



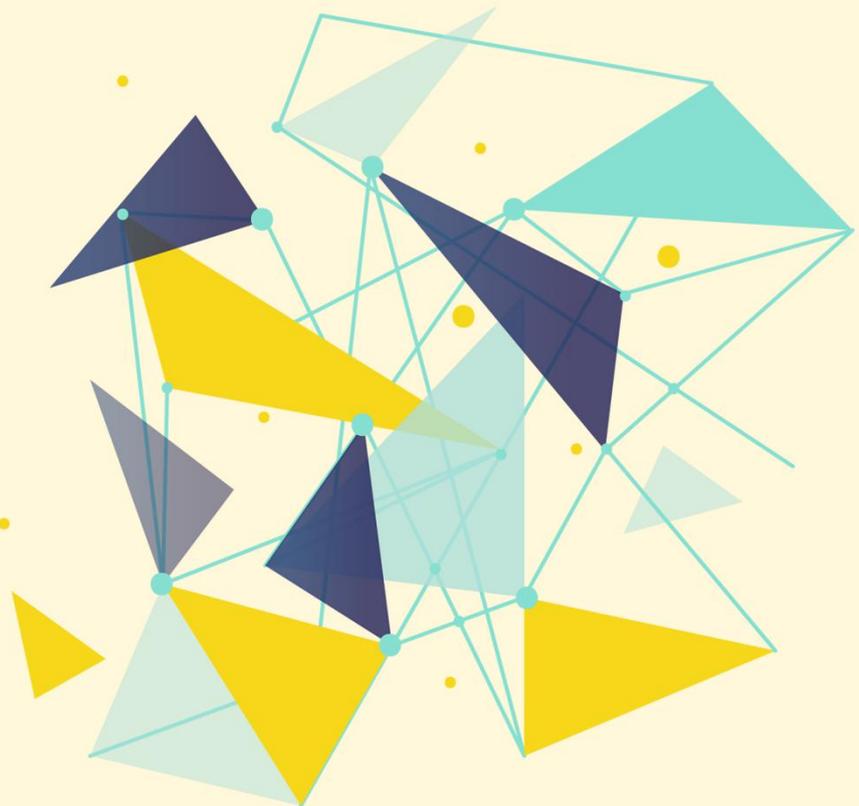
# 2020

广州市律师协会

民事法律专业委员会

---

# 年度文集



# 目录页

## 合同、准合同

简论 BT 合同的法律性质.....	陈乙芳 1
可得利益损失类型实务研究.....	何钜嘉 8
简述信息网络订立买卖合同纠纷案件合同履行地的确定.....	黄燕霞、潘兆祥 17
实际施工人以被挂靠单位名义向中标单位请款是否构成表见代理.....	宋万俊 23
违约方是否有权解除合同.....	官金福 29
租赁合同纠纷案例.....	袁穗龙 33
中国建设银行股份有限公司青海省分行诉王忠诚、王琪博、王琪宝金融借款合同纠纷案.....	胡铃梓 37
艾某与中国工商银行股份有限公司广州东山广场支行借记卡纠纷案.....	姚春鸿 42
陆 xx、方 xx、广州农村商业银行股份有限公司（第三人）追偿权纠纷案.....	李燕玲 51
连带责任保证下的债权实现.....	闫丰华 58
广州某通信设备有限公司与广州某职业学院买卖合同纠纷案.....	赖以立、彭赫威 63
如何判断阴阳合同的效力高低？.....	谢盼 66
邓昌某诉杨某合同纠纷案.....	张小伟 71
借贷不予支持，能否再主张不当得利？.....	彭磊 76
广州法院合同撤销案例评析.....	刘子杰 79
以“重大误解”为由起诉巧取购房定金.....	吴骏 82
关于表见代理的实务分析.....	周凤婷 86
广州市从化区交通运输局诉广东从化华鹰消防器材建设工程有限公司不当得利纠纷案.....	李待君 91
董××、彭××、廖××诉工行广州×支行委托理财合同纠纷案.....	王志卫 95
消费者梁先生与某汽车销售公司买卖合同纠纷二审改判案.....	杜晓佳 99
刘 xx、夏 x 财产损害赔偿纠纷案.....	徐国棠 104
违约责任与侵权责任竞合之案例分析.....	杨莉 114
从一起特许经营合同纠纷看加盟退出问题.....	阮诗杰 117

## 物权

居住权刍议.....	许杰民 122
业主大会“从众条款”效力的认定.....	林传富 130
为何登记了的担保物权也不受保护.....	陈焕欢 145
相邻权纠纷的处理及法律适用.....	刘梅连 150
广州市市政工程维修处诉广州棠下经济发展有限公司物权保护纠纷案.....	余玮玮 155

## 公司

- 认缴制下公司股东未届期认缴出资转让股权的责任承担.....赵琦娴、刘雨祺 158
- 股权转让中股东优先购买权的那些事..... 黄恒 166
- 股东无权直接处分清算中公司名下财产.....任永鸿、刘思妍 173
- 公司破产情况下认定股东连带责任的限制.....毋继光 178
- 陆 XX 诉林 XX、广州 XX 物业管理有限公司、魏 XX、第三人李 XX、广东 XX 房地产开发有限公司执行异议之诉案..... 朱秋霞 182

## 婚姻家庭

- 《民法典》视角下的夫妻忠诚协议问题浅究..... 谢志民、李广凤 185
- 《民法典》框架下夫妻侵权导致的债务探讨..... 李楚翔 189
- 茂名市茂南区区直债权债务清偿中心诉陈成国、罗春莲合同纠纷案..... 方雄文 193
- 余秋生与张菁离婚纠纷案..... 张雄敬 196
- 试论孤儿的监护困境及权益保障..... 邓雪萍 201

## 劳动争议

- 从一起典型劳动纠纷案件看佣金认定问题..... 曾雅妮 207
- 代某英等人与广州某物流公司劳动争议（工伤赔偿）案..... 梁剑标 210
- 用人单位未缴纳社保的，离职女职工可要求单位承担生育保险和失业保险待遇损失..... 王旭虹 213

## 人格权

- 生命权纠纷案件因果关系与过失的判断..... 苏子珍 217

## 诉讼程序及 司法监督

- 深化司法体制改革，完善民事调查令制度..... 夏峰 222
- 民事案由确定之律师实务分析..... 陈婧 227
- 执行复议与执行异议之诉若干法律问题思考..... 万由伟 230
- 物权期待权优于债权请求权..... 刘建平 234
- 王某执行复议案件..... 苏晓 239
- “民事审判人员违法行为”检察监督基本问题分析..... 任永鸿 241

## 简论 BT 合同的法律性质

北京德和衡（广州）律师事务所 陈乙芳

**【摘要】** 关于 BT 合同的效力，司法实践中基本已达成共识，即只要 BT 合同不违反法律法规的效力性强制规定，应属有效。但是对于 BT 合同的法律性质，在司法实践中却颇有分歧，在 2018 年上半年前，多地法院还是以承包方需要负责工程建设的全部资金为由，认定 BT 合同属于建设工程施工合同，其实质就是带资承包，而忽视了合同当事人在合同中已经明确双方是投融资关系的约定，以及承包方需承担投融资、管理、建设、工程回购前等全部风险的约定。将复杂的投融资合同，简单地认定为单一性质的带资承包合同，明显违背了合同当事人的意思表示。2018 年下半年开始，无论是从最高人民法院还是到各省的法院，开始将 BT 合同认定为独立的合同，即使不直接明确其为独立的合同，也基本上不再将 BT 合同认定为带资承包合同。这一司法实践的变化，其实就是尊重合同当事人意思自治的法律精神的回归。

**【关键词】** BT 合同 带资承包

### 一、引言

BT（建设-移交）融资建设模式曾是政府投资项目热门使用的建设模式之一，各部委先后出台了不同的文件，对 BT 建设模式进行鼓励，比如《建设部关于培育发展工程总承包和工程项目管理企业的指导意见》（建市[2003]30 号），就鼓励承包企业根据业主要求，采取 BT、BOT、BOOT、BOO 等方式组织实施。

及至 2006 年，建设部、国家发展和改革委员会、财政部、中国人民银行出台《关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》（建市[2006]6 号）明令禁止政府项目实行带资承包，明确指出 BOT、BOOT、BOO 不属于带资施工，但对 BT 是否属于带资承包并未提及，而国内对 BT 模式也没有任何法律、行政法规加以规范。自始，关于 BT 模式是否属于带资承包，引起了广泛的争议。

2012 年，《财政部发展改革委人民银行银监会关于制止地方政府违法违规融资行为的通知》（财预〔2012〕463 号，已于 2016 年 8 月 18 日废止）规定，除法律和国务院另有规定外，地方各级政府及所属机关事业单位、社会团体等不得以委托单位建设并承担逐年回购（BT）责任等方式举借政府性债务。该通知的出台，再一次将 BT 模式推到风口浪尖上，引起了更多的关注。

## 合同、准合同

2014年8月31日，全国人大常委会发布修正后的《预算法》（2015.1.1生效），将原预算法第二十八条改为第三十五条，在保留原第二十八条的内容的基础上，增加了第二、三、四、五款，规定除经国务院批准或经国务院报全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会批准的以外，地方政府及其所属部门不得以任何方式举借债务。至此，BT模式是否属于政府举债、是否违反了预算法从而导致BT合同无效等问题，又一次成为了司法实践的热点话题。

BT模式从政府鼓励到变相禁止，原因在于BT投资项目的过热带来政府债务剧增，但此前签订和履行的大量BT合同并未因政策的改变而终结，相反，大量的争议随着项目的建成、交付期限届满而产生。历经多年的司法审判实践，司法实践对BT合同的投资方是否需要具有承包资质、是否需要招投标等基本已经形成了一致的意见，但在BT合同是否属带资承包<sup>1</sup>合同这个问题上，司法审判在2018年上半年前还基本上认为BT合同的本质就是带资承包合同。但从2018年下半年起，无论是从最高人民法院还是到各省的法院，开始将BT合同认定为独立的合同，即使不直接明确其为独立的合同，也基本上不再将BT合同认定为带资承包合同。

为此，笔者，试图从司法实践对BT合同认识的变化，以及结合自己的见解，对BT合同的法律性质进行简单的分析，希望对BT这种新型的投融资建设模式有越来越准确的法律定性。

## 二、司法实践对BT合同是否是带资承包合同的判决变化

### （一）BT合同是带资承包合同

1. 最高人民法院（2015）民申字第928号甘肃华民房地产开发有限公司（以下简称华民公司）与兰州新区城市发展投资有限公司（以下简称城投公司）、甘肃煤炭第一工程有限责任公司（以下简称甘煤公司）建设工程施工合同纠纷申请再审民事裁定书

本案中，华民公司与兰州二建集团组成联合体投标，公开招投标中标兰州新区保障性住房项目B区三标段建设项目，由华民公司与城投公司签订了《兰州新区保障性住房项目建设工程BT项目合同》，约定华民公司就工程进行投融资、组织工程建设、在工程竣工后将该项目依法向城投公司移交并在质量保修期内承担工程质量保修责任。合同签订后，因华民公

<sup>1</sup> 带资承包是指建设单位未全额支付工程预付款或未按工程进度按月支付工程款（不含合同约定的质量保证金），由建筑业企业垫款施工。（见《建设部、国家发展和改革委员会、财政部、中国人民银行关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》（建市[2006]6号）规定。）带资承包通常又称垫资施工。

## 合同、准合同

司资金不到位，兰州二建集团有限公司拒绝施工，华民公司与甘煤公司签订《建设工程施工合同》，约定由甘煤公司负责施工，结算依据甘肃省建设工程造价管理文件汇编（2009）年取费标准三类工程计取，规费不计取。建安营业税由发包人（华民公司）代扣代缴。

关于《兰州新区保障性住房项目建设工程 BT 项目合同》，最高人民法院认为：由联合体投标协议书、授权书、投标书以及华民公司与城投公司所签《BT 合同》的内容看，华民公司与兰州二建集团有限公司组成联合体，通过公开招投标的方式中标兰州新区保障性住房项目 b 区三标段建设项目，与城投公司签订《BT 合同》，负责该工程项目的施工和竣工验收，并承担全部建设资金，待项目建成后由业主回购。由此可见，华民公司与兰州二建集团有限公司的合同义务是带资承建涉案工程，故《BT 合同》系建设工程施工合同。

2. 四川省高级人民法院（2015）川民终字第 235 号四川省屹立建设有限公司与冕宁县人民政府建设工程合同纠纷二审民事判决书

四川省高级人民法院认为：对于屹立公司主张本案法律关系为 BT 合同性质即建设移交合同，本院认为，BT 模式是当前政府基础设施非经营性项目建设的一种投资融资模式，并非一种法律关系。按照该模式签订的 BT 合同的性质，要依据合同约定的双方权利义务关系来认定。而依据《建设工程合同》约定，冕宁县政府作为案涉工程的发包人，不支付工程预付款和进度款，由屹立公司直接进行施工。因此，该合同实质上为垫资施工的建设工程施工合同。

3. 贵州省黔西南布依族苗族自治州中级人民法院（2018）黔 23 民终 123 号贵州省安龙县钱相建设投资有限公司、贵州泰宁房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书（判决日期：2018 年 03 月 15 日）

贵州省黔西南布依族苗族自治州中级人民法院认为，BT、BOT 属投融资行为，BT、BOT 项目公司是项目业主，这是区分 BT、BOT 与垫资工程总承包的关键特征。垫资工程总承包尽管在表现形式上具有一定投资的属性，但由于承包商对垫资项目不享有所有权，因此投资与获得所有权是分离的，承包商不能以项目业主身份在特许期内对项目享有占有、使用、收益和处分的权利。而 BT、BOT 项目公司在整个项目建设过程中则是项目业主或建设单位的身份，享有法律赋予建设单位的各种权利和承担各种义务。本案中，双方均认可《框架协议》并未赋予泰宁公司在建设过程中对本案工程享有所有权、处置权或将本案工程以产权人名义进行抵押融资等权利，即钱相投资公司并未在《框架协议》中赋予泰宁公司对本案工程项目业主的法律地位，故本案《框架协议》在法律性质上应属建设工程施工合同中的垫资工程总承包

## 合同、准合同

范畴，依法应受《中华人民共和国建筑法》、《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》等建筑法律法规的调整。

4. 从上判决可以看到，审理法院以 BT 合同投资方承担全部的建设资金、发包方不支付工程预付款和进度款为由直接将 BT 合同认定为带资承包合同；或者虽然认为 BT 合同与垫资承包总合同是有本质的不同，但由于 BT 合同投资方对承建工程不享有所有权、处置权或以产权人名义进行抵押融资等权利，从而还是将案涉的 BT 合同认定为垫资承包合同。

### （二）BT 合同是独立的合同，不是带资承包合同

1. 最高人民法院（2018）最高法民终 802 号广西城中建筑工程有限责任公司、北部湾建设投资集团有限公司建设工程合同纠纷二审民事判决书（判决日期：2018 年 12 月 29 日）

2012 年 7 月 11 日，云县政府与北部湾集团公司在中国香港签订了一份《云南省临沧市云县基础设施项目建设合作框架协议书》，约定双方以 BT 模式合作建设云县基础设施项目。2013 年 1 月 11 日，广西城中公司、北部湾集团公司、南宁路桥工程处签订联合体协议书，自愿组成联合体共同参加省道 S 线 312 云县至凤庆公路云县段施工招标并中标，其后与云县政府签订了《BT 合同》，对各方的权利义务进行了详细的约定。2013 年 3 月 6 日，广西城中公司与舒振刚签订了《云南省道 S312 云县至凤庆公路云县段（第二标段）公路工程项目承包协议》，约定由舒振刚承包约 2900 万元的项目，即省道 S312 云县至凤庆公路云县段（第二标段）范围内的路基、路面、桥涵、隧道、绿化、交通等工程项目。

云南省高级人民法院认为，涉案的《BT 合同》系在《云南省临沧市云县基础设施项目建设合作框架协议书》的基础上，由广西城中公司、北部湾集团公司、南宁路桥工程处组成联合体与云县政府在平等自愿的基础上达成的，内容并未违反法律法规的规定，《BT 合同》与承包合同系不同的法律关系，承包合同无效，并不能推定《BT 合同》也无效，故本案《BT 合同》合法有效，云县政府认为本案《BT 合同》无效的理由不能成立，不予支持。最高人民法院对此予以维持。

2. 四川省高级人民法院（2018）川民申 3034 号四川省西充县协力建筑工程有限责任公司、西充县人民政府建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书（判决日期：2018 年 09 月 03 日）

四川省高级人民法院认为：BT 即建设-移交的意思，BT 合同是指政府回购人与投资人之间就政府基础建设项目通过投资人投融资、建设管理及施工等事宜签订的合同，投资人经融资、建设、验收合格后移交政府，政府向投资方支付项目总投资加上合理回报，BT 合同从

## 合同、准合同

本质上是根本区别于建设工程施工合同的。

案涉西充县人民政府与星球公司所签订的《西充县工业园区二期还房工程 BT 模式投资建设项目合同》即上述 BT 合同，同时该合同还明确约定由星球公司负责筹集本工程所需资金和建设过程中的组织和管理，并独立承担责任。虽然案涉 BT 合同因为违反了《中华人民共和国招标投标法》第三条关于国有资金投资项目必须进行招标的强制性规定，应当认定为无效，但不影响案涉 BT 合同的性质，案涉 BT 合同不是建设工程施工合同。

3. 最高人民法院（2018）最高法民终 386 号扬州展诚投资发展有限公司、高邮湖西新区管理委员会合同纠纷二审民事判决书（判决日期：2018 年 06 月 28 日）

一审法院江苏省高级人民法院认为：双方确认《投资合同》性质为 BT 合同，由展诚公司投资建设涉案工程并交付湖西新区管委会，湖西新区管委会按期支付回购金。依据该合同，展诚公司负有对涉案项目进行投资的义务，故其是否具备施工资质不影响合同效力。湖西新区管委会曾在诉讼中提出《投资合同》应为建设工程施工合同，其未经法定的招投标程序，应为无效的答辩意见。一审庭审中，湖西新区管委会不再坚持合同无效的意见。《投资合同》系双方当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，应为有效，双方均应依约履行。

最高人民法院认为：《投资合同》系双方当事人真实意思表示，其内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效，应予遵守。

从以上判决可以看到，审理法院认为 BT 合同是出于双方自愿，内容没有违反法律法规的规定，就当属有效，即使存在由于应当招投标而没有招投标的情形导致 BT 合同无效，亦不影响 BT 合同的性质，并且不再将 BT 合同认定为带资承包合同。甚至在最高人民法院（2018）最高法民终 386 号案中，BT 合同投资方为投资发展公司，并没有取得施工许可证，其中标后将案涉工程交由有施工资质的第三方施工，但最高人民法院依然将该 BT 合同认定为有效合同，投资方是否具备施工资质并不影响 BT 合同的效力。

此后，在司法审判中，虽然部分法院还是没有将该类纠纷直接定性为 BT 合同纠纷，但基本上都会定性为合同纠纷，而不再像之前那样将此类纠纷定性为建设工程施工合同纠纷，尤其很少会因为承包方需要解决建设资金的问题，而草率地将合同性质定性为垫资施工合同。比如在最高人民法院（2020）最高法民终 743 号中冶建工集团有限公司、四川三岔湖建设开发有限公司合同纠纷二审民事判决书（判决日期：2020 年 11 月 13 日），一审法院四

四川省高级人民法院在一审判决中，甚至将立案案由“建设工程施工合同纠纷”直接纠正为“合同纠纷”，而最高人民法院在二审中对此亦予以维持。

### 三、BT 合同是独立的合同，与带资承包合同具有本质的区别

从一开始，笔者就认为 BT 合同是独立的合同，与带资承包合同具有本质的不同，而司法审判的变化，也增强了笔者对此的理解和认定，现简单分析如下。

（一）BT 合同的标的是工程融资项目，而不单纯只是工程施工。

BT（建设-转让）和 BOT（建设-经营-转让）、BOOT（建设-拥有-经营-转让）、BOO（建设-拥有-经营）均属新型的建设融资模式，只是 BT 模式缺省了经营环节，在建设完成验收完毕后直接由发包方回购。但是，无论是哪种模式，只要涉及到转让的，其转让给发包方的均不是简单的一个的单位工程或分部工程，而是工程融资建设项目，这个建设项目的所有权归投资方所有，转让前的毁损、灭失风险由投资方承担。因此，尽管《建设部、国家发展和改革委员会、财政部、中国人民银行关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》没有明确指出 BT 不属于带资承包，但 BT 和 BOT、BOOT、BOO 的本质其实是一样的，均属于融资建设模式。

在贵州省黔西南布依族苗族自治州中级人民法院（2018）黔 23 民终 123 号案中，审理法院认可 BT、BOT 投资方在整个项目建设过程中的身份是项目业主或建设单位，享有法律赋予建设单位的各种权利承担各种义务，但认为案涉的《框架协议》并未赋予投资方泰宁公司在建设过程中对本案工程享有所有权、处置权或将本案工程以产权人名义进行抵押融资等权利，即发包方钱相投资公司并未在《框架协议》中赋予泰宁公司对本案工程项目业主的法律地位，从而认定《框架协议》在法律性质上应属建设工程施工合同中的垫资工程总承包范畴。对此，笔者认为，这是因为审理法院并没有考虑到中国的现实情况才会对 BT 合同作出垫资承包合同的认定。尽管按照 BT 合同定义，建设项目的所有权在发包方回购前，其所有权应属于投资方所有，但由于我国不允许土地私有，以及由于政府投资项目的特殊性和政府所扮演的角色，发包方在招标公告同时发布的 BT 合同，基本上都不会约定建设项目的所有权由投资方享有，但均会约定项目回购前的毁损、灭失风险均由投资方承担，并对发包方回购项目等事宜予以约定。从风险承担及项目回购的角度也可以看出，BT 合同和带资承包合同的本质不同。作为 BT 合同的投资方要承担融资、建设管理、工程施工、验收移交、项目风险等内容，即使合同没有约定其为项目所有权人，但投资方却在事实上履行项目所有权人的义务，而垫资施工方仅负责工程施工，不承担工程的毁损、灭失的风险，工程竣工验收合格后，

## 合同、准合同

其合同义务即告完成，不存在发包方回购一说。

（二）尽管 BT 合同投资方和带资承包合同承包人均需要负责筹措资金，但前者要负责筹集并投资建设工程项目的全部资金，而后者仅负责项目业主要求其垫资的部分资金。

BT 合同投资方从签订 BT 合同开始，为建设项目有关的所有费用，包括前期的可研、勘察、设计、图纸会审、工程施工、办理各样证照等费用，均需要投资方自行筹集，融资的费用和风险均由投资方承担；在工程施工过程中，投资方还要向工程承包方支付工程预付款、进度款等规定款项。BT 合同发包方只负责筹集和支付按合同约定的工程项目竣工后的项目回购资金。

在带资承包模式中，发包方只负责建设项目实施过程中的部分资金，其余资金则由承包方垫资施工，不负责全部建设资金的筹集。

（三）BT 是一种投资，而带资承包只是一种施工合同。

作为 BT 合同投资方，其不但需要承担项目建设管理、施工技术、安全、质量、工期、造价等的风险，还需要承担融资失败导致的风险，以及不能及时获得回购资金的风险，而项目业主仅承担项目前期一些工作的责任和风险，进行项目的管理。而在带资承包中，承包方需要承担的只是施工部分的工程款无法及时获得及资金占用利息的风险，并不承担其他风险。因此，我们可以说，BT 是一种投资，投资能否获利，取决于投资方的眼光、经验、融资渠道及风险管理能力，而带资承包，只是施工合同的一种，其利润来自于合同约定。

综上所述，BT 合同和带资承包合同有着本质的区别，BT 合同并不是单纯的建设工程合同，而是囊括了融资、管理、施工、回购、投资风险等内容的独立的合同，属于原《合同法》和现《民法典》没有明文规定的无名合同。从司法判决也可以看出，司法实践越来越不倾向将其草率认定为带资承包合同，而是直接赋予 BT 合同独立的效力，只要合同是双方真实自由的意思表示，没有违反法律法规的强制性规定，均应当依照当事人的约定予以判决。

## 可得利益损失类型实务研究

广东理恒律师事务所 何钜嘉

**【摘要】** 在民商事合同纠纷案件中，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给自己造成的损失，一般包括实际损失和可得利益损失，其中对于要求违约方承担实际损失，由于该损失类型是比较直接和直观的，如要求违约方依照合同约定支付租金、货款、工程款或交付标的物等等，通常都能根据客观实际情况进行相应的权利主张，而对于因违约行为导致丧失合同在正常履行后可以获得的期待利益损失，在司法实践中是比较有争议的难题，可得利益损失的实务类型很多，计算方法和认定标准多样，缺乏可具体适用的统一规范，法院往往具有较大的自由裁量权，主张该损失类型，需要对可得利益损失的类型及其常见的计算方法和意见有一定的认识和了解，再结合个案的具体情况作出适当合理的诉求，本文尝试结合相关案例，对主张各类型的可得利益损失进行归纳总结，以求对法律实务有所帮助。

**【关键词】** 可得利益损失类型 计算方法和意见 案例参考

《中华人民共和国民法典》第五百八十四条对可得利益的赔偿进行了原则性的规定，可得利益是指合同履行后可以获得的利益，可得利益损失则限定在订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失，结合《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》等相关规定、指导意见和司法实践，根据交易的性质、合同的目的等因素，可得利益损失一般可以分为孳息损失、差价损失、转售利润损失、生产利润损失和经营利润损失等类型，在计算和认定可得利益损失时，应当综合运用可预见规则、减损规则、损益相抵规则以及过失相抵规则等，从非违约方主张的可得利益赔偿总额中扣除违约方不可预见的损失、非违约方不当扩大的损失、非违约方因违约获得的利益、非违约方亦有过失所造成的损失以及必要的交易成本。这是合同纠纷案件中当事人主张可得利益损失的基本法律依据。

### 一、孳息损失

孳息一般是指原物正常情况下所能够产生的额外收益，可以分为天然孳息和法定孳息两种类型，对于孳息的归属，《民法典》第三百二十一条规定，当事人之间有约定的从约定，没有约定的，天然孳息由所有权人或用益物权人取得，法定孳息则按交易习惯取得。

#### (1) 天然孳息

## 合同、准合同

天然孳息，是基于原物的自然属性而派生取得的收益，具有一定的延续性、周期性，如母鸡下蛋、果树结果，牲畜产子等等，在司法实务中对于该类型的天然孳息损失主张，一般只能支持违约行为发生期间已实际形成的财物损失，而对于后续周期可能获得的孳息由于具有一定的不确定性，违约行为发生时尚未形成，一般难以估量和支持。

【案例参考：内蒙古自治区呼伦贝尔市中级人民法院（2019）内 07 民终 717 号民事判决书】

郭某租赁的草场合同面临到期，不能继续经营，郭某找到朋友包某商谈其羊只的安置问题，包某及妻子乌某同意郭某将羊只赶到乌某的草场，由二人负责饲养，但双方就饲养的方式、期限、费用未作约定。郭某遂将其所有的羊只，赶到包某、乌某的草场，交由二人饲养。后包某在未告知郭某的情况下，陆续将郭某的羊只抵账或出售给了他人，郭某要求包某、乌某赔偿经济损失。

法院审理认为，包某、乌某与郭某口头约定郭某将羊只交由包某、乌某临时饲养，双方当事人之间形成保管合同关系。保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。羊是能自然产生孳息的牲畜，保管人应当将原物及其在保管期间产生的自然孳息一并返还寄存人。自然孳息由所有人取得，包某、乌某已造成郭某羊只及自然孳息的损失，应在其保管的羊只及在保管期间产生的羊羔总数范围内，赔偿郭某的损失。法院根据当年当地的接羔率确定保管期间产生的羊羔数量，通过委托司法鉴定对已经灭失，不能返还的羊只单价进行评估以计算确定郭某的经济损失数额。

### （2）法定孳息

法定孳息，则是由法律规定原物在一定期限内所能产生的收益，实务中常见的法定孳息损失类型有利息损失和租金损失等。

#### 1、利息损失

①根据《中华人民共和国民法典》第五百八十五条的规定，当事人可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法，约定的违约金低于或过分高于造成的损失的，还可以请求予以增加或适当减少。对于没有约定，又没有法律特别规定的，主张逾期付款的利息损失，一般可参照同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计息。

【案例参考：安吉县人民法院 2020 浙 0523 民初 1207 号民事判决书】

李某为冯某的养殖场内的鱼塘建设木房底层水泥柱并架设钢板，原材料由李某提供，双方经结算，冯某向李某出具欠条，确认结欠上述承揽报酬、材料款共计 86600 元，并承诺在 2019 年 11 月 30 日前付清，冯某逾期未付款，李某起诉要求冯某支付承揽报酬及材料款，并要求自起诉之日 2020 年 3 月 25 日起按月利率 1% 支付逾期利息至款清。

法院审理认为，李某与冯某之间的承揽合同关系合法有效，对双方均有约束力。李某为

## 合同、准合同

冯某提供承揽服务，冯某结欠承揽报酬及材料款之事实清楚，应承担付款之义务，其未付款，应承担继续履行、赔偿损失的违约责任，支持李某诉请冯某支付承揽报酬及材料款 86600 元并自 2020 年 3 月 25 日起支付逾期付款利息，但李某诉请按月利率 1% 支付逾期利息，并无合同依据、标准过高，将利率调整至同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率。

②法律对逾期付款利息有特别规定的，参照法定的利率标准计算利息损失。

常见的计算利息损失的特别规定有：

I、如《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释（2020 修正）》

第二十四条第四款：买卖合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法，出卖人以买受人违约为由主张赔偿逾期付款损失，违约行为发生在 2019 年 8 月 19 日之前的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算；违约行为发生在 2019 年 8 月 20 日之后的，人民法院可以违约行为发生时中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率（LPR）标准为基础，加计 30—50% 计算逾期付款损失。

第十三条第一款规定：商品房买卖合同没有约定违约金数额或者损失赔偿额计算方法，违约金数额或者损失赔偿额可以参照以下标准确定：

逾期付款的，按照未付购房款总额，参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算。

II、如《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）》第二十六条 当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理。没有约定的，按照同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计息。

III、如《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 第二次修正）》第二十八条 借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但是以不超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍为限。

未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：

（一）既未约定借期内利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起参照当时一年期贷款市场报价利率标准计算的利息承担逾期还款违约责任的，人民法院应予支持；

（二）约定了借期内利率但是未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。

## 2、租金损失

租赁合同纠纷中，常见的租金损失主要有以下两种类型：

## 合同、准合同

①一方违约导致合同提前解除，因此遭受的租金损失赔偿要以不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失为限，实务中一般以酌情支付因合同解除而对房屋重新招租合理期限所产生的租金损失，或依照合同约定支持没收租赁保证金等方式作为补偿。

【案例参考 1：台州市路桥区人民法院（2015）台路民初字第 2470 号民事判决书】

施某与陈某、狄某签订房屋租赁协议书，施某将坐落于台州市路桥区某立地房多间转租给陈某、狄某使用，双方约定了租期、租金标准，未在协议中就合同解除和违约责任进行约定。协议签订后，前期双方均按约履行，陈某、狄某后期未按约支付租金，通过短信及彩信方式通知施某在承租房屋开设的店铺停止营业，施某可以出租给他人，并实际搬离了讼争房屋，另行租赁进行经营。施某起诉要求陈某、狄某立即支付拖欠的房屋租金及逾期付款利息，并按协议继续履行房屋租赁协议书。

法院审理认为，施某与陈某、狄某签订租赁合同有效，施某要求陈某、狄某继续履行房屋租赁协议书，但陈某、狄某已实际搬离讼争房屋，并已另行租赁房屋进行经营，双方之间已不存在继续履行合同的基础，没有违约行为的另一方当事人要求继续履行合同，当违约方继续履行所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益，合同已不具备继续履行的条件时，为平衡双方当事人利益，可以允许违约方解除合同，但必须由违约方向对方承担赔偿责任，以保证对方当事人的现实既得利益不因合同解除而减少，考虑到合同解除后，李某需合理期限对房屋重新进行招租，期间产生的租金损失应由陈某、狄某承担，酌定按合同约定的租金标准多支付施某一个月的租金损失。

【案例参考 2：广东省广州市番禺区人民法院（2017）粤 0113 民初 3308 号民事判决书】

甲公司与乙公司签订《房屋租赁合同书》，约定甲公司将广州市番禺区沙头街某厂房租赁给乙公司使用，但因乙公司长期拖欠租金，甲公司起诉要求解除租赁合同、返还厂房、没收租赁保证金、支付占用期间的租金、水电费、逾期付款利息和厂房交还后需重新招租的三个月租金损失。

法院审理认为，乙公司逾期支付租金的行为已构成违约，理应承担相应的违约责任，根据租赁合同的约定，乙公司拖欠租金达 30 天以上的，甲公司有权解除合同，收回房屋，没收租赁押金及水电保证金，合同解除后，乙公司应当按照合同约定的租金标准向甲公司支付租赁期间的租金、水电费以及至实际交还其占有使用的厂房之日止的占有使用费，至于甲公司要求乙公司赔偿逾期付款利息及三个月租金损失的诉请不予支持，因要求支付占用使用涉讼厂房期间的租金、占有使用费、水电费、没收租赁押金、水电保证金的诉请已得到了全部的支持，而违约金具有以补偿性为主，以惩罚性为辅的性质，甲公司未能举证证明其损失已经超出了租赁押金和水电保证金的范围。

## 合同、准合同

②逾期腾退或交付房屋、土地等标的物，一般可以参照合同约定的租金标准或占用期间租赁市场价格来确定逾期腾退或交付的占有使用费。

对于占有使用费的确定，如果完全参照合同约定的租金标准确定承租人支付使用费可能与其获取的占有利益不符，有失公平，应根据承租人对房屋的实际使用状况确定是否参照、如何参照合同约定的租金标准确定占有使用费。

如《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释（2020修正）》第四条第一款规定：房屋租赁合同无效，当事人请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费的，人民法院一般应予支持。

如《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（2020修正）》第十三条第二款规定：商品房买卖合同没有约定违约金数额或者损失赔偿额计算方法，违约金数额或者损失赔偿额可以参照以下标准确定：

逾期交付使用房屋的，按照逾期交付使用房屋期间有关主管部门公布或者有资格的房地产评估机构评定的同地段同类房屋租金标准确定。

**【案例参考：广东省珠海市中级人民法院（2020）粤04民终1647号民事判决书】**

甲单位与乙公司签订租赁合同书，约定甲单位出租2号地东面第一、二、三、四块地给乙公司使用，面积1037.43亩，租赁期限为2008年2月1日起至2018年12月31日止，土地租金为每年每亩550元，每五年递增10%至承包期满（即从2013年1月起，每亩租金为605元）。2011年2月10日，乙公司将其中面积为1019.43亩的土地转租给冯某使用，租金标准不变，冯某签订合同之日起5天内乙公司缴交土地转租补偿款978652.8元。租赁合同期限届满，甲单位要求乙公司腾退交还土地，乙公司转告催促冯某腾退，经多次催告未果，甲单位起诉要求乙公司、冯某立即腾退土地并以周围土地租金标准1000元/亩/年为基数计算支付逾期腾退土地期间的占用费。

法院审理认为，根据甲单位与乙公司签订的《租赁合同书》，案涉土地的租赁期限于2018年12月31日届满。甲单位未在租期届满前以书面形式通知乙公司案涉土地到期不再续期，双方在租期届满后也未再续签租赁合同或以其他方式顺延租赁期限。乙公司也将此情况书面告知了冯某，乙公司基于与甲单位的租赁关系、冯某基于与乙公司的转租关系取得的案涉土地租赁权均因合同期满而归于消灭。但冯某、乙公司截至一审法庭辩论终结之日，仍然占有使用案涉土地，侵害了甲单位的合法权益，甲单位作为案涉土地的经营管理人，在租赁合同期满后，有权要求冯某、乙公司返还占用的土地并要求冯某、乙公司支付非法占用土地期间的占用费。关于占用费的标准，甲单位要求冯某、乙公司从2019年1月1日起按照每亩每年1000元的标准支付占有使用费，乙公司、冯某则同意按照合同约定的租金标准计算占有使用费，因甲单位和乙公司之间的租赁合同及乙公司、冯某之间的转租合同期限均已届满，综合案涉土地周边土地租金水平，根据公平原则，按照每年每亩1000元的标准计算占有使用费比较合理。

## 二、差价损失

因市场行情的波动,交易双方在确定价格时,是对风险与利益都经过充分考虑后达成的,应当预见之后可能产生价格涨跌的变动情况,如按银行同期贷款利率等通常方式来计算违约方的损失,往往不足以弥补违约方的实际损失,而违约方则可从中获取较大利益,导致当事人利益失衡,因此可将差价损失列入违约方应当预见的违约方损失范围之内,一般可将标的物的实际交易价格或者对标的物的现值进行评估,以此作为价差损失的计算标准。在计算差价损失时,实务中往往还会考虑合同的实际履行及双方的过错情况,扣除合同实际履行原告应支出成本,酌情考虑差价损失。

### 1、对标的物的现值进行评估,作为价差损失的计算标准。

【案例参考:上海市松江区人民法院(2017)沪0117民初8194号民事判决书】

2016年6月17日,成某与洪某签订《上海市房地产买卖合同》,约定成某将位于上海市松江区某房屋以745万元售予洪某,洪某分别于2016年6月5日、6月18日和7月16日向成某尾号为4012的银行卡以汇款方式支付定金50万元、购房款200万元和50万元,共计300万元。2016年8月4日和8日,洪某以如上方式向成某汇款100万元和200万元,因上述尾号为4012的银行卡被成某注销,故该300万元的汇款被退回。成某称销卡前双方对补充协议的签订问题进行了交涉,双方对245万元的支付问题发生分歧,故其销户后没有向洪某重新指定收款账户,同时,成某明确拒绝向洪某提供收款的开户行及账号。2018年4月20日,成某返还洪某购房款200万元。此外,成某明确与洪某缔约时,其没有向洪某披露涉案房屋为其与第三人约某的夫妻共同财产,洪某对此也没有询问。洪某诉至法院要求解除合同、返还购房款50万元、支付购房款300万元的资金占用费、违约性赔偿金149万元(745万元×20%)及赔偿重购同类房屋的可得利益损失251.60万元。

法院审理认为,双方签订的房地产买卖合同系当事人的真实意思表示,并未违反法律、行政法规效力性的强制性规定,属于有效,当事人应恪守。经释明,双方对解除房地产买卖合同并无争议,予以确认。因涉案房屋虽仅登记于成某一人名下,但系成某与第三人婚姻关系存续期间购买的共同财产,现作为涉案房屋共有人的第三人明确不同意继续履行合同,由此导致合同因不能履行而解除。按物权法的规定,洪某基于对不动产登记的信赖,与作为登记权利人的成某签署合同的行为并无不当,按成某陈述当时亦未曾披露涉案房屋为其与第三人的夫妻共同财产。合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。合同的权利义务终止,不影响合同中结算和清理条款的效力。基于前述裁判理由,成某向洪某收取的购房款,就缺乏了收取该款的合同以及法律依据,应当返还剩余购房款50万元,至于其他款项,洪某既主张占用费、赔偿金,又主张可得利益损失,明显存在重复主张,仅支持洪某关

## 合同、准合同

于可得利益损失的主张，对于占用费、违约性赔偿金的主张，不予支持。具体的可得利益损失的数额，以估价报告中的市场价值与涉案房屋出售价之间的差额为限，评估报告载明：涉案房屋于价值时点 2018 年 3 月 26 日的市场价值为 996.60 万元。

房屋买卖合同关系中，如果合同得到诚实履行，守约方因房屋价格上涨或下跌，本可取得的上涨部分利益或本可避免的下跌部分损失，均因违约方的违约行为而无法实现，故房屋差价损失应属可得利益损失的范畴。对于可得利益损失的计算，最高法院在相关的指导意见中指出：“人民法院在计算和认定可得利益损失时，应当综合运用可预见规则、减损规则、损益相抵规则以及过失相抵规则等，……”。故而，个案中要正确认定房屋差价损失，公平确定违约方的违约责任，应以准确适用可预见规则、减损规则、损益相抵规则及过失相抵规则为前提。通常情况下，合同履行程度仅与守约方的积极损失有关，而与作为可得利益损失的房屋差价损失无关。因此，认定房屋差价损失，原则上以不考虑合同履行程度为宜。基于此，对成某有关应结合已付购房款比例考虑可得利益损失的意见，不予采纳。在判断是否支持洪某主张的差价损失时，应当以洪某的实际损失作为参照框架，同时应在房地产市场价格变动趋势的大背景下，综合考量上述意见中规定的过失相抵、损益相抵、可预见性规则及守约方的止损义务等。首先，洪某在上述合同履行过程中并无任何违约行为；其次，上述协议和合同签订时，在当时的市场状况下，成某应当预见到不能将涉案房屋出售给洪某造成的损失；再次，洪某不存在所谓违背止损义务致损失扩大的问题；最后，违约方不能因其违约行为而得益。上述可得利益损失，是合同正常履行情形下，洪某可以获得的全部利益。洪某有关占用费的主张系其获得上述可得利益的必要支出，故不应重复主张。洪某有关违约性赔偿金的主张，虽有合同关于因成某违约洪某主张解除合同的，则应承担出售总价 20%赔偿金的约定，但是鉴于该赔偿金亦系损失赔偿性质，而可得利益损失亦属损失赔偿性质，两者具有一定的同一性，不能同时主张。

### 2、以标的物的实际交易价格作为价差损失的计算标准。

【案例参考：上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民二(民)终字第 1250 号民事判决书】

某甲向某乙购买房屋一套，约定房屋转让价为 123 万元，奉送房屋内家具两套、热水器、固定设施以及空调两只，某甲向某乙支付了定金 2 万元，后又再支付了首期购房款 10 万元，后某甲多次催促某乙办理房屋登记手续未果，经查某乙已将该房转卖给案外人，遂起诉要求返还放款定金 2 万元及购房款 10 万元，并双倍返还定金 2 万元，支付违约金 10 万元，同时赔偿房产增值损失、精神损失费 1 万元及误工费 5000 元。

某乙辩称，1、双方在合同中约定违约金为 10 万元，此系当事人真实意思表示，按照有约定从约定的原则，不应再按照实际损失来确定赔偿数额；2、赔偿实际损失的数额不能超出在签订合同时所能预见到的损失额，现房价上涨幅度之快不能预见，30 万元差价损失不

## 合同、准合同

当：3、系争房屋实际成交价高于当时同类房屋市场价，且含装修，不能以此作为计算实际损失的依据。

法院审理认为，某乙违约将系争房屋出售给了案外人致使某甲不能实现合同目的，故某甲有权解除合同并要求某乙赔偿损失，因房地产市场行情的波动，双方确定房价时，应当预见之后可能产生的房价涨跌情况，故房屋差价损失应在违约方应当预见的守约方损失范围之内，且无论系争房屋的成交价是否高于当时周边同类房屋的成交价，系争房屋的实际成交价均应作为计算被上诉人未能实现合同目的所产生房屋差价损失的直接标准，现某乙转售房屋价款为153万元，高于约定房价款达30万元，该部分房屋差价是某乙违约所获利益，也是某甲因某乙违约所失利益，属于某甲因某乙违约造成的损失，故双方在合同中虽约定违约金为10万元，但某甲有权要求按其实际损失即房屋差价损失来确定上赔偿数额。某甲同时主张违约金及实际损失，法院在支持房屋差价损失请求的同时，对其违约金请求不予支持。另外，关于误工损失与精神损失费的请求，于法无据，法院不予支持。综上，判决：解除某甲与某乙签订的合同，某乙返还某甲房款120000元并赔偿某甲损失300000元，驳回某甲的其余诉讼请求。

### 3、考虑合同实际履行情况，酌定差价损失。

【案例参考：上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民二(民)终字第3179号民事判决书】

王某通过中介购买朱某的房屋，居间协议约定房款总价为437万元，王某支付了意向金15万元，因房价上涨，朱某要求将房款涨至457万元，遭王某当场拒绝后，朱某将房屋以455万元的价格另卖与案外人。王某遂起诉要求解除合同，双倍返还定金30万元，并赔偿差价损失18万元（455万元与437万元之差）。

法院审理认为，朱某要求提高房款总价，致使双方未能签订买卖合同，其行为构成违约，应承担相应的违约责任。现房屋已转卖给案外人，无法继续履行居间协议，更无法实现签订买卖合同的目的，准予解除买卖居间协议。王某交付的意向金未经中介公司转付朱某，尚未转为定金，故王某要求朱某双倍返还定金的诉求依据不足，中介公司应返还该笔意向金给王某，鉴于朱某已将房屋高价转售案外人，从中赚取溢价18万元，朱某的违约行为致使王某丧失一次购房机会，增加了王某的购房成本，王某在庭审中也曾要求朱某赔偿差价损失，再考虑到王某与朱某之间的居间协议的性质系关于买卖房屋的预约，王某交付的意向金15万元仅占双方约定房屋总价437万元的4%，故原审法院酌定朱某赔偿王某6万元。

## 三、转售利润损失、生产利润损失、经营利润损失

利润是生产经营活动所得的收益，违约行为的发生造成生产经营活动的中断或其基础和

## 》》 合同、准合同

条件的落空而导致利润损失。生产设备和原材料等买卖合同违约中，因出卖人违约而造成买受人的可得利益损失通常属于生产利润损失。承包经营、租赁经营合同以及提供服务或劳务的合同中，因一方违约造成的可得利益损失通常属于经营利润损失。先后系列买卖合同中，因原合同出卖方违约而造成其后的转售合同出售方的可得利益损失通常属于转售利润损失。主张该类型的利润损失，当事人在合同履行后能够实现多少经济价值，往往受到经营成本、市场风险、管理水平等不确定性因素的影响，其状况和数额难以准确估算，一般认为某一时期内的盈亏状况不必然证明存在合同的预期利益损失，所以要证明可得利益的确定性在实践中是比较困难的，司法实务中往往需要证明存在合法有效的合同作为基础前提，相关可得收益的行为或交易是在违约行为发生前就已经存在的，在合同订立后具备实现的可能性条件，另外可得利益损失与违约行为之间具有因果关系，如果没有违约行为的发生，相关经营活动的利润收益是可以合理预见的，具有确定性，可以根据订约时的预期与履约过程中的客观条件，扣除必要的交易成本，将遭受的可得利益损失总额一般以货币形式计算和衡量出来。

# 简述信息网络订立买卖合同纠纷案件合同履行地的确定

## ——《民诉法解释》第二十条规定的反思

广东红棉律师事务所 黄燕霞，广东谨然律师事务所 潘兆祥

**【摘要】** 笔者在实践中参与的一个案件引发了笔者对合同履行地的思考，故在本文中论述了我国程序法关于合同履行地的立法现状，进而分析了《民诉法解释》第二十条的不足之处，包括适用范围界限不清，收货地定义不明等，最终就如何完善该条规定的不足之处提出了相应的解决方法。

**【关键词】** 信息网络 合同履行地 收货地 适用范围

### 一、案例与《民诉法解释》第二十条之困惑

位于北京市大兴区的邹某拟向位于广东省江门市新会区从事古典家具生产的个体户吴某购买红木家具一批，为此邹某通过微信，与吴某洽谈确认了购买红木家具的样式（图片）、数量、价格、价款，并约定由吴某交由物流公司运送至邹某住所地，运费和保费均由买方邹某承担，合同在双方签字并预付定金之后生效。条款协商一致后，吴某将合同打印出来并签字后，将该已签名的合同拍摄成照片并通过微信发给邹某。邹某收到吴某发来的合同照片并打印出来签名后，也通过微信将双方均已签名的合同照拍摄成片发送给吴某，同时将定金通过微信转付给吴某。吴某收到邹某微信发过来的合同照片后，依约将邹某确认购买的家具产品交付给物流公司运送给邹某。邹某收到物流公司送来的家具产品后，以实际收货产品与微信发过来的产品图片不相符为由，起诉至北京市大兴区人民法院（以下简称“大兴区法院”）。大兴区法院以该案为通过信息网络方式订立的买卖合同为由，认定本案应适用《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》（以下简称《民诉法解释》）第二十条的规定，且认为买方邹某的住所地为收货地，故本案邹某的住所地为买卖合同履行地，大兴区法院对本案具有管辖权。当事人吴某不服一审裁定，向北京市第二中级人民法院提起了上诉。

## 合同、准合同

争议焦点为：1、涉案合同是否是通过信息网络订立的；2、本案的合同履行地究竟是在江门还是在北京。

此案例引发了本人对《民事诉讼法解释》第二十条的思考，在网购之风盛行的今天，应当如何区分以信息网络方式订立的合同与以传统方式订立的合同的界限，从而确定合同履行地以及管辖人民法院，这也就是笔者冒昧撰写本文的初衷。

### 二、我国现行法律确定合同履行地的一般规则

合同履行地的确认不仅对实体法上明确风险转移的具体时间及地点具有重要意义，对程序法上确定管辖法院更加具有不可忽视的重要性。2015年我国《民事诉讼法解释》正式施行后，我国程序法上确定合同履行地的一般规则得以确立，即《民事诉讼法解释》第十八条规定的“约定优先，没有约定或者约定不明确的再按照不同的争议标的确定合同履行地”。理解该条规定的关键在于确定争议标的的定义，理论界对此主要有特征履行说和诉请义务说两种学说。

特征履行说最初是哈伯格在研究法律适用时提出的，是确定最密切联系地的根据。特征履行说运用到确定合同履行地上时，是指在双务合同中，总有一方当事人的履行行为是确定合同类型的依据，该履行行为的所在地就是合同履行地，如在买卖合同和承揽合同中，买方和定作人的主要义务都是支付价款，那么区分买卖合同和承揽合同的主要依据就是卖方和承揽人的履行行为，该履行行为的所在地就是合同履行地。而诉请义务说则主张根据原告的诉讼请求所指向的合同义务来确定合同履行地。两种学说均有其各自的优缺点，主张诉请义务说的学者认为，特征履行说过于依赖实体法，而诉请义务说主要从程序法的角度判断合同履行地，在立案时易于操作，有利于降低立案难度，同时该学说避免了实体法的过早介入，不至于与最后的实体判决形成冲突。主张特征履行说的学者则认为诉请义务说仅能适用于给付之诉，不能解决合同纠纷中确认之诉和形成之诉的合同履行地确认问题，而特征履行说则完全没有适用范围方面的问题。

我国法律实践中，由于不同法院对争议标的的理解有所偏差，难免造成了对管辖法院的裁定的不一致，既有按照诉请义务说也有按照特征履行说进行裁决的，这就造成了法律适用上的混乱。我国最高人民法院（以下简称“最高院”）民事审判庭的法官在《关于民事诉讼法解释中有关管辖若干问题的理解与适用》一文中解释了究竟该如何理解争议标的一词。简单来说，就是争议标的不能简单地等同于诉讼请求，而应理解为诉讼请求所指向的合同义务，即该文主张争议标的的确定应适用诉请义务说。最高院在（2019）最高法民辖61号民事裁定书也采用了诉请义务说进行裁决。但是，最高院在（2020）最高法知民辖终396号民事裁

## 合同、准合同

定书中又认为履行地的确定一般遵循“特征履行地”为主、结合“实际履行地”的判断原则，最终采取特征履行说进行裁决。很明显，最高院在司法实务中也未能确定究竟是适用特征履行说还是诉请义务说认定争议标的，唯一达成共识的就是不可直接依据诉讼请求认定争议标的的。

虽最高院未能明确其倾向性观点，各级法院在适用法律确定合同履行地时仍存争议，但本文主要讨论、研究在法律实践中，如何确定与本文吴某与邹某订立买卖合同的方式相类似的合同是否属于以信息网络方式订立的合同，以确保在确认该类型合同的履行地时的一致性，而以信息网络方式订立的合同的履行地的确认并未涉及争议标的的确认，故下文不再赘述诉请义务说与特征履行说的优劣性。

### 三、《民诉法解释》第二十条的局限性

《民诉法解释》第十八条规定了实践中确定合同履行地的一般规则后，又在其后针对几种特殊类型的合同的履行地进行了专门规定，如财产租赁合同、融资租赁合同等。由于实体法中已经明确界定了各种合同类型的定义，所以这些主要以合同类型来确定适用范围的规定能够相对比较明确地得到适用。唯《民诉法解释》第二十条的规定是以合同的订立方式来确定适用范围，但对该订立方式的范围及定义又没有清晰明确的指引，从而导致实践中出现适用该法条的争议，正如开篇案例所述情形一样。笔者认为该法条的局限性如下：

#### 1、适用范围界限不清

根据《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》第二条，信息网络是指包括以计算机、电视机、固定电话机、移动电话机等电子设备为终端的计算机互联网、广播电视网、固定通信网、移动通信网等信息网络，以及向公众开放的局域网络。那么只要在订立买卖合同的过程中有利用上述媒介就应认定为是以信息网络方式订立的合同吗？笔者认为不应一概而论。网购、电话订购等类似方式的全过程均是通过信息网络完成的，完全无纸化，定义为以信息网络方式订立的合同毫无争议，但对于那些通过微信、电话对合同条款进行协商，而后订立书面合同的方式则不应适用《民诉法解释》第二十条确定合同履行地。

当今信息网络的发达，使得人们在订立合同前的磋商、交流过程很难避开微信、手机等方式，若一概将之归为以信息网络方式订立的合同，难免导致该法条适用范围过广，《民诉法解释》第十八条确定的一般规则也形同虚设。正如本文开头案例所述，该案例中的涉案合同实际上是当事人线下所签订，仅因为通过微信进行合同条款的磋商，法院就适用了《民诉

## 合同、准合同

法解释》第二十条来确认合同履行地，排除了第十八条的适用，这正是由于该条规定的适用范围界限不清。其中：

### 2、收货地定义过于笼统

在信息网络购物合同纠纷中，由于互联网的非面对面性，立法者为了保护购买方的利益，没有采用“原告就被告”的诉讼管辖一般原则，而是给原告增加了买受人住所地或者收货地所在法院的选择，但这就导致了出卖方诉讼负担的增加。如果是以信息网络方式订立的合同，同时又是通过信息网络交付标的物的情形，由于买受人住所地是确定的，采此方法确定合同履行地并不会导致管辖的混乱。但若是以信息网络方式订立的合同，却通过如快递等其他方式交付标的物的，采收货地确认合同履行地就大大增加了出卖人的诉讼风险。

首先，恶意的买受人可以通过随意选择收货地来挑选对己方有利的法院，大大增加了恶意被告的诉讼负担及风险。且收货地可能仅为买受人的短暂停留处，以其作为合同履行地进而确认管辖法院也有违最密切联系原则。

其次，既然《民诉法解释》第二十条规定，已经将收货地作为连接点，那么就应当更加明确收货地的定义，而不是直接将买受人在快递单上所填写的地址作为收货地。

笔者认为，根据《中华人民共和国民法典》第六百零七条规定，当事人没有约定交付地点或者约定不明确，标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险就转移给买受人承担。根据该条法条，尤其是在买受人承担运费和保费的情形下，自出卖人货交第一承运人后，出卖人的交货义务就已经履行完毕，在此情形下，还要将买受人在快递单上所填写的地址作为合同履行地，明显不符合常理，也与实体法规定相悖。

## 四、《民诉法解释》第二十条的完善

社会发展日新月异，信息网络已经渗入到人们的日常生活。根据天猫官方发布的数据，2020年天猫双十一成交额将近5000亿元，该交易额还并未包括京东等其他平台上的成交额。由此可见，人们已经越来越依赖信息网络，购物、沟通、出行的方式等等均可由一部手机直接完成。在此情形下，在确定以信息网络方式订立的合同纠纷管辖法院时，也相应会越来越多地适用《民诉法解释》第二十条，因此完善该条规定的不合理性就势在必行。对此，笔者建议：

### 1、明确“以信息网络订立的合同”的界限

《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》第二条已经明确了信息网络的概念，所以需要进一步确定《民诉法解释》第十八条、第二十

## 合同、准合同

条的具体适用情形，只要在案件中利用了信息网络磋商合同条款就一概认为应当适用《民事诉讼法解释》第二十条，这种做法是不可取的。

笔者认为，在法律实践中，最高院应当明确确定：仅通过信息网络方式协商确定了合同条款而未在线下签订合同或者仅签订了电子合同的，应当适用《民事诉讼法解释》第二十条；对于虽然通过信息网络磋商合同条款，但最后仍线下签订了书面合同的情形，则不属于以信息网络方式订立的合同，而应当适用《民事诉讼法解释》第十八条。因为《中华人民共和国民法典》第四百九十条规定，当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。根据该条规定，则前述线下签订合同的情形，合同的成立地点为当事人线下签订合同时的所在地，如将该种情形确认为以信息网络方式订立的合同，合同的成立则并无线下实际地点，明显与《中华人民共和国民法典》有关规定相悖，故以信息网络方式订立合同仅应包括合同磋商、成立均通过信息网络完成的情形，而通过信息网络磋商合同条款，但最后仍线下签订了书面合同的情形则应排除在外。

### 2、区分提货制及收货制

笔者在前文已论述了以收货地作为连接点的弊端，但既然《民事诉讼法解释》第二十条已经对此作出规定，所以只能在该规定下寻找更为优化的解决方法，以保证法律实践的准确性以及一致性。笔者认为可以从收货方式入手，以是否由出卖人承担送货义务为标准进行划分，买受人的收货方式可以分为提货制和收货制。提货制是指买受人直接或委托他人到出卖人所在地提取标的物，即出卖人不承担送货义务，而收货制则指出卖人承担送货至买受人指定地点的义务的制度。在以信息网络方式订立的合同中，买受人一般要求出卖人承担送货到指定地点的义务，这就符合收货制的特点。在这种情形下，卖方所履行的交货义务是一直延续到送达买方指定地点时才结束，所以以买方指定地点为收货地并无争议。而在例外情况下，买卖双方虽以信息网络方式订立了合同，但约定买方承担运费和保费，即由买方承担了运输义务，这种情形就符合了提货制的定义，即卖方只要将标的物运送到第一承运人处即完成交货义务，也就是说合同的特征履行地实际上一般是在出卖人所在地，此时再将收货人指定地点作为合同履行地，与实际不符。

因此，笔者认为在法律实践中应当根据买卖合同双方究竟采取的是收货制还是提货制来确认收货地，从而确定合同履行地，而不应一概之以快递单上所填写的收货地址作为收货地。

## 五、结语

## 合同、准合同

随着时代的发展，人们对信息网络的依赖越来越强，仅通过一部手机就能解决衣食住行的方方面面问题，这也就催生了各类与信息网络相关的纠纷，而在通过法律程序解决纠纷的过程中，正确确定管辖法院是至关重要的一步。因此，为了更好地衔接实体法与程序法，建议完善《民事诉讼法解释》第二十条规定。

参考文献：

【1】高民智：《关于民事诉讼法解释中有关管辖若干问题的理解与适用》，载《民事法律文件解读》2015年第10辑。

【2】刘文勇：《再论合同案件管辖规范中的合同履行地规则——〈民事诉讼法解释〉第18条第2款规定的反思》。

【3】董春阳：《信息网络合同和侵权案件管辖标准析明——新民诉法解释带来的变化》。

## 实际施工人以被挂靠单位名义向中标单位请款是否构成表见代理

广东启源律师事务所 宋万俊

### 一、当事人基本情况

原告：L 公司

被告：Z 公司

### 二、案情介绍

就某学院数字化校园信息系统开发建设项目，L 公司与 Z 公司于 2017 年 4 月 24 日签订《采购合同》、《合作协议》，双方约定，Z 公司中标的上述建设项目中的设备采购、供应、信息系统开发、设备安装调试、维护工作，由 L 公司负责完成。计划开工期限为 2017 年 5 月 10 日至 2017 年 11 月 10 日。最终结算费用根据实际完成的工程量，并以经建设单位审计机构或委托方委托的审计单位审定及由 Z 公司核实后的施工费用为准；支付进度根据实际情况，在 Z 公司收到建设单位的相应进度拨款后，再按照约定的数额向 L 公司支付相应的进度款。《采购合同》及《合作协议》约定，Z 公司在 L 公司提供合法增值税专用发票后 30 天内将款项汇入 L 公司指定的银行账户。还约定，L 公司指定沈某为工程项目负责人和工程结算联系人，负责 L 公司施工期间内部与 Z 公司及各相关单位之间的协调联系工作，以及与 Z 公司之间结算相关的协调联络工作。L 公司在与 Z 公司签订合同和后期履行以及进度款申请支付中，一直由施工负责人陈某和吉某与 Z 公司联系。

2017 年 5 月 16 日，涉案项目完成了阶段性任务，吉某作为施工负责人，将加盖 L 公司印章的请款材料（请款单、硬件清单、设备发货单、协议费用明细表、发票），交给 Z 公司，Z 公司按照合同约定，向 L 公司银行账户支付了请款单中的全部金额，共计 1,568,925.00

元。

2018年11月，吉某又向Z公司提交了第二笔请款材料，除将加盖L公司印章的请款材料（请款单、硬件清单、设备发货单、协议费用明细表、发票），交给Z公司，还提交了盖有L公司公章的《申请函》。以上请款金额为《采购合同》约定的设备采购阶段款1762391元和《合作协议》约定的设备安装服务阶段款1,298,745元，总计3,061,136元。在《申请函》中，L公司向Z公司申请以支票的方式向其支付货款。理由是因L公司在项目中合作的供应商K公司急需货款，如果由Z公司按照合同约定的银行转账的支付方式转账至L公司，L公司再转账给K公司，按照L公司的转账付款流程，K公司无法快速收到货款，将不利项目。因此申请由Z公司以支票方式支付货款给L公司，L公司收到支票后，背书给K公司。可以快速缓解K公司现金流，有利于项目后续终验工作。L公司在《申请函》中承诺：支票背书可能产生的风险后果一律由L公司承担。该函件盖有L公司公章以及法定代表人阚某名章。

Z公司收到上述请款材料后，经审核，按照L公司《申请函》中的申请，于2018年12月10日开出收款人为“L公司”的7张支票，共计金额3,061,136元。该等支票由吉某签收。

2019年7月，L公司突然向Z公司声称未收到上述款项，要求Z公司付款。Z公司对此予以拒绝。L公司认为陈某、吉某涉嫌伪造L公司的公章及法人专用章，制作《申请函》改变原有支付方式为支票付款，又伪造L公司财务专用章，将支票背书以获取款项，该行为已构成刑事犯罪，应当承担刑事责任。L公司向当地公安机关报案，公安机关予以立案。此后，以未收到Z公司开具的支票款，Z公司逾期支付款项为由，向某法院提起诉讼，要求Z公司支付拖欠的款项和逾期支付违约金。

### 三、本案争议焦点

- 1、吉某作为实际施工负责人，其请款和代领支票的行为是否构成表见代理？
- 2、Z公司基于双方交易习惯与商业惯例，依据《申请函》，开具支票的行为，是否存在过错并应承担赔偿责任？

### 四、各方意见

(一) L 公司意见

1、吉某不是 L 公司人员，也未取得 L 公司授权，其实际上是 L 公司在本项目中的合作商 K 公司的人员，《申请函》上 L 公司的公章是伪造的，转账支票上背书栏所盖的 L 公司财务专用章和法定代表人印章也都是伪造的，该行为刑事上已构成犯罪，应当承担刑事责任；民事上吉某不构成表见代理，Z 公司将支票交付给没有代理权的吉某，致使 Z 公司至今没有收到相关货款，应承担相应责任。

2、双方签订的《采购合同》、《合作协议》已经明确约定，L 公司的项目负责人及联系人为沈某，而 Z 公司在项目实施过程中并未与沈某沟通接洽，而是一直同涉嫌伪造公章罪的犯罪嫌疑人陈某、吉某针对项目请款、付款等事宜进行接洽，且在收到盖有被伪造的 L 公司公章的《申请函》后，没有尽到审核义务，擅自改变合同约定的付款方式，导致 L 公司没有取得款项，Z 公司存在过错，应当承担赔偿责任。

(二) Z 公司意见

1、《中华人民共和国合同法》第四十九条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”本案中，自合同洽谈、签订，陈某就是 L 公司针对本项目的指定联系人，吉某是本项目的实际施工负责人，这样的交易习惯再加上 Z 公司与 L 公司长期交易往来形成的合理信赖，在客观上已经形成具有代理权的外观表象，足以使 Z 公司有理由信赖陈某、吉某对 L 公司具备代理权，他们的行为构成表见代理，应由 L 公司承受。

(1) 项目实施过程中，签约、支付工程款、履行约定的施工义务，都是通过陈某或吉某以 L 公司的名义与 Z 公司联系对接，此外，L 公司再没有人与 Z 公司联系。L 公司仅是吉某、陈某为具备承接本项目的资质而找来的挂靠公司，L 公司在本项目中的收益系由吉某、陈某借用 L 公司名义而支付的挂靠费。

(2) Z 公司于 2018 年 12 月 5 日通过支票方式支付了涉案款项后，L 公司一直无异议，也未来过任何电话。直至后来 Z 公司因 L 公司严重违约，发函索赔。L 公司才于 2019 年 7 月向 Z 公司发函称没有收到涉案款项。按照一般常理及商业惯例，且在 L 公司称其需要加快内部对价付款时间的情况下，如 L 公司确未收到款项，早就应当询问 Z 公司，但其间隔 8 个月之久才称未收到款项，不符合常理。这也从另一侧面说明，L 公司对 Z 公司通过支票方式支付款项的情况是知情的。只是因为后面双方产生矛盾后，Z 公司发函向 L 公司追究违约责任，L 公司才予以否认收款事实的。

## 合同、准合同

(3)项目实施过程中，2017年5月16日、2018年11月14日两次请款所提交请款资料（加盖L公司公章的请款材料，包括请款单、硬件清单、设备发货单、协议费用明细表、发票等）均为L公司盖章后通过陈某、吉某提交到Z公司处，Z公司如前述向L公司支付了相应的款项。可见，L公司是按双方长期形成的交易习惯申领款项，Z公司是按长期形成的交易习惯支付款项。

(4)经Z公司委托司法鉴定所鉴定，结论为：送检的2018年11月21日的《申请函》上的L公司印文与2018年11月14日的《请款单》上的L公司印文是同一枚印章盖印。L公司承认请款单交由陈某、吉某交付给Z公司，《请款单》上L公司的公章和《申请函》上的公章一致，L公司通过《申请函》改变支付方式是其真实意思。

(5)Z公司通过L公司的“报案材料”和多方了解得知：本项目实际上是吉某通过陈某联系上了L公司，并以L公司的名义与Z公司联系洽谈业务。本项目中，存在多层合同关系。从外观来看，Z公司通过“合作协议”及“采购合同”与L公司建立合作关系，共同完成项目；L公司随后又与陈某名下的甲公司签订合同；甲公司再将涉案项目转包给吉某名下的乙公司。陈某、吉某长期以L公司名义与Z公司联系具有合理理由。

2、Z公司在履行合同义务过程中，根据《申请函》以支票方式付款，主观上系善意，尽到了审慎注意义务，不存在重大过失，因此不应由Z公司对L公司的损失承担责任。

(1)2018年11月14日的《请款单》《设备发货单》上盖有L公司公章；发票上盖有L公司的发票专用章，是真实发票；《申请函》上的L公司公章与2018年11月14日的《请款单》《设备发货单》上的公章是同一枚公章；吉某第一次办理请款的款项L公司已经收到且并无异议；由吉某向Z公司第二次请款，并且提交的请款资料符合相关的规定。以上充分证明，Z公司已经尽到了合理的应尽的审慎注意义务。

