法律资讯汇编

（2023 第 3 期）

上海王岩律师事务所
2023 年 3 月

目　　录

行业新闻---- 中国银保监会 中国人民银行有关部门负责人就《商业银行金融资产风险分类办法》答记者问 3

新法速递---- 《商业银行金融资产风险分类办法》 9

案例解析---- “以房抵债”型房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点 | 类案裁判方法 19

业务研究---- 案例 | 章公祖师肉身坐佛像追索案的事实认定与法律适用 34

---- 骑手至站点集合途中交通事故致人损害的责任认定丨案例精选 50

中国银保监会 中国人民银行有关部门负责人就《商业银行金融资产风险分类办法》答记者问

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2023 年 2 月 11 日

为进一步推动商业银行准确识别、评估信用风险，真实反映资产质量，中国银保监会会同中国人民银行联合制定了《商业银行金融资产风险分类办法》（以下简称《办法》），有关部门负责人就《办法》回答了记者提问。

一、《办法》公开征求意见的情况如何？

2019 年 4 月 30 日至 5 月 31 日，《办法》向社会公开征求意见，金融机构、行业自律组织、专家学者和社会公众给予了广泛关注。我们对反馈意见逐条进行认真研究，并在进一步调研与测算的基础上，充分吸收科学合理建议。《办法》对不良资产认定标准的设置更加科学合理，在充分考虑不同条款影响和不同类型机构差异的基础上进行了修改完善，更有利于商业银行真实、准确反映资产质量情况，实现信用风险有效防控。

正式发布的办法与征求意见稿相比，主要在以下几方面进行了完善：一是进一步明确分类资产的范围，将银行交易账簿下的金融资产以及衍生品交易形成的相关资产排除在办法适用范围外。二是进一步

厘清金融资产五级分类与会计处理的关系，明确已发生信用减值的资产为不良资产。三是进一步优化部分分类标准，对交叉违约、重组资产等条款进行调整与完善。四是进一步细化实施时间与范围，合理设置过渡期，提出差异化实施安排。

二、《办法》制定的背景是什么？

信用风险是我国银行业面临的最主要风险，完善的风险分类制度是有效防控信用风险的前提和基础。1998 年，人民银行出台《贷款风险分类指导原则》，提出五级分类概念。2007 年，原银监会发布《贷款风险分类指引》（以下简称《指引》），进一步明确了五级分类监管要求。近年来，我国商业银行资产结构发生较大变化，风险分类实践面临诸多新情况和新问题。2017 年，巴塞尔委员会发布《审慎处理资产指引》，明确了不良资产和重组资产的认定标准和分类要求，旨在增强全球银行业资产风险分类标准的一致性和结果的可比性。新会计准则也对部分金融工具分类随意性较大、资产减值准备计提滞后及不足等问题提出新的要求。银保监会、人民银行借鉴国际国内良好标准，并结合我国银行业现状及监管实践，制定了《办法》。《办法》旨在进一步推动商业银行准确识别风险水平、做实资产风险分类，有利于银行业有效防范化解信用风险，提升服务实体经济水平。

三、对金融资产开展风险分类应遵循什么原则？

商业银行对金融资产开展风险分类时，应遵循真实性、及时性、审慎性和独立性原则。准确分类是商业银行做好信用风险管理的出发

点，商业银行应严格按照《办法》要求开展风险分类，并根据债务人履约能力以及金融资产风险变化情况，及时、动态调整分类结果。对于暂时难以掌握风险状况的金融资产，商业银行应从严把握分类标准，从低确定分类等级。此外，商业银行应在依法依规前提下，独立判断金融资产的风险程度，不受其他因素左右而影响分类结果，确保风险分类真实、准确反映金融资产的风险状况。

四、《办法》的主要内容是什么？

《办法》共六章 48 条，将风险分类对象由贷款扩展至承担信用风险的全部金融资产。除总则和附则外，主要包括四方面内容。一是提出金融资产风险分类要求。明确金融资产五级分类定义，设定零售资产和非零售资产的分类标准，对债务逾期、资产减值、逃废债务等特定情形，以及分类上调、企业并购、资管及证券化产品涉及的资产分类等问题提出具体要求。二是提出重组资产的风险分类要求。细化重组资产定义、认定标准以及退出标准，明确不同情形下的重组资产分类要求，设定重组资产观察期。三是加强银行风险分类管理。要求商业银行健全风险分类治理架构，制定风险分类管理制度，明确分类方法、流程和频率，开发完善信息系统，加强监测分析、信息披露和文档管理。四是明确监督管理要求。监管机构对商业银行风险分类管理开展监督检查和评估，对违反要求的银行采取监管措施和行政处罚。

五、如何理解以债务人为中心的风险分类理念？

根据现行《指引》，风险分类以单笔贷款为对象，同一债务人名下的多笔贷款分类结果可能不一致，既可以是正常类、关注类，也可以分为次级类、可疑类或损失类。巴塞尔委员会在《审慎处理资产指引》中指出，如果银行的非零售交易对手有任何一笔风险暴露发生实质性不良，应将该对手所有风险暴露均认定为不良。借鉴上述概念，考虑到对公客户公司治理和财务数据相对完善，《办法》要求商业银行对非零售金融资产进行风险分类时，应以评估债务人的履约能力为中心，债务人在本行债权超过 10%分类为不良的，该债务人在本行所有债权均应分类为不良；债务人在所有银行的债务中，逾期超过 90 天的债务已经超过 20%的，各银行均应将其债务归为不良。

需要指出的是，以债务人为中心并非不考虑担保因素。对于不良资产，商业银行可以依据单笔资产的担保缓释程度，将同一非零售债务人名下的不同债务分为次级类、可疑类或损失类。对于零售资产，考虑到业务种类差异、抵押担保等因素影响，银行也可以对单笔资产进行风险分类。

六、风险分类如何考虑逾期天数和信用减值的影响？

商业银行开展风险分类的核心是准确判断债务人偿债能力。逾期天数和信用减值是资产质量恶化程度的重要指标，能有效反映债务人的偿债能力。从逾期天数看，现行《指引》对逾期天数与分类等级关系的规定不够清晰，部分银行以担保充足为由，未将全部逾期超过 90 天的债权纳入不良。《办法》明确规定，金融资产逾期后应至少

归为关注类，逾期超过 90 天、270 天应至少归为次级类、可疑类，逾期超过 360 天应归为损失类。《办法》实施后，逾期超过 90 天的债权，即使抵押担保充足，也应归为不良。从信用减值看，新金融工具准则以预期信用损失为基础，对相关资产进行减值会计处理并确认损失准备。《办法》参考借鉴新会计准则要求，规定已发生信用减值的资产应进入不良，其中预期信用损失占账面余额 50%以上应至少归为可疑，占账面余额 90%以上应归为损失。

七、《办法》对重组资产的规定有哪些变化？

现行《指引》未充分明确重组贷款涉及的“债务人财务状况恶化”以及“合同调整”两个关键概念，且规定重组贷款均应分类为不良。借鉴国际经验，《办法》进一步细化了重组的概念。一是明确重组资产定义，重点对“财务困难”和“合同调整”两个概念作出详细的规定，细化符合重组概念的各种情形，有利于银行对照实施，堵塞监管套利空间。二是将重组观察期由至少 6 个月延长为至少 1 年，在观察期内采取相对缓和的措施，有利于推动债务重组顺利进行。三是根据实质重于形式原则，不再统一要求重组资产必须分为不良，但应至少分为关注。对划分为不良的重组资产，在观察期内符合不良上调条件的，可以上调为关注类。四是对多次重组的分类作出明确规定，要求观察期内未按照合同约定及时足额还款，或虽足额还款但财务状况未有好转，再次重组的资产至少归为次级类，并重新计算观察期。

八、《办法》的实施安排是什么？

《办法》实施充分考虑对机构和市场的影响，合理设置了过渡期，给予相关银行充裕的时间做好《办法》实施准备。《办法》将于 2023 年 7 月 1 日起正式施行。对于商业银行自《办法》正式施行后新发生的业务，即 2023 年 7 月 1 日起发生的业务，应按照《办法》要求进行分类；对于《办法》正式施行前已发生的业务，即 2023 年 7 月 1 日前发生的业务，商业银行应制订重新分类计划，于 2025 年 12 月 31 日前按季度有计划、分步骤对所有存量业务全部按照《办法》要求重新分类。

商业银行应按照《办法》规定，在持续稳健经营前提下，制订科学合理的工作计划，全面排查金融资产风险分类管理中存在的问题，尽快整改到位。对于新发生业务，要严格按照《办法》要求进行分类。对于存量资产，应在过渡期内重新分类，实现按时达标。同时，商业银行要按照新的监管要求，建立健全风险分类治理架构，完善风险分类管理制度，优化信息系统功能，加强监测分析和信息披露，切实提升风险分类管理水平。

商业银行金融资产风险分类办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2023 年 2 月 11 日

中国银行保险监督管理委员会 中国人民银行令〔2023〕第 1 号

第一章 总 则

第一条 为促进商业银行准确评估信用风险，真实反映金融资产质量，根据《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》等法律法规，制定本办法。

第二条 本办法适用于中华人民共和国境内依法设立的商业银行。

第三条 商业银行应对表内承担信用风险的金融资产进行风险分类，包括但不限于贷款、债券和其他投资、同业资产、应收款项等。表外项目中承担信用风险的，应按照表内资产相关要求开展风险分类。

商业银行交易账簿下的金融资产以及衍生品交易形成的相关资产不包括在本办法之内。

第四条 本办法所称风险分类是指商业银行按照风险程度将金融资产划分为不同档次的行为。

第五条 商业银行应按照以下原则进行风险分类：

（一）真实性原则。风险分类应真实、准确地反映金融资产风险水平。

（二）及时性原则。按照债务人履约能力以及金融资产风险变化

情况，及时、动态地调整分类结果。

（三）审慎性原则。金融资产风险分类不确定的，应从低确定分类等级。

（四）独立性原则。金融资产风险分类结果取决于商业银行在依法依规前提下的独立判断。

第二章　风险分类

第六条 金融资产按照风险程度分为五类，分别为正常类、关注类、次级类、可疑类、损失类，后三类合称不良资产。

（一）正常类：债务人能够履行合同，没有客观证据表明本金、利息或收益不能按时足额偿付。

（二）关注类：虽然存在一些可能对履行合同产生不利影响的因素，但债务人目前有能力偿付本金、利息或收益。

（三）次级类：债务人无法足额偿付本金、利息或收益，或金融资产已经发生信用减值。

（四）可疑类：债务人已经无法足额偿付本金、利息或收益，金融资产已发生显著信用减值。

（五）损失类：在采取所有可能的措施后，只能收回极少部分金融资产，或损失全部金融资产。

前款所称金融资产已发生信用减值指根据《企业会计准则第 22 号——金融工具确认和计量》（财会〔2017〕7 号）第四十条，因债务人信用状况恶化导致的金融资产估值向下调整。

第七条 商业银行对非零售资产开展风险分类时，应加强对债务人第一还款来源的分析，以评估债务人履约能力为中心，重点考察债务人的财务状况、偿付意愿、偿付记录，并考虑金融资产的逾期天数、

担保情况等因素。对于债务人为企业集团成员的，其债务被分为不良并不必然导致其他成员也被分为不良，但商业银行应及时启动评估程序，审慎评估该成员对其他成员的影响，并根据评估结果决定是否调整其他成员债权的风险分类。

