

民商事业务资讯

新规速递 入库案例 实务文章 文章投稿



主任：

汤元婷

副主任：

张树良

程 燕

李 琦

编辑人员：

汤元婷

张树良

程 燕

李 琦

陈 斌

肖子豪

◆ 新规速递

- P2 《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释（二）》
- P6 《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若干问题的解释（二）》
- P13 《网络餐饮服务经营者落实食品安全主体责任监督管理规定》

◆ 入库案例

- P29 陈某峥诉杨某华服务合同纠纷案
- P34 韩某诉冯某申请撤销仲裁裁决案
- P38 陶某阳合同诈骗案
- P41 浙江某企业管理有限公司诉杭州某设计有限公司

◆ 实务文章

- P46 以物抵债排除执行新规的理论思考与实务建议
- P53 侵权损害赔偿与违约损害赔偿的界分

◆ 文章投稿

- P85 股权代持的效力分层审查与隐名出资人权益保障机制研究
- P96 应收账款质权在诉讼中的实现路径



新规速递

最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释(二)-p2

最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）-p6

网络餐饮服务经营者落实食品安全主体责任监督管理规定 -p13

最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释（二）

（2025年12月23日最高人民法院审判委员会第1963次会议通过，自2026年6月30日起施行）

为正确审理道路交通事故损害赔偿案件，根据《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国道路交通安全法》、《中华人民共和国保险法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定，结合审判实践，制定本解释。

第一条 因租赁、借用等情形机动车所有人、管理人与使用人不是同一人时，发生交通事故造成他人损害，对于该机动车一方责任，被侵权人一并请求机动车使用人与机动车所有人、管理人承担的，由机动车使用人承担侵权人应承担的全部责任；机动车所有人、管理人对损害的发生有过错的，在其过错范围内与机动车使用人共同承担赔偿责任，但是责任主体实际支付的赔偿费用总和不应超出被侵权人应受偿的损失数额。

机动车所有人、管理人先行支付赔偿费用后，就超过自己相应责任的部分向机动车使用人追偿的，人民法院应予支持。

第二条 机动车乘车人开车门致他人损害，被侵权人一并起诉乘车人、驾驶人以及承保该机动车交通事故责任强制保险（以下简称交强险）、第三者责任商业保险（以下简称商业三者险）的保险人，主张乘车人责任属于该机动车一方责任，并依据民法典第一千二百一十三条关于交通事故责任承担主体赔偿顺序的规定，请求由承保交强险的保险人在责任限额范围

内予以赔偿、承保商业三者险的保险人按照保险合同的约定予以赔偿的，人民法院应予支持；保险人以乘车人不属于被保险人或者其允许的驾驶人作为抗辩不承担赔偿责任的，人民法院对该抗辩不予支持。赔偿后不足的，由乘车人、驾驶人依据民法典第七编侵权责任的规定承担赔偿责任。

承保交强险的保险人承担赔偿责任后向乘车人追偿的，人民法院不予支持，但是损害是因乘车人故意造成的除外。

第三条 非营运机动车发生交通事故造成无偿搭乘人损害，对于该机动车一方责任，被侵权人起诉机动车使用人承担，机动车使用人主张减轻自身赔偿责任的，人民法院应予支持。但是，机动车使用人有故意或者重大过失的除外。

被侵权人以公安机关交通管理部门制作的交通事故认定书认定该机动车一方负全部责任或者主要责任为由，主张机动车使用人构成前款规定的故意或者重大过失的，人民法院应当综合交通事故认定书、事故形成原因、机动车使用人的具体行为等进行认定。

第四条 机动车在驾驶人驾驶证超过有效期但是尚未被注销期间，发生交通事故造成他人损害，被侵权人主张承保交强险、商业三者险的保险人承担保险责任，保险人仅以机动车驾驶人的驾驶证超过有效期为由拒绝承担保险责任的，人民法院不予支持。

第五条 起重、升降等工程专项作业机动车发生交通事故造成他人损害，被侵权人主张保险人在交强险责任限额范围内承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

前款规定的机动车作业时非因交通事故造成他人损害，被侵权人主张保险人在交强险责任限额范围内承担赔偿责任的，人民法院不予支持；但是，该机动车在道路以外的地方通行时发生事故造成他人损害，被侵权人主张保险人在交强险责任限额范围内承担赔偿责任的，人民法院依照《机动车交通事故责任强制保险条例》第四十三条的规定，比照适用该条例予以支持。

被侵权人按照特种车第三者责任保险等保险合同约定请求保险人承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。赔偿后仍然不足的，被侵权人依据损害赔偿法律规定请求侵权人承担责任的，人民法院应予支持。

第六条 被侵权人超过法定退休年龄，但是有证据证明因交通事故产生误工损失并请求侵权人赔偿的，人民法院应予支持。

第七条 被侵权人因交通事故致残后，又因其他原因在道路交通事故损害赔偿案件诉讼期间死亡，赔偿权利人主张按照《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十二条关于残疾赔偿金赔偿的标准计算残疾赔偿金的，人民法院应予支持。

第八条 交通事故被侵权人有多名被扶养人的，确定被扶养人的生活费，应当根据被侵权人丧失劳动能力程度计算出单个被扶养人生活费，再将各被扶养人生活费相加，相加后年赔偿总额以不超过上一年度城镇居民人均消费支出额为限。

第九条 道路交通事故损害赔偿案件中，侵权人及其保险人败诉的，人民法院应当根据各方对诉讼标的的利害关系决定各自负担的案件受理

费数额；保险人仅以保险合同约定其不承担案件受理费为由抗辩的，人民法院不予支持。

第十条 当事人就基本医疗保险基金、工伤保险基金已经支付的医疗费用和道路交通事故社会救助基金垫付的抢救费用、丧葬费用请求侵权人承担赔偿责任的，人民法院不予支持。

道路交通事故损害赔偿案件审理中，先行支付医疗费用的社会保险经办机构向侵权人提出追偿诉讼请求，或者垫付抢救费用、丧葬费用的道路交通事故社会救助基金管理机构向交通事故责任人提出追偿诉讼请求，可以合并审理的，人民法院应当合并审理。

第十一条 当事人以侵权人为被告提起非机动车交通事故责任纠纷诉讼，同时将承保非机动车商业三者险的保险人列为被告并请求其承担赔偿责任的，人民法院应当合并审理。

属于该非机动车一方责任，当事人主张由承保非机动车商业三者险的保险人按照保险合同约定予以赔偿、不足部分由侵权人赔偿的，人民法院应予支持。

第十二条 本解释自2026年6月30日起施行。

本解释施行后尚未终审的案件，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）

（2026年3月17日最高人民法院审判委员会第1969次会议通过，自2026年6月30日起施行）

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，依法保护当事人合法权益，维护建筑市场秩序，促进建筑业高质量发展，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定，结合审判实践，制定本解释。

第一条 建设工程施工合同订立时属于必须招标的工程项目，当事人未经招标订立合同，起诉时该工程项目不再属于必须招标的，人民法院不应仅以未招标而认定合同无效。

第二条 在确定中标人前，招标人、投标人以意向书、会议纪要或者补充协议等形式就工程范围、工程价款等实质性内容进行谈判并且该投标人中标，或者发包人与承包人协商订立建设工程施工合同后又通过招标投标程序与承包人订立建设工程施工合同，人民法院应当依照招标投标法关于禁止串通投标、禁止先行就实质性内容谈判的规定认定中标合同无效。

第三条 建筑施工企业出借资质或者以其他方式允许他人以本企业名义承揽工程，人民法院应当认定出借资质、允许使用本企业名义的合同无效。建筑施工企业主张约定的资质借用费、使用费的，人民法院不予支持。

建设工程质量合格,借用资质的单位或者个人参照其与建筑施工企业就支付工程款项的约定请求建筑施工企业支付折价补偿款的,人民法院依法予以支持。

第四条 借用资质的单位或者个人以出借资质的建筑施工企业名义与发包人订立建设工程施工合同,发包人订立合同时不知道且不当知道资质借用情形,借用资质的单位或者个人以该合同直接约束自己和发包人为由请求发包人支付折价补偿款的,人民法院不予支持。

借用资质的单位或者个人提供证据证明发包人订立合同时知道或者应当知道资质借用情形,就其施工的工程向发包人请求支付折价补偿款的,人民法院应当通知出借资质的建筑施工企业作为第三人参加诉讼或者同意其申请作为第三人参加诉讼,并根据发包人支付价款、借用资质的单位或者个人施工相关情况,判决发包人向借用资质的单位或者个人承担责任。

第五条 借用资质的单位或者个人以出借资质的建筑施工企业名义购买建筑材料、建筑构配件和设备,租赁设备等,相对人请求该建筑施工企业承担民事责任,符合民法典第一百七十二条关于表见代理规定的,人民法院应予支持。

第六条 承包人违反民法典第七百九十一条、建筑法第二十八条、第二十九条等有关禁止转包或者违法分包的规定,将其承包的工程转包或者违法分包,接受转包或者违法分包的单位或者个人参照转包或者分包合同请求承包人支付折价补偿款的,人民法院依法予以支持。接受转包或者违

法分包的单位或者个人请求与其没有合同关系的发包人支付折价补偿款或者赔偿损失的，人民法院不予支持。

第七条 借用资质的单位或者个人、接受转包或者违法分包的单位或者个人依据民法典第五百三十五条关于代位权的规定，以出借资质的建筑施工企业、转包人或者违法分包人怠于行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现为由，向发包人行使代位权的，人民法院依法予以支持。

第八条 参与工程建设的农民工依据《保障农民工工资支付条例》第二十九条、第三十条、第三十六条、第三十七条关于保障农民工工资支付的规定，请求建设单位和施工总承包单位、分包单位等施工单位先行垫付、先行清偿或者清偿拖欠工资的，人民法院依法予以支持。

第九条 建设工程施工合同约定按照固定价格结算工程价款，当事人以约定的建设工期内人工费、主要建筑材料价格发生重大变化为由请求调整工程价款的，人民法院不予支持，但是当事人另有约定或者符合民法典第五百三十三条关于情势变更规定的除外。

第十条 采用固定总价的建设工程施工合同解除后，当事人就质量合格的已施工部分工程价款没有约定且不能协商一致的，人民法院可以参照合同订立时建设工程所在地建设行政主管部门发布的计价标准、计价方法或者工程建设领域相关规范，确定承包人已施工部分工程价款占全部工程价款的比例，并以该比例乘以合同约定的固定总价确定承包人已施工部分工程价款。

第十一条 民法典第七百九十三条第一款中的“参照合同关于工程价款的约定”，包括参照建设工程施工合同约定的工程价款金额、计价方式、支付时间、调整方法和结算方法等相关内容。

第十二条 建设工程施工合同无效，建设工程质量合格，发包人和承包人就折价补偿款达成协议，一方当事人主张按照该协议确定双方权利义务，人民法院依法予以支持。

发包人、承包人与接受转包或者违法分包的单位或者个人就折价补偿款达成协议，参照前款规定处理。

第十三条 发包人与承包人约定工程价款按照审计机关的审计结果或者财政评审机构的评审结论确定，但是审计结果或者评审结论非因承包人原因未在合理期限内出具，或者承包人有证据证明审计结果或者评审结论与施工合同约定明显不符，承包人申请对工程造价进行司法鉴定的，人民法院应予准许。

前款规定的合理期限，当事人有约定的，按照约定；没有约定的，人民法院综合工程规模和工程造价金额、复杂程度等因素确定，但是该期限不得超过承包人提交竣工结算文件之日起一年。

发包人与承包人未约定工程价款按照审计机关的审计结果或者财政评审机构的评审结论确定，发包人请求以审计结果或者评审结论确定工程价款的，人民法院不予支持。

第十四条 建设工程施工合同解除，承包人主张预留工程质量保证金以其应得工程价款为基数计算的，人民法院应予支持。工程质量保证金返

还期限从承包人退场之日起算；施工合同在承包人退场后解除的，从解除之日起算。

建设工程施工合同无效且工程未完工，承包人主张预留工程质量保证金以其应得折价补偿款为基数计算的，人民法院应予支持。工程质量保证金返还期限从承包人退场之日起算。

第十五条 建设工程施工合同解除后，发包人请求承包人移交施工现场、施工资料等的，人民法院依法予以支持。

承包人退场前，当事人申请证据保全的，人民法院应当依照民事诉讼法第八十四条的规定处理。

第十六条 因承包人原因致使建设工程质量不符合约定，发包人未通知承包人修复而请求判令承包人先行支付修复费用的，人民法院不予支持。

承包人拒绝修复或者在合理期限内未修复至符合约定，发包人修复后请求承包人承担合理修复费用的，人民法院应予支持。

第十七条 承包人请求确认享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院应当查明享有优先受偿权的工程价款数额及相应工程，并在判决主文中予以明确。

承包人就发包人原因造成的停工、窝工等损失主张享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

第十八条 承包人依据其与发包人订立的折价协议主张已经行使民法典第八百零七条规定的建设工程价款优先受偿权，同时符合下列条件的，人民法院应予支持：

(一) 承包人施工的工程质量合格；

(二) 建设工程可以折价；

(三) 发包人逾期支付工程价款，经承包人催告后在合理期限内仍未支付；

(四) 折价金额与折价时建设工程的实际价值基本相当。

第十九条 建设工程价款债权的受让人就建设工程折价或者拍卖的价款主张优先受偿的，人民法院应当综合建设工程是否竣工验收合格、工程价款是否结算、债权转让合同是否有效、受让人是否已经支付了合理转让款等因素作出裁判。

第二十条 建设工程毁损、灭失或者被征收，承包人就获得的保险金、赔偿金或者补偿金主张优先受偿的，人民法院应予支持。

第二十一条 建设工程施工合同约定了发包人应当给付工程价款日期，当事人因工期顺延等客观原因协商变更给付日期，承包人主张自变更后的应当给付工程价款之日起算建设工程价款优先受偿权行使期限的，人民法院应予支持。

建设工程施工合同未约定发包人应当给付工程价款日期或者约定不明，但是当事人在结算协议中明确约定了应当给付工程价款日期，承包人主张自该日起算建设工程价款优先受偿权行使期限的，人民法院应予支持。

第二十二条 人民法院审理建设工程合同纠纷案件中发现违法发包、转包、违法分包及资质借用等违法行为或者建设工程存在严重质量问题的，

应当及时将相关情况、问题线索、证据等通报、移送有关建设行政主管部门；涉嫌犯罪的，应当将涉嫌犯罪线索移送侦查机关。

第二十三条 本解释自 2026 年 6 月 30 日起施行。

本解释施行后，人民法院新受理的一审建设工程施工合同纠纷案件，适用本解释。

本解释施行后，最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。

网络餐饮服务经营者落实食品安全主体责任监督管理规定

国家市场监督管理总局令第123号

(2026年1月27日国家市场监督管理总局令第123号公布 自2026

年6月1日起施行)

第一章 总 则

第一条 为了加强网络餐饮服务食品安全监督管理，督促网络餐饮服务经营者落实食品安全主体责任，保证食品安全，根据《中华人民共和国食品安全法》、《中华人民共和国电子商务法》等法律、行政法规，制定本规定。

第二条 在中华人民共和国境内，网络餐饮服务经营者依法落实食品安全主体责任的行为及其监督管理，适用本规定。

本规定所称网络餐饮服务经营者包括网络食品交易第三方平台提供者（以下简称平台提供者）、通过网络食品交易第三方平台或者自建网站提供餐饮服务的经营者（以下统称入网餐饮服务提供者）。

第三条 从事网络餐饮服务活动，应当遵守国家食品安全和电子商务相关法律法规规定，诚信自律，接受政府监管和社会监督。

第四条 网络餐饮服务食品安全监督管理应当坚持预防为主、风险管理、社会共治的原则。

第五条 国家市场监督管理总局负责组织、指导全国网络餐饮服务食品安全监督管理工作。

县级以上地方市场监督管理部门负责本行政区域内网络餐饮服务食品安全监督管理工作。

除本规定对网络餐饮服务食品安全监督管理权限另有规定外，省级市场监督管理部门可以根据网络餐饮服务经营者的经营规模和食品安全风险状况，并结合食品安全风险管理实际，确定本行政区域内各级市场监督管理部门的网络餐饮服务食品安全监督管理权限。

第二章 平台提供者

第六条 平台提供者应当明确负责食品安全管理的机构，配备与食品交易规模、食品安全风险状况等相适应的食品安全总监、食品安全员等管理人员，并明确其具体岗位职责；未配备食品安全总监的，食品安全总监职责由平台提供者指定的食品安全员履行。

平台提供者主要负责人对本平台食品安全工作全面负责，支持、保障和督促食品安全总监、食品安全员等管理人员开展网络餐饮服务食品安全管理工作；在作出涉及食品安全的重大决策前，应当充分听取食品安全总监、食品安全员等管理人员的意见和建议。

食品安全总监、食品安全员等管理人员应当按照岗位职责协助主要负责人做好食品安全管理工作。

第七条 平台提供者应当建立健全食品安全培训考核机制，定期对食品安全总监、食品安全员等管理人员开展法律法规和食品安全知识培训、考核，提升网络餐饮服务食品安全风险防控能力。

第八条 平台提供者设立或者委托实际运营机构（包括分支机构、办事处、第三方机构等，下同）从事网络餐饮服务食品安全管理的，应当自设立或者委托之日起三十个工作日内，向实际运营机构的实际运营地省级市场监督管理部门报告。报告内容包括实际运营机构的名称、地址、法定代表人或者负责人姓名、联系方式等。

平台提供者应当制定实际运营机构开展食品安全管理工作的规范，明确实际运营机构的工作职责，对实际运营机构及其有关人员进行培训、管理，督促其落实食品安全管理责任。

平台提供者设立或者委托实际运营机构从事网络餐饮服务食品安全管理的，不免除平台提供者依法应当承担的食品安全责任。

第九条 平台提供者应当通过平台服务协议和交易规则（以下简称平台规则），建立并实施入网餐饮服务提供者审查登记、食品安全抽查监测、食品安全风险管控、食品安全违法行为处置等食品安全管理方面的制度，以及实际运营机构管理、消费者权益保护等管理规范。

第十条 平台提供者应当对入网餐饮服务提供者进行实名登记。登记信息包括入网餐饮服务提供者的名称、统一社会信用代码、实际经营地址、法定代表人或者负责人、联系方式、经营资质等。平台提供者应当至少每六个月核验更新一次，保证上述信息与实际情况相符。

平台提供者应当将入网餐饮服务提供者的食品经营许可等经营资质信息与省级市场监督管理部门掌握的对应数据进行核验比对；核验不符，

不具备相应经营资质的，不得为其提供网络交易平台服务。省级市场监督管理部门应当为平台提供者履行核验比对义务提供必要的支持。

平台提供者应当通过实地核查等方式，对入网餐饮服务提供者的食品经营许可证等经营资质证书进行实质性审查，保证入网餐饮服务提供者经营资质证书载明的信息与实际情况相符，防止任何单位和个人使用虚假或者他人的经营资质入网提供餐饮服务。