(2)L公司在支票背面签署了L公司的财务专用章及法定代表人名章，通过支票背书将款项转给第三方属于L公司自行处分财产的行为。L公司收到涉案支票进行背书有两个法律意义：一是其已经收到Z公司款项；二是其对收到的款项进行了处置。企业自身的处分行为与Z公司无关，Z公司无需对票据后手背书转让承担责任。

(3)《申请函》载明，若因改变原有付款方式所产生的风险后果，由L公司承担。该内容系免责条款，因此改变付款方式产生的风险，不应当由Z公司承担责任。Z公司为付款方，通过支票付款对Z公司没有任何受益，若非L公司的申请，Z公司不会采用支票支付。通过支票背书方式进行资金流动具有一定的风险，L公司应当预见到，按照银行对公转账支付，出现风险的概率较低。L公司为了缩短其内部对下付款的时间，要求Z公司以支票背书方式支付款项，且对Z公司做出了免责承诺。因此，L公司在合同款项内部流转和向下分配

## 合同、准合同

的过程中所出现的损失，不应当由 Z 公司承担。

(4) Z 公司已经按照《合作协议》、《采购合同》的约定及 L 公司提交的《申请函》、《请款单》的请求，履行了支付义务，L 公司再次主张支付欠款及违约金的请求权基础因 Z 公司已履行付款义务而归于消灭。

(5) 涉案款项实际由 L 公司的分包方及采购供应商收取。L 公司只是涉案工程的被挂靠公司，陈某和吉某出具的《承诺函》，同意以支票方式收取的款项从 L 公司应付给两家公司（甲公司和乙公司）的分包费或供货款中抵扣，至于 L 公司应得的挂靠费应由其与甲公司、乙公司协商处理。本案根本不存在 L 公司主张的欠款和损失。

(6) L 公司作为被挂靠公司长期属于管理，由此造成的后果应由其自行承担。

## 五、法院裁决意见

《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第十一条规定：“人民法院作为经济纠纷受理的案件，经审理认为不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关或检察机关。”本案中，L 公司以案外人私刻其公章、财务专用章及法定代表人名章，伪造《申请函》向 Z 公司领取了涉案货款为由，向当地公安机关报案，公安机关予以立案侦查。法院据此作出裁定驳回 L 公司的起诉。

## 六、办案总结

(一) 在商业交易过程中，判断行为人是否构成表见代理，应从是否在客观上形成具有代理权的表象和相对人主观上是否善意且无过失的相信行为人有代理权两个方面进行认定。

本案中，吉某自项目签订合同开始，便以 L 公司的名义进行项目实施。同时，在请款、开票、付款等重要事项中，也均是由吉某向 Z 公司出具相关材料，且这些材料中均盖有 L 公司印章。至此，吉某的行为已经形成了表见代理的客观表象，足以使 Z 公司有理由形成合理信赖；L 公司主张请款材料系犯罪嫌疑人为取得款项而伪造，并非由 L 公司出具。Z 公司对此并不知情，并且已经针对请款材料中的 L 公司公章进行核对，确认无误后才按照材料内容进行付款，结合商业惯例及司法实践，可以认定 Z 公司在履行过程中已经尽到了审慎注意

## 合同、准合同

义务，不存在重大过失。因此，本案吉某以 L 公司名义向 Z 公司请款的行为，已构成表见代理。

（二）《中华人民共和国民法典》第六条：“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。”第七条：“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。”上述条文规范了民事主体在民事活动过程中，应当遵循公平、诚信原则。

L 公司因内部管理混乱等原因，导致自身财产损失，后果应当由其自身承担。L 公司在追讨无果的情况下，以“Z 公司没有付款”为理由，向 Z 公司重复主张付款责任，有违公平原则，也是不诚信的。

（三）证据是诉讼之王。本案中，笔者代理 Z 公司案件后，认真收集相关证据，在陈某、吉某都不是 L 公司人员，也未取得授权的不利情况下，从大量涉案材料筛选证据，理顺各方权利义务关系，仔细分析各方当事人行为，尊重事实，据理力争，向法院力证吉某构成表见代理，最终取得了法院驳回 L 公司起诉的良好效果。

## 违约方是否有权解除合同

国信信扬律师事务所 官金福

**【关键词】** 民事 合同解除 单方解除合同的效力

**裁判要点：**无证据证明XX厂要求岑xx办理资金托管而岑xx拒绝配合，也无证据证实岑xx在履行合同过程中存在其他违约情况，故XX厂上诉以岑xx逾期支付购房款为由，主张解除合同，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。同理，XX厂于2017年3月24日向岑xx发出的《告函》也不产生解除合同的法律效力。

### 基本案情：

2016年7月7日，岑xx、XX厂签订《存量房买卖合同》，约定岑xx向XX厂购买广州市越秀区××马路××房，建筑面积83.1平方米，该房地产按整套出售并计价，总金额255万元；按政府规定各付各税；岑xx或XX厂行使合同约定的单方面解除合同的权利时，应书面通知另一方，合同自通知到达对方时解除；付款细则：定金10000元，岑xx于2016年7月7日前支付给XX厂；双方应于2016年7月14日前办理产权转移登记手续；楼款（含定金）255万元，双方在签订本合同后7天内到银行办理存量房资金托管申请，并按约定支付等。

同日，岑xx向XX厂支付定金10000元。

2016年9月2日，岑xx、XX厂签订《补充协议》，约定：双方一致同意办理资金托管，资金托管必须达到出新房产证的条件才能放款；如果中途房子被查封或者其他事情导致无法进行交易，卖方要及时配合买方解除银行托管的钱，并将定金退回岑xx；因特殊原因，该房产一直被人侵占，XX厂不负责收楼；但XX厂保证该房产的产权清晰，且与侵占方未签署任何租赁合同；此情况已在交易之初告知岑xx及中介机构；交易过户后，XX厂帮助岑xx出律师函等相关行政文书，通知现住户迁出该物业；双方一致同意，岑xx最终过户网签名字为公司名字等。

2016年9月6日，XX厂与xx公司（岑xx为签约代理人）签订《存量房买卖合同》，约定XX厂将涉讼房屋出售给xx公司，总金额255万元，应于签订合同后7天内向XX厂支付等。

## 合同、准合同

2017年3月22日，岑xx向XX厂发出《催告函》要求XX厂在10日内，前往相关政府部门办理涉案房屋的产权转移登记手续等。

2017年3月24日，XX厂向岑xx发出《告函》，内容为：2016年7月7日双方就涉讼房屋签订的交易合同，因涉及法律诉讼，现确定已经无法交易，因签订合同时已经明确告知此存在情况无法继续履行的可能性并做了补充协议；现为了避免给岑xx后续带来更大的损失及风险，现正式通知岑xx解除合同，并且就定金退赔事宜马上协商解决等。

岑xx认为XX厂无权解除合同，其单方解除合同无效，遂向广州市越秀区人民法院提起诉讼，要求1.判令XX厂继续履行岑xx与XX厂于2016年7月7日签订的《存量房买卖合同》，XX厂应协同岑xx及xx公司共同前往房管部门办理位于越秀区××马路××房的产权过户和登记手续，直至将该房屋的产权过户至岑xx指定的xx公司名下；2.判令XX厂向岑xx支付未按期办理产权转移登记手续而应支付的违约金360825.00元（每日按房地产成交价人民币2550000元的0.05%计算，从2016年7月15号计算至XX厂履行完协助办理广州市越秀区××马路××房的产权过户和登记手续并将该房屋房产证过户至xx公司名下之日止）。

### 裁判结果：

越秀法院作出一审判决，判令：一、XX厂应在判决发生法律效力之日起15日内协同岑xx、xx公司共同到房地产主管行政部门办理将广州市越秀区××马路××房的所有权过户登记至xx公司名下的产权登记手续；二、驳回岑xx其他诉讼请求。XX厂不服向广州市中级人民法院提起上诉，广州市中级人民法院判决驳回上诉，维持原判。

### 裁判理由：

广州市中级人民法院认为：本案二审双方当事人争议的焦点是：XX厂主张解除《存量房买卖合同》及《补充协议》的理由能否成立问题。首先，虽然XX厂与岑xx于2016年7月7日签订的《存量房买卖合同》约定岑xx支付购房款为2016年7月14日前，但同日双方又签订《补充协议》约定双方一致同意办理资金托管，资金托管必须达到出新房产证的条件才能放款。而双方在上述期间并无办理资金托管事宜。此后，双方又于2016年9月2日签订《补充协议》约定双方一致同意办理资金托管，资金托管必须达到出新房产证的条件才放款等。可见，之后的《补充协议》实质上已变更了前面《存量房买卖合同》约定支付购房款的时间，但该协议对于何时办理资金托管没有作出具体约定，因双方当事人均确认办理资金托管需双方一起配合，故双方均有义务要求对方配合办理资金托管义务，本案中，并无证

## 合同、准合同

据证明 XX 厂要求岑 xx 办理资金托管而岑 xx 拒绝配合,也无证据证实岑 xx 在履行合同过程中存在其他违约情况,故 XX 厂上诉以岑 xx 逾期支付购房款为由,主张解除合同,缺乏事实和法律依据,本院不予支持。同理,XX 厂于 2017 年 3 月 24 日向岑 xx 发出的《告函》也不产生解除合同的法律效力。鉴于岑 xx 在向 XX 厂发出《催告函》主张 XX 厂办理涉讼房屋的产权转移登记手续后,双方仍无法协同办理资金托管事宜,因此,岑 xx 将剩余购房款交至一审法院代管,更有利于双方交易的顺利进行。一审法院根据本案查明的事实,在双方合同不存在履行障碍的情况下,判决 XX 厂依约将涉讼房屋办理至了 xx 公司名下,并无不当,本院予以维持。XX 厂以岑 xx 将剩余房款交至一审法院代管未经其同意为由,对一审判决双方合同继续履行提出的上诉理由,依据不充分,本院不予支持。

### 案例分析:

本案主要争议的焦点是 XX 厂是否有权单方解除合同,XX 厂认为,按照双方签定的合同,一方违约解除合同的,需要承担违约责任,现在 XX 厂愿意按照合同的约定承担违约责任,双倍退还定金,因此,XX 厂有权单方解除合同。

那么在合同一方愿意承担违约责任的情况下,违约方是否有权单方解除合同?从我国目前的法律规定来看,在一般情况下,只有守约方才有合同的解除权,违约方是没有合同解除权的。

按照我国法律的规定,合同解除有两种方式,一种是约定解除,另外一种法定解除。《中华人民共和国合同法》第九十三条对约定解除作了相应的规定:当事人协商一致,可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时,解除权人可以解除合同。第九十四条对法定解除作了相应的规定:有下列情形之一的,当事人可以解除合同:(一)因不可抗力致使不能实现合同目的;(二)在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;(三)当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;(四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的;(五)法律规定的其他情形。

根据上述法律规定,《合同法》第九十三条的规定是双方约定解除的情形,只有在符合双方约定的情况下,才可以行使合同解除权。第九十四条的规定了法定解除的五种情形,但是,该五种情形是赋予守约方的合同解除权,违约方无权行使法定解除权。故违约方无权主张解除合同,在守约方要求继续履行合同,且不存在履行障碍的情形下,法院应判决违约方履行合同。

## 合同、准合同

但违约方是否就无权单方解除合同？也并不尽然，在符合某些特殊的情形下，违约方也是可以解除合同的。最高人民法院在公布的“新宇公司诉冯玉梅买卖合同纠纷”案例，最高人民法院提起一个观点，即“根据合同法第一百一十条规定，有违约行为的一方当事人请求解除合同，没有违约行为的另一方当事人要求继续履行合同，当违约方继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益，合同已不具备继续履行的条件时，为平衡双方当事人利益，可以允许违约方解除合同，但必须由违约方向对方承担赔偿责任，以保证对方当事人的现实既得利益不因合同解除而减少。”

因此，如果存在《合同法》第一百一十条规定的三种情形，即“（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未要求履行”时，违约方才有权解除合同。

在本案中，经过法院的查明，双方的合同不存在《合同法》第一百一十条规定的三种情形，岑 xx 也将相应的购房款项支付至一审法院，案涉房屋也不存在查封抵押等情形，在 XX 厂没有举证证明存在《合同法》第一百一十条规定的情形下，XX 厂作为违约方，无权单方解除合同。故一审法院和二审法院对 XX 厂解除合同的主张不予支持，并且确认 XX 厂发出的《告函》因没有事实和法律依据，不具备合同解除的效力。

此外值得注意的是，法院的判决支持了 xx 公司要求广州 xx 厂继续履行合同、办理房产过户的诉讼请求，这实际上是近年来房产交易纠纷中最能保护受损方的判罚方式之一。从民法逻辑来看，合同法的基本价值取向是鼓励交易，保护合同目的下的资源交换，除非一方当事人严重违约导致交易目的不能实现。在最高人民法院（2015）民申字第 1124 号民事裁定书中，法院就传达了保护民事交易的价值取向，认为在个案中判断是否应当解除双方当事人之间的合同关系时，应当秉持合同立法精神，综合个案情况在利益平衡的基础上具体考量。在交易相对人存在一般违约的情况下，尤其是如果解除合同将导致社会财富的不当浪费时，不宜支持当事人解除合同，从法律条文上来看，也就是《合同法》第一百零七条中的内容，即“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”，将继续履行放在违约责任的首位，说明立法者在立法之初就已明确认识到应将优先保证合同受损方达成合同交易最根本目的的机会作为合同履行受挫情况下最应优先考虑的补救方式。因此，在本案中，法院也是判决支持岑 xx 要求继续履行合同办理过户的诉讼请求完全是合理合法的，法院如此判罚也能让合同双方以最小代价解决纠纷，最大程度保护房产交易受损购买方的权益，达成合同交易的最根本目的。

## 租赁合同纠纷案例

广东南国德赛律师事务所 袁穗龙

### 一、摘要

案例类型：律师诉讼案例

业务类别：租赁合同纠纷

法院判决时间：2019年11月28日

法院名称：东莞市中级人民法院

【关键词】 租赁合同 借款合同 债权转让 诉讼

### 二、案例正文采集

东莞市某贸易有限公司与东莞市某物业管理有限公司

租赁合同纠纷案

#### （一）【案情简介】

2013年，案外人李某向案外人梁某出借资金。2014年4月，东莞市某贸易有限公司（下称“贸易公司”）与东莞市某物业管理有限公司（下称“物业管理公司”）签订《租赁合同》及补充协议，指示租户向物业管理公司交付租金，以达到代梁某向案外人偿还借款的目的。

自2014年4月双方签订《租赁合同》至2015年12月期间，物业管理公司从未要求贸易公司交接物业，也没有承接物业管理公司与租户之间的合同权利义务，更没有承担案涉物业的管理维护以及水电费的缴纳义务，案涉物业的管理义务均由贸易公司继续履行，包括与租户签订租赁合同、出具租金发票、进行维护保养、委托第三方对案涉物业进行管理。

2016年，由于各方对于借款金额、已还款金额等存在较大争议，贸易公司指示租户自2016年1月起不再向物业管理公司交付租金，并于2016年12月与本案第三人另行签订了《租赁合同》，之后双方办理物业的交接手续。

鉴于上述情况，物业管理公司提起诉讼，请求判决贸易公司继续履行《租赁合同》及补充协议、返还贸易公司已收取租金，并判决确认贸易公司与第三人签订的《租赁合同》无

效。

(二) 【代理意见】

一、关于物业管理公司主张的所谓“债权债务转让关系”，实际上是“借款合同关系”，但双方之间是否存在借款合同法律关系、借款合同是否成立、物业管理公司是否为适格原告、借款金额、还款期限等在本案中均无法查清，因此，《租赁合同》及补充协议如何履行、履行期限等均无法确定，上述合同不具有继续履行可能性。

(一) 物业管理公司尚未提供证据证明《借款协议书》《担保书》的主合同《抵押借款协议》及《担保书》已经生效，因此，贸易公司无法确认上述借款合同是否生效。

(二) 即便认为《借款协议书》及《担保书》已生效，物业管理公司继续要求贸易公司归还借款，并无事实依据与法律依据。

1、贸易公司与物业管理公司均不是《借款协议书》的签订主体，《借款协议书》与贸易公司、物业管理公司均无关。

2、物业管理公司并非《民事诉讼法》规定的适格原告，无权要求贸易公司以指示商户支付租金的方式履行担保责任。

3、鉴于物业管理公司与贸易公司之间是否存在借款合同法律关系、借款合同是否成立、物业管理公司是否为适格原告、借款金额、还款期限等均无法查清，因此，《租赁合同》《补充协议》如何履行、履行期限等均无法确定。

二、本案为租赁合同纠纷，物业管理公司与贸易公司签订了《租赁合同》后，双方没有履行《租赁合同》的权利义务，既没有办理案涉物业交接手续，也从未实际履行管理物业的管理维护以及水电费的缴纳义务，而是由贸易公司继续与租户签订租赁合同、出具租金发票、对案涉物业进行维护保养、委托第三方管理等，物业管理公司未按照《租赁合同》《补充协议》的约定履行对案涉物业的任何经营、管理、日常维护的义务，应当认定《租赁合同》并没有实际履行。

三、除 2014 年 4 月至 2015 年 12 月期间的租金是由贸易公司指示租户交付给物业管理公司外，自 2016 年 1 月起至 2017 年 5 月，贸易公司要求租户不再向物业管理公司交付租金，物业管理公司从未提出过任何异议。

四、基于双方未履行《租赁合同》，2016 年 12 月贸易公司把案涉物业租给第三人，并办理了案涉物业的交接手续，由第三人真正履行租赁义务。因此，贸易公司与第三人之间的《租赁合同》是合法有效的，贸易公司与物业管理公司之间的《租赁合同》已无法继续

履行。

**（三）【裁判文书】**

一审案号：（2017）粤 1972 民初 4551 号

二审案号：（2018）粤 19 民终 5606 号

重审一审案号：（2018）粤 1972 民初 19290 号

重审二审案号：（2019）粤 19 民终 10874 号

**（四）【案例评析】**

**一、关于本案的法律关系：债权转让法律关系还是租赁法律关系**

物业管理公司主张：原、被告签订的《租赁合同》分为三种法律关系：一是简单的房屋使用权转让关系；二是收租权转让，即单独的债权转让关系；三是为租赁合同关系。

法院认为：对于合同应作整体解释，不应将合同约定的租期人为割裂。无论是免租的时间段还是之后的需要交租的时间段，都不改变双方之间签订的租赁合同的租赁关系的法律性质。一项民事交易特别是类似本案涉及金额巨大、期限长达二十年交易的达成，往往存在复杂的背景，当事人的意思表示在签订合同的过程中肯定有过多种变化也包含多重意思，但在双方已经签订合同后，双方的意思表示已经通过书面的合同进行了宣告，双方的交易也通过书面合同进行确立。合同在性质上属于原始证据、直接证据。因此，对于双方法律关系的判断只能以双方签订的书面合同进行判断。本案中双方签订的租赁合同和补充协议并无任何单方的房屋使用权转让和收租权转让的约定，原告主张的房屋使用权转让和收租权转让，实质上是被告作为出租方将案涉租赁物业出租给原告，原告对案涉租赁物业进行使用、收益，这同样符合租赁合同的特征，综上应当认定双方之间的关系为租赁法律关系。

**二、关于《租赁合同》是否实际履行**

管理公司认为：已按照《租赁合同》的约定收取租户的租金，《租赁合同》已实际履行。

法院认为：双方签署《租赁合同》后，仅向承租人发出了一份关于租金收款账户变更的通知，通知内容为租金费用的收款账户进行变更，只能视为贸易公司将租金进行指示交付的行为，并不能证明贸易公司将租赁权或经营管理权转移给物业公司，更不能证明物业管理公司实际接管案涉租赁房屋。同时，物业管理公司也未举证证明其履行了经营管理义务，以及未与贸易公司办理了场地交付手续，故认定双方并未实际履行《租赁合同》。

**三、关于《租赁合同》是否继续履行**

法院认为：由于贸易公司与第三人签订租赁合同后，已将物业交付给第三人，第三人已

## 合同、准合同

实际占有租赁物业，故贸易公司与物业管理公司之间的《租赁合同》客观上已无法继续履行。对于合同未履行及未能继续履行给物业管理公司造成的损失，物业管理公司可基于合同约定及相关法律规定，另行向对应的责任方主张权利。

### （五）【结语和建议】

本案是“以租抵债”的典型案件，原告以“租赁合同纠纷”提起诉讼，却主张本案存在包含租赁合同债权转让、收租权转让在内的三种法律关系。但双方法律关系的判断只能以双方最终签订的书面合同即《租赁合同》进行判断，法院认为该合同的内容符合租赁合同的特征，进而认定双方之间的关系为租赁法律关系。同时，法院结合被告方提交的大量证据，认定被告方而非原告方履行《租赁合同》中约定的物业经营管理义务，从而进一步认定双方未履行《租赁合同》、《租赁合同》无法继续履行，最终取得较好的判决结果。

# 中国建设银行股份有限公司青海省分行诉王忠诚、王琪博、王琪宝金融借款合同纠纷案

广东济方律师事务所 胡铃梓

**【关键词】** 金融借款合同纠纷 担保贷款 借贷民事法律关系 商品房买卖民事法律关系 格式条款 合同解除

## 裁判要点

1.关于案涉《借款合同》解除后的贷款返还责任主体问题。

因出卖人未按照约定期限交付房屋，致使案涉《商品房预售合同》解除，《借款合同》、《抵押合同》因合同目的无法实现亦被解除，应由出卖人将收取的购房贷款本金及利息返还银行，买受人不负有返还义务。

2.关于案涉《借款合同》中相关格式条款的适用问题。

银行为重复使用而提前拟定的格式条款意味着要求买受人在既未取得所购房屋亦未实际占有购房贷款的情况下归还贷款，明显不合理地加重了买受人的责任，该条款对买受人不具有拘束力。

## 相关法条

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2003年3月24日最高人民法院审判委员会通过）第24条、第25条

## 基本案情

中国建设银行股份有限公司青海省分行（以下简称建行青海分行）起诉请求：1.判令王忠诚等三人与越州公司共同偿还贷款本金58546649.55元，并自2018年3月21日起，按年利率计算资金占用损失（每日10107.43元），至实际清偿之日止；2.判令王忠诚等三人承担律师费466876.20元；3.判令王忠诚等三人承担本案全部诉讼费用。

西宁市中级人民法院认定事实：2015年8月12日，王忠诚与越州公司签订《商品房预售合同》，以147953124元的价格购买越州公司开发的西宁市城东区建设南路66号3号楼66-16号商业用房，建筑面积3736.19 m<sup>2</sup>，交付时间为2015年10月30日前。王忠诚首付

## 合同、准合同

73983124 元，剩余 7397 万元按揭贷款。2015 年 8 月 14 日，王忠诚、王琪博、王琪宝与建行青海分行、越州公司签订《借款合同》，约定：王忠诚等三人向建行青海分行借款 7397 万元，借款期限 2015 年 8 月 25 日至 2025 年 8 月 25 日；贷款年利率 6.215%；借款人采取等额本息还款方法，每月归还本息 829227.74 元；担保方式为抵押加阶段性保证，保证期间为本合同保证条款生效之日起至抵押登记办妥且抵押财产的他项权利证书、抵押登记证明文件正本及其他权利证书交由贷款人核对无误、收执之日止，抵押财产为西宁市城东区建国南路 66 号 3 号楼 66-16 号商业用房，建筑面积 3736.19 m<sup>2</sup>，抵押财产价值 147953124 元。同日，王忠诚与建行青海分行、越州公司签订《房地产抵押合同（在建工程 / 预购房）》（以下简称《抵押合同》），约定：王忠诚以其购买的位于西宁市城东区房屋（建筑面积 3736.19 m<sup>2</sup>，土地使用权面积 16459.85 m<sup>2</sup>）为前述贷款提供抵押担保；抵押贷款期限自 2015 年 8 月 25 日至 2025 年 8 月 25 日止；贷款年利率 6.215%；越州公司应按预售合同约定期限向王忠诚交房，交房时须经建行青海分行书面同意；越州公司不按期交房而间接影响建行青海分行利益时，越州公司应代替王忠诚承担赔偿责任建行青海分行损失的责任。2015 年 8 月 18 日，建行青海分行取得案涉房屋他项权利证书。王忠诚于 2015 年 5 月 9 日、5 月 11 日、5 月 26 日、6 月 11 日、6 月 25 日、7 月 3 日、8 月 13 日分别向越州公司支付 700 万元、100 万元、500 万元、1000 万元、2000 万元、30983124 元，合计 73983124 元。建行青海分行于 2015 年 8 月 21 日分 8 笔向越州公司支付 7397 万元。

西宁市中级人民法院判决：驳回建行青海分行的诉讼请求。

建行青海分行不服西宁市中级人民法院判决，上诉至青海省高级人民法院，上诉请求：撤销一审判决，改判支持建行青海分行一审全部诉讼请求；本案诉讼费用由王忠诚等三人承担。

青海省高级人民法院查明事实与西宁市中级人民法院一致，青海省高级人民法院认为：本案争议焦点为建行青海分行主张王忠诚等三人与越州公司共同偿还贷款本金 58546629.55 元及资金占用损失、律师费能否成立。2015 年 8 月 12 日，王忠诚与越州公司签订《商品房预售合同》，2015 年 8 月 14 日，王忠诚等三人与建行青海分行签订《借款合同》，上述当事人之间发生民事行为产生的民事法律关系不同。建行青海分行与王忠诚等三人因签订《借款合同》形成借贷民事法律关系，王忠诚与越州公司因签订《商品房预售合同》形成商品房买卖民事法律关系。应从案涉当事人形成的民事法律关系分析认定权利义务。根据《商品房买卖合同司法解释》第 25 条第 2 款的规定，作为商品房出卖人的越州公司将其收到的王忠

## 合同、准合同

诚购房贷款本息返还给建行青海分行，从法律关系上说是购房人王忠诚委托越州公司向建行青海分行归还贷款本息，越州公司所还款项就是购房人王忠诚的还款，故王忠诚作为《借款合同》主债务人的还款责任并未免除。由于案涉《借款合同》被另案生效判决解除后，越州公司并未依照生效判决向建行青海分行返还王忠诚的贷款本息，王忠诚等三人对建行青海分行所负债务并未清偿，故双方之间的借贷民事法律关系未消除。王忠诚作为越州公司债权请求权人及贷款本息返还的委托人，并未依据生效判决积极主张权利，其怠于行使权利的行为，造成建行青海分行债权受损。建行青海分行权衡利益，根据合同相对性原理，主张王忠诚等三人偿还贷款本息，并不违反法律的规定，也与生效判决不冲突或产生歧义，符合双方合同约定。王忠诚等三人承担偿还贷款责任后，并不影响其向越州公司主张返还权利。

青海省高级人民法院判决：一、撤销西宁市中级人民法院（2018）青01民初151号民事判决；二、王忠诚等三人在判决生效后三十日内偿还建行青海分行贷款本金58546649.55元、律师代理费466876.2元，并以贷款本金58546649.55元为基数按年利率支付资金占用损失（每日10107.43元），至实际清偿之日止；三、驳回建行青海分行其他诉讼请求。一审诉讼费336867元、二审诉讼费336867元，由王忠诚等三人负担。

王忠诚等三人认为：青海省高级人民法院判决王忠诚等三人承担建行青海分行剩余贷款本息还款责任错误。首先，根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》的规定，商品房买卖合同和担保贷款合同解除，应由出卖人返还收取的购房贷款本金及利息。另案生效判决已确定越州公司就合同解除时的剩余贷款本息向建行青海分行承担还款责任，对该责任认定不应再有争议。其次，在案涉《借款合同》履行过程中，王忠诚等三人在客观上既不控制贷款也未使用贷款，全部款项由建行青海分行依按揭贷款模式流程直接转给了越州公司。在越州公司违约导致购房合同及借款合同解除、王忠诚等三人无任何过错的情况下，在购不到房的同时还要成为建行青海分行的债务人，既不符合按揭贷款的法律特征、政策背景，也不符合按揭贷款商业模式的价值安排。向最高人民法院申请再审，再申请：1.撤销青海省高级人民法院（2018）青民终199号民事判决；2.改判驳回建行青海分行的诉讼请求；3.判令建行青海分行承担本案一、二审受理费等诉讼费用。

建行青海分行辩称：首先，借款合同关系发生在建行青海分行与王忠诚等三人之间。其次，《商品房买卖合同司法解释》第25条第2款规定商品房买卖合同及担保贷款合同解除后出卖人归还购房贷款，从法律关系上来说是出卖人受购房人的委托向银行还款。再次，作为《商品房预售合同》当事人，王忠诚行使了选择出卖人、标的物等权利，应当自行承担出

## 合同、准合同

卖人越州公司违约的商业风险，而不是将其自身法律风险转嫁给建行青海分行。

### 裁判结果

最高人民法院于 2019 年 5 月 10 日作出（2019）最高法民申 527 号民事裁定，提审本案。2020 年 12 月 3 日作出（2019）最高法民再 245 号民事判决：一、撤销青海省高级人民法院（2018）青民终 199 号民事判决；二、维持西宁市中级人民法院（2018）青 01 民初 151 号民事判决。一审案件受理费 336867 元、二审案件受理费 336867 元，共计 673734 元，由中国建设银行股份有限公司青海省分行负担。

### 裁判理由

最高人民法院认为：本案再审争议焦点为，案涉《借款合同》解除后王忠诚等三人应否承担剩余贷款的还款责任。

第一，关于案涉《借款合同》解除后的贷款返还责任主体问题。《商品房买卖合同司法解释》第二十五条第二款规定：“商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后，商品房担保贷款合同也被解除的、出卖人应当将收取的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人。”本案中，因越州公司未按照约定期限交付房屋，致使案涉《商品房预售合同》解除，《借款合同》《抵押合同》因合同目的无法实现亦被解除。根据前述规定，应由出卖人越州公司将收取的购房贷款本金及利息返还建行青海分行，王忠诚等三人不负有返还义务。

第二，关于案涉《借款合同》中相关格式条款的适用问题。案涉《借款合同》第十九条载明：“贷款人与借款人的借贷关系解除的，借款人应当立即返还其所欠贷款的本金、利息、罚息及实现债权的费用，或委托售房人直接将上述款项归还贷款人。”该条款系建行青海分行为重复使用而提前拟定的格式条款。在《商品房买卖合同司法解释》已经明确规定，商品房买卖合同和商品房担保贷款合同解除后，出卖人将收取的购房贷款的本金及利息直接返还给贷款人而非购房人（借款人）的情况下，建行青海分行拟定该条内容，意味着要求王忠诚等三人在既未取得所购房屋亦未实际占有购房贷款的情况下归还贷款，明显不合理地加重了王忠诚等三人的责任，根据《中华人民共和国合同法》第四十条“……提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效”之规定，该条款对王忠诚等三人不具有拘束力。

第三，关于商品房按揭贷款商业模式下各方当事人权利义务关系问题。本案涉及商品房买卖合同和商品房担保贷款合同双重法律关系。从合同内容来看，在商品房买卖合同中，王

## 合同、准合同

王忠诚等三人支付房款，越州公司交付房屋；在商品房担保贷款合同中，建行青海分行将王忠诚等三人所贷款项直接支付给越州公司，越州公司实际用款。王忠诚等三人并不支配购房贷款，但需偿付贷款本息。如果案涉合同正常履行，王忠诚等三人取得房屋，各方权利义务亦可保持平衡。但本案中，因越州公司不能交付房屋而致使合同解除，导致合同约定的各方权利义务严重失衡。具体表现为：越州公司违约不能交房导致各方合同解除，但却实际占有使用王忠诚等三人支付的首付款及建行青海分行按揭贷款；建行青海分行依据合同约定既享有抵押权，又同时享有对越州公司、王忠诚等三人的债权；王忠诚等三人未取得房屋，却既支付了首付款，又需偿还按揭贷款。若按合同约定的权利义务关系处理，则在王忠诚等三人对合同解除无过错的情况下，仍要求其对剩余贷款承担还款责任，明显不合理地加重了其负担，各方权利义务失衡，有违公平原则。

（生效裁判审判人员：胡瑜、任雪峰、杨卓）

# 艾某与中国工商银行股份有限公司广州东山广场支行借记卡纠纷案

广东合邦律师事务所 姚春鸿

**【摘要】** 银行方作为银行储蓄机构，是一个专业机构，其掌握着大量用户的身份信息和资产情况，理应尽到重大的审慎审查监管义务，由此建立群众对储蓄机构的信任。中国工商银行属于大型储蓄机构，若安全系统存在纰漏会直接使得用户资金被盗的风险剧增，引发严重的社会问题。出于维护社会稳定的宏观考虑，法院首先应当审查工行东山广场支行安全系统是否存在安全隐患。工行东山广场支行作为提供储蓄服务的专业金融机构，应当严格按照合同约定履行义务，不断完善金融交易系统和流程，以确保储户的资金安全。工行东山广场支行的电子银行系统中，并未对定期转活期业务设置严格的身份审查流程，在一定程度上降低了储户的资金安全性，增加了资金被盗的风险，工行东山广场支行已经构成违约，应当对艾某定期转活期部分的资金损失承担 30% 的赔偿责任。

**【关键词】** 借记卡纠纷 储蓄机构 违约责任 交易安全

案号：（2016）粤 01 民终 13984 号

## 一、裁判要点

工行东山广场支行作为提供储蓄服务的专业金融机构，应当严格按照合同约定履行义务，不断完善金融交易系统和流程，以确保储户的资金安全。工行东山广场支行的电子银行系统中，并未对定期转活期业务设置严格的身份审查流程，在一定程度上降低了储户的资金安全性，增加了资金被盗的风险，工行东山广场支行已经构成违约，应当对艾某定期转活期部分的资金损失承担一定的责任。

## 二、相关法条

《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百零七条、第一百二十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项。

## 三、基本案情

## 合同、准合同

2007年7月14日，艾某在中国工商银行股份有限公司广州东山广场支行（以下简称工行东山广场支行）处为其卡号为42×××86的信用卡注册个人网上银行及开通网上银行对外转账，领取了认证介质类型为USBKEY证书（即一代U盾）。艾某（甲方）与中国工商银行股份有限公司广东省分行营业部（乙方）签署了《中国工商银行电子银行个人客户服务协议》。该协议约定：“客户证书”指用于存放客户身份标识，并对客户发送的电子银行交易信息进行数字签名的电子文件；中国工商银行客户证书的存放介质为USBKEY证书（U盾）；甲方必须妥善保管本人注册卡号、客户编号、密码及客户证书，并对通过以上信息完成的金融交易负责；甲方应按照机密的原则设置和保管自设密码；甲方应该妥善保管预留验证信息，除在乙方办理业务时使用外，不要向任何其他人、其他网站、电话或短信的问询提供预留验证信息内容；乙方根据艾某的电子银行业务指令办理业务，对所有使用甲方注册卡号、客户编号、密码及客户证书进行的操作均视为甲方所为，该操作所产生的电子信息记录均为乙方处理电子银行业务的有效凭据。2012年4月22日，艾某将网上银行关联了包括卡号为95×××85的银行卡（即涉案银行卡）在内的三张银行卡，同时艾某还向工行东山广场支行换领了二代U盾。

根据艾某提交的理财金账户历史明细清单记载，2015年4月28日，涉案银行卡发生讼争交易共计十笔，其中三笔为通过网上银行渠道向用户名为钟某，账户为62×××82，网转58800元、107500元、128300元；另外七笔为艾某通过网上银行渠道向其本人账户为36×××41分别网转39590.02元、49347.98元、13812.70元、11739.48元、5530.30元、4012.72元、4256.34元（均为定期转活期）。艾某陈述：涉案银行卡的U盾其平常随身保管，需要转账时才会将U盾插入电脑。案发后，2015年10月30日，艾某还使用过涉案银行卡通过网上银行对外转账过一次。

根据工行东山广场支行提交的证据资料显示，涉案十笔交易的客户MAC均为0C-82-68-4E-E9-E7，与艾某进行历史交易操作的客户MAC相同，且上述交易均通过二代U盾的介质认证。工行东山广场支行向原审法院提交向某手机号码136××××1394发送的短信内容列表记载，涉案十笔交易均向某手机发送了短信通知。

艾某于2015年4月28日向广州市公安局天河区分局林和派出所报案称：“当天11时40分左右，一名女子致电我，自称系广州市公安局工作人员，代表上海市公安局静安分局通知我涉嫌一宗洗钱案件，之后一名自称上海静安分局办案民警的男子，称我涉嫌洗钱案，

## 合同、准合同

涉案金额为 216 万，并询问我在银行储蓄方面的情况，建议我通过手机配合调查，要求我保密不能和任何人讲，之后提供一个所谓最高检察院的官网给我，要求我卸载 360 保护软件，之后我按照该男子要求登陆了网站，网站上显示我的个人信息以及拘捕信息，然后该男子要对我所有银行账户进行公证，网站上还需要我输入相关银行账户信息，我按照提示输入了工商银行网上银行（内有 4 个工商银行账户，共有 40 多万元）账号密码，之后我还被对方骗取了 U 盾密码，后来对方要我把所有钱转入此网银账户，我就又把我招商银行网上银行的 107550 元分三次转入了我的工商银行网上银行，之后我收到很多转账信息，该男子就要我不用担心等公证消息，并要我保密至少 48 小时就挂电话了，后来我通过相关查询知道我被骗了。”2015 年 4 月 29 日，广州市公安局天河区分局林和派出所告知艾某，对艾某报称被诈骗一事，已决定立案侦查。现无证据显示公安机关对案件有侦查结果。

艾某与中国工商银行股份有限公司广州东山广场支行借记卡纠纷一案，广州市越秀区人民法院于 2016 年 03 月 29 日作出（2016）粤 0104 民初 111 号民事判决，一审法院认为：艾某关于工行东山广场支行系统存在漏洞，导致其存款被盗的主张，未提供相应证据予以佐证，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，艾某未能举证证明在案涉交易中工行东山广场支行存在违约或有过错的事实，应承担举证不能的不利后果。另外，艾某在涉案交易后的 2015 年 10 月 30 日，还通过涉案银行卡进行网上转账交易，说明艾某清楚知悉网上银行转账的流程，应知晓妥善保管网上银行登录密码、U 盾密码的义务。综上，艾某要求工行东山广场支行赔偿其经济损失的诉请，缺乏事实根据和法律依据，不予支持。驳回艾某艾某的诉讼请求。

判后，艾某不服原审判决，向本院提起上诉称：2105 年 4 月 28 日，艾某在工行东山广场支行开户的理财金账户卡（卡号为 95×××85）被人分三次转出人民币合计 281956.21 元。对于艾某的银行卡现金被盗行为该行有不可推卸的责任。但是，一审法院在事实不清、证据不足的情况下，做出原审判决，严重侵害了艾某的合法权益。原审庭询中，艾某称：在不用办理未到期定期存款取款手续及无需使用原存款账户设置的密码的情况下，工行东山广场支行的网上银行只需 U 盾密码就能将定期、活期所有的存款转出，工行东山广场支行的行为已构成违约，导致艾某遭受损失，应当承担赔偿责任。二审中，艾某提交：1. 工行网银活期转账操作录像。2. 工行网银定期转活期操作录像，内容为分别在两台不同的电脑上登录工行网银，并进行活期转账、定期转活期操作，拟证明在不用办理未到期定期存款取款手续及

## 合同、准合同

无需使用原存款账户设置的密码的情况下，在工行东山广场支行的网上银行只需U盾密码就能将定期、活期所有的存款转出。3. 2015年12月29日艾某与工行东山广场支行的李行长对话录音，内容包括：艾某：“我上次不是跟你说过，登录的时候虽然我是用U盾登录的，但是没有U盾都能登录进去。我上次跟你说过，可是现在没有U盾是登录不了了。”李行长：“对，对。”艾某：“你们什么时候改的？”李行长：“就是你那段时间出了好多事之后。”等，拟证明由于工行东山广场支行的网上银行系统不完善，存在漏洞，导致大量案件发生被媒体报道后，工行东山广场支行改进了系统，工行东山广场支行的网上银行系统不完善、不安全，导致艾某在的定期、活期存款全部丢失，工行东山广场支行应当承担赔偿责任。二审法院另查明：一审中，工行东山广场支行提交艾某开通个人电子银行业务开户申请表，其中客户须知第3条记载：“请牢记存折、存单、灵通卡的密码，切勿泄露；所有使用密码进行的操作均视为客户本人所为。”第6条记载：“办理提前支取业务，须向银行提供本人法定身份证明；代理客户支取的，还须出示代理人本人的法定身份证明。”

2015年4月28日发生的十笔涉案交易中，其中第一、二、十笔为通过网上银行向用户名为钟某的账户（62×××82）分别网转58800元、107500元、128300元，第三至九笔为艾某通过网上银行向其本人账户为36×××41进行转账（均为定期转活期），共计金额128289.54元。三笔向钟某的转账发生时间分别为2015年4月28日16时14分、17时08分、17时25分，艾某称：当日其将U盾插入电脑，登录网银，并从招商银行转了三笔钱到工商银行账户，除此之外并未进行任何操作，记不清有没有对U盾进行过操作；涉案转账发生后，其曾收到工行的短信通知，但由于一直在打电话，因此未及时看到短信，直至当日18点15分才打电话报警。

工行东山广场支行确认：2015年4月28日后，工行网银系统曾作升级，升级后，在不同电脑登录网银时，需要短信验证或者插入U盾验证。

工行东山广场支行主张涉案交易是在同一台电脑上操作的，该电脑与艾某以往操作的电脑属同一台电脑，同一IP地址段，并提交相关交易电子数据资料作为证据。艾某称该资料来源于工行内部系统，相关内容及数据的科学性没有得到第三方权威机构认定，对此不予认可。

## 四、裁判结果

撤销一审判决，改判由广州东山广场支行对艾某的定期存款损失承担 30%的赔偿责任。

## 五、裁判理由

本院认为，艾某与工行东山广场支行形成合法有效的储蓄合同关系，双方均应切实履行合同义务。本案的主要争议问题是，艾某与工行东山广场支行是否按照合同约定履行了合同义务。首先，根据艾某（甲方）与中国工商银行股份有限公司广东省分行营业部（乙方）签订的《中国工商银行电子银行个人客户服务协议》约定，艾某应当妥善保管本人注册卡号、客户编号、密码及客户证书，采取合理措施，防止本人密码被窃取。但根据艾某在广州市公安局天河区分局林和派出所报案时的自述，其由于受到诈骗分子的欺骗，自行卸载了电脑保护软件，并将账号密码、U盾密码等银行账户信息泄露出去，导致资金转入案外人账户。在上述操作中，艾某违反了合同的约定，没有尽到必要的注意义务，存在重大过失，应当对所遭受的资金损失承担主要责任。其次，工行东山广场支行作为提供储蓄服务的专业金融机构，应当严格按照合同约定履行义务，不断完善金融交易系统和流程，以确保储户的资金安全。根据工行东山广场支行向某提供的个人电子银行业务开户申请表中关于“办理提前支取业务，须向银行提供本人法定身份证明”的约定可知，储户办理定期转活期业务的，银行应当严格审查储户的身份，此为保障储户资金安全的重要举措。但在工行东山广场支行的电子银行系统中，并未对定期转活期业务设置严格的身份审查流程，在一定程度上降低了储户的资金安全性，增加了资金被盗的风险，工行东山广场支行已经构成违约，应当对艾某定期转活期部分的资金损失（128289.54元）承担一定的责任。综合本案事实以及双方的违约程度，本院认为，工行东山广场支行应对艾某定期转活期部分的资金损失承担百分之三十的赔偿责任，即 38486.86 元。

（生效裁判审判人员：谢平 王灯 陈嘉贤）

## 六、案例评析

本案的最大亮点在于：艾某作为自然人个体、而银行方是大型银行储蓄机构，在艾某处于明显弱势地位的且一审驳回艾某全部诉讼请求的情况下，能争取到二审改判银行方承担

## 合同、准合同

30%责任的审判结果。本案办案技巧在于高度重视且善于利用对方提供的证据，在对方提供的证据中找到对方的违约情形，同时积极获取新证据，结合多方面优势达到改判的目的。

在双方这一储蓄合同关系中，艾某作为储蓄卡用户，办理储蓄卡时所有文书资料（格式合同等）都是由银行方提供的，公民办卡时显然不具备审查合同条款的能力，事后保存完备材料的概率也很低。艾某在起诉时手里几乎没有证据材料，还原办卡过程、证明双方之间具体权利义务的内容只能由银行方提交相关证据材料。本案恰恰是通过对方提交的《申请表》进行无微不至的剖析，最后在双方约定成文条款的细枝末节中找到银行方违约的突破口。代理人在进行法庭博弈时应当着重、反复的强调银行方构成违约的事实，而不能让对方使用诉讼技巧弱化了法官对其违约的印象。

本案本质上是一起合同纠纷案，主要争议问题是，艾某与工行东山广场支行是否按照合同约定履行了合同义务。分析争议焦点时，首先应当剖析双方的合同地位及社会关系，简而言之即评价双方的权利及义务的配比；其次则是深度解读双方之间合同条款的具体内容，结合案情对应合同条款，分析双方是否存在违约情形。银行方作为银行储蓄机构，是一个专业机构，其掌握着大量用户的身份信息和资产情况，理应尽到重大的审慎审查监管义务，由此建立群众对储蓄机构的信任。中国工商银行属于大型储蓄机构，若安全系统存在纰漏会直接使得用户资金被盗的风险剧增，引发严重的社会问题。出于维护社会稳定的宏观考虑，法院首先应当审查工行东山广场支行安全系统是否存在安全隐患。工行东山广场支行作为提供储蓄服务的专业金融机构，应当严格按照合同约定履行义务，不断完善金融交易系统和流程，以确保储户的资金安全。

### 一、银行方开通的网上银行在安全方面存在重大缺陷

依据艾某与李行长的谈话录音（见艾某提交的证据），庭审时李行长当庭确认如下事实：由于网上银行系统不完善，存在安全漏洞，导致大量储户的资金被盗取的案件发生，被媒体曝光后，银行将原来登录网上银行无需U盾，做了需要短信验证或者插入U盾验证才能登录网上银行的重大改进。由此可以证明艾某的储蓄账户中的资金被不法分子通过网上银行转出是发生在网上银行系统改进之前，即艾某的账户资金被他人转出时，网上银行系统存在安全缺陷这一事实。

## 合同、准合同

依据银行方在为艾某办理个人电子银行业务、发放U盾时，要求艾某签字的《中国工商银行广东省分行营业部个人业务申请表》下称《申请表》（被告提交的证据）中“客户须知”第3条：“请牢记存折、存单、灵通卡的密码，切勿泄漏；所有使用密码进行的操作均视为客户本人行为”。第6条：“办理提前支取业务，须向银行提供本人法定身份证明，代理客户支取的，还须出示代理人本人的法定身份证明。”证明：第一，艾某的两个账户的密码依然是有效的，而且被告明确使用（存折、存单、灵通卡）密码进行的操作，才视为客户本人行为的约定。第二，存折、存单、灵通卡中，定期存款办理提前支取业务时，必须出示并验明支取人的法定身份证明，不能缺少这一约定程序。

通过法庭调查证实，网上银行系统，在进行对外转款操作时无需使用存折、存单、灵通卡的密码即可将存折、存单、灵通卡中的存款转出，银行方也对此事实确认无误，这就说明《申请表》第3点中客户须知的提醒相互矛盾。而艾某却牢记这一须知，始终认为无存折、存单、灵通卡密码别人无法转款。艾某存款被盗是被告网上银行系统本身的设置与《申请表》须知内容之间即合同约定之间不统一所致。而须知6提醒定期存款提前办理支取业务须“出示”法定身份证明，本案中艾某根本未有出示验明其身份证明的事实，艾某提交的录像证据即能证明这一事实，银行方也确认其程序中并无此项，本案中艾某的定期存款被盗转显然是银行方工作失误所致。

通过法庭调查证实，艾某的定期一本通账户中有八笔定期存款，开立账户时艾某均设置了存款支取密码，银行卡也设置了活期存款支取密码。法庭调查时工行东山广场支行李行长确认：网银开户时银行方并未书面告知艾某“网银转账时不需要使用原有的活期及定期账户的取款密码”，柜台也无口头告知。故银行方擅自取消艾某在定期与活期开户时设置的取款密码，且未履行如实告知义务，存在严重违约行为。

工行东山广场支行作为提供储蓄服务的专业金融机构，应当严格按照合同约定履行义务，不断完善金融交易系统和流程，以确保储户的资金安全。根据工行东山广场支行向艾某提供的个人电子银行业务开户申请表中关于“办理提前支取业务，须向银行提供本人法定身份证明”的约定可知，储户办理定期转活期业务的，银行应当严格审查储户的身份，此为保障储户资金安全的重要举措。但在工行东山广场支行的电子银行系统中，并未对定期转活期业务设置严格的身份审查流程，在一定程度上降低了储户的资金安全性，增加了资金被盗的风险，工行东山广场支行已经构成违约。

## 合同、准合同

### 二、本案事实证明银行方的行为存在过错、构成违约，应当承担赔偿责任

上述事实说明，艾某与银行之间存在着储蓄合同关系。艾某持有的其设置了支取密码的存折、灵通卡共有定期存款二十余万。艾某的上述存款在银行开发使用的电子银行，于 2015 年 4 月 28 日被他人通过电子银行网页操作将全部资金盗转，给艾某造成严重经济损失。通过案件事实可以得知，艾某的存款被他人盗转的原因主要有二：第一，银行方开发使用的电子银行网上操作系统存在缺陷，具有不安全因素，给不法犯罪分子提供了盗取他人存款的条件；第二，银行方开发使用的电子银行网上转账，将客户存款时设置的原始取款密码取消了。存款时设置的取款密码对于客户来说，是保护存款安全最重要的手段，每个存款人对存折、存单、灵通卡密码的保护绝对是有很强的意识的，这一点是不容置疑的。而银行方在既未告知艾某更未经艾某同意的情况下，擅自将艾某设置的原始取款密码废除，是造成艾某存款丢失的根本原因。同时银行方在定期存款办理提前支取业务时，未设置验明支取人的法定身份证明的程序，也违反了合同约定，降低了艾某资金的安全性。银行方擅自取消艾某的存折、存单、灵通卡密码、定期提前支取未设置验明支取人法定身份证明的程序的行为构成违约，银行方应当承担违约责任。

银行方开发使用的电子银行网上转账操作模式，取消了艾某存款时设置的取款密码，银行方的这一行为，违反了艾某存款时与银行方之间储蓄合同法律关系的基本约定——即“凭密码支取”。因此，银行方此行为构成违约，应当承担违约责任。同时，银行方擅自取消储户存折、存单、灵通卡密码的行为，也违反了《申请书》的客户须知 3、6 等项约定，按照此约定银行方亦构成违约。

综上所述，艾某账户的资金被盗转，银行方应当承担违约责任。最主要的过错是银行方违反了与艾某之间的储蓄合同中的基本条款——“凭密码支取”的约定，银行方没有严格履行储蓄合同关于“凭密码支取”的约定，在电子银行网上转账操作中，擅自取消了储蓄时设置的取款密码，是导致艾某账户资金丢失的根本原因。银行方在定期存款办理提前支取业务时，未设置验明支取人的法定身份证明的程序，也违反了合同约定。其次，事发时银行方开发使用的电子银行系统，任何人都能够打开客户的网上银行网页，看到客户在该网页上显示的个人信息，这样的一个公开客户隐私的状态，为犯罪分子盗取客户存款提供了方便。艾某的存款被盗转后，由于同一时期发生多起客户存款被盗的事件，银行方迫于舆论压力才改进了电子银行的登陆程序，并加强、提升了电子银行的相关安全措施，由此可见银行方亦意识

## 合同、准合同

---

到自身之前系统存在安全漏洞。银行方无论怎样改进系统也无法改变艾某存款已被盗取这一事实。由于银行方开发的旧的电子银行系统安全性存在缺陷，同时存在着银行方不履行储蓄存款合同的约定，擅自废除了取款密码，造成艾某的存款全部丢失的严重后果，为此银行方应当承担赔偿责任。

## 陆 xx、方 xx、广州农村商业银行股份有限公司（第三人）追偿权纠纷案

广东诺臣律师事务所 李燕玲

**【关键词】** 民事 无效合同 保证 追偿权 以合法形式掩盖非法目的

**案由** 追偿权纠纷

**经办律师** 李燕玲

**诉讼地位** 原审被告、上诉人陆 xx

**案件索引** 裁判文书案号：（2019）粤 01 民终 14368 号

裁判文书生效时间：2019 年 10 月 30 日

裁判机关：广东省广州市中级人民法院

### 裁判要点

1、“以合法形式掩盖非法目的”的案涉《个人借款合同》应当被认定为无效，案涉《保证合同》为从合同，亦应当认定为无效。

## 合同、准合同

2、银行工作人员履行职务的行为构成犯罪的情况下，足以认定银行在案涉《个人借款合同》签订和履行过程中存在明显过错，并因此导致骗取贷款者之非法目的得以实现。

3、对于合同无效均有过错的各方，应当各自承担相应的责任。

### 相关法条

1. 《中华人民共和国合同法》第五十二条第（三）项、第五十八条

2. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条

### 基本案情

原告方 xx 向一审法院起诉请求：1. 陆 xx 支付给方 xx 代其偿还的贷款本金 645811.46 元，并按照银行同期贷款利率支付利息 12570.53 元（从 2017 年 6 月 30 日暂计至 2018 年 2 月 28 日），以上共计 658381.99 元；2. 陆 xx 承担财产保全费和诉讼费。

被告陆 xx 辩称：案涉借款合同系李 xx 实施刑事犯罪（骗取银行贷款）所为，贷款全部由李 xx 使用，生效刑事判决已认定李 xx 构成骗取贷款罪，案涉借款合同应为无效合同；2、名义贷款人（原告）与担保人（被告）均由李 xx 分别安排，原告并非为被告提供担保；广州农村商业银行股份有限公司（以下简称广州农商行）工作人员李 xx、黄 xx、黎 xx 未按规定对贷款申请进行审核，广州农商行存在重大过错；3、借款合同及担保合同均非名义申请人真实意思表示。陆 xx 不应承担案涉贷款的清偿责任。

一审法院审理查明：2014 年 4 月 18 日，方 xx（作为甲方、保证人）与广州农商行（作为乙方、债权人）签订了一份《保证合同》，约定：甲方应陆 xx 的要求，为确保乙方与主合同债务人签订的《个人借款合同》的履行，签订本合同。

## 合同、准合同

后广州农商行以陆 xx、方 xx 为被申请人申请仲裁，2016 年 3 月 10 日，广州仲裁委员会作出（2015）穗仲案字第 6626 号裁决书，内容如下：……本案《个人借款合同》、《保证合同》合法有效，各方应当依约履行……仲裁庭已裁决解除《个人借款合同》……仲裁庭裁决如下：（一）解除申请人与第一被申请人签订的《个人借款合同》；（二）第一被申请人向申请人偿还借款本金 645811.46 元及利息、逾期利息和复利……（三）第一被申请人补偿申请人财产保全费 3850 元；（四）本案仲裁费 25551 元，由第一被申请人承担；（五）第二被申请人对上述第（二）、（三）、（四）项裁决确定由第一被申请人应付的款项承担连带清偿责任。……本裁决为终局裁决，自作出之日起发生法律效力。

2017 年 7 月 1 日，广州农商行（作为甲方）与方 xx（作为乙方）签订了一份《保证责任免除协议书》，约定，一、甲、乙双方确认：暂计至 2017 年 6 月 29 日，陆 xx 欠甲方借款本金共 645811.46 元。乙方是陆 xx 的连带责任保证人，对贷款承担连带责任。二、乙方在本协议生效之日起每月 30 日内向甲方归还贷款本金 100000 元，直到本金结清之日为止。……三、在乙方付清本协议第二条约定款项的前提下，甲方同意免除乙方对甲方承担的保证责任。

另查明，方 xx 根据上述《保证责任免除协议书》向广州农商行偿还了款项 645811.46 元。现向陆 xx 追偿其代偿还的款项，陆 xx 不同意支付，遂引致纠纷。

二审法院查明：李 xx 骗取贷款一案，广州市番禺区人民法院作出的生效刑事判决书，认定李 xx 为了非法取得银行贷款，使用陆 xx 等 72 人的名义，向广州农商行申请贷款，之后逾期拒不归还。

李 xx、黄 xx、黎 xx 违法发放贷款罪一案，广州市番禺区人民法院作出生效刑事判决书，认定该三人为完成银行放贷任务，未按相关法律及业务规定对其所经办或审批的案涉贷款的相关情况进行严格审查，使李 xx 骗取银行贷款的非法目的得以实现。

### 裁判结果：

## 合同、准合同

广州市番禺区人民法院作出（2018）粤 0113 民初 2657 号民事判决，判令：陆 xx 应于一审判决发生法律效力之日起五日内向方 xx 偿还 645811.46 元及利息（截止至 2018 年 2 月 28 日利息为 12570.53 元，从 2018 年 3 月 1 日开始，以 645811.46 元为本金，按照中国人民银行同期同类贷款利率计算至陆 xx 清偿之日止）。

一审宣判后，陆 xx 提出上诉。广州市中级人民法院于 2019 年 10 月 30 日作出了（2019）粤 01 民终 14368 号民事判决书：一、撤销一审判决；二、上诉人陆 xx 于本判决发生法律效力之日起十日内向被上诉人方 xx 偿还 215270.49 元及利息（自 2017 年 6 月 30 日起以 33333 元为本金，自 2017 年 7 月 28 日起以 66667 元为本金，自 2017 年 8 月 30 日起以 100000 元为本金，自 2017 年 9 月 27 日起以 133333 元为本金，自 2017 年 10 月 27 日起以 166667 元为本金，自 2017 年 11 月 27 日起以 200000 元为本金，自 2017 年 12 月 26 日起以 215270.49 元为本金，按照中国人民银行同期同类贷款利率计付至清偿之日止）；三、驳回被上诉人方 xx 的其余诉讼请求。

### 裁判理由：

法院生效裁判认为：本案二审的争议焦点为，陆 xx 是否应向方 xx 偿还其向广州农商行代偿的款项。

案外人李 xx 的犯罪行为构成以“签订《个人借款合同》”这一合法形式，掩盖其“骗取银行贷款”之非法目的。李 xx、黄 xx、黎 xx 的行为属于广州农商行的职务行为，在三人已构成违法发放贷款罪的情况下，足以认定广州农商行在案涉《个人借款合同》签订和履行过程中存在明显过错，并因此导致李 xx 骗取贷款之非法目的得以实现。

故陆 xx 主张案涉《个人借款合同》构成“以合法形式掩盖非法目的”的合同无效情形，应当被认定为无效，有充分事实及法律依据，法院予以支持。案涉《保证合同》为从合同，亦应认定为无效。

陆 xx 明知李 xx 是案涉借款的实际借款人，仍在《个人借款合同》中签名，为李 xx 最

## 合同、准合同

终骗取贷款提供帮助，对合同无效存在过错。

借款人陆 xx、担保人方 xx 均是由李 xx 找来去银行签署申请资料、办理贷款，而方 xx 也承认其认识李 xx，从李 xx 处得知贷款信息，证明方 xx 对于实际借款人为李 xx 应是明知的。在此情况下，方 xx 仍在《保证合同》上签名，为李 xx 最终骗取贷款提供帮助，同样对合同无效存在过错。

综合上述事实酌情认定，广州农商行、陆 xx、方 xx 三方对于合同无效均有过错，应当各自承担三分之一的责任。因本案二审出现新的证据，依法认定新的事实并予以改判。对陆 xx 的上诉请求成立部分予以支持。

### 案例评析

本案为一起牵涉到刑事犯罪的民事案件。案外人李 xx 采用陆 xx 等 72 人的名义（让其作为名义借款人在借款合同上签名），利用虚假材料及互相担保的行为，骗取广州农商行贷款，后被生效刑事判决书认定构成骗取贷款罪。广州农商行工作人员李 xx、黄 xx、黎 xx 未对其所经办或审批贷款的相关情况进行严格审查致李 xx 得以骗取贷款构成违法发放贷款罪。其后广州农商行申请仲裁要求前述名义借款人及担保人还款，仲裁裁决支持了广州农商行的请求。担保人方 xx 向广州农商行偿还了款项，其后向陆 xx 追偿，引发本案诉讼。

一审法院以陆 xx 作为完全民事行为能力人，应对其在涉诉《个人借款合同》中签名的法律责任有充分认识为由，对其提出的因李 xx 以“合法形式掩盖非法目的”的犯罪行为致涉诉《个人借款合同》无效的主张不予支持。对于陆 xx 提出在广州农商行工作人员李 xx、黄 xx、黎 xx 违法发放贷款罪一案作出生效裁判前中止审理的申请也未予准许。一审法院将相关刑事案件与本案割裂，致作出错误的判决。

二审争议焦点为：陆 xx 是否应向方 xx 偿还其向广州农商行代偿的款项？二审判决围绕争议焦点，对涉诉合同是否构成合同无效情形、合同被认定无效后民事责任的承担进行了论述。

## 合同、准合同

### 一、关于《个人借款合同》、《保证合同》是否构成合同无效情形

《合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：……（三）以合法形式掩盖非法目的；……”案外人李伟栋为骗取银行贷款，使用陆艳玲等 72 人的名义，利用虚假材料及采用互相担保的方式，骗取银行贷款并全部由其支配使用，其行为被生效刑事判决书认定构成骗取贷款罪。案涉《个人借款合同》符合“以合法形式掩盖非法目的”的合同无效情形，应为无效；根据《担保法》第五条第一款规定，案涉《保证合同》作为从合同亦为无效。

一审法院在查明李 xx 骗取贷款事实的同时，却未认定案涉合同无效，属适用法律错误。二审法院正确适用法律，支持了陆 xx 的主张，认定案涉合同无效。

### 二、关于陆 xx 是否应向方 xx 偿还其向广州农商行代偿的款项的问题

《合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方否有过错的，应当各自承担相应的责任。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八条规定：“主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的 1/3。”本案中，对涉案合同无效存在过错的各方应承担相应民事责任。

广州农商行的三位工作人员为完成银行放贷任务，在签订借款合同和保证合同时，违反规定未对相关情况进行严格审查，致使李 xx 骗取银行贷款的目的实现。一审期间，陆 xx 提出本案必须以广州农商行三位工作人员违法发放贷款案的审理结果为依据，申请中止本案审理至该刑事案件审结。但一审法院未予准许。陆 xx 上诉后，二审法院依法调取了该违法发放贷款案的生效裁判文书，广州农商行三位工作人员违法发放贷款罪成立，且其行为属履行职务。此情形下足以认定广州农商行在案涉合同签订和履行中存在明显过错。同时陆 xx、方 xx 应实际贷款人李 xx 要求分别在《个人借款合同》、《保证合同》上签名，对案涉合同

## 合同、准合同

无效亦存在过错，二审判决酌情认定广州农商行、陆 xx、方 xx 三方对于合同无效应当各自承担 1/3 的责任，改判陆 xx 仅应承担 1/3 的偿还责任。

**三、陆 xx 由一审判决承担全部偿还责任，到二审改判承担 1/3 偿还责任，涉及到案涉借款合同及保证合同有效与否的认定。二审的改判对同类案件的裁判具有参考作用。**

李 xx 骗取贷款一案，利用了陆 xx 等 72 名签名人，涉及人数众多。而依据生效仲裁裁决，该 72 人应按所签订的借款合同及担保合同承担全部清偿责任及连带清偿责任。时至本案诉讼时，涉及的 72 人中部分签名人已执行完毕。在此极度不利情形下，陆 xx 一方以主张案涉《个人借款合同》及从合同《担保合同》无效为突破口，围绕该主张组织事实、证据和法律依据，同时有理有据地向法院申请调取关键证据，申请依法中止审理，积极主张广州农商行对于案涉合同无效应承担其相应责任，在一审败诉后，成功令二审法院作出改判，陆 xx 由承担全部清偿责任改为仅需承担 1/3 的偿还责任。

《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》已经于 2020 年 7 月 31 日起试行，在统一法律适用标准、保障类案同判的司法大背景下，本案二审的改判对办理同类案件具有重要的参考作用。

## 连带责任保证下的债权实现

——以司法案例切入

广州金鹏律师事务所 闫丰华

**【摘要】** 根据债权之上是否有担保（这里的“担保”不仅包含财产担保，而且还包括自然人保证，下同），可以将债权分为普通债权和有担保的债权两种。在有担保的债权中，根据担保的种类不同，又可以将债权分为一般保证债权、连带保证债权、有抵押物担保的债权、有质押物担保的债权、有留置物担保的债权等。而本文主要通过案例分析的形式，围绕连带保证债权的相关问题，进行分析和论述，旨在为连带保证债权人的债权保护和债权实现提供司法实务指引和参考。

**【关键词】** 连带责任保证 债权实现 保证期间 诉讼时效

2021年1月1日，《民法典》正式生效实施。而关于连带责任保证的问题，《民法典》在第三编“合同编”中作了明确规定和完善。相关案件当事人拟对连带责任保证人提出的索赔请求的，则需要重新审视《民法典》当中新的规定内容，以便争取到自身合法有效的权益。本文以案例出发，来逐步论述与连带责任保证密切相关的几大问题。

### 一、案例

由于乙存在借款需求，故甲乙丙三方签订了《借款协议》，约定甲向乙借出900万款项，借款期限一个月，一个月后还本付息等；同时，丙对乙的该笔债务承担连带责任保证，保证期间三年（自主债务到期之日起起算）。

在保证期间内，甲乙丙又重新签署了一份《还款协议》，约定由丙向甲承担该笔900万元的还款责任，即乙的借款由丙向甲归还，且约定了分期还款的期限和相关还本付息及违约责任等；同时，乙对丙的该笔还款义务承担连带保证责任（并未约定明确的保证期间）。

上述两份协议签订完成，且甲向乙实际借出了本金900万元之后，乙和丙均未履行还款义务。于是，甲起诉到法院，要求乙承担还本付息的责任（但未在同案中起诉要求丙承担连带保证责任）。最终，甲诉求依法被人民法院予以认定，且甲已经申请了强制执行，但甲的债权并未从乙处获得实际清偿。

然后，甲又再次起诉丙（此时，丙的三年保证期间已过），要求丙承担连带保证责任。但该起诉最终因甲坚持主张，由丙作为债务人而非连带保证人承担债务清偿责任，与法院认

## 合同、准合同

定的甲丙之间存在连带保证合同法律关系不同，而被法院依法驳回起诉。

那么，在本案中，甲能否追究丙的连带保证责任？过了保证期间，甲能否起诉要求丙继续承担连带保证责任呢？我们带着问题来逐一论述相关法律问题。

### 二、连带责任保证的法律含义

#### （一）《民法典》对连带责任保证的法律规定

《民法典》在第 688 条明确规定了“连带责任保证”的法律含义，即当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

而“连带责任”指的是，二人以上依法承担连带责任的，权利人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。连带责任，由法律规定或者当事人约定。

