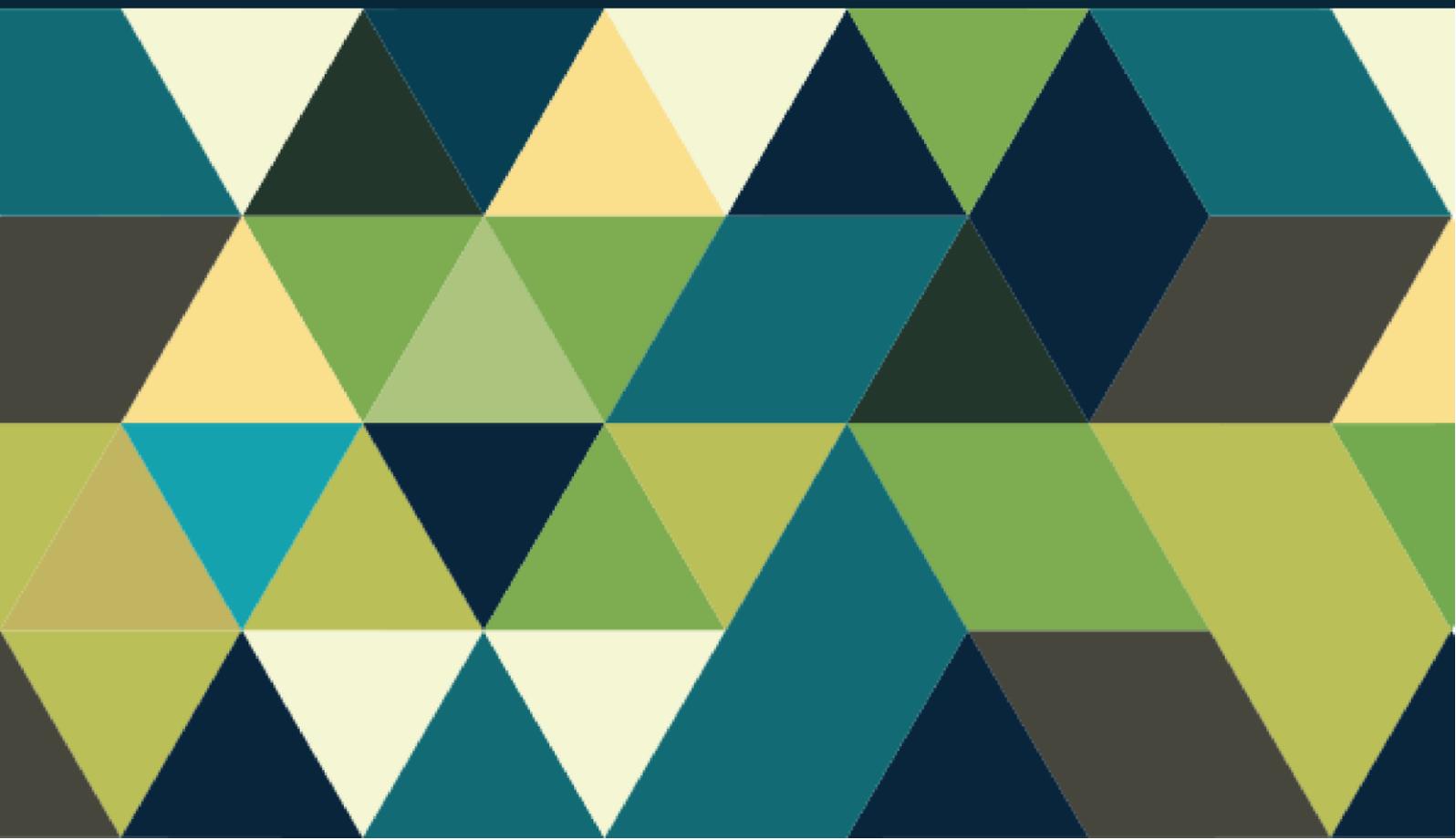


卓纬律师事务所
CHANCE BRIDGE PARTNERS

卓阅 Newsletter

2015年 第二期

公司与合规



专题文章

涉代驾、租车软件交通事故，责任由谁承担？

Feature Article

In traffic accidents involving designated driving services or car rental software, which party should bear responsibility?

