中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

中伦文德 法律评论

2022年06月

中伦文德法律研究院

内部资料
免费交流

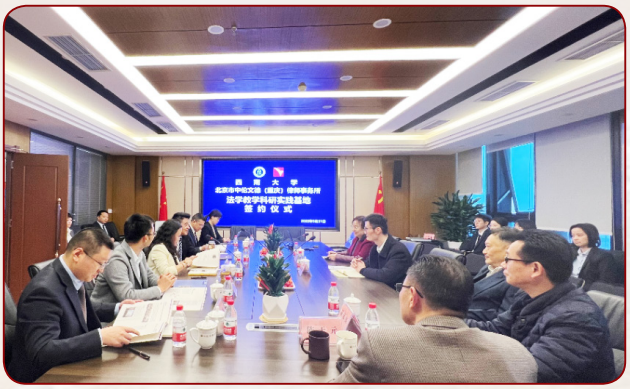
2022 年 1 月 24 日，北京市中伦文德（重庆）律师事务所与西南政法大学签署协议，共建教学科研实践基地。重庆分所管委会主任朱代恒，管委会副主任曾杰、杨帆、贾月琴、蒋伯勇、谢明华及西南政法大学民商法学院副院长李兆玉出席签约仪式。北京市中伦文德（重庆）律师事务所管委会副主任谢明华和西南政法大学民商法学院副院长李兆玉代表双方签署了《共建教学科研实践基地协议书》。

2022 年 2 月 23 日，北京总所、上海分所、前海联营所的合伙人胡高崇律师、林威律师、张岱元律师、张力律师、周力思律师、孙淘律师作为特邀嘉宾和专业小组成员参加了国际律师事务所协会 Interlaw（全球顶级商业律师联盟）主办的 2022 年度亚太区域线上研讨会。今年的会议主题是“Together, We Work”，该活动吸引了全球各地超过 500 多名专家、代表参加。

2022 年 3 月 18 日下午 2 点，由陕西省律师行业党委、陕西省律师协会线上召开传达学习全国“两会”精神宣讲会。北京市中伦文德（西安）律师事务所党支部组织所内全体人员准时观看学习。第十三届全国人大代表、陕西省律师行业党委委员、陕西省律师协会副会长方燕律师围绕“关注民生，聚焦两会”这一主题为行业内律师同仁进行宣讲。

2022 年 3 月 21 日，中伦文德律师事务所接受北京祥晟辉年置业有限公司的指示，为该公司密云国祥府项目的销售人员开展法律培训。此次法律培训由中伦文德高级合伙人方登发律师主讲，张容棵律师、朱峰律师助理全程参与。结合公司的实际需求，此次培训主要围绕房地产销售基本法律制度以及房地产销售人员在营销、广告宣传、合同签约等方面的主要法律风险等内容展开，同时设有答疑交流环节，解决了房地产公司在销售环节中遇到的实际问题，得到了公司领导和在场销售人员的高度评价。

2022 年 3 月 31 日，北京市中伦文德律师事务所召开共青团中伦文德律师事务所委员会成立及第一次团员大会。朝阳团区委兼职副书记、朝阳律协团委书记张帅，北京市中伦文德律师事务所副主任、党支部副书记张海军，北京市中伦文德律师事务所副主任薛媛媛，北京市中伦文德律师事务所党支部委员黄盛楠及本所全体团支部成员参加本次大会。本次会议由张鑫同志主持，首先由张海军律师发表开幕致辞。



2022 年 3 月 31 日下午，北京市中伦文德（重庆）律师事务所与西南大学共建“法学教学科研实践基地”签约暨授牌仪式在重庆分所会议室举行。重庆分所管委会主任朱代恒，管委会副主任曾杰、杨帆、贾月琴、谢明华、余方曦，合伙人陈天元作为代表出席；西南大学法学院副院长房香荣、实践教育中心主任范卫国参加本次签约暨授牌仪式。

目录

CONTENTS

中伦文德
Zhonglun W&D Law Firm 2022-06

Zhonglun W&D
Law Firm

06/2022

主　　编：陈　文
执行主编：方登发
编　　委：李　铮　李　刚　甄庆贵
夏欲钦　林　威　王志坚
陈云峰　温志胜　王爱国
刘银栋　朱代恒　洪国安
纪　斌　田学军

责任编辑：熊美琦

电　　话：64402232
传　　真：64402915
网　　址：www.zhonglunwende.com
地　　址：北京市朝阳区西坝河南路1号
金泰大厦19层、10层、21层
邮　　编：100028

事务所文化论坛

3　职业阶层　娄耀雄

劳动法律

8　劳动者行使预告解除权所引发的常见争议及实操建议
——兼评《劳动合同法》第 37 条所规定之“预告期”　胡高崇　胡文杰
13　关于境外中资企业境内用工合规性浅析　方登发　宋晶晶

一带一路法律

19　“一带一路”投资小贴士（一）“危险地区”阿富汗　林　威　帕丽丹

公司法律

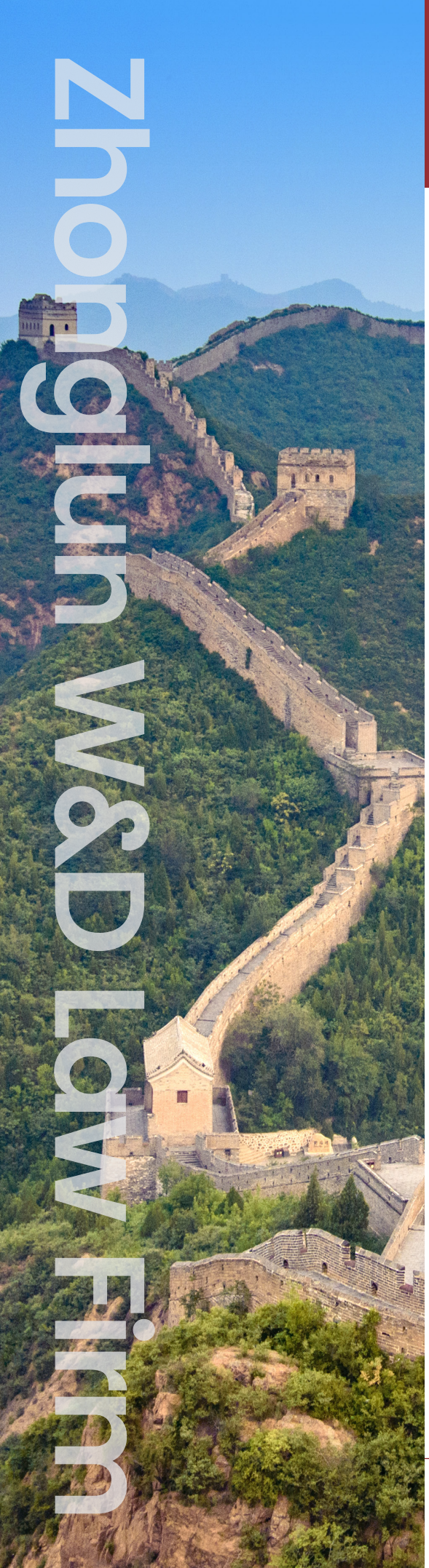
23　独立董事当选上市公司董事长的困局与破解　娄　爽　杨美琪
27　对《公司法（修改草案）》的修改建议（下）　姚正旺
30　股份有限公司发起人未缴足出资时向他人募集股份的法律后果分析　李　敏　张晓萌

破产法律

34　破产重整程序中共益债投资的法律问题分析　武　坚　古洋洋
38　房地产开发企业破产重整中“回迁安置债权”相关问题研究　刘培峰　顾建愉

民商事法律

46　关于对迟延履行期间一般债务利息计算问题的理解　甄庆贵　葛隆文
49　内地与香港澳门仲裁协助保全安排之比较　林　威　牛　琦
52　从“陈麻花”一案浅析商标的“显著性”　于　斐



CONTENTS

刑事法律

55 刑事合规实务探讨 武 坚 祁 航

证券法律

58 互联互通更要保密—《关于加强境内企业境外发行证券和上市相关保密和档案管理工作的规定》（公开征求意见）核心内容 王向阳 郭 彦

保险法律

60 保险债权投资计划拟投棚改项目的政策趋势、登记趋势以及主要合规审核要点 邬文俊

67 《民法典》背景下财产保险代位追偿中免除部分担保人责任的法律问题 李政明 何 娟

房地产法律

71 建设工程施工合同订立时无法预见因素在工程款结算时如何处理问题之研究 李 敏 徐乾宇

法律科技

76 后“封控”时代—“数字哨兵”、“场所码”常态化下的企业个人信息保护解决方案 朱向鸣

法规解读

79 浅析在《反有组织犯罪法》背景下保险机构的义务 李政明 廖 娟

人文风采

85 端阳歌 方登发

事务所快讯

86 事务所快讯 编辑部

娄耀雄，北京市中伦文德律师事务所合伙人，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员；北京通信法制研究会会长。

职业阶层

□娄耀雄/文

“中产者阶层却往往是，而且必定是保守的。因为世界车轮的转动，越来越依靠金钱‘轴承’的耐损力。资产者阶层拥有其他一切阶层所不可与之抗衡的金钱实力，故他们越来越成为世界的主角。中产者阶层不具备那样一种金钱实力，故只有在阶层意识方面非常执著地扮演较保守的角色，以这一种姿态证明并强调自己的社会存在。同时矜持而又体面地维护自己的阶层尊严。”

——摘自梁晓声《中国社会各阶层分析》[1]

娄耀雄

阶级和阶层都是对人的区分，前者与生俱来，后者可通过奋斗改变。有人的地方就有阶级，可见娘胎的尊卑；有人的地方也有阶层，可见努力的痕迹。

梅因在《古代法》中写道，“迄今为止，所有进步社会的进程都是一场从身份到契约的运动。”进入契约社会，身份特征并没有消灭；越向高层，越有它的印记。本文试图提供一种新的视角，探讨经济实体内自愿形成的不平等，揭示经济实体内的阶层现象。这种视角下的阶层，广泛存在于各种经济实体，甚至在任何一个成熟的职业领域，都能看见它的影子。可以说，它构成了职业领域的一般组织架构。

一、划分标准

在经济实体内部，通过契约建立起了一种自愿的不平等。我们以动物园批发市场为例，有站柜台的雇员（通过签订劳动合同获得了身份），有摊主（通过签订摊位租赁合同获得了身份），有业主（通过签订土地开发或房地产买卖合同获得了身份）。由于他们的身份是通过平等协商的

方式获得的，最大限度地摒弃了身份的世袭特征，三者的差异体现在合同约定的功能和盈利方式上。

以盈利方式划分阶层，在契约社会具有稳定性。契约社会从制度上消灭了身份世袭，盈利方式成为了每个人必有的且自愿选择的基本特征。在契约社会之前，以盈利方式划分阶层具有很大的不稳定性，因为广泛存在的贪污受贿、巧取豪夺、暴力当道、土地分封，使得收入不通过市场分配，其来源充满了不确定性。如果也用此标准划分阶层，那么，一个人的收入来源变化（比如官场失利）将会导致依附于他的很多人的收入来源改变，从而导致大规模的连锁阶层变迁。是故，在契约前社会，以出身为标准划分阶层更具有稳定性。

之所以选择盈利方式而非财富总量为标准，是因为怎么挣钱比挣了多少钱更能反映经济运转中各阶层的价值分布。第一阶层配置资源，第二阶层运作资源，第三阶层使用资源。收入来源最能反映经济活动中的角色分布，以此为标准划分阶层，要优于以财富总量或生活安逸度为标准，更优于以家族地位等身份社会的各项指标或者后现代的幸福指数等指标。

以盈利方式为标准划分阶层的意义在于，它能够反映经济实体中各角色对科技创新的市场贡献度。注意，这里只谈对创新的市场化贡献，而不是对创新本身的贡献。第三阶层靠身体（体力和脑力）创造效益的同时进行着科技创新；第二阶层承担风险，以完成项目（事业）为目的组织起创新队伍；第一阶层通过给第二阶层分配资源、资质和市场环境，客观上调控着项目总量、风险和利益冲突。

二、阶层划分

以下剖析动物园批发市场中通过契约形成的三个阶层：业主（批发市场的所有者）、摊主（摊位承租人）、雇员（被雇来看摊的）。这三种分工对应着三种收入来源，也对应着经济实体中的三个阶层：

1. 雇员是第三阶层，是“干事的或管人的”打工仔。他们亲自实施一个项目或事业；以体力、智力、技术或特殊技艺等自身能力与第二阶层做交换。他们靠身体吃饭，以出卖能力为生。在这个阶层，智力和体力一样，都是用于交易的身体特征。所以，专业人员（律师、医生、码农、职业经理人）和民工没有区别；他们可以频繁跳槽，但无论换多少个摊儿，仍然以身体为挣钱的工具。

2. 摊主是第二阶层，是“运作事的”老板。他们盈利的工具是项目（他们称之为事业），他们不躬身实施项目，拉来项目后组织雇员实施；他们承担投资的风险，剥削第三阶层的剩余价值；项目对他们只是盈利的工具而已，如果换一个项目更挣钱，他们就会抛弃原来的“事业”，跑路去干另一个“事业”。

3. 业主是第一阶层，他们向市场内主体提供交易环境，与市场外力量沟通（比如与税务、工商、公安等行政管理部门的交涉，与其他批发市场的协调），从而保证市场内环境的持续运营。他们靠向第二阶层出租资源、关系、资质或许可、提供交易机会或交易环境而牟利。从名目上就可以看出，他们并不实质上参与第二阶层的“事业”，其收入是旱涝保收的，比如：份儿钱、抽头儿、人头费、加盟费、许可费、摊位费。契约社会仅保留的身份特征，就体现在这一阶层，比如对知识产权、矿山、出租车公司、赌场的继承。世袭的资源、资质使得某些人天生就可以躺着数钱，而有些人无论如何奋斗，也达不到这个阶层。

综上，可以把一个经济实体中的人划分为三个阶层：第三阶层做事，第二阶层找事做，第一阶层提供做事的资源、资质和环境。地下经济实体也可以盈利方式为标准划分阶层，比如境外有些国家的性产业，第一阶层的老板提供场地、资质和庇护，收取第二阶层的座位费、包间费、加盟费、保护费；老鸨属于第二阶层，她们有稳定刚需的老客户，并负责开发新客户，提供给第三阶层做“事”；第三阶层是冲在一线的姐姐们，她们与其他行业的第三阶层一样，靠身体吃饭。

三、阶层差异

除盈利方式外，三个阶层的差别还表现在以下方面。

从赚钱手段看，第三阶层靠劳务，第二阶层

靠项目，第一阶层靠资源。三者所需的职业技能也不同：第三阶层是体力和技术，第二阶层是风险识别和管理能力，第一阶层是政治手腕。这里面最值得一提的是政治手腕，它是第一阶层的标志性技能。动物园批发市场的老板把原本在“金五星”或“天意”摆摊的摊主们忽悠过来供他们抽头，不能仅靠低价摊位费、高质量服务、繁华的地段和广泛的客流等硬指标，还要靠政治手腕。比如，讲理想信念、谈未来愿景等形而上的，以及许诺、画饼等不落在纸面的利益诱惑。政治手腕是对付人的知识和技巧，其与管理的客体相同，都是人，但目的和手段不同。政治手腕的目的是拉拢中间派、消灭敌人，最终让自己的队伍越来越大，敌人的队伍越来越小；管理的目的是向特定方向驱动人，使之以最小成本做更多的事。管理的手段是主客体分离的，管理者把被管理者看做对立的人力资源“客体”，从而设计激励措施和惩戒制度。政治手腕类似于美人计，把人变得不理性，然后再驱动；唤起、煽动和共情一定是主客体融合的，即把对方当成自己人，唤起共同需求、建立共同信念、分享共同文化、树立共同目标。管理手段用得好，会使人力资源的产出投入比最大，但对方不会成为自己人，永远是一种资源；用政治手腕洗脑，对方就成了自己人，有了跟自己一样的理想和价值观。因此，政治手腕不仅可以低成本地驱动一群个体，还可以驱动一个民族，一个国家。这一点，其与宗教无异，只是后者把饼画在了来世，前者把饼画在了今生，他们爱说：“咱们有相同的理想，可以一起把事业做到业界最强”、“放心吧，兄弟，来我这里你一定会把优势发挥到极致，一定能实现自己的人生价值”。

从入门看，第三阶层靠奋斗可以到达顶端，比如，掌握一门炉火纯青的手艺、学会一项精湛绝伦的技术。第二阶层需要冒险精神。员工并不是靠技术就能成为老板，二者的区别主要是冒险精神——老板要承担项目失败的风险。第一阶层的身世是多样化的：有继承的，有冒大险的（成王败寇那种险），有赶上好时候的，有特殊身份的等等。有一万个上流人士，就有一万种上流的途径。他们不需要具备多高的专业能力，虽然很多是从专业人员起家，但一旦开始靠资源吃饭，技术就成了阑尾；他们需要的是另外一套技能：潸然泪下的表演能力、无耻恭维的勇气和口才、特殊公关能力、争议调解能力、危机处理能力、资源调动能力、拉拢群众和消灭对手的政治手腕等。

从背景看，第三阶层依赖个人奋斗，不需要背景；第二阶层部分依赖家族背景。运作一个项目，仅靠冒险精神还不够，还需要人脉、资源和资金，这些都依赖关系网，所以，没有家族背景的第二阶层读完长江商学院，又读中欧商学院；如果还嫌朋友圈不上档次，就再读北大光华和清华五道口。第一阶层严重依赖出身、运气、时局等自身难以把控的因素。私人对资源的控制，可以通过打拼、投机、走私、盗版、继承获得；而私人对资质的控制，看起来是件不可能的事。由于行业准入、稀缺资源分配已由行政权力垄断，只在极特殊的领域才有管制夹缝，能够生长在此的第一阶层凤毛菱角：他们要么是在行政权力没来得及渗入的新兴领域（比如网上支付的抽头，考虑到中国人民银行正在通过发行数字人民币 e-CNY 来拿回被私人先占的数字货币市场，这个夹缝不会存在太久）；要么是政府由于管理成本过高而下放到民间的入门代管领域（比如出租车公司的份子钱、滴滴等打车软件的抽头），要么就是在国家打击不到的地方，或者与行政权力结盟形成的地下市场（赌场经营者抽头、妓院老板抽头、黑社会保护费）。

从管理权形态看，三个阶层中都有管理者，第三阶层的管理者是被雇佣来的职业经理人，也是打工仔；第二阶层的管理者以项目所有者身份管理团队；第一阶层通过资质、资源的分配，管理第二阶层，控制其总量、协调其争议。

从幸福指数看，被称为“大哥大”、“领袖”、“精英”的第一阶层很难说得上幸福，他们往往充满了焦虑。对内，他们给第二阶层分配资源、资质，提供服务环境，资源分配的不公会引发他们与第二阶层之间，或者第二阶层自己之间的矛盾，第一阶层不仅是利益纠葛的一方，还要充当调停者，所以，既要能容忍、舍得放弃、又要有高超的协调能力和不惧诟病继续画饼的勇气，否则，第二

阶层的流失会导致他们丧失收入来源。对外，他们的资源一直面临国家权力的觊觎：税务稽查、反垄断、打倒黑社会、打击行贿等各种运动和政策最先在他们身上得到反映；另外，更重要的是，他们的第一桶金往往带着原罪，比如走私、盗版、权力寻租，他们随时会被清算。第三阶层是最幸福的，靠本事吃饭、挣稳定的工资，不管给谁打工，他们都是离不开的“工具”，他们的未来充满了确定性。尤其是，他们中的技术骨干身怀绝技，离了他，项目不转，如果公司上市，还会跻身富人圈儿。第二阶层的幸福感是阶段性的，大部分时间他们是恐慌的。恐慌源于风口的变换、投资的风险、项目的不确定，他们的财富总量时刻处于变化中；为了走捷径，还要搞些暗箱操作或者打打法律的擦边球。

四、阶层跨越

不想当老板的员工不是好员工，不想躺着挣钱的老板不是好老板。阶层跨越是人追求幸福的必然要求。如果说从技术大咖到老板需要冒险加格局，那么从老板到业界领袖还需要运气、身份、经历、政策等天赐。

从第三阶层跨越到第二阶层，并不一定需要过硬的专业能力，更重要的是冒险精神。敢于承担风险，是老板区别于员工的本质特征。“富贵险中求”之所以被世代传颂，是因为只有光脚的才敢步入风险，对安全感的依赖让人很难踏入创业浪潮。还有另外几个因素阻挡了打工者转型老板的阶层跨越：

1. 视角被忽悠。正如媒体所说，有的人天生适合打工，有的人天生适合当老板，不能强求。但媒体的视角是公共利益的，他们试图说服打工者安于现状；这样，国家宏观经济层面的劳动力市场才稳定。但换到个人视角看，老板一般比打工仔更能实现自我价值。

2. 技术优越感。技术员工会嘲笑老板不懂技术，“我瞧不起他，他什么都不懂”，就像政府职员嘲笑一把手不懂业务一样。从心理学看，技术优越感是白领民工为了接受项目苦力的现状而进化出的心里补偿机制，类似斯德哥尔摩效应。这种优越感让他们安于现状，不去尝试阶层跨越。其实，对于创业门槛不高的行业，只要稍微有一点冒险精神，就可以华丽转身，比如优秀律师独立为非权益合伙人。

3. 对事物的关注阻碍了对人的关注。第二阶层更多的是和人打交道，而不是项目本身。从技术大咖到老板的跨越，是把关注点从事物转为人的过程。项目苦力在成为技术大咖的学习中，沉浸在对事物的关注，而忽略了人；即使事后进入管理层，也以管理事物为核心，这和成为老板要求的讨好恭维、协调激励、容忍鞭策、应急攻关等复杂关系管理能力相去甚远。

4. 格局问题。投资是一种关注远期利益的冒险，员工通常缺乏舍弃眼前利益的格局。舍得是老板的基本素质，他不仅要舍得投资未来，还要舍得用钱买时间。即使老板本身是业务高手，也会雇人做业务，自己腾出时间来规划未来。这一点，员工做不到，他们习惯于拿时间和健康换钱，不舍得投资没有确定性的事物。他们更看重

今年涨工资了吗、年底的奖金是不是比预期的少、今天是不是可以偷懒晚到一会、能不能编瞎话请个病假，而很少思考明年的这个时候在哪里？现在的风口是什么？三年后他的技术会不会被 AI 取代？为了当部门经理，现在应该学些什么？表面看，这只是远期规划和眼前利益的差别，但根本上是格局问题。员工心里只有当下的确定性收益，老板必须具备舍弃当下利益的格局。

从第二阶层跨入第一阶层是极端困难的，其中不确定因素太多，堪称“骆驼穿过真眼”。第一阶层的资源、资质很多源于身份、经历、投机、冒险、犯罪等不可重复性因素。有靠身份的，比如，亿万富翁的继承人；有靠赶上好时候的，比如，九十年代初期买了出租车牌照的个人；有靠投机的，比如本世纪初借钱买了几十套房子的人；有靠投资的，比如，上市公司的天使轮投资人；还有靠智慧的，比如获得专利、版权的。对运气、时局和身份的依赖，使得向第一阶层的跨越找不到程式化路径，正所谓——英雄不问出处。

五、结论

本文的三阶层理论，虽然出自经济实体，但可推广到所有职业领域。可以说，任何一个职业群体中都存在三个阶层：第三阶层干事，第二阶层管人，第一阶层提供工作环境并与社会面沟通。第三、二阶层完成行业内使命；第一阶层与行业外协调，总体上调控该行业的宏观经济结构。这是一种综合性的阶层视角，它摒弃了出身、种族等世袭因素，从功能上对职业人士进行了一般性分类。

把视角进一步拓宽，在任何一个社会单元中都能发现这三个阶层的影子。比如，战争中，士兵靠身体打仗，是第三阶层；将军管理士兵，是第二阶层；国王（总统）与议会沟通，通过任命将军，分配、调控其职权，成为了第一阶层。即使在亚社会文化中，只要自组织完善，也存在三个阶层。比如，在监狱文化中，同监室犯人的自组织结构就可以划分为三个阶层：大板负责与管教的沟通，任命二板并调控其权力，属于第一阶层；二板管理整个监室事务，属于第二阶层；三板是打手，属于第三阶层，执行二板的命令。

最后，我们用韩信被抓后与刘邦的对话来说明第一、二阶层的差别，以及成为第一阶层的偶然性。“信曰：‘陛下不能将兵，而善将将，此信之所以为陛下禽也。且陛下所谓天授，非人力也。’”（选自《史记·淮阴侯列传》）

大同时间

我是飘零的落叶，
被一个叫“深秋”的法官判了死刑，
风把我薅起，用翻滚行刑。

落地前，我清醒。
我被鸟嘲笑，被七星虫鄙视。
它们在比我高一阶的树梢，
高傲地看我坠落。

阳光肆虐，回光返照，
烤焦了串记忆的线，
记忆碎片比我坠落得快。
散了一地的过去，
幸福和心碎都仰面朝上，
等着被埋葬。

而我，落地前要多打几个滚儿，
把光线压断，发泄最后的不满——
我生在一个树梢，
仰望星空、为风伴舞、看鸿雁翱翔，
但只能待在那个树梢。

要入土了，
泥土的芬芳是临终前的牧师，
在这个轮回给我最后的慰藉。
他说：
“曾经比你高的，和比你低的，
都埋这儿。”

注释：

[1] 梁晓声：《中国社会各阶层分析》，文化艺术出版社，2011 年 1 月第 1 版，第 226-227 页。

□胡高崇/文

胡高崇律师，现为中伦文德律师事务所北京总所高级合伙人，主要业务领域涵盖争议解决、劳动雇佣与员工激励、公司合规及企业法律顾问服务。加入中伦文德之前，胡高崇律师供职于国内另一家知名律所，先后担任律师及合伙人；胡律师曾入选Benchmark Litigation中国争议解决榜单和《商法》杂志“The A-List 法律精英”榜单，并连续多年获得《LEGAL 500 - The Asia Pacific》特别推荐。

□胡文杰/文

胡文杰，现为中伦文德律师事务所北京总所实习律师，主要业务领域为劳动与雇佣争议解决等。

劳动者行使预告解除权所引发的常见争议及实操建议

——兼评《劳动合同法》第 37 条所规定之“预告期”

一、引言

为保障劳动者的解约权利及择业自由，《劳动合同法》明确赋予劳动者无条件单方解除劳动合同的权利，其中既包括劳动者的预告解除权、也包括即时解除权。关于预告解除权，《劳动合同法》第 37 条规定：“劳动者提前 30 日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。”

在实践中，劳动者单方提出辞职所引发的劳动争议案件屡见不鲜，这其中既包括劳动者一方是否可以不经预告或缩短预告期“直接走人”，又包括用人单位一方是否可以根据辞职申请提前要求劳动者“立即走人”，或通过种种理由单方延长劳动者的预告期“强行挽留”。

以上问题对于在特定情形下认定劳动关系解除的性质有重要意义，但实践中对以上情形的处理尚未形成统一结论，故本文试图通过对现存观点的介绍与分析，为用人单位与劳动者提出切实可行的实操建议，以帮助双方维护自身合法权益，并减少纠纷的产生。

二、劳动者单方缩短预告解除期的法律后果

（一）劳动者单方缩短法定预告解除期不影响劳动关系解除，但因此给用人单位造成实际损失的，一般应予以赔偿

依据《劳动合同法》第 37 条的规定，劳动者行使无条件的单方解除权，仅需提前 30 日（试用期提前 3 日）以书面形式通知用人单位，无需征得用人单位的同意，故劳动者的单方解除权应属形成权，而形成权一经行使，即会导致法律关系的变动。具体而言，便是在劳动者提出辞职申请的书面通知到达用人单位后，即可发生解除劳动关系的后果，而此后果不以用人单位的同意为前提，故劳动者确实在一定程度上享有“随时走人”的权利。

但同时，因劳动者行使此预告解除权无需任何条件，故用人单位可能面临员工突然离职、无人接替岗位而影响公司经营的风险，所以《劳动

合同法》第37条对劳动者施加了预告义务，劳动者未履行此预告义务或在预告期未满之时离职虽不会影响劳动者单方解除权的行使，但可能会导致其承担相应的损失赔偿责任。如在（2020）京03民终13407号案中，法院便认为，劳动者未履行预告义务，应赔偿用人单位的合理经济损失。而合理经济损失的认定，具体到该案件中，法院便以用人单位重新安置人员接手原劳动者所负责的车辆期间造成的车辆停运损失为标准，最终酌定为一个月的车辆租金。可见，劳动者依据《劳动合同法》第37条行使单方解除权需履行预告义务，为用人单位留出岗位安排或调整的时间，以避免对因此造成的用人单位的损失，承担赔偿责任。

（二）劳动者依据《劳动合同法》第38条行使即时解除权的，不受预告解除期限制

《劳动合同法》第38条同样规定了劳动者的单方解除权，但劳动者行使此条所规定的解除权需以一定的情形为前提，即第38条第1款规定的“用人单位存在未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件、未及时足额支付劳动报酬、未依法为劳动者缴纳社会保险费等”六种情形；以及第38条第2款所规定的“强迫劳动、强令作业”的情形，劳动者可以解除劳动合同，且本条明确规定，劳动者基于第2款的情形解除劳动合同不需事先告知用人单位。但此种规定方式便会带来一个问题，即劳动者以《劳动合同法》第38条第1款所列举的情形提出解除劳动合同的，是否需要履行预告义务提前30日通知用人单位呢？

笔者认为，劳动者依据《劳动合同法》第38条第1款所列举的情形提出解除劳动合同也无需履行预告义务。原因是，若用人单位存在《劳动合同法》第38条第1款所规定的情形，同样已经严重损害了劳动者的合法权益，若再对劳动者施加预告义务，要求劳动者继续承受用人单位损害其权益的行为，十分不合理。同时，《劳动合同法》第38条并没有规定劳动者需提前30日告知，故为了保护劳动者的利益，不应对劳动者施加额外的预告义务。所以，若用人单位存在本条规定的任一情形，劳动者均可以立即解除劳动合同，并依据《劳动合同法》第46条的规定要求用人单位支付经济补偿金。

三、用人单位单方缩短或延长劳动者预告解除期的法律后果

（一）预告解除期内，用人单位提前与劳动者解除劳动关系的法律后果

劳动者提出辞职并要求30日后离职，若用人单位同意劳动者的辞职申请，双方一般会基于“好聚好散”的心理，继续履行劳动关系至预告期到期日，但也有部分用人单位出于种种原因，在同意劳动者的辞职申请后，要求劳动者“立即走人”、无需履行至预告期届满，此时劳动者是否可以主张用人单位违法解除劳动合同，要求用人单位承担违法解除赔偿金呢？针对此问题，实践中存在不同的观点。

1. 司法观点一：劳动者单方提出辞职的，用人单位不得在预告解除期内提前解除劳动关系，否则构成违法解除

持有这类司法观点的法院较少，上述法院一般认为：在预告期到期之前，劳动者仍享有劳动的权利，且预告期对于劳动者而言，也是寻找后续工作的过渡时间，若用人单位要求劳动者立即离职，将会使劳动者失去一个月（或一定天数）的工资报酬，损害了劳动者的合法权益，故用人单位的此种行为构成违法解除劳动合同。例如：(2019）云0114民初6563号判决中就指出：30日的预告通知期本身也是对于劳动者的一种保护，为劳动者寻求工作提供了时间。因此，该期间不能被用人单位单方缩短，否则构成违法解除。

2. 司法观点二：劳动者单方提出辞职的，用人单位有权在预告解除期内提前解除劳动关系，不构成违法解除

持有这类司法观点的法院目前占据主流（比如北京、上海、广东等地法院），上述法院一般认为：《劳动合同法》第37条所规定的预告期仅是对劳动者所设定的义务，而对于用人单位而言，则是一项权利，是其进行管理安排或寻找新员工的权利，若用人单位放弃该权利要求劳动者立即

离职，并不违反法律的规定，不构成违法解除劳动合同。具体而言：

北京地区关于用人单位单方缩短预告期行为的案例相对较少。但在（2020）京 0111 民初 17002 号案件中，一审法院认为：劳动者行使的单方解除权属于形成权，通知到达对方即生效，公司未要求劳动者须继续工作直至三十日期满而是同意离职系对法律所赋予单位三十日期限的自由处分，而离职手续办理与否并不影响双方劳动关系已经解除的事实。

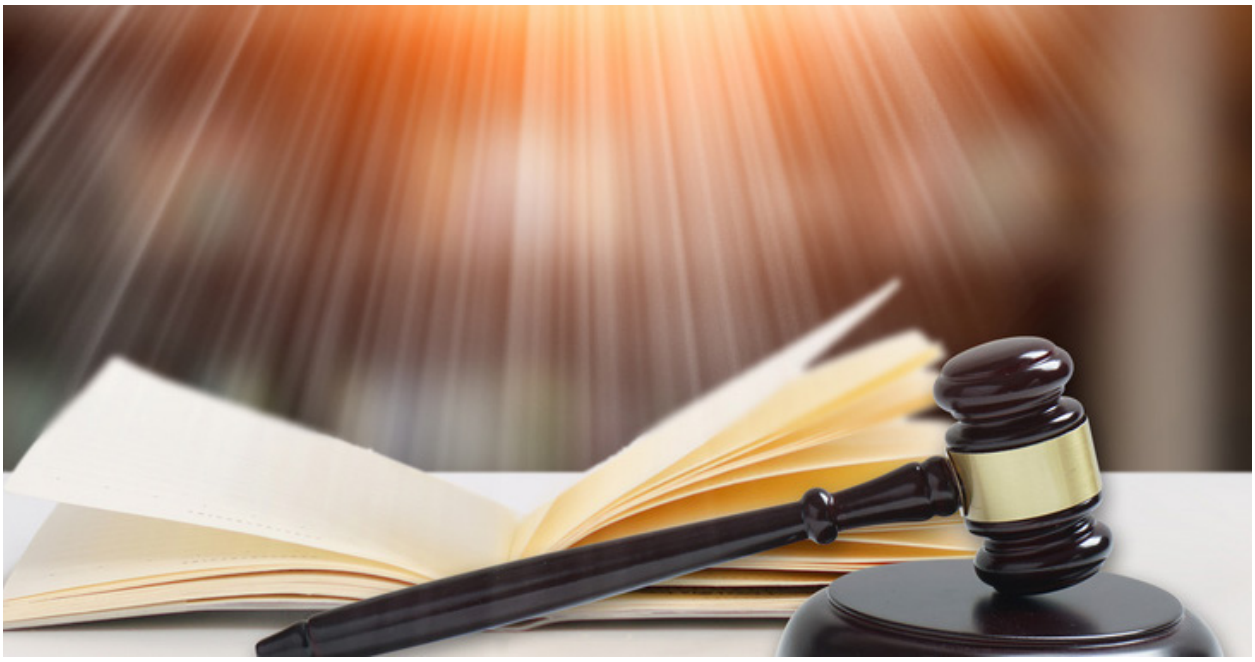
而广东及上海地区的法院也有类似的观点。例如：在（2018）粤民再 210 号案件中，法院认为：《劳动合同法》第 37 条规定劳动者提出解除劳动合同要提前 30 日通知用人单位，此法律条款规定的是劳动者的义务，并非用人单位的义务，该条款并没有要求用人单位必须等到劳动者预告期满后才能作出同意解除劳动合同的行为。本案二审判决以用人单位在劳动者提出解除劳动合同预告期未满就作出解除劳动合同的决定为由，在未查清本案双方当事人是否一致同意解除劳动合同的情况下，认定用人单位系单方违法解除劳动合同，属于对上述法律条款的错误理解，适用法律错误，发回重审。而重审后的一、二审判决[（2018）粤 5102 民初 1676 号、（2020）粤 51 民终 62 号]均认为，《劳动合同法》第 37 条并未要求用人单位需在预告期满后才可与劳动者解除劳动合同，故用人单位不构成违法解除。

此外，上海法院做出的（2016）沪 02 民终 252 号判决也体现了类似观点。

根据上述观点与案例分析可见，就用人单位在预告期未满时要求劳动者离职而言，多数法院倾向于认为用人单位不构成违法解除。尽管如此，考虑到司法观点的分歧，用人单位若希望劳动者提出辞职后立即离职，最好与劳动者进行协商，就劳动者的离职日期达成一致意见，避免产生违法解除劳动合同的风险。

（二）预告解除期满后，用人单位超期同意劳动者辞职申请的法律后果

实践中，用人单位或因管理流程上的疏忽、或因经营管理的需要、或因寻找接替该岗位的员工的需要等等原因，会存在超期回应劳动者的辞职申请的行为，即在劳动者提出辞职申请的预告期之内，未对劳动者的辞职申请作出回应，但却在预告期满之后表示同意劳动者的辞职。此时若劳动者认为用人单位构成违法解除劳动合同，要求用人单位承担违法解除赔偿金，是否应得到支持呢？针对此问题，实践中同样存在“认定为违法解除”、“视为回应辞职申请的合法解除”与“视为协商一致解除”三种观点。



1. 司法观点一：劳动者提出辞职后，用人单位进行挽留，且双方随后继续履行劳动合同的，用人单位再行同意劳动者的辞职申请，系违法解除

在(2016)京01民终3088号案件中,法院认为，劳动者虽于2015年3月通过邮件提出过辞职，但是用人单位并没有要求劳动者办理离职手续。相反，用人单位进行了挽留，且劳动者继续在用人单位工作长达半年之久，用人单位亦正常发放劳动者工资，应当视为双方就继续履行原劳动合同协商一致，用人单位于2015年9月无正当理由解除合同，构成违法解除。

但若劳动者离职需履行法律法规规定的特定手续的，用人单位为办理特定手续而超过预告期同意离职,则不构成违法解除劳动合同。在(2016)京0102民初7126号判决中，法院便认为，劳动合同法第37条规定，劳动者提前30日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同；合同法第96条规定，法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。劳动合同作为合同的一种，解除应符合上述法律的相关规定，而本案中，证监会的审批同意系双方劳动合同解除的程序要件，证监会审批之后，劳动者的辞职申请始发生解除劳动合同的法律效力。其后，用人单位为劳动者办理离职相关手续，双方的劳动合同关系因劳动者的辞职而解除。

2. 司法观点二：劳动者反复、持续表达辞职意愿，且未作出明确的意思表示撤回辞职申请，用人单位超期同意劳动者辞职申请的行为不构成违法解除，属于对辞职申请的确认或双方协商一致解除劳动合同

（1）劳动者反复、持续表达辞职意愿，且未作出明确的意思表示撤回辞职申请，用人单位超期同意劳动者辞职申请的行为属于对辞职申请的确认

在（2015）朝民初字第10206号案件中，法院认为，2014年3月3日劳动者向用人单位提交了书面的辞职信，但并未在2014年4月3日后离职，用人单位从未表示不批准劳动者的辞职，劳动者在提交书面辞职申请后，又数次以手机电子信息的形式向用人单位提出辞职的请求，因此，劳动者辞职意思表示是真实的，持续的状态，且劳动者未向用人单位明确表示撤回辞职申请或向用人单位发送撤回辞职信的书面申请。用人单位出于工作连续性和完整性的考虑以及劳动者辞职的强烈意愿于2014年7月9日向劳动者送达了《解除劳动合同通知》，该行为仅仅是对劳动者辞职申请的确认，且因劳动者的辞职申请中未明确离职时间，故送达《解除劳动合同通知》也是对双方劳动关系解除时间进行的明确，故无法认定用人单位违法解除了与劳动者的劳动关系。上述案件的二审判决「(2015）三中民终字第10404号」同样认为，用人单位发出的《解除劳动关系通知》系对劳动者辞职的认可，不能认定用人单位违法解除劳动关系。