因此，在上述案例当中，乙和丙共同向甲承担连带责任，甲可以向乙丙中的任何一方要求清偿完毕还本付息等约定责任。其中，乙是主债务人，丙是连带责任保证人，甲是债权人。

#### （二）在案例当中，法院认定甲丙之间为保证合同法律关系的主要原因

主要原因在于当事人之间的真实意思表示。该真实意思表示如何判断呢？案件中的证据不可或缺。

其中，上述案例中，不论是从当事人之间的《借款协议》《保证合同》《还款协议》中的约定内容，还是从甲先行起诉要求乙承担主债务清偿责任的生效判决书中法院查明的内容，均表明，甲把丙视作连带保证人，自始至终的债务人只有一个，那就是乙。因此，按照合同中“意思自治”和“真实意思表示”的原则，法院依法审理认定甲丙之间存在的是保证合同法律关系，而非民间借贷法律关系，甲应向丙主张的是连带保证责任而非民间借贷下的债务清偿责任。

因此，甲被驳回起诉并非丧失了再寻求司法救济的可能性，可以另行与乙丙双方或与丙一方协商清偿事宜，或再另行起诉要求丙向甲承担连带保证责任。

### 三、保证期间的法律含义

#### （一）《民法典》对保证期间的含义界定

《民法典》第 692 条已经明确规定了“保证期间”的含义，即保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。债权人与保证人可以约定保证期间。

由于保证期间不发生中止、中断和延长，因此，关于保证期间是否属于除斥期间的问题，理论界和实务界均有不同的观点。但是，最高人民法院对于该问题的司法观点则认为，保证期间是属于除斥期间的，如果债权人并未在保证期间内依法向保证人要求其承担保证责任的，则会产生保证人的保证责任免除这样的法律后果<sup>1</sup>。

#### （二）保证期间会产生的法律效果

<sup>1</sup> 详见《最高人民法院司法观点集成(新编版)·民事卷 III》第 1601 页观点编号 685。

## 合同、准合同

结合本文中的案例，甲丙之间约定的保证期间是三年，自主债务履行期限届满之日起算。在保证期间内，甲曾经向丙主张要求债务的连带清偿责任，且以《保证合同》《还款协议》等书面形式确定下来。但是，甲起诉要求丙承担连带保证责任的时间，是在保证期间届满之后。那么，对于这种情况，甲丙通过书面协议的方式确定两者之间的连带保证责任，是否属于债权人已经在保证期间要求连带保证人承担保证责任的情形呢？能否获得法院的支持呢？会不会产生保证责任消灭的法律后果呢？

对此问题，2021年1月1日生效实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）第31条有相关明确规定“连带责任保证的债权人在保证期间内对保证人提起诉讼或者申请仲裁后，又撤回起诉或者仲裁申请，起诉状副本或者仲裁申请书副本已经送达保证人的，人民法院应当认定债权人已经在保证期间内向保证人行使了权利”。换句话说，连带保证债权人在保证期间通过诉讼形式完成向保证人送达的，可以被法院认定为“债权人已经在保证期间内向保证人行使了权利”，进而得出保证人的连带保证责任不消灭，仍须向债权人承担连带保证责任。

但是，该条款并未明确，债权人没有通过诉讼形式而是通过书面协议确认的形式，在保证期间内向保证人主张连带保证责任承担且保证人予以书面确认的，是否属于已经在保证期间内依法向保证人行使了权利的情形，相关司法解释有待完善。

但笔者认为，案例中的债权人甲在保证期间内通过自行与连带保证人丙、债务人乙三方书面确认连带保证责任的形式，属于债权人已经在保证期间内向保证人行使了权利的情形，保证人的连带保证责任不消灭，债权人甲仍有权利要求丙承担连带保证责任。

### 四、在连带保证中，保证期间和诉讼时效的关系

保证期间的法律规定，旨在督促债权人积极主动地向保证人依法主张和行使自身享有的合法权利，如果保证期间已过，可能债权人会丧失要求保证人承担保证责任的权利。从这一点来看，保证期间和诉讼时效有异曲同工之妙。但是，两者又存在较大的区别。

#### （一）保证期间和诉讼时效的主要区别如下<sup>2</sup>：

1. 保证期间为不变期间，不能中止、中断和延长；诉讼时效是可变期间，可以中止、中断和延长。

2. 保证期间届满，消灭权利本身；诉讼时效届满只是消灭胜诉权，使债权变为无强制力的自然债权。

3. 保证期间自权利成立之时计算；诉讼时效则从权利人能行使请求权之时计算。

而在连带责任保证中，保证期间和诉讼时效却是并存的，甚至是需要同时满足的。

#### （二）在连带责任保证中，债权人实现债权的条件

<sup>2</sup> 参见李大勇（洛阳高新技术产业开发区人民法院）：《保证期间和保证债务的诉讼时效的区别及联系》，访问网址：河南省高级人民法院官网 <http://www.hncourt.gov.cn>。

## 合同、准合同

除非债权人与连带保证人之间，就保证责任承担问题重新达成了新的保证合同，否则，在连带责任保证中，债权人想要通过向保证人主张连带保证责任的方式实现债权的，则须满足以下主要条件：

1. 债权人须拥有合法有效的主债权和保证担保，且保证方式是连带责任保证。

所谓“合法有效的债权”，即是指能够受到法律保护的主债权，赌债、超出法定保护范围的高利贷则不属于法律保护的债权。

同时，债权人还须拥有合法有效的连带保证担保，该连带责任保证合同是主合同的从合同，是为了担保主债权的实现而设立的。

另外，对于债权保证的方式问题，《民法典》也作出了比较大的调整。比如，按照《民法典》第 686 条的规定，“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任”，这与《民法典》实施之前的《担保法》等相关法律规定的默认保证方式是完全相反的，不再就约定不明或没有约定保证方式默认为连带保证方式。因此，需要大家在实务当中重点关注和留意。

同时，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）第 25 条，也对约定不明情况下的保证方式作出了进一步的司法解释，即“当事人在保证合同中约定了保证人在债务人不履行债务或者未偿还债务时即承担保证责任、无条件承担保证责任等类似内容，不具有债务人应当先承担责任的意思表示的，人民法院应当将其认定为连带责任保证”。换句话说，如果当事人忽视了保证方式的约定，人民法院会根据保证合同约定内容来确定当事人的真实意思表示，尽可能维护当事人的意思自治；如果依旧不能作出保证方式的结论，那么按照《民法典》第 686 条的规定，则会按照一般保证方式来承担保证责任。

而一般保证对债权人的主动积极行使权利的要求会相对更高且更严格，比如，债权人必须在保证期间内，先行通过诉讼或仲裁的方式向主债务人主张了债权，经强制执行程序仍未得到清偿的情况下，才能向一般保证人主张保证责任的承担，否则，一般保证人有权通过先诉抗辩权予以拒绝。但存在法定例外情形的除外。

因此，在连带责任保证法律关系中，债权人拥有合法有效的债权且有明确的连带责任保证人，才是主张和实现债权的前提条件。

2. 债权人依法在保证期间内向连带责任保证人行使了权利。

为何要求债权人必须依法在保证期间内向保证人行使权利，主张保证责任的承担，这是由保证期间属于除斥期间的这一属性所决定的。因为，一旦错过保证期间，保证人的保证责任会产生消灭这样的法律后果，因此，债权人必须依法在保证期间内向保证人行使权利，主张保证责任的承担。

至于债权人已经在保证期间内向保证人行使权利的方式问题，已在上文中有所论述，此处不再赘述。

## 合同、准合同

3. 同时，债权人的债权和连带保证债务均没有经过诉讼时效。

在保证期间内，债权人依法向连带责任保证人主张了连带保证责任的承担，那么，自债权人主张之日起开始计算保证债务的诉讼时效。

而只有在诉讼时效内的主债权，且保证债务也在诉讼时效内的，该债权人才有可能从连带责任保证人处获得保证债务的承担，从而主债权得到清偿；一旦经过诉讼时效，那么债权人的债权无法再通过公力救济的方式获得支持，除非保证人自愿清偿债权等。

因此，只有在债权人同时满足上述三个条件的基础上，且若债权仍未获得全部清偿的，才有可能通过启动诉讼程序，来依法要求主债务人或连带责任保证人承担全部债务清偿责任。

## 五、后记

连带责任保证是民间借贷、金融贷款等融资领域广泛存在的债权担保形式。《民法典》除了对连带责任保证作了更加系统的汇编之外，还存在一些比较重要的调整和更新。本文是通过一个司法案例来引出本文的主题，即连带责任保证下的债权实现，使读者更容易了解连带责任保证的相关法律问题及其含义，从而更加具体有效地维护自身的合法权益。如有疏漏或错误，欢迎指正交流。

## 广州某通信设备有限公司与广州某职业学院买卖合同 纠纷案

广东胜伦律师事务所 赖以立、彭赫威

【关键词】 房地产 买卖合同 先履行债务

### 裁判要点

当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。现一方在合同履行时有先履行义务，尚有部分合同义务没有履行完毕，后履行一方有权拒绝其履行要求。

### 相关法条

《中华人民共和国合同法》第六十七条

### 基本案情

2001年9月11日，广州某通信工业公司、广州某学院与本案第三人广州某房地产有限公司签订《某大院土地物业有偿转让合同》（以下简称《转让合同》），后合同双方权利义务分别由本案原告广州某通信设备有限公司（以下简称通信公司）和本案被告广州城市职业学院（以下简称某职业学院）继承。

根据《转让合同》约定，某通信公司将位于某大院内现有建筑物共13栋物业转让给某职业学院，转让补偿费3600万元整，由某职业学院分三期、在每期的付款条件成就后支付转让款。每期的付款条件分别为：第一期，在三方签订合同后，某职业学院支付转让费600万元。第二期，在市政府和国土房管规划部门批准后，某职业学院支付转让费1400万元。第三期，在所有转让手续办妥后，某职业学院支付转让费1200万元，在过户之日起一年半内分两笔各支付200万元。

合同签订后，某通信公司将其中部分物业移交某职业学院管理使用，也将部分物业的产权过户给某职业学院。后因规划所需，双方就某通信公司已过户的A楼拆除问题签订《关于拆除原三层办公楼的协议书》，约定A楼已过户给某职业学院，经规划部门要求，A楼需要拆除以使案涉场地的整体规划能够通过规划部门的验收；某职业学院已装修A楼的装修费、绿化工程费、某职业学院初期投入费、对外承包赔偿费用等，在某职业学院应付的转让费中直



## 合同、准合同

接给予扣除；某职业学院负责房屋拆除，实施绿化工作，某通信公司负责向规划部门申请G楼的一至三层规划验收工作并过户至某职业学院。

其后，某通信公司一直未过户G楼的一至三层，亦未交付H楼的使用权。某职业学院在支付第一、二期款项后，由于付款条件未成就，未支付第三期款项。遂成诉。某通信公司起诉至法院，要求某职业学院：1. 支付第三期转让款 1200 万；2. 支付逾期付款利息。

### 裁判结果

广州市海珠区人民法院在 2016 年 11 月 21 日作出（2016）粤 0105 民初 3111 号民事判决书，驳回某通信公司的全部诉讼请求。某通信公司不服，提起上诉。在二审审理中，防止累讼及兼顾社会利益，各方经协商一致达成调解，由广州市中级人民法院在 2017 年 9 月 22 日作出（2017）粤 01 民终 3063 号民事调解书，同意双方以调解方式结案。

### 裁判理由

一审法院广州市海珠区人民法院认为，原被告双方及第三人签订的《转让合同》是当事人的真实意思表示，内容也没有违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效，当事人应当按照合同约定履行义务。按照合同约定，某通信公司转让的建筑物一共 13 栋，合同约定分三期付款，每一期有相应的付款条件。现某通信公司主张某职业学院支付第三期款项，某通信公司应当按照合同约定将全部的建筑物转让给某职业学院，本案争议的 A 楼、G 楼的一至三层、H 楼均包含在转让物业范围内。现某通信公司尚有部分合同义务没有履行完毕，某通信公司认为自身无法了办理 G 楼的一至三层规划验收和登记是某职业学院的原因导致，但从双方提供的证据显示双方对于 G 楼的一至三层规划验收及产权登记一直存在协商。某通信公司主张《关于拆除原三层办公楼的协议书》最终没有履行的原因在于某职业学院，但某通信公司的主张缺乏依据，法院不予采纳。某通信公司更无法提供将 H 楼移交给某职业学院的证据材料，某通信公司应承担举证不能的不利后果。

广州市中级人民法院在审理过程中从维护社会秩序角度出发主持调解，最终三方自愿达成调解协议，并经法院确认调解结案。

（生效裁判审判人员：广州市中级人民法院闫娜、蔡粤海、曹佑平）

### 案例意义

原告某通信公司在履行合同过程中存在瑕疵，并且某通信公司在本案中提供的证据无法证明原告某通信公司已按照《转让合同》全面履行合同义务和被告某职业学院未履行合同义务，无法证明相应过错方。因此，在原告某通信公司自身履行有瑕疵、原告为先履行方且无法举证证明被告方有过错时，应由先履行方先行履行义务。当原告某通信公司并未全面履行先履行义务，也就是说《转让合同》第三、第四期的付款条件没有成就，原告也无权主张后

## 合同、准合同

履行义务方的被告履行支付款项的义务。

本案经代理人全面寻找原告某通信公司合同履行的瑕疵,充分说明合同付款条件未成就及其原因,使一审法院完全采纳对委托人有利的意见,亦通过一审胜诉增强谈判筹码,最终于二审中取得对委托人有利的结果。

## 如何判断阴阳合同的效力高低？

### ——从一起借款合同纠纷看备案合同效力

国信信扬律师事务所 谢盼

**【关键词】** 民事 抵押担保 合同效力 意思表示

#### 裁判要点

实践中，分析合同效力时应从合同形式、合同内容的合法性、意思表示等方面来分析，而不应受是否备案等非法定因素的影响。在仅从合同形式上无法判断合同效力时，应从条款文义、目的、体系、诚信等方面综合分析以探究当事人真实意思表示，维护交易秩序。

#### 相关法条

《合同法》第一百二十五条

#### 基本案情

签订合同时，若当事人均遵守诚信原则，双方理应持有内容相同的合同原件。但若双方持有的合同原件内容大不相同，而其中一份在行政机关备案、另一份未备案，如何确定当事人的真实意思表示？经备案的合同效力是否更高？现拟通过以下案例进行分析。

A、B是某物业（下称“该物业”）的所有权人，两人委托案外人C出售该物业，C与买家D签订了物业买卖合同，约定D贷款2850万元支付该物业首期款。

2014年7月17日，D与E签订《最高额借款合同》，约定E向D提供2850万元贷款。E出具《声明及承诺书》，同意将借款汇款至C的账户，并不得就借款超过2850万元的差额部分要求抵押物权属人A、B、代理人C承担任何清偿责任。同日，C与E签订《最高额抵押合同》，同意以该物业为D《最高额抵押合同》项下的借款提供担保。

2014年7月22日，C与E一起前往房管局办理抵押登记，并将《最高额借款合同》及《最高额抵押合同》提交房管局备案，E取得他项权证。办理上述抵押登记后，E并没有实际向C放款，C认为双方没有实际履行两份最高额合同，因此提起仲裁要求注销抵押物业的登记，返还房产证原件。E提起仲裁的原因为了解到D出现的财务经营困难，卷入了刑事诉讼，其根据《最高额借款合同》的约定在2014年8月20日发函要求提前终止合同，宣布借款到期，要求其偿还借款本金1100万元及借款费用，并根据《最高额抵押合同》要求A、B

## 合同、准合同

在 2850 万元最高额抵押担保额度内承担抵押担保责任。

2014 年 9 月 30 日，C 前往派出所报案，状告 D、E 诈骗，D 因其他刑事犯罪被羁押在外地，E 没有被采取强制措施。

庭审中，E 提交的两份《最高额借款合同》及《最高额抵押合同》与房管局备案的两份合同内容一致，而 A、B 提交合同与 E 持有的合同内容不一致，主要区别为：第一，E 持有的《最高额借款合同》将 D 在 2012 年 12 月 11 日至 2014 年 4 月 15 日期间的借款 1230 万元纳入最高额借款的范围内，收款账户没有 C 的账户。C 持有的合同中没有 D 以往的债务内容，收款账户为 C 的账户；第二，E 持有的《最高额抵押合同》增加了所抵押的主合同编号及担保债权的发生期间为 2012 年 7 月 1 日至 2014 年 12 月 31 日。C 持有的主合同编号及担保债权发生期间部分均为空白。

庭审中，C 确认两份不同的《最高额抵押合同》均为其本人签署，但其签署时主合同编号及担保债权发生期间部分均为空白。E 也确认两份《最高额抵押合同》均为其本人签署。双方对对方持有的《最高额借款合同》上 D 的签名的真实性存在争议，但公安机关复函显示，合同内的签名均与各当事人的签名笔迹一致。

### 案件分析

本案的关键是对两份《最高额借款合同》及《最高额抵押合同》的认定及处理，若以 C 持有的合同为准，则 A、B 无需为 D 的债务承担担保责任；若以 E 持有的合同（备案版本）为准，则 A、B 应当为 D 一千多万元债务承担担保责任。不同的认定，结果截然不同。故，在签名均为真实的情况下，C 和 E 分别持有的合同哪一份效力更高？结合案情分析如下：

#### 一、备案与否不影响涉案《最高额借款合同》、《最高额抵押合同》的生效。

##### （一）关于合同生效的法律规定

关于合同生效的条件，我国《合同法》第四十四条规定，依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

##### （二）备案与否不影响合同的生效

合同备案是行政机构对合同监督管理的行政职能体现，备案与合同的效力是二个不同的概念，对于双方协商一致签订的合同，只要内容不违反法律、行政法规强制性规定，合同一经订立即发生法律效力。因此，备案与否，不影响合同是否生效。

（三）批准、登记与否对特定类型合同的生效有影响，但对借款合同、抵押合同的生效无影响

## 合同、准合同

批准、登记与备案不一样，若法律、行政法规明确规定合同必须经过批准、登记才生效的，则必须履行批准、登记的手续，否则，订立的合同成立但不生效。

一般而言，出于保护契约自由、鼓励交易的考虑，法律、行政法规明确规定须经批准、登记才生效的合同较少，在我国现行法律体系中，仅中外合资经营企业合作合同<sup>1</sup>、中外合作经营企业合作合同<sup>2</sup>等合同需经批准后生效，而其他大部分合同（包括抵押合同、民间借贷合同）无需经批准，成立即生效。

**二、备案与否，不影响涉案《最高额借款合同》、《最高额抵押合同》的效力高低，判断合同效力应从法律规定出发。**

判断合同的效力应当从合同内容是否违反法律法规、合同的形式要件是否齐备、合同是否为双方当事人的真实意思表示来判断，与是否备案无关。在本案中：

（一）关于合同的内容是否违反法律法规。

案涉多份合同内容没有违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。

（二）关于合同是否满足形式要件。

1、案涉合同的签名均为当事人真实签署。

本案中的两份《最高额抵押合同》，签订双方皆对其签名的真实性无异议，仅对内容有异议；两份《最高额借款合同》，虽然A、B、D否认E提交的版本（备案版本）中D签名的真实性，但经公安机关提供的复函显示，该两份合同中D的签字笔迹与本人一致。可见，本案在签章形式上没有瑕疵。

2、案涉合同不存在替换部分页面的情形。

本案中，经过备案的《最高额借款合同》虽然无骑缝章，但该合同与A、B提供的《最高额借款合同》首页、签署页的内容、格式完全不一致，基本不存在E通过替换合同内页故意误导C签订备案合同的可能性。

因此案涉合同在形式上没有瑕疵。

（三）关于合同内容是否为双方的真实意思表示。

1、理论上关于意思表示的解释规则。

意思表示是当事人将欲发生法律效果的意愿传达给另一方的行为。意思表示解释因素主

<sup>1</sup> 《中华人民共和国中外合资经营企业法人实施条例》第十四条：合营企业协议、合同和章程经审批机构批准后生效，其修改时同。

<sup>2</sup> 《中华人民共和国中外合作经营企业法人实施细则》第十一条：合作企业协议、合同、章程自审查批准机关颁发批准证书之日起生效。在合作期限内，合作企业协议、合同、章程有重大变更的，须经审查批准机关批准。

## 合同、准合同

要包括：文义因素、体系因素、目的因素、惯例因素、诚实信用<sup>3</sup>。

文义因素即对文字表述作字面解释，此处“文义”不是日常用语中的含义，而是法律意义。合同语言中难免出现文义与真实意思表示不一致的情况，对于该种不一致如何解释，朱庆育先生认为“意思表示表达的是当事人的意志，当文义解释结果与当事人意志不符时，应舍文义而取目的。”<sup>4</sup>我国《合同法》第125条第2款中“各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释”，也是对目的解释的表述。

### 2、本案中当事人真实意思表示的解释。

案涉合同仅从条款来看，没有造成文义上的理解分歧，但双方对真实签署的合同内容各执一词，即产生了合同内容与真实意思表示不一致的情形，此时应通过对整个交易过程的分析，来探析当事人签订合同的目的是，以对案件处理进行综合判断。

第一，从A、B为D担保的数额刚好为该物业首期款可知，A、B提供担保的目的是促成D购买该物业，E持有的《最高额抵押合同》不是双方的真实意思表示，A、B无意对签订《最高额抵押合同》之前D产生的借款承担担保责任。

第二，《声明及承诺书》中载明的内容，与A、B主张借款用于支付物业首期款相互印证，表明担保债务指向物业首期款。

《声明及承诺书》中载明，借款金额为3500万元，其中2850万元由A、B提供担保。但实际上，E提供的《抵押物价值协议》载明，抵押物作价3000万。这很难解释为何E不要求A、B提供3000万的足额抵押，而仅仅是提供2850万的抵押。而该2850万的抵押价值，恰恰与A、B出售物业的首期款吻合，可见该2850万的抵押价值是有指向性、目的性，而不应当包括D在签订涉案借款合同之前的其他借款。

第三，E提供的《声明及承诺书》与其陈述相互矛盾，也可印证担保范围不包括D之前产生的借款。

E提供的《声明及承诺书》称“根据D于2014年7月15日出具的《划款委托书》内容，（详见附件②），本人同意按照上述《最高额借款合同》及《划款委托书》的约定，将借款金额划至以下指定帐户（户名：C，开户行……），账号……”。A、B提供了D签名的《划款委托书》，载明“现本人授权将该贷款中人民币贰仟捌佰伍拾万元划账至如下账户：户名：C……”。庭审中，E无法提交该《划款委托书》，且多次否认其收到划款委托书，明显与其出具的《声明与承诺书》的内容相互矛盾。

<sup>3</sup>朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社，2013，第222-225页。

<sup>4</sup>朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社，2013，第223页。

## 合同、准合同

虽然 E 认为，即使 A、B 提交的《划款委托书》为真，也与已经备案的《最高额借款合同》的内容没有矛盾。但实际上，若该《划款委托书》为真，那么根据 E 提供的《最高额借款合同》，2850 万元的借款额度在合同签订时即已使用 1000 余万元，现《划款委托书》请求划款 2850 万元的要求明显超出了剩余的借款额度，内容明显有矛盾。

第四，本案存在两份内容不同的《最高额借款合同》，D、E 已因涉嫌合伙诈骗 A、B 被公安机关立案侦查，D、E 的行为是否构成诈骗罪也对认定本案当事人的真实意思表示有重大意义。

### 结论

本案中，A、B 提供了足够证据，证明其真实意思表示仅限于与该物业的买卖相关的部分，故对与此无关的借款不承担担保责任。实践中，分析合同效力时应从合同形式、合同内容的合法性、意思表示等方面来分析，而不应受是否备案等非法定因素的影响。在仅从合同形式上无法判断合同效力时，应从条款文义、目的、体系、诚信等方面综合分析以探究当事人真实意思表示，维护交易秩序。

## 邓昌某诉杨某合同纠纷案

广东品杰律师事务所 张小伟

### 一、当事人和代理人基本情况及案由

原告：邓某

委托代理人：张小伟、资辉宇，均为广东品杰律师事务所律师

被告：杨某

案由：合同纠纷

### 二、案情介绍

被告杨某称其系 B 金属材料有限公司（以下简称“B 公司”）的实际控制人，可以将 B 金属材料有限公司在 T 投资有限公司（以下简称“T 公司”）的股份转让给原告，并为原告办理 T 公司股东变更，原告将 T 项目投资款分别于 2013 年 1 月 20 日支付给被告 1500 万元整，于 2013 年 5 月 3 日支付给被告 343200 元整，于 2013 年 8 月 15 日支付给被告 933000 元整，于 2013 年 11 月 7 日支付给被告 300000 元整，以上共投资 16606200 元。原告多次催促被告办理股东变更，但被告擅自将 B 公司在 T 公司的股份转让给案外人 Y，导致股权变更无法办理。

基于以上原因，原被告双方经口头协商后，达成一致意见：由被告将已收到的 16606200 元投资款及利息返还给原告。之后原告多次催促被告返还上述款项，而被告也在 2017 年 11 月 8 日前返还原告共 950 万元，之后一直未再归还原告剩余的 7106200 元。原告向被告支付的款项为股权款，但被告所控制的股权已经转让给第三人，该股权转让无法实现，双方同意由被告现原告退回款项，双方的意图已经变成了单纯的返还款项关系，且被告已经履行了部分义务，但未能全部履行。

### 三、本案争议焦点

争议焦点一，原被告之间形成何种法律关系；争议焦点二，被告应否返还原告款项。

### 四、双方意见

#### （一）原告方的主要意见

1、原告向被告转款 16606200 是用于购买 D 项目的股权。这一点庭审中原被告均予以确

## 合同、准合同

认。且在被告签署的收据中也明确载明该事项同时约定了比例份额。

2、被告与案外人 Y 进行股权交易，原告并不知情，也没有参与。首先从时间表可以看出，被告与 Y 的转让行为发生在开始退款以后，那么实际上在转让股权之前，双方已经达成了退款的共同认识。甚至在转让合同后，被告仍在继续还款。所以被告与 Y 的交易并不与被告向原告还款有任何的法律和因果关系。其次 Y 在笔录中也承认，其与被告签订合同时，原告不在场。除此之外也没有任何的证据证明原告跟杨某、Y 签订的合同有任何关系。

3、不论是当初双方协议退款。还是基于现状，被告已将股权转让给 Y。被告已无法继续履行 16606200 元相对应的股权转让义务。所以按照约定或是无法履行的现实，被告都应将款项返还。

4、被告已否认了 9500000 是退还投资款的事实，认为退还的 9500000 元的款项是借款。但从被告发送的欠款清单中，载明的转款是转还。更重要的是剩余款项用的是现欠字样。如果是借款，那么借据等债权凭证在何处？被告的理由均是“口头约定”。因为其阐述的根本不符合事实。

5、本案重要的一项证据：原被告微信聊天记录。根据上文陈述，在原告不断的催促下，被告不断带领原告去找寻被告的债务人要求还款，用以偿还原告。其中就包括案外人 Y。在此期间，被告为了证明偿还能力。将其与 Y 的协议发送给原告，但又未偿还。原告一气之下将被告删除。后因被告又陆续还款。被告又加回微信向原告发送书面核算表格与原告确认投资及还款金额。结合后文聊天的内容可以确定是被告正在履行还款义务，而不是被告所主张的借款。

### （二）被告方的主要意见

被告将原告通过 B 公司参与 T 公司经营的合伙投资款项以借款的方式退还给原告。950 万元是原告向被告借款与原告应收回转让其股份给 Y 的部分款项的总和。被告至今没有欠原告任何款项。

当原告知道被告使用 B 公司的名义于 2012 年 11 月与他人共同投资开办 T 公司时，原告强烈要求通过被告参与 T 公司的经营。后经被告与原告双方口头协商，双方达成以 B 公司在 T 公司所占股份 20%为限，B 公司在 T 公司的参与开发资金总额以被告占 70%、原告占 30%的比例，由被告与原告共同按比例承担资金投入，享受利润和承担亏损，原告不在工商局成为 B 公司和 T 公司的注册股东的条款。双方口头约定，按比例通过 B 公司参与 T 公司的经营。但原告出资 16606200 元后，原告称自己经营困难，很难继续投钱 T 公司，最后双方商定以

## 合同、准合同

双方的实际投入计算出出资比例并按此比例共负盈亏。

在资金困难的情况下，原告向被告提出以其在 T 公司的投资及未来的收益作抵押向被告借款 700 万元，后经双方口头商定，被告同意借款 700 万元给原告，如到时有收益先行扣回，超出 700 万元部分退回给原告。由于双方是朋友并有抵押，双方没有商定借款期限和借款利率（被告于 2015 年 1 月和 2 月共向原告借出款项 700 万元）。2016 年 8 月份，T 公司经营业绩不太理想，被告与原告经协商决定将两人通过 B 公司在 T 公司的投资以原始投入资金为基数出售。最后被告与原告决定将两人通过 B 公司持有 T 公司的 20% 股份以原始投入的 76990400 元转让给 Y，收回款项按比例各自取回，未收回的款项共同向 Y 追回后分配，但先扣除原告所借款项后由被告按比例退给原告。

之后，Y 在 2017 年 10 月前共支付 2150 万元，但按被告与原告的口头约定，原告应收回的 4637356.50 元被扣除部分借款后尚欠被告的借款 2362643.50 元。2017 年 11 月，原告用其余下但未收回的投资作抵押继续向被告借款，被告同意并于 2017 年 11 月 8 日借出 100 万元给原告，同样没有约定具体的借款期限、借款利率。Y 在 2017 年 12 月至 2019 年 4 月共支付 800 万元，但依被告与原告的口头约定，原告应收回的 1725528 元用于扣抵其向被告的部分借款。2019 年 1 月 22 日，原告以没钱过年为由向被告借款 100 万元，2019 年 6 月 22 日原告以发工资为由向被告借款 50 万元。至此，原告向被告借款 950 万元，扣除原告应取回的通过 B 公司投入 T 公司的款项 6362884.50 元，原告至今尚欠被告 3137115.5 元。

## 五、裁判结果

依照《中华人民共和国合同法》第六十条、第六十二条第四项的规定，判决如下：

- 一、杨某于本判决发生法律效力之日起十日内返还 7106200 元予邓某；
- 二、驳回原告杨某等其他诉讼请求。

## 六、裁判理由

### （一）法院对本案事实的认定

对双方当事人无异议的事实予以确认。

另查明一，2013 年 1 月 20 日，被告出具收据，确认收到原告投资 D 项目 1500 万元的投资款，约占总投资的 31.1%，之后，原告又转款 1606200 元予被告。2019 年 1 月 18 日，被告通过微信向原告发送手写便条，确认原告“T 公司”总投资款 16606200 元，2015 年 1 月 15 日、21 日、2 月 6 日分别转还 200 万元、300 万元、200 万元，2017 年 11 月 8 日转还 100 万元，欠 8606200 元。2019 年 1 月 22 日、6 月 22 日，被告分别转款 100 万元、50 万元予

## 合同、准合同

原告并将转账凭证图片通过微信发给原告。

另查明二，B公司原为自然人投资或控股公司，股东为A、K，2019年9月30日，B公司变更为自然人独资有限责任公司，股东L。B公司为T公司股东之一，占20%股份，Y为T公司法定代表人，杨某为T公司董事。

另查明三，2012年8月15日至2014年1月8日间，杨某等人以B公司名义向T公司投入74490400元，T公司出具收款收据予以确认（收据上注明为借款）。

### （二）法院对案件主要争议焦点的认定

1、关于争议焦点一，原、被告之间形成何种法律关系。

经审查，分述如下：1. 原告主张其通过投资获取B公司的31%股份即T公司的6.2%股份，原告投入后，被告不肯签合同，也不肯办理股权变更手续，被告主张原告想通过被告加入T公司成为股东或入股B公司间接加入T公司，被告和T公司、B公司的另一股东不同意，双方对上述主张均未提供证据，本院不予认定；2. 被告主张原、被告口头约定由原告给钱被告，被告通过B公司再投资进T公司，该主张与被告出具的收据与被告发给原告的便条等证据印证。原告与被告就被告借用B公司名义投资达成口头协议，双方形成的是合同关系；3. 原告主张双方之间形成的是合伙关系，根据《中华人民共和国民法通则》第三十条“个人合伙是指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动”规定，原、被告并没有成立独立的合伙体，亦没有共同经营，原告主张其投入款项是为了获取B公司的31%股份即T公司的6.2%股份，即使该事实是真实存在的，双方形成的也不是合伙关系。因此，原告以合伙协议纠纷主张本案权利理由不充分，本院不予支持。

2、关于争议焦点二，被告应否返还原告款项。

经审查，分述如下：①原、被告未签订书面合同，本案无法通过合同确定投资期限、营利分配和亏损承担等；②根据被告于2019年1月18日通过微信向原告发送的手写便条的内容反映，被告确认收取原告投资款和归还部分款项，并确认欠原告的款项数额，据此反映，关于原告的投资，被告已经同意返还投资本金；③被告主张返还投资本金是附带条件的，只有在Y履行《股权转让协议》，支付全部款项的情况下，被告才返还原告余下的投资本金，但未提供相关证据证明。被告称其与Y签订《股权转让协议》时，原告亦在场，经本院对Y进行询问，Y确认原告当时并不在场。经核，《股权转让协议》于2016年12月签订，被告已经在协议签订前返还了三笔共700万元投资本金予原告，据此反映，被告返还原告投资本金并不以上述协议履行情况作为条件，被告称其支付给原告的款项均为借款，但未提供证据

## 合同、准合同

证明；④原、被告对投资款的返还并未约定期限，根据《中华人民共和国合同法》第六十二条“当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：”第四项“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。”规定，原告可以随时要求被告返还，但应给予必要时间。

综上，被告应返还余下的投资款本金 7106200 元予原告，本院对原告上述请求予以支持，对被告相关答辩意见不予采纳。

## 七、案例评析

本案中主要涉及了法律关系的认定等焦点问题，法律关系的认定主要目的在于解决主体之间争议的权利义务以及法律适用问题。

本案中，原被告双方之间的从开始股权转让到最终的退款等民事法律行为，均是以口头协议的方式作出。依据《中华人民共和国民法总则》第五十六条规定：民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。口头协议属于不要式合同，是指当事人以语言为意思表示、而不用文字表达合同内容的合同形式。口头合同虽然简便易行，但其不足之处在于发生合同纠纷时难以取证，当事人孰是孰非很难划分。

本案原被告双方的民事法律行为均是以口头协议的方式作出及履行的，为了真实还原争议双方的最初意思表示，作为原告的代理律师，在一开始为当事人拟定诉讼方案时就双方的法律关系问题、款项返还依据以及无书面合同可能带来的风险问题充分和委托人进行沟通，达成了求稳的保守诉讼策略，并整理及提供了原被告双方之间的资金往来流水及聊天记录、收据等大量的相关证据来予以辅助厘清原被告之间的法律关系，有效地排除了被告的抗辩干扰，以稳中求进的方式逐步达成了委托人的诉讼目的，较好地维护了委托人的合法权益最大化。

## 借贷不予支持，能否再主张不当得利？

广东杰海律师事务所 彭磊

**案情简介：**黄某1与黄某2是兄弟。黄某2在2009年出借了120万给张某，利息为月利率2%，张某出具了相应借条。因张某未能按期还本付息，黄某2在2015年向广州某法院起诉张某还款。张某在庭审中抗辩其已还清本息，还款记录包括案外人徐某在2014年向黄某2的弟弟黄某1转账的100万元。庭审中，黄某1被法庭传唤到庭接受询问，黄某1认可徐某的转账实际是受张某的指示，但是否认该100万是代其兄黄某2收取的张某的还款，称该100万是张某支付给黄某1的货款。最终，该案经过再审查回重审后于2019年判决，认为张某未能证明100万系对黄某2的还款，判决张某仍需对黄某2承担还款义务。判后，张某于2020年3月另案起诉黄某1，认为徐某受张某指示向黄某1转账的100万元，因法院不认定是对黄某2的还款，故黄某1取得该100万没有法律根据，是不当得利，应当予以返还。

**注：**案情中当事人名称均为化名，为简要明晰争议焦点，案情有删减、改编。

**首先，关于本案诉讼时效是否经过的问题。**

根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定(2020修正)》第六条“返还不当得利请求权的诉讼时效期间，从当事人一方知道或者应当知道不当得利事实及对方当事人之日起计算”的规定，我们应该分析原告张某何时“知道或者应当知道不当得利事实”。本案中存在三个关键时间节点：1. 张某指示徐某将该笔100万分次转给黄某1时，即2014年；2. 在张某与黄某2的案件中，黄某1以及黄某2明确否认该笔100万是对黄某2的还款时，即2015年；3. 张某与黄某2的民间借贷纠纷判决生效之时，即2019年。我们更为支持在第3个时间节点之时，张某应当知道不当得利事实，不当得利请求权的诉讼时效开始起算。理由是在前两个时间节点之时，张某深信该笔款项是对黄某2的还款，其对该笔款项没有任何请求权。只有当第3个时间节点之时，法院生效判决认定该笔款项不构成在民间借贷纠纷里的还款，其才得知不当得利的事实。

**延伸：**本案关于诉讼时效的起算其实正是我国采用以主观标准判断诉讼时效起算的例

## 》》 合同、准合同

子。主观标准，即从权利人知道或应当知道其权利受到侵害时开始起算；与之相对应的是客观标准，即从救济权发生或可得行使之时起算。客观标准不受权利人知与不知的影响，有利于实践诉讼时效制度维护交易安全的规范目的。如使用客观标准起算诉讼时效，则意味着从救济权发生或可得行使之时起算，具体到本案，即为转账事实发生时，但此时权利人还不知道其权利遭受到了侵害，故缺乏一定的合理性。而主观起算标准则不仅考虑到权利行使无法律上的障碍，还顾及权利人主张权利在事实上是否可能，因此有利于权利人的保护。但因为使义务人的法律地位系于权利人的主观情况，也存在着削弱时效制度功能的危险。如权利人经过数十年都未意识到自己权利受到侵害，诉讼时效过分延迟启动，可能影响制度的稳定和宗旨，也不利于纠纷的及时解决。因此我国的诉讼时效系采用以主观起算点与较短时效期间相配合来确定诉讼时效起算时点。即，普通诉讼时效为3年，最长不超过20年，有特殊情况，人民法院可根据申请决定延长。

### 其次，关于举证责任应当如何分配的问题。

《民法典》合同编第二十九章规定了不当得利返还请求权的发生规范，即“得利人没有法律根据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益”。具体到本案，成立不当得利的三个构成要件事实为：1. “黄某1获利”、2. “张某遭受损失”、3. “黄某1获利与张某受损有因果关系且无法律上的原因”。纵观本案的证据，原告张某已举证黄某1收到该笔100万元，且黄某1予以认可，因此前两项构成要件事实已由原告张某举证完毕。关键在于第3个要件事实应当由何方进行举证。尤其本案中虽被告黄某1称其与张某存在买卖合同关系，但因是五六年前的买卖，且其与张某进行的是冷冻制品买卖，当年有一些打擦边球的做法，所以双方在交易中几乎没有保留任何交易凭证，包括合同、对账单、送货单等等，甚至没有关于交易的任何聊天记录。故第3个要件事实的举证责任分配至关重要。而我们认为，第3个要件事实的举证责任应该分配给原告张某。第一，民诉法解释第九十一条第一项明确规定“主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任”，原告张某应当对不当得利事实承担举证责任。第二，“没有法律根据”是一个消极事实，而依据待证事实分类说，主张消极事实的人不负举证责任，消极事实应由否认其存在的一方来证明。但实际上并非一概而论。尤其是在给付型不当得利中，本案被告黄某1仅是给付行为的被动受领者，而原告张某才是导致财产发生变动的控制者，从证据距离来看，应认定原告张某更有能力对财产转移行为作出解释，对“无合法根据”这一要件事实进行举

证。

本案中，张某已举证其与黄某 2 的民间借贷纠纷生效判决书等相关证据，拟证明因法院判决该笔 100 万不属于对黄某 2 的还款，故黄某 1 取得该 100 万没有法律根据。张某的证据是否足够证明其主张呢？我们认为不足以证明。张某一直明确表明，其认为这 100 万是对黄某 2 的还款，只因法院未予支持，所以转为主张不当得利。由此可见，张某向黄某 1 转款并非欠缺法律上的原因。且民间借贷案件中，生效民事判决虽认定该 100 万不属于对黄某 2 的还款，但对于张某与黄某 1 之间就涉案款项是否存在其他基础法律关系，并未予审查认定。张某只能以其所主张的基础法律关系作为其要求黄某 1 返还款项的请求权基础。不能因其主张的基础法律关系没有得到法院支持，就认为根本没有任何法律原因。其次，本案中黄某 1 还举证其本人的银行流水，显示黄某 1 除了收到该笔 100 万之外，还与张某、张某的配偶、张某指示转账的徐某都有款项往来记录，可以证明黄某 1 与张某之间肯定是有某种法律原因，不管该种法律原因为何，张某与黄某 1 之间都不可能是不当得利的法律关系。不当得利作为独立的法律制度，具有严格的构成要件及适用范围，不能作为当事人在其他具体民事法律关系中缺少证据时的请求权基础。

**后记：**以上观点在广州市的司法判例中并不少见，遗憾的是审理本案的市外法院并未采纳，依旧认为张某已完成举证，但黄某 1 对其抗辩并未完全举证。从维护交易秩序的角度来讲，该案所起到的示范作用难免令人担忧，也对交易当事人在交易过程的证据意识提了更高的要求。

## 广州法院合同撤销案例评析

广东格林律师事务所 刘子杰

谢某与某服装公司特许经营合同纠纷

一审案号：（2018）粤 0111 民初 6640 号

二审案号：（2019）粤 73 民终 2781 号

案由：特许经营合同纠纷

原告：谢某

被告：某服装公司

### 一、基本案情

原告谢某与被告某服装公司在 2017 年 9 月 30 日签订案涉《协议》，约定双方共同合作投资经营。《协议》载明：被告某公司是“DONWOR”商标在中国大陆的合法版权持有人，原告谢某依协议享有特许单店股东的权利义务，只限单店权利，特许联营权是指被告某服装公司授予本协议约定的特定期限和区域内，授权原告谢某与原告某服装公司共同联营。协议还对有效期、经营区域、经营商品与经营方式做了相应的约定。其中，有效期限为 2 年；销售区域为广东省广州市；经营商品为“DONWOR”图形商标及其组合商标的被告某服装公司系列服饰，被告某公司为经营商品的唯一供应商，原告谢某不得擅自从其他途径生产、加工、收购产品，标以“DONWOR”商标出售，亦不得擅自对上述经营场所搭卖其它品牌的商品；经营方式为原告谢某接受被告某服装公司对市场的监督、管理，实行区域专卖合作，自联合营、共同承担盈亏，原告谢某不享有向第三方出售或转让“DONWOR”品牌服饰及特许专卖权的权利；经营性质特许联营商，经营货品属零售经销。另外，合同还约定由原告谢某向被告某服装公司支付保证金、运营资金、货品周转资金、装修软硬装与货架款、进口面料色卡押金、联营设备费以及单店租金押金合计人民币 40 万元。

合同签订后，原告谢某于 2017 年 10 月 2 日、10 月 13 日、10 月 20 日分别向被告某服装公司的法定代表人陈某转账支付 30 万元、4 万元、6 万元，合计 40 万元。

另经法院查明，被告某服装公司曾在 2016 年 12 月 22 日申请注册“DONWOR”商标，庭

## 合同、准合同

审时，该商标状态为无效

原告谢某因与某服装公司因无法协商解决，故原告谢某以某服装公司在签订案涉合同时故意隐瞒、虚构事实，存在欺诈为由，诉至广州市白云区人民法院，诉请撤销双方签订的案涉合同，并要求被告某服装公司返还保证金、运营资金、货品周转资金、装修软硬装与货架款、进口面料色卡押金、联营设备费以及单店租金押金合计人民币 40 万元与赔偿损失 2 万元。

### 二、裁判要旨

法院认为，原、被告的涉案合同中明确载明被告某服装公司为“DONWOR”商标在中国的合法版权持有人，但该商标的登记信息显示被告仅曾于 2016 年 12 月 22 日申请注册“DONWOR”商标，并未审核通过，该商标登记状态为无效，被告亦未能提供其他证据证实其是该商标的合法版权持有人，则被告在签订案涉协议中所称其为“DONWOR”商标合法版权人的事实明显属于虚假陈述，其行为已构成欺诈，而上述事实对原告决定是否与被告签订案涉合同有重大影响，足以使原告陷入错误的认识中，并使得原告在违背自身真实意思的情况下签订案涉合同，依照《中华人民共和国合同法》第五十四条第二款的规定，现原告请求撤销案涉合同符合法律规定，法院予以支持。

另，根据《中华人民共和国合同法》第五十八条的规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，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因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。本案中，如前所述，原告依案涉合同支付的保证金、运营资金、货品周转资金、装修软硬装与货架款、进口面料色卡押金、联营设备费以及单店租金押金合计人民币 40 万元，被告应当返还原告同时支付上述资金的利息损失。对于原告在 2018 年 3 月 9 日按照被告要求向被告转账支付的 2 万元，被告也应当返还原告。

一审判决后，被告不服一审判决结果，向广州市知识产权法院提起上诉。后因上诉人（一审被告）未缴纳上诉费用，亦未提出缓减免交费用的司法救助申请，故广州市知识产权法院裁定本案按上诉人某服装公司自动撤回上诉处理。

### 三、法律评析

1、本案第一个焦点问题在于案涉合同的定性。在诉求为撤销合同的案件中，不同性质的合同可适用不同的法律依据。本案案涉合同从形式上看，条文设置比较符合特许经营合同的外部特性。存在商标授权使用、商标使用地域限制、商品进货渠道限制、经营过程监督等

## 合同、准合同

特许经营合同惯用条款。一不小心，很容易会使人误以为本案案涉合同的性质为特许经营合同。

根据《商业特许经营管理条例》第三条第一款规定，商业特许经营是指用注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业，以合同形式将其拥有的经营资源许可其他经营者使用，被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营，并向特许人支付特许经营费用的经营活动。特许经营的一个主要特征是由被特许人向特许方支付费用，接受特许方指导和监督，但特许方不参与具体的经营事务，经营的过程中由被许可人自负盈亏。

但本案中，案涉合同约定了各自的出资比例以及共同承担盈亏。实际上，案涉店铺主要有被告某服装公司的法定代表人负责经营。因此，本案无论是从合同条文规定的各方权利义务来看，还是从实际经营过程角度来看，均不符合特许经营活动的法定情形。因此，本案案涉合同只能定性为一般的合伙协议。

在案涉合同定性为合伙协议后，就只能依据《中华人民共和国合同法》第五十四条的规定，审查是否符合属于可撤销的情形，而不能适用《商业特许经营管理条例》关于特许经营合同可撤销情形的相关规定。

2、本案的第二个焦点问题是被告某服装公司在案涉合同签订过程中是否存在欺诈行为以及欺诈的行为是否足导致合同可撤销。

根据《中华人民共和国合同法》第五十四条第三款关于一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销，最高人民法院印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》的通知第68条关于一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为之规定，本案被告为能与原告签订本案涉案合同，向原告虚构其为“DONWOR”商标权利人，使得原告陷入错误认识，误以为被告拥有“DONWOR”商标权。被告是否拥有“DONWOR”商标是原告衡量被告是否盈利能力重要因素，也是影响原告是否与被告签订涉案合同，建立合作关系，共同开设涉案店铺的重要因素，对原告是否与被告签订涉案合同具有重大影响。因此本案中，被告的欺诈行为足以使得案涉合同被撤销。

## 以“重大误解”为由起诉巧取购房定金

广东南方福瑞德律师事务所 吴骏

### 一、案件介绍

2016年8月25日，甲与乙、中介公司签订《房屋买卖合同》，约定甲、乙经中介方提供独家的中介服务就买卖某物业达成一致协议，约定成交价为1280000元，甲应于签订合同时支付100000元作为定金，首期楼价款（含定金）680000元于甲乙双方在银行出具同意贷款通知书或相关意向回复后五个工作日内到税务部门完税及到房地产交易中心交易递件过户并取得受理回执当天付清，楼价余款甲乙双方同意按公积金贷款付款方式交付。2016年8月26日，甲向乙支付定金100000元。

后来，甲在咨询办理公积金贷款手续时被告知，案涉房屋建设于1979年，截止到2016年，楼龄已达37年。根据当时广州市对二手房公积金贷款的相关规定，二手房贷款期限不得超过20年，且贷款期限与楼龄之和不得超过40年，也就是说，当时案涉房屋只能办理最长期限为3年的公积金贷款。

甲认为，在签订《房屋买卖合同》时，乙和中介公司并未出示案涉房屋的查册文件，甲对房屋楼龄存在错误的认知。现案涉房屋由于真实楼龄过高，导致甲公积金贷款期限缩短，还款压力剧增，这与三方签订合同时的合意不符。因此，甲希望解除《房屋买卖合同》，取回购房定金。甲与乙、中介公司经过长期的沟通协商未果后，委托本律师全权处理此事。

本律师接受委托后，进行了一系列的调查、取证。2017年8月25日，本律师以甲与乙、中介公司签订《房屋买卖合同》存在重大误解为由，起诉至法院，请求法院撤销合同，返还甲购房定金100000元及资金占用期间利息损失。

## 合同、准合同

诉讼期间，乙提起了反诉，要求法院判决乙没收甲支付的定金 100000 元。乙认为甲未按照合同约定，在签署合同后 7 天内签署银行按揭文件并提交全部贷款所需资料及支付贷款所需费用，已经严重违反合同约定，应依法承担违约责任，甲无权要求返还购房定金。

本案一审判决撤销合同，由乙向甲返还购房定金及应得利息损失，驳回乙的反诉请求。乙随后对返还购房定金部分提起上诉，认为一审判决事实认定错误，乙不存在虚假陈述或者故意隐瞒，甲、乙双方对合同条款也不存在重大误解，合同合法有效，甲违反合同约定，二审应撤销乙向甲返还购房定金部分的判决，改判乙没收甲全部购房定金。

二审审理期间，本律师向法官提出抗辩意见认为，由于乙仅对返还购房定金部分提起上诉，要求撤销该部分判决，那么一审判决中其他判项已过上诉期，均应为生效状态，此时甲、乙、中介公司之间的买卖合同已经被撤销，合同被撤销后合同的效力归于无效状态，也就无所谓违约的情形了，即甲方不可能存在违约的情形了，法院也不应支持乙没收甲全部购房定金。

二审法院认为房屋楼龄即建筑时间不仅关系到房屋的实际使用年限，也对房屋的市场交易价值、抵押贷款年限等存在重大影响，属于房屋买卖合同中标的质量的重要信息，对房屋楼龄的错误认识属于重大误解。中介公司在签订《房屋买卖合同》前未对房屋进行查册，未将房屋权属、使用年限等基础信息以书面形式告知买受人甲，导致甲在签订合同时对案涉房屋的实际楼龄和办理公积金贷款年限等重要事项存在错误认识。因此，案涉房屋买卖合同符合《中华人民共和国合同法》第五十四条规定的因重大误解而订立的情形，如合同继续履行，将对甲所享有的权利和承担的义务造成重要影响，甲可以行使撤销权。

另一方面，根据《中华人民共和国合同法》第五十八条，合同被撤销后，因该合同取得的财产，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因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。本案中甲未主动对案涉房屋进行查册或要求提供房屋查册信息，乙亦未主动告知房屋的重要信息，未尽到应有的审慎和诚信义务，均有一定过失。但双方委托专业的中介机构进行交易，中介机构未尽到应有的忠实勤勉义务，是造成甲产生重大误解及合同撤销的主要原因，应由中介公司承担相应的法律责任。因此，乙应向甲返还购房定金 100000 元及相应合理的利息，由中介公司承担案件受理费。

据此，二审法院驳回上诉，维持原判。

## 二、案件亮点

### （一）起诉分析

不同的起诉方式可能导致不同的判决结果。为实现帮甲取回购房定金的目标，只能从甲与乙、中介公司签订的《房屋买卖合同》入手，本律师将可能存在的几种起诉路径逐一进行分析。

#### 1. 起诉乙违约

乙作为卖方，应在签订房屋买卖合同前，向甲详尽告知案涉房屋的基本信息，使甲对标的的质量有清楚、正确的认知。现乙未履行先合同义务，违反了诚信原则，可以此起诉乙，要求乙赔偿因违约导致的损失。

但是，此种起诉方式存在一定的风险。首先，在签订房屋买卖合同时，甲亦存在相应过错，甲未主动对案涉房屋进行查册或要求提供房屋查册信息，乙的过错有限；其次，乙方已将房屋独家委托给专业的中介机构，在本次交易中，更大的过错方是中介公司，乙的过错相对轻微；最后，乙的行为并未导致根本违约，即使甲可以取回购房定金，《房屋买卖合同》尚未解除，后续的事情仍然得不到解决。

因此，此种起诉路径无法实现既定目标。

#### 2. 起诉中介公司违约

中介公司在本次促成交易的过程中，仅收取了少量的佣金，根据本律师检索的相关案例显示，违约赔偿损失一般以违约方实际获取的收益为限，且此时乙并未明示将没收甲的购房定金，甲的损失并未实际产生。因此，即使法院判决中介公司赔偿违约损失，也不足以填平甲在本次交易中的实际损失，此种起诉路径也不可取。

#### 3. 以重大误解为由请求撤销合同

实务中，要论证合同存在重大误解是相对困难的。但在房屋交易市场中，因为交易价格高昂，合同中的每一个信息、因素都可能对合同的履行产生至关重要的影响。在本次交易中，房屋的实际楼龄影响到房屋的市场交易价值、抵押贷款年限，以及可使用公积金贷款年限，是合同中的重要信息。甲因为乙和中介公司的过失行为，对案涉房屋的实际楼龄存在重大误解，导致甲的履约能力和在合同中的公平地位明显下降，此时甲可行使撤销权，撤销合同，

## 合同、准合同

返还定金，维护自身的权益。因此，本律师在经过一系列的调查、取证后，以此路径起诉至法院。

### （二）取证方式

本案中，案涉房屋买卖合同签订时的真实场景已无法还原，要想证明乙和中介公司未将房屋真实楼龄告知甲，只能采取方式使乙和中介公司自认。因此，甲在与乙和中介公司沟通的过程进行了同步录音，掌握了乙和中介公司存在未对房屋进行查册、未将房屋真实楼龄告知甲等过错的初步证据。

但在庭审中，录音的证明力较弱，容易被推翻。因此本律师在起诉前，将中介公司及中介人员的违规行为向广州市房地产中介协会和广州市住房和城乡建设委员会等机构进行了举报、投诉，并以录音证据进行佐证。广州市房地产中介协会和广州市住房和城乡建设委员会经过调查后，对中介公司及中介人员出具了相应的惩戒、处罚文件，本律师取得相应的惩戒、处罚文件后，将其作为证据，起诉至法院。

在法庭调查中，因为有了录音，以及行业协会、行政机关等惩戒、处罚文件作为证据，很容易就证明了中介公司存在未对案涉房屋进行查册、未将房屋的真实楼龄告知甲等过失行为。

### （三）对上诉漏洞抗辩

本案一审判决撤销合同，由乙向甲返还购房定金及应得利息损失，驳回乙的反诉请求。乙在上诉时仅要求撤销乙向甲返还购房定金部分的判项，导致其他部分的判项在二审期间已经因为经过上诉期间而生效了，二审时合同已经撤销。乙要求二审改判为由乙没收甲的购房定金，而改判的前提在于甲、乙、中介公司之间的合同合法有效，并且因甲违约而解除，只有满足这个前提乙才能向甲主张违约责任，没收购房定金。这与二审时合同已被撤销的事实相矛盾。

本律师紧抓乙的上诉漏洞，向法官发表抗辩意见，认为乙未对一审判决中撤销合同部分的判项进行上诉，未向法院缴纳该部分上诉费用，因此二审时合同已经被撤销的事实已经成立，乙要去改判由乙没收甲的购房定金的前提不存在，乙方的上诉请求在程序上已经不可能实现。

## 关于表见代理的实务分析

### ——A 公司与 B 公司、C 公司等房屋租赁合同纠纷案 | (2017)浙民申 494 号

广东君厚律师事务所 周凤婷

#### 一、事实概要

A 公司系涉案房屋所有权人。2007 年 8 月，A 公司与 B 公司签订《房屋租赁合同》，约定：A 公司将涉案房屋出租给 B 公司交由关联 C 公司用于酒店客房经营，租赁期限自 2007 年 8 月 5 日起至 2017 年 8 月 4 日止；

2012 年 5 月，A 公司兼职行政、财务出纳的员工甲（A 公司与 B 公司的租赁事宜对接人一直且唯一为甲）伪造 A 公司公章并雇人冒充 A 公司老板，假冒 A 公司名义，以减免房租及物业管理费、延长租期等优惠条件为诱，提议由 B 公司一次性预付 2012 年 12 月 5 日至 2015 年 12 月 4 日三年的租金及物业管理费，并变更收款账户为 A 公司名下 b 账户。同年 8 月 31 日 B 公司与甲签订租金及物业管理费《补充协议》2 份，约定：原租赁协议续签三年且延长期间的租金及物业管理费按原协议最后一期标准支付；

2012 年 9 月 3 日，B 公司依据上述补充协议将约定的租金、物业管理费 800 余万，汇入 b 账户，甲以 A 公司名义出具了发票、收据（该等票据上所示财务章经鉴定为 A 公司真实印章），并于收款当日将上述全款转至其个人控制账户。此外，甲在 2011 年 5 月至 2012 年 12 月期间，采取对承租人谎称变更收款账户等手段，多次挪用承租人房租、物业管理费 200 余万。

2013 年 7 月 23 日 A 公司发现甲的违法行为。案发后，甲被判犯诈骗罪、挪用资金罪、伪造公司印章罪。

杭州市上城区一审认为本案中，甲伪造 A 公司公章，以 A 名义与 B 公司签订了两份补充协议，并将收取的款项非法占为己有，系以合法形式掩盖其非法目的，且其行为已构成诈骗罪，故甲与 B 公司订立的两份补充协议应属无效。关于 B 公司、C 公司主张构成表见代理的意见，合同法第 49 条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具

## 合同、准合同

有代理权的表象,而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。现B公司、C公司未举证证明甲具有有权代理的客观表象,且其在签订、履行补充协议过程中未尽审慎注意义务,对甲的权限及伪造的公章未进行必要的核实和鉴别,其自身存在明显过错,故其关于表见代理的主张不予采信。B公司、C公司上诉后,杭州市中级人民法院驳回上诉,维持原判。

B公司、C公司向浙江省高级人民法院申请再审:(一)甲代表A公司与B公司签《补充协议》2份,其无权代理行为客观上形成了具有代理权的表现,且B公司在主观上是善意无过失的,故甲的行为构成表见代理,原审判决有关甲不构成表见代理的认定是错误的;(二)退一步而言,在与B公司洽谈签订补充协议过程中,甲是A公司员工,其行为属于执行职务的行为,执行职务行为所产生的法律责任依法应当由A公司承担;……

## 二、裁判要旨

**驳回B公司、C公司的再审申请。**

甲以A公司名义与B公司签订了两份补充协议,并未取得A公司的明确授权,不能认定为职务行为。A以非法占有为目的,利用工作形成的便利条件,采用虚构事实、隐瞒真相的手段,骗取B公司数额特别巨大的钱款,系以合法形式掩盖其非法目的。B公司在签订、履行补充协议过程中未尽审慎注意义务,对甲的权限及伪造的公章未进行必要的核实和鉴别,其自身存在明显过错。B公司、C公司现亦未能举证证明甲具有有权代理的客观表象,故对其关于构成表见代理的主张难以采信。

## 三、评析

### 一、判决的思路

本案中,B公司以甲代表A公司与B公司签《补充协议》2份,其无权代理行为客观上形成了具有代理权的表现,且B公司在主观上是善意无过失,甲构成表见代理为由,主张涉案两份《补充协议》有效,但各阶段法院未采纳该观点。本案判决从三个角度展开说明,但是笔者认为漏洞百出,毫无逻辑可言。法院认为:第一,两份《补充协议》的合同主体为甲与B公司;第二,甲与B公司之间的合同因合法形式掩盖甲的非法目的而无效;第三,因B公司存在明显过错,甲的行为不构成表见代理。

## 二、判决的评析

随之而来的三个问题，第一，两份《补充协议》的民事法律关系主体是谁？第二，甲的行为是否构成表见代理？第三，两份《补充协议》的合同效力如何？

### （一）两份《补充协议》的合同主体问题

本案中两份《补充协议》的合同主体为A公司与B公司，而非甲与B公司。而在一审、二审、直至再审均认定合同主体为甲与B公司。在本案中甲是以A公司员工的身份并以A公司的名义与B公司签订两份《补充协议》，该租赁法律关系是存在于A公司与B公司之间，甲的身份为代理人[至于是否享有代理权限或者是否表见代理不影响甲的代理人身份，不影响在A公司与B公司之间建立法律关系，只会影响判定甲是**有权代理人**还是**无权代理人**]，故而，两份《补充协议》的合同主体为A公司与B公司。

### （二）甲的行为是否构成表见代理

根据《合同法》第49条<sup>1</sup>（《民法典》第172条<sup>2</sup>）的规定，表见代理的构成要件包括：1、须行为人无代理权；2、须有使相对人相信行为人具有代理权的事实或理由；3、须相对人为善意且无过失；4、须行为人与相对人之间的民事行为具备民事行为的有效要件。

第一，在本案中，可以确定的是甲在代理A公司与B公司签订时是不享有代理权的。

第二，根据案件事实：首先，甲系A公司的财务及行政人员，且在诉争双方之前的业务往来过程中，甲系A公司及B公司一贯认可的对接人；其次，甲与B公司洽谈签订补充协议时，能当场向B公司出示经有关行政部门核实的工商营业执照原件、房产证原件等材料；再次，甲在租赁合同履行期间存在过要求变更收款账户，且甲无权代理的本次交易的收款账户虽有变更仍为A公司名下账户；最后，除两份《补充协议》所用章为假章外，甲提供的发票及收据所使用的的财务章均为真章。

第三，B公司善意且无过失，已尽到合理审查义务。虽然伪造印章在两份《补充协议》上使用构成伪造印章罪，但结合甲在A公司所任特殊职务（一贯且唯一对接人，身兼财务与行政职务）等权利外观，已经足以让交易相对人B公司产生合理信赖，让其负有对公章真实性进行实质审查的义务，对于相对人要求过于严苛，不利于保护交易安全，且不符合交易经济理论。在本案案发前对于以酒店客房业务为主营业务的B公司、C公司而言，本次签订合同仅为日常经营中全国范围内大量租赁事宜中一宗普通交易，若每进行一次交易均需进行印

<sup>1</sup> 《合同法》第49条：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

<sup>2</sup> 《民法典》第172条：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。

## 合同、准合同

章真伪，字迹真伪的鉴定，不仅不利于交易进行且造成巨大浪费（实务中一枚印章鉴定费用不考虑标的市场起步价也需 3000 元，考虑本案涉及 800 余万标的，若签约时即进行印章真伪的鉴定，仅签约一项即需数万元或达数十万的鉴定费用，难道这种责任要强加于 B 公司、C 公司为每次签约支付大量鉴定费用？）。

反观 A 公司的管理非常混乱，财务人员与行政人员职责附于甲一人，同时掌握公司物业权证、公司财务印章等等。一、甲在 2011 年 5 月至 2012 年 12 月期间，采取对承租人谎称变更收款账户为 A 公司所有的 b 账户等手段，多次挪用承租人房租、物业管理费；二、2012 年 9 月 3 日，B 公司依据上述补充协议将约定的租金、物业管理费 800 余万，汇入 A 公司 b 账户，并由甲于收款当日将上述全款转至其个人控制账户；三、2012 年 5 月至 2013 年 7 月长达一年二个月的时间。以上时间点及时间段内 A 公司所有的 b 账户内有大笔的金额进出，而 A 公司对此净毫无察觉，足见其管理之混乱，才给甲可乘之机。就目前银行转账提醒发达程度，仅需一个短信提示即可保障，而 A 公司并未实施<sup>3</sup>。

经以上对比足见 A 公司与 B 公司何方存在过失。

第四，须行为人与相对人之间的民事行为具备民事行为的有效要件，未违反效力性强制性规定，关于诈骗罪所涉合同的效力，应以合同效力要件判断，不能因涉犯罪而绝对无效，囿于篇幅不再展开论述，民法的归民法，刑法的归刑法，也没必要论述。至于判决书所述因以合法形式掩盖其非法目的而导致甲与 B 公司之间的合同无效，更是无稽之谈，甲与 B 公司之间不存在法律关系，何有合同效力之说。至于 A 公司与 B 公司就更不存在以合法形式掩盖其非法目的的情形了。

退一步讲，A 公司与 B 公司所签的两份《补充协议》无效，但 B 公司所支付的租金及物业管理费用是支付到 A 公司所有的 b 账户内，在汇入之时已为 A 公司所有（因存款的所有权非本文重点，不再展开论述），那么收款所依据的法律关系无效是否需要返还或构成不当得利？

综上所述，因甲表见代理在 A 公司与 B 公司之间所订立的两份《补充协议》应为有效。

（非常惋惜与遗憾，本案审理过程中判决中并未厘清各方关系，泥沙俱下，邪正杂糅。）

<sup>3</sup> 最高人民法院法释[1998]7号《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第五条：行为人盗窃、盗用单位的公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书，或者私刻单位的公章签订经济合同，骗取财物归个人占有、使用、处分或者进行其他犯罪活动构成犯罪的，单位对行为人该犯罪行为所造成的经济损失不承担民事责任。行为人私刻单位公章或者擅自使用单位公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书以签订经济合同的方法进行的犯罪行为，单位有明显过错，且该过错行为与被害人的经济损失之间具有因果关系的，单位对该犯罪行为所造成的经济损失，依法应当承担赔偿责任。

## 四、既往司法实践状况

在本案之前，在公司高管或员工要是自己私刻假公章的裁判上，法院比较常见的做法是首先判断私刻公章并签订合同的行为是否构成表见代理，从而评判相关合同的效力。如在“游斌琼与福建省万翔房地产开发有限公司、翁炎金等民间借贷纠纷”[(2016)最高法民申733号]中，最高院认为万翔公司是否应当承担合同义务，应当判断翁炎金的行为是否符合《合同法》第四十九条关于表见代理的规定，构成表见代理必须符合两个主要条件：一是代理人表现出了其具有代理权的外观；二是相对人相信其具有代理权且善意无过失。尽管刑事判决已经认定该公章为翁炎金私刻，但结合翁炎金在万翔公司所任特殊职务以及股东身份等权利外观，已经足以让交易相对人游斌琼产生合理信赖，让其负有对公章真实性进行实质审查的义务，对于相对人要求过于严苛，不利于保护交易安全。综上，本院认为，翁炎金的行为已构成表见代理，万翔公司应对翁炎金的涉案债务承担担保责任。除此之外，其他案件中法院也会从表见代理人与本人的关系、合同相对人是否尽到合理审查义务等表见代理的构成要件，进而判断合同效力及各方责任。如在“湛江市第一建筑工程公司与湛江市第一建筑工程公司、白增江租赁合同纠纷申请再审民事裁定书[最高人民法院(2015)民申字第3402号]”中就是如此。

## 五、总结

前事不忘、后事之师。

综上所述，在公司高管、特定身份员工等人员私刻公司印章的无权代理公司进行市场经济活动的案件中要分两步走，第一步是判断是否为无权代理，各方主体在法律关系中所处位置，第二步是判断该等无权代理行为是否构成表见代理，主要包括以下四个构成要件：1、须行为人无代理权；2、须有使相对人相信行为人具有代理权的事实或理由；3、须相对人为善意且无过失；4、须行为人与相对人之间的民事行为具备民事行为的有效要件，第三步是确定各方主体所承担的责任。

