

国枫周刊

GRANDWAY WEEKLY



GRANDWAY

2022年第46期 总第710期

2022/12/30



北京国枫律师事务所（北京-上海-深圳-成都-西安-香港）

Grandway Law Offices (Beijing-Shanghai-Shenzhen-Chengdu-Xi'an-Hong Kong)

地址:北京市东城区建国门内大街26号新闻大厦7层 Address: 7/F, Beijing News Plaza, NO.26

层

Jianguomenneidajie,

邮编:100005

Dongcheng District, Beijing, China, 100005

电话:010-66090088/88004488

Tel:86-10-6609-0088/8800-4488

传真:010-66090016

Fax:86-10-6609-0016

网址:www.grandwaylaw.com

Website:www.grandwaylaw.com

（本周刊仅供本所内部交流及本所客户参阅之用）

目录 CONTENTS

国枫动态 GRANDWAYLAW NEWS	2
国枫提供法律服务的今大禹挂牌项目取得全国股转公司同意挂牌函.....	2
The Letter of Consent to the Listing of the NEEQ Co., Ltd. for the Listing on the Jindayu Listing Project for which Guo Feng provided legal services	2
国枫合伙人张宇律师被聘为成都市温江区劳动人事争议仲裁委员会仲裁员	3
Guofeng lawyer Zhang Yu appointed as arbitrator of Chengdu Wenjiang District Labor and Personnel Dispute Arbitration Committee.....	3
法制动态 SECURITIES INDUSTRY NEWS	4
最高人民法院关于为促进消费提供司法服务和保障的意见	4
Opinions of the Supreme People's Court on providing judicial services and safeguards for promoting consumption.....	4
最高人员法院关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见	13
Opinions of the Supreme People's Court on providing judicial services and guarantees for stabilizing employment.....	13
最高人民法院就《促进消费意见》和《稳定就业意见》答记者问	19
Reply by the Supreme People's Court to journalists' questions on the opinions on promoting consumption and the opinions on stabilizing employment.....	19
专题研究 RESEARCH ON CURRENT ISSUES	24
关于建设工程施工合同中挂靠人对发包人的诉权分析	24
Analysis of the claim right of the affiliated party against the owner in the construction contract.....	24
律所人文 GRANDWAY COMMUNITY	30
一元复始 万象更新.....	30
A new era begins and everything is renewed.....	30

国枫提供法律服务的今大禹挂牌项目取得全国股转公司同意挂牌函

The Letter of Consent to the Listing of the NEEQ Co., Ltd. for the Listing on the Jindayu Listing Project for which Guo Feng provided legal services

近日，由北京国枫律师事务所提供法律服务的北京今大禹环境技术股份有限公司（以下称“今大禹”）申请股票在全国中小企业股份转让系统挂牌项目取得全国中小企业股份转让系统有限责任公司《关于同意北京今大禹环境技术股份有限公司股票在全国中小企业股份转让系统挂牌的函》。

今大禹深耕工业废水处理领域，依托多年来自主研发形成的工业废水预处理、生化处理、高级氧化、浓水处理、零排放、产品回用全流程的核心技术体系和高效精细的运营管理服务体系，为客户提供水处理解决方案和精细化运营管理等服务。今大禹依托自主研发的靶向催化氧化技术、膜清洗与维护技术、精细化智能混氧反应床等一系列核心技术，完成了多个具有代表性的工业废水处理项目的建设运营，其自主研发的“焦化废水深度处理回用技术”荣获中国炼焦行业协会焦化技术创新成果一等奖。

北京国枫律师事务所作为今大禹的法律顾问，全程提供了专业优质的法律服务。本项目由胡琪律师团队承办，项目组成员包括董一平律师、许桓铭律师、刘璐。

感谢今大禹对国枫的信任与支持，同时感谢主办券商首创证券股份有限公司、审计机构立信会计师事务所（特殊普通合伙）对国枫工作的通力配合，也感谢为本项目辛勤付出的每一位国枫同事。

国枫合伙人张宇律师被聘为成都市温江区劳动人事争议仲裁委员会 仲裁员

Guofeng lawyer Zhang Yu appointed as arbitrator of Chengdu Wenjiang
District Labor and Personnel Dispute Arbitration Committee

近日，成都市温江区劳动人事争议仲裁委员会为新聘任的仲裁员颁发证书，国枫成都办公室合伙人张宇律师经资格审查、综合评定等众多程序遴选后正式受聘为温江区劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员。

张宇律师深耕于劳动人事、“一带一路”东南亚投资、争议解决（诉讼与仲裁）、房地产等多项专业领域，系中华人民共和国司法部涉外律师专家人才库成员，曾获四川省优秀青年律师和成都市优秀律师称号，现任四川省外事专委会委员、成都市律师代表、成都市律师执业面试考官、成都市律协自贸区专委会副秘书长，亦同时担任成都仲裁委员会仲裁员、昭通仲裁委员会仲裁员、郫都区劳动人事争议仲裁委员会仲裁员及成都市律师调解员等职。

近年来，张宇律师为众多国有企业、领事馆、大型外资企业提供了诸多劳动人事方面的专项法律服务，得到了客户的一致认可和赞许。

此次受聘仲裁员，充分体现了温江区劳动人事争议仲裁委员会对国枫律师专业能力与法律素养的高度认可，张宇律师亦表示将继续以高度责任感和使命感投入仲裁事业，发挥专业优势，为劳动争议解决和社会和谐稳定贡献法律力量。



最高人民法院关于为促进消费提供司法服务和保障的意见

Opinions of the Supreme People's Court on providing judicial services and safeguards for promoting consumption

法发〔2022〕35号

消费对经济发展具有基础性作用，最终消费是经济增长的持久动力。促进消费对释放内需潜力、推动经济转型升级、保障和改善民生具有重要意义。为完整、准确、全面贯彻新发展理念、加快构建新发展格局、着力推动高质量发展，进一步发挥人民法院职能作用，服务保障全面促进消费、加快消费提质升级，助力实施扩大内需战略，提出如下意见。

一、加强消费者权益司法保护

1. 以最严的举措保护食品、药品安全。严格贯彻落实“四个最严”要求，充分发挥审判职能，对食品和药品生产、运输、仓储、销售全链条所涉制假售假行为进行严厉打击，确保人民群众“舌尖上的安全”和“针尖上的安全”。严格依法适用首负责制，避免生产者和经营者相互推诿，及时保护消费者合法权益。依法支持和监督行政机关管理生产经营不符合食品安全标准食品的食品生产者、违法生产经营行为造成严重后果的食品生产者，以及生产、销售、使用假药、劣药的生产经营者，维护市场秩序。依法严厉惩治生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪，以及生产、销售假药罪和生产、销售劣药罪，充分发挥刑罚对涉食品、药品安全犯罪行为的震慑作用。

2. 以最严的手段斩断“黑作坊”生产经营链条。生产经营未依法标明生产者名称、地址、生产日期、保质期的预包装食品，消费者主张生产者承担惩罚性赔偿责任的，人民法院应当依法支持，但法律、行政法规、食品安全国家标准对标签标注事项另有规定的除外。未取得药品相关批准证明文件而生产药品或者明知是此类药品而销售，药品的适应症、功能主治或者成分不明的，按妨害药品管理罪惩

处；药品被依法认定为假劣药，生产经营者同时构成生产、销售假药罪或者生产、销售劣药罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。既要依法追究生产者责任，也要依法追究经营者责任，坚决斩断“黑作坊”食品、药品的生产经营链条。

