

2024年
1 期
总第25期



七方法研

民商纵横 | 建设工程领域中隐藏合同效力分析——席绪军
家长里短 | 公房动拆迁中“共同居住人”的认定规则分析
——李伟锋、陈怡泓
聚焦劳动法 | 恢复劳动关系案件处理实务分析 ——原悦



目录

民商纵横

建设工程领域中隐藏合同效力分析 -----	01
以物抵债效力分析-----	06
违反强制性规定的民事法律行为效力分析-----	12

家长里短

违反强制性规定的民事法律行为效力分析-----	17
公房动拆迁中“共同居住人”的认定规则分析 -----	23

罪与罚

轻伤害案件办理实务分析-----	27
------------------	----

公司治理

浅析新公司法下的股东出资责任 -----	32
----------------------	----

聚焦劳动法

恢复劳动关系案件处理实务分析-----	37
---------------------	----

知产知否

浅析作品信息网络传播权案件的诉讼管辖-----	41
-------------------------	----



建设工程领域中隐藏合同效力分析

作者：席绪军

一、“被隐藏合同”的解释依据和效力

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称“合同编通则解释”）第十四条“当事人之间就同一交易订立多份合同，人民法院应当认定其中以虚假意思表示订立的合同无效。当事人为规避法律、行政法规的强制性规定，以虚假意思表示隐藏真实意思表示的，人民法院应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定认定被隐藏合同的效力；当事人为规避法律、行政法规关于合同应当办理批准等

手续的规定，以虚假意思表示隐藏真实意思表示的，人民法院应当依据民法典第五百零二条第二款的规定认定被隐藏合同的效力。依据前款规定认定被隐藏合同无效或者确定不发生效力的，人民法院应当以被隐藏合同为事实基础，依据民法典第一百五十七条的规定确定当事人的民事责任。但是，法律另有规定的除外。”

民法典第一百五十三条第一款【无效之情形】“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制



性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”

民法典第一百五十七条【合同无效之后果】“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”

民法典第五百零二条第二款【合同批准之效力】“依照法律、行政法规的规定，合同应当办理批准等手续的，依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任。”

民法典第一百四十六条“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”当存在阴阳合同的情形时，真实意思表示形成的合同为被隐藏合同，也就是我们说的“阴合同”，是否有效还是要看有无法律、法规规定的无效情形。

根据以往的司法实践，直接认定以虚假意思表示签署的合同为无效合同，并无“被隐藏合同”之说。根据民法典第一百四十六条第二款的规定，隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理，“合同编总则解释”据此创设了“被隐藏合同”的概念，“被隐藏合同”必定存在于作出虚假意思表示的当事人之间。

二、《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”)是如何处理无效合同下的建设工程施工合同纠纷的?

建设工程领域的施工合同关系受到多重因素的影响，可能会被认定为无效合同。建工解释第一条“建设工程施工合同

具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：
(一) 承包人未取得建筑业企业资质或者

超越资质等级的；（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。”

对于存在转包或者违法分包，亦或者是借用资质的情况，在确定转包合同、违法分包合同及借用资质签订的承包合同无效之后，“建工解释”第四十三条规定“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。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。”直接以该条规定突破合同相对性，赋予实际施工人直接起诉与其没有合同关系的发包人的权利，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。

“建工解释”第四十四条“实际施工人依据民法典第五百三十五条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。”通过该条规定赋予实际施工人代位权，在转包人或者违法分包人怠于主张权利时，由实际施工人直接向发包人主张债权。

三、建设工程领域中的被隐藏合同应当如何来认定和处理？

（一）发包人自始明知存在转包、违法分包和借用资质行为等违法情形，应当认定在发包人与实际施工人之间存在被隐藏合同，存在事实合同关系。

建设工程实践中，有很多的发包人并非对借用资质、转包或者违法分包事实一无所知，有些甚至就是发包人的工作人员直接授意借用资质，或者直接操控转包或者违法分包，他们并不无辜。有些发包人



从一开始就明知存在这些违法行为，在这种情况下应当认定发包人与实际施工人之间存在事实合同关系。事实合同关系是一个合法有效的合同关系吗？由于违反了强制性法律法规的规定，依然是无效的合同关系，但是却不用以实际施工人的名义去突破合同相对性来起诉发包人，以施工合同纠纷案由直接起诉发包人，转包人或者违法分包人列为无独立请求权第三人即可（方便查明案件事实），发包人对转包人或者违法分包人的支付行为无效，不得援引“建工解释”抗辩在欠付工程款的范围内承担责任。

（二）发包人在中途得知转包、违法分包及借用资质等情形时，自其知道或者应当知道之时起终止对实际施工人之外的主体的合同履行行为，不再支付工程款给违法主体。

发包人中途或者实际施工人起诉法院后知道转包或者违法分包及借用资质等违法事实后，应当立即停止对转包人或者违法分包人支付工程款，后续继续支付造

成实际施工人损失的，同样不得援引“建工解释”抗辩在欠付工程款的范围内承担责任。

（三）建工解释第四十四条实际施工人代位主张权利的规定已无存在的必要。

发包人明知转包、违法分包及借用资质事实的，实际施工人与转包人、违法分包人及出借资质方之间并没有真实的合同关系存在，也就没有真实的债权债务关系。实际施工人可直接以被隐藏合同关系起诉发包人主张工程价款，而无需以“建工解释”第四十四条通过行使代位权来向发包人主张。

实际施工人向发包人披露存在转包、违法分包或者借用资质等违法事实后，发包人即应当终止履行由虚假意思表示形成的虚假合同，主动履行实际施工人与发包人之间形成的被隐藏合同的合同义务，即便被隐藏合同也被认定为无效合同，至少无需通过行使代位权来向发包人主张权利，可以发包人与实际施工人之间的事实合同关系来主张权利。



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM
七方律师事务所

民商纵横



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

上海市律协建设工程与基础设施业务研究委员会 委员

一级建造师

业务方向：建设工程、房地产、经济纠纷

联系方式：13641720676

以物抵债效力分析

作者：王晓鹏

以物抵债作为一种传统的债权债务清偿方式，广泛地存在于各种合同的履行过程中，债权人和债务人约定，通过对特定物的处分方式清偿债务，最终达到消灭全部或部分债务的目的。仅从法律概念上来看，以物抵债并不难理解，只要当事人之间达成合意，且抵债内容不违反法律法规禁止性规定，以物抵债协议就依法成立并生效，当事人就应该按照协议的约定履行相应的义务，但是司法实践中对于以物抵债如何适用，并非如此简单，本文将结合新出台的《民法典合同编通则司法解释》（以下简称“《合同通则司法解释》”）的相关内容，就实务中如何适用以物抵债进行简要分析。

一、以物抵债适用的法律依据

关于以物抵债适用的法律依据，在《合同通则司法解释》出台之前，不管是之前的《合同法》还是《民法典》都没有一个明确的规定，以物抵债行为只是作为一种法律并不禁止的债务清偿方式由当事人自行约定，并由裁判机关对该行为的效力进行认定。

2019年《九民纪要》中第44条和45条总结了各地司法裁判机关的裁判口径，并以最高院的意见为指导，第一次对以物抵债的司法适用进行了论述，上述条款着

眼于以物抵债协议达成的时间与债务履行期限届满之间的关系，就不同的以物抵债的法律效力进行了阐述。

2023年12月5日实施的《合同通则司法解释》第二十七条、二十八条，以《九民纪要》的理论成果为基础，结合担保制度相关规定，通过司法解释的方式，将“以物抵债”这种实践中长期存在的债务清偿方式正式地立法化，自此以后，以物抵债的司法适用将正式有法可依，各地的司法适用标准也将统一可预期。

二、债务履行期限届满后达成的以物抵债协议（以下称“在后以物抵债协议”）的性质及处理。

（一）在后以物抵债协议系诺成性合同

根据《合同通则司法解释》第二十七条，在后以物抵债协议，自各方意思表示一致时即生效，这说明，在后以物抵债协议系诺成性合同，不要求当事人交付抵债物或转移抵债物的所有权为生效要件。