# 广州市从化区交通运输局诉广东从化华鹰消防器材建设工程有限公司不当得利纠纷案

广东南方福瑞德律师事务所 李待君

**【关键词】** 民事 民间借贷 实际施工人 工程款 不当得利

## 裁判要点

1. 发包人依照工程承包人的指令将工程款支付给实际施工人的，该款项的实际收取人应仍可确定为承包人。
2. 发包人如主张返还该款项，则需清理其与承包人之间的债权债务，在工程已实际交付使用多年的情况下，发包人未履行其职责与承包人进行结算，理应承担不利的法律后果，不得以与实际施工人不存在债权债务关系为由，向实际施工人主张不当得利。

## 相关法条

《中华人民共和国民法通则》第 92 条（现已修订为《民法典》第一百二十二条）

## 基本案情

广州市从化交通运输局（以下简称“交通运输局”）诉称：2005 年 11 月 25 日，广州市从化区公路管理局以支票形式向骆柱英支付了 2500000 元，用途为“工程款”。从化市公路管理局的领款单载明的用途为“旺城大道工程款”，领款人签章为被告。2007 年 1 月 16 日，广州市从化区公路管理局以支票形式向被告支付了 80 0000 元，从化市公路管理局的领款单载明的领款人为广东从化华鹰消防器材建设工程有限公司（以下简称“华鹰公司”）。2020 年，我局因行政审计发现支付该两笔款项缺少依据，经我局查询，旺城大道工程通过公开招标的方式进行招投标，中标单位为广州市北郊公路工程公司，并非骆柱英与华鹰公司。且我局与骆柱英和华鹰公司没有发生过任何经济往来，也不存在债权债务关系。我局遂向骆柱英与华鹰公司发出了《催款律师函》，要求返还 3300000 元，但骆柱英与华鹰公司仍怠于返还款项，请求法院：一、判令华鹰公司、骆柱英返还不当得利款项 3300000 元给从化交通运输局；二、判令华鹰公司、骆柱英向从化交通运输局支付逾期还款的资金占用利息（以 3300000 元为基数，按照年利率 6% 计算，自 2016 年 1 月 16 日起至华鹰公司、骆柱英返还全部借款之日止，暂计至 2020 年 3 月 15 日为 836000 元）；三、判令本案全部诉讼费用由华鹰公司、骆柱英承担。

交通运输局出示：《从化市公路管理局领款单》（250 万元）、《从化市公路管理局领

## 合同、准合同

款单》（80万元）、《催款律师函》、《工程付款审批表》、《银行支票存根》和《收据》、《专项支出用款申请书》、《财政直接支付凭证》、《发票》、《付款明细表》、《从化旺城大道工程付款情况表》、《广州市建设工程施工合同》。

华鹰公司、骆柱英辩称：1. 华鹰公司系涉案旺城大道工程的实际施工人，交通运输局向华鹰公司支付的是旺城大道的工程款。2. 骆柱英系华鹰公司的法定代表人，其在本案中代表华鹰公司从事职务行为，并非本案的适格被告。

华鹰公司、骆柱英出示：2006年2月17日广州市北郊公路工程有限公司与广州市百兴置业有限公司签定的《合作协议》、广州市百兴置业有限公司和广东从化华鹰消防器材建设工程有限公司的法定代表人均为骆柱英的《企业信用信息公示报告》、《关于工程项目部机构及人员变更的函》、《关于工程项目部机构及人员变更的函》、《旺城工地工资表》、《关于工程款拨付的申请》、《从化市财政融资建设工程用款申请表》、《电力工程竣工验收单》、《工程付款审批表》、《工矿产品购销合同》、《中国工商银行广州电子资金转帐系统凭证（回单）》。

一审法院查明：从化市旺城大道本（西）街花坛至省道355线段改造工程由广州市北郊公路工程有限公司中标并由原从化市建设和市政管理局发包给广州市北郊公路工程有限公司，双方签订了《广州市建设工程施工合同》，其中约定工期自2005年4月16日开工至2005年12月30日竣工验收为止。2005年11月25日从化市人民政府办公室发由《关于变更旺城大道扩建改造工程建设主体的通知》（从府办〔2005〕140号）并决定从发文之日起将完成大道扩建改造工程的建设主体由市建设和市政管理局变更为市公路管理局。后经过政府机构改革，原从化市公路管理局的职责已由原告从化交通运输局承接。

二审过程中，华鹰公司、骆柱英补充提交2005年-2006年旺城大道施工的原始资料，如工程会议、现场监理、检查材料、工程材料的抽样试验报告、财务凭证等施工原始凭证。

二审法院查明事实与一审判决查明的事实基本一致，另查明：一、原从化市建设和市政管理所及从化市建设工程交易中心盖章确认的《从化市建设工程中标通知书》载明涉案旺城大道工程的中标总造价为19966432元。二、从化交通运输局提交的上述《工程付款审批表》（有广州市从化区住房和城乡建设局盖章确认的）还载明款项转账至开户银行账号：工行从化支行3602038709003218868（华鹰公司的银行账户），申请拨付工程款理由：“已按施工合同进行施工，完成工程量300万元左右，现申请支付工程款150万元。请支付为盼。”盖有广州市北郊公路工程有限公司从化市旺城大道西街花坛至省道355线段改造工程项目部章，科室意见、监理公司意见、分管领导审批意见、局领导审批意见均有相应的意见和相关人员的签名。三、从化交通运输局表示涉案旺城大道工程实际交付使用的时间约为2007年。

### 裁判结果

广州市从化区人民法院于2020年6月30日作出（2020）粤0117民初1327号民事判决：一、骆柱英于本判决发生法律效力之日起10日内返还2500000元及其利息（以2500000元

## 合同、准合同

中的未还额为基数从2017年3月16日起按中国人民银行规定的同期同类贷款利率且不超过年利率6%计算至还清款项之日止）给广州市从化区交通运输局；二、广东从化华鹰消防器材建设工程有限公司于本判决发生法律效力之日起10日内返还800000元及其利息（以800000元中的未还额为基数从2017年3月16日起按中国人民银行规定的同期同类贷款利率且不超过年利率6%计算至还清款项之日止）给广州市从化区交通运输局；三、驳回广州市从化区交通运输局的其他诉讼请求。判后，广东从化华鹰消防器材建设工程有限公司、骆柱英不服，向广州市中级人民法院提起上诉。

广州市中级人民法院于2020年11月10日作出（2020）粤01民终18066号民事判决：一、撤销广州市从化区人民法院（2020）粤0117民初1327号民事判决；二、驳回广州市从化区交通运输局的诉讼请求。

### 裁判理由

广州市中级人民法院生效裁判认为：本案争议焦点为骆柱英、华鹰公司分别从原从化市公路管理局处领取了2500000元及800000元是否为不当得利的问题。

鉴于：

1. 从化交通运输局确认涉案旺城大道工程系由原从化市建设和市政管理局发包给北郊公司；

2. 由广州市北郊公路工程有限公司从化市旺城大道西街花坛至省道355线段改造工程项目部（该项目部盖章确认）于2005年6月7日出具《关于工程款拨付的申请》，确认涉案旺城大道工程由华鹰公司承建，并要求原从化市建设和市政管理局将建设资金直接汇入华鹰公司工行从化支行3602038709003218868账号；

3. 广州市从化区住房和城乡建设局盖章确认的2005年9月16日《工程付款审批表》显示北郊公司向发包方申请拨付工程款时，亦是由广州市北郊公路工程有限公司从化市旺城大道西街花坛至省道355线段改造工程项目部直接提出申请，显示相关部门是认可该项目部行为系可以代表北郊公司，且在该审批表中北郊公司亦申请将工程款项直接转入上述《关于工程款拨付的申请》中确认的的工行从化支行3602038709003218868账号（即华鹰公司的银行账号）；

4. 2007年1月16日《从化市公路管理局领款单》显示领款人华鹰公司收取的800000元款项是涉案旺城大道工程的工程款，系骆柱英代表华鹰公司领取的；

5. 虽2005年11月25日《从化市公路管理局领款单》抬头未载明领款部门，但鉴于该款项用途亦为旺城大道工程款，且事实上仍与上述2007年1月16日《从化市公路管理局领款单》一样，领款人处亦由骆柱英签名确认，根据2005年11月29日《中国工商银行广州电子资金转帐系统凭证（回单）》显示，该领款单上的2500000元的确转入了华鹰公司的账号，故该2500000元亦可视为是骆柱英代表华鹰公司领取的涉案旺城大道工程的工程款。

综上，虽华鹰公司以其是涉案旺城大道工程的实际施工人为由主张其有权收取该工程的

## 合同、准合同

工程款，但双方当事人提供的一系列证据足以证实，原从化市公路管理局向华鹰公司支付上述款项时已明确知悉该款项系涉案旺城大道工程的部分工程款，其系依据该工程承包人北郊公司的指令将该款项支付给华鹰公司，该款项的实际收取人应仍可确定为北郊公司，从化交通运输局如主张返还该款项，则需清理其与北郊公司之间的债权债务，但在涉案旺城大道工程已实际交付使用多年的情况下，从化交通运输局仍未履行发包人的职责与承包人北郊公司就涉案旺城大道工程进行结算，理应承担不利的法律后果。故从化交通运输局现仅以其与骆柱英、华鹰公司不存在债权债务关系为由，主张骆柱英、华鹰公司不当得利的理由不成立，原审法院判决骆柱英、华鹰公司返还上述款项有误，本院予以纠正。

### 律师评议

前事不忘后事之师，在实际的建设工程施工合同法律关系中，常常会出现发包人、承包人与实际施工人三方甚至多方主体，由于实际施工人与发包人之间不存在直接的合同法律关系，工程款的给付对象、给付性质、结算义务在实践中有较大争议。如本案的一审法院就认为，实际施工人华鹰公司负担有与承包人北郊公司就涉案旺城大道工程进行结算的义务，实际施工人与承包人未进行结算，发包人迳付实际施工人华鹰公司的，实际施工人构成不当得利。李待君律师团队梳理本案的事实、法律关系后认为：

《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》第二十六条规定，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，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。该解释明确了，虽然实际施工人与发包人没有直接的合同法律关系，但在满足发包人欠付工程价款的条件时，实际施工人可要求发包人在欠付工程价款的范围内向实际施工人承担责任。该裁判规则具体到本案：

第一，发包人依照工程承包人的指令将工程款支付给实际施工人的，该款项的实际收取人应仍可确定为承包人。华鹰公司、骆柱英作为实际施工人收取的涉案款项的性质仍应确定为发包人原从化市公路管理局根据承包人北郊公司的指令，支付给承包人的工程款，即华鹰公司、骆柱英收取涉案款项有法律依据，并不属于不当得利。

第二，实际施工人主张发包人在欠付工程价款的范围内承担责任的，工程价款的结清证明义务在于发包人而非实际施工人。在涉案旺城大道工程已经实际交付使用多年的情况下，原从化市公路管理局作为发包人未与承包人北郊公司进行工程价款项结算，是其重大过错。如果发包人主张返还已经支付给实际施工人的涉案工程款项，则需清理其与承包人之间的债权债务，不应将发包人未与承包人进行结算的不利后果归责于实际施工人。

## 董××、彭××、廖××诉工行广州×支行

### 委托理财合同纠纷案

广东义律师事务所 王志卫

**【摘要】** 委托理财合同纠纷案易引发群体性系列案件的诉讼，应全力以赴收集分析证据，认真写好民事起诉状或民事答辩状、证据清单、质证意见等诉讼材料。

**【关键词】** 委托理财合同 诉讼

#### 一、案情简介

原告董××、彭××、廖××诉被告工行广州×支行委托理财合同纠纷三案，在广州市天河区人民法院立案，案号为（2019）粤 0106 民初 39457 号、39458 号、39459 号。董××、彭××、廖××诉工行广州×支行委托理财合同纠纷三案原告的诉讼请求和证据为：

1、董××诉被告工行广州×支行、吴××和李××委托理财合同纠纷一案，其诉讼请求是“1、请求判令三被告互负连带责任赔偿原告损失人民币 460,000 元，2、判令三被告支付原告损失款还清为止的利息（利息按照年利率 6% 计算，从 2018 年 1 月 19 日计至 2019 年 10 月 8 日 625 天的利息暂为 47,260 元）。3、三被告承担本案的全部诉讼费。本次标的为 507,260 元。”其向法院提供的证据为：1、2018 年 1 月 18 日《荟×综合平台委托管理与风险披露协议》；2、董××工行《借记卡帐户历史明细清单》；3、2019 年 5 月 16 日《报警回执》。

2、彭××诉被告工行广州×支行、李××委托理财合同纠纷一案，其诉讼请求是：“1、请求判令二被告互负连带责任赔偿原告损失人民币 330,000 元。2、判令二被告支付原告损失款还清为止的利息（利息按照年利率 6% 计算，17 万元从 2018 年 1 月 19 日计起至 2019 年 10 月 8 日为 625 天利息暂为 17,465 元，16 万元从 2018 年 12 月 29 日到 2019 年 10 月 8 日为 279 天利息 7,338 元，共 24,803 元）。3、二被告承担本案的全部诉讼费。本次标的为

## 合同、准合同

354,803元。”其向法院提供的证据为：1、2018年1月4日和2018年12月29日的《荟×综合平台委托管理与风险披露协议》；2、彭××工行《借记卡账户历史明细清单》；3、2019年8月14日报警信息。

3、廖××诉被告工行广州×支行、李××委托理财合同纠纷一案，其诉讼请求是：“1、请求判令二被告互负连带责任赔偿原告损失人民币100,000元。2、判令二被告支付原告损失款还清为止的利息（利息按照年利率6%计算，从2018年1月15日计起至2019年10月8日暂为629天，利息为10,339元）。3、二被告承担本案的全部诉讼费。本次诉讼标的为110,339元。”其向法院提供的证据为：1、2019年1月14日《荟×综合平台委托管理与风险披露协议》；2、廖××工行《借记卡账户历史明细清单》。

## 二、代理意见：

（一）董××、彭××、廖××诉工行广州×支行委托理财合同纠纷三案陈述的意见：

1、原告董××诉称：被告李××系被告工商银行的正式员工，2018年1月9日，原告在被告工商银行处购买被告李××推荐的理财产品，随后李××安排原告在该行工作人员操作下划走原告46万元，划款后三日，被告李××在被告工商银行内将《荟×综合平台委托管理与风险披露协议》交给原告。因投资款到期后未回款，原告于2019年1月19日前往被告工商银行处寻找李××处理回款事宜，得知被告李××因重大违纪被解雇，并被告知涉案理财产品并非工商银行发行的产品。由于原告在被告工商银行营业时间、营业场所内购买案涉理财产品，被告工商银行应对出售的产品负责，原告与被告工商银行多次协商未果。

2、原告彭××诉称：原告长期在被告工商银行理财经理李××处办理理财业务，基于对被告工商银行的信赖，原告于2018年1月4日在被告工商银行处购买李××推荐的理财产品，并在当天由李××划款17万元购买其推荐的理财产品，划款三日后，李××将《荟×综合平台委托管理与风险披露协议》交给原告。同年12月底，原告在李××的推荐下再次购买16万元的该理财产品。后因了解到李××有高利贷纠纷，原告对其产生怀疑，于2019年4月前往被告工商银行了解情况，被告知李××已于2018年8月被辞退，且涉案理财产品并非工商银行发行的产品。因原告在被告工商银行购买理财产品，其应对售卖产品的真实性、合法性负责，但原告与被告工商银行多次协商未果。

## 合同、准合同

3、原告廖××诉称：2019年1月，原告意图购买理财产品，经朋友介绍认识工商银行理财经理李××。当时因工商银行正在装修，李××主动要求到天河为原告办理理财业务。经李××介绍理财产品后，原告在维多利亚广场的工商银行用电话机汇款10万元给李××。因了解到李××有高利贷纠纷，原告对其产生怀疑，于2019年5月前往被告工商银行了解情况，被告知李××已于2018年8月被辞退，且涉案理财产品并非工商银行发行的产品。因李××是被告工商银行多次协商未果。

(二) 针对原告董××、彭××、廖××提出的诉请、证据及事实与理由，工行广州×支行及委托诉讼代理人作如下答辩：

1、原告购买的涉案理财产品没有任何涉及工商银行的内容，也没有加盖工商银行的任何印章，反而协议中清楚说明原告是借钱给××国际实业有限公司。

2、被告工商银行没有任何过错，不是适格被告，原告在《荟×综合平台委托管理与风险披露协议》中，同意将涉案的人民币借给××国际实业有限公司，承诺自行承担借款的风险，故其应自行承担借款给××国际实业有限公司的风险。

3、原告长期购买银行的理财产品，清楚知道购买银行理财产品的操作，清楚知道涉案资金不是购买工商银行理财产品。原告与××国际实业投资有限公司签订《荟×综合平台委托管理与风险披露协议》，并“转账”到李××或李××指定的银行账号。由此可见，原告清楚知道涉案款项不是购买被告工商银行的理财产品，而是给××国际实业有限公司的借款。

4、广州市公安局天河区分局经济犯罪侦查大队已立案侦查李××涉嫌非法吸收公众存款一案。依照最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合下发的《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第七条关于“人民法院在审理民事案件或执行过程中，发现有非法集资犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉或中止执行，并及时将有关材料移送公安机关或者检察机关”的规定，本案涉及到非法集资刑事犯罪，已不属于人民法院受理民事诉讼的范围，依照《中华人民共和国××民事诉讼法》第一百一十九条第一款第四项，第一百五十四条第一款第三项之规定，应当驳回原告诉讼请求。

5、向法院提交原告涉案银行中的历史交易明细，李××的《离职声明》，工行的《解

## 合同、准合同

除劳动合同证明》和《解除劳动合同通知书》，广州市公安局天河分局经济犯罪侦查大队穗公天经协（2020）第003号《协查函》等证据。请法院采纳工行广州×支行及委托诉讼代理人的答辩意见，驳回原告董××、彭××、廖××的起诉。

### 三、法院认为和裁判结果

经一审法院审理查明，2020年4月14日，广州市天河区人民检察院认为李××涉嫌集资诈骗罪，符合逮捕条件，批准逮捕犯罪嫌疑人李××。法院认为：《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第十一条规定：“人民法院作为经济纠纷受理的案件，经审理认为不属于经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关或检察机关。本案因涉嫌集资诈骗犯罪已被公安机关立案侦查，依照上述规定应裁定驳回原告的起诉。广州市天河区人民法院于2020年4月26日作出（2019）粤0106民初39457号、39458号、39459号民事裁定书，裁定驳回董××、彭××、廖××的起诉。董××、彭××、廖××不服一审裁定提出上诉。广州市中级人民法院于2020年12月21日作出（2020）粤01民终24794号、24795号、24796号民事裁定：驳回上诉，维持原裁定。

### 四、案例评析

原告董××、彭××、廖××的委托理财合同纠纷涉嫌李××的集资诈骗案。被告工行广州×支行及诉讼委托代理人在诉讼中紧紧抓住原告董××、彭××、廖××的委托理财合同涉嫌李××的集资诈骗犯罪以及涉案委托理财产品没有任何涉及工商银行的内容，也没有加盖工商银行的任何印章，以及委托理财合同中已说明涉案款项是借给××国际实业有限公司等问题进行答辩。法院采纳工行广州×支行及委托诉讼代理人的答辩意见，裁定驳回董××、彭××、廖××的起诉及上诉。该案例对办理同类的委托理财合同纠纷案件具有参考价值。

## 消费者梁先生与某汽车销售公司

### 买卖合同纠纷二审改判案

广东广信君达律师事务所 杜晓佳

#### 【案情简介】

2017年11月1日，消费者梁某某与某汽车销售公司签订《汽车销售合同》。合同约定：梁某某向某汽车销售公司购买一辆黑色17款美规奔驰GLS450汽车，并备注“此车为新车，无事故，无维修，无保养，现公里数为115公里，交车不超过120公里”。某汽车销售公司向梁某某交车后，梁某某事后发现涉案车辆并非2017年出厂的新车，且有维修记录。梁某某委托其他律师代理一审阶段，一审判决败诉。后来由杜律师接受委托，介入二审程序，研究证据、经过周密准备，一针见血指出某汽车销售公司方证据的矛盾，经过多次质证、开庭辩论，及庭后向法院提交代理意见等，最终法院判梁某某胜诉，某汽车销售公司承担退一赔三的赔偿责任（共计4468000元）。

#### 【律师办案经过】

在整个维权的过程中，杜晓佳律师（以下称为“经办律师”）受委托介入，指引和协助委托人理顺了以下事项：

一、积极搜集证据，弥补委托人在一审中证据不足的缺陷。接到案件咨询后，经办律师立即详尽的了解案情，认为涉案车辆是否存在瑕疵的认定，需要专业的技术机构或人士进行检测或鉴定，基于此，经办律师引导委托人将涉案车辆送至多家奔驰销售企业或奔驰4S店作相关检测，形成《账单》等有利证据，证明涉案车辆的上牌日期为2016年8月29日，远远早于梁某某购车日期及上牌日期，某汽车销售公司销售给梁某某的车为二手车。

二、研究案件各项证据及一审判决，经办律师第一时间关注到一审法院不采纳在美国形成的《车辆历史报告》的原因，即刻指引委托人对该报告及其翻译文本进行公证，有力地强化该项证据的证明力，有力证明了证明涉案车辆于2016年在美国俄亥俄州经历过两次交易。

## 合同、准合同

并结合经办律师的论证，促使该项证据在二审中充分发挥作用，并与新证据形成证据链，进而推翻对方的证据。经办律师积极、全面地收集、整合证据，争取委托人合法权益的最大化。

三、充分研究对方提交的证据，重点攻击对方证据的漏洞，做到以子之矛攻子之盾，是最能直接推翻对方观点的途径。对方提出《强制性产品认证车辆一致性证书》、《货物进口证明书上载明的车辆制造日期就是车辆生产日期，经办律师研究发现，该证据为第三方公司提供，并明确注明车辆信息由“进口货物收货人或其代理人”提供并未经过相关行政部门审核，也就是说这两项证据并不能证明涉案车辆就是新车，这一观点非常有力地推翻了对方的观点，能实质影响到法官对证据的采信程度。

四、经办律师调研车辆买卖交易中的惯例等，挖掘对方作为经营者存在应尽而未尽的审查义务情形，存在隐瞒商品真实情况欺诈消费者的事实，进而有力地论证对方存在欺诈行为，需承担退一赔三的赔偿责任。

五、基于前期一系列的工作，经办律师在法庭上充分陈述事实、引用据和阐述主张，法院最终支持了委托人方的诉讼请求。本案经过了多次开庭、审理周期长，因考虑法官可能会认为退一赔三的认定对经营者惩罚较重（共计 4468000 元），经办律师庭后提交了充分的代理意见、相应的法律依据以及相应判例，占用了大量时间，最终判定对方承担退一赔三的赔偿责任，消费者的合法权益得以维护，正义得到彰显。同时警示经营者必须保障消费者的知情权的质量保障权，促进社会和谐。

### 【律师代理意见】

一、一审法院举证责任分配错误。依照《中华人民共和国消费者权益保护法》某汽车销售公司作为经营者应承担涉案车辆为新车的举证责任，并承担举证不能的不利后果。但一审法院以消费者梁某某提供的证据“不足以证明涉案车辆的品质”为由让梁某某承担不利后果，是错误的。

二、某汽车销售公司提交的证据并不能证明涉案车辆为新车，也不能证明涉案车辆无质量问题，应当承担举证不能的不利后果。

三、梁某某在一审庭审中已当庭提供了《估价单》原件以及对应的收费发票原件以供法庭查明事实，一审法院却不顾梁某某提供原件的事实，不予采纳该证据。二审法院应当依法对一审法院的该行为予以纠正。

四、《估价单》上记录的预计出厂日期是指车辆进场检测后可以将车提走的日期，而并非车辆最初的出厂日期；而《车辆评估报告》显示的出厂日期则是根据贴在车辆上的标签显

## 合同、准合同

示的日期而填写，该份报告并不是评估出厂日期，而是评估车辆质量状况。可见，以上两份证据均不是对车辆的出厂日期进行评估。

五、梁某某提供的证据均是评估机构根据客观事实和数据作出的评估，具有客观性。而一审法院却认为梁某某提供的证据中广州仁孚汽车销售公司等公司与某汽车销售公司存在竞争关系，即否定该证据的证明效力，是错误的，这样对证据的认定太随意，恳请二审法院予以纠正。

六、认定产品存在质量瑕疵问题并非均须独立的专业机构鉴定才能认定，本案好车伯乐出具的《车辆评估报告》充分证明涉案车辆存在产品质量瑕疵问题，但一审认定梁某某证据不足以证明涉案车辆的品质，该认定是错误的，恳请二审法院予以纠正。

七、梁某某提交了经领事馆认证的美国俄亥俄州车辆管理局提供的美国政府官方公开信息和美国 CARFAX 车辆历史报告，显示涉案车辆早在 2016 年 8 月 29 日就已上牌，已在美国经历过两位车主的登记以及两位经销商的登记，里程数已达 6263 英里，即约 10079 公里，且存在严重的质量问题，至少一次的召回记录。梁某某已经充分证明涉案车辆为二手车，与《汽车销售合同》约定的“全新车”、“交车不超过 120 公里”、“无维修”严重不符。

（一）涉案车辆在美国有过两位登记在案的车主，有记录的行驶里程数已达 6263 英里，即约 10079 公里。结合梁某某在二审中提交的证据 3、证据 4、证据 5，通过奔驰官方系统查询到涉案车辆的上牌日期为 2016 年 8 月 29 日，远远早于梁某某购车日期及上牌日期，且与证据 2 俄亥俄州机动车辆管理局登记信息显示的第一位车主上牌日期也完全能够相印证，可充分证明涉案车辆确实在早在 2016 年 8 月 29 日就在美国经历了第一次交易行为。涉案车辆为二手车，与《汽车销售合同》约定的“该车为新车”“现公里数为 115 公里”“交车不超过 120 公里”严重不符。

（二）涉案车辆存在严重的质量问题。其因控制台门锁保险杠停止运动被生产商召回，且有一次维修记录。并且持续存在前机盖喷油拆卸、燃油泵故障、发动机渗油，证明涉案车辆存在严重的质量问题。

（三）CARFAX 作为美国提供车辆交易记录及事故记录、维修记录的第三方权威网站，对其数据的真实性提供了信誉担保。并且证据 2 中关于车辆交易及车主身份变化的信息均来自与官方，足以证明涉案车辆在美国交易过两次。

八、某汽车销售公司的行为构成了欺诈，根据现行有效的法律规定，应当向梁某某返回购车款并给予购车款三倍的赔偿。

## 合同、准合同

综上所述，某汽车销售公司所售车辆与合同约定不符，严重侵害了梁某某作为消费者的权益。一审法院却在认定上存在错误，恳请二审法院依法改判。以上代理意见恳请审判长审判员参考，公正判决！

### 【法院判决结果】

#### 一审判决（（2018）粤 0391 民初 129 号）：

驳回梁某某的诉讼请求。本案一审受理费 42555 元，由梁某某承担。

#### 二审判决（（2018）粤 03 民终 13012 号）：

- 一、撤销深圳前海合作区人民法院（2018）粤 0391 民初 129 号民事判决；
  - 二、撤销梁某某与某汽车销售公司于 2017 年 11 月 1 日签订的《汽车销售合同》；
  - 三、梁某某于本判决生效后十五日内将发动机号为 2768213044××××、车架号为 4JGDF6EE6HA82××××的奔驰 GLS450 汽车退还某汽车销售公司；
  - 四、某汽车销售公司在本判决生效之日起十五日内向梁某某退还购车款 1117000 元；
  - 五、某汽车销售公司在本判决生效之日起十五日内向梁某某支付赔偿金 3351000 元（赔偿汽车价款的三倍）；
  - 六、驳回梁某某的其他诉讼请求。
- 本案一审案件受理费 42555 元、二审案件受理费 42555 元，均由某汽车销售公司承担。

### 【工作成果与意义】

一、经办律师接受二审阶段委托后，全盘分析案件，发现了一审败诉的重要原因是证据不足、论证欠缺充分等，即从多方面主动搜集和补充证据，并成功补充了三家奔驰 4S 店的《检测单》、《车辆历史报告》文件、北京奔驰公司就涉案车辆生产日期的《说明》函件等证据，并调取国外有关证据等，同时充分论证研究分析原告、被告证据之间的关联，有力地支撑了我方观点。

二、本案为二审改判案，更为不易。其他律师代理一审阶段，一审法院判决全部驳回委托人的诉讼请求；后来通过杜律师接受委托代理二审阶段，纵观全局厘清事实，寻找案件突破口，并逐步推进庭审问题设计及在庭审中合理发问，就被告的证据漏洞和抗辩漏洞着重发表辩论意见，对被告的证据逐一击破，一针见血指出隐瞒商品并非全新的事实，有力地推翻了被告的观点，使得真相逐步浮现，大大降低了被告观点在法官心目中的采信程度，维护了消费者的合法权益。这体现了经办律师需要具备敏锐的洞察力，对待案件认真负责、严谨细

## 合同、准合同

---

致的工作态度。

三、在本案中法官可能会有些许顾虑，考虑到本案的涉案车辆是奔驰汽车，担心如经认定本案存在欺诈的话，退一赔三的标的额就高达 400 多万，是否会对经营者的惩罚过重而引起社会争议。这样也无疑之间加大原告方胜诉的难度。但经办律师始终坚信庭审中的一切事实都是讲证据的。经办律师需要有不辞劳苦、敬业精神，特别是从各方搜集证据，最终不远万里找到美国出具的官方文件，辅助支撑了支持原告方的证据和主张。不管涉案标的额的大小，若有充分证据证明经营者存在欺诈行为，若有明确法律规定，法院应当作出公正判决，最终法院依法判定某汽车销售公司存在欺诈，应向消费者退一赔三（共计 4468000 元），有效维护了消费者的知情权、质量保障权等消费者权益。同时彰显了公正司法的法治效果。

## 刘 XX、夏 X 财产损害赔偿纠纷案

广东丞洛律师事务所 徐国棠

**【关键词】** 财产损害赔偿纠纷、销售代理合同、刷卡、借款、确认书、录音、短信

二审案号：广东省广州市中级人民法院（2020）粤 01 民终 21277 号

上诉人（原审原告）：刘 XX，男，汉族，1966 年 2 月 11 日出生，住广州市白云区。

委托诉讼代理人：徐国棠，广东丞洛律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：夏 X，女，汉族，1975 年 3 月 23 日出生，住广州市花都区。

委托诉讼代理人：范国茂，广东合誉律师事务所律师。

原审第三人：广州 X 浩房地产代理有限公司，住所地广州市花都区秀全街永发路 \*\* 之 \*\* 之二。

法定代表人：黄伟洪。

原审第三人：刘 X 琳，女，汉族，1999 年 12 月 22 日出生，住广州市花都区。

委托诉讼代理人：夏 X，系刘 X 琳母亲。

### 裁判摘要：

夏 X 对于刘 XX 的银行卡账户内的 129 万元款项被提取一事系明知且参与其中，并起到主要作用，即使有部分款项是由刘 X 琳或 X 浩公司所收取，夏 X 亦应承担连带责任。现刘 XX 主张夏 X 承担返还责任，符合法律规定，一审判决对部分事实未查清，处理结果不当。

### 案件简述：

刘 XX 与夏 X 约定寻找房屋中介对婚内共有房产出售，后将售楼款存入刘 XX 名下储蓄银行卡并按照离婚调解书约定进行分配。

## 合同、准合同

房产中介机构人员将标的物出售后，积极配合夏 X 擅自将刘 XX 银行卡内的售楼款转移，期间夏 X 谎称不知道刘 XX 储蓄卡密码，而且刘 XX 同意出借售楼款给刘 X 琳，伙同中介人员通过盗刷储蓄卡方式取走所有售楼款，刘 XX 经协商无果后，通过起诉手段维护自身合法权益。

### 诉讼记录：

上诉人刘 XX 因与被上诉人夏 X、原审第三人广州 X 浩房地产代理有限公司（以下简称 X 浩公司）、刘 X 琳财产损害赔偿纠纷一案，不服广州市花都区人民法院（2019）粤 0114 民初 2704 号民事判决，向二审法院提起上诉。二审法院于 2020 年 10 月 26 日立案后，依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

### 案件基本情况：

上诉人刘 XX 上诉请求：1. 撤销一审判决，支持刘 XX 一审的诉讼请求；2. 一、二审诉讼费用由夏 X、刘 X 琳、X 浩公司共同承担。事实和理由：一、一审法院认定刘 XX 没有证据证明夏 X 转走涉案银行卡中的 129 万元属于事实认定错误。根据刘 XX、夏 X 在一审中提供的证据，能够完整推断出是夏 X 转走涉案银行卡中的 129 万元。1. 夏 X 在一审中提供的《房地产买卖合同》的买方是夏 X 并非刘 X 琳，故刘 X 琳没有交付房款的义务，有理由推断是夏 X 指使 X 浩公司将 35 万元转给案外人茹丽群用于购买该房屋。2. 《独家销售代理合同》的相对方是刘 XX、夏 X 与 X 浩公司，故 X 浩公司需要根据刘 XX、夏 X 的指示才能将涉案银行卡中的钱转出。且银行流水记录显示，涉案银行卡中的钱是转向刘 X 琳、茹丽群。说明 X 浩公司是受了夏 X 的指使才将钱转出。3. 根据刘 XX 一审中提交的录音光盘中，从刘 XX 与夏 X 的对话可知，刘 X 琳并未参与刘 XX、夏 X 的房屋买卖合同，且在录音中夏 X 称其拿走了 70 万元的房款，刘 X 琳拿走了 40 万元。这与夏 X 在一审庭审中称其仅拿走 40 万元房款前后矛盾。根据以上证据显示，X 浩公司是受夏 X 指使才将涉案银行卡的房款 129 万元转给

## 合同、准合同

夏 X。二、刘 X 琳自认的确认书上没有刘 XX 的签名，双方没有达成借款合意，刘 XX 所提供的银行流水未显示其与刘 X 琳之间存在金钱往来，不能证明刘 XX 向刘 X 琳提供借款。故刘 X 琳的确认书不能作为证明是其转走了涉案银行卡中房款的依据。三、一审判决认为涉案的银行卡是刘 XX 的银行卡，并由刘 XX 设置了密码，刘 XX 对涉案银行卡的密码负有保密的义务，是错误的。开卡时只有刘 XX、夏 X 知道涉案银行卡的密码，刘 XX 将银行卡交给 X 浩公司，是为了方便其收取房屋出售款，并不意味着夏 X 可以联合 X 浩公司侵吞刘 XX 的房产。四、刘 XX 在 2020 年 4 月 10 日向公安机关报案主张 X 浩公司及黄伟洪涉及将涉案款项套现，该案已立案进行刑事侦查。

被上诉人夏 X 辩称，一、一审中刘 XX 只要求夏 X 承担责任，没有要求刘 X 琳承担责任。二、涉案款项是由刘 XX 与夏 X 的小孩刘 X 琳领取，至于刘 XX 报案的情况，夏 X 已在公安机关作出回应，陈述并非是夏 X 领取。从刘 X 琳的确认书可反映该款项是刘 X 琳向刘 XX 的借款，若刘 XX 认为不同意借款应直接凭确认书向刘 X 琳主张。综上，一审判决查明事实清楚，适用法律正确，请求维持原判。

原审第三人刘 X 琳述称，同意夏 X 的答辩意见。

原审第三人 X 浩公司经二审法院合法传唤未到庭表明意见。

### 一审概况：

刘 XX 向一审法院起诉请求：1. 夏 X 立刻向刘 XX 归还房款 627616.2 元及支付利息（自 2018 年 3 月 29 日起按中国人民银行同期同类贷款利率计至实际清偿之日止，暂计至起诉日利息为 22447.74 元）；2. 诉讼费由夏 X 承担。

一审法院经审理查明，夏 X 与刘 XX 于 1998 年 6 月 17 日登记结婚，婚后于 1999 年 12 月 22 日生育女儿刘 X 琳。夏 X 与刘 XX 于 2000 年起双方关系逐渐恶化。夏 X 于 2016 年 10 月向一审法院提起诉讼【案号：（2016）粤 0114 民初 9911 号】，诉讼请求为：1、原、被告离婚；2、婚生女儿刘 X 琳由原告携带抚养，被告每月支付抚养费 3000 元直至 18 周岁止；

## 合同、准合同

3、被告承担夫妻共同债务 109200 元；4、依法分割夫妻共同财产位于广州市花都区新华街建设北路 109 号 610 房（价值约 400000 元）；5、依法分割夫妻共同财产被告名下小汽车粤 A×××\*\*（价值 100000 元）；6、依法分割被告名下的公积金 316995 元；7、依法分割夫妻共同债权 20000 元；8、被告向原告赔偿 50000 元；9、案件受理费由被告承担。该案诉讼中，夏 X 与刘 XX 对离婚、子女抚养等问题自愿达成调解协议如下：一、原告夏 X 与被告刘 XX 离婚；二、婚生女儿刘 X 琳（1999 年 12 月 22 日出生）归原告夏 X 携带抚养，被告刘 XX 自 2017 年 4 月起每月 28 日前支付抚养费 3000 元至小孩年满十八周岁之日止；三、位于广州市花都区新华街建设北路\*\*\*\*归被告刘 XX 所有，被告刘 XX 于 2018 年 5 月 19 日前支付房屋折价款 714226.5 元给原告夏 X，原告夏 X 在收到该款项后四个月内从该房屋内搬离；四、被告刘 XX 名下的公积金余额 342147 元（截止至 2017 年 4 月）归原告夏 X 所有；五、案件受理费 523 元，由原告夏 X 负担。对此，一审法院于 2017 年 7 月 13 日依法作出（2016）粤 0114 民初 9911 号民事调解书予以确认。对于夏 X 在该案的其他诉讼请求，刘 XX 有异议，一审法院经审理后依法作出（2016）粤 0114 民初 9911 号民事判决书，判决：一、车牌号码为粤 A×××\*\*号的小型普通客车归被告刘 XX 所有，由被告刘 XX 于本判决发生法律效力之日起十日内向原告夏 X 支付补偿款 35000 元；二、被告刘 XX 于本判决发生法律效力之日起十日内向原告夏 X 支付 3157.3 元；三、驳回原告夏 X 的其他诉讼请求。刘 XX 对此判决不服，向广东省广州市中级人民法院提起上诉，广东省广州市中级人民法院经审理后于 2017 年 10 月 13 日作出（2017）粤 01 民终 17016 号民事判决书，判决：驳回上诉，维持原判。

刘 XX 没有资金支付广州市花都区新华街建设北路 109 号 610 房的房屋折价款 714226.5 元给夏 X，刘 XX、夏 X 与 X 浩公司于 2017 年 12 月 5 日签订《独家销售代理合同》，委托 X 浩公司独家代理销售广州市花都区新华街建设北路 109 号 610 房，当时刘 XX 提供了其已经设置了密码的中国银行的银行卡（尾号 3864）给 X 浩公司用于收取房屋出售款。上述房屋出售后，上述银行卡账户在 2018 年 3 月 27 日收到上述房屋出售款 129 万元。上述银行卡账户于 2018 年 3 月 28 日在 ATM 取款 7 次合共 2 万元，于 2018 年 3 月 28 日通过 POS 机消费

## 合同、准合同

23次合共115万元（5万元×23），于2018年3月29日在ATM取款2次合共2万元（1万元、1万元），于2018年3月29日在ATM转出5万元，于2018年3月30日在ATM转出5万元，上述ATM取款、POS机消费、ATM转出款合共129万元。

刘XX主张夏X利用掌握该银行卡的便利，私下将该129万元通过ATM取款、POS机刷卡、转账等方式转走侵犯其权利。

夏X称，出售房屋的款项到账后，2018年3月28日，刘X琳到X浩公司拿到涉案的银行卡后，取现2万元，转账10万元，将银行卡交给X浩公司通过POS机刷卡套现115万元，当天将其中的40万元转账给我，将33万元转账给了刘X琳，另刘X琳又叫X浩公司代其转了35万元给刘X琳要购买的广州市花都区狮岭大道东17号10栋404房的业主茹丽群，剩余款项在X浩公司。

刘X琳称，涉案银行卡系放在X浩公司的。2018年3月27日款项到账，我于3月28日到X浩公司取得涉案银行卡，我先取现2万元，我问X浩公司能不能把卡里的钱刷出来，X浩公司说可以，X浩公司将卡里的钱通过POS机刷出来（刷23次，每次5万元），共刷出115万元，卡内剩余10万元，该卡由我拿着。该115万中有33万元系我叫X浩公司的黄伟洪转到我名下，另我指示黄伟洪将35万元转入茹丽群银行账户用于购买广州市花都区狮岭大道东17号10栋404房。2018年3月29日、30日，我用涉案银行卡分别转出50000元、50000元共100000元到我自己的银行账户。2019年4月12日，刘X琳出具确认书，确认书的内容：确认从刘XX中国银行帐户转入本人中国银行帐户人民币壹拾贰万元整（¥12万元），另收到房屋中介黄伟洪转入人民币叁拾叁万元整（¥33万元），并指示房屋中介黄伟洪代本人转帐支付购房款叁拾伍万元整（¥35万元）给于丽群，用于购买狮岭大道东17号10栋404房屋。上述共捌拾万元整（¥80万元），系本人向刘XX的借款。以上所述均为事实，特此确认。确认人：刘X琳日期：2019、4、12。

一审另查明，广州市花都区土地房产档案室于2019年4月10日出具的广州市不动产登记查册表显示广州市花都区新华街建设北路109号610房的权属人为叶某、孔某。

## 合同、准合同

一审法院认为，刘XX、夏X与X浩公司签订《独家销售代理合同》，委托X浩公司独家代理销售广州市花都区新华街建设北路109号610房，且由刘XX提供其已经设置了密码的中国银行的银行卡（尾号3864）给X浩公司用于收取该房屋出售款。该房屋出售后，上述银行卡账户在2018年3月27日收到该房屋出售款129万元。此后上述银行卡账户于2018年3月28日至2018年3月30日在ATM取款、POS机消费、ATM转出款合共129万元。

刘XX主张涉案房屋出售款为138万元，夏X为了侵吞610房的出售款，联合X浩公司提前放款，为此夏X承诺X浩公司可从中获得9万元，故X浩公司截留了9万元；另外，夏X利用掌握涉案银行卡的便利，私下将该129万元通过ATM取款、POS机刷卡、转账等方式转走侵犯其权利，要求扣减其应支付给夏X的房屋折价款714226.5元、补偿款35000元和3157.3元后归还房屋出售款627616.2元及支付利息。

夏X对刘XX主张夏X为了侵吞610房的出售款，联合X浩公司提前放款，为此承诺X浩公司可从中获得9万元，故X浩公司截留了9万元，予以否认。刘XX对其该主张并没有提供证据，故不予采纳。

刘XX主张夏X利用掌握涉案银行卡的便利，私下将该129万元通过ATM取款、POS机刷卡、转账等方式转走侵犯其权利。夏X称，刘X琳到X浩公司处拿到涉案的银行卡后，取现2万元，转账10万元，将银行卡交给X浩公司通过POS机刷卡套现115万元，将其中的40万元转账给夏X，将33万元转账给了刘X琳，另刘X琳又叫X浩公司代其转了35万元给茹丽群用于购买广州市花都区狮岭大道东17号10栋404房，剩余款项在X浩公司。刘X琳称，涉案银行卡系放在X浩公司，其于3月28日到X浩公司取得涉案银行卡后取现2万元，叫X浩公司将卡里的款项通过POS机刷出115万元，其中将33万元转到其名下，将35万元转入茹丽群银行账户用于购买广州市花都区狮岭大道东17号10栋404房，另外，其2018年3月29日、30日用涉案银行卡分别转账50000元、50000元到其银行账户。《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款规定：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。因涉案的银行卡是刘XX的银行卡，并由刘XX设置了密码，刘XX对涉案银行卡的密码

## 合同、准合同

负有保密的义务。其次，刘 XX 应向夏 X 支付房屋折价款 714226.5 元，夏 X 自认收了款项 40 万元，关于该 40 万元，夏 X 有取得的依据。第三，刘 XX 没有提供证据证明夏 X 将涉案银行卡账户的 129 万元通过 ATM 取款、POS 机刷卡、转账等方式转走，故对刘 XX 该主张不予支持。

综上刘 XX 主张夏 X 向其归还房款 627616.2 元及支付利息（自 2018 年 3 月 29 日起按中国人民银行同期同类贷款利率计至实际清偿之日止），缺乏证据，没有法律依据，不予支持。X 浩公司经一审法院合法传唤无正当理由拒不到庭参加诉讼，视为其放弃自身诉讼权利，依法缺席判决。

为此，一审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十四条的规定，判决：驳回刘 XX 的诉讼请求。一审案件受理费 10300 元，由刘 XX 负担。

### 二审概况：

经二审审查，一审法院查明事实无误，二审法院予以确认。

另查明，根据刘 XX 在一审中提交的刘 XX、夏 X 之间对话的录音光盘反映，对于涉案银行卡中的款项，夏 X 陈述其拿了 70 多万元，刘 X 琳拿了 40 多万元。另夏 X 在一审中辩称，后来刘 XX、夏 X 及 X 浩公司约定去中国银行开户，刘 XX 将银行卡交由 X 浩公司用于收取房屋的出售款，银行卡交易密码系刘 XX、夏 X 的女儿刘 X 琳的生日日期，在开户时刘 XX、夏 X、X 浩公司及刘 X 琳均在场，且刘 XX 告知夏 X 和刘 X 琳银行卡交易密码。二审庭审中，夏 X 陈述其当时并不掌握银行卡密码。

二审诉讼中，刘 XX 向二审法院提供了以下证据：证据 1、刘 X 琳与刘 XX2019 年 6 月 12 日的微信聊天记录，其中刘 X 琳的陈述大意为：最近身体还好吗，听说明天开庭，笔钱收到，可否当作先给我买屋。我不想见到你们因为这些琐事继续纠缠，大家重新生活，如果不行，那就以后我读完书找到工作慢慢还给你，你以后老了病了最多我养你，拟证明刘 X 琳此前并

## 合同、准合同

没有向刘 XX 提出要求将涉案款项作为借款给其购买房产。证据 2、2020 年 4 月 10 日刘 XX 向公安机关报案的报警回执及立案告知书,拟证明公安机关已对 X 浩公司法定代表人进行立案侦查。经质证,夏 X、刘 X 琳对证据 1 的真实性、合法性、关联性予以确认,但对其证明内容有异议,认为刘 X 琳所述的整段话意思是钱是我拿了,若不同意以后就还给你;对于证据 2 的真实性予以确认,但不确认其关联性。

二审法院认为,首先,刘 XX 本案主张返还的金额是以涉案 610 房的售价 138 万元作为扣除其应付夏 X 款项前的计算基数,但本案证据表明其银行卡账户只收到房屋出售款 129 万元,至于刘 XX 在一审中称 X 浩公司从中截留了 9 万元的问题,并无提供相关证据证实,且该问题亦不属于本案处理范围,刘 XX 可另循法律途径向相关义务人提出主张。本案只针对因涉案银行卡账户内的 129 万元被提取而造成的损失进行处理。

其次,刘 XX 主张夏 X 利用掌握涉案银行卡的便利,私下将该 129 万元通过 ATM 取款、POS 机刷卡、转账等方式转走,侵犯了其权利。夏 X 则答辩称其仅收取了 40 万元,刘 X 琳收取了 80 万元,还有 9 万元留在 X 浩公司。刘 X 琳亦确认其收取了 80 万元。从一审法院查明的款项提取情况来看,上述银行卡账户于 2018 年 3 月 28 日在 ATM 取款 7 次合共 2 万元,于 2018 年 3 月 28 日通过 POS 机消费 23 次合共 115 万元,于 2018 年 3 月 29 日在 ATM 取款 2 次合共 2 万元,于 2018 年 3 月 29 日在 ATM 转出 5 万元,于 2018 年 3 月 30 日在 ATM 转出 5 万元,上述 ATM 取款、POS 机消费、ATM 转出款合共 129 万元。故仅凭上述提款情况,确不足以认定全部款项均为夏 X 所提取,但仍需考察夏 X 在涉案款项被提取过程中的作用。第一,刘 XX 提供其涉案银行卡给 X 浩公司系用于收取刘 XX、夏 X 的房屋出售款,从该实际用途出发,只有刘 XX、夏 X 才能对涉案款项进行处分。第二,夏 X 在一审中表示开户时刘 XX 有告知其银行卡密码,但二审中又予以否认,其理由并不成立。第三,关于夏 X、刘 X 琳称刘 XX 当时亦有告知刘 X 琳银行卡密码一事,刘 XX 并未承认,夏 X、刘 X 琳对此亦未提供证据证明,且从刘 XX 在二审中提供的微信聊天记录来看,刘 XX 与刘 X 琳当时并未对由刘 X 琳取款一事达成一致,故二审法院对于夏 X、刘 X 琳上述陈述不予确认。第四,刘 X 琳出具

## 合同、准合同

确认书表示其收到 80 万元款项的情况，与刘 XX 在一审中提交的录音光盘中夏 X 陈述夏 X 拿了 70 多万元，刘 X 琳拿了 40 多万元的情况不一致，而夏 X 对此并未作出合理解释。综合上述情况可认定，夏 X 对于刘 XX 的银行卡账户内的 129 万元款项被提取一事系明知且参与其中，并起到主要作用，即使有部分款项是由刘 X 琳或 X 浩公司所收取，夏 X 亦应承担连带责任。现刘 XX 主张夏 X 承担返还责任，符合法律规定，二审法院予以支持。因此，在扣减刘 XX 应支付夏 X 的补偿款 752383.8 元（714226.5 元+35000 元+3157.3 元）后，夏 X 仍需向刘 XX 返还 537616.2 元（1290000 元-752383.8 元）及支付相应利息。

综上所述，刘 XX 的上诉请求部分成立，二审法院予以支持。一审判决对部分事实未查清，处理结果不当，二审法院予以纠正。依照《中华人民共和国侵权责任法》第六条、第十条、第十三条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项的规定，判决如下：

一、撤销广州市花都区人民法院（2019）粤 0114 民初 2704 号民事判决；

二、于本判决书送达之日起 10 日内，夏 X 向刘 XX 返还款项人民币 537616.2 元及支付利息（以 537616.2 元为基数，从 2018 年 3 月 29 日起至 2019 年 8 月 19 日止按中国人民银行同期同类贷款利率计算，从 2019 年 8 月 20 日起至付清款项之日止按全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算）；

三、驳回刘 XX 的其他诉讼请求。

如未按本判决指定的期间履行给付金钱的义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费 10300 元，由刘 XX 负担 1124 元，夏 X 负担 9176 元。二审案件受理费 10300 元，由刘 XX 负担 1124 元，夏 X 负担 9176 元。

本判决为终审判决。

### 律师分析：

“以事实为依据，以法律为准绳”是我国司法公正的根本体现，如无法让审判法官查清

## 合同、准合同

案件事实情况，纵有法条规定也无法保证当事人合法权利。

本案为二审上诉案件，二审代理律师通过与委托人面谈、制作大事记、阅读一审判决文书和一审证据材料，并重新对该案进行案件法律分析后，发现委托当事人陈述事实和原被告之间录音记录情况与一审法院判决查明“事实”并不一致，如承办该案的二审法院能查清案件实况则成为本案的痛点。

了解本案“痛点”后，则对痛点进行分析并“对症下药”寻求并制作对应的解决方案。因本案中涉及中介结构套现 119 万元、中介机构人员缺席审理无法提供陈述、刘 X 琳自认领取刘 XX 的储蓄卡进行刷卡套现等情形，为此本案可能属于民刑交叉的情况。经委托人同意，代理人同步开展以下工作：再次核查委托人与案件其他当事人的所有聊天记录和材料以寻找出新的证据；在上诉期内完成提出上诉申请工作；以中介机构可能涉及“非法经营罪”报案；寻找对方当事人积极进行庭前沟通调解等，以此为二审庭审做好准备。

在二审庭审中应突出原审证据（包括一审庭审笔录）之间的冲突点，记录并指出夏 X 多次当庭陈述与一审庭审笔录之间的矛盾，突显新证据（刘 X 琳在一审判决后发给委托人的一条微信记录）中可推定夏 X 虚假陈述的证明力等，由此引起二审法官对案件事实的重新审查并尽力还原案件事实，同时提出相应的法律、法条依据。

最终，经二审法院对案件事实的重新核查，作出公正的裁决。

## 违约责任与侵权责任竞合之案例分析

广东国智律师事务所 杨莉

【关键词】 违约责任 侵权责任 竞合

### 裁判要点

在已有生效判决对违约责任进行了划分的情况下，即便对违约责任划分承担的比例不服，也只可依法申请再审，而不是另行选择提起侵权之诉。

### 相关法条

《中华人民共和国合同法》第一百二十二条

### 基本案情

XX 科技股份有限公司租赁 XX 口岸物流有限公司 5 号仓库用于保管案外人 XX 电器股份有限公司 XX 经营分公司的货物，并向中国太平洋财产保险股份有限公司顺德中心支公司（以下简称太平洋保险顺德公司）投保了财产保险一切险，后因发生火灾致案外人 XX 电器股份有限公司 XX 经营分公司货物损毁。太平洋保险顺德公司支付 XX 科技股份有限公司事故赔偿款 13654041.86 元后，代位 XX 科技股份有限公司向 XX 口岸物流有限公司行使求偿权，安徽省芜湖市中级人民法院（2018）皖 02 民终 3 号民事判决书判令 XX 口岸物流有限公司赔偿太平洋保险顺德公司 10923233.488 元。XX 科技股份有限公司就保险理赔后剩余损失 12069360.14 元向法院提起诉讼请求 XX 口岸物流有限公司赔偿，安徽省芜湖市中级人民法院（2018）皖 02 民终 215 号民事判决书判令 XX 口岸物流有限公司赔偿 XX 科技股份有限公司 9655488.08 元。上述判决共计判令 XX 口岸物流有限公司向 XX 科技股份有限公司、太平洋保险顺德公司赔偿 20578721.568 元。经强制执行完毕后，XX 口岸物流有限公司以 XX 科技股份有限公司侵权为由向河南省漯河市郾城区人民法院提起诉讼，请求判令 XX 科技股份有限公司赔偿给 XX 口岸物流有限公司造成的经济损失 20872020.56 元。

### 裁判结果

河南省漯河市郾城区人民法院于 2019 年 12 月 26 日作出（2019）豫 1103 民初 2178 号民事判决：1. XX 科技股份有限公司于判决生效后十日内赔偿 XX 口岸物流有限公司损失 14618160.60 元及利息（利息自 2018 年 3 月 8 日起以 213055.51 元为基数计算至 2018 年 10

## 合同、准合同

月 31 日；自 2018 年 10 月 31 日起以 6971897.16 元为基数计算至 2018 年 11 月 27 日；自 2018 年 11 月 27 日起以 14618160.60 元为基数计算至履行完毕之日止。2019 年 8 月 19 日之前的利率均按中国人民银行同期同类贷款利率计付；自 2019 年 8 月 20 日起按照同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计付）。2. 驳回 XX 口岸物流有限公司的其他诉讼请求。

河南省漯河市中级人民法院于 2020 年 6 月 16 日作出（2020）豫 11 民终 265 号民事判决：1. 撤销漯河市郾城区人民法院（2019）豫 1103 民初 2178 号民事判决及诉讼费负担部分；2. XX 科技股份有限公司于判决生效后十日内赔偿 XX 口岸物流有限公司损失 213055.51 元及利息（利息自 2018 年 3 月 8 日至 2019 年 8 月 19 日期间利率按中国人民银行同期同类贷款利率计付共计 16905.95 元；自 2019 年 8 月 20 日起按照同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计付至还清之日止）。

### 裁判理由

法院生效裁判认为：本案与安徽省芜湖市中级人民法院（2018）皖 02 民终 3 号、（2018）皖 02 民终 215 号案的当事人诉求基于同一事实而产生，皆因火灾事故造成 XX 科技股份有限公司租赁 XX 口岸物流有限公司 5 号仓库代为保管案外人 XX 电器股份有限公司 XX 经营分公司货物损毁事实而引起诉讼，不同的是前案的当事人 XX 科技股份有限公司（代位权人太平洋保险顺德公司）以 XX 口岸物流有限公司违约为由诉至法院，而本案则是 XX 口岸物流有限公司就前案判决其赔偿 XX 科技股份有限公司的经济损失 20872020.56 元后，以 XX 科技股份有限公司构成侵权为由诉至法院。依据《中华人民共和国合同法》第一百二十二条：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”规定，XX 科技股份有限公司有权选择要求 XX 口岸物流有限公司承担违约责任或者要求 XX 口岸物流有限公司承担侵权责任。在已有生效判决对违约责任进行了划分的情况下，即便 XX 口岸物流有限公司对违约责任划分承担的比例不服，可依法申请再审，而不是另行选择提起侵权之诉。XX 口岸物流有限公司提起本案诉讼违反了我国法律对于责任竞合情况处理的规定。一审法院判决在 XX 口岸物流有限公司赔偿 XX 科技股份有限公司货物损失后对 XX 科技股份有限公司享有追偿权，属于适用法律错误，应予纠正。

### 案例分析

本案在 XX 科技股份有限公司与 XX 口岸物流有限公司的仓储服务合同法律关系中，XX

## 合同、准合同

口岸物流有限公司是仓库出租人，XX 科技股份有限公司是仓库承租人，在仓库租赁期间发生火灾事故，致货物毁损，此属违约责任与侵权责任的竞合。究是以违约之诉还是以侵权之诉予以救济处理，根据《中华人民共和国合同法》第一百二十二条“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任”的规定，作为受损害方的 XX 科技股份有限公司享有选择权，但只可二选一。对案涉火灾事故的发生，（2018）皖 02 民终 3 号案和（2018）皖 02 民终 215 号案生效判决依据双方的仓储服务合同关系、合同履行情形及双方的过错程度，均确定 XX 口岸物流有限公司应负担火灾损失金额的 80%，XX 科技股份有限公司应负担火灾损失金额的 20%。至此，双方对火灾事故造成的损失金额的负担已尘埃落定。XX 口岸物流有限公司若对此不服，只能依法申请再审，通过再审程序解决。因此，一审判决错误，二审法院认定 XX 口岸物流公司提起本案诉讼违反了我国法律对于责任竞合情况处理的规定正确。

## 从一起特许经营合同纠纷看加盟退出问题

广东南国德赛律师事务所 阮诗杰

### 一、案情简介

个人甲因合作开设甜品专卖店一事于 2019 年 2 月 20 日与公司乙签订《甜品店合作协议》，协议约定公司乙授权个人甲在福建省厦门市开设甜品专卖店，协议期限自 2019 年 2 月 20 日至 2022 年 2 月 19 日。协议签订后，个人甲依约向公司乙一次性足额支付了的投资费用近四十万元。

合作协议签订后，公司乙派人协同个人甲在授权区域范围开展店面选址工作，初定地址后个人甲即与出租方签订租赁合同并支付保证金，但由于出租方原因导致店面最终未能实际承租下来。鉴于店铺选址原因，个人甲于 2019 年 9 月 14 日从北京前往公司乙位于广州的办公地点协商合同履行事宜，经当面协商，双方同意就开设专卖店的区域变更为北京市，但并未签订书面的补充协议。

自 2020 年 1 月份开始，受新冠疫情影响，个人甲几乎难以与公司乙的指定联络人取得联系，经后续了解，公司乙职员发生大规模更替，未能及时指派人员跟进选址工作，公司乙联系人表示直至 2020 年 5 月 19 日公司仍未实际复工。鉴于此，个人甲多次提出希望公司退还已缴纳的合作费用，但公司乙表示愿意配合个人甲在北京开店，并以不符合合同解除条件为由拒绝退款。其中，双方在《甜品店合作协议》中约定：“如若在本协议履行过程中存在提前终止协议，不履行协议等违约行为，另一方有权单方面解除协议，并要求承担投资费用百分之五十的违约责任”、“无论何种原因导致协议提前终止的，保证金三万元都不予提前退还”。

无奈，个人甲希望向广州仲裁委提起了仲裁申请，要求公司乙退还全额投资费用、支付资金占用利息、律师费、仲裁费。

### 二、争议焦点分析

## 合同、准合同

笔者在 2019 年 6 月接受个人甲委托后，经过初步分析，认为本案涉及到的法律问题包括：如何认定《甜品店合作协议》的性质以及效力；公司乙是否存在怠于履行等违约行为；可否以新冠疫情存在不可抗力因素为由诉请解除；甲单方解除《甜品店合作协议》的相关依据是否充分；公司乙是否作出过虚假或夸大宣传、承诺；《甜品店合作协议》中关于提前终止协议的违约责任约定是否适用于本案情况；甲主张公司乙承担资金占用利息、律师费的依据是否充分等等问题。再经过深入分析，笔者总结案件的争议焦点在于：第一，《甜品店合作协议》是否可以定性为特许经营合同；第二，甲单方解除《甜品店合作协议》的依据是否充分；第三，《甜品店合作协议》的履行程度对甲主张退款比例的影响。

### 三、加盟方是否有权单方解除合同

本案中，由于《甜品店合作协议》的版本由公司乙提供，有关条款对于作为加盟方的个人甲明显不利且不对等，协议明确约定提前解约方须承担合同金额 50% 的违约金。加之公司乙前期确实提供了有关选址的协助服务，后期双方同意就区域进行变更，但未签订书面的协议，举证存在困难。另外，甲也没有正式发出书面的解除通知，且距签订合作协议已过去一年多，要求对方退款似乎机会渺茫或者需要承担高额的违约费用。

笔者接受甲的委托后，鉴于案涉《甜品店合作协议》签订后涉及区域变更的事实无任何证据证明，笔者建议甲在与乙的联系人沟通的过程进行了同步录音，要求其确认变更区域约定的事实以及疫情期间公司乙暂停提供服务、注册地址变更、联络困难等细节。同时，笔者要求甲搜集其前期拟积极履行合作协议方面的证据，如甲在福建厦门的租赁合同、解除协议、律师函等等。再次，笔者还指导甲搜集《甜品店合作协议》签订前有关的宣传合作手册、广告页面单张、联系人名片等资料。相关材料收集整理后，笔者代表甲发出了正式的解除合同通知书，要求其全额退还投资费用。

针对相关争议焦点，笔者主张相关解除理由如下：

#### 1、个人甲未开始使用公司乙的经营资源。

《商业特许经营条例》第三条规定，本条例所称商业特许经营，是指拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业，以合同形式将其拥有的经营资源许可其他经营者使用，被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营，并向特许人支付特许经营费用的经营活动。本案中，双方在合作协议约定公司乙持有商号、企业标识及其他经营知识、

## 合同、准合同

技术或资料所有权并授权在统一经营模式下开展经营活动，个人甲为此向支付一定的费用，该合作模式符合特许经营的特征，双方成立特许经营合同关系。

根据《商业特许经营管理条例》第十二条的规定：特许人和被特许人应当在特许经营合同中约定，被特许人在特许经营合同订立后一定期限内，可以单方解除合同。该条的立法目的和本意是为平衡特许经营合同中双方因信息掌握上的不对称可能产生不公平后果，而赋予被特许人一定的“悔约特权”，意在对被特许人利益进行倾斜性保护，防止其因一时投资冲动而使自己束缚于无法、不愿履行的特许经营合同，给予其进一步冷静思考是否继续履行合的时间。基于以上立法目的，被特许人享有的该种单方解除的权利不以双方是否在合同中作出约定为前提。关于被特许人单方解除权行使的合理期限问题，在双方没有明确约定的情况下应当结合被特许人是否已经开始使用特许人的经营资源及双方实际履行合同的程度等因素来综合判断。

而双方签订的合作协议系公司乙单方提供的格式合同版本，协议中并未约定给予公司乙在一定期限解除的权利，因此，对于解除期限的约定更应作有利于公司乙的解释，个人甲在未使用公司乙核心经营资源的情况下应当享有合同任意解除权。

本案中，双方虽签订了合作协议并由个人甲支付了全部的合作费用，但合作协议约定须公司乙负责的包括但不限于店面设计、上门带店、营运指导、新品开发、合同内约定物料配送工作均未实际开展，店铺选址也未完成，即个人甲并未开始使用公司乙的经营资源，因此，个人甲有合同任意解除权。

### 2、公司乙存在虚假或夸大的宣传及承诺。

根据《商业特许经营管理条例》第十七条、第二十三条的规定：“特许人在推广、宣传活动中，不得有欺骗、误导的行为，其发布的广告中不得含有宣传被特许人从事特许经营活动收益的内容”、“特许人向被特许人提供的信息应当真实、准确、完整，不得隐瞒有关信息，或者提供虚假信息。特许人隐瞒有关信息或者提供虚假信息的，被特许人可以解除特许经营合同”、《广告法》第二十八条：广告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的，构成虚假广告。广告有下列情形之一的，为虚假广告：（二）商品或者服务有关的允诺等信息与实际不符，对购买行为有实质性影响的；（四）虚构使用商品或者接受服务的效果的。

## 合同、准合同

本案中，公司乙在促成个人甲签订合作协议前，就其合作服务向个人甲作出“上市”、“财富腾飞”、“1000多个网店遍布全国32个省份”、“贴心服务、24小时在线”、“在甜品上就有了完美的体验”、“给消费者完美的美食体验”等虚假或夸大的宣传及承诺，存在误导行为，个人甲有权解除合同。

3、公司乙迟延履行、经营状况恶化、不可抗力因素导致合同目的将无法实现。

根据《合同法》第九十四条：有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的，本案中，公司乙曾多次尝试与公司乙协商合同履行事宜，其指定联络人基本不接电话且不回信息，一旦联系上则以公司未复工为由加以推脱，考虑到个人甲拟在北京地区开设专卖店的工作至过去一年多仍未有实际推进，加上新冠疫情等不可抗力因素影响，市场环境已发生较大变化，且公司乙公司乙实际经营状况持续恶化，陆续有多个案件将其列入失信被执行人。个人甲短期内在北京开设专卖店并实现盈利的合同目的将难以实现，继续苛求个人甲开店营业明显有违公平原则，也不符合合同目的，个人甲有权选择解除合同。

4、公司乙未对解除合同的通知在期限内提出任何异议，表明公司乙同意不再继续履行合同。

《合同法》第九十四条规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同……（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或以自己的行为表明不履行主要债务……”，个人甲于2020年6月9日正式向公司乙发出解除《甜品店合作协议》通知书，并同时通过短信告知公司乙的指定联络人雷经理，并要求公司乙退还相关投资费用，但公司乙于2020年6月10日拒收个人甲发出解除《甜品店合作协议》通知书，其指定联络人也未有任何回复。截止2020年10月28日开庭之日，个人甲已发出解除合同通知超过三个月。

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）（以下简称《合同法司法解释二》）第二十四条 当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。

公司乙并未对个人甲解除合同的通知在期限内提出任何异议并提出反仲裁，因此，合

作协议应当自公司乙收到个人甲解除通知之日起正式解除。

#### 四、裁判结果

经过仲裁审理，笔者的观点被仲裁庭全部采纳。仲裁庭认为：双方签订的合作协议合法有效，公司乙在与甲达成变更申请经营区域后，未能积极协助指导甲在北京寻找店铺，也未能如其宣传手册所宣称的提供 24 小时在线服务，致使甲无法与乙取得正常联系，更无法开展店铺选址工作。并且，新冠疫情爆发后，餐饮业大幅下滑，要求甲在当时情况下仍然继续开店已不现实。因此，仲裁庭最终裁定公司乙需全额退还投资费用，并支付资金占用利息、律师费、仲裁费。

