



目录 CATALOGUE

疫情当前，如何实现公共利益与个人信息保护的平衡.....	1
业主拒绝收房权利探究.....	7
分手后，你的微信转账能要回吗？.....	14
包租公司跑路，房东和租客怎么办？.....	19
浅析居住权的理解与适用.....	28
劳动合同变更的道与术.....	33
以腾讯与老干妈一案为引，简析保全错误法律责任承担问题.....	39
从表见代理角度浅析“逗鹅冤”.....	45
塑胶行业应收账款管理：债权凭证风险管理.....	54
离异家庭中残障儿童的抚养费承担问题.....	60
随手转发的朋友圈，竟然被告知要赔 20 万？.....	65
论无民事行为能力人的离婚代理问题.....	70
借张恒与郑爽一案，浅析代孕关系中存在的重点法律问题.....	75
被怀疑盗窃遭到盘问时意外猝死的责任承担评析.....	80
未经同意牵走他人宠物造成第三人损害的责任承担评析.....	84

疫情当前，如何实现公共利益与个人信息保护的平衡

罗毅 发现律师事务所主任

杨露 发现律师事务所实习律师

2020年新年伊始，一场突如其来的疫情席卷全国，举国上下开启抗疫攻坚战。如今凛冬又至，疫情逐渐出现反弹之势。据四川省卫健委通报，12月8日，成都市新增数例新冠肺炎确诊病例。其中，一名20岁确诊女性赵某引发广泛关注，起因在于一张记录着赵某近五日来行动轨迹的截图。该截图显示赵某于两日内多次出入数间酒吧，一时间，全网掀起关于当代年轻人夜生活应当如何度过的激烈讨论。

抛开此论题，笔者更关注的是在这张被争相转发且来源不明的截图中，不仅详细记录了赵某的行动路线，其真实姓名、详细住址、身份证号码等信息均赫然在列，而这些信息显然并非疫情防控所必须公之于众的内容。

对于此事，成都警方第一时间介入调查，涉案人员王某因违反《中华人民共和国治安管理处罚法》相关规定被依法予以行政处罚。

这不禁让人联想到今年年初发生的返乡者信息泄露事件，在新冠肺炎疫情爆发后不久，有超过7000名武汉、湖北返乡者的个人信息被大肆泄露，这些信息精确到个人姓名、身份证号码、户籍地址、家庭住址、手机号、车牌号甚至车票航班信息等，致使其人身和财产安全受到严重威胁甚或遭受实质损害。

疫情当前，没有人能独善其身，面对维护公共利益与尊重个体隐私的双重压力，利益平衡成为疫情防控工作的严峻挑战。对此，本文重在探讨疫情期间维护公共利益与保护个人信息的行为界限与利益平衡问题。

一、个人信息保护的法律定位

1. 个人信息的法律内涵

在我国，以法律形式首先明确个人信息概念的是 2016 年颁布的《中华人民共和国网络安全法》，该法第七十六条规定：“个人信息，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。”其后颁布的《民法典》在此基础上，增加了具体个人信息的种类列举，将电子邮箱、健康信息、行踪信息列入法条。

简而言之，个人信息即可以识别特定自然人的数据，其关键在于可识别性和有载体性。个人信息所蕴含的法律保护权利十分丰富，能够分别对应包含姓名权、隐私权、肖像权、名誉权等在内的具有人格性质的权利。一般情况下，自然人个人信息所涉及的公共利益微乎其微，法律对此保护的主要目标是个体利益。

2. 我国关于个人信息保护的法律规定

除《民法典》对个人信息保护有较为原则性的规定，例如第一百一十一条：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”2018 年 5 月颁布施行的《信息安全技术个人信息安全规范》是目前个人信息保护领域最重要的国家标准，该规范规定了个人信息的使用、收集和储存，另外关于信息主体查询、删除等权利方面也有明确规定，对于个人信息保护起到了较大保障。此外，《妇女权益保障法》《电信和互联网用户个人信息保护规定》《中华人民共和国电信条例》《互联网电子邮件服务管理办法》《商用密码管理条例》《旅行社条例实施细则》《商业银行法》等法律法规及行业规定，主要是从不同的行业领域对公民个人信息给予保护。

对于公共卫生突发事件中的个人信息保护，目前只有《传染病防治法》《突发事件应对法》及《突发公共卫生事件应急条例》等法律规定中的部分条文有所涉及。此次新冠肺炎疫情防控期间，中央网信办发布了《关于做好个人信息保护利用大数据支撑联防联控工作的通知》，对公共卫生事件中个人信息的收集、使用进行法律规制。

总体来说，目前我国关于个人信息保护的法律规定具有操作性较弱、体系性不强的特点。2020年10月21日，全国人大法工委公开就《中华人民共和国个人信息保护法（草案）》征求意见，这预示着酝酿已久的个人信息保护法将于不久后出台。届时，我国公民的个人信息保护将会得到更加强有力的法律保障。

二、个人信息在疫情防控中的重要性

年初发生的疫情导致交通停运、企业停产、学校停课等一系列不良反应，给经济和社会造成了重大不利影响。随着疫情的蔓延，国际疫情局势更加严峻，致使国际贸易也遭遇重创，进而导致不少企业裁员甚至破产，劳动仲裁案件猛增，公民个人生活质量下降。对于卷土重来的疫情危机，只有在尽可能短的时间内遏制疫情肆虐，才能将经济损失降到最低。因此，从国家整体利益的角度看，对确诊患者的个人信息在一定程度上的公开是必要的，在实践中也是采用了此种公开方式来排查密切接触者。从我国对个人信息保护的法律规定可以看出，对于确诊患者所公开的信息确实属于法律保护的个人信息范畴，应当依法得到保障。但是笔者认为，适度公开确诊患者的个人信息既具有法理依据，同时也具备现实必要性。

（一）从法学理论的角度来看

个人信息在疫情防控中的公开实际触及到公共利益与个人隐私的边界问题。个人信息概念的产生根源就在于对个人利益的考量与保护，因此个人利益是个人

信息保护不可或缺的天然属性。但在个人利益和公共利益产生冲突的特殊情况下，需根据价值位阶原理，衡平个人利益和公共利益，在一定范围内对个人信息保护进行相应的调整，将公民对其个人信息的控制权移交政府，以达到提高社会管理效率，节约维持社会秩序成本的目的。这一点在我国法律规范中亦可找到可行依据，民法典第 1036 条规定在处理个人信息的行为中“为维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的其他行为”，行为人不承担民事责任。

（二）从实践角度来看

对确诊患者个人信息的适度公开对疫情防控工作具有必要性，具体来说：

第一，就新冠肺炎的治疗防控来说，新冠肺炎患者的个人信息，例如地理位置、行踪轨迹、住宿信息、健康信息、病理信息等，是医学专家分析疫情传播和研究预防治疗新冠肺炎的基础数据。

第二，及时公布确诊患者的行动轨迹有利于相关场所第一时间采取隔离、检测措施，理论上可以做到限制潜在患者的流动和传播，从源头切断病毒进一步传播的可能性。

第三，在疫情爆发初期，出现部分确诊患者刻意隐瞒其武汉旅居史，导致部分医护人员和密切接触者被隔离感染。不少地方公安机关对于此种恶性行为进行了立案侦查，一定程度的信息公开能够有效避免此类事件的再次发生。

第四，对于广大民众来说，可以起到自我排查、增强自我防护意识的作用，并可减少因确诊患者信息不透明导致的恐慌。

三、保障公共利益和保护个人信息的平衡

个人信息权利在疫情期间的让渡并不意味着对个人信息保护的漠视。《中华人民共和国传染病防治法》第 12 条规定：“在中华人民共和国领域内的一切单

位和个人，必须接受疾病预防控制机构、医疗机构有关传染病的调查、检验、采集样本、隔离治疗等预防、控制措施，如实提供有关情况。疾病预防控制机构、医疗机构不得泄露涉及个人隐私的有关信息、资料。”因此，即使是在抗击疫情的特殊时期，任何有关保护个人信息的规定也并未宣告失效，违反法律对于个人信息保护的规定，仍然会被追究法律责任。这就说明在疫情期间对确诊病患个人信息的公开更需把握一定尺度和原则。

第一，把握主体合法的原则。具体体现在收集信息的主体的合法性以及公布信息主体的合法性。对确诊患者信息的收集应当由专业医护人员或者公安机关依法进行询问和调查，其他任何主体不得对病患的个人信息进行非法收集。对于信息公布的主体，应为疫情期间对疫情防控工作负主要责任的政府机关，并通过官方渠道予以公布，任何其他组织和个人无权对确诊患者的个人信息以任何方式进行泄露。

第二，把握范围合理的原则。疫情期间公布确诊患者的个人信息实际上已经造成对其合法权益的损害，在此背景下，必须把握公开信息范围的合理性，力求把对患者个人的伤害降到最低。对于确诊病例个人信息应当有选择性地公开，其范围应当限定在有利于疫情防治的限度内，例如患者在一定期限内的行动轨迹、旅居地点、病理情况等。对于防控疫情并无实质性作用的患者个人信息，如真实姓名、身份证号码等，任何组织和个人不应以任何方式予以公布，否则应当追究其法律责任。就像央视新闻中提到，不论成都确诊女性是否需要为疫情传播承担责任，这都不是曝光其个人信息的理由。她的个人生活不该是公共话题，防疫才是。

第三，把握程序正当的原则。公布患者个人信息除了应当遵循公布主体内部的工作流程，更重要的应当保障当事人的知情权。在对患者个人信息进行公布之前，应当采用合理方式告知其本人，告知内容应当包括公开信息的具体内容、发

布时间、公开渠道等。

四、结语

在艰难持久的全民疫情防控工作中，我们既要竭尽全力万众一心抗击疫情，也应保障公民个人的合法权益不受恶意侵害。这不仅需要政府部门的积极作为，更需要全体民众的共同参与。对于普通个人来说，做好自身防护的同时，保持对每一位患者最基本的尊重和善意，就是对抗疫工作做出的最重要贡献。针对新冠肺炎疫情期间的相关法律问题，发现律师也将持续予以关注。

业主拒绝收房权利探究

王维新 发现律师事务所高级合伙人

伍陈凯 发现律师事务所专职律师

近年以来，在各大房地产开发企业房屋交付过程中，频繁出现群体性“维权事件”，甚至在某些地区出现了“交房必闹”现象。维权业主往往认为开发企业所交付房屋质量存在问题、配套设施不完善或存在大量的虚假宣传，并以此为由拒收房屋。

那么在商品房买卖合同关系之下，在开发企业交房过程中，业主是否有拒收房屋的权利呢？业主拒收房屋又会产生什么样的法律后果呢？

我们认为，根据法律规定仅在房屋不符合质量要求且无法达到合同目的即房屋未达到法定交付条件，或未达到合同约定的交付条件时，业主才享有拒收房屋的权利。故在收房过程中，广大业主应当重点关注商品房是否达到了法定及约定的交付条件，如房屋质量不符合法定或约定要求，应合理拒绝收房；如房屋质量符合法定或约定要求，则应积极办理收房手续，以避免承担不必要的风险，造成自身损失。

本文笔者结合多年为开发企业提供法律服务的经验，就【开发企业通知交房，业主达到何种条件有权拒收房屋？业主应如何理性维权？】从《民法典》的具体规定出发进行分析总结，以期帮助业主理性维权，最大限度保障业主权益。

一、业主拒收房屋的主要原因

维权业主拒收房屋通常以开发企业所交房屋质量不合格、实际呈现与沙盘及购房时置业顾问宣传效果有出入、配套设施不齐全、绿化品质过低、整体低于周边楼盘品质、开发企业未达到规划设计条件等为由，认为所交付房屋不符合交付

条件，并要求开发企业进行多项整改达到业主要求后才愿意办理接房手续。

二、业主拒收房屋的法律依据

《中华人民共和国民法典》第六百一十条：“因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。”

就商品房买卖合同关系而言，“房屋质量要求”应以法律强制性规定以及《商品房买卖合同》约定为准，“合同目的”系房屋能够正常使用，故房屋若不符合质量要求致使无法使用，业主享有拒收权，反之，如房屋符合质量要求的，则业主不享有拒收权。

三、房屋质量要求

（一）商品房法定交付条件

1. 五方主体出具《竣工验收报告》即达到法定交付条件

《中华人民共和国建筑法》第六十一条：“建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用”，《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十七条：“房地产开发项目竣工，经验收合格后，方可交付使用。”之规定，房屋所在房地产开发项目竣工，经验收合格后，可交付使用。

根据《建设工程质量管理条例》第十六条：“建设单位收到建设工程竣工验收报告后，应当组织设计、施工、工程监理等有关单位进行竣工验收。”之规定，即房屋达到法定交付条件则须房屋所在开发项目经建设单位、施工单位、设计单位、监理单位、勘察单位竣工验收合格。

实践中，开发项目经五方主体验收合格应出具《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收报告》，即若该报告作出的，则开发项目已达到法定交付条件，

房屋符合法定质量要求。

2. 《竣工验收备案》并非法定交付条件

笔者了解到部分楼盘业主会以开发企业仅取得五方主体出具的《竣工验收报告》，而并未取得开发项目的《竣工验收备案》为由，认为房屋不符合法定交付条件而拒收房屋。

产生该等争议的原因主要系住房和城乡建设部发布的《关于进一步加强房地产市场监管完善商品住房预售制度有关问题的通知》第（十一）项之规定：“明确商品住房交付使用条件。商品住房交付使用条件应包括工程经竣工验收合格并在当地主管部门备案”。住建部作为房地产市场主管部门，该通知明确要求房屋交付使用条件须取得竣工验收备案，故由此产生了开发企业应取得《竣工验收备案》作为房屋交付条件这一观点。

实践中，此类争议所产生的纠纷不在少数，现以四川省成都市中级人民法院于2020年6月28日作出的【(2020)川01民再36号】判决做参考：

再审法院成都市中级人民法院认定：“竣工验收备案并非法定交付条件，前述《通知》即《关于进一步加强房地产市场监管完善商品住房预售制度有关问题的通知》仅行政主管部门指导性文件，并非认定商品房交付条件的强制性规范，根据《中华人民共和国建筑法》第六十一条第二款规定：建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。可见，竣工验收合格系现行法律规定的商品房交付条件。”

根据该司法判例及实践，竣工验收备案并不能作为商品房交付的法定条件，五方主体验收合格出具竣工验收报告后即已达到了法定交付条件。

（二）合同约定交付条件

根据四川省住房和城乡建设厅和四川省工商行政管理局共同制定的《四川省商品房买卖合同（预售）》即网签备案合同第十五条约定：“商品房交付条件为该商品房已取得【建设工程竣工验收备案证明文件】或【建设工程竣工验收合格证明】。”究竟选择以竣工备案证明还是竣工验收合格作为交付条件，政府主管部门交由开发企业与业主共同协商确定，从此亦可看出，政府主管部门亦认为竣工验收备案和竣工验收合格均可作为约定交付条件。

合同中“竣工验收合格证明”指五方主体共同出具的《竣工验收报告》。根据《建设工程质量管理条例》规定，开发企业应自工程竣工验收合格后将《竣工验收报告》提交建设主管部门备案，也即提交属地住建局备案。由此可看出，《竣工验收报告》系《竣工验收备案》的前置条件。

在实践中，开发企业多会选择取得时间较先的“建设工程竣工验收合同证明”作为交付条件，即以取得《竣工验收报告》作为合同约定交付条件。

（三）若开发企业已取得五方主体出具的《竣工验收报告》，且买卖合同亦约定《竣工验收报告》作为交付条件的，则业主无权拒收房屋

《竣工验收报告》的出具前提为五方主体已对房屋进行验收并通过，则应认定为房屋已达到法定交付条件，房屋符合质量要求，业主不享有拒收权。

反之，若开发企业未取得《竣工验收报告》，则业主可依法依约主张开发企业所交付房屋不具备交付条件，要求开发企业承担逾期交房违约责任

（四）房屋达到交付使用条件，符合质量要求，业主拒收房屋的法律后果

《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》第八条规定：“买受人接到出卖人的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的，则房屋毁损、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担。”

笔者认为，该规定的“无正当理由”，应理解为业主并不享有《中华人民共和国民法典》第六百一十条规定之拒收权利，即业主不能证明房屋“不符合质量要求，致使不能实现合同目的”。

因此，即使业主拒绝接收房屋，但不能证明房屋不符合法定或约定的质量要求时，房屋毁损、灭失风险在开发企业通知确定的交付使用之日起即自动转移至业主。

四、业主接收房屋后，不影响自身权利的主张

（一）业主接收房屋后，仍有权要求开发企业承担违约责任

根据《中华人民共和国民法典》第六百一十七条：“出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依据本法第五百八十二条至第五百八十四条的规定请求承担违约责任。”及第六百一十一条：“标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行义务不符合约定，买受人请求其承担违约责任的权利。”

