

民商事疑难案件若干问题

解 答 汇 编

(第六辑)

宁波市律师协会第九届民商专业委员

二〇二二年十二月

目 录

1. 浙江省高级人民法院民二庭《关于审理涉建筑施工企业项目部纠纷的疑难问题解答》
2. 江苏省高级人民法院关于全装修商品房买卖合同装修质量纠纷案件审理指南
3. 福建省高级人民法院关于建设工程施工合同纠纷疑难问题解答(2022)
4. 上海市第一中级人民法院实务纪要：父母为已婚子女购房，出资款性质如何认定？
5. 上海市高级人民法院关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题系列四
6. 最高人民法院民一庭年关于建设工程施工合同纠纷专业法官会议纪要汇总(2021-2022)
7. 最高人民法院民一庭关于合同解除的四个实务问答
8. 最高人民法院民一庭关于婚姻家庭类案件的四十九个民事审判实务问答
9. 最高人民法院民一庭专业法官会议纪要
10. 最高人民法院第二巡回法庭会议纪要民商事案件中的六个争议问题
11. 最高人民法院第五巡回法庭审判实务问答二十五则

12. 最高人民法院关于实际施工人的二十个裁判观点汇总和二十八个典型索引
13. 最高人民法院有关股权代持裁判意见十三条
14. 最高人民法院关于约酒、约球、约游中人身伤亡赔偿裁判规则
15. 民事诉讼中七条“高度盖然性”证明标准相关裁判规则
16. 民商事申请再审案件要素式审查要点
17. 关于汽车零部件质量争议的违约金调整问题
18. 《民法典》“合同无效”法条要点一览
19. 《民法典》关于“夫妻财产”规定的梳理解读

浙江省高级人民法院民二庭

关于审理涉建筑施工企业项目部纠纷的

疑 难 问 题 解 答

导语

近年来，我省各地法院在审理因建设工程项目部责任承担而引发的涉建筑施工企业的相关案件时，就如何合理认定实际施工人、建筑施工企业与第三人之间的责任存在较大争议。为统一裁判尺度，依法公正审理涉建筑施工企业纠纷，维护建筑市场的正常秩序，省高院民二庭经征求民一庭、民五庭、审监二庭意见，2020年12月17日制定出台《关于审理涉建筑施工企业项目部纠纷的疑难问题解答》，供全省各地法院在审理相关案件时参考。

一、在审理涉建筑施工企业项目部的案件时，总体要求是什么？

在审理涉建筑施工企业项目部的案件中，判断项目经理等人实施的行为是否对建筑施工企业发生法律效力时，要按照“准确界定职务行为，依法认定表见代理，严厉打击虚假诉讼”的思路，从该行为是否有建筑施工企业的明确授权（委托代理行为），是否属于职务行为（职务代理行为），是否构成表见代理三个层面依次进行审查。构成委托代理、职务行为或表见代理的，相应的法律后果应当由建筑施工企业承担。同时，在案件审理中也要加强对相关合同的真实性审查，防止部分当事人恶意串通，虚构债务，损害建筑施工企业的合法权益。

二、在何种情况下，可以认定项目经理行为构成职务行为？

按照《建筑施工企业项目经理资质管理办法》第二条、第六条的规定，项目经理是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。工程项目施工实行项目经理负责制，项目经理在工程项目施工中处于中心地位，对工程项目施工负有全面管理的责任。由此可见，项目经理既不同于建筑施工企业的法定代表人，也不同于建筑施工企业普通的内设部门负责人，对工程项目施工活动具有较大的管理权限。

我们认为，认定项目经理的行为属于职务行为一般应满足身份要素、名义要素、权限要素三个方面的要件。身份要素，是指项目经理与建筑施工企业存在劳动关系，系建筑施工企业的员工；名义要素，是指项目经理是以建筑施工企业或项目部的名义对外签订合同；权限要素，是指项目经理的行为在建筑施工企业的授权范围之内，如与建设单位确定或变更施工内容、施工期限、施工质量、工程价款、违约责任，招聘必要的办公人员，购买或租赁必备的办公用品、原材料、机器设备等行为。项目经理实施的行为满足该三个要件的，可以认定为职务行为，由建筑施工企业承担相应的合同责任。

三、审理涉建筑施工企业项目部的案件时，应当如何认定表见代理行为？

在认定行为人（项目经理、实际施工人或项目部其他人员等）的行为是否构成表见代理时，要按照《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》的有关规定，依法审查无权代理行为在客观上是否具有代理权的表象，以及相对人在主观上是否善意且无过失地相信行为人有代理权。

在认定行为人是否具有代理权表象时，要结合行为人的身份、权限、行为模式、交易惯例等予以综合认定。有下列情形之一的，可以认定行为人具有代理权的表象：

1. 项目经理同时是实际施工人或者实际对实际施工人负责的，在项目部权限范围内以建筑施工企业或项目部的名义签订合同的；

2. 行为人持有建筑施工企业的空白或权限不明的介绍信、委托书、合同，以建筑施工企业的名义签订合同的；

3. 行为人在项目部权限范围内签订合同时，加盖了项目部印章，或实际作为项目部印章使用的专用印章的；

4. 虽未与第三人签订书面合同，但建筑施工企业知道或应当知道该民事行为而未作反对表示的；或者从事该民事行为属于项目部权限范围，项目部知道或应当知道而未作反对表示的。

在判断相对人是否属于善意且无过失时，应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素予以综合判断。存在以下情形之一的，一般不认定相对人为善意且无过失：

1. 签订的合同明显损害建筑施工企业利益的；

2. 相对人明知行为人与建筑施工企业之间是挂靠、非法转包、非法分包关系，仍然与其签订合同的；

3. 合同项下货物、机器设备、劳务未实际向工程项目提供的；

4. 交易的金额与实际需求、规模等明显不相称的。

四、表见代理的证明责任应当由谁承担？

《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”。因此，应当由主张表见代理成立的相对人就代理行为在客观上是否具有代理权的表象，以及其善意且无过失地相信行为人有代理权承担举证证明责任；而建筑施工企业可以就行为人不具有代理权的表象，以及相对人不属于善意或存在过错提供反证。人民法院综合全案证据及庭审情况后，仍不能形成心证的，由相对人承担不利后果。

五、加盖了项目部技术专用章、财务专用章、图纸审核专用章等专用印章的合同，其法律后果是否由建筑施工企业承担？

项目部技术专用章、财务专用章、图纸审核专用章等专用印章已明确了印章的使用范围，一般不能认为行为人具有授权对外签订合同的表象，故建筑施工企业不应承担合同责任。但如果项目部以上述印章对外签订的合同曾得到建筑施工企业认可的，仍可认定为具有有权代理表象。判断建筑施工企业是否认可，下列因素可作为参考：（1）建筑施工企业是否直接向相对人支付款项或以其他方式参与合同履行；（2）相对人向建筑施工企业开具的发票，建筑施工企业是否实际入账等。

六、合同上的印章是项目经理、实际施工人或其他人伪造或私刻，签订的合同是否对建筑施工企业发生法律效力？

一般情况下，合同上加盖项目经理、实际施工人或其他人伪造或私刻的印章，其不代表建筑施工企业的真实意思表示，不对建筑施工企业发生法律效力。但是，如果综合全案其他证据，能够认定行为人的行为构成有权代理行为或表见代理行为的，仍应由建筑施工企业承担相应的合同责任。

七、行为人购买或租赁的原材料、机器设备已用于建设项目的，如何处理？

行为人以建筑施工企业或项目部的名义，向第三人购买或租赁必备的原材料、机器设备时，未签订书面合同，或签订的书面合同中未加盖建筑施工企业或项目部印章，但原材料、机器设备事实上已用于该建设项目，且第三人不知道或不应当知道行为人没有代理权限的，应当由建筑施工企业承担相应的合同责任。

人民法院在认定“原材料、机器设备事实上已用于该建设项目”时，应当根据原材料、机器设备是否已运至建设项目工地，并结合原材料、机器设备的数量、类型与建设项目的实际需求、规模是否相适应，予以综合判断。

八、行为人向第三人借款，款项已汇入项目部或确实用于建设项目的，如何处理？

除非有建筑施工企业的明确授权，项目部或项目经理无权对外借款。

行为人以建筑施工企业或项目部的名义向第三人借款，第三人能够举证证明其有合理理由相信行为人有代理权限，且款项直接汇入建筑企业银行账户或确实用于该建设项目的，应当由建筑施工企业承担相应的合同责任。

九、相对人依据项目经理或实际施工人出具的结算凭证主张权利，人民法院是否还应当对合同的具体交易情况进行审查？

相对人依据项目经理、实际施工人出具的结算凭证，要求建筑施工企业承担合同责任的，人民法院应当就合同的具体履行情况一并进行审查。如建筑施工企业就合同标的物的使用工地、使用时间、价格、标准、数量、签约时间等内容提出合理性怀疑的，人民法院可以要求相对人提供除结算凭证外的其他证据予以佐证；也可以向有关部门和人员主动进行调查取证。相对人能够提供而拒不提供结算凭证以外的其他证据，人民法院也无法通过调查取证予以查明的，由相对人承担不利后果。

相对人与项目经理、实际施工人或其他人恶意串通，伪造签证单、结算单等结算资料或合同、借条、债权转让协议等文书故意损害建筑施工企业合法权益的，人民法院应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定，予以训诫、罚款或拘留；可能构成刑事犯罪的，依法移送公安机关查处。

江苏省高级人民法院

关于全装修商品房买卖合同装修质量纠纷案件

审 理 指 南

随着住宅产业现代化快速发展，商品房逐渐由毛坯房转变为全装修商品房，商品房买卖合同质量纠纷愈加集中在装修质量环节。为平等维护购房人与房地产开发企业的合法权益，规范、正确、及时审理全装修商品房买卖合同装修质量纠纷案件，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国城市房地产管理法》和《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》等法律、司法解释的规定，结合全省审判实践，报经最高人民法院审查批准，制定本指南。

1. 全装修商品房买卖合同的概念。

本指南所称的全装修商品房买卖合同，是指房地产开发企业（以下统称为出卖人）将经装饰装修已具备基本居住使用功能的房屋向社会销售，并向买受人转移房屋所有权，买受人支付价款的合同。

全装修商品房，相对于毛坯商品房而言，俗称“精装修房”，原建设部建住房〔2002〕190号《商品住宅装修一次到位实施导则》称为“全装修住宅”、“全装修商品房”，在房屋交付时已具备基本居住使用功能。全装修商品房的基本居住使用功能，包括但不限于房屋所有功能空间的固定面全部铺装或粉刷完成，必要功能空间如卫生间、厨房的基本设备全部安装完成。

2. 全装修商品房买卖合同的界定。

全装修商品房买卖合同装修部分的表现形式主要有：（1）出卖人与买受人签订的商品房买卖合同中约定装修条款；（2）出卖人与买受人在商品房买卖合同之外另行签订装修合同；（3）经出卖人指示，买受人与第三方装修企业签订装修合同，或者出卖人、买受人与第三方装修企业签订装修合同等。

装修部分的合同内容，法律性质是否属于商品房买卖合同，应当结合商品房买卖合同、装修条款约定和履行，或装修合同的订立、约定与履行等情况综合判定。交付标的物为全装修商品房的，按照商品房买卖合同纠纷处理；交付标的物为毛坯商品房，毛坯商品房交付后进行装修的，按照装饰装修合同纠纷处理。

3. 装修质量要求认定的一般规则。

交付全装修商品房的装修质量，应当符合有关法律、法规和相应建设工程质量、安全标准、技术规范以及当事人的约定。

装修质量要求，出卖人与买受人有约定的，从其约定；没有约定或者约定不明确又不能达成补充协议的，依据《中华人民共和国民法典》第五百一十条规定按照合同有关条款或交易习惯确定；仍不能确定的，按照《中华人民共和国民法典》第五百一十一条第一项规定确定。

法律、法规有相关强制性规定的，适用强制性规定。商品房所在地建设行政主管部门关于商品房装修质量约定和履行要求的管理性规范，以有利于合同目的实现及合同全面适当履行为原则，在裁判说理中叙明。

4. 约定装修质量要求认定的考量因素。

对当事人约定装修质量要求的认定，一般应当依据商品房买卖合同、装修合同、装饰装修标准确认书、补充协议等书面合同内容予以确定。不能确定的，结合商品房销售资料（如广告宣传情况、样板房样貌）和房屋装修施工资料（如装修材料清单、装修材料价格）等载明的内容综合认定。样板房装修实际用材不能确定的，样板房装修合同、施工图纸、材料采购合同等装修施工资料，可以作为认定约定装修质量要求的依据。

5. 销售广告、宣传资料的适用与排除。

出卖人的销售广告、宣传资料对装修质量要求所作说明和允诺具体确定，对商品房买卖合同的订立和价格确定有重大影响的，应当视为合同内容。出卖人设置样板房的，交付商品房的装修质量应当与样板房的装修质量相当。样板房装修的部品材料、施工质量和品质档次，应当作为认定装修质量要求的依据。

商品房买卖合同概括性排除广告宣传、样板房对装修质量要求约定的，不予支持。商品房买卖合同对所交付商品房的装修与销售广告、宣传资料、样板房等不一致之处有明确具体特别约定的，从其约定，但未对买受人进行提示或者说明的除外。

6. 备案装修资料的适用。

出卖人应当对向有关职能部门提交的备案装修资料的真实性负责。合同对装修质量要求有明确约定，或者合同虽无明确约定，但能够通过商品房销售资料、商品房装修施工资料等予以认定的，买受人主张以备案装修资料作为确定装修质量要求依据的，不予支持。装修质量要求约定不明确，且因出卖人原因拒绝履行相应举证责任导致不能综合认定的，备案装修资料可以视为装修质量要求的依据。

7. 装修价格与装修质量要求。

当事人对装修设计、装修施工、装修材料等据以估计装修基本价值的内容有约定的，装修质量要求的认定应当从其约定。买受人主张以约定装修价格、宣传装修价格或者备案装修价格作为装修质量要求依据的，不予支持。当事人对装修质量要求没有明确约定，又不能达成补充协议，买受人主张以装修价格作为装修质量要求的，应予支持。商品房买卖合同约定装修价格的，以约定装修价格为依据；商品房买卖合同没有约定装修价格的，以广告宣传装修价格为依据，没有广告宣传价格的，以备案装修价格为依据。

交付商品房的装修质量与样板房存在明显差异，或者交付商品房的装修质量问题难以修复，严重影响房屋整体装修价值的，买受人主张参照前款规定以装修价格作为装修质量要求的，应予支持。

8. 证明责任的负担与转移。

当事人对自己提出的主张有责任提供证据。买受人主张装修质量不符合约定或者装修质量不合格的，适用举证责任一般规则，承担相应举证证明责任。买受人应当就权利行使的期限、装修质量的约定以及存在的质量问题等基本事实提供证据加以证明。买受人已初步证明存在装修质量问题的，出卖人对装修质量符合约定或装修质量合格承担举证证明责任。

9. 拒不提供持有证据的后果。

一方当事人持有证据无正当理由拒不提供的，应当承担相应法律责任。出卖人作为全装修商品房的提供者，应当持有装修施工合同、装修施工图纸、材料设备采购合同等书证。以样板房为装修质量交付要求的，出卖人还负有封存样板房以及说明样板房质量的义务。诉讼中，出卖人无正当理由未按人民法院要求提供相关证据的，人民法院可以依据出卖人申报的商品房备案资料等证据查明相关事实；买受人主张出卖人拒不提供的证据内容不利于出卖人，可以认定该主张成立。

10. 专业性意见与司法鉴定。

当事人自行委托有关机构出具专业性意见的，意见出具人应当出庭作证。当事人未申请意见出具人出庭作证，或者经人民法院通知意见出具人拒不出庭作证的，该专业性意见不得作为认定事实的根据。另一方当事人有证据或者理由足以反驳专业性意见并申请司法鉴定的，应予准许。

当事人申请司法鉴定的，应当在举证期限届满前或者在人民法院指定的期限内提出。当事人逾期提出鉴定申请或者经释明未申请鉴定后又提出鉴定申请，且确有鉴定必要的，予以准许，但应当依法予以训诫或罚款。

准许司法鉴定申请的，根据讼争装修质量问题争议的类别确定鉴定范围和鉴定方法，涉及减少价款的应当由房地产评估机构进行房屋装修价格评估。

11. 责任承担约定优先与选择。

装修质量构成违约的，出卖人应当承担约定的违约责任。经出卖人指示，买受人与第三方装修企业另行签订装修合同的，装修质量违约有约定的从其约定，但不影响出卖人违约责任的承担；买受人主张出卖人承担合同约定之外违约责任的，不予支持。

当事人没有约定装修质量违约责任或者约定不明确，依据相关规定仍不能确定的，买受人根据装修质量问题的性质以及所受损失的大小，可以合理选择请求对方承担违约责任的方式。买受人选择明显不合理的，人民法院应当释明，买受人经释明拒不变更的，驳回相应诉讼请求。

买受人主张出卖人承担多种违约责任，未超出出卖人违约造成其损失的，应予支持。

12. 质量异议怠于通知的后果。

装修质量不符合约定或法定情形的，买受人应当在法律、法规、司法解释规定的期限内及时通知出卖人。买受人怠于通知的，视为装修质量符合约定。

当事人约定装修质量检验期限的，买受人应当在约定期限内通知出卖人；没有约定质量检验期限的，买受人应当在发现或者应当发现装修质量不符合约定的合理期限内最长自商品房实际交付之日起二年内通知出卖人，但装修质量有质量保证期的，应当适用质量保证期，不适用该二年最长合理期限。出卖人知道或应当知道装修质量不符合约定的，买受人不受上述通知期限限制。

13. 装修质量问题与合同解除。

因装修质量问题严重影响正常居住使用，或者存在依法不得交付使用情形，买受人请求解除商品房买卖合同并主张损害赔偿的，应予支持。

商品房装修中以假充真、以次充好、以不合格材料冒充合格材料，买受人以受欺诈为由请求撤销商品房买卖合同并赔偿损失的，应予支持。但买受人主张惩罚性赔偿的，不予支持。

出卖人与买受人签订的商品房买卖合同，约定交付标的物为全装修商品房，因严重装修质量问题，买受人请求单独撤销或者解除装修合同的，不予支持；请求撤销或者解除商品房买卖合同的，应予支持。

14. 装修质量瑕疵与修复责任。

装修质量存在工程质量、功能质量、品质档次等质量瑕疵，但对正常居住使用没有实质影响，除当事人对房屋装修质量瑕疵另有明确约定，买受人拒绝受领房屋、要求出卖人承担逾期交房违约责任的，不予支持。

装修质量问题严重影响正常居住使用，或者装修质量问题符合不得交付使用法定情形，买受人拒绝受领房屋，要求出卖人承担逾期交房违约责任和装修质量修复责任的，应予支持。

装修质量保修期间内，出卖人应当承担修复责任。出卖人拒绝保修或者在合理期限内拖延修复，买受人自行维修或者委托他人维修，就修复费用及修复期间造成的其他损失要求出卖人承担责任的，应予支持。

15. 减价责任与装修差价损失。

装修质量不符合约定或法定要求，或者出卖人欺诈、装修实际价值过分低于约定装修价格，当事人对此未约定违约责任或者违约责任约定不明确，买受人请求出卖人减少房屋装修部分价款的，应予支持；当事人对此有明确约定，买受人要求出卖人在约定违约责任承担方式之外减少装修价款的，不予支持，出卖人同意的除外。

买受人部分接受不符合装修质量约定的项目、范围，对其余不接受部分要求出卖人承担修复责任的，应予支持，但计算装修差价损失，修复部分的贬损价值不应重复计算。

减少装修价款，一般以维持合同约定交易条件均衡性为原则，按“同比降低”规则核算数额。具体方法为：以房屋交付条件成就、买受人应当受领房屋为评估时点，以房屋所在地房屋装修市场价格为基准，对实际装修价格和约定装修价格进行评估，实际装修估价与约定装修估价之比的差额与装修

部分销售价格的乘积，即为减少装修价款的数额，计算公式为 $(1 - \text{实际装修估价}/\text{约定装修估价}) \times \text{装修价格}$ 。

约定装修价格构成不能确定无法进行评估，或者房屋装修存在欺诈情形的，减少装修价款的数额，依据约定装修价格与实际装修评估价格的差额，按照公平原则予以酌定。

福建省高级人民法院

关于建设工程施工合同纠纷疑难问题解答（2022）

近年来，福建省法院受理的建设工程施工合同纠纷案件数量逐年增多，呈现涉案标的额大，审理难度高、周期长，上诉率和改判发回率高的特点。为统一全省法院裁判尺度，提高涉建设工程合同纠纷案件审判质效，促进建筑市场健康发展，优化营商环境，在分管院领导的直接指导和推动下，省法院民二庭抽调具有丰富审判经验的员额法官和法官助理，并邀请福州、厦门、泉州中院的业务骨干，成立调研专班，深入开展涉建设工程合同纠纷组合调研，经过反复推敲论证，形成一系列调研成果。《建设工程施工合同纠纷疑难问题解答》，从各地法院上报200多个问题中，筛选出具有典型意义的45个问题，采取实务问答的形式予以明确。

一、建设工程施工合同的界定

1. 如何判断建设工程合同？

建设工程合同在适用法律上与承揽合同有明显不同。建设工程合同可以从承包人的资质和项目的规模两个方面加以区别和认定。法律规定建设工程合同承包人必须是具有一定资质的法人。法律和行政法规对建设工程合同的订立有严格的程序要求，国家通过工程项目立项、用地规划许可、工程规划许可等一系列行政许可制度，对建设工程全程进行一定的计划干预。对于承包人主体资格没有特殊要求的项目，不应认定为建设工程合同，宜按照承揽合同处理。建设工程还可以根据投资数额、技术难度、工程用途、发包人情况等因素综合判断，建设工程项目一般耗资巨大、有严格的质量要求。对于一些投资小、技术简单的项目，不宜认定为建设工程。

2. 如何认定建设工程？

建设工程，是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。以下情形属于建设工程：（1）矿山、铁路、公路、隧道、桥梁、堤坝、电站、码头、飞机场、运动场、营造林、海洋平台等土木工程；（2）建筑工程是指房屋建筑工程，即有顶盖、梁柱、墙壁、基础以及能够形成内部空间，满足人们生产、生活、公共活动的工程实体，包括厂房、剧院、旅馆、商店、学校、医院和住宅等工程；（3）包括电力、通信线路、石油、燃气、给水、排水、供热等管道系统和各类机械设备装置等线路、管道和设备安装工程；（4）对建筑物内、外进行以美化、舒适化、增加使用功能为目的装修工程。以下几种情形属于承揽事项，不属于建设工程：1) 国家已取消对城市园林绿化企业的资质要求，园林绿化工程一般情况下不应认定为建设工程；2) 农民自建低层（四层及四层以下）住宅（《福建省农村村民住宅建设管理办法》第28条）；3) 房屋修缮活动、家庭的装修装饰及小型工装活动（根据《住宅室内装饰装修管理办法》第四十四条规定，工程投资额在30万元以下或建筑面积在300平方米以下，可以不申请办理施工许可证的非住宅装饰装修活动）；4) 企业建设临时简易房屋建筑；5) 老旧小区加装电梯、更换电梯的安装工程；6) 农业温室大棚建设（一定规模以上有资质要求的除外）。

二、合同效力及合同相对性

3. 如何认定挂靠？住房和城乡建设部《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》（2019年1月1日实施）第九条规定：“本办法所称挂靠，是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的行为。前款所称承揽工程，包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续，从事施工等活动。”第十条规定：“存在下列情形之一，属于挂靠：（1）没有资质单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的；（2）有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括等级低的借用等级高的，等级高

的借用等级低的，相同资质等级相互借用的：（3）本办法第八条第一款第（三）至（九）项规定的情形，有证据证明属于挂靠的。”实务中，挂靠法律关系的认定应重点审查：投标保证金的缴纳主体和资金来源：实际施工人是否以承包人的委托代理人身份签订合同：实际施工人是否与发包人就合同事宜直接磋商：实际施工人是否全程参与投标、保证金的支付、合同的订立、实际施工等：是否以劳务分包形式来掩盖挂靠行为等，以此来确定法律关系的性质是否为挂靠。以下情况一般认定为挂靠：（1）假借内部承包名义，但没有人员聘用合同、没有缴纳社保、没有工资发放记录，办公场所是各自独立的。（2）挂靠协议签订后，挂靠人再以被挂靠人的名义与发包人签订建设工程施工合同的；在没有挂靠协议的情况挂靠人以被挂靠人代理人的身份签订合同的。（3）工程款直接流向挂靠人，被挂靠人仅收取管理费，无实质参与工程管理，各自财务独立的。（4）从履行合同看，现场管理人员由挂靠人聘请、发放工资，挂靠人实际出资，以自己的名义或以被挂靠人的名义对外聘用人员、购买机械、材料或租赁设备的。

4. 在挂靠情况下，如何认定承包人与发包人签订的建设工程施工合同效力？

实践中，对于挂靠人与被挂靠人签订的挂靠协议无效并无争议，但是对于承包人与发包人签订的建设工程施工合同的效力认定存在争议。实际施工人以被挂靠人的名义与发包人签订的建设工程施工合同，在发包人明知挂靠的情况下，发包人与承包人签订的建设工程施工合同无效。发包人对借用资质的事实不知情，即使在施工过程中发现挂靠的，亦应当认定建设工程施工合同有效。

5. 在挂靠情况下，如何认定合同的相对人？

在发包人明知挂靠的情况下，发包人与挂靠人之间形成事实上的建设工程施工合同关系建设工程经验收合格，实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。承包人对合同无效后果应当承担相应的责任。实际施工人未完成施工任务，承包人继续履行合同，完成施工任务

后，有权与发包人进行结算，并主张相应的建设工程价款。发包人对挂靠的事实不知情，发包人与被挂靠人签订的建设工程施工合同有效。根据合同相对性原则和信赖利益保护原则，实际施工人无权向发包人主张权利，但实际施工人可以基于合同相对性原则向被挂靠人主张权利。

6. 在挂靠情况下，如何认定发包人明知？

对“发包人明知”可以从以下方面认定：（1）挂靠人直接向发包人支付投标保证金，或者二者存在出借款项、保证金支付、工程款支付等其他直接款项往来；（2）发包人在工程项目招标、合同签订、履行等过程中对挂靠人是实际履行主体情况知情；（3）挂靠人与发包人就合同事宜直接进行磋商，或者发包人知悉挂靠人与被挂靠人之间挂靠事实。

7. 如何认定以分公司名义挂靠？

实践中，施工企业与挂靠人约定，专门设立施工企业的分公司，交由挂靠人负责经营，并由该挂靠人对外通过某分公司以施工企业的名义承揽工程项目。这种情形与挂靠人直接与施工企业签订挂靠协议，而后在具体的项目中，通过项目部这一载体实施具体的挂靠经营活动无异。只不过采取了设立分公司这一更为隐蔽的形式。同样属于“没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的”挂靠情形。认定标准参照本答疑第3条。该分公司和施工企业之间因挂靠而引起的纠纷实际仍是挂靠人与施工企业之间的纠纷，属于人民法院受理案件的范围。

8. 如何认定以项目部印章对外签订合同的效力？

项目部对外签订合同并加盖项目部印章，是施工企业分支机构的行为，其后果由施工企业承担。建设工程施工合同或相关文件加盖项目部印章，对印章有对外签订合同限制或真实性有争议，须结合双方当事人的订立合同过程，盖章之人是否履行职务行为、是否有代理权限、是否构成表见代理及合同履行情况、交易习惯等因素进行判断。在举证责任分配上，需由合同相对方举证证明印章由谁加盖、盖章之人有权代表或构成表见代理，

或由主张有效的一方举证证明项目部曾经在某些场合使用过上述印章或与备案印章相符。

9. 如何认定加盖材料收讫章、资料专用章的法律效力？

原则上，公章的种类与文件的种类要相匹配。材料收讫章、资料专用章通常仅限所属企业内部间业务交流、请示报送等工作，之所以不认可超出公章特定用途的盖章行为的效力，本质上是因为持章之人一般缺乏代理权。反之，相对人举证证明其依一般交易习惯有理由相信该枚印章具有超出其表面记载的实际功能，或结合其他证据证明存在使其相信行为人与企业存在事实上或法律上关联的理由，如有证据证明行为人曾使用该枚印章进行过对账、结算等，足以让相对方相信具有对外签订合同或相应文件的效力。为此，即便超出印章的使用范围，亦不宜认定讼争合同对企业不发生效力。

10. 如何认定委托代建的发包人？

委托代建是委托方与受托方之间的委托合同关系。受托方与承包人是建设工程施工合同关系。一般情况下承包人无权向委托人主张建设工程价款，同样，委托人无权向承包人主张修复或赔偿其损失。但有证据证明符合《中华人民共和国民法典》第九百二十五条规定的情形的承包人有权向委托人主张建设工程价款，委托人有权向承包人主张修复或赔偿其损失。

11. 建设工程价款债权是否可以转让？

建设工程施工合同是双务合同。建设工程竣工验收合格后，双方通过决算，明确了建设工程结算价款，且完成了交付施工资料、质量保修等义务的，此时发包人按照合同约定支付的价款是纯债权。承包人是单方决定转让结算的债权。但是，承包人与发包人未经结算，承包人在合同中有权利也有义务，承包人转让建设工程施工合同项下的工程款，系概括转让，必须经合同相对方同意。否则，转让对发包人不发生效力。在审判实践中，建设工程价款的受让人向发包人主张债权，发包人对建设工程质量和建设工程价款具体数额等提出异议，为查明案件事实，可以将承包人列为第三人。

12.建设工程施工合同被认定无效后，合同中约定的“管理费”是否支持？

建设工程施工合同因转包、违法分包或挂靠行为无效时，对于该合同中约定的由转包方收取“管理费”的处理，应结合个案情形，根据合同目的等具体情况，作出判断。如该“管理费属于工程价款的组成部分，承包人举证证明其实际参与了施工组织管理协调的，可参照合同约定处理；对于承包人纯粹通过转包牟利，未实际参与施工组织管理协调，合同无效后主张“管理费”的，应不予支持。合同当事人以作为合同价款的“管理费”应予收缴为由主张调整工程价款的，不予支持。基于合同的相对性，非合同当事人不能以承包人与实际施工人之间有关“管理费”的约定主张调整应支付的工程款。

13. 建设工程施工合同无效，建设工程价款支付条件和各类违约金是否可以参照合同约定适用？

《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定，建设工程施工合同无效，但建设工程经验收合格的，可以参照合同关于建设工程价款的约定折价补偿承包人。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第六条第二款规定：“损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。”除此之外，当事人主张参照合同约定的建设工程价款支付条件、违约金等确定支付条件计算违约金的，没有法律依据，不予支持。

14. 实际施工人和承包人都向发包人主张建设工程价款并都获得支持的情况下，如何协调两个债权之间的关系？

根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条规定，实际施工人以发包人为被告主张建设工程价款的，人民法院应当追加承包人为本案第三人。承包人在参加诉讼的

同时向发包人请求支付建设工程价款的，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十九条规定，可以作为有独立请求权的第三人加入诉讼。在查明承包人是否欠付实际施工人建设工程价款，发包人是否欠付承包人建设工程价款事实和实际施工人施工部分款项后，一并作出判决。在承包人、实际施工人的诉讼请求都应当支持的情况下，承包人基于转包、分包合同和发包人基于司法解释的规定而同样对于实际施工人负有给付义务，因发包人或承包人的履行而使欠付实际施工人的债务均归于消灭。因此，发包人在欠付工程款范围内向实际施工人支付建设工程价款义务与承包人向实际施工人支付建设工程价款义务构成不真正连带债务案件判决主文可分二项：1 发包人向承包人支付欠付的建设工程价款；2 发包人在欠付承包人工程款范围内对实际施工人承担责任，发包人向实际施工人支付后，发包人对承包人的债务相应消灭。承包人已经向发包人主张建设工程价款的，实际施工人又向发包人主张工程款，因涉及欠付建设工程价款数额的认定，实际施工人又向发包人主张工程款案件应中止审理，待前案欠付工程款数额确定后，根据前案认定的数额判决发包人在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。

三、建设工程价款优先受偿权

15. 在发包人明知挂靠情况下，挂靠人是否享有建设工程价款优先受偿权？

依据《中华人民共和国民法典》第八百零七条以及《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第三十五条的规定，只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人才享有建设工程价款的优先受偿权。尽管在发包人明知挂靠情况下，挂靠人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系，但挂靠人仍不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，不享有建设工程价款优先受偿权。

16. 消防工程价款是否享有优先受偿权？

消防工程是建设应具备的预防火灾和减少火灾危害工程。《中华人民共和国消防法》第九条规定：“建设工程的消防设计、施工必须符合国家工程建设消防技术标准。建设、设计、施工、工程监理等单位依法对建设工程的消防设计、施工质量负责。”消防工程属于建设工程的必备部分，包括火灾自动报警系统、自动灭火系统、消火栓系统、防烟排烟系统以及应急广播和应急照明、安全疏散设施等。消防工程，既可以由建设工程总包人负责，也可由发包人直接发包给专业的消防工程承包人。如同装饰装修工程的承包人一样，消防工程承包人在行使工程价款优先受偿权时受到一定的限制。这种限制表现在两方面：一是只有直接向发包人承包消防工程的专业技术承包人才依法享有建设工程优先受偿权；二是消防工程的承包人只能就其承包的消防工程给整个工程增值的范围内行使优先受偿权。

17. 建设工程价款优先受偿权的“合理期限”如何认定？

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十一条规定：承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。这里的“合理期限”既不是除斥期间，也不是诉讼时效，是从保护施工人和其他权利人的角度拟制的期限。当事人可以事先约定承包人行使优先受偿权的“合理期限”。应付款时间经发包人与承包人协商而延长的，建设工程价款优先受偿权的起算点随之延长。但为避免发包人与承包人恶意串通，损害银行等其他债权人利益，人民法院应主动审查承、发包人的主观意愿及是否存在损害第三人利益的情形。如不存在，以双方另行协商确定的付款时间作为应付款时间。如恶意串通，则应以原合同约定的付款日期为应付款时间。

18. 建设工程价款优先受偿权的起算点如何确定？

建设工程价款优先受偿权的起算点从“应当给付建设工程价款之日”起计算。建设工程施工合同对付款时间有明确约定的，按合同约定确定。合同解除，发包人和承包人就合同解除后工程价款的支付另行达成协议的，

为该协议约定的应支付建设工程价款之日。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：（1）建设工程实际交付的，为交付之日；建设工程未交付的，为提交竣工结算文件之日；建设工程未交付，建设工程价款也未结算，人民法院及仲裁机构确认发包人欠付承包人工程价款的，为承包人起诉之日。（2）质保金作为工程价款一部分，其优先受偿权起算点为质保金应予返还之日。

19. 建设工程价款优先受偿权如何行使？

以下属于依法行使建设工程价款优先受偿权的情形：（1）建设工程承包人提起诉讼、申请仲裁主张工程价款优先受偿权；（2）自行与发包人协商以该工程折价抵偿欠付工程价款；（3）申请法院将该工程拍卖以实现工程价款债权；（4）申请对建设工程拍卖款参与分配程序主张优先受偿权；（5）以书面形式向发包人明确表示主张优先受偿权的。

