

法律资讯汇编

(2023 第5期)

上海王岩律师事务所
2023年5月

目 录

行业新闻—— 中国银保监会有关部门负责人就《关于规范信托公司 信托业务分类的通知》答记者问	3
新法速递—— 中国银保监会关于规范信托公司信托业务分类的通知	8
案例解析—— 离婚损害赔偿案件的审理思路和裁判要点 类案裁判 方 法	21
业务研究—— 涉疫商事合同解除后的违约收益交出	37
—— 渔业保赔保险合同的法律适用	52

中国银保监会有关部门负责人就 《关于规范信托公司信托业务分类的通知》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3月24日

一、出台《通知》的主要背景是什么？

答：近年来，信托公司信托业务持续发展，业务形式不断创新。与此同时，现行信托业务分类体系已运行多年，与信托业务实践已不完全适应，存在分类维度多元交叉、业务边界不清和服务内涵模糊等问题。为完善信托业务分类体系，银保监会起草了《通知》，在强调信托公司回归受托人定位的基础上，对信托业务进行重新分类并提出了相关监管要求，旨在促进各类信托业务规范发展，积极防控风险和巩固乱象治理成果，引领信托业发挥信托制度优势有效创新，丰富信托本源服务供给，摆脱传统发展路径依赖，加快转型，推动行业实现高质量发展。

二、《通知》起草的主要原则是什么？

答：一是回归信托本源。信托公司从事信托业务应当立足受托人定位，遵循法律法规和监管要求，确保信托目的合法合规，为受益人的最大利益处理信托事务，履行诚实守信、勤勉尽责的受托责任。二是明确分类维度。信托服务实质是根据委托人要求，为受益人利益而

对信托财产进行各种方式的管理、处分。信托业务分类应当根据信托服务的实质和特点，明确各类信托业务职责边界，避免相互交叉。三是引导差异发展。按照信托服务内容的具体差异，对各类信托业务向下细分，突出能够发挥信托财产独立性等制度优势的信托业务品种，鼓励差异化发展，构建多元化信托服务体系。四是保持标准统一。明确资产服务、资产管理、公益慈善等各类信托业务功能，在各类信托业务服务内涵等方面与国际接轨。在资产管理业务监管标准方面对标资管新规，与国内同业相统一。五是严格合规管理。严防不当利用信托机制灵活性变相开展违规业务，信托公司要在穿透基础上按“实质重于形式”原则对信托业务进行分类。

三、《通知》的总体结构和主要内容是什么？

答：《通知》共分为四部分。一是总体要求。明确《通知》的起草目的和原则。二是明确信托业务分类标准和具体要求。将信托业务分为资产服务信托、资产管理信托、公益慈善信托三大类，并在每一大类业务下细分信托业务子项。三是落实信托公司主体责任。要求信托公司按照信托业务新分类要求，严格把握信托业务边界，完善内部管理制度和内控机制，定期排查，严肃问责，确保按新分类标准规范开展信托业务。要求信托公司明确发展战略和转型方向，立足信托本源重塑发展模式，摆脱传统路径依赖，在有效防控风险的基础上实现高质量发展。四是强化监管引领。银保监会将进一步完善各类具体业务监管规则和配套机制，指导派出机构对信托公司信托业务分类准确

性和展业合规性实施持续监管。

四、《通知》关于信托业务的具体分类是什么？

答：《通知》将信托业务分为资产服务信托、资产管理信托、公益慈善信托三大类 25 个业务品种，具体包括：一是资产服务信托。按照服务具体内容和特点分为财富管理服务信托、行政管理服务信托、资产证券化服务信托、风险处置服务信托、经监管部门认可的新型资产服务信托等 5 小类，共 19 个业务品种。二是资产管理信托。依据资管新规，按投资性质不同分为 4 个业务品种，包括固定收益类信托计划、权益类信托计划、商品及金融衍生品类信托计划和混合类信托计划。三是公益慈善信托。按照信托目的不同分为慈善信托和其他公益信托 2 个业务品种。

五、《通知》对资产服务信托有哪些监管要求？如何防范信托公司利用资产服务信托规避资管新规？

答：《通知》按照资产服务信托的实质，对照资管新规关于破刚兑、去通道、去嵌套等精神，完善资产服务信托的分类标准和监管要求，如：一是明确资产服务信托不得以任何形式保本保收益。二是明确资产服务信托不得为任何违法违规活动提供通道服务。三是明确资产服务信托不涉及募集资金。四是资管产品管理人作为委托人设立资产服务信托，信托公司仅限于向其提供行政管理服务和专户管理服务，且不得与资管新规相冲突，以防出现多层嵌套、变相加杠杆、会计估值不符合资管新规要求等情形。五是信托公司开展资产服务信

托，原则上不得发放贷款，也不得通过财产权信托受益权拆分转让等方式为委托人融资需求募集资金，避免服务信托变相成为不合规融资通道等等。

六、《通知》明确信托公司应当以集合资金信托计划方式开展资产管理信托的主要考虑是什么？

答：《通知》未将单一资金信托纳入资产管理信托范畴，主要是因为所谓的单一资产管理信托实质是专户理财，根据业务实质应当归入资产服务信托中的财富管理信托，而不是资产管理信托。具体来看，资产管理信托的业务模式是信托公司发起设立资产管理产品并拟定制式合同，向合格投资者发行募资并签订制式合同，按照产品设计，通过集合运作、组合投资方式对受托资金进行投资管理，并按照产品期限到期清算。银保监会将进一步完善相关配套制度，明确集合资金信托计划组合投资相关要求。而财富管理信托的业务模式是信托公司接受委托人的委托，根据委托人合法需求为其量身定制专户服务，并据此约定信托合同条款及信托期限，按合同约定履行受托人职责。具有专户理财性质的信托业务符合财富管理信托特征，与资管业务的业务逻辑有明显差异。

七、《通知》对于存量融资类信托有哪些监管要求？

答：为加强风险防控，促进信托公司回归本源，《通知》明确坚持压降影子银行风险突出的融资类业务，信托公司按照前期既定工作要求继续落实。同时，明确信托公司开展信托业务应当立足受托人定

位，为受益人利益最大化服务，不得以私募投行角色通过信托业务形式为融资方服务，以防为了向融资方提供融资便利而损害受益人合法权益，偏离信托本质要求。下一步，银保监会将修订完善相关配套制度，明确具体监管要求，保障相关信托业务符合信托实质。

八、《通知》对存量信托业务整改有哪些安排？

答：为推动信托公司稳妥有序整改，确保平稳过渡，《通知》拟设置3年过渡期。信托公司应对各项存续业务全面梳理，制定计划，有序整改。其中契约型私募基金业务按照严禁新增、存量自然到期方式有序清零。其他不符合分类要求的信托业务，单设待整改信托业务一类，根据过渡期安排有序实施整改。已纳入资管新规过渡期结束后个案处理范围的信托业务，应当纳入待整改业务，并按照资管新规有关要求及前期已报送的整改计划继续整改。

九、《通知》公开征求意见情况如何？

答：2022年12月30日至2023年1月30日，银保监会就《通知》向社会公开征求意见，社会各方给予了广泛关注并提供了宝贵意见。银保监会对反馈意见逐条进行了认真研究，对其中符合监管导向和行业发展实际的意见进行了吸收采纳，主要是加强《通知》与其他制度衔接、完善了文字表述等。下一步，银保监会将继续完善相关配套制度，促进各类信托业务回归本源，规范发展。

中国银保监会关于规范信托公司信托业务分类的通知

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2023年3月20日

银保监规〔2023〕1号

各银保监局，各信托公司，信托保障基金公司、信托登记公司、信托业协会：

为促进信托业务回归本源、规范发展，切实防范风险，更高效服务实体经济发展和满足人民美好生活需要，现就规范信托公司信托业务分类有关事项通知如下：

一、总体要求

进一步厘清信托业务边界和服务内涵，引导信托公司以规范方式发挥制度优势和行业竞争优势，推动信托业走高质量发展之路，助力全面建设社会主义现代化国家。

（一）回归信托本源

信托公司从事信托业务应当立足受托人定位，遵循法律法规和监管要求，确保信托目的合法合规，为受益人的最大利益处理信托事务，履行诚实守信、勤勉尽责的受托责任。

（二）明确分类标准

信托服务实质是根据委托人要求，为受益人利益而对信托财产进行各种方式的管理、处分。信托业务分类应当根据信托服务实质，明确各类业务职责边界，避免相互交叉。

（三）引导差异发展

按照服务内容的具体差异，对信托业务进行细分，突出能够发挥信托制度优势的业务品种，鼓励差异化发展，构建多元化信托服务体系。

（四）保持标准统一

明确资产服务、资产管理、公益慈善等各类信托业务功能，在各类业务服务内涵等方面与国际接轨。资产管理业务监管标准对标《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（银发〔2018〕106号，以下简称《指导意见》），与国内同业保持一致。

（五）严格合规管理

严防利用信托机制灵活性变相开展违规业务。信托公司要在穿透基础上，按“实质重于形式”原则对信托业务进行分类。

二、明确信托业务分类标准和要求

信托公司应当以信托目的、信托成立方式、信托财产管理内容为分类维度，将信托业务分为资产服务信托、资产管理信托、公益慈善信托三大类共25个业务品种（具体分类要求见附件）。

（一）资产服务信托

资产服务信托是指信托公司依据信托法律关系，接受委托人委托，并根据委托人需求为其量身定制财富规划以及代际传承、托管、破产隔离和风险处置等专业信托服务。按照服务内容和特点，分为财富管理信托、行政管理信托、资产证券化服务信托、风险处置服务信托及新型资产服务信托五类、共19个业务品种。

（二）资产管理信托

资产管理信托是信托公司依据信托法律关系，销售信托产品，并

为信托产品投资者提供投资和管理金融服务的自益信托，属于私募资产管理业务，适用《指导意见》。信托公司应当通过非公开发行集合资金信托计划（以下简称信托计划）募集资金，并按照信托文件约定的投资方式和比例，对受托资金进行投资管理。信托计划投资者需符合合格投资者标准，在信托设立时既是委托人、也是受益人。资产管理信托依据《指导意见》规定，分为固定收益类信托计划、权益类信托计划、商品及金融衍生品类信托计划和混合类信托计划共4个业务品种。

（三）公益慈善信托

公益慈善信托是委托人基于公共利益目的，依法将其财产委托给信托公司，由信托公司按照委托人意愿以信托公司名义进行管理和处分，开展公益慈善活动的信托业务。公益慈善信托的信托财产及其收益，不得用于非公益目的。公益慈善信托按照信托目的，分为慈善信托和其他公益信托共2个业务品种。

三、落实信托公司主体责任

信托公司应当完善内部管理机制，做好业务分类工作，准确划分各类信托业务，并在此基础上明确发展战略和转型方向，增强受托服务意识和专业服务能力，以发挥信托独特功能、实现良好社会价值为导向，积极探索开展资产服务信托和公益慈善信托业务，规范开展符合信托本源特征、丰富直接融资方式的资产管理信托业务，提高竞争力和社会声誉，在有效防控风险的基础上实现高质量发展。

