤害罪并不是相互排斥的，存在一定的交叉和融合。

最高人民法院、最高人民检察院《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》明确了寻衅滋事罪与其他犯罪竞合时的处理原则，即“从一重处断”。

因此，在随意殴打的行为过程中，如果行为人使用易致人伤害的工具攻击他人，或持续不断、反复击打某人，则表明其主观上具有伤害他人的故意，同时符合寻衅滋事罪和故意伤害罪的构成要件，依照处罚较重的犯罪定罪处罚，即伤情鉴定为轻伤的，因寻衅滋事罪可能导致的处罚更重而可能会被认定为寻衅滋事罪；伤情鉴定为重伤的，因故意伤害罪可能导致的处罚更重而会被认定为故意伤害罪。

在黎泽兵故意伤害、陈兵等寻衅滋事一案【(2005)金堂刑初字第109号】中，由于行为人在寻衅滋事行为中，随意殴打他人致人重伤，同时触犯了寻衅滋事罪与

故意伤害罪，属于想象竞合犯，应择一重罪处罚，最终被法院认定为构成故意伤害罪。

#### 四、结语

本案中，无论从被告人的主观恶意还是从被侵害的法益而言，被告人殴打他人的行为仅侵犯了个人法益，即公民的人身安全，并未侵害社会秩序。若以法定刑更重的寻衅滋事罪对其进行处罚，会产生罪责不相匹配的情形，也无法取得良好的社会治理效果。

“随意性”是寻衅滋事的主要特征，是无缘由地惹是生非或借故生非，而故意伤害更多是“事出有因”、有目的性伤害他人。因此，在司法实践中，还需根据个案中行为人的主观故意和具体行为来判断罪名。

#### 参考文献

[1]张明楷：《寻衅滋事罪探究（上篇）》，载《政治与法律》2008年第1期。



### 股东欠缴出资，董事向债权人承担连带赔偿责任！

作者：张春球

#### 案情简介

2005年1月11日，斯曼特微显示科技（深圳）有限公司【以下简称“深圳斯曼特公司”，同】成立，系外国法人独资的有限责任公司，股东是为SOUTHMOUNTAINTECHNOLOGIES, LTD.（中文译名为斯曼特微显示科技有限公司，以下简称“开曼斯曼特公司”）。

2005年1月5日，股东开曼斯曼特公司签署深圳斯曼特公司章程：股东认缴注册资本额为1600万美元；董事会是公司

最高权力机关，拥有法律赋予的最终决定权，并承担对公司决定有关经营管理和事务之总体政策的责任。

2005年1月11日至2006年12月29日，胡某生、薄某明、史某文担任深圳斯曼特公司董事，其中胡某生为董事长、法定代表人。2006年12月30日起，贺某明、王某波、李某滨担任深圳斯曼特公司董事，其中贺某明为董事长、法定代表人。

2011年8月31日，因股东开曼斯曼特公司欠缴出资，深圳斯曼特公司的债权

人申请追加开曼斯曼特公司为被执行人，在其欠缴的出资范围内对债权人承担清偿责任，并获得了法院的支持。

2012年，经强制执行，开曼斯曼特公司仍欠缴出资 4912376.06 美元。因开曼斯曼特公司没有其他可供执行的财产，法院于 2012 年 3 月 21 日裁定终结该次执行程序。

2013 年 6 月 3 日法院裁定受理债权人对被申请人深圳斯曼特公司的破产清算申请。至此，深圳斯曼特公司进入破产清算程序并由法院指定了管理人。于是，深圳斯曼特公司向广东省深圳市中级人民法院提起诉讼。

请求判定：（一）胡某生等六名董事对开曼斯曼特欠缴出资所造成深圳斯曼特公司的损失在欠缴出资范围内承担连带赔偿责任；（二）由胡某生等六名董事负担本案诉讼费用。

诉讼请求理由：胡某生等六名董事未尽到监督并促使深圳斯曼特公司股东按该公司章程规定缴纳认缴出资的义务，并因此造成了深圳斯曼特公司和债权人的经济

损失。胡某生等六名董事未尽监督并促使深圳斯曼特公司股东履行缴纳出资的义务存在主观上的过错。深圳斯曼特公司资产被贱卖，胡某生等六名董事在公司负债累累的情况下，不仅未将公司资产转让收入用于清偿债务、未要求股东缴纳欠缴的出资，反而将资产转让收入恶意转移，使深圳斯曼特公司资不抵债，最终被债权人申请破产清算。胡某生等六名董事应对深圳斯曼特公司的损失承担相应的法律责任。

### 一审裁判要点

胡某生等六名董事消极未履行追缴股东欠缴出资的勤勉义务，与股东欠缴出资之间并不存在必然联系，在董事消极未履行某种勤勉义务，且该等消极未履行与公司所受损失并无直接因果关系的情况下，董事不应当受到追责，遂驳回深圳斯曼特公司的诉请。

### 二审裁判要点

开曼斯曼特公司未按公司章程规定按时足额履行出资义务，深圳斯曼特公司有权请求股东依法全面履行出资义务。出

资义务是股东的基本义务，但非公司董事的法定义务。在股东未全面履行出资义务时，董事或因协助股东抽逃出资、或因负有监督职责而未履行、或因对增资未尽忠实勤勉义务等情形而承担相应责任，但不应将股东未全面履行出资义务的责任一概归因于公司董事。如果董事仅仅只是怠于向未全面履行出资义务的股东催缴出资，以消极不作为的方式未尽忠实勤勉义务，而该不作为与公司所受损失之间没有直接因果关系，那么要求董事对股东未履行全面出资义务承担责任，则缺乏事实和法律依据。开曼斯曼特公司未全面履行出资义务，深圳斯曼特公司可依法向其主张权利。六名董事在不同时期分别担任深圳斯曼特公司股东中方董事，在公司章程没有明确规定其负有监督股东履行出资义务、没有证据显示其消极未向股东催缴出资与公司所受损失存在因果关系情况下，深圳斯曼特公司请求上述六名中方董事对股东欠缴的出资承担连带赔偿责任，不予支持。二审判决维持原判。

### 再审改判要点

最高院再审认为，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。参照《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。根据《中华人民共和国公司法》第一百四十九条的规定，董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规

定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。深圳斯曼特公司是外商独资企业，实行注册资本认缴制。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。胡某生等六名董事在开曼斯曼特公司认缴出资期限届满之后均担任过深圳斯曼特公司董事。胡某生等六名董事作为深圳斯曼特公司的董事，同时又是开曼斯曼特公司的董事，对股东开曼斯曼特公司的资产情况、公司运营状况均应了解，具备监督股东开曼斯曼特公司履行出资义务的便利条件。胡某生等六名董事未能提交证据证明其在股东出资期限届满之后向股东履行催缴出资的义务，以消极不作为的方式构成了对董事勤勉义务的违反。股东开曼斯曼特公司欠缴的出资即为深圳斯曼特公司遭受的损失，开曼斯曼特公司欠缴出资的行为与胡某生等六名董事消极不作为共同造成损害的发生，胡某生等六名董事未履行向股东催缴出资义务的行为与深圳斯曼特公司所受损失之间存在法律上的因果关系。一、二审判决

认为胡某生等六名董事消极不作为与深圳斯曼特公司所受损失没有直接因果关系，系认定错误。胡某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，再审改判：胡某生等六名董事应向深圳斯曼特公司连带赔偿 4912376.06 美元。

### 律师评析

董事未履行向股东催缴出资义务导致公司受到损失的是否一定要承担连带赔偿责任？

根据本案一、二审判决的主要观点，是认为在董事消极未履行某种勤勉义务与公司所受损失并无直接因果关系的情况下，董事不应当受到追责。最高院再审改判的主要依据有哪些呢？

一个法律适用：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，并参照《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）》

第十三条第四款的规定，应当承担赔偿责任。

二个事实认定：胡某生等六人既是深圳斯曼特公司的董事，同时又是该公司股东开曼斯曼特公司的董事，对开曼斯曼特公司的资产情况、公司运营状况均应了解，具备监督开曼斯曼特公司履行出资义务的便利条件；胡某生等六名董事未能提交证据证明其在股东出资期限届满之后向股东履行催缴出资的义务，以消极不作为的方式构成了对董事勤勉义务的违反，违反了公司法的相关规定。