热点问题

拒不支付劳动报酬或可入刑，人社部和最高院先后公布典型案例

PP 助手微博开玩笑被禁言，新浪微博出台有奖活动新规

Hot Issues

The Supreme Court and the Ministry of Human Resources and Social Security have published typical cases regarding the criminal punishment for refusing to pay labor remuneration

After PP Assistant posted a contest with misleading terms [as a joke], it was banned from weibo and sina weibo has issued new rules regarding contests

专题文章

涉代驾、租车软件交通事故，责任由谁承担？

吕红梅 张建昆

随着移动互联网的普及，代驾、租车等移动互联网服务逐渐深入人们的生活，相应的新型法律问题也越来越引起人们的关注。2015年3月9日，上海市浦东新区人民法院（以下简称“浦东法院”）依法审理了“全国首例”¹涉及手机代驾软件的交通事故责任损害赔偿案件，判决代驾软件运营商北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司（以下简称“亿心宜行公司”）与代驾司机之间成立雇佣关系，代驾行为属于职务行为，亿心宜行公司应承担保险理赔范围之外的赔偿责任。

针对技术创新产生的法律前沿问题，浦东法院给予正面回应，为该类案件的处理起到示范作用。然而媒体对该案件的争相报道也引发了民众对代驾司机责任无需承担问题的误解，认为根据浦东法院的判决，代驾司机无需承担法律责任。本文拟对代驾软件运营商与代驾司机间的法律关系以及发生交通事故后责任的承担做简要分析。

一、代驾软件运营商与代驾司机的关系

交通事故发生之后，面对受害人的索赔，亿心宜行公司与代驾司机互相推诿，亿心宜行公司主张交通肇事行为是代驾司机的个人行为，应由代驾司机本人承担赔偿责任，而代驾司机主张其行为属于职务行为，损失应由亿心宜行公司承担。

首先，亿心宜行公司在庭审中主张其与代驾司机之间是合作关系，但“合作关系”并非严谨的法律概念，对责任承担的判定没有法律意义。判定责任承担的关键在于认定代驾司机的交通肇事行为是否属于**职务行为**，那么首先需要认定亿心宜行公司与代驾司机之间的法律关系。

1. 劳动关系？

¹事实上，该案件并非媒体所报道的全国首例，早在2014年9月20日，北京市第二中级人民法院就审结了一起发生在北京市东城区的类似案件。参见北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司与岳海清等机动车交通事故责任纠纷上诉案，参见[2014]二中民终字第07156号判决。

亿心直行公司与代驾司机之间能否认定为劳动关系呢？根据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》的规定：“劳动关系成立需要同时具备下列情形：（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”劳动关系成立需要劳动者为用人单位提供有偿劳动，劳动者从用人单位获得劳动报酬和福利待遇。在劳动范围内，劳动者和用人单位形成了以人身自由归用人单位支配、服从劳动分工和安排、接受用人单位管理为主要内容的从属关系。从亿心直行公司的官方网站提供的介绍以及《代驾员合作协议》范本中我们可以看出，代驾司机可以兼职也可以全职，工作时间由自己掌握，不符合劳动关系的认定标准。亿心直行公司与代驾司机之间不构成劳动关系。此观点在庄燕生诉北京亿心直行汽车技术开发服务有限公司劳动争议一案²的判决中得到了北京市第一中级人民法院的认可。

2. 雇佣关系？

亿心直行公司与代驾司机之间能否认定为雇佣关系呢？雇佣关系是指根据当事人约定，一方于一定或不定的期限内为他方提供劳务，他方给付报酬的法律关系。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“《人身损害赔偿司法解释》”）第9条第2款规定：“从事雇佣活动，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为从事雇佣活动。”考察雇佣关系是否成立的核心在于雇员是否以提供劳务为内容以及雇员是否受雇主的控制、指挥和监督³。本案中，代驾司机的人身自由虽然不受亿心直行公司的支配，但其通过亿心直行公司的考核后，在工作时间接受亿心直行公司的指示完成相应代驾任务，为被代驾人提供代驾服务，并接受亿心直行公司的管理，以付出的劳务获取相应的报酬。因此，亿心直行公司与代驾司机之间的法律关系应认定为雇佣关系。