（2）劳动者反复、持续表达辞职意愿，且未作出明确的意思表示撤回辞职申请，用人单位超期同意劳动者辞职申请的行为构成协商一致解除劳动关系

在（2020）京03民终10116号案件中，法院认为，劳动者认可其于2019年3月8日、4月23日、4月30日分别向用人单位及法定代表人以微信及电话方式提出离职申请，但其提出上述离职申请后一直在用人单位工作至2019年6月6日，期间用人单位正常发放工资及缴纳社保。用人单位亦认可双方劳动关系于2019年6月6日解除，故本案不适用《劳动合同法》第37条规定。但劳动者提出离职申请系其真实意思表示，其作为完全民事行为能力人应当知晓相应的法律后果。且直到2019年6月6日双方劳动关系解除之日，期间其未有撤销该离职申请的意思表示，故劳动者此前提出的离职申请具有法律效力。再次,《劳动合同法》第36条规定："用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。"用人单位于2019年6月5日向劳动者发出正式书面的《劳动合同解除通知书》表示同意劳动者的离职申请，此并不同于用人单位的单方解除行为，故双方系协商一致解除劳动关系。

3. 小结

总的来说，尽管北京法院对于用人单位超期回应劳动者的辞职申请存在不同的处理路径，但笔者认为法院的审查往往是首先对劳动者以及用

人单位对于辞职申请的主观态度进行认定，进而对于用人单位超期回应辞职申请的真正原因进行判断。

例如，在用人单位被认定为合法解除的案件中，劳动者通常可能存在反复持续的表达辞职意愿、未明确撤销辞职申请等因素。而有的用人单位也会在解除通知中载明解除事由是对劳动者辞职申请的回应。此时，鉴于双方均明确表达了对于劳动者辞职的确认，法院可能倾向于认为尽管存在超期，也不宜被认定为违法解除。

相反，在用人单位被认定为违法解除的案件中，用人单位可能存在对劳动者进行挽留，而劳动者接受这种挽留并继续工作的情况。同时，部分案件中也存在用人单位无故超期同意劳动者辞职申请时间过长的（例如：6 个月以上）因素。在上述情况下，法院可能倾向于认为双方均认可劳动者不再寻求自行辞职，而此后用人单位的同意，是基于新事由的新解除行为，不应依据《劳动合同法》第三十六条或第三十七条予以处理。

由此可见，用人单位在收到劳动者的辞职申请后，应对预告期的到期时间加以重视，否则可能会构成违法解除劳动合同。

四、针对用人单位和劳动者两方的实操建议

（一）对于用人单位的实操建议：用人单位无正当理由无权拒绝劳动者的辞职申请，且若需在预告期未满或超过预告期之时与劳动者解除劳动关系，应尽量与劳动者达成一致

《劳动合同法》第 37 条所规定的单方解除权系劳动者的法定权利，用人单位无正当理由无权拒绝劳动者辞职。但同时，若劳动者在辞职申请中明确表达了离职时间，用人单位要求劳动者在预告期满之前“立即走人”的行为也存在法律风险，可能导致自身陷入违法解除劳动合同的赔偿责任之中，若用人单位确实不希望与劳动者继续履行劳动合同至预告期满，建议尽可能与劳动者进行协商，就劳动者的离职时间达成一致。

另外，无论用人单位出于何种原因，需要在预告期满之后再行回应劳动者的辞职申请，应在预告期内向劳动者表明原因，与劳动者进行协商，保留劳动者持续表达辞职意愿的相关证据，并在预告期满后，向劳动者发出《关于对辞职申请的回复》而非《解除劳动合同通知书》，并在其中明确表示解除原因为用人单位同意劳动者提出的辞职申请，进而避免构成违法解除劳动合同。

（二）对于劳动者的实操建议：劳动者行使单方解除权需履行预告义务，且若提出辞职申请后希望继续履行劳动关系，应即时明确地向用人单位撤销辞职申请

如上文分析，虽然《劳动合同法》第 37 条所规定的单方解除权系劳动者的法定权利，但劳动者行使此项权利需履行相应的预告义务，应提前 30 日向用人单位发出书面的辞职申请，否则可能需对用人单位承担相应的损害赔偿责任。

另外，若劳动者在预告期满之后未离开用人单位，而是持续地为用人单位提供劳动，此时用人单位仍可能潜在的享有回复劳动者辞职申请的权利，若用人单位此时回应劳动者的辞职申请，劳动者认为用人单位系违法解除劳动合同的主张可能无法得到支持，故劳动者若在若提出辞职申请后希望继续履行劳动关系，应即时明确地向用人单位表示撤销辞职申请，并避免多次、持续地表达辞职意愿，以避免被法院认为解除劳动合同的根本原因还是劳动者辞职或双方协商一致解除。

五、结语

实践中，劳动者提出辞职的情形十分普遍，但无论从劳动者还是用人单位的角度来讲，双方对预告期的重视均尚显不足，由此便会引发劳动者离职时间的争议，甚至双方赔偿责任的承担。对于劳动者而言，其提出辞职之时，应充分意识到自身的预告义务，注意提前 30 日书面告知用人单位；而对于用人单位而言，无论是提前要求劳动者辞职或超期回应劳动者的辞职申请，均可能产生法律风险，更应对预告期施以足够的重视。

中伦文德

□方登发/文

方登发律师，中伦文德律师事务所高级合伙人，中国人民大学法律硕士实务导师，毕业于中国人民大学，先后取得法学学士、经济学学士和法律硕士学位，北京市优秀律师。方登发律师主要从事于公司和金融、房地产等方面的法律事务。

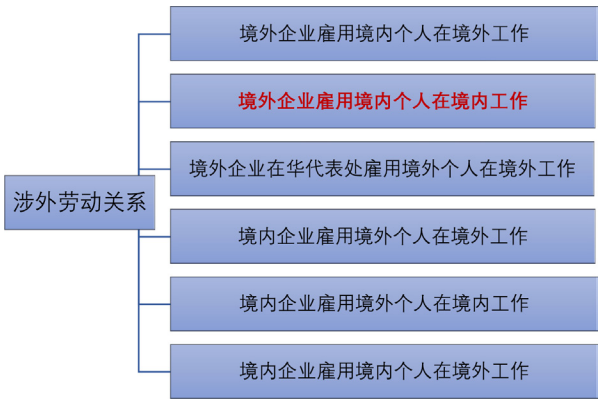
□宋晶晶/文

宋晶晶，中伦文德律师事务所律师，法律硕士，主要从事于公司投融资、并购重组业务，风电、光伏等新能源并购业务，民商事争议解决等方面的法律事务。

关于境外中资企业境内用工合规性浅析

随着经济全球化的深入发展，越来越多的中国企业放眼世界，通过境外投资或境外设立子公司的方式将业务部署全球。我国对外开放程度的加大以及对外劳务合作的加强，人才资源的跨国和跨境流动日益普遍化，越来越多的中国劳动者通过各种形式被外派到其他国家或地区工作，境外企业在境内用工亦属常情。

一般而言，涉外劳动关系可以分为如下六种：境外企业雇用境内个人[1]在境外工作；境外企业雇用境内个人在境内工作；境外企业在华代表处雇用境外个人在境外工作；境内企业雇用境外个人在境外工作；境内企业雇用境外个人在境内工作；境内企业雇用境内个人在境外工作。本文主要讨论境外中资企业的境内用工的合规性，即境外企业雇用境内个人在境内工作这一情形。



一、法律适用

境内个人与境外企业在事实上发生着的各种各样的经济关系，由于一方主体具有涉外因素，在法律适用上有别于境内企业与境内个人之间的同质关系；又由于履行地在境内，也有别于个人赴境外工作所涉及的对外劳务合作[2]或境外就业。

根据《中华人民共和国劳动法》以及《中华人民共和国劳动合同法》的规定，中国境内劳动法只适用于在境内的企业、个体户等组织，境外企业并不受中国劳动法调整规范。即境外企业不是中国法项下的用人单位，不是中国法项下劳动关系的适格主体。原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》规定[3]，主体资格是中国法项下劳动关系成立的必备条件之一。因此，当双方发生争议，中国法院或劳动争议仲裁委员会一般不会以境内个人为境外企业提供了劳动或服务而认定双方形成劳动关系。

在法律适用上，因为境外企业与境内个人之间存在涉外因素，应根据涉外民事关系法律适用

法的规定，识别所涉具体的民事关系，进而适用相应法律。相关法律规定列示如表 1。

二、情形一：境外企业在境内无商业存在

随着境外企业逐步深入中国市场，境外企业可根据在境内设立商业存在[4]的需要来选择合适的服务或用工模式。

（一）境外企业向境内个人采购个人服务

如果境外企业向境内个人采购某项服务，不对个人在境内的劳动时间、地点及过程进行控制或安排，个人在境内的工作也不是境外企业的业务的组成部分，那么，该等法律关系在中国法上一般被认定为民事合同关系，而非劳动关系。如境外企业与境内个人之间可能形成中国法上的承揽合同、技术合同、居间合同等合同关系。在此情形下，境外企业未在中国境内用工。

（二）境外企业对境内个人进行实际用工

如果境内个人受境外企业的日常管理，境外企业对境内个人的劳动时间、地点及过程有较大的控制力，那么，境外企业与境内个人之间可能存在外国法上的劳动关系，境外企业与境内个人存在实质上的用工关系。

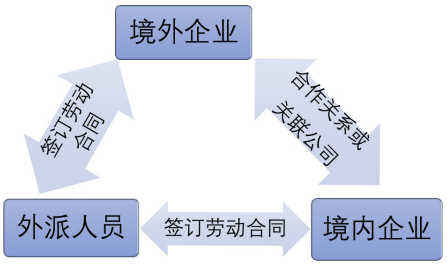
如前所述，境外企业并不是中国法项下适格的用人单位，境内个人如拟获得中国劳动法的保护，一般可以要求境外企业将劳务派遣单位引入。中国劳动法将用人单位限定为境内单位，但未对劳务派遣中的“用工单位”的主体作出限制。因此境内的劳务派遣机构也向境外企业提供境内的劳务派遣服务，与对外劳务合作不同，个人是在境内为境外企业工作。在这种模式下，劳务派遣单位对个人承担用人单位的责任，而劳务派遣单位一般通过商业条款将用人单位的责任及风险转移到境外企业身上，例如约定境外企业将个人退回的，需向劳务派遣单位支付个人无工作期间的最低工资及社会保险费直至派遣期限届满，或支付劳务派遣单位违法解除劳动合同的赔偿金，或对个人恢复用工。境内个人在这种用工模式下，其作为劳动者的权益得到了保障。

表 1

序号	法律法规	具体内容
1	《中华人民共和国劳动法》	第二条 在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。
2	《中华人民共和国劳动合同法》	第二条 中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。
3	《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》	第四条 中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。
		第四十三条 劳动合同，适用劳动者工作地法律；难以确定劳动者工作地的，适用用人单位主营业地法律。劳务派遣，可以适用劳务派出地法律。
4	《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国涉外民事关系法律适用法＞若干问题的解释（一）（2020 修正）》	第八条 有下列情形之一，涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定，人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定： （一）涉及劳动者权益保护的；
5	《民事案件案由规定》（法〔2020〕347 号）	186. 劳动合同纠纷 （1）确认劳动关系纠纷……（6）经济补偿纠纷

（三）案例简析

我们注意到，实践中常会出现如下“双重劳动合同”情形：境外企业外派员工（境内人员）在境内工作，安排境内企业与外派人员签订劳动合同，且境外公司也与外派人员签订劳动合同 / 雇佣合约（如下图示意）。



这种情况较为复杂，在法律适用方面也较难确定。上海市第二中级人民法院（2016）沪 02 民终 5478 号案例中，日本公司将中国籍员工派驻到中国上海，该员工与上海公司再签订劳动合同，法院对此种情形的裁判结果对于该种情况下的劳动关系认定有一定的启发。法院的裁判要旨为：

第一，双方是否达成建立劳动关系的合意。本院认为，综合本案现有证据及查明的事实可见，刘某在某公司工作肇始于株式会社在 2003 年 10 月 1 日出具的调令，该调令显示刘某被任命为某公司的营业部长，2004 年 4 月 30 日双方当事人签订了无固定期限劳动合同。上述事实对刘某来说，系其在履行与株式会社签订劳动合同时作出的入职承诺，即“服从株式会社的分配、转职、调职、派遣等人事上的命令”。而对某公司来说，刘某至某公司就职并非系由该公司自主招聘而来，某公司只是被动地接受株式会社对刘某作出的任命决定，该事实足以证明某公司不存在与刘某建立劳动关系的意思表示。因此，基于委派事实而签订的劳动合同难以认定系双方当事人相互选择、平等协商的结果。况且，从刘某在与株式会社诉讼中针对株式会社答辩而作的反驳陈述中也可以看出，其订立本案系争劳动合同的目的是为了取得上海户籍，从而解决子女进入公立学校就读，该表述说明双方当事人订立劳动合同仅是形式，同时也进一步证明了双方并不存在建立劳动关系的真实意思表示。

第二，双方之间关系是否符合劳动关系的本质特征。刘某与株式会社于 2000 年 7 月 18 日签订劳动合同后，株式会社亦按月向刘某支付工资并在日本为刘某缴纳社会保险，因此，就本案而言，报酬计付方式并不足以判定双方当事人构成经济上的从属性。株式会社将刘某委派至某公司工作，表明刘某的工作场所虽在某公司，但涉及到刘某的职务任免、职位调整等属于对劳动者实际控制范畴的管理，目前并无证据证明该管理权利已转移到某公司。因此，就管理内容而言，从株式会社委派刘某至某公司任职营业部长起，到后来因株式会社董事会议的决定导致刘某的工作岗位随着职务的调整而发生了多次变动，直至株式会社结束对刘某的工作委派，上述一系列职务任免事实足以证明某公司对刘某并无支配权，该事实反而能够证明刘某面对株式会社委派只能服从的非自主性。

同时，境外企业不通过个人在境内从事经营活动的，境外企业在境内也无非法经营的风险；境内个人应就其来自境外的工资薪金收入向中国政府缴纳个人所得税。如果境外企业通过个人在境内向客户提供服务，或者个人在境内代表境外企业进行活动或以境外企业的名义签订合同，那么，个人可能构成国际税法上境外企业在境内的“常设机构”，以及国际贸易法上服务进口中境外企业在境内的“自然人存在”；境外企业在境内可能构成非法经营，而被责令停止经营活动，没收非法所得并处以罚款。

三、情况二：境外企业在境内设立商业存在

（一）境外企业在境内从事非营利性活动

1. 境外企业开展常驻业务活动的法律规定（见表 2）

2. 境外企业在境内从事非营利性活动的用工

境外企业如需在中国境内开展非营利性的市场调查、展示、宣传或联络等业务活动，可以设立代表处等形式的代表机构。境外企业对华直接投资，往往以设立代表处为前导。

在用工方面，境外企业的代表处并不具备用人单位的主体资格，依据《中华人民共和国国务

表 2

序号	法律法规	具体内容
1	《国务院关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》（国发〔1980〕272 号）	第二条 外国企业确有需要在中国设立常驻代表机构的，必须提出申请，经过批准，办理登记手续。 未经批准、登记的，不得开展常驻业务活动。
		第十一条 常驻代表机构租用房屋、聘请工作人员，应当委托当地外事服务单位或者中国政府指定的其他单位办理。
		第十五条 常驻代表机构及其人员违反本规定或者有其他违法活动，中国有关主管机关有权进行检查和依法处理。
2	国务院办公厅转发外国投资管理委员会关于执行《中华人民共和国国务院关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》中若干问题的说明的通知（1981.08.03）	二、《暂行规定》第二条：“未经批准、登记的，不得开展常驻业务活动。”是指未经批准、登记的，不得以常驻机构人员的身份从事业务活动；并不准在住处设置外国公司、企业等任何标志。 未经批准登记设立常驻代表机构，擅自以常驻机构人员的身份进行业务活动的，由工商行政管理部门通知其撤销机构并立即停止业务活动。
3	《外国企业常驻代表机构登记管理条例》（2018 年修订）	第二条 本条例所称外国企业常驻代表机构（以下简称代表机构），是指外国企业依照本条例规定，在中国境内设立的从事与该外国企业业务有关的非营利性活动的办事机构。代表机构不具有法人资格。
		第十三条 代表机构不得从事营利性活动。 中国缔结或者参加的国际条约、协定另有规定的，从其规定，但是中国声明保留的条款除外。
		第十四条 代表机构可以从事与外国企业业务有关的下列活动： （一）与外国企业产品或者服务有关的市场调查、展示、宣传活动； （二）与外国企业产品销售、服务提供、境内采购、境内投资有关的联络活动。 法律、行政法规或者国务院规定代表机构从事前款规定的业务活动须经批准的，应当取得批准。
4	《北京市人民政府关于外国企业常驻代表机构聘用中国雇员的管理规定》（1997 修正）	第十一条 对违反本规定的行为，按下列规定视情节轻重予以处罚： （二）对私自招聘中国雇员的外国企业常驻代表机构，由市工商行政管理局责令限期改正，并处以 1 万元以上 3 万元以下罚款；

院关于管理境外企业常驻代表机构的暂行规定》第十一条规定，用工需委托外事服务单位（亦即劳务派遣单位）办理。代表处应与劳务派遣单位签订劳务派遣协议，由劳务派遣单位与个人签订劳动合同，再将个人派遣到代表处工作。

境外企业的代表处如未通过劳务派遣单位直接用工，由于代表处不具备用人单位的主体资格，依据司法实践判例，代表处与个人之间不形成劳动关系，只成立劳务关系。但是，基于民事合同法律关系，境外企业除按约定向个人支付报酬外，可能还需赔偿个人可得利益或期待利益的损失。以下案例可供参考（见表 3）。

此外，代表机构的直接用工行为构成非法用工，可能受到行政处罚。例如，《北京市人民政府关于外国企业常驻代表机构聘用中国雇员的管理规定》（1997 修正）第十一条规定：“对私自招聘中国雇员的外国企业常驻代表机构，由市工商行政管理局责令限期改正，并处以 1 万元以上 3 万元以下的罚款”。

表 3

序号	案例	裁判要旨
1	香港沙伊国际有限公司广州代表处、陈某劳务合同纠纷二审民事判决书，广东省广州市中级人民法院（2019）粤 01 民终 7655 号	法院认为：国务院 1980 年 10 月 30 日颁布的《中华人民共和国国务院关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》第十一条规定：“常驻代表机构租用房屋、聘请工作人员，应当委托当地外事服务单位或者中国政府指定的其它单位理。”《中华人民共和国劳动合同法》第二条第一款：“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。”。根据上述规定，沙伊公司广州代表处并不具备劳动关系的用人单位主体资格。因此沙伊公司广州代表处与陈某之间不存在劳动关系。
		总结：外国企业常驻代表机构与劳动者之间不构成劳动关系，构成劳务关系，支持欠付的工资，不支持违法解除的赔偿金。
2	郭某与瑞士杰美化学有限公司南京办事处劳动争议案的二审民事判决书，江苏省南京市中级人民法院（2019）苏 01 民终 6723 号	法院认为：《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条规定：违反法律、行政法规强制性规定的，劳动合同无效或者部分无效。本案中，郭春山虽与瑞士杰美南京办事处签订了劳动合同，但因瑞士杰美南京办事处系外国企业常驻中国的代表机构，并非适格的劳动合同主体。双方签订的劳动合同违反了《中华人民共和国劳动合同法》第二条、《关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》第十一条之规定，应属无效。现郭春山依据《中华人民共和国劳动合同法》及其司法解释要求瑞士杰美南京办事处支付其竞业限制经济补偿金，没有事实及法律依据。因此，对于郭春山的诉讼请求，本院不予支持。
		总结：外国企业常驻代表机构并非适格的劳动合同主体，其与劳动者签订的劳动合同无效，不支持劳动者依据劳动合同法及其司法解释主张竞业限制补偿金。
3	钱佳丽、莫某劳动争议二审民事判决书，浙江省绍兴市中级人民法院（2019）浙 06 民终 1426 号	法院认为：关于是否成立劳动关系，被上诉人作为韩国公司在中国设立的绍兴代表处，显然不属于《中华人民共和国劳动合同法》及其实施条例规定的用人单位，莫东明又系经被上诉人直接招用的工作人员，结合《浙江省高级人民法院民一庭关于审理劳动争议案件若干问题的意见（试行）》第五条规定，一审法院认定上诉人与被上诉人不属于劳动合同关系，并无不当。
		总结：外国企业常驻代表机构与直接招用的工作人员之间不属于劳动合同关系，劳动者要求外国企业常驻代表机构支付未签订书面劳动合同双倍工资差额、年休假工资的诉请，法律依据不足。

（二）境外企业在境内从事生产经营活动

1. 在境内从事生产经营活动的法律规定（见表 4）

2. 在境内从事生产经营的的用工

境外企业如需在中国境内开展营利性的生产经营活动，应当设立独资或合资子公司等形式的独立法人实体。境外企业如未在境内设立任何机构而开展生产经营活动，将面临被责令终止活动、没收非法所得、处以罚款等法律后果。

综上所述，境外企业与境内个人之间不直接形成中国法上的劳动关系，当境外企业需使用境内个人的服务或劳动时，应审慎了解和判断是否需要在中国境内设立商业存在，进而决定用工模式，或者采购个人服务或者以劳务派遣形式，以避免踩到中国法律的雷区，避免双方或一方的权益得不到有效保障。

表 4

序号	法律法规	具体内容
1	《外国（地区）企业在中国境内从事生产经营活动登记管理办法》（2016 年修）	第二条 根据国家有关法律、法规的规定，经国务院及国务院授权的主管机关（以下简称审批机关）批准，在中国境内从事生产经营活动的外国企业，应向省级工商行政管理部门（以下简称登记主管机关）申请登记注册。外国企业经登记主管机关核准登记注册，领取营业执照后，方可开展生产经营活动。未经审批机关批准和登记主管机关核准登记注册，外国企业不得在中国境内从事生产经营活动。
		第十七条 对外国企业违反本办法的行为，由登记主管机关参照《中华人民共和国企业法人登记管理条例》及其施行细则的处罚条款进行查处。
2	《中华人民共和国市场主体登记管理条例实施细则》（2022 年 · 国家市场监督管理总局令第 52 号）	第六十八条 未经设立登记从事一般经营活动的，由登记机关责令改正，没收违法所得；拒不改正的，处 1 万元以上 10 万元以下的罚款；情节严重的，依法责令关闭停业，并处 10 万元以上 50 万元以下的罚款。

注释：

[1] 本文境内个人仅指具有中华人民共和国国籍的人；境外个人仅指不具有中华人民共和国国籍的人。

[2]《对外劳务合作管理条例》（国务院令第六百二十号，2012.08.01 生效）第二条 本条例所称对外劳务合作，是指组织劳务人员赴其他国家或者地区为国外的企业或者机构（以下统称国外雇主）工作的经营性活动。

[3] 劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（2005 年）一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（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。

[4]《服务贸易总协定》（General Agreement on Trade in Services）规定国际服务贸易有四种方式：（1）跨境交付；（2）境外消费；（3）商业存在；（4）自然人流动。关于“商业存在”指一成员的服务提供者在另一成员境内设立商业机构，为其境内的消费者提供服务，商业机构包括法人和非法人的分支机构或代表处。

□林　威/文

林威律师，法国巴黎第二大学民商法博士、大连海事大学海商法硕士、厦门大学国际经济法学士。现任北京市中伦文德律师事务所上海分所管理合伙人、中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所主任、香港胡百全律师事务所注册外地律师。业务领域：外商直接投资、跨境并购、国际贸易救济、争议解决等业务。

□帕丽丹/文

帕丽丹律师，中国政法大学法学学士，英国伦敦玛丽女王学院知识产权法法学硕士，具有中国律师执业资格证，专注于民商诉讼，知识产权及外商投资等涉外法律业务。

“一带一路”投资小贴士（一）“危险地区”阿富汗

一、法律体系

2021 年 8 月，塔利班在攻占阿富汗首都喀布尔后宣告胜利。随后塔利班表示，他们将根据被称作“沙里亚（Sharia）”的伊斯兰教法统治阿富汗。塔利班称由伊斯兰宗教学者组成的委员会正在制定新的法律体系。在新法律颁布前，当今的阿富汗正处于一个非常不确定的特殊时期。

沙里亚，意为“道路”，属于伊斯兰教法律体系。但将沙里亚视为伊斯兰法律可能过于狭隘，因为它包括许多社会法律规则中通常未涵盖的大片个人行为领域，对人民日常生活领域，甚至思想领域作出规定，因此也有学者认为将沙里亚理解为“伊斯兰的行为方式”可能更为合适。

沙里亚法的渊源包括《古兰经》和伊斯兰宗教学者或专家根据《古兰经》作出的裁决。沙里亚涵盖人民日常生活的许多方面，包括政治、经济、银行金融业、商业法、合同法律、性别、婚姻和社会问题。不同国家对伊斯兰教法的解释方式大相径庭，在很大程度上取决于其政府。在真实情况中，大多数穆斯林政权都只会执行有利其政权统治的法律，对其政权不利（家族或独裁的世袭统治）的敏感法律（对于当时政权不利的法律）则普遍不采用。

与其它所有法律体系一样，沙里亚十分复杂，且实践完全依赖伊斯兰宗教学者或专家的素质及他们接受的培训。伊斯兰宗教学者们会发布指引及进行裁决。被视为正式法律裁决的指引被称作“法特瓦”（Fatwa）。沙里亚有五个不同流派。其中逊尼（Sunni）派中有四个学派：罕百里（Hanbali）、马立克（Maliki）、沙斐伊（Shafi'i）及哈乃斐（Hanafi），什叶（Shia）派有什叶贾法里（Shia Jaafari）。这五种派别的不同之处在于，它们对沙里亚的出处文字有不同诠释。

当今世界中，施行沙里亚的国家包括巴林、文莱、科摩罗、吉布提、埃及、印度尼西亚语、伊朗、伊拉克、科威特、马来西亚、马尔代夫、毛里塔尼亚、尼日利亚、巴基斯坦、卡塔尔、沙特阿拉伯、阿拉伯联合酋长国和也门。在这些伊斯兰国家，受到沙里亚规范的不只穆斯林，且理论上不论轻重大小，任何公然违反伊斯兰教导的行为，沙里亚均须介入。还有一些国家，如巴勒斯坦、黎巴嫩、以色列和孟加拉国，仅对穆斯林公民和 / 或具体的家庭事务，包括婚姻、离婚和继承，使用伊斯兰教法，但不适用于非穆斯林公民。

可以预见到的是，由于不同流派对沙里亚的解读不同，阿富汗的伊斯兰宗教学者在制定新法律时，可能经历很长一段时间的争论才能最终决定新的法律体系，但其是否具有长期稳定性还不得而知。当前在阿富汗的国际投资项目该何去何从，这是国际投资者最为关心的问题。下文将介绍在塔利班上台之前的法律体系，包括已经在阿富汗投资的国际投资者如何依据原来的法律框架维护自己的合法权益。

二、塔利班上台前的法律

（一）法律体系

塔利班上台前，阿富汗的法律体系由伊斯兰教义、法律和习惯规定组成，宪法是阿富汗的最高法律。曾经的阿富汗工商部是商业法规的制定部门。该部制定了《股份公司和有限责任公司法》《合伙法》《仲裁法》和《调解法》但目前尚未确定这部分法规是否完全失效，抑或是有过渡期的可能性。

（二）原先的纠纷解决有哪些途径？

按照阿富汗原先的投资法规定，国内外投资者与阿富汗政府的争议可通过协商友善解决，或按照 1965 年 3 月 18 日《华盛顿仲裁条例》（阿富汗于 1968 年 7 月 25 日加入），诉诸解决投资争端国际中心（ICSID）寻求国际仲裁。除此之外，双方也可以根据合同商议的办法寻求解决。

另外，阿富汗原先的《私营投资法》第 29 条规定，如果在争议解决过程中发现阿富汗投资法与其他现存法律条款抵触时，以阿富汗投资法为准。

2014 年 10 月，阿富汗争议解决中心成立，中心为仲裁及其他争议解决径提供调解及律师服务等。据阿富汗媒体报道，2015 年 8 月由阿富汗商工会和一家名为 Harakat 的金融机构联合经营的阿富汗商业纠纷仲裁中心（ACDR）在喀布尔成立。该中心将处理来自阿富汗全国各地的商业纠纷。以上两种争议解决替代方式有可能继续存续，为将来解决纠纷方式提供了多样的选择。

（三）原先阿富汗对外国公司承包当地工程有何规定？

1. 许可制度

外国自然人和法人均可在阿富汗承包工程，一般得到发包单位和业主的认可即可。投标企业需要提供相关资质和以前做过同类项目的业绩证明，并经阿富汗经济部招标办公室或其他项目发标单位认可。其对工程建设和工程验收遵循一般惯例，并无特殊规定。

2. 禁止领域

没有明确规定。阿富汗发布招标公告时，均列明参加投标的条件要求。

3. 招标方式

阿富汗政府项目一般由世界银行、亚洲开发银行、欧盟或其他援助国出资。招标信息通过报纸、网络等媒体发布，采用国际招标方式确定承包商。对外国公司承包当地工程基本无歧视性限制。

（四）原先阿富汗对外贸易的规定有哪些？

1. 贸易管理的相关规定

阿富汗对大宗商品进口没有限制。禁止进口的商品有酒、生猪、猪肉、猪油脂、棉籽、毒品、枪支、炸药等。阿富汗政府鼓励本国商品出口。禁止出口的商品有毒品、古董、稀有矿产资源和其他政府规定的物品等。矿石出口需矿产部出具许可证明，进口可用于生产炸药的化工产品需由阿富汗内政部等政府部门颁发特别许可。

同时，外资禁止投资的行业有：核能、赌博、色情、毒品和制酒业。外资限制性投资行业有：生产和销售武器及爆炸物、非银行金融活动、保险业、自然资源开采、基础设施建设（包括电力、水利、污水处理、机场、通讯、健康和教育设施等）。

2. 进出口商品检验检疫

阿富汗海关对进口货物进行检验，但检验检疫设备和技术落后，效率不高，目前基本只针对食品、药品、饮料、服装进行检验检疫。中国出口阿富汗的货物应按规定出具中国商检报告。

3. 海关管理规章制度

根据阿富汗《海关法》规定，进口报关需提供以下资料：进口单位营业执照、出口公司销售发票、边境海关贸易运转表格、运输提单、转运单和保险单、装箱单。陆运货物需要提供原产地证明。中国出口阿富汗的货物应按规定出具中国商检报告。

（五）原先阿富汗的税收体系如何规定？

总体来看，阿富汗税收体系实行属地税制。按《阿富汗私有投资法》规定，阿富汗对外国投资者实行国民待遇，即外资公司和当地公司享有同样待遇和同等纳税义务。除地方税有差异外，阿富汗实行全国统一的税收制度，共有 9 种税，分别为：个人所得税、公司所得税、资本损益税、发票税、进口关税、固定税、附加税、土地税和市政税。

个人所得税实行超额累进税率；公司所得税按纯利的 20% 征收；资本损益税方面，公司征收 20%，个人征收 1% 至 2%；营业收入税方面，销售和服务类征收 4%，其他如酒店或宾馆、餐饮业等征收 5%，部分行业征收 10%。不同货物适用不同关税税率。

（六）原先阿富汗对劳动与就业有何规定？

阿富汗失业率很高，熟练劳动力严重短缺。15 岁以上的人口中只有 31% 可以读写。几十年的战争、移民、低教育水平和缺乏培训设施导致熟练劳动力、合格的管理人员和受过教育的专业人员稀缺。

阿富汗法律规定了工人加入和组建独立工会的权利，并有权进行法律罢工和集体谈判，同时

结社自由和集体谈判权得到政府尊重，但大多数工人和雇主并不了解这些权利，农村地区或农业工人尤其如此。在城市地区，大多数工人从事建筑业。

2007 年《劳动法》保障了工人的基本权利，如工资、加班、休假和其他福利等，并禁止强迫劳动和雇佣童工。2017 年“贩运人口法”规定了对强迫劳动和雇佣童工的惩罚，最高刑期为 12 年。

除此以外，《劳动法》第四条对外国雇员在阿富汗工作作了具体规定：(1) 必须遵守阿富汗法律法规，尊重当地宗教和传统；(2) 年满 18 岁且未到退休年龄，须持原籍国和阿富汗卫生部颁发的健康证明；(3) 应持有阿富汗劳工部颁发的工作许可证；(4) 需签订劳动合同。阿富汗本地失业率很高，除政府机关和国际社会组织需要一些高端管理技术人才外，市场对一般的外籍劳务工作者没有需求。

（七）原先阿富汗对外国投资有何优惠？

1. 优惠政策框架

阿富汗鼓励吸收外资，投资促进局对外资公司的设立给予方便，实行“一站式”服务。外资公司所得利润可全额汇出，对使用外籍雇员没有限制，如 3 年内无盈利可免税，直接申请最低额的公司税。企业投资阿富汗优先发展领域，如大型能矿资源性项目，进口用于生产的机械设备可申请免税等优惠，进口建筑材料也可减税。但在当地采购的设备材料，不可以免税或退税。

2. 行业鼓励政策

阿富汗对外国投资企业总体上实行国民待遇，没有具体的行业鼓励政策。为鼓励投资，阿富汗只允许投资企业免关税进口用于生产的机械设备、物资用品等，完税后可以自由汇出公司利润、红利等。

3. 地区鼓励政策

阿富汗政府鼓励和欢迎外商投资，特别是能矿资源、农业、建材、电信和运输物流领域的投资，但没有减免税金等明确的地区投资鼓励政策。在喀布尔、马扎里沙里夫、坎大哈设有工业园区，同时正在贾拉拉巴德和喀布尔建设新的工业园区。阿富汗农村金融公司对在工业园投资的企业可以提供优惠贷款。

三、阿富汗投资相关注意事项

1、谨慎决策，决策应建立在对项目进行的实事求是、仔细、充分和全面可行性调研以及对项目地点进行的安全评估（尤其重要）基础上；

2、决策前后均要充分考虑不利因素，据此制定预案，打足安全和非正常支出成本；

3、合法经营，照章纳税，在和当地政府部门打交道的过程中，有理有节，不要采用贿赂等不法竞争手段，避免与当地利益集团发生利益冲突或竞争；

4、履行社会职责，经营本地化，热心当地福利和慈善事业，为自身争取良好立足和生存环境。

5、尊重当地人宗教信仰和风俗习惯。阿富汗人虔诚信仰伊斯兰教，每天定时多次举行祈祷，地点可能在会议场所、办公室，甚至旅行途中，应予以充分理解和尊重。阿富汗人在公众场合禁酒，不应劝酒。

以上事项中尤其应注意的是安全问题，中国企业应避免到安全无保障地点投资或承包工程，已在危险区域实施项目，应加强安全意识，高度重视安全防范，确保人身、财产安全。

参考文献：

[1] 塔利班强调的“沙里亚法”是什么？
[2] 认识伊斯兰教法（沙里亚法）
[3] 中国居民赴阿富汗投资税收指南
[4] 阿富汗投资法律指南
[5] 商务部，2020 年版《对外投资合作国别（地区）指南 – 阿富汗》
[6] 朱永彪，阿富汗概况

中伦文德

□娄　爽/文

娄爽律师，北京中伦文德（天津）律师事务所高级合伙人，南开大学经济法、公共管理双硕士，天津市仲裁委、北海国际仲裁院仲裁员，上市公司独立董事，曾荣获中央电视台社会与法频道“优秀公益律师称号”。执业前在天津市公安局和天津市国资委任职多年。

□杨美琪/文

杨美琪，北京中伦文德（天津）律师事务所律师，毕业于吉林大学法学院。在职期间，为多家大型国有企业、专业房地产公司、投资公司等提供常年法律顾问服务，对企业日常经营管理的常规事项具有很强的处理能力和沟通能力，积累了适当的经验。

独立董事当选上市公司董事长的困局与破解

上市公司独立董事，是指不在公司担任除董事外的其他职务，并与其所受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系的董事，属于非执行董事。独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务，其作用在于客观地监督经理层，维护中小股东的合法权益不受损害。但同时，独立董事作为董事会成员，其亦有资格参选甚至当选为董事长。这种情况极为罕见，但也曾有发生。2011 年，云南绿大地生物科技股份有限公司由于原董事长何学葵被捕，公司选举独立董事郑亚光为公司董事长，并代为履行董秘职责。当选董事长本是好事，但独立董事具有强烈的独立性、专业性以及兼职性特征，一旦上任董事长，势必面临职责、职务等多种冲突，比如独董身份何去何从，现有职务又该如何处理，是否有权拒绝上任履职等，凸显的诸多法律和现实问题如果处理不当，必然使其处于进退维谷的尴尬境地。对此，本文将对独立董事当选董事长的涉及的相关问题进行简要探讨和分析，希望能给读者带来有益的启示。

一、独立董事当选董事长的法理缺陷

根据中国证券监督管理委员会《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》的要求，上市公司应当建立独立董事制度，并在上市公司董事会成员中应当至少包括三分之一的独立董事。同时，该《指导意见》还规定，独立董事除应当具有公司法和其他相关法律、法规赋予董事的职权外，还具有特别职权，即“重大关联交易（指上市公司拟与关联人达成的总额高于 300 万元或高于上市公司最近经审计净资产值的 5% 的关联交易）在提交董事会讨论前的认可和聘请中介机构出具独立财务顾问报告；向董事会提议聘用或解聘会计师事务所；向董事会提请召开临时股东大会；提议召开董事会；独立聘请外部审计机构和咨询机构；可以在股东大会召开前公开向股东征集投票权，并对于重大事项发表独立意见”。由此可见，独立董事职务设置的主要目的，是为了强化董事会的制衡机制，提高董事会决策的科学性，从而有效保护中小投资者的权益，督促上市公司规范运作。

鉴于此，独立董事具有两大特征，即独立性和专业性。所谓的“独立性”，是指独立董事必须在人格、经济利益、产生程序、行权履职等方面独立，不受股东和公司管理层的限制。这就要求独立董事必须呈现出独立的身份，并且与上

市公司主要股东、实际控制人、或者其他与上市公司存在利害关系的单位或个人之间毫无利害关系，不存在任何可能影响其做出客观、独立判断的情况。所谓的“专业性”，是指独立董事必须具备一定的专业素质和能力，具备上市公司运作的基本知识，具有法律、经济、财务、管理或者其他履行独立董事职责所必需的工作经验，能够凭自己的专业知识和经验对公司的董事和经理以及有关问题独立地做出判断和发表有价值的意见。基于上述两个特征，上市公司独立董事的人选主要有三种类型：一是从大公司、政府退下来的经营管理方面的人才；二是具有财务、法律等方面专业的人才；三是化工、电子、生物等高层次方面的技术人才。因此，作为上市公司外部的非执行董事，除了第一类少部分人才外，第二类与第三类人才都有着其他的第一职业，而上市公司的独立董事只是他们的第二职业，所以兼职性也是很多独立董事的重要特征。