最高院对本案作出了新的法律适用和事实认定：在法律适用上，明确是参照《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）》第十三条第四款的规定，即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，责任相同于股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务时、董事等高级管理人员均负有向股东催缴出资的义务。其实质是对上述《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）》第十三条第四款进行了扩大解释；在事实认定上，董事是否具备监督股东履行出资义务的便利条件是本案改判的关键因素。胡某生等六名董事既是深圳斯曼特公司的董事，同时又是其股东开曼斯曼特公司的董事，从而认定胡某生等六名董事具备监督开曼斯曼特公司履行出资义务的便利条件，抑或还存在利益冲突的可能，进而认定其未履行催缴出资的勤勉义务。

但值得注意的是，我们不能将本案简单和片面地理解为：凡是认缴制公司股东未缴付出资的，董事都要对公司股东欠缴出资部分承担赔偿责任。本案特指具备监督股东履行出资义务便利条件的公司董事，如不履行催缴出资的，构成对董事勤勉义务的违反，应对公司股东欠缴出资部分承担赔偿责任。

虽然本案改判了董事的责任，但根据《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）》第十三条第四款的规定并结合本案新的司法认定，可以发现：只要曾在认缴制下的公

司担任过董事、监事、高级管理人员，在特定情形下，都有可能由于股东欠缴出资而产生承担连带赔偿责任的法律风险。

本案属于新型案例。最高院对注册资本认缴制下公司董事勤勉义务的具体内容及法律责任，作了扩大解释，属于新的司法认定，对公司董、监、高等具有警示意义。



### 张春球 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

中国中小企业协会调解中心 调解员

业务方向：公司商事

民商事争议解决

联系方式：158 0056 0008

### 限制股权转让自由条款效力分析

作者：郑华、陈春雨



在持股平台为有限责任公司的股权激励计划中，基于有限责任公司封闭性与人合性的特点，结合作为持股平台的有限责任公司股东均为激励主体公司的管理人员和员工这一性质，公司往往在股权激励计划或者股东决议中作出“人走股留”的规定，即激励对象从公司离职时，要求该对象将其在持股平台持有的股权转让给内部股东。认定该条款有效的一个经典案例便是第 96 号指导案例“宋文军诉西安市大华餐饮有限公司股东资格确认纠纷案”，法院在这则案例中透露出的指导精神主要包括两点，一是尊重公司自治，《公司法》第 71 条第 4 款允许公司章程自行规定股权转让条件，二是只要公司章程约定不违反法律、法规的强制性规定即为有效。但“人走股留”的条款效力问题仍然在理论与实务界存在争议，需要结合具体案件事实综合判断。例如在（2019）津 01 民终 7967 号案例中，法院以“人走股留”条款限制了股权转让自由、以不合理价格损害股东利益为由判定了该条款无效。

## 基本案情

孙某、马某、张某系有限责任公司股东，马某持股 52.63%，张某持股 36.84%，孙某持股 10.53%。期间，公司执行董事马某召开修改章程表决议题的股东会议，三股东均出席，主要内容是对公司章程第五条进行内容增加提议的说明，增加内容如下：1、公司为更好地引进人才，激励高级管理人员和专业技术人员，公司股东可将部分股权转让给公司高管人员和专业技术人员，其他股东不享有优先购买权。2、公司受让股权的股东不再担任高管人员职务或者离职的，所持有的股权必须转出，但不得对外转让，出让该股权的股东有权回购，回购价格按照回购时公司上一年度净资产额进行计算。若原始股东转让股权的，股权应转让给公司其他原始股东，转让价格按照转让时公司上一年度净资产额计算。3、所有股东应对公司涉密事项履

行保密义务，不得向任何人泄露公司重大事项和财务状况，不得从事与公司存在任何类似、相似或者相同的竞争业务，否则，经公司三分之二以上表决权的股东同意，违反本条约定义务的股东，应按照取得股权的原始价格将持有的股权转让给公司其他股东，其他股东可按照持股比例购买或者另行协商确定。该股东会决议表决结果为：马某和张某均表决同意；孙某表决为保留意见，待五个工作日内呈交书面材料上报股东会。当日，公司根据上述股东会表决事项（议案）形成股东会决议，同意修订公司章程。两天后，孙某对该股东会决议发表意见，建议公司立即停止对公司章程进行工商变更登记，立即召开股东会废除上述股东会决议内容。随后，孙某诉至法院，要求判如所请。

## 裁判结果

一、股东会决议第二项中“若原始股东转让股权的，股权应转让给公司其他原始股东，转让价格按照转让时公司上一年度净资产额计算。”的内容无效；二、决议第三项中“否则，经公司三分之二以上

表决权的股东同意，违反本条约定义务的股东，应按照取得股权的原始价格将持有的股权转让给公司其他股东，其他股东可按照持股比例购买或者另行协商确定。”的内容无效。

### 裁判要旨

本案争议焦点在于公司股东会形成的涉案股权转让事项的股东会决议内容是否因违反法律、行政法规的规定而无效。关于股东会决议的第一项，是基于公司的经营发展制定的引进人才、激励人才策略，少量向引进的公司高管转让股权，有利于公司收益，属于公司治理过程中的正当决策，其中规定“其他股东不享有优先购买权”，并非针对股东优先购买权的行使，不构成对孙某股权的侵害。关于股东会决议第二项，上半段规定“公司受让股权的股东不再担任高级管理人员职务或者离职的，所持有的股权必须转出，但不得对外转让，出让该股权的股东有权回购，回购价格按照回购时公司上一年度净资产额进行计算。”与第一项决议相互照应，应当认定为有效。下半段规定“若原始股东转让股权的，股权应转让给公司其他原

始股东，转让价格按照转让时公司上一年度净资产额计算。”该内容限制了原始股东股权转让的对象和转让价格，侵害了原始股东的权利，应当认定为无效。关于股东会决议第三项，上半段规定“所有股东应对公司涉密事项履行保密义务，不得向任何人泄露公司重大事项和财务状况，不得从事与公司存在任何类似、相似或者相同的竞争业务”，系公司股东应尽的合理义务，属于公司治理过程中的正当决策，应当认定为有效。下半段规定“否则，经公司三分之二以上表决权的股东同意，违反本条约定义务的股东，应按照取得股权的原始价格将持有的股权转让给公司其他股东，其他股东可按照持股比例购买或者另行协商确定。”该内容同样限制了股东股权转让的对象和转让价格，应当认定为无效。

### 案件分析

首先，本案为章程修改的股东会决议，修改的内容涉及股东资格、股东退出事项，因这类事项与股东的基本权利息息相关，而为了防止大股东滥用简单资本多数决方式侵害中小股东的基本利益，此类决议往往需要全体股东一致同意才能修改，例

如在（2018）京02民终1332号判决中，法院提出有限责任公司在限定股东资格身份、现有股东如何退出等内容的决议时，应该更多地体现其人合性，必须经现有股东一致通过方可有效。因此若公司在修改章程中类似事项的股东会决议上仅仅采

用资本多数决通过原则，无法获得全体股东的一致同意即修订章程，则可能面临被法院确认相关决议内容为无效决议的风险。

其次，本案中的第二项决议后半段规定，原始股东退出公司只能将股权转让给其他原始股东，具体在本案中，原始股东只有马某、张某、孙某三位，且孙某仅占有公司 10% 的股份，该决议明显大大限制

了孙某退出公司的自由，应属无效；而关于股权转让价格的决议，“按照取得股权的原始价格/公司上一年度净资产额计算”的价格确定方式在司法实践中存在争议，不同法院对此决议的有效性存在不同的认定，因此公司在章程修改的决议中做出此类修改，却未通过全体股东的一致同意时，其效力判断会增加很多不确定性。

