

法答网精选问答全文

(已更新至 2025 年 7 月 31 日, 第 26 批)

法答网精选问答 (第二十六批) ——民营企业保护专题 (2025 年 07 月 31 日发布)

问题 1: 大型建筑集团与材料供应商 (中小企业) 约定 “工程竣工验收且业主付款后支付材料款”, 法院能否认定此付款约定无效, 并视为 “无明确付款期限”?

答疑意见: 第一, 关于约定条款的效力问题。根据《最高人民法院关于大型企业与中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复》(法释〔2024〕11 号, 以下简称《批复》) 第一条的规定, 大型建筑集团与中小材料供应商约定 “工程竣工验收且业主付款后支付材料款” 属于《批复》适用的典型情形, 应当依法认定该约定条款无效。第二, 关于能否视为 “无明确付款期限” 的问题。约定条款无效的情况下, 原有的付款期限视为没有约定, 应当适用民法典第五百一十条和《批复》第二条的规定, 即当事人双方可以协议补充, 不能达成补充协议的, 应当根据案件具体情况, 结合行业规范、双方交易习惯等, 合理确定大型企业的付款期限及相应的违约责任。审判实践中, 应当先根据上述规定并结合案件具体情况, 合理确定大型建筑集团的付款期限, 而不宜简单直接套用民法典第五百一十一条第四项关于 “履行期限不明确的, 债务人可以随时履行, 债权人也可以随时请求履行, 但是应当给对方必要的准备时间” 的规定。

咨询人: 福建高院民二庭 曹慧敏

答疑专家: 最高法院民二庭 张茜娟

问题 2：民营企业的股东之间关系紧张，小股东向公司提出查阅公司会计账簿、会计凭证的要求，民营企业以该小股东有不正当目的，可能损害公司合法利益为由拒绝查阅，法院如何审查认定是否具有“不正当目的”？

答疑意见：实践中，一些民营企业内部治理存在不规范的情形，如何保护小股东的知情权以及保护到何种程度，事关民营企业的经营秩序。如果限制过多，有可能对小股东的知情权、表决权等合法权益造成损害；如果不加任何限制，则可能对民营企业的正常经营造成不利影响，进而损害民营企业及其他股东、债权人的合法权益。基于此，公司法第五十七条在规定前述股东知情权的同时，亦对股东知情权的行使进行了一定限制，主要包括以下两个方面：一是股东要求查阅会计凭证、会计账簿的，应当提出书面请求、说明目的；二是公司有合理根据认为股东查阅会计账簿、会计凭证有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可拒绝其查阅请求。关于小股东的查阅请求是否具有“不正当目的”的审查，首先要明确举证责任。根据公司法第五十七条规定，公司需承担相应的举证责任；如果公司不能举证证明小股东的查阅请求具有“不正当目的”的，人民法院应当支持小股东查阅会计账簿、会计凭证的诉讼请求。对“不正当目的”的认定，可以根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第八条的规定进行判断：如果存在股东自营或者为他人经营与公司主营业务有实质性竞争关系业务（公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外）；或者为了向他人通报有关信息查阅公司会计账簿，可能损害公司合法权益；或者股东在向公司提出查阅请求之日前的三年内，曾通过查阅公司会计账簿，向他人通报有关信息损害公司合法权益等情形的，可以认定股东申请查阅有不正当目的。

咨询人：重庆市渝中区法院民二庭 王 娟

答疑专家：重庆五中院 袁胜强

问题 3：小微民营企业破产重整中，在没有外部投资人的情况下，能否在保留原股东部分权益的基础上形成重整计划草案，对破产企业进行拯救？

答疑意见：一般情况下，当企业资不抵债时，企业的净资产为负，股东的股权价值为零。在破产程序中，原则上应当遵循破产法上的“绝对优先原则”，即清偿顺位在前的权利人未获得足额清偿前，清偿顺位在后的权利人不能得到清偿，当企业债权人未获得全额清偿的情况下，企业股东不能享有任何权益，即股东权益原则上应当调整为零。但是，实践中，小微民营企业往往对股东特别是大股东的依附性较强，呈现出所有权和经营权合一的特点，比如小微民营企业主要依靠股东个人的商誉、技术、知识产权等维持经营。此类小微民营企业在被法院受理破产申请时，往往难以招募到外部投资人，也没有股东以外的其他人有意愿或者有能力维持企业的经营。此时，如果再固守前述“绝对优先原则”，对小微民营企业股东的权益全部清零，则不利于调动股东拯救企业的积极性，可能会导致小微民营企业无法形成重整计划草案，最终被迫转入破产清算程序，也不利于企业债权人的债权实现。正是出于上述考虑，世界银行发布的最新营商环境评价指标以及联合国贸易法委员会出台的《小微企业破产立法建议》均强调小微企业重整程序中对股东权益的适当保留。审判实践中，可以根据实际情况，在具体案件中适当保留股东权益，以实现对小微民营破产企业的拯救。但该保留需要具备以下前提条件：一是股东权益保留有合理依据，即企业未来生产经营必须且仅能依赖于该股东；二是股东权益保留需作为重整计划的一部分，经债权人会议表决同意，特别是需得到普通债权人组别的同意；三是股东权益保留的股权份额应当根据股东对于重整以及未来企业经营的贡献予以确定。此外，还可以探索适用新公司法

关于类别股的规定，在缩减股东权益的同时，赋予其更大的生产经营决策权。

咨询人：重庆市江津区法院审管办（研究室） 丁 懿

答疑专家：重庆高院民二庭 田晓梅

法答网精选问答（第二十五批）——引渡案件审查专题（2025年07月17日发布）

问题 1：在引渡案件中如何适用双重犯罪原则？

答疑意见：根据《中华人民共和国引渡法》第七条第一款第一项的规定，准予向外国引渡必须符合双重犯罪原则，即外国提出引渡请求所指行为依照我国法律和请求国法律均构成犯罪。人民法院在适用双重犯罪原则时应注意以下要点：一是，不要求引渡请求所指行为确实受我国刑事司法管辖，只需假定“该行为如果受我国刑事管辖是否构成犯罪”。如果我国对该行为有刑事管辖权，根据引渡法第九条第一项的规定，反而可能构成可以拒绝引渡的情形。二是，引渡请求书需载明相关犯罪事实、证据材料以及被请求引渡人在请求国已构成犯罪的说明，人民法院基于这些事实和证据材料审查判断该行为依照我国刑法是否构成犯罪，引渡请求书的真实性、准确性均由请求国负责。三是，双重犯罪原则仅要求构成犯罪的对应，而非罪名的对应。例如，一个行为在请求国构成暴行罪，而在我国构成故意伤害罪，仍然符合双重犯罪原则。四是，双重犯罪原则是符合引渡条件的必要条件而非充分条件。

提问人：甘肃省高级人民法院刑二庭 张传伟

答疑专家：最高人民法院刑二庭 冉 容

问题 2：在引渡案件中，如何审查引渡请求所指行为的追诉时效？

答疑意见：人民法院在审查外国向我国提出的引渡请求时，应当从以下两方面审查引渡请求所指行为是否已过追诉时效：

第一，是否超出请求国追诉时效期限。引渡请求书中需载明请求国关于追诉时效的法律规定和所指行为是否超出该国追诉时效期限的说明，据此作出判断。

第二，是否超出我国追诉时效期限。其一，根据引渡法第八条第六项的规定，引渡请求所指行为是否超出我国追诉时效期限，应以外交部收到引渡请求作为时间节点。其二，我国刑法对引渡请求所指行为所涉罪名规定有数个量刑幅度的，应以该行为应当适用的量刑幅度的法定最高刑计算。例如，某国就被请求引渡人诈骗人民币 60 万元一案向我国请求引渡，因诈骗数额特别巨大，根据刑法第二百六十六条的规定法定最高刑为无期徒刑，故追诉时效期限为二十年。其三，如果引渡请求涉及多个犯罪行为，应分别计算追诉时效期限。对于在追诉时效期限内的犯罪行为，同时符合引渡法规定的其他引渡条件的，裁定符合引渡条件；对于已过追诉时效期限、不应当追究被请求引渡人刑事责任的犯罪行为，根据引渡法第八条第六项的规定，应裁定不符合引渡条件，在裁定书中分项列明。综合全案，即裁定部分引渡请求符合引渡条件。

提问人：甘肃省高级人民法院刑二庭 赵骥鸿

答疑专家：最高人民法院刑二庭 刘山焯

问题 3：引渡案件中存在暂缓引渡情形的，是否应该作为判项之一？

答疑意见：根据引渡法的规定，高级人民法院作出符合引渡条件裁定时，如果被请求引渡人因引渡请求所指犯罪以外的其他犯罪正在我国进行刑事诉讼或者被执行刑罚，即具有暂缓引渡情形，应当在裁定中予以说明，最高人民法院作出核准裁定时，亦应在裁定中作相应说明。国务院在决定准予引渡时，可以同时决定是否暂缓引渡。故人民法院在“本院认为”部分对存在暂缓引渡情形作出说明即可，不宜将暂缓引渡作为裁定判项。具体来说，根据不同情况可表述为“由于被请求引渡人×××涉嫌其他犯罪，中国司法机关正在对其进行刑事诉讼，存在暂缓引渡情形”或“被请求引渡人×××因其他犯罪正在中国被执行刑罚，存在暂缓引渡情形”。

提问人：甘肃省高级人民法院刑二庭 秦 昊

答疑专家：最高人民法院刑二庭 刘山燊

法答网精选问答(第二十四批)——串通投标罪专题(2025年07月03日发布)

问题 1：串通投标罪的适用范围是否仅限于招标投标法规定的国家必须进行招标的项目，行为人在民营企业或者其他单位开展的招投标活动中实施串通投标的，是否构成本罪？

答疑意见：招标投标法第二条规定：“在中华人民共和国境内进行招标投标活动，适用本法。”第五十三条规定：“投标人相互串通投标或者与招标人串通投标

的.....构成犯罪的，依法追究刑事责任.....” 刑法第二百二十三条规定：“投标人相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人利益，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法利益的，依照前款的规定处罚。”从招标投标法的规定看，所规制的范围并不只限于依法必须进行招标的项目；相应地，对刑法有关串通投标罪中投标、招标的理解，也不应作上述限制。认定串通投标罪，应着眼于行为人的行为是否扰乱了市场经济秩序，是否损害了国家、集体或者他人利益，不限于某一特定的经济形态、特定的领域或者特定的项目。在民营企业或者其他单位开展的招投标活动过程中，行为人实施串通投标行为，情节严重的，应当以串通投标罪论处。

司法实践中，应当结合招标投标法及其实施条例的有关规定重点审查行为人的行为是否属于“串通投标行为”，具体行为包括：（1）投标人相互串通投标。如：投标人之间协商投标报价等投标文件的实质性内容；投标人之间约定部分投标人放弃投标或者中标；属于同一集团、协会、商会等组织成员的投标人按照该组织要求协同投标等。（2）招标人与投标人串通投标。如：招标人在开标前开启投标文件并将有关信息泄露给其他投标人；招标人设置排他性条款为特定投标人“量身定做”；招标人直接或者间接向投标人泄露标底、评标委员会成员等信息；招标人明示或者暗示投标人压低或者抬高投标报价；招标人授意投标人撤换、修改投标文件；招标人明示或者暗示投标人为特定投标人中标提供方便等。（3）招标代理人或者评委与投标人、招标人串通投标。如：招标代理人居中勾连串通投标；投标人通过利益输送影响评委打分等。

咨询人：浙江省高级人民法院刑二庭 薛文超

答疑专家：最高人民法院刑二庭 牛克乾

问题 2：串通投标罪中的犯罪主体“投标人”“招标人”是否仅限于招标投标法中规定的“法人或者其他组织”？

答疑意见：招标投标法第八条规定：“招标人是依照本法规定提出招标项目、进行招标的法人或者其他组织。”第二十五条规定：“投标人是响应招标、参加投标竞争的法人或者其他组织。依法招标的科研项目允许个人参加投标的，投标的个人适用本法有关投标人的规定。”而从刑法第二百二十三条、第二百三十一条的规定来看，串通投标罪的主体既可以是单位也可以是自然人。应当正确认识和把握招标投标法与刑法有关规定的不同。招标投标法的相关规定主要针对招标投标行为的规范，而刑法有关串通投标罪的规定则是旨在规制招标投标过程中的犯罪行为。招标、投标以法人或者其他组织名义开展，但如果串通投标行为是法人或者其他组织中的责任人员个人实施，其行为不符合单位犯罪成立条件的，则应当以串通投标罪追究有关责任人员个人的刑事责任，这与招标投标法的规定并不矛盾。当然，如果有关个人是以单位名义、为单位利益实施串通投标行为，有关行为符合单位犯罪成立条件的，则应当以单位犯罪论处。

司法实践中，常见的串通投标罪犯罪主体主要包括：（1）招标单位及招标单位中负责、参与招标工作的人员；（2）投标单位及投标单位中负责、参与投标工作的人员；（3）招标代理机构及其工作人员、评标委员会成员等；（4）挂靠

其他单位或者盗用其他单位名义参加投标的单位或者自然人。另外，对于单位犯罪的认定，应当根据《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》的有关规定和具体案件事实，确定单位或者自然人犯罪主体。

咨询人：河南省高级人民法院刑二庭 **多甜甜**

答疑专家：最高人民法院刑二庭 **高洪江**

问题 3：司法实践中，应当如何具体把握串通投标罪中认定“情节严重”的标准及依据？

答疑意见：《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（以下简称《标准二》）第六十八条关于串通投标罪的立案追诉标准规定了三种情形：

一是数额模式：“造成直接经济损失数额在五十万元以上”“违法所得数额在二十万元以上”“中标项目金额在四百万元以上”。需要明确的是，对于二次以上串通投标的，其中“造成直接经济损失数额”“违法所得数额”“中标项目金额”依法累计计算，作为“情节严重”的认定数额。

二是情节模式：“采取威胁、欺骗或者贿赂等非法手段”。威胁手段一般是指以暴力、胁迫或者其他方式强迫他人参与或者退出串通投标，如恐吓其他投标人、评标专家，使用商业胁迫手段威胁招标人，利用黑恶势力控制招投标活动等。欺骗手段通常是指虚构事实或者隐瞒真相，使招标人或者其他投标人陷入认识错误，

从而影响招投标的公平性，如提供虚假材料、隐瞒关键信息等，对于欺骗手段的认定，必须从主客观方面综合判断，欺骗行为必须对招投标结果产生实质性影响。贿赂手段是指通过金钱、财物或者其他利益输送，换取招标人或者评标专家的偏向性支持。

三是数额+情节模式：“虽未达到上述数额，但二年内因串通投标，受过二次以上行政处罚，又串通投标的”。该项中“虽未达到上述数额标准”的认定，是指经累计计算仍未达到上述数额标准的情况。

需要注意的是，《最高人民法院关于在经济犯罪审判中参照适用〈最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）〉的通知》（法发〔2010〕22号）规定：“最高人民法院对相关经济犯罪的定罪量刑标准没有规定的，人民法院在审理经济犯罪案件时，可以参照适用《标准二》的规定。”“各级人民法院在参照适用《标准二》的过程中，如认为《标准二》的有关规定不能适应案件审理需要的，要结合案件具体情况和本地实际，依法审慎稳妥处理好案件的法律适用和政策把握，争取更好的社会效果。”据此，《标准二》第六十八条关于串通投标罪立案追诉标准的规定可以用于审判实践中认定串通投标罪“情节严重”的参考，但亦须根据案件具体情况妥当作出处理，确保案件审理的效果。

咨询人：山东省青岛市市北区人民法院刑庭 **宋正峰**

答疑专家：山东省青岛市中级人民法院刑二庭 **张正智**

问题 4: 串通投标犯罪造成的直接经济损失主要包括哪些方面?

答疑意见: 根据《标准二》第六十八条的规定, 损害招标人、投标人或者国家、集体、公民的合法利益, 造成直接经济损失数额在五十万元以上的, 应予立案追诉。该条关于直接经济损失的认定, 是指因串通投标行为直接导致的财产损毁、消耗、减少的直接价值。司法实践中, 主要包括: (1) 因串通投标行为造成中标价降低或升高而给国家、集体或者他人造成的直接经济损失; (2) 因串通投标而使招标活动失败, 因此给国家、集体或者他人造成的直接经济损失, 包括但不限于因招标而支付的招标文件制作费、咨询费、招标代理费、评标费等各项正常支出; (3) 因串通投标而使其他投标人遭受的直接经济损失, 包括但不限于因参加投标活动而支出的标书制作费、咨询费、调查费等各项正常支出; (4) 因串通投标而使招标项目误期所造成的直接经济损失。上述经济损失, 应当合计计算。

咨询人: 福建省高级人民法院刑二庭 肖 凌

答疑专家: 最高人民法院刑二庭 黄明刚

问题 5: 司法实践中, 在认定串通投标犯罪中的违法所得时, 应当注意哪些方面?

答疑意见: 根据《标准二》第六十八条的规定, 损害招标人、投标人或者国家、集体、公民的合法利益, 违法所得数额在二十万元以上的, 应予立案追诉。关于违法所得的认定, 刑法第六十四条规定: “犯罪分子违法所得的一切财物, 应当予以追缴或者责令退赔。” 刑事诉讼法第三百条规定: “对经查证属于违法所得

及其他涉案财产，除依法返还被害人的以外，应当裁定予以没收。”根据上述规定，结合“不让犯罪分子通过实施犯罪获得任何收益”的原理分析，所有通过实施犯罪的获利都应予以没收。具体到本罪中，系指行为人串通投标所获得的全部收入，扣除其直接用于为实施中标项目而合理支出的费用（为实施串通投标犯罪而支出的费用不应扣除）后剩余的数额。

司法实践中，下列支出不应扣除，而应作为犯罪成本或者违法所得予以追缴、没收：（1）投标人不具备投标资质，为实施串通投标犯罪而挂靠其他企业产生的挂靠费；（2）投标人为实施串通投标犯罪而寻找陪标公司产生的陪标费；（3）投标人为实施串通投标犯罪给予其他参与投标公司的好处费；（4）串通投标人为实施串通投标行为而支出的投标费用及缴纳的保证金等。另外，行为人因串通投标所获利润应作为违法所得予以追缴。

咨询人：山东省青岛市市南区人民法院刑庭 许 枫

答疑专家：山东省青岛市中级人民法院刑二庭 陈显江

问题 6：行为人为实施串通投标犯罪或者在实施串通投标犯罪的过程中，实施行贿、受贿或者侵犯公民个人信息等犯罪行为的，是否数罪并罚？

答疑意见：司法实践中，部分行为人为实施串通投标犯罪或者在实施串通投标犯罪的过程中，另实施了行贿、受贿或者侵犯公民个人信息等犯罪行为，应当数罪并罚。理由如下：

其一，串通投标行为与行受贿等行为虽然存在交织，但并不必然牵连；行受贿等行为并非实现串通投标目的的必要手段，也并非串通投标产生的必然结果，司法实践中存在大量的未实施行受贿等行为的串通投标犯罪。因此，串通投标罪与行受贿等犯罪并不具有刑法意义上的牵连关系。

其二，行受贿等犯罪与串通投标犯罪分别具有独立的法律评价基础，不同罪名在行为模式、侵害法益、社会危害等方面均不同，为全面评价行为人的犯罪行为，应当依法分别评价。

其三，相关司法解释的规定均认为应当数罪并罚。其中，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条规定：

“行贿人谋取不正当利益的行为构成犯罪的，应当与行贿犯罪实行数罪并罚”；

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第十七条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，收受他人财物，为他人谋取利益，同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的，除刑法另有规定外，以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。”串通投标罪虽然规定在刑法分则第三章第八节，但国家工作人员作为招标人与投标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法利益，其本质是滥用职权，应当遵循上述规定予以并罚。

咨询人：湖北省高级人民法院刑一庭 **金吕钢**

答疑专家：最高人民法院刑二庭 **段 凰**

问题 1: 夫妻一方起诉离婚时是否可以向另外一方主张分居期间子女的抚养费？

答疑意见: 从实体上看，《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）》第四十三条规定：“婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年子女或者不能独立生活的成年子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。”可见，分居期间未尽到对子女抚养义务的，未成年子女或者不能独立生活的成年子女可以请求支付抚养费。从程序上看，虽然离婚纠纷与抚养费纠纷属于两个不同案由，当事人也存在差别，但从减少当事人诉累的角度看，对于分居期间的抚养费，在离婚诉讼中一并处理效果更好，否则，子女还要再另外提起一个诉讼。

咨询人: 北京市第三中级人民法院未成年人案件综合审判庭 **刘洋**

答疑专家: 最高人民法院民一庭 **王丹**

问题 2: 离婚诉讼中，一方当事人为无民事行为能力人且没有其他成年近亲属可以担任监护人时，应如何处理？

答疑意见: 如果当事人还没有被依法认定为无民事行为能力人，程序上应先中止离婚诉讼，告知当事人通过特别程序认定民事行为能力。在一方已经被认定为无民事行为能力人的情况下，需要由其配偶以外的监护人作为法定代理人代为诉讼。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》第八十三

条的规定，事先没有确定监护人的，可以由有监护资格的人协商确定；协商不成的，由人民法院在他们之中指定诉讼中的法定代理人。当事人没有父母、子女、其他近亲属等民法典第二十八条规定的监护人的，可以指定民法典第三十二条规定的有关组织（指民政部门、具备履行监护职责的居委会、村委会）担任诉讼中的法定代理人。对于题述情形，人民法院在离婚诉讼中可以依据上述规定直接指定有关组织作为该无民事行为能力人诉讼中的法定代理人。

咨询人：北京市高级人民法院民一庭 **史智军**

答疑专家：最高人民法院民一庭 **王丹**

问题 3：离婚协议中，就夫妻共同财产分割折价款的给付义务约定的违约金条款效力，应如何认定？能否对违约金进行调整？

答疑意见：一、离婚协议就夫妻共同财产分割折价款给付义务约定的违约金条款的效力。民法典第四百六十四条规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”据此，在民法典婚姻家庭编并未明确规定离婚协议中可以约定违约金，亦未加以禁止的情况下，有关离婚协议中约定违约金条款的问题，应当遵循民法典第四百六十四条的规定确定相应的法律适用规则。具体而言，对于约定的违约金条款涉及纯粹身份关系内容的，除法律另有明确规定外，不宜认可其法律效力；对于离婚协议中的财产部分，则应当允许当事人约定违约金条款，此亦符合意思

自治原则的要求。因此，夫妻双方针对共同财产分割产生的给付义务约定的违约金，如无其他影响该约定效力的事由，则应当认定该约定有效。

二、关于离婚协议中违约金能否调整的问题。民法典合同编允许当事人请求对违约金进行调整。如果合同中约定的违约金过分高于造成的损失，违约方可以请求人民法院予以适当减少，此旨在贯彻损失填平原则，更好体现民商事交易过程中的公平原则。而离婚协议中公平原则的体现方式与民商事交易中公平原则的体现方式并不相同。在涉离婚协议中，既不强调等价有偿，也不要求平均分配。同时，男女双方为了尽快离婚或者避免诉讼离婚，往往会在离婚协议中约定一些权利义务看似失衡的条款。这些条款系双方的真实意思表示，与公平原则并不冲突，其隐含的对价是对方配合办理离婚手续，快速了结双方之间的感情纠葛。以逾期付款违约金为例，该约定发挥着督促付款义务方按约付款的作用。此类纠纷发生时，男女双方通常已经办理了离婚手续，如果付款义务方违约，会导致等待取得折价款的一方因对方失信行为而难以尽快从双方之间的纠纷中解脱，故在处理涉及此种情形下的违约金调整问题时，除了依法参照适用民法典合同编及有关司法解释的规定外，更应侧重对诚信原则的遵循，考虑上述当事人约定违约金的具体场景来酌定。

咨询人：上海市杨浦区人民法院民事审判庭 **孙婵琦**

答疑专家：上海市高级人民法院民事审判庭 **李彦**

问题 1: 缓刑考验期限的起算日是判决生效之日还是到社区矫正机构报到之日？判决生效之日至报到之日的期间，是否计入缓刑考验期限？

答疑意见： 缓刑考验期限的起算日应当是判决生效之日；判决生效之日至到社区矫正机构报到之日的期间，应当计入缓刑考验期限。主要考虑：其一，刑法第七十三条第三款规定：“缓刑考验期限，从判决确定之日起计算。”据此，缓刑考验期限的起算日，应当是判决确定之日，而判决确定之日是指判决发生法律效力之日。一审宣判后，被告人没有上诉，检察机关没有抗诉的，上诉、抗诉期满后，判决发生法律效力；被告人上诉或者检察机关抗诉的，二审判决、裁定自宣告之日起发生法律效力。其二，刑法第七十六条规定：“对宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，依法实行社区矫正……”社区矫正法第二十一条第一款规定：“人民法院判处管制、宣告缓刑、裁定假释的社区矫正对象，应当自判决、裁定生效之日起十日内到执行地社区矫正机构报到。”据此，对被宣告缓刑的犯罪分子，依法实行社区矫正，该犯罪分子应当自裁判发生法律效力之日起十日内到社区矫正机构报到。法律专门规定十日的期间，以供被宣告缓刑的犯罪分子去社区矫正机构报到，以及作出裁判的法院与社区矫正机构进行工作衔接，故而该期间应当计入缓刑考验期限。其三，如果判决生效之日至到社区矫正机构报到之日的期间不计入缓刑考验期限，就与刑法第七十三条第三款规定不一致，且对被宣告缓刑的犯罪分子不利；同时，对于刑法第七

十七条规定的缓刑考验期限内犯新罪或者发现漏罪的处理规则，人为制造了空档期，不利于法律的统一适用。

咨询人：浙江省高级人民法院刑事审判第一庭 **侯天柱**

答疑专家：最高人民法院研究室刑事处 **宋頔阳**

问题 2：电子商业汇票线上签收并选择“线下清算”后，承兑人未全部付款，持票人是否丧失对前手其他背书人的追索权？

答疑意见：票据属于文义证券，具有要式性、文义性，票据当事人的权利义务关系，以票据上的记载为准。票据法第二十六条等多个条文体现了票据的要式性和文义性。坚持票据的文义性，有利于解决票据流通中的信息不对称问题，简化流通方式，强化付款保证，提升融通安全。虽然电子票据产生于票据法颁布之后，但其相对传统纸票而言只是发展而非颠覆，票据行为形式虽有所变化，但规则和原则未发生改变，仍应遵循票据文义性的要求。判断票据权利义务的具体内容，仍然要以电子票据系统记载的各项信息为事实基础。

电子商业汇票的持票人线上提示付款后，承兑人线上进行了签收，双方协商选择了系统中的“线下清算”方式，票据状态显示“已结清”。在此情况下，电子商业汇票系统中关于清算方式和票据状态的记载明确、清晰，足以让票据其他当事人对该票据系统的记载信息产生信赖，可据此对票据

权利义务进行确认。故虽然承兑人线下实际未付款，持票人实际未获得全额清偿，但因票据状态显示已结清，相关操作获得了持票人的认可，持票人票据权利可视为已实现。为维护票据关系所承载的交易安全，持票人再向原票据债务人主张票据权利的，人民法院不应予以支持，持票人可按照线下清偿协议相关约定主张权利。

咨询人：湖北省高级人民法院民事审判第二庭 **张竞**

答疑专家：最高人民法院民二庭 **张小洁**

问题 3：如何把握《纽约公约》第五条第一款（甲）项关于当事人无行为能力的认定问题？

答疑意见：《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称为《纽约公约》）第五条第一款（甲）项规定第二条所称“协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形”中的“行为能力”，不完全等同于我国国内法下的行为能力，还包括缔约人是否具有缔约能力在内。判断缔约人是否具有缔约能力，应当依对其适用之法律，即按照冲突规范确定相关准据法。

《纽约公约》第五条第一款（甲）项规定第二条所称“无行为能力”（under some incapacity）应理解为缺乏契约能力（lacking the power to contract）。在具体适用中，应当审查的范围包括是否缺乏代表权或代理权、超越代理权等情形。审查应当依据对其适用之准据法进行。比如：1.关于当

事人能否代表公司的判断。何人能代表公司属法人民事权利能力、组织机构等事项，应依照涉外民事关系法律适用法第十四条的规定，适用登记地法律。被代表的公司登记地若在中国境内，应当适用中国法判断。2.关于当事人能否代理公司的判断。何人能代理公司的认定，应依照涉外民事关系法律适用法第十六条的规定，适用代理关系发生地法律。例如：当事人在法国签订的代理协议，应适用代理关系发生地法律即法国法律来判断。依据法国民法典关于代理关系的规定，公司有义务提供公证书、私署文书、信件、证人证言等证据证明委托代理关系成立。

综上，《纽约公约》第五条第一款（甲）项规定第二条所称“无行为能力”包括缺乏代表权或代理权、超越代理权等情形。经审查，如认定当事人无权代表或代理公司签订仲裁协议，则仲裁裁决符合《纽约公约》第五条第一款（甲）项规定的不予承认和执行的情形。联合国国际贸易法委员会网站于2024年12月刊载的第1916号案例——I某有限责任公司、北某电影集团有限公司仲裁程序案（天津市第一中级人民法院（2018）津01协外认2号）亦阐释了这一规则。

咨询人：福建省厦门市中级人民法院国际商事法庭 **陈石**

答疑专家：福建省高级人民法院民四庭 **黄曦**

问题 1：人民陪审员能否参加按照第一审程序审理的发回重审、再审案件？

答疑意见：根据人民陪审员法第十五条的规定，人民陪审员参加第一审刑事、民事、行政案件的审理。从立法意图来看，人民陪审员法中规定的“第一审”指的是“第一审程序”，而并非“初次审理”。根据民事诉讼法第四十一条，刑事诉讼法第二百三十九条、第二百五十六条，《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》第一百零九条、第一百一十九条等规定，发回重审的案件，原审法院应当按照第一审程序另行组成合议庭；审理再审案件，原来是第一审的，按照第一审程序另行组成合议庭。进而言之，发回重审案件的合议庭与第一审合议庭的组成方式相同，既可以由法官组成，也可以由法官和人民陪审员组成，但是合议庭组成人员不能与原审相同，应当按照第一审程序另行组成合议庭。而对于再审案件的审判组织，原来是第一审的，也应当按照原第一审程序另行组成合议庭。

需要注意的是，按一审程序审理的发回重审、再审案件是否由人民陪审员参加审理，应当依照人民陪审员法第十五条关于“涉及群体利益、公共利益”“人民群众广泛关注”“案情复杂”等规定，结合具体案件情况综合判断，确保人民陪审员充分发挥熟悉社情民意、长于事实认定的实质参审作用，促进司法公正，提升司法公信。同时，发回重审、再审的案件情况比较复杂，对于有些不宜由人民陪审员参审的案件，应由法官组成合议庭审理。

咨询人：黑龙江省高级人民法院人民陪审员工作办公室 **段春山**

答疑人：最高人民法院政治部法官管理部 **张磊**

问题 2：刑事附带民事公益诉讼案件的合议庭应如何组成？

答疑意见：依照人民陪审员法第十六条的规定，根据民事诉讼法、行政诉讼法提起的公益诉讼案件，由四名人民陪审员和三名法官组成七人合议庭进行审判。刑事附带民事公益诉讼案件中的民事公益诉讼部分由检察机关在刑事公诉过程中附带提起，与单独提起的民事公益诉讼案件有所区别，故在审判程序、审判组织上应适用刑事案件审判的相关规定。《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第二十条明确，人民检察院对破坏生态环境和资源保护，食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益，侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉等损害社会公共利益的犯罪行为提起刑事公诉时，可以向人民法院一并提起附带民事公益诉讼，由人民法院同一审判组织审理。

我们认为，刑事附带民事公益诉讼案件是否应由人民陪审员和法官组成七人合议庭审理，应当以刑事案件是否符合“社会影响重大”的标准进行判断，属于人民法院依法依职权决定的内容。对于人民法院审理的事实清楚、证据充分，对社会公共利益造成的损害相对较轻的第一审刑事附带民事公益诉讼案件，需要由人民陪审员参加合议庭审判且符合相关规定的，可以依法组成三人合议庭审理。

咨询人：贵州省高级人民法院政治部 **王雄英**

答疑人：最高人民法院政治部法官管理部 **张磊**

问题 3: 人民陪审员作为一方当事人或者诉讼代理人在其任职法院参与民事诉讼或者行政诉讼, 相关案件是否应当提请上级法院指定管辖?

