2023年
5 期
总第23期

七方法研

公司治理 | 代持股权在破产程序中归谁所有？——吕小萌

财税金融 | 股权转让中的税务风险及防范 ——苏峰琴、李林芳

聚焦劳动法 | 试用期管理的四大注意要务 ——马怡坤

目录

民商纵横

固定单价合同解除后，工程价款如何结算？----------01

承包人主张返还工程质量保证金的 5 个要点----------07

医疗纠纷处理实务分析----------12

挂靠情形下常见的工程款争议分析----------19

家长里短

上海首例遗嘱指定监护案分析----------25

涉外诉讼离婚管辖与送达实务分析----------31

罪与罚

非国家工作人员受贿罪与对非国家工作人员行贿罪比较分析----------39

保健品案件中，虚假广告罪与诈骗罪如何区分？----------45

民间借贷与非法集资类犯罪的行为界限----------51

公司治理

代持股权在破产程序中归谁所有？ ----- ----------58

股权代持协议中隐名股东是否享有任意解除权 ----------61

涤除法定代表人登记诉讼实务分析 ----------68

财税金融

股权转让中的税务风险及防范 ----------76

聚焦劳动法

员工合同到期不续签之后，能否以严重违纪为由将其解雇？ ----------81

试用期管理的四大注意要务 ----------86

企业规章制度的程序合规性要求 ----------92

固定单价合同解除后，工程价款如何结算?

作者：席绪军、朱妤婕

在建设工程领域中，工程款的结算无疑是各方当事人最关注的内容。近期，团队接到客户咨询关于固定单价合同中途解除的工程款结算问题，这一问题一直有很多争议，实践中各地法院在不同案件中的适用方法和裁判口径也不尽相同。借此，本文与大家一起探讨未完工的固定单价合同工程价款相关计价方式。

一、计价方式

（一）按固定单价计算

计价方式：已施工部分的工程结算款=合同约定固定单价×实际已完工程量

有部分支持采用这一计价方式的观点是认为应遵循“固定价不予鉴定”的工程造价鉴定规则，既然合同已经约定固定单价，则应直接按照固定单价确定已完工的工程价款。

这就涉及对《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称“《建工合同解释》”）第二十八条的理解，该条规定：当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，人民法院不予支持。

该条是针对固定价格合同已完全履行完毕情形下工程款的结算问题所作的规定，此时无论是固定单价合同还是固定总价合同，无疑应依据根据合同约定价款结算，但该条并不直接适用于固定价格合同未履行完的情形，仅完成部分工程时，无法依据合同约定确定工程价款。

故对于未完工程，并非均能采用固定单价确定已施工部分的工程价款。

（二）适用工程量比例法

工程量比例法关键在于确定已施工部分占全部工程的比例，司法实践中有两种计算方式：

1. 直接工程量比例法：工程价款=（已完工程量/全部工程量）×合同约定总价款

该种方式是通过鉴定确定已完工程量占全部工程量的比例，再乘以合同约定总价款。合同约定总价款为合同约定的固定单价乘以合同约定或施工图纸确定的工程总面积。

2. 间接工程量比例法：工程价款=（已完工部分定额价/定额总价）×合同约定总价款

该种方式又称价款比例法，是通过造价鉴定计算出已施工完成部分占整个工程的比例，再乘以合同约定总价款（合同约定总价款的计算方式同直接工程量比例法）。造价鉴定系依据某一定额标准鉴定出已施工部分和未施工部分，确定已施工部分占总工程的比例。

针对前期施工难度大、利润低或者前期存在大量无法计入施工面积的施工内容时，间接工程量比例法更能公平地计算已施工部分价款。

参考案例：

- （2015）民一终字第 309 号

裁判观点：因本案是一个未完工程，对于施工单位已经施工的工程价款，尚无法按每平米的单价来确定。按照合同约定和施工图纸可以确定工程的总平方米，在全部完工情况下，乘上每平方米的单价，即是工程总价款。在未全部完工情况下，确定已经施工部分的工程价款，关键在于确定已施工的部分占全部工程的比例。确定比例后，乘上按每平方米计算的工程总价款，就是已施工的工程价款。

- （2021）最高法民申 4477 号

裁判观点：在工程尚未完工的情况下，发包人通知承包人解除合同并将未完工程发包给案外人继续施工，致使对于承

包人已完成的部分工程无法简单地按照固定单价乘以面积的方式计算工程款。原审法院委托鉴定机构采取价款比例法进行鉴定，该鉴定方法符合本案实际，实质上即为按照双方约定的固定单价计算的工程款。

（三）采取定额计算法

该方式是根据实际完成工程量，以建设行政部门颁发的定额取费核定工程价款。

参考案例：

- （2014）民一终字第 69 号

裁判观点：法院认为承包人实现合同目的、获取利益的前提是完成全部工程。本案的计价方式，贯彻了工程地下部分、结构施工和安装装修三个阶段，即三个形象进度的综合平衡的报价原则，其一次性包死的承包单价是针对整个工程作出的，现承包人无法完成与施工面积相对应的全部工程量，双方当事人约定的工程价款计价方法已无法适用。依据政府部门发布的定额进行计价，计算结果与当事人预期的价款较为接近，符合当事人双方的利益平衡以及司法判决的价值取向。

- （2017）最高法民申 1340 号

裁判观点：关于案涉工程造价结算数额的确定问题。法院认为通常约定固定价款结算的，其固定价款确定的依据应当是工程全部完工。本案合同约定案涉工程以固定单价方式进行结算，倘若工程正常竣工全部完成，无疑应当以双方约定的固定价款方式作出结算，但在本案工程没有完工的情况下，以合同约定的单价结算既不客观也不合理。对此，《工程造价鉴定意见书（定稿）》以 2010“定额”套价确定工程价款符合本案工程施工的实际情况，参照 2010“定额”进行结算包含利润，符合双方事先在合同中对结算作出的约定。

实践中还有参照定额计算出的鉴定价款，酌定下浮一定比例确定已完工程价款，如在（2019）最高法民申1396号案件中，法院认为双方合同约定的承包单价是针对工程整体作出的，施工方主要完成的是结构工程，利润有限；未完成工程主要是装修、安装工程，利润较高。双方直接按合同约定的固定单价方式结算工程价款对施工方有失公平，故采取政府定额作为计价标准，并综合全案实际，酌定结算价款较定额价格下浮比例为6.9%。

二、律师分析

本文认为应综合考虑合同当事人的真实意思、工程实际履行情况及完成程度等因素，同时兼顾过错责任与公平原则，来确定相应的计价方式已完工部分工程价款。

目前主要采用比例法，特别是间接工程量比例法。

最高院民一庭编著的《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）理解与适用》中提到，定额计算法与工程量比例法哪种方式更合理，需要结合当事人的诉求和具体案情来确定。若双方当事人均同意对工程造价进行鉴定的，应允许进行造价鉴定，若一方当事人坚持按照合同约定计算工程价款，则应尽量按照合同约定处理，即通过鉴定确定已完工程与全部工程的比例，再乘以固定总价款得出已完工程工程款。

目前各地高院出台的指导性意见也多支持“按比例折算”的方式计算工程价款，如山东高院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第4条第3款规定：工程尚未完工的，合同约定固定总价，承包人要求支付工程款的，对于能够确定已完工工程占合同约定施工范围比例的工程，应以合同约定的固定价为基础按比例折算；无法确定已完工比例的，双方对工程造价有争议的，可将争议部分工程造价委托鉴定。重庆高院及四川

高院发布的《解答》中也提到对于固定总价合同，未完成施工即终止履行，承包人要求发包人支付工程价款的，可以采用“价款比例法”的方式。

当然，在具体案件中，因合同内容不同、案件情形不同，需要，灵活适用更符合当事人约定、更公平合理的计价方式。

例如《理解与适用》中提到在双方当事人对工程造价鉴定均无异议的情况下，应当进行造价鉴定。又或者，施工方在施工过程中因发现实际施工成本超过预期等原因中途停工，并申请对工程造价进行鉴定的，根据利润与风险共担的公平原则，不应当支持，这也有利于防止不正当竞争行为。此外，工程量确定的情况下，法院会结合市场行情，若双方合同约定的单价并未明显过低，也可参照当事人合同约定的单价计算工程款，无需启动鉴定。

故在认定存在一方违约的情况下，可以根据施工进度及施工内容，适用固定单价计价或采用定额计价，更合理地确定已完工部分的工程价款，达到双方当事人利益平衡的效果。

特别提醒，本文讨论的是在原合同范围内部分施工的工程款结算，不涉及增项。若施工范围超出合同约定范围的，有约定按约定结算；无法参照约定标准结算的，可以参照施工地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算。

三、律师建议

1. 施工方可事先与相对方协商在合同中约定固定单价仅适用于工程全部完工或绝大部分完工的情况下，若因相对方原因致使合同未履行完毕即解除的，适用其他计价方式进行工程款结算。

2. 退场前固定证据，明确责任。在退场前双方先确定已完工程量，明确退场责任由哪方承担，无过错方要保留好包括会议纪要、函件、签证等证据材料，对后期双方协商或诉讼都会有非常重要的作用。

总之，在考虑采用何种方式进行结算时，本文认为应首要体现对守约方的保护，以此为基础确定更合适的计价方式。

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
注册一级建造师
业务方向：建设工程、房地产、经济纠纷
联系方式：13611782519

朱妤婕 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
民商事争议解决
联系方式：13816142289

承包人主张返还工程质量保证金的 5 个要点

作者：甘雯雯

建设工程一般包括五个阶段：前期阶段、准备阶段、施工阶段、竣工验收阶段、保修阶段。其中，以承包人为主、发包人为辅的主要集中于施工阶段、竣工验收阶段与保修阶段。

在工程施工阶段，承包人与发包人联系紧密，施工过程中出现问题双方可以及时沟通解决，以此推进工程进展。但是工程一旦施工完毕进入竣工验收、结算以及保修期，此时承包人已经退场，质量保证金的返还往往成为承包人在整个工程项目长跑的“最后一公里”。什么时候应该向发包人主张返还质量保证金？什么期间内主张返还才会得到法律的保护和支持？

笔者将在本文给大家梳理承包人向发包人主张工程质量保证金的 5 大重要时间节点：质量保证金返还期限之日、诉讼时效起算之日、竣工验收合格之日、缺陷责任期、保修期届满之日，同时解答与质量保证金返还有关的若干疑问。

法律依据

《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）》（以下简称：《建工解释一》）第十七条规定，有下列情形之一，承包人请求发包人返还工程质量保证金的，人民法院应予支持：（一）当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；（二）当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满二年；（三）因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起满二年。

工程质量保证金返还期限届满之日与保修期届满之日一样吗？

在建设工程施工合同中，发包人与承包人可以自行约定质量保证金的返还期限，并不受保修期的限制。在笔者经手的案件中，经常遇到发包人与承包人约定质量保证金于工程通过竣工验收之日起一年返还的情形。法律法规在处理质量保证金返还期限的原则还是充分尊重双方当事人的意愿，有约定从约定，没有约定的，才适用“自建设工程通过竣工验收之日起满二年”的强制规定。

在建设工程因为发包人的原因未进行竣工验收的情形之下，竣工验收合格之日无法确认，则在承包人提交工程竣工验收报告 90 日后，工程自动进入缺陷责任期，即计算质量保证金返还期间的起算之日，此后仍然是：有约定返还期的，从约定；未约定返还期的，自起算之日满二年。

主张返还质量保证金的诉讼时效自何时起算？

诉讼时效是权利人于一定期间内不行使请求人民法院保护其民事权利的权利，人民法院对其民事权利不再予以保护的法律制度。诉讼时效届满，承包人的实

体权利虽然不会消失，但是发包人却获得了以超过诉讼时效为由抗辩承包人主张工程款的抗辩权，人民法院经过审理认为抗辩事由成立的，会驳回承包人的诉讼请求。在当事人向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年的前提下，如何确定诉讼时效的起算点就成了重中之重。

在建设工程领域，质量保证金的本质是发包人和承包人约定的承包人用于保证其在缺陷责任期内履行缺陷修补义务的担保，缺陷责任期是当事人事先约定的行使权利和履行义务的期限，与法定的诉讼时效期间、除斥期间有着本质的不同。缺陷责任期届满之后，如果发包人、承包人双方没有合意延长，无论是基于何种原因，发包人都无权单方延长，也不能以工程存在质量问题为由拒绝返还质量保证金。

承包人主张返还质量保证金的诉讼时效应当自建设工程竣工验收合格之日起的计算的缺陷责任期满后开始计算。

关于建设工程竣工验收合格之日，《建工解释一》第九条规定，当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：（一）建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；（二）承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；（三）建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

关于缺陷责任期，《建设工程质量保证金管理办法》第二条第三款规定：缺陷责任期一般为 1 年，最长不超过 2 年，由发、承包双方在合同中约定。

主张返还质量保证金的诉讼时效与保修期有无关联？

目前的司法实践中，有些法院认为主张返还质量保证金的诉讼时效应当自建设工程竣工验收合格之日起计算的保修期满后开始计算，这种起算方式是错误的，实际上质量保证金的返还与保修期没有关系。

建设工程领域的保修期，是由承包人和发包人在建设工程施工合同中进行约定的，若当事人约定的保修期低于法律规定的最低保修期限的，应当适用法律规定的最低保修期限。

《建设工程质量管理条例》第四十条规定，在正常使用条件下，建设工程的最低保修期限为：（一）基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；（二）屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为 5 年；（三）供热与供冷系统，为 2 个采暖期、供冷期；（四）电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程，为 2 年。其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。建设工程的保修期，自竣工验收合格之日起计算。

由此规定可以推知，如果质量保证金的返还与保修期挂钩，约定保修期届满之后返还质量保证金，那么会出现 50 年甚至 100 年以后返还质量保证金的奇葩现象。如果主张返还质量保证金的诉讼时效自建设工程竣工验收合格之日起计算的保修期满后开始起算，那么也会出现诉讼时效在主体结构到达合理使用年限之前根本不会起算的尴尬情况。

质量保证金返还后，承包人是否仍需承担保修责任？

如前文所述，工程质量保证金返还期限届满之日与保修期届满之日不一定相同。如果发包人依约返还质量保证金之后，工程保修期还未届满，承包人仍然要承担保修责任。《建工解释一》第十七条第二款规定，发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。

质量保证金约定的返还期限届满时间早于法律法规关于保修期强制性规定的最低保修期限届满时间，发包人可以要求待法定的保修期届满再行支付质量保证金吗？

不能。如前文所述，质量保证金的返还期限遵循当事人意思自治原则，有约定从约定，因此当事人可以约定质量保证金返还期限早于保修期届满时间。假如发包人与承包人约定的质量保证金返还期为一年，期限届满之后，该工程的两年保修期尚未到期，此时发包人仍应当如约支付质量保证金。

承包人如何防范质量保证金返还的风险？

在签订建设工程施工合同时，承包人可以跳脱保修期的限制，与发包人自行约定质量保证金的返还期限。

在建设工程完工之后，承包人应当积极推进工程的竣工验收。如果发包人不配合或者故意拖延验收，承包人也应当尽快提交书面的竣工验收报告，这样能够使得工程尽快在 90 日后进入缺陷责任期。

作为承包人工程利润来源的重要部分，质量保证金的主张也不能大意。承包人应当在质量保证金期限届满之时积极向发包人主张返还，切勿拖延。发包人拒付的，承包人在诉讼时效届满之前应当积极通过诉讼行使自己的权利。

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、企业合规、
建设工程与房地产
联系方式：13564750281

医疗纠纷处理实务分析

作者：张春球

【案情简介】

原告：李某、肖某，系夫妇；被告：广东省某市妇幼保健院。

李某因“停经 40+4 周，腹部阵痛 3.5 小时”入院待产，入院体检指标正常。入院后 3 小时产妇宫缩时出现胎心下降，最低降至 57 次 / 分，宫缩间歇可恢复至 110 次 / 分以上，阴查见宫口开全，这时胎儿胎心已出现不正常，但被告未采取任何治疗措施，仍坚持让李某顺产，孕妇屏气用力时见胎头下降明显，但胎心已降至 78–80 次 / 分，难以恢复，被告这才考虑胎儿窘迫，即便如此，被告仍未采取任何治疗措施。完善术前后行剖宫产术产一男婴。婴儿出生后肤色苍白，全身松软，无呼吸，无反应，心率约 50 次 / 分，立即吸痰、气管插管、复苏囊气管内加压给氧处理，约

1 分钟后肤色渐转红润，心率达 100 次 / 分，仍无反应，肌张力差，偶有自主呼吸，予 10%葡萄糖 10ml+5%碳酸氢钠 10ml 脐静脉推注，5 分钟、10 分钟 Apgar 评分均为 5 分，约 20 分钟双上肢稍屈曲，持续人工呼吸给氧，置暖箱转新生儿科。8 天后，新生儿因重度窒息、缺氧缺血性脑病致多器官功能衰竭而死亡。

事发后，各方几经协商，未果。原告遂诉诸法院，要求被告赔偿医疗费、死亡赔偿金、丧葬费、交通费以及精神损害抚慰金等。

【诉辩意见】

患方认为：医方严重违反技术操作规范，诊疗行为严重不当，应当承担全部责任。

医方认为：我院对患者诊疗行为符合常规，不存在医疗过错。

【鉴定结论】

1，医方对被鉴定人李某之子的医疗行为存在过错；

2，医方的医疗过错行为与被鉴定人李某之子死亡后果之间存在一定的因果关系，原因力大小为主要因素，过错参与度拟为 70%左右（供委托单位参考）。

双方未申请重新鉴定。

【法院认为】

一、本案中，本院委托某司法鉴定中心就被告对原告李某之子的诊疗行为是否存在医疗过错进行鉴定，某司法鉴定中心具备相应资质的鉴定机构，其在作出鉴定结论之前召开了听证会听取了医患双方的意见，并全面审查了本案的病历材料，在此基础上作出的前述鉴定结论，程序合法，且本案双方当事人对鉴定意见书所述“被告对李某之子的医疗行为存在过错，其医疗过错行为与李某之子死亡后果