（二）在后以物抵债协议在履行前，系成立与旧债并存的新债

各方当事人达成在后以物抵债协议后，旧债并不当然消灭，以物抵债系当事人之间成立的一个独立于旧债之外的新债，与旧债并存，当债务人不履行到期债务或者履行债务不符合约定的时候，债务人应先要求债务人或者第三人履行以物抵债协议，经过催告后，如果债务人和第三人不履行以物抵债协议的，债权人此时享有履行请求的选择权，即可以向债务人要求履行原债务，也可以向债务人或第三人要求履行义务抵债的新债务，这也是两债并存的应有之义。

（三）调解书，司法确认不产生物权变动的效力

物权的变动应严格遵循法定生效要件，动产以交付为物权转移要件；不动产以权利登记证书的变更登记为物权转移生效要件。实践中在很多案件的处理过程中，各方达成一致，通过调解或司法确认的方式取得法院出具的调解书或者司法确认书，以物抵债协议的效力进行了确认，虽然《民法典》第二百二十九条规定，“因人民法院、仲裁机构的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，法律文书或者征收决定等生效时发生效力。”但是在上述情形中，由于人民法院的调解书或确认书只是对于以物抵债协议效力及内容的一个确认，并非在形成之诉中对于物权归属的认定，所以，这种基于确认之诉取得的司法文书并不能直接发生物权变动的效力，也不属于《民法典》第二百二十九条中可以产生物权变动效力的文书范围。当然，《合同

《合同通则司法解释》的规定并不妨碍债权人在债务人或第三人不履行协议，或者履行协议不当的情况下，依据生效调解书或确认

书通过申请强制执行的方式，在执行阶段通过执行裁定书，变更抵债物的物权归属。



三、债务履行期限届满之前达成的以物抵债协议(以下简称“在先以物抵债协议”)的性质及处理

(一) 在先以物抵债协议性质上属于让与担保

如果当事人在债务履行期限届满之前达成以物抵债协议，根据《合同通则司法解释》第二十八条的规定，此时的“以物抵债”不再是一种对原有债务的清偿方式，而是一种对于原债务履行的担保，债

务人仅能通过对“抵债物”行使担保物权来清偿债务。

该条规定来源于《九民纪要》中确立的非典型担保制度，后续又通过《民法典担保制度司法解释》予以确认。

既然是担保，基于担保的从属性，审查在先以物抵债协议效力之时，就必须

对原债权债务关系是否生效进行审查，只有原债权债务关系合法有效的情况下，在后以物抵债协议才生效，并应严格按照法定规则对原债务进行清偿。

（二）让与担保

实践中，让与担保是与以物抵债关系密切的非典型担保方式。

所谓让与担保是指债权人与债务人或第三人约定，债务人或第三人将自己所有的动产、不动产、财产性权利形式上转让给债权人所有，当债务人不能履行到期债务的时候，债权人有权对上述财产通过拍卖、变卖、折价等方式清偿债务。

从定义上看，让与担保的表现形式与在先以物抵债的模式高度重合，这也是在先以物抵债协议会被认定为非典型性担保的原因所在。

（三）流担保条款无效

担保制度设立的初衷是在条件成就之时，允许债权人通过依法处置担保财产最大限度地实现债权，但是债务人的合法权益也应当被充分地保护，为了防止因此担保制度的重要原则就是“流担保条款

无效”。民法典中对于抵押、质押等担保物权都规定了“流押无效”、“流质无效”的法定规则，但是对于非典型担保没有进行明确的规定，《担保制度司法解释》第六十八条对此进行了补充规定，本次《合同通则司法解释》第二十八条再次确认该制度在合同纠纷中的适用，即当事人之间达成的在先以物抵债协议中如果约定债权人不能清偿到期债务，债权人可以直接获得抵债物的所有权的，该约定无效；但是债权人如果主张对抵债物进行拍卖、变卖、折价后以所得价款清偿债务的，该约定为实现担保物权之正常途径，约定有效。

（四）优先受偿的适用条件

传统的担保物权在担保物权设立生效之时，担保物权人相对于无担保的普通债权人取得了优先受偿权，但是与传统的担保物权不同，在先以物抵债协议毕竟是“非典型”担保，各方当事人在订立协议时，可能根本就没有意识到这是一份担保协议，所以也不一定会严格按照担保物权的生效条件对抵债物进行处置，那么债权

人是否可以主张优先受偿权，《合同通则司法解释》第二十八条进行了规定。

债权人主张优先受偿权的判断标准应为，在先以物抵债协议签订后，债务人或者第三人是否将抵债物转移至债权人名下，如果已经完成了物权的变动，债权人可以主张优先受偿权，反之债权人无法主张优先受偿权。

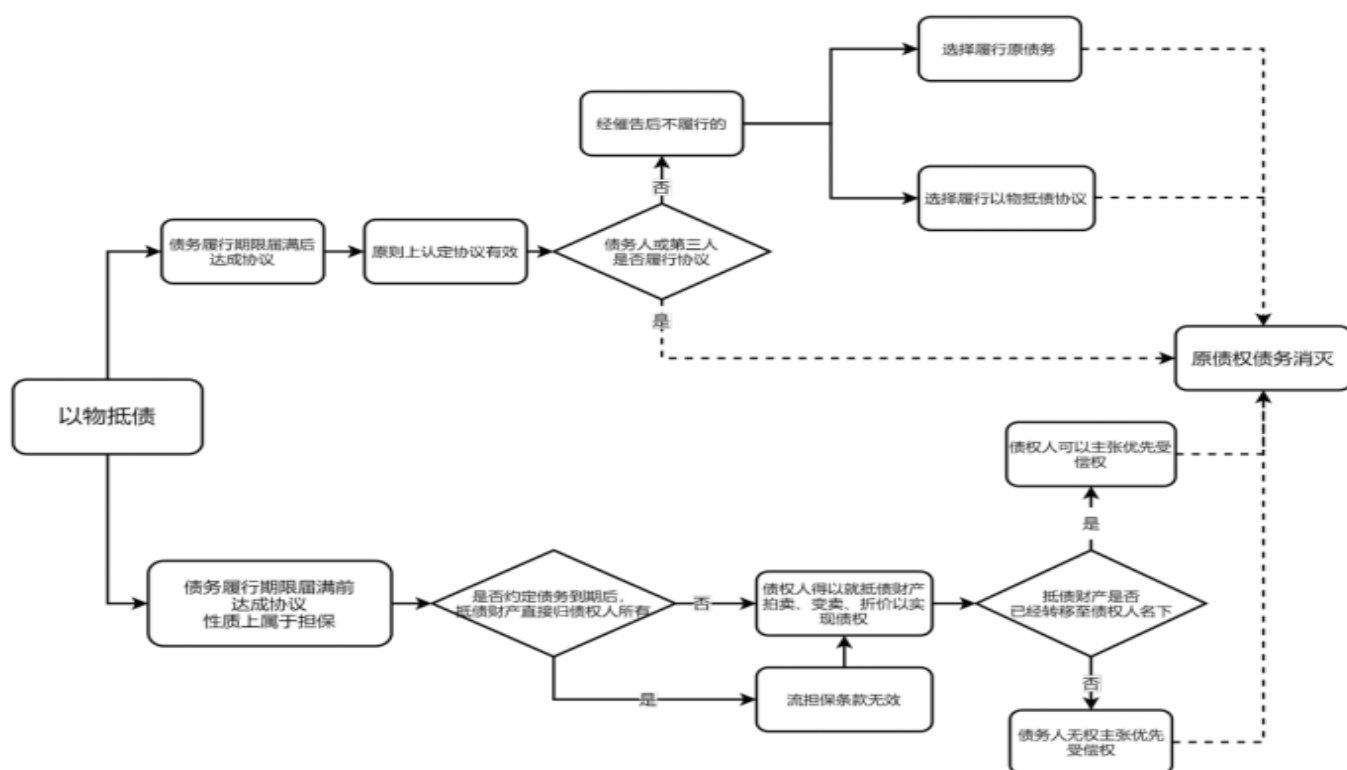
具体而言，不需要产权登记的动产，应交付给债权人；需要产权登记的动产（如汽车、船舶）、不动产、财产性权利应通过办理变更登记，登记至债权人名下，这种财产权利的转移，也是“让与担保”