董事长作为企业的最高负责人，是董事会的主席，代表的是股东利益，是对企业经验发展具有重大决策权的人。因此，董事长不是企业的雇员，而是企业权力的来源。基于独立董事的主要特征、任职要求和职权内容等，很显然其与董事长职位要求和设置目的极不相符。如果独立董事当选为董事长，由非执行董事变为执行董事，那么其独立性便会彻底丧失，不再符合独立董事的任职要求，也就丧失了独立董事的履职资格。因此，独立董事和董事长，两者无法同时担任，必须做出取舍。

在实践中，不少上市公司为了规避独立董事当选董事长所带来的问题，采取了独立董事先摆脱独立身份，再以非独立董事的身份候选董事长这样“曲线救国”的方式。例如，平安银行股份有限公司于 2005 年选举独立董事法兰克纽曼为董事长前，其身份在短时间内进行了一系列的变化，先是以独立董事的身份成为代理董事长，同

时提出变更为非独立董事的议案。董事会、股东大会通过该议案后，其再参与董事长选举并成功当选。该等操作虽然避免了独立董事直接当选董事长的身份冲突，但并没有从根本上解决问题，独立董事担任代理董事长的身份同样影响其发挥独立性，并且无法解决兼职冲突的问题。

二、独立董事当选董事长的后续问题

由于独立董事在当选董事长后，即丧失了独立性，不再满足独立董事的任职要求，因此便涉及到独立董事的卸任问题，继而需要考虑公司对于独立董事人员缺失的后续安排。此外，如果被选举的独立董事不愿意担任董事长，或者与其第一职业存在冲突，其是否有权拒绝上任，也是需要探讨的重要问题。

（一）独立董事的卸任问题。独立董事被选举为董事长后，在没有特别约定的情形下，当选董事长的决定立即生效，此时，其已丧失独立身份，不再符合独立董事的任职条件，但是，根据相关法律规定，独立董事却不能立即卸任。根据《全国中小企业股份转让系统挂牌公司治理指引第 2 号——独立董事》第二十六条规定，“独立董事在任职后出现不符合本指引独立董事任职资格情形的，应当自出现该情形之日起一个月内辞去独立董事职务；未按要求离职的，董事会应当在一个月期限到期后及时召开董事会，审议提请股东大会撤换该名独立董事事项。”由此可知，独立董事并不是在发生不符合独立董事任职资格的情形后立即丧失独立董事身份，而是需要履行一定的程序。正常的程序是，先召开董事会对独立董事变更为非独立董事的议案进行审议，通过后将该议案提交股东大会审议。在股东大会通过该议案前，该人仍为独立董事，需要继续以独立董事的身份签署相关议案。鉴于此时，该独立董事已确定当选为董事长，因此，虽以独立董事的身份签署议案，但其意见的公正性和独立性存疑。同时，还有一个更为尴尬的冲突问题，即，由于独立董事在股东大会通过前需继续履职，因此，很有可能需要其对自己当选董事长的议案发表独立意见。显然，该意见无法做到真正意义上的独立，但在目前法律规定的议事规则、流程中却无可避免。

（二）独立董事人数或身份缺失问题。在独立董事当选董事长后，可能会造成上市公司的独立董事人数少于法律规定比例或者缺失必须的会计、法律等专业人士的后果。根据中国证券监督管理委员会《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》的相关规定，独立董事出现不符合独立性条件或其他不适宜履行独立董事职责的情形，由此造成上市公司独立董事达不到本《指导意见》要求的人数时，上市公司应按规定补足独立董事人数。因此，公司必须再行推选出一名相应的独立董事才能满足法律要求。但独立董事的上任，也需要经历董事会会议和股东大会会议的审议通过，因此做好衔接非常重要，这就需要公司应急联动，提前做好相应安排。由于独立董事当选为董事长和独立董事身份丧失两个议案，至少需要一次董事会会议和股东大会会议的审议通过，一般来说时间较长，但恰好为公司推选新任独立董事创造了可能性与操作性，从而使独立董事人数和必备身份上，可以做到无缝衔接，自始符合法律规定，满足公司的合法运营。例如，郑亚光从担任云南绿大地生物科技股份有限公司董事长到调整为非独立董事身份，就经过了四十天的时间。在该段时间内，该公司成功选任了新的独立董事，在郑亚光变更为未独立董事身份前，股东大会通过了尹晓冰担任独立董事的议案，从而完成了独立董事之间的无缝对接。

（三）当选董事长后的拒绝权问题。成为上市公司的董事长，可能对其身份地位、经济利益等都带来巨大的提升，但也不排除有人不愿担任。除担任董事长需承担更多的责任、投入更多的精力外，因第一职业的限制要求则是导致拒绝担任董事长的主要理由。以笔者自身为例，笔者系专职律师，目前兼任两家上市公司的独立董事。根据司法部《律师执业管理办法》的相关规定，专职律师不得兼任公司的法定代表人、董事（不含外部独立董事）、监事（不含外部独立监事）或高级管理人员等。因此，如果笔者被选举为上市公司的董事长，则必然需要在律师与董事长之间作出取舍，而无法同时兼任，如果笔者不愿意放弃律师职业，则需要对已经做出的选举决定予以

拒绝。那么，被推选出担任董事长的独立董事，是否有权利拒绝上任，如果陷入任职僵局又该如何救济呢？经检索，笔者尚未搜索到相关的法律规定，也没有搜集到类似的案例，但能从有限的判决中得到一些启示。在乐东龙浩仙乐园开发有限公司等与曾丽娟等公司决议效力确认纠纷上诉案（案号：(2015）海南二中民一终字第 73 号）中，海南省第二中级人民法院认为，“蔡光波 2011 年期间开始担任龙浩公司副董事长、法定代表人，参与龙浩公司实际经营管理，且法定代表人身份于 2012 年 6 月 6 日经工商变更登记确认，其一系列行为违反《律师法》上述规定。据此，《决议二》《修正案》关于蔡光波担任副董事长、法定代表人的内容无效”。由此可见，如果独立董事因第一职业有明确的法律规定而不得担任董事长，又不愿放弃第一职业，且无法说服公司同意更换董事长的，则可以以当选董事长的决议违反国家强制性法律规定为由，通过诉讼的方式，请求法院确认其当选董事长的董事会决议无效。

三、规范独立董事参选董事长的建议

如前所述，独立董事被选举为董事长，不仅存在着严重的法理缺陷，使得公司重要议案独董意见的公正性和独立性存疑，还可能造成独立董事人数或身份的缺失，从而使公司运营无法满足相关的法律要求，甚至会因为被选举者的拒绝，造成董事会决议的无效，更为极端地可能会引发诉讼，从而使得公司董事长的选举沦为一场闹剧，严重影响上市公司的经营发展和业界声誉。为规范独立董事参选董事长，最大程度降低风险，促进企业合规发展，笔者提出以下四点建议。

（一）充分调查董事长候选人的背景信息。在公司举行正式选举前，应当充分了解候选人的职业、学历、职称、详细的工作经历、全部兼职等情况，确保其当选后能够胜任董事长的职位要求，同时避免身份冲突，防止给公司今后的正常运行、债券发行等带来困扰。

（二）提前征得董事长候选人的参选同意。在《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》中明确规定，“独立董事的提名人在提名前应当征得被提名人的同意”，从而充分考虑了独立董事被提名人的意见。参照此条规定，建议董事长的候选人在提名前也征得候选人的同意，在正式选举前确认候选人的参选意愿，取消不愿担任董事长的候选人资格。这样一来，在选举时仅对有参选意愿的候选人进行投票，减少候选人人数，提高了选举效率，同时避免无担任董事长意愿的董事当选后再辞去董事长职务的困境，也避免再次选举的时间成本、经济成本等资源的浪费。

（三）明确独立董事变更为非独立董事的时间。在实践中，存在独立董事在当选董事长后的一段时间内两身份同时存在，仍以独立董事身份出具独立董事意见的情况。为保障独董意见的独立性和公正性，需杜绝一人同时担任董事长和独立董事的情形发生。因董事长的当选决定于董事会选举后做出，独立董事变更为非独立董事需先后经过董事会、股东大会的议案通过。两决定的最终决策机构、决策程序不一致，无法同时操作。因此，建议适当延后董事长的上任时间，在前述时间内完成变更为非独立董事的操作流程，这样就可以确保董事长以非独立董事身份正式上任，避免公司决策时两身份的冲突或者矛盾。

（四）确保独立董事人数或身份符合法律规定。《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》对独立董事的人数比例和专业人士的身份有明确的要求，如一名独立董事当选董事长，丧失独立董事身份后，可能会造成独立董事人数缺失或者缺少必须的会计、法律等专业人士的后果，需要花费时间再行选任新的独立董事。因此，为避免前述情形发生，建议适当增加独立董事人数以及具备专业知识的独立董事，或者做好相关人员的储备工作，避免发生独立董事被选举为董事长后，无人接替，从而造成公司运营不符合法律规定的情形。

中伦文德

□姚正旺/文

姚正旺律师,西南政法大学研究生毕业，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，银行业法律专业委员会主任，中央民族大学法律硕士实务导师，北京市律师协会银行金融法律专业委员会委员，《银行金融法律通讯》主编。姚正旺律师主要从事银行金融、结构化融资、公司并购及上述领域的诉讼仲裁等有关法律事务，在该等领域拥有丰富的事务经验。

卢鑫蕊律师，主要从事公司证券、民商事争议解决业务。

丁星友律师，主要从事公司证券、银行金融业务。

魏思佳律师，主要从事国有企业合规、银行金融业务。

对《公司法（修改草案）》的修改建议（下）

2021 年 12 月 24 日，经第十三届全国人大常委会第三十二次会议审议的《中华人民共和国公司法（修订草案）》正式向社会公开征求意见。这是继 2005 年《公司法》全面修订后的首次大修，作为规范经济生活的大法，《公司法》的修订必然会对公司的运营及管理规范产生影响。本次修订草案共 15 章 260 条，在现行《公司法》13 章 218 条的基础上，实质新增和修改 70 条左右。该草案深入总结实践经验，修改思路清晰，修改内容系统全面、针对性强，重要制度的充实完善符合实际，基本可行，但也存在需要进一步完善的地方。本文将对新公司法修订审稿新变化、新规定、热点问题进行深度解读、提出修改建议，将研究成果分上、下两篇内容以飨读者，以期提出科学合理、具有可操作性的立法建议，为推动公司法修改发出律师实务届应有的声音。

一、无面额股份规定需进一步细化

作为公司资本制度的又一突破，修订草案授权股份有限公司发行无面额股。与无面额股相关的一个问题是，随着红筹企业可以在中国 A 股上市，注册在境外的红筹企业可以豁免适用《公司法》有关面额的规定。但由于上位法的缺失，中国证券市场有关证券登记、退市规则等方面的要求仍然囿于面额的基础制度，而对红筹企业 A 股上市存在实操上的差异处理。而且，基于注册地法律的具体要求，中国证券市场上已经出现以其他币种计价面额的面额股甚至是无面额股的红筹 A 股上市公司。因此，修订草案关于无面额股的规定，一方面给予解决红筹企业 A 股上市相关实操问题的上位法依据，另一方面也将此规定扩展适用到中国公司，更好地满足多层次的资本市场体系的发展需求。

但就具体实操而言，我们建议关注如下问题：

1、注意明晰无面额股份与注册资本差异。长期以来，公司的股本总额和公司注册资本金额相一致。在股份无面额的情况下，股份数量和注册资本发生偏离，注册资本的概念在理论上可能不再适用，但修订草案要求发行无面额股股份所得股款的二分之一以上计入注册资本，可能又与无面额股的本义存在差别。

2、注意明晰无面额股份的折算规则。修订草案也没有明确发行无面额股股份所得股款进入注册资本的折算规则以及折算比例的决定权归属，亦未规定有面额股和无面额股在发生转换时发行股份的所得股款折入注册资本的比例是否需

要调整等具体问题，建议《公司法》修订时统筹考虑法律和财务配套规则的细化。

3、注意无面额股份与现行法律及制度的一致性。修订草案引入无面额股制度属于对公司法定资本制的重大改革，建议《公司法》在修订时，注意在公司法内部规范（包括相关司法解释等）中，从制度构建到制度落地实施的具体规则，均需保持制度一致性，避免规则之间的冲突。无面额股制度的设置还应考虑与之相关的现行其他法律法规的相应修改及衔接问题，例如证券法及上市规则等。

二、控股股东和经营管理人员责任要求待明确

本次修订草案在强化控股股东和经营管理人员责任方面，主要作出如下规定：

一是完善董事、监事、高级管理人员忠实义务和勤勉义务的具体内容，加强对关联交易的规范，扩大关联人的范围，增加关联交易报告义务和回避表决规则。

二是强化董事、监事、高级管理人员维护公司资本充实的责任，包括股东欠缴出资和抽逃出资，违反本法规定分配利润和减少注册资本，以及违反本法规定为他人取得本公司股份提供财务资助时，上述人员的赔偿责任。

三是增加规定：董事、高级管理人员执行职务，因故意或者重大过失，给他人造成损害的，应当与公司承担连带责任。

四是针对实践中控股股东、实际控制人滥用控制地位侵害公司及中小股东权益的突出问题，借鉴一些国家法律规定，明确公司的控股股东、实际控制人利用其对公司的影响，指使董事、高级管理人员从事损害公司利益或者股东利益的行为，给公司或者股东造成损失的，与该董事、高级管理人员承担连带责任。

对前述规定，我们建议在《公司法》修订时关注如下问题：

第一，修订草案第四十七条强化了经营管理人员维护公司资本充实的责任；但目前该规定仅适用于“设立时股东”瑕疵出资的情形，而实际上不仅在公司设立时可能存在股东瑕疵出资的情形，在公司后续增资时同样可能出现类似情形，但修订草案对此等情形下经营管理人员维护公司资本充实的责任未做明确规定，建议《公司法》修订时对后续增资等情况下的经营管理人员维护资本充实责任作进一步界定。

第二，修订草案第一百九十条草案新增经营管理人员与公司共同对外承担连带责任的规定，体现了对董事、经营管理人员外部责任的要求。但此处并未明确“职务”的范围，也没有区分执行董事和非执行董事的责任要求，而公司实践中存在不参与实际经营管理的投资人委派董事（甚

至非执行董事、独立董事），该等并未实际负责公司经营管理职务的董事因任职而面临的责任风险将进一步加大，建议《公司法》修订时进一步考虑董事责任险等风险平衡途径。

第三，修订草案第二百零七条规定："公司违反本法规定向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润并加算银行同期存款利息退还公司；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。"根据该条规定，股东分配利润和减资的决议需要由股东会作出决议，在此情形下，如何界定"负有责任的董事、监事、高级管理人员"尚不明确，建议在《公司法》修订时对此进一步进行明确。

三、对修订草案的其他意见建议

第一，本次修订草案的成果之一是引入授权资本制，但我们认为，授权资本制对应的是一整套资本制度，而不是简单地向董事会授权，同时也需要限权。其他国家的限权模式大致分为两种，如德国的直接限制，授权范围是现有资本的25%；亦如英美法系明确规定，董事会的融资决定不得产生浪费、增加股东负担，不得排挤不能追加投资的股东。只有既授权，又限权才能发挥出授权资本制的优势，同时对股东利益起到有效的保障作用。就此而言，本次修订草案只有扩权，而没有限权，这在动态的资本市场中存在引发危机的风险。

第二，本次修订草案通过删除董事会的列举职权，试图确立董事会的中心地位。但在删除列举董事会的列举职权的同时，既没明确哪些权利是董事会不可被股东会剥夺的，也没规定哪些职权是董事会可以主动放弃的。在此情况下，股东们可以通过调整章程、股东会决议、股东间协议，从而使得董事会完全虚化，这与本次修订草案删除列举董事会的列举职权的目的可能背道而驰。建议《公司法》修订时注意对董事会中心地位的配套规则作出相应的指引性规定。

第三，本次修订草案可能不适当的加大了董监高法律责任，并规定了董事高管在故意或重大过失情况下可能同公司承担连带赔偿责任的情形，参考康美药业行政处罚案，有可能会引发现行董事监事和高管辞职潮，并不利于公司治理中董监高制度的生态建设。建议在《公司法》修订时，明确公司应当根据公司经营情况为董监高购买执业保险，以平衡其在非故意情形下可能承担的风险。

第四，本次修订草案第四十六条创设了公司股东失权制度，比《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称"《公司法司法解释（三）》"第十七条创设的股东除名制度更进一步，无需经过股东会决议，并非仅适用于股东未履行出资义务的情形，适用范围更广，包括股东未按期足额缴纳出资，或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的情形，但未包括抽逃出资情形。股东抽逃出资与股东未按期足额缴纳出资并无本质不同，建议《公司法》修改时明确股东失权制度同样适用于股东抽逃出资的情形。

此外，修订草案第四十六条规定的宽限期自通知发出之日起算，失权通知自通知发出之日起生效，与《民法典》第一百三十七条确立的"以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。"的法律规则并不相符，建议将本条中的"通知发出之日"修改为"通知到达之日"更为合适。

第五，关于股东出资加速到期的规定是否适用于股份公司有待明确。修订草案第四十八条吸收了《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》（法【2019】254号）第六条有关股东出资加速到期的规定，该条规定：公司不能清偿到期债务，且明显缺乏清偿能力的，公司或者债权人有权要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资。

毫无疑问，公司不能清偿到期债务，且明显缺乏清偿能力的，是应当通过企业破产程序实现股东出资加速到期，还是可以在个案中要求股东出资加速到期，目前尚存在较大争议。即使通过修订公司法将出资加速到期上升为法律，修订草案第四十八条规定该加速到期仅适用于有限责任公司，未明确规定股份有限公司是否适用，我们认为明显不妥，建议《公司法》修订时明确规定修订草案第四十八条关于出资加速到期规定同样适用于股份有限公司。

中伦文德

李敏，中伦文德律师事务所高级合伙人律师，毕业于清华大学建筑学院、法学院，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。

□李　敏/文

张晓萌，现为中伦文德律师事务所北京总所实习律师，主要业务领域为信托、保险资金投资、私募基金、房地产与建设工程等。

□张晓萌/文

股份有限公司发起人未缴足出资时向他人募集股份的法律后果分析

概述

股份有限公司的发起人在未缴足其认购股份的情形下，向他人募集股份进行增资扩股是否构成对《中华人民共和国公司法》第八十条规定之违反，实践中存在不同的看法，但通过认真研究上述法律的规定以及梳理司法实践中法院的态度，我们倾向于认为，正常情况下上述情形应当构成对《中华人民共和国公司法》第八十条规定之违反，进而可能导致此种向他人募集股份进行增资的行为在法律上存在被认定为无效的风险。

一、问题背景

股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式，其中发起设立是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。实践中，部分发起设立的股份有限公司基于公司业务拓展、引进投资、员工持股平台等原因可能需要在发起人尚未缴足出资时就向他人进行股份的募集。但是，在《中华人民共和国公司法》(以下简称“《公司法》”)第八十条中却明确规定，以发起设立方式设立的股份有限公司在发起人认购的股份缴足前是不得向他人募集股份的。那么，上述情况是否会导致违反《公司法》第八十条的规定，进而导致增资行为因违反法律强制性规定而被认定为无效呢？

这一问题可能很多人包括专业人士并未引起足够重视，因为实践中相对更多的公司采取有限责任公司形式，按照我国《公司法》的有关规定，有限责任公司在公司股东增资等方面的制度较为灵活，并没有限制在股东未缴足认缴出资的情况下引进新的股东进行增资的行为。而采取股份有限公司形式的公司相对较少，导致很多人将有限责任公司增资的有关规定理所当然地套用在股份有限公司上面，进而忽视了我国《公司法》对于股份有限公司在增资制度等方面的特殊规定，对此，实践中可能存在一些错误的认识。本文即以发起设立的股份有限公司的发起人在未缴足其认购股份的情形下引进新股东进行增资扩股为例，对我们可能已经思维定式的观念进行分析，并就此提出相应的处理建议。

二、股份有限公司向他人募集股份的相关规定

我国《公司法》及有关司法解释对于股份有限公司向他人募集股份存在较明确的规定，其

中最重要的是《公司法》第八十条。根据该法第八十条的有关规定，股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份。同时，该法还规定，如果法律、行政法规以及国务院决定对股份有限公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。

需要注意的是，按照《中华人民共和国民法典》（以下简称"《民法典》"）第一百五十三条的有关规定，如果民事法律行为因为违反法律、行政法规的强制性规定将可能导致无效。而根据我们目前研究的情况来看，有关司法机关倾向于将上述《公司法》第八十条的有关规定认定为效力性强制性规定，即如果违反《公司法》第八十条的有关规定，司法机关有可能认定相应的向他人募集股份进行增资扩股的行为无效。

三、相关司法机关的态度及法律后果分析

（一）相关司法机关的态度

如上所述，目前，有关司法机关倾向于将上述《公司法》第八十条的有关规定认定为效力性强制性规定，如果违反《公司法》第八十条的有关规定，司法机关有可能认定相应的向他人募集股份进行增资扩股的行为无效，根据我们目前研究和梳理的情况，我们认为如下案件比较能代表有关司法机关的态度：

1、在四川省高级人民法院此前作出的一份再审裁定中，四川省高级人民法院再审认定股份有限公司发起人未缴足出资时向他人募集股份的行为无效（详见（2018）川民申1601号《民事裁定书》）。在这个案件中，目标公司是一家发起设立的股份有限公司，发起人一共9名，均认缴了相应股份数额，认缴期限为2019年3月25日。目标公司于2014年向增资人出具收据，载明目标公司收到增资人股本金200000元，增资人于当日通过银行转账给目标公司指定的银行账户。2014年11月7日，目标公司召开股东大会决议，同意增加公司注册资本31500000元，并将增资人作为公司股东，当日对公司章程中公司注册资本进行修正。后增资人诉至法院要求目标公司返还增资人增资款并支付利息。此案经过一审、二审并最终由四川省高级人民法院再审裁定，再审法院认为：本案中目标公司并未举证证明在向增资人募集股份之前，其9位发起人认购的股份已经缴足。根据公司法第八十条第一款规定，在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份。该规定旨在保护其他投资者利益，防止发起人在自己认购的股份尚未缴足之前，以股份有限公司的名义对外募集资金，从而加大他人投资风险。故上述法律规定应当为效力性强制规定。目标公司收取增资人缴纳的股本金并向增资人发放股权证明书的行为，实质是向发起人之外的特定对象发行新股，违反了公司法关于股份有限公司的上述强制性规定。因此四川省高级人民法院依据公司法第八十条第一款之规定，认定目标公司向增资人募集股份的行为无效，目标公司应向增资人退还股本金并支付相应的资金利息。

2、在广东省佛山市中级人民法院2019年作出的一份判决中，该院也持同样的观点（详见（2019）粤06民终4990号）《民事判决书》）。在这个案件中，某股份有限公司的发起人共16人，公司注册资本1060万元首期出资（注册资本的20%）应于2015年6月15日前出资支付到位，其余出资于2025年6月15日前缴足。2015年8月9日，增资人与目标公司签订《新进股东认股协议》，约定目标公司以定向增资的方式向增资人发行75万股份，认股金总价75万元，增资人已于2015年8月前向目标公司支付认股款15万元，其余60万元认股款根据公司章程于2025年6月15日前支付。后增资人诉至法院要求确认《新进股东认股协议》无效，目标公司返还其认股款及相应利息。

广东省佛山市中级人民法院审理后认为，目标公司在设立时16位发起人仅履行了20%的出资义务，尚有80%的出资义务待2025年6月15日前才能缴足。故依照《中华人民共和国公司法》第八十条"在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份"的规定，目标公司在其发起人缴足认股的股份前，不能向股东以外的他人募集股份。前述规定，其立法本意不但是为了规范股份

有限公司的设立程序，更在于防止股份有限公司发起人将股份有限公司发起程序滥用于非法集资等违法行为，损害不特定投资者及社会公众的利益，继而引发广泛的社会问题。因此，法院认定《新进股东认股协议》属无效合同，目标公司应向增资人返还认股款。

（二）股份有限公司发起人未缴足出资时向他人募集股份的法律后果

根据《公司法》等相关法律法规的规定，同时结合司法实践中有关司法机关的态度，如果股份有限公司发起人未缴足出资时，向他人募集股份可能存在以下法律后果：

1、增资行为及增资协议等交易文件无效

首先，最直接的法律后果是股份有限公司的增资扩股行为被认定无效，由此导致投资人与公司就增资扩股事宜所签署的增资协议等交易文件亦无效。在相关案件中，股份有限公司或其发起人往往抗辩称，公司已作章程修改并向工商管理部门备案登记、已向新进股东出具股权证书，并且新进股东也已实际参与公司经营并行使股东权利，以此主张增资行为及增资协议有效。那么，修改章程、出具股权证书、实际履行股东权利义务等是否可作为增资有效的依据？对此，相关法院给出了否定的答案。目前我们找到的案例中，法院通常认为新进股东是否实际出席股东会、是和否持有股权证书并领取公司派发红利的行为均不影响股份有限公司向新进股东募集股东行为的效力，即使新进股东已深度参与公司日常运营，增资行为也应因违反法律强制性规定而无效。

2、公司须向股东退还认股款及资金占用利息

根据《民法典》第一百五十七条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律

另有规定的，依照其规定。”根据上述规定，同时结合相关司法判例，目前的情况下，在确认增资行为无效后，法院通常判令股份有限公司应当退还投资人已缴纳的认股款项，同时也可能根据投资人的诉讼请求，要求股份有限公司一并支付认股款项的资金占用利息。

（三）应当限制新股东要求确认增资行为无效的情形

从相关司法案例可以看出，股份有限公司发起人未缴足出资时向他人募集股份所产生的纠纷通常为在新股东与公司签署增资协议并缴纳认股款后，新股东（增资人）因在公司经营过程中与其他股东发生纠纷等原因意图退股，因此以发起人未缴足认购股份为由主张增资行为无效，法院也基本支持了新股东的诉求。

需要说明的是，目前我们找到的有关法院判决大部分为自然人起诉股份有限公司要求确认增资行为无效的判决，但实际上很多股份有限公司的新股东是专业的机构投资者，具有较强的尽职调查能力和风险揭示能力，其在投资股份有限公司前应当能够对公司有关情况进行充分掌握，及时发现公司发起人尚未缴足认购股份的情况。另有一些情况下，新股东通过查阅公司章程等文件已经明知发起人尚未缴足这一事实，甚至在与公司签署的相关协议中也有相应明确约定确认知悉上述情形。考虑到股份有限公司经营稳定性以及公平、诚实信用的基本原则，该种情况下是否仍一概认定增资行为无效可能有待商榷。虽然截至目前尚未发现有法院作出确认增资有效的认定，但从有关判例中可以窥探到法院的态度。例如在广东省佛山市南海区人民法院就目标公司与增资人与公司有关纠纷案作出的（2016）粤 0605 民初 15916 号民事判决中，法院认为，因工商登记信息系可公开查询的事项，增资人应当知道目标公司的性质，依法目标公司在发起人认购的股份缴足前不得向他人募集股份，因此，增资人对合同无效亦负有过错，法院对其利息请求不予支持。由此可见，在新股东应知或已知股份有限公司发起人未缴足认购股份而仍对公司进行投资的情况下，出于公平、诚实信用等基本原则的考虑，我们认为应当有必要适当限制新股东要求确认增资行为无效的权利。

四、关于股份有限公司募集增资扩股的建议

经过前述分析可知，因股份有限公司投资者众多、资金募集规模大，出于维护社会公共利益的考虑，股份有限公司的增资扩股行为会受到法律更为严格的规范。为了进一步提升广大投资者在投资股份有限公司时的风险防范意识，同时提高股份有限公司增资扩股行为的规范性，针对股份有限公司募集增资扩股事宜，我们提出如下建议：

1、站在投资者的角度，我们认为在对股份有限公司进行投资时，需要重点明确该公司的发起人是否已经缴足所认购的股份，尤其对于该公司章程约定发起人分期缴纳认购股份的情况，如果发起人没有实际缴足，即使公司章程、增资协议等文件中所约定的发起人实缴期限尚未届满，或者投资者表示自愿认可公司发起人未缴足其认购股份这一事实，投资者也不可轻易对该股份有限公司进行投资，否则该投资行为将可能被认定为无效。

2、站在股份有限公司的角度，采取发起设立方式的股份有限公司应当严格按照相关法律规定开展对外融资活动，公司如需向他人募集股份需要求发起人完成认购股份的实缴，如果确实无法在向他人募集股份之前要求发起人完成认购股份的实缴，则需采取股份转让等合法方式处理。

五、结语

由于实务中往往容易将关于有限责任公司增资的规则直接套用于股份有限公司，导致现行法律法规中关于股份有限公司增资的特殊规定时常被忽视，特此通过研究有关法律规定和相关法院案例的方式对股份有限公司发起人未缴足出资时向他人募集股份的相关问题进行简要分析，以期该问题能够引起拟对外融资的股份有限公司以及广大投资者的进一步重视。

□武　坚/文

武坚，中伦文德律师事务所高级合伙人，法学博士，北京市破产法学会会员，山西省法学会破产与重组研究会理事。擅长领域为：法律顾问、商事诉讼与仲裁、并购重组、破产清算及重整法律服务等。

赵超群，中伦文德律师事务所资深律师，中国青年政治学院法律硕士，山西省法学会破产与重组研究会理事。擅长领域为：企业破产清算及重整、并购重组法律服务、诉讼仲裁法律服务等。

古洋洋，中伦文德律师事务所律师助理，毕业于中国政法大学。

破产重整程序中共益债投资的法律问题分析

随着现代企业的不断发展，关于企业投资方面的法律也在不断完善。疫情当前，大量中小企业甚至是规模较大的企业都面临着经营危机，创业不易，怎样让处于破产程序中的企业重新焕发生机，从而为现下的经济注入一丝活力，成为了值得思考的社会问题。由此，破产重整程序中的“共益债投资”重新引起了大家的关注，启发了法律人的思考。

一、何为共益债投资？

在破产重整程序中，债务人出于基本的生产经营所需，通常会通过股权融资、债权融资等方式筹措资金，维持企业运转。共益债投资便属于债权型投资的一种形式，其本质是投资人向债务人提供借款以维持其生产经营项目，而债务人则需将其项目完成后的所得变现，以共益债务清偿的方式将本息支付给投资人。通常情况下，共益债投资多发生于房地产企业的破产重整之中，由于房地产项目往往投资大、收益慢，多数房地产企业在运营时都面临着巨额债务问题，如资金链一旦断裂，企业便会很快陷入破产的境地，因此共益债投资便成了房地产企业化解危机的及时雨。

2006年发布的《中华人民共和国企业破产法》（下称《企业破产法》）中首次提出了共益债务的概念，其中第四十二条规定：“人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：（一）因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务；（二）债务人财产受无因管理所产生的债务；（三）因债务人不当得利所产生的债务；（四）为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；（五）管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；（六）债务人财产致人损害所产生的债务。”值得注意的是，这一法条对共益债务发生的时间作出了明晰的规定，即“人民法院受理破产申请后”，也就是说，只有在法院受理破产申请后所产生的债务才有可能被认定为共益债务。此外，这则法条的第四款规定为债务人继续营业而产生的其他债务属于共益债务，为共益债投资作为一种破产重整中的新兴投资方式奠定了法律基础。

二、共益债的具体认定

上文已经提到，我国在《企业破产法》中已经对共益债作了初步的规定。虽然法条已对共益

债的范围作了尽可能详尽的列举，但就实务层面而言，依然存在着许多需要细化的法律问题，例如对于共益债的具体认定，实务界一直存在着多种声音，以下本文将对共益债的具体认定问题作出简要的分析。

1. 破产重整程序中债务人的新增借款能否被认定为共益债？

最高法于2020年修改并发布了《最高人民法院关于适用<中华人民共和国企业破产法>若干问题的规定（三）（2020修正）》（下称"《破产法解释三》"），其中明确规定："破产申请受理后，经债权人会议决议通过，或者第一次债权人会议召开前经人民法院许可，管理人或者自行管理的债务人可以为债务人继续营业而借款。提供借款的债权人主张参照企业破产法第四十二条第四项的规定优先于普通破产债权清偿的，人民法院应予支持。"

可以看出，最高法已经认可了破产重整程序中出于经营需求而新增借款的优先受偿的法律地位，虽然最高法并未将新增借款的属性定义为共益债，但对于新增借款优先受偿的规定体现了立法层面对于这一实务问题的关注，有了这一规定，破产重整程序中的新增借款受到了法律的保护，投资者也可以更加放心地向破产重整程序中的企业进行投资。再者，在破产重整程序中，许多企业进行再融资也是为了企业的生存与维续，其融资的最终受益人也是全体债权人，并且根据《破产法解释三》中的规定，管理人或债务人为债务人继续营业的借款，需经债权人会议通过或者第一次债权人会议召开前经人民法院许可，也就是说，破产重整程序中的借款融资行为需要经过合理且合法的流程。这一情况下，为了提高破产企业在破产过程中获得融资的概率，使得破产企业免于最终的破产清算，法律实践也应当为投资者提供相应的保证，认定新增借款的共益债性质。

2. 共益债所产生的利息能否被认定为共益债？

共益债投资已经成为了新兴的投资模式，既然有了共益债，也必然会有基于共益债而产生的利息。投资者在选择投资一家处于破产重整程序中的企业时，势必会考虑到该企业在接受投资后的发展状况，只有具备后续良好发展前景的企业才拥有值得投资的价值，否则投资者也不会冒巨大的风险去投资一家已经处于破产程序的企业。因此，当投资者抱着想要获利的初心选择投资破产企业时，必然不会仅以公益目的将破产企业所需的经营资金无偿借给对方，而是想要从中获取一定的收益，双方必然也会对借款约定相应的利息。

然而，现行的法律并未对共益债的利息作出明确的规定，实务界对于共益债的利息能否被认定为共益债也并未有统一定论。《企业破产法》第四十六条第二款规定："附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。"这款规定看似涵盖了对于企业债权利息的处理，但如果仔细分析，还是可以发现其中留下的供法律实务解释的空间。如前文所述，最高法已经认可了破产重整程序中出于经营需求而新增借款的优先受偿的法律地位，法条中的明确表述为："破产申请受理后，经债权人会议决议通过，或者第一次债权人会议召开前经人民法院许可……"也就是说，法律已经认可了"破产申请受理后"的债权的优先受偿性，那么与之相对应，《企业破产法》第四十六条第二款中所规定的"附利息的债权自破产申请受理时起停止计息"也并不针对破产申请受理后的债权适用，因为在破产申请受理时，该笔债权还并未产生。《企业破产法》于2006年正式发布，当时的立法者在制定法律时还并未对破产申请受理后产生的债权进行考量，而《破产法解释三》是在2020年重新修改发布，更加符合当下经济社会的发展状况，也更能适应当前日益变化的投资市场。

依笔者之管见，《企业破产法》第四十六条第二款的规定并不能涵盖破产企业的全部债务，特别是对于破产重整程序中较为灵活的共益债，因此，共益债所产生的利息也并不适用《企业破产法》第四十六条第二款的规定，而应当有其自身的适用条件。结合实务来看，法院对于共益债利息的认定也不尽相同，有些案件中的共益债利息被认定为共益债的一部分，具有优先受偿的法

律地位，有些案件中则并非如此。

广东省高级人民法院在（2014）粤高法民二破终字第 2 号判决书中作出如下表述："关于该笔债务是否属共益债务问题。本案中，东莞金卧牛公司向亿商通公司借款 100 万元发生于该公司破产重整期间……系为维护全体权利人和破产财产利益而发生，属于《企业破产法》第 42 条第 1 款第 4 项规定为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务的情形，依法应当认定为东莞金卧牛公司的共益债务……《企业破产法》第 46 条第 2 款规定，附利息的债权自破产申请受理时起停止计息，因此，亿商通公司向破产企业东莞金卧牛公司主张借款利息，缺乏法律依据，本院不予支持。"可以看出，广东省高级人民法院援引了《企业破产法》第四十六条之规定，认为共益债权与其他附利息债权一致，在企业的破产申请受理后便停止计息。

而深圳市中级人民法院在（2013）深中法破初字第 145 号判决书中则认定在返还共益债时要一并返还利息，其表述如下："……根据《中华人民共和国企业破产法》第四十二条和第四十三条第一款的规定，人民法院受理破产申请后，因债务人不当得利所产生的债务为共益债务，由债务人财产随时清偿。因此，原告的转账行为发生在法院受理被告破产清算之后，被告取得的不当得利为其共益债务，依法应由其财产随时清偿……关于涉案款项的利息问题。……根据最高人民法院《关于贯彻<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第 131 条的规定，返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。据此，被告应将涉案款项相关利息一并返还原告。"尽管深圳中院的判决并未直接肯定共益债利息的地位，但其对共益债利息的支持还是体现了共益债利息被认定为共益债在司法实务中的可能性。现行法律对于共益债利息的规定仍不明确，实务层面的认定依然有赖于法院对于案情与规则的实际把控。

3. 是否可以为共益债设定担保？

前文已经提到《破产法解释三》中明确规定："经债权人会议决议通过，或者第一次债权人会议召开前经人民法院许可，管理人或者自行管理的债务人可以为债务人继续营业而借款。提供借款的债权人主张参照企业破产法第四十二条第四项的规定优先于普通破产债权清偿的，人民法院应予支持。"可以看出，债务人为了继续经营而产生的借款，可以被认定为共益债务得到优先受偿。而《企业破产法》第七十五条第二款规定："在重整期间，债务人或者管理人为继续营业而借款的，可以为该借款设定担保。"结合来看，债务人出于继续经营的需要而产生的借款，不仅可以被认定为共益债务，并且可以被设定担保。

由此可见，在共益债投资实务中，投资者为了保障自身债权利益的实现，完全可以向债务人主张为自己的共益债权设定担保。不过需要注意的是，《企业破产法》仅对由于继续经营而产生的债务作出了规定，并没有明确其他类型的共益债是否可以设定担保。因此，投资者在进行共益债投资时需要认真判断、仔细考量，如投资的共益债并不符合设定担保的要求，那投资者便需要对被投资的破产企业进行整体考查，以确定是否还有投资必要。

三、共益债权如何受偿？

1. 共益债权的受偿范围

我国《企业破产法》第四十三条明确规定："破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的，先行清偿破产费用。债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的，按照比例清偿。"由此可见，共益债务与破产费用在清偿时几乎处于同一顺位，其优先级远远高于破产企业的其他债务。仅在债务人财产不足以清偿所有破产费用加上所有共益债务的情况下，破产费用才优先得到清偿。并且，本条第一款规定破产费用与共益债务由债务人财产随时清偿，可见共益债权的受偿范围及于债务人的全部财产。《企业破产法》第三十条规定："破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，为债务人财产。"结合来看，共益债权的受偿范围便包括了债务人从破产申请