20. 建设工程价款优先受偿权能否转让？

建设工程价款优先受偿权是一种法定优先受偿权，具有从属性，且与建设工程价款债权人之间不具有人身专属性，应认定建设工程价款优先受偿权随工程价款债权一并转让，以确保农民工工资权益尽快实现。

21. 承包人在执行程序中能否主张建设工程价款优先受偿权？

承包人在建设工程价款的诉讼或仲裁中，未主张建设工程价款优先受偿权的，在执行程序中，承包人仍可向发包人主张建设工程价款优先受偿权。

四、建设工程价款结算

22. 实际施工人是否可以直接与发包人结算工程价款？

实际施工人与发包人没有合同关系，双方无权结算建设工程价款。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条关于实际施工可以向发包人主张建设工程价款的规定，仅是在特定情况下、一定范围内为实际施工人提供的特殊救济途径，应当严格依

照法定条件适用。发包人直接与实际施工人结算工程价款的，对承包人不发生效力。发包人明知实际施工人挂靠承包人承揽工程的除外。

23. 建设工程施工合同对签证人员、签证时间及签证形式有明确约定，但是实际履行与合同约定不符的，如何认定签证的效力？

工程签证是指在施工合同履行过程中，承发包双方根据合同的约定，就合同价款之外的费用补偿、工期顺延以及因各种原因造成的损失赔偿等形成的签认证明。在签证人员、签证时间及形式与合同约定不符的情况下，应当根据法律和司法解释关于委托授权、职务代理以及表见代理的相关规定，结合合同订立和履行中的具体情形认定签证行为对合同当事人的效力，但有证据证明虚假签证的除外。

24. 发包人能否以承包人未交付发票为由抗辩工程价款履行义务？

建设工程施工合同作为一种双务合同，依据其合同的性质，合同抗辩的范围仅限于对价义务，也就是说，一方不履行对价义务的，相对方才享有抗辩权。《中华人民共和国民法典》第七百八十八条第一款规定：“建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。”建设工程施工合同中的主要义务就是一方完成合同项下的建设工程，另一方依约支付工程价款而交付发票的义务显然不属于建设工程施工合同中的主要义务。支付建设工程价款义务与交付发票义务不具有对等关系，不能适用先履行抗辩权。因此，发包人以承包人未交付发票作为拒付工程价款抗辩事由的，不予支持。但讼争合同明确约定承包人未交付发票，发包人有权拒绝支付建设工程价款的除外。

25. 建设工程施工合同无效，承包人是否有权主张欠付建设工程价款的利息？

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二十四条规定，建设工程施工合同无效，但建设工程质量合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。实践中，对合同明确约定建设工程价款被占用期间应当计算利息的约定是否支持，存

在不同的处理方式。利息是工程价款的法定孳息，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二十四条确定了合同无效可参照合同约定折价补偿，该补偿应当包含无效合同承包人被占用工程价款的利息损失，以同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计息。

26. 长期未作出财政评审结论或财政评审结论违背合同约定的当事人申请司法鉴定是否准许？

财政部门对财政投资的评定审核是国家对建设单位基本建设资金的监督管理，不影响发包人与承包人合同效力及履行。但是，建设工程施工合同明确约定以财政评审结论作为结算依据的，财政评审结论应当作为建设工程价款结算的依据。在承包人或实际施工人提交完整结算文件后，发包人在一年内未提交财政评审部门的，视为各方当事人无法以财政评审完成建设工程价款结算，可以同意当事人的司法鉴定申请。财政评审部门在收到发包人提交的结算文件后未出具财政评审结论，当事人申请司法鉴定的，应向财政评审部门核实，了解无法出具财政评审结论的具体原因。同时，应向财政评审部门出具书面函件，给予财政评审部门完成财政评审的合理期限，并告知未按时完成评审作出结论的，将依当事人申请启动司法鉴定。在合理期限届满后，财政评审部门无正当理由仍未出具财政评审结论的，支持当事人的司法鉴定申请。通常情况下，对财政评审结论仅作程序性审查。评审程序合法的，财政评审结论可以作为认定建设工程价款的依据。但是，当事人有证据证明财政评审结论具有不真实、不客观的情形违反法律规定或合同约定的，应对财政评审结论进行实质审查。注意审查以下问题：（1）财政评审事项及范围与讼争建设工程是否一致；（2）财政评审资料是否全面完整，财政评审依据是否正确合理；（3）财政评审方法是否科学、是否符合实际情况；（4）财政评审程序是否符合法律规定及技术规范要求；（5）财政评审结论是否具体明确，是否与合同约定、已查明的事

实存在矛盾：（6）财政评审结论的形式是否符合法定要求。存在以上情形，又无法弥补，导致财政评审结论不能采信的，对当事人的鉴定申请予以准。

27. 承包人主张进度款是否准许？

根据《建设工程价款结算暂行办法》第十四条的规定，建设工程完工后，双方应按照约定的合同价款及合同价款调整内容以及索赔事项，进行工程竣工结算。因此，建设工程已完工并经验收合格，具备结算条件的，应当组织竣工结算。承包人仅提出工程进度款及利息请求的，不予支持。《建设工程价款结算暂行办法》第十三条规定：发包人不按合同约定支付工程进度款，双方又未达成延期付款协议，导致施工无法进行，承包人可停止施工，由发包人承担违约责任。因此，承包人仅请求发包人支付工程进度款的，不予支持。因发包人未按合同约定支付工程进度款，如承包人解除合同的，双方当事人应当按照合同约定进行结算。发包人对承包人的施工质量提出异议或有初步证据证明承包人的施工质量存在问题，则必须审查承包人施工质量是否合格，在确定承包人已完工程质量合格的情形下，对工程价款有异议的，可以委托建设工程价款鉴定。

五、建设工程质量异议

28. 建设工程已经通过验收，诉讼中发包人申请工程质量鉴定的，是否支持？

建设工程已经通过验收的，诉讼中当事人又申请鉴定的，不予支持，但有证据证明建设工程在合理使用寿命内地基基础工程和主体结构质量存在重大安全隐患的或因发生保修责任争议，需要通过鉴定确定责任范围的除外。

29. 建设工程未经验收，发包人擅自使用的，是否可以认为质量符合合同约定？

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第十四条规定：建设工程未经验收，发包人擅自使用后，又

以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持。适用该规定支持支付建设工程价款的，不得在文书中表述“质量符合合同约定或质量合格”。同时应向建设工程管理机构提出司法建议，要求有关部门加强对建设工程质量监督管理。

30. 作为被告的发包人提出工程质量异议的，属于抗辩还是应当反诉？

以下情形，属于抗辩：（1）发包人仅以工程质量问题主张拒付或少付工程价款的；（2）发包人提出原告在施工过程中存在偷工减料、（3）发包人因原告拒绝维修工程而另行委托他人修复后，主张抵扣修复费用的。发包人请求原告承担修复费用的主张虽可以构成一个独立的诉，但该主张未超出原告的诉讼请求范围，因此发包人有权选择以抗辩形式主张抵扣，也有权提起反诉。以下情形，发包人应当反诉或者另行起诉：（1）发包人要求承包人支付违约金或赔偿损失的；（2）发包人要求承包人赔偿因工程质量不符合合同约定而造成的其他财产或者人身损害的；（3）发包人要求原告承担返修义务或赔偿损失的；（4）原告逾期完工，发包人主张工期延误索赔的。

31. 缺陷责任期与保修期如何区分？

工程保修阶段包括缺陷责任期与工程保修期。缺陷责任期是指承包人按照合同约定承担缺陷修复义务，且发包人预留质量保证金的期限，自工程通过竣工验收之日起计算。缺陷责任期一般为1年，最长不超过2年、具体由发承包双方在管理合同中约定。在缺陷责任期内，由于承包人原因造成的缺陷，承包人负责维修，并承担鉴定及维修费用；如承包人未履行缺陷修复义务，则发包人可以按照合同约定扣除质保金，并由承包人承担相应的违约责任。缺陷责任期届满，发包人应当返还质保金。发包人返还质保金后，承包人仍应按合同约定的各部分工程的保修年限承担保修责任。保修期是承包人按照合同约定对工程承担保修责任的期限，从工程竣工验收合格之日起计算。保修期内，承包人对建设工程的保修义务属于法定义务，不能通过合同约定予以排除。

32. 在建设工程存在质量瑕疵的情况下，承包人愿意修复，而发包人不愿意由承包人修复，并主张修复费用，应如何处理？

在建设工程施工合同中，出现质量瑕疵，能修复的情况下，应当优先适用修理、返工或者改建等救济方式。如果承包人愿意修复，而发包人未通知承包人修复而直接诉请支付修复费用或者未通知承包人修复直接委托第三人修复并诉请支付所产生的修复费用，不予支持。在承包人拒绝修复，或者经承包人修复后建设工程质量仍不合格，或者承包人在合理期限内未进行修复的，发包人可以另行委托第三人进行修复，所产生的合理修复费用，发包人请求从应付工程款中予以扣除的，应予以支持。

33. 工程未完工，合同解除后保修期如何计算？

承包人的保修义务是法定义务，即使合同中对此没有约定，承包人仍应承担。故建设工程施工合同的解除，不影响承包人承担保修义务。依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第九条、第十四条规定，承包人的保修义务应从已完工部分验收合格、确定质量合格或者交付使用之日起计算。

六、违约责任的认定

34. 发包人逾期支付建设工程价款与承包人停（窝）工之间的因果关系如何认定？

建设工程逾期完工，发包人要求承包人承担违约责任。承包人则抗辩称，导致工期延误的原因是发包人未及时支付建设工程价款。实务中发包人逾期支付建设工程价款与承包人停（窝）工的因果关系认定不统一。发包人未按照合同约定支付建设工程价款，是否导致承包人停（窝）工、延误工期，应当根据不同的情况作出不同的认定：（1）合同约定垫资施工的，逾期支付建设工程价款与停（窝）工之间没有必然因果关系。但是逾期支付建设工程价款的，应当按照合同约定承担违约责任。（2）合同约定逾期支付工程进度款一定天数后，可以停工的，在约定天数届满后，发包人仍未

支付工程进度款的，开始认定停工日期，同时应当办理停工签证，未办理签证的，不予支持。但是有证据证明真实停工的除外。（3）合同未约定逾期支付工程进度款可以停工的，承包人在发包人逾期支付工程进度款后，办理停工签证手续的，以签证确认的停工日期开始计算扣除逾期天数及停窝工损失。

35. 商品房工程承包人逾期完工，造成发包人赔偿购房人逾期交房违约金的，发包人能否向承包人主张赔偿？

承包人逾期完工造成发包人赔偿购房人逾期交房违约金的，应当由承包人进行赔偿。建设工程施工合同中没有约定逾期完工违约金的，发包人实际赔付购房人逾期交房违约金后，发包人向承包人主张赔偿该部分损失的，应当支持。建设工程施工合同已经约定逾期完工违约金，但不足以填补发包人实际赔付购房人的逾期交房违约金时，依据《中华人民共和国民法典》第五百八十五条第二款“约定的违约金低于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加”的规定，发包人有权要求承包人承担超出逾期完工违约金部分的损失，请求增加违约金数额应以发包人实际损失额为限。需要注意的是，逾期交房违约金是发包人与购房者之间的约定，如果约定的赔偿比例明显过高，需要进行综合考量后，酌情予以认定。

36. 发包人欠付工程价款的，承包人是否有权拒绝交付工程？

承包人以发包人拖延结算或欠付工程价款为由拒绝交付工程的，不予支持。发包人拒付工程价款，承包人可以通过主张建设工程价款优先受偿权实现权利，而不能采取扣押等方式拒绝交付建设工程。建设工程施工合同明确约定发包人欠付工程价款可以拒绝交付工程的，从其约定。但是，欠付工程价款数额不大或拒绝交付部分工程严重影响整个工程使用的，不予支持。

七、建设工程施工合同纠纷鉴定问题

37. 建设工程施工合同纠纷的鉴定意见如何进行审查？

依据《最高人民法院关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》，鉴定人出具的鉴定意见书，应当审查：（一）委托法院的名称；（二）委托鉴定的内容、要求；（三）鉴定材料；（四）鉴定所依据的原理、方法；（五）对鉴定过程的说明；（六）鉴定意见；（七）承诺书；（八）鉴定人签名或者盖章，并附鉴定人的相应资格证明（委托机构鉴定的，应当由鉴定机构盖章，并由从事鉴定的人员签名）。按照上述形式、程序等方面审查后，建设工程案件还应特别注重以下实质内容的审查：

（1）鉴定事项及范围是否与委托相符；（2）鉴定材料是否全面完整并经法定程序质证；（3）鉴定依据是否正确合理；（4）鉴定方法是否科学，是否符合实际状况；（5）鉴定过程是否符合法律规定及技术规范要求；（6）鉴定意见书的结论是否明确具体，分析过程与结论是否具有逻辑性及确定性，是否与已查明认定的事实存在矛盾的情形；（7）鉴定程序以及鉴定意见书的形式等是否符合法定要求。需要注意的是，鉴定意见书存在鉴定意见和鉴定意见书的其他部分相互矛盾、同一认定意见使用不确定性表述、鉴定意见书有其他明显瑕疵等情形的，视为未完成委托鉴定事项，应当要求鉴定人补充鉴定或重新鉴定。补充鉴定或重新鉴定仍不能完成委托鉴定事项的，应当责令鉴定人退回已经收取的鉴定费用。

38. 任意压缩合理工期如何认定，能否申请鉴定工期？

当事人违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期的约定，应认定无效。合理工期的确定一般以当地建设行政主管部门制定的定额工期为基础。定额工期，是指在一定的生产条件和自然条件下，完成某个单位（或群体）工程平均所需的定额天数。定额工期对于确定相同或者相类似类型的建设工程的施工工期具有普遍指导意义，但是没有考虑不同施工企业的施工技术、管理水平和施工经验的差异，定额工期只能作为参考依据，合理工期一般短于定额工期。原则上，鉴定机构只能鉴定定额工期，在当事人对合理工期发生争议时，可以委托具有法定鉴定资质的工程造价咨询机构通过

司法鉴定对定额工期进行鉴定。根据鉴定得出的定额工期，参照当地住建部门关于压缩工期幅度的规定，认定是否属于任意压缩合理工期。一般来说，压缩的工期幅度最多不超过定额工期的 30%，超过 30%的，视为任意压缩合理工期。

39. 申请鉴定事项无法鉴定的应如何处理？

当事人申请鉴定的，由各方当事人协商确定具备鉴定资质的鉴定机构；协商不成的，由各方当事人推荐的具备鉴定资质的鉴定机构及本辖区或本省、省外建立的鉴定机构名册中摇号选择一家首选鉴定机构、两家备选鉴定机构。当事人在确定鉴定机构时应对鉴定机构的资质、鉴定能力提出意见，否则视为接受。在正选鉴定机构明确表示无法鉴定的情况下，依次征询备选鉴定机构的意见。经摇号选择的鉴定机构均表示无法鉴定的，各方当事人一致同意重新选择鉴定机构或聘请若干专家组成鉴定组进行鉴定的，予以支持。各当事人无法达成一致意见的，认定申请鉴定事项无法鉴定。申请鉴定事项无法鉴定的，应依据举证责任的分配原则、双方当事人的过错程度和全案证据情况，认定案件的基本事实。

八、实际施工人权益问题

40. “发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任”，是否包括建设工程价款的利息或违约责任？

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条规定实际施工人可以向发包人主张支付欠付建设工程价款的范围仅限定为建设工程价款，不包括工程价款利息、违约金、损失赔偿金等。实际施工人依据本条规定，向发包人主张支付欠付建设工程价款的利息、违约金、工程奖励金、损失赔偿金等款项的，不予支持。

41. 多层转包、多层违法分包、挂靠后再转包、再分包的实际施工人能否请求发包人在欠付工程款范围内承担责任？

单层转包、单层违法分包的实际施工人可以依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条规定请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。借用资质及多层转包和违法分包的实际施工人不能请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。

42. 承包人已经与发包人结算完毕并领取了工程款，实际施工人再向发包人主张遗漏结算的工程款是否成立？

发包人与实际施工人不存在合同关系，在承包人已经与发包人结算完毕并领取工程款后，即不存在欠付建设工程价款的事实，实际施工人无权向发包人主张权利，亦无权直接向发包人主张遗漏结算工程价款。

九、诉讼程序问题

43. 个人合伙作为实际施工人时，部分合伙人能否单独以实际施工人身份起诉？

二人以上共同作为实际施工人签订建设工程施工合同的，对外共同享有权利、共同承担义务，应当适用《中华人民共和国民法典》关于合伙合同的相关规定认定民事权利义务，适用《中华人民共和国民事诉讼法》第五十五条关于必要共同诉讼的规定认定民事诉讼权利义务。部分合伙人单独以实际施工人起诉请求合同权利的，应依据《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》第七十四条规定追加其他合伙人作为共同诉讼当事人。应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍应追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响案件的审理并依法作出判决。

44. 建设工程价款优先受偿权是否可以调解？

建设工程价款优先受偿权涉及到不特定第三人。双方当事人通过调解确认工程价款优先受偿权，易发虚假诉讼，或损害抵押权人、其他债权人等其他案外人的情况，因此，双方当事人请求出具调解书对建设工程价款优先受偿权予以确认的，原则不应准许。

45. 建设工程施工合同纠纷，银行以承包人放弃建设工程价款优先受偿权为由申请加入诉讼是否准予？

实务中，开发商向银行申请房地产开发贷款，银行要求该项目的承包人出具自愿放弃项目工程价款受偿优先权的《承诺函》。在建设工程施工合同纠纷中，银行以承包人放弃建设工程价款优先受偿权为由申请加入诉讼。因建设工程施工合同纠纷案件中银行不属于第三人，银行对于建设工程价款优先受偿权提起第三人撤销之诉的，予以驳回。

上海市第一中级人民法院实务纪要

父母为已婚子女购房，出资款性质如何认定？

编者按

为促进上海一中院及辖区基层法院审判质量、审判能力共同提升,自 2020 年开始,上海一中院以共性法律适用难题和新法学习、实务研讨等为主要内容,先后组织召开多场辖区审判指导与交流片会、新法学习会和实务研讨会。在此基础上,上海一中院将进一步深化上述重点工作,官微《实务纪要》专栏陆续推送此类会议实务干货,以供参考。

少年家事案件适法意见

问题

夫妻关系存续期间,一方父母为双方购房出资,如父母主张该出资为双方的共同借款,对出资款的性质该如何认定?

1.具体案型

赵某和姚某于 2010 年结婚,2012 年 2 月赵某父母转账 100 万元至赵某账户,后赵某用该 100 万元作为首付款购买了 101 室房屋,并登记在赵某和姚某夫妻两人名下。

多年后,赵某与姚某感情不和,赵某父母遂向法院起诉,主张上述 100 万元系借款,要求赵某和姚某共同偿还。

2.不同观点

观点 A: 无反证证明是赠与, 即应认定为借贷。

主要理由一:

《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》(以下简称《民间借贷司法解释》)第 16 条规定,“原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼,被告抗辩转账系偿还双方之前借款或者其他债务的,

被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证责任。”

父母提供了打款凭证并主张成立借贷关系，已经尽到了初步的证明责任，法院应初步推定借贷关系的成立。如夫妻一方主张属于赠与，那么应当予以举证证明；如果无法证明系赠与，则借贷关系应成立。

主要理由二：

父母没有义务为成年子女购买房屋，而且实践中父母往往花费平生积蓄给子女购房，碍于情面又不会把借款手续办理得十分完整。

故只要子女不能证明是赠与，应对父母的借款主张予以支持。

观点 B：没有充分证据认定为借贷，即应认定为赠与。

主要理由一：

《民间借贷司法解释》第 16 条之规定，不能简单适用于父母与子女之间。

上述规定是针对普通民事主体之间的钱款往来，而父母与子女之间的关系不同于普通民事主体关系，更具亲密性和伦理性，故不能在仅有转账凭证时，即初步推定借款关系的存在。

关于借款合意，父母一方需要充分举证。

主要理由二：

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第 29 条第 2 款的规定，“当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理；没有约定或者约定不明确的，按照民法典第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理”。而《民法典》第 1062 条是关于夫妻受赠财产的规定，也即应视不同情况认定为对夫妻一方或者双方的赠与。

主要理由三：

从现实国情看，子女结婚时往往缺乏经济能力，难以独自负担买房费用，而父母基于对子女的亲情，往往自愿出资为子女购置房屋。大多数父母出资的目的是要解决或改善子女的居住条件，希望子女的生活更加幸福，而不是日后要回这笔出资，这也更符合父母出资时的真实意思表示。

3.倾向性意见

同意观点B，没有充分证据认定为借贷，即应认定为赠与。

主要理由一：从主张借款的举证责任而言

父母主张其向子女一方的转账为借款，除转账凭证外，还应当提供较为充分的证据证明存在借款合意。对于子女一方抗辩款项系赠与时，不应课以过高的举证方面的义务。而且，考虑到父母子女之间人身关系的特殊性，及利益的关联性，若仅有己方子女认可有借贷的表示，不宜直接认定双方借贷关系成立，而应进一步查明另一方是否明知或认可借款情况。

主要理由二：从既有法律规定而言

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第29条第2款的规定，实际上已经较为明确，如果对购房款性质没有约定或者约定不明确的，即按照赠与进行认定和处理。因此，实践中如果没有约定或约定不明，父母一方也无法充分举证证明存在借款合意的，即应认定为赠与。

主要理由三：家庭内部及亲人之间的特殊身份关系，具有较强的亲密性和伦理性，不同于普通民事主体之间的关系

因此，对于父母与子女之间款项往来的性质，不能简单地以普通民事主体之间钱款往来的情形作类推。如果将家庭内部的行为完全用解决经济关系的法律法规进行处理，将不利于维护家庭的稳定。

在当下社会，父母为子女购房出资的情况并不少见，在普通人的认知中，上述出资更多地体现为父母对于子女的资助或者帮助，而非借款关系。

因此，在没有充分证据证明存在借款合意的情况下，认定赠与更符合当前社会大众的认知。

主要理由四：从利益平衡角度而言

不能因为夫妻感情不好以后，为挽回父母的购房出资，就以结果倒推来认定系借款而非赠与。在子女离婚过程中，父母的出资也是己方子女对购房

贡献较大的考量因素，法院可在分割房产过程中，对出资较多的一方在份额上作适当倾斜，以此平衡当事人间的利益关系。

4.规范指引

《中华人民共和国民法典》

第六百七十九条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时成立。

第一千零六十二条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻共同财产，归夫妻共同所有：

……

（四）继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；

……

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》

第二十九条第二款 当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理；没有约定或者约定不明确的，按照民法典第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理。

关于涉新冠肺炎疫情案件 法律适用问题的系列问答四 (2022年版)

上海市高级人民法院修订课题组

问题 1

在保险合同纠纷中，投保人、被保险人以保险公司在疫情防控中作出相关承诺为由，要求保险公司理赔的，应如何处理？

答：在疫情防控期间，保险公司以通知或公告等方式承诺在疾病险、医疗险、健康险等保险合同中感染新冠肺炎客户取消等待期（观察期）、免赔额、定点医院等限制，扩展保险责任范围的，人民法院应将该承诺纳入保险合同内容，并据此确定双方权利义务关系及保险公司的理赔责任。

问题 2

因“隔离险”引发的纠纷，保险人提出被保险人申请理赔的情形不符合合同约定理赔条件的，应如何处理？

答：人民法院应当严格审查保险合同对“隔离”“集中隔离”“居家隔离”等保险风险的定义，相关条款经提示和明确说明的，应按合同约定处理。保险人与被保险人、受益人对合同条款有争议的，应当按照通常理解予以解释。对合同条款有两种以上解释的，人民法院应当作出有利于被保险人和受益人的解释。

被保险人提交的加盖卫生行政部门、街道乡镇、居（村）委会、医院或疫情防控部门等机构印章的隔离证明、集中隔离医学观察解除单，或通过“随申办”等相关政府机关指定网络平台自助开具的居家健康监测证明等，可以作为证明其被隔

离的证据。保险人如认为保险事故的发生或起止时间存在虚假的，应提供相应证据。

保险人有充分证据证明被保险人故意违反各级人民政府发布的防疫封控管理、隔离措施，导致其感染新冠肺炎或接触确诊、密接人员而被隔离的，人民法院可以认定被保险人的行为属于故意制造保险事故，保险人有权拒赔。

法律规范：

《中华人民共和国保险法》

第十七条 订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。

对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。

第二十七条 未发生保险事故，被保险人或者受益人谎称发生了保险事故，向保险人提出赔偿或者给付保险金请求的，保险人有权解除合同，并不退还保险费。

投保人、被保险人故意制造保险事故的，保险人有权解除合同，不承担赔偿或者给付保险金的责任；除本法第四十三条规定外，不退还保险费。

……

第三十条 采用保险人提供的格式条款订立的保险合同，保险人与投保人、被保险人或者受益人对合同条款有争议的，应当按照通常理解予以解释。对合同条款有两种以上解释的，人民法院或者仲裁机构应当作出有利于被保险人和受益人的解释。

问题 3

疫情期间，部分保险公司向参与防疫的医护人员、志愿者、小区物业工作人员、居（村）委会工作人员等赠送保险产品，后续发生保险纠纷的，应如何处理？

答：赠送保险是指保险人在订立保险合同时，免除投保人支付保险费的义务，或者代替投保人履行支付保险费的义务。根据相关监管规定，保险公司可以促销或者公益事业为目的赠送人身保险，但不得赠送财产保险；不得以赠送保险为由，变相开展违法违规业务或进行不正当竞争。疫情防控期间，保险公司向参与防疫的医护人员、志愿者、小区物业工作人员、居（村）委会工作人员等赠送人身保险，不违反法律法规强制性规定及公序良俗的，应当认可保险合同的效力。发生保险事故后，被保险人、受益人有权依据获赠保险产品向保险公司主张赔付保险金。

法律规范：

《中国保监会关于规范人身保险公司赠送保险有关行为的通知》（保监发〔2015〕12号）

一、赠送保险是指保险人在订立保险合同时，免除投保人支付保险费的义务，或者代替投保人履行支付保险费的义务。人身保险公司可以以促销或者公益事业为目的赠送人身保险，但不得赠送财产保险。

问题 4

在信用卡纠纷、个人住房贷款及其他金融借款等融资类纠纷案件中，债务人以受疫情影响导致收入来源全部或部分丧失、经营困难或客观上履行还款义务存在障碍等为由，提出免除部分还款义务、延期归还欠款或调减违约金的，应如何处理？

答：对于信用卡、个人住房贷款及其他金融借款、融资租赁、保理、典当、小额贷款等以金钱给付为内容的合同，一般不宜以疫情属不可抗力为由减轻或免除偿还欠款的责任。如果金融机构或其他市场主体以通知或公告等方式作出给予受疫情影响的相关债务人减免债务、延期还款等相关承诺的，可视为对合同内容的变更。

债务人主张延期归还欠款或调减违约金的，虽然在电子支付广泛使用的背景下，疫情通常不属于因客观原因导致合同无法履行的障碍，但借款人如果因参加

医疗救助防控工作、感染新冠肺炎住院治疗、封控隔离等客观情况致其无法按时归还欠款，构成不可抗力的，可按《中华人民共和国民法典》第一百八十条、第五百九十条的规定处理，并应在相关情况解除后的合理期限内及时履行还款义务。如疫情对债务人个人收入或企业营收造成较大影响导致无法按时清偿债务的，人民法院可在相关案件中组织当事人协商，促使金融机构按照金融监管和公积金管理等部门关于疫情防控的信贷政策和相关要求，适度调整信用卡、住房按揭贷款等信贷还款安排，合理延后还款期限，避免贷款加速到期或提前解除合同等“抽贷”“断贷”行为，有效防范金融市场风险。

此外，对金融机构及相关市场主体违反监管规定，以服务费、咨询费、担保费等各类费用为名变相收取高额利息等情形，就超出法律、法规和司法解释允许范围的部分，依法不予保护。

法律规范：

《中华人民共和国民法典》

第一百八十条 因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。

不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

第五百七十九条 当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息，或者不履行其他金钱债务的，对方可以请求其支付。

第五百九十条 当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。

《最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见》

二、以服务实体经济作为出发点和落脚点，引导和规范金融交易

第二条 严格依法规制高利贷，有效降低实体经济的融资成本。金融借款合同的借款人以贷款人同时主张的利息、复利、罚息、违约金和其他费用过高，显著背离实际损失为由，请求对总计超过年利率 24% 的部分予以调减的，应予支持，以有效降低实体经济的融资成本。规范和引导民间融资秩序，依法否定民间借贷纠纷案件中预扣本金或者利息、变相高息等规避民间借贷利率司法保护上限的合同条款效力。

《银保监会关于加强银行业保险业金融服务配合做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》（银保监办发〔2020〕10号）

三、开辟金融服务绿色通道。各银行保险机构要进一步加大对疫区的支持，减免手续费，简化业务流程，开辟快速通道。要充分发挥银行信贷、保险保障、融资担保等多方合力，加强对社会民生重点领域金融支持。对受疫情影响暂时失去收入来源的人群，要在信贷政策上予以适当倾斜，灵活调整住房按揭、信用卡等个人信贷还款安排，合理延后还款期限。对感染新型冠状病毒的出险理赔客户要优先处理，适当扩展责任范围，应赔尽赔。

《中国人民银行财政部银保监会证监会外汇局关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控的通知》（银发〔2020〕29号）

（三）对受疫情影响较大的批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游等行业，以及有发展前景但受疫情影响暂遇困难的企业，特别是小微企业，不得盲目抽贷、断贷、压贷。对受疫情影响严重的企业到期还款困难的，可予以展期或续贷。通过适当下调贷款利率、增加信用贷款和中长期贷款等方式，支持相关企业战胜疫情灾害影响。

（四）完善受疫情影响的社会民生领域的金融服务。对因感染新型肺炎住院治疗或隔离人员、疫情防控需要隔离观察人员、参加疫情防控工作人员以及受疫情影响暂时失去收入来源的人群，金融机构要在信贷政策上予以适当倾斜，灵活调整住房按揭、信用卡等个人信贷还款安排，合理延后还款期限。

《中国银保监会工业和信息化部发展改革委财政部人民银行市场监管总局关于进一步规范信贷融资收费降低企业融资综合成本的通知》(银保监发〔2020〕18号)

一、信贷环节取消部分收费项目和不合理条件

(一) 取消信贷资金管理费等费用。银行不得收取信贷资金受托支付划拨费。对于已划拨但企业暂未使用的信贷资金,不得收取资金管理费。对于小微企业信贷融资,不得在贷款合同中约定提前还款或延迟用款违约金,取消法人账户透支承诺费和信贷资信证明费。

二、助贷环节合理控制融资综合成本

(四) 明确银行收费事项。银行应在企业借款合同或服务协议中明确所收取利息和费用,不得在合同约定之外收取费用。对于第三方机构推荐的客户,银行应告知直接向本行提出信贷申请的程序和息费水平。

问题 5

在涉金融征信记录案件中,个人以受疫情影响导致其未能及时归还欠款为由,要求金融机构撤销其不良征信记录的,应如何处理?