之间存在一定的因果关系，原因力大小为主要因素”的鉴定结论均未提出异议，本院对此予以采纳。

二、关于被告在本案医疗损害行为中的过错参与度问题。鉴定意见书建议被告对李某之子医疗行为的过错参与度为 70%左右，本案双方对此存有争议，综合本案证据以及当事人的陈述，本院认为，原告李某为剖宫产术后再次妊娠阴道分娩，属高危孕妇，被告理应严密观察产程进展及胎心变化，以便尽早发现产妇及胎儿异常，但被告具有持续胎心监测设备情况下，却因对产程的监测、病情严重程度评估存在明显不足，未能及时终止妊娠，最终造成李某之子因重度窒息、缺氧缺血性脑病致多器官功能衰竭死亡。因此，尽管医疗行为存在高风险性等客观因素，但若被告能够依照当前的医疗水平尽到高度谨慎注意义务，则可能在很大程度上避免本次医疗损害行为的发生，并非现有医疗技术条件不能解决的情形，综合以上分析，参照广东省高级人民法院《关于人民法院委托医疗损害鉴定若干问题的意见》第十七条第（二）项关于原因力大小为主要因素的过错参与度 61%～90%的规定，本院确定被告对李某之子医疗行为的过错参与度为 85%，并由被告对李某之子的损失承担 85%的赔偿责任。

【判决结果】

被告于本判决发生法律效力之日起七日内向原告赔偿损失 837627.91 元。

【律师评析】

随着生活水平的提高，人们对于医疗卫生服务质量的要求也日益提升，与此同时，医疗纠纷案件呈现不断增长的趋势，引起了社会舆论的持续关注。产生医疗纠纷的原因有很多，主要有医院管理和医护人员自身的问题，有些医院的管理体制松懈，防范措施不得力，处理医疗事故的措施不当，重经济效益而轻视医疗质量、医

疗安全；少数医护人员缺乏应有的防范意识，行业风气不端正，对病情估计不足，违反操作规范，不尊重患者及其家属的知情权和同意权，以及对患者及其家属的处分权的侵犯等等；当然，也有患者缺乏同理心，不尊重医生以及不相信医院的处理，患者及其家属不理解医院的处置方式和诊疗手段，极少数患者甚至故意或者恶意挑起医疗纠纷。

发生了医疗纠纷应当怎么处理

根据《医疗事故处理条例》第四十六条规定，发生医疗事故的赔偿等民事责任争议，医患双方可以协商解决即和解，不愿意协商或者协商不成的，当事人可以向卫生行政部门提出调解（第三方介入）申请，也可以直接向人民法院提起民事诉讼。由此可见，发生医疗纠纷有三种解决方式，即和解、调解和诉讼。

在诉讼之前或启动诉讼程序后，当事人可以申请医疗事故鉴定或者医疗过错鉴定，医疗事故鉴定由医学会鉴定，医疗过错鉴定由司法鉴定中心鉴定（上海地区三甲以上医院一般也被要求由医学会鉴定）。进行鉴定并不是医疗纠纷诉讼的法定前置程序。

在举证责任方面，患者对己方和医方存在医患关系，以及产生了损害后果负有举证责任，医方对医疗行为是否存在过错，以及医疗行为和损害后果之间是否存在因果关系负有举证责任。

在案由选择方面，医疗纠纷涉及的案由主要有三大类：医疗损害责任纠纷、医疗事故损害赔偿纠纷和医疗服务合同纠纷，有些案件还可以以普通的人身（财产）损害赔偿纠纷为案由。实务中，应根据具体情况选择合适的案由进行诉讼。

那么，医患双方已经达成了和解或者调解协议，是否还可以提起诉讼呢?应当说，医患双方在平等自愿的基础上签订的和解协议或调解协议，只要是双方真实的意思表示，不存在违反法律、法规规定的情况，应当认定其合法有效，但是协议对法院审理案件不具有约束力，不能产生、剥夺或者限制一方当事人诉权的法律效

力，因此达成和解或调解协议也是可以提起诉讼的。

医疗过错责任的划分

根据《医疗事故技术鉴定暂行办法》第三十六条规定，医疗事故中医疗过失行为责任程度分为：完全责任(赔偿全部损失的 100%)；主要责任(赔偿全部损失的 60-90%)；次要责任(赔偿全部损失的 20-40%)；轻微责任(赔偿全部损失不超过 10%)。实务中还存在对等责任（即医、患双方各负担 50%）。责任程度的大小对于赔偿数额的影响较大，显示了过错程度与承担责任比例一致的原则，比原《医疗事故处理办法》确定的只要鉴定构成医疗事故不考虑责任程度一律承担 100%赔偿的内容较为公正、合理。

医疗过错参与度的评判规则

医疗过错参与度是指在受理医疗损害责任纠纷民事诉讼案件中，依据职权或应医患任何一方当事人的请求，委托具有专门知识的鉴定机构对患方所诉医疗损害结果与医方过错行为有无因果关系等专门性问题进行分析、判断和评定，从而为诉讼案件的公正裁判提供专业依据。在医疗过错鉴定中有一项对当事人权利影响很大的内容就是医疗过错参与度的确定问题。

一、医疗过错参与度 100%。医疗损害完全属于医疗过错所致，与就诊人自身体质、所患疾病及其他行为无关联，法学上为必然因果关系，也叫直接因果关系；

二、医疗过错参与度 75%。医疗损害主要是医疗过错所致，就诊人自身体质、所患疾病及其他行为增加了所诉医疗损害出现的可能性。法学上为相当因果关系。

三、医疗过错参与度为 50%。医疗损害是医疗过错和就诊人自身体质、所患疾病以及其他行为共同作用所致结果，且双方的作用强度难以区分，即出现所谓“原因竞争”，法学上为素因竞和之因果关系；

四、医疗过错参与度 25%。医疗损害主要是就诊人自身体质、所患疾病及其他

行为所致，但医疗过错对损害结果的出现起到诱发、促进、加重等作用，法学上为事实之因果关系；

五、医疗过错参与度为0%。医疗损害完全是就诊人自身体质、所患疾病及其他行为所致，与医疗差错无关联或不存在医疗差错，法学上为无因果关系或无自然关联。

依据《中华人民共和国民法典》的规定，医疗损害赔偿适用过错责任原则。患者在诊疗活动中受到人身损害的，医疗机构或者其医务人员有过错，就由医疗机构承担赔偿的责任。医疗纠纷的赔偿标准适用《中华人民共和国民法典》侵权责任编及《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》之规定，赔偿项目有：医疗费，误工费，护理费，交通费，住院伙食补助费，营养费，残疾赔偿金，残疾辅助器具费，丧葬费，被扶养人生活费，死亡赔偿金以及精神损害抚慰金。提请注意的是：医疗事故赔偿项目中没有死亡赔偿金这一项。

患者去医院就医，医院提供诊疗服务，医患双方即成就医疗服务合同。医疗服务合同中患者以自己的身体为对象授权医方医治，医方应当根据诚信原则尽到应尽的注意义务，医方违反注意义务、或未按法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定从事医疗行为，都属于违约行为。因医方的违约行为，侵害到患方人身、财产权益的，患方有权依法要求医方承担违约责任或侵权责任。医疗服务合同并非经济合同，其本质是人身干预合同。医疗服务合同中常见的是诊疗侵权，属于反责侵权。《中华人民共和国民法典》实施后发生的司法变化，是诚信总则、人格权独立成编和对原权利的顶级保护，是对违反合同义务侵权纠纷处理模式的新的规制。

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》，因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任，如果医院未就上述两个方

面做充分举证，那么原告主张的有关违约或侵权诉请极有可能会得到法院的支持。

具体到本案，医方对被鉴定人李某之子的诊疗过程中，对产程的监测、病情严重程度评估不足，未及时终止妊娠，未尽谨慎注意及合理诊疗义务，诊疗行为存在严重过错。医方诊疗过错行为和被鉴定人死亡存在必然因果关系。最终导致恶劣的后果。

十月怀胎，一朝分娩。两原告原本沉浸在即将为人父母的幸福与喜悦之中，哪知刚见面即成永别，转眼间便要承受丧子之痛，对两原告造成了极大的精神伤害。

法院的裁判结果还算公正，但笔者以为，在医疗过错责任纠纷案件中，在未有当时医疗技术条件不能解决的情形之下，产生医疗损害结果的原因力无外乎医方过错和患者自身原因（包括自身过错和身体体质），从过错的参与程度来看，在患者的自身原因力可以排除的情况下，如果判定医方承担 100%的赔偿责任也未尝不可。

笔者正在代理的一起患方与上海某顶级妇婴医院的医疗损害责任纠纷案件已然接近尾声，司法鉴定结论为医方存在医疗过错。待判决生效后，将籍此与诸位继续探讨医疗纠纷的相关话题。

张春球 律师

上海七方律师事务所 合伙人

中国中小企业协会调解中心 调解员

业务方向：公司商事、诉讼与争端解决

联系方式：15800560008

挂靠情形下常见的工程款争议分析

作者：严佩珊

挂靠在我国建设工程行业极为普遍，至少涉及三方法律主体，与分包嵌套后法律关系更显复杂。实践中的争议多集中于挂靠情形下的工程款主张，以此为出发点涉及一系列问题：发包人未支付工程价款的，实际施工人是否有权请求发包人向其支付？如有，挂靠人是否享有优先受偿权？诉讼上如何实现挂靠人向发包人主张工程款？本文将从发包人与挂靠人的法律关系出发，尝试解答挂靠情形下工程款主张的若干疑问。

一、发包人未支付工程价款的，实际施工人是否有权请求发包人向其支付？

1. 挂靠情形下各合同效力分析

（1）明知挂靠下，合同均无效

发包人订立合同时明知实际施工人借用资质的，两个法律行为均无效。其一是被挂靠人与发包人签订的建设工程施工合同，该合同系通谋虚伪达成，根据《民法典》第 146 条归于无效。其二是隐藏的民事法律行为，即在挂靠人与发包人之间成立的建设工程施工合同（书面合同或事实合同），因违反法律、行政法规的强制性规定而无效[i]。

（2）发包人善意下，发包人与被挂靠人的施工合同是否有效存在争议

发包人对挂靠行为不知情时，通常认为，让合同无效对发包人实属不公，为保护发包人信赖，应使施工合同有效，但也有学者认为应赋予发包人选择权。具言之，挂靠中的代理行为属真意保留，且系挂靠人明知，故挂靠人未取得代理权，挂靠人与发包人订立的建设工程施工合同构成无权代理，最终法律效果如何取决于是否构成表见代理。如果构成表见代理，发包人可主张施工合同有效，此时由被挂靠人享有价款支付请求权，挂靠人无权突破合同相对性或基于事实合同向发包人主张；若发包人选择依无权代理规则处理，施工合同无效，价款支付请求权的主体为挂靠人。[ii]

2. 挂靠人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系，且工程经验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿

《建工解释二理解与适用》曾阐述该观点，挂靠人与发包人之间就建设工程施工合同之标的产生了实质性的法律关系。虽然挂靠人与发包人签订建设工程施工合同无效，但双方当事人之间会基于事实合同产生债法上的请求权，即《民法典》第 156 条关于合同无效情形下财产返还、折价补偿、过错赔偿的规定。在验收合格的前提下，这些权利包括要求“参照合同约定支付工程价款”。实务中，最高院早在（2013）民提字第 96 号中便肯定了事实合同说[iii]，后最高人民法院民一庭在 2021 年第 20 次专业法官会议纪要中也持此意见[iv]。此外，根据《建工解释（一）》第 6 条[v]之规定，合同无效下需要根据双方过错程度区分法律效果。

3. 挂靠人能否依据《建工解释（一）》第四十三条第二款[vi]向发包人主张工程款？

实践中，不仅存在着“先挂靠承揽工程，再实际组织施工”的挂靠人，还存在“只挂靠，不施工”“先挂靠，再转/分包”“先挂靠，再诈骗工程保证金”等复杂现象，使得工程挂靠人与实际施工人泾渭分明。但在早期裁判中，法院偏向将所

有的挂靠人认为是实际施工人[vii]，均可以突破合同相对性向发包人主张工程款。随后受（2017）最高法民申 3613 号民事裁定书的影响[viii]，裁判倾向转为将挂靠人和实际施工人剥离开，挂靠人无权突破合同相对性向发包人主张工程价款。直至 2022 年 1 月 7 日，最高院民一庭在公众号上发文，指出《建工解释（一）》第四十三条规定的“实际施工人”不包含借用资质关系中的实际施工人。

尽管从文义上解释，当挂靠人为组织实际施工的主体时，两组概念可能发生重合，“实际施工人”并非完全排斥“挂靠”。但“实际施工人”很大程度上是为突破合同相对性而被创造出来的概念，有特殊的法政策考量[ix]。如上文所述，挂靠人完全可以通过事实合同或通过不当得利返还请求权主张工程价款。因此应严格区分两组概念，尤其是《建工解释（一）》第四十三条下的实际施工人，应当认定不包括任何类型的挂靠人。

二、挂靠人是否享有优先受偿权？

挂靠人是否享有优先受偿权存在争议，最高人民法院支持和不支持案例均有。支持案例如最高人民法院（2021）最高法民终 727 号，其中以（2019）最高法民申 6085 号案最为典型，最高院在该判决中不仅认为挂靠人应当享有优先受偿权，而且由挂靠人享有更符合设立优先受偿权的立法目的。

不支持观点以最高院民一庭 2021 年第 21 次法官会议为典型，该会议意见认为实际施工人不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，进而不享有建设工程价款优先受偿权，显然该观点错将“挂靠人”直接归类在“实际施工人”名下。最高院外，各地高院裁判倾向不一，陕西高院、广东高院基本对挂靠人享有工程价款请求权和优先受偿权均持否定意见。

另有学者认为应该区分过错程度进行优先权配置，在主要由承包人过错导致施工合同无效的情形下，承包人及实际施工人均不享有优先受偿权[x]。总体而言，挂

靠情形下优先受偿权的主体不能简单地概念套用，或者笼统类推，需追溯优先受偿权的设立目的，尤其在保护农民工工资这一论据支撑逐渐衰弱的情况下，需要给出其他足以支持其存在的理由。

三、诉讼上如何实现挂靠人向发包人主张工程款？

1. 借名起诉

此种情形下被挂靠人通常想继续隐瞒身份，故被挂靠人以挂靠人名义提起诉讼。但在实务中操作时，需要考虑被挂靠人的配合度，如果先以被挂靠人名义起诉，后被挂靠人与挂靠人关系破裂，挂靠人身份暴露，此时挂靠人可以向法院申请追加其为有独三，或与被挂靠人协商撤诉，再以自己名义径直起诉，即进入下一种情形。

2. 直接以自己名义起诉

此种情形，首先以挂靠人自认身份为前提。其次，挂靠人直接以自己名义提起诉讼的基础是事实合同，而不是代位诉讼。

3. 如果施工合同和挂靠协议都存在仲裁条款，引入第三人将存在障碍

包括贸仲在内的很多仲裁机构的仲裁规则都以“申请人和被申请人双方同意”作为引入“仲裁第三人”的前提，所以仲裁程序中很难出现“突破合同相对性”或者“事实合同说”的诉讼构造。

严佩珊 律师
上海七方律师事务所 律师
七方公司与清算法律服务部 律师
业务方向：公司法、商事诉讼、企业重整与清算
联系方式：18221035988

[i] 参见最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》（总第 48 辑），人民法院出版社 2012 年 4 月第 1 版，第 99-111 页，“建设工程施工合同中，借用他人资质签订的合同，如果发包人在签订合同时是明知的或故意追求的，则借用有资质企业的实际施工人与承包人签订的合同和承包人与发包人签订的合同都应认定无效。实际施工人向发包人请求欠付工程款基础为不当得利返还请求权。”

[ii] 杨代雄：《建设工程挂靠中的工程款问题分析》，2022 年载《法语峰言》公众号。

[iii] （2013）民提字第 96 号案中，法院认为，“实际施工人对发包人欠付范围内的工程价款请求权，其性质并非代位权，而是基于实际施工人与发包人之间已经全面实际履行了发包人与承包人之间的合同并形成了事实上的权利义务关系而产生的法定债权”，从而支持了挂靠人的工程款 870 余万元。

[iv] 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与发包人签订建设工程施工合同，在发包人知道或者应当知道系借用资质的实际施工人进行施工的情况下，发包人与借用资质的实际施工人之间形成事实上的建设工程施工合同关系。

[v] 《建工解释（一）》第 6 条 建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。
损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。

[vi] 《建设工程施工合同解释（一）》（法释[2020]25 号）第 43 条第 2 款 实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。

[vii] 《建工解释二理解与适用》，最高院民一庭编著，人民法院出版社 2019 年 1 月版，第 111 页，“这里需要注意的是，挂靠人人起诉的依据是《建工解释一》第 26 条的规定，……，其中并没有规定挂靠的情况下，似乎将挂靠予以排除。实际上，根据《建工解释一》第 4 条的规定，借用资质的挂靠人也属于实际施工人。而《建工解释一》的起草者也认为，该解释中的实际施工人是指‘无效合同的承包人，如转承包人、违法分包合同的承包人、没有资质借用有资质的建筑施工企业的名义与他人签订建设工程施工合同的承包人’。”

[viii] 该判决影响深远，据不完全检索，直接引用该裁判观点的后续判决有一百多件。

[ix] 参见《中国建设工程法律全书（第二版）》，第 30 页

[x] 参见宿辉：《建设工程价款优先受偿权论争》，载《重庆社会科学》2017 年第 9 期，第 75-80 页。

上海首例遗嘱指定监护案分析

作者：胡晓萍

爱的延续——上海首例遗嘱指定监护案宣判

母亲罹患癌症去世，父亲患精神疾病住院治疗，未成年孩子将由谁来监护？2023年8月22日，《民法典》颁布后的上海首例遗嘱指定监护案在长宁区法院开庭审理并当庭宣判，引发广泛关注。

