



## 弼兴每月速递 | 12 月刊



微信公众号：弼兴 法律及知识产权

上海弼兴律师事务所总部位于上海，同时具有专利和商标代理资格，以提供以知识产权为核心的全方位的法律服务为特色，业务领域主要包括：知识产权、公司治理、外商与境外投资、企业并购以及劳动法务等方面。我们的专家团队深刻理解企业的需求，谙熟国内外的法律实务体系、监管环境以及商业惯例，并且能够熟练运用多国语言与客户交流。我们已经与上百个国家和地区的律所和知识产权代理公司建立了业务合作关系，能够在全球范围内充分利用各地的法律资源解决当地的法律问题，为客户提供及时、切实且有创意的法律服务。

我们密切关注最新立法与政策动态，致力于研究实务动向，并且注重分享，我们推出此刊物以帮助客户了解法律走向，及时准确的作出预判。如果您有具体的法律服务需求，欢迎与我们联系，我们将以优质高效的法律服务、切实严谨的工作态度以及奋发协作的团队精神，弼助您的事业兴旺成功！

## 目录

- 新规速递 ..... 4
  - 《关于实用新型专利保护客体判断的指引》发布 ..... 4
  - 《关于外观设计国际注册申请的指引》发布 ..... 5
  - 上仲发布 | 上海仲裁委员会数据仲裁指引 ..... 6
- 典型案例摘要 ..... 10
  - 最高人民法院发布电影知识产权保护典型案例 ..... 10
  - 把他人文章“读”成视频，算不算抄袭？ ..... 17
  - 徐汇区人民法院通报 2023 年优化营商环境工作情况发布十起典型案例  
..... 22
- 实务研究 ..... 36
  - 第 260 期 | 《民法典》实施背景下当事人之间的交易习惯的构成要件与认定方法 ..... 36
  - 《上海法院类案办案要件指南》系列丛书导读第 121 期 | 合同解除的审查要点及裁判规则 ..... 48
  - 《上海法院类案办案要件指南》系列丛书导读第 120 期 | 建设工程施工合同类案办案要件指南之合同效力的审查要点及裁判规则 ..... 57





地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshinglaw.com](mailto:law@beshinglaw.com)  
网址：[www.beshinglaw.com](http://www.beshinglaw.com)



## 新规速递

### 《关于实用新型专利保护客体判断的指引》发布



#### 《关于实用新型专利保护客体判断的指引》发布

为深入贯彻落实《“十四五”国家知识产权保护和运用规划》任务部署，加强知识产权源头保护，强化知识产权申请注册质量监管，引导创新主体准确理解实用新型专利保护客体的边界，促进实用新型专利申请撰写和答复质量的提高，推动实用新型专利制度高质量发展，国家知识产权局组织编写了《关于实用新型专利保护客体判断的指引》，供相关创新主体参考使用。

[关于实用新型专利保护客体判断的指引.pdf](#)

国家知识产权局

2023 年 11 月 03 日

来源：国家知识产权局官网

链接：[https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/11/3/art\\_66\\_188404.html](https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/11/3/art_66_188404.html)

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
 电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
 邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
 网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 《关于外观设计国际注册申请的指引》发布



### 《关于外观设计国际注册申请的指引》发布

为深入贯彻落实《“十四五”国家知识产权保护和运用规划》任务部署，加强知识产权源头保护，强化知识产权申请注册质量监管，助力创新主体高效合理使用海牙体系开展全球产品布局，促进外观设计创新能力提升，国家知识产权局组织编写了《关于外观设计国际注册申请的指引》，供相关创新主体参考使用。

[关于外观设计国际注册申请的指引.pdf](#)

国家知识产权局

2023 年 11 月 03 日

来源：国家知识产权局官网

链接：[https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/11/3/art\\_66\\_188403.html](https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/11/3/art_66_188403.html)

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 上仲发布 | 上海仲裁委员会数据仲裁指引

### 上仲发布 | 上海仲裁委员会数据仲裁指引

为促进数据合规发展，并推动数字经济的健康发展，保护数据全生命周期过程中相关主体的合法权益，更好的为数据要素市场有序运行提供专业法律服务，上海仲裁委员会特制定并发布《上海仲裁委员会数据仲裁指引》。本指引为数据纠纷案件的处理提供程序性指引，在通知与送达、仲裁员人选、专家证人和鉴定报告、调查取证、临时措施等程序方面针对数据争议案件进行特殊规定，同时引入了多元化争端机制在数据纠纷案件的适用。本指引自发布之日起施行。

### 上海仲裁委员会数据仲裁指引

#### 第一条 指引的制定

1. 为专业、高效、公正地解决数据纠纷，上海仲裁委员会（以下简称“仲裁委”）制定本程序性指引。
2. 本指引适用于数据资源、数据资产、数据产品等标的在生成、采集、加工、存储、交易、评估等过程中产生的合同或其他财产类纠纷案件。

#### 第二条 数据仲裁中心及专家咨询委员会

1. 仲裁委设立数据仲裁中心，为数据交易及纠纷提供包括谈判促进、调解、专家评审、仲裁等多元化纠纷解决服务。
2. 数据仲裁中心设立数据仲裁专家咨询委员会，专家咨询委员会由计算机、数据分析及处理、数据法律等方面的专家组成，就数据仲裁案件中的法律及规则适用、专家推荐提供专业意见。

#### 第三条 仲裁员人选

1. 仲裁委备制仲裁员名册，并根据数据纠纷解决的需要，在仲裁员名册中设数据争议仲裁员专业名单。
2. 当事人可以从仲裁委的仲裁员名册中选任仲裁员，也可以推荐仲裁员名册之外的数据专家担任仲裁员。名册外推荐的，经仲裁委确认后方可担任案件的仲裁员。



#### 第四条 通知与送达

1. 仲裁委致力于智慧仲裁平台建设,为当事人线上申请仲裁和提交仲裁材料提供便利。

2. 仲裁委优先采取电子方式送达有关仲裁的文书、通知、材料等(以下简称“仲裁文件”)。对通过数据交易所进行场内交易的数据纠纷案件,仲裁委亦可通过当事人在数据交易所登记的联系方式送达仲裁文件。

#### 第五条 证据提交

1. 当事人所提交的数据类证据材料在形式、载体或体量等方面具有特殊性的,经仲裁庭同意,当事人可通过远程访问或其他合法、适当的方式提交,并以书面方式将登录、查阅方式等信息同步告知仲裁委,且应当保证该方式登录的便捷性和查阅的通畅性。

2. 当事人应确保其所提供的数据类证据材料及提交方式的合规性,采取适当措施保障数据传输的完整性及安全性,避免传输过程中数据的失真、丢失、篡改、泄露等。

#### 第六条 审理

1. 仲裁庭可根据案件的具体情况决定采取现场或在线方式进行开庭审理或书面审理。

2. 基于涉案数据的保密性等特征,对开庭地点、庭审设备有特殊要求的,当事人申请并经仲裁庭同意的,或仲裁庭认为必要的,可选择在仲裁机构开庭地之外的适当地点开庭审理。

3. 因选择特殊的庭审场地、使用特殊的庭审设备以及数据特殊处理等产生的额外费用,由当事人自行承担并预缴。

#### 第七条 专家证人和鉴定报告

1. 就数据纠纷案件涉及的数据技术、数据质量、数据安全以及境外数据法律法规的适用等专业性问题,当事人可以申请专家证人出具专家意见或申请鉴定。是否同意,由仲裁庭决定。

2. 就上述专业性问题,为协助审定证据、查明事实,经征求当事人意见,仲裁庭可以指定一名或数名专家,就仲裁庭所需决定的特定问题,作出书面报告。



3. 专家证人和鉴定人在出具意见或进行鉴定时应当秉承专业、客观、中立的态度，不受来自争议解决过程本身或任何一方当事人的压力影响。

4. 专家证人和鉴定人对参加仲裁过程中获取的任何文书材料应予以保密，不得在所涉仲裁案件之外的目的使用此等文书材料。

### 第八条 调查取证

1. 就数据纠纷案件涉及的相关问题，仲裁庭可以向数据交易所（平台）、数据交易服务商以及相关部门调查事实、收集证据。

2. 当事人因客观原因无法自行收集、仲裁庭收集调查亦有困难，但确有必要收集的证据，且证据所在地或者可收集地在本市的，当事人申请并经仲裁庭同意的，或仲裁庭认为必要的，仲裁委可向本市人民法院发函协助调查取证。

3. 仲裁庭自行调查收集的证据，应当经秘书处转交当事人，给予当事人提出意见的机会。

### 第九条 临时措施

当事人申请对案涉数据类标的或数据类证据进行保全的，应在申请材料中明确相关数据的种类、范围、数据所在平台等具体信息与保全要求，并充分说明采取保全措施的必要性。仲裁庭可以根据案件情况提出意见后，提交有管辖权的人民法院。

### 第十条 裁决

仲裁庭应当基于事实，依据可适用的法律及公认的法律原则，充分考虑涉数据流通交易的合规性、数据交易规则、商业惯例以及裁决结果的可执行性，公平合理、独立公正地作出裁决。

### 第十一条 多元化争端解决机制

1. 当事人在数据纠纷案件受理时或受理后，可结合案件的具体情况，通过共同选定或提请仲裁委推荐专家进行调解或专家评审。

2. 当事人自主和解或在专家、仲裁庭主持下达成调解的，可向仲裁庭申请制作调解书或裁决书。





3. 当事人对专家评审报告书内容全部或部分认可的,当事人可以共同向仲裁委提出申请,根据其认可的全部或部分评审报告书的内容,依据《上海仲裁委员会仲裁规则》中的规定,制作调解书或裁决书。

4. 其他与专家评审制度相关的指引可参照《上海仲裁委员会绿色争议专家评审示范规则(2023版)》。

## 第十二条 指引的解释与实施

1. 本指引由仲裁委负责解释。

2. 本指引自发布之日起施行。就本指引未规定的仲裁程序之事宜,适用《上海仲裁委员会仲裁规则》的规定。

上海仲裁委员会

二〇二三年十一月二十二日

来源: 上海仲裁委员会官网

链接: <https://www.accsh.org/news.html?id=1218>



## 典型案例摘要

### 最高人民法院发布电影知识产权保护典型案例



**中华人民共和国最高人民法院**

The Supreme People's Court of The People's Republic of China

#### 最高人民法院发布电影知识产权保护典型案例

电影是宣传思想文化工作的重要阵地，是深受人民群众喜爱的文艺形式，是国家文化软实力的重要标识。近日，习近平总书记对宣传思想文化工作作出重要指示，为新时代我国电影产业高质量发展提供了根本遵循。

人民法院始终坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入践行习近平法治思想、习近平文化思想，坚持能动司法，服务大局、司法为民，依法妥善审理一大批涉电影知识产权案件，积极服务保障电影产业高质量发展。“保护知识产权就是保护创新”。为加强电影领域法治宣传，进一步激发电影产业创新创造活力，促进社会主义文化繁荣兴盛，最高人民法院发布了电影知识产权保护典型案例。典型案例既包括刑事案件，也包括民事案件，涉及盗录传播院线电影、保护作品完整权、改编权、信息网络传播权、著作权合理使用、商业秘密保护等多方面内容，对于推动在法治轨道上加快建设电影强国具有积极意义。

#### 人民法院电影知识产权保护典型案例

##### 目录

1. 马某予、马某松等侵犯著作权罪案（江苏省扬州市中级人民法院（2020）苏 10 刑初 11 号刑事判决书）
2. 梁某平侵犯著作权罪案（上海市第三中级人民法院（2021）沪 03 刑初 101 号刑事判决书）

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
 电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
 邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
 网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



3. 上海美术电影制片厂有限公司与重庆云媒信息科技有限公司等著作权侵权纠纷案（重庆市第五中级人民法院（2019）渝 05 民初 3828 号民事判决书）

4. 余某竹与浙江东阳美拉传媒有限公司等著作权权属、侵权纠纷案（四川省成都市中级人民法院（2018）川 01 民初 1122 号民事判决书）

5. 北京爱奇艺科技有限公司与上海俏佳人文化传媒有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案（北京知识产权法院（2021）京 73 民终 2496 号民事判决书）

6. 浙江盛和网络科技有限公司与株式会社传奇 IP 确认不侵害著作权纠纷案（杭州互联网法院（2021）浙 0192 民初 10369 号民事判决书）

7. 新丽传媒集团有限公司与北京派华文化传媒股份有限公司侵害商业秘密纠纷案（北京市朝阳区人民法院（2017）京 0105 民初 68514 号民事判决书）

8. 星辉海外有限公司与广州正凯文化传播有限公司等不正当竞争纠纷案（广州知识产权法院（2020）粤 73 民终 2289 号民事判决书）

### 1. 马某予、马某松等侵犯著作权罪案（江苏省扬州市中级人民法院（2020）苏 10 刑初 11 号刑事判决书）

**【基本案情】**2016 年 6 月至 2019 年 2 月，被告人马某予、马某松、文某杰、鲁某伙同他人以营利为目的，勾结影院工作人员非法获取电影母盘和密钥，利用高清设备翻拍、复制《流浪地球》《疯狂的外星人》等上百部电影，将盗录复制的影片销售给“影吧”经营者，从中牟取不正当利益。