近年来，随着社会大众对品牌价值的日益认可，很多拥有注册商标、专利、专有技术等经营资源的企业为扩大品牌影响力、获得收益，推出了各式各样的加盟“合作套餐”，该类合作模式虽然一定程度上促进了品牌的推广，但随之而来也产生了许多问题。鉴于加盟合作双方信息上极度不对称，很多时候加盟方在付款之后不久就产生后悔心理。鉴于此，《商业特许经营管理条例》规定了“冷静期”意在给予加盟方在特定条件下的解约自由。本案虽然距其签订合作协议已过去一年多才提出解除合同，但是否能够解除合同还应该综合合同目的、双方履行情况、合同约定情况等因素予以考量，希望本文能给予部分类似相对弱势的加盟方依法维权的信心和依据。

## 居住权刍议

广东广信君达律师事务所 许杰民

**【摘要】** 《中华人民共和国民法典》有史以来第一次在中国设立了“居住权”制度。“居住权”制度源于古罗马的人役权，与中国传统的理念及习惯并无渊源和关联，因此，《民法典》引入“居住权”制度时，也努力因应社会变化的需求而赋予居住权制度更多的允许自行约定的灵活空间，使中国的居住权制度有了新的特点。但一体两面，更为尊重意思自治的立法设计也可能使居住权制度超出原来亲友扶助的范畴、沦为商业化乃至规避现行制度的工具，从而偏离居住权制度设立的人文关怀初衷，需要我们平衡处理居住权制度将来可能面临的冲突和问题。

**【关键词】** 民法典 居住权 滥用 抵押权

### 一、引言

“安得广厦千万间，大庇天下寒士俱欢颜”，杜甫的这句诗道出了中国先贤希望“居者有其屋”的大爱和悲悯。但随着中国城市化的发展，房价也不断攀升，买房日益成为许多人身上沉重的负担。不少意见领袖曾公开呼吁年轻人学习外国人重视租房的理念，不要做房奴，把资金和精力用于发展自身和投资。想法很丰满，但现实却很骨感。2020年新冠肺炎疫情期间，不少住宅小区进行了封闭管理，诸如“业主可以进、租户不能进”的新闻屡见不鲜；而蛋壳长租公寓的突然违约离场更是给漂泊在外的年轻人一个沉重的打击，由于公寓出租方无法按期给房东交租，房东强制收房，一夜之间，租房者无家可归，预交的租金则变成了银行贷款仍要继续还，甚至有刚毕业的学生为此自尽身亡<sup>1</sup>。

中国人为什么如此热衷买房？除了投资渠道有限外，也源于中国人内心有太多的不安全感，而“有瓦遮头”就是身心安全的最低保障。但对大多数人来说，“租房”显然只能是过渡，无法给予其一个“稳定的居所”，许多年轻人仍然主动或被动地前仆后继涌往“房奴”之路。这种情况下，《民法典》新设立的“居住权”制度让人耳目一新，众说纷纭。有人称

1 蛋壳公寓：房东换锁赶人，租客凌晨流落街头，毕业生被逼跳楼自杀；  
<https://baijiahao.baidu.com/s?id=168522272311615286&wfr=spider&for=pc> [2021-2-3]

赞“居住权”是《民法典》的重大创新，网上则有一些思维活跃的女性朋友将“居住权”与小三、私生子被允许进家门、变相占有房产使用权联系在一起。

那么，这项在中国千百年来从来没有正式确立过的“居住权”制度，是否可以满足中国人稳定的生活居住需要，究竟哪些人更可能获得居住权，中国的“居住权”制度将面临哪些难题和冲突呢？

## 二、居住权的起源和特点

居住权乃大陆法系的概念，起源于罗马法，与家庭财产继承关系有关，主要是丈夫或家长为了在自己亡故后，使那些没有继承权而又缺乏或丧失劳动能力的妻子或其他亲近之人的生活有基本保障，因此把一部分房产的居住权赠予给他们。罗马法的役权体系分为人役权和地役权，而居住权就属于人役权中用益权制度下使用权的一种。

居住权具有自身鲜明的特点。由于居住权源于罗马法的人役权，即役权是附着于特定人的，因此该种权利往往是基于亲情或特殊恩惠，牺牲了他人（即供役人）房产所有权能中的使用权利益，为特定的人（即需役人、居住权人）而设的，传统上具有以下主要特点：1、专属性，即只能由特定的人享有居住权，而不能转让和继承；2、终身性，基于居住权的专属性，居住权也应当是有期限的，如果未特别约定，则该权利最长不能超过需役人的生命存续期，我国《民法典》第370条也规定“居住区人死亡的，居住权消灭”；3、无偿性，由于居住权制度最初就是为了满足亲情、婚姻等特殊关系的需要而产生的，因此与债权关系中的等价交换或金钱算计不同，居住权天然具有恩赐的意味，并以无偿性作为原则。由此可见，传统的居住权制度较具封闭性，不利于权利的流转和经济利用，适用场景较为狭窄。

我国在2002年1月28日的《中华人民共和国物权法(征求意见稿)》第18章以8个条文首次规定了居住权制度，但学界对于设立该制度一直争论不休。主要的反对意见就包括认为中国并没有设立人役权的立法传统，且居住权是一个概念起源于欧洲农业社会的旧时制度，与东亚地区的社会传统并无渊源，因此在西学东渐的过程中，同为大陆法系的日本、韩国、台湾地区等都没有引入居住权制度，我国也没必要专门设立一项新的居住权制度。各方的意见不一最终导致我国《物权法》中删除了居住权制度。

二十年后的中国《民法典》第一次纳入了居住权制度，并将其列入物权编的用益物权中。立法时显然也考虑到居住权制度的相关争议及应对社会实践发展的需要，为此对传统居住权的特点也进行了调整。比如《民法典》第268条规定“居住权无偿设立，但是当事人另有约

定的除外”，这赋予了双方在设立居住权时可适当约定费用的权利，为社会机构引入商业手段设计“以房养老”等留出了余地。又比如，针对专属性，《民法典》第369条前句同样规定“居住权不得转让、继承”，但后句则规定“设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外”，允许需役人出租居住的住宅，就获取收益的性质而言，其效果与转让并没有实质的区别。

### 三、哪些人需要居住权

法律制度设计的目的是为了适用，是为了解决社会生活中的实际问题，那么居住权的适用对象主要是谁呢，换言之，在现代中国，哪些人可能会更需要获得居住权呢？

在中国裁判文书网以“居住权”为关键字检索，检索到的裁判文书数量达到62046篇<sup>2</sup>，乍一看数目不少，但初略查看后可以发现，其中相当一大部分涉及执行异议之诉，主要是依据最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条、第29条的规定，以所谓“居住权”来对抗抵押权等优先受偿权的强制执行，但这实质并非物权意义上的居住权纠纷，因为最高院的规定明显主要是为了优先保护已订立了买卖合同但因故未将房产过户的房屋购买者。

真正体现居住权的案件大部分归类在所有权案件和离婚案件中，即使不考虑案件分类时的重合问题，两类案件也仅为21311件，占比约为三分之一。可见，居住权类纠纷在司法实践中并非主流。当然，这也可能与我国以往并未设立居住权制度有关，因此许多案件未能成讼，或只好以善良风俗、人伦道德等理由进行了裁决。可以想见，在人们进一步了解居住权制度后，会有更多的人利用该制度维护自身的居住权益，有关机构也可能会在设计住房保障产品或养老产品中利用居住权制度。在可预见的将来，居住权制度的适用对象可能主要包括：

1、老人。无论什么时代，临老无处安身都是人间惨剧，而对于老年人的尊重和保护也往往代表了社会的文明和进步。中国人通常愿意将财产无保留地交给儿子或孙子，也相信儿孙会对其生养死葬，但现实中也不乏老人将房子赠予给儿孙后又被赶出家门的例子。因此，无论是对于无住房的老人，还是需要以房养老的老人，抑或是现实中争议较多的老年再婚伴侣的身后居住问题，居住权制度都可以成为一个重要的保障工具。

<sup>2</sup> 中国裁判文书网（<https://wenshu.court.gov.cn>），2021年1月31日检索。其中，所有权类案件13059件，离婚案件8252件。

2、低收入需要社会住房保障的人士。在立法建议中，诸多学者都将有助于规范公租房等社会保障住房问题作为支持居住权制度的重要理由。无可讳言，我国目前的社会保障房体系存在不少问题，比如公租房、廉租房的租赁方式存在租期的限制，不能给予租户长期稳定的保障预期，经济适用房、政府共有产权房等产权模式则容易引发大量的房产投机和权力寻租行为，上市时地价的补偿或数年不得上市交易的限制无法完全抵消房产的价值升值，违背了政府保障低收入人士基本居住权利而非产权权利的初衷。因此，《民法典》的居住权制度设立后，政府完全可以利用居住权设立灵活、可终身使用、禁止转让和继承等特点，直接向合格的人士无偿或低价格方式赋予长期的居住权，并可以随时向违规造假申请保障用房的人士收回居住权；而对于需要使用社会保障性住房的人士而言，拥有长期乃至终身的居住权，也无疑有助于满足其稳定的居住需求。

3、社会组织及投资性机构。基于《民法典》已规定居住权是为了满足生活居住需要、及居住权人死亡则居住权消灭，可以认为居住权的需役人只能是自然人，但《民法典》第367条规定居住权合同的条款包括“当事人的姓名或者名称和住所”，显然法人或非法人组织可以成为居住权的供役人。这意味着社会机构可以借助居住权这一法定的物权制度来设计以房养老等金融产品，有助于解决目前主流的住房反向抵押养老模式和遗赠扶养协议模式不确定性过大、估值对价不合理、容易反悔的债权模式设计缺陷。

4、婚姻中的伴侣及离婚后生活困难且无住房的一方。住房若属于一方婚前财产，则另一方的居住权必然要依附于婚姻。因此，要求有房一方给与居住权可能会成为婚姻的试金石和无房一方的渴求。而对于离婚后生活困难且无住房的一方而言，居住权更成为现实的难题。

5、高净值人士和信托公司。在财富传承方案的设计中，保障其关心之受益人的基本生活品质是高净值人士的重要关注点，目前的传承方案或信托合同中通常是以金钱支付等方式进行，但事实上，基本居住和生存权利的保障是财富传承的基础和重要核心，部分人士还会考虑祖屋的使用及游离在家族外的其他关系人士的保障，因此，居住权制度可能会逐渐引发高净值人士及信托公司等财富管理机构的重视，并成为重要的财富传承手段之一。

6、其他与房屋所有权人关系密切的受益人。在主张设立居住权制度时，部分学者举例称居住权的目的是要解决三类人的居住问题。一是父母；二是离婚后暂未找到居所的一方（通常是女方）；三是保姆。这引发了争议，特别是对于保姆的居住权，反对者认为在使用保姆的家庭中，准备给保姆永久居住权的，恐怕只是极个别的情形。为了极少人的问题，而创设

一种新的物权，创设一个新的法律制度，既不合逻辑，也不合情理。<sup>3</sup>从某种意义上来说，中国目前较少存在旧时候的终身佣人，因此给与保姆之类家政人员居住权的情形确实相对较少，居住权制度的设立目的也不在于此，事实上，国外很多立法多是把保姆和居住权人的家属视为居住权人的间接受益人。当然，既然设立了居住权制度，法律也不会禁止某些雇主基于私人感情或感恩因素而给与保姆或其他关系密切的人员设立居住权，从而使这些人本身就变成“权利人”。

#### 四、居住权适用过程中可能遇到的问题

人们为是否在法例中正式引入“居住权”争论了将近二十年，随着《民法典》正式规定了“居住权”，有关理论纷争可以暂时画一个句号，但如何完善和运用该制度，并妥善解决居住权适用中的各种问题，以维护立法初衷、降低负面影响，将成为法律界需要关注的重要问题。

##### 1、居住权与政府房屋公共政策的规避。

如前所述，设立居住权制度的重要设想之一就是用来解决社会保障用房体系中出现的诸多问题。但同样的，居住权作为一项物权制度，其本身是中立的，并不必然具有社会保障性质，其也可能被利用来规避政府的房屋公共政策。比如政府为了推行“房住不炒”、抑制外地游资炒房等目的，在部分城市实施限购，目前部分长期或短期不合格的人士为了购房，往往采取以他人名义购房的方式，但缺乏物权上的保障，甚至连委托购房合同本身都可能被判定为无效，而将来实际购房人则可能会选择设定终身的居住权来降低自身的风险。再比如由于我国土地产权的二分制，政府禁止城镇居民购买农村产权的房产（俗称小产权房），但由于城乡距离的消失和巨大的房价差，不少城镇居民仍出于各种考虑而选择购买小产权房，一些小产权房的建设方则通过一次性签署连续租赁合同的方式公开变相出售小产权房的使用权，但前述方式下，一个绝对的硬伤在于使用权仍可能随时受到业主的侵扰或解约，而居住权制度明显有助于补上该短板，并可能使大量小产权房通过设立和转让居住权的方式进入市场流通。

为此，政府应审视有关住房政策，评估有关政策的目的及合理性，若需继续维持有关政策，则应适时补上有关法律漏洞。

<sup>3</sup> 梁慧星，《我为什么不赞成规定“居住权”？》，中国法学网，[http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=1245\[2021-1-29\]](http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=1245[2021-1-29])

## 2、房屋的保值及修缮：谁来维修？

房屋需要持续的维护和修缮，方能有助于保持及提升价值。一般认为，居住权是从完整的“所有权”中分出来了一部分权能，那么一个现实的问题是，居住权人作为房屋的共同或独立的使用权人，是否应当承担房屋的维修修缮费用？

在双方对维修责任无约定或约定不明的情况下，部分学者认为基于利益关联，日常修缮由居住权人承担，但重大修缮则是保存所有权的行为，明显对于所有权人更有利，应由所有权人承担。<sup>4</sup>该种观点有其合理性，但可能难以区分日常修缮和重大修缮，容易引发争议。且由于居住权的设立以无偿性为原则，即使收取部分费用，也往往与正常的使用价值不成比例，可见，基于居住权的恩赐性，居住权的持续实现对于居住权人更为有利，因此若房产需要重大修缮以保证其居住功能时，居住权人将有更大的动机和利益去进行重大修缮，根据居住权人对房屋使用权的控制比例来要求居住权人承担相应比例的房屋修缮费用，更符合“权责相等”的原则；当然，若居住权人认为进行重大修缮与剩余居住权的利益不对等，也可以允许其以放弃剩余居住权的形式来拒绝履行房屋重大修缮的义务。

## 3、借“居住权”逃避债务和对抗法院执行。

居住权作为法定的物权，属于对世权，具有天然的对抗性和排他性。如前所述，在我国尚未确立居住权制度时，法院大量的执行异议之诉中就存在以损害居住权为由对抗执行，很多老赖更是故意通过与第三人恶意签订长期租赁合同等方式影响房产的强制执行或拍卖。

有理由相信，《民法典》施行后，一些老赖会借助设立居住权的方式逃避债务和对抗法院执行。

从《民法典》的现有条文看，法院可能会把《民法典》第一编第六章第三节即“民事法律行为的效力”作为审查及撤销居住权的依据，主要包括第一百四十六条虚假表示与隐藏行为效力、第一百五十四条恶意串通等。但基于居住权设立的无因性和恩赐性，供役人在自己的住宅上为他人设立居住权并不需要提供理由及收取对价，假设一些债务人预见自己的住宅不久可能会被法院强制拍卖，则抱持便宜别人不如益自己亲友的想法，主动给不知道内情的亲友在房产上设置永久居住权，则行为人的意思表示似乎并无虚假，且难谓双方存在恶意串通。

尽管存在认定规则上的困难，但为避免一些债务人利用设立居住权来恶意影响房产拍卖处置和对抗执行，仍有必要通过司法解释等方式对居住权进行限制，对于明显无合理正当利

<sup>4</sup> 申卫星、杨旭，《中国民法典应如何规定居住权？》，载《比较法研究》2019年第6期，第65-83页。

益关系及理由设立的居住权、或在房产被法院查封后设立的居住权予以否定。

#### 4、居住权与担保物权。

另外一个值得关注的问题是，居住权是否会变相成为担保的手段，其与担保物权特别是抵押权共存时应如何处理顺位问题。

基于担保的性质，《民法典》第401条规定了流押条款无效，这可能加大了实现抵押权的不确定性和成本，因此不排除将来有些人会约定在担保房产上设立居住权，并以履行完成到期债务作为解除居住权的条件，从而使居住权变相成为了担保手段，这显然违反了担保物权法定的原则，也不符合居住权制度设置的初衷。

此外，居住权与抵押权的共存冲突也不断被人讨论。《民法典》第405条规定了抵押权和租赁关系之间的效力等级，即抵押权设立前的租赁关系不受抵押权的影响，换言之，抵押权设立后的租赁关系不能对抗抵押权，但抵押权和居住权同为物权，法律并未规定抵押权设立后不能设立居住权，法律也没有规定抵押权可以优先于后设立的居住权，且《民法典》第406条规定“抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人”，但住宅设立居住权显然不属于转让抵押财产，因此，抵押人甚至没有义务通知抵押权人，抵押权人很可能是在要实现抵押权时才会去查册获知存在居住权，这将给抵押权人的利益造成巨大风险，也会影响抵押权这一重要的担保物权制度的功能，一些被执行人也可能会利用居住权而在法院执行案件中要求否决债权人的抵押优先权。

为此，有必要通过补充立法或司法解释规定，禁止以居住权作为债务的变相担保，以免债务人因为经济所迫而低价或无偿设立居住权、损害房产的重要权能价值；而对于不动产抵押后新设立的居住权，作为两种都奉行登记生效主义的物权，可规定以登记时间先后的原则来区分优先权。

#### 5、法院是否有权判决给与居住权？

依据《民法典》第二百九十条，法院的法律文书可以导致物权设立、变更、转让和消灭，但基于居住权无偿性及恩赐性的基本特征，法律更强调保护其设立的自愿性，也允许双方在设立时对居住的条件、要求、期限等进行灵活的约定，若法院通过判决强制一方设立居住权，则可能明显违反了住房所有权人的意愿，并使该居住权在行使过程中容易遭到房屋所有权人的抵制或阻碍，引发新的矛盾。

从具体法律条文来看，原《婚姻法》和最高人民法院《婚姻法解释一》规定住房的居住

权或所有权可以作为对生活困难者进行帮助的形式，<sup>5</sup>法院在离婚案件也多有引用该等规定来保障部分离婚无房人士的居住权。但《民法典》第一千零九十条则隐去了对“住房”的强调<sup>6</sup>，且最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》也并未保留《婚姻法解释一》第二十七条的条款。因此，法院不能简单地依据《民法典》第一千零九十条来要求一方为离异的配偶设立居住权。若离婚案件中无共同住房可分割的一方的确存在经济和住房困难，法院可以判令经济条件较好的一方根据一定期限的租金标准适当给与经济补助。

## 五、结论

随着现代社会的权利平等保护及社会保障制度的发展，传统居住权单独作为物权用益权的制度价值已日益受限，因此，《民法典》引入“居住权”制度时，也努力因应社会变化的需求而赋予当事方更多的允许自行约定的灵活空间。但一体两面，不可避免的是，自由弹性的规定固然有助于调整“居住权”制度的僵化性、尊重当事人的意思自治，扩展居住权的适用场景，但也可能使居住权制度超出原来亲友扶助的范畴、沦为商业化乃至规避现行制度的工具，从而偏离居住权制度设立的人文关怀初衷。

为此，我们需要不断审视及规范居住权，并秉持立法目的，平衡处理居住权制度在中国将来面对的难题和发展冲突，以真正发挥居住权制度保护弱势群体居有其所的内在价值。

### 参考文献：

- 1、王利明：论民法典物权编中居住权的若干问题，中国民商法律网【<https://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=35838>】
- 2、张静：居住权制度研究【期刊论文】-法制与社会 2021.1（中）

---

<sup>5</sup> 原《中华人民共和国婚姻法》第42条：离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第27条：婚姻法第四十二条所称“一方生活困难”，是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。一方离婚后没有住处的，属于生活困难。离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。

<sup>6</sup> 《中华人民共和国民法典》第1090条：离婚时，如果一方生活困难，有负担能力的另一方应当给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

## 业主大会“从众条款”效力的认定

### ——莫筱玲诉佛山市禅城区锦隆花园小区（第一届）业主委员会等业主撤销权纠纷案

广东法制盛邦律师事务所 林传富

**【关键词】** 业主撤销权 从众条款 双过半 授权 业委会备案

#### 主要观点

1. 业主大会适用“从众条款”必须符合参与率“双过半”（现“双三分之二”）的前提要求。
2. 业主大会不能授权业委会选聘物业服务企业。
3. 业委会不能由居委会备案成立。

**相关法条** 1. 《业主大会和业主委员会指导规则》第二十二第一款  
2. 《物权法》第七十六条  
3. 《物业管理条例》第十一、十二条

**案号索引** 一审：佛山市禅城区人民法院（2016）粤0604民初5931号  
二审：佛山市中级人民法院（2017）粤06民终6668号

#### 基本案情

莫筱玲系位于佛山市禅城区锦华路90号锦隆花园十七座1005房的产权人。

2014年6月4日，包括姚广玲、莫筱玲在内的200多户锦隆花园业主在《佛山市锦隆花园住宅小区（大厦）组建首届业主大会筹备组申请书》上签名，该申请书内容为“祖庙街道同安居民委员会：佛山市锦隆花园住宅小区（大厦）已经符合召开首届业主大会会议的条件，准备召开首届业主大会会议和选举产生业主委员会，现我们申请贵单位派员指导本次业主大会会议的相关工作。联系人：姚广玲”。

2014年6月10日，涉案小区张贴了《关于组建首届业主大会筹备组的倡议》，告知全体业主由居民委员会负责协调业主大会筹备工作，倡议各业主积极报名参加筹备组。同安社区居委会于同日在上述倡议书上备注“按政策法规要求执行，落实相关工作”并盖章确认。

2014年7月23日，同安社区居委会发布《关于佛山市禅城区锦隆花园住宅小区业主大会筹备组成员名单的公告》，公告锦隆花园住宅小区成立首次业主大会筹备组的事实以及筹备组成员名单，并告知如对人员有异议的，可以书面形式向筹备组反映。名单显示筹备组由同安社区居委会主任赵小明、祖庙街道办事处干部黄水文及姚广玲、何嗣尧等12名业主组成。

2014年8月20日，筹备组在赵小明的主持下，对《业主大会议事规则》和《管理规约》进行了讨论并提出具体修改意见。

2014年12月12日，筹备组发出《关于公示〈业主大会议事规则〉、〈管理规约〉的通知》，主要内容为“经业主大会筹备组第一次会议讨论初步拟定了《业主大会议事规则（征求意见稿）》、《管理规约（征求意见稿）》，现将两份征求意见稿张贴在小区大门的玻璃宣传栏，请各业主查看。本通知自公示之日起，在小区内公示7日，若有修改意见请提交到筹备组。具体地点和联系方式如下：一、地点：锦华路汾左街50号首层同安社区居委会……”。

同日，筹备组还发出《关于推荐业主委员会候选人的通知》，告知符合候选人资格条件的业主可在公示期间填写表格并提交身份、产权资料给筹备组。

2014年12月21日，业主王世友向筹备组提交书面材料，针对议事规则中业委会成员人数及工作经费提出建议“假如业委会成员13人，工作经费肯定会使用很多，所以我建议业委会人员减为5人，候补2人，总共7人，这样才能更好利用30%公共收益来完成业委会工作。其实我觉得业委会工作经费20%才合理，但考虑到业委会成立第一年，新办公场地及置办办公用品需要很多钱，希望业委会本着节约开支的精神，合理利用好小区业主们的30%的公共收益”。

2015年1月7日，筹备组向小区业主公示《〈业主大会议事规则（征求意见稿）〉的修改》，公告筹备组经讨论决定接受对业委会成员人数11人的修改建议，修改后的业委会委员7人、候补委员1人、委员总人数不超过7人，并将第三章第二十条修改后的内容全文列明，告知公示期7日，如有异议，请于公示期结束之前将修改意见书面提交至筹备组。

2015年1月16日，筹备组发出《关于锦隆花园住宅小区（大厦）首次业主大会会议讨论事项的公告》，内容为“业主大会会议筹备组会议确定本次业主大会会议的议程：一、审议通过业管理规约；二、审议通过业主大会及业主委员会会议事规则；三、选举产生业主委员会委员；上述事项的书面材料、候选人资料及相应的选票和表决票样本将在住宅区公告栏处公告。如有任何异议，请于2015年1月31日之前与筹备组联系……附：业管理规约、

议事规则、选票、表决票、业主大会选举表决投票委托书示范文本（详细烦请移步公告栏查看）”。

同日，筹备组还发出《关于召开首届业主大会的通知》，告知各业主会议时间为2015年2月1日8:00至2015年2月8日20:00；地点为专人送达、回收选票及在锦隆花园二期正门口设立投票箱；形式为采取书面征求意见形式；内容为表决《业主大会议事规则》、管理规约和选举产生首届业主委员会委员。同时，该通知还备注“届时将有专人上门送达表决票、选票等相关资料，请全体业主准备好业主的身份证、房产证以备核查，请各业主积极行使自己的权利。不方便参与投票的业主请提前填写好《业主委托书》，受委托人投票需出示委托书”。

2015年2月9日，筹备组在同安社区居委会内进行了计票工作。据计票人和监票人签名确认的选票统计表显示：①业主大会议事规则，赞成717人，面积数77458.16平方米；反对1人，面积80.43平方米；弃权6人，面积514.83平方米。②管理规约，赞成716人，面积数77260.56平方米；反对1人，面积80.43平方米；弃权7人，面积634.27平方米。

2015年2月13日，筹备组公布《锦隆花园首届业主大会投票结果》，公布了《业主大会议事规则》赞成人数717，56.06%，赞成面积77458.16 m<sup>2</sup>，64.47%；《管理规约》赞成人数716，55.98%，赞成面积77260.56 m<sup>2</sup>，64.31%以及业委会委员的得票数，并告知如对上述结果有异议的，请于公示期（2015年2月13-15日）内向筹备组反映。

2015年3月9日，同安社区居委会向锦隆花园业委会出具备案回执，确认包括成立业主大会筹备组申请书、业主大会表决结果公示、《业主大会议事规则》《管理规约》等备案资料收讫并予以备案，第一届业委会的期限自2015年3月5日至2018年3月4日。

2015年3月20日，锦隆花园业委会发出《佛山市禅城区锦隆花园小区业主委员会正式成立公告》，除告知全体业主业委会成立并备案的事实外，还告知业委会计划在近期与小区的物管公司协调解决小区存在的问题，希望每一位业主有任何的意见和建议，随时与业委会委员联系。

2015年4月3日，锦隆花园业委会在涉案小区公布《佛山市禅城区锦隆花园小区业主委员会选聘物业管理公司要求》，决定向社会公开选聘物业服务管理企业，并列明物业基本情况、招聘对象的基本条件、物业管理服务内容及要求、管理目标及各项指标要求、物业管理服务收费及财务管理要求、物业管理投标书应包括的基本内容等，告知对以上选聘要求有补充和建议的，请与业委会联系。

同日，锦隆花园业委会回函佛山市恒立信物业管理有限公司（以下简称恒立信公司）、锦隆花园管理处称：业委会可积极协助且支持该公司通过法律程序追讨业主欠缴物管费；虽恒立信公司希望尽快续约物业服务合同，但有业主提出更换且向业委会推荐其他物管公司，根据《业主大会议事规则》第五条的规定，业委会决定召开业主大会来选聘物管公司，请恒立信公司积极参与选聘并随函附上“关于公开选聘物业管理公司公告”。

2015年4月8日，锦隆花园业委会在涉案小区发布《关于选聘物业服务企业方案征询业主意见公告》，决定通过“征询意见表”的方式听取业主对物业服务企业选聘方案有何意见和建议，然后制定具体选聘方案和草拟《物业服务合同》，请各业主于2015年4月15日前将征询意见表投放到意见箱。后陆续有业主将填写好的《锦隆花园小区选聘方案征询意见表》交回锦隆花园业委会处，内容多涉及现有物管公司的安保、清洁工作不足、电梯保养、停车位使用、就续聘或选聘物管公司表态等。

2015年6月15日，锦隆花园业委会向同安社区居委会提交《关于变更业主委员会成员的申请》，告知因姚广玲辞职，业委会进行了委员改选工作并附上变更后的业委会委员基本情况。同安居委会于同日对变更业委会成员后的锦隆花园业委会予以备案并出具备案回执。

2015年9月25日，锦隆花园业委会发出召开业主大会会议的公告，通知会议时间为2015年10月5日8:00至2015年10月15日20:00；地点为专人送达、回收选票及在一期二期正门口设立投票箱；采取书面征求意见形式；表决内容包括3项，分别为确定续聘物业服务企业或者选聘物业服务企业、物业服务收费标准和物业服务内容、是否委托业委会以招投标方式确定新的物业服务企业。

2015年10月4日，锦隆花园业委会发出《关于推迟投票时间以及小区供配电设施移交事项的补充说明》，告知全体业主投票时间推迟至2015年10月10日8:00至2015年10月20日20:00。

2015年10月20日，锦隆花园业委会在同安社区居委会内进行了开箱点票工作。莫筱玲及证人黄某在点票统计结果单上签名。

2015年10月22日，锦隆花园业委会发出《关于小区投票结果公布》，向全体业主公示了各项表决内容的赞成、反对和弃权的点票结果。

2015年11月2日，锦隆花园业委会发出《补充说明》，主要内容为：由于本次业主大会会议采用书面形式进行，表决票已送达视为已到会，所以本次业主大会有效；发出选票

## »» 物权

1346 张，收回 394 张，其中有效票 369 张、作废票 25 张、未参加表决 847 张、未送达 105 张；续聘现在的物业服务公司统计结果为反对，得票比例 80.60%，得票面积 83.94%；选聘新的物业服务公司统计结果为赞成，得票比例 85.65%，得票面积 88.51%；是否委托业委会以招投标方式确定新的物业服务企业统计结果为赞成，得票比例 86.46%，得票面积 89.03%；维持现有的物业收费标准不变统计结果为赞成，得票比例 85.06%，得票面积 80.45%；按照《佛山市普通住宅物业服务收费参考标准》的三级服务标准提供服务统计结果为赞成，得票比例 83.57%，得票面积 86.44%。

同日，锦隆花园业委会将上述投票统计结果以书面形式予以公示。

2015 年 12 月 27 日，锦隆花园业委会发出《关于公示选聘方案及新的物业服务合同草案》，内容为：根据 2015 年 11 月 2 日公示的业主大会投票结果，业委会依法启动选聘程序，通过委托第三方招标方式选聘新的物管公司，现将招标方案和物业服务合同草案的内容在物管区域显著位置公示，征求业主意见，如有意见或建议，请汇总成文字于 2016 年 1 月 10 日联系业委会主任上门收取。

2016 年 1 月 23 日 8:00 至 2016 年 2 月 1 日 20:00，涉案小区采取书面征求意见形式召开业主大会，对是否同意业委会拟出的《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》和《选聘方案》的内容条款、是否同意授权业委会与中标单位签订《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》进行表决。

2016 年 2 月 1 日，锦隆花园业委会发出《关于邀请热心业主协助清点选票事宜》，告知选票将由居委会工作人员现场封箱保管并定于 2016 年 2 月 2 日上午 9 点在居委会现场开箱点票，现诚邀热心业主协助清点选票，希望业主积极投票和踊跃报名参加点票工作。莫筱玲在《清点锦隆花园业主投票工作签到表》上签名。

2016 年 2 月 6 日，锦隆花园业委会发出《关于业主大会表决结果说明》，公示共计发出 1346 张选票，收回选票 366 张，筛选有效票 363 张，无效选票 3 张；是否同意业委会拟出的《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》和《选聘方案》的内容条款，同意 303 票，占比 22.73%，未投票 875，占比 65.01%，结果为同意，票数 87.74%，建筑面积 86.54%；是否同意授权业委会与中标单位签订《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》，同意 301 票，占比 22.59%，未投票 875，占比 65.01%，结果为同意，票数 87.60%，建筑面积 86.46%。

后锦隆花园业委会（甲方）与广东华伦招标有限公司（乙方）签订《招标代理服务委托协议》，就甲方将锦隆花园小区物业管理服务项目委托给乙方组织实施采购作出具体约定。

## 物权

2016年3月17日，广东华伦招标有限公司发出招标公告，列明项目名称、内容及需求、投标人资格要求、招标文件的获取、投标保证金、开标等事项。招标文件载明物业服务收费方式为包干制、多层住宅物管费0.7元/平方米/月、高层住宅物管费1.2元/平方米/月、当单项维修费用在1000元或以上的按政府有关规定由全体业主分摊或申请试用物业专项维修基金或由受益业主分摊等。

2016年4月15日，锦隆花园业委会与广东华伦招标有限公司共同向虹宇公司发出《中标通知书》，确定虹宇公司完全响应招标文件要求成为锦隆花园小区物业管理服务项目的中标人。

2016年5月6日，锦隆花园业委会（甲方）与虹宇公司（乙方）签订《佛山市锦隆花园小区物业服务合同》，主要约定：乙方为锦隆花园小区提供物业服务，物业服务收费方式为包干制，多层住宅物管费0.7元/平方米/月、高层住宅物管费1.2元/平方米/月；物业服务期限3年，自2016年6月1日至2019年5月31日；共用部位和共用设施经营收入归全体业主所有；当单项维修费用（包括材料、人工）在1000元或以上的按政府有关规定由全体业主分摊或申请使用物业专项维修基金或由受益业主分摊，事先报业委会审核同意等。

另查明一，经表决通过的《业主大会议事规则》第八条规定“业主大会会议可以采用集体讨论或者书面征求意见的形式，也可以采取集体讨论与书面征求意见相结合的形式，具体会议形式由会议召集人确定。首届业主大会的会议召集人为业主大会筹备组，业主委员会成立之后为业主大会的召集人。”、第十二条规定“（一）与会业主人数确定……2. 业主大会会议采用书面征求意见的形式召开的，与会业主数以表决票送达的业主计算。（二）业主大会确定业主投票权数，可以按照下列方法认定业主人数和总人数：1. 业主人数按照专有部分的数量计算，一个专有部分按一人计算……（六）共有部分占建筑物总面积过半且占总人数过半的业主参加业主大会，业主大会有效；未参加表决的业主，其投票权数是可以计入已表决的多数票范围内”、第十五条规定“业主大会决定通过招投标方式选聘物业服务企业，可授权其执行机构业主委员会或委托招标代理机构办理实施招标活动的相关事宜。业主大会选聘物业服务企业或其他管理人之前，应当召开业主大会会议，对选聘方式、具体实施者、物业服务合同的主要内容等进行表决。召开业主大会会议之前，业主委员会应通过业主代表会议、征询意见表等方式听取业主对物业服务和物业服务企业或其他管理人选聘的意见和要求，并结合本物业管理区域规模、实施物业服务的客观需要等制定具体选聘方案和草拟物业服务合同。选聘方案（选聘方式、具体实施者）和物业服务合同中涉及的物业服务事项、物

业服务质量及费用标准、合同期限、违约责任等主要内容应当在召开业主大会会议 15 日前以书面形式在物业管理区域内公告……”。

另查明二，莫筱玲的丈夫余汉树于诉讼出具《声明》，称选举业委会和业主大会议事规则的选票是其在未征得产权人莫筱玲授权及同意的情况下，被两名不认识的女人误导、冒用莫筱玲名义签署；签名时两人未出示议事规则和管理规约、未查验身份、未要求其提供授权书，只声称是业委会筹备组成员无偿、学雷锋为业主服务，急冲冲催其签名，所以其没有细看内容就签了两张纸，事后也未和莫筱玲提及此事，直至莫筱玲 2016 年 8 月 15 日晚问及此事才细看选票方知内容。

再查明一，恒立信公司为有限责任公司，经营范围包括物业管理、清洁服务、绿化养护等，拥有物业服务企业叁级资质。该公司系锦隆花园建设单位佛山市京纺实业开发有限公司委托的前期物业管理企业，与锦隆花园业主签有《前期物业管理服务协议》，主要约定：前期物业管理是指自房屋出售之日起至业主大会成立后，业委会与物业服务企业签订的《物业管理合同》生效时止的物业管理；多层住宅（不带电梯）按建筑面积每月每平方米 0.7 元，小高层住宅（带电梯）按建筑面积每月每平方米 1.2 元，共用水电费按实际发生额由全体业主按各自的建筑面积分摊；当单项维修费用（包括材料费、人工费）在 1000 元或以上属中修，物业维修基金的使用由甲方提出使用计划，经受益业主三分之二以上同意，报佛山市物业管理行政主管部门审批后执行等。

再查明二，虹宇公司系有限责任公司，拥有物业服务企业壹级资质。

还查明，根据佛府[2012]101 号《佛山市人民政府关于公布实施 2012 年深化行政审批制度改革事项目录（第一批）的通知》文件要求，2013 年 5 月起，佛山市禅城区国土城建和水务局已将业主委员会成立与换届等业务转移至各社区居委会办理。

法院依职权向同安社区居委会发函询问，同安社区居委会回复称“1、我单位没有参与锦隆花园首届业主大会的上门派送选票、回收选票工作，但有参与点票工作；2015 年 2 月 9 日的计票工作，我单位有派员到场监督。2、我单位没有参与‘就表决是否同意物业服务合同和选聘方案的内容条款、是否同意业委会与中标单位签订物业服务合同的业主大会’的上门派送选票、回收选票工作和清点选票工作；2016 年 2 月 2 日的开箱点票工作，我单位有派员在场监督。3、上述两次业主大会的选票现存在本单位，可以向贵院出示。4、截至计票日期 2015 年 2 月 9 日，锦隆花园小区总户数 1279 户，建筑面积 120142 平方米”。

## 物权

证人莫某出庭作证称：涉案小区房子是我女儿买给我住的，业主是我女儿，2015年过年后有俩女一男上门称要成立业委会，签名就可以，我说我不是业主，他们说签就行，我就签了，后来业委会张贴小报，我没看；没见过议事规则和管理规约，没见过选聘方案和物业服务合同；投票箱白天有人管理，晚上就被捧走；业委会成立我有投票，筹备组申请书是我签名，我不同意换聘新物管，投了反对票；我知道议事规则，有张贴出来，但我反对。

证人何某出庭作证称：业委会成立没有签字，选聘新物管公司时，投票箱早出晚归，业委会发现没人就把投票箱搬走，投票最后一天上午 10:30 我想投票，但投票箱不在，我打电话给潘主任说想投票，潘主任打电话给业委会，他们才把投票箱拿出来；新物管合同说 1000 元以上就可动用物业维修基金，不用三五年就没钱了，恒立信公司没有花过物业维修基金的钱；没见过议事规则及管理规则，没见过业委会与虹宇公司所签订的物业合同；关于议事规则的后几次投票，我最后一次投到投票箱，投票箱每天都早出晚归，下大雨那天投票箱放在宣传栏旁边，宣传栏有遮雨栏，能遮挡雨水。

证人黄某出庭作证称：成立业委会前，有人上门游说免费学雷锋，免费为业主服务，当时我认为值得信赖，我不是业主，但工作人员称可以代签名，所以我代老公签名；每次投票应当天开票，几天的投票箱都是早出晚归，有次业主发现投票箱没有在投票地点，是居委会出面业委会才重新把投票箱拿出来；恒立信公司已经服务小区十年，从未提出 1000 元就可动用物业维修基金；没见过议事规则及管理规则，没见过选聘方案及物业服务合同；筹备组申请书上的签名是我代老公何永昌签的名，2015 年 10 月 21 日选聘、换聘结果统计表上的签名是我本人签名。

证人梁某 1 出庭作证称：业委会成立这么久没有为业主做任何事，有几位业委会成员没有交物管费，恐吓老人家；没见过议事规则及管理规约，业委会与虹宇公司所签订的物业合同张贴在一期公告栏，何时见过不记得，张贴过两份合同，版本不同，第一份合同有说 1000 元之外就可动用物业维修基金，不记得何时张贴，也不记得何时看见；不要业委会的意思是新旧都不要；我见过投票箱，早出晚归，我没有投票选举新物管，也没有投票管理规约及议事规则。

证人梁某 2 出庭作证称：我在铁门外捡的学雷锋的东西，放在家里了，没捡过议事规则、管理规约的表决票；我不太认识字，听其他人说学雷锋。

证人陈某出庭作证称：我觉得业委会的选举不是阳光普选，当时选举的资料是在我住的门口地下捡的，没有人让我签名，接到选举的名单莫名其妙，候选人名单如何产生、是什

么背景不清楚，我对选举不高兴不承认，我将资料交到投票箱是错误的，小区如果需要管理好，就需重新选举业委会；没见过议事规则及管理规约，也没有听说要召开业主大会没见过公告选聘新物管公司的方案；成立第一届业委会的选票有交，不知道选票中提及的议事规则及管理规约，我只看到名单；在公告栏看到物业合同复印件。

证人许某出庭作证称：我买楼后一直没有收到业委会有关文件，只收到一份换物业公司的文件，放在门拉手处，但为何要换物业公司我们也不清楚；没见过公示过物业服务合同；房产证的业主是我儿子，房子还没装修好，还差厨房的配套，未入住，我在附近住，一天会去小区几次，经常在小区出入，对有些情况清楚，投票箱白天能见到，晚上9点后不见了，因为我在附近放狗；选票由儿媳妇签名，儿媳妇也是业主；小区公告栏在二期入门口的右手边，平时也有留意看。

证人潘某出庭作证称：选业委会时那些人说是学雷锋的，但我没有投票，每次选举时选举箱都是早上拿出来，晚上拿回去，没有一次听取业主的意见；业委会选举前组建的资料、业主大会议事规则、管理规约，因为贴太高看不到；业委会说选聘方案及佛山市物业管理服务合同贴公告栏，但我看不到；业委会与虹宇公司签订的物业合同在公告栏贴过，但字很小，看不到；见过议事规则及管理规约，三张纸钉在一起；业主是我女儿，但她很少在小区居住，是我跟老公居住。

莫筱玲向一审法院起诉请求：1. 撤销锦隆花园业委会于2015年3月20日作出的《佛山市禅城区锦隆花园小区业主委员会正式成立公告》中关于“锦隆花园小区首届业主委员会成立”的决议，（第一届）业主委员会公章和相关资料在业主大会重新选举并成立业主委员会前暂由同安居委会保管；2. 撤销锦隆花园业委会主持和操控业主大会表决的关于“制定并通过《业主大会议事规则》和《管理规约》的决定”的决议；3. 撤销锦隆花园业委会于2016年2月6日作出的《关于业主大会表决结果说明》中关于“同意业委会拟出的《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》和《选聘方案》的内容条款”及“同意授权业委会与中标单位签订《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》”的决议；4. 确认锦隆花园业委会根据第3项诉讼请求拟撤销的决议进行的新聘物业服务企业招投标并签署物业服务合同的行为无效；5. 诉讼费用由锦隆花园业委会承担。

## 裁判结果

一审法院（佛山市禅城区人民法院）依据《中华人民共和国物权法》第七十六条、第七十八条第二款、《物业管理条例》第六条、第十一条、第十二条、《中华人民共和国民事诉讼法

讼法》第六十四条第一款的规定，判决驳回莫筱玲的诉讼请求。莫筱玲不服，提出上诉。二审法院（佛山市中级人民法院）于2017年12月13日作出二审判决：驳回上诉，维持原判。

### 裁判理由

二审法院认为：根据莫筱玲的上诉主张和锦隆花园业委会的答辩意见、虹宇公司的陈述内容，归纳本案二审争议焦点有两个，第一是莫筱玲请求撤销锦隆花园业委会于2015年3月20日作出的《佛山市禅城区锦隆花园小区业主委员会正式成立公告》中关于“锦隆花园小区首届业主委员会成立”的决议，（第一届）业主委员会公章和相关资料在业主大会重新选举并成立业主委员会前暂由同安居委会保管的诉讼请求应否予以支持；第二是莫筱玲请求撤销锦隆花园业委会主持和操控业主大会表决的关于“制定并通过《业主大会议事规则》和《管理规约》的决定”的决议、撤销锦隆花园业委会于2016年2月6日作出的《关于业主大会表决结果说明》中关于“同意业委会拟出的《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》和《选聘方案》的内容条款”及“同意授权业委会与中标单位签订《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》”的决议、确认锦隆花园业委会进行的新聘物业服务企业招投标并签署物业服务合同的行为无效的诉讼请求应否予以支持。

关于第一个争议焦点。业主委员会是由物业管理区域内全体业主代表组成，代表全体业主的共同利益，向社会各方反映业主集中的意愿和要求，并监督物业管理公司管理运作的民间性组织。根据《中华人民共和国物权法》第七十五条“业主可以设立业主大会，选举业主委员会。地方人民政府有关部门应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助”的规定，物业管理区域内的业主，应当在物业所在地的地方人民政府有关部门的指导和协助下成立业主大会，并选举产生业主委员会。莫筱玲上诉主张撤销锦隆花园业委会于2015年3月20日作出的《佛山市禅城区锦隆花园小区业主委员会正式成立公告》中关于“锦隆花园小区首届业主委员会成立”的决议，（第一届）业主委员会公章和相关资料在业主大会重新选举并成立业主委员会前暂由同安居委会保管，属于业主委员会选举中的纠纷，不属于人民法院民事案件受理及审理范围，故莫筱玲的该项上诉主张于法无据，本院不予支持。

关于第二个争议焦点。根据《中华人民共和国物权法》第七十八条第二款“业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销”的规定，莫筱玲认为业主委员会作出的决定侵害其合法权益，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销，遂在本案中上诉主张撤销锦隆花园业委会关于“制定并通过《业主大会议事规则》和《管理规约》的决定”的决议、撤销2016年2月6日作出的《关于业主大会表决结

果说明》中关于“同意业委会拟出的《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》和《选聘方案》的内容条款”及“同意授权业委会与中标单位签订《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》”的决议并要求确认锦隆花园业委会进行的新聘物业服务企业招投标并签署物业服务合同的行为无效。经审查，首先，由居委会、祖庙街道办工作人员参与的筹备组已将经讨论修改的议事规则、管理规约征求意见稿张贴在锦隆花园小区公告栏，并以书面通知的形式通知小区业主查看和提出修改意见。锦隆花园业委会将选聘方案和《物业服务合同》草案公示在小区公告栏，供业主查阅。《业主大会议事规则》和《管理规约》、续聘物业服务企业或者选聘物业服务企业、物业服务收费标准和物业服务内容、是否委托业委会以招投标方式确定新的物业服务企业、是否同意业委会拟出的《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》和《选聘方案》的内容条款、是否同意授权业委会与中标单位签订《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》等内容均已经过业主大会投票表决，投票结果显示户数和面积的赞成票均超过法律规定的比例，表明业主大会对上述内容及锦隆花园业委会就上述内容作出的决定是赞同并且认可的。其次，《业主大会议事规则》《管理规约》《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》和《选聘方案》的内容并未违反法律、行政法规的强制性规定，亦未损害业主的实体利益。第三，锦隆花园业委会作出上述决定的内容涉及到小区物业管理的相关事项，并未超出锦隆花园业委会的职责范围。第四，锦隆花园业委会与广东华伦招标有限公司签订协议以招投标方式确定新的物业服务企业，符合业主大会的授权。锦隆花园业委会与虹宇公司于2016年5月6日签订的《佛山市锦隆花园小区物业服务合同》与业主大会表决通过的物业服务合同内容完全相符，该合同条款“当单项维修费用（包括材料、人工）在1000元或以上的按政府有关规定由全体业主分摊或申请使用物业专项维修基金或由受益业主分摊，事先报业委会审核同意”亦表明单项维修费用在1000元或以上的使用情况需遵守法律规定及政府有关规定，并非锦隆花园业委会或虹宇公司随意提取，因此，不存在显失公平或损害业主利益的情况。综上，锦隆花园业委会的上述决定并未侵害莫筱玲的合法权益，莫筱玲上诉主张撤销锦隆花园业委会的上述决定并确认锦隆花园业委会招投标并签署物业服务合同的行为无效，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。一审判决对此处理正确，应予维持。

## 点评分析

首先，必须明确的是，笔者认为，该案并不是一个成功的案例，笔者对于本案的判决持有完全不同的看法。之所以将本案拿出来分析，笔者认为，成功的案例固然值得学习，但“不

成功”的案例同样值得研讨，甚至有时候“不成功”的案例比成功的案例更有研讨的价值，因为，“不成功”的案例危害极大，希望能将错误的做法纠正，以更好的维护社会公平正义。实际上，法院所有已经生效的判决，都应该接受全社会的审视，都应该经受得住检验和推敲。回到本案，对于本案事实，先后共召开了三次业主大会，每一次业主大会的决议，实际上都是有问题的，或者说，都是可以撤销或者认定无效的。本案至少有三个问题值得探讨：

一、业主大会表决结果“从众条款”的效力认定。

本案中，先后召开了三次业主大会：

第一次是2015年2月1日至2月8日召开。2015年2月13日公布表决结果，由于是表决《议事规则》和《管理规约》、成立业委会的首次业主大会，判决书中没有看出适用“从众条款”的人数和面积。

第二次是2015年10月10日至10月20日召开。2015年11月2日业委会发出《补充说明》公布表决结果：“发出选票1346张，收回394张，其中有效票369张、作废票25张、未参加表决847张、未送达105张；续聘现在的物业服务公司统计结果为反对，得票比例80.60%，得票面积83.94%；选聘新的物业服务公司统计结果为赞成，得票比例85.65%，得票面积88.51%；是否委托业委会以招投标方式确定新的物业服务企业统计结果为赞成，得票比例86.46%，得票面积89.03%；维持现有的物业收费标准不变统计结果为赞成，得票比例85.06%，得票面积80.45%；按照《佛山市普通住宅物业服务收费参考标准》的三级服务标准提供服务统计结果为赞成，得票比例83.57%，得票面积86.44%。”

第三次是2016年1月23日至2月1日召开。2016年2月6日，锦隆花园业委会发出《关于业主大会表决结果说明》：“公示共计发出1346张选票，收回选票366张，筛选有效票363张，无效选票3张；是否同意业委会拟出的《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》和《选聘方案》的内容条款，同意303票，占比22.73%，未投票875，占比65.01%，结果为同意，票数87.74%，建筑面积86.54%；是否同意授权业委会与中标单位签订《佛山市禅城区锦隆花园小区物业服务合同》，同意301票，占比22.59%，未投票875，占比65.01%，结果为同意，票数87.60%，建筑面积86.46%。”

从法院查明的三次业主大会的表决结果来看，至少第二次和第三次适用了“从众条款”，其依据是首次业主大会通过的《议事规则》第十二条第（六）项的规定：“未参加表决的业主，其投票权数是可以计入已表决的多数票范围内。”（见法院“另查明一”的事实）但是，实际上，第二次业主大会，“发出选票1346张，收回394张。”第三次业主大会，“共计

发出 1346 张选票，收回选票 366 张”。这可以明显的看出，仅从业主人数来看，两次业主大会各发出选票 1346 张，仅分别收回 394 张、366 张，均远远没有达到过半数；但是，业委会却适用“从众条款”，将没有参与投票的其他业主的人数和面积算入已投票的多数票中，从而得出了“双过半”通过的结果。笔者认为，这是完全错误的，也是无效的。这是非常简单的一个逻辑：假设业主大会仅有三人参与投票，二人投赞成票，一人投反对票，是不是全小区其他一千多户业主都要算进该二人的多数票中？一次业主大会，只要有 2、3 个人投票就可以通过决议了？显然，这是非常荒唐的。实际上，相关法律法规对适用“从众条款”是有规定的。原国家住建部《业主大会和业主委员会指导规则》第二十六条第二款规定：“未参与表决的业主，其投票权数是否可以计入已表决的多数票，由管理规约或者业主大会议事规则规定。”同时，该指导规则第二十二条第一款规定：“业主大会会议可以采用集体讨论的形式，也可以采用书面征求意见的形式；但应当有物业管理区域内专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主参加。”两条内容应该结合起来理解，才能正确适用。也就是说，要适用“从众条款”，必须有双过半的业主参与，这个是“从众条款”的适用前提；否则，实践中，乱用“从众条款”，导致极大的危害，不仅严重侵犯小区大多数业主的合法权益，而且也会造成社会的不稳定，极易引发群体性事件。

也许有人会说，住建部的上述规定既不是法律，也不是行政法规，还不一定是效力性强制性规定，违反上述规定的行为不能认定无效。实际上，虽然住建部的规定在法律效力层级上仅属于部门规章，但是，随意适用“从众条款”的行为是严重侵犯小区大多数业主利益的行为，可以认定是违反社会公共利益的行为，完全可以适用上位法，适用当时的《民法通则》第五十八条第一款第（五）项的规定，以违反社会公共利益为由认定《议事规则》和两次业主大会适用“从众条款”无效。笔者认为，法官要作出一个公正的判决，首先必须要有一颗善良的心，其次要有公正司法的能力和勇于适用上位法的担当，这在民事审判领域尤为重要。

值得一提的是，2021 年 1 月 1 日开始施行的《民法典》第二百七十八条第二款对此有了明确的规定：“业主共同决定事项，应当由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决。”从法律的层面对此作了明确的规定，希望以后此类随意适用“从众条款”的现象能得到彻底的纠正。

二、业主大会“授权”业委会招投标选聘物业公司的问题。

涉案小区的第二次业主大会，有一项“是否委托业委会以招投标方式确定新的物业服务企业”的议题，该议题得以通过并实施。实际上，据了解，此类“业主大会授权业委会以招投标方式确定新的物业服务企业”的现象非常普遍，笔者认为，这种做法完全是违法的，也是无效的。《物权法》第七十六条、国务院《物业管理条例》第十一、十二条，都规定选聘和解聘物业服务企业属于业主大会“双过半”通过的内容（现《民法典》已对投票要求进行修改），而该授权行为，将本属于全体业主投票决定的事项，授权给业委会来行使，按照这个逻辑，如果可以授权的话，是不是还可以授权给居委会、其它社会组织甚至个人来行使？显然，它将本属于全体业主的权利，授权给了其他人来行使，既违反了法律规定，又给业委会暗箱操作提供了便利，极易损害大多数业主的合法权益。

当然，这还涉及该规定是否属于效力性强制性规定的理解问题。笔者认为，违反《物权法》第七十六条和《物业管理条例》第十一、十二条规定的行为，是严重侵犯小区大多数业主合法权益的行为，是属于违反社会公共利益的行为，该规定应属于效力性强制性规定，违反该规定的行为应认定无效。

三、关于业委会的备案问题。

本案还涉及业委会的备案问题。根据法院查明的事实，涉案小区业委会是在首次业主大会成立，并根据佛山市政府的文件要求，从2013年5月起，佛山市禅城区国土城建和水务局已将业主委员会成立与换届等业务转移至各社区居委会办理。

实际上，关于居委会办理业委会成立备案手续的做法，在另案的陈惠梅等六人诉佛山市禅城城建局、第三人佛山市禅城区祖庙街同兴社区居民委员会、东海银湾物业小区（大厦）业主委员会一案中（该案被评为2017年度佛山市十大行政典型案例）已被法院认定属于违反上位法的应予撤销的行为。因此，本案业委会由居委会备案成立的做法，同样属于应予撤销的行为，业委会被撤销后，皮之不存、毛将焉附，其所组织召开的所有业主大会“通过”的决议，均属无效。

综上，笔者认为，本案不论从哪一个角度来说，原告的诉讼请求均不应全部被驳回。另外，本案还有一个原告资格的问题。有人认为，原告只要投了赞成票，就不具备原告的主体

资格。笔者认为，这种观点没有任何法律依据，它无故剥夺了这些业主的诉权；即使是投了赞成票的业主，仍然有起诉要求撤销业主大会决议的原告主体资格。因为原告投票时的认知，并不一定符合法律的规定，如果不给投了赞成票的业主起诉的原告资格的话，假如一个小区的全体业主都投了赞成票，但这个决议本身是违法的，那岂不是根本没有人有权起诉要求撤销业主大会的决议了？因此，这种理解，笔者认为显然是错误的。最后声明一点，本文纯属个人学术观点，欢迎交流讨论。

## 为何登记了的担保物权也不受保护

广东瀛真律师事务所 陈焕欢

### 一、 案情介绍

A 国企与 B 公司签订了《煤炭合作协议》、《煤炭合作协议补充协议》，共同合作经营煤炭贸易业务。根据上述相关协议的约定：A 国企负责向金融机构进行融资，负责对外签订合同、对外结算款项；项目运作过程中所有的质量、数量、运输、仓储、回款等风险由 B 公司承担，A 国企每月收取 5-8 元/吨净利润（电煤 5 元/吨，焦煤 8 元/吨），其余净利润归 B 公司。

合作过程中，双方同意 B 公司将上述协议的所有权利、义务转让给 C 公司。故 A 国企与 C 公司签订了相关的《贸易合作协议》，再次约定项目运作过程中所有的质量、数量、运输、仓储、回款等风险由 C 公司承担，A 国企按照所提供 6000 万全部配套资金额度的 7%/年作为利润分配标准，若在业务运行过程中，利润未达到约定回报率，则由 C 公司负责补齐。

后因项目经营不善，大量下游货款无法收回，导致项目资金链断裂，C 公司无法按约定向 A 国企支付固定收益。故 C 公司与 A 国企签订了相关的《资金占用确认书》，双方确认该项目占用 A 国企 6000 多万元资金，C 公司同意全面负责退还该资金并按约定支付利息。为保障 A 国企的权益，C 公司提供了以下担保：B 公司提供书面的连带担保；D、E、F 分别通过股权质押、房产抵押的方式提供连带担保，并依法办理了股权质押和房产抵押登记手续。

后因 C 公司无法按《资金占用确认书》的承诺退还 6000 多万投资款的本息，A 国企起诉要求 C 公司支付相关款项，并要求 B、D、E、F 承担连带担保责任。

### 二、 案件审理结果

案件经多次开庭后，法官最终于庭审中向当事人释明涉案的相关协议均无效，建议 A 国企撤回起诉，另行主张权利。后 A 国企撤回起诉，法院依法作出同意其撤诉的裁定。

### 三、 案件评析

#### 争议焦点

本案的争议焦点在于涉案的相关合作协议和已登记的质押权、抵押权是否合法、有效？担保人是否需要承担担保责任？C公司是否需按《资金占用确认书》的约定负责退还6000多万投资款本息？对于上述争议，主要存在以下两种观点：

第一种观点认为：相关的合作协议是争议双方在平等、自愿的情况下签署的，是双方的真实意思表示，不存在致使合同无效的情形，是合法、有效的。且C公司已于《资金占用确认书》中确认了合作项目仍占用A国企6000多万元，并同意负责退还，该意思表示真实、合法，应依约履行。而且争议各方已依法办理了股权质押登记和房产抵押登记，担保人也应按约定承担相关的担保责任。

第二种观点认为：根据相关的合作协议，A国企实际上只收取固定收益，不承担项目的风险，该约定属于保底条款约定，应为无效约定。A、C之间实为借贷关系，违反金融管理相关的规定。而且《资金占用确认书》中约定的金额与支付凭证不能一一对应，无法证实A国企确实支付了相关款项，其主张按该《资金占用确认书》返还款项的证据不足。争议各方虽已办理了股权质押登记和房产抵押登记，但由于主合同无效而导致担保合同无效，担保人无需承担担保责任。

#### 法律问题分析

本案是国企与民企之间的利益之争，涉及国有资产的保护问题，在争议双方已达成书面协议，且C企业已书面承诺退款，多个企业和个人提供连带担保并办理了相关的担保物权登记的情况下，本来应该会对A国企的权益有较大保障的。然而，为何原本占主导地位的国企最终仍不得不撤回起诉呢？笔者代理该案的过程中，深深体会到司法实践中对该类合同效力认定的分歧之大。该案中，不仅原、被告双方对合同效力产生争议，而且众被告对主合同的效力也没有一致的看法，仅我方就主合同的效力提出异议。而司法实际中对该类型涉及保底条款约定的效力也存在较大分歧，各地法院就相关约定的效力认定不一，致使该案争议各方意见分歧巨大，庭审激烈。该案法官最终采纳合同无效的观点，主要因为相关合同确实违反了我国法律、法规的强制性规定，而且《资金占用确认书》中约定的金额与付款凭证不符，

付款情况存疑。具体法律分析如下：

（一）A、C之间关于风险承担和利润分配的约定是否属于保底条款？是否有效？

保底条款一般指合作一方不参与经营管理，也不承担经营风险，只是固定收取不低于一定金额或比例的收益（最低回报条款）或至少保证本金不受损失（保本条款）的约定。本案中，双方于《煤炭合作协议》、《煤炭合作协议补充协议》和《贸易合作协议》中均约定项目运作过程中所有的质量、数量、运输、仓储、回款等风险由C承担，A国企按固定标准收取利润，若在业务运行过程中，利润未达到约定回报率，则由C公司负责补齐。笔者认为上述相关约定是保证A国企本金不受损和固定收取利润的约定，明显属于保底条款。对于保底条款的效力，我国法律很早便作出了相关规定。最高人民法院于1990年11月12日颁布的《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第（一）项规定：“联营合同中的保底条款，通常是指联营一方虽向联营体投资，并参与共同经营，分享联营的盈利，但不承担联营的亏损责任，在联营体亏损时，仍要收回其出资和收取固定利润的条款。保底条款违背了联营活动中应当遵循的共负盈亏、共担风险的原则，损害了其他联营方和联营体的债权人的合法权益，因此，应当确认无效。联营企业发生亏损的，联营一方依保底条款收取的固定利润，应当如数退出，用于补偿联营的亏损，如无亏损，或补偿后仍有剩余的，剩余部分可作为联营的盈余，由双方重新商定合理分配或按联营各方的投资比例重新分配”。本案中，A国企要求按保底条款退还投资本金和收取固定收益，明显有违上述规定，因此其诉求不应获得支持。

（二）A、C之间到底是联营关系还是借贷关系？相关约定是否违反金融管理的规定？

关于本案中双方之间是联营关系还是借贷关系的问题，因A国企撤回了起诉，故法院未对双方签订的《煤炭合作协议》、《煤炭合作协议补充协议》和《贸易合作协议》的性质进行定性。但笔者认为，从相关合同的履行情况分析，由于A国企事实上是参与了合作项目的经营，合作过程中所有的合同签订、财务结算均是以其名义签订和办理的，所有合作事项均受其管理和控制的，A国企实际参与了项目的经营，故上述合同的性质应当是联营合同，而非借贷合同。只有在A国企出资后不参与经营的情况下，相关合同才应定性为借贷合同。而且如果相关合同被认定为借贷合同，将对C企业极为不公。由于上述合同的履行过程中，项目相关的所有合同、资料均是由A国企签订、保管，C企业根本无权单独对外主张权利、追讨债务。合作项目之所以亏损，正是因为双方以A国企名义对外出售煤炭后无法收回货款而引起资金链断裂造成的。如果A国企一直怠于对外主张权利、追讨债务，只是一味要求C

企业负责退还投资款，那么合作项目的下游贷款又怎能收回呢？C企业根本无法以自己的名义追回贷款损失。因此，在合作项目无法继续开展的情况，合作双方应按照上述《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》的有关规定进行清算，才能保障合作各方的权益。

然而，此类型合同在司法实际中通常会被认定为明为联营、实为借贷的合同，最终也会被认定为无效合同。一直以来，我国多部法律、法规均对违反金融管理规定进行企业间资金拆借的行为进行严格的限制，相关的资金拆借行为通常会被认定为无效。其中，最高人民法院于1990年11月12日颁布的《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第(二)项规定：企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是明为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效。1996年《最高人民法院关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》中规定企业借贷合同违反有关金融法规，属无效合同。2015年9月1日起实施的最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十四条规定、2020年8月18日修订的最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十四条规定和2020年12月23日修订的最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十三条规定，均规定了存在套取金融机构贷款转贷、违反法律、行政法规效力性强制性规定、违背社会公序良俗等情形的借贷合同应认定为无效合同。2021年1月1日实施的《中华人民共和国民法典》第一百五十三条也规定：“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。违背公序良俗的民事法律行为无效”。A、C之间通过A国企从金融机构中贷款用于所谓的合作项目，由A国企固定收取利息的行为，明显违反了上述有关规定，严重扰乱我国的金融管理秩序，依法应当认定为无效。

综上，本案所涉的主合同《煤炭合作协议》、《煤炭合作协议补充协议》和《贸易合作协议》无论是被认定为联营合同，还是借贷合同，根据上述有关规定，均会被认定为无效合同。而根据《中华人民共和国民法典》第三百八十八条规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。”，因此即使C公司向A国企提供了大量的担保，并办理了担保物权的登记，但也会因为主合同的无效而导致担保合同无效，A国企的权益依然无法获得有效的保障。

## »» 物权

---

本案再次向我们强调了合同效力的重要性。合同的效力才是合同的灵魂，缺失效力的合同，即使条款再细致、严谨，也是徒然的。本案中，即使 C 公司同意按《煤炭合作协议》、《煤炭合作协议补充协议》和《贸易合作协议》的约定承担所有风险，并签署了《资金占用确认书》同意负责退还投资款，但相关的协议违反了法律、法规的强制性规定和公序良俗而被认定为无效，且《资金占用确认书》中约定的占用金额与支付凭证不吻合，无法证实 A 国企确实支付了有关款项，法院最终也无法仅凭该《资金占用确认书》便认定投资款或借款的实际金额，双方之间必须对项目进行清算才能查清款项支付的事实，才能保障各方当事人的合法权益。因此，法院建议 A 国企撤回起诉，不但避免了 A 国企因败诉而造成更大的损失，而且充分体现了我国法律的平等原则和公平原则。

## 相邻权纠纷的处理及法律适用

广东穗恒律师事务所 刘梅连

案例类型：律师诉讼案例

裁判文书案号：（2018）粤 01 民终 14005 号

裁判文书生效时间：2018 年 9 月 30 日

裁判机关：广州市中级人民法院

代理律师姓名：刘梅连

律师事务所名称：广东穗恒律师事务所

### 案情简介：

原告与被告因相邻权问题产生的矛盾已有三年多时间，原告起诉前三年多的时间里，因被告的侵权行为造成生活不便（包括采光、通风、安全隐患等），原告为此已走访多个部门（物管处、居委会、城管、街道办等）寻求解决相邻权侵权纠纷的途径，但最终矛盾未得到解决。原因是被告一直坚持自己的看法，认为在自家窗外安装防盗网属于正常的自护防范行为并无违反相关的法律规定，不存在违法，更不存在严重侵权，故不听从各行政管理部的意见和劝解，固执己见。在此情况之下，原告甚觉无可奈何之下提起了诉讼。诉讼请求：1、判令被告立即拆除与原告相邻窗违法设置的防盗网以及上盖飘篷、并将窗户恢复原状；2、判令被告赔偿 10000 元损失（寻求行政管理部门协助解决所花的时间及交通费、精神损害赔偿等）并赔礼道歉；3、诉讼费由被告承担。被告辩称：不存在原告所诉事实。被告在自家窗外安装防盗网属于正常的自护防范行为并无违反相关的法律规定。一审法院判决支持了原告的第一点诉讼请求，原告达到了诉讼的目的。而被告不服一审法院的判决，提起了上诉。上诉请求为：请求撤销一审判决，驳回被上诉人全部诉讼请求。二审法院判决结果为：驳回上诉，维持原判。