受理时直至破产程序终结前所拥有及取得的全部财产。

此外，最高法此前颁布的《关于适用＜中华人民共和国企业破产法＞若干问题的规定（二）》（下称“《破产法解释二》”）中明确指出：“债务人已依法设定担保物权的特定财产，人民法院应当认定为债务人财产。对债务人的特定财产在担保物权消灭或者实现担保物权后的剩余部分，在破产程序中可用以清偿破产费用、共益债务和其他破产债权。”可以看出，债务人已设定担保物权的财产在其担保物权得到实现后，依然可以用来清偿共益债务。结合前文来看，共益债权的受偿范围不仅及于债务人从破产申请受理时至破产程序终结前的全部财产，也包括了债务人已经设定担保物权的其他财产。

2. 共益债权的受偿顺序

如前所述，我国《企业破产法》第四十三条规定：“破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。”即共益债务遵循个别清偿的原则，只要是已届清偿期的共益债权，债权人均有权要求债务人随时清偿。共益债权的实现并不受一般破产债权实现顺序的限制，具有受偿上的优先性。

尽管共益债权在受偿上具备优先性，但这种优先性也并非绝对适用。如前所述，《破产法解释二》已经规定共益债务只能在担保物权实现之后才能得到清偿，也就是说，在先设定的担保物权依然有着优先于共益债权的实现顺位。这是由于担保物权虽具有一定的债权性质，但其本质上仍然属于物权，有着天然优先于债权实现的顺位。前文已经提到，共益债投资本就多发生于房地产企业，这些企业在房地产项目无法维继时面临破产危机，而此时往往也面临着拖欠建设工程价款的问题。《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）》第三十六条规定：“承包人根据民法典第八百零七条规定享有的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。”根据这一条款，共益债权也应当属于“其他债权”，其优先性劣后于建设工程价款。

安徽省高级人民法院在（2015）皖民终491号判决书中明确了建设工程价款的优先地位：“因施工人对6#楼续建部分新增工程款仍将基于共益债务和建设工程优先受偿权双重优先权，先于在建工程抵押权……而6#楼之外的其他共益债务等只能在抵押权人实现抵押权之后剩余部分得到清偿。故原审认定作为抵押权人的浦发银行深圳分行就6#号楼处置款项享有优先受偿的权利，但不得对抗庐南建设公司的建设工程优先受偿，并无不当。”可以看出，如涉及到建设工程价款等优先级更高的债权，共益债权也不再具有绝对优先的受偿顺位。

四、结语

破产重整程序中的共益债投资作为近些年来新兴起的投资形式，因其发展时间较短，并不十分成熟，故而仍然处于实践探索阶段，与其相关的法律制度也有待完善。面对着风险不明的投资项目，投资者在不清楚其规定及制度的情况下，难免望而却步。不过疫情当前，依然会有大量中小企业，特别是房地产企业，面临着破产重整的局面，急需外部的投资以维续企业的生存。在此情况下，共益债权作为破产重整程序中得以优先受偿的特殊债权，是破产企业向外融资的极好利器。只要投资者与债务人善于把握共益债的优先受偿性质，在投资协议中明确共益债投资，约定好共益债的实现方式及途径，就能有效避免不必要的投资风险，从而更好地实现投资目的。总的来说，共益债投资的投资方式既有利于期待获益的投资者，也有利于等待着起死回生的债务人，双方互惠互利，能够实现真正的共赢。

参考文献：

[1] 李永军等编著：《破产法》，中国政法大学出版社2017年版。
[2]《破产纠纷案件裁判规则（一）：破产债权效力与破产财产》，2021年1月版。
[3] 龚妮：论破产重整融资中债权优先性，载于《第十二届“中部崛起法治论坛”论文汇编集》，2019年出版。

□刘培峰/文

刘培峰，北京市中伦文德律师事务所合伙人、破产重组法律专业委员会主任、国际商事调解中心负责人，北京市律师协会破产与清算法律专业委员会副主任，最高人民检察院民事行政案件法律咨询专家，北京市法学会债法学研究会常务理事、破产法专业委员会主任，北京市破产法学会监事，北京多元调解发展促进会调解员。业务领域为：企业破产重组、企业并购及商事争议解决。工作语言：中文、英文。

□顾建愉/文

顾建愉，北京市中伦文德律师事务所实习律师，北京市法学会债法学研究会破产法专业委员会委员。中国人民大学法律硕士。主要业务领域为企业破产重组、企业并购及商事争议解决。

房地产开发企业破产重整中“回迁安置债权”相关问题研究

近年来，因自身经营管理不善以及融资难等各方面原因，各地房地产开发企业破产现象屡见不鲜，房地产开发企业涉及的债权人种类繁多，利益庞杂，关系到国计民生和社会稳定，而破产重整程序是解决目前房地产开发企业困境的最佳选择。如何在重整程序中平衡各方主体的利益，顺利通过重整计划草案，从而达到维护社会和谐稳定发展的目的，是房地产开发企业破产重整面临的一个重要课题。

在相当一部分房地产开发企业破产重整案件中，由于开发项目搁置时间长、当时法律法规和相关政策不完善等原因，会涉及回迁户的回迁安置问题，这也是房地产开发企业当地政府最为关注的问题。在这种情况下，如何保障回迁户的合法权利，妥善处理回迁安置补偿等问题关涉重整的成败。但是，现行破产法和相关司法解释对“回迁安置债权”的界定并不明确，各地实践做法也不尽统一。

本文中，笔者结合长期担任房地产开发企业重整管理人的实务经验及理论思考，进行综合分析研判，就“回迁安置债权”概念、分类及其所包含具体内容，“回迁安置债权”在法理和实践中的清偿顺位，以及政府垫付费用性质认定等问题，与广大读者共同探讨。

一、“回迁安置债权”的概述

（一）回迁安置费用的产生

回迁安置费用系市、县级人民政府在依法征收国有土地上单位、个人的房屋过程中所产生的、对被征收人给予的补偿费用。依据 2011 年国务院颁布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》（以下简称“《征补条例》”）的规定，确定了负责征收补偿的主体、范围和方式，如表 1 所示。

回迁安置费用所具有的价值可以分为两个层面：一是表现在个体价值层面上，它属于对被征收人的公平补偿；二是彰显在社会价值层面上，它属于是为了公共利益，稳定社会安宁秩序，确保被征收人住有所居的重要物质保障。

表 1

类别	具体内容	《征补条例》中的法律依据
补偿责任主体	市、县级人民政府负责本行政区域的房屋征收与补偿工作。	第 4 条第 1 款
补偿实施主体	市、县级人民政府确定的房屋征收部门组织实施本行政区域的房屋征收与补偿工作。	第 4 条第 2 款
	房屋征收部门可以委托房屋征收实施单位，承担房屋征收与补偿的具体工作。房屋征收实施单位不得以营利为目的。	第 5 条第 1 款
补偿费用范围	1. 被征收房屋价值的补偿。 2. 因征收房屋造成的搬迁、临时安置的补偿。 3. 因征收房屋造成的停产停业损失的补偿。	第 17 条第 1 款
补偿方式	被征收人可以选择货币补偿，也可以选择房屋产权调换。	第 21 条第 1 款

（二）回迁安置费用的债之关系

依据《征补条例》的规定，回迁安置费用的支付与领取仅存在于市、县级人民政府（或房屋征收部门和受委托的实施单位）与被征收人之间，本不应包括以营利为目的的房地产开发企业。[1]然而，在《征补条例》施行之前，根据已失效的《城市房屋拆迁管理条例》（2001）中的规定，房地产开发企业可以作为征收人与被征收人签订房屋征收补偿协议。基于对法律法规和过往实践的生活惯性以及各地实施的拆迁政策的不同，在《征补条例》生效之后，仍有以房地产开发企业作为拆迁主体的现象存在，例如征收人、被征收人和房地产开发企业签署三方房屋征收补偿协议，并在协议中约定由房地产开发企业作为征收人委托的补偿单位，由其承担回迁安置费用的情况。

基于上述情形，笔者认为，房地产开发企业破产重整司法实践中，由于房屋征收补偿协议的签订主体和具体约定的不同，关于回迁安置费用存在以下两组债权债务关系的情形：

1、仅存在于房地产开发企业与被征收人的债之关系。这种情况系《征补条例》生效之后的少数情形，主要由于《城市房屋拆迁管理条例》（2001）和房地产开发领域当中的实践惯性所致。房屋征收补偿协议的签署双方系民事主体，必须是在公平、公正的基础上，根据双方意思自治达成的平等协议。回迁安置费用的支付与收取亦具有相对性，债权债务关系亦只存在于房地产开发企业与被征收人之间。

2、存在于房地产开发企业与征收人、被征收人三方之间的债之关系。房地产开发企业作为第三方民事主体，部分地区在拆迁过程中所签署的房屋征收补偿协议里同样规定了房地产开发企业的责任与义务，例如：协议中约定在超过拆迁安置过渡期间，由于房地产开发企业的原因，导致迟迟未能交房的，由房地产开发企业承担逾期回迁安置费用等此类约定。既如此，就存在一个关键问题，即：此类与房地产开发企业的相关条款是约束其与被征收人之间的权利义务，还是约束其与征收人之间的权利义务？如果从房屋征收补偿协议自身的法律属性中审视，根据《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》（法释【2019】17 号）第 2 条规定“公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理：（二）土地、房屋等征收征用补偿协议。”从上述条文中表明，房屋征收补偿协议系属于行政协议，是行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。但房屋征收补偿协议所约定的与房地产开发企业的相关条款是否具有行政性还需进一步讨论，笔者认为，从行政协议须具有行政优益权的角度出发进行认定，即行政机关为了公共利益，可以单方变更、解除，不必经过双方的意思一致。显然，房屋征收补偿协议所约定的与房地产开发企业的相关条款并不具备公共利益属性，行政机关不能单方面要求房地产开发企业承担义务，只能在公平公正的基础上协商约定。另外，《征补条例》第 5 条第 1 款中所规定的“房屋征收实施单位不得以营利为目的。”属于管理性强制性

规定，而非效力性强制性规定，此类房屋征收补偿协议所约定的与房地产开发企业的相关条款应属于行政协议中合法有效的民事条款。债权债务关系根据三方的书面约定，存在于征收人、被征收人（债权人）、房地产开发企业（债务人）之间。

（三）“回迁安置债权”的概念界定

根据上述回迁安置费用的产生以及房屋征收补偿协议中存在的债权债务关系分析，可以对“回迁安置债权”有一个较为直白清晰的界定。即房地产开发企业破产重整案件中，“回迁安置债权”一般是存在于征收人、被征收人与房地产开发企业之间[2]，基于回迁安置费用产生的由被征收人所享有的要求征收人或房地产开发企业履行支付义务的债权。

二、“回迁安置债权”的种类及性质

（一）“回迁安置债权”的法律分类和具象表现

《征补条例》第 21 条第 1 款规定“被征收人可以选择货币补偿，也可以选择房屋产权调换。”这是“回迁安置债权”的两种分类。因此在实践中，征收人通常根据上述两种分类分别与被征收人签署货币补偿协议或产权调换协议，其具象表现见表 2。

其中，被征收房屋价值的补偿有两种表现形式：一是货币补偿，一般根据专业机构出具的房地产征收补偿评估报告确定房屋价值，然后由征收人或者房地产开发企业直接进行货币补偿，为了尽快推进房屋拆迁及项目开发，征收人或者房地产开发企业一般会一次性全额支付本部分费用。此类被征收人因为已经拿到货币补偿，一般不会成为房地产开发企业破产重整程序中的“回迁安置债权”债权人。二是房屋产权调换，即根据房地产征收补偿评估报告确定被征收人房屋价值，然后确定将来可置换房屋的回迁面积。此类被征收人也被称为“回迁户”，因房地产开发企业资金不足及内部管理混乱等原因，导致其无法正常进行房屋开发建设，也未能如期向回迁户交房，通过何种手段保护回迁户群体的利益，是平衡各方利益群体的重中之重，是房地产开发企业破产重整案件中最为棘手的问题，也是本文着重讨论的问题。

基于以上分析，下文中我们讨论的“回迁安置债权”系特指产权调换类“回迁安置债权”。

（二）“回迁安置债权”的法律性质

我国现行法律并没有直接规定“回迁安置债权”，但在《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2003）（以下简称“《商品房买卖合同司法解释》”）中有相关规定，该司法解释第 7 条第 1 款规定：“拆迁人与被拆迁人按照所有权调换形式订立拆迁补偿安置协议，明确约定拆迁人以位置、用途特定的房屋对被拆迁人予以补偿安置，如果拆迁人将该补偿安置房屋另行出卖给第三人，被拆迁人请求优先取得补偿安置房屋的，应予支持。”对“回迁安置债权”的法律性质，实务界及学界存在不同观点：

1、“回迁安置债权”系特种债权优先权

江苏省高级人民法院 2015 年 7 月 2 日发布的《执行异议之诉案件审理指南》第 17 条规定：“根据最高人民法院《商品房买卖合同司法解释》第 7 条的规定，在拆迁人作为被执行人的案件中，对尚未办理房屋产权登记手续的拆迁安置房进行强制执行的，已经签订了拆迁补偿安置协议的被拆迁人（案外人）在执行异议被驳回后，可以提

表 2

“回迁安置债权”类别	法定内容（《征补条例》第 17 条）	其他内容（通常根据当地政策来约定）
货币补偿	被征收房屋价值的补偿、搬迁费、临时安置费、停产停业损失、补助和奖励	附属物补偿费、装饰装修补偿费等
产权调换		

起执行异议之诉。经审理确认拆迁人与被拆迁人在人民法院查封之前已经签订合法有效的拆迁补偿安置协议，并且在拆迁补偿安置协议中明确约定了拆迁用房的具体位置、用途，能够明确指向执行标的的，因其已享有足以对抗第三人的特殊债权，对被拆迁人停止执行的诉讼请求应当予以支持。”该地方性司法文件对回迁安置债权认定为足以对抗第三人的特殊债权。

2、“回迁安置债权”属于担保物权

有学者认为《商品房买卖合同司法解释》第7条的规定并非将被拆迁人对特定房屋的债权转化为物权，而只是对这一特定债权设定了一种履行担保，以优先权这一担保物权的方式来确保被拆迁人对拆迁人享有的这一特定债权的实现。[3]

3、“回迁安置债权”属于一种债权物权化的特殊权利

最高人民法院在成都国权锦城房地产开发有限公司、成都市青羊区房产管理局物权确认纠纷一案中认为：“以产权调换为补偿方式的拆迁补偿安置协议本质为以物易物的互易合同。《拆迁补偿安置协议》对房屋的补偿方式、安置房屋面积、过渡期限等一般内容进行了约定，而且对协议的标的物即安置用房的位置、用途也作了明确、特别约定的情况下，该标的物具有了特定性。结合拆迁补偿安置协议的特殊性，按照对被拆迁人利益的侧重保护原则，《商品房买卖合同司法解释》将此种情况下被拆迁人对该特定房屋的债权视为一种特种债权，赋予物权的优先效力，称为特种债权优先权，也就是债权物权化。根据物权法理论，被拆迁人对拆迁补偿安置房屋所享有的物权优先效力可自由处分，即被拆迁人有权按照其意愿和实际情况，既可请求行使优先权，也可放弃该权利。”最高人民法院在上述案例当中认为回迁安置债权属于被物权化的特殊权利，因此被赋予物权化的优先效力。

综合上述观点，结合在从事破产管理人实务中的切身体会，笔者更倾向于认为“回迁安置债权”属于一种债权物权化的特殊权利。首先，将“回迁安置债权”作为一种可以对抗抵押权人的特殊债权，有违“物权优先于债权”的一般权利冲突适用原则。其次，将“回迁安置债权”认定为担保物权违反现行法律体系所确定的物权法定原则，根据《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）第116条均规定：“物权的种类和内容，由法律规定。”因此，将回迁安置债权认定为担保物权，与现有法律规定不符。最后，征收人与回迁户按照产权调换形式所订立的拆迁安置补偿协议，本质上是征收人与回迁户之间的以物易物合同，系征收人以未来新建房屋作为对价交付给回迁户并换取回迁户的被拆迁房屋，回迁户取得的就是拆迁补偿安置的房屋。该拆迁补偿安置房屋的位置、用途特定化后，即具备物权客体的特定性，可以成为回迁户行使物权优先权的对象。因此，笔者倾向于认为将回迁安置债权理解为一种债权物权化的特殊权利。

三、“回迁安置债权”在破产重整程序中的清偿顺位

（一）法律法规规定及实践中债权分类

根据《中华人民共和国企业破产法》（以下简称“《破产法》”）第82条[4]的规定，重整计划草案分组表决，在实践中，重整计划草案一般将法律规定各分组按顺序依次命名为有财产担保债权、职工债权、税收债权、普通债权。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》（2020修正）第11条[5]规定，权益因重整计划草案受到调整或者影响的债权人，有权参加表决。因此，在房地产开发企业破产重整案件中，除了上述分组，根据案件实际情况和维护债权人利益的需要，管理人会选择酌情增加回迁安置债权、消费型购房人债权、工程款优先债权等表决小组，根据债权重要程度其清偿顺序一般为回迁安置债权、消费型购房人债权、工程款优先债权、有财产担保债权、职工债权、税收债权、普通债权、劣后债权等。

（二）“回迁安置债权”的法理优先性

根据过往的司法实践，房地产开发企业破产重整案件中，“回迁安置债权”享有优先性的法律依据是2003年最高人民法院出台的《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的

解释》（法释【2003】7号，现已失效）第7条规定“拆迁人与被拆迁人按照所有权调换形式订立拆迁补偿安置协议，明确约定拆迁人以位置、用途特定的房屋对被拆迁人予以补偿安置，如果拆迁人将该补偿安置房屋另行出卖给第三人，被拆迁人请求优先取得补偿安置房屋的，应予支持。”该条文被解读为回迁户享有回迁安置优先权。笔者认为，这是在当前破产法律制度供给较为匮乏且破产案件日益疑难复杂的现实困境下而产生的扩大解读，并不完全符合该条文本身意旨。理由如下：

1、该司法解释是规范和指导商品房买卖合同纠纷案件，而“回迁安置债权”是基于房屋产权调换协议而产生的，并不属于商品房买卖的范畴。

2、即便进行扩大解释得以在房地产开发企业破产重整案件中适用，补偿安置房屋也必须特定（即面积、位置、用途特定）才能具有优先性。如果仅在产权调换协议中约定回迁面积，并没有明确位置与用途，其优先性存疑。更何况在2020年修改过程中，该法条已被删除，至此“回迁安置债权”优先性的“最后一根稻草”也已消失。

但这并不意味着“回迁安置债权”在法理层面上丧失了优先性，有学术人员从“生存权”的角度出发，认为“房地产企业进入破产程序后，拆迁安置人与破产企业员工应当享有类似的‘优先’待遇。但建设工程优先权中因包含职工工资，因此应当更优先于回迁安置优先权。不过，如果法院与政府部门共同认定维护社会稳定更重要时，则回迁安置权更优先。”[6]江苏省高院的法官认为“应当赋予被征收人的权利以绝对的优先性，作为第一顺位保护。立法论上的依据包括：一是拆迁房屋是被征收人赖以生存和生产的基本物质条件；二是房屋拆迁涉及社会公共利益，被征收人服从公益理应获得特别保护；三是被征收人与房地产开发企业签订安置补偿协议，早于土地使用权抵押或在建工程抵押，物保债权人通过审查及相应安排，完全可以防控被征收人权利优先性带来的信用风险。”[7]

笔者对此认为，应当从立法本身意旨中探求，《征补条例》第1、2条中明确规定，应当保障被征收房屋所有权人的合法权益并对被征收房屋所有权人给予公平补偿。《破产法》第1条亦明确立法目的在于公平清理债权债务，保护债权人和债务人的合法权益，维护社会主义市场经济秩序。“公平”不仅是《征补条例》和《破产法》的追求，更是整个中国特色社会主义法律制度的应有之义。我们应当注意到，在我国社会主义市场经济发展初期，房地产开发是过往数十年市场经济发展的主旋律，也是国家重要的经济支柱。房屋征收与拆迁更是在主旋律中扮演前奏的角色，而在房屋征收与拆迁的过程中，受影响最大、最首当其冲、最直接的就是被征收人的利益，在房地产开发企业破产重整程序中，回迁户的利益更应得到足够的重视。因此，房地产开发企业破产重整案件中包含着两方面的公平，一是房屋征收补偿公平，二是保障债权公平。但二者都有一个共同的先决条件，即优先保障现有受影响最大的群体——回迁户的利益。“回迁安置债权”的优先性不是体现在法条之内，而是蕴含于《破产法》和《征补条例》之立法目的和理念本身当中。

（三）实践中“回迁安置债权”的清偿顺位

当前对于“回迁安置债权”的清偿顺位，在司法实践中普遍认同其具有优先性的效力，但相比较其他优先权，具体权利之间的顺位关系主要有以下三种观点：

1、“回迁安置债权”优先于担保物权。甘肃省高院在判决书中认为“拆迁补偿安置协议，其性质为互易合同，被征收人享有的拆迁安置优先权，实质上是对其已被拆迁房屋所有权保护的一种延伸，具有优先于担保物权的效力。”[8]该案虽然没有明确“回迁安置债权”是否优先于工程款优先债权和消费型购房人债权，但“回迁安置债权”的生存属性必定是高于担保物权的财产属性。因此“回迁安置债权”优先于担保物权这一点为大多数人所认同。

2、“回迁安置债权”近同于消费型购房人优先权。有具体参与房地产开发企业破产重整案件的律师则认为“被拆迁人签订《产权调换协议》以互易的方式取得安置房屋的交付权，且通常在

协议签订时已就房屋面积进行了结算补差，回迁户相当于支付了全部或绝大部分的房款。”[9]此时，回迁户的地位与已支付全部房款的购房人最为类似。依照“消费者购买商品房后其对于商品房所主张的权利优先于工程价款优先受偿权、抵押权和其他债权”[10]这一逻辑，“回迁安置债权”的清偿顺位理应不低于消费型购房人债权。这意味着“回迁安置债权”优先于工程款优先债权，但相比较于消费型购房人债权并没有给出明确是否优先或次于其的意见。

3、“回迁安置债权”属于一种债权物权化的特殊权利，具有第一优先性。地方法院就房地产开发企业破产案件出台专门的指导意见，其中明确“回迁安置债权”的第一优先顺位，如：昆明市中级人民法院《关于规范全市法院房地产企业破产案件审理相关问题的指引（试行）》第 28 条确立了“被拆迁人和被征收安置人的债权请求权”作为第一清偿顺位。辽宁省高级人民法院《关于审理房地产开发企业破产案件有关问题的若干意见（试行）》第 14 条规定了“以所有权调换形式安置的被拆迁人和被征收安置人，其对调换的房屋所享有的优先权高于房屋的买受人，包括消费购房者。”在当前司法解释将消费型购房人债权作为超级优先权的基础上，地方立法赋予“回迁安置债权”优于消费型购房人债权的地位，是一项开拓性的创新。同样在审判实践中，重庆某区法院在判决亦是认定“拆迁人的权利在破产程序中应当予以特别保护，其债权在破产债权范围内享有优先受偿的权利，优先于其他各种债权，包括建设工程款债权和抵押债权。”[11]河南高院认为“拆迁人让渡其房屋权利而换取的拆迁安置补偿房屋属于房屋产权调换，根据对被拆迁人侧重保护原则，被拆迁人对该特定房屋享有的债权应视为特种债权，具有优先效力，其权利的实现优先于一般商品房购买人。”[12]

综上所述，结合前文中对于“回迁安置债权”法律性质的分析结论，笔者更认同第三种实践处理方案，原因在于，回迁安置问题无论在房地产开发企业进入破产重整程序之前还是之后，往往都是亟待解决的首要问题；“回迁安置债权”的清偿顺位问题，不仅关乎回迁户的个体利益，还对当地的社会稳定和经济发展具有重要影响。另外，“回迁安置债权”的优先性是《征补条例》和《破产法》的立法目的本身所蕴含，虽然没有为具体法条所体现，但具有在法理上的优先性。在司法实践中，地方法院出台的先行先试的指导意见指引着当地房地产开发企业破产重整的有序进行，这代表着“回迁安置债权”在该地区作为第一顺位优先清偿的方式被广泛认可。因此，不仅是法理上，还是在实务操作上，“回迁安置债权”作为一种债权物权化的特殊权利，绝对优先清偿的处理方案具备合理性和可行性。

四、房地产开发企业进入破产重整程序之前政府代为垫付的“临时安置费”的清偿顺位问题

临时安置费是指征收补偿主体支付给回迁户或者房屋承租人在过渡期可能发生费用的补助。临时安置费具有强烈的基础保障属性，是回迁户在失去原有房屋之后，安置房屋建成之前所维持必要物质条件和居住条件的经济依托。申言之，临时安置费攸关回迁户在过渡期间的生存。因此，如何处理好临时安置费的发放问题不仅关乎回迁户的利益，也关乎于当地的社会稳定。

（一）政府具有不可推卸的落实安置补偿的法定职责

以历史发展的眼光看，尤其是纵观《征补条例》的修法历程，就能理解国家把安置补偿责任严格压实在当地政府之上的必要性，明白房屋征收与补偿立法规划过程中的用意和初心。

1、在《征补条例》出台前，《城市房屋拆迁管理条例》（2001）仍在实施之时，依据该法第 4 条之规定“拆迁人应当依照本条例的规定，对被拆迁人给予补偿、安置。拆迁人，是指取得房屋拆迁许可证的单位。”这导致了拆迁单位在整个房屋征收与补偿过程中容易出现暴力强拆、克扣补偿、开发商圈钱跑路等情况，激发社会的强烈矛盾。对此，2003 年国务院办公厅出台的《关于认真做好城镇房屋拆迁工作维护社会稳定的紧急通知》（国办发明电【2003】42 号，现行有效，以下简称“42 号《通知》”）当中提到，对因房地

产开发企业没有能力完成建设项目导致拆迁补偿资金不落实、安置用房不到位的问题，地方政府要采取有效措施，督促开发企业抓紧落实；或先行解决拆迁补偿安置问题，再根据法律法规和拆迁合同约定，追究开发企业的责任。这才在一定程度上督促当地政府监督房地产开发企业规范拆迁行为、落实补偿责任，否则将由政府先行负责安置与补偿。此项规定，直接形成了当地政府与房地产开发企业之间的责任捆绑。

2、汲取过往房屋征收过程中的教训和经验，如今《征补条例》第 17 条所规定的，将补偿责任结结实实地压在作出房屋征收决定的市、县级人民政府之上，而不是如之前一般只是将当地政府与房地产开发企业之间进行责任共担，恰恰彰显了房屋征收与补偿必须由政府及其部门来主导。正是通过惨痛经验教训的总结，必须认识到，房屋征收与拆迁的过程不仅仅是要科学的城市规划管理——遵守既定的征收程序——严格落实补偿与安置的行政与法律问题，还是社会问题、政府公信力问题和民心问题。即便《征补条例》赋予房屋征收部门和房屋征收实施单位承担组织实施和落实房屋征收与补偿的具体工作，但当地政府有必要、有义务、有责任监督并妥善处理好回迁户的安置与补偿。

（二）政府垫付“临时安置费”的性质与清偿顺位

准确定位房地产开发企业进入破产重整程序之前政府代为垫付的“临时安置费”的清偿顺序，必须厘清其垫付行为的性质及背后所蕴含的法律关系。对于政府垫付临时安置费行为之定性，目前主要有以下两种观点：

1、政府垫付行为系无因管理。政府代房地产开发企业向回迁户支付临时安置费的行为系无因管理，理由是政府管理他人事务，使对方受益。因此，政府所垫付的“临时安置费”属于无因管理之债。由于该债权的产生系为房地产开发企业进入破产重整程序之前，因此应归为普通债权。

对上述观点笔者不予认同，从《民法典》第 979 条关于无因管理的定义中探析，无因管理须符合的前提条件是“管理人没有法定的或者约定的义务。”但根据前文所述，政府具有支付临时安置费的法定责任，即便政府、回迁户与房地产开发企业所签订三方协议中约定“由房地产开发企业支付超期临时安置费”的内容，但该内容属于民事条款，不能突破《征补条例》中的法律规定，违背 42 号《通知》的精神，从而免去当地政府的补偿责任。政府有义务在房地产开发企业履行不能时，向被征收人支付相应的补偿费用。因此，政府垫付临时安置费的行为不属于无因管理。

2、政府垫付行为系代位清偿。政府作为房屋征收的利害关系人，有义务在房地产开发企业不履行债务时，向回迁户代为履行支付临时安置费。同时，回迁户享有的对房地产开发企业的“回迁安置债权”移转给政府。因此，垫付行为的本质还是“回迁安置债权”，具有绝对优先性，应第一顺位清偿。

笔者认为，从代位清偿的角度出发，能够更好的明晰政府垫付临时安置费的行为与回迁户、房地产开发企业之间的债权债务关系。根据《民法典》第 524 条第 1 款之规定“债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行。”政府毋庸置疑承担着向被征收人支付临时安置费的法定责任，有权在房地产开发企业履行不能时，代为支付相应费用。同时，第 2 款规定“债权人接受第三人履行后，其对债务人的债权转让给第三人，但是债务人和第三人另有约定的除外。”因此，政府代替原协议所约定的房地产开发企业向被征收人支付临时安置费之时，回迁户对房地产开发企业所拥有的“回迁安置债权”已经依法转移给政府。

从司法实践的角度看，通过最高院破产工作会议文件以及其他判例中法院对第三方垫付职工债权的优先性认定，可以窥探司法实践的认定思路。《全国法院破产审判工作会议纪要》第 27 条规定“由第三方垫付的职工债权，原则上按照垫付的职工债权性质进行清偿。”现有裁判案例中，广州中院的法官认为“破产程序启动前垫付的工资，并非用于公司日常经营，而是为了解决原公司退出后退休人员基本医疗保障及社会化管理服务等问题，不同于一般普通债权，属于垫付的职工债权性质。”[13] 由是观之，法院在认定第三方

垫付行为之时，也是着重关注债权本身的法律属性，其关注焦点并不在于支付主体和支付行为，而是判断该债权原有的性质是否就是优先债权。同理，政府垫付临时安置费的行为，也并非是帮助企业用于日常经营，而是为了保障被征收人的基本生存权益和维护社会稳定的安宁秩序。因此，必须要透过现象看本质，回归债权人与债务人之间原本固有的债权债务关系，才能准确界定政府垫付临时安置费的法律属性。

综上所述，房地产开发企业进入破产重整程序之前政府代为垫付的“临时安置费”依旧属于“回迁安置债权”。在房地产开发企业出现履行不能情况之时，政府基于公共利益的需要，向回迁户代位清偿，回迁户与房地产开发企业之间的债权债务关系也随之移转至政府，但债权的本质属性并未发生改变，依旧享有绝对优先性，应第一顺位清偿。

五、结束语

房地产开发企业破产重整中“回迁安置债权”的问题不仅涉及面广、影响范围大、历史关系复杂，而且是各地社会矛盾的痛点和软肋。如若处理方式不当，极易影响重整程序的顺利推进。

《破产法》及相关法律法规、司法解释、司法实践为解决房地产开发企业破产重整中“回迁安置债权”问题的解决提供了法律依据及实践经验。在房地产开发企业破产重整案件中，重整计划能否得到通过，政府、回迁户及其他债权人的正当合法权益能否得到保障，以及“烂尾楼”项目最终能否成功盘活等问题都是需要管理人全盘考虑的重要问题。要想通过破产重整程序将“民怨、政累、企病”一一化解，管理人不仅要有法律思维，还要有大局意识。因此，处理“回迁安置债权”问题时，要从促使重整计划草案顺利通过的整体战略角度出发，考虑到所有债权人的合法权利，做到着眼大局、重视细节，在《破产法》及相关法律法规的立法目的和精神框架内，切实公平保障各方利益，从而维护社会公平正义和稳定发展。

参考文献

文章类：

1. 韩晨光：《论房地产“僵尸企业”破产债权清偿顺位》，《中国房地产》，2021 年第 12 期
2. 夏正芳，李荐：《房地产开发企业破产债权的清偿顺序》，《人民司法（应用）》，2016 年 7 期
3. 陈业业：《论拆迁补偿安置房屋优先权》，《亚太经济》，2004 年 6 月
4. 龙勇：《浅析房地产企业破产重整程序中被拆迁人债权的优先受偿》，https://mp.weixin.qq.com/s/RMMWGay_Zwl-aylej7dtLg，最后访问日期 2022 年 3 月 31 日
5. 王成蛟、李佳新、穆耸：《“拆迁安置优先权”你不可不知的法律问题》https://law.wkinfo.com.cn/professional-articles/detail/NjAwMDAwMzIzNDA，最后访问日期 2022 年 4 月 2 日

判例类：

1.（2017）最高法民申 691 号成都国权锦城房地产开发有限公司、成都市青羊区房产管理局物权确认纠纷案
2.（2018）最高法行赔再 4 号刘新学与湘潭市雨湖区人民政府行政赔偿案
3.（2020）最高法民申 1437 号蔡辉琳、李中进股权转让纠纷案
4.（2020）最高法民再 92 号重庆市江北区盛达小额贷款有限公司、重庆天福地产（集团）有限公司借款合同纠纷案
5.（2015）甘民二终字第 74 号中国农业银行股份有限公司永登县支行与狄英生、永登连生房地产开发有限责任公司、永登宏达拆迁有限公司、何连生第三人撤销之诉案
6.（2016）渝 0118 民初 8224 号黄长芸、刘世勇与重庆永祥房地产开发有限公司普通破产债权确认纠纷案
7.（2020）豫民终 16 号邱爱婷、郭新民房屋拆迁安置补偿合同纠纷案
8.（2021）粤 01 民终 16346 号广东省广业轻化工业集团有限公司、广东省日用工业总公司普通破产债权确认纠纷案

注释：

[1] 诸如在某些地方立法中，明确规定开发企业是以营利为目的，从事房地产开发经营的公司或者其他企业法人。（《山东省城市房地产开发经营管理条例》第 8 条）

[2] 回迁安置补偿单位在此类案件中通常系房地产开发企业本身，但也不排除有其他第三方民事主体与行政机关和被征收人之间在公平公正、平等协商的基础上签署相关安置补偿协议的情况。

[3] 陈业业：《论拆迁补偿安置房屋优先权》，《亚太经济》，2004 年 6 月。

[4]《中华人民共和国企业破产法》第八十二条　下列各类债权的债权人参加讨论重整计划草案的债权人会议，依照下列债权分类，分组对重整计划草案进行表决：（一）对债务人的特定财产享有担保权的债权；（二）债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；（三）债务人所欠税款；（四）普通债权。　人民法院在必要时可以决定在普通债权组中设小额债权组对重整计划草案进行表决。

[5] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（三）（2020 修正）第十一条 债权人会议的决议除现场表决外，可以由管理人事先将相关决议事项告知债权人，采取通信、网络投票等非现场方式进行表决。采取非现场方式进行表决的，管理人应当在债权人会议召开后的三日内，以信函、电子邮件、公告等方式将表决结果告知参与表决的债权人。
根据企业破产法第八十二条规定，对重整计划草案进行分组表决时，权益因重整计划草案受到调整或者影响的债权人或者股东，有权参加表决；权益未受到调整或者影响的债权人或者股东，参照企业破产法第八十三条的规定，不参加重整计划草案的表决。

[6] 韩晨光：《论房地产“僵尸企业”破产债权清偿顺位》，《中国房地产》，2021 年第 12 期，第 12 页

[7] 夏正芳，李荐：《房地产开发企业破产债权的清偿顺序》，《人民司法（应用）》，2016 年 7 期，第 11 页

[8]（2015）甘民二终字第 74 号中国农业银行股份有限公司永登县支行与狄英生、永登连生房地产开发有限责任公司、永登宏达拆迁有限公司、何连生第三人撤销之诉案

[9] 龙勇：《浅析房地产企业破产重整程序中被拆迁人债权的优先受偿》，https://mp.weixin.qq.com/s/RMMWGay_Zwl-aylej7dtLg，最后访问日期 2022 年 3 月 31 日

[10] 王成蛟、李佳新、穆耸：《“拆迁安置优先权”你不可不知的法律问题》https://law.wkinfo.com.cn/professional-articles/detail/NjAwMDAwMzIzNDA，最后访问日期 2022 年 4 月 2 日

[11]（2016）渝 0118 民初 8224 号黄长芸、刘世勇与重庆永祥房地产开发有限公司普通破产债权确认纠纷案

[12]（2020）豫民终 16 号邱爱婷、郭新民房屋拆迁安置补偿合同纠纷案

[13]（2021）粤 01 民终 16346 号广东省广业轻化工业集团有限公司、广东省日用工业总公司普通破产债权确认纠纷案

□甄庆贵/文

甄庆贵律师，中伦文德副董事长、高级合伙人；伊利诺伊理工大学芝加哥肯特法学院国际比较法LLM，对外经济贸易大学国际经济法专业法学硕士，北京大学法学和哲学学士。擅长领域：公司、投融资、知识产权（含反垄断与反不正当竞争）、并购重组、企事业单位改制、外商投资、房地产开发等法律事务。

□葛隆文/文

葛隆文，北京市中伦文德律师事务所律师，山东大学法学学士、中国海洋大学国际法学硕士，业务领域：争议解决、企业法律顾问等。

关于对迟延履行期间一般债务利息计算问题的理解

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条（原第二百五十三条）[1]及《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》第一条[2]的规定，迟延履行期间的一般债务利息应根据生效法律文书确定的方法计算，生效法律文书未确定给付该利息的，不予计算。也就是说，如果判决书在判项中只确定了一个具体的清偿数额，而没有写明“支付义务方应按照特定的利率支付利息至实际清偿之日”，则在执行程序中，迟延履行期间的利息计算就仅包括加倍部分债务利息，而不包括一般债务利息。虽然该种理解在表面上看起来比较容易达成，但在实际的司法实践中，不同的司法参与者在对前述规定的理解上仍存在或多或少的差异。本所律师在最近代理的一件破产债权确认纠纷（以下简称“本案”）[3]中就遇到了这种情况，现分享如下：

一、案情简介

若干年前，委托人与某企业之间存在一起金融借款合同纠纷。因为委托人在确定诉讼请求时仅主张了计算至起诉之日的利息债权，而未将当时尚未发生的后续利息包括其中，法院经审理后作出的生效判决也仅判令该企业在规定期限内向委托人偿还特定数额的利息，而并未提及后续相应利息的计算方法。

在执行过程中，该企业经法院裁定进入破产程序，委托人随即依据前述生效判决向该企业管理人申报债权。除主债权外，委托人所申报的债权中还包括“依据生效判决计算得出的迟延履行期间的加倍部分债务利息”以及“生效判决中所未包含的后续利息债权”。管理人审查后，对“迟延履行期间的加倍部分债务利息”进行了确认，但拒绝对“生效判决中所未包含的后续利息债权”进行确认。委托人遂委托本所指派律师代理本案。经过本所律师在一、二审程序中的努力，本案最终获得了较好的结果，基本实现了委托人的诉讼目标。