由此可见，接收房屋后，如房屋存在问题，亦不影响业主向开发企业主张违约责任的权利。

（二）业主接收房屋后，有权要求开发企业履行保修义务

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

因房屋存在法定保修期限，不论业主是否接房，开发企业依法对房屋负有保

修义务，该义务并不因业主收房而免除。依据规定，质保期限系从工程竣工验收合格时起算，起算时间并非业主实际接房日，故业主收房与否并不影响质保期限的起算；若房屋存在相关质量问题，业主仍可在接房后质保期限内要求开发企业履行保修义务，而业主拒绝收房，且拒绝收房时间相对过长的话，有可能不但不能达到维权目的，反而导致自身权利的消灭。

四、笔者建议

（一）接房前要求查看项目《竣工验收报告》

当开发企业通知业主交房后，建议业主积极至交房现场，并要求查看《竣工验收报告》，若开发企业已取得《竣工验收报告》，则证明房屋系已经有权单位竣工验收通过，房屋质量符合国家强制性标准，房屋符合设计规范、建筑规范，已达到法定交付条件。

（二）及时查验房屋，并通知开发企业整改房屋存在的各类问题

根据《民法典》第六百二十一条规定：“买受人应当在检验期限内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人，买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。”

部分维权业主在开发企业通知收房时拒绝查验房屋，依法会产生对业主不利的法律后果，故建议业主积极查验房屋；若业主认为房屋存在相关质量瑕疵问题的，在查验房屋时应及时提出，且形成书面记录，并要求开发企业及时处理，不仅积极行使了自身权利，也保留了验收时房屋状况的证据，更有利于向开发企业主张自身权利。

（三）积极办理收房手续，并依法主张权利

根据法律规定，即使房屋存在质量问题或未达到交付条件，业主接收房屋后

仍有权依法向开发企业主张权利，要求开发企业承担相应责任，收房并不意味着业主权利的消灭、开发企业责任的免除。

若业主在开发企业达到交房条件的情形下拒收房屋，则该房屋毁损、灭失的风险会自动转移至业主，且房屋的保修期限亦不会因业主未收房而中断，故在房屋已竣工验收合格的情况下拒收房屋不仅于法无据，并且得不偿失，在收房之后就房屋质量问题向开发企业主张权利更有利于保障业主权益。

五、结语

业主在收到开发企业交房通知后，发现房屋与自身期许不一致时，经常会采取拒绝收房的方式以期给开发企业施压，从而达到维护自身权利的目的，但拒收房屋并不能有效解决维权问题，甚至会给自己带来不必要的损失。故业主在交房时更应积极与开发企业沟通，确保信息对称，按照法律规定和合同约定查明交付房屋是否符合房屋质量要求。若房屋符合质量要求，建议业主积极与开发企业办理收房手续

本文内容仅代表笔者个人观点，存在诸多不成熟之处，仅供学术交流，切勿直接适用。

分手后，你的微信转账能要回吗？

张洁 发现律师事务所专职律师

“秋天的第一杯奶茶”“520”微信红包“1314”微信转账等特殊数字和含义的微信红包、微信转账，融合了节日氛围、节令情愫、恩爱人设的因素，不知何时这些恋爱期间的“花式表达”及“仪式感”逐渐流行起来，朋友圈、微博、抖音、小红书总能看到溢出屏幕的“粉红泡泡”。而这些特定含义的微信红包和转账，也逐渐约定俗成成为情侣之间表达爱意，维系和发展双方感情的“仪式感”。

以笔者近期处理的几起非彩礼性质的恋人财产返还案件为例，恋爱期间一方向另一方通过微信红包、微信转账、支付宝向另一方支付的钱款，分手后该等钱款能主张返还吗？若提起诉讼，请求权的基础是什么？法院如何进行认定？通过检索相关案例，非彩礼性质的恋人财产返还案件绝对数量较小，但案件本身争议较大，往往涉及社会公序良俗、社会道德评价、社会婚恋价值观等，且此类问题提起诉讼的主要案由为：民间借贷、赠与合同、不当得利三类纠纷。笔者结合相关法院判决，对情侣分手后，非彩礼性质的恋人财产返还问题做如下法律分析。

一、是否成立民间借贷关系？

认定双方是否成立民间借贷关系，主要考虑两个要件：一是双方是否有借贷合意，二是双方是否存在款项支付。若原告起诉仅有微信转账记录、银行转账凭证等提起民间借贷诉讼，根据2020年12月23日新修订的《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》第十六条：“原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩转账系偿还双方之前借款或者其他债务的，被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证责任”的规定，原告负有证明双方存在民间借贷合意的举证责任，以排除被告所抗辩的情侣之间基于情谊行为的转账。

1. 法院审理的重点

在恋爱期间情侣之间的转账，基于情感等因素影响，不签订书面借贷手续的情况十分常见，结合法院审理的此类案件，一般法院并不会因此便否定双方不存在借贷关系，审查的重点在于双方恋爱期间与分手后的电话记录、微信聊天记录、证人证言等方面，恋爱期间是否存在借款的明确意思表示，或是否存在事后追认借款的意思表示，综合认定双方是否存在借贷的合意。

2. 认定为民间借贷的情况

如在（2019）浙 0106 民初 6162 号、（2019）津 0102 民初 6143 号、（2019）鲁 03 民终 3000 号等案件中，虽然被告抗辩原告的转账行为不是借款，而是恋爱期间的赠与行为，且款项的支付用于双方之间共同消费，但被告的抗辩未能提供相应证据予以证明。且原告提交的微信转账记录、微信聊天记录等，从内容反映了恋爱期间原告已就给付的款项向被告主张过偿还，被告亦作出了相应的回复，并在此期间有偿还款项的行为，因此，法院认定案涉款项是借款而非赠与，支持原告的归还借款的诉讼请求。

3. 不认定为民间借贷的情况

如在（2019）冀 06 民终 4953 号、（2018）闽 0203 民初 9199 号等案件中，原告提交的微信支付等证据材料，转账的时间分布零散、数额不等、总体金额不大，且双方当时处于恋爱关系，结合微信聊天记录，双方款项往来并未明显体现出借贷关系中典型的借还特征。因此，原告未能举证证明双方存在民间借贷的真实意思表示，对原告主张的归还借款，不予支持。

二、属于不当得利还是赠与行为？

如前所述，恋爱期间的转账一般没有书面债权凭证，若原告未能证明双方存在民间借贷的合意，一般情况下会被法院驳回诉请，结合检索的相关案例，若原

告以不当得利纠纷提起诉讼，被告则抗辩案涉款项属于恋爱期间的一般赠与行为，不应返还。法院审理的关键在于区分原、被告恋爱期间的转账钱款构成不当得利还是恋爱期间的一般赠与行为，结合法院的裁判观点，分析如下：

1. 小额或特殊含义的转账，视为即时赠与，不应返还

法院认为，按照一般生活经验，热恋中的情侣常会为对方负担一些日常中的开销，或发送“520”“1314”等具有特殊意义的红包表达爱意，以维系和发展双方感情，故对于小额的一般消费性开支，视为恋爱生活中的一般赠与行为，是恋爱中的一方为了表达自己情感上的慰藉而赠与对方的财物，钱款一旦交付，赠与行为即完成，不应当要求返还。

参考案例：（2019）鲁 08 民终 2925 号、（2019）川 14 民终 1112 号、（2020）黔 0624 民初 1573 号、（2020）辽 0804 民初 1784 号、（2020）粤 1973 民初 3332 号

2. 较大数额的转账，属婚约财产赠与，应予返还

法院认为，不同于小额转账为恋人之间表达爱意及维系感情的一般性赠与行为，大额财物的赠与，其实质隐含赠与人为缔结婚姻之目的，受赠人对此也应明知，并非单纯以无偿转移财产权利为目的，应属于婚约财产赠与。婚约财产赠与属附条件的赠与行为，换言之，赠与人将结婚条件的成就与否作为赠与行为效力发生或消灭的前提。若原被告双方未缔结婚姻关系，赠与条件未成就，赠与行为应视为效力消灭。对于此类赠与，被告取得的赠与财产缺乏法定依据，构成不当得利，应予以返还。

参考案例：（2019）渝 0105 民初 8780 号、（2019）云 0129 民初 3597 号、（2020）陕 0502 民初 4026 号、（2020）苏 05 民终 10411 号、（2020）辽 14 民终 2578 号

笔者认为，恋人之间财物往来繁复，性质也难以捉摸，因此，还需结合证据材料具体分析每笔转账金额的具体情况。但何为小额转账？何为较大数额的转账？难以有统一的判断标准。因此，类似案件会因所处地区发达程度、双方当事人经济实力、法官的立场角度等因素存在不同的评判标准。

三、明知对方已婚情况下，接受钱款一方是否应返还？

若原被告双方均在婚姻关系存续期间，且双方明知为婚外恋的情况下，原告向被告转账、发红包方式表达爱意增进情感，以维持这种不正当的特殊情感关系，被告作为接受钱款的一方，是否没有合法依据接受钱款？是否侵犯了原告及其配偶的夫妻共同财产？被告是否应履行返还义务？

法院认为，不当得利的构成要件为：一方获得利益；他方受有损失；一方获得利益没有法律上的根据。在诉讼中，前述三个构成要件均为案件的证明对象，必须由当事人加以证明，才能成立不当得利。若原告未能举证证明与被告恋爱关系期间，被告明知其已婚身份并接受钱款，且该等转账符合一般赠与条件，则该部分赠与财产，不能要求返还。若原告举证证明被告知道或应当知道其已婚身份，仍与其保持恋爱关系并接受钱款，则被告接受的钱款已侵害原告与其配偶的合法夫妻共同财产，缺失接受原告赠与的合法依据，应负返还义务。

四、结语

此类案件的处理，往往“情”“理”“法”交织融合，且恋人间的感情本属私人领域，细腻、敏感又微妙，旁人一般难以窥测细节，更难以评判及明晰情感的是非。但最后，笔者想说的是，作为一个有智识的独立的个体，应树立正确健康的婚恋观，虽物质基础不可缺乏，但灵魂有趣更可期待，过多的物质因素的介入，物质条件的考量会让情感迷失方向。

不管是“你我本无缘，全靠你有钱”的揶揄，还是确实利用丰厚物质做交换

以获取情感的需求，亦或是一方以另一方物质付出多寡作为衡量感情深浅的标准，均有失偏颇，若选择走入围城，就别再觊觎墙外的芬芳，若走出围城，只需怀念一箪食一瓢饮的温馨，而不是新账旧账的掰扯，鸡零狗碎的争论，情绪化的指责与抱怨，凡事择其善者而为之，切莫留憾伴余生。

包租公司跑路，房东和租客怎么办？

卢禹竹 发现律师事务所实习律师

摘要：近日，成都房屋租赁市场并不安宁，包租公司接连爆雷，街头又多了一批“无家可归”的人。最开始，成都巢客遇家所有业务员于8月4日消失，办公室人去楼空，据不完全统计有17000余位房东和租户受牵连，涉及金额高达上亿元，成都长租公寓迎来了包租公司暴雷的第一声巨响。此后，在不到一个月的时间内，成都连合之家、成都海南每天、四川租猪帮纷纷卷款跑路。大批包租公司不是已经跑路，就是在跑的路上，将这片硝烟弥漫的土地留给了无辜的房东与租客。

笔者全面梳理了可能涉及到的法律问题，并提出了详细建议，以期在包租公司跑路大潮中，对房东和租客维护自身权益有所裨益。

关键词：包租公司跑路、法律关系分析、应对策略

一、跑路包租公司的经营模式

“托管式”租赁企业，又称包租公司。一般包租公司的盈利模式是从房东处将房子收租到公司，继而以更高的价格出租给租客，赚取中间的“租金差”。而此次跑路的包租公司则相反，采取了“高收低租、长收短付”模式。即包租公司以较高的租价取得房源，然后以较低的价格出租房屋。通过虚构优惠政策，向租客一次性收取半年或一年租金，却按月向房东支付租金。以成都巢客遇家为例，某租客表示自己每月租金为2200元，后来才知晓巢客遇家每月支付给房东2800元。为何巢客遇家愿意每月倒贴600元？或许是为赚取支付租金的“时间差”，利用此时间差聚敛资金池，收购更多新房源，抢占市场或投资其他产业获取利润，此种商业模式犹如在冒险地走钢丝，依赖于高周转率，资金链极易断裂。

在住房和城乡建设部发布的《解读〈关于整顿规范住房租赁市场秩序的意见〉》

中指出：“某些高进低出的所谓住房租赁企业，实际上不是真正意义上的住房租赁企业，一开始可能就是打着住房租赁企业的旗号，借此行骗，应属于诈骗行为。”但某包租公司采取高收低租模式，到底是为实施合法的商业策略，还是意图快速敛财实施诈骗，在爆雷前难以区分，给监管与防范加大了难度。

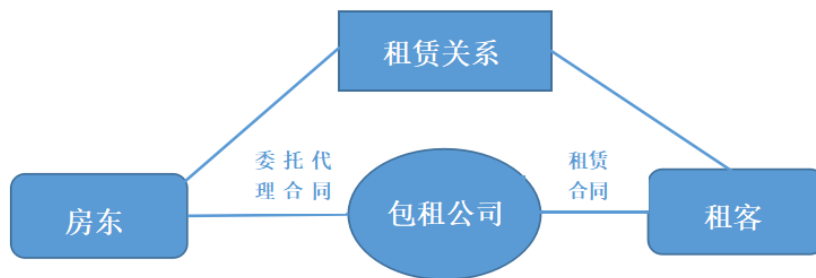
二、房东与租客的法律关系分析

包租公司跑路后留下的烂摊子，瞬间点燃了房东和租客之间的战火，双方开始了激烈的房屋争夺战。如何处理定房东与租客间的关系，众说纷纭。其实，“房东能否有权收回房屋”、“租客是否有权继续居住”是一个需要具体分析的法律问题，不能简单地一概而论，根据各方形成的法律关系的不同，可能得出不同的结论，大致可分为两种模式。

（一）委托代理模式

1. 表现形式

如果房东与包租公司签订的是委托代理合同，就意味着房东授权包租公司对房屋进行经营管理，包租公司受到房东的委托后，即可代表房东从事民事法律行为，以房东或自己的名义与租客签订房屋租赁合同，在这一模式下，三方形成的法律关系如下图：



2. 法律解读

《民法总则》第一百六十二条：“代理人在代理权限内，以被代理人名义实

施的民事法律行为，对被代理人发生效力。”

《合同法》第四百零二条：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”

根据法律规定，在委托代理关系下，根据包租公司与租客订立合同时所依据的名义不同，可分为两种情况。

第一种，显名代理，即包租公司以“房东的名义”与租客签订租赁合同。依据民法总则第 162 条的规定可以得出，包租公司与租客签订的租赁合同对房东发生法律效力，租客与房东形成了租赁关系。即使包租公司跑路，房东与租客间的租赁合同也不受影响，由于租客已经履行了支付租金的义务，未发生违约行为，房东无权要求租客搬离，只能向包租公司主张另一委托代理合同的违约责任。

第二种，隐名代理，即包租公司以“自己的名义”与租客签订委托合同。依据合同法第 402 条的规定，除了明确约定该合同只约束包租公司和租客外，包租公司与租客签订的合同也可直接对作为委托人的房东产生效力。由于在社会一般公众的认知中，包租公司是代表房东出租房屋，一般不符合“有确切证据证明合同只约束受托人和第三人”的例外情况，故在大多数情况下，房东与租客间也形成租赁关系，房东大概率无权要求租客搬离。

（二）租赁模式

1. 表现形式

如果房东与包租公司签订的是租赁合同，包租公司再与租客签订租赁合同，则房东和包租公司之间形成租赁关系，包租公司与租客之间形成转租关系。房东和租客并无直接的租赁合同关系。在这一模式下，三方形成的法律关系如下图：



2. 法律解读

《合同法》第二百二十四条：“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。”

《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》第十八条：“房屋租赁合同无效、履行期限届满或者解除，出租人请求负有腾房义务的次承租人支付逾期腾房占有使用费的，人民法院应予支持。”

根据以上法律规定可知，在租赁模式下，房东与包租公司、包租公司与租客之间分别形成了两个不同的租赁关系，两个法律关系相对独立，房东有权要求租客搬离，具体分析如下：

第一种，非法转租。根据《合同法》第 224 条规定，如果包租公司未经房东同意即将房屋转租，房东可以直接解除合同。但是包租公司的经营模式即需要转租，因此在房东和包租公司的租赁合同中，一般均会赋予包租公司转租权。且根据《城镇房屋租赁合同司法解释》第 16 条的规定“出租人知道或者应当知道承租人转租，但在六个月内未提出异议，其以承租人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的，人民法院不予支持”。故在此次事件中，包租公司一般不属于“非法转租”。但若的确符合非法转租要件，房东可解除与包租公司的合同，要求租客搬离。

第二种，合法转租。即使是合法转租，当包租公司跑路了，不向房东支付租

金，达到合同约定的解除条件后，房东依然可以解除与包租公司的合同，要求租客搬离。这是因为房东和租客之间并未形成直接的租赁关系，根据合同的相对性，租客只能向包租公司主张对转租合同的违约责任。根据《城镇房屋租赁合同司法解释》第18条的规定，租客无权继续居住，若拒不搬离还应向房东支付逾期腾房占有使用费。