二、发生交通事故后责任承担问题

在代驾司机驾驶的机动车发生交通事故后，属于机动车一方的责任应当由谁承担呢？根据《侵权责任法》第49条的规定，如果车主对于事故的发生没有过错，应由机动车使用人承担保险理赔范围以外的赔偿责任。本案中，究竟应将“机动车使用人”认定为亿心直行公司或是代驾司机？还是应认定由二者共同承担连带责任？

²参见[2014]一中民终字第6355号判决。

³滕威，雇工致害行为归责研究[J]，河海大学学报（哲学社会科学版），2003(3)。

1. 用人单位的替代责任

《侵权责任法》第34条规定：“用人单位⁴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。”《人身损害赔偿司法解释》第9条第1款规定：“雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任;雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。”根据我们上面的分析,亿心直行公司与代驾司机之间为雇佣关系,代驾司机的代驾行为属于职务行为,无论根据《侵权责任法》第34条还是《人身损害赔偿司法解释》第9条第1款,**亿心直行公司作为用人单位,都应当承担保险理赔范围以外的赔偿责任。**

过错责任是侵权法的基本归责原则,原则上行为人只有因过错造成他人损害时,才需要承担赔偿责任。本案中亿心直行公司并非直接行为人,为什么需要承担赔偿责任呢?其实这是典型的侵权人与责任人相分离的替代责任,同时也是无过错责任。用人单位承担替代责任的理由在于:工作人员要接受用人单位的指示、管理与控制;用人单位利用工作人员的劳务获得了利益,因此应承受相应风险;用人单位承担责任更有利于保护受害人。

2. 工作人员故意或有重大过失,用人单位可否追偿

如果是出于工作人员的故意或者重大过失造成的损害,用人单位承担赔偿责任后能否向工作人员追偿呢?根据《人身损害赔偿司法解释》第9条第1款的规定,“雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿。”而《侵权责任法》中并没有明确规定,立法者认为,“在什么情况下可以追偿,情况比较复杂。根据不同行业、不同工种和不同劳动安全条件,其追偿条件有所不同,哪些故意或重大过失可以追偿,难以作一般规定。用人单位与工作人员间追偿问题,由法院在审判实践中根据具体情况处理”⁵。因此,《侵权责任法》中没有规定并不是在否定用人单位的追偿权。

在工作人员存在故意或重大过失的情形下,工作人员的行为一般会超越用人单位的指示或授权,如果此时仍由用人单位单独承担责任,一方面对用人单位过于不公平,另一方面不利于约束工作人员谨慎行事,也不利于保护第三人的利益。因此我们认为,在法律没有特殊规定时,应当适用《人身损害赔偿司法解释》第9条第1款的规定。用人单位承担赔偿责任后有权向存在故意或重大过失的工作人员追偿。

⁴注:《侵权责任法》中“用人单位”的范围比劳动法中要宽泛很多,并不局限于存在劳动关系的用人单位,还包括雇佣关系中的雇主。相应地,《侵权责任法》中“工作人员”的范围并不局限于劳动者,还包括雇佣关系中的“雇员”。如无特别需要,本文统一使用《侵权责任法》中“用人单位”、“工作人员”的概念。

⁵参见全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国侵权责任法(草案)》审议结果的报告。(2009年12月22日)。

在本案中，根据交通部门出具的交通事故责任认定书，代驾司机没有让右侧车辆先行，违反了《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第 52 条第 2 款的规定。代驾司机作为专业的驾驶员，应熟悉道路交通安全的法律法规，却没有尽到相应的注意义务，应当认定为存在重大过失。我们认为 **本案应当判决代驾司机与亿心直行公司承担连带责任，亿心直行公司向受害人承担责任后，有权向代驾司机追偿。**浦东法院的判决结果值得商榷，如果浦东法院认为亿心直行公司与代驾司机的责任承担另案解决，可另当别论。

3. 追偿范围的确定

用人单位承担赔偿责任后可以向存在故意或重大过失的工作人员行使追偿权，而用人单位与工作人员内部的责任如何分配，即追偿的范围应如何确定，用人单位可否全额追偿，《人身损害赔偿司法解释》并没有明确。