二、本案是否涉及“迟延履行期间一般债务利息的计算问题”

委托人在一审程序中所主张利息债权的时间范围实际上为“金融借款合同纠纷起诉之日”至“法院受理该企业破产申请之日”。从委托人当时起诉时未主张该部分利息的角度而言，法院本可以将前述期间作为一个整体，并将此次主张的利

息债权作为与原判决认定的债权无关的新债权来处理，破产管理人也一直是以“委托人对该部分利息债权的主张已经超过诉讼时效”为由进行抗辩。但一审法官对前述时间范围进行了划分，将其分为“金融借款合同纠纷起诉之日至判决确定的履行期间届满之日”和“判决确定的履行期间届满之日至法院受理该企业破产申请之日”两部分，并对前一部分对应利息债权的审理适用“诉讼时效制度”，而对后一部分对应利息债权的审理适用“迟延履行期间债务利息制度”。虽然一审法官对时间范围进行的这种区分并不存在问题，但这种划分在一定程度上增加了本案的复杂性，也使得本案与“迟延履行期间一般债务利息的计算问题”相关联起来。

三、一审法官观点分析

一审法官在判决中是这样阐释其观点的：“……原告主张自生效法律文书确定的履行期间届满至本院受理被告破产日之间的一般债务利息，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第253条规定，被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。本案中被告管理人已经对原告债权的迟延履行期间的债务利息XYZ元确认为劣后债权，对此原告并未提出异议。本院认为，迟延履行期间的债务利息应当包括迟延履行期间的一般债务利息和加倍利息，被告管理人只确认加倍债务利息不当，本院对原告主张涉案债权迟延履行期间的一般债务利息XYZ元予以确认……”根据本所律师在庭审后以及取得一审判决书后与法官的沟通，一审法官

的理解和思路是这样的："民诉法所规定的加倍即是在之前确定的数额基础上乘以二；既然原、被告双方对于迟延履行期间的加倍部分债务利息并没有异议，而且民诉法规定迟延履行期间的利息要加倍支付（即乘以2），那么'将一般债务利息的数额认定为与加倍部分债务利息的数额相同'就实现了加倍的效果。"

由此可见，一审法官正是因为在对民诉法条文和相关司法解释的理解上存在偏差，才作出了前述判决。二审法官则在判决中对此进行了纠正并将本案焦点转到关键的"诉讼时效"和"利息债权的性质和计算方法"问题上："……根据《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》第一条的规定：'迟延履行期间的一般债务利息，根据生效法律文书确定的方法计算；生效法律文书未确定给付该利息的，不予计算。'根据该解释，权利人申请执行时，不能自动以此作为执行依据，但该解释并没有禁止权利人对此另行主张权利。截至目前，上述生效法律文书的债权仍在执行中，委托人的诉讼请求并未超过诉讼时效。原审判决认定委托人的请求超过诉讼时效不当，本案予以纠正……"。从该部分阐释可知，二审法官认为：在生效法律文书未判令给付待发生利息的情况下，权利人在执行程序中主张该部分利息（即迟延履行期间的一般债务利息）是没有依据的；但鉴于该部分利息债权仍处在诉讼时效之内，当事人可以通过另案起诉的方式进行主张（委托人即是提起了破产债权确认之诉）。这也与本文开头对于相关条文的理解是一致的。

四、小结

从本案的实际情况及分析来看，司法参与者对相同法律条文和司法解释的不同理解会导致不同的结果。不同身份的司法参与者应努力在对法律条文和司法解释的理解上形成相对一致的意见，这无疑将有利于法律适用的统一和社会纠纷的解决。就与本案情况类似的其他案件来说，"迟延履行期间的债务利息"这一制度无法解决类似的一般债务利息问题。如果当事人仍欲主张该部分利息债权，可以考虑通过重新起诉或者提起破产债权确认之诉的方式进行尝试。

注释：

[1]《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条（原第二百五十三条）
被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

[2]《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》第一条
根据民事诉讼法第二百五十三条规定加倍计算之后的迟延履行期间的债务利息，包括迟延履行期间的一般债务利息和加倍部分债务利息。
迟延履行期间的一般债务利息，根据生效法律文书确定的方法计算；生效法律文书未确定给付该利息的，不予计算。
加倍部分债务利息的计算方法为：加倍部分债务利息 = 债务人尚未清偿的生效法律文书确定的除一般债务利息之外的金钱债务 × 日万分之一点七五 × 迟延履行期间。

[3] 除本文所涉问题外，本案还涉及"诉讼时效"和"破产债权的性质认定"问题，在此不再展开。本案所涉诉讼时效问题可参见本所律师于2022年2月7日发表在本所微信公众号上的在先文章《在先起诉时未主张的从债权诉讼时效问题研究》。

□林　威/文

林威律师，法国巴黎第二大学民商法博士、大连海事大学海商法硕士、厦门大学国际经济法学士。现任北京市中伦文德律师事务所上海分所高级合伙人、中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所主任、香港胡百全律师事务所注册外地律师；法国巴黎第二大学、EML YON 商学院、SKEMA 商学院、华东政法大学、华东师范大学、上海对外经贸大学、上海政法学院兼职教授、校外导师。2013-2016年任国际青年律师协会中国代表；2019年入选司法部“全国千名涉外律师人才”。

□牛　琦/文

牛琦律师，伊利诺伊州大学香槟分校法学硕士 LL.M.，芝加哥肯特法学院法律博士J.D.。在美学习期间多次参加全美模拟法庭比赛，同时在芝加哥地方法院和多家美国知名律所实习工作，伊利诺伊州律师资格，曾任芝加哥某诉讼所全职律师，现为中伦文德胡百全（前海）律师事务所执业律师。

内地与香港澳门仲裁协助保全安排之比较

港澳回归以来，内地和港澳地区人员交往日益密切，经贸合作不断拓展深化。2017 年 7 月 1 日，为深化内地、港澳交流合作，打造国际一流湾区，《深化粤港澳合作，推进大湾区建设框架协议》在香港签署。2019 年 2 月 18 日，中央政府发布了《粤港澳大湾区发展规划纲要》这一重要指导文件，推动建设粤港澳大湾区，进一步提升粤港澳大湾区在国家经济发展和对外开放中的支撑引领作用。伴随着粤港澳大湾区的蓬勃发展，内地与港澳地区之间的法律纠纷数量日益增多、类型日益多元、争议解决领域互动日益频繁，如何拓宽内地与香港特别行政区、澳门特别行政区的司法协助成为迫在眉睫的问题。

2018 年 6 月，最高人民法院与香港特别行政区律政司启动《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》（下称“《仲裁保全安排》（香港）”）的磋商。经过多次沟通，数次资料交换，2019 年 4 月 2 日，在坚持“一国”原则、尊重“两制”差异的基础上，最高人民法院与香港特别行政区律政司签署了《仲裁保全安排》（香港）。

2019 年 10 月 8 日，上海海事法院受理了一起香港仲裁程序中的当事人申请财产保全案件并于当日依法裁定准许。这是自《仲裁保全安排》（香港）于 2019 年 10 月 1 日生效以来，内地法院受理并批准的首起香港仲裁程序中的财产保全案件，充分体现了《仲裁保全安排》（香港）在内地与香港特别行政区司法协助的重大意义。截止 2021 年 12 月 31 日，HKIAC 已累计处理 62 项申请，并获悉法院裁定准许保全金额达 127 亿人民币（20 亿美元）。仅 2021 年一年期间，HKIAC 处理了《仲裁保全安排》下的 25 例保全申请，涉及的纠纷类型包括商事、公司、金融、海事及专业服务纠纷。内地共有 15 个法院办理了这些保全申请，包括北京、大连、杭州、济南、连云港、南京、上海、深圳、厦门、烟台和肇庆的法院。保全总金额达 35 亿人民币（约 5.444 亿美元）。

2021 年，最高人民法院与澳门特别行政区启

动了《关于内地与澳门特别行政区就仲裁程序相互协助保全的安排》(下称"《仲裁保全安排》(澳门)")的商签工作。2022 年 2 月 25 日，最高人民法院与澳门特别行政区签署了《仲裁保全安排》(澳门)，进一步深化内地与港澳的司法交流与司法互助，为粤港澳大湾区建设提供更高质量的司法服务，也为横琴粤澳深度合作区以及"一带一路"沿线国家和地区商事主体争议解决提供了更广阔的发展空间。

为便于实务中区分并掌握内地与香港以及内地与澳门就"仲裁程序相互协助保全"的相关问题，本文特此对二者做下文简要比较。从条款内容来看，《仲裁保全安排》(香港)与《仲裁保全安排》(澳门)均主要涉及内地与港澳地区之间仲裁裁决的相互认可和执行，但相较于《仲裁保全安排》(香港)，新近出台的《仲裁保全安排》(澳门)则基于澳门仲裁目前的发展阶段与特点，规定了相对简要的程序，如：不再设置递交流程等，具体详见表 1。

《仲裁保全安排》(香港)与《仲裁保全安排》(澳门)存在细节上的差异，如申请法院、提交材料等。这些差异，反映了香港适用普通法与大陆及澳门适用大陆法的司法习惯差异，体现了"一国两制"下的尊重，二者均从各自实务操作角度，规范了内地与港澳仲裁全流程协助。对于粤港澳大湾区这样一个三种不同法域共存互融的地区，该等协助的安排为便利相互间的司法协助，提高跨境纠纷解决效率，丰富中国特色区际司法协助体系，支持三地仲裁业和法律服务业，共同服务经济多元发展提供了充分的制度保障。但无论是《仲裁保全安排》(香港)还是《仲裁保全安排》(澳门)，由于司法习惯的差异，在具体实践融合中仍存在不少问题，例如，内地与港澳地区保全类型上的差异如何处理；内地与港澳地区实体法律如何衔接；临时仲裁程序无法在内地被予以承认并进行保全等。这些问题将有待在未来内地与港澳地区就这两份安排的实施中，通过三地法院进一步的磨合予以妥善解决。

表 1

	《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》(2019 年 10 月 1 日生效)	《关于内地与澳门特别行政区就仲裁程序相互协助保全的安排》(2022 年 3 月 25 日起实施)
主体	香港特别行政区法院	澳门特别行政区
范围	内地：财产保全、证据保全、行为保全	
	香港：强制令以及其他临时措施，以在争议得以裁决之前维持现状活恢复原状、采取行动防止目前或者即将对仲裁程序发生的危害或者损害，或者不采取可能造成这种危害或者损害的行动、保全资产获保全对解决真意可能具有的相关性和重要性的证据。	澳门：为确保受威胁的权利得以实现而采取的保存或预行措施。
仲裁程序	内地：由内地仲裁机构管理。	内地：依据《中华人民共和国仲裁法》向内地仲裁机构提起民商事仲裁程序。
	香港：以香港特别行政区为仲裁地，并且由以下机构或者常设办事处管理的香港仲裁程序： 在香港特别行政区设立或者总部设于香港特别行政区，并以香港特别行政区为主要管理地的仲裁机构 中华人民共和国加入的政府间国际组织在香港特别行政区设立的争议解决机构或者常设办事处 其他仲裁机构在香港特别行政区设立的争议解决机构或者常设办事处，且该争议解决机构或者常设办事处满足香港特别行政区政府订立的有关仲裁案件宗数以及标的金额等标准 以上机构或常设办事处的名单由香港特别行政区政府向最高人民法院提供，并经双方确认。	澳门：按照澳门特别行政区仲裁法向澳门特别行政区仲裁机构提起的民商事仲裁程序。

<table>
<tr><td>时间</td><td colspan="2">仲裁裁决作出前</td></tr>
<tr><td rowspan="2">申请法院</td><td>内地：被申请人住所地、财产所在地或者证据所在地的内地中级人民法院
（当事人在有关机构或常设办事处受理仲裁申请后提出保全申请的，应当由该机构或者常设办事处转递其申请。）</td><td>内地：被申请人住所地、财产所在地或者证据所在地的内地中级人民法院</td></tr>
<tr><td>香港：香港特别行政区高等法院</td><td>澳门：澳门特别行政区初级法院
（在仲裁机构受理仲裁案件前申请保全的，应当在澳门特别行政区法律规定的期间内采取开展仲裁程序的必要措施，否则该保全措施失效。申请人应当将已作出必要措施及作出日期的证明送交澳门特别行政区法院。）</td></tr>
<tr><td rowspan="2">提交材料</td><td colspan="2">内地[1]：
保全申请
仲裁协议
身份证明材料
在仲裁机构受理仲裁案件后申请保全的，应当提交该仲裁机构出具的已受理有关仲裁案件的证明
应载明：
当事人基本信息
请求事项与理由
财产线索
用于提供担保的内地财产信息
是否已提出其他保全申请及保全情况</td></tr>
<tr><td>香港：申请、支持申请的誓章、附同的证物、论点纲要以及法庭命令的草拟本。应载明：
当事人基本信息
申请事项和理由
申请标的所在地及情况
被申请人就申请作出或者可能作出的回应以及说法
可能会导致法庭不批准所寻求的保全，或者不在单方面申请的情况下批准该保全的事实
申请人向香港特别行政区法院作出的承诺</td><td>澳门[2]：
仲裁协议
当事人信息
申请详细资料（包括但不限于证明权利受威胁以及解释恐防受侵害的理由）
在仲裁机构受理仲裁案件后申请保全的，应当提交该仲裁机构出具的已受理有关仲裁案件的证明
是否已提出其他保全申请以及保全情况</td></tr>
<tr><td rowspan="2">担保</td><td>内地：法院可以要求申请人提供担保等</td><td rowspan="2">可以按照被请求方法律法规要求申请人提供担保。</td></tr>
<tr><td>香港：法院可以要求申请人作出承诺，就费用提供保证等。</td></tr>
</table>

[1] 需中文译本。

[2] 提交文件如未使用澳门特别行政区的其中一种正式语文，则应提交其中一种正式语文的译文。

□于　斐/文

于斐律师，中伦文德高级合伙人，北京市法学会中国法律文化研究会理事，北京市律师协会商标法律专业委员会委员，在十多年的司法实践工作中累积大量的民商事诉讼类案件以及非诉类业务的经验，业务领域主要包括：知识产权及不正当竞争、公司合规管理、证券与资本市场、房地产与建筑工程等法律领域；对工作恪尽职守、勤勉敬业，忠实于法律，竭力保护当事人的合法权益，在同行及客户中享有较高声誉。

从“陈麻花”一案浅析商标的“显著性”

案情简介

第13488202号“陈麻花”争议商标，陈麻花食品公司于2013年11月5日向商标局提出注册申请，经驳回复审程序于2017年11月7日取得注册，核定使用在第30类麻花、甜食（糖果）、怪味豆、米糕、琥珀花生、黑麻片、糕点、锅巴、月饼、芝麻商品上。

互旺食品公司等四家公司和一位自然人认为：争议商标“陈麻花”已经成为指定使用麻花商品的通用名称，同时争议商标作为重庆市知名特色传统小吃的通用名称，使用在麻花等商品上，不具备商标应当具有的显著特征，陈麻花食品公司也一直将“陈麻花”作为商品名称加以使用，客观上进一步淡化了“陈麻花”文字作为商标的显著特征；众多同行业者以及消费者已经普遍将“陈麻花”作为麻花的商品通用名称加以使用。向商标评审委员会请求宣告该注册商标无效。

案件争议焦点

第13488202号“陈麻花”商标的注册是否违反了《商标法》第十一条第一款（一）项、第十一条第一款（二）项、第十一条第一款（三）项之规定。

裁判理由

商评委的认定：在第13488202号“陈麻花”商标注册申请日前，重庆磁器口古镇已有多家生产厂家加工、销售“陈麻花”，并将“陈麻花”作为一种麻花产品名称加以使用。因此，基本可以认定在争议商标注册申请日前，“陈麻花”在重庆磁器口地区已成为一种麻花商品约定俗成的通用名称，争议商标在麻花商品上的注册属于《商标法》第十一条第一款第（一）项所禁止之情形。因此，第13488202号“陈麻花”予以无效宣告。

北京知产法院的认定：“陈麻花”本身识别性不强，“陈”系常见姓氏，“麻花”是一种食品的通用名称，二者均系公共领域资源，而将姓氏与食品名称进行组合进行企业命名在重庆地区亦属常见。故将诉争商标注册在麻花类商品上进行使用显著识别性较弱。在“陈麻花”本身显著性不强的情况下，使用“陈麻花”必须持续一定时间、达到一定程度，才能建立“陈麻花”与陈麻花食品公司之间的稳定联系，而结合“陈麻花”商标在特定地区的使用时间、使用范围、使用习惯、使用主体数量、相关公众的通常认知，在案证据不足以证明相关公众已经在“陈麻花”与陈麻花食品公司之间建立稳定联系。此外，陈麻花公司在具体使用过程中并未将“陈麻花”作为商标突

出使用，相关行业的从业人员和相关消费者不认为“陈麻花”与陈麻花食品公司之间存在唯一对应关系，亦不将“陈麻花”作为商标识别。故认定在 2013 年 11 月 5 日之前，陈麻花”在重庆磁器口地区已经成为一种麻花商品约定俗成的通用名称。因此，维持商评委对第 13488202 号“陈麻花”予以无效宣告的裁定。

北京高院认定：在案证据不足以证明“陈麻花”系规范化的商品名称，不足以证明“陈麻花”在诉争商标核准注册时成为通用名称。诉争商标的申请注册未违反商标法第十一条第一款第一项的规定。诉争商标是否具有显著识别性并非商标法第十一条第一款第一项所考虑的要件。因此，被诉裁定及原审判决对此认定有误，本院予以纠正。因此，诉争商标“陈麻花”在“麻花”商品上的注册有效。

最高人民法院认定：虽然在案证据不能证明相关公众普遍认为“陈麻花”所具体指代的是哪一类麻花商品，“陈麻花”尚不足以构成麻花类商品的通用名称，但基于上述相关公众对“陈麻花”的认识和当地经营者对“陈麻花”标志的使用状况等事实，证明本案诉争商标申请注册时，“陈麻花”已不能区别具体的麻花商品的生产、经营者，从而发挥商标应有的识别功能，故其构成商标法第十一条第一款第三项其他缺乏显著特征的标志，不得作为商标注册。

案例评析

商标是商品或服务的提供者为了将自己的商品或服务与他人提供的相同种类或类似商品或服务能够进行区别而使用的标识，之所以要通过立法对商标进行保护，首先是因为商标具有识别来源的功能，能够帮助消费者选择商品或服务，以防受到商业欺诈；其次，鼓励经营者持续不断的维持和提高商品或服务的质量从而获得良好的商业信誉，预防和制止仿冒或假冒商品或服务借助他人的商誉获得不当利益，进而维持公平的商业竞争秩序和环境。所以商标的核心功能是识别来源，此外还具有品质保障、广告宣传的功能。因此，商标必须具备显著性的特征，不具备显著性的标识不能成为商标。

整体上看，我国对商标注册申请的标识持比较开放的政策，一般情况下标识通过商标注册即可以获得商标权。但是，为了维护公共利益以及其他生产者、经营者和消费者的利益，《商标法》也规定了不予注册的情形，概括而言，第 10 条为“不予注册的绝对情形”，第 11 条为“不予注册的相对情形”。对于商标显著性的判断标准，则集中体现在了《商标法》第十一条第一款规定：下列标志不得作为商标注册：（1）仅有本商品的通用名称、图形、型号的；（2）仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；（3）其他缺乏显著特征的。上述规定体现了商标注册的基本原则，即不具备“显著性”的标识不能注册为商标。

具体到“陈麻花”案件的争议商标是否应当予以宣告无效，商评委及三级法院均是依据第十一条第一款进行了裁决，但各自作出裁决的评判视角和尺度却不尽相同。

商评委和北京知产法院认为：“陈麻花”在商标注册申请日之前，在重庆磁器口地区已成为一种麻花商品约定俗成的通用名称，并且将姓氏与食品名称进行组合进行企业命名在重庆地区亦属常见情形，“陈麻花”本身识别性不强，不具备显著性。以外，重庆市磁器口地区的众多商户在生产、经营、销售、检验等环节将“陈麻花”作为商品名称使用，造成其标识显著性进一步退化，不再具有识别商品来源的功能。因此，商评委和北京知产法院的认定基本相同，均是把“陈麻花”认定为商品的通用名称，从而违反了《商标法》第十一条第一款第一项的规定，据此认定“陈麻花”商标无效。

而北京高院认为：根据在案证据不足以证明“陈麻花”系规范化的商品名称，亦不足以证明“陈麻花”在诉争商标核准注册时成为通用名称。诉争商标的申请注册未违反商标法第十一条第一款第一项的规定。诉争商标是否具有显著识别性并非商标法第十一条第一款第一项所考虑的要件。北京高院与商评委和北京知产法院的认定截然不同的地方在于，北京高院认为“陈麻花”不构成商品的通用名称，此外《商标法》第十一条第一款第一项的规定无需考虑标识是否具有显著性的

特性，据此认定“陈麻花”商标在麻花类商品注册的商标有效。

最高院则认为：“陈麻花”尚不足以构成麻花类商品的通用名称，但基于相关公众对“陈麻花”的认识和当地经营者对“陈麻花”标志的使用状况等事实，证明本案诉争商标申请注册时，“陈麻花”已经不能区别具体的麻花商品的生产、经营者，从而发挥商标应有的识别功能，故其是商标法第十一条第一款第三项“其他缺乏显著特征的”标志，不得作为商标注册。最高院否定了北京高院的认定，但裁判的理由与商评委和北京知产的理由不尽相同。最高院认为，“陈麻花”这一姓氏加商品的汉字组合虽然不能构成商品的通用名称，但根据重庆磁器口特色小吃陈麻花商品的经营者长期使用“陈麻花”标识的实际情况，认定“陈麻花”标识已经不具有显著性特征，已经不能不能起到识别、区分的功能，所以根据《商标法》第十一条第一款第三项的规定“其他缺乏显著特征的”认定第 13488202 号“陈麻花”商标无效。

“陈麻花”案件充分体现了商标是否具备显著性应当遵从个案判断的原则。笔者认为，商标的基本功能是识别商品或服务的来源，它所蕴含的潜在价值是将商标这一标识与企业的品牌、资产等形象相关联，能够使相关公众在关注到商标的第一时间内，就迅速的将具体的商品或者服务与头脑中的企业形象形成相互呼应。因此商标必须具备显著性的特征，不具有显著性的标识不能注册为商标。《商标法》第十一条第一款第一、二项规定：下列标志不得作为商标注册：“仅有本商品的通用名称、图形、型号的”，“仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的”。上述规定是对不能注册为商标情形的列举式规定，之所以作出这些列举式规定，核心原因在于这些列举出的情形，将导致具有这些情形的商标标识不具备显著性的特性——即该标识无法使相关公众产生对应企业形象的唯一表达，而是空泛的联想。同时，为了以防列举式规定的不完善和遗漏情形，商标法第十一条第一款第三项还规定了“其他缺乏显著特征的”这一兜底条款。最高院的裁判最终就是依据这一兜底条款，认定“陈麻花”商标无效。但是《商标法》中对于“缺乏显著特征”这一兜底条款之中“显著特征”的判断标准，商标法和相关的司法解释目前并没有给出明确具体的依据或规则。从“陈麻花”案件来看，商评委及三级法院的评判依据都有所侧重和区别，可以说是“一千个人心中就有一千个哈姆雷特”。笔者认同最高院的最终认定所树立的指导原则，即为显著性的判断不能仅仅单独依据法条的列举，而是应当根据商标标识指定使用商品或服务的相关公众的通常认识，从整体上看待和把握商标是否具有显著性，这种整体的、实践的观点才应当是法律原本的温度。

中伦文德

□武　坚/文

武坚，中伦文德律师事务所高级合伙人，法学博士，北京市破产法学会会员，山西省法学会破产与重组研究会理事。擅长领域为：法律顾问、商事诉讼与仲裁、并购重组、破产清算及重整法律服务等。

□祁　航/文

祁航律师，中共党员，吉林大学国际法硕士，能够熟练运用中、英文为客户提供专业法律服务。擅长领域为公司、金融、民商事诉讼仲裁等。祁航律师为诸多国内外知名企业提供涉及交易事务的法律服务。

刑事合规实务探讨

2021 年 4 月 8 日，为进一步充分发挥检察职能，做好对涉案企业负责人依法不捕、不诉、不判实刑的“后半篇文章”，最高检于下发《关于开展企业合规改革试点工作方案》(下称《方案》)，正式启动第二期企业合规改革试点工作。《方案》指出，开展企业合规改革试点工作，是指检察机关对于办理的涉企刑事案件，在依法做出不批准逮捕、不起诉决定或者根据认罪认罚从宽制度提出轻缓量刑建议等的同时，针对企业涉嫌具体犯罪，结合办案实际，督促涉案企业作出合规承诺并积极整改落实，促进企业合规守法经营，减少和预防企业犯罪，实现司法办案政治效果、法律效果、社会效果的有机统一。

《方案》对重点内容强调，检察机关开展企业合规改革试点，旨在加大对民营经济的平等保护，更好落实依法不捕不诉不提出判实刑量刑建议等司法政策，既给涉案企业以深刻警醒和教育，防范今后可能再发生违法犯罪，也给相关行业企业合规经营提供样板和借鉴。在此基础上，为服务“六稳”“六保”，促进市场主体健康发展，营造良好法治化营商环境，推动形成新发展格局，促进经济社会高质量发展，助推国家治理体系和治理能力现代化提供新的检察产品，贡献更大检察力量。

《方案》的有关要求，开展企业合规改革试点要与依法适用认罪认罚从宽制度和检察建议、依法清理“挂案”、依法适用不起诉结合起来。对涉企案件，在依法贯彻相关检察政策的同时，督促企业建立合规制度，履行合规承诺；提出企业合规建设意见和建议，包括整改方向和意见，并促进“挂案”清理工作，依法平等保护企业合法权益；对符合刑事诉讼法规定的不起诉案件，做到应听证尽听证。

《方案》明确了，各试点单位应当结合本地实际，探索建立企业合规第三方监管机制。通过第三方监管，监督、促进企业践行合规承诺。检察机关要定期检查合规建设情况，并根据案件具体情况依法作出相应处理。

2021 年 6 月 3 日最高检发布了《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》(下称《意见》)，这是我国司法实践自企业合规概念提出以来，从政策性文件向制度性规范落实转变的关键一步。意见初步落实了涉案企业合规第三方监督评估机制，并明确了涉案企业的事后合规审查：愿意认罪认罚，仍有组织进行正常生产经营活动条件且自愿接受第三方审查的，

对企业内部合规改革的评估成果将成为检察院依法办理案件的重要参考。

一、律师在企业刑事合规中的业务方向和职能

企业刑事合规在目前法律界和实务界的热度逐步增加，也是律师业务的新方向。律师的职能和责任从辩护领域，扩展到了涉案企业的整改，包括调查、评估、监督、出具评估考察意见等，从而为检察机关做出起诉或不起诉意见从宽提供参考依据。由此，刑事合规业务也对律师有了全面和新的挑战和要求。

在目前的司法环境下，宁波市检察院作为试点之一，率先在国内建立涉罪企业合规考察制度，并于 2020 年发布了《宁波市检察机关关于建立涉罪企业合规考察制度的意见（试行）》，其主要涵盖涉罪企业合规考察制度的概念、案件适用范围、审查程序、具体实施程序、考察机关种类、考察期限、被考察企业义务、检察机关职责、考察后的处理程序等内容，包括合规考察决定书、合规承诺书、通知函以及相关具体实施办法等一整套配套制度。在审查起诉阶段，设定 6 个月到 12 个月的考察期，在审查起诉期限结束之前进行考察，所有活动都发生在审查起诉环节，在审查起诉结束前作出起诉或不起诉决定。

同样作为试点单位的岱山县检察院，于 2020 年发布了《岱山县人民检察院涉案企业刑事合规办理流程（试行）》，规定了审查起诉阶段设定 6 个月至二年的合规整改期，可适当延续，具体根据犯罪的性质、情节、后果等综合评估。坚持全程留痕原则，由案件受理、调查初核、合规承诺、合规整改、评估处理五个环节组成，并将工作材料归入检察卷。合规监督员从律师事务所……选任。

二、尽职调查概述

通常情况下，尽职调查亦译“审慎调查”，多指在收购过程中收购者对目标公司的资产和负债情况、经营和财务情况、法律关系以及目标企业所面临的机会与潜在的风险进行的一系列调查，提高决策者所获取信息的数量和质量，以供决策者利用多样信息。调查过程中通常利用管理、财务、税务方面的专业经验与专家资源，形成独立观点，用以评价并购优劣，作为管理层决策支持。调查不仅限于审查历史的财务状况，更着重于协助并购方合理地预期未来，也发生于风险投资和企业公开上市前期工作中。尽职调查的目的是使买方尽可能地发现有关他们要购买的股份或资产的全部情况。从买方的角度来说，尽职调查也就是风险管理的方式。尽职调查的内容一般包括以下这些方面：管理人员的背景调查、市场评估、销售和采购订单的完成情况、管理信息系统（汇报体系）、财务报表、销售和采购的票据的核实、当前的现金、应收应付及债务状况、资产核查，库存和设备清单的核实、工资福利和退休基金的安排、租赁、销售、采购、雇佣等方面的合约、潜在的法律纠纷等。

那么在刑事领域，刑事合规尽职调查如何适用，和商业过程的尽职调查有何区别呢？

在刑事领域，触发键为企业涉案，则根据《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》的要求开展整改工作，明确合规整改方向，使企业的各项行为和规章制度符合合规的要求，这也是检察院出具的检察建议书的重要参考。在这种情况下，律师的职能和工作就是，尽可能获取充分的信息，目是识别合规风险源，以作为合规整改的基础。

在这种语境和意义下，商事合规和刑事合规则具有目的上的一致性：即充分获取相关的资讯。

三、刑事合规尽职调查探讨

（一）刑事合规尽职调查所围绕的重点要素

1. 企业的基本信息

利用网络上的公开信息，通过企查查、国家企业信用信息公示系统、公司网站等途径了解企业的基本信息，着重掌握企业的行业情况、业务模式、主营业务、股东和实际控制人、资产和组织机构、员工、涉诉情况等。

2. 企业的犯罪调查报告

刑事合规的特殊点在于，触发点是企业自

身违反了刑事法律的相关规定，因此刑事合规尽调资料应包含企业或相关人员出具的犯罪成因分析，这样有助于律师在迅速精准定位风险源，并与高风险岗位人员进行有效交流。

3. 类案及法律、规定检索

企业所属行业、所开展业务都有特性，类案检索有助于剖析犯罪，明晰犯罪成因，有助于合规重点的确定和准确提出合规建议；涉案企业相关的监管法规及行业规定和类似裁判案例，有助于发现涉案企业常面临的合规风险源。

（二）刑事合规尽职调查的具体步骤

围绕可能存在的风险和节点，刑事合规工作一般分为以下四个步骤：

①听取涉案企业的全面情况介绍、梳理和审查各类书面材料、进行现场访谈、实地现场考察等方式梳理企业刑事风险；

②结合涉案企业提供材料审核及访谈情况，全面了解企业情况后，对潜在的企业风险进行梳理和总结；

③在上述工作结果的基础上，出具书面合规报告初稿，提出依法合理的法律意见；

④企业及董监高出现刑事危机的法律应对方式；

最后协助做好相关合规工作，协助企业制定合规方案并落实，保障企业的合法合规运营发展。企业刑事合规具有综合性，是刑事法律、民商事法律、公司治理等方面的全面运用。

（三）常态化的刑事合规尽职调查

企业在日常经营中，会随着企业内外部环境的变化，源随时可能出现新的合规风险。因此常态化的刑事合规尽职调查有设立的必要性，应融入企业日常的经营活动中，并建立相关的管理制度。

企业日常经营活动中可能存在新的风险源，包括：新的或变更的市场活动、产品或服务，组织结构调整，外部金融经济环境、市场条件、关系等变化，并购、重组，发生新的违法犯罪活动等。在此类情形下，企业应建立完备的刑事合规管理制度，做到发现风险、控制风险，还要引导并协助企业处理风险。

兼具传统商业尽职调查及刑事案件剖析两方面特性的刑事合规尽职调查，具有特殊的的尽调背景目的和工作流程，值得律师进一步深入思考和探讨。

中伦文德

□王向阳/文

王向阳律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人，北京市律协国资法律委员会副主任，中伦文德能源与环境委员会主任，曾被评为律协“优秀专业律师”，上市公司独立董事，太和智库研究员。王律师毕业于中国政法大学、北京大学法学院。王律师熟悉公司并购、融资、证券、金融信托等方面的事务，擅长处理经济类诉讼、仲裁以及执行，为多家央企、国企及上市公司提供常年或专项法律顾问服务。

□郭　彦/文

郭彦，中伦文德执业律师，北京大学法律硕士、伊利诺伊理工芝加哥肯特法学院LLM，北京市律师协会证券法律专业委员会委员，具有证券从业资格，主要执业领域为证券、投融资、公司等。

互联互通更要保密—《关于加强境内企业境外发行证券和上市相关保密和档案管理工作的规定》（公开征求意见）核心内容

现在世界互联，一地的风吹草动就牵扯多方。如同最近的疫情，小小一间服装店贯通中国境内外，也让互不相识、擦身而过、转身就是一世的你、我、他有了交集。各行各业、各个专业领域都不能百分之百地脱离这个互通的世界，证券领域当然不例外。

三天前，严父又布置了作业，不过这回的作业是道讨论题，需要各位思考，有想法、有建议的也可以书面形式交回作业。笔者猜，各位应该也都从各大公众号看到了严父这项作业，没错，就是关于境内企业境外发行证券和上市活动（以下简称“境内企业境外发行上市”）的事情，但是这回角度不同以往，是要从保密方面来讨论。这个角度，要是各位一直关注证券领域的事情，或者一直阅读笔者分享内容的会知道针对的是哪件事。

我们先看看这项保密方面的规定对谁适用。估计各位第一反应是境内企业，那第二反应呢？第二反应就是境内企业境外发行上市不能只靠自己，所以就需要证券公司、证券服务机构，而且证券公司、证券服务机构不止是境内的公司、机构，还包括境外证券公司、证券服务机构以及其在境内的成员机构、代表机构、联营机构、合作机构等关联机构。

接着我们再来看看境内企业境外发行上市的类型，这方面也囊括了两种类型，一种是境外直接发行上市的境内股份有限公司；另一种是境外间接发行上市主体的境内运营实体。

看到这些内容，各位应该认同笔者在文首所述的世界互联的观点吧。

但是这项保密方面的规定究竟要传达什么内容？就上面讲到的两个方面在之前关于境内企业境外发行上市管理规定中也介绍了。当严父公布这项作业时，有人说严父放松了要求，直接同意

给出我们境内企业的资料、文件、档案等给境外监管机构。笔者当日看到这样的报道也很惊诧，请原谅我用这个词。因为不久之前，严父在回应漂亮国证券监管的要求时还没有此意，怎能态度如此一百八十度大转弯？笔者看过全文后算是打消了这个疑虑。虽然这项境内企业境外发行上市保密的相关规定是征求意见稿，但是核心的观点和内容已经很明确，也能传达出我们证券监管者的真实想法。这个核心内容就是境内企业境外发行上市需要保守国家秘密和加强档案管理，采取必要措施落实保密和档案管理责任，不得泄露国家秘密，不得损害国家和公共利益。

在具体执行层面，境内企业向证券公司、证券服务机构、境外监管机构等单位和个人提供、公开披露涉及国家秘密、机关单位工作秘密的文件、资料应履行批准程序，报同级保密行政管理部门备案。若披露会对国家安全或者公共利益造成不利影响，应当按照国家有关规定，严格履行相应程序。

证券公司、证券服务机构在境内形成的工作底稿等档案应当存放在境内。未经有关主管部门批准，不得通过任何方式将工作底稿等档案转移至境外或者通过信息技术等任何手段传递给境外机构或者个人。涉及对国家和社会具有重要保存价值的档案或档案复制件需要出境的，按照国家有关规定办理审批手续。

如果对是否为国家秘密有争议的，应当报有关保密行政管理部门确定；若是对是否属于机关单位工作秘密有争议的，应当报有关业务主管部门确定。

当境内企业履行审批程序，向有关证券公司、证券服务机构等提供涉及国家秘密、机关单位工作秘密或者其他泄露后会对国家安全或者公共利益造成不利影响的文件、资料的，双方应当依法签订保密协议，明确有关证券公司、证券服务机构等承担的保密义务和责任。

如果任何单位和个人违反了保守国家秘密法和档案法等法律法规，会面临被有关部门依法追究法律责任的风险；若涉嫌犯罪，还会有被移送司法机关依法追究刑事责任的风险。

通过阅读原文，我们可以看到监管者在境内企业境外发行上市保密方面管理的核心思想，而这小了说关系到企业命运、大了讲关系国家生死，不可任意交出。

中伦文德

邬文俊律师，中伦文德律所合伙人、专职律师，中伦文德保险资金运用专业委员会副主任、中伦文德保险研究院副主任，中国人民大学法律硕士毕业，主要擅长金融保险、投融资、不良清收、争议解决等领域的法律服务工作。

□邬文俊/文

保险债权投资计划拟投棚改项目的政策趋势、登记趋势以及主要合规审核要点

保险债权投资计划投资的基础资产项目类型之一涉及有棚户区改造项目（以下简称“棚改项目”），符合国家鼓励保险资金支持民生工程的政策要求。根据实务中的法律咨询情况以及实务经验的情况，笔者整理了保险债权投资计划拟投棚改项目的政策趋势、注册/登记趋势以及列举并简要分析了主要合规审核要点如下，以供各方探讨交流使用。

一、政策趋势

（一）试点时期

“棚户区改造（即棚改）”首次出现在住建部（注：原为建设部，下同）的政策文件中是2004年9月30日的《建设部关于贯彻落实〈中共中央国务院关于实施东北地区等老工业基地振兴战略的若干意见〉的意见》，以及，住建部于2005年10月7日发布了《建设部关于推进东北地区棚户区改造工作的指导意见》（建住房〔2005〕178号），正式开始在东北三省试点棚户区改造。

（二）国家层面政策

随后，国务院于2007年8月7日发布了《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》（国发〔2007〕24号），明确了加快集中成片棚户区的改造；并且分别于2011年9月28日发布了《国务院办公厅关于保障性安居工程建设和管理的指导意见》（国办发〔2011〕45号）、于2013年7月4日发布了《国务院关于加快棚户区改造工作的意见》（国发〔2013〕25号）、于2014年7月21日发布了《国务院办公厅关于进一步加强棚户区改造工作的通知》（国办发〔2014〕36号），于2015年6月25日发布了《国务院关于进一步做好城镇棚户区和城乡危房改造及配套基础设施建设有关工作的意见》（国发〔2015〕37号），于2016年2月2日发布了《国务院关于深入推进新型城镇化建设的若干意见》（国发〔2016〕8号），逐年加大了政策支持力度。

在上述国务院政策文件中，国务院明确了棚户区改造是重大的民生工程和发展工程，加大棚户区改造工作力度，落实地方政府任务与考核责任（注：省级人民政府对本地区棚户区改造工作负总责；住建部会同有关部门督促各地尽快编制棚户区改造规划，将任务分解到年度），加强各项政策支持力度（包括但不限于金融政策、财税政策、用地供应等支持力度），创新了金融支持

