

民商事疑难案件若干问题
解 答 汇 编
(第五辑)

宁波市律师协会民商专业委员会
二〇二一年十二月

目 录

一、浙江省高级人民法院民二庭关于商事审判若干疑难问题的解答（一）	1
二、江苏省高级人民法院关于侵害商标权民事纠纷案件审理指南（修订版）	7
三、上海市第一中级人民法院发布《审判经验及类案裁判方法通报第 49 号》	75
四、最高院民一庭关于民法典施行后审理合同 19 个问题的实务解答（2021 年 7 月版）	95
五、最高院民一庭关于民间借贷案件系列问答（2021 年 7 月版）	121
六、最高人民法院关于“合同目的不能实现”二十五条裁判规则精解	129
七、最高院民一庭关于涉及婚姻案件处理分析民事（离婚）审判实务问答	163
八、最高法关于婚前买房、婚后买房、父母出资买房房产归属一览表	175
九、全国二十八个省市关于人身损害赔偿标准（2021 版）	182
十、自然资源部明确：宅基地使用权，可由城镇户籍的子女继承并办理不动产登记	195

浙江省高级人民法院民二庭

关于商事审判若干疑难问题的解答（一）

一、当事人在买卖合同中未约定价款支付期限，出卖人以送货单或结算单等证据（也均未明确付款期限）起诉，出卖人要求买受人支付价款的诉讼时效期间从何时开始起算？

答：买卖合同约定的履行期限不明确，可以通过达成补充协议或者按照合同有关条款或者交易习惯确定履行期限的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算。履行期限仍不能确定的，诉讼时效期间的起算点分以下三种情形分别予以确定：（1）债权人要求债务人履行债务，并向债务人明确履行义务的宽限期，诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算；（2）债务人在债权人要求其履行债务时明确表示不履行义务的，诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算；（3）债务人在债权人要求其履行债务时既不同意履行义务也不明确表示拒绝履行义务的，适用前述第（1）项的规定。

二、被告（买方）在原告（卖方）起诉要求支付货款的案件中提出卖方提供的产品质量不合格，但既不举证也不申请鉴定，表示自己要另行起诉，人民法院应如何处理？

答：原告起诉要求被告支付货款，如被告认为货物存在质量瑕疵，并主张原告应支付违约金、赔偿损失或者要求解除合同的，应当提起反诉。被告表示要另诉解决的，人民法院对其主张的产品质量问题在本案中不予审查。

三、在具体案件中如何确定究竟是定作合同还是买卖合同？

答：需根据合同约定及合同具体履行过程确定合同性质。定作合同应结合以下因素进行认定：（1）合同对于标的物的生产过程有明确约定；（2）合同约定标的物原材料的具体提供方；（3）标的物的提供方系根据另一方的特定要求生产特定标的物；（4）合同约定标的物接收方有权随时解除合同；（5）在合同履行中，标的物接收方对于标的物提供方的生产经营进行监督检查的。

四、原告起诉请求被告支付货款，被告对原告提供的结算凭证上被告签名的真实性不予认可的，由哪方申请鉴定？

答：此种情形下，是否应当鉴定以及由谁申请鉴定，应当分以下情形处理：（1）原告起诉请求被告支付货款，并提供了表明买卖合同成立的初步证据，如买卖合同、送货单、结算凭证等，被告对结算凭证上的签名真实性提出异议，应当由被告申请鉴定。如被告拒不申请鉴定，应由被告承担举证不能的后果。（2）原告仅凭结算凭证主张买卖合同关系成立，被告对买卖合同成立不持异议，仅对结算凭证上的签

名真实性提出异议的，由被告申请鉴定。被告否认双方之间存在买卖关系，并对结算凭证上签名的真实性提出异议的，人民法院应在审查结算凭证本身能否表明双方买卖合同成立的基础上，决定由谁申请鉴定。如经审查认为结算凭证本身能够表明双方买卖合同成立，应由被告申请鉴定；如经审查认为结算凭证本身不能表明双方买卖合同成立，是否需要鉴定应由人民法院根据案件事实决定。

五、买卖合同中，出卖人主张货款，买受人以标的物存在质量问题提起反诉主张退货。审理中查明标的物确有质量瑕疵，但质量瑕疵尚未达到退货的程度，此时法院能否直接适用减价等与质量瑕疵程度相当的违约责任形式？

答：出卖人提供的货物存在质量瑕疵，买受人主张退货，人民法院经审理查明货物质量存在问题但退货责任不成立的，应当向买受人释明变更诉讼请求，并在诉讼请求中明确选择适用其他的违约责任形式。经释明后，买受人仍拒绝变更诉讼请求的，人民法院应当判决驳回买受人的诉请。

六、快递协议中有关快递丢失时只在限额内赔偿的格式条款，效力应如何认定？

答：限额赔偿条款不属于民法典第四百九十七条第（二）项规定的不合理地免除己方责任、加重对方责任、排除对方主要权利的格式条款，一般不应被认定无效。如果承运人系故意或重大过失导致货物损失，应排除适用限制赔偿条款，以防范承运人出现道德风险。此外，需要注意的是，快递企

业应当采取合理方式对快递单中有关限额赔偿的格式条款进行提示，未履行提示义务的，该格式条款不成为合同内容。

七、出卖人向买受人第一次起诉主张要求支付货款获支持，第二次又起诉要求支付逾期付款违约金或者逾期付款损失，是否构成一事不再理？

答：出卖人要求支付货款和支付逾期付款违约金或逾期付款损失是基于不同的请求权基础，可以一并提出，也可以分别提出，不构成一事不再理。但是，从节约诉讼资源的角度，在第一次起诉时人民法院应向出卖人释明其可以一并提出逾期付款违约金或逾期付款损失。经释明，出卖人仍要求分两次起诉，人民法院应予准许。

八、在超出合同约定的“质量异议期”后，买受人主张标的物存在质量问题的，应当如何处理？

答：“质量异议期”并非现行立法采用的概念，从文义上应理解为买受人对买卖标的物的质量提出异议的期限，民法典第六百二十一条规定的“检验期限”“质量保证期”等均属于质量异议期的范畴。根据民法典的相关规定，买受人超出质量异议期主张标的物质量不符合合同约定的，应按以下规则处理：（1）双方约定质量保证期的，不论是否约定检验期限，买受人超出质量保证期提出质量异议的，人民法院不予支持。（2）双方未约定质量保证期，但约定检验期限的，买受人超出检验期限提出质量异议的，人民法院不予支

持，但标的物存在检验期限内无法发现的隐蔽瑕疵的除外。

（3）双方既未约定质量保证期，亦未约定检验期限的，买受人未在合理期间或在收到标的物之日起 2 年内提出质量异议，后又主张标的物质量不符合合同约定的，人民法院不予支持。（4）买受人虽未在上述异议期内提出质量异议，但出卖人知道或应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人主张质量问题不受上述异议期的限制。（5）双方约定的“检验期限”、“质量保证期”短于法律、行政法规规定期限的，应当以法律、行政法规规定的期限为准。

九、未签订书面买卖合同，送货单中载明付款期限及违约金的，逾期付款违约金能否支持？

答：送货单不同于双方签字确认的书面买卖合同，出卖人在送货单上增加违约金条款，收货人在送货单上签字收货的意思表示不能简单推定为买方同意增加逾期付款违约金的约定，但收货人系有权代表买方订立、修改合同的人，且卖方有证据证明已就违约金条款向买方予以合理提示的情形除外。

十、如何正确理解“货交第一承运人即完成交付义务”的规定？现实生活中，出卖人通过物流公司运输将货物交给买受人的情况很普遍，出卖人是否只要将货物交给物流公司即完成交付义务？

答：出卖人应当按照约定的地点交付标的物。如果双方约定了交付地点为买受人所在地，无论出卖人是否通过物流

公司运输，都不适用“货交第一承运人即完成交付义务”的规则，出卖人将标的物送至合同约定的买受人所在地才算完成交付义务。在网络购物的模式下，买受人提供的收货地址可以认为是买卖双方对交付地点的明确约定，出卖人不能以货交第一承运人为由拒绝承担标的物的在途风险。

江苏省高级人民法院

侵害商标权民事纠纷案件审理指南

（修订版）

编者按：

《江苏省高级人民法院侵犯商标权纠纷案件审理指南》于 2011 年发布。但随着经济社会的发展、科学技术的不断进步，以及新型商业模式的出现，涉及商标侵权的新情况与新问题不断呈现。《中华人民共和国商标法》先后于 2013 年、2019 年修订，最高人民法院涉商标案件审理的司法解释相继发布。因此，我院依据新修订的法律法规、司法解释，并结合江苏法院审判实际，对本指南进行了较大的修改和完善。

本指南集中体现了全省三级法院知识产权法官的智慧，于 2020 年 12 月 29 日经江苏省高级人民法院审判委员会第 36 次全体会议讨论通过，并按最高人民法院审查意见修改完成。

本指南主要内容包括侵害商标权民事纠纷案件审理思路概述、商标权有效性及保护范围审查、诉讼的提起、侵权行为认定、权利冲突类案件的审理、抗辩事由的审查、驰名商标的司法认定、民事责任承担以及管辖确定等其他相关内

容。本次指南修订总体上体现以下特点：一是协调性。修订版吸收了民法典、新修订商标法等最新法律法规、司法解释等内容，并与其保持一致。二是时效性。修订版增加了随着互联网等新技术、新商业模式发展产生的新型侵害商标权行为的判定、互联网竞争秩序规制等相关内容。如网购案件的管辖及平台责任确定、APP 名称侵权认定、反向行为保全等内容。三是实践性。修订版反映了法院在审理侵害商标权案件过程中，积累的审判经验和裁判思路。如旧物回收中侵害商标权、损害品质保障功能的侵权认定、指示性使用、合法来源抗辩的判定、大市场管理者侵权构成及电视节目名称侵权认定等内容。四是导向性。修订版体现了对恶意抢注、重复侵权、恶意诉讼的严厉惩治与最严格知识产权司法保护的导向。如恶意诉讼的认定、惩罚性赔偿、举证妨碍等制度的具体适用等。五是便捷性。修订版提供了国内法院相关典型案例，作为附件予以指引，以帮助理解与适用。

江苏省高级人民法院审判委员会第 36 次全体会议讨论通过

《侵犯商标权纠纷案件审理指南》自 2011 年发布以来，对统一我省侵害商标权纠纷案件的审理思路，进一步提高类案审判水平发挥了重要作用。随着经济社会的发展、科学技术的不断进步，以及新型商业模式的出现，涉及侵害商标权的新情况与新问题不断呈现。《中华人民共和国商标法》先后于 2013 年、2019 年修订，最高人民法院涉商标案件审理

的司法解释相继发布，江苏省高级人民法院也于 2019 年经审委会讨论通过《关于实行最严格知识产权司法保护为高质量发展提供司法保障的指导意见》。为正确审理侵害商标权民事纠纷案件，进一步加强对商标权的保护，根据新的法律法规和司法解释，结合全省法院知识产权审判工作实际，修订本指南。

第一部分 侵害商标权民事纠纷案件审理思路概述

1.1 基本情况

侵害商标权民事纠纷案件一般包括两大类：一类是商标标识侵权案件，即未经许可，在同一种或者类似商品或服务上使用与注册商标相同或者近似的商标等案件；另一类是注册商标之间、注册商标与字号、商品名称、商品包装、装潢、域名、APP 名称等其他商业标识之间的权利冲突案件。诉讼中，原告的诉讼主张一般包括请求被告停止侵权、赔偿损失等。被告抗辩的理由一般包括原告不享有商标权、被告的行为不构成侵权、被告不需要承担赔偿责任或者原告主张的赔偿数额缺乏依据等。

1.2 审理思路概述

第一步：审查商标权的有效性、原告的诉讼主体资格、确定原告商标权的保护范围。主要包括：商标权是否处于有效状态，原告是否有权就涉案商标主张权利以及商标式样、商标核定使用的商品或服务范围等具体内容。

第二步：审查被控侵权标识的使用是否构成商标意义上的使用。

第三步：审查被告是否侵害商标权。主要包括：被控侵权标识与注册商标是否相同或者近似、商品或服务是否相同或者类似、是否构成混淆误认。

第四步：审查被告的抗辩是否成立。诉讼中，除被告主张其使用的被控侵权标识与注册商标不相同不近似、商品或服务不相同不类似，不产生混淆误认的后果外，被告提出的具体抗辩还包括其使用商标标识属于描述性、指示性及地名使用；其系在先使用商标标识；销售的商品具有合法来源；诉讼时效抗辩等。

第五步：审查并确定民事责任的承担。在侵害商标权民事纠纷案件中，主要的责任承担方式是停止侵害和赔偿损失。法院在确定损害赔偿额时，应当采用精细化审理思维，详细分析确定赔偿额的各种因素，使损害赔偿的确定与商标权市场价值相适应，全面有效赔偿权利人的损失。对于具有故意侵权、重复侵权等严重侵权情节的，综合运用惩罚性赔偿、民事强制措施、失信黑名单等手段加大惩罚力度，显著提高侵权行为的违法成本，阻止侵权行为再发生。

1.3 援引的主要法律规定

《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国商标法》
《中华人民共和国商标法实施条例》《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》《最高人民

法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》《最高人民法院关于审理审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的解释》《最高人民法院关于审理民事诉讼证据的若干规定》《最高人民法院关于审理知识产权民事诉讼证据的若干规定》《中华人民共和国民事诉讼法》《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》。

第二部分 商标权有效性、商标权保护范围审查

2.1 注册商标

指经商标行政主管机关依照法定程序核准注册的，能够区分不同商品生产者或服务提供者的标志。

根据不同标准，注册商标可作如下分类：商品商标、服务商标；文字商标（包括文字、字母和数字）、图形商标、图文组合商标、三维标志商标、颜色组合商标、声音商标等；集体商标、证明商标；联合商标、防御商标等。

2.2 商标有效性审查

首先应当审查商标权的有效性，一般应当要求权利人提供商标注册证、续展证明、转让或许可合同等。

2.3 商标权的保护范围

2.3.1 商标权保护范围的具体内容

商标权保护范围的具体内容包括商标专用权和禁用权两部分。

1.专用权

指商标权人只能在经商标行政主管部门核定的商品或服务上使用自己的注册商标样式,即商标专用权以核准注册的商标和核定使用的商品或服务为限。

2.禁用权

指商标权人或者未注册驰名商标持有人有权禁止他人未经许可,在同一种或者类似商品或服务上使用与其注册商标或未注册驰名商标相同或者近似的商标,容易导致混淆的行为;有权禁止他人采用其他不正当手段损害其注册商标声誉等行为。

注册商标是驰名商标的,商标权人有权禁止他人在不相同或者不相类似的商品或服务上使用与其注册商标相同或者近似的商标,误导公众,致使该商标权人利益可能受到损害的行为。

禁用权的范围大于专用权。

2.3.2 商标权保护范围的确定

商标权保护范围的确定,要考虑市场实际,并与其显著性强度、知名度程度等相适应,依法保障商标权人在其权利范围内获得充分、有效保护。

2.3.3 确定商标权保护范围需特别注意的问题

核准注册的商标，不论是商品商标还是服务商标，应当受到同等法律保护，商标权的保护范围应当及于全国范围的相关领域。虽然有些服务类注册商标提供的服务项目具有一定地域性特点，其相关服务及影响力可能未及全国范围，但并不意味着该注册商标的保护范围仅能覆盖至商标权人提供的服务项目所在区域。

2.4 商标的使用

指商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。

2.4.1 商标使用的本质

商标使用的本质为区分商品或服务来源的使用。侵害商标权行为的本质即是对区分商品或服务来源功能的破坏，以致造成相关公众对商品或服务的来源产生误认或者认为其来源与注册商标的商品或服务存在某种特定的联系。如果被控侵权标识的使用并不是为了区分商品或服务的来源，则不会构成对他人商标权的侵害。

2.4.2 商标的实际使用

对于商标的实际使用，需要判断商标权人是否有真实的使用意图和实际使用行为。

- 1.商标的使用，不仅包括商标权人自行使用，也包括许可他人使用以及其他不违背商标权人意志的使用；
- 2.商标权人实际使用的商标与其核准注册的商标虽有

细微差别，但未改变其显著特征的，视为对其注册商标的使用；

3.没有实际使用注册商标，仅有转让或者许可行为；或者仅公布商标注册信息或者仅声明对其注册商标享有专用权的，即仅为维持注册商标的存在而进行的象征性使用，不认定为商标使用；

4.商标权人有真实使用商标的意图，并且有实际使用的必要准备，但因其他客观事由尚未实际使用注册商标的，法院可以认定其有正当理由。

2.4.3 商品商标的使用

1.将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上；

2.将商标用于广告宣传、展览；

3.使用在广播、电视、音像、电子媒体、网络等平面或者立体媒介上，或者在公开发行的出版物中发布，以及以广告牌、邮寄广告或者其他广告方式对商标进行广告宣传中标明其商标。

2.4.4 服务商标的使用

1.在服务场所内外标明或使用其服务商标，包括服务场所招牌、店堂装饰装潢、服务人员的服装、鞋帽上或提供的餐食包装或容器上等。例如，提供裸露熟食的餐馆无法直接在商品上标识商标，故经营者一般是通过在装潢、包装或容

器上标注字样、图案等标记的方式来标识食品的提供者和来源；

2.在为提供服务所使用的物品上标明其服务商标；

3.使用于和服务有联系的文件资料中，例如，在介绍手册、菜单、价目表、奖券、办公文具、信笺、名片、明信片、发票、财务账册、合同、维修维护证明等中标明其服务商标；

4.使用在广播、电视、音像、电子媒体、网络等平面或者立体媒介上，或者在公开发行的出版物中发布，以及以广告牌、邮寄广告或者其他广告方式对商标或使用商标的服务进行广告宣传中标明其商标；

5.在展览会、博览会上使用，包括在展览会、博览会上提供使用该商标的印刷品及其他资料。

第三部分 侵害商标权诉讼的提起

3.1 侵害商标权纠纷案件的诉讼主体

提起侵害商标权诉讼的主体一般包括商标注册人、商标使用许可合同的被许可人、商标权转让合同的受让人、因注册人死亡或企业合并、分立、破产、歇业等事由导致的商标财产性权利义务承继者。

3.1.1 独占使用许可合同的被许可人

商标权被侵害时，独占使用许可合同的被许可人可以单独向法院提起诉讼。

3.1.2 排他使用许可合同的被许可人

排他使用许可合同的被许可人可以和商标注册人共同起诉,也可以在商标注册人不起诉的情况下,自行提起诉讼。

商标注册人不起诉包括:

- 1.商标注册人明示放弃起诉;
- 2.被许可人有证据证明其已告知商标注册人或者商标注册人已知道有侵害商标权行为而仍不起诉的情形。

3.1.3 普通使用许可合同的被许可人

普通使用许可合同的被许可人经商标注册人明确授权,可以提起诉讼。

明确授权,包括在许可合同中明确授权和在合同之外另行出具授权书两种情况,不能仅以使用许可合同中没有明确授权即驳回被许可人的起诉。

如果使用许可合同对许可方式没有约定或者约定不明确,应视为普通使用许可。

3.1.4 商标权转让合同的受让人

商标权转让合同没有特别约定的,合同自双方当事人签字或者盖章之日起成立并生效。自商标行政主管部门核准公告之日起,受让人享有商标权。

被控侵权行为从转让前持续至转让后的,转让人与受让人都有权起诉,其中受让人有权主张商标转让后的侵权赔偿;转让人有权主张商标转让前的侵权赔偿。

转让合同对诉权有特别约定的,按照约定处理。

3.2 管辖

因侵害商标权行为提起的民事诉讼，由侵权行为的实施地、侵权商品的储藏地或者查封扣押地、被告住所地法院管辖。

侵权商品的储藏地，是指大量或者经常性储存、隐匿侵权商品所在地；查封扣押地，是指海关、工商等行政机关依法查封、扣押侵权商品所在地。

原告通过网络购物方式购买被控侵权商品，不以收货地作为侵权行为实施地来确定管辖法院，应按上述标准确定管辖法院。

对涉及不同侵权行为实施地的多个被告提起的共同诉讼，原告可以选择其中一个被告的侵权行为实施地法院管辖；仅对其中某一被告提起的诉讼，该被告侵权行为实施地的法院有管辖权。

3.3 诉讼时效

侵害商标权的诉讼时效为 3 年，自商标注册人或者利害关系人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算，但在 2017 年 10 月 1 日已经超出原有两年诉讼时效期间的除外。

商标注册人或者利害关系人超过 3 年起诉的，如果侵权行为在起诉时仍在持续，在该商标权有效期限内，法院应当判决被告停止侵权行为，侵权损害赔偿额应当自权利人向法院起诉之日起向前推算 3 年计算。

第四部分 侵害商标权的行为

4.1 侵害商标权的行为

根据《中华人民共和国商标法》第十三条、第五十七条，《中华人民共和国商标法实施条例》第七十五条、第七十六条，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条的规定，侵害商标权的行为一般包括：

1. 未经许可，在同一种商品上使用与其注册商标或未注册驰名商标相同的商标；
2. 未经许可，在同一种商品上使用与其注册商标或未注册驰名商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标或未注册驰名商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；
3. 销售侵害商标权的商品；
4. 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识；
5. 未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场；
6. 故意为侵害他人商标权行为提供便利条件，即为侵权提供仓储、运输、邮寄、印制、隐匿、经营场所、网络商品交易平台等，帮助他人实施侵害商标权行为；
7. 在同一种商品或者类似商品上将与他人注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品装潢使用，误导公众的；

8.将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业字号在相同或者类似商品上突出使用,容易使相关公众产生误认的;

9.将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名,并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务,容易使相关公众产生误认的;

10.复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不相类似商品上作为商标使用,误导公众,致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的。

4.2 侵害商标权的判定

侵害商标权的判定主要涉及商品或服务相同、类似;商标相同、近似以及是否构成混淆误认的判断。

在侵害商标权纠纷案件中,要结合商标权保护范围具有弹性的特点,妥善利用商品或服务类似、商标近似、混淆可能性、不正当手段、主观过错等裁量性因素,考虑市场实际,使商标权的保护强度与其显著性、知名度相适应,尽可能保护商业标识的区别性,维护商标声誉,严厉打击不诚信的商标攀附、仿冒搭车及恶意抢注商标等行为,有效规范商标注册秩序,进一步净化市场竞争环境。

4.2.1 商品或服务相同

指主张权利的注册商标核定使用的商品或服务与被控侵权标识使用的商品或服务为同一类别。

4.2.2 商品或服务类似

类似商品，是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。

类似服务，是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系、容易造成混淆的服务。

4.2.3 商品或服务类似的判断方法

1.应当结合案件具体的情况，以发生纠纷时相关公众的一般认识水平，从功能、用途、销售渠道、消费对象以及服务的目的、内容、方式、对象等因素综合考虑消费者是否会混淆或认为诉争商品或服务之间有特定联系。

2.应当考虑市场实际，充分考虑商标所使用商品的关联性，结合个案情况认定。关联商品系《类似商品和服务区分表》中被划定为非类似，但实际上仍具有较强的关联性，且相关商标共存容易导致混淆误认的商品。对于这些商品，只要容易使相关公众认为商品是同一主体提供的，或者其提供者之间存在特定联系，即构成类似商品。主张权利的商标已实际使用并具有一定知名度的，认定商品类似要充分考虑商品之间的关联性。

3.参考《商标注册用商品和服务国际分类表》与《类似商品和服务区分表》的分类。

4.2.4 《商标注册用商品和服务国际分类表》与《类似商品和服务区分表》的作用

《商标注册用商品和服务国际分类表》于 1957 年 6 月 15 日在法国尼斯外交会议上正式签订，并于 1961 年 4 月 8 日生效的国际公约，全称为《商标注册用商品和服务国际分类尼斯协定》。一般每五年修订一次，一是增加新的商品，二是将已列入分类表的商品按照新的观点调整，以求商品更具有内在的统一性。尼斯协定的宗旨是建立一个共同的商标注册用商品和服务国际分类体系，并保证其实施，我国于 1994 年 8 月 9 日正式成为该协定的成员国。

《类似商品和服务区分表》是我国商标行政主管部门以《商标注册用商品和服务国际分类表》为基础，针对中国的国情实际对商品和服务的类似群组及商品和服务的名称进行了翻译、调整、增补和删减而制订的。《类似商品和服务区分表》亦随着国际分类表的修订而作相应的调整。需特别注意的是，《类似商品和服务区分表》的作用是在商标注册行政授权中划定商标专用权的范围，而侵害商标权纠纷中认定类似商品或服务在于确定商标禁用权的范围。商标和服务存在项目更新、市场交易情况不断变化的情形，因此，在侵害商标权判定中，《类似商品和服务区分表》只能作为判断商品或服务类似的参考，不能作为唯一的认定标准。首先，应当考虑《类似商品和服务区分表》的划分；其次，当事人提出与《类似商品和服务区分表》的划分不一致的主张时，应当结合当事人的抗辩及提供的证据，根据前述“商品或服务类似的判断方法”进行判断。

4.2.5 商品类似的判定

下列商品一般构成类似商品：

1.具有相同功能、用途的商品；

例如，钢笔与签字笔及铅笔等以书写为使用价值的商品，即可认定为具有相同功能。

2.商品之间的功能、用途具有辅助性或互补性，容易被误认为相关联商品或系列商品；

例如，毛毯（床上用品）与电热毯（电器）显然分属不同商品分类，但同属于一般认识中的“床上用品”，属于类似商品。

3.在使用时存在着搭配关系的商品；

例如，皮带与领带，牙膏与牙刷等。

4.存在着原料与成品或零部件与成品等对应关系的商品；

5.销售渠道、销售场所、销售对象相同或者相近的商品或者一般属于同一行业或者领域生产、销售的商品。

4.2.6 判断商品与服务类似的考虑因素

1.商品与服务之间联系的密切程度；

2.在用途、用户、通常效用、销售渠道及销售习惯等方面的一致性；

3.在商品与服务中使用相同或者近似商标，是否足以造成相关公众的混淆、误认。

4.2.7 商标相同

指被控侵权的标识与原告的注册商标相比较,两者在视觉上基本无差别。

4.2.8 商标近似

指被控侵权的标识与原告的注册商标相比较,其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色,或者各要素组合后的整体结构相似,或者其立体形状、颜色组合等近似,容易使相关公众对商品或服务的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品或服务有特定的联系。

4.2.9 商标相同或近似的判断原则

- 1.以相关公众的一般注意力为标准;
- 2.既要对商标进行整体比对,又要对商标主要部分进行比对,并应当在比对对象隔离的状态下分别进行;
- 3.判断商标是否近似,应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度。

4.2.10 相关公众的一般注意力

相关公众,是指与商标所标识的某类商品或服务有关的消费者和与前述商品或服务的营销有密切关系的其他经营者。

相关公众的一般注意力,是指对相关商品或服务具有一般知识和经验的公众,按照通常的消费习惯对商品或服务进行判断。

需特别注意的是,商标所标示的商品性质、种类、价格等因素不同,相关公众的范围和注意程度也就不同。通常来

说，日常生活用品应以一般消费者为相关公众，其在购买时可能凭第一眼直觉就购买。而价值高的商品，例如汽车、房屋等，注意力标准要比购买日常生活用品时高许多。

4.2.11 商标相同或近似的判断方法

1. 比对时，应当以权利人注册商标的形态与被控侵权标识比对。

权利人注册商标的实际使用形态与注册形态不一致的，在判断被控侵权标识与权利人的注册商标是否近似时，仍应以权利人商标的注册形态与被控侵权标识进行比对，而不能用权利人实际使用的注册商标形态与被控侵权标识进行比对。

2. 整体比对

指将商标作为一个整体来进行观察，而不仅将商标的各个构成要素单独抽出来分别进行比对。

当两个商标在各自具体的构成要素上存在区别，但只要将构成要素集合起来作为一个整体产生的整体视觉，有可能使消费者产生误认，就应当认定为近似商标。反之，如果两个商标的部分组成要素可能相同，但是它们作为一个整体并不会使消费者产生误认，就不能认定为近似商标。

3. 要部比对

指将商标中发挥识别作用的主要部分抽出来进行重点比较和对照，是对整体比对的补充。其中商标的要部是指最具显著性和识别性，容易使相关公众将其与使用该商标的商

品或服务联系起来的商标构成要素。两个商标的构成要素整体上不近似,但主张权利的商标的知名度远高于被控侵权标识的,可以采取比较主要部分决定是否近似。

4.隔离观察

指将商标与被控侵权标识放置于不同的地点在不同的时间进行观察比对。

4.2.12 商标近似的具体比对

1.文字商标近似性的比对

根据文字商标的特征,具有呼叫功能的读音或文字的字形易给人听觉或视觉留下比较深刻的印象,故文字商标近似性的判断主要考虑文字的读音和字形,兼顾文字的含义。

2.中文商标与外文商标近似性的比对

由于中文商标与外文商标在音、形上不相同也不近似,因此判断中文商标与外文商标是否近似,主要从含义上进行确定,需要考虑相关公众对外文商标的认知水平和能力、中文商标与外文商标含义上的关联性或者对应性、商标本身的知名度和显著性、商标的实际使用情况、所使用商品或服务的关联程度等因素。

3.外文商标近似性的比对

判断外文商标之间是否构成近似,应考虑中国普通消费者的一般注意力、认知水平等因素。

4.图文组合商标近似性的比对

使用整体比对和要部比对相结合的方法,考虑商标的特征及通常的呼叫习惯等因素进行比对。多数情形下,将组合商标中的文字字形及读音作为主要部分加以比对。

5.特殊情形下图文组合商标近似性的比对

当涉案商标与被控侵权标识均为图文组合商标,而该图文组合商标中的中文文字商标系案外人商标并已被认定为驰名商标或具有极高知名度时,涉案商标中的文字显著性和知名度即相对有限,涉案商标的图形部分具有较强的识别性。在此情形下的图文组合商标近似性比对,应从双方商标外观整体观察,不能仅以被控侵权标识使用与涉案商标相同的文字即认定两者构成近似。

6.三维标志商标近似性的比对

三维标志商标是由三维标志或者与其他标志组合构成的具有区别性的标识。

考虑到三维标志商标重点保护“三维标志”本身的立法原义和立法目的,在对三维标志商标进行近似性比对时应当整体比较,并重点关注三维标志本身是否具备显著性。当三维标志具备显著性时,侵权判定应重点比对三维标志部分。

(1) 三维标志显著

被控侵权标识与三维标志商标中具有显著特征的三维标志相同或近似,容易使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆或误认的,可以认定为相同或者近似商标。

(2) 三维标志不显著但其他标志显著

虽然三维标志不显著,但如果被控侵权标识与三维标志商标中具有显著特征的其他标志相同或近似,容易使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆或误认的,可以认定为相同或者近似商标。