答:在涉金融征信记录相关案件中,对确因参加医疗救助防控工作、新冠肺炎确诊住院治疗、无症状感染隔离或者疫情防控措施等因素影响,未能及时归还贷款或信用卡欠款,金融机构将逾期还款记录报送人民银行的,人民法院可判令金融机构撤销相关不良记录,依法维护当事人的信用权益。

法律规范:

《中国人民银行财政部银保监会证监会外汇局关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》(银发〔2020〕29号)

(十四) 切实保障公众征信相关权益。人民银行分支机构和金融信用信息基础数据库接入机构要妥善安排征信查询服务,引导公众通过互联网、自助查询机进行征信查询。要合理调整逾期信用记录报送,对因感染新型肺炎住院治疗或隔离人员、疫情防控需要隔离观察人员和参加疫情防控工作人员,因疫情影响未能

及时还款的，经接入机构认定，相关逾期贷款可以不作逾期记录报送，已经报送的予以调整。对受疫情影响暂时失去收入来源的个人和企业，可依调整后的还款安排，报送信用记录。

问题 6

金融投资者或金融消费者以金融机构利用疫情实施不当金融产品营销行为造成其损失为由，要求金融机构承担相应赔偿责任的，应如何处理？

答：金融机构应切实加强行业自律，维护市场秩序，不得利用疫情进行不当的金融营销宣传。如金融机构违反诚实信用原则，存在虚假产品宣传、违反投资者适当性义务、未依法履行提示与明确说明义务等行为，确对金融投资者、金融消费者造成损害的，人民法院应根据当事人请求，并综合当事人的违约或侵权事实、损害后果、因果关系及各方过错程度确定相应的责任。

问题 7

债券持有人以未按期支付利息、交叉违约、预期违约、合同目的不能实现等为由，主张提前还本付息，而发行人以疫情为由进行抗辩的，应如何处理？

答：应当根据债券发行募集文件约定的违约事件以及相关法律规定，综合考虑各种情况予以判断。要依法审查债券持有人提出诉请的法律依据和合同依据，以及发行人的抗辩是否成立。

关于持券人能否以发行人未按期支付利息为由主张预期违约或合同目的不能实现进而解除合同，因债券发行人未按期支付部分利息，并不意味着发行人完全失去偿债能力，故通常情况下不能仅以发行人未按时支付一、二期利息为由，认定发生根本违约并支持持券人提前偿付本金的主张。但如果债券发行募集文件或相关合同中对于未支付利息等情形是否导致合同解除等法律后果有明确约定的，从其约定。

关于是否构成交叉违约情形，应当根据债券发行募集文件约定的有关条件，结合发生交叉违约主体关系、对象范围、数额大小占比、追加增信措施、还款能

力等方面因素予以认定。如发行人以上述情形为疫情所致进行抗辩的，应根据案件具体情况，结合疫情发生时间、地区以及影响程度等因素，掌握适当的认定标准，以避免因持券人盲目提前兑付导致发行人流动性紧张，切实维护债券市场稳定。

法律规范：

《中华人民共和国民法典》

第五百六十二条 当事人协商一致，可以解除合同。

当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。

第五百六十三条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

- （一）因不可抗力致使不能实现合同目的；
- （二）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
- （三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- （四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
- （五）法律规定的其他情形。

以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

问题 8

在证券虚假陈述责任纠纷案件中，如投资者持股经历了疫情期间，上市公司或其他虚假陈述行为赔偿责任主体以疫情构成证券市场风险因素或疫情防控措施严重影响上市公司内外部经营环境等为由请求相应扣减损失赔偿金额的，应如何处理？

答：证券虚假陈述责任纠纷案件中，人民法院在认定投资者损失时，应根据《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第三十一

条的规定，区分虚假陈述因素和疫情因素所导致的损失。对于影响市场中证券价格的证券市场风险、上市公司内外部经营环境等因素导致的损失，应在证券虚假陈述赔偿责任中予以扣减。

在具体案件审理中，人民法院可综合疫情持续时间、整体市场走势情况、相关股票交易情况、个股价格变动与大盘指数及行业指数变动的相对关系等因素，判断是否存在证券市场风险。对于批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游等受疫情影响较为严重的上市公司，应充分考虑疫情及疫情防控措施对公司内外部经营环境的影响，依法、公平、合理地确定当事人应承担的赔偿责任，从而实现投资者保护与资本市场稳健发展的平衡。

法律规范：

《中华人民共和国证券法》

第五十六条 ……

编造、传播虚假信息或者误导性信息，扰乱证券市场，给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》

第三十一条 人民法院应当查明虚假陈述与原告损失之间的因果关系，以及导致原告损失的其他原因等案件基本事实，确定赔偿责任范围。

被告能够举证证明原告的损失部分或者全部是由他人操纵市场、证券市场的风险、证券市场对特定事件的过度反应、上市公司内外部经营环境等其他因素所导致的，对其关于相应减轻或者免除责任的抗辩，人民法院应当予以支持。

最高人民法院民一庭

关于建设工程施工合同纠纷专业法官会议纪要汇总

(2021-2022 年)

一、建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的，应当依法参照合同关于工程价款的约定计算折价补偿款（最高人民法院民事审判第一庭 2022 年第 22 次专业法官会议纪要）

法律问题

建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的，应以何种标准计算折价补偿款？

法官会议意见

建设工程施工合同是承包人进行工程建设、交付工作成果即建设工程并由发包人支付价款的合同。建设工程竣工后，发包人应当根据合同约定及国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款并接收建设工程。如果发包人不按照合同约定及相应的规范或者标准组织验收，但接收建设工程的，参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第九条、第十四条等规定，视为建设工程质量合格。

主要理由

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”

根据上述规定，建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的，应当依法参照合同关于工程价款的约定，计算承包人应得折价补偿款。实务中，之所以出现建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的情形下以何种标准计算折价补偿款的争议，在于未能准确理解《民法典》第七百九十三条第一款的规定。建设工程施工具有一定的周期性和复杂性，双方当事人合同中的约定一定程度上代表了双方当事人对于合同签订和履行的合理预期以及对于相关合同风险的预先安排，在建设工程施工合同无效，没有更加科学、合理、简便有效的折价补偿标准的情况下，参照建设工程施工合同关于工程价款的约定折价补偿承包人具有相当的合理性。这种方式可以在保证建设工程质量的前提下，确保双方当事人均不能从无效合同中获得超出合同有效时的利益，符合当事人的合理预期和我国建筑市场的实际，能够保证案件裁判的社会效果。《民法典》第七百九十三条第一款虽然使用了“可以参照”的表述，但如果工程建设未发生大规模设计改变，或者合同中有关工程价款约定不存在严重违背当事人真实意思表示等情况，人民法院在具体裁判中，不宜任意将“可以参照”理解为可以参照、也可以不参照。

原文链接

https://mp.weixin.qq.com/s/JOQZUesCS9Qlvkqt_lkpZA

二、承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要）

法律问题

承包人对违章建筑是否享有建设工程价款优先受偿权？

法官会议意见

建设工程价款优先受偿权制度系以建设工程折价或者拍卖的价款优先清偿承包人享有的建设工程价款债权，故承包人享有建设工程价款优先受偿权的前提是其建设完成的建设工程依法可以流转。

主要理由

根据《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定，承包人享有建设工程价款优先受偿权的条件是建设工程宜折价、拍卖。因违章建筑不宜折价、拍卖，故承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权。

原文链接

<https://mp.weixin.qq.com/s/LMlshTXxYjdjzaBepbtuA>

三、实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要）

法律问题

实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权？

法官会议意见

实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。

主要理由

建设工程价款优先受偿权是指在发包人经承包人催告支付工程款后合理期限内仍未支付工程款时，承包人享有的与发包人协议将该工程折价或者请求人民法院将该工程依法拍卖，并就该工程折价或者拍卖价款优先受偿的权利。

依据《中华人民共和国民法典》第八百零七条以及《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第三十五之规定，只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人才享有建设工程价款优先受偿权。实际施工人不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，不享有建设工程价款优先受偿权。

原文链接

<https://mp.weixin.qq.com/s/l2nKmOcIT0PvTdlppXaa0g>

四、《建工解释（一）》第四十三条规定的实际施工人不包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 20 次专业法官会议纪要）

法律问题

《建工解释（一）》第四十三条规定的实际施工人是否包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人？

法官会议意见

可以依据《建工解释（一）》第四十三条规定突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人，即《建工解释（一）》第四十三条规定的实际施工人不包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人。

主要理由

本条解释涉及三方当事人两个法律关系。一是发包人与承包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之间的转包或者违法分包关系。

原则上，当事人应当依据各自的法律关系，请求各自的债务人承担责任。

本条解释为保护农民工等建筑工人的利益，突破合同相对性原则，允许实际施工人请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。对该条解释的适用应当从严把握。该条解释只规范转包和违法分包两种关系，未规定借用资质的实际施工人以及多层转包和违法分包关系中的实际施工人有权请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。

因此，可以依据《建工解释（一）》第四十三条规定突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人。

原文链接

<https://mp.weixin.qq.com/s/epuZlkphe2h-hLWGhmDGYA>

五、借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系且工程验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 20 次专业法官会议纪要）

法律问题

借用资质的实际施工人是否有权请求发包人对其施工工程折价补偿？

法官会议意见

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

主要理由

该建设工程施工合同因违反法律的强制性规定而无效。

《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”因此，在借用资质的实际施工人与发包人之间形成事实上的建设工程施工合同关系且建设工程经验收合格的情况下，借用资质的实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

原文链接

<https://mp.weixin.qq.com/s/Bbf9mUi4WH0QcAs43ecZUA>

六、建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理网签而消灭（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要）

法律问题

建成的房屋已办理网签, 承包人是否仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿?

法官会议意见

建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理商品房预售合同网签而消灭, 如符合建设工程价款优先受偿权的成立要件, 承包人仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

主要理由

《民法典》第八百零七条规定: “发包人未按照约定支付价款的, 承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的, 除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外, 承包人可以与发包人协议将该工程折价, 也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第三十五条至第四十二条进一步明确了行使建设工程价款优先受偿权的条件。

由此可见, 建设工程价款优先权是承包人的法定权利, 在符合法律及司法解释规定的条件时, 建设工程价款优先受偿权就已经成立。商品房预售合同网签是为规范商品房预售而采用的行政管理手段, 并非法律规定的不动产物权设立、变更、转让和消灭的公示方式, 不能产生物权变动的效力, 亦不导致承包人原本享有的建设工程价款优先受偿权因此不成立或者消灭。如承包人行使建设工程价款优先受偿权时与房屋买受人之间发生权利冲突的, 属于权利顺位问题, 可另行解决。

原文链接

https://mp.weixin.qq.com/s/QoW0xkTUS2XAZ_75Tlqxfq

最高人民法院民一庭

关于合同解除的四个实务问答

来源 | 最高院民一庭编《民事审判实务问答》

一、当事人在合同中约定满足某种条件时合同自动解除，当该条件成就时，能否认定此合同不经通知对方即已解除。

问：当事人在合同中约定满足某种条件时合同自动解除，当该条件成就时，能否认定此合同不经通知对方即已解除？

答：合同解除是合同权利义务终止的重要方式之一，是对合同效力状态的根本性改变。在法律规定的合同解除方式中，包括当事人协商一致解除合同，以及解除权人行使解除权解除合同。合同的解除须由当事人为相应的意思表示，意图即在于使各方当事人对合同效力状态是否发生根本性变化能够有明确的认识。是否行使合同解除权，以及依据何种事实和理由行使合同解除权，取决于当事人的意思自治。

《民法典》第五百六十五条第一款规定：“当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除；通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除。对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。”其意在强调，当事人一方行使约定或法定的合同解除权时，应当向对方发出通知，作出明确意思表示。该条虽未覆盖约定自动解除条件的情形，但出于促进合同关系的变动在双方当事人之间清晰化、明确化的考量，若当事人在合同中约定满足条件时合同自动解除，不宜认为该条件成就时，合同可以不经通知即解除。

二、委托合同当事人能否通过约定放弃任意解除权。

问：委托合同当事人能否通过约定放弃任意解除权？

答：《民法典》第九百三十三条规定：“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。”据此，委托合同当事人任意一方均享有法定的任意解除权。

对于当事人能否通过约定放弃这项权利，实践中主要包括两种观点：一是认为法定权利具有强制性，不能够通过当事人约定而排除，当事人的约定应为无效；二是认为《民法典》第九百三十三条有关任意解除权的规定并非强制性规定，当事人可以通过约定放弃。

我们认为，委托合同当事人有关放弃任意解除权的约定，在无明确立法解释或司法解释之前，对其效力认定应区分情况探讨；在无偿委托的情形下，由于当事人之间的约束力相对很弱，维系合同关系的基础只有当事人之间的信赖关系，一旦信赖关系破裂，勉强维持合同关系的理由不充分，故在无偿委托的情形下，解除权抛弃特别约定无效，在有偿委托的情形下，当事人之间除了信赖关系外，还有其他利益关系存在，为了保护这种利益关系，当事人通过合同限制任意解除权，出于尊重意思自治应当认为这种限制原则上有效，除非这种限制违背公序良俗或者出现了不得不解除合同的情形。

三、应如何认定解除合同通知的效力

问：实践中对《民法典》第五百六十五条规定的解除合同通知的效力有两种理解。第一种意见认为，当事人根据《民法典》第五百六十五条的规定通知对方要求解除合同，必须具备《民法典》第五百六十二条第二款规定的约定解除条件或者第五百六十三条规定的法定解除条件，否则，即使解除通知到达对方也不产生解除的效力。第二种意见认为，只要解除合

同通知到达对方且没有在约定的异议期内提起异议之诉，就发生解除的效力，而不论其是否符合约定或者法定的解除条件。请问对此应如何认定？

答：上述问题应结合《民法典》合同编相关规定、立法目的和法理来认定。

第一，从相关立法条文看，解除合同是有条件的，不能任意解除。《民法典》第五百六十五条规定：“当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方……”该法第五百六十二条第二款规定了当事人约定解除合同的条件，第五百六十三条规定了法定解除合同的条件。无论约定解除合同或者法定解除合同，都必须符合相应的条件；否则，合同不能解除。总体来看，符合该法第五百六十二条第二款和第五百六十三条是行使合同解除权的实质性要件，“通知对方”是当事人取得合同解除权之后的形式要件，二者缺一不可。

第二，从合同法的立法目的看，任意解除合同违背《民法典》合同编的精神。合同编的立法目的是尽量使合同有效，促进交易安全。合同解除是以合同生效为前提的。合同一旦生效，就像法律一样对缔约双方均产生约束力，任何一方违反合同将承担违约责任。如果缔约方可以任意解除合同，将使合同目的无法实现，破坏了合同的严肃性，严重影响经济发展和社会秩序。

第三，从法理上看，合同守约方通常因相对方违约而取得法定的合同解除权，这一安排实际上限制了合同解除权的滥用，保护了守约方的利益。

《民法典》合同编第五百六十六条第一款将合同解除的后果规定为：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。”如果按照上述第二种意见，那么，只要符合异议期间的要求，不具备法定或约定解除权的违约方也存在任意解除合同、废止未履行部分效力的余地，守约方的利益将无法得到保障，合同双方权利义务将显著失衡。

综上所述，我们同意第一种意见。认定合同解除通知的效力，要看合

同解除的要件是否具备，既要符合《民法典》第五百六十四条第二款、第五百六十五条规定的实质性要件，又要符合通知合同相对人这一形式要件。在此基础上，如果当事人约定了异议期，异议期内对方当事人未向法院提出异议，应当认定合同解除通知有效。

四、合同的解除有无溯及力。

问：合同的解除有无溯及力？

答：合同解除原则上溯及力，继续性合同的解除无溯及力。虽然对于合同的解除有无溯及力这一问题存在争议，但我们认为，合同的解除原则上溯及力。

(1) 承认合同解除有溯及力对非违约方来讲一般都有利。例如：

①在非违约方已为给付而违约方未为给付的情况下，合同解除有溯及力意味着合同被视为自始不存在，此时非违约方则可基于所有物返还请求权而要求违约方返还其已给付之物；如合同解除无溯及力，则非违约方仅能以不当得利返还请求权要求违约方返还其已给付之物。显然所有物返还请求权属于物权性请求权，在破产等特殊情形下，其效力强于属于债权的不当得利返还请求权。故在此情况下，承认合同解除有溯及力更有利于保护非违约方的利益。

②在非违约方未为给付而违约方已为给付的情况下（此情况通常为瑕疵给付），承认合同解除具有溯及力，则发生相互返还的效果，非违约方可将瑕疵给付返还给违约方，更好地维护自己的利益。

③在双方互为给付的情况下，合同有溯及力符合双方利益，对非违约方同样有利。

(2) 相反，否定合同解除的溯及力，可能会使双方当事人为了避免给付时间差之内合同解除给己方带来的不利后果（无法请求对方给付、自己的给付却无法要求返还），在给付时间和顺序上发生不必要的争执，影响交易顺利进行。

最 高 人 民 法 院 民 一 庭
关 于 婚 姻 家 事 类 案 件 的 四 十 九 个 民 事 审 判
实 务 问 答

编者按：本文内容来源于“最高人民法院民一庭《民事审判实务问答》（法律出版社 2021 年 7 月第一版）”，涉及最高人民法院民一庭关于诉讼程序、同居、事实婚姻、夫妻共同财产、子女抚养等涉及婚姻、家事类的 49 个民事审判实务问答。

一、诉讼程序方面的问题

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

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：应确定为抚养费纠纷；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

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：①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。②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（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。

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：按最高法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

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。

一、可以突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人
(最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 20 次专业法官会议纪要)

法律问题

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称《建工解释一》）第四十三条规定的实际施工人是否包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人？

法官会议意见《建工解释一》第四十三条规定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本条解释涉及三方当事人两个法律关系：一是发包人与承包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之间的转包或者违法分包关系。原则上，当事人应当依据各自的法律关系，请求各自的债务人承担责任。本条解释为保护农民工等建筑工人的利益，突破合同相对性原则，允许实际施工人请求发包人在付工程款范围内承担责任。对该条解释的适用应当从严把握。该条解释只规范转包和违法分包两种关系，未规定借用资质的实际施工人以及多层转包和违法分包关系中的实际施工人有权请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。因此，可以依据《建工解释一》第四十三条的规定突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人。

二、借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系且工程经验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿

(最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 20 次专业法官会议纪要)

法律问题

借用资质的实际施工人是否有权请求发包人对其施工工程折价补偿？

法官会议意见没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与发包人签订建设工程施工合同，在发包人知道或者应当知道系借用资质的实际施工人进行施工的情况下，发包人与借用资质的实际施工人之间形成事实上的建设工程施工合同关系。该建设工程施工合同因违反法律的强制性规定而无效。《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”因此，在借用资质的实际施工人与发包人之间形成事实上的建设工程施工合同关系且建设工程经验收合格的情况下，借用资质的实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

三、承包人已起诉发包人支付工程款的，实际施工人可以在一审辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，不应受理

(最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要)

法律问题

承包人已经起诉请求发包人支付工程款的，实际施工人能否申请作为第三人参加诉讼或者另行起诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任？

法官会议意见转包和违法分包涉及三方当事人两个法律关系。一是发包人与承包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之

间的转包或者违法分包关系。承包人有权依据与发包人之间的建设工程施工合同关系请求发包人支付工程款。实际施工人有权依据转包或者违法分包的事实请求承包人承担民事责任。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条第二款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本款解释是为保护农民工等建筑工人利益所作的特别规定。实践中存在承包人与实际施工人分别起诉请求发包人承担民事责任的情况。为防止不同生效判决判令发包人就同一债务分别向承包人和实际施工人清偿的情形，需要对承包人和实际施工人的起诉做好协调。在承包人已经起诉发包人支付工程款的情况下，实际施工人可以在一审辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，不应受理。实际施工人作为第三人参加诉讼后，如果请求发包人在欠付工程款范围内承担责任，应当将承包人的诉讼请求和实际施工人的诉讼请求合并审理。

四、实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权

(最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要)

法律问题

实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权？

法官会议意见建设工程价款优先受偿权是指在发包人经承包人催告支付工程款后的合理期限内仍未支付工程款的情况下，承包人享有的与发包人协议将该工程折价或者请求人民法院将该工程依法拍卖，并就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿的权利。《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折

价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第三十五条规定：“与发包人订立建设工程施工合同的承包人，依据民法典第八百零七条的规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。”依据上述规定，只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人才享有建设工程价款优先受偿权。实际施工人不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，不享有建设工程价款优先受偿权。

五、合同无效，承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持

(最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要)

法律问题

合同无效，承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，是否应予支持？

法官会议意见转包合同、违法分包合同及借用资质合同均违反法律的强制性规定，属于无效合同。前述合同关于实际施工人向承包人或者出借资质的企业支付管理费的约定，应为无效。实践中，有的承包人、出借资质的企业会派出财务人员等个别工作人员从发包人处收取工程款，并向实际施工人支付工程款，但不实际参与工程施工，既不投入资金，也不承担风险。实际施工人自行组织施工，自负盈亏，自担风险。承包人、出借资质的企业只收取一定比例的管理费。该管理费实质上并非承包人、出借资质的企业对建设工程施工进行管理的对价，而是一种通过转包、违法分包和出借资质违法套取利益的行为。此类管理费属于违法收益，不受司法保护。因此，合同无效，承包人或者出借资质的建筑企业请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持。

六、承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权

(最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要)

法律问题

承包人对违章建筑是否享有建设工程价款优先受偿权？

法官会议意见建设工程价款优先受偿权制度系以建设工程的交换价值优先清偿承包人享有的建设工程价款债权。承包人享有建设工程价款优先受偿权的前提是其建设完成的建设工程依法可以流转。对此，《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”根据该条规定，承包人享有建设工程价款优先受偿权的条件是建设工程宜折价、拍卖。违章建筑不宜折价、拍卖，故承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权。

七、建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理网签而消灭

(最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要)

法律问题

建设工程施工合同纠纷案件中，建成的房屋已办理网签，承包人是否仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿？

法官会议意见建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理商品房预售合同网签而消灭，如符合建设工程价款优先受偿权的成立要件，承包人仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿。《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也

可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第三十五至第四十二条进一步明确了行使建设工程价款优先受偿权的条件。由此可见，建设工程价款优先权是承包人的法定权利，在符合法律及司法解释规定的条件时，建设工程价款优先受偿权就已经成立。商品房预售合同网签是为规范商品房预售而采用的行政管理手段，并非法律规定的不动产物权设立、变更、转让和消灭的公示方式，不能产生物权变动的效力，亦不导致承包人原本享有的建设工程价款优先受偿权因此不成立或者消灭。如承包人行使建设工程价款优先受偿权时与房屋买受人之间发生权利冲突的，属于权利顺位问题，可另行解决。

八、不能既判决驳回诉讼请求又告知当事人就此另行主张权利

(最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要)

法律问题

当事人诉讼请求所依据的事实处于真伪不明状态，人民法院能否既判决驳回其诉讼请求，又告知其就此另行主张权利？

法官会议意见人民法院不能既判决驳回当事人的诉讼请求，又告知其就此另行主张权利。第一，除依法裁定驳回起诉外，对于当事人已经明确提出的诉讼请求，人民法院应当审理并作出实体判决。如果当事人提供的证据能够证明其主张，则应判决支持其诉讼请求；如不足以证明其主张，则应判决驳回其诉讼请求；如果当事人诉讼请求所依据的事实处于真伪不明状态，应当根据证明责任分配规则作出判决。要求当事人就此另行主张权利，本质上属于拒绝裁判。第二，判决驳回诉讼请求与告知当事人另行主张权利互相矛盾。判决驳回诉讼请求表明人民法院对于当事人主张的实体权利已经作出了否定性判断，故当事人不能再就同一事实和理由重新起诉。即使当事人日后基于新证据而主张权利，由于其诉讼请求依据的仍然是同一事实，也只能依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第一项

申请再审，而非重新起诉。第三，为避免案件久拖不决，人民法院可就事实已经清楚的部分诉讼请求作出先行判决。《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条规定：“人民法院审理案件，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行判决。”根据该规定，人民法院在对当事人提出的多个诉讼请求一并审理的情况下，如果其中一部分诉讼请求涉及的事实已经查明，但整个案件尚不能全部审结时，可以就已经查明的部分事实所对应的诉讼请求作出先行判决，待其他事实查明后再就其他诉讼请求作出后续判决。需要注意的是，在作出先行判决时，不能判决驳回该先行判决未涉及的其他诉讼请求。

最高人民法院第二巡回法庭会议纪要

民商事案件中的六个争议问题

“法官会议纪要”是法院内部解决法律适用分歧的一种重要方式，对合议庭和全庭法官具有重要约束功能。本文摘自《最高法院二巡法官会议纪要》第二辑，涉及到民商事法律关系中的6大法律争议问题，为准确解决法律适用分歧提供参考指引。”

来源 | 《最高法院二巡法官会议纪要》第二辑

一、在婚姻关系存续期间，以夫妻共同财产认缴有限责任公司出资但登记在夫妻一方名下的股权，登记方未经另一方同意擅自将股权转让给第三人，是否属于无权处分？

(二巡 2020 年第 3 次法官会议纪要)

1. 甲说：有权处分说

股权是股东基于其股东资格而享有的复合性权利。在婚姻关系存续期间以夫妻共同财产出资取得但登记在夫或者妻一方名下的有限责任公司股权，仅得由登记方行使，而非夫妻共同共有，故登记方对于该股权的处分系有权处分。如无与第三人恶意串通损害另一方利益等导致合同无效的情形，登记方应按合同约定协助办理股权变动手续，但基于该股权而取得的收益属于夫妻共同财产。

2. 乙说：无权处分说

婚姻关系存续期间，以夫妻共同财产出资而取得的有限责任公司股权，即使登记在夫或者妻一方名下，亦为夫妻共同共有。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权，故登记方未经配偶方同意擅自向第三人转让股权，属无权处分。因登记方不具有处分权，在配偶方不同意转让股权的情形下，作为受让方的第三人不能取得该股权，仅可主张转让方承担违约责任。

3. 法官会议意见

股权是股东基于其股东身份和地位而在公司中享有的权利，包含资产收益权、参与重大决策和选择管理者等，兼具财产权与人身权属性。根据《公

司法》规定，取得完整无瑕疵的股东资格和股东权利，应同时符合向公司出资或认缴出资这一实质要件和被记载于公司股东名册等相关文件这一形式要件。

换言之，出资并非取得有限责任公司股权的充分条件，不能仅因出资来源于夫妻共同财产而认定该股权为夫妻共同共有。当股权登记于夫妻一方名下时，该股权的各项具体权能应由股东本人独立行使，股东有权单独处分该股权。如无恶意串通损害另一方利益等导致合同无效的情形，登记为股东的一方应按合同约定履行股权转让义务，但根据原《婚姻法》及其司法解释的相关规定，因转让该股权而取得的收益属于夫妻共同财产。

二、建设工程施工合同被认定为无效，合同中约定的“管理费”如何处理？

（二巡 2020 年第 7 次法官会议纪要）

1. 甲说：参照合同约定说

建设工程经竣工验收合格时，尽管建设工程施工合同无效，工程价款仍应参照合同约定支付，“管理费”属于建设工程价款的组成部分，故应参照约定处理。转包方、违法分包方、被挂靠方（以下统称转包方）向转承包人、挂靠人（以下统称施工方）主张“管理费”的，应予支持；施工方要求返还“管理费”的，不予支持。

2. 乙说：无效返还说

题述情形下合同约定的“管理费”属于非法所得，合同中相关条款无效，应参照合同无效的处理方式。转包方主张应从支付的工程价款中扣除“管理费”的，不予支持；施工方主张返还“管理费”或者工程价款不扣除“管理费”的，应予以支持。

3. 丙说：实际参与管理说

题述情形下合同约定的“管理费”有的为建设工程价款的组成部分，有的为转包方的转包牟利。对于前者，在查明转包方实际参与了施工管理服务的情况下，可参照合同约定处理；对于后者，因转包方并未进行管理亦无实

际付出，故不存在对其投入折价返还的问题。在分配合同无效的后果时，应遵循诚信原则，不使不诚信的当事人因合同无效而获利。

4. 法官会议意见

建设工程施工合同因非法转包、违法分包或挂靠行为无效时，对于该合同中约定的由转包方收取“管理费”的处理，应结合个案情形根据合同目的等具体判断。如该“管理费”属于工程价款的组成部分，而转包方也实际参与了施工组织管理协调的，可参照合同约定处理；对于转包方纯粹通过转包牟利，未实际参与施工组织管理协调，合同无效后主张“管理费”的，应不予支持。合同当事人以作为合同价款的“管理费”应予收缴为由主张调整工程价款的，不予支持。基于合同的相对性，非合同当事人不能以转包方与转承包方之间有关“管理费”的约定主张调整应支付的工程款。

三、法定代表人以虚假公章签订的合同的效力如何认定？

(二巡 2019 年第 12 次法官会议纪要)

1. 法官会议意见

商事活动中的职务行为不同于一般自然人之间的代理行为。法定代表人是由法律授权，代表公司从事民事活动的主体，其有权代理或者代表公司整体意志作出意思表示，法定代表人在法定授权范围内代表公司所为的行为本质上是一种职务行为。

一个有职务身份的人使用不真实的公司公章假意代表公司意志从事民事活动，该行为是否对公司产生效力，不能仅仅取决于合同所盖印章是否为公司承认的真实公章，亦应当结合行为人所为之行为是否属于其行使职权的范围即在假意代替公司作出意思表示之时是否存在能够被善意相对人相信的权利外观。

即使未在合同上加盖公司公章亦或是合同订立者擅自加盖虚假公章的，只要是法定代表人或者有权代理人代表公司而为的职务行为，并且其在合同书上的签章为真实的，仍应当视作公司行为，所产生的法律后果由公司承担。

2. 类案文书

(2019) 最高法民申 864 号、(2018) 最高法民终 896 号

注：《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要》最高法院民二庭第 18 次法官会议纪要，讨论过该问题。

四、违约方请求法院判决解除合同是否属于行使合同解除权？人民法院对其主张是否应予支持？

(二巡 2019 年第 13 次法官会议纪要)

1. 法官会议意见

解除权作为一种形成权，除非法律、司法解释另有规定外，通常只赋予合同关系中的守约方，违约方并不享有解除权。违约方请求人民法院判决解除合同，属于行使诉权而非实体法上的合同解除权。人民法院应根据合同是否能够继续履行、当事人是否陷入合同僵局以及是否存在情势变更等情形，对合同是否解除作出裁判。人民法院判决解除合同的，该判决为变更判决，守约方可以主张违约方赔偿其因此而遭受的损失，包括合同履行后可以获得的可得利益损失。

3. 类案文书

(2017) 最高法民申 492 号、(2016) 最高法民终 203 号

五、民间借贷纠纷中，对于债务人主张将已清偿的超过年利率 36% 部分的利息抵充本息，应如何处理？

(二巡 2019 年第 13 次法官会议纪要)

法官会议意见

依据原《民间借贷司法解释》第 26 条第 2 款的规定，借贷双方约定的利率超过年利率 36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 36% 部分的利息的，人民法院应予支持。

现参见《民间借贷司法解释》（2020 第二次修订）第 25 条：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

由于该超限利息返还之债与民间借贷中债务人所负的欠款债务属于同类型的金钱之债，符合债的抵销制度的法律规定，债务人主张依法抵销的，人民法院应当予以支持。

六、混合担保中，当事人约定“债权人有权决定担保的实现顺序”，当债权人放弃债务人提供的质押担保时，保证人应否在债权人放弃质押担保范围内免责？

（二巡 2019 年第 13 次法官会议纪要）

法官会议意见

在混合担保的司法审判实务中，虽然当事人约定“债权人有权决定担保权的行使顺序”，但合同中并未明确约定债务人本人提供质押担保与第三人提供保证时的担保实现顺序，更未明确在债务人提供质押担保时，保证人的保证责任先于质押担保优先实现，因此，“债权人有权决定担保权的行使顺序”的相关约定，不能认定为关于债务人本人提供物的担保与第三人保证担保实现顺序的明确约定。

在当事人对担保实现顺序未作明确约定的情况下，债权人应当先以应收账款质押担保优先受偿，尔后才能就未获得清偿部分向保证人主张保证责任。在债权人放弃了债务人提供的应收账款质押担保，且保证人未作出继续提供担保的意思表示情况下，保证人在债权人放弃质权担保优先受偿权范围内免除保证责任。

最高人民法院第五巡回法庭
判 实 务 问 答 二 十 五 则

【编者按】目前最高院各庭室都在积极研究，以著作或文章的形式论述裁判要旨，以期对法官及法律共同体同仁在同类案件中认定事实、适用法律、形成结论起到启发、引导、规范和参考作用。今日肖峰博士带来最高院五巡的 25 则会议纪要，涉及到借款合同、建工合同、抵押合同、预期违约的认定等诸多问题，供各位学习！

一、与船舶担保或者船舶优先权有关的借款合同纠纷中管辖法院如何确定？从合同与主合同管辖法院约定不一致时如何确定管辖法院？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 2 次法官会议纪要）

甲说：应由海事法院专门管辖

本案系与船舶担保有关的借款合同纠纷。根据『最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释』第十条之规定：「与船舶担保或者船舶优先权有关的借款合同纠纷，由被告住所地、合同履行地、船舶的船籍港、船舶所在地的海事法院管辖。」本案应由海事法院专门管辖。且『最高人民法院关于船舶抵押合同为从合同时债权人同时起诉主债务人和抵押人地方人民法院应否受理请示的复函』载明：船舶抵押合同纠纷案件应由海事法院专门管辖。船舶抵押合同为从合同时，债权人同时起诉主债务人和抵押人的船舶抵押合同纠纷案件，一律由海事法院管辖；债权人直接起诉船舶抵押人的船舶抵押合同纠纷案件，亦应由海事法院管辖；地方法院受理的上述案件，应当移送有关海事法院。本案合同履行地、担保船舶的船籍港均在重庆，根据『最高人民法院关于海事诉讼管辖问题的规定』，属于武汉海事法院管辖范围，乙公司请求将本案交由武汉海事法院管辖的异议成立。

乙说：管辖权异议不成立，受诉人民法院对案件有管辖权

『最高人民法院关于船舶抵押合同为从合同时债权人同时起诉主债务人和抵押人地方人民法院应否受理请示的复函』仅针对个案作出。本案涉

及船舶抵押，根据『最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释』第一百二十九条规定：借款合同是主合同，主合同与担保合同有冲突，以主合同为主。案涉借款合同的签订地是重庆市，双方在借款合同中亦约定有关本协议的一切争议均应由甲银行住所地（即重庆市）的人民法院管辖，故本案应由重庆市的人民法院管辖。鉴于本案诉讼标的额超过1亿元，且部分当事人住所地不在重庆市，根据『最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知』第二条规定，本案应由重庆市高级人民法院管辖。

采甲说

2000年7月1日起施行的『海事诉讼特别程序法』（以下简称『海事诉讼法』）中关于管辖问题的规定，采取的是补充『民事诉讼法』规定的体例。即『民事诉讼法』中能够套用到海事诉讼中的，在『海事诉讼法』中不再规定；『民事诉讼法』没有规定的，『海事诉讼法』中加以规定。

船舶抵押纠纷提起的诉讼，还可以由船籍港所在地海事法院管辖。而2003年1月6日作出的『最高人民法院关于船舶抵押合同为从合同时债权人同时起诉主债务人和抵押人地方人民法院应否受理请示的复函』则更进一步明确：「船舶抵押合同纠纷案件应由海事法院专门管辖。船舶抵押合同为从合同时，债权人同时起诉主债务人和抵押人的船舶抵押合同纠纷案件，一律由海事法院管辖；债权人直接起诉船舶抵押人的船舶抵押合同纠纷案件，亦应由海事法院管辖；地方法院受理的上述案件，应当移送有关海事法院。2003年2月1日起施行的『最高人民法院关于适用〈中华人民共和国海事诉讼特别程序法〉若干问题的解释』第十条规定：「与船舶担保或者船舶优先权有关的借款合同纠纷，由被告住所地、合同履行地、船舶的船籍港、船舶所在地的海事法院管辖。」

本案中，甲银行同时起诉债务人乙公司和提供船舶作为抵押的保证人丙公司，属于与船舶担保有关的借款合同纠纷，故应移交给海事法院专门管辖。

1.中国交通建设股份有限公司与西霞口集团有限公司、荣成市西霞口船业有限公司借款合同纠纷申请再审案民事裁定书（2014）民申字第 1393 号

二、建设工程转包合同的结算是否应以承包合同的结算为前提？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 5 次法官会议纪要）

甲说：肯定说

本案转包合同采用的结算标准与承包合同相同。因而承包合同与转包合同具有牵连关系，不能作为完全相互独立的合同看待。承包人在收到实际施工人的结算资料后转交给发包人的行为，不构成对工程价款的认可。发包人未审核同意结算资料的，实际施工人无权请求结算。特别是在发包人与承包人已另案发生诉讼的情况下，将可能导致同一个工程在不同案件中出现不同金额的工程价款。另外，实际施工人提交的结算资料普遍存在「水分」。如果本案按照结算资料支持实际施工人主张的工程价款，而在发包人与承包人的另案诉讼中发包人提出有效抗辩，则可能导致承包人承担巨额差价损失。

乙说：否定说

本案转包合同只是约定按照承包合同定额结算，而非以前者结算为前提。转包合同与承包合同仍然属于独立的合同。转包人对实际施工人提交的结算资料未进行审核即提交发包人，且在实际施工人提起诉讼后仍未就结算资料欠缺真实合理性提出有效抗辩，理应承担相应责任。即便由此导致承包人可能承担一定的损失，亦应视为其应当承担的商业风险，不能作为其拒绝向实际施工人支付工程价款的理由。

采乙说

承包合同与转包合同仅具有事实上的牵连关系而非法律上的牵连关系，分属于独立合同。在当事人双方无特殊约定的情形下，转包合同的结算不以承包合同的结算为前提。实际施工人向承包人提交结算资料后，承包人理应在合理期间内审核并及时向实际施工人提出核定意见。承包人未对结

算资料提出异议，而仅以发包人尚未与其结算作为抗辩事由的，应不予支持。即便在发包人与承包人、承包人与实际施工人的不同诉讼中可能会出现工程价款差异，但此种差异乃是两个合同事实牵连关系的体现，不能作为其具有法律牵连的理由。实际施工人提交的结算资料具有「水分」只是可能而非现实，且承包人可以通过审核结算资料挤掉「水分」，而不能将此项工作完全交由发包人处理。承包人长期怠于行使此项权利，造成的损失应由其自行承担。

三、「抵押人」未与债权人签订抵押合同，但作出以特定房产对特定债权提供抵押担保意思的股东会决议（同时加盖股东公章与公司印章），在该股东会决议由债权人持有、「抵押人」否认将该股东会决议送交给债权人但自认将股东会决议送交主债务人的情况下，「抵押人」的责任如何认定？

（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 10 次法官会议纪要）

甲说：抵押合同成立，抵押人承担违约责任

虽然未签订书面抵押合同，但抵押人作出了提供对外担保的明确意思表示，债权人接受且未提出异议，应认定双方抵押关系成立。是否办理登记仅影响抵押权人的优先受偿问题，不影响抵押人依据抵押合同承担违约责任。具体违约责任范围依照『全国法院民商事审判工作会议纪要』第六十条予以确定。