### 律师建议

一方面，重视“意思自治”，完善公司章程对于退出规则的规制。为了避免“人走股留”规则被判定为无效的法律风险，建议在公司章程制定之初就将其确定下来，以（2018）京 02 民终 1332 号判决为例，法院指出：若相关内容条款是在有限责任公司设立之初就已经在公司章程约定的，那么就可以认定此内容得到所有股东的一致同意，对所有的股东都有约束力。因此将股东退出规则写进公司原始章程中能够最大程度确保规则的有效性。

另一方面，重视“合法合理”，避免滥用股东权利损害公司或其他股东权益的行为。

若公司因人才引进和股权激励计划开展等其他原因，需要就股东资格限定以

及股东退出机制做出新的约定，则应当尽量与已经取得公司股权的骨干员工及其他中小股东协商，就股权转让方式和转让价格达成一致意见；在受让股权的员工离职退股的受让股东范围、股价确定上尽量避免做出明显不利于相关员工利益的规定，例如规定只能将股权转让给原始股东，或者在公司违法解除劳动合同的情况下仍然强制员工退股或者无偿转让股权，或者直接规定股权退出价格由公司决定等明显损害股东利益、违反公平合理原则的无效决议。从而很可能被裁审机构认定违反公司法第二十条等相关规定，而导致公司决议或相关条款无效。

# 股权转让后，原股东是否承担出资责任？

作者：周松涛

原股东将未实缴出资的公司股权转让给他人，将来如果公司对外负债无法偿还，债权人要求股东出资给公司后还钱，那这个出资责任究竟是原股东（出让方）承担还是新股东（受让方）承担？重点是原股东将股权转让是否能彻底与该公司脱离关系，是否还留有可能需要承担出资责任的遗患？

这里需要分两种情形：1) 章程规定的出资期限已到，原股东没有按期实缴出资就将股权转让给了新股东；2) 章程规定的出资期限未到，原股东没有实缴出资将股权转让给了新股东。

### 出资期限已到

对于第一种情形，责任比较清晰。由于股权转让前出资期限已到，出让方应当实缴出资而未实缴，责任在他，即便将股权转让了，出让方也脱不了干系，公司和债权人都有权要求他承担出资责任。而受让方如果对于出让方未缴出资是知道的，那么受让方也要承担连带责任。但受让方有个权利，就是承担责任后可以向出让方追偿。当然，如果他们之间约定不能向出

让方追偿，那受让方就丧失了这个权利。这么说的依据是《公司法司法解释三》第十八条：“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第十三条第二款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。受让人根据前款规定承担责任后，向该未履行或者未全面履行出资义务的股东追偿的，人民法院应予支持。但是，当事人另有约定的除外。”

### 出资期限未到

对于第二种情形，相对就比较复杂了。现行公司法和司法解释都没有明确规定。《公司法司法解释三》第十八条所说的“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权”，是指第一种情形，并不包括第二种情形，因为该司法解释出台于2011年，当时《公司法》还

未修订为认缴制，所以司法解释没有涉及在认缴未缴情况下股权转让的问题。

在没有明确规定的情形下，理论界和实务界对此问题都有较大争议。理论界主要有四种观点：1) 由出让方单独承担责任；2) 由受让方单独承担责任；3) 由出让方和受让方共同承担连带责任；4) 受让方在善意的情形下可以免责。

司法审判实践中主要有以下几种裁判情形：1) 由受让方单独承担出资义务，但是由于认缴期限未届满，受让方也就无须承担资本充实责任；2) 前后手股东共同承担连带出资责任，但此类判决中，出让方往往具有逃避债务的恶意，属于前后手股东恶意串通损害债权人利益的情形，是基于共同侵权的法理基础来承担责任；3) 由出让方单独承担责任，在这类判决中主要是出现在受让方对于出让方逃避债务的意图并不知情的股权转让行为中。

上海一中院部分法官的观点认为，可以按照“原则+例外”的处理方式：原则上，享有期限利益的出让方在转让股权后，不再享有股东的权利义务，也就无须再对公司未能清偿的债务承担出资责任；例外是在符合股东出资加速到期的情况下，可以突破期限利益，而基于公司资本充实责

任理论，要求出让方承担出资责任。这里的加速到期结合配套案例来看，是指股权转让前就符合了加速到期的情形，这种情况严格来讲应当属于上述第一种情形，那么要求出让方承担出资责任实际上就是依据司法解释的规定。

为解决争议，《公司法修订草案一审稿》给出了回应，其中第八十九条规定：“股东转让已认缴出资但未届缴资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务。”这里说得非常明确，就是第二种情形。在此情形下，规定由受让方承担出资义务，言下之意出让方就不用再承担出资义务。这样规定有利于出让方，符合出让方退出不再与公司有责任牵连的想法，尤其在无偿转让的情况下，出让方得以无后顾之忧地退出似乎十分合理。但是遇到不诚信的出让方，该规则将出现问题。在公司负债后如出让方不愿出资偿还，则可能将股权转让给明显不具有偿债能力的受让方，将缴资责任转嫁，从而依据该条规定逃避出资责任，实际上就是逃避债务，损害债权人利益。

### 律师观点

笔者曾发文《〈公司法（修订草案）〉中股权出让方未届缴资期限责任问题的

修改建议》，分析了该条修改内容存在的问题，并连同其他修改建议一起提交立法机关。

去年底《公司法修订草案二审稿》发布，将一审稿上述条款修改为：“股东转让已认缴出资但未届缴资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；受让人未按期足额缴纳出资的，出让方对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。”即在原条款之后加了一句话，出让方需要承担补充责任，也就是受让方没能完成的出资部分，将由出让方来承担。这样就把恶意转嫁出资责任、逃避债务的路径给堵死了，不诚信的出让方仍然会被揪回来。这对债权人无疑是非常有利的，但还是存在问题。

打上这样的补丁看起来打击了不诚信的出让方，但也可能会伤及诚信的出让方。如果在股权转让前公司还没有无力偿还的负债甚至无负债，出让方将未实缴出资的股权转让给他人，不再享有股东权利，也不想再承担任何义务，这是合理的期待，符合权利义务对等原则，也没有任何过错。股权转让后，在受让人作为股东期间公司发生了负债，股东出资期限到期（包括加速到期），受让人不出资，经债权人追索也无力出资，此时出让方将被拉回来承担

补充责任。这不符合出让方转让股权的初衷，也不公平。所有诚信的出让方将都会提心吊胆，生怕哪一天突然因为原公司的债务而被牵连其中，而公司的注册资本越高，让方的风险就越大。不当股东了，又不经营公司，但却要时刻承担潜在的风险，这对于出让方而言是什么感受可想而知。因此，笔者认为二审稿这样的修改有进步，但是摠下葫芦浮起瓢，还不够理想。

笔者在《〈公司法（修订草案）〉中股权转让方未届缴资期限责任问题的修改建议》一文中提出这样的方案：为避免两种方案的弊端，需要作出折中规定，即有条件地规定出让方的责任，这里的条件就是债务的形成时间。当债务形成于股权转让之前，出让方要承担出资责任。因为债务是在出让方作为股东时产生的，出让方对此应当有担责的预期及潜在的责任，其因为该负债也享有间接利益（公司负债是为了更好地经营获利并回报股东），同时为避免出让方恶意转嫁责任，此时要求其承担责任公平合理。当债务形成于股权转让之后，出让方不承担出资责任。因为债务在受让方作为股东时产生，由受让方承担理所应当，出让方没有享有该债务所带来的利益，同时也为出让方能够安全地、

无后顾之忧地退出公司，此时仅要求受让方承担出资责任亦公平合理。用债务形成时间作为责任的分界能够解决两难问题，也具有可操作性。而且这种方案也常见于公司收购的合同约定中，是双方博弈下平衡利益的结果，是经过实践证明行之有效的实用方案。从外部债权人角度而言，如果债权人因基于公示信息信赖原股东而与公司发生交易，则在股权转让后仍能追索原股东责任，符合商事外观主义下债权人的预期。如果债权人因基于公示信息信赖新股东而与公司发生交易，则在股权转

让后仅能追索新股东责任，同样符合债权人的预期。所以，这一方案不仅不会损害而且符合债权人的利益。

笔者在此仍然坚持上述建议方案，尽管不完美，但似乎相对更优。最后要提醒广大股东朋友，如果二审稿该条款不再修改的话，大家都要有思想准备，就是股权转让后并不是从此与该公司无关了，你随时有可能因为公司后续债务而躺枪。