如果被控侵权标识与三维标志商标中不具有显著特征的三维标志相同或近似,但是与具有显著特征的其他标志区别明显,不会使相关公众对商品或者服务的来源产生混淆或误认的,整体上仍不宜认定为相同或者近似商标。

4.2.13 混淆与误认对侵害商标权判定的重要影响

侵害商标权的判定,不仅应当比较诉争商标标识是否近似,还应当对是否足以造成相关公众混淆、误认进行认定。即使诉争的商标标识客观上相近似,但如果被控侵权标识的使用不会造成相关公众的混淆、误认,则不应认定构成侵害商标权。

足以造成相关公众的混淆、误认一般包括:

1.商品或服务混淆

指相关公众将两个商品或服务混为一谈。

2.来源混淆

指相关公众误认为被控侵权标识与注册商标所标示的商品或服务来自同一市场主体,对商品或服务的来源产生混淆、误认。

3.关联关系混淆

指虽然相关公众认为被控侵权标识与注册商标所标示

的商品或服务来自不同的市场主体,但是误认为两个市场主体之间存在着商标许可、投资合作、关联企业等关联关系。

4.2.14 混淆包括现实的混淆与混淆的可能性

除存在长期善意共存等极为特殊的历史因素外,通常在判断是否造成相关公众混淆时,既要考虑客观现实的混淆,也要考虑混淆的可能性。但不能以个别消费者、经营者认为混淆或不混淆而直接推定是否具有混淆的可能性,混淆可能性的判断主体仍然是相关公众。

4.2.15 衡量是否造成相关公众混淆、误认的因素

- 1.注册商标的知名度、显著性
- 2.被控侵权人的主观意图
- 3.相关标识使用的历史和现状

4.2.16 商标的知名度和显著性对判断商标近似的影响

1.如果比对的商标均未曾使用或者不具有很高的知名度,通常按照音、形、义等自然因素进行整体比对,这种近似更接近于事实上的近似即商标标识近似。

2.如果比对的商标知名度相差悬殊,可以根据案件的具体情形采取比较主要部分或整体比对认定其近似性。

3.如果比对的商标均具有较高知名度,或者相关商标的共存具有特殊历史渊源,有共同形成历史和发展历程的,此时不应简单就商标构成要素认定近似,而应当综合考虑两者的实际使用状况、使用历史、使用者的主观状态、相关公众的认知状态、政策变化等因素,尊重已经客观形成的市场格

局，准确作出侵权判断。

例如，对于一些具有复杂历史渊源的商标或老字号等商业标识，相关当事人对于商标和品牌的创立和发展都作出了自己的贡献，加之还可能具有法律、政策等变化的其他原因，且均为善意使用，故法院在处理此类商标纠纷案件时，应当允许构成要素近似的商标之间的适当共存，实现经营者之间的包容性发展，即便相关商业标识的和平共处不可避免地会产生一定程度的市场混淆。

4.3 反向假冒

指未经商标注册人同意，将商标注册人的商标“更换”成自己的商标，并将该已更换商标的商品又投入市场。

4.4 帮助侵权

指故意为侵害他人商标权行为提供便利条件，帮助他人实施侵害商标权的行为。

4.4.1 便利条件

指为侵害他人商标权提供仓储、运输、邮寄、印制、隐匿、经营场所、网络商品交易平台等。

4.4.2 市场管理者承担侵权责任的具体表现形式及民事责任承担

市场管理者，是指依法设立，利用自有、租用或者其他形式取得固定场所，通过提供场地、相关设施、物业服务以及其他服务，吸纳商品经营者在场内集中进行现货商品交易，从事市场经营管理的企业法人。

市场管理者是否应当承担侵权责任,应当以市场管理者与商户之间的关系,商标权人向市场管理者发出附有确凿证据的警告函,市场管理者知晓市场内发生侵害商标权行为后的不同反应来认定。

1.市场管理者与商户之间不是单一的铺位租赁关系,除承担管理职能外,还直接参与市场内的经营活动,并从中获取租金外的经营利益,且消费者有充分理由相信,除商户外,市场管理者同时也是交易相对方。此种情形,应认定市场管理者与商户系共同经营,对经营行为共同承担侵权责任。

2.市场管理者与商户之间仅是铺位租赁合同关系,只向商户收取铺位租金,不参与商户的经营行为。此时,如果市场管理者能够证明其收到商标权人警告函后即对被控侵权行为采取合理、必要措施的,应当认定其主观上没有放任侵权行为,客观上亦已尽到管理、监督、检查等义务,市场管理者不应对商户的侵害商标权行为承担责任。而如果市场管理者不能证明其在收到商标权人警告函后即对被控侵权行为采取合理、必要措施的,应当认定其在收到警告函后为商户的侵权行为提供帮助,市场管理者应当承担相应责任。商标权人不能证明市场管理者在收到警告函以前即知道商户实施侵权行为的,市场管理者仅就商户全部赔偿数额承担部分连带责任。

4.5 电子商务平台经营者侵害商标权行为认定

电子商务平台经营者,是指在电子商务中为交易双方或

者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务，供交易双方或者多方独立开展交易活动的法人或者非法人组织。

法院审理涉电子商务平台侵害商标权纠纷案件，应当坚持严格保护知识产权的原则，依法惩治通过电子商务平台提供假冒等侵权商品或者服务的行为，积极引导当事人遵循诚实信用原则，依法正当行使权利，并妥善处理好商标权人、电子商务平台经营者、平台内经营者等各方主体之间的关系。

4.5.1 投诉处理机制中合格通知与声明的认定

1.商标权人认为其商标权受到侵害的，有权通知电子商务平台经营者采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施。商标权人向电子商务平台经营者发出的通知应当采取书面形式，通知一般包括：

- ①商标权的权利证明及商标权人的真实身份信息；
- ②能够实现准确定位的被控侵权商品或者服务信息；
- ③构成侵权的初步证据；
- ④通知真实性的书面保证等。

2.电子商务平台经营者接到通知后，应当及时采取必要措施，并将该通知转送平台内经营者；未及时采取必要措施的，应对损害的扩大部分与平台内经营者承担连带责任。

判断电子商务平台经营者是否采取了合理的措施，法院可以考量下列因素：

- ①构成侵权的初步证据；

②侵权成立的可能性；

③侵权行为的影响范围；

④侵权行为的具体情节，包括是否存在恶意侵权、重复侵权情形；

⑤防止损害扩大的有效性；

⑥对平台内经营者利益可能的影响；

⑦电子商务平台的服务类型和技术条件等。

3.平台内经营者接到电子商务平台经营者转送的通知后，可以向电子商务平台经营者提交不存在侵权行为的书面声明，声明一般包括：

①平台内经营者的真实身份信息；

②能够实现准确定位、要求终止必要措施的商品或者服务信息；

③商标权属证明、授权证明等不存在侵权行为的初步证据；

④声明真实性的书面保证等。

认定平台内经营者发出的声明是否具有恶意，法院可以考量下列因素：

①提供伪造或者无效的权利证明、授权证明；

②声明包含虚假信息或者具有明显误导性；

③通知已经附有认定侵权的生效裁判或者行政处理决定，仍发出声明；

④明知声明内容错误，仍不及时撤回或者更正等。

电子商务平台经营者接到声明后,应当将该声明转送发出通知的商标权人,并告知其可以向有关主管部门投诉或者向法院起诉。电子商务平台经营者在转送声明到达商标权人后十五日内,未收到权利人已经投诉或者起诉通知的,应当及时终止所采取的措施。

4.5.2 电子商务平台经营者知道或者应当知道存在侵权行为的侵权责任

电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者侵害商标权的,应当根据侵权的具体情形、技术条件以及构成侵权的初步证据、服务类型等因素,及时采取必要措施,未采取必要措施的,与侵权人承担连带责任。采取的必要措施应当遵循合理审慎的原则,包括但不限于删除、屏蔽、断开链接等下架措施。平台内经营者多次、故意侵害商标权的,电子商务平台经营者有权采取终止交易和服务的措施。

电子商务平台经营者存在下列情形之一的,法院可以认定其“应当知道”侵权行为的存在:

①未履行制定知识产权保护规则、审核平台内经营者经营资质等法定义务;

②未审核平台内店铺类型标注为“旗舰店”“品牌店”等字样的经营者的权利证明;

③未采取有效技术手段,过滤和拦截包含“高仿”“假货”等字样的侵权商品链接、被投诉成立后再次上架的侵权商品链接;

④其他未履行合理审查和注意义务的情形。

4.5.3 错误通知的赔偿责任

因通知错误造成平台内经营者损害的，依法承担民事责任。恶意发出错误通知，造成平台内经营者损失的，加倍承担赔偿责任。

认定通知人是否具有“恶意”，法院可以考量下列因素：

- ①提交伪造、变造的权利证明；
- ②提交虚假侵权对比的鉴定意见、专家意见；
- ③明知权利状态不稳定仍发出通知；
- ④明知通知错误仍不及时撤回或者更正；
- ⑤反复提交错误通知等。

电子商务平台经营者、平台内经营者以错误通知、恶意发出错误通知造成其损害为由，向法院提起诉讼的，可以与涉电子商务平台知识产权纠纷案件一并审理。

4.5.4 开展自营业务的电子商务平台经营者的侵害商标权行为认定

电子商务平台经营者对其自营业务依法承担商品销售者或者服务提供者的责任。认定电子商务平台经营者是否属于开展自营业务，法院可以考量下列因素：

- ①商品销售页面上标注的“自营”信息；
- ②商品实物上标注的销售主体信息；
- ③发票等交易单据上标注的销售主体信息等。

4.6 回收再利用带有商标标识容器的侵害商标权行为认定

如果回收利用企业对回收的旧瓶上原权利人的商标标识没有采取遮蔽、消除等合理措施，或者采取的措施不能彻底将原商标标识从相关公众的视野内移除，或者没有附加其他区别性标识，容易导致消费者产生混淆误认的，则再利用行为构成侵害商标权。

4.7 驰名商标的保护

驰名商标，是指经过长期使用或者大量商业推广或宣传，在中国境内为相关公众所熟知，且具有良好市场声誉的商标。

4.7.1 驰名商标的跨类保护

复制、摹仿、翻译他人已经在中国注册的驰名商标或其主要部分，并在不相同或者不相类似商品或服务上作为商标使用，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，构成侵害商标权。“误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害”，是指足以使相关公众认为被诉商标与驰名商标具有相当程度的联系，而减弱驰名商标的显著性、贬损驰名商标的市场声誉，或者不正当利用驰名商标的市场声誉。

4.7.2 未注册驰名商标的非跨类保护

复制、摹仿、翻译他人未在中国注册的驰名商标或其主要部分，并在相同或者类似商品或服务上作为商标使用，容易导致混淆的，构成侵害商标权。“容易导致混淆”，是指足

以使相关公众对使用驰名商标和被诉商标的商品或服务来源产生误认,或者足以使相关公众认为使用驰名商标和被诉商标的经营者之间具有许可使用、关联企业关系等特定联系。

对于知名的未注册商标的保护,应当审查当事人申请保护的商标是否属于《中华人民共和国商标法》第十条、第十一条、第十二条规定的不得作为商标注册和使用的情形。

4.8 损害商标品质保障功能的侵权认定

商标既具有识别商品或服务来源的基本功能,也具有品质保障、信誉承载等衍生功能,其中来源识别功能是商标的首要功能。司法实践中,除主要以是否破坏来源识别功能来判断是否构成侵害商标权外,也以是否损害品质保障功能来判定是否构成侵害商标权,商标权人对降低商品或服务品质、减损或损害其商标所负载商誉的商标使用行为有权制止。

将正品重新包装并贴附权利人商标后再行出售的行为是否构成侵害商标权,关键在于判断重新包装的行为是否损害了商标的品质保障功能,是否对商标权人的商誉造成损害。如果重新包装再转售的行为并未对商标的品质保障功能造成损害,则该行为属于合法的商品转售行为,适用权利用尽原则。但如果被控侵权人将较低质量标准的商品或服务通过改变包装等形式按较高质量标准商品或服务出售或提供,则可以认定被控侵权人的行为即便未造成消费者混淆,亦构成侵害商标权。

第五部分 权利冲突类案件的审理

5.1 商业标识的权利冲突

商业标识的权利冲突,是指两个或者两个以上的民事主体对相同或者近似的商业标识分别获取相同或者不相同的知识产权,相关商业标识在商业环境下产生消费者混淆或误认的后果,相关主体在行使权利上产生矛盾或冲突。

5.2 解决权利冲突类案件的基本原则

- 1.保护在先合法权利原则
- 2.诚实信用原则
- 3.防止市场混淆原则
- 4.利益平衡原则

审理权利冲突类案件,根据前述原则并综合考虑以下因素:

- 1.原、被告各自使用商业标识的情况,包括消费者的认知程度,被告使用商业标识的具体范围、持续时间,以及是否系出于正常营业需要而合法善意地使用,有无累积一定的商誉;

- 2.原、被告获得商业标识的时间、取得方式,是否具有正当性与合理性,有无攀附的主观恶意;

- 3.诉争商业标识本身的显著性强弱、知名度大小;

- 4.诉争商业标识形成和发展的历史、使用现状等等。

在综合考虑上述因素后,法院应当在尊重在先权利的前提下兼顾各方利益,认定是否构成侵害商标权,避免绝对地

以在先商标权人的利益作为唯一衡量因素，而忽略被告利益及公共利益。但为了防止市场主体的混淆和冲突，鼓励诚实经营，维护正常的市场竞争秩序，在维持现有使用状态的同时，各方当事人均应当各自规范使用其商业标识，以便消费者加以区分和识别，维护各方当事人及消费者的合法权益。

5.3 注册商标之间的权利冲突

如果原告以他人使用在核定商品或服务上的注册商标与其在先的注册商标相同或者近似为由提起民事侵权诉讼的，法院应当告知原告向有关行政主管部门申请解决，先行申请无效或撤销注册商标。但法院可以在以下几种情形下直接处理注册商标之间的权利冲突案件。

1.被告使用的注册商标复制、摹仿或者翻译原告驰名商标，构成侵犯商标权的，根据原告的请求，法院可以判决禁止被告使用其注册的商标；

2.被告没有规范使用自己的注册商标，实际使用的商标超出了核定商品或服务的范围；或者虽然使用在核定的商品或服务上，但自行改变了商标的外观特征或式样，包括改变显著特征、拆分使用、将自己的多个注册商标不当叠加或组合使用，并通过文字处理，弱化或淡化部分文字，突出其他文字等方式使用注册商标，而与原告的注册商标相同或者近似；

3.被控侵权商标在法院受理案件时尚未获得注册或已被撤销、无效的；

4.被控侵权行为发生时，被控侵权商标尚未获得注册，而受理案件时被控侵权商标获得注册的。

5.4 在先商标权与在后企业名称权冲突类案件的处理

将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业字号在相同或者类似商品或服务上突出使用，容易使相关公众产生误认的，构成侵害商标权。

需特别注意的是：

1.只有突出使用“与他人注册商标相同或者近似文字”的企业字号时，才构成侵害商标权。

2.尽管未突出使用企业字号的行为不构成侵害商标权，但最高人民法院在（2004）民三他字第 10 号函中明确，“对违反诚实信用原则，使用与他人注册商标中的文字相同或者近似的企业字号，足以使相关公众对其商品或者服务的来源产生混淆的，根据当事人的诉讼请求，可以依照民法通则有关规定以及反不正当竞争法第二条第一、二款规定，审查是否构成不正当竞争行为，追究行为人的民事责任。”

5.5 在先企业名称权与在后商标权冲突类案件的处理

5.5.1 在先企业名称权与在后商标权的冲突

如果在先企业名称的使用系出于正常营业需要而合法善意地使用，并未攀附在后注册商标的商誉，应当判决在先的企业名称不构成侵害商标权。但为了防止市场主体的混淆和冲突，鼓励各自诚实经营，保护消费者权益与正常的市场竞争秩序，法院可以在判决中明确要求当事人各自规范使用

其企业名称和注册商标。

5.5.2 在先企业名称权的保护

注册在先的企业名称是否构成在先权利,不宜仅单纯依据诉争的企业名称、商标等商业标识的各自使用时间节点进行认定,而应当综合考虑市场主体使用企业名称等商业标识的完整历史渊源、企业名称的知名度等因素。虽然名称经合法登记和使用后,在其登记辖区范围内享有排斥其他同类竞争企业注册和使用相同或近似名称的权利,但在长期使用过程中,依靠名称权人的信誉、产品质量以及广告投入等因素,其在更大范围内享有较高知名度,由此在超出其登记辖区的更大范围内产生应受保护的權利和商益。如果在后商标权人获准注册的商标系抢注他人在先中华老字号、知名字号以及在一定范围内有影响的字号,则在后商标权人的行为应当受到规制,在先企业名称权应当具有明显的可保护利益。

5.6 商标权与电视节目名称冲突类案件的处理

电视节目制作有其固有的制作规律,从提出节目名称及 LOGO 设想到开播要经过较长的一段时间,其中需经历节目名称及 LOGO 设计与创作、节目运行方案的构思与研究、召开首播新闻发布会、节目首播等环节。因此,认定谁在先设计出相关节目名称或商标,不能简单机械地以商标注册申请的时间和节目的开播时间来划定保护的边界,否则可能会出现不符合客观现实状态并产生不公平后果。

对于电视节目名称与商标权之间的冲突,如果电视台等

对节目名称、LOGO 图标等享有在先权利或者有正当使用的权利,且不存在攀附和利用他人商标与商业信誉的主观过错,电视节目的播出不会造成相关公众的混淆与误认,则应当认定电视台等使用其节目名称不构成对他人商标权的侵害。

5.7 商标权与域名冲突类案件的处理

将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名,并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务,容易使相关公众产生误认的,构成侵害商标权。

需特别注意的是,由于侵害商标权必须与商品或服务联系在一起,故如果只是将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名,而没有通过该域名进行相关商品交易的电子商务,一般不认定构成侵害商标权。同时在理解并运用该条时,要注意结合《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条和第五条的规定精神,认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不正当竞争:原告请求保护的民事权益合法有效;被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译,或者与原告的注册商标、域名等相同或近似,足以造成相关公众的误认;被告对该域名或其主要部分不享有权益,也无注册、使用该域名的正当理由;被告对该域名的注册、使用具有恶意。

5.8 商标权与 APP 标识冲突类案件的处理

在处理涉及 APP 应用程序与新商业模式融合的知识产权纠纷时，要以有利于促进创新、有利于公平竞争、有利于保护消费者利益为指引，慎重对待，妥善运用法律制度中的保护和例外，合理确定权利和责任的边界，依法维护善意使用者的市场交易安全，降低创新者的法律风险。

在使用的 APP 标识与他人注册商标构成近似的情况下，是否侵害他人商标权，应当综合考虑以下因素予以认定：

1.二者使用的商品或服务的类别是否相同或类似

APP 本身属于《类似商品和服务区分表》0901 群组“计算机程序、可下载软件”。APP 标识通常由文字、图形或二者组合而成，代表不同的开发商和所提供的商品或服务。APP 被开发者上传至应用商店，下载后手机中会显示相应标识，用户通过 APP 标识区分其来源及所提供的商品或服务，故 APP 标识从构成要素、使用形式及展现位置来看，具有能够区分商品或服务来源的作用，可认定为《中华人民共和国商标法》第八条中区分商品或服务来源的标志。

依据 APP 的具体用途，可以将其分为两类：一类是软件企业向相关公众提供的计算机操作程序，用户下载、安装此类 APP 的目的是通过使用其作为计算机程序所具有的功能来解决某一方面的使用需求，如输入法、浏览器、图片编辑、文字处理等功能，此类 APP 在商品类别上可归入第 9 类计算机操作程序。另一类 APP 则是企业向相关公众提供商品或服务的平台或工具。对于相关公众来说，其下载、安

装、使用 APP 的目的在于以 APP 作为平台或媒介来接受相关经营者提供的商品或服务，是互联网环境下新的商业模式。因此，与传统商品或服务类别的区分不同，APP 兼具商品和服务的双重属性。尤其是前述第二类 APP 跨越了第 9 类计算机操作程序，又与其具体提供的商品或服务类别发生重合。故在划分 APP 商品或服务的类别时，既要考虑计算机应用程序的性质，还要考虑其提供的商品或服务的类别，才能对其所属商品或服务的类别作出科学、合理的判断。

2. 注册商标的显著性和知名度

注册商标的显著性越高，造成混淆的可能性就越大；反之，造成混淆的可能性就越小。涉案商标受到保护的范围及强度应当与商标的显著性强弱及知名度大小相适应。

3. 是否具有攀附他人注册商标商誉的主观恶意

考虑 APP 运营者的使用意图，有无攀附注册商标的商誉，攫取不正当利益的目的。

第六部分 侵害商标权的抗辩事由

在侵害商标权纠纷案件的审理中，被告往往提出各种抗辩事由以证明自己并不构成侵害商标权或者不应当承担赔偿责任。被告主张较多的抗辩事由为其使用的被控侵权标识与注册商标不相同也不近似、商品或服务不相同也不类似，不产生混淆误认的后果，对该抗辩事由主要依据“4.2 侵害商标权的判定”的内容予以审查，本部分主要涉及其他常见的

抗辩事由。

6.1 正当使用抗辩

注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有地名，商标权人无权禁止他人正当使用。

被告提出正当使用抗辩的事由，通常包括：

1.被告的使用行为不构成商标意义上的使用

商标法对注册商标的保护并不是绝对的，如果他人是将与注册商标相同或近似的文字用来叙述、说明商品的特点、质量、数量等或者描述某种商业活动的客观事实等，而不具有区分商品来源和不同生产者的作用，则他人的使用不属于商标意义上的使用，不构成对他人商标权的侵害。

2.被告系正当使用

被告使用与他人注册商标相同或近似的文字并非出于不正当竞争的目的，主观上不是想故意引起混淆，而是善意正当使用。判断是否出于善意，应当综合考虑使用意图、使用行为发生的时间、使用方式以及使用的客观效果。

6.1.1 描述商品或服务特点的叙述性使用

1.注册商标直接表示商品或服务的性质、质量、主要原料、功能、用途、重量、数量、种类及其他特点，他人可以正当使用。

当注册商标具有描述性时，其他生产者出于说明或客观

描述商品或服务特点的目的，以善意方式在必要的范围内予以标注，不会导致相关公众将其视为商标而导致来源混淆的，构成正当使用。判断是否属于善意，是否必要，可以参考商业惯例等因素。

2.注册商标中含有本商品或服务的通用名称、图形、型号的，他人可以正当使用。

其中，通用名称是指在某一区域内为生产经营者或者消费者普遍用于称呼某一商品、服务或其他对象的名称，包括全称、简称、缩写、俗称等。通用名称既包括依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品或服务通用名称的，也包括约定俗成的商品或服务通用名称。相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品或服务的，应当认定为约定俗成的通用名称。被专业工具书、辞典等列为商品或服务名称的，可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。约定俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准。对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场固定的商品或服务，在该相关市场内通用的称谓，法院可以认定为通用名称。

6.1.2 指示商品或服务特点、来源等的指示性使用

在产品修理、零配件制造、产品销售、产品组装等商业领域中，经营者为了向消费者描述其制造、销售的商品或提供的服务内容、来源等，应当允许其合理使用商标权人的商标。但经营者必须遵守指示性合理使用的规则，在使用时应

当基于诚信善意,不能以描述的需要为由随意扩大使用商标权人的商标,使用商标的具体形式、程度应保持在合理范畴之内,不会对商标权人的合法权益造成损害。

6.1.3 作为地名使用

判断被告使用地名的行为是否属于正当使用,需结合地名商标的知名度、被告使用的具体方式和目的、是否会导致相关公众产生混淆误认等因素综合判断。若通过综合分析判断,确定被告的使用行为系出于攀附权利人地名商标知名度或商誉的意图,可能使相关公众产生混淆误认的,则该使用行为超出了正当使用的范畴,构成侵害商标权。若被告的使用行为有正当理由,且不会使相关公众产生混淆误认,则属于法律规定的正当使用,商标权人无权禁止他人在相同或者类似商品上正当使用该地名来表示商品与产地、地理位置等要素之间的联系。

6.1.4 地理标志使用

地理标志是标示某商品来源于某地区,并且该商品的特定质量、信誉或其他特征主要由该地区的气候、地质、土壤以及品种等自然因素和与之相适应的生产技术、加工工艺等人为因素所决定的标志。

地理标志类商标是将在一定范围内的公用资源纳入商标专用权的范围,故在确定地理标志类商标专用权的保护范围时,应当充分考虑公共利益和商标权利的平衡,将地理标志类商标专用权与禁用权范围限定于“具体地名+产品通用

名称”的组合使用方式。一方面，商标专用权的范围不能扩张到地名或者通用名称的单独使用，另一方面，其禁用权的范围不能不当剥夺他人合理使用地名加产品通用名称的正当权利。地理标志是一项地区性、公有性的财产权，产地内所有符合条件的厂商和个人都有权使用，不允许垄断使用。因此，在地理标志类商标的保护及侵权诉讼中，在考察被告是否属于正当使用时，法院需要重点审查的内容包括被告销售的产品是否来源于该地理标志特定区域内、是否具备特定品质、产品标注的使用方式是否正当以及使用者主观上是否出于善意。如果被告提供的证据能够证明其商品或服务确实来源于地理标志特定区域，具备特定品质，且未使用地理标志中的特有图案，不会导致相关公众对商品的原产地等特定品质产生误认的，则应当认定被告的使用系对特定地名的正当使用，不构成侵害商标权。

6.2 先用权抗辩

先用权抗辩制度的主要目的是保护那些已经在市场上具有一定影响但未注册的商标所有人的权益。商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或服务，或者类似商品或服务上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，商标权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识。

先用权抗辩的适用要件主要包括：

- 1.他人在注册商标申请日之前存在在先使用商标的行

为;

2.该在先使用行为原则上应当早于商标注册人对商标的使用行为,且为善意;

3.该在先使用的商标应具有一定影响。使用人对其商标的使用确系真实使用,且经过使用已使得商标在使用地域内起到识别作用;

4.被控侵权行为系他人在原有范围内的使用行为。

6.3 销售商的合法来源抗辩

在侵害商标权纠纷案件的审理中,作为被告的销售商对于侵权商品的制造者身份负有披露义务,在被控侵权人是制造商还是销售商身份不明时,其拒不提供商品来源信息的,可以认定其为制造商,由其承担制造商的法律责任。

销售商通常会主张合法来源抗辩,并提供商品来源信息。根据《中华人民共和国商标法》第六十四条第二款的规定,如果销售商提出的合法来源抗辩成立,其销售行为虽然仍构成侵害商标权,但不需要承担赔偿责任。

1.“侵权商品”证明责任的承担

根据“谁主张谁举证”的民事证据规则,商标权人主张他人销售了侵权商品,理应由其对被告销售的商品系“侵权商品”负举证责任,但相应的证明标准不宜设定太高,即商标权人只需对侵权商品与正品之间的区别作出合理说明即可,此时应当由被告证明该商品并非侵权商品。如果被告提供的相反证据能够初步证明其销售的商品并非侵权商品而是正

品时，则商标权人应当对被控侵权商品的真伪进一步举证证明，如果商标权人无法进一步举证证明，则应当由其承担举证不能的法律后果。

2.销售商“不知道是侵权商品”的认定

销售商主张合法来源抗辩时，需要证明：

（1）商品是由正规、合法渠道取得，并披露商品的提供者。包括合法的购货渠道、合理的价格和直接的供货方等。

具体需要提供的证据应视个案情况而定，一般需要提供供货合同、相应的商业发票等。如果销售商仅能提供记账凭证、收款收据，可以要求销售商补充提供送货单、入库进货单、付款凭证等相关凭证加以印证；如果供货商认可被控侵权商品由其实际销售给销售商，可以视个案情况降低对销售商的举证要求。

（2）其确实不知道自己销售的是侵害他人商标权的商品。对销售商“不知道是侵权商品”的认定，应当由销售商对其尽到合理审查注意义务承担举证责任。被告的经营规模、专业程度、市场交易习惯等，可以作为确定其合理审查注意义务的证据。销售商提供的被控侵权商品来源证据与其合理审查注意义务程度相当的，可以认定其不知道被控侵权商品侵害他人商标权。具体审查销售商的举证义务是否到位，可以综合考虑以下因素：

①商标的知名度。商标知名度越高的商品，在市场上影响力的范围及程度就越大，销售商对该商标及商品的了解也

越多，其审查注意义务相应越高。

②销售商的认知能力。认知能力主要取决于销售商经营规模的大小、专业程度的高低、从业时间的长短等。司法实践中，对认知能力的判断一般以正常人施以谨慎的注意力为标准，而不以具体个体判断能力的强弱进行确定。一般情况下，大型的超市、商场、购物中心、百货商店等的认知能力高于中小型销售商；专业经销特定种类商品的销售商的认知能力高于经营各种类型商品的销售商；长期从事某行业的销售商的认知能力高于经营时间较短的销售商。对于认知能力强的销售商，应当赋予其更高的审查注意义务。

③商品的进货价格和进货渠道。商品的进货价格明显低于同类商品的正常市场价格，则销售商应当负有更高的审查注意义务，其应当对供货商的相关资质进行审查，包括供货商的生产经营执照、是否有商标注册证书或经授权的合法经销资质等。如果商品系从非正规市场或者从小商、小摊贩处购得，则从侧面可以推定销售商应当知道该商品难以保证为正品。

④商品本身的属性及外部反映的信息。一是根据商品本身的属性，区分普通商品与特殊商品。如医药保健品等商品，因涉及人身健康和生命安全，销售商应当负有更为严格的注意义务。二是根据商品外部反映的信息，确认该商品是否属于“三无产品”。“三无产品”一般是指无生产日期、无质量合

格证以及无生产厂家，来路不明的产品。对于“三无产品”，销售商更需严格审查，否则其合法来源抗辩很难成立。

⑤不存在其他例外因素。在销售商举证证明其尽到合理审查注意义务的同时，商标权人可以通过相应证据，推定销售商明知其销售的是侵权商品。实践中，主要存在以下几种情形：一是销售商收到过商标权人的侵权警告函后仍继续销售的。需要说明的是，对警告函具体内容的要求应当不同于专利侵权诉讼中专利权人发送的警告函，商标权人在警告函中只需说明其拥有合法有效的商标权的具体情况，并附上注册商标证书，简单指明销售商销售的被控侵权商品的商标及名称即可。二是销售商曾因销售相同商品被法院或行政机关予以处理的。三是销售商先后或同时经销正品和侵权商品，且正品与侵权商品在价格等方面差异较大。

第七部分 驰名商标的司法认定

7.1 驰名商标司法认定的案件类型

1.就相同或者类似商品或服务申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的；就不相同或者不相类似商品或服务申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的；