有关登记和审查情况应当存档备查，保存期限不得少于二年。

第十一条 平台提供者应当要求入网餐饮服务提供者的网店名称与实体经营门面招牌名称一致，并要求入网餐饮服务提供者在其主页面显著位置，持续展示经营资质、实体经营门面、实际经营地址等信息，或者上述信息的链接标识，且展示的实体经营门面应当与实际情况相符，实际经营地址应当与经营资质证书载明的经营场所一致。

第十二条 平台提供者应当要求不提供堂食服务的入网餐饮服务提供者在其主页面显著位置设置“无堂食”标识，并将上述标识信息同步展示在入网餐饮服务提供者列表页面。

前款所称不提供堂食服务，是指入网餐饮服务提供者在实际经营场所既不向消费者持续提供现场就餐服务，也不向消费者持续提供自提服务的情形。

第十三条 平台提供者应当要求实施“互联网+明厨亮灶”的入网餐饮服务提供者在其主页面显著位置设置“明厨亮灶”的链接标识，并根据入

网餐饮服务提供者是否实施“互联网+明厨亮灶”，在入网餐饮服务提供者列表页面展示“无明厨亮灶”、“有明厨亮灶”标识。

平台提供者应当为入网餐饮服务提供者实施“互联网+明厨亮灶”提供技术支持。相关视频信息应当至少保存十四日。

市场监督管理部门在依法开展监督检查、案件调查、事故处置等监管执法活动时，可以要求平台提供者提供前款规定的相关视频信息，平台提供者应当通过建立与住所地负责监督管理的市场监督管理部门的数据接口等方式予以配合。

第十四条 平台提供者应当为入网餐饮服务提供者依法履行信息公示、展示义务提供必要的技术支持。

第十五条 平台提供者和通过自建网站提供餐饮服务的经营者应当如实记录并保存网络餐饮服务的订单信息，保存时间自交易完成之日起不少于三年；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

前款所称订单信息，包括食品名称、下单时间、配送人员、送达时间、收货地址等。

第十六条 平台提供者应当分别于每年一月和七月向各省级市场监督管理部门报送其行政区域内入网餐饮服务提供者的经营资质等身份信息。

第十七条 平台提供者应当结合入网餐饮服务提供者的经营项目、食品交易规模、食品安全风险状况等实际情况，制定《食品安全风险管控清单》，明确食品安全风险管控内容与频次，建立健全智能监测、排查调度、快速处置等工作机制。

平台提供者应当将下列事项列入《食品安全风险管控清单》进行重点管控：

（一）入网餐饮服务提供者的经营资质证书是否真实、有效；

（二）入网餐饮服务提供者是否展示真实、准确的经营资质、实体经营门面、实际经营地址等信息；

（三）入网餐饮服务提供者的网店名称是否与实体经营门面招牌名称一致；

（四）入网餐饮服务提供者的餐饮食品加工制作环境是否整洁；

（五）其他需要重点管控的食品安全风险事项。

第十八条 平台提供者应当根据《食品安全风险管控清单》，通过技术监测、实时巡查、实地抽查等方式加强对网络餐饮服务活动的风险识别，对发现的食品安全风险隐患，即时向入网餐饮服务提供者推送风险提示、警示信息，要求入网餐饮服务提供者即时采取措施消除食品安全风险隐患。

平台提供者应当结合实际，按照保证食品安全的需要，设置合理抽查比例，定期对入网餐饮服务提供者进行实地抽查，重点对不提供堂食服务、未实施“互联网+明厨亮灶”等的入网餐饮服务提供者进行抽查。抽查结果应当存档备查，保存期限不得少于二年。

第十九条 平台提供者的食品安全员应当及时对通过监测、巡查、抽查等方式发现的食品安全风险隐患进行排查，发现存在食品安全重大问题的，应当及时报告食品安全总监、主要负责人。

平台提供者的食品安全总监应当定期汇总分析食品安全员排查发现的食品安全重大问题和共性问题,研究评估网络餐饮服务食品安全管理情况,并及时将有关情况向主要负责人报告。

平台提供者的主要负责人应当自行或者委托相关负责人每月组织召开食品安全调度会议,听取当月网络餐饮服务食品安全管理情况的汇报,部署下个月食品安全重点工作,形成《每月食品安全调度会议纪要》。

第二十条 平台提供者发现入网餐饮服务提供者存在食品安全违法行为的,应当及时制止并立即报告所在地县级市场监督管理部门,并根据有关违法行为的事实、性质、情节、社会危害程度等,按照平台规则及时采取警示、搜索降权、限制流量、暂停服务、关闭店铺账号、禁止重新注册账号、列入黑名单等处置措施。

平台提供者接到县级以上地方市场监督管理部门关于入网餐饮服务提供者食品安全违法情况通报的,应当及时按照法律、法规、规章以及平台规则采取相应的处置措施。平台提供者应当及时报告处置情况,经市场监督管理部门核查确认入网餐饮服务提供者按期整改到位的,平台提供者应当及时解除相关处置措施。

平台提供者发现入网餐饮服务提供者的经营资质被撤销、注销、吊销或者期限届满的,应当立即停止提供网络交易平台服务。

鼓励平台提供者之间共享入网餐饮服务提供者食品安全违法行为及处置情况等信息,对相关主体采取信用管理措施。

第三章 入网餐饮服务提供者

第二十一条 入网餐饮服务提供者应当按照《食品生产经营企业落实食品安全主体责任监督管理规定》，依法建立健全食品安全管理制度，配备食品安全总监、食品安全员等食品安全管理人员，严格落实食品安全主体责任。

第二十二条 入网餐饮服务提供者应当具有实体经营门店，依法取得食品经营许可等经营资质，并按照经营资质证书载明的主体业态、经营项目等从事经营活动，且实际经营地址应当与经营资质证书载明的经营场所保持一致。

入网餐饮服务提供者应当向平台提供者提交真实、有效的经营资质证书，不得使用虚假或者他人的经营资质入网提供餐饮服务。

第二十三条 入网餐饮服务提供者的网店名称应当与实体经营门面招牌名称一致。

入网餐饮服务提供者应当在其主页面显著位置持续展示经营资质、实体经营门面、实际经营地址等信息，或者上述信息的链接标识，并确保展示的信息真实、准确。

第二十四条 入网餐饮服务提供者不提供堂食服务的，应当在其主页面显著位置设置“无堂食”标识。

第二十五条 倡导入网餐饮服务提供者通过“互联网+明厨亮灶”等方式，向社会公开餐饮食品加工制作过程，接受社会监督。

入网餐饮服务提供者实施“互联网+明厨亮灶”的，应当在其主页面显著位置设置“明厨亮灶”的链接标识，并保证设备正常运转，监控画面覆盖餐饮食品加工制作的关键环节。

第二十六条 入网餐饮服务提供者加工制作餐饮食品应当符合下列要求：

（一）制定并实施原料控制要求，选择具有合法资质的供货商，做好食品原料进货查验记录，不得采购不符合食品安全标准的食品及原料；

（二）在加工过程中应当检查待加工的食品及原料，发现有腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的，不得加工或者使用；

（三）定期维护食品贮存、加工等设施、设备，定期清洗、校验保温设施及冷藏、冷冻设施；

（四）采购、使用符合法律、法规和食品安全标准的食品相关产品；

（五）不得在加工操作区外加工制作食品，不得将订单委托其他食品经营者加工制作；

（六）法律、法规和食品安全标准规定的其他要求。

入网餐饮服务提供者应当将前款第一项至第五项规定的事项列入《食品安全风险管控清单》进行重点管控。

第二十七条 入网餐饮服务提供者应当使用符合食品安全标准的食品容器、餐具、饮具和包装材料，对餐饮食品进行包装、封口，并保证封口开启后无法复原，防止餐饮食品在配送过程中受到污染。

第二十八条 网络餐饮服务经营者自行开展配送业务的，应当对配送人员进行食品安全培训、管理，培训记录保存期限不得少于二年。

网络餐饮服务经营者配送有保温、冷藏或者冷冻等特殊要求的食品，应当按照法律、法规和食品安全标准的规定，采取相应贮存、配送措施，保证食品安全。

第二十九条 网络餐饮服务经营者委托开展配送业务的，应当对受托方的食品安全保障能力进行审核，并监督受托方按照保证食品安全的要求贮存、配送。

受托方应当对配送人员进行食品安全培训、管理，培训记录保存期限不得少于二年。

第三十条 配送人员应当保持个人卫生，使用安全、无害的配送容器，保持容器清洁，并定期进行清洗消毒，保证配送过程中食品不受污染。

倡导配送人员参与社会监督，发现入网餐饮服务提供者存在食品安全违法行为的，及时向平台提供者反映，并向入网餐饮服务提供者所在地县级以上地方市场监督管理部门举报。

第四章 监督管理

第三十一条 县级以上地方市场监督管理部门应当加强对网络餐饮服务食品安全的监督检查，发现网络餐饮服务经营者存在食品安全违法行为的，依法进行查处。

第三十二条 平台提供者的违法行为由其住所地县级以上市场监督管理部门管辖；违法行为发生在平台提供者住所地以外的其他省、自治区、直辖市的，违法行为发生地的省级市场监督管理部门也可以进行管辖。

平台提供者住所地以外的省级市场监督管理部门管辖的，不得再指定本行政区域内下级市场监督管理部门管辖。

第三十三条 市场监督管理部门在依法开展监督检查、抽样检验、案件调查、事故处置等监管执法活动时，可以要求平台提供者和入网餐饮服务提供者提供与监管执法相关的网络餐饮服务活动电子数据、技术监测记录等信息，平台提供者和入网餐饮服务提供者应当予以配合。

第三十四条 县级以上地方市场监督管理部门应当加强跨区域监管执法协作，对涉及多地的网络餐饮服务食品安全事件核查、案件调查等事项，依照有关规定做好线索通报、调查取证、问题处置等工作。

第五章 法律责任

第三十五条 平台提供者违反本规定第六条、第七条、第八条第二款、第九条、第十一条、第十二条、第十四条、第十七条至第十九条规定，由县级以上地方市场监督管理部门责令限期改正；拒不改正或者情节严重的，处一万元以上十万元以下罚款。

平台提供者违反本规定第十三条第一款规定，未根据入网餐饮服务提供者是否实施“互联网+明厨亮灶”，在入网餐饮服务提供者列表页面展示“无明厨亮灶”、“有明厨亮灶”标识的，依照前款规定进行处罚。

第三十六条 平台提供者违反本规定第八条第一款规定，未履行相应报告义务的，由县级以上地方市场监督管理部门责令限期改正；拒不改正或者情节严重的，处一万元以上五万元以下罚款。

第三十七条 平台提供者违反本规定第十条、第二十条第一款至第三款规定，未对入网餐饮服务提供者进行实名登记、审查许可证，或者未履行报告、停止提供网络交易平台服务等义务的，由县级以上地方市场监督管理部门依照《中华人民共和国食品安全法》第一百三十一条第一款的规定进行处罚。

第三十八条 平台提供者违反本规定第十五条、第十六条规定，不履行有关订单信息保存义务，或者未向市场监督管理部门报送有关信息的，由县级以上地方市场监督管理部门依照《中华人民共和国电子商务法》第八十条的规定进行处罚。

通过自建网站提供餐饮服务的经营者违反本规定第十五条规定，不履行有关订单信息保存义务的，由县级以上地方市场监督管理部门责令限期改正；拒不改正或者情节严重的，处一万元以上十万元以下罚款。

第三十九条 入网餐饮服务提供者违反本规定第二十一条规定，未按规定建立食品安全管理制度，或者未按规定配备食品安全管理人员的，由县级以上地方市场监督管理部门依照《中华人民共和国食品安全法》第一百二十六条第一款的规定进行处罚。

第四十条 入网餐饮服务提供者违反本规定第二十二条第一款规定，未依法取得食品经营许可的，由县级以上地方市场监督管理部门依照《中华人民共和国食品安全法》第一百二十二条第一款的规定进行处罚。

第四十一条 入网餐饮服务提供者违反本规定第二十二条第二款规定，使用虚假或者他人的经营资质入网提供餐饮服务，法律、行政法规有规定的，依照其规定；法律、行政法规没有规定的，由县级以上地方市场监督管理部门责令限期改正，给予警告，并处一万元以上三万元以下罚款；情节严重的，处三万元以上十万元以下罚款；造成危害后果的，处十万元以上二十万元以下罚款。

第四十二条 入网餐饮服务提供者违反本规定第二十三条、第二十四条、第二十六条第一款第五项、第二十七条规定，法律、行政法规有规定的，依照其规定；法律、行政法规没有规定的，由县级以上地方市场监督管理部门责令限期改正；拒不改正或者情节严重的，处一万元以上十万元以下罚款。

第四十三条 入网餐饮服务提供者违反本规定第二十六条第一款第一项、第三项规定的，由县级以上地方市场监督管理部门依照《中华人民共和国食品安全法》第一百二十六条第一款的规定进行处罚。

入网餐饮服务提供者违反本规定第二十六条第一款第二项规定的，由县级以上地方市场监督管理部门依照《中华人民共和国食品安全法》第一百二十四条第一款的规定进行处罚。

入网餐饮服务提供者违反本规定第二十六条第一款第四项规定的，由县级以上地方市场监督管理部门依照《中华人民共和国食品安全法》第一百二十五条第一款的规定进行处罚。

第四十四条 网络餐饮服务经营者、受托方违反本规定第二十八条第一款、第二十九条第二款规定，未对配送人员进行食品安全培训、管理，或者未按要求保存培训记录的，由县级以上地方市场监督管理部门责令限期改正；拒不改正或者情节严重的，处五千元以上三万元以下罚款。

第四十五条 网络餐饮服务经营者违反本规定第二十八条第二款规定，未按要求进行食品贮存、配送，属于市场监督管理部门职责的，由县级以上地方市场监督管理部门依照《中华人民共和国食品安全法》第一百三十二条第一款的规定进行处罚。

第四十六条 网络餐饮服务经营者有《中华人民共和国食品安全法》规定的违法情形，除依照《中华人民共和国食品安全法》的规定给予处罚外，有下列情形之一的，对单位的法定代表人、主要负责人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以其上一年度从本单位取得收入的一倍以上十倍以下罚款：

- （一）故意实施违法行为；
- （二）违法行为性质恶劣；
- （三）违法行为造成严重后果。

第六章 附 则

第四十七条 本规定未作规定的，适用《食品生产经营企业落实食品安全主体责任监督管理规定》、《网络食品安全违法行为查处办法》。

第四十八条 本规定自 2026 年 6 月 1 日起施行。2017 年 11 月 6 日原国家食品药品监督管理总局令第 36 号公布的《网络餐饮服务食品安全监督管理办法》同时废止。

入库案例



陈某峥诉杨某华服务合同纠纷案 -p29

韩某诉冯某申请撤销仲裁裁决案 -p34

陶某阳合同诈骗案 -p38

浙江某企业管理有限公司诉杭州某设计有限公司 -p41

陈某峥诉杨某华服务合同纠纷案

入库参考案例：经营者作出缺少客观事实基础或科学依据的虚假承诺，虚构服务效果的，构成消费欺诈

来源：人民法院案例库

发布时间：2026.08.03

(入库编号：2026-07-2-142-002)

关键词 民事 服务合同 消费欺诈 惩罚性赔偿 消费者权益保护

基本案情

2021年，陈某峥（32岁）结识了从事美容养生服务的经营者杨某华。杨某华向陈某峥宣称，通过其提供的一套包含特定调理、口服补充及仪器辅助在内的综合服务方案，可以在一定期限内使陈某峥身高增长10厘米。陈某峥同意接受杨某华提供的服务。双方未签订书面合同。杨某华提供的手写服务单以及开具的收据，明确载明了通过杨某华提供的服务使陈某峥长高10厘米的目标及相应费用。陈某峥为此支付了人民币2万元（币种下同）。

此后，杨某华陆续为陈某峥提供了数次服务。随着服务周期届满，陈某峥发现其未如杨某华所称身高呈现显著变化。陈某峥多次与杨某华交涉要求退款，杨某华均拒绝。陈某峥遂诉至法院，主张杨某华关于长高10厘米的承诺缺乏科学依据，该承诺使其陷入错误认识进而支付高额费用，杨某华的行为已构成消费欺诈，请求判令杨某华退还增高项目服务费2万元，并按照支付三倍惩罚性赔偿金6万元。

杨某华辩称，认可杨某华与陈某峥之间存在事实服务合同关系。杨某华所述通过提供服务使陈某峥长高10厘米是基于对陈某峥身体条件的评估而作出的承诺，属于服务效果的目标描述与预期，而非绝对保证。杨某华已为陈某峥提供了包括口服补充剂、仪器雾化在内的十余次具体服务。陈某峥身高已有约2厘米增长。杨某华提供的服务效果受个人体质、年龄、配合度等多因素影响，不能因未达最佳预期就全盘否定服务价值，更不应认定为欺诈。杨某华无欺诈故意，双方纠纷属合同履行效果争议，请求驳回陈某峥关于欺诈及惩罚性赔偿的诉讼请求。

北京市朝阳区人民法院于2025年12月30日作出（2025）京0105民初12462号民事判决：一、杨某华于判决生效之日起七日内退还陈某峥服务费20000元；二、杨某华于判决生效之日起七日内赔偿陈某峥60000元；三、驳回陈某峥的其他诉讼请求。

宣判后，杨某华提起上诉。二审过程中，杨某华还提交了书面证言和检测报告，试图证明其增高承诺有科学依据和实际效果。法院经审查认为，该证据或与本案增高项目的具体承诺、方法及效果缺乏直接必然的关联，或无法有效证明其长高10厘米的承诺具备可靠的科学基础和可实现性，不足以推翻一审法院依据在案证据对相关事实作出的认定。2026年3月30日，北京市第三中级人民法院作出（2026）京03民终3047号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

本案的争议焦点为：杨某华的行为是否构成消费欺诈行为。

《中华人民共和国消费者权益保护法》（2013年修正）第八条第一款规定：“消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况

的权利。”第九条第一款规定：“消费者享有自主选择商品或者服务的权利。”第二十条第一款规定：“经营者向消费者提供有关商品或者服务的质量、性能、用途、有效期限等信息，应当真实、全面，不得作虚假或者引人误解的宣传。”第五十五条第一款规定：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。”据此，经营者负有向消费者提供真实、准确、全面的商品或服务信息的法定义务。在消费活动中，经营者作出缺少客观事实基础和科学依据的虚假承诺，虚构服务效果，致使消费者因陷入错误认识而选择该商品或者服务的，本质上是对消费者知情权与选择权的侵害，构成消费欺诈。实践中，经营者作出的虚假承诺可能明显背离常理、常识，但实质是想利用消费者的急切心态、认知能力薄弱等来误导消费者。故在判断消费者是否因虚假承诺而陷入错误认识时，不能简单根据社会公众的一般认知判断，而是应当根据特定消费者的知识、经验、认知能力，结合案件具体情况进行判断。即使经营者作出的虚假承诺背离常理、常识，按照社会公众的一般认知不会被误导，但是对特定消费者具有诱惑性，使其因此被误导的，仍然构成消费欺诈。