**【裁判结果】**江苏省扬州市中级人民法院经审理认为，被告人马某予、马某松、文某杰、鲁某以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行他人电影作品，共同实施制售盗版影片的行为，违法所得数额巨大且具有其他特别严重情节，均已构成侵犯著作权罪。对四被告人分别判处有期徒刑四年至六年，并处罚金人民币 60 万元至 550 万元，追缴违法所得。宣判后，各方未上诉、抗诉，一审判决已发生法律效力。

**【典型意义】**本案是盗录传播院线电影行为构成侵犯著作权罪的典型案例。人民法院依法履行知识产权审判职责，严厉打击电影领域侵权盗版违法犯罪行为，对加强院线电影版权保护、促进影视产业健康发展具有重要意义。



## 2. 梁某平侵犯著作权罪案（上海市第三中级人民法院（2021）沪 03 刑初 101 号刑事判决书）

**【基本案情】**自 2018 年起，被告人梁某平指使王某航等人开发、运营“人人影视字幕组”网站及 Android、IOS、Windows、MacOSX、TV 等客户端，指使谢某洪等人从境外网站下载未经授权的影视作品，翻译、制作、上传至相关服务器，通过所经营的“人人影视字幕组”网站及相关客户端为用户提供在线观看和下载。

“人人影视字幕组”网站及相关客户端内共有未授权影视作品 32824 部，会员数量共计约 683 万人，非法经营数额人民币 1200 万余元。

**【裁判结果】**上海市第三中级人民法院经审理认为，被告人梁某平以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行他人作品，具有其他特别严重情节，已构成侵犯著作权罪，判处梁某平有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币 150 万元，追缴违法所得。宣判后，各方未上诉、抗诉，一审判决已发生法律效力。

**【典型意义】**本案影视作品众多且权利人分散，判决明确了侵犯著作权罪“未经授权”及侵权影视作品的数量认定等法律适用问题，依法追究组织者及主要参与者的刑事责任，严厉打击了严重侵犯电影著作权的犯罪行为。

## 3. 上海美术电影制片厂有限公司与重庆云媒信息科技有限公司等著作权侵权纠纷案（重庆市第五中级人民法院（2019）渝 05 民初 3828 号民事判决书）

**【基本案情】**上海美术电影制片厂有限公司享有动画片《葫芦兄弟》《葫芦小金刚》电影作品著作权，以及“葫芦娃”“葫芦小金刚”角色造型美术作品著作权。重庆云媒信息科技有限公司（以下简称云媒科技公司）等以动画片中七个葫芦娃和葫芦小金刚等人物故事片段为基础，将原著作品人物音频数据承载的普通话替换为川渝方言，更改原著作品人物对话内容，制作形成多个《葫芦娃方言版》短视频，上传至网站及公众号发布传播。上海美术电影制片厂有限公司以云媒科技公司等实施的上述行为构成著作权侵权为由，诉至法院。

**【裁判结果】**重庆市第五中级人民法院经审理认为，云媒科技公司等共同制作涉案视频短片，刻意夸大使用方言中粗俗、消极、晦暗的不文明用语，更改原著作品人物对话内容，丑化原著作品人物形象，并将涉案视频短片上载到网络平台广为传播，与社会主义核心价值观相冲突，损害了著作权人的合法权益，构成



著作权侵权。判决云媒科技公司等立即停止侵权行为，共同刊登声明消除影响，共同赔偿经济损失。一审判决后，当事人均未上诉。

**【典型意义】**本案判决强调利用他人电影作品进行再创作，不得污损电影作品人物形象，不得夹带文化糟粕，要大力弘扬社会主义核心价值观，对于建立健康文明法治的电影行业规则具有正向引导作用。

#### 4. 余某竹与浙江东阳美拉传媒有限公司等著作权权属、侵权纠纷案（四川省成都市中级人民法院（2018）川 01 民初 1122 号民事判决书）

**【基本案情】**余某竹以笔名余某可在网站上发表其创作的小说《盛开的野百合》，并将该小说改编为同名剧本发送给峨眉电影集团有限公司。此后，浙江东阳美拉传媒有限公司委托他人创作《芳华》电影剧本，与华谊兄弟电影有限公司等联合制作的同名电影上映。余某竹认为《芳华》电影在情节设置、人物关系、台词、歌舞组合上与其小说、剧本高度重合，构成实质性相似，已超越合理借鉴边界，构成对其改编权、摄制权的侵害，浙江东阳美拉传媒有限公司等作为《芳华》电影出品方共同实施了侵权行为。

**【裁判结果】**四川省成都市中级人民法院经审理认为，《芳华》电影与余某竹作品在具体题材、故事脉络、主题上均存在明显差异。就作品情节而言，余某竹主张的多个雷同情节系客观事实和有限表达，不具有独创性，不应予以保护。余某竹所主张的诉争情节及其包含的台词、人物关系与《芳华》电影存在明显差异，读者和观众对其不会产生相似的体验，不构成实质性相似，故判决驳回余某竹全部诉讼请求。余某竹不服，提起上诉。四川省高级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

**【典型意义】**本案判决明确了客观事实和有限表达不具有独创性，不受著作权法保护，在侵权比对时应当对其进行过滤。判决还明确了认定电影作品是否侵权时正确的比对内容和比对方法，依法保护了电影作品著作权人的合法权益，维护了公平的市场竞争秩序，对繁荣电影创作具有积极意义。



## 5. 北京爱奇艺科技有限公司与上海俏佳人文化传媒有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案（北京知识产权法院（2021）京 73 民终 2496 号民事判决书）

**【基本案情】**北京爱奇艺科技有限公司经授权取得了涉案电影《我不是潘金莲》的独家信息网络传播权及维权权利。上海俏佳人文化传媒有限公司（以下简称俏佳人公司）运营的“无障碍影视”APP 提供了涉案影片完整内容的在线播放，其在涉案影片画面及声效基础上添加相应配音、手语翻译及声源字幕，但没有设置障碍者识别机制。北京爱奇艺科技有限公司认为“无障碍影视”APP 向不特定公众提供电影《我不是潘金莲》无障碍版的在线播放服务侵害其信息网络传播权，诉至法院，请求判令俏佳人公司停止侵权并赔偿经济损失及合理开支。

**【裁判结果】**北京知识产权法院经审理认为，著作权法规定的“阅读障碍者能够感知的无障碍方式”应当包含对该种“无障碍方式”的特殊限定，即应当仅限于满足阅读障碍者的合理需要，供阅读障碍者专用。俏佳人公司的被诉侵权行为面向不特定公众开放并不符合上述条件，不属于法定的合理使用情形，构成侵权。考虑到俏佳人公司的初衷是为了方便残障人士且涉案影片点击量较少等因素，酌定赔偿经济损失 1 万元。

**【典型意义】**本案系全国首例涉无障碍版电影侵害作品信息网络传播权纠纷案。判决明确“以阅读障碍者能够感知的无障碍方式向其提供已经发表的作品”合理使用情况仅限于供阅读障碍者专用，作为“合理使用者”应采取有效的“阅读障碍者”验证机制以排除不符合条件者。该案判决有利于准确落实我国已经加入的有关国际条约（《马拉喀什条约》），有利于全面保护著作权人的权利，有利于规范无障碍版电影的制作发行。

## 6. 浙江盛和网络科技有限公司与株式会社传奇 IP 确认不侵害著作权纠纷案（杭州互联网法院（2021）浙 0192 民初 10369 号民事判决书）

**【基本案情】**韩国《热血传奇》游戏于 2001 年在中国推出，权利方株式会社传奇 IP（以下简称传奇 IP）在知悉《蓝月》电影即将在平台上线独播后，认为该电影侵犯游戏著作权，向平台发函要求停止发行电影。电影出品方向传奇 IP 发出起诉催告函，但传奇 IP 既不撤回警告也不起诉。电影上线后，浙江盛和网



络科技有限公司作为电影著作权人以该电影不侵害上述游戏著作权为由诉至法院，请求确认不侵权。

**【裁判结果】**杭州互联网法院经审理认为，涉案游戏整体画面与电影在画面构成以及画面流畅度、镜头体验感、视听效果方面均截然不同，且对于选择、取舍和安排视听画面中的具体创作要素上存在实质性区别，判决确认不侵权。传奇 IP 不服，提起上诉。浙江省杭州市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

**【典型意义】**本案判决厘清了游戏整体画面与电影作品之间是否侵权的比对思路，指出在后创作的作品如果仅参考吸收在先作品的主题、构思等，但具体表达已脱离或不同于在先作品，即不构成侵权。该案判决有利于引导多业态文创发展繁荣，有利于推动文化产业高质量融合发展。

## 7. 新丽传媒集团有限公司与北京派华文化传媒股份有限公司侵害商业秘密纠纷案（北京市朝阳区人民法院（2017）京 0105 民初 68514 号民事判决书）

**【基本案情】**新丽传媒集团有限公司（以下简称新丽公司）系电影《悟空传》的著作权人，其将该影片音频后期制作事宜委托北京派华文化传媒股份有限公司（以下简称派华公司）执行，双方签订合同并约定有保密条款。在合同履行过程中，派华公司违反保密约定将部分工作外包给案外人实际完成，并将新丽公司交付的电影素材以“WKZ”（即电影名称的拼音首字母）命名，通过百度网盘传输给案外人。该影片素材留存百度云盘期间，被不法分子破解，致使涉案电影在公映前通过互联网流出。新丽公司诉至法院，请求判令派华公司停止披露涉案影片商业秘密的不正当竞争行为，公开发表声明消除影响，赔偿经济损失。

**【裁判结果】**北京市朝阳区人民法院经审理认为，派华公司违反保密约定向案外人披露涉案影片素材，并将素材上传至百度网盘并最终导致素材泄露于互联网，该两项行为均构成侵犯商业秘密。判决派华公司赔偿新丽公司经济损失 300 万元及维权支出 30 万余元，并公开声明消除影响。一审判决后，当事人均未上诉。

**【典型意义】**本案是在电影制作过程中，对素材作为商业秘密予以保护的典型案例。影片素材属于商业秘密，参与电影制作过程的主体众多，参与电影制作的各方人员在电影制作全环节均负有严格的保密义务，违反保密义务即应当承担



相应法律责任。本案判决有利于促进电影制作过程的规范化和法治化，有利于保护参与电影制作的相关权利人的权利，有利于促进电影行业的繁荣发展。

## 8. 星辉海外有限公司与广州正凯文化传播有限公司等不正当竞争纠纷案 (广州知识产权法院 (2020) 粤 73 民终 2289 号民事判决书)

**【基本案情】**香港电影《喜剧之王》具有较高的知名度，相关公众关注度高。广州正凯文化传播有限公司（以下简称正凯公司）和李某持于 2018 年在微博、微信公众号中宣传被诉侵权电视剧《喜剧之王 2018》为“连续剧版#喜剧之王#”，并在媒体宣传中称是改编自《喜剧之王》等。香港电影著作权人星辉海外有限公司诉至法院，主张正凯公司、李某持构成不正当竞争。

**【裁判结果】**广州知识产权法院经审理认为，综合考虑涉案电影在香港影院上映期间票房收入、电影上映前及上映期间宣传力度，以及电影授权视频网站播放量、媒体对电影持续报道程度、相关公众对于电影评价的参与程度等因素，可以充分证明涉案电影名称达到“有一定影响”的程度。正凯公司、李某持的行为构成仿冒混淆有一定影响的电影名称及虚假宣传，依法承担不正当竞争法律责任。

**【典型意义】**本案适用反不正当竞争法对在港上映的电影的名称依法予以保护，结合电影作品传播特点厘清了反不正当竞争法第六条规定的“有一定影响”视听作品名称认定要件和考量因素，对加大电影作品保护力度具有积极意义，有利于营造电影行业发展繁荣良好市场环境。