追偿权在性质上属于连带债务的内部追偿关系，对于追偿的范围，如果用人单位和工作人员在雇佣合同中已作约定，且该约定合法有效，则应当根据合同的约定执行；雇佣合同没有约定的，可以由法官行使自由裁量权来确定工作人员的具体承担比例。**法官在行使自由裁量权时应综合考虑用人单位和工作人员的收益分配、用人单位的经营效益、用人单位对工作人员执行职务的指示情况、损害的发生是否与用人单位未尽到选任及监管责任有关等因素，酌情确定工作人员的赔偿数额。**我们检索了用人单位行使追偿权的相关案例，如李铁茂诉秦伟红雇主损害赔偿纠纷案⁶、孙业与杨东胜因追偿纠纷案⁷等，法院在用人单位和工作人员对追偿事宜未约定的情况下，综合考虑“双方关于运营收入的分配比例”、“收益状况”、“工作人员的过错”等因素，酌情确定赔偿数额，可资参考。

⁶参见[2010]陕民初字第 100 号民事判决书。

⁷参见[2011]信浚民初字第 849 号民事判决书。

热点问题

拒不支付劳动报酬或可入刑，人社部和最高院先后公布典型案例

吕红梅 张建昆

2011年2月25日，第十一届全国人大常委会第十九次会议表决通过的《刑法修正案（八）》中，出于加强民生保护目的，加大对一些严重损害劳动者利益的行为惩处力度，将部分拒不支付劳动报酬的行为纳入刑法调整范围。2013年1月16日，针对恶意欠薪问题，最高院发布了《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》，明确了欠薪入罪的数额标准。该司法解释规定了拒不支付劳动报酬罪的入罪数额幅度，对拖欠单个劳动者和多名劳动者劳动报酬分别规定了“数额较大”的认定标准，即“拒不支付一名劳动者三个月以上的劳动报酬且数额在五千元至三万元以上的；拒不支付十名以上劳动者的劳动报酬数额累计在三万元至十万元以上的”。认定了“以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬”、“经政府有关部门责令支付仍不支付”及“造成严重后果”的具体情形。2015年1月，力资源和社会保障部联合最高人民法院、最高人民检察院、公安部下发了《关于加强对拒不支付劳动报酬案件衔接查处工作通知》，这一举措对打击违法欠薪行为的力度是空前的。

近年来，各地劳动保障监察机构依法严厉打击拖欠工资的违法行为，及时查处了一批涉嫌拒不支付劳动报酬罪案件，并移送司法机关追究刑事责任，有效维护了劳动者的合法权益，取得了较好的效果。最高院自2014年年初以来，在全国法院组织开展了涉民生案件专项集中执行活动，重点清理追索劳动报酬、赡养费、扶养费等相关执行案件。为继续震慑恶意欠薪的企业和个人，切实维护劳动者的合法权益，2015年1月份、2月份，力资源和社会保障部、最高人民法院先后公布了11起犯拒不支付劳动报酬罪的典型案例。其中较为典型的案例有：

1、旺鑫源食府经营者刘连顺拒不支付劳动报酬案

2014年1月28日，天津市宝坻区人力资源和社会保障局劳动保障监察科接到王某等人投诉，称宝坻区旺鑫源食府经营者刘连顺拖欠工资。经查，2013年8月至2014年1月，旺鑫源食府经营者刘连顺拖欠王某等14名员工工资共计十三万余元。旺鑫源食府已停业，刘连顺手机始终处于停机状态。据刘连顺亲属称，刘连顺及其子刘某无法联系。2014年2月19日，宝坻区人力资源

和社会保障局依法下达《劳动保障监察责令改正决定书》,并通过张贴在生产经营场所及采取录像、照相的方式进行送达,刘连顺仍拒不支付工资。

2014年3月10日,宝坻区人力资源和社会保障局将案件移送天津市公安局宝坻分局。4月28日,公安机关将刘连顺抓获。7月14日刘连顺与职工达成和解协议,支付了全部拖欠工资。11月14日,宝坻区人民法院判决刘连顺犯拒不支付劳动报酬罪,判处拘役六个月,缓期一年,并处罚金五千元。

2、非法用工单位卡路服装加工厂拒不支付劳动报酬案

2014年1月15日,湖北省汉川市劳动保障监察局接到15名劳动者投诉,称卡路服装加工厂老板邵良山拖欠工资,并下落不明。经查,上述15名劳动者于2013年8月至12月在卡路服装加工厂(未工商登记注册)从事服装加工,加工厂负责人邵良山拖欠工资共计十二万余元。2014年1月,邵良山将卡路服装加工厂转让后,将手机关闭,无法联系。1月21日,汉川市人力资源和社会保障局向邵良山同住成年家属叶某送达《劳动保障监察限期改正指令书》,邵良山逾期未按要求改正。