商业银行对非零售债务人在本行的债权超过 10%被分为不良的，对该债务人在本行的所有债权均应归为不良。经国务院金融管理部门认可的增信方式除外。

第八条 商业银行对零售资产开展风险分类时，在审慎评估债务人履约能力和偿付意愿基础上，可根据单笔资产的交易特征、担保情况、损失程度等因素进行逐笔分类。

零售资产包括个人贷款、信用卡贷款以及小微企业债权等。其中，个人贷款、信用卡贷款、小微企业贷款可采取脱期法进行分类。

第九条 同一笔债权不得拆分分类，符合本办法第十六条规定的情形除外。

第十条 商业银行应将符合下列情况之一的金融资产至少归为关注类：

（一）本金、利息或收益逾期，操作性或技术性原因导致的短期逾期除外（7 天内）；

（二）未经商业银行同意，擅自改变资金用途；

（三）通过借新还旧或通过其他债务融资方式偿还，债券、符合条件的小微企业续贷业务除外；

（四）同一非零售债务人在本行或其他银行的债务出现不良。

第十一条 商业银行应将符合下列情况之一的金融资产至少归为次级类：

（一）本金、利息或收益逾期超过 90 天；

（二）金融资产已发生信用减值；

（三）债务人或金融资产的外部评级大幅下调，导致债务人的履约能力显著下降;

（四）同一非零售债务人在所有银行的债务中，逾期超过 90 天的债务已经超过 20%。

第十二条 商业银行应将符合下列情况之一的金融资产至少归为可疑类：

（一）本金、利息或收益逾期超过 270 天；

（二）债务人逃废银行债务；

（三）金融资产已发生信用减值，且预期信用损失占其账面余额 50%以上。

第十三条 商业银行应将符合下列情况之一的金融资产归为损失类：

（一）本金、利息或收益逾期超过 360 天；

（二）债务人已进入破产清算程序；

（三）金融资产已发生信用减值，且预期信用损失占其账面余额 90%以上。

第十四条 商业银行将不良资产上调至正常类或关注类时，应符合正常类或关注类定义，并同时满足下列要求：

（一）逾期的债权及相关费用已全部偿付，并至少在随后连续两个还款期或 6 个月内（按两者孰长原则确定）正常偿付；

（二）经评估认为，债务人未来能够持续正常履行合同；

（三）债务人在本行已经没有发生信用减值的金融资产。

其中，个人贷款、信用卡贷款、小微企业贷款可按照脱期法要求对不良资产进行上调。

第十五条 因并购导致偿债主体发生变化的，并购方和被并购方相关金融资产风险分类在 6 个月内不得上调，其中的不良金融资产不纳入第七条、第十（四）、第十一（四）等相关条款的指标计算。

6 个月后，商业银行应重新评估债务人风险状况，并对其全部债权进行风险分类。涉及不良资产上调为正常类或关注类的，应满足第十四条相关要求。

第十六条 商业银行对投资的资产管理产品或资产证券化产品进行风险分类时，应穿透至基础资产，按照基础资产风险状况进行风险分类。对于无法完全穿透至基础资产的产品，应按照可穿透的基础资产中风险分类最差的资产确定产品风险分类。

对于以零售资产、不良资产为基础资产的信贷资产证券化产品，分层的信贷资产证券化产品以及其他经银保监会认可的产品，商业银行应在综合评估最终债务人风险状况以及结构化产品特征的基础上，按照投资预计损益情况对产品进行风险分类。

第三章 重组资产风险分类

第十七条 重组资产是指因债务人发生财务困难，为促使债务人偿还债务，商业银行对债务合同作出有利于债务人调整的金融资产，或对债务人现有债务提供再融资，包括借新还旧、新增债务融资等。

对于现有合同赋予债务人自主改变条款或再融资的权利，债务人因财务困难行使该权利的，相关资产也属于重组资产。

第十八条 债务人财务困难包括以下情形：

（一）本金、利息或收益已经逾期；

（二）虽然本金、利息或收益尚未逾期，但债务人偿债能力下降，预计现金流不足以履行合同，债务有可能逾期；

（三）债务人的债务已经被分为不良；

（四）债务人无法在其他银行以市场公允价格融资；

（五）债务人公开发行的证券存在退市风险，或处于退市过程中，或已经退市，且对债务人的履约能力产生显著不利影响；

（六）商业银行认定的其他情形。

第十九条 合同调整包括以下情形：

（一）展期；

（二）宽限本息偿还计划；

（三）新增或延长宽限期；

（四）利息转为本金；

（五）降低利率，使债务人获得比公允利率更优惠的利率；

（六）允许债务人减少本金、利息或相关费用的偿付；

（七）释放部分押品，或用质量较差的押品置换现有押品；

（八）置换；

（九）其他放松合同条款的措施。

第二十条 商业银行应对重组资产设置重组观察期。观察期自合同调整后约定的第一次还款日开始计算，应至少包含连续两个还款期，并不得低于 1 年。观察期结束时，债务人已经解决财务困难并在观察期内按照合同约定及时足额还款的，相关资产可不再被认定为重组资产。

债务人在观察期结束时未解决财务困难的，应重新计算观察期。债务人在观察期内没有及时足额还款的，应从未履约时点开始，重新计算观察期。

第二十一条 对于重组资产，商业银行应准确判断债务人财务困难的状况，严格按照本办法进行分类。重组前为正常类或关注类的资

产，以及对现有债务提供的再融资，重组后应至少归为关注类；观察期内符合不良认定标准的应下调为不良资产，并重新计算观察期；观察期内认定为不良资产后满足第十四条要求的，可上调为关注类。

重组前为次级类、可疑类或损失类的，观察期内满足第十四条要求的，可上调为关注类；观察期内资产质量持续恶化的应进一步下调分类，并重新计算观察期。

第二十二条 重组观察期内债务人未按照合同约定及时足额还款，或虽足额还款但财务状况未有好转，再次重组的资产应至少归为次级类，并重新计算观察期。

第二十三条 债务人未发生财务困难情况下，商业银行对债务合同作出调整的金融资产或再融资不属于重组资产。

第四章 风险分类管理

第二十四条 本办法是金融资产风险分类的最低要求，商业银行应根据实际情况完善分类制度，细化分类方法，但不得低于本办法提出的标准和要求，且与本办法的风险分类方法具有明确的对应和转换关系。商业银行制定或修订金融资产风险分类制度后，应在 30 日内报银保监会及其派出机构备案。

第二十五条 商业银行应健全金融资产风险分类管理的治理架构，明确董事会、高级管理层和相关部门的风险分类职责。

第二十六条 董事会对金融资产风险分类结果承担最终责任，监督高级管理层履行风险分类职责。

第二十七条 高级管理层应制定金融资产风险分类制度，推进风险分类实施，确保分类结果真实有效，并定期向董事会报告。

第二十八条 金融资产风险分类管理制度的内容包括但不限于分

类流程、职责分工、分类标准、分类方法、内部审计、风险监测、统计报告及信息披露等。

第二十九条 商业银行应按照金融资产类别、交易对手类型、产品结构特征、历史违约情况等信息，结合本行资产组合特征，明确各类金融资产的风险分类方法。分类方法一经确定，应保持相对稳定。

第三十条 商业银行应完善金融资产风险分类流程，明确“初分、认定、审批”三级程序，加强各环节管理要求，建立有效的制衡机制，确保分类过程的独立性，以及分类结果的准确性和客观性。

第三十一条 商业银行应至少每季度对全部金融资产进行一次风险分类。对于债务人财务状况或影响债务偿还的因素发生重大变化的，应及时调整风险分类。

第三十二条 商业银行应至少每年对风险分类制度、程序和执行情况进行一次内部审计，审计结果应及时向董事会书面报告，并报送银保监会及其派出机构。

第三十三条 商业银行应开发并持续完善金融资产风险分类相关信息系统，满足风险管理和审慎监管要求。

第三十四条 商业银行应加强对金融资产风险的监测、分析和预警，动态监测风险分布和风险变化，深入分析风险来源及迁徙趋势，及时根据风险状况采取防范措施。

第三十五条 商业银行应依据有关信息披露的规定，及时披露金融资产风险分类方法、程序、结果，以及损失准备计提、损失核销等信息。

第三十六条 商业银行应持续加强金融资产风险分类档案管理，确保分类资料信息准确、连续、完整。

第五章　监督管理

第三十七条 银保监会及其派出机构依照本办法规定对商业银行金融资产风险分类进行监督检查，并采取相应监管措施。

第三十八条 商业银行应按照规定向银保监会及其派出机构报送与金融资产风险分类有关的统计报表和分析报告。

商业银行应于每年初 30 个工作日内向银保监会及其派出机构报告上一年度金融资产风险分类管理情况。

第三十九条 商业银行应向银保监会及其派出机构及时报告有关金融资产风险分类的重大事项。

第四十条 银保监会及其派出机构定期或不定期评估商业银行金融资产风险分类管理状况及效果。同时，将评估意见反馈商业银行董事会和高级管理层，并将评估结果作为监管评级的重要参考。

第四十一条 商业银行违反风险分类监管要求的，银保监会及其派出机构可以采取以下措施：

（一）与商业银行董事会、高级管理层进行审慎性会谈；

（二）印发监管意见书，内容包括商业银行金融资产风险分类管理存在的问题、限期整改意见和拟采取的纠正措施等；

（三）要求商业银行加强金融资产风险分类管理，制订切实可行的整改计划，并报银保监会及其派出机构备案；

（四）根据违规程度提高其拨备和监管资本要求；

（五）责令商业银行采取有效措施缓释金融资产风险。

第四十二条 商业银行违反本办法规定的监管要求的，银保监会及其派出机构除采取本办法第四十一条规定的措施外，还可依据《中华人民共和国银行业监督管理法》等法律法规规定采取监管措施或实施行政处罚。

第六章 附 则

第四十三条 对于已实施资本计量高级方法的商业银行，应明确风险分类标准和内评体系违约定义之间的稳定对应关系。

第四十四条 商业银行可按照相关规定对信用卡贷款及符合条件的小微企业续贷类业务确定其风险分类。

银保监会对金融资产风险分类另有规定的，适用其规定。

第四十五条 国家开发银行及政策性银行、农村合作银行、村镇银行、农村信用社和外国银行分行、银保监会及其派出机构监管的其他银行业金融机构参照本办法执行。另有规定的从其规定。

第四十六条 本办法由银保监会会同中国人民银行负责解释。

第四十七条 本办法自 2023 年 7 月 1 日起施行。

第四十八条 商业银行自 2023 年 7 月 1 日起新发生的业务应按本办法要求进行分类。对于 2023 年 7 月 1 日前发生的业务，商业银行应制订重新分类计划，并于 2025 年 12 月 31 日前，按季度有计划、分步骤对所有存量业务全部按本办法要求进行重新分类。鼓励有条件的商业银行提前完成存量业务的重新分类。过渡期内，尚未按照本办法重新分类的存量业务，按照《贷款风险分类指引》（银监发〔2007〕54 号）相关规定进行分类。

“以房抵债”型房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点|类案裁判方法

来源：上海一中法院公众号

作者：杨斯空、张冰玢

日期：2023 年 2 月 6 日

“以房抵债”型房屋买卖合同是指为保障债权顺利实现，债权人与债务人或第三人签订的包含“抵债”“担保”条款的房屋买卖合同。

该类案件数量较大、案由较杂，法律关系较为复杂，涉及以物抵债、让与担保等规则衔接以及对《民法典》及司法解释新增规定的理解适用，是审判实践中的疑难问题，亟待适法统一。此外，“以房抵债”可能涉及“套路贷”、虚假诉讼等违法情形，社会关注度较高。