最高人民法院新闻局

2023 年 11 月 03 日

来源：中华人民共和国最高人民法院官网

链接：<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/416612.html>





## 把他人文章“读”成视频，算不算抄袭？

### 把他人文章“读”成视频，算不算抄袭？

他人写的原创文章成“爆款”，  
有的博主却“拿来主义”，  
直接把文字内容转化成视频，  
让人分不清谁才是原创作者。

新业态下，  
原创、改编、抄袭的标准如何界定？  
直接转变他人的作品形态，  
构不构成著作权侵权？

### 案情回顾

李某与戴某是某知名社交平台的博主，  
二人主营领域都是**糖尿病防治**。

李某有十几万粉丝，  
戴某有数万粉丝。

2022 年 4 月，李某撰写了  
《不会吃，不敢吃？  
新确诊的糖友该怎么吃》一文  
并发布在网络社交平台。

5 月，李某发现，  
戴某发布了视频作品  
《糖尿病可不是这也不能吃，  
那也不能吃，越不吃身体越不行，  
尤其刚成为糖友的人，不要走弯路》，



该视频的文字表达内容

与李某的文章完全一致。

即戴某把李某的文章读了一遍，  
并拍摄剪辑成了一个视频作品。

李某认为，

戴某侵犯了其著作权，  
遂向人民法院提起诉讼。

戴某认为，

李某在文章中也使用了他人文章的表述，  
其文章不具有独创性，  
不应当受到著作权法的保护。

经审理，人民法院认为，

李某的文章中，

虽然有部分内容与其他文章相似，  
但多为事实的陈述或是观点上的借鉴。

从整体上看，

原告的文章仍是原告创作完成，  
体现了原告的选择与判断，  
是具有独创性的作品，  
不属于对他人的抄袭。

而戴某将李某的文章内容转化成视频，

仅是作品机械形态的转换，  
该视频不能体现戴某的智力成果，  
不具有独创性。

最终，上海市黄浦区人民法院判决，



戴某构成著作权侵权，  
向李某赔偿经济损失 11000 元，  
并在其社交平台首页  
公开发表声明以赔礼道歉。  
一审判决后，  
双方均未提起上诉。

### 法官说法

岑 祺

上海市黄浦区人民法院商事审判庭法官

#### 一、“拿来主义”不可取，投机取巧非长久之计

通过传播热门作品以吸引流量，持续增加粉丝再进行直播带货，该模式已成为当下自媒体行业的惯常做法。与此同时，我们浏览社交平台时也会发现，同一热点内容时常对应多个作品，有的作品是文章，有的作品是视频，以至于我们有时候甚至无法判断谁是原创作者，“拿来主义”之风有愈演愈烈之势。这种不正之风会打击原创作者的积极性，进而损害整个互联网创作环境。

“涨粉”需凭真本事，“爆款”应当是原创作品或者是经原著作权人同意的改编作品。如果窃取他人劳动成果，必将承担相应的法律后果，投机取巧的经营模式终非长久之策。

#### 二、科学观点可借鉴，但将文章变成视频仍构成侵权

著作权不应当限制科学观点的推广。本案中，关于糖尿病的防治问题的一些表述，如“按照蔬菜、肉类、主食的顺序进食”“多吃深绿色蔬菜、橘红色蔬菜、紫红色蔬菜”，应属于科学观点范畴，借鉴科学观点不属于侵权。

但是，新作品增加的表达内容必须有基于作者思考的取舍，足以体现作者鲜明个性的创造性表达。将文字转化为图片或者视频等，仅是作品外在展现形式的变化，没有体现创造性智力成果，不具有独创性，此类作品应当被认定为抄袭。



### 三、网络社交平台应当为原创作者保驾护航

网络社交平台是保护原创作者权益的第一道屏障。自媒体博主一旦发现自己被侵权，最便捷的方式应当是向网络社交平台投诉。目前，各大网络社交平台均公开发布投诉渠道，积极致力于维护原创作者的知识产权。**建议各网络社交平台可以加大技术投入，通过人工智能等手段，判断较为明显的侵权投诉，尽快化解矛盾纠纷，最大程度减少权利人的损失。**

#### 代表点评

陈丹燕

上海市人大代表，上海市作家协会专业作家

目前，自媒体行业高速发展，许多自媒体作品文字简短、叙述直切、意向平白，似乎渐成网上文字的特点。同时，出于吸引流量、增加粉丝数量、推进直播带货等原因，存在大量的类同。但是，其中具有独创性价值的作品也受到著作权法的保护。

我们注意到，现如今自媒体行业内蹭流量的情况也屡见不鲜，“拿来主义”之风有愈演愈烈之势，一些公号以“洗稿”的方式规避著作权风险，这种投机打击了原创作者的积极性，损害整个互联网创作环境。

网上知识产权不是法外之地，窃取他人劳动成果必将受到法律的惩处，投机取巧的经营模式终非长久之策。自媒体各博主之间应当保持良性竞争关系，通过创作高质量作品的方式吸引用户关注。著作权人、网络社交平台、人民法院应当协同配合，共同净化网络创作环境，让原创作者无后顾之忧。

#### 法条链接

##### 《中华人民共和国著作权法》

第五十三条 有下列侵权行为的，应当根据情况，承担本法第五十二条规定的民事责任；侵权行为同时损害公共利益的，由主管著作权的部门责令停止侵权行为，予以警告，没收违法所得，没收、无害化销毁处理侵权复制品以及主要用



于制作侵权复制品的材料、工具、设备等，违法经营额五万元以上的，可以并处违法经营额一倍以上五倍以下的罚款；没有违法经营额、违法经营额难以计算或者不足五万元的，可以并处二十五万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）未经著作权人许可，复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的，本法另有规定的除外；

（二）出版他人享有专有出版权的图书的；

（三）未经表演者许可，复制、发行录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演的，本法另有规定的除外；

（四）未经录音录像制作者许可，复制、发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像制品的，本法另有规定的除外；

（五）未经许可，播放、复制或者通过信息网络向公众传播广播、电视的，本法另有规定的除外；

（六）未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏技术措施的，故意制造、进口或者向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件的，或者故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务的，法律、行政法规另有规定的除外；

（七）未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意删除或者改变作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播、电视上的权利管理信息的，知道或者应当知道作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播、电视上的权利管理信息未经许可被删除或者改变，仍然向公众提供的，法律、行政法规另有规定的除外；

（八）制作、出售假冒他人署名的作品的。

来源：上海高院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/ZvCNRstpmK64EGheM2nlyA>



## 徐汇区人民法院通报 2023 年优化营商环境法治环境工作情况发布十起典型案例

### 徐汇区人民法院通报 2023 年优化营商环境法治环境工作情况发布十起典型案例



△图片来源：上海市高级人民法院官网

2023 年 11 月 23 日，上海市徐汇区人民法院（以下简称“徐汇区人民法院”）召开新闻发布会，通报 2023 年优化营商环境法治环境工作情况并发布十起典型案例。徐汇区人大代表陈凯、徐汇区政协委员虞峰，民主与法制时报，澎湃新闻，上海法治报，新闻晨报，法治天地频道，徐汇融媒体等媒体记者参加。

此次新闻发布会是上海市高级人民法院推进国际一流法治化营商环境建设——“我为营商添砝码”系列发布会之一。徐汇区人民法院党组成员、副院长糜世峰通报相关情况，徐汇区人民法院党组成员、政治部主任、新闻发言人章斐主持新闻发布会。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
 电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
 邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
 网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





新闻发布会分别就记者提出的为民营企业破产重整提供司法保障活动情况、府院联动协同构建法治化营商环境做法以及数字赋能助力法治化营商环境建设举措等问题进行了回答。

徐汇区人大代表、东方财富信息股份有限公司党委书记、副董事长陈凯表示，法治就是营商环境，近年来徐汇区在法治化营商环境建设方面持续走在全市前列，连续三年召开新闻发布会，彰显了徐汇区人民法院通过法治力量助力区域一流营商环境建设的信心和决心，为区域经济高质量发展提供了坚实的保障。

徐汇区政协委员、九三学社上海市委社法委副主任、上海捷华律师事务所律师虞峰表示，十起案例非常具有代表性，体现了徐汇区人民法院在知识产权审判、执行案件中，发挥能动性、创新性、公正性。这对区域营商环境和企业发展都有很大的促进。相信徐汇区人民法院今后能为区域营商环境建设带来更大助力。

下一步，徐汇区人民法院将继续深入学习贯彻习近平总书记关于优化营商环境的重要论述和中央的决策部署，精准对接《上海市优化营商环境条例》、上海市高级人民法院评估体系和“建设新徐汇、奋进新征程”的相关工作要求，继续发挥审判职能，妥善化解各类商事纠纷，持续加大涉企案件执行力度，不断深化法治化营商环境建设的成效，持续用力、久久为功，为区域经济社会持续健康发展提供有力司法服务和保障。

### 2023 年上海市徐汇区人民法院优化营商环境法治环境十起典型案例



## 目 录

### 一、遏制不正当竞争行为，维护市场交易秩序

#### 1. “全能车”随意共享 “哈啰单车”获赔六千万元

——上海哈啰普惠科技有限公司等与深圳市某某科技有限公司等网络不正当竞争纠纷案

#### 2. 严惩商业秘密侵权 维护市场竞争秩序

——上海某某机电设备有限公司与任某等侵害经营秘密纠纷案

### 二、保护市场主体权益，维护市场健康发展

#### 3. 保护新单位用工自主权 实质判定竞业限制义务

——谢某与上海某某管理咨询有限责任公司竞业限制纠纷案

#### 4. 支持股东派生诉讼合法请求 纠正损害民企利益不当行为

——郑某某与徐某某等损害公司利益责任纠纷案

### 三、综合运用创新手段，全面实现司法职能

#### 5. 原股东擅自挂失保安编码器 行为给付先予执行案结案了

——上海某某信息科技有限公司与丁某某财产损害赔偿纠纷案

#### 6. 审执兼顾源头防范 全面履行实质化解

——本间某某与上海某某贸易有限公司等著作权侵权、侵害商标权及不正当竞争纠纷案

#### 7. 依法支持保险赔偿款 切实保护外卖企业财产权益

——某某网络科技有限公司与某某财产保险股份有限公司上海分公司人身保险合同纠纷案

#### 8. 破产重整中股权调整与股权负担的冲突与协调

——上海某某机器人有限公司重整计划执行案

### 四、优化执行工作模式，确保善意文明执行

#### 9. 强制管理柔性解纷 以租抵债一举多赢

——张某等申请执行上海某某医疗净化工程有限公司等民间借贷纠纷案





## 10. 通过引入第三方托管 盘活绿色能源企业实现多赢

——上海某某融资租赁股份有限公司申请执行某某光伏电力有限公司等融资租赁合同纠纷案

### 案例一

#### “全能车”随意共享 “哈啰单车”获赔六千万元

——上海哈啰普惠科技有限公司等与深圳市某某科技有限公司等网络不正当竞争纠纷案

#### 【案情简介】

两原告上海哈啰普惠科技有限公司等系“哈啰单车”共同运营方。两被告深圳市某某科技有限公司等共同运营“全能车”APP，用户只需安装该软件，缴纳一份费用，即可使用多种品牌单车，随时随地有车即骑。用户向“全能车”APP共享第三方品牌账号即可每日获得收益。两原告主张，“全能车”APP以发放收益等方式利诱用户违反用户协议，共享账户并注册，从而快速建立各单车品牌的注册账户卡池，抢夺“哈啰单车”现有和潜在客户。通过反向编译、数据抓取等形式犯罪手段破解“哈啰单车”APP已加密的通信端口信息及文件传输协议，实现“全能车”APP对单车开锁、关锁的物理功能，通过大数据分时算法将“哈啰单车”账户有偿分配给“全能车”用户骑行，增加原告运维成本，破坏定价体系，严重损害原告和用户切身利益。两原告提出两被告赔偿1.2亿元等诉讼请求。

经审理，法院判决：两被告于“全能车”的新浪微博、微信公众号首页置顶位置连续十五日，于《法治日报》《中国知识产权报》上刊登声明，消除影响；赔偿两原告经济损失6,140万余元和合理开支10.6万元；驳回两原告其余诉讼请求。

#### 【裁判要旨】

本案核心是技术创新背景下竞争效率与公平之争。判决以“共享单车”市场竞争秩序保护作为分析原点向和贯穿基线。创新性选择与诚实信用原则及商业道德相匹配的核心市场机制作为切入视角，对“全能车”APP转嫁运营成本，损害



资源配置效能，严重扰乱竞争秩序行为精准定性，就技术创新背景下竞争效率与公平的衡平取舍以及市场秩序、经营者、消费者三元目标保护路径明晰示范。

### 【典型意义】

互联网产业激励自由与创新，技术与产业迭代升级带来竞争秩序变革。技术创新加持下的新晋市场主体并不当然负有对在先竞争者商业模式和竞争利益避让、尊重的义务，但严禁“作弊”的竞争公平却更为可贵。经过审慎商业决策，投入大量技术与资金，秉持诚信原则持续耕耘市场的经营者，累积的竞争权益理应获得法律公平保护。

## 案例二

### 严惩商业秘密侵权 维护市场竞争秩序

——上海某某机电设备有限公司与任某等侵害经营秘密纠纷案

### 【案情简介】

原告上海某某机电设备有限公司从事电气及机械液压系统领域的技术开发、技术服务等业务，2012 年底至 2017 年 2 月，与案外人公司签订了一系列涉及阀块、阀组的销售合同，由销售部被告任某负责对接案外人公司的交易，合同涉及的货物、交货时间、付款方式大致相同，且包含案外人公司的代表姓名及手机号码。任某于 2013 年 5 月 20 日入职原告销售部，2017 年 7 月 17 日因涉嫌侵犯商业秘密，严重违反员工手册及劳动合同规定的保密义务被原告开除。被告江某某系任某丈夫，先后任职于两家被告公司。案外人公司自 2016 年初起先后与两家被告公司开展合作，2017 年 2 月后不再与原告合作交易。原告提出四被告赔偿损失等诉讼请求。