（三）总结

判断“房东能否要求租客搬离、住客能否继续居住”的关键在于弄清房东与包租公司形成的是“委托代理关系”还是“租赁关系”。

若为委托代理关系，房东大概率无权要求租客搬离，也无权要求租客再次支付租金；若为租赁关系，租客大概率无权继续居住，但若愿意向房东重新支付租金，则可继续居住。

需要注意的是，判断房东与包租公司之间成立的是委托代理关系还是租赁关系不能仅看合同的名称，还要具体看合同的内容，根据约定的条款分析其实质形成的法律关系。名为委托代理合同，实为房屋租赁，或名为房屋租赁合同，实为委托代理的情形十分多见。

三、房东和租客如何应对包租公司跑路大潮

通过上述分析，无论是房东还是租客都能对各自在法律上权利义务有更为清晰的认识。具体而言，我们还可以做些什么呢？

（一）租客

1. 包租公司已经跑路

（1）前往公安机关报案

《刑法》第二百二十四条规定了合同诈骗罪的几种情形，其中就包括“收受

对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的”。所以，跑路的包租公司涉嫌刑事犯罪，目前公安机关已对成都巢客遇家立案。刑事案件由犯罪地的公安机关管辖，犯罪所在地包括犯罪行为发生地和犯罪结果发生地，租客可以前往包租公司所在地的公安机关或案涉房屋所在地的公安机关登记。需要准备的材料有：身份证复印件、租赁合同复印件、其他证明材料（打款证明、流水账单）。为使公安机关能够快速清晰地了解案情，还可准备一份情况说明，内容包括签订合同的主体信息以及履行情况，列明剩余租期和租金，提出自己的诉求等。

（2）处理与房东的关系

在委托代理模式下，租客一般有权继续居住，因此可告知房东自己属于有权占有，房东不可要求自己搬离房屋，建议房东向包租公司主张权利。

在租赁模式下，租客一般无权居住。但租客可以选择花钱消灾，避免流离失所。根据《城镇房屋租赁合同司法解释》第17条第1款的规定“因承租人拖欠租金，出租人请求解除合同时，次承租人请求代承租人支付欠付的租金和违约金以抗辩出租人合同解除权的，人民法院应予支持。但转租合同无效的除外。”也即是说，在合法转租的情况下，如果租客愿意代替包租公司支付包租公司所欠付的租金，则可以阻止房东行使对包租公司的合同解除权，使租赁合同继续履行，

2. 包租公司尚未跑路

如果你签约的包租公司尚未跑路，在当下的跑路大潮中，这很可能是一颗即将被引爆的雷。如果不想成为任由收割的韭菜，我建议这部分租客立即对这家包租公司展开调查，评估风险。如果有跑路征兆，建议提前解约，要求退回租金。

（1）比较租金价格

租客应想办法与房东取得联系，了解房东每月收到的租金金额，并与自己支付的租金对比。若属于“高收低租、长收短租”模式，则需要高度警惕。如果无

法取得联系，可以打开租房 app，对比自己的租金与周边同类房屋的租金，若明显低于市场价，则应该当心。

（2）查询包租公司

租客应可查询包租公司的成立时间、规模、经营信息等。以成都海南每天为例，根据企查查显示的信息，海南每天总公司成立于 2020 年 1 月 16 日，成都分公司成立于 2020 年 4 月 15 日，成立时间均很短；在今天的 5 月，其法定代表人和实际控制人均发生变更，而包租公司准备跑路时常会进行这一操作，成都巢客遇家、成都连合之家、租猪帮均是如此；在 5 月 21 日，合肥市蜀山区市场监督管理局将合肥海南每天列为经营异常，原因是“通过登记的住所或者经营场所无法联系”。以上迹象早已显示出成都海南每天跑路可能性大。

（二）房东

1. 包租公司已经跑路

（1）协助租客前往公安机关报案

在包租公司跑路后，无论房东还是租客都是受害者。双方应共同致力于将事情处理妥当。由于房东一般对周围环境更为熟悉，可积极与租客联系，告知其有管辖权的公安机关，或陪同租客一起前往公安机关报案。若包租公司有刑事犯罪之实，待刑事案件终结后，被追回的赃款将被退回，如涉案财物不足全部返还的，则按比例进行返还。

（2）处理与租客的关系

在委托代理模式下，租客一般是有权居住的，因此房东不应要求租客搬离房屋。

在租赁模式下，租客一般无权居住，房东可要求租客搬离房屋，但切忌采取

过激方式。根据《治安管理处罚法》第四十条第三款规定：“非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体的，处十日以上十五日以下拘留，并处五百元以上一千元以下罚款。情节较轻的，处五日以上十日以下拘留，并处二百元以上五百元以下罚款。”《刑法》第二百四十五条规定：“非法搜查他人身体、住宅，或者非法入侵他人住宅的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”所以，房东不可强行闯入房屋，避免将民事纠纷变为治安、刑事案件。如果租客拒不搬离，房东可采取诉讼手段，在诉讼请求中要求向租客行使对房屋的返还原物请求权，并要求租客支付无权占有期间的房屋租金，以维护自身的合法权益。

2. 包租公司尚未跑路

春江水暖鸭先知，房东往往能最快感受到包租公司的异常。原因之一是，包租公司按月向房东支付租金，一旦包租公司开始拖欠资金，房东可立即察觉；原因之二是，许多房东不止拥有一套房屋，签约了不同的包租公司，当其中一套房屋的包租公司出现异常时，就可及时审视其他房屋的包租公司是否存在经营风险。当房东认为包租公司有跑路迹象时，应绕开包租公司，与租客直接取得联系，及时将风险告知租客，共同商量对策。若经过评估，风险的确很大，即使要承担解约违约金，也建议果断解约。

四、其他建议

（一）出台具体措施，加强资金监管

针对包租公司跑路乱象，成都市住房和城乡建设局（下称成都市住建局）于2020年8月20日发布了《关于对巢客遇家等四家企业违规行为的通报》（成住建发〔2020〕293号）。该通报提到成都住建局“下一步将持续整顿住房租赁市场秩序，努力规范机构和企业的经营行为，并将联合发改、公安、市场监管、银保监、网信办等职能部门严厉打击房产中介机构、住房租赁企业违法违规行为。”

笔者建议，具体整顿方式可借鉴其他城市的做法，进一步加强对包租公司的资金监管力度。例如，2020年8月7日，西安市住房与城乡建设局印发了《西安市住房租赁资金监督管理实施意见（试行）》。其中的诸多做法都有利于严格限制“高收低租、长付短租”的经营模式，加强对包租公司的资金监管，采用高压手段，严打非法经营的包租公司。

希望成都的有关部门也尽快出台具体的措施，真正实现净化市场环境，切实维护群众合法权益，保障成都市住房租赁市场平稳健康发展的目标。

（二）加大查处力度，维护社会稳定

这一连串包租公司卷款跑路的行为，可能已经不再是简单的公司无力支付的经济纠纷，而可能涉嫌刑事犯罪。近日，大量租客前往公安机关维权，受害者已怨声载道，希望相应的公安局做好报案群众的接警工作，安抚好各方情绪。如果符合刑事案件的立案标准，应及时立案。加强对经济犯罪的侦查力度，尽快启动刑事追赃程序，全力挽回房东和租客的巨额损失。据悉，部分跑路的包租公司可能改头换面，披上新壳开始新一轮圈钱行动，希望公安机关加大查处力度，依法严惩，否则这类事件将层出不穷、严重影响社会稳定。

（三）充分沟通理解，积极进行协商

在本文的第二部分，笔者对房东和租客间的法律关系进行了全面的分析，在本文的第三部分，笔者对房东和租客可采取的应对措施予以了详细阐述。在最后，笔者还想呼吁房东和租客积极协商、友好解决问题。2020年，疫情和洪灾相继来袭，本是多难之际，如今包租公司又雷声滚滚、不绝于耳，为大家本已不易的生活雪上加霜。房东不应让租客流落街头，租客也不应让房东独吞苦果。同是受害者，相煎何太急。因此，笔者希望双方可以加强沟通、积极协商，商议出合理的比例共同承担损失，做到互相理解、互谅互让、共渡难关。

浅析居住权的理解与适用

文晓 发现律师事务所专职律师

2020年5月28日，在十三届全国人大三次会议上表决通过了民法典草案。首部民法典正式通过，也意味着一项全新权利的诞生——居住权。本文中，笔者将结合民法典中关于居住权的相关规定以及实践中的适用情形，浅析居住权的设立将对我们生活带来的影响。

一、居住权的概念

根据民法典的规定，居住权是为满足居住权人生活居住需要，由当事人通过订立书面合同并依法登记的形式设立，并由居住权人享有对该住宅占有、使用的权利。

尽管普通房屋租赁关系中的承租权人同样享有对房屋占有、使用的权利，但区别在于承租权人对房屋享有的占有、使用的权利属于债权，而居住权人享有的为用益物权。

二、居住权的历史起源

居住权起源于古罗马，最早出现在罗马的继承制度中。罗马人经常以遗嘱继承的方式为需要他照顾的人(无独立财产的老年配偶、被解放的奴隶、非正统必然继承人)在房屋上设置居住权，使其生活获得保障，而保留虚有权给其继承人。欧陆各国近现代民法典几乎都有居住权的规定，但是，各国在继受罗马法时，都针对本国的社会文化、传统差异进行了本土化的调整。

三、我国居住权的发展

我国将居住权明确为物权的制度最先是在2002年的物权法征求意见稿中提

出，其后的《物权法(草案)》二审稿、三审稿、四审稿又进一步进行了完善。然而，关于到底是否规定居住权的问题，在学者间仍存在着较大的争议，最后《物权法》通过也没有规定居住权。在民法典物权编起草之际，居住权规定与否又成为了争论的焦点。2018年物权编草案审议稿用4条对居住权制度进行了专章规定，2019年4月的二次审议稿又进行了细化，明确了居住权合同的一般条款内容并表明居住权是用益物权。最终通过的民法典保留了居住权的内容。

在民法典之前，“居住权”一词也在法律条文中被提及，如《中华人民共和国合同法》中“共同居住人的居住权”、《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）》第二十七条“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”。此外，1997年，无锡市人大及其常委会制定了《无锡市房屋居住权处理办法》，该办法系为调整家庭成员之间的房屋居住权关系而制定，仅适用于家庭成员之间因分居而涉及的国家、集体所有房屋的居住权处理，且权利属性更符合债权的特征，与民法典中的居住权在权利属性、适用范围、设立形式等方面存在较大差异。

四、居住权在我国的主要适用情形

1. 离婚时的财产分割

除前文所述的婚姻法司法解释中规定的帮扶形式外，居住权还可运用于夫妻离婚时双方仅一套房屋时财产分割的情形。如夫妻离婚时仅一套房屋(共同财产)，双方均无其他房屋，且均处于经济困难的情形，不具备处置房屋的条件，任一方也无法向对方足额支付房屋分割款项。在此种情况下，若适用居住权制度，则可以在不处置房屋的情况下，协商由夫妻一方取得产权，另一方在收到房屋分割款项前享有(共同)居住权，以此保障双方的利益。

2. 以设立居住权代替遗赠抚养协议

在过去生活中,有不少保姆或其他非继承人因照顾老人而最终被赠予房屋的情况发生,虽然这种情况在绝大多数情况下是为了让老人能够安享晚年而发生,但也经常因此引发家庭矛盾,老人的行为导致子女及其他继承人不满甚至心生埋怨。

居住权制度实施后,以上矛盾便可以通过保留继承权而设立居住权的方式得以解决。一方面可以保障老人能安享晚年,照顾人能有居住保障,另一方面也保障了继承人的合法权益,有效缓解家庭矛盾。

3. 设立居住权“以房养老”

近年来,不少老人跌进小贷公司“以房养老”的骗局,最终不仅养老无依,甚至倾家荡产。如今,居住权“入典”将为老年人“以房养老”提供有效的法律保障。

举例说明,60岁的张某夫妇膝下无子女,名下仅有一套市场价值为180万元的房产,存款不足10万。民法典实施后,张某夫妇将房屋卖给李某,价格为100万元,并保留张某夫妇对房屋的居住权。此种情况下,张某夫妇可以在不改变原有居住条件的情况下将房屋提前变现,用于改善生活所需,从物质层面上实现老有所依。

4. 强制执行

《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第六条规定“对被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋,人民法院可以查封,但不得拍卖、变卖或者抵债”。结合居住权系“为满足居住权人生活居住需要”这一重要目的,笔者认为,在民法典实施后,居住权制度将有效运用于民事执行案件中。在被执行人仅有唯一住所的情况下,可以在保留被执行人的房屋居住权的前提下对房屋进行拍卖,不仅保障了被执行人基本的生活居住条件,同时

也有利于债权人实现债权，减轻执行难度。

五、居住权设立的影响

1. 房屋转让及抵押

《中华人民共和国民法典》中并未规定已设立居住权的房屋不得转让，但已经设立居住权的房屋对房屋转让的影响是显而易见的。《中华人民共和国民法典》第三百七十条规定：居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。居住权作为用益物权，具有排他性，除另有约定外，产权人转让房屋不能影响居住权人行使居住权。因此，在居住权不消灭的情况下转让房屋，对于产权人而言意味着房屋转让价格降低；对于买受人而言虽然可以较低的价格受让房屋，但同时也失去了对房屋在一定期限内的占有、使用的权利；此外，因产权人变更还可能需由各方配合办理居住权变更登记手续。

同理，设立居住权的房屋在办理抵押登记时也将降低该房屋可担保的债权数额，并为实现担保物权增加了一定的难度。因此，抵押权与居住权同时存在时如何平衡各权利人的利益，也是需要完善的问题。

2. 房屋征收

《国有土地上房屋征收与补偿条例》规定国有土地上房屋征收与补偿系维护公共利益，保障被征收房屋所有权人的合法权益，并对被征收房屋所有权人给予公平补偿的行政行为。因此，在以往的征收补偿活动中，均是由房屋征收部门与房屋所有权人（不动产权利人）签订征收补偿协议对产权人进行补偿。即使该房屋在征收前已经出租，也可由产权人以不可抗力为由单方解除租赁合同，产权人与承租人就是否补偿的问题进行协商，原则上房屋征收部门不直接对承租人进行补偿。

居住权制度实施后，已设立居住权的房屋在面临征收时将对征收补偿工作带

来一定的影响。虽然居住权也是对他人房屋的占有、使用，但与承租权不同的是，居住权属于用益物权，根据物权法定及绝对性的原则，除居住权合同对居住期限另有约定外，产权人无法单方提前消灭居住权。因此，对房屋征收补偿过程中居住权尚未消灭的房屋，房屋征收部门可能将在协议签订方、征收补偿方式的选择以及产权注销流程等方面采取与之前不同的方式。

3. 强制执行

笔者在前述部分分析了在强制执行程序中通过设立居住权的方式拍卖被执行人唯一住房的可行性，那么对于已经设立居住权的住房是否可以强制执行呢？笔者认为是可以的，如果禁止对设立居住权的房屋强制执行，那么可能造成被执行人为逃避执行而恶意设立居住权的情况发生，导致居住权的滥用，侵害债权人的合法权益。

4. 登记机关

《中华人民共和国民法典》第三百六十八条规定：居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外。设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。

民法典中并未明确居住权的登记机关，笔者认为，根据居住权的设立对房屋转让、抵押及征收的影响来看，由不动产登记机关行使居住权登记的管理职能更能符合高效便民的行政管理基本要求。当然，具体的登记机构及相关登记办法还有赖于行政法规的出台落实。

六、结语

居住权作为一项全新设立的民事权利，在解决社会问题的同时，也将对已有的权利造成影响，如何有效落实居住权的设立问题以及处理与其他民事权利及行政权力之间的关系，是未来司法行政实践过程中需要不断探索的事项。

劳动合同变更的道与术

李哲伟 发现（重庆）律师事务所执行主任

王月玥 发现（重庆）律师事务所专职律师

一、法益保护的灵魂对抗

劳动者、企业主作为劳动法的两端，在劳动领域部门法的发展演进过程中，始终是相生相惜、相爱相杀，其核心是企业用工自主权与劳动者权益保护的对抗。企业主的用工自主权，通常可以较为便利的以内部规章制度的方式将企业主的意志上升为对劳动者有约束力的行为规范。为了防止企业主利用这种天然优势无限扩张权力，劳动领域部门法也相应对此作出诸如程序性和实体性限制，将企业主的权力限定在一定程度的自由范围之内，以及通过赋予劳动者强制休假等单方权利、强制企业主负担社会保险等单方义务等方式来平衡双方利益，构建和谐稳定的劳动关系。立法者就是通过诸如此类的法律规定来尽可能找到劳资权益的平衡点。劳动合同的变更则是劳资权益的二次调整，这也是各方非常关注的重点。

劳动合同，虽主要由《劳动合同法》这一特别法进行规制，但本质上仍然是合同，是平等主体间意思表示相一致的产物。通常而言，我们所说的劳动合同变更指劳动合同生效后、履行完毕前，用人单位与劳动者根据事先约定或劳动关系需调整适应某种需求时对相关内容进行增减、改动、废除。根据《中华人民共和国合同法》第三十五条、《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（四）》有关规定，劳动合同变更时可以采取书面形式，也可以采取口头形式，但采取口头形式的，需实际履行口头变更后的合同超过一个月，且该变更内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗。