### 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

## 浅析合伙企业利润分配和涉税风险

作者：吕连连

明星偷逃税案件频发并处于风口浪尖之际，个人独资企业逐渐退出，有限合伙企业迅速流行起来。就像之前的明星工作室一样，有限合伙企业正在成为明星们资本运作和税务筹划的全新利器。本文主要讨论有限合伙企业的利润分配原则和涉税风险。

2021年6月，杨幂成立海南慈爵文化传播合伙企业（有限合伙），注册资本100万。杨幂的父亲杨晓林是执行事务合伙人，占股99%，背后的真正受益人却是杨幂。

**慈爵文化** 海南慈爵文化传播合伙企业（有限合伙） [我要认证](#)

存续 发票抬头

|         |          |            |
|---------|----------|------------|
| 执行事务合伙人 | 注册资本     | 成立日期       |
| 杨晓林     | 100万元人民币 | 2021-06-23 |

---

|       |   |  |
|-------|---|--|
| 合伙人 2 | <b>杨</b> 杨幂<br>出资比例 99.00%<br>关联企业 10 家 | <b>杨</b> 杨晓林<br>出资比例 1.00%<br>关联企业 1 家 |
|-------|---|--|

七方数据

2021年4月，张艺兴与黄磊、黄渤联合成立大玩家文化发展（天津）合伙企业（有限合伙），张艺兴是执行事务合伙人。

**大玩家** 大玩家文化发展（天津）合伙企业（有限合伙） [我要认证](#)

存续 发票抬头

|         |           |            |
|---------|-----------|------------|
| 执行事务合伙人 | 注册资本      | 成立日期       |
| 张艺兴     | 1000万元人民币 | 2021-04-01 |

---

|       |   |   |  |
|-------|---|---|--|
| 合伙人 5 | <b>张</b> 张艺兴<br>出资比例 45.00%<br>关联企业 5 家 | <b>黄</b> 黄磊<br>出资比例 20.00%<br>关联企业 21 家 | <b>白</b> 白米范（北京）文化...<br>出资比例 15.00%<br>投资企业 2 家 |
|-------|---|---|--|

七方数据

有限合伙企业为何让明星如此趋之若鹜？从范冰冰到郑爽，逃税漏税已经成为压死骆驼的最后一根稻草，如何合理合法地进行资本运作和税务筹划决定了明星能走多远。我们通过一张图先了解一下合伙人的分类，再来分析各个合伙形式的优劣。

| 分类       | 普通合伙人               | 有限合伙人      |
|----------|---------------------|------------|
| 责任       | 无限连带                | 有限责任       |
| 是否执行合伙事务 | 执行                  | 不执行        |
| 能否对外代表公司 | 可以                  | 不可以        |
| 出资方式     | 不要求                 | 除劳务以外的方式出资 |
| 对外转让份额   | 其他合伙人一致同意<br>[协议除外] | 提前 30 天通知  |

## 一、有限合伙企业限制少

没有注册资本限制，也没有行业和经营限制。普通合伙人可凭借“工作、智慧、运营成果”等作为“智慧资本”投资获取增量收益。有限合伙人不需要介入管理，往往只需要投入资本、等待收益即可；可以同本有限合伙企业交易；可以自营或同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务；可以以其在合伙企业中的财产份额出质；可以对外转让，只需提前 30 天通知即可；丧失偿债能力，也不当然退伙；其继承人或权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。即便公司被清算，有限合伙人也只以其认缴的

出资额为限对合伙企业债务承担有限责任。

## 二、有限合伙企业可指定利润分配

《中华人民共和国合伙企业法》

### 第二章 普通合伙企业

第三十三条规定，合伙企业的利润分配、亏损分担，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

分析：普通合伙企业不得通过合伙协议约定将合伙企业的全部利润分配给部分合伙人，当然也包括不能将合伙企业的全部利润分配给一个合伙人。

### 第三章 有限合伙企业

第六十九条规定，有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；但是，合伙协议另有约定的除外。将全部利润分配给部分合伙人或一个合伙人，并不违反合伙企业法，即合伙协议可以约定将全部利润分配给一个合伙人。

但需要注意的是，有限合伙企业与普通合伙企业相同，不能在合伙协议中约定由部分合伙人承担全部亏损。

### 三、有限合伙企业约定将全部利润分配给一个合伙人如何纳税？

《国家税务总局稽查局关于 2018 年股权转让检查工作的指导意见》（税总稽便函[2018]88 号）第二条第（一）项规定，合伙企业的合伙人通过合伙协议约定将合伙企业全部利润分配给其中一个合伙人，符合《中华人民共和国合伙企业法》

的相关规定，对合伙人取得的所得，应按相关税法规定征收税款。

相关税法规定应是指有限合伙企业的相关税法规定。那么，有限合伙企业的相关税法规定是怎样规定的呢？

《财政部国家税务总局关于合伙企业合伙人所得税问题的通知》（财税[2008]159 号）合伙企业以每一个合伙人为纳税义务人。合伙企业合伙人是自然人的，缴纳个人所得税；合伙人是法人和其他组织的，缴纳企业所得税。

根据《关于个体工商户和合伙投资者征收个人所得税的规定》，自然人合伙人应当参照“个体工商户的生产经营收入”征税项目。按照个人所得税法，合伙人适用 5%~35% 的超额累进税率，用于征收个人所得税。

如果有限合伙企业注册在税收洼地，还可以进一步降低个人所得税。有限合伙企业对外投资高新企业股权，并持有满 2 年的，可税前冲抵当期企业所得税，实现以所得税减免来投资标的企业股权。很多

明星通过成立契约型有限合伙企业的基金产品，可以规避投资人的一些税。

### 四、合伙企业利润不分配给合伙人是否需要纳税？

对于有限合伙企业留存收益的税务处理，是典型的有限合伙企业的涉税风险点。按照《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》（财税[2000]91号）及《财政部国家税务总局关于调整个体工商户个人独资企业和合伙企业个人所得税税前扣除标准有关问题的通知》（财税[2008]65号）。

（一）合伙企业的合伙人按照下列原则确定应纳税所得额：

1. 合伙企业的合伙人以合伙企业的生产经营所得和其他所得，按照合伙协议约定的分配比例确定应纳税所得额。

2. 合伙协议未约定或者约定不明确的，以全部生产经营所得和其他所得，按照合伙人协商决定的分配比例确定应纳税所得额。

3. 协商不成的，以全部生产经营所得和其他所得，按照合伙人实缴出资比例确定应纳税所得额。

4. 无法确定出资比例的，以全部生产经营所得和其他所得，按照合伙人数量平均计算每个合伙人的应纳税所得额。

（二）合伙企业生产经营所得和其他所得采取“先分后税”原则：

无论合伙企业是否实际分配，均需按照合伙人的一定比例计算合伙人当年实现的应纳税所得额和经营所得的个人所得税。前款所称生产经营所得和其他所得，包括合伙企业分配给所有合伙人的所得和企业当年留存的所得（利润）。通过有限合伙企业取得的收益在当年度没有分回，也需要将有限合伙企业归属于合伙人的留存利润缴纳企业所得税。

因此，合伙协议如约定将合伙企业的全部利润分配给一个法人合伙人，则该法人合伙人分得的全部利润应缴纳企业所得税；合伙协议如约定将合伙企业的全部利润分配给一个自然人合伙人，则该自然

人合伙人分得的全部利润应按经营所得全部缴纳个人所得税。

综上所述，有限合伙企业对于高片酬的明星有着天然的吸引力。有限合伙企业便于收集合并或剥离目标公司的财务营收报表，合伙人可以科学合法地对目标企

业合理的利润隐藏与释放，实现企业资本运营目标。明星寻求最适合自己的资本运营方式无可厚非，最大程度地寻求避税也能够理解，但也要合理合法合规，否则一不小心就可能自毁前程。