经审理，法院判决：被告任某、江某某连带赔偿原告 100 万元，两被告公司分别承担 20 万元和 80 万元连带赔偿责任。

### 【裁判要旨】

侵害商业秘密的不正当行为往往具有隐蔽性，司法实践一般采取侵权人具有接触商业秘密的可能性、侵权人使用信息与商业秘密构成相同或近似、排除侵权人获取信息具有合法来源等要素综合认定。如果综合在案证据能够认定不同侵权



人不正当地披露、使用商业秘密获取利益行为具有较强关联性，应当就各自实施的侵权行为造成的侵权损害结果承担连带赔偿责任。

### 【典型意义】

供需双方通过长期沟通、洽谈，付出相当的人力、财力、物力后形成汇集技术参数、交易价格、特殊需求的经营信息，对于市场经营主体而言具有重要商业价值，竞争对手一旦知悉即可采取应对措施从而带来竞争优势，是市场经营主体的核心竞争力。侵害商业秘密的侵权人为了防止权利人发现，会采取隐名出资、更换实际控制的侵权实体等多种方式隐蔽地、持续地侵权，既给权利人造成巨大经济损失，也给权利人维权造成实质障碍。判决不仅惩戒了侵害他人商业秘密的不诚信行为，同时也体现了法院充分运用证据优势规则依法维护市场竞争秩序的决心，从而保障民营企业健康、有序、繁荣发展。

### 案例三

#### 保护新单位用工自主权 实质判定竞业限制义务

——谢某与上海某某管理咨询有限责任公司竞业限制纠纷案

### 【案情简介】

2019年7月，谢某至上海某某管理咨询有限责任公司开设的早教机构从事前台工作。劳动合同中有竞业限制条款，但未约定补偿金。2021年底，谢某提出辞职，后入职知名早教机构担任成长顾问。离职后，谢某提出要求支付竞业限制补偿金，公司回复谢某无需继续履行竞业限制协议，索要之前竞业补偿金可以携证据办理。谢某收到函后未提交相关材料。原公司工商登记经营范围包含“高危险性体育运动（游泳）”，实际经营范围为亲子游泳。新公司工商登记经营范围为“一般项目：文化艺术辅导；体育指导……”谢某申请仲裁，要求原公司支付竞业限制补偿金17,462元等未获支持，遂诉至法院。

经审理，法院判决支持谢某的全部诉讼请求。

### 【裁判要旨】

用人单位利用缔约强势地位，无差别签订竞业限制协议，在劳动者离职后，从有利于其单位角度出发，视情况承认或否认协议效力，损害劳动者合法就业权



益及新单位的用工自主权。可通过“三步走”规则进行审理：1. 判定劳动者主体资格；2. 认定竞业限制协议效力；3. 查明单位同业竞争关系。不构成同业竞争关系的，应当保护劳动者期待利益和新单位用工自主权。

### 【典型意义】

竞业限制制度既遵循“内部衡平”原则，也反映“外部博弈”结果，偏向任何一方均不利于维持市场整体公平竞争秩序。本案对于判断普通岗位劳动者是否负有竞业限制义务、突破营业执照范围综合判断是否存在竞业关系等方面具有借鉴意义，实现人才流动频繁化，就业渠道畅通化，择业权利自由化。

## 案例四

### 支持股东派生诉讼合法请求 纠正损害民企利益不当行为

——郑某某与徐某某等损害公司利益责任纠纷案

### 【案情简介】

原告郑某某与王某某共同成立上海某某企业发展有限公司，王某某持股 51%、任执行董事、法定代表人，郑某某持股 49%、任监事。二人商定由第三人上海某某企业发展有限公司出资 1,200 万元加入被告天津某某科技发展合伙企业（有限合伙），且财产份额由王某某的女儿被告徐某某代持。后郑某某将 1,200 万元投资款转到徐某某账户，再转入天津某某科技发展合伙企业（有限合伙）账户。该企业将徐某某登记作为持有 5.27% 财产份额合伙人，并支付分红款。原告郑某某作为公司股东以自己名义提起诉讼。

经审理，法院判决：确认上海某某企业发展有限公司委托徐某某代持天津某某科技发展合伙企业（有限合伙）5.27% 财产份额的法律关系成立；确认该财产份额对应的财产收益应转交上海某某企业发展有限公司；原告其余诉讼请求不予支持。

### 【裁判要旨】

原告提起本案诉讼之前，已存在多个诉讼，且分别召开股东会议撤销对方在公司的职务，故公司执行董事、监事处于悬而未决状态，不可能正常履职，也难以以为保护公司利益提起相关诉讼。因此，原告无须经过前置程序，作为股东具有



为公司利益直接以自己名义提起诉讼的原告主体资格。第三人与徐某某之间，构成委托代持财产份额的法律关系。

### 【典型意义】

根据公司法规定，股东提起派生诉讼的前置程序是股东书面请求公司有关机关向法院提起诉讼。该项前置程序针对公司治理一般情况，即在股东向公司有关机关提出书面申请之时，存在该机关提起诉讼的可能性。如果民营企业经营已陷入僵局，执行董事、监事无法正常履职，也难以为保护企业利益提起诉讼，法院应当确认股东具有为公司利益以自己名义提起诉讼的原告主体资格，完善了股东派生诉讼的程序规则，保护了民营企业财产权益，正向激励了董监高依法履职，纠正了相关人员损害企业利益的不当行为。

### 案例五

#### 原股东擅自挂失保安编码器 行为给付先予执行案结案了

——上海某某信息科技有限公司与丁某某财产损害赔偿纠纷案

### 【案情简介】

原告上海某某信息科技有限公司是为中国高端制造业客户提供电磁产品研发技术服务的企业，被告丁某某原系原告股东，案涉账户是原告为开展海外业务而设立使用的离岸公司账户，开设时设立了两个保安编码器，由原告法定代表人及被告各持有其中之一，保安编码器作用机制为当且仅当两个保安编码器同时确认，方可对外支付款项。后因被告与原告法定代表人在股权转让事宜中产生矛盾，被告注销了持有的离岸银行账户编码器，导致原告无法向国际贸易相对方支付款项。2022年，原告起诉要求被告配合恢复账户编码器并赔偿损失等。审理中，原告因有多笔交易亟需向境外企业付款，多笔订单面临高额违约风险，故向法院申请对恢复账户编码器一事先予执行。

### 【工作举措】

法院紧急走访相关银行了解银行账户编码器工作机理，多次召集双方听证，经专业法官会议讨论，在原告提供合理担保情况下，针对原告申请，及时作出先予执行裁定。被告于法院主持下恢复账户编码器并交付原告。原告成功于付款截



止日前向境外企业支付款项，避免了高额违约成本，相关交易圆满成交。此后，双方当事人就纠纷事项自行达成和解协议，以民事调解方式结案。

### 【典型意义】

先予执行制度因适用范围窄、对当事人权利义务影响大、诉讼程序风险高等原因，在民事诉讼实践中较为鲜见。法院出于对保障营商环境、促进经济发展的关切，在法治框架内，及时作出先予执行裁定，第一时间化解了原告迫在眉睫的实际经营风险，并为双方日后其他纠纷的解决提供良好的法治基础。法院先行先试，善作善成，着力为“专精特新”科技型小微企业安心发展保驾护航，为经济高质量发展提供了有力的司法服务和制度保障。

## 案例六

### 审执兼顾源头防范 全面履行实质化解

——本间某某与上海某某贸易有限公司等著作权侵权、侵害商标权及不正当竞争纠纷案

### 【案情简介】

原告本间某某系知名日本设计师，创立多个服饰品牌，将创作的系列美术作品在中国进行著作权登记，并注册了商标。被告上海某某贸易有限公司未经许可，擅自将与原告作品相同及近似的图形进行著作权登记，并与其余四被告在其生产、销售的产品、店铺装潢、宣传手册等处使用与原告作品相同及近似的图形、与涉案商标近似的标识。五被告还将自身产品介绍为原告品牌系列产品，宣称设计源自原告。原告认为，五被告的涉案行为侵害其著作权、注册商标专用权，并构成虚假宣传的不正当竞争行为。请求判令五被告停止侵权、连带赔偿经济损失及合理开支 1,000 万元并刊登声明、消除影响。

### 【工作举措】

本案涉及著作权、商标、不正当竞争多重法律关系，侵权证据庞杂，诉讼请求金额高，第一次庭审时因分歧较大，原告明确表示并无调解意向。庭审后，承办法官一方面耐心了解原告诉求，引导其通过本案实现矛盾纠纷实质化解、源头防范；另一方面向被告详细分析其可能面临的侵权定性及赔偿后果，督促其审慎



评估自身法律风险，以更积极的态度解决本案争议。在赢得双方当事人信任后，本案先后克服了原告身在日本，代理人联络、汇报案件耗时间及精力多，被告数量多、股东之间分歧大以及争议事项繁杂等困难，双方当事人终于第二次庭审时达成初步调解方案。为贯彻审执兼顾原则，对于涉及行政部门登记、案外人配合等事项，由当事人先行签订 15 页的和解协议优先办理。在所有待定事项确定无误后，双方最终于 2023 年 6 月签订调解协议。赔偿款项按约支付，被诉侵权事项全面停止。

### 【典型意义】

本案通过对境外权利人在中国合法权益的依法保护，体现了中国平等保护国内外知识产权、营造市场化法治化国际化的一流营商环境的决心。通过促成当事人就本案多类型纠纷和双方之间长期矛盾达成一揽子调解，既维护了公平正义的法治环境，又实现了矛盾冲突的源头化解。

## 案例七

### 依法支持保险赔偿款 切实保护外卖企业财产权益

——某某网络科技有限公司与某某财产保险股份有限公司上海分公司人身保险合同纠纷案

### 【案情简介】

被告某某财产保险股份有限公司上海分公司推出名为“饿了么加盟商骑手意外险经典计划 1 天”保险项目。某某信息科技有限公司（即外卖平台）作为投保人购买保险，黄某某为被保险人。保单载明，个人责任是承保配送员在配送服务过程中因过失导致第三者人身伤亡或第三者财产的直接损失等。黄某某是原告某某网络科技有限公司（即外卖公司）的骑手，在履行职务过程中因交通事故导致高某某受伤，负事故全部责任，故原告应赔偿高某某住院伙食补助费、残疾赔偿金等。原告在支付高某某款项后，民事调解约定由黄某某承担 80% 赔偿责任，并转让黄某某向被告追偿的权利。

原告起诉要求被告理赔。被告辩称，二者民事调解加重保险公司义务，保险公司承保范围仅局限于黄某某个人名义的对外赔偿。



经审理，法院判决：被告给付原告保险金。

### 【裁判要旨】

外卖骑手作为被保险人，在保险期间内发生保险事故，享有保险金请求权，不因用人单位在道路交通案件承担侵权责任而影响其保险金请求权。外卖骑手有权将全部保险金请求权转让给原告。达成的民事调解仅是用人单位与劳动者内部责任比例划分，不能当然约束保险人和作为保险赔偿的计算依据，应当依照保单确定保险金计算范围。

### 【典型意义】

在民营企业日常经营中，外卖公司普遍为送餐骑手购买保险，以切实减轻骑手发生保险事故时民营企业的赔偿责任。外卖骑手作为被保险人，在保险期间内发生保险事故，享有保险金请求权。外卖骑手所在外卖公司向保险事故受害人赔偿后，可以将保险金请求权转让给用人单位，由用人单位向保险公司主张相应保险金。保险金的确定不当然以外卖骑手与用人单位的内部调解协议和实际赔偿为最终标准，而应当严格依照保单予以计算。通过梳理外卖公司、骑手、保险公司三方法律关系，在保障民营外卖公司合法权益之余，又均衡保险公司的利益。

## 案例八

### 破产重整中股权调整与股权负担的冲突与协调

——上海某某机器人有限公司重整计划执行案

### 【案情简介】

2021 年 7 月 12 日，法院裁定批准上海某某机器人有限公司重整计划并终止重整程序。在重整计划执行中，破产管理人提出书面申请称：山东省青岛市崂山区人民法院冻结了上海某某投资有限公司持有上海某某机器人有限公司 78.84% 股权，该部分股权同时质押给江苏某某高新投资控股有限公司。故申请法院对上海某某投资有限公司持有上海某某机器人有限公司在重整计划中已调整的 25.15% 股权予以全部解冻，注销相应质押登记，以保障上重整计划的执行。

经审理，法院裁定：解除山东省青岛市崂山区人民法院对上海某某投资有限公司持有某某机器人有限公司 78.84% 股权中的 25.15%（对应 12,788,136 元出





资)部分的冻结;解除其他司法机关对本裁定第一项财产的全部冻结;注销本裁定第一项财产的质押登记。之后,法院向市场监管部门送达民事裁定书、协助执行通知书,办理上述股权冻结及质押登记手续。