（一）明确业务边界

信托公司应当严格把握信托业务边界，不得以管理契约型私募基金形式开展资产管理信托业务，不得以信托业务形式开展为融资方服

务的私募投行业务，不得以任何形式开展通道业务和资金池业务，不得以任何形式承诺信托财产不受损失或承诺最低收益，坚决压降影子银行风险突出的融资类信托业务。

（二）提高分类质量

信托公司应当按照本通知要求完善内部管理制度，结合监管要求和公司业务特点，细化分类标准，根据信托服务实质对信托业务进行全面、准确分类。信托公司不得擅自调节信托业务分类，同一信托业务不得同时归入多个类别。确有拟开展的新型信托业务无法归入现有类别的，应当与属地银保监会派出机构沟通，按照服务实质明确业务分类归属后开展。信托公司应当组织信托业务分类专题培训，确保相关人员熟知信托业务分类标准并准确分类，按照监管要求填报相关监管报表，确保报送数据准确性。

（三）完善内控机制

信托公司应当将信托业务分类纳入内部控制体系，明确归口管理部门以及业务部门、合规管理部门、内部审计部门等职责，完善信息系统，为做好信托业务分类提供必要的资源和保障。信托公司应当建立信托业务分类定期监测排查机制，加强合规管理和数据核验，确保信托业务持续符合分类标准和监管要求。信托公司应当建立追责问责机制，对重大差错予以严肃问责。

（四）有序实施整改

为有序实施存量业务整改，确保平稳过渡，本通知设置3年过渡期。过渡期结束后存在实际困难，仍难以完成整改的，可实施个案处理。对于契约型私募基金业务，按照严禁新增、存量自然到期方式有序清零。对于其他不符合本通知要求的信托业务，单设“待整改业务”一项，有序实施整改。信托公司应当在准确分类基础上充分识别待整

改业务，制定整改计划，明确时间进度安排，待整改业务规模应当严格控制在2022年12月31日存量整体规模内并有序压缩递减，防止过渡期结束时出现断崖效应。已纳入资管新规过渡期结束后个案处理范围的信托业务，应当纳入待整改业务，按照资管新规有关要求及前期已报送的整改计划继续整改。

四、加强监管引领

（一）完善监管规则

银保监会根据信托业务发展情况，制定完善各类信托业务具体监管规则，研究完善信托公司分级分类监管制度，持续完善资本管理、信托保障基金筹集、信托产品登记等配套机制，修订非现场监管报表，保障信托业务分类工作有序落地。

（二）加强日常监管

各银保监局应当督促指导辖内信托公司按照本通知要求完善内部管理机制，对存量信托业务准确分类、有序整改。各银保监局应当通过非现场监管和现场检查等方式，对信托业务分类准确性及展业合规性实施持续监管，防止监管套利。各银保监局应当提高监管主动性和前瞻性，及时、准确发现违规问题并采取有针对性的纠正措施，责成信托公司限期整改，逾期未整改的，应当依法采取暂停业务等审慎监管措施，并要求信托公司严肃处理责任人员。

（三）加强宣传引导

各银保监局应当指导辖内信托公司加强金融消费者教育，引导金融消费者正确认识信托关系实质和信托业务风险特征，树立信托产品打破刚性兑付的风险意识。信托业协会应当加强宣传引导，组织信托公司自觉落实相关要求，普及信托相关知识，提高社会各界对各类信

托业务的认知度。

本通知自 2023 年 6 月 1 日起实施。本通知实施前公布的规范性文件与本通知规定不一致的，以本通知为准。各信托公司应当于本通知实施后 30 日内将存续信托业务分类结果和整改计划报送属地银保监会派出机构。

- 附件：1. 信托公司信托业务具体分类要求
2. 信托公司信托业务新分类简表

中国银保监会
2023 年 3 月 20 日

附件 1：信托公司信托业务具体分类要求

一、资产服务信托

资产服务信托是为委托人量身定制的受托服务，不涉及向投资者募集资金的行为，不适用规范资产管理业务的《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（银发〔2018〕106 号，以下简称《指导意见》）。信托公司开展资产服务信托业务，应确保信托目的合法合规，提供具有实质内容的受托服务，不得通过财产权信托受益权拆分转让等方式为委托人募集资金（依据金融监管部门规定开展的资产证券化业务除外），原则上不得以受托资金发放信托贷款。信托公司确实基于委托人合法信托目的受托发放贷款的，应当参照《商业银行委托贷款管理办法》（银监发〔2018〕2 号，以下简称《委托贷款办法》）进行审查和管理，其信托受益权转让时，受益人资质和资金来源应当

持续符合《委托贷款办法》要求。资产服务信托按照服务内容和特点分为财富管理服务信托、行政管理服务信托、资产证券化服务信托、风险处置服务信托和新型资产服务信托五类、共 19 个业务品种：

（一）财富管理服务信托。信托公司为自然人、法人及非法人组织财富管理提供的信托服务，按照服务内容及对象分为 7 个业务品种：

1. 家族信托。信托公司接受单一自然人委托，或者接受单一自然人及其亲属共同委托，以家庭财富的保护、传承和管理为主要信托目的，提供财产规划、风险隔离、资产配置、子女教育、家族治理、公益慈善事业等定制化事务管理和金融服务。家族信托初始设立时实收信托应当不低于 1000 万元。受益人应当为委托人或者其亲属，但委托人不得为唯一受益人。家族信托涉及公益慈善安排的，受益人可以包括公益慈善信托或者慈善组织。单纯以追求信托财产保值增值为主要信托目的、具有专户理财性质的信托业务不属于家族信托。

2. 家庭服务信托。由符合相关条件的信托公司作为受托人，接受单一自然人委托，或者接受单一自然人及其家庭成员共同委托，提供风险隔离、财富保护和分配等服务。家庭服务信托初始设立时实收信托应当不低于 100 万元，期限不低于 5 年，投资范围限于以同业存款、标准化债权类资产和上市交易股票为最终投资标的的信托计划、银行理财产品以及其他公募资产管理产品。

3. 保险金信托。信托公司接受单一自然人委托，或者接受单一自然人及其家庭成员共同委托，以人身保险合同的相关权利和对应利益

以及后续支付保费所需资金作为信托财产设立信托。当保险合同约定的给付条件发生时，保险公司按照保险约定将对应资金划付至对应信托专户，由信托公司按照信托文件管理。

4. 特殊需要信托。信托公司接受单一自然人委托，或者接受单一自然人及其亲属共同委托，以满足和服务特定受益人的生活需求为主要信托目的，管理处分信托财产。

5. 遗嘱信托。单一委托人（立遗嘱人）为实现对遗产的计划，以预先在遗嘱中设立信托条款的方式，在遗嘱及相关信托文件中明确遗产的管理规划，包括遗产的管理、分配、运用及给付等，并于遗嘱生效后，由信托公司依据遗嘱中信托条款的内容，管理处分信托财产。

6. 其他个人财富管理信托。信托公司作为受托人，接受单一自然人委托，提供财产保护和管理服务。委托人应当以其合法所有的财产设立财富管理信托，不得非法汇集他人财产设立财富管理信托。其他个人财富管理信托的信托受益权不得拆分转让。其他个人财富管理信托初始设立时实收信托应当不低于 600 万元。

7. 法人及非法人组织财富管理信托。信托公司作为受托人，接受单一法人或非法人组织委托，提供综合财务规划、特定资产管理、薪酬福利管理等信托服务。除以薪酬福利管理为信托目的外，法人及非法人组织财富管理信托应当为自益信托。法人及非法人组织财富管理信托受益权不得拆分转让。法人及非法人组织财富管理信托委托人交付的财产价值不低于 1000 万元。

法人或非法人组织应当以合法所有的财产设立财富管理信托。单

个资产管理产品管理人以资产管理产品资金委托信托公司提供专户受托服务，仅限于配置银行存款、标准化债权类资产、上市公司股票、公募证券投资基金以及符合信托监管规定的衍生品。信托公司为资产管理产品管理人提供的受托服务不得与《指导意见》相冲突。信托公司可以依据人力资源社会保障部门关于年金基金管理的规定，为年金基金提供专户受托服务。除上述情形外，委托人不得以资产管理产品财产、资产服务信托财产或者以其他方式汇集他人财产设立财富管理信托，也不得通过向资产管理产品直接或间接转让财富管理信托受益权等方式帮助资产管理产品管理人以资产管理产品财产变相设立财富管理信托。

（二）行政管理服务信托。信托公司作为独立第三方提供运营托管、账户管理、交易执行、份额登记、会计估值、资金清算、风险管理、执行监督、信息披露等行政管理服务的信托业务。按照信托财产和服务类型分为5个业务品种：

1. 预付类资金服务信托。信托公司提供预付类资金的信托财产保管、权益登记、支付结算、执行监督、信息披露、清算分配等行政管理服务，帮助委托人实现预付类资金财产独立、风险隔离、资金安全的信托目的。

2. 资管产品服务信托。信托公司接受资管产品管理人委托，为单个资管产品提供运营托管、账户管理、交易执行、份额登记、会计估值、资金清算、风险管理、执行监督、信息披露等行政管理服务，不参与资管产品资金筹集、投资建议、投资决策、投资合作机构遴选等

资产管理活动。资管产品服务信托为资管产品提供行政管理服务，不得与《指导意见》相冲突。

3. 担保品服务信托。信托公司代表债权人利益，受托管理担保物权，提供担保物集中管理和处置、担保权利集中行使等服务。

4. 企业（职业）年金服务信托。信托公司依据人力资源社会保障部门有关规定，受托管理企业（职业）年金基金。

5. 其他行政管理服务信托。信托公司作为受托人管理其他特定资产，提供财产保管、执行监督、清算分配、信息披露等行政管理服务。涉及以财产权信托受益权转让、发行等方式变相为委托人融资的信托业务，不属于行政管理服务信托。

（三）资产证券化服务信托。信托公司作为受托人，以资产证券化基础资产设立特定目的载体，为依据金融监管部门有关规定开展的资产证券化业务提供基础资产受托服务。按照基础资产类型和服务对象分为4个业务品种：

1. 信贷资产证券化服务信托。信托公司作为受托人，为按照《信贷资产证券化试点管理办法》（中国人民银行 中国银行业监督管理委员会公告〔2005〕第7号）开展的信贷资产证券化业务提供基础资产受托服务。

2. 企业资产证券化服务信托。信托公司作为受托人，为按照《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》（证监会公告〔2014〕49号）开展的企业资产证券化业务提供基础资产受托服务。

3. 非金融企业资产支持票据服务信托。信托公司作为受托人，为按照《银行间债券市场非金融企业资产支持票据指引》（中国银行间市场交易商协会公告〔2012〕14号）开展的非金融企业资产支持票据业务提供基础资产受托服务。

4. 其他资产证券化服务信托。信托公司作为受托人，为其他依据金融监管部门有关规定开展的资产证券化业务提供受托服务。

（四）风险处置服务信托。信托公司作为受托人，为企业风险处置提供受托服务，设立以向债权人偿债为目的的信托，提高风险处置效率。按照风险处置方式分为2个业务品种：

1. 企业市场化重组服务信托。信托公司作为受托人，为面临债务危机、拟进行债务重组或股权重组的企业风险处置提供受托服务，设立以向企业债权人偿债为目的的信托。

2. 企业破产服务信托。信托公司作为受托人，为依照《中华人民共和国企业破产法》实施破产重整、和解或者清算的企业风险处置提供受托服务，设立以向企业债权人偿债为目的的信托。