### 吕连连 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向：金融证券、合同纠纷、

家族财富传承与管理

联系方式：13564350327

## 领导责任制是否属于解除劳动合同的合法依据？

作者：马怡坤

**【基本案情】** 陈某于 2007 年入职某公司，并于 2017 年起担任公司大客户部负责人。2019 年，某公司发现陈某下属柏某存在系列不当行为，包括隐瞒退货真相和损失情况、以转赠形式隐蔽处理退货费用等。公司认为，陈某作为领导负责审批柏某相关工作申请，但未能及时向上级汇报柏某上述情况，造成公司损失，构成违反公司规章制度，遂对陈某书面警告一次。

2019 年，某公司又以员工杜某未按照实际发生金额预提费用，导致其多申请了 85 万余元为由，因为杜某的申请经陈某审批通过，所以认定陈某的行为违反公司规章制度，造成公司损失，再次对陈某书面警告一次，并以陈某两年内违反公司规章制度警告达到两次为由，解除与陈某的劳动合同。

**【裁判结果】** 经法院审理认为，关于第一次书面警告，首先，虽然陈某对柏某发货的决定负责最终审批，但发货意见是

经陈某下级逐级审批后提交至陈某处，陈某有正当理由相信该意见具有一定合理性。结合案外人如果缺货则某公司将被该案外人罚款的情况，陈某同意该决定也具有管理决策的合理性。其次，陈某所在部门在柏某将案外人退货商品转为给予案外人的赠品决定中只起到辅助作用，直接操作人员及最终决策者均为其他部门人员，陈某只是在决策过程中参与“合意”，并无最终决策权，且陈某曾就此向最终决策者进行汇报，某公司亦认可最终决策者对此知情，故该决定的责任也不能归责于陈某。故某公司第一次书面警告缺乏相应依据。

关于第二次书面警告，陈某虽然负责杜某结果签呈的最终审批，但未造成任何损失，故第二次书面警告亦缺乏依据。据此，法院认定某公司系违法解除其与陈某

之间的劳动合同关系，公司应当支付陈某违法解除劳动合同赔偿金。



### 【裁判要旨】

本案中，用人单位以劳动者作为中层管理人员履行管理职责不当累计两次为由解除劳动关系，而该用人单位的规章制度中并无对管理人员履职不当应如何处理的具体内容。对处于企业组织架构“夹心层”的中层领导的管理及履职评价，除依据规章制度外，还应结合企业交易习惯、经营方略及商业目标等因素进行综合考量。在公司规章制度中对管理者管理行为的制约机制缺位或约定不明时，如径直认定其违纪将不利于发挥正向激励及促进忠诚履职的作用。此外，就下属过错导致的责任承担问题，应当严格区分管理人员在整个事件当中所起到的作用以及其主观恶意程度，不能随意让中层“背锅”。

### 【律师评析】

本案的争议焦点在于陈某作为管理人员，两次履行管理职责不当是否构成严重违纪，也即用人单位能否因员工存在严重违纪行为径行追究管理者责任，同样以严重违纪为由解除其劳动合同？

领导责任制作为体制内的一种责任承担方式被越来越多的民营企业吸收，作为督促管理人员尽职的一种手段。一般用人单位会根据事件的严重程度对相关人员采取警告、减薪、降职甚至罚款等措施，但解除劳动合同作为劳动关系中最为严重的处理结果，用人单位应当谨慎对待，除了要考虑单位制度设置的合理性，更要在劳动法层面做到合法合规。

从本案的判决结果来看，仅仅因为存在管理与被管理关系，并不能成为“连坐”的理由。本案在论证管理人员管理行为是否构成严重违纪时主要考量了以下几方面因素：

#### 一、规章制度是否有明确规定

规章制度中关于管理人员的岗位职责、需要承担注意义务的范围、承担领导

责任的具体方式等内容是否存在详细规定，管理人员对上述规定是否知情，是判断管理人员是否应当担责的重要考量因素。本案中用人单位的规章制度中缺乏此类规定，所以其直接认定管理人员构成严重违纪从而解除劳动合同缺乏制度支撑。

## 二、决策行为是否具有合理性

用人单位不能仅仅因劳动者非故意或重大过失的职务行为追究其严重违纪责任，本案中该管理人员在决策的过程中考虑了用人单位的利益，且其审批也是经过下级逐级审批后提交，因此其决策行为具有一定的合理性。本案中管理人员的正常决策行为，最终却换来了用人单位的处罚，不仅对劳动者而言不公平，也不利于发挥正向激励及促进忠诚履职的作用。

## 三、管理人员的参与程度

本案中管理人员只是在决策过程中参与“合意”，并无最终决策权，且曾就此向最终决策者进行汇报，公司亦认可最终决策者对此知情。所以管理人员的行为仅仅是“过程性行为”，既无决定效果，也不会影响其他决策者，如果责任最终归

于其承担，与最终决策者毫无干系，管理人员就成为了真正的“替罪羊”。另外，该管理人员对于下属的过错行为只起到辅助作用，就算其需要承担责任，根据过错责任原则其也应当只承担与其过错相适应的责任，不至于到解除劳动合同的程度。

## 四、违纪行为的损害结果

对于本案中的第二次警告，虽然管理人员负责最终审批，但是对用人单位没有造成任何损害结果。没有损害结果不能要求管理人员承担“无因”的责任，更不能因此与其解除劳动合同。

## 五、参与人员的主观恶性

管理人员在整个事件中的主观恶性应当作为认定其是否需要对其下属的过失行为承担责任的一大因素，认定其是否具有主观恶性可以依据其对下属的行为是否知情、是否存在鼓励或默示情形、对于公司的规章制度是否了解，对于造成的损失是否有清楚的认知等进行判断。

## 六、综合考量

对处于企业组织架构“夹心层”的中层领导的管理及履职评价，除依据规章制度外，还应结合企业管理制度、交易习惯、经营方略及商业目标等因素进行综合考量。



### 马怡坤 律师

上海市普陀区总工会“朱雪芹职工法律援助工作室”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



## 用工单位不变派遣单位不断变，工龄是否连续计算？

作者：王余婷

在笔者接待的日常咨询中，经常遇到劳动者问起，我一直在同一家用工单位工作，所从事的工作岗位一直未变，但是用工单位过几年就要求我与另外一家劳务派遣公司之间签署劳动合同，此种情况下，我的工龄是否连续计算？

此外，笔者还遇到有些劳动者咨询，此种情况下，医疗期是从进入用工单位的第一天起计算还是从入职最后一家劳务派遣公司的第一天开始计算。今年5月各省市陆续发布了处理劳动争议案件的典型案例，上海市浦东新区人民法院在2023年5月5日发布了十起典型案例，其中案例二就涉及该问题，我们来了解一下具体内容：

### 【案情简介】

2006年4月4日至2010年1月29日期间，包某先后与三家劳务派遣公司签订劳务派遣合同，被派遣至上海某有限公司从事销售工作。2010年2月1日，包某直接与上海某有限公司签订期限至2013年3月31日的劳动合同，约定仍在原岗位从事销售工作。2013年3月25日起，包某因患病开始休病假，未再上班。后包某因病假工资和疾病救济费等纠纷提起劳动仲裁，要求公司支付上述费用，并主张其工作年限应自2006年4月4日起算，劳动仲裁认可包某该主张。公司不服，诉至法院。

### 【判决结果】

包某在2006年至2013年期间，其用人单位经历了四次变化，但其工作场所一直未发生变化，其一直从事销售的工作。上海某公司虽然一直称包某用人单位的变更系劳动者本人原因造成，但未提供充分证据予以证明。

同时，在庭审中，上海某公司也承认，由于公司需要从2010年2月1日起包某

与其直接建立劳动关系。根据《劳动合同法实施条例》第十条规定，此种情况属于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”，包某的工作年限应从2006年4月4日起计算。