### 【裁判要旨】

企业因资不抵债进入破产重整程序的,股东权益为零。重整计划中的股权调整不同于基于意思自治的股权转让。破产企业股权负担之相关权利人对已被调整的股权不应享有任何权利。破产管理人申请破产案件受理法院解除对破产企业被调整股权的冻结,注销相应质押登记的,应予准许。破产案件受理法院,有权决定解除对债务人的财产保全或民事执行中的查封、扣押、冻结措施。

### 【典型意义】

股权调整是破产重整的主要方式,本案重整计划即含有股权调整方案。在资不抵债情形下,尽快排除重整计划的股权负担,完善民营企业重整机制,为重整计划的执行提供了法治化司法保障,维护了全体债权人合法权利。本案是上海市首例作出解除其他法院对重整企业股权冻结并注销相应质押登记的案例,也是完善民营企业退出机制、优化营商环境的案例,入选全国“2023 年民营企业产权司法保护协同创新百佳实践”。

## 案例九

### 强制管理柔性解纷 以租抵债一举多赢

——张某等申请执行上海某某医疗净化工程有限公司等民间借贷纠纷案

### 【案情简介】

2021 年 8 月,原告张某、葛某与被告上海某某医疗净化工程有限公司、双某因民间借贷纠纷诉至法院。法院判决:两被告共同归还两原告借款本金 170 万元及相应延期补偿款、利息损失和违约金。

案件生效后,因两被告未按生效法律文书的规定履行义务,两原告向法院申请执行。



### 【执行举措】

法院依法查封被执行人双某位于某某路某号 1103 室的不动产。在实地勘察中发现，上述房产已与案外人 1101 室、1102 室等六套房产打通，整体租赁给上海某某培训学校作为教室使用。该学校反映租赁合同将到期，而作为产权人的双某未露面，无法续租。经产权调查，该不动产设有最高额抵押 590 万元。该房屋物理上与其他不动产联结，不适于拍卖，即使拍卖成交也可能为无益拍卖；房屋无法续租，空置将影响培训学校正常经营。经申请执行人同意，法院作出强制管理裁定：指定申请执行人张某、葛某为 1103 室管理人。2023 年 4 月，张某、葛某作为管理人与培训学校签订房屋租赁合同，不动产租赁所获得的收益（扣除维修等必要费用外）将作为清偿执行款。

### 【典型意义】

申请执行标的较大，启动不动产拍卖是常规执行路径。鉴于涉案房屋系商业用房且难以分割，上拍后流拍率较高或者实际成交价格低，无法续租也会影响利害关系人继续经营。法院坚持能动司法理念，从高效率低成本兑现胜诉当事人权益出发，对本案适用强制管理。既实现债权人利益，也不让利害关系人经营受损，一举多赢，实现法律效果和社会效果的最大化。

## 案例十

### 通过引入第三方托管 盘活绿色能源企业实现多赢

——上海某某融资租赁股份有限公司申请执行某某光伏电力有限公司等融资租赁合同纠纷案

### 【案情简介】

2019 年，原告上海某某融资租赁股份有限公司与被告某某光伏电力有限公司等签订《租赁物购买协议》《回租赁合同》，合作经营某 17MW 屋顶分布式光伏电站。合作期间，因租金逾期支付至诉。2021 年，法院判令被告支付融资公司租金、留购款及违约金等合计 5000 余万元。

判决生效后，因三被告未按生效法律文书的规定履行义务，融资租赁公司向法院申请强制执行。



### 【执行举措】

光伏电站因经营不善已停止运营，并拖欠业主租金 400 余万元。申请执行人申请拍卖、变卖屋顶分布式光伏电站设备，就所得价款优先受偿。经预估，如拆除、拍卖相关设备，价值所剩无几，既无法实现债权人权益，也会造成大量资源浪费。法院积极咨询光伏业内专家，了解到该光伏电站属于发电全额上网项目，恢复经营后每年发电量近 2000 万度、电价收入及能源补贴近 2000 万元。法院多次召集各方进行协商，邀请专家进行财务核算。在法院主持下，各利益相关方同意采取托管经营方式，选取第三方对电站进行运营管理，所得收益剔除托管费用、房租、日常运营费用后，由法院提取发放申请执行人。光伏电站恢复经营后，运营状况良好，已产生收益 4800 余万元，申请执行人全部债权已接近全部实现。

### 【典型意义】

光伏发电作为利用太阳能资源的可再生能源，具有显著的能源、环保和经济效益，经济价值的实现依赖于持续经营。相关设备一旦与特定场合分离，价值贬损巨大，不仅无法保障债权人利益，还导致能源流失。法院秉持善意文明、能动司法的工作理念，创新工作方式，积极引入第三方托管，对光伏电站进行专业管理和经营，既实现债权人利益最大化，又让绿色能源企业“绝处逢生”，同时兼顾环境效益，为光伏电站的可持续利用和发展提供了解决方案。本案入选“上海法院十大能动执行典型案例”。

来源：上海市高级人民法院官网

链接：<https://www.hshfy.sh.cn/shfy/web/xxnr.jsp?pa=aaWQ9MTAyMDMzODY0MCZ4aD0xJmxtZG09bG0xNzEPdcosz>



## 实务研究

# 第 260 期 | 《民法典》实施背景下当事人之间的交易习惯的构成要件与认定方法

## 《民法典》实施背景下当事人之间的交易习惯的构成要件与认定方法 ——上海某石油化工有限公司诉山西某科技有限公司买卖合同纠纷案

### 裁判要旨

1. 人民法院对于当事人之间交易习惯的认定，应当包括对客观要件、主观要件和适法性要件的审查。当事人主张按照双方经常使用的习惯做法确定合同没有约定或者约定不明确的内容的，应当从当事人之间是否形成了此种经常使用的习惯做法、当事人是否具有受其约束的内心确信，以及此种习惯做法是否合法有效等方面加以审查认定。

2. 在当事人之间已经形成特定交易习惯的情况下，只要没有证据证明一方或者双方当事人在订立合同时明确提出排除交易习惯的适用，则一般可以推定其具有受该交易习惯约束的内心确信。

### 基本案情

2019 年 12 月至 2020 年 4 月期间，上海某石油化工有限公司（以下简称化工公司）与山西某科技有限公司（以下简称科技公司）共签订 13 份《产品销售合同》，约定化工公司向科技公司购买化学品苯酐，但均未约定付款时间。至案涉争议发生时止，上述 13 份合同中的 11 份已履行完毕。在履行完毕的 11 份合同中，除双方协商一致部分推迟付款的 2 份合同外，其余 9 份合同均在合同签订当日或者次日付款，并且其中的 8 份合同系在合同签订当日或者次日付款完毕，1 份合同在合同签订后第三日付款完毕。未履行完毕的两份合同分别签订于 2020 年 4 月 2 日和同年 4 月 3 日，约定的交易单价分别为 3,450 元/吨和 3,600 元/吨，其中 2020 年 4 月 2 日合同约定的产品重量为 396 吨。2020 年 4 月 30 日，



化工公司将两份合同所涉货款转账支付给科技公司。2020 年 5 月 7 日，科技公司将上述款项予以退还。同年 5 月 27 日，科技公司向化工公司发送解除合同通知书，告知根据双方的交易习惯，化工公司应当在合同签订后立即付款。现化工公司于 2020 年 4 月 30 日付款，已构成违约，两份合同事实上已经解除，无需继续履行。

化工公司遂向一审法院起诉，请求法院判令科技公司继续履行 2020 年 4 月 2 日签订的《产品销售合同》，向化工公司交付 396 吨苯酐。

化工公司辩称，因苯酐在市场交易中价格波动频繁，涨跌幅较大，双方在长期交易中形成了科技公司在合同签订当日或次日付款的交易习惯。科技公司迟延履行已构成根本违约，案涉合同已由化工公司依法解除，不应继续履行。

### 裁判结果

上海市浦东新区人民法院于 2021 年 4 月 10 日作出 (2020) 沪 0115 民初 42261 号民事判决：驳回化工公司的诉讼请求。

一审判决后，化工公司不服，提起上诉。上海市第一中级人民法院于 2021 年 10 月 28 日作出 (2021) 沪 01 民终 9347 号民事判决：一、撤销上海市浦东新区人民法院 (2020) 沪 0115 民初 42261 号民事判决；二、科技公司继续履行其与化工公司于 2020 年 4 月 2 日签订的《产品销售合同》项下交付 396 吨苯酐的义务。

二审判决后，科技公司不服，就该案申请再审。上海市高级人民法院裁定提审该案，并于 2023 年 7 月 31 日作出 (2022) 沪民再 12 号民事判决：一、撤销上海市第一中级人民法院 (2021) 沪 01 民终 9347 号民事判决；二、维持上海市浦东新区人民法院 (2020) 沪 0115 民初 42261 号民事判决。

### 裁判理由

法院生效裁判认为：根据相关法律和司法解释的规定及其精神，人民法院对于交易习惯的认定，并非只是对当事人之间是否存在某种习惯做法的客观事实进行单纯的事实认定，其落脚点实在于判定一方当事人主张的习惯做法是否属于法



律所认可的交易习惯，能否作为解释当事人意思表示、填补合同约定漏洞、确定当事人权利义务的依据。因此，对于交易习惯的认定应当同时包含对当事人主观方面和该项习惯做法适法性的审查判断。当事人主张依据双方经常使用的习惯做法确定合同没有约定或者约定不明确的内容的，应当从当事人之间是否形成了此种经常使用的习惯做法、当事人是否具有受其约束的内心确信，以及此种习惯做法是否合法有效等方面加以审查认定。根据审理查明的事实，当事人双方在交易实践中形成了化工公司在合同签订当日或者次日付款的习惯做法，且双方对于受上述习惯做法约束形成了明确、稳定的内心确信。上述习惯做法不违反法律、行政法规的强制性规定，亦不违背公序良俗，依法可以认定为法律认可的交易习惯。根据上述交易习惯，化工公司迟延付款已构成根本违约，科技公司解除合同符合法律规定。化工公司要求科技公司履行交货义务缺乏法律和合同依据，依法应予驳回。

### 案例注解

《民法总则》第 10 条在新中国法制史上首次明确规定了习惯作为人民法院裁判依据的法律定位，《民法典》第 10 条沿用了该条创新性规定。同时，《民法典》还将原《合同法》中直接规定“交易习惯”的条款增加至 33 条，间接规定“交易习惯”的保持 21 条，充分突显了运用“交易习惯”解释当事人意思表示、填补合同漏洞、合理确定当事人权利义务等方面的作用。为了把《民法典》上述规定的良法美意落到实处，有必要建立一套完整、规范、可操作性的识别标准，保证在司法裁判中准确识别交易习惯。但《民法典》并未规定“交易习惯”的识别标准和方法，现已失效的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释二》）第 7 条规定为识别两类交易习惯提供了重要指引，但司法实践中对于“当事人双方经常使用的习惯做法”这一类交易习惯的构成要件和识别标准还不够统一，存在进一步细化明确的空间。本案例结合具体案情，就《民法典》实施背景下当事人之间的交易习惯的构成要件与认定方法作了探讨，力争为同类案件裁判提供参考借鉴。



## 一、关于交易习惯识别的实践需求、制度供给与不足

### （一）明确交易习惯的识别标准意义重大

交易习惯来源于市场主体和人民群众在生产生活和市场交易中的自主安排和创造。根据《民法典》第 142 条、第 510 条等相关规定，在特定条件下，交易习惯是解释当事人意思表示、填补合同漏洞的重要依据。因此，《民法典》关于交易习惯的一系列规定，从法律上明确了人民法院应当依法运用交易习惯来确定当事人在市场交易和社会生活中涉及的权利义务等内容。这充分彰显了《民法典》尊重人民群众主体地位和生产生活实践的中国特色和时代特点，有利于运用交易习惯将国家和社会、现在与未来、立法和司法有机地连接起来，将市场交易和社会生活中的良善习惯纳入国家法治秩序，促进国家治理体系和治理能力现代化水平提升。但是，为了把《民法典》上述规定的良法美意落到实处，就必须在司法活动中准确识别交易习惯；而为了实现这个目的，建立司法认定交易习惯的一套完整、规范、可操作性的识别标准就显得十分迫切。但略显遗憾的是，《民法典》虽然在大量的条款中提到“习惯”和“交易习惯”，但并未明文规定“习惯”和“交易习惯”的构成要件或者识别标准。《合同法解释二》第 7 条对该问题进行了积极探索，为司法实践中准确识别两类交易习惯提供了重要遵循，但学术界和实务界也反映该条规定的识别标准特别是对于当事人之间的交易习惯的识别标准还有细化明确的空间。最高人民法院前期发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释》（征求意见稿）相关条款基本沿用了《合同法解释二》第 7 条的规定。因此，在《民法典》实施的背景下，有必要在总结提炼《合同法解释二》等现有制度资源的基础上，进一步探索完善交易习惯的构成要件和具体识别标准。