2.企业名称与驰名商标冲突类案件。对涉及驰名商标与企业名称冲突的民事纠纷案件，只有在不相同或不相类似的

商品或服务上突出使用企业名称,或者使用企业名称足以使相关公众认为被诉企业名称与驰名商标具有相当程度的联系,而减弱驰名商标的显著性、贬损或不正当利用驰名商标的市场声誉的;

3.原告以被控侵权商标的使用侵害其商标权为由提起民事诉讼,被告以原告的注册商标复制、摹仿或者翻译其在先未注册驰名商标为由提出抗辩或者提起反诉的;

4.其他根据个案审理需要认定驰名商标的案件。

7.2 对于商标是否驰名不予审查的民事纠纷案件

1.被控侵权行为的成立不以商标驰名为事实依据的

一般来说,被告经营商品或服务的类别与原告商标核定使用的商品或服务类别相同或类似,可以直接对被告的行为是否构成侵害商标权进行认定,无需认定驰名商标。

但为了使权利人获得与其长期累积的品牌商誉程度相当的司法保护力度,并确定与驰名商标相适应的保护强度,对于确已达到驰名程度的商标,法院可以根据权利人的请求,在综合考虑商标知名度、被控侵权人是否具有明显攀附意图等因素的基础上认定驰名商标。

2.被控侵权行为不成立的

如果经过审理认定被告行为不构成侵害商标权,则无须审查商标是否驰名。

3.驰名商标与域名的冲突

将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名,

并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的，构成侵害商标权。由于该条规定对于注册商标的知名度不作特别要求，故涉及驰名商标与域名的冲突案件无需认定驰名商标。

7.3 驰名商标司法认定的原则

1.被动认定

依当事人申请与审理需要启动司法认定程序，法院不能依职权主动认定。

2.个案认定

法院在审理具体案件中认定的驰名商标，仅对个案具有效力，在他案中并不当然有效。

原告已提供其商标驰名的基本证据，被告不持异议的，法院对该商标驰名的事实予以认定。被控侵害商标权或者不正当竞争行为发生前，曾被法院或者国家商标行政管理或异议审查部门认定驰名的商标，被告对该商标驰名的事实不持异议的，法院应当予以认定。被告提出异议的，原告仍应当对该商标驰名的事实负举证责任。

3.域内驰名

认定驰名商标必须以商标在中国境内驰名为必要，要求商标所指示的商品或服务应当在国内市场上存在和流通，或者在国内市场或互联网中进行过宣传。

7.4 驰名商标的认定标准

认定商标驰名，应当考虑以下因素：

1.使用该商标商品或服务的市场份额、销售区域、利税等；

2.该商标的注册时间和持续使用时间，包括商标核准注册前持续使用的情形；

3.该商标的宣传或者促销活动的方式、持续时间、程度、资金投入和地域范围；

4.该商标的价值、享有的市场声誉、相关公众的知晓程度；

5.该商标曾被作为驰名商标受保护的记录等。

对于商标使用时间长短、行业排名、市场调查报告、市场价值评估报告、是否曾被认定为驰名商标等证据，法院应当结合认定商标驰名的其他证据，客观、全面地进行审查、综合考虑。但在一些特殊情况下，对于众所周知的品牌或驰名事实，考虑部分因素即足以认定所涉商标驰名的，则无需机械地一一考虑全部因素。在认定涉移动互联网时代商标是否驰名时，应当充分考虑互联网信息传播特点，综合考虑商标法规定的各项驰名因素，并结合案件具体情况对驰名事实作出客观、全面地认定，不应机械强调商标使用时间等因素。

要采取有效措施防止当事人滥用驰名商标司法认定制度，通过虚假诉讼等不正当手段达到认定目的。法院要依职权加强对有关证据和事实的调查核实，主动审查商标驰名与否相关证据的原件；审查被告注册时间与身份，如是否系在诉讼前不久成立，与原告是否存在关联；审查有关被控侵权

行为是否真实存在等。

7.5 商标驰名在裁判文书中的表述

当事人不能单独提起驰名商标认定的诉讼,法院也不应将驰名商标的司法认定作为独立的诉讼请求审理。因驰名商标的司法认定属于事实认定的范畴,因此法院对驰名商标的认定,仅作为案件事实和判决理由。在判决主文中,不应出现“认定 xx 商标为驰名商标”的表述;以调解方式审结的,在调解书中对商标驰名的事实也不予认定。

7.6 驰名商标认定的审核备案制度

根据驰名商标司法认定审核备案制度要求,法院在案件审理过程中,经初步审查认为确需认定驰名商标的,必须形成书面报告随同卷宗移送,并以请示案件形式报请江苏省高级人民法院审核认定。

第八部分 民事责任的承担

8.1 停止侵害

在侵害商标权纠纷案件中,法院判决的责任方式主要包括:

- 1.停止使用侵害原告商标权的“XX”标识的行为;
- 2.规范使用、不得突出使用或者停止使用侵害原告商标权的“XX”企业名称。

8.1.1 规范使用企业名称

《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权

利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第四条规定，被诉企业名称侵害商标权或者构成不正当竞争的，法院可以根据原告的诉讼请求和案件具体情况，确定被告承担停止使用、规范使用等民事责任。如果企业名称的注册使用并不违法，只是因突出使用其中的字号而侵害商标权的，判决被告规范使用企业名称、停止突出使用行为即足以制止被告的侵权行为，不宜判决停止使用或者变更企业名称。

8.1.2 停止使用或者变更企业名称

对于被诉企业名称侵害商标权或者构成不正当竞争的案件，是否判令停止使用企业名称，应当视案件具体情况，在综合考量主观过错程度、历史因素和使用现状的基础上公平合理地作出裁量。在被告注册、使用被诉企业名称具有明显攀附恶意时，如果允许被告继续使用其字号，与原告商标、字号共存，即便不突出使用字号，对于市场而言，尤其是潜在购买者，仍极易发生混淆或者误认为两者之间存在投资或合作等关联关系时，应当判决其在构成侵害商标权等的同时，停止使用或者变更企业名称，以体现商标法鼓励企业诚信经营、发展自主品牌的裁判导向。

8.1.3 停止使用楼盘名称问题

涉楼盘侵害商标权案件中，是否需要判决停止使用楼盘名称，应当考虑利益平衡原则，根据个案的不同情形予以裁量，在综合考量注册商标的知名度、被告的侵权过错程度、

实际销售量、业主入住情况、拆除被控侵权标识的成本及影响、风险等因素后作出判决。

8.1.4 法院判决停止侵害的例外情况

如果判决停止有关行为会造成当事人之间利益的重大失衡，或者有悖社会公共利益，或者实际上无法执行，可以根据案件具体情况进行利益衡量，即可以不判决停止侵害，而改为加重民事赔偿的方式。

8.2 赔偿损失

坚持损害赔偿的市场价值导向，尽可能细化并阐述赔偿标准，确定与知识产权市场价值相适应的侵权损害赔偿数额。

8.2.1 基本原则

赔偿额为权利人因被侵权所受到的实际损失，难以确定实际损失的，为侵权人因侵权所获得的利益，损失或者利益难以确定的，参照商标许可使用费的倍数合理确定。故意侵权的，按上述方法确定数额的 1-5 倍确定。

权利人主张按照权利人损失或侵权人获利计算损害赔偿，同时有可供参照的合理许可使用费的，损害赔偿数额原则上不应低于可比较的合理许可使用费。

权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费均难以确定的，法院可以根据侵权行为的情节判决五百万元以下的赔偿。

根据诉讼请求，被告还应支付原告为制止侵权而花费的合理开支。

8.2.2 权利人的损失

权利人因侵权所受到的损失可以根据权利人因侵权所造成商品销售减少量或者侵权商品销售量与该注册商标商品的单位利润乘积计算。

确定侵害商标权的赔偿数额时，在权利人有证据证明其产品销量严重下降主要系因行为人实施侵权行为的情况下，权利人主张其实际损失包括因被迫降价而损失的利润、未来必将损失的利润以及商誉损失的，应当予以支持。

许可使用费可以作为其损失的参考。法院可以考量下列因素对许可使用费证据进行审核认定：

- 1.许可使用费是否实际支付及支付方式，许可使用合同是否实际履行或者备案；
- 2.许可使用的权利内容、方式、范围、期限；
- 3.被许可人与许可人是否存在利害关系；
- 4.行业许可的通常标准。

8.2.3 侵权人的获利

被告因侵权所获得的利益可以根据侵权商品销售量与该商品单位利润乘积计算；该商品单位利润无法查明的，按照注册商标商品的单位利润计算。如果以这两个单位利润计算均不尽合理，也可以以同类产品的平均利润率或者参照最相类似产品的利润率计算。

8.2.4 积极引导当事人采用损失或者获利确定赔偿额

对于当事人请求以损失或获利确定赔偿额的，法院不应

当简单地以“难以确定”为由直接适用法定赔偿，而应当积极引导当事人及其诉讼代理人就权利状况、侵权认定、因侵权行为而产生的损失额、获利额或者许可费标准等方面的事实进行举证。能够据实计算具体数额的，则直接计算；不能具体计算数额的，能够通过对裁量性因素计算最低值的，则运用裁量性赔偿方法确定赔偿数额；有许可使用费可以参照的，可以参照许可使用费进行裁量；前述方法无法确定的，可以考虑适用法定赔偿。

在上述的举证质证中，原告就其主张的赔偿额提供详细计算方式及其参考因素，并有相关证据支持，说明其计算方式的合法、合理依据，如果侵权人仅作简单否认而并未提供任何相反证据或有力反驳理由，法院可以根据诉辩意见及现有证据支持权利人的合理诉求。对原告确因客观原因不能自行收集的证据，及时依申请出具调查令，必要时可以依申请调查收集，以体现加大知识产权司法保护力度的裁判导向。

8.2.5 法定赔偿

适用法定赔偿时，法院应当综合考虑如下因素：

- 1.商标的声誉；
- 2.商标许可使用的种类、数额、时间、范围；
- 3.原告可能遭受的损失，被告可能获得的利益；
- 4.原告因侵权行为受到的商业信誉损失；
- 5.侵权行为的性质、持续时间、范围、后果；
- 6.被告的过错程度、有无侵权史；

7.侵权行为或侵权商品是否可能危害人身安全、破坏环境资源或者损害公共利益，如侵权物品是否为抢险救灾、防疫物资等；

8.制止侵权行为的合理开支；

9.其他因素。

侵权行为造成原告重大损失或者被告获利巨大的，为充分弥补原告损失，有效阻遏侵权行为，法院可以根据原告请求，以接近或者达到最高限额确定法定赔偿数额。

如果现有证据虽未能证明因侵权行为导致的原告损失或者被告获利的具体数额，但可以证明不低于某项数额，可以按该最低额确定赔偿额，即便该最低额已经超过法定赔偿的最高限额。

8.2.6 合理费用

法院除判决被告承担赔偿责任之外，还应当根据原告请求，判令被告支付因制止侵权行为所支付的合理开支。

原告为制止侵权行为发生而支出的合理费用的项目及范围，一般包括：

1.公证费；

2.因调查取证或出庭而产生的交通、住宿、误工等费用；

3.档案查询费、材料印制费；

4.翻译费；

5.律师代理费；

权利人的律师代理费支出，若无明显不合理因素的，应当支持。

6.公告费；

7.因申请保全提供担保发生的保险费；

8.其他合理费用。

对合理费用，法院应当审查合理性、必要性和关联性。原告虽未能提交发票等证据证明其维权支出，但根据案件查明的事实，能够推定该项支出确已发生且系维权必要的，可以纳入合理费用范围。

需特别注意的是：

1.在关联案件中，对于原告为制止侵权行为而共同支出的合理费用，已在其他案件中确定或考虑过的不再重复计算。

2.由于合理费用与侵权所造成的损失虽有关联，但系两种不同性质的费用，而且合理费用一般都能够准确算出，因此一般情况下，在裁判文书的事实部分可以详细认定合理费用的具体项目及确定依据，并在主文中对合理费用部分与赔偿额分别进行裁判。

3.对诉讼代理人工作的评价。代理费的确定可以根据案件的复杂程度、专业性程度、代理人付出的工作量、行业惯例、律师收费标准、代理费是否实际支付等因素综合确定。

8.2.7 惩罚性赔偿

对故意侵害商标权，情节严重的，可以按照有关方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。

1.故意的认定

实践中，可以综合考虑被侵害商标的知名度、商标权受保护记录、被告与原告或者利害关系人之间的关系、侵权行为和手段的具体情形等因素认定被告主观上是否存在故意。下列情形，可以认定被告存在故意：

（1）被告经原告或者利害关系人通知、警告后，仍继续实施侵权行为；

（2）被告或其法定代表人、管理人是原告或者利害关系人的法定代表人、管理人、实际控制人；

（3）被告与原告或者利害关系人之间存在劳动、劳务、合作、许可、经销、代理、代表等关系，且接触过或知晓被侵害的商标；

（4）被告与原告或者利害关系人之间有业务往来或者为达成合同等进行过磋商，且接触过或知晓被侵害的商标；

（5）被告以侵权为业，不断变换公司名称或新设立公司实施侵权行为；

（6）被告实施假冒注册商标行为；

（7）其他情形。

2.情节严重的认定

实践中，可以综合考虑侵害商标权行为的手段、性质、次数、持续时间、地域范围、规模、后果、侵权人在诉讼中的行为等因素认定侵权情节是否严重。“情节严重”一般包括：

(1) 被告因侵害商标权经行政处罚、法院裁判承担责任后，再次实施相同或者类似侵权行为；

(2) 被告以侵权为业；

(3) 被告伪造、毁坏或者隐匿侵权证据；

(4) 被告拒不履行保全裁定；

(5) 被告侵权获利或者原告损失巨大；

(6) 侵权行为可能危害国家安全、公共利益或者人身健康等；

(7) 其他情形。

3.计算基数

法院应当以原告实际损失数额或者被告因侵权所获得的利益作为计算惩罚性赔偿数额的基数。原告的实际损失数额或者被告因侵权所获得的利益均难以计算的，可以参照许可使用费的倍数合理确定计算基数。

原告维权支出的合理开支，不当计入计算基数。

4.倍数的确定

确定惩罚性赔偿数额的倍数应当综合考虑被告侵权的主观恶意程度、侵权行为的情节严重程度等因素。

因同一侵权行为已经被处以行政罚款或者刑事罚金且执行完毕，被告主张减免惩罚性赔偿责任的，法院不予支持，但在确定前款所称倍数时可以综合考虑。

8.2.8 适用举证妨碍及证据披露制度确定损害赔偿额

1.对于原告有充分证据证明侵权事实存在，且侵权情节

或侵权获利等方面的证据由被告掌握，原告确因客观原因难以取得，法院可以根据原告的申请责令被告在规定期限内提供，或者根据申请实施证据保全。被告明确拒绝提供、隐匿相关证据、提供虚假证据、提供证据不全面，或者毁灭证据、阻挠保全，或者销毁保全的证据，影响案件裁判的，法院可以综合案件现有证据，在判断原告提供的计算方式具有合理性的基础上，就赔偿额直接作出裁判，并可以根据情节轻重对被告予以罚款、拘留等。

2.被告在审计报告、上市公司年报、招股说明书、财务账簿、会计凭证、销售合同、进出货单据、许可使用合同、设备系统存储的交易数据、公司网站、产品宣传册或其他媒体上公开的经营信息，以及第三方平台统计的商品流通数据，评估报告，市场监管、税务、金融部门的记录等，除明显不合常理或者被告提供证据推翻外，可以作为证据，用以证明当事人主张的侵权赔偿额。

8.2.9 原告可以主张诉讼期间持续侵权的损害赔偿数额

侵权行为在诉讼期间仍在持续，原告在一审法庭辩论终结前提出增加赔偿数额请求且提供相应证据的，可以根据查明的事实确定赔偿数额。

一审判决后侵权行为仍在持续，权利人上诉请求增加赔偿数额的，二审法院可以根据自愿原则予以调解。调解不成，且双方当事人同意由二审法院一并审理的，二审法院可以就增加的赔偿数额一并审理并判决。

8.3 商标使用状况对承担民事责任的影响

1.商标未使用

请求保护的注册商标未实际投入商业使用的,确定民事责任时可将责令停止侵害作为主要方式。在确定赔偿额时可以酌情考虑未实际使用的事实,除为维权而支出的合理费用外,如果确无实际损失和其他损害,侵权人不承担赔偿责任。

2.因三年未使用已被撤销的商标

商标受保护的原因不在标识形式本身,而在于它区分商品或服务来源以及所体现的商誉。如果注册商标未实际使用且被撤销,则该注册商标实际上并无知名度,也不能发挥市场识别作用,消费者不会将被控侵权标识与注册商标相联系并产生混淆或误认。由于该注册商标的权利并未在核定使用的商品或服务上体现出其商业价值,并没有可保护的实质性利益,因此对于此类已被撤销的注册商标,从撤销之日起无需再给予司法保护的必要。

3.考虑注册人的主观状况

如果注册商标的注册人或受让人并无实际使用的意图,只是将注册商标作为索赔工具的,可以考虑不予赔偿。

8.4 附加适当区别标识

商标注册人申请商标注册前,他人已经在相同商品或服务,或者类似商品或服务上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的,商标权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标,但可以要求其附加

适当区别标识。

8.5 个人与公司构成共同侵权的认定

公司实际控制人明知系侵害商标权的行为，仍通过其实际控制的公司实施该侵权行为，符合共同侵权行为构成要件的，依法判决其与公司承担连带责任。

8.6 销毁侵权材料、工具、专用设备及商品等

根据当事人的诉讼请求以及案件的具体情况、现实可能性等因素责令侵权人限期销毁侵权商品（包括库存品）以及制造侵权商品的材料、工具、专用设备等，或者在特殊情况下，责令禁止前述材料、工具、专用设备等进入商业渠道；必要时可以责令限期召回已进入流通领域的侵权商品等，由此产生的费用由行为人负担。

采取销毁措施应当以确有必要为前提，与侵权行为的严重程度相当，且不能造成不必要的损失。

因个案具体情况不判决销毁较为合理的，可以视情况增加赔偿数额。

8.7 不适用赔礼道歉的责任方式

在侵害商标权纠纷案件中，原告除要求赔偿损失外，一般还会要求被告公开赔礼道歉，但是赔礼道歉的民事责任仅适用于侵犯人身权的场合，而商标权是一种财产性质的权利，被控侵权行为严重损害商标权人商誉的，可以根据个案情况判决其在一定范围内消除影响。

8.8 商标撤销、无效等行政程序对商标权效力及侵权诉讼的影响

《中华人民共和国商标法》第四十七条规定，宣告无效的注册商标，该商标权视为自始即不存在。针对商标无效情形，实践中法院一般可以参照专利法司法解释的精神，裁定驳回起诉。

撤销商标的决定与商标无效宣告决定产生的效力不同。注册商标被撤销的，商标权的效力并非自始无效，而是自撤销公告之日起终止，对撤销公告前侵害商标权的行为仍有提起诉讼的请求权基础，仍可以要求停止侵害。因此，不能将撤销商标的法律效果混同于商标无效宣告而简单裁定驳回起诉。至于商标权人是否可以就撤销公告前的侵权事实主张损害赔偿，需要根据撤销商标的具体理由确定。如果注册商标系基于连续三年未使用而被撤销，原告无权获得赔偿。

第九部分 其他

9.1 因恶意提起商标权诉讼中的反赔请求权

行为人明知其获得的商标权不具有实质上的正当性，却以其形式上享有的商标权为依据，以不正当竞争、妨碍对方正常经营等为目的，对他人提起商标权诉讼，给他人造成损害的，系恶意诉讼。

恶意诉讼本质上属于侵权行为的一种，恶意诉讼行为人承担的赔偿数额应当以受害人的损失为限。在受害人的损失

难以确定的情况下,可以综合考虑受害人现实的经济损失以及预期利润的损失等相关因素,酌情确定赔偿数额。受害人主张恶意诉讼行为人赔偿其因此而造成的直接损失、交易机会丧失等间接损失,以及增加的合理的交通、食宿、误工、证人出庭、公证、代理等必要费用的,应当予以支持。

9.2 行为保全

商标注册人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵害其商标权的行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以依法在起诉前或诉讼过程中向法院申请采取责令停止有关行为的措施。

9.2.1 管辖

申请诉前行为保全,应当向被申请人住所地具有相应知识产权纠纷管辖权的法院或者对商标侵权纠纷具有管辖权的法院提出。

当事人约定仲裁的,应当向前款规定的法院申请行为保全。

9.2.2 审查行为保全申请

审查行为保全申请,应当综合考虑下列因素:

1.申请人的请求是否具有事实基础和法律依据,包括请求保护的商标权效力是否稳定。审查判断申请人请求保护的商标权效力是否稳定,应当综合考量所涉权利是否处于宣告无效或者撤销程序中以及被宣告无效或者撤销的可能性;所涉权利是否存在权属争议等因素。

2.不采取行为保全措施是否会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害或者造成案件裁决难以执行等损害。难以弥补的损害一般指被申请人的行为侵害申请人商标权的可能性较大；被申请人的行为可能造成无法挽回的损害，如商誉损害；被申请人的行为将会导致侵权行为难以控制且显著增加申请人损害；被申请人的侵害行为将会导致申请人的相关市场份额明显减少等。

3.不采取行为保全措施对申请人造成的损害是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害。

4.采取行为保全措施是否损害社会公共利益。

5.申请人是否提供足够担保。

对于商标权利稳定，易于作出侵权可能性判断，或者生效民事、刑事、行政裁判已就相同知识产权客体、相同事实的行为作出侵权认定，符合行为保全条件的，应当根据当事人的申请及时作出行为保全裁定并采取保全措施。

9.2.3 紧急情况下应当立即裁定并采取行为保全措施

诉争商标即将被非法处分；申请人的商标权在展销会等时效性较强的场合正在或者即将受到侵害；被控侵权商品即将被出口等紧急情况下，不立即采取行为保全措施即足以损害申请人利益的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百条、第一百零一条的规定，立即裁定并采取保全措施。

9.2.4 审慎审查疑难复杂案件的行为保全申请

对于商标权稳定状态及侵权可能性等难以在短时间内

作出判断的行为保全申请，应当通过组织听证、审查证据、咨询专家等方式审慎审查，尽快作出是否侵权的初步判断以及是否采取保全措施的决定。

9.2.5 担保

申请人提供的担保数额，应当相当于被申请人可能因执行行为保全措施所遭受的损失，包括责令停止侵权行为所涉产品的销售收益、保管费用等合理损失。

在执行行为保全措施过程中，被申请人可能因此遭受的损失超过申请人担保数额的，法院可以责令申请人追加相应的担保。申请人拒不追加的，可以裁定解除或者部分解除保全措施。

9.2.6 行为保全措施

法院裁定采取行为保全措施的，应当根据申请人的请求或者案件具体情况等因素合理确定保全措施的期限。

法院裁定采取行为保全措施或者裁定驳回申请的，应当向申请人、被申请人送达裁定书。向被申请人送达裁定书可能影响采取保全措施的，法院可以在采取保全措施后及时向被申请人送达裁定书，至迟不得超过五日。当事人不服行为保全裁定申请复议的，法院应当在收到复议申请后十日内审查并作出裁定。

裁定停止侵害知识产权行为的效力，一般应当维持至案件裁判生效时止。

9.2.7 一审判决或者中间判决不影响采取行为保全措施

一审判决或者中间判决认定侵权成立，被控侵权人提出上诉且仍持续实施被控侵权行为，权利人申请行为保全，符合行为保全条件的，在二审法院接到报送的案件之前，一审法院可以依法作出行为保全裁定，责令被控侵权人先行停止被控侵权行为。二审诉讼程序中，二审法院可以根据权利人的申请依法作出行为保全裁定。

一审判决或者中间判决认定侵权成立，被控侵权人未提出上诉，则一审责令停止侵权行为的判决（含中间判决）已经生效，此时无需再采取行为保全措施。

9.2.8 保全错误

申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失。申请人撤回行为保全申请或者申请解除行为保全措施的，不因此免除其赔偿责任。

行为保全申请错误主要指：

1.申请人在采取行为保全措施后三十日内不依法提起诉讼或者申请仲裁；

2.行为保全措施因请求保护的商标权被宣告无效等原因自始不当；

3.申请责令被申请人停止侵害商标权或者不正当竞争，但生效裁判认定不构成侵权或者不正当竞争；

4.其他情形。

被申请人提起赔偿诉讼，申请人申请诉前行为保全后没有起诉或者当事人约定仲裁的，由采取保全措施的法院管辖；

申请人已经起诉的，由受理起诉的法院管辖。

9.2.9 反向行为保全

在网络销售领域，经营者因投诉而被平台经营者删除或断开销售链接。如果被投诉人认为其从事的网络销售等行为侵权可能性较小、断开或删除销售链接将会使其遭受难以弥补的损失，在其提供足够担保等情形下，其可以向法院申请责令平台经营者限期采取恢复被删除的销售链接等措施。

法院经审查认为符合条件的，应当及时作出裁定，责令平台经营者限期恢复被删除的销售链接，相关措施被称为反向行为保全，反向行为保全为业内通称。目前，法院可以适用《中华人民共和国民事诉讼法》第一百条、第一百零一条关于行为保全之规定。

9.2.10 解除行为保全

当事人申请解除行为保全措施，法院收到申请后经审查符合《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》第一百六十六条规定的情形的，应当在五日内裁定解除。

法院采取的行为保全措施，一般不因被申请人提供担保而解除，但是申请人同意的除外。

9.2.11 依法制裁妨害诉讼保全的行为

当事人或其利害关系人妨害诉讼保全，包括拒不履行或者协助履行保全裁定等情形的，应当根据情节轻重依法予以罚款、拘留；情节严重，涉嫌构成犯罪的，依法移送犯罪线

索。

9.3 民事制裁

法院对于侵害商标权的行为可以作出罚款、收缴侵权商品、伪造的商标标识和主要用于生产侵权商品的材料、工具、设备等财物的民事制裁决定。

9.4 确认不侵权

商标权人向他人发出侵权警告函，他人可以作为原告针对商标权人发函指控其侵害商标权的行为向法院提起诉讼，请求确认其不侵害商标权。

9.4.1 受理条件

参照《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第十八条的规定，确认不侵权之诉的受理条件应当包括：

- 1.被警告人或者利害关系人受到明确的侵权警告威胁；
- 2.被警告人或者利害关系人书面催告商标权人向法院起诉，或要求其请求有关行政机关处理；
- 3.商标权人未在合理期限内撤回警告或通过提起诉讼、行政处理等方式解决。自商标权人收到该书面催告之日起一个月内或者自书面催告发出之日起二个月内，商标权人未在合理期限内撤回警告或请求法院、行政机关处理，使得被警告人或者利害关系人的法律地位处于不稳定、不安全的危险状态；
- 4.不提起确认不侵权诉讼将使得被警告人或者利害关

系人的合法权益受到或可能受到损害。只有通过提起确认不侵权诉讼才能消除这种不稳定、不安全的状态。

作为一种新型诉讼，确认不侵权之诉应以必要为前提，对其受理应加以严格审查。

9.4.2 管辖

确认不侵权之诉由侵权行为地法院受理。确认不侵权之诉与侵权之诉可以并存。因同一侵权事实提起的两种诉讼，由最先受理的法院管辖，后受理的法院应将案件移送先受理法院合并审理。

上海市第一中级人民法院 发布《审判经验及类案裁判方法通报第49号》

企业借贷纠纷，是指法人、非法人组织（以下简称单位）之间融通资金产生的纠纷，但不包括金融机构因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷。与自然人间多基于人情往来以借贷方式互帮互助不同，作为商事主体的单位一般有偿出借款项，收取资金占用费以补偿收益损失。

同时，企业借贷纠纷中因主体不具备放贷资质而有别于金融机构，不以贷款业务为业，相互间的资金拆借行为仅为满足生产经营的需要。结合企业借贷的临时性、期限短、次数少等特征，本文围绕企业借贷主体的特殊性，以典型案例为基础，对企业借贷纠纷案件的审理思路和裁判要点进行梳理、提炼和总结。”

一、典型案例

案例一：

涉及借款主体的认定

A公司和B公司签订《借款协议》，载明B公司向A公司借款80万元用于某项目。协议指定B公司名下账号收款，程某在落款B公司处签名。A公司按约汇款并载明款项用途为“借款”。另有A公司和B公司某项目部签订的《补充协议》，程某亦在B公司某项目部落款处签名。后A公

司未收到还款，起诉主张 B 公司还本付息，并列程某为第三人。B 公司否认程某的代理人身份，亦否认与 A 公司存在借贷关系。

案例二：

涉及款项性质的认定

C 公司从 D 公司、E 公司、F 公司处购买货物，支付货款后再与三公司签订多份《购销合同》，约定以高价向三公司出售型号、规格、数量相同的货物。经各方对账，三公司对尚欠 C 公司的具体款项金额予以确认。后 C 公司以三公司逾期未付货款为由提起诉讼。三公司辩称涉案合同系名为买卖实为借贷的融资性合同，故不应支付货款，仅需还本付息。

案例三：

涉及合同效力的认定

G 公司的经营范围不包括金融放贷业务。G 公司与 H 公司签订《借款合同》约定：H 公司为流动资金周转向 G 公司贷款 3000 万元，期限 2 天，年利率为 15%；其余条款格式和内容与金融机构格式化借款合同类似。后 H 公司逾期未还贷款，G 公司提起诉讼。H 公司辩称 G 公司无权从事金融业务，借款合同应属无效。

二、企业借贷纠纷案件的审理难点

1. 借款主体认定难

审判实践中，由于一些单位管理不规范，借款合同上加盖非备案公章、项目部章、假章，未盖章仅个人签名，载明的借款人、款项用途与实际收款人、款项用途不一致等情形屡见不鲜。当出借人主张还款时，相关单位往往以此为由辩称其并非借款主体。法院一般结合签名人担任的职务或其与单位的关系等具体案情综合认定借款主体。因考量因素和判断标准尚未明确统一，借款主体的认定是审理此类案件的一大难点。

2. 款项性质认定难

企业借贷纠纷案件中，借贷双方往往就收付款项的性质意见不一，继而就是否达成借贷合意产生争议。2020年12月修订的最高法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第14至16条对款项性质认定和举证责任分配作了规定，但未细化借贷合意的具体认定标准。在单位的财务和管理制度不完善、实际操作不规范、书面借款合同缺失的情况下，如何准确认定借贷合意，将借款与货款、工程款、合作款等其他性质款项相区分较为困难。

3. 合同效力认定难

单位间让渡使用闲置资金并获取合理收益，是一种良性的资金互助形式，也是解决短期资金紧缺的有效途径，但若无有效规制，则易出现职业放贷和高利放贷的现象，从而扰乱金融市场秩序。