所以，劳动合同变更也基本分为以下三类：

一是用人单位与员工协商一致对劳动合同进行变更。

二是依据法律规定进行的变更，例如：《劳动合同法》第四十条第三款是法定可以变更劳动合同的情形，《职业病防治法》《妇女权益保障法》《女职工劳动保护特殊规定》等也都规定了其他相应应当变更劳动合同的情形。

三是用人单位基于经营自主权的变更，主要依据是签订的劳动合同、规章制度中的相关规定、集体合同中的规定等。

对于企业主是否享有单方变更权，我国现有劳动法律规定采用的是“限定合意说”：遵循有约定从约定，无约定另行协商的做法，认为劳动合同签订时的约定是企业主单方变更权的依据，但一旦超过此范围，就需要协商；实务中并不是所有的劳动合同变更都不利于劳动者，因此既要确认企业主的单方变更权，又要对其加以限制，才能使劳资关系达到现有劳动领域部门法所追求的平衡状态。

二、程序合法性审查标准

在变更过程中要注意程序合法性，这既是实体正义的保障，又是各方举证得到支持的要点。

就劳动合同变更协商一致的，根据《重庆市劳动合同管理暂行办法》相关规定，当变更劳动合同的条件出现或即将出现时，需由一方当事人以书面形式向对方当事人提出变更劳动合同的理由和修改条款的建议；对方当事人应当在10个工作日内书面作出同意或不同意或建议协商的答复；若同意变更则双方达成一致意见，形成的书面协议需以《劳动合同变更协议书》式样作为劳动合同的附件附后；双方签字或盖章，协议即行生效。若不同意变更，可以与员工进行协商谈话，并做好会议记录。由于双方已经进行了磋商，只要有书面文件进行固定，并无明显违反法律强制性规定的内容，通常情况下，会尊重双方协商一致的结果，法律不会过多干预，因合理性审查而被否定的可能性较小。

由于变更争议往往会导致劳动合同解除，还应注意出具书面调岗通知，便于

在解约阶段的举证，并且根据《劳动合同法》《工会法》，有工会的需要将解约理由告知工会等。

三、实体合理性审查标准

劳动合同签订后，由于用人单位与劳动者间的信息不对称、市场需求发生变化等原因，内容变更随时发生，变更内容的合理性对双方权利义务产生直接影响，因此，实体合理性审查标准是劳动合同变更实务操作中需要把握的重点。

对于法定变更，首先需要充分理解何谓“订立时依据的客观情况发生重大变化致使合同无法履行”，其实《劳动合同法》第四十条第1、2款既是对劳动者无过错情况下用人单位解除权的规定，也是对“合同订立时依据的客观情况发生重大变化”的细化，即：若患病或非因公负伤不能从事原工作或另行安排的工作以及劳动者不能胜任工作，致使双方劳动合同无法继续履行，法律允许用人单位变更合同并需达成协议，未能达成一致的用人单位可以依法解除合同。对于重大变化的判断一般作为案件的争议焦点，其主要参考如下内容：其一，原岗位是否还有存在的必要。其二，用人单位经营战略、生产是否发生变化。其三，订立时情况与变更时情况的差别。

无论是法定可以变更还是应当变更的情形，都需要考虑实体合理性问题。

以（2020）渝01民终418号正川公司与杜某劳动争议一案为例：

正川公司与杜某劳动合同中约定，正川公司可以根据“工作需要、机构调整、资产变动、绩效考核结果”等对杜某的工作岗位进行调整；还约定“绩效考核在80分以下为不能胜任工作岗位”，依据《停机时间汇总表》《绩效得分汇总表》《仪表工满意度调查表》，正川公司认为杜某担任维修工期间时间超出正常值，且同车间流水线工人对其工作能力不满，于2019年6月20日将杜某由仪表工调至担任五车间后勤工，由于杜某不接受此次调动，双方产生后续争议。

本案中，杜某原岗位月工资扣除社保后约 5200 元，调整为车间清洁工月工资扣除社保后为 1500 元左右，变动前后工资待遇、技术含量悬殊较大，与杜某的工作能力不匹配。因此，对于合理性的审查主要考察变更后的工作是否与劳动者的能力相匹配、变更后岗位薪酬是否明显过低、工作地点变动幅度是否超出一般人接受范围、变更前后岗位的社会地位差异等。理解“不能胜任工作”时要注意与业绩指标、末位淘汰制相区别，这些考核标准只是用人单位制定的，有利于自身的考核标准，并不能直接证明劳动者能力不足。本案中，正川公司举示的绩效得分汇总、停工时间统计表、仪表工满意度调查表系正川公司单方举证，无其他基础证据印证，未能得到采信，最终法院判决正川公司败诉，需向杜某支付违法解除劳动关系的赔偿金。

单方变更权亦离不开变更二字，主要针对劳动者工作时间、工作岗位、工作地点进行调整。无论是以劳动合同的形式约定用人单位在特定情形下享有变更权，还是在规章制度中进行过相关规定且已经通过民主程序并公示，该权利产生的合理性在于得到了劳动者的认可。因此，单方变更权的行使必须要有上述文本依据，才能继续考虑合理性的问题。

以（2019）渝 05 民终 6874 号谢某与美心公司劳动争议一案为例：

2010 年 12 月，谢某与美心公司签订无固定期限劳动合同，约定至双方约定的劳动合同终止条件出现为止。合同中约定美心公司根据生产经营变化或工作需要调整谢某的工作岗位，谢某同意工作岗位调整后的薪酬待遇按调整后的工作岗位相关薪酬标准确定。2017 年 4 月，谢某被任命为重庆美心汽车零部件有限公司质量部长，2017 年 8 月 31 日，谢某被免去质量部部长一职，退回美心公司人力资源部重新安排工作，同年 9 月 8 日，美心公司向谢某提出解除劳动关系。次日，美心公司以谢某连续旷工 3 日违反《员工奖惩条例》第 4-2-2 条为由向工会发函，工会回函同意。

美心公司与谢某签订的劳动合同约定谢某的岗位为稽核工作，美心公司可以依据工作需要调整谢某的岗位，其与谢某沟通，将谢某的工作岗位由质量部长调整为质管员，并且通知谢某去新岗位，逾期不到，将按照旷工处理的调岗行为，依据的是美心公司经民主程序制定的规章制度，且调岗不具歧视性，工会也表示同意，故一审法院认定美心公司解除与谢某劳动关系的行为系合法解除。但美心公司二审庭审中自认只是口头通知了谢某调岗决定，且在一审中对于书面调岗通知举证不能，因此其调岗行为被认定为不能成立，最终被二审法院改判美心公司承担违法解除劳动关系的高额经济赔偿金。

通过以上案例可以看出，对于用人单位行使单方变更权合理性问题主要审查：一、用人单位对劳动者进行调岗是否符合劳动合同中关于工作内容或工作岗位的约定，美心公司一审胜诉的原因就在于劳动合同中赋予了美心公司相比于直接约定工作岗位更为宽泛的调岗权；二、是否考虑劳动者的切身利益并提供必要的帮助，若有的公司经营不善，原岗位无存续必要，为安置劳动者进行调岗，即使岗位薪酬差异较大，法院亦会酌情考虑。值得注意的是并不是给劳动者带去损失的变动就必然违法，以一般人可以容忍的程度为限。

四、法律建议

劳动合同的风险规避是一以贯之的，在某个环节遭遇了问题才开始思考解决方案为时已晚。为了避免劳动合同变更时发生的大部分争议，我们提供如下建议：

首先，在规章制度制定环节，就明确约定用人单位自主变更的范围，但要注意不能过分限缩劳动者的权利、加重劳动者义务。

其次，劳动合同中关于工作岗位的约定尽量替换成对于工作内容、工作性质的约定，这样能够给予岗位更多的合法变动空间。

复次，变更争议往往来源于员工对于变更后薪酬的不满，建议用人单位在经

营过程中不断完善自己的岗位体系和薪酬对应标准，并加以公示，让员工对于各种岗位有直观清晰的认识，也方便双方在协商过程中的沟通。

最后，无论是用人单位行使单方变更权并进行协商，还是双方根据约定或法律规定进行协商，都需要注意尊重和保护劳动者的各项权利，包括人格尊严、报酬获取权等，既要考虑到变动前后岗位的社会地位、受尊重程度差异，还要适当考虑员工的情况，如孕妇工作的劳动强度、上班地点远近等，争议解决与和谐秩序的建立需要双方诚信互谅、相向而行、共同努力。

以腾讯与老干妈一案为引，简析保全错误法律责任承担问题

卢世林 发现律师事务所专职律师

引言：近日，腾讯与老干妈一案引发了新一轮的网络舆论狂潮。该事件以媒体公布一篇腾讯申请保全老干妈名下财产的民事裁定书为起源，以老干妈否认与腾讯的合作关系、贵阳警方发布初步调查结果通告掀起高潮，以腾讯与字节跳动人员的针锋相对引发舆论对于腾讯负面评价的一边倒。

基于本事件的起源——“腾讯申请保全老干妈名下财产”，笔者在此简要分析申请诉讼保全错误后的法律责任如何承担问题。

诉讼保全错误应承担责任的认定原则，依据最高人民法院在（2014）民申字第 2172 号、（2015）民申字第 1178 号两个案件确定的裁判观点，保全错误引发的损害赔偿案件应当适用《侵权责任法》规定的过错责任归责原则。

据此，司法实践中认定保全申请人保全错误需承担赔偿责任应具备一般侵权的四个要件：1. 保全申请人主观上有过错；2. 保全行为存在违法性（存在侵权行为）；3. 损害后果存在；4. 保全行为与损害后果之间有因果关系。

其中，最重要的是主观过错和行为违法性。

一、保全申请人主观上有过错

申请是否有错误，不能简单的以申请人的诉讼请求是否能够得到人民法院的支持为判断依据，应以申请人对出现保全错误是否存在故意或重大过失作为认定过错的标准。

参考案例一：（2014）民申字第 2172 号

参考案例二：（2015）民申字第 1178 号

参考案例三：（2018）最高法民申 2027 号

裁判要旨：由于当事人的法律知识、对案件事实的举证证明能力、对法律关系的分析判断能力各不相同，通常达不到司法裁判所要求的专业水平，因此当事人对诉争事实和权利义务的判断未必与人民法院的裁判结果一致。对当事人申请保全所应尽到的注意义务的要求不应过于苛责。如果仅以保全申请人的诉讼请求是否得到支持作为申请保全是否错误的依据，必然会对善意当事人依法通过诉讼保全程序维护自己权利造成妨碍，影响诉讼保全制度功能的发挥。而且，《中华人民共和国侵权责任法》第六条和第七条规定，侵权行为以过错责任为原则，无过错责任必须要有法律依据，但《中华人民共和国侵权责任法》所规定的无过错责任中并不包含申请保全错误损害赔偿。因此，申请保全错误，须以申请人主观存在过错为要件，不能仅以申请人的诉讼请求未得到支持为充分条件。

认定主观过错，关键要看申请人是否尽到了合理注意义务。只要申请人基于现有事实和证据提出诉讼请求，并确实尽到了一个普通人的合理注意义务，即使法院判决最终没有支持或仅支持其部分诉讼请求，也不能认定财产保全申请有错误。只有申请人出于故意或者重大过失，致使诉讼请求与法院生效判决产生不合理的偏差，该差额诉讼请求范围内的财产保全申请才属于有错误，由此给被申请人造成损害的，申请人才应当依法给予赔偿。

参考案例一：（2014）粤高法民四终字第 190 号

裁判要旨：在房屋确权案件审理过程中，涉案 101、102 房产归属不明，孙志恒申请保全的标的物为权属有争议的涉案 101、102 房产，孙志恒的保全申请符合法律规定的保全范围和条件。孙志恒在申请保全时不存在恶意诉讼或故意以申请保全的方式侵害永翔公司的合法权益。尽管孙志恒房产确权的诉讼请求未能获得法院判决支持，但并不足以认定孙志恒在申请保全方面存在损害永翔公司利益的故意或重大过失。相反，应认定孙志恒申请保全时已尽到了合理的注意义务，其基于房屋确权请求并以争议房屋为限申请财产保全，不存在过错。

参考案例二：（2014）常商终字第 210 号

裁判要旨：

①从申请财产保全应尽的注意义务来看，因为财产保全是申请人为保护自己的合法利益而采取的临时性措施，被申请人的财产被保全后，可以通过复议、提供其他担保措施等方式解除保全措施，因此，申请人在申请财产保全时确实应尽到相应的注意义务，但是这种注意义务仅限于申请人在诉讼或仲裁时对自己的诉请提供了相关的证据予以初步证明。

②尽管优鼎公司的部分诉讼请求未能获得判决支持，对优鼎公司来说是不可预见的，也是不可避免的，但并不能够归责于优鼎公司的故意或重大过失。

③最后，从财产保全的性质而言，财产保全仅是临时采取的紧急措施。被申请人可以通过多种途径解除保全。天宁法院依据优鼎公司申请，于 2013 年 5 月 17 日冻结了四捍公司的账户。四捍公司既未向本院申请复议，也未向本院提供其他担保措施，因此，四捍公司也具有一定的过错。对于四捍公司主张依据冻结期间银行贷款利息与活期存款利息之差的利息损失，与优鼎公司申请本院冻结其银行账户 125 万元没有必然的因果联系，该院不予采信。

基于上述裁判要旨，因现有证据尚无法证明腾讯公司在起诉及申请保全老干妈财产前已知晓可能存在第三人伪造印章、涉嫌欺诈的事实，腾讯公司提供相关证据依法起诉，并据此在诉讼请求标的范围内申请保全了老干妈财产，并不能据此直接认定腾讯公司对可能存在的保全错误存在故意或重大过失。

但是，依据《民事诉讼法》第一百条” 人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施

“之规定，财产保全需在被申请人可能不具备履行能力时进行。

（注：虽然在实务中，申请人提供担保后向人民法院申请保全，人民法院普遍会同意进行保全，但是该操作实际上并不符合《民事诉讼法》第一百条规定人民法院应当审慎进行财产保全的要求。）

而腾讯公司在明知老干妈作为一家大型实体企业具备对应其诉讼请求金额的履行能力时，仍然对其名下资产进行冻结，对于老干妈的资金流动会产生一定影响，使其可能会遭受一定的经济损失。

同时，在老干妈发出“从未和腾讯进行合作”的声明及贵阳警方公布“关于涉嫌伪造印章”的初步调查结论后，腾讯公司有义务对于本案的案件事实、证据材料等进行核查，若确认存在伪造印章等行为且并不能构成表见代理时，应当立即向南山区法院申请解除对于老干妈财产的保全，否则人民法院可能会据此认定腾讯公司对于保全错误存在主观过错。

因此，若最终保全错误的，腾讯公司具有被认定存在主观过错的可能。

二、保全行为存在违法性

起诉属于正常的诉讼行为，申请人在申请法院进行财产保全时，为每次财产保全申请按照法律规定提供了担保，符合法定程序，其申请诉讼保全总额未超出其诉讼请求的标的额，该申请财产保全的目的是为了保障其诉讼后的裁决能够顺利得到执行，并经法院依法审查后裁定予以准许，申请财产保全行为不具有违法性。

参考案例一：（2016）湘民终 513 号

参考案例二：（2019）赣 0104 民初 986 号

申请人因被申请人未履行约定或法定义务向人民法院提起诉讼，并依据法律规定申请财产保全，其目的本身是为了保证将来生效判决的执行。该项申请经法

院依法审查后得到法院裁定准许，该申请财产保全的行为没有违反法律的相关规定，不具有违法性。

参考案例：（2014）浙杭民终字第 2029 号

基于上述裁判要旨，腾讯公司在本案中，提交了相应证据、提供了相应财产担保、经过人民法院依法审查后，准予对老干妈进行财产保全的，此前申请保全的行为并不存在违法性。

三、损害后果存在

被申请人因申请人保全错误而遭受的经济损失，必须是因保全行为产生的直接经济损失，资金占用利息等并非被申请人可主张的实际损失。

参考案例一：（2016）鲁 11 民终 556 号

裁判要旨：因此，莱芜汇丰公司没有证据证明日照外贸公司存在恶意诉讼，莱芜汇丰公司关于日照外贸公司应承担赔偿责任的主张不能成立。日照外贸公司申请保全的账户资金及收益仍在莱芜汇丰公司的控制范围内，莱芜汇丰公司没有证据证明因无法使用该账户资金造成的实际损失，对于其关于因日照外贸公司保全而造成损失的主张，本院亦不予支持。按照“谁主张谁举证”的原则，应当由原告举证证明损失的存在，否则应当承担举证不能的法律后果