【案情简介】今年刚满16岁的小陈是个命运多舛的孩子，父亲患有双相情感障碍，属于重疾无业人员，常年在精神卫生中心住院治疗；相依为命的母亲又在2020年罹患胃癌，与病魔抗争三年后于2023年3月病逝。

母亲去世前6天，她在居委会工作人员与好友的共同见证下立下遗嘱，在遗嘱中指定自己的亲姐姐，也就是小陈的大姨作为孩子的监护人。2023年6月，在居委会、妇联等部门的帮助下，小陈的大姨向长宁区人民法院提出申请，要求

法院判决终止小陈父亲的监护权，并指定自己作为孩子的监护人。

【案件结果】经主审法官多次调查走访，并在各部门共同努力下，该案得到妥善解决，最终的判决涵盖了四方面内容：1、小陈父亲监护人资格终止；2、大姨成为小陈的监护人；3、居委会在大姨担任监护人期间有指导帮助和监督的职责；4、长宁公证处将对所涉财产进行监管。

【律师解读】笔者认为，上海这起首例遗嘱指定监护案，在现有法律基础上有诸多创新，首先是**引入监护人能力评估**，委托社工对大姨的监护能力进行调查并出具《社会调查报告》；其次是**加入第三方财产监管**，大额财产由公证处保管，大额花销需凭居委会盖章方能领取钱款；第三是**激活监护监督人制度**，适用新修订的《未成年人保护法》中关于监护监督人的规定，由居委会指导、帮助和监督大姨更好的履行监护职责。这个案件对遗嘱指定监护制度的发展具有积极的引领作用。

遗嘱指定监护是 2017 年《民法总则》新增的制度，之后《民法典》保留了该条款。这项制度虽然诞生时间不长，但它体现了对父母意愿的尊重，也满足了实践中一些父母要在生前为子女作出监护安排的愿望，可以想见，它在我国社会实践中会有巨大的适用需求。下面我们通过四个常见问题来具体了解遗嘱指定监护。

一、何为“遗嘱指定监护”？

简单来说，遗嘱指定监护就是被监护人的父母通过订立遗嘱的方式，为处于自己监护之下的子女指定监护人的法律行为。遗嘱指定监护应具备以下三个条件：

1、只能由父母行使，其他担任监护人的人无权通过遗嘱指定监护人；

2、父母必须正在担任子女的监护人，如果因丧失监护能力而没有担任监护人或者因侵害子女权益而被撤销监护资格的，就不能通过遗嘱指定监护人；

3、指定监护必须以遗嘱方式进行，不能通过协议等其他方式进行。

二、遗嘱指定监护与法定监护，哪个效力更高？

依照《民法典》第27条的规定，未成年人的法定监护人首先是父母，父母已经死亡或者没有监护能力的，由三类人按顺序担任监护人：1、祖父母、外祖父母；2、兄、姐；3、其他愿意担任监护人的个人或组织，但须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

从上述规定可知，遗嘱指定监护与法定监护的关系及顺位问题要区分两种情况：

第一种情况，父母一方健在且未丧失监护人资格与监护能力的，父母的法定监护权优先。父母任何一方不得以遗嘱指定监护的方式限制、剥夺另一方养育、保护未成年子女的权利义务，父母之外的任何个人或组织也无权干涉、限制、排除父母对其未成年子女的养育和保护。这是我国《民法典》彰显的“父母责任当先”的法制思想，该思想之源是以儿童最佳利益为核心的亲子关系观念。

第二种情况，父母一方以遗嘱指定监护人，当遗嘱生效时，父母双方均已死亡或父母另一方处于被剥夺监护人资格、丧失监护能力或不能履行监护职责的状态。这时，

如果遗嘱指定的监护人与父母以外的其他法定监护人存在冲突，应按照“约定优先于法定”的民法理论，父母一方指定的监护人优先于法定监护顺位在前的监护人。

三、父母均死亡，各立遗嘱指定不同的人担任监护人，应根据谁的遗嘱确定监护人？

享有监护权的父母双方都有遗嘱指定监护人的权利，实际中父母二人可能会对于监护人的选择有不同的考虑，这意味着父母二人可能会各立遗嘱，指定不同的人担任监护人。

司法实践中，父母双方都有权通过遗嘱指定监护人，但指定的监护人不一致时，应以后死亡的父母一方的指定为准。这主要基于以下考虑：

假设，担任监护人的父亲 A 和母亲 B 先后死亡，先死亡的 A 通过遗嘱指定了监护人 C，但因为 B 尚未死亡，B 仍为子女的监护人；在 B 去世前，C 可能在经济情况、身体状况或与被监护人家庭关系等方面发生了较大变化，不再适合担任监护人。所以当 B 死亡时，如果再按照 A 的指定将 C 确认为监护人，则不符合“最有利于被监护人”的原则。虽然 B 不能改变 A 的遗嘱，但 B 可以根据自己订立遗嘱时的情况另行指定适合的监护人，以应对被指定监护人情形的变化。

四、父母通过遗嘱指定了监护人，但遗嘱生效时被指定的人不同意担任监护人，怎么办？

《民法典总则编解释》第 7 条第 1 款规定：担任监护人的被监护人父母通过遗嘱指定监护人，遗嘱生效时被指定的人不同意担任监护人的，人民法院应当按照法定监护的顺序确定监护人。

遗嘱是一种单方民事法律行为，实践中父母订立遗嘱为子女指

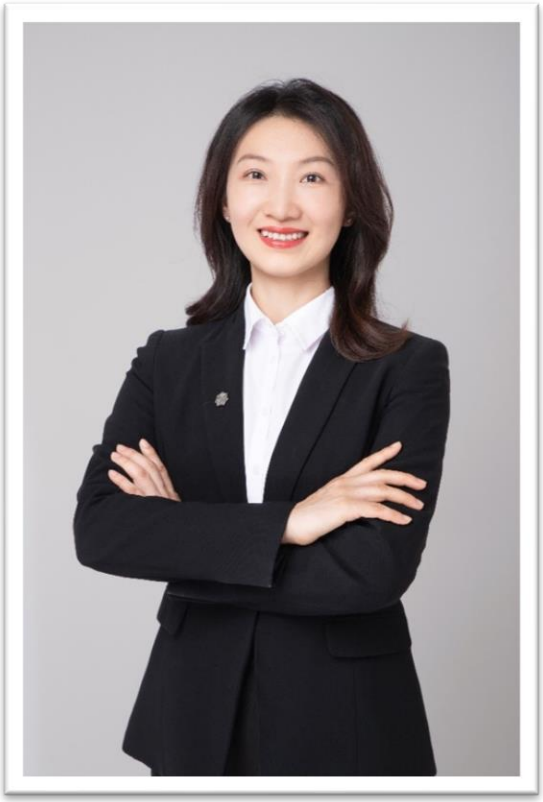
定监护人时，可能出于自己的一厢情愿，也可能后续情况发生了变化，无论哪一种情况，均存在遗嘱生效时被指定人不同意担任监护人的可能性。这时，强制指定监护人履行监护职责是完全不可行的。

因此，遗嘱指定监护并不意味着遗嘱一旦生效，被指定人即确定地成为监护人，它只是赋予被指定人一种担任监护人的资格。在遗嘱生效时，被指定人享有拒绝接受承担监护职责的权利。须注意的是，被指定人不同意担任监护人的，应当在知道或应当知道遗嘱生效后作出接受或拒绝接受的意思表示，未在合理期限内作出表示的，视为拒绝接受指定。

在遗嘱指定之人作出选择前，遗嘱执行人有义务将遗嘱指定之人暂时不能确定是否担任监护人的事实及时告知未成年人的法定监护人，并由该法定监护人临时承担监护职责。遗嘱指定之人确定不同意担任监护人的，应当根据《民法典》规定的法定监护的顺序为未成年人确定监护人。

【结语】

父母之爱子，则为之计深远。如何未雨绸缪，在自己离世后能保障尚未成年或行为能力欠缺的孩子有人照顾？“遗嘱指定监护”无疑是让爱延续的一条有效途径。当然，作为一项新制度，遗嘱指定监护的立法还不够完善，为此，律师有三点建议：1、通过遗嘱指定监护，必须按照法律规定的形式和内容订立遗嘱，确保遗嘱合法有效；2、事先征求被指定监护人的意见，并签订书面监护协议，如有必要，可将该协议与遗嘱一并进行公证；3、如有变化，及时更新，以便给予被监护人更周全的保护。



胡晓萍 律师
上海七方律师事务所副主任、高级合伙人
上海市律协婚姻家事业务研究委员会 委员
第七届上海市优秀女律师
上海市巾帼建功标兵
业务方向:家事法、私人财富管理
联系方式:18616910916

涉外诉讼离婚管辖与送达实务分析

作者：郑华

随着跨国交流的增多，涉外婚姻缔结与涉外离婚的数量也与日俱增。而上海作为国际化大都市，笔者在执业过程中也碰到诸多客户或朋友前来咨询涉外诉讼离婚的问题。面对这一问题，首当其冲要解决的是我国法院是否有管辖权、管辖法院如何确定？当对方当事人在国外，又如何送达法律文书等问题？本文将区分当事人之不同情况，就上述问题作出简要回答。

一、人民法院对涉外离婚案件有管辖权的具体情形

根据2023年9月1日第十四届全国人民代表大会常务委员会第五次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第五次修正），即将生效的新《民事诉讼法》中，关于涉外民事案件管辖进行了较大修改，综合分析法律原文，人民法院对涉外民事案件的管辖有以下三种情形：

1.涉外纠纷与我国存在适当联系的根据新《民事诉讼法》第二百七十六条规定，“涉外民事纠纷与中华人民共和国存在其他适当联系的，可以由人民法院管辖。”在涉外离婚诉讼中，即我们常说的涉外婚姻与我国存在连接点的，这种联系一般是指当事人国籍或婚姻缔结地之间的联系。也就是说，只要当事人一方是中国公民或婚姻缔结地在中国的，人民法院可以管辖。

如上海市高级人民法院《关于印发<立案问题解答>的通知》（沪高法立〔2011〕1号）中，“关于涉外婚姻受理的范围?主要涉及两个因素：一是婚姻双方国籍；二是婚姻缔结地。其中只要有一个因素不涉外，我国法院即有管辖权，并应按《民事诉讼法》相关规定确定管辖法院。”

当然，司法实践中，对于双方均为外籍，婚姻缔结地也非中国境

内的情形，在存在其他连接点且若不管辖，当事人权利无法得到救济的情况下，人民法院仍然可以管辖。例如：双方实际经常居住在中国境内或其中一方在中国境内有经常居住地，且依照国籍国或登记地法律规定，无法提起诉讼离婚的。（参见（2021）粤民再 9 号案例）

2. 当事人书面协议选择人民法院管辖的。即便双方当事人均非中国公民且婚姻关系在国外缔结，但是若双方书面协议选择人民法院管辖的，可以由人民法院管辖。（根据新《民事诉讼法》第二百七十七条规定）

3. 视为人民法院有管辖权的。根据新《民事诉讼法》第二百七十八条规定，“当事人未提出管辖异议，并应诉答辩或者提出反诉的，视为人民法院有管辖权。”

二、地域管辖的判断

1. 双方均为中国公民的

根据《最高人民法院关于适用〈华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第十三条至第十七条规定，针对双方均为中国公民的不同情况，管辖地法院也不尽相同。

管辖法院	针对情形
婚姻缔结地或者一方在国内的最后居住地人民法院管辖	在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的
一方原住所地或者在国内的最后居住地人民法院管辖	在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的
国内一方住所地人民法院都有权管辖	中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼
原告或者被告原住所地人民法院管辖	中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的
主要财产所在地人民法院管辖	已经离婚的中国公民，双方均定居国外，仅就国内财产分割提起诉讼的

2.一方为中国公民，另一方为外籍的

对于一方为中国公民，另一方为外国人的离婚案件应当由哪个法院管辖，民诉法或司法解释没有明确的情形规定。但是根据《民事诉讼法》的一般管辖规定，我们认为首先应遵照“原告就被告的原则”，由被告一方的住所地或经常居住地人民法院管辖，如果被告是外籍一方的，这时原告需要向法院提交被告《外国人居留证》、房产证或其他能有效证明其居住情况的证明材料。

但当被告是外籍一方，且不在中国境内居住时，该由何地法院管辖，往往也是实践中争议较多的问题。

我们来看下面这个真实的案例：

原告路某系中国籍公民，被告王某系外国籍公民，双方原系夫妻关系，后路某欲提起离婚诉讼，因王某常年居住在国外，其回国后居住生活在杭州市西湖区，居住时间不满一年，路某遂向其住所地法院即上海市黄浦区人民法院提起离婚诉讼，黄浦区法院以民事诉讼案件管辖权的原则为原告就被告为由裁定本案由杭州市西湖区人民法院审理。后原告不服，向上海市第二中级人民法院提起上诉，认为被告在杭州市西湖区居住时间不满一年，其在中国不存在经常居所地，因此一审法院裁定案件移送杭州市西湖区人民法院管辖，并无法律依据。

二审法院认为，对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼，由原告住所地人民法院管辖（按照《民事诉讼法》第二十三条第一款规定）。本案系离婚纠纷，现有证据不足以证明原审被告在国内有经常居住地，上诉人作为原审原告，其住所地在原审法院辖区，故原审法院（上海

市黄浦区人民法院）对本案具有管辖权。

管辖法院	针对情形
被告住所地或经常居住地	被告一方为中国公民；被告一方为外国公民且在国内有经常居住地的
原告住所地或经常居住地	对不在中国领域内居住的人提起离婚诉讼的

3. 双方均为外籍的

就像前文，我们在论述什么情形下中国法院享有管辖权，对于双方均非中国公民的离婚诉讼案件管辖，仍然要从是否与我国存在合理联系角度判断管辖权归属，然后结合民诉法关于地域管辖规定，判断应由何地法院予以管辖。

管辖法院	针对情形
被告经常居住地	婚姻缔结地在中国境内，被告一方在境内有经常居住地的
原告经常居住地	婚姻缔结地在中国境内，被告一方在境内无经常居住地的，且原告在境内经常居住的
被告经常居住地	原、被告双方均在中国境内经常居住或被告在中国境内有经常居住地的，且国籍地或登记地法院无法受理的
原告经常居住地	原告在中国境内经常居住，且国籍地或登记地法院无法受理的

三、平行管辖与“不方便法院”原则

1. 平行管辖的适用

平行诉讼是相同当事人就同一争议基于相同事实和目的，同时在两个或两个以上国家或地区的法院进行诉讼的现象。即双方当事人因离婚纠纷的同一争议在中国内地法院和其他国家或地区同时起诉，且多地法院均享有管辖权时，产生了管辖权的积极冲突。

法院司法管辖权是国家司法主权的重要组成部分，所以当发生积极的管辖权冲突时，根据司法主权原则，中国内地法院依据我国民事诉讼法的规定行使管辖权，不受他国或他地法院是否已经行使管辖权的影响。（参见《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》第五百三十一条规定）

2.“不方便法院”的规定

“平行管辖”是一国司法主权的体现，但司法实践中的案件千差万别，的确存在我国法院对某些涉外案件有管辖权但审理非常困难，又不涉及我国国家和公民、法人或者其他组织利益的，为处理这类问题，我国民诉法及其司法解释还规定了“不方便法院”原则，为我国法院在适当时不行使管辖权提供裁判依据。

根据《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》第五百三十条规定，涉外民事案件同时符合下列情形的，人民法院可以裁定驳回原告的起诉，告知其向更方便的外国法院提起诉讼：

（一）被告提出案件应由更方便外国法院管辖的请求，或者提出管辖异议；

（二）当事人之间不存在选择中华人民共和国法院管辖的协议；

（三）案件不属于中华人民共和国法院专属管辖；

（四）案件不涉及中华人民共和国国家、公民、法人或者其他组织的利益；

（五）案件争议的主要事实不是发生在中华人民共和国境内，且案件不适用中华人民共和国法律，人民法院审理案件在认定事实和适用法律方面存在重大困难；

（六）外国法院对案件享有管辖权，且审理该案件更加方便。

四、涉外离婚诉讼中的送达

涉外离婚诉讼中，除了管辖权、地域管辖以及平行管辖、“不

方便法院”原则外，另外一个重要问题，就是涉外送达。新《民事诉讼法》中对涉外送达方式也作出了诸多修改。

新《中华人民共和国民事诉讼法》第二百八十三条	人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用下列方式： （一）依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达； （二）通过外交途径送达； （三）对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达； （四）向受送达人在本案中委托的诉讼代理人送达； （五）向受送达人在中华人民共和国领域内设立的独资企业、代表机构、分支机构或者有权接受送达的业务代办人送达； （六）受送达人为外国人、无国籍人，其在中华人民共和国领域内设立的法人或者其他组织担任法定代表人或者主要负责人，且与该法人或者其他组织为共同被告的，向该法人或者其他组织送达；

	（七）受送达人为外国法人或者其他组织，其法定代表人或者主要负责人在中华人民共和国领域内的，向其法定代表人或者主要负责人送达； （八）受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满三个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达； （九）采用能够确认受送达人收悉的电子方式送达，但是受送达人所在国法律禁止的除外； （十）以受送达人同意的其他方式送达，但是受送达人所在国法律禁止的除外。 不能用上述方式送达的，公告送达，自发出公告之日起，经过六十日，即视为送达。

对于涉外纠纷，因为当事人可能身在境外，法院无法通过惯常的形式向当事人送达相关的法律文书，因此送达问题至关重要。但送达困难并不代表原告无法在中国法院向境外的公民提起诉讼或被驳回起诉。