（五）新型资产服务信托。信托公司经监管部门认可，依据信托法律关系开展的新型资产服务信托业务。

二、资产管理信托

信托公司设立发行、运营管理、终止清算集合资金信托计划（以下简称信托计划），均需符合《指导意见》相关规定，强化投资者适当性管理，按照审慎经营、诚实守信、勤勉尽责原则履行受托管理职

责，加强信用风险、市场风险、流动性风险和操作风险管理，有效防控期限错配风险和投资集中度风险，实行净值化管理，加强信息披露，坚持打破刚兑，在卖者尽责基础上实现买者自负，主动防控影子银行风险。按投资性质不同分为固定收益类信托计划、权益类信托计划、商品及金融衍生品类信托计划、混合类信托计划共4个业务品种：

（一）**固定收益类信托计划**。投资于存款、债券等债权类资产的比例不低于80%的信托计划。

（二）**权益类信托计划**。投资于股票、未上市企业股权等权益类资产的比例不低于80%的信托计划。

（三）**商品及金融衍生品类信托计划**。投资于商品及金融衍生品的比例不低于80%的信托计划。

（四）**混合类信托计划**。投资于债权类资产、权益类资产、商品及金融衍生品类资产且任一资产的投资比例未达到前三类产品标准的信托计划。

三、公益慈善信托

公益慈善信托按照信托目的分为慈善信托和其他公益信托共2个业务品种：

（一）**慈善信托**。委托人基于慈善目的，依法将其财产委托给信托公司，由信托公司按照委托人意愿以受托人名义进行管理和处分，开展慈善活动的行为。

（二）**其他公益信托**。除慈善信托以外，信托公司依据《中华人

民共和国信托法》开展，经监管部门认可的其他公益信托业务。

附件 2：信托公司信托业务新分类简表

业务品种 服务实质	是否募 集资金	受益类型	主要信托业务品种	
资产服务 信托业务	不涉及	自益或 他益	财富管理 服务信托	家族信托
				家庭服务信托
				保险金信托
				特殊需要信托
				遗嘱信托
				其他个人财富管理信托
				法人及非法人组织财富管理信托
			行政管理 服务信托	预付类资金服务信托
				资管产品服务信托
				担保品服务信托
				企业/职业年金服务信托
				其他行政管理服务信托
			资产证券 化服务信 托	信贷资产证券化服务信托
				企业资产证券化服务信托
				非金融企业资产支持票据服务信托
				其他资产证券化服务信托
风险处置 服务信托	企业市场化重组服务信托			
	企业破产服务信托			
新型资产服务信托				
资产管理 信托业务	私募	自益	集合资金 信托计划	固定收益类信托计划
				权益类信托计划
				商品及金融衍生品类信托计划
				混合类信托计划
公益慈善 信托业务	可能涉 及募集	公益	公益慈善 信托	慈善信托
				其他公益信托

离婚损害赔偿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：王列宾、张睿智

日期：2023年3月27日

离婚损害赔偿是指因夫妻一方存在重大过错致使婚姻关系破裂，无过错方可主张过错方对其遭受的损失予以赔偿的法律制度。《婚姻法》在2001年修订时首次确立离婚损害赔偿制度，《民法典》在此基础上新增“有其他重大过错”这一兜底条款，扩大了该制度的适用范围。上述规定有利于有效制约婚姻过错方、保障无过错方的合法权益，彰显了社会主义核心价值观，但在具体适用中也存在诸多分歧，亟待统一适法。本文结合司法实践中的典型案例，对该类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 离婚损害赔偿案件的审理难点
- 03 离婚损害赔偿案件的审理思路和裁判要点
- 04 其他需要说明的问题

一、典型案例

案例一：涉及损害事实的认定

谭某与刘某办理离婚登记后，向法院提起离婚损害赔偿诉讼，称刘某长期对其实施家庭暴力，还与婚外异性同居多年，导致夫妻感情破裂。为此，谭某提供双方争吵的录音和报警回执单、刘某与异性开房的视频截图以资证明。刘某否认其实施家庭暴力，亦否认同居事实，表示双方婚后因常有争吵、感情不和而离婚。此外，刘某承认其确与婚外异性开过一次房，但当时已在与谭某办理协议离婚的过程中，不应成为谭某提起该诉的理由。

案例二：涉及证据效力的判定

张某与王某结婚后，王某被公司外派出国。王某回国后，因偶然机会发现张某的笔记本和一些避孕用品、药品。笔记本内，张某以《迈克的风流韵事》为题，撰写了主人公迈克与多名女子有染的文字内容。王某阅读后认为迈克即为张某的化名，遂起诉离婚，并要求张某赔偿感情损失。张某辩称，作为王某起诉依据的笔记本系其排遣寂寞的方式，内容并非事实，故不同意离婚与赔偿损失。

案例三：涉及兜底条款的界定

黄某与方某结婚15年，育有一女13岁，夫妻双方因女儿教育问题产生矛盾。方某对女儿是否亲生产生疑虑，遂带女儿前往鉴定机构进行亲子鉴定，结论为方某与女儿不符合遗传定律，即排除存在亲子关系。方某遂起诉要求与黄某离婚，并要求黄某承担损害赔偿责任。诉讼中，黄某同意离婚但不认可鉴定结论，亦不愿另行进行亲子鉴定。

案例四：涉及赔偿数额的确定

董某与陈某协议离婚后，董某诉至法院，称双方结婚后发现陈某存在嫖赌毒行为，给己方带来严重的精神打击和心理创伤，导致双方感情破裂而离婚，请求陈某支付离婚损害赔偿 20 万元。陈某承认自己因赌博行为被行政拘留，在婚姻中存在一定过错，但认为董某提出的离婚损害赔偿金额过高。

二、离婚损害赔偿案件的审理难点

离婚损害赔偿既可依附于离婚诉请提出，又可在离婚后单独主张。该类纠纷呈现过错事实隐密性、矛盾冲突激烈性、定性裁量复杂性等特点，如何精准把握案件事实和法律规定，作出符合法理情的裁判，存在诸多难点。

（一）损害事实认定难

由于《民法典》第 1091 条、最高法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第 1、2 条对于损害事实的表述较为概括、抽象，容易产生不同理解，认定损害事实存在一定难度。

例如，“虐待”和“与他人同居”应当是“持续、稳定”的，但司法解释对何谓“持续、稳定”的状态却缺乏具体界定，且由无过错方证明该种状态也存在困难，造成不同法官对事实认定可能存在差异。

又如，关于家庭暴力的认定，如何与一般的家庭冲突相区分亦需厘清。此外，离婚损害赔偿以“损害结果”实际存在为基础，其中有关人身、物质、精神损害的认定往往需要运用经验法则，这也极大地考验法官的裁判能力。

（二）证据效力判定难

由于家庭婚姻生活具有长期性、私密性，而伤害行为是非持续的，相应证据也易灭失，即便有所举证，施害方的过错与无过错方受损后果的因果关系也成为证明难点。原因在于：其一，提出诉请的主体一般为需要举证的无过错方，常因证据不足致使权益难以得到保护。其二，受害方为防止被对方发现，往往采取偷录偷拍、跟踪、私拆信件等秘密手段取证，间接证据乃至瑕疵证据较为普遍。其三，无过错方需提供达到民事诉讼法相应证明标准的举证，而证明标准较高常导致无过错方陷入举证欠缺的窘境。

（三）兜底条款界定难

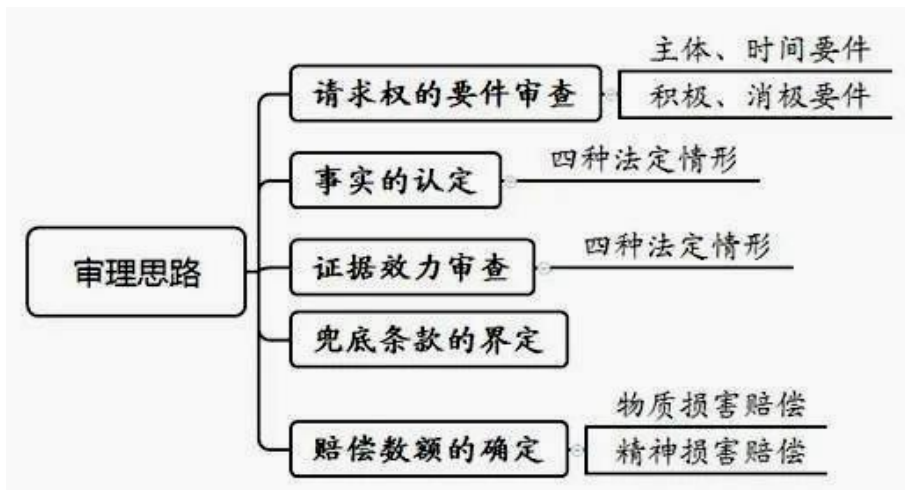
对于无过错方有权请求损害赔偿的法定情形，《民法典》新增“有其他重大过错”这一概括式兜底条款。由于兜底条款的规定不够明晰，需由法官根据案件具体情况，结合过错情节、损害后果等因素，对过错方是否存在重大过错进行认定。实践中常出现的通奸、卖淫、嫖娼、赌博、吸毒等过错行为，同样可能导致双方离婚并给无过错方造成物质和精神的双重损害，而上述情形是否可直接适用该条款规定，实践中尚存争议。

（四）赔偿数额确定难

离婚损害赔偿包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。由于导致离婚损害赔偿的情形不同，故需结合相应的法定因素、酌定因素，对赔偿的内容和数额予以综合考量。离婚过错方承担赔偿责任应以其行为所造成的实际损害为基础，但在实际裁判中，缺乏量化实际损害的标准或者进行“酌情认定”的具体规则。针对精神损害赔偿情形，在适用最高法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》一般侵权损害赔偿规定的同时，考虑到离婚损害赔偿制度的特殊性和事实认定的复杂性，在确定具体赔偿数额时还需适用情理法相适应原则，因此处理难度较大。

三、离婚损害赔偿案件的审理思路和裁判要点

法院审理离婚损害赔偿案件，首先，应依法审查案件是否满足离婚损害赔偿请求的要件；其次，要甄别当事人主张的情形是否属于离婚损害赔偿的法定事由；再次，要判断当事人提供的证据能否构成相对完整的证据链以支持其主张；最后，若当事人的请求可予支持，还需结合离婚事由审慎确定离婚损害赔偿的具体数额。



（一）离婚损害赔偿请求权的审查要件

该类案件的特殊性，首先体现在请求权的特别要求上，审查请求权时具体需要注意以下几个方面：

1. 主体要件

享有离婚损害赔偿请求的权利主体是具有合法婚姻关系的无过错方。因此，应注意排除不属于离婚损害赔偿请求权行使主体与对象的情形：

（1）离婚损害赔偿针对的义务主体是有过错的配偶，对于与过错方损害行为有关的第三者，无过错方不能向第三者要求离婚损害赔偿，只能通过其他途径如主张侵权损害赔偿等维护权益。