参考案例二：（2014）常商终字第 210 号

裁判要旨：对于四捍公司主张依据冻结期间银行贷款利息与活期存款利息之差的利息损失，与优鼎公司申请本院冻结其银行账户 125 万元没有必然的因果联系，该院不予采信。

基于上述裁判要旨，在腾讯与老干妈一案中，因案件尚未审结，目前尚无证据证明老干妈因腾讯的保全行为遭受了实际损失，此项内容尚无法确定。

若从老干妈的整体经济实力考虑，冻结的一千余万尚不足以使得老干妈资金

无法周转进而产生一系列经济损失，因此是否存在损害后果可能最终仍无法确定

四、保全行为与损害后果之间有因果关系

保全行为与损害结果之间是否存在必要性和关联性，是支持损害赔偿请求的基础。若原告无法举证证明错误保全行为与损失之间的因果关系，对于其要求被告赔偿损失的主张不予支持。

参考案例：（2015）粤高法民一申字第 280 号

如上所述，老干妈损害后果可能最终无法确定。因此，本案中可能并不存在使得腾讯公司的保全行为导致老干妈经济损失的因果关系。

五、结语

综上所述，存在保全错误情形时，需同时满足上述四个条件，被申请人才可向保全申请人追究相应法律责任。

而在腾讯公司与老干妈一案中，虽然腾讯公司明知老干妈具备履行能力仍申请财产保全的行为存在一定的主观过错，但是因其申请保全的行为不存在违法性（申请行为符合法律规定、提交了相应证据依据、提供了相应财产担保，并经过了人民法院依法审查），且很难认定老干妈因此遭受的直接经济损失，因此腾讯公司可能无需为可能存在的保全错误承担法律责任。

（本文中涉及的腾讯与老干妈案情部分，仅基于截止到 2020 年 7 月 3 日已公布的案件细节进行，若后续公布更多案件细节且与此前相冲突的，本文将随之进行相应调整）

从表见代理角度浅析“逗鹅冤”

刘鑫澜 发现律师事务所专职律师

引言：不知道大家最近碗里的辣椒酱还香不香？手里的西瓜还甜不甜？笔者希望大家在吃完“宅男女神”和“憨憨鹅”的瓜，嬉笑之后，沉下心，理性、客观的分析本案。在吃瓜的时候顺便学点法律知识，争取做有灵魂的吃瓜人！

因现有资料少之又少，笔者只能根据既有事实，做初步法律分析，若有不当之处，请海涵。笔者认为，从刑事角度分析，曹某、刘某利、郑某君（以下简称三行为人）涉嫌伪造公章，涉嫌触犯《中华人民共和国刑法》第二百二十四条合同诈骗罪；从民事角度分析，三行为人未获授权系无权代理，结合目前腾讯公司以“无辜者”、“受害者”形象出现，笔者认为可进一步探讨本案是否构成表见代理。

结合到本案，只有同时满足三行为人具有表见代理权存在的外观基础、腾讯公司对相关的权利外观具有合理信赖基础、老干妈公司作为被代理人对该权利外观的存在具有可归责性这三个构成要件时，腾讯公司方可主张三行为人构成表见代理，以下为具体分析。

一、案情简介

深圳市腾讯计算机系统有限公司（以下简称腾讯公司）与贵阳南明老干妈风味食品销售有限公司（以下简称老干妈销售公司）、贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司（以下简称老干妈公司）服务合同纠纷案时间轴：

2020年3月17日，深圳市南山区人民法院受理腾讯公司诉老干妈公司服务合同纠纷一案。腾讯公司诉称，2019年3月其与老干妈公司签订了一份《联合市场推广合作协议》，投放资源用于老干妈油辣椒系列推广，老干妈公司违反合

同约定，未支付广告费。

2020年4月24日，深圳市南山区人民法院下达（2020）粤0305执保1106号民事裁定书，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百条、一百零二条、一百零三条之规定裁定：“查封、冻结被告贵阳南明老干妈风味食品销售有限公司、南阳南明老干妈风味食品有限责任公司名下价值16240600元的银行存款或查封、扣押其等值的其他财产”。

2020年6月30日，老干妈公司发布官方声明：“经核实，我司从未与腾讯公司或授权他人就“老干妈”品牌签署《联合市场推广合作协议》，且我司从未与腾讯公司进行过任何商业合作”并向公安机关报案。

2020年7月1日，贵阳市公安局双龙分局发布警方通报：“经我局初步查明，系犯罪嫌疑人曹某（男，36岁）、刘某利（女，40岁）、郑某君（女，37岁）伪造老干妈公司印章，冒充该公司市场部经理，与腾讯公司签订合作协议。其目的是为了获取腾讯公司在推广活动中配套赠送的网络游戏礼包码，之后通过互联网非法获取经济利益”。

二、理论基础

法律规范：《中华人民共和国民法总则》第一百七十二条：“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。”及《中华人民共和国合同法》第四十九条：“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”。

法理基础：表见代理制度旨在保护善意第三人的信赖利益与交易安全，善意无过失的合同相对人，基于无权代理人在客观上形成的可信赖之表象，而与之所为的合理行为的法律后果，应当归属于被代理人。但因其强制本人必须承受其意

思以外的他人决定的约束，有违当事人自主决定的民法基本原则，因此理论学说以及司法实务均认为应当严格限制认定范围，将相对人的信赖利益保护限定在其善意无过失的场合。

三、司法实务

截止 2020 年 7 月 6 日，笔者以“表见代理民事最高人民法院”为关键词进行检索，共检索出 746 个案件，笔者选取 2 个典型案例，向读者展示我国司法实践中判断是否构成表见代理的裁判思路。

笔者小结：在审判实践中，法官为防止任意扩大表见代理的适用范围，导致表见代理这一法律制度的滥用，导致本人与相对人之间权利义务的严重失衡。在审判实践中，认定表见事实的存在及相对人的善意无过失，法官一般从严掌握，根据个案的具体情况，综合考虑法律行为发生的原因、条件、环境、行为人的职业特征、本人的行业特点及惯例、假象的掩蔽程度、相对人对假象的认知能力等多种因素进行审查判断。且 2019 年 11 月 14 日，最高人民法院出台的《全国法院民商事审判工作会议纪要》中明确法官在审理案件时应当贯彻“穿透式审判思维”，笔者推测法院在审理本案时，将穿透法律事实，查明当事人的真实意思，探求真实法律关系，将结合签约前洽谈会商过程、对接人员身份、支付情况等基本事实情况作出判断。

四、笔者观点

笔者结合上海市高级人民法院出台的《商事合同案件适用表见代理要件指引（试行）》及相关案例，试对本案从举证责任、权利外观以及主观善恶意角度进行分析。

（一）举证责任

笔者观点：腾讯公司承担举证责任，证明三行为人构成表见代理。

为防止表见代理这一法律制度的滥用，造成本人（即老干妈公司）与相对人（腾讯公司）之间权利义务的严重失衡，腾讯公司应当从表见代理权外观、合理信赖、可归责性三个角度举证证明其系善意无过失。

法律规范：《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》（2009年7月7日，法发〔2009〕40号）

合同法第四十九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。合同相对人主张构成表见代理的，应当承担举证责任，不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素，而且应当证明其善意且无过失地相信行为人具有代理权。

相关案例：张玉航与中太建设集团股份有限公司、张玉民间借贷纠纷申请再审民事裁定书 案号：（2015）民申字第1895号

裁判观点：本院认为，本案的争议焦点是张玉的借款行为是否构成表见代理。关于表见代理，《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。依据该规定，张玉航主张张玉的借款行为构成表见代理，应当承担举证责任，一方面需举证证明张玉的代理行为存在有权代理的客观表象形式要素，另一方面需证明其善意且无过失地相信张玉具有代理权。

（二）权利外观

关于权利外观的主要考量因素，对权利外观的考量应当结合合同订立与履行过程中的各种因素，综合判断行为人的行为能否产生具有代理权的表象。笔者认为，本案中主要考量因素包括以下八点：

1. 分析订立合同主体。

合同是否以被代理人名义订立。若签订合同未使用被代理人名义, 合同文本没有任何与被代理人有关联的文字表述, 须慎重认定表见代理。分析既有材料初步可知三行为人伪造公章使用老干妈公司名义与腾讯公司签订合同。

2. 分析三行为人的身份、职务是否与老干妈公司有关联。

查明三行为人真实身份。上图为老干妈公司、老干妈销售公司高管及股东图谱, 分析可知三行为人并非企业股东及高管。建议腾讯公司可进一步查询三行为人社保, 查明三行为人是否系老干妈公司及其关联公司员工, 若系老干妈公司员工, 则进一步查明三行为人职务等级。三行为人在被代理人处任职职务越高、与从事业务关联度越强, 或与老干妈公司之间的其他身份联系越密切, 对表见代理的证明力就越强; 反之则越弱。目前老干妈公司发布的声明及公安通报, 均否认三行为人系老干妈及关联公司员工, 但事实能否反转, 腾讯公司能否爆更多料, 还需静待。

3. 订立合同时腾讯公司是否尽职调查, 是否搜集齐全基本资料, 假章是否一般商业主体审慎即可辨别?

一般商业合作时, 需要交易方提供加盖公章的营业执照、法定代表人身份证明、授权委托书、被授权人身份证明、开户行信息等基本资料, 腾讯公司在签约时是否核验相关资料的真实性?

本案三行为人“伪造”的公章的仿真度为多少? 若仿真度较低, 理性商业主体, 审慎核验即可发现漏洞, 笔者认为恐难以认定腾讯公司系善意。笔者认为可从以下四个方面初步判断系公章抑或假章: 从字体分析, 国内公章一般采用宋体或仿宋体), 从颜色分析, 一般因真章在盖印泥时因用力不均匀会有杂点, 若过于均匀则需警惕; 从形状分析, 每个字体均规整, 非梯形, 真章边缘可能有小缺

口；从位置印记分析，真公章一般盖在文字处，而电脑制作假公章怕遮盖其他文字，一般故意盖在空白处。

4. 分析被代理人对行为人是否存在可合理推断的授权关系，合同关系的建立方式是否与双方以往的交易方式相符。

如，若腾讯公司举证证明三行为人原来具有代理权，曾经代表老干妈公司对外（可不限于腾讯公司）签订合同，老干妈公司终止三行为人代理权但并未对外告知，使腾讯公司误信，法院则可能认定老干妈公司具有过错，腾讯公司系善意无过失。但根据老干妈公司发布声明以及腾讯之前发布微博内容可知，双方系首次合作，此角度恐对腾讯公司不利。

5. 合同订立过程中、交易环境和周围情势等是否与被代理人有关。

如，老干妈公司法定代表人陶华碧女士是否在签约过程中露面？签约地点是否与老干妈公司存在联系？是否在其生产基地、营业地、办公场所等场所，根据目前所爆料证据，陶华碧女士亲自陪同签约的可能性极低。若腾讯公司能举证证明交易环境与老干妈公司相关，则对其较为有利。

6. 合同履行过程中，老干妈公司是否通过对公账户向腾讯公司转账？对接人员配置是否符合商业理性？对接人员身份有无异议？老干妈公司是否提供必要设计素材？

是否通过公账转款。本案系服务合同纠纷，根据一般商业规则，服务方通常要求先支付一部分合同价款，腾讯公司作为行业大佬，按照常理属于较为强势一方，可重点查明是否先行支付部分服务费。若支付，是否通过对公账户支付，若未支付且不符合腾讯公司商业管理，需查明未支付原因。1624 余万元属于大额交易，需谨慎对待，需查明资金流向以及背后真实情况，尽可能还原案件事实。

人员配置是否合理。老干妈公司作为大公司，内部分工较为明确，通常情况

授权签订合同主体与实际履行合同过程中对接人员可能不同,管理层对外签合同,一般工作者具体履行合同,提供相关资料。

对接人员是否有异常。合同签订后,对接人员因处理具体琐碎事务,相互之间交流较多。根据常识,该阶段是三行为人最容易暴露痕迹,腾讯公司工作人员最容易发现异常的阶段,腾讯公司工作人员可通过号码归属地是否属于贵阳、邮箱地址是否为企业域名、朋友圈是否有能够认定其身份的信息,综合判断对接人员身份。腾讯公司未能在此阶段发现异常,是笔者以及广大网友疑惑之处,总有交智商税之感,只能一起静待后期调查结果。

素材提供情况。腾讯公司为老干妈公司宣传势必需要老干妈公司提供相关基础素材,并发送对方宣传方案,对于大型方案审核一般需要管理层讨论通过。

综上,笔者很难相信仅仅三个人,便能完成这个长达几个月,需要大量资金、人力、智力支撑的骗局。笔者认为,腾讯公司需对上述履约过程作出详细的描述,尽可能还原案件事实,若其举证证明其尽到相应注意义务,则对其有利。

7. 标的物的用途是否与老干妈公司有关。

本案系服务合同纠纷,腾讯公司为老干妈公司提供广告宣传服务,广告宣传确实被应用于老干妈公司。2019年4月26日,QQ飞车手游S联赛2019年春季赛开幕,现场宣布老干妈公司成为S联赛的行业年度合作伙伴。且直至2019年12月31日,QQ飞车手游S联赛发布了超过1000条带着#老干妈漂移火辣辣#tag的微博。并在赛程中,QQ飞车手游还请选手们拍摄多支广告。对老干妈公司进行全方位宣传,老干妈公司客观上取得合同利益,此角度分析对腾讯公司较为有利。

8. 其他具有代理权客观表象的情形。

其他具有代理权客观表象的情形。行为人在交易过程中存在其他行为,足以

使一般商人合理推断该行为系基于被代理人合法授权的, 可以作为认定的考量因素。

(三) 主观善恶意

对主观要素的考量应当结合合同订立和履行过程中的各种因素, 综合判断腾讯公司是否为善意且无过失, 即腾讯公司不知道三行为人无代理权, 其在作出相应判断时已尽到合理注意, 不存在明显的疏忽或懈怠。

1. 腾讯公司与老干妈公司之间是否存在交易历史以及相互熟识程度。根据既有证据分析, 老干妈公司与腾讯公司系首次合作, 腾讯公司理应当更谨慎, 其需阐明其对行为人代理权产生依赖的理由, 否则恐对腾讯公司不利。

2. 腾讯公司注意义务与交易规模大小是否相称。一般而言, 标的物数量大、金额高的大宗交易, 合同相对人应更加谨慎, 本案合同标的高达 1624 余万元, 此类情况下对于腾讯公司的善意审查判断标准更高, 根据现有证据此要素对腾讯公司不利。

3. 交易对效率的要求与合同相对人核实代理权限的成本是否相称。本案腾讯公司需举证证明其是否通过向老干妈总部打电话、发邮件、拜访等方式核实交易真实性, 腾讯公司若不能举证证明其尽核实义务, 则恐对其不利。

(四) 初步结论

根据目前腾讯公司、南山法院、老干妈公司、双龙分局对外公布的资料, 笔者认为, 在八个权利外观角度、三个主观角度中仅有“标的物的用途”这一角度(老干妈公司取得履行合同的利益)对腾讯公司有利, 腾讯公司恐难以举证证明其系善意无过失, 恐难以认定三行为人构成表见代理。

腾讯公司虽付出大量人力、财力, 受到损失, 老干妈公司虽获得利益, 但笔

者认为本案非典型不当得利情形，腾讯公司能否依据《中华人民共和国民法总则》第 122 条规定，起诉老干妈公司返还不当利益，尚需进一步论证分析。

引用司考民师钟秀勇老师的话：“民法只保护很傻很天真的人（鹅），不保护太傻太天真的人（鹅）”。

五、结语

素来有“南山必胜客”之称的腾讯公司，因此案一改往日精明剽悍之形象，恐损失 1624 余万元；而低调有钱的老干妈公司，因此案可能背上白嫖“腾讯公司”之名，恐影响其商业名誉。

笔者呼吁，企业配备专业团队管理合同，聘请外部独立律师团队，加强法律风险防控。签约前，做好尽职调查工作；签约时，审核公章以及授权人员真实性；履约时，保持商业理性，若发现风险，及时止损，及时取证。同时建议企业保管好基础工商材料，防止被不法分子盗用，善于运用互联网，多渠道关注自身动态，保持商业警惕性。合规化管理公司，使风险前置，最大化避免法律风险，防范于未然！

塑胶行业应收账款管理：债权凭证风险管理

肖华 发现律师事务所专职律师

程雪君 发现律师事务所专职律师

塑胶管道行业作为制造销售行业的典型行业之一，应收账款高是行业的常态，交易过程中往往涉及到工程方、发包人、经销商等不同主体，合作模式多样，交易更为灵活，也因此存在交易周期长、回款速度慢、债权凭证较多等行业特殊性。

从笔者参与处理的几起清收诉讼看，该类企业往往因缺乏完整的债权凭证导致案件胜诉率低或胜诉后缺乏财产线索、执行难，项目回款一拖再拖。

本专题笔者就深入参与塑胶企业法律顾问服务和诉讼案件过程中形成的经验总结，结合该行业的行业特点及商务合作模式，从塑胶行业管理现状入手，概述塑胶行业应收账款债权凭证管理常见的问题，针对性地提出相应管理建议。