本文结合司法实践中的典型案例，对“以房抵债”型房屋买卖合同纠纷案件的审理思路和裁判要点进行梳理、提炼和总结。

【目　录】

01 典型案例

02 “以房抵债”型房屋买卖合同纠纷案件的审理难点

03 “以房抵债”型房屋买卖合同纠纷的裁判要点

04 其他需要说明的问题

一、典型案例

案例一：涉及法律关系的认定

李某系案涉房屋原产权人，向王某借款 40 万元，同时双方签订房屋买卖合同，约定将案涉房屋以 60 万元的价格出售给王某。合同签订后，王某未支付房款，双方办理过户登记，并约定待李某还清本息后再将房屋恢复登记至李某名下。过户完成后，李某仍居住于案涉房屋内，且一直未清偿债务。后王某向李某支付 20 万元并要求李某搬离案涉房屋但被李某拒绝，双方因此涉诉。王某认为其已履行房屋买卖合同且房屋已经过户，其有权要求李某搬离房屋。李某主张该房屋买卖合同实为担保，不认可双方之间构成房屋买卖合同关系。

案例二：涉及“以房抵债”协议效力的判断

A 公司与 B 公司签订《收购协议书》，约定 A 公司以 1500 万元的价格收购 B 公司的奶牛场及附属设施；若一年内 B 公司资金周转困难的问题得以解决，B 公司以 2130 万元的价格回购上述资产；如超过该期限，回购条款失效。签订当日，奶牛场变更至 A 公司名下。一年后，B 公司主张《收购协议书》名为买卖实为借贷，收购款属于借款性质，案涉资产仅作担保，回购款则是双方约定的还款金额，据此请求法院确认合同因虚假意思表示而无效。A 公司则认为《收购协议书》有效且回购条款已失效，其因此获得奶牛场及附属设施的所有权。

案例三：涉及“以房抵债”协议性质的区分

C 公司与 D 公司签订《建设工程施工合同》，C 公司将供水大厦工程的施工任务发包给 D 公司。D 公司进场施工完毕、C 公司投入使

用后，C 公司与 D 公司签订《房屋抵顶工程款协议书》，约定以 C 公司的供水大厦 A 座 9 层房屋抵顶部分工程款。其后，C 公司既未及时向 D 公司交付约定的抵债房屋，也未向 D 公司支付相应的工程欠款。D 公司向法院诉请 C 公司支付工程款欠款、利息和违约金。C 公司认为《房屋抵顶工程款协议书》系补充协议性质，构成对工程款清偿方式的变更，D 公司只能向其主张交付供水大厦 A 座 9 层房屋，不能再向其主张支付工程款欠款、利息和违约金。

二、“以房抵债”型房屋买卖合同纠纷案件的审理难点

（一）法律关系认定难

实践中，此类案件的基础法律关系常为民间借贷，并以房屋买卖合同形式产生纠纷，当事人诉至法院后，应以何种案由、程序、请求权基础进行审理观点不一，应以房屋买卖关系还是借贷关系进行审理，尚无统一意见。法院对真实法律关系的认定又受合同双方的真实意思表示、房屋买卖合同的签订时间及案涉房屋是否完成相应公示等因素影响，导致以何种路径审理存在难点。

（二）合同性质区分难

“以房抵债”并非法律概念，在民法理论的性质识别中，应认定为代物清偿协议、非典型担保，还是认定为虚假意思表示，存在争议。该类案件所涉合同的外在表现形式均为房屋买卖合同，当事人多基于房屋买卖合同法律关系提起诉讼，而要确定合同的真实性质以保证后续审理的准确性，需根据“以房抵债”型房屋买卖合同的一般特征予

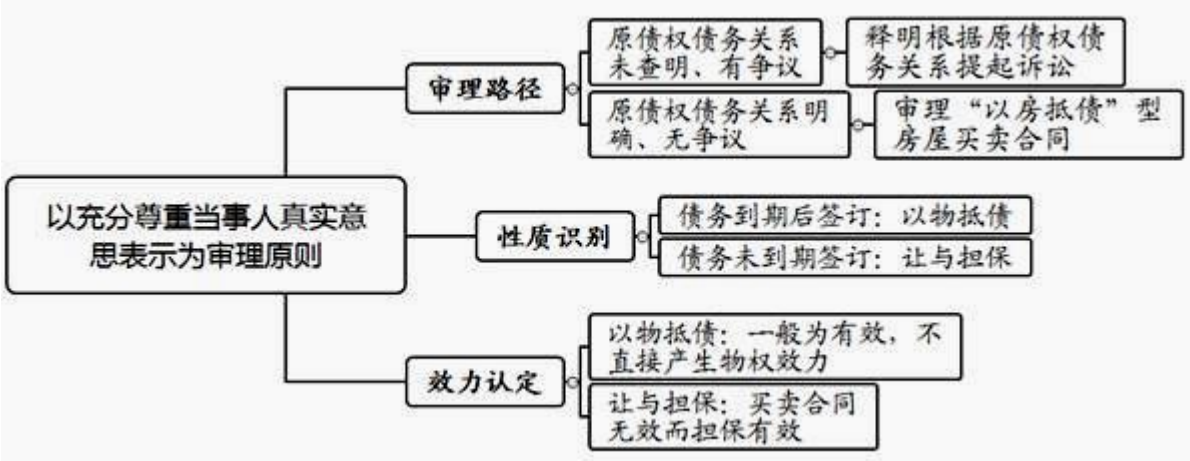
以区分，在审理初期即进行初步定性。

（三）合同效力判断难

此类案件所涉房屋买卖合同均掩盖当事人的真实意思表示，应如何确定此类房屋买卖合同的效力并处理由此产生的法律后果存在难点。是否认定合同违反“流质流押契约”等相关法律规定而无效，是否击穿合同表象，如何认定双方真实意思表示等，均为实践中存在的疑难问题。

三、“以房抵债”型房屋买卖合同纠纷的裁判要点

法院审理该类案件要坚持充分尊重当事人真实意思表示的原则，排除虚假意思表示，识别虚假诉讼及“套路贷”，谨防当事人恶意串通损害权利人的合法权益。具体而言，审理“以房抵债”型房屋买卖合同，首先要将其区分于一般的房屋买卖合同，其次要明确请求权基础，再次要判断合同性质及效力，最后作出实体裁判。



（一）“以房抵债”型房屋买卖合同的一般特征及审理路径

1.“以房抵债”型房屋买卖合同的特征

当事人签订“以房抵债”型房屋买卖合同约定由债务人将其自有、共有或者他人的房屋，以房屋买卖的形式，抵偿其对债权人的债务。双方除订立符合房屋买卖要素的一般房屋买卖合同外，合同中多出现关于“抵债”“担保”的附属条款、补充协议，或有类似表述的条款，具体有以下几种表现形式：

（1）约定在债务到期后未按时清偿的情况下，买卖的标的房屋变更登记至债权人或其指定的第三人名下；

（2）约定债务人或者出卖人于签订合同后一段期间内以某价格回购买卖的标的房屋，或在清偿债务后，房屋所有权恢复登记至债务人或者出卖人名下，即约定中存在“融资、担保”的意思表示；

（3）约定以房屋抵偿数额确定的到期债务。

2.法律关系的认定

此类纠纷的起因为民间借贷等债权债务关系，双方法律关系的认定需以原债权债务关系真实合法为前提。

实践中，法院多以房屋买卖合同纠纷或确认合同无效纠纷为案由受理此类案件。债权人往往要求履行买卖合同，债务人或者出卖人则以恶意串通、虚假意思表示为由主张合同无效。

无论是合同中约定“抵债”条款还是“融资、担保”条款，“以房抵债”型房屋买卖合同的签订都是为解决原债权债务关系的清偿问题，因此审理此类案件需从原债权债务关系入手，对债权债务关系的

真实性、合法性及具体内容进行实体审查。关于法律关系的认定，以此类案件最常见的基础法律关系民间借贷为例，应对借贷合意、款项交付、利息标准等方面是否符合《民法典》及最高法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》进行审查，另需注意对虚假诉讼及“套路贷”进行识别，可以结合资金来源、交易习惯、系列案件检索信息等作出判断。

根据最高法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 23 条第 1 款、《九民会议纪要》第 45 条的规定，如案件各方之间的原债权债务关系明确且无争议，则法院应向各方当事人释明并在此基础上根据“以房抵债”型房屋买卖合同的真实意思表示继续进行实体审理。如原债权债务关系尚未查明或仍存在争议，则由法院向原告释明需按照原债权债务关系提起诉讼，可引导其变更诉讼请求。经释明后原告仍拒绝变更诉讼请求的，应当驳回其诉讼请求，但不影响其根据原债权债务关系另行提起诉讼。

如案例一中，李某、王某之间的基础法律关系为民间借贷，在双方就借贷金额、利息等尚存争议的情况下，法院应向王某释明，引导其变更诉请，以原债权债务关系继续诉讼。如王某拒绝变更，应驳回其诉讼请求。

需要注意的是，在审理原债权债务关系的过程中，如果案件当事人就原债权债务关系达成以物抵债协议要求法院出具调解书予以确认的，根据《九民会议纪要》第 44 条规定，因债务人完全可以立即履行该协议，没有必要由人民法院出具调解书，故人民法院不应准许，

同时应当引导原告撤诉或继续对原债权债务关系进行审理并作出实体判决。

（二）“以房抵债”型房屋买卖合同性质的识别要点

在原债权债务关系明确且无争议的情况下，应对“以房抵债”型房屋买卖合同进行实体审理。根据合同签订时原债权债务履行期是否届满，此类合同可分为“以物抵债”和“让与担保”两类。

1. 以物抵债的识别要点

以物抵债，是指当事人签订的以他种给付替代原定给付的合同。一般而言，债权人与债务人签订以物抵债协议，应认定为增加一种清偿债务的履行方式，旧债不因此消灭，除非双方明确约定原债权债务关系变更为新债权债务关系。根据《九民会议纪要》第 44 条关于如何处理债务履行期届满后达成以物抵债协议的规定，以物抵债协议的识别要点如下：

（1）合同在原债权债务履行期届满后签订

“以房抵债”协议在原债权债务履行期届满后签订，方能认可其以物抵债的性质。如果合同双方在原债权债务期满前约定“以房抵债”，不宜认定其以物抵债的性质。具体理由如下：一是法律不支持流质、流押的约定；二是在履行期届满前约定以物抵债，标的物的价值在合同订立时与实现时往往产生较大变化，如果直接认可以物抵债协议的效力，可能导致双方利益显著失衡。因此，在完成过户登记的情况下，应倾向认定双方达成“让与担保”的合意。

（2）合同各方达成以物抵债的合意

《九民会议纪要》第 44 条的释义明确，以物抵债协议的性质为诺成合同，只要双方当事人就以物抵债达成合意，则以物抵债协议成立，该释义也是对当事人意思自治原则的确认。

（3）完成对原债权债务的结算

该条规定要求人民法院要着重审查以物抵债协议是否存在恶意损害第三人合法权益等情形，避免虚假诉讼的发生。为保证以物抵债协议的真实性，应当要求当事人完成原债权债务的结算，以明确债务价值。

2.让与担保的识别要点

让与担保，是指债务人或者第三人为担保债务人的债务，将担保标的物的财产权转移至担保权人，担保权人在不超过担保目的的范围内取得担保标的物的财产权，债务清偿后，标的物返还债务人或者第三人，在债务不履行时担保权人就该标的物受偿的制度。

让与担保的性质属于非典型担保，有广义和狭义之分，广义的让与担保，包括买卖式担保和让与式担保。根据担保物不同，让与担保又包括动产、股权、不动产让与担保等。本文仅涉及不动产让与担保，且多以房屋买卖合同的形式出现。根据《九民会议纪要》、最高法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》，让与担保的识别要点如下：