的应有之义，毕竟让与担保的表现形式就是债务人或第三人“形式上”转移担保物的所有权，从而保障债权人的债权事项，而且又因为让与担保中，当事人对于该行为的性质并不认为是担保，所以往往也不会去办理抵押登记等对外公示担保的手续，所以转移抵债物财产权利也是保护债权人有效行使担保权利的必要保障，因为一旦抵债物完成了财产权利的转移，债务人和第三人也失去了再次对抵债物进行处分的现实可能，抵债物上也就不会再出现其他的担保、质押、转让等权利处分行为，避免了对于原债权人的利益损害。

四、结语

《合同通则司法解释》实施后，结合《担保制度司法解释》对于“以物抵债”这种现实生活中常见的债务清偿方式的司法适用再次进行了明确，自此以物抵债

的法律性质、效力认定、行使规则等诸多问题都得到了解决。本文最后，笔者再通过一张逻辑图为读者总结一下“以物抵债”的行使规则。



王晓鹏 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人、管理合伙人

七方企业合规法律服务中心 主任

上海市律协信息化与法律科技委员会 委员

业务方向：企业合规、民商事争议解决

联系方式：13564017158

违反强制性规定的民事法律行为效力分析

作者：郑华、陈春雨

《民法典合同编通则司法解释》颁布后，第十六条规定对《民法典》第 153 条关于“强制性规定不导致民事法律行为无效”的例外情形作出了解释，本文将对该条规定进行解读，以期更好地理解该条司法解释的意图，有效规范民事主体的法律活动。

一、《民法典合同编通则司法解释》第十六条规定制定背景

《民法典》第 153 条第 1 款规定了“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。”这一原则，但该规则又在后半句增加了例外规定，“但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”在此之前，《合同法司法解释》（二）将《合同法》第 52 条第 5 项规定的“强制性规定”解释为“效力性强制性规定”，随即《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》增加了“管理性强制性规定”的概念，使之与“效力性强制性规定”区分开，并规定“违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力”。根据这一指导意见，违反效力性强制性规定必然会导致当事人订立的合同无效，但违反管理性强制性规定仍然要结合具体情形才能判断合同效力是否受到影响。该规定在实践操作中产生了两个难题，难题一是如何区分效力性与管理性强制性规定，难题二是即便解决了第一个问题，若当事人的行为违反的是管理性强制性规定，仍然需要判断合同效力是否因违反管理性强制性规定而受到影响。这给了法院极大的自由裁量权，增加了判决结果的不确定性与混乱性。对此，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）第 30 条进一步对效力性强制性规定作出了更具针

对性的认定，使得司法实践更加有章法可循。

为了继续解决相关问题，2023 年 12 月 5 日生效的《民法典合同编通则司法解释》（以下简称“《司法解释》”）第 16 条对“强制性规定不导致民事法律行为无效”的情形和相关的法律后果通过列举的方式进一步作出规定。与前面的规则不同，这次司法解释抛弃了“效力

性”“强制性”的说法，并且不同于《九民纪要》第 30 条正向列举“违反效力性强制性规定导致民事法律行为无效”的情形，司法解释只对例外的不导致无效情形作出明确规定，这也符合《民法典》第 153 条第一款“以民事法律行为无效为原则，以不导致民事法律行为无效为例外”的立法逻辑。



二、规则具体适用情形

（一）合同履行危害结果显著轻微+认定合同无效有失公平公正

在这里笔者将其解读为，民事主体订立的合同虽然存在违反社会公共秩序的

前提，但实际影响结果显著轻微，若认定合同无效，反而使民事主体遭受与损害结果不相称的惩罚性法律后果，得不偿失。这里实际援引了比例原则，即行为主体因

违法而受到的惩罚结果应当与其违法程度相当，惩罚力度不宜畸轻或畸重。

(二) 规则旨在保护政府公共利益或其他民事利益+认定合同有效不妨碍规范目的实现

这类强制性规定通常出于行政管理的需要而制定，并非旨在维护民事主体的民事权益，例如根据物权公示原则，民事主体买卖房屋应当在相关政府部门办理产权变更登记，但若房屋买卖合同的一方或双方基于规避税收原因未履行变更登记手续，不能据此直接认定房屋买卖合同无效，这样不仅混淆了原因行为与物权变动，而且反而会直接损害政府的税收权，使政府无法就该合同的继续履行征收相应的税款。

(三) 规则要求一方主体加强风险控制、内部管理+对方无能力或者义务审查

这类强制性规定的目的在于加强一方民事主体对自身的风险防范、需要其通过内部管理的方式实现，而外部民事主体既没有能力也没有义务监督或审查义务主体是否违反该类强制性规范，若因义务

主体自身违背相关规范而认定其与外部主体订立的合同无效，会损害外部主体的权益，例如《餐饮服务食品安全操作规范》要求餐饮行业从业人员应取得健康证明后方可上岗，并每年进行健康检查取得健康证明，该规则无法要求消费者审查餐饮行业从业人员是否履行该规范，因此若相关从业人员未履行该强制性规定，是不能以此认定其与消费者建立的消费合同无效的。

(四) 合同订立时违法+合同订立后能够补正违法行为但不予补正

这类规则可能要求一方民事主体在订立合同时应当具备某种“准入资格”，虽然订立合同时不具备相应资质，但订立后情况发生变化，该主体具备办理相关资质的条件，但违背诚实信用原则不去办理相关资质，例如，《商品房买卖合同司法解释》第2条规定要求房地产开发商与购房者订立房屋买卖合同前应当取得商品房预售许可证，有的房地产开发企业虽然在订立合同时未取得预售许可证，但订立后已经具备取得预售许可证明的条件，却



不去办理预售许可证明，这种情况下不能直接认定合同无效，否则反而可能会对房屋买受人产生不公平不公正的结果。

（五）兜底条款

法律、司法解释规定的其他情形。例如根据最高院出台的相关解释，以下两种情形不应认定合同无效：一则《民法典》第 502 条第 2 款规定的应当办理批准等手续才能生效的合同，若负有履行办理批准

手续义务的一方民事主体没有办理手续，该合同应当认定为不生效，而非无效；二则像《民法典》第 706 条明确规定的“当事人未依照法律、行政法规规定办理租赁合同登记备案手续的，不影响合同的效力”，这类规则因法律明确了不办理相关手续不影响相关合同的效力，因此不能认定为合同无效。

三、区分合同订立行为与合同履行行为

第 16 条第 2 款强调了一些为规制合同订立后的履行行为的强制性规范不得作为认定合同本身无效的依据，这与民法中有关区分民事负担行为与民事处分行为的思路一脉相承，例如，若法律对当事人在履行合同时的行为作出了强制性规定，例如基于公共管理要求，当事人签订抵押合同，应当办理抵押登记，若行为人具体履行该合同时未办理登记，则不能直接认定当事人订立的抵押合同内容本身无效；但合同履行行为与合同内容本身并非完全割裂的，有学者指出，若合同在履行过程中必然导致结果违反强制性规定，

则合同的履行行为违法就是合同本身的内容违法，应属无效。例如在湖南省高级人民法院作出的（2015）湘高法民二终字第 215 号判决中，一方主体享有某一区域的探矿权，具备勘探矿产的资质，其与另一方主体订立的《合作勘查探矿合同》，本身不违反法律强制性规定，但双方在履行合同过程中发现该探矿区域处于野生动物自然保护区范围内，按照《中华人民共和国自然保护区条例》第 26 条规定，自然保护区内禁止开矿活动，因此该合同的履行结果必然导致合同本身违反强制性规定，因此应当认定为无效。

四、律师建议

认定合同无效是极其严重的法律后果，因此对合同效力的审查需慎之又慎。民事主体出于生活、生产经营的需要，在订立合同时，遇到另一方主体负有办理相关批准程序的配合义务，或者对方应当具备某一资质才能履行合同内容的情况下，尽量在合同中确定对方不配合办理批准程序、不具备相应资质时应当承担的违约责任。这种条款独立于合同成立与生效，因此当相对方拒不履行相关义务时，可以根据此要求对方承担相应的违约责任，即便双方未能在这种情况下确定具体的责任，非违约方也可以根据民法典的其他具体规定，要求对方承担相应的法律责任（例如缔约过失责任、损害赔偿等）。