的业务模式（注：政府购买棚改服务、政府与社会资本合作（PPP）模式等）。其间，国家开发银行成立住宅金融事业部，重点支持棚户区改造及城市基础设施等相关工程建设（注：在之前的棚改项目中大多涉及到项目存在国开行等政策性银行贷款的情形）。

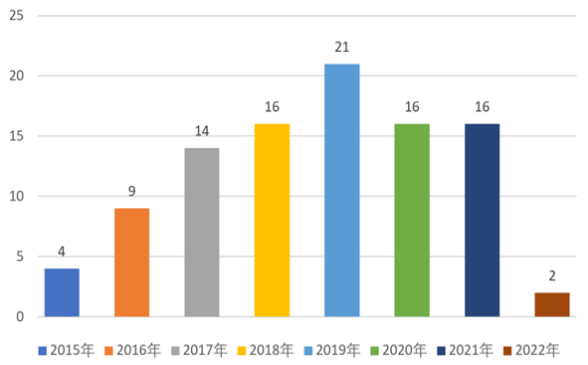
（三）国家相关主管部门层面

为认真贯彻落实国发〔2015〕37 号文件精神，财政部于 2015 年 8 月 26 日发布了《财政部关于做好城市棚户区改造相关工作的通知》（财综〔2015〕57 号），财政部与住建部于 2016 年 3 月 25 日共同发布了《关于进一步做好棚户区改造相关工作的通知》（财综〔2016〕11 号），住建部、财政部、国土资源部于 2016 年 7 月 11 日共同发布了《关于进一步做好棚户区改造工作有关问题的通知》（建保〔2016〕156 号）。在前述政策文件中，财政部明确了棚改项目应采取政府购买城市棚户区改造服务的方式进行以及应将政府购买城市棚户区改造服务资金纳入年度财政预算管理。

就保险行业来说，国务院于 2014 年 8 月 10 日发布了《国务院关于加快发展现代保险服务业的若干意见》（国发〔2014〕29 号）（即“国十条”），鼓励保险资金利用债权投资计划、股权投资计划等方式，支持重大基础设施、棚户区改造、城镇化建设等民生工程和国家重大工程。为落实国十条的相关政策要求，原保监会对《保险资金间接投资基础设施项目试点管理办法》（注：该试点办法于 2006 年 3 月 14 日发布）进行了修订，并于 2016 年 6 月 14 日发布了《保险资金间接投资基础设施项目管理办法》并在该办法的答记者问中释明了监管政策，即推动保险资金更加积极参与国家基础设施和民生工程建设，放宽保险资金可投资基础设施项目的行业范围，增加政府和社会资本合作等可行投资模式。同时，原保监会于 2017 年 5 月 4 日发布了《中国保监会关于保险业支持实体经济发展的指导意见》（保监发〔2017〕42 号），再次明确鼓励保险资金投资关系国计民生的各类基础设施项目和民生工程。

二、棚改项目的注册 / 登记趋势

经我们在中国保险资产管理业协会（简称“中资协”）网站公布的债权投资计划注册 / 登记情况的统计（注：如需要统计表的读者，可联系笔者），债权投资计划名称中涉及“棚改”的债权投资计划项目数量情况如下图（注：2022 年统计时间截止 2022 年 4 月，以及下图数据仅根据公示情况统计，可能存在数据不完整情况，仅为参考了解棚改项目的注册 / 登记趋势使用）：



三、主要合规审核要点

根据住建部、财政部、国土资源部于 2016 年 7 月 11 日共同发布《关于进一步做好棚户区改造工作有关问题的通知》（建保〔2016〕156 号）的规定，棚户区改造是一项系统工程，其主要包括棚户区征收拆迁、居民安置。在笔者接触的棚改项目主要分为两类：一类是仅包括棚户区征收拆迁而不包含安置房建设的棚改项目，一类是涉及棚改区居民安置的定向安置房项目。

鉴于实务中，棚户区征收拆迁一般采取的是政府购买城市棚户区改造服务的方式进行，棚户区改造居民安置一般采取货币化安置但有部分采取定向安置房建设的情况，因此，下文中谈及的棚改项目主要是指采取政府购买城市棚户区改造服务的方式进行的棚户区征收拆迁而不包含安置房住房建设的棚改项目、涉及棚改区居民安置的定向安置房项目。笔者建议保险债权投资计划拟投棚改项目予以关注的主要合规审核要点如下：

（一）基础资产性质及债权投资计划可设类型

对于仅包括棚户区征收拆迁而不包含安置房住房建设的棚改项目，一般作为基础设施项目而设立基础设施债权投资计划。同时，依据《债权投资计划注册系列问题与解答》《债权投资计划登记业务指引（第1号）》等规定的情况，对于涉及棚改区居民安置的定向安置房项目，也是允许保险资金投资的，即拟投项目应为棚改定向安置房建设项目（注意：仅为定向安置房）。

而对于拟投棚改项目为棚改定向安置房建设项目的债权投资计划的类型，因其涉及到不动产的开发建设，因此一般应作为不动产债权投资计划进行设立。对于实务中拟将棚改定向安置房建设项目的债权投资计划作为基础设施债权投资计划申报设立的情况，有认为可直接申报而无需符合基础设施认定要求，笔者就此保留认为其应当符合《债权投资计划登记业务指引（第1号）》第六条的相关规定方可作为基础设施债权投资计划申报设立。

（二）涉及棚改区居民安置的定向安置房项目的特别要求

受限于《保险资金投资不动产暂行办法》规定的保险公司不得投资开发或者销售商业住宅等规定，保险资金允许投资的棚改定向安置房建设项目有一些特别的要求，具体如下：

1、根据项目建设状况及进度，拟投项目已取得相应的国有土地使用权证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证或取得不动产权证等相关权证。就此条是否应与《债权投资计划登记业务指引（第1号）》第八条第（一）项的理解一致（即分为前期项目、在建项目），笔者认为是可以根据项目建设状况及进度同等解释的。

2、应当从拟投项目建设内容、拟投项目土地取得方式等方面进行审慎核实，明确拟投项目在债权投资计划存续期间不可转为商业住宅进行销售、转让。但是需要说明的是，在《债权投资计划注册系列问题与解答》的规定中，债权投资计划投资的棚改定向安置房项目是不得含有商业住宅，项目土地应通过划拨等方式取得（不含土地出让方式）。而在《债权投资计划登记业务指引（第1号）》中却无此两项内容。因此，根据前述两规定发布时间先后顺序情况，笔者认为《债权投资计划登记业务指引（第1号）》对此两项（即：棚改定向安置房项目中不得含有商业住宅，项目土地不含土地出让方式取得）应当是取消了限制。如此，对于包含商业住宅的此类棚改定向安置房项目应当是可以进行相应的剔除商业住宅部分后申报，其合规标准可参考保险资金投资城市商业综合体项目的查验标准。

3、应当结合拟投项目所在地针对安置房的管理办法及有关证明文件，核实拟投项目建设用

途为用于棚户区改造项目的定向安置，符合项目当地政府对于定向安置项目的管理规范。此项主要明确了当地政府管理规范的核查要求。如:《北京市住房和城乡建设委员会、北京市国土资源局关于加强“三定三限三结合”定向安置房产权登记及上市交易管理有关问题的通知》(京建法【2014】13号)，等等。

（三）纳入国家棚户区改造计划的情况

根据《债权投资计划登记业务指引(第1号)》第七条的规定，拟投棚改项目应具有省级住房和城乡建设部门或其他有权部门出具的证明文件，文件中应明确拟投项目已全部（包括但不限于户数、面积等）纳入国家棚户区改造计划。此条涉及两项需要核查满足的内容，一是拟投棚改项目应正式纳入国家棚户区改造计划；二是拟投棚改项目的户数、面积等应全部纳入国家棚户区改造计划。

1、拟投棚改项目正式纳入国家棚户区改造计划

根据《国务院关于加快棚户区改造工作的意见》(国发【2013】25号）等规定文件，省级人民政府对本地区棚户区改造工作负总责，住建部会同有关部门督促各地编制棚户区改造规划，将任务分解到年度，落实到市、县，明确到具体项目和建设地块。因此，在实践中，住建部一般会同发改委、财政部、农业农村部、国家林业和草原局监督各地申报每年棚改计划，并进行考核监督与激励措施。因此，每省每年的棚改项目一般会由省住建厅每年进行发文确认。就此，一般核查省住建厅就拟投棚改项目纳入国家计划的单独确认函，或者核查拟投棚改项目是否已经纳入省住建厅正式发文公布的列入当年棚改计划项目名单。

特别需要说明的是，不管是仅包括棚户区征收拆迁而不包含安置房住房建设的棚改项目，还是涉及棚改区居民安置的定向安置房项目，都应当取得省住建厅确认正式纳入国家棚户区改造计划的证明材料。本核查事项是拟投棚改项目的核心合规要点之一，在实务中一般都能满足，主要可能出现问题的情况在如下的其他方面。

2、拟投棚改征迁项目的户数、面积等应全部纳入国家棚户区改造计划

对于涉及棚户区征收拆迁的项目，还应当满足拟投棚改项目的户数、面积等应全部纳入国家棚户区改造计划的要求。在实务中，由于棚改征迁项目涉及的征迁户数多，因此，棚改征迁项目的时间一般较长且经常会出现后续年份调整户数和面积等情况。为此就可能会出现省住建厅确认文件、项目可研报告及其批复、政府购买服务协议中的户数、面积不一致的情况。如出现不一致的情况时，一般为拟投棚改项目的核查重点问题，需要就出现不一致的原因进行梳理并需确认最终确定的拟投棚改项目的户数、面积已由省住建厅正式纳入国家棚户区改造计划。

（四）政府购买服务方式进行棚改项目的核查要点情况

1、政府购买城市棚户区改造服务是否纳入政府购买服务目录

根据财政部于2015年8月26日发布的《财政部关于做好城市棚户区改造相关工作的通知》(财综【2015】57号）的相关规定，在实务中，棚户区征收拆迁一般采取的是政府购买城市棚户区改造服务的方式进行。除财政部颁布的《政府购买服务管理办法》之外，各地地方政府均制定了当地的政府购买服务的相关规定，以及部分地方政府制定了购买棚改服务的特别规定。如:《江苏省政府购买棚改服务管理办法（暂行)》《河北省政府购买棚改服务管理办法》《湖南省政府购买棚改服务管理暂行办法》《海南省实施政府购买棚改服务管理暂行办法》《南京市政府购买棚改服务管理办法（暂行)》 等等。

根据《政府购买服务管理办法》(注：2020年重新发布）的相关规定，政府购买服务的具体范围和内容实行指导性目录管理，政府购买服务指导性目录在中央和省两级实行分级管理，财政部和省级财政部门分别制定本级政府购买服务指导性目录，各部门在本级指导性目录范围内编制本部门政府购买服务指导性目录。省级财政部门根据本地区情况确定省以下政府购买服务指导性目录的编制方式和程序。因此，政府购买城市棚

户区改造服务仅需核查是否纳入项目所在地地方政府编制的当地政府购买服务指导性目录内即可。比如：根据《浙江省财政厅关于印发浙江省政府向社会力量购买服务指导性目录（2021年度）的通知》（浙财预【2020】24号）载明的情况，棚改服务就明确纳入了省级政府购买服务目录，具体为：一级目录为基本公共服务；二级目录为住房保障服务；三级目录为棚户区改造服务（政府应当承担的棚改征地拆迁服务）。但需要说明的是，各地纳入当地政府购买服务目录的名称表述等可能存在不一致，但如未明确细化的情况下一般将棚改服务纳入亦可，部分地方可能进行了棚改服务的细化规定，如细化为：棚户区改造征地拆迁服务、棚户区改造安置住房筹集或货币化安置、棚户区改造公益性配套基础设施建设、政府委托的其他住房保障服务等。

根据《财政部关于做好2022年政府购买服务改革重点工作的通知》（财综【2022】51号），各地要规范本地区政府购买服务指导性目录编制，省级财政部门编制的通用目录一级目录与二级目录设置应与《财政部关于印发〈中央本级政府购买服务指导性目录〉的通知》（财综【2020】57号）文件保持一致。三级目录由各地根据本地实际情况研究确定，能够与财综【2020】57号文件保持一致的，应当保持一致。各地可根据实际工作需要设置三级以下目录。省级财政部门应当于2022年9月底前完成通用目录调整编制工作。以及，根据《财政部关于印发〈中央本级政府购买服务指导性目录〉的通知》（财综【2020】57号）的规定，棚改服务未在中央本级政府各级目录中体现，但如按照前述规定要求的各地省级财政部门编制的通用目录一级目录与二级目录设置应与中央本级政府目录保持一致的情况下，棚改服务可能将列入一级目录公共服务、二级目录社保保障服务项下的三级目录范围内。

2、政府购买城市棚户区改造服务的具体范围、购买主体、承接主体、购买方式、购买程序、购买服务资金来源、购买服务资金预算管理是否符合当地地方政府发布的规定文件

根据上述的相关规定，以及经核查已将棚改服务纳入当地政府购买服务目录之后，项目律师一般应当对政府购买城市棚户区改造服务的具体范围、购买主体、承接主体、购买方式、购买程序、购买服务资金来源、购买服务资金预算管理等是否符合上述相关规定发表意见。

在实务中，地方政府进行政府购买棚户区征收拆迁服务的购买主体一般会在上述相关规定中明确以及会形成相关的政府决策文件（如：会议纪要等）；承接主体一般采取招投标方式进行竞聘确定且需符合规定设定的条件要求与购买程序；纳入政府购买城市棚户区改造服务的具体范围应核实政府购买服务协议中的内容是否纳入了政府购买服务的指导性目录之中，是否与上述规定中可购买的服务内容表述（如有）一致以及有无超过规定要求的购买服务的内容范围；购买服务资金来源与购买服务资金预算管理为拟投棚改项目的核心合规要点之一，考虑到财政预算需由当地人大审议批准的要求，此项在实务中一般为项目难点。

3、政府购买服务协议内容的审核问题

政府购买服务协议的核查是拟投棚改征迁项目的核心合规要点之一，在实务中一般都能提供协议，需核查协议与上述确定政府购买城市棚户区改造服务的具体范围、购买主体、承接主体、购买方式、购买服务资金来源、购买服务资金预算情况确定的结果是否一致。但是该协议可能出现的一些情形如下：

（1）现有的实施主体、现有的承接主体与协议载明的承接主体不一致，或者与省住建厅确认文件中载明的情况不一致，主要原因有政府机构调整或机构职能调整、承接主体进行了重组划转等，就此应履行相应的合规手续方可；

（2）协议载明的棚改项目的核心要素（如：户数、面积、区域等）与可研报告及其批复、省住建厅确认文件中载明的情况不一致，此项是实务中经常发生的，在上文已进行了相应的分析说明；

（3）协议载明的总投、自筹项目资本金、银行或金融机构融资等各项金额与可研报告及其批复、省住建厅确认文件中载明的情况不一致，总投的认定已在《债权投资计划登记业务指引（第1号）》确定了相应的认定标准，即拟投项目为棚

户区改造、公租房、廉租房政策性住房项目的，总投资金额确认依据应以投资主管部门出具的可研批复文件 / 核准文件 / 备案等文件或项目竣工文件中载明的总投资金额为准，主要需要核查不一致的原因并进行合理性论证说明。自筹项目资本金、银行或金融机构融资亦是；

（4）购买服务资金的支付与资金来源（财政预算）的情况，此点在下文单独进行分析；

（5）履行年限的问题。在《政府购买服务管理办法（暂行）》实施时，对履行年限未进行限定，而实务中棚改征迁项目的履行期限均较长，一般都在 5 年以上；在《政府购买服务管理办法》（注：2020 年重新发布，2020 年 3 月 1 日起施行）后，对于履行年限进行了相应的规定，即政府购买服务合同履行期限一般不超过 1 年；在预算保障的前提下，对于购买内容相对固定、连续性强、经费来源稳定、价格变化幅度小的政府购买服务项目，可以签订履行期限不超过 3 年的政府购买服务合同。因此，在 2020 年后的新项目应注意此事项的核查。

4、购买服务资金来源与购买服务资金预算管理的合规审核问题

购买服务资金的支付与资金来源（财政资金涉及财政预算）是拟投棚改征迁项目的核心合规要点之一，也是难点之一。

（1）涉及到财政资金支付情况时应对财政资金纳入地方政府财政预算的情况进行核查

根据《政府购买服务管理办法》（注：2020 年重新发布）的相关规定，政府购买服务项目所需资金应当在相关部门预算中统筹安排，并与中期财政规划相衔接，未列入预算的项目不得实施。购买主体在编报年度部门预算时，应当反映政府购买服务支出情况。政府购买服务支出应当符合预算管理有关规定。同时参照《债权投资计划注册系列问题与解答》的相关规定，相关业务收入是否涉及财政资金；如涉及，是否已纳入地方政府财政预算，地方政府履行的相关程序是否合规完备，并对过往两年以上列入财政预算及执行情况进行详细说明以及提供相关依据和证明文件。因此，如政府购买服务协议涉及到财政资金支付情况时，应当对财政资金纳入地方政府财政预算的情况进行核查。

（2）纳入中期财政规划、财政预算

根据《国务院关于实行中期财政规划管理的意见》（国发【2015】3 号）的相关规定，各省、自治区、直辖市及计划单列市财政部门要比照中央做法，编制地方中期财政规划，经同级人民政府批准后，报财政部备案。省级各部门、省级以下地方财政部门也可分别编制省级部门三年滚动财政规划和当地中期财政规划。因此，当地中期财政规划应由当地人民政府批准即可。在实务中，拟投棚改项目纳入中期财政规划一般可能会出现在项目审批文件、政府单独文件、政府会议纪要中或者在政府购买服务协议中明确，等等。

根据《中华人民共和国预算法（2018 年修正）》的相关规定，县级以上地方各级人民代表大会批准本级预算和本级预算执行情况的报告；县级以上地方各级人民代表大会常务委员会审查和批准本级预算的调整方案。因此，当地政府预算应由当地人大批准或者由当地人大常委会批准调整方案。在实务中，纳入财政预算一般在当地人大官方网站或者当地财政部门官方网站可以核查其相应年度财政预算公布的情况。由于预算内容较多，核查难点在于可能公布的预算条目无法直接对应至某一个具体项目，甚至可能无法直接对应到当地棚改项目，而会有可能体现在某一大类里。此时，建议要求协调向当地财政部门或住建部门予以核实预算纳入情况并能出具书面确认回函为妥。

关于拟投棚改项目是否可以逐年纳入财政预算的问题（注：非一次性全部纳入财政预算）？在实务中，政府购买服务协议一般体现的是逐年纳入财政预算（注：一般会在政府购买服务协议中明确为逐年纳入）。根据财政部、住建部于 2016 年 3 月 25 日发布的《关于进一步做好棚户区改造相关工作的通知》（财综【2016】11 号）的相关规定，对地方政府与借款人签订的相关协议，地方政府要按约定将相关支出逐年纳入财政预算予以保障。以及，拟投棚改项目一般大多是几十、上百亿的总投资金规模，如果一次性纳入但又在当年无需全部支出，与每年度进行预算的实际不符且影响财政资金使用，因此，笔者认为

逐年纳入财政预算是符合财政部、住建部等制定政策的本义。

（五）项目的立项、开发、建设、运营履行程序的核查情况

如果拟投棚改项目属于涉及棚改区居民安置的定向安置房项目的，由于其涉及房地产建设事宜，因此，建议以房地产基础资产的不动产债权投资计划的核查要求进行核查，在此不赘述。

如果仅包括棚户区征收拆迁而不包含安置房建设的棚改项目的，由于其主要工作就是房屋征收以及拆除清表等工作，不涉及房屋建设，因此，在实务中，通常核查其立项情况（可研报告及其批复文件）、环评情况、征迁情况（按照项目实际进展核查其征收公告、征收补偿安置方案公告、征迁与补偿完成度等情况）。需要说明的是，在部分地方的棚改规定文件中，特别是在地方规定的棚改项目向国开行申请贷款的要求文件材料中，有的是需要提供用地规划、用地预审等批复文件。笔者认为由于土地收储后的后续开发建设新项目需要履行新建项目的此类手续，而在棚改区域土地征迁过程中是否需要办理该两批复视各地规定核查即可。

（六）拟投棚改项目已有融资的核查情况

在对拟投棚改项目尽调中，需要核查其已有融资的情况，如涉及已有融资情况，参照《债权投资计划注册系列问题与解答》的规定，项目律师应核实并详细披露以下内容：1、金融机构借款的基本情况，包括但不限于：I）借款机构、借款形式、期限、利率（如需）等；II）全部授信额度、提款使用及到期情况；III）是否存在限制性融资条款，例如“未取得书面同意的，不得向第三方进行融资”等；IV）借款金融机构对收款账户是否设立监督条款，是否有优先偿还金融机构借款本息的前提约定；V）其他限制融资的条款；2、若拟投资项目尚有贷款授信额度未提款使用，项目律师应关注拟投资项目是否存在超额融资情况，详细论述债权投资计划融资的合理性，并在募集说明书、后续管理说明书等文件中详细论述将采取何种有效措施以确保拟投资项目不发生超额融资的情况。

在实务中，一般还涉及债权投资计划融资放款后用于偿还原有金融机构对拟投棚改项目的已有融资的情况，在此等情况下，需要核实原已有融资的融资合同是否存在限制提前还款的条款约定及相应的违约责任，以及不管是否存在该类条款，如需要提前清偿已有融资，均需要取得已有融资金融机构的书面同意提前清偿融资款并免除融资主体提前还款责任的同意文件。

（七）拟投棚改项目抵质押受限的核查情况

在对拟投棚改项目尽调中，项目是否存在抵质押一般与项目是否存在已有融资相关联且作为对已有融资债务提供的担保措施。在拟投棚改项目中，主要的抵质押担保措施有应收账款质押、土地抵押等情况。因此，如涉及此等情况时，需要核查其抵质押登记情况并如实进行披露，以及需要分析其对融资主体能够对债权投资计划按期还款是否存在影响。如存在影响时，消除其对债权投资计划影响的措施是如何设置的？在实务中，一般是置换原有融资并解除该等抵质押担保措施。如为此，建议在上述同意融资主体提前还款的同意文件中增加同意解除此等担保措施的相应约定。

综上，以上主要是债权投资计划拟投的基础资产项目类型之一棚改项目的一些主要合规审核关注要点。除此之外，如拟投棚改项目的总投、项目资本金、项目主体情况、项目权属情况、政策条件等也需予以关注，但与其他债权投资计划无特别之处，在此不再赘述。

另外，在实务中，由于项目主体经营范围中涉及土地熟化业务时，保险资管公司一般会要求依据《债权投资计划注册系列问题与解答》对此点发表相应的合规意见，因其作为项目主体的合规要点，在此予以提示但不予展开。

□李政明/文

李政明律师，中伦文德高级合伙人、保险研究院院长，中国保险学会法律委员会委员，中国保险法学会理事，贸仲、北仲、广仲、深国仲等机构仲裁员，独立董事，钱伯斯、LEGAL500亚太区上榜律师。执业领域：保险、资本市场、私募投资、不动产与建设工程、争议解决等。

□何　娟/文

何娟律师，中伦文德非权益合伙人，保险法律委员会秘书长。主要从事金融保险、公司合规、争议解决等领域的法律事务，先后担任数十家企业常年法律顾问，执业期间承办了上百起疑难、复杂案件，积累了丰富的法律合规和争议解决经验。

《民法典》背景下财产保险代位追偿中免除部分担保人责任的法律问题

前言

我国《保险法》第六十条规定："因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。"在财产保险中，代位追偿是保险人的法定权利。如果保险人依法取得的被保险人对第三人的债权上存在保证债权和担保债权等从权利，保险人同时取得被保险人向相关保证人和担保人的担保权，这在目前司法实践中已经基本没有争议，即，保险人可以向第三人及其担保人进行追偿。

在保险公司追偿实务中，存在部分担保人主动提出其按照一定比例或份额履行债务换取保险公司免除其全部担保责任的情形。在该种情形下，存在这样一个问题：如果保险公司与部分担保人达成协议，获得部分赔偿后免除其担保责任，该协议对其他担保人会产生何种影响？该和解行为是否在法律上会造成保险公司对其他担保人相关追偿权的丧失？本文结合《民法典》《保险法》的相关规定，从免除部分担保人责任对其他担保人的法律效力、担保人之间的追偿权两个角度分析，供业内人士和相关方参考。

保险公司与部分担保人达成协议免除该担保人责任，对于其他担保人的法律效力如何？

鉴于担保包括抵押、质押、保证等多种形式，且同一债务存在单一担保或混合担保等多种情形，本文将分别从仅存在多个连带保证担保、同时存在物权担保和多个连带保证担保的混合担保等两种情形分别阐述。

1.1 保险追偿案件中仅存在多个连带保证人的情形

共同担保按照债权人可以向担保人主张担保责任份额的不同，可以分为按份共同担保和连带共同担保。关于共同担保中按份共同担保、连带共同担保的界定及区分在我国法律体系当中并没有明确规定，仅存在有关按份共同保证和连带共同保证的相关规定。根据的《担保法》（已失效）第十二条[1]和《担保法解释》第19条[2]规定，保证人之间对保证份额有明确约定的，应当按照约定的保证份额承担保证责任，此为按份共同保

证；保证人之间没有约定保证份额的，为连带共同保证。

不过，《民法典》的规定与《担保法》和《担保法解释》的规定略有区别，《民法典》第六百九十九条[3]规定，保证人与债权人之间对保证份额有明确约定的，应当按照保证合同约定的保证份额承担保证责任；没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。对于是否构成连带共同保证《民法典》并未明确规定，即便如此，按照《民法典》第六百九十九条的规定，没有约定保证份额的，债权人可以要求任一保证人履行全部债务，已经满足连带债务的定义；另外，全国人大法工委在对本条的解释中提到："故多个保证人之间的关系，实际上是三种情形：明确约定为按份共同保证；明确约定为连带共同保证，此时为真正连带；没有约定保证份额，但适用第 699 条所规定的'没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任'的不真正连带共同保证，此时债权人可以请求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人承担保证责任之后可以找债务人追偿，但是多个保证人之间没有相互追偿权。"可见，全国人大法工委也认可了《民法典》第六百九十九条作为对外关系中连带共同保证的依据。

按照是否约定担保份额对共同担保进行分类，可以分为按份共同担保与连带共同担保。即，按份共同担保，是指债权人和担保人对担保责任份额存在约定，债权人只能按照约定的份额向担保人主张担保责任的共同担保；连带共同担保，是指债权人可以要求任何一个担保人承担全部债务担保责任的共同担保。

《民法典》第五百二十条[4]第二款："部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭。"故，在保险追偿案件中仅存在多个连带保证人的情形下，保险公司与部分连带保证人达成协议免除其连带保证责任的，在该连带保证人应当承担的份额范围内，其他连带保证人对保险公司的债务消灭，即保险公司在向其他连带责任保险人追偿的数额中，应当扣除保险公司免除责任的连带保证人在连带保证人内部应当承担的份额。

至此，在上述情形下，关于连带保证人应当承担的份额的确定问题，将成为是否对保险公司相关权利产生实质影响的关键。下文做具体探讨。

1.2 同时存在物权担保和多个连带保证担保的混合担保情形

根据《民法典》第三百九十二条[5]，债务人自己提供物的担保的情形下，债权人须先就该物的担保实现债权，故债权人提供物的担保不在本文考虑之列，本文仅就并存债务人之外的第三人提供物的担保和其他多个连带保证的混合担保情形进行探讨。

《民法典》第三百九十二条规定："第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。"保险公司在取得保险人代位求偿权之后，依法取得被保险人（即债权人）的相关权利，可以就物的担保实现债权（关于保险人代位求偿权项下债权的保证债权、抵押权是否一并转移给保险人的问题，在实务中存在一定的争议。笔者认为，因担保权属于从权利，保险人当然取得该从权利，保险人可以向第三者的担保人主张担保权利。本文暂不展开分析），也可以请求保证人承担保证责任；而根据《民法典》第五百一十八条关于连带债务的规定（即债权人可以请求部分或者全部债务人履行全部债务的，为连带债务），笔者认为，在该种情形下，可以认为物权担保人和连带保证人之间存在法定连带关系，即物权担保人和连带保证人就应向债权人承担的债务构成连带债务。

基于此，根据《民法典》第五百二十条第二款"部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭"，故，在保险追偿案件中，存在第三人提供物的担保和其他多个连带保证的混合担保情形下，保险公司与部分担保人（包括连带保证人和物权担保人）达成协议免除其担保责任的，在该担保人应当承担的份额范围内，其他担保人对保险公司的债务消灭，即保险公司在

向其他连带责任保险人追偿的数额中，应当扣除保险公司免除责任的担保人在担保人内部应当承担的份额。

至此，在上述情形下，关于连带保证人应当承担的份额的确定问题，将成为是否对保险公司相关权利产生实质影响的关键。下文做具体探讨。

2. 担保人之间的追偿权

《担保法》（已失效）第十二条[6]和《担保法司法解释》（已失效）第20条第二款[7]、第38条[8]、第75条第三款[9]条均明确规定，承担担保责任的担保人对其他担保人享有追偿权。根据《物权法》第一百七十六条[10]和《九民会议纪要》第56条[11]之规定，除非担保人之间约定可以相互追偿，否则，物权担保人承担担保责任后只能向债务人追偿，而不能向其他担保人追偿；当然，根据上述规定，连带责任保证人之间是可以相互追偿的。鉴于《担保法》已于2021年1月1日被《民法典》废止，就连带责任保证人之间是否可以相互追偿的问题，需要根据《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国民法典＞时间效力的若干规定》并结合法律事实发生的具体时间等有关情况进行判断。

《民法典》对担保人（包括物权担保、保证等）的追偿制度采取了“意思自治”的原则。《民法典》第三百九十二条[12]规定，物权担保人承担担保责任后，有权向债务人追偿；《民法典》第七百条[13]规定，除当事人另有约定外，保证人承担保证责任后，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿。上述两条文均未规定承担担保责任和保证责任的担保人有向其他担保人（包括保证人）进行追偿的法定权利。因此，笔者认为，在担保人之间是否享有追偿权，取决于担保人之间是否达成了相互追偿的一致意思表示。《担保制度解释》第13条[14]具体规定了担保人之间达成或视为达成了相互追偿的一致意思表示的具体情形，可总结为：

（1）担保人之间明确约定可以相互追偿，并约定了分担份额。

（2）担保人之间约定可以相互追偿但没有约定分担份额，或没有约定可以相互追偿但约定了承担连带共同担保的，各担保人间应按照比例分担无法向债务人追偿的部分。

（3）共同担保人之间未对相互追偿作出约定

且未约定承担连带共同担保，但是各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印，承担了担保责任的担保人有权请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分。

除上述情形外，承担了担保责任的担保人无权请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分。

鉴于此，保险公司免除部分连带保证人或物权担保人（统称担保人）责任导致保险公司就该等担保人应当承担的份额丧失追偿权的前提是存在“担保人之间达成或视为其达成了相互追偿的一致意思表示”的情形，即《担保制度解释》第13条规定的担保人之间达成或视为达成了相互追偿的一致意思表示的三种具体情形；而相关份额则是有约定从约定，没有约定则按照比例分担无法向债务人追偿的部分。

除上述情形外，笔者认为，根据现行法律及相关司法解释，保险公司免除部分担保人的责任，并不会导致保险公司对其他担保人（包括连带保证人）相关权利的丧失。

3. 总结及建议

尽管如此，在实务操作过程中，保险公司确实会存在难以有效核实担保人之间是否对相互追偿或承担连带共同担保进行约定的情况。因此，笔者建议保险公司谨慎对待仅与部分担保人单独签署和解协议免除其担保责任的业务操作。如果保险公司确需免除部分担保人的责任，建议通过与全体担保人共同签署和解协议，并对各方的权利义务、免责事项、法律后果进行明确的约定，以避免不必要的纷争，有效管控潜在风险。

注释：

[1]《担保法》（已失效）第十二条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。

[2]《担保法司法解释》（已失效）第十九条 两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。

连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债权人的，人民法院不予支持。

[3]《民法典》第六百九十九条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任；没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。

[4]《民法典》第五百二十条 部分连带债务人履行、抵销债务或者提存标的物的，其他债务人对债权人的债务在相应范围内消灭；该债务人可以依据前条规定向其他债务人追偿。

部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭。

部分连带债务人的债务与债权人的债权同归于一人的，在扣除该债务人应当承担的份额后，债权人对其他债务人的债权继续存在。

债权人对部分连带债务人的给付受领迟延的，对其他连带债务人发生效力。

[5]《民法典》第三百九十二条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

[6]《中华人民共和国担保法》（已于2021年1月1日废止）第十二条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。

[7] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释（已于2021年1月1日废止）第二十条第二款 连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。

[8] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释（已于2021年1月1日废止）第三十八条 同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。

同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。

债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。

[9] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释（已于2021年1月1日废止）第七十五条第三款 抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。

[10]《中华人民共和国物权法》（已于2021年1月1日废止）第一百七十六条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

[11]《全国法院民商事审判工作会议纪要》56.【混合担保中担保人之间的追偿问题】被担保的债权既有保证又有第三人提供的物的担保的，担保法司法解释第38条明确规定，承担了担保责任的担保人可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。但《物权法》第176条并未作出类似规定，根据《物权法》第178条关于“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”的规定，承担了担保责任的担保人向其他担保人追偿的，人民法院不予支持，但担保人在担保合同中约定可以相互追偿的除外。

[12]《民法典》第三百九十二条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

[13]《民法典》第七百条 保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。

[14] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释第十三条 同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间约定相互追偿及分担份额，承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照约定分担份额的，人民法院应予支持；担保人之间约定承担连带共同担保，或者约定相互追偿但是未约定分担份额的，各担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分。

同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间未对相互追偿作出约定且未约定承担连带共同担保，但是各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印，承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分的，人民法院应予支持。

除前两款规定的情形外，承担了担保责任的担保人请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分的，人民法院不予支持。

李敏律师，中伦文德律师事务所高级合伙人律师，毕业于清华大学建筑学院、法学院，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。

□李　敏/文

徐乾宇，中伦文德律师助理，毕业于清华大学法学院，主要从事房地产、金融、诉讼业务。

□徐乾宇/文

建设工程施工合同订立时无法预见因素在工程款结算时如何处理问题之研究

概述

如果在建设工程施工合同订立时存在建设单位和施工单位双方均无法预见的因素，而这些因素最终导致施工单位实际的工程量增加，按照现有法律法规规定和司法实践中的做法，在符合特定条件时，施工单位依法应当是有权基于公平原则要求建设单位承担工程量实际增加部分对应款项的。本文主要站在施工单位的角度进行有关分析和论述，供各位参考。

一、问题的提出

由于建设工程项目周边环境的复杂性、现场勘查方式和手段的不足、现有技术的局限性以及工程施工本身的特殊性等原因，在建设工程项目的实际施工过程中，经常会出现一些建设单位和施工单位在订立施工合同时均无法预见的因素。实践中，建设单位和施工单位通常对于这些因素的出现和发生都没有主观过错，但往往会导致施工单位最终实际承担的工程量以及费用的增加。那么，在上述情况下，施工单位是否可以向建设单位主张由于无法预见因素导致的工程量实际增加部分的相应款项？

二、施工单位可选择的相关法律制度

（一）施工单位主张权利时通常可选择的几种法律制度

对于上述情形，按照我国目前相关法律法规和司法解释的有关规定，我们认为施工单位可以主张权利的主要法律制度和依据如下：（1）施工单位可以主张适用情势变更原则要求建设单位承担工程量实际增加部分的费用；（2）施工单位可以主张构成显失公平要求撤销不合理的相关合同条款；（3）施工单位可以主张建设单位提供的图纸等基础资料有误导致施工单位工程量增加，并要求建设单位承担增加部分的费用；（4）施工单位可以主张工程量的增加是双方均无法预见的情形，施工单位在预估工程量时已经符合相关建设规范或要求，施工单位对工程量的增加无主观过错，该部分费用基于公平原则应当由建设单位承担。

（二）对于施工单位主张权利时可选择的上述法律制度依据之分析

1、关于以情势变更原则主张权利的法律依

据分析

《中华人民共和国民法典》中对于情势变更原则进行了明确规定，按照该法第五百三十三条的规定，如果合同成立之后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。

根据以上规定，同时也结合实践中我国法院处理的态度，一般而言，法院要求适用情势变更相关规定通常需同时满足以下条件：（1）订立合同的客观情况或基础条件发生重大变化；（2）该重大变化当事人无法预见；（3）该重大变化不属于商业风险；（4）该重大变化导致继续履行合同对当事人一方显失公平或无法实现合同目的。根据我们处理类似案件的经验，实践中，施工单位要证明订立合同的客观情况或基础条件发生重大变化往往存在一些难度，因此施工单位以情势变更原则主张权利往往会存在一定的障碍。

2、关于以显失公平主张权利的法律依据分析

《中华人民共和国民法典》中对于显失公平也进行了明确的规定，按照该法第一百五十一条的规定，一方当事人利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

根据以上规定，同时也结合实践中我国法院处理的态度，一般而言，法院要求适用显失公平相关规定撤销合同条款通常需同时满足以下条件：（1）一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形；（2）合同成立时显失公平。同样的，根据我们处理类似案件的经验，实践中，施工单位往往是自主决定是否投标，很难认定为其在投标时存在危困状态；施工单位作为专业的具有法定资质的主体，往往也比较难认定其在合同签订过程中缺乏判断能力，同样的，实践中签订的施工合同的有关条款往往会注明施工合同系根据施工单位报价情况以及双方协商确定，往往比较难认定合同条款在订立时即构成显失公平。

3、关于以建设单位提供的图纸等基础资料有误导致施工单位工程量增加主张权利的法律依据分析

《中华人民共和国民法典》对此也存在相关规定，根据该法第八百零三条的规定，建设单位未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，施工单位可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。而最高人民法院在《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）》第十九条第二款中也规定，因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。

根据以上法律法规，同时也结合实践中我国法院处理的态度，一般而言，法院要求认定因建设单位提供的基础资料错误导致的施工单位工程量增加部分的费用由建设单位承担通常需同时满足以下条件：（1）施工单位有充足的证据证明建设单位提供的基础资料错误；（2）该错误是导致施工单位工程量增加的原因。根据我们处理类似案件的经验，既然本文讨论的是建设单位和施工单位在订立施工合同时都无法预见的因素，那么实践中施工单位对于这些无法预料的因素要去提供充足的证据证明建设单位提供的基础资料错误往往存在一些难度，特别在现阶段建设单位往往处于强势地位、合同条款往往比较有利于建设单位的情况下，要充分证明存在上述情形对施工单位来说是比较困难的。

4、关于以工程量的增加是双方均无法预见的因素所导致要求增加工程款的法律依据分析

《中华人民共和国民法典》对于合同双方订立合同后出现无法预见的因素所导致权利义务的变更也有相应的规定，根据该法第六条的规定，民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。根据我们处理类似案件的经验，结合司法实践中有关法院的态度，我们认为当出现建设单位和施工单位双方均无法预见的因素时，由于施工合同订立时施工单位对工