（1）合同在原债权债务履行期届满前签订

与以物抵债协议相比，让与担保属于非典型担保，具有从属性，其设立的目的仍在于担保主债权的实现，应形成于原债权债务履行期

届满之前。

（2）具有担保的意思表示

虽然合同双方就标的物权利移转给债权人达成合意，但债务人或第三人系为实现担保而将担保物的所有权转移给债权人，标的物的权利移转只是形式上的，而非双方真实的合同目的。

实践中，债务人和债权人约定将财产转移至债权人名下，在一定期限后再由债务人或者其指定的第三人以交易本金及溢价款回购，债务人到期不回购的，财产归债权人所有，即双方在合同中约定“回购、回赎协议”的，一般可认定双方具有担保债权的意思表示。

（3）房屋产权形式上变更登记至债权人名下

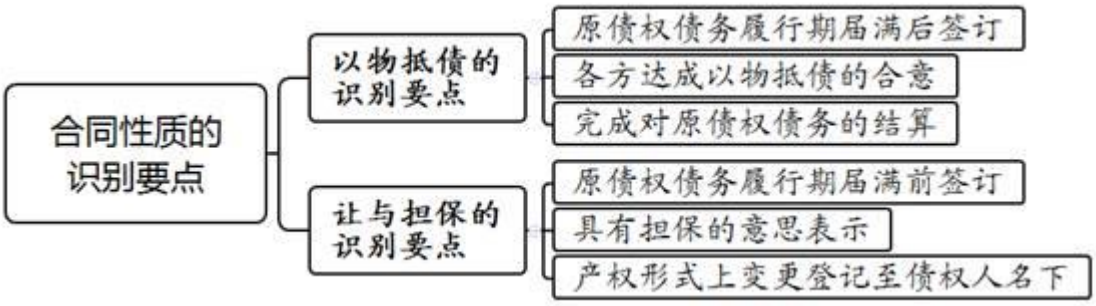
根据《九民会议纪要》第 45 条、最高法院《民法典担保司法解释》第 68 条规定，在房屋买卖合同作为原债权债务担保的情况下，未完成房屋变更登记的，实践中不宜认定为让与担保。完成物权变更登记仅是财产权利人名义上发生变更，受让人不能实质获得房屋所有权，仍应认定其债权人的法律地位。

如案例二中，《收购协议书》的出卖人 B 公司实际是向买受人 A 公司进行融资，以不动产买卖并过户登记作为担保，双方约定的回购条款实际上是一种债务清偿行为，应认定出卖人与买受人达成合意，以案涉资产设定让与担保。

实践中，不同法院对于完成财产权利变动公示的程度存在分歧。对于不动产虽经网签备案及预告登记但尚未办理转移登记手续的，根据物权法定原则，上述行为一般视为财产权利变动的过程性行为，只

有完成物权变更登记才可认定完成财产权利变动的公示。

关于法律关系的转化，如合同当事人在原债务履行期届满前签署“以房抵债”协议，但未完成房屋变更登记的情况下，法律关系的性质可能因双方约定回赎条款并完成物权登记或在履行期届满后进行结算而发生变化。如双方约定在诉讼过程中自行完成房屋变更登记，可认定双方之间非典型担保关系转化为让与担保关系；如双方在履行期届满时进行结算，可认定法律关系转化为以物抵债。



（三）“以房抵债”型房屋买卖合同纠纷的裁判要点

以物抵债协议与让与担保在合同效力认定、法律后果处理等方面存在不同，根据前述识别要点对合同性质进行区分后，应适用不同的审理路径，具体裁判要点分述如下。

1. 实为以物抵债协议的房屋买卖合同的裁判要点

（1）合同效力的认定

以尊重当事人的意思自治为基本原则。债务到期后，双方之间的具体债务数额已经确定，债权人已不再具有优势地位，在该种情形下签订的“以房抵债”型房屋买卖合同，应视为双方当事人基于平等地

位对如何清偿债务做出的安排，故对以物抵债协议的效力、履行等问题的认定，应以尊重当事人的意思自治为基本原则。除当事人明确约定外，该类合同不以债权人现实地受领抵债物或取得抵债物所有权、使用权等财产权利为成立或生效要件。只要双方当事人的意思表示真实，合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合同即为有效，但要注意审查以物抵债协议是否存在损害第三人利益的情形。

注重审查是否存在恶意串通及虚假诉讼的情形。法院应结合具体案件，对以物抵债协议是否存在当事人恶意串通逃避债务、虚假诉讼的情形进行审查，可以抵债的房屋价值是否与原债务数额相当作为审查因素之一，但仍应以尊重当事人意思自治为原则。

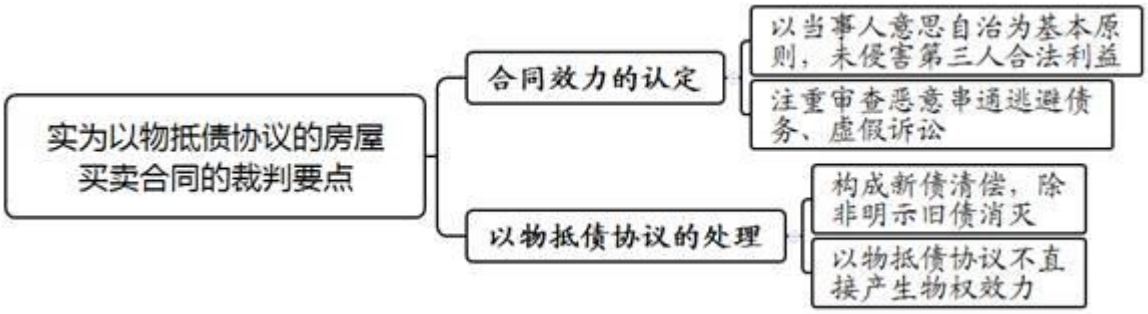
（2）以物抵债协议的处理

以物抵债约定构成新债清偿。基于保护债权的理念，债的更改一般需要有当事人明确消灭旧债的合意。债务清偿期限届满后，债权人与债务人所签订的以物抵债协议，如未约定消灭原有的金钱给付债务，应认为双方当事人另行增加一种清偿债务的履行方式，而非原金钱给付债务的消灭。以物抵债协议成立后，同时存在新旧两债，新债作为履行旧债的方法，债权人原则上应当先请求履行新债。债务人不履行新债的，债权人既可以根据新债主张继续履行、违约责任，也可以恢复旧债的履行。在新债合法有效并履行完毕后，因债务人完成债务清偿义务，原债权债务归于消灭。

如案例三中，C 公司未履行《房屋抵顶工程款协议书》约定的义务，D 公司签订《房屋抵顶工程款协议书》的目的无法实现，D 公司

有权请求 C 公司直接给付工程欠款。

以物抵债协议不直接产生物权效力。我国采取的是债权形式主义的物权变动模式，对于不动产，当事人双方除具有物权变动的债权合意外，一般还需要进行登记方产生物权变动的效力。因此，在“以房抵债”型房屋买卖合同实际为以物抵债协议的情况下，如房屋尚未变更登记，则债权人有权要求履行“以房抵债”协议，办理过户登记，法院可判决债务人协助债权人办理房屋所有权过户登记手续，但债权人直接要求确认其为房屋所有权人的，不应予以支持。



2.实为让与担保的房屋买卖合同的裁判要点

（1）债权人对结算完毕负有举证责任

债权人享有对担保财产折价或者以拍卖、变卖所得价款优先受偿的权利，故债权人也应对其债权的具体范围及结算情况进行说明，由其承担举证责任。

（2）合同效力的认定

《民法典》第 146 条规定“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”“以房抵债”型房屋买卖合同实为让

与担保的情况下，房屋买卖并非当事人真实意思表示，属于虚假意思表示，应判决房屋买卖合同无效。当事人的真实意思在于设定担保，该担保的合意并不违反法律、行政法规的强制性规定，设定担保的隐藏行为应认定为有效。如双方约定的担保实现方式构成“流质流押契约”，则该实现方式不应支持，但双方关于担保的意思表示应为有效，可参考担保物权相关规定进行处理。

（3）让与担保的物权实现方式

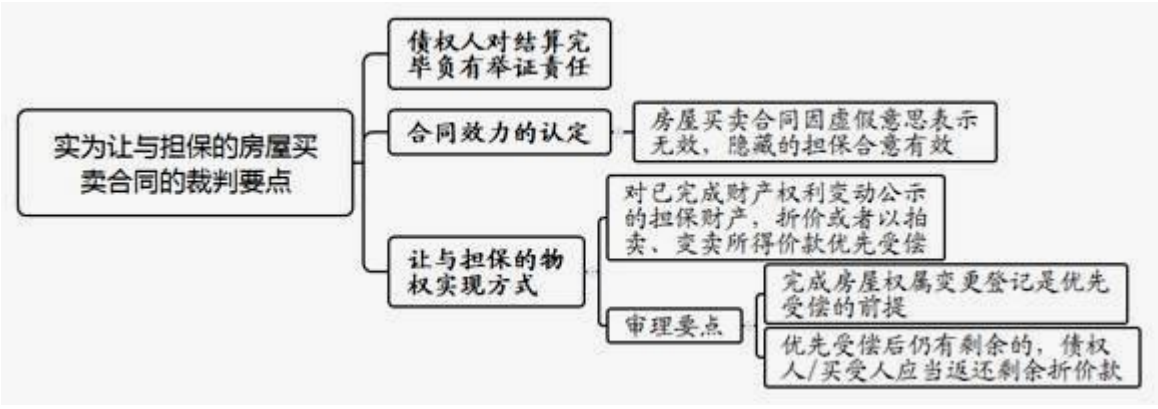
最高法院《民法典担保司法解释》第 68 条第 2 款明确规定，以流质、流押契约约定债务清偿的方式无效，但可确认当事人提供担保的意思表示，参考适用担保物权相关制度实现救济，即对担保财产折价或者拍卖、变卖所得的价款优先受偿。《民法典》第 401、428 条的规定实际是对流质、流押契约无效的缓和，故对于涉及流质、流押契约的约定可不在判决主文中认定为无效，而在说理部分明确不支持该债务清偿方式并判决支持债权人根据担保物权相关制度进行优先受偿。

完成房屋权属变更登记是优先受偿的前提。根据最高法院《民法典担保司法解释》第 68 条第 2 款规定，债权人要求就担保财产折价或者以拍卖、变卖所得的价款优先受偿的，应审查案涉房屋是否完成财产权利变动的公示。非经财产权利变动的公示，不产生物权效力，不具有优先受偿的权利。让与担保虽属于非典型担保，但在主张优先受偿的物权效力时，仍应参照适用担保物权相关规定，完成财产权利公示。当然，该权利公示并不产生确认所有权的后果。

债务人有主动要求结算的权利。以担保财产折价或者拍卖、变卖所得价款偿还债务后仍有剩余的，因让与担保以担保债权的实现为目的，故债权人或买受人应当返还剩余折价款。根据最高法院《民法典担保司法解释》第 68 条第 2 款规定，债务人履行债务后请求返还财产，或者请求对财产折价或者以拍卖、变卖所得的价款清偿债务的，应予支持。

需特别注意的是，房屋权属变更登记至债权人名下后，可能出现债权人将该房屋另行出售、设定抵押等情况，此时债权人构成无权处分，相对人是否合法取得房屋权益，应以善意取得的相关规定作为审查依据，并根据审查结果判断债权人是否应向房屋原权利人承担赔偿责任。

如案例一中，案涉合同为较典型的让与担保法律关系，此类案件的判决主文应先确认双方当事人签订的房屋买卖合同无效，然后明确需偿还债务的数额及期限，并参照《民法典》关于担保物权实现方式的相关规定，判决将案涉房屋折价或者拍卖、变卖所得的价款清偿债务。