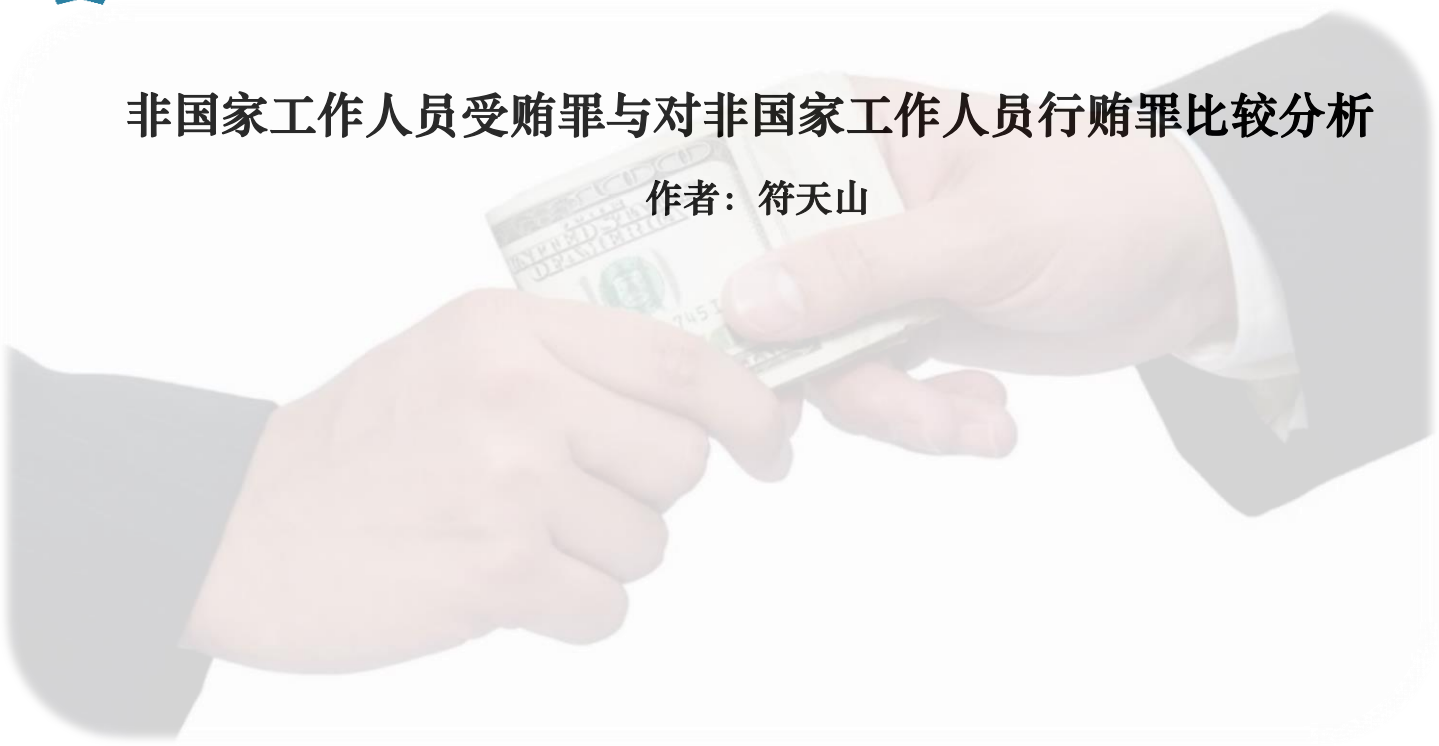
司法实践中，我们看到，一审法院因为无法送达驳回原告起诉的案件，被二审法院纠正，要求一审法院予以受理，并应按照民诉法规定采取送达措施，不能仅仅以上诉人提供的送达地址无法向被上诉人送达起诉状等相关法律文书就裁定驳回起诉。

诸多涉外离婚案例中，也有不少法院通过外交途径或国际条约规定方式送达成功（参见(2015)穗从法民一初字第 1189 号案以及司法部《国际民商事司法协助常见问题解答》）；也确认了在穷尽法律规定的送达途径仍然无法联系到当事人时，法院亦可以通过公告送达的方式送达法律文书，并缺席审判（参见(2015)甬余民初字第 12 号）。

郑华 律师
上海七方律师事务所副主任、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

非国家工作人员受贿罪与对非国家工作人员行贿罪比较分析

作者：符天山



【摘要】党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视依法平等保护各类企业合法权益，要求完善各类市场主体公平竞争的法治环境。《刑法修正案（十一）》加大力度惩治民营企业内部发生的侵害民营企业财产的犯罪，进一步提高和调整非国家工作人员受贿罪的刑罚配置。为此，《立案追诉标准（二）》对非国家工作人员受贿罪的立案追诉标准，采用与国家工作人员受贿罪相同的入罪标准，对国企民企、内资外资、中小微企业等各类市场主体予以同等司法保护，充分体现和落实产权平等保护的时代精神。

非国家工作人员受贿罪

一、概念与法条

《刑法》第一百六十三条【非国家工作人员受贿罪】公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益 ，数额较大的(3 万)，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金;数额巨大(20 万)或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；特别巨大(200 万)或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或刑或徒刑，并处罚金。（刑法修正十一 202103 实施）

公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照前款的规定处罚。

二、构成要件、责任形式及主体

1、构成要件：公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。

2、责任形式：故意。

3、行为主体的身份。本罪为身份犯，行为主体必须是公司、企业或者其他单位的工作人员。

其他单位的认定：根据司法解释，“其他单位”既包括事业单位、社会团体、村民委员会、居民委员会、村民小组、寺庙等常设性的组织，也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等非常设性的组织。

4、收受回扣、手续费的认定：单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，成立本罪。

违反国家规定：是指违反全国人民代表大会及其常委会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。不包括单纯违反地方性规定的行为。

公开计入单位会计账簿的折扣、佣金不属于本条所说的“违反国家规定的”回扣、手续费。

5、“为他人谋取利益”是否包括为他人谋取正当利益？是否要求谋取到利益？

不管是索取他人财物，还是收受他人财物，都必须为他人谋取利益。但“为他人谋取利益”最低限度是允诺为他人谋取利益，不要求行为人实际上为他人谋取了利益。

明知他人有请托事项而收受他人财物的，便应认定为允诺为他人谋取利益。“为他人谋取利益”为他人谋取正当利益和不正当利益。

三、典型案例（非国家工作人员受贿罪）

2019 年至 2021 年间，被告人陆某某在担任上海某设备工程有限公司周转材料事业部设备管理高级经理等职务期间，利用其负责施工设备采购选型、技术评分等方面的职务便利，为供应商谋取利益，以现金形式及借用其亲属陆某等人的银行账户，收受苏州某有限公司销售人员姚某某贿赂款，共计人民币 178 万元，上述款项均被陆某某花用。2023 年 2 月 17 日，被告人陆某某被民警抓获，到案后如实供述自己罪行。

被告人陆某某作为公司工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额巨大，其行为已构成非国家工作人员受贿罪。到案后，陆某某能如实供述自己罪行，并自愿认罪认罚，可以从轻处罚和从宽处理。结合陆某某家属代为退出部分违法所得等情节，法院在量刑时一并予以体现并采纳公诉人当庭提出的量刑建议。据此，判处被告人陆某某犯非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑三年四个月，罚金人民币十五万元。

对非国家工作人员行贿罪

一、概念及法条

对非国家工作人员行贿罪，是指自然人或者单位为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的行为。

第一百六十四条【对非国家工作人员行贿罪】为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

【对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪】为谋取不正当商业利益，给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物的，依照前款的规定处罚。单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接

负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

二、构成要件及责任形式

1、客观行为必须是给予公司、企业或者其他单位的工作人员以数额较大的财物。

2、主观责任，除了要求故意外，还要求具有“为谋取不正当利益”的目的。

3、“公司、企业或者其他单位”的认定，这里的公司、企业或者其他单位的工作人员与非国家工作人员受罪的公司、业者其他单位的工作人员的范围相同。

4、根据《立案追诉标准（二）》第十一条的规定，为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，个人行贿数额在三万元以上的，单位行贿数额在二十万元以上的，应予立案追诉。

5、何为"谋取不正当利益"？ 谋取不正当利益，是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定，或者要求公司、企业或者其他单位的人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定，为自己提供帮助或者方便条件。

违背公平、公正原则，在经济、组织人事管理等活动中，谋取竞争优势的，应当认定为谋取不正当利益。利益是否正当，应在每个案件中进行具体判断，而非抽象判断。

实际上是否获取了不正当利益，不影响本罪的成立。

6、个人还是单位行贿罪？如果同时满足两个条件：（1）单位知情；（2）谋取的不正当利益归单位所有；则应当认定为单位行贿。无论行贿的钱来源于私企负责人、单位职工个人的钱还是来源于公司的钱，只要是为了公司利益而行贿且公司对此知情的，均可构成单位犯罪。公司知情包括公司（或其负责人）要求或者公司（或其负责人）默许个人的行贿行为。

例如，药品生产企业的销售人员为了推销药品而向国有医院的医生行贿的，如果这笔钱来自公司（包括各种巧立名目套取的现金），且公司对此知情的，即应当

认定为单位行贿。如果私企负责人、主管人员为了单位利益，用本人自有资金行贿的，也构成单位犯罪。

三、典型案件（行贿罪、对非国家工作人员行贿罪）

案例一：2016 年底，被告人土某为得到某银行总行资产管理部副总经理杨某的关照，被告人土某送给杨某宝珀牌 6102C 型号女式手表一块（价值 12.85 万元）。

案例二：2017 年 5 月，某银行上海分行发起理财资金投资“某某”业务，投资于广州 A 有限公司持有的某股票收益权。7 年下半年，被告人土某向杨某提出请托，使上述业务顺利通过审批并放款。为表示感谢，被告人土某与公司资产管理部总经理刘某、副总经理吴某（均另案处理）于 2018 年 7 月，在浦东新区某茶馆内共同送给杨某金条二根（总重 400 克，价值 11.172 万元）。

法院认为，被告人土某为谋取不正当利益，伙同他人给予公司工作人员财物，数额较大，其行为已构成对非国家工作人

员行贿罪；被告人土某单独或者结伙他人，为谋取不正当利益，给予国家工作人员财物，其行为构成行贿罪，应依法追究刑事责任，予以数罪并罚。

被告人土某犯对非国家工作人员行贿罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币二万元；犯行贿罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币十万元，决定执行有期徒刑二年二个月，并处罚金人民币十二万元。

结语

刑法对于打击犯罪、维护国家安全、社会稳定和保护人民群众生命财产安全具有重要意义，目前我国刑法对国有公司、企业相关腐败犯罪作出较为全面规定，但相关条文却不适用于一般的民营企业。近年来民营企业内部人员腐败情况增多，为贯彻落实从严惩治行贿犯罪的精神

依法保护民营企业家权益，国家不断完善相关刑法规定，不断加大民营企业腐败案件的刑事追责力度，为民营企业有效预防、惩治内部腐败犯罪提供法律手段，积极回应了企业家的关切。

当前，我国的刑事政策，是坚持受贿行贿一起查。对非国家工作人员行贿是为他人谋取不正当利益，非国家工作人员受贿是为他人谋取利益。但不管行贿还是受贿，他们侵犯的法益都是国家、公司及其他组织正常的管理秩序和市场公平竞争秩序，以及诚实信用和合法经营的商业环境等社会主义经济秩序。这两个罪的定性，不仅要看他的犯罪主体身份，还要看他主要利用的权利是公权力还是技术权利。比如，医生开处方谋取非法利益就是非国家工作人员受贿。医生采购药品、医疗器械谋取非法利益就是受贿罪。

同时，我们注意到《刑法修正案（十二）》（草案）对一些严重行贿情形加大刑事追责力度，并且调整了行贿罪的起刑点和刑罚档次，与受贿罪相衔接。还进一步调整、提高了单位行贿罪、对单位行贿罪等相关贿赂犯罪的刑罚档次，加强犯罪惩治。

符天山

上海七方律师事务所刑事合规部

研究员

国家二级心理咨询师

业务方向:刑事诉讼与刑事辩护

联系方式:13386280211

保健品案件中，虚假广告罪与诈骗罪如何区分?

作者：赵珞宏

【引言】由于虚假宣传和诈骗行为具有部分相同特征，二者主观皆有欺骗故意，客观皆采取了欺骗手段，因此，在涉保健品案件中，办案机关大多会以诈骗罪进行指控，其核心依据是涉案的宣传手段系以虚构事实、隐瞒真相的欺骗手段。如此一来，导致不少案件中只要存在对产品或服务夸大宣传、虚假宣传的行为，就容易被定性为诈骗犯罪。

诈骗罪的认定本就十分复杂，为避免实践中出现“拔高处理”的情况，将二者清晰界分就成为一个必须明确的问题，本文将通过实务案例，讨论销售保健品涉刑事案件中，虚假广告罪与诈骗罪的区分问题。

虚假广告罪与诈骗罪的异同

虚假广告罪，是指违反国家广告管理规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的行为。而诈骗罪，是指行为人以非法占有为目的，以虚构事实、隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财产的行为。

从定义可见，两罪的共同点在于都是利用虚假信息致使他人陷入错误认识，其区别在于两个罪名侵害的法益、行为人的主观要件不同。

从被侵害的法益来看，诈骗罪侵犯的是公私财产的所有权，而虚假广告罪侵犯的是国家对广告的管理秩序、市场竞争秩序以及消费者的合法权益。从行为人的主观方面来说，诈骗罪的成立不仅要求行为人主观上有诈骗的故意，还要求行为人具有非法占有的目的。而虚假广告罪的成立仅要求行为人主观上具有非法获利的目的，该罪名的本质在于，它是通过刊登或散发虚伪不实内容的广告，使消费者大众信以为真，而从事价格与品质不相称的经济交易。

涉保健品诈骗具有一定特殊性，不同于常见的“空手套白狼”式诈骗，即该种诈骗中行为人获取被害人的财物不是完全无偿的，而是以付出相应的产品作为对价，属于交易类型的诈骗。准确区分交易过程中的“非法占有为目的”，是准确认定销售行为是否认定为诈骗罪的关键。

简言之，诈骗罪与虚假广告罪之间最关键的区别在于一个要求行为人具有非法占有的目的，而另一个则要求行为人仅具有非法营利的目的。在行为人客观上实施了欺骗行为的前提下，如果其主观上仅具有非法营利目的，不具有非法占有的目的，则不构成诈骗罪。对此，本文结合司法实践中的真实案例进行深入分析：

案例一 刘渠井虚假广告罪【（2020）苏 0681 刑初 170 号】

刘渠井于 2018 年 2 月，从贵州某公司以每瓶人民币 90 元的价格购进“苗王蛇酒”，之后各启东各乡镇开设会场，向附近村民发放传单，以宣传参加集会可以领取面条、鸡蛋等手段吸引村民。

刘渠井明知售卖的“苗王蛇酒”系普通食品酒，为牟取非法利益，在会场通过宣讲、播放视频等方式虚假宣传“苗王蛇酒”可以治疗高血压、脑梗塞、类风湿性关节炎等各种疾病，并以每瓶人民币 290 元的价格向村民销售。至 2018 年 6 月，刘渠井通过上述手段共销售该“苗王蛇酒”计 894 瓶，销售额计人民币 259260 元，违法所得合计人民币 140820 元。

最终，因刘某违反国家规定，利用广告对商品作虚假宣传，情节严重，被法院虚假广告罪定罪处罚。

【笔者评析】

本案中，刘渠井销售的苗王蛇酒仅系普通食品酒，不具有疾病治疗作用，而行为人在介绍、宣传的过程中，变相夸大效

用，发布苗王蛇酒能治疗高血压、脑梗塞等各种疾病的广告，吸引消费者购买，从而获取非法利益。

本案中引人误解的虚假宣传，更侧重于“假”，行为人之所以作出虚假宣传的目的在于销售产品本身。而诈骗罪的虚构事实则不然，诈骗更侧重于“骗”，其所虚构的范围不会局限于对产品质量、性能本身的夸大和吹嘘，还包括虚构一切有助于实现其诈骗目的的事实，例如虚构权威身份，夸大被害人的实际情况，刻意营造紧急状况、骗取被害人同情等。本案行为人采用的虚假宣传只能通过产品影响消费者，继而获取钱财，并不能直接从消费者本人的信息或者其他外部条件驱使消费者进行消费。因此，这种行为的性质仅是被定性为虚假广告罪，不能将之定性为诈骗罪。

案例二 李某某等六人虚假广告罪【(2018)辽1322刑初174号】

2014年4月至2016年11月期间，被告人李某某先后成立多家公司，之后陆续购进牡蛎参草、蚕蛹玛咖、牡蛎秋葵、鹿血金花、玛咖牡蛎等QS包装食品（产品类别均为压片糖果）。李某某先后在各地租赁房屋，招聘电话销售人员，以其成立的公司名义对外销售相关产品。

为推销产品，被告人李某某在明知玛咖牡蛎产品系食品，没有增强男性性功能等功效的情况下，仍然指使他人设计、制作玛咖牡蛎产品的网络广告，宣传玛咖牡蛎有增强男性性功能、增大增粗阴茎、延长性爱时间等功效，再通过广告中介人，将该广告发布到互联网相关网站进行虚假宣传。之后电话销售人员在推销产品过程中按照被告人李某某等人制作的话术向客户宣传玛咖牡蛎、蚕蛹玛咖等产品有增强男性性功能、延长性爱时间、补肾、治疗男性前列腺疾病等功效。经检验，玛咖牡蛎、蚕蛹玛咖中含有微量植物玛咖中存在的玛咖酰胺类化合物，未发现明显的西药成分。至案发，李某某共计非法获利人民币109848259.95元。

最后，法院认为，被告人李某某及其他被告人违反国家规定，**明知所销售的玛咖牡蛎产品系食品，不具有增强男性性功**

能等功效，仍发布网络广告对产品作虚假宣传，情节严重，行为均构成虚假广告罪。

【笔者评析】

本案中，李某某所售产品并非自己生产的“三无”产品，而是从正规公司采购的食品，经检验，部分产品确实含有微量植物玛咖中存在的玛咖酰胺类化合物，而玛咖烯和玛咖酰胺可以保持人体内的荷尔蒙平衡，确实可以起到增强免疫系统、提高生育力、改善性功能等作用。只是涉案产品在指标或其他方面不符合标准，行为人采取了一定的虚假手段去销售，其根本目的在于促成交易、获取经营利润。