本案中，杨某华的行为构成消费欺诈。其一，杨某华对所提供服务的质量和效果作了虚假承诺。其向陈某峥承诺，通过其综合调理服务可在有限时间内使陈某峥长高10厘米。根据现代医学常识，成年人的骨骺线通常已闭合，身高增长存在一定的生理限制。通过非医疗手段在短期内让成年人实现大幅度的增高，缺乏科学的医学理论支持和实践验证。杨某华亦未能就该承诺提供具备权威性、科学性的证据支持，故应属于虚假承诺。其

二，杨某华主观上存在欺诈的故意。杨某华作为美容服务的经营者，对人体生长发育的基本生理常识应具有合理认知，并应当对其经营的服务所能达到效果的科学依据负有审慎核实的义务。杨某华在无权威科学依据支持的情况下，即向消费者作出与之相悖的承诺，足以认定其主观上存在明知承诺可能虚假而作出的放任故意，或者存在为促成交易而故意虚构效果的直接故意。其三，陈某峥因信赖杨某华的虚假承诺而作出交易决策。陈某峥支付数万元的服务费，主要目的和动机是基于对长高10厘米这一具体、明确效果承诺的信任。尽管成年人骨骼线闭合后不再长高为医学常识，但并非人人对此知晓，并且在“伪科学”错误认知灌输与身高焦虑的心理状态下，更容易陷入错误认知。考虑到该承诺对于特定群体具有明显的诱惑性，而杨某华亦未证明陈某峥明知该承诺不可能实现，故可以认定陈某峥系因信任该承诺而实施交易。杨某华关于该承诺仅为案涉服务的理想目标以及已经实现2厘米增高的抗辩，不能否定其对消费者决策产生的误导作用。所谓的2厘米增高既无事实依据也与实际承诺目标相去甚远，故对该抗辩意见不予采纳。

综上，杨某华以不具备科学性和可实现性的虚假承诺，诱使消费者支付服务费用，其行为构成消费者权益保护法第五十五条规定的消费欺诈。法院依法判决杨某华退还其收取的2万服务费，并另行向陈某峥支付三倍赔偿金6万元。

裁判要旨

经营者作出缺少客观事实基础和科学依据的虚假承诺，虚构服务效果，致使消费者因陷入错误认识而选择该商品或者服务的，本质上是对消费者知情权与选择权的侵害，构成消费欺诈。在判断消费者是否因虚假承诺而

陷入错误认识时，不能简单根据社会公众的一般认知判断，而是应当根据特定消费者的知识、经验、认知能力，结合案件具体情况进行判断。即使经营者作出的虚假承诺背离常理、常识，按照社会公众的一般认知不会被误导，但是对特定消费者具有诱惑性，使其因此被误导的，仍然构成消费欺诈。

关联索引

《中华人民共和国消费者权益保护法》第 8 条、第 9 条、第 20 条、第 55 条

一审：北京市朝阳区人民法院（2025）京 0105 民初 12462 号民事判决（2025 年 12 月 30 日）

二审：北京市第三中级人民法院（2026）京 03 民终 3047 号民事判决（2026 年 3 月 30 日）

（民一庭）

韩某诉冯某申请撤销仲裁裁决案

入库参考案例: 仲裁裁决认定涉代孕投资行为的合同有效并裁决依约履行的, 构成违背公共利益, 人民法院应予撤销

来源: 人民法院案例库

发布时间: 2026.06.30

(入库编号: 2026-10-2-484-002)

关键词 民事 申请撤销仲裁裁决 合同效力 代孕 公序良俗 公共利益

基本案情

2019年7月15日, 韩某与冯某签订《股权转让协议书》, 约定将韩某持有的北京某健康管理公司和在英属开曼群岛设立的G公司(以下合称目标公司)各10%的股权转让给冯某, 转让价格均为人民币1000万元(币种下同), 同时还约定了有关股权回购条款。关于因履行该协议而发生的纠纷, 双方约定由中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁。

2023年11月, 冯某向中国国际经济贸易仲裁委员会申请仲裁, 要求韩某支付股权回购款5000余万元、现金补偿500万元并支付逾期付款损失及律师费等。中国国际经济贸易仲裁委员会于2024年9月23日作出〔2024〕中国贸仲京裁字第2671号裁决, 认定《股权转让协议书》合法有效, 裁决韩某向冯某支付股权回购款3000余万元, 以及律师费用40万元。后韩某向北京市第四中级人民法院(以下简称北京四中院)申请撤销该仲裁裁决。

北京四中院查明, 目标公司的主要经营活动是为国内有需求的客户赴境外国家开展冻卵、代孕等辅助生殖提供中介服务, 并以此收取相关服务

费用。冯某在受让目标公司股权前，已明确知晓公司的上述主营业务。2026年3月27日，北京四中院作出（2024）京04民特1681号民事裁定：撤销中国国际经济贸易仲裁委员会〔2024〕中国贸仲京裁字第2671号裁决。

裁判理由

本案的争议焦点为：对案涉仲裁裁决，人民法院是否应以违背公共利益为由裁定撤销。

《中华人民共和国仲裁法》（2025年修订）第八十三条第二款规定：“人民法院认定该裁决违背公共利益的，应当裁定撤销。”据此，人民法院应当依职权审查仲裁裁决是否违背社会公共利益，若存在违背公共利益相关情形的，则应当依法裁定撤销。本条中的“裁决违背公共利益”，是指仲裁裁决存在违背我国法律的基本制度与准则、社会和经济生活的基本原则，以及基本伦理道德和善良风俗等情形。

我国对辅助生殖技术实行严格监管，明确禁止并严厉打击一切代孕行为。原卫生部（现国家卫生健康委员会）《人类辅助生殖技术管理办法》（自2001年8月1日起施行，现行有效）第三条规定：“人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关规定。禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。”2023年6月25日，国家卫健委、中央政法委、最高人民法院等14部门联合印发《开展严厉打击非法应用人类辅助生殖技术专项活动工作方案》，根本目的就在于“严厉打击代孕”。《中华人民共和国民法典》第一千零七条规定：“禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。违反前款规定的买卖行为无效。”第一千零九条规定：“从事与人体基因、人体胚胎等有关的医

学和科研活动，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定，不得危害人体健康，不得违背伦理道德，不得损害公共利益。”代孕将女性工具化、商品化，践踏妇女儿童生命健康和人格尊严，扰乱医疗服务市场秩序，易伴生违法犯罪和社会伦理问题，与我国民法典维护人格尊严和伦理秩序的立法精神相悖，不符合社会主义核心价值观，严重违反公序良俗。因此，对于故意规避我国对人类辅助生殖技术的严格监管，以股权转让为形式，通过商业交易安排，组织客户开展跨境代孕的相关合同，如果仲裁裁决予以支持，应当认为其构成违背公共利益，依法予以撤销。

本案中，案涉仲裁庭作出裁决时，未认识到《股权转让协议书》涉及违背公序良俗的代孕相关投资行为，认定该协议有效并支持相关主体依该协议提出的仲裁请求，构成违背公共利益，故人民法院依法予以撤销。

裁判要旨

我国明确禁止代孕。代孕将女性工具化、商品化，践踏妇女儿童生命健康和人格尊严，扰乱医疗服务市场秩序，易伴生违法犯罪和社会伦理问题，与我国民法典维护人格尊严和伦理秩序的立法精神相悖，不符合社会主义核心价值观，严重违反公序良俗。因此，对于故意规避我国对人类辅助生殖技术的严格监管，以股权转让为形式，通过商业交易安排，组织客户开展跨境代孕的相关合同，仲裁裁决认定其有效并裁决依约履行的，构成违背公共利益，人民法院应当依法裁定撤销。

关联索引

《中华人民共和国民法典》第 8 条、第 153 条

《中华人民共和国仲裁法》第 83 条（本案适用《中华人民共和国仲裁法》（2017 年修正）第 70 条）

《中华人民共和国民事诉讼法》（2023 年修正）第 291 条

一审：北京市第四中级人民法院（2024）京 04 民特 1681 号民事裁定
（2026 年 3 月 27 日）

（民四庭）

陶某阳合同诈骗案

入库参考案例：通过“职业闭店”模式非法占有消费者预付款行为的 定性

来源：人民法院案例库

发布时间：2026.04.28

(入库编号：2026-03-1-167-001)

关键词 刑事 合同诈骗罪 预付式消费 职业闭店 非法占有目的

基本案情

2023年10月至2024年9月，被告人陶某阳在没有实际履行能力的情况下，先后在上海市普陀、闵行、宝山、嘉定等区多次以不支付对价的方式承接经营不善的健身机构，在明知所承接的健身机构会在短期内闭店的情况下，仍采用拖延工商变更登记或者出资雇佣他人担任法定代表人、股东进行工商变更登记的方式，企图规避闭店产生的法律责任。在承接上述健身机构后，陶某阳采用许诺支付租金、水电等物业费用、部分支付员工工资等方式延缓闭店的发生，并在闭店前大肆通过以明显低于市场价的优惠价格推销健身卡、私教课程，与会员签订《会籍合同》，骗取被害人许某伟、徐某等会员支付的会员费共计人民币75万余元。陶某阳于2024年9月12日被公安机关抓获归案，到案后如实供述了上述犯罪事实。

上海市虹口区人民法院于2026年1月29日作出（2025）沪0109刑初480号刑事判决：被告人陶某阳犯合同诈骗罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民币十万元。宣判后，没有上诉、抗诉，判决已发生法律效力。

裁判理由

本案的争议焦点为：被告人陶某阳通过“职业闭店”模式占有消费者预付款的行为应当如何定性。

根据《中华人民共和国刑法》第二百二十四条的规定，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的行为，构成合同诈骗罪。合同诈骗罪的核心要件之一是行为人具有非法占有目的。近年来，预付式消费领域的“职业闭店”行为频发，通过变更法定代表人、受让公司股权、制作虚假清算报告注销公司等方式实施闭店行为，可以使得经营不善的公司逃避债务并非法获利。以“职业闭店”模式侵占消费者预付款的行为究竟是民事违约还是构成合同诈骗罪，关键在于收取预付款是否出于非法占有目的。对此，应当结合行为人是否具有履约意图、履约能力以及真实的履约行为等因素进行综合判断。具体到本案：

其一，被告人陶某阳主观上不具有与消费者订立民事合同的真实意图。陶某阳在实施“闭店”行为前，即预谋承接不具备持续经营条件的“烂尾”门店，看中的就是闭店前短期内能以门店继续经营为幌子收取预付款。陶某阳在承接后亦没有长期经营门店的意愿，实际上系明知所涉门店不具备长期经营的可能，仍然与消费者大量订立民事合同，不仅帮助原经营者逃避债务，而且假意继续经营，骗取新的预付款。

其二，被告人陶某阳客观上不具有实际履约能力。陶某阳自始不具备经营健身机构的资金实力，其在经营期间收取的会员费并非进入门店账户，而是将门店的收款码绑定其个人银行账户，或者直接由其个人收款，或者由其他工作人员收款后转给陶某阳，这明显违反了企业正常经营的财务制度。陶某阳所收取的款项部分用于支付租金、工资等以维持门店基本运营，籍此掩盖骗局、延迟案发，其余款项均由其个人控制、转移，与履行健身

服务合同无关。可以说，从资金流向来看，陶某阳承接“烂尾”门店后并不具备实际履约能力。

其三，被告人陶某阳承接后的经营模式不具有真实履约行为。陶某阳在承接门店后，向消费者刻意隐瞒健身机构真实经营状况及短期内会闭店的核心事实，虚构其能够长期稳定经营、提供服务的假象，利用明显低于市场价的课程价格，诱骗消费者基于错误认识支付预付款。此外，陶某阳还通过雇佣他人担任法定代表人、股东等方式以实现法律关系上的切割，具有不履行合同义务、逃避法律责任的预谋。

综上，被告人陶某阳在明知其不可能长期经营的情况下，仍以明显低于市场价的课程价格，诱骗收取他人预付款而不进行履约，该行为并非经营风险所导致的民事违约，而是以“职业闭店”手段非法占有消费者预付款的合同诈骗行为，且数额巨大，应当以合同诈骗罪定罪处罚。经综合考虑陶某阳犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度，以及坦白、认罪认罚等情节，法院依法作出如上裁判。

裁判要旨

行为人以非法占有为目的，在无真实经营意愿、无实际履行能力的情况下，通过收购或设立预付式消费门店，以低价促销为诱饵，与不特定消费者签订服务合同并收取预付款，通过有预谋的变更工商登记、失联等方式逃避履行合同义务，骗取他人财物，数额较大的，应当依照刑法第二百二十四条的规定，以合同诈骗罪定罪处罚。

关联索引

《中华人民共和国刑法》第224条；一审：上海市虹口区人民法院（2025）沪0109刑初480号刑事判决（2026年1月29日）

浙江某企业管理有限公司诉杭州某设计有限公司

服务合同纠纷案

入库参考案例:以大学生创业补贴为基数按比例高额抽取服务费用的

合同条款效力认定

来源:人民法院案例库

发布时间:2026.06.28

(入库编号:2026-07-2-142-001)

关键词 民事 服务合同 合同效力 创业孵化 政府资助 专款专用 公序良俗

基本案情

肖某大学毕业后选择创业,于2022年9月注册成立杭州某设计有限公司(以下简称某设计公司)。2023年3月8日,肖某以某设计公司名义与浙江某企业管理有限公司(以下简称某管理公司)签订《创业孵化服务协议书》,费用包含套餐内项目基本辅导费(首款)加项目孵化服务费(尾款),基本辅导费人民币3880元(币种下同),项目孵化服务费的收费标准参考《创业孵化项目清单》(其中“科小补贴申请”的收费标准为成功申请得到政府补贴的20%);补贴通过公示后两个工作日内支付孵化服务费的50%,项目补助实际到账两个工作日内支付孵化服务费的剩余50%;如某设计公司不按时支付或拖欠服务款项,应承担每日欠款总金额1%的滞纳金,某管理公司有权解除合同等。合同签订后,肖某向某管理公司支付基本辅导费3880元。2024年3月至5月期间,某管理公司为某设计公司开展项目辅导,包括拟定项目计划书、制作路演PPT、模拟路演、项目申报、陪同答

辩等。同年7月，某设计公司申报的项目被列为2024年杭州市大学生创业拟资助项目进行公示，资助标准100000元。某管理公司向肖某主张支付资助标准20%的孵化服务费。双方协商不成，某管理公司遂诉至法院，请求判令：解除双方签订的《创业孵化服务协议书》，某设计公司支付服务费20000元及滞纳金等。

另查明，《杭州市人民政府办公厅关于印发杭向未来·大学生创新创业三年行动计划（2023—2025年）的通知》（杭政办函〔2023〕45号）中规定：毕业5年内的高校毕业生或在杭高校在校大学生，在杭州范围内新创办企业，经评审通过后可获得5万-20万元资助。《杭向未来·大学生创新创业三年行动计划（2023-2025年）实施细则》（杭人社发〔2023〕16号）中规定：资助资金必须专款专用、单独核算，并由申请人所在单位按《企业财务通则》（财政部令第41号）有关规定，作为企业收益处理。受助企业要严格遵守文件规定，合理使用资助资金，将之用于项目攻关、技术研发、经营管理、市场开发等。

浙江省杭州市上城区人民法院于2025年9月8日作出（2025）浙0102民初2434号民事判决：一、解除某管理公司与某设计公司签订的《创业孵化服务协议书》；二、驳回某管理公司的其他诉讼请求。宣判后，某管理公司提起上诉。浙江省杭州市中级人民法院于2026年4月17日作出（2025）浙01民终13073号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

本案的争议焦点为：《创业孵化服务协议书》中约定按照获得补贴的20%（本案中为20000元）支付孵化服务费的条款是否有效。

《中华人民共和国民法典》第一百五十三条第二款规定：“违背公序良俗的民事法律行为无效。”第一百五十六条规定：“民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效”。《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》（法释〔2023〕13号）第十七条第一款第二项规定：“合同虽然不违反法律、行政法规的强制性规定，但是有下列情形之一的，人民法院应当依据民法典第一百五十三条第二款的规定认定合同无效……（二）合同影响社会稳定、公平竞争秩序或者损害社会公共利益等违背社会公共秩序的。”据此，合同损害社会公共利益的，构成违背公序良俗，应当依法认定为无效。合同的部分条款违背公序良俗，但是不影响其他部分效力的，则该部分条款无效。地方政府依据国家教育指导方针、宏观就业发展战略设立的大学生创业专项补贴，承载着促创新、稳就业的社会公共秩序价值，具有鲜明的公共服务与社会政策属性。任何组织或个人以合同方式收取该项补贴的，实为恶意挤占专属资源，减损公共政策效能，该行为违背公序良俗，应当依法认定为无效。

本案中，案涉《创业孵化服务协议书》系服务合同，合同标的是由某管理公司为某设计公司申报大学生创业项目获得政府资助等提供服务。但是，大学生创业项目能否获得政府资助，取决于项目本身及某设计公司资质是否符合条件，而不可能由作为普通服务机构的某管理公司作出实质贡献，更不可能由其“孵化”项目。合同中相关支付条款虽为收取服务费，但某管理公司的实际目的是针对政府发放的无偿资助大学生创业项目的款项进行抽成，从而高额获取大学生创业补贴，不符合社会公共利益，有违公序良俗，相关收费条款应属无效。法院综合考虑某管理公司提供的实际劳务、付出的成本、发挥的作用等因素，认定某设计公司已付服务费3880

元与某管理公司应得报酬大体相当,故对某管理公司主张支付剩余服务费及滞纳金,依法不予支持。

裁判要旨

政府面向大学生发放的无偿创业资助,需要按照相关规定申报并专款专用,属于政策性扶持资金,具有鲜明的公共属性。孵化服务机构与创业者约定,以政府发放的科技创新资助金额为基数抽取高额服务费,影响大学生创业补贴的效能发挥,损害了社会公共利益,构成违背公序良俗,该收费条款应当依法认定为无效。

关联索引

《中华人民共和国民法典》第153条第2款、第156条

《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》(法释〔2023〕13号)第17条第1款

《杭州市人民政府办公厅关于印发杭向未来·大学生创新创业三年行动计划(2023—2025年)的通知》(杭政办函〔2023〕45号)

《杭向未来·大学生创新创业三年行动计划(2023—2025年)实施细则》(杭人社发〔2023〕16号)

一审:浙江省杭州市上城区人民法院(2025)浙0102民初2434号民事判决(2025年9月8日)

二审:浙江省杭州市中级人民法院(2025)浙01民终13073号民事判决(2026年4月17日)

实务文章



以物抵债排除执行新规的理论思考与实务建议-p46

侵权损害赔偿与违约损害赔偿的界分-p53

以物抵债排除执行新规的理论思考与实务建议

来源：本文转自公众号“人民法院报”，作者刘国华、丁晨妍

《最高人民法院关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释》（以下简称《执行异议之诉解释》）第十五条首次明确符合法定条件的不动产以物抵债可以排除一般金钱债权执行。实践中，部分法官对该条的理解适用仍有分歧。笔者通过调研分析，厘清相关问题，以期为类案办理提供参考。

一、以物抵债排除执行案件的问题检视

据不完全统计，2023年1月至2026年4月，浙江法院共审结不动产以物抵债请求排除执行案件185件，约占涉不动产执行异议之诉案件的8%，其中《执行异议之诉解释》出台后审结51件。此类案件主要存在以下问题：