（2）该项制度的目的是对夫妻中无过错方因对方过错导致离婚而受到的损害进行救济和抚慰。因此，遭受过错方损害行为的子女等家庭成员，无权向过错方提起该诉请。

2. 时间要件

提起离婚损害赔偿请求的时间是否符合规定，应当区分以下情形作出处理：

（1）夫妻一方不起诉离婚而单独提起请求的，法院不予受理。

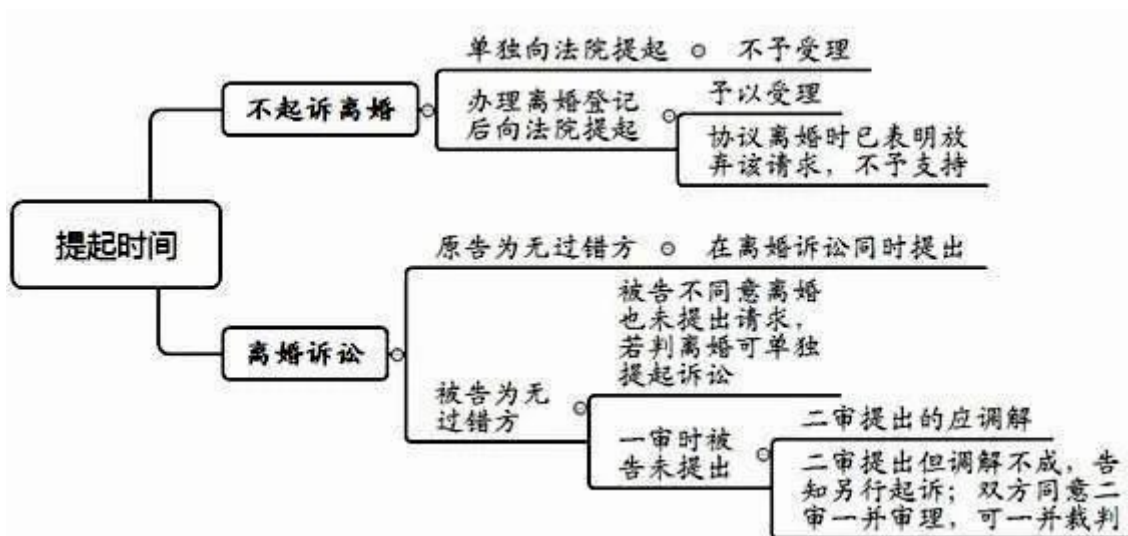
（2）无过错方作为原告提出请求的，需在离婚诉讼的同时提出。

（3）无过错方作为被告的离婚诉讼案件，被告不同意离婚也未提出离婚损害赔偿请求的，若判决离婚可就此单独提起诉讼。

（4）无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未提出赔偿请求，二审期间提出的，应当进行调解；调解不成，应告知当事人

另行起诉。双方当事人同意由二审法院一并审理的，二审法院可一并裁判。需注意的是，本情形及上述情形（3）中“离婚后一年内起诉”的除斥期间规定已废除。

（5）当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以《民法典》第1091条为由向法院提出请求的，除非在协议离婚时已经表明放弃该项请求，否则应当予以受理。



3. 积极要件

无过错方提出离婚损害赔偿请求的，必须具备以下要件：

（1）行为人对于离婚主观上必须存在过错，该过错是导致离婚的原因，否则不能支持离婚损害赔偿诉请。

（2）导致离婚的过错情形应属于法定情形，若过错不属于法定情形的，离婚损害赔偿诉请不予支持。

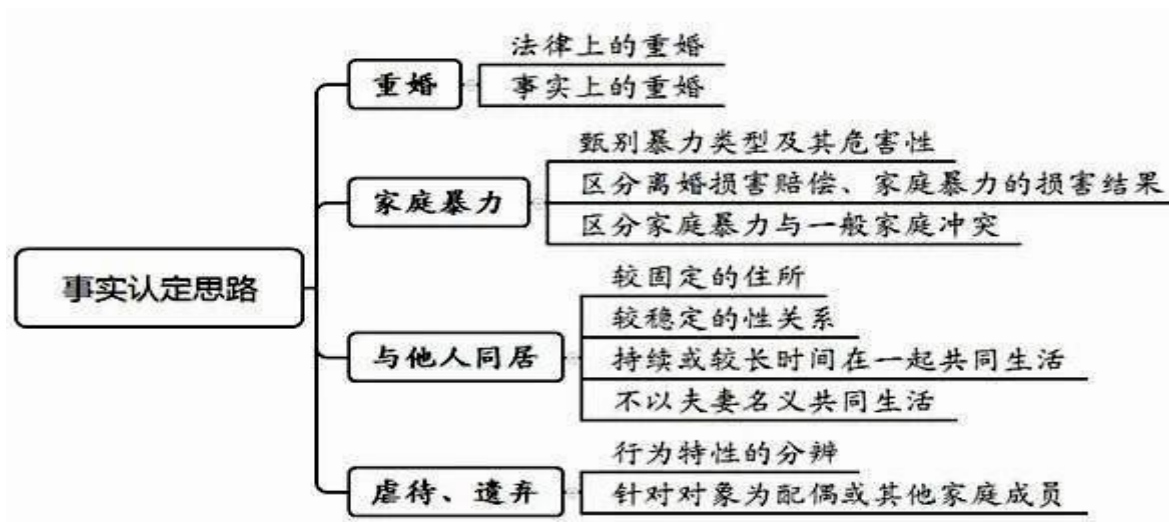
（3）过错方的损害行为造成损害结果，且损害行为与结果之间存在因果关系。未造成损害结果的，因损害行为不构成对无过错方合法权益的侵犯，也就无需赔偿。

4. 消极要件

在审查离婚损害赔偿请求权要件时，需对排除适用离婚损害赔偿制度的以下要件进行审查：

- (1) 无过错方在协议离婚中明确放弃离婚损害赔偿请求；
- (2) 主张赔偿一方也存在过错；
- (3) 过错责任人只能是配偶一方。

(二) 离婚损害赔偿的事实认定



1. “重婚”的认定

重婚包含两种情形：一是有配偶者与他人登记结婚，即法律上的重婚；二是有配偶者虽未与他人登记结婚，但以夫妻名义对外共同生活，即事实上的重婚。对此，尤需审查事实重婚和婚姻过错方与他人同居的区别，主要在于是否存在对外示明虚假“夫妻身份”并得到他人认可的事实。因此，在审查是否存在以夫妻名义对外共同生活的事实时，应结合事实重婚“夫妻身份”的公示性与公认性的本质特征进行认定。

2. “家庭暴力”的认定

关于家庭暴力的认定,实践中存在一定分歧,但已形成以下共识:

(1) 甄别暴力类型及其危害性。身体暴力往往表现为殴打、捆绑、残害、限制人身自由等方式;精神暴力主要表现为侮辱、谩骂、诽谤、宣扬隐私、人格贬损、恐吓、威胁、跟踪、骚扰等行为。需要指出的是,暴力后果应达到导致双方离婚并需赔偿的程度。

(2) 在因家庭暴力引发的离婚损害赔偿案件中,法院在认定过错方的相关行为是否属于家庭暴力时,不以该行为造成伤害后果为前提,只要过错方作出暴力行为即可认定。

(3) 区分家庭暴力与一般家庭冲突。家庭暴力强调一方经常对另一方实施身体及精神上的严重加害,而非偶发的、不特定的、危害后果不大的家庭冲突。如案例一中,离婚协议记载双方因生活琐事吵架,并未提及因家庭暴力导致离婚,且仅凭诉讼中所述的一次双方吵架、打架也难以认定为家庭暴力,故法院未支持谭某以该情形提出的离婚损害赔偿请求。

3. “与他人同居”的认定

与他人同居,是指有配偶者与婚外异性,不以夫妻名义,持续、稳定地共同居住。一般情况下,该项事实的认定应把握以下四方面特征:一是当事人有较为固定的住所,二是保持较稳定的性关系,三是持续或较长时间在一起共同生活,四是双方不以夫妻名义共同生活。

4. “虐待、遗弃”的认定

持续性、经常性的家庭暴力,可以认定为“虐待”。在事实认定时应审查相关证据能否反映损害行为具有持续性、经常性状态这一显

著特性。“遗弃”指的是夫妻间对年老、年幼、患病或没有独立生活能力，需要扶助、抚养的另一方或其他家庭成员，故意不履行其应尽义务导致离婚的行为。被虐待、遗弃的对象，可以是夫妻无过错方，亦可是其他家庭成员。此处的家庭成员，应为组成相对稳定家庭基本结构的近亲属，如共同生活的一方或双方父母、未成年或无独立生活能力的成年兄弟姐妹等。

（三）离婚损害赔偿的证据审查

因婚姻关系的私密性不利于证据留存等，法院可以适当采取释明法律、放宽举证期限、发放调查令或由无过错方申请司法鉴定等方式，对负有举证证明责任的无过错方提交的证据进行审查。经审查，待证事实的存在具有高度可能性、盖然性的，予以采纳；而过错方为反驳待证事实提交的证据，如反证也无法证实真伪的，则不予认定。审理时应严格审查直接言词，善用间接证据，限制非法证据，引导补强瑕疵证据，审慎运用经验法则，综合判定能否形成完整的证据链。

1. “重婚”的审查

对于是否构成法律上的重婚，应以生效刑事判决的认定为准。对于事实重婚，实践中一般可通过以下证据查明是否存在以“夫妻名义”共同生活的事实：

- （1）与他人举行结婚仪式；
- （2）一方生病手术时另一方以配偶的名义签名或陪伴；
- （3）婚外生子的，双方以父母的名义在出生证上签名；

(4) 在双方所购住房上以夫妻名义登记或在所住小区的物业处登记为夫妻;

(5) 一方重婚行为被发现后,向另一方出具的悔过书或保证书;

(6) 除上述证据外,住所周围群众、当事人亲友的证言亦可作为重要证据。

2. “家庭暴力”的审查

家庭暴力不仅包括身体暴力和性暴力,还包括精神暴力等,因此证据的内容和表现形式复杂多样。同时,由于家庭暴力具有隐蔽性、缺乏即时救助性等特点,举证较为困难。实践中为查清事实,可先由无过错方承担基础举证责任,提供确实充分的基础性初步证据后,根据实际需要依法释明举证规则并要求对方提供相应的反驳及反证。如存在家暴过错方的悔过书或保证书,在确认其真实性、合法性的基础上,可作为家暴的初步证据。之后,根据双方陈述,综合全案证据,运用逻辑推理、经验法则作出判断。实践中以下证据较为关键,应审慎审查:

(1) 受害人的报警记录以及出警记录、讯问笔录、询问笔录、行政处罚决定书等公安机关对案件的处理记录及相关公文书证。

(2) 录音录像、短信、电子邮件、聊天记录截图等反映案件事实的视听资料证据。

(3) 诊断书、病历、收据等就诊医疗资料以及受伤照片、视频、司法鉴定部门的伤情鉴定意见。

(4) 受害一方向单位、妇联、居委会、村委会、反家暴社会公益机构等部门求助的证据以及基层组织处理或调解的证据。

(5) 近亲属、邻居的证人证言，以及与子女年龄、智力相符合的证人证言。

3. “与他人同居”的审查

由于与他人同居行为具有隐秘性，该种情形对提供证据方的要求比较高，且易涉及个人隐私或其他权益，有些无过错方往往通过秘密手段取得相关证据。因此，审查无过错方举证的合法性尤为重要。对于通过严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的依据。

实践中，审查相关证据时应持谨慎态度，如以暴力或欺骗等不法手段收集他人证言、证物等方式取得的证据，因采集方式的不正当而排除其合法性。然而，若采用并非国家禁止使用的录音笔、手机等设备，在自己家中或公共场所摄录反映夫妻间矛盾的内容，未涉及他人权益或公共利益，则不属侵犯他人人格权、住宅权等民事权益，所获证据不应轻易排除。