答疑意见: 根据民事诉讼法第三十八条、行政诉讼法第二十三条等规定, 有管辖权的人民法院由于特殊原因, 不能行使管辖权的, 由上级人民法院指定管辖。关于何为“特殊原因”, 现行法律及司法解释未作具体规定, 一般认为主要包括以下两种情形: (1) 出现因自然灾害、突发性公共卫生事件或者其他不可抗力; (2) 全体审判人员与本案有利害关系需要回避。

我们认为, 人民陪审员作为一方当事人或者诉讼代理人在其任职法院参与民事诉讼或者行政诉讼, 案件是否应当提请上级法院指定管辖, 不能一概而论, 而应结合案件具体情况以及人民陪审员个人情况, 综合判断该人民陪审员参与诉讼是否会导致所在法院的全体审判人员与本案产生利害关系, 进而需要整体回避。对于足以导致所在法院全体审判人员与本案产生利害关系需要整体回避的, 应当报请上级人民法院指定管辖, 确保案件公正审理。相关法院在受理此类案件时, 应当准确适用指定管辖与回避制度, 依法告知另一方当事人相关情况, 充分保障当事人的知情权和申请回避的权利。

咨询人: 江西省高级人民法院法官教育管理处 **俞琳祎**

答疑人: 最高人民法院政治部法官管理部

问题 4：任期届满的人民陪审员能否继续参加未审结案件的审理？

答疑意见：人民陪审员依法参加人民法院的审判活动，除法律另有规定外，与法官享有同等权利。参照刑事诉讼法相关司法解释规定，人民陪审员在案件评议前任期届满的，人民法院应当依法更换，重新开庭审理；合议庭已评议但案件尚未宣判时，人民陪审员任期届满的，可以继续履行审判职责到案件审结之日。实践中，人民陪审员任期届满后职务自动免除，人民法院不得随机抽取任期已届满的人民陪审员参审案件。人民法院在随机抽取人民陪审员参审时，应当综合考虑人民陪审员剩余任期、案件审理周期等因素，充分运用信息化手段科学设置随机抽取条件，合理确定合议庭人员组成，确保案件审理工作有序进行。

咨询人：北京市石景山区人民法院政治部 **武沛**

答疑人：最高人民法院政治部法官管理部 **吴君媛**

法答网精选问答（第二十批）——诉讼时效专题（2025年05月22日发布）

问题 1：权利行使存在竞合的案件中，当事人撤回前案诉讼，是否构成诉讼时效中断？

答疑意见：根据民法典第一百九十五条第三项的规定，权利人提起诉讼或者申请仲裁产生诉讼时效中断的法律效果。对此，《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（以下简称《诉讼时效规定》）第十条作了进一步细化，即“当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的，诉讼时效从

提交起诉状或者口头起诉之日起中断”。如果权利人向义务人提起民事诉讼后又撤回起诉，而起诉状副本已经送达对方当事人的，一般仍然产生诉讼时效中断的法律效果，权利人再就该义务人提起该案由诉讼的诉讼时效期间从准许撤回起诉裁定书生效之日起重新计算。需要注意的是，实践中起诉后又撤诉的情况比较复杂，对相关情形是否产生诉讼时效中断的效果，要根据撤诉原因等案件具体情况具体分析。

审判实践中，权利竞合的情形时有发生，此时权利人撤回前案诉讼是否对后案发生诉讼时效中断效果，需要进一步分析：

一是基于同一事实之间产生的不同请求权存在竞合，权利人选择一个请求权起诉后撤回该诉，转而以另一个请求权提起后案之诉，应当认为其仍然在积极行使权利。故权利人提起前案之诉构成诉讼时效中断，诉讼时效期间重新起算。比如，就同一计算机软件，权利人就同一义务人提起商业秘密侵权之诉后撤回起诉，另行提起计算机软件著作权侵权之诉，鉴于两案所涉权利系基于同一事实产生，存在竞合关系，权利人就案涉软件选择撤回商业秘密侵权之诉转向另行提起计算机软件著作权侵权之诉，仍然在积极行使权利，故权利人提起商业秘密侵权之诉构成诉讼时效中断，诉讼时效期间重新起算。（2023）最高法知民终 337 号判决书即持此种观点。又如，在侵权与违约竞合的诉讼中，权利人就同一义务人提起侵权之诉后撤回起诉，又另行提起违约之诉，鉴于两案所涉权利的竞合关系，权利人选择撤回侵权之诉转向提起违约之诉，仍然在积极行使权利，故权利人提起侵权之诉构成诉讼时效中断，诉讼时效期间应当重新起算。

二是刑事附带民事诉讼与民事诉讼存在竞合关系的情形。刑事诉讼法第一百零一

条第一款规定：“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。被害人死亡或者丧失行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属有权提起附带民事诉讼。”因被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，权利人可以在刑事案件中提起附带民事诉讼，或者另行单独提起民事诉讼。如果权利人在刑事案件中主张刑事附带民事诉讼后撤回，后又就同一事实另行提起民事诉讼，仍然在向同一义务人积极行使权利，故权利人在刑事案件中提起附带民事诉讼构成诉讼时效中断，诉讼时效期间重新起算。

三是行政诉讼与民事诉讼存在竞合关系的情形。一般而言，行政诉讼是公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益所提起的诉讼，与民事诉讼主张权利的对象不同，不能导致后续民事上的诉讼时效中断。但如果仅是因权利人对纠纷性质系行政纠纷还是民事纠纷认识错误而提起的行政诉讼，也应认定当事人提起此行政诉讼的行为系在积极行使权利，此后即使当事人撤诉，也应当认为其提起行政诉讼具有诉讼时效中断的效力。

咨询人：福建省泉州市中级人民法院民四庭 **傅家谋**

答疑专家：福建省高级人民法院民二庭 **曹慧敏**

问题 2：买卖合同未约定货款支付时间，出卖人主张货款的诉讼时效起算点如何确定？

答疑意见：从我国民法典立法的体例结构看，不论是总体结构还是各编结构，都

是按照“从一般到具体”进行编排的。但在司法实践中适用民法典时，则应遵循“从具体到一般”的适用规则。具体到买卖合同，应当优先考虑适用民法典合同编典型合同中关于买卖合同的具体规定，没有具体规定的，再考虑适用合同编通则乃至总则编的相关规定。题述问题涉及民法典买卖合同中第六百二十八条规定的“同时支付规则”与民法典合同编通则部分的第五百一十一条第四项规定的“随时履行规则”的适用关系问题。对此，应当直接适用“同时支付规则”，即买受人收到标的物或者提取标的物单证的同时即应承担合同价款支付义务，并据此起算诉讼时效。理由在于：从基本的体系逻辑看，民法典第五百一十一条规定于合同编第一分编“通则”第四章“合同的履行”部分，第六百二十八条规定于合同编第二分编“典型合同”中的“买卖合同”部分。从民法典合同编的体系结构看，通则与典型合同、准合同构成总分关系，是一般规定与具体规定的关系，故应当优先适用分编中的具体规定。而且，从基本法理上看，对于未约定合同价款支付时间的买卖合同而言，在出卖人已按照合同约定向买受人交付买卖合同标的物或者相应单证后，买受人就负有及时支付合同价款的义务。相应地，出卖人就享有了对买受人主张支付价款的请求权，这时已与民法典第五百一十一条第四项规定的“履行期限不明确”不吻合。

是故，就问题所述当事人在买卖合同中未约定价款支付时间的情形，有必要先依照民法典第五百一十条规定，看当事人之间有无补充协议，或者能否通过交易习惯来判断合同价款请求权的成立时间；如若不能，则应依照民法典第六百二十八条规定确定出卖人合同价款请求权的成立时间，进而确定诉讼时效的起算时间。

咨询人：四川省遂宁市中级人民法院 张皓

答疑专家：四川省高级人民法院审监二庭 **杨 军**

问题 3：物业费的诉讼时效应当如何计算？

答疑意见：关于物业服务费的诉讼时效计算方式，我们倾向于认为，每笔物业费债务均系独立之债，其诉讼时效应当依照民法典第一百八十八条的规定，分段分别起算。主要考虑：在物业服务合同中，物业服务人需要提供的物业服务和业主应当支付的物业费总额，在物业服务合同成立时尚不能确定，而是随时间的延续而发生变化；同时，物业服务合同通常约定物业服务费按照固定周期结算（如一年一交），每个周期的物业费债权相互独立，多个结算周期的物业费债务实为多个相互独立的债务集合，而非同一债务的分期履行。故物业服务费诉讼时效的起算应当适用民法典第一百八十八条分段分别起算的规定，不应适用民法典第一百八十九条关于同一债务分期履行的诉讼时效起算规则。人民法院案例库入库参考案例《广东某物业服务有限公司诉郭某物业服务合同纠纷案（入库编号：2023-16-2-121-007）》的裁判要旨已明确：物业服务合同中的每一期债务在合同履行过程中相继发生，各期债务之间虽互有关联性，但更具有可分性，独立性大于关联性，应认定为独立债务，故诉讼时效自每一期债务履行期限届满之日分别计算。

咨询人：江西省高级人民法院研究室 **彭永刚**

答疑专家：最高人民法院民一庭 **李赛敏**

问题 1：对自然人声音的保护，如何参照适用肖像权保护的有关规定？

答疑意见：自然人的声音具有独特性、唯一性、稳定性特点，一旦定型后除非通过科技手段，否则难以改变。因此，自然人的声音与肖像一样都可以成为标表自然人的人格标志，可以对外展示个人行为 and 身份，具有一定的人格属性。实践中两者也经常同时使用，如在广告中使用他人肖像的同时还往往配上其声音。民法典第一千零二十三条第二款规定，对自然人声音的保护，参照适用肖像权保护的有关规定。据此，民法典第一千零一十八条有关肖像权权能的规定、第一千零一十九条有关禁止侵害肖像权行为的规定、第一千零二十条有关肖像权合理使用的规定、第一千零二十一条至第一千零二十二条有关肖像权商业利用的规定，均可参照适用于对自然人声音权益的保护。

具体而言，对自然人声音的保护客体是自然人的声音本身，即纯粹的声音，既非声音的载体，也非声音中的具体内容。具体权能体现为依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的声音；任何组织或者个人不得未经许可擅自使用、公开他人的声音。比如，在“殷某桢诉北京某智能科技有限公司等人格权纠纷案”（入库编号：2025-07-2-474-001）的裁判要旨即认为，未经自然人许可使用经人工智能技术处理的声音，构成对自然人声音权益的侵权。

在符合民法典第一千零二十条规定的为教学科研、实施新闻报道、依法履行职责、展示特定公共环境以及维护公共利益或者权利人的合法权益等情形下，行为人对

声音的使用可以构成合理使用，不构成对自然人相关声音权益的侵犯。

自然人可以许可他人在商业活动中使用其声音，并依法获取一定的利益。在声音许可使用合同的解释等方面，也与肖像权许可使用合同遵循同样的规则。需要注意的是，受到保护的声音应当足以识别到特定的自然人，具有明显的特征指向性。另外，单纯模仿他人的声音，比如电视台举办的“模仿秀”等，不宜认定为构成侵权，不宜简单化适用肖像权保护的相关规则。

咨询人：杭州互联网法院互联网审判第一庭 **肖 苕**

答疑专家：浙江省杭州市中级人民法院民事审判第一庭 **翟羽佳**

问题 2：在舆论监督中肖像权的合理使用如何认定？

答疑意见：舆论监督中合理使用肖像权涉及民法典第九百九十九条、第一千零二十条第二项、第五项的适用。一般认为，适用舆论监督合理使用肖像权应当满足两个要件：一是目的的公益性，即对肖像权的制作、公开、使用，是为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为所必须的。比如，最高人民法院公报案例“施某某、张某某、桂某某诉徐某某肖像权、名誉权、隐私权纠纷案”（（2015）江宁少民初字第7号）的裁判要旨即认为，为保护未成年人利益和揭露可能存在的犯罪行为，发帖人在其微博中发表未成年人受伤害信息，使用了施某某受伤的九张照片（使用时已经对脸部作了模糊处理），所发微博的内容与客观事实基本一致，符合社会公共利益保护和儿童利益最大化原则，不应认定此行为构成侵权。

二是手段的相当性，即为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为所制作、使用、公开的肖像应当具有合法来源。比如，新闻从业人员进行新闻采访应当符合相应准则，不得以非法侵入等不当方式侵扰权利人的生活安宁。同时，在使用当事人的肖像时已经采取了必要、合理的保护措施。比如，在舆论监督不可避免使用未成年人肖像时，就有必要通过打马赛克等方式对未成年人权益进行进一步保护。此外，对合理使用的认定，还需要结合民法典第九百九十八条的规定，综合考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度，以及行为的目的、方式、后果等因素。

咨询人：上海市浦东新区人民法院周浦人民法庭 **季佳彬**

答疑专家：上海市嘉定区人民法院民事审判庭 **纪学鹏**

问题 3：视频网络平台经营者收集用户的登录、观影记录信息是否属于侵犯用户个人信息或者隐私权益？

答疑意见：个人信息保护法第四条规定，个人信息是指以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。虽然法律未明确列举网站登录信息、观影信息是否为个人信息保护法的保护客体，但是上述信息明显具有与个人喜好密切相关的可识别性，对视频网络平台而言则具有营销价值。比如，很多视频网络平台可以通过观影记录计算会员偏好，从而不断推送类似视频，赚取更多流量广告收益。而且，视频平台也普遍在个人用户隐私界面设置其他人对观影记录可见或者不可见选项供用户勾选，这说明视频平

台的经营者也认为观影记录具有私密性。综上，认定视频平台用户登录信息和观影记录为个人信息进而加以保护，具有合理合法性。

在用户注册会员时，视频平台的经营者通常会告知将收集用户登录记录和浏览观影记录；而作为一般用户，对平台收集自己的登录记录和浏览观影记录也是明知的。故在平台已明确告知并获得用户同意的情形下，收集该记录通常并不构成侵权。但是，视频平台作为个人信息的收集人，对相应信息的使用应当以合法、正当、必要为边界，并遵循诚信原则，否则仍然可能成立侵权。

咨询人：上海市崇明区人民法院审判监督庭 **李傲然**

答疑专家：上海市高级人民法院民事审判庭 **曹湘芹**

问题 4：采取“指桑骂槐”“含沙射影”的方式辱骂他人是否侵犯名誉权？

答疑意见：行为人采取“指桑骂槐”“含沙射影”等间接方式暗指他人的行为，属于影射型行为。影射型行为是指通过外号、特定修饰语、行为、事件、经历、环境等特征要素指代对象，或采取排他性标识区别指向对象，但不直接指明特定对象的表达方式。尽管此种表达方式模糊，但如果相关行为中的对象特征要素足以让信息受众意识到该行为与特定对象具有高度的对应性，从而造成该特定对象社会评价降低，同时满足其他侵权责任构成要件的，依然构成名誉权侵权。

影射型行为具有暗示性、映射性的特点，诉讼双方当事人因利益对立，对行为的指向性往往存在截然不同的解释。因此，如何判断影射型行为的指向对象在案件

处理中十分关键。具体可以参考以下方法：首先，确定行为属于特指还是泛指。如果该行为明显是针对不特定对象发表，则不属于影射型行为。其次，判断行为的特征指向性。这是审查判断的重点。审查核心在于影射型行为中所包含的特征要素与特定对象本身所具有的特征是否相对应。影射型行为中所提及的对象特征要素信息越多、越具个性化，其指向对象的可对应性也将显著提升。具体言之，可以是在影射型行为展示了多项特征要素，一般受众对特征要素汇总后，认为特定对象高度符合全部信息特征且能排除其他对象，进而识别出具体的所指之人；也可以是影射型行为展示了某项或某几项具体的特征要素，有特定知识背景的受众可以根据该特征要素直接确定所指之人。再次，要准确把握特征指向的高度对应性。影射型行为本意就在于模糊表达，故对应性不应要求达到唯一、排他的对应程度，只要足以使知悉特定背景的信息受众理解为是用来指定特定对象即可。比如，在“杨某诉广州某网络股份有限公司、陆某某网络侵权责任纠纷案（入库编号：2024-18-2-369-001）”中，裁判要旨认为，侮辱诽谤使用网络虚拟身份的网络用户，即便未指名道姓，但通过实名制、民事主体的排他性特征或根据一般人认知，在一定范围内能将该网络虚拟身份与现实主体相对应，可指向特定自然人的，构成对他人名誉权的侵害。需要注意的是，对此应排除个别信息受众根据偶然巧合的对应性作出逆向理解的情形，即行为人影射型行为所含对象特征与某人存在特征重叠情况下，应以信息受众是否从影射型行为中识别出特定对象作正向判断，而非将特定对象“对号入座”来反向识别指向性。最后，要注意从信息受众视角来判断。名誉作为一种社会性的评价，该权利受到损害表现为社会评价的降低。因此，为了更加契合名誉权损害的实然结果，当无法直接判断影射型行为所指向的对象时，可以从信息受众的角度切入，重点判断熟悉该特定对象

的公众在接收信息后所作出的通常理解。

咨询人：广州互联网法院综合审判三庭 **曹 钰**

答疑专家：广东省广州市中级人民法院民事审判庭 **肖 凯**

问题 5：网络服务提供者的名誉权侵权责任应当如何认定？

答疑意见：对于网络服务提供者在名誉权侵权案件中是否应当承担责任的问题，应当重点把握以下两点：

其一，网络服务提供者在接到受害人的通知后是否及时转送行为人或采取必要措施。根据民法典第一千一百九十五条第二款的规定，网络服务提供者在接到权利人要求就侵权行为采取必要措施的通知后，未将通知转送相关网络用户，或者未及时采取删帖等必要措施，由此导致损害扩大的，对扩大部分与行为人承担连带责任。此种情形隐含的前提是，权利人应当先行向网络服务提供者发送相关通知，而后网络服务提供者负有及时将通知转送和采取删帖等必要措施的义务。需要注意的是，对于以营利为目的的网络服务提供者的法律责任认定，尚不能完全局限于是否依法履行通知转送、删除等义务。因为作为以内容获取点击量和广告收入的网络服务提供者，其对于侵权行为人发布的谣言及不实内容，非但没有直接经济利益损失，相反还可能获取网页点击量，得到经济收入，甚至还可能提高其影响力和知名度。故对于以内容获取点击量和广告收入的网络服务提供者，还应当承担与其收益相对应的注意义务。在判断网络服务提供者应当采取哪些必要措施

时，应当充分考虑该因素。比如，在“广州某文化传播有限公司诉北京某科技有限公司等侵害作品信息网络传播权纠纷案”（入库编号：2023-09-2-158-043）中，裁判要旨认为，应结合法律规定、技术手段、获利模式、公共利益四个维度，将网络服务提供者的注意义务在“通知-删除”的基础上延伸为“必要预防措施+删除”，从而平衡权利人、网络服务提供者和社会公众的利益。该案虽为信息网络传播权纠纷，但对于名誉权侵权案件中网络服务提供者的法律责任认定，也具有参考价值。

其二，网络服务提供者是否知道或者应当知道行为人对受害人实施了侵权行为。网络侵权的惯常模式是行为人通过网络服务提供者提供的网络服务，对受害人实施侵权行为。网络服务提供者并非直接造成侵权责任的主体，而是为行为人提供了实施侵权行为的“途径”。根据民法典第一千一百九十七条的规定，网络服务提供者在知道或应当知道侵权人实施侵权行为而未采取必要措施时，与侵权人承担连带责任。具体而言，需要考察两个方面：一是主观上网络服务提供者对有关信息和事实的知悉状态，二是客观上违背对其传输的信息应尽到的合理注意义务。对于前者，判断的直接证据可以是网络服务提供者的工作人员明确承认、相关文件的明确记载等。对于后者，注意义务的设置应当在网络服务提供者实际履行能力的范围之内。

咨询人：上海市普陀区人民法院审判监督庭 **陈力夫**

答疑专家：上海市高级人民法院民事审判庭 **曹湘芹**

问题 6：个人是否可以通过直接起诉的方式行使查阅、复制、更正、删除个人信息等权利？

答疑意见：个人信息保护法第四章专门规定了“个人在个人信息处理活动中的权利”，明确个人享有查阅、复制、转移、更正、删除个人信息的权利。当这些权利无法实现时，当事人寻求司法救济是应有之义，否则法律规定的权利将无法实现。因此，该法第五十条第二款规定个人行使权利的请求被个人信息处理者拒绝时，个人可向人民法院提起诉讼。实践中，由于个人信息处理活动的广泛性，个人信息查询、复制、更正、补充、删除等权利的行使频率高、范围广，如果动辄诉诸法院，不但造成不必要的诉累，还可能成为诉讼人滥用权利的工具，阻碍数字经济的健康有序发展，有违个人信息保护法关于“促进个人信息合理利用”的立法目的。因此，倾向于认为，个人因行使个人信息查阅、复制等权利而向法院起诉的，应当根据个人信息保护法第五十条第二款的规定，提供个人信息处理者拒绝个人行使权利请求的初步证明材料，证明其诉讼请求具有一定的事实依据。在受理该类案件时，法院对当事人提交的初步证明材料只作形式审查，而不作实质审查；有关证明材料能否达到证明目的，应否被采信作为认定事实的依据，则在审理程序中解决。另外，从保障当事人诉权的角度来说，对于个人信息处理者“拒绝个人行使权利请求”的把握也不宜过于严苛，此“拒绝”应当既包括个人信息处理者以口头或书面方式作出拒绝的意思表示，也包括个人信息处理者在合理期限内未对个人的请求作出回复等多种情形。

咨询人：山东省高级人民法院研究室 **王露爽**

答疑专家：最高人民法院研究室 **张音**

法答网精选问答（第十八批）——工伤保险待遇专题（2025年05月01日发布）

问题 1：工伤保险中有关工作原因、工作时间和工作场所的认定如何把握？

答疑意见：依照社会保险法第三十六条以及《工伤保险条例》第一条、第十四条的规定，工伤认定应当重点围绕工作原因进行。工作场所、工作时间是工伤认定的辅助要素，在工作原因无法查明时，工作场所、工作时间的因素可以用来认定是否属于工作原因。比如，对于用人单位安排职工居家办公，有证据证明职工在工作时间确因工作原因受到事故伤害的，不应因在家工作而影响工伤认定。

根据指导案例 40 号（孙立兴诉天津新技术产业园区劳动人事局工伤认定案）的裁判要旨，“因工作原因”是指职工受伤与其从事本职工作之间存在关联关系。实践中，对工作原因的认定，应当综合考虑是否属于工作或者作为工作安排的活
动、是否属于履行工作职责、是否受用人单位指派、是否与工作职责有关、是否基于用人单位的正当利益、是否属于工作期间在合理场所解决必需的基本需求等因素。

对工作时间的认定，应当考虑是否属于法律规定的或者用人单位要求职工工作的时间，包括劳动合同约定、用人单位规定或者法律规定的工作时间，以及完成用人单位临时指派或者特定工作任务的时间、加班时间等。

对工作场所的认定，应当考虑是否属于与职工工作职责相关的区域以及因履行工

作职责所需的合理区域，包括但不限于：（一）用人单位能够对从事日常生产经营活动进行有效管理的区域；（二）职工为完成某项特定工作所涉及的单位以外的相关区域；（三）职工因工作来往于多个与其工作职责相关的工作场所之间的合理区域。

咨询人：四川省理塘县人民法院立案庭（诉讼服务中心） **洛绒布克**

答疑专家：最高人民法院行政庭 **王晓滨**

问题 2：建筑企业已办理项目参保但未在农民工上岗前办理人员增减参保手续的，工伤保险待遇是否由社会保险基金支付？

答疑意见：按照建设项目参加工伤保险，是指按照工程项目施工承包合同总造价缴纳工伤保险费，并非按照通常的工资总额缴纳。这既是对建筑企业的强制性要求，也是对建筑企业的职工特别是流动性较大的农民工给予的特殊保护。缴纳项目工伤保险，应覆盖项目中的所有职工。建筑企业应当对全部施工人员实行动态实名制管理，将人员增减变更情况及时报送社保经办机构。原则上，社会保险基金支付工伤保险待遇应以向社保经办机构报备的人员为准。因未及时更新人员增减参保手续，未经报备的劳动者发生工伤后是否由社会保险基金支付工伤保险待遇，应当考虑劳动者是否符合项目参保时间、范围，是否实际参与了参保项目的施工，是否可以确定劳动关系或者事实劳动关系等因素，结合具体案件的证据材料依法予以处理，不能简单以工伤人员未纳入参保名单而拒绝支付工伤保险待遇。社保经办机构也不得仅因建筑企业未及时报送参保人员名单而拒绝支付工伤保

险待遇。入库参考案例“某建筑安装公司诉安徽省枞阳县人力资源和社会保障局支付保险待遇案（入库编号：2024-12-3-008-004）”的裁判要旨即认为，对于建筑施工企业以建设项目参加工伤保险的情形，在参保期内，未报备登记职工在该项目范围内发生工伤后，保险经办机构以未报备为由拒绝核定、支付工伤保险待遇的，人民法院不予支持。

咨询人：四川省内江市中级人民法院行政庭 **王 晶**

答疑专家：四川省高级人民法院行政庭（赔偿办） **刘丽君**

问题 3：建筑领域无用工主体资格的承包人所聘用人员因工死亡，诉请工伤保险待遇赔偿，是否需经工伤认定等前置程序？

答疑意见：第一，工伤认定是劳动行政部门依据法律的授权对职工因事故伤害（或者患职业病）是否属于工伤或者视同工伤给予定性的具体行政行为。在建筑施工领域，不具备用工主体资格的承包人所聘用人员因工死亡的，其按照工伤保险待遇标准诉请赔偿，需经工伤认定的前置程序。第二，当事人未在《工伤保险条例》第十七条规定的期限内申请工伤认定，人民法院不能在劳动争议民事案件审理过程中认定属于工伤。第三，在多层转包情况下，如果伤亡者诉请相关工伤保险责任单位承担工伤保险待遇赔偿，应当经过劳动行政部门工伤认定、劳动能力鉴定委员会劳动能力伤残等级鉴定。

咨询人：内蒙古自治区高级人民法院赔偿委员会办公室 **张 雷**

答疑专家：最高人民法院民一庭 **谢爱梅**

问题 4：冒用他人名义入职者在被认定为工伤后，能否享受工伤保险待遇？

答疑意见：用人单位应当依照《工伤保险条例》的规定参加工伤保险，如实申请办理工伤保险登记，并为本单位全部职工按时足额缴纳工伤保险费。职工冒用他人身份与用人单位建立劳动关系，用人单位以被冒用人身份为该职工申请办理工伤保险登记，并按时足额缴纳工伤保险费，职工受到伤害被认定工伤后，用人单位、职工或者其近亲属等依法申请核发工伤保险待遇的，人民法院应当予以支持。实践中，须厘清以下两个问题：

第一，冒用他人身份入职并非构成骗取社会保险待遇违法行为的充分条件。若职工冒用他人身份的主观目的仅是入职，而非入职后制造或伪造工伤事故骗取社会保险待遇的，则不属于社会保险法第八十八条、《社会保险基金行政监督办法》第三十二条规定“以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取社会保险待遇”的情形。用人单位以被冒用人身份缴纳社会保险费用，虽然存在名不符实的情况，但是用人单位为劳动者购买工伤保险的意思表示真实，且用工的过程存在对应性、唯一性，亦不属于骗取社会保险待遇的情形。因此，用人单位以被冒用人身份为该职工申请办理工伤保险登记，社会保险有关部门对相关参保信息未尽审慎审查义务同意办理，用人单位按时足额缴纳工伤保险费的情形下，职工受到伤害被依法认定工伤后，社会保险部门应依法核发工伤保险待遇。

第二，根据责任法定原则的要求，违法行为发生后，法律责任的产生、确定和追

究必须依据现行法律的规定。对于冒用他人身份违法行为应承担的法律责任，应结合行为人主观过错、损害结果以及因果关系等因素，适用不同的法律规范作出认定。比如，用人单位可向其主张解除劳动关系以及赔偿给单位造成损失。被冒用人亦可主张赔偿身份被冒用造成的损失。根据居民身份证法第十七条、第十八条的规定，冒用他人身份证，公安机关可以依法给予其行政处罚。从事犯罪活动的，依法追究刑事责任。

咨询人：江西省高级人民法院行政审判庭 **蔡维琴**

答疑专家：最高人民法院行政庭 **韩锦霞**

问题 5：工伤职工在停工留薪期内死亡，其近亲属享受工亡待遇是否需要提交因果关系的鉴定？举证责任由谁承担？

答疑意见：依据《工伤保险条例》第三十九条第二款规定，伤残职工在停工留薪期内因工伤导致死亡的，其近亲属享受工亡待遇。故近亲属享受工亡待遇的前提条件是职工死亡与工伤之间具有因果关系。实践中，伤残职工的用人单位或近亲属需要向统筹地区社会保险行政部门提交相关材料，申请工亡认定，由该部门认定是否属于工亡。《工伤保险条例》第十九条第一款进一步规定：“社会保险行政部门受理工伤认定申请后，根据审核需要可以对事故伤害进行调查核实，用人单位、职工、工会组织、医疗机构以及有关部门应当予以协助。职业病诊断和诊断争议的鉴定，依照职业病防治法的有关规定执行。对依法取得职业病诊断证明书或者职业病诊断鉴定书的，社会保险行政部门不再进行调查核实。”因此，职

工死亡与工伤之间的因果关系首先应由社会保险行政部门认定, 申请人应当协助配合社会保险行政部门进行调查核实, 否则应当承担无法认定工亡的风险。

行政诉讼法第三十四条第一款规定: “被告对作出的行政行为负有举证责任, 应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件。” 第三十八条第一款规定:

“在起诉被告不履行法定职责的案件中, 原告应当提供其向被告提出申请的证据。” 结合上述规定可知, 如果伤残职工家属或者用人单位不服社会保险行政部门作出的工亡认定结果, 向人民法院提起诉讼, 申请人应当提供其向社会保险行政部门提出申请的证据, 社会保险行政部门对其不予认定工亡的合法性负有举证责任。如果伤残职工家属或者用人单位已经提供初步证据证明死亡与工伤之间有关联, 社会保险行政部门否认工伤与职工死亡之间存在因果关系且未提供相应证据予以证实的情形下, 人民法院可以依据现有证据依法认定工伤与职工死亡之间存在因果关系。

咨询人: 贵州省高级人民法院行政审判庭 **陈炜焱**

答疑专家: 最高人民法院行政庭 **王晓滨**

法答网精选问答 (第十七批) —— 民法典合同编通则专题 (2025年03月13日发布)

问题 1: 违反预约合同的违约责任应如何界定?