### 【律师分析】

**（一）非因劳务派遣员工本人原因被安排与不同主体签订合同的，工龄需连续计算。**

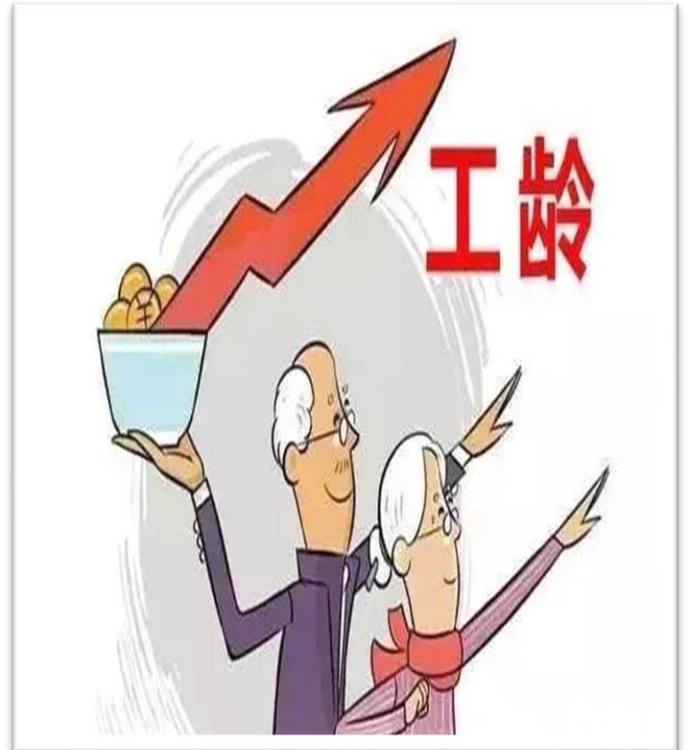
《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十条的规定：“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的，劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。”同时，根据2021年1月1日开始施行的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十六条规定：

“用人单位符合下列情形之一的，应当认定属于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”：（一）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位；（二）用人单位以组织委派或任命

形式对劳动者进行工作调动；（三）因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动；（四）用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同；（五）其他合理情形。”

在用工单位始终不变，而劳务派遣单位不断变化的情况下，实际上这两家单位主观上就有可能存在想要恶意规避一些法律责任的意图，那有关劳务派遣员工的工龄到底是否应连续计算，结合上述法条的规定需结合以下因素进行分析：1、是否为非劳务派遣员工本人的原因。如劳务派遣员工自己向上一家劳务派遣单位递交“辞职信”后再与新劳务派遣单位之间签署劳务派遣协议的，可能会存在不被认定为“非劳动者本人的原因”，但如有证据可证明该辞职信的递交是用人单位的安排，此时，即便存在辞职信，也有可能被认为是“非劳动者本人的原因”，工龄应连续计算；2、工作岗位及工作场所是否发生变化。两者均未变化的，则有可能工龄需连续计算；3、上家劳务派遣单位是否支付经济补偿金等。如有支付解除劳动

合同经济补偿金或赔偿金的，则劳务派遣员工与上家劳务派遣单位之间的劳动关系已结束，就不再会涉及工龄连续计算的问题。



（二）工龄是否连续计算会影响到劳务派遣员工生病时医疗期的计算。

有关医疗期的计算，上海地区与其他省市的计算方法是不一致的，在此，我们仅谈上海地区，有关医疗期的计算，是按照劳动者在“本用人单位”的工龄进行计算。当劳务派遣单位不断变化而用工单位始终不变的情况，有观点认为，用人单位实际上是不断变化的，有关劳务派遣员工

的医疗期的起算应从最新一个劳务派遣单位与劳务派遣员工之间所签署的劳务派遣协议的起始时间开始计算。通过上述浦东新区人民法院发布的典型案例来看，实际上在司法实践中，并非持上述观点，在劳务派遣用工法律关系中，在用工单位不变时，将“本用人单位”进行扩大解释，认为此种情况下，有关医疗期的计算应与用工单位建立用工之日起就开始计算。此种观点可更好地保护劳务派遣员工的合法权益，也更加地合理，防止通过不断变更劳务派遣单位的方式侵害劳务派遣员工的合法权益。

### **（三）工龄是否连续计算会影响到劳务派遣员工的经济补偿金及赔偿金的计算。**

有关解除劳动合同经济补偿金及违法解除劳动合同的赔偿金的计算均会涉及工龄的问题，当劳务派遣单位不断变更，用工单位不变情况下，最后一家劳务派遣单位与劳务派遣员工解除劳动合同时，经济补偿金或赔偿金从何时开始起算就是非常关键的。

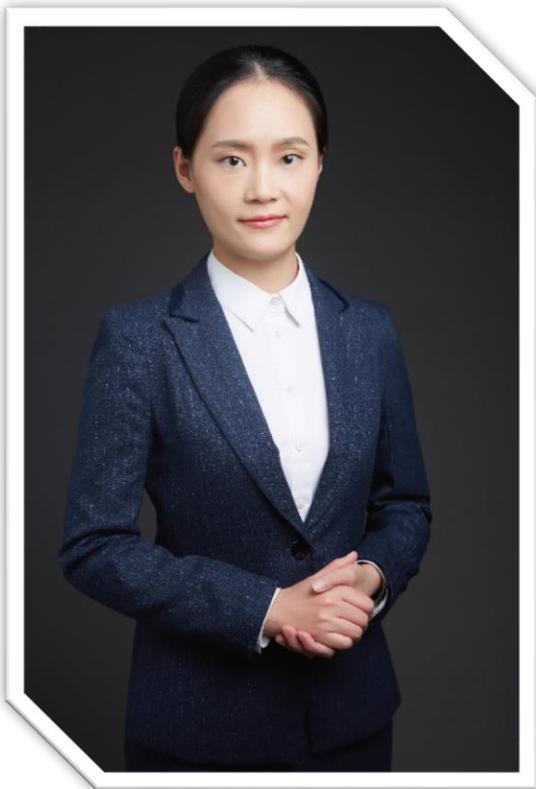
根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十六条规定：“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付经济补偿，劳动者依据劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同，或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同，在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时，劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的，人民法院应予支持。”

如像浦东新区人民法院发布的典型案例那样，是需从与用工单位第一天建立用工关系之日起计算的，上海市第一中级人民法院审理的(2021)沪01民终1773号案件也是持此种观点。当然，如涉及劳务派遣员工离职前12个月月平均工资标准高于社平工资三倍标准，还涉及12年封顶的问题，如第一天建立用工关系的时间长于12年的，此时最多也只能按照12年的时间进行计算。因而，除考虑一般情况外，我们还需考虑封顶及当时法律法规对

支付解除劳动合同经济补偿金或赔偿金的请求是否有明确法律规定。

## 结语

通过对浦东新区人民法院发布的典型案例分析，我们的劳务派遣单位及用工单位也需谨慎处理有此类类似情况的劳务派遣员工，如处理不慎，可能就要面临违法解除劳动合同的法律风险。在此，着重提醒劳务派遣单位，有关与用工单位之间所签署的《服务协议》中约定责任承担的主体，是非常关键的。如未明确约定责任的承担主体，作为劳务派遣员工的用人单位，最后一家劳务派遣单位的法律风险是比较大的。



### 王余婷 律师

上海七方律师事务所合伙人

劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会委员

业务方向：劳动法、合同法、

企业法律顾问

联系方式：13641834607

## 口头辞职的法律效力分析

作者：谢亦团、原悦

### 【案情简介】

张某于2018年10月22日入职杭州某建筑设计有限公司上海分公司（以下简称分公司），从事景观设计师工作，签订了为期三年的劳动合同。岗位工资3000元，工资参照公司《绩效考核管理制度》及《薪酬福利管理制度》执行。

2020年10月2日至10月8日期间张某通过微信与同事沟通工作事宜。2020年10月11日，经张某申请，上海分公司为张某报销了2020年10月4日、10月5日、10月7日的交通费，事由为加班。

2020年10月22日，张某与上海分公司人事林某谈话：……我觉得不能以你什么时候走，想什么时候离职来定啊，公司也有公司的一个安排啊，然后合理的也安排给你了，该调休调休，该年假年假。……张某：没有啊，你看提离职是我主动提的离职对吧，然后我说定离职的时间是我们准备商量一下，根据项目的情况对吧……。同日，人事林某向张某发送微