在保健食品销售过程中，如果行为人虚假宣传的目的是促使对方购买保健食品，进而达成交易，此时，行为人主观上可能是以营利为目的，而不是以非法占有为目的。本案中，行为人提供了一定的对价，存在实质性交易，即便销售人员在销售过程中有夸大宣传、虚假宣传的行为，但在本质上并不能否认存在实质交易，也不能简单定性为具有非法占有目的。

案例三 陈某某诈骗案—危害食品安全刑事典型案例之六

陈某某为达到敛财目的，在江苏南京成立多家公司，主要针对老年人进行保健食品销售，其以“金鹰团队”名义统一管理，在江苏、浙江、安徽等地设立几十个销售平台。2016 年，其引入“平台旅游会销”模式，销售人员以免费旅游的名义将老年人骗至销售平台，再通过安排员工冒充知名医学专家进行门诊咨询、假冒医务人员进行虚假检测、伪造检测报告，虚假宣传销售的免疫球蛋白等保健食品能够预防和治疗心脑血管疾病、癌症肿瘤、糖

尿病等，且购买产品享有国家补贴等方式，**使被害人相信自己有高患癌风险，须服用该产品预防，从而高价购买保健食品。**至 2018 年案发时，涉案犯罪分子达数百人，其诈骗金额能核实统计到的达 1161 万余元。

常州市天宁区人民法院经审理，以诈骗罪判处被告人陈某某有期徒刑十四年，并处罚金人民币八百万元。其他被告人被判处有期徒刑一年二个月至十二年六个月不等刑期，并处罚金。

【笔者评析】

行为人在涉保健品诈骗犯罪中虚构事实、隐瞒真相的行为集中体现了非法占有目的，这些表现主要有以下方面。

1、严重虚假描述产品功能、效果

如果行为人在明知销售的保健品属于质量不合格、无宣传功效的产品，却隐瞒真实情况对外宣传并销售，导致消费者无法实现购买目的，并造成经济损失的，认定为诈骗罪。反之，如果销售的保健品是质量合格、功能有效的保健品，仅仅是夸大产品的价值并以较为高昂的价格出售的，通常也较难认定行为人具有非法占有目的。

实践中，判断行为人是否对保健品功能、效果严重虚假描述，应结合鉴定意见、消费者服用后反馈情况、一般科学常识、专家证人意见等多角度综合分析判断。

2、采用套路化销售模式

在商品交易型诈骗中，行为人为达到骗取钱款的目的，不仅需对其销售的商品进行虚假宣传，更重要的是采取能够足以让受害人产生错误认识并购买商品的其他手段。故而行为人往往采用虚构身份、虚假诊疗、伪造检测报告等套路结合固定销售“话术”“剧本”欺骗受害人，意图使受害人产生错误认识，骗取受害人的财物。

本案中，行为人不仅对商品功效进行夸大宣传，并在宣传过程中通过虚假检测、伪造检测报告等方式，让受害人对自身的健康情况产生错误认识，基于错误认识而购买保健品的，这种虚构事实的行为直接影响了受害人的决策，当诈骗数额达到标准时就认定为刑事诈骗。

【结语】

虚假广告罪与诈骗罪在销售保健品涉及的刑事案件中应有着明确区分，深入理解两者的区别对于正确适用法律和保护被害人权益至关重要。

如果行为人违反国家规定，对商品或服务所做的虚假广告宣传只是为拓宽销售渠道、增加产品销量，涉案产品的功能、效果虽有夸大但仍有一定真实效果，行为人主观上并不具有非法占有目的的，不构成诈骗罪。当然，也不排除某些诈骗犯罪行为人在实施诈骗过程中，利用广告对其所谓的产品作虚假宣传，以便能够更加便捷、有效地骗取被害人财物，此时同时构成虚假广告罪和诈骗罪，按照想象竞合原理择一重罪处断，一般应认定为诈骗罪。同理，如果行为人主观上以非法占有为目的，以生产、销售伪劣产品为手段，骗取他人财物的，同时构成诈骗罪和生产、销售伪劣产品罪，也应按照想象竞合原理择一重罪处断。

赵珞宏 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向:刑事辩护

联系方式:18089390623

民间借贷与非法集资类犯罪的行为界限

作者：王年俊

民间借贷作为一种传统的金融活动，长期以来在促进经济发展和满足民间资金需求方面发挥着重要作用。然而，随着金融市场的发展，一些不法分子利用公众对金融知识的欠缺，通过各种手段进行非法集资和民间借贷活动，严重破坏了金融市场秩序，损害了投资者利益，给社会带来了严重的负面影响。因此，国家层面通过科以非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪等罪名予以惩处，并先后出台了行政法规、司法解释以及部门规范性文件对非法集资涉嫌的罪名以及行为方式予以明确，对于司法实践中准确认定此类案件的性质指明了方向。本文旨在通过剖析司法实务观点，探讨民间借贷与非法集资类犯罪中典型如非法吸收公众存款罪的行为界限，以期为融资者开展正常借贷业务提供参考，同时也供广大投资者予以甄别，避免陷入非法集资类犯罪的陷阱。

一、引言

民间借贷作为一种特殊的金融活动，其本质是出借人与借款人之间的资金融通。在我国，民间借贷历史悠久，早在封建社会就有土地、房产等不动产抵押借贷的现象。随着市场经济的发展，民间借贷逐渐演变为一种重要的融资渠道，**民间借贷凭借其形式灵活、手续简便、融资快捷等特点为中小企业和个人提供了资金支持，一定程度上缓解了融资难、融资贵的状况**，满足了社会多元化融资需求。但是，当融资主体意识到了民间借贷的优势时，逐渐由向特定对象借款改变为向不特定对象借取资金，**且一旦借贷数量增多，量变引起了质变就有可能从正常的返本付息到承诺高额返利，从真经营到假经营，从借贷关系不断衍生出委托理财等诸多掩人耳目的吸取资金模式**，大量的民间资本被套牢在企业中，国家正常的金融秩序被严重扰乱。

非法集资类犯罪是一系列犯罪的集合体，其涵盖的罪名包括欺诈发行债券罪、擅自设立金融机构罪、非法吸收公众存款罪、擅自发行股票、公司、企业债券罪、集资诈骗罪、组织、领导传销活动罪、非法经营罪等不同罪名，主要为破坏社会主义市场经济秩序类罪名。司法实践中，关于非法集资类犯罪，主要以非法吸收公众存款罪居多，**以上海市为例，2020 年到 2022 年，1624 件公开的同类刑事犯罪裁判文书中，认定非法吸收公众存款罪的有 1363 件，占比 83.9%**（见图 1-1），其余以诈骗、合同诈骗、集资诈骗等罪次之。因此，非法吸收公众存款罪在此类案件中最为典型，也最具研究价值。

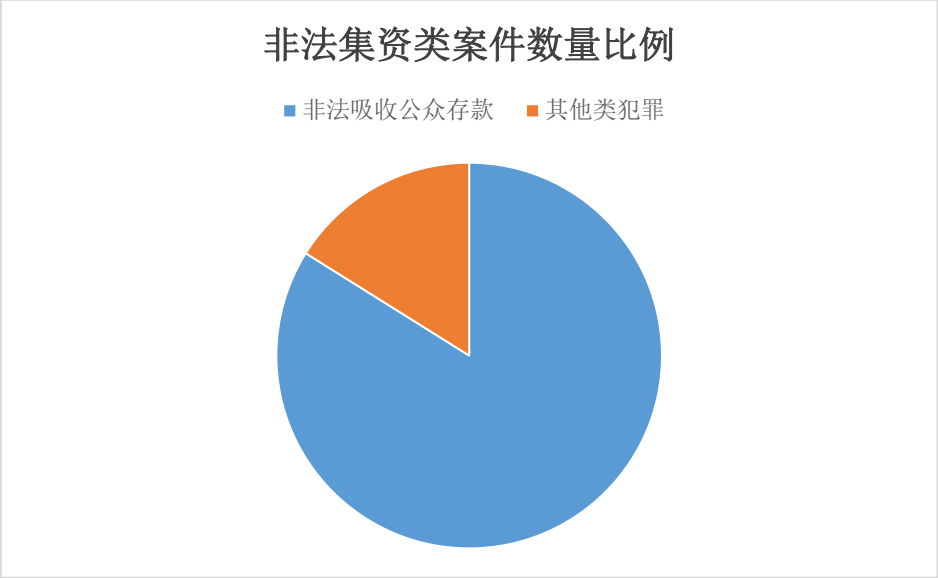


图 1-1

本文着重分析非法集资类犯罪所涵盖罪名中最为典型的非法吸收公众存款罪有别于正常民间借贷的不同之处，进而在此基础上归纳司法实务界人士的处断路径和评判标准，明确民间借贷与非法集资类犯罪的行为界限。

二、 法律渊源

如何界定合法的民事借贷与违法的非法集资类犯罪之间的行为界限，涉及刑民交叉案件处理中如何进行刑事与民事程序的流转衔接，**司法实务中主要按照“先刑后民”的原则进行处置**，此项原则主要依据为《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》（2014）中第 7 条以及《最高人民法

院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（2020）第 5 条之表述（见表 1-1）。

法律名称	条文	规范内容	具体规定
《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》（2014）	第 7 条	三机关处理非法集资刑事案件时遵循“先刑后民”原则	对于公安机关、人民检察院、人民法院正在侦查、起诉、审理的**非法集资刑事案件**，有关单位或者个人就同一事实向人民法院提起民事诉讼或者申请执行涉案财物的，**人民法院应当不予受理**，并将有关材料移送公安机关或者检察机关。 人民法院在审理民事案件或者执行过程中，**发现有非法集资犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉或者中止执行**，并及时将有关材料移送公安机关或者检察机关。
《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（2020）	第 5 条	法院审理案件时发现涉嫌非法集资犯罪应裁定移送公安	人民法院立案后，**发现民间借贷行为本身涉嫌非法集资等犯罪**的，应当裁定驳回起诉，并将涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料**移送公安**或者检察机关。

表 1-1

由于三机关在办理非法吸收公众存款罪刑事案件过程中遵循的“先刑后民”原则，这一模式即导致融资人在从事民间借贷前**不得不做好相关风险评估，准确把握自身还贷能力、融资人数的多寡以及经营风险**，否则，一旦融资人逾期不能偿还借款，出借人随即报警或者即使未报警而起诉至法院，法院亦有可能移送公安，进而导致涉嫌刑事法律风险。

在涉嫌刑事犯罪的前提下，如果齐备了《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2022）所规定的**非法性、公开性、利诱性、社会性特征**，并且同时满足了该解释所规定的实务中应当认定为该罪的 11 种常见行为（见表 1-2），即构成非法吸收公众存款罪。

法律名称	条文	规范内容	具体规定
《刑法》（2021 修正）	第 176 条	非法吸收公众存款罪	非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的
《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2022）	第 1 条	认定“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”应同时具备的条件	（一）未经有关部门依法许可或者借用合法经营的形式吸收资金；（二）通过网络、媒体、推介会、传单、手机信息等途径向社会公开宣传；（三）承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；（四）向社会公众即社会不特定对象吸收资金。
《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2022）	第 2 条	应当以非法吸收公众存款罪定罪处罚的行为	（一）不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的，以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的……（十一）利用民间“会”“社”等组织非法吸收资金的；（十二）其他非法吸收资金的行为。

表 1-2

然而，《民法典》及司法解释其实并未对民间借贷的行为方式进行细致描述（见表1-3），仅对还款义务的履行及利息作了规定，看似仿佛一切皆可为，但通过分析非法集资类犯罪的构成要件，不难发现实则风险重重，这点在上文中已对可能涉嫌的犯罪及典型犯罪进行过赘述，因此，作为借款人一方的融资人，不得以病急乱投医的姿态随意融资于不特定方，**审视民间借贷是否可为的前提是该行为是否达至典型如非法吸收公众存款这一非法集资类犯罪的非法性、公开性、利诱性、社会性特征。**

法律名称	条文	规范内容	具体规定
《民法典》	第3编第12章	借款合同的一般性规定	第667条 借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同……第680条 禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定……自然人之间借款的，视为没有利息。
《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（2020）	第1条	民间借贷的一般性规定	本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人和非法人组织之间进行资金融通的行为。

表1-3

三、案例介绍

1、案例回顾

案号	案件事实	判决结果	裁判理由
（2020）沪0112刑初293号	被告人何某注册成立一人独资公司并担任法定代表人，实际控制该公司。公司成立后，被告人何某未经有关部门依法批准，组织人员在互联网开设“长久贷”网络融资平台，采用网络宣传等方式，以高额年化收益为诱	构成非法吸收公众存款罪	违反国家金融管理法律法规，通过网络宣传等方式，以高额利息为诱饵，向不特定社会公众吸收存款，数额巨大，其行

	饵，向社会公众吸收资金。经审计，截至 2018 年 7 月 18 日，“长久贷”平台共收取 20,374 名集资参与人资金共计人民币 5.64 亿余元，未兑付 1,410 名集资参与人共计人民币 1.57 亿余元。		为已构成非法吸收公众存款罪
（2019）沪 0104 刑初 977 号	被告人崔某为谋取非法利益，共同出资设立乙有限公司，依托“贝米钱包”网络平台，未经有关部门批准，组织业务人员开展“互联网金融业务”，通过发布“充值返现”等互联网广告、承诺固定收益、签订“分红计划”、“定存计划”等电子服务协议的方式，对外大肆非法吸收公众存款。经司法审计，自 2015 年 3 月至 2018 年 7 月案发，被告人崔某向 19 万余名投资人吸收资金共计人民币 303 亿余元，尚未兑付投资人本金共计 41 亿余元。上述资金用于对外借贷、股票投资、兑付本息、公司运营等各种用途。	构成非法吸收公众存款罪	未经有关部门批准，非法吸收公众存款，扰乱金融秩序，数额巨大，其行为已构成非法吸收公众存款罪
（2020）沪 01 刑终 1334 号	被告人袁某在经营丙有限公司期间，以口口相传等公开宣传方式，以高额利息为诱饵，采用购买理财产品的形式，向社会不特定对象非法吸收资金。经审计，累计吸收资金人民币 59,977,400 元，未兑付本金 27,404,650 元。	构成非法吸收公众存款罪	违反国家金融管理法律规定，变相吸收公众存款，扰乱金融秩序，数额巨大，其行为已构成非法吸收公众存款罪

2、案例分析

从以上案例的主要事实发展经过来看，基本上行为人皆是不具备从事金融活动业务资质，进而借助“互联网+”这一理财平台或者其他购买理财产品的形式，以承诺固定收益作为利诱手段，向社会公众吸收资金；从法院的裁判口径上观察，**民间借贷行为构成犯罪的关键在于犯罪对象为“不特定多数人”**，法院基本上是在遵循非法吸收公众存款罪的概念和特征的标准下以此认定是否构成非法吸收公众存款罪的。

【结语】 虽然司法实践中不可否认的是，“先刑后民”的原则会对案件的诉讼周期、当事人的权益造成必要的影响，但是回顾新近所发生之非法集资类刑事案件，可以直观发现，司法者对于嫌疑人是否构成集资犯罪的认定上也是以非法集资相关法条及司法解释为纲为目，裁判说理并未脱离此类犯罪的立法意旨，同时也贯彻了“排除合理怀疑”的定罪标准。民间借贷和非法集资类犯罪二者间的行为界限并不那么泾渭分明，甚至某种意义上非法集资类犯罪典型如非法吸收公众存款罪可以等同于众多民间借贷的集合。融资人在融资活动中应严厉杜绝司法解释所列举之非法集资行为，防范刑事法律风险。同时，广大投资者也应当提高警惕，遵循合法、合规、风险可控的原则进行投资，做自身利益最佳的决断。

王年俊 律师
上海七方律师事务所 律师
七方公司与清算法律服务部
律师
业务方向:公司法、商事诉讼、企业重整与清算
联系方式:19821802660

代持股权在破产程序中归谁所有?