答疑意见: 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干

问题的解释》（以下简称《民法典合同编通则解释》）第八条第一款规定：“预约合同生效后，当事人一方不履行订立本约合同的义务，对方请求其赔偿因此造成的损失，人民法院依法予以支持。”据此，违反预约合同的，对方当事人可以请求违约方承担损失赔偿责任，原则上不能主张继续履行。对于损失赔偿数额，根据《民法典合同编通则解释》第八条第二款的规定，“当事人有约定的，依照约定；没有约定的，人民法院应当综合考虑预约合同在内容上的完备程度以及订立本约合同的条件的成就程度等因素酌定”，其实质是允许法官在本约合同的信赖利益与履行利益之间酌定违反预约合同的损失赔偿额。这里所说的“损失”，通常包括以下内容：其一，订立预约合同所支付的各项费用；其二，准备为签订本约合同所支付的费用；其三，已付款项的法定孳息；其四，提供担保造成的损失。当然也可以根据具体情况考虑订约机会丧失的损失，但是应当提供证据予以证明。

此外，如果预约合同中约定有违约金条款的，当事人可以依照民法典第五百八十五条第一款的规定，请求违约方支付一定数额的违约金。如果违约金过低或者过高的，可以依照民法典第五百八十五条第二款关于“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；约定的违约金过分高于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少”的规定，请求法院合理增加或者减少违约金。

咨询人：北京市朝阳区人民法院望京人民法庭 **张海文**

答疑专家：北京市高级人民法院民一庭 **程惠炳**

问题 2：债权人代位权诉讼中，相对人能否向债务人履行债务？

答疑意见：在债权人代位权诉讼中，相对人能否向债务人履行债务，现行法律和司法解释尚无直接规定。倾向于认为，债权人提起代位权诉讼后，相对人未经债权人同意，不能向债务人履行债务。主要理由是：其一，在债务人怠于行使其对相对人的债权而影响债权人到期债权实现的情况下，法律规定了代位权制度，赋予债权人突破债的相对性直接向债务人的相对人请求履行的权利。如果允许代位权诉讼中相对人向债务人履行债务，就会使得债权人本可以通过行使代位权获得清偿的目的落空，必然会使得代位权制度的功能价值大打折扣。其二，债权人提起代位权诉讼后，允许相对人直接向债务人履行债务不利于债权人合法权益的保护。代位权作为一项法定权利，债权人只能通过诉讼方式行使。在起诉时符合代位权行使条件的情况下，若允许相对人在债权人起诉后直接向债务人履行债务，将会导致债权人的主张因不再符合债权人代位权行使的条件而不被支持，进而使得债权人承担了诉讼成本却不能实现本来依法可以实现的债权，徒增诉累。这还意味着债务人和相对人可以直接影响诉讼程序进程，使债权人的权益实现完全受制于债务人和相对人的行为，很容易造成债务人与相对人恶意损害债权人利益的局面。

审判实践中，广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法商终字第 2822 号、江苏省淮安市中级人民法院（2020）苏 08 民终 2477 号民事判决等体现了上述裁判思路，可资借鉴。

咨询人：江苏省淮安市中级人民法院研究室 解思辛

答疑专家：江苏省高级人民法院民二庭 杨 晓

问题 3：债权人行使撤销权是否应以生效的法律文书确认其债权为前提？

答疑意见：倾向于认为，债权人行使撤销权不以生效的法律文书确认债权为前提

主要理由是：

其一，法律并未规定在提起债权人撤销权之诉时，债权人对债务人享有的债权必须经生效判决确定。依照民法典第五百三十八条、第五百三十九条的规定，债权人行使撤销权的基本条件之一是债务人的不当行为“影响债权人的债权实现”。换言之，债权人行使撤销权仅以债权人与债务人之间的债权债务关系存在为前提，并未要求该债权须经生效法律文书确定。

其二，从撤销权制度的立法宗旨上看，债权人撤销权是在债务人放弃其债权、无偿转让财产等影响债权人债权实现的情形下，保全债务人责任财产的法律制度，其本身并不涉及债权人与债务人之间债权债务关系的变动。所以，债权人的债权不以其对债务人的债权清偿期届满、债权数额确定为必要，更不必以生效法律文书确认该债权为前提。

其三，代位权诉讼的类似规定可资参照。《民法典合同编通则解释》第四十条第二款规定：“债务人的相对人仅以债权人提起代位权诉讼时债权人与债务人之间

的债权债务关系未经生效法律文书确认为由，主张债权人提起的诉讼不符合代位权行使条件的，人民法院不予支持。”作为合同保全的两种具体制度，代位权的行使与撤销权的行使均以有效的债权作为前提和基础。在代位权诉讼中，不以生效法律文书已确认债权人享有债权为前提，撤销权诉讼中亦应采取类似做法。

咨询人：浙江省绍兴市中级人民法院民事审判第二庭 杨烨莹

答疑专家：浙江省高级人民法院民事审判第二庭 方晓

问题 4：当事人起诉主张解除合同后撤诉，又再次起诉主张解除合同，合同解除时间如何确定？原告起诉解除合同，后变更诉讼请求为继续履行，被告主张合同在起诉状副本送达时解除，应否支持？

答疑意见：第一，对于当事人起诉主张解除合同后撤诉，又再次起诉主张解除合同时，合同解除时间如何确定的问题，应当体系化适用民法典第五百六十五条和《民法典合同编通则解释》第五十四条的规定。具体而言：

一是依照民法典第五百六十五条第二款的规定，合同自起诉状副本送达对方时解除，其前提是人民法院确认当事人解除合同的主张。因此，即使当事人一方请求解除合同的起诉状副本已经到达对方当事人，在未经人民法院审理确认其主张之前，并不产生合同解除的法律效果。

二是实践中存在当事人一方起诉后又撤诉的，双方当事人嗣后可能还有履行行为，或者两次起诉主张解除的理由不同等情况，如果机械地以第一次起诉状副本送达

的时间为合同解除时间，不利于纠纷的有效化解，而且可能会对因相信合同未解除而继续履行的对方当事人不公平。

需要注意的是，在当事人一方撤诉后又再次起诉前的期间内，如果该方当事人通知对方解除合同的，这时应当适用通知合同解除的规则确定合同解除的时间，即以通知到达对方的时间作为合同解除的时间。

第二，如原告起诉解除合同后又变更诉讼请求要求继续履行，也不能以起诉状副本已经送达对方当事人为由认定合同已经解除。其基本原理与前述第一个问题是一致的，即合同在起诉状副本送达对方时解除的前提是人民法院确认当事人解除合同的主张。原告起诉解除合同后又变更诉讼请求的情形下，其解除主张未经人民法院审理并确认，不发生解除效力。而且如果当事人的诉请已变更为继续履行，这时再以起诉状副本送达对方当事人来认定合同已经解除，也已明显不符合客观实际。当然，如果被告在该案中提出反诉解除合同，人民法院审理确认解除合同的，可以以反诉状副本送达之日确定解除时间。

咨询人：上海市高级人民法院研究室（发展研究中心） **高佳运**

答疑专家：最高人民法院研究室民事处 **陈龙业**

法答网精选问答（第十六批）——国家赔偿及司法救助专题（2025年02月20日发布）

问题 1：再审判决维持对被告人定罪及主刑部分，仅撤销罚金附加刑的，被告人

已缴纳的罚金是否属于国家赔偿范围？

答疑意见：国家赔偿法第十八条列举了“违法采取查封、扣押、冻结、追缴等措施”和“再审改判无罪，原判罚金、没收财产已经执行”两种侵犯财产权的国家赔偿情形，对于再审刑事判决仅撤销罚金附加刑、未改判无罪的情形并未明确规定。结合立法本意分析，我们认为此种情形应属于国家赔偿范围。主要考虑是，再审刑事判决撤销罚金刑后，赔偿义务机关执行原生效裁判取得罚金的法律依据已经丧失，继续占有该罚金既无法律依据，也无事实根据，故应将已执行的罚金返还被执行人。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百三十一条关于“刑事裁判涉财产部分、附带民事裁判全部或者部分被撤销的，已经执行的财产应当全部或者部分返还被执行人；无法返还的，应当依法赔偿”的规定与国家赔偿法依法保护公民、法人和其他组织合法权益的立法精神一致。其中的“应当返还”属于原罚金执行机关应当履行的法定义务，而“依法赔偿”则应理解为依照国家赔偿法给予国家赔偿，可以作为人民法院赔偿委员会审理此类刑事赔偿案件的法律依据。因此，如果原罚金执行机关未依照上述司法解释规定在合理期限内向被执行人返还已经执行的罚金，被执行人有权申请国家赔偿。

咨询人：吉林省高级人民法院赔偿委员会办公室 **杨毅鹏**

答疑专家：最高人民法院赔偿办 **高珂**

问题 2：被执行人以执行法院查封其不动产后拖延处置为由，申请法院赔偿因拖

延执行而增加的债务利息， 应否赔偿？

答疑意见：错误执行赔偿主要针对积极作为的错误执行行为，对于包括故意拖延执行在内的不作为错误执行应当审慎认定，不宜宽泛把握，以实现促进规范执行和保障依法履职之间的平衡。查封不动产长期未处置，如果在此期间该财产处于续封状态、申请执行人或者被执行人已经向执行法院申请处置财产，在没有正当事由（如执行异议之诉正在审理等）情况下，执行法院故意不予处置的，应当认定属于故意拖延执行；如果未能及时执行存在正当事由，执行法院并无过错，则不应认定为故意拖延执行。

需要注意的是，错误执行行为的存在仅是国家赔偿责任构成条件之一，是否予以赔偿仍需结合是否存在最终损害后果及因果关系等其他要件进行判断。在赔偿责任成立后，还应当根据案件具体情况，综合考虑各方（在有些情形下，除执行法院外，还可能包括直接侵权的第三人、赔偿请求人等）过错程度、行为原因力大小等因素，区分责任主次，确定错误执行法院相应的赔偿责任。

咨询人：四川省高级人民法院少年审判庭 **黄丹**

答疑专家：最高人民法院赔偿办 **梁清**

问题 3：执行法院依法受理执行案件后，请求其他人民法院协助执行生效法律文书，申请执行人认为协助执行法院的协助行为损害其权益，能否向协助执行法院申请国家赔偿？

答疑意见：一般情况下，协助执行法院在执行法院协助通知事项范围内实施协助执行行为的，即便该协助执行行为错误造成损害，也应当由执行法院承担赔偿责任。但如果协助执行行为与执行法院协助通知事项范围不符，则应当由协助执行法院针对其超范围执行部分，承担相应的赔偿责任。对此，可以类推适用《最高人民法院关于审理涉执行司法赔偿案件适用法律若干问题的解释》第四条关于“人民法院将查封、扣押、冻结等事项委托其他人民法院执行的，公民、法人和其他组织认为错误执行行为造成损害申请赔偿的，委托法院为赔偿义务机关”的规定。依此规定，委托法院可以将某些事项委托其他人民法院执行。如果受托法院依照委托法院的意思表示，在委托事项范围内实施执行行为的，委托法院为赔偿义务机关；如果受托法院的执行行为背离了委托法院的意思表示和委托事项，比如受托法院不作为或者消极执行，或者受托法院在实施过程中存在扩大执行范围、执行对象错误等错误执行情形，则应当由受托法院作为赔偿义务机关。另需注意的是，该规定针对的是事项委托，而非全案委托。如果是全案委托，案件委托执行后，委托法院应当在收到受托法院的立案通知书后作销案处理，此时的赔偿义务机关为受托法院。

咨询人：重庆市第一中级人民法院行政审判庭 景象

答疑专家：最高人民法院赔偿办 梁清

问题 4：司法救助实践中存在侦查、起诉等阶段救助不到位的情况，在审判、执行阶段，人民法院能否以 50%为标准认定“救助不到位”，再次予以救助？

答疑意见：“对同一案件的同一当事人只进行一次性救助”是“坚持辅助性救助”基本原则项下的具体要求。所谓“辅助”，是相对于“无法通过诉讼获得有效赔偿”和“符合条件的特定案件当事人生活面临的急迫困难”而言的。也就是说，能通过诉讼得到及时、有效解决的特定案件当事人的急迫困难，非特定案件当事人的急迫困难，以及所有非急迫困难，均不属于司法救助适用范围。由此可见，“急迫困难”是司法救助最核心的实体要件。因此，当某特定案件当事人的急迫困难已通过司法救助得以消除或缓解，就不符合再次司法救助条件。

当然，实践中被救助者面临的急迫困难往往并不相同，甚至处于不断变化中，而司法救助所依附的诉讼程序有审判、执行环节和不同审级之分，刑事诉讼程序也是分阶段进行。这就很难避免一些特定案件当事人可能在不同诉讼阶段、不同审级中再次面临急迫困难。同时，从解决急迫困难的资源和渠道来看，我国经济区域发展不平衡，部分地区尤其是基层财力不足，而且司法救助和社会救助的衔接尚待完善。因此，前一次司法救助未能缓解急迫困难，确需再次给予司法救助的情况，是客观存在的。有鉴于此，我们认为，首先，从客观实际和工作实效来看，应当允许再次救助等特殊措施的存在。其次，所谓“救助不到位”指因前文所述特殊原因，前一次救助未能缓解急迫困难，或者急迫困难情况有所反复等特殊情况。最后，对是否以50%为判断“救助不到位”的标准，不宜“一刀切”，应结合案件具体情况综合衡量确定。

咨询人：江西省高级人民法院国家赔偿委员会办公室 **古豪莉**

答疑专家：最高人民法院赔偿办 **徐超**

问题 1：驳回申诉通知书补正使用何种文书样式？

答疑意见：《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》第四百七十三条规定：“原判决、裁定认定被告人姓名等身份信息有误，但认定事实和适用法律正确、量刑适当的，作出生效判决、裁定的人民法院可以通过裁定对有关信息予以更正。”《刑事裁判文书样式（样本）》样式 45 及说明中也明确刑事补正裁定的适用范围是“各级人民法院对本院发出的刑事判决书、刑事裁定书或者刑事调解书中，发现有个别文字上的错误或者遗漏，予以改正、补充时使用。”依据上述规定，刑事补正裁定有明确的适用范围，不包括需要补正的刑事驳回申诉通知书、再审决定书。另考虑刑事驳回申诉通知书、再审决定书，在文书格式、实质内容上与刑事判决书、裁定书存在较大区别，故不宜以刑事裁定形式对该两类文书中存在的个别文字错误或者遗漏予以补正。否则，还存在刑事裁定书需要署名而被补正的刑事驳回申诉通知书、再审决定书不需署名的冲突问题。因此，从文书位阶对应及便于实践操作的角度，我们认为，对于刑事驳回申诉通知书、再审决定书中存在个别文字错误或者遗漏，需要予以改正或者补充的，可以用补正通知书、补正决定书予以补正。

需要说明的是，《民事诉讼文书样式》有关民事补正裁定的说明中明确民事补正裁定书适用于发现笔误的民事判决书、裁定书、调解书、决定书等法律文书的补正。但是，民事裁定主要针对程序问题作出，而刑事裁定既有可能针对重大程序

问题作出，也有可能针对实体问题作出，二者具有较大不同。此外，对于法院诉讼文书中的技术性文字错漏的处理，严格来说属于具体工作方式方法的问题，应重在解决实际问题。最高人民法院印发的《法官行为规范》（法发〔2010〕54号）第五十四条规定：“裁判文书宣告或者送达后发现文字差错：（一）对一般文字差错或者病句，应当及时向当事人说明情况并收回裁判文书，以校对章补正或者重新制作裁判文书；（二）对重要文字差错或者病句，能立即收回的，当场及时收回并重新制作；无法立即收回的，应当制作裁定予以补正。”对于上述规定中的具体做法，也可以参酌适用。

咨询人：河南省高级人民法院少年审判庭 **杜燕萍**

答疑专家：最高人民法院立案庭 **闫宏波**

问题 2：人身保险合同团体险中，签订合同的双方（用人单位与保险公司）约定管辖能否约束被保险人（员工）？

答疑意见：依据《中国保监会关于促进团体保险健康发展有关问题的通知》（保监发〔2015〕14号）第一条的规定，团体保险是指投保人为特定团体成员投保，由保险公司以一份保险合同提供保险保障的人身保险。团体险的保险合同，属于利他合同，职工为被保险人，受益人一般为职工本人或其近亲属。职工作为被保险人虽然没有参与订立保险合同，但是其财产或人身受保险合同保障。既然被保险人依据合同约定享有相关权利，亦应依据合同约定承担相应义务，这种义务既有保险法规定的实体法上的义务，也包括程序法上的义务。所以，团体保险合同

中的协议管辖条款，对被保险人亦具有约束力。

咨询人：广东省揭阳市中级人民法院立案庭 **彭艳君**

答疑专家：最高人民法院立案庭 **曹刚**

问题 3：股东提起代表诉讼，公司与被告之间的仲裁协议有无约束力？

答疑意见：在其他责任主体对公司负有违约之债或者侵权之债时，如公司怠于或者拒绝提起诉讼，股东可以代表公司提起诉讼。股东代表诉讼案件的管辖问题，应当根据其基础法律关系属于合同纠纷或者侵权纠纷来具体判断。如果案件是侵权之诉，一般无事先达成仲裁协议的情况。但是在合同之诉中，如果公司与他人事先订有书面仲裁协议，股东就该仲裁协议约定仲裁的事项提起股东代表诉讼，人民法院依法不予受理，告知其依据仲裁协议申请仲裁。

咨询人：山西省忻州市中级人民法院立案庭 **张婷**

答疑专家：最高人民法院立案庭 **刘雪梅**

问题 4：《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》第二十一条规定的“运输工具登记注册地”怎样理解？

答疑意见：根据民法典第二百二十五条的规定，船舶、航空器和机动车等运输工

具属于特殊动产，其物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。如船舶的所有权的取得、转让和消灭，应当依据《船舶登记条例》第五条的规定，向船舶登记机关进行登记；机动车的相关权属登记应当按照《机动车登记规定》第二条第三款的规定，向县级公安机关交通管理部门车辆管理所等办理相关机动车登记业务。故《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民事诉讼法解释》）第二十一条规定的运输工具登记注册地，应是指相关运输工具的登记机关的所在地，而非相关运输工具权属人的所在地，如车辆，应当是登记车辆权属的车辆管理所的所在地。一般情况下，当事人的住所地与其所有车辆权属登记的管理所所在地是一致的。但是，如果因为迁移等原因导致当事人的住所地与其所有车辆权属登记的管理所所在地不一致时，应当以其车辆权属登记的管理所所在地作为“运输工具登记注册地”。

咨询人：陕西省咸阳市渭城区人民法院综合审判庭 **陈琳楠**

答疑专家：最高人民法院立案庭 **钱晓晨**

问题 5：签订建设工程施工合同，缴纳保证金后未施工，现要求返还保证金，是否适用专属管辖？

答疑意见：民事诉讼法第三十四条第一项规定：“因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。”《民事诉讼法解释》第二十八条第二款规定：“农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。”上述司法解释规定的建设工程

施工合同纠纷,并未明确排除建设工程施工合同订立后没有实际履行而产生的解除合同、返还保证金纠纷的情形。在起诉与受理阶段,案由的确定应当依据当事人的诉讼请求。当事人依据建设工程施工合同诉请返还保证金,属于因履行建设工程施工合同引发的纠纷。案涉合同是否实际履行,在起诉与受理阶段不能查明,只有通过实体审理才能查明。故在法律、司法解释没有明确规定的情况下,不宜仅以建设工程施工合同未实际履行为由,排除民事诉讼法及其司法解释关于不动产纠纷专属管辖规定的适用。

咨询人: 最高人民法院立案庭 高斌斌

答疑专家: 最高人民法院立案庭 李盛烨

法答网精选问答(第十四批)——仲裁司法审查专题(2024年12月26日发布)

问题 1: 人民法院受理民事诉讼案件后,被告以当事人之间有书面仲裁协议为由提出异议申请,人民法院审查认为异议理由不能成立,应以何种形式处理当事人的异议申请?是否需要书面通知当事人?

答疑意见: 有效仲裁协议排除人民法院管辖是我国民事诉讼法和仲裁法确立的一项基本原则。依据民事诉讼法和仲裁法规定,当事人有权以双方存在仲裁协议为由向受诉人民法院提出异议。需要注意的是,此异议是关于纠纷由仲裁处理还是由法院受理而产生的争议,不同于民事诉讼法规定的管辖权异议。对此异议的处

理，有两种结果：一是异议成立，即仲裁机构或者仲裁庭有管辖权，法院应当裁定驳回起诉。对此，仲裁法第二十六条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民事诉讼法解释》）第二百一十六条第二款均有明确规定。二是异议不成立，即仲裁机构或者仲裁庭无管辖权，该民事案件属于人民法院受理民事案件的范围。对此，人民法院应当以何种形式处理当事人的异议申请，是裁定驳回异议申请还是通知当事人，法律并未明确规定，实践中也存在争议。考虑到异议的处理是确定民事案件是否属于人民法院主管的先决问题，为充分保障当事人的诉权，在异议不成立的情形下，应当参照适用管辖权异议不成立的规定处理，即裁定驳回当事人的异议，而不能以通知方式进行处理。另需注意的是，就仲裁协议效力提出异议的期限为人民法院首次开庭前，而不是民事诉讼法第一百三十条规定的提交答辩状期间。

咨询人：广西壮族自治区梧州市中级人民法院立案庭 **李剑**

答疑专家：最高人民法院民四庭 **张梅**

问题 2：人民法院以当事人超过申请撤销仲裁裁决的期限为由作出驳回申请的裁定，该类裁定能否上诉、能否申请再审？如允许上诉、申请再审，该类裁定同时包括撤裁事由审查内容的，应如何处理？

答疑意见：根据仲裁法第五十九条的规定，当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起六个月内提出。当事人超过六个月期限提出撤销仲裁裁决申请的，由于不符合人民法院受理申请撤销仲裁裁决案件的条件，应当裁定不予受理，已

经受理的，应当裁定驳回申请。此类裁定属于程序性驳回的裁定，不同于进入仲裁司法审查程序后人民法院根据仲裁法规定的应予撤销仲裁裁决的法定事由进行审查作出的裁定。根据《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第七条、第八条、第二十条的规定，对于不予受理的裁定、因不符合受理条件而驳回申请的裁定，申请人可以上诉，也可以申请再审。据此，对于因当事人超出申请撤裁期限而不予受理或者被驳回申请的裁定，当事人均可以上诉，也可以申请再审。

申请人申请撤销仲裁裁决，人民法院受理后认为已经超过六个月期限的，应当直接裁定驳回申请，无需对当事人提出的撤裁事由进行审查。如果人民法院同时进行了审查并裁定驳回申请的，人民法院在上诉、再审审查程序中仅限于审查原裁定对超出撤裁申请期限的认定是否正确，对申请撤销仲裁裁决理由是否成立等问题不需予以审查。

咨询人：广东省高级人民法院民四庭 张建清

答疑专家：最高人民法院民四庭 李光琴

问题 3：申请承认和执行外国仲裁裁决的期间，是诉讼时效还是除斥期间？人民法院是否应当主动依职权审查？当事人仅申请承认而未同时申请执行，申请执行期间是否重新起算？

答疑意见：首先，申请承认和执行外国仲裁裁决的期间，适用诉讼时效的规定。

根据《民事诉讼法解释》第五百四十五条第一款的规定，当事人申请承认和执行外国仲裁裁决的期间，适用民事诉讼法第二百五十条的规定，即申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。

其次，人民法院不应依职权主动审查当事人是否超过申请承认和执行的期间。民法典第一百九十三条规定，人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第二条规定，当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应就诉讼时效问题进行释明。因此，被申请人未以超期为由提出抗辩的，人民法院不应主动审查申请承认和执行期间是否届满。

最后，关于申请人仅申请承认而未同时申请执行，申请执行期间是否重新起算的问题。根据《民事诉讼法解释》第五百四十五条第二款的规定，申请执行的期间自人民法院对承认申请作出的裁定生效之日起重新计算。因为承认和执行外国仲裁裁决，是一个既有联系又有区别的问题，承认是执行的前提，但是承认并不一定必然伴随执行，当事人可以仅申请承认而不申请执行。如当事人先申请承认，其后又申请执行的，就会产生两个期间：一是申请承认外国仲裁裁决的期间；二是裁定承认后申请执行的期间。这两个期间应该按照诉讼时效的规定分别计算。

咨询人：江苏省高级人民法院民四庭 陈亮

答疑专家：最高人民法院民四庭 马东旭

问题 4：当事人约定争议提交“某方所在地仲裁委员会”或者“当地仲裁委员

会”，其中“所在地”或“当地”的范围应如何理解？如果“所在地”或“当地”所在区（县）没有仲裁委员会，或者“所在地”或“当地”既有本地设立的仲裁委员会又有其他仲裁委员会设立的分会等分支机构，该仲裁协议是否有效？

答疑意见：关于“所在地”“当地”的理解问题。依据仲裁法第十六条、第十八条的规定，仲裁协议应当约定明确的仲裁机构，没有约定仲裁机构或约定不明确，且达不成补充协议的，仲裁协议无效。实践中，经常遇到当事人在约定仲裁协议时对仲裁机构表述不准确、约定过于简单的瑕疵仲裁协议。对此，《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第93条规定：“根据仲裁法司法解释第三条的规定，在人民法院在审查仲裁协议是否约定了明确的仲裁机构时，应当按照有利于仲裁协议有效的原则予以认定。”因此，在判断双方约定的“所在地”“当地”仲裁委员会时，不应拘泥于所使用的文字，而应当按照有利于仲裁协议有效的原则进行解释。如结合当事人陈述以及合同的签订和履行情况等，足以明确“所在地”“当地”所指向地点的，则可以据此认定当事人约定的仲裁机构为指向地点的仲裁委员会。例如，所涉合同纠纷为建设工程承包合同纠纷，一般可以认定约定的“当地”仲裁委员会为工程所在地仲裁委员会。又如，纠纷双方住所地在同一地的，一般可以认定约定的“所在地”仲裁委员会为双方共同住所地的仲裁委员会。

关于第二个问题。根据仲裁法的规定，仲裁机构不按行政区划层层设立。因此，中经常出现合同约定的“所在地”或“当地”没有设立仲裁委员会。在这种情况下，一方面，应当根据尽量有利于认定仲裁协议有效的原则予以解释，如果合同约定的区、县、未设区的市的上一级市设有仲裁委员会，则可以认定双方约定的

仲裁机构为该上一级市设立的仲裁委员会；如果上一级市也未设立仲裁委员会，但所在省有且仅有一个仲裁委员会的，亦可以认定双方约定的仲裁机构为该省仲裁委员会，此有利于尊重并实现当事人的仲裁意愿。另一方面，如果当事人约定的“所在地”或“当地”指向的市有两家仲裁委员会，或者当事人“所在地”或“当地”所在区、县、市的上一级市没有设立仲裁委员会，而所在省设有多家仲裁委员会，且当事人不能就选择其中一家仲裁委员会补充达成一致意见，则应当根据仲裁法第十八条的规定认定案涉仲裁协议无效。

实践中，还存在“当地”登记设立有一家仲裁委员会，但另有其他仲裁委员会在该地设立分会等分支机构的情形。当事人以该“当地”存在两家仲裁机构为由主张案涉仲裁协议无效的，考虑到仲裁委员会分会等分支机构受理案件、开展仲裁程序以及出具裁决书系以其所归属的仲裁机构的名义进行，故仲裁委员会分支机构一般不应认定为“当地”的仲裁机构。在没有其他证据足以证明当事人合意约定将争议提交某仲裁委员会分会仲裁的情况下，应当认定当事人的真实意思表示是将争议提交当地的仲裁委员会仲裁，案涉仲裁协议有效。

咨询人：上海市高级人民法院海事及海商审判庭 **黄鑫**

答疑专家：最高人民法院民四庭 **马晓旭**

法答网精选问答（第十三批）——行政诉讼专题(2024年12月26日发布)

问题 1：公民、法人或者其他组织提起行政诉讼时，起诉状列明的被告不明确或

不正确的，人民法院应当如何处理？

答疑意见：被告“明确”或“正确”是两个不同的问题，是不同的诉讼阶段对被告的不同要求。

第一，在立案审查环节，对被告的要求仅为“明确”，并不要求“正确”。根据行政诉讼法第四十九条第二项以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（以下简称《行政诉讼法解释》）第六十七条第一款的规定，公民、法人或者其他组织提起诉讼时，提供被告的名称等信息应当清楚、具体、可以指认，“足以使被告与其他行政机关相区别”。也就是说，只要原告在起诉状中列明被告名称等信息指向了具体的、特定的被诉行政机关，达到足以使其指控的被告与其他行政机关相区别的效果，即可认定为“有明确的被告”。至于起诉状列明的被告是否正确、适格，一般而言，是人民法院在案件审理过程中应当进一步审查确定的问题。