信：张工，你的工作到今天结束，从明天开始安排你休息，工资结算到月底10.31。离职手续和退工单今天可以给你办好。

分公司的员工手册中约定，加班需要事先申请，获得相关领导的审批通过后方为有效；同时规定，加班至23:00，可报销车费（凭有效票据和考勤记录）。

张某向上海分公司申请仲裁，要求分公司支付：1、2020年10月1日至10月3日法定节假日加班工资9650元；2、2020年10月4日至10月7日休息日加班工资8582元；3、违法解除劳动合同赔偿金93000元。

### 【裁判结果】

仲裁委裁决分公司支付张某2022年10月4日、5日、7日加班工资，其余诉讼请求均不予支持。张某不服，起诉至法院，一审作出与仲裁相同的判决；张某还是不服，上诉至中级人民法院，二审法院判决维持原判。

### 【律师分析】

本案涉及的争议焦点有二个，一是张某口头提出辞职，公司表示同意并办理退工手续是否违法；二是微信聊天记录和报销车费能否证明存在加班事实。



**一、劳动者提出辞职系形成权，解除劳动合同意思达到用人单位即为有效，劳动者不能撤销。**

实务中，有的劳动者一时冲动作出辞职的意思表示，但冷静后又想反悔收回辞职。由于提出辞职系劳动合同法赋予劳动者的一项基本权利，属于形成权，一旦解除的意思传达到用人单位，即发生解除的法律效力，除非用人单位同意撤销。这也是为什么提出辞职后，即使出现怀孕、患病、工伤等特殊情形，要求撤销辞职行为也不会获得支持的原因。

本案中，张某明确表达了辞职的意思表示，虽然没有明确具体的离职时间，分公司作出同意其辞职，并办理退工手续，可以视为劳动者提出的协商解除行为，故

分公司的行为并不违法，所以张某要求赔偿金没有获得支持。

**二、用人单位在规章制度约定加班需要申请获得批准方可主张加班费合法有效，但用人单位安排或者追认加班的，即使劳动者没有提出申请，仍然应当支付加班费。**

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释一》第四十二条规定，劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。

本案中，《员工手册》中明确了单位员工加班前须进行申请并通过审批流程，且加班采用调休的方式，并不再另行支付加班费。张某提供的微信聊天记录并不能完全证明2022年10月1日至3日存在加班的事实，而且没有提供获得分公司审批的证据，所以其主张10月1日至3日法定加班费没有获得支持；而10月4日、5日、7日，虽然张某也没有提出加班申请，但分公司事后报销了因为加班才享有的交通费，应视为以实际履行的方式对张某存在加班事实进行了追认，因这几天加班

未安排调休，所以最终法院判决支持了张  
某主张的休息日加班费。

劳动者提出辞职时应当三思而行，一  
经提出，除非用人单位同意，否则是无法

撤销的；用人单位实行加班审批制度的，  
劳动者确因工作需要加班的，应当提出申  
请，否则要求加班费不会获得支持。



### 谢亦团 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人  
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会委员  
上海市静安区劳动人事争议仲裁委员会  
兼职仲裁员  
上海市闵行区总工会、人民法院  
特邀调解员  
上海市普陀区人民法院特邀调解员  
业务方向：劳动法、合同法、常年法律顾问  
联系方式：13585507739



### 原悦 律师

上海七方律师事务所 律师  
业务方向：劳动法、  
民商事争议解决  
联系方式：13524209223

## 最高院：关键词推广隐性使用构成不正当竞争

作者：孙志勇

在 4.26 世界知识产权日即将到来之际，最高人民法院于近日发布了 2022 年中国法院 10 大知识产权案件和 50 件典型知识产权案例，既加强了知识产权保护的宣传力度，也为相关知识产权案件裁判规则的确立提供了指引。

在 50 件典型案例中，其中第 3 件涉及一起搜索关键词隐性使用是否构成商标侵权或不正当竞争的定性问题。近年来，这一问题在理论和实践中均存在不小争议，不同法院判决结果不一，而此案历经中院一审、高院二审和最高院再审，各级法院的观点也不尽相同。

### 【案情简介】

海亮集团是“海亮教育”“海亮”等商标的权利人，其将上述商标授权海亮教育集团及其所属学校（海亮小学、海亮高级中学等 7 所学校）使用，并同意海亮教育集团及其所属学校将“海亮”作为商号使用。经过多年品牌和信誉积累，海亮集团获得了诸多荣誉。

2019 年 5 月，海亮集团发现在 360 等网站搜索栏中输入“海亮”“海亮教育”等字样并点击搜索后，新页面靠前的多项搜索结果均显示“诸暨荣怀国际学校火热招生中！”或“诸暨荣怀国际学校咨询热线”等推广链接，词条中未有“海亮”字

样；在搜索栏中输入“诸暨海亮学校统一招生热线”进行搜索时，新页面第一条搜索结果显示“海亮学校招生简章—荣怀学校—招生热线”推广链接，词条中显示有“海亮”的字样。

经向 360 网站运营方奇虎公司调查，诸暨荣怀学校、荣怀教育集团是该公司点睛平台开户推广的客户。奇虎公司提供了该两公司在点睛平台修改搜索关键词等信息的操作记录，显示该两公司曾以海亮学校、海亮教育等 46 个带有“海亮”字样的关键词进行关键词推广。

随后，海亮集团等 9 主体作为原告，向法院起诉荣怀教育集团、诸暨荣怀学校，

要求两被告停止侵害商标专用权、字号权，停止不正当竞争行为（包括停止在 360 搜索引擎中设置“海亮”“海亮教育”等涉案关键词的行为），赔偿经济损失及合理支出 7508000 元，并刊登声明、消除影响。

### 【裁判结果】



一审法院认定被告构成商标侵权，且存在不正当竞争行为，判令两被告立即停止在 360 搜索引擎中设置“海亮”“海亮教育”字样关键词的行为，赔偿经济损失及合理支出 300 万元，并刊登声明、消除影响。

两被告不服，提起上诉。二审法院认为，对于搜索结果页面中显示有“海亮”字样的“显性使用”属于商标使用行为，构成商标侵权，而且构成侵害他人企业名称权益的不正当竞争行为；但对于搜索结果页面中未显示“海亮”字样的“隐性使

用”行为，不属于商标使用行为，不构成商标侵权，也不构成不正当竞争。据此，二审法院改判两被告停止在 360 搜索结果页面的相关网站推广内容中使用含有“海亮”字样的行为，赔偿经济损失及合理支出 50 万元，并刊登声明、消除影响。

双方均不服，申请再审。最高人民法院认为，两被告的“隐性使用”行为违反了诚实信用原则和商业道德准则，构成不正当竞争，一二审法院认定事实及适用法律均存在不当，因此，法院判决撤销一二审判决，判令两被告停止在 360 搜索引擎中设置“海亮”“海亮教育”字样关键词的行为，以及在 360 搜索结果页面的相关网站推广内容中使用含有“海亮”字样的行为，赔偿经济损失及合理支出 260 万元，并刊登声明、消除影响。

### 【案例评析】

在搜索引擎服务商提供的竞价排名服务中，将他人标识作为后台算法的关键词，根据搜索结果或页面中是否包含有搜

索关键词，一般分为关键词的“显性使用”和“隐性使用”两种方式。

显性使用是指在搜索结果的链接标题或者目标网页中仍有该标识显示，而隐性使用是指在搜索结果的链接标题和目标网页中均不再有该标识显示，本案中两被告即同时存在这两种使用方式。

针对显性使用，司法实践中一般认定为构成商标侵权或者不正当竞争，对此，本案各级法院的认定也是一致的。主要的分歧在于对隐性使用的性质认定问题。

## 一、关键词隐性使用行为不构成商标侵权

仅将关键词在后台进行设置，该关键词并不展示在搜索结果的链接标题和目标网页中，对于公众而言，并没有直接感知到这一关键词，也就是说，该关键词并没有发挥其识别商品或服务来源的功能，也难以产生混淆或误认的效果，因此这种使用方式并非商标性使用，也就不会构成商标侵权。对此，司法实践中基本形成共识，本案中各级法院也均认定该行为不构成商标侵权。