作者：吕小萌

通常来说，在股权代持关系中，实际投资人和名义股东的权利义务会通过双方约定或者法律规定的形式进行厘清。发生纠纷时，法院一般也会从保护商事交易稳定性的角度出发，在对外关系上会侧重于保护善意第三方的利益，在对内关系上则依据代持协议公平处理。那么在破产程序中，名义股东为实际投资人代持的股权是否要被纳入破产财产，实际投资人可以主张相关权利吗？

一、代持股权属于破产财产吗？

《企业破产法》第三十条规定："破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，为债务人财产。"《最高人民法院关于适用<中华人民共和国企业破产法>若干问题的规定（二）》第一条规定："除债务人所有的货币、实物外，债务人依法享有的可以用货币估价并可以依法转让的债权、股权、知识产权、用益物权等财产和财产权益，人民法院均应认定为债务人财产。"第二条则规定了"债务人基于仓储、保管、承揽、代销、借用、寄存、租赁等合同或者其他法律关系占有、使用的他人财产"、"债务人在所有权保留买卖中尚未取得所有权的财产"和"所有权专属于国家且不得转让的财产"不属于债务人财产。从这些规定来看，只有所有权明确属于他人的财产才不属于债务人财产。由此可见，代持股权是名义股东依法享有并且能够转让的财产权益，按法律规定代持股权应属于债务人财产。根据公司法及股权代持的相关规定可以知道，实际投资人也就是隐名股东享有的是对出资的收益权益，但隐名股东并不能突破程序规定直接成为公司法意义上的股东。

二、保障债权人信赖利益 or 保障隐名股东投资利益？

从债权人的角度来说，名义股东在工商登记及股东名册上均被登记为股东，应当享有对应的股权，该股权应当作为债务人财产进行分配，以保障债权人利益最大化。从实际投资人的角度来说，其通过隐名的方式出资就是为了保障投资利益的同时也保障投资自由，其依据代持协议和法律规定主张股权归其所有，要求行使取回权拿回股权也是有底气的。

在破产程序中，债务人财产的确定和债权人利益的保障是至关重要的两个方面，而且债务人财产的确定本身就是确保债权人能够公平受偿的基础。如果债务人在破产前通过为他人代持等方式架空了股权，债权人却连作为第三人依据外观主义的信赖利益来主张权利的机会都没有的话，那毫无疑问会导致破产程序无法进行，无法保障债权人的财产利益，破产程序的意义也就没有了。

对债权人利益的充分保护无疑是建立在风险全部由实际投资人承担的基础上。实际投资人在使用代持方式持股的那刻起，就将股权置于“危险地带”，随时可能被“夺走”。可以说，这是实际投资人可以预见并承担的股权代持带来的商业风险，是实际投资人的“自我修养”。因此，代持股权一旦进入破产程序，债权人和实际投资人就产生了“利益冲突”，债权人基于股权工商登记产生的合理的信赖利益会优先于实际投资人的利益。

三、实际投资人可以要求对被代持股权行使破产取回权吗？

实际投资人可否依据代持股权是“债务人基于仓储、保管、承揽、代销、借用、寄存、租赁等合同或者其他法律关系占有、使用的他人财产”而主张破产取回权呢？答案是否定的。破产取回权的基础是物权，只有该物权的所有权属于他人的，他人才能主张取回权。但是股权并不是单纯的物权，而是一种偏向于财产权的综合性权利。

此外，实际投资人并不是公司法层面的股东，实际投资人想要显名的，必须取

得公司其他股东过半数同意，或者能证明公司过半数股东知晓其实际出资的事实且未对其行使股东权利提出异议。也就是说，在未显名化之前，实际出资人并不享有完整的股东权利。

因此，如果名义股东破产，实际投资人不能基于破产取回权取得被代持的股权，实际投资人可以向破产企业主张债权请求权，即通过债权申报的方式，主张收取股息、红利或者要求损失赔偿等。

吕小萌 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

业务方向：股东纠纷、股权纠纷、刑民交叉法律事务

联系方式：18817838201

股权代持协议中隐名股东是否享有任意解除权

作者：王年俊

随着市场经济的多元化发展，隐名出资拓宽了投资者的投资渠道及投资方式，股权代持现象十分普遍。由于股权代持横跨民法与公司法两大领域，隐名股东出资代持协议中隐名股东是否具有任意解除权问题，我国民法典、公司法及相关司法解释均未明确规定，理论界和司法实务界对此问题也存在很大争议。司法实务中，法官倾向于认定股权代持关系为委托合同关系，因而作为委托合同一方的委托人——隐名股东，自然享有在委托合同履行完毕之前的任意解除权，若委托合同已履行完毕，考虑到资本维持原则涉及到目标公司的权益，法院是故不会支持任意解除权的行使。本文将结合案例进行分析研判。

一、若要分析任意解除权之有无，必先厘清股权代持之性质

若要研究隐名股东是否享有任意解除股权代持协议的权利，首先应探析隐名股东任意解除代持协议所依据的基础法律关系——股权代持关系的性质，进而解决隐名股东任意解除权的有无问题。

关于股权代持关系中的隐名股东有无任意解除权的问题，理论和司法实践中存在争议，而争议的焦点在于对股权代持关系法律性质认识的分歧。一种观点认为，股权代持协议的法律性质系委托，依据《民法典》第九百三十三条之规定，委托合同当事人享有任意解除权。另一种观点认为，股权代持协议的法律性质系信托或无名合同，当事人不得援引《民法典》第九百三十三条之规定行使任意解除权。

通过考察实践中股权代持协议的内容，股权代持关系符合行为人以被代理人名义实施法律行为之特征，其性质属于代理关系中的意定代理。按照意定代理领域的分离理论，代理人与被代理人之间的内部关系可分为授权关系（基于被代理人单方授权行为）与基础关系（基于委托合同、

信托合同等）。唯有当实际出资人与名义股东代理之基础关系为委托合同时，《民法典》第九百三十三条之任意解除权方可适用。若双方的基础关系为信托合同，关于委托合同的法律规定自难直接适用。只不过，现实中大量存在的股权代持，当事人多选择签订委托合同建立基础关系。因此，司法实践中认定当事人有任意解除权，进而根据委托代理制度来解决其任意解除权问题的判决较为多见，当然也不排除少数持相反观点的判例。

二、案例介绍

（一）案例一：隐名股东享有任意解除权【（2020）粤 03 民终 21088 号】

1、案情回顾

2017 年，甲公司、向某签订《股权代持协议书》，协议约定“甲公司、向某已于 2017 年 10 月 1 日签订了合同编号为 TGW20171226B16 房屋租赁合同，现向某将乙公司的 1.5%股权转让给甲公司，作为支付给甲公司的租金。甲公司愿意委托向某依法代为持有公司 1.5%的股权，并代为行

使由甲公司授权委托的相关股东权利，向某自愿接受甲公司的委托并按甲公司的授权代为行使股东权利。向某代替甲公司持有的1.5%股权，实际已由甲公司完成出资义务。”

甲公司在2018年10月12日寄出一份《律师通知函》给向某，表示甲公司、向某签订的《股权代持协议书》已于2018年9月18日解除。嗣后，因向某不同意解除合同，故甲公司起诉至法院请求解除《股权代持协议书》。

2、法院判决

一审法院认为甲公司与向某签订《股权代持协议书》，由向某向甲公司转让所持有的1.5%乙公司的股份，作为房产使用费用的对价，同时由向某代甲公司持有此1.5%股份，甲公司与向某之间形成股权代持关系。本案争议焦点为甲公司是否有权解除《股权代持协议书》。甲公司与向某之间系股权转让关系，股权转让的对价即是房产租金，同时甲公司委托向某代为持股。向某至庭审之时，都认可甲公司的实际股东身份。可见，《股权代持协议书》的约定内容，双方已经履行完毕，甲公司无权解除该《股权代持协议书》。

二审法院认为涉案《股权代持协议书》主要约定两部分内容，一是向某向甲公司转让乙公司1.5%的股权作为支付给甲公司的租金，二是甲公司委托向某代持上述1.5%的股权。对于股权转让关系部分，向某向甲公司转让乙公司1.5%的股权，同时合同约定截至协议签订之日甲公司持有乙公司1.5%的股权，因此，应认定双方的股权转让关系已于合同签订之日履行完毕。对于委托代持股权关系部分，根据合同约定，甲公司委托向某代持股权的期间自协议生效开始，至甲公司将其股权转让给目标公司时终止，因此，应认定双方的股权委托代持关系尚未履行完毕。本案无证据证明甲公司受让涉案股权的合同目的落空，甲公司无权请求解除该部分合同内容。对于双方当事人之间的委托代持股权关系，根据《合同法》第四百一十条（内容同《民法典》第九百三十三条）规定，

委托人或者受托人可以随时解除合同，鉴于涉案《股权代持协议书》中关于股权代持的部分尚未履行完毕，甲公司有权解除其与向某之间的股权委托代持关系。但需要明确的是，解除合同对于涉案《股权代持协议书》中已经履行完毕的股权转让部分并不产生溯及力。一审认定甲公司无权解除《股权代持协议书》不当，本院予以纠正。

（二）案例二：隐名股东不享有任意解除权【(2020)渝01民终6883号】

1、案情回顾

A公司系于2017年11月20日成立的有限责任公司，B公司为A公司的股东（出资额为500万元、持股比例为25%）。

2018年8月21日，以朱某为甲方（委托方）、B公司为乙方（受托方），就甲方委托乙方代为持有A公司（以下简称“目标公司”）相关股权事宜，签订《股权代持协议》，约定：“目标公司A公司系一家根据中华人民共和国法律注册的有限责任公司，公司注册资本为人民币2000万元。甲方自愿委托乙方作为自己对目标公司100万元出资（该出资占目标公司注册资本的5%，享有目标公司5%股权）的名义持有人，并代为行使相关股东权利，乙方愿意接受甲方的委托并代为行使该相关股东权利”。

2018年8月27日，朱某向B公司转账50万元用于投资A公司，B公司在收到朱某支付的50万元投资款后向A公司支付投资款，朱某另通过微信告知瞿小娥该50万元款项用于投资A公司。

2018年11月22日，朱某要求B公司退还案涉50万元遭拒后，朱某将A公司和B公司诉至法院要求解除签订的《股权代持协议》并由B公司、A公司返还其投资款。

2、法院判决

一审法院认为，涉案《股权代持协议》由朱某与B公司签订，双方当事人的意思表示为B公司代朱某持有A公司100万元股权，故本案系实际出资人朱某与名义股东B公司之间的合同纠纷。朱某交付投资

款 50 万元，履行了《股权代持协议》中约定的缴纳出资款的义务，且该 50 万元的对应的 A 公司股权亦登记在 B 公司名下，B 公司已履行了代持义务，且无其他违约行为，朱某未能举证证明朱某与 B 公司签订的《股权代持协议》存在法定解除的情形，其主张解除与 B 公司之间签订的《股权代持协议》以及基于解除《股权代持协议》所主张的返还股权本金等请求，均缺乏事实和法律依据，一审法院不予支持。

一审判决后，朱某以“《股权代持协议》是委托合同，上诉人可以随时解除”为由提起上诉。二审法院认为朱某要求行使单方解除权解除该协议，但 B 公司已经根据该协议约定将股权款转至 A 公司账户，该委托涉及 A 公司的权益，本案中 A 公司并未明示同意朱某撤回投资，本案的委托关系并非常规仅涉及委托方与受托方权益的委托关系，朱某自愿选择隐名持股，应对其中的风险有预知并自行承担相应法律后果。故朱某要求单方解除《股权代持协议》的请求不能成立。

三、法律分析

（一）代持协议的性质

《民法典》合同编对大多数常见且典型的民事法律行为分别规定了相对应的有名合同类型，并确定了与之对应的具体法律规范，如买卖行为、委托代理行为对应买卖合同、委托合同等，但对于股权代持行为方面并没有特别规定与之对应的合同类型。《公司法》、《公司法（司法解释三）》等也只是规定了部分问题的处理规则，未对股权代持法律关系的性质进行明确规定。在司法实践中法院对代持协议的性质认定也各有不同，而合理认识和把握股权代持法律关系的性质是解决和处理股权代持行为争议和纠纷的基础。从上述案例也可看出，司法者在法律适用层面并非看到股权代持协议就直接适用委

托代理的相关规定，而是在一般性规则不能顺利解决法律纠纷时，才选择参照适用最相类似的合同规定，使法律适用更具有灵活性，如此才是站在解决实践法律问题的角度去思考，而非纯学理上的分析。

（二）任意解除权有无的审慎考量

以我国实证法为观察，关于股权代持协议之相关规定见诸于《公司法》、《公司法（司法解释三）》以及对于合同进行一般规定的《民法典》，但对于股权代持协议中隐名股东是否享有委托合同的任意解除权、如何行使任意解除权等问题存在争议。代持协议系实际出资人与名义股东之间的代持契约关系，受《民法典》合同编的调整，它与一般的有名合同的约定解除基本相同，其本质都是要尊重双方当事人的意思自治，因此解除条件不会有所限制；股权代持协议的法定解除事由不应受到限制，可直接适用《民法典》中关于法定解除权的相关规定。故隐名股东可依法享有约定解除权与法定解除权。

但对于隐名股东是否享有任意解除权以及该权利的行使，司法者会更加慎重对待。上述案例其实也间接说明，司法者并非僵硬的法律适用者，由于法律规范的滞后性，司法者面对的个案往往纷繁复杂，即便是类案，也有略微的细微不同，司法者从追求实质正义的角度出发，以股权代持协议是否履行完毕、目标公司的权益等因素为考量，可能做出不同的裁决——认可亦或不认可隐名股东享有的任意解除权。

四、结语

根据合同约束力原则，若隐名股东享有任意解除权便会出现随时任意解除合同导致合同的不稳定的可能，不符合我国合同法维护交易安全与交易稳定的立法目的，且任意解除权的行使“无须说明理由”，故《民法典》中只赋予了部分有名合同中当事人任意解除权且有具体的条件限制，如委托合同、承揽合同等。因此，

司法者在选择是否参照委托合同来处理股权代持纠纷案件时，往往会考虑被代持股权的归属、公司资本与经营的稳定性以及双方当事人的经济利益等因素来综合决定，并且在已被定性为委托合同的股权代持案件中，法官同时也会将当事人之间的委托合同的履行阶段、信任基础是否丧失作为解除合同的评判标准。

涤除法定代表人登记诉讼实务分析

作者：王晓鹏

近日，笔者代理的一起个人要求涤除法定代表人登记信息的诉讼案件，以公司和原法定代表人之间达成和解顺利结案，本案中笔者代理的是原法定代表人一方。无独有偶，两年前，笔者还曾经作为另一家公司的代理人，代理了类似的案件，同样也是以双方和解结案。两个案件案由相同，笔者代理的立场却截然对立，案件的细节和代理思路也完全不同。本文将以两个案件为例，为读者介绍涤除法定代表人诉讼中的各项要点。

案例一

此案中笔者作为A公司的诉讼代理人。2018年A公司设立时，因A公司所开展业务有特殊的监管要求，法定代表人也必须具备相应的从业资质，实控人找到公司内部具备该资质的员工张甲，希望她配合A公司进行法定代表人的工商登记，并许诺丰厚的酬劳。彼时A公司经营前景一片大好，张甲一方面不好拒绝上司的要求，一方面对于酬劳也很是心动，虽有犹豫，最终还是答应了A公司的要求，主动提供身份信息，并配合办理了法定代表人登记，后续A公司的经营活动中，A公司各项事务及重大决策也都通过OA系统抄送给张甲及实控人，张甲也多次在OA中邮件回复确认，并在各项文件中签字，“履行”了法定代表人职责。2021年开始，由于行业监管大环境发生了180度转变，A公司经营出现了重大困难，张甲也从A公司辞职，并多次向A公司提出变更法定代表人登记的要求，但是A公司以目前没有合适的人选接任为由予以拒绝。后由于合同纠纷，A公司被浦东新区人民法院限高，限高令也关联到张甲本人。张甲认为自己从一开始就只是一个“挂名”的法定代表

人，从未真正参与过A公司的决策，且A公司涉诉纠纷发生时，自己已经离职，事实上也没有条件再履行法定代表人职责，A公司拒不配合变更法定代表人登记的行为损害了其合法权益，遂起诉至法院，要求法院涤除法定代表人登记信息。

案例二

此案中笔者的立场发生了变化，作为法定代表人刘乙的诉讼代理人。此案中，刘乙与李丙系好友，双方有意合作成立一家文化公司开展业务。后双方签署合作协议，约定共同出资成立B公司，刘乙担任法定代表人，并负责B公司的业务拓展。刘乙同时还持有B公司20%的股权，该股权为期权，在刘乙达成了业绩承诺后，李丙配合其行权。B公司成立后，刘乙以法定代表人身份参与公司实际经营，但并未签署劳动合同。半年后刘乙和李丙因经营理念发生冲突，李丙发送书面通知要求刘乙退出公司，不得再参与公司经营，股权期权也不再行权。刘乙表示同意，并配合B公司办理了离职交接。刘乙离开公司后，为防止公司后期经营风险转嫁到自己身上，多次联系李丙，要求李丙及B公司配合其办理法定代表人及公司股东变更登记手续，但是李丙始终不予回应，无奈之下，刘乙找到笔者，寻求法律救济之道。

上述的两个案件，案由同为“涤除公司登记信息之诉”，看似法律关系相同，实则存在着极大的不同，让我们以案说法，解读这类案件中的“道与术”。

法律分析

（一）穷尽自力救济——司法救济的前置

公司法定代表人的选举、变更流程记载于《公司章程》中，《公司章程》作为公司治理的“宪法”，具有不可撼动的法律地位。当法定代表人不愿或不能再担任公司法定代表人的时候，在公司不予配合登记的情况下，法定代表人能否直接向法

院提起诉讼，请求法院径行裁判，实践中大多数法院都是持否定态度的，法院的观点是，司法是被动中立的，是最后的防线，而变更法定代表人事务，属于公司自治的范畴，司法不宜过度干涉，法定代表人应先按照《公司章程》中规定的流程，先行自力救济，只有在穷尽自力救济手段无果后，才可以向人民法院起诉要求法院裁判。如：（2023）京 03 民终 7744 号、（2022）京 0108 民初 38226 号、（2023）京 01 民终 3522 号、（2022）桂 1421 民初 2122 号案件等。上述案例二中，笔者在代理刘乙的案件后，首先调取 B 公司的企业登记档案，根据《公司章程》，选举法定代表人事项应由公司股东会投票，并经持有二分之一以上表决权的股东同意。《公司章程》还规定，法定代表人及股东有权提议召开临时股东会，召开股东会的通知及审议事项应当提前十五日通知其他股东。笔者了解到上述规定后，立即指导刘乙以股东的身份起草提议召开临时股东会通知函，告知公司另一股东李丙，二十日后召开临时股东会审议法定代表人及刘乙股东身份变更事项，并按照企业内档中登记的李丙的收件信息及李丙的户籍信息各自寄送了通知函，同时保留好快递底单及快递签收记录。后来，在通知函规定的股东会召开日，李丙未出席股东会，因控股股东缺席，导致无法形成任何有效决议。刘乙实际上已经无法通过公司自治的方式变更公司登记，此时刘乙再向法院提起诉讼，增大了胜算。上述案例一中，张甲虽然也觉得很是委屈，但是其在起诉之前只是跟 A 公司实控人的配偶多次提出要求变更法定代表人登记，却并没有按照 A 公司《章程》向公司其他股东提出召开股东会的书面通知，也没有持有任何股东会决议或是会议记录，此时虽然案件被法院受理，但是很可能因未能穷尽自力救济手段，被法院驳回起诉。