2014年1月25日,汉川市人力资源和社会保障局将案件移送公安机关。公安机关立案后,对邵良山开展网上追逃。3月29日,邵良山在重庆市丰都县被警方抓获。2014年7月,汉川市人民检察院向汉川市人民法院提起公诉,指控邵良山犯拒不支付劳动报酬罪。汉川市人民法院判决邵良山犯拒不支付劳动报酬罪,判处有期徒刑一年,并处罚金四万元。邵良山不服该判决,提出上诉,称其愿意支付所拖欠工资,请求减刑或缓刑。孝感市中级人民法院审理认为,邵良山只有支付愿望,但目前尚无支付行为,故该上诉理由不能成立,遂驳回邵良山上诉请求,维持原判。

3、陈联合会拒不支付劳动报酬案

2008年12月5日,陈联合会、雷必容出资设立重庆同发针织有限公司,从事针织品加工销售业务,公司住所地为重庆市开县。截至2011年6月,重庆同发针织有限公司累计拖欠袁祖桃等73名职工工资共计十四万余元。公司法定代表人陈联合会逃避支付工人工资。同年7月、8月,重庆同发针织有限公司职工为此多次群体上访。8月10日,开县人力资源和社会保障局对陈联合会下达了限期支付拖欠职工工资告知书,陈联合会未予理会。2011年9月,袁祖桃等65人依法向开县人民法院提起诉讼。同年11月,开县人民法院依法判决,由重庆同发针织有限公司支付袁祖桃等65人工资合计十二万元。

由于重庆同发针织有限公司未在规定时间内履行义务,袁祖桃等65人依法申请强制执行。开

县人民法院受理执行后，查封了重庆同发针织有限公司遗留在租用场地内的机器设备。经依法评估后，开县人民法院于 2012 年委托公开拍卖。由于机器设备陈旧，无人竞买，两次降价后流拍。开县人民法院对以上设备进行公告变卖，亦无人购买，申请执行人也不同意以该设备抵偿债务。期间，陈联合会始终不予露面。

2014 年 1 月 26 日，开县人民法院经研究后认为，重庆同发针织有限公司拒不支付劳动报酬，涉及人数众多，数额较大，其行为涉嫌犯罪，于是决定移送公安机关追究其刑事责任。同年 5 月 22 日，陈联会在昆明机场被公安机关刑事拘留。刑事拘留期间，陈联合会通过家人向袁祖桃等 65 人支付了所欠的全部工资十二万元。

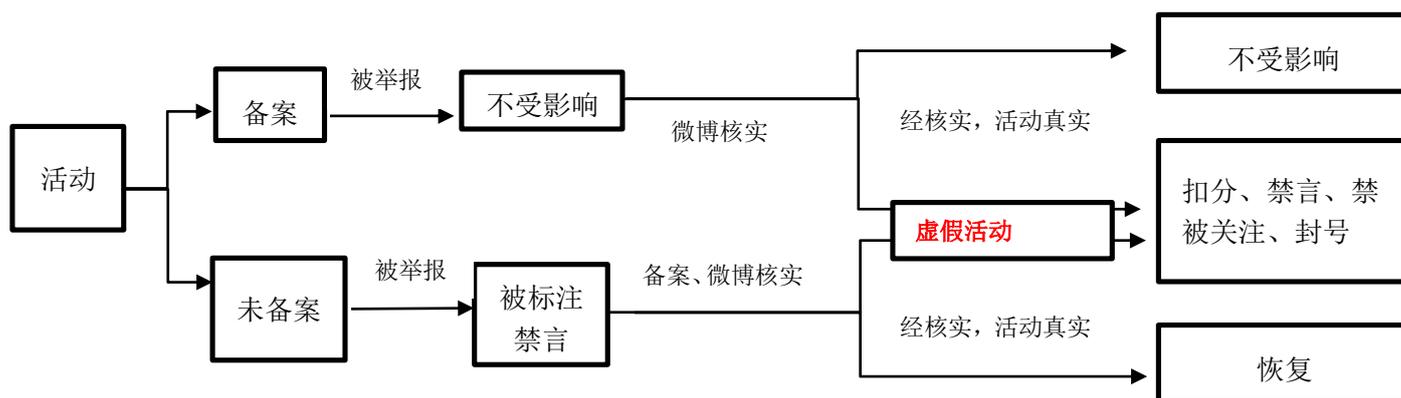
2014 年 11 月 27 日，开县人民检察院向法院提起公诉，要求追究陈联合会拒不支付劳动报酬罪。在案件审理过程中，陈联合会将没有到法院起诉的另外 8 名职工的 19313 元劳动报酬也支付完毕。考虑到陈联会有认罪悔罪的实际行动，开县人民法院于 2015 年 1 月 9 日以拒不支付劳动报酬罪从轻判处陈联会有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金人民币一万元。