1.案件事实查证分析难。以物抵债交易兼具旧债关系、新债关系及新旧债关系三重法律构造，存在代物清偿、债务更新、新债清偿等多种法律模型，案外人与被执行人的新债、旧债关系的真实性、合法性均属审理范围。实践中，为办理过户需要，案外人通常以与被执行人签订不动产买卖合同的形式履行抵债协议，还可能指定他人出面签约或者将抵债债权再行转让并由受让人直接签约，又会涉及多重处分与多方主体，法律关系复杂交织，一案需审查两重甚至多重法律关系。同时，执行异议之诉中，异议法律关系相较执行依据具有外部性，申请执行人并非抵债协议的主体，被执行人则因无利可图而怠于应诉，调研案件中被执行人缺席庭审比例达67.71%，法院仅能依据案外人单方举证审查，事实认定完整性与客观性受限。

2.法律条文理解适用难。浙江法院此前对以物抵债排除执行持否定立场,《执行异议之诉解释》出台后,部分法官仍未脱离以物抵债构成偏颇清偿、破坏债权平等的原有认知,对裁判规则转向的理论、现实背景理解不足。部分案件未能区分合同效力与对抗执行效力,将《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》)第二十七条的效力规定简单适用于执行异议之诉审理。部分案件未能厘清第十五条以物抵债规则与其他不动产排除执行条款的适用边界,对涉案抵债债权可据以主张排除执行的权利类型存在分歧。善意第三人的范围以及多重转让背景下不动产抵债的其他构成要件,也缺乏统一裁判标准。

3.各方主体利益平衡难。不动产标的财产价值普遍较高,被执行人责任财产有限,执行异议之诉的裁判结果将直接决定谁的民事权益能够兑现。《执行异议之诉解释》出台后,部分申请执行人基于既往裁判尺度所形成的规则预期,对同种金钱债权因抵债行为获得优先保护较难认同,对新债、旧债关系的真实性普遍持怀疑态度,裁判说理与服判息诉的压力较大。

4.虚假诉讼甄别认定难。以物抵债是虚假诉讼高发领域,当事人通过虚构债务关系、循环走账虚增债权、倒签抵债协议等手段构建完整证据链条,伪造符合规定的交易形式外观。部分案件案外人在与抵债债务人并无实质争议的情况下,先就房屋买卖合同形成诉讼,取得另案生效裁判文书,确认基础债权债务关系和以物抵债效力,行为手段具有极强的欺骗性和隐蔽性,法院通过案件审查主动识别查证的难度较大。

二、抵债债权对抗执行效力的理论思考

理论及司法实务此前否定以物抵债排除执行效力，核心理由为债权平等原则与虚假诉讼防范要求。《执行异议之诉解释》第十五条明确了由“严格限制”向“有限例外”的政策转型，其正当性可从以下层面理解和证成：

1. 债权平等原则的重新审视。从功能定位看，债权人的平等受偿通常由破产程序加以保障与实现，执行程序更侧重于维护司法裁判的权威和实现个别债权。执行异议之诉作为执行程序的衍生诉讼，兼有诉讼和执行两种要素，应当兼顾实体平等保护与执行效率追求。在承认债权平等的前提下，适当保障善意积极行权的抵债债权人，有利于提升执行程序的整体效能。

在以物抵债系以真实债权为对价且抵债金额与不动产价值基本相当的情形下，债务人的消极财产（旧债）与积极财产（抵债物）发生等价置换，债务人的责任财产净额维持不变，并未侵蚀其他债权人据以受偿的责任财产基础。若抵债行为构成无偿转让或以明显不合理价格转让财产、造成债务人责任财产的不当流失，则可通过撤销权制度进行矫正，不应因此全盘否定以物抵债的对抗效力。此外，债权平等原则具有相对性。司法实务在“一物二卖”等情形下，也会基于权利公示程度、履行进展情况等差异区分债权人的保护先后顺序，体现在《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第15条关于一房数卖的合同履行时权利保护顺位的规定。

2. 占有要件的规范功能。基于执行异议的诉讼构造及以物抵债的结构特征，有关以物抵债对抗执行的效力争议，其实质系对两组关系进行处理：一是旧债向新债的内部转换问题，即确定债务人或债权人

就新旧债履行的选择权是否消灭；二是抵债债权与其他一般债权的外部竞争问题，即证成抵债债权可否享有对抗一般金钱债权执行的效力。《执行异议之诉解释》第十五条规定“查封前已合法占有”要件，承载着双重制度价值。一是要物性功能，占有的取得标志着债权人已实际选择受领他种给付，完成新旧债关系的内部转化，抵债从诺成性协议走向代物清偿构造。二是公示性功能，占有状态的持续存在可产生外部宣告效果，使抵债债权兼具对物的支配力和对他者的对抗性，而一般金钱债权人通常欠缺此种对特定标的物的具体关联。

3.现实需求的制度回应。“物尽其用、货畅其流”是物权、合同等法律制度的基本价值追求。司法实务中，以在建工程、未办理首次登记的新建商品房或存在办证障碍的老旧房产进行抵债的案例较多，抵债物“名实不符”的客观状态并非因债权人自身怠于过户登记导致的结果。抵债债权人占有不动产后，往往已开展装修、使用或出租，甚至已将房产转让给他人以实现债权，形成稳定的利益格局。此时若允许其他一般金钱债权人再行通过强制执行程序处分该不动产，不仅破坏既有秩序，更可能引发后续执行难问题，导致资源闲置浪费。

从实践态势审视，在债务纠纷增多、债务人偿债能力较弱的情况下，以物抵债已成为房地产市场、金融领域不良资产处置普遍采用的债务清理方式。抵债债权人对抵债物的权利状态如长期处于不确定状态，将影响其资产处置与风险管理，并在实质上削弱以物抵债作为债务清理手段的制度功能。《执行异议之诉解释》第十五条赋予真实合法的以物抵债交易以排除执行效力，契合物尽其用的价值追求，也能合理分配风险、稳定市场交易预期。

三、《执行异议之诉解释》第十五条规范适用的实务建议

1.全面理解第十五条的规范意旨。不动产以物抵债排除执行系债权平等原则的“有限例外”，应当正确把握政策导向，在保护真实交易与防范虚假诉讼之间寻求平衡。一方面，认可以物抵债作为非诉化解债务纠纷手段的重要社会价值，另一方面不能使其沦为当事人恶意串通、虚假诉讼的工具。

2.正确处理不同规范的衔接适用。一是区分协议效力与排除执行效力。《合同编通则解释》第二十七条、第二十八条系对合同法层面效力认定与履行问题的规定，《执行异议之诉解释》第十五条则立足于执行程序中不同债权人的权利对抗，两者在规范层次与审查标准上存在本质差异。抵债协议有效仅是进入《执行异议之诉解释》第十五条审查框架的前提条件，查封后达成的抵债协议即使有效也不得对抗申请执行人的规定，也可依据《合同编通则解释》第二十七条以房抵债协议即使经法院确认也不得对抗善意第三人之规定精神获得解读。根据《合同编通则解释》第二十八条，债务履行期限届满前以物抵债未转移财产权利的，不享有优先受偿权利，遑论排除执行。

二是明确与其他排除执行条款的适用关系。《执行异议之诉解释》第十五条与第十一条、第十四条、第十七条等共同构成不动产领域排除执行的规范体系，各条款保护强度与审查标准存在梯度差异，应综合当事人主张与案涉交易实质，正确适用有关规定。与抵债债权人签订合法有效房屋买卖合同的案外人有权主张适用《执行异议之诉解释》第十五条，符合消费者条件的，还可以主张适用第十一条。但基础债权系普通金钱债权情形下，案外人以消灭旧债方式支付购房款，仍属于第十五条的评价范围。实践中，案外人有部分购房款系以抵债

方式支付，其余为实际出资，且经审查符合第十一条其他要件的，可考虑仅就实际出资部分对应的权益予以保护，不宜将抵债部分不当升格为消费者购房人保护范畴。部分抵债、部分支付款项混合对价支付房款的，可融合适用第十四条与第十五条的审查要素。对于涉及“工抵房”的案件，则应优先适用第十七条的特别规定，审查抵债不动产与案外人承建工程是否具有同一性，不具同一性的，纳入第十五条审查。

3.灵活把握要件审查的宽严尺度。《执行异议之诉解释》第十五条的具体审查应当匹配各要件规范功能，区分情形适度把握，当宽则宽、当严则严。案外人受抵债债权人指定签订不动产买卖合同的，仍有权主张适用该条规定。若当事人清偿意思明确、抵债价值在签约时均已确定且查封前债务履行期限届满的情况，可综合认定符合“债务履行期限已届满”要求。结合交易的特殊背景，对于承包方为尽快回笼资金自愿放弃部分债权的合理折让，金融机构因不良贷款被迫接受以物抵债时的成本问题，在查明交易真实性的基础上对抵债价值相当性可予从宽把握。在金融机构或施工单位大批量接受抵债房产的情况下，大宗不动产的整体管控、通过租赁安排取得使用收益等均可纳入对占有形态的认定范围。

但基础债权来源欠缺正当性、多重处分情形下前手交易真实性与对价合理性等事实不清的，应当严格把握。案外人仅以其与抵债债务人在不动产被查封后的另案生效法律文书为依据请求排除执行的，不予支持。案外人突击占有、临时拼凑占有痕迹等虚假样态明显，被执行人明知自身资不抵债仍与特定债权人达成抵债协议、以主要资产抵债等情形，可能存在规避该条审查的恶意，需综合全案事实从严审查。

此外，《执行异议之诉解释》将责任财产维持原则引入执行异议之诉审理程序，实务中应当深入追溯债权来源、穿透交易链条，坚持实质审查理念，严防减损被执行人责任财产的不当交易、虚假交易。如被执行人以其不动产无偿为关联公司抵偿债务，不当减损自身责任财产并损害其债权人债权实现的情形，本应通过撤销权制度另行矫正，但考虑抵债合同的合法性本属执行异议之诉的审理范围，并借鉴许可与撤销之诉制度，可以一并审理，不支持案外人排除执行的异议请求。

侵权损害赔偿与违约损害赔偿的界分

来源：本文转自公众号“国家检察官学院学报”，作者王利明

摘要

我国《民法典》不同于传统大陆法国家民法典的立法模式，未设置该法总则，分别设置了合同编和侵权责任编，并分别规定了违约损害赔偿和侵权损害赔偿。此种立法模式最大的优点是对侵权损害赔偿与违约损害赔偿作出了界分，有利于法律规则的准确适用。准确理解和适用《民法典》，必须首先区分侵权损害赔偿与违约损害赔偿的法律关系，并区分两者在维护矫正正义和交换正义之间的目标差异，理解两种损害赔偿在归责原则、赔偿范围、损害计算、损害赔偿限制规则的适用等方面的区别，分别从合同编和侵权责任编中寻找不同的规则处理相关纠纷。

引言

侵权损害赔偿与违约损害赔偿是民事责任的两种形态，在学理上常被统称为损害赔偿法。“在欧洲侵权法体系下，损害赔偿法的首要目标是赔偿受害人所遭受的损失”。德国著名法学家冯·巴尔指出，以损害赔偿为特性的“民事责任法是每一个欧洲国家法律制度的一部分；没有一套对在发生损害之前当事人之间没有任何关系之情形的损失予以赔偿的规则，任何人都无法生存”。传统大陆法设置了债法总则，从法律效果的相似性出发，统一规定了损害赔偿的一般规则，并将其普遍适用于违约和侵权损害赔偿之中，形成了一个大一统的损害赔偿模式。这种模式仅仅考虑到了侵权损害赔偿与违约损害赔偿的共

性，但没有考虑到二者的差异，在法律适用中，有时难以针对具体问题提供妥当的解决方案。

在我国《民法典》编纂中，正是考虑到大一统的损害赔偿模式不利于法官找法和法律适用，因而《民法典》分别设置了合同编和侵权责任编，并分别规定了违约损害赔偿和侵权损害赔偿。此种立法模式最大的优点是对侵权损害赔偿与违约损害赔偿作出了界分，有利于法律规则的准确适用。因为即便侵权损害赔偿与违约损害赔偿存在一些共通性规则，也不宜据此忽视二者的差异。但是在《民法典》实施后，仍然有不少学者认为仍然应当采取大一统的损害赔偿法，统一适用于违约和侵权损害赔偿之中。这一观点对我国司法实践中也产生了影响，有的法官也在法律适用中忽略了违约和侵权损害赔偿之间的差异，未能准确适用规则。法官可能会因此忽略两者在救济的目标、赔偿范围、计算方法、损害赔偿的限制规则等多方面的区别，从而造成裁判结果的不统一。例如，在实践中，有法院混淆违约损害赔偿与侵权损害赔偿的计算标准，有法院直接采纳鉴定机构对“土地年平均收益”的结论，将受害方未实际种植的“可得利益”作为侵权损失计算，混淆了两种责任类型的赔偿标准，导致赔偿金额明显超出合理范围。再如，在法律对违约损害规定了特殊的规则而未在侵权损害作出相关规定时，能否在侵权损害赔偿中类推适用违约损害赔偿的相关规则，存在疑问。因此，为了准确理解和适用《民法典》，妥当处理侵权损害赔偿和违约损害赔偿的纠纷，本文拟就侵权损害赔偿与违约损害赔偿的界分进行探讨。

一、救济目标的区分

（一）违约损害赔偿与侵权损害赔偿救济目标的区分源于维护正义目标的不同

民事责任旨在维护公平正义，正义原则产生了“有权利必有救济”的理念，救济应当走在权利的前面。从充分救济受害人的要求出发，在损害赔偿上就产生了填平原则。该原则是指受害人遭受多少损失，就应当获得多少赔偿。但侵权损害赔偿与违约损害赔偿，在救济的目标上存在差异。我国《民法典》同样确认了填平原则，填平原则在违约损害赔偿与侵权损害赔偿中的适用具有重大差异，其源于二者所维护的正义目标的不同。

侵权损害赔偿旨在实现矫正正义（Corrective Justice）。矫正正义要求剥夺加害者的获益并恢复受害者的损失，从而纠正不公，并将损失在当事人进行公平分配。矫正正义理论的思想渊源可追溯至亚里士多德的正义观。亚里士多德通过线段的比喻形象地阐释了这一规范性要求：“当一条线段被分为两个不平等的部分，法官就要把较长线段的超过一半的部分拿掉，把它加到较短的线段上去。”这种通过剥夺一方的不当“得”以填补另一方的不当“失”来重建平衡的过程，构成了矫正正义“算术比例”的逻辑基础。侵权法不仅是损失分担的机制，更是通过损害赔偿实现加害人与受害人之间正义关系恢复的制度。在结构上，矫正正义强调不法行为（wrongful act）与该行为造成的损失（loss）并非孤立的两个事件，而在性质上属于同一事件，只不过是具有内在相关性（correlativity）的两个方面。在实质上，矫正正义蕴含了对“不当所得”与“不当损失”进行衡平的要求。现代持矫正正义立场的学者继承并发展了这一观念，将其视为侵权责任的正当性基础。

违约损害赔偿则旨在实现交换正义（*iustitia commutativa*），但也可以通过实现交换正义的方式，兼顾矫正正义的实现。按照亚里士多德的观点，交换正义强调交易的相互性与等值性。相互性原则强调“你与”则“我与”，这是交易得以展开的前提，回报的相互性是公正的要求。而等值性则要求有关相互之间的交易必须具有相等性。亚里士多德的交换正义概念要求，当合同被违反时，应当通过损害赔偿，恢复被扰乱的现状。尽管合同法也会有矫正正义的体现，但是其主要体现在欺诈、胁迫、错误以及情事变更、违约金调整等方面，而在违约责任上仍然更加关注交换正义。因此，填平原则不仅是通过矫正正义维护合同当事人的合法权益、鼓励严守合同、诚实守信的需要，也是维护交换正义的需要。一方面，交换正义要求各个主体之间的给予是相互的，履行应当是对等的；另一方面，当合同中一方履行而另一方不履行时，就应当通过完全赔偿来重新建立双方之间的平等关系。因此，违约造成的损失，都应当通过补偿性的损害赔偿来弥补。例如，合同的给付和对待给付之间则有相互性和等值性，因此在一方不履行合同、发生违约的情况下，应当通过可得利益损失的赔偿，实现非违约应当获得的履行利益，从而实现合同中的交换正义。而侵权损害赔偿则是在受害人的人身和财产遭受损害之后，通过损害赔偿的方式使其恢复到侵权行为没有发生之前的状态，矫正了不法行为，维护了矫正正义。

正是因为侵权损害赔偿与违约损害赔偿所维护的正义目标不同，也导致二者在赔偿目标、损害计算标准等方面存在区别。

（二）违约损害赔偿与侵权损害赔偿救济目标的具体区分

基于所维护正义目标的不同，违约损害赔偿与侵权损害赔偿在救济目标方面具体体现为有如下区别：

第一，损害赔偿的目标不同。在侵权损害赔偿中，为了实现矫正正义，使受害人恢复到“侵权行为发生之前”的地位，就需要通过填平原则让受害人在经济上处于如同没有发生不法行为时一样的状态。在矫正正义视角下，原告之所以有权请求赔偿，被告之所以负有赔偿义务，乃是因为行为人不法侵害他人权益造成损害，应当通过损害赔偿来矫正不法侵害。因此，法律救济的目的在于消除这种不正义状态。通过损害赔偿填补了受害人的不当损失，从而实现了对不法行为的矫正与正义秩序的回归。《欧洲侵权法基本原则》在第1：101条和第10：101条中宣布，侵权法旨在赔偿受害人，“也就是说，在金钱可能的范围内，使受害人恢复到没有遭受被指控的不法行为时的状态。”由欧洲民法典研究小组所起草的《因他人导致的损害而产生的契约外责任》草案也同样如此规定，其第1：101条提到了，在一定的的前提下，受害人有权获得第6：101条界定的损害赔偿：“损害赔偿旨在使遭受了具有法律相关性的损害的人恢复如同该损害没有发生的状态。”在侵权法上，侵权损害赔偿旨在使受害人的利益状态恢复到侵权行为发生前的状态。

第二，损害赔偿的数额确定标准不同。虽然违约损害赔偿与侵权损害赔偿均以填平为目标，但是对于填平原则旨在实现的应然状态存在显著差别，这也导致二者在损害赔偿的数额确定标准存在区别。一方面，侵权损害赔偿旨在实现矫正正义，其更注重固有利益的状态恢复，避免因侵权行为而使得受害人的利益状态变得更差。而违约损害赔偿旨在实现交换正义，其更注重可得利益的赔偿，避免因违约而无法使非违约方的利益状态变得更好。另一方面，违约损害赔偿旨在使合同达到完全履行的状态，从而实现交换正义。交换正义要求维护缔约双方交换的公平性，因此填平原则旨在非违约方在经济上处于如同

合同被恰当履行时的状态。美国《统一商法典》第 1-106（1）条规定，“救济措施以使受害方可以处于与另一方完全履行时一样的状态”。此处即采取了“完全履行时一样的状态”作为“应有的状态”。