3. 以最严的赔偿责任遏制食品、药品制假售假行为。充分发挥惩罚性赔偿责任对制假售假行为的遏制作用。生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，生产假药、劣药或者明知是假药、劣药仍然销售、使用，消费者、受害人或者其近亲属请求生产经营者承担惩罚性赔偿责任的，人民法院应当依法支持。

4. 加强预付式消费中消费者权益保护。经营者以打折、低价吸引消费者预存费用、办卡消费后，不兑现承诺，随意扣费、任意加价、降低商品或者服务质量，消费者请求经营者承担违约责任的，人民法院应当依法支持。经营者收取消费者预付款后未与消费者签订书面合同，导致双方对合同内容产生争议的，可依据交易习惯和民法典第五百一十一条规定认定合同内容。经营者收取预付款后，终止营业却不通知消费者退款，导致消费者既无法继续获得商品或者服务也无法申请退款，构成欺诈的，对消费者请求经营者承担惩罚性赔偿责任的诉讼请求，人民法院应当依法支持。经营者的行为构成犯罪的，依法追究刑事责任。

5. 依法整治消费领域“霸王条款”。提供格式条款的经营者未依法履行提示或者说明义务，致使消费者没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，消费者有权主张该条款不成为合同的内容。消费者主张经营者提供的排除或者不合理地限制消费者主要权利的格式条款，以及不合理地免除或者减轻经营者责任的格式条款无效的，人民法院应当依法支持。对格式条款的理解发生争议，消费者主张依照民法典第四百九十八条规定进行解释，经营者以其享有最终解释权为由进行抗辩的，人民法院对其抗辩不予支持。

6. 妥善审理直播电商、平台纠纷案件。结合直播间运营者是否尽到标明义务以及交易外观、直播间运营者与经营者的约定、与经营者的合作模式、交易过程以及消费者认知等因素认定直播间运营者责任。网络餐饮服务平台经营者未尽实名登记、审查许可证等法定义务，消费者主张网络餐饮服务平台经营者与入网餐饮服务

提供者承担连带责任的，人民法院应当依法支持。综合销售者出售商品的性质、来源、数量、价格、频率、是否有其他销售渠道、收入等因素，能够认定销售者系从事商业经营活动，在二手商品网络交易平台购买商品受到损害的消费者主张销售者依据消费者权益保护法承担经营者责任的，人民法院应当依法支持。

7. 加强新业态下消费者权益保护。消费者通过网络购买商品，有权依法自收到商品之日起七日内退货，无需说明理由，但是法律另有规定的除外。消费者因检查商品的必要对商品进行拆封查验且不影响商品完好，电子商务经营者不得以商品已拆封为由主张不适用七日无理由退货制度。电子商务经营者作出更优承诺的，应当遵守。收到商品七日后符合法定或者约定的合同解除条件，消费者主张及时退货的，人民法院应当依法支持。

8. 加强快递服务消费者权益保护。因快递人员擅自使用快递商品、违规打开快递包装、暴力分拣快递等故意或者重大过失行为导致快递商品丢失、毁损，消费者请求赔偿损失，快递服务提供者依据免责条款提出免责抗辩的，人民法院对其抗辩不予支持。经营者向消费者盲发快递，消费者请求无条件退货的，人民法院应当依法支持。

9. 加强消费者个人信息保护。经营者处理敏感个人信息、跨境转移个人信息等行为应当取得消费者单独同意，经营者以其获得消费者概括同意为由进行免责抗辩的，人民法院对其抗辩不予支持。经营者过度收集消费者个人信息、在消费者撤回同意后未停止处理或者未及时删除消费者个人信息、未取得未成年消费者父母或者其他监护人的同意处理不满十四周岁未成年消费者个人信息，消费者请求经营者承担停止侵害等民事责任的，人民法院应当依法支持。经营者以消费者不同意处理个人信息为由拒绝提供商品或者服务，致使消费者被迫同意经营者处理个人信息，消费者请求经营者承担停止侵害等民事责任的，人民法院应当依法支持。经营者处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。

10. 加强住房消费者权益保护。严格保护依法成立生效的房屋买卖合同，维护市场秩序，助力实施房地产市场平稳健康发展长效机制，积极保护居民合理自住需

求，遏制投资投机性需求，促进居住消费健康发展，推动实现稳地价、稳房价、稳预期。对当事人逾期付款、逾期交房、逾期办证等违约行为引起的商品房买卖合同纠纷，人民法院要加强调解，引导当事人协商解决纠纷；当事人请求违约方承担逾期付款、逾期交房、逾期办证的违约责任的，人民法院应当依照合同约定或者商品房买卖合同司法解释第十三条和第十四条规定处理。出卖人出售房屋后又与第三人恶意串通，另行订立商品房买卖合同并将已出售房屋交付第三人使用，导致原来的买受人无法取得房屋的，人民法院应当依法认定出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效。

11. 妥善处理消费者出行纠纷。疫情或者疫情防控措施导致消费者不能履行旅游、客运、住宿等合同，消费者请求解除合同、退还定金和价款等费用的，人民法院应当依法支持。消费者请求变更经营者提供服务的时间等合同内容的，人民法院应当加强调解；调解不成的，人民法院可综合考虑交易习惯、合同目的、案件具体情况等因素作出裁判。经营者仅以消费者超出其公布的退款时间为由，主张拒退、少退定金和价款等费用的，人民法院不予支持。充分发挥旅游巡回法庭作用，就地、快速解决旅游纠纷，方便消费者景区维权。

12. 妥善处理涉疫情消费购物纠纷。经营者明知口罩、护目镜、防护服、消毒液等防疫物品属于假冒伪劣商品仍然经营，构成欺诈，消费者请求经营者承担惩罚性赔偿责任的，人民法院应当依法支持。经营者的行为构成犯罪的，依法追究刑事责任。疫情期间，经营者利用消费者处于危困状态、缺乏判断能力等情形，哄抬物价、收取高额快递费等费用，致使所订立的合同显失公平，消费者请求撤销合同的，人民法院应当依法支持。合同被撤销后，消费者不能返还或者没有必要返还合同标的物的，人民法院可根据相关法律规定、交易习惯和公平原则认定消费者应折价补偿的价款。

13. 妥善处理医疗健康服务和体育消费纠纷。依法审理医疗损害责任纠纷案件，积极保护患者等各方当事人的合法权益。依法惩处涉医违法犯罪，严惩“医闹”，维护正常医疗秩序，构建和谐医患关系。积极引导医疗机构等主体增加高质量的医疗、养生保健、康复、健康旅游等服务，助力推进健康中国建设。准确适用

自甘风险等民事法律制度，妥善处理体育消费中产生的各类纠纷，促进群众体育消费，助力实施全民健身战略。

14. 加强未成年消费者权益保护。妥善处理生育、托育、教育等服务合同纠纷，促进育幼服务消费发展，助力提升教育服务质量。学校、托幼机构等单位的食堂未严格遵守法律、行政法规和食品安全标准，未从取得食品生产经营许可的企业订餐，或者未按照要求对订购的食品进行查验，导致提供的食品不符合食品安全标准，消费者请求其承担赔偿责任的，人民法院应当依法支持。依法办理危害食品安全刑事案件，将“危害专供婴幼儿的主辅食品安全”作为加重处罚情节，加强对未成年人食品安全的特殊保护。网络游戏、网络直播服务提供者违反法律规定向未成年人提供网络游戏、网络直播服务，收取充值费用、接受直播打赏，消费者请求返还游戏充值费、打赏费的，人民法院应当依法支持。限制民事行为能力人未经其监护人同意，通过参与网络付费游戏或者网络直播平台打赏等方式支出与其年龄、智力不相适应的款项，消费者请求返还该款项的，人民法院应当依法支持。加大对网络违法行为整治力度，积极营造健康、清朗、有利于未成年人成长的网络环境。