PP 助手微博开玩笑被禁言，新浪微博出台有奖活动新规

张建昆

愚人节前夕，国内软件运营商 PP 助手在新浪微博跟大家“开了一个玩笑”，其发微博称“转发本微博就有机会获得保时捷一辆！”，该微博发布后影响非常之大，微博用户争相转发、评论，PP 助手的粉丝数激增。但次日 PP 君就发布微博称，昨日活动乃是愚人节的玩笑，实际奖品是一辆保时捷 1:18 的高仿车模。所谓“君无戏言”，此微博一出，惹恼了广大参与活动的微博用户，上万条评论满是质疑与谩骂，甚至有人发誓“此生再也不用 PP 助手”，反应相当恶劣。新浪微博及时跟进，对 PP 助手微博账号禁言、禁被关注 15 天，并且清除了活动期间增长的粉丝。

同时，新浪微博紧急出台了《关于发布虚假活动的处理公告及“活动备案”的管理细则》，在微博有奖活动的管理规范中引入“活动备案”的环节，所有账号在微博发起任何形式的有奖活动均需向站方进行备案，未经备案的线上活动，一经用户举报为虚假活动或恶意营销，站方将对活动微博进行标注，提醒用户此微博涉嫌违规已被举报、同时对该账号进行禁言的处理。活动发起者需向微博客服提供活动真实性的备案信息，站方核实后对其账号进行恢复。已备案的线上活动，被用户举报后，活动暂不会受到影响，微博客服与活动发起者核实后再做处理。针对判定为虚假或恶意营销的活动，无论其是否备案，都将依照《微博社区管理规定》进行违规行为处置，视情节严重对违规账号扣除信用积分、禁言、禁被关注直至注销账号。



在微博上发布有奖转发活动是微博用户营销自己、增强曝光率的有效方式。由于活动门槛较低，不乏一些发起人诱导用户转发关注后擅自删除微博；一些发起人玩文字游戏，偷换奖品概念；一些

发起人在抽奖过程中作弊.....如不加以规范，必然会导致微博平台商业环境、信用体系混乱，用户利益得不到有效保护。有奖转发活动需要第三方平台的监督管理，以保障有奖转发广告的诚信运作、抽奖过程的公开透明。新浪微博在 2012 年制定了《微博商业行为规范办法（试行）》，但该办法并不够细致，指导作用有限。可以说，此次借 PP 助手事件的契机，新浪微博完善了相关规则，以使此类有奖转发活动得到有效、细致的监督管理。

笔者在此提示微博、微信平台中的企业用户，一方面，在微博等网络平台发布活动时需遵守平台规定的相关运营规则，以免带来封号、禁言等不必要的麻烦；另一方面，微博、微信等运营平台应制定明确、完善的运营规则并严格按照其制定的规则执行，既不可放任不管，又不可滥用权力、矫枉过正。

卓纬律师事务所

CHANCE BRIDGE PARTNERS

公司与合规团队

吕红梅 Hongmei Lv

团队负责人

hongmei.lv@chancebridge.com

张建昆 Jiankun Zhang

jiankun.zhang@chancebridge.com

美术编辑：陈曦

文字编辑：崔瑶

电话 Tel：+86 10 8587 0068

传真 Fax：+86 10 8587 0079

www.chancebridge.com

北京市东城区东长安街1号东方广场C1办公楼601, 100738

601, Office Building C1 Oriental Plaza, No. 1 East Chang An Ave.,

Beijing PRC 100738