第二，在案件审理过程中，如果认为起诉状列明的被告不正确的，应作如下处理：一是在原告提出初步证据证明被诉行为可能系被告所为后，被诉行政机关以被告主体不适格为由抗辩的，应当承担相应的举证责任。二是人民法院如果认为原告起诉的被告主体不正确，具有依职权调查确定正确、适格被告的职责和义务，并告知原告变更被告。人民法院经审查在案证据或者依职权调查后也无法确定适格被告时，不宜以“不存在适格被告”“被告不承认实施被诉行政行为”等为由裁定不予立案或者驳回起诉，而应当按照《最高人民法院关于正确确定强制拆除行政诉讼案件被告及起诉期限的批复》精神，对人民法院是否应履行移送义务、移送后是否中止诉讼等事项进一步审查处理，以实质性化解行政争议，避免程序空

转。

第三，对于为提高级别管辖错列、多列被告的起诉，或者所诉行为明显不属于行政诉讼受案范围，或者虽属于受案范围但不属于共同被告、不适宜一并审理的情形，人民法院应当先行释明引导，告知起诉人区分不同被告分别起诉，或者修改起诉状到有管辖权的基层人民法院起诉。起诉人同意修改的，接受起诉状的中级人民法院可以直接将起诉状移送至有管辖权的基层人民法院，由基层人民法院按照法律规定依法审查立案。

咨询人：江西南昌铁路运输中级法院行政审判庭 **章鹏在**

答疑专家：最高人民法院行政审判庭 **耿宝建**

问题 2：公民、法人或者其他组织对房屋交易合同网上签约后行政机关的备案行为不服提起诉讼的，是否属于行政诉讼受案范围？

答疑意见：行政诉讼法及其司法解释明确了行政诉讼受案范围的标准。行政诉讼法第十二条第一款第十二项规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关侵犯其他人身权、财产权等合法权益的，属于人民法院行政诉讼受案范围。《行政诉讼法解释》第一条第二款第十项规定，对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为，不属于人民法院行政诉讼的受案范围。根据上述规定，当事人不服行政行为提起诉讼是否属于行政诉讼受案范围，应当以行政行为是否对当事人的人身权、财产权等合法权益产生实际影响作为判断标准。

房屋交易合同网上签约后行政机关的备案行为是行政机关行使行政管理职权的行为。依据《住房和城乡建设部关于进一步规范和加强房屋网签备案工作的指导意见》（建房〔2018〕128号）的规定，我国实行房屋买卖合同网签备案制度，经网签备案的房屋买卖合同，可以作为当事人办理银行贷款、住房公积金提取、涉税业务等的依据，因此备案行为与当事人的财产权益紧密相连。当事人对行政机关的备案、拒绝或者拖延备案、拒绝备案更正等作为或者不作为行为不服提起诉讼的，属于行政诉讼受案范围。

咨询人：重庆市高级人民法院执行局 许鹏

答疑专家：最高人民法院行政审判庭 郭修江

问题 3：行政机关对机动车驾驶人在驾驶证超过有效期后仍驾驶机动车的违法行为作出行政处罚，机动车驾驶人不服提起行政诉讼的，人民法院应当如何审查？

答疑意见：驾驶证是证明机动车驾驶人具有驾驶某种机动车资格的法定证件。人民法院支持行政机关规范机动车驾驶证申领和使用，对机动车驾驶人违反相关管理规定的行为进行处罚，以保障道路交通安全，保护人民群众生命财产安全。在审查具体案件时，人民法院应当依据道路交通安全法、行政处罚法等规定，结合驾驶证超过有效期的时间长短、是否被注销以及注销的具体情形等因素综合考量。

第一，驾驶人在驾驶证超过有效期不满一年且未被注销的情形下驾驶机动车的，按照《机动车驾驶证申领和使用规定》（以下简称《申领和使用规定》）第九十

九条第一款第三项的规定，属于逾期不参加审验仍驾驶机动车的违法行为，应处二百元以上五百元以下罚款。按照《申领和使用规定》第七十二条第二款、第七十五条第一款、第七十九条第一款第八项等规定，机动车驾驶人换领机动车驾驶证时，应当接受公安机关交通管理部门的审验。因故无法在规定时间内办理驾驶证期满换证、审验的，可以在驾驶证有效期届满一年内申请延期办理。超过机动车驾驶证有效期一年以上未换证的，车辆管理所应当注销其机动车驾驶证。

第二，驾驶人在超过驾驶证有效期一年以上未换证且被注销的情形下驾驶机动车的，可以参考原国务院法制办《关于驾驶人持超过有效期限驾驶证驾驶机动车的行为如何适用法律问题的答复》（国法秘政函〔2009〕334号）内容，即“驾驶证超过有效期并且被公安交通管理部门注销后驾驶机动车的，可以适用《中华人民共和国道路交通安全法》第九十九条的规定予以处罚，但在考虑这种行为与从未取得驾驶证驾车的行为，在性质、危险性上有所不同，在处罚时原则上应当适当从轻。”

第三，驾驶人同时存在超过驾驶证有效期驾驶机动车和《申领和使用规定》第七十九条第一款第二项至第七项、第九项至第十项规定的情形，被注销驾驶证后驾驶机动车的，应当先审查驾驶人是否具有《申领和使用规定》第七十九条第三款、第四款规定恢复驾驶资格的情形，或者是否具有《申领和使用规定》第二十七条规定重新申请机动车驾驶证的条件，再视情参考原国务院法制办《关于驾驶人持超过有效期限驾驶证驾驶机动车的行为如何适用法律问题的答复》处理。

咨询人：辽宁省高级人民法院行政一庭 **李明**

答疑专家：最高人民法院行政审判庭 **王晓滨**

问题 4：道路交通安全违法行为的发生地与处理地不一致时，应当如何把握处罚标准及执法管辖问题？

答疑意见：交通技术监控设备记录的违法行为，以“违法行为发生地”作为基准点确定处罚标准及地域管辖。违法行为人通过公安机关交通管理部门互联网站、移动互联网应用程序等进行异地处理，不产生改变处罚标准及变更地域管辖的效果。具体可以从以下两个角度把握：

第一，行政执法管辖中的地域管辖，应当坚持职权法定原则和属地管理原则。行政处罚法第二十二条规定，行政处罚由违法行为发生地的行政机关管辖。法律、行政法规、部门规章另有规定的，从其规定。行政执法的管辖原则亦是如此。一般来说，行政机关的地域管辖权与其法定职权的空间范围相一致，适用于所有的行政执法行为，非因法定事由，不能以扩大解释的方式突破地域管辖规定。

第二，《道路交通安全违法行为处理程序规定》第五条第二款规定：“违法行为人在违法行为发生地以外的地方（以下简称处理地）处理交通技术监控设备记录的违法行为的，处理地公安机关交通管理部门可以协助违法行为发生地公安机关交通管理部门调查违法事实、代为送达法律文书、代为履行处罚告知程序，由违法行为发生地公安机关交通管理部门按照发生地标准作出处罚决定。”根据上述规定，对于交通技术监控设备记录的交通违法行为，一般由违法行为发生地的公安机关交通管理部门管辖。处理地公安机关交通管理部门实施的行政协助行为系

为行政相对人提供的便民举措,不因该协助行为而取得对违法行为的执法管辖权。

咨询人: 河南省高级人民法院行政审判庭 **马传贤**

答疑专家: 最高人民法院行政审判庭 **朱宏伟**

问题 5: 用人单位在职工发生伤亡事故前一直正常缴纳工伤保险费,但在职工发生伤亡事故当月,用人单位未及时缴纳工伤保险费,职工能否享受工伤保险待遇?

答疑意见: 我国实行工伤保险制度的目的是保障工伤职工的救治权与经济补偿权,促进工伤预防与职业康复,分散用人单位的用工风险。在处理工伤保险待遇认定问题时,应当综合考虑职工合法权益、用人单位责任以及工伤保险基金的安全有效利用,具体可从以下方面把握:

首先,根据《工伤保险条例》第十四条第一项的规定,职工在工作时间和工作场所内,因工作原因受到事故伤害的,应当认定为工伤。原则上不因用人单位缴费原因而阻却职工被认定为工伤。

其次,用人单位应当按时、足额缴纳工伤保险费。社会保险法第四十一条第一款规定的“用人单位未依法缴纳工伤保险费用”的情形,包括用人单位自始未缴纳工伤保险费和未按时足额缴纳工伤保险费两种情形。一般情况下,只有用人单位按照所在地主管部门明确规定的法定缴费期限足额缴纳工伤保险费,才能由工伤保险基金支付相应的工伤保险待遇。用人单位未按时缴纳工伤保险费,发生工伤

事故的，根据社会保险法第四十一条第一款和《工伤保险条例》第六十二条第二款的规定，应当由该用人单位按照工伤保险待遇项目和标准支付费用。

最后，社会保险法第六十条第一款给予了用人单位因不可抗力等法定事由申请缓缴、减免社会保险费的权利。司法实践中，用人单位应当对其非故意不缴纳工伤保险费承担相应的举证责任，提供有说服力的证据。人民法院应当结合用人单位是否存在主观故意、欠缴工伤保险费的期限等因素进行严格审查，以维护职工的合法权益和工伤保险基金的安全。

咨询人：内蒙古自治区高级人民法院行政审判庭 **王保保**

答疑专家：最高人民法院行政审判庭 **杨科雄**

问题 6：审判实践中，应当如何把握行政执法案卷信息公开的审查标准？

答疑意见：行政执法案卷信息指在行政执法过程中形成的记录在案卷中的信息，包含案件基本信息、当事人信息、调查笔录、询问笔录、行政执法决定等相关材料。行政执法案卷信息通常由负责卷宗制作或者保存的行政机关承担是否公开、如何公开的法定职责。根据《政府信息公开条例》第十六条第二款的规定，行政执法案卷信息如果不属于法律、法规、规章规定应当公开的，行政机关可以不予公开。司法实践中要把握以下三点：

第一，对不予公开的行政执法案卷信息要科学判断。此类信息不宜公开，主要考虑到公开后可能会对国家安全、社会公共利益、商业秘密或者个人隐私等造成损

害，违反相关法律规定以及公开时机尚不成熟、公开效果不佳等因素。

第二，行政机关以申请人申请公开的信息为行政执法案卷信息为由决定不予公开的，人民法院审查时应当考虑：一是有无法律、法规、规章对所申请信息应当公开的专门规定；二是相关信息是否与行政执法案件有直接关联；三是行政机关是否已将所申请的信息纳入执法卷宗；四是申请人能否依法通过申请阅览卷宗获取所申请的信息。

第三，要疏通对行政执法案卷信息具有知情权的当事人通过其他法定路径获取信息渠道。如《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第二条第四项规定，行政程序中的当事人、利害关系人以政府信息公开名义申请查阅案卷材料，行政机关可以告知其按照相关法律、法规的规定办理。查阅案卷材料属于卷宗阅览权的行使范畴，是行政执法过程中行政相对人的程序性权利。申请人依法有权知晓相关案卷信息的，可以通过相应的法定路径获取。实践中，行政机关应当拓宽渠道，依法保障当事人在行政执法程序各环节的卷宗阅览权。

咨询人：陕西省高级人民法院行政庭 **张慧颖**

答疑专家：最高人民法院行政审判庭 **李小梅**

法答网精选问答（第十二批）——组织、领导传销活动罪专题（2024年11月28日发布）

问题 1：组织、领导传销活动罪中，如何认定“以推销商品、提供服务等经营活

动为名”？

答疑意见：《中华人民共和国刑法》第二百二十四条之一（组织、领导传销活动罪）规定：“组织、领导以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格，并按照一定顺序组成层级，直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱经济社会秩序的传销活动的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。”《禁止传销条例》第二条规定：“本条例所称传销，是指组织者或者经营者发展人员，通过对被发展人员以其直接或者间接发展的人员数量或者销售业绩为依据计算和给付报酬，或者要求被发展人员以交纳一定费用为条件取得加入资格等方式牟取非法利益，扰乱经济秩序，影响社会稳定的行为。”《禁止传销条例》对传销的界定，并无“以推销商品、提供服务等经营活动为名”的限制，刑法在《禁止传销条例》的基础上对传销行为作了入罪限制。

司法实践中，对于“以推销商品、提供服务等经营活动为名”的把握，一般可理解为“传销组织未实际提供商品、服务的或者提供的商品、服务价格严重偏离实际成本”。应重点审查“是否不提供商品、服务退货退款政策”“是否要求参加者购买并囤积明显超出其可在合理时间内消费的大量商品、服务”“是否禁止参加者退出”“提供的商品或者服务是否具有普遍流通性”等情形，并基于上述事实基础作综合判断。若提供的所谓“商品、服务”仅仅是传销的“道具商品”，则可判断涉案经济组织实际上并无合法的经营行为，属“以推销商品、提供服务等经营活动为名”。

咨询人：山东省高级人民法院刑四庭 唐瑶

答疑专家：最高人民法院刑二庭 牛克乾

问题 2：组织、领导传销活动罪中，部分传销组织是免费注册会员并加入的，加入后再要求购买商品或者服务，如何认定“要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格”的时间节点和参加者身份？

答疑意见：组织、领导传销活动罪中，对“要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格”的认定应当进行实质判断。特别是在网络传销犯罪中，从形式上看，简单填写资料便可注册成为会员，不仅无需缴纳费用，甚至还能获得一定经济奖励，但这只是引诱他人加入传销组织的手段，后续“购买商品、服务”的行为才会让参加者真正“获得加入资格”，此时，应当认定该行为符合组织、领导传销活动罪中“参加者以购买商品、服务等方式获取加入资格”的构成要件。

对于其中仅注册会员，未实际购买商品或者服务的，因该“注册会员”并未实际参加到传销组织的传销行为中，实质上并未获得加入传销组织的资格，不应计入传销组织发展的成员人数中。

咨询人：湖北省高级人民法院刑一庭 金吕钢

答疑专家：最高人民法院刑二庭 高洪江

问题 3：组织、领导传销活动罪中，有的组织者、领导者虚列层级，该“层级”是否计入传销犯罪的层级中？

答疑意见：组织、领导传销活动罪中，要求“按照一定顺序组成层级，直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据”，对于“层级”认定应当进行实质审查。传销犯罪中的层级认定不能仅根据名称、形式进行判断，而需要把握层级认定的核心，即身份、层级关系的认定应当关联计酬或者返利。如有的传销组织虽然设置了负责人、总店长、店长、A级、B级、C级等不同层级，但实际上负责人、总店长、店长之间并不发生返利，均各自负责自己发展的下线，虽然称谓上有所不同，但实际处于同一层级，虚列两个层级，该两个层级不应计入传销组织的实际层级；又如，有的传销人员用自己的身份重复设立多个层级以营造组织假象，实际其用一个身份设立的多个层级并不发生实际返利，亦属虚列层级，应自层级中扣除。

咨询人：新疆维吾尔自治区高级人民法院刑三庭 **古丽洁米莱·赛皮丁**

答疑专家：最高人民法院刑二庭 **黄明刚**

问题 4：组织、领导传销活动罪规定的“骗取财物”是否与诈骗犯罪规定的“诈骗财物”一致，是否包含了“下线认识到被骗”的要求？

答疑意见：在传销案件和诈骗案件中，均可能存在欺骗行为，且根据刑法规定，

并不是只有诈骗犯罪要求“骗取/诈骗财物”，比如虚假广告罪、骗取贷款罪、串通投标罪等，均具有骗取财物的性质。在集资诈骗犯罪中，行为人一般以各种“虚构的事实”向被害人“承诺”在一定期限内或者达到一定条件后，连本带利还给被害人，让被害人获得高额利息，以吸引被害人投资，骗取被害人的投资款，其主观目的是非法占有被害人资金、财物，一旦目的达成便结束犯罪。而传销中的“骗”是骗取他人加入传销组织后利用传销模式非法牟利。传销犯罪的组织者、领导者虽然也向参加者许诺高额收益，但参加者收益的来源是基于参加者拉来下线的人数和投资数额，参加者对于其高额收益的来源系下线而非上线是明知的，且传销组织的组织者、领导者及一般参加人员的共同目标是将传销组织持续发展壮大，持续性以发展人员的数量作为牟利、返利依据。

组织、领导传销活动罪中，主要从行为人的客观行为方式加以认定和把握传销中的“骗取财物”。只要行为人采取编造、歪曲国家政策，虚构、夸大经营、投资、服务项目及盈利前景，掩饰计酬、返利真实来源或者其他欺诈手段，实施了组织、领导传销活动的行为，并以“拉人头”“收取入门费”等方式从中非法获利的，即应认定为“骗取财物”。至于参加传销人员是否认识到被骗，不影响骗取财物的认定。

咨询人：浙江省高级人民法院刑二庭 **薛文超**

答疑专家：最高人民法院刑二庭 **刘旭**

问题 5：组织、领导传销活动罪中，组织者、领导者虚设下线并因此“虚”增传

销金额，该“下线”“金额”是否计入传销犯罪中？

答疑意见：组织、领导传销活动罪中，关于发展下线要求“引诱、胁迫参加者继续发展他人参加”，发展下线是指发展他人参加，不包括自己和一人注册多个账号的重复注册，也不包括冒用他人身份发展的情形。传销人员虚设下线的行为，并没有给传销组织带来新的人员，其下线人员实际就是行为人本人，不存在骗取行为人以外的人的财产问题，故虚设的下线不应计入传销犯罪发展下线的人数中。关于虚设下线投入的传销资金问题，《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》规定，传销组织的组织者、领导者，直接或者间接收取参加传销活动人员缴纳的传销资金数额累计达二百五十万元以上的，构成情节严重。可见，认定某一组织者、领导者传销数额的标准是“收取参加传销活动人员缴纳的传销资金”，并不包括其本人投入到传销中的资金，其因虚设下线投入传销的资金实际是其自己的资金，故应当在其犯罪数额中予以扣除，但该资金应当作为传销资金计入其上线的犯罪数额中。

咨询人：山东省高级人民法院刑一庭 尹士强

答疑专家：最高人民法院刑二庭 高洪江

问题 6：组织、领导传销活动罪中，传销组织的一般参加人员可否作为“被害人”参加诉讼？

答疑意见：组织、领导传销活动罪中，传销组织的获利方案是固定的、公开的，

参加者明知自己是基于下线获利，其加入传销组织的决定性因素是利益诱惑。参加者与传销组织之间是共生关系，参加者依托传销组织牟取非法利益抽成，传销组织依赖于传销人员发展下线而不断壮大，任何一名参加传销的人员均对传销组织的壮大起到了作用。因此，传销组织中一般参加人员的诉讼地位，既不同于诈骗罪的被害人，也不同于非法吸收公众存款罪的参加人，不应以“被害人”身份参加到诉讼中。

咨询人：河北省高级人民法院刑二庭 **石明辉**

答疑专家：最高人民法院刑二庭 **陈旭**

法答网精选问答（第十一批）（2024年11月21日发布）

问题 1：抵押权人对不动产抵押权的行使能否及于不动产的租金？

答疑意见：民法典第四百一十二条规定：“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起，抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但是抵押权人未通知应当清偿法定孳息义务人的除外。前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。”该条的立法目的在于：在抵押权已经进入实现阶段，抵押物已被采取保全措施的前提下，剥夺抵押人对抵押财产孳息的收取权，转而使这部分收益进入抵押权人优先受偿的范围。这一规则有利于抵押权的实现，也能够充分发挥抵押财产担保债权优先受偿的功能。但该条强调的是抵押财产被扣押，而针对不动产（如

房屋)的保全措施通常是查封。在查封尤其是“活封”的状态下,承租人可以继续占有使用房屋,仍然可以产生租金这一法定孳息。将上述规定精神类推适用于查封情形,即产生的租金收益按照民法典第四百一十二条规定精神处理,也符合上述立法目的,有利于在实现物尽其用的基础上发挥抵押权的功能作用,促进交易的便捷开展。实践中,也有类似的经验做法。比如,(2020)最高法执复169号执行裁定、上海金融法院(2021)沪74执复14号执行裁定均认为抵押权人在房屋查封后有权以房屋租金优先受偿。

需要说明的是,在破产程序中,由于破产申请受理后,人民法院应当解除对债务人的保全措施,故该条的适用前提已经不复存在,而应当适用相应的法律规定处理。另外,依照民法典第四百一十二条规定的精神,抵押不动产被人民法院查封后,抵押权并不当然及于不动产租金。这时,抵押权人就租金收取负有向不动产承租人的通知义务。抵押权人怠于通知而承租人继续向抵押人支付租金的,仍然产生相应的清偿效果。抵押权人不得主张该清偿行为无效。

咨询人:上海市闵行区人民法院行政及执行裁判庭 徐昺颢

答疑专家:上海市第一中级人民法院立案庭 李 兴

问题 2: 人民法院受理对被执行人的破产申请后,对于被执行人采取的限制高消费措施是否应当解除?

答疑意见:依照企业破产法第十九条、《全国法院破产审判工作会议纪要》第

42 条的规定，人民法院裁定受理被执行人破产申请后，应当中止执行程序，解除对被执行人的财产查控措施。在此基础上，《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》第十条第一款第五项规定，因破产程序，人民法院依法裁定对失信被执行人中止执行的，应当在三个工作日内删除失信信息。其基本考虑是，进入破产程序后，被执行企业被管理人接管，以督促被执行企业履行义务为目的的信用惩戒措施已无必要。对于被执行企业进入破产程序后，执行法院已经采取的限制消费措施应当如何处理问题，《最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》等并未作出明确。

我们认为，人民法院受理被执行企业破产申请（被执行企业进入破产程序）后，执行法院应当解除对被执行人采取的限制消费措施。其内在逻辑与前述的应当删除失信信息有相通之处。对符合特定情形的被执行人采取限制消费措施，主要目的是防止其因高消费及非生活或者经营必需的有关消费而不当减损财产，降低其偿债能力。破产程序的功能是在企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的情况下，公平清理债权债务，平等保护债权人的合法权益。依照企业破产法的相关规定，债务人进入破产程序后，由管理人接管企业，进行财产清算，管理人处置债务人财产或财产权益时应当及时报告债权人委员会或者人民法院，一般不会发生不当减损债务人财产的情况。因此，被执行企业进入破产程序后，已无必要继续对其采取限制消费措施。

咨询人：北京市高级人民法院执行局 姚富国

答疑专家：最高人民法院执行局 孙建国

问题 3：房屋承租人能否对房屋征收决定提起行政诉讼？

答疑意见：《国有土地上房屋征收与补偿条例》第十四条规定：“被征收人对市、县级人民政府作出的房屋征收决定不服的，可以依法申请行政复议，也可以依法提起行政诉讼。”该条例第二条明确被征收人即为被征收房屋所有权人，将承租人排除在外。依据上述规定，承租人一般不具有针对房屋征收决定提起行政诉讼的主体资格。但从法理上讲，与被诉行政行为是否有法律上利害关系，是判断当事人是否具备行政诉讼原告主体资格的重要标准。因此，对于执行政府规定租金标准的公有房屋承租人等人群，由于其享有法律和政策所赋予的接近于所有权权能的带有福利性的使用权，有必要赋予其针对房屋征收决定提起行政诉讼的原告主体资格。例如，“李某某诉潍坊市奎文区政府房屋征收决定案”（人民法院案例库入库编号：2024-01-3-005-002）明确，公房承租人具有对房屋征收决定提起诉讼的原告资格。

同时需指出的是，虽然一般意义上的承租人对房屋征收决定不具有提起行政诉讼的原告主体资格，但并不意味着其不能对补偿利益提起行政诉讼。如果符合行政诉讼法的相关规定，其有权提起行政诉讼。例如，按照《国有土地上房屋征收与补偿条例》第十七条的规定，作出房屋征收决定的市、县级人民政府对被征收人给予的补偿包含因征收房屋造成的停产停业损失的补偿。如果承租人承租房屋用于经营，市、县级人民政府的征收行为则可能造成承租人停产停业损失，承租人有权就停产停业损失的补偿提起行政诉讼。“某茶馆诉广东省开平市人民政府不履行法定职责案”（人民法院案例库入库编号：2023-12-3-021-006）的裁判

要旨也体现了上述思路。

咨询人：四川省广元市中级人民法院研究室 任佰安

答疑专家：四川省高级人民法院行政庭（赔偿办） 熊 君

问题 4：在刑事诉讼过程中，检察院和法院先后决定对赔偿请求人逮捕，此后刑事案件以终止追究刑事责任结案的，赔偿请求人应当以哪个机关作为赔偿义务机关提出赔偿申请？

答疑意见：侵权赔偿通常遵循“谁侵权，谁赔偿”的原则，但当国家机关侵权时，由于国家机关是代表国家行使权力，按照“社会保险理论”“公共负担平等理论”，为便于受害人主张权利，国家赔偿中赔偿义务机关设定与民事诉讼中侵权主体的设定并不完全相同。

国家赔偿法第二十一条规定：“行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员在行使职权时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，该机关为赔偿义务机关。对公民采取拘留措施，依照本法的规定应当给予国家赔偿的，作出拘留决定的机关为赔偿义务机关。对公民采取逮捕措施后决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪的，作出逮捕决定的机关为赔偿义务机关。再审改判无罪的，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关。二审改判无罪，以及二审发回重审后作无罪处理的，作出一审有罪判决的人民法院为赔偿义务机关。”从以上法律规定可以发现，国家赔偿以“谁侵权，谁赔偿”为一般

原则，以责任后置吸收为例外。特殊情形中的赔偿责任后置吸收，是实体后置吸收与程序后置吸收的统一，且以实体后置吸收为前提，兼顾国家赔偿法救济私权与规范公权的双重宗旨，实现方便赔偿请求人申请赔偿与倒逼赔偿义务机关依法履职之间关系的平衡。

所提问题中赔偿义务机关的确定，法律并没有明确的规定，但可以按照国家赔偿法的立法目的和精神，进行目的解释、历史解释和体系解释，将法院确定为赔偿义务机关。理由如下：首先，国家赔偿法对刑事赔偿中赔偿义务机关的确定，在人身自由侵害等特定情形下，采取了赔偿责任后置原则，即在一定程序中当数个司法机关均实施了侵权行为时，由最后一道程序作出负面司法决定的办案机关作为赔偿义务机关。由于法院作出过逮捕决定，由其作为赔偿义务机关符合国家赔偿法的目的和精神。其次，如果让检察院和法院都作为赔偿义务机关，则由于赔偿义务机关不同导致赔偿请求人申请国家赔偿的程序不同，前者需要复议而后者不需要复议，从而导致赔偿请求人需要提出两次国家赔偿申请和推进两个赔偿程序，这无疑不利于赔偿请求人及时便利获得赔偿。最后，根据“社会保险理论”和“公共负担平等理论”，赔偿费用最终由国库来支付，故由最后作出逮捕决定的法院作为赔偿义务机关，既做到了便民，又没有过多增加法院的负担，最终实现了国家赔偿“诉讼经济原则”。

咨询人：黑龙江省高级人民法院赔偿委 李海燕

答疑专家：最高人民法院赔偿办 何君

问题 1：侵犯公民个人信息罪案件中，在认定“违法所得”时应否扣除成本？

答疑意见：对于刑事案件中认定“违法所得”是否应当扣除成本的问题，在司法实践中素有争议。非法经营犯罪中的“违法所得”，是指获利数额，即以行为人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入（非法经营数额）扣除其直接用于经营活动的合理支出部分后剩余的数额。因此，相关司法解释及规范性文件并用“非法经营数额”和“违法所得数额”表述的，认定“违法所得数额”时应当扣除成本。但是，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条系单独使用“违法所得”数额，在认定违法所得时，一般不扣除成本。《检察机关办理侵犯公民个人信息案件指引》（以下简称《办案指引》）所规定的“对于违法所得，可直接以犯罪嫌疑人出售公民个人信息的收入予以认定，不必扣减其购买信息的犯罪成本”也体现这一规则。

需要注意的是，《办案指引》并非司法解释，人民法院在审理相关侵犯公民个人信息刑事案件时，对于司法解释未作规定的，可以参考《办案指引》的规定。但如认为《办案指引》的相关规定不符合案件审理需要的，还应结合案件具体情况，依法审慎处理。因此，对于个别采取交易形式侵犯公民个人信息构成犯罪的，在认定“违法所得”时如不扣除成本可能使得案件处理明显不符合罪责刑相适应原则要求的，应结合案件具体情况予以考虑。例如，被告人支付五千元购买个人信息后加价二百元卖出的，或者支付五万元购买个人信息后加价五百元卖出的，是否扣除其所支付的对价成本直接关涉是否入罪和升档量刑，不予扣除似不合常情

常理。

咨询人：江苏省高级人民法院刑一庭 李伟威

答疑专家：最高人民法院研究室刑事处 李振华

问题 2：被告人在审前阶段未认罪认罚，进入审判程序后能否适用认罪认罚程序，以及具体如何处理？

答疑意见：《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》（以下简称《认罪认罚意见》）中，对认罪认罚的适用阶段和适用案件范围进行了明确：认罪认罚从宽制度贯穿刑事诉讼全过程，适用于侦查、起诉、审判各个阶段。2021 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称《刑诉法司法解释》）吸收了上述意见的相关规定。被告人在审判阶段认罪认罚，法院应注意把握以下几点：一是审查被告人认罪认罚的自愿性、合法性，保障被告人诉讼权利。二是对于事实清楚、有罪供述稳定的案件，被告人在开庭前提出申请的，承办法官告知公诉机关，征求其意见，并询问是否在开庭前开展认罪认罚工作，若其同意，可由其参照审查起诉期间的规定进行；若不同意或者未予答复，或者被告人是在庭审时当庭提出认罪认罚申请，可依照《刑诉法司法解释》第三百五十六条的规定直接进行。三是关于量刑。审判阶段，被告人在庭审前提出认罪认罚，公诉机关同意开展该项工作的，可由其参照审查起诉期间的程序进行，提交量刑建议书；若公诉机关未作答复，或者被告人在庭审时提出认罪认罚申请，法院依照《刑诉法司