郑华 律师

上海七方律师事务所副主任、高级合伙人
上海市律协青年律师工作委员会 委员
上海市闵行区劳动人事争议仲裁委员会
兼职仲裁员
执业领域：劳动法、公司业务、家族法律服务



陈春雨 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师
执业领域：劳动法、公司业务、家族法律服务
联系方式：17749733383



婚姻关系存续期间一方以夫妻共同财产提供担保的效力及救济

作者：王年俊

实践中，夫妻一方未经对方许可而将夫妻共有的房屋对外抵押的案件时有发生，而个案又有各自的细微差别，有些案件具备夫妻双方均为名义所有权人的权利外观，有些则仅登记在一方名下，案件最终的纠纷无外乎抵押合同是否有效、抵押权是否可以取得以及取得或不能取得抵押权之后的救济。其中涉及债权行为和物权行为的效力判定的区分原则，又需考虑善意取得制度的运用，还关涉善意取得的后果问题。本文将从法律适用方面，结合实务案例进行分析探讨。

【案情简介】

2018年3月18日，黄某与王某在上海市闵行区民政局婚姻登记处登记结婚。2019年1月5日，黄某出资购买了一套房屋，登记于黄某名下。2019年4月5日，两人至上海市闵行区房地产登记部门，申请将系争房屋产权变更登记为王某一人所有。2019年4月8日，登记机关核准上述产权变更登记，并向王某发放了产权证。

2019年4月14日，王某以系争房屋作为抵押，向星展银行申请楼宇按揭贷

款。次日，星展银行向登记机关查询了系争房屋的产权登记，并确认此房产权人为王某一人。2019年4月29日，王某向星展银行出具了单身承诺函，声明其于2015年3月1日与前夫叶某某离婚，至今未再婚，并提交了离婚证、户口簿以证明其婚姻状况为离异。同日，王某与星展银行签订了房产抵押贷款合同（适用于个人消费抵押贷款），贷款金额为人民币65万元，并向上海市闵行区房地产登记处申请了抵押登记。2019年5月9日，星展银行向

王某发放贷款 65 万元。2019 年 5 月 11 日，星展银行取得了系争房产的他项权利（抵押）证书。

2019 年 9 月，黄某向法院提起诉讼，要求确认其与王某之间关于系争房屋的赠与行为无效，恢复产权登记至其名下。

【裁判结果】

上海市第一中级人民法院经审理认为，王某对系争房屋并无完全的所有权，故其将房屋抵押于星展银行属于无权处分。星展银行作为金融机构，对此应当具有谨慎义务，如果其能要求王某提供民政

部门材料以证明其确系单身，王某就不可能顺利获取贷款，则可有效防止本案诉讼的发生。显然，星展银行未履行必要且合理的审核义务，存在过错，对系争房屋的抵押权不构成善意取得。

【案例解读】

一、夫妻一方对外所签订的抵押合同是否有效？

首先，根据《民法典·婚姻家庭编》之规定，夫妻关系存续期间所取得的房屋，为夫妻共同财产，不因其仅登记在一方名下而影响其所有权归属。继而又依据《民法典·物权编》之规定，处分共有的不动产应当经全体共有人同意，未经其他共有人同意而擅自处分的，构成无权处分。而无权处分的合同效力问题，《民法典》不再按照《合同法》第 51 条效力待定的规定来处理，相反，《民法典》删除了

该规定，即无权处分所订立的合同，若没有其他效力瑕疵，应为有效，而此处其他效力瑕疵是指主体不适格、意思表示不真实等合同效力判定的要件。所以夫妻一方擅自以共有房屋对外提供抵押所订立的合同原则上仍有效，不因未取得另一方同意而受影响，因为此时对于合同双方而言，仅是发生债权行为，无关物权的效力问题。

二、相对人能否取得抵押权？

根据《民法典担保制度司法解释》第37条之规定，在以财产抵押的情形，构成无权处分的，应依据《民法典》第311条善意取得制度具体认定。而不动产抵押权善意取得的构成要件如下：其一，受让人受让该不动产抵押权时是善意，且不存在

重大过失；其二，该不动产抵押权依照法律规定应当登记的已经登记。依据《民法典·物权编》的规定，不动产抵押权的设立以登记为生效要件，所以相对人要想取得抵押权，一方面主观要件要满足，另一方面客观要件也得具备。

（一）不动产抵押权善意取得的法律规制

根据《民法典》第311条善意取得制度最后一款“当事人善意取得其他物权的，参照适用前两款规定”，在我国，善意取得不动产抵押权并无法律上的障碍，仍遵循的是善意取得的构成要件。即首先处分人系无处分权人，此处对应于不动产抵押即为对不动产仅享有共有关系之所有权，而不是单独的所有权；其次是相对人对此事毫不知情，且无重大过失，即相

对人充分尽到了合理的审慎注意义务，不存在明知对方无完全的处分权而与对方订立抵押合同的恶意；再次是已经完成了抵押权的登记手续，进行了抵押权的公示，为了维护交易安全与稳定，保障善意相对人的合法权益，此时便不宜再认定抵押权未设立，但是在抵押权登记手续未办理完毕之前，至少法律认为此时原所有权人还有阻止抵押权设立的可能性。

（二）抵押权人对抵押物的权属进行审核的边界

本案的抵押权人为银行，一般银行在进行不动产抵押借款业务时，一般均会对抵押人、抵押财产共有人的身份及婚姻状况进行核查，检查抵押物的权利证书等。

本案中银行审查了王某提供的房地产权证、离婚证、户口簿等资料，但并未要求王某提供婚姻证明，而是接受了其提交的单身承诺书作为替代。然而，单身承诺书

因系申请人自行写书，可能存在与客观事实不符的情形，因此其效力显然低于婚姻证明。

房屋登记名义人为追求个人利益，不惜损害包括配偶在内的共有人权益，将房屋抵押于银行获取资金的情形相当普遍，由此引发的纠纷亦层出不穷。目前最为普遍的诉讼形式为银行因借款人无法按期归还借款而要求实现抵押权，或者房屋的真正权利人或者其他共有人要求确认抵押人与银行之间的抵押无效。无论哪种类

型，本来较为简单的房屋所有权归属关系因银行的介入而变得复杂。客观而言，在很多情况下，银行对贷款申请的审核不严肃，系纠纷产生的重要原因，银行如果严格把关，对申请人提交的材料进行实质审查，明辨真伪，则法律纠纷就可避免。目前，我国房屋登记在一方名下但却属于夫妻共同财产的情形十分常见，因此对登记名义人的婚姻关系进行审核是正确认定房屋真实权利人的必要环节。

（三）区分原则的适用：抵押合同的效力与抵押权设定行为的效力

所谓区分原则，即在依据法律行为发生物权变动时，物权变动的原因与物权变动的结果作为两个法律事实，二者的成立与生效依据不同的法律根据的原则。

抵押合同的效力判定规则回归《民法典》民事法律行为的效力认定问题，无权处分（即未经房屋共有人的同意而擅自抵押）并非合同无效的法定要件，因为《民法典》删除了原《合同法》第五十一条“无

处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。”之规定。这一合同效力的变化实质上是保护了与无权处分人订立合同的善意相对人的合法权利，在原先的合同无效情形下，无权处分人因违约条款与合同一并无效，故无需向原合同相对人承担违约责任，而仅负有返还基于合同获得财产的义务；而在合同有效的

情形下，无权处分人则需要依据合同向相对人承担相应的违约责任，很明显，在合同有效的情形下，合同相对人的权利能够得到有效的保护，同时对无权处分人苛以违约责任也起到了惩戒无权处分人的无权处分行为、增加其无权处分行为的风险成本的作用，切实保障交易安全。

关于抵押权设定行为的效力，因我国目前并未承认物权行为的“无因性”理论，

而承认“有因性”原则意味着第一手的债权合同或者一项使得转让人转让标的物的法律事实需要内含一项合法理由或具备有效的法律基础，它是物权变动的必备要素。抵押权设定行为的效力只有在抵押合同有效的前提下才有讨论之必要，而抵押合同有效的情形下，抵押权未必当然设立，其设立与否受《民法典》善意取得制度的影响。