15. 加强老年消费者权益保护。通过夸大宣传、虚构商品或者服务的治疗、保健、养生等功能，向老年消费者销售质次价高的商品或者服务，构成欺诈，消费者请求生产经营者承担惩罚性赔偿责任的，人民法院应当依法支持。经营者诱导老年消费者购买不符合其需求或者明显超出其需求范围的保健食品等商品或者服务，致使合同显失公平，消费者请求撤销合同的，人民法院应当依法支持。经营者的行为构成诈骗罪的，依法追究刑事责任；同时构成生产、销售伪劣产品罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。通过营造良好法治环境，服务养老事业和养老产业协同发展，助力发展银发经济。

16. 加强农村消费者权益保护。依法严厉打击农村食品市场存在的假冒知名品牌、滥用食品添加剂、销售过期食品以及制售无生产厂家、无生产日期、无保质期、无食品生产许可的食品等违法行为。助推“快递进村”，为大型商贸流通企业、电子商务平台和现代服务企业向农村延伸、开拓农村消费市场提供优质司法服务，让农村消费者充分享受好商品、好服务、好价格。

二、加强生产经营者权益司法保护

17. 依法保护生产经营者的产权和经营自主权。加强产权司法保护，全面依法平等保护各类产权，完善以公平为原则的产权保护制度，充分发挥产权保护对激励商品和服务产出的作用，助力扩大消费供给。依法审理涉市场准入和经营自主权等行政案件，充分保障生产者依法自行组织生产经营的权利。对于行政机关违法限制生产者建设汽车充电设施、物业管理公司无理阻碍业主建设汽车充电设施的行为，应依法予以规范，助力解决电动汽车消费中的痛点、堵点问题。

18. 依法保护农村各类市场主体权益。依法惩治生产销售假种子、假化肥、假农药等不符合国家强制性技术标准或者安全标准的农业生产资料、伪劣商品等违法犯罪行为，依法保护农村市场主体合法权益。严厉打击种子套牌侵权行为，切实维护种业创新主体合法权益，净化种业市场，维护粮食安全。助推实施“数商兴农”和“互联网+”农产品出村进城等工程，助力实现质量兴农、科技兴农和绿色发展目标，为实施乡村振兴战略提供有力司法服务和保障。

19. 加强知识产权保护。严格实施知识产权侵权惩罚性赔偿制度，有效遏制知识产权侵权行为，通过加强司法保护促进科技创新成果的产出和运用，助力科技强国建设。依法整治知识产权领域虚假诉讼、恶意诉讼、滥用诉权等不诚信诉讼行为，积极为广大市场主体技术研发和科技创新创造良好法治环境。加大对“专精特新”中小企业关键核心技术和原始创新成果的司法保护力度，支持和引导市场主体通过技术进步和科技创新提升核心竞争力，积极发挥供给侧对消费升级的支撑引领作用。加强文化创意作品著作权保护，鼓励文化创意产品创作，助推优质文化资源开发和中华优秀传统文化创造性转化、创新性发展，助力增加优质文化产品和服务供给。

20. 保障平台经济健康有序发展。准确认定电子商务平台经营者、平台内经营者以及货运物流服务提供者等主体的法律责任。依法保护、引导电子商务平台经营者、快递物流经营者等市场主体在疫情防控中做好防疫物资和重要民生商品保供“最后一公里”的线上线下联动。引导电子商务平台经营者等市场主体加快人工智能、云计算、区块链、操作系统、处理器等领域技术研发突破和商业模式创新，不断开拓新的消费市场。把握好平台经济发展中的“红绿灯”，稳定发展预期，激发

投资活力，助力构建电子商务平台经营者、平台内经营者、消费者等各方权益均得到有效保护、各方积极性均得到充分激发的平台发展环境，让资本在促消费、稳增长、惠民生方面发挥更大更好的作用。

21. 助力培育新型消费。依法支持线上线下商品消费融合发展。助推传统线下业态数字化改造和转型升级，助力智慧超市、智慧商店、智慧餐厅等新零售业态发展。依法保护 5G 网络和千兆光网应用，依法支持自动驾驶、无人配送等技术应用。妥善处理“互联网+社会服务”、“互联网+医疗健康”服务等新服务类型引发的纠纷，既要依法保护消费者合法权益，又要依法支持无接触交易服务等新类型消费模式发展。妥善处理共享出行、共享住宿、共享旅游等共享经济领域产生的纠纷，合理认定相关民事主体的注意义务和法律责任，支持和引导新的生活和消费方式健康发展。依法保护新个体经济，支持社交电商、网络直播等多样化经营模式。

22. 妥善处理房屋租赁合同纠纷。疫情或者疫情防控措施导致小微企业、个体工商户等承租人没有收入或者收入明显减少，造成支付租金困难，出租人请求解除房屋租赁合同、由承租人承担违约责任的，人民法院应当加强调解，引导出租人和承租人合理分担损失，共克时艰。对国有房屋租金数额发生争议，承租人请求按照有关政府机关的规定减免租金的，人民法院应当依法支持。出租人减免租金后主张税务机关按照相关规定减免当年房产税、城镇土地使用税，符合法律规定或者国家税收政策的，人民法院应当依法支持。

三、维护诚信公平高效的市场秩序

23. 营造诚实守信的市场环境。生产经营者虚构、夸大商品和服务的功效，构成欺诈，消费者请求生产经营者承担惩罚性赔偿责任的，人民法院应当依法支持。生产经营者的行为构成犯罪的，依法追究刑事责任。坚决打击电信网络诈骗等犯罪活动，遏制欺诈消费者的不诚信行为，引导生产经营者通过提高商品和服务质量获得竞争优势。促进经营者诚实守信经营，保障消费者明明白白消费。

24. 维护有利于促进消费的公平竞争市场秩序。依法规制具有市场支配地位的电子商务平台经营者等市场主体实施收取垄断高价、强制“二选一”等滥用市场支

配地位行为。积极营造有利于小微企业、个体工商户发展的营商环境，遏制因垄断、不正当竞争导致市场竞争环境恶化而损害消费者权益的行为，充分发挥小微企业、个体工商户在丰富商品和服务供给、增加群众收入、促进消费发展中的作用。依法规范歧视性待遇、虚假宣传、刷单炒信、强制搭售等直接损害消费者权益的垄断和不正当竞争行为，积极营造公平竞争的市场环境。

25. 推动构建有利于增强消费信心的社会信用体系。加强与行政机关等单位的信息沟通，积极对接市场监管部门消费领域失信名单制度，推动共建失信违法生产经营经营者信息披露平台。完善守信激励和失信惩戒机制，增加违法经营成本，营造不敢、不能、不愿违法经营的市场环境。依法支持、引导行业协会、电子商务平台经营者等主体构建协会内和平台内信用惩戒机制，通过行业自治、平台规制防范和减少欺诈等违法生产经营行为，助力加强消费信用体系建设。积极推动建设多力量参与、多渠道共建、多平台共促，有利于遏制欺诈、增强消费信心的社会信用体系。