### （二）地方习惯、行业习惯的构成要件已相对完备

《合同法解释二》第 7 条第 1 款区分了两类交易习惯，一类是在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用的做法（以下简称“地方习惯、行业习惯”）；另一类是当事人双方经常使用的习惯做法（以下通称“当事人之间的交易习惯”）。对于地方习惯、行业习惯，《合同法解释二》第 7 条第 1 款明确规定了“三要件”，即客观要件、主观要件和适法性要件。所谓客观要件，即“在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用”；所谓主观要件，即“为交易对方



订立合同时所知道或者应当知道”；所谓适法性要件，即“不违反法律、行政法规强制性规定”。从司法实务来看，《合同法解释二》关于地方习惯、行业习惯构成要件的规定已较为完备，可以为准确认定当事人之间的交易习惯提供借鉴和参考。当然，应当注意到上述解释对于此类交易习惯主观要件的规定在字面上还略欠完满。从逻辑上可以推知，此类交易习惯主观要件的完整表述应是，“交易对方在订立合同时知道或者应当知道，但未提出排除此种交易习惯适用”。即，即便交易对方在订立合同时知道或者应当知道交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用此种交易习惯，但其明确提出排除此种交易习惯适用，或者双方当事人对排除该项交易习惯达成合意的，则此种交易习惯亦不对双方当事人发生相应的法律效力。这既有法律上的明确依据，也有相应的法理根据。从法律规定上看，《民法典》第 142 条规定对当事人的意思表示的解释应当“按照所使用的词句”，“结合……习惯”确定其含义；第 510 条则规定，当事人就质量、价款等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充，不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。上述两个条文，均明确了对当事人意思表示的解释和补充，应当首先以当事人明确表达的意思为准，只有在合同没有约定或者约定不明确，且不能达成补充协议的情况下，方可按照交易习惯予以确定。从法理上看，交易习惯并非法律的强制性规定或者强行秩序，也并非只要存在交易习惯就应当一体适用。运用交易习惯解释或者填补合同约定的内容，虽然具有相应的法律依据，但其效力的根源和最终基础仍在于当事人的意思，而非法律的强制性规定。

### （三）关于当事人之间的交易习惯的构成要件和识别标准需进一步明确

相对于地方习惯和行业习惯，《合同法解释二》对于当事人之间的交易习惯的规定就显得相对简略。主要表现在两个方面：一是对客观要件规定得较为原则和概括。即，《合同法解释二》第 7 条第 1 款第 1 项仅规定认定此类交易习惯需以存在“当事人双方经常使用的习惯做法”为前提，但对存在此种习惯做法的时间、如何认定“经常使用”“习惯做法”未作具体规定，故有学者建议对此类交易习惯客观方面的识别标准也还需进一步予以明确。二是对于主观方面未作明确规定，在实务上带来一定分歧。即，人民法院在认定此类交易习惯时是否需要考量当事人主观方面的要件；如果需要考虑该要件，该项要件的内容是什么，应





当如何认定，实践中认识还不尽统一。概言之，现行法律体系关于识别当事人之间交易习惯的制度供给仍略显不足。

从需求侧看，根据相关统计分析，目前民商事案件中当事人主张适用的交易习惯绝大多数均系此类形成于是当事人双方之间的交易习惯，且从数量来看呈逐年上升趋势，主张适用地方习惯、行业习惯的案件则相对较少。因此，就现实需求而言，司法实践中对于当事人之间的交易习惯的制度供给需求明显更加旺盛和迫切。将供给侧与需求侧两相对比就可以清晰看出，现行法律体系关于当事人之间交易习惯识别的制度供给可以说是严重滞后于现实需求。这也可以很好地解释较多学者和实务工作者关于当前交易习惯司法适用状况不尽如人意的困惑。此前较多的研究显示，目前各地法院在裁判文书中对于交易习惯的审查认定过程和事实理由大多缺乏交代，能够按照交易习惯应有的构成要件进行系统化审查认定的就更少。从上述分析可以看出，此种现状与现行法律体系制度供给不足的问题存在较强的相关关系。为促进对于交易习惯的准确认定和正确适用，可以以现有的制度资源为基础，结合各地探索积累的理论和实践经验，就当事人之间的交易习惯的构成要件和识别标准作进一步的探索完善。

## 二、从交易习惯的制度功能和效力基础看其应有之构成要件

“交易习惯”，从字面来看首先是一种法律上的事实，或者是一种事实行为。即，在特定的群体间或者当事人双方之间形成了某种前后连续、反复适用的惯常做法。但从上文所述的地方习惯、行业习惯的构成要件来看，对交易习惯的司法认定显然不仅仅涉及客观事实（即特定群体通常采用的做法或者当事人双方经常使用的惯常做法，以下合称“惯常做法”），而是同时包括了对当事人主观方面和惯常做法本身适法性的判断。对交易习惯的认定之所以要涉及对主观要件和适法性要件的审查，可以从交易习惯的制度功能定位和效力基础这两个角度展开分析。从制度功能定位看，交易习惯的适用属于规范判断的范畴，故需要进行适法性审查；从效力来源看，决定交易习惯效力的最终因素在于当事人的意思，故认定交易习惯有必要对当事人的主观方面加以判断。



### （一）交易习惯的适用属于规范判断，故需进行适法性审查

从《民法典》第 142 条、第 510 条等规定来看，在《民法典》上，交易习惯的适用系解释当事人意思表示，包括补充性解释当事人意思（即填补合同漏洞）的方法之一。解释当事人意思表示的实质，实在于以待解释的意思表示（如有争议的合同约定、合同未作约定的漏洞等）之外的一种意思来确定、填补甚至替代待解释的意思表示的含义，从而使原本不清楚的意思表示变得清楚、不完整的变得完整、违法无效的变得合法有效。换言之，对于当事人意思表示的解释，实际上是以当事人本来应有的真意（主观标准）或者假定的当事人意思（客观标准）来确定当事人的意思，从而为法院裁判案件创造条件。因此，认定及适用交易习惯的目的和重点，不在于判断特定群体或者当事人之间是否形成了某种外在方面的做法，而在于从当事人的外在行为中归纳和抽象出某种统一的行为模式，并以该行为模式中蕴含的行为规范来确定或者填补当事人并未明确表达的意思。由此，在运用交易习惯来解释合同或者填补合同漏洞的情况下，法院最终认定的合同约定其实有可能并非当事人的真实意思，而是一种规范性的判断标准。进而言之，交易习惯的适用在本质上其实就并非是对当事人的外在表示或者内心真意等客观事实的认定，而毋宁是以当事人的外在行为推定其内心真意，或者说是对当事人的意思进行法律上的拟制和制度性的认定。即，从法律属性上看，对交易习惯的认定和适用不属于事实判断，而属于规范判断的范畴。为确保规范判断的结果的适法性，就有必要对认定交易习惯的基础根据，即作为交易习惯外在表现的惯常行为本身的合法有效性进行法律上的审查判断，从而确保交易习惯的适用结果与法律认可的规范秩序相协调，排除各种不适法的“恶习”的适用。

### （二）交易习惯的效力基础在于当事人意思，故需进行主观要件判断

根据交易习惯来确定或者补充合同约定内容，在形式上看系基于法律的明确规定，但从此种解释的效力的最终来源看，赋予交易习惯以确定或者补充合同约定的效力的最终根基，仍在于当事人的选择和自由意志。对此，可以根据《合同法解释二》关于地方习惯、行业习惯主观要件的现有规定，结合当事人之间交易习惯的主观方面的对比解读来加以认识。

首先，交易习惯的适用，以当事人“知道或者应当知道”为前提。地方习惯、行业习惯形成于特定地域、领域或者行业的群体中间，而非形成于当事人之间。



因此，从性质上看，将此类交易习惯适用于特定争议，与将法律规范适用于该项争议似乎并无根本不同。但是，与法律规范原则上强制适用不同，各国在立法和司法上普遍要求适用此类交易习惯必须以双方当事人均知道或者应当知道此类交易习惯存在为前提。《合同法解释二》第 7 条第 1 款第 1 项所作规定与此相同。法律上之所以做如此处理，显然是为了防止将形式上众所周知、普遍遵循的交易习惯强加于实际上并不了解此种“公共规则”的当事人，从根本上保护市场主体对于交易规则的自主选择权。从这一条各国普遍公认的原则可以看出，交易习惯的效力根源仍在于当事人的意志和自由选择。就当事人之间的交易习惯而言，由于此种习惯本身就是由当事人双方在长期的交易实践中共同创造和形成的，故此种交易习惯不存在当事人对交易习惯“不知道或者不应当知道”的问题。从下文的论述可知，虽然认定当事人是否具有相应内心确信的方法有所不同，但认定此种交易习惯成立也必须以当事人仍具有受其约束的内心确信为前提。就此而言，关于当事人之间的交易习惯的适用，当事人同样具有最终的选择权，故此类交易习惯的效力显然也是建立在当事人自主意志的基础之上。

其次，交易习惯可依当事人的意思表示排除适用。交易习惯的效力建基于当事人意思的另一论据，在于交易习惯可依当事人的意思表示排除适用。根据《民法典》第 142 条、第 510 条等规定，按照交易习惯解释或者填补合同，适用于合同对同一事项未作约定或者约定不明确，且事后不能达成补充协议的情形下。因此，如果当事人不希望按照交易习惯来解释和填补合同，则其完全可以通过就同一事项作出明确约定，包括在合同签订时一并作出约定，或者在发生争议后达成补充协议等方式，从源头上排除交易习惯的适用。同时，按照交易习惯来解释或者填补合同，只是法律规定的用以确定合同内容的方法之一，且并非法律的强制性规定。因此，双方当事人完全可以约定排除特定交易习惯的适用（包括地区习惯、行业习惯及当事人之间形成的交易习惯）。只要当事人达成此种协议，则法院即不能按照交易习惯来解释和填补合同。这也就有力地证明了，交易习惯的效力从根本上建立在当事人的自主选择和自由意志的基础之上。

综上，司法裁判中适用交易习惯的本质，是根据双方当事人“知道或者应当知道”且未予排除的惯常做法，运用其中蕴含的行为规范以确定或者补充合同中未作约定或者约定不明确的内容。因此，人民法院对于当事人之间的交易习惯的认定，不能仅限于对当事人双方是否形成了某种经常使用的习惯做法的客观方面



的认定，而应当同时包含对主观要件和适法性要件的审查。当事人主张依据双方之间形成的交易习惯确定合同没有约定或者约定不明确的内容的，应当从当事人之间是否形成了某种经常使用的习惯做法、当事人是否具有受其约束的内心确信，以及此种习惯做法是否合法有效等方面加以审查认定。

### 三、内心确信作为当事人之间交易习惯构成要件的理由

从《合同法解释二》第 7 条第 1 款第 2 项的字面表述来看，对于当事人之间的交易习惯的认定似乎并不包含对于当事人主观方面的要求。司法实践中，也有个别法院秉持这样的裁判观点。但这样的认识不仅在理论上难以自洽，在实践中也容易引发分歧。比如，本案中化工公司即主张其对大多数订单都在合同签订当日或者次日付款，这只是其积极履行付款义务的表现，但不能据此推定其本身负有该项合同义务。因此，认定当事人之间的交易习惯成立时，在构成要件上是否应当包含对当事人主观方面的要求，有必要在裁判规则上予以明确。我们认为，当事人在订立合同时具有受其约束的内心确信，应当作为当事人之间交易习惯的构成要件。其间的理由，值得深入探讨。从理论上讲，将交易习惯作为解释当事人意思表示、填补合同漏洞、确定当事人权利义务的根据，可以从多学科的理论切入加以论证。在民法理论上，各种学说基本上可以归纳为“默示合意说”和“信赖利益保护说”这两种论证路径。

**（一）“默示合意理论”的解释。**如前所述，从根本上讲，交易习惯的效力基础在于当事人的意思，而非法律的强制性规定。当事人之间的惯常做法之所以可以转化为对于当事人具有约束力的行为规范，其实质乃是根据当事人之间的惯常行为，推定他们已经以某种默示的形式达成了特定合意，并将此种合意作为双方合同约定的组成部分，用于填补形式合同中存在的空白或者漏洞。既然交易习惯的效力建立在当事人意思的基础上之上，则对交易习惯的认定就不能不将当事人的主观方面纳入考量范围。原因在于，根据私法自治或者合同自由原则，除非法律另有明确规定，当事人只受其自身意志以及其与他人达成的一致意思表示的约束。因此，即便当事人已在以往的交易活动中形成了特定的交易习惯，只要一方当事人在实施本次交易时明确表示排除原有交易习惯的适用，或者就同一事项作出与以往交易习惯不同的安排，则对方当事人及第三方均不能强制其接受以



往交易习惯的约束。从这个角度出发，在实施本次交易时，当事人仍然具有受交易习惯约束的内心确信，是对方当事人要求将交易习惯适用于本次交易的正当性根据，也是人民法院在合同约定不明时运用交易习惯对合同进行补充解释，将当事人在以往交易活动中形成的交易模式“带入”此次交易，根据以往交易模式确定本次交易合同内容的理论根据。