三、配偶一方以及抵押权人的权利救济

（一）配偶一方的救济

当相对人善意取得房屋之抵押权后，配偶一方仍为房屋的所有权人之一，擅自抵押一方侵犯了对方的共同财产所有权，主要侵犯了其对于共有房屋的处分权，间接增加了房屋被拍卖、变卖偿还债务的风险，若该风险实际降临，给不知情的配偶一方造成了损失，则受损失一方可以主张损害赔偿，法律依据为《民法典》第311条第2款：“受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无权处分人请求损害赔偿。”

（二）抵押权人的救济

当抵押权人无法依据抵押合同办理不动产抵押登记手续取得抵押权时，其可以向合同相对方主张合同违约责任。在抵押合同生效的情况下，因可归责于抵押人的原因导致不能办理抵押登记的，抵押人应当承担合同责任，且仅承担限于抵押财产价值的补充赔偿责任。根据《民法典担保制度司法解释》第17条的规定，抵押合同无效情形下抵押人承担补充性的缔约过失责任。

【结语】

在婚姻关系存续期间，对夫妻共同财产的处分，如对外提供担保，须取得夫妻双方的一致同意，一方擅自以共有财产对外提供担保属于无权处分。若相对人符合善意取得之构成要件，可主张善意取得担保物权，此时对于不知情的婚姻关系一方而言，可对其配偶主张侵权损害赔偿请求权。若相对人不符合善意取得之构成要件，则其不能取得相应担保物权，合同相



对人可主张解除合同要求其承担违约责任。



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



公房动拆迁中“共同居住人”的认定规则分析

作者：李伟锋、陈怡泓

公房动拆迁，要想分到动迁款，除了承租人外，其他人就需要证明自己是共同居住人（俗称为“同住人”）。实际情况往往是，自己虽然曾经住在公房，但已经是多年前甚至是十几年二十几年前的事情了，要找证据是件非常困难的事情，不知道从何下手。拿不出证据，巨额动迁款可能就白白地送给别人了。那怎么证明自己曾经在公房里居住过呢？本文将结合司法裁判实务简要进行分析。

一、“共同居住人”与“实际居住一年以上”

根据上海市相关规定，动拆迁时，共同居住人需要满足三个条件：一是征收时在被征收房屋处有常住户口；二是实际居住生活一年以上；三是没有其他住房或者有其他住房但居住困难。这当中的“实际居住一年以上”指的是连续稳定地居住满一年，诉讼中经常需要采取各种途径，去综合证明自己曾经在系争房屋实际居住生活一年以上。

二、如何证明自己“实际居住一年以上”

想办法搜集以下证据，可以帮自己证明曾经在动迁公房居住生活一年以上。

1. 网购记录

在近些年的动迁纠纷中，因为网购的普及，如果自己近几年在公房居住，那么网购记录是证明力较强的证明方式，包括外卖、快递等。网购显示的送货地点在公房或所在的小区，收货人如果是自己，那么该在网购平台的多次购买记录成为重要证据。

2. 公房租金缴费单据

提供长期稳定的租金缴纳的凭证是在公房动迁纠纷中当事人最便利的证明方式，作为同住人，在居住期间多多少少会有缴纳租金的情形，并且缴纳租金通常是交付给系争房屋所属的物业单位，由物业单位出具的缴费单据可以成为实际居住的证据之一。

3. 信件往来

提供相当长的一段时间内当事人的信件都以系争房屋为收寄件地址，也是一种证明有实际居住情形的方式，但如有在他处房屋也有收寄件的情形，证明力会相对减弱一些。

4. 水电煤气缴费单据和宽带办理凭证

在年代较为久远的动迁纠纷中，没有了网购记录这类有效便捷的证明方式，水电煤气缴费单据和宽带办理凭证是大多数当事人能够提供的证明依据，但水电煤气缴费单据需要提供多年的连续的缴费单据才能有强有力的证明力，几次或者几个月的缴费单据在审理中若无其他证据

证明实际居住，往往会导致证明不充分的举证结果。

5. 劳动合同、员工登记表等相关工作证明与毕业证书、学籍证明等相关证明

工作证明和学校相关证明在实务中是常用的证明方式，在入职时工作单位的员工登记表与入学时的学籍登记表都会记录居住地址，毕业证书等学校的相关文件都会以居住地址为收件地。获取这些证据有时候需要律师协助。

6. 居委会证明

由被征收房屋所属的居委会开具居住证明也是实务中大多当事人会采取的方式。但是从实践中来看，居委会的证明已经越来越难开。有的居委会直接同意开具，有的居委会要求邻居到场作证后开具，有的居委会直接拒绝。尤其是年代久远的案例，由于年代久远，居委会的工作人员都有变更，更别提此期间内街道内的人员流动，情况复杂，此情形下居委会大多选择不开具相关的证明。可以通过律

师向法院申请出具调查令，前往居委会调查。

7. 证人证言

以证人证言的方式证明需要找了解被征收房屋一定时期内居住情况的人出庭作证，最好找被征收房屋的邻居，人数越多越好，出庭证明当事人在系争房屋实际居住，系争房屋是上学上班都会回到的住所。实践中的困难是会有邻居以不愿参与纠纷的心态，不愿意出庭，拒绝帮忙证明。建议在证人不愿意出庭的情况下，尽量用视频或线上开庭等方式去增强证据，这些需要和证人做好沟通工作。

8. 就医记录



在系争房屋附近的医疗机构的多次就诊记录可以作为证明实际居住的方式之一。

9. 系争房屋的装修、维修费用单据

能够提供对于系争房屋进行过装修、维修的单据凭证，在共有纠纷审理中能作为有效的证据证明当事人的实际居住。

10. 打车记录

长时间内以系争房屋为终点的打车记录可以一定程度上证明系争房屋为当事人的常住地点。

11. 拍摄于系争房屋录制的视频、照片

能够提供一定数量的不同时段、年代的能表明居住在系争房屋的视频、照片也可以成为证明实际居住事实的方式。

12. 借记卡、信用卡查询信息

通常银行借记卡、信用卡办理时都会填写居住地址，到银行调取出银行卡相关信息，可以作为证明实际居住的方式。

13. 自己的陈述

自己对房屋具体情况的描述，比如具体的布局情况，房屋的演变情况，自己当时的居住情况等具体的细节，也有助于认定实际居住满一年。

结语

需要提醒的是：在法院审理中，基本上不会仅靠一个证据就能证明自己是同住人，往往需要提供多种证据，形成强有力的证据链，才能证明自己实际居住一年以上。同时，在每个证据的采集当中也要注意细节，从中提取对自己有利的因素，真正起到证明效果。您学会了吗？



李伟锋 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方民商事和金融法律服务部 主任
七方家事法律服务中心 副主任
上海律协民事业务研究委员会 委员
上海市消费者权益保护委员会 公益律师团成员

业务方向：业务方向：家族律师、金融证券、合同纠纷

联系方式：18917905291



陈怡泓 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向：金融、股权激励

联系方式：13976386285

轻伤害案件办理实务分析

作者：赵珞宏

轻伤害案件通常被视为较轻微的案件，但这些“小案”对当事人来说却是“天大的事”，在社会管理中，需重视此类案件的处理。轻伤害案件通常涉及当事人之间的矛盾和冲突，如处理不当，可能导致矛盾升级，甚至引发更严重的犯罪行为。因此，律师在此类案件中的介入，对保障当事人的合法权益，提升案件处理的公正性和效率，化解当事人之间的矛盾、实现社会和谐稳定，具有重要的价值和意义。

本篇着重探讨，个人在处理轻伤害案件过程中积累的一些经验，旨在为当事人提供高效、及时的法律服务。

一、轻伤害案件案发之后、立案之前

轻伤害案件与其他刑事案件的核心区别在于，其在伤势鉴定前、刑事立案前存在很大的协商空间。律师应当利用好这一时期，协助当事人在立案前尽量减轻案件的影响，争取实现将大事化小、小事化无的目标。

1. 及时了解案情

通过深入了解案发时的情况，判断是否属于意外事件、是否存在正当防

卫、紧急避险、被害人过错、自首等情节，寻找可以作无罪或从轻、减轻、免除处罚等辩护策略的突破口。

2. 促成和解

在故意伤害案件中，律师应对被害人的伤情及需赔偿的金额有基本的判断，另外，也要充分考虑到当事人自身的经济状况，通过自行和解、组织调解等多种途径，力求化解纷争。争取在伤