26. 依法保障安全高效的物流体系。进一步加强行政审判，妥善处理涉商品流通等行政案件，既要依法支持行政机关采取的必要防疫举措，又要依法纠正违法设卡、阻碍物流等不当干预微观经济活动的行政行为，保障商品正常流通，推动跨区域物资运输畅通有序，助力生活必需品“保供稳价”。按照“统筹疫情防控和经济社会发展”的要求，助力防疫、生产、消费统筹兼顾、有序开展，促进全国统一大市场建设。

四、进一步提升司法服务水平

27. 提升消费纠纷在线化解质效。当事人及其诉讼代理人等因受疫情影响不能正常出庭参加诉讼，符合条件的，依法在线开展诉讼活动。推动完善电子认证等数字应用基础设施，主动适应互联网时代消费发展要求，回应人民群众公正、高效、便捷解纷的司法需求。准确适用在线诉讼规则等规定，充分发挥在线诉讼灵活、简便、全天候、易操作等优势。准确适用在线调解规则等规定，充分发挥在线调解多元化参与、全流程在线、开放式融合、一体化解纷等优势，实现提升消费纠纷在线化解质效与保障人民群众合法诉讼权益相统一。

28. 完善消费者权益司法救济制度。进一步完善消费民事公益诉讼与私益诉讼衔接机制，探索建立食品安全民事公益诉讼惩罚性赔偿制度。依法办理消费公益诉讼案件，充分发挥公益诉讼保护消费者合法权益、遏制违法生产经营行为、维护诚信高效市场秩序的作用。探索建立消费者集体诉讼制度，充分利用小额诉讼制度，降低消费者维权成本，及时、高效保护消费者合法权益。不断增加对农村消费者的司法服务供给，积极引导和协调消费者组织、公益诉讼主体、司法救助力量向农村地区倾斜。充分发挥人民法院立足基层、面向群众、服务农村的优势，妥善处理涉休闲农业、乡村旅游、民宿经济等纠纷。

29. 推动构建有利于促进消费的综合治理体系。坚持系统思维，综合治理。充分发挥一站式多元纠纷解决和诉讼服务体系作用，广泛邀请人民调解、行业专业调解、行政调解的调解员，以及人大代表、政协委员、行业专家、退休法律工作者等参与消费纠纷调解，多元化解纠纷。通过发出司法建议、交换信息、联合信用惩戒等方式，对制售假冒伪劣商品、侵害个人信息权益、虚假宣传等违法生产经营行为形成规制合力。积极构建司法机关、行政机关、消费者组织、行业协会等多方参与的多元治理体系，完善多元化消费维权机制和纠纷解决机制，为保护消费者权益、促进消费营造良好法治环境。

30. 加强消费者权益司法保护宣传工作。充分发挥司法裁判的示范引领作用，通过以案说法、发布典型案例、开展巡回审判、送法进村进企进校等方式加强消费者权益司法保护宣传工作，普及消费者权益保护法律知识；依法保护新闻媒体对制售假冒伪劣商品等违法生产经营行为的舆论监督；引导生产经营者诚实守信经营，倡导节约集约的绿色生活方式，营造安全诚信放心的消费环境。

最高人民法院

2022年12月27日

最高人民法院关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见

Opinions of the Supreme People's Court on providing judicial services and guarantees for stabilizing employment

法发〔2022〕36号

就业是最基本的民生。坚持突出做好稳就业工作，落实落细就业优先政策，是实施就业优先战略的内在要求和重要基础。为完整、准确、全面贯彻新发展理念，加快构建新发展格局，着力推动高质量发展，更好统筹疫情防控和经济社会发展，现就进一步发挥人民法院职能作用，服务保障稳就业大局，提出如下意见。

一、推动落实就业优先政策，支持稳市场主体保就业

1. 推动落实阶段性缓缴社会保险费政策，减轻用人单位用工负担。依法受理因就业优惠政策实施引发的行政案件，坚决依法支持符合条件的用人单位享受阶段性降低社会保险费率、缓缴社会保险费、失业保险费稳岗返还等优惠政策，切实减轻用人单位在用工、社保等方面的经营压力和负担，帮助受疫情严重冲击的行业、中小微企业和个体工商户复工复产。妥善审理用人单位因拖欠社会保险费等被责令补缴的行政案件，依法依规考虑企业复工复产实际情况，可以通过延展补缴期限等方式协调解决，平衡好为用人单位减负与维护劳动者合法权益的关系，促进行政争议实质性化解。依法妥善审理社会保险纠纷案件，参保单位享受阶段性缓缴社会保险费政策，劳动者主张缓缴期间用人单位未依法缴纳社会保险费，依据劳动合同法第三十八条第一款第三项的规定解除劳动合同的，人民法院应当依法审慎处理。

2. 推动落实阶段性减免房产租金等助企纾困政策，支持中小微企业稳就业规模。依法妥善审理房屋租赁合同纠纷等案件，推动落实阶段性减免国有房产租金等政策，引导出租人减免或者缓收租金，依法减轻中小微企业、个体工商户等负担，稳住中小微企业就业规模。承租国有企业房屋或者行政事业单位房屋用于经营，符合政策条件的服务业中小微企业、个体工商户等请求按照国家有关政策减免一定期限内租金的，人民法院应当依法支持。承租非国有房屋的承租人请求减免或者延期支付租金的，可

以引导当事人参照有关租金减免政策、条件进行和解；和解不成的，结合案件实际情况，依照民法典有关规定处理。

3. 推动落实金融支持政策，增强服务行业就业吸纳能力。依法审理金融借款合同纠纷案件，充分考虑延期还本付息、加大普惠小微贷款支持等金融支持政策，对金融机构违反金融支持政策提出的借款提前到期、解除合同等诉讼请求，人民法院不予支持。批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游等服务行业企业、个体工商户等，因受疫情影响生产经营、复工复产暂时困难、无力还款，主张延期还款、分期还款、减免逾期利息、降低利率的，应当积极引导当事人双方协商解决纠纷；协商解决不成，借款人的主张依据充分或者符合政策条件的，人民法院应当依法支持。

4. 依法支持脱贫人口稳岗就业，推动农村劳动力转移就业。为巩固拓展脱贫攻坚成果、全面推进乡村振兴、实施乡村建设行动提供有效司法服务，妥善处理涉“三农”领域传统纠纷以及休闲农业、乡村旅游、民宿经济、健康养老等农村新业态纠纷，妥善处理涉农担保融资纠纷案件，促进农村产业融合发展，推动提升富农产业、本地特色产业就业吸纳能力。深入推进新型城镇化和乡村振兴战略有效衔接，为农村劳动力转移就业提供有效司法服务，依法保障进城落户农民农村土地承包权、宅基地使用权、集体收益分配权，依法平等保护其就业、教育、住房、医疗等民生权益，推动在城镇稳定就业生活、具有落户意愿的农业转移人口便捷落户。推动形成平等竞争、规范有序、城乡统一的劳动力市场，落实城乡劳动者平等就业、同工同酬，完善办理拖欠农民工工资案件的快立快审快执通道，依法适用先予执行，推动完善欠薪治理长效机制，依法推动农业转移人口全面融入城市。

5. 依法支持高校毕业生就业，促进多渠道灵活就业。妥善审理平等就业权纠纷案件，依法纠正用人单位因性别歧视、地域歧视等不予招录、拒绝签订劳动合同的行为，破除各种不合理限制，推动高校毕业生平等就业、多渠道灵活就业创业。依法打击“黑职介”、虚假招聘、售卖简历等违法犯罪活动，依法审理涉就业见习纠纷案件，妥善认定涉就业见习用工法律关系，维护高校毕业生合法就业权益。对因疫情影响不能按时离校的应届毕业生，在处理相关案件时要引导用人单位推迟签约时间，相应延长报到接收、档案转递、落户办理时限。高校畢業生在试用期内因疫情影响不能返岗的，可以引导用人单位采取灵活的试用考察方式考核其是否符合录用条件；无法