“努力让该方当事人的状况如同合同被实际履行（即如同合同没有被违反）一样”，并通过违约损害赔偿实现非违约方的“交易上的利益”（benefit of the bargain）。依据我国《民法典》第 584 条，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益。这就要求太高违约损害赔偿达到合同良好履行的状态。因此，侵权损害赔偿数额的计算主要针对的是固有利益的损失，仅在特殊情形下涉及可能获利的丧失；而违约损害赔偿则主要针对的是可得利益损失，仅在部分情形下会涉及固有利益损害。

第三，损害赔偿能否约定不同。由于违约损害赔偿最终旨在实现当事人的交换正义，当事人可以事前协商损害赔偿的数额或者损害赔偿的计算方法，意思自治不存在瑕疵或应受到限制的情形下，法院通过尊重当事人有关损害赔偿的约定，也就是在实现交换正义。相反，侵权损害赔偿的目标是通过矫正正义恢复法定的利益分配状态，侵权通常而言发生在陌生人之间，只有在侵权行为出现时，当事人之间才会被动地形成侵权责任的关系，在此之前，陌生人之间无法对未来的、尚未发生的责任进行约定。侵权行为是否发生、何时发生、及造成多大损害，并非当事人事先所能预知的。由于当事人无法事先对侵权损害赔偿作出约定，因此，损害赔偿体现了较强的法定性。

第四，损害赔偿能否免除或抵销不同。由于侵权责任的产生具有不法性，尤其是故意侵权具有明显损害他人利益、危害社会秩序的意图，因此对于侵权责任当事人之间达成的免责条款是无效的。如果故

意侵权的当事人可以免除其责任，那么实际上是在鼓励当事人实施违法行为，不利于实现矫正正义。而合同毕竟是一种交易关系，本质是当事人对未来交易风险的自愿安排，所以为了使未来交易具有确定性，法律允许当事人通过约定免责条款来免除责任。这种免责不仅不损害交换实现，相反，其有利于交换正义的实现。此外，故意侵权产生的损害赔偿责任不能作为主动债权进行抵销，以防止对矫正正义的破坏。但是合同债权原则上则可以进行抵销。

二、归责原则的区分

（一）违约损害赔偿与侵权损害赔偿归责原则区分的原因

从是否以过错为责任承担要件来看，违约责任原则上适用严格责任。从比较法来看，违约责任正朝着严格责任的方向发展。可以说，严格责任代表了先进的合同立法经验。根据我国《民法典》第 577 条规定，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”。该规定显然是对严格责任的规定，而没有考虑主观过错。违约责任原则上采严格责任原则，其成立并不需要违约方具有过错。换言之，不论违约方主观上有无过错，只要其不履行合同债务，就应当依法承担违约责任，这就意味着在违约发生以后，非违约方只需证明违约方的行为已构成违约，而不必证明其主观上出于故意或过失，但这并不意味着违约责任绝对不考虑当事人的过错，当事人的过错对责任的承担仍具有一定的影响。从《合同编通则解释》多个条款可以看出，过错程度对损害赔偿范围具有一定的影响。例如，《合同编通则解释》第 61 条，在获利返还中要考虑违约方的过错程度，第 63 条规定的与有过失，第 65 条提出的恶意违约不得调整违约金等。表面上看，我国立法似乎看似放弃严格责任，但其实按照《民法典》第 571 条，仍然采

取严格责任，过错对损害赔偿范围的影响与违约责任的归责原则并不冲突。

但在侵权责任中，虽然采用了多重归责原则，但依据我国《民法典》第1165条的规定，过错责任仍然是一般的归责原则。与违约损害赔偿不同，侵权损害赔偿原则上采用过错责任原则，其成立需要受害人证明行为人具有过错。在实践中，违约损害赔偿与侵权损害赔偿的归责原则常常混用，有的法院将过错纳入违约损害赔偿的评价中，如在居间合同纠纷中，有法院认为，“作为居间人的爱嘉公司对此具有明显过错，应对雷某某的损失承担赔偿责任”。也有法院将过错和相当因果关系都纳入违约受损害赔偿的认定中，如认为“新川公司在管理阶段未按照合同约定的投资范围谨慎履行管理人职责，具有严重过错，其违规违约行为与韩某的财产损失之间存在相当因果关系”。此种观点值得商榷。法院应当判断当事人一方是否构成违约而非过错。

违约损害赔偿与侵权损害赔偿在归责原则方面之所以存在上述区分，主要是基于二者的正当性基础和价值取向不同。违约责任与侵权责任虽然都可能以严格责任的归责原则出现，但是立法者在这两种情况下确立严格责任的价值考量是不同的。一方面，违约的严格责任以意思自治为正当性基础，以促进当事人履约为目标，其背后的基础是对于交易主体作为理性人的假设。美国学者富勒曾经指出，合同责任不同于侵权责任的重大特点在于，其贯彻了私法自治原则。正如梅迪库斯所指出的，民法通过“私法自治给个人提供一种受法律保护的自由，使个人获得自主决定的可能性。这是私法自治的优越性所在”。由于违约责任只是发生在合同当事人之间，而严格责任强化了意思自治，并不会存在干涉行为自由的问题，因此，严格责任对于违约而言

具有了天然的正当性。另一方面，侵权责任中的严格责任以矫正正义为正当性基础。基于各国对于侵权严格责任的正当化理由，总体来看，可以将侵权严格责任的正当性基础区分为两类：第一类是基于风险的理论，主要是基于风险开启、风险收益等为严格责任提供正当理由，正如美国学者 Prosser 所说，在被告为自己目的从事经营活动并创设风险时，被告最能控制风险的发生和实现，应当由其负担风险并承担赔偿责任。第二类是基于目标实现的理论，此种观点以实现事故的避免、受害人的保护、降低侵权责任实施的成本等为目的，并以此正当化严格责任。只有理解了价值基础的区别，才能理解违约损害赔偿与侵权损害赔偿归责原则的区分。

（二）违约损害赔偿与侵权损害赔偿归责原则的具体区分

如前述，违约损害赔偿责任与侵权损害赔偿责任在归责原则方面的主要区别在于是否以严格责任作为一般性的归责原则。应当看到，严格责任这一归责原则在我国的违约责任与侵权责任体系中均有所体现，在这两类责任中，严格责任的适用均不要求当事人具有过错；同时，不论是在违约责任还是侵权责任中，对严格责任的确立都是基于法律的明确规定。但严格责任在违约和侵权领域的适用仍然存在一定的区别，具体而言：

第一，二者保护权益的不同。侵权损害赔偿责任所保护的主要是绝对权，在此种法律关系中相对人是不特定的，即是除权利人之外的所有的人，当事人通常都是陌生的，因而侵权损害赔偿责任大多是因为陌生人的侵权导致的，因此，当事人无法约定分配侵权责任风险。而违约损害赔偿责任保护的是相对权，相对人是特定的债务人，对于债务人违约行为所造成的损害，债权人在订约也是可以预见到的，因债务人的行为造成损害，通常也不需要通过对过错来控制损害赔偿范

围，这就决定了对于违约损害赔偿需要采用严格责任，而并不需要采用过错责任。另一方面，侵权损害赔偿责任的认定不仅要考虑对受害人民事权益的救济，也需要考虑维护个人的行为自由。因此，侵权损害赔偿责任的成立通常需要行为人具有过错，否则可能不当妨碍个人的行为自由。而违约责任发生在特定的相对人之间，并不存在对个人行为自由保护的问题，因此，采用严格责任并不会不当妨碍个人的行为自由，而且有利于鼓励当事人履行合同，实现合同目的。

第二，二者的适用范围不同。如前所述，我国《民法典》对违约责任原则上采用严格责任原则，只是在例外情形下采用过错责任原则。在合同法中，过错责任的适用范围受到严格限定。在一方违约以后，在何种情况下才能表明该当事人没有过错并应被减轻或免除责任，法律上通常要对此作出限定。而侵权损害赔偿原则上采用过错责任原则，例外情形下采用严格责任原则。在侵权责任中，对一般侵权行为来说，只要行为人尽到了一个合理的、谨慎的人应尽的注意义务，即使发生了损害，行为人也应被免除责任。因此，过错在侵权法和合同法中的地位存在显著的区别，侵权损害赔偿责任的成立通常都要求行为具有过错，而违约责任的成立通常并不需要违约方具有过错，目的在违约责任承担方面，违约方过错也在多个方面发挥作用。总体来看，严格责任在违约责任中占据统治地位，而在侵权责任中则以例外的形式出现。

第三，二者的免责事由不同。尽管严格责任在违约责任和侵权责任中的适用都不以当事人具有过错为要件，这更有利于促成责任的成立，但严格责任并不等同于绝对责任，其仍然存在一些免责事由。在适用严格责任时，侵权与违约领域的免责事由存在显著区别。在违约责任中，免责事由通常限于不可抗力、债权人故意或合同约定的免责

事由，因而免责事由相对较少。但在侵权责任中，可能存在多种法定免责事由，如受害人故意、不可抗力、正当防卫、紧急避险、第三人原因等。总体来看，即便均是严格责任，侵权责任中的免责事由范围也更为广泛。

第四，二者对应的责任承担方式不同。在违约责任中，严格责任普遍适用于各种违约责任的承担方式。无论是实际履行还是损害赔偿等责任承担方式，均应当适用严格责任原则。在合同关系中，从严守合同、维护诚信原则出发，为了保护非违约方的履行利益，继续履行、减价、采取补救措施等责任承担方式的适用，都不考虑违约方是否具有过错。而在侵权责任中，有观点认为，归责原则事实上针对的主要是包含恢复原状在内的损害赔偿。而对于停止侵害、排除妨碍、消除危险等，则并不需要行为人具有过错。可以说，侵权法中的归责原则主要是针对损害赔偿而言的。所以，尽管在侵权和违约中，当事人均可能承担严格责任，但是其承担严格责任的方式却存在显著区别。

第五，二者的功能不同。尽管作为归责原则，严格责任首要解决的是责任成立要件的问题，尤其是过错要件是否必要的问题。但除此之外，归责原则还可能具有其他功能。在侵权责任中，归责原则的重要功能还在于确定赔偿义务人。因为在侵权责任中，遭受损害的一方，需要从不特定的多数人中寻找可以归责的主体填补自己的损害。此时，就需要借助于归责原则确定责任主体。而在违约责任中，归责原则则并不具有这一功能，因为赔偿义务人就是合同当事人，无须借助归责原则确定责任主体。

需要说明的是，违约严格责任和侵权严格责任可能产生竞合。例如，在产品责任中，对于缺陷产品造成的人身或其他财产损害，受害人可以主张作为严格责任的产品责任或者严格责任的违约责任主张。

但是，赔偿范围可能不同。虽然均为严格责任，在侵权法中的严格责任，主要是基于完全赔偿+责任范围因果关系进行确定。而违约责任中，同样是严格责任，但是赔偿范围却主要受到可预见性规则的限制。

三、赔偿范围的区分

（一）违约损害赔偿与侵权损害赔偿赔偿范围区分的原因

不论是违约损害赔偿还是侵权损害赔偿，都应当贯彻填平原则，对受害人遭受的全部损失进行赔偿。但是，二者在赔偿范围方面存在一定的区别。产生此种区别的主要原因在于：

一方面，侵权损害赔偿责任与违约损害赔偿责任的救济对象不同。侵权行为侵害的主要是绝对权，如人格权、物权、知识产权等，而违约行为侵害的是合同债权。二者在侵害对象方面的区别也导致违约损害赔偿与侵权损害赔偿在赔偿范围方面存在区别。侵权损害赔偿主要涉及固有利益的赔偿，即对实际损失予以赔偿，在救济的目标方面，侵权更注重固有利益的状态恢复，侵权法保护固有利益（Integritätsinteresse.），从而与合同法中的履行利益相区分，以便给予被侵害人更完整的保护。合同是依据合意配置债务履行风险，违约责任保护债权人的履行利益，这种履行利益包括了实际损失和可得利益，债权人一般没有人身和财产上的固有利益损失。同时，违约损害赔偿涉及履行利益的赔偿，除了现有利益减少，还包括本来可以获得的利益没有获得。换言之，侵权保护主要是绝对权，当事人之间不存在合同关系，因此绝对权受损更多体现为现有的实际利益减少，因而赔偿也旨在补偿减少的实际利益。

另一方面，由于侵权损害赔偿责任的认定涉及对个人行为自由的保护，因此，对于绝对权的侵权而言，为了避免责任过于扩张影响到行为人的行为自由，侵权损害赔偿的范围要以实际损失危险，通常陷

于固有利益损失。例如，挖断电缆直接造成电力公司的财产损失，但可能会进一步引发成千上万企业的停业损失，对这些停业损失原则上不予赔偿，否则就会导致行为人责任的过于泛滥，使得行为人因轻微过失行为最终承担了极为沉重的责任和风险，所以，侵权责任通常限于直接的权利人和实际利益的损失。而违约损害赔偿责任的认定通常并不涉及对个人行为自由的保护，因此，其赔偿范围并不限于固有利益的损失，其也包括对可得利益损失的救济。正如王泽鉴教授所说，“若因违反保护义务，侵害相对人的身体健康或所有权，而此种情形亦可认为得构成契约上过失责任时，则被害人所应赔偿的，系被害人于其健康或所有权所受一切损害，即所谓维持利益（Erhaltungsinteresse），而此可能远逾履行契约所生利益，而不发生以履行利益为界限的问题”。

此外，由于侵权损害赔偿责任通常发生在陌生人之间，在侵权行为发生之前，当事人通常无法事先对侵权损害赔偿的范围作出约定。而违约损害赔偿责任发生在具有合同关系的当事人之间，合同当事人可以基于分散风险等需要而对违约损害赔偿责任预先作出约定。按照私法自治原则，当事人既可以在合同中对违约损害赔偿的范围作出约定，也可以约定违约损害赔偿额的计算方法（《民法典》第585条第1款）。

正是基于上述原因，违约损害赔偿责任与侵权损害赔偿责任在赔偿范围方面存在一定的区别。当然，从实践来看，也存在将二者赔偿范围规则予以混用的现象。例如，《民法典》第996条突破了传统上将精神损害赔偿局限于侵权领域的规则，允许在违约和侵权竞合情形下，在违约之诉中一并主张精神损害赔偿。但《民法典》第996条仅仅是在侵权和违约竞合情形下创设了一个例外规则，其适用有严格的

前提条件。实践中,有法院否认该条款的精神损害赔偿属于违约责任,并认为能否支持要视案件情况是否符合侵权责任的有关规定而定,不考虑是否存在竞合关系。也有法院认为,即使双方当事人之间存在合同关系,守约方选择提起侵权之诉,法院仍适用《民法典》第 996 条进行裁判。这些观点有待进一步讨论。

（二）违约损害赔偿与侵权损害赔偿范围的具体区分

违约损害赔偿仅限于财产损失赔偿,依据《民法典》第 584 条,因为违约造成的损失并非都应当由违约方赔偿,只有那些违约方在订约时能够合理预见到的损失才应由违约方赔偿。违约损害赔偿的目的乃是补偿受害人的全部损失。按照 Farnsworth 的观点,违约补救是按照当事人的预期来确定的,此种预期有时被称为“交易中的利益”(the benefit of the bargain)。他认为,通过此种利益的救济,就使非违约方处于如同合同能够如期履行的状态。所以,违约损害赔偿常常要包括可得利益的损失。由于通过违约损害赔偿可填补受害人在合同完全履行情况下应该获得而未获得的利益,因而违约损害赔偿可以替代原合同债务的履行。在一般情况下,对违约损害赔偿,原则上应当赔偿财产损失,除非符合《民法典》第 996 条的规定,受害人不能基于违约请求精神损害赔偿。至于因瑕疵履行造成人身伤害时,也仅赔偿因人身伤害所致的各种财产损失。但对侵权损害赔偿而言,虽然也强调完全赔偿,但其主要是使受害人恢复到如同侵权行为没有发生的状态。因此,它要以恢复原状为其赔偿的目的。侵权损害赔偿不仅应赔偿财产损失,也应当赔偿受害人因人格权遭受侵害而产生的非财产损失,对于受害人因侵权遭受的精神损害,也可通过侵权之诉获得救济。换言之,侵权损害赔偿既包括财产损失,也包括人身伤害和精神伤害,只要是因为侵权所造成的各种损失,无论是直接损失还

是间接损失，都应当由侵权行为人赔偿。具体而言，违约损害赔偿与侵权损害赔偿在赔偿范围上的区分主要体现为如下几点：

第一，损害赔偿的范围不同。一方面，就违约损害赔偿来说，因为其追求交换正义，所以根据《民法典》第584条，违约责任的损害赔偿范围就是履行利益。履行利益损失包括实际损失和可得利益的损失。尽管对交易中的利益有多种表述，但履行利益的表述方式仍然更为恰当，因为其强调这一利益是当事人从交易当中可以对方的完全履行获得的全部利益，最充分地体现当事人的缔约目的。只有通过履行利益的赔偿，才能够使非违约方达到合同完全履行的状态。例如，在迟延履行履行的情况下，不仅要继续交付货物，而且也要赔偿对方因迟延履行造成的损失，只有如此才能达到合同完全履行的状态。另一方面，侵权损害赔偿责任实际上赔偿的是因侵害财产和人身等权益所造成的固有利益损害。固有利益和履行利益是相对应的概念，其是侵害人身财产权益使受害人造成的直接的、现实的损害，是绝对权遭受侵害的一种利益损失状态。与履行利益不同，侵权损害赔偿并不保护当事人可以通过合同完全履行得到的未来的利益，而旨在将被侵权人恢复到侵权之前的利益状态。合同的履行利益实际上是对一种未来合同能够得到履行并实现其利益的期待，而固有利益实际上是一种现实利益的损害，是对当事人既有利益的剥夺。

侵权损害赔偿的范围为直接损失与间接损失，其保护的是受害人的固有利益，而且在侵权损害赔偿中，赔偿范围既包括财产损害，也包括精神损害赔偿等非财产损害。财产损害是指可以金钱计算的损失，如医药费的支出、抚养费用、营业收入减少，物受侵害所造成的损害等。非财产损害是指损害不能以金钱衡量的精神和物体痛苦。对于侵害他人的生命、身体健康所造成的损害，通常由法律做出明确规

定人身损害的赔偿。对侵权损害赔偿而言，损害赔偿的数额应以受害人实际遭受的损害程度确定计算标准。在侵害人身权益的情形下，如果损害已经发生但损害数额难以证明的，法官可以依据职权酌定。就违约损害赔偿的范围而言，根据我国《民法典》第 584 条，违约责任中填平原则填平的是实际损失与可得利益损失。《民法典》第 584 条规定的“因违约所造成的损失”的涵盖范围是十分宽泛的，其主要保护可期待的债权的损失，即未来可获得的利益的损失。可见，违约损害赔偿与侵权损害赔偿虽然均以填平损害为目标，但二者在赔偿范围方面存在一定的区别。