情鉴定结果出来前达成和解，避免进入立案程序。

在调解过程中，有时会遇到被害人坚决不愿妥协的情况。为此，律师在调解之前需做好充分准备，力求把握调解的方向、进度与节奏，利用专业优势在

行为人与被害人之间凸显分歧，进行详尽地释法说理。律师需安抚并劝说被害人转变思维，从情绪化表达回归理性决策，并对其阐明当事人的认罪态度、悔罪表现、赔偿意愿等，逐步完善调解方案。

二、案件进入侦查阶段

1. 尽快争取取保候审、不予批捕

鉴于此类案件通常案情较为简单明了，公安立案后的处理速度可能较快，并非刑案中常见的“黄金三十七天”，因此在此类案件中争取取保候审、不予批捕的时间较短。律师应当紧抓时间节点，把握时机，完成以下工作：

(1) 通过及时会见，掌握具体案情及相关细节。对案发时当事人的行为、伤害手段、部位、后果等方面的证据进行全面查问，并充分了解案发背景、起因、当事人与被害人的关系以及当事人事后态度等情况，为后续的辩护工作打下基础。

(2) 查阅类案判决及法律法规。就具体案件类型和情节，查阅相关判例和

法律法规，找到符合本案的利己判例与依据，制定合适的辩护策略。

(3) 指导家属积极退赔、取得谅解。鼓励家属积极退赔损失、取得受害者谅解，以展现当事人的悔过态度

(4) 申请取保候审。为符合条件的当事人积极申请取保候审，撰写并提交《取保候审申请书》，详细说明当事人的情况以及申请取保候审的理由。

(5) 提出不予批准逮捕申请。在公安机关提请批准逮捕时，向检察机关提交《不予批准逮捕申请书》，充分说理与沟通，为当事人争取不被逮捕的机会。

综上所述，律师不仅需要了解案情、制定辩护策略，还包括指导家属配



合、申请取保候审以及提出不予批准逮捕申请等，致力于维护当事人的合法权益，争取最佳的法律效果。

2. 对被逮捕的犯罪嫌疑人提供法律指导

首先，律师应对犯罪嫌疑人所涉及的罪名、犯罪事实、相关证据以及可能面临的刑事处罚，进行全面且详尽的阐述，以便于他们更深入地了解自身所面临的法律问题，并为后续工作做好准备。同时，律师还需告知犯罪嫌疑人应积极配合侦查机关的调查，如实陈述事

实，此举有利于展示犯罪嫌疑人的悔罪态度，以期争取从轻处罚。

其次，在案件事实清晰的情况下，可以阐述认罪认罚制度的具体内容，鼓励犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书，以期获得从宽处理的结果。此外，还可以从社会危害性、人身危险性、认罪悔罪态度、赔偿谅解等多个方面出发，向检察机关提交《羁押必要性审查申请》。结合“少捕慎诉慎押”的政策，力争在轻伤害案件中实现该政策的落实

三、案件进入审查起诉阶段

在案件进入审查起诉阶段后，律师需充分利用阅卷周期，对侦查卷内的证据材料进行深入研究和分析。在此过程中，律师应与当事人保持密切沟通，了解他们的诉求和期望。此外，律师还需与承办检察官建立良好的沟通渠道，以便及时了解案件审查进度和检察机关意见。

在分析案件证据材料的基础上，律师应确立明确的辩护思路，并与当事人讨论，确保双方对辩护策略达成一致。

接下来，律师需拟定相关律师意见书，针对案件证据和法律法规进行充分论证，详细阐述辩护观点和理由，使检察机关能够容易理解辩护思路，争取尽可能多地被采纳辩护意见。此外，也要注意妥协，在《法律意见书》中可以提出合理的妥协方案，以便在维护当事人利益的同时，也能达成与检察机关的共识。

通过以上措施，律师可以在审查起诉阶段为当事人争取到更有利的法律后

果。同时，这也体现了律师在辩护前置背景下，充分发挥专业技能，为当事人提供优质法律服务的职责所在。

四、案件进入审判阶段

近年来，轻伤害案件的发生频率呈现出逐年上升的趋势。相较于其他严重犯罪，此类案件处理较为宽松，因此，在轻伤害案件中，为被告人争取缓刑判决的辩护空间相对较大，这也为律师提供了更多的操作空间。

在处理轻伤害案件时，检察机关在提出量刑建议时，往往会重视以下几个方面：首先，被告人是否已经对被害人进行了赔偿，这是衡量被告人悔罪态度的重要标准，也是影响判决结果的关键因素；其次，被告人是否已经取得了被害人的谅解，被害人的谅解能够体现出被告人的悔罪态度和对社会关系的修复意愿，这也会影响到判决结果；最后，被告人是否预缴了赔偿款也是检察机关关注的重点，这不仅显示出被告人的经济能力，也是对其悔罪态度的体现。

因此，律师在进行辩护工作时，需要特别关注这些要点，充分利用法律规定的空间，结合案件的具体情况，为被告人争取最佳结果。同时，律师还需突出被告人的悔罪态度和修复社会关系的能力，以此来说服检察机关和法院，为被告人争取到最为有利的判决结果。

在庭审环节，律师应对当事人进行庭前会见辅导。此举目的有三：首先，使当事人熟知庭审程序；其次，使其全面了解实体审判活动；最后，客观如实地告知当事人现有证据下的罪责判断、指控罪名是否成立以及认罪或不认罪所导致的法律后果。在此基础上，与当事人进行沟通，确立庭审辩护策略及撰写辩护词。

总结

轻伤害案件的辩护工作具有一定的专业性和复杂性，可以从多个方面加强研究和分析。

首先，加强对轻伤害类案件的研究。可以从以下几个方面进行研究：案发原因、被告人心理状态、犯罪过程、证据链的完整性等。通过深入分析同类案件的特点、规律和趋势，为辩护工作提供有力的理论支持。

其次，注重案例实证分析。通过对具体案例的剖析，总结出同类案件中特

定群体、特定场所等不同案件的特点。

例如，可以分析在某些特定场所，如酒吧，发生的轻伤害案件的特点，从而为在这些场所工作的被告人提供有针对性的方案。

最后，我们要在充分了解案件情况和法律法规的基础上，明确辩护目标，制定合理的辩护策略，并灵活调整。同时，要注重与当事人、家属、律师团队等各方的沟通与合作，共同为被告人争取合法权益。



赵璐宏 律师

上海七方律师事务所 律师

七方刑事合规业务部 律师

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：18089390623



浅析新公司法下的股东出资责任

作者：李伟锋

新公司法将于 2024 年 7 月 1 日实施，股东的出资和相关责任有了很大的变动，股东、监事、高管都可能需要对股东出资承担责任，本文将就相关问题进行分析：

张三、李四、王五共同成立了一家“飞天”公司，注册资本 100 万，三人分别要出资 50 万、20 万、30 万。张三现在只缴纳了 15 万，李四用专利出资 20 万。我们来看下相关出资的问题。

一、出资时限与出资方式

五年内出资

五年内缴足 100 万。

飞天公司，如果是在 2024 年 7 月 1 日后设立，三人必须在公司成立之日起

《公司法》第 47 条 “有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全

体股东认缴的出资额。全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足”

飞天公司，如果是在 2024 年 7 月 1 日之前就已经设立的老公司，也不用太着急，公司法给了一个调整过渡期，具体等相关办法出台。

《公司法》第 266 条 “本法自 2024 年 7 月 1 日起施行。本法施行前已登记设立的公司，出资期限超过本法规定的期限的，除法律、行政法规或者国务院另有规定外，应当逐步调整至本法规定的期限以内；对于出资期限、出资额明显异常的，公司登记机关可以依法要求其及时调整。具体实施办法由国务院规定。”

用什么出资 一般股东都只想到用资金出资，其实总共有以下 6 种方法：包括货币、实物、知识产权、土地使用权、股权、债权。如果李四有一项专利，也可以用专利作价 20 万出资。但要记得，用货币以外的财产出资，可要请有资质的评估机构依法评估。

《公司法》第 48 条 第 1 款 “股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。”