采取灵活考察方式实现试用期考核目的的，无法实施考察实现试用期考核目的期间可以协商不计算在原约定试用期内，用人单位通过顺延试用期变相突破法定试用期上限的，人民法院不予支持。科学设置司法辅助岗位，深化落实基层法官助理规范便捷招录机制，畅通政法专业高校毕业生进入基层人民法院就业渠道。

二、依法规范新就业形态用工，推动平台经济可持续发展

6. 准确把握新就业形态民事纠纷案件审判工作要求。推进落实《人力资源社会保障部、国家发展改革委、交通运输部、应急部、市场监管总局、国家医保局、最高人民法院、全国总工会关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（以下简称新业态劳动者权益保障指导意见）有关制度和要求，加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障，支持和规范发展新就业形态，合理认定平台企业责任，支持网约配送、移动出行、网络直播等平台企业在引领发展、创造就业、国际竞争中尽显身手。依法支持劳动者依托互联网平台就业，支持用人单位依法依规灵活用工，引导平台企业与劳动者就劳动报酬、工作时间、劳动保护等建立制度化、常态化沟通协调机制，保障新就业形态劳动者合法劳动权益。适时制定司法政策，发布典型案例，统一裁判标准，发挥个案裁判和司法政策引领作用，推动形成新就业形态用工综合治理机制。

7. 依法合理认定新就业形态劳动关系。平台企业及其用工合作单位与劳动者建立劳动关系的，应当订立书面劳动合同。未订立书面劳动合同，劳动者主张与平台企业或者用工合作单位存在劳动关系的，人民法院应当根据用工事实和劳动管理程度，综合考虑劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度、劳动过程受管理控制程度、劳动者是否需要遵守有关工作规则、劳动纪律和奖惩办法、劳动者工作的持续性、劳动者能否决定或者改变交易价格等因素，依法审慎予以认定。平台企业或者用工合作单位要求劳动者登记为个体工商户后再签订承揽、合作等合同，或者以其他方式规避与劳动者建立劳动关系，劳动者请求根据实际履行情况认定劳动关系的，人民法院应当在查明事实的基础上依法作出相应认定。

8. 加强新就业形态劳动者合法权益保障。不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理的，可以结合新业态劳动者权益保障指导意见有关规定，依法保障劳动者权益。依法保护劳动者按照约定或者法律规定获得劳动报酬的权利；劳动

者因不可抗力、见义勇为、紧急救助以及工作量或者劳动强度明显不合理等非主观因素，超时完成工作任务或者受到消费者差评，主张不能因此扣减应得报酬的，人民法院应当依法支持。推动完善劳动者因执行工作任务遭受损害的责任分担机制。依法认定与用工管理相关的算法规则效力，保护劳动者取得劳动报酬、休息休假等基本合法权益；与用工管理相关的算法规则存在不符合日常生活经验法则、未考虑遵守交通规则等客观因素或者其他违背公序良俗情形，劳动者主张该算法规则对其不具有法律约束力或者请求赔偿因该算法规则不合理造成的损害的，人民法院应当依法支持。

9. 推动健全新业态用工综合治理机制。依法妥善审理涉新就业形态社会保险纠纷案件，支持完善基本养老保险、医疗保险参保办法，推动企业引导和支持不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者，根据自身情况参加相应社会保险。依法妥善审理保险合同纠纷案件，促进平台企业通过购买人身意外、雇主责任等商业保险，提升平台灵活就业人员保障水平。妥善审理机动车交通事故责任纠纷、非机动车交通事故责任纠纷等案件，依法合理认定各方责任，推动平台企业制定注重遵守交通规则等社会秩序的算法规则和规章制度，强化外卖快递从业人员遵守交通规则等社会秩序意识。配合有关部门推动行业协会、头部企业或者企业代表与工会组织、职工代表开展协商，签订行业集体合同或者协议，推动制定行业劳动标准；畅通裁审衔接程序，完善多元化解机制，支持各类调解组织、法律援助机构等依法为新就业形态劳动者提供更加便捷、优质高效的纠纷调解、法律咨询、法律援助等服务。

三、妥善处理劳动争议案件，依法保护双方权益

10. 注重依法保护原则。积极贯彻落实国家助企纾困、促稳定促发展、复工复产等政策要求，正确理解和参照适用国务院有关行政主管部门以及省级人民政府等制定的相关政策文件，准确把握新阶段疫情防控各项政策，妥善处理涉疫情劳动争议案件，积极引导用人单位与职工协商，推动构建和谐劳动关系，确保用人单位有序复工复产，保障劳动者合法权益。坚持依法保护劳动者合法权益和促进用人单位稳定有序发展相结合，努力寻找用人单位和劳动者之间的最佳利益平衡点和结合点，保障劳动者合法权益和就业稳定，为用人单位生存发展、有序运转创造条件。

11.妥善审理劳动合同纠纷案件。用人单位生产经营困难，按照法定程序经与职工代表大会讨论或者经与工会、职工代表等民主协商，对在合理期限内延迟支付工资、轮岗轮休等事项达成一致意见的，可以作为认定双方权利义务的依据。除依法按协商程序降低劳动报酬外，用人单位安排劳动者通过居家办公或者灵活办公等方式提供正常劳动，劳动者请求按正常工资标准支付其工资的，人民法院应当依法支持。依法妥善审理相关案件，积极引导和支持用人单位与劳动者依法协商，采取协商薪酬、调整工时、轮岗轮休、在岗培训等措施稳定工作岗位。

12.推动劳动争议纠纷多元化解。准确适用《人力资源社会保障部、最高人民法院关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见（一）》，推动劳动争议仲裁和诉讼有序衔接，逐步统一裁审受理范围和法律适用标准；加强与人社部门、工会、行业协会联动协作，促使劳动者与企业和解协商、共克时艰，推动构建和谐劳动关系。对于群体性、突发性、敏感性、涉重大利益等劳动争议，应当坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面，积极推动诉源治理，及时做好风险预警，“调、裁、审”协作发力，充分维护劳动者与用人单位合法权益。

四、准确适用程序法律规定，依法保障诉讼权利行使

13.准确适用期限顺延规定。当事人依据民事诉讼法第八十六条规定申请顺延期限的，应当根据疫情防控形势变化以及当事人提供的证据情况综合考虑是否准许，依法保护当事人诉讼权利。当事人及其诉讼代理人等因受疫情影响不能正常出庭参加诉讼，符合条件的，依法在线开展诉讼活动。当事人受疫情影响耽误起诉期限的，对耽误的时间依法予以扣除。劳动争议当事人提供证据证明其因受疫情影响无法在法定仲裁时效期间内申请仲裁，主张仲裁时效中止的，人民法院应当依法支持。

14.切实提高诉讼服务水平。对于企业以及其他市场主体涉及的复工复产纠纷案件，应当高度重视其立案、审理、执行工作，依法高效妥善处理。对于确有困难的当事人申请免交、减交或者缓交诉讼费用的，人民法院应当依法审查并及时作出相应决定；确实需要其他司法救助的，依法及时采取救助措施。对于陷入困境的市场主体特别是中小微企业、个体工商户等，依法审慎采取财产保全措施，依法及时纠正超标的查封、乱查封，可以采取灵活的诉讼财产保全措施或者财产保全担保方式，减轻企业