乙说：抵押合同成立，抵押人承担担保责任

该说在合同成立与责任成立问题上与违约责任说看法一致，不同之处在于责任性质。该说主张抵押人成立的是担保责任，在责任范围上与登记设立的抵押权大致相当；由于缺少了抵押权所具有的优先受偿权，抵押人还可能因对未办理抵押登记存在过错而对债权人优先受偿权受损另行承担损失赔偿责任。

丙说：抵押合同不成立，视情判断「抵押人」是否成立缔约过失责任

案涉股东会决议仅是一个内部决策，不符合法律关于抵押合同的形式要求。结合公司意思表示的特殊性、合同主体的专业性、各方关于股东会决议送达问题的争议、当事人交涉协商的具体情形等因素，不能认定该决议具有对外担保的意思，也无法得出构成缔约过失责任的结论。

采丙说

甲银行与丙公司之间的抵押关系不能成立。从合同形式角度看，我国『合同法』与『物权法』明确规定抵押合同应采用书面形式。甲银行作为专业金融机构，理应负有此项注意义务。本案当事人未签订书面抵押合同，不符合法律关于抵押合同的形式要求。从实质合意角度看，甲银行与丙公司也难谓形成了担保合意。一方面，案涉股东会决议虽加盖了公司股东的公章，载明了被担保债权的种类、数额及抵押财产范围，但法律性质为公司内部决议，而非书面要约、合同文本等通常以公司名义向特定主体发出的抵押意思表示载体。另一方面，即便将之视为一种抵押意思表示载体，其送达方式也存在争议，丙公司的意思外化过程存在瑕疵。

抵押关系不成立时，抵押人或需承担缔约过失责任。但本案中甲银行未提供证据证明丙公司存在假借订立合同恶意磋商行为，也未提供证据证明在持有丙公司股东会决议后曾积极催告丙公司订立抵押合同，加上案涉抵押系对发生在先的借款的追加担保，对借款的发放不产生实质影响，甲银行不能证明丙公司的行为对其造成了损失，故甲银行关于丙公司应当承担缔约过失责任的主张也不能获得支持。

1.天津市崔明饲料有限公司与被上诉人天津银湖投资咨询有限公司、天津市武清区吉奥饲料有限公司等及原审被告内蒙古康福源肉制食品有限公司企业借贷纠纷一案 天津市高级人民法院（2017）津民终 323 号 最高人民法院（2018）最高法民申 2884 号

四、合同履行过程中，双方均存在违约行为。一方当事人主张解除合同并主张违约损害赔偿，如何应用『合同法』第九十四条第二款认定预期违约

以及如何计算相关违约责任？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 22 次法官会议纪要）

甲说：能够按照预期违约主张合同解除只能是守约方，违约方不能够主张合同解除。

合同解除制度的基础在于赋予守约方保护自身利益的权利，『合同法』的相关规定之中，并未有违约方可以解除合同的相关条款设置。即便合同因违约方原因导致客观上不能履行等情况，只要守约方不提出解除合同，则违约方无权主张解除合同。

乙说：预期违约制度中，并不排除违约方在一定情形下行使解除合同的权利。

『合同法』虽然并未明文规定违约方可以主张合同解除，但在出现合同事实上处于履行不能状态、继续履行会给违约方甚至是守约方造成比合同解除更严重的损失时，也即「合同僵局」的情形，违约方可以主张合同解除。对于违约方的惩罚可以在合同解除后的损失确定环节确定，在可预见性规则之下，运用与有过失、减轻损害规则、损益相抵等规则，综合判断当事人的损失范围。

采乙说

「合同僵局」最终导致非违约方不必要的损失，也导致整个社会资源的浪费。根据公平原则，在合同僵局的情况下，首先应由违约方催告守约方，守约方于宽限期满仍不行使解除权，也不与违约方协议变更或者解除合同的，应当允许违约方解除合同。允许违约方可以解除合同并不是赋予其「法定解除权」『民法典』第五百八十条第二款中确认的是合同的「司法解除」。此外，在双方均存在违约的情形下，要根据双方违约行为的程度以及其他具体情况，判断合同解除权的归属，进而判断合同是否应该予以解除。

- 1.新宇公司诉冯某梅商铺买卖合同纠纷案（2004）宁民四终字第 470 号
- 2.兰州滩尖子永昶商贸公司等与爱之泰房地产公司合作开发房地产合同纠纷案（2012）民一终字第 126 号民事判决

五、债权人能否以管理人处置财产不当导致债务人财产不当减损对其造成损失为由提起诉讼，主张管理人承担相应赔偿责任？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 22 次法官会议纪要）

甲说：监督权说

对管理人财产处置中的不当行为应当通过监督程序解决。由于破产程序中债权人之间往往存在利益冲突和意见分歧，因此，破产法规定重大财产处分行为的决定权在债权人会议，同时赋予债权人通过债权人会议和债权人委员会对管理人履行职务行为予以监督之权，但债权人个人无权直接干涉管理人行使职务行为。如债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的，可以申请人民法院予以更换；债权人委员会认为管理人实施的处分行为不符合债权人会议通过的财产管理或变价方案的，有权要求管理人纠正，或请求人民法院作出决定。『企业破产法』及相关司法解释没有明确规定债权人个人可以对管理人执行职务中的财产处置行为提起赔偿诉讼，管理人处置资产不当时主张权利的主体应为债权人委员会，个别债权人并无独立的诉权，更不能代表全体债权人提起诉讼，本案应当驳回债权人的起诉。

乙说：请求权说

管理人处置资产的行为与管理人实施的其他执行职务行为并无区别，若管理人在处置资产过程中未勤勉尽责、忠实执行职务，给债权人造成损失，债权人仍有权主张赔偿。管理人虽扮演「法定受托人」的角色，但仍需对其行为过失承担责任。至于本案管理人在资产处置中是否有过错，应否承担赔偿责任，则属于实体审理的范畴。

采乙说

虽然『企业破产法』第二十二条、第六十八条分别赋予债权人会议和债权人委员会对管理人处分财产的监督权，『最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）』第十五条规定了债权

人委员会行使监督权的具体方式，但债权人会议和债权人委员会的监督权并不排斥债权人的赔偿请求权，两者互为补充。债权人委员会可以发挥事前与事中的监督与纠错作用，而债权人的赔偿请求权则是事后弥补监督机制失效的救济途径。根据『企业破产法』第一百三十条「管理人未依照本法规定勤勉尽责，忠实执行职务的，人民法院可以依法处以罚款；给债权人、债务人或者第三人造成损失的，依法承担赔偿责任」之规定，明确赋予了债权人对于管理人的赔偿请求权，因此债权人以管理人执行职务不当导致债务人财产不当减损给其造成损失为由提起诉讼，主张管理人承担赔偿责任的，人民法院应予受理。

1.河南安彩高科股份有限公司与华飞彩色显示系统有限公司管理人责任纠纷申请再审民事裁定书 (2014)民申字第 827 号

2.甲公司与乙律师事务所管理人责任纠纷案 最高人民法院 (2014)民申字第 827 号

六、合同解除后的可得利益损失赔偿问题(最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 26 次法官会议纪要)

甲说：支持说

在合同系因一方违约而解除的情形下，存在违约损害赔偿问题。按照完全赔偿原则，违约损害赔偿的范围当然包括可得利益损失。既然合同本身已经无法履行，则非违约方将无法通过请求违约方继续履行的方式实现其履行利益，此时，非违约方在主张解除合同后，应当有权主张履行利益损失赔偿。损害赔偿的目的是填补损失，无论该损失属于现实利益的减少还是可得利益的减少，都应当属于填补的范围；无论合同解除的效力是否及于违约所生后果，都应当将可得利益之损失纳入赔偿范围。

乙说：不予支持说

合同的解除不应超出合同解除效力所能达到的范围。合同解除具有溯及效力，其法律后果为恢复到合同缔结前的状态，而可得利益只有在合同

完全履行的情况下才可能产生。解除合同本身就是对违约方的一种制裁，非违约方只有在合同继续存在对违约方有利的情况下才会选择解除合同。既然非违约方已经行使了合同解除权，说明其不愿意继续履行合同，而在合同无需继续履行的情况下，自然也就无所谓可得利益的计算和赔偿问题。

如果再要求可得利益的赔偿，则两者之间显然存在着矛盾，且可得利益的计算是在已经违约的情况下计算合同在正常履行时的状况，而可得利益的取得常常需要具备各种条件，当事人往往难以将这些条件全部列出并计算出它们对利益取得的影响。

采部分支持说

合同解除既对将来发生效力，又可产生溯及既往的效果。对于尚未履行的应当终止履行，对于已经履行的则可要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。乙公司在甲公司厂房范围内为甲公司修建的生产线已建成，无法简单恢复原状，根据双方『BOT 协议』的约定，乙公司有权要求解除合同并由甲公司收购该生产线。至于解除合同后的可得利益损失赔偿问题，因合同已经履行了 5 年，应分情况、分阶段进行考察。在已经履行的 5 年运营期内，甲公司具有按 300 元/吨的固定单价以及每年 10 万吨的最低接收量收购乙公司生产线产品的合同义务，因甲公司实际接收量不足 10 万吨/年，依约双方应按 10 万吨/年进行结算，由甲公司补足差价。该差价扣除乙公司的生产成本及税费后，即为乙公司的可得利益损失。在合同解除后，对于尚未履行的 5 年运营期，则不应计算可得利益损失。因为，如案涉『BOT 协议』得到完全履行，则运营期满后该生产线应无偿移交甲公司。现因甲公司违约，乙公司选择解除合同并要求甲公司按照合同解除时该生产线的/余值进行收购，该项诉讼请求获得了人民法院的支持，其损失已经得到填补。而根据合同约定，甲公司支付收购款后，生产线及其未来的权益均归甲公司所有。乙公司同时主张生产线余值收购款以及尚未履行的 5 年运营期可得利益损失，存在重复主张，且缺乏合同和法律依据，不应予以支持。

- 1.成都和信致远地产顾问有限责任公司与四川省南部县金利房地产开发有限公司委托合同纠纷二审民事判决书 (2015)民一终字第226号
- 2.山东正大菱花生物科技有限公司、济宁德聚化工有限公司买卖合同纠纷再审民事判决书 最高人民法院 (2017)最高法民再16号

七、以物抵债协议有效且不存在履行障碍，债权人可否要求债务人履行旧债？（最高人民法院第五巡回法庭2019年第39次法官会议纪要）

甲说：有权说

以物抵债协议是指债权人与债务人约定以他种给付代替原给付，以消灭旧债的合同，属于代物清偿。根据债法原理，清偿是消灭债的方式之一，需债权人实际受领抵债物并取得所有权才发生清偿的效果。基于此，以物抵债协议是实践性合同，在抵债物的所有权未转移至债权人前，以物抵债协议未成立。因此，债权人仅能要求债务人履行旧债。此外，即使以物抵债协议成立，在实际履行前旧债未消灭，而当事人签订以物抵债协议的目的也是清偿旧债。因此，债权人亦可选择要求债务人履行旧债达到清偿债务的法律效果。

乙说：无权说

以物抵债协议是债权人与债务人对双方民事权利义务的安排，属于『合同法』调整的范畴，应以『合同法』的规定确定协议的效力『合同法』以当事人意思自治为基本原则，在认定以物抵债协议的成立时应充分尊重当事人的意愿。在当事人未特别约定以债权人实际受领抵债物作为合同成立要件的情况下，以物抵债协议自双方达成合意时成立。依法成立的合同对当事人具有约束力，在以物抵债协议不存在履行不能致使合同目的无法实现的情况下，债权人不能要求债务人履行旧债。

采乙说

以物抵债协议作为民事合同，其成立要件受制于当事人意思自治以及『合同法』的规定。『合同法』第二十五条确立了以诺成合同为原则、以

实践合同为例外的合同成立规则。『合同法』分则中未规定以物抵债协议，该协议属于无名合同，参照与其性质最相近的买卖合同的规定，以物抵债协议应为诺成性合同。在当事人未约定以债权人实际受领抵债物作为以物抵债协议成立要件的情况下，该协议自双方达成合意时即成立。当事人达成以物抵债协议是为了清偿旧债，在以物抵债协议未履行前新债与旧债并存，但基于对债权人与债务人利益的平等保护，以及对当事人行为的可预期性要求，为了维护交易秩序的稳定，在以物抵债协议不存在履行障碍时，当事人不得单方要求履行旧债。

1.通州建总集团有限公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书 最高人民法院 (2016) 最高法民终 484 号

2.秦某平、河南博亿置业有限公司商品房销售合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书 最高人民法院 (2017) 最高法民申 1070 号

八、间接代理中第三人选择受托人主张权利对委托人介入权的影响（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 40 次法官会议纪要）

甲说：肯定说

间接代理中，第三人行使选择权，选择受托人主张权利，该选择直接约束第三人和受托人。『合同法』、国外立法例及相关学说关于委托人行使介入权的除外情形中，均不包括第三人已经选择受托人主张权利的情形。因此，第三人选择受托人主张权利后，不影响委托人行使介入权向第三人主张权利。

乙说：否定说

间接代理中，第三人的选择权具有不可变更性，即第三人一旦选定受托人或者代理人作为相对人，其与选择的相对人之间所形成的权利义务关系就不可再作变更，另一人就无法再介入合同关系。因此，第三人行使选择权后，合同的相对方即得以确定，由第三人所选择的当事人享有和承担

合同的权利义务，未被选择的当事人不能成为合同的相对方，不能根据合同向第三人主张权利。

采甲说

『合同法』第四百零三条所确立的间接代理制度，主要目的是解决当时外贸代理中的相关问题。间接代理制度通过赋予第三人选择权和委托人介入权，使非缔约当事人能够直接介入合同，享有合同权利、承担合同义务。该制度是对合同相对性原则的突破，旨在衡平合同当事人和第三人间的利益，鼓励交易，提高效率。合同相对性原则的突破系例外情形，因此无论是第三人选择权还是委托人介入权，都必须在满足法定条件时才能行使。但在关于委托人介入权的限制情形中，不包括第三人已经选择受托人主张权利的情形，因此本案所涉情形下，认定委托人可以行使介入权，符合法律规定和间接代理制度的法理，且能够更好地维护合同外当事人的权利，提高效率，减少当事人诉累。

若委托人的主张于实体法上能够得到支持，第三人对于受托人所享有的权利，可以与其对于委托人所负的义务互相抵销。

九、先行判决在建设施工合同纠纷中如何适用？在当事人意思表示不明确的情况下，人民法院应如何裁判？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 41 次法官会议纪要）

甲说：应当在先行判决的适用中充分发挥法官的释明义务，明确当事人的申请是变更诉讼请求还是先行判决。

依照『民事诉讼法』第一百五十三条规定，先行判决仅为中间判决，如果人民法院根据当事人的申请或者经审理后认为可以先行判决的，在作出判决后应当就剩余部分继续审理，不应驳回当事人主张的其他诉讼请求。在当事人提交申请书明确请求先行判决、其他部分另行主张的情况下，人民法院应当向当事人释明，该申请究竟是请求先行判决还是主张变更诉讼请求，随后再针对其明确的意思表示作出裁判。

乙说：如果当事人提交的申请书已经明确其他部分将另行主张，应当理解为其明显具有变更诉讼请求的意思表示，可不适用先行判决，直接对查明部分进行裁判。

一审法院进行终局判决虽有瑕疵，但可以纠正，即将驳回甲、乙二人其他诉讼请求的部分撤销即可，并在说理部分阐明理由，以保留当事人的诉权。当事人可依据生效判决申请执行后就剩余款项另行起诉，这种做法也有利于解决当事人的资金困难。

采甲说

先行判决并非终局裁决，适用条件在『民事诉讼法』第一百五十三条已有规定，人民法院应当根据案件实际情况确定是否适用。在当事人囿于专业知识、文化水平等因素，于诉讼中提交的申请书存在表述不清或与法律规定相冲突的情形下，人民法院应当就其提交的申请书进行询问，在明确其真实意思后就相应法律效果作出释明，避免仅就字面模糊意思迳行裁判，出现裁判结果与当事人权利处分意思表示不一致的情形。根据民事诉讼法理论，驳回诉讼请求的判决可以发生既判力，当事人不得就该请求再次提起诉讼，一审法院先行判决并驳回当事人其他诉讼请求的做法，使得当事人就该部分诉讼请求无法另诉主张，显属错误。

1. 安阳中广发汇成置业有限公司、杭州建工集团有限责任公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书 最高人民法院（2019）最高法民终 275 号

2. 唐山新天地房地产开发有限公司与江苏中南建筑产业集团有限责任公司与唐山新天地房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷申请再审民事判决书 最高人民法院（2015）民提字第 26 号

十、发包人将依法不属于必须招标项目进行招投标后，招投标文件能否作为工程价款的结算依据？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 44 次法官会议纪要）

甲说：与必招项目的招投标程序相比，非必招项目的招投标程序较为随意。

乙公司以签署澄清文件方式对投标文件的相关内容进行了确认、调整，并对其投标报价进行相应核减。表明乙公司的投标报价并非完全按照工程施工所必需的成本加上合理利润后得出的准确数字。因『中标通知书』并未标明中标价，在『中标通知书』发出之后，双方仍可继续协商。案涉合同为当事人实际履行的合同，亦为当事人真实意思表示，应当作为工程价款结算依据。

乙说：不论是否属于必招项目，当事人选择以招标投标方式缔结合同，就应受招标投标制度的约束。

招标、投标、『中标通知书』符合合同法上要约、承诺之成立合同关系的规定。甲公司向乙公司发出『中标通知书』时，案涉「中标合同」即告成立。招投标文件构成「中标合同」的内容，合同价格不一致，背离合同实质性内容的「书面合同」条款无效，应以「中标合同」为据确定工程款。

采乙说

甲公司选择以招投标方式缔结合同。经过招标、投标、开标、评标等环节，最终确定乙公司为中标人，并向其发送了『中标通知书』。按照要约、承诺合同订立的规定，甲公司的招标为要约邀请，乙公司的投标为要约，中标通知书为承诺。甲公司向乙公司发出『中标通知书』时，双方合同关系已经成立。乙公司在投标过程中所作的澄清系不构成对承诺的变更。根据『招标投标法』第四十六条的规定，双方不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。该条并未区分必招项目与非必招项目，应当一体适用。

1.重庆建工第七建筑工程有限责任公司青海分公司、都兰县水利局建设工程施工合同纠纷二审民事判决书 最高人民法院（2019）最高法民终 1905 号

2.海南省核工业地质大队、海南琼山建筑工程公司建设工程施工合同纠纷再
审民事判决书 最高人民法院（2017）最高法民再 249 号

十一、对于存在涉嫌刑事犯罪因素的纠纷，当事人提起民事诉讼的，人民法院是否应作为民事案件受理？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 46 次法官会议纪要）

甲说：应当受理

行为人以法人、非法人组织或者他人名义与相对人订立合同的行为涉嫌刑事犯罪，同时给相对人造成损害，合同相对人请求该法人、非法人组织或者他人承担民事责任的，应当认为当事人是基于不同事实分别发生民事纠纷和涉嫌刑事犯罪，民商事案件与刑事案件应当分别审理。

乙说：不应受理

行为人在没有经法人、非法人组织或者他人明确授权的情况下，以法人、非法人组织或者他人名义与他人签订合同，该行为涉嫌刑事犯罪的，民事案件的主体与涉嫌刑事犯罪的主体相同，即都是行为人本人，民事案件与刑事案件的主要事实系同一事实，受害人提起民事诉讼的，不符合『民事诉讼法』及司法解释规定的受理条件，应当裁定驳回原告的起诉，并将有关案件材料移送侦查机关。

采甲说

根据『全国法院民商事审判工作会议纪要』规定精神，同一当事人基于不同事实分别发生民事纠纷和涉嫌刑事犯罪，民事案件与刑事案件应当分别审理。本案中，A 作为甲公司总经理助理，未经公司授权，伪造公司印章，以公司名义与 B 订立合同，并向 B 收取履约保证金，B 起诉请求甲公司承担民事责任。因民事案件的被告与刑事案件的犯罪嫌疑人系不同主体，且民事案件所解决的是甲公司与一审原告 B 之间的纠纷，而刑事案件所追究的是犯罪嫌疑人 A 的刑事责任，两者属于不同事实，应当分别审理。本案中，人民法院应当受理后进行实体审理，查清甲公司是否有过错、是否需要承担民事责任等事实，这需要经过实体审理之后才能确定。因此，针对该存在涉嫌刑事犯罪因素的民事案件，人民法院应当予以受理。

1. 黄某辉、晋江市鑫盛小额贷款有限公司借款合同纠纷案 最高人民法院 (2019) 最高法民申 323 号
2. 城建开发公司与徐某伟房屋买卖合同纠纷再审案 最高人民法院 (2018) 最高法民申 390 号

十二、如何认定法人分支机构未经法人授权加入债务的效力与责任？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 47 次法官会议纪要）

甲说：行为有效，全部责任说

根据『民法典』总则编关于法人的规定，法人依法设立的分支机构可以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担。该规定确立了判断法人分支机构所实施法律行为的效力及责任归属的一般规则。现行法律并未对法人分支机构加入债务的相关问题进行特别规定，应根据『民法典』总则编关于民事法律行为效力的一般规定判断债务加入的效力，在此基础上按照第七十四条的规定确定责任归属。法律并未规定法人分支机构加入债务需经法人特别授权，因此，只要该债务加入行为满足民事法律行为的一般有效要件，法人就应该承担由此产生的全部民事责任。在法人分支机构有自己管理的财产的情形下，可以其所管理的财产承担责任债务，不足以承担的，由法人承担。

乙说：行为无效，过错责任说

现行法律未就法人分支机构加入债务的行为效力及责任承担等问题进行规定，属于法律漏洞。债务加入，相当于在债务人之外为债权人增加了一个新债务人。债务加入和保证一样具有担保债权实现的功能。在责任承担上，债务加入又近似于连带责任保证。基于二者的相似性，可类推适用法律、司法解释关于企业法人分支机构提供保证的裁判规则判断法人分支机构加入债务的效力、责任承担等问题。根据『最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释』的规定，法人分支机构提供保证需经法人特别授权，则债务加入亦须有法人授权。法人分支机构越权加入

债务的行为无效，法人及其分支机构有过错的，根据其过错承担相应民事责任。

采乙说

法人分支机构不具有独立的民事主体地位，虽然可以自己名义从事民事活动，但所实施民事法律行为后果最终归属于法人。法人分支机构系法人基于特定经营目的而设立，其可从事民事活动范围来源于法人概括授权。通常情况下，债务加入不属于法人分支机构的日常经营活动范围，法人分支机构实施此种行为会使法人陷于为他人债务承担责任的风险之中，可能损害法人利益。根据『最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释』的规定，法人分支机构提供具有法定追偿权的保证尚需法人特别授权，举轻以明重，债务加入作为责任更重的债务承担行为，更需有法人授权。由于债务加入与连带责任保证在功能、责任性质上具有高度相似性，故在法律未作明确规定的情形下，对法人分支机构加入债务的效力、责任承担等问题，可类推适用担保法及其司法解释关于连带责任保证的相关规定处理。

参照『最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释』第十七条的规定，法人分支机构未经法人授权加入债务的行为无效，因此给债权人造成损失的，法人分支机构根据其过错承担相应的民事责任。

1. 甲公司与郭某某民间借贷纠纷案再审审查与审判监督民事裁定书 最高人民法院（2019）最高法民申 4371 号

2. 甲集团公司、甲集团公司 A 分公司与王某某等民间借贷纠纷案再审民事判决 最高人民法院（2016）最高法民再 322 号

十三、当事人在诉讼中将争议权利义务转让给第三人，受让人未替代原权利人参加诉讼的，转让人是否有权申请再审？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 48 次法官会议纪要）

甲说：否定说

甲银行已转让案涉债权，包括诉讼救济等从权利也一并转让，甲银行申请再审缺乏权利基础，无权申请再审。再审利益归属于丁资产公司，但丁资产公司申请执行行为表明其已接受生效判决确定的结果，如再允许丁资产公司授权甲银行申请再审，将使司法解释所确定的「生效判决确定债权的受让人不能申请再审」的立法目的落空，故丁资产公司也不能申请再审。

乙说：肯定说

申请再审是案件当事人的一项基本诉讼权利，案涉债权的转让人是生效法律文书载明的当事人，依照『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』第二百四十九条确立的「当事人承继」原则，应肯定转让人申请再审的权利，即诉讼中转让争议权利义务当事人有权对该案生效判决申请再审。司法解释关于「生效判决确定债权的受让人不能申请再审」的规则仅适用于生效判决确定债权的转让，不涉及诉讼中债权转让问题。

采乙说

当事人在诉讼中将争议权利义务转让给第三人的，除受让人申请替代原权利人参加诉讼且被人民法院批准外，诉讼仍在原当事人之间进行，转让人的诉讼当事人资格和诉讼地位不受影响。一般而言，申请再审作为一项基本诉讼权利，是「当事人资格与诉讼地位」的应有之义，自然为转让人所享有。「生效判决确定债权的转让」与「诉讼中债权的转让」是性质不同的法律问题，分别适用「生效判决确定债权的受让人不能申请再审」与「诉讼承继」规则。

本案中，受让人书面确认同意转让人申请再审，不存在两者主张或利益相悖的情形。若在其他案件中出现受让人提出程序参与权受损且转让人未尽善意尽职的诉讼担当义务、作为无独立请求权第三人参与诉讼的受让人与转让人同时申请再审但主张不同等特殊情形的，还应当视情况区分处理。

1.中国农业发展银行南昌县支行与被申请人江西省万事发粮油有限公司等金融借款合同纠纷案 最高人民法院 (2020) 最高法民再 13 号

2.再审申请人中国东方资产管理股份有限公司江苏省分公司与被申请人江苏大成房地产开发有限公司及二审被上诉人张家港市大成纺机有限公司等合同纠纷一案 最高人民法院 (2019) 最高法民再 69 号

十四、项目经理以工程项目部名义对外借款应否由公司承担还款责任? (最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 49 次法官会议纪要)

甲说：由公司承担还款责任

项目经理代表公司与实际施工人之间进行了多项与项目相关的活动，作为债权人的实际施工人知道或应当知道项目经理的身份；借条上也加盖了公司工程项目部的印章，因此，债权人理由相信借款主体为公司。公司内部对项目经理职权范围的限制，不得对抗善意相对人，且债权人对于借款的实际用途无法了解。因此，应该认定该款为公司借款，由公司承担还款责任。

乙说：由项目经理个人承担还款责任

项目经理只有权进行与工程项目有关的行为，但无权进行与工程项目无关的个人借贷。尽管借条上加盖了公司工程项目部的印章，但并非所有加盖公章的行为都视为公司认可的行为，应只限定于与项目相关的行为。案涉借条上并未载明该款为项目保证金或其他与工程相关的用途，借款均进入项目经理个人账户，而非公司账户，且无任何证据可以证明借款实际用于项目工程。因此，应认定该款为项目经理的个人借款应由其个人承担还款责任。

采乙说

项目经理以工程项目部名义对外借款由公司承担还款责任需要满足三个条件。

首先，行为人具有代理权外观。项目经理有权以公司名义进行与工程项目相关的活动。案涉行为人以项目经理的身份与相对人进行过多次与工程相关的活动，其所出具的借条上不仅签有公司项目经理的签名，且加盖有公司工程项目部的印章，因此，相对人有理由相信项目经理具有代理权。

其次，相对人善意且无过失。相对人知道或者应当知道项目经理只有权进行与工程有关的行为，对外借款一般情况下不属于其职责范围内的事务。在对外借款的情况下，借条上应写明所借款项的实际用途，否则无法证明相对人并无过失。

最后，所借款项实际用于工程建设。案涉借条上并未写明所借款项的实际用途，且借款均进入项目经理的个人账户，相对人亦无任何证据证明借款实际用于工程建设。因此，在无法证明所借款项实际用于工程建设的情况下，应由项目经理个人承担还款责任。

1.甘肃第二建设集团有限责任公司、武威金满园农业科技发展有限责任公司建设工程施工合同纠纷再审民事判决书 最高人民法院（2019）最高法民再277号

2.中十冶集团有限公司、夏某举建设工程施工合同纠纷再审民事判决书 最高人民法院（2019）最高法民再199号

十五、被拆迁人与拆迁人通过产权调换方式签订拆迁补偿安置协议，此后拆迁安置房屋上设立抵押权的，在查明拆迁安置房屋的具体位置及明确用途等基本事实的前提下，被拆迁人的补偿安置权益是否应优先于抵押权予以保护？（最高人民法院第五巡回法庭2019年第92、96次法官会议纪要）
甲说：可参照适用『最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释』第七条之规定，拆迁人与被拆迁人按照所有权调换形式订立拆迁补偿安置协议，明确约定拆迁人以位置、用途特定的房屋对被拆迁人予以补偿安置。如果拆迁人将该补偿安置房屋另行抵押给第三人，被拆迁人请求对补偿安置房屋行使优先取得权利的，应予支持。但此类案

件适用法律的前提须是查清案件事实，明确房屋具体位置、确定用途等基本事实。

乙说：抵押权人基于物权公示效力在案涉房屋上设立抵押权，属于善意第三人，和被拆迁人的权益都应依法受保护，法律政策不应厚此薄彼，被拆迁人对于补偿安置房屋不享有优先取得权。

采甲说

法官会议形成一致意见，被拆迁人对于补偿安置房屋主张的优先取得权利应顺位在抵押权之前予以保护，但由于原审未查清安置房屋的具体位置、面积大小、确切用途等相关基本事实，同意提审该案。

- 1.亳州市恒生典当有限责任公司、史某海申请执行人执行异议之诉 最高人民法院（2019）最高法民申 6875 号
- 2.吉林鑫城房地产综合开发有限责任公司、汤某鹏房屋买卖合同纠纷案 最高人民法院（2018）最高法民申 1774 号

十六、混合担保情况下，债权人放弃债务人提供的物的担保，其他担保人是否可以免除相应的担保责任？（最高人民法院第五巡回法庭 2020 年第 9 次法官会议纪要）

甲说：其他担保人在债权人放弃的债务人提供的物的担保范围内免除担保责任

『物权法』第一百九十四条第二款规定：「债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。」『物权法』第二百一十一条规定：「质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。」从文义上看，上述规定均未设置适用前提。从法

理上讲，债务人是本位上的债务承担者，其他担保人仅是代其承担责任，在承担了担保责任后可以向债务人追偿。在债务人以自己的财产提供抵押的情况下，债权人首先向债务人主张抵押权，既可以避免其他担保人在承担担保责任后再行使追偿权，也符合公平原则。如果债权人放弃了债务人提供的抵押权，其他担保人应当相应免除担保责任，除非其他担保人承诺仍然提供担保。本案中，甲银行部分放弃了乙公司提供的抵押担保，丙在相应范围内免除保证责任。

乙说：其他担保人免除担保责任以享有顺序利益为前提

『物权法』第一百七十六条规定：「被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。」根据体系解释，在混合担保情形下，『物权法』第一百九十四条第二款、第二百一十八条的适用应当以第一百七十六条为基础。按照『物权法』第一百七十六条的规定，仅在当事人未就物的担保与保证的责任顺序进行约定或约定不明，以及明确约定债务人物保责任优先的情况下，其他担保人相对于债务人才享有担保责任实现上的顺序利益，其顺序利益才因债权人放弃债务人物保责任而受到影响，并依据『物权法』第一百九十四条第二款或者第二百一十一条主张相应免责。在当事人明确约定保证责任优先的情况下，并无『物权法』第一百九十四条第二款、第二百一十八条的适用空间。本案中，『保证合同』『抵押合同』赋予债权人实现担保权的选择权，且『保证合同』明确约定丙放弃基于担保责任顺序利益的抗辩权，故丙相对于乙公司并不享有顺序利益，不能基于『物权法』第一百九十四条第二款免除相应的保证责任。

采乙说

现行法未规定担保人代位权，其他担保人在承担了担保责任后并不能代位取得债务人提供的担保物权；即使在债务人物担保被放弃的情况下，其他担保人依然可以向债务人行使追偿权；故债权人放弃债务人提供的物的担保并不必然对其他担保人的利益造成影响，除非其他担保人相对于债务人享有顺序利益。在其他担保人相对于债务人不享有顺序利益的情况下，债权人放弃债务人提供的物的担保，不会加重其他担保人的担保责任，故其他担保人的担保责任不应当因此减免，此时『物权法』第一百九十四条第二款、第二百一十八条并无适用空间。基于抵押权、质权、留置权性质上的同一性，以及『物权法』第一百七十六条将所有担保物权同等对待，上述结论亦可类推适用于对债务人提供的留置权的放弃。至于其他担保人是否享有顺序利益，应当以『物权法』第一百七十六条作为判断依据。

1.渤海国际信托股份有限公司、平安银行股份有限公司无锡分行金融借款合同纠纷二审民事判决书 最高人民法院（2019）最高法民终138号

2.青海五彩矿业有限公司、唐山三友化工股份有限公司质押合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书 最高人民法院（2018）最高法民申3722号

十七、申请撤销仲裁调解书之诉是否属于人民法院受理案件范围？未进行过实体审理的案件，当事人以同一事实和理由再次起诉是否构成重复起诉？（最高人民法院第五巡回法庭2020年第24次法官会谈纪要）

甲说：不予受理

『仲裁法』第五十八条仅规定当事人可提出证据向人民法院申请撤销仲裁裁决书，未规定可以撤销仲裁调解书。人民法院受理申请撤销仲裁调解书之诉于法无据。

乙说：应予受理

为保障仲裁当事人获得平等司法救济的权利，可对『仲裁法』第五十八条进行扩张解释，理解为包含申请撤销仲裁调解，即申请撤销仲裁调解书之诉属于人民法院受理范围。

甲说：构成重复起诉

2018年9月，乙再次以已与丙离婚且对借款及仲裁调解均不知情为由起诉，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』第二百四十七条规定：「当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。当事人重复起诉的，裁定不予受理。」

乙说：不构成重复起诉

驳回起诉是在对案件进行实体审理之前，对当事人是否享有诉权的程序性审查。被裁定驳回起诉之后，若达到起诉条件当事人可以重新起诉，不构成重复起诉。

其一，申请撤销仲裁调解书之诉是否属于人民法院受理案件范围采乙说；

其二，是否构成重复起诉采乙说。

1.新余市中创矿业有限公司、江西地勘局赣西地质矿产勘查开发院申请撤销仲裁裁决（2019）赣05民特21号

2.遵义东方建筑安装有限责任公司、贵州中捷新能源开发有限公司诉讼、仲裁、人民调解代理合同纠纷（2018）黔民终1149号

十八、如何准确区分共同犯罪各被告人在犯罪中的地位、作用？关于认罪态度和履行财产刑对量刑的影响问题及无期徒刑、有期徒刑15年在实际执行中的刑期比较？（最高人民法院第五巡回法庭2019年第43次法官会议纪要）

观点一：原判对甲乙二人在共同犯罪中的作用和是否如实供述上认定错误，量刑失衡。

根据在甲乙二人所驾驶车内查获的毒品、甲乙二人之间互发的短信息记录等证据，并结合二人在三天时间内无正当理由驾车从成都市匆忙往返保山市的不合理行为方式判断分析，可认定甲乙二人对运输毒品均知情，均有参与行为。但现有证据无法准确认定甲乙二人在共同犯罪行为中的地位、作用，二人共同运输毒品，不宜区分主从犯，在确定二人地位、作用时，原审法院认定甲乙二人为共同主犯恰当。但不应将甲的不合理辩解和预履行没收财产刑认定为甲认罪态度好，并据此对甲判处有期徒刑 15 年、对乙判处无期徒刑，对甲乙二人的量刑明显失衡。