二、出资该怎么操作？

如果张三出资 50 万，是不是可以做个借款给飞天公司？或者把钱打给负责经营的李四就可以了呢？答案是：NO。张三出资，应该把钱打到飞天公司银行

账户。如果李四用专利出资，还应该把专利过户到飞天公司名下。切记切记。

《公司法》第四十九条 “股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有

限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。”

三、股东未缴纳出资有什么责任？

赔偿公司损失如果张三没有按照章程规定的时间出资，不仅要缴纳，还要赔公司的损失。《公司法》第 49 条第 3 款“股东未按期足额缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当对给公司造成的损失承担赔偿责任。”

可能丧失未出资部分的股权如果张三只按期缴纳出资了 15 万，另外 35 万没有按期出资，公司在履行一定的法定的程序后，可以剥夺他 35 万的股权。股东一定要重视这个规定，防止丧失股权！《公司法》第 52 条“股东未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资，公司依照前条第一款规定发出书面催缴书催缴出资的，可以载明缴纳出资的宽限期；宽限期自公司发出催缴书之日起，不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司经董事会决议

可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出。自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。”

被债权人要求立即缴纳（即加速到期）。如果飞天公司欠了债权人 80 万，还不出钱，就算公司规定的出资期限还没到，债权人也可以到法院起诉，要求张三、李四、王五立即缴纳出资。《公司法》第 54 条“公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。”

4、即便把股权转让出去，还是要和新股东一起承担出资责任。只要出资没有到位，张三就算把 50 万的股权全部转让出去，将来新股东没有缴足的话，张三还得对出资没到位的部分，承担出资责任。《公司法》第 88 条“股东转让已

认缴出资但未届出资期限的股权的，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，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额

显著低于所认缴的出资额的股东转让股权的，转让人与受让人在出资不足的范围内承担连带责任；受让人不知道且不当知道存在上述情形的，由转让人承担责任。”

四、股东的出资义务主体

如果张三没按要求出资，谁可能跟他一起承担责任呢？新公司法下，股东的出资义务可不仅仅是股东自己的事情。

一起设立公司的股东要承担连带责任如果张三的 50 万出资仅出了 15 万，李四和王五都得为剩下的 35 万负责，承担连带责任。《公司法》第 50 条“有限责任公司设立时，股东未按照公司章程规定实际缴纳出资，或者实际出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的，设立时的其他股东与该股东在出资不足的范围内承担连带责任。”

董事有可能承担赔偿责任。飞天公司的董事会有义务对股东出资情况进行

核查，如果张三没有按期缴纳，董事会应当向他催缴。不然的话，造成公司损失，董事要承担赔偿责任。《公司法》第 51 条“有限责任公司成立后，董事会应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳公司章程规定的出资的，应当由公司向该股东发出书面催缴书，催缴出资。未及时履行前款规定的义务，给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。”

3、抽逃出资的，董监高都有连带赔偿责任。如果张三在公司成立后，将 50 万资金抽逃，那么，相关负有责任的董事、监事、高级管理人员都要跟着一起承担连带赔偿责任。《公司法》第 53 条

“公司成立后，股东不得抽逃出资。违反前款规定的，股东应当返还抽逃的出资；给公司造成损失的，负有责任的董
事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任”

结语

新公司法下，对股东实际缴纳出资进行了严格规范，无论是实缴时间、加速到期、股权转让后的连带责任等，都是要确保股东规范出资、出资到位。因此：

1. 公司股东的出资风险提高了，股东要切实评估自己的出资能力，合理设立出资额；
2. 合伙举办公司的风险提高了，股东要找有出资能力和可信任的合伙人，确保出资都能到位；
3. 董事、监事、高管的职业风险提高了，需要履行职务到位，避免因未履职而承担责任。

恢复劳动关系案件处理实务分析

作者：原悦

一、案情简介

王女士于2010年3月22日入职上海某制药有限公司，双方于同日签订了书面劳动合同，担任该公司的企业事务及市场准入部的市场准入高级经理。2015年1月1日，双方签订了无固定期限的劳动合同。

2015年7月3日，该公司以王女士不服从工作安排和日常管理而向其发出口头警告函；2015年7月27日，该公司以王女士未遵守公司请假制度未经主管同意即直接休假而向其发出书面警告函；2015年8月3日，该公司以王女士未按工作要求于工作时间内在指定的工位上班而发出口头警告函；2015年8月18日，该公司以王女士无正当理由不服从工作安排而向其发出书面警告函；2015年8月18日，该公司以王女士迟到、早退向其发出口头警告函。

2015年10月30日，该制药公司经全体董事同意，决定于次年2月29日

前完成公司组织架构调整，并形成了董事会书面决议。2015年12月29日，该公司向王女士发出通知书，通知书中载明调整双方之间劳动关系的方案，并通知将于2016年1月7日与其签订协商解除劳动合同协议书等。

2016年1月13日，公司以原劳动合同无法继续履行向王女士发出《协商变更劳动合同意向书》，内容为其工作岗位由高级经理变更为混合团队专员，工作地点由北京变更为潍坊，月基本工资由税前33817元变更为税前7838元，奖金制度变更为激励绩效奖金。2016年1月19日，王女士向公司发出《关于不同意协商变更劳动合同通知书》，对公司变更劳动合同的内容提出异议，要求继续履行原劳动合同。2016年1月29日，公司在告知工会组织后，向王女士发出《解除劳动合同通知书》，决定自2016年1月31日起解除双方的劳动合同。

王女士认为劳动合同无法继续履行的理由缺乏事实和法律依据，公司系违法解除双方之间的劳动合同，提起了劳动仲裁，要求公司撤销上述口头及书面警告函，撤销《解除劳动合同通知书》，恢复双方之间的劳动关系，继续履行双方于2015年1月1日签订的《劳动合同书》，按照月工资29750.32元(实得)的标准支付2016年2月1日起至双方恢复劳动关系之日的工资损失。

二、裁判结果

仲裁委经审理后，裁决撤销2016年1月29日作出的解除劳动合同通知书，双方继续履行2015年1月1日签订的劳动合同书，并支付王女士2016年2月1日至2016年6月24日期间的工资收入损失140579.31元。公司不服劳动仲裁裁决提起了一审，一审法院经审理后作出判决，撤销2016年1月29日作出的解除劳动合同通知书，双方继续履行2015年1月1日签订的劳动合同书，并支付王女士自2016年3月7日起至劳动关系恢复之日的工资。一审判决作出



后，公司及王女士均不服提起了上诉，后二审法院作出了与一审法院相同的判决。

三、律师分析

本案的争议焦点主要在于两方面，一是用人单位的解除行为是否合法，二是劳动者选择恢复劳动关系作为救济的合理性。

(一) 用人单位的解除行为是否合法。

《劳动合同法》第40条第三项规定了，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同。

本案中，该制药公司并未证明调整组织架构会造成劳动合同无法继续履行，且即使符合劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化致使劳动合同无法履行的情形，该制药公司并未与王女士就变更劳动合同的内容进行协商，而是直接变更了工作岗位与工作地点，更大幅降低了薪资待遇并改变了奖金制度，与王女士原岗位的条件与标准存在明显差异，由此可以认定用人单位存在恶意调岗的情形，后作出的解除行为亦应被认定为违法。而制药公司对于王女士迟到早退等轻微违纪行为作出的口头或书面的警告属于用人单位自主管理的范畴，此类特定性、阶段性的提示或处分不涉及劳动合同的解除和变更，故不属于劳动争议案件的处理范围。

（二）劳动者选择恢复劳动关系作为救济的合理性。

1. 恢复劳动关系的依据

根据《劳动合同法》第48条的规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳

动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第87条规定支付赔偿金。因此，在用人单位违法解除与劳动者之间的劳动关系时，劳动者既可以选择恢复劳动关系，也可以选择要求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金。

2. 劳动者优先选择适用恢复劳动关系的常见情形

（1）患病、非因工负伤 我国劳动法设定医疗期的立法原意即为保护劳动者在患病或非因工负伤的情形下不被随意解除其劳动关系，即用人单位不能在劳动者医疗期内因劳动者无过错的事由解除劳动合同，且在医疗期内如劳动合同期限届满的，劳动合同应顺延至医疗期结束，以医疗期满为由解除劳动合同的，用人单位应当支付劳动者经济补偿金与医疗补助金。