负担，助力复工复产。完善一站式多元解纷机制，加强线上诉讼服务和互联网审判，持续推动案件繁简分流、简案快审，使合法权益尽快得以实现，各种争议得到依法快速解决，切实降低诉讼成本。

最高人民法院

2022年12月27日

最高人民法院就《促进消费意见》和《稳定就业意见》答记者问

Reply by the Supreme People's Court to journalists' questions on the opinions on promoting consumption and the opinions on stabilizing employment

12月27日，最高人民法院发布《关于为促进消费提供司法服务和保障的意见》（以下简称《促进消费意见》）和《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》（以下简称《稳定就业意见》），最高人民法院民一庭负责人就《促进消费意见》和《稳定就业意见》回答了记者提问。

问题一：中央经济工作会议指出，要把恢复和扩大消费摆在优先位置。请问《促进消费意见》在增强居民消费信心和消费意愿方面有什么有力举措？

答：消费对经济发展具有基础性作用，《促进消费意见》从三方面入手，增强消费信心，提升消费意愿：

一是在消费端，加强消费者权益保护，让消费者放心消费。首先，贯彻落实“四个最严”要求，斩断“黑作坊”食品、药品生产经营链条，保护人民群众“舌尖上的安全”和“针尖上的安全”。其次，严厉整治“霸王条款”、消费欺诈、预付式消费“套路”消费者等消费领域顽疾。意见规定，对格式条款发生争议的，应当依法作出有利于消费者的解释；夸大或虚构治疗、保健、养生等功能，向老年消费者销售质次价高的商品或者服务构成欺诈的，应当依法承担惩罚性赔偿责任；消费者预存费用后，经营者卷款“跑路”构成欺诈的，应当依法承担惩罚性赔偿责任。再次，加强在线消费中消费者权益保护。未成年人网络游戏充值或者网络直播打赏数额过大的，消费者有权依法请求返还；经营者不得以消费者不同意处理个人信息为由拒绝提供商品或者服务；经营者盲发快递，消费者有权请求无条件退货。

二是在生产经营端，保护企业产权、经营自主权和知识产权，鼓励公平竞争、科技创新，发挥供给侧对消费的支撑引领作用。意见规定，依法规范违法限制生产经营者建设汽车充电设施、无理阻碍业主建设汽车充电设施的行为，助力化解电动汽车消费中的堵点；依法整治知识产权领域虚假诉讼等不诚信诉讼行为，为科技创

新营造良好法治环境；把握好平台经济发展中的“红绿灯”，稳定发展预期，激发投资活力；依法支持线上线下商品消费融合发展，助力培育新型消费；妥善处理共享经济领域产生的纠纷，支持和引导新的生活和消费方式健康发展；依法保护新个体经济，支持社交电商、网络直播等多样化经营模式；妥善处理小微企业、个体工商户租房纠纷，确保生产经营有序、消费供给稳定。

三是在市场秩序方面，维护诚信公平高效的市场秩序，促进经营者诚实守信经营，保障消费者明明白白消费。意见要求，严厉打击电信网络诈骗等犯罪活动，遏制欺诈消费者的不诚信行为；依法规制电子商务平台等市场主体实施收取垄断高价、强制“二选一”、歧视性待遇、刷单炒信、强制搭售等垄断和不正当竞争行为，营造公平竞争的市场环境；积极对接市场监管部门消费领域失信名单制度，完善守信激励和失信惩戒机制，助力加强消费信用体系建设，推动构建有利于增强消费信心的社会信用体系；妥善处理涉商品流通等案件，保障商品正常流通，落实“统筹疫情防控和经济社会发展”要求，促进全国统一大市场建设。

问题二：中共中央、国务院印发了《扩大内需战略规划纲要（2022—2035年）》，请问《促进消费意见》对于人民法院如何贯彻实施纲要提出了哪些重要举措？

答：《扩大内需战略规划纲要（2022—2035年）》对“全面促进消费，加快消费提质升级”提出明确要求。《促进消费意见》对标对表纲要规定，提出了以下四方面重要举措。

一是助力提升传统消费。首先，以最严的举措保护食品、药品安全，引导生产经营者通过提高商品和服务质量获得竞争优势，助力提高吃穿等基本消费品质。其次，妥善处理消费者出行纠纷，助力释放出行消费潜力。再次，妥善处理房屋买卖合同纠纷。依法认定房屋买卖合同效力，严格保护依法成立生效的房屋买卖合同，维护市场秩序，促进居住消费健康发展，助力实现稳地价、稳房价、稳预期的目标。

二是保障发展服务消费。首先，加强文化创意作品著作权保护，助推优质文化资源开发和中华优秀传统文化创造性转化、创新性发展，助力增加优质文化产品和

服务供给。其次，保护老年消费者合法权益，服务养老事业和养老产业协同发展，助力发展银发经济，妥善处理生育、托育、教育等服务合同纠纷，促进养老育幼服务消费发展。再次，妥善处理医疗健康服务和体育消费纠纷，依法严惩“医闹”，构建和谐医患关系，引导医疗机构等主体增加高质量的医疗、养生保健、康复、健康旅游等服务。妥善处理体育消费中产生的各类纠纷，促进群众体育消费。

三是服务培育新型消费。首先，助推传统线下业态数字化改造和转型升级，助力智慧超市、智慧商店、智慧餐厅等新零售业态发展。其次，妥善处理“互联网+社会服务”“互联网+医疗健康”服务等新服务类型引发的纠纷，依法支持无接触交易服务等新类型消费模式发展。再次，妥善处理共享出行、共享住宿、共享旅游等共享经济领域产生的纠纷，合理认定相关民事主体的注意义务和法律责任，支持和引导新的生活和消费方式健康发展。最后，依法保护新个体经济，支持和保护社交电商、网络直播等多样化经营模式。

四是完善促进消费工作机制。首先，准确适用在线诉讼规则、在线调解规则等规定，不断提升消费纠纷在线化解质效。其次，完善消费民事公益诉讼与私益诉讼衔接机制，探索建立食品安全民事公益诉讼惩罚性赔偿制度和消费者集体诉讼制度，充分利用小额诉讼制度，及时、高效保护消费者合法权益。再次，积极构建司法机关、行政机关、消费者组织、行业协会等多方参与的多元治理体系，完善多元化消费维权机制和纠纷解决机制。最后，充分发挥司法裁判示范引领作用，引导生产经营者诚实守信经营，倡导节约集约的绿色生活方式，营造安全诚信放心的消费环境。

问题三：中央经济工作会议指出，要落实落细就业优先政策，把促进青年特别是高校毕业生就业工作摆在更加突出位置。《稳定就业意见》为高校毕业生就业提供了哪些司法服务和保障举措？

答：高校毕业生就业关系民生福祉、经济发展和国家未来。据统计，今年我国高校毕业生突破 1000 万大关，创历史新高。中央高度重视高校毕业生就业，采取一系列政策措施，国务院办公厅专门印发《关于进一步做好高校毕业生等青年就业创业工作的通知》，为做好当前和今后一个时期高校毕业生等青年就业创业工作作

出安排部署。《稳定就业意见》立足人民法院职能作用，为高校毕业生就业提供有力司法服务保障举措。

一是坚决反对就业歧视。妥善审理平等就业权纠纷案件，坚决纠正用人单位因性别歧视、地域歧视等不予招录、拒绝签订劳动合同的行为，破除各种不合理限制，推动高校毕业生平等就业。