四、其他需要说明的问题

在债权人擅自出售让与担保房屋等无权处分的情形下，实践中的处理较为复杂。若买受人构成善意取得或房屋上已设定抵押权，如何平衡真实权利人与合法占有人之间的利益、如何保护抵押权人的权益，避免案件处理陷入僵局，是审判实践中值得研究的难点问题，已非本文篇幅所能涵盖，故未纳入本文讨论范围。

案例 | 章公祖师肉身坐佛像追索案的事实认定与法律适用

来源：人民司法杂志社

作者：闽三明

作者单位：福建省三明市中级人民法院

日期：2023 年 2 月 10 日

【裁判要旨】

章公祖师像作为集体所有的传世文物，于法而言，阳春村和东埔村村民对章公祖师像的集体所有权受法律保护；作为祖师信仰的信物，于情而言，章公祖师像应当返还给信众村民；作为人类遗骸的文化财产，于理而言，章公祖师像亦当回归其原始文化氛围和故土环境。

【案号】

一审：（2015）三民初字第 626 号

二审：（2021）闽民终 302 号

【案情】

原告：福建省大田县吴山乡阳春村民委员会、福建省大田县吴山乡东埔村民委员会。

被告：奥斯卡·凡·奥沃雷姆（以下简称奥斯卡）、设计及咨询私人有限公司、设计咨询奥斯卡·凡·奥沃雷姆私人有限公司。

祖师信仰是中国福建闽南地区宗教信仰的重要组成部分，始于唐宋时期，元明清以后持续发展，至今仍拥有众多的信仰者。章公祖师俗名章七三，约出生于 11 至 12 世纪。据民间传说，章公祖师 20 多岁出家，行医问药，免费为百姓治病，在大田县屏山乡当地留下许多关于他诵经修行的地方，现今遗迹尚存。章公祖师于 37 岁时坐化，被当地村民供奉在普照堂。其后真身不腐，四肢身首俱全，遂号六全祖师，又称七三禅师、章六全、章公六全。

据《阳春林氏族谱》等史料记载，涉案的章公祖师肉身坐佛，自宋代坐化以来，就由原告村民先人在中国福建省大田县吴山乡阳春村洋中自然村建造普照堂供奉。历史上，原告先人多次修缮普照堂，供奉章公祖师像与其祖先像。普照堂作为林氏宗祠，一直受到当地民众供奉崇拜，延续至今。2009 年，阳春村村民再次在原址上重修普照堂。

1995 年 12 月 26 日，当地村民到大田县公安局报案称，放在该村普照堂大厅内的宋代章公祖师肉身佛像 12 月 14 日晚被盗，要求立案查处。大田县公安局于 12 月 27 日立案侦查，但至今未破案。

1996 年中，被告奥斯卡在荷兰阿姆斯特丹买受取得涉案佛像，但未提供佛像来源的相应交易凭证。荷兰乌特勒支大学于 1997 年 7 月 1 日对涉案佛像进行碳-14 测验显示，佛像源自中国宋代（960 年—1279 年），可追溯至公元 1013 年—1173 年间；佛像装饰图案源自中国明代（1368 年—1644 年）。佛像内部坐垫(麻布文卷)可追溯至公元 1290 年-1406 年间，比佛像本身晚约 200 年。佛像背部文字可

追溯至 20 世纪 40 年代。

2015 年 3 月 3 日至 20 日，涉案佛像在匈牙利自然科学博物馆展出。新华社驻布达佩斯记者在匈牙利自然科学博物馆展览现场拍摄的照片显示，展出的佛像坐垫上的文字载明:“本堂普照章公六全祖师自显化后，历经年载不记，其详始缘自誓镇斯堂迨今。大元丙子，岁劫一至，人物零丁，香火不兴，灾难屡至，始得本里劝首林章新、世兴等，运心抄愿当坊众户宝钞，卜择壬辰年、乙巳月、壬辰日、乙巳时，重塑祖师宝相，装饰一新。祝愿乡闾肃静，人物康安，雨畅时若，百谷丰成，子孙旺盛，灾难潜消，凡有祷祈，立符心愿，太岁属吉。至元贰拾九年五月朔，住普照堂一崇谨题，流传后世观记耳。”

2016 年 5 月 13 日，中国国家文物局出具《关于章公祖师像有关问题的说明》，指出：“根据文物保护法和 1960 年标准以及 2007 年标准，章公祖师像从未被允许出境，也从未获得过相关出境许可。因此，章公祖师像是在未经中国政府许可的情况下非法出口到国外的。”

2018 年 11 月 12 日，福建省文物鉴定中心出具专家意见书，认定匈牙利展出的肉身佛像应是阳春村 1995 年被盗流失的宋代章公六全祖师坐像。

自 2015 年新华社等媒体报道涉案的章公祖师肉身坐佛像在匈牙利自然科学博物馆展出以后，原告即发现该坐佛像与被盗坐佛像同属一物，并尝试多种方法与被告进行交涉，要求提供坐佛像来源并返还原告，但均告失败。

原告认为，章公祖师肉身坐佛像既非一般文物，也非单纯遗体，

具有一定的物质意义，更具有充分的精神意义和深厚的伦理意义。被告拒不返还，不仅侵害了原告的财产权益，同时也侵害了当地的公共秩序，且对原告的精神损害将是长期的、持续的、不可逆转的。据此，原告阳春村委会、东埔村委会向福建省三明市中级人民法院起诉，请求判令被告奥斯卡及奥斯卡独资经营的两家公司返还章公祖师肉身佛像、停止侵害，并支付精神损害赔偿金人民币 20 万元和实现债权费用 5 万欧元。

【审判】

三明中院审理认为，文物是人类在社会活动中遗留下来的具有历史、艺术、科学价值的遗物和遗迹，具有重要的历史意义和现实意义。章公祖师像在荷兰仅是一件具有异域特色的文物，但在中国福建省三明市章公祖师像的诞生地、保存地，则是当地祖师信仰的重要信物，承载着当地众多信众的精神寄托。该佛像也只有回归其诞生地和长期保存地，才能真正具有融入众多信众日常生活的生命力。章公祖师像作为集体所有的传世文物，于法而言，阳春村和东埔村村民对章公祖师像的集体所有权受法律保护；作为祖师信仰的信物，于情而言，章公祖师像应当返还给信众村民；作为人类遗骸的文化财产，于理而言，章公祖师像亦当回归其原始文化氛围和故土环境。在章公祖师像被偷盗、未经中国政府许可非法出口到国外后，原告阳春村委会和东埔村委会有权代表集体行使所有权，跨境追索，要求非法占有人返还流失的珍贵文物。

据此，经三明中院审判委员会讨论决定，于 2020 年 12 月 4 日判决如下：

一、被告奥斯卡应当在本判决生效之日起 30 日内向原告返还案涉章公祖师肉身佛像；

二、驳回原告的其他诉讼请求。

一审宣判后，奥斯卡提起上诉。福建省高级人民法院判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

本案是一起有较大影响的跨国诉讼，奥斯卡送展的佛像与阳春村委会和东埔村委会供奉的章公祖师像是否具有同一性、解决本案纠纷应适用的准据法、奥斯卡应否返还涉案佛像等问题，是本案重点研究的问题。

一、关于奥斯卡送展的涉案佛像与阳春村委会和东埔村委会供奉的章公祖师像是否为同一佛像的认定问题

1.形象比对。将匈牙利展出佛像的视听资料以及新华社记者拍摄的匈牙利展出佛像照片与阳春村民林乐居 1989 年拍摄的章公祖师像照片进行比对后，可以看出涉案佛像神态安详，头部微下倾，盘腿端坐，身着僧衣，其外形、坐姿、头部的弧度、面相、袈裟左上的哲那环黑色系带、胸口领子的弧度、黑边、纹饰等与章公祖师像存在高度的相似性。

2.文字研究。涉案佛像坐垫上有“章公六全祖师”“本堂普照”

字样，与阳春村民林乐居拍摄的章公祖师像照片中的条幅“显化六全章公”、幔帐上的“普照堂”等文字相吻合。涉案佛像背部有“嘉番”“重新塑金”字样，而《阳春林氏族谱》载“独普照堂一观与庄家之屋犹存”，并记载 1947 年林嘉番董事重修族谱，与涉案佛像背部字样及表述能够相对应。

3.遗物核查。章公祖师像失窃时，遗留了头上所戴五佛冠、佛衣等，佛衣上有“章公祖师”等字样。村民留存的章公祖师像所乘木坐轿的轿宽 61 厘米、深 71 厘米，与涉案佛像的底径 50-55 厘米相匹配。

4.年代研究。从《阳春林氏族谱》记载和涉案佛像的年代测定报告对比情况看，被告奥斯卡持有的涉案佛像经过碳-14 同位素放射性定年法测定该肉身僧侣过世的时间可追溯至公元 1013 年—1173 年间，以及通过骨质检测该僧侣去世的年龄为 30 至 40 岁。《阳春林氏族谱》载“普照乃章公祖师显化于宋时所建”，证明章公祖师坐化于宋代（960 年—1279 年），享年 37 载。因此，两者所涉及的去世时间及去世年龄相当。根据涉案佛像坐垫上“大元丙子”“壬辰年”“重塑祖师宝相”等文字，结合中国干支纪年、皇帝年号等因素判断，该展出佛像于元代初期重塑并供奉于普照堂。此外，佛像的装饰图案源自中国明代（1368 年—1644 年），与阳春村明代重修普照堂的时间相当。

5.专家意见。福建省文物鉴定中心专家意见书及证明，认为匈牙利自然科学博物馆展出的涉案肉身佛像为阳春村于 1995 年被盗流失的章公祖师像。国家文物局《关于章公祖师像有关问题说明》指出，

据中国史籍记载、专家研究报告和阳春村与东埔村村民陈述，在荷兰德伦特博物馆与匈牙利自然科学博物馆展出的肉身佛像是中国福建章公肉身祖师像；该章公祖师像是宋代文物(约公元 1100 年)，内部的肉身是特殊的人类遗骸，在中国的文化中具有重要的历史及宗教价值。

6.报案记录。大田县公安局的报案记录表明章公祖师像于 1995 年 12 月 14 日在阳春村普照堂内被盗，与被告奥斯卡称其于 1996 年买受涉案佛像的时间亦能衔接。

奥斯卡虽否认阳春、东埔两村供奉的章公祖师与其送展的佛像具有同一性，但其在获知相关情况后撤展，并称其已将佛像转让给案外人。因奥斯卡拒绝披露交易情况及佛像下落，导致不能将奥斯卡送展佛像与阳春村委会、东埔村委会所举证据进行实物对比或鉴定，由此造成的举证困难，责任不在阳春村委会和东埔村委会。

综上，可以认定奥斯卡送展的涉案佛像与阳春村普照堂内被盗流失的宋代章公祖师像具有同一性。

二、关于解决本案纠纷所应适用的准据法问题

本案系涉外物权保护纠纷，原告阳春村委会、东埔村委会主张本案应当适用中国法律；被告奥斯卡等主张适用荷兰民法判断被告奥斯卡对涉案佛像是否具有合法所有权和处分权，双方当事人未就适用法律达成一致。本案应当适用中国法律解决本案纠纷，具体理由如下：

1.本案应当参照适用涉外民事关系法律适用法第三十七条的规

定确定准据法

涉案佛像被盗后跨境流转至被告奥斯卡的一系列涉外民事关系均发生在涉外民事关系法律适用法实施以前。最高人民法院《关于适用涉外民事关系法律适用法若干问题的解释（一）》第 2 条规定：“涉外民事关系法律适用法实施以前发生的涉外民事关系，人民法院应当根据该涉外民事关系发生时的有关法律规定确定应当适用的法律；当时法律没有规定的，可以参照涉外民事关系法律适用法的规定确定。”民法通则第一百四十二条规定“涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定”，但没有规定动产物权准据法，故本案参照适用涉外民事关系适用法的规定。该法第三十七条规定：“当事人可以协议选择动产物权适用的法律，当事人没有选择的，适用法律事实发生时动产所在地法律。”本案应当依照该条规定确定涉案佛像的物权准据法。