### 案件焦点：

本案为相邻损害防免关系纠纷，争议焦点有二：一是被告的行为是否违反有关规定；二是被告的行为是否造成妨碍（影响原告通风、采光）。

**代理意见：**

第一点：本代理人认为原、被告之间存在的矛盾因被告的行为侵权行为所造成的。由于被告房屋有一窗户与原告房屋的一窗户相邻并且是挨着的，由于被告违法设置不锈钢防盗网超出墙体 70 厘米，将原告的窗户遮住了三分之二的面积，原本就是个夹角，被告设置的飘窗与原告相邻的窗下面的飘板高度差不足四十厘米，从被告家设置的飘窗处跨到原告家的窗台上进原告家里也就易于反掌的事，造成原告相当不安，给原告造成了极大的安全隐患。不但如此，还严重影响原告房屋的通风、采光，加之被告还在此违法设置的防盗网上盖设置飘篷。因此，原告与被告相邻的窗户被被告遮挡而室内无法采光而变得黑暗，被告一定要按原有设计使用才不致影响到相邻的住户的。由于被告不顾及原告不便以及安全、遮住了原告的窗户约三分之二的面积，被告的行为明显属于严重侵权的行为。原告曾多次找被告协商未果后，穷尽其他办法而被告一直都有诸多借口，最终不予配合拆除，被告并因原告寻求了其他途径（即找第三方劝说被告自觉拆除），被告不但没有听从所有人的意见，而且还对原告进行报复，不但殴打了原告家人，还将屎尿泼到原告的窗台上，造成原告几年来的生活都过得抑郁寡欢，给原告的感受是不仅生活上的不便而且还给原告精神上的折磨。

第二点：相邻不动产的所有权人或使用人在行使其权利或使用权时，应当以不损害相邻人的权益为前提，这是相邻人必须坚持的原则。通风采光权：指的是建设和使用房屋时，不得影响相邻一方通风和采光，更何况是由于被告对其窗户的增设行为使得相邻的两房可不经大门而互通，因此造成了原告生活上的不便和不安。

第三点：对于相邻关系纠纷的相关法律规定

1、《物权法》第八十四条规定：不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合法的原则，正确处理相邻关系。第八十九条规定：建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。

2、《民法通则》第八十三条规定：“不动产的相邻各方，应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神，正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系，给邻方造成妨碍或损失的，应当停止侵，排除妨碍，赔偿损失。

3、《物业管理条例》第五十条规定：物业管理区域内按照规划建设的公共建筑和共用设施，不得改变用途。业主依法确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当在依法办理有关手续后告知物业服务企业，物业服务企业确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当提请业

主大会讨论决定同意后，由业主依法办理有关手续。

因此，本案被告对原告造成了妨碍，被告应立即停止侵害、排除妨碍，因被告的妨碍行为对原告造成的损失应予以赔偿。

以上代理意见请审判员予以充分考虑并采纳。

### 判决结果：

一审：判决被告在本判决生效之日起 15 日内拆除涉案房屋大厅窗户设置的防盗网以及上盖飘篷、并将该窗户恢复原状。被告不服一审判决提起上诉，二审判决：驳回上诉，维持原判。

### 案例分析：

相邻关系是亦称“邻里关系”，相邻的所有人或占用人基于土地、地上物和地下物的占有、使用、收益和处分权能所发生的权利义务关系，相邻关系是一种法律关系，它不仅包含权利还包含义务。相邻权是基于相邻关系而产生的，相邻关系是相邻权请求的基础。相邻权是一种从属性的权利。相邻权不能独立存在，是从属于不动产的所有权、使用权等特权的从权利。原告当初是希望通过与被告沟通能让被告意识到其行为影响了他人，毕竟是邻里关系，朝不见面晚见面、抬头不见低头见，友好协商解决邻里纠纷是最妥当的了。有句俗话说得好：“远亲不如近邻”。可是，原告的愿望从与被告接触时破灭了，原告认为被告行为明显侵害了他人的权益，而被告不以为然。因此，原告寻求行政管理部门协助解决纠纷，一来寻求行政管理部门比起走诉讼程序更为方便快捷，二来不轻易浪费司法资源，再者，原告认为被告的行为明显存在侵权的行为，即便被告不听从原告的意见也应该听从行政管理部门的意见，而原告万万没想到的是被告对于相关行政执法部门的意见也不听从，固执己见，如此一来，相邻间的关系如逆水行舟不进则退，矛盾越来越大，甚至出现了暴力冲突，幸好没有造成身体上的损伤没有导致更大的损失。

人常常在利益面前失去了分寸，这时受害一方应以积极态度启动诉讼程序，法律是一把尺子有分有寸，作为权利被侵害的一方应懂得使用法律武器，以免产生更大的矛盾和不必要的暴力冲突。

原告为维护自身权益曾寻求第三方的协助解决纠纷，后又经历了一审、二审、执行三个阶段，从被告侵权至原告的合法权益最终得以实现，历时多年时间。相信邻里双方即原、被

告都甚感不快和身心疲惫。而邻里和睦相处是人人所崇尚的，因此，相邻不动产各方在行使权利时，在实现自己的合法利益同时要为邻居供方便，要考虑到他人的合法权益，这样才有利于邻里和谐相处。

被告与原告相邻的窗户原本是平着墙体开设的只用于透光而不能开的玻璃窗，只有一小部分是可往墙外推出的，这样设计是有其合理性的，因为刚好相邻墙体是一个夹角，在这样一样特定的位置一旦改变用途必定会影响他人，并且设置了防盗网、设置了上盖飘篷，这样一来对于原告与其相邻房间的采光、通风造成极大的影响，不但如此，还对原告原本不会受干扰房间造成安全的威胁。而被告一直坚持自己的观点：“不存在侵权、不存在违法行为”。

一审法院认为：原、被告是相邻房屋的所有权人，应当按照方便生活、团结互助、公平合理的精神处理相邻关系。被告为了自己便利、增大房屋使用空间而拆改窗户并对外搭建防盗网及飘篷，给原告的生活及房屋的通风、采光造成妨碍，而且行政部门已责令被告限期自行拆除。因此，对原告要求被告拆除其大厅窗户设置的防盗网及上盖飘篷，并将该窗恢复原状请求，本院依法予以支持。应当指出的是，相邻之间发生纠纷时当事人应当保持克制、理智的态度，而不是采取过激行为及言语解决问题，这样只会造成双方矛盾激化。鉴此，虽然是被告引致本案诉讼，但期间双方在处理问题过程中行为均有不当。综上所述，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第八十三条、第一百三十四条规定，判决被告梁某某在本判决生效之日起15日内拆除大厅窗户设置的防盗网以及上盖飘篷、并将该窗户恢复原状。

二审法院认为：本案为相邻关系纠纷。根据《中华人民共和国物权法》第八十四条规定：“不动产的相邻关系应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。”可见，在相邻关系中，相邻权利人在行使相邻权时一定要合理安排，应尽量减少给相邻对方带来生活上的不便。上诉人（一审被告）上诉称其有权对自己的财产进行完善。诚然，相邻人有对自己的物权进行处分的权利，但在相邻关系中，相邻权人应负有容忍及不增加或减少对方不便的义务。但在本案中，上诉人为了自己便利、增大房屋使用空间而拆改窗户并对外搭建防盗网及飘篷，给被上诉人的生活及房屋的通风、采光造成不便和妨碍，而且行政部门亦已责令其限期自行拆除。因此，对于甘某某要求梁某某拆除其大厅窗户设置的防盗网及上盖飘篷，并将该窗户恢复原状请求，一审法院依法支持并无不妥，本院予以维持。

原告为了维护权益，奔走多方寻求帮助而未能得到解决，尽管历时较长时间最终能得到法律的保护，原告如释重负般而且感到非常欣慰（原告起诉的目的就是希望被告意识到其

行为影响了他人，能够恢复原状）。

诚然，本人作为代理人办理了此类案件之后在诉讼程序方面产生了一点看法，认为对于简单的相邻权纠纷，且行为人的行为明显存在侵权的，在诉讼程序上是不是应该从简呢，比如：侵权一方不得上诉，实行一审终局。对于程序方面在立法上是不是细化一些更为有利于保护实体利益呢，如此也能更好地体现法律高效的价值。

本案相邻纠纷的情形，适用《中华人民共和国民法典》具体条文如下：

第 288 条规定：不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。

第 293 条规定：建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，不得妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。

第 295 条规定：不动产权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等，不得危及相邻不动产的安全。

第 296 条规定：不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的，应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害。

第 1167 条规定：侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。

# 广州市市政工程维修处诉广州棠下经济发展有限公司物权保护纠纷案

广东卓信律师事务所 余玮玮

**【关键词】** 民事 物权保护 建设用地使用权 返还土地使用权 占有使用费

## 【裁判要点】

1. 土地使用权或建设用地使用权的设立以登记为要件，未取得土地权属证明，请求主张返还土地的，人民法院不予支持。

2. 未提供证据证明管理和占用涉案土地，请求主张占用土地使用费的，人民法院不予支持。

## 【相关法条】

《中华人民共和国物权法》第 34 条、第 117 条、第 139 条

## 【基本案情】

原告广州市市政工程维修处（以下简称“市政维修处”）诉被告广州棠下经济发展有限公司（以下简称“棠下公司”）物权保护纠纷案，市政维修处诉称市政工程维修管理处（市政维修处前身）与广州市天河区棠下街棠下村民委员会（现已撤销，以下简称“棠下村民委员会”）的前身东圃公社棠下大队于 1981 年 5 月 14 日签订了《关于市政维修管理处使用我大队红岗头耕地补偿协议书》（以下简称“案涉补偿协议”），市政维修处取得了广州市天河×××棠下村上社面积为 1028 平方米的土地（下称“案涉土地”）的使用权，并向棠下大队进行了经济补偿。随后市政维修处办理了案涉土地的用地手续，于 1994 年取得编号为穗城规东片地字（94）第 266 号《建设用地规划许可证》，后市政维修处取得了穗国土[1994]建用通字第 1288 号《建设用地通知书》。市政维修处于 2001 年 6 月 5 日与广州市国土局签

订了《广州市国有土地使用权出让合同》（下称“案涉出让合同”），是案涉土地的土地使用权人。市政维修处于2006年4月29日与棠下村民委员会签订了《关于广州市市政工程维修处征用东圃棠下村上社地块补充协议书》（以下简称“案涉补充协议”），约定市政维修处再向广州市天河区棠下街棠下村民委员会支付补偿款费，棠下村民委员会配合市政维修处办理新的建设工程规划许可证。棠下村民委员会撤销后，由棠下股份合作经济联社设立棠下公司对集体财产进行经营管理。综上，市政维修处为维护合法权益，现提起诉讼，请求法院判令：1、棠下公司立即向市政维修处返还位于东圃镇××棠下村上社，用地面积为1028平方米的土地（具体四至范围见建设用地通知书即穗国土[1994]建用通字第1288号附图所示）；2、棠下公司向市政维修处支付土地占用期间的使用费，使用费标准按58739.92元/年，从2016年8月20日起计算至棠下公司将土地返还给市政维修处之日止；3、本案诉讼费全部由棠下公司承担。

棠下公司答辩称：一、市政维修处未办理征地补偿手续，亦未取得案涉土地的土地使用权证，并非案涉土地的土地使用权人，对案涉土地不具有法律上的物权，无权要求返还案涉土地。市政维修处未按照《建设通知书》要求取得《建设用地批准书》，未按广州与国土局签订的合同约定办理土地使用权登记手续，最终未取得案涉土地使用权。二、棠下公司并未占有使用案涉土地，市政维修处无权要求返还案涉土地。案涉土地由金雅苑小区部分业主用作停车场，而金雅苑小区并非由棠下公司建设和管理。三、市政维修处不是案涉土地的使用权人，且棠下公司也不是案涉土地的实际占有使用者，无须向市政维修处支付占有使用费。

### 【裁判结果】

广东省广州市天河区人民法院于2020年12月3日作出（2020）粤0106民初40670号民事判决：驳回市政维修处的全部诉讼请求。本案受理费6690元，由市政维修处负担。宣判后，各方当事人均未提起上诉。一审判决已发生法律效力。

### 【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案的争议焦点在于棠下公司是否负有返还案涉土地的土地使用权及支付土地占用期间租金的义务。

首先，市政维修处至今未取得案涉土地的土地使用权证。市政维修处虽提交了其与广州市国土局签订的案涉出让合同，也缴纳了土地出让金，但是未按合同约定办理土地登记手续。

市政维修也确认其于1994年8月取得的《建设用地规划许可证》已经过期。而土地使用权或建设用地使用权的设立以登记为要件。故市政维修处以其为案涉土地合法使用权人而主张棠下公司返还案涉土地依据不足。

其次，市政维修提供的证据不足以证明棠下公司系与市政维修签订案涉补充协议的棠下村民委员会撤销后的承继主体。根据调取的撤村改制意见显示，撤村后经济联社和经济社依然存在，股东资产所有权不变，且撤村后，原属于村委会承担的社会公共职能要根据有关政策和规定转交到街道、居委会或集团公司。棠下村民委员会被撤销后，棠下股份合作经济联社和第一联至第十五联依然存在。故现有证据无法证明棠下公司是被撤销的棠下村民委员会的承继主体。

最后，尚无证据显示案涉土地实际由棠下公司管理和使用。市政维修虽举证证明案涉土地现已被金雅苑小区围蔽成小区停车场，但未能举证证明棠下公司与金雅苑小区之前或案涉土地上的金雅苑小区停车场之间存在建设与被建设、管理与被管理等关系。而棠下公司亦辩称其并非金雅苑小区的建设者和管理者，也不负责收取金雅苑小区停车场的费用。

综上所述，市政维修处要求棠下公司返还案涉土地的诉请缺乏事实依据，法院不予支持。由此，关于市政维修处要求棠下公司支付案涉土地占用期间使用费的诉请亦缺乏依据，法院亦不予支持。

### 【小结】

1. 本案裁判规则的核心，在于土地使用权或者建设用地使用权的取得以登记为要件，即应向行政登记机构申请土地使用权登记，取得案涉土地的权属证书。虽然市政维修处与棠下村民委员会（或其前身）签订了一系列协议文件，也与国土局签订土地出让合同，缴纳土地出让金，但是未按规定办理土地登记手续，且案涉土地对应的系列土地许可证书/规划证书等均已过期。因此，市政维修处并非案涉土地的土地使用权人，无权向棠下公司主张返还案涉土地，也无权向棠下公司主张土地占有使用费。综上，在受让土地使用权一方的权利人，应及时办理土地登记手续，取得土地权属证书，以保障自身合法权益。

2. 《中华人民共和国民法典》生效实施后，《中华人民共和国物权法》被废止。《物权法》第34条、第117条、第139条被《民法典》第235条、第323条、第349条所取代，但对应的法条内容并未发生改变。

## 认缴制下公司股东未届期认缴出资转让股权的责任承担

——以最高人民法院（2019）最高法民终 230 号案为例

广州金鹏律师事务所 赵琦娴、刘雨祺

**【关键词】** 民事 出资责任 未届期认缴出资 股权转让

**裁判要点：**认缴制下，股东享有出资的“期限利益”。公司债权人在与公司进行交易时有机会在审查公司股东出资时间等信用信息的基础上综合考察是否与公司进行交易，债权人决定交易即应受股东出资时间的约束。出资期限未届满的股东尚未完全缴纳其出资份额不应认定为《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）》（以下简称《公司法司法解释（三）》）第十三条第二款规定的“未履行或者未全面履行出资义务”。

### 基本案情：

2015 年 10 月 27 日，曾雷与甘肃华慧能公司签订《股权转让协议》，协议约定：深圳华慧能公司于 2009 年 10 月 19 日成立，注册资金 5000 万元，曾雷占 100% 股权。现曾雷自愿将其所持有的公司 70% 股权转让给甘肃华慧能公司，转让价款为 3500 万元，并最晚不超过 2015 年 11 月 30 日支付完毕。甘肃华慧能公司自愿受让。协议签订后，曾雷依约履行了义务，并及时办理了工商变更登记，将 70% 股权变更登记到甘肃华慧能公司名下。但甘肃华慧能公司只支付了股权转让款 1200 万元，余款 2300 万元至今未付。

甘肃华慧能公司申报的注册资金为 5000 万元，冯亮、冯大坤是该公司原股东，认缴出资期限截至 2025 年 12 月 31 日。冯亮、冯大坤二人转让全部股权时，所认缴股权的出资期限尚未届满。

故曾雷向法院提起诉讼，要求甘肃华慧能公司立即向曾雷支付股权转让款 2300 万元及逾期支付违约金；冯亮、冯大坤对上述债务承担补偿赔偿责任。

### 裁判结果：

最高人民法院作出(2019)最高法民终230号判决:1、撤销甘肃省高级人民法院(2017)甘民初155号民事判决;2、甘肃华慧能数字科技有限公司于本判决生效之日起十日内向曾雷支付股权转让款23000000元及逾期支付股权转让款利息(以23000000元为基数,按中国人民银行发布的同期贷款利率计算,自2015年12月3日起算至实际支付之日止);3、驳回曾雷的其他诉讼请求。

**裁判理由:**

法院生效裁判认为:本案的主要争议焦点为:1.甘肃华慧能公司应否支付剩余股权转让款及逾期支付违约金;2.冯亮、冯大坤应否对上述款项承担补充赔偿责任。

第一,甘肃华慧能公司在《财务尽职调查报告》作出后,明知目标公司实收资本与注册资本不符,仍选择继续支付股权转让款,应视为其对合同权利的处分。甘肃华慧能公司虽然认为在曾雷出资不实的情况下,其有权选择何时终止合同,其拒付剩余股权转让款是以实际行动终止合同,但鉴于本案目标公司股权已经实际变更,甘肃华慧能公司虽然以终止合同提出抗辩,但并不符合法定合同解除条件,对其主张本院不予支持。

现行《中华人民共和国公司法》确立了认缴资本制,股东是否足额履行出资义务不是股东资格取得的前提条件,股权的取得具有相对独立性。股东出资不实或者抽逃资金等瑕疵出资情形不影响股权的设立和享有。本案中,曾雷已依约将所持目标公司70%的股权变更登记在甘肃华慧能公司名下,履行了股权转让的合同义务。甘肃华慧能公司通过股权受让业已取得目标公司股东资格,曾雷的瑕疵出资并未影响其股东权利的行使。此外,股权转让关系与瑕疵出资股东补缴出资义务分属不同法律关系。本案中,甘肃华慧能公司以股权转让之外的法律关系为由而拒付股权转让价款没有法律依据。对于甘肃华慧能公司因受让瑕疵出资股权而可能承担的相应责任,其可另寻法律途径解决。

第二,对于曾雷主张的逾期支付违约金,虽然《股权转让协议》未就甘肃华慧能公司逾期支付股权转让款的违约责任作出约定,但曾雷一审诉请中要求按照银行同期贷款利率计算上述“违约金”,鉴于甘肃华慧能公司逾期支付剩余股权转让款实际上造成曾雷资金被占用期间的利息损失,根据《中华人民共和国合同法》第一百零七条的规定,上述利息损失应由甘肃华慧能公司负担。根据本院查明的事实,曾雷于2015年12月2日将所持有的深圳华慧能公司股权工商变更登记在甘肃华慧能公司名下,逾期支付股权转让款的利息损失应从股权变更登记的次日计算。对曾雷主张的自2015年12月3日起至清偿之日止以同期中国人民银

行贷款利率计算逾期支付股权转让款的利息部分，本院予以支持。

第三，本案中，甘肃华慧能公司原股东冯亮、冯大坤的认缴出资期限截至 2025 年 12 月 31 日。《中华人民共和国公司法》第二十八条规定：股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东享有出资的“期限利益”，公司债权人在与公司进行交易时有机会在审查公司股东出资时间等信用信息的基础上综合考察是否与公司进行交易，债权人决定交易即应受股东出资时间的约束。《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》第十三条第二款规定的“未履行或者未全面履行出资义务”应当理解为“未缴纳或未足额缴纳出资”，出资期限未届满的股东尚未完全缴纳其出资份额不应认定为“未履行或者未全面履行出资义务”。本案中，冯亮、冯大坤二人转让全部股权时，所认缴股权的出资期限尚未届满，不构成《公司法司法解释（三）》第十三条第二款、第十八条规定的“未履行或者未全面履行出资义务即转让股权”的情形，且曾雷并未举证证明其基于冯亮、冯大坤的意思表示或实际行为并对上述股东的特定出资期限产生确认或信赖，又基于上述确认或信赖与甘肃华慧能公司产生债权债务关系。曾雷主张冯亮、冯大坤二人在未出资本息范围内对甘肃华慧能公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的实质是主张冯亮、冯大坤的出资加速到期，该上诉请求没有法律依据，本院不予支持。

#### 案例分析：

我国的公司资本制度经过了从严格的法定资本制、分期缴纳的法定资本制到认缴资本制的转变<sup>1</sup>。2013 年《中华人民共和国公司法》（以下简称“《公司法》”）将公司由注册资本分期实缴制修改为认缴制，对缴纳期限不再做强制性规定，原则上也取消注册资本的最低限额。公司资本制度的改革逐步从偏重于保护债权人利益及维护交易安全向关注投资者的投资自由，激发投资热情，提升公司对资本的经营利用转变。

尽管前述公司资本制度的改革初步确定了认缴制的基本格局，但 2013 年《公司法》的调整并未触动其他长期以来形成的“以实缴制为规制模型的公司资本规则体系”<sup>2</sup>。因此，公司资本制度的转变虽然提升了公司资本的利用效率，激发了投资者的投资活力，但也引发了在认缴制下与此前长期形成的实缴制规则体系直接的“法律协调性、法律实用性及实践适

<sup>1</sup> 王建文：再论股东未届期出资义务的履行，载于《法学》2017 年第 9 期。

<sup>2</sup> 刘浩然：未届期出资股权转让后出资责任规则的构建，载于《西部法学评论》2020 年第 8 期。

应性的问题”<sup>3</sup>。

### 一、股东未实缴出资股权转让的行为不可当然适用瑕疵出资责任承担的规范

股东瑕疵出资的责任承担问题在现有的司法解释中进行了明确的规范，未履行或未完全履行出资义务的出资股东即使转让股权，也需要对公司债权人承补充连带责任，这一规定是对于出资股东“未履行或未完全履行出资义务”等股东违反出资义务的行为而制定的带有一定惩罚性的规范，出于维护交易安全的考量，也对债权人利益给予保护。但是，2011年《公司法司法解释（三）》第十三条第二款、第十八条规定的“未履行或者未全面履行出资义务即转让股权”的情形系建立在分期缴纳的实缴资本制的基础上的，立法者在制定时亦未考虑认缴制带来的法律适用挑战。笔者认为，公司股东未实缴出资股权转让的行为在认缴制下并不能当然适用前述规定。

在认缴资本制下，股东依法享有期限利益，未届出资期限的股东并无实际出资义务，这是《公司法》赋予股东的合法权益，因此，股东在受法律保护出资期限未届满前不存在违反股东出资义务的情形。“出资未届满”的性质与“未履行或未完全履行出资义务”等股东违约行为的性质存在本质差异，前者系股东行使合法权利，后者则确定系股东违反法定的出资义务，如将股东合法行使期限利益的情形直接适用现行司法解释对于出资违约责任的规定，则将不合理地限制股东的合法权利，与公司法改革鼓励投资的立法精神向背离。

上述案例中，由于冯亮、冯大坤认缴出资期限截至2025年12月31日，股东依法享有期限利益，根据最高人民法院在本案判决中的观点，“认缴股权的出资期限尚未届满不属于‘未履行或者未全面履行出资义务即转让股权’的情形。”鉴于此，股东未实缴出资股权转让的责任承担问题目前尚缺乏明确的法律规范，亦不应直接适用现行法律及司法解释关于瑕疵出资股东转让股权的责任的相关规范追究转让股东的补充责任。

### 二、债权发生在股权转让之前应作为转让股东承担补充责任的要件

笔者认为，在判断股东未实缴出资股权转让的责任承担问题时应当考量债权产生与股权转让的发生时间，债权发生在股权转让之前应作为转让股东承担补充责任的要件。保护债权人的目的是保护交易安全，鼓励交易，而保护股东的目的在于保护投资，司法实践中往往较为强调债权人的保护，系出于对公司长期投资的保障。如果认缴制下公司股东转让股权的行

<sup>3</sup> 刘凯湘;张其鉴：公司资本制度在中国的立法变迁与问题应对，载于《河南财经政法大学学报》2014年第9期。

为发生在债权发生之前,笔者认为,此种情形应推定债权人向时任股东和公司了解出资情况,并非是基于对公司原股东的意思表示或实际行为,或基于公司原股东的特定出资期限产生的确认或信赖而与公司发生债权债务关系。

股东对债权人的补充赔偿责任本质上属于侵权责任,请求权基础为《公司法》第二十条“公司股东不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益”。判断股东是否应当承担此种责任,应考察股东是否有侵权行为,对公司债务清偿资产的减少是否存在过错。如股权转让发生在债权产生之前,则转让股东对于损害公司债权人利益的行为不存在过错。公司债务发生时,公司原股东已将公司股东身份转让出去,不再是公司股东,且该类形式已通过工商登记、备案等方式对外予以宣示,公司债权人在与公司进行交易时有机会在审查公司股东出资时间等信用信息的基础上综合考察,自行评估交易风险,再决定是否与公司进行交易,此时债权人并无对转让股东继续出资的合理信赖。

此外,由于转让股东在转让股权后,不再担任公司股东,在公司并不享有任何权利,无法决定公司的经营事务,如若认缴制下的股东转让股权却无法转让对公司的出资义务,则将使投资者设立公司的风险不合理扩大,大大限制有限责任公司股权的流动性,有违公司法注册资本认缴制鼓励设立公司、方便商事交易的初衷。

上述案例中,最高人民法院认为,在债权人并未举证证明其基于转让股东的意思表示或实际行为并对上述股东的特定出资期限产生确认或信赖,又基于上述确认或信赖与公司产生债权债务关系的情况下,债权人主张转让股东对于债权承担补充赔偿责任缺乏法律依据。

### 三、转让股东豁免承担连带补充赔偿责任的要件分析

债权人主张转让股东的补充赔偿法律责任实质为主张转让股东的出资义务加速到期,而债权人又是代位公司向公司股东主张出资义务,即这一问题的实质是公司在未届期出资股东转让股权后,是否有权向转让股东主张出资义务。

笔者认为,未届满认缴股权转让后,在满足如下要件的情形下,原则上应视为转让股东已将其出资义务概括转让至受让方,无论是公司、其他股东或债权人均不能要求转让股东承担出资义务:1) 转让股东对于公司设立不存在不当行为;2) 转让行为合法;3) 经公司和公司其他股东同意,并通过工商登记变更等程序对外予以宣誓。

#### (一) 应肯定转让股东原则上可通过股权转让转移出资义务

有观点认为，原则上股东可以通过股权转让的方式将出资义务转让给受让股东，但“基于公司的团体人格和资本性质，作为发起人的股东的出资义务不仅仅是合同法上的义务，也是公司法上的义务，因此在受让方未履行出资义务时，公司有权请求转让方继续承担出资义务，且根据股东资本填充责任，债权人就股东未履行出资义务的请求权不应受债权形成的时间限制”<sup>4</sup>。

针对这一论点，笔者认为如发起人无法通过转让股权转移出资义务，这意味着存在发起人股东在无法参与公司实际经营，且不享有公司任何权利的情形下，在其转让公司股权后，仍需持续对后续毫无关联的债务承担责任，这将无限扩大发起人设立公司及股权转让的风险。发起人只要设立公司就伴随着不可转让的出资义务，这既不利于鼓励投资者设立公司，也不利于公司股权转让，将大大损害投资积极性，也违背公司法鼓励设立公司，促进投资积极性的立法本意。

## （二）公司股东承担连带补充责任之适用范围应限于股东在公司设立中的不当行为

笔者认为，公司股东，尤其是发起人的连带补充赔偿责任，属于资本充实责任。资本充实责任因公司设立行为而产生，其理论基础是设立公司行为的共同行为理论，其适用范围应限于股东在公司设立中的不当行为。

《公司法司法解释（三）》第十三条第三款将发起人承担连带补充赔偿责任的适用前提限定为股东在“公司设立时”未履行或者未全面履行出资义务，公司设立后的出资违约行为包括二期出资违约行为则未予涉及。同时，《公司法司法解释（三）》第十四条规定，公司设立后股东有抽逃出资这一违反出资义务行为的，只有协助抽逃出资的股东等主体才需承担连带责任。可见，从《公司法司法解释（三）》的立法本意来看，发起人并非当然需要对股东的任何出资违约行为承担连带责任，其适用是有条件的。另根据《民法典》第一百七十八条第三款“连带责任，由法律规定或者当事人约定”，这意味着对连带责任的判断应当持审慎的态度，基于现行法律，笔者认为，发起人若在公司设立中没有不当行为，则不应就公司其他股东在公司设立后的违反出资义务的行为苛以连带责任。

## （三）未届期认缴出资股权转让的程序要求

“认缴股东的股权转让不仅是一种权利转让，在认缴期限届满前转让的股权，实际上也

<sup>4</sup> 李志刚;李后龙;叶林;王建国;刘建功;陆晓燕;王文胜;彭冰;朱虎;段晓娟;张巍;蒋大兴;李建伟;杨晓蓉;刘春梅;周伦军;吴光荣;刘凯湘;王松: 认缴资本制语境下的股权转让与出资责任, 载于《人民司法》2017年第5期。

包括对出资义务的债务转移，这种债务转移与公司及公司债权人相关”<sup>5</sup>。鉴于股权转让可能涉及公司第三人债权人的利益，如果允许转让股东及受让股东采用协议的方式直接处置，难以规避协议双方恶意串通的情形，这可能导致公司及公司债权人受到侵害。因此，有必要对于这类股权转让过程中注重对第三方债权人的保护，对此有观点认为“股权转让应履行特定程序，应由公司股东会作出决议并公告，甚至应通知债权人。”<sup>6</sup>

司法实践中，存在观点认为“公司股东认缴的股份实质上是股东对公司承担的负有期限利益的债务”<sup>7</sup>，未届期出资股权转让的效力可参照债务承担规则处理，当股权转让过程合法且该转让得到公司认可的情况下，原则上应视为公司认可该债务转移，即转让股东进行股权转让视为将出资义务概括转移至受让方，转让股东不再承担出资义务。

#### 四、例外：恶意转让情况下可追究转让股东的责任

笔者认为，转让股东原则上可通过股权转让的方式将出资义务概括转移给受让方，但有证据证明转让股东与受让股东之间存在恶意串通情形的除外。

根据前述分析，转让股东原则上可通过股权转让的方式将出资义务概括转移给受让方，但鉴于该部分股权尚未出资，这一转让行为包含着公司法上出资义务的的处置，因此这并不完全是发生在协议双方之间的权利转让，其转让行为将涉及公司及公司债权人。若转让股东可以通过股权转让的方式将出资义务完全转移至受让方，则容易滋生股权转让双方的恶意串通行为，不利于债权人的保护。

因此，尽管出资义务原则上应当由受让股东承担，但应当对转让股东与受让股东恶意串通，损害债权人利益的行为进行个案分析，在转让股东存在逃废出资义务的恶意，及损害债权人利益的行为或过错的前提下，转让股东也应承担责任。以下，笔者对“恶意转让”的部分情况进行简要分析：

首先，有证据证明转让股东与受让股东之间存在恶意串通以逃避债务的情况下，应当追究转让股东的责任。这种情形包含转让股东存在逃避债务的意图，亦或是与受让股东之间存在损害第三方债权人利益的意思联络的情形。恶意串通行为应当根据具体情况进行个案分析。

<sup>5</sup> 李志刚;李后龙;叶林;王建文;刘建功;陆晓燕;王文胜;彭冰;朱虎;段晓娟;张巍;蒋大兴;李建伟;杨晓蓉;刘春梅;周伦军;吴光荣;刘凯湘;王松：认缴资本制语境下的股权转让与出资责任，载于《人民司法》2017年第5期。

<sup>6</sup> 同上。

<sup>7</sup> 参见四川省高级人民法院（2019）川民终277号民事判决书。

其次，如股东将股权转让给无偿付或出资能力的股权继受人，应当推定为存在恶意转让的意图，除非转让股东提供相反的证据证明，但这一认定应当限定为“股权转让时”的情况。如转让股东在转让股权时将股权转让给有资料偿付的受让人，即使后期因为投资失败等商业决策导致该受让股东欠缺偿付能力导致债权人无法得到清偿，此时仍应当不视为转让股东在转让股权时具有无规避债务而损害债权人利益等主观恶意。

再者，如债权人已经通过诉讼、仲裁等方式向公司主张利益的情况下，股东将股权对外转让，应首先推定股东存在逃废出资义务损害债权人利益的主观恶意，除非转让股东对此提出证据证明其为善意转让，且该转让行为对债权人利益不会产生损害，否则不能就此免除其对公司补足出资，并对公司不能清偿的生效法律文书确定的债务承担补充赔偿责任的义务。

## 五、结语

认缴制下，股东享有期限利益，其转让未届期认缴股权后的责任承担不能当然适用现行司法解释中关于“未履行或未完全履行出资义务”等股东违反出资义务的责任承担规范。在转让股东对于公司设立不存在不当行为，转让行为合法，并经公司和公司其他股东同意，再加上通过工商登记变更等程序对外予以宣誓的条件下，原则上应视为转让股东已将其出资义务概括转让至受让方，无论是公司、其他股东或债权人均不能要求转让股东承担出资义务，但能证明转让股东与受让股东之间存在恶意转让情形的除外。

## 股权转让中股东优先购买权的那些事

广东广信君达律师事务所 黄恒

众所周知，有限责任公司作为典型的封闭型公司，股东间相互信任是公司持续有效运作的基础；不同于股份有限公司“资合性”更显著的特点，有限责任公司更强调“人合性”。因此，公司法赋予了有限责任公司股东享有优先购买权，即当股东欲将其股权对外转让给第三人时，在同等条件下，公司内部的其他股东在购买顺序上享有优先权。

过去，公司法只有两个条款（即公司法第七十一条、第七十二条）对股东优先购买权的行使作了规定，不足以解决司法实践中纷繁芜杂的涉及侵犯股东优先购买权的股权转让纠纷。之后，最高人民法院颁布了《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》（下称《规定四》），当中第十六条至第二十二条共7个条款对实践中争议较大的“何为同等条件”、“侵犯股东优先购买权应承担的法律责任”等作出了规定，对于解决涉及股东优先购买权的纠纷起到了一定的作用。下面，笔者就结合判例，对司法实践中常见的有限责任公司股东优先购买权的那些事进行分析，以供思考。

### 一、侵犯股东优先购买权的股权转让合同效力认定

过去，往往有不少学者或司法实务工作者认为，公司法第七十一条属于效力性规定，据此认为，股东对外转让股权未事先通知其他股东的，其与第三人签订的股权转让合同无效。但随着2019年11月最高人民法院出台《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称《九民会议纪要》），上述观点已经立不住脚了。按照《九民会议纪要》第9条的规定：“一方面，其他股东依法享有优先购买权，在其主张按照股权转让合同约定的同等条件购买股权的情况下，应当支持其诉讼请求，除非出现该条第1款规定的情形。另一方面，为保护股东以外的股权受让人的合法权益，股权转让合同如无其他影响合同效力的事由，应当认定有效。其他股东行使优先购买权的，虽然股东以外的股权受让人关于继续履行股权转让合同的请求不能得到支持，但不影响其依约请求转让股东承担相应的违约责任。”由此看出，《九民会议纪要》的出台，实质上是对侵犯股东优先购买权的股权转让合同效力的认定问题起到定分止争的作用。

### 二、优先购买权中“同等条件”的认定

《公司法》第七十一条第三款规定：“经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。”对于何为“同等条件”，《规定四》第十八条：“人民法院在判断是否符合公司法第七十一条第三款及本规定所称的‘同等条件’时，应当考虑转让股权的数量、价格、支付方式及期限等因素。”通过上述规定可知，最高人民法院将股权转让中同等条件的认定，主要从股权数量、价格、支付方式及期限等四个层面进行考量；如果除了上述四个层面，股权转让方与第三人约定了其他交易条件，那么，是否也属于公司法中的“同等条件”呢？笔者经过详细的检索，发现具有下述情形的，也被法院视为“同等条件”。

（一）为公司提供借款。

案例：（2017）粤 17 民终 703 号

法院观点：在本案一、二审庭审中征询覃喜华是否同意按上述同等条件购买本案股权时，覃喜华均表示仅同意以每股 260000 元的价款受让黄维炯等 11 名自然人股东转让的股权，而不同意提供借款 1000000 元给阳春永基电站。因此，在覃喜华不同意提供借款 1000000 元给阳春永基电站的情况下，覃喜华对黄维炯等 11 名自然人股东转让的股权不享有优先购买权。覃喜华主张对黄维炯等 11 名股东转让的股权享有优先购买权，理据不足，本院不予支持。

（二）为公司债务承担担保责任。

案例：（2017）浙 01 民终 2004 号

法院观点：对于同等条件的认定，一般应以出让股东与受让人之间合同确定的转让价格为标准。案涉股权的转让价格应包括 650 万元股权转让款以及对华越公司对外负债的担保责任，故李文荣主张其支付 650 万元股权转让款即合法拥有华越公司 65% 股权的诉讼请求，本院不予支持。

（三）受让对公司享有的债权。

案例：（2018）赣民初 37 号

法院观点：本案中，戚国林将其持有的康富公司 51% 的股权对外转让，刘伟鹏在同等条件下享有优先购买权。关于同等条件的认定，因戚国林在征求刘伟鹏意见时并未告知刘伟鹏需要同时受让其亲友对康富公司享有的 4118.95 万元的债权，故股权受让人需同时受让戚国林亲友对康富公司享有的 4118.95 万元债权，不构成此次股权转让中的同等条件。

（四）确保预期收益。

案例：（2020）粤 01 民终 24122 号

法院观点：“同等条件”为股东行使优先购买权的购买条件。“同等条件”作为对优先购买人行使优先购买权的限制，是平衡转让人与优先购买权利益的关键。“同等条件”要求优先购买权人提出的受让条件与第三人之间的交易对价相同，因此，转让人与第三人之间的交易对价应当是能被替代或复制的，不应包含无法替代履行的给付。

本案中，从涉案股权转让协议约定的内容看，聚烽公司为一家“互联网+”战略落地一站式服务机构，为传统企业提供互联网模式和市值管理的企业，协议第一条约定了转让的股权及返还条件。虽然第一条第一款约定了“甲方将其持有的挚联投资公司4%股权以人民币零元的价格转让给乙方”，但结合第二、三、四款中挚联报关公司要在两年内在全国中小企业股份转让系统挂牌交易、聚烽公司对挚联报关公司要进行市值管理、新三板做市后保证一定的市盈率等股权返还条件约定，可见郑捷以零元价格将4%的挚联投资公司股权转让给聚烽公司，是附条件、附有服务对价的。如果约定返还条件成就时，聚烽公司零元受让的目标股权就要予以返还。该作价既有对于聚烽公司为传统企业提供互联网模式和市值管理能力的信任，又存在通过股权转让获得商业利益的预期。结合潘海志提交的《关于同意广州昊链信息科技股份有限公司股票终止在全国中小企业股份转让系统挂牌的函》及交易情况截图、聚烽公司提供的《关务-互联网转型合作框架协议》亦能佐证聚烽公司存在的服务义务。零元的转让价格并非本次转让的“同等条件”，潘海志主张以零元价格，按照与其他股东协商确定的购买比例优先购买挚联投资公司2%的股权，不符合优先购买权行使的“同等条件”，一审法院不予支持。

（五）除外因素：同等条件的不可议价性。

1、案例：（2014）宁商终字第611号

法院观点：一审法院认为，蔡天山在收到此函后虽然明确表示其不同意股权对外转让、要行使优先购买权，但其却未在指定期限支付股权转让款，反而向万恒公司发函要求了解公司财务状况以决策是否行使优先购买权，实际上未认可按拟对外转让的股权价款及付款时间受让股权，属于不按同等条件购买股权，应视为同意转让。

二审法院认为：法律规定行使优先购买权的基础是“在同等条件下”，即要求行使优先购买权的股东须以拟转让给股东以外的第三人相同的条件购买转让股权，未经与拟受让股权的第三人先行磋商，无法形成优先购买权行使的基础，即“同等条件”。且法律亦未强制规定“同等条件”形成的方式，因此，蔡天山关于万恒公司部分股东先行与第三人就转让股权的事宜进行磋商达成价格协议，直到4月份才发函通知全体股东及蔡天山的做法违反法定程

序的上诉意见于法无据，本院不予支持。

2、案例：（2019）鄂12民终293号

法院观点：章米仁在已书面告知娄依共对外转让股权的数量（57%股权）、价格、支付方式和期限等条件后，娄依共回函中提出“你应告知拟受让股权人的详细情况，并列清转让的详细清单（债权、债务），以便本股东最后作出决定”及“如你必欲整体转让该股权，则鉴于你所提出的57%股权转让价格为1526.68万元所涵盖的资产不清晰，尽管本人也是股东，但大部分时间不在公司，且公司日常具体经营管理均由你负责，如本人受让，你无论作为出让方亦或作为公司经营管理者，亦应清晰转让前公司资产状况及转让股权所涉资产状况……”，娄依共提出的上述要求系与公司管理有关的事项，已超出了“同等条件”的范围，证明娄依共在行使优先购买权时，向章米仁提出了更高的要求，不符合“同等条件”的因素。章米仁与郑国庆签订《股权转让合同》约定的股权转让条件并未超越章米仁向娄依共告知条件，章米仁已依法保障了在“同等条件”下娄依共的优先购买权，娄依共上诉提出没有明示股权转让的同等条件的内容与事实不符，本院不予支持。

结合上述判例分析可知，所谓股东对外转让股权时的同等条件，是指出让股东与公司股东以外的第三人之间所约定的股权转让合同中确定的主要转让条件，除考虑股权转让的数量、价格、支付方式及期限以外，出让股东与第三人约定的债务担保、提供借款、保证预期收益、经营渠道拓宽等有形或无形有助于实现公司或全体股东整体利益的因素，都可被视为股权转让时的“同等条件”进行考虑。

当然，当出让股东将其与公司股东以外的第三人所约定的转让条件如实向拟受让股东披露时，拟受让股东只能按该转让条件确认受让与否，而不得额外增加其他诸如“查看财务报表”、“了解公司资产状况”等条件再确定是否行使优先购买权，或只对拟转让股权中的部分行使优先购买权[详见（2016）浙0105民初2456号民事判决书]，否则，即属“非同等条件”，这样的情况下，拟受让股东想依照公司法第七十一条规定，要求优先于第三人受让股权，自然不被法院支持。

### 三、隐名股东与优先购买权

自从最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（下称《规定三》）出台后，我国第一次承认了“隐名股东”的法律地位。由于在工商登记上显示的股东信息与实际不一致，由此在实践中引发了如下一系列问题：在股权转让时，隐名股东是否享有优先购买权；隐名股东要求显名时，是否需其他股东放弃优先购买权？下面逐一进

行分析。

（一）隐名股东是否享有优先购买权。

案例：（2020）渝 05 民终 2263 号

法院观点：从法律解释的角度分析，享有该优先购买权的股东系指记载于股东名册，并经公司登记机关登记的股东，并非隐名股东或实际出资人。精诚公司的股东为江德菊，李文革并非精诚公司的股东，在未经变更公司股东登记之前，李文革享有的投资权益可以向江德菊行使，但并不享有公司法规定的股东优先购买权。江德菊作为精诚公司股东向季川人转让股权，李文革并不享有优先购买权。

（二）隐名股东要求显名，是否需其他股东放弃优先购买权。

案例：最高人民法院公报案例（2011 年第 5 期）：张建中诉杨照春股权确认纠纷案

法院观点：人民法院在审理实际出资人与名义出资人之间的股权转让纠纷中，以在所涉公司办公场所张贴通知并向其他股东邮寄通知的方式，要求其他股东提供书面回复意见，公司其他股东过半数表示同意股权转让的，应当认定该股权转让符合《中华人民共和国公司法》第七十二条<sup>1</sup>的规定，名义出资人应依约为实际出资人办理相应的股权变更登记手续。

《规定（三）》第二十四条规定：“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无法律规定的无效情形，人民法院应当认定该合同有效。前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议，实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的，人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的，人民法院不予支持。实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。”

根据上述司法解释可知，最高人民法院并未使用“隐名股东”的称谓，而是以“实际出资人”作为对公司履行了实际出资义务的出资人的称呼，其实隐含了最高人民法院的一种态度：实际出资人并非公司股东，不能以“股东”称谓，除非经过合法的程序显名或变更登记为股东。至于在学术及实务界，为何人们均倾向于将“实际出资人”称之为“隐名股东”，皆因方便研究及习惯而已。因此，也就不难理解上述案例中，隐名股东在股权转让中为何没有优先购买权的缘故了。

<sup>1</sup> 现已改成《中华人民共和国公司法》第七十一条规定。

同样的，最高人民法院 2011 年第 5 期的公报案例传达了类似的观点：隐名股东要求显名，与出让股东将股权转让给其他股东以外的第三人无异，履行的程序均要求有二：1、经其他股东过半数同意；2、其他股东放弃优先购买权，这是有限责任公司“人合性”的特点所要求的。当然，若隐名股东一直参与公司经营管理并实际行使股东权利的，在要求显名时，是否同样需遵循上述程序要求呢？对此《九民会议纪要》作了例外的规定：“实际出资人能够提供证据证明有限责任公司过半数的其他股东知道其实际出资的事实，且对其实际行使股东权利未曾提出异议的，对实际出资人提出的登记为公司股东的请求，人民法院依法予以支持。公司以实际出资人的请求不符合公司法司法解释（三）第 24 条的规定为由抗辩的，人民法院不予支持。”

#### 四、股权转让中优先购买权的风险防范

由于我国公司法对于有限责任公司的股权转让进行了优先购买权的制度安排，因此，在股权转让交易中，如何灵活运用优先购买权制度进行维权，或者避免因优先购买权的行使，导致股权转让的交易失败，无论是对于股权转让方，还是其他股东，或股东以外的受让方而言，都极其重要。接下来，笔者就分别从这三方主体的角度进行分析。

（一）作为股权转让交易的发起者，转让方应注意程序要求，避免不诚信行为。

笔者在办理案件，及检索判例过程中发现，股权转让纠纷的案件，大多是因转让股东，没有履行通知其他股东的义务，或没有完整履行通知的义务，导致程序违法所引发的。这就要求转让股东应注意股权转让时的程序要求，在履行通知义务时，应分两步走：第一，先征求其他股东的意见是否同意其转让股权；第二，经同意转让后，将股权转让的同等条件告知其他股东，征求其是否行使优先购买权的意见（当然，若股权转让的交易条件发生变化，转让股东应再次通知其他股东，因此，通知的作出有可能不是一次性的），只有这样，方满足公司法对转让股东的程序性要求。

此外，转让股东之所以转让股权，往往是与公司原有股东存在不可调和的矛盾，因此，其往往不愿意将股权转让给其他股东，而更倾向于将股权转让给股东以外的第三人。由于优先购买权的存在，转让股东会采取一些表面看似合法，实质有违诚信的行为，来规避股东行使优先购买权，然而，根据《规定（四）》第二十一条规定，该类行为有可能被法院认定为属于“以欺诈、恶意串通等手段，损害其他股东优先购买权”的行为，从而承担相应的法律责任。典型的行为表现如：1、签订阴阳合同，以高价合同迫使其他股东放弃行使优先购买权，实际履行的却是低价的“阴合同”[（2014）苏商外终字第 0010 号]；2、先高价受让少

量股权成为内部股东，然后再以内部股东名义受让公司剩余的大部分股权[（2015）苏商再提字第 00068 号]；3、委托内部股东收购股权，成为隐名股东，之后再通过显名方式变更股东登记[（2016）云 03 民终 362 号]。

（二）作为公司内部股东，当有意向行使优先购买权受让转让股东的股权时，应及时行使权利，不做权利上的睡眠者。

法谚有云：“法律不保护权利上的睡眠者”，因此，内部股东无论是有意向受让转让股东的股权，还是因转让股东侵犯其优先购买权而维权，内部股东均应及时依法行使权利。这在《规定（四）》第十九条、二十一条里均有明确规定。

（三）对股东以外的受让方而言，在有意受让转让股东的股权前，务必做好尽职调查工作，避免因其他股东行使优先购买权导致不必要的损失。

相比转让股东及公司的其他股东，作为股东以外的受让方，其获取的信息相对滞后，这就要求其在与转让股东签订正式的股权转让合同前，做好必要的尽职调查工作，了解清楚拟受让股权的基本状况。在双方达成股权转让的交易条件时，务必要要求转让股东确保其他股东放弃行使优先购买权并提供相应的证明文件；控制好股权转让价款的支付时间节点，在其他股东因行使优先购买权导致受让方无法实现合同目的时，要求转让股东承担相应的违约责任，从而避免不必要的损失。

总之，因忽视优先购买权这个法律制度，而导致有限责任公司在股权转让过程中产生纠纷的案例比比皆是：往小的说，可能造成各方当事人利益受损；往大的说，可能因此造成公司失去控制，陷入经营困境，并最终导致公司消亡。因此，在公司股权转让的交易过程中，一方面应当注意防范股东优先购买权带来的风险；另一方面，应合理利用优先购买权的特点，维系好有限责任公司的人合性，确保公司持续稳定向前发展。

## 股东无权直接处分清算中公司名下财产

### ——评 H 公司与 T 公司租赁合同纠纷案

广东盈隆律师事务所 任永鸿、刘思妍

#### 【案情回顾】

H 公司于 1993 年参与投资设立了 Y 公司，占 94% 股权；2003 年 Y 公司被吊销营业执照后，未成立清算组，至今未注销登记。2016 年 7 月 7 日，H 公司与 T 公司签订了《土地房屋租赁合同》，约定 T 公司向 H 公司承租登记权利人为 Y 公司的土地、房屋作为经营场地使用，租期三个月。

租期届满后，H 公司向 T 公司发出履约通知书要求撤出涉案土地及房屋，于 2017 年 4 月 27 日，以后者违约为由，提起“违约责任纠纷”之诉，起诉至 Z 市基层法院，请求：一、T 公司返还涉案土地及房屋、撤场；二、赔偿自 2017 年 4 月 1 日起的经济损失。

#### 【裁判要旨】

Z 市法院受理后，以“租赁合同纠纷”为案由，适用合同法第一百一十二条“履行、补救后的损失赔偿”和第二百三十五条“租赁物的返还”的规定，于 2018 年 6 月 20 日先行对其中第一项返还财产诉求，判令 T 公司于判决生效之日一个月内撤出案涉土地及房屋，交还给 H 公司。

T 公司不服，上诉至 Z 市中级人民法院，该院以 H 公司“是涉案租赁合同的一方当事人，也是 Y 公司的大股东，是案涉土地、厂房的实际权利人，所以有权要求 T 公司撤离并返还案涉土地和厂房”为由，于 2018 年 12 月 29 日判决驳回上诉，维持原判。

#### 【法律评析】

该案看似只涉及租赁合同纠纷直接相关的合同法，实则还涉及公司法、物权法等相关规定，生效判决忽视相关法律制度，在认定事实和法律适用两方面均存在明显错误。

本文针对上述生效判决几点理由分别评析如下：

（一）公司对其名下财产拥有独立财产权，股东的出资行为转化成股权，不再享有物权。

上述两级法院均认定，案涉土地及房产的登记权利人为 Y 公司，换言之，案涉土地和房产属于该公司财产。这一事实，有相关国有土地证和房屋所有权证为据无争。H 公司在本案

诉讼中，其提起的仅为合同“违约责任”之诉，并非基于不动产权利人提起的物权保护之诉，没有主张其对上述土地享有实际使用权或者厂房享有实际所有权，也没有提供证据证明其为案涉土地和厂房的物权人，那么，生效判决认可一审判决认定H公司是案涉土地和厂房的“实际权利人”，隐含的唯一的理由，无疑是该公司系Y公司的大股东，Y公司取得案涉土地使用权和厂房所有权，是H公司主要出资行为所致，所以，名义上是该公司的不动产，实际上却是大股东H公司的不动产，因而是“实际权利人”，但是，这一事实推断，严重违背了公司法和物权法关于公司财产权和股东财产权关系的基本规定，进而助长了大股东对公司控制权的滥用。

首先，《中华人民共和国公司法》（下称《公司法》）第三条规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任”，《中华人民共和国物权法》（下称《物权法》）第六十八条第一款规定：“企业法人对其不动产和动产依照法律、行政法规以及章程享有占有、使用、收益和处分的权利”，公司据此规定拥有独立的财产权，这是公司具有独立法人地位的重要特征。

公司的财产，主要由股东出资构成，股东出资的目的就是要设立公司，出资的财产和出资形成的财产就是公司的财产，不动产登记簿记载的登记权利人为其设立的公司，那么，其意思表示与法律效果是一致的，并不是反而继续占为己有，而一旦出资给公司，财产所有权即归公司享有。股东因为出资行为换回的只是享有股权，不再对这些出资的财产或出资形成的财产享有任何直接的支配权，即不再享有物权，其对出资的财产和出资形成的财产进行占有、使用、收益和处分的行为，构成了对公司独立财产权的侵犯，这一点，在《公司法》第二十条，以及最高人民法院2019年11月8日印发的第九次《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）第10、11条中，对于禁止股东滥用行为都作了规定。

其次，《物权法》第十六条明确不动产登记簿是判断物权归属和内容的依据，第十七条规定不动产权属证书是权利人享有该不动产的证明，第三十三条规定物权归属争议，利害关系人可以提起确认权利之诉；最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第二条规定，对于有证据证明不动产登记簿与真实权利状态不符的，支持真实权利人提起确认物权之诉。本案中，案涉土地和厂房登记权利人至今均为Y公司，是包括H公司在内的股东设立该公司的真实意思表示，也是公司法对于公司独立财产权的必然要求，不动产登记簿没有错误，真实权利人与登记权利人是吻合的；对于不动产主张真实权利或者实际权利，需要启动独立的确认之诉来解决，而H公司在诉讼中既没有主张，也没有证据证明另有生效判决确认其为案涉土地和厂房的真实权利人。生效判决认定H公司是涉案不

动产的“实际权利人”，违反了《民事诉讼法》第十三条第二款规定的“当事人处分原则”，属于审判权的僭越与擅断。

再次，《公司法》第三十五条规定：“公司成立后，股东不得抽逃出资”，若依生效判决认定，Y公司的企业法人财产不经合法处分，即依法转让、清算后分配等，径行认定为其股东享有实际权利，无异于变相鼓励股东抽逃出资，如此将导致公司财产流失，在公司存在其他债务的情形下，也侵害了相关债权人的合法权益，甚至是为公司躲避债务提供了途径。

(二)清算组是代表清算中公司行使权利的唯一合法组织，股东无权直接处分公司名下财产。

生效判决支持H公司返还不动产诉求的理由之一，为其“是Y公司的大股东”，但是，该判决没有进一步说理讲明大股东为何可以基于其出租公司财产的合同得以自己名义收回财产，其法律依据何在，按常理，可以将该判决理由理解为：大股东有权处分公司财产。

首先，H公司不是案涉土地、厂房的合法产权人，也未经授权，其对外出租行为构成无权处分。

《物权法》第三十九条的规定：“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利”，《中华人民共和国城市房地产管理法》第五十三条对于房屋租赁的定义“是指房屋所有权人作为出租人将其房屋出租给承租人使用，由承租人向出租人支付租金的行为”，其中，出租属于行使收益权的物权处分行为，除了所有权人本人行使以外，依民法相关规定，其也可以授权他人代为行使，如经营管理等。

本案中，案涉土地、厂房属于Y公司财产，H公司不是合法产权人，也未经授权与追认，其对外出租盈利行为构成无权处分。

其次，Y公司解散后至今未清算完毕，H公司以股东名义处分公司财产，构成无权处分。

公司一旦依法登记，即取得法人资格，能够以自己的意志和名义从事民事活动，其权利能力通过其机关实现，而其机关最终由自然人担任。在公司正常经营期间，依照《公司法》第十三条的规定，公司法定代表人是公司实现权利能力的机关，而在公司被解散之后，依照《公司法》第一百八十三条的规定，清算组是代表公司行使权的唯一合法组织，有限责任公司股东组成的清算组中，企业法人股东必须派自然人代表其行使清算人职权和履行清算义务。

公司清算，是指公司解散后，处分公司财产以及了结各种法律关系并最终消灭公司人格的行为和程序。依照公司法关于公司清算程序的基本规则，清算组成立后的事务主要有：清理公司财产、通知或者公告债权人、处理与清算有关的公司未了结业务、清缴所欠税款和清

算过程中产生的税款、清理债权债务、制定清算方案、处理公司清偿债务后的剩余财产、代表公司参加民事诉讼等。依照《公司法》第一百八十八条的规定，申请注销公司登记并公告公司终止，才是清算终止的标志。

本案中，Y公司被行政强制解散后，股东H公司没有成立清算组，也没有完全履行清算义务人的职责、完整开展清算活动，在明知清算尚未终止的情况下，以股东的身份和名义，对外出租属于公司财产的案涉土地、厂房，构成无权处分。

基于上述两个理由，H公司以Y公司大股东身份和名义，对外出租属于公司不动产的行为，构成无权处分，依照《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”，以及最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条第一款将“无权处分中的负担行为与处分行为区别对待”的精神，H公司的出租行为不产生物权处分的法律效果，其也不能因此获得出租租金的收益或者赔偿，也不能享有主张标的物返还的请求权。生效判决以H公司是Y公司的大股东为由，判令T公司向其返还不动产，属于适用法律错误。

（三）出租清算中公司不动产，属于超越清算行为范畴的经营活动，导致租赁合同无效。

合同纠纷案件，人民法院应当依职权审查合同效力作为案件处理的前提条件，这是对民商事审判的基本要求与常识。纵观两审判决书，均未提及对案涉租赁合同效力审查的内容，而从其支持原告依据租赁合同提起违约责任诉求看，生效判决默认了案涉租赁合同为有效合同。

生效判决认定，Y公司于2003年9月24日被工商行政管理机关吊销营业执照，那么，依照《公司法》第一百八十条规定：“公司因下列原因解散：……（四）依法被吊销营业执照……”，第一百八十三条规定：“公司因本法第一百八十条第……（四）项……规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算”，第一百八十四条规定：“清算组在清算期间行使下列职权……”，第一百八十六条第三款规定：“清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动”，该公司被吊销营业执照，属于不可逆转的被行政强制解散的处罚措施，公司虽然存续，但是只能成立清算组且不能开展与清算无关的经营活动，属于“清算中的法人”，公司除了只能开展公司法第一百八十四条规定的清算活动之外，即处理旧存和现有的，不能产生新的债权债务关系。公司法第一百八十六条规定“不得开展与清算无关的经营活动”，意在保护公司债权人，因为新的经营活动或者以合同约定债权债务方式设立新的商事行为，有一定风险，可能导致公司财产贬损，从而不能偿还公司旧有债务而损害公司债权人合法权益，该法条因而属于保护他人合法权益、维护正常社会经济

秩序的效力性强制性规定。

本案中，H公司作为Y公司的控股股东，在公司的财产权上设定新的土地房屋租赁合同债权债务关系，属于利用不动产收益的经营活动，显然不属于清算行为范畴，违反了上述《公司法》第一百八十六条第三款的涉及合同效力的强制性规定，属于《合同法》第五十二条第五项“违反法律、行政法规的强制性规定”的无效情形，因此，本案双方签订的《土地房屋租赁合同》是没有法律效力的，生效判决默认其为有效，并以H公司是“租赁合同的一方当事人”为由，判令T公司撤离和返还土地厂房，属于适用法律错误。

最后，因为H公司不是租赁合同标的物的所有权人或者授权经营管理人，不得领取合同相对方退还的不动产，也不得因此受有不当得利（如租金等），所以，不应当只适用无效合同的相互返还原则处理，还要兼顾出租人的无权处分行为侵犯合法权利人的情况综合处理。

## 公司破产情况下认定股东连带责任的限制

国信信扬律师事务所 毋继光

**【摘要】** 公司的法人财产、责任独立，是公司法的基本原则，但实践中出现了股东滥用公司的法人独立地位逃避债务的情形。公司法司法解释二第 18 条等的出台，对强化股东法律义务、追究股东连带责任、惩治股东利用公司独立责任逃避债务起到了重要作用，但在适用该规定的过程中，出现了债权人滥用权利、法院未严格把握适用条件的情况，造成利益明显失衡。

本案在九民纪要印发之前产生，代理律师代理的案件申请再审及再审阶段，调整了突破公司独立责任的价值取向，对股东连带责任的认定进行了实质审查，而不能机械适用公司法司法解释二第 18 条第 2 款。

另外，就破产案件程序终结后股东责任如何处理，新的证据出现后破产程序能否重启等重大问题，本案亦提出了研究课题，有待大家做进一步的研究。

**【关键词】** 公司 股东 法人独立地位 破产 连带责任

### 一、案件概况

因债务人泽盛达公司不能清偿到期债务且明显缺乏清偿能力，法院受理了债权人东方公司对其提出的破产清算申请。破产清算程序进行期间，管理人未能联系到泽盛达公司的工作人员、股东，未能接管公司的印章、账册等资料，法院最终以债务人泽盛达公司下落不明、无法进行全面清算为由，终结了泽盛达公司的破产程序。

随后，债权人东方公司依据公司法司法解释二第 18 条第 2 款的规定，提起诉讼、要求泽盛达公司的各股东对债务人的债务承担连带清偿责任，一二审均支持了东方公司的诉讼请求。

之后本人作为案件被告的代理人，代理债务人泽盛达公司的各股东申请再审，案件成功进入再审，省高院再审后，以原审判决认定泽盛达公司各股东承担连带责任的事实不清为由，撤销原一二审判决发回重审。

## 二、主要争议

（一）在法院以债务人泽盛达公司下落不明、无法进行全面清算为由，终结了泽盛达公司的破产程序的情况下，能否直接适用公司法司法解释二第 18 条第 2 款要求股东对公司债务承担连带责任？

（二）在债务人的人员或主要财产、帐册、重要文件等出现时，已经终结的破产程序如何处理？

（三）《九民纪要》规定的“关于有限责任公司清算义务人的责任”以及“无法清算案件的审理与责任承担”的内容，对审理此类案件的影响？

## 三、律师代理意见

（一）法院以债务人下落不明、无法全面清算为由终结债务人破产程序，是对债务人状态的一种推定性的认定，类似于法律拟制，而非基于查明的客观事实的认定。

（二）公司法司法解释二第 18 条第 2 款属于侵权责任条款，依据该规定判定股东承担连带责任，应严格审查侵权责任的四个构成要件是否满足，结合本案，即：股东故意或者过失的怠于履行（清算）义务行为是否存在？公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算的后果是否存在？前述股东行为与后果之间是否存在因果关系？债权人合法权益是否受到损害？

（三）基于对法院裁定终结债务人泽盛达公司破产程序事项的分析，代理律师着重对上述因果关系进行了论述，并指出：法院终结破产程序的生效裁定已有明确记载，即“债务人泽盛达公司下落不明、无法进行全面清算”，不能将法院的生效裁定直接等同于“公司主要财产、帐册、重要文件等灭失，无法进行清算”，更不能将公司“无法进行全面清算”直接归责于是股东怠于履行义务进而导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失而无法进行清算。仅依据法院于破产程序中作出的关于债务人状态的推定性认定，就直接适用公司法司法解释二第 18 条第 2 款，判令公司股东对公司债务承担连带清偿责任，事实和法律依据均明显不足。

（四）本案中，作为案件被告的泽盛达公司各股东向法院提交了债务人泽盛达公司的主要文件、账册和部分财产，在此情形下，法院应查明债务人的客观情况，此后才可能准确适用法律、恰当分配各方当事人之间的责任。

## 四、法院判决

省高院在案件再审中，采纳了再审申请人代理律师的代理意见，认为原一二审法院不审查债务人的客观情况，仅以法院另案作出的终结破产程序的裁定仍然生效就判定债务人股东承担连带责任，存在事实不清，省高院再审裁定撤销了原一审二审判决将案件发回重审。

## 五、九民纪要的影响

（一）事实上，在本人作为代理律师介入案件、代理当事人申请再审时，已就类似案件的裁判规则、不同层级法院和相关法官的裁判思路进行了充分检索，而检索结果并不乐观，从基层法院到高级法院，甚至是省高院，均有诸多已生效的此类案例，而裁判结果无一例外都是依据公司法司法解释二第 18 条第 2 款判定公司股东承担连带清偿责任。省高院能够采纳我方的代理意见，使案件可以进入再审程序、当事人获得法院纠正错误裁判的机会，实属不易。

（二）在案件再审过程中，《九民纪要》出台，我们对《九民纪要》中“关于有限责任公司清算义务人的责任”“无法清算案件的审理与责任承担”两部分进行了多次研讨、分析，我们以及当事人均一致认为我们申请再审的意见与《九民纪要》的规定不谋而合，而《九民纪要》更加体系化的论述、统一裁判思路的出台目的，更加坚定了我们争取成功的再审结果的信心。《九民纪要》第 118 条所规定的“除非存在《公司法》第 20 条规定的股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益，应当对公司债务承担连带责任外，不能仅以违反配合破产清算义务为由，要求债务人相关主体对公司债务承担连带清偿责任”，也为审理股东连带责任案件应当强调侵权因果关系理论指明了方向。

（三）在《九民纪要》出台之前，最高法院 9 号指导性案例被广泛适用，在作为债务人的公司破产程序结束后，相关债权人多以 9 号指导性案例以及公司法司法解释二第 18 条第 2 款的规定起诉破产公司的原股东承担责任。如此前所述的类案检索情况，相关债权人的诉讼请求亦能获得法院支持。随着《九民纪要》的出台，最高法院 9 号指导性案例实际上被废止，而《九民纪要》第 118 条即“无法清算案件的审理与责任承担”中，更是明确指出“公司法司法解释二第 18 条第 2 款规定不适用于终结破产程序后的情形”。

（四）另外，《九民纪要》中指出了公司法和企业破产法的不同制度设计，破产企业无法清算案件中债务人有关人员存在未履行清算义务行为、导致债权人的债权遭受损害的，应由破产管理人向有关人员主张权利，《九民纪要》的该规定直接影响类似案件中公司债权人

作为原告其主体地位是否适格的问题。而根据我们进行的案例检索，《九民纪要》生效后，在广州中院、越秀区法院已有公司债权人作为原告起诉的案件被驳回起诉的案例。

（五）我们也关注到，在本案的原一审、二审过程中，法院已经关注到了在债务人下落不明、无法清算的情况下，债权人的合法权益如何保护的问题，而《九民纪要》亦花较大篇幅论述了公司法的清算义务、企业破产法的清算申请义务的不同制度设计，以期各级审判机关能够理清不同状况下债务人相关人员的责任承担形式和法律依据。但《九民纪要》对于企业无法清算情况下，如何准确适用公司法、企业破产法，如何区分不同的追责程序、追责主体以及责任承担方式，指引仍显不足。在加大僵尸企业出清力度、不断提升营商环境的大背景下，类似案件的法律适用争议必将会继续出现。期待立法机关、司法机关，以及各位法律职业共同体的同仁，能够多方合力、妥善解决法律适用争议，共同增强司法审判的可预期性，通过每一件个案的解决，提高司法公信力。