二是维护合法就业权益。依法打击“黑职介”、虚假招聘、售卖简历等违法犯罪活动，依法审理涉就业见习纠纷案件，妥善认定涉就业见习用工法律关系。对于因受疫情影响不能按时离校的应届毕业生，在处理相关案件时要引导用人单位推迟签约时间，相应延长报到接收、档案转递、落户办理时限。

三是妥善处理涉试用期纠纷案件。高校毕业生在试用期内因受疫情影响不能返岗的，可以引导用人单位采取灵活的试用考察方式考核其是否符合录用条件；无法采取灵活考察方式实现试用期考核目的的，无法实施考察实现试用期考核目的期间可以协商不计算在原约定试用期内，用人单位通过顺延试用期变相突破法定试用期限上限的，人民法院不予支持。

四是完善政法专业毕业生便捷招录机制。人民法院科学设置司法辅助岗位，深化落实基层法官助理规范便捷招录机制，畅通政法专业高校毕业生进入基层人民法院就业渠道，扩大就业岗位。

问题四：党的二十大报告指出，要加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障，支持和规范发展新就业形态。近年来，平台经济、新就业形态不断发展，保护劳动者合法权益、推动平台经济有序健康发展已成为基本共识，《稳定就业意见》对新就业形态劳动关系认定作了哪些规定？

答：近年来，平台经济和新就业形态蓬勃发展，各种灵活就业模式吸纳了许多劳动力就业。国家统计局数据显示，2021年我国灵活就业人员已经达2亿人左右；一些平台外卖骑手达到400多万。《稳定就业意见》推进落实去年人社部、最高人民法院等八部门印发的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》，

坚持保护新就业形态劳动者合法权益与促进平台经济有序健康发展相结合，就如何认定新就业形态劳动关系作了以下规定：

一是明确根据用工事实认定劳动关系的考量因素。平台企业及其用工合作单位与劳动者建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。未订立书面劳动合同，劳动者主张与平台企业或者用工合作单位存在劳动关系的，人民法院应当根据用工事实和劳动管理程度，综合考虑劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度、劳动过程受管理控制程度、劳动者是否需要遵守有关工作规则、劳动纪律和奖惩办法、劳动者工作的持续性、劳动者能否决定或者改变交易价格等因素，依法审慎予以认定。

二是明确据实认定用工法律关系原则。平台企业或者用工合作单位要求劳动者登记为个体工商户后再签订承揽、合作等合同，或者以其他方式规避与劳动者建立劳动关系，劳动者请求根据实际履行情况认定劳动关系的，人民法院应当在查明事实的基础上依法作出相应认定。

三是不完全符合确立劳动关系情形的参照保障。不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理的，可以结合《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》有关规定，依法保护劳动者获得劳动报酬、休息保障、安全卫生保障、相应社会保障等权益。劳动者因不可抗力、见义勇为、紧急救助以及工作量或者劳动强度明显不合理等非主观因素，超时完成工作任务或者受到消费者差评，主张不能因此扣减应得报酬的，人民法院应当依法支持。

四是对用工管理算法作出规范。就用工管理算法规则效力、算法不合理致劳动者损害时的责任承担等作出指引规定，要求妥善审理机动车交通事故责任纠纷、非机动车交通事故责任纠纷等案件，推动平台企业制定注重遵守交通规则等社会秩序的算法规则和规章制度，强化外卖快递从业人员遵守社会秩序意识。

（来源于央视网）

关于建设工程施工合同中挂靠人对发包人的诉权分析

Analysis of the claim right of the affiliated party against the owner in the construction contract

文/曹娟

在建设工程施工合同案件中，挂靠是常见的法律问题。除了因挂靠引发的合同效力问题以外，基于司法解释中关于实际施工人可以直接以发包人为被告主张权利的规定，挂靠人是否有权据此直接起诉发包人，也往往是施工合同案件的争议焦点。最新一期最高院民一庭主编的《民事审判指导与参考》第 87 辑刊载的近期民一庭专业法官会议关于建设工程施工案件的 8 个重要观点，其中前两个观点就是有关该问题的意见。笔者结合案件代理中的案例检索情况，就该问题分析如下。

一、挂靠的法律定义

2019 年 1 月，住房和城乡建设部印发的《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》（以下简称《办法》）第九条规定：“本办法所称挂靠，是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的行为。前款所称承揽工程，包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。”

《办法》第十条规定了属于挂靠的情形：“（一）没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的；（二）有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括资质等级低的借用资质等级高的，资质等级高的借用资质等级低的，相同资质等级相互借用的；（三）本办法第八条第一款第（三）至（九）项规定的情形，有证据证明属于挂靠的。”第八条第一款规定的是九种转包情形，第十条事实上是将其中的七种可能会同时存在借用资质的情形，如果确实存在借用资质的，优先认定为挂靠。

如上，结合挂靠的定义及法定情形，挂靠的内核是借用资质。

二、引发挂靠人是否有权直接起诉发包人这一问题的法律规定

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释[2004]14号）第二十六条第二款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（法释〔2018〕20号）第二十四条规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”《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）》（法释〔2020〕25号）第四十三条第二款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

上述法条中现行有效的是法释〔2020〕25号，为了后文中所援引裁判观点不致引人费解，对法释[2004]14号、法释〔2018〕20号中相应条款一并列举。三个解释中的内容实际上一脉相承，即实际施工人有权直接以发包人为被告主张权利，发包人在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。问题来了，此处的实际施工人是否包括挂靠情形下的实际施工人？存在挂靠情形时，挂靠的一方是否一定是实际施工人？仅就法条文字进行分析，笔者认为此处的实际施工人不包括挂靠中的实际施工人。原因是，无论是法释[2004]14号二十六条、法释〔2018〕20号二十四条，还是法释〔2020〕25号四十三条，相应条款中，与实际施工人这一概念呼应的主体均是转包人、违法分包人，也即均指的是转包和违法分包情形下的实际施工人，并未包括挂靠。那么实践中对该条的理解是否如此，且看下文案例。

三、实践中挂靠人对发包人的诉权

经案例检索，笔者发现此问题的答案不能一概而论，而是不同的案例，往往根据司法解释的规定结合实际案情，区别处理，具体如下：

（一）仅就单纯的挂靠而言，实际施工人无权直接起诉发包人

案例 1:最高人民法院（2017）最高法民申 3613 号《民事裁定书》裁判观点：
《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条适用于建设工程非法转包和违法分包情况，不适用于挂靠情形，二审判决适用法律虽有错误，但判决结果并无不当。该解释第二条赋予主张工程款的权利主体为承包人而非实际施工人，建邦公司主张挂靠情形下实际施工人可越过被挂靠单位直接向合同相对方主张工程款，依据不足。

上述裁判观点，在最高院民事审判第一庭 2021 年第 20 次专业法官会议纪要的意见中得到印证。根据该意见，法释〔2020〕25 号第四十三条是为保护农民工等建筑工人的利益，才突破合同相对性原则，允许实际施工人请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。但对该条解释的适用应当从严把握，因此可以依据第四十三条的规定突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质的实际施工人。

因此，从案例到最高院民一庭专业法官会议意见，仅就挂靠而言，挂靠情形下的实际施工人无权直接起诉发包人。

（二）发包人如果知道挂靠，挂靠人可以作为承包人按照事实合同关系起诉发包人

案例 2:青海省高级人民法院（2018）青民终 236 号《民事判决书》裁判观点：
云海公司明知案涉工程由熊山林实际施工，云海公司与熊山林已形成事实上的建设工程施工合同关系，熊山林可直接向云海公司主张权利……。一审法院判决依照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条的规定，判令云海公司在欠付工程款范围内承担付款责任不当，应予纠正。……综上，云海公司的上诉请求不能成立，应予驳回，其部分上诉理由成立，应予支持。依照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第(二)项规定，判决如下:……