## 二、关键词隐性使用行为构成不正当竞争

由于隐性使用行为并不会让公众对商品或服务的来源产生混淆，因此，一般认为该行为并不构成反不正当竞争法第六条所规定的混淆行为。但是，该行为是否构成反不正当竞争法第二条所规定的违反诚实信用和商业道德的行为，在实践中则存在较大的争议。

有观点认为此种行为不构成不正当竞争。认为竞争对手之间对商业机会的争夺是竞争的常态，也为市场竞争所鼓励和提倡。从竞争秩序来看，这种行为并未影响标识权利人自然搜索的结果，而商业机会并非一种法定权利，这种行为也不必然导致权利人交易机会的丧失；而从用户的认知来看，搜索网站的竞价排名已越来越为一般的网络用户所知晓，面对搜索结果，相关公众会进行理性地比较和选择。因此，虽然这一行为有借此增加其广告出现在搜索结果中的机会的意图，但这本身是一种市场竞争的手段，并不违反诚实信用和商业道德，不构成不正当竞争。本案二审

法院，以及北京市高级人民法院在(2013)高民终字第1620号、上海市浦东新区人民法院在(2020)沪0105民初3814号、南京市中级人民法院在(2016)苏01民终8584号等案件中均持此观点。

也有观点认为此种行为构成不正当竞争，本案中最高人民法院即持这一观点。法院认为，其一，权利人通过长期使用、广泛宣传所积累的商誉应当受到法律保护，隐性使用的行为具有攀附权利人商誉的故意，主观上利用权利人知名度达到推广、宣传自身的意图十分明显。其二，竞

争自由和创新自由不得侵犯他人的合法权益，在互联网环境下，抢夺他人流量势必会损害他人商业利益，不正当竞争行为并不足以导致混淆、误认为构成要件。其三，隐性使用的方式对网络用户造成了信息干扰，妨碍了搜索引擎基本功能的正常发挥。在此之前，北京市高级人民法院在(2018)京民再177号、北京知识产权法院在(2021)沪73民终2995号、重庆市第一中级人民法院在(2020)渝01民终4220号等案件中均持此观点。

## 结语

此次最高人民法院典型案件的发布，在一定程度上表明了最高人民法院对此类型行为定性的态度。因此，也提醒广大企业要坚持诚信经营，在此前司法实践活动中对该行为的评价标准不一的情况下，许多企业仍然采用这种方式开展宣传推广活动，在此之后要尽量避免，切实降低侵权风险。



### 孙志勇 律师

上海七方律师事务所 律师、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、公司法

联系方式:18918887908

# 购卡自由！退卡自由？

作者：沈艳邱

曾几何时，会员卡与我们的日常消费紧密地联系在了一起，健身、美容、美发、养生、美甲，甚至是饭店吃饭、面包房买面包等等，你总会遇到，店内员工向你询问“是不是我们家会员？”、“要不要办一张会员卡，可以打折哦。”面对极大的优惠折扣，我们作为消费者，很难不被吸引，而这也是会员卡的最大卖点。

然而，随着会员卡的广泛使用，以此引起的消费矛盾越来越多，很多消费者也会困惑“怎么我买卡是自由的，退卡就不自由了呢？”今天，笔者想要和大家讨论的就是“会员卡的买与退”，在法律层面上该如何解读。

### 案情简介

小李是A品牌美容美发门店的忠实会员客户，在该门店持卡消费很多年，近日，A品牌门店一批员工集体辞职并跳槽到B品牌美容美发门店，小李觉得自己相熟的员工都不在店里了，新来的员工他非常不习惯，而且员工的大量流失说明A品牌门店管理混乱，这让他对这家店产生了不信任感，所以他不愿意再在A品牌门店消费了，故以此为理由向A品牌门店提出退卡，多次协商无果后，小李向法院提起了诉讼。

### 裁判结果

一审法院认为在小李尚能继续持卡消费，而A品牌美容美发门店又不愿意解除合同的情况下，小李以门店人员流动为由要求解除双方的服务合同关系，退还全部会员卡余额，缺乏事实和法律依据，法院不予支持。

小李不服一审判决上诉至中级人民法院，二审法院认为小李与A品牌美容美发门店之间存在合法有效的服务合同关系，A品牌门店已经向小李履行了约定的合同义务，且在提供服务的过程中并没有违约行为，双方的服务合同履行并无任何障碍，理应继续履行。所以小李要求解除服务合同关系并判令A品牌美容美发门店返还其会员卡余额的诉求，缺乏事实和法律依据，不能予以支持，因此驳回上诉，维持原判。

### 律师分析

本案涉及的争议焦点有两个，一是小李与A品牌美容美发门店是否建立了服务合同关系；二是小李要求解除服务合同的理由是否成立。

#### 关于争议焦点一

小李在A品牌美容美发门店办理、充值会员卡并长期在该门店持卡消费，A品牌门店为小李提供美容美发服务，双方虽未签订书面的服务合同，但实际上已经形成了一种服务合同关系。

会员卡退卡类的案件，在庭审的时候，消费者及其委托的律师都会极力否认消费者与门店之间建立了服务合同关系，理由是消费者在充值办理会员卡的时候并没有签订任何书面协议，消费者与商家之间并没有约定任何权利与义务关系。但是法院把会员卡类的退卡纠纷直接定性为服务合同纠纷，法院认为消费者充值购买会员卡的过程其实就是消费者与商家之间建立服务关系的过程，而之后的持卡消费就是双方在履行服务合同。

#### 关于争议焦点二

在确立消费者与商家之间存在服务合同关系的前提下，需要探讨的焦点就是消费者解除服务合同的理由是否成立。在这个案件当中，消费者以A品牌门店员工大量流失说明门店管理混乱为由要求解除服务合同，法院并不支持。法院认为消费者与商家

形成服务合同关系，由商家作为主体向消费者提供相应的美容美发服务，这种服务关系的成立并非取决于商家内部的某些员工，况且人员流动在人才市场上本就属于正常现象，并不属于商家的过错，更不能说明商家内部存在管理混乱问题，因此该理由无事实和法律依据，法院不予采纳。

### 观点碰撞

就会员卡类的服务合同关系，消费者是否有解除权，其实不同的法官之间还是会有不同的观点。一些观点认为，会员卡本质是服务合同关系，那就需要遵循合同的特性，即消费者要求解除合同时是否拥有法定或约定解除权亦或是任意解除权。也有持不同意见的，他们认为会员卡本质还是属于预付式消费，消费者把钱存到会员卡内，在没有购买具体商品和服务之前，应该享有任意解除的权利，因为《中国消费者权益保护法》第九条明确规定“消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者，自主选择商品品种或者服务方式，自主决定购买或者不购买任何一种商品，接受或者不接受任何一项服务。”当然还有一些观点认为没有什么合同是解除不掉的，无非就是违约金的多少问题。

### 个人见解

相对而言，笔者更赞同第一类观点，即这个案件当中法官持有的观点：虽然消费者和商家没有签订书面合同，但消费者通过购买会员卡并持卡消费而使双方形成了事实上的服务合同关系，这种合同关系是依法成立且合法有效的，那么对当事人应当具有法律约束力，当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。此外，笔者认为消保法第九条规定的“消费者自主消费的权利”适用于消费者购买会员卡之前，即在暂未购买会员卡的时候，消费者必然有权利自主选择购买或者不购买，但一旦购买了某一个商家的会员卡之后，若再以消费者自主消费为由要求解除合

同，认为自主消费就等于拥有了任意解除服务合同（会员卡类）的权利，这是对消保法第九条的扩大解释。

### 律师建议

- 一、消费者在购买会员卡之前应做好必要的调查，谨慎购卡。
- 二、消费者购卡尽量选择大品牌、大公司，后续服务更有保障。
- 三、消费者购买会员卡的时候，主动向商家提出签订购卡协议，必要时咨询专业律师意见。



沈艳邱 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：劳动法、民商事争议解决、

企业法律顾问

联系方式：18721371593



# 医者仁心 律者思方



---

主 编：王晓鹏

编 辑：吕新雅、朱好婕、芩玉姣、刘永琴

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A、C、D座