审判实践中，借款人经常以出借人超出经营范围、经常

性放贷、高利转贷违法为由主张借款合同无效。虽然《民法典》第 146、153、154 条，《民间借贷若干问题的规定》第 13 条，《九民会纪要》第 52、53 条对认定借款合同无效的具体情形予以规定和说明，但如何根据具体案情准确理解与适用，实践中较难把握。

三、企业借贷纠纷案件的审理思路和裁判要点

面对单位融资难、融资贵等问题，法院应当鼓励合法合规的企业借贷，支持降低交易成本的交易模式，促进民间资本为实体经济服务。审理企业借贷纠纷案件时，法院既要在司法保护限度内支持出借人的主张，以保障单位多渠道使用资金的权利，又要否定高利转贷和职业放贷的效力，防范化解金融风险，维护金融市场秩序。

1. 借款主体的考量因素

单位借款需由自然人代为洽谈并实际操作，发生争议时可结合合同内容、经办人员身份和盖章签名等情况认定借款主体。

① 未加盖单位公章，签约人为单位法定代表人或负责人的，应重点审查款项用途

法定代表人或负责人既可代表单位又可代表个人作出借款行为。审理中，法院可结合款项用途认定借款主体是单位还是个人。法定代表人或负责人以单位名义借款的，原则上由单位还款，但若款项用于个人生活或消费，出借人可将法定代表人或负责人列为共同被告或第三人。法定代表人或

负责人以个人名义借款，所借款项用于单位生产经营的，出借人可请求单位与个人共同承担责任。

② 加盖单位公章但单位否认公章效力，或未加盖单位公章但单位否认签约人代理权的，应重点审查代理权限

法定代表人或有代理权限的人在借款合同上加盖单位公章，表明其是以单位名义借款，除出借人明知或应当知道签约人越权或无权代理等情形外，应由单位承担法律后果。借款合同上未加盖单位公章的，应重点审查签约人与单位的关系及代理权限。若单位否认签约人的代理权限或签约人代理权限不明的，法院可从形式和实质两个方面进行审查。

形式上，法院可审查名义借款人身份、约定款项用途、签约人披露的身份、签约人与单位的关系、盖章情况。若名义借款人是单位或其下属部门，合同上载明借款用于单位经营或生产，签约人明示借款行为系职务行为或曾出现在涉案项目工地，合同上加盖项目部章或由项目负责人签字确认，出借人也曾核实签约人身份和代理权限等，一般可认定单位为借款主体。反之，应从实质上进一步审查，不能仅因此否定单位为借款主体。

实质上，法院可审查借款所涉单位或项目是否实际存在，签约人是否曾对外代表单位签订类似合同或办理款项结算事宜，款项是否实际转入单位账户或虽未转入单位账户却最终用于单位生产经营。如经审查符合上述条件，法院宜认定单位为借款主体。

如案例一中，根据 A 公司提供的证据，程某曾对外代表 B 公司列席相关会议并签字、在 B 公司函件中代公司签字，可认定其为 B 公司某项目负责人并构成表见代理。此外，本案合同约定和实际收款人均为 B 公司，所涉项目实际施工方也是 B 公司。因此，法院认定 B 公司为借款人，判决支持 A 公司的全部诉请。

2. 款项性质的审查要点

实践中，单位间可能存在买卖、建设工程、运输、合伙投资等多种法律关系，即便双方签订书面合同或收款方出具收款凭证，亦可能因往来较多而难以区分款项性质。此类案件中的借款可能由货款、工程款、运费、合作款等其他性质款项转化而成，也可能借用其他性质款项的名义或与其他性质款项混杂，并因此引发纠纷。

审判实践中，法院应着重审查单位间是否达成借款合意。借款合意体现在内心意思和外部表示两个方面，内心意思一般通过外部表示显现出来。现就审判实践中经常出现的三种情况，从不同角度综合判断借款合意是否成立：

① 付款方主张借款合意是在双方就货款、工程款等其他性质款项协商时达成，借款由其他性质款项转化而成的

a. 审查转化前的法律关系

款项性质转化前提是转化前的金钱债务对应的基础法律关系真实合法。对此，法院可要求当事人提供合同、履行情况等证明材料，以判断转化债务性质的动机是善意的固定

债权债务金额还是逃避责任并掩盖非法目的。

b. 审查借款合同合意的形成

当事人以“借据”等形式对其他基础法律关系形成的债务进行更新、产生新债务时，应就新债务是借款达成合意予以明确，否则无法完成款项性质的转化，法院对此应着重审查。

② 付款方主张内心意思和外部表示不一致，即付款方主张款项性质名为其他性质款项实为借款的

部分单位为融资签订虚假的买卖、投资等合同，约定一方仅提供资金，不实际收货、不承担投资风险、不参与单位管理，另一方保证在一定时间内返还款项且按一定利率支付收益，并将货物、房产等实体资产作为融资的担保资产。此时，法院应结合合同约定、双方陈述及实际履行情况，参考市场上常见的交易模式，探寻双方的真实意思表示。

具体可从以下三个方面审查：

a. 审查交易模式下资产流转状态

若货币转移一定期限后再次回转至原权利人名下且款项金额有所增加，实物资产权利暂时转移最终又返还原权利人，一般应认定双方合意为通过出借款项获取利息收入或将实物资产作为融资担保，增值部分实为利息，双方的意思表示实为建立借贷关系。

b. 审查缔约的真实意思及履约行为反映的合同目的

每个单位均有经营范围和运营资本，其对外的交易行为

和目的一般应与经营范围和能力相符。若购买货物的类型、标的、数量与单位日常生产经营严重不符，合同约定货物无需实际交付购买方而是层层转售给下家，且价格略有提高等，则应重点审查合同的真实目的是否为借贷。

c. 审查合作模式是否符合交易习惯和行业惯例

买卖货物、房产通常是为了生产消耗和生活居住，而投资、合伙项目是为了获取机会利益。相关交易内容一般会在合同中载明，且客观存在相应生产生活的需要或项目运营的实体。部分单位将上述合同所涉标的打包转售、转移债权债务，则明显不符合交易习惯和行业惯例，应考虑该类合同实为借贷合同。

如案例二中，C公司以低价从D、E、F公司处购买货物，经多层转售，最终又将同一批货物加价出售给这三家公司。虽然C公司与之签订的均为《购销合同》，合同中约定了货物名称、价格、交货时间和违约条件等，形式上符合买卖法律关系的基础要件和特征，但从多份合同的交易对象、交易模式及实际履行情况来看，各公司就相同型号、数量的货物形成连环买卖关系，仅有C公司的付款行为，各公司间却无实物交付，实质上不符合买卖合同特征。C公司的真实意思是借买卖合同之名出借资金，通过销售差价收取利息，即名为买卖实为借贷。

③ 借贷关系与其他法律关系发生混同的

a. 债务产生原因

借款债务基于借款事实产生，出借方应已实际出借款项。其他债务基于买卖、建设工程等基础法律关系，应重点审查是否签订相应合同，一方是否已履行实际交货、提供服务等合同义务，另一方是否已实际支付对价，即债务产生的基础事实是否真实存在。一方主张已实际支付对价的，应审查款项交付细节；若查明情况属实，另一方应作出合理解释，否则其借贷的意思表示缺乏行为载体，不应得到支持。

此外，当双方之前从未有过业务往来，又无书面借款合同，一方主张借款而另一方否认时，法院应重点审查款项支付背景和借款合意过程。

b. 意思表示内容

对当事人真实意思表示的发现有赖于法院对在案证据的全面审查。借款的形式主要体现为借条、借据，真实的借款合意内容一般应包括本金、利息计算方式、还款期限等。若借条、借据等证据所载内容仅包括还款日期和金额，本息计算方式和出借日期等均约定不明，则法院应结合争议双方之间的关系及收付款项的用途、流转情况等进行综合判断。

例如，母子公司、关联公司间多为控股、投资关系，为逃避税收或实现资金在集团内部流转，付款方的账户往往被控制或受指示向收款方划转大量资金。此时，付款方主张该款为借款的，法院应着重审查双方实际控制情况、款项流转时间和方向、转账凭证注明的用途和催讨情况，若有异常应加重付款方的举证责任，若付款方无法合理解释和说明，则

应承担举证不能的法律后果。

3. 合同效力的审查要点

二十世纪九十年代,相关法规和政策通过对非法金融活动的取缔,间接认定企业借贷无效。随着司法理念的转变和一系列法律法规的颁布实施,法院对企业借贷的效力认定转变为原则上有效、特殊情形无效。实践中,法官需深入理解相关法律法规,准确适用合同无效的相关条款,审慎判断合同效力,重点把握三个标准并审查三个方面:

① 三个标准

a. 资金来源是否合法

企业借贷中,出借人的资金必须是自有资金。出借人通过套取金融机构信贷资金、向其他营利法人借贷、向本单位职工集资或者向公众非法吸收存款等方式取得资金进行转贷的,不仅增加了真正需要资金的企业融资成本,也扰乱了金融监管秩序。根据《民间借贷若干问题的规定》第 13 条第 1、2 项规定,应认定此类民间借贷行为无效。针对上述情况,法院在审查合同效力时应注意把握以下几点:

第一,借款人能够举证证明在签订借款合同时出借人尚欠银行贷款未还的,一般可推定出借人套取信贷资金,但出借人能够反证予以推翻的除外。

第二,判断案涉款项是否为出借人向其他营利法人借取,可结合出借人内部财务报表、资金流动情况和对外涉诉情况综合认定,出借人能够作出合理解释并有相关证据予以佐证

的除外。

第三，向本单位职工集资所获取的款项应专款专用，虽然此类款项来源合法，但若为单位挪用并转贷，则会导致借款合同无效。

第四，判断是否构成向公众非法吸收存款，可从吸收存款数额、资金来源主体数量和造成存款人直接经济损失金额三个方面综合审查。

b. 出借人是否以放贷为业、以营利为目的

向社会不特定对象提供借款是金融机构的业务范围，属于金融监管体系范畴。单位作为生产经营主体不具备放贷资格，相互间的资金拆借具有临时性和偶然性。若单位以此为业，向社会不特定对象提供借款，并将放贷收入作为主要收入来源，则可能导致单位的主营业务由生产经营转变为专门从事放贷，变相逃避金融监管从而扰乱金融秩序。此种情况下，出借人可被认定为职业放贷人，借贷行为和合同应依法认定无效。

实践中，同一出借人在一定期间内多次反复从事有偿民间借贷行为的，一般可认定为职业放贷人。对此，法院可结合本地区的经济发展情况、单位的注册资本、经营能力、资金流转、借贷数额、借贷频率、利息约定、借贷收益占企业收入比例、借贷主体关系等综合认定。

正常企业间借贷一般是在一方自有资金宽裕、另一方资金困难或生产经营急需的情况下发生，既可缓解单位资金压

力，又可提高资金利用效率实现单位间互利互助，而并非以营利为目的。部分单位由于急于发展实业，利用自己的资金优势，以营利为目的向社会不特定对象提供借款并借此获取高额利息，不仅违背企业借贷的初衷，也因脱离市场监管而扰乱正常的金融秩序。根据《民间借贷若干问题的规定》第13条第3项规定，应认定此类借贷合同无效。法院认定出借人是否以营利为目的，应结合出借人资金成本、借款利率和计算方式等综合审查。

c. 借款用途是否合法

企业借贷中，若借款人借款目的是为了从事黄赌毒等违法活动，出借人对此事先明知或应当知道仍提供借款并与之签订借贷合同的，根据《民间借贷若干问题的规定》第13条第4项规定，应认定为无效。

② 三个方面

除了上述三个标准外，法院还应着重审查以下三个方面：

第一，审查借贷双方是否恶意串通，损害他人合法权益。恶意串通损害他人合法权益的，该借贷行为无效。

第二，审查借贷双方实施借贷行为的意思表示是否真实。意思表示虚假的，借贷合同无效，应依照相关法律规定认定隐藏的民事法律行为效力。

第三，审查借贷合同是否违反法律、行政法规的强制性规定、是否违背公序良俗。

对于“强制性规定”的性质，法院应在考量保护的法益类

型、违法行为的法律后果及交易安全保护等因素的基础上审慎认定。若违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定借贷合同无效。法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量。

如案例三中，根据《民法典》第 153 条规定，综合借款合同内容类似金融机构格式化贷款合同、出借人在一定时期的资金出借行为经常反复、借款目的具有营利性、出借人经营范围等因素，G 公司与 H 公司签订的《贷款合同》因违背涉及金融安全、市场秩序等公序良俗而无效。H 公司仅需归还收到的款项及合理的资金占用费，无需支付高额的利息。

4. 利息支付的审查要点

利率问题是民间借贷纠纷的核心问题。因借贷主体为企业，企业借贷纠纷中利率标准的审查标准和依据与自然人借贷纠纷略有不同，应注意区分、准确把握。根据《民间借贷若干问题的规定》第 31 条规定，该规定施行后法院新受理的一审民间借贷纠纷案件应遵循以下审查标准：

① 未约定利息的，不予支持

根据《民法典》第 680 条第 2 款、《民间借贷若干问题的规定》第 24 条第 1 款规定，借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息；出借人主张支付利息的，法院不予支持。

② 利息约定不明的，可酌情支持

根据《民法典》第 680 条第 3 款、《民间借贷若干问题的规定》第 24 条第 2 款规定，借款合同对支付利息约定不明确，出借人主张支付利息的，法院应结合民间借贷合同内容，并根据当地或当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人间借贷的，视为没有利息。审判实践中，由于融资成本的客观存在，法院一般会支持单位主张的资金占用损失。

③ 明确约定利率的，在司法保护范围内予以支持

根据《民间借贷若干问题的规定》第 25、31 条等相关规定，借贷合同中明确约定利率的，应结合案件受理和借贷合同成立时间综合认定：

第一，2020 年 8 月 20 日前受理的一审案件，利率标准按原规定执行，年利率最高可为 24%。

第二，2020 年 8 月 20 日后受理的一审案件，若借贷合同成立于 2020 年 8 月 20 日之前，可分段计息。当事人请求适用当时的司法解释规定计算自合同成立至 2020 年 8 月 19 日的利息部分，法院应予支持；对于自 2020 年 8 月 20 日至借款返还之日的利息部分，应适用起诉时规定的利率保护标准计算，即不得超过起诉时一年期贷款市场报价利率四倍。若借贷合同成立于 2020 年 8 月 20 日之后，利率不得超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍。

第三，上述“一年期贷款市场报价利率”是指中国人民银

行授权全国银行间同业拆借中心自 2019 年 8 月 20 日起每月发布的一年期贷款市场报价利率。

④ 关于逾期利息，区分不同情况处理

根据《民间借贷若干问题的规定》第 28、29 条规定，逾期利息的审查应区分以下两种情况：

第一种情况，逾期利率有约定的从约定，但以不超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍为限，超过部分不予支持。既约定逾期利率，又约定违约金或其他费用的，出借人可以选择主张，亦可一并主张，但总计以合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍为限，超过部分不予支持。

第二种情况，逾期利率未约定或约定不明的，若借期内利率亦未约定，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，法院应予支持；若已约定借期内利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照期内利率支付资金占用期间利息的，法院应予支持。

⑤ 单位破产时，借款利息自破产申请受理时停止计算，担保债务亦应停止计息

法院受理破产申请后，根据《企业破产法》第 46 条规定，未到期的债权在破产申请受理时视为到期，附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。鉴于担保合同属于从合同，担保人承担的责任应以主债务为限，故担保债务亦应停止计息，保障担保人的合法权益。

5. 举证责任的审查要点

企业借贷中，部分单位管理不规范或出于信任未签订书面合同，部分单位虽签订书面合同但约定内容不明确或未按约履行的，诉讼中双方易就借款主体、款项性质和合同履行情况等发生争议，对此法院应合理分配举证责任。

① 初步举证责任分配

根据“谁主张谁举证”的诉讼规则，出借人向法院提起借贷诉讼时，应就借贷关系的成立承担初步举证责任。根据《民间借贷若干问题的规定》第2条规定，出借人应提供借据、收据、欠条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据。

为保护当事人的诉权，现行法律法规对出借人的举证责任程度要求不高，债权凭证内容达到可反映债权债务关系存在即可，表现形式除了借据、收据、欠条，还包括转账单、债权债务结算单、债权债务汇总凭证、委托理财合同、名为买卖实为借贷的合同等。除债权凭证等书证外，证据形式还包括当事人陈述、视听资料和电子数据等，亦仅需初步证明借贷法律关系存在即可。

需要注意的是，即使债权凭证未载明债权人，持有人也可据此提起诉讼。在被告对持有人的债权人资格提出抗辩并提供事实依据的情况下，法院经审查认为原告不具有债权人资格的，应裁定驳回起诉。

② 举证责任的转移

原告依据债权凭证等提起借贷诉讼后，被告的抗辩理由主要有两种：一是否认存在借贷关系，认为债权纠纷并非借贷行为引起，双方之间另有其他基础法律关系，并提供相关合同、对账凭证、承诺函等证据。二是未否认存在借贷关系，但辩称借贷行为未实际发生或已偿还借款并提供还款凭证等证据。

对于第一种情况，法院应依法审查被告提供的证据是否达到法定证明标准，是否足以动摇法院对原告举证所形成的内心确信，以至于原告达不到证明借贷关系成立的最低要求。因此，被告只需提供证据证明原告主张的债权债务纠纷由借贷行为引起这一事实不确定即可。至于双方之间系何种法律关系，由法院综合双方提供的证据加以认定，并按照基础法律关系进行审理。

对于第二种情况，法院应重点审查原告的款项交付情况。若原告可提供转账凭证或其他交付凭证并作合理说明，足够证明款项已实际交付，被告的该项抗辩不成立；若原告主张现金交付，法院可结合债权凭证的行文内容、借贷金额、当事人的经济能力、当地或当事人间的交易方式、交易习惯、财产变动情况等因素综合认定。被告主张已偿还借款的，在被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的存续承担举证责任；若提供的证据不足以证明其主张，法院不予采纳。

在没有债权凭证等其他证据、原告仅依据金融机构转账

凭证提起诉讼的情况下，鉴于出借人对于借贷关系的证明存在困难，法院可认定此时出借人对借贷关系完成初步举证。被告应对收到款项的性质作出合理说明，若其主张原告的转账系偿还双方之前借款或其他债务，应提供相应证据证明。当该证据足以证明其主张时，举证责任转移至原告，原告需就借贷关系的成立进一步举证，否则应承担举证不利的法律后果。

⑥ 特殊的借贷形式——委托贷款

委托贷款是企业借贷的一种特殊形式，是指出借人（委托人）提供资金并确定贷款对象、用途、金额、期限、利率等，委托银行等金融机构（受托人）代为发放、监督使用并协助收回贷款的借贷形式。

一方面，委托贷款由金融机构代为放贷，属于国家金融监管范畴；另一方面，出借人作为委托人实际享有贷款利息收益，且承担借款人不还款或逾期还款等风险。

委托贷款兼具金融借款与民间借贷的部分特点，审查时应注意以下几个方面：

第一，诉讼主体资格

根据最高法院《关于如何确定委托贷款协议纠纷诉讼主体资格的批复》规定，受托人可以借款合同纠纷为由向法院提起诉讼；受托人坚持不起诉的，委托人可以受托人为被告、借款人为第三人提起诉讼。由此可见，委托人和受托人均可作为诉讼主体参加诉讼。

第二，权利义务责任

a. 对外责任

委托人、受托人和借款人签订的委托贷款合同为主合同，受托人和担保人为主合同项下的债务履行签订从合同即担保合同。担保人在订立担保合同时知道委托人和受托人间代理关系的，在没有确切证据证明担保合同只约束受托人的情况下，担保合同效力及于委托人。委托人和受托人均有权就登记在对方名下的抵押物主张优先受偿或要求担保人向其承担担保责任。

b. 对内责任

委托人实际承担借款人不还款或逾期还款的风险。受托人同意委托人的请求，就借款人履行委托贷款合同约定义务向委托人作出连带责任保证承诺并出具保函的，该保函依法有效，受托人应承担保证责任。此外，有偿的委托贷款合同中受托人应尽到注意义务，若未按正常程序规范办理手续、存在过错，并给委托人造成损失，其应承担赔偿责任。

c. 利息标准

鉴于委托贷款根据委托人意志确定合同主要条款，委托人享有贷款利息收益等合同主要权利，且委托贷款与民间借贷在资金来源相同的基础上亦可推定其资金成本大致等同，法院在确定委托贷款合同的利率上限时可参照民间借贷的相关规则，对不高于法律保护利率水平的应予认可。若合同约定受托人就委托贷款向借款人提供财务顾问服务并收取

相应费用，只要该服务真实有效，借款人主张已支付的服务费作为贷款利息予以抵扣的，法院不应予以支持。

d. 委托贷款关系的转化

合同约定还本付息期限届满的情况下，当事人约定将委托贷款关系转为一般借贷关系，此时金融机构不再担任受托人。此种转化并未实质改变借贷关系的当事人，也未改变借款合同的权利义务关系，不会导致主债权或从权利的消灭。

四、其他需要说明的问题

本院已发布的《自然人之间民间借贷案件的审理思路和裁判要点》所涉自然人借贷与企业借贷相同之处，如款项交付的认定、“砍头息”的处理、虚假诉讼和套路贷的识别等问题，本文不再赘述。企业借贷合同纠纷原系借款合同纠纷案由下的子案由，2021年1月修订后施行的《民事案件案由规定》已删除该案由，但该类案件客观存在，对其进行梳理总结有助于提升该类案件的审判质量。

最高人民法院民一庭：

民法典施行后审理合同十九个问题的 实务解答

编者说明：本文节选自最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判实务问答》（法律出版社，2021年7月第一版）。

【实务问题 1】审判中询问专家辅助人的意见属于证据种类的哪一种？

答：《民事诉讼法》第六十三条第一款规定了八种证据种类，审判实践中对于专家辅助人发表的意见属于证据种类的哪一种存有争议。主要观点有两种：一种观点是认为属于当事人陈述，另一种观点是认为属于专家证人或准用鉴定意见规定。

我们认为，专家辅助人意见应当属于证据种类中的当事人陈述。《民事诉讼法》第七十九条规定：“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。”“有专门知识的人”司法实践中一般称之为“专家”、“诉讼辅助人”或“专家辅助人”，是指

在科学技术以及其他专业知识方面具有特殊的专门知识或者经验的人。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》第一百二十二条第一款、第二款作出规定，“当事人可以依照民事诉讼法第七十九条的规定，在举证期限届满前申请一至二名具有专门知识的人出庭，代表当事人对鉴定意见进行质证，或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人的陈述”。

结合《民事诉讼法》及其司法解释的规定，我们可以得出以下结论：第一，专家辅助人只能由当事人向人民法院提出申请，法院不能依职权主动通知有专门知识的人出庭。人民法院认为当事人申请专家辅助人出庭没有必要的，可以驳回当事人申请。第二，专家辅助人不同于专家证人，其在诉讼中的功能是单一地协助当事人就有关专门性问题提出意见或者对鉴定意见进行质证，回答审判人员和当事人的询问，与对方当事人申请的专家辅助人对质等活动也是围绕对鉴定意见或者专业问题的意见展开的，其功能和目的只是辅助当事人充分有效地完成诉讼活动，并不具有法官的“专业助手”的功能。因此，专家辅助人出席法庭审理时不能视为证人陈述意见，其发表意见视为当事人陈述。而专家证人的功能则是双重的，在诉讼中，其既要在事实发现上为法庭提供帮助，也要辅助当事人进行诉讼，而辅助法庭事实发现的功能是最主要和优先的功能。第三，依据最高人民法院《关于

适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释》第一百二十三条第二款的规定，“具有专门知识的人不得参与专业问题之外的法庭审理活动”，专家辅助人在法庭上的活动限于专门性问题相关范围，专门性问题之外的其他问题，专家辅助人不能参与。在法庭涉及专门性问题事实调查结束后，应当责令专家辅助人退出审判区。与之相符，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第八十四条也同样规定：“审判人员可以对有专门知识的人进行询问。经法庭准许，当事人可以对有专门知识的人进行询问，当事人各自申请的有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质。有专门知识的人不得参与对鉴定意见质证或者就专业问题发表意见之外的法庭审理活动。”

【实务问题2】当事人一方以对方逾期提交证据为由而不予质证，人民法院能否采信该份证据？

答：该理由不能成立。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》第一百零二条第一款、第二款规定：“当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并依照民事诉讼法第六十五条、第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。”从上述规定可知，应当根据当事人逾期提供证据的主观过错程度，使用不同的责任和后果：对于当事人故意

或者重大过失逾期举证提供的证据,人民法院可以根据其同案件基本事实是否有关联,决定是否采纳;对于当事人非因故意或者重大过失逾期举证提供的证据,人民法院应当采纳。而对于案件当事人而言,对于当事人逾期提供的案件证据,也应根据该证据同案件的基本事实是否有关加以质证,而不应仅以该举证逾期而放弃质证,否则其应承担不利的法律后果。“该证据与案件基本事实有关”,是指逾期提供的证据对于案件的基本事实有证明价值。本条所指的基本事实,与要件事实的含义相同。人民法院应当对逾期提供的证据的证明价值进行审查,而不能仅以当事人的主张来确定。如果人民法院已经对一方当事人逾期提交的证据,要求对方当事人质证,这说明人民法院已组织当事人对该证据进行质证。至于对方当事人以该证据超过举证期限为由不予质证,亦系其对该证据的质证意见,而不能否定人民法院已经组织当事人对该逾期提交的证据予以质证的事实。

【实务问题 3】电子数据作为证据时如何认定原件?

答:最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(本文以下简称《证据规定》)第十五条第二款规定:“当事人以电子数据作为证据的,应当提供原件。电子数据的制作人制作的与原件一致的副本,或者直接来源于电子数据的打印件或其他可以显示、识别的输出介质,视为电子数据的原件。”

所谓电子数据是指基于电子技术生成、以数字化形式存

在于磁盘、磁带等载体，其内容可与载体分离，并可多次复制到其他载体的，能够证明案件事实的数据。诉讼中应当提交证据原件是各国普遍适用的一项规则，但由于电子数据是存储于电子介质中的电子数据信息，其在证明案件时，需要将数据编码转化为人们可以识别的形式，同时电子数据本质上是一种电子信息，可以实现精确复制，可以在虚拟空间里无限快速传播，因此，在认定原件时应当根据不同情况适用不同判断标准：在调查收集证据的场合，电子证据的原件指最初生成的电子数据及首先固定所在的各种存储介质；在举证、质证和审核认定证据时，应适当进行变通，因为上述环节中电子证据的原始载体本身对案件事实的证明并无决定性意义，发挥事实证明作用的是其转换形成的可识别形式。如果将转换形式视为复制件，会将相当数量的电子证据排除在案件事实证明之外，削弱其应有功能。因此，只要电子数据“功能上等同或基本等同”于原件的效果，即可视为合法有效的原件。《证据规定》第十五条第二款明确“电子数据的制作人制作的与原件一致的副本，或者直接来源于电子数据的打印件或其他可以显示、识别的输出介质”在功能上均等同或基本等同于原件，因此，视为电子数据的原件。

由于电子数据容易出现截取、修改、删除、伪造等情形，法官可以依据以下情形考察电子数据副本是否可视为原件：

（1）可准确反映原始数据内容的输出物或显示物；（2）具有最终完整性和可供随时调取查用的电子副本；（3）双方

当事人均未提出原始性异议的电子副本；（4）经公证机关有效公正，不利方当事人提供不出反证推翻的电子副本；（5）附加了可靠电子签名或其他安全程序保障的电子副本；（6）满足法律另行规定或当事人专门约定的其他标准的电子副本。

【实务问题 4】当事人举证期限相关规定是否适用于申请人民法院调查取证？

答：最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十条第一款规定：“当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，应当在举证期限届满前提交书面申请。”该条对申请人民法院调查取证与当事人提交证据的举证期限作出一致规定，即关于当事人举证期限的相关规定也应适用于申请调查取证。例如，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》（本文以下简称《民事诉讼法解释》）第九十九条第三款规定：“举证期限届满后，当事人对已经提供的证据，申请提供反驳证据或者对证据来源、形式等方面的瑕疵进行补正的，人民法院可以酌情再次确定举证期限，该期限不受前款规定的限制。”在举证期限届满后，需要提供的反驳证据或对证据瑕疵进行补正的证据，当事人因客观原因无法自行收集的，也可以提出调查收集的申请，该申请期限亦不应受已经确定的举证期限的限制。再如，关于逾期提供证据的规定也应适用于申请调查取证情况。

《民事诉讼法解释》第一百零一条规定：“当事人逾期提供

证据的，人民法院应当责令其说明理由，必要时可以要求其提供相应的证据。当事人因客观原因逾期提供证据，或者对方当事人对逾期提供证据未提出异议的，视为未逾期。”《民事诉讼法解释》第一百零二条第一款、第二款规定：“当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并依照民事诉讼法第六十五条、第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。”当事人及其诉讼代理人在举证期限届满后提出调查收集证据申请，如果该证据属于上述规定情形，人民法院亦应当予以准许。

【实务问题 5】法院不予准许当事人调查取证申请时，当事人是否可以申请复议？

答：2008 年的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（已修改）第十九条第二款曾规定对当事人申请调查取证法院不予准许的，“当事人及其诉讼代理人可以在收到通知书的次日起三日内向受理申请的人民法院书面申请复议一次”。然而，2020 年实施的新修改版最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》删去了上述规定。理由在于，对于申请人民法院调查取证是否准许，属于人民法院依照职权审查的范畴，人民法院对此应当有决定权利；对于可以申请复议的事项，应当由《民事诉讼法》作出专门规定。由于《民事诉讼法》对该事项并未作出规定，对当事人调查取证

申请是否予以准许，与其他可申请复议事项也有本质不同，因此，现行法下法院不予准许当事人调查取证申请时，当事人不可申请复议。

【实务问题 6】当事人申请诉讼证据保全，应当符合哪些条件？

答：当事人申请诉讼证据保全，应当符合的条件如下：其一，申请保全的证据在形式上对于案件事实的证明有意义，即保全的证据与待证事实之间在形式上具有关联性。至于实质上是否相关联、证明价值大小，属于证据实质审查的问题，并不在人民法院审查证据保全申请考虑之列。其二，证据有灭失或者以后难以取得的可能，即如不立即采取保全措施，证据将不复存在，或者即使存在也难以调取。其三，申请应当在举证期限届满前以书面方式提出。当事人申请的行为，被视为当事人举证行为的一种特殊情况对待，因此，申请行为需要与举证行为一样遵守举证期限的要求。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》第九十八条第一款规定，“当事人根据民事诉讼法第八十一条第一款规定申请证据保全的，可以在举证期限届满前书面提出”。与之相符，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十五条第二款也规定，“当事人根据民事诉讼法第八十一条第一款的规定申请证据保全的，应当在举证期限届满前向人民法院提出”。此外，要求当事人以书面方式提出申请，主要考虑对证据的保全行为涉及诉讼的实体内容，对当事人