一、债权凭证管理现状

债权凭证的管理涉及合同的订立、履行、终止等整个交易流程，在管理过程涉及公司各个部门、不同环节，需要统辖各部门、各岗位的行为，以保证企业利益最大化。常见问题如下：

（一）合同文本不规范

条款过于简单，违约责任约定不明确；缺少连带责任条款，常常出现因合作单位公司财产不足但却无法追责其实际经营人的情形；印章类型五花八门，效力存疑；授权书授权范围不明、授权期限经过；对账单无人签字、对账不符未作说明等问题。

（二）签约行为不规范，身份信息审核须进一步严格规范

签订合同、送货单等重要文件时未对签字人资格进行审核，缺乏授权委托书、

身份信息等资料的回收，部分送货单存在未签字的情况。

（三）有效送货单不易查找保存，对账单不规范及无法对账

大量的塑胶买卖是采用阶段送货、分期履行的方式供货，供货周期较长，送货单是否有效签字并回收暂且不论，因涉及送货单数量庞大不易查找保存，无法及时集中快速查询具体货物交易配送情况，时常出现送货单保存缺失的情形。

在连续供货的买卖合同关系中，对账单就显得尤为重要。但对账单亦可能出现无法对账、签署不规范的情况。

二、债权凭证管理法律分析及律师建议

（一）合同审查主要问题及法律分析

1. 合同未签字但盖章

主要涉及的问题是合同是否生效，以及在印章为虚假的情况下责任人的确定。业务合同通常约定有三种：

（1）约定“合同自签字或盖章之日起生效”

此种约定有盖章或法定代表人（授权委托人）签字即生效的含义。

（2）约定“合同自签章之日起生效”

“签章”的法律意义目前仍存在争议，根据北京大有克拉斯家具商城与中国机床总公司、北京牡丹园公寓有限公司进口代理合同纠纷案（案号为【2013】民申字第72号）的判决，最高院目前的观点认为，“签字盖章”并不代表“签字”+“盖章”，还需结合当事人双方的意思表示具体确定。

（3）约定“合同自签字并盖章之日起生效”

如存在上述条款，亦有可能被认定为附条件生效的情形，此时若仅有盖章，

合同是否已生效需结合其他证据分析当事人之间是否已完成要约与承诺。

在实务中，印章的真伪很难直接确定，但对方当事人只要当面签名，则可以在印章出现问题时，确定对方当事人或签名人的责任。

因此，无论合同是否约定需同时具备签字+盖章，均应要求交易方在合同上签署法定代表人或授权委托人的签字（如是授权委托人签字须同时出具授权委托书）并加盖公章。

对已存在合同未签字但已加盖公章的情形时，可要求对方在对账单、款项确认及还款承诺等处签字并加盖公章补强证据效力。

2. 合同加盖财务专用章或项目专用章

企业印章包括企业公章、法人章、财务章、财务私章、合同章。其中，在公安备案注册的印章，效力较高，通常都具有确认相应法律行为的效力。

（1）合同专用章

合同专用章专门用于对外签订合同使用，如用于合同之外的其他文件上，则效力将产生争议。

（2）项目专用章

项目专用章一般为某一特定工程日常管理之需而刻制的印章，其功能为非经济类用章，主要是供项目部与业主、监理单位、施工配合单位联系工作和施工技术、资料之用。常见的即为项目资料用章和项目技术用章。

a. 项目部资料专用章具有特定用途，仅用于开工报告、设计图纸会审记录等有关工程项目的资料上。因此，如果合同中只存在资料专用章，因为印章名称已经表明其性质不具备对外签订的合同的效力，除非有其他辅助证据，否则不能产生相应的权利外观，不符合表见代理的构成要件，不具备对外签订合同的效力。

b. 项目技术专用章的效力并非一定无效,但需由相对方承担一定的举证责任,证明其效力。效力是否及于公司,关键看双方事前的约定和事中、事后的行为来认定。如双方加盖技术专用章后,履行过程也是严格按照约定来履行,且如有证据证明“项目技术专用章”实际使用的范围不仅是技术问题,还包括经济范围并且是反复使用,足以推定为公司意志,此时,加盖项目技术专用章的合同并非一律无效。

(3) 财务专用章

财务专用章系法人机构对于财物业务专门使用的印章,从其名称来看,应当只适用于法人财物结算业务,并没有对外签订合同的功能

但这个问题的讨论前提在于非法定代表人签字并使用财务章的情形,因为法定代表人本身具有代表公司从事经营业务的权利,故基于对法定代表人身份的确认而相信有效性,具有一定合理性,但是这种信赖取决于法定代表人的身份,而非其是否使用了财务专用章。

最高院观点:在合同书上加盖其他专用章不能当然视为法人或者其他组织同意订立合同及认可合同内容的意思表示,如财务专用章只能在特定的范围内代表法人或者其他组织的意思,如出具加盖财务专用章的收款收据,可以认为是法人或者其他组织的意思表示,但在供货合同上加盖财务专用章,则不能当然认定为法人或者其他组织的意思表示。

3. 签字系伪造

合同当事人的很多签字系伪造,包括合同签字与身份证复印件签字不一致,合同签字与对账单签字不一致,对账单签字与款项确认及还款承诺签字不一致,身份证复印件签字与欠条或还款承诺等签字不一致等情形。

笔者观点:笔者认为,当事人系民事关系的民事主体,当事人签字是对民事

法律关系的主要确认依据，如存在法律文件签字不一致的情形，对方可以签字非本人所为作为合同关系不存在的抗辩理由，不承认债权债务关系存在，因此，建议在应收账款回收过程中核查各个法律文件中当事人签字盖章情况，最好能在业务员的监督下当面签字，并要求业务员对签字过程拍照、录像，若客户为自然人的，还需捺指印，防止出现责任主体无法确定的情形。

（二）合同审查主要问题及法律分析

1. 合同签字人非法定代表人且无授权委托书。

此种情况下，如无法证明合同上签字或对账的行为人有进行相应行为的代理权，不满足表见代理的构成要件，要求其公司承担责任这一点将可能无法实现

2. 授权书授权范围仅包括收货

目前存在只要合作客户提供了授权委托书后，所有文件的签字（包括但不限于合同签字、发货单签字、对账单签字、还款承诺签字）都由受托人签订的情形。此种情况下，从授权委托书的内容来看，部分授权书的授权范围仅包括收货等的一般授权，因此在明确授权的范围有限或未全权代理的情况下，受托人签订合同、在对账单上签字的行为效力存在争议。

3. 授权时间已过

授权委托书一般是由塑胶企业提供给合作客户公司签章确认的格式文本，但实际情况中存在合作客户公司自己提供授权委托书的情形。此种情况下，因客户自有版本对授权时间做了说明，超出授权期限后，如授权人仍对发货单、对账单签字的，可能被认定为无权代理，此时代理行为如客户公司不予认可，则诉讼中还需其他证据对授权行为加以证明。

（三）对账单审查主要问题及法律分析

1. 对账单仅签字未盖章

企业客户的对账单必须加盖公章，而个人客户则需要本人签字。实际情况中经常出现即便属于企业客户，一般亦是由个人签字，在非法定代表人和明确授权的情况下，效力有争议。

2. 对账单核实有误未作说明

对账单存在的另一个重大问题，部分债务人对账过后虽盖章，但写上“核对不符”。此种情况下，就对账单来看，债务人并未对债务予以确认。

3. 客户拒不对账，却无计可施

部分客户逾期后，拒不对账。大多项目供货是连续送货，送货单繁杂且签字、管理均不规范，此时要提起诉讼也可能面临证据不足。

此时，在买卖合同里事先设计的送货单、对账单默示推定条款，及推定通知送达的联系方式条款，就显得尤为重要，可以在一定程度上解决拒不对账的问题。

应收账款是塑胶企业发展中不可回避的重要问题之一，债权凭证管理是账款清收的第一步，也是事前管理的重要工作。因各个企业情况有所差异，上述问题仅是冰山一角。

追求效益的同时，专业管理必不可少。目前塑胶行业已有越来越多的企业选择用更为专业、深入的方式，对债权凭证的发生、取得、保存进行全流程管控，通过专业的管理实现风险管控目的，以便为后期清收工作打下坚实的一步。

离异家庭中残障儿童的抚养费承担问题

李哲 发现律师事务所专职律师

摘要：在第三十个全国助残日到来之际,从中央到地方的各级领导及数以亿计的群众参加,形成了强劲的声势和规模,为众多残疾人提供了切实可行的帮助和扶持。我国离婚家庭儿童抚养费问题一直都是老大难问题,残障儿童的抚养费相对于健全儿童来讲更是一笔巨大的开支。具有扶养义务的人员基于种种原因,拒不支付或者难以负担全部的抚养费。如何保障残障儿童的合法权益,需要政府、家庭和社会的共同努力。作为一名法律人,将通过本文浅谈离异家庭中残障儿童的抚养费承担问题。

关键词：离异、残障、儿童、抚养费

根据中国裁判文书网的数据显示,截止2020年5月16日关键词为“抚养权纠纷”的搜索结果结果为10363条。这样沉甸甸的结果无时无刻在提醒着所有人离异家庭未成年人抚养费问题的严重性。

残障儿童因为自身的原因,除去必要的生活费用之外,需要在医疗康复、护理、医疗器械等方面支付大量的费用。

在我国社会福利和社会保障体系没有建立完善的情况下,具有扶养义务的人员需要为残障儿童支付大量的费用,这样的费用已经超过了正常家庭的负担能力。如何保障残障儿童的合法权益,这是需要政府、家庭和社会需要共同努力的问题!

近年来,我国新生儿出生缺陷发生率呈上升趋势。在当前社会保障水平总体偏低的情况下,出生缺陷导致的返贫、因病致贫现象在相关家庭尤其是中西部贫困地区尤为突出。

这10363条结果中可能包含了残障儿童的抚养权纠纷问题,但绝对不是全面的。在残障儿童的抚养费无法得到支付时,他的监护人或抚养人该如何去维护其合法权益,这是一个值得讨论和关注的问题。

一、完善残障人士法律保障体系的建设

改革开放以来，国家为保障残疾人的权益采取了一系列措施，颁布残疾人保障法；制定和实施残疾人事业的三个五年计划；设立政府残疾人工作协调机构；建立统一的残疾人工作组织；大力宣传和倡导关心帮助残疾人的社会风尚；在残疾人中广泛开展自强活动。

但是，目前为止国家在残障人士法律体系建设方面仍然是不完善的，或者说是确实的，《残疾人保障法》在1990年颁布实施后，只经过了2008年的修订，已经无法与现在社会的发展相匹配。

政府在这个问题是一个需要深入拓展的一个角色，社会福利和社会保障体系的建设可以尽量的减少家庭的负担。社会非盈利机构在这残障儿童救助方面已经进行了有益的开拓和尝试，需要政府将这些先进的经验予以总结，以国家政策的形式予以推广，鼓励社会力量参与。

因而，根据社会的发展不断地完善相关法律体系，使之有法可依，对于维护残障人士的合法权益有着重要的意义。

二、加大残障人士的法律援助力度，切实维护其合法权益

《中国残疾人事业“九五”计划纲要》（1996~2000年）中，就已经将“建立残疾人法律援助组织”作为该计划纲要的任务指标和主要措施。但是，目前在全国建立的专门服务于残疾人的法律援助机构无论从数量上还是规模上，均远远无法满足残疾人对法律援助服务的需要，而目前更多的做法仍然是由各级法律援助中心为残疾人提供援助和服务。

对于残疾人这样一个有着特殊困难的群体来说，为其设立专门的法律援助机构十分有必要，它可以使专门机构的法律工作者增进对残疾人的了解、熟悉残疾

人的特殊需要，以便更好地对他们提供法律援助和服务。同时，残疾人直接向专门机构申请法律援助，这样可以减少中间环节，提高援助的效率。残疾人，尤其是贫困残疾人还不懂得运用法律武器来维护自身的合法权益，专门机构的设立有助于残疾人方便行使自己的权利，便于残疾人了解和获得帮助。

成都市司法局和成都市残联在 2005 年 7 月 23 日发布了《关于加强为残疾人提供无障碍法律服务和法律援助的通知》，希望通过法律援助和政府消除残障人士的经济条件障碍、物质环境障碍、语言障碍和信息障碍，使他们能够及时有效地利用法律武器维护自身合法权益。

在目前，政府需要进一步加强残疾人法律援助和维权机构建设，改善工作条件，增加工作经费，通过聘请法律顾问、开办维权热线电话、组织志愿者助残、承担盲文和手语翻译服务等多种形式，积极推进为残疾人提供无障碍法律服务和法律援助工作，为残疾人事业的发展创造更好的法制环境。

三、完善政府对残疾人士法律服务的购买

为深入贯彻党的十八大和十八届三中全会精神，有效落实《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》，积极推动政府购买残疾人服务工作的有序发展，财政部于 2014 年 4 月 23 日联合民政部、住建部、人社部、卫计委、全国残联发布了《关于做好政府购买残疾人服务试点工作的意见》（以下简称《意见》）。

《政府购买残疾人服务试点项目目录》作为《意见》的附件，将残疾人康复辅具配置（辅助器具适配）服务、残疾儿童抢救性康复服务、残疾人照料服务、残疾人就业培训与岗位提供服务、残疾人家庭无障碍改造服务等五大类 19 项残疾人服务纳入政府购买试点范畴。

上述 19 类服务并没有完全覆盖残障人士的需求，针对残障儿童抚养费问题

涉及到的法律服务购买也没有涉及，这不得不说是一种遗憾。

但是我国目前尚处于政府购买社会服务的试点阶段，处于摸着石头过河的阶段。各级政府民政、残联等部门可以根据本地的实际状况积极开展项目探索，不断总结经验，努力扩大服务领域，深入贯彻落实政府精神，将政府服务购买予以落实，规范购买细则，将政府服务购买起到实实在在的作用。

四、学习先进经验，努力进行服务创新

甘肃省民政厅、省财政厅、省人社厅、省卫生厅、省扶贫办、省残联于 2012 年 5 月 14 日联合发布了《关于对全省集中连片特困地区贫困县农村贫困家庭重度残疾儿童实施救助抚养的意见》，对贫困县农村贫困家庭重度残疾儿童救助抚养作出了规定。

在台湾，身心残障及发展迟缓儿童在医疗院所或其他专业机构的治疗费用，百分之百由台湾当局或地方政府承担。当一些家庭连基本生活开支都捉襟见肘时，民间力量就会介入，对孩子生活的各方面，包括治疗所需的交通费等进行补助。

因此，建议政府对有残疾儿童的家庭，在享受国家最低生活保障政策的基础上，给予抚养费全额补贴，按照不同地区的物价消费水平，核定适度的抚养费补助标准。这些儿童，今后享受国家终身抚养补贴的政策扶持。

同时，扩大残疾儿童的医疗、康复救助面，需要进行医疗、康复的残疾儿童，实行全额免费。确保出生残疾儿童在亲情的陪伴下温暖、健康地成长。

五、扶持社会非盈利机构的健全发展

过去，由于没有针对性的服务机构，家人因为工作等原因，成年后的智力、精神残疾人只能“圈养”在家人身边，缺乏康复训练的条件，缺乏生活和职业技能，导致与社会脱节，反向增加了家人的负担。

现在随着基金会、社会非盈利机构的出现,各类机构会针对每个不同的孩子,设置不同的教学方案,使他(她)们在能力上逐步走向社会,争取自食其力,减轻家庭负担,残障人士有了更多地选择可能性。

但由于非盈利机构在我国的发展还处于初期阶段,它们在获取和利用资源、协调关系、发挥作用等方面都没有明显的优势。它们在发展过程中还存在着让人无法忽视的问题,如资金匮乏、自主性不足、缺乏社会公信力、政府规范缺失。这些问题的存在或多或少都与政府有着关系。

为促进非盈利机构的发展,政府应当对非盈利机构的发展和规范进行定位,明确政府自身的职责,加强对非盈利机构的组织培育和管理。政府部门应当努力培育一批条件适合、运营规范、组织完善的非盈利机构,以便政府进行社会服务购买时,有明确的机构可以承接。

六、结束语

离异家庭残障儿童抚养费问题看似是一个独立的问题,实则是和残障人士的保障是个整体。政府在残障人士的保障方面越来越重视,政策越来越多,这是重大的机遇,希望其能越来越完善!