第二，是否包含可得利益损失赔偿不同。《民法典》第 584 条明确将可得利益表述为“合同履行后可以获得的利益”，因此，可得利益的赔偿将使非违约方处于合同好像完全履行的状态。依据《民法典》第 584 条规定，违约损害赔偿的范围既包括实际损失，也包括可得利益损失，其中可得利益损失主要包括转售利润损失、生产利润损失和经营利润损失。对违约损害赔偿而言，无论采用何种标准对损害进行分类，如英美法将损失区分为期待利益损失和信赖利益损失，大陆法将损失区分为积极损失和消极损失、直接损失和间接损失，各类损失可以纳入我国《民法典》第 584 条所规定的“因违约所造成的损失”的范畴。在法国，违约责任的赔偿范围是第 1231-2 条规定的“债权人获得的损害赔偿金包括其所受损失以及可得利益的减少”。法国学者没有使用“直接损失”的概念，所采用的是“损失”和“可得利益”，也就是所谓的消极利益与积极利益。

侵权损害赔偿救济的是受害人固有利益的损害。在侵权损害赔偿中，填平原则旨在恢复受害人“侵权行为发生之前”的地位，侵权救济中的填平要求使受害人的利益状态恢复到假设侵权行为没有发生

的状态，即使得受害人在经济上处于如同没有发生不法侵害时一样的状态。因此，在侵权救济中，可得利益的赔偿并不十分重要，而注重的是侵权造成的实际损失，而非未来可以获得的利益，此种利益是违约救济关注的重点。实际损失包括直接损失和间接损失，直接损失主要指的是财产的直接减少、人身的伤亡和精神损失，而间接损失主要指的是因为对财产和人身损失引发的其他损失，比如误工费、交通费等等。但是，侵权损害赔偿通常不包括通过交易所获得的可得利益的损失。因为侵权损害赔偿并不调整交易关系，所以其也不会涉及到交易是否完全履行的救济问题。

第三，是否包含精神损害赔偿不同。一般而言，侵权损害赔偿责任包括了精神损害，因为在受害人的人身权利和人格权益遭受侵害的情况下，受害人可能遭受严重的精神损害。甚至依照《民法典》第183条第2款，在行为人因故意或者重大过失侵害受害人具有人身意义的特定物时，可能对受害人产生精神上的严重损失，此时也应当承担精神损害赔偿。例如，打伤或者打死受害人的宠物，丢失他人的结婚照，损坏近亲属骨灰盒等等，都可能产生精神损害责任。

通常来说，违约损害赔偿中不存在精神损害。依据《民法典》第996条的规定，在违约责任和侵权责任竞合、且受害人遭受了严重精神损害的情况下，才能在违约责任当中适用精神损害赔偿。当然应当看到，有一些合同涉及到精神利益，比如旅游合同、人格利益许可合同等，在这些合同中，尽管合同当事人的缔约目的涉及到了精神利益，但是精神利益受到损害并不完全等同于精神损害，更不意味着精神利益受到损害就必然会遭受严重精神损害，依据《民法典》第996条，基于违约请求精神损害赔偿的前提条件是违约责任和侵权责任发生

竞合，并且受害人遭受严重精神损害，在此情形下法院才能允许受害人基于违约主张精神损害赔偿。

第四，是否包含惩罚性赔偿不同。对侵权损害赔偿而言，由于其要发挥惩罚和遏制功能，因此，在法律有特别规定的情形下，行为人可能需要承担惩罚性赔偿责任。此种赔偿是指由法庭所作出的赔偿数额超出实际的损害数额的赔偿，它具有补偿受害人遭受的损失、惩罚和遏制不法行为等多重功能。该制度主要在美国法中采用，通过对故意乃至恶意的侵权实施惩罚，形成威慑功能，以防止侵权行为再次发生。基于此，我国《民法典》侵权责任编在故意侵害知识产权（第1185条）、产品责任（第1207条）、环境污染和生态破坏责任（第1232条）中规定了惩罚性赔偿责任。但对违约损害赔偿而言，违约只是发生在特定的双方当事人之间，即使是故意违约也只是造成合同另一方履行利益损失，可以通过填平的违约损害赔偿就可以提供救济，没有必要采取惩罚性赔偿。侵权损害赔偿可能涉及到更多的当事人，受害人在范围上可能具有大规模性、广泛性，相较于此，违约责任只涉及到当事人之间的权利义务分配，其并不需要发挥惩罚和遏制功能，对于非违约方遭受的损失，通过违约损害赔偿责任可以对非违约方提供有效救济。

第五，是否存在数人侵权责任承担形态不同。所谓数人侵权责任承担形态，是指在数人侵权发生以后，依法将侵权责任在当事人之间进行分配的形式。侵权责任形态是在确定责任构成以后，落实侵权责任的具体方式，也是侵权责任的具体体现。侵权责任形态和责任形式存在一定的联系，一定的责任形态可能体现为多种责任形式，它们都可以适用不同的归责原则。这些数人侵权责任承担的形态包括相应责任、补充责任、比例连带责任、补偿责任等多种形式。之所以会产生

这些形式，是因为侵权发生在陌生人间，行为人在侵权发生前不能通过约定分配责任。因此在数人侵权的情形下，应根据行为人实施时的过错和原因力不同，在他们之间进行公平的责任分担，从而在法律上产生了各种不同的分担形态。但在违约的情形下，因为当事人在缔约阶段可以通过约定按份或者连带责任。一旦当事人之间有约定，就可以直接根据这些约定确定赔偿范围。但在侵权的前提下，因为侵权是在陌生人之间发生的，因而难以实现这种依据约定分担的方式。

还应当看到，侵权损害赔偿是多元救济机制中对受害人进行救济的一种方式，常常需要与责任保险、社会救助等机制相衔接，这是因为正如德国社会学家乌尔里希·贝克教授（Ulrich Beck）所指出的，现代社会是一个“风险社会”，风险无处不在、事故频发。“今天工业的种种经营、交通方式及其他美其名曰现代生活方式的活动，逼人付出生命、肉体及资产的代价，已经达到骇人的程度。意外引起的经济损失不断消耗社会的人力和物资，而且有增无减。民事侵权法在规范这些损失的调节及其费用的最终分配的工作上占重要的地位。”时常发生的环境污染、生态破坏、产品缺陷、交通事故以及其他各种自然灾害和人为灾害，都严重威胁着成千上万人的财产和人身安全。因此，我国《民法典》侵权责任编多个条文规定了侵权损害赔偿与其他救济机制之间的关系，在侵权发生之后，应当通过多种救济手段对受害人提供救济，在这些方式中，侵权损害赔偿只是其中的一种救济手段。例如，《民法典》第1213条规定：“机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，先由承保机动车强制保险的保险人在强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足部分，由承保机动车商业保险的保险人按照保险合同的约定予以赔偿；仍然不足或者没有投保机动车商业保险的，由侵权人赔偿。”《民法典》第1216条还规定

了机动车驾驶人发生交通事故后逃逸情形下的社会救助。但是违约损害赔偿主要是为了对非违约方提供救济,其主要是为了督促当事人严守合同,其并实现非风险社会的风险分担机制,通常并不与社会保险、社会救助等机制相衔接。

四、损害计算的区分

如前述,侵权损害赔偿旨在实现矫正正义,而不涉及到具体的交易关系,侵权损害赔偿本身就是“非合同关系的责任”。也正是因为这一原因,欧洲民法典研究组起草的《欧洲民法典草案》将侵权责任称为“造成他人损害的非合同责任(Noncontractual liability arising out of damage caused to another)”,这表明侵权责任原则上是当事人之间不存在合同关系的一种责任,不能通过交易方式计算损害数额。而违约损害赔偿则旨在实现交换正义,在一方违约的情况下,可以通过交易方式计算损害数额。具体而言,违约损害赔偿与侵权损害赔偿在损害计算方面的区别主要体现为:

第一,是否采用替代交易(Substitute transaction)规则计算损害数额不同。如前所述,由于侵权损害赔偿与违约损害赔偿所维护的正义目标以及所保护的权益不同,导致二者在损害赔偿范围方面存在重要区别,即违约损害赔偿对非违约方的可得利益损失进行救济,替代交易规则是指因债务人根本违约,债权人为了实现合同履行所获得的利益而与他人缔约,若该合同的交易价格与原合同相比不利于债权人,则债权人可以请求债务人赔偿原合同交易与替代交易的价格差。替代交易法以非违约方实际支出费用为基础,因此也被称为损害赔偿的“具体的计算方法”。替代交易规则的适用实际上发挥了与实际履行类似的功能,其尽可能使非违约方的利益状态恢复到假如合同得到顺利履行的状态。因此有“虚拟的强制履行”之称,是解决可

得利益不确定性的最佳工具之一。而侵权损害赔偿则无法适用替代交易规则，因为侵权损害赔偿旨在实现矫正正义而非交换正义，当事人之间并不存在交易关系。因此，并不存在可得利益的救济问题，无法适用替代交易规则计算受害人的损害数额。

第二，因损害赔偿关系当事人的数量不同，损害计算方式也因此存在区别。基于合同关系相对性的基本原理，违约损害赔偿责任仅能发生在特定合同当事人之间。由于合同关系当事人的数量通常十分有限，其主要是双方当事人，因此，违约损害赔偿关系通常不涉及第三人，违约行为通常也不会造成第三人损害。德国法上虽然有附保护第三人作用的契约理论，但其适用范围十分有限，我国并没有采纳该理论，通常违约损害赔偿关系是一对一的关系，当事人数量十分有限。侵权损害赔偿虽然也发生在特定当事人之间，但现代社会是风险社会，相关危险活动可能造成多个受害人损害，甚至造成成千上万的受害人的损害。例如，环境污染、产品责任、个人信息侵权等，都可能引发大规模侵权。在现代社会，交易的内容和对象随着社会的发展而发生了深刻的变化，不少交易对象本身带有潜在的危害性，伴随着交易活动的同时也可能具有侵害他人权利的风险。此种风险引发的合同当事人或者第三人的其他人身财产的损失，是传统合同法没有关注、也无力解决的问题。这就要求运用侵权法来解决传统合同法所未曾面对的新问题。因此，与违约损害赔偿相比，侵权损害赔偿可能发生在行为人与海量的受害人之间。同时，在大规模侵权的情形下，由于行为人责任承担能力有限，且可能发生共同诉讼、代表人诉讼等情况，在损害赔偿方面可能需要通过获利赔偿、法定赔偿等方式对海量的受害人提供救济。

第三，损害赔偿计算的法定与约定不同。在违约当中，当事人则可以约定合同不履行时如何承担损害赔偿责任。在违约中，当事人可以约定责任，但在侵权损害赔偿中，通常不能对责任进行约定。在违约责任中，当事人可以事先约定违约损害赔偿数额，或者违约损害赔偿数额的计算方法，还可以约定违约金，以代替违约损害赔偿。但侵权损害赔偿关系一般发生在陌生人之间，其一般不涉及当事人事先约定赔偿数额的问题，也不涉及当事人的私法自治。因此，法官的自由裁量权较大。例如，《民法典》第1182条规定了侵害人身权益财产损害赔偿数额的酌定规则，赋予了法官酌定赔偿数额的权力。《民法典》第1183条所规定的精神损害赔偿规则虽然没有明确规定法院酌定规则，但法院根据各种具体因素确定精神损害赔偿数额，实际上也是由法官酌定精神损害赔偿数额。特别是侵害生命等物质性人格权，损害后果严重，所以需要通过法定化的方式（如死亡赔偿金、残疾赔偿金等）对受害人进行特别保护，法官并不需要通过动态系统论的方式进行利益衡量。

第四，故意或者过失侵害他人财产权益产生的债务是否可以抵销不同。依据《合同编通则解释》第57条规定，因侵权人故意、重大过失侵害他人财产权益产生的损害赔偿债务，不得抵销。该条厘清了合同之债与侵权损害赔偿之债的规范差异。禁止侵权之债作为被动债权抵销，体现了侵权责任的道德评价功能和责任性质已突破单纯债之关系的补偿性。依据反面解释规则，除此之外的债权都应当可以进行抵销，违约损害赔偿之债也应当可以进行抵销。

第五，获利返还规则适用的不同。我国《民法典》第1182条规定了侵害人身权益的获利返还规则。对违约损害赔偿而言，《合同编通则解释》针对非违约方可得利益损失难以计算的情形，引入了获利

返还制度，并将其作为一种在非违约方难以证明损失时的损害赔偿计算方法。违约责任中的获利返还规则与侵权法中的获利返还规则虽然都旨在剥夺行为人的获利，但二者存在一定的区别，从我国《民法典》《合同编通则解释》的规定来看，实际上是严格区分了违约获利返还与侵权获利返还，二者在制度功能、适用范围、适用条件等方面存在差异。一方面，在违约获利返还的情形下，违约方获利源于其违约行为，而非因侵夺非违约方的获利机会，或者因利用非违约方的权益而获利。在违约获利的情形下，违约方的违约行为并非当然侵害了非违约方的权利，非违约方遭受的是一种期待利益损失。另一方面，二者适用顺序不同。就侵权获利返还而言，依据《民法典》第1182条与《个人信息保护法》第69条规定，在人身权益遭受侵害的情形下，受害人有权选择直接请求行为人返还侵权获利，而不需要首先请求行为人按照实际损失赔偿。而违约获利返还适用于无法根据可得利益损失计算的一般规则与替代交易法确定非违约方可以获得的利益情形。依据《合同编通则解释》第62条，如果非违约方可以进行替代交易，则不会产生获利返还赔偿。但侵权获利返还不存在此种限制。此外，在侵权获利中，行为人直接侵害权益，因果关系清晰，即行为人从侵权中获得利益。但是在违约中，违约方获利的来源具有多样性，违约只是其获利的基本前提。

五、损害赔偿限制规则的区分

按照公平正义的要求，无论是违约损害赔偿还是侵权损害赔偿，都应当在法律上具有合理的必要的限制，以防止对受害人过度纠结，或对行为人施加过度的责任。从比较法的发展趋势来看，各国和地区也都综合运用了损害赔偿限制规则。有观点认为，对违约之债和侵权之债的过失相抵规则应当统一界定为赔偿规则，不应再将侵权过失相

抵界定为减责抗辩事由，而应将其从侵权责任的抗辩事由中分离出来，归属于损害赔偿之债的赔偿规则，与损益相抵规则、减损规则、可预见损失规则、替代交易等一道构成损害赔偿规则体系。损害赔偿限制规则逐步精细化和多元化。考虑到侵权损害赔偿责任和违约损害赔偿责任的差异，两者在损害赔偿限制规则上也是有差异的，所以不能简单在两者间等同适用。

（一）可预见性规则

可预见性是指损害的发生在实施损害行为时，行为人是否可以合理预见。自19世纪以来，可预见性规则普遍适用于合同当中。在违约责任中，这是指违约损害赔偿不得超过违约方在订立时已经预见到或者应当预见到的因违约造成的损失。我国《民法典》第584条对此也作出了明确的确认。例如，因为飞机误点导致乘客无法达成一笔交易，由于航空公司在售票时无法预见到乘客的此种损失，因此，乘客无权请求航空公司赔偿其因未达成交易而遭受的损失。合同是当事人之间的交易安排，合同本身是一种交易，按照等价交换原则，一方向对方作出一定的给付就应当获得相应的对价。同样，一方实施违约行为以后，非违约方即使遭受了损失，其虽然可以获得违约补救，但这种补救不得超出其通过交易本身应获得的全部利益，否则便破坏了等价交换的法则。如果在订立合同时不可预见的损失也要进行赔偿，那么就使得未来的风险无法被确定地安排。这也是为何《民法典》第584条将其作为违约损害赔偿的重要的限制规则。该规则的适用，防止了对于非违约方的过度救济。但是侵权损害赔偿通常难以适用可预见性规则。因为侵权行为并非一种“交易”，侵权行为主要发生在陌生人之间，由于当事人无法通过磋商安排对于未来的风险进行锁定，因此有关侵权行为的发生及造成多大损害，并非当事人事先所能预

知，当事人无法事先对侵权损害赔偿作出约定。因此，《民法典》在侵权责任编中没有规定可预见性规则，有关对损害后果的限制问题主要提交因果关系进行判断。但是，在审判实践中，有法院在在侵权纠纷中错误适用了违约可预见性规则。将可预见性纳入侵权中的因果关系认定中，认为“案涉侵权责任因果关系的认定中，需要考虑当事人对于损害结果的可预见性。”此种观点显然值得商榷。

（二）因果关系的限制

在违约责任中，因果关系的判断较为清晰，违约发生在特定当事人之间，损害极少涉及第三人，且对特定相对人的损害，在缔约时可以合理预见。所以各国法律大多用可预见规则限制违约损害，实质上也是因果关系的判断，基本可以合理判断损害范围，避免损害赔偿的过度扩张。在侵权责任中，“具有法律相关性的损害必须由负有责任之人或者有此人负责之他人或危险源造成，这一点是整个欧洲法律责任体系的基石”。这是因为因侵权造成的损失，可能面向众多的受害人引发一系列连锁损害，甚至可能导致损失的无限放大，如果不通过因果关系等理论对损失进行合理限制，将导致损害的判断如同放开的水闸一般泛滥。例如，在交通事故中车辆相撞，因一车恰好停于马路中间，不仅造成被撞车辆的财产损失，还造成道路严重堵塞，其他通行者无法正常订约、因无法及时就诊而导致病情恶化、因无法及时送达货物而导致腐烂等等，这都涉及侵权情形下因果关系对损害的限制。尤其是在损害是由多重原因造成的，或介入了外来因素，究竟应该如何行为人在行为人之间分配责任，这是因果关系难以解释的重大问题，可以说因果关系不仅是简单的事实判断，还涉及复杂的价值判断。因此，在侵权损害赔偿中，因果关系需要从事实和法律两个层面判断。在损害发生之后，需要判断损害是否属于法律上可赔偿的损害类型，

是否与侵权行为有适当关联,或侵害行为是否属于法律规定的特定类型,是侵权法中常常面临的问题。

在我国,依据《民法典》第584条规定,违约损害赔偿的范围包括实际损失与可得利益损失,但这些损失必须是“因违约”造成的。

“因违约”是指相关的损失与违约间具有事实上的因果联系,也就是说,任何损失要获得赔偿,其必须是因违约方的违约行为造成的,如果是非因违约方的原因所致,或者因为不可抗力等原因造成的,则违约方无须对该损失负责。另一方面,相关损失如果仅仅与违约方具有事实上的因果关系,并不当然能够获得救济。依据《民法典》第584条规定,还必须用可预见性标准,在事实上因果关系的基础上进一步判断相关的损失是否具有可预见性。例如,甲借给乙1000万元,乙到期没有归还借款,导致甲产生精神损害,此种损失也是因乙违约造成的,但该损失超出了乙合理预见的范围,因此其并不具有可救济性。从这一意义上说,可预见性规则也是填平原则的重要组成部分,其从反面限制了可救济的损失的范围。

（三）与有过失制度适用的区别

所谓与有过失（contributory negligence），是指债权人对损害的发生或扩大存在过错，从而应减轻债务人责任的制度。自罗马法以来，过失相抵规则就为各国法所采用，各国普遍认可了与有过失规则。如果针对违约的发生，非违约方也有一定程度的过错，将导致损害赔偿在违约方和非违约方之间依照过错程度进行分配。