法解释》第三百五十六条直接进行，可不再通知检察院提出或者调整量刑建议，但应当就定罪量刑听取控辩双方意见。四是被害方异议的处理。根据《认罪认罚意见》第 18 条的规定，被害人及其诉讼代理人不同意对认罪认罚的被告人从宽处理的，不影响认罪认罚从宽制度的适用。被告人认罪认罚，但没有退赃退赔、赔偿损失，未能与被害方达成调解或者和解协议的，应当酌情控制从宽的幅度。被告人自愿认罪并且愿意积极赔偿损失，但由于被害方赔偿请求明显不合理，未能达成调解或者和解协议的，一般不影响对被告人从宽处理。另外，在审判阶段，被告人并非必须签署认罪认罚具结书，对此可按照《刑诉法司法解释》第三百五十六条第二款以及《认罪认罚意见》第 31 条规定办理。

审判实践中，已有审判阶段适用认罪认罚从宽制度的案例。例如，在“蒋某某过失致人重伤案”（人民法院案例库入库编号：2024-03-1-181-002）中，被告人不认可检察机关对案件的定性而未认罪认罚，人民法院经审理认为检察机关指控罪名不当而拟变更罪名，被告人认可审理认定的罪名，并自愿接受相应刑罚处罚，故人民法院依职权启动了认罪认罚程序，对被告人予以从轻处罚。

咨询人：北京市第四中级人民法院刑庭 王 淼

答疑专家：北京市高级人民法院刑一庭 黄小明

问题 3：外国航空承运人订立合同的营业地如何确定？

答疑意见：《蒙特利尔公约》第三十三条第一款规定：“损害赔偿诉讼必须在一

个当事国的领土内，由原告选择，向承运人住所地、主要营业地或者订立合同的营业地的法院，或者向目的地点的法院提起。”其中，“承运人订立合同的营业地”如何确定，宜按照以下思路处理：

其一，根据《外国航空运输企业常驻代表机构审批管理办法》设立的代表机构可以认定为该航空运输企业的营业地。通过该代表机构购票（办理货物托运）的，该代表机构所在地可以认定为承运人订立合同的营业地。

其二，通过销售代理企业购票的情况下，销售代理企业的营业地能否认定为承运人订立合同的营业地，需要根据个案进行分析。满足下列条件之一的，可以综合考量是否将销售代理企业所在地认定为承运人订立合同的营业地：一是销售代理企业与承运人签订永久性或者长期协议，并具备持续稳定的代理关系。二是销售代理企业与航空公司之间的代理关系被本行业及第三方认可。三是其他可以证明销售代理企业属于航空公司销售组织机构一部分的情况。

咨询人：北京市高级人民法院民二庭 李冬梅

答疑专家：最高人民法院民四庭 杨 蕾

问题 4：民事诉讼法中“其他组织”与民法典中“非法人组织”是否同一概念？

“非法人组织”是否具备诉讼主体资格？

答疑意见：民法典中的“非法人组织”和民事诉讼法中的“其他组织”是基于不同规范目的而作出的规定。“非法人组织”所要解决的是民事主体资格问题，即

某个组织能否以自己的名义从事民事活动、承担民事责任；而“其他组织”主要解决民事诉讼主体资格问题，即某个组织能否以自己名义参与到诉讼活动中。二者并非同一概念。根据民法典第一百零二条第一款关于“非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织”的规定，非法人组织能够以自己名义从事民事活动，如果因此与其他民事主体发生民事纠纷，可以自己名义参与到民事诉讼活动中，作为民事诉讼当事人，具备诉讼主体资格，由此就落入了“其他组织”的范围。

从范围上看，民事诉讼法中的“其他组织”是一个更广泛的概念，除“非法人组织”外，“其他组织”还可包括其他类型的主体，如法人分支机构、业主委员会等。以业主委员会为例，其不符合民法典第一百零二条至第一百零八条所规定的非法人组织的特征。但根据民法典第二百八十条第二款的规定，业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销。据此，在业主撤销权纠纷中，业主大会或者业主委员会可以作为民事诉讼当事人参与到诉讼活动中，具备诉讼主体资格。也就是说，业主委员会虽不是民法典所规定的“非法人组织”，但属于民事诉讼法上规定的“其他组织”。

需要注意的是，并非除“自然人、法人”之外的任何组织都可认定为“其他组织”。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五十二条对于“其他组织”的定义和范围作了明确规定，并列举了相应情形。“其他组织”首先应当是依照法律规定的程序和条件成立，法律上予以认可的组织，同时应当具备一定的组织机构和财产。如果未经依法成立，则不具有“其他组织”的资格，不属于民事诉讼当事人。例如，没有依法领取营业执照的法人分支机构，不能认

定为“其他组织”，在诉讼中，应以设立该分支机构的法人为当事人。

咨询人：山东省高级人民法院民二庭 颜 侦

答疑专家：最高人民法院研究室民事处 张 音

法答网精选问答（第九批） **（2024年08月29日发布）**

问题 1：应否承认“逆向公司人格否认”制度，由公司对股东的债务承担连带责任？

答疑意见：公司人格独立和股东有限责任是公司法的基本原则。为防止股东滥用公司法基本原则损害公司债权人利益，公司法第二十三条规定了法人人格否认制度，明确了滥用公司法人独立地位和股东有限责任的股东对公司债务承担连带责任。从这一条款的规定看，主要是针对滥用法人人格、股东对公司债务承担责任，即所谓的“正向人格否认”。实践中，有观点提出，在构成法人人格否认情形下，为保护股东债权人利益，应承认“逆向公司人格否认”，由公司对股东的债务承担连带责任。

我们认为，否认公司独立人格，由滥用法法人独立地位和股东有限责任的股东对公司债务承担连带责任，是股东有限责任的例外情形，以矫正有限责任制度在特定法律事实发生时对债权人保护失衡的现象。在审判实践中，要准确把握公司法第二十三条规定的精神，按照《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民会议纪要》）要求，根据查明的案件事实进行综合判断，既审慎适用，

又当用则用。公司与股东不能清偿其自身债务的，原则上均应以各自财产独立承担责任。对于股东自身债务，债权人除可执行其货币等财产外，也可以通过执行股东持有的公司股权实现债权。在股东与公司交易关系清晰、财产可以区分的情形下，若股东存在向公司无偿转让财产或怠于行使对公司的债权等行为导致债权人债权难以实现的，债权人也可以通过民法典规定的撤销权、代位权等制度寻求救济。因此，一般情况下没有“逆向否认法人人格”的必要。

但是，在出现人格混同的情况下，由于股东财产与公司财产边界不清、无法区分，此时的人格否认将产生母子公司对债务互负连带责任的情况。比如，实质合并破产程序中以母子公司的财产统一向所有债权人承担责任，由此可能会在形式上产生以子公司财产为母公司债务承担责任的效果，可以认为属于“逆向否认法人人格”的情况。因此，所谓“逆向法人人格否认”应仅限于法人人格混同这一特定情形。

咨询人：北京市高级人民法院民二庭 **刘燕**

答疑专家：最高人民法院民二庭 **梅芳**

问题 2：“对赌协议”中股权回购权性质及其行权期限如何认定？

答疑意见：“对赌协议”中经常约定股权回购条款，如约定目标公司在 X 年 X 月 X 日前未上市或年净利润未达到 XX 万元时，投资方有权要求股东或实际控制人按照 X 价格回购投资方持有的股权。审判实践中，对上述股权回购权性质和

行权期限，存在较大争议。有观点认为投资方请求回购股权系债权请求权，适用诉讼时效制度。也有观点认为投资方请求回购股权系形成权，受合理期间限制。我们认为，该问题的实质是如何认识投资方请求大股东或实际控制人回购股权的权利性质。就股权估值调整协议中投资方有权请求大股东或实际控制人回购股权的约定，根据民法典第一百四十二条第一款确立的合同解释规则，对该约定除按照协议所使用的词句理解外，还要结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则来理解。从双方约定的目的看，实际上是在符合（未上市或利润未达标）条件时投资方既可以请求对方回购进而自己“脱手”股权，也可以不请求对方回购而继续持有股权。因投资方行使此种权利有自主选择的空间，以合理期限加以限定，较为符合当事人的商业预期。具体而言：1.如果当事人双方约定了投资方请求对方回购的期间，比如约定投资方可以在确定未上市之日起3个月内决定是否回购，从尊重当事人自由意志的角度考虑，应当对该约定予以认可。投资人超过该3个月期间请求对方回购的，可视为放弃回购的权利或选择了继续持有股权，人民法院对其回购请求不予支持。投资方在该3个月内请求对方回购的，应当从请求之次日计算诉讼时效。2.如果当事人双方没有约定投资方请求对方回购的期间，那么应在合理期间内行使权利，为稳定公司经营商业预期，审判工作中对合理期间的认定以不超过6个月为宜。诉讼时效从6个月之内、提出请求之次日起算。

咨询人：上海市高级人民法院商事审判庭（破产审判庭） **孟高飞**

答疑专家：最高人民法院民一庭 **杜军**

问题 3：股权转让时，受让股东明知转让股东存在抽逃出资行为，双方根据公司实际资本确定股权转让对价后，受让股东以公司名义请求转让股东返还抽逃资本的，如何认定？

答疑意见：标的公司实缴出资后，作为受让方的新股东明知作为转让方的老股东抽逃出资，而与老股东协商按照抽逃出资后标的公司实际资本确定股权转让对价的，可以推定新老股东达成了老股东不再负有返还抽逃出资责任、由新股东承担该责任的约定。公司起诉老股东返还抽逃出资，如果机械地按照公司可以向抽逃出资的股东追缴出资的法律规定，直接判决老股东向公司返还抽逃出资本息，那么老股东返还之后必然起诉请求新股东向其返还，处理结果仍是新股东承担了补足所抽逃出资的责任。也就是说，在新老股东之间的内部责任划分上，最终责任应该由新股东承担。

新股东持有标的公司 100%股权的情形下，标的公司完全由新股东控制，公司利益与新股东利益完全一致，标的公司应无意愿要求新股东支付该款项。此时要通盘考虑公司债权人的利益，应向公司释明履行减资程序，引导当事人通过正规减资程序，减少已经抽逃的注册资本。减资后，新老股东均无需另行支付款项，符合各自预期。减资保护了公司债权人利益，同时彻底解决了抽逃出资的隐患。减资最终符合各方利益。如果减资不成功，往往涉及公司债权人利益保护，此时便不是新老股东之间的内部法律关系，而是涉及公司与债权人之间的外部法律关系，新老股东应该对公司承担补足出资的连带责任，且因新老股东实质系达成了抽逃出资的责任转由新股东承担的约定，则老股东承担责任后，可以向新股东追偿。

咨询人：黑龙江省高级人民法院民二庭 **周纹婷**

答疑专家：最高人民法院民二庭 潘勇锋

问题 4：新三板挂牌公司股权代持协议效力及如何处理？

答疑意见：公司法第一百四十条规定：“上市公司应当依法披露股东、实际控制人的信息，相关信息应当真实、准确、完整。禁止违反法律、行政法规的规定代持上市公司股票。”上述规定的主要理由是：一是代持上市公司股票涉嫌违反证券账户实名制要求。我国股票市场实行直接持有制度，证券法从开立、使用两个环节规定了证券账户实名制。第一百零六条、第一百零七条规定，投资者应当实名开立账户，并使用实名开立的账户进行交易；第五十八条规定，任何单位和个人不得违反规定，出借自己的证券账户或者借用他人的证券账户从事证券交易。代持上市公司股票，必然涉及出借、借用证券账户，涉嫌违反证券法关于账户实名制的规定。二是基于防范“影子股东”和资本无序扩张的考虑。近年来，在反腐败斗争和全面加强监管的高压态势下，金融腐败、资本无序扩张的方式更加隐蔽，权钱交易、政商勾结呈现出新形态。一些腐败分子通过股份代持成为“影子股东”，借助发行上市等实现非法利益输送和放大；一些企业通过股份代持、多层嵌套等手段形成复杂股权结构，实施规避监管和监管套利，严重破坏金融监管秩序，甚至危害国家政治安全、经济安全、金融安全，亟需加以规范。三是违法代持上市公司股票损害资本市场管理秩序。信息披露真实、准确、完整是资本市场的基本原则。如允许代持上市公司股票，将使得监管机构无法得知股份的实际所有人，容易导致有关上市公司信息披露、控股股东和实际控制人认定、股份减持、关联交易等一系列制度的规制目的落空，损害资本市场秩序和公众投资者的

合法权益。因此关于违法代持上市公司股票合同的效力，公司法虽然未作明确规定，但考虑到该条采用了“禁止”这一比较严厉的表述，理解上应属于效力性强制性规定，可以依据民法典第一百五十三条的规定，认定代持合同无效。关于新三板挂牌公司股权代持合同的效力，鉴于现行证券法及资本市场相关制度规则对于非上市公众公司信息披露真实准确完整的原则、股权清晰及证券账户实名制等方面的要求与上市公司总体是一致的，逻辑上应当与上市公司一致，禁止违法代持非新三板挂牌公司股权，在法律适用层面，可将违反相关监管规定认定为属于违反公序良俗的范畴，并由此认定代持合同无效。

关于股权代持合同无效后的处理，情况比较复杂。考虑到法律禁止上市公司股票代持行为的法律目的、民事审判与行政处罚的衔接等因素，我们认为应坚持如下原则：第一，对于被代持方具备持有该公司股权资格的，人民法院可以根据当事人申请判令代持方向被代持方交付该股权并办理过户手续。第二，如果被代持方不具备持有该上市公司股权资格的，可将代持股权变价，变价款项归属被代持方，并根据案情公平处理代持双方报酬争议。第三，对于被代持方不具备持有该公司股权资格情形，人民法院还应将违法代持事实通过司法建议或其他方式告知行相关行政管理部门，建议根据违法情节轻重给予相应行政处罚，以追究其行政责任，并解决违法代持产生的违法所得问题。

咨询人：上海市高级人民法院商事审判庭（破产审判庭） **孟高飞**

答疑专家：最高人民法院民二庭 **张小洁**

问题 5：债权人以出资加速到期为由提起诉讼的，能否请求未履行出资义务股东

直接清偿?

答疑意见: 对于股东出资责任的实现方式, 新旧公司法均未明确股东可以向债权人直接清偿。原公司法司法解释根据原合同法及其司法解释关于债权人代位权的规定, 规定股东可以向债权人直接清偿。民法典第五百三十七条就债权人代位权规定了“由债务人的相对人向债权人履行债务”, 明确放弃“入库规则”。股东对公司的出资责任, 属于对公司应承担的侵权之债, 在公司未行使其债权时, 公司债权人代位行使权利, 与民法典关于代位权的规定相一致。尽管民法典相对于公司法属于一般规定, 公司法如有特别规定应优先适用公司法。但公司法对此未规定或规定不明确, 应依据民法典规定, 这也符合立法法规定及民法适用方法的基本原理。

在认缴出资加速到期情况下, 是否因具特殊性而应区别对待? 首先, 出资加速到期本质上还是公司所享有的“债务人丧失期限利益的债权”, 这与到期债权无实质区别。其次, 尽管加速到期情况下公司基本已濒临破产, 甚至已具备破产条件, 直接清偿有对其他债权人不公之嫌。但股东出资责任加速到期无非是股东对债权人承担出资不足补充赔偿责任的一种特殊情形, 即便是出资缴纳期限已届至, 进行直接清偿也同样面临着上述问题, 故无实质理由加以区别。第三, 就公司个别债权人利益和整体债权人利益的平衡方面, 在公司未进入破产程序的情况下, 向个别债权人清偿, 并不妨碍其他债权人申请公司破产, 也不妨碍公司自身申请破产。一旦申请破产, 未届出资缴纳期限的股东即应将其出资归入债务人财产, 实现所有债权人公平清偿。第四, 如果不允许直接清偿, 债权人考虑到在诉讼中付出诉讼费、保全费、律师费等成本, 便无动力提起诉讼要求股东承担出资责任,

导致公司法赋予债权人的请求“股东提前缴纳出资”诉权弱化或虚化。第五，如果按归入公司思路，债权人在请求股东向公司履行出资义务的同时，请求对该公司债权诉讼保全，在执行中同样可以达到直接清偿之效果，无非是让债权人更费周折而已。面临这种情况，其他债权人还是要靠执行分配或申请破产来维护自己的权益，与归入公司的情况下所能采取的救济手段也无二致。

需要说明的是，从法律适用而言，由于新公司法对该问题无明确规定，目前仍应按《九民会议纪要》精神判令股东向债权人直接清偿。新公司法发布后，对股东出资加速到期情况下债权人是否能够直接受偿存在截然相反的两种观点，在新公司法司法解释起草过程中将广泛征求各方面的意见，特别需要征求立法部门意见，以确保司法解释与立法精神保持高度一致。新公司法司法解释制定后，此类案件应根据新公司法司法解释办理。

咨询人：河北省高级人民法院民二庭 **陈振杰**

答疑专家：最高人民法院民二庭 **丁俊峰**

法答网精选答问（第八批）（2024年08月01日发布）

问题 1：图书数据库著作权侵权案件中，同一作品在总库的传播行为已经由在先案件处理，之后原告就该作品在数据库镜像站的传播行为再次提起诉讼，是否属于重复诉讼？判赔标准如何确定？

答疑意见：《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；已经受理的，裁定驳回起诉，但法律、司法解释另有规定的除外。”依据上述规定，关于涉信息网络传播权的重复诉讼问题，司法实践中应区分具体情况，审查侵权人实施了几个侵权行为。如果侵权人未经许可将作品置于信息网络之中，只是同时开通了不同的端口，这时有必要在一个诉讼中对整体的损害赔偿统筹考虑；对于当事人针对不同的端口或数据库（如数据库总库、数据库镜像站）分别起诉的情形，人民法院应当加强释明工作，引导当事人通过一个诉讼解决，以减轻其诉累。如果侵权人最初只开通一个端口，人民法院判决停止侵害后，侵权人又开通一个新端口，那么前后两个行为属于不同的侵权行为，后提起的诉讼并不属于重复诉讼。

关于判赔标准问题。《最高人民法院关于依法加大知识产权侵权行为惩治力度的意见》第7条规定：“人民法院应当充分运用举证妨碍、调查取证、证据保全、专业评估、经济分析等制度和办法，引导当事人积极、全面、正确、诚实举证，提高损害赔偿数额计算的科学性和合理性，充分弥补权利人损失。”司法实践中，人民法院应当准确适用著作权法第五十四条等规定，按照权利人的实际损失或者侵权人的违法所得计算，在实际损失或者违法所得难以计算的情形下，参照权利使用费等标准计算赔偿数额。在穷尽相关手段和办法后仍不能查明并计算的，才可以适用法定赔偿，考虑作品类型、侵权行为性质、损害后果等情节综合确定具体数额。遇到同一权利人提起系列案件的，要统筹权利救济与合理维权的关系，

既要注意判赔的尺度大致保持平衡，也要注意不同案件之间的差异，并遵循“总量控制”原则，防止赔偿总额高于权利人因侵权遭受的实际损失。

咨询人：湖南省高级人民法院民三庭 **刘雅静**

答疑专家：最高人民法院民三庭 **白雅丽**

问题 2：环境民事公益诉讼中应当由败诉被告承担的鉴定费用，可否从其他环境民事公益诉讼案件获赔的生态环境修复费用中垫付？

答疑意见：依照《诉讼费用交纳办法》的相关规定，环境民事公益诉讼中产生的鉴定费用属于诉讼费用的范畴，被告败诉的，应当承担相应的鉴定费用。有关费用垫付的问题，虽然《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第二十四条规定“人民法院判决被告承担的生态环境修复费用、生态环境受到损害至修复完成期间服务功能丧失导致的损失、生态环境功能永久性损害造成的损失等款项，应当用于修复被损害的生态环境。其他环境民事公益诉讼中败诉原告所需承担的调查取证、专家咨询、检验、鉴定等必要费用，可以酌情从上述款项中支付”，但是这一规定仅是明确了败诉原告所需承担的检验、鉴定等必要费用，可以酌情从其他环境民事公益诉讼中获赔的款项中支付。此主要考虑的是，原告提起公益诉讼的目的是维护相应的社会公共利益，行为具有公益性，即使在其败诉的情形下，酌情从其他案件剩余的修复费用或者损失赔偿金中支付败诉原告应当负担的费用，如此规定也有利于鼓励和支持原告依法提起环境民事公益诉讼。显然，这一规范目的并不能适用于污染环境、破坏生态的败诉

被告。因此，从其他环境民事公益诉讼案件中获赔的生态环境修复费用中垫付本案败诉被告应当承担的鉴定费用缺乏法律依据，且与《诉讼费用交纳办法》的规定做法不符。

咨询人：甘肃矿区人民法院综合审判第二庭 **刘琼**

答疑专家：最高人民法院环资庭 **刘慧慧**

问题 3：行政机关在支付补偿款后，能否依据补偿安置协议的约定，不经被征收人同意直接拆除被征收人房屋？

答疑意见：从目前的法律和司法解释规定看，即便补偿安置协议约定了相关拆除情形，也并不等同于行政机关有权直接拆除被征收人房屋。依据《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第二十四条的规定，作为行政协议签订方的行政机关和对行政协议有相应监督职权的行政机关，有权作出带有要求限期履行内容的行政决定。被征收人收到行政决定后在法定期限内未申请行政复议或者提起行政诉讼，且仍不履行，协议内容具有可执行性的，行政机关可以依法向人民法院申请强制执行。

咨询人：江西省高级人民法院行政庭 **吁坤**

答疑专家：最高人民法院行政庭 **仝蕾**

问题 4：向法院申请行政强制执行的处罚对象存在登记经营者与实际经营者不一致情形时如何处理？

答疑意见：从保护公共利益的目标出发，申请法院强制执行行政处罚决定的对象一般针对实施违法行为人（通常是实际经营者）。当行政处罚决定所列对象（即处罚相对人）出现登记经营者与实际经营者不一致时，结合处罚内容的可执行性、各方过错和对社会公共利益侵害程度等因素，行政机关可根据实际需要一并处理行政处罚、行政强制事宜。

行政机关未查明实际经营状况等事实，径行将登记经营者列为处罚对象或者申请执行的被执行人，事后有证据证明登记经营者无过错的，属于行政强制法第五十八条第一款第一项和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百六十一条第一款第二项规定的“明显缺乏事实根据的”的情形，人民法院可结合案情依法裁定不准予执行。例如，甲将办理个体工商户营业执照的店铺转让给乙，但未办理登记，乙在经营过程中招用未满十六周岁的未成年人，行政机关对个体工商户作出处罚决定，将甲列为经营者。但由于甲并未实际参与经营，处罚决定未查明实际经营情况，将甲列为经营者，缺乏事实根据，可裁定不准予执行。

咨询人：贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院行政庭 **李肥羿**

答疑专家：贵州省高级人民法院行政庭 **陈显杰**

问题 5：轻微违约的情形下当事人是否有权行使约定解除权？

答疑意见：关于当事人行使约定解除权是否应当受到一定的限制，特别是在轻微违约情形下当事人是否有权行使约定解除权的问题，理论和实践中有不同观点。对此，我们倾向认为，应当在首先尊重意思自治的前提下，兼顾合同正义的要求，通过体系化适用民法典第五百六十二条第二款和第一百三十二条的规定进行处理。其中，对于违约行为显著轻微的，支持行使约定解除权会造成双方权利义务显著失衡，特别是行使解除权构成权利滥用的，就有必要限制。对此，《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 47 条规定：“合同约定的解除条件成就时，守约方以此为由请求解除合同的，人民法院应当审查违约方的违约程度是否显著轻微，是否影响守约方合同目的实现，根据诚实信用原则，确定合同应否解除。违约方的违约程度显著轻微，不影响守约方合同目的实现，守约方请求解除合同的，人民法院不予支持；反之，则依法予以支持。”

审判实践中，对违约行为是否显著轻微，要从严把握，避免对意思自治原则造成过大冲击。具体可以运用动态系统论的方法，综合考量以下因素来确定：一是违约方的过错程度。虽然民法典坚持严格责任原则，在认定是否违约时不考虑过错，但这并不代表过错在合同法中没有任何意义。如果违约方只有轻微过失，甚至没有过失，一般不宜支持解除合同的主张。二是违约行为形态。合同义务根据性质可分为主合同义务、从合同义务和附随义务。对于违反从合同义务尤其是附随义务的行为，要慎重决定是否支持守约方解除合同的主张。三是违约行为的后果。在轻微迟延履行、继续性合同的履行过程中出现偶然违约等情形下，违约程度显著轻微，即便违约也不影响守约方合同目的的实现，而若支持解除权的行使，则

可能会导致轻微违约方前期大量投入难以挽回，从而造成利益严重失衡。四是能否通过其他措施进行救济。解除合同并非违约情形下唯一的救济手段，也不是当然的救济手段。显著轻微违约并不能免除违约方的违约责任，如果守约方的损失可采取其他违约责任承担方式（通常是损害赔偿）予以救济，且此种方式比直接解除合同更有利于实现公平的，则可以考虑对守约方的解除权予以限制。

咨询人：北京市高级人民法院研究室 **李鲲**

答疑专家：最高人民法院研究室民事处 **陆昱**

法答网精选答问（第七批）（2024年07月18日发布）

问题 1：刑法第二百八十条对伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪，伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪和伪造、变造、买卖身份证件罪没有明确规定入罪门槛，司法适用时应当如何具体把握入罪和升档量刑的问题？

答疑意见：刑法第二百八十条没有明确规定入罪门槛。但从实践来看，通常要求达到一定的情节才构成犯罪。主要考虑：一是妥当界分刑事处罚与行政处罚。例如，护照法第十八条规定：“为他人提供伪造、变造的护照，或者出售护照的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，由公安机关没收违法所得，处十日以上十五日以下拘留，并处二千元以上五千元以下罚款……”显然，对于伪造、买卖护照的行为，应当为行政处罚留有适当空间。对此，《浙江省公安机关行政处罚裁量基准》（2021年修订）进一步规定，为他人提供二本以上伪造、变造的护

照，或者出售二本以上护照，或者因同类违法行为被处罚后又实施的，处十五日拘留，并处三千元以上五千元以下罚款。二是符合司法实践的惯常做法。例如，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2007〕11号）第二条对伪造、变造、买卖机动车行驶证、登记证书构成伪造、变造、买卖国家机关证件罪设置了“三本以上”的入罪门槛。

基于此，在相关司法解释明确入罪标准之前，可以参考法释〔2007〕11号司法解释的相关规定，以三本（张/个）作为刑法第二百八十条所涉罪名的基本入罪门槛；需要升档量刑的，可以按照入罪门槛的五倍标准把握。当然，对于所涉行为，在决定是否追究刑事责任及如何裁量刑罚时，不仅应当考虑数量，还应当综合考虑所涉公文、证件、印章的重要程度、具体用途、造成后果、违法所得及前科情况等情节，综合评估社会危害性，坚持主客观相统一，确保罪责刑相适应。例如，明知他人实施犯罪而为其伪造、变造或者向其出售身份证件，或者为了实施犯罪而购买身份证件的，即使未达到三张，亦可以定罪处罚；相反，对于未用于犯罪用途的提供身份证件行为，根据案件具体情况，适用三张的入罪标准过严的，亦可以不作为犯罪处理，需要行政处罚的，依法移送相关部门处理。

另外，对于刑法第二百八十条之一规定的使用虚假身份证件、盗用身份证件罪的适用，亦可以参照上述原则依法对案件作出妥当处理。

咨询人：重庆市高级人民法院刑一庭 **张波**

答疑专家：最高人民法院研究室刑事处 **宋颐阳**

问题 2：减肥产品中含有禁止添加的西药成分，案件如何定性？如何把握情节轻微和情节显著轻微？

答疑意见：关于减肥产品中检出禁止添加的西药成分的案件定性，不能一概而论，需要区分销售的产品是食品还是药品。减肥产品既包括减肥类保健食品，又包括减肥药品。如果涉案产品是食品（保健食品），则可以按照刑法第一百四十四条规定的生产、销售有毒、有害食品罪定性；如果涉案产品是药品，则可以按照刑法第一百四十一条规定的生产、销售、提供假药罪定性。

区分食品与药品的关键在于是否有“疾病预防、治疗功能”，表现为标签、说明书是否涉及疾病预防、治疗功能，是否规定有适应症或者功能主治。在具体案件中，一般可以通过产品审批文号、产品说明是否规定有适应症或功能主治、用法和用量等外观标识进行判断。如果产品标识不明，则可以通过经营者以何种名义对外宣传、销售涉案减肥产品进行判断。当产品标识与对外宣传一致时，可以直接按照标识来确定产品属性。当产品标识和对外宣传不一致或者标识不明确时，应当按照行为人对外宣传的产品性能并结合购买者购买、使用产品的目的来确定其属于食品还是药品。例如，《刑事审判参考》第 1531 号案例“钟某本销售有毒、有害食品案”中，涉案产品的属性无法通过审批文号、产品说明等外观标识来界定。钟某本以“壮阳补肾”名义销售产品，但没有对外宣传治疗功能及治疗效果，消费者是基于“性保健”而非治疗疾病的目的而购买、使用，因此涉案产品应认定为保健食品。该案中，由于涉案保健食品经检测含有西地那非，故认定钟某本构成销售有毒、有害食品罪。

对于情节轻微和情节显著轻微的把握,实践中应结合行为人销售数量、销售金额、销售时间长短、是否曾因同类行为受过行政处罚或者刑事处罚等主客观情况进行综合认定。

咨询人: 山东省高级人民法院刑一庭 **尹士强**

答疑专家: 最高人民法院刑一庭 **肖凤**

问题 3: 非法狩猎罪中涉案野生动物价值如何认定?