观点二：甲乙二人的量刑均在法定量刑幅度内，罪刑未失衡。

从运输毒品罪的法定刑来看，二被告人共同运输毒品甲基苯丙胺 1180 克，无论对二被告人判处有期徒刑 15 年还是无期徒刑均在法定量刑幅度内，虽然在犯罪作用、地位上不宜对甲乙二人区分主、从，考虑到甲预缴纳了 9 万元以履行没收财产刑，原审在法定量刑幅度内对二人进行量刑，不存在量刑失衡的问题。

采观点一

首先，甲乙二人均未就本案犯意提起、毒资来源、毒品交接等问题作出详细供述，亦无其他证据能够区分认定二人在运输毒品过程中的具体行为及作用，该案难以准确判断甲乙二人何人提起的运输毒品犯意、何人联系购买毒品及出资，亦无证据证明乙在犯罪行为实施过程中的地位、作用高于甲。其次，虽然乙自始未供述，但甲在侦查阶段及在庭审中的供述均不具合理性。甲在侦查阶段仅供称是被一身份不明的人逼迫到保山市运输毒品，未供述其他具体行为；在庭审中推翻在侦查阶段的供述，称乙对运输毒品行为知情，自己是被动跟随乙来到保山，对运输毒品活动不知情，未参与。未对其具体参与的运输毒品行为进行供述。不能根据甲在供述中的推诿和乙的不供述得出甲认罪态度好的评判。虽然乙有私下要求甲不牵连自己的串供行为，但对该行为不宜在量刑中予以着重评价。再次，甲虽在审判过程中主动缴纳了 9 万元以履行没收财产刑，乙未预先履行没收财

产刑，但该行为不宜在刑事审判中作为对被告人认罪态度评判的重要根据。在司法实践中，存在被告人没有能力履行财产刑或者对自己行为定性存有疑问而拒不履行财产刑等各种情况，应根据具体案件情况分析，不宜因被告人预先缴纳可能会判处的罚金或没收财产作为对其认罪态度好的评判根据。最后，本案原审以运输毒品罪判处乙无期徒刑，判处甲有期徒刑 15 年。经测算，无期徒刑在刑罚执行中相较有期徒刑 15 年多执行约 7 年以上刑罚，对乙的量刑与甲相比较明显失衡。

十九、当事人起诉行政机关不履行支付征地补偿安置费用职责的适格被告应如何确定？当事人以市、县人民政府及土地行政主管部门为共同被告提起诉讼，请求确认行政机关未支付征地补偿安置费用的行为违法，受诉人民法院在立案阶段应如何处理？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 16 次法官会议纪要）

甲说：集体土地征收案件中，当事人请求判令行政机关履行支付征地补偿安置费用的职责或者确认行政机关未履行支付征地补偿安置费用行为违法提起的行政诉讼，一般应以土地行政主管部门为被告。

但市、县人民政府如未履行征收土地方案公告和征地补偿、安置方案批准等法定职责，则不能排除其负有支付征地补偿安置费用的职责，据此亦可成为行政诉讼的适格被告。

当事人以市、县人民政府及土地行政主管部门为共同被告向中级人民法院提起诉讼，请求确认市、县人民政府及土地行政主管部门未支付征地补偿安置费用的行为违法，人民法院不应以当事人将市、县人民政府列为被告属于错列被告为由裁定不予立案。人民法院应当在立案受理后，查明有关案件事实，并据以确定市、县人民政府是否属于适格被告。如人民法院经审理后查明市、县人民政府已依法履行了相关法定职责，不属于行政诉讼的适格被告，则对当事人针对市、县人民政府的起诉依法予以驳回。而针对土地行政主管部门的起诉，如中级人民法院立案受理后发现不属于

本院管辖或者不宜由本院继续审理，则应当依法移送有管辖权的人民法院受理。

乙说：在集体土地征收补偿案件中，存在市、县人民政府及其土地行政主管部门之间行政职责不清晰、不明确情形。

当事人请求判令行政机关履行支付征地补偿安置费用的职责或者确认行政机关未履行支付征地补偿安置费用行为违法提起的行政诉讼，既可选择以土地行政主管部门为被告，也可选择以市、县人民政府为被告。当事人以市、县人民政府及土地行政主管部门为共同被告向中级人民法院提起诉讼，请求确认市、县人民政府及土地行政主管部门未支付征地补偿安置费用的行为违法，人民法院不应以当事人将市、县人民政府列为被告属于错列被告，不属于中级人民法院管辖为由裁定不予立案。

采甲说

当事人起诉认为行政机关不履行支付征地补偿安置费用职责的，应当以具体组织实施补偿职责的行政机关为被告。当事人以市、县人民政府及土地行政主管部门为共同被告向中级人民法院提起行政诉讼，请求确认行政机关不履行支付征地补偿安置费用行为违法，受诉人民法院在立案阶段未能查明适格被告的，应当先予立案并移交审判业务庭进一步查明确定。当事人所列被告中既有适格被告也有不适格被告的，应当向当事人释明当事人拒绝撤回对不适格被告起诉的，受诉人民法院可裁定驳回对不适格被告的起诉，并将案件直接移送有管辖权的人民法院。

1.官某、四川省成都市青羊区人民政府再审审查与审判监督行政裁定书 最高人民法院（2019）最高法行申 4671 号

2.周某寿、四川省成都市青羊区人民政府再审审查与审判监督行政裁定书 最高人民法院（2019）最高法行申 3531 号

二十、对市、县人民政府批准同意征地补偿安置方案的行为不服申请复议，是否属于行政复议受理范围？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 42 次法官会议纪要）

甲说：属于行政复议受理范围

根据『土地管理法实施条例』第二十五条第三款及『国务院法制办公室关于依法做好征地补偿安置争议行政复议工作的通知』（国法〔2011〕35 号，以下简称 35 号『通知』）的规定，对征地补偿安置标准不服的，可依法申请裁决或行政复议。根据『土地管理法实施条例』第二十五条等规定，市、县人民政府批准同意的补偿安置方案可直接对外具体实施，补偿安置方案的确定系市、县人民政府作出的意思表示。该批准确定补偿安置方案的行为属市、县人民政府作出的对外发生法律效力且影响被征收人权利义务的行政行为，属实质性批准行为，并非内部行政行为。在对补偿安置标准争议采取复议而非裁决方式予以救济的省市，该批准行为属于行政复议的受理范围。

乙说：不属于行政复议受理范围

市、县人民政府批准同意征地补偿安置的行为，系上级行政机关对下级行政机关所报请示作出的批准行为，属于上下级行政机关之间履行法定报批程序的内部行政行为，对被征收人的权利义务不产生实际影响，不属于行政复议受案范围。

采甲说

补偿安置方案制定及实施程序可分为三个阶段：市、县人民政府土地行政主管部门拟订征地补偿安置方案，予以公告并听取被征地农民的意见；市、县人民政府经审查后对补偿安置方案予以批准；市、县人民政府土地行政主管部门根据经批准的补偿安置方案组织实施。据此，补偿安置方案经市、县人民政府批准后即由土地行政主管部门组织实施，最终确定补偿安置标准的书面载体即市、县人民政府作出的批复及所附补偿安置方案。市、县人民政府作出该批复的受文对象虽系土地行政主管部门，但该批复

并非仅在行政机关内部流转，而是直接对外实施。补偿安置方案的确定是市、县人民政府的法定职权，市、县人民政府作出该批复体现了其确定补偿安置标准的意思表示，属实质性批准行为，并非内部行政行为。在对补偿安置标准争议采取复议而非裁决方式予以救济的省市，该批准行为属于行政复议的受理范围。前述案件中，刘某等五人对甲县人民政府批复同意补偿安置方案的行为申请行政复议，属于行政复议受案范围。乙市人民政府复议维持该批复后，刘某等五人对该批复及行政复议决定不服提起的诉讼属于行政诉讼的受案范围。据此，再审裁定撤销二审裁定，指令二审法院再审。

1.熊某兰诉四川省成都市人民政府土地行政复议行政再审审查与审判监督行政裁定书 最高人民法院（2019）最高法行申 970 号

2.毛某兴等 26 人诉四川省成都市人民政府土地行政复议行政再审审查与审判监督行政裁定书最高人民法院（2018）最高法行申 11443 号

二十一、当事人不服行政机关就国有土地使用权权属争议作出的处理决定，向人民法院提起诉讼前，是否应当按照『行政复议法』第三十条第一款的规定，先行向上一级行政机关申请复议？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 44 次法官会议纪要）

甲说：对于行政机关作出的土地权属争议处理决定，当事人应当先行提出行政复议

根据『行政复议法』第三十条第一款之规定，土地权属争议处理决定属于复议前置的情形。国有土地使用权权属纠纷专业性强，涉及面广，适用复议前置程序有利于充分发挥行政机关的工作优势，更好地化解纠纷，并节省司法资源。

乙说：对于行政机关作出的土地权属争议处理决定，当事人可以直接向人民法院提起行政诉讼

『行政复议法』颁布生效后，『土地管理法』于2004年、2019年两次经全国人大常委会会议修正，其内容未规定土地权属争议处理决定应当适用复议前置程序，根据「新法优于旧法」的原则，此类行政决定不属于复议前置情形。若适用复议前置程序，会剥夺了行政相对人在行政争议发生时选择救济方式的权利，提高了行政诉讼救济的门槛。

采甲说

第一，『行政复议法』及『最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政复议法〉第三十条第一款有关问题的批复』（法释〔2003〕5号）中均明确规定了土地权属争议处理决定应当适用复议前置，本案裁判应严格、正确适用法律，而不应突破现有规定。

第二，本案审理过程中，裁判结论有所反复，但二审法院最终裁定驳回起诉是经该院联席会议讨论形成的结论，体现出人民法院对法律规定从严把握、适用的裁判尺度。

第三，国有土地使用权属争议处理决定纠纷案件具有专业性强、涉及面广的特征，适用复议前置程序，将行政机关的复议审查挺在前面，便于查明事实、分清是非，使土地权属争议得以及时解决。

1.孙某清、黑龙江省绥化市北林区人民政府土地确权行政决定一案再审裁定书 最高人民法院（2017）最高法行申5064号

二十二、对于因矿山开采引发的地质灾害，县级以上人民政府具有哪些地质灾害防治职责？当受损房屋达到搬迁避让条件时，县级以上人民政府是否应当依法履行组织受灾群众开展搬迁避让的法定职责？当人民政府未履行该职责时是否构成行政不作为？（最高人民法院第五巡回法庭2019年第45次法官会议纪要）

甲说：肯定说

县级以上人民政府对因矿山开采引发的地质灾害具有防治职责，当受损房屋符合搬迁避让条件时，人民政府应当积极组织受灾群众开展搬迁避

让，确保地质灾害危险区内居民的生命和财产安全，当人民政府没有履行前述职责时，即构成行政不作为。

乙说：部分肯定说

县级以上人民政府对因矿山开采引发的地质灾害具有防治职责，但其如何履行地质灾害防治职责、是否确定搬迁避让及如何组织搬迁避让、相关措施是否合理适当等，属于人民政府的自由裁量范围。

丙说：否定说

对于因矿山开采等人为活动引发的地质灾害，应当按「谁引发、谁治理」的原则由责任单位承担防治职责，县级以上人民政府不具有地质灾害防治职责。

采甲说

根据『地质灾害防治条例』的相关规定，县级以上人民政府具有对人为活动引发的地质灾害进行防治的职责，是地质灾害防治的责任主体。其中，确保地质灾害危险区内人民群众的生命、财产安全，既是县级以上人民政府的法定义务，也是『地质灾害防治条例』的立法目的。当地质灾害已经危及到人民群众的生命、财产安全时，人民政府应当积极组织受灾群众进行搬迁避让。人民政府没有积极履行该义务的，属于行政不作为。

二十三、单独提起行政赔偿诉讼构成要件如何辨识？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 46 次法官会议纪要）

甲说：应予受理

甲县政府、县自然资源局误将集体土地作为国有土地出让，又将已经颁发的『国有土地使用权证』在出让未到期限前撤销，造成了 A 的财产损害，构成行政侵权。因甲县政府已经通过撤销『国有土地使用权证』的方式自行确认颁证行为违法，且同意与 A 就损失共同委托鉴定，应当视为已经进行了先行处理。A 提起行政赔偿符合『最高人民法院关于审理行政赔

偿案件若干问题的规定』（以下简称『行政赔偿司法解释』）关于单独提起行政赔偿诉讼的规定，人民法院应予受理。

乙说：不应受理

A 提起行政赔偿之诉，应当以行政机关及其工作人员在行使行政职权时损害其财产权益为要件。甲县政府于 1999 年颁发『国有土地使用权证』的行为虽然违法，但该行为使 A 获得了国有土地使用权，未对其合法权益造成损害。而 2016 年撤销『国有土地使用权证』的行为系依法行使行政职权，亦不构成损害 A 的合法权益。A 所受损失，实际上是当地村民所造成，应当通过民事侵权之诉救济。同时，A 并未依法向甲县政府提出赔偿申请，其提起诉讼亦超出了法定期限，不符合行政赔偿之诉的受理条件，人民法院不应予以受理。

采甲说

根据『国家赔偿法』『行政赔偿司法解释』的规定，行政机关及其工作人员在行使行政职权时损害公民、法人或其他组织财产权益的，当事人有权在满足一定条件时就该违法行为单独提起，或与行政诉讼同时提起行政赔偿之诉。甲县政府违法颁发『国有土地使用权证』，当事人 A 基于对甲县政府、县自然资源局的信赖，按照土地使用权载明的年限进行了投入。然而甲县政府在依法纠正其行政违法行为时，客观上使得 A 的土地使用年限不当缩减，从而造成了 A 的损失。A 在多次向甲县政府、县自然资源局反映情况后，县自然资源局与 A 共同委托鉴定机构对损失进行鉴定未果。在此情况下，A 提起单独行政赔偿之诉符合『行政赔偿司法解释』第二十一条起诉条件的规定，且未超过第二十二条规定的起诉期限，人民法院应当予以受理。

二十四、对集体土地上房屋按国有土地上房屋征收程序作出的征收决定的合法性如何审查？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 47 次法官会议纪要）

甲说：应按土地管理法相关规定进行审查

我国土地性质分为国有土地和农村集体土地。国有土地上房屋的征收与集体土地的征收，在征收主体、征收对象、征收程序以及所适用的法律法规等方面均存在明显区别。国有土地上房屋征收针对的是房屋，国有土地使用权随之收回，即「地随房走」；集体土地征收针对的是土地，地上房屋随集体土地一并征收并予以补偿，即「房随地走」。行政机关应严格区分两种征收对象，严格按照不同的法律法规进行征收，人民法院亦应当依照相应法律法规对征收行为的合法性进行审查。本案所涉及的房屋均为集体土地上的房屋，应依照土地管理法关于征收集体土地的有关规定进行审查，并作出相应判决。

乙说：应按国有土地上房屋征收相关规定进行审查

『最高人民法院关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定』第十二条第二款规定，征收农村集体土地时未就被征收房屋及其他不动产进行安置补偿，补偿安置时房屋所在地已纳入城市规划区，土地权利人请求参照执行国有土地上房屋征收补偿标准的，人民法院一般应予支持，但应当扣除已经取得的土地补偿费。根据该司法解释的精神，在案涉房屋所在地已被纳入城市规划区范围，市、县人民政府参照『国有土地上房屋征收与补偿条例』对被征收人进行安置补偿，并适用国有土地上房屋征收程序实施征收。因该程序更为严格，更有利于保障房屋被征收人的合法权益，且不会损害公共利益，故人民法院可以依照国有土地上房屋征收程序审查案涉征收决定的合法性。

丙说：鉴于本案的特殊情况，应当将两种征收方式的法律规定结聽来进行审查

无论采用哪种征收方式，都应当符合法律对不同性质土地（或房屋）征收所设的强制性规定。人民法院可以依照国有土地上房屋征收程序审查案涉征收决定的合法性，但应同时审查是否符合『土地管理法』及『土地管理法实施条例』中关于征收集体土地的强制性规定。根据『土地管理法』

第四十五条规定，征收土地由省、自治区、直辖市人民政府或者国务院批准。因此，在未取得省级人民政府或国务院征地批复的情况下，市、县级人民政府无权对集体土地包括该土地上的房屋实施征收。也就是说，征收农村集体土地需经省级以上人民政府批准即属相关强制性规定。

采丙说

本案中，某市某区人民政府所作的案涉征收决定，其征收对象均系集体土地上的房屋。土地性质虽属集体土地，但并非耕地，对农民的补偿也主要是房屋等地上附着物的价值补偿。在满足对集体土地征收的强制性规定的前提下，允许对「城中村」类房屋的征收适用国有土地上房屋征收与补偿的相关规定，有利于消除城乡差距，体现实质公平。法院应结合两种征收方式的相关法律规定进行合法性审查。

1. 张某权、张某娟再审审查与审判监督行政裁定书 最高人民法院（2019）

最高法行申 8645 号

2. 夏某浩、郑某新与大石桥市人民政府行政征收申诉行政裁定书 最高人民法院（2015）行监字第 1272 号

二十五、对于农村集体土地上房屋因「住改非」而用于经营，征收时对于待工待业损失是否应当进行补偿？如何认定？（最高人民法院第五巡回法庭 2020 年第 6 次法官会议纪要）

甲说：本案当事人主张的相关损失基于公平合理和可信赖的原则应予补偿

对于已经「住改非」的农村住房，在征收时与其他的农村住房按照同样的标准进行补偿，有失公平。农民在取得合法的经营证的前提下，通过经营活动获取收入来源，对其房屋进行征收严重影响了农民的收入来源，实质上造成了农民的待工待业。为保障被征收农民的原有生活水平不下降，应基于公平合理的原则在征收补偿中酌情给予待工人员补助。

乙说：本案当事人主张的相关损失因不属于法定待工待业损失而不应予以补偿

法律并没有明确规定，在征收农村集体土地时应当补偿待工人员补助费。『手册』所规定的项目是参照国有土地上房屋征收补偿中对取得合法经营资格的经营者的停产停业损失补偿，本案的情况不属于法定停产停业损失补偿范围。征收土地时，对于被征收人的补偿要有明确的依据及统一的标准，因此要严格依据『土地使用权证』上载明的土地性质对被征收人予以补偿，不能以被征收人对于房屋的实际使用方式作为补偿的标准。

采甲说

行政合理性原则和比例原则要求为了公共利益征收集体土地时，要给予当事人公平合理的补偿，保障被征收人的生活水平不降低。2019年8月26日修正并于2020年1月1日实施的『土地管理法』第四十八条规定：「征收土地应当给予公平、合理的补偿，保障被征地农民原有生活水平不降低，长远生计有保障。」为使农村集体土地上房屋因「住改非」而用于经营的被征收人原有生活水平不降低、长远生计有保障，本案应按照政府制定的『房屋征收与安置补偿方案的批复』和『手册』给予待工人员公平、合理的补偿。鉴于经人民法院现场工作、调解，息烽县政府出具书面承诺，自愿一并补偿杨某某待工人员补助费，本案不启动再审程序。

1.李某山与怀远县人民政府再审行政裁定书 最高人民法院（2017）最高法行申366号

最高人民法院
关于实际施工人的
二十个裁判观点汇总和二十八个典型索引

一、实际施工人应得工程价款的间接费中不应扣除企业管理费、规费和利润。

裁判观点：

华昆咨询价鉴（2019）2号鉴定意见书载明，间接费868,820元包括了企业管理费、规费和利润。因企业管理费与实际施工人的资质无关，且潘传进

在建设施工过程中进行了具体的工程管理，故管理费不应从潘传进应得工程价款中扣除。而规费作为政府和有关权力部门规定必须缴纳的费用，包括为职工缴纳的五险一金以及按规定缴纳的施工现场工程排污费等费用，因案涉工程由潘传进组织的工人施工，所涉及的五险一金等应由潘传进承担，故规费不应从潘传进应得工程价款中扣除。至于利润，作为施工方的潘传进，其劳力、材料等已物化在建设工程的整体价值中，在潘传进完成的工程不存在质量问题的情况下，中铁十二局二公司的合同目的已实现，利润是潘传进理应获得的相应对价，如将该部分利润留给中铁十二局二公司，则基于同样一份无效合同，中铁十二局二公司将获得更多的非法利益，有违合同公平合理的基本原则，故利润亦不应从潘传进应得工程价款中扣除——案件索引：

(2021) 最高法民终 412 号

二、实际施工人对案涉工程由其施工负有举证证明义务，需提供工程签证单或工程交接验收手续等核心客观证据。

裁判观点：

本案中，2010年9月5日《建设工程施工合同》不包含消防工程，一审鉴定意见亦无消防工程造价。王国清作为原告主张实际施工消防工程，其应对案涉消防工程由其施工的“法律关系存在”负有举证证明义务，并应达到“高度可能性”标准。本案中，王国清并未提供消防工程签证单或消防工程交接验收手续等核心客观证据，其提交的证据均未能达到直接证明或间接形成链条证明其主张成立的高度可能性。王国清未完成举证证明义务，依法应当承担举证不能的不利后果。——案件索引：（2021）最高法民再 46 号

三、在发包人不明知挂靠人的情况下，挂靠人一般无权越过被挂靠人直接向发包人主张权利。

裁判观点：

钢建公司主张案涉项目系罗尚雄事先找遵义开投公司谈好，才找钢建公司借用资质，遵义开投公司对罗尚雄借用资质的行为明确并且放任、追求，钢建公司仅仅是挂名、过账，遵义开投公司和罗尚雄建立事实上的建设工程施工合同关系。本院认为，转包关系中的转承包人（即和承包人建立合同关系的实际施工主体）和挂靠关系中的挂靠人均可为实际施工人，但两者产生的法律效果并不完全相同，故只有区分不同类型的实际施工人，才能准确适用法律，确定当事人的权利义务。住房和城乡建设部《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第七条规定：“本办法所称转包，是指承包单位承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。”可见，在转包关系中，对发包人而言，转包人以承包合同的相对方出现，其自身承接工程后，将全部工程转给其他主体施工，但并未脱离这一合同链条关系，仍是建设工程连环合同的一部分。在实际施工过程中，转包人作为中转环节，对工程具有较强的管理、支配地位。发包人通过转包人进行施工指示、进度款支付等工作，作为实际施工人的转承包人则通过转包人开展报送工程量、工程进展等工作。转承包人除能依据合同关系向转包人主张权利外，还能根据相关司法解释突破合同相对性规定，直接向发包人主张相应权利。住房和城乡建设部上述管理办法第九条又规定：“本办法所称挂靠，是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的行为。前款所称承揽工程，包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。”一般而言，在施工挂靠关系中，出借资质的一方即被挂靠人并不实际参与工程的施工，由借用资质的一方即挂靠人和发包人直接进行接触，全程参与投标、订立合同、进行施工。实践中，挂靠又可分为发包人明知和不明知两种情形。前一种挂靠情形，尽管建设工程施工合同名义上还是被挂靠人，但实质上挂靠人已和发包人之间建立事实上的合同关系。根据合同相对性原则，被挂靠人对挂靠人的施工行为无法产生实质性影响，施工过程中的具体工作也往往由挂靠人越过被挂靠人，和发包人直接进行联系。而在后

一种挂靠情形下，法律、司法解释并未赋予挂靠人可突破合同相对性原则。根据案件的具体情况，挂靠人一般无权直接向发包人主张权利，这与转包关系中的转承包人权利不同。——案件索引：（2021）最高法民终 394 号

四、判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任，应以查明发包人欠付转包人或者违法分包人工程款数额为前提。

裁判观点：

原审法院基于对南江土储中心系案涉项目的发包方、回购方且尚欠朝阳公司工程款及投资收益等事实的认定，依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》第二十四条规定，判决南江土储中心在欠付朝阳公司工程款范围内就朝阳公司应向李长寿、邹光荣支付的回购款本息及投资收益承担支付责任。但是，根据上述规定，建设工程施工合同纠纷案件中，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任，应以查明发包人欠付转包人或者违法分包人工程款数额为前提。本案中，根据原审查明的事实，截至原审法院作出判决时，南江土储中心与朝阳公司并未就案涉工程进行结算，南江土储中心所欠朝阳公司的工程款数额尚不确定。在此情形下，原审法院判决南江土储中心承担本案支付责任，属于认定基本事实不清。——案件索引：（2021）最高法民申 4930 号

五、实际施工人可以突破合同相对性向发包人主张权利的规定，并不排除承包人依据建设工程施工合同主张工程款的权利。

裁判观点：

关于宏达公司是否有权主张案涉工程款的问题。根据原审查明的事实，李发勤、刘伟借用静建公司资质开发案涉项目。李发虎借用宏达公司的名义承包案涉工程。经过招投标程序，宏达公司与静建公司就案涉工程签订了《建设工程施工合同》并进行备案。在《建设工程施工合同》签订后，李发勤与李发虎以及李发虎之子李君强分别就案涉工程签订了《施工合同书》。虽然

《施工合同书》《建设工程施工合同》签订的主体不同，但基于以下理由，本院认为宏达公司作为案涉工程承包人，有权主张工程款。首先，李发虎借用宏达公司的名义承包案涉工程，其二者之间存在借用资质的挂靠关系。无论案涉《建设工程施工合同》是否有效，宏达公司均为该合同关系的当事人。实际施工人李发虎（以及李君强代其父李发虎）此后以其名义签订的《施工合同书》均系基于《建设工程施工合同》而签订，《施工合同书》与《建设工程施工合同》密切相关。其次，工程报验单等施工资料均加盖了宏达公司的印章，宏达公司办理了竣工验收事宜。由此可见，被挂靠方宏达公司参与了建设工程施工合同的履行，实际施工人李发虎亦认可宏达公司的承包人地位。静建公司于2018年6月以宏达公司为被告，起诉请求宏达公司向其移交工程竣工验收资料，配合办理工程验收备案手续，生效判决支持了静建公司的诉讼请求，静建公司的诉讼行为亦表明其认可宏达公司为案涉工程的承包人。最后，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》规定实际施工人以发包人为被告主张权利，突破合同相对性，系基于保护实际施工人权益的目的，该规定作为例外并不排除承包人依据建设工程施工合同主张工程款的权利。综上，原判决以各方实际履行的是《施工合同书》，将各方签订《建设工程施工合同》的事实与其他事实割裂，错误认定宏达公司未履行合同，从而否定宏达公司的承包人地位，导致承包主体认定错误，本院予以纠正。宏达公司作为案涉工程的承包人，其有权主张案涉工程款。——案件索引：（2021）最高法民再178号

六、判断谁是真正的实际施工人须依据合同签订、费用支付、施工资料等做出。

裁判观点：

1. 中豪公司申请再审认为其对案涉工程进行了施工和管理，何立功仅系其雇佣人员，并非案涉工程的实际施工人。经审查，虽中豪公司主张其系案涉工程的承包人，但其在原审中未提供对案涉工程实际施工的相关资料，就

未能提供施工资料的问题其向法庭的陈述亦前后矛盾；保证金票据上虽显示该款项系中豪公司交纳，但其并不持有交款票据的原件；同时其称与何立功之间存在雇佣关系，但并未提供能够证明双方之间存在雇佣关系的任何证据，据此中豪公司主张其对案涉工程进行了施工的证据不足。另一方面，何立功实际签订案涉合同及相关协议，与实践公司进行结算，施工过程中的款项往来均在实践公司与何立功之间进行。综合上述情况，原判决认定何立功为案涉工程的实际施工人，事实依据充分，并无不妥。中豪公司认为何立功并非实际施工人的理由不能成立，本院不予支持。——案件索引：（2021）最高法民申 1860 号

2. 判断实际施工人应从其是否签订转包、挂靠或者其他形式的合同承接工程施工，是否对施工工程的人工、机器设备、材料等投入物化为相应成本，并最终承担该成本等综合因素确定。本案中，郑财文提交了《施工项目经营、管理责任承包合同》《项目安全生产目标责任书》及河南高速公司出具的情况说明来证实其为实际施工人。经审查，郑财文提交的证据仅能证明其与河南高速公司存在合同关系，并不能证明其在签订合同后，其就案涉工程自行组织施工、购买材料、发放工人工资等事实，亦未提供证据证明其与河南高速公司之间关于案涉工程款资金往来情况。本案案涉工程的施工资料及工程签证中也未出现郑财文的姓名，故一审认定现有证据尚不足以证实郑财文系案涉工程的实际施工人，并无不当，本院予以维持。——案件索引：（2021）最高法民申 1676 号

（3）首先，玉兰公司与金颐公司就曲阜社区综合服务楼建设项目签订了《建设工程施工合同》，案涉工程的合同相对人为玉兰公司与金颐公司。蔡淑峰主张其与金颐公司签订了书面的转包合同，但未提交证据予以证实，蔡淑峰以其签订合同为由主张其系实际施工人依据不足；其次蔡淑峰主张其在案涉工程中投入资金 43561336.38 元，蔡淑峰主张其通过大量现金往来向案涉工程投入资金，但未提交充分证据予以证实，故一、二审法院认为蔡淑峰仅以现有的 250 余万元银行转账证据证实其已经投入资金完成了 5000 余万元工程依据不足，符合本案客观情况。最后，蔡淑峰在申请再

审程序中提交的证人证言等证据未满足“足以推翻原判决、裁定的”条件。综上，蔡淑峰主张其为案涉全部工程的实际施工人证据不足，原审法院适用法律并无不当，故对蔡淑峰再审申请不予支持。——案件索引：（2021）最高法民申 1156 号

七、当事人可以受让实际施工人的债权而取得诉讼主体资格。

裁判观点：

建服中心作为发包人应当向承包人汉中公司支付工程款。段亮为山河公司承包的案涉工程的实际施工人，依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款的规定，其有权在发包人建服中心欠付山河公司的工程款范围内请求建服中心向其支付工程款。嘉鸿公司基于从段亮、汉中公司受让案涉工程款债权取得本案诉讼主体资格，原判决认定嘉鸿公司是本案的适格主体，适用法律并无不当。建服中心关于嘉鸿公司不具有本案诉讼主体资格的再审申请事由不能成立，本院不予支持。——（2021）最高法民申 1020 号

八、区分真内部承包与假内部承包（转包或挂靠）的关键在于，双方是否存在劳动合同关系。

裁判观点：

1. 内部承包区别于转包合同的关键在于，双方是否存在劳动合同关系。维泰公司将其承包的案涉工程以签订《责任书的形式全部由罗勇国施工，在维泰公司不能证明其与罗勇国存在劳动合同关系的情况下，原判决将《责任书》认定为转包合同，并无不当。《责任书》因违反《中华人民共和国建筑法》第二十八条“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人”的规定，故原判决依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第四条“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工

合同的行为无效”的规定，认定《责任书》无效正确。维泰公司关于《责任书》合法有效的再审申请事由不能成立，本院不予支持。——（2021）最高法民申 142 号

2. 关于双方是否属于建设工程挂靠关系的问题。中兴公司未提供劳动合同、缴纳社保证明等能够证明与严晨华存在劳动合同关系的证据。且严晨华个人无工程施工资质，其与中兴公司签订的《内部承包施工合同》《承包协议》明确约定中兴公司只收取固定管理费，严晨华承担工程所需的人工、材料采购、机械、管理费等，承担一切风险，中兴公司实际不参与案涉工程的施工以及管理。从《内部承包施工合同》《承包协议》约定及履行情况看，严晨华不是中兴公司职工，《内部承包施工合同》《承包协议》不具有企业内部承包经营性质，而是严晨华借用中兴公司资质的挂靠行为。——案件索引：（2021）最高法民申 6504 号

九、承包方法定代表人的身份究竟是承包方代表还是实际施工人，需要根据履行合同过程中各方面的情况尤其是资金投入的情况来确定。

裁判观点：

根据原审法院查明的事实，杨泽溪与金房集团共同出资设立润泽公司，杨泽溪曾担任该公司法定代表人、杨泽溪亦陈述其与金房集团共享润泽公司融资平台、案涉工程施工合同系借用森鑫公司建筑资质签订以及与森鑫公司签订《协议书》的合同一方是“杨泽溪”、案涉工程施工期间均是以项目部的名义进行的组织管理、森鑫公司项目部是经由“杨泽溪”负责组建成立、“杨泽溪”任项目部经理、项目部主要工作人员的劳务合同由“杨泽溪”代表项目部签订并加盖项目部印章等；原审法院据此认为，杨泽溪具有自然人和润泽公司股东兼法定代表人的双重身份，其既可以以自然人身份也可以以润泽公司法定代表人身份签订资质借用合同，并组织施工。故在此情形下，不能仅依据以上证据及事实的表面特征，当然地判定杨泽溪就是案涉工程的实际施工人，并无不当。事实上，案涉工程项目施工需要大量资金，这些资金是杨泽溪个人投入还是其任法定代表人的润泽公司或其关联公司投入，是

判断杨泽溪签订并履行合同的身份性质的关键。经查，杨泽溪没有提供从其个人账户转款给项目部账户的银行转账凭证等直接证据，证明其对案涉工程实际投入了资金，其虽主张提供现金用于项目部发放工资，但却未提供相应的银行取款凭证予以证明。另一方面，杨泽溪主张个人实际承包案涉工程施工，但却又称将个人资金出借给公司后再用于工程项目，而不是将自有资金直接转入工程项目部使用，其于本案所述内容，逻辑难以自洽。而金房集团提供证据证明案涉工程的投标保证金 1050 万元均是其支付的，其中 1000 万元转作了案涉施工合同约定的履约保证金，杨泽溪对此并无异议，金房集团亦提供案涉项目费用报销单据以证明案涉项目的相关费用在金房集团的财务上进行了报销等案件事实。杨泽溪虽主张金房集团向案涉项目工程的资金支付实际系其与金房公司的借款，与案涉项目无关，但其未提交证据予以证明。因此，原审法院根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零八条的规定认为，杨泽溪对“其系案涉工程项目实际施工人”的待证事实提供的证据没有达到高度可能性的证明标准，而金房集团提供的反驳证据令该部分待证事实处于真伪不明状态，故对杨泽溪主张其是案涉工程实际施工人的事实，不予认定，杨泽溪承担举证不能的不利后果，理据充分，本院予以认可。杨泽溪主张另外两种推算其直接出资的方式，但未提供证据予以证明，本院不予认可。一般认为，民事法律关系的事实不能成为民事诉讼确认之诉的确认对象，当事人不能就某一事实提起确认之诉。故原审法院认为，当事人如认为其系某建设工程项目的实际施工人，其可向人民法院提起诉讼，请求确认资质借用合同关系、转包关系、违法分包关系是否成立、是否有效等。故原审法院经对案件证据予以综合审查并结合全部案件情况后认为，杨泽溪请求确认其为履行案涉施工合同的实际施工人，没有事实和法律依据，遂驳回其诉讼请求，并无不当。——案件索引：（2021）最高法民申 1724 号