# 陆 XX 诉林 XX、广州 XX 物业管理有限公司、魏 XX、 第三人李 XX、广东 XX 房地产开发有限公司执行异议 之诉案

广东诺臣律师事务所 朱秋霞

【关键词】 抽逃出资 出资期限 验资 补充清偿责任

## 裁判要点

1. 公司注册资本的作用在于为企业经营提供资金，为债权人利益提供保障，承担着公司对外信用担保功能，资本维持是股东的法定义务。股东在向公司缴纳注册资本的次日未经法定程序即将注册资本转出，且不能作出合理解释，可认定为抽逃出资，应当在其未出资的范围内对公司不能清偿的部分承担补充赔偿责任。
2. 第三人向公司账户汇入款项，虽主张其受股东委托汇入出资款，但该款项无备注为出资款，结合第三人与公司存在多次款项往来的情形及证人的证词，存在诸多疑点，难以排除存在其他债务债权关系的可能性，且未按法定程序予以确认或验资，不能认定股东已补缴出资款。

## 相关法条

1. 《中华人民共和国公司法》第 3 条、第 28 条、第 35 条、第 178 条
2. 《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 12 条、第 13 条
3. 《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第 17 条、第 19 条

## 基本案情

原告陆 XX 要求追加被告林 XX（股权转让人）、被告广州 XX 物业管理有限公司（股权

受让人，以下简称 A 公司）、被告 XX（股权受让人）为某执行案件的被执行人，理由是上述被告是广东 XX 房地产开发有限公司(以下简称 B 公司)的股东，均未实缴注册资本，其中林 XX 和魏 XX 认缴 9 万元，A 公司认缴 291 万元。魏 XX 的股权受让于林 XX，A 公司的股权受让于广东 XX 贸易有限公司（已注销，以下简称 C 公司）。A 公司向法院提交了 C 公司及林 XX 缴纳注册资本的验资报告，但该验资报告未显示相关银行流水记录，被告称因该账户已被查封冻结，自身亦无法提供银行流水，也无法提供因股权受让而支付给 C 公司的股权对价记录。法院应原告申请依法调取了该验资账户的流水记录，发现林 XX 已缴纳 9 万元投入公司使用，但 C 公司在缴纳 291 万元注册资本的次日便将该 291 万元转回至自身账户，且无法做出合理解释。

A 公司声称 C 公司在后期已实际缴纳了远超过 291 万元的投资款，并提供相关银行转账记录、票据及证人证词予以证实。经审核，只有三笔款项共 26 万元是以 C 公司的名义转入 A 公司账户，其中两笔备注用途为“投资款”。除此三笔外，其他汇入款项均为多个自然人汇款，该自然人包括 C 公司的股东及其他第三人。该批自然人均声称受 C 公司的委托，将投资款汇入 B 公司账户，部分自然人并愿意出庭作证。经庭上调查询问，发现证人的证词和银行流水记录不符合，例如某证人称其和 B 公司不存在借贷关系，但银行流水记录显示其某日转入该公司账户的款项用途为借款；且证人和 B 公司存在多笔转入、转出双向款项记录。另外，该批自然人声称的投资款均未按照法定程序予以确认或验资。

## 裁判结果

广州市荔湾区人民法院于 2020 年 12 月 31 日做出（2020）粤 0103 民初 6772 号判决书，判决追加被告 A 公司为被执行人，由 A 公司在其尚未缴纳出资的 265 万元范围内对原告陆 XX 的债务承担补充清偿责任。

## 裁判理由

广州市荔湾区人民法院认为，根据各方当事人的诉辩及陈述，本案的争议焦点是粤华公司原股东林 XX、C 公司及现股东 XX、A 公司是否足额缴纳其出资额。根据《中华人民共和国公司法》第 3 条、第 28 条、第 35 条、第 178 条的规定，我国实行公司注册资本认缴制，认缴资本制下，股东对缴纳出资的时间具有更大的自由，但股东依照公司章程约定的出资义

务并不因此免除，仍须在认缴期限内足额缴纳其认缴的出资额，不得抽逃出资。

关于林 XX、魏 XX 的出资问题。根据案件查明的事实，林 XX 已向粤华公司账户转入投资款 9 万元，并有《验资报告》予以确认，无证据显示林 XX 将上述 9 万元转出，也无证据显示该款项为其他性质款项，故确认林 XX 已向 B 公司实缴注册资本，其将持有的全部股权转让给魏 XX，其有关权利义务由魏绍波继受，魏 XX 无需另行向粤华公司出资，故确认魏 XX 已履行出资义务。

关于 C 公司、A 公司的出资问题，争议点在于 C 公司是否将转入公司账户后又转出的增资款及时足额补缴。B 公司、A 公司提供 B 公司账户收款纪录等主张 C 公司已通过转账或委托他人转账的方式将出资款补足，法院经一一论述后认定，证人与 B 公司有多次款项往来关系，其中有部分款项明确备注为“借款给 B”，证人和证词中关于其与 B 公司不存在借款关系的陈述不符，证词难以采信，其转款中无备注为出资款，不排除双方存在其他债权债务关系，且未按法定程序予以确认或验资，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 12 条的规定“公司成立后，公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由，请求认定该股东抽逃出资的，人民法院应予支持：……（四）其他未经法定程序将出资抽回的行为”，应当认定为抽逃出资。结合 C 公司已补缴 26 万元的情况下，法院认定 C 公司尚有 265 万出资额未缴足。C 公司将其持有的 B 公司全部股权转让给柏琦公司，其权利义务由 A 公司继受，现无证据显示 A 公司在受让股权时已经支付相应对价，故法院确认 A 公司尚余 265 万元出资额未缴足。

## 《民法典》视角下的夫妻忠诚协议问题浅究

广东谨然律师事务所律师 谢志民、李广凤

**【摘要】** 社会的进步带来思想观念的变化，夫妻之间为维护婚姻的稳定，而签订忠诚协议的现象也越来越常见，相关的纠纷亦渐渐增多。关于夫妻忠诚协议的效力，在司法实践中也成为了一个重要的探讨话题。本文将从协议内容的不同约定，对协议效力的影响进行阐述。并结合司法实践，及《民法典》中的相关规定进行简单的探讨。

**【关键词】** 夫妻忠诚协议 效力 协议内容 民法典

### 一、概况

随着闪婚闪离等现象的增多、人们婚恋观念的变化，部分人对于婚姻信任度也在下降，使得越来越多的夫妻们，为保障自己在夫妻关系中的权益，选择签订“夫妻忠诚协议”。

“夫妻忠诚协议”并不是一个法律用语，我们一般是指夫妻双方为维护婚姻关系的稳定，而基于“夫妻应当互相忠实，互相尊重”而签订的将道德义务转化为法律义务的协议。“夫妻忠诚协议”主要约定夫妻双方在婚姻关系存续期间应承担忠诚义务，否则需按协议的约定承担诸如丧失子女探视权、监护权，放弃共同财产中的部分或全部归对方或子女等第三人所有等内容。而这种协议除了由双方共同签订，也有很多是以单方保证书、承诺书等形式呈现。从法律角度来看，“夫妻忠诚协议”更多的是将道德的义务以协议的方式固定。即夫妻双方通过书面形式约定双方的权利义务，其在形式上将《民法典》中第1043条第二款的规定，即“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱”等内容进行了具体化，以预防夫妻在婚姻存续期间出现不忠诚的行为，进而保护婚姻中的无过错方。

这就催发了相应的法律问题，即在司法实践中，法院是否认可夫妻忠诚协议的效力？如果法院认可此种协议的效力，那么此种协议应当如何约定才会得到法院的支持？

### 二、夫妻忠诚协议的效力辨析

《民法典》第1043条第二款规定“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”这一条款应该是夫

妻忠诚协议的法律依据。无可否认，夫妻忠诚协议的存在客观上有利于进一步巩固夫妻的关系，至于其效力如何，目前法律并没有明确的规定，如今主要存在两种观点。

一种观点认为夫妻忠诚协议有效。其理由是，忠诚协议是夫妻双方的真实意思表示，没有违反法律的强制性规定；另一种观点则认为夫妻忠诚协议无效。理由是忠诚义务属于道德范畴，不应该通过自由约定的形式来促使该义务的完成。那么哪种观点是可取的呢？

笔者看到如下一则案例：

案例 1：佛山市顺德区人民法院审理的何某与颜某离婚纠纷一案，案件中何某与颜某签订了《协议》，该协议中某一条款约定男方婚前所购房产为夫妻共同财产，如离婚，男方自愿放弃该房产所有权并将房屋产权转至女方名下；另一条款约定，若婚姻中出现外遇等，过错方自动放弃个人婚前财产及夫妻共有财产（包括遗产、房产、车辆、其他财物及给付子女抚养费）。

经审理，该法院认为何某与颜某均为具备完全民事行为能力的成年人，能够理解协议条款的内容和法律后果，亦无证据证明存在受胁迫、受欺诈、显示公平等情形，亦未在一年内请求撤销，故属于双方真实意思表示。法院对夫妻约定的财产条款予以认可，但对于涉及基本人身权益，比如继承权、给付子女抚养费的条款不予认可，因为这属于人身关系，不得通过协议的方式对他人的基本人身权益予以剥夺。

从上述案例的判决理由可见，法院并未简单的认定协议的内容是否有效或者无效。而是根据实际情况进行分析。

我国《民法典》合同编第 464 条第二款有规定“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份协议的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定”。上述案例虽然是在《民法典》生效之前所作出，但基本符合了现行《民法典》的相关规定。

故笔者认为，对于夫妻忠诚协议的效力，不应是直接认定其无效或有效，而是应当根据其性质参照适用《民法典》合同编的规定，即根据协议的具体内容来进行分析。公民有处分自己权利的自由，只要夫妻双方的签订协议时是自愿的，且协议内容没有违背公序良俗，那么双方可以通过书面协议自愿限制和约束自己的性自由及财产分配，这种约定是夫妻双方合意协商的结果，也符合《民法典》对于忠诚义务的规定，符合立法精神，这种协议应当得到法律的保护。

### 三、若夫妻忠诚协议有效，协议的内容能否得到支持

综上所述，涉及人身关系的协议因违反法律强制性规定而当然无效，而涉及承担财产责任的则视情况而定，而且协议效力得到认可并不代表着协议内容会得到法院的支持，具体参见以下案例：

### （一）案例 1：忠诚义务约定不明确

在河北省沧州市中级人民法院审理的高某与陈某离婚纠纷一案中，该法院认为虽然目前学界对夫妻忠诚协议的认定亦无统一标准，但忠诚协议是当事人的合意，法律应认可其效力。在该案中，高某与陈某签订《夫妻忠诚协议》，约定若“如一方对另一方有感情伤害和背叛，对方自愿放弃自己的财产所有权净身出户”，法院虽认可协议的效力，但因协议未对“忠诚义务”进行具体约定，法院最后以陈某无直接证据证明高某与第三人之间发生了婚外性行为，仅凭高某与第三人聊天、约见的行为并不属于违反《婚姻法》上的忠诚义务，高某的行为虽给陈某的感情造成一定伤害，但不符合《夫妻忠诚协议》中感情背叛的约定。故而法院最终未依据协议进行判决。可见在夫妻忠诚协议中应当要将双方忠诚义务具体化，否则即使法院认可了协议效力，也会因协议约定内容的不明确而不以该协议作判决依据。

### （二）案例 2：协议约定了过高的赔偿数额

上海市浦东新区人民法院审理的时某与聂某 1 离婚纠纷一案中，聂某在婚姻关系存续期间与时某签订了协议，后聂某出轨，按协议约定聂某需向时某支付婚姻过错赔偿金 20 万元。法院认为该内容属夫妻双方合意的结果，符合婚姻法的原则及公序良俗，应当受到法律保护。但最终判决并未按协议约定判决聂某支付 20 万元赔偿金，而是结合双方的经济、感情状况以及违约方的过错程度，酌情让聂某赔付 5 万元。可见在忠诚协议有效情况下，协议内容也不一定得到法院的全部支持。

综上所述，以及根据《民法典》第一千零八十七条第一款：“离婚时，夫妻共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。”以及第一千零九十一条“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚；（二）与他人同居；（三）实施家庭暴力；（四）虐待、遗弃家庭成员；（五）有其他重大过错”。夫妻忠诚协议可以看成是夫妻离婚时附条件的财产分割协议，所以只要夫妻忠诚协议所附条件符合法律规定，具有可实现性，应当予以认可，法院在离婚案件中可以将该协议作为一方存在过错时分割财产的依据之一。

## 四、夫妻忠诚协议应当如何约定

上文已经论述了法院对于此种协议的不同态度，涉及人身关系的协议因其违反法律的强制性规定而当然无效，涉及财产关系的则是据内容予以支持。故夫妻双方若要签订忠诚协议，应当尽量做到以下几点：

### （一）尊重签约人的意愿

合同讲究的是意思自治，应当充分尊重签约双方的真实意思表示，在签订协议时夫妻双方应当是自愿的。若在签订该协议时存在欺骗、胁迫等情形，则有可能导致被撤销。

### （二）“忠诚义务”的约定尽量明确

如前所述，法院在双方对于“违背忠诚义务”的具体行为约定不明确时，因不同法院对于“违背忠诚义务”认识的程度不同，有可能在判决中认为一方没有违反忠诚义务，所以双方应在协议中对于“违背忠诚义务”的行为进行一个具体的界定。比如精神出轨、肉体出轨的具体表现形式有哪些，尽量在协议中将这种行为的情形具体化，避免之后在对协议内容进行解释时产生认识上的分歧。

### （三）规避人身关系的条款

《民法典》已经规定有关人身关系的协议适用有关该身份协议的法律规定。这意味着在夫妻忠诚协议中不能够再通过自由约定的方式来设置限制他人的人身条款。即不应在协议中约定“子女的抚养权归属”、“无条件解除婚姻关系”、“离婚后另一方不得与第三人交往”等等内容。

### （四）约定的责任承担方式具有可操作性

夫妻忠诚协议中关于违约方承担赔付责任的，比如约定违约方需要承担赔偿金的，对于约定的赔付金额要充分结合实际情况，结合夫妻双方的经济条件，不能约定超出个人承受能力范围的数额，否则有不被法院支持的风险。

## 五、结论

结合各地法院相关案例，夫妻忠诚协议是否有效，主要还得看协议的内容。若协议的内容不属于合同无效的法定情形，协议的效力应当是有效的，被人民法院支持的可能性就会更高。总而言之，夫妻忠诚协议终究只是一纸文书，只能从表面上对夫妻双方进行约束，若要保持稳定的夫妻关系，维持良好的婚姻状态，最终靠的是夫妻双方发自内心的忠诚与爱。

## 《民法典》框架下夫妻侵权导致的债务探讨

北京市盈科（广州）律师事务所 李楚翔

早在 2018 年，《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（法释〔2018〕2 号）的出现令人耳目一新，该解释的优点是显而易见的——彻底平衡了债权人与夫妻中非举债方的利益、从源头上阻断了“被负债”的漏洞、防止了被恶意串通设置债务陷阱等，但是这一司法解释自出台是引起不少纷争的，起码质疑之声从未平息。夫妻债务条款进入《民法典》后，相关内容可探讨的空间进一步加大，比如说在体系上是否与其他关联条款相协调、内容上是否可以完善等。但无论如何，《民法典》已经颁布，我们应该关注如何在法律适用中，利用法律解释学等方法弥补这些不足。

### 一、夫妻若一方侵权，夫妻应共同承担。

#### （一）应当首要保护受害人

侵权责任法的首要功能是损害填补，而非赚取利益。而且，现代侵权责任法还有一个重要的发展趋势，即损害赔偿观念的社会化，“损害必须以此种或彼种方式转移出去”。从这个角度来说，侵权责任法越来越演化为受害人保护法。另外，一旦涉及人身意外损害赔偿，除侵权责任法之外，还有无过失补偿制度和社会安全保障制度，世上其他国家依其社会经济发展，将这 3 种救济方式予以不同的组合，则分别形成了“正、倒三角、长方形”这 3 种形态；社会物质文明程度越发达，侵权责任法担负的意外损害救济任务越轻，反之越重。就我国而言，由于无过失补偿制度和社会安全保障制度未臻完善，因而侵权责任法在提供损害救济方面扮演了至关重要的角色，甚至可以说承担了不该有的意外损害赔偿的重任，《中华人民共和国侵权责任法》第 85 条关于“高空不明抛掷物致人损害责任”的规定即为著例。

在侵权受害人与非侵权方配偶之间选择优待前者，保护受害人是首要理由。例如，我国某些法院在判定夫妻一方侵权之债是否为夫妻共同债务的过程中，对“夫妻共同利益要件”采取宽泛解释，其理由就在于，若严格解释此要件则受害人很可能难以就夫妻共同财产受偿从而无法获得充分救济。又如，法国法理论认为，令夫妻共同财产对夫妻一方的侵权行为之债负责，可由如下观念所解释：通过强化夫妻一方不当行为之受害人的索赔权，来确保其能获得金钱赔偿的支付，从而实现损害救济。绝大多数学者认为，在实行夫妻一般共同财产制的场合下，之所以规定夫妻一方个人债务应由共同财产和该方特有财产负责，是“为使夫或

妻之债权人得自由选择先就共同财产或为债务人夫或妻之特有财产请求清偿以保障其权益”。某些学者认为：“对于夫妻一方侵权所生债务，通常基于侵权行为所生赔偿之债是对加害人行为规制的理由，会否认其作为夫妻共同债务。但如此简单判断不利于保护受害人利益”；“如夫妻双方一起自驾出游发生交通事故致他人损害所产生的侵权之债，显然驾车只能是夫妻一方控制交通工具，没理由两个人同时抓住方向盘去“侵权”，此时如果将该夫妻一方因个人过错而引发的债务一概认定为个人债务，那么受害方不能完全获得赔偿的风险增加，如此一来对受害人非常不公平”；“基于弱者保护立法原则……在侵权之债场合，将之归为其他应该认定为夫妻共同债务的情形，维护被侵权人的利益”。

## （二）需要平衡债权人的权益。

“内外合一”模式存在的最大问题是可能伤害债权人，原因在于：第一，在举债时举债的目的与用途并非债权人与债务人签订借款合同的主要内容。虽然按照《民法典》668条的规定，借款种类、数额、利率、用途、期限和还款方式等为借款合同的一般内容，但是这一条款仅属于建设性示范条款，而非法定条款。按合同成立的基本要求，除货币种类、数量条款之外，其他条款欠缺不影响合同成立，在司法实务中，举债的目的与用途的事实不属于借贷纠纷应当审查的内容。在民间借贷中，即使合同中写明借款用途为共同生活，法官也不可能仅依此而认定该债务为共同债务。第二，债权人不可能管控债务的去向。婚姻生活非常私密性，债权人作为局外人很难详细了解他人婚姻生活的具体状况，要求债权人来举证证明债务确实用于夫妻共同生活，实属不易。即使债权人了解一二，实际上债务人将所借款项最终用于何处，是否用于夫妻共同生活，在债权人出借款项之后，其没有办法也没有义务监督和控制。第三，可能会使债权人遭遇不测风险。债权人欲认定夫妻共同债务，就需要举证证明债务用于夫妻共同生活、生产经营，但是，如果夫妻一方或双方通过证据证明并非如此，那么就可以推翻夫妻共同债务的认定，这样会置债权人于不利地位。例如，夫妻借购买房产之机向多位债权人借债，其中只有一笔可以认定为夫妻共同债务，其他债务事实上均未用于该次购房，都无法认定为夫妻共同债务。这样规避共同债务，债权人是难以保全自身合法权利的。

## 二、明确责任主体有利于厘清债权债务关系。

据此，“人际负责关系”成为为他人行为责任的关键原因。为他人行为责任在各国侵权法中均存在，不过具体形态差异较大，这取决于特定社会的经济、政治和文化因素。“在个人主义、自由主义盛行的制度或一个明显存在或多或少集体主义的制度中，为他人行为责任

的法律地位是不可能相同的。”尽管如此，各国法制中为他人行为责任的主要类型大体相同，无非是监护人责任、辅助人责任、合伙人连带责任、社团（机关）责任、组织过错责任等。

### （一）担责主体划分

1. 监护人责任。监护人责任的法理基础在于：（1）监护人对于被监护人负有监督、管控义务但未恪守；（2）富人责任、法律道德化。

2. 辅助人责任。辅助人责任可分为债之履行辅助人与事务辅助人的责任。前者是指债务人须对履行辅助人（法定代理人或使用人）的行为负责。其法理基础在于：债务人因利用辅助人而受益，故应负相应风险。事务辅助人责任（即雇主责任、替代责任、用人者责任），指用人单位或用人者就被使用人执行事务过程中对第三人的致害行为负责。其法理基础在于报偿理论（即受益理论）、控制力理论和深口袋理论。

3. 组织过错责任。组织过错责任理论对企业组织提出了更高的要求，其要求企业组织负有保证企业能够安全、有序运行的组织义务，企业在人员的督导和监督方面犯下的过错将被定位在机关责任的层面，从而排除雇主责任情形下雇主免责抗辩的可能。组织过错责任理论的作用在于达到责任转移的效果，即将责任由具体的行为人转向其所属的组织来承担，其法理基础在于风险控制理论、报偿理论、损害分散理论以及信赖保护理论。

另，2003年最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第10规定，存在定作、指示或选任过失的定作人应就承揽人对第三人的致害行为负责。该规定也属于为他人行为负责的用人者责任，因为“此时承揽人有似定作人之使用人”。其法理基础还是基于监督管控的控制力理论和风险收益相一致的报偿理论。

### （二）侵权解决方案

根据《民事诉讼法》64条第1款“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”的规定，主张共同债务的债权人和夫妻中的举债一方负有举证责任是不言自明的，明确写出“债权人”或“举债方配偶”承担举证责任是画蛇添足，仅仅写“债权人”承担则是以偏概全。

《2018年夫妻债务司法解释》强调债权人举证是有特定背景的，在此之前，举证责任交给夫妻中非举债一方。2014年7月12日《最高人民法院民一庭关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务性质如何认定的答复》指出：在债权人以夫妻一方为被告起诉的债务纠纷中，对于案涉债务是否属于夫妻共同债务，应当按照《婚姻法司法解释二》第24条规定认定。如果举债人的配偶举证证明所借债务并非用于夫妻共同生活，则其不承担偿还责任。最高人民法院对这一态度的解释是：关于举证责任分配，对于夫妻来说，如果一方在

外举债不告知其配偶，而所借款项又未用于家庭共同生活，此种情况下要求债务人的配偶举证证明其不知道该债务的存在是不合理的，因为这等于是要求其证明一种主观状态。如果将债务人向其配偶告知举债情况视为一种行为，则没有告知就是没有行为，要求对于不存在的行为证“无”，在逻辑上是讲不通的。因此，债务人的配偶只能证明债务人举债款项没有用于共同生活。提供这种证据对于债务人的配偶来说也不容易，但并非不可能，实践中不乏成功的例子。比较债务人的配偶，如果将举证责任分配给债权人则更不合理。

在现阶段，对于本条款中缺少夫妻举证方举证责任的规定，可以采用当然解释的方法予以解决。通过前述阐释，本条款适用于夫妻关系内部。那么在“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务”的前提下，主张共同债务的一方（举债方）根据前面提及的《民事诉讼法》64条第1款“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”的规定，当然应当承担举证责任。在这一问题上我国司法实践的做法是一贯的，根据《2014年最高人民法院关于夫妻债务的答复》，在离婚案件中，就夫妻一方以个人名义举债，由该方负责举证证明所借债务用于夫妻共同生活，如果证据不足，则另一方不承担偿还责任。

在实行夫妻共同财产制的婚姻中，夫妻一方若因侵权而负债，则就外部关系而言，该债务原则上应认定为夫妻共同债务，此项规则也算是比较法上的共识。

# 茂名市茂南区区直债权债务清偿中心诉陈成国、罗春莲合同纠纷案

## ——关于夫妻共同债务确认规则

广东合邦律师事务所 方雄文

【关键词】 夫妻共同债务 举证责任

裁判要点：由原告举证案涉借款用于夫妻共同生活或共同生产经营。

相关法条：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条

《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第三条

### 基本案情

原告茂南清偿中心诉称：彭荣、第三人陈成国以经商资金紧张为由，向原告茂南清偿中心借款 1200000 元，借款到期后，原告茂南清偿中心的债权经(2000)茂南法经初字第 0610 号民事判决书确认。0610 号判决书生效后，法院按执行程序扣划第三人陈成国、被告罗春莲夫妻银行存款偿还了本金 67800 元，利息 15239.6 元。请求法院判令确认被告罗春莲对第三人陈成国欠原告茂南清偿中心的借款为夫妻共同债务，并被判令被告罗春莲承担共同偿还责任。

被告罗春莲辩称：一、彭荣、第三人陈成国与原告南清偿中心之间形成的借款与被告罗春莲无关，被告罗莲不知情且无借款合意。案涉借款全部交付给了彭荣，第三人陈成国未取得借款，第三人陈成国所借债务并非用于夫妻共同生活，被告罗春莲不应承担偿还责任。二、案涉借款于 1993 年 8 月 25 日到期，至今已经超过最长诉讼时效 20 年，现原告茂南清偿中心向被告罗春莲主张债权超过诉讼时效，应驳回原告茂南清偿中心的起诉。

第三人陈成国述称：一、案涉借款是彭荣、第三人陈成国向原告茂南清偿中心借贷产生，与被告罗春莲无关。二、在实际执行借款合同的过程中，原告茂南清偿中心未向第三人陈成国提供借贷款项，而是直接放款给彭荣。三、该案审理过程存在程序错误，原告茂南清偿中心在提起诉讼时超过法定的诉讼时效。法院一审时没有依法通知第三人陈成国到庭参加庭审，也剥夺了其申请再审的权利。

## 婚姻家庭

法院经审理查明：被告罗春莲、第三人陈成国自 1978 年 1 月 1 日登记结婚，婚姻关系存续至今。1993 年 7 月 8 日，第三人陈成国、彭荣向原告茂南清偿中心借款 1200000 万元。案涉借款经已生效的 0160 号判决书确认，不存在争议。

### 裁判结果

广东省茂名市茂南区人民法院于 2017 年 9 月 7 日作出（2017）粤 0902 民初 275 号民事判决：驳回原告茂名市茂南区区直债权债务清偿中心的诉讼请求。宣判后，茂南清偿中心提出上诉。广东省茂名市中级人民法院于 2018 年 4 月 28 日作出（2018）粤 09 民终 323 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

### 裁判理由

法院生效裁判认为：本案焦点为 0610 号判决书确认的第三人陈成国的债务是否属夫妻共同债务。

夫妻共同债务是指在婚姻关系存续期间，夫妻双方或一方为维持共同生活的需要，或出于为共同生活的目的从事经营活动引起的债务。案涉债务虽发生在第三人陈成国、被告罗春莲婚姻关系存续期间，但经 0610 号判决书确定，案涉债务借款用途为彭荣、第三人陈成国因资金周转，没有证据证实案涉借款是被告罗春莲、第三人陈成国婚姻关系存续期间为夫妻双方的共同利益所借，且借款金额达 1200000 元，也不能合理解释借款是用于夫妻共同生活的开支。原告茂南清偿中心主张 0610 号判决书确认的彭荣与第三人陈成国二人的债务，为被告罗春莲、第三人陈成国的夫妻共同债务，被告罗春莲应承担共同偿还责任的诉讼请求，证据不足，法院不予支持，由其承担举证不能责任。

### 律师点评

本案中在事实认定上，没有证据证明案涉借款用于了被告罗春莲与第三人陈成国夫妻共同生活或共同生产经营。但按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条的举证规则，首先婚姻关系存续期间的债务被推定为夫妻共同债务，并由未参与实施借款的罗春莲对该案涉债务证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形。这一举证责任的分配，对于罗春莲是无法完成的。即便事实上案涉借款未被用于夫妻共同生活或共同生产经营，但在司法解释的规制逻辑里，仍推定为夫妻共同债务，并在配偶方因无法举证证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形时，而认定为夫妻共同债务。这导致法律的拟制推定与客观事实上存在冲突。这是不公平的。

## 婚姻家庭

---

二审审理中，恰逢最高人民法院出台司法解释对夫妻共同债务的举证责任分配规则进行了更改，其更为公平合理。2018年1月8日出台的《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》，该解释对司法实践中夫妻共同债务认定问题和举证责任重新予以界定，平衡了债权人、举债人及其配偶的合法权益。

## 余秋生与张菁离婚纠纷案

### ——离婚案件的公司股权分割

广州金鹏律师事务所 张雄敬

【关键词】 民事 离婚 有限责任公司 股份分割

#### 裁判要点

夫妻一方在婚姻关系存续期间持有有限责任公司股权并经工商登记，该股权应认定为夫妻共同财产。双方经协议一致同意分割该股权，且有限责任公司其他股东自愿放弃优先购买权，或不同意转让也不愿意购买该股权、视为同意转让的，另一方可以取得夫妻一方在有限责任公司相应份额的股权。

夫妻一方在离婚诉讼前无偿转出，后又无偿转回的财产，仍应当作为夫妻共同财产进行分割，而非此前的转让款。

#### 相关法条

《中华人民共和国婚姻法》第 17、39 条，《中华人民共和国民法典》第 1062、1087 条；

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2003〕19 号，2003 年 12 月 4 日最高人民法院审判委员会第 1299 次会议通过）第 11、16 条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（法释〔2020〕22 号，2020 年 12 月 25 日最高人民法院审判委员会第 1825 次会议通过）第 25、73 条；

《中华人民共和国公司法》第 71 条；

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》（法释〔2020〕18 号，2020 年 12 月 23 日最高人民法院审判委员会第 1823 次会议通过）第 18 条。

#### 基本案情

2008年2月2日，一审原告张菁起诉至广州市越秀区人民法院。

原告张菁和被告余秋生于1996年2月26日登记结婚，1996年10月22日生育儿子余某某2。婚后初期原、被告夫妻感情尚可，后因他人介入夫妻关系导致双方产生矛盾乃至感情生变。

关于水井坊酒业股权的情况：

余秋生为广东水井坊酒业有限公司的股东，以其名义在该公司的出资额占该公司出资比例的60%。一审庭审中，原、被告协商一致，将余秋生持有该公司出资额的二分之一转让给张菁。2008年5月7日，水井坊酒业股东会通过《广东水井坊酒业有限公司股东会决议》，内容如下：“出席会议股东：余秋生、张松林 根据《公司法》及公司章程，广东水井坊酒业有限公司于2008年5月7日在公司会议室召开临时股东会，出席本次会议的股东2人，代表公司股东100%的表决权，所作出决议经公司股东表决权100%通过。决议事项如下：“一、同意余秋生将其占公司60%的股权的一半转让给张菁，即转让股份占公司股份的30%；二、其余股东放弃对转让股份所享有的优先购买权。全体股东签名或盖章：余秋生 张松林。”该《股东会决议》上盖有水井坊酒业的公章。

关于葵通实业股权的情况：

余秋生为汕尾市葵通实业有限公司的股东，以其名义在该公司的出资额占该公司出资比例的50%。一审庭审中，原、被告协商一致，将余秋生持有该公司出资额的二分之一转让给张菁。2008年6月17日，一审法院向葵通实业的股东余国治（法定代表人）发出函件，告知余秋生与张菁已就出资额转让份额协商一致，作为持有汕尾市葵通实业有限公司股份50%的另一股东余国治，存在如下三种处理方式：一、同意该出资额转让并放弃优先购买权的，张菁可以成为该公司的股东；二、不同意该出资额转让的，可以同等价格购买该出资额；三、不同意该出资额转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，则视为同意转让，张菁可成为该公司的股东。该函件要求余国治于本函签收之日起五日内就上述问题作出书面回复；逾期不予书面回复的，法院将视为同意按“不同意该出资额转让，也不愿意以同等价格购买该出资额”的情形处理。余国治于指定期间未就出资额转让问题作书面回复。

关于创标酒业股权的情况：

余秋生曾为广东创标酒业有限公司的股东之一，2006年11月8日，余秋生与许淑迎签订《创标酒业股权转让合同》（工商局备案版），创标酒业召开股东会并通过《股东会决议》，同意余秋生将所持占公司原注册资本的70%的股份共700万元全部转让给许淑迎，转让金额

700 万元。2007 年 9 月 29 日，广东省工商行政管理局做出《核准变更登记通知书》，核准上述股权变更。余秋生与许淑迎另私下签订《股东转让出资合同书》，约定上述股权转让为无偿转让。许淑迎亦声明上述股权转让为无偿转让。

本案一审判决后，余秋生将原转让的公司股份又回转至其名下。许淑迎与余秋生于 2008 年 7 月 22 日签订《广东创标酒业有限公司股权转让合同》（工商局备案版），创标酒业召开股东会并通过《股东会决议》，同意许淑迎将持有创标酒业 70% 股权共人民币 700 万元出资额，以人民币 700 万元转让给余秋生。广东省工商行政管理局做出《核准变更登记通知书》，核准上述股权变更。余秋生与许淑迎另于 2008 年 7 月 25 日私下签订《股东转让出资合同书》，约定上述股权全部零对价返还给余秋生。

原告张菁认为，本案起诉时余秋生已将创标酒业的股权全部转出，应当认定为余秋生已处置掉该项夫妻共同财产，因此无从对该公司股权作为夫妻共同财产进行分割，而应当分割的是股权转让款。余秋生在诉讼期间再次取回的创标酒业股权，已非夫妻共同财产的性质，因此不能进行分割。现有证据无法证明两次股权转让都是无偿的，余秋生在夫妻关系存续期间转让所得的创标酒业的股权转让款 700 万元为夫妻共同财产，应由原、被告各占二分之一份额。

被告余秋生表示为解决创标酒业对外负债问题，将其持有的创标酒业 70% 的股权无偿转让给许淑迎，作为对价由许淑迎帮助余秋生解决公司债务问题，因此，余秋生实际上并无获得创标酒业的股权转让款，原告要求分割股权转让款无事实依据。一审判决后，许淑迎返回创标酒业给其实际上也是零转让。工商登记资料与实际交易情况不一致，是因为零转让或受让公司股权的法律程序非常复杂，涉及公司的减资，难以操作，所以，为了方便办理工商变更手续才在工商部门办理了有偿转让或受让的手续。

## 裁判结果

广州市越秀区人民法院于 2008 年 7 月 15 日作出（2008）越法民一初字第 674 号民事判决：一、准予原告张菁与被告余秋生离婚。五、被告余秋生所得的广东创标酒业有限公司的股份转让款 7000000 元应为原告张菁与被告余秋生夫妻共有，被告余秋生应于本判决发生法律效力之日起三十日内将股权转让款的二分之一，即 3500000 元支付给原告张菁。七、被告余秋生应于本判决发生法律效力之日起三十日内将其持有的广东水井坊酒业有限公司 60% 的股份的二分之一，即该公司 30% 的股份转让给原告张菁。八、被告余秋生应于本判

决发生法律效力之日起三十日内将其持有的汕尾市葵通实业有限公司 50% 的股份的二分之一，即该公司 25% 的股份转让给原告张菁。

广州市中级人民法院于 2009 年 9 月 23 日作出(2008)穗中法民一终字第 3517 号民事判决：维持上述一审判决第一、二、七、八、十、十一项及案件诉讼费负担的决定。变更一审判决第五项为：上诉人余秋生应于本判决送达之日起三十日内将其持有的广东创标酒业有限公司 70% 的股份的二分之一即该公司 35% 的股份转让给被上诉人张菁。

广东省高级人民法院于 2011 年 7 月 26 日作出(2011)粤高法审监民提字第 36 号民事判决：维持广州市中级人民法院（2008）穗中法民一终字第 3517 号民事判决。

### 裁判理由

法院生效裁判认为：原、被告均承认夫妻感情已经破裂，一致同意离婚，法院依法照准。

关于水井坊酒业出资额的分割问题，鉴于原、被告在庭审中协商一致将余秋生持有的该公司 60% 的股权的二分之一即该公司 30% 的股权转让给张菁，且水井坊酒业股东会全体股东亦于 2008 年 5 月 7 日通过《股东会决议》，同意该股权转让并放弃优先购买权，法院依法照准。

关于葵通实业出资额的分割问题，一方面，因原、被告在庭审中协商一致将余秋生持有的该公司 50% 的股权的二分之一即该公司 25% 的股权转让给张菁，另一方面，葵通实业另一持有 50% 股权的股东余国治既不同意转让，亦不愿意以同等价格购买该出资额，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十六条的规定，应视为余国治同意转让，为此，法院依法确认余秋生持有的葵通实业 50% 的股权的二分之一即该公司 25% 的股权转让给张菁。

本案二审期间的争议焦点，是将余秋生转让创标酒业的股份转让款作为夫妻共同财产处理，还是将余秋生持有创标酒业的股份作为夫妻共同财产处理。法院认为，虽然工商登记资料显示余秋生将其持有创标酒业的股份有偿转让给案外人许淑迎，但事后受让人许淑迎声明未实际支付该股份转让款给余秋生，余秋生也称未收取受让人的款项。在此情况下，因未有证据证明余秋生已实际收取了股份转让款，而张菁提供的《股东会决议》、《股权转让合同》只能证明余秋生与受让许淑迎存在转让股份的债权债务关系，但不足以证明余秋生已实际取得股份转让款即上述债权已实现，故张菁要求将余秋生转让创标酒业的股份转让款作为夫妻共同财产处理，依据不足，法院不予采纳。鉴于受让人许淑迎已将受让股份转让回余秋生，

## 婚姻家庭

即余秋生现再持有创标酒业 70% 的股份，余秋生要求将其持有的股份作为夫妻财产进行处理可行，应予准许。由于上述公司的股东已通过《股东会决议》，同意余秋生将其占有公司股份的一半转让给张菁并放弃优先购买权，因此，余秋生应将其持有创标酒业 70% 的股份的 1/2 即 35% 转让给张菁。

（生效裁判审判人员：何慧斯、徐琳、刘小鹏）

## 试论孤儿的监护困境及权益保障

广东法制盛邦律师事务所 邓雪萍

**【摘要】** 孤儿作为一特殊群体，其监护及权益保障值得我们深思。本文以未成年人孤儿为视角，根据当前孤儿的监护情况、孤儿监护法律规定、分析当前孤儿监护存在的困境、最后从切实保障孤儿权益提出有针对性的对策。

**【关键词】** 孤儿 监护困境 权利保障

孤儿作为特殊群体，其监护及权益保障关系到社会的和谐稳定。我国目前监护缺失儿童救助保护还有一些困境，对孤独监护及权益保障的工作需要更加完善，需加大政府购买服务力度，切实加强监护缺失儿童救助保护工作。

本文以笔者亲身经办的一孤儿监护案例为视角展开研究。

基本案情：2011年5月出生的王某，在2013年6月母亲因病去世，2013年11月父亲因工死亡，父母去世前王某生活在西北一个农村，2岁的王某没有爷爷，没有外公，只有奶奶与外婆。此时，2岁王某的监护及权益保障实践中带来了一系列的困境。不幸的是6年后，2019年王某的奶奶与外婆均发生意外去世了。王某有个叔叔在广州定居生活，此时8岁王某的监护及权益保障又出现一系列的困境。

### 一、孤儿监护的情况

#### （一）孤儿的概述

孤儿一般指失去父母的未满十四周岁的未成年人，有时会作扩大解释，对于超过十四周岁的未成年人在失去父母后，也在其范围。近年来，部分学者认为孤儿分为事实孤儿与法律孤儿。事实孤儿是一群有父母或仅有父或仅有母，但父母失职未能提供监护庇佑的。这个群体在我国农村居多，尤其农村留守儿童中普遍存在。法律孤儿是对服刑人员未成年子女的称谓，是指父母双方或父母一方在监狱等场所服刑、另一方已死亡或无法履行监护职责的未成年人。根据《2020民政事业发展统计提要》，2019年上半年数据：“全国共有孤儿34.3万人，其中社会散居孤儿27.5万人，占总数的80.2%，儿童福利机构内集中养育孤儿6.8万人，占总数的19.8%。”2020年爆发新冠肺炎疫情后，孤儿将进一步增多。本文仅针对父母已死亡的孤儿，以真实案例展开研究，事实孤儿与法律孤儿不在此文研究。

## （二）孤儿监护的形式

1. 亲属抚养并担任监护人。孤儿的祖父母、外祖父母有能力的则依法承担抚养义务、履行监护职责；对于没有祖父母、外祖父母的孤儿，就面临亲属抚养也出现困难，有的孤儿由叔、伯、舅、姑、姨等担任监护人。但随着经济的发展，人口流动加速，慢慢也难以依赖家族亲情监护设计。

2. 公权力介入的监护。由孤儿住所地的村(居)民委员会或者民政部门担任监护人。由民政部门监护的孤儿主要有两种，集中养护和家庭寄养。即在社会（儿童）福利院、敬老院、孤儿学校、SOS 儿童村和流浪未成年人救助保护中心等机构集中安置。

3. 依法收养的监护。收养孤儿按照《民法典之婚姻家庭编》的规定办理。对中国公民依法收养的孤儿，与户主关系形成父母与子女关系。收养监护对于孤儿回归家庭，最大程度最有利于孤儿的监护和权益保障。

虽然孤儿的监护有多种形式，但由于中国的传统文化，家族血缘思想在几千年历史中产生了巨大而持久的影响力，孤儿监管与保护仍更多的落在亲人之间的监护。

## （三）孤儿监护的法律规定

我国 2021 年 1 月 1 月实施的《中华人民共和国民法典》第二十七条第二款：“未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的由依法具有监护能力的人按顺序担任监护。即孤儿的监护人，第一顺序人为祖父母、外祖父母；第二顺序为成年的兄、姐；第三顺序是其他愿意担任监护人的个人或者组织，但须经未成年人住所地的居民委会、村民委员会或者民政部门同意。”前两个顺序是亲属作为法定监护人，第三顺序的个人或者组织规定的比较宽，但要村民委会、居民委会或者民政部门同意。

## 二、孤儿监护及权益保障存在的困境

以文章中的案例，2011 年 5 月出生的王某，在 2013 年 6 月母亲因病去世，2013 年 11 月父亲因工死亡，父母去世前王某生活在西北一个农村，2 岁只有奶奶与外婆。奶奶愿意担任王某的监护人，外婆同意奶奶担任监护人，两位长辈协商后签订了一份协议，王某奶奶做王某监护人。但是，在处理继承财产的实务中遇到一系列困难，劳动与社会保障局、银行、房管局等均要求出具王某书面的监护人证明才给办理。王某的奶奶拿出与王某外婆一起协商的监护协议去办理，以上部门都不认可，让当事人去居民委会开指定监护人证明，然而当事人跑去居民委会，居委会不出具此类指定监护人证明，又推当事人跑民政部门开具指定监护人证明，民政部门又直接让当事人去法院申请指定监护人。

### （一）《民法典》第二十七条、第三十条与第三十一条理论与实践脱节。

《民法典》第二十七条、第三十条与第三十一条立法设计理论上堪称完美，在亲属的基础上扩大了担任孤儿监护人的范围，愿意担任的个人与组织“两委”或民政部门同意均可。但实践操作过程中，各职能部门互相推脱，尤其“两委”与民政部门容易互相扯皮，推脱责任，导致孤儿监护权益保障困难。

从王某的案例来看，《民法典》在第二十七条明确规定祖父母、外祖父母为孤儿的第一顺序监护人；本案中，王某的奶奶是法定的监护人，再结合《民法典》第三十条，王某第一顺序人有奶奶与外婆两个协商后签订书面协议，奶奶就当然成为王某的法定监护人。在办理被继承人的财产时，各管理部门认为有监护协议不行，非得指定监护证明，让“两委”与民政部门出具指定监护证明又不出具，又非得让当事人申请法院指定监护人。根据《民法典》第三十一条第一款规定：“对监护人确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。本案中，孤儿王某的监护人不存在争议，在办理继承财产时，不存在非让居（村）民委会或民政部门指定监护人，更不存在指定不服，非得让当事人跑法院申请指定监护人。类似这种案件，《民法典》之前让当事人无纠纷造出一个新纠纷进行解决问题的案件不少。尽管《民法典》比《民法通则》及《民法总则》进步大，赋予了拥有监护资格人更多选择权，但按照《民法典》规定，本案王某父母死亡后，第一顺序的奶奶和外婆在签订协议由奶奶监护，不存指定监护，不存在进入监护争议，不需要进入到《民法典》第三十一条。实务中，办理业务的部门均认为当事人自己签订的监护协议不具权威，非公权力部门盖章的文书不可，各职能部门基于保护自己，采取过份谨慎的态度，实为推脱责任。

### （二）孤儿监护的户口登记规定不完善，权益保障难。

再接着王某的案例，6年后，2019年王某的奶奶与外婆均发生意外去世了。王某有个叔叔在广州定居生活，在王某成为孤儿后又向法院申请变更王某的叔叔为王某的监护人。此时，叔叔为了更好的履行监护职责，把王某携带到广州学习生活，叔叔想把孤儿王某的户口从西北农村迁至广州自己户口名下，则遭到相关部门拒绝，认为不符合条件，只能随父或随母。对于孤儿的监护除祖父母、外祖父母外的其他监护人要按收养才能落户到户主名下。通俗的说，必须要监护人收养被监护人，形成亲权关系，才能落户在本地。原本监护就可以解决的问题，又非得逼人家收养。监护变收养，王某则不是孤儿，不存在由政府

支付孤儿补助，监护人叔叔成为王某父母则完全承担抚养的养育责任。事实上，这样一来，将导致更多人不愿意从监护人变成收养人。

我国现行的《户口登记条例》对于未成年子女上户是基于亲权关系，才得以落户在父母或祖父母、外祖父母户主上。亲权是建立在血缘关系之上，基于父母特定的身份而产生的，而监护则是基于法律规定而产生。监护人为了更好的监护，携带孤儿在身边，户口登记在监护人名下是非常有必要的，但我国现行的户口登记条例，对于非亲权的监护排除在外，监护人不是祖父母、外祖父母，则因无法律明确规定，各地的“土政策”就容易阻止，此时被监护人的户口面临迁入不了在监护人名下，尤其是大城市、就更难入户，导致孤儿监护合法权益无法真正得到保障。

### 三、孤儿监护与权益保护的建议

#### （一）修改和完善与保障孤儿权益不适宜的法律法规

我国 1958 年制定的《户口登记条例》共 24 个条文，一直还在沿用。事实上，现行的户口登记条例中很多规定已经不能适应现行的社会进步需求。《中华人民共和国户口登记条例》第七条规定：“婴儿出生后一个月以内，由户主、亲属、抚养人或者邻居向婴儿常住地户口登记机关申报出生登记。弃婴，由收养人或者育婴机关向户口登记机关申报出生登记。”这一规定看似很完美但很模糊。条款折射出以下疑问：亲属与邻居都可以向婴儿常住地户口申报登记？婴儿户口到底登记在哪里？亲属范围到底哪些？三代直系还是三代旁系亲属？祖父母、外祖父母、叔伯、舅、姨、姑都属于亲属呢？可以登记到邻居户主名下？这些都很不明确。尽管如此，事实上大多数公安机关在参照 1958 年的《户口登记条例》的基础上，依常理或习惯对婴儿户口登记都持随父或随母一方登记，这一不成文的规定成为全国的普遍做法。对于未成年人父母已故成为孤儿的，未成年人不能作为户主。此时孤儿由祖父母、外祖父母监护并抚养的，公安机关又依常理可以把户口迁入祖父母、外祖父母名下。这里并没有法律明确规定被监护人可以迁入登记在监护人名下。虽然有些地方制定了适用本地方的户口登记条例，但对于未成年人孤儿的户口可以随监护人迁移户口仍没有明确规定。如上海 2018 年的《上海市常住户口管理规定》第八条规定：“新生婴儿可以随父或随母在本市办理出生登记，并登记为非农业户口。”第十六条规定：“本市直系亲属之间的迁移包括：（一）父母与子女之间的迁移；（二）夫妻之间的迁移；（三）（外）祖父母与（外）孙子女之间的迁移；（四）公婆与儿媳之间或者岳父母与女婿之间的迁移。”可以明确：一是未成年人子女入户是随父或者随母；二是 2018 年的《上海市

常住户口管理规定》规定三代以内直接血亲及公婆与儿媳或者岳父母与女婿之间户口迁移。但在未成年人失去父母成为孤儿，要迁入别的城市，监护人不是祖父母、外祖父母，则因无明确法律规定，此时就面临笔者亲自经办的案例西北农村的孤儿王某所遇到的难题。

### 二、“两委”或民政部门等公权机构应担负起监督监护职责，避免诉讼之累。

本文案例，王某父母死亡后，奶奶担任监护人，有监护协议但是因为没有经过监护争议程序，基层“两委”或者民政部门都没有备案，所以在办理继承财产相关手续时，需要明确未成年人监护人身份时，仍需要实际担任监护人的人员向居（村）民委会等组织或者法院进行申请确认。鉴于目前情况，应当鼓励基层“两委”或者民政部门来指定明确法定监护人的功能，避免诉讼之累。《民法典》第二十七和与第三十条规定都为了方便保障未成年人的合法权益，不是非让当事人走《民法典》第三十一条的法院之路。若确有需要，可以考虑借鉴人民调解司法确认之程序，在居（村）民委会等组织认可后，由法院出具相应法律文书。

民政部门与公安部门针对孤儿入户登记的监护问题上，应当综合各因素、联合立法。如本文王某监护案例，民政部门有观点认为实践中有部分叔、伯这种监护人存在骗取更高额的孤儿补助，不利于保障孤儿权益。尤其是事实孤儿作为被监护人迁户到监护人名下，实际上被监护人仍然在原户籍地的农村生活，原农村地与迁入户口所在地对孤儿补助的标准存在差异。不排除有以上骗取高额孤儿补助情况，但一刀切的做法也有不利，这一做法将导致被携带在监护人身边生活的孤儿的合法权受到损害。案例中的王某原本在广州生活，暂且不说广州生活本成高却领着西部农村标准孤儿补助，王某户口不在生活所在地，很多入学等实际问题难以解决。

民政部门应当担负起更高更强有力的监督监护人的职责。对于孤儿的监护人不是由《民法典》第一顺序、第二顺序人监护时，不应因担心监护人通过孤儿迁户骗取更高额的补助而采取“一刀砍”的做法，而应做好调查研究，完善立法，严格执法，认真核实，切实履行监督监护人的责任，从而使在监护人身边生活的孤儿权益得到应有的保障。

参考文献：

[1]徐铁英. 婚姻家庭编草案关于收养主体制度规定的不足和改进意见[J]. 暨南学报（哲学社会科学版）. 2020(1).

[2]龙娇娇. 法律孤儿监护制度的缺陷与对策[J]. 河北广播电视大学学报. 2017(6).

## 婚姻家庭

---

- [3]龙扬凡. 论《民法总则》中监护制度的完善[J]. 法制与社会. 2019(11).
- [4]周矜敏. 《民法总则》视野下未成年人法定监护人的概念、范围和确定《民法总则》第27条关于法定监护的理解与适用[J]. 青少年学刊 2018(6)
- [5]张露. 事实孤儿权益保障的现实困境与路径选择[J]. 学术大视野. 2018(8).
- [6]中华人民共和国民政部官网.

## 从一起典型劳动纠纷案件看佣金认定问题

北京大成（广州）律师事务所 曾雅妮

2019年5月，佛山市XX房地产开发有限公司以詹某某、黄某某领导的销售团队在工作期间存在销售“飞单”等违规行为为由单方解除该团队七人的劳动合同，并拒绝支付经济赔偿金、工资、奖金以及每人应付的几十万元销售佣金等款项，并将该案作为典型的监察案例在集团内部通告，在业内造成了较为负面的影响。该销售团队除金钱上的损失外，声誉及前途亦面临极大影响。

### 一、归纳争议焦点

本律师团队在2019年5月接受委托后，经过初步分析，认为本案涉及到的法律问题包括：如何认定“飞单”行为的性质；该团队是否存在“飞单”的违法违规行为；公司单方面解除劳动合同的依据是否充分；即便个别员工存在“飞单”行为，该员工的行为是否株连整个销售团队；佣金是否属于工资组成部分，是否应该发放；公司的规章制度关于员工离职后销售佣金不予发放的规定是否合法；员工是否有权主张未付工资、加班费及未休年假的补偿；佣金、加班费等计算标准如何确定；变更用人单位后，前后用人单位是否应承担连带责任等等问题。再经过深入分析，代理律师总结案件的争议焦点在于：第一，对佣金的主张是否可以得到仲裁委及法院的认可；第二，公司单方面解除劳动合同的依据是否充分，劳动者是否有权主张经济赔偿金。

### 二、公司是否应该支付营销佣金

员工作为售楼人员，其收入的主要来源就是营销佣金，而公司与员工在是否应向被解聘员工发放全额营销佣金的问题上分歧极大。

公司对营销佣金按照所售房产的合同草签、网签、回款和收楼四个时间节点分别计算，该四个时间节点覆盖的时间短则一个月，长则几个月，甚至两年。公司主张按照公司自行制定的《营销奖励考核办法》的规定，员工离职后，其离职前已达到结佣条件的节点佣金仍会

## 》》 劳动争议

在离职后正常发放；而在员工离职后，其工作会由新的员工跟进负责，因此在其离职后才达到结佣条件的节点佣金则应该在应发当月发放给其继任者。

针对公司的观点，代理律师主张：

首先，客户与房地产公司签署购房合同，作为房屋销售人员的最重要及最主要的工作即已经完成。销售人员完成了最主要的销售工作而不能获得与此相应的奖金，有违公平原则。

其次，依据《关于工资总额组成的规定》第四条的规定，奖金属于工资的组成部分，根据《工资支付暂行规定》第九条规定：“劳动关系双方依法解除或终止劳动合同时，用人单位应在解除或终止劳动合同时一次付清劳动者工资”；第十五条规定：“用人单位不得克扣劳动者工资”。《广东省工资支付条例》第十三条也规定：“用人单位与劳动者依法终止或者解除劳动关系的，应当在终止或者解除劳动关系当日结清并一次性支付劳动者工资。”根据上述规定，公司应该一次性将全部佣金支付给员工，不论是否已经到达支付节点。公司制定的《营销奖励考核办法》中关于“未到达支付节点的佣金将在到达支付节点之后支付给离职人员的继任者”的内容因违反了《工资支付暂行规定》、《广东省工资支付条例》等规定而无效，不能适用。

再次，公司主张未付佣金已经结算给继任者，但其从劳动仲裁至二审均无提供任何证据予以证实，公司该说法不能采信。如果按照公司的逻辑，他们只需支付极低的基本工资，然后在员工辛辛苦苦接单成交后，随便找个借口解除员工的劳动合同，以极小的违法成本即可侵占每个员工高达几十万元的佣金，这对员工极不公平，严重损害员工的权益，该等规定不得作为用人单位拒付佣金的依据。

最后，员工并非主动离职，而是由于公司违法单方解除劳动关系导致，公司离职导致公司后续工作安排所产生的不利后果应由公司自行承担，公司应另行安排其他员工及费用完成被解聘员工的后续工作，而无权将原本属于员工的劳动报酬转支付给他人。

### 三、裁判结果

在劳动仲裁阶段，代理律师的观点得到了仲裁员的支持，裁定公司需要全额支付佣金，不论该佣金是否已达到支付时间节点。后公司不服，向法院起诉，一审判决认为：一方面从通常认知可知，客户与房地产公司签署购房合同，作为房屋销售人员的房屋销售的最重要及最主要的工作即已完成。销售人员完成了最主要的销售工作而不能获得与此相应的奖金，有

## 》》 劳动争议

---

违公平原则；且本案中员工的离职原因是公司提出解除劳动关系，从而导致员工客观上无法跟进后续工作，公司不能仅以未达支付节点规定和行业惯例为由拒付销售佣金；另一方面，同时结合员工销售房产仍有后续工作需要他人跟进、付出劳动的客观情况，酌情确定公司需要向员工支付佣金的 80%。该判决内容在二审阶段也得到维持。

该团队从零补偿、被集团作为负面监察案例通报、声誉受损、就业遇歧视，到经过仲裁、一审、二审历时一年多的代理和沟通工作，成功拿回 200 多万元，该公司被迫撤下通告，七名员工全部再投身销售行业，打了场漂亮的翻身仗。本案也是该大型房企第一起也是影响最大的一起此类劳动纠纷案件，必将提高该公司对依法依法管理的重视，也给了其他员工维权的信心和依据。

## 代某英等人与广州某物流公司劳动争议（工伤赔偿）案

广东圣和胜律师事务所 梁剑标

**【关键词】** 工伤 赔偿协议 效力

### 【裁判要点】

在协议内容不存在欺诈、显失公平情形下，应当尊重当事人的意思自治，认可双方签订的赔偿协议效力。

### 【相关法条】

《中华人民共和国民法总则》第一百四十三条；（注：已失效）

《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（三）》第十条；（注：已失效）

### 【基本案情】

2018年6月20日，广州某物流服务公司（下称“物流公司”）的员工杨某在处理公司故障车辆时遭遇交通事故死亡，根据交警部门对交通事故责任作出的认定，杨某在该次事故中没有责任。2018年7月7日，杨某的配偶代某英等家属与物流公司在未向工伤认定部门申报工伤认定的情况下签订《工伤死亡赔偿协议书》，约定由物流公司依据《工伤保险条例》等规定，向杨某家属作出工伤赔偿90万元，其中50万元由物流公司向保险公司购买的团体意外险赔付，剩余40万元由物流公司直接支付。后代某英等家属通过物流公司向保险公司办理理赔手续获得50万元，物流公司付清剩余40万元，即上述90万元赔偿款已全部支付完毕。

2019年7月19日，田某、代某英等向广州市黄埔区劳动人事争议仲裁委员会（下称“黄

## 》》 劳动争议

埔区仲裁委员会”)提起仲裁,要求物流公司继续向其支付工伤保险待遇共计130多万元(包括丧葬补助金、一次性工亡补助金、供养亲属抚恤金等共计170多万元,减去物流公司已支付的40万元后为130多万元)。

本案由黄埔区仲裁委员会作出终局裁决驳回其仲裁请求后,代某英等人不服仲裁裁决而起诉至广州市黄埔区人民法院(下称“黄埔法院”),黄埔法院作出一审判决后,代某英等人不服继续向广州市中级人民法院(下称“广州中院”)提起上诉,最终由广州中院作出二审判决。

### 【裁判结果】

仲裁裁决:黄埔区仲裁委员会于2019年11月14日作出终局裁决,驳回申请人(代某英等人)的全部仲裁请求;

一审判决:黄埔法院于2020年9月8日作出一审判决,驳回原告(代某英等人)的诉讼请求;

二审判决:广州中院于2021年1月7日作出二审判决,驳回上诉,维持原判。

### 【裁判理由】

二审生效判决总结本案焦点为:

- 1、双方当事人签订的《工伤死亡赔偿协议书》是否无效或应否撤销;
- 2、物流公司是否需要向代某英等人支付丧葬补助金、一次性工亡补助金、供养亲属抚恤金等费用。

二审生效判决对上述焦点具体分析如下:

关于双方当事人签订的《工伤死亡赔偿协议书》是否无效或应否撤销问题。《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(三)》第十条规定:“劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议,不违反法律、行政法规的强制性规定,且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的,应当认定有效。前款协议存在重大误解或者显失公平情形,当事人请求撤销的,人民法院应予支持。”以及《中华人民共和国民法总则》第一百四十三条规定:“具备下列条

## 》》 劳动争议

件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。”

本案中，双方签订《工伤死亡赔偿协议书》时，劳动者杨某已经死亡，家属对自己能够获得利益应当有所认识。从赔偿协议的内容看，既约定了赔偿金额，又列明了工伤赔偿的具体项目，还写明了参照的法律，这说明双方当事人对工伤赔偿的法定标准是知情的，对自己能够获得的预期利益也是可知的，故不能认定家属在订立协议时存在重大误解以及协议内容显失公平。此外，根据赔偿协议的约定，赔偿款项给付后，家属不得再向公司主张任何赔偿权利，其已清楚了解自己在协议中的权利义务，公司也已向其明确告知依据《劳动法》、《工伤保险条例》等可得到的赔偿权利，另家属也已就协议中所涉及的法律问题及其他问题咨询相关专业人士，并清楚明白双方在自愿的基础上签订本协议，日后不得再以此为由向公司提出任何权利主张。

综合签订协议的时间等背景，杨某的亲属在签订协议时并非处于困境，《工伤死亡赔偿协议书》约定的赔偿项目和赔偿数额并不存在显失公平的情形，且协议书中也载明家属已详细了解协议内容并同意。因此，在协议内容不存在欺诈、显失公平情形下，应当尊重当事人的意思自治，认可双方签订的赔偿协议的效力。杨某的亲属作为完全民事行为能力人，理应清楚和知悉签署上述文件的法律后果。现杨某的亲属等人主张上述协议显失公平，缺乏事实与法律依据，其主张协议显失公平据此要求确认协议无效或撤销均不符合法律规定。

上述赔偿协议并未违反法律法规的强制性规定，对双方当事人均有约束力，杨某亲属在双方已经签订赔偿协议且已履行完毕的情况下，再起诉要求物流公司支付丧葬补助金、一次性工亡补助金、供养亲属抚恤金等理由不成立，故一审判决驳回其诉讼请求并无不当，二审判决驳回上诉，维持原判。

## 用人单位未缴纳社保的，离职女职工可要求单位承担生育保险和失业保险待遇损失

广东文领律师事务所 王旭虹

**【关键词】** 社保 女职工 离职 经济补偿金 生育保险待遇 失业保险待遇

### 裁判要点

女职工以用人单位未缴纳社保为由解除劳动关系，离职后除可要求单位支付经济补偿金、承担职工失业保险待遇损失，还可要求单位承担未缴纳社保造成女职工生育保险待遇的损失。女职工享受生育保险待遇不以女职工生育期间必须在职为条件。

### 相关法条

《中华人民共和国社会保险法》第五十三条

### 基本案情

易某系某鞋行的员工。易某入职后，在长达七年的时间里鞋行一直没有为其缴纳社保。2017年10月易某怀孕，向鞋行提出购买社保和调岗的申请但遭到了拒绝。2017年12月27日，易某向鞋行出具《解除劳动合同通知书》，通知双方于2017年12月28日正式解除事实劳动关系。

2018年1月4日，易某委托本律师申请劳动仲裁，要求鞋行确认劳动关系，支付2017年度的年休假工资和经济补偿金，该案经过两审法院审理，法院判决支持了易某的上述诉求。

2018年7月13日，易某顺利生产。鞋行于2019年1月7日为易某补缴了全部社保。2019年6月6日，易某委托本律师再次申请劳动仲裁，要求鞋行支付产假工资、失业保险待遇、产检费用和失业保险待遇、求职补贴。广州市荔湾区人事争议仲裁委员会经审理，裁决鞋行支付易某产假待遇54091.3元、哺乳期待遇7039元、产检和生育的医疗费6301.98元、一次支付失业保险金和求职补贴共27810元。鞋行不服，提起诉讼。

## 裁判结果

广州市荔湾区人民法院经审理，认定易某生育时已不是鞋行在职员工且鞋行非违法解除，作出（2019）粤 0103 民初 8956 号民事判决，判决鞋行无需支付易某产假待遇、哺乳期待遇；支持鞋行向易某支付产检和生育医疗费 6301.98 元；易某无证据证明曾对用人单位不缴纳社保提出异议，应按过错承担不利后果，判决鞋行向易某支付失业保险待遇的 60% 即 16686.54 元。易某不服，提起上诉。

二审法院经审理，作出（2020）粤 01 民终 6543 号民事判决，维持支付产检和生育医疗费判项；变更判项一为鞋行支付易某产检待遇 54091.3 元、哺乳期待遇 7039 元；变更判项三为鞋行无需向易某支付失业保险金、求职补贴损失 27810.9 元。

## 法律分析

结合两审情况，本律师认为本案的争议焦点在于：

### 1、女职工生育时处于离职状态能否享受生育保险待遇？

参照《广东省实施〈女职工劳动保护特别规定〉》第十三条规定，用人单位未参加生育保险或者欠缴生育保险费，造成女职工不能享受生育保险待遇的，由用人单位按照本省及所在统筹地区规定的生育保险待遇标准向女职工支付费用。本律师认为，鞋行在双方劳动存续期间未缴纳社会保险导致易某不能享受生育保险待遇的，应按规定的待遇项目和标准向易某支付相关的费用，劳动仲裁亦支持了易某的以上诉求。

一审法院认为，《中华人民共和国社会保险法》第五十三条规定，职工应当参加生育保险，由用人单位按照国家规定缴纳生育保险费，职工不缴纳生育保险费。第五十四条规定，用人单位已经缴纳生育保险费的，其职工享受生育保险待遇；生育保险待遇包括生育医疗费和生育津贴。第五十六条规定，职工有下列情形之一的，可以按照国家规定享受生育津贴：（一）女职工生育享受产假。根据上述规定，享受生育津贴的条件是生育期间处于在职状态。本案中，易某在 2017 年 12 月自行与鞋行解除了劳动关系，其生育时已不是鞋行的职工，也不处于在职状态，双方解除劳动关系的情形不属于原告违法解除，因此，易某不符合享受生育津贴的条件，一审法院判决鞋行无需支付产假工资即生育津贴及哺乳期待遇的请求。

本律师代表易某提出上诉，提出：（1）一审法院一方面认为生育期间系在职员工才能享受生育待遇中的生育津贴，与此同时，一审判决又认为非职工可以享受生育保险待遇中的生育医疗费，并支持易某 6301.98 元的产前检查费和生育医疗费。一审判决在适用同一条法

## 》》 劳动争议

规时作出了两种截然不同的解释，导致本案认定事实不清，判决前后矛盾，明显属于错判。

(2) 仲裁委为查清案件事实特致函广州市医疗保险服务中心，该中心复函认为根据上诉人提供的收费票据及相关材料，参照《广州市人民政府办公厅关于印发广州市职工生育保险实施办法的通知》（穗府办[2015]41号，以下简称“41号文”）及《关于调整生育保险医疗服务定额结算标准的通知》（穗人社函[2012]808号）的规定，易某参照广州市规定属生育保险报销范畴的金额为6301.98元。可见社保部门并不以参保人享受待遇时必须为在职员工作为享受生育待遇的前提条件。(3) 根据上述41号文第四十条规定，用人单位未按规定为职工办理生育保险参保登记或者未按时足额缴费造成职工不能享受生育保险待遇的，由用人单位按本办法规定的待遇项目和标准向职工支付相关费用。第十四条规定，参保人根据相关规定享受产假或者计划生育手术假期间，生育保险基金按以下规定计发生育津贴：（一）参保人参加本市生育保险累计缴费满1年的，其应当享受的生育津贴，由社会保险经办机构按月计发给用人单位。（二）参保人在享受生育保险待遇期间，用人单位停止为其继续缴纳生育保险费的，从停止缴费当月起，生育保险基金停止对用人单位支付生育津贴，欠缴期间参保人的产假工资由用人单位支付。第三十四条规定，职工失业前已参加本市生育保险的，在领取失业保险金期间可按照本市生育保险的相关规定享受生育医疗费用待遇。最终二审法院采纳了本律师的意见，改判支持了易某关于要求鞋行支付生育保险待遇的诉求。