2.涉案佛像物权应适用偷盗事实发生时佛像所在地法律

一是考虑涉案佛像的性质。根据中国国家文物局的认定，章公祖师像是宋代文物(约公元 1100 年)，内部的肉身是特殊的人类遗骸，在中国的文化中具有重要的历史及宗教价值，故涉案佛像并非普通动产，而是性质为文物的文化财产。文化财产作为动产物，并不像不动产那样具有固定的所在地，在跨国流转过程中涉及多个法律事实，从而形成多个所在地，包括文物被盗地、出口地、首次买受地、最后交易地、展出地、诉讼时物之所在地等。显然，适用不同的法律事实发生时动产所在地法律，将形成不同的物权认定规则，故有必要对何为“法律事实发生时动产所在地法律”进行解释。

二是考虑物权返还请求权的产生原因。本案系物权保护纠纷，原所有权人因被盗而丧失对动产物的占有，即产生物权返还请求权，因此偷盗事实是产生物权返还关系的法律事实。

三是考虑文化财产国际条约的宗旨和目的。联合国教育、科学及文化组织于 1945 年成立以来，一直致力于加强文化财产的保护，推动制定文化财产返还领域的国际公约。1970 年，联合国教育、科学及文化组织制定了《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》（以下简称 1970 年公约）。1995 年，国际统一私法协会制定了《关于被盗或者非法出口文物的公约》（以下简称 1995 年公约）。1970 年公约规定，“各国有责任保护其领土上的文化财产免受偷盗、秘密发掘和非法出口的危险。”1995 年公约规定，“在文物的返还和归还方面制定共同的、最低限度的法律规范，以期促进为所有各方的利益而保存和保护文物”“本公约旨在便利文物的返还和归还”等。中国分别于 1989 年和 1997 年加入上述两项国际条约。由于 1970 年公约未涉及私主体请求返还文化财产问题、1995 年公约因荷兰签署后尚未批准，故该两项国际条约不适用于本案纠纷的解决。但中国作为缔约国，在解释涉外民事关系法律适用法第三十七条时，应做与国际条约宗旨和目的相符的一致解释，而不能与之相背离。适用偷盗事实发生时物之所在地法，有利于原所有权人合理预见到其权利受保护的法律，也会对文化财产盗赃物的购买人施加溯源查明准据法的义务，从而有助于遏制文化财产的非法跨境流转，促使文化财产市场更加透明、合法化和持续发展。反之，如果解释为适用

交易时物之所在地律，则客观上会助长文化财产跨境非法交易，即盗窃者以及中间交易链条的销赃者将文化财产偷运出境后，可以通过挑选冲突规范，寻找在文化财产交易管理最为宽松的国家交易，进而适用交易时物之所在地法使盗赃文化财产的交易合法化。而此种解释结果将背离国际条约保护文化财产、便利文物返还的宗旨和目的。

综上，涉案佛像形成、供奉、管理于中国福建省大田县的普照堂，于 1995 年被盗而流失中国境外，偷盗时涉案佛像位于中国境内，本案应当适用偷盗事实发生时物之所在地法即中华人民共和国法律。被告主张适用荷兰民法即涉案佛像交易地法，理由不能成立。

三、关于被告奥斯卡是否应当向原告阳春村委会和东埔村委会返还涉案佛像的问题

该问题涉及三个子问题：一是原告阳春村委会和东埔村委会是否对其供奉的章公祖师像享有所有权；二是被告奥斯卡是否因买受行为而取得涉案佛像的所有权；三是被告奥斯卡是否负有返还义务。

1.关于章公祖师像的所有权问题

根据文物保护法第五条、第六条的规定，中国文物的所有权分为国家所有、集体所有和私人所有，其中集体所有的文物中包括传世文物，即由历代先人祖传下来的文物。阳春村和东埔村的林氏先人自宋代建造普照堂供奉章公祖师像，延续至今，现普照堂已成为阳春村和东埔村集体所有的林氏宗祠。阳春村委会和东埔村委会自成立后一直依法管理集体所有的普照堂，长期保管、供奉章公祖师像。章公祖师

像作为普照堂内的传世文物，理应由阳春村、东埔村的成员集体所有。对此事实，有多位村民包括普照堂道士许文诗的证言、视听资料、公安机关刑事立案材料以及大田县人民政府的有关证明、说明等证据予以证明。民法通则第七十一条、物权法第三十九条均规定，所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。一千多年来，阳春、东埔两村村民始终保管、供奉章公祖师像直至被盗，该事实亦能佐证阳春村和东埔村对章公祖师像享有所有权。物权法第六十条第（一）项规定："属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权。"阳春村委会和东埔村委会自成立后一直依法管理集体所有的、存放章公祖师像的普照堂，有权依法代表村民集体行使章公祖师像的所有权。

2.关于被告奥斯卡是否因买受而取得涉案佛像所有权的问题

该问题核心在于被告奥斯卡的买受行为是否适用中国物权法的善意取得制度。笔者认为，奥斯卡的买受行为不适用善意取得制度，具体理由如下：

首先，偷盗后贩卖的文物不应适用善意取得制度。善意取得制度作为适应现代商品经济发展需要而产生的一项法律规则，旨在保护交易安全、维护市场交易秩序的安定，规定对无处分权人将动产或不动产转让给受让人，如果受让人取得该财产时出于善意，则可以依法取得对该财产的所有权或其他物权。物权法第一百零六条第一款规定的善意取得制度内容为："无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让

人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。”但是，物权法有规定盗赃文物是否适用善意取得，故需结合相关法条进行系统解释。该法第一百零七条规定：“所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物，但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿。”第一百一十四条规定：“拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的，参照拾得遗失物的有关规定。文物保护法等法律另有规定的，依照其规定。”也即是说，物权法对于拾得遗失物和漂流物、发现埋藏物或者隐藏物，均规定原则上不适用善意取得制度，且文物保护法等法律有特别规定的，从特别规定。由于偷盗文物违背文物原始所有权人的意思表示，导致原始所有权人丧失对文物的占有，相较遗失物、埋藏物、隐藏物、漂流物等脱离原始所有权人占有的情形而言，该种情形对原始所有权人的损害更大，保护买受人法益的必要性相应更低。根据“举轻以明重”的法理，在遗失物、埋藏物、隐藏物、漂流物不适用善意取得制度的情况下，盗赃文物亦不应适用善意取得制度。

其次，涉案佛像属于禁止出售给外国人、禁止出境的文物。文物

保护法（1991 年修正）第二十四条规定：“私人收藏的文物可以由文化行政管理部门指定的单位收购，其他任何单位或者个人不得经营文物收购业务。”第二十五条规定：“私人收藏的文物，严禁倒卖牟利，严禁私自卖给外国人。”根据上述规定，文物被分为博物馆、图书馆等收藏的馆藏文物和民间收藏的私人文物，对后者法律明确规定禁止私自出售给外国人。第二十七条规定：“文物出口和个人携带文物出境，都必须事先向海关申报，经国家文化行政管理部门指定的省、自治区、直辖市文化行政管理部门进行鉴定，并发给许可出口凭证。文物出境必须从指定口岸运出。经鉴定不能出境的文物，国家可以征购。”中国文化部《关于文物出口鉴定标准的几点意见》（1960 年 7 月 12 日起施行）规定，凡 1795 年以前的文物一律不准出口。阳春村普照堂所供奉的章公祖师像形成于宋代，属于 1795 年以前的文物。从本案证据看，经营文物拍卖资质的企业没有在中国境内公开市场拍卖过章公祖师像，章公祖师像从未被允许出境，也从未获得过相关出境许可。被告奥斯卡亦不能举证证明其买受的涉案佛像曾向中国海关申报并取得许可出口的凭证，故涉案佛像是在未经中国政府许可的情况下非法出口到国外的。被告奥斯卡作为外国公民，非法买受没有合法出境证明的涉案佛像的交易行为，系被文物保护法的规定所禁止，属于非法交易，不应适用善意取得制度。

第三，章公祖师像属于人类遗骸之文化财产，不适用善意取得制度，亦有其道德伦理基础。章公祖师像内部的肉身是特殊的人类遗骸，并非普通的有形财产。章公祖师像由当地村民长期供奉，具有重要的

历史意义及特殊的宗教价值，承载了当地村民集体的永久记忆。作为人类遗骸的文化财产，对于收藏者而言，固然有一定的经济和审美价值，但是对于历代供奉其的原始所有权人以及原属社群却有着特殊的情感、文化、宗教和历史价值。因此，在解释物权法的善意取得制度是否适用于人类遗骸时，必须考虑这一文化财产对于原始所有权人以及原属社群的精神信仰和文化价值。人类遗骸归还原属地，具有深厚的道德伦理基础，2006 年国际法协会《保护与转移文物的合作原则》即规定，拥有人类遗骸的博物馆与其他机构确认其重视此类物质的圣洁性，同意在请求方提供证据证明其与遗骸间存在可论证的紧密联系情况下，向其转移此类文物。反之，如将适用于普通财产的善意取得制度用于调整人类遗骸之特殊文化财产，则此种法律解释的结果将割裂人类遗骸与原属地的紧密联系，亦与道德伦理相悖。具体到本案，祖师信仰是中国闽南地区宗教信仰的重要组成部分，章公祖师坐化后受到当地民众供奉。阳春村、东埔村村民在每年农历十月初五要举行章公祖师庆诞仪式，在正月初五举行迎佛巡游活动，在夏至举行守土保收等祭祀活动。从当地村民传唱的《遥望章公》歌词、演唱视频可以看出，当地村民对于在世时造福乡亲的章公祖师有坚定的崇拜信仰，其在章公祖师像被盗后日夜祈祷，像期盼亲人回归故土一般，祈福流失海外的章公祖师像能够早日回到当地。因此，对章公祖师像这一人类遗骸的交易不适用善意取得制度，使其尽快回归与其具有紧密联系的原属社群和文化环境，亦具有道德伦理上的正当性。

3. 关于被告奥斯卡是否负有返还义务的问题

被告奥斯卡是章公祖师像的最后占有人，也是知晓章公祖师像目前下落的唯一知情人，其主张章公祖师像由其通过以物易物的方式转让给案外人，但经法院释明后其拒绝说明并不予提供转让记录。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 95 条有关“一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以认定该主张成立”之规定，可以推定章公祖师像仍为被告奥斯卡占有，被告奥斯卡应当依法承担返还章公祖师像的责任。

四、关于原告主张的精神损害赔偿金等诉请应否支持的问题

原告阳春村委会和东埔村委会主张其村民与章公祖师像之间形成了相当于法律上的拟制血亲关系，要求被告奥斯卡等停止侵害及支付精神损害赔偿金 20 万元。最高法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》对于精神损害赔偿做了严格限定，第 3 条规定，自然人死亡后，其近亲属因侵权行为遭受精神痛苦，有权向人民法院起诉请求赔偿精神损害，即精神损害赔偿仅适用于自然人死亡后近亲属因侵权行为遭受精神痛苦的情形，而不保护近亲属以外的其他人。自然血亲一般限于三代以内，拟制血亲亦同。章公祖师像作为历史悠久的人类遗骸，虽然承载着当地村民的精神寄托，但现有的当地村民不可能与宋代的章公祖师有近亲属关系或拟制血亲关系。因此，原告阳春村委会和东埔村委会要求支付精神损害赔偿的诉请，缺乏法律依据。原告东埔村委会要求被告奥斯卡等支付其主张债权的费