此外，需重点审查对证明同居事实具有重要作用的证据，如包含同居内容的过错方的保证书或悔过书、同居居所处的公共监控视频、无过错方为解决感情纠纷与过错方以及同居另一方的聊天记录、过错方的当庭陈述及对同居证据所作的解释、相关证人证言等。如案例二中，笔记本所载内容的指向并不明确，与避孕用品等均非婚姻出轨的直接证据，王某又无其他证据予以佐证，故无法支持王某的诉请。

4. “虐待、遗弃”的审查

相关证据中，如有法院作出的构成虐待罪、遗弃罪或其他关于家庭暴力犯罪的生效刑事裁判文书，则可直接作为认定相关事实的依据。此外，应当重点审查受害方的陈述、证人证言以及相关病历资料、生活照片、录音录像资料等证据，当然过错方的辩解也应一并审查，并注重证据之间的关联性，由此综合作出判断。

（四）离婚损害赔偿兜底条款的界定

《民法典》新增的兜底条款系概括式规定，审理中可根据具体情况，结合过错情节、损害后果等因素，对过错方是否存在重大过错进行认定。审理过程中，在适用该兜底条款时，应把握“审慎从严”的原则，必须严格判断相关情形是否与前述四项法定情形具有相当性，即一方过错能否达到与前四项相近的严重程度，并且导致夫妻离婚，如果过错达不到“重大”的程度则不应适用该条款。

对于婚内与他人私生子女、通奸、卖淫、嫖娼、赌博、吸毒等过错行为，如达到重大过错程度，一般通说认为可支持离婚损害赔偿。比如，若长期多次、屡教不改地实施大数额赌博行为或吸毒行为导致离婚，可视为达到重大过错的程度。

此外，对于因一方判刑而导致对方与其离婚，如果犯罪行为系违反夫妻忠实义务的强奸、猥亵等行为的，则可以考虑认定为符合“其他重大过错情形”，否则即使是性质极其恶劣的罪行也不应适用该条款。实践中较为常见的是与婚外异性生子甚至隐瞒该事实而造成无过错方长期抚养非婚生子女的案件，一般构成其他重大过错的情形。如

案例三中，方某已有证据证明女儿非己亲生，黄某同意离婚，但不认可鉴定结论，又不愿再作鉴定，则应依法推定私生女儿构成其他重大过错情形。

（五）离婚损害赔偿数额的确定

1. 物质损害赔偿

物质损失为婚内一方实施损害行为引起的人身伤害损失、财产的实际减少、可得财产利益的丧失等。因相关可期待权益已包括在离婚家务劳动补偿制度、离婚经济帮助制度这两项离婚救济制度中，故物质损害赔偿不包括丧失法定继承权、丧失扶养请求权等可期待利益损失。物质损害赔偿一般以过错方行为所造成的实际财产损失多少为赔偿依据，如获取人身保护令的费用、心理康复费、亲子关系鉴定费等损失。

2. 精神损害赔偿

判断精神损害程度具有较强的主观性，为适当限制法官的自由裁量权，促进司法裁判尺度合理、统一，应遵循三项原则：一是抚慰为主、补偿为辅原则。通过赔偿，达到抚慰婚姻无过错方心理创伤和精神痛苦的目的，实现对过错方的有效制裁。二是适当限制原则。各地对精神损害赔偿数额的最高限额等有规定的，以有关规定为准。三是酌定原则。基于精神损害涉及的生理、心理及人格利益损害难以判断，必须由法官根据不同损害的情形酌情确定。

由于精神损害没有一定的物理形态，受害的无过错方很难举证，也难以量化计算。实践中，在确定离婚精神损害赔偿数额时，一般采

取法定加酌定的综合方法。所谓法定标准，即按照最高法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第5条规定，综合侵权人过错程度、具体情节、造成的后果、获利情况、侵权人承担责任的经济能力、受理法院所在地的平均生活水平等六项法定因素进行确定。

如案例四中，法院综合陈某的行为方式、过错程度、对董某所造成的损害等因素，并考虑陈某需支付两个孩子的抚养费以及陈某经济负担能力较弱、当地平均生活水平较高等因素，对董某的离婚损害赔偿诉请予以部分支持，酌定由陈某支付董某精神损害赔偿3万元。

由于离婚损害赔偿制度本身的特殊性，若仅考量一般侵权损害赔偿的法定因素，则难以准确、公平地确定赔偿数额。因此，还应根据不同的过错情形，结合离婚损害事实，从以下方面酌情考量：

（1）夫妻共同财产的总额及分割比例。

（2）婚姻关系的持续时间。婚姻关系持续时间越长，无过错方的精神痛苦越深，应给予更多赔偿。

（3）过错持续时间长短及离婚时过错方对其行为、后果的认识态度。其中，存在家暴行为的，应对家暴行为的方式、频率、场所、施暴者的主观心态、损害后果的严重程度等因素予以综合评判；构成虐待、遗弃行为的，应当将不履行扶助、抚养义务的时间作为考虑因素。

（4）双方的年龄及健康状况。

(5) 无过错方离婚时的收入状况及此前为消除损害而产生的经济损失。

(6) 损害给无过错方工作、生活带来的负面影响。

四、其他需要说明的问题

本文主要涉及申请行政主体履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政主体拒绝履行或者不予答复的案件。当事人要求行政主体给付抚恤金、最低生活保障待遇、社会保险待遇等物质性利益的案件因判决方式不同，本文未予涉及，但可以参考上述审理思路。当事人要求履行行政协议约定义务的诉讼，在请求权基础、审理思路、判决内容等方面与本文所涉履行法定职责案件存在较大差异，故本文未予涉及。

涉疫商事合同解除后的违约收益交出

来源：人民司法杂志社

作者：李非易（二审审判长）

作者单位：上海市第二中级人民法院

日期：2023 年 3 月 2 日

【裁判要旨】

在涉防疫物资买卖合同中，出卖人违约故意拖延不交付货物，并将货物高价另售他人，买受人在解除合同时一并主张违约损害的，在合理考虑出卖人销售成本的基础上，可将出卖人转卖所得利润金额作为确定损害赔偿金额的主要参考依据。

【案号】

一审：（2021）沪 0118 民初 2209 号

二审：（2022）沪 02 民终 6287 号

【案情】

原告：宁波华星科技有限公司（以下简称华星公司）。

被告：上海华合复合材料有限公司（以下简称华合公司）。

华星公司与华合公司于 2020 年 4 月 5 日签订购销合同，约定华合公司向华星公司出售 PP 产品（口罩熔喷布原材料，系防疫物资），

数量为 20 万千克，单价为 14.30 元/千克，总金额为 286 万元，款到发货。华星公司 4 月 8 日即付清全款。4 月 11 日，华星公司向华合公司发函催收货物，华合公司未作回应。4 月 12 日，双方又签订另一份购销合同，约定华星公司向华合公司采购 PP 产品，数量为 3000 千克，单价为 47.46 元/千克，总金额为 142380 元，款到发货。嗣后，华合公司发送了 4 月 12 日合同项下的 3000 千克货物，但始终未发送 4 月 5 日合同项下的货物。

4 月 14 日，华星公司与华合公司通过微信沟通，华星公司发送“陈经理：我们公司原来订的 200 吨，今天能发吗？”华合公司回复：“我们也希望按照原来的合同执行，但是目前市场出现这么大的波动，按照以前合同执行公司就亏本，如果要执行，只能缓一缓……”后华星公司发送：“贵我双方于 2020 年 4 月 5 日签订购销合同一份，约定我公司向贵公司采购 200000 千克的 PP 料……现我公司特通知贵公司，解除上述合同，并要求贵公司立即赔偿我公司全部差价损失。”后华合公司回复：“货肯定是会给您的，但是交期要缓一缓。”

华星公司遂诉至一审法院：一、确认华星公司、华合公司于 2020 年 4 月 5 日签订的购销合同于 2020 年 4 月 14 日解除；二、华合公司赔偿华星公司差价损失 8892000 元。此款与华星公司应付华合公司的货款 142380 元抵销后，华合公司实际应赔偿华星公司 8749620 元。

审理中，经华星公司申请，一审法院委托上海沪中会计师事务所对华合公司在 2020 年 4 月 5 日与华星公司签订购销合同时的库存、生产情况、签订合同后在 200 吨的范围内华合公司的销售情况以及所

得利润进行司法审计。上海沪中会计师事务所出具沪会中事（2021）审字第 6203 号专项审计报告（以下简称专项审计报告），显示 2020 年 4 月 5 日签订购销合同后，华合公司在 200 吨范围内向案外人销售发货，自同月 10 日起，至 4 月 17 日发货数量已达 209740 千克。且与案外人的合同日期自 4 月 7 日至 4 月 15 日不等，均晚于华星公司、华合公司于 4 月 5 日签订的购销合同，交易单价为 33.90 元/千克至 59 元/千克不等，均高于 4 月 5 日购销合同约定单价 14.30 元/千克。专项审计报告作出如下审计意见：未考虑加工费、直接人工费及制造费用的基础上，经测算，华合公司在 2020 年 4 月 5 日与华星公司签订购销合同后在 200 吨的范围内销售利润为 3539242.84 元。

【审判】

一审法院认为，华合公司与华星公司 4 月 5 日的购销合同与 4 月 12 日的购销合同互相独立，均合法有效，不存在替代关系。4 月 5 日合同约定款到发货，华星公司于 2020 年 4 月 8 日付清全部货款，华合公司理应发货，但华合公司未能履行此项义务。经华星公司催告后仍未能履行，故华星公司提出解除合同并无不妥。华星公司系于 2020 年 4 月 14 日微信向华合公司表示合同解除，华合公司亦已知晓，故一审法院确认合同解除时间为 2020 年 4 月 14 日。

根据最高人民法院《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》（以下简称《指导意见》）第 3 条规定，出卖人与买受人订立防疫物资买卖合同后，将防疫物资高价转卖他人

致使合同不能履行，买受人请求将出卖人所得利润作为损失赔偿数额的，人民法院应予支持。换言之，出卖人所得利润可以作为计算买受人损失的方式。根据专项审计报告可见，华合公司确因其停止履行合同获益，而华星公司必然因此受损。但由于案涉交易发生于疫情防控时期，人工、原材料、物流等履约成本确有增加，华合公司的利润显然也要受此影响，故涨价部分并不当然形成利润。一审法院考量了双方之间的利益平衡后，结合当时的疫情背景、市场行情、双方合同履行情况及合同解除等情况，酌情认定华合公司需赔偿华星公司损失金额为50万元。将4月12日合同项下应付货款予以抵销后，华合公司应赔偿损失金额为357620元。判决：一、华星公司与华合公司于4月5日签订的购销合同于4月14日解除；二、华合公司赔偿华星公司损失357620元；三、驳回华星公司的其余诉讼请求。

一审判决后，华星公司不服，提起上诉。

二审法院认为，华合公司收取全额款项后拒绝按约供货，导致华星公司合同目的根本无法实现而解约，显然构成违约。且本案的特殊性在于系争合同标的物为新冠肺炎防疫物资，故应当参照《指导意见》作出判断。《指导意见》第3条形成于重大突发事件影响社会民生的特殊时期，其规制目的既符合我国民法典关于正确引导商事交易行为，鼓励诚信履约，惩戒恶意违约的宗旨，又成为特殊时期商事行为的具体指引。该规定表明国家对于疫情防控特殊时期涉防疫物资买卖合同中违约一方的坚决惩治态度，即违约方不得因违约行为而有任何获利，且必须弥补守约方的损失。故而本案的关键在于如何更公平合