程量的预估通常已经符合相关建设规范或要求，故施工单位对这些建设单位和施工单位都无法预见的因素导致的工程量的增加无主观过错，施工单位是可以主张该部分费用基于公平原则应当由建设单位承担的。

综上，我们认为，当建设工程项目施工过程中出现建设单位和施工单位双方均无法预见的因素导致工程量和工程款的增加，在满足一定条件时，施工单位是可以选择基于《中华人民共和国民法典》的有关规定要求建设单位承担由此所增加的工程款的。

三、司法机关的态度

上述第二部分提到，当建设工程项目施工过程中出现建设单位和施工单位双方均无法预见的因素导致工程量和工程款的增加，在满足一定条件时，施工单位应当是可以选择基于《中华人民共和国民法典》第六条的规定要求建设单位承担由此所增加的工程款的。那么司法实践中法院等司法机关是否支持这一做法？根据我们梳理的情况，我们认为司法实践中有关司法机关应当是支持这一观点的。现将我们检索到的部分判决简要梳理如下：

1、早在最高人民法院于 2012 年 6 月 25 日作出的一个案件判决中（详见（2012）民提字第 20 号《民事判决书》），最高人民法院实际上支持了上述观点，这个案件也曾被选为典型案例在最高人民法院公报中发表。在该案中，建设单位与施工单位签订的施工合同中约定由施工单位负责厂房桩基及基础工程。在实际施工过程中，施工单位发现现场地质条件复杂，工程量远远超出合同约定的工程量范围，故重新制定施工方案及相应

报价向建设单位报批。建设单位认为，双方在施工合同中确定的价格是竣工验收合格的价格，不应当变化，不同意增加工程款。在此情况下，施工单位决定按原施工方案进行施工。经鉴定，案涉工程存在重大质量问题，双方就工程质量以及款项结算等问题产生争议。对此，最高人民法院认为，案涉工程所处地区地质条件较为特殊，施工单位在投标时乃至签订合同时客观上难以对当地特殊的地质情况作出准确判断。在发现地质情况特殊后，施工单位与建设单位均应秉承诚实信用原则，协商调整相关施工方案。这个案件中，鉴于施工单位已提出有关方案，而建设单位强调工程造价为包死价，态度消极，最终最高人民法院判决建设单位对工程质量出现问题承担主要责任。

2、地方法院中，比较典型的是云南省高级人民法院于 2018 年 7 月 23 日在一个案件中作出的判决（详见（2018）云民终 275 号《民事判决书》）。在云南省高级人民法院审理的这个案件中，建设单位与施工单位签订了《施工合同》，约定由施工单位负责某商业广场项目的建筑安装工程以及环境工程，合同中明确约定了“该固定总价是乙方完成本合同项下自行承包范围内全部工程施工、履行总包管理之责、承担相关配合义务的全部价款，除合同另有约定可以调整的情况外不再因任何原因而调整……对于现场已经明确存在和可预见的不利外界条件或障碍，均视为乙方在接受合同时已预见其影响因素。对于合同中未明确指出但在不利条件或障碍发生之前，工程师已指示乙方有可能发生，但乙方未能采取有效措施而导致的后果均由乙方负责”。但是，在实际施工过程中，由于地质原因施工单位需增加桩基工程，双方就该桩基工程之工程款的结算产生争议。对此，云南省高级人民法院认为，由于该桩基工程系因地质因素导致，属于地质风险，是双方在签订合同、编制招标工程量清单和工程拦标价时无法考虑到的因素，只有在具体施工过程中，通过开挖后地基实际地质状况方能确定采用何种处理方式，故该部分费用不属于施工单位能够预见的费用。最终，云南省高级人民法院审理后认为，考虑到建设单位、监理单位、施工单位三方均签字确认相关打桩记录，且存在经审核的专项施工方案以及相应施工图纸，该部分费用应当由建设单位承担。

3、地方法院中，除了云南省高级人民法院，甘肃省高级人民法院于 2018 年 3 月 26 日作出的另一案件的判决也支持了上述观点，该案也比较典型（详见（2018）甘民终 13 号《民事判决书》）。在这个案件中，建设单位与施工单位签订了施工合同约定由施工单位负责相关项目的主井筒工程，并约定工期为进场后 10 个月。在实际施工过程中，由于政府相关要求导致停工及地质原因造成的涌水量增大等主要原因致使该工程于 2013 年 11 月 15 日才施工完毕，双方对于该工程延期期间的人工费结算等问题产生争议。对此，甘肃省高级人民法院认为，虽然施工合同中有人工材料在施工期间不允许再调价的约定，但该合同实际工期已远超约定工期，存在人工费增加的实际情况，且造成工期延后是由于地质原因和政策令两会停工等非施工方的原因，因此，按照公平原则建设单位应当参照合理的标准对施工单位在工程延期期间支出的人工费进行补偿。

需要说明的是，除了上述 3 个比较典型的案件，我们还找到了一些其他法院的判决和裁定，也是支持上文中我们梳理的观点的，限于篇幅的原因，本文在此不再赘述。

四、施工单位要求建设单位承担无法预见因素导致的工程量实际增加部分的相应款项的主要条件

根据以上法律法规的规定以及司法实践中有关司法机关的裁判观点，在满足一定条件时，施工单位有权要求建设单位承担无法预见因素导致的工程量增加部分的相应款项。我们认为，主要需要满足的条件包括：

（一）工程量及费用的增加系施工单位无法预见的原因导致，施工单位对于未能预见到该情形无主观上的过错

1、在上述涉及到地质条件的案例中，法院重点考察了施工单位在招投标阶段可对项目进行现场踏勘的详细程度以及施工单位是否根据实际

情况及时制定了合格的施工方案。若施工单位在招投标过程中无法进行详细的现场踏勘工作，且发现不利地质条件后及时制定了相关方案报建设单位批准，法院通常认为施工单位对于该无法预见的情形以及工程量增加的结果无明显主观过错。在施工单位无过错的情况下，法院倾向于认为原则上由建设单位承担工程量增加部分的相应款项。尤其是在建设单位提供的施工图纸等资料有误的情况下，由于建设单位对此具有明显过错，因此，即便施工合同约定工程款为固定总价、不因地质条件等因素予以增加，法院仍可能会认定建设单位应当承担因施工图纸有误造成的工程量增加部分的相应款项。

2、在无法预见的情形不涉及地质条件的情况下，法院亦是从无法预见情形的成因（如政府禁令等）来判断工程量及相关款项的增加是否为施工单位的原因导致，并据此确定建设单位与施工单位的费用承担问题，可见施工单位是否具有过错是法院划分其与建设单位各自需承担的责任的重要依据。

（二）由施工单位承担工程量实际增加部分的相应款项有违公平原则

由于建设工程项目本身的特殊性，在工程建设的实践过程中，时常发生建设单位与施工单位双方均无法预见的情况。如果一律由建设单位承担一切无法预见因素导致的工程量增加部分的相应款项，对建设单位的要求未免过于苛刻，也不利于保障交易的安全和稳定。司法实践中判断该部分款项应由哪一方承担的重要标准是，由施工单位承担该部分款项是否有违公平原则。

考虑到建设工程施工通常为薄利行业，而建设单位能持续地通过对建设工程的使用及处分获得较高收益，倘若无法预见的因素导致工程量增加部分的相应款项与施工单位可获得的收益基本持平甚至超出施工单位的目标收益，则应当可以推定双方利益存在严重失衡，对于施工单位明显不公平。在此情形下，施工单位按理应当有权要求建设单位承担或部分承担工程量增加部分的相应款项，这也是公平原则这一民法的基本原则在建设工程施工合同领域的体现和要求。

五、对施工单位的建议

根据以上分析，我们认为，如果施工单位就无法预见因素导致的工程量实际增加部分的相应款项向建设单位主张权利，建议施工单位重点注意如下方面：

1、建议施工单位首先可以考虑该无法预见因素是否符合不可抗力或情势变更的构成要件，即考虑该无法预见因素是否能够以较低成本克服或解决，施工合同履行的背景及基础条件是否发生了重大变化等因素。

2、建议施工单位可结合工程的实际情况，找出可能能够推定建设单位提供的有关材料或介绍的情况是导致施工单位无法预计未来可能发生的不利因素的证据。

3、建议施工单位重点关注按照合同订立时的操作规程、施工手册、国家或行业标准或科技水平等因素能否推定施工单位确实无法预见到未来可能发生的不利因素。

中伦文德

朱向鸣，中伦文德上海分所高级合伙人律师，法律科技中心主任，长期为企业提供各类法律服务，除对于企业生产经营活动中涉及的各类合规问题拥有丰富的服务经验和独到的专业见解外，还致力于产业数字化带来的各类前沿法律问题以及数字化解决方案的研究。

□朱向鸣/文

后“封控”时代——“数字哨兵”、“场所码”常态化下的企业个人信息保护解决方案

2022 年 6 月 1 日，值得全上海人民永久纪念的日子，在停摆了两个多月之后，2500 万上海市民终于盼来了这座超大型城市的全面复工复产。四处可见的人流，久违的堵车，一切看上去都和原先并无什么不同，只有商场、医院、办公楼宇等公共场所门口架设的一台台“数字哨兵”和小区门口等随处可见的“场所码”在提醒我们疫情尚未完全过去，仍然需要注意健康防护来维护这来之不易的抗疫成果。

2022 年 5 月 31 日，上海市经济和信息化委员会发布了《上海市工业企业复工复产疫情防控指引（第三版）》其中明确提出来加强人员健康管理和监测的要求，规定“企业要做到‘场所码’或健康核验一体机（即‘数字哨兵’）的全覆盖，指定专人每天汇总员工健康情况。”。事实上，2020 年初复工复产之后，作为疫情防控的重要环节，大多数企业开展了人员进出登记，进出工厂、银行等进行信息登记早已常态化。但与两年前情况不同的是，《中华人民共和国个人信息保护法》[1] 已于 2021 年 11 月 1 日正式施行，企业作为个人信息处理者在开展相关信息登记等活动时需要更加重视相关法定义务，避免出现个人信息保护合规风险。

在此，我们就企业使用“数字哨兵”、“场所码”以及因疫情防控需要开展相关登记活动时涉及的个人信息保护问题进行简要分析，并提供相应的解决方案供各位参考！

一、“数字哨兵”、“场所码”的使用与“个人信息处理者”

《中华人民共和国个人信息保护法》第九条规定：“个人信息处理者应当对其个人信息处理活动负责，并采取必要措施保障所处理的个人信息的安全”。显然，在分析企业使用“数字哨兵”、“场所码”时的个人信息保护相关问题时，我们有一个前提事项需要先予以明确，即“企业使用‘数字哨兵’、‘场所码’后是否就成为了‘扫码人’的个人信息处理者？”。

关于该问题，我们发现从相关地方规定要求和实务调查角度会得出不同的结论。首先，从相关地方规定的要求来看，“数字哨兵”、“场所码”均不留存本地数据，作为使用人的企业无法通过‘数字哨兵’或者‘场所码’取得“扫码人”的个人信息，因此并非法律意义上的个人信息处理者。例如：上海市的《“数字哨兵”设备服务商管理办法》[2] 中对于安全管理的要求就包括“设

备服务商不得在设备、云端或其它介质上违规留存“数字哨兵”数据服务过程中涉及个人信息的脱敏和未脱敏数据，包括但不局限于被查询人的身份数据、生化检测数据、健康数据、行动轨迹数据等。未经授权设备服务商严禁将上述数据用作他途或擅自扩大使用范围”；无锡市发布的首个地方性标准《新型冠状病毒肺炎疫情防控扫码设备数据应用管理规范》(DB3202T 1030-2022)[3]中规定了“扫码过程中不应进行指纹、人脸等生物信息的收集、使用和存储，采集的数据由法定管理的职能部门存储。”。

但是，我们在实务调查中发现，部分设备服务商存在将“数字哨兵”与“访客预约”等企业内部管理后台功能相关联来作为“产品亮点”的情况(如图一)。如企业选择了该类设备服务商的，将可能导致“扫码人”的个人信息被留存于本地。此时，企业将会成为“个人信息处理者”，进而需要承担法律规定的相关个人信息保护义务和责任。

二、企业是否可以在使用“数字哨兵”、“场所码”的同时进行人员进出登记

无论是上海的《“数字哨兵”设备服务商管理办法》还是无锡的《新型冠状病毒肺炎疫情防控扫码设备数据应用管理规范》中的前述相关规定，我们认为都充分体现了对个人信息保护的重视和对于《中华人民共和国个人信息保护法》相关规定的贯彻落实。因此，我们预计设备服务商、设备使用人不因“数字哨兵”或者“场所码”的使用而取得、存储“扫码人”的个人信息将成为统一标准。

但是，基于上级主管部门、基层管理部门的疫情防控管理需求，企业往往又不得不对进出经营场所的人员进行登记并核实其健康状态(例如，住建部门对于在建工地人员的管理等等)。那么，企业是否可以在使用“数字哨兵”、“场所码”的同时一如既往地自行开展人员信息登记？答案显然是肯定的，但在此种情况下，企业同样将会成为“个人信息处理者”，需要承担法律规定的相关个人信息保护义务和责任。

三、企业作为“个人信息处理者”的法定义务

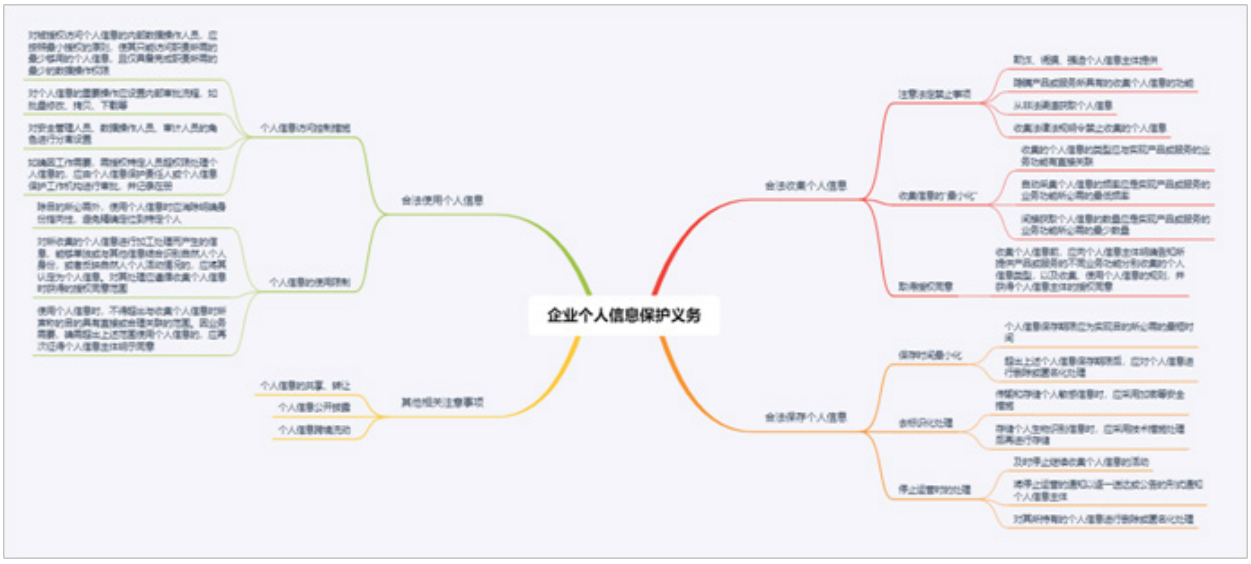
无论是因为使用了带有本地数据存储功能的“数字哨兵”等设备，还是企业自行开展了进出经营场所的人员信息登记，作为“个人信息处理者”的企业均至少需要遵守以下法定义务(图二)。

除前述现行法律对于作为“个人信息处理者”的企业在个人信息保护方面的基本要求之外，企业还需要就个人信息保护开展必要的组织建设，制订个人信息安全事件处置应急预案并开展演练，定期开展个人信息安全影响评估、人员培训等活动以确保企业在个人信息保护方面的合规性。

四、“数字哨兵”、“场所码”相关“个人信息保护”的数字化法律解决方案

如“图二”所示，个人信息保护涉及到的场景和问题繁多，对于一些刚刚开始接触个人信息

(图一)



（图二）

保护的企业或者中小企业主而言，疫情防控需求迫在眉睫，聘请律师等专业人士开展数据合规建设“远水难救近火”，且经历相当长时间的防控之后一些企业在资金方面也出现了一些压力。为此，中伦文德法律科技中心会同专业软件工程师联合开发了一套“数字哨兵”、“场所码”相关“个人信息保护”的数字化法律解决方案，可以低成本、快速地与“数字哨兵”、“场所码”以及监管部门的疫情防控登记要求进行无缝衔接，欢迎对此有需求的企业与我们联系。

祝广大企业复工复产顺利，顺利渡过难关再创佳绩。

注释：

[1] 第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议于 2021 年 8 月 20 日通过、公布，自 2021 年 11 月 1 日起施行。

[2] 上海市大数据股份有限公司 5 月发布。

[3] 无锡市市场监督管理局 2022 年 5 月 27 日发布。

□李政明/文

李政明律师，中伦文德高级合伙人、保险研究院院长，中国保险学会法律委员会委员，中国保险法学会理事，贸仲、北仲、广仲、深国仲等机构仲裁员，独立董事，钱伯斯、LEGAL500亚太区上榜律师。执业领域：保险、资本市场、私募投资、不动产与建设工程、争议解决等。

□廖　娟/文

廖娟律师助理，四川大学法律硕士，中共党员，主要从事金融保险纠纷、公司常年法律顾问与合规审查、民商事诉讼争议解决、金融等领域的法律事务，现为中伦文德律师事务所实习律师。

浅析在《反有组织犯罪法》背景下保险机构的义务

【摘要】《中华人民共和国反有组织犯罪法》已由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十二次会议于2021年12月24日通过，将于2022年5月1日起正式实施（以下简称“《反有组织犯罪法》”）。本文将对《反有组织犯罪法》的实施背景、主要内容等方面进行解读，重点对涉及金融机构的条款进行梳理，针对性的介绍《反有组织犯罪法》背景下保险机构常态化扫黑除恶工作的开展情况，以及保险机构防范有组织犯罪的相关建议。

【关键词】反有组织犯罪、金融机构、保险机构

一、《反有组织犯罪法》的实施背景

做好反有组织犯罪工作是维护国家政治、经济、文化、社会等各方面安全的重要一环。

《反有组织犯罪法》首先总结了扫黑除恶专项斗争的实践经验，巩固专项斗争成果。在党的十九大背景下，以习近平同志为核心的党中央作出开展扫黑除恶专项斗争的重大决策部署，扫黑除恶专项斗争在各方面的共同努力下取得了重大胜利。为总结专项斗争的成功经验，在法律上巩固专项斗争的成果，保障常态化扫黑除恶斗争法治化、规范化进行，有必要制定一部加强和规范反有组织犯罪工作的专门法律。

其次《反有组织犯罪法》加强了重点领域立法，完善中国特色社会主义法律体系，推进国家治理体系和治理能力现代化。《反有组织犯罪法》制定前，我国反有组织犯罪的法律制度具备一定规模，但未形成体系，其主要是办理有组织犯罪案件的实体和程序方面的规定，而有关预防治理、工作保障方面的制度规范比较少。总结实践经验，制定一部反有组织犯罪方面的专门法律，有利于进一步完善中国特色社会主义法律体系。

最后《反有组织犯罪法》践行以人民为中心的发展思想，以法治保障实现人民对美好生活的向往。在扫黑除恶领域，人民群众的法治需求主要体现在两个方面：一方面，需要依法严厉惩治影响安全感的黑恶犯罪，查处黑恶势力“保护伞”；另一方面，需要规范执法行为，尊重和保障人权，减少执法活动对生产生活、营商环境的负面影响。为回应人民群众两方面的法治需求，需要制定一部加强和规范反有组织犯罪工作的专门法律。

二、《反有组织犯罪法》的主要内容

“制定《反有组织犯罪法》是总结扫黑除恶

专项斗争经验，加强制度建设，保障在法治轨道上常态化、机制化开展扫黑除恶工作的重要举措”，全国人大常委会法工委刑法室主任王爱立指出，《反有组织犯罪法》的出台，对于建设更高水平的平安中国、法治中国，不断增强人民群众的获得感、幸福感、安全感，确保人民安居乐业、社会安定有序、国家长治久安，具有重大意义。

《反有组织犯罪法》共九章、七十七条，包括总则、预防和治理、案件办理、涉案财产认定和处置、国家工作人员涉有组织犯罪的处理、国际合作、保障措施、法律责任、附则。重点如下：

（一）明确相关概念

1. 反有组织犯罪

《反有组织犯罪法》中的“有组织犯罪”是一个狭义的概念，是指涉黑恶的有组织犯罪。制定《反有组织犯罪法》主要是为了巩固扫黑除恶专项斗争经验成果，保障扫黑除恶斗争常态化、机制化开展。从广义上来说，恐怖活动组织犯罪、邪教组织犯罪、传销组织犯罪以及有组织的黄赌毒盗抢骗犯罪、危害食品药品安全犯罪、侵犯知识产权犯罪，都是有组织犯罪，对其进行治理惩治，可以直接适用刑法、刑事诉讼法及反恐怖主义法、反间谍法等有关规定，但如黑恶组织实施上述行为及刑法规定的其他犯罪的，还应当适用《反有组织犯罪法》的规定。此外，联合国打击跨国有组织犯罪公约规定，有组织犯罪集团是指三人以上组成的、在一定时期内存在的、为了实施一项或多项严重犯罪或根据公约确立的犯罪以获得金钱或其他物质利益而一致行动的有组织结构的集团。对于黑恶组织实施公约规定的有关犯罪行为的，可以适用《反有组织犯罪法》。

2. 恶势力组织

黑社会性质组织的形成、发展一般都会经历一个由小到大、由恶到黑的渐进过程，在扫黑除恶工作中，要求坚持打早打小，有黑扫黑，无黑除恶，无恶治乱。对恶势力组织的概念予以明确，一方面有利于依法认定恶势力组织，及时予以打击惩治，防止其做大做强，成长为黑社会性质组织，给社会造成更大的危害；另一方面也有利于防止实践中出现拔高凑数认定，将一般的犯罪团伙认定为恶势力组织的情况。与组织、领导、参加黑社会性质组织不同，组织、领导、参加恶势力组织并不是一个独立的罪名，对于组织、领导、参加恶势力组织的，应当依其规模、结构等分别予以认定，依照刑法相应罪名予以定罪处罚，但在有关法律文书中可对其组织性质予以认定。

（二）明确工作原则

1. 综合治理原则。预防和惩治是反有组织犯罪工作的两个重要方面，不可偏废，需加强预防和治理，从源头上遏制黑恶势力滋生蔓延。《反有组织犯罪法》强调反有组织犯罪工作应当综合运用法律、经济、科技、文化、教育等手段，建立健全反有组织犯罪工作机制和有组织犯罪预防治理体系。

2. 明确反有组织犯罪工作应当坚持专门工作与群众路线相结合，坚持专项治理与系统治理相结合，坚持与反腐败相结合，坚持与加强基层组织建设相结合，惩防并举、标本兼治。

3. 明确法治原则。反有组织犯罪工作应当依法进行，尊重和保障人权，维护公民和组织的合法权益。

4. 全面参与原则。《反有组织犯罪法》规定有关国家机关、基层组织、企事业单位、公民都应依法参加反有组织犯罪工作。这些工作原则是党中央以人民为中心，加强系统治理、综合治理、源头治理，加强预防性法律制度建设的要求，是扫黑除恶工作实践经验的总结，也是今后开展反有组织犯罪工作应当坚守的方向。

（三）明确法律适用问题

明确境外黑社会组织及其成员适用《反有组织犯罪法》的情形。考虑实践中打击跨境有组织犯罪工作需要，规定了境外黑社会组织的法律适用问题，明确境外的黑社会组织到我国境内发展组织成员、实施犯罪，以及在境外对我国国家或者公民犯罪的，适用《反有组织犯罪法》，并依法追究刑事责任；参加境外的黑社会组织，尚不构成犯罪的，依法给予行政处罚。

（四）规定预防和治理相关制度

1. 规定村民委员会、居民委员会候选人资格审查制度。为防止黑恶势力向基层组织渗透，根据党中央加强基层组织建设、防范和惩治“村霸”的有关文件精神，总结实践经验，《反有组织犯罪法》对基层群众性自治组织选举中的联审机制作了规定，明确民政部门应当会同监察机关、公安机关等有关部门，对村民委员会、居民委员会候选人资格进行审查，发现因实施有组织犯罪受过刑事处罚的，应当依照有关规定及时作出处理。

2. 规定重点区域、行业领域、场所管理制度。为加强重点区域、行业领域或者场所的监管，《反有组织犯罪法》规定，公安机关可以会同有关部门根据本地有组织犯罪情况，确定预防和治理的重点区域、行业领域或者场所，相关管理单位应当采取有效措施，加强管理，并及时将工作情况向公安机关反馈。

3. 规定对特定人员的监督管理制度。为预防再犯罪，促进有关人员刑满释放后做守法公民、合法经营，《反有组织犯罪法》规定，黑社会性质组织的组织者、领导者或者恶势力组织的首要分子开办企业或者在企业中担任高级管理人员的，相关行业主管部门应当依法审查，加强监管。审查和监管应当严格依照公司法、市场主体登记管理条例等法律法规的有关规定进行。

4. 规定日常行为报告制度。为加强对黑社会性质组织犯罪有关人员的监督管理，防止其纠集力量卷土重来，《反有组织犯罪法》规定，因组织、领导黑社会性质组织被判处刑罚人员刑满释放后，需按照国家有关规定向公安机关报告个人财产及日常活动。适用该制度，应当经设区的市级以上公安机关决定，报告期限不超过五年。对违反报告义务的，《反有组织犯罪法》明确了法律责任。

（五）规定案件办理、涉案财产认定和处置具体制度

1. 规定黑社会性质组织犯罪案件立案前对涉案财产的紧急措施。为防止涉案财产在立案前被快速转移，导致被害人的经济损失无法挽回，确保“打财断血”的实现，《反有组织犯罪法》规定，核查黑社会性质组织犯罪线索，发现涉案财产有灭失、转移的紧急风险的，经设区的市级以上公安机关负责人批准，可以对有关涉案财产采取紧急止付或者临时冻结、临时扣押的紧急措施。金融机构等相关单位应当按照规定协助公安机关采取紧急措施，对于不提供协助，经责令改正，拒不改正的，《反有组织犯罪法》明确了法律责任。

2. 规定等值没收制度。依法应当追缴、没收的涉案财产无法找到、灭失或者与其他合法财产混合且不可分割的，可以追缴、没收其他等值财产或者混合财产中的等值部分。等值没收是国际上通行的一种涉案财产没收制度，联合国打击跨国有组织犯罪公约以及德、日、意大利等国刑法典对此都有规定。

3. 完善涉案财产处置证明标准，对认定涉案财产属于黑社会性质组织犯罪所得及其孳息、收益的证明标准作出特殊规定。为解决司法实践中黑社会性质组织犯罪案件涉案财产认定难的问题，《反有组织犯罪法》参照联合国打击跨国有组织犯罪公约，借鉴国外情况，并吸收有关司法解释的规定，明确被告人实施黑社会性质组织犯罪的定罪量刑事实已经查清，有证据证明其在犯罪期间获得的财产高度可能属于黑社会性质组织犯罪的违法所得及其孳息、收益，并且被告人不能说明财产合法来源的，应当依法予以追缴、没收。这样规定后，案件定罪量刑的证据标准和以前保持一致，即要求达到“证据确实、充分”的证明标准，而证明有关财产属于违法所得的证明标准则有所降低。应当注意的是，这是一项新的制度安排，为防止被告人的合法财产权益受到侵

害，对其适用作出了严格的限制，适用的财产是被告人在犯罪期间获得的财产，公诉方仍然承担“高度可能”的举证责任，只有指控达到了证明标准，而被告人还不能说明财产的合法来源的情况下，才可以予以没收。

4. 规定利害关系人的财产权利保障。明确对查封、扣押、冻结、处置涉案财产应当严格依照法定条件和程序进行，减少对企业正常经营活动的不利影响；公检法机关办理案件时应当对涉案财产审查甄别，法院应当组织法庭调查、辩论，判决时对涉案财产作出处理；利害关系人提出异议的，办案机关应当予以核实，听取意见，依法作出处理，对处理不服的，还可以提出申诉或者控告。

三、《反有组织犯罪法》背景下保险机构常态化扫黑除恶工作的开展

2022 年 1 月 17 日，银保监会办公厅下发《中国银保监会办公厅关于组织开展＜反有组织犯罪法＞贯彻宣传活动的通知》（银保监办便函【2022】47 号），该通知要求各银行保险机构要认真履行《反有组织犯罪法》规定的各项职责；进一步完善内部工作制度；多种形式大力宣传《反有组织犯罪法》要将贯彻宣传《反有组织犯罪法》纳入常态化开展扫黑除恶重点工作。另外各监管部门要按照《中国银保监会关于银行业保险业常态化开展扫黑除恶有关工作的通知》（银保监发[2021]23 号）的要求，将彻底宣传《反有组织犯罪法》有关情况纳入扫黑除恶上半年工作总结中。

因此，在中国银保监会要求各机关贯彻宣传《反有组织犯罪法》的背景下，结合《中国银保监会关于银行业和保险业做好扫黑除恶专项斗争有关工作的通知》（银保监发【2018】45 号）以及《中国银保监会关于银行业保险业常态化开展扫黑除恶有关工作的通知》（银保监发【2021】23 号）的规定，各保险机构在常态化开展扫黑除恶工作中需重点关注以下四个方面：

（一）重点打击有组织的保险诈骗活动

按照监管规定的要求，为及时发现重点业务领域面临的欺诈风险，建立常态化、制度化的防风险反欺诈工作机制是必要手段。保险机构应当积极响应监管要求，建立并不断完善、优化重大欺诈风险监测、预警、报告及应急处置工作机制，明确不同层级的应急响应措施，发现风险、消除风险，将保险诈骗活动扼杀在萌芽阶段。

如“代理退保”就是一种典型的保险诈骗活动，通常也具备有组织的特征。正常情况下，若投保人在保险合同生效之后想要退保，可按照《保险法》规定向保险公司提出申请，扣除一定费用后，能得到部分保险费退还，但保险消费者通常希望保险公司能退还全部保险费。“代理退保”中介利用消费者的这种心理向其收取一定费用，怂恿其直接或代理其发起恶意投诉举报，借助监管部门行政行为向保险机构施压，并利用保险公司想尽快降低投诉率、避免麻烦而让步的心理从中获利。此类非法代理维权行为挤占正常投诉维权渠道和资源，扰乱金融市场秩序，侵害消费者合法权益，危害社会稳定。中国银保监会持续就“代理退保”乱象发布一系列风险提示，目前已有多个代理退保涉嫌保险诈骗的案件，被移交公安机关或司法机关。

以上海市浦东区人民法院审理的一起“代理退保”案件为例，2019 年 10 月，被告人王某由彭壮壮介绍，受余杰指使，采用虚假投保、恶意退保的方式，骗取保险机构业务佣金。由余杰提供投保资金、被告人王某充当保险投保人，通过上海 xx 保险经纪有限责任公司购买由 xx 人寿保险有限公司承保的一份缴费期为 20 年的“xxx 年金保险”保险产品、一份缴费期为 20 年的“xxx 重大疾病保险”，每期标准保费分别为人民币 20 万元、2.1904 万元。因前述虚投业务，xx 经纪支付首年保险佣金人民币 312,531.48 元。骗得款项后，余杰指使被告人王某虚构保险机构误导投保的事实，进行恶意投诉退保，并于 2020 年 5 月 25 日获全额退保。上海市浦东区人民法院认为，被告人王某以非法占有为目的，受人指使采用虚构事实、隐瞒真相的手法，骗取他人保险佣金，数额巨大，其行为已构成诈骗罪。因此，判决被告人王某犯诈骗罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年，并处罚金人民币四千元；涉案的作案工具移动电话一部，予以没收；违法所得应予追缴或责令退

赔后发还各被害人。

由于利益驱动，各类保险诈骗行为屡禁不止，在《反有组织犯罪法》出台的背景下，各保险机构更应严厉打击有组织的保险诈骗活动，具体可从以下两个方面着手：

一方面，加强保险欺诈线索或证据的摸排和收集。为从源头上打击各种保险诈骗活动，例如职业化第三方及保险机构内部人员非法获取保险客户信息、误导或怂恿保险客户非正常退保等扰乱保险业正常经营秩序并严重损害保险消费者合法权益的行为。各保险机构在日常经营活动中应提高职业敏感性，增强对各类保险欺诈行为的辨别能力，加强对各类保险欺诈线索、证据的摸排和收集，进一步提高数据报送质量。

另一方面，加强典型案例警示宣传和风险提示。当今社会，发达的信息网络给人们日常生活带来便利的同时，也被一些不法分子当做违法犯罪的工具，电信网络诈骗等各种新型违法犯罪活动日渐猖獗。为有效预防和打击电信网络诈骗、跨境网络赌博等新型违法犯罪活动，各保险机构应当贯彻落实法律规定和监管要求，持续开展并扩大典型案例警示宣传，加强保险诈骗风险提示，努力营造全社会反诈反赌的浓厚氛围。

（二）完善公司治理和员工管理工作

为杜绝黑恶势力向保险业渗透，做好源头防控工作尤为重要，各保险机构应当着力完善公司内部治理和加强公司员工管理。

关于公司内部治理，为持续提升股东股权管理和公司治理的有效性，保险机构切实履行主体责任、不断完善组织架构和治理机制是重中之重。同时，各级保险监管机构作为监管主体要严格市场准入，将涉黑涉恶信息作为保险机构设立、股权变更审批以及董事（理事）、监事、高级管理人员任职资格审批的重要判断依据。坚决杜绝涉黑涉恶人员和组织参股、控股保险机构，坚决杜绝涉黑涉恶人员担任董事（理事）、监事、高管人员，坚决从源头上遏制黑恶势力向保险业渗透。

关于员工管理，首先，各保险机构应当依照《中国银保监会办公厅关于预防银行业保险业从业人员金融违法犯罪的指导意见》（银保监办发〔2020〕18号）规定贯彻落实，对拟招录的员工加强背景审查，并要求拟招录员工提供不涉黑涉恶等书面承诺；对在岗员工，各保险机构应当进一步完善从业人员金融违法犯罪预防工作机制，对员工是否涉嫌“黄赌毒”、黑恶势力、非法集资、违规代客理财等违法违规行为进行严格排查，持续加强员工行为管控。其次，各保险机构要依法合规建立从业人员异常行为排查机制，加大对违法违规从业人员的问责和处罚力度，防止他人利用经营场所、销售渠道从事非法集资等非法金融活动。

（三）加强履行反洗钱义务

我国《刑法》对洗钱罪的定义作出了明确规定，破坏金融管理秩序犯罪和金融诈骗犯罪在其上游罪名之列。洗钱行为对社会的危害巨大的，包括严重危害经济的健康发展、影响金融市场的稳定、对人民生命财产形成巨大威胁等。

关于保险机构履行反洗钱义务可参考一则案例：2017年7月，某保险公司上报可疑交易报告，称张某趸交保费超过2亿元，与其身份不符，资金来源不明，涉嫌洗钱。经中国反洗钱监测分析中心监测，张某及其多个交易对手均有大量转账记录和证券交易及记录，且张某在2017年曾因操纵市场被中国证监会处罚，初步判断张某及其交易对手合谋操纵证券市场。经证监会立案调查，发现张某向郑某出借资金，郑某利用实际控制的基金专户操纵数只股票，违法牟利上千万元，证监会对其作出没收违法所得及罚款处罚。短期内趸交多份巨额保险，保费来源为操纵证券市场违法所得。资金交易记录显示，张某在过去两年内，在5家保险公司累计投保超3亿元，超出正常保障需求，其投保行为实质是转换违法所得，属于典型的洗钱行为。

根据《中国银保监会关于银行业保险业常态化开展扫黑除恶有关工作的通知》（银保监发〔2021〕23号）的要求，在前期长效整治市场乱象工作的基础上，各保险机构要充分吸收和借鉴扫黑除恶的成功经验，将扫黑除恶与金融行业乱象整治形成合力，在常态化开展扫黑除恶的工作过程中突出重点风险，持续深入整治宏观政策执行

和交叉金融业务风险、创新业务等重点风险领域，严查风险隐患及违法违规行为。

《中华人民共和国反洗钱法》（主席令第五十六号）及《金融机构反洗钱和反恐怖融资监督管理办法》（中国人民银行令〔2021〕第3号）要求金融机构应当建立健全反洗钱内部控制制度，并按照规定建立客户身份识别制度、大额交易和可疑交易报告制度等，明确保险机构在内的金融机构反洗钱义务。

此次《反有组织犯罪法》出台，其中第十七条[1]又重点强调了金融机构的反洗钱义务，要求反洗钱相关行政部门及机构应当督促金融机构履行反洗钱义务，有关部门可以依法进行调查并及时报案。故保险机构作为金融机构在日常经营活动中应当进一步关注反洗钱工作领域，依照相关规定履行和加强反洗钱义务，并对发现的洗钱活动线索及时报案。

（四）与公安等机关的配合义务

各保险机构要继续完善涉黑涉恶线索摸排核查责任制，以及与政法机关、政府相关部门的案件移送和沟通协调机制。具体在现场检查、日常经营等工作中注意涉黑涉恶线索的筛查和甄别，对于构成违反治安管理行为或犯罪的举报，依法移送公安机关；同时按照《反有组织犯罪法》第二十七条[2]的规定，各保险机构应当积极配合公安机关依法调查、核查涉案信息，查封、扣押涉案财产，配合做好“打财断血”，全力支持“黑财清底”工作，为公安机关依法履职提供有力保障。保险机构拒不履行上述义务的，《反有组织犯罪法》第七十一条[3]明确规定了相关处罚措施，依照不同程度可能被公安机关责令改正、罚款或建议有关主管部门给予处分。

四、对保险机构防范有组织犯罪的建议

第一，深化防范有组织犯罪工作重要性认识。仔细学习《反有组织犯罪法》其中的相关规定，了解有组织犯罪的概念和特征，明确保险机构作为金融机构应承担的责任。对于法律明确禁止的行为，保险机构应该认真把握底限，不冒风险，不踩红线。对于法律规定应承担的责任，保险机构应当严格遵照执行。此举有利于提升防控能力与水平，有利于提升保险机构的美誉度，有利于维护保险金融机构的合法权益，更有利于以实际行动落实党中央、国务院防控化解金融风险的战略实施和目标完成。

第二，继续提升合规能力，准确把握有组织犯罪定义和界限。依法合规经营是保险机构的生命线。回顾多年来个别保险机构发生重大危机的事件，可以看出，没有依法合规经营理念，保险机构也恐面临被接管，甚至破产重整的风险。合规经营是强化保险机构内控机制建设的基础，合规经营也是监管机构对保险金融机构最基本要求。提升合规能力须从监管规制、内部制度执行抓起，做到“有规必依、违规必究”，强调合规人人有责，内部审计部门、内控管理职能部门和业务部门均承担内部控制监督职能。