综上所述，职工享受生育保险待遇的前提条件是用人单位依法为劳动者参保，而非享受待遇时必须在职。无论是用人单位违法解除劳动关系，还是职工自行提出解除劳动关系，只要双方劳动关系存续期间连续超过1年，用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险的，劳动者则可以按规定要求用人单位支付生育待遇。

2、职工对用人单位未缴纳失业保险无提出过异议，是否应承担相应的责任？

根据《广东省失业保险条例》第四十二条“用人单位有下列行为之一的，由社会保险行政部门或者保险费征收机构依法处理；致使失业人员不能享受或者不能完全享受失业保险待遇的，用人单位依法承担赔偿责任：（一）未参加失业保险的。”本律师认为，鞋行未为易某参保，应承担易某失业后无法享受失业待遇的赔偿责任。

一审法院认为，2013年3月至2017年12月期间，鞋行每月发放815元社保补贴给易某，没有为易某缴纳社会保险，易某知悉该情况现无证据证明曾于2017年11月前向鞋行提出异议，易某的行为表明其默许鞋行以现金发放补贴的方式不予缴纳社会保险，故没有缴纳社会保险所产生的后果易某也应自行承担。综合考虑各方责任及鞋行已为易某补缴了失业保

## 》》 劳动争议

险等情况，一审法院酌定鞋行向易某赔偿失业保险待遇损失的60%，即16686.54元。

本律师代表易某上诉，提出：法律规定为员工购买社会保险是用人单位的法定义务，未依法缴纳社保导致员工损失应由用人单位承担。法律并未要求劳动者承担提醒用人单位合法经营的注意义务，一审法院却以易某未举证证明在2017年11月前就购买社保问题提出异议为由，将鞋行的违法行为责任推卸到易某身上，要求易某自行承担失业保险待遇损失的40%，是没有法律依据的。

二审法院对“员工是否应对用人单位未缴纳失业保险承担过错责任”未进行说理和定性，转而从以鞋行已于2019年1月7日为易某补缴了社保，根据《广东省失业保险条例》第十七条、第十八条规定，易某可在再次失业时领取相应的失业待遇，故其在本案中主张的失业损失并不存在，判决鞋行无需支付易某失业保险金、求职补贴损失27810.9元。

综上所述，用人单位未为劳动者参加失业保险应赔偿劳动者损失，劳动者是否曾提出异议不影响其完全享受失业待遇。但用人单位为劳动者补缴社保后，劳动者则可在下次失业时一并领取相应的失业保险待遇，故劳动者此时主张的失业保险金、求职补贴损失不存在，劳动者在用人单位补缴社保后提出支付失业保险待遇的诉求不能成立。

### 典型意义

用人单位未及时足额缴纳社保导致女职工不能享受生育保险待遇的，女职工有权向用人单位主张生育期间的生育津贴和工资待遇。本案的典型意义在于给广大女职工明确的指引，享受生育保险待遇不以女职工生育期间必须在职为条件。女职工以用人单位未缴纳社保为由解除劳动关系并取得经济补偿金后仍然可以要求用人单位支付全部的生育保险以及失业保险待遇。因此，用人单位不能以任何理由拒绝给员工缴纳社保，否则后续要付出更大的代价。

## 生命权纠纷案件因果关系与过失的判断

广东胜伦律师事务所 苏子珍

【关键词】 民事/醉酒/死亡/过错/责任

### 裁判要点

行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任，因此构成侵权责任的基本要素是因果关系和过错。因果关系的判断标准是行为人在行为时是否可以合理预见其行为可能导致损害的后果；后果为人身损害的，不要求预见发生人身损害的具体方式，只要求合理预见同类损害的发生，认定过失的标准是在同样的情形之下一般人不会做出该行为。行为人的行为与损害结果虽具有因果关系，但是受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。

### 相关法条

《中华人民共和国侵权责任法》第六条、第二十四条。

### 基本案情

2019年8月24日晚，宋某1、被告黄某、郑某、瞿某在魏某、瞿某合租的位于深圳市龙华区内饮酒，直至次日凌晨3时28分许结束。宋某1在饮酒结束后在涉案房产客厅沙发上休息。2019年8月25日6时6分许，深圳市公安局民治派出所接报警称宋某1在XX花园4栋3单元楼下被发现躺在地上，仍有呼吸，民警随即出警，120急救现场采取急救措施并将宋某1送往龙华区人民医院抢救，后经抢救无效死亡。2019年9月5日，深圳市公安局民治派出所出具《调查报告》称，宋某1死亡后，法医进行了初步鉴定，死因为酒后高坠，基本确定排除他杀，公安机关已经将相关情况向死者家属进行反映，死者家属对死者的死因没有异议。原告主张，被告黄某、郑某、瞿某在饮酒过程中对宋某1实施了劝酒行为，系导致宋某1饮酒过量并从高空坠落的直接原因。为此，原告提交了录像为证。根据该证据显示，在各方饮酒过程中曾强调宋某1“欠酒”，要求宋某1喝完所欠的酒。四被告对录像显示当

时的情况予以确认，但主张该劝酒行为系朋友间的友好表现，不存在引发宋某 1 高坠死亡的主观恶意。根据当晚民警向四被告询问的笔录可知，魏某未参与饮酒，其余各方通过玩色子谁输谁喝的方式进行饮酒，宋某 1 因此存在“欠酒”情况，之后饮酒各方要求宋某 1 将所欠的酒喝完以结束当晚的饮酒活动。宋某 1 醉酒后在涉案房屋沙发休息，沙发左侧是厕所，右侧是阳台，当时阳台放置有一把黑色凳子，饮酒结束之后，黄某与郑某睡一间房，魏某与瞿某各自睡一间房。

宋某、陈某起诉至深圳市龙华区人民法院，请求：1. 依法判令四被告共同赔偿两原告死亡赔偿金、丧葬费、精神损害抚慰金，因办理丧事所花费交通费、住宿费、伙食费、误工费等各项经济损失 1360113 元。2. 本案诉讼费全部由被告承担。

## 裁判结果

深圳市龙华区人民法院经审理作出（2019）粤 0309 民初 11692 号民事判决：一、被告黄某应于判决生效之日起十日内向原告宋某、陈某赔偿损失人民币 336128.25 元；二、被告郑某应于判决生效之日起十日内向原告宋某、陈某赔偿损失人民币 336128.25 元；三、被告瞿某应于判决生效之日起十日内向原告宋某、陈某赔偿损失人民币 336128.25 元；四、驳回原告宋某、陈某的其他诉讼请求。如果被告未在判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费人民币 3650 元，由二原告、被告黄某、被告郑某、被告瞿某各方各自负担 25%。宣判后，黄某以其行为与宋某 1 的死亡没有因果关系、对宋某 1 的死亡没有过错、一审法院事实认定不清与裁判基础错误、适用法律错误为由，郑某、瞿某以不公平不合理为由，向深圳市中级人民法院提起上诉。深圳市中级人民法院经审理，于二〇二〇年十二月四日作出（2020）粤 03 民终 12349 号民事判决：一、撤销深圳市龙华区人民法院（2019）粤 0309 民初 11692 号民事判决第四项；二、变更深圳市龙华区人民法院（2019）粤 0309 民初 11692 号民事判决第一项为：上诉人黄某应于本判决生效之日起 10 日内支付被上诉人宋某、陈某 134451 元；三、变更深圳市龙华区人民法院（2019）粤 0309 民初 11692 号民事判决第二项为：上诉人郑某应于本判决生效之日起 10 日内支付被上诉人宋某、陈某 134451 元；四、变更深圳市龙华区人民法院（2019）粤 0309 民初 11692 号民事判决第三项为：上诉人瞿某应于本判决生效之日起 10 日内支付被上诉人宋某、陈某 134451 元；五、驳回被上诉人宋某、陈某的其他诉讼请求。如果未在本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民

《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费3650元，由上诉人黄某、郑某、瞿某各方各负担365元，被上诉人宋某、陈某负担2555元。二审案件受理费6543元，由上诉人黄某、郑某、瞿某各方各负担654元，被上诉人宋某、陈某负担4581元；上诉人黄某、郑某、瞿某已分别预交二审案件受理费2181元，其各自多交的1527元（也即应由被上诉人宋某、陈某负担的4581元），本院不予退还，由其在支付被上诉人宋某、陈某款项中抵扣。

## 裁判理由

法院生效裁判认为：本案为生命权纠纷，二审主要争议焦点是三上诉人的行为与死者的死亡是否有因果关系，是否具有过失。

《中华人民共和国侵权责任法》第六条第一款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”故构成侵权责任的基本要素是因果关系和过错。因果关系的判断标准是行为人在行为时是否可以合理预见其行为可能导致损害的后果；后果为人身损害的，不要求预见发生人身损害的具体方式，只要求合理预见同类损害的发生。本案三上诉人与死者共同饮酒，并玩掷骰子决定谁饮酒，应当预见醉酒后可能因行为不受控产生事故导致死亡的结果，因此三上诉人的行为与死者的死亡结果具有因果关系，至于是否能预见坠楼死亡以及以何种方式坠楼死亡，不影响因果关系的认定。

关于过失。认定过失的标准是在同样的情形之下一般人不会做出该行为，也即一般人不会与死者共同饮酒和玩掷骰子决定谁饮酒的游戏。饮酒是社交活动中常见的行为，玩掷骰子决定谁饮酒也是常见的饮酒中的游戏行为，只要在饮酒过程中没有过分的强迫饮酒，共同饮酒和玩掷骰子决定谁饮酒并没有违反一般人的行为准则。本案虽然有劝酒行为，但视频证据不足以证明有强迫饮酒，故应认定三上诉人不具有过失，不构成侵权。

但本案的事故发生在2019年8月，根据《中华人民共和国侵权责任法》第二十四条“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失”的规定，损害的后果由行为人的行为所造成的，在行为人和受害人均没有过错时，可以根据实际情况，由双方分担损失。本案受害人死亡的结果与三上诉人与受害人共同饮酒并玩掷骰子决定谁饮酒的游戏具有因果关系，而并无证据证明三上诉人或者受害人对死亡的结果具有过错，故可以适用该条由各方分担损失。法院考虑到三上诉人的负担能力，其与死者的关系，以及其具体的行为，酌定三上诉人各自分担10%的损失，即各分担134451元。

## 案例评析

本案涉及生命权纠纷案件中如何对当事人的行为与损害后果之间的因果关系以及当事人的过失进行判断的问题。

关于因果关系的判断，我国相关立法中，并未对行为人的行为与损害结果之间的因果关系的判断标准作出明确规定，但是，在司法实践中，关于判断侵权法上的因果关系主要有三个规则，分别是直接原因规则、相当因果关系规则、推定因果关系规则。若侵害行为与损害结果之间存在直接的因果关系的，则可直接确认其具有侵权法上的因果关系，这是直接原因规则。而在侵害行为与损害结果之间有其他条件介入时，如果能够确认侵害行为是损害结果发生的适当条件，则应该认定侵害行为与损害结果之间具有侵权法上的因果关系，这是相当因果关系规则。推定因果关系则是，在有法律明确规定的特定场合，只要受害人对因果关系要件证明到一定程度，就推定侵害行为与损害结果之间存在侵权法因果关系，然后转由行为人举证证明自己行为与损害后果之间没有因果关系。

本案中，二审法院认定因果关系适用的是相当因果关系规则，是以侵害行为发生时一般社会经验以及知识水平作为判断标准，判断案涉侵害行为是否有引起损害后果的可能性而进行判断是否存在因果关系，亦即行为人在行为时是否可以合理预见其行为可能导致损害的后果，而损害结果为人身损害时，并不要求预见发生损害后果的具体方式，只要求合理预见同类损害的发生。本案是日常社交聚会中共同饮酒最终导致发生生命权纠纷，黄某、郑某、瞿某均为具有完全民事行为能力的成年人，应当预见到饮醉酒后可能会发生因行为不受控产生事故导致死亡的结果，而实际上，黄某、郑某、瞿某与宋某1共同饮酒并且宋某1又醉酒的事实又确实引发了宋某1死亡的损害后果，因此，根据相当因果关系规则，应当认定黄某、郑某、瞿某与宋某1的死亡具有因果关系。

关于过失的判断，我国司法实践中主要是通过将行为人参与某类活动时的行为与当今社会中正确理智一方的合理行为进行比较，以正确理智一方的合理行为作为标准，若行为人的行为低于正确理智合理行为标准的则认定行为人存在过失。本案中，一审法院并没有对行为人的行为与正确理智一方的合理行为进行比较，认为行为人应当清楚共同过量饮酒存在危险性就应当对饮酒加以克制或拒绝，简单地认定黄某、郑某、瞿某对宋某1的死亡结果存在过错，这是不合理的，不符合过失的判断规则，也不当地加重了行为人的责任。而二审法院是以正确理智一方的行为作为判断标准，认为认定过失的标准是在同样的情形之下一般人

## 人格权

不会做出该行为。二审法院认为，饮酒是社交活动中常见的行为，玩掷骰子决定谁饮酒亦是饮酒中的常见游戏，只要没有过分强迫饮酒，共同饮酒以及玩掷骰子决定谁饮酒并没有违反一般人的行为准则，因此行为人黄某、郑某、瞿某对宋某1的死亡结果不具有过失，不构成侵权，二审法院的分析与说理显然符合过失的判断规则，也更加的公平合理，亦避免了不当地加重无过错行为人的责任。

判决是法院进行价值判断、利益平衡的载体，本案中，二审法院通过充分的说理分析，同时又兼顾公平合理原则，作出了对双方当事人而言均是合情合理的判决，积极促进了法律效果与社会效果的有机统一。本案例为我们提供了判断生命权纠纷案件因果关系与过失的重要参考标准，其中的说理分析，非常值得参照适用。

（生效裁判审判人员：肖宏开 黎康养 李东慧）

## 深化司法体制改革，完善民事调查令制度

广东正平天成律师事务所 夏峰

**【摘要】** 虽然民事调查令制度从试行到现在已有 20 多年，但由于之前对这项制度的基本性质、执行主体及其权利来源尚未明确，各地普遍存在被调查单位和个人不配合现象。而严格来说，律师既不是调查令的签发主体，也不是调查令的执行主体，都是人民法院。因此，这是一种准司法权，要在立法层面加以明确并完善相关的制度规定。唯此，才能真正发挥民事调查的作用和令的权威性。

**【关键词】** 司法体制改革 民事调查令 准司法性质

### 一、民事调查令制度已经逐渐成为民事诉讼的一项基本证据制度

民事调查令是指当事人在民事诉讼中因客观原因无法取得自己需要的证据，经申请并获得人民法院批准，由法院签发给当事人的、诉讼代理律师向有关单位和个人收集所需证据的法律文件。

为提高审判效率及更好地保护民事诉讼当事人的合法权益，从本世纪初开始最高人民法院及全国各地人民法院即开始探索审判方式改革，其核心是建立和完善庭审为中心的新型审判方式。而其中一个重要环节即是证据制度，它不仅包括庭审中的证据交换和证据开示，还包括举证责任分配和调查取证方式的进一步完善。

1998 年 12 月上海市长宁区人民法院开始试行民事调查令制度，至今全国各级法院实施民事调查令制度已有 22 年，民事调查令制度的重要性越来越凸显。调查令既能减少法官的工作量，又能帮助法官查明事实、保证案件的质量，还能提高律师在民商事案件中的参与感。从法官到律师，都越来越认识到民事调查令在提高审判效率中的作用和价值。民事调查令制度已经逐渐成为民事诉讼的一项基本证据制度，而且成效显著。我们选取了上海市、广州市、苏州市三个比较具有代表性的城市（GDP 分别位居直辖市、省会市、地级市的第一，也是民商事案件数量最多的地区）进行了调研，得出以下几点结论：

## 诉讼程序及司法监督

### 1、各地人民法院已制定了一批民事调查令的规范性文件，充分支持这项工作

2001、2004年、2012年上海市高级人民法院分别制定了《上海法院调查令实施规则》，及执行阶段和立案审查阶段适用调查令的操作规则。广东省则在全国范围内第一个以地方性法规的形式，在2017年7月颁布的《广东省实施〈中华人民共和国律师法〉办法》第32条明确规定了具有调查令性质的“协助调查函”。同年8月，广州市中级人民法院在全省法院第一个制定了《关于民事诉讼律师调查令的实施办法》，对民事调查令制度的具体实施细则作出了明确的规定。并在2020年推出了区块链调查令，将区块链的防篡改技术引入到调查令的使用过程中。为此，广州还出台了广东省第一个由律师协会制定的使用调查令的规范指引；第一个由律师协会向全社会作出规范使用调查令的公开承诺；第一个由律师协会对律师使用调查令情况编写年度白皮书。从2017年8月开始试行的一年时间内，广州全市法院受理申请4800余份，除10宗因不符合申请条件不予签发外，均予签发，签发率达99.7%。以上数据显示人民法院不仅为此制定规范性文件，还在实践中充分支持民事调查令这项工作。

除了上海、广州及江苏、浙江等沿海发达地区，全国各省级人民法院也基本制定了规范民事调查令的规定。但也应看到，这些规范性文件都是由各地法院自行制定的，各地的规定之间确实也存在一些差异，因此在跨地域持令调查时会遇到一些障碍。需要在进一步深化司法体制改革的基础上，建立全国统一规范的民事调查令制度。

### 2、人民法院高度重视对民事调查令的审核功能，实践中取得了初步成效

**民事调查令虽然各地签发率都很高，但人民法院仍然高度重视对调查令的审核功能，以防止律师滥用。**在司法实践中，人民法院不支持签发调查令的情况主要包括：

- (1) 申请要求不具体不明确；
- (2) 申请调查事项与案件关联度不大；
- (3) 调查范围过大。

同时，部分法官反映有律师擅自增添或篡改调查内容，被及时发现，对律师进行了相应的处罚，从而阻止了民事调查令的滥用。

而经过审核后签发的民事调查令对提高审效确实起到了成效。审效包括审判效率和庭审效果两方面。通过民事调查令的实施，对法院查明事实、提升庭审效果起到了很好的作用，从而避免了无效庭审。同时，调查令的实施在一定程度上调动了律师在民事诉讼中的参与性

和履职作用。各地律师普遍反映，调查令有效地帮助律师完成举证工作，有利于加快案件审理，法院的结案率也不同程度地得到了提高。

### 二、民事调查令制度实施过程中存在的问题及主要原因

司法实践中被调查单位不配合现象仍然普遍存在。以广州市中级人民法院为例，在初期发出的 2867 份调查令中，被调查单位拒绝配合调查 384 宗，占比 13.4%。究其原因，除了各地法院对民事调查令的具体实施规定有所差异外，个别政府机关、行政机构、金融机构，对调查令权威性提出质疑，认为法律未明文规定法院签发调查令的权限，以上级机关未有相关文件通知为由拒绝配合调查。有些单位会以律师不是公检法机关工作人员为由，拒绝配合调查。法院也表示，对于不予配合的被调查单位，除了司法建议外，暂无惩罚措施。建议通过立法，确认民事调查令的法律地位。

笔者认为，被调查单位不配合现象之所以比较普遍，原因还是对民事调查令的基本性质、执行主体及其权利来源没有形成共识。只有在形成共识的基础上，才能通过立法解决以上问题。

虽然，在上世纪末我国已确立民事诉讼证据制度的基本原则为“谁主张，谁举证”。然而，关于“谁主张，谁举证”的具体内容，直到 2001 年版《证据规则》的颁布才最终明确。

《证据规则》第二条规定：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。《证据规则》的这一条规定即是“谁主张，谁举证”的具体内容。以《证据规则》的制定和颁布为标志，我国民事诉讼中法院与诉讼当事人的地位和关系正在由传统的职权主义向英美法系所采用的当事人主义转变。从证据制度来看，已经完成从人民法院“大包大揽”的全面调查取证向当事人举证为原则的转变。《民事诉讼法》第六十四条对此规定：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

2020 年 4 月 1 日起施行的新《证据规则》第二条第二款规定：当事人因客观原因不能自行收集的证据，可申请人民法院调查收集。这项规定确实对于完善“谁主张，谁举证”的证据制度、帮助法院查明事实、体现司法公正起到了很好的平衡作用。然而，由于人民法院面临审理的民事案件不断增多、审判人员长期处于紧缺的现实情况，必然需要继续释放部分依职权调取的证据。而庭审中心主义改革的另一个趋势是提高律师在民事诉讼中的地位和作用。两相结合，本来应由法院依职权调取的部分证据授权律师来向相关单位和个人收集并完成取证工作即顺理成章了。而新《证据规则》第二条第二款（原第十七条第三款）是释放这

## 诉讼程序及司法监督

部分职权的最佳选项。因此，这部分职权的来源是人民法院，是人民法院将《证据规则》第二条第二款规定由当事人及其诉讼代理人申请、本来应由法院依职权调取的部分证据材料通过签发调查令的方式授权给提出申请的当事人一方的律师代理人完成取证工作。也正因为这部分职权的来源是人民法院。因此，人民法院有义务对当事人提出的申请进行审查，批准后才予以签发民事诉讼调查令。而且，律师只是调查令的申请人。调查令签发和执行的主体都是人民法院，调查令的指向既不是申请的当事人，也不是当事人的代理律师，而是被调查机关和个人。因此，不予配合的被调查机关和个人对抗的并不是持令的律师代理人，而是签发的人民法院。律师代理人在持令向有关单位和个人调查时，从实质上看并不是纯粹地履行律师的职权，否则只要凭律师证即可，无需专门的调查令。因此，我们认为民事诉讼调查令的名称不宜简称作“律师调查令”。律师既不是调查令的签发主体，严格来说也不是调查令的执行主体，都是人民法院。因此，这是一种准司法权。也只有明确调查令的准司法权特性，才能真正发挥它的作用，减少被调查单位和个人的不配合现象。

### 三、对完善民事诉讼调查令制度的几点建议

#### 1、需要在立法层面明确民事调查令制度的法律地位

虽然与广东相似，各地已有关于规范民事诉讼调查令的制度性规范，但这些规范的层级普遍不高。应该在五部委《关于依法保障律师执业权利的规定》的基础上，通过立法将民事诉讼调查令制度的法律地位明确地固定下来。因此，建议修改现行《民事诉讼法》，增加相关的条文规定。或制定《民事证据法》，明确民事调查令的法律性质，并对不予配合的调查对象和个人作出妨碍民事诉讼的处罚方式，如罚款，警告等，甚至对严重的情形可考虑在《刑法》中参照妨碍公务罪定罪。

#### 2、对调查令的名称，应在立法中加以明确和统一

目前对调查令的名称，各地并不完全一致。有的称为律师调查令，有的称为协助调查函，也有的称为民事诉讼律师调查令。笔者认为，由于调查令并非由律师签发，律师调查令的名称容易造成误解，反而不利于取得被调查单位的配合。而协助调查函又不能凸显出“令”的权威性。考虑到该项制度现在主要运用于民事诉讼中，以及对今后仲裁程序中引入民事诉讼调查令的考虑，因此统一规范名称为“民事调查令”更为妥当。

## 诉讼程序及司法监督

### 3、需要进一步完善法官对民事调查令的审核作用

如要在司法实践中明确民事调查令的准司法权性质，就需要对律师制定更严格的申请及使用调查令的规范，并在《律师法》中完善相关律师执业纪律的处罚规定。同时，完善法官对民事调查令的审核作用。既不能阻碍民事调查令的签发，也不能让部分违法违规的律师滥用民事调查令。另外，参考广州等部分地区运用区块链技术的经验，实现民事调查令的全部在线办理，防止篡改。

对于调研中部分律师反馈的意见，如：调查令时限过短，受协助调查单位名称在申请调查令前无法确定，律师持调查令未得到被调查单位配合的情况下，是否法院必须自行调查等问题，完全可以通过法律共同体的讨论，找到一致的解决办法。

总之，只要我们进一步落实中央关于深化司法体制改革的相关精神，并通过相关立法完善民事诉讼调查令制度，并在此基础上建立中国特色的民事诉讼证据制度，就一定能体现司法为民、公正司法，推动“四个全面”，特别是全面建设依法治国目标的实现！

## 民事案由确定之律师实务分析

广东法丞汇俊律师事务所 陈婧

**【摘要】** 民事案件案由，实际指民事案件的基础法律关系。案由的确定关系到整个案件诉讼方向及案件结果的走向。尤其根据2020年5月1日起施行的最新修订的《关于民事诉讼证据的若干规定》，对于“当事人主张的法律关系性质或者民事行为效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的”情形，案由变更与否已不在是法院必须释明的情形。故对于起诉之初案由的确定及诉讼中案由错误后如何及时变更，成为了民事诉讼中需要审慎注意的关键。以下笔者结合经办的实务案例，作出简要分析。

### 一、案情摘要

王某与张某之间签署了《投资合同》，约定张某对项目的投资金额为50万，项目期3个月，项目结束时可享受100万定额收益，若项目失败，则承担一部分亏损（亏损金额不超过项目投资额）。协议签署后，因项目进行过程中遭遇亏损，王某便口头告知了张某项目亏损事宜，项目结束。两年后，张某以不知道项目概况为由，双方的投资款虽名为投资，但实为借贷向广州某区法院以民间借贷案由起诉。一审法院以双方签署的是投资协议，且经过庭审质证认定双方构成投资合作法律关系，而并非民间借贷法律关系为由直接驳回张某起诉。张某不服，上诉至广州中院，二审法院以当事人起诉的基础法律关系与查明事实不一致时，一审法院未对基础法律关系的性质作出释明为由，发回重审。

一审法院重审时，认为双方签署的投资条款中“关于项目结束时可享受定额回报100万元”指的是无论投资失败与否，均享有定额收益，与合作法律关系的共享收益，共担风险是相违背的，因此认定双方构成“名为合作，实为借贷”的法律关系，支持了张某诉请。王某不服，又针对该重审判决上诉至广州中院，二审法院首先查实，广州中院在裁定发回重审的案件中，张某确定其主张的是投资法律关系，故广州中院才据此发回重审，一审法院重新立案的案由已经由民间借贷纠纷变更为合作纠纷。但张某在一审法院立案后，又重新书写了《案由说明》，说明虽然张某变更案由为合作纠纷，但是仍然认为本案案由不应认定为合作合同纠纷。二审法院认为一审法院前后两次对本案的案由作出不一样的认定，其主要原因在

## 诉讼程序及司法监督

于对《投资合同》关于承担风险的条款认定不一致，经开庭询问当事人后，二审法院认为本案更加符合合作合同的性质，因而认定本案不构成借贷关系，最终驳回张某全部诉讼请求。

### 二、争议焦点

案涉《投资合同》性质如何认定？本案基础法律关系是民间借贷纠纷还是合作合同纠纷？

### 三、相关法条

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

#### （一）修改前

“诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第三十四条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求；当事人变更诉讼请求的，人民法院应当重新指定举证期限。”

#### （二）修改后

“诉讼过程中，当事人主张的法律关系性质或者民事行为效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，人民法院应当将法律关系性质或者民事行为效力作为焦点问题进行审理。但法律关系性质对裁判理由及结果没有影响，或者有关问题已经当事人充分辩论的除外。

存在前款情形，当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许并可以根据案件的具体情况重新指定举证期限”。

### 四、案例分析

（一）对于上述案例，笔者代理被告，历经两次一审，两次二审，最终得到胜诉结果。从本案的争议焦点来看，关键点在于双方签署的《投资合同》中关于利益分享和风险承担的约定是否符合合作纠纷的法律特征？终审判决的法官认为，张某投资 50 万，但 3 个月项目结束后能享有 100 万收益，该约定不符合民间借贷关于利息的约定；而关于风险分担，虽张某认为，合同约定按投资成本 50 万承担风险，却是在享有 100 万收益后再承担风险，终审法院认为这种理解与常理不符，最终认定双方构成合作法律关系。

（二）从整个诉讼的过程中案由的确定来看，在发回重审的庭审过程中，经法官释明后，张明确表明其主张投资合同而非借款合同。由此可看出，二审法院发回重审时也认定王某和张某构成投资合作法律关系，但其在发回重审的一审过程中仍然坚持以民间借贷纠纷作为案由，故最终二审败诉。

## 》》 诉讼程序及司法监督

（三）从证据规则的变动来看，因为本案的所有庭审均发生在《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》修改之前，故一审法院在发现当事人起诉的基础法律关系与认定的法律关系存在不一致时，法院有释明的义务，故本案才会发回重审。

### 五、如何选定案由

（一）律师在拿到案件时，首先应对案件的基础法律关系进行分析，对照最高人民法院发布的《民事案件案由规定》来确定适用的法律及对应的案由。其次，在基础法律关系比较接近无法确定案由时，可对照立案法院的相关近期案例来确定案由。最后，在立案时也可与立案庭法官沟通，笔者就曾经在广州某法院立不当得利案件时，得知对于合同无效后的不当得利之债应当以最开始的基础法律关系作为案由，而不能以不当得利作为案由。

（二）根据修改后的证据规则，法院在发现当事人起诉的基础法律关系与认定的法律关系存在不一致时，法院不再有释明的义务，律师只能根据庭审走向及法官归纳的争议焦点，来判断法院可能对案件的基础法律关系的认定，在辩论终结前变更诉讼请求，以达到不被驳回诉讼请求的目的。

### 六、结语

民事案由的选定可能日常为大多数人所忽视，实质上这也是诉讼案件需要审慎注意的关键环节，案由的正确选定是案件走向成功的第一步。

## 执行复议与执行异议之诉若干法律问题思考

广东羊城律师事务所 万由伟

**【摘要】** 在民事执行案中，被执行人对已生效的法律文书不能清偿债务，但对本案以外的第三人享有到期债权时，根据法律规定，执行法院可以依申请执行人或被执行人的申请，向第三人发出履行到期债务的通知。履行通知必须直接送达第三人。第三人在履行通知指定的期间内提出异议的，执行法院不得对第三人强制执行，对提出的异议不进行审查。第三人提起执行异议之诉，法院应不予受理。已经受理，应依法裁定在程序上予以驳回。

**【关键词】** 执行复议 执行异议之诉 适用法律问题

执行复议，是指在执行过程中，当事人和利害关系人，对执行法院作出书面驳回执行行为异议的裁定不服时，请求上级法院解决争议而提出的书面执行复议。

执行异议之诉，是指在执行过程中，当事人和案外人对执行标的实体权利有争议而向执行法院提出书面异议，对执行法院作出书面驳回执行异议的裁定不服时，请求执行法院解决争议而提起的诉讼。

两者在法律适用、救济途径、行使时效均有所不同。

### 一、适用的情形不同：

执行复议是在当事人、利害关系人对人民法院执行行为异议的裁定不服时向上级法院提出；而执行异议之诉则是在当事人、案外人认为执行行为违反法律规定或者案外人认为法院不应该执行该执行标的时，向法院提出诉讼。

### 二、救济途径不同：

执行复议的结果是终局的；而对执行异议的结果不服提起执行异议之诉的一审判决或裁定不服，可以向上一级人民法院提出上诉。

### 三、行使权利时效不同：

1. 执行复议的时效：《民事诉讼法》第 225 条规定：当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出

## 》》 诉讼程序及司法监督

书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起 15 日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起 10 日内向上一级人民法院申请复议。

2. 执行异议之诉的时效：《民事诉讼法》第 227 条规定：执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

案例：【见江西省某县人民法院（2018）赣 1030 民初 1045 号民事裁定书】

2016 年 12 月某日，原告龙某与江西省某昌县某担保公司等因民间借贷纠纷（标的 180 万），向江西省某县人民法院提起民事诉讼，要求某昌县某担保公司等归还其借款本金及利息，某县人民法院支持龙某部分诉求。后因某昌县某担保公司等没按已生效判决书履行自动还款义务，龙某向法院申请对某昌县某担保公司等（共五件案）强制执行。在申请执行阶段，被执行人某昌县某担保公司向执行法院（即某县人民法院）提交一份 2014 年 12 月某日的“借款协议”等材料，证明被执行人某昌县某担保公司与案外第三人江西省某物流公司有即将到期的 600 万债权收益。

2017 年 11 月某日，执行法院作出“执行裁定书”及“协助执行通知书”，裁定扣留、提取被执行人某昌县某担保公司在江西省某物流公司即将到期的借款 600 万元及利息收入。江西省某物流公司于 2017 年 12 月某日向执行法院提出书面执行异议，并用证据证明 2014 年 12 月某日的“借款协议”是虚假的，江西省某物流公司与某昌县某担保公司双方不存在 600 万元借贷关系等。后执行法院以《执行裁定书》的形式，驳回江西省某物流公司异议请求。

2018 年 1 月某日，江西省某物流公司将该执行案申请执行人龙某列为被告，向某县人民法院提起执行异议之诉，请求法院排除原告（即江西省某物流公司）在上述执行案中协助执行义务等。

2018 年 6 月某日，某县人民法院对该案进行实体上审理，认为“借款协议”是双方真实意思表示等，并以《民事判决书》的形式驳回原告的诉求。后原告不服，在法定期限内，上诉至江西省某中级人民法院。

2018 年 9 月某日，江西省某中级人民法院以原审法院判决事实认定不清为由，以《民

## 诉讼程序及司法监督

事裁定书》形式，撤销原审判决，发回原审法院重审。

在该案重审中，通过认真深入的庭审活动，重审法院查明事实认为，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》第五百零一条规定，人民法院执行被执行人对他人的到期债权，可以作出冻结债权的裁定，并通知该他人向申请执行人履行。该他人对到期债权有异议，申请执行人请求对异议部分强制执行的，人民法院不予支持。利害关系人对到期债权有异议的，人民法院应当按照民事诉讼法第二百二十七条规定处理。并引用《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第六十一条规定“被执行人不能清偿债务，但对本案以外的第三人享有到期债权的，人民法院可以依申请执行人或被执行人的申请，向第三人发出履行到期债务的通知。履行通知必须直接送达第三人”及第六十三条规定“第三人在履行通知指定的期间内提出异议的，人民法院不得对第三人强制执行，对提出的异议不进行审查”。

2019年9月某日，重审法院以“民事裁定书”形式作出驳回原告的诉求并退还全部诉讼费的裁定，并释明当事人可通过执行复议等程序进行权利救济。与此同时，2019年9月某日，重审法院又以《执行裁定书》的形式决定，中止该院（原审法院）“执行裁定书”及“协助执行通知书”的执行。

在该案二审、重审理中，笔者作为上诉人及重审原告代理律师，经历并参与该案多次的庭审诉讼活动，完全同意重审法院这一有事实和法律依据的处理决定。

此案一波三折，从起点到终点，又戏剧性从终点回到起点的裁判结果，的确耐人寻味。

思考一，在执行过程中，当被执行人不能偿付债务时，被执行人与案外第三人享有到期债权，执行法院应向第三人发出履行到期债务通知，并必须送达第三人。

思考二，案外第三人在履行通知期间内提出书面异议的，执行法院不得对案外第三人强制执行，对提出书面异议也不进行审查。

思考三，倘若案外第三人对执行法院下达执行裁定书有异议，可通过执行复议等程序进行司法救济。

综观本案，在执行法院对案外第三人江西某物流公司送达“执行裁定书”及“协助执行通知书”后，第三人在法定期限内提出书面异议书时，执行法院应根据上述法律规定，书面裁定中止“执行裁定书”及“协助执行通知书”的执行。此时，按常理，案外第三人协助执行义务已排除，会自动息诉。倘若案外第三人提起执行异议之诉，法院应不予受理。已经受理，应裁定依法在程序上驳回起诉。

## »» 诉讼程序及司法监督

---

显而易见，从本案的第三人执行异议之诉的重审诉求，被重审法院驳回的同时，重审法院又裁定中止“执行裁定书”及“协助执行通知书”的执行结果来分析，原执行法院在处理执行案涉及案外第三人对执行标的提出执行异议时，没有依法区别不同执行案件性质，没有区别执行复议与执行异议之诉两者不同法律关系，适用法律不当，进而导致第三人在法定期限内对执行法院提出“协助执行”提出书面异议书时，执行法院没有依法裁定中止上述“执行裁定书”及“协助执行通知书”，是欠妥的。同样道理，执行法院将本次执行纠纷以执行异议之诉立案并对实体进行审理，也是违反上述法律规定。

本案法律事实表明，只有查清案情，正确适用法律，才能对当事人及案外第三人在执行阶段的诉求作出合理合法的裁决，避免不必要的诉累，节约有限的司法资源。

## 物权期待权优于债权请求权

### ——案外人执行异议之诉中凭离婚协议排除强制执行情形

广东一粤律师事务所 刘建平

**案例类型：** 律师诉讼案例

**裁判文书案号：**

一审：（2019）粤 1971 民初 21523 号

二审：（2019）粤 19 民终 15222 号

**裁判文书生效时间：** 2019 年 12 月 26 日

**裁判机关：** 东莞市中级人民法院

**代理律师姓名：** 刘建平、曾远（实习）

**律师事务所名称：** 广东一粤律师事务所

**案情简介：**

1991 年 4 月 22 日，原告陈某与第三人张某登记结婚，成为夫妻，并陆续生有三个子女。夫妻关系存续期间，两人在宅基地上自建了案涉房屋，登记于第三人名下，登记时间为 1998 年 10 月 7 日。

2012 年 9 月 3 日，原告与第三人因感情不和在东莞市民政局办理了离婚手续，约定案涉房产及相应的土地使用权归原告所有，三个子女由原告抚养长大并承担抚养费。离婚后，原告与第三人去办理该房屋产权过户时因房屋存在超面积（222.40 平方米）、部分加建等情况被告知不能办理[见广东省实施《中华人民共和国土地管理法》办法]，导致该房屋至今未过户至原告名下。原告婆媳及三个子女一直居住在案涉房屋。2018 年 6 月 11 日，被告梁某以买卖合同纠纷为由，将原告及第三人作为共同被告在东莞市第一人民法院起诉，案号为：（2017）粤 1971 民初 27461 号，并将案涉房屋查封。败诉后又以不当得利纠纷起诉第三人，案号为：（2018）粤 1971 民初 20855 号，以继续查封案涉房屋，东莞市第一人民法院查明第三人因生意于 2017 年 2 月至 7 月收受被告款项欠下的个人债务，并判决第三人返还被告

## 诉讼程序及司法监督

632100 元及相应利息。二审调解结案并进入执行阶段，执行案号为：(2019) 粤 1971 执 5494 号。2019 年 4 月 15 日，原告对执行标的提出书面异议，要求解除对案涉房屋的查封。东莞市第一人民法院以 (2019) 粤 1971 执异 117 号执行裁定书，裁定驳回原告提出的执行异议，原告遂提起执行异议之诉。

被告认为，物权登记具有公示效力。根据权利外观主义案涉房产主第三人所有，本案强制执行具有法律依据，原告诉请应予驳回。

### 案件焦点：

1、原告提出其为案涉房产的实际权利人的主张是否能够成立；2、能否排除已在进行中的强制执行。

### 代理意见：

原告与第三人离婚时的财产分割协议经民政部门备案，合法有效，可以作为认定权益主体的依据。结合本案的具体情况，比较有关权益的形成时间和权益的内容、性质、效力以及对权利主体的影响，可以看出，原告为案涉房屋的实际权利人，对上述房屋享有物权，虽然房屋产权至今没有过户至原告名下，但并非原告的自身原因造成的，而是出于政策等原因所致，原告并无过错，且被告与第三人的债务发生在 2017 年，此时原告与第三人已离婚多年，原告不存在恶意逃避债务的主观故意，被告因金钱债务并非此房屋交易的相关事宜，故其对于案涉房屋不构成善意第三人，原告是案涉房屋的实际权利人，对案涉房屋享有足以排除强制执行的民事权益。

### 判决结果：

一审法院认为，本案为案外人执行异议之诉，争议焦点为：原告提出其为案涉房产的实际权利人的主张是否成立，能否排除执行。首先，陈某与张某于 2012 年 9 月 3 日签订《离婚协议书》，办理了离婚手续。双方在协议中约定案涉房产归陈某所有，张某须在协议签订后三日内协助陈某办理过户手续。原告称其与第三人离婚后曾向相关部门请求过户，但碍于房屋面积及广东省土地管理相关的法律法规等客观障碍致使房屋至今无法过户，因此案涉房屋至今未过户并非原告过错造成的。……参照《广东省实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》第三十六条的规定，原告主张有事实依据，本院对原告主张予以采纳。其次，《离婚协议书》就案涉房产归属进行约定后虽陈某、张某未办理变更登记，但不影响《离婚协议书》的合同效力。物权发生变动而未履行登记和公示程序的，所不能对抗的是善意第三人主张的

## 》》 诉讼程序及司法监督

物权，而非债权。而本案中，并不存在主张物权的善意第三人。再次，从《离婚协议书》的内容来看，陈某是案涉房产的实际产权人。在案涉房产办理过户登记之前，陈某享有的是将诉争房产的所有权变更登记至其名下的请求权，该请求为物权的请求权，具有排除执行的效力，原告的主张同样也有事实依据，本院予以支持。……判决如下：

一、确认原告陈某为东莞市南城区亨美管理区第五村 XX 号房产（房地产权证号：粤房地证字第 XX 号的实际权利人）；

二、解除对东莞市南城区亨美管理区第五村 XX 号房产的查封并停止对东莞市南城区亨美管理区第五村 XX 号房产的执行。

本案受理费 10800 元（原告已预交），由原告陈某承担。

一审作出后，被告梁某不服提出上诉，二审判决理由与一审无太大差异，判决结果：驳回上述，维持原判。

### 案例分析：

在认定产权归属的问题上，当前司法实践中存在两种观点：一是严格适用权利外观主义，不动产的所有权以房产部门的登记为准；二是结合实际权利人与名义权利人的关系，实际权利人对涉案标的物所享有的真实权利综合判断产权归属问题。在本案中，被告一再坚持案涉房产登记在第三人名下，因此可以被执行，我方的观点则坚持原告为案涉房屋的实际产权人，执行案涉房产本就有错，应当排除执行。

在之前被驳回执行异议中，人民法院对案外人申请的执行异议只做书面和形式上的审查，而设立执行异议之诉的目的在于保护相关民事主体对标的财产所享有的足以排除强制执行的合法权益，保护其不因标的财产被强制执行而遭受不可逆的损害。在执行异议之诉案件的审理过程中，根据个案的具体情况，判断原告就涉案房产所享有的民事权益是否足以排除强制执行，应从权利的形成时间、权利内容、权利性质以及对权利主体的利害影响等方面进行分析，作出实质性审查。

结合本案的案情，我们可以发现：

#### 一、 从被告与第三人不当得利债务形成时间上来看。

原告与第三人签署在 2012 年 9 月签署的《离婚协议书》是双方自愿达成的，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，且经国家机关备案，具有公示力及法律效力，可以作为认定原告为案涉实际权利人的依据。原告与第三人早于 2012 年 9 月 3 日已离婚，达成离婚协

## 》》 诉讼程序及司法监督

议对财产进行分割，而被告与第三人之间的债权债务关系的形成时间为2017年，原告对涉案房屋确权请求权要远远早于被告与第三人形成的债权。夫妻之间恶意串通通过离婚逃避债务损害债权人的利益，一般都发生在该债权形成之后，而原告与第三人协议离婚以及对涉案房屋的分割早于第三人对被告所负的债务近5年，由此足以排除原告与第三人具有恶意逃避债务的主观故意。

**二、从权利内容来看，原告对案涉房屋的请求权直接指向房屋，具有物权属性，应优先于被告的债权请求权。**

物权发生变动而未履行登记和公示程序的，所不能对抗的是善意相对人所主张的物权，并非债权。而在本案中，被告对第三人的权利为债权，并不是主张物权的善意相对人。

退一步来说，即使房屋未过户，原告对案涉房屋的请求权系债的关系，该债权请求权形成时间也远早于第三人对被告的债权请求权形成时间，也应优先于被告对第三人的债权。

**三、从债的性质上来看，被告对第三人的债权性质系金钱之债、普通之债、个人之债。**

根据（2018）粤1971民初20855号民事判决书与已经生效的（2018）粤19民终10899号民事调解书可知，被告对于第三人的债权为不当得利之债，该债权并未指向特定的财产，与案涉房屋无关，系金钱之债、普通之债。根据债的相对性，该债务至始至终都是第三人的债务，与原告无关，第三人的个人债务不应由原告负责偿还。

**四、案涉房屋由于客观原因至今未过户，并非因原告过错造成。**

原告与第三人在办理离婚手续后，曾依约到不动产登记机关办理涉案房屋的过户登记手续，但因为广东省实施《中华人民共和国土地管理法》对新建宅基地面积的限制及房屋存在加建等情形，涉案房屋受到宅基地使用地面积（222.40 m<sup>2</sup>）超标、加建等客观障碍致使未能过户到原告名下，原告并无过错。

**五、离婚后，原告和三个子女及前婆婆至今居住在案涉房屋内，是案涉房屋的实际占有和使用者。**

综上所述，在本案中，被告与第三人的债权发生在原告与第三人离婚5年之后，不存在逃避债务的主观目的，离婚协议合法有效，第三人的个人债务不应以原告离婚时分得的财产进行偿还。原告一直占有使用案涉房屋，被告与第三人之间的债权属金钱之债、一般之债、个人之债，原告对房屋的请求权应优先于被告对第三人的债权，现案涉房屋未过户系政策原因所致，原告并无过错，原告对案涉房屋享有足以排除强制执行的民事权益。

《民事诉讼法》第312条第二款：“案外人同时提出确认其权利的诉讼请求的，人民法

## »» 诉讼程序及司法监督

---

院可以在判决中一并作出裁判。”最高人民法院《关于执行权合理配置和科学运行的若干意见》第 26 条明确规定，人民法院的查封排除了其他法院关于该查封物的另案确权。因此，在案外人提出执行异议的同时向其他法院申请确权的，不应当支持。相反，人民法院应在执行异议之诉中一并处理确权问题。这一问题在 2019 年 11 月 14 日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 119 条中予以明确。

## 王某执行复议案件

广东连越律师事务所 苏晓

### 案情简介

王某是广州某集团有限公司（下称“集团公司”）的股东。集团公司曾在2014年6月至2016年3月期间持有广州某管理有限公司（下称“管理公司”）的股份，2016年4月份之后，集团公司将持有的管理公司股份全部转让，至此与管理公司没有任何关系。

2018年，管理公司因与李某等人诉讼纠纷，未履行生效裁判文书确定义务，被李某等向广州中院申请强制执行。广州中院将管理公司列入失信被执行人名单，并以证监会作出的处罚字[2018]X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>号《行政处罚决定书》为由，认定王某为管理公司的实际控制人，对王某采取限制高消费措施，王某于2018年9月11日收到《限制消费令》，因而获悉。证监会作出的处罚字[2018]X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>号《行政处罚决定书》内容涉及管理公司2014年9月至2015年8月的行为，并认定王某为管理公司的实际控制人。

随之王某向广州中院提起执行异议，请求解除限制高消费措施，广州中院驳回王某的异议请求。后王某向广东省高院申请复议。

### 案件结果

2018年12月29日，广东省高级人民法院作出执行裁定：撤销原执行异议裁定、撤销对王某的限制消费令。

### 案件分析

《最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》是最高院为进一步加大执行力度，推动社会信用机制建设，最大限度保护申请执行人和被执行人的合法权益，根据《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定而制定的。对被执行人实际控制人开具限高令，是为了通过实际控制人对被执行人的控制，敦促被执行人尽快履行生效法律文书。本案核心为广州中院认定王某是管理公司实际控制人的依据是否充分。

本案认定王某为管理公司的实际控制人的证据为证监会作出的处罚字[2018]X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>号《行政处罚决定书》。但该二份处罚决定认定的违法行为发生期间为2015年6月份至2015年8月份，而处罚决定中并没有对王某实际控制管理公司的时间进行认定，作出的实际控制

## 》》 诉讼程序及司法监督

人认定应仅及于违法行为发生期间，；且2016年3月份，集团公司已将管理公司的股权全部转让给第三方，再无参与过管理公司的经营管理。广州中院以前述《行政处罚决定书》作为2018年执行案件中限制消费令的依据缺乏事实依据。

王某因不服处罚字[2018]X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>号《行政处罚决定书》，向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼，证监会在行政诉讼案件中提交《行政答辩状》，载明：我会处罚决定书认定的事实即为王某为涉案期间管理公司的实际控制人。相关行政判决书也明确：证监会对王某作为管理公司的认定仅及于2014年9月至2015年6月期间。本案审理过程中，经办律师及时补充提交上述新证据，补强证明王某并非管理公司的实际控制人。

最终，广东省高院采纳我方意见，认定广州中院认定王某为管理公司实际控制人的依据不足，撤销原执行异议裁定和对王某的限制消费令。

### 结语和体会

企业实际控制人不像法定代表人等通过工商登记、公司章程等形式要件即可作出认定，因此对实际控制人的认定应当通过更加严格的事实、证据进行审查判断。否则错误采取执行措施，不仅无益于敦促被执行人单位履行法定义务，还给遵纪守法的民营企业及其相关企业形象产生负面影响，直接对民营企业的正常经营活动造成阻碍，造成民营企业经济效益的损失，损害民营企业、民营企业家的合法权益，破坏民营企业的良性发展。

## “民事审判人员违法行为” 检察监督基本问题分析

——兼评《民事诉讼法》第 208 条第三款

广东盈隆律师事务所 任永鸿

**【摘要】** 民事审判人员违法行为检察监督，是民事诉讼法规定检察权行使的一种新类型案件。司法界与学界对于该类案件的监督范围、监督对象和监督方式等基本问题，少有实践与研究，本文旨在运用民事诉讼法原理与实践理性，从司法实务的角度分析以上基本问题，为确定类型化案件的办案思路和修正坊间错误的办案方法，提出明确的可操作的解决方案。

**【关键词】** 审判人员违法 检察监督 基本问题 民事诉讼法

现行的民事诉讼法，是 2012 年 8 月 31 日全国人大常委第二次修改而成，于 2013 年 1 月 1 日起施行至今，其第 208 条第三款规定：“各级人民检察院对审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为，有权向同级人民法院提出检察建议”，该规定系检察机关办理“民事审判人员违法行为”类型监督案件之权力法源，也是目前唯一的法律依据。

### 一、检法冲突案例<sup>1</sup>与问题的提出

2014 年 8 月，山西省太原市中院对一起股权转让纠纷案作出一审判决，原告胜诉，被告向山西省高院提起上诉。二审中上诉人发现审理中存在违法情形，多次向合议庭及法院相关领导书面反映提出质疑，始终未得到任何回应。经过 8 个多月审理，山西省高院于 2015 年 6 月 2 日裁定“撤销原判，发回重审”。嗣后，上诉人向山西省检察院提出申请，请求对山西省高院二审程序中发生的违法情形进行法律监督。

山西省检察院于 2015 年 10 月 9 日向山西省高院发出长达近万字的《检察建议书》，其中指出该案二审法院存在三方面违法行为：“调查取证违反法律法规，审理期限超出法定期限，裁定文书不符合相关要求”，遂“根据《民事诉讼法》第 208 条第三款的规定，特提出检察建议，建议你院予以纠正”，并要求“在收到检察建议后一个月内将处理结果书面回复本院”。

<sup>1</sup> 案例参见：张剑：《检察建议引省级检法博弈》，《财经》杂志 2015 年报道。

## 诉讼程序及司法监督

2015年11月16日山西省高院作出书面回复，其中称“合议庭根据当事人的申请依职权调取证据的行为不属于人民检察院向同级人民法院提出检察建议的情形”、“裁定文书如何表述不属于人民检察院向同级人民法院提出检察建议的情形”。

山西省人大内务司法委员会于2015年11月20日专门向山西省高院发函，要求“慎重处理并报结果”。山西省委政法委对这份《检察建议书》亦十分关注，也要求省高院报告处理结果。该案引发省级法检两院的争议与不调其结果如何，未见诸报端。

上述检察院引用民事诉讼法第208条第三款规定予以监督，为何法院回复称案件所列情形不适用该规定呢？一个看似简单明了的条文，因其定语复杂、措施混同，在司法实践中引发巨大争议，不止于法检两院，法律学界均因缺乏实操案例也成果匮乏。

笔者以为究其原因之一，起码是对该类检察监督案件没有梳理和明确如下基本问题所致：1、**监督对象**：民事审判人员？民事审判违法行为？还是兼有？2、**监督范围**：正在审理中的案件？已经审结的案件？还是兼有？3、**监督方式**：个案纠正违法？类案改进工作？还是兼有？只有从法理上解决了基本问题，才可能在实践层面达成共识，共同维护司法权威与司法公正之制度价值。

## 二、各界对民事诉讼法第208条第三款的定性争议

### （一）全国人大常委会

立法目的：“及时纠正人民法院审判工作失误”。该机构认为，民事诉讼法第208条是关于人民检察院对生效判决、裁定、调解书提出抗诉或者检察建议的规定，同时认为，检察建议比抗诉的适用范围更广，除了在审判监督程序中发挥作用外，检察建议还可以用于帮助人民法院发现其他审判程序中审判人员的违法行为，及时纠正相应失误。<sup>2</sup>

### （二）最高人民法院

1、“建议删除”。其理由：一是审判监督程序以外的其他审判程序，不属于对生效判决予以救济的审判监督程序篇的内容，二是应当尊重诉讼的基本规律。但是由于两高会签文件的惯性和其他原因，没有被删除。如何操作，尚待司法实践进一步实践和探索。<sup>3</sup>

2、属于“改进工作建议”。其认为，该条第三款属于限于对审判人员违法行为提出改进工作性质的检察建议。<sup>4</sup>

<sup>2</sup> 全国人大常委会法工委编：《中华人民共和国民事诉讼法释义》（最新修正版），法律出版社2012年9月第2版，第504页。

<sup>3</sup> 最高人民法院民事诉讼法修改研究小组：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》，人民法院出版社2012年9月第1版，第487-488、490页。

<sup>4</sup> 最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解

## 诉讼程序及司法监督

### （三）最高人民法院

1、“拓展了监督范围”。该院认为，民事诉讼法第 208 条规定了检察机关对民事诉讼的监督范围涵盖到了整个民事诉讼过程，既包括对作为诉讼结果的生效判决、裁定、调解的监督，也包括对生效裁判结果、调解执行的监督，还包括对审判程序中审判人员违法行为的监督。

5

2、对人与对事的综合性监督。该院将对民事诉讼法第 208 条第三款的理解，落实到了《人民检察院民事诉讼监督规则（试行）》（下称《监督规则》）之中，第七章“审判程序中审判人员的违法行为”中第 99 条规定，该类案件包括：典型程序违法、审判人员违纪、调解与不适用再审的裁判三类。

### （四）学界

1、“对人的监督”。有学者认为：民事诉讼法第 208 条第三款规定的惩治违法检察建议，其监督对象是审判人员的职务活动，监督条件是发现审判人员有违法行为，监督任务是追究违法人员责任，自此，民事检察制度在法律上明确规定了对人监督措施，是一次重大的制度完善。<sup>6</sup>

2、“诉中监督”。也有学者认为：民事诉讼法第 208 条使用一款专门对诉中监督加以规定，并从监督主体、范围、对象、方式、程序等方面明确诉中监督的主要内容。<sup>7</sup>

由上可知，各界对民事诉讼法第 208 条第三款所规定的检察机关监督“民事审判人员违法行为”的范围、对象与方式等基本问题，并无统一的共识。尤为关键的是，最高人民法院的反对态度与保留观点，最高人民检察院的制度化扩张姿态，恐是两院争端之源，不能不详察。

## 三、对民事诉讼法第 208 条第三款的评析

民事诉讼法第 208 条第三款前段所引发的争议较大，涉及监督对象与范围的问题，从其语法上看，全句的落脚点在于：违法行为，即为“事”，其定语中的三个关键词组需要逐一解读。

### （一）解读

1、“审判监督程序以外的”。审判监督程序，其又名再审程序，是以生效裁判为监督对象，发现其确有错误而提起并对案件重新审判的程序。有专家解释，之所以法条要将审判

与适用》下册，人民法院出版社 2015 年 3 月第 1 版，第 1107 页。

<sup>5</sup>郑新俭（时任最高人民检察院民事行政检察厅厅长）：“民事诉讼法修改对民行检察工作的影响及应对”。

<sup>6</sup>孙加瑞：《民事检察制度新论》，中国检察出版社 2013 年 9 月第一版，第 216-217 页。

<sup>7</sup>汤维建主编：《新民事诉讼法理解与适用》，中国检察出版社 2013 年 1 月第一版，第 102 页。

## 》》 诉讼程序及司法监督

监督程序除外，是因为检察机关自己已经参与在审判监督程序之中，自然会对正在参与的程序进行监督，是不言自明的，没有必要在法条中注明；其二，审判监督程序的目的就是启动再审，已经再审了，即已经进入审判监督程序了的，就不必监督了。

申言之，既然审判监督程序的监督对象是生效裁判，包括作出生效裁判的终审法院，那么，审判监督程序以外的监督对象，就不能是生效裁判及其终审法院。对于作出生效裁判的审判人员违法行为，即已结案件的程序违法行为，包括民事诉讼法第 200 条第四、五、七、八、九、十、十一、十三等八种情形，在民事诉讼法第 208 条第一、二款规定中，规定了相应的检察监督方式：抗诉、提请抗诉与再审检察建议，不可能再在第三款又对相同的监督对象予以不同方式的二次监督。易言之，检察机关除了对审判监督程序本身不能适用第三款监督外，对于已经作出终审裁判结果的审判行为也不能适用该款监督。

2、“其他审判程序中”。除了审判监督程序，其他审判程序当然是指一、二审普通程序和非讼程序。最高法院民事诉讼法司法解释第 414 条规定了不适合再审程序的非讼案件类型：特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序以及解除婚姻关系的案件，对其裁判结果发生错误的，都依单独程序进行救济，当事人不得申请再审，检察院也不得进行检察监督。那么，第三款使用“中”字的本意，排除了对裁判结果的监督，强调的是发生在正在进行的上述审判程序中的违法行为，可以监督。

3、“审判人员的”。审判人员的违法行为，指的是审判人员在审判活动中违背现行法定程序的作为或者不作为。有人提出，任何审判行为都是审判人员作出的，为什么要对违法行为加上审判人员的限制呢？其定语意义在于，一方面，区别非因审判人员的违背现行法律规定的行为及其错误，因为客观上某些问题出现是制度或者程序原因导致；另一方面，排除了对参与诉讼活动的当事人及其他诉讼参加人的违法行为的检察监督权，这样的定位，符合民事检察的基本属性之一：对公权力的监督。司改过程中，有人建议扩大民事诉讼法总则第 14 条关于检察监督权的范围，由原来的监督民事审判活动，修改为监督民事诉讼，但是，从立法原意上，其只是解决监督范围，既包括审判活动又包括执行活动，并非解决监督对象从审判人员扩大到当事人和其他诉讼参加人。

### （二）评析

通过以上的解读之后，再来看看民事诉讼法第 208 条第三款与第一、二款的关系。第一、二款规定的是在审判监督程序中，人民检察院对生效裁判、调解书的监督权，意味着其只能对生效裁判、调解类型监督案件采取提出抗诉和再审检察建议两种监督方式，追求可以逆转

## 诉讼程序及司法监督

的纠错程序。第 200 条涉及的程序违法事项，均是严重损害当事人诉讼权利的行为，构成启动再审的事由，如果终审法院没有第 200 条规定的严重违法情形，而是一般的程序违法行为，即为立法“可容忍的瑕疵”，并不在民诉法制裁的范围内，归属于不可逆转程序的问题。所以，第三款不是对第一、二款范围中同一监督对象的其他程序违法情形的补充，而是另起炉灶，针对正在审理中的审判违法行为进行检察监督。

综上，第三款的制度功能，正如立法机关的释义中所言，是帮助法院纠正程序违法或者失误，且能够及时纠正的。换言之，属于个别纠错或者纠违性质的监督方式，而不是针对不是违法行为的改进工作类型的检察建议。申言之，既然是纠错性质的监督措施，就不是针对人员的监督措施。从立法逻辑上看，该款规定应当针对一审、二审以及非讼程序中的程序违法问题，分别置于其后规定，不应当放于审判监督程序环节中，以免造成理解上的混淆与争议。那么，审判监督程序之内的，即发现作出生效裁判的终审法院的一般程度的程序违法，不可能及时纠错和逆转，但能发现符合发出改进工作建议的情形的，检察机关应当依照其他相关规定发出改进工作类检察建议。

回应文初提出的问题，民诉法第 208 条第三款只规定了以下内容：1、监督对象，只限于民事审判违法行为，不包括作出违法行为的审判人员；2、监督范围，只限于正在进行的一、二审和非讼程序案件，不包括已经审结的案件；3、监督方式，只限于发出能够及时纠正的个案纠正违法检察建议，不包括类案和改进工作性质的检察建议。

民诉法修改在司法改革若干文件之后，关于对民事诉讼中司法人员渎职行为、其他不适宜再审的审判活动的监督等司改成果，立法者没有一揽子解决与回应，而是留下新的争议，促使司法实践通过案例和研究给未来修法争取进步空间。

### 四、对《监督规则》第七章的评析

现行《监督规则》出台于 2013 年 9 月 23 日，时隔民事诉讼法修改决定发布一年，是继 2001 年《人民检察院民事行政抗诉案件办案规则》之后，民事诉讼检察监督工作最重要的司法解释，发挥了规范和发展民事检察工作的重要作用，其围绕民诉法第 208 条第三款赋予的监督权，专门设置第七章“对审判程序中审判人员违法行为的监督”，却将除对适合再审的生效裁判和对执行活动监督之外的民事诉讼监督，统统纳入其中，不免有法律适用的不畅与模糊。

#### （一）解读

1、第 97 条规定了检察机关理解的民诉法第 208 条第三款规定的“审判程序”范围，但

## 》》 诉讼程序及司法监督

是其将“审判监督程序”包含在内，明显不符合法条语义。那么，《监督规则》的用意，可能源于民事诉讼法总则第十四条“人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督”的制度安排，将监督原则落实于具体的监督规则之中。

2、第99条规定检察院可以提出检察建议的13种审判程序违法情形，分为典型程序违法、审判人员违纪、调解与不适用再审的裁判三类。其一，该条结构上没有如第76、87、98条那样表述检察权行使的法条依据，也没有以符合该专章的独特姿态明确案件出口的依据是民事诉讼法第208条第三款；其二，该条与第100条一样，没有区别检察建议的性质与内容，实践中不能单独靠引用该条得出相应的适合的有约束力外观的建议；其三，在该类型化案件专章语境下，没有区别在审与已结、对人与对事的实践必须的各种分类及其依据。

3、第99条第一、二项，将不适合再审的裁判结果、违反自愿原则或者内容违法的调解书纳入其中，与专章题义不和。从立法逻辑和体系上讲，该二项涉及的是审判结果问题，不属于程序中的违法行为范围，应该纳入第六章对生效裁判、调解的监督方式来作补充性质的规定，作为除抗诉、提抗、再审建议之外的特例。当然，从监督方式这个角度考虑，一并将其纳入第七章，统一适用非再审的检察建议也是有道理的。

### （二）评析

人民检察院对人民法院审判程序违法行为发出的检察建议，不具有抗诉的程序刚性，其实质是司法协商性质的监督。既然如此，检察机关为何还可以在民事诉讼法第208条第三款立法目的和文意之外，增加监督权边界和监督措施呢？

2012年民事诉讼法修改决定出台之前，中央提出“完善检察机关对民事、行政诉讼实施法律监督的范围和程序”的司法改革任务，由中央政法委主导、两高落实司法改革工作，联合出台了五个涉及民事诉讼检察监督的规范性文件，是两高对一些基本问题的共识成果，应该得以遵守，其中没有与民事诉讼法修改决定和司法解释冲突的条文，至今仍然有效。

经梳理，与民事审判人员违法行为检察监督相关的司改文件及其规定有：

1、两高《关于对民事审判活动与行政诉讼实行法律监督的若干意见（试行）》（下称《两高民行法律监督意见》（2011年3月10日）第九条第一款规定：“人民法院的审判活动有本意见第五条、第六条以外违反法律规定情形，不适用再审程序的，人民检察院应当向人民法院提出检察建议”，由此可见，不适用再审程序的违法审判活动，不仅仅是指第五条、第六条关于生效裁判、调解书等审判结果监督，还包括了审判过程监督，既包括普通诉讼程序又包括非讼程序。这可以成为《监督规则》制定者“一网打尽”除民事诉讼法第200条程序规

## 诉讼程序及司法监督

定生效判决案件严重违法之外的一般违法审判行为的法源。

2、两高三部（公安部、国家安全部、司法部）《关于对司法工作人员在诉讼活动中的渎职行为加强法律监督的若干规定（试行）》（下称《渎职监督规定》（2010年7月26日），涉及民事诉讼中的渎职行为包括在第三条第十二项中：其他严重违反民事诉讼法、行政诉讼法，不依法履行职务，损害当事人合法权益，影响公正司法的诉讼违法行为和职务犯罪行为；第七条“可以询问当事人或者知情人”、第十条第一项“移送犯罪线索”、第二项“向被调查机关发出纠正违法通知书，并将证明其渎职行为材料按照干部管理权限移送有关机关处理；建议更换办案人”、第三项“可能影响案件正确判决、裁定的，提出抗诉”，均规定了民事诉讼检察监督中，对实施违法审判行为的审判人员可以采取的调查方式、监督措施等程序，属于“对人监督”制度，回应了《监督规则》中是否可以规定对违法的审判人员采取发出检察建议等措施。

由上观知，其他司改文件也是解决民事检察办案工作法源的工具，回应了司法实践中的争议问题，也回答了文初提出的问题：1、监督对象：依照《渎职监督规定》可以监督违法行为的审判人员；2、监督范围：依照《两高民行法律监督意见》可以监督生效判决案件审判过程中的审判人员违法行为；3、监督方式：上述两个司改文件都是发出个案纠正违法性质的措施，而对于改进工作性质的检察建议，则在《监督规则》第122条予以了规定，即人民法院相关制度管理或者类案问题，可以发出改进工作建议。

简言之，“民事审判人员违法行为”检察监督相关制度属于复合型规定性质，需要对应复合型监督措施完成。至此可知，文初提出的三个基本问题，可以从以下图示中得到答案：





## 五、结语

通过以上分析，解决了“民事审判人员违法行为”监督类型化案件相关三个基本问题及其法源，在实践运用中，需要根据个案不同情形，照顾监督效果的前提下，选择恰当的监督方式：个案纠违能否实现？类案改进是否充分调研？有些案件还需要运用综合性的监督方式推进错误的改进与公正的实现。

回应文初提到的检法冲突的案例，在没有理清基本问题之前，两个省级司法机关在认知上有失偏差、处理上有所错位。冲突的根源，在于山西省检察院选择的监督方式失当：二审发回重审后，其原有的二审程序错误不可能逆转性及时得到纠正，不能适用个案纠正违法监督方式，因此，其检察建议中要求山西省法院在一个月之内处理和纠正是不可能实现的。如果换成着眼于建议法院规范和改进今后审判工作的检察建议，法院接受度会增大很多。相应的，山西省法院回复称检察机关监督所指的程序违法情形不符合向其发出检察建议的范围，也是对该类案件的监督范围与对象认知不足，所致的应对失据。

要增强检察建议的监督刚性，不外乎体现在三方面：查明事实、精准用法、理性协商，也不单是建立在本文所讨论的基本问题认知上，更重要的是要认识和熟悉民事诉讼规律、案件运行轨迹，立足于基本的诉讼法理论与制度，做到有所为，也有所不为。

完