随手转发的朋友圈，竟然被告知要赔 20 万？

陈群 发现律师事务所专职律师

微信、微博、抖音、QQ 等，是目前很热门的信息网络交流平台。当下，这些网络交流平台已成为个人或企业推广的主渠道。人们在利用这些平台尽情享受生活、工作的便利时，往往忽略了可能产生的法律问题。笔者最近接触了好几起因微信平台转发文章被他人起诉的纠纷。在微信朋友圈看到一篇文章，感觉不错，对自己提供的服务宣传也很有帮助，随手就转到自己的朋友圈。像这种在网络平台发布或信息传播的行为是否侵权他人权利呢？

目前，与互联网网络传播联系最紧密的著作权就是信息网络传播权。

一、什么是信息网络传播权呢？

首先信息网络包括以计算机、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。目前使用广泛的微信、QQ、微博、抖音等等都是通过信息网络传播。《著作权法》第十条第一款第(十二)项规定，信息网络传播权即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。

二、未经著作权人许可，通过微信平台转发他人作品，是否构成侵害信息网络传播权？

《著作权法》第四十八条第一项规定“未经著作权人许可，通过信息网络向公众传播其作品的”构成侵权。这里有两个关键词“公众”“传播”，应该怎样理解呢？

第一个关键词“公众”。它在《现代汉语词典》的解释是：大众；社会上的

大多数人。微信公众号、小程序、抖音、微博等是全开放式的社交平台，所有的网民都可以阅读，浏览上面的文章，这些平台毫无疑问面对的是“公众”。

那微信朋友圈是否属于公众平台？《中国纪检监察报》曾头版刊发《党员能在微信朋友圈妄议中央大政方针吗》中明确，微信朋友圈是公共场所。笔者也认为微信朋友圈面向的受众满足公众的概念。理由有三：

1. 微信朋友圈里面的“朋友”，含义已今非昔比。现代人对自己认识不认识的人都称朋友，这成了一种礼貌称谓，比如公共场所讲话，面对认识不认识的都可以称谓“各位朋友”。

微信朋友圈交友渠道众多，比如查看附近的人、陌生人交友、摇一摇、漂流瓶、扫一扫等等，通过这些渠道添加的“好友”，不是我们传统理解的相互了解，熟悉，具有一定友谊的人。有的朋友圈“好友”几百上千，虽然躺在朋友圈里但相互不了解不认识的情况非常普遍。如果将微信朋友圈还是定性为私人空间，显然有失偏颇。

2. 微信朋友圈的交友目的已不是单纯的交友，很多已经商业化。通过微信朋友圈宣传、推广、销售商品、服务等也成为很多朋友圈的重要用途。

微信朋友圈还可以分为官方朋友圈，个人号朋友圈。官方朋友圈不用说，目的就是宣传推广广告，个人号朋友圈是集生活交友、商业推广一体的平台。很多人在转发他人作品的结尾处，会直接添加自己或者单位的介绍，联系方式等等，商用目的非常明显。

3. 微信朋友圈并非完全封闭。微信朋友圈里的作品，通过自我设置，对建立了朋友关系的可以全部开放，对陌生人也可以开放一部分。

所以，微信朋友圈的受众已涉及公众范畴。

第二个关键词是“传播”。前面说了《著作权法》第十条第一款第(十二)项阐明的信息网络传播权,即以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利;

《信息网络传播权保护条例》第二条规定,除法律、行政法规另有规定的外,任何组织或者个人将他人的作品、表演、录音录像制品通过信息网络向公众提供,应当取得权利人许可,并支付报酬。

这两个法律文件都提到一个关键词“提供”。《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》(法释〔2012〕20号)分别针对“网络用户”和“网络服务提供者”列举了几种“提供”行为。

涉及“网络用户”(作为微信朋友圈、微信公众号的个人用户和企业用户,应定义为“网络用户”)的提供行为,只有一个条款,即指通过上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式,将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中,使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的行为。其他的几种“提供”行为主体均系网络服务提供者。且该解释认为,网络服务提供者能够证明其仅提供自动接入、自动传输、信息存储空间、搜索、链接、文件分享技术等网络服务,不构成侵权行为。

《世界知识产权组织版权公约》外交会议记录记载:“重要的是提供作品的初始行为,至于服务器空间、传播的链接、传输设备以及信号的路由选择,则是无关紧要的”。

可见,上述文件对“提供”行为的理解,倾向是“最初”将作品置于网络中的行为,即将作品上传至服务器的行为,而非提供信息存储空间、链接以及接入设备等行为。

因此,微信朋友圈和微信公众号等平台转发他人作品,转发方式不同,法律

责任不同：将他人作品复制、粘贴、或以其他方式上传，即使注明来源和出处，但未经权利人同意，都可能侵害信息网络传播权。而微信朋友圈和微信公众号等平台仅提供最初作品的链接，不构成侵害信息网络传播权，但可能涉及不正当竞争和其他侵权行为。

三、涉及信息网络方面侵害著作权的行为比较常见的其他情形

1. 抄袭他人作品的。很多人在转发他人作品时，为了谋取私利，把他人作品窃取为自己或者利益相关者的作品发布出去。自创作品，要付出作者的智慧和极大的心血。而把他人作品的作者变成自己或者利害关系者，轻而易举。有的是仅仅变更了作者，有的是把他人作品中的主要内容进行复制。这主要侵害了修改权、保护作品完整权、署名权等。

2. 没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名的。这个诉称搭便车，一经发布即为侵权，是否转发不论。这主要侵害了署名权。目前还有一种情况，基于特殊关系特殊目的，比如配偶、上下级之间，一人创造，多人署名，用于炫耀，聘职称等不正当目的，这是一种不诚实、不道德的表现，虽然作者自愿，但混淆视听，扰乱秩序，双方都应该受到谴责。

3. 如果明知或者应该知道链接的作品存在侵权仍然提供链接，或者不知或者不应该知道但经权利人合法通知仍不删除等，涉及构成间接侵权

4. 使用他人作品，应当支付报酬而未支付的。

四、侵害著作权涉及的民事赔偿问题

《著作权法》第四十八条和相关规定涉及著作权侵权行为的，可能承担的法律责任的有三：一是民事责任，二是行政责任，三是刑事责任。

民事责任有停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等方式。这里主要探讨民事责任中赔偿损失的金额怎样确定。

《著作权法》第四十九条规定，侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

实践中，权利人的实际损失和违法所得均难以计算，往往以侵权行为所支付的合理开支确定权利人的损失，包括搜集、固定证据的开支，比如公证费，保全费，调查费等，还有诉讼费、律师费。

这里提供四川省成都中院的一个关于微信公众号使用他人作品侵害信息网络传播权等的案例：

四川省成都市中级人民法院（2016）川01民初1404号《刘某某（原告）与成都市某网络有限责任公司（被告）著作权权属、侵权纠纷一审民事判决书》，被告擅自在其经营管理的微信公众号使用原告摄影作品共计14张，原告认为侵害了其署名权、复制权、信息网络传播权，要求赔偿损失及合理开支224000元。被告以仅有15人点开阅读，且得知可能侵权后已删除为由，认为原告诉请不应支持。后法院认定被告侵权，判决被告赔偿原告包括公证费、律师代理费等6000元。

五、结语

微信网络信息传播，目前大多数的案件涉及到的是微信公众号的营销作品侵权纠纷，且被告往往是公司、企业，对个人朋友圈侵害著作权行为的起诉，还比较少。相信随着大家权利意识的加强，追究个人侵权行为的情形也会越来越多。

论无民事行为能力人的离婚代理问题

李哲 发现律师事务所专职律师

一、本文关于离婚问题的论述范围

离婚，分为登记离婚和诉讼离婚。由于无民事行为能力人无法表达其真实意思，为避免其配偶通过协议离婚而损害无民事行为能力人的合法权益，各国通常规定无民事行为能力人离婚须通过诉讼解决，我国婚姻登记机关亦不受理无民事行为能力人或限制民事行为能力人的离婚。故本文讨论内容限定为诉讼离婚，而不包括登记离婚。

主体为无民事行为能力人，不涉及限制民事行为能力人，并且研究限于一方为无民事行为能力人，另一方为完全民事行为能力人的情形。根据《中华人民共和国民法总则》的规定，不满八周岁的未成年人和不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，结合学理上及司法实践中对无民事行为能力人的界定，无民事行为能力人应当包含未成年人、精神病人、痴呆症患者、植物人、脑瘫患者等。由于未成年人不涉及婚姻问题，故本文亦将未成年人排除在外。

时间界定为一方成为无民事行为能力人的时间发生在婚姻关系存续期间，或者结婚时有结婚能力，但在婚姻关系存续期间复发成为无民事行为能力人。

二、无民事行为能力人离婚行为的代理问题

我国婚姻法奉行结婚自由、离婚亦自由的原则。实践中，无民事行为能力人能够被动应诉，也能够主动起诉。只是前一种情况下，由于表达离婚的意思是由完全民事行为能力人一方提起的，法院判决离婚也不以双方当事人意思表示一致为条件，故研究的意义不大。在无民事行为能力人主动起诉的情况下，值得一提的是，在《婚姻法司法解释三》出台前，学界及司法界对于无民事行为能力人是

否能够主动提起离婚诉讼争议颇大。认为不能主动提起离婚诉讼的观点集中在婚姻关系的解除是具有强烈人身属性的身份行为，不能交由他人实施，不能任由他人干涉。但是伴随着《婚姻法司法解释三》的出台，无民事行为能力人可以主动起诉已成定局，并且这也是有利于保护无民事行为能力人的离婚自由、保护其合法权益的合理制度。

由于无民事行为能力人不能独立进行民事活动、不具备认识和判断自己行为的能力、不懂得离婚的含义和作用，当配偶一方侵害特别是持续侵害其合法权益时，无民事行为能力一方并不能采取有效措施进行自我保护。对于无民事行为能力人而言，想要永远的摆脱配偶一方的侵害，一劳永逸的方法就是与配偶解除婚姻关系。但是无民事行为能力人如何去主动离婚呢？这就需要他人来代理无民事行为能力人的离婚行为。但是否意味着任何时候、任何条件下、任何人都可以代为提起离婚诉讼呢？答案当然是否定的，毕竟像离婚这种身份行为具有强烈的人身属性，无限制的代理不仅不能保护无民事行为能力人，还可能会破坏他人原本幸福的婚姻，甚至损害无民事行为能力人的合法权益，故我国《婚姻法司法解释三》对此作了相应约束。

三、《婚姻法司法解释三》对无民事行为能力人离婚代理制度的设计局限

《婚姻法司法解释三》第八条规定：无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理。

那么此处变更监护权与离婚诉讼是什么关系呢？结合最高人民法院民事审判第一庭所著的《最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用》对上述条文的

解读，变更监护权是提起离婚诉讼的前提。可以看出《婚姻法司法解释三》的立法思路严格遵循着现行法的规定，这样规定有其合理性，做到了与现行法进行衔接。特别是《民法通则》第十七条和《民法总则》第二十八条关于无民事行为能力人的监护顺序的规定，也充分考虑到了无民事行为能力人的监护问题。但是并没有从制度创新的角度更好的解决无民事行为能力人的离婚问题乃至监护权的保障问题，将变更监护权作为提起离婚诉讼的前提的弊端是显而易见的。

首先，代理离婚诉讼和变更监护权诉讼是两个性质不同的诉讼，所要解决的问题也有着本质的区别。代理离婚诉讼不会发生实体权利义务的转移，后果仍由被代理人承受；而变更监护权诉讼则会发生实体权利义务的转移。将解决监护问题作为处理离婚问题的前提，混淆了法律关系。

其次，将变更监护权作为代理离婚起诉的前提会缩小其他近亲属代为提起离婚诉讼的范围，挫伤他们保护无民事行为能力人的积极性。前面已经提到，代理离婚诉讼是一次行为，后果由被代理人即无民事行为能力人承担，不会发生实体权利义务的转移；而监护权的变更是长久甚至永久的责任，会发生实体权利义务的转移，这意味着监护人要长期甚至永久的对无民事行为能力人承担监护责任。然而在现实生活中，无民事行为能力人经常被视为家庭生活的累赘，不仅需要经济上的巨大付出，还需要精神上的慰藉与呵护。即便有近亲属想要替无民事行为能力人提起离婚诉讼，也可能碍于今后的监护责任望而却步。

再次，既然《民法通则》和《民法总则》都设置了监护顺序，那么变更监护权也应按照此种顺序来进行。意味着前一顺序的监护人没有提起变更监护权诉讼的，后一顺序的监护人无权提起变更监护权诉讼。现实生活中可能就存在无民事行为能力人的父母、子女不愿意照顾无民事行为能力人而不去提起变更监护权诉讼的，此时无民事行为能力人的权益如何得到保护呢？

最后，起诉离婚不一定法院就会判决离婚，在法院判决不准离婚的情况下，已经变更了的监护关系是否要重新恢复过来？如果是，先前的变更就是徒增诉累；如果不是，婚姻关系存续期间夫妻共同财产不能分割，新的监护人怎么更好的履行监护职责呢？

相反，如果将提起离婚诉讼与变更监护权诉讼剥离开来，可以扩大起诉的范围，消除那些不愿担当监护人的人的后顾之忧，进而提高其他监护人提起诉讼的积极性，更好的维护无民事行为能力人的合法权益。

总之，监护归监护，离婚归离婚，无民事行为能力人的近亲属都有权在无民事行为能力人遭受配偶虐待、遗弃等严重损害其人身权利或者财产权益行为时，代理无民事行为能力人提起诉讼。如果没有近亲属或者近亲属怠于提起诉讼的，可以由无民事行为能力人所在地区的民政部门或者住所地的居民委员会、村民委员会提起离婚诉讼。

四、对无民事行为能力人离婚后监护问题的思考

根据上文的论述，如果不以变更监护权作为提起离婚诉讼的前提，法院判决离婚后没有人愿意担任监护人或者没有人可以担任监护人的，无民事行为能力人的生活怎么得到保障呢？这就涉及到我国的成年人监护制度和社会保障制度了。

根据《民法总则》第三十二条的规定：没有依法具有监护资格的人的，监护人由民政部门担任，也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。但是对于民政部门、居民委员会、村民委员会如何具体履行监护责任等问题法律条文规定的过于粗泛，导致民政部门、居民委员会、村民委员会的监护落不到实处，发挥不了其应有的作用，从而也导致部分无民事行为能力人的离婚问题遭遇瓶颈。

总之无民事行为能力人的离婚问题与离婚后的监护问题息息相关，需要制度

之间的相互配合。解决好了无民事行为能力人离婚后的监护问题，无民事行为能力人的离婚代理问题也会易操作些。但囿于本文的讨论范围，对成年人监护制度和社会保障制度的完善暂不过多的分析与阐述，留待其他的学者及司法工作者探讨。但是建议在成年人监护制度和社会保障制度的完善的过渡期间，可以借鉴疗养院或敬老院模式来解决无民事行为能力人的监护问题。

借张恒与郑爽一案，浅析代孕关系中存在的重点法律问题

卢世林 发现律师事务所专职律师

近日，郑爽与张恒代孕、生子这一事件直接占领了全网热搜且居高不下，成为众人热议的话题。该事件中，同时引出了一个长期存在但鲜少有人重点关注的问题——代孕。

一、代孕的概念

代孕是人类辅助生殖技术的一种，指运用现代医学技术和方法将代孕委托人提供的精子注入自愿代理妻子怀孕者即代孕人的体内受精，或将人工授精培育成功的受精卵或胚胎移植入代孕人的子宫内着床，待生育后由代孕委托人以代孕子女亲生父母的身份抚养。

简言之，就是“借腹生子”，即妻子不生育，借用第三人的子宫怀孕并分娩子女。

从上述代孕概念可知，典型的人工代孕主要有两种形式：

一是运用医学技术和方法将代孕委托人人工授精培育成功的受精卵或胚胎移植入代孕人的子宫内着床，发育成胎儿直至分娩，生育后小孩由委托人以亲生父母亲的身份抚养，这种情况下代孕人与所生子女不具有遗传学上的基因关系。

二是运用人工的方式将代孕委托人提供的精子注入代孕人的体内以取代性交方式受精，待生育后由委托人以亲生父母亲的身份抚养代孕子女，这种情况下代孕人与所生子女具有遗传学上的基因关系。

在现实生活中，除了上述两种作为人类辅助生殖技术的代孕之外，还存在第三种代孕形式，即非人类辅助生殖技术的代孕，指的是委托夫妻中的男方与自愿代理妻子怀孕的第三者发生直接性关系而怀孕、生子。这种情形严格上来说并不

属于人工代孕的范畴，不在本文讨论的范围之内。

二、代孕关系中存在的重点法律问题

1. 相关法律制度并不完善

目前，人工代孕行为在我国尚处于法律“灰色”地带，除了卫健委发布的《人类辅助生殖技术管理办法》《人类辅助生殖技术规范》以及《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》等文件中规定有“医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术”外，尚无其他法律、行政法规关于规范代孕行为的规定。

同时上述规定也仅仅明确禁止医疗机构和医务人员实施代孕技术，即使在卫健委、中宣部等 12 部门开展的打击代孕专项行动工作中，也仅仅是对于提供代孕技术服务的医疗机构、中介机构及相关人员的法律责任进行追究，尚未对其他个人实施代孕行为的法律后果进行规范。

2. 代孕协议的效力

虽然卫健委发布有禁止医疗机构及医务人员实施代孕技术的规定，但是如上所述，前述规定最高的效力级别也仅为部门规章，对于前述规定之外的代孕委托人、代孕人之间的行为并无普遍约束力，并不因此直接导致代孕人与代孕委托人之间签订的代孕协议无效。当然，通过发生直接性关系而受孕的所谓代孕不具有合法性，危害婚姻家庭关系和公序良俗，毋庸置疑，这类代孕协议应认定为无效。

代孕协议，除了约定有代孕费用、补偿费用等涉及财产给付的内容，还包括实施代孕行为、代孕子女亲子关系等明显具有身份关系性质、伦理性质的内容，并不仅受《民法典》合同编的规定调整。而在我国处理代孕协议纠纷的司法实践中，普遍因代孕协议“以合法形式掩盖非法目的”、“违背公序良俗”而认定代孕协议应属于无效协议。