（二）是否自愿任职——分析主观心态

一旦法定代表人穷尽了公司内部救济途径提起诉讼后，法院在审理过程中首

先要审查个人担任法定代表人是否是本人真实意思表示，如果公司在安排某人担任法定代表人的过程中，存在欺诈、胁迫、或者是伪造相关文书、签名等不当行为的，法定代表人在发现上述情况后及时主张权利的，法院一般都会支持涤除相应工商登记信息。上述案例一中，张甲起诉时虽然表示自己当时受到了A公司实控人的欺骗，轻易相信了实控人的承诺，被动地登记为法定代表人，但是从后续其本人与A公司就此事签署《合作协议》以及定期接受公司支付的报酬来看，张甲对于自己担任法定代表人一事自始至终都是明知且未作任何反对的，没有任何证据证明其受到欺诈，因此张甲该种主张很难得到支持。案例二中，刘乙同样也是出于和李丙合作开办公司的目的，自愿担任B公司的法定代表人，这一点刘乙本人也予以认可，因此其本人在起诉时并未就主观心态进行过多陈述。

（三）是否履行职责——判定客观行为

在涤除法定代表人诉讼中，自然人一方如果想达到诉讼目的，应该积极举证自己没有实际参与公司经营，或者是虽然曾经参与经营，但是目前已经不具备履职的现实可能，如果公司不能尽快地更换法定代表人，将会给公司的正常经营带来困境，也存在公司恶意利用法定代表人身份从事损害自然人合法权益的风险。案例一中，A公司调取整理了张甲担任法定代表人期间大量的OA邮件记录，从邮件记录中可以看出公司各项重大决策事项都通过邮件抄送张甲，张甲也多次回复确认，公司内部还保存有很多张甲以法定代表人身份签字的文件，从证据形式上看，张甲在任职期间积极履行了法定代表人职务，并非其自称仅是挂名而已。案例二中，刘乙同样也是在任职期间积极行使了法定代表人的职责，不存在虚挂法定代表人的情形。既然两案中都有证据证明张甲和刘乙并非空挂法定代表人，那么是否意味着公司稳操胜券了呢？实则不然，因为两案中都有一个共同的情形，那就是在发生纠纷

时，张甲和刘乙都已经处于离职状态，不再担任公司任何职务，不同的是，张甲是自己辞职，刘乙被大股东李丙要求离开公司后，被动离职。但是不管离职原因如何，两人在客观上已经不具备继续担任法定代表人及履行职责的现实可能性，如果不能及时变更法定代表人登记，可能会对公司后期的正常经营产生不利影响，那么法院是否据此就能直接判令公司涤除法定代表人登记呢？答案是否定的，在公司仍然处于正常经营，或是外部风险可控的情形下，当案件走到了这一步，法定代表人胜诉的概率确实很高，但是如果公司出现了经营异常情形，法官就要通过心证衡平法定代表人个人利益与其他主体，特别是债权人利益，从而作出相对公正的判决。

（四）是否损害第三方利益——维护商事交易安全的价值判定

法定代表人不同于公司其他人员，一经工商登记，即对外产生公示公信力，法定代表人在任职期间，履行相应的职务，代表公司从事相应的法律行为，并产生法律上的后果。当公司与第三方发生纠纷，或者公司自身由于经营问题进入破产、清算程序时，此时法定代表人多以自身仅是“挂名”，并未实际参与经营为由，要求在此时“全身而退”，但是司法实践中，如果自然人当初对于公司安排其担任法定代表人一事明确知情，并未表示反对，而且还采取了主动配合行为，比如存在自愿出借身份证，自愿配合办理登记手续，签署合作协议，领取报酬等行为，法官往往会在个人利益和商事交易安全之间进行心证，并作出自身的价值判断。目前多数判例都认为，法定代表人作为一个完全民事行为能力人，明知“挂名”法定代表人可能给自身带来风险，仍然自愿承担该风险，在此情形下，如果以司法判决的方式涤除法定代表人登记，一来法定代表人在公司债务中是否应承担责任尚未明确，直接涤除法定代表人可能会使公司现有的纠纷处理陷入困境；二来根据《中华人民共和国市场主体登记管理条例》第九条之规定，法定代表人为公司登记的必要事

项，一旦司法判决涤除现有法定代表人登记，如果公司未能及时选举产生新的法定代表人，公司将会面临因必要登记事项缺失而被注销的风险，从而损害第三方的合法权益，为平衡、保障债权人利益，在此特殊时期，原法定代表人应该继续履行对外代表职能及相关留守义务。如：（2023）京 01 民终 3792 号、（2021）沪 0107 民初 28659 号等案。结合前文所述，我们再来看前面两个案例，两案中存在诸多类似之处，比如法定代表人都是自愿任职，任职期间也都有证据证明积极参与了公司经营管理，起诉时亦都离职，实际上不具备继续履行法定代表人职责的现实条件，但是两案中最大的不同在于：案例一中，A 公司目前诉讼缠身，且已经有案件进入执行阶段；案例二中，B 公司仍处于正常经营状态，尚无损害第三人债权的现实风险。在此情况下，笔者判断，案例一中张甲在这个非常时期要想通过司法救济“全身而退”几乎是不可能完成的任务；而案例二中刘乙在穷尽自力救济的情况下，通过司法救济维护个人合法权益胜算极大。最终笔者充分利用两案中对方当事人的诉讼风险，通过协商，在案例一中成功地说服张甲撤诉，在案例二中成功地让 B 公司主动涤除了刘乙的法定代表人及股东工商登记信息。

小结

通过本文的介绍可以看出，公司的法定代表人具有特殊的法律地位，一旦选定为公司的法定代表人，在职权范围内，其以公司名义所实施的各项行为，都会被直接视为公司的行为，由公司承担法律后果；同样的，公司在外如果和其他主体发生了法律纠纷败诉被执行后，城门失火，殃及池鱼，法定代表人作为对债务清偿负有直接责任人员，也会被列为限高对象，给其本人的正常生活带来种种不便。现实生活中，公司的法定代表人有的确实是“挂名”，很多人或出于朋友交情不便拒绝，或心动公司给予的挂名酬劳，“自愿”担任了法定代表人，公司后期经营过程中，如果一切顺风顺水，大家倒也相安无事，各取所需，但是如果公司后期出现法律风险，挂名法定代表人发现自己被限高的时候，就成了“背锅侠”；还有的法定代表人则是实实在在履职的真正高管，但是当本人离职或辞职，已经不具备继续履职的条件后，公司却由于种种原因不愿意配合办理登记信息的变更，法定代表人在穷尽自力救济无果的情况下，也只能通过司法途径维权。

不管是挂名背锅，还是无辜受害，笔者都建议各位法定代表人在遇到类似麻

烦的时候，参照本文内容，按照法定的流程积极维权，争取“甩锅”成功！

王晓鹏 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人、管理合伙人

上海市徐汇区《民法典宣讲团》成员

上海市创优中小企业服务中心 讲师

七方所企业合规法律服务中心 主任

业务方向：企业合规、民商事争议解决

联系方式：13564017158

股权转让中的税务风险及防范

作者：苏峰琴 李林芳

为规避交纳税费及债务，很多公司在股权转让过程中签订阴阳合同，即用 0 元或 1 元转让价款的合同用于办理工商变更登记手续。当双方发生争议时，如何辨别多份合同之间的真实性和合法性，就成为能否维权成功的关键。本文试以一则律师刚刚成功代理的案件，对股权转让中各方应承担的责任予以详细分析。

一、案情简介

2021 年 2 月 1 日，罗某、张某与胡某共同创业，注册成立上海某海洋科技有限公司（以下简称“A 公司”），注册资本 500 万，由张某担任法定代表人，张某认缴出资额 255 万元，出资比例为 51%；罗某认缴出资额 145 万元，出资比例为 29%；第三人股东胡某认缴出资额 100 万元，出资比例为 20%。2021 年 4 月 22 日，罗某将 14.5 万元作为出资款转入 A 公司。2021 年 7 月 1 日，A 公司注册资本变更为 1,200 万元，各股东认缴出资比例不变。2021 年 8 月 30 日，双方第一次签订《股权转让协议》（以下简称《股权转让协议一》），罗某将 22%认缴出资比例转让给张某，股权转让后，罗某的出资比例为 7%，张某出资比例由 51%变更为 73%。后因股东之间无法互相信任，导致工作难以开展，罗某与张某双方于 2021 年 12 月 8 日第二次签订了《股权转让协议》（以下简称《股权转让协议二》），约定罗某将其持有 A 公司公司的全部股权（出资比例：7%）作价 14.5 万元转让给张某，并约定了 90 日内支付股权转让款并办理工商变更登记，罗某认缴的剩余全部注册资本由张某补足。股权转让协议生效后，张某既拒不履行支付股权转让款义务，也不配合办理工商变更登

记手续，以种种借口推诿拖延，拒不履行。故罗某起诉至法院，请求：1.判令被告支付原告股权转让款人民币145,000元及逾期利息损失；2.判令被告张某配合罗某办理上海A有限公司的工商变更登记手续。张某答辩意见为：虽然双方签署过两份股权转让协议，但是在2022年12月7日又重新签订股权转让协议（以下简称《股权转让协议三》），协议约定罗某将29%股权作价零元转让给张某，且转让变更登记前需申报个税，故无法完成登记的责任在原告罗某，所以罗某提起本案诉讼无依据，要求法院驳回全部诉讼请求。

二、律师评析

在股权出让方和受让方之间存在多份股权转让协议的情况下，识别和判断转让方和受让方关于股权转让的真实意思表示成为法官判决的重要前提和基础。

本案中存在三份股权转让协议，《股权转让协议一》约定罗某将其持有的A公司22%股权转让给张某，《股权转让协议二》又约定，罗某将其持有的昂冠科技公司7%股权转让给张某，同时张某在签订合同后90天内向罗某支付股权转让款14.5万元并配合办理股权的工商变更登记。《股权转让协议三》约定罗某将29%股权作价零元转让给张某，该协议第五条第一款约定：本协议一式三份，协议各方各执一份，标的公司执一份，以备办理有关手续时使用。

《股权转让协议二》中还约定若本协议内容与工商备案协议有冲突的，以本协议为准。由此可见，双方除上述一、二两份协议以外还应签有一份用于工商备案的协议，且该备案协议不应与上述两份协议相冲突。而《股权转让协议三》约定原告将其持有的A公司29%股权作价0元转让给被告，股权转让时期A公司处于盈利状态，0元转让有违常理，被告张某对此亦未作出合理的解释，故该份协议即双方用于工商备案所签的协议，不能全面反映双方的真实意思。再次，即使《股权转让协议三》系双方的真实意思表示，从时间顺序上来看，签订在后的《股权转让协议二》从内容上对《股权转让协议三》进行了实质变更，应以签订时间在后的《股权转让协议二》的协议内容为准。

三、判决结果

法院经审理后采纳了代理律师关于《股权转让协议一》及《股权转让协议二》系双方之间真实意思表示的意见，判决张某应于判决生效后七日内向罗某支付股

权转让款 14.50 万元并赔偿逾期付款利息损失，配合办理将罗某名下上海 A 公司有限公司 29%股权变更登记至张某名下的工商变更登记手续。

判决生效后，张某支付了罗某股权转让价款 14.5 万元、罗某共同配合 A 公司如实申报应纳税款，并约定了申报完成后即共同前往办理工商变更登记手续。

四、股权转让过程中，各方主体都有哪些申报纳税义务？

（一）股权出让方

股权出让方属于印花税的纳税义务人应当依法申报并缴纳印花税，未按期申报并缴纳的将受到补缴应纳税款并被处以罚款的行政处罚；其同时作为股权出让方缴纳个人所得税的纳税义务人，未履行纳税申报义务，未按期缴纳税款的，将受到补缴相应税款并处以罚款的行政处罚。

(二)股权受让方

股权受让方属于印花税的纳税义务人应当依法申报并缴纳印花税，未按期申报并缴纳的将受到补缴应纳税款并被处以罚款的行政处罚；其同时作为股权出让方缴纳个人所得税的扣缴义务人，未履行扣缴义务，未按期申报的，根据《中华人民共和国税收征收管理法》及其实施细则有关规定将受到行政处罚，可能被处以未申报税款的罚款处罚。

（三）标的股权企业

标的股权企业在其自然人股东发生变化时具有履行报送相关资料的义务。根据《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》第二十二条第一款“被投资企业应当在董事会或股东会结束后 5 个工作日内，向主管税务机关报送与股权变动事项相关的董事会或股东会决议、会议纪要等资料。该条第二款规定“被投资企业发生个人股东变动或者个人股东所持股权变动的，应当在次月 15 日内向主管税务机关报送含有股东变动信息的《个人所得税基础信息表（A 表）》及股东变更情况说明，”故被投资企业在其自然人股东发生变化时未依法履行报送相关资料义务的，

根据管理办法第二十七条，将依照《中华人民共和国税收征收管理法》及其实施细则有关规定处理。

五、结语

在过去很长一段时间，为规避缴纳税费及债务，很多公司在股权转让过程中签订阴阳合同，即用0元或1元转让价款的合同用于办理工商变更登记手续。随着税收征管的深化改革，税务机关与工商部门逐步落实和完善股权信息交换制度，个人股权转让信息自动交互机制的广泛推行，纳税人想要通过不申报纳税逃避税款的目的将无法实现，否则将面临虽转让股权但不办理变更登记的法律风险。发生股权转让行为但不申报缴纳相应税款的，股权转让双方属于逃避应纳税款的偷税行为，将会受到相应税务行政处罚，被投资企业若未履行报送材料的义务，亦有可能受到行政处罚。

苏峰琴 律师

上海七方律师事务所 合伙人

徐家汇街道村居法律顾问

七方家事法律服务中心 律师

业务方向：婚姻家事、刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：18001698515

李林芳 律师

上海七方律师事务所 合伙人

业务方向：公司法、刑事辩护、合同纠纷

联系方式：13052067259

员工合同到期不续签之后，能否以严重违纪为由将其解雇?

作者：李华平

【案情简介】

王某于 2018 年入职上海某公司，负责生产管理。双方最后一份劳动合同签订至 2022 年 9 月 2 日。劳动合同中约定，在签订本合同时，公司已将《员工守则》内容告知给王某，王某亦已知悉《员工守则》的内容并承诺予以遵守。《员工守则》中明确规定，员工故意给公司造成经济损失（不问金额或价值大小），或使公司名誉或信誉蒙受损失的，公司可立即解除该合同。

2022 年 8 月 30 日，公司告知王某劳动合同到期后不再续签，王某得知后一气之下删除了其电脑和系统内公司用于生产发货的重要数据。公司发现后，以王某故意删除重要数据给公司造成重大损失

为由，解除了双方劳动合同。事后，公司请第三方公司恢复数据花费 5653 元。

2022 年 9 月 2 日，王某申请劳动仲裁，要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金 49877.68 元，仲裁委员会未予支持。王某不服，向法院提起诉讼。

王某认为，双方劳动合同即将到期，公司不愿续签合同，应当支付经济补偿金，但公司却以自己故意删除公司文件为由解除劳动合同，系违法解除，应当支付违法解除劳动合同赔偿金。

公司则认为，王某得知公司将不与其续签劳动合同后故意删除其电脑及公司系统内的大量重要数据，根据公司《员工守则》规定，公司有权行使企业自主管理权，与原告立即解除劳动合同，公司并非违法解除劳动合同，不应支付违法解除劳动合同赔偿金。

【裁判要旨】

法院认为，王某作为一个在岗多年的员工，应当明知这些文件数据对公司生产经营的重要性，也应当明知删除文件数据可能对公司造成的损失，但其为表达对公司可能不再续聘的不满，故意删除文件。从王某删除公司文件时，认定其已对公司造成了损失更符合高度盖然性，且公司亦提供证据证实其后期恢复数据花费了相关的费用。因此，王某的行为符合“故意给公司造成经济损失（不问金额或价值大小）公司可解除劳动合同”的情形。因此，公司根据《员工守则》相关规定，解除与原告王某间的劳动合同，不构成违法解除。法院判决驳回王某的全部诉讼请求。

【律师评析】

本案是一起典型的因劳动者泄私愤引起的劳动争议，案情本身比较简单，与本案相关的几个问题，倒是值得大家注意：

一、劳动合同期届满前用人单位不续签合同的告知义务是否属于法定义务

《劳动合同法》第四十四条第（一）项规定，劳动合同期满的，劳动合同终止。对于劳动合同期限即将届满，如果用人单位不愿意续签的，是否需要提前三十天通

知劳动者？从上位法《劳动合同法》《劳动合同法实施条例》中并没有强制性规定，因此还要看各省市的地方性法规规定有无相应的要求。

以上海为例，上海并没有针对劳动合同期满前用人单位不续签劳动合同有强制性的提前预告义务。如本案中，该公司在合同期满前 3 天通知王某，合同到期不再续签，该做法并不违反法律规定。但是，如果在合同到期前最后一两天才告知劳动者，劳动者如对不续签劳动合同事先没有心理准备的，确实容易出现过激等非理性行为。因此，尽管法律上没有明确提前预告的义务，但是实践中最好还是需要提前一定的合理时间通知到劳动者，让劳动者有另找工作的心理准备，不要搞“突然袭击”。

而北京地区则不一样，《北京市劳动合同规定》第四十条规定，劳动合同期限届满前，用人单位应当提前 30 日将终止或者续订劳动合同意向以书面形式通知劳动者，经协商办理终止或者续订劳动合同手续。即，即使说劳动合同期满不续签的，用人单位也需要提前 30 天通知到劳动者。用人单位违反《北京市劳动合同规定》第四十条规定，终止劳动合同未提前 30 日通知劳动者的，以劳动者上月日平均工资为标准，每延迟 1 日支付劳动者 1 日工资的赔偿金。

二、用人单位通知不续签劳动合同后能否再以“严重违纪”为由解除劳动合同

需要注意的是，用人单位尽管告知劳动者不再续签劳动合同，但劳动关系仍处于存续期间，并未终止。因此，在劳动合同存续期间，劳动者应当遵守用人单位的规章制度，勤勉尽责。如果劳动者在终止劳动合同前有严重违纪等《劳动合同法》第三十九条规定的情形之一的，用人单位依然可以对劳动者单方面作出解除劳动合同的决定，此时性质转变为解除劳动合同而非终止劳动合同。