理地确定损失赔偿金额。

审计意见认为，在未考虑加工费、直接人工费及制造费用的基础上，华合公司在4月5日合同签订后在200吨范围内销售利润为3539242.84元。一审酌情认定华合公司赔偿50万元。二审法院认同一审关于华合公司因违约而获利致华星公司受损的事实认定，但认为一审酌情确定的赔偿金额有失偏颇，自由裁量权行使存在不当。首次新冠疫情自2020年1月爆发至案涉合同4月签署，作为经营防疫物资原材料的企业，应已对市场行情有所预判，PP材料的市场价格在一定期间内出现大幅波动为必然情形。在此情况下，华合公司要约中确定的报价及供货量应为其结合市场情况及自身经营能力作出的综合判断，故其在收取华星公司全额货款后，又以价格上涨过快、履约将致亏损为由拒绝供货，主观过错明显。2020年4月5日签约后，华星公司于4月8日前即付清全款，表明其要货的紧迫态度，但华合公司并未按约款到发货。之后，华星公司于同年4月11日、14日再行催货，华合公司仍然拒绝。至此，华星公司不得已提出解除合同并要求赔偿差价损失。审计报告在200吨范围内截取合同日期晚于华星公司签约日且收款日期不早于华星公司付款日的项目进行统计并测算利润，合理有据。4月14日虽是合同解除日，但并非华星公司本意。华合公司将本应向华星公司的供货延续至该日之后继续高价转售的行为也无法成为其依照《指导意见》应当进行赔偿的阻却事由。基于此，华合公司对于案涉合同的解除负有不可推卸的过错责任，应当依照《指导意见》的规定承担赔偿责任。

但需说明的是，虽一审酌定赔偿金额过低，然一审有关疫情防控时期，原料、人工、物流等履约成本必然出现大幅增长的事实判断合理。另考虑到华合公司作为中小民营企业在特殊时期可能存在的经营管理能力欠缺等情形，二审法院对其有关房租水电原料人工物流等客观成本真实存在，但无法向审计机构逐一提供明确印证的抗辩予以部分采信。故二审法院在审计结论确定的华合公司销售利润 3539242.84 元的基础上作出适当扣减，酌情认定华合公司须赔偿华星公司损失金额 200 万元。至于 2020 年 4 月 12 日购销合同项下的货款，可予抵销，故华合公司应赔偿华星公司损失金额 1857620 元。遂改判华合公司赔偿华星公司损失 1857620 元。

【评析】

本案中，华合公司存在违约，华星公司据此解除合同，几无争议，然而一、二审法院关于违约赔偿金额的认定思路、价值取向却大相径庭，进而发生了一审酌定华合公司赔偿 50 万元，而二审法院却大幅度提升至 200 万元的改判结果。这与当下审判实践对于商事合同违约赔偿责任把握尺度的分歧有关。在一方合同当事人违约的情况下，若双方未约定违约金，则赔偿范围应框定为直接利益损失、履行利益损失、信赖利益损失，抑或是违约收益交出，不无疑问。在涉防疫物资商事合同的违约情形下，《指导意见》第 3 条已明确将违约赔偿范围扩大至违约收益，但在审判实践中如何适用仍存在一定争议。故有必要在检视我国目前商事合同违约赔偿体系的情况下，对涉疫商事合同

违约收益交出的正当性与适用路径进行探讨，以促进类案裁判思路的统一。

一、商事合同违约赔偿体系的局限

我国民商事合同的违约责任形式有履行合同义务、替代履行、修理、重作、更换、减少加快、违约赔偿、违约金等多重形式，而本案涉及的违约赔偿责任，主要以民法典第五百六十六条、第五百七十七条、第五百八十三条、第五百八十四条为法律依据。将相关条文作为体系展开后可见，违约损害赔偿通常是与违约金相并列的救济机制，且若合同当事人订有违约金，实践中守约方通常会援引违约金条款并结合民法典第五百八十五条的规定寻求司法救济。若合同未约定违约金，则守约方只能转向民法典第五百八十四条所供给的违约赔偿救济制度，本案即属一例。然而实践中，这种求偿效果往往并不理想。

首先，民法典第五百八十四条关于赔偿损失范围的规定存在理解上的弹性。“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。”此处如何理解合同履行后可以获得的利益范围，存在疑义，因为可以获得的利益范围存在一定不确定性，合理地确定相关利益边界是一个技术性难题。实践中，履行利益、可得利益、期待利益往往存在交互使用的情况，但归根结底，还是转向了对损失确定性的追求，以至于出现司法裁判往往不能充分救济守约方的现象。

其次，商事合同的特殊性未得到充分关注。民商合一体例下，商

事合同与民事合同的区分在实践中仍应得到关注，在法律适用时须顾及商事合同的特殊性。相较于一般民事主体，商事主体更具有商业理性判断力和交易相关领域的判断能力，经充分磋商的、能够反映双方真实意思的合同内容，当属理性商事主体的商业判断，司法的介入力度应当保持克制。根据相同的逻辑，在界定违约赔偿范围时，司法秉持的态度是相对保守还是相对开明，亦是民事审判思维与商事审判思维的应然区分。而实践中，这样的区分能否得到精准贯彻，如何避免民商合同的等同处理与分野过度，并非不可追问的问题。

最后，违约赔偿还受到可预见规则的掣肘。即使守约方能够举证其受到的损失，一旦该等损失被认为超出违约方在缔约时应当预见的范围，仍然将面临被调减的结果。那么如何判断损失范围属于可以被预见，不无争议，司法实践中通常遵循“一般理性人”标准，即以理性人处于违约人的地位是否能够预见为标准来判断违约人是否应当预见，且若合同当事人因行业经验等而具有较好预见能力，亦应加以考虑。但“理性”一词仍然具有较大的主观性与适用上的弹性，难以有一种放之四海而皆准的方法来评价一个人或决策的理性程度，所以这种标准的判断依据和要素并未有实证法上的统一模式和基准尺度。

由于上述情况，商事合同的违约赔偿救济制度对于守约方的救济效果难言理想。即使当事人通过事前约定违约金的方式试图避免陷入违约赔偿不足的情况，但根据民法典第五百八十五条第二款之规定，仍然面临违约金被调减之可能，而实践中违约金司法酌减制度的适用情况颇受争议。故总体而言，商事合同的违约救济制度存在局限已经

是不争的事实，而如何确保合同得到严格执行，是持续优化法治化营商环境所必须回答的时代之问。

二、涉疫商事合同违约收益交出的正当性证成

本案中，由于合同标的为防疫物资，华星公司通过援引《指导意见》第3条，寻求将华合公司违约赔偿范围扩大为其违约收益，实质上已经超出了原有规范下“履行利益”或“期待利益”的严格定义与范畴，而是创设了一种新的违约救济或违约责任形式：违约收益交出。换言之，《指导意见》第3条从表述上看仍属于赔偿范围之划定，但究其实质，已经超脱了民法典第五百八十三条的原定范围。尽管适用范围被限定在涉疫合同，但对于当下的商事合同救济体系构建与商事审判思路均具有重大意义，故有必要对此予以正当性的证成，并据之展开进一步探讨。

（一）损失的客观存在

在合同解除背景下，损失往往容易被倾向于淡化处理，“解除——返还价款与交易标的——资金占用损失赔偿”的处理方式往往成为主流，尽管民法典第五百八十三条赋予了可得利益的求偿权，但这种利益的举证通常是困难的。然而，《指导意见》出台于新冠疫情流行期间，此时防疫物资价格普遍呈现快速上涨的现象，买卖合同中出售方的惜售行为显然是基于价格大幅度上涨后的反悔，其违约拒售，自然可以通过另行销售而取得大额收益，此即违约收益。如果购买方能够依约取得这些货物，则可以自行销售，并取得相当的收益。如果购

买方由于出售方的违约而未能获取货物，则若其意欲继续按原定计划开展经营，势必需要另行购买相同货物，而此时市场价与原合同的差价则成为其客观损失。由此可见，《指导意见》第3条所指的违约情形下，守约方必然面临损失，尽管该等损失的举证难度较高，但并非不能通过适度合理分配举证责任、法院依职权调查、启动司法审计等方式予以弥补。

（二）不得因违约获益的基本法理

在司法裁判中必须尊重基本的正义理念，特别是当规则或者某种规则的解释指向不同方向并导向不同结果时，有关正义的考虑可以起到决定性的作用。而从理念上看，法律不允许任何人因不法行为获益，也不允许任何人从自己的过错中获益，这是分配正义的基本要求，也是多国所遵循的准则。例如英国的普通法中有“不允许从自己的不法行为中获益”的原则与先例。德国法中的“禁止主张自己之不法”以及“净手原则”等，亦有类似之意蕴。在商业市场，商事主体的逐利倾向表露无遗，一旦当其意识到违约收益能覆盖甚至超出其违约成本时，其追求利益最大化的本质特征将驱使其违约。唯有秉持“不得因违约获利”的理念，才能有效阻止商事主体的违约倾向，这与倡导诚信、鼓励诚信经营的社会主义核心价值观相洽，更是优化法治化营商环境的应有之义。

（三）疫情下的法政策支撑

本案的特殊之处在于合同标的为防疫物资，恰逢最高法院出台《指导意见》，进而使得本案华合公司的违约行为被纳入到了《指导

意见》第3条的规制范围之中，从而为涉疫合同的违约收益交出提供了法政策上的支撑。事实上，观察《指导意见》全文可以发现，该意见并非单纯针对防疫物资出售企业进行规制的文件，恰恰相反，《指导意见》突出保证疫情防控工作大局，对防疫物资产业链、供应链依法进行了全面保障，只是在“对防疫物资生产经营企业予以上述倾斜保护的同时，为促使其诚信经营，防止囤积居奇，打击投机行为”，方有此规定。

由此可见，在涉疫商事合同纠纷中，要求违约方交出其违约收益，既有事实依据，亦有法理基础，更有法政策支持，其正当性不应再有疑义。

三、违约收益交出的司法认定

在对涉疫商事合同违约收益交出的正当性进行论证后，需进一步讨论的是在司法认定过程中的条件与标准问题。

（一）作为客观外在体现的违约行为

违约收益交出属于违约责任的一种承担方式，故其以违约行为的客观存在为基本前提。另需注意的是，轻微的违约行为一般不会触发违约收益交出这一惩戒性违约赔偿救济机制，因为如果合同仍然存在继续履行的可能，且违约行为尚未达至根本违约之程度，则守约方尚未取得合同的法定解除权，其更为适宜的救济方式是“请求继续履行+赔偿损失”，而非“请求解除+违约收益交出”。事实上，《指导意见》第3条亦是以合同不能继续履行为前提展开。

（二）作为主观内在因素的过错

违约责任的归责原则以无过错责任或严格责任为主，通常情况下不问主观方面，然而在具体衡量违约责任承担的形式与轻重时，主观过错程度仍然是需要被考量的因素。即违约方所应当承担的责任轻重，应当与其主观过错程度相匹配。主观过错程度较轻的违约，对其课以的违约责任通常以弥补守约方损失为目的；对于恶意的违约行为，则应适当彰显违约责任制度的惩罚性。例如本案的情形，防疫物资买卖合同中的卖方拒不履行交付义务，通过高价转卖他人，其通过故意违约而获利的目的昭然若揭，其主观恶意不言自明。甚至有利用前文述及的商事合同违约赔偿救济力度不足而进行套利之嫌，此种行为会使得守约方的利益无法得以保全，不仅损害了具体合同的交易稳定性，更是具有增加交易成本、减少交易类型与规模的负外部性，此时如果仅仅秉持“填平损失为主，适当惩罚为辅”的理念，恐难以有效规制此种通过违约进行套利的不法行为，而必须以更为严厉的违约责任予以规制。