答疑意见: 非法狩猎罪中涉案野生动物的价值认定是司法实践中比较棘手的一个问题。对于国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品,其核算价值除考虑市场价值以外,更重要的是考虑物种的珍贵、濒危程度以及相关的生态功能、科研价值等。国务院野生动物保护主管部门颁布了《野生动物及其制品价值评估方法》《水生野生动物及其制品价值评估办法》,明确了野生动物整体的价值、制品的价值、人工繁育野生动物的价值以及卵、蛋的价值等价值标准和核算方法。对于国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品,适用这两个评估办法核算并无疑问。然而,非法狩猎罪的犯罪对象,实践中一般把握的是列入《有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物名录》中的“三有动物”(有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物)和地方重点保护的陆生野生动物。对于这些野生动物及其制品的价值,如果简单按照《野生动物及其制品价值评估方法》进行认定,就可能会出现评估价值过高的情形,如麻雀的评估价值为每只 300 元,而实践中交易价格一般在 20 元左右,相差近 15 倍。因此,对于非法狩猎罪的犯罪对象,

即“三有动物”和地方重点保护的陆生野生动物，如一律按评估标准和方法核算，将导致价值普遍过高，从而实际降低了非法狩猎罪的入罪门槛，势必扩大刑事打击范围，难以实现罪责刑相适应，亦与社会公众的朴素公平正义观念不符。基于上述考虑，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第十五条明确了野生动物及其制品的价值认定规则。具体而言：第一项规定，对于国家禁止进出口的珍贵动物及其制品、国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的价值，根据国务院野生动物保护主管部门制定的评估标准和方法核算。第二项规定，对于有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物、地方重点保护野生动物、其他野生动物及其制品的价值，根据销赃数额认定；无销赃数额、销赃数额难以查证或者根据销赃数额认定明显偏低的，根据市场价格核算，必要时，也可以参照相关评估标准和方法核算。此外，《解释》第十六条明确了破坏野生动物资源犯罪涉案动物及其制品价值难以确定时的处理规则，具体包括司法鉴定机构鉴定、价格认证机构认证或者有关部门出具报告等多种选择路径。综上，非法狩猎罪涉案野生动物的价值应依据《解释》第十五条、第十六条的规定进行认定。

咨询人：河南省高级人民法院环资庭 **申春福**

答疑专家：最高人民法院环资庭 **邹涛**

问题 4：原告向同一被告同时提出两个具有先后顺位、存在冲突但相互关联的诉讼请求，能否在一案中处理？

答疑意见：可以在一案中处理。原告向同一被告同时提出两个具有先后顺位、存在冲突但相互关联的诉讼请求的情形，理论上通常称为客观预备合并之诉。在此情形下，如果先位诉请得到支持，则不必再审理备位诉请；如果先位诉请未获支持，则需对备位诉请继续审理并作出裁判。客观预备合并之诉理论符合诉讼便利与经济原则，有利于一次性解决纠纷，已经在司法实践中得到探索和应用，并取得积极成效。例如，在（2019）最高法民再152号民事裁定中，作为某公司股东的再审申请人认为公司股东会决议损害其利益，为了能在一案中获得充分救济，其分别基于决议无效与有效提出前后两个不同诉讼请求，原审法院以诉讼请求相互矛盾故无法确定其具体请求为由，裁定驳回起诉。最高人民法院再审认为，申请人提出要求确认股东会决议无效与确认依据该股东会决议产生的相关股东权益归其所有的两个诉讼请求虽然矛盾，但诉讼要素齐全，均符合民事诉讼法规定的立案标准，当事人可以在前一个诉讼请求不被支持时，退一步选择主张后一个请求，不应以诉讼请求不明确为由驳回起诉。

除上述列举情形外，客观预备合并之诉理论还可以适用于请求返还原物与如果原物灭失请求损害赔偿、确认依交易取得所有权与如果未取得所有权请求承担违约责任等情形。目前客观预备合并之诉尚无法律、司法解释层面的明确规定，司法实践中可根据民事诉讼法等法律的基本精神，结合理论与实践已经取得的成果进一步加强探索，不断完善相关规则，充分发挥其应有的功能效用。

咨询人：江苏省宿迁市中级人民法院民四庭 **李雨泽**

答疑专家：江苏省高级人民法院民一庭 **秦岸东**

法答网精选问答（第六批）（2024年06月13日发布）

问题 1：审理以压缩气体为动力的枪支犯罪案件，如何把握定罪量刑标准？

答疑意见：我国法律法规对“枪支”有明确的规定和鉴定标准。枪支管理法第四十六条规定：“本法所称枪支，是指以火药或者压缩气体等为动力，利用管状器具发射金属弹丸或者其他物质，足以致人伤亡或者丧失知觉的各种枪支。”2010年《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》（公通字〔2010〕67号）明确，对不能发射制式弹药的非制式枪支，“枪口比动能大于等于1.8焦耳/平方厘米时，一律认定为枪支”。《公安机关涉案枪支弹药鉴定工作规定》（公通字〔2019〕30号）沿用上述标准。上述有关枪支的认定标准，对办理以压缩气体为动力的枪支犯罪案件，产生较大影响。特别是一些涉以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支案件，涉案枪支的致伤力较低，在决定是否追究刑事责任以及裁量刑罚时唯枪支数量论，恐会有悖一般公众的认知，也会违背罪责刑相适应原则。鉴此，最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》明确：“对于非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、持有、私藏、走私以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支的行为，在决定是否追究刑事责任以及如何裁量刑罚时，不仅应当考虑涉案枪支的数量，而且应当充分考虑涉案枪支的外观、材质、发射物、购买场所和渠道、价格、用途、致伤力大小、是否易于通过改制提升致伤力，以及行为人的主观认知、动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节，综合评估社会危害性，坚持主客观相统一，确保罪责刑相适应。”据此，办理涉以压缩气体为动力且枪口

比动能较低的枪支案件，可以根据上述批复的规定，不受《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）定罪量刑标准的限制，综合考量犯罪的社会危害性，依法妥当处理。“于某非法持有枪支准予撤回起诉案”（案例库入库编号：2024-05-1-048-001）的裁判要旨也体现了这一规则。当然，对于虽属以压缩气体为动力的枪支，但枪口比动能较高的，仍然应当适用《解释》的定罪量刑标准。

咨询人：重庆市高级人民法院刑二庭 蒋佳芸

答疑专家：最高人民法院研究室刑事处 王庆刚

问题 2：用人单位与劳动者连续两次订立固定期限劳动合同，期满后用人单位对续订无固定期限劳动合同是否享有选择权？

答疑意见：劳动合同法第十四条第二款规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：……（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。”根据该规定，在劳动者不存在劳动合同法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的用人单位可以解除劳动合同的情形下，如果用人单位与劳动者订立了一次固定期限劳动合同，在订立第二次固定期限劳动合同时，应当预见到期满后存在订立无固定期限

劳动合同的可能。如果劳动者在固定期限劳动合同期间遵纪守法，完成了工作任务，可以依法要求与用人单位续订无固定期限劳动合同，用人单位也应当续订，这有利于引导劳动者遵纪守法努力工作，也符合用人单位的利益。因此，在已具备劳动合同法第十四条规定的应当订立无固定期限劳动合同条件的情况下，劳动者续订无固定期限劳动合同的权利应予保障，如果用人单位不同意续订合同，应当按照劳动合同法第四十八条规定承担法律后果，即“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。”

此外还需注意的是，劳动者在两次固定劳动合同期满后继续在用人单位工作，用人单位未表示异议，但未与劳动者订立无固定期限劳动合同，劳动者主张用人单位支付未订立无固定期限劳动合同双倍工资差额的，应予支持。支付劳动者的第二倍工资按月计算，不满一个月的，按该月计薪日计算。此类争议的仲裁时效期间适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款的规定，从用人单位应当订立劳动合同的次日起计算。

咨询人：新疆维吾尔自治区高级人民法院审监三庭 **刘心羽**

答疑专家：最高人民法院民一庭 **张艳**

问题 3：商标权纠纷案件中，法院在审查被告所提合法来源抗辩是否成立时应当把握何种标准？

答疑意见：合法来源抗辩是侵害商标权案件中的常见抗辩事由，商标法第六十四条第二款对此有相应规定。司法实践中，判断合法来源抗辩是否成立，应当从主、客观两方面进行审查。客观方面须审查被诉侵权商品是否由销售者、使用者合法取得，主观方面须审查销售者、使用者是否不知道或不应当知道被诉侵权商品构成侵权。主、客观要件相互联系，不可分割，且客观要件的审查对于认定主观要件是否成立具有重要意义。最高人民法院曾在“纳益其尔”商标侵权系列案中【（2022）最高法民再274、275、276、277、278号】明确了合法来源抗辩主客观要件需要考量的因素。具体而言，对于客观要件方面的审查，应当综合考虑销售者所处的市场地位、权利人维权成本以及市场交易习惯等因素，对销售者的举证责任作出合理要求。对于在市场经营活动中处于较弱地位的个体零售经营者，考虑到其通常采取的交易方式较为灵活，专业程度不高等因素，不宜过于苛求其证据形式要件的完备，只要其提供的证据符合一般交易习惯，能够指明被诉侵权商品供货商的真实身份信息，以及系通过合法购货渠道和合理价格购入，就应当认为该销售者已经尽到举证责任。对于主观要件方面的审查，应当从审查被诉侵权商品合法来源的证据着手，结合销售者的经营规模、专业程度、市场交易习惯等进行综合判断。销售者提供的合法来源证据与其注意义务程度相当的，可以推定其主观上不知道也不应当知道所销售的系侵权商品。

咨询人：北京市高级人民法院民三庭 姜琨琨

答疑专家：最高人民法院民三庭 晏景

问题 4：承运人为货主投保海上货物运输险，并告知保险人不得行使代位求偿权即放弃向承运人追究货损责任，此类保险合同是否有效？

答疑意见：如果双方订立的海上货物运输保险合同本身不存在无效、可撤销等效力问题，合同中约定保险人不得向投保人行使代位求偿权，无论该条款本身效力如何，都不应影响保险合同整体的效力。至于当事人在海上货物运输保险合同中约定的保险人不得向投保人行使代位求偿权条款，一般也应认为有效。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（四）》第八条规定：

“投保人和被保险人为不同主体，因投保人对保险标的的损害而造成保险事故，保险人依法主张代位行使被保险人对投保人请求赔偿的权利的，人民法院应予支持，但法律另有规定或者保险合同另有约定的除外。”法律上未禁止在财产保险合同中约定保险人不得向投保人行使代位求偿权。代位求偿权系保险人的权利，保险人在保险合同中自愿放弃向投保人代位求偿的权利，嗣后又违背诚信原则向投保人代位求偿，不应支持；另一方面，保险人之所以同意放弃代位求偿权，一般系出于商业利益考量，一些较大的货运企业往往掌握有大量的货源即货运险业务来源，保险人以放弃代位求偿权为代价换取大量稳定的业务，系保险人在精算基础上所作的商业安排，互利共赢且不损害第三人利益，司法裁判应当尊重当事人意思自治，保护在实践中形成的、不违反法律强制性规定的商业交易模式。如果保险合同对于保险人放弃代位求偿权附有条件，比如预约保险合同中约定申报的货物数量达到一定的量后，才有权要求保险人放弃对投保人行使代位求偿权的，投保人对保险人行使代位求偿权的抗辩，也要符合合同约定的条件。

另外，虽然在保险人没有代位求偿权的情况下，可能存在承运人与货主联合骗保的道德风险问题，但该风险无论保险人是否有代位求偿权都始终存在，归根结底

是属于理赔中的事故认定问题，故并非本问题所考虑的范畴，保险公司如发现不存在真实发生的保险事故，可以不予理赔。还有观点认为，保险人预先放弃代位求偿权可能导致承运人不积极履行其谨慎管货的义务。对此，个人认为，一方面货主针对承运人过错造成的损失也可以选择直接向承运人主张赔偿，另一方面保险人也会根据承运人的业务履行情况考虑后续合同签订和条款约定，市场会平衡双方利益，故不影响合同中保险人自愿放弃行使代位求偿权条款的效力。

咨询人：上海海事法院海商审判庭 **谢振衍**

答疑专家：上海市高级人民法院海事及海商审判庭 **金晓峰**

法答网精选问答（第五批）（2024年05月30日发布）

问题 1：偷越国（边）境罪是否为选择性罪名、具体适用时应当如何准确表述？

答疑意见：偷越国（边）境罪不是选择性罪名，具体适用时应完整表述，主要理由是：从内容上看，虽然刑法条文中未对国境、边境的含义进行具体解释，但陆地国界法对边境的含义作过具体规定。为维护法律的统一性，刑法亦应参照理解，即边境是指陆地国界内侧一定范围内的区域，而非仅指我国内地或大陆与港澳台地区的边界。从立法技术上看，刑法条文中对选择性罪名采用顿号分隔方式进行并列列举，如破坏界碑、界桩罪，走私、贩卖、运输、制造毒品罪等，而偷越国（边）境罪并未采用此种表述方式，也说明该罪并非选择性罪名。

咨询人：最高人民法院刑五庭 **毛洁**

答疑专家：最高人民法院刑五庭 **王秋玲**

问题 2：能否依据交通事故责任认定中的“全责”或“主责”认定“好意同乘”规定中的“重大过失”？

答疑意见：民法典第一千二百一十七条规定的“好意同乘”中驾驶人重大过失一般指严重违反最基本的注意义务，例如，驾驶人存在酒后驾驶、无证驾驶、行驶中闯红灯等明显违法行为情形。交通事故责任认定书中对驾驶人作出的全责或主责认定，只能作为评判的考量因素，不能仅凭此当然认定驾驶人存在重大过失。例如，驾驶人仅因通常认为的一般过失造成交通事故，但如果对方完全没有过错或者造成的是单方事故，在交通事故责任认定上仍会被评判为“全责”；反之，如果一方驾驶人存在无证驾驶等重大过失，但对方驾驶人同时存在醉酒驾驶等更为严重且直接导致事故的违法行为，在事故责任认定上可能会评判对方驾驶人为主责，无证驾驶一方因此仅被评判为次责，但在侵权责任过错评价上，可以评判双方都存在重大过失。因此，不能单纯以交通事故责任认定书上的事故责任认定判断行为人是否构成重大过失，而应当根据驾驶人的客观行为表现及主观心理状态等全案事实作出综合判断。

咨询人：山东省威海市中级人民法院 **宋 杨**

答疑专家：山东省高级人民法院审判监督二庭 **孔祥雨**

问题 3：守约方为申请诉前财产保全而投保的财产保全责任险的保险费，能否由违约方赔偿？

答疑意见：守约方主张违约方赔偿其为申请诉前财产保全而投保的财产保全责任险的保险费的，人民法院原则上不予支持，除非当事人在合同中明确约定该保险费将作为守约方实现债权的费用由违约方承担，且该保险费必要、合理。对于上述保险费是否必要、合理的认定，人民法院可以根据以下因素个案衡量：其一，申请财产保全是否必要；其二，申请财产保全的范围是否与人民法院最终判决支持原告主要诉讼请求的金额（如判令违约方承担违约责任的金额）相当。

咨询人：新疆维吾尔自治区高级人民法院民二庭 **陈建红**

答疑专家：最高人民法院民二庭 **苏蓓**

问题 4：环境民事公益诉讼中，替代性修复责任如何统一适用标准？

答疑意见：生态环境修复往往技术复杂、过程漫长，是一项综合系统治理工程。对如何量化生态环境损害、受损生态环境能否修复、具体采取何种措施才能恢复应有的生态系统服务功能、如何管护才能达到生态修复的目的等，一定程度上受制于不同的环境要素种类、生态环境恢复的目标、恢复生态学的基本原理和生态环境鉴定评估技术政策等。例如，大气、水流具有自净能力，受到污染后因自净而无必要进行直接生态环境修复的情况下，可以采取替代性修复方式。而土壤污染、固体废物污染等因损害难以自净、自然恢复时间过长等因素，需判断修复责

任的具体履行形式。

生态环境修复责任的履行，一般应当采用直接修复的方式。例如，盗伐、滥伐林木造成生态破坏，原地原样补植树木是直接修复的优选方式，可以依据林业部门出具的专业意见制定详细修复方案，明确补植复绿的栽植品种、规格、数量、时间、养护期限和要求等。如果确实无法直接修复，可以充分考虑在经济性、行为相当性和自愿性的基础上，依据修复对象的不同，采取替代性修复的方式。替代性修复方式包括同地区异地点、同功能异种类、同质量异数量、同价值异等级等可以使生态环境恢复到受损害之前的功能、质量和价值的情形。例如，鉴定机构出具专业意见建议采取在受损区域异位恢复与受损生态环境基线同等类型和质量的生境并补偿期间损失的修复。又如，针对珍贵、濒危动植物物种的侵害，明显无法直接恢复的，则需要综合考量物种生态价值和生态功能，从有利于提升受损区域整体保护效果，能够实现受损区域保护目标的角度，确定修复方式。

咨询人：江西省高级人民法院环境资源审判庭 张满洋

答疑专家：最高人民法院环资庭 刘慧慧

问题 5：对于按照 2023 年新修订的行政复议法第二十三条规定应当复议前置的情形，当事人在 2024 年 1 月 1 日后起诉到法院已经超过复议期限，但未超过起诉期限的，人民法院应否受理？

答疑意见：人民法院应当依法予以受理。根据法不溯及既往的原则，救济权的行

使应适用行政行为作出时的法律规范。2023年新修订的行政复议法关于复议前置的规定适用于2024年1月1日以后作出的行政行为。对于2024年1月1日之前的行政行为，如果适用新法复议前置的规定，可能会剥夺当事人的诉权，明显背离当事人的合理预期。而且，从新修订的行政复议法扩大复议前置的初衷来看，其目的在于给予当事人更多权利救济机会，而非限制。当事人超过复议期限的，已丧失复议申请权，复议机关可能以超过申请期限为由不予受理。当事人在新修订的行政复议法实施之前未选择复议路径，并不能否定或者剥夺其合法诉权。当事人在起诉期限内，仍可以依法提起行政诉讼。例如，在新修订的行政复议法实施以前，对当场作出的行政处罚决定行为不服，当事人可以选择复议或者诉讼；在新修订的行政复议法实施后，则属于复议前置情形。假如当场作出的行政处罚行为发生于2023年12月1日，新修订的行政复议法尚未实施，当事人可以在2024年2月1日前向行政复议机关申请复议，或者于2024年6月1日前向人民法院提起行政诉讼。但2024年1月1日新修订的行政复议法实施后，将对当场作出的行政处罚决定不服的情形纳入行政复议前置范围，若当事人于2024年2月1日之后向行政复议机关申请复议，则已过复议期限，复议机关可能以超过申请期限为由不予受理。其向人民法院提起诉讼时，如果人民法院再以该类情形适用新修订的行政复议法规定的复议前置为由不予受理，则会使得当事人因法律修改而无法获得应有的救济。

咨询人：贵州省高级人民法院行政庭 黄瑶

答疑专家：最高人民法院行政庭 杨科雄

问题 1：掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益次数应如何认定？

答疑意见：根据《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第三条第一款第二项的规定，“掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益十次以上，或者三次以上且价值总额达到五万元以上的”，应当认定为刑法第三百一十二条第一款规定的“情节严重”，在三年以上七年以下有期徒刑的幅度内升档量刑。对于上述“十次以上”“三次以上”的规定，在个案把握中，不宜简单以转账次数为标准，否则容易造成打击面过大、处罚过严的问题。

掩饰、隐瞒的次数要结合案件具体情况来认定。一般来说，认定为一次掩饰、隐瞒，必须是一个独立行为，包括独立的主观故意，独立的掩饰、隐瞒行为，以及独立的行为结果。如果基于同一个故意，在同一时间、同一地点，同时或者连续为多起上游犯罪掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的，一般应认定为一次掩饰、隐瞒的行为。例如，行为人明知银行卡内接收的多笔资金均系他人诈骗犯罪所得，在同一地点集中将卡内资金连续转出、分流，以逃避追查的，应当认定为一次掩饰、隐瞒犯罪所得的行为。

为同一个上游犯罪行为同一起犯罪事实的犯罪所得及其收益分多次予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，基于犯罪对象的同一性，一般也应当认定为一次掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的行为。例如，行为人明知银行卡内接收的一笔资金，系某一网络赌场的犯罪所得，仍按照上游开设赌场行

为人的指令，将该笔资金在多个银行账号间来回转移并提现的，一般也应当认定为一次掩饰、隐瞒犯罪所得的行为。但是，如果行为人明知卡内还有诈骗团伙犯罪所得的赃款，而予以转移的，掩饰、隐瞒犯罪所得的次数则应当与上述转移赌资的行为分别计算。

咨询人：江苏省高级人民法院刑一庭 韩继领

答疑专家：最高人民法院研究室刑事处 李振华

问题 2：代位继承人成年后从未履行赡养义务，应否均分遗产？

答疑意见：从现行法律规定来看，法定继承以均等继承为原则，对于尽到较多赡养义务的也只是规定“可以”多分而非“应当”多分。但是就代位继承而言，代位继承人仅仅是承继了其父或母作为被继承人的第一顺位继承人的继承权，并不涉及赡养义务问题。这样的制度安排体现了对赡养的正向鼓励，但仍然强调维护以身份为基础的继承权利义务关系。因此，对于代位继承人而言，决定其能否均等继承的根本在于其身份是否符合代位继承的构成要件。当然，此种情况下，如果其他继承人尽到较多赡养义务，也应当是让有关继承人多分，而不是让该代位继承人少分。

咨询人：上海市虹口区人民法院民事审判庭 李燕

答疑专家：上海市第二中级人民法院未成年人与家事案件综合审判庭 熊燕

问题 3：实际借款人涉嫌贷款诈骗罪，名义借款人与出借人签订的借款合同之效力如何认定？还款责任如何承担？

答疑意见：一是关于借款人的确定问题。实际借款人委托名义借款人借款的，应当依据民法典第九百二十五条、第九百二十六条有关间接代理的规定来确定借款合同的当事人，即视出借人在订立借款合同时是否知情作不同处理：出借人在签订借款合同时知道或者应当知道名义借款人与实际借款人之间的代理关系的，借款合同直接约束实际借款人与出借人，因此应当认定实际借款人是借款合同当事人，除非出借人有确切证据证明借款合同只约束名义借款人。出借人对代理关系不知情的，应当认定名义借款人是借款人；名义借款人披露实际借款人的，出借人有权选择名义借款人或者实际借款人作为相对人。

二是关于借款合同效力问题。实际借款人被认定贷款诈骗犯罪，意味着刑事判决已经认定实际借款人为借款合同当事人。依据前述规则，如果民事诉讼也认定实际借款人为借款合同当事人，就涉及构成贷款诈骗罪是否影响合同效力问题。在认定合同效力时，要依据民法典有关民事法律行为效力的规则来认定，而不能简单地认为只要构成犯罪，就应一律认定合同无效。在贷款诈骗犯罪场合，依据民法典第一百四十八条有关欺诈的规定，应当认定该合同为可撤销合同。应当注意的是，在合同效力归属（即当事人认定）上，刑事判决认定实际借款人构成贷款诈骗犯罪，并不当然意味着民事诉讼也必须认定借款合同就发生在出借人和实际借款人之间。换言之，在行为的法律效果归属问题上，也要依据民法典第九百二十五条、第九百二十六条等规定来确定借款合同的当事人。如果民事判决认定名

名义借款人是借款合同当事人的,此时实际借款人构成贷款诈骗罪并不影响借款合同的效力。

三是关于名义借款人的责任及其与刑事责任的协调问题。如果认定合同关系发生在实际借款人和出借人之间,因名义借款人不是合同当事人,其无须承担借款合同项下的责任。如果民事判决认定合同关系发生在名义借款人与出借人之间,则名义借款人根据民事判决承担借款合同项下的还本付息责任,实际借款人根据刑事判决承担退赃退赔责任,二者构成不真正连带责任,不存在比例责任或补充责任的问题。此时,人民法院要在执行环节做好协调工作,避免债权人重复受偿。

咨询人: 浙江省高级人民法院民事审判第五庭 徐楚

答疑专家: 最高人民法院民二庭 麻锦亮

问题 4: 债权人代位权的行使是否受到仲裁协议的限制?

答疑意见: 对此可从两个层面来考虑。

一、债务人与相对人之间的债权债务关系订有仲裁协议的,不影响债权人对相对人提起代位权诉讼。

首先,这是由民法典的制度设计所决定的。根据民法典第五百三十五条第一款的规定,代位权只能通过向人民法院起诉的方式行使。如果代位权诉讼受仲裁协议约束,则债务人为损害债权人利益,可能恶意采取与相对人事先订立仲裁协议的

方式排除债权人行使代位权，从而导致代位权制度被实质架空。

其次，这也是由代位权的权利性质所决定的。代位权源自法律的直接规定，属于法定权利，而非约定的权利，也不能通过约定的方式排除该权利的行使。代位权既非代理权，也不同于债权转让，不存在仲裁协议也由债权人继受的法理基础。

再次，这还是由意思自治原则所决定的。在代位权诉讼中，债权人并非债务人与相对人签订的合同的一方当事人，也非该合同项下的权利义务受让人。故债务人与相对人之间约定的仲裁条款对债权人并无约束力，仲裁协议不能对抗债权人代位权诉讼的法定管辖，否则等于强迫债权人接受自己未订立的协议。

代位权诉讼不受债务人与相对人之间仲裁协议的约束，是最高人民法院一直坚持的司法立场。根据原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第十三条的规定，债务人怠于行使权利是指不以诉讼或者仲裁方式主张权利，据此可以直接得出代位权行使不受仲裁协议约束的结论。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《合同编通则解释》）第三十六条也再次重申了这一立场，即债权人提起代位权诉讼后，债务人或者相对人以双方之间的债权债务关系订有仲裁协议为由对法院主管提出异议的，人民法院不予支持。需要注意的是，《合同编通则解释》第三十六条也特别强调了对仲裁协议的尊重和维护，即如果债务人或者相对人在首次开庭前就债务人与相对人之间的债权债务关系申请仲裁的，人民法院可以依法中止代位权诉讼。

综上，债务人与相对人之间订有仲裁协议的，不影响债权人对相对人提起代位权

诉讼，但是可能会引起诉讼中止。

二、债权人与债务人之间的债权债务关系订有仲裁协议的，也不影响债权人提起代位权诉讼。

这是因为该仲裁协议只在当事人对债权人是否享有债权及其数额大小有争议时才有意义。但是债权是否存在是代位权行使的实体条件，而非程序条件。《合同编通则解释》第四十条第二款规定，债务人的相对人仅以债权人提起代位权诉讼时债权人与债务人之间的债权债务关系未经生效法律文书确认为由，主张债权人提起的诉讼不符合代位权行使条件的，人民法院不予支持。这里的生效法律文书当然也包括仲裁裁决书。据此，即使债权人与债务人之间的债权债务关系未经仲裁，也不影响人民法院就代位权诉讼作出实体裁判，自然也不能影响人民法院对相应纠纷行使管辖权。根据《合同编通则解释》第三十七条第一款的规定，在代位权诉讼中，债务人作为第三人参加诉讼。因此，如果债务人对债权人享有的债权及其数额没有争议，则旨在解决债务人与债权人之间纠纷的仲裁协议不会发生作用。当然，如果债务人对债权人是否享有债权及其数额大小有争议，则该争议只能通过仲裁程序解决。如果该争议直接影响受理代位权诉讼的人民法院对代位权是否成立的判断，则属于民事诉讼法第一百五十三条第一款第五项规定的“本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结”的情形，代位权诉讼应当依法中止，等待仲裁程序就债权人与债务人之间的债权债务关系作出裁决。可见，此时也只是影响代位权诉讼的进行，仍然不影响债权人提起代位权诉讼。

综合以上两个层面考虑，倾向于认为：债权人与债务人、债务人与相对人之间的两段债权债务关系各订有仲裁协议，也不影响债权人提起代位权诉讼。与《合同

编通则解释》一同发布的典型案例五“某控股株式会社与某利公司等债权人代位权纠纷案”即属此类情形。

咨询人：江苏省高级人民法院研究室 卢燊绅

答疑专家：最高人民法院研究室民事处 蒋家棣

问题 5：执行异议之诉案件中如何参照适用《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条“买受人名下无其他用于居住的房屋”的规定？

答疑意见：《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称《规定》）第二十九条第二项规定的“买受人名下无其他用于居住的房屋”，系为了规范人民法院办理执行异议和复议案件，结合人民法院执行工作实际而制定，而执行异议之诉必须实体审理，以实现实质公平为目标，目前多参照上述规定进行裁判。“名下无其他用于居住的房屋”属于较为典型的形式判断规则，执行异议之诉的实体裁判标准应为是否用于家庭基本居住生活需要。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 125 条认为：“商品房消费者名下虽然已有一套房屋，但购买的房屋在面积上仍然属于满足基本居住需要的，可以理解为符合该规定的精神。”例如，商品房消费者名下首套住房面积较小，结合家庭人口及居住生活情况，另外购买的住房仍在满足基本居住需要范围内的，应认为符合《规定》第二十九条的精神。但对于购买投资型、豪华型房屋的，或者购买商铺等经营性房屋的，原则上不在本条保护范围之内。故房屋套数并非绝对标

准，对此需要把握的是，一方面要保护人民群众对美好生活的向往，保护刚性和改善住房需求，另一方面要依法惩治恶意规避执行的行为。

咨询人：海南省高级人民法院铁路庭 夏伟伟

答疑专家：最高人民法院民一庭 万挺

法答网精选问答（第三批）（2024年03月21日发布）

问题 1：民间借贷合同未约定利息或者利息约定不明，出借人主张利息的，如何处理？

答疑意见：对出借人的主张区分层次审查处理，详情如下：

第一个层次：民间借贷合同未约定利息。根据民法典第六百八十条第二款“借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息”以及《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《民间借贷规定》）第二十四条第一款“借贷双方没有约定利息，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持”的规定，民间借贷合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。出借人请求支付借款期限内利息的，应当以借贷合同约定为依据，借贷合同未约定利息，出借人主张借期内的利息的，人民法院不予支持，对此不区分是自然人之间的借贷合同还是自然人与法人、非法人组织之间或法人与非法人组织之间的借贷合同。

第二个层次：民间借贷合同对利息约定不明。根据民法典第六百八十条第三款

“借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息”以及《民间借贷规定》第二十四条第二款的规定，对于支付利息约定不明确的，应区分两种情况：一是自然人与法人、非法人组织之间的民间借贷合同以及法人、非法人组织之间的民间借贷合同，对支付利息约定不明确，当事人又不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息。这里既包括确定是否应当支付利息，也包括确定利率的高低。二是自然人之间的民间借贷合同对支付利息约定不明确的，视为没有利息，出借人不享有支付利息请求权。审判实践中，自然人之间的借款合同如果约定了利率但未明确是月利率还是年利率的，属于对支付利息作了明确约定，只是对利率标准约定不明，人民法院可依据当事人之间的交易习惯等因素对利率作出认定。

第三个层次：民间借贷合同未约定利息但约定了借款期限。对于民间借贷合同既未约定借期利息，又未约定逾期利息的情形，根据民法典第六百八十条第二款和《民间借贷规定》第二十四条第一款规定，出借人主张借期内的利息的，依法不予支持；但对于出借人主张逾期利息的，根据民法典第六百七十六条“借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息”以及《民间借贷规定》第二十八条第二款的规定，双方既未约定借期内利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起参照当时一年期贷款市场报价利率标准计算的利息承担逾期还款违约责任的，人民法院应予支持。