合同法中的与有过失规则来自于侵权法，从比较法上来看，与有过失在侵权法中称为过失相抵，它最初适用于侵权法中，后逐渐运用于合同法，而减轻损失是从合同法中发展出的概念。正是因为这一原因，合同法中的与有过失与侵权法中的过失相抵在构成要件、制度功

能等方面，确实具有相似性。以德国法为代表的大陆法系民法，设置了债法总则，并在债法总则中设置了共通性的规则，将与有过失制度统一适用于违约与侵权损害赔偿。但我国《民法典》并没有设置债法总则，《民法典》分别在违约责任与侵权责任中针对与有过失和过失相抵分别作出了规定，即《民法典》第 592 条第 2 款与《民法典》第 1173 条，这并不是立法的重复规定，而是基于二者的区别，认为其个性大于共性，所以需要分别规定。此种设计具有其科学合理性。

具体而言，过失相抵在违约与侵权损害赔偿的适用中存在一定的区别，主要表现在：一方面，证明责任不同。在侵权法的过错责任中，一般由受害人证明加害人的过错，在适用过失相抵规则时，应当由加害人证明受害人对损害的发生或者扩大具有过错。而在违约责任中，由于违约责任原则上采严格责任原则，非违约方通常并不需要证明违约方对违约以及损害的发生具有过错。在适用与有过失规则时，违约方应当证明非违约方对损害的发生具有过错。可见，除证明责任上的差别外，合同法中与有过失规则的适用范围要小于侵权法上的过失相抵规则。依据《民法典》第 592 条第 2 款适用过失相抵，“对损失的发生有过错的”，即对损失的促成有过错，而不包括损失的扩大。因此，与有过失仅适用于损失发生的情形。而在侵权中，依据《民法典》第 1173 条规定，过失相抵既适用于损失发生的情形，也适用于损失扩大的情形。即无论受害人对于损害的发生或扩大，是否因真正过失或不真正过失而具有原因力，加害人均得主张过失相抵，如此才符合过失相抵所欲达成的公平分配损害的目的。另一方面，是否要区分过错程度不同。在侵权法上，过失相抵规则的适用需要考虑当事人的过错程度，即究竟是存在重大过失、一般过失还是轻过失，当事人的过错程度将直接影响损害后果的分担。但在合同责任中，通常不需要对

过错程度的判断，此时注重的是过错对损害的贡献程度，并由此确定减少多少损失赔偿额。例如，在承揽合同中，当事人约定由定作人提供图纸，此时定作人需要将定作方案的具体要求告知承揽人，在定作人未告知清楚的场合，即使承揽人构成违约，也应相应减少侵权数额。在此，关键是要根据过错对损害的贡献程度确定不同当事人应当承担的责任。同时，与有过失和过失相抵对非违约方或者受害人过错的判断也存在区别，根据《民法典》第 592 条第 2 款，违约情形中与有过失要考虑的是违约方从事违约行为时的过错，但侵权情形中是指实施侵权行为时的过错，二者存在区别。还应当看到，整体而言，在合同领域，与有过失应作为例外情形，其适用受到严格限制，以维护合同的稳定性和可预见性。而在侵权领域，尤其是随着严格责任适用情形的增多，过失相抵的适用范围虽在部分特殊侵权中受限，但整体上其适用情形更为多样，需根据不同的侵权行为类型、归责原则及当事人过错程度进行灵活裁量。

（四）损益相抵制度适用的区别

所谓损益相抵（英文为 Offsetting Gains，德文为 Vorteilsausgleichung，拉丁文为 compensatio lucri et damni），又称为损益同销，是指受害人基于损失发生的同一原因而获得利益时，在其应得的损害赔偿额中，应扣除其所获得的利益部分。我国《民法典》没有规定损益相抵制度，《合同编通则司法解释》第 63 条第 3 款在违约责任计算当中规定了损益相抵制度，但迄今为止，司法解释并没有确认侵权责任编中存在相同的规则。按照传统大陆法的观点，损益相抵应当是损害赔偿法的基本规则，其既适用于违约，也适用于侵权。笔者认为这一观点仅关注到了违约损害赔偿和侵权损害赔偿中过失相抵的共通性，但是忽略了二者之间的差异。在违约责任与侵权责任中，

均有损益相抵规则的适用，但损益相抵规则在这两种责任中的适用存在一定的区别，具体而言：

第一，侵权和违约中当事人对于损害是否可预见不同。在侵权法中，由于当事人关系并不紧密，对于侵权行为发生后的结果也可能不会有所预判，因而就会导致在侵权发生后，对侵权行为导致的获益预估不充分；而在违约的场合中，双方当事人对于合同履行以及未履行的情形都会有所预判，在当事人预判可能会因违约而获益的场合，事实上可能不会签订合同。因此，因违约发生的损益相抵明显小于侵权中发生损益相抵的几率。

第二，当事人获益的原因存在区别。在侵权的情形下，行为人通常侵害的是他人支配性的权益，该权益的归属是较为明确的，即本就归属于受害人，但因为侵权人的侵权行为而受到侵害或者移转给侵权人。因此，在侵权责任中，受害人获益的原因在于相关的权益本就归属于受害人。而在违约的情形下，非违约方获得利益有赖于违约方的履约行为，在违约方履行合同前，非违约方通常并没有获得相关利益。

第三，违约中的损益相抵适用情形，相较于侵权中的损益相抵更为例外。相较于侵权中较容易出现因侵权行为而获益的情形，在违约的场合，因违约行为而获益则较为有限，往往体现于因费用节省而获益等几种有限的场合。在侵权法中，因加害行为而获益的情形很多，例如因侵权获得了保险赔偿，尽管有保险利益的限制，保险赔付超过损害也可能发生。但是，在违约中损益相抵的案例却极其少见，主要的损益相抵均是因费用成本的节省，但是因实施违约行为的获益的例子很难产生。原《合同法》和《民法典》合同编之所以未承认该制度，也正是基于这一原因。在违约情形中，通常是违约方获益，非违约方获益很少发生。违约中的获益可能更多地体现为费用支出的减少，但

通常费用的节省不会超过履行利益，因而即便发生损益相抵也不会因获益而超过损失。而在侵权中，则可能出现更多获益超过损害的可能。

总之，损害赔偿限制规则在侵权损害赔偿与违约损害赔偿的适用是存在区别的，二者不能混为一谈。

结语

在传统大陆法系国家，债法总则的核心内容是债务不履行的责任，传统大陆法系国家的民法典也通常规定了较为抽象的债务不履行的责任。侵权损害赔偿与违约损害赔偿都可以归入债务不履行的责任。“契约纠纷往往以法律上债务不履行的形态出现，债务不履行是民法中解除与损害赔偿的要件。”在统一“债”的概念下，基于法律后果的相似性而规定了统一的损害赔偿规则，并将其适用于违约损害赔偿和侵权损害赔偿之中。在债法总则编以统一的损害赔偿条款的规范方式来规定各种债务不履行责任，并用抽象地、统一损害赔偿条款处理不同的限制的损害赔偿关系，此种模式虽然不无特点，但值得商榷。

就传统大陆法系采取的大一统模式而言，抽象的损害赔偿条文很难被运用到具体的损害赔偿中，法律规则越抽象，法官在进行法律适用时的裁量权就越大，对当事人而言不确定性就越强。我国《民法典》考虑到该模式存在的不足，没有设置独立的债法总则，因此在立法层面也没有明确采纳债务不履行责任的概念。民法典实施以来的经验证明，该模式符合中国司法实践，有利于引导法官准确找法并妥当处理违约和侵权损害赔偿纠纷。我国《民法典》分别对侵权损害赔偿和违约损害赔偿进行了规定，限制了法官的裁量权，提高了法律适用的确定性和可预期性。从方法论层面，法官在依据《民法典》的规定适用法律时，应当摒弃大一统的损害赔偿法的观念，首先明确两类损害赔

偿法律关系的性质，在此基础上，从合同编和侵权责任编中分别寻找不同的规范依据，以妥当解决违约或者侵权损害赔偿的纠纷，这有利于审判的精细化，对具体案例的情况进行具体分析，而不能笼统地适用一般的损害赔偿规则，或者将具体适用于某一类损害赔偿的规则扩展适用于另一类型的损害赔偿关系中。

文章投稿



股权代持的效力分层审查与隐名出资人权益保障机制研究-p85

应收账款质权在诉讼中的实现路径-p96

股权代持的效力分层审查与隐名出资人权益保障机制研究

作者：林茂静

作者单位：安徽师阳安顺律师事务所

摘要：股权代持使出资者与股东身份发生分离，在赋予投资活动高度弹性的同时，也成为诸多商事纠纷的滋生土壤。本文聚焦于合同效力审查、隐名出资人地位认定、出资不足的责任归属、代持关系终结后的股权归属以及第三人执行对抗等五大核心争议，综合运用规范解释与类型化方法，剖析股权代持制度中的法律隐患及规制短板。研究揭示：合同有效性的审查应依规范类型作区分处理；隐名出资人权利的保障路径不可统一化，而需在内部关系与外部关系中采取不同的价值衡量标准；执行异议场景下隐名出资人能否对抗强制执行，须从权利属性和信赖保护必要性两方面综合评判。本文在方法论上的创新在于，将代持纠纷的处置策略与代持关系的内外双层维度进行系统对接，提炼出贯通“效力审查—权利界分—责任配置—关系消解—执行对抗”五个层次的分析范式。

关键词：股权代持；隐名股东；显名股东；协议效力；执行异议

1 引言

1.1 研究背景与问题提出

从法理上看，资本投入与股东资格本应相互匹配，而股权代持恰恰消解了这种对应关系。通过一纸合同，出资的人与登记为股东的人被分置两处，投资者退居幕后，由另一主体出面登记并代为行使股权。该安排在商事交易中并不罕见，学理上亦称之为隐名投资。代持背后的动机纷繁多样：绕开行业准入限制、隐匿出资人身份、简化经营决策流程等。这些目的本

身未必带有违法性，然而代持结构在出资端与股东端之间嵌入了一层中介，由此引发的纠纷在司法实务中日益增多。

现行立法对代持关系的回应则显得零碎且滞后。《公司法》并未设置专章来规制代持行为，尽管《公司法司法解释（三）》第24条从效力层面确认了代持合同原则上有效，但在公司实质股东的判别基准、隐名出资人“浮出水面”的具体条件等关键问题上，制度供给仍然明显匮乏。司法实务中，同类案件的裁判思路分歧显著，当代持关系与金融监管或证券市场交叉时，效力判断的复杂程度更呈几何级上升。为回应上述难题，本文沿三条逻辑线索层层推进：其一，代持合同效力的审查标准应当如何界定？其二，隐名出资方与名义持股方各自的权利义务边界如何划分？其三，在出资不足、代持解除及执行对抗等争议形态中，责任分配应依循何种规则？

1.2 文献综述与研究方法

围绕股权代持的既有研究，大致沿着三条线索展开。第一条线索聚焦于代持合同的效力判断，学者提出应当将效力性强制规定与管理性强制规定加以区分，同时考虑代持关系本身具有的内部性特征，对内外效力分别予以评价。第二条线索涉及隐名出资人的主体资格认定，学术史上先后形成了实质说、形式说、折中说及法律规则说等不同立场，各家分歧的焦点在于：资格判断应以实际出资等内在要素为重，还是应以登记公示等外在要素为先。第三条线索关注执行异议中的权利冲突，处理此类争议须先行回答隐名出资人是否已取得股东资格这一前提，方能进一步判断被代持股权能否作为执行标的。纵观现有成果，各具体争点的分析已有相当深度，但将效力判断、权利归属、责任分担、关系终结与执行对抗整合为统一分析框架的研究，目前仍付诸阙如，这正是本文试图填补的空白。

研究方法上，本文将规范分析与类型化分析叠加使用，以代持关系内部与外部的二分法作为分析底座，层层拆解股权代持中的核心争议。行文顺序如下：先讨论代持的法律属性及协议效力标准，再界定隐名出资人与挂名股东的权利义务边界，继而分析出资瑕疵下的责任归属、代持终止后的股权处置以及执行异议中的第三人利益冲突，最后以结论收束全文。

2 股权代持的法律性质与协议效力认定

2.1 股权代持法律性质的理论分野

谁才是代持股权的真正权利人？这一追问直接决定了当事人的权利义务配置，而学界对此的回答分为信托说与代理说两条进路。代理说将隐名出资人与挂名股东之间的基础关系定位为委托合同，隐名出资人委托后者以间接代理方式开展投资，在特定条件下委托人甚至可以经由介入权的行使直接获取股东身份。信托说则把代持关系理解为一种信托构造：实际出资人处于受益人席位而获取投资回报，挂名股东以受托人身份履职并负有信义义务，股权在法律上归属于受托人，受益人仅得主张受益权。两条进路分歧的枢纽在于股权的归属方向——信托构造下股权留在受托人手中，代理构造下委托人有机会通过行使介入权径直取得股东地位。

从制度层面审视，困境在于《公司法司法解释（三）》第24条的构造模式：它将投资收益划归实际出资人、将股权本身保留于名义持股人名下，由此形成的“利益与权属相分离”状态，使得代持安排在现行规范体系中的法律定性难以自洽。尤为突出的张力表现在：名义持股人以自身名义办理登记并对外行使股东权利，这显然偏离了传统代理关系中被代理人显名的基本要求。沿着代理说的思路推演，隐名出资人应当被承认为股东；而商法上的外观原则与登记公示信赖保护，则指向相反的结论——未经登记的出资人无法取得股东地位。依本文之见，代持安排兼具代理与信托两

种机制的部分特质：内部面向上更近似委托合同，外部面向上因工商登记的公示力而浮现若干信托特征，这一二元性质为后续的分层规制分析提供了理论起点。

2.2 协议效力认定的裁判逻辑

代持争议的裁判绕不开一个前置问题：合同是否有效。在有限责任公司场景中，法院通常对代持合同持肯定立场，将其定性为双方基于意思自治的商业合意。但当代持安排进入金融监管的射程范围时，司法审查的尺度便明显收紧。伟杰公司诉天策公司一案的裁判立场具有标志意义。该案中，最高人民法院依据原《合同法》第52条第4项所确立的“损害社会公共利益”条款，否定了保险公司代持协议的合法性。其论证脉络为：先确认涉案安排违背了《保险公司股权管理办法》关于禁止代持的监管要求，再以该规章的目的取向、核心规范含义以及代持可能引发的系统性后果为据，推导出协议已对社会公共利益造成损害。但这一从“触犯规章”径直跨越至“损害公益”的论证路径，在说理充分性上仍有进一步充实的空间。

上述裁判进路折射出合同自由与司法审查之间的深层张力，上市公司领域的情况尤具代表性。有学者对23件相关案件进行梳理后指出，最高人民法院对此类代持合同效力的处理并未形成统一立场；不同高级法院之间、最高法院与之意见分歧并存，甚至针对性质相似的案件作出了截然对立的裁断。造成这种局面的核心原因在于，效力性禁止规范与管理性禁止规范的界限尚未彻底澄清。仅触及管理性强制规范之合同，不应直接认定无效；唯有违背效力性强制规范、损及公共利益或冲击公序良俗的，始得否定其法律约束力。在个案判断时，需衡量的因素涵盖代持的真实动因、持股比重及其市场影响面、代持所处的阶段，以及穿透式监管理念与司法谦抑之间的动态关系等。

3 隐名股东与显名股东权利义务的边界划定

3.1 内部关系中的权利义务配置

既然代持协议在具备法定要件时原则上有效,那么在隐名出资人与挂名股东的内部关系层面,权利义务的配置自然应以协议约定为准。就隐名出资人而言,其核心权利涵盖投资收益分配请求权、对挂名股东行为的监督权以及条件成就时主张显名化的权利,核心义务则是按约出资并自负投资风险。就挂名股东而言,其核心义务在于忠信勤勉地代行股权——不得擅自处分股权,亦不得实施有损隐名出资人利益的行为。

然而问题在于,隐名出资人尽管是股权的实际资金来源方,其权利之行使却须经由名义持股人的中介传导,一旦后者发生背信行为,前者的利益便面临直接威胁。有学者将隐名投资人所面对的法律风险归纳为四类:合同因违反强制性规范而归于无效的可能、主体身份认定遭遇障碍的可能、名义持股人侵害其权益的可能、以及名义持股人的债权人追索代持股的可能。针对上述风险,一份完备的代持合同至少需含以下条款:出资记录的保留方式、收益归属与移转安排、显名的触发条件、名义持股人的忠实履职要求,以及协议解除的路径与后果。尚须强调的是,隐名出资人的投资权益应当限定于自益权范围,不宜推及共益权领域;名义持股人在行使共益权时,须以不恶意损害隐名出资人利益为底线。如此设计的价值在于:一方面确保隐名出资人的经济回报,另一方面将表决权等公司治理层面的共益权保留于名义持股人,由此维护公司组织架构的稳定。

3.2 隐名股东显名化的条件与路径

就隐名出资人转变为显名股东的条件而言,现行规范设定了较高的门槛。根据《公司法司法解释(三)》第24条第3款,若公司其他股东中持同意意见者不足半数,法院对实际出资人提出的变更登记、签发出资证明、变更股东名册等请求不予支持。此项制度安排意在守护有限公司的人

合基础。然而有学者对最高人民法院76份相关裁判进行系统梳理后发现，司法实务在处理隐名出资人身份确认与显名化问题时呈现出令人忧虑的形式化倾向：裁判者偏重于审查出资承诺的履行情况、工商登记的记载状态、其他股东的表态结果等易于量化的指标，并直接以此作为裁判依据。

这种形式化裁判路径的问题在于，它将“过半数同意”标准作为唯一的判断尺度加以机械适用，却未充分考量隐名出资人已实质性地介入公司运营、其余股东对代持事实存在知情或应当知情的情形等实质要素。立足于合同法的分析进路，判断隐名出资人是否具有股东身份，不应局限于出资承诺的履行这类表面证据，而应进一步考察出资方与名义持股人之间是否就代持安排存在真实的意思合致。从公司法的视域出发，显名的判断标准也不宜固守在“半数以上同意”这一形式要件之上，而须切换至实质审查的维度：核心问题在于，隐名出资人浮出水面是否会对公司的人合结构造成实质冲击——若答案是否定的，显名之门便无理由关闭。

4 出资瑕疵与法律责任承担

当出资出现瑕疵时，隐名出资人与名义持股人之间的责任应如何分摊？这一问题之所以复杂，根源在于代持关系“名实不符”的结构性特征。基本的处理逻辑在于内部与外部两个维度上的区别对待：在内部关系层面，合同自由与意思自治应居于优先地位，隐名出资人与名义持股人关于权利与义务的约定，只要不触及第三方权益，就可以借助一般合同法则予以调整。据此，出资瑕疵的责任在内部应由实际出资的隐名方负担；名义持股人若尽到了代持义务且无明显过错，则不应为其未实际出资承担不利后果。

而当视角转向外部关系时，公示原则与外观法理便上升为主导性考量。原因在于，对外部第三方而言，工商登记是识别股东身份最为直接、

公开且可验证的渠道，以此为基础确定责任主体，有助于维护交易安全和保护善意债权人。当公司债权人就出资不实向股东主张权利时，登记在册的名义持股人应首先被确认为责任主体，独立承担相应的法定义务。名义持股人在对外完成清偿之后，可依据代持合同的约定向隐名出资人启动追偿程序。“对外由名义方担责、对内同隐名方结算”——这套责任机制本质上就是商事外观原则在出资瑕疵领域的具体投射。值得注意的是，倘若名义持股人在知晓或应当知晓出资未足额到位的情况下仍接受了代持安排，则其自身即存在可归责性，隐名方在内部追偿中的责任应依据名义方的过错程度获得相应减免。