（三）收益交出范围的认定

在确定违约方交出其收益的范围时，首先需要查明其收益情况，这就涉及一个实务中的难点，即如何查明其收益情况。实践中，违约方对外转售、收取对价、成本支出等环节的相关证据往往不为守约方所掌握，而违约方作为更接近证据的一方却不具有提交证据的动因，此时需要法官动态合理地对举证责任进行分配，在守约方能够提出初步表面证据时，将举证责任进行适度转移，责令由守约方提交相关交

易凭证，以证明自身未通过违约而获利，并可结合书证提出命令制度和司法审计制度，全面查明违约方的收益情况。

在确定最终交出金额时，可预见规则的适用应当被弱化。因为可预见原则的机理在于赔偿金额超出了违约方的可预计范围，然而在故意违约以获取利益的情况下，正是违约方对于收益大于违约成本有了预估权衡才会违约，亦有部分学者称之为“效率违约”，这种有意识的违约实为一种套利，此时适用可预见规则，属于规则的错配。此外，与违约金酌减机制相类似，损益相抵原则、过失相抵原则在个案中仍是需要被考虑到的因素。在本案中，审计机构在未考虑加工费、直接人工费及制造费用的情况下测算出的华合公司违约获益为 350 万元左右，而一审法院以相关成本的增加为由，适度调减支持的金额，本符合损益相抵原则，然其将赔偿金额酌定为 50 万元，偏离了《指导意见》第 3 条的规定意旨，并未准确适用违约收益交出这一责任形态。二审法院据此改判，在适度扣除合理成本的情况下，将赔偿金额提升为 200 万元，以保护守约方的权益。

四、余论：司法保障与营商环境

在世界各经济体制度竞争、经济竞争乃至政治角力愈发激烈的当下，构建良好的法治化、国际化营商环境是我国的重要战略。2022 年 5 月，世界银行发布了宜商环境(Business Enabling Environment, 简称 BEE) 评估体系的项目说明，拟替代原有的营商环境评估。从新公布的指标来看，原有的“执行合同”虽从核心指标中被去除，但新

增了“争端解决”这一核心指标，项下的三个二级指标均与司法机关能否公正高效解决商业争端有关。市场主体对于契约的遵守程度，与市场环境与制度竞争力息息相关，因此更应当注重对于守约方的保护和对于违约方的制裁，即商事合同的交易规制问题。由此可见，无论采用世行标准还是落实到我国商业实践自身，司法机关以个案裁判、典型案例及其他形式的规则示范来鼓励与倡导公平高效、诚实守信的商业伦理都是必要的。以本案二审法院上海二中院为例，作为上海这座中国最大经济中心城市的中级人民法院，除在个案裁判中合理采用更为有力的方式对市场规则予以明确、对守约方利益予以保护外，还注重主动延伸审判职能，提高司法服务保障营商环境建设工作的针对性和实效性。

关注市场主体诉求。坚持“亲”“清”准则，赴企业、行业协会听取商事主体的法律问题及对司法工作的意见建议。开展“企业家进法院”主题沙龙活动，邀请数十位知名企业家就如何提升司法服务保障水平、推进国际一流营商环境建设进行深入讨论。

规范服务保障体系。成立推进法治化营商环境建设领导小组，院长亲任组长。结合市场主体所提需求建议，制定《关于司法服务保障企业家创新创业、优化营商环境建设的若干意见》等文件，并将服务保障营商环境作为重点工作纳入该院《新时代现代化法院建设规划（2021-2025）》，加大统筹推进力度。

提升涉商裁判水平。率先开展涉营商案件要素式审判试点，制作系列要素式审判指引，对统一商事裁判思路起到积极作用。在市国资

委等单位的支持下，探索商事案件先行调解机制，实现涉商纠纷高效实质化解。推进现代科技在司法领域的深度应用，构建起以电子卷宗随案同步生成为基础，以案件流转随机分配、庭审智能辅助、文书智能生成、卷宗一键归档、档案智慧管理等为核心应用场景的全流程网上办案模式，让营商主体诉讼更加便捷高效。

人民法院是维护公正、守护秩序的最后一道防线，要在涉营商案件审理中全面、审慎查明事实，准确、合理适用法律，公平处理商事主体纠纷，更要以有力司法服务保障促进产权保护、市场准入、公平竞争、社会信用等市场经济基础制度完善，切实在法治化营商环境建设中发挥好促发展、稳预期、保民生的重要作用。

（案例刊登于《人民司法》2023年第5期）

渔业理赔保险合同的法律适用

来源：人民司法杂志社

作者：凌波

作者单位：南京海事法院

日期：2023年4月6日

【裁判要旨】

渔业互保协会与其会员之间订立的渔业理赔保险合同是一种会员合同，渔业互保协会的非营利属性决定了其为会员提供的互助保险服务不属于保险法规定的商业保险行为，故渔业理赔保险合同不应适用保险法调整，而应适用民法典的相关规定。

【案号】

一审：（2020）苏72民初1091号

【案情】

原告：顾某明。

被告：江苏省渔业互助保险协会（以下简称江苏渔业互保协会）。

案外人顾某原为“苏如渔养 08388”渔船的所有人，其于 2017 年 6 月与案外人陆某签订船舶买卖协议，将“苏如渔养 08388”渔船转让给陆某。协议签订后，顾某向陆某交付了该渔船，但未办理船舶

所有权变更登记。2019年6月，陆某与原告顾某明签订租船协议，约定由陆某租赁“苏如渔养08388”渔船给顾某明用于紫菜养殖。此后，顾某明雇佣案外人王某萍在“苏如渔养08388”渔船上从事紫菜养殖工作。

2019年8月，被告江苏渔业互保协会向顾某出具渔业雇主责任互助保险凭证（以下简称互助保险凭证）一份，载明：会员顾某，船名“苏如渔养08388”，互助保险责任为意外死亡4人，互助保险金额为60万元/人。该凭证背面附有互助保险条款，并载明本互助保险受益人为会员，对于会员本人或与会员存在劳动雇佣关系的员工因条款列明的原因导致的死亡、伤残承担赔偿责任，但对于船舶不适航或养殖生产活动不符合安全生产条件的不承担赔偿责任。

2019年10月，王某萍随“苏如渔养08388”渔船出海采摘紫菜，期间不慎落水溺亡，顾某明作为雇主，通过协议向王某萍的家属履行了赔偿责任。其后，顾某明就此向江苏渔业互保协会提出索赔申请，江苏渔业互保协会认为顾某明并非其会员，且案涉事故是因船舶不符合安全生产条件所致，故拒绝赔偿。顾某明为此诉至法院，要求江苏渔业互保协会按互助保险凭证的约定，支付保险赔偿金60万元。

【审判】

南京海事法院经审理认为：江苏渔业互保协会属于非营利性社团法人，并非我国保险法规定的商业保险机构，其与会员之间签订的保险合同不属于商业保险合同，应优先适用合同法等有关规定。本

案中，互助保险凭证载明的会员为案外人顾某，故与江苏渔业互保协会订立渔业保赔保险合同的是顾某，而非原告顾某明。互助保险条款载明，互助保险的受益人必须是江苏渔业互保协会的会员，只有会员才有权根据保赔合同的约定向江苏渔业互保协会索赔。顾某明虽承租了“苏如渔养 08388”渔船，但其并非江苏渔业互保协会会员，原、被告之间并不存在保赔保险合同法律关系，故江苏渔业互保协会有权拒绝其索赔请求。此外，“苏如渔养 08388”渔船在本案事故发生时亦存在互助保险凭证载明的除外责任情形。综上，南京海事法院判决驳回顾某明的诉讼请求。

本案宣判后，双方当事人均未上诉，判决已发生法律效力。

【评析】

中国是世界上最大的渔业生产国，渔业在我国国民经济中占有重要地位。农业农村部发布的《2021 年全国渔业经济统计公报》数据显示，2021 年，全社会渔业经济总产值 29689.73 亿元。同时，渔业也是世界公认的高风险行业，各类自然灾害和生产事故会给渔业生产者造成巨额损失。2021 年，我国由于渔业灾情造成水产品产量损失达 54.67 万吨，受灾养殖面积 388.53 千公顷，直接经济损失达 106.49 亿元。为防范和化解渔业风险，经过多年探索和发展，我国建立起了以渔业互保协会为主导的渔业保赔保险制度。

一、我国渔业保赔保险制度的发展历程

我国渔业保险肇始于上个世纪 80 年代。1982 年，中国人民保险

公司最先开始独家经营渔业保险业务。次年，中国人民保险公司与原农业部联合发布《关于开展国内渔船保险工作的通知》以及《国际渔船保险条款（试行）》，要求借助渔业管理部门的力量动员渔船参加商业保险。其后，多家商业保险公司纷纷将渔业保险纳入其农业保险业务范畴，渔业捕捞保险和渔船保险逐渐在我国推广。上世纪80年代末，由于缺乏足够的配套和扶持政策，外加渔业保险费率厘定难、损失评估难等特点，商业保险公司在承保渔业风险时一直处于亏损状态，业务量逐渐萎缩。1992年以后，各大商业保险公司基本退出了渔业保险市场，渔业商业保险的尝试以失败告终。为化解商业保险缺位、渔民投保无门的困境，1994年7月，由原农业部发起，经民政部批准，中国渔船船东互保协会正式成立，并于2007年更名为中国渔业互保协会。中国渔业互保协会是由从事渔业生产经营或为渔业生产经营服务的单位和个人以及开展渔业保赔保险的社会组织自愿组成，实行互助保险的全国性、非盈利性社会组织。参照中国渔业互保协会的模式，河北、山东、江苏、浙江、福建、广东以及宁波等主要沿海省（市）也陆续成立了地方性渔业互保协会，我国渔业保赔保险自此进入了良性发展阶段，有效提高了渔业生产抗风险能力和安全保障水平，对维护渔区社会稳定发挥了重要作用。

二、渔业保赔保险合同的法律性质

渔业保赔保险，又称渔业互助保险，我国现行法律法规对其尚无明确定义，实践中通常是指由渔业互保协会承保并依据互助保险条

款，对入会船东所有（或经营、承租）的渔业船舶的潜在风险、与渔业生产相关的损失及由此产生的费用提供保障与赔偿的一种保险形式。

渔业保赔保险合同是一种会员合同。首先，从合同主体看，渔业保赔保险合同的双方主体分别为渔业互保协会和船东（含船舶所有人、经营人、承租人）等。根据中国渔业互保协会章程，从事渔业生产经营或为渔业生产经营服务的企事业单位，专业或兼业渔民以及其他从事渔业相关工作的个人均可申请入会。经协会理事会讨论通过，申请人交纳会费（又称互保费）并签订该会统一印制的互保凭证即可成为该会会员，享受该会提供的风险保障和服务。由此可见，船东在渔业保赔保险合同下具有双重身份，一是作为渔业互保协会的会员，船东是以入会的形式获得渔业互保协会的保障，船东交纳会费并签订互保凭证后即成为协会会员。二是作为渔业保赔保险合同的被保险人，船东与渔业互保协会订立保赔保险合同的目的是获得保险保障，船东在成为渔业互保协会会员的同时，保赔保险合同成立。其次，从合同内容看，渔业保赔保险合同并非单一的合同文本，而是由互保凭证、互保条款、批改单、协会章程（通过保险条款并入）等诸多文件构成的一个整体。这些文件载明了入会条件、会费费率、会员身份、会员权利和义务等内容，均体现了渔业保赔保险的服务对象限于其会员。以本案为例，江苏渔业互保协会出具的《互助保险凭证》载明会员为顾某，除外责任和会员义务提示告知条款处有“会员声明”，由会员签字确认，互助保险条款亦明确受益人为该会会员。这些内容均