第四个层次：既未约定利息又未约定借款期限，出借人主张逾期利息的，应当先确定“借款期限”问题。根据民法典第六百七十五条规定，借贷双方可按照民法

典第五百一十条规定确定借款期限，借款期限确定后，可按照第三个层次的方法来确定利息。如果根据民法典第五百一十条规定不能确定借款期限，贷款人可以催告借款人在合理期限内返还，对于“合理期限”之后的逾期利息，参照第三个层次的利息确定方法计算。

点评专家：清华大学法学院教授 程啸

点评意见：本答疑结合实践中常见的情形，依据民法典的规定，区分借款合同中没有约定利息、利息约定不明、未约定利息但约定了还款期限、既没有约定利息也没有约定还款期限等四个层次来解答，条理清晰，很有针对性。需要注意的是，民法典合同编第十二章借款合同规范的是所有类型的合同，既包括自然人、法人和非法人组织之间进行资金融通而成立的借款合同即民间借贷合同，也包括依法设立的从事贷款业务的金融机构向借款人发放贷款而成立的借款合同即金融借款合同。因此，依据民法典第六百八十条第二款的规定，只要是借款合同没有约定利息，那么无论该借款合同是金融借款合同还是民间借贷合同，也不管借款合同是自然人之间的还是非自然人之间的，一律视为不支付利息。此外，民法典第六百八十条第三款前半句即“借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息”，也适用于除了自然人之间的借款合同之外的所有类型的借款合同。

问题 2：原因债权是否因票据授受而消灭；如果不消灭，持票人权利如何，持票人提示付款被拒的不同情形下，持票人权利如何？

答疑意见：一、关于原因债权是否因票据授受而消灭的问题。票据债务人为履行基础关系所约定的义务，向票据债权人交付票据，除当事人明确约定票据交付即消灭原因债权外，原因债权并不消灭，持票人对其前手既享有票据权利，也享有原因债权，二者并存。

二、关于票据权利和原因债权竞合时的行使顺位问题。从票据关系产生的原因和票据功能的角度考虑，持票人应先行使票据权利，未能实现债权的，可再行使原因债权。关于票据权利未能实现的判断标准，则以持票人行使付款请求权未获满足即可，即在期限内提示付款被拒的情况下，持票人即享有选择权，既可以按票据关系向票据前手行使追索权，也可以依基础关系向直接前手主张原因债权。

三、关于持票人逾期提示付款，是否还可以主张原因债权的问题。持票人逾期提示付款的，根据票据法第十八条的规定，持票人丧失票据权利，但仍然享有民事权利，可以请求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据金额相当的利益。票据法关于持票人利益返还请求权的规定，是为维持失权持票人与出票人、承兑人之间的利益平衡，防止出票人和承兑人因此获得不当利益。在持票人和直接其前手之间，持票人失权是因其自身过错所致，应自行承担相应的不利后果。若允许持票人再主张原因债权，因票据权利已存瑕疵，债务人履行基础关系产生的债务后却无法获得完整的票据权利，有失公允。故持票人逾期提示付款导致票据权利丧失的，不能基于基础关系主张原因债权，只可以依票据法第十八条的规定，向出票人或者承兑人主张利益返还请求权。

四、关于票据到期持票人未获付款，既有持票人逾期提示付款的情形，也有承兑人客观上已丧失支付能力情形时，持票人的权利认定问题。我们认为，持票人逾

期提示付款和承兑人客观上丧失支付能力二者的法律效果不同，宜分别评价。持票人逾期提示付款的，依票据法相关规定，持票人丧失对其前手的追索权；而承兑人发生客观上丧失票款支付能力情形的，依照票据法第六十一条第二款的规定，持票人享有期前追索权。因此，如果持票人逾期提示付款的事实发生在前，则持票人既不能向前手行使票据追索权，也不能基于基础关系主张原因债权，只能向出票人或者承兑人请求承担付款责任；而如果在票据提示付款期限届满之前承兑人丧失支付能力，则持票人既可以向前手行使票据追索权，也可以基于基础关系主张原因债权。

五、关于基础关系债权人被追索清偿后，能否再向债务人主张原因债权的问题。基础关系债权人收受票据后，票据经历背书甚至多次背书，债权人被追索并予以清偿的，此时债权人重新获得票据，在享有持票人地位的同时也意味着其债权并未得到清偿。其对基础关系直接前手的权利，与以上答复中第二点的情况相若。

点评专家：清华大学法学院副院长、长聘副教授 高丝敏

点评意见：答复意见紧扣票据法条文的规范意旨与票据法的基本法理，强调了基础法律关系产生的原因债权原则上不因票据授受而消灭，明确了票据债权和原因债权竞合时持票人的权利行使顺位，并区分票据到期持票人未获付款的不同情形对持票人的权利作出了厘定。基于票据的无因性，原因债权与票据债权并存时二者间的关系以及权利行使顺序，历来是实践中的疑难问题，并在理论上存在争议。厘清这些问题，对于维护商事交易秩序、促进社会经济发展至关重要。为此，答复意见明确了票据债权相较于原因债权的行使顺位优先性，并提出区分持票人逾期提示付款和承兑人客观丧失支付能力的不同情形，对持票人的权利作出不同评

价和认定，有望为司法实务提供较高指导价值。

问题 3：遗产管理人是否有独立的诉权？

答疑意见：民法典规定了遗产管理人制度，但未对遗产管理人是否具有独立诉权进行明确，因此对于遗产诉讼中遗产管理人能否以自己的名义起诉或应诉问题，目前尚存争议。从立法目的来看，遗产管理人制度是为了保障遗产的完整性和安全性，公平、有序地分配遗产，使遗产上各项权利得以实现的一项综合性制度。为保障遗产管理人基于遗产管理目的而实施相应民事行为的实体权利，包括对债权债务的处分权等，应当认可遗产管理人在遗产管理期间享有相应的诉权。从起诉条件来看，根据民事诉讼法第一百二十二条规定，起诉必须符合下列条件：（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。遗产管理人在履行遗产管理职责时提起民事诉讼的，可视为满足“与本案有直接利害关系”的条件。

司法实践在一定程度上也肯定了遗产管理人的独立诉讼地位。如根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二条第一款、第十条第一款规定，遗产管理人在执行程序中可以作为执行人、被执行人。最高人民法院在（2020）最高法民再 111 号翁某、吕某第三人撤销之诉再审案中认为，一般情况下，遗产管理人及受托人进行遗产收集，为遗产管理、分配创造条件，有利于遗嘱受益人权利的实现，也有利于及时按照遗嘱分配遗产。因此，遗产管理

人及受托人在收集遗产过程中遇到障碍，无法及时收集并有效管理遗产时，有权以自己名义对相关民事主体提起民事诉讼以保证遗产安全。

需要明确的是，即使承认遗产管理人享有相对独立的诉权，这种诉权的行使也应当被限定于遗产管理人的职责履行范围之内；与履行遗产管理职责无关的诉讼主张，不应得到支持。在法律、司法解释未明确遗产管理人的独立诉权之前，有必要对“遗产管理人在民事诉讼中的独立主体地位”持审慎态度，避免给大量的继承诉讼带来实操层面的困难。司法实践中，不同的案件还需结合案件事实情况后再次分析适用。

点评专家：中国人民大学法学院教授 石佳友

点评意见：遗产管理人是民法典继承编的一项重要制度创新，其目的在于保障遗产的有效管理与分配；遗产管理人包括遗嘱执行人、继承人、被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会。但民法典等现有法律并未直接规定遗产管理人的诉讼主体资格等问题，因此，如发生争议，遗产管理人能否以自己的名义进行起诉或应诉是亟待明晰的重要问题。本答疑意见对这一问题作出了回应，既结合了民事诉讼法关于起诉资格的相关规定，也总结了此前司法实践的相关经验，具有明确的指引作用。根据答疑意见，遗产管理人与争议诉讼具有直接利害关系，因此应具有独立的诉讼地位，可以其自身的名义进行起诉和应诉。但是，遗产管理人的诉讼地位是基于其与遗产管理这一法定职责的关联，因此其在诉讼中的相关权限应被限定于遗产管理人的职责履行范围之内，而不能随意突破这一范围，以避免对相关继承诉讼实践造成不必要的困难。应当承认，在现有的法律框架下，采取这样的审慎态度是必要的。

问题 4：无证经营成品汽油应当适用非法经营罪还是危险作业罪？

答疑意见：《国务院办公厅关于加快发展流通促进商业消费的意见》（国办发〔2019〕42号）提出“扩大成品油市场准入。取消石油成品油批发仓储经营资格审批，将成品油零售经营资格审批下放至地市级人民政府”。2020年7月，商务部废止了有关规范成品油许可经营的《成品油市场管理办法》。《危险化学品安全管理条例》第三十三条规定：“国家对危险化学品经营（包括仓储经营，下同）实行许可制度。未经许可，任何单位和个人不得经营危险化学品。”2022年10月，《危险化学品目录》作了调整，汽油、柴油、煤油均已被纳入危险化学品目录。但是，考虑到《危险化学品安全管理条例》保护的法益主要是生产安全，而非市场经济秩序，从国家政策导向和法律规定看，将未经审批经营成品油的行为纳入非法经营罪宜持慎重态度。2022年12月，“两高”联合发布了《人民法院、检察机关依法惩治危害生产安全犯罪典型案例》，其中，“高某海等危险作业案”所涉案情即为未经批准擅自存储、销售汽油，并引发事故，以危险作业罪定罪处罚，而非非法经营罪。

需要强调的是，对于危险作业罪“具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险”的构成要件，要综合考虑具体行为方式、案发地点及危害后果等进行认定，避免适用泛化。同时，应当注意区别对待，对于其他为行为人提供便利条件、参与分装赚取差价的人员，综合考虑其在共同犯罪中所起作用以及认罪认罚等情节，可以依法不纳入刑事追究范围，体现宽严相济的刑事政策。

点评专家：北京师范大学法学院副教授、博士生导师 商浩文

点评意见：非法经营罪的认定是当前理论和实践中较为复杂的问题。答疑意见对于无证经营成品汽油的定性充分考虑了国家政策导向、法律规定以及行为的法益侵害类型。非法经营罪作为法定犯，前置法的调整变化对该罪的认定具有重要影响。答疑意见考虑到国家扩大成品油市场准入的政策导向以及《危险化学品安全管理条例》的规定、《危险化学品目录》的调整，认定无证经营成品汽油行为侵犯的是生产安全，而非市场经济秩序，进而将该行为定性为危险作业罪，充分考虑了法定犯的特点。同时，答疑意见也充分发挥了最高司法机关发布的典型案例在相关法律适用问题上的指导作用。另外，答疑意见在对危险作业罪“具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险”的入罪标准的判断上贯彻了宽严相济刑事政策，一方面指出要综合考虑具体行为方式、案发地点及危害后果等进行认定，避免适用泛化；另一方面，也指出对于一般参与人员，应充分考虑其在共同犯罪中所起作用以及认罪认罚等情节，可以依法不纳入刑事追究范围。该意见对危险作业罪的认定亦具有重要指导意义。

问题 5：罚金刑的刑事执行案件中对于被执行人名下的唯一住房是否可以执行？

答疑意见：目前刑法、刑事诉讼法及其司法解释对于刑事裁判涉财产部分执行的程序法律规定较为原则。根据《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（法释〔2014〕13号）第十六条，人民法院办理刑事裁判涉财产部分执行案件，刑法、刑事诉讼法及有关司法解释没有相应规定的，参照适用民事执

行的有关规定。因此，对于罚金刑的刑事执行案件中被执行人名下唯一住房执行问题，可参照适用民事执行中的相关规定办理。

根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（以下简称《查封、扣押、冻结规定》）第四条、第五条规定，对被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋，人民法院可以查封，但不得拍卖、变卖或者抵债。对于超过被执行人及其所扶养家属生活所必需的房屋和生活用品，人民法院根据申请执行人的申请，在保障被执行人及其所扶养家属最低生活标准所必需的居住房屋和普通生活必需品后，可予以执行。根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十条规定，申请执行人按照当地廉租住房保障面积标准为被执行人及所扶养家属提供居住房屋，或者同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋的变价款中扣除五至八年租金时，被执行人以执行标的系本人及所扶养家属维持生活必需的居住房屋为由提出异议的，人民法院不予支持。

需要注意的是，被执行人及其所扶养家属的“唯一住房”和“生活必需住房”两个概念并不完全相同。被执行人及其所扶养家属唯一的住房，并非完全不能作为强制执行的标的物，如果能够保障被执行人及其所扶养家属维持生活必需的居住条件，可采取相应的方式予以执行。“唯一住房”是否为被执行人“生活必需”应结合被执行人的经济状况、房屋实际占有使用情况以及房屋的价值、地理位置等因素来综合考量、认定。若房屋存在出租、出借给他人使用等并非用来实际居住的情形，则可以认定被执行人并非依靠涉案房产维持其基本生存，人民法院可对该房产予以执行；若房屋面积较大或者价值较高，超过被执行人及其所扶养家

属生活必需，可根据《查封、扣押、冻结规定》第五条的规定，采取“以小换大、以差换好、以远换近”等方式，在保障被执行人及其所扶养家属基本居住条件的前提下，对该“唯一住房”进行置换，将超过生活必需部分的房屋变价款用于执行财产刑。

点评专家：北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师，中国法学会案例法学研究会理事 刘 科

点评意见：在罚金刑的刑事执行过程中，对于被执行人名下只有唯一住房是否可以执行的问题，刑法、刑事诉讼法及有关司法解释中并没有明确规定。对此，需要结合刑事法学的基本理论和司法实践中的具体情况来妥善解决。答疑意见提出参照《查封、扣押、冻结规定》来处理该问题，在此基础上区分被执行人及其所扶养家属的“唯一住房”和“生活必需住房”两个不同概念，并对“唯一住房”可执行的原则（是否为“生活必需住房”）以及具体情形作了分析，符合刑事法学的基本原理和司法解释的规定精神。答疑意见的观点鲜明、准确，逻辑清晰，依据充分，对于类似问题的处理具有很强的指导意义。

法答网精选问答（第二批）（2024年03月07日发布）

问题 1：涉比特币“挖矿”案件合同效力如何认定？

答疑意见：我国对虚拟货币的监管政策较为明确。2021年9月15日中国人民银行等部门发布的《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》（银

发〔2021〕237号)强调比特币、以太币等虚拟货币不具有与法定货币等同的法律地位,不能作为货币在市场上流通。同时该通知明确指出,虚拟货币兑换、为虚拟货币交易提供撮合服务等虚拟货币相关业务全部属于非法金融活动,一律严格禁止,坚决依法取缔;任何法人、非法人组织和自然人投资虚拟货币及相关衍生品,违背公序良俗的,相关民事法律行为无效,由此引发的损失由其自行承担;涉嫌破坏金融秩序、危害金融安全的,由相关部门依法查处。

虚拟货币“挖矿”活动指通过专用“矿机”计算生产虚拟货币的过程,能源消耗和碳排放量大,对国民经济贡献度低,对产业发展、科技进步等带动作用有限,加之虚拟货币生产、交易环节衍生的风险越发突出,其盲目无序发展对推动经济社会高质量发展和节能减排带来不利影响。2021年9月3日国家发展改革委等部门发布的《关于整治虚拟货币“挖矿”活动的通知》(发改运行〔2021〕1283号)按照“严密监测、严防风险、严禁增量、妥处存量”总体思路,区分虚拟货币“挖矿”增量和存量项目,坚持分类处理原则。严禁投资建设增量项目,加快有序退出存量项目,在保证平稳过渡前提下,结合各地实际情况科学确定退出时间表和实施路径。

人民法院审理涉比特币等虚拟货币“挖矿”纠纷案件,应当注意国家重要监管政策的变化,准确认定合同效力。对于与比特币等虚拟货币“挖矿”活动相关的纠纷,应以2021年9月3日为时间节点区别对待:该时点之后订立的合同应认定无效;该时点之前的相关合同,不应简单否认其效力,应根据民法典关于合同效力的规定,结合案件事实予以认定。人民法院经审理确认合同无效的,当事人请求依照合同约定交付财产或支付对价的,人民法院不予支持;当事人请求对方返

还因该合同取得的财产的，人民法院可予支持；不能返还时，当事人主张以比特币等虚拟货币折算为法定货币价值予以补偿的，人民法院不予支持，但当事人之间就比特币等虚拟货币的代偿金额达成合意的除外。合同有效但未得到履行，当事人请求对方承担违约责任的，人民法院需要充分考虑国家政策变化对于合同履行的影响，合理确定违约责任的范围及承担方式。

点评专家：北京航空航天大学法学院党委书记、教授 周友军

点评意见：涉比特币“挖矿”案件合同的效力认定，在司法实践中争议较大。比特币“挖矿”行为对电力能源消耗巨大，不符合绿色发展理念，不利于节能减排和碳达峰碳中和目标的实现，也违反了民法典第9条规定的绿色原则。因此，2021年9月3日国家发展改革委等部门发布了《关于整治虚拟货币“挖矿”活动的通知》，将比特币“挖矿”活动纳入淘汰类产业的范畴。答疑意见结合民法典第153条第2款关于公序良俗的规定，将违反国家重要监管政策的行为，认定为违背公序良俗，从而认定合同无效。人民法院在审理比特币“挖矿”案件时，将上述国家重要监管政策纳入合同效力认定的重要考虑因素之中，就可以通过司法活动来保障和引导绿色发展。答疑意见还就比特币“挖矿”案件合同无效的法律后果认定予以明确，也考虑到了国家发展改革委等部门发布的国家重要监管政策的要求。答疑意见法理依据充分，可操作性强，对于类似案件的裁判具有较大的指导价值。

问题 2：保证合同无效，一般保证人是否也享有先诉抗辩权？

答疑意见：依据民法典第 687 条规定，一般保证人的先诉抗辩权是指在主债务未经审判或仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，保证人可以拒绝承担保证责任。在保证合同因主债权债务合同无效而无效，或因自身原因而无效时，一般保证人是否仍享有先诉抗辩权，对保证人和债权人的利益影响巨大，实践中存在分歧。经研究认为，一般保证人仍受先诉抗辩权的保护。具体理由如下：

首先，符合保证人赔偿责任的补充性质。法律赋予一般保证人先诉抗辩权，是因为主债务是债务人本来应当自己履行的债务，而一般保证人的保证责任是从债务，具有补充地位，只在主债务人不能履行时才对主债务未履行部分承担责任。保证合同无效时，一般保证人的赔偿责任也是源于保证合同，同样属于补充性的债务。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）第17条，担保合同无效时，有过错的担保人承担的赔偿责任限于债务人不能清偿的部分，同样具有补充性质。同样地，保证合同无效时，一般保证人的赔偿责任也具有补充性质，应受到先诉抗辩权制度的保护。不能仅因保证合同无效，一般保证人的责任就丧失了补充责任的性质。

其次，符合当事人订立一般保证合同时的合理预期。虽然保证合同无效后，保证人根据自身过错来确定赔偿责任，已经不同于保证合同有效时的保证责任，但债权人和保证人签订一般保证合同时，通常不会主观上认为保证合同无效，故双方均有一般保证人受先诉抗辩权保护的预期，债权人通常也不会提前要求一般保证人承担保证合同无效的赔偿责任。

最后，符合合同效力制度体系的内部逻辑。保证合同无效时，债权人获得的利益

不应当超过保证合同有效时所能获得的利益。换言之，一般保证人在保证合同无效时至少应当受到与保证合同有效时同样的保护，以维护合同效力制度体系的内部和谐。保证合同无效时，若一般保证人丧失先诉抗辩权保护，债权人则可单独起诉要求其承担赔偿责任，显然有悖于合同效力体系的逻辑秩序，使保证人丧失了保证合同有效时的期限利益。

综上，在保证合同无效时，一般保证人仍享有先诉抗辩权，这既符合保证人赔偿责任的责任性质，符合当事人的合理预期，也维护了合同效力体系的有机统一。

点评专家：清华大学法学院教授 程啸

点评意见：先诉抗辩权，也称检索抗辩权。该权利是一般保证人所享有的民事实体权利，而非单纯的诉讼上的抗辩权，对其非常重要。保证人有无先诉抗辩权也是一般保证与连带责任保证最根本的区别。为了平衡各方利益，避免对保证人科以过严的责任，我国民法典第 686 条第 2 款规定：“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。”同时，在第 687 条第 2 款还严格限定了一般保证人丧失先诉抗辩权的四种情形。一般保证合同无效并非该款规定的保证人丧失先诉抗辩权的情形。此外，保证合同无效并不意味着保证人就完全免责。依据民法典第 682 条第 2 款的规定，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。虽然保证人是因过错而承担相应的民事责任，但并不改变保证人并非为自身债务负责的本质特征。故此，如果认为一般保证合同有效的，保证人有先诉抗辩权，保证合同无效时，一般保证人就没有先诉抗辩权，显然违反了同等事物同等对待的基本法理，也人为地改变了债权人、债务人与保证人之间的利益结

构，加重了保证人的责任。因此，本答疑关于保证合同无效时一般保证人仍有先诉抗辩权的观点无疑是正确的，其从保证人赔偿责任的性质、当事人的预期以及合同效力体系的内部逻辑等三个方面论证也是具有说服力的。

问题 3：客户信息是否属于公司的商业秘密？

答疑意见：客户信息主要包括两部分，一部分是客户的名称、地址、联系方式等信息，即基础信息；另外一部分是交易习惯、意向、价格承受能力等信息，即深度信息。但该分类并不必然影响客户信息是否构成商业秘密的认定。判断客户信息是否构成商业秘密的标准，在于其是否满足法律规定的“不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施”，即秘密性、价值性、保密性。值得注意的是，秘密性要求不为公众普遍知悉和容易获得，既不要求绝无他人知晓，也不要求他人付出足够代价仍然不能得到。客户信息的商业秘密相较于技术秘密的商业秘密存在一定特殊性：客户信息实质系可经收集获得的信息，故侵害客户信息商业秘密行为的实质通常是侵权人通过该侵权行为节省了搜集信息所需要的时间和金钱成本。因此，客户信息的商业秘密保护通常有时间限制。故尽管基础信息较之深度信息容易获取，但这仅导致基础信息秘密性的认定更困难及相应保护期限更短。如果基础信息确有商业价值、数量足够庞大，收集足够困难，其亦可能满足价值性、保密性要求，进而可被认定构成商业秘密，对此需要根据案件具体情况予以认定。

点评专家：中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师 来小鹏

点评意见：客户信息对公司的运营和发展具有重要作用，但是否构成公司商业秘密并受到法律保护，则应依据我国反不正当竞争法第 9 条规定并结合具体案情进行判断。答疑意见从客户信息的构成、认定依据、客户信息认定为商业秘密的特殊性三个方面回答了客户信息是否属于公司的商业秘密这一问题。答疑意见精准解读了客户信息中的基础信息和深度信息，准确地理解和把握了我国反不正当竞争法有关商业秘密规定的内在意旨，分析并回答了客户信息的商业秘密相较于技术秘密的商业秘密的特殊性。本条答疑逻辑清晰，依据充分，观点正确，对于个案中正确判定客户信息能否构成公司商业秘密类似问题具有较强的指导意义。

问题 4：二审维持原判的民事案件，执行根据为一审判决还是二审判决？

答疑意见：民事诉讼中，二审维持原判时的执行根据问题，目前理论界及实务界确实存在较大分歧。主要有三种观点：第一种观点认为，二审维持原判时执行依据为一审判决。第二种观点认为，二审维持原判时执行依据为二审判决。第三种观点认为，一、二审判决共同构成执行依据。对这一问题的理解，一方面应当立足民事诉讼法的明确规定，准确理解立法本意，准确界定何为生效裁判、何为执行依据，另一方面要考察和比较不同处理方式产生的不同效果来把握。经研究认为，二审维持原判时执行依据为二审判决。具体分析如下：

第一，根据法律明确规定，对于经过二审的民事案件，二审判决是生效判决。民事诉讼法第 182 条明确规定，第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定。案件经过一、二审后，共有两个判决书，而同一个案件不能有两个生效裁

判。案件经过一审作出判决后，如果当事人选择了上诉，则一审判决就不再发生效力，二审判决才是生效判决。需要注意的是，民事判决的生效，其依据的是民事诉讼法的规定，而不是其他判决的认定，也就是说，二审判决并不是对一审判决效力的确认，而是对案件处理结果作出了与一审判决相同的判断，其实质是作出了“同意一审判决”的实体判决。因此，二审判决才是生效判决，认为二审维持原判就意味着一审判决发生效力的观点是值得商榷的。根据民事诉讼法第 235 条规定，作为执行依据的民事裁判应当是发生法律效力民事裁判，因此就排除了二审判决作出后仍把一审判决作为执行依据或者作为执行依据之一的观点。

第二，二审裁判主文为“维持原判”并不意味着二审裁判不具有给付内容。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》（以下简称《民事诉讼法解释》）第 461 条规定，作为执行依据的生效法律文书应当具备明确的给付内容。所谓给付内容明确是指根据裁判文书能够确定当事人应当履行的给付义务，包括金钱给付、交付特定物，也包括履行法律文书指定的确定的行为等。这是从诉的种类对执行力所作的界定，如给付之诉的判决通常具有给付内容，而确认之诉的裁判文书往往无给付内容。对于二审维持原判的案件，“维持原判”的实际含义是二审的判决主文与一审判决主文相同，但简略表述为“维持原判”，这种简略表述并不能改变诉的性质，如果案件本身为给付之诉，且一审判决也有明确的给付内容，那么二审“维持原判”表示二审判决所确定的给付内容与一审判决一样，而不是说二审判决不具有给付内容。实践中，在二审维持原判后的强制执行立案时，二审维持原判的判决作为执行依据，同时也要求申请执行人提交原审的判决书，以便执行法官在执行中确定“维持原判”中“原判”的具体内容。

第三，即使是二审维持原判，但二审与一审判决在认定事实、法律适用等方面并不一定完全一致，以一审判决为执行依据或一、二审判决均作为执行依据也会涉及后续与执行上的衔接问题。根据《民事诉讼法解释》第 332 条规定，原判决、裁定认定事实或者适用法律虽有瑕疵，但裁判结果正确的，第二审人民法院可以在判决、裁定中纠正瑕疵后予以维持。但在这种情况下，尽管判决结果相同，但二审判决在事实认定、法律适用等问题上与一审判决不尽相同，如执行一审判决会出现与执行二审判决不同的处理结果。比如，计算判决生效后迟延履行期间债务利息起算时间问题。一审判决一方当事人“于判决生效后七日内”按照市场利率支付利息，并判决“如未按照判决指定期间履行给付金钱义务，应当按照法律规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息”，二审维持原判。此时如果以一审判决为执行依据，则对于“于判决生效后七日内”可能会产生错误理解。

第四，如将一审裁判作为执行依据，则二审有关费用将无法执行。如果将一审裁判作为执行依据，二审判决中所判决的上诉案件受理费以及二审中可能发生的鉴定费等费用的确定和负担将无法执行。

点评专家：中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会民事诉讼法学研究会副会长，中国行为法学会执行行为专业委员会副会长 肖建国

点评意见：二审维持原判时的执行根据认定是当前法院执行实践中备受争议的问题。答疑意见从法律规范依据、维持原判的可执行性和维持原判在给付内容上与一审判决的差异性等三个层面阐释了“二审维持原判时执行依据为二审判决”的主要理由。答疑意见总结归纳了目前理论界及实务界关于二审维持原判时执行根据的三种立场观点，立足于现行民事诉讼法和司法解释的规定，运用文义解释、

体系解释等解释方法，对于何为生效裁判、何为执行依据、维持原判是否具有给付内容，以及维持原判的给付内容有别于一审判决之处等问题，抽丝剥茧、条分缕析、层层递进，阐明了二审维持原判时的执行根据认定背后的程序法理。答疑的观点鲜明准确，法律依据充分，理论阐释清晰有力，展现了扎实的专业功底和丰富的实务经验，对于我国民事强制执行实践具有普遍的指导意义。

问题 5：房屋装修后，尚无人居住，进入房屋盗窃财物是否认定为入户盗窃？

答疑意见：该问题核心在于对“入户盗窃”中“户”的范围的理解问题。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2013〕8号）第3条第2款规定：“非法进入供他人家庭生活，与外界相对隔离的住所盗窃的，应当认定为‘入户盗窃’。”认定“入户盗窃”，应当注意“户”所应当具有的功能特征（供他人家庭生活）和场所特征（与外界相对隔离）。房屋装修放置期间，所涉住所虽然与外界相对隔离，具有“户”的场所特征，但因无人居住，尚未供他人家庭生活，不具有功能特征。从立法目的看，将入户盗窃规定为盗窃罪的一种入罪情形，目的在于强化对户内人员人身权利的保护。因为入户盗窃，一旦被户内人员发觉，往往会转化为抢劫，从而严重危及、危害户内人员的人身。而进入无人居住的房屋通常不存在这一问题。故对被告人在房屋装修放置期间进入盗取家电家具等财物的行为，不宜认定为“入户盗窃”。

点评专家：北京师范大学法学院教授、《刑事法判解研究》主编 彭新林

点评意见：“入户盗窃”是2011年刑法修正案（八）增加的盗窃罪行为类型。

如何认定“入户盗窃”中的“户”，一直是司法实践中的认定难题。为此，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第3条第2款专门作出规定。依据该规定，供他人家庭生活和与外界相对隔离是认定“户”的两个主要因素。宿舍、教室、办公室、宾馆房间、临时搭建的工棚等，由于不具有家庭生活功能或者无法与外界相对隔离，一般不认定为“户”。

“入户盗窃”之所以没有盗窃数额或者次数的要求，是因为这种类型的盗窃犯罪不仅侵害公私财产所有权，更为重要的是对公民的人身安全构成了重大威胁，因而必须对其作特殊规定，以满足严厉打击的需要。该答疑意见不是从形式上得出结论，而是立足“户”所应当具有的功能特征和场所特征，从“入户盗窃”侵害法益的角度分析“户”的范围，否定在房屋装修放置期间进入盗取财物的行为构成“入户盗窃”，抓住了“户”的本质特征，是根据“入户盗窃”的法益保护目的对“户”的范围进行的妥当解释。解答思路正确、依据充分、逻辑清晰，对于实践中“入户盗窃”的准确认定具有重要的参考价值和很强的指导意义。

法答网精选问答（第一批）（2024年02月29日发布）

问题 1：网络主播为公司带货，双方是否存在劳动关系？

答疑意见：该问题涉及新就业形态下劳动关系的认定问题。根据劳动合同法第七条、《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56号）第十八条以及《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）的相关规定，劳动关系的核心特征为“劳动管理”，包括劳动者与用人