上述判决作出后，云海公司向最高院申请了再审，最高人民法院（2019）最高法民申 2324 号《民事裁定书》驳回了其再审申请，并肯定了前述判决中的裁判观点。

上述裁判观点，其实质赋予了挂靠方作为承包人直接以发包人为被告提起诉讼的权利，但依据的不是突破合同相对性的法释[2004]14 号二十六条，而是以发包人知晓挂靠人与被挂靠人的挂靠关系为由，认定发包人与挂靠人存在事实上的合同关系，并依据[2004]14 号第二条，即：“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”判令发包人直接向挂靠人承担责任，注意此处挂靠人不是以实际施工人的身份，而是承包人的身份主张权利，且发包人承担责任还少了“在欠付工程款范围内”的限定。

经检索，有同类案例甚至不以发包人是否知情为条件，直接认定在挂靠的情况下发包人与挂靠人作为实际履行合同的双方主体成立事实合同关系，挂靠人可以依据[2004]14 号第二条以承包人的身份向发包人主张权利。笔者认为此种认定存有不妥，原因是合同关系的成立以双方当事人意思表示一致为前提，挂靠情形下，即便实际履行合同的主体为发包人和挂靠人，但在发包人不知晓挂靠的情形下，发包人达成协议的意思表示仍是针对被挂靠人的，而并未与挂靠人形成一致意思表示，故不存在所谓的事实合同关系。

对此，最高院民一庭 2021 年第 20 次专业法官会议的意见是：“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与发包人签订建设工程施工合同，在发包人知道或者应当知道系借用资质的实际施工人进行施工的情况下，发包人与借用资质的实际施工人之间形成事实上的建设工程施工合同关系。该建设工程施工合同因违反法律的强制性规定而无效。《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”因此，在借用资质的实际施工人与发包人之间形成事实上的建设工程施工合同关系且建设工程经验收合格的情况下，借用资质的实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。”该观点与本文案例 2 的裁判观点一致。

（三）如果被挂靠人实际参与案涉项目管理、履行了施工企业的义务，则施工合同可能被认定为有效合同，挂靠人或可按照违法分包向发包人直接主张权利

案例 3：最高人民法院（2021）最高法民申 51 号裁判观点：12 月 15 日，中房公司作为发包人与华盛公司作为承包人签订《协议书》。虽然华盛公司与邓龙洲于同日签订的《工程承包协议书》《安全生产承包责任状》约定，项目由邓龙洲独立承包、独立核算、自负盈亏；但在案涉工程项目的建设过程中，华盛公司实际履行了作为施工企业的义务。特别是，富程公司、中房公司于二审中对案涉《协议书》已协商解除的事实没有异议。因此，原审法院认为案涉《协议书》合法有效，事实和法律依据充分，本院予以确认。

该案例涉及的情形，并非单纯意义上的挂靠，其实质是虽然有“挂靠协议”的存在，但签约的承包人又实际履行或参与履行了施工合同，法院据此承认了施工合同的效力，也即并未按照借用资质认定施工合同无效，并进一步肯定了承包人的诉权、优先受偿权，但同时也未否定签订内部承包人协议的个人的诉权。笔者分析，由于承包人实际通过派驻五大员等行为参与施工管理，所以本案既不属于典型的挂靠，也不属于转包。既然施工合同被认定为有效合同，那么签订内部承包协议的个人就丧失了依据《民法典》第七百九十三条（原[2004]14 第第二条）以承包人的身份向发包人主张权利的法律基础。虽然不是转包，但由于此案中签订内部承包协议的个人也实际履行了部分合同内容，符合《办法》中规定的违法分包情形之一“承包单位将其承包的工程分包给个人的”，所以该个人的诉权基础可以是法释（2020）25 号第四十三条中违法分包情形下的实际施工人。

该案例的借鉴意义在于，施工合同案件中不是只要存在内部承包协议等可能性挂靠文本，就当然认为存在挂靠的法律关系，或挂靠人是当然的实际施工人。如果工程实际由被挂靠人全面履约或参与履约，则挂靠人的承包人身份也罢、实际施工人身份也罢可能都将不复存在，也自然可能丧失或部分丧失主张权利资格，或者其诉权基础也将发生变化。

四、诉讼策略

值得一提的是，尽管我们讨论的是挂靠人的诉权问题，司法解释规定的也是实际施工人对发包人提起诉讼的权利，但实际案例中即使按照本文案例 1 的裁判观点，认为挂靠人无权直接起诉发包人，也未见有直接裁定驳回起诉的案例，仍然还

是判决驳回诉讼请求。不过，作为发包人，在应对挂靠人提起的诉讼中，直接以挂靠人不具有原告主体资格为由，要求法院裁定驳回起诉，亦不失为一种程序上釜底抽薪的诉讼策略。当然，发包人若主张挂靠人无权提起诉讼，重点一定在于压实案件中的挂靠情形，还得强调自己对挂靠并不知情，而万不能走向认为挂靠人不是实际施工人、被挂靠人实际参与项目施工的路径。否则，一方面挂靠人还有以违法分包中实际施工人的身份向发包人主张权利的出路；另一方面，即便可以在此诉中避免向挂靠人承担责任，却为应对被挂靠人提起的诉讼埋下了隐患，隐患的重点是把一个可能的无效合同打成了有效合同，发包人因此付出的价款、承担的赔偿责任，就大不相同了。

反之，如果是挂靠人，重点当然在于强调自己实际施工的同时，主张发包人对挂靠一事完全知情，证据自然是必不可少的。而对于被挂靠人，主张自己实际参与施工，例如具体施工中通过派驻“五大员”等方式确保工程质量等，则是重点。如果挂靠人与被挂靠人，自始至终站在同一个战壕里，否定实质挂靠，主张并举证证明签约主体即履约主体，确保施工合同的有效性，当然是能够争取到总体最大利益的上策了。

一元复始 万象更新

A new era begins and everything is renewed

在呼啸的寒风中，我们依稀听到了春天的脚步声隐隐传来，夜再长，路再远，只要心怀目标，就不会失去方向，寒夜的尽头，便是春天。在2023年的元旦即将来临之际，小编挑选了5首诗词，让我们在诗人们的词句中感受诗人们在新年来临时的心路旅程。愿2023年，每一个人都有新的开始，拔节生长。



岁除夜会乐城张少府宅

唐·孟浩然

畴昔通家好，相知无间然。续明催画烛，守岁接长筵。
旧曲梅花唱，新正柏酒传。客行随处乐，不见度年年。



元日有题

唐·崔道融

十载元正酒，相欢意转深。自量麋鹿分，只合在山林。



己酉新正

元·叶颙

天地风霜尽，乾坤气象和；历添新岁月，春满旧山河。
梅柳芳容徧，松篁老态多；屠苏成醉饮，欢笑白云窝。



庚辰元旦试笔

宋·舒岳祥

数我初生岁，今为第二年。光阴六十过，行辈几人全。
试把新诗写，闲将好梦圆。儿孙扶出拜，苏酒让渠先。



除夜有怀

唐·杜审言

故节当歌守，新年把烛迎。冬氛恋虬箭，春色候鸡鸣。
兴尽闻壶覆，宵阑见斗横。还将万亿寿，更谒九重城。

(图片来自 WallHere 壁纸库)