的权利影响较大，故在程序上应较为正式。

【实务问题 7】诉前证据保全是否必须提供担保？

答：最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（本文以下简称《证据规定》）第二十六条第一款规定：“当事人或者利害关系人申请采取查封、扣押等限制保全标的物使用、流通等保全措施，或者保全可能对证据持有人造成损失的，人民法院应当责令申请人提供相应的担保。”一般情况下，证据保全对保全对象的使用价值或交换价值的影响较小，不会损害证据持有人的财产利益，因此，证据保全不是必须提供担保。本条明确了需要提供担保的具体情形，诉前证据保全并非必须提供担保，而是在符合本条规定情形时才需要提供担保。

《民事诉讼法》第八十一条第三款规定：“证据保全的其他程序，参照适用本法第九章保全的有关规定。”《民事诉讼法》第一百零一条第一款规定：“利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请。”也就是说，诉前财产保全必须提供担保。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》第一百五十二条第二款也规定，利害关系人申请诉前保全的，应当提供担保。但是，从担保的制度功能来看，它以保障权

利的最终实现为根本目的，而证据保全以对特定证据材料进行固定、保存以备后用为目的，它保全的是证据的证明价值而非经济价值。从这点上说，担保并非证据保全所必需。因此，《证据规定》第二十六条并未区分诉前和诉中证据保全，可以理解为，诉前证据保全是否提供担保亦应按照《证据规定》第二十六条的规定判断，而不是依照《民事诉讼法》第一百零一条对诉前财产保全的规定，必须提供担保。

【实务问题 8】申请证据保全人诉讼请求未得到支持的，是否属于申请证据保全错误而须承担赔偿责任？

答：最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十八条规定：“申请证据保全错误造成财产损失，当事人请求申请人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。”我们认为，申请保全人因其申请证据保全错误，给证据持有人造成损失的，二者之间形成的是侵权损害赔偿关系。所谓“申请证据保全错误”，是指申请人对证据保全错误结果的形成存在故意或者重大过失的过错情形，亦即在对因证据保全错误而引起的侵权责任的具体认定上，应当适用过错责任作为其归责原则。《民法典》第一千一百六十五条第一款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。”在过错责任原则下，只要行为人在实施行为时，尽到民事主体的一般注意义务，即使其行为实际上造成了损害后果，行为人也不必对损害结果承担民事责任。申请保全人在申请证据保全的过程中，如已经尽到一般注意义务，即使对

方的合法民事权益确实遭受了损失，也不必为此承担责任。

需要说明的是，证据保全错误和当事人的后续诉讼结果不能画等号，即判断申请人申请证据保全是否存在过错，不能简单地以申请人的诉讼请求或抗辩主张是否得到支持作为判断标准。从民事诉讼的证据共通原则出发，一方当事人所举出的证据，亦可由对方当事人作为证据使用。在证据保全中，法院对申请保全的证据经过开示、质证，证据所能证明的案件事实可能为申请人一方所用，也可能为对方当事人所用，该被保全证据的证明价值在不同当事人的诉讼中均得以发挥。在此情形下，如申请证据保全的当事人在申请之时，已对证据与待证案件事实的关联性和其所申请的证据保全措施对证据价值的影响等尽到一般注意义务，即不能仅因申请证据保全的当事人是否获得了其在申请证据保全时想要的诉讼结果，判断其证据保全的申请是否错误。对证据保全错误的判断，要根据申请保全的对象、方式以及申请保全的证据是否能够证明其所主张的案件事实等，考察其申请证据保全是否适当。申请保全人提出的诉请或抗辩主张合理且申请证据保全适当的，不属于故意或重大过失。

**【实务问题 9】当事人主动申请鉴定时，法院是否需要
进行实质性审查以决定是否启动鉴定？**

答：最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第三十条规定：“人民法院在审理案件过程中认为待证事实需要通过鉴定意见证明的，应当向当事人释明，并指定提出鉴

定申请的期间。符合《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》第九十六条第一款规定情形的，人民法院应当依职权委托鉴定。”本条明确了鉴定启动的两个基本途径：一是当事人提出鉴定申请；二是人民法院对于需要依职权查明的事实涉及专门性问题的，也应当依职权委托鉴定。

实践中，有观念认为，鉴定的启动是诉讼中人民法院依当事人申请而被动启动的法定程序。这种观念是不正确的。鉴定启动申请只是引发鉴定启动的基本前提条件，不当然产生鉴定启动的法律后果。当事人申请鉴定并不必然启动鉴定，仍需经法官根据其对相关事实的认定需要进行决定。因此，人民法院具有实质意义上的鉴定启动权。

是否启动鉴定，本质上必须是法官在案件审理过程中对相关专门性问题缺乏判断认定能力的情况下，才会决定通过委托相关鉴定机构通过科学的方法和手段来查明该专门性问题的相关事实。司法鉴定为法院的辅助机关，法官因不具有特别知识而不能知晓的事项，须有专家补其不足，以达到正确判断之目的。因此，鉴定不是以当事人提出为前提，恰恰是以法官查明事实的需要为前提。为防止鉴定启动的随意性，实践中应着重审查以下几个方面：

（1）当事人申请鉴定的事项是否与案件有待查明的事实具有关联性，即该需要通过鉴定方能证明的待证事实是否为案件审理所必须查明的基本事实，或者是否会影响案件的

审理程序合法性。

(2) 是否必须要通过特殊技术手段或者专门方法才能确定相应的专门性问题，是否已经通过一般的举证、质证手段或者现有证据确实对相关专门性问题无法查明。实践中，一些当事人经常会通过启动鉴定来实现人为混淆视听、拖延诉讼进程或者其他不当的目的。对此，必须要对待证事实查明的方式进行考察，如果发现常规的方式完全可以查明的，则对当事人相关司法鉴定的申请不应予以准许。

(3) 对于待鉴定的专门性问题，是否有较为权威的鉴定方法和相应有资质的鉴定机构，是否有明确充分的鉴定材料。

(4) 在启动鉴定之前是否已经充分听取了双方当事人的意见。

【实务问题 10】当事人对一审法院委托鉴定人所作的鉴定意见不服，提起上诉并申请重新鉴定的，二审法院如何审查决定？

答：最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第四十条规定：“当事人申请重新鉴定，存在下列情形之一的，人民法院应当准许：（一）鉴定人不具备相应资格的；（二）鉴定程序严重违法的；（三）鉴定意见明显依据不足的；（四）鉴定意见不能作为证据使用的其他情形。存在前款第一项至第三项情形的，鉴定人已经收取的鉴定费用应当退还。拒不退还的，依照本规定第八十一条第二款的规定处理。对鉴定

意见的瑕疵，可以通过补正、补充鉴定或者补充质证、重新质证等方法解决的，人民法院不予准许重新鉴定的申请。重新鉴定的，原鉴定意见不得作为认定案件事实的根据。”

对于当事人对一审法院委托鉴定人所作的鉴定意见不服，提起上诉并申请重新鉴定的，有观点认为，应先组织当事人对所提证据进行质证，听取双方的异议和理由，由合议庭依法进行确认。如果异议成立，原鉴定结论确实存在问题的，视具体情况，或补充鉴定，或对原鉴定结论中某一部分不予采信；如果原鉴定结论存在原则错误的，可以重新鉴定。也有观点认为，委托鉴定应当视为法院调查取证的范畴，对于一审鉴定有误、不明确或应当重新鉴定的，属于一审判决认定事实不清，证据不足，应当发回重审，二审不作重新鉴定。还有观点认为，虽然当事人在二审中有要求重新鉴定的权利，但二审重新鉴定不能以当事人的申请为依据，二审可以直接要求一审鉴定单位复议，或参加二审的质证。我们认为，首先，应当审查上诉人在一审时有无对该鉴定意见提出异议，一审法院有无对该异议进行审理，如要求鉴定人提供说明，在说明仍不能解决争议时根据当事人的申请组织鉴定人出庭接受询问等。如果上述审理步骤并未完成，二审应当予以审查，通过审查确定该异议是否成立。其次，如果经过审查，可以通过补正、补充鉴定或补充质证、重新质证等方法解决上诉人对鉴定意见的异议的，则二审法院应当就此开展审理活动，从而在实质上解决当事人的矛盾纠纷，对案件

的相关基本事实作出实体判断,而不应当通过发回重审这种审理成本最高、对当事人解决矛盾纠纷效果最差的方式来处理。如果经审查,上诉人对鉴定意见所提异议的理由成立,足以排除该鉴定意见的采信,相关专门性问题应当通过重新鉴定予以查明。此时,是否由二审法院径行按照相关法律、司法解释的规定委托有资质的鉴定人重新鉴定,还是发回一审法院对相关案件事实进行重新查明,则应当根据案件的具体情况处置。

【实务问题 11】如何确定当事人的举证期限?在案件受理时确定还是在审理前的准备阶段确定?

答:应当在审理前准备阶段确定当事人提供证据的期限。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》第九十九条第一款的第一句规定:“人民法院应当在审理前的准备阶段确定当事人的举证期限。”与之相符,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第五十条第一款规定,“人民法院应当在审理前的准备阶段向当事人送达举证通知书”。

根据《民事诉讼法》第十二章第二节的规定,审理前的准备阶段是答辩期届满后至开庭审理前的阶段。在审理前的准备阶段确定举证期限,主要基于以下考虑:其一,在案件受理时即指定举证期限,双方当事人举证期限届满时间不一致,当诉讼中出现追加当事人等稍微复杂情况时,由于当事人举证期限届满时间不一致,会导致程序操作上的混乱。其

二，根据《民事诉讼法》第一百三十三条第四项的规定，需要开庭审理的案件，都要通过证据交换等方式明确争议焦点。这意味着凡是开庭审理的案件，均应有以整理焦点、固定证据为目的的审理前准备。其三，在审理准备阶段，特别是双方当事人到场的情况下指定举证期限，双方期限届满时间相同，是有利于诉讼程序的操作。因此，应当在审理前的准备阶段确定当事人的举证期限。

【实务问题 12】若当事人在举证期限内提供证据确有困难，法院应当如何处理？

答：《民事诉讼法》第六十五条第二款规定：“人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长……”该规定为举证期限内，对于提供证据确有困难的当事人延长举证期限的救济措施，以保障当事人和其他诉讼参与人的合法权益，体现了举证时限制度的原则性和灵活性。

该条规定的“确有困难”应限于客观障碍，主要包括两种情形：一是指因不可抗力、社会事件等原因，当事人在法定期限内无法完成举证。例如，因山洪、地震、战争等原因交通中断，当事人在法定期限内无法完成异地取证等情况；证人外出尚没有找到；收集有关证据材料尚需时间等。二是当事人具有客观上不能举证或难以举证的情形，主要是指需要

勘验、鉴定、评估、审计才能证明的；涉及国家秘密、商业秘密的资料；当事人提供的证据相互矛盾，且已不能继续举证的；当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的其他证据。如属第二种情形，当事人亦可在举证期限届满前以书面形式向人民法院申请调查收集。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第五十二条第二款规定：“前款情形，人民法院应当根据当事人的举证能力、不能在举证期限内提供证据的原因等因素综合判断。必要时，可以听取对方当事人的意见。”该款对法官判断“确有困难”的因素作出了指引性规定，即对是否存在客观困难，应根据举证能力、不能提供证据的原因等案件具体情况综合判断。同时，本款创设性规定“必要时，可以听取对方当事人的意见”，主要目的是尊重对方当事人的程序权利，避免法官误判，防止当事人借举证期限的延长拖延诉讼，维护对方当事人的期限利益。

【实务问题 13】甲诉乙财产损害赔偿一案，经法院庭前调解，乙对造成甲财产损害的事实予以承认，但双方就损害赔偿金额未能达成一致。在其后的诉讼中，甲是否仍须对乙造成甲财产损害的事实承担举证责任？

答：甲仍须对乙造成甲财产损害的事实举证证明。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》第一百零七条规定：“在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解协议作出妥协而认可的事实，不得在后续的诉讼中作

为对其不利的根据,但法律另有规定或者当事人均同意的除外。”诉讼调解或和解的过程是当事人双方平等协商,依自愿合法的原则处分其实体权利和诉讼权利,在互谅互让的基础上解决民事纠纷的过程。在这一过程中,当事人为达成调解或者和解协议的目的,往往对一些有争议的事实不再争辩,或者本着息事宁人的态度予以承认。在调解不能达成最终一致的情况下,依据上述司法解释的规定,这种表面上符合自认特征的诉讼行为不能发生自认的后果。作出这种规定主要考虑:其一,诉讼调解与和解过程中对事实的认可,是以达成协议为目的而作出的妥协和让步,与诉讼对抗过程中对事实的承认存在本质不同;其二,如果承认调解或和解过程中对事实的认可能够发生自认的效果,无异于是对违反诚实信用原则的肯定,不利于鼓励当事人通过调解或和解的方式解决纠纷。当然,如果当事人双方均同意赋予这种对事实的认可以自认效果,则属于对自己程序利益的处分,人民法院应当予以尊重。

【实务问题 14】在证据交换、询问、调查过程中,或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中,当事人明确承认于己不利的事实的,法院是否还需要组织质证?另一方当事人是否还需要举证证明?

答:最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第三条规定:“在诉讼过程中,一方当事人陈述的于己不利的事实,或者对于己不利的事实明确表示承认的,另一方当事

人无须举证证明。在证据交换、询问、调查过程中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中，当事人明确承认于己不利的事实的，适用前款规定。”据此，当事人在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中，明确对证据表示认可的，也属于诉讼中的认可，但此与证据法上的直接言词原则相违背。

直接言词原则包括直接原则和言词原则。直接原则指法官必须亲自了解案件的所有材料，在庭上审查证据，听取当事人、证人等的口头陈述，进行辩论，最终作出裁判。其核心在于强调法官对证据的审查必须具有“亲历性”。言词原则指法院审理案件，特别是当事人及其他诉讼参与人对诉讼材料的提出和辩论，要在法官面前以口头形式进行，这样取得的材料才可以作为法院裁判的依据。其核心在于强调举证和质证都必须以言词即口头陈述的方式进行。另外，此种证据认可方式也不符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第六十条第二款“当事人要求以书面方式发表质证意见，人民法院在听取对方当事人意见后认为有必要的，可以准许。人民法院应当及时将书面质证意见送交对方当事人”的规定。因此，对于当事人在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中认可的证据，人民法院仍应组织质证，当事人仍表示认可的，方可作为当事人认可的证据予以确认。

【实务问题 15】当事人陈述前后不一致时，应当如何处理？

答：最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第

六十三条第二款规定：“当事人的陈述与此前陈述不一致的，人民法院应当责令其说明理由，并结合当事人的诉讼能力、证据和案件具体情况进行审查认定。”本款是针对当事人陈述前后不一致情形的处理。由于当事人是法律关系的直接参与者，与案件结果有直接利害关系，决定了其陈述存在主观性和不稳定性特点，而且往往虚实结合、真伪并存。审判实践中，经常会出现当事人陈述前后不一致的情形，这时需要当事人说明理由。对于当事人陈述的证明效力，则要由审判人员结合当事人陈述的内容、变更陈述的理由、当事人诉讼能力、证据情况及案件相关事实进行审查认定。对当事人诉讼能力的判断，可以结合当事人年龄、智力状况、受教育程度、道德品质、法律意识等因素进行考量。

【实务问题 16】 吴某欠某银行 300 万元的借款，为了偿还对银行的欠款，吴某与银行有关责任人口头约定：吴某从他处以高息借得 300 万元，用该笔资金来偿还对银行的欠款。在旧贷清偿之后，银行承诺向吴某发放新贷，新贷资金用以偿还他处的借款本息。后吴某通过另行借款偿还了对银行的欠款，但银行事后拒绝向吴某发放新贷，吴某于是向法院起诉银行违约，要求银行承担违约责任。法院能否以吴某未能提供书面证据为由驳回吴某的诉讼请求？

答：法院不能仅以吴某未能提供书面证据为由驳回吴某的诉讼请求，而是需要综合全案的证据来认定事实。本案中，

鉴于吴某从别处借款是为了“借新还旧”，实践中将其称为“过桥贷”。“过桥贷”涉及以下几个法律关系：借款人与第三方之间的借贷关系，借款人与银行之间还旧贷借新贷的关系。可见，借款人与银行之间就是“借新还旧”的关系，且存在“过桥第三人”。

实践中，“过桥贷”的主要问题是，借款人用高息借来相应款项并偿还旧贷后，银行事后不放贷，从而使借款人陷入困境。而在借款人向法院起诉时，由于借款人与银行之间往往都是“君子协定”，很少有书面证据，因此，借款人在诉讼中面临着证明困难，借款人难以证明银行有发放新贷的义务。对于这一问题，我们认为，如果借款人有证据证明银行对“过桥贷”的相关事实是明知的，意味着银行有签订新的借款合同的义务，银行拒不发放贷款的，借款人可以以违约为由请求其承担违约责任。鉴于借款人与银行之间未就此签订书面合同，法院在审理此类案件时应借助双方的陈述以及其他相关证据作出综合认定，不能仅以借款人未能提供书面证据为由而认定事实不存在。

【实务问题 17】谢某委托某信托公司管理其资产，后双方产生纠纷。谢某向法院起诉，主张被告信托公司未履行勤勉尽责的义务。此时由谁来证明信托公司是否勤勉尽责这一待证事实？

答：信托公司作为受托人，须证明其已经履行了勤勉尽责的义务。在营业信托纠纷案件中，关于举证责任的分配存

在不同的看法，有观点主张按照“谁主张，谁举证”的举证责任分配的一般原则来分配当事人的举证责任，亦有观点认为应当实行举证责任倒置原则，由受托人承担证明其已经履行了忠实、勤勉等义务的举证责任。针对这一分歧，《全国法院民商事审判工作会议纪要》第九十四条规定：“资产管理产品的委托人以受托人未履行勤勉尽责、公平对待客户等义务损害其合法权益为由，请求受托人承担损害赔偿责任的，应当由受托人举证证明其已经履行了义务。受托人不能举证证明，委托人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院依法予以支持。”与委托人相比，信托公司、商业银行、证券公司等受托人作为专业机构，在行为主体、决策过程、客观效果、同行业绩等方面提供证据证明其尽到了勤勉谨慎职责更为容易。且信托合同通常是信托公司的格式文本，随着信托产品的产品结构日趋复杂、投资运作专业化程度不断提高，作为金融产品的信托产品与其发行方的关系更加紧密。在信托产品的结构设计和投资运作是否尽责问题上，需要受托人就已经尽责承担举证责任。

【实务问题 18】在垄断民事诉讼中，当事人提交的证据有时涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私等内容，且往往需要运用复杂的专业知识予以认定。在垄断民事纠纷诉讼中，如何应对证据与证明的特殊问题呢？

答：垄断民事纠纷案件中，当事人提交的证据有时涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者其他依法应当保护的內

容，有必要采取有效措施予以保护，防止泄露或者扩散。为此，最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（本文以下简称《规定》）总结了多年来人民法院在商业秘密案件审理中的成功经验，

《规定》第十一条规定：“证据涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者其他依法应当保密的内容的，人民法院可以依职权或者当事人的申请采取不公开开庭进行了审理、限制或者禁止复制、仅对代理律师展示、责令签署保密承诺书等保护措施。”

垄断行为的认定往往需要运用比较复杂的经济学分析，而法官通常并非经济学专家，因此，具有经济学等专门知识的专家辅助人在垄断民事诉讼中发挥着重要作用。对此，《规定》第十二条规定，“当事人可以向人民法院申请一至二名具有相应专门知识的人员出庭，就案件的专门性问题进行说明”，以指引当事人在诉讼中积极申请具有经济学专门知识的专家辅助人出庭，为人民法院更清楚地查明案件事实 and 更准确地认定垄断行为提供帮助。人民法院在审理垄断纠纷时，应当注意发挥专家辅助人的作用。在庭审中，审判人员可以对出庭的专家辅助人进行询问，可以允许专家辅助人向对方当事人提问，允许双方当事人的专家辅助人进行对质，还可以允许专家辅助人向作出市场调查或者经济分析报告的专业人员提问，以方便理解和查明专业技术问题。

除专家辅助人之外，垄断民事诉讼还经常涉及专家意见，专家意见对于解决案件中关键经济学问题亦具有重要作用。

对此,《规定》第十三条明确规定,当事人可以向人民法院申请委托专业机构或者专业人员就案件的专门性问题作出市场调查或者经济分析报告。经人民法院同意,双方当事人可以协商确定专业机构或者专业人员;协商不成的,由人民法院指定。人民法院可以参照民事诉讼法及相关司法解释有关鉴定意见的规定,对前款规定的市场调查或者经济分析报告进行审查判断。在审查判断时,除了参照对鉴定结论审查判断的一般做法外,还要注意结合市场调查或者经济分析报告自身的特点,着重审查如下问题:该报告是否具有充分的事实或者数据基础;是否运用了合理、可靠的市场调查和经济分析方法;是否考虑了可能改变市场调查或者经济分析结果的相关事实;专家是否尽到了专业人员所应具有谨慎和勤勉;等等。

【实务问题 19】甲向乙账户汇款后向法院起诉称汇错款,请求乙返还不当得利。乙辩称甲虽与其无法律关系,但甲的行为系偿还丙欠乙的货款,不构成不当得利。此时应当由谁就“没有法律根据”承担举证证明责任?

答:给付行为没有法律根据是不当得利的构成要件之一。有观点认为,该构成要件的举证责任应当由被告承担,理由在于被告举证“有法律根据”系证明积极事实,相对容易;而原告举证“没有法律根据”则是证明消极事实,难度较大。反对者则认为,原告应当承担举证证明责任。“原告必须证明无法律上的原因(给付目的之欠缺)。此虽具消极事实的性

质，仍应由原告负举证证明责任。给付不当得利请求权人乃使财产发生变动的主体，控制财产资源的变动由其承担举证证明责任困难的危险，实属合理。”由原告承担举证证明责任的另一个理由在于，“谁主张，谁举证”是民事诉讼的基本举证原则，在法律无明文规定的情况下，不能因举证困难而随意倒置。

我们倾向于认为，原则上由被告承担“没有法律根据”的举证证明责任更为妥当。首先，不当得利中“没有法律根据”不是一般诉讼中特定的待证事实，而是一系列不特定的民事法律行为、事实行为乃至事件的集合。对于原告而言，让其证明“没有法律根据”是一项不可能完成的任务。在上述案例中，如果由甲证明汇款“没有法律根据”，则乙只需辩称甲不能举证证明，法院即可判决驳回甲的诉讼请求。其次，按照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十一条第一项的规定，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，此亦为“谁主张，谁举证”的例外情形。故被告如主张存在一定法律关系构成“法律根据”的，应由被告承担举证证明责任。

具体而言，被告的举证证明过程应当分两步走。第一步要证明存在“法律根据”的相关事实。如在上例中，乙辩称甲代替丙还款，并提交乙与丙的借款合同及付款凭证等证据以证明乙对丙享有债权。第二步则需要证明该相关事实构成“法律根据”，从而阻却不当得利的成立。乙在证明其对丙享

有债权后，还应当按照《民法典》合同编关于债务加入或债务转移的规定，证明甲确有代替丙还款的真实意思，以达到存在“法律根据”的证明标准。需要指出的是，以上分析的仅仅是一般的情况，在某些情形下，被告的举证责任并没有那么复杂。如上例乙若证明其对甲享有债权，甲汇款是清偿自己债务的行为，则其不但证明了存在“法律根据”的相关事实，同时还证明了该相关事实足以构成“法律根据”。

最高人民法院民一庭：

民间借贷案件系列问答 (2021 年 7 月版)

编者说明：本文节选自最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判实务问答》（法律出版社，2021 年 7 月第一版）。

1.问：借款年利率达到超过合同成立时一年期贷款市场报价利率 4 倍后，当事人主张的借款合同约定的律师费用、诉讼费用等诉讼请求，还能否获得人民法院的支持？

答：司法实践中，民间借贷纠纷的一方当事人向人民法院提起诉讼时，除了要求对方当事人承担逾期利息、违约金等请求外，还可能一并主张借款合同约定的律师费用和诉讼费用等。尽管最高人民法院《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）》对民间借贷逾期利息、违约金、其他费用并存时如何处理进行了明确，也即该解释第二十九条规定：“出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但是总计超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的部分，人民

法院不予支持。”但是，在借款年利率达到超过合同成立时一年期贷款市场报价利率4倍后，当事人主张借款合同约定的律师费用和诉讼费用等诉讼请求还是否能够获得支持？

由于缺乏具体明确的规定，在这一问题上存在认识分歧。

一种观点认为，律师费用和诉讼费用不应包含在借款年利率上限计算的范围之内。相反，律师费用和诉讼费用属于实现债权的费用，应予以支持。

另一种观点认为，律师费用和诉讼费用已经包含在上述司法解释条文中的“其他费用”之内，不应再支持律师费用和诉讼费用。

对此，我们倾向于同意上述第一种观点，理由如下：

首先，根据最高人民法院《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）》第二十九条的立法本意，此条为逾期利息、违约金、其他费用并存的规定的规定，主要的目的在于，当借贷双方对逾期利率、违约金以及其他费用一并约定时，平衡保护当事人之间的权益。根据前述司法解释的规定，在借款人逾期还款时，出借人有权要求借款人一并支付逾期利息、违约金和其他费用。从实践的情况看，“其他费用”主要涉及的是出借人和借款人所约定的服务费、咨询费、管理等。上述费用从性质上看，仍属于借款人为获得借款而支付的必要成本。当事人同时约定的逾期利息、违约金、此类费用，性质上均与利率无异，分开约定仅是为了规避利率的上限。正是为了防止当事人通过变

相的方式提高借款利率，司法解释才将包括服务费、咨询费、管理费等发生的其他费用的保护标准限定在超过合同成立时一年期贷款市场报价利率4倍之内。

其次，律师费用、诉讼费用等权利人为保护自己合法权益而发生的费用，与借款人为获得借款而支付的成本之性质截然不同，不应将律师费用、诉讼保全费用等归入“其他费用”之范畴。

最后，诉讼费用并非必然由主张还款的出借人负担。在纠纷由人民法院裁判时，根据诉讼费用由败诉方承担的原则，若因借款人的原因导致纠纷的发生，由借款人承担此部分费用较为公平、合理。在此情况下，诉讼费用不包含在“其他费用”之内具有合理性。

2.问：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）》第二十七条规定有条件保护借贷双方将利息计入本金的约定，在合同未予约定的情形下，能否将利息计入借款本金并计算逾期利息？

答：答案是否定的，逾期利息的计算基数仍然是借款本金，而不能将利息计入本金中计算逾期利息。一方面，《民法典》第六百七十六条（原为《合同法》第二百零七条）规定：“借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。”但是该条并未规定在支付逾期利息时，需要将原有的利息计算到本金中计算利息。另一方面，如果将借款本息作为逾期利息的计算基数，无异

于在当事人没有约定的情况下，由法院审判为当事人计算了复利。

当然，需要注意的是，上述处理方式的背景是当事人没有作出相关约定。如果当事人明确约定，逾期利息的计算基数包括了本息之和，则当事人的约定在最高人民法院《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）》第二十七条规定的范围内有效。该条具体规定：“借贷双方对前期借款本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金。超过部分的利息，不应认定为后期借款本金。按前款计算，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，超过以最初借款本金与以最初借款本金为基数、以合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍计算的整个借款期间的利息之和的，人民法院不予支持。”这意味着，一方面，当事人约定的原始利息，仅能在不超过原始本金以合同成立时一年期贷款市场报价利率 4 倍计算的范围内，被纳入逾期利息计算的本金基数；另一方面，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以合同成立时一年期贷款市场报价利率 4 倍计算的整个借款期间的利息之和，对超过部分，人民法院不予支持。

3.问：非金融性质的法人或其他组织在本单位内部通过

借款形式向职工筹集资金，用于本单位生产、经营，是否受法律保护？

答：这种单位内部向职工集资的方式属于民间借贷的一种形式。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）》第一条规定，本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人和非法人组织之间进行资金融通的行为。经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用本规定。第十一条规定：“法人或者非法人组织在本单位内部通过借款形式向职工筹集资金，用于本单位生产、经营，且不存在民法典第一百四十四条、第一百四十六条、第一百五十三条、第一百五十四条以及本规定第十三条规定的情形，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。”这充分表明，非金融性质的法人或其他组织此种融资行为并不为法律所禁止，但具体融资的行为是否有效、是否受法律保护，应当进行两层审查。

第一，应审查是否存在《民法典》第一百四十四条、第一百四十六条、第一百五十三条、第一百五十四条规定的合同无效的情形。《民法典》第一百四十四条规定：“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。”第一百四十六条规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”第一百五十三条规定：“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。”第一百五十四条规定：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”

第二，还应审查是否存在前述司法解释第十三条规定的情形：“具有下列情形之一，人民法院应当认定民间借贷合同无效：（一）套取金融机构贷款转贷的；（二）以向其他营利法人借贷、向本单位职工集资，或者以向公众非法吸收存款等方式取得的资金转贷的；（三）未依法取得放贷资格的出借人，以营利为目的向社会不特定对象提供借款的；（四）出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；（五）违反法律、行政法规强制性规定的；（六）违背公序良俗的。”

若上述两个条文中的情形均不存在，则合同有效，受法律保护。

4.问：民间借贷合同中没有约定利息，借款人自愿支付，但借款人又以不当得利为由要求出借人返还已支付的利息，人民法院是否支持？

答：对于这种情况，人民法院一般不予支持。《民法典》第一百二十二条规定：“因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。”根据这一规则，不当得利有4个构成要件：一方获有利益；他方受到损失；获利与受损之间存在因果关系；获利没有合法根据，即无“法

律上的原因”，这是不当得利的关键。本问题中，借款人自愿支付利息的行为是基于借款合同的成立和有效履行，并非没有“法律上的原因”。具体而言，借款合同未约定利息，存在两种情况：一种是双方可能有过口头的约定，这种情况在实践中并不少见，借款人是依据约定支付利息，系正常履行借款合同的行为，不得再要求返还；另一种是双方确实没有以书面或口头约定过利息，此种情况下，借款人主动支付利息的行为可视为改订借款合同、为其增加利息支付的相关内容的新要约，出借人无异议并接受，则为对该要约进行承诺的意思表示，双方由此完成借款合同的改订，而该新合同也已因借款人完成利息（和本金）的支付而履行完毕，借款人要求返还利息的请求自不应得到支持。

5.问：在许多民间借贷的实践中，出借人为了保证所出借款项得以偿还，约定还款时以一定的物进行偿还；而到还款时，由于这些物的价格上涨，导致按照约定所偿还的物折算为金钱数额，其年利率已经超过合同成立时一年期贷款市场报价利率4倍，这种情况下如何处理？

答：对于借款合同来说，提供合同约定的款项是出借人的义务，而依约偿还借款及相应的利息则是贷款人的义务。对于民间借贷的利率，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）》第二十五条规定了上限：“出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过合

同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外。前款所称‘一年期贷款市场报价利率’，是指中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心自 2019 年 8 月 20 日起每月发布的一年期贷款市场报价利率。”对于当事人之间在实践中约定的以一定的物来偿还相应的借款，其实质上是以物所体现的价值来代替贷款人所应支付的本金和利息，故在偿还借款时，该物所体现的价值扣除本金后年利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率 4 倍的，根据前述规定，人民法院对出借人就超出部分的利息的请求不予支持。因此，当事人约定以物偿还债务的，如果偿还借款时所折算的金钱数额，其年利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率 4 倍的，对于出借人对超出部分利息的诉讼请求，人民法院不予支持。

最高人民法院

关于“合同目的不能实现”二十五条

裁判规则精解

合同解除制度作为债务履行不能的救济方式,可以使当事人摆脱原有合同权利义务关系的束缚,在公平合理的基础上重新获得交易自由,进而更好地促进交易效率与市场资源的配置效率。《民法典》规定的合同解除制度包括约定解除与法定解除,构成了法律行为调整模式与法定调整相互衔接的规范体系。《民法典》第 563 条规定的法定解除权,通常被认为是当事人的一项法定权利,即在“合同目的不能实现时”,解除权人有权解除合同。故此,司法实践中认定当事人是否享有法定解除权,其关键在于如何认定“合同目的不能实现”。

本文在综合分析中国裁判文书网中最高人民法院关于合同解除的 100 个相关案例的基础上,选取典型案例,发掘法律条文的原则规定在司法实践中的具体形态,了解并掌握最高法院在具体争议问题上的裁判尺度,进而在“同案同判”价值目标的指引下为类似纠纷的解决提供切实可行的思路。

声明:本文来源“法义君”公众号,在此致谢!