5 代持关系解除与股权返还

当代持安排因期满、双方合意终止或一方违约而走向终结时，股权应当如何归位、归位不能时又如何救济，构成了又一个亟需回应的难题。矛盾的根源在于：隐名出资人作为资金的实际投入者，有权要求收回股权，但股权归位涉及公司其他股东的人合性权益，无法与一般动产的返还等量齐观。从法律属性来看，代持合同究其本质属于委托合同，委托人依法有权随时终止委托关系。代持终结之后，名义持股人负有将股权移转回隐名方的义务，但股权移转远非单纯的权属变更，它还涉及股东身份的重新确认，须受公司法上股权转让规则的约束。

在操作层面，宜区分两种不同的处理路径。第一种路径：隐名出资人选择走向前台，即完成显名化程序，将股权由名义持股人名下变更为自身名下。此时显名的法定条件须得到满足，换言之需取得公司其他股东超过半数的认可。若过半股东持否定立场，隐名出资人则可退而求其次，要求名义持股人将股权对外转让给隐名方所指定的第三方受让人，转让价款由隐名出资人取得。第二种路径：名义持股人拒绝履行返还义务或已在未经

授权的情形下处分了股权。此时隐名出资人可基于代持合同追究对方的违约责任，求偿项目涵盖原始出资额、可预期的投资收益以及因代持关系终止所产生的合理开支。此外，为从源头遏制名义持股人擅自处分股权的风险，隐名出资人可考虑在对代持股权设定质押等担保措施。

6 执行异议与第三人利益冲突

6.1 显名股东债权人申请执行代持股权的争议

相较于代持关系的内部清算，外部对抗场景所带来的挑战更为棘手。核心争议在于：当名义持股人的债权人向法院申请就代持股权实施强制执行时，隐名出资人能否以案外人身份提出执行异议，从而阻断执行程序？争议的实质可以进一步提炼为：隐名出资人就被代持股权所具有的权利，能否在顺位上超越名义持股人债权人的执行债权。学理上对此问题的回答裂变为对峙的两极——否定论者以商事外观与执行效率为支点，主张应当允许强制执行；肯定论者则从实质公正与利益衡平的立场出发，力主优先保护隐名出资人的实际权益。两派分歧在更深层次上反映的是外观优先与实质优先这两种价值取向之间的根本张力。

从执行异议之诉的基础法理出发予以审视：执行案外人对争议标的是否享有足以阻却强制执行的民事权利，归根结底取决于该项权利在实体法上的性质及其效力位阶。在我国，基于法律行为发生物权变动原则上采纳的是债权形式主义的规范模式，有限公司股东身份的成立需要形式外观与实质基础两个要件同时齐备。循此逻辑，登记信息与真实权属不符的被登记人（如名义持股人），其对执行标的所拥有的仅是债权层面的利益，而债权所具有的相对性特征意味着，在通常情况下它不足以成为排斥强制执行的正当依据。隐名出资人主动选择了隐名投资这一运作方式，本质上就意味着自愿承受与之相伴的外部风险，令其承担由此产生的不利后果，与

风险自负的法理逻辑相吻合。然而这一原则并非没有例外空间——在下述两种情况下，隐名出资人的债权可以构成执行排除事由：其一，借名购房案型中涉及借名人基本生存利益的保障；其二，申请执行人出于恶意有针对性地申请执行名义持股人名下的股权。

6.2 利益冲突的平衡路径

隐名出资人的实体利益、名义持股人债权人的合理信赖以及市场交易的整体安全——三项法益的博弈构成了股权强制执行中利益衡量的本质。平衡的方案应沿着分层递进的路径来设计。第一个层次，必须以商事登记的公示公信力作为裁判的起点。公司登记信息具有公开易得、客观中立的特质，外部第三人将其作为判断股权权属的基础性依据，具有充分的正当性。作为债权人的交易相对方，通常缺乏有效手段去查明登记股权是否存在隐性权利负担或其他名实不符的情况，强令其逐案穿透核查，不仅有悖商事登记制度的效率取向，也会实质性地增加社会交易成本。第二个层次，为隐名出资人保留狭窄但关键的救济出口——当有证据表明债权人系在知悉代持事实的前提下仍恶意推动执行时，应当允许隐名方通过执行异议之诉来保护自身权益。第三个层次，引入事前防范机制来降低纠纷爆发的概率，具体手段包括但不限于：隐名出资人主动向公司其他股东披露代持安排、对名义持股人的权利行使施加约束以及事先约定明确的违约条款。

上述分层设计在逻辑上可以提炼为：以商事外观原则作为一般规则守护交易安全，以例外条款作为补充机制保护隐名出资人的合理权益，以事前防范作为辅助手段压缩争议发生空间。这一构造与本文前述的“效力审查—权利界分—责任配置—关系消解—执行对抗”五层递进框架形成呼应：代持协议的有效性认定是整个分析的逻辑起点，权利与义务的边界划分是制度基石，出资瑕疵的责任分担是内部契约关系的自然延伸，代持关

系的终结是权义状态的最终清算,而执行异议则是内部与外部法律关系交叉地带最具对抗性的测试。

7 结论与讨论

本文围绕代持合同效力评价与隐名出资人利益保障这一核心议题,将合同效力标准、权利义务配置、出资不足责任、关系终结与权利回收、执行异议与第三人利益抗衡等关键争点加以整合,初步构建了“效力审查—权利界分—责任配置—关系消解—执行对抗”五个环环相扣的分析框架。研究形成三项基本结论。其一,代持合同的有效性判断需要在效力性强制规定与管理性强制规定之间划出清晰边界:在一般民商事环境下,代持合同原则有效,但金融监管场域和上市公司语境中,须接受社会公共利益与公序良俗的约束。其二,隐名出资人与名义持股人的权利义务配置不能采用单一标准,而应与代持关系的内外维度相匹配——对内层面以合同约定为基准,对外层面以商事登记为准据。其三,在执行异议语境下,隐名出资人对代持股权的权利主张在常规情形中无法对抗强制执行,唯在关涉生存权保障以及申请执行人存在恶意的特殊情势下,方可构成执行排除事由。

在理论贡献方面,本文在两个维度上有所推进。一是将股权代持领域的争议分解为五个逐级递进的层次并揭示其间的结构关联,为代持纠纷的系统化处理提供了一条完整的分析路径。二是在执行异议议题上提出了“一般原则加例外规则加事前防范”的三重平衡方案,在商事外观原则的刚性适用与隐名出资人权益的弹性保护之间寻得了一个可能的衔接点。本研究的主要局限在于,资料取材以国内学理讨论与司法解释为主,域外比较的视野尚不充分。后续研究可跟踪2023年修订后《公司法》实施中的

新发展,评估其对代持制度所产生的实际影响,并就上市公司代持问题独立开展更具针对性的实证研究。

参考文献

- [1] 荣明潇. 股权代持行为效力的司法认定[J].
- [2] 葛伟军. 有限责任公司股权代持的法律性质——兼评我国《公司法司法解释(三)》第24条[J].
- [3] 刘韶华. 限责公司中的隐名出资[J].
- [4] 武胜男. 股权代持协议效力认定的裁判逻辑检视——以伟杰公司诉天策公司案为视角[J].
- [5] 骆树楠, 任超. 上市公司股权代持协议效力的司法考察与理论研究[J]. 上海商学院学报, 2020, 21(2).
- [6] 胡松松. 股权代持中隐名股东法律风险相关问题分析[J]. 法制博览, 2019(10).
- [7] 王天玉. 隐名股东投资合同解析——以《公司法》司法解释(三)第25条为基础[J]. 东北师大学报(哲学社会科学版), 2011(5).
- [8] 王毓莹. 隐名股东的身份认定及其显名路径——基于最高人民法院76份裁判文书的实证分析[J]. 国家检察官学院学报, 2021, 29(2).
- [9] 吴高臣. 论隐名股东身份的认定[J]. 理论研究, 2008(23).
- [10] 孙宏涛, 刘梦. 显名股东股权强制执行中的利益冲突与平衡[J]. 天津法学, 2019(4).
- [11] 肖建国, 庄诗岳. 论案外人异议之诉中足以排除强制执行的民事权益——以虚假登记财产的执行为中心[J]. 法律适用, 2018(15).
- [12] 李建伟, 罗锦荣. 有限责任公司股权登记的对抗力研究[J]. 法学家, 2019(4).

应收账款质权在诉讼中的实现路径

作者：章媛媛

作者单位：安徽明泉律师事务所

应收账款质押是中小企业与金融机构融资担保体系中常见的权利质押形态之一。然而，应收账款作为一项以“对人的给付请求权”为内容的无形财产，其实现需借助向应收账款债务人（次债务人）收取给付方式完成。由此衍生出一个问题：质权人在主债务人违约后，能否在同一个诉讼中一并起诉主债务人、请求确认优先受偿权，并请求次债务人直接向其清偿？本文以《民法典》第445条及相关担保制度司法解释为中心，从应收账款质权的法律性质、诉讼结构的设计、次债务人的程序地位、质权实现的要件体系四个维度展开分析。

一、问题的提出

在中小企业融资实践中，应收账款质押是常见的权利担保工具之一。其制度价值在于：将企业资产负债表上“沉睡”的应收账款激活为可担保的信用资源，缓解中小企业因缺乏不动产而“担保难、融资难”的困境。

然而，应收账款质押在权利实现环节存在特殊的难题。《民法典》第426条中规定了，动产质权的实现，可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。但应收账款作为一种以“请求特定债务人给付”为内容的无形财产权，即不存在可供物理占有的标的物，也难以通过拍卖、变卖的方式变现。应收账款的价值依赖于次债务人的信用与给付能力，其“变价”的实质，就是向次债务人主张给付请求权本身。因此，应收账款质权的实现路径，必然从“对物的变价”转向“对人的请求”，即质权人直接请求次债务人向其给付。

这一转向在实践中就带来了一系列的问题：质权人并非应收账款的债权人，其直接请求次债务人给付的权利基础何在？质权人能否在同一诉讼中，一并起诉主债务人（请求其清偿主债务）、请求确认对质押应收账款

的优先受偿权,并直接请求次债务人向自己履行?次债务人在这样的诉讼中处于何种程序地位,又享有怎样的实体抗辩?质权实现以何种要件为前提,其举证责任如何分配?

二、应收账款质权的法律性质

《民法典》第440条第6款明确将“现有的以及将有的应收账款”列为可以出质的权利,第445条第1款规定“以应收账款出质的,质权自办理出质登记时设立”。据此应收账款质权被明确定位为一种权利质权,属于担保物权的一种。

应收账款质权的实现,本质上是担保物权的实现,而非债权受让人对债权的行使。出质人仍是应收账款的债权人,质权人仅在该债权之上取得一项以“优先受偿”为内容的担保性支配权。质权人直接请求次债务人给付,是行使担保物权的一种实现方式——即通过收取作为担保客体的债权来实现优先受偿。最高人民法院第53号指导案例(福建海峡银行股份有限公司福州五一支行诉长乐亚新污水处理有限公司、福州市政工程有限公司金融借款合同纠纷案),明确指出“污水处理项目收益权属于将来金钱债权,质权人可请求法院判令其直接向出质人的债务人收取金钱并对该金钱行使优先受偿权,故无需采取折价或拍卖、变卖之方式。”

三、应收账款质权实现的路径与诉讼结构的设计

(一) 应收账款质权的特殊实现方式:要求次债务人直接给付

《民法典》除“折价、拍卖、变卖”的一般规定外,并未对应收账款质权实现方式做特殊规定。但《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》第61条第2款进一步明确:以现有的应收账款出质,质权人可以“应收账款债务人为被告,请求就应收账款优先受偿”。这一规定实质上确定了应收账款质权的特殊实现方式,即质权人可直接以次债务人为被告,请求法院判令次债务人直接向质权人履行,从而

实现优先受偿。

（二）应收账款质权实现的诉讼结构设计

实践中，质权人在主债务人违约后，往往希望在一个诉讼中能同时要求主债务人和次债务人清偿，一次性解决全部的纠纷，避免诉累。对此笔者认为可以在同一个诉讼中同时提出三项请求：其一，请求主债务人偿还主债务；其二，请求确认对质押应收账款享有优先受偿权；其三，请求次债务人直接向质权人清偿。

上述三项请求以两种不同的法律关系为基础，即债权债务关系和质权关系。这三项请求能否在同一诉讼中一并审理，取决于程序法上的诉的合并规则。

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221条规定“基于同一事实发生的纠纷，当事人分别向同一人民法院起诉的，人民法院可以合并审理。”质权人对主债务人的还款请求与对次债务人直接清偿的请求，均源于“出质人以其次债务人的应收账款为主债务提供质押”这同一事实，符合“基于同一事实”的合并审理要件。

此外，从体系上看，应收账款质权与保理、债权让与在《民法典》及其担保制度司法解释中被置于同一规范框架，而担保制度解释第66条第2款规定了，有追索权的保理人“一并起诉应收账款债权人和应收账款债务人的，人民法院可以受理”，为质权人一并起诉出质人和次债务人提供了参照。

（三）司法实践中的类型

从检索到的类案看，质权实现的诉讼结构在实践中主要有以下三种类型：

类型一：一并起诉主债务人与次债务人，同时主张“请求出质人还款、确认优先受偿权，并要求次债务人直接付款”。

类型二：仅起诉次债务人，不追加主债务人（出质人）。

类型三：在主债务诉讼之外，另行对次债务人提起诉讼。

司法实践中对于质权实现的诉讼结构总体持开放的态度，但对于“次债务人直接清偿”这一诉请是否支持，往往取决于应收账款数额是否确定，这也就意味着“应收账款数额确定”是质权实现的一项隐形要件。

四、次债务人的程序地位与实体抗辩

（一）次债务人的程序地位

在质权人直接起诉次债务人的诉讼中，次债务人毋庸置疑处于被告地位。

而在上述“一诉三请求”的合并诉讼中，主债务人（出质人）与次债务人并非必要共同诉讼的被告，因为质权人对二者的请求分别基于不同的法律关系，诉讼标的并不共同。但二者因“基于同一事实”而被合并审理，属于因诉的合并而形成的共同被告。实践中，二者是否必须列为共同被告，存在分歧。

笔者认为，将主债务人（出质人）与次债务人列为共同被告更有利于查清应收账款的真实性，一次性解决纠纷，同时能通过司法途径给次债务人施压，促使其尽快清偿债务。

（二）次债务人的实体抗辩

担保制度解释第61条对次债务人在质权实现诉讼中享有的实体抗辩做了三个层次的规定：

第一，确认后的禁反言。第61条第1款规定，“以现有的应收账款出质，应收账款债务人向质权人确认应收账款的真实性后，又以应收账款不存在或者已经消灭为由主张不承担责任的，人民法院不予支持。”即一旦次债务人确认了应收账款的真实性，就不得再以该应收账款不存在或已消灭为由对抗质权人。这实质上产生了以应收账款金额为限的“保证”效

果。

第二，未确认时的举证责任分配。第61条第2款规定，“以现有的应收账款出质，应收账款债务人未确认应收账款的真实性，质权人以应收账款债务人为被告，请求就应收账款优先受偿，能够举证证明办理出质登记时应收账款真实存在的，人民法院应予支持；质权人不能举证证明办理出质登记时应收账款真实存在，仅以已经办理出质登记为由，请求就应收账款优先受偿的，人民法院不予支持。”实践中，登记机构对于登记的事项仅做形式审查而非实质审查，因此不能推定应收账款真实存在。这一规定也明确了登记仅具有公示和确定优先顺位的功能，不能作为应收账款真实存在的证据。

第三，通知后的履行抗辩。第61条第3款规定，“以现有的应收账款出质，应收账款债务人已经向应收账款债权人履行了债务，质权人请求应收账款债务人履行债务的，人民法院不予支持，但是应收账款债务人接到质权人要求向其履行的通知后，仍然向应收账款债权人履行的除外。”这一规定意味着：若次债务人在接到质权人通知前已向出质人履行，则质权人不能要求其再次履行；若次债务人在接到通知后仍向出质人履行，则不能对抗质权人。

五、质权实现的要件体系与举证责任

（一）实体要件

其一，质权有效设立。根据《民法典》第445条第1款规定，应收账款质权自办理出质登记时设立。质权有效设立的要件包括：质押合同有效（书面形式、当事人适格、标的特定）、出质人对处分权（出质人须对应收账款享有合法处分权）、以及办理出质登记。其中登记是设立要件，未登记则质权不设立，质权人无从主张优先受偿。

其二，主债务履行期届满且未获清偿。根据《民法典》第436条第2

款规定,质权的实现以主债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现质权情形为前提。

其三,应收账款真实存在。应收账款作为担保客体,若自始不存在,则质权因客体缺失而落空。如前述担保制度解释第61条对“应收账款真实性”构建了完整的举证责任规则,不再赘述。

其四,应收账款数额确定。这是司法实践中在“应收账款真实存在”之外发展出的一个隐性要件。即使质权有效设立、应收账款真实存在,若其具体数额无法确定,法院仍会暂不支持“次债务人直接向质权人给付”的请求。这一要件的法理在于:法院判令次债务人“直接给付”,必须有一个确定可执行的给付数额;数额不确定,则判决主文无法具体化,也无法强制执行。

(二) 举证责任的分配

质权实现诉讼中的举证责任,核心在于应收账款真实性的证明。综合以上,分配规则如下:

如次债务人已确认应收账款真实性,则质权人无需对应收账款真实性举证;

如次债务人未确认,则质权人需证明办理出质登记时应收账款真实存在;

质权人不能以“已办理出质登记”为由推定应收账款真实存在。

这一举证责任分配,实际上是将“应收账款真实性”的核查风险,交给了质权人一方。

六、实务应对:应收账款质押登记制度的公信力缺失及其补救

应收账款质押登记不具公信力,是应收账款质权实现中一切真实性争议的制度根源。相较于不动产登记、证券登记等具有公信力的登记制度,应收账款质押的“声明登记制”在便利登记、降低成本的同时,不可避免

地牺牲了登记的公信力。

由此带来的问题是：质权人（尤其是金融机构）不得不投入大量成本对应收账款进行“确权”（即取得次债务人的书面确认），否则将面临质权落空的风险。

笔者认为，这一困境的缓解，有三条路径：其一，强化“确认”机制的制度化，鼓励乃至引导次债务人在质押设立时出具确认文件，使“确认”成为应收账款质押的常规操作而非例外；其二，完善登记系统的信息功能，通过登记信息的真实、完整、及时，尽可能降低信息不对称；其三，在解释论上，对次债务人“确认”的效力作适当扩张，将次债务人收到质押通知后“明知而不异议”的沉默，在特定情形下（如存在交易习惯、当事人有约定）视为对其确认义务的违反，从而在个案中平衡质权人与次债务人的利益。