用 5 万欧元，但其没有提供相应证据证明费用的实际发生情况，不予支持。原告阳春村委会和东埔村委会还诉请被告奥斯卡等承担停止侵害的民事责任，但没有提供充分证据证明侵权行为的存在，亦不予支持。

综上，本案中讼争的章公祖师像兼具人类遗骸、历史文物、供奉信物等多重属性，作为反映中华人民共和国闽南地区传统习俗和历史印记的宋代文物，属非法出口的被盗文物，于法应当返还原始所有权人；作为与当地村民存在特殊情感、具有人体肉身的人类遗骸，于理应当回归到历史上长期被保管的场所——中华人民共和国福建省大田县的普照堂；作为当地村民长期供奉崇拜、带有宗教信仰性质的信物，于情应当归还给当地虔诚的供奉者。

骑手至站点集合途中交通事故致人损害的责任认定丨案例精选

来源：上海一中院

作者：王茜 钟嫣然

日期：2023 年 2 月 13 日

骑手至站点集合途中交通事故致人损害的责任认定——施某诉董某、上海某信息科技有限公司、上海某物流有限公司生命权、身体权、健康权纠纷案

【案例编写人】 王茜 钟嫣然

【案例奖项】 全国法院系统 2022 年度优秀案例分析二等奖

【关键词】 骑手 交通事故 集合 执行工作任务 责任认定

【裁判要旨】

外卖骑手去站点集合途中致人损害，受害人诉请要求骑手与其用人单位及外卖平台承担侵权责任，若骑手已在 APP 中上线，该集合行为系服从用人单位的指令，事发地点也在去站点的合理路线上的，骑手抗辩称其属于因执行工作任务致人损害，应由用人单位承担责任的，人民法院应予支持。用人单位仅以骑手未接单为由主张其不属于执行工作任务的，人民法院不予支持。

【相关法条】

一、《中华人民共和国侵权责任法》第三十四条

【用人者责任】 用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。

劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。

二、《中华人民共和国民法典》第一千一百九十一条

【用人单位责任和劳务派遣单位、劳务用工单位责任】 用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。

劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的责任。

【案件索引】

二审：上海市第一中级人民法院（2021）沪 01 民终 7690 号（2021 年 9 月 30 日）

【基本案情】

上海某信息科技有限公司（以下简称甲信息公司）系某知名外卖平台的经营方，其关联公司上海乙信息科技有限公司授权某物流公司使用“快鹰（化名）配送”系列产品在上海市内经营“快鹰配送”业务。董某系上海某物流有限公司（以下简称某物流公司）从事快鹰配送业务的送餐员，双方存在劳务关系。

2018 年 10 月 25 日 9 时 33 分许，在上海市长宁区定西路出延安西路北约 50 米处，董某骑行电动自行车与骑行电动自行车的施某相撞，导致施某受伤。经公安交警部门认定，董某因超车导致事故发生，负本起事故的全部责任，施某无责任。事发时，董某已在“快鹰团队版”APP 刷脸上线，其身穿某知名外卖平台配送员工服，驾驶的电动车上放置了显示某知名外卖平台标识的餐箱。施某受伤后，诊断为左股骨颈骨折等，经鉴定构成十级伤残。后施某提起诉讼，要求董某、甲信息公司和某物流公司就其损害 277,580.65 元连带承担 100%的赔偿责任。

又查明，2018 年 10 月 22 日，董某自当日 10 时 16 分许起至 21 时 02 分许为某物流公司共计配送约 18 笔订单，在当日 21 时 44 分许至 22 时 15 分许，董某为快鹰众包共计配送 3 笔订单。

2018 年 10 月 23 日，董某自当日 10 时 36 分许起至 21 时 35 分许为某物流公司共计配送约 14 笔订单，当日 23 时 17 分许至次 00 时 39 分许，董某为快鹰众包共计配送 3 笔订单。

2018 年 10 月 24 日，董某自当日 10 时 12 分许起至 21 时 40 分许为某物流公司共计配送约 17 笔订单，当日 22 时 41 分许至次 23 时

58 分许，董某为快鹰众包共计配送 3 笔订单。

2018 年 10 月 25 日至 2018 年 10 月 31 日，董某无为某物流公司的配送记录。

2018 年 10 月 27 日，自 21 时 48 分许至 23 时 41 分董某为快鹰众包共计配送 5 笔订单。

2018 年 10 月 29 日，自 19 时 22 分许至 21 时 30 分董某为快鹰众包共计配送 6 笔订单。

【裁判结果】

一审法院于 2021 年 4 月 19 日作出民事判决：

一、被告董某应赔偿原告施某共计 274,297.97 元，于本判决生效之日起十日内履行完毕；

二、驳回原告施某其余诉讼请求。

一审宣判后，董某不服一审判决，提起上诉，请求：撤销一审判决，依法改判由某物流公司和甲信息公司承担本案全部责任或将本案发回重审。

上海市第一中级人民法院于 2021 年 9 月 30 日作出（2021）沪 01 民终 7690 号民事判决：

一、撤销一审法院民事判决第一、二项；

二、上海某物流有限公司应赔偿施某共计 274,297.97 元，于本判决生效之日起十日内履行完毕；

三、驳回施某其余诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案的主要争议焦点为本案事故发生时董某是否在执行工作任务。董某主张事发时其已经在 APP 上刷脸上线，上线即为上班，事发时其正在去站点集合的路上，系履行工作任务。某物流公司对此则不予认可，认为刷脸上线并不等于上班，只是代表系统可以给他派单，骑手从接单开始到该单配送完毕的过程才属于履行工作任务，事发时董某仅处于待接单状态，并不属于履行工作任务。

对此，首先，外卖骑手的主要工作系通过互联网平台开展，其不同于传统的线下工作模式具备固定的工作地点。本案中，董某在 APP 上刷脸上线后即处于待接单状态，系统随时可以给其派单，故其客观上并不需要去往某一地点即可随时开展工作。从在案证据来看，亦难以体现去站点集合系判断董某是否出勤的必要条件。因此，不能以传统标准去判断其在去站点集合途中即为上班途中。一审法院对此节认定确有不妥，应予纠正。

其次，并非劳动者或提供劳务者上班后所为行为即属于执行工作任务，对于董某是否是在执行工作任务不能简单仅以其是否已经上班进行认定，而需要结合其行为的内容本身、时间、地点、是否受用人单位的指令等因素综合予以判断。董某称事发时其在去站点集合的路上，某物流公司在日常管理中要求董某等尚未接到单的骑手在早晨前往集合地点完成喊口号、拍照等行为，故董某明显属于执行工作任务。经查，某物流公司一审中陈述“集合的时间也不是固定的是随机的”“集合拍照有这个情况，一个月一次，集合的人也不是固定的，假如

有这个情况发生也是全职骑手.....”“公司也没有强制要求去站点拍照，但是有拍照这件事.....”，结合事发时间及事发地点，董某关于事发时其系应某物流公司要求去站点集合的主张具备高度盖然性，可予采信。

再次，某物流公司主张董某并非其处全职骑手而是兼职骑手，其还另在快鹰众包系统接单，故其还与甲信息公司之间存在劳务关系。对此，从董某事发前的接单记录来看，其为快鹰众包配送订单的时间通常于 21 时 30 分之后，此前一般均为某物流公司配送订单，对于存在的其于白天为快鹰众包配送订单的个别情况，董某也能做出合理解释。从 APP 截图来看，亦显示董某为全职骑手。二审中董某、某物流公司、甲信息公司均确认某物流公司的接单与快鹰众包接单系通过两个分别独立的系统，某物流公司虽称两系统可以同时上线，但其未能举证证明董某事发时正在登录快鹰众包系统并正在履行众包任务，故某物流公司应承担不利后果。

综上，本案事故发生时董某系在履行某物流公司的工作任务。根据法律规定，用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。据此，某物流公司作为用人单位应对施某所受损失承担全部赔偿责任。一审法院判决由董某承担相应责任，确有不当，应予纠正。另，鉴于董某未能举证证明甲信息公司作为网络平台经营方存在相应过错，其诉请要求甲信息公司和某物流公司共同承担本案全部责任，缺乏依据。

【案例注解】

近年来，我国互联网送餐行业迅猛发展，外卖骑手成为一群庞大的就业群体。除骑手劳动权益保障问题，其骑行过程中致人损害风险亦不容忽视，相应责任主体须进一步厘清。从《中华人民共和国侵权责任法》第三十四条第一款到《中华人民共和国民法典》第一千一百九十一条第一款，“执行工作任务”始终是用人单位对其工作人员承担责任的核心要件，**骑手执行工作任务的行为是否仅限于取餐送餐，去站点集合行为应否囊括其中，需进一步明确。**

一、厘清前提：上班途中不属执行工作任务之范畴

审判实践中，对于工作人员上下班途中发生交通事故致害行为所致纠纷，因就上下班行为性质的解释不同导致责任主体认定不一。对于上下班途中是否属于执行工作任务，少数部分意见认为上下班途中与本职工作的开展存在客观上的关联性，**是执行工作的必要准备活动。**且根据《工伤保险条例》第十四条，职工在上下班途中受到非本人主要责任的交通事故的，应当认定为工伤。鉴于对内的工伤责任与对外的侵权责任均属广义的用人者责任范畴，而工伤认定的核心也在于职工遭受事故伤害是否系因执行工作任务而导致，故对于“执行工作任务”的认定标准二者应保持一致，据此，可参照适用《工伤保险条例》第十四条**将上下班途中纳入执行工作任务的范畴。**

笔者对此则不予认同，对于工作人员上下班行为不宜认定为执行工作任务，理由如下：

其一，不应参照适用《工伤保险条例》，因工伤保险制度有别于

用人者责任制度，仅适用于与用人单位建立劳动关系的劳动者，不适用于劳务关系等其他民事关系。《工伤保险条例》属于社会保障法，其立法目的在于“保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险。”在社会保险制度的基础上，其就工伤认定范围适度扩大到上下班交通事故中，有利于充分发挥工伤保险基金的救助功能，从公法角度对劳动者利益进行完整保护，亦分担用人单位风险。而不论是此前的侵权责任法还是现民法典的侵权制度，均系在私法领域对受害人损害进行救济，平衡使用人、被使用人与受害人三方的利益，**故不宜就执行工作任务的范围进行扩大。**

其二，虽然按照生活经验而言上下班行为与执行工作存在一定程度的时间顺序联系，但该程度的关联性客观上并不必然产生职务行为的行为外观，**其工作时间、工作地点之外的上下班行为并非在用人者的管理控制范围之内。**

二、集合途中：“上班途中”与“执行工作任务”之辩

在多数外卖骑手因发生交通事故导致自身损害或致第三人损害的工伤责任纠纷或侵权责任纠纷中，前者多就是否构成劳动关系存有争议，后者争议则多集中于侵权责任主体的认定，一般认为，骑手在提供劳务过程中或履行劳动合同过程中的取餐送餐行为确实构成执行工作任务，故应当由其工作单位承担相应的用人者责任。

但实践中情形往往更为复杂，除了配送外卖行为，外卖骑手还有

部分时间处于等待接单的过程中，多数外卖服务企业基于用工管理的考虑会安排骑手于清晨未接到订单时至站点集合，开晨会、拍照、喊口号。对于骑手至站点集合途中发生交通事故的责任进行认定，除了厘清骑手背后的用工管理基础法律关系，则还需就其集合本身的行为性质进行准确界定。