一、合同目的的界定

1.“合同目的不能实现”是判定法定解除的实质标准

当事人是否具有法定解除权的关键,在于判断合同目的是否实现,不管是预期违约、迟延履行或者其他违约行为,如果不影响合同目的实现,通常不允许以法定解除权解除合同。

司法实践中关于如何认定“合同目的不能实现”,通说认为,其等同于根本违约,此时因债权人的履行利益落空,合同已无继续履行之必要。《民法典》第 563 条第 1 款列举的各种具体法定解除事由,均属于导致合同目的不能实现的具体事由。“合同目的不能实现”作为判定法定解除的实质标准,首要问题是应当正确识别当事人订立合同的目的,司法实践中许多争议源自对不同交易的“合同目的”的认识差异。

2.合同目的与合同动机的区分

对于合同目的,民法学理上认为包括客观目的与主观目的,客观目的即典型的交易目的,是给付所欲实现的法律效果,合同的主给付义务通常体现了“合同目的”,具体而言是指合同标的在种类、数量、质量方面的要求及表现;主观目的是指当事人订立合同的动机。通常,合同动机不得作为合同目的,但是如果当事人在合同中明确将合同动机作为成交的基础,或者说作为合同条件,可以将此类合同动机作为合同目的。

司法实践中应当注意的是,履行合同是否能实现盈利,仅为合同动机而并非合同目的,当事人不能仅以其盈利目的

落空为由主张合同目的不能实现。

（参见：王利明主编：《中国民法典释评合同编·通则》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 474-475 页。）

二、“合同目的”认定的一般规则

在通常情形中，当事人缔约目的相对比较明确，无需在合同中专门定义其合同目的，比如在买卖合同中，出卖人的缔约目的在于取得价款，买受人的缔约目的在于取得标的物所有权；在租赁合同中，出租人意在获取租金收入，承租人意在取得租赁物的使用权；在建设工程合同中，发包人的缔约目的在于获得质量合格的建设工程，承包人的缔约目的在于收取建设劳务价款等等。

但在司法实践中，由于现实交易的复杂性，一方面当事人之间可能形成由多个交易构成“一揽子”的交易组合；另一方面，当事人在“商业模式创新”中会自行创造出与典型合同不同的交易模式，比如信托交易中的收益权回购、名为股权转让实为让与担保等交易，此时如何界定当事人的缔约目的，往往成为司法适用中的一个颇具争议的问题。

综合分析最高法院相关案例中的纠纷争议，一般而言，判断当事人的合同目的，大致有三条适用规则。

1.根据合同的主给付义务确定合同目的

通常合同目的应当根据合同约定的主给付义务判定，不能依据当事人订立合同的主观动机认定。比如在以股权转让形式取得房地产项目或者资源开发项目公司控制权的交易

中，尽管当事人“真正的交易动机”在于取得房地产企业经营控制权或者资源的采矿权，但当事人之间的交易为股权转让交易，转让方的合同目的在于取得转让价款，受让方的合同目的在于取得目标公司股权的所有权；目标公司的建设用地使用权或者资源采矿权是否存在权利瑕疵，一般被认为是当事人在股权转让交易中应当承担的商业风险，而并非股权转让交易的合同目的。此时判断合同目的应当以合同约定主给付义务的内容确定。

当然，当事人为了控制交易风险，可以在合同中将建设用地使用权或者采矿权的权利瑕疵作为合同解除的约定事由。

2.在以虚假意思表示隐藏民事法律行为时，应当根据交易关系的法律性质确定当事人的真实交易目的并以此为据判断合同目的

在以虚假意思表示隐藏民事法律行为时，表面行为因属于当事人虚伪通谋的意思表示而无效，故此，不能以体现表面行为的合同约定来认定当事人的缔约目的，应当以符合法律行为有效要件的隐藏行为确定合同目的。

比如在股权让与担保交易中，股权转让是当事人虚假意思表示，其真实目的在于为借款合同或者其他交易提供非典型担保，“转让方”的合同目的并非出让股权，其缔约的真正目的在于取得借款或者其他买卖标的物的所有权；此时判断合同目的应当根据法律关系的性质确定。

3.根据合同整体内容确定“一揽子”交易的“合同主要目的”

在存在多个交易行为构成交易组合的场合,应当依据交易整体体现的法律关系性质确定“合同主要目的”。

比如在房地产开发交易中,可能存在股权转让、债务重组、合作开发、权益分配等多个交易行为,此时应当依据交易实质、合同文本、合同履行情况等综合判断交易组合的主要合同目的。

应当注意的是,在确定组合交易的“主要合同目的”时,除非存在以虚假意思表示隐藏的民事法律行为,否则应当严格依照合同文本的文意表述确定当事人的“合同主要目的”,不宜以推定的“真实交易动机”作为合同目的。

三、司法实践中关于“合同目的”认定的具体裁判规则

1.交易组合中的“主要合同目的”的认定规则

由于现代商业交易的复杂性,在由多个交易合同形成交易组合中,因多个合同具有多个合同目的,对于合同目的认定,往往会有“雾里看花”的感觉。如何认定当事人的主要交易目的,是正确认定当事人是否具有法定解除权的关键。

(1) 根据合同条文的具体约定、合同条文数量分布、合同履行情况、双方合作开发项目的履行情况综合判断合同主要目的

在《信达投资有限公司、北京信达置业有限公司合同纠纷再审民事判决书》((2020)最高法民再15号)一案中,

关于被申请人对《框架协议书》及《框架协议书补充协议(三)》是否享有法定解除权的问题,首先应当明确当事人订立一系列协议的主要合同目的。

最高法院在再审中认为,本案是一起涉及项目转让、债务重组及合作开发的重大复杂的商业交易,从合同条文的具体约定、合同条文数量分布、合同履行情况、双方合作开发项目的履行情况等四个方面,充分论证涉案协议的合同主要目的是项目转让和债务重组,而合作开发项目仅是整个框架协议的“一小部分”,并依据案件事实,认定涉案《框架协议书》及《框架协议书补充协议(三)》的主要条款已经履行完毕,合同主要目的已经实现。由于合同主要目的已经实现、其余合同目的也可以实现,故本案不符合《合同法》第 94 条(《民法典》第 563 条)关于合同法定解除的规定,被申请人对《框架协议书》及《框架协议书补充协议(三)》不享有法定解除权。

(2) 当事人承担的主要义务体现了“合同主要目的”

在《海南碧桂园房地产开发有限公司、海南盛达建设工程有限公司集团有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷二审民事判决书》((2020)最高法民终 917 号)一案中,最高法院认为,涉案《合作合同》存在多方民事主体,涉及多个民事法律关系,包括股权转让、民间借贷、股东权益分配等内容,各方当事人签订《合作合同》的目标是共同对填海造地取得的地块进行房地产开发并取得相应收益,亿创达公司是填海

造地项目具体开发者和施工合同的签订主体，盛达公司、万年森财公司、鼎顶网络公司对施工过程的监管义务显然并非涉案合同的主要义务。碧桂园公司主张盛达公司、万年森财公司、鼎顶网络公司不履行主要合同义务，其有权依照《合同法》第 94 条第三项（《民法典》第 563 条）规定解除合同的理由不能成立。

2. 买卖双方对交易目的没有另行约定时应按照买卖合同一般规则确定合同目的

在商品房买卖交易中，如果商品房买卖合同中载明的土地用途与土地使用权证记载不符，购房人无法按照合同载明的土地用途办理商业服务性质的不动产权属证书，此时如何认定合同目的以及购房人是否可以以此主张法定解除权。

在《陈某、武汉中城地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》（（2020）最高法民申 6124 号）一案中，中城公司在《商品房买卖合同》中将土地规划用途描述为“城镇住宅、商服用地、科教用地”，与其《国有土地使用证》记载的“城镇住宅、文体娱乐、科教用地”不一致，导致购房人不能办理土地性质和房屋性质均为商业服务的不动产权属证书。

对此，最高法院认为，《合同法》第 130 条（《民法典》第 595 条）规定，买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。根据该条规定，在买卖双方对交易目的没有另行作出明确约定的情况下，买卖合同中

买受人的合同目的系取得标的物的所有权。涉案房屋并非不能办理不动产权属证书,而仅是不能办理购房人所要求的土地性质和房屋性质均为商业服务的不动产权属证书,故依据现有证据,尚不足以认定中城公司构成根本违约,本案不存在《合同法》第 94 条(《民法典》第 563 条)规定的合同法定解除情形。

3.多份不同性质的协议“合同目的”的认定

在房地产项目开发中,投资方通常采用股权投资的方式取得房地产项目公司的控制权,进而实现其从房地产开发中获取收益的目标,其中往往涉及股权转让、项目合作开发、投资收益分配等多种交易关系,并且双方因利益关系的变化可能导致前后签署的协议性质发生变化,此时应当综合多种因素以及合同最终表述认定整体协议的合同目的,从而确定当事人是否享有法定解除权。

在《韩某保、广东正德置业集团有限公司合同纠纷二审民事判决书》((2020)最高法民终 970 号)一案中,最高人民法院认为,双方协议性质从股权转让合同变更为合作开发房地产合同,再变更为建设项目投资性权益转让和股权转让合同。从涉案三份合同的交易对价、交易安排、履行情况等方面整体来看,双方转让涉案项目所包含的综合权益的内涵是一致的,即转让方转让给受让方的涉案土地应办有建设用地使用权证或者符合“招、拍、挂”条件;受让方的合同目的始终是获得符合建设用地开发条件的土地。

4. 债权转为股权交易中“合同目的”的认定

在债权转股权投资交易中，债权人与债务人订立协议，债权人将其对债务人的债权转换为债务人持有的目标公司股权，该交易的本质属于股东向公司以外的第三人转让股权，根据《公司法》第 71 条的规定，股东向股东以外的人转让股权，须经其他股东半数以上同意，并且在同等条件下，其他股东享有优先购买权。

故此，在债权转股权的交易中，债权人可能出于规避上述规定的目的，采取隐名投资的方式；但如果债权人希望成为显名股东，在其他股东不同意时，债权人通常以合同目的不能实现为由解除合同。此时如何认定上述交易的合同目的，可能会成为债权人是否享有法定解除权的关键。

在《王某生、李某斌合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》（（2020）最高法民申 4764 号）一案中，债权人主张三份协议约定债权人可授权他人或以本人名义持有目标公司合计 49% 股权。因此，其签订协议的根本目的是为了授权他人成为目标公司的显名股东。

对此，最高法院认为，从协议约定来看，授权他人或以本人名义持有目标公司股权是债权人可以行使的权利，但其并未举证证明三方约定若债权人未能授权，债务人、目标公司应当承担的不利后果。根据《关于合作项目债权股权重组的协议》约定，债权人是通过债权转投资权的方式获取目标公司 49% 的投资份额，说明涉案协议的根本目的应当是投

资，而非授权特定对象成为显名股东。虽然债权人主张债务人在之前的诉讼过程中明确表示不同意将股权变更登记至债权人名下，但并不必然导致其投资目的不能实现。

5.以受让股权方式控制采矿权交易中的“合同目的”认定

由于采矿权的转让须经国土资源部门批准，并且受让方应当具备相应的资质。故此，在投资资源类项目的交易中，投资方通常采取受让拥有采矿权的目标公司股权的方式，取得对目标公司的控制权，实现其投资收益的目的。如果目标公司采矿权或者探矿权因政策原因无法延续，当事人是否可以合同目的不能实现为由主张解除合同。

在《新疆龙煤能源有限责任公司、郑某平股权转让纠纷二审民事判决书》（（2019）最高法民终 827 号）一案中，最高法院认为，案涉股权已变更登记至受让方名下，股权转让的目的已经实现，探矿权并未灭失；对于政策导致的探矿权不能延续，是目标公司在经营过程中遇到的经营风险，并非《股权转让协议》合同目的不能实现，受让方不能将《股权转让协议》的合同目的扩大至目标公司经营中探矿权采矿权的实现。

6.名为租赁实为保留所有权的分期付款买卖合同中的“合同目的”认定

在保留所有权的分期付款买卖交易中，当事人可能采用租赁合同形式，约定买卖标的物的总价款、分期结算价款期

限以及每期的“租金”，并且约定在买受人付清“租金”之后，才能取得标的物的所有权。同时，合同约定买受人的购买价款从其向出卖人提供的服务劳务中扣除，在出卖人不能分派服务劳务时，买受人能否以合同目的不能实现为由主张解除“租赁合同”。

在《张某新、河南省江涛实业有限公司分期付款买卖合同纠纷二审民事判决书》（（2020）最高法民终 234 号）一案中，最高法院认为，涉案《车辆租赁合同》并非租赁合同，该合同虽约定租赁期限，但同时又约定车辆价格，而且是以车辆总价格为基数计算每月付款数额；该合同约定车辆全部价款及利息付清后车辆所有权归买受人；明显与租赁合同不转移所有权矛盾。因此该合同不是租赁合同。合同中约定车辆价款、付款方式、所有权的转移，虽名为“租赁合同”，但其实质是保留所有权的分期付款买卖合同，其合同目的是买受人取得涉案车辆的使用权和收益权，并通过分期付款的方式取得所有权；出卖人取得涉案车辆价款。从《车辆租赁合同》的具体约定，看不出双方对提供运输任务进行了约定，无法将该合同解释成是以提供运输任务为条件的合同。

《民法典》第 563 条以“合同目的不能实现”作为认定法定解除是否成就的核心主线，统摄各种具体列举情形与兜底情形。合同目的不能实现，意味着当事人通过订立合同所欲获得的利益无法实现，究其原因在于合同履行中出现根本违约或者不可抗力等情形。故此，合同目的不能实现是合同目

的落空的结果，根本违约行为或者不可抗力是原因行为。

故此，在正确识别交易的合同目的的前提下，司法实践中认定“合同目的不能实现”，除了不可抗力这一特殊因素外，关键在于对根本违约行为的认定。

四、不可抗力致使“合同目的不能实现”的认定

1.援引不可抗力应当注意的问题

因不可抗力导致合同目的不能实现，是《民法典》第563条规定的合同法定解除事由之一。根据《民法典》第180条规定，不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。作为影响合同履行的不可抗力的具体情形，《民法典》没有予以明确规定。一般认为，不可抗力事件主要包括自然灾害、战争、社会异常事件、政府行为等。

（1）不可抗力事件暂时影响合同履行的情形

不可抗力事件对合同履行的影响程度不同，并非所有的不可抗力事件都会导致合同无法履行，在不可抗力事件暂时性影响合同履行时，可以通过延期履行的方式实现合同目的，此时当事人不能行使法定解除权解除合同。

（2）不可抗力与合同目的不能实现存在因果关系

即使发生不可抗力事件，但并未构成合同履行障碍，即合同目的不能实现与不可抗力事件之间并无因果关系，此时当事人不享有法定解除权。

（3）是否属于当事人以合理注意义务可预见

如果当事人在订立合同时，以其承担的合理注意义务可

以预见的客观情况,通常不构成合同履行中的不可抗力事件,比如专业房地产开发企业对国家房地产宏观调控政策变化趋势的合理预见。

2.司法实践中关于“不可抗力对合同目的不能实现”的裁判规则

司法实践中关于不可抗力对合同目的的影响,主要争议在于自然灾害、政府政策的变化是否导致合同目的不能实现的原因。

审判实践中对于因不可抗力解除合同予以支持的情形比较少见,并且以当事人对相关政策的变化是否应当具有合理预见作为重要的认定标准。

(1) 房产调控政策不属于当事人签订合同时无法预见的情况

在《三亚凯利投资有限公司、张某确认合同效力纠纷二审民事判决书》((2019)最高法民终960号)一案中,最高人民法院认为,2016年2月23日海南省政府实施了“两个暂停”政策,2017年9月28日颁布的《海南省人民政府关于进一步深化“两个暂停”政策促进房地产业平稳健康发展的意见》(琼府〔2017〕76号)是对2016年2月23日《海南省人民政府关于加强房地产市场调控的通知》(琼府〔2016〕22号)的继续深化落实。《资产转让合同》于2017年7月15日签订,凯利公司作为在海南省登记注册的专业房地产投资公司,海南省政府的“两个暂停”政策,不属于凯利公司

在签订该合同时无法预见的客观情况，现凯利公司主张相关政府政策调整构成不可抗力进而主张其应免责，依据不足。

（2）暴雨并未造成施工合同无法继续履行

在《陕西蜀丰建筑劳务有限公司、陕西铭尚恒达房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》（（2020）最高法民申 3513 号）一案中，最高法院认为，根据《合同法》第 94 条第一项（《民法典》第 563 条）规定，因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。

本案中，虽然暴雨对工程施工造成了一定影响，但并未造成涉案工程损毁灭失等情形，其仍然具备继续施工条件，且之后张某某继续完成蜀丰公司未完工程内容，更进一步证实蜀丰公司能够继续施工以实现合同目的。

（3）当事人应当充分预估政府相关行为对合作模式的影响

在《昆明市城市资源开发股份有限公司、昆明源泉甲和传媒有限公司合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》（（2020）最高法民申 52 号）一案中，最高法院认为，政府相关部门拆除“果皮广告箱”的行为并不构成城市资源公司违约的根本原因，城市资源公司作为独立的合同签订主体，应当充分预估政府相关行为对合作模式的影响。

实际上，《特许经营合作协议》中将“应维护特许经营权合作的完整性、连续性”明确约定为城市资源公司应尽的

合同义务。政府拆除“果皮广告箱”并不完全属于不能预见、不能避免、不能克服的客观情形，不符合不可抗力相关法律规定。城市资源公司无法按照合同约定提供合同履行条件，构成根本违约。

五、预期违约导致“合同目的不能实现”的认定

《民法典》第 563 条第 1 款第二项规定的情形，即在合同履行期限届满之前一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务，学理上通常称之为预期违约。

一方当事人以预期违约的方式不履行主要债务导致合同目的不能实现时，损害了债权人对债务人依约履行义务的合理信赖，如果守约方无法在合同履行期限届满前以解除合同等方式救济，将会造成损失扩大的后果，丧失更多的交易机会，对债权人明显不公平。

故此，赋予债权人以法定解除权以实现公平原则及资源有效再配置。

1.适用预期违约规则应当注意的问题

（1）拒绝履行从义务或者随附义务通常不构成根本违约“合同目的不能实现”与根本违约通常形成一一对应关系，在预期违约的情形中，原则上只有当事人拒绝履行主给付义务时，守约方才享有法定解除权；在违约方拒绝履行从义务或者随附义务时，如果并未实质性影响合同目的，则不属于法定解除事由。

应当注意的是，从义务有时会对合同目的的实现具有实

质性影响，比如在合同需经批准生效的情形中，一方不履行作为从义务的报批义务，将导致合同目的无法实现，此时守约方享有法定解除权。

（2）明示违约与默示违约

预期违约包括明示违约与默示违约两种方式。明示违约是指当事人明确表示不履行主要债务，在认定明示违约是否构成根本违约时，要求当事人拒绝履行的意思表示必须明确、直接，不存在歧义。

司法实践中主要表现为违约方向对方发出取消、终止或者解除合同的明确的意思表示，或者以声明的方式明确表示无法或者不能履行合同主要义务；同时违约方的根本违约行为不存在法定或者约定的免责事由或者履行抗辩等正当理由。

对于默示违约是否构成根本违约，在司法实践的具体认定中存在一定的难度，需要从当事人具体的外在行为来判断其是否存在不履行主要债务的主观心理状态。一般认为，在默示违约的情形中，违约方对于不履行合同导致的损害结果有主观上的故意，即放任甚至希望损害结果的发生。

因此，对于默示违约的认定，应当以当事人行为表征并结合其主观心理状态为标准。具体而言，如果当事人在履行期限届满前故意实施损害合同履行的行为，其拒绝履行合同的意图明显，即可认定其构成根本违约；如果债务人系暂时经营困难，在采取积极行为后仍无法履行合同主要义务，但

其主观上并无拒绝履行的故意,此时不宜判定其构成根本违约。如果难以判定债务人是否存在拒绝履行主要债务的主观心理状态,可以通过催告、协商等方式识别债务人履行主要债务的主观意愿。

(3) 预期违约解除合同与不安抗辩权

因当事人在合同履行期限届满之前不履行主要债务,针对不同情形下的违约行为,《民法典》为守约方提供了三种救济措施:

一是根据《民法典》第 563 条第 1 款第 2 项的规定,守约方有权要求解除合同,并且可以依据《民法典》第 566 条第 2 款的规定请求违约方承担违约责任。

二是根据《民法典》第 578 条的规定,守约方可以不请求解除合同,在合同履行期限届满前请求违约方承担违约责任,但守约方只能在履行期限届满才能主张实际履行。

三是在负有先履行义务一方当事人行使不安抗辩权中止履行后,对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的,视为以其行为表明不履行主要债务,此时守约方可以依据《民法典》第 528 条的规定,请求解除合同并主张对方承担违约责任。

民法学理认为,在《民法典》修订了不安抗辩权规范后,不安抗辩权的行使效果被限制在中止履行的范围内;债务人在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的,视为默示预期违约行为,此时相对人在主张解除合同时,《民法典》

第 528 条将规范援引指向了《民法典》第 563 条第 1 款第 2 项的规定，即应当援引预期违约法定解除权规范，在司法实践中不应再使用“不安抗辩权解除”的概念。

（参见：王利明主编：《中国民法典释评合同编·通则》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 580-581 页。）

在司法实务中，如果债权人负有先履行义务，行使不安抗辩权首先要有确切证据证明对方存在法定的有丧失或者可能丧失履行债务能力的各种情形，在其对债务人是否丧失履行能力或者存在其他预期违约行为无法准确判断时即直接解除合同，可能面临承担违约责任的风险。

故此，债权人可以依据《民法典》第 528 条的规定，通过中止履行、催告并要求提供担保等方式消除合同履行的不确定性，进而主张负有后履行义务的债务人构成预期违约，并行使法定解除权解除合同。

2.司法实践中关于预期违约的裁判规则

（1）以明确拒绝履行合同的函件及其他事实行为认定预期违约行为

司法实践中，因预期违约解除合同的情形，主要依据在合同履行期限届满前当事人一方以函件或者通知的方式并结合其他事实行为认定，单纯以默示违约的方式认定预期违约的情形比较少见。

在《中国铝业股份有限公司重庆分公司、中国铝业股份有限公司招标投标买卖合同纠纷二审民事判决书》（（2019）

最高法民终 511 号)一案中,最高法院认为,中铝重庆分公司单方面发出函件,明确表示暂停收购,对暂停期限没有说明,且至今亦未恢复收购。

结合中铝公司在《关于计提大额资产减值准备的公告》中明确表示由于市场变化原因导致停产,且已经为本案项目计提长期资产减值准备以及中铝重庆分公司已在厂区内建设满足大部分生产需求的 4 台竖式石灰窑等事实,均可以充分说明在涉案交易履行期限届满之前,中铝重庆分公司已经明确表示且以自己的行为表明不履行向博达公司继续收购约定产品的义务,且不具有应归咎于博达公司原因的合理事由,构成预期违约。

中铝重庆分公司以其行为已明确表明剩余履行期间内不再履行涉案涉协议,双方签订合同的目的已无法实现。而中铝重庆分公司基于行业产能调整、氧化铝行业亏损、竞争加剧等非博达公司原因提出终止交易的行为,是导致合同目的不能实现的主要原因。博达公司据此行使法律赋予的解除权,一审法院对此予以支持,适用法律正确。

应当注意的是,本案判决系在《民法典》生效后作出,关于当事人直接以起诉方式要求解除合同的,在人民法院支持合同解除主张时,合同解除日期为起诉状副本送达对方当事人之日,而并非本案判决所认定的判决生效之日。

(2) 当事人在履行期限届满前明确表示拒绝履行合同,对方另行签订合同属于防止损失扩大所采取的适当措施

司法实践中，一方当事人在履行期限届满前明确拒绝履行合同主要义务时，另一方当事人与第三人另行订立合同，属于防止损失扩大所采取的适当措施，并不构成违约。

在《辽宁华润万家生活超市有限公司、丹东华美房地产开发有限公司租赁合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》（（2020）最高法民申 2309 号）一案中，涉案《租赁合同》签订后，华美公司按照约定建设租赁物业并经华润公司确认符合其经营要求，后又应华润公司要求同意其延期开业并减少租金，华润公司在不具备合同约定终止情形的情况下，向华美公司发送《终止租赁合同及相关补充协议的通知》，以市场环境变化为由通知解除租赁合同，并且后续拒不接收涉案租赁物业，实质是明确表示拒绝履行合同，其行为已经构成根本违约。

在华润公司明确表示拒绝履行合同后，华美公司与案外人另行签订租赁合同，该行为属于依照合同法第 119 条第 1 款（《民法典》第 591 条）为防止损失扩大所采取的适当措施，华润公司以此为由主张涉案合同解除系因华美公司违约所致，缺乏理据。

（3）负有先履行义务一方构成明示违约，另一方当事人未按照约定履行催告义务不能抗辩先履行义务人要求继续履行合同的请求

如果合同中明确约定在合同履行期限届满的一定宽限期内，一方当事人在履行催告程序后对方当事人仍不履行主

要债务的，其有权自行处置合同中的相关权益。在负有先履行义务的一方当事人明确拒绝履行主要义务时，负有后履行义务的当事人未履行催告程序即自行处置合同权益，其是否可以抗辩已经违约的先履行义务人要求继续履行合同的请求。

在《逢某山、逢某青合同纠纷二审民事判决书》((2018)最高法民终 844 号)一案中，最高法院认为，受让人在偿还全部借款本息之前，无权要求转让人转让股权。更何况在其函件中，受让人并无已准备好偿还借款本息的意思表示；受让人在其不合理要求未获满足的情况下，事实上按其函中所声明的未再给付利息，已构成在先明示违约。

故此，受让人发函的行为不属于适当履行合同和正当行使不安抗辩权的行为。转让人在收到与《借款合同》约定不符的函后，并无义务相应作出通知受让人予以清偿的借款本息具体数额及具体履行方式、做好接受移转股权的准备工作等指示的义务，原审此节事实认定有误，本院予以纠正。

关于转让人能否以本案借款已提前到期而自行处置股权，根据《借款合同》约定，在受让人没有按期偿还借款或利息，经转让人书面催告后仍未能偿还的，转让人有权要求受让人立即偿还借款、利息及其他费用。

但本案中并无证据表明双方就还款付息一事进行沟通协商，亦无转让人书面催告还款的相关材料，在未尽催告义务、未确定实际还款期限亦未解除合同的情况下，转让人自

行处置目标公司股权有违合同约定。因此，受让人未能如约付息的违约行为不能构成转让人自行处置目标公司股权的充分合理理由，转让人应承担相应的违约责任。

应当指出的是，转让人虽有违约行为，但因受让人不主张解除合同，其仍应按照《借款合同》约定的履行顺序，在先履行清偿合同借款义务的前提下，才能要求转让人履行移转相应股权的义务，原审认定转让人违约在先，受让人可以请求同时履行，系认定事实错误，予以纠正。

（4）当事人不解除合同而主张预期违约责任，不能要求返还合同约定的款项

当事人为实现股权收购而约定交易保障性措施的交易价款，如果受让方不主张解除合同，其是否有权依据《合同法》第 108 条（《民法典》第 578 条）关于预期违约责任的规定，要求返还交易价款。

在《上海解放创意产业投资发展有限公司、中安科股份有限公司（原中安消股份有限公司）房屋买卖合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》（（2020）最高法民申 1849 号）一案中，最高法院认为，解放投资公司与中安科公司为实现《收购协议》中约定的收购先决条件的满足，由解放投资公司先行提供过渡期资金 3.2 亿元，包括 2 亿元借款及 1.2 亿元租金预付款，且双方虽约定以租金冲抵借款利息，但实际履行中未就租金和利息进行过结算和冲抵。

故此，解放投资公司与中安科公司之间并不成立借款合同

同的法律关系，2 亿元资金的性质亦非借款，而仅为完成交易保障性措施的交易价款。根据《合同法》的规定，在合同解除情况下，解放投资公司可以主张返还 2 亿元款项，但在解放公司不解除合同仅要求中安科公司承担预期违约责任的情况下，返还约定的过渡期借款不符合法律规定。

（5）债务人不具备履约能力且不提供履约担保债权人有权解除合同

如果债务人明确表示其无法履行合同，债权人经过尽职调查证明债务人不具备履行能力，在债务人不能根据债权人的要求提供履约担保时，债权人有权解除合同。

在《开封东京空分集团有限公司、白银有色集团股份有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书》（（2018）最高法民终 377 号）一案中，最高法院认为，白银公司发出《关于合同中止履行的函》，通知开封东京公司中止履行合同，并提供相应担保。因开封东京公司未提供相应担保，白银公司向开封东京公司发出《合同解除告知函》，要求解除双方签订的订货合同并退还前期支付的预付款。