单位之间的人格从属性、经济从属性、组织从属性等。《最高人民法院关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》（法发〔2022〕36号）第七条也对依法合理认定新就业形态劳动关系的考量因素作了明确。

劳动者与平台企业或者平台用工合作企业之间是否存在劳动关系，应当根据劳动管理和用工事实，综合考量人格从属性、经济从属性、组织从属性的有无及强弱来判断。从人格从属性看，主要体现为平台企业的工作规则、劳动纪律、奖惩办法等是否适用于劳动者，平台企业是否可通过制定规则、设定算法等对劳动过程进行管理控制；劳动者是否须按照平台指令完成工作任务，能否自主决定工作时间、工作量等。从经济从属性看，主要体现为平台企业是否掌握劳动者从业所必需的数据信息等重要生产资料，是否允许商定服务价格；劳动者通过平台获得的报酬是否构成其重要收入来源等。从组织从属性看，主要体现在劳动者是否被纳入平台企业组织体系，成为企业生产经营组织的有机部分，是否以平台名义对外提供服务等。

企业招用网络主播开展“直播带货”业务，如果企业作为经纪人与网络主播平等协商确定双方权利义务，以约定分成方式进行收益分配，双方之间的法律关系体现出平等协商特点，则不符合确立劳动关系的情形。但是，如果主播对个人包装、直播内容、演艺方式、收益分配等没有协商权，双方之间体现出较强人格、经济、组织从属性特征，符合劳动法意义上的劳动管理及从属性特征的，则倾向于认定劳动关系。司法实践中，应当加强对法律关系的个案分析，重点审查企业与网络主播之间权利义务内容及确定方式，查明平台企业是否对网络主播存在劳动管理行为，综合、据实认定法律关系性质。

点评专家：中央财经大学法学院教授、中国劳动关系学院法学院学术委员会主任、中国劳动学会劳动人事争议处理专业委员会副会长 沈建峰

点评意见：平台用工过程中的劳动关系认定是当前理论和实践中的难题。答疑意见从规范基础、法理依据和具体方案三个层次回答了带货网络主播与平台企业的劳动关系认定问题。答疑意见总结归纳了现有司法政策关于新就业形态劳动关系认定的思想和立场，将现有劳动关系认定的从属性理论，按照人格从属性、经济从属性和组织从属性三个层次运用于新就业形态领域，并结合平台用工特点提出符合数字时代劳动关系认定的具体指标。在平台用工劳动关系认定方法上，尤其强调了综合判断以及用工事实优先这一在当前理论和实践中非常重要的劳动关系认定方法。答疑法律和政策依据充分，理论阐释简洁清晰，具有操作性，对于解决网络带货主播与平台企业的劳动关系认定的案件具有很强的指导意义。

问题 2：离婚案件中，孩子选择跟随生活的一方条件比另一方差很多，应如何处理？

答疑意见：民法典第一千零八十四条第三款规定：“离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。”可见，最有利于未成年子女原则是解决未成年子女抚养问题的基本原则，应以此作为处理相关问题的基本出发点和落脚点。

具体到离婚纠纷中确定未成年子女由哪一方直接抚养更合适，要根据其年龄情况作区分处理：（1）对于不满两周岁的子女，应以母亲直接抚养为原则，除非存

在《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）》（以下简称《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》）第四十四条规定的确实不宜随母亲共同生活的特殊情况。（2）对于已满八周岁的子女，应当尊重其真实意愿。首先，应当尽量保证未成年子女在不受干扰的情况下发表意见，确保其意愿客观、真实。在征求未成年子女意见时，要根据未成年人的年龄和智力发育情况，选择其能够理解的方式。比如，可以采取入户调查、走访亲友、征求未成年子女住所地村（居）民委员会意见等家事调查方式，探寻其真实意愿。其次，在确定系未成年子女真实意愿的前提下，原则上应当尊重其真实意愿。这不仅是法律的明确规定，也是最有利于未成年子女原则的应有之义，是尊重未成年子女人格尊严的必然要求。需要注意的是，对于未成年子女来讲，物质条件只是确定一方抚养条件优劣的因素之一，而不是全部。未成年子女受哪一方生活上照顾较多，哪一方更能够提供情感需求、陪伴需求，更尊重其人格尊严，更有利于其身心健康发展等，均应当作为“条件”的考量要素。而物质需求还可以通过另一方支付抚养费等方式予以解决。（3）对于已满两周岁不满八周岁子女的直接抚养问题，应按照《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》第四十六条、第四十七条规定的具体考虑因素来判断，同时也要尽量尊重其真实意愿，根据最有利于未成年子女原则作出判决。

点评专家：中国政法大学法学院副教授 陈 汉

点评意见：夫妻离婚之时未成年人的直接抚养权的裁判，涉及未成年人利益，影响重大。未成年人选择“与经济条件相对较差的一方”共同生活时的直接抚养权如何确定，更是一个值得研究的问题。经济物质条件是生活的重要方面之一，但

不是全部。如果唯以经济条件来确定直接抚养权，将不利于加强家庭家教家风建设，不利于鼓励家长投入更多的时间与情感来陪伴孩子的成长。此条答疑结合了现行法律和司法解释的规定，在答疑中指出了“应当尽量保证未成年子女在不受干扰的情况下发表意见，确保其意愿客观、真实”，并对如何用未成年人理解的方式去征询其意见提出了方法上的建议，特别值得肯定。答疑观点鲜明，逻辑清晰，依据充分，弘扬了社会主义核心价值观，对于类似案件问题处理具有较强指导意义。

问题 3：证券公司与客户签订融资融券业务合同，约定客户在证券公司开立的融资融券账户中融资买入的全部证券和融券卖出所得的全部资金及上述资金、证券所产生的孳息等，整体作为担保物提供担保。对于强行平仓之后仍未能受偿的债权，证券公司对融资融券账户内证券是否享有优先受偿权？

答疑意见：此问题应按照证券法及《证券公司融资融券业务管理办法》（以下简称《办法》）的有关规定来理解和把握。根据证券法第一百六十九条的规定，国务院证券监督管理机构在对证券市场实施监督管理中履行依法制定有关证券市场监督管理的规章、规则等职责。第一百二十条第五款规定，证券公司从事融资融券业务，应当采取措施，严格防范和控制风险，不得违反规定向客户出借资金或者证券。前述规章和规定，主要是指中国证监会制定的《办法》，该《办法》第二十五条规定：“证券公司应当将收取的保证金以及客户融资买入的全部证券和融券卖出所得全部价款，分别存放在客户信用交易担保证券账户和客户信用交易担保资金账户，作为对该客户融资融券所生债权的担保物。”该规定明确

赋予客户融资融券账户中的资产“担保物”的性质,用于担保客户因融资融券交易所产生的债权。同时,《办法》第十四条第一款以及第十六条第一款、第二款还规定,“融资融券合同应当约定,证券公司客户信用交易担保证券账户内的证券和客户信用交易担保资金账户内的资金,为担保证券公司因融资融券所生对客户债权的信托财产”,“证券公司与客户签订融资融券合同后,应当根据客户的申请,按照证券登记结算机构的规定,为其开立实名信用证券账户。客户信用证券账户与其普通证券账户的开户人姓名或者名称应当一致。客户信用证券账户是证券公司客户信用交易担保证券账户的二级账户,用于记载客户委托证券公司持有的担保证券的明细数据”。可见客户信用证券账户为客户信用交易担保证券账户的二级账户,客户向信用账户转入担保证券相当于转入证券公司账户,也起到了财产权利变动的公示作用。综上,融资融券合同从类型上应属“其他具有担保功能的合同”,融资融券双方成立了让与担保法律关系,且因转移占用而产生公示的法律效果,符合《全国法院民商事审判工作会议纪要》第七十一条关于让与担保的规定,证券公司请求参照法律关于担保物权的规定优先偿还其债权的,人民法院依法予以支持。

证券公司对客户融资融券业务信用账户中的资产享有担保权并有权优先受偿,在目前实践中均被司法机关认可,这也体现了司法对金融证券领域常规业务规则的尊重,有利于维护正常的金融交易秩序,防范化解金融风险,培育市场参与者诚实守信的经营理念。

点评专家: 中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师 王 涌

点评意见:融资融券业务是指证券公司向客户出借资金供其买入上市证券或者出

借上市证券供其卖出，并收取担保物的经营活动。融资融券业务可以有效活跃证券市场的有价证券交易，提升交易活性，但也带来了放大投资风险的问题，所以依托信托法所形成的担保机制就成为稳定融资融券业务交易信用的法律基础。证券公司客户信用交易担保证券账户内的证券和客户信用交易担保资金账户内的资金，为担保证券公司因融资融券所生对客户债权的信托财产，在信托业务当中属担保品信托，在法律性质上属非典型担保当中的让与担保。近日，在省部级主要领导干部推动金融高质量发展专题研讨班上，中央强调金融管理部门与司法机关之间要加强监管协同。本条答疑意见对于夯实融资融券业务信用基础，防范金融风险，促进监管协调，提升资本市场高质量发展具有现实作用。

问题 4：股东以其持有的公司股权向目标公司出资，在出资评估时，股东大幅虚增相应的财产价值，导致股权实际价值与出资评估结论不符，此是否属于相关司法解释规定的“未依法评估作价”？能否要求股东以货币方式补足出资？

答疑意见：（一）关于评估问题。非货币财产价值判断存在主观性和不确定性等特点，公司法（2018年修正）第二十七条（注：2023年公司法修订时，条文序号变更为第四十八条，内容未进行实质修改）明确规定，对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。股权是一种典型的非货币财产，股东以其持有的其他公司股权出资，为了保证公司资本的真实和确定，应当依法对该股权进行价值评估，以免虚增公司资本，进而损害公司、其他股东以及债权人的利益。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称《公司法解释（三）》）第九条规定：“出资人以非货币财产出资，未依法评估作价，公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当委托具有合法资格的评估机构对该财产评估作价。评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的，人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。”本条中的“未依法评估作价”，包括未进行评估作价和评估作价不合法两种情形。实践中后一种情形更加常见，即出资人以非货币财产出资，虽然履行了评估作价程序，但评估作价不合法，主要表现为评估机构不具有合法资格、评估作价程序违法、评估方法不当、评估结果不真实合理等具体情形。对于评估作价不合法导致股权价值不实的情形，属于《公司法解释（三）》第九条适用范围。根据该条规定，公司请求认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当委托具有合法资格的评估机构对该财产评估作价。如果评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的，应当认定出资人未依法全面履行出资义务。需要注意的是，因股权价值受固有市场风险等诸多因素的影响，在一定时间内可能出现贬值现象。作为出资的股权权属移转给公司后，其贬值风险应当由公司承担，故评估时应以出资交付时作为股权价值评估的时点。如果交付时股权实际价值与章程所定价额并没有显著差别，只是后来在公司经营中由于市场环境变化导致股权贬值，该贬值情形属于公司应承担的正常商业风险，除非当事人另有约定，否则出资人不承担责任。

（二）关于责任承担方式问题。股东的出资就其形式表现为货币出资和实物出资两大类，股东出资不实可以分为货币出资不实与实物出资不实。股权价值不实系实物出资不实中较为常见的情形。根据公司法（2018年修正）第三十条（注：

2023年公司法修订时，条文序号变更为第四十九条、第五十条，保留了原公司法第三十条规定的内容，并将之扩大到货币出资）、《公司法解释（三）》第十三条等法律、司法解释的规定，公司有权要求股东向公司依法全面履行义务，出资不实的股东应当就差额承担补足责任。司法实践中，最常见的补足方式是以现金补偿。如果判决后债务人不能实际履行，债权人可以与债务人协商达成和解，通过以物抵债或者减资、变卖股权等其他更加灵活的方式，实现债权。

点评专家：中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师 王 涌

点评意见：本答疑意见紧扣公司法条文与相关司法解释的规范目的，强调在非货币出资不实损害公司、其他股东和债权人合法利益时，人民法院应提供必要的司法救济。完善、合法的股权价格评估程序是鉴定出资是否充实的前置程序，虚增股权价值的结果若存在，必然以评估程序未能依法完成为条件。同时，股权和其他实物资产出资均存在出资完成后发生价值波动的情况。为此，本答疑意见以出资时刻股权价值为准的判断较为准确，充分认识到股权作为公司财产时其价值相关的市场风险应同时由公司承担。而在责任承担方面，答疑意见提出股东以现金或其他可能形式履行补充责任的可能性，对司法实践具有较高指导价值。

问题 5：公司被申请破产，该公司的财产被另案刑事判决认定为涉案财产，该部分涉案财产是否属于破产财产？如果属于破产财产，刑事追赃债权在破产案件中的清偿顺位如何？

答疑意见：所提问题中所称的“涉案财产”是一个比较模糊的提法，应当区分不

同情况：

第一，如果刑事判决泛泛地认定破产企业财产属于涉案财产，没有明确破产企业的哪些财产属于赃款赃物的，应由刑事案件合议庭作出进一步说明，或作出补正裁定。不能说明或者作出补正裁定的，可由刑事被害人作为破产程序中的普通债权人申报债权。

第二，如果刑事判决对破产企业特定财产明确为赃款赃物（包括按上述第一点通过进一步说明或补正裁定明确特定财产为赃款赃物），原则上应尊重刑事判决的认定，并依据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》第九条第四款关于“查封、扣押、冻结的涉案财物，一般应在诉讼终结后返还集资参与人。涉案财物不足全部返还的，按照集资参与人的集资额比例返还。退赔集资参与人的损失一般优先于其他民事债务以及罚金、没收财产的执行”的规定，将此部分财产从破产财产中剔除出去，由刑事程序退赔给有关被害人。这里应当注意的是：（1）非法集资参与人优先于其他民事债务的财产范围限于“涉案财产”即赃款赃物，不能扩大到被告人的其他合法财产。也就是说，第九条所规定的优先于其他民事债务，是指被明确认定为非法集资等犯罪行为涉及的赃款赃物，而不应扩大财产范围，优先于其他民事债务受偿。（2）刑事判决虽判令追缴、退赔“赃款赃物”，但该赃款赃物之原物已不存在或者已与其他财产混同的，被害人的损失在破产程序中只能与其他债权按损失性质（通常为普通债权）有序受偿。比如，刑事判决判令追缴刑事被告人100万元，但该100万元在被告人处并无对应的（被查封之）赃款时（即缺乏原物时），该追缴只能在破产程序中与其他普通债权一起有序受偿。（3）刑事判决中的涉案

财产被刑事被告人用于投资或置业，行为人亦已取得相应股权或投资份额的，按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百四十三条和《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（以下简称《刑事涉财产执行规定》）第十条第二款、第三款的规定，只能追缴投资或置业所形成的财产及收益，而涉案财产本身不应再被追缴或者没收。（4）涉案财产已被刑事被告人用于清偿合法债务、转让或者设置其他权利负担，善意案外人通过正常的市场交易、支付了合理对价，并实际取得相应权利的，按照《刑事涉财产执行规定》第十一条第二款的规定，亦不得追缴或者没收。

点评专家：中国人民大学法学院教授、北京市破产法学会会长 徐阳光

点评意见：企业破产程序中的刑民交叉问题一直是破产审判中的难点问题，其中又尤以如何区分涉案财产与破产财产、如何处理“退赔”赃款赃物与其他债权清偿的关系问题最为复杂。此条答疑结合现行法律和司法解释的规定，在答疑中指出了认定“赃款赃物”的依据，并对退赔可能出现的情形从四个方面做了专业提示和分析，如强调非法集资参与者优先受偿指向的财产范围仅限于“涉案财产”即赃款赃物，该赃款赃物之原物已不存在或者已与其他财产混同时被害人的损失属于普通债权。答疑的观点鲜明、正确，思路清晰，依据充分，展现了扎实的专业功底和丰富的审判实务经验，对于类似案件问题的处理具有很强的指导意义。

问题 6：股权流拍后，申请执行人申请以物抵债的，是否应当具备资格或条件？

如申请执行人不具备资格或条件，法院能否作出以物抵债裁定，待申请执行人另

寻有资质的第三人后，再将股权登记至第三人名下？

答疑意见：第一，股权系股东通过向公司出资取得，可凭此依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。根据民事诉讼法及相关司法解释的规定，人民法院对被执行人持有的股权可以采取执行措施。强制执行股权最常用的措施是冻结和变价转让，其中变价程序包括评估、拍卖和变卖等方式，与强制执行其他财产权的措施基本相同。

《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第三十九条第二款规定：“对被执行人在有限责任公司中被冻结的投资权益或股权，人民法院可以依据《中华人民共和国公司法》第七十一条、第七十二条、第七十三条的规定，征得全体股东过半数同意后，予以拍卖、变卖或以其他方式转让。不同意转让的股东，应当购买该转让的投资权益或股权，不购买的，视为同意转让，不影响执行。”据此，在一般股权执行中，司法解释并未对竞买人资格提出限制要求，但处置中应注意符合公司法对于股权转让的要求，充分保护股东的优先购买权。

《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》均对司法拍卖过程中优先购买权的行使有所规定，即在拍卖过程中，其他股东可以通过参与竞买的方式行使其优先购买权。

第二，除一般股权外，根据证券法、保险法、商业银行法等法律规定，证券公司、保险公司、保险资产管理公司、商业银行、外资银行、基金管理公司、融资担保公司、期货公司等转让一定比例股权的，受让股权的主体需经过相关部门审批。特殊公司股权或关乎国家产业结构安全，或关乎国家金融秩序、经济秩序稳定，

为了维护国家产业安全等目的,相关法律法规对特殊公司的股权变更设定了行政许可的前置审批程序。因此,拍卖此类“特殊公司股权”程序中应该尊重行政审批规范。特殊公司股权变更的行政许可,审查内容可能涉及受让后股权结构、受让人的资金来源、财务状况、资本补充能力和诚信状况等,但是不同类型公司有一定差异。执行程序中对这应该予以遵守,防止因强制执行而打破或架空行政许可的制度目的。

基于以上背景,《最高人民法院关于人民法院强制执行股权若干问题的规定》第十五条对此类特殊公司股权处置作出了专门规定:“股权变更应当由相关部门批准的,人民法院应当在拍卖公告中载明法律、行政法规或者国务院决定规定的竞买人应当具备的资格或者条件。必要时,人民法院可以就竞买资格或者条件征询相关部门意见。拍卖成交后,人民法院应当通知买受人持成交确认书向相关部门申请办理股权变更批准手续。买受人取得批准手续的,人民法院作出拍卖成交裁定书;买受人未在合理期限内取得批准手续的,应当重新对股权进行拍卖。重新拍卖的,原买受人不得参加竞买。买受人明知不符合竞买资格或者条件依然参加竞买,且在成交后未能在合理期限内取得相关部门股权变更批准手续的,缴纳的保证金不予退还。保证金不足以支付拍卖产生的费用损失、弥补重新拍卖价款低于原拍卖价款差价的,人民法院可以裁定原买受人补交;拒不补交的,强制执行。”根据该条规定,人民法院对特殊公司股权进行拍卖时,竞买人应当符合相应的资格或条件,在强制执行的同时遵循行政许可要求,体现出执行权应与行政权相容而非互斥的治理理念。特殊公司股权执行中,无论是拍卖处置给竞买人,或以物抵债给申请执行人,在上述第十五条规定适用时,股权受让人均应具有相关资质,确保处置后及时推进行政审批手续办理。如题所述,如将股权以物抵债给不具有

竞买资质的申请执行人，由其另寻找具有资质的承接主体，再将股权过户登记至第三人名下，从执行效率及效果上看，该执行方式均具有极大不确定性，极易引发新的执行异议，故不应作为特殊公司股权执行的一般规范做法。如果申请执行人已经现实物色到具有符合资质的第三方有承接股权的意愿，则完全可通过由该第三方参与竞买的方式竞得股权，实现执行目的。

第三，关于要求买受人何时办理股权变更审批的问题，司法解释规定的解决方案为，拍卖前执行法院并不审核参与竞买人的资质，在拍卖成交后出具成交裁定前由买受人向有关部门申请办理股权变更批准手续，此时相关部门会对其股权变更资质进行审查。首先，在竞买前即审核竞买人资格，存在暗箱操作的风险，可能导致股权拍卖竞价不充分。其次，特殊公司股权形式多样，涉及不同的审批部门，在拍卖前审核竞买资格，不仅一线执行人员无此能力和精力，而且会大大增加审批部门的工作量，不具有实操性。最后，竞买人即使在竞买前已获得审批，在竞买成功后办理变更登记时，也会因种种原因出现不能办理变更登记的情形，反而会引发更多矛盾纠纷。据此，特殊公司股权拍卖前，执行法院应尽到充分的公示义务，即股权变更应当由相关部门批准的，应当在拍卖公告中载明法律、行政法规或者国务院决定规定的竞买人应当具备的资格或者条件，让竞买者充分注意并知悉，避免存在重大误解参与竞买。处置成交后，执行法院应当及时通知买受人（或接受以物抵债的债权人）持成交确认书等法律文书向相关部门申请办理股权变更批准手续。如竞买人（或接受以物抵债的债权人）未通过行政审批，不能获得受让股权的行政许可的情况下，本条司法解释规定也根据其自身是否有过错分别提供了不同解决路径。

点评专家：中国政法大学诉讼法学研究院教授 谭秋桂

点评意见：对股权执行，实质是通过兑现股权的财产性价值实现申请执行人的金钱给付请求权。除了公司资产，股东参与公司重大决策和选择管理者等权利也是影响股权财产性价值的重要因素。实践中对股权执行应遵守公司法等实体法有关股权取得和流转的所有规范。其中，法律对于股东资格或者条件有特别要求的，对股权执行中股权的拍定人、买受人、接受抵债的申请执行人，必须具备法律规定的特殊资格或者条件。否则，股权拍卖、变卖、抵债行为应为无效，相关主体有过错的，应依法承担相应的法律责任。处理股权流拍后以股权抵债的申请执行人的资格或者条件，同样应当遵循上述基本规则。本条答疑意见，以对股权执行的基本原理为理论基础，系统梳理了现行法律和司法解释对股权执行的规定，对于接受以流拍的股权抵债的申请执行人的资格或者条件、第三人接受抵债股权的问题进行了既合原理又合法律规范的解答，不仅能够直接解决提问者的疑惑，还能指导对股权执行的相关司法实践，实现了回答问题与政策指导的完美结合。

问题 7：收受贿赂后滥用职权为他人牟取利益，以受贿罪与滥用职权罪数罪并罚，滥用职权罪是否仍可认定“徇私舞弊”？

答疑意见：《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2016〕9号）第十七条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，收受他人财物，为他人谋取利益，同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的，除刑法另有规定外，以受贿罪和渎职

犯罪数罪并罚。” 据此，对于行为人受贿又滥用职权而同时构成受贿罪和滥用职权罪的，应当实行数罪并罚；受贿不应再作为滥用职权罪的“徇私舞弊”情节予以重复评价。

点评专家：北京师范大学法学院教授 黄晓亮

点评意见：关于刑法第三百九十七条第二款中的“徇私”，有关理论认识和司法解释都作了清楚和一致的阐述，但是理论和实践中，对受贿情形是否属于渎职犯罪的加重情节，历来存在较大的争议。该答疑意见准确地理解和把握刑法与司法解释相关规定的内在意旨，按照罪数理论的基本认识，对成立犯罪的受贿情形是否属于滥用职权罪的加重情节的问题，作了合法、适当的回应，避免了肯定说导致重复处罚的缺陷，在结论上符合罪责刑相适应原则的要求，具有司法实务上的可操作性。

问题 8：人民法院对生态损害赔偿磋商协议履行纠纷如何审查？

答疑意见：在磋商协议履行纠纷中，应根据中共中央办公厅、国务院办公厅《生态环境损害赔偿制度改革方案》《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》以及生态环境部、最高人民法院等十四部委《生态环境损害赔偿管理规定》的有关规定，具体审查协议主体是否适格、是否存在违反以罚代赔、以赔代罚等规定的情形，以及是否违反应赔尽赔、修复环境的基本原则，是否不当免除或者减轻生态环境损害赔偿责任。在对具体协议条款内容进行审查时，应区分协议中可磋商内容、限制磋商内容、不可磋商内容以确定协议条款的

效力。第一类是可以自由磋商的内容，包括调查评估费用、专家意见等。第二类是限制磋商的内容，包括修复的时间、方式、方法等。第三类是不可磋商的内容，包括案件基本事实、赔偿数额、责任承担等事项。这部分内容需要依据生态环境公共利益的损害现实作出判定，原则上应纳入不可磋商的范畴，不应由双方自由处分。对于可磋商内容的条款以及限制磋商的内容在不违反公共利益的情况下，可按有效条款处理，按协议约定各自履行，存在不可磋商内容的条款不发生效力，应按照法律规定对条款内容经调整后再履行。

点评专家：武汉大学环境法研究所所长、中国法学会环境资源法学研究会副会长兼秘书长 秦天宝

点评意见：近年来，生态损害赔偿磋商作为有效修复生态环境的重要方式，适用日益广泛，而磋商协议的审查也是审判人员重点关注的问题，但目前尚缺乏明确裁判指引。本答疑针对人民法院进行生态环境损害赔偿磋商协议司法确认审查时的相关法律依据、审查内容、审查标准等予以解答，逐项列举了应当审查的几个方面，并对可磋商内容、限制磋商内容、不可磋商内容予以区分和明确，有效总结提炼裁判规则，为司法实践中遇到的疑难问题提供了切实可行的解决对策。该答疑意见有助于人民法院有效解决磋商协议审查缺乏标准的问题，从而统一审查尺度，进一步规范和引导磋商机制良好运行，也有助于充分发挥人民法院在推动完善磋商机制、助力健全生态环境损害赔偿制度的积极作用。法答网作为便捷高效的业务交流和学习平台，能够有效促进法律准确统一适用、提升审判质效、保障公正与效率，对人民法院更好服务生态环境保护，切实维护人民群众环境权益，具有重要积极意义。

问题 9：行政机关作出行政决定后，在诉讼期限内向法院申请保全应如何处理？

如果诉讼期限内即可申请保全，诉讼管辖法院与非诉执行审查法院不同的，应如何确定管辖？

答疑意见：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（以下简称《行诉法解释》）第七十六条第一款规定：“人民法院对于因一方当事人的行为或者其他原因，可能使行政行为或者人民法院生效裁判不能或者难以执行的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取上述保全措施。”第一百五十九条规定：“行政机关或者行政行为确定的权利人申请人民法院强制执行前，有充分理由认为被执行人可能逃避执行的，可以申请人民法院采取财产保全措施。后者申请强制执行的，应当提供相应的财产担保。”根据前述规定，行政机关作出行政决定后，在诉讼期限内向法院申请保全的，人民法院应当依法进行审查。保全申请符合法定条件的，人民法院应当裁定采取保全措施。关于可以管辖行政机关保全申请的人民法院，可以参照《行诉法解释》第七十七条第一款“利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施”的规定予以确定。主要理由是，行政机关申请保全的目的在于确保行政行为可以依法得到执行，无论行政相对人或利害关系人提起行政诉讼，抑或行政机关申请非诉执行，均可能存在因行政行为无法或难以得到执行而需申请保全的情形，行政机关依法

可以提出申请。采取保全措施的人民法院与对案件有管辖权的人民法院不一致的，并不影响有管辖权的法院对案件依法进行审理。

点评专家：武汉大学法学院教授 江国华

点评意见：实践中，基于完善非诉强制执行前的保全探索，可能出现在诉讼时效届满前，行政机关为执行不动产，先行向“不动产所在地有管辖权的人民法院”提出财产保全申请，并被法院受理且作出支持保全裁定，其后相对人或利害关系人向“最初作出行政行为的行政机关所在地人民法院”提起行政诉讼，如此，就可能出现对案件有管辖权的法院和作出保全裁定人民法院不是同一法院的问题。本条答疑意见围绕这一问题的解决，针对行政机关向人民法院申请保全法律依据及适用情形予以解答，条分缕析，逻辑清楚，法律解释正确，具有明确的针对性和很强的实用性。

问题 10：职工在参加单位组织的团建活动中受伤能否认定为工伤？

答疑意见：根据《工伤保险条例》第十四条第五项的规定，“因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的”，应当认定为工伤。人力资源社会保障部《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见（二）》第四条规定：“职工在参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动中受到事故伤害的，应当视为工作原因，但参加与工作无关的活动除外。”《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第四条第二项规定了“职工参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动受到伤害的”，被社

会保险行政部门认定为工伤的，人民法院应予支持。因此，职工在参加单位组织的团建活动中受伤是否认定为工伤，应当从活动的目的性、费用的承担、活动安排的内容以及参与人员的组成等多方面进行审慎考量，判断是否与工作相关。

对于用人单位组织或指定参与的文体活动以及单位组织的要求“经单位指派、选拔等程序才能参与”的活动可作为工作原因，职工在这些团建活动中受伤可以认定为工伤；而用人单位以工作名义安排或者组织职工参加餐饮、旅游观光、休闲娱乐等活动，或者从事涉及领导、个人私利的活动，一般不认定为“因工作原因”。

综上所述，职工在参加单位组织的团建活动中受伤能否认定为工伤，应当判断该团建活动是否与工作相关，并从活动的目的性、费用的承担、活动安排的内容以及参与人员的组成等方面进行综合认定。另外，有些类似案例可供参考，如（2020）粤行申 1161 号、（2019）辽行申 211 号、（2019）苏行申 1046 号、（2019）沪 03 行终 67 号。

点评专家：中央财经大学法学院教授、中国劳动关系学院法学院学术委员会主任、中国劳动学会劳动人事争议处理专业委员会副会长 沈建峰

点评意见：“工作原因”是工伤认定的核心要素，也是最困难的要素。在工作时间、工作场所发生伤害认定工伤时如此，非工作时间和工作场所发生伤害认定工伤更是如此。本条答疑意见以团建活动中受伤能否认定工伤为起点，系统整理了现有涉及单位组织活动期间遭受伤害工伤认定的相关规则，详细回答了这些年来实践中比较多见、处理起来也比较棘手的问题。本条答疑意见不仅通过具体问题阐释了在单位组织活动期间受到伤害时工伤认定的一般思路，还通过举例从正反两个方面阐释了认定活动内容与工作关联性的具体情形，对司法实践具有指导

价值。总体来看，本条答疑意见是对单位组织活动期间受到伤害时工伤认定问题的有益探索，对该问题的解决具有很强的指引和参考价值。