十、挂靠与转包的区分关键在于实际施工人是否参与了招投标的过程。

裁判观点：

根据原审查明的事实，在鑫源公司参与案涉工程招投标过程中，单德本以鑫源公司名义交纳投标保证金并参与了投标全过程，并在中标后以鑫源公司委托代理人的身份在《建设工程施工合同》上签字。次日，单德本与鑫源公司签订了《工程施工协议书》，约定鑫源公司将该公司在《建设工程施工合同》中的义务交由单德本履行，单德本承担工程实际施工内容、全部项目管理工作及所需费用，并向鑫源公司交纳管理费。因此，单德本系借用鑫源公司的资质承包案涉工程，其与鑫源公司之间为挂靠关系。——案件索引（2021）最高法民申 6481 号

十一、发包人明知存在挂靠关系的情形下，被挂靠人无权依据合同向发包人主张工程价款。

裁判观点：

关于案涉工程款支付的对象和欠付的数额应如何认定。如前所述，南通四建公司虽然与岚世纪公司签订《建设工程施工合同》及《补充协议》，实际是将其施工资质出借给黄夕荣用于案涉工程的施工，南通四建公司并无签订、履行合同的真实意思表示；黄夕荣借用南通四建公司的资质承揽案涉工程，是案涉工程的实际施工人。因此，原审依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持”的规定，准许黄夕荣以自己的名义向岚世纪公司主张相应施工价款并无不当。本案黄夕荣与岚世纪公司已于 2016 年 8 月 27 日签订工程结算确认书，对工程施工范围、结算依据、工程造价、岚世纪公司的已付款数额、欠付工程款数额等进行确认。在本案二审庭审中，岚世纪公司与黄夕荣对原审认定的欠付工程款金额也均予以认可，本院亦予以确认。因南通四建公司并非施工主体，其虽对岚世纪公司支付情况提出异议，但未提供证据证明黄夕荣与岚世纪公司之间就工程款结算的确认系虚假的意思表示，故原

审认定岚世纪公司欠付黄夕荣工程款数额为 959477.84 元并无不当，本院予以维持。——案件索引：（2020）最高法民终 1269 号

十二、实际施工人有权请求被挂靠人向其返还发包人已支付的工程款。

裁判观点：

关于鑫源公司是否应向单德本返还工程款问题。管委会累计给付工程款 510 万元，其中单德本实际收到工程款 285 万元，鑫源公司实际收到工程款 225 万元。管委会基于《建设工程施工合同》，将案涉工程款汇入合同相对方鑫源公司账户符合一般交易规则，鑫源公司应将其中属于单德本施工部分的款项及时支付给单德本。单德本自认应向鑫源公司交付管理费及材料费共计 25 万元。因此，鑫源公司从管委会处受领的 225 万元工程款，扣除前述鑫源公司施工的工程款 206103 元及 25 万元后，鑫源公司应将剩余工程款返还给单德本。——案件索引：（2021）最高法民申 6481 号

十三、挂靠关系下的实际施工人不能证明发包人明知其身份的，无权直接向发包人主张权利。

裁判观点：

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（法释[2018]20 号）第二十四条规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”故该条规定适用于建设工程转包和违法分包情形。本案徐永波主张其系挂在丹东二建公司名下的实际施工人，其与中石油丹东分公司形成事实上的法律关系。但徐永波原审提交的证据不能证明其与中石油丹东分公司形成事实上的法律关系，且中石油丹东分公司、吉林石化公司均不认可徐永波系实际施工人的身份，故

徐永波无权直接向发包人中石油丹东分公司主张权利。——案件索引：(2021)最高法民申 3259 号

十四、发包人与承包人尚未完成结算的，因不能确定欠付工程款数额，实际施工人不能请求发包人在欠付工程款范围内承担支付责任。

裁判观点：

1. 《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》第二十四条规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”据此，实际施工人要求发包人承担支付工程款的前提是发包人欠付承包人工程款，进而需要认定发包人与承包人之间的工程款结算事实。本案 2015 年盘州市人民政府、申安盘南公司、德感公司三方签订的《BT 补充协议》第五条（一）项目回购 2、项目回购期约定“该项目竣工决算、审计结束进入回购期。审计须在 3 个月内完成，即乙方（德感公司）将决算报告提交至甲方后 3 个月未完成审计，视为已经完成审计程序，并暂按决算金额直接进入回购。”……故上述证据不能推翻二审判决关于“未有证据证明申安盘南公司与德感公司对案涉工程款已有结算”的认定。另外，实际施工人并非合法的工程施工主体，其虽然有权突破合同相对性向发包人主张债权，但其享有的权利不能优于承包人，其权利的行使要受到发包人与承包人之间约定的限制。——案件索引：(2021)最高法民申 3407 号

2. 根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》规定，发包人向实际施工人承担责任的前提是其欠付转包人或者违法分包人工程价款。该规定是从实质公平的角度出发，实际施工人向发包人主张权利后，发包人、转包人或者违法分包人以及实际施工人之间的连环债务相应消灭，且发包人对实际施工人承担责任以其欠付的建设工程价款为

限。本案中，案涉时代广场并未完工，中发源公司与黄瓦台公司亦未进行结算，仅能确定黄瓦台公司、黄瓦台青海分公司欠付李海军、崔有良工程款的事实。中发源公司是否欠付黄瓦台公司、黄瓦台青海分公司工程款，欠付工程款的数额等事实因未结算无法查清，实际施工人与发包人之间的权利义务并不明确，故李海军、崔有良向中发源公司主张其在欠付工程款范围内承担责任的条件不成就。——案件索引：（2021）最高法民终 339 号（3）河南鼎泰公司主张依据司法鉴定机构对案涉工程的造价鉴定和结算比例，可推断出港区国有资产公司欠付华中国电公司的工程款数额，但港区国有资产公司与华中国电公司之间尚未进行结算，在本案二审审理过程中，港区国有资产公司与华中国电公司均明确表示港区国有资产公司已经按照双方之间合同约定支付了进度款，故港区国有资产公司是否欠付华中国电公司工程款及欠付多少尚无法确定。同时，二审判决已载明待港区国有资产公司与华中国电公司实际结算后，如存在港区国有资产公司欠付的情形，河南鼎泰公司可另行主张权利。故河南鼎泰公司该点申请再审的理由不能成立。——案件索引：（2021）最高法民申 6156 号

十五、挂靠双方可以共同作为承包人向发包人主张工程价款。

裁判观点：

关于赣基公司、贺超群能否共同作为承包人向发包人主张剩余工程价款的问题。首先，贺超群借用赣基公司的资质签订案涉建设工程施工合同，名义上的承包人是赣基公司，实际上的承包人是贺超群，赣基公司与贺超群作为一个整体为共同承包人，对发包人负责。其次，本案中，赣基公司、贺超群先与顺洋公司签订施工合同，后与中水八局签订施工合同，两份合同指向的内容均为案涉工程，虽然当事人约定实际履行的是前一份合同，后一份合同仅作备案用途，但并不影响顺洋公司、中水八局均以发包人的名义与承包人赣基公司、贺超群建立了建设工程施工合同关系的认定。据此，赣基公司、

贺超群有权就案涉工程价款共同向发包人主张权利。——案件索引：（2021）最高法民申 6087 号

十六、被挂靠人已与发包人完成工程结算的，挂靠人不能再要求自行与发包人结算。

裁判观点：

案涉工程已竣工验收合格并移交业主单位使用，东方公司作为被挂靠人已与发包人亚星公司签订工程结算协议书对工程价款进行了结算，黄建国作为挂靠人，要求其其对工程价款进行结算，没有法律依据。在东方公司与亚星公司双方确认工程项目结算总价基础上，原审根据已支付工程款、已支付的剩余工程款、已支付的社会保险费，黄建国的自认等，结合举证责任分配规则，从而认定需要向黄建国支付工程款的数额，不缺乏证据证明。——案件索引：（2021）最高法民申 3897 号

十七、发包人明知实际施工人系挂靠承包人资质并由其实际施工，发包人应承担支付全部工程款的责任，而非承担补充责任。

裁判观点：

本案中，恒安信公司与杨建国之间构成挂靠的法律关系。首先，恒安信公司与杨建国签订的《资质挂靠协议》中约定，杨建国挂靠恒安信公司资质，承建案涉工程，明确该工程附属部分除外，其他工程由杨建国与金泰隆公司协商沟通。以上约定内容表明双方具有出借资质、挂靠施工的合意。其次，在挂靠协议签订前，杨建国作为恒安信公司的委托代理人在 2014 年 3 月 6 日的《建设工程施工安装合同书》上签字。但恒安信公司并未实际承担案涉工程的施工义务，实际施工人系杨建国。且金泰隆公司直接或通过恒安信公司向杨建国支付部分工程款，故履行建设工程施工安装合同的主体实际为金泰隆公司和杨建国。第三，在一审法院审理过程中，金泰隆公司以及恒安信公司均认可杨建国系挂靠恒安信公司进行施工。据此，可以认定恒安信公司与杨建国之间构成挂靠法律关系，金泰隆公司关于恒安信公司与杨建国之间构

成转包合同关系的申请再审主张不能成立，金泰隆公司要求恒安信公司承担支付工程款的责任缺乏事实与法律依据。杨建国作为案涉工程的实际工人与发包人金泰隆公司在订立和履行施工合同的过程中，形成事实上的法律关系，故金泰隆公司应当承担支付杨建国欠付工程款的责任。因恒安信公司与杨建国之间系挂靠关系，而非转包关系，故金泰隆公司不能依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款之规定，要求恒安信公司承担支付工程款的责任，对金泰隆公司该项申请再审理由，不予支持。——案件索引：（2021）最高法民申 2114 号

十八、实际施工人无权向与其没有合同关系的转包人、分包人主张工程价款。

裁判观点：

1. 本案中，违法转包人北京世纪源博公司、山东显通公司、山东显通五公司与陕西森茂阁博公司、李广柱并无直接合同关系。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条赋予了实际施工人可以突破合同相对性向发包人主张工程价款的权利，但并不意味着实际施工人可以直接向与其没有合同关系的转包人、分包人主张工程价款。因此，陕西森茂阁博公司、李广柱主张由以上主体承担责任无事实和法律依据。——案件索引：（2021）最高法民申 3649 号

2. 关于杨雪平向联合建工公司、玖基公司主张工程款是否有依据的问题。根据合同相对性的一般原则，杨雪平在实际施工工程完工后有权向其转包或分包的相对人主张结算并支付相应工程款的权利。鉴于杨雪平与联合建工公司并未签订任何合同，联合建工公司也不认可其与杨雪平存在直接合同关系，也不认可存在挂靠的情形，二审判决据此认定杨雪平向联合建工公司主张工程款缺乏合同依据，并无不当。——案件索引：（2021）最高法民申 3586 号

3. 凤县人民政府将涉案工程发包给城乡建设公司，城乡建设公司将工程交由长城路桥公司施工，长城路桥公司又将工程交由杨兴川（丰禾山隧道施工队）施工。杨兴川主张本案工程款。一、二审判令长城路桥公司承担本案付款责任。杨兴川再审申请认为城乡建设公司应当与长城路桥公司承担连带责任。在工程施工过程中，城乡建设公司虽然多次向杨兴川支付工程款，但该支付行为应视为城乡建设公司代长城路桥公司支付工程款。城乡建设公司与杨兴川（丰禾山隧道施工队）无直接合同关系，双方并非本案合同相对人。杨兴川要求城乡建设公司承担本案连带责任，无明确法律依据，原审对其该主张未予支持，并无不当。——案件索引：（2021）最高法民申 4495 号

4. 本案中，汇龙天华公司将案涉工程发包给天恒基公司，天恒基公司将工程转给蒋小红内部承包，蒋小红又将部分工程转给许金斌施工。依照上述法律规定，许金斌将汇龙天华公司、天恒基公司与蒋小红作为共同被告起诉，二审法院认定蒋小红作为违法分包人，汇龙天华公司作为发包人，判决承担支付工程款及利息的处理结果，亦无不妥。天恒基公司作为承包人，其与许金斌之间并没有合同关系，因此许金斌无法依照合同主张案涉工程款及利息，二审法院免除天恒基公司的民事责任，具有法律依据——案件索引：（2021）最高法民申 1358 号

十九、劳务分包与工程分包的区分要看承包范围是否包含机械租赁、材料采购和现场管理等事项。

裁判观点：

根据查明的事实，西藏三建司与恒邦劳务公司均认可恒邦劳务公司先进场施工，后补签《分包合同》和补充协议，该合同和补充协议中均明确约定恒邦劳务公司承包的范围包括人工费、机械费、周转材料费、消耗材料费等费用，并约定由恒邦劳务公司自行采购图纸上的所有材料。而且，案涉工程项目部由恒邦劳务公司搭建，恒邦劳务公司实际进行施工管理、指派相关施工人员驻守工地，负责核实土石方台班费、联系材料商等，并完成了施工。

西藏三建司与材料商补签《材料采购合同》和付款的行为，不能否定恒邦劳务公司实际完成案涉工程的事实。因此，原审判决认定恒邦劳务公司与西藏三建司之间形成的是案涉工程的承包合同关系，而非仅是劳务分包合同关系，并无不当。——案件索引：（2021）最高法民申 2535 号

二十、总包人与发包人尚未结算工程价款,对发包人是否享有债权以及债权的数额尚处于不确定的状态。此种情形下,实际施工人不具备向发包人行使权利的条件。

裁判观点：

关于中发源公司应否承担责任的问题。李海军、崔有良主张中发源公司应在欠付工程款范围内承担责任。根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》规定，发包人向实际施工人承担责任的前提是其欠付转包人或者违法分包人工程价款。该规定是从实质公平的角度出发，实际施工人向发包人主张权利后，发包人、转包人或者违法分包人以及实际施工人之间的连环债务相应消灭，且发包人对实际施工人承担责任以其欠付的建设工程价款为限。本案中，案涉时代广场并未完工，中发源公司与黄瓦台公司亦未进行结算，仅能确定黄瓦台公司、黄瓦台青海分公司欠付李海军、崔有良工程款的事实。中发源公司是否欠付黄瓦台公司、黄瓦台青海分公司工程款，欠付工程款的数额等事实因未结算无法查清，实际施工人与发包人之间的权利义务并不明确，故李海军、崔有良向中发源公司主张其在欠付工程款范围内承担责任的条件不成就。——案件索引：（2021）最高法民终 339 号

最高人民法院

有关股份代持裁判意见十三条

一、当事人在另案中陈述其为代持的名义股东，与本案查明的事实证据能够相印证，现在本案中自认在另案中作了虚假陈述，但又无法为其在本案陈述真实性提供证明的，在本案中反言性陈述，法院不应采信。

最高人民法院认为，建盟公司、王某勇、廖某于2014年7月17日签订《协议书》，确认王某勇、廖某对建盛公司的出资实际上全部由建盟公司出资，王某勇、廖某仅是建盛公司的名义股东，对该公司财产不享有所有权，实际股东是建盟公司；建盛公司的全部资产由建盟公司投入。一审认为该协议有效，对王某勇、

廖某具有拘束力，并以此为基础认定王某勇、廖某系代建盟公司持有建盛公司100%股权，故王某勇、廖某对该股权不享有阻却执行的民事权益。

王某勇、廖某称该协议并非各方真实意思表示，签订该协议仅是为了应对建盟公司与渝信公司的民事诉讼纠纷。但王某勇、廖某在另案即（2014）余民二初字第70号案中，认可建盟公司是建盛公司的实际出资股东，二人仅为代持的名义股东。建盟公司在该案的起诉状、反诉答辩状也自认该事实，并以此为事由向渝信公司主张权利。《中华人民共和国民事诉讼法》第十三条第一款规定，民事诉讼应当遵守诚实信用原则。据此，当事人在任何案件中都应当向法庭如实陈述，否则应自负不利后果乃至承担法律责任。对于是否代持股份问题，王某勇、廖某在另案中的陈述和态度与本案查明的事实证据能够相印证，且符合情理，可以采信。王某勇、廖某现自认在另案中作了虚假陈述，但又无法为其在本案陈述真实性提供证明。故对王某勇、廖某在本案中反言性陈述，不予采信。

索引：王某勇、廖某等申请执行人执行异议之诉；案号：（2021）最高法民终430号。

二、由于股权转让协议成立未生效，受让人不能依据股权转让协议取得拟转让股份，其无权处分拟转让股份，受让人与其他主体签订的股权代持协议不发生股权代持的法律效力。

最高人民法院认为，《中华人民共和国商业银行法》第二十八条规定：“任何单位和个人购买商业银行股份总额百分之五以上的，应当事先经国务院银行业监督管理机构批准。”本案中，巨浪公司与恒生阳光公司于2016年6月29日签订《股份转让合同》，受让恒生阳光公司当时持有蚌埠农商行占总股本10%的股权。同日，巨浪公司还分别与恒生公司等五法人股东、顾某莲等十自然人股东签订《股份转让合同》，约定合计受让上述股东所持蚌埠农商行股份64.93%。因蚌埠农商行增资扩股，巨浪公司拟受让恒生阳光公司的股份所占总股本的比例降至5%，巨浪公司拟受让股份达到该行总股本32.465%。

本院认为，巨浪公司在同一日与多个蚌埠农商行股东签订《股份转让合同》，拟受让蚌埠农商行股份 64.93%（诉讼时为 32.465%），已经远超过蚌埠农商行股份总额 5%，依法需要银行业监督管理机构批准。案涉《股份转让合同》未经银行业监督管理机构批准，一审法院认定《股份转让合同》成立未生效并无不当。

《股份转让合同》签订后，巨浪公司依约支付了转让价款，因《股份转让合同》成立未生效，巨浪公司不能依据《股份转让合同》取得拟转让股份。巨浪公司与恒生阳光公司签订的《股份代持协议》约定由恒生阳光公司代巨浪公司持有蚌埠农商行公司股份。因巨浪公司未取得拟转让股份，其无权处分拟转让股份，故《股份代持协议》不发生股权代持的法律效力。

索引：恒生阳光集团有限公司、北京巨浪时代投资管理有限公司股权转让纠纷；案号：(2020)最高法民终 202 号。

三、股权转让合同因不能履行批准程序而解除的情况下，股权受让人对外签订的股权代持协议亦应一并解除。

最高人民法院认为，《中国银监会农村中小金融机构行政许可事项实施办法》《商业银行股权管理暂行办法》规定：农村商业银行股东单独持股不能超过 10%。2018 年 6 月 19 日，蚌埠银监分局分别向新华公司、恒生公司、国轩公司、中胜公司、华芳公司等发出《风险提示书》，要求立即纠正违法违规股权转让行为。蚌埠银监分局于 2018 年 6 月 27 日、2019 年 3 月 26 日又两次向巨浪公司发出《关于巨浪公司受让蚌埠农商行股权有关情况的函》，明确告知巨浪公司受让股权的行为存在违法违规问题，先后作出“必须立即纠正”及拟进行处罚的监管意见。

现虽因蚌埠农商行增资扩股，巨浪公司拟受让的股份总额所占总股本比例减至 32.465%，但仍属于需要报经银监部门批准的范围。从目前情况看，《股份转让合同》因违反前述规定而不再具有经银行监管机构批准的可能性，应当解除。

《股份代持协议》在《股份转让合同》生效且巨浪公司已取得拟转让股份的情况下才发生效力，前已述及《股份转让合同》不再具有经银行监管机构批准的可能性，故《股份代持协议》亦应一并解除。

索引：恒生阳光集团有限公司、北京巨浪时代投资管理有限公司股权转让纠纷；案号：(2020)最高法民终 202 号。

四、公司的工商登记对社会具有公示公信效力，善意第三人有权信赖公司登记机关的登记文件，工商登记表现的权利外观应作为认定股权权属的依据；双方关于股权转让的约定和股权代持协议均仅在协议签订双方之间具有法律效力，对外不具有公示效力，不能对抗第三人，不能以代持股关系排除人民法院的强制执行行为。

最高人民法院认为，公司的工商登记对社会具有公示公信效力，善意第三人有权信赖公司登记机关的登记文件，工商登记表现的权利外观应作为认定股权权属的依据。本案中，2016 年 8 月 10 日，贵州雨田公司与付某签订《代持股协议书》，约定付某代贵州雨田公司持有雨田投资公司 10% 的股权。雨田投资公司《企业信用信息公示报告》显示，付某持有雨田投资公司 10% 股权。贵州雨田公司在二审中提交两组证据，证明其与付某之间存在股权转让关系，贵州雨田公司按照股权转让协议的安排支付了对价。

本院认为，该两组证据仅能证明贵州雨田公司与付某之间进行了股权转让，但双方关于股权转让的约定和案涉《代持股协议书》均仅在协议签订双方之间具有法律效力，对外不具有公示效力，不能对抗第三人。在诉争股权仍然登记在付某名下的情形下，逸彭企业作为申请执行人有理由相信工商行政管理机关的登记和企业信用信息公示系统公示的信息是真实的。因此，不论贵州雨田公司是否支付对价，均不能以其与付某之间的代持股关系排除人民法院的强制执行行为。

索引：贵州雨田集团实业有限公司与逸彭（上海）投资管理合伙企业（有限合伙）、付某案外人执行异议之诉；案号：(2020)最高法民终 844 号。

五、在代持股关系中，在股权受让人未依约支付股权转让款的情况下，股权的实际权利人可以直接以自己的名义提起诉讼。

最高人民法院认为，本案系股权转让纠纷，虽转让人为黄某，但对于黄某与申银公司之间的代持股关系，各方均无异议，申银公司作为案涉股权的实际权利人，在沈某才未依约支付股权转让款的情况下，直接以自己的名义提起本案诉讼，主体资格并无不妥。同时，虽股权变更登记之后的持股人为沈某并非沈某才，但《公司股权重组、增资协议》载明，该股权的实际控制人为沈某才，对此沈某才签字确认，故申银公司直接起诉案涉股权的实际控制人沈某才，要求其支付相应股权转让款，亦无不妥。

索引：宁夏申银特钢股份有限公司、沈某才与江苏盛祥贸易有限公司等股权转让纠纷；案号：(2020)最高法民终 346 号。

六、对于商业银行股权的代持行为，不应肯定和支持。

最高人民法院认为，商业银行股权的委托代持协议不应肯定。辉县农商行是商业银行，而对于商业银行股权的代持行为有单独的部门规章予以规制。2018年1月5日中国银行业监督管理委员会公布的《商业银行股权管理暂行办法》[2018年第1号]明确对商业银行的股权代持行为予以否定。

该办法第十条规定：“商业银行股东应当严格按照法律法规和银监会规定履行出资义务。商业银行股东应当使用自有资金入股商业银行，且确保资金来源合法，不得以委托资金、债务资金等非自有资金入股，法律法规另有规定的除外。”第十二条规定：“商业银行股东不得委托他人或接受他人委托持有商业银行股权。”该规定虽然是部门规章，但是该规定中明确对商业银行的股权代持行为持否定态度，要求商业银行股东不得委托他人或接受他人委托持有商业银行股权。

如果在对外关系中轻易保护实际出资人，会发出不恰当的信号，会导致非正常的公司持股现象大增，徒增交易成本，不利于交易安全。如果一概承认实际出资人排除执行的权利，则会让股权代持协议成为实践中规避执行、逃避义务的工具，导致被执行人无论是股权的实际出资人，还是名义持有人，都无法执行的局面。代持股可能成为一种规避监督制约的方式，使得实际出资人规避了原本应当承担的责任。因此，对于商业银行股权的代持行为，法院不应肯定和支持。

索引：新乡市汇通投资有限公司与韩某等案外人执行异议之诉；案号：(2018)最高法民再 325 号。

七、实际出资人与名义股东之间的股权代持关系，本质上仍为债权债务关系，实际出资人基于股权代持协议获得实际权益，是基于合同关系取得，而非基于公司法及相关司法解释的规定取得，实际出资人并不能以其与名义股东之间的代持关系对抗债权人。

最高人民法院认为，即使新乡汇通公司可以依据股权代持关系享有股东的权利，但也并不因此就享有股东的地位，其要取得股东地位仍需符合一定的条件。新乡汇通公司基于股权代持关系对名义股东河南三力公司和辉县农商行享有的请求确认为股东等权利，在性质上属于请求权范畴，本质上是一种债权，新乡汇通公司的权利并不优先于韩某的权利。

实际出资人与名义股东之间的纠纷采用合同机制解决，故实际出资人与名义股东之间的股权代持关系，本质上仍为债权债务关系，实际出资人基于股权代持协议获得实际权益，是基于合同关系取得，而非基于公司法及相关司法解释的规定取得。而韩某对河南三力公司所享有的权利亦为债权。在执行活动中，新乡汇通公司的债权并不优先于韩某的债权。故新乡汇通公司并不能以其与河南三力公司之间的代持关系来对抗河南三力公司的债权人韩某。

索引：新乡市汇通投资有限公司与韩某等案外人执行异议之诉；案号：(2018)最高法民再 325 号。

八、债权人对名义股东的财产判断只能通过外部信息，股权信息是可获得的，但代持关系却无从得知，属于债权人无法预见的风险，不能苛求债权人尽此查询义务，风险分担上应向保护债权人倾斜，实际出资人既然选择隐名，也必须承担此种代持所带来的固有风险。

最高人民法院认为，商事法律具有公示原则和外观主义原则，公司公示的对外效力具有一定强制性。韩某是借款人，河南三力公司是担保人，韩某在对新乡

泓锡公司出借款项时，河南三力公司作为保证人的财产支付能力必然是韩某的考虑范围，在新乡泓锡公司不能偿还借款的情况下，新乡泓锡公司及河南三力公司名下的所有财产均存在承担还款责任的可能，韩某对新乡泓锡公司及河南三力公司名下的财产均存有信赖利益。

股权代持的风险不应由债权人负担。债权人对名义股东的财产判断只能通过外部信息，股权信息是可获得的，但代持关系却无从得知，属于债权人无法预见的风险，不能苛求债权人尽此查询义务，风险分担上应向保护债权人倾斜。此外，实际出资人既然选择隐名，固有其商业利益考虑，既然通过代持关系获得了这种商业上的利益，或者在显名的情形下不能获得的利益，则也必须承担此种代持所带来的固有风险。

在本案中，并无证据证明韩某在新乡汇通公司提出执行异议之前即知晓新乡汇通公司与河南三力公司之间的股权代持关系，可以确定韩某并不能预见此执行的风险。

索引：新乡市汇通投资有限公司与韩某等案外人执行异议之诉；案号：(2018)最高法民再 325 号。

九、登记的持股股东，已认可另一股东为隐名股东，对于隐名股东要求公司将其变更为该公司股东，向其签发出资证明书，记载于其股东名册、公司章程，并办理公司登记的诉讼请求，法院应予以支持。

最高人民法院认为，青岛泰鑫公司为莱阳泰鑫公司登记的持股 100% 的股东，其在《证明函》中已认可于某波为持股 50% 的隐名股东。而且，因莱阳泰鑫公司享有的案涉矿山权益不属于外商投资禁止范围，故于某波成为莱阳泰鑫股东无需行政主管部门审批。因此，对于于某波关于莱阳泰鑫公司将其变更为该公司股东，向其签发出资证明书，记载于其股东名册、公司章程，并办理公司登记的诉讼请求，二审法院予以支持正确，本院予以维持。

案号：莱阳泰鑫矿业有限公司与辉佳发展有限公司等股东资格确认纠纷；案号：(2018)最高法民再 475 号。

十、股权代持形成在先，名义股东名下的股权可被视为债务人的责任财产，债权人的利益应当得到优先保护。

最高人民法院认为，本案的焦点问题为黄某鸣、李某俊对案涉股权享有的实际权益，能否阻却其他债权人对名义股东名下持有的案涉股权的执行。

按照一般的商事裁判规则，动态利益和静态利益之间产生权利冲突时，原则上优先保护动态利益。本案所涉民间借贷关系中债权人皮某享有的利益是动态利益，而黄某鸣、李某俊作为隐名股东享有的利益是静态利益。根据权利形成的先后时间，如果代为持股形成在先，则根据商事外观主义，债权人的权利应当更为优先地得到保护；如果债权形成在先，则没有商事外观主义的适用条件，隐名股东的实际权利应当得到更为优先的保护。因案涉股权代持形成在先，诉争的名义股东蜀川公司名下的股权可被视为债务人的责任财产，债权人皮某的利益应当得到优先保护。

索引：黄某鸣与皮某等案外人执行异议之诉；案号：(2019)最高法民再 45 号。

十一、名义股东的非基于股权处分的债权人亦应属于法律保护的“第三人”范畴；股权代持关系虽真实有效，但仅在双方之间存在内部效力，对于外部第三人而言，股权登记具有公信力，隐名股东对外不具有公示股东的法律地位，不得以内部股权代持关系有效为由对抗外部债权人对显名股东的正当权利。

最高人民法院认为，工商登记是对股权情况的公示，与公司交易的善意第三人及登记股东之债权人有权信赖工商机关登记的股权情况并据此做出判断。其中“第三人”并不限缩于与显名股东存在股权交易关系的债权人。根据商事外观主义原则，有关公示体现出来的权利外观，导致第三人对该权利外观产生信赖，即使真实状况与第三人信赖不符，只要第三人的信赖合理，第三人的民事法律行为效力即应受到法律的优先保护。

基于上述原则，名义股东的非基于股权处分的债权人亦应属于法律保护的“第三人”范畴。本案中，李某俊、黄某鸣与蜀川公司之间的股权代持关系虽真实有效，但其仅在双方之间存在内部效力，对于外部第三人而言，股权登记具有公信力，隐名股东对外不具有公示股东的法律地位，不得以内部股权代持关系有效为由对抗外部债权人对显名股东的正当权利。故皮某作为债权人依据工商登记记载的股权归属，有权向人民法院申请对该股权强制执行。

索引：黄某鸣与皮某等案外人执行异议之诉；案号：(2019)最高法民再 45 号。

十二、代持情形下，隐名股东的财产利益是通过合同由名义股东向实际股东转移，需经过合同请求而取得，若隐名股东请求成为公司股东，则需经过半数股东同意，其并非当然取得股东地位。

最高人民法院认为，代持法律关系本质属于一种债权债务关系，受合同法相对性原则的约束，隐名股东就该债权仅得以向名义股东主张，对合同当事人以外的第三人不产生效力。

公司股东的登记事项主要体现在公司章程、股东名册和工商登记这三种资料中，营口沿海银行的公司章程、股东名册、工商登记资料中，涉案股份均登记于中商财富名下，中商财富可以据此主张行使股东权利，在公司对外关系上，名义股东具有股东的法律地位，隐名股东不能以其与名义股东之间的约定为由对抗外部债权人对名义股东的正当权利。

在代持情况下，即名义股东与实际股东分离时，通过合同法规制解决。即使海航集团为涉案股份的实际出资人，也并不当然地取得营口沿海银行的股东地位。

代持情形下，隐名股东的财产利益是通过合同由名义股东向实际股东转移，需经过合同请求而取得，若隐名股东请求成为公司股东，则需经过半数股东同意，其并非当然取得股东地位。

海航集团即使对涉案股份真实出资，其对因此形成的财产权益，本质还是一种对中商财富享有的债权。如中商财富违反其与海航集团之间签订的委托协议，

海航集团得依据双方签订的相关协议向中商财富主张违约责任,并不当然享有对涉案股份的所有权、享受股东地位。

索引: 中信银行股份有限公司济南分行与海航集团有限公司等执行异议之诉;
案号: (2016)最高法民再 360 号。

十三、隐名股东与名义股东之间解决委托投资权益问题,与目标公司是否进行了盈余审计无关,只与隐名股东与名义股东之间是否有利益分配约定以及无利益分配约定时目标公司是否进行了盈余分配有关。

最高人民法院认为,在隐名投资情形下,实际投资人的投资权益应通过其与名义股东之间的约定实现,如果当事人之间就利益分配已经进行了约定,那么目标公司是否进行了盈余审计在所不问,名义股东应当按照合同约定履行支付义务;如果没有约定利益分配,则只有当名义股东已经从目标公司处获得收益时,实际投资人才能请求名义股东进行给付。

因此,隐名股东与名义股东之间解决委托投资权益问题,与目标公司是否进行了盈余审计无关,只与隐名股东与名义股东之间是否有利益分配约定以及无利益分配约定时目标公司是否进行了盈余分配有关。在陈某苗既无法证明其为福胜公司的实际投资人,又不能证明《协议书》为胜田公司真实意思表示的情况下,其请求对福胜公司盈余进行重新审计的上诉主张,本院不予支持。

索引: 陈某苗与胜田发展有限公司等合同纠纷; 案号: (2015)民四终字第 40 号。

最 高 人 民 法 院

关于约酒、约球、约游中人身伤亡赔偿裁判规则

导读：处理人身损害赔偿案件的核心是损失的认定及赔偿责任的划分。一起来看看由最高人民法院法官权威解读——关于人身损害赔偿案件 20 条裁判规则，希望能对大家有帮助：

一、婚宴菜肴不符合食品安全标准，消费者提出十倍索赔是否应予支持

根据《食品安全法》，消费者可向生产者或经营者要求支付十倍价款的赔偿金，但前提是要认定涉案食品不符合安全标准，可以从文义解释、当然解释以及食品安全标准所涉及的范围和种类等角度界定食品是否符合安全标准。

《消费者权益保护法》第 55 条和《食品安全法》第 148 条各有不同的构成要件，针对同一消费事实，若提出不同的诉讼主张和法律依据，包括

选择违约之诉还是侵权之诉，有可能得出截然不同的裁判结果。人民法院在审理此类案件时，应当做好充分的释明工作。

案例：邱某某与上海 S 商务咨询有限公司等损害赔偿纠纷案

案号：（2015）沪一中（民）终字第 2066 号

二、AA 制项下利用网络平台发起的自助游中各参与人的责任与义务之认定

通过网络交友平台相约开展的户外自助游活动，参与者之间相互平等，不具有管理或被管理的行政隶属关系，而是一种自助、自我管理的关系，形成一个临时性、松散性的团队，各行为人之间具有相互照顾和注意义务，但此种义务是有限的，各参与者均应对自身的安全承担最高注意义务。

案例：丁某甲、钟某与吴某等十三人生命权、健康权、身体权纠纷案

案号（2014）都江民初字第 10 号

三、相约游泳致人死亡，邀约者是否承担责任

相约游泳致人溺亡，即使是限制民事行为能力人，对游泳行为的危险性也应当有充分的预见和认识，因此受害者自身应承担主要责任。游泳的提议者、主动邀约者有过错的，应当承担部分赔偿责任。父母作为监护人，未严格履行自己的监护职责，也应依法承担相应责任。

案例：陈某、万某与孙某等九人生命权纠纷案

案号（2012）忠法民初字第 00147 号

四、共饮参与人对其他共饮者的责任

在大多数情况下，一个人是否参与饮酒，以及饮酒的多少，都是出于他的自愿。而饮酒导致的危险，不仅是针对饮酒人自身安全，往往也可能针对社会公共安全。由于共饮人实施饮酒在先行为，产生一种在后的保护义

务，即共饮人之间对相互的人身安全应当负有合理注意义务，包括相互提醒、劝告、通知、协助、照顾等义务，以减少安全风险。

如果共饮者疏于履行这种义务，则存在客观上的过失，应当对其他共饮人的人身损害承担一定的赔偿责任。但这种责任又是有限的，因为共饮人的安全保障义务不能够取代饮酒人自身的安全意识和注意义务。