（2）三期女职工 根据《劳动合同法》第42条的规定，对三期女职工提供



了劳动者无过错情形下的解雇保护，在三期女职工被违法解除劳动合同时，可以申请劳动仲裁以恢复劳动关系及恢复劳动关系期间的工资，保障自身在生育期间段的相应待遇。

(3) 违反法定程序裁员 我国的劳动法律体系对于经济性裁员的适用情形与程序等作出了明确的法律规定，对于经济性裁员有着十分严苛的实体性条件与程序性规范，若用人单位的裁员无法满足上述条件，则只能依照《劳动

合同法》第 40 条第三款的内容与劳动者解除劳动合同。另，《劳动合同法》第 42 条规定了经济性裁员的阻却情形（包含了上述患病或非因工负伤员工与三期女职工），亦规定了应当优先留用的人群范围，大多为本单位作出贡献或再就业较为困难的人群，这也体现了劳动法对于弱势劳动者群体的倾斜保护。符合劳动合同法规定的优先留用的人群选择恢复劳动关系则更为有利。

原悦 律师

上海七方律师事务所 专职律师

业务方向：劳动法、民商事争议解决

联系方式：13524209223



浅析作品信息网络传播权案件的诉讼管辖

作者:孙志勇



2023 年 12 月 20 日，最高人民法院将（2022）最高法民辖 42 号案件作为第 223 号指导性案例对外发布，明确在确定侵害作品信息网络传播权民事纠纷案件的管辖时，应当适用《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 15 条的规定，即由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖，而侵权结果发生地不应作为确定管辖的依据。根据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》，指导性案例所确定的裁判要点，各级人民法院在审判类似案件时应当参照。至此，侵害作品信息网络传播权案件管辖问题的争议得以平息，法律适用得以统一。

一、案情简介

原告张旭龙诉被告北京墨碟文化传播有限公司、程雷、马跃侵害作品信息网络传播权纠纷一案，原告认为三被告擅自在相关网站上发布、使用其享有

著作权的写真艺术作品，侵害其著作权，故向其住所地的河北省秦皇岛市中级人民法院提起诉讼。

被告马跃提出管辖权异议，认为本案属于侵害作品信息网络传播权纠纷



案件，应当适用《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《信息网络传播权规定》）第15条的规定，而秦皇岛市为原告住所地，不是侵权行为地或被告住所地，故秦皇岛中院对本案不具有管辖权，请求将本案移送北京互联网法院审理。

二、审理经过

2021年6月2日，秦皇岛中院驳回马跃的管辖权异议。马跃不服，向河北高院提起上诉。2021年8月24日，河北高院作出裁定，认为上诉人上诉理由成立，裁定撤销一审裁定，将本案移送北京互联网法院审理。

北京互联网法院认为，秦皇岛中院作为原告住所地人民法院，对本案具有管辖权，故将本案报请北京高院，请求北京高院报请最高人民法院指定管辖。北京高院经审查，认同北京互联网法院的意见，认为河北高院不应将本案移送北京互联网法院审理，遂报请最高人民法院指定管辖。

2022年8月22日，最高人民法院于作出（2022）最高法民辖42号民事裁定，确定本案由北京互联网法院审理。秦皇岛中院对本案没有管辖权，河北高院将本案移送北京互联网法院并无不当。

三、案件分析

关于侵害作品信息网络传播权案件应如何确定管辖法院，因相关司法解释的规定不同，实践中存在不小争议，最高人民法院在不同案件中也持不同观点。

（一）作为确定管辖依据的两个司法解释

2012年，最高人民法院发布的《信息网络传播权规定》第15条规定：“侵害信息网络传播权民事纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。侵权行为地和被告住所地均难以确定或者在境外的，原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵



权行为地。”根据该规定，只有在“侵权行为地和被告住所地均难以确定或者在境外”的情况下，案件才有可能由原告所在地法院管辖。《信息网络传播权规定》于 2020 年修正，但该条内容未作修改。

2015 年，最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法司法解释》），其第 24 条规定“侵权行为地包括侵权行为实施地、侵权结果发生地”，而第 25 条规定“信息网络侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人住所地”。由于该规定为司法解释新增加条款，自此之后，各级法院在侵害作品信息网络传播权案件中，以此作为确定管辖的依据，审理了大量案件。

《民诉法司法解释》于 2020 年和 2022 年两次修正，该条内容也均未作修改。

从两个司法解释的内容和发布时间来看，《民诉法司法解释》第 25 条针对的是“信息网络侵权行为”，就信息



网络传播权纠纷而言，其是一般法，但是是新法；而《信息网络传播权规定》第 15 条是旧法，但是是特别法，因此就产生了新的一般法与旧的特别法之间的适用争议。

（二）最高人民法院多次认可原告住所地法院的管辖权

《民诉法司法解释》实施之后，就有关信息网络传播权纠纷，大部分案件原告都选择在原告所在地起诉，由此也出现了大量的管辖权异议案件，实践中对此存在较大争议。但最高人民法院在许多案件中都适用《民诉法司法解释》第 25 条，确认原告所在地法院具有管辖权。比如在笔者作为原告代理人代理的(2019)最高法知民辖终 383 号等多起

案件中，上海知识产权法院和最高人民法院都持此观点。

更为典型的还有(2021)最高法民辖 32 号案件，原告潘伟军以被告北京世纪兴华医院有限公司在微信公众号使用其享有著作权的摄影作品，侵害其作品信息网络传播权为由，向其所在地的武汉中院提起诉讼。武汉中院认为侵害信息网络传播权应当适用《信息网络传播权规定》第 15 条，在本案被告住所地能够确定的情况下，其不具有管辖权，裁定将案件移送北京市东城区人民法院处理。北京市东城区人民法院、北京高院认为该案应当适用《民事诉讼法司法解释》第 25 条，被侵权人住所地法院有管辖权审查。北京高院在与湖北高院协商未果的情况下，报请最高人民法院指定管辖。2021 年 9 月 6 日，最高人民法院根据《民诉法司法解释》第 25 条，认定潘伟军作为被侵权人提起诉讼，其位于湖北省武汉市的住所地是案涉侵权结果发生地，武汉中院对本案具有管辖权，故裁定案件由武汉中院审理。

(三) 指导性案例统一了信息网络传播权纠纷的管辖规则

互联网技术的快速发展，网络侵权行为层出不穷，由于互联网的虚拟性，被告身份往往难以确定且分散全国，在原告所在地法院起诉网络侵权行为，在有效打击侵权行为、减少原告诉讼成本方面起到了重要作用。

针对实践中出现的管辖权争议，以及故意制造管辖连结点等现象，最高人民法院曾在相关案件中对“信息网络侵权行为”作出了一定的限缩性解释，认为其是指“被诉侵权行为的实施、损害结果的发生等均在信息网络上，并非侵权行为的实施、损害结果的发生与网络有关即可认定属于信息网络侵权行为”。但在信息网络传播权纠纷中，《民诉法司法解释》第 25 条与《信息网络传播权规定》第 15 条的适用争议仍然存在。

(2022)最高法民辖 42 号案件中，最高人民法院认定信息网络传播权纠纷应当适用《信息网络传播权规定》第 15 条，否定了将原告住所地作为管辖确定的依据。法院认为，《民诉法司法解



释》第 25 条针对的是通过信息网络对一般民事权利实施的侵权行为，而《信息网络传播权规定》第 15 条是针对信息网络传播权这一特定类型的民事权利，是对侵害信息网络传播权纠纷民事案件的管辖作出的特别规定。因为侵害信息网络传播权的行为一旦发生，其侵权结果涉及的地域范围具有随机性、广泛性，不是一个固定的地点，不宜作为确定管辖的依据。因此，在确定侵害信息网络传播权民事纠纷案件的管辖时，

应当以《信息网络传播权规定》第 15 条为依据。

作为个案裁判，该案裁判观点并未平息法律适用的争议。在此之后，部分法院以该案为依据，调整了侵害作品信息网络传播权案件管辖的法律适用，也有部分法院未作调整，进一步造成了管辖问题的认识分歧。但此次最高人民法院将该案列为指导性案例，表明其对自身制订的两个司法解释应如何适用作出了回应，统一了法律适用。

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

上海市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





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

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