**（二）信赖利益保护理论的解释。**运用信赖利益保护理论来解释当事人之间的交易习惯的效力根据，是域外较为通行的学说，且已经反映到有关立法例中。该学说的理论根据应在于商业上或者经济学上的实质合理性。按照该学说，如果双方当事人持续稳定地使用某种习惯做法来从事交易活动，就可以公平地认为此种习惯做法构成了理解和解释双方当事人表达及行为的共同基础，从而运用“当事人之间的交易历史对协议赋予意义，或者补充、限制协议”。同时，交易习惯一经确立，当事人往往就会基于对该交易习惯的信赖，极其自然地继续沿用以往的交易模式签订新的合同、履行相应合同义务。根据诚实信用原则，法律应当保护当事人的此种合理信赖。按照上述理论，并未作出某项意思表示的当事人之所以要受双方交易习惯的约束，其内在依据是该当事人曾经参与形成并长期稳定地接受了该项交易习惯，从而让对方当事人对后续交易仍将按照交易习惯行事产生了合理信赖。因此，如果一方当事人在本次交易中不愿再受以往交易习惯的约束，其完全可以通过明确的意思表示予以排除，从而打破对方当事人的信赖；如果其未采取能够打破对方合理信赖的适当行为，则应推定其仍有受原有交易习惯约束的内心确信，以此保护对方当事人合理的信赖利益。

综上所述，无论是运用“默示合意理论”还是信赖利益保护理论来加以解释，都可以得出相同的结论。即，当事人在订立本合同时仍然具有受以往交易习惯约束的内心确信，应当作为本次交易中仍然适用交易习惯的构成要件。

#### 四、对当事人内心确信的认定方法

《合同法解释二》第 7 条第 2 款规定：“对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。”按照最高人民法院的权威解读，此处的举证责任的内容应当按照该条对两类交易习惯的具体要求来确定。即，对于地方习惯、行业习惯，主张交易习惯成立的一方不仅需要证明地方习惯或行业习惯的存在，还需要证明



对方当事人在订立合同时知道或者应当知道该习惯；对于当事人之间的交易习惯，主张交易习惯成立的一方应证明在争议案件前双方已经通过经常使用建立了所主张的习惯做法。需要探讨的是，如果如上文所述，当事人的内心确信确应作为当事人之间交易习惯成立的要件，则人民法院对于该项事实应当如何认定，相应的举证责任又应当如何分配呢？

我们认为，根据对《民法典》相关条款作体系化解释，可以认定“当事人具有受交易习惯约束的内心确信”应属一种推定事实，且在性质上属于“根据法律规定推定的事实”。其理由在于，根据《民法典》第 142 条、第 510 条等规定，只要合同对特定事项未作约定或者约定不明确，且事后不能达成补充协议，人民法院就可以按照交易习惯来解释或者补充合同内容。上述法律规定隐含的逻辑是，在当事人双方已经形成了某种交易习惯的情况下，只要当事人在订立本次合同前后未就同一事项排除该交易习惯的适用，就推定其仍然具有受其约束的内心确信。因此，在当事人双方已经形成了某种交易习惯的情况下，“当事人仍有受其约束的内心确信”应为“根据法律规定推定的事实”。依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 10 条第 1 款第 3 项和第 2 款规定，除非对方当事人可以提供足以反驳的相反证据，根据法律规定推定的事实无需举证。因此，从举证责任分配的角度，在涉及当事人之间交易习惯的案件中，主张交易习惯成立的一方当事人只需举证证明双方已通过经常使用某种习惯做法的方式形成了特定的交易习惯即可，而无需举证证明对方具有受其约束的内心确信；对方当事人如果要反驳上述推定事实，则需提供足以反驳的相应证据，证明一方或者双方当事人在订立合同时曾经表达了排除原有交易习惯适用的意思。基于上述分析，在此类案件中，人民法院对当事人是否具有内心确信的审查认定，一般只需要进行一定程度的“负面审查”即可。即，只要没有证据证明一方或者双方当事人在达成本次交易时曾明确表达了要排除原有习惯做法适用的意思，就可以认定其具有受其约束的内心确信。本案中，针对双方签订于 2020 年 4 月 2 日的案涉合同，并无证据证明化工公司在达成交易时曾经明确表达了要排除原有习惯做法适用的意思表示。据此，可以认定案涉交易时双方当事人均有受原有习惯做法约束的内心确信。



### 【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第 10 条（本案适用《中华人民共和国民法总则》第 10 条）

《中华人民共和国民法典》第 510 条（本案适用《中华人民共和国合同法》第 61 条）

### 【案件索引】

一审案号：上海市浦东新区人民法院（2020）沪 0115 民初 42261 号民事判决书

二审案号：上海市第一中级人民法院（2021）沪 01 民终 9347 号民事判决书

再审案号：上海市高级人民法院（2022）沪民再 12 号民事判决书

再审法院合议庭组成人员：上海市高级人民法院 彭浩、陆焯、孟高飞



长按二维码关注

编写人：上海市高级人民法院 彭浩、丁晨

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：[https://mp.weixin.qq.com/s/1itX3Rn2JnKAE8P\\_BqNJ9Q](https://mp.weixin.qq.com/s/1itX3Rn2JnKAE8P_BqNJ9Q)



## 《上海法院类案办案要件指南》系列丛书导读第 121 期 | 合同解除的审查要点及裁判规则

### 建设工程施工合同类案办案要件指南之合同解除的审查要点 及裁判规则

合同解除是合同当事人一方或者双方依照约定或者法律规定，依法解除合同效力的行为。建设工程施工合同的解除既有合同解除的一般属性，亦有施工合同本身的特殊属性。在成立并有效的建设工程施工合同的履行过程中，时常因出现某一事实或条件成就，导致合同解除的情形出现。因建设工程施工合同解除与承包、发包等各方当事人利益密切相关，当事人提出要求解除或者确认解除建设工程施工合同的时候，人民法院应对建设工程施工合同的解除进行主动审查。

#### 一、对发包人行使解除权的审查

##### 1. 对发包人行使约定解除权的审查

###### 【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效。
- (2) 合同解除以及解除后果的约定。
- (3) 解除权的约定不存在违反法律、行政法规的强制性规定或者违背公序良俗等无效情形。
- (4) 行使约定解除权的一方是否为守约方。
- (5) 当事人提起约定解除的，是否符合约定的合同解除条件。
- (6) 当事人为了自己的利益不正当地阻却条件成就的，视为条件已经成就，不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。





### 【注意事项】

若对发包人行使的约定解除权做广义理解，不仅仅包含合同约定解除权。根据解除的原因不同，可细化为合同因解除条件成就而解除、当事人合意解除以及合同约定解除权。其中，合同因解除条件成就而解除其实质类似附解除条件的民事法律行为；当事人合意解除即是在合同履行过程中，当事人协商一致解除合同的方式，此种解除方式并不涉及解除权的发生。

对于狭义的合同约定解除权的审查，需要注意：

(1) 约定解除权的审查主要是合同意思表示解释的问题。意思表示解释时，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定相关条款的含义。

(2) 约定解除权条款系格式条款的，应按照格式条款的相关规定审查。采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

(3) 合同约定的解除条件成就，守约方以此为由请求解除合同的，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的实现，根据诚信原则，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的实现，守约方请求解除合同的，法院不予支持。

### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第一百五十八条、第一百五十九条、第四百九十六条、第四百九十七条、第五百六十二条第一款

2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第四十七条

## 2. 对发包人行使法定解除权的审查

### 【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效。
- (2) 发生法律规定可以解除合同的一般情形。



(3) 发生法律规定的建设工程施工合同解除的情形。

(4) 行使法定解除权的一方是否为守约方。

### 【注意事项】

法定解除权是指根据法律等规定发生的解除权。目前的建设工程施工合同发包人的法定解除权主要包括《中华人民共和国民法典》第五百六十三条规定的五种当事人可解除合同的情形，以及《中华人民共和国民法典》第八百零六条承包人将建设工程转包、违法分包的，发包人可解除合同。现归纳发包人行使法定解除权的具体情形，主要有如下几种：（1）承包人明确表示或者以行为明确表示不履行合同主要义务的，发包人可行使合同解除权。（2）合同约定的期限内没有完工，并在发包人催告的合理期限内仍未完工的，发包人有权请求解除合同。（3）承包人将建设工程转包、违法分包的，发包人可解除合同。（4）已经完成的建设工程质量不合格，承包人又拒绝修复的，发包人可行使合同解除权。（5）承包人在施工期间资质等级下降，并低于工程所需资质，发包人可行使解除权。

在具体司法实践中，也常见基于合同履行出现不能预见的客观因素变化而导致当事人解除合同。根据法律规定，不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情形。由于不可抗力造成合同不能履行的重大障碍时，可适用不可抗力的法律条款，发生法律解除的法律后果，而在不可抗力造成合同可履行但对当事人一方明显不公平的情形时，则适用情势变更的法律条款，变更或解除合同。

### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第五百六十三条、第八百零六条

### 【典型案例】

海南昌江鑫龙房地产开发有限公司与海南献林建筑安装工程有限公司建设工程施工合同纠纷案（裁判法院：最高人民法院；案号：（2017）最高法民申51号）

裁判要旨：由于法定解除权赋予了权利主体以单方意思表示干预法律关系权利，从保护相对人免受不公平损害结果，维护和鼓励交易的角度出发，法



定解除权通常应赋予守约方而非违约方。发包人在因未依约支付工程款构成严重违约等情形发生时，不得因承包人一般违约而解除合同。

## 二、对承包人行使解除权的审查

### 1. 对承包人行使约定解除权的审查

#### 【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效。
- (2) 对合同解除以及解除后果有相关约定。
- (3) 解除权的约定不存在违反法律强制性规定或者违背公序良俗等无效情形。
- (4) 行使约定解除权的一方是否为守约方。
- (5) 当事人提起约定解除的，是否符合约定的合同解除条件。
- (6) 当事人为了自己的利益不正当地阻却条件成就的，视为条件已经成就，不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

#### 【注意事项】

同对发包人行使约定解除权审查。

#### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第一百五十八条、第一百五十九条、第五百六十二条第一款

2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第四十七条

### 2. 对承包人行使法定解除权的审查

#### 【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效。
- (2) 发生法律规定可以解除合同的一般情形。
- (3) 发生法律规定的建设工程施工合同解除的情形。
- (4) 行使约定解除权的一方是否为守约方。



### 【注意事项】

承包人可以根据《中华人民共和国民法典》第五百六十三条的规定解除合同，具体审查要点及注意事项同一般合同当事人及发包人，主要法定解除的原因为，一是不可抗力，二是当事人违约。对于承包人的法定解除权，根据《中华人民共和国民法典》第八百零六条，发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人可以解除合同。

### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第五百六十三条、第八百零六条

## 三、对解除权行使程序和方式的审查

### 1. 对解除权行使程序的审查

#### 【审查要点】

- (1) 双方对解除权行使期间有约定的从约定。
- (2) 双方未约定解除权行使期限的，相对方可以催告解除权人在合理期限内解除合同。
- (3) 双方未约定解除权行使期限，也未催告的，适用法律规定的一年期限。
- (4) 通知解除的，解除通知应清晰表达解除合同的意思表示，并以解除通知送达相对方的日期为合同解除日；解除通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务，合同自通知载明的期限届满解除。
- (5) 依照法律规定可以以通知方式行使约定或法定解除权的解除权人未以通知方式行使解除权，而是以直接提起诉讼的方式主张解除合同，法院确认该主张的，合同自起诉状副本送达之日解除；依照法律规定必须以诉讼方式解除合同的，以判决生效之日作为合同解除日期。



### 【注意事项】

(1) 合同明确约定了解除通知或者相关交易文件的送达地址，并且约定如果未能有效送达，以信件退回之日或者通知发出若干日视为送达的，应当尊重当事人意思自治，以视为送达日作为合同解除日。

(2) 解除权人发出的通知内容只是催告相对方履行债务，或者只是载明如果相对方不履行债务将解除合同而非合同自动解除，未明确表达解除合同的意思表示的，应当认定为催告通知而非解除通知。

(3) 法律规定可以以通知方式行使解除权的解除权人以直接提起诉讼的方式主张解除合同，其在案件审理过程中变更起诉状中载明的解除权发生事由，应当要求解除权人提出变更诉讼请求的申请。

### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第五百六十三条第二款、第五百六十四条、第五百六十五条

## 2. 对解除权行使方式的审查

### 【审查要点】

- (1) 是否采取通知方式行使解除权。
- (2) 是否系守约方发出通知。
- (3) 解除通知是否明确具体。
- (4) 守约方是否以解除通知到达对方时为解除时间。