案例：张某甲等与王某甲等生命权纠纷案

案号（2009）商区法民一初字第1号

五、家政服务中心赔偿责任的认定

家政服务中心所作的宣传、承诺及其经营范围在用户中产生了一定的影响和信任度，但其在履行对社会的公开承诺上存在瑕疵，且未能完全履行居间人的如实报告义务，推荐未经过必要培训的家政服务员上岗服务，对接受服务的家庭造成损害的，家政服务中心应承担相应的赔偿责任。

案例：陈某甲姐弟三人与董某某、北京市三八服务中心人身损害赔偿案

案号（2007）二中民再终字第1883号

六、第三人侵权致劳动者损害，劳动者是否有权同时获得工伤保险赔偿和人身侵权赔偿

因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害，构成工伤的，劳动者因工伤事故享有工伤保险赔偿请求权，因第三人侵权享有人身损害赔偿请求权。二者虽然基于同一损害事实，但存在于两个不同的法律关系之中，互不排斥。劳动者具有工伤事故中的受伤职工和人身侵权的受害人的双重主体身份，有权获得双重赔偿。

案例：上海三菱电梯有限公司与朱某某等人身损害赔偿纠纷案

案号（2014）辽审三民提字第27号

七、参与影视作品拍摄的演员与影视作品制作单位之间关系的认定

参与影视作品拍摄的演员与影视作品制作单位之间构成雇佣关系,适用有关雇佣的法律规定(雇佣关系原则);演员表演的真实性应当限制在法律允许和当事人承受力的范围内(必要限度原则);演员应当对在表演过程中的重大过失造成的人身损害结果承担赔偿责任(重大过失原则);演员根据剧情安排进行表演而受到人身损害应由影视制作单位及存在故意或重大过失的表演者承担连带赔偿责任(连带责任原则)。

案例:王某某与张某某等人身损害赔偿纠纷案

案号:(2005)二中民初字第00026号

八、帮工人的安全注意义务

帮工人作为完全民事行为能力人,从事对于专业技能、工作经验、必要的注意义务有较高要求且具有一定人身危险性的作业时,未采取安全防护措施,未尽到合理安全注意义务,对其自身所受伤害,应自负一定责任。

案例:唐某某与周某甲等提供劳务者受害责任纠纷案

案号(2014)川民提字第460号

九、家具造成室内环境污染引起的纠纷,应适用环境污染侵权纠纷相关规定

环境污染损害赔偿责任应适用无过错责任原则,环境污染致人损害案件中的受害人无需对加害人的主观过错进行证明,加害人也不得以自己没有过错进行抗辩。受害人实际上根本无须就因果关系作哪怕最初的证明,而加害人则应就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。

案例:邵某某等与天津市南洋胡氏家具制造有限公司环境污染人身损害赔偿案

案号(2014)青民五终字1454号

十、在公共场所放任动物自由行动致人损害，如何认定动物饲养人的责任

由于饲养的动物无理智可言，放任动物在公共场所自由行动，本身就具有可能给不特定的社会公众造成一定损害的危险性，而要避免这一危险源可能给社会公众造成的损害，就必须由饲养人或者管理人通过主动、积极和有效的方式方法对该动物进行管理、约束和控制，防患于未然，尽量杜绝这一危险源可能造成的损害，保障不特定多数的社会公众的合法权益。

案例：顾某与范某饲养动物损害责任纠纷案

案号（2014）伊州民三终字第 376 号

十一、安全保障义务之合理限度的界定

认定行为人是否违反了安全保障义务，通常需要判断其是否违反了法定义务及其是否符合善良管理人的标准。如果法律对于安全保障的内容有直接规定，应当严格依照法律法规的明确规定作出判断；

如果法律没有规定确定的标准，要通过善良管理人的标准来判断，即行为人是否尽到了同种情形下通常的注意义务，如考虑安全保障义务人是否达到了主管机关所要求的安全保护标准，在执行这些标准规定时是否存在疏忽、过错，在发生损害时的处置措施是否妥当等。

大型商场这种以营利为目的的公共场所，其对消费者的安全保障义务应当重于非营利性场所如免费公园、图书馆等。

案例：陈甲、郑某甲与四川某医院侵权责任纠纷案

案号（2013）武侯民初字第 4537 号

十二、旅游服务机构的安全保障义务

旅游服务机构及其导游对自然风险的防患意识应当高于游客，且负有保障游客安全的责任，应以游客安全第一为宗旨，依诚实信用原则并结合当时的具体情况对是否调整行程作出正确判断。

导游不顾客观存在的危险，坚持带游客冒险游玩，致游客身处险境，并实际导致损害结果发生的，其所属的旅游服务机构应当承担相应的民事责任；游客遇险或者受到伤害后，相关旅游服务机构应当尽最大努力及时给予救助，旅游服务机构未尽到救助义务，导致损害结果扩大的，应当承担相应的民事责任。

案例：吴某甲等与厦门市康健旅行社有限公司等人身损害赔偿案

案号《最高人民法院公报》（2006）

十三、旅游经营者对游客在自费项目中受到的损害是否承担责任

跨区域旅游一般会涉及到将旅游者转至其他旅行社合并组团的问题，但不管旅游经营者之间如何委托，只要旅游者在合同约定的旅游服务项目中遭受损害，即使该项目属自费项目，旅游经营者在没有尽到提示和救助义务的情况下，应当承担相应的赔偿责任。

案例：李某与河南康辉国际旅行有限责任公司等赔偿纠纷案

案号（2011）郑民四终字第 1146 号

十四、酒店经营者的责任

作为提供住宿服务的酒店经营者，对入住酒店的消费者应履行合理限度的安全保障义务。酒店经营者因管理、服务瑕疵等安全隐患而致消费者产生人身伤害的，应承担民事赔偿责任。酒店经营场所的出租方对于事发场所管理不善的，亦应承担相应的责任。受害人对于损害发生也有过错的，应根据过失相抵原则，减轻侵害人的民事责任。

案例：赵某某与上海也宁阁酒店有限公司等生命权、健康权、身体权纠纷案

案号《最高人民法院公报》（2014）

十五、建筑物抛掷物造成他人损害，难以确定具体加害人的，由谁赔偿

建筑物抛掷物、坠落物造成他人损害，受害人虽然无法举证证明谁是具体的加害人，但有充分的证据证明该建筑物实际使用人的，则各建筑物使用人均有致受害人受伤的可能性，故建筑物实际使用人应对受害人的损害给予补偿。

案例：邹某与朱某、陶某人身损害赔偿纠纷案

案号（2012）渝北法民初字第 693 号

十六、学校违规处罚导致学生伤害的，如何认定学校的责任

中小学生系未成年人，其心理发育并未成熟，对于外界刺激的承受能力有限，学生之间的个体差异也比较大。学校作为教育机构，在处分学生时应当充分考虑学生的心理承受能力，在处分的同时做好教育、疏导工作。

如果学校在处分过程中，仅仅为了追求惩戒的时效性，没有充分考虑学生的心理承受能力，且没有按照规定及时与家长进行沟通，使得家长没有机会对学生进行有针对性的引导和教育，学校则对造成学生发生伤害事故具有过错，应当认定学校的违规行为与学生的伤害事故具有一定的因果关系，学校应当依法承担与其过错相应的赔偿责任。

案例：李某、宋某与青海湟川中学人身损害赔偿纠纷案

案号《最高人民法院公报》（2009）

十七、学校对在校学生是否有监护责任

未成年学生与学校等教育机构之间的关系，从本质上讲，是一种教育关系，不是基于民法和学院关系形成的父母（包括其他监护人）与子女之间的监护关系。学校等教育机构对未成年学生所负的是教育、管理和保护责任，而不是民事法律意义上的监护责任。

学生在校园学习、生活期间遭受人身损害，如学校存在未尽教育、管理职责之过错，且该过错与损害之间存在因果关系，则学校应当承担民事赔偿责任。如学生伤害事故非受外力作用，系其自主行为所致，行为为常人

无法预见与控制，学校对事件的发生并无管理上的过失，则学校无过错，不应承担责任。

案例：李某与湖南省东安县第一中学人身损害赔偿纠纷案

案号（2014）湘高法民再终字第 56 号

十八、学生在放学路上遭受损害，学校是否承担责任

对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构，未尽职责范围内的相关义务，致使未成年人遭受人身损害，或者未成年人致他人人身损害的，应当承担与其过错相应的赔偿责任。学校在学生放学路上疏于防范，未保障学生安全有序放学，造成拥挤致学生损害的，学校应承担一定的赔偿责任。

案例：孙某与向某人身损害赔偿案

案号（2012）忠法民初字第 01596 号

十九、如何认定学校已尽安全管理的法定义务

学校制定有相应的规章制度及安全管理规定，且定期不定期地以各种形式对学生进行安全教育及宣传，对学生进行了必要的管理，对学生违反校规的行为给予了及时的处理。可以认定学校并不存在未尽到教育、管理的法定义务的情形。

案例：杨某甲与重庆市徐悲鸿中学等人身损害赔偿纠纷案

案号（2012）渝高法民提字第 0051 号

二十、交通费的认定

我国人身损害赔偿中对医疗费、误工费的赔偿均采取了完全赔偿的方法，即受害人直接损失了多少，侵权人就应当赔偿多少，只是在受害人的损失无法查证证明的情况下，才采取定型化的赔偿方法。

对于交通费用的赔偿，亦属于受害人的直接损失，但是从现行的法律规定来看，交通费用的赔偿却并没有依照医疗费、误工费等费用的处理方法。而是对交通费的赔偿条件较医疗费、误工费、护理费的赔偿条件作出了更为严格的限制，只有受害人和必要的陪护人员支出的交通费才有可能获得赔偿。

对应当赔偿的交通费的认定条件也较为严格，只有就医、转院两项支出交通费才可能获得赔付。受害人还应提供支付交通费的正式凭证并与就医地点、时间、人数、次数相吻合。

民 事 诉 讼 中

七条“高度盖然性”证明标准相关裁判规则

来源 | 法信

“高度盖然性是根据事物发展的高度概率进行判断的一种认识方法，是人们对事物的认识达不到逻辑必然性条件时不得不采用的一种认识手段。

《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108条第1款是对民事证据证明标准高度盖然性的规定。本文整理民事诉讼中“高度盖然性”证明标准的相关裁判规则，供读者查阅。”

一、裁判规则

1. 交通管理部门对交通事故成因及责任无法认定的情况下，法院能依据高度盖然性的证明标准确定事故责任——吴某东、吴某芝与胡某明、戴某球交通事故人身损害赔偿纠纷案

案例要旨：法律事实不同于客观事实，民事诉讼的证明标准也不同于刑事诉讼证明标准。我国民事诉讼采取的是高度盖然性标准。交通管理部门对交通事故成因及责任无法认定的情况下，法院能依据高度盖然性的证明标准确定事故责任。

审理法院：浙江省金华市中级人民法院来源：最高人民法院 2014 年 7 月 24 日发布四起侵权纠纷典型案例

2. 虽无直接证据证明行为人造成受害人人身损害，但从高度盖然性证据规则推断，受害人所受损伤应系侵权人的侵权行为造成的，侵权人应承担相应的民事责任——吴某诉苏某健康权纠纷案

案例要旨：高度盖然性是根据事物发展的高度概率进行判断的一种认识方法，是人们对事物的认识达不到逻辑必然性条件时不得不采用的一种认识手段。虽无直接证据证明行为人造成受害人人身损害，但能证实当时在山上没有除行为人和受害人以外的第三人。所以从高度盖然性证据规则推断，受害人所受损伤应系侵权人的侵权行为造成的，故依法判决由侵权人承担相应的民事责任。

审理法院：浙江省衢州市中级人民法院来源：《人民法院报》2021 年 8 月 10 日第 3 版

3. 公司对股东查阅资料目的的正当性有异议时，证明股东存在不正当目的要达到高度盖然性的证明标准——蔡某标诉真功夫餐饮管理有限公司股东知情权纠纷案

案例要旨：股东知情权是指股东享有了解和掌握公司经营管理等重要信息的权利，是股东依法行使资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利的重要基础。账簿查阅权是股东知情权的重要内容。股东知情权范围中的会计账簿包括原始财会凭证和票据，公司对股东查阅资料目的的正当性有异议时，证明股东存在不正当目的要达到高度盖然性的证明标准。

案号：（2017）粤 01 民终 5896 号审理法院：广东省广州市中级人民法院来源：《人民法院案例选》总第 142 辑（2019.12）

4. 汽车自燃原因不明时，应适用高度盖然性证据规则认定事故原因——洪某钦与厦门盈众至远汽车销售有限公司产品责任纠纷案

案例要旨：车辆燃烧原因经鉴定无法明确时，应考虑当事人举证能力，合理分配举证责任，并适用高度盖然性证据规则认定事故原因。

案号：（2018）闽02民终1139号审理法院：福建省厦门市中级人民法院来源：《人民司法·案例》2018年第23期

5. 民间借贷中，出借人对大额现金交付事实的举证证明标准应达到“高度可能性”标准——张某诉王某民间借贷纠纷案

案例要旨：民间借贷中，出借人对大额现金交付事实应承担举证证明责任，举证证明标准应达到《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108条规定的“高度可能性”标准。

在出借人提供的收据与借款合同载明金额一致，但借款人对出借人主张的现金交付事实不予认可的情况下，人民法院应当综合交付凭证、支付能力、交易习惯、借贷金额、当事人关系以及当事人陈述的交付细节经过等因素审查当事人的举证，以认定是否存在借贷关系，而不能简单依据优势证据原则认定大额现金交付事实存在。

来源：《民事审判指导与参考》总第63辑（2015.3）

6. 诉讼中双方都没有足够证据否定对方证据的情况下，法院应当运用优势证据规则对事实作出认定——王某诉巫某翠等委托合同案

案例要旨：在诉讼中，由于双方各执一词，且都没有足够的证据否定对方证据的情况下，法院应当运用优势证据规则对事实作出认定。优势证据规则也可以称为“高度盖然性”，即证明某一事实的证据的分量和证明力比反对该事实存在的证据更有说服力，或者比反对证明其真实性的证据的可靠性更高。行为人主张与他人存在委托合同，在举证不能的情况下，应承担不利后果。

案号：（2010）桂民一终字第119号审理法院：广西壮族自治区高级人民法院来源：《中国审判案例要览》2011年民事审判案例卷

7. 在无法直接证明待证事实存在与否的情况下，可从前提事实中推导出具有高度盖然性的推定事实——成某云诉云南大朝房地产开发经营有限公司商品房预售合同案

案例要旨：在无法直接证明待证事实存在与否的情况下，应当综合分析

证据，结合日常生活经验法则，从前提事实中推导出具有高度盖然性的推定事实。

案号：（2012）昆民一终字第 87 号审理法院：云南省昆明市中级人民法院来源：国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院 2014 年度案例：房屋买卖合同纠纷》，中国法制出版社 2014 年版。

二、司法观点

1. 我国民事诉讼中“高度盖然性”的证明标准

根据《民诉法解释》的规定，普通民事案件实行“高度盖然性”的证明标准。所谓“高度盖然性”的证明标准，是指法院基于对证明待证事实的证据的审查判断之结果，并结合其他相关事实，认为待证事实的存在具有高度可能性的，即应当依法对该事实予以认定。

《民诉法解释》第 108 条第 1 款明确规定了这一证明标准：

“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。”

这一证明标准，是在现有证据对待证事实的证明无法达到完全还原“客观真实”的情况下，基于对事物发展的盖然性规律的科学认识所确立的认定案件事实的证明规则。它要求人民法院只有确信待证事实的存在具有“高度可能性”，才能认定该事实存在，在达不到“高度可能性”的确信程度时，则应当认定该事实不存在，这一规定有助于尽量减少案件事实认定错误的可能性。

《民诉法解释》第 108 条第 2 款关于待证事实真伪不明时的处理原则，亦体现了这一证明标准的适用：

“对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。”

上述证明标准并不要求人民法院对待证事实达到绝对确信的程
度，从而有利于权利人更容易获得司法救济，并可提高诉讼效率。

2. 在理解和适用上述“高度盖然性”证明标准时，需要注意：

第一，“高度盖然性”证明标准是最低限度的证明标准，
是对法官内心确信上的最低限度的要求。法官不能以此为借口，放弃
对其他证据的认真审查和判断，应当认真审查和判断相关证据，从而
达到更强的内心确信，尽可能地接近客观真实。

第二，“高度盖然性”证明标准是适用于普通类型的案件事实的
证明标准，而不适用于所有的案件。为维护人类基本伦理价值和维护
社会公益，对于涉及自然人身份关系的案件等，应当适用更高的证明
标准，表现为在这类案件中不适用自认规则，法院对当事人自认的事
实仍可以要求当事人举证证明。

第三，无论对方是否提出反证，均应适用“高度盖然性”证明标
准。也就是说，在对方提出反证时，人民法院固然需要考量双方提出
的证据，并依照“高度盖然性”标准对负证明责任的一方当事人所主
张的事实进行认定；在对方并未提出任何相反证据时，人民法院也不
能直接认定负证明责任的一方当事人所主张的事实(对方自认时除外)，
仍然应当审核其所提出的证据并结合其他相关事实，按“高度盖然性”
证明标准对待证事实进行认定。

第四，适用该证明标准认定证据和案件事实时，法官应当公开心
证的理由和结果，特别是应当在裁判文书中充分阐述和说明采纳证据
和认定事实的理由。

三、法律条文

1. 《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年修正）

第六十七条：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人
民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

2. 《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》（2022年修正）

第一百零八条：对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。

对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。

法律对于待证事实所应达到的证明标准另有规定的，从其规定。

注释：

摘自齐树洁：《民事诉讼法（第十三版）》，厦门大学出版社2019年版，第269-270页。

民商事申请再审案件要素式审查要点

最高人民法院司法案例研究院

作者：姚夏海 董礼洁 陈曦 詹志雄 沈俊翔

民商事申请再审案件的实质审查，主要依据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）针对生效裁判再审事由的第二百条和针对生效调解书再审事由的第二百零一条。其中，依据申请再审事由性质不同，针对生效裁判再审事由的审查可分为对原审证据问题、对原审法律适用、对原审诉讼程序及其他法定再审事由的审查。

一、对原审证据问题的审查

（一）对新证据的审查

民商事申请再审案件针对新证据的审查主要依据《民事诉讼法》第二百零七条第一项规定，即“有新的证据，足以推翻原判决、裁定”。结合《民事诉讼法》司法解释的相关规定，审查内容包括以下几点：

1. 明确新证据的类型

本项所指“新证据”主要有以下五类：

- （1）原审庭审结束前已存在，因客观原因于庭审结束后才发现的证据；

(2) 原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或者在规定的期限内不能提供的证据；

(3) 在原审庭审结束后形成，无法据此另行提起诉讼的证据；

(4) 原审庭审结束后新出现的证据，如原作出鉴定结论、勘验笔录者重新鉴定、勘验，推翻原结论的证据等；

(5) 原审中已经提供，原审法院未组织质证且未作为裁判根据的证据，但原审法院依照《民事诉讼法》第六十八条规定不予采纳的除外。

2. 原审中未能提供新证据的理由是否正当

当事人无正当理由，在举证期限届满后提供的证据不是新证据。法院必须审查当事人在原审中未能提出新证据是否具有正当理由，如因非当事人的过错未能参加原审诉讼的，应当认可其具有正当理由。对于因客观原因无法取得或在规定期限内无法提供的新证据，法院应当审查当事人所主张的理由是否成立。

【案例 1】

贺某向叶某借款并出具《借条》，后因贺某到期未还款，叶某诉至法院。一审法院判决贺某归还叶某借款本息。经审查，根据贺某新提供的鉴定意见，涉及《借条》《收条》和电子回单的银行开户申请资料中，“贺某”的签名和指印非其本人所签所捺。贺某的再审请求符合《民事诉讼法》第二百零七条第一项的规定。

3. 确定当事人发现新证据的时间

当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出。但当事人以新证据为由申请再审的，应当自知道或者应当知道该新证据之日起六个月内申请再审，逾期提交则不再审查该新证据。

4. 新证据针对案件实体性事实而非程序性事实

本项新证据是指针对案件实体性事实的证据，而非针对程序性事实的证据。如当事人提出证明法院送达程序违法的证据，应当按照《民事诉讼法》

第二百零七条第九、十项的规定申请再审，不能适用新证据申请再审的期限规定。

（二）对原审证据的实体审查

民商事申请再审案件针对原审证据的实体审查主要依据《民事诉讼法》第二百零七条第二、三项的规定，即“原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明”“原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造”。审查的内容应包括以下几点：

1. 审查系争事实是否属于基本事实

案件事实分为基本事实、次要事实、辅助性事实、背景事实等，只有基本事实缺乏证据证明才构成再审事由。依据原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第11条（现已删除）规定，基本事实是指对原判决、裁定的结果有实质影响、用以确定当事人主体资格、案件性质、具体权利义务和民事责任等主要内容所依据的事实。

2. 审查是否缺乏证据证明

结合案件当事人的听证陈述，查明案件的基本事实是否缺乏证据证明，要明确原审的定案证据和基本事实之间的证明关系以及逻辑联系，判断证据的内容或者根据证据进行推断能否形成高度盖然性的结论。

3. 审查案件主要证据是否伪造

主要证据是指具有足够证明力，并且对于案件基本事实认定必不可少的证据。伪造应当从广义理解，包括对主要证据进行涂改、撕毁、截取等变造方式。

4. 确定当事人发现证据系伪造的时间

与当事人以新证据为由申请再审相同，当事人应当自知道或者应当知道主要证据系伪造之日起六个月内申请再审。

（三）对原审证据收集认定的程序审查

民商事申请再审案件针对原审证据的程序审查主要依据《民事诉讼法》第二百零七条第四、五项的规定，即“原判决、裁定认定事实的主要证据未

经质证的”“对审理案件需要的主要证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的”。审查的内容应包括以下几点：

1. 对原审质证程序的审查

“原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证”的认定，主要通过对原审庭审笔录等材料的审查来判断。当事人对原裁判认定事实的主要证据在原审中拒绝发表或放弃发表质证意见的，不属于《民事诉讼法》规定的未经质证的情形。

2. 对原审法院依申请调取证据的审查

认定“对审理案件需要的主要证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的”，应当审查以下内容：

(1) 判断是否属于主要证据

构成本事由的证据必须是认定案件基本事实必须的主要证据。对于次要证据、补强证据或者与案件事实并无关联性的证据材料，即使未予收集亦不构成本项事由。

(2) 明确可以申请法院调查收集的证据范围

当事人可以申请法院调查收集的证据主要有以下三类：一是申请调查收集的证据属于国家有关部门保存，当事人及其诉讼代理人无权查阅调取的；二是涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的；三是当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的。前两类证据由于证据本身的特性导致只能通过法院来收集，第三类证据是一般性条款，不仅包括由于证据本身的特殊性导致当事人无法收集的情况，也包括由于自身条件限制致使当事人在客观上无法收集等情形，如当事人年迈或者身患重疾导致无法异地取证的情况。需要注意的是，对于当事人能够自行收集的证据，即使当事人曾向法院提出书面申请，但法院驳回申请或者未予收集的，不属于本项规定之列。

(3) 当事人是否提交书面申请

当事人提交书面申请是本项规定的形式要件。提交的书面申请应当载明需要调查主要证据的名称、证据类型、待证事实等，以便法院审查并精准有效地调查收集证据。一般情况下，当事人的口头申请不符合本项的规定，但是当事人确无能力书写的，经过当事人的申请，并且办案人员以书面形式记录在案的情况，可以视为提出书面申请。

(4) 法院是否未收集上述证据

“法院未收集上述证据”主要包括如下两种情形：一是法院在接到当事人要求对证据进行调查收集的书面申请后未予答复的，二是法院认为该证据并非案件主要证据不予调查收集的。

二、对原审适用法律的审查

民商事申请再审案件针对原审裁判适用法律的审查主要是依据《民事诉讼法》第二百零七条第六项的规定，即“原判决、裁定适用法律确有错误”。根据《民事诉讼法》司法解释第三百八十八条，主要情形有以下六种：

(一) 适用的法律与案件性质明显不符

案件性质即当事人之间的法律关系，需要结合案件事实和证据综合认定。如果法官在认定法律关系时出现偏差，就会导致法律适用和裁判结果出现错误。

【案例 2】

周某、艾某与 A 公司签订《协议书》，约定 A 公司将某分店 10% 的股份转给周某、艾某，周某不参与店内管理，双方共同承担公司的一切费用、损失等。后周某、艾某提起诉讼要求解除协议。原审法院认为当事人对彼此之间法律关系认识错误，双方法律关系应为民间借贷关系。后 A 公司认为原审认定法律关系错误申请再审。经审查，周某与 A 公司共同承担费用并共担损失，且在协议实际履行中获得分红，双方之间应为投资关系，原审法院认定为民间借贷关系属于适用法律错误。

(二) 确定民事责任明显违背当事人约定或法律规定

审查内容包括三个方面：

1. 审查原判决、裁定是否正确认定民事行为的效力、正确解释合同条款；
2. 审查原判决、裁定是否正确适用有关归责原则、诉讼时效、责任构成、免责事由等法律规定；
3. 审查原判决、裁定确定当事人承担民事责任的方式是否符合《民法典》等法律规定，并结合相应单行法的特别规定进行综合审查。

（三）适用已经失效或者尚未施行的法律

本项主要是指法律适用中对法律时间效力的认识错误。法律失效通常有四种情形：

1. 新法取代旧法，旧法终止生效；
2. 法律完成其历史任务自然失效；
3. 有权机关颁布特别决议、命令宣布废止；
4. 法律本身规定了终止生效的日期，期限届满且无延期规定的自行终止生效。

（四）违反法律溯及力规定

法律溯及力的一般原则是法不溯及既往，但在特定情况下，立法者可在法律中作出法律具有溯及力或者一定溯及力的规定。

（五）违反法律适用规则

法律的适用规则一般包括：上位法优于下位法、特别法优于普通法、新法优于旧法、强行性规范优于任意性规范、属地法优先等。违背上述适用规则的，应当认定为违反本项规定。

（六）明显违背立法原意

在法律对某一事项或者某一领域只有原则性规定，缺乏具体规定的前提下，法官适用原则性法律条文时需要考量立法原意。本条款的适用范围较窄，应当注意避免被滥用。

三、对原审诉讼程序的审查

对原审诉讼程序的审查主要依据《民事诉讼法》第二百零七条第七-十项规定，包括：

（一）审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避

1. 审判组织的组成不合法

《民事诉讼法》确定了独任制和合议制两种主要的审判组织形式。“审判组织的组成不合法”的主要情形包括：

（1）陪审员进行独任审判；

（2）应当组成合议庭进行审理的案件，由法官一人进行独任审判；

（3）应当全部由法官组成合议庭进行审理的案件，有陪审员参加合议庭；

（4）依法另行组成合议庭的，有参加过原审合议庭的法官或者陪审员参加新组成的合议庭；

（5）变更后的合议庭组成人员未参加原庭审或者独任法官、合议庭组成人员不具有法官资格的，以及合议庭组成人员确定且告知当事人后，未经合法手续变更合议庭成员或者在法律文书上署名的法官并非告知当事人的合议庭组成人员等情形。

2. 应当回避的审判人员没有回避

《民事诉讼法》第四章确立了审判人员的回避制度，主要情形包括：

（1）审判人员应当回避而未主动回避；

（2）审判人员具有应当回避的情形且经当事人提出申请，但是法院作出驳回回避申请的决定；

（3）法院经当事人申请后，决定相关审判人员回避的，该人员仍然参与案件审理；

（4）法庭未告知当事人相关权利。

（二）无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼。

1. 无诉讼行为能力人未经法定代理人代诉讼

主要审查以下要点：

- (1) 当事人是否为无诉讼行为能力人；
- (2) 该无诉讼行为能力的当事人是否有诉讼代理人；
- (3) 该诉讼代理人是否是适格的法定代理人或其授权的代理人。

2. 关于应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼

“应当参加诉讼的当事人”源自诉讼法上的必要共同诉讼，是指基于法律的规定当事人必须一并参与诉讼，相关当事人未参加诉讼的，法院必须依职权或者依申请予以追加的当事人。违反本项规定的情形主要包括：

(1) 对于必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，法院有义务通知其参加诉讼但未履行通知义务；

(2) 当事人向法院提出追加必要共同诉讼当事人申请，但是法院裁定驳回申请错误的。需要注意的是，如果当事人向法院明确表示放弃自己的实体权利，或者是由于当事人本人或其诉讼代理人的过错导致未能参加诉讼的，不构成本项规定的再审事由。

【案例 3】

曹某向 B 公司租赁钢管等物资，C 公司为该租赁合同的承租人提供担保。后 B 公司起诉曹某和 C 公司要求支付租赁费用。原审法院依据《租赁合同》支持了 B 公司的诉请。C 公司认为依据该《租赁合同》，原审遗漏另一名设备租赁人成某作为当事人，程序违法，遂申请再审。经审查，B 公司提供的《租赁合同》承租方除了曹某外，还列有承租方“成某”并签字。原审法院未将成某追加为本案被告显属不当。

(三) 违反法律规定，剥夺当事人辩论权利

剥夺当事人辩论权利的具体情况，应参照《民事诉讼法》司法解释第三百八十九条的规定进行判断，主要包括：

1. 不允许当事人发表辩论意见

在法庭审理中，法官应当公正合理地分配时间，使当事人充分发表辩论意见，如确实无法当场陈述的应当允许当事人庭后通过书面方式补充。如果

庭审中法官不允许一方当事人发表辩论意见，或者对当事人发表辩论意见的次数、时间作出极为明显的区别对待，应当认定为不允许当事人发表辩论意见。

2. 应当开庭审理而未开庭审理

一审民商事案件，除当事人庭前达成调解协议或者原告撤回起诉的以外，均应当开庭审理。二审民商事案件经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，可以不开庭审理。违反上述规定不开庭审理的，应当认定为应当开庭审理而未开庭审理。

3. 违反法律规定送达起诉状副本或者上诉状副本，致使当事人无法行使辩论权利

法院应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告。法院可以采用直接送达、邮寄送达、留置送达、电子送达、转交送达、委托送达以及公告送达等方式送达起诉状副本或者上诉状副本，但必须符合法律规定。违反法律规定采用不适当方式送达起诉状副本或者上诉状副本，致使当事人无法行使辩论权利，应当认定为违反法律规定，剥夺当事人辩论权利。

(四) 未经传票传唤，缺席判决

法院审理民商事案件，应当在开庭三日前通知当事人和其他诉讼参与人。未经传票传唤，不得缺席判决。法院应当审查原审法院是否合法送达了传票，除直接送达外，采用其他送达方式是否符合法律规定。在判断公告送达合法性时，应着重审查原审法院是否已穷尽其他送达方式。

【案例 4】

D 公司与 E 公司签订《融资租赁合同》，由徐某、周某提供连带保证，后因 E 公司无法支付拖欠租金，D 公司诉至法院。原审法院依法缺席判决徐某、周某二人承担连带保证责任。经审查，徐某收到过原审法院的诉讼材料和开庭传票，后原审法院未在传票载明的时间开庭，第二次开庭前未向徐某寄送传票，径直采用公告送达方式送达传票，徐某未能参加庭审。原审法院未能依法传唤徐某且公告送达程序违反法律规定，显属不当。

四、其他法定再审事由的审查

民商事申请再审案件的其他法定事由审查主要包括：

(一) 原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求

当事人的诉讼请求在原审审理过程中可能会发生变化，应当根据当事人在起诉状和庭审中的陈述确定当事人的诉请。在判决中，应当对当事人的诉讼请求逐一系列明，说明是否支持、阐述理由。针对该项申请再审事由，法院应当首先明确原审中当事人诉讼请求的项目、内容和范围，并核对原审判决是否作出回应，如有遗漏或者超出，应当认定符合申请再审法定事由。

【案例 5】

F 银行与 G 公司签订网贷通循环借款合同、最高额抵押合同各一份，G 公司以其名下厂房提供抵押担保，赵某、马某对该笔债务承担连带保证责任。后因 G 公司、赵某、马某未清偿上述债务，F 公司诉至法院。原审法院缺席判决 G 公司归还借款本金，赵某、马某承担连带清偿责任。经审查，原审法院判决未支持逾期利息且未释明不予支持的理由，属遗漏当事人诉请。

(二) 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更

1. 法律文书的类型

根据《民事诉讼法》司法解释第三百九十一条，法律文书的类型包括：

- (1) 发生法律效力判决书、裁定书、调解书；
- (2) 发生法律效力仲裁裁决书；
- (3) 具有强制执行效力的公证债权文书。

除上述法律文书以外的文书，如鉴定意见书等即使被撤销或变更也不构成法定再审事由。

2. 如何认定“据以作出”

审查依据主要包括：

- (1) 原判决、裁定所认定的主要事实全部或者部分来源于被撤销的法律文书，而非来源于原审认定的相关证据；

(2) 采纳相关结论，原判决、裁定的结论来源于被撤销的法律文书，而非根据原审相关证据论证得出。

【案例 6】

在一件房屋所有权纠纷案件中，前案生效判决确认房屋产权归王某、包甲、包乙、包丙共同共有；原审判决根据前案判决确定的共有状态对房屋产权进行分割；后上级法院通过审判监督程序撤销了前案判决。现包甲以原审判决所依据的前案判决被撤销，申请对原审判决进行再审。经审查，因原审判决依据的生效判决被撤销，符合《民事诉讼法》第二百零七条第十二项的规定。

(三) 审判人员审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为

审判人员违法行为的认定主要依据生效的刑事法律文书或者纪律处分决定，除此以外的其他文书不能作为提起再审的依据。同时，在生效的刑事法律文书或者纪律处分决定中必须确认审判人员在审理该案中存在贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为。

五、对生效调解书的审查

(一) 调解违反自愿原则

自愿原则不仅要求调解程序的启动应依据当事人的自愿选择，更要求协议的内容是出自当事人真实意思表示。对于法人或者其他社会组织的调解，需审查其代理人是否适格。无权代理人签订调解协议是实践中违反自愿原则的常见情形。

(二) 调解协议的内容违反法律

本项所指“法律”仅指全国人大及其常委会制定的规范性法律文件以及国务院制定的行政法规。这些法律和行政法规可分为强制性规范和任意性规范，仅在违反强制性规范的情况下，方才符合申请再审的法定事由。

【案例 7】

在一件房屋买卖合同纠纷案件中，当事人李甲患有精神分裂症，其法定监护人为李乙。经原审法院主持，案件当事人之间达成调解协议，但未对李甲应享有的权益作出约定。后李甲、李乙认为该调解协议内容侵犯了李甲的合法权益，应认定无效。经审查，李甲系房屋的原始安置人、同住成年人，享有该房屋的一切合法权益。本案中，李乙只能代李甲作出纯受益的意思表示，而李乙代为放弃了李甲的实体权利，违反法律的相关规定。

关于汽车零部件质量争议的违约金调整问题

刘秀丽 | 上海段和段律师事务所

中国正凭借着完整汽车供应链的优势以及新能源汽车市场的飞跃式发展稳步实现着中国汽车产业的崛起。同时，在汽车新四化即电气化、网络化、智能化、共享化的驱动下，汽车企业纷纷加快进行着产品转型升级，加大研发创新方面的投入，以保障自身能够在快速变化的中国汽车产业格局中稳居一席之地。