依据《合同法》第 94 条（《民法典》第 563 条）第 1 款第 2 项的规定，开封东京公司明确表示因无法融资贷款，要求白银公司再支付超出合同约定的预付款。白银公司委托律师事务所做出的尽职调查也证明开封东京公司不具备履约能力，故白银公司有权要求开封东京公司提供相应的履约担保，在开封东京公司未提供担保的情况下，白银公司有权

以预期违约为由解除合同。

（6）未到期债券发行人默示拒绝履行的认定标准

企业债券违约对于金融市场、机构投资者均有重要影响，判断债券发行人是否构成“预期违约”或“拒绝履行”，应当依据合同法规定的条件，严格加以认定。

在《2016 年度上海法院金融商事审判十大典型案例之八：甲公司诉乙公司证券纠纷案——对未到期债券发行人默示拒绝履行的标准应严格认定》中，法院认为，公司发行多项债券的，每一项债券的发行和兑付均具有独立性。

对于未到期债券，发行人在其他债券项下的违约事实不能轻易认定为“以自己的行为表明不履行合同义务”的情形，即不构成对未到期债券之兑付义务的默示拒绝履行行为。此种情况下，未到期债券的持有人不能以发行人默示拒绝履行为由要求其提前兑付债券。

六、关于迟延履行导致“合同目的不能实现”的认定

当事人无正当理由在合同约定履行期限届满仍未履行债务，构成合同法上的迟延履行。在迟延履行对合同目的产生实质性影响时，法律赋予守约方解除合同的权利。《民法典》第 563 条关于迟延履行解除合同主要规定了两种情形：

一是债务人迟延履行主要债务，经催告后在合理期限仍未履行的；

二是迟延履行导致合同目的不能实现。

1.适用迟延履行规则应当注意的问题

（1）迟延履行主要债务经过催告后在合理期限仍未履行

在该种情形的适用中，应当把握三个要素：

一是当事人迟延履行的是合同主要义务；

二是债权人必须催告债务人履行债务，如果未经催告程序，即使债务人构成迟延履行，通常不能直接解除合同；

三是债务人在经催告后在合理期限内仍未履行。

司法实践中应当注意三个问题：

一是债权人必须在合同履行期限届满后催告债务人，如果在履行期限届满前发现债务人有丧失履约能力的风险进而催告债务人及时履行或者提供担保，并不具有合同解除意义上的催告效力。

二是合理期限有明确规定的，应当依照相关规定，比如《商品房买卖合同司法解释》第 15 条规定的合理期限为 3 个月；没有明确规定的，当事人可以协商确定，双方未形成合意的，可以根据合同类型、交易习惯并结合案件的实际情况确定。实践中，对于债权人“多次”催告债务人的，通常认定合理期限已经完成。

三是如果债权人在催告通知中指定的宽限期短于合理期限，其无需再次发出催告通知，可以直接延长至合理期限终止，合理期限经过债权人可以解除合同。

（2）迟延履行导致合同目的不能实现

在合同约定的履行期限对于合同目的实现具有实质性影响时，比如专为特定营销时点定制的货物，在特定营销时点经过后，合同履行已经没有实质意义。

故此，在迟延履行导致合同目的不能实现时，债权人有权直接解除合同，而无需履行催告程序并给予债务人以合理的宽限期。

2.司法实践中关于迟延履行的裁判规则

（1）《限期交货通知书》中规定的3日内交货是否属于合理期限

如果债权人在催告通知中指定较短的宽限期间，要求债务人履行主要义务，应当根据合同类型、交易习惯并结合案件的实际情况，认定该期限是否为合理期限，如果有证据证明债务人在履行期间届满前已经准备随时履行交货义务，则较短的期限通常认为是合理的。

在《集安市圣达参业有限公司、吉林省集安益盛药业股份有限公司买卖合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》（（2020）最高法民申4482号）一案中，最高法院认为，圣达公司迟延履行主要合同义务，经催告在合理期限内仍未履行，益盛公司享有合同解除权。圣达公司虽对益盛公司解除合同通知提出异议，但并未在法定期限内请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。原审法院依据《合同法》第94条、第96条（《民法典》第563条、第565条）第1款之规定，认定自圣达公司收到益盛公司《解除合同通知书》

之日起涉案合同解除。

圣达公司主张《限期交货通知书》中规定的3日内交货属于故意刁难。圣达公司未在《销购合同》约定的期限内交货已属违约，圣达公司当庭称，在合同履行期限届满前到益盛公司要求履行交货义务，说明圣达公司已备货，随时可履行交货义务。但嗣后圣达公司仍无法履行交货义务，前后矛盾，于理不通。圣达公司的该项主张不予支持。

（2）未经催告不享有法定解除权

在无证据证明迟延履行主要义务致使合同目的不能实现时，债权人未履行催告程序，不享有法定解除权。

在《宁夏千宗宝糖尿病肾病研究所、江苏红瑞制药有限公司专利权转让合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》（（2019）最高法民申1173号）一案中，最高人民法院认为，一审、二审法院查明，研究所仅向红瑞公司移交了二、三期临床试验总结报告等资料，并未移交生产涉案药品的核心工艺资料，故认定红瑞公司不构成根本违约并无不当。红瑞公司与多家企业签订了包括购置胶囊剂等生产设备在内的合同，与案外人签订了《产权置换合作协议书》，约定由其负责中药提取生产，红瑞公司负责药品制剂生产，且经法院实地考察，红瑞公司预留了生产车间的场地，购置了相关设备仪器等合同。

因此，红瑞公司已为履行涉案协议做了一定的准备，并未明确表示或以自己的行为表明其不履行协议。同时，研究

所向红瑞公司发送其与同仁堂公司之间的生效判决书等材料，仅是其履行协议约定的义务，不属于法律意义上的催告行为，研究所并未提供证据证明其向红瑞公司发出明确催告的意思表示，亦无催告履行的具体内容，故研究所依法不享有合同解除权。

（3）合同相对人可以不经催告直接解除合同

当事人未在合同约定的履行期限内履行主要债务，如果履行期限在合同内容上具有特别重要意义，迟延履行将导致合同目的无法实现，则债权人无需催告即可行使法定解除权。

在《刘某璞、北京海博远创软件科技有限公司计算机软件开发合同纠纷二审民事判决书》（（2020）最高法知民终335号）一案中，最高法院认为，《合同法》第94条（《民法典》第563条）第四项规定，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的，当事人可以解除合同。

根据合同的性质和当事人的意思表示，履行期限在合同的内容上特别重要，履行义务方不予合同约定期内履行，就达不到合同目的。在这种情况下，履行义务方未在履行期限内履行义务的，合同相对人可以不经催告而径直解除合同。海博公司违反《技术开发合同》约定，超过合同履行期限30日未能交付涉案软件，导致刘某璞签订合同的目的是不能实现。刘某璞依据有关法律规定和合同约定，要求解除合同的诉讼请求符合合同约定与法律规定。

（4）不宜仅因软件开发方超过合同约定的履行期限交付软件即认定其构成迟延履行

对于计算机软件开发业务而言，软件开发方在最初签订开发合同时，并不能真正全面地了解客户需求，因此，通常情况下，双方会在签订合同后，由开发方再进行详细的客户需求调研，以确认最终的需求，而且在实际开发进程中，上述已确认的需求及其软件实现方式也会随着开发的不断深入存在变更的可能。

故此，在软件委托开发纠纷中，不宜简单地以迟延交付开发成果认定迟延履行。

在《陈某琳、潘某凯计算机软件开发合同纠纷二审民事判决书》（（2020）最高法知民终 1077 号）一案中，最高人民法院认为，计算机软件开发合同履行过程中，随着委托方需求的进一步明晰、合同双方交流的不断深入、受托方阶段性完成的具体情况、市场情势的客观变化乃至交易成本控制的考虑，软件内容和功能存在进行调整和改进的情况，不宜仅因软件开发方超过合同约定的履行期限交付软件，即简单认定其构成迟延履行。

（5）约定解除权并未涵盖迟延履行主要债务的法定解除情形

司法实践中，如果当事人在合同中约定解除合同的事由，但并未覆盖迟延履行主要合同义务的情形，债权人的约定解除权与法定解除权可以并用。

在《湖南裕丰祥食品科技有限公司、成都南联食品包装机械有限公司买卖合同纠纷再审民事判决书》（(2019)最高法民再 229 号）一案中，最高法院认为，时间是影响企业生存的重要因素，在瞬息万变的市场中，大型机器设备长时间不能正常运转与企业生存发展的直接联系不言而喻。裕丰祥公司多次发函催促，成都南联公司均未按合同要求履行将设备调试、维修、更换等至正常使用状态，且直至成都南联公司已进入破产程序，确已无能力履行维修和更换涉案设备的义务，其行为已构成《合同法》第 94 条（《民法典》第 563 条）第三项的法定解除情形。尽管合同约定，先由成都南联公司修理和更换整台套有问题的设备，若仍然达不到约定的性能标准时，裕丰祥公司才有权利解除合同。但该约定解除权并未涵盖迟延履行主要债务的法定解除情形，也没有排除《合同法》第 94 条第三项法定解除权的行使。

因此，法定解除权与约定解除权可以并存适用。二审法院用约定解除权排除了法定解除权的适用，且在当事人没有提出该项诉讼请求的情况下，径行判决更换涉案生产线和迟延履行违约金，适用法律错误，予以纠正。

（6）迟延履行未构成根本违约不能解除合同

在建设工程施工合同中，发包人未按照约定履行支付工程价款的义务属于严重违约行为，即使承包人拖延工期但建设工程质量合格的，其迟延履行行为属于一般违约行为，发包人无权依据《合同法》第 94 条（《民法典》第 563 条）

第三项的规定主张行使法定解除权。

在《海南昌江鑫龙房地产开发有限公司诉海南献林建筑安装工程有限公司建设工程施工合同纠纷再审案》（(2017)最高法民申 51 号）一案中，最高法院认为，《合同法》第 94 条（《民法典》第 563 条）第三项关于当事人可以解除合同的规定，以及《建设工程解释》第 8 条第二项关于“合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的”，发包人请求解除建设工程施工合同应予以支持的规定，均为规定法定解除合同的条款，即合同生效后，没有履行或者未履行完毕前，当事人在法律规定的解除条件出现时，行使解除权而使合同关系消灭。

法定解除权，就其性质而言是一种形成权，是指权利人依自己单方意思表示即可使民事法律关系消灭的权利，正由于法定解除权赋予权利主体以单方意思表示干预法律关系的权利，从保护相对人免受不公平结果损害以及维护交易安全和稳定、鼓励交易的角度出发，法定解除权通常应赋予守约方而非违约方。本案中即便承包人出现了迟延履行，如其有正当理由，发包人解除合同的主张亦不能得到支持。

发包人未按合同约定支付工程价款构成违约；承包人虽因补救质量问题拖延工期，但经过整改补救工程质量验收合格。故承包人属一般违约，相比而言，发包人未按合同约定足额支付工程款，构成严重违约。

本案因发包人违约在先，承包人的迟延履行存在正当理

由，发包人依据《合同法》第 94 条（《民法典》第 563 条）第三项以及《建设工程解释》第 8 条第二项的规定请求解除合同，不符合上述条款有关法定解除合同的条件。

七、认定“合同目的不能实现”的其他情形

1.股权被查封是否导致合同目的不能实现

在股权转让交易中，出于融资的需要，作为转让标的的股权可能因存在质押权利负担被采取司法保全措施，在当事人并未就此情形约定为合同解除事由时，受让人是否可以以股权被查封构成合同目的不能实现为由主张享有法定解除权。

在《王某生、李某斌合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》（（2020）最高法民申 4764 号）一案中，最高人民法院认为，即使债务人持有的目标公司股权目前处于被法院查封的状态，也仅是暂时不能办理变更登记。该股权事实上仍在债务人名下。由于双方并未约定合同解除的情形，债权人主张涉案协议应当解除，只能依照有关合同法定解除的规定。

由于涉案股权并未丧失办理变更登记的可能性，因此，不符合《合同法》第 94 条（《民法典》第 563 条）中合同目的无法实现的情形。债权人主张该股权无法办理变更登记缺乏依据。

2.未交付软件源代码和其他文档并不必然导致合同目的不能实现

在软件委托开发合同中，软件开发成果是软件开发、测

试阶段的产物,交付软件开发成果是软件开发测试阶段完成的标志,在验证确认阶段,仍然可能需要修改源代码以完善软件并相应修改文档。因此,文档和源代码的交付并非软件开发成果交付之初的内容,在合同未明确约定文档和源代码的具体交付条件时,未交付文档和源代码是否导致合同目的不能实现。

在《北京通世舟数字科技有限责任公司、北京慧格创新科技有限公司计算机软件开发合同纠纷二审民事判决书》((2020)最高法知民终 1107 号)一案中,最高法院认为,对于计算机软件开发项目而言,开发方的主要合同义务即为开发涉案软件并完成交付,开发方已经将开发完成的软件在用户现场进行了部署,应当认定开发方已经初步完成了双方约定的主要合同义务,其未交付软件源代码和其他文档,并不必然导致合同目的不能实现,并且委托方直至原审庭审时,才以开发方未交付包括软件源代码等在内的全部软件成果构成根本违约为由要求解除合同。原审法院据此认定开发方迟延履行交付开发成果等义务导致合同目的无法实现,缺乏证据支持,予以纠正。

3.不确定性交易目的不能构成合同目的

当事人在订立合同时,应当以合同本身所欲实现的权益作为其交易目的,而不能以合同之外其他不确定性交易目的的的实现作为其合同目的。

在《湖南宏基实业开发有限公司、衡阳市沐林房地产开发有限公司建设用地使用权纠纷二审民事判决书》((2019)最高法民终 1464 号)一案中, 最高法院认为, 宏基公司主张沐林公司逾期付款导致其以土地转让款另行竞价取得新地块的合同目的不能实现, 其有权解除合同。

经审查, 《土地置换协议书》约定, 土地中心同意由宏基公司将涉案土地以土地置换的方式转让给沐林公司, 由宏基公司自选地块, 通过国土挂牌竞价取得出让土地。从该约定看, 宏基公司取得置换土地需通过公开竞价的方式, 这一交易方式存在不确定性, 即便沐林公司如期支付转让款, 宏基公司仍存在竞拍失败的可能, 故沐林公司逾期付款与宏基公司不能取得置换土地之间并不存在必然的因果关系, 宏基公司以此为由请求解除合同的主张不能成立。

最高人民法院民一庭：

涉及婚姻案件处理分析民事（离婚） 审判实务问答

一、诉讼程序方面的问题(20 个问题)

1、在诉讼中，当事人自愿离婚，并就财产问题、债权债务处理达成一致，第三人是否能以确认该协议的生效民事调解书侵犯了其合法权益？

答：离婚纠纷案件的当事人只能是婚姻缔结的双方，不列案外第三人为诉讼当事人。一般情况下，第三人认为调解协议侵犯其合法权益申请再审缺乏法律依据，人民法院应予以驳回。但人民法院发现确有错误，又必须再审的，人民法院根据相关法律精神走审判监督程序办理。

2、债务人（被执行人）已通过离婚协议或法院的离婚判决对夫妻共同财产进行了分割，人民法院可否直接追加被执行人的原配偶为被执行人执行其财产？

答：根据相关法律精神，当事人的离婚协议或者法院的离婚判决对财产分割的处理只对夫妻双方有约束力，但不能对抗其他债权人。如该债权形成于结婚前或离婚后，则不能追加被执行人的原配偶为被执行人并执行其财产。

3、离婚诉讼中，双方对财产价值有争议时，是否必须

委托中介机构评估？

答：双方对财产价值有争议的，可通过协商、竞价、作价、评估、拍卖等形式形成确定和处理财产，处理财产时应贯彻照顾子女和女方权益的原则以及照顾无过错方的原则，不是必须委托中介机构评估。

4、离婚诉讼涉及家庭共有财产的分割，能否将其他家庭成员追加为共同诉讼人？

答：对家庭共有房屋的分割问题可告知当事人另案起诉，或者中止离婚诉讼，不应将其他家庭成员追加为离婚诉讼的共同诉讼人。

5、离婚诉讼涉及家庭共有房屋的分割，在法院中止离婚诉讼后，离婚诉讼的夫妻及家庭成员均不提起诉讼对房屋进行确权和分割，该离婚案件如何处理？

答：遇到这类情况，法院可向当事人释明不起诉对房屋进行确权分割的法律后果，征询其对家庭共有房屋中涉及夫妻共有部分的分割意见。如果当事人同意在该案中不主张人民法院对该房屋进行继续分割的，则案件恢复审理；如当事人坚持分割，则法院可限定其向法院提起诉讼的期限，逾期则告知当事人另案处理，离婚诉讼恢复。

6、丈夫起诉与妻子离婚，妻子起诉丈夫犯重婚罪，二件案件是否可同步审理？

答：二者属不同诉讼程序，处理时应先中止民事诉讼，待刑事重婚案件审结后再恢复民事诉讼。

7、对宣告婚姻无效的案件应适用什么程序？

答：宣告婚姻无效属非讼案件，人民法院可适用特别诉讼程序的规定予以裁决。将财产问题、子女抚养问题与婚姻无效问题分开处理。

8、离婚损害赔偿请求权是否可以与离婚诉讼一并处理？

答：根据相关司法解释，以上二者可以一并处理。有权提起损害赔偿请求的主体必须是无过错方，双方必须是合法夫妻关系而非同居关系。

9、宣告一方当事人失踪、死亡和缺席判决离婚所产生的法律后果是否相同？

答：宣告一方当事人失踪、死亡和缺席判决其离婚产生的法律后果不同，主要区别在于，根据相关法律的规定，其夫妻关系是否可以依法恢复。

10、婚姻关系存续期间，一方不起诉离婚，而单独起诉向对方提出损害赔偿，法院应否支持？

答：人民法院不应对该请求予以支持。

11、离婚案件当事人在举证期限过后或开庭时才提出分割财产，是一并处理还是另案处理？

答：以上情形属追加诉讼请求的情形，人民法院可不予合并审理，告知当事人另案主张。但对方当事人同意对该请求进行答辩处理的，考虑离婚案件的特殊性，可予准许，对该请求合并审理，法院应重新指定举证期限，或由当事人之间商定。

12、离婚案件，被告经合法传唤，无正当理由拒不到

庭，是否当庭作出离婚判决？

答：因离婚案件必须调解，一方不到庭，法院一般要慎重对待，一般不会作出缺席判决。但对公告送达的案件除外。

13、原告撤诉的离婚案件，被告要求离婚的，是视为反诉合并审理，还是告知另案主张？

答：告知被告另案主张。

14、离婚一方当事人对配偶的重婚行为不追究，只是要求处理离婚问题，法院是否准许？法院对发现的重婚问题是否应主动移送相关部门处理？

答：人民法院应准许，但不影响当事人事后依据刑事诉讼法提起其配偶重婚的自诉案件。人民法院对发现的重婚问题应主动移送公安部门处理。

15、男方起诉离婚，人民法院在审理过程中才发现女方处在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内。对此，法院应以男方的起诉不符合受理条件则驳回起诉，还是作实体处理？

答：发现以上情况，人民法院应以男方的起诉不符合受理条件而驳回男方的起诉。但法院认为确有必要受理的，如女方有重大过错（重婚、姘居导致怀孕，男方情感无法谅解，或女方实施家庭暴力，男方人身受到严重威胁）等情况，法院可受理，并作实体处理。

16、离婚案件中，没有鉴定结论证明被告有精神病的情况下，能否准许其父亲或母亲作为法定代理人代其出庭应诉？

答：若有以上情况，没有鉴定机构的结论证明被告患有精神病的情况下，不能认定该当事人无民事行为能力，不能准许其父亲或母亲作为法定代理人代其出庭应诉。

17、离婚案件中，被告提出要求原告补偿一定数额的精神损失费，是否属于反诉？是否应合并审理？

答：不属反诉请求，应作为离婚诉讼中的其中一项诉讼请求予以合并审理即可。

18、离婚后，一方能否继承租对方单位公房？

答：未违反《关于审理离婚案件中公房使用、承租若干问题的解答》中的相关规定，一方可依法取得对公房的承租权，在租赁合同有效期内，一方可继续承租对方单位的公房。

19、当事人在民政局协议离婚后，又以婚姻法第四十六条提起离婚损害赔偿，人民法院应如何处理？

答：只要当事人未在离婚协议中放弃离婚损害赔偿，且在离婚登记后一年内提出，人民法院应予以受理。（注意一定的规定属于除斥期间，不能中止、中断）

20、债权人追索被继承人生前债务的案件，如法定继承人明确表示放弃继承的，法院如何判决？

答：为保护债权人的合法权益，人民法院应当认定放弃继承无效，通知继承人参加诉讼，并依法判决继承人对被继承人的实际财产价值为限清偿债务。

二、同居、事实婚姻问题(7个问题)

1、男女因同居生活生下子女，女方因抚养费问题提起诉讼，如何确定案由？应为解除同居关系还是给付抚养

费？

答：应确定为抚育费纠纷；如同居期间一方起诉“离婚”并要求对子女抚养作出处理的，应确定案由为解除同居关系。

2、审理“未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女”的“离婚”案，如果认为其符合结婚的条件，在告知其补办结婚登记后仍不补办的，应如何处理？

答：仍不补办的，法院应按解除同居关系处理。

3、解除非法同居关系或离婚诉讼中，女方主张青春补偿费的，法院如何处理？

答：不予支持。

4、女方以同居期间多次怀孕人流等原因影响身体健康为理由要求男方赔偿，法院应否支持？

答：以上情形属于同居造成后果，无合法婚姻为前提，故以上请求无法律依据，人民法院不予支持。

5、男方起诉解除非法同居关系的案件中，女方已怀孕的，如何处理？

答：人民法院仍应继续审理。

6、如何认定事实婚姻？自 2001 年婚姻法修改后，事实婚姻还受法律保护吗？

答：我国在一定范围内承认婚姻的合法性。1994 年 2 月 1 日之前，男女双方符合婚姻法实质要件的，按事实婚处理，不论双方共同生活时间长短，不论双方共同生活初期或者某个阶段是否符合婚姻法的实质婚姻关系要件。之后，必须补办登记，否则不受法律保障。

7、基于同居期间而产生的债务应如何确定清偿责任？

答：分清共同债务和个人债务，区别处理。

三、夫妻共同财产问题(15 个问题)

1、离婚诉讼的当事人申请保全夫妻共同财产，是否应提供担保？

答：应否提供担保以及数额由法院视具体案情处理。

2、“私房钱”属夫妻个人财产还是夫妻共同财产？

答：婚姻当事人间未订立关于“私房钱”的约定或约定不明、或无效，适用法定夫妻财产制，即认定为共同财产。

3、离婚案件中，以男方名义购买的房改房，能否判归女方所有？

答：区分情况：

（一）公民以市场价和成本价购买的房改房：夫妻一方在婚前以个人财产购买的房改房，并将房屋权属证书登记在一方名下的：

公民以市场价和成本价购买的房改房：夫妻一方在婚前以个人财产购买的房改房，并将房屋权属证书登记在一方名下的：

其一：对婚前由一方承租婚后以个人财产购买的房改房，法院具体可酌情处理。

其二：对婚前由一方承租，婚后以共同财产购买的房改房，不论是否登记在一方还是双方名下，为共同财产。

（二）公民以标准价购买的房改房属拥有部分产权房，根据相关司法解释，人民法院不判决房屋所有权的归属，可

判决由当事人使用，当事人取得完全所有权后，可以另行起诉。

公民以标准价购买的房改房属拥有部分产权房，根据相关司法解释，人民法院不判决房屋所有权的归属，可判决由当事人使用，当事人取得完全所有权后，可以另行起诉。

4、婚前男、女任一方按揭贷款所购买的房屋，婚后共同付款，离婚时尚未付款完毕的，是否属夫妻共同财产？如何分割？

答：对采取住房抵押贷款方式购买商品房的未付清全部房价款的房屋属于尚未取得所有权的房屋在离婚诉讼时不应作为夫妻共同财产进行分割，应按上述规定进行处理。（作者注：这个规定在实践司法审判中并未被采纳，法院一般会判决得房一方继续还贷，处理房屋分割）

5、婚后一直与家庭其他成员共同生活离婚时如何确定夫妻共同财产？

答：应将夫妻共同财产先从家庭共同财产中析出。

6、婚姻关系存续期间一方取得的知识产权是否属于夫妻共同财产？

答：应以该知识产权的财产性收益取得是否在婚姻关系存续期间为判断标准，而不应以该知识产权权利本身的取得的时间为判断依据。离婚时，只能对现有财产进行分割，对没有实现其价值的财产性收益不能估价予以分割，智力成果只有转化为具体的有形财产后才能属于夫妻共同财产，对其配偶在共同生活中付的劳动，可从其他财产中给予适当的补

偿和照顾。

7、婚姻关系存续期间，一方取得的铺位承租权、转租权是否属于夫妻共同财产？

答：属共同财产，由法院酌情处理。

8、指定受益人为夫妻一方的保险利益是否属于夫妻共同财产？

答：根据我国相关法律规定，保险利益主要表现为保险金。保险利益具有特定的人身关系，应属于夫妻一方的个人财产，不属于夫妻共同财产。关注法客帝国传播法治正能量！

9、夫妻一方的住房公积金或住房补贴是不属于夫妻共同财产？

答：在离婚案件中具体处理住房补贴和住房公积金属于其他应当归夫妻共同所有的财产。在离婚案件中，首先应区分取得于婚前或婚后，离婚时分割的只应是婚姻关系存续期间的住房公积金、住房补贴总额再进行分割。当事人离婚不是提取住房公积金的事由，故经过折抵后，由一方根据其拥有的公积金、住房补贴的差额给对方补偿。

10、离婚案件中，对夫妻共同债务分担的判决是否免除了双方的连带清偿的责任？

答：仍应负连带责任。

11、在离婚案件中，当事人举出以一方名义借债的欠条认为形成夫妻共同债务，对方以自己不清楚或不是用于共同生活为由相抗辩，此类情况如何处理？

答：由人民法院对债务形成的有关事实、性质、举债的

用途等综合审查判决。

12、配偶中一方立遗嘱把属于夫妻共有的财产赠与给子女和朋友，这样的遗嘱有效吗？

答：对该遗嘱所涉及的公共财产，应分出一半归配偶所有，其余一半由遗嘱指定的继承人继承，擅自处分的财产部分应认定无效。

13、离婚案件中，涉及分割共同财产中，以一方名义在有限公司的出资额、另一方不是该公司股东时，应如何处理？

答：在按婚姻法若干问题的解释二处理的同时，兼顾《公司法》和维护股东间的和蔼稳定处理。

14、人民法院在审理离婚案件时，应当如何分割合伙企业中夫妻共同财产的份额？

答：按最高院司法解释二第十七条的规定处理。

15、离婚案件中如何分割当事人夫妻共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价值证券？

答：法院在处理该类案件时，应尽量争取当事人协商解决。如协商不成，或按市价分配有困难，法院可根据数量按比例分配，待判决生效后，具体的操作问题由当事人自行决定。对于法律法规限制转让的股票或股份，人民法院不宜分割处理，可告之当事人在符合转让条件后，再向人民法院起诉进行分割。

四、子女抚养问题(7 个问题)

1、离婚或抚养纠纷案中，一方否定子女是其所亲生，

又拒绝作亲子鉴定的，或对方拒绝亲子鉴定的，人民法院可否强制当事人做亲子鉴定？

答：亲子鉴定必须以当事人同意为要件，法院不得强制取证。如双方当事人均同意做鉴定，应予准许。在处理此类案件中，对亲子鉴定结论应作为鉴别亲子关系的证据之一，应与案件其它材料相印证，综合分析，做出正确判断。若当事人坚持拒绝鉴定，可依照《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立”的规定，综合全案的其他证据及案情作出是否亲子关系的认定。

2、不起诉离婚，仅起诉被告给付抚养费，法院是否应予以支持？

答：法院可以受理及对案件进行实质处理。

3、离婚案件遗漏子女抚养的处理，法律文书生效后，当事人应另案主张还是对案件申请再审？

答：告之当事人另案起诉。

4、探视权纠纷应如何执行？

答：十周岁之内子女探视权的处理，应执行原生效法律文书的规定。十周岁以上子女的探视权，应征得子女的意见。对于双方关系矛盾激烈的，可由幼儿园或学校协助执行探视。

5、已在民政部门协议离婚，能否再就子女抚养及财产分割提起诉讼？夫妻一方不履行在民政部门主持下达成的财产分割的协议，另一方能否申请法院强制执行？

答：当事人虽然达成协议，但仍向法院提起诉讼，法院受理。依照我国民法通则、合同法、婚姻法的基本原则及相关规定，本着公平原则、男女平等原则、保护妇女儿童合法权益的原则，在查清家庭财产、夫妻共同财产、和婚前财产的状况后，予以合情合理的解决。

当事人不能据离婚协议直接向人民法院申请执行，需另行起诉，法院确认后再申请强制执行。

6、离婚案件中，人民法院判决二婚生子女一随原告、一随被告时，因二子女年龄有差距，是否还要判决抚养较大子女一方补偿年龄差距部分的抚养费予另一方？

答：从公平角度出发，考虑双方的经济收入和负担能力等情况，结合当事人的意见，人法院可以酌情处理。

7、已逾 18 周岁的在校大学生，是否有权起诉父母要求给付抚养费？

答：父母没有为其提供抚养费的法定义务。

最高人民法院
婚前买房、婚后买房、父母出资买房
房产归属一览表

来源：最高人民法院司法案例研究院。

结婚买房，在大多数人看来是豆浆配油条的固定搭配。结婚买房的方式有很多种，有婚前就买好的，有结婚后夫妻双方共同买的,还有父母出资买的……这些情形，怎么认定房子的归属？离婚时，又怎样进行分割呢？

一、婚前买房

出资情况	房屋产权登记	司法实践
一人出资	结婚前取得房屋产权，房屋登记在出资方名下，并还清个人贷款或全款买房	认定为出资方的个人财产
	结婚前已还清全部贷款，但婚后取得房本，房屋登记在出资方名下	
	结婚前夫妻一方已支付房屋首付款，并向银行申请贷款，房屋登记在该方名下，婚后用夫妻共同财产还贷	认定为产权登记方的个人财产，夫妻二人共同支付的贷款及房屋相对应的财产增值部分属于共同财产；尚未偿还的贷款视为产权登记方的个人债务。

	房屋登记在非出资方名下	通常是出资方不具备购房条件，以对方名义购房，若无特殊情况，会视为以结婚为目的的赠与，按共同共有处理；如果有证据证明出资方明确表示归登记一方个人所有，按产权登记方个人财产处理。
双方出资	房屋落在夫妻二人名下	同居生活期间购房，按一般共有财产处理；婚后认定为夫妻共同财产。
	房屋登记在夫、妻一人名下	同居生活期间购房，按一般共有财产处理；非同居生活期间购房，按照共同财产处理还是按照借款或赠与处理，视具体情况而定，法官综合考虑购房背景、出资数额等因素，以公平原则作出认定。