承前所述，上班途中并非属执行工作任务，故二者将导致全然不同的法律后果。

基于该前提，就外卖骑手至站点集合途中的性质，因此存在两种全然不同的观点，即“上班途中”说与“执行工作任务”说。“上班途中”说认为，外卖骑手的工作主要是通过接单送单的方式提供送餐服务，其只有在接到单后的取餐送餐行为才属于执行工作任务，而去站点集合途中尚未开始接单送单，并未从事工作内容，亦不在工作时间、工作地点，故其去集合途中应属于上班途中，不属于执行工作任务的范畴。“执行工作任务”说则认为骑手去站点集合属于执行工作任务，其去集合的途中构成执行工作任务的一部分，并非上班途中。

三、抽丝剥茧：骑手上线后去站点集合途中属因执行工作任务

就行为人行为时是否属于执行工作任务，除一般原则外，还必须考虑其他特殊因素，如行为的内容、时间、地点、场合、行为之名义、行为的受益人，以及是否与用人单位意志有关联等。[1]考虑到骑手工作的特殊性，其于送餐 APP 上线后至站点集合是出于单位的指令，应属于执行工作任务的范畴。**具体理由如下：**

（一）基于外卖骑手工作的特殊形式

1.上班节点——非传统工作时间及工作地点

有别于传统工作模式，外卖骑手作为互联网平台用工的新业态从业者，其工作形式有着自身特殊性。一台手机、一辆电瓶车，骑手的工作就可随时随地开展。骑手登录送餐 APP，用户线上下单，平台或送餐服务企业收到订单后通过智能派单或指定派单等方式分派给骑手，接单骑手为下单用户提供送餐服务，并根据接单数量获得报酬。

一般而言，骑手工作时间具备灵活性，大部分并无固定的上下班时间要求，即便有要求，用人单位也仅就骑手的 APP 上下线时间及在线时长进行约束，骑手只要登录送餐 APP 即可随时接受系统派单进行送餐。另一方面是工作地点的灵活性，骑手一般无需到固定的办公场所上班，多数时间处于取餐送餐的路途之中。基于上述特征，对于骑手“上班”的认定，不应以传统的标准去判断，其无需到达某一特定地点即可开展工作，应当认为其在 APP 上线既已处于上班状态。**故骑手上线后去站点集合途中，不宜认定为上班途中。**

2.站点集合——基于用人单位的工作指令

外卖骑手的本职工作主要在于外卖派送，外卖派送工作不需要从固定的工作地点接单再外出派送，其可以在路途中随时接单随时派送，故在用人单位未要求将骑手至站点集合作为惟一签到考勤方式的前提下，去站点集合本身并非骑手工作开展的必要环节，而是用人单位基于用工管理的需要而对骑手附加的额外的工作指令。

而在实际履行该项工作指令时，骑手一般亦身着工作服并使用外

卖派送所用电瓶车，**可以说其主观上符合用人单位的指示，行为过程中已经具备足以认定为执行工作任务的外观，**再结合其已上线处于随时可接受调度安排进行外卖派送的状态，可以认定其至站点集合属执行工作任务，而此时去往站点的途中与至站点集合应均属不可分割的整体行为，系执行工作任务的过程，而不宜割裂来看而单独将在途行为视为上班途中。

3.交通安全——可以预见的风险管理

根据成本分摊理论，由于用人者在雇佣被用人者时可以合理预见到一些侵权行为，对于这些行为，用人者可以将由此产生的损害赔偿费用纳入到企业运行的成本中，并通过保险机制以及价格转移等方式，让从企业运行中获益的人来分担这一支出。[2]王泽鉴先生亦提出，执行工作范围的认定应考虑内在关联，须与用人者所委办职务具有通常合理关联性，用人者对此可为预见，事先预防，并计算其可能的损害，内化于经营成本，予以分散。[3]用人者责任所基于的控制理论的现实意义即包括用人单位在对被使用人侵权行为的相应风险能够预见与控制的范围内承担替代责任。

从该角度而言，有别于其他岗位工作人员的本职工作内容与通勤交通行为相互独立区分，骑手的外卖派送工作也是通过电瓶车开展，多数工作时间是在途交通行为，故交通行为与骑手工作内容的开展密不可分，**应当说就骑手因途中交通事故所致侵权行为的风险控制本应在其用人单位的可预见的管理范围之内。**

具体到本案，董某作为某物流公司的专职骑手，其在“快鹰团队

版”APP 上线后，系统会根据智能定位向其派单。某物流公司在日常管理中会要求未接到单的骑手至站点集合，但若集合途中骑手接到系统派单则需派单优先。董某、某物流公司、甲信息公司均确认事发时董某已经在 APP 刷脸上线，故此时董某已经处于上班状态。在此前提下，结合事发时间是上午 9 点半左右、事发地点确实也是在其所属站点附近，加之某物流公司在陈述中亦认可确会有安排骑手至站点集合行为，**故可以认定董某是在上班状态下按照某物流公司的要求至站点集合，属于执行用人单位工作指令的行为，应属执行工作任务。**

（二）基于送餐行业用工乱象的价值考量

一方面，考虑到用人单位一面通过多种形式“去劳动关系化”，规避与骑手建立劳动关系以节约用工成本，使得骑手无法获得充分的劳动保障，一面又通过严格的平台规则以及晨会制度等类劳动关系管理手段对骑手施加远超劳务关系程度的管理和约束。尤其对于未与用人单位建立劳动关系的骑手，若让骑手承担用人单位所附加的管理行为所产生的相应风险，难谓公平。

另一方面，外卖骑手相较于用人单位风险承担能力与偿付能力较弱，交通事故一旦发生，动辄导致数十万甚至百万赔偿责任，相较于骑手，作为指令发出方的用人单位具备更强的偿付能力，更能够保障受害人损害的有效救济，这也是作为用人者责任基本理论依据之一的深口袋理论[4]的应有之意。

而就用人单位而言，当前用人单位可以通过商业保险的方式分散相应的责任风险，商业保险可以覆盖骑手意外身故、伤残、意外医疗、

第三者人身伤亡或财产赔偿等外卖派送服务可能遇到的主要风险。若通过司法裁判明确将骑手站点集合途中纳入执行工作任务范畴，有利于倒逼用人单位引入商业保险的方式分散风险。据了解，现有部分用人单位会为骑手投保雇主责任险，但现保险公司仅针对骑手取餐送餐过程中的事故伤害进行理赔，在此范围外的包括集合途中交通事故的，均拒绝理赔。

本案即是因保险公司拒绝理赔故而引发纠纷。通过审判实践就该部分责任认定进行明确，将骑手上线后集合途中认定为执行工作任务的行为，将为相关保险合同的履行提供明确的法律指引。如此，用人单位可通过保险机制将风险予以分散，有利于受害人损害的有效救济，有利于实现**骑手、用人单位、受害者**三方利益的平衡。

四、延伸思考：分包模式下送餐平台的责任认定

（一）从外观行为到内在关联

行为外观理论作为判断执行工作任务的客观标准，主张应以工作人员的行为外观为判断标准，只**要行为外观客观上足以让外界认为与执行职务有关，则不论用人者或行为人主观意思为何，均应认定为职务行为。**行为外观可进一步区分为受雇人行为外观与非受雇人行为外观，前者建立于雇佣关系的基础，后者则不需要以此为基础，只要行为人事实上以该法人主体的外观进行活动。[5]

目前骑手的用工形式主要**分为三种**:**一是**平台自营签约骑手，**二是**平台分包给代理商签约骑手，**三是**平台众包骑手。对于骑手交通事

故致害案件，人民法院首先应当区分骑手在侵权行为发生时处于何种用工模式。

如本案中，董某在做某物流公司处全职骑手的同时也注册了平台的众包骑手，某物流公司就以此为由主张应由平台而非其公司承担责任，经过对全职骑手、众包骑手登录 APP 模式的审查以及董某日常接单情况进行查明，可以认定董某事发时并未登录众包软件进行接单。

而后，对于可能涉及的骑手、平台、受害人三方或骑手、用人单位、平台、受害人四方，对各方当事人应施以不同的举证责任要求。

对于主张侵权责任的受害人一方，因其作为外部人员，只能从餐盒标识、工作服等外观上判断骑手在侵权行为发生时是否服务于某送餐平台，但无从知晓骑手背后实质上的劳动用工法律关系，基于前述理论，其主张平台承担用人者责任的，仅需提供证据证明侵权行为发生时存在相应的行为外观，应当说即完成了初步的举证责任。而后平台抗辩称其无需承担用人者责任的，则需就其与骑手侵权行为不存在内部关联予以举证，如证明其并非实际用人单位等。而骑手抗辩称其为职务行为的，亦应就其行为与履行工作任务的内在关联承担相应举证责任。应当说此时就内在实际关联性的举证责任则穿梭于作为行为人的骑手与平台或用人单位之间。

（二）分包模式下平台应否担责的认定标准

对于代理商模式的骑手，骑手与代理商之间签订劳动合同、劳务合同等，一般而言，代理商系骑手的用人单位，承担骑手执行工作任务致人损害的用人者责任。但这并不意味着平台经营者在此一概无需

承担责任，**平台经营者应否承担责任，应作如下审查：**

1.是否存在“假外包、真派遣”的情况

此时应审查骑手与用人单位是否实际按照双方所签订的劳动合同或劳务合同履行，骑手是否确实是受代理商的用工管理。若骑手虽与代理商签订书面合同，但实际是受平台用工管理的，代理商并不进行实际管理的，则三方可能构成劳务派遣关系，这种情况则应按照民法典第一千一百九十一条第二款（侵权责任法第三十四条第二款）劳务派遣侵权规则处理，**由平台作为用工单位承担侵权责任。**

2.平台经营者是否存在过错，是否导致损害后果

平台经营者即便与骑手不存在直接的法律关系，实际上却仍基于平台规则、合作模式等与骑手存在紧密联系，如骑手餐盒、安全帽等可能系由平台提供。在此前提下，应注意审查基于平台规则的管理行为是否存在可归责性，若平台就骑手的交通事故确实存在过错并与交通事故的发生存在因果关系的，如提供不符合安全标准的电瓶车可能提高交通事故发生概率的，则可适用民法典第一千一百七十二条之规定认定平台就自身过错比例承担按份赔偿责任，**骑手责任部分则由用人单位承担替代责任。**

3.用人单位是否存在偿付不能的风险，平台对此是否存在选任过错

实践中平台或可通过设立注册资本较低的空壳公司、将空壳公司作为代理商、由该公司与骑手签订劳务合同等方式规避自身侵权责任风险，此种情形下，即便责任主体非常明晰，受害人往往难以将赔偿

款执行到位，权益难以救济。对此，笔者认为，可审查平台经营者在签订相应合作协议时是否尽到对代理商资质、偿付能力的审慎审查义务，对于期间存在选任过错的平台经营者，**可认定其就受害人损害承担补充责任，以保障受害人权利的充分有效救济。**

本案中，董某与某物流公司之间存在劳务关系，甲信息公司仅是平台经营者，各方对于基础的法律关系并不存争议，董某日常亦系由某物流公司管理，不存在实际履行不一致的情况。在此基础上，受害人施某主张甲信息公司应就其损害承担连带赔偿责任，经查明，在案证据难以证明甲信息公司就施某的损害存在相应过错，**故施某要求甲信息公司承担责任缺乏依据。**

【注释】

[1]最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年 7 月第 1 版，第 239 页。

[2]李响著：《美国侵权法原理及案例研究》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 486 页。

[3]王泽鉴著：《侵权行为（第三版）》，北京大学出版社 2016 年 4 月第 3 版，第 512 页。

[4]即基于保护受害人的角度，让具有更强支付能力的用人者承担责任。参见前注 2。