代孕协议被认定为无效后，主要存在的问题有：

①从代孕人角度：代孕关系中，普遍是有偿代孕行为。代孕人提供代孕服务的目的为获取代孕报酬，均在代孕协议中予以了约定，代孕协议归于无效后，代孕人基于该协议存在的代孕报酬请求权如何行使便存在障碍。

②从代孕委托人角度：代孕关系中，若代孕子女出生后，代孕人拒绝将代孕所生子女交由代孕委托人的，因代孕人与代孕所生子女具有母子/女关系（下文详述），此时代孕委托人并无法强制代孕人“交付”代孕所生子女。

3. 代孕后父母子女关系的认定

我国《民法典》中，对于亲子关系如何认定并未作出具体规定，在司法实践中：对于生母的认定，根据出生事实遵循“分娩者为母”的原则；对于生父的认定，根据血缘关系而作确定。

随着人类辅助生殖技术的发展，人类得以利用人工方法达到使人怀孕生育之目的，现有的人类辅助生殖技术包括人工体内授精、人工体外授精—胚胎移植（也就是试管婴儿）、代孕三种，其中前两种已为大多数国家包括我国所认可。

针对人工授精的情形，最高人民法院在《关于夫妻关系存续期间以人工授精所生子女的法律地位的函》（〔1991〕民他字第12号）中明确规定，“夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精的，所生子女视为夫妻双方的婚生子女”，试管婴儿的情形与此类似，亦可适用上述之规定。故经夫妻双方一致同意以合法的人类生殖方式所生育之子女，其亲子关系的认定，生母根据“分娩者为母”原则认定，生父以婚生推定方式确定。

代孕与上述两种人类辅助生殖方式不同的是，其将怀孕分娩这一环节从不孕夫妻中的妻子一方转移到了其他女性身上，从而背离了“分娩者为母”的原则及由此建立的法律制度，故并不为我国法律所认可。

关于代孕子女的亲子关系认定，主要存在以下几种观点：一是血缘关系说，以提供精子与卵子者作为子女的父母，通过血缘关系来确定父母子女关系；二是自然分娩说，按“分娩者为母”的原则，根据分娩事实认定代孕子女的母亲；三是契约说，尊重代孕委托人与代孕人在代孕协议中关于子女“归属”的约定。

因代孕行为存在较强的人身属性，并不仅受私法领域规范调整，并不能完全适用私法自治的契约原则，即使是在印度等代孕行为合法化的国家，也存在对于代孕行为的专门立法，因此并不能按照代孕协议中的约定认定父母子女关系。

而血缘关系说，虽然有着天然的生物学、遗传学基础，但在社会大众朴素的伦理观念中，香火延续、传宗接代主要是指父系宗族而言，母子关系的确立并非单纯基于生物学上的基因延续，更多在于十月怀胎的孕育过程和分娩艰辛所带来的情感联系，单纯以生物学上的基因来认定母子关系，将缺乏社会学和心理学层面的支撑，因此最高人民法院在《关于夫妻关系存续期间以人工授精所生子女的法律地位的函》（〔1991〕民他字第12号）中的规定实际上已经突破了纯粹的血缘主义原则，单纯的血缘关系说也并不能直接适用。相比而言，第二种观点即自然分娩说更加符合传统民法中“分娩者为母”的认定原则，亦更符合我国的文化传统及伦理观念。

综上，在我国现有法律制度条件下，代孕子女的亲子关系认定，其法律上的生母应按“分娩者为母”原则认定为代孕者，法律上的生父应按血缘关系予以认定。

此时可能存在的问题是：代孕子女出生后，代孕人与代孕委托人中的女方就各自与代孕子女的母子/女关系产生争议的，如何予以解决呢？尚无法予以明定。

综上所述，虽然“法无禁止即可为”属于私法领域中的一项法律原则，但代孕行为实质上并不是单纯的民事法律行为，其具有极强的社会伦理属性、人身属

性。因此，在尚未建立相关具体制度的情况下，在我国大陆地区，代孕实质上仍属于被明令禁止的行为。

虽然现实社会客观存在着大量的代孕需求，但是在进一步完善代孕制度之前，仍然建议通过收养等合法方式与“子女”建立法律拟制的亲子关系，而非通过人工代孕的手段取得。

参考案例

[1]上海市第一中级人民法院（2015）沪一中少民终字第 56 号

[2]广西壮族自治区柳州市城中区人民法院（2011）城中民一初字第 838 号

被怀疑盗窃遭到盘问时意外猝死的责任承担评析

朱桂坪 发现律师事务所专职律师

案例为引：2020年8月12日，江苏南通一名老人逛超市结账之后，营业员发现他的裤子口袋里鼓鼓囊囊，拦住他想查看口袋里是不是有未结账的商品。老人一直不同意，双方僵持了一会儿后老人突然倒地，经送医抢救无效死亡。老人家属把超市告上法庭，认为是超市员工的行为导致了老人的去世，向超市索赔38万元。超市一方则认为，最终发现老人口袋里确实有还没结账的鸡蛋，而且也没有和他发生肢体冲突，超市不应该承担责任。案件还在进一步调查中。

一、超市是否应当承担责任的评析超市要不要为老人的死亡负责，主要看老人死亡的结果，是不是由超市（或其工作人员）导致的（或称两者具不具备因果关系）

由于缺乏足够还原事件真相的证据，所以分别作出以下假设，来聊一聊不同的情形。对了，既然双方有僵持的情况，那不可避免出现“超市不让老人离开”的情节，否则也就不可能“僵持”了。

情形1:超市工作人员态度强硬蛮横，拦住老人不让他离开，强行对老人搜身，老人一气之下倒地不起。

情形2:超市工作人员态度强硬蛮横，拦住老人不让他离开，强行对老人搜身，老人强烈反抗，脚下一滑摔倒在地。

情形3:超市工作人员态度温和，拦住老人不让他离开，同时调取监控核查事实，老人猝发心脏病，倒地不起。

情形4:超市工作人员态度温和，拦住老人不让他离开，同时调取监控核查事实，老人脚下一滑，摔倒在地。

.....

把可能出现的情形列举后，总结起来无非四种组合：超市工作人员有没有做出或采用强制（或暴力）手段？有或没有。超市有没有尽到安全保障义务？有或没有。

结论就是：超市工作人员没有做出或采用强制（或暴力）手段并且超市尽到了合理的安全保障义务，那么超市免责，否则超市就要承担责任。

我的结论是，超市是有可能需要承担责任的。可能会让不少吃瓜群众觉得吃惊：自己偷东西摔死了还要怨别人？

其实这个事件，跟前一段时间新闻报道的“某小偷入室盗窃摔伤，反向被盜者索赔”的事件，有着异曲同工之处。

所以呀，对于法律问题，不能单方面的看，要将整个事件综合起来看，才能看的清楚。还有就是，不要觉得在“道义”上占了理，就觉得“万事大吉”，凡事还是要低调、谨慎、理性。

老人家属起诉超市索赔，其法律依据主要有：

《中华人民共和国消费者权益保护法》

第十一条 消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。

第十八条 经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。

宾馆、商场、餐馆、银行、机场、车站、港口、影剧院等经营场所的经营者，应当对消费者尽到安全保障义务。

《中华人民共和国侵权责任法》

第十六条 侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

第三十七条 宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。

因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。

如果超市工作人员，对老人实施了强制、暴力等手段，那么就很难逃得脱“超市工作人员的行为是老人死亡的诱因之一”。至于原因力大小，就要看超市工作人员的强制、暴力行为的程度了。

如果超市未尽到安全保障义务，比如说地面湿滑、有台阶却未做警示、对高度危险物品未合理保存、货物未合理放置导致滑落伤人等等，那也是免不了要承担责任的。

二、超市是否有权检查顾客的评析

超市工作人员有没有检查老人身体及随身物品的权利？很多人普遍认为老人家属无理取闹、乱讹人。

可是，不知道大家有没有反思过，如果自己处于老人的处境和地位，是否会同意超市查验身体及随身物品的要求？

如果是我，如果超市工作人员客客气气，我有可能会自行主动出示裤兜里的物品供其查验；如果超市工作人员态度强硬或蛮横，就绝对不愿意主动出示供其查验了。这是从心态上来说。

超市工作人员怀疑老人偷东西，要求查看裤兜里的东西，从法律上来说，这叫什么？这叫检查。检查是什么？严格来说，检查是行政法和刑法上的一种公权力。民法上压根就没赋予民事主体拥有检查其他民事主体的权力。

老人拒绝超市工作人员的“越权”行为？难道有错？难道该被责难？

无论是宪法、民法、消费者权益保护法，都在说公民个人的人身自由和人身

权利不受侵犯。从反面来说，刑法、行政诉讼法以及相应的各类司法解释，都在想尽办法规范查验、检查、查封等公权力的正确行使，就是为了防止公权力滥用职权，侵害公民个人的权利。

三、被怀疑或遇到疑似盗窃行为的处理建议

在这种情形下，顾客和超市分别都有哪些权利，以及分别都应该采用哪种方式来处理，才是合法合理的呢？

从超市的角度，完善监控、商品报警装置，若真发现偷盗情况，第一时间报警，不要有肢体及语言冲突。如果真有偷盗情况，盗窃者要离开，不要强行暴力阻拦（尤其是不要使用暴力），报警由警察事后进行处理或抓捕即可。

从顾客的角度，被怀疑偷盗的时候，如果对超市工作人员检查的身体的要求不满意，第一时间报警处理；同时，用手机记录下纠纷处理的过程；并且，用强硬的态度向超市工作人员释明：“你们没有检查我身体的权力”、“如果怀疑我偷盗，请首先证明我身上的东西是属于你们的，否则我将以诽谤起诉你们”。

未经同意牵走他人宠物造成第三人损害的责任承担评析

朱桂坪 发现律师事务所专职律师

案例为引：2020年8月17日17时许，110接到报警：顺德区杏坛镇罗水市场附近一老人受伤倒地。接报后，民警及医护人员迅速赶到现场处置。经调查，罗水村民罗某（女，12岁）把另一村民罗某拴养在家门口的狗只牵出来玩，途经罗水市场时狗挣脱约束绳，在奔跑过程中狗绳意外将本村村民麦某（女，88岁）绊倒，导致麦某受伤，经送医院救治无效死亡。

一、各方应负什么责任？

第一个层面：责任类型。

总体来说，这个事情主要涉及民法上的侵权责任，而涉及的侵权责任的主要类型又主要为：停止侵害、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉。

就目前报道的情况来看，基本上不会涉及到刑事责任。不过，“狗主人”有可能涉及行政责任，即违法饲养大型烈性犬，可能面临罚款、罚没等行政处罚。

第二个层面：各主体的具体责任。

1、村民罗某（小女孩）：无法律责任，但如果有财产的，优先从自己的财产中支付赔偿。

2、村民罗某（小女孩）的父母（或其他负有监护责任的人）：承担监护不力的替代责任（替小女孩向村民麦某负责）。

3、狗主人：承担侵权责任或行政责任。

二、各方责任大小及责任承担方式

（一）村民罗某（小女孩）：无法律责任，但如果有财产的，优先从自己的

财产中支付赔偿。

要完全理解这个观点，就要把民法上关于民事行为能力的规定与关于侵权责任主体的特殊规定综合起来分析。

《中华人民共和国民法总则》

第十七条 十八周岁以上的自然人为成年人。不满十八周岁的自然人为未成年人。

第十八条 成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。

十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

第十九条 八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。

第二十条 不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。

根据《民法总则》的规定，8岁以下的，为无民事行为能力人；8岁到16岁的，为限制民事行为能力人；16岁到18岁，为有转换可能的限制民事行为能力人；18岁以上的，为完全民事行为能力人。

无民事行为能力人做出的行为，一律应当由法定代理人实施，并由法定代理人承担法律责任；

限制民事行为能力人作出的行为，经法定代理人追认的，或纯获利益的，或与年龄智力相适应的，是有效的，不过法定代理人还是要对其行为负责。

《中华人民共和国侵权责任法》

第三十二条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护责任的，可以减轻其侵权责任。

有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人赔偿。

根据《侵权责任法》的规定，结合《民法总则》关于行为能力的规定，就可以得出结论，该事件中12岁的小女孩罗某，其行为导致的损害后果，法律责任由其监护人承担。

（二）罗某（小女孩）的父母（或其他负有监护责任的人）：承担监护不力

的替代责任（替小女孩向村民麦某负责）

罗某的监护人对罗某的行为承担责任，在法律上来说，这是一种“代人受过”的方式，也就是“替代责任”。

在看待替代责任时，需要把被替代的对象（也就是12岁的小女孩），假定为完全民事行为能力人，再看替代对象的行为导致的后果需要承担何种责任。

在这个事情中，直接的当事人只有两个：小女孩和老人。注意：狗不是当事人，狗主人也不是当事人，小女孩的监护人也不是当事人。至于狗主人和小女孩的监护人最后要承担责任，那只是因为法律的特殊规定，而不是因为他们是当事人以及对自己的行为承担责任。

所以，这就是一个再普通不过的一人侵权行为，不存在啥共同侵权的问题。

《中华人民共和国侵权责任法》

第七十八条 饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。

第七十九条 违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。

第八十条 禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。

第八十三条 因第三人的过错致使动物造成他人损害的，被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或者管理人赔偿后，有权向第三人追偿。

在这个事件中，把各个情节抽象出来，简单来看就是：小女孩罗某把别人家的狗牵出来，没尽到看管义务，导致老年人麦某受伤死亡。

那么，在这种情况下，如果小女孩罗某是完全民事行为能力人，到底该承担什么责任？或者说，到底侵权责任的这几个法条之间该如何适用

有两个层面的问题：

1、小女孩在未取得动物饲养人（也就是狗主人）的同意下，私自将狗牵走遛弯，那么在遛弯的这段时间里，小女孩就已经成为了狗的管理人。在遛弯的这段时间里，小女孩未尽到看管义务，导致麦某受伤死亡，相应的责任就应当由管理人（也就是小女孩）承担。如果排除其他可能性（比如烈性犬、违反管理规定等情形），狗主人在这种情况下，是可以不承担责任的。

2、不过，从报道的情况来看，这只狗有点特殊，100多斤，属于大型犬种了；狗主人还养了很多只，并且随意拴在院子里，基本上可以断定狗主人违反了管理规定了。基于这些情况，以至于狗主人对老年人麦某的损害后果也要承担责任。

这时就出现问题了，小女孩和狗主人都要承担责任，那么这两者之间如何分配责任呢？这里又有两个很重要的问题：

1、各自的责任比例都是多少？

2、狗主人可不可以向小女孩追偿？

对于第1个问题，各自的责任比例都是多少？在实务中，可能会存在一定的波动，不过有一点应该是可以确定：小女孩应该负主要责任；狗主人负次要责任。至于为什么，想一个简单的道理就行了：我放在家里的东西，被人拿走了，搞出事情了。本来没半毛钱关系，不过因为法律的特殊规定，由于这个东西的特殊性，我最终还是要负责。那这种情况，最应该负责的是偷拿东西的“直接责任人”才对呀，要不然躺枪的人也太悲剧了。

对于第2个问题，狗主人可不可以向小女孩追偿？看了其他人的回答，我觉得很多人对这个问题好像都有误解，狗主人怎么可能可以向小女孩追偿呢？

我们来看一个简化的案例：

张三乘李四没在家，把李四饲养的金毛（大狗，100多斤）牵出去遛弯。路上遇到王五，王五对金毛喜欢的不要不要的，就对金毛各种挑逗。金毛实在受不了王五的挑逗，张嘴就是一口，结果咬在了过路的陈六身上。

在这种情况下，李四是饲养人，张三是管理人，王五是第三人，陈六是被侵权人。这种情形才是侵权责任法第八十三条规定中可以追偿的情形。

在新闻报道的这个事件中，小女孩压根儿不能算是第三人，所以哪儿存在追偿不追偿的问题？

说了那么多，还是要回到原点，上面的分析，都是基于小女孩是完全民事行为能力人的；不过，由于小女孩只有12岁，结合最前面的分析，最终的结果要由小女孩的监护人承担。

不过，小女孩的监护人有一个减轻责任的可能性，那就是——尽到监护责任。至于这个事件中，小女孩的父母有没有尽到监护责任，可以一言以蔽之——没有。

为啥？自己家的孩子，悄悄把别人家的狗牵走了，都没发现或没阻止；自己家的孩子，把别人的狗牵着遛弯，都没发现或没阻止；自己家的孩子，牵出去的狗满大街乱跑都没发现或没阻止……如果这都能说得上是尽到监护责任了，那全天下的父母都要笑了。（三）狗主人：承担侵权责任或行政责任。

狗主人要承担侵权责任，在前面已经详细分析了，不再赘述。

不过怕有人忘了，重复一遍：因为狗主人违反了《侵权责任法》第七十九条、第八十条关于禁养烈性犬、违反管理规定的条款，所以要承担责任。

至于行政责任，那就是依据当地的有关于动物饲养的管理条例了。