二、婚后买房

出资情况	房屋产权登记	司法实践
以夫妻一方婚前个人财产购房	房屋登记在出资方名下	房屋是出资方个人婚前财产在婚后的转化，应认定为个人财产；若出资方只支付了首付款，房款尚未偿还部分及房屋增值部分应认定为夫妻共同财产。
	房屋登记在夫妻双方名下或非出资方名下	应认定为夫妻共同财产
以夫妻共同财产购房	房屋登记在夫妻双方名下	认定为夫妻共同财产
	房屋登记在夫妻一方名下	

	房屋登记在未成年子女名下	夫妻离婚时不能简单地完全按照登记情况将房屋认定为未成年子女的财产。法院重点审查夫妻双方在购买房屋时的真实意思表示。如果真实意思确实是将购买的房屋赠与未成年子女，离婚时应将该房屋认定为未成年子女的财产，由直接抚养未成年子女的一方暂时管理；如果真实意思并非将房屋赠与未成年子女，离婚时将该房屋作为夫妻共同财产处理。
--	--------------	---

三、父母出资买房

1、婚前：

出资人	房屋登记	司法实践
一方父母全资出资	登记在出资方子女名下	认定为产权登记方婚前个人财产
一方父母支付房屋首付款	登记在出资方子女名下	由夫妻二人共同还贷，离婚时一般将房产判归产权登记方所有，由该方支付剩余贷款。对婚内夫妻双方共同还贷（包括本金与利息）及房屋增值部分，由产权登记方对另一方进行补偿。
	登记在另一方子女名下	一般认定为夫妻共同财产。父母明确表示赠与登记方或夫妻双方或者其他相反约定的除外。
	登记在双方子女名下	认定为夫妻共同财产。若双方约定了共有方式及各自份额，则按照双方约定享有房屋产权。若双方对共有方式未进行约定，视为等份共有。

双方父母均出资	登记在夫妻一方名下或双方名下	应认定为夫妻共同财产。父母的出资应认定为对各自子女的赠与。
---------	----------------	-------------------------------

2、婚后：

出资人	房屋登记	司法实践
一方父母全资出资	登记在出资方子女名下	认定为个人财产。《婚姻法司法解释（三）》规定，婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第三项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。
	登记在对方子女名下或双方子女名下	一般认定为夫妻共同财产，父母出资部分视为对对方子女的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。
一方父母部分出资（或支付首付款），夫妻双方共同还贷	登记在出资方子女名下或双方子女名下	认定为夫妻共同财产，父母出资部分视为对对方子女的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。
双方父母均出资	登记在一方名下	一般按照夫妻共同财产处理。根据《婚姻法司法解释（三）》规定，该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有，但当事人另有约定的除外。
	登记在双方名下	认定为夫妻共同财产

四、离婚判决时对房产不予处理的情况

情形	司法实践
离婚时尚未取得不动产登记证书：夫妻一方婚前支付部分房款，婚后共同还贷，或一方用个人财产还贷，但房屋增值。	待办理完毕不动产登记证书后另行起诉
不动产登记证书有第三方	法院一般不会主动将第三方追加为第三人，而是根据当事人的申请采取如下措施：（1）对房屋部分的财产分割不予受理，由当事人另案起诉；（2）将案件中止审理，告知当事人另行提起析产之诉，后根据析产之诉的判决结果，分割夫妻共有部分。

五、房产分割的 6 种特殊情况

1、小产权房分割

对于已被有权机关认定为违法建筑的小产权房，不予处理；但违法建筑已经行政程序合法化的，可以对其所有权归属作出处理。

对于虽未经行政准建，但长期存在且未受行政处罚的房屋，可以对其使用作出处理。这种情况下，人民法院应向当事人释明变更相关诉讼请求。在处理相关房屋的使用归属时，能分割的进行分割，不能分割的可采用协商、竞价、询价等

方式进行，取得使用权的一方应向对方给予适当补偿。

在小产权房分割案件中，应在判决论理部分中明确，对该小产权房的处理不代表对其合法性的认定，不能以此对抗行政处罚、不能作为产权归属证明或拆迁依据等。

2、公房承租权的分割

离婚案件中涉及公房承租权处理时，属于直管公房的，可在判决中明确承租权以及承租关系的变更。

属于自管公房的，夫妻只有一方在产权单位工作，一般应把承租权确定在该产权单位工作的人名下，另一方获得补偿；但经产权单位同意的，可以确定由另一方承租或共同承租。

3、经济适用房、两限房的分割

限售期内的经济适用房、两限房在离婚诉讼中可以酌情进行分割。

经济适用房、两限房由一方在婚前申请，以个人财产支付房屋价款，婚后取得房产证的，应认定为一方个人财产；婚后以夫妻双方名义申请，以夫妻共同财产支付房屋价款，离婚后取得房产证的，应认定为夫妻共同财产。

4、标准价购买公房的分割

婚姻关系存续期间以夫妻共同财产出资以标准价购买公有住房而获得的“部分产权”，该“部分产权”应认定为夫妻共同财产，可以在综合考虑房产来源、工龄折算等因素，并征求原产权单位意见确定产权单位权利比例后，予以公平分

割。

5、约定服务条件房产的分割

夫妻一方在婚后通过与用人单位约定服务条件取得的房产为夫妻共同财产，但离婚时服务条件尚未实现的一般应判归约定服务条件的一方。

6、优惠购房权性质与折算

农村拆迁补偿中按所涉人口数取得的优惠购房权，即优惠购房指标，系基于特定身份获得的优惠安置利益，但并非优惠取得的物权本身。

离婚时优惠购房权价值折算可考虑优惠取得的房产性质、能否上市交易、能否取得产权证等因素，在不高于市场价格与优惠价格的差价范围之内予以确定。

全国二十八个省市人身损害赔偿标准 (2021 版)

一、北京市

2021 年 1 月 20 日，北京市统计局公布 2020 年度居民收入及支出数据，其中 2020 年度北京市全市居民人均可支配收入 69434 元、2020 年度北京市全市居民人均消费性支出 38903 元，根据《北京市高级人民法院关于开展人身损害赔偿纠纷案件统一城乡居民赔偿标准试点工作的通知》规定，即日起，北京地区机动车交通事故责任纠纷案件、交通肇事刑事案件中的附带民事诉讼案件中的残疾/死亡赔偿金均按照 69434 元/年进行计算、被扶养人均按照 38903 元/年计算。

二、天津市

2021 年 1 月 21 日，天津市统计局公布 2020 年度天津市城镇居民人均可支配收入 47659 元/年，根据《天津市高级人民法院关于开展人身损害赔偿案件统一城乡标准试点工作的意见（试行）》（津高法[2019]338 号）规定，即日起，天津地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 47659 元/年进行计算。

三、上海市

2021 年 1 月 24 日，上海市统计局公布 2020 年度上海

市居民收入及支出标准,其中上海市全市居民人均可支配收入 72232 元、全市居民人均消费支出 42536 元,根据《上海市高级人民法院关于开展人身损害赔偿标准城乡统一试点工作的实施意见》规定,即日起,上海地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 72232 元/年进行计算、被扶养人生活费均按照新标准 42536 元/年进行计算。

四、重庆市

2021 年 1 月 21 日,重庆市统计局公布 2020 年度重庆市居民收入及支出数据,其中 2020 年度城镇常住居民人均可支配收入 40006 元,城镇常住居民人均生活消费支出 26464 元。根据《重庆市高级人民法院关于开展机动车交通事故责任纠纷案件人身损害赔偿标准城乡统一试点工作的意见》(渝高法[2020]58 号)规定,即日起,重庆地区机动车交通事故责任纠纷案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 40006 元/年进行计算、被扶养人生活费均按照新标准 26464 元/年进行计算。

五、江苏省

2021 年 1 月 21 日,江苏省高级人民法院公布 2020 年度江苏省人身损害赔偿标准,2020 年度江苏省全省居民人均工资性收入 24657 元、人均经营净收入 5703 元,全省平均负担系数 1.84,2020 年度江苏省全省居民人均生活消费支出 26225 元。根据《江苏省高级人民法院关于开展人身损

害赔偿标准城乡统一试点工作的实施方案》规定，经计算，残疾/死亡赔偿金最新标准为 55862.4 元/年。即日起，江苏地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 55862.4 元/年进行计算。

六、浙江省

2021 年 1 月 19 日，浙江国家统计局调查总队公布 2020 年度浙江省居民收入及支出收据，其中全体居民人均可支配收入 52397 元、全体居民人均消费支出 31295 元。目前，浙江地区均已试点统一人身损害赔偿标准，除宁波市试点按照宁波市城镇居民人均可支配收入、城镇居民人均消费性支出标准计算残疾/死亡赔偿金、被扶养人生活费以外，其余地市均试点按照浙江省全体居民人均可支配收入、全体居民人均消费支出计算残疾/死亡赔偿金、被扶养人生活费。即日起，除宁波市以外，浙江地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 52397 元/年进行计算、被扶养人生活费均按照新标准 31295 元/年进行计算。

七、宁波市

2021 年 1 月 26 日，宁波市统计局、国家统计局宁波调查队公布 2020 年度宁波市居民收入及支出数据，其中城镇居民人均可支配收入 68008 元、城镇居民人均生活消费支出 38702 元。根据《浙江省宁波市中级人民法院关于开展人身损害赔偿标准城乡统一试点工作通知》（甬中法内传〔2019〕92 号）规定，即日起，宁波地区人身损害赔偿案件中残疾

赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 68008 元/年进行计算、被扶养人生活费均按照新标准 38702 元/年进行计算。

八、内蒙古自治区

2021 年 1 月 20 日，内蒙古自治区统计局公布 2020 年度内蒙古自治区城镇居民人均可支配收入 41353 元，根据《内蒙古自治区高级人民法院关于开展人身损害赔偿标准城乡统一试点工作的实施意见》规定，即日起，内蒙古地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 41353 元/年进行计算。

九、广西壮族自治区

2021 年 1 月 20 日，广西壮族自治区统计局公布 2020 年度全区城镇居民人均可支配收入 35859 元、全区城镇居民人均消费支出 20907 元，根据《广西壮族自治区高级人民法院关于开展人身损害赔偿标准城乡统一试点工作的通知》（桂高法网传〔2019〕105 号）规定，即日起，广西地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 35859 元/年进行计算、被扶养人生活费均按照新标准 20907 元/年进行计算。

十、安徽省

2021 年 1 月 20 日，安徽省统计局公布 2020 年度安徽省城镇居民人均可支配收入 39442 元，2021 年 1 月 21 日，国家统计局安徽调查总队公布 2020 年度安徽省城镇居民人均消费性支出 22683 元。根据《安徽省高级人民法院关于开

展人身损害赔偿标准城乡统一试点实施方案》(皖高法〔2019〕112号)规定,即日起,安徽地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 39442 元/年进行计算、被扶养人生活费均按照新标准 22683 元/年进行计算。

十一、陕西省

2021 年 1 月 20 日,陕西省统计局公布 2020 年度陕西省城镇居民人均可支配收入 37868 元/年,根据《陕西省高级人民法院关于在全省机动车交通事故责任纠纷案件中统一适用城镇居民人身损害赔偿标准的意见(试行)》规定,即日起,陕西地区人机动车交通事故责任纠纷案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 37868 元/年进行计算。

十二、山东省

2021 年 1 月 19 日,山东省统计局公布 2020 年度山东省城镇居民人均可支配收入 43726 元,根据《山东省高级人民法院关于开展人身损害赔偿标准城乡统一试点工作的意见》规定,即日起,山东地区人身损害赔偿纠纷案件(含海事案件)中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 43726 元/年进行计算。

十三、湖北省

2021 年 1 月 19 日,湖北省统计局公布 2020 年度湖北省城镇居民人均可支配收入 36706 元,根据《湖北省高级人民法院关于开展人身损害赔偿标准城乡统一试点工作的通知》(鄂高法〔2019〕158 号)规定,即日起,湖北地区人

身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 36706 元/年进行计算。

十四、湖南省

2021 年 1 月 19 日，湖南省统计局公布 2020 年度湖南省全省居民收入及支出情况，其中城镇居民人均可支配收入 41698 元、农村居民人均可支配收入 16585 元，城镇居民人均生活消费支出 26796 元，农村居民人均生活消费支出 14974 元。湖南省内长沙市、常德市、岳阳市、郴州市等地区已试点在机动车交通事故责任纠纷案件中统一按照湖南省城镇居民标准进行计算残疾/死亡赔偿金及被扶养人生活费。即日起，湖南省内长沙市、常德市、岳阳市、郴州市等已试点统一赔偿标准地区机动车交通事故责任纠纷案件中残疾/死亡赔偿金均按照新标准 41698 元/年进行计算、被扶养人生活费均按照新标准 26796 元进行计算。

十五、江西省

2021 年 1 月 20 日，江西省统计局公布 2020 年度江西省全省城镇居民人均可支配收入 38556 元，根据《江西省高级人民法院关于开展人身损害赔偿标准城乡统一试点工作意见的通知》（赣高法（2020）45 号）规定，即日起，江西地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 38556 元/年进行计算。

十六、贵州省

2021 年 1 月 20 日，贵州省统计局公布 2020 年度贵州

居民收入数据，其中 2020 年度贵州省全省城镇居民人均可支配收入 36096 元/年、全省农村居民人均可支配收入 11642 元/年。贵州省内部分市县如六盘水市已试点同命同价，即日起，六盘水市等地区在人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 36096 元/年进行计算。

十七、四川省

2021 年 1 月 21 日，四川省统计局公布 2020 年度四川省居民收入数据，其中全省城镇居民人均可支配收入 38253 元、全省农村居民人均可支配收入 15929 元。目前，四川省内成都市、遂宁市、宜宾市、阿坝州市（试点范围：阿坝州中级人民法院及小金县、若尔盖县、茂县人民法院）等部分地区已试点统一按照四川城镇居民人均可支配收入和人均消费性支出标准计算残疾/死亡赔偿金、被扶养人生活费。即日起，四川地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准进行计算，其中成都市、遂宁市、宜宾市、阿坝州市（试点范围：阿坝州中级人民法院及小金县、若尔盖县、茂县人民法院）等地区残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 38253 元/年进行计算。

十八、黑龙江省

2021 年 1 月 21 日，黑龙江省统计局公布 2020 年度黑龙江省城镇居民人均可支配收入 31115 元，根据《黑龙江省高级人民法院关于统一城乡人身损害赔偿标准试点工作的意见》（黑高法〔2019〕241 号）规定，即日起，黑龙江地

区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 31115 元/年进行计算。

十九、海南省

2021 年 1 月 21 日，海南省统计局公布 2020 年度海南省城镇居民人均可支配收入 37097 元，根据《海南省高级人民法院关于统一全省人身损害赔偿纠纷案件赔偿标准的意见（试行）》规定，即日起，海南地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 37097 元/年进行计算。

二十、河南省

2021 年 1 月 20 日，河南调查总队公布 2020 年度河南省城镇居民人均可支配收入 34750.34 元、城镇居民人均生活消费支出 20644.91 元、农村居民人均可支配收入 16107.93 元、农村居民人均生活消费支出 12201.10 元。根据《河南省高级人民法院关于开展人身损害赔偿案件统一城乡标准试点工作的意见(试行)》规定，即日起，河南地区机动车交通事故责任纠纷案件、医疗损害赔偿责任纠纷案件、产品质量责任纠纷案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 34750.34 元/年进行计算、被扶养人生活费均按照新标准 20644.91 元/年进行计算。

二十一、山西省

2021 年 1 月 22 日，山西省统计局公布 2020 年度山西省城镇居民人均可支配收入 34793 元，根据《山西省高级人

民法院关于在民事诉讼中开展人身损害赔偿标准城乡统一试点工作的意见》规定，即日起，山西地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 34793 元/年进行计算。

二十二、福建省

2021 年 1 月 21 日，福建省统计局公布 2020 年度福建省居民收入及支出数据，其中城镇居民人均可支配收入 47160 元，城镇居民人均消费性支出 30487 元，农村居民人均可支配收入 20880 元，农村居民人均消费性支出 16339 元。根据《福建省高级人民法院关于在省内部分地区开展人身损害赔偿标准城乡统一试点的通知》（闽法明传〔2019〕357 号）规定，厦门、莆田、平潭等地区已试点统一人身损害赔偿标准。即日起，福建地区（除厦门外）人身损害赔偿案件中残疾/死亡赔偿金、被扶养人生活费均按照新标准计算，其中莆田、平潭等地区人身损害赔偿案件中残疾/死亡赔偿金均按照新标准 47160 元/计算、被扶养人生活费均按照新标准 30487 元/年计算。

二十三、广东省

2021 年 1 月 19 日，国家统计局广东调查总队公布 2020 年度广东省全省居民收入及支出收据，其中城镇居民人均可支配收入 50257 元、城镇居民人均消费性支出 33511 元，根据《广东省高级人民法院关于在全省法院民事诉讼中开展人身损害赔偿标准城乡统一试点工作的通知》（粤高法

[2019]159 号) 规定, 对 2020 年 1 月 1 日以后发生的人身损害, 在民事诉讼中统一按照有关法律和司法解释规定的城镇居民标准计算残疾赔偿金、死亡赔偿金、被扶养人生活费。除深圳、珠海、汕头外, 广东省一般地区均按照广东省全省城镇居民人均可支配收入、全省城镇居民人均消费性支出计算残疾赔偿金、死亡赔偿金。

二十四、河北省

2021 年 1 月 29 日, 河北省统计局公布 2020 年度全省居民收入数据, 其中, 城镇居民人均可支配收入 37286 元, 根据《河北省高级人民法院关于开展人身损害赔偿标准城乡统一试点实施方案》(冀高法〔2020〕21 号) 规定, 即日起, 河北地区机动车交通事故责任纠纷案件及雄安新区法院受理的人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 37286 元/年进行计算。

二十五、辽宁省

2021 年 1 月 23 日, 辽宁省统计局公布 2020 年度辽宁省全体常住居民人均可支配收入 32738 元, 根据《辽宁省高级人民法院关于开展人身损害赔偿标准城乡统一试点工作的实施方案》(辽高法〔2020〕7 号) 规定, 即日起, 辽宁地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 32738 元/年进行计算。

二十六、西藏自治区

2021 年 1 月 26 日, 西藏自治区统计局公布 2020 年度

西藏自治区城镇居民人均可支配收入 41156 元，根据《西藏自治区高级人民法院关于开展人身损害赔偿标准城乡统一试点实施方案》（藏高法〔2020〕21 号）规定，即日起，西藏地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 41156 元/年进行计算。

二十七、宁夏回族自治区

2021 年 1 月 21 日，宁夏回族自治区统计局公布 2020 年度宁夏回族自治区居民收入数据，其中城镇居民人均可支配收入 35720 元，农村常住居民人均可支配收入 13889 元。根据《宁夏回族自治区道路交通安全条例》规定，自 2014 年 1 月 1 日起，宁夏地区交通事故纠纷中的残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照自治区城镇居民上年度人均可支配收入标准计算。目前，宁夏地区已在银川市中级人民法院和银川市兴庆区人民法院试点统一城乡居民赔偿标准即日起，宁夏地区人身损害赔偿案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准进行计算，其中交通事故案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 35720 元/年计算。

二十八、甘肃省

2021 年 1 月 20 日，甘肃省统计局公布 2020 年度甘肃省全省居民收入及支出数据，其中，城镇居民人均可支配收入 33822 元、城镇居民人均消费支出 24615 元。目前，甘肃地区人身损害赔偿案件已试点统一按照城镇居民赔偿标准计算，人身损害赔偿案件的残疾赔偿金、死亡赔偿金、被扶

养人生活费等主要赔偿项目标准和提供的必要证据均参照《甘肃省道路交通事故损害赔偿项目计算标准（试行）》文件执行。即日起，甘肃地区人身损害纠纷案件中残疾赔偿金、死亡赔偿金均按照新标准 33822 元/年进行计算、被扶养人生活费均按照新标准 24615 元/年进行计算。

附：

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

（2003 年 12 月 4 日由最高人民法院审判委员会第 1299 次会议通过，根据 2020 年 12 月 23 日最高人民法院审判委员会第 1823 次会议修正）

第十二条 残疾赔偿金根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，自定残之日起按二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。

受害人因伤致残但实际收入没有减少，或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的，可以对残疾赔偿金作相应调整。

第十五条 死亡赔偿金按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，按

二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。

第十六条 被扶养人生活费计入残疾赔偿金或者死亡赔偿金。

第十七条 被扶养人生活费根据扶养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。被扶养人为未成年人的，计算至十八周岁；被扶养人无劳动能力又无其他生活来源的，计算二十年。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。

被扶养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属。被扶养人还有其他扶养人的，赔偿义务人只赔偿受害人依法应当负担的部分。被扶养人有数人的，年赔偿总额累计不超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居民人均年生活消费支出额。

第二十二条 本解释所称“城镇居民人均可支配收入”“农村居民人均纯收入”“城镇居民人均消费性支出”“农村居民人均年生活消费支出”“职工平均工资”，按照政府统计部门公布的各省、自治区、直辖市以及经济特区和计划单列市上一年度相关统计数据确定。

“上一年度”，是指一审法庭辩论终结时的上一统计年度。

自然资源部明确：

宅基地使用权，可由城镇户籍的子女 继承并办理不动产登记

来源 | 自然资源部官网 民商事审判

自然资源部近日对十三届全国人大三次会议第 3226 号建议作出答复，明确：农民的宅基地使用权可以依法由城镇户籍的子女继承并办理不动产登记。

根据《继承法》规定，被继承人的房屋作为其遗产由继承人继承，按照房地一体原则，继承人继承取得房屋房屋所有权和宅基地使用权，农村宅基地不能被单独继承。《不动产登记操作规范（试行）》明确规定，非本农村集体经济组织成员（含城镇居民），因继承房屋占用宅基地的，可按相关规定办理确权登记，在不动产登记簿及证书附记栏注记“该权利人为本农村集体经济组织原成员住宅的合法继承人”。

本次答复还就：不动产共有登记、全体业主共有的不动产登记、监护人代为申请、涉及国家秘密的不动产登记、依据人民政府的生效决定单方申请不动产登记、土地承包经营权流转、农村不动产进行预告登记、房屋交易、纳税、登记

简易办理问题、农村宅基地使用权登记等 9 个问题作出了详细论述，实务性极强，值得仔细研读。

对十三届全国人大三次会议第 3226 号建议的答复

邵志清代表：

您提出的《关于完善不动产登记的若干建议》收悉。经商住房城乡建设部、民政部、国家保密局、最高人民法院、农业农村部、国家税务总局共同研究，现答复如下：

您的建议十分重要，不动产登记事关重大财产权，关系各行各业、影响千家万户。近年来，我部按照党中央、国务院“放管服”改革和优化营商环境工作要求，积极贯彻落实《优化营商环境条例》和《国务院办公厅关于压缩不动产登记办理时间的通知》（国办发〔2019〕8 号），以为企业和群众“办好一件事”为标准，采取信息共享集成、流程集成或人员集成等方式，进行全流程优化、精简申请材料、压缩办理时间，切实便民利企。

一、关于不动产共有登记问题。

《物权法》第 97 条、《不动产登记暂行条例实施细则》第 10 条规定，处分共有不动产申请登记的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人共同申请，但共有人另有约定的除外，法律规定是明确的。对于建议中提到的不动产登记机构以少数份额共有人不配合而不予办

理登记的问题,属于执行层面的问题,我们将加强监督指导,严格落实法律规定,切实维护不动产权利人合法权益。

二、关于全体业主共有的不动产登记问题。

《物权法》《不动产登记暂行条例实施细则》对建筑物中全体业主共有部分办理不动产登记的要求、申请材料等进行了明确规定。按照“物权法定、权利设定和登记确权”的原则和程序,全体业主共有的不动产范围应当在建设工程规划中予以明确,在建设工程规划审批和实施时严格落实,避免开发商留有部分房产、出现产权模糊,在此基础上,依法开展登记,明确产权归属、定纷止争。

三、关于监护人代为申请问题。

《民法通则》第16条、17条明确规定监护人的范围包括:父母、祖父母、外祖父母、其他个人或组织等。《不动产登记操作规范(试行)》1.9.2规定“无民事行为能力人、限制民事行为能力人申请不动产登记的,应当由其监护人代为申请。……监护关系证明材料可以是户口簿、监护关系公证书、出生医学证明,或所在单位、居民委员会、村民委员会或人民法院指定监护人的证明材料。父母之外的监护人处分未成年人不动产的,有关监护关系材料可以是人民法院指定监护的法律文书、监护人对被监护人享有监护权的公证材料或者其他材料。”因此,按照现行法律规定,监护人范围并未限定为父母,其他合法监护人也可以依法代为申请办理登记。

四、关于涉及国家秘密的不动产登记问题。

针对建议中提到的如何判断国家秘密、哪些事项涉及国家秘密、判断的主体等问题，根据《中华人民共和国保守国家秘密法》及其实施条例等规定，机关、单位确定国家秘密应当依据国家秘密及其密级的具体范围进行，该具体范围由国家保密局会同中央有关机关制定，在一定范围内印发。目前，国家保密局已会同有关部门出台了相关领域保密事项范围，为不动产建设单位、产权单位定密提供了明确依据。国家保密局将会同相关部门及时修订完善相关领域保密事项范围，规范涉密不动产定密依据，加强涉密不动产管理，既确保国家秘密安全，又便利信息资源合理利用。

五、关于依据人民政府的生效决定单方申请不动产登记问题。

对于哪一级人民政府有权作出关于不动产征收或收回的决定，新《土地管理法》作出了明确规定。其中，第 46 条规定，征收永久基本农田、永久基本农田以外的耕地超过三十五公顷的以及其他土地超过七十公顷的，由国务院批准；征收其他土地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准。第 58 条规定，由有关人民政府自然资源主管部门报经原批准人民政府或者有批准权的人民政府批准，可以收回国有土地使用权。

对于人民政府作出的决定，当事人不服申请法院审理，在判决之前人民政府的决定是否可以作为登记依据，涉

及行政诉讼期间具体行政行为是否停止执行的问题。《行政诉讼法》第 56 条第 1 款规定：诉讼期间，不停止行政行为的执行。但有下列行政行为之一的，裁定停止执行：“（一）被告认为需要停止执行的；（二）原告或者利害关系人申请停止执行，人民法院认为该行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害国家利益、社会公共利益的；（三）人民法院认为该行政行为的执行会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的；（四）法律、法规规定停止执行的。”因此，人民政府作出决定后，当事人不服申请法院审理的，在法院作出判决前，除法院裁定人民政府决定停止执行的，决定可以作为登记的依据。

六、关于农村宅基地使用权登记问题。

农民的宅基地使用权可以依法由城镇户籍的子女继承并办理不动产登记。根据《继承法》规定，被继承人的房屋作为其遗产由继承人继承，按照房地一体原则，继承人继承取得房屋房屋所有权和宅基地使用权，农村宅基地不能被单独继承。《不动产登记操作规范（试行）》明确规定，非本农村集体经济组织成员（含城镇居民），因继承房屋占用宅基地的，可按相关规定办理确权登记，在不动产登记簿及证书附记栏注记“该权利人为本农村集体经济组织原成员住宅的合法继承人”。

七、关于土地承包经营权流转问题。

《农村土地承包法》第 41 条、第 53 条，《民法典》第

341 条、第 342 条进行了明确规定：土地经营权流转期限为五年以上的，当事人可以向登记机构申请土地经营权登记；通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得权属证书的，可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。按照《中央编办关于整合不动产登记职责的通知》（中央编办发〔2013〕年 134 号）要求，农村土地承包经营权纳入不动产统一登记予以五年过渡期，目前该项工作正由农村农村部门移交给自然资源部门，地方各级自然资源主管部门正按照我部要求与同级农业农村部门协商对接，开展土地承包经营权登记资料接收工作，将土地承包经营权和土地经营权纳入不动产统一登记体系。下一步将落实中央“三权分置”改革精神，配套修改《不动产登记暂行条例》及实施细则、《不动产登记操作规范（试行）》，做好土地承包经营权和土地经营权的不动产登记工作，助力乡村振兴。

八、农村不动产进行预告登记问题。

根据《物权法》第 20 条规定，“当事人签订买卖房屋的协议或者签订其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。”因此，农村不动产依法可以办理预告登记。下一步将结合《民法典》的实施，结合实践需求，完善预告登记相关制度，保护农村不动产权利人的合法权益。

九、关于房屋交易、纳税、登记简易办理问题。

法规政策对不动产登记办理时间有明确规定,《不动产登记暂行条例》第 20 条规定“不动产登记机构应当自受理登记之日起 30 个工作日内办结不动产登记手续,法律另有规定的除外。”《国务院办公厅关于压缩不动产登记办理时间的通知》(国办发〔2019〕8 号)(以下简称国办 8 号文)规定“2019 年底前,一般登记、抵押登记业务办理时间力争分别压缩至 10 个、5 个工作日;2020 年底前,一般登记、抵押登记业务办理时间力争全部压缩至 5 个工作日以内。”

《不动产登记暂行条例》及《不动产登记暂行条例实施细则》对登记办理流程进行了明确规定,其中,条例第 17 条规定“申请材料不齐全或者不符合法定形式的,应当书面告知申请人不予受理并一次性告知需要补正的全部内容”。

按照《优化营商环境条例》和国办 8 号文规定,我部加强部门协同,通过信息、流程或人员集成,加快推进不动产登记、交易和缴税一窗受理、并行办理,2019 年印发了个人、企业和机关单位 26 种不动产登记流程优化图,指导各地优化流程、精简材料、统一程序,绘制并公开本地流程图;2020 年,我部联合税务总局、银保监会印发了《关于协同推进“互联网+不动产登记”方便企业和群众办事的意见》(自然资发〔2020〕83 号),多部门协同推进“互联网+不动产登记”。目前,全国 98%的市县均已公布流程图,1500 多个市县已经实现了“互联网+不动产登记”,近 2500 个市县已经实现了“一窗受理、并行办理”,全国大部分市县已经基本完

成一般登记、抵押登记业务办理时间压缩至 5 个工作日内，方便企业群众办理业务。下一步，将深入贯彻落实《优化营商环境条例》和国办 8 号文，加快“互联网+不动产登记”，全面实施不动产登记、交易和缴税线上线下“一窗受理、并行办理”，减环节、减材料、减时间、减成本，促进不动产登记提质增效，切实便民利企，力争 2020 年底前一般登记、抵押登记办理时间全部压缩至 5 个工作日内。

感谢您对不动产登记工作的关心与支持！

联系单位及电话：自然资源部自然资源确权登记局(010)

66558538

自然资源部