汽车行业本就有资金密集、技术密集的特点，产品质量争议又具有多样性、复杂化的特点。两相结合之下，让汽车企业之间的零部件质量争议多为涉及利益巨大、事实复杂、技术性强的重大疑难复杂诉讼/仲裁案件。为帮助汽车企业在面对汽车零部件质量争议时能够恰当地制定符合企业商业目标及权益的应对策略，并加强相关法律风险管控体系，我们进行了深入研究。本文将从真实案例出发，结合律师实务处理经验及研究成果，针对汽车零部件买卖合同质量争议的违约金调整问题进行分析。

一、基本案情

1. 合作背景

2015年3月12日，南京依柯卡特排放技术股份有限公司（以下简称“依柯卡特公司”或“供应商”或“供方”）与长春一汽四环发动机制造有限公司（以下简称“一汽四环公司”或“采购方”或“需方”）签订2015年配套件采购合同，由依柯卡特公司向一汽四环公司提供“三元催化”等汽车零部件。该合同到

期后，依柯卡特公司与一汽四环公司于 2016 年 3 月 22 日签订 2016 年配套件采购合同，约定内容基本同上。该合同到期后，双方未再续签新的采购合同。

2017 年，一汽四环公司继续向依柯卡特公司采购 DOC 总成、DPF 总成、连接管等汽车零部件，依柯卡特公司向一汽四环公司提供了前述零部件的设计图纸及产品样件，一汽四环公司于 2017 年 10 月 27 日对产品的设计图纸予以确认，采用依柯卡特公司提供的样件安装在其研发的发动机上进行试验，并通过国家相关部门检验。

2. 出现故障

2017 年 10 月 26 日，一汽四环公司与某汽车主机厂签订采购基本合同，约定由一汽四环公司向汽车主机厂供应发动机总成。主机厂生产的部分车辆投入市场后，出现连接管断裂、DPF 堵塞等问题。汽车主机厂与一汽四环公司及依柯卡特公司进行沟通，分析原因并寻求解决方案。依柯卡特公司通过邮件承认因选择的波纹管产品性能不好导致连接管断裂，并给出了具体解决方案。此后，汽车主机厂陆续召回市场上部分车辆，由依柯卡特公司提供双层波纹管并进行了换装。

2018 年 1 月，一汽四环公司与另一汽车主机厂签订外协配套件采购合同，由一汽四环公司供应配套零部件（SCR 后处理系统）。用户在使用安装了 SCR 系统的车辆过程中，出现加速受阻、尿素液消耗过快、尿素泵漏液等问题，多次投诉。该汽车主机厂反馈有 71 台车辆因泵通信故障导致发动机限扭。2018 年 10 月 31 日，依柯卡特公司向一汽四环公司出具《关于金杯后处理解冻问题的实施计划》，以期改善尿素泵解冻不充分及部分烧喷嘴存在的问题。

3. 质量争议

2019 年 6 月 3 日，依柯卡特公司以一汽四环公司拖欠货款为由，向吉林省长春市中级人民法院提起诉讼，要求一汽四环公司给予拖欠货款及逾期付款违约金。一汽四环公司对依柯卡特公司主张的其欠付货款的事实无异议，但向一审法院提起了反诉，要求依柯卡特公司给付因其产品质量问题产生的质量处罚金（双方认可性质为违约金）、“售后服务及三包索赔”费用，赔偿试制研发费用、零部件滞销费用以及订单损失。

	质量处罚金（违约金）			售后服务及三包索赔费用
	波纹管问题	泵通讯故障问题	SCR 系统问题	
一汽四环公司	3,000 元/台 ^[1] × 3,600 台=1,080 万元	3,000 元/台 × 71 台 =213 万元	5,000 元 × 5 种=2.5 万元	1,871,393.50 元
依柯卡特公司	违约金过高，请求法院调减	非一汽四环公司的发动机导致	/	仅认可因其供应的零件所发生的 682,313.02 元
一审法院	存在质量问题	证据不足以认定存在质量问题	存在质量问题	支持售后服务及三包索赔费用 682,313.02 元。 其他争议部分，可委托第三方评价机构形成结论后，再行解决。
	300 元/台 × 3,600 台 =108 万	不支持	5,000 元 × 5 种=2.5 万元	
	支持违约金合计 110.5 万元			

最终一审法院判决一汽四环公司向依柯卡特公司支付货款 15,612,780.75 元；依柯卡特公司向一汽四环公司支付违约金 1,105,000 元；依柯卡特公司向一汽四环公司支付售后服务及三包索赔费用 682,313.02 元；驳回其他诉讼请求。二审法院吉林省高级人民法院维持了一审判决。^[2]

二、违约金调整依据

本案涉及违约金调整与计算问题。虽然商事合同中的违约金条款属于意思自治条款，但如果合同一方当事人利用签订合同时的优势地位而约定了畸重违约金条款，等于鼓励当事人通过不正当的方式取得法外利益，也可能促使一方为取得高额违约金而故意引诱相对方违约，所以法院或仲裁机构可以根据法律规定突破有约定从约定的意思自治原则，基于公平原则和诚实信用原则适当调整违约金数额。

根据《民法典》第五百八十九条的规定，无论是约定的违约金低于所造成的损失，还是过分高于所造成的损失，法院或仲裁机构都可以根据当事人的请求进行一定的调整。如果当事人只进行了免责抗辩而不主张调整过高的违约金，此种情况下法院会主动进行释明（《买卖合同司法解释（2020 修正）》第二十一条），征询当事人是否要求调整违约金。

现行有效的法律中并未对如何判断“低于”或“过分高于”给出明确标准，需要法院或仲裁机构结合具体案情综合考虑。违约金的性质是“以补偿为主、以惩罚为辅”，违约金制度系以赔偿守约方损失为主要功能，而非旨在严厉惩罚违约方。故司法实践中会将所造成损失作为违约金调整的基准线，更高或更低都有可能，但一般会大体一致。

三、违约金调整的首要基准——违约造成的损失

违约责任条款在汽车零部件买卖合同中属于必备条款，可以有效督促合同当事人履行合同义务，同时也可以起到减少或对冲交易风险的作用。但由于个案情形差异，司法实践中对于违约金调整的标准及考虑因素容易出现较大的差异。

“违约造成的损失”无疑是调整违约金时需要考虑的最根本、最重要的因素。《民法典》第五百八十四条明确违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但是不能超过合同订立时可预见的损失范围。可得利益损失可以根据交易的性质、合同的目的等因素，分为生产利润损失、经营利润损失和转售利润损失等类型。汽车零部件买卖合同违约中，可得利益损失通常为生产利润损失。前文案例中，由于一汽四环公司已将采购的汽车零部件装配进发动机并销售，故一汽四环公司不存在生产利润损失。

汽车企业在主张对方违约造成的损失时，也需要注意区分“费用”以及“报酬”的法律概念。费用是指企业为履行合同所花费的必需款项或其他支出；而报酬是按照合同的约定，且有提供服务或劳务所得。在对“报酬”无特别约定的情况下，法院或仲裁机构只可能认定“费用”为损失，并且需要是已经实际支出的“费用”，而不能仅凭发票作为当事人已实际支付的直接证据。

前文案例中，一汽四环公司在反诉中主张了试制研发费用、零部件滞销费用以及订单损失，作为依柯卡特公司违约造成的损失。关于试制研发费用，此处的试制研发费用指的是一汽四环公司为相关主机厂提供的发动机进行试制及研发产生的费用，一汽四环公司和相关主机厂明确约定了“不承担试制研发费用”，并且一汽四环公司提交的试制研发费用发票项目多为柴油，显然并非依柯卡特公

司违约造成的损失，故法院未支持。关于零部件滞销的证据，一汽四环公司仅提供了其单方汇总的表格，无其他第三方证据补强，故法院未支持。关于订单损失，一汽四环公司也没有直接证据证明，且双方未进行特别约定，法院认为一汽四环公司可能的订单损失已经包含在了违约金中，故法院未支持。

汽车零部件买卖合同质量争议，往往涉及海量事实及证据，建议汽车企业结合自身实际事实及证据情况合理主张损失。一方面，无效证据会挤占大量庭审时间以及法官或仲裁员的精力，并且存在得不到支持的风险；另一方面，若提交的索赔依据过于不合理，法院或仲裁机构可能认为企业有扩大求偿数额的故意，不符合诚信原则。

四、违约金调整的其他参考因素

除了“违约造成的损失”外，法院或仲裁机构会考虑合同订立目的、合同的履行情况、当事人的过错程度、恶意违约还是过失违约、当事人之间的交涉能力是否平等、是否适用格式合同条款、是否存在过失相抵、减损规则、损益相抵规则、举证责任等因素，根据公平原则和诚实信用原则，结合案件的实际情况，综合进行衡量。下面将结合前文案例情况，分析汽车零部件买卖合同质量争议违约金调整的重要参考因素。

1. 违约金条款是否属于格式条款

汽车零部件买卖合同的采购方与供应商之间往往具有事实上的地位不平等，特别是格式合同或格式条款情况下，意思自治原则往往只是表象，双方合意实质上只是采购方意思的体现，供应商只是对方意思表示的消极接受者。处于弱势的供应商往往完全没有合同条款的议价能力，处于合同畸形条款的不利地位。

本案中，一汽四环公司与依柯卡特公司签署的《2015年配套件采购合同》以及《2016年配套件采购合同》都是一汽四环公司作为采购方提供的适用于一汽四环公司各供应商的标准化文本，仅含少部分选填内容和少部分单独填写内容。本案法院认定该类标准化的采购合同文本符合格式合同的特征，因此需要在适用违约责任条款时注意体现公平原则。

2. 采购方是否履行了检验和通知义务

《民法典》第六百二十条及第六百二十一条明确规定买卖合同中的买方负有法定的检验和通知义务。采购方是否履行了检验和通知义务，是汽车零部件买卖合同质量纠纷中法院或仲裁机构不会错过的一个审理要点。

汽车零部件买卖合同质量争议中，可能单个的汽车零部件价值并不大，但作为汽车这一精密复杂仪器的一部分，可能影响重大。特别是一些对汽车功能至关重要的汽车精密零部件，需要采购方对产品质量持更加谨慎之态度，严格收货质量检验。

一般《采购合同》的质量保证条款或者单独的《质量保证协议》中会明确约定采购方的检验义务及检验标准。在汽车零部件买卖合同质量争议中，采购方应主动提交证据证明自己履行了相关的检验和通知义务，否则可能被法院或仲裁机构认定为对损害的发生存在一定的过错，需要扣减相应的损失赔偿额。这就需要采购方在日常合规管理中就应注意相关证据的留存。

本案中，一汽四环公司就未能提交证据证明其对依柯卡特公司提供的单层波纹管履行了检验和通知义务，相反，其提交的相关证据都是在波纹管故障发生后由下游厂商进行的问题反馈。法院据此认定，一汽四环公司是导致市场大批出现案涉故障的原因之一。

3. 双方具体的履约情况

此处双方具体的履约情况，主要是帮助评估违约方的主观恶意情况，进而平衡违约金的补偿性和惩罚性功能的占比。若违约方是恶意违约，或者违约方在质量损害出现后并没有积极采取补救措施，自然需要视情况增加违约金的惩罚作用。

本案中依柯卡特公司在波纹管故障发生后积极采取补救措施，对未发生波纹管故障的 3,600 台车辆也更换了波纹管，并承担了全部的更换费用。

4. 无法量化的商誉影响

企业的商誉系无形资产，无法通过货币形式直接进行量化。但当购车用户在使用过程中频繁出现问题，并进行大量投诉时，势必会影响采购方的商业信誉，进而可能造成商誉下降及订单损失。

法院或仲裁机构在买卖合同质量争议情况下，调整违约金的原则可以总结为：坚持诚实信用原则和公平原则，综合考量是否调整违约金及调整幅度。本案法院在综合考虑上述因素、案涉波纹管 200 元/台的单价以及案涉采购合同中约定的“一般故障”的 200 - 500 元/每起的违约金计算标准后，将依柯卡特公司需要承担的波纹管问题违约金从一汽四环公司主张的 3000 元/台调整为了 300 元/台，充分体现了违约金的惩罚性功能，同时兼顾了一汽四环公司的合理预期利益。

结语

本文在假定汽车零部件质量已经确定存在问题的前提下，讨论违约金调整问题，旨在帮助汽车零部件企业面对复杂多变的买卖合同质量争议时，能够更加准确地评估预期得失，进而无论在磋商谈判阶段还是在诉讼/仲裁阶段，都能够采取最有效的应对策略维护自身利益。

汽车零部件买卖合同质量争议案件属于同时涉及事实、法律、技术、程序问题的复杂案件，仅违约金调整这一个问题就需要考虑众多因素，更别提直接关系到诉讼/仲裁请求能否得到支持的质量瑕疵认定这一巨大难点。案件处理过程中的任何一个决策都需要专业判断，通盘考虑，审慎应对。

注 释：

[1] 涉案双方签署的《配套件采购合同》第 5.3.4 条明确约定，“售后服务发生故障的处罚：致命故障每起进行 30,000 元罚款，严重故障每起进行 1,000 - 3,000 元罚款，一般故障每起进行 200 - 500 元罚款。”

[2] 一审民事判决书案号：（2019）吉 01 民初 441 号

二审民事判决书案号：（2021）吉民终 782 号

《民法典》“合同无效”法条要点一览

【前言】

2021年1月1日《民法典》正式施行，作为为社会主义经济建设保驾护航20余年的《合同法》正式废止，今后关于合同方面的规定都由民法典继续护航。关于合同最重要的就是合同的效力，大家谈生意、做买卖签订合同时都希望自己所签合同合法有效，只有有效的合同才完全受法律保护。如果当事人订立的合同，因违反法律法规不能生效，不仅无法实现双方的交易目的，还要因合同效力存在瑕疵承担相应的法律责任。因此，作为市场经济交易法的合同制度，能否真正发挥保障交易安全促进交易效率的功效，合同效力制度在其中扮演了至关重要的角色。因此有必要单独研究一下什么样的合同才是无效的，只有知道无效的合同情形、种类，才能避免自己所签合同无效。

《民法典》实施后，关于合同无效方面的规定，与以前既有相同也有不同。总结梳理如下，仅供学习参考之用：

一、《民法典》合同无效之规定：

第一百四十四条 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 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 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 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。第五百零五条 当事人超越经营范围订立的合同的效力，应当依照本法第一编第六章第三节和本编的有关规定确定，不得仅以超越经营范围确认合同无效。第五百零八条 本编对合同的效力没有规定的，适用本法第一编第六章的有关规定。第一千二百六十条 本法自2021

年1月1日起施行。《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国继承法》、《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国收养法》、《中华人民共和国担保法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国侵权责任法》、《中华人民共和国民法总则》同时废止。因此，《民法典》实施后，《合同法》和《民法总则》失效。

《合同法》52条，合同无效的情形不再适用。《民法典》总则编是对《民法总则》的继承，《民法典》对合同效力的规定与《民法总则》同。《民法典》合同编对合同效力基本没有规定。

二、《合同法》规定的合同无效的情形在民法典实施后有很大改变

《合同法》第52条规定了合同无效的5种情形，即：（1）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（2）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（3）以合法形式掩盖非法目的；（4）损害社会公共利益；（5）违反法律、行政法规的强制性规定。上述第1项情形，《民法典》施行后不再作为合同无效情形，而是合同可撤销情形；第2项情形，体现在《民法典》第154条，表述上略有调整；第3项情形，《民法典》施行后不再作为合同无效情形；第4、5项情形，体现在《民法典》第153条，但表述上作了调整。

三、《民法典》关于合同无效情形的规定

《民法典》合同编未统一列举合同无效情形，而是在第508条规定“本编对合同的效力没有规定的，适用本法第一编第六章的规定”，也就是按照总则编第六章“民事法律行为”的规定来认定。按照总则编第六章的规定，合同无效情形有5种，以下分述之：

1. 无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。

（《民法典》第144条）所谓无民事行为能力人，指的是：（1）不满8周岁的未成年人；（2）不能辨认自己行为的成年人；以及（3）不能辨

认自己行为的 8 周岁以上的未成年人。不能辨认自己行为，指因智力、精神健康原因所致；因醉酒导致不能辨认自己行为的，不属于无民事行为能力人，不得以此为由主张行为无效。需要注意的是，无民事行为能力人实施的民事法律行为一律无效，没有例外。

2. 通谋虚伪表示行为无效。

《民法典》第 146 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。典型表现是股权转让合同中的“阴阳合同”。股权转让双方出于逃税等原因考虑，签订了价格不同的两份股权转让合同。提交工商局做变更登记合同属于“阳合同”，价格较低；双方真正执行的是另一份合同（或者补充协议、抽屉协议），俗称“阴合同”。此种情形下，因为“阳合同”并非当事人真实意思，因而无效；隐藏的“阴合同”才属于当事人真实意思，因为不存在违反法律法规效力性强制性规定的情形，因此合同有效。另一种虚伪表示行为是实践中常见的名实不符的合同，比如名为买卖实为借贷的合同。

3. 违反法律行政法规效力性强制性规定的行为无效。

《民法典》第 153 条第 1 款规定，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。与合同法 52 条第 5 项的不同之处在于，《民法典》上述条文规定了例外情形，即强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。按照最高人民法院的司法解释，强制性规定分为效力性和管理性两种，只有违反了效力性强制性规定才导致合同无效。

需要注意的是，只有违反了“法律、行政法规”的效力性强制性规定，才导致合同无效。现实中很多规章、规范性文件亦存在大量强制性规定，但不能仅依此就认定合同无效，因为“位阶不够”。

4. 违背公序良俗的民事法律行为无效。

《民法典》第 153 条第 2 款规定，违背公序良俗的民事法律行为无效。学理上简称“背俗无效”。所谓公序良俗，是指公共秩序、善良风俗，也就是合同法第 52 条第 4 项规定的社会公共利益。违背公序良俗的民事法律行为，比如包二奶、赌债、请托等，法律给予其否定性评价，认定行为无效。政治秩序、金融秩序等涉及到不特定多数人公共利益的，也属于公共秩序范畴。现实中一些行为违反了规章所列强制性规定，虽然不能依据违反强制性规定认定行为无效，但若该等强制性规定实则体现了和旨在维护社会公共利益，则可依据《民法典》第 153 条第 2 款，以违背公序良俗为由，认定该民事法律行为无效。比如代持证券发行人股权、代持金融机构股权，法院通常以损害社会公共利益为由认定代持行为无效。

5. 恶意串通损害他人利益的行为无效。

《民法典》第 154 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。与合同法第 52 条第 2 项相比，《民法典》上述规定不再区分利益受损的主体类型（国家、集体、第三人），而是统一规定为“他人”。因为民事主体合法权益一体受法律保护，只要损害他人合法权益即应受法律否定，没有必要再画蛇添足区分不同类型。恶意串通损害他人利益的行为，常见的如甲、乙为公司股东，乙、丙恶意串通，伪造股权转让合同，由乙伪造甲之签名，将股权转让给丙，并办理工商变更登记。值得注意的是，行为人和相对人之间必须具有意思联络、共同恶意，方构成恶意串通。如果只有一方具有损害他人权益的主观恶意，另一方不知情或者虽然知情但并无主观恶意的，不构成恶意串通。比如，甲先将房屋卖给乙，签了合同但尚未过户，后又将房屋高价卖给丙，并完成过户；即使丙知道甲存在一房二卖行为，但丙出高价买房主观上并无不妥，不构成恶意串通。

四、除了《民法典》总则篇规定的无效行为，还有从合同或者特殊条款、特殊合同无效的规定。

《民法典》第三百八十八条 设立担保物权,应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,担保合同无效,但是法律另有规定的除外。担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。第四百九十七条 有下列情形之一的,该格式条款无效:(一)具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形;(二)提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利;(三)提供格式条款一方排除对方主要权利。第五百零五条 当事人超越经营范围订立的合同的效力,应当依照本法第一编第六章第三节和本编的有关规定确定,不得仅以超越经营范围确认合同无效。第五百零六条 合同中的下列免责条款无效:(一)造成对方人身损害的;(二)因故意或者重大过失造成对方财产损失的。第六百八十二条 保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,保证合同无效,但是法律另有规定的除外。保证合同被确认无效后,债务人、保证人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。第七百零五条 租赁期限不得超过二十年。超过二十年的,超过部分无效。租赁期限届满,当事人可以续订租赁合同;但是,约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。第七百三十七条 当事人以虚构租赁物方式订立的融资租赁合同无效。第八百五十条 非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效。第一千零七条 禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。违反前款规定的买卖行为无效。

五、现行有效司法解释、法律关于合同无效的具体规定

1.《最高人民法院关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2020 修正)第五条 未取得矿产资源勘查许可证、采矿许可证,签订合同将矿产资源交由他人勘查开采的,人民法院应依法认定合同无效。第十二条 当事人请求确认矿业权租赁、承包合同自依法成立之日起生效的,人民

法院应予支持。矿业权租赁、承包合同约定矿业权人仅收取租金、承包费，放弃矿山管理，不履行安全生产、生态环境修复等法定义务，不承担相应法律责任的，人民法院应依法认定合同无效。第十八条 当事人约定在自然保护区、风景名胜区、重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区等区域内勘查开采矿产资源，违反法律、行政法规的强制性规定或者损害环境公共利益的，人民法院应依法认定合同无效。

2. 《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》(2020 修正)第十三条 承包方未经发包方同意，转让其土地承包经营权的，转让合同无效。但发包方无法定理由不同意或者拖延表态的除外。

3. 《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(2020 修正) 第十三条 合作开发房地产合同的当事人一方具备房地产开发经营资质的，应当认定合同有效。当事人双方均不具备房地产开发经营资质的，应当认定合同无效。但起诉前当事人一方已经取得房地产开发经营资质或者已依法合作成立具有房地产开发经营资质的房地产开发企业的，应当认定合同有效。

4. 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2020 修正)第二条 出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。第七条 买受人以出卖人与第三人恶意串通，另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用，导致其无法取得房屋为由，请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的，应予支持。

5. 《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2020 修正) 第二条 出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的，人民法院应当认定有效。第三条 出租人就未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑，与承租人订立的租赁合同无效。但在一

审法庭辩论终结前经主管部门批准建设的，人民法院应当认定有效。租赁期限超过临时建筑的使用期限，超过部分无效。但在一审法庭辩论终结前经主管部门批准延长使用期限的，人民法院应当认定延长使用期限内的租赁期间有效。

6. 《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 修正)第十三条 具有下列情形之一的，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。

7. 《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(2020 修正)第二条 开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同，应当认定无效。本解释实施前，开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同，起诉前经市、县人民政府自然资源主管部门追认的，可以认定合同有效。

8. 《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(一)(2020 修正)第一条 建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据《民法典》第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据《民法典》第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。第二条 招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确

定权利义务的，人民法院应予支持。招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。第三条 当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。

9. 《最高人民法院关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》(2020 修正)第十三条 有下列情形之一的，应当认定期货经纪合同无效：（一）没有从事期货经纪业务的主体资格而从事期货经纪业务的；（二）不具备从事期货交易主体资格的客户从事期货交易的；（三）违反法律、行政法规的强制性规定的。

10. 《最高人民法院关于审理存单纠纷案件的若干规定》(2020 修正)第八条 对存单质押的认定和处理存单可以质押。存单持有人以伪造、变造的虚假存单质押的，质押合同无效。接受虚假存单质押的当事人如以该存单质押为由起诉金融机构，要求兑付存款优先受偿的，人民法院应当判决驳回其诉讼请求，并告知其可另案起诉出质人。存单持有人以金融机构开具的、未有实际存款或与实际存款不符的存单进行质押，以骗取或占用他人财产的，该质押关系无效。接受存单质押的人起诉的，该存单持有人与开具存单的金融机构为共同被告。利用存单骗取或占用他人财产的存单持有人对侵犯他人财产权承担赔偿责任，开具存单的金融机构因其过错致他人财产权受损，对所造成的损失承担连带赔偿责任。接受存单质押的人在审查存单的真实性上有重大过失的，开具存单的金融机构仅对所造成的损失承担补充赔偿责任。明知存单虚假而接受存单质押的，开具存单的金融机构不承担民事赔偿责任。以金融机构核押的存单出质的，即便存单系

伪造、变造、虚开，质押合同均为有效，金融机构应当依法向质权人兑付存单所记载的款项。

11. **《最高人民法院关于适用《中华人民共和国外商投资法》若干问题的解释》〔2019〕20号**第三条 外国投资者投资外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域，当事人主张投资合同无效的，人民法院应予支持。第四条 外国投资者投资外商投资准入负面清单规定限制投资的领域，当事人以违反限制性准入特别管理措施为由，主张投资合同无效的，人民法院应予支持。人民法院作出生效裁判前，当事人采取必要措施满足准入特别管理措施的要求，当事人主张前款规定的投资合同有效的，应予支持。

12. **最高人民法院关于印发《全国法院民商事审判工作会议纪要》的通知（法〔2019〕254号）** 17. **【违反《公司法》第16条构成越权代表】** 为防止法定代表人随意代表公司为他人提供担保给公司造成损失，损害中小股东利益，《公司法》第16条对法定代表人的代表权进行了限制。根据该条规定，担保行为不是法定代表人所能单独决定的事项，而必须以公司股东（大）会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源。法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的，构成越权代表，人民法院应当根据《合同法》第50条关于法定代表人越权代表的规定，区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力：债权人善意的，合同有效；反之，合同无效。

13. **最高人民法院印发《关于为设立科创板并试点注册制改革提供司法保障的若干意见》的通知（法发〔2019〕17号）** 12、依法审理股票配资合同纠纷，明确股票违规信用交易的民事责任。股票信用交易作为证券市场的重要交易方式和证券经营机构的重要业务，依法属于国家特许经营的金融业务。对于未取得特许经营许可的互联网配资平台、民间配资公司等法人机构与投资者签订的股票配资合同，应当认定合同无效。对于配资公司或交易软件运营商利用交易软件实施的变相经纪业务，亦应认定合同无效。

14. 《中华人民共和国城乡规划法》(2019 修正)第三十九条 规划条件未纳入国有土地使用权出让合同的,该国有土地使用权出让合同无效;对未取得建设用地规划许可证的建设单位批准用地的,由县级以上人民政府撤销有关批准文件;占用土地的,应当及时退回;给当事人造成损失的,应当依法给予赔偿。

15. 《中华人民共和国保险法》(2015 修正)第三十一条 投保人对下列人员具有保险利益:(一)本人;(二)配偶、子女、父母;(三)前项以外与投保人有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属;(四)与投保人有劳动关系的劳动者。除前款规定外,被保险人同意投保人为其订立合同的,视为投保人对被保险人具有保险利益。订立合同时,投保人对被保险人不具有保险利益的,合同无效。第三十四条 以死亡为给付保险金条件的合同,未经被保险人同意并认可保险金额的,合同无效。按照以死亡为给付保险金条件的合同所签发的保险单,未经被保险人书面同意,不得转让或者质押。父母为其未成年子女投保的人身保险,不受本条第一款规定限制。

《民法典》关于“夫妻财产”规定的梳理解读

最高人民法院司法案例研究院

夫妻财产是婚姻家庭关系中非常重要的问题,也是涉及范围较广的概念。《民法典》关于“夫妻财产”的规定,主要包括夫妻共同财产、夫妻个人财产、夫妻约定财产制、婚姻关系存续期间共同财产分割、离婚时夫妻共同财产处理等内容。以下分别进行法条梳理和解读,以供参考。

一、法条梳理

第一千零六十二条【夫妻共同财产】 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产,为夫妻的共同财产,归夫妻共同所有:(一)工资、奖金、劳务报酬;(二)生产、经营、投资的收益;(三)知识产权的收益;(四)继承或者受赠的财产,但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外;(五)其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同财产,有平等的处理权。**第一千零六十三条【夫妻个人财产】** 下列财产为夫妻一方的个人财产:(一)一方的婚前财产;(二)一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿;(三)遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产;(四)一方专用的生活用品;(五)其他应当归一方的财产。

第一千零六十五条【夫妻约定财产制】 男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或者约定不明确的,适用本法第一千零六十二条、第一千零六十三条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定,对双方具有法律约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有,夫或者妻一方对外所负的债务,相对人知道该约定的,以夫或者妻一方的个人财产清偿。

第一千零六十六条【婚姻关系存续期间共同财产分割】 婚姻关系存续期间,有下列情形之一的,夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产:(一)一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为;(二)一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用。

第一千零八十七条【离婚时夫妻共同财产处理】 离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。对夫或者妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。

二、实务要点

1. **第 1062 条是关于夫妻共同财产的规定。**本条首先明确了夫妻共同财产的定义，其中的“所得”是夫妻所得，包括夫妻共同所得、夫或妻一方所得；“所得”针对的是财产权利，而不是强调实际对财产取得占有，如夫妻一方中奖所得的财产，离婚时可能权利人并未实际占有，但这些未实际控制、占有的财产仍应认定为婚姻关系存续期间所得。关于夫妻共同财产的范围，本条采用列举式和概括式相结合的方式，第 1 款前 4 项明确列举四种财产属于夫妻共同财产，第 5 项是抽象概括式的兜底规定。关于第 4 项“继承或受赠的财产”，除外情形为“遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产”。此外，根据本条第 2 款规定，夫妻双方对共同所有的财产，享有平等的占有、使用、收益和处分的权利。除了日常家事范围内的事务以及构成表见代理的情形外，一方擅自处分共同财产的，对另一方不发生法律效力。

2. **第 1063 条是关于夫妻个人财产的规定。**主要分四种：（1）夫妻各自的婚前财产，以完成结婚登记、确立婚姻关系为界。夫妻一方的婚前财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产，但当事人另有约定的除外。（2）一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿，因其明确的人身专属性而归一方所有。（3）遗嘱或者赠与合同中明确只归一方的财产，此为尊重遗嘱人或赠与人的自由意志。（4）一方专用的生活用品。以上通过明确列举式规定夫妻个人财产的范围，与夫妻共同财产相区分。（5）其他应归一方的财产情形。此为兜底的概括性条款，以应对复杂的社会现实生活。但需注意，前条关于夫妻共同财产范围与本条均有兜底性概括条款，但在适用上要有主次先后之分。由于我国是法定的婚后财产共同制，因此，对于本条第 5 项的解释要坚

持从严原则，只有在本条前 4 项之外的明确具有人身专属性的财产，才能认定为夫妻一方的个人财产；而在无法确定是夫妻共同财产还是一方个人财产时，应以确定为夫妻共同财产为原则。

3. 第 1065 条是关于夫妻约定财产制的规定。约定财产制，是指夫妻或者即将成为夫妻的人，以契约的形式，约定相互间的财产关系，从而排除法定财产制适用的制度。法定财产制是依照法律规定直接适用的财产制，约定财产制是相对于法定财产制而言的，夫妻双方以契约形式依法选择适用的财产制。约定财产制优先于法定财产制适用，只有在没有约定或者约定不明的情形下，才适用法定财产制。

关于本条，还应注意以下几点：（1）约定的条件和形式。缔约时双方必须具有完全民事行为能力，双方意思表示真实，不得违反法律规定或公序良俗，约定内容不得超出夫妻财产的范围。约定须采用书面形式，但以口头形式进行约定且双方对此并无异议的，也应予以认可。（2）约定的时间和范围。本条规定对作出财产制契约的时间未作限制，实际上是采纳自由主义立法例，男女双方既可以在结婚之前作出财产制契约，也可以在结婚时、结婚后作出约定。（3）约定的范围。本条第 1 款规定“男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有”。依据该规定，男女双方对婚前财产或婚后所得财产均可以进行约定。（4）约定的具体内容。可约定财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有，即可以约定采取分别财产制、一般共同制或限定共同制。除约定财产所有权外，夫妻双方还可以就财产的使用权、管理权、收益权、处分权等进行约定，也可以约定家庭生活费用的负担、债务清偿责任、婚姻关系终止时财产的清算及分割等。（5）约定的效力。对内效力，是指对夫妻双方的效力，即双方应当按照约定享有权利、履行义务。对外效力，是指对夫妻以外第三人的效力，实践中主要是指对债权人的效力。夫妻之间对财产关系的约定如何对第三人产生效力？一些国家和地区规定必须进行登记或者为第三人所明知，才能对第三人产生约束力。如《德国民法典》规定需

在婚姻财产制登记簿上登记，《日本民法典》规定需于婚姻申报前进行登记，我国台湾地区“民法”规定非经登记不得对抗第三人。我国目前没有建立夫妻财产登记制度，为保护第三人利益和维护交易安全，本条第3款规定，夫妻对财产关系的约定只有相对人知道的，才对其发生法律效力。本条第3款所谓的相对人“知道”，不仅包括知道约定的存在，还包括知道约定的内容。第三人知道的时间，应是在债务产生之前或产生当时，在债务产生之后才知道的，不属本条第3款规定的“第三人知道”的情形。另外，根据《〈民法典〉婚姻家庭编解释（一）》第37条，本条第3款所称“相对人知道该约定的”，夫妻一方对此负有举证责任。

4. 第1066条是关于婚姻关系存续期间共同财产分割的规定。婚姻关系存续期间，夫妻共同财产应以不允许分割为原则，允许分割为例外。允许分割的情形仅限于本条规定的两种情形，不能类推适用，亦不能扩大解释。本条规定两种情形如下：（1）有严重损害夫妻共同财产利益的行为，即一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为。“毁损”应指故意的情形，不包括过失造成的损坏。需注意，若只是擅自处分夫妻共同财产，但是仍将处分所得款项作为夫妻共同财产的，不属此类。以上情形，不仅要认定行为的成立要件，还须达到“严重损害夫妻共同财产利益”的程度。“严重损害”，需要结合行为的性质、夫妻共同财产的数额、造成的影响程度等因素进行。（2）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。这里的扶养是广义的概念，既包括长辈对晚辈的抚养义务，也包括晚辈对长辈的赡养义务，还包括同辈之间（如夫妻之间、兄弟姐妹之间）的扶养义务。何为“重大疾病”，法律没有规定，可以参考相关文件列举的重大疾病，根据实际病情、医疗费用等进行综合判断。一般认为，需长期治疗、花费较高的疾病，或直接关涉生命安全的疾病等属重大疾病。“相关医疗费用”，是指为治疗疾病需要的必要、合理费用，不包括营养、陪护等费用。

5. **第 1087 条是关于离婚时夫妻共同财产处理的规定。**依据本条，离婚时夫妻共同财产的分割包括协议分割与判决分割。（1）协议分割。以夫妻双方协商确定分割方案为先，最大限度地尊重双方对私权事务的意思自治。协议作出后，在一定程度上，男女双方在协议项下形成了具有给付内容的合同关系。（2）判决分割。当男女双方无法通过协议解决共同财产的分割问题时，则由人民法院依据法定的原则和规范进行认定。除无法达成协议的情形外，当事人达成的以登记离婚或到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，若协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，法院应认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。依据本条，判决分割共同财产，以均等分割为一般原则，以照顾子女、女方、无过错方为补充原则。照顾无过错方的原则为《民法典》增加的内容，当夫妻一方对离婚存在过错，如存在重婚、虐待、遗弃等情况的，法院分割财产时，应给予无过错方适当的照顾，可适当多分给无过错方一些财产，或给予无过错方优先选择的权利。此外，因我国婚俗习惯多是女方落户到男方处，承包土地也多以男方为户主名义承担，为保护女方承包经营权，本条第 2 款特别规定：“对夫或者妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。”