### 【注意事项】

享有法定或者约定解除权是当事人有权以通知方式解除合同的前提条件。一般而言，守约方有解除权，违约方无解除权。《中华人民共和国民法典》第五百八十条赋予违约方在特定条件下可以提出终止合同的权利，其目的是打破合同关系僵局，但这并不意味着违约方享有合同解除权，而是因合同目的无法实现，继续履行会产生更大的损失。在此前提下，法律对风险损失的一种权衡与规避。解除通知应当明示，不能以当事人的行为推定合同解除；如果当事人起诉解除合同的，自起诉状副本送达对方时合同解除。



### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第五百六十五条、第五百八十条  
2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第四十六条

## 四、对合同解除后责任负担的审查

### 1. 合同解除后发包人的责任负担

#### 【审查要点】

- (1) 合同解除类型的审查：约定解除或法定解除。
- (2) 合同解除原因的审查：解除系何方原因导致。
- (3) 建设工程造价金额的审查。
- (4) 合同解除导致的损失范围的审查。
- (5) 损失赔偿范围是否符合合同约定或法律规定。
- (6) 违约责任的种类及违约金的高低。
- (7) 发包人支付工程价款金额和期限。

#### 【注意事项】

(1) 建设工程施工合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

(2) 建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款。因一方违约导致合同解除的，违约方应当赔偿因此给对方造成的损失。此外，因发包人原因导致合同解除的，承包人可以依据法律规定向发包人主张预期可得利益损失。

(3) 处理建设工程施工合同纠纷应本着工程质量优于合同效力的精神，即无论合同是否有效或者是否被解除，只要工程质量合格就应支付工程价款，而工程质量不合格，无论合同解除还是合同无效，适用的原则是相同的。



(4) 由于合同解除是建立在合同有效的基础上作出的处理, 因此因违约导致合同解除的, 违约方应当承担合同约定的违约责任, 赔偿因此给对方造成的经济损失。

### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第五百六十六条、第五百六十七条

### 【典型案例】

(1) 青海方升建筑安装工程有限责任公司与青海隆豪置业有限公司建设工程施工合同纠纷案〔裁判法院: 最高人民法院; 案号: (2014) 民一终字第 69 号〕

裁判要旨: 建设工程施工合同解除后, 合同价款的确定应综合考虑案件实际履行情况、当事人过错及司法判决价值取向等因素, 以此确定已完成工程价款。

(2) 吉林鑫达钢铁有限公司与思安有限公司建设工程施工合同纠纷案〔裁判法院: 最高人民法院; 案号: (2019) 最高法民申 5776 号〕

裁判要旨: 因发包人原因导致合同解除的, 承包人可以依据法律规定向发包人主张预期可得利益损失。预期可得利益损失可以通过鉴定方式确定未完工程利润, 人民法院可以根据鉴定意见确定承包人预期可得利益损失。

## 2. 合同解除后承包人的责任负担

### 【审查要点】

- (1) 合同解除类型的审查: 约定解除或法定解除。
- (2) 合同解除原因的审查: 解除系何方原因导致。
- (3) 建设工程造价金额的审查。
- (4) 合同解除导致的损失范围的审查。
- (5) 损失赔偿范围是否符合合同约定或法律规定。
- (6) 违约责任的种类及违约金的高低。



### 【注意事项】

(1) 建设工程施工合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

(2) 建设工程施工合同解除后，承包人应当返还建设工程。

(3) 因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，应予支持。

### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第五百六十六条、第五百六十七条

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/XXd1L43Udrt4GFwnZpROYA>





## 《上海法院类案办案要件指南》系列丛书导读第 120 期 | 建设工程施工合同类案办案要件指南之合同效力的审查要点及裁判规则

### 建设工程施工合同类案办案要件指南之合同效力的审查要点及裁判规则

因工程建设中的施工安全和工程质量关涉社会公共利益，且建设工程施工合同效力是关系到工程价款结算原则、违约责任、诉讼时效及质量保证等与承包、发包双方当事人利益密切相关的重大问题，故合同效力的审查是审理建设工程施工合同纠纷中的首要问题，无论当事人是否对建设工程施工合同的效力提出主张或抗辩，人民法院都应依职权对其进行主动审查。

#### 一、建设工程施工合同的有效要件

##### 【审查要点】

1. 合同当事人即承包、发包双方具有相应的民事行为能力；
2. 意思表示一致且发包人与承包人就合同内容协商一致；
3. 合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

##### 【注意事项】

书面形式是法律规定的建设工程合同应当采取的形式，但是当事人未签订书面合同并不代表其之间所形成的事实施工关系必然无效。

##### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第一百三十四条、第一百四十三条、第四百九十条、第七百八十九条



## 二、建设工程施工合同整体无效的情形

### 1. 发包人支解发包的情形

#### 【审查要点】

发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给数个承包人

#### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第七百九十一条第一款

《建设工程质量管理条例》第七十八条第一款

### 2. 承包人进行转包或违法分包的情形

#### (1) 转包

#### 【审查要点】

- ① 承包人将其承包的全部建设工程转包给第三人；
- ② 承包人将全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人。

#### 【注意事项】

在转包关系中，转包人不履行建设工程施工合同义务的表现往往是，其在承接建设工程后不成立项目部，也不派驻管理人员和技术人员在施工现场进行管理和技术指导。

#### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第七百九十一条第二款

《建设工程质量管理条例》第七十八条第三款

#### (2) 违法分包

#### 【审查要点】

- ① 总承包单位将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位；
- ② 分包单位将其承包的建设工程再分包；
- ③ 施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位；



④建设工程总承包合同中未有约定，又未经建设单位认可，承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成。

### 【注意事项】

转包均违反法律、行政法规的强制性规定，应属无效，而分包则存在违法和合法两种类型。例如，专业分包、劳务分包，以及总承包人经发包人同意将自己承包的部分工作交由第三人完成均属于合法分包。

### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第七百九十一条第三款

《建设工程质量管理条例》第七十八条第二款

### 3. 承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级

从事建筑活动的建筑施工企业按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分为不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。从事建筑活动的专业技术人员，应当依法取得相应的执业资格证书，并在执业资格证书许可的范围内从事建筑活动。

### 【审查要点】

- (1) 个体施工队伍在没有资质的情况下违法承揽建设工程；
- (2) 施工单位冒用、盗用营业执照、资质证书承揽工程；
- (3) 建筑施工企业的分支机构以自己的名义对外承揽工程；
- (4) 非建筑施工企业超越经营范围对外承揽建设工程。

### 【注意事项】

(1) 承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应资质等级，当事人请求按照无效合同处理的，人民法院不予支持。

(2) 抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅（二层及以下）的建筑活动不受建筑法调整，当事人仅以施工人缺乏相应资质为由主张施工合同无效的，人民法院不予支持。



### 【规范指引】

《中华人民共和国建筑法》第八十三条第三款

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第一条第一款第一项、第四条

#### 4.没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义

### 【审查要点】

尽管法律明确禁止建筑施工企业以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程，禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程，但是借用资质“挂靠”的现象在我国建筑市场长期存在且表现形式各异，包括但不限于以下情形：

（1）不具有从事建筑活动主体资格的个人、合伙组织或企业以具备从事建筑活动资格的建筑施工企业的名义承揽工程；

（2）资质等级低的建筑施工企业以资质等级高的建筑施工企业的名义承揽工程；

（3）不具有施工总承包资质的建筑施工企业以具有施工总承包资质的建筑施工企业的名义承揽工程；

（4）有资质的建筑施工企业通过名义上的联营、合作、内部承包等其他方式变相允许他人以本企业的名义承揽工程。

### 【注意事项】

（1）挂靠行为的表现形式固然难以穷尽列举，且隐蔽性强，在司法实践中不易识别，但是挂靠行为的主要特征可以归纳总结为以下两方面：一是挂靠人没有资质或者超越资质，且与被挂靠单位没有劳动或隶属关系；二是挂靠人为了规避资质许可限制而以具有相应资质的被挂靠单位的名义承揽工程，被挂靠单位对工程不实施任何管理行为。至于被挂靠单位是否收取管理费，并非认定挂靠行为的必备要素。

（2）挂靠人以被挂靠人名义与发包人签订的建设工程施工合同的主体及合同效力，应当根据发包人是否善意、在签订建设工程施工合同时对挂靠事实是否知情作出认定。



如果被挂靠人未披露挂靠人向发包人作出承包工程的虚伪意思表示, 发包人有理由相信真实的承包人即是被挂靠人的, 应优先保护善意发包人的利益, 认定建设工程施工合同的双方当事人为发包人和被挂靠人。被挂靠人将所承包的工程交由挂靠人施工的行为可按转包关系处理, 转包合同因违反法律强制性规定, 属无效合同。

如果发包人、挂靠人与被挂靠人在签订建设工程施工合同时均明知系挂靠人以被挂靠人名义与发包人签订合同, 实际由挂靠人直接承担合同责任, 则该行为属于隐藏行为。发包人与被挂靠人之间的合同欠缺效果意思, 属于通谋虚伪意思表示, 应为无效。发包人与挂靠人之间隐藏的施工合同关系, 应依照有关法律规定处理。若存在不具备相应资质等情形的, 亦为无效。

### 【规范指引】

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第一条第一款第二项

## 5. 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的

### 【审查要点】

审查工程项目是否属于必须进行招标的范围、是否存在法律规定的中标无效情形

### 【注意事项】

#### (1) “黑白合同”问题

背离中标合同实质性内容另行签订协议的即产生“黑白合同”问题。在建设工程施工合同强制备案制度已经取消的当下, 所谓“白合同”仅指招标人即发包人与中标人即承包人依据招标文件、投标文件等签订的建设工程施工合同, “白合同”有效是指招标投标程序合法且中标有效。

对施工过程中, 因设计变更、建设工程规划指标调整等客观原因, 承包、发包双方以补充协议、会议纪要、往来函件、签证等洽商记录形式, 变更工期、价款、项目性质的书面文件, 不应认定为“黑合同”。

所谓的实质性内容, 主要指工程范围、建设工期、工程质量、工程价款。当然, 可能限制或者排除其他竞标人的条件也可能构成中标合同的“实质性内容”。



此外，招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同无论在中标合同之前还是在中标合同之后，均不得背离中标合同的实质性内容。

(2) 依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，当事人另行订立背离中标合同实质性内容的合同。

出于维护招标投标市场秩序、保护其他投标人利益的考虑，发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的背离中标合同的实质性内容的建设工程施工合同应认定为无效。若在招标之前即已签订建设工程施工合同，则该合同因违反招标投标法关于未招先定的强制性规定无效，而中标合同属于以虚假的意思表示订立的合同，因缺乏效果意思无效。但是，发包人与承包人因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化而另行订立的建设工程施工合同不应认定为无效。

(3) 中标价低于建设工程成本

鉴于中标人的投标价格不得低于成本，故中标价格低于建设工程成本的中标合同无效。

#### 【规范指引】

《中华人民共和国招标投标法》第三条、第四十一条第二项、第五十条、第五十二条、第五十三条、第五十四条、第五十五条、第五十七条

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二条、第二十三条

国家发展和改革委员会《必须招标的工程项目规定》发改委 16 号令

国家发展和改革委员会《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》发改法规规〔2018〕843 号

#### 【典型案例】

唐山凤辉房地产开发有限公司与赤峰建设建筑（集团）有限责任公司建设工程施工合同纠纷案（裁判法院：最高人民法院；案号：（2015）民一终字第 309 号）

裁判要旨：为了防止和避免当事人在中标合同之外另行签订建设工程施工合同，以架空中标合同、规避中标行为和行政部门监管，法律规定当事人就同一建



设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的依据。但是，该条款的立法目的并未禁止合法的合同变更行为。因此，建设单位和施工单位在合同备案后变更结算方式的行为应属合法有效。

## 6. 起诉前发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续

### 【审查要点】

若发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续，则合同效力得以补正。

### 【注意事项】

发包人作为建设单位应当在取得各种许可手续后才能开工建设工程项目，这是发包人的法定义务。实践中，存在一种特殊情况，建设工程项目的各种规划审批手续已经具备办理条件，但发包人出于各种原因迟迟不予办理。显然，发包人故意不予办理相关手续存在明显主观恶意，也违背了严守合同约定、全面履行合同及诚实信用等基本原则。因此，发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。而对于办理建设工程规划许可证等规划审批手续的条件成就，发包人能办理却不办理相关手续，承包人应承担举证责任。

### 【规范指引】

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第三条

## 7. 以虚假的意思表示签订的建设工程施工合同

### 【审查要点】

因意思表示真实系民事法律行为有效的要件之一，故行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。

### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第一百四十六条第一款



## 8. 恶意串通情形下签订的建设工程施工合同

### 【审查要点】

- (1) 当事人主观具有损害他人合法权益的故意；
- (2) 当事人之间存在意思联络或者沟通，客观上相互配合或者共同实施了非法行为。

### 【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第一百五十四条

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/Fpsz-w0eMb8TKZEUhMoAVA>

### ◆ 特别声明：

此刊物以分享为本，仅供学习研究参阅，不视为弼兴律师事务所正式法律意见或建议。所有内容摘自政府、法院的官微、官网等，仅供参考使用。如有任何问题，欢迎随时与我们联系。