如本案中，王某收到通知距离劳动合同期满仅 3 天，一气之下就删除了其电脑和系统内的重要数据，该不理性的“泄私愤”行为让王某付出了代价。本来合同期

满是公司原因不续签的，根据法律规定该公司需要按照每工作一年支付一个月工资的标准支付终止劳动合同的经济补偿金。但是，由于王某系因“严重违纪”被解除，一旦认定公司的解除行为合法，则无需支付任何补偿或赔偿。

三、劳动者离职时能否将自己使用的电脑数据和文档资料等予以删除

无论何种原因，劳动者离职的，都应当按照用人单位的规定做好工作交接。尽管对于工作交接内容具体是哪些，用人单位和劳动者一般都没有具体明确。但是，实践中，如果是用人单位提供电脑给劳动者使用的，劳动者不仅仅需要将电脑返还给公司，包括工作过程中形成的电脑数据、文档资料等应当一并移交。

需要提醒的是，劳动者在离职交接过程中，应当遵循诚实信用原则，及时返还由自己掌握管理的用人单位的财物以及相关资料，包括存储在电脑硬盘上的相关数据及文档资料等，如怠于履行交接手续而影响用人单位的正常生产经营活动的，造成用人单位损失还可能承担相应的赔偿责任。

劳动者在工作中接触、知晓或使用到用人单位的经营信息或技术信息等商业秘密的，不管有无专门签订保密协议，劳动者都要履行审慎的保密义务。用人单位往往会有诸如此类的规定，如劳动者在离职前擅自复制公司文档资料带离办公场所或通过电子邮件等形式将文档资料转发至私人邮箱的，视为严重违纪；如果劳动者违反保密规定，泄露用人单位的商业秘密，情节严重的将被追究刑事责任。这一点确实要引起劳动者的足够重视，不要有侥幸心理。

部分劳动者认为，工作中的文档如果是自己起草或修改完成的，自己不想把该文档留给公司，因此在离职前予以删除或者将电脑格式化是很正常的。关于这一问题，实践中确实有一定的争议。实际上，即使是劳动者参与了文档的起草或修改，也是履行工作职责而形成的职务成果，有些文档或电子数据还是基于其相应的岗位或权限知悉了用人单位相应的商业秘密后才形成的，有些文档或电子数据是生

产经营中必不可少的，因此如果擅自删除或将电脑格式化将造成用人单位重大损失，情节严重的可能构成刑事责任，千万不要出现“泄私愤”“恶作剧”等不理性的做法，轻则被解除劳动合同、赔偿损失，重则哐当入狱。

一般地，劳动者在使用公司电脑时，不应将私人文档保留在电脑中，如确实存有个人照片等隐私资料的，劳动者可以离职交接时将相关个人的隐私资料予以删除。但为了避免纠纷，建议事先告知公司或交接人，或在交接人在场时候予以处理。

李华平 律师

上海七方律师事务所 首席合伙人
上海市徐汇区人民政府法律顾问
上海市总工会法律顾问团成员
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 副主任
全国律协劳动与社会保障法专业委员会 委员
华东政法大学文伯书院校外导师
上海社科院法学所硕士研究生导师

业务领域：劳动法、企业法律顾问、法律培训
联系方式：13917749521

试用期管理的四大注意要务

作者：马怡坤

试用期作为劳动合同选择性约定的内容之一，由用人单位与劳动者协商确定。约定试用期的目的，在于考察劳动者是否符合录用条件，让劳动者和用人单位在试用期限内对彼此的情况作进一步的了解，并根据实际情况和法律规定作出是否继续履行或解除劳动合同的决定。《劳动合同法》对试用期限进行了限定，用人单位与劳动者只能在法定的框架范围内约定，约定的试用期限如超出法定范围则需要承担相应的法律责任。

【案情简介】

2020 年 11 月 9 日，李女士入职某医疗器械公司，双方签订期限为 2020 年 11 月 9 日至 2021 年 11 月 8 日的劳动合同，其中试用期为 2020 年 11 月 9 日至 2021 年 2 月 8 日。该份劳动合同约定李女士从事营销工作，月工资为 5000 元。

2020 年 12 月 4 日，李女士参加公司产品培训及考核，课前测为 62 分，毕业考为 47 分，平均成绩为 54.5 分。2021 年 2 月 8 日，医疗器械公司出具《公司公告》载明：“因李女士不符合公司工作岗位的要求，现决定在试用期内与其解除劳动关系，她在公司的最后服务日期为 2021 年 2 月 8 日。”李女士实际工作至 2021 年 2 月 8 日。

2021 年 2 月 9 日，李女士向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求医疗器械公司自 2021 年 2 月 9 日起恢复劳动关系。医疗器械公司认为李女士在其代理产品的厂商培训考核中，成绩未达合格分 60 分，属于未通过考核，并经医疗器械公司考核评判，李女士销售工作能力未得到客户认同，不适合担任销售工作。故医疗器械公司于 2021 年 2 月 8 日

以李女士不符合工作岗位要求为由解除劳动合同系合法解除。李女士称，医疗器械公司在录用时并未告知录用条件，劳动合同中亦未明确载明岗位要求；在参加培训前，医疗器械公司并未告知李女士该考核成绩会有何影响，且比李女士分数低的员工仍然在职；医疗器械公司真正的辞退理由为李女士处于孕期，2021 年 2 月 5 日，李女士告知医疗器械公司已怀孕，2021 年 2 月 8 日医疗器械公司便解除了劳动合同，明显属于违法解除。

【裁判结果】

法院认为，首先，根据法律相关规定，因用人单位作出解除劳动合同决定发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。本案中，医疗器械公司解除理由为李女士在试用期内不符合工作岗位要求及李女士工作未得到客户认可，但对李女士工作岗位具体职责及评判标准、客户对李女士工作反馈信息等均未向本院提交任何证据，故该解除理由证据不足。其次，医疗器械公司称其系在试用期内解除，但根据劳动合同法规定，劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月。劳动者与用人单位签订一年期劳动合同，试用期不得超过二个月，双方在劳动合同中约定试用期为三个月违反法律规定，应属无效，医疗器械公司与李女士解除劳动合同之日已超过法定的试用期期限，故医疗器械公司系违法解除劳动合同。

【案例精析】

劳动合同的主要内容包括用人单位和劳动者的基本信息、劳动合同期限、工作内容及时间、劳动报酬等内容，除了上述必备条款外，用人单位与劳动者还可以约定试用期、服务期等其他事项。可见，是否约定试用期属于用人单位和劳动者自由协商的范围，不是法律规定必须约定的内容。

由于劳动者往往处于劳动关系的弱势地位，难以在劳动合同拟订过程中拥有平等话语权，因此《劳动合同法》给予了劳动者更多的制度倾斜，通过规定不得约定试用期的情形，来加强对劳动者的保护。非全日制用工、以完成一定工作任务为期限的劳动合同以及劳动合同期限不满三个月的劳动合同不得约定试用期。另外，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期，此规定意图避免个别用人单位有意在短期内多次与劳动者签订合同，约定多个试用期的情形。

一、试用期的期限约定

《劳动法》规定，试用期期限最长不得超过六个月，《劳动合同法》在此基础上，将试用期期限与劳动合同期限相结合，根据劳动合同期限的不同，对试用期限进行了划分：劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。

为更全面保障劳动者权益，《劳动合同法》明确规定试用期必须包含在劳动合同期限内，仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。也就是说，如用人单位与劳动者之间签署《试用期劳动合同》的，在合同中只约定了试用期的期限，该约定的试用期是无效的，其实质上仅是一份没有约定试用期的短期合同。

二、试用期的工资要求

《劳动合同法》规定，自用工之日起，劳动者便与用人单位建立了劳动关系，并自此享有作为劳动者的一切权利。员工在试用期同样可以享受包括劳动报酬权、社会保险权在内的所有劳动者权益，用人单位不能因为劳动者处于

试用期而加以限制。《社会保险法》第58条明确规定用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记，即试用期内用人单位也应当为劳动者缴纳社会保险。

《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》都有对劳动者在试用期内工资待遇进行规定，劳动者在试用期的工资不得低于本用人单位相同岗位最低档工资的80%或者不得低于劳动合同约定工资的80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

三、违法约定试用期的法律责任

对于违法约定试用期的法律责任，《劳动合同法》第83条规定：“用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。”本案中，用人单位与劳动者订立了期限为一年的固定期限劳动合同，按照法律规定双方试用期不得超过两个月。但李女士试用期为2020年11月9日至2021年2月8日，违反法律规定。故李女士可要求用人单位按照5000元的标准补发其2021年1月9日至2021年2月8日期间工资差额，并可额外要求支付违法约定试用期5000元的赔偿金。

为防止用人单位反复设定试用期侵害劳动者权益的情形，劳动合同法第19条规定“同一用人单位与劳动者只能约定一次试用期”。一般情形下用人单位任意延长试用期明显属于违法行为，劳动者可参照《劳动合同法》第83条规定积极维权。但实践中，部分劳动者入职不久就发生如长病假、疫情等情形导致企业无法对其进一步考察，此种情形下双方约定中止试用期是否有效存在一定争议。本文认为，如果中止试用期系用

人单位与劳动者为了更好地履行劳动合同，在遵循平等自愿的前提下协商决定，该约定并不属于滥用试用期的行为，应为有效。

四、试用期内的劳动合同解除

对于劳动者而言，在试用期内，提前三天通知用人单位，即可解除劳动合同，这是保障劳动者择业自由权的体现。

实践中，部分用人单位认为，劳动者处在试用期内，只要提前 30 天通知劳动者就可以解除劳动合同。这是非常典型的误区。为防止用人单位在试用期内滥用劳动合同解除权利，法律对用人单位解除处于试用期内的劳动者有着严格的限制。《劳动合同法》第 21 条明确规定：在试用期中，除劳动者有本法第 39 条和第 40 条第 1 项、第 2 项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

《劳动合同法》第 39 条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的”。首先，用人单位要想证明劳动者在试用期间不符合录用条件的前提就是必须有录用条件（录用条件是指用人单位在招用劳动者时依据不同岗位要求所设置的具体标准，与用人单位发布的招聘要求不同），并且用人单位应当通过劳动合同、岗位说明等方式将录用条件告知劳动者。其次，用人单位必须证明员工在试用期间不符合录用条件。用人单位应将试用期劳动者工作情况与前述明文告知的录用条件进行对比，以此衡量该职工是否符合录用条件，同时用人单位要保证考核过程和结果的客观公正，不得仅凭主观因素判定劳动者是否符合录用条件。最后，用人单位必须在试用期内作出是否符合录用条件的决定，超过了试用期就不能以员工不符合录用条件为由与其解除劳动合同，否则就属于违法解除，要承担支付违法解除劳动合同赔偿金或恢复劳动关系的法律责任。

本案中，用人单位并不能证明李女士具体的岗位职责，也不能证明李女士试用期工作表现不符合岗位要求。更为重要的是，用人单位于 2021 年 2 月 8 日以李女士不符合岗位要求解除劳动合同，该解除行为系在法定试用期满后作出的，故即使用人单位能证明李女士不符合录用条件，该解除行为也不符合法律规定，李女士根据《劳动合同法》第 48 条选择恢复劳动关系于法有据。

马怡坤 律师

上海七方律师事务所 律师
七方劳动法律服务部 律师
上海市普陀区总工会“朱雪芹职工法援工作室”值班律师
上海市普陀区总工会“八五”普法讲师团成员

上海市创优中小企业人才服务中心特聘讲师

业务方向：劳动法、企业合规
联系方式：18202162796

企业规章制度的程序合规性要求

作者：孙志勇

合法有效的规章制度，除了内容合法之外，还应当符合程序合规的要求。根据《劳动合同法》第 4 条规定，程序合规主要包括两方面，即用人单位在制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经过“民主协商程序”和“公示程序”。

【案情简介】

孟先生于 2016 年 6 月 18 日进入上海某生物科技有限公司（以下简称“科技公司”）工作，双方签订的劳动合同期限从 2016 年 6 月 18 日起至 2017 年 6 月 17 日止。

2017年3月16日，科技公司以孟先生经常迟到为由，根据公司规章制度与孟先生解除了劳动合同。

孟先生认为其早上迟到6分钟就被辞退，感觉不公平，公司也没有规定说一个月迟到一二次就要被开除。于是孟先生向上海市某区劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁申请，要求科技公司支付违法解除劳动关系的赔偿金。后孟先生不服仲裁，又向法院提起诉讼。

庭审过程中，科技公司主张其依据《关于员工“未打卡”&“迟到”考勤规定》（以下简称《考勤规定》）与孟先生解除劳动合同，《考勤规定》明确员工迟到超过5次、旷工3次，公司可以辞退员工，而孟先生经常迟到；科技公司还主张，双方签订的《劳动合同》中明确约定“甲方颁发的规章制度作为合同的附件，乙方承诺经阅读并理解上述附件的内容，并愿意按其执行、受其制约”，表明孟先生知晓《考勤规定》，科技公司已履行告知程序。孟先生则主张其没有看到过《考勤规定》，也不知晓该规定的内容。

【裁判结果】

法院认为，虽然双方签订的《劳动合同》对公司规章制度作为合同附件作出了约定，但科技公司未提供任何证据证明作为合同附件的规章制度中包含《考勤规定》以及其他规章制度确已作为合同附件于签订《劳动合同》时一并向孟先生出示等事实，亦未能提供证据证明《考勤规定》已予以公示，因此科技公司解除孟先生劳动合同的行为属违法解除，应当支付违法解除劳动合同赔偿金。

【案例精析】

本案是一起因员工违纪而引发的劳动纠纷案件，主要争议焦点在于公司制定的规章制度是否可以作为解除劳动合同的依据。

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）》第五十条的规定，“用人单位根据劳动合同法第四条规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为确定双方权利义务的依据”，也就是说，合法有效的规章制度，除了内容合法之外，还必须具备程序合规的条件。这里的程序合规，主要包括两个方面的内容：

一、履行民主协商程序。

企业规章制度必须按照法律规定的程序来制定。根据法律规定，用人单位在制定、修改或者决定劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，“应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定”。

法律规定的本意，是要让在劳动关系中处于弱势地位的劳动者更多参与到规章制度的制订和协商过程中，从而建立一个劳资双方都能真正认可的制度体系。具体而言，该规定包含以下含义：

其一，从范围来看，劳动报酬、工作时间等八个方面的内容，属于直接涉及劳动者切身利益的重要内容，因此在制订有关制度时应当征求劳动者意见，增强决策的准确性和透明度。而对于不直接涉及劳动者切身利益的规章制度，比如印章管理制度、档案管理制度等，其制定与修改无需履行民主程序。

其二，从时间来看，对上述制度，不仅在制定时需要听取劳动者意见，在修改时也要听取劳动者意见。

其三，从流程来看，分为两步，第一步是“职工代表大会或全体职工讨论方案、提出意见”，需注意的是，对规章制度草案，进行讨论的主体是“职工代表大会或者全体职工”，而不能是工会委员会或者其他主体；至于讨论的方式，最普遍的是通过召开职工代表大会或者职工大会的方式，当然，实践中，用人单位以召开视频会议的方式，或者通过电子邮件邀请全体员工讨论的方式也能得到裁审部

门的认可；第二步是“就方案与工会或者职工代表平等协商”，在职工代表大会或者全体职工提出方案和意见后，需要与工会或者职工代表平等协商以确定最终文本；这里的“平等协商”，主要是指程序性的要求，即用人单位在制订或修改规章制度时需要完成与员工一方的协商程序，但职工的协商不影响用人单位对规章制度内容有最终决定权。

二、履行公示告知程序。

规章制度公示告知，既是保证劳动者享有知情权的前提，也是保障该规章制度有效落实、实施的必要条件。根据法律规定，用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示或者告知劳动者。

关于公示或者告知的方式，法律并无明确规定。鉴于在发生争议时，用人单位需要对规章制度已经公示或者告知承担举证责任，实践中，用人单位一般采用发放规章制度并要求劳动者签收、规章制度传阅签字、组织统一学习培训、开展考试测试、在公司办公网络公示、电子邮件通知、在办公场所张贴等多种形式进行公示或者告知。

公示程序是规章制度程序合规的重要内容，公司的规章制度未能向劳动者进行公示或者告知的，不管其内容如何合法，也会直接导致规章制度对该劳动者不生效的法律后果，规章制度对该劳动者没有约束力。本案中，科技公司未能证明其已将《考勤规定》公示或者向孟先生告知，导致该《考勤规定》对孟先生不生效，因此科技公司依据《考勤规定》与孟先生解除劳动合同没有法律依据。

需要说明的是，与未经过公示程序的后果不同，对于未经过民主程序的规章制度，其效力问题在实践中存在不同的观点。一种观点认为，未经民主程序制定或修改的规章制度无效，不能作为裁判依据；另一种观点认为，未经过民主程序的规章制度，原则上并不必然无效，如规章制度内容不违反法律规定、不存在明显不合理的情形，且已向劳动者公示或者告知

的，可以作为用人单位用工管理的依据以及裁审部门处理劳动争议的依据。

目前上海司法实践中基本采用第二种观点，体现了兼顾实体与程序的倾向。当然，实践中的做法绝不意味着企业在制订或修改规章制度时可以忽视民主程序，毕竟未经过民主程序的规章制度，只是“可以”作为处理劳动争议的依据，裁审部门对此有着较大的自由裁量权。特别是随着国家法治进程的不断推进，对规章制度民主程序的审查存在从严趋势，用人单位应当严格依照法律规定，防止因不履行民主程序而导致规章制度对劳动者不具有约束力的风险。

孙志勇 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方知识产权法律服务部 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

医者仁心 律者思方

主 编：王晓鹏
编 辑：吕新雅、朱妤婕、苓玉姣、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
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