体现了渔业保赔保险合同作为一种会员合同的法律特征。

渔业保赔保险合同与商业保险合同具有一些共同点，如两者均属于射幸合同，均是以分散可能发生之特定风险为主要目的。在合同的形式与内容方面也较为相似，如均列明承保范围和除外责任，有明确的保险期间和保险金额。船东在保险事故发生并遭受损失后，有权根据保赔保险合同的约定向渔业互保协会主张赔偿，这与商业保险合同中被保险人对保险人的保险赔付请求权相类似。正是由于渔业保赔保险与商业保险的这些相似之处，加之我国当前缺乏专门的渔业保赔保险法律法规，导致渔业保赔保险合同的法律适用一直存在争议。

三、渔业保赔保险合同的法律适用

（一）渔业保赔保险合同适用民法典的规定

渔业保赔保险合同是船东与渔业互保协会平等订立的契约，属于民事合同，适用我国民法典合同编的规定当无疑义。渔业保赔保险合同系无名合同，根据民法典第四百七十六条的规定，应适用合同编通则的规定，并可以参照合同编或者其他法律最相类似合同的规定。因此，对于渔业保赔保险合同之订立、效力、履行以及权利义务的终止、违约责任等事项，均可适用民法典合同编的相关规定。本案中，江苏渔业互保协会向其会员顾某出具的互助保险凭证相当于渔业保赔保险合同，江苏渔业互保协会与顾某分别是渔业保赔保险合同的缔约双方。根据合同的相对性原理，渔业雇主责任互助保险凭证中的相关约定只能约束江苏渔业互保协会和顾某，同时也意味着只有顾某才能根

据合同的约定享受保险保障的权利。原告顾某明作为非缔约方，要求江苏渔业互保协会向其履行赔付义务，缺乏合同与法律依据。

（二）渔业保赔保险合同不适用保险法的规定

由于目前我国法律法规和司法文件尚无明确规定，渔业保赔保险合同是否适用保险法在实务中存在较大争议。一种观点认为，渔业保赔保险合同具有保险属性，应适用保险法的规定，且渔业保赔保险属于《农业保险条例》规定的农业保险。根据《农业保险条例》第十六条的规定，“本条例对农业保险合同未作规定的，参照适用保险法中保险合同的有关规定”，因此渔业保赔保险合同应适用保险法的规定。另一种观点认为，渔业互保协会为非营利社会团体法人，其与会员之间订立渔业保赔保险合同并非商业保险行为，故不应适用保险法的规定。

笔者同意第二种观点。理由是：首先，渔业互保协会不属于保险法规定的保险业务经营主体。根据保险法第六条的规定，保险业经营主体为“保险公司以及法律、行政法规规定的其他保险组织”。渔业互保协会属于社会团体法人，自然不在保险公司之列，那么其是否属于其他保险组织呢？我国将保险业经营主体由保险公司拓展到“法律、行政法规规定的其他保险组织”，源于2009年保险法的修订，这一修订的原因是为了赋予相互制、合作制等保险组织法律地位，使其保险业务活动得以适用保险法的规定。针对相互制保险组织的监管，原保监会于2015年印发了《相互保险组织监管试行办法》（以下简称《试行办法》），规定由保监会（现银保监会）根据法律、法

规和国务院授权，对相互保险组织和相互保险活动进行统一监管。《试
行办法》框架下的相互保险组织依赖于市场环境，由市场参与者自发
筹建，在工商行政管理部门登记注册，并未被定义为“非营利性组织”，
实际处于市场竞争之中。相比之下，渔业互保协会并非完全基于渔民、
渔业企业自由组合建立，而是由政府部门牵头组建，是登记在民政部
门的非营利社会团体法人，不能向其成员分配收益，其发展离不开政
府的政策鼓励和财政补贴。渔业互保协会的组建、目的以及性质均不
同于《试行办法》框架下的相互保险组织，因此，渔业互保协会不属
于保险法规定的其他保险组织，这也可以由各地渔业互保协会一直未
被纳入银保监会监管范畴得以印证。

其次，渔业保赔协会向其会员提供的互保服务并非保险法所调整
的商业保险行为。保险法第二条将保险界定为一种“商业保险行为”，
而渔业互保协会的非营利性质，决定了其开展渔业保赔保险的主要目
的是贯彻服务渔业的政策要求，通过会员互助共济，为会员生命、财
产损失提供经济补偿，提高会员的防灾和抗灾能力，承担着维护渔区
经济社会稳定的政策使命，这与商业保险机构追求利润最大化的目的
有着本质不同。

再次，《农业保险条例》只是国务院颁布的行政法规，其位阶比
保险法低。由《农业保险条例》第一条可见，其是根据保险法、农业
法所制定，因此应该是保险法决定《农业保险条例》的适用范围，而
非相反。认为渔业保赔保险属于《农业保险条例》中所规定的农业保
险的观点，主要是基于《农业保险条例》第二条对农业保险的定义。

《农业保险条例》第二条规定：“本条例所称农业保险，是指保险机构根据农业保险合同，对被保险人在种植业、林业、畜牧业和渔业生产中因保险标的遭受约定的自然灾害、意外事故、疫病、疾病等保险事故所造成的财产损失，承担赔偿保险金责任的保险活动。本条例所称保险机构，是指保险公司以及依法设立的农业互助保险等保险组织。”该条款在列举农业保险风险时将渔业生产风险涵盖其中。笔者认为，《农业保险条例》并未明确规定渔业保赔保险属于该条例所称的农业保险范畴，其只是在列举农业风险类型时提及渔业生产风险，仅凭该条例第二条的定义性规定并不能表明渔业保赔保险属于该条例所规定的农业保险。相反，根据《农业保险条例》第一条的规定，该条例系根据我国保险法、农业法所制定，而保险法规定的是商业保险，故在《农业保险条例》中所称的农业保险也应属商业保险，而正如前文所述，渔业保赔保险并非商业保险，故其自然也不属于《农业保险条例》中规定的农业保险。因此，虽然《农业保险条例》第十六条明确农业保险合同可参照保险法中保险合同的规定，但其对于渔业保赔保险的法律适用并不具有参考意义。对此，最高人民法院在蔡武等人与辽宁省渔业互保协会合同纠纷的再审中也予以明确。在该案中，就辽宁省渔业互保协会与其会员之间合同纠纷的法律适用，最高人民法院的再审意见认为：“根据保险法第二条的规定，该法调整的保险活动是指商业保险。《农业保险条例》根据保险法、农业法制定，可见《农业保险条例》调整的农业保险同样属于商业保险。”该裁定对二审法院不予适用保险法解决辽宁省渔业互保协会与其会员之间保

赔偿合同纠纷的裁决意见予以支持。

（三）针对海上风险订立的渔业保赔保险合同适用海商法的规定

我国海商法第十二章对海上保险合同进行了专门规定，第二百一十六条首先对海上保险合同进行了界定，明确海上保险合同所承保的损失和责任应为海上事故所造成，包括与海上航行有关的发生于内河或者陆上的事故。海商法未明确渔业保赔保险合同是否适用该法的规定，笔者认为，对于针对海上风险订立的渔业保赔保险合同，应优先适用海商法的规定。理由是：首先，海商法对于海上保险合同的适用，仅就事故的性质进行了限定，并未对海上保险的经营主体以及海上保险是否应为商业保险作出限定。因此，只要船东与渔业互保协会是针对海上事故而订立的渔业保赔保险合同，应认定为是海上保险合同，可以适用海商法第十二章的规定。其次，保赔保险与海上保险具有历史同源性。保赔保险起源于海上保险，是18世纪英国船东为弥补常规海上保险的不足而建立起来的一种互助共益保险制度。现代海上保赔保险与承保一般海上风险的商业保险共同构成了海上风险的保险体系，系海上保险制度的重要组成部分。再次，渔业保赔保险与海上保险的承保范围高度关联。一方面，渔业保赔保险主要有渔船互助保险、渔民人身意外伤害险和雇主责任险等，与海上保险的保险标的，如船舶、货物、第三人责任等，存在很大程度的重合。另一方面，渔业保赔保险所承保的风险基本为海上风险。如中国渔业互保协会开展的远洋渔业船舶互助保险，对由于风灾、海啸、碰撞、搁浅、触礁、火灾、爆炸以及海盗行为等原因引起的保险船舶全损（包括实际全损

和推定全损)负责赔偿。由此可见,渔业保赔保险具有海上保险的基本特征,针对海上风险订立的渔业保赔保险合同,可以适用海商法的规定,且海商法作为海上保险特别法,在海上纠纷领域,其适用应优先于民法典。实践中,渔业保赔保险适用海商法主要体现在船舶适航规定、被保险人的义务(如保证义务、如实告知义务、危险增加时的通知义务)、保险人的免责情形、保险赔偿的支付及时效等。在司法实践中,当合同法的一般规定不能解决海上保险的具体问题时,法院通常会适用海商法的规定予以有效解决。

四、基于渔业保赔保险改革的思考

随着社会组织管理改革的逐步深入以及国家对金融保险监管的日趋严格,渔业保赔保险的协会体制逐渐不适应当前法律法规和政策的要求,针对渔业保赔保险系统的改革逐步展开。2020年5月,农业农村部与银保监会共同印发了《关于推进渔业保赔保险系统体制改革有关工作的通知》(农办渔[2020]16号),确定了“剥离协会保险业务,设立专业保险机构承接”的改革总体思路。2022年2月,中国银保监会发布批复,同意筹建中国渔业保赔保险社。中国渔业保赔保险社由中国渔业互保协会联合其他渔业服务组织、渔业捕捞企业和渔业从业者共同发起设立,具有独立法人资格,将成为中国保险市场上第一家专门经营渔业保障业务的保险公司,届时中国渔业互保协会将不再从事保险业务。根据改革方案,中国渔业保赔保险社将开展渔业意外伤害保险、责任保险、财产保险、再保险等经银保监会核准

的保险业务，接受银保监会的监督和农业农村部的行业指导。中国渔业保赔保险社成立后，渔业保赔保险将改变其非营利属性，转而成为一种商业保险行为，届时渔业保赔保险适用保险法的规定将不再存在法律障碍，但即便如此，笔者认为，针对渔业保赔保险的法律规范依然有待进一步完善。我国应加快渔业保赔保险的专门立法，从渔业保赔保险的经营主体、经营规则、合同规范、法律责任以及行业监管等方面进行细化规定，为开展渔业保赔保险的市场主体依法经营和创新发展提供更为全面的规范指引，为分散广大渔民的生产经营风险、维护渔区经济社会的可持续发展提供更为坚实的法治保障。

（案例刊登于《人民司法》2023年第5期）