第三，强化现金管理，防范洗钱风险。保险机构工作人员在进行涉及洗钱渠道保全业务的反洗钱工作时，应根据《金融机构客户身份识别和客户身份资料及交易记录保存管理办法》的规定严格执行客户身份识别。例如：在保险金给付时，对退保、给付达到金额标准的，严格按照法规对退保人、被保险人或受益人进行客户身份识别；在信息变更后，对符合客户身份识别标准的投保人和法定继承人以外的指定受益人在保险合同有效期变更的，应对新投保人和指定受益人进行客户身份识别；在追加保费后，保险合同有效期追加大额保险费达到金额标准的，应对投保人和人身保险被保险人、法定继承人以外的指定受益人进行客户身份识别。

附：本文涉及到的《反有组织犯罪法》重点条款

[1]《反有组织犯罪法》第十七条 国务院反洗钱行政主管部门、国务院其他有关部门、机构应当督促金融机构和特定非金融机构履行反洗钱义务。发现与有组织犯罪有关的可疑交易活动的，有关主管部门可以依法进行调查，经调查不能排除洗钱嫌疑的，应当及时向公安机关报案。

[2]《反有组织犯罪法》第二十七条 公安机关核查有组织犯罪线索，经县级以上公安机关负责人批准，可以查询嫌疑人员的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产信息。

公安机关核查黑社会性质组织犯罪线索，发现涉案财产有灭失、转移的紧急风险的，经设区的市级以上公安机关负责人批准，可以对有关涉案财产采取紧急止付或者临时冻结、临时扣押的紧急措施，期限不得超过四十八小时。期限届满或者适用紧急措施的情形消失的，应当立即解除紧急措施。

[3]《反有组织犯罪法》第七十一条 金融机构等相关单位未依照本法第二十七条规定协助公安机关采取紧急止付、临时冻结措施的，由公安机关责令改正；拒不改正的，由公安机关处五万元以上二十万元以下罚款，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五万元以下罚款；情节严重的，公安机关可以建议有关主管部门对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

端阳歌

方登发/文

忆昔过端阳，

旌旗舞大江，

龙舟竞渡忙。

擂鼓汉子一声吼，

平野回荡群峰抖，

云飞船在天上走。

艾叶早插小窗台，

栀子昨开半树白，

吾乡气息绕心怀。

事务所快讯

▲ 北京市中伦文德（深圳）律师事务所高级合伙人陈康康律师主办案件入选第四届“一带一路”法律服务典型案例

2022 年 2 月 15 日，由法治日报社主办的第四届“一带一路”法律服务典型案例入选名单揭晓。

北京市中伦文德（深圳）律师事务所高级合伙人陈康康律师办理的“维护牙买加海外华侨在国内合法拆迁继承权益”项目，从数百份案例中脱颖而出，入选维护“一带一路”沿线国家公民、侨胞合法权益典型案例。

▲ 南昌仲裁委员会红谷滩分会主任黄学观一行莅临中伦文德南昌律师事务所指导交流

2022 年 3 月 2 日，南昌仲裁委员会红谷滩分会主任黄学观（原管委会副书记）、副主任李联明（原管委会纪检书记）、办公室主任万平（原综治办副主任）一行莅临中伦文德南昌律师事务所参观交流，受到南昌分所董事、律师梁成意博士、管委会主任闵光柏律师、执行主任余春毛律师、管委会副主任程锋律师、管委会副主任肖文军律师等创始合伙人及高级合伙人龚玲律师的热情接待。

▲ 中伦文德 • 长沙涉外业务部应邀参加交流合作洽谈

2022 年 3 月 3 日，应湖南外贸职业学院邀请，北京中伦文德（长沙）律师事务所高级合伙人段优律师率领涉外业务团队成员到访国际商务学院参观交流。湖南外贸职业学院国际商务学院院长刘潇、副院长吴轶群、杨惠梅老师、伍琳老师、特聘企业专家杨新谷等热情接待。

▲ 江西省司法厅二级巡视员、江西省律师行业党委副书记唐锋一行到中伦文德（南昌）律师事务所调研指导

2022 年 3 月 4 日下午，江西省司法厅二级巡视员、江西省律师行业党委副书记唐锋一行到北京市中伦文德（南昌）律师事务所调研走访，并与律师事务所律师座谈交流。座谈会上，调研组与中伦文德（南昌）律师事务所律师围绕“充分发挥律师职能作用服务重大项目建设”“创一流法治化营商环境律师法律服务正面清单和负面清单”等主题进行了深入交流，并进一步了解律师执业环境及需求。

▲ 中伦文德举办数据合规律师前景及数据合规业务交流讲座

2022 年 3 月 4 日下午，江西省司法厅二级巡视员、江西省律师行业党委副书记唐锋一行到北京市中伦文德（南昌）律师事务所调研走访，并与律师事务所律师座谈交流。座谈会上，调研组与中伦文德（南昌）律师事务所律师围绕“充分发挥律师职能作用服务重大项目建设”“创一流法治化营商环境律师法律服务正面清单和负面清单”等主题进行了深入交流，并进一步了解律师执业环境及需求。

▲ 北京市中伦文德（昆明）律师事务所党支部开展党组织生活会和民主评议党员会

为深入学习贯彻党的十九届六中全会精神，不断推进党的建设新的伟大工程，2022 年 3 月 5 日下午，北京市中伦文德（昆明）律师事务所党支部按照中央、省、市委组织部有关要求、中共盘龙区律师行业党委《关于开好 2021 年度基层党组织生活会和开展民主评议党员的通知》及相关工作提示要求，结合律师行业实际情况，积极组织支部党员召开本次组织生活会和民主评议党员会。

▲ 南昌市大成公证处主任黄表华一行莅临北京市中伦文德（南昌）律师事务所参观交流

2022 年 3 月 9 日上午，南昌市大成公证处黄表华主任、陈慧娟一行莅临北京市中伦文德（南昌）律师事务所参观交流，受到中伦文德南昌律师事务所创始合伙人（管委会副主任）肖文军、高级合伙人叶伟的热情接待。

▲ 中伦文德助力恒达股份股票定向发行项目通过审核

2022 年 3 月 9 日，浙江恒达仪器仪表股份有限公司（以下简称“恒达股份”）收到全国中小企业股份转让系统有限责任公司出具的《关于对浙江恒达仪器仪表股份有限公司股票定向发行无异议的函》（股转系统函 [2022]158 号），公司股票定向发行申请获得通过。中伦文德律师事务所为恒达股份本次股票定向发行项目提供专项法律服务。

中伦文德高级合伙人张彦周律师团队为本次股票定向发行提供了全方位、高质量的法律服务，服务范围包括法律咨询、尽职调查、出具法律意见书等。中伦文德律师凭借资本市场领域丰富的经验、专业高效的法律服务及勤勉尽职的工作态度赢得了客户的高度认可。

▲ 红谷滩区委统战部副部长、工商业联合会党组书记孙圆圆、南昌仲裁委红谷滩分会办公室主任万平莅临中伦文德南昌分所指导工作

2022 年 3 月 14 日下午，红谷滩区委统战部副部长、工商业联合会党组书记孙圆圆、南昌仲裁委红谷滩分会办公室主任万平莅临北京市中伦文德（南昌）律师事务所指导工作，受到北京市中伦文德南昌律师事务所董事、北京市中伦文德（南昌）律师事务所律师梁成意博士、监事会主席陈刚律师、管委会副主任肖文军律师的热情接待。

▲ 中伦文德助力深圳市人才安居集团成功发行 2022 年度第二期超短期融资券

2022 年 3 月 18 日，深圳市人才安居集团有限公司成功发行 2022 年度第二期超短期融资券，发行规模为 10 亿元。中伦文德律师事务所在此次超短期融资券的注册、发行过程中提供了全程法律服务。

此次超短期融资券发行工作由中伦文德朱登凯律师团队、周力思律师团队提供法律服务，团队成员包括雷锐芝、李超、李小鹏、苏晓芸、欧阳俊、宁宁、付嫣然、赵津、肖亚卓、吕婧琳。

此次超短期融资券发行利率为 2.2%，期限为 270 天，主体评级为 AAA，主承销商为宁波银行股份有限公司，联席主承销商为上海浦东发展银行股份有限公司。

▲ **北京市中伦文德（重庆）律师事务所多名律师受聘担任党政机关法律顾问**

为推进法治政府建设，提升依法行政水平，结合实际情况，重庆市南岸区人民政府启动了政府法律顾问的公开选聘工作。近日，重庆市南岸区人民政府正式公布法律顾问成员名单，中伦文德重庆律师事务所高级合伙人凌忠实律师进入该名单，受聘担任南岸区人民政府法律顾问。近年来，中伦文德重庆律师事务所律师先后受聘担任各级党政机关法律顾问，如：本所主任朱代恒律师先后担任中共重庆市九龙坡区委宣传部、重庆市渝中区人民政府、重庆市某区监狱、重庆市渝中区历史文化街区建设管理委员会等党政机关法律顾问；高级合伙人邬娜律师担任重庆市渝北区人民政府法律顾问；王小平律师担任重庆市北碚区人民政府法律顾问；杜佳伦律师担任重庆市廉政教育基地管理处、重庆市某区监狱法律顾问等。

▲ **北京市中伦文德（重庆）律师事务所女律师受邀参加“女律师，不被定义”沙龙活动**

2022 年 3 月 26 日下午，北京市中伦文德（重庆）律师事务所部分女律师受邀前往重庆德宝 5S 中心，参加由宝马、法律先生与辣车族联合举办的“女律师，不被定义”个人 IP 打造研讨沙龙活动。

▲ **诚挚祝贺蒋帅律师加入中伦文德上海分所并担任合伙人**

2022 年 3 月，中伦文德上海分所迎来了一位新合伙人，蒋帅律师加入了中伦文德上海分所担任合伙人。

▲ **范海涛律师受邀为上海海事大学学生在线授课**

2022 年 3 月 29 日，中伦文德上海分所合伙人范海涛律师受邀为上海海事大学商船学院 19 级航海专业本科学生做了在线授课。上海海事大学 100 余名航海专业学生参加了本次线上授课，上海海事大学商船学院副院长耿鹤军、船艺教研室董文海和罗捷共同参与课堂讨论。

▲ **北京市中伦文德（重庆）律师事务所与西南大学共建法学教学科研实践基地并举行签约暨授牌仪式**

2022 年 3 月 31 日下午，北京市中伦文德（重庆）律师事务所与西南大学共建“法学教学科研实践基地”签约暨授牌仪式在本所会议室举行。本所管委会主任朱代恒，管委会副主任曾杰、杨帆、贾月琴、谢明华、余方曦，合伙人陈天元作为代表出席；西南大学法学院副院长房香荣、实践教育中心主任范卫国参加本次签约暨授牌仪式。

▲ **北京市中伦文德（重庆）律师事务所成功入库重庆市国信公证处首批机构遗产管理人名录**

近日，重庆市国信公证处公布首批机构遗产管理人名录，北京市中伦文德（重庆）律师事务所成功入库。

▲ **中伦文德成功中标邦银金租商用车业务律所采购项目**

近日，北京市中伦文德律师事务所通过招投标竞争，成功中标邦银金融租赁股份有限公司（以下简称“邦银金租”）商用车业务律所采购项目，且位列五家入围中标单位第一名，负责其商用车融资租赁诉讼相关工作。

邦银金租是经中国银保监会批准设立的金融机构，成立于 2013 年 8 月，注册资本 30 亿元。公司股东为中原银行和河南万松建设工程有限公司，持股比例分别为 90% 和 10%，邦银金租为中原银行控股子公司。本次投标工作由北京市中伦文德律师事务所合伙人耿亚杰律师牵头和主要负责，参与的团队人员包括母波律师等。

▲ **中伦文德助力深圳顺丰集团成功发行 2022 年度第二期超短期融资券**

根据顺丰控股股份有限公司（以下简称“顺丰控股”）2021 年第二次临时股东大会的授权，顺丰控股全资子公司深圳顺丰泰森控股（集团）有限公司（以下简称“顺丰泰森”）向中国银行间市场交易商协会申请注册人民币 30 亿元的超短期融资券。2022 年 2 月 18 日，顺丰泰森成功面向合格投资者公开发行 2022 年度第二期超短期融资券，发行规模为 5 亿元人民币，发行期限 270 天。中伦文德在继 2020 年度、2021 年度服务顺丰泰森的超短期融资券发行的基础上，继续作为顺丰泰森的专项特聘法律顾问，为 2022 年度的发行提供专业法律服务。

本次法律服务由北京总所合伙人李志平律师负责，服务团队成员还包括孙熙婕律师和马竞律师助理。

▲ **中伦文德成功中选江西省水利投资集团有限公司常年法律顾问项目**

近日，北京市中伦文德律师事务所收到江西省水利投资集团有限公司常年法律顾问项目的入围通知书，成为该公司常年法律服务供应商。中伦文德将在三年的服务期内，为江西省水利投资集团有限公司在城乡水务、能源、生态环境、农业、房地产、资本运营、科技信息、文化教育等领域提供专业的法律服务。

本项目采取北京总所与南昌分所联合提供服务的方式，组成了 15 人的服务团队，由中伦文德创始合伙人陈文律师担任总协调人，北京总所合伙人邹健律师、南昌分所创始合伙人梁成意律师、南昌分所创始合伙人余春毛律师担任团队负责人，北京总所崔艺小律师、南昌分所杨城律师等 12 名律师全程参与，是中伦文德团队精神与服务专业性的充分体现。

▲ **中伦文德成功中标石家庄科技创业投资有限公司 / 石家庄财茂股权投资基金管理有限公司常年法律顾问项目**

石家庄科技创业投资有限公司 / 石家庄财茂股权投资基金管理有限公司以“高新技术项目及产业投资、股权投资、非金融资产经营及管理、企业并购及重组、投资咨询（不含证券期货）、财务咨询、企业管理咨询；非证券类股权投资基金管理及相关咨询”业务为主。挂牌成立以来，担负着市国有资本运营管理、重大战略性产业投资、实业经营、金融和类金融服务的职能。北京市中伦文德律师事务所在继服务于河北产业投资引导基金管理有限公司及石家庄国有资本投资运营集团有限责任公司后，成功中标石家庄科技创业投资有限公司 / 石家庄财茂股权投资基金管理有限公司常年法律顾问项目，成为该公司常年法律服务供应商。

本次法律服务由北京总所合伙人李志平律师负责，服务团队成员还包括孙熙婕律师和马竞律师助理。

▲ **中伦文德顺利完成北京某公司的强制清算工作**

近期，中伦文德顺利完成北京某公司的强制清算工作；该公司因股东内部矛盾，停止经营数年，后经债权人申请进入强制清算程序。2018 年 9 月 29 日，经北京市第一中级人民法院指定，由中伦文德担任该公司强制清

算案清算组，对该公司开展强制清算工作。本案历时3年多，期间因为新冠疫情以及部分股东失联、不配合等原因，导致清算工作一度难以推进，但清算组成员始终坚持不懈，本着勤勉尽责的执业态度，克服困难，积极协调各方主体，尤其是与此前失联以及对清算持有异议的股东取得了有效联系，建立了充分的信任，保证了清算过程中各个程序的衔接与推进，顺利完成该公司资产、债权、债务的清理工作；在此基础上清算组按照《公司法》等相关法律法规的规定，优先、充分保障了社保、职工债权、税务、普通债权人等各方的权益，并兼顾各股东的利益，制定了行之有效的清算方案。最终清算方案取得了全体股东的一致通过，也为清算划上了圆满的句号。

▲ 中伦文德入选2022年首批“个人信息保护合规审计领航计划”

2022年3月25日，由中国信息通信研究院云计算与大数据研究所牵头发起的“个人信息保护合规审计领航计划”（简称“审护计划”）公布了2022年度入选单位名称，中伦文德律师事务所成功入选。“审护计划”聚合审计、法律、技术等多领域权威专家力量，广泛分布于电信互联网、金融、汽车、医疗健康、零售、建筑、科研机构、法律等领域，致力于搭建行业交流平台，聚合各方力量，推动个人信息保护合规审计工作不断发展，促进我国各行业个人信息保护合规审计工作的有效落地，提升各行各业的个人信息保护水平。北京总所合伙人、网络安全与数据合规专业委员会主任徐云飞律师与成都分所主任王志坚律师作为本领域专家牵头参与本次“审护计划”。

▲ 中伦文德助力深圳市人才安居集团成功发行2022年度第三期超短期融资券

2022年3月29日，深圳市人才安居集团有限公司成功发行2022年度第三期超短期融资券，发行规模为10亿元。中伦文德律师事务所在此次超短期融资券的注册、发行过程中提供了全程法律服务。此次超短期融资券发行工作由中伦文德朱登凯律师团队、周力思律师团队提供法律服务，团队成员包括雷锐芝、李超、李小鹏、苏晓芸、欧阳俊、宁宁、付嫣然、仝泽莹、肖亚卓、吕婧琳。

▲ 中伦文德多位合伙人入选《北京市朝阳区律师协会“一带一路”法律服务专业人才库》

为加强朝阳律师“一带一路”法律服务专业人才队伍的建设，培养选拔一批高素质的“一带一路”律师人才，充分展现朝阳律师“法治先锋、行业典范、中国形象”品牌内涵，朝阳区律师协会组织会员开展了“一带一路”律师评选工作。经协会官网2020、2021年两次通知，各律师事务所组织本所律师统一申报并对申报律师的相关资质和业绩条件进行初审，协会按照所公布的评选条件进行复核并经协会会长会审核，共评选出129名“一带一路”律师。中伦文德高级合伙人李铮律师、高级合伙人李刚律师、高级合伙人李政明律师、合伙人李云海律师、合伙人吕焱律师荣登《北京市朝阳区律师协会“一带一路”法律服务专业人才库》名单。

▲ 中伦文德受聘担任财政部国库司法律顾问

近日，中伦文德律师事务所与财政部国库司签署法律顾问合同，受聘担任财政部国库司法律顾问。中伦文德政府法律顾问律师团队为本项目提供的专业服务包括：协助办理政府采购投诉举报等案件；协助办理行政复议、行政诉讼等工作；协助开展GPA谈判相关辅助性工作；协助开展全国政府采购代理机构监督检查；协助开展集中采购机构考核；协助编制政府采购行政裁决指导性案例；协助开展及推广政府采购行政裁决示范点建设工作；举办专题论坛，开展有关培训及宣传等。

本项目由中伦文德合伙人娄耀雄律师、武坚律师牵头的项目团队负责。

▲ 中伦文德助力港流科技完成数千万元A轮融资

近日，浙江港流高分子科技股份有限公司（以下简称“港流科技”）完成数千万元人民币A轮融资，投资方为涌铧投资。中伦文德律师事务所为港流科技本轮融资提供提供专项法律服务。港流科技成立于2014年，是全球首家专注于新型高分子工业地坪材料研发、生产、销售、安装和服务为一体的专业性高科技企业，创新提出了工业地坪4.0概念，为客户在工业4.0转型升级的过程中提供基础保障配套服务，致力于引领工业地坪进入绿色环保铺装时代，更快、更好地推广工业地坪铺装化理念。

▲ 中伦文德·长沙与中国能源建设集团湖南省电力设计院有限公司研讨交流会圆满结束

4月8日，中国能源建设集团湖南省电力设计院有限公司与北京中伦文德（长沙）律师事务所开展了一场研讨交流会。中国能源建设集团湖南省电力设计院有限公司党委副书记、总经理汪觉恒及法律部主任李林、人力资源部主任胡娟、国际事业部高级副总经理劳文、办公室副主任邓志奇、法律部法务专员雷娇，与北京中伦文德（长沙）律师事务所管委会主任王涛、高级合伙人罗学民、高级合伙人詹庆丰、建设工程与房地产专业委员会副主任刘玉、劳动法专业委员会主任宋鑫、知识管理专员黄晓参与了本次研讨交流会。会议由北京中伦文德（长沙）律师事务所争议解决顾问常芸主持。

▲ 中伦文德·长沙王涛律师和魏旭兰律师入选湖南省涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员库

为依法推进湖南省企业合规改革试点工作，建立健全涉案企业合规第三方监督评估机制，湖南省涉案企业合规第三方监督评估机制管理委员会经个人申报、主管部门推荐、资格审查确定了首批入库的人选。北京中伦文德（长沙）律师事务所的王涛律师和魏旭兰律师是此次首批入库的成员。

▲ 中伦文德再次顺利中标自然资源部常年法律顾问

2022年4月11日，经过两轮严格的遴选及答辩，北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）最终从17家律所中脱颖而出，再次顺利中标自然资源部的常年法律顾问项目。这也是继2019年—2021年之后，中伦文德再次成为该部委的常年法律顾问单位。中伦文德将继续发挥在自然资源及不动产领域的专业优势，积极参加国家层面的行政及立法咨询，为推动国家的法治进步添砖加瓦。

▲ 中伦文德（西安）律师事务所召开党员大会

2022年4月11日下午，北京市中伦文德（西安）律师事务所党支部召开党员大会。会议共分为三个部分，由党支部书记许昌同志主持，所内全体党员参加，未在所里的同志，通过线上直播的方式参会。

▲ **北京市中伦文德（重庆）律师事务所律师为民维权获赠锦旗**

2022 年 4 月 14 日下午，当事人姚某将印有“捍卫正义、维护公平”、“优质服务、为民解忧”的两面锦旗送至北京市中伦文德（重庆）律师事务所，感谢本所高级合伙人律师凌忠实、专职律师甘露在办理其案件时坚持不懈、严谨求实的精神，并对其职业素养表示高度赞扬与认可。

▲ **中伦文德天津律师事务所成功中选天津市民政局常年法律顾问单位**

近期，天津市民政局公开选聘法律顾问事务所，通过严格的综合考察，中伦文德天津律师事务所 从参加选聘的律所中脱颖而出，成功成为天津市民政局常年法律顾问单位。

▲ **中伦文德天津律师事务所高级合伙人袁伟明、非权益合伙人林新华、律师惠希芳办理案件入选天津高院第二批天津法院服务保障“一带一路”建设典型案例**

近日，天津高院发布第二批天津法院服务保障“一带一路”建设典型案例，中伦文德天津律师事务所高级合伙人律师袁伟明、非权益合伙人律师林新华、律师惠希芳办理的“S 财险公司与 K 国际货代公司等航空货物运输合同保险人代位求偿权纠纷案”成功入选。中伦文德天津律师事务所代表大韩航空公司（Korean Air Lines Co., Ltd）参与该案的审理。

▲ **中伦文德助力中关村金服成功发行公司债券**

2022 年 4 月 19 日，北京中关村科技创业金融服务集团有限公司（简称“中关村金服”）成功发行 2022 年第一期公募公司债券 4 亿元（债券代码：185685.SH，债券简称：22 中科 01），期限 3 年，票面利率 3.90%，较 2021 年首期公司债下降 50bp，实现了债券融资成本的新低。中伦文德律师事务所作为本项目的专项法律顾问，为本项目提供全程、专业、高效的法律服务，服务内容包括法律尽职调查、审阅起草发行文件、出具法律意见书等。中伦文德律师团队由高级合伙人姚正旺律师负责，经办律师包括田爱玲律师、吴昊律师、沈德凤律师、卢鑫蕊律师、丁星友律师等。

▲ **中伦文德助力深圳市人才安居集团成功注册 100 亿元公司债券**

2022 年 4 月 22 日，深圳市人才安居集团有限公司（以下简称“人才安居集团”）取得中国证监会作出的《关于同意深圳市人才安居集团有限公司向专业投资者公开发行公司债券注册的批复》。证监会同意人才安居集团向专业投资者公开发行面值总额不超过 100 亿元公司债券的注册申请；自同意注册之日起 24 个月内可以分期发行公司债券。中伦文德律师事务所为人才安居集团本次公开发行公司债券注册提供了全程法律服务，由朱登凯律师团队、周力思律师团队组成项目组，项目组成员包括雷锐芝、李超、李小鹏、苏晓芸、欧阳俊、宁宁、付嫣然、仝泽莹、肖亚卓、吕婧琳。

▲ **中伦文德常州所程淑娴律师积极参与社区防疫志愿者活动**

2022 年 4 月 22 日，应常州市武进区湖塘镇新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控应急指挥部的要求，常州市武进区湖塘镇永安社区开展全员核酸。程淑娴律师系常州市武进区湖塘镇永安社区居民委员会的法律顾问，主动申请加入到志愿服务行列，负责全员核酸的前期事务性准备工作和秩序引导，为抗疫助力。

▲ **中伦文德入围 ALB 年度劳动与就业律师事务所大奖（2022）**

2022 年 4 月 25 日，亚洲法律杂志（Asian Legal Business）公布 SSQ 二零二二年 ALB 中国法律大奖入围名单，中伦文德律师事务所入围 ALB 年度劳动与就业律师事务所大奖。中伦文德劳动与雇佣团队积极参与了年度劳动与就业律师事务所大奖的奖项申报，汇总并提交了团队过去一年的精彩案例与代表业绩，此次从竞争激烈的奖项角逐中入围再次体现了中伦文德在劳动与雇佣领域的强劲实力和突出优势。

▲ **中伦文德再次助力客户胜诉特许经营合同纠纷案件**

近日，北京仲裁委员会做出裁决书，裁决我方当事人在与北京某知名餐饮公司之间的特许经营合同纠纷案件胜诉。新冠肺炎疫情至今，大量的餐饮、酒店等特许经营许可项目面临困境，进而发生争议。根据《商业特许经营管理条例》相关规定，特许人和被特许人应当在特许经营合同中约定一定期限作为“冷静期”，被特许人在“冷静期”内单方解除特许经营合同是一项法定权利，特许人不可任意限制或剥夺。中伦文德接受委托后，由李云海律师律师团队代理了此案。本所律师代理后，针对《特许经营协议》的解除，以及协议解除的法律后果做了分析，结合协议内容，对被特许人支付的加盟费、保证金、特许权使用费的退还等分别做了论证。最终仲裁裁决支持了《特许经营协议》的解除，以及加盟费、保证金、特许权使用费等费用的退还。

▲ **中伦文德合伙人王志坚被聘请为 四川省公安厅食药环侦总队外部律师专家**

2022 年 4 月 26 日下午，四川省公安厅食品药品环境犯罪侦查总队“外部律师专家库成员聘书发放仪式及座谈会”在四川省公安厅举行，总队领导和各支队负责人及 11 名受聘律师出席了会议。中伦文德医药健康专业委员会主任、成都分所主任王志坚律师结合公安部“严厉打击制售假药劣药犯罪重点攻坚专项工作”和国家药监局“深入开展药品安全专项整治行动”以及新近颁布的《关于办理危害药品安全刑事案件适用若干问题的解释》司法解释进行发言。

▲ **中伦文德助力菱电电控（股票代码 688667）收购资产**

武汉菱电汽车电控系统股份有限公司（“菱电电控”）（股票代码 688667）拟以现金形式取得 Vitesco Technologies GmbH 及其关联方所拥有的乘用车和轻型卡车用部分知识产权及专有技术在中国的非独家许可，并购买纬湃汽车电子（长春）有限公司的相关资产。中伦文德律师事务所作为菱电电控的常年法律顾问及本次收购的专项顾问，为本次收购提供全程、专业、高效的法律服务，服务内容包括全程收购谈判、文件拟定签署、收购交割等。提供本次专业服务的中伦文德团队包括合伙人曹阳律师、合伙人马小力律师、宋丽均律师。

▲ 中伦文德助力深圳顺丰集团成功发行 2022 年度第三期超短期融资券

根据顺丰控股股份有限公司（以下简称“顺丰控股”）2021 年第二次临时股东大会的授权，顺丰控股全资子公司深圳顺丰泰森控股（集团）有限公司（以下简称“顺丰泰森”）向中国银行间市场交易商协会申请注册人民币 30 亿元的超短期融资券。中伦文德在继 2020 年度、2021 年度服务顺丰泰森的超短期融资券发行的基础上，继续作为顺丰泰森的专项特聘法律顾问，为 2022 年度的发行提供专业法律服务。本次法律服务由北京总所合伙人李志平律师负责，服务团队成员还包括孙熙婕律师、马竞律师助理和郑淑律师助理。

▲ 中伦文德助力雄安新区成功发行 2022 年第一期 100 亿建设专项债券

河北省人民政府 2022 年雄安新区建设专项债券（一期）100 亿债券公示发行，北京市中伦文德律师事务所在继服务 2021 年雄安新区建设专项债券发行后，继续担任本期债券发行的特聘专项法律顾问。北京市中伦文德律师事务所被聘为本项目专项法律顾问后，继本所陈文董事长、甄庆贵副董事长，石家庄分所李熙华主任牵头，组建了由北京总所合伙人李志平律师和石家庄分所合伙人王淑英律师等资本市场资深律师为主的法律服务团队，全程参与项目法律顾问工作，为项目提供全程法律服务，本项目服务团队成员还包括孙熙婕律师、马竞（律师助理）和郑淑（律师助理）。

▲ 中伦文德助力深圳顺丰集团成功发行 2022 年度第四期超短期融资券

根据顺丰控股股份有限公司（以下简称“顺丰控股”）2021 年第二次临时股东大会的授权，顺丰控股全资子公司深圳顺丰泰森控股（集团）有限公司（以下简称“顺丰泰森”）向中国银行间市场交易商协会申请注册人民币 30 亿元的超短期融资券。中伦文德在继 2020 年度、2021 年度服务顺丰泰森的超短期融资券发行的基础上，继续作为顺丰泰森的专项特聘法律顾问，为 2022 年度的发行提供专业法律服务。本次法律服务由北京总所合伙人李志平律师负责，服务团队成员还包括孙熙婕律师、马竞律师助理和郑淑律师助理。

▲ 中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所成功入选招商银行佛山分行律师库

中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所成功入选招商银行佛山分行律师库。在服务期内，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所将为佛山招行持续提供专业的法律服务。2005 年佛山招行成立，是招商银行在珠三角成立的第四家一级分行。佛山招行以佛山为中心，将服务延伸到中山、江门两地，开设了中山分行、江门分行两家二级分行。目前，招商银行佛山分行全辖设立营业机构 29 个，包括中山分行、江门分行及 29 家支行（其中佛山地区 21 家、中山地区 5 家、江门地区 3 家）。

▲ 中伦文德胡百全联营律师事务所律师获任第十二届广东省律师协会工作委、专业委秘书长、专业委委员

近日，第十二届省律协委员会公布工作委员会和部分专业委员会组成人员名单。中伦文德胡百全联营律师事务所副主任周力思律师获任粤港澳大湾区工作委员会秘书长，高级合伙人陈群律师获任海事海商法律专业委员会秘书长。合伙人蔡芸律师获选粤港澳大湾区工作委员会和私募基金与股权投资法律专业委员会委员，合伙人宋成律师获选医疗卫生与健康法律专业委员会委员。

▲ 中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所党支部书记、高级合伙人宋成律师接受广东卫视采访

在中国共产党广东省第十三次代表大会召开之际，中共中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所党支部书记、高级合伙人宋成律师受广东卫视新闻联播邀请进行采访报道。宋成律师表示，省十三次党代会的召开，让我们律师同行备受鼓舞。作为国家重大战略平台，前海深化改革开放备受关注。

▲ 林威律师入选深圳全球海促会专家委员会首批专家

近日，深圳全球海洋中心城市建设促进会（以下简称“深圳全球海促会”）公布首批专家委员会专家名单，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所主任林威律师受聘为深圳全球海促会专家委员会专家。

▲ 北京市中伦文德（深圳）律师事务所高级合伙人陈康康律师入选第十二届广东省律协委员会

近日，第十二届广东省律协委员会成员名单公布，北京市中伦文德（深圳）律师事务所高级合伙人陈康康律师成功当选，担任破产与清算法律专业委员会副秘书长。

▲ 北京市中伦文德（深圳）律师事务所成立新一届管理委员会

在北京市中伦文德（深圳）律师事务所即将成立十周年之际，中伦文德深圳分所经过报名、召开合伙人会议进行选举、权益合伙人最终决议等程序，于近日成立了新一届管理委员会，陈康康律师当选管委会主任，张若鸿、朱容梅、刘瑞娜、刘瞻、易依妮律师等五位合伙人当选为管委会委员。

▲ 中伦文德 • 长沙成功入选国家开发银行湖南省分行 2022-2025 年律师库

近日，国家开发银行湖南省分行通过公开招标的方式确定了入选其 2022-2025 年度律师库的 10 家律所，北京中伦文德（长沙）律师事务所从 37 所竞标律所中脱颖而出，成功入选，为国家开发银行湖南省分行提供常年法律顾问、日常咨询、专项法律服务及破产、诉讼（仲裁）案件等法律服务。

▲ 中伦文德（西安）律师事务所 荣获“2021 年度西安高新区优秀律师事务所”

2021 年，在西安市高新区党工委、管委会及政法委的坚强领导下，全区上下坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引，认真贯彻落实中央和省委、市委政法工作会议精神，扎实推进平安高新、法治高新建设，为建设世界一流高科技园区提供了稳定的社会环境，涌现出了一批工作扎实、实绩突出、群众认可的先进典型。根据《中共西安高新区工委、西安高新区管委会关于表彰 2021 年度社会治理和平安建设先进单位先进个人的决定》北京市中伦文德（西安）律师事务所被评为“2021 年度西安高新区优秀律师事务所”。

▲ 事务所创始合伙人肖青律师、高级合伙人吴惠方律师一行到访天津市对外经济合作协会座谈交流

近日，中伦文德天津律师事务所创始合伙人肖青律师携团队成员南优敏律师、盛昫颀律师，以及高级合伙人吴惠方律师一同到访天津市对外经济合作协会进行工

作交流。市外经协会周文焕会长带队接待并表示欢迎，双方围绕如何为协会会员企业做好法律服务等方面进行了深入交流。

▲ 北京市中伦文德（重庆）律师事务所莅临中伦文德昆明律所所交流

2022 年 4 月 19 日，北京市中伦文德（重庆）律师事务所主任朱代恒律师一行莅临我所参观交流，北京市中伦文德（昆明）律师事务所（以下简称“我所”）主任严锦、高级合伙人马红征、高级顾问李成、高级顾问汪黎等对朱代恒主任一行的来访表示欢迎，并陪同朱主任一行进行参观交流。

▲ 中伦文德常州所姜伟文律师承办案件入选江苏法院 2021 年度行政审判十大典型案例

近日，江苏省高级人民法院发布“江苏法院 2021 年度行政审判十大典型案例”，本次发布的年度十大案例是从 2021 年全省法院审结的近 4 万件各类行政案件中筛选出来的，具有较强的代表性和典型意义。本所姜伟文律师承办的案件“倪某某诉区政府要求撤销加装电梯项目确认书案”入选，体现了中伦文德常州所在行政法领域较高的专业水准。

▲ 热烈欢迎陈震山律师、梁国峰律师加入中伦文德大连分所

近日，合伙人陈震山律师及其团队梁国峰律师加入北京市中伦文德（大连）律师事务所，增强了事务所在资本市场上的专业力量。

▲ 中伦文德大连分所与大连股交中心、大连市三创服务平台、万融集团建立合作关系

近日，北京市中伦文德（大连）律师事务所分别与大连股权交易中心股份有限公司、大连市创新创业创投公共服务平台运营机构、大连万融科技金融服务集团有限公司签署战略合作协议，在区域性股权市场、企业创新创业创投服务以及科技金融发展方面建立合作渠道与平台。丁志刚律师作为事务所代表，具体承办相应法律服务。

▲ 北京市中伦文德（昆明）律师事务所知识产权团队与云南大学新能源电池教授团队交流成果转化

5 月 9 日，云南大学材料与能源学院张文华教授、知识产权中心专家张禹等与北京市中伦文德（昆明）律师事务所（以下简称“我所”）知识产权团队进行新能源技术转化交流，我所知识产权部唐顺良律师、科技成果转化高级顾问马少兢参加了本次交流。

▲ 中伦文德大连分所助力太平湾立法调研

2022 年 5 月 10 日，为加快推进大连市人大常委会对大连太平湾合作创新区的地方立法工作，由市人大常委会、市司法局、太平湾管委会、招商局太平湾公司组成立法调研工作组，远赴深圳前海深港现代服务业合作区、珠海横琴粤澳深度合作区开展立法调研工作。中伦文德大连分所律师继 2021 年为招商局集团与辽宁省政府、大连市政府签订合作协议提供法律服务后，继续为本次地方立法提供法律服务，中伦文德大连分所律师参与了此次立法调研工作。

▲ 北京中伦文德太原律师事务所中标“山西省国有资本运营有限公司律师事务所框架协议”采购项目

近日，在北京中伦文德太原律师事务所合伙人张秋峰副主任律师团队精心准备与不懈努力下，成功代表北京中伦文德太原律师事务所中标“山西省国有资本运营有限公司律师事务所框架协议”采购项目，成为备选库成员律师事务所，拟为山西省国有资本运营有限公司及其直属子公司提供诉讼、仲裁代理等法律服务。

▲ 山西省平遥县农民工向北京中伦文德太原律师事务所李文红律师赠送锦旗

山西省平遥县农民工李某于 2018 年 3 月份在太原市某门窗厂地点干活，雇主是个人芦某，约定劳务报酬为一天 170 元，芦某长期拖欠李某劳务费 6350 元。经北京中伦文德太原律师事务所李文红律师提供法律援助，最终通过诉讼为李某追讨回全部被拖欠劳务费。劳务费金额虽然不多只有几千元，但律师的法律援助暖心。李某拿到辛苦钱后，向李文红律师赠送锦旗表示感谢。

▲ 全国司法行政系统劳动模范拟表彰对象公示–北京中伦文德太原律师事务所闫艳军律师成功入围

根据《人力资源社会保障部、司法部关于评选全国司法行政系统先进集体、先进工作者和劳动模范的通知》（人社部函【2022】15 号）要求，经各地区、各单位逐级推荐及全国司法行政系统先进集体、先进工作者和劳动模范评选表彰工作领导小组审核，拟表彰全国司法行政系统先进集体 297 个，全国司法行政系统先进工作者 348 名，全国司法行政系统劳动模范 146 名。为切实体现公开、公平、公正原则，充分发扬民主，广泛听取意见，主动接受监督，现将全国司法行政系统先进集体、先进工作者和劳动模范拟表彰对象予以公示。北京中伦文德太原律师事务所闫艳军律师作为山西省农民工法律援助工作站援助律师被山西省人力资源社会保障厅、山西省司法厅推荐参加评选，现经过审核作为全国司法行政系统劳动模范拟表彰对象予以公示。

▲ 云南大学法学院党政领导一行莅临北京市中伦文德（昆明）律师事务所考察交流

2022 年 5 月 11 日，云南大学法学院党委副书记、纪委书记周桐，副院长刘国乾、赵春玉、张青，研究生办主任朱慧，辅导员、团委书记祝晨曦，辅导员、代理学工办主任王媛一行莅临北京市中伦文德（昆明）律师事务所（以下简称“我所”）参观指导。

▲ 衡阳师范学院与中伦文德 • 长沙开展人才共建交流

本着培养符合时代发展的高素质法治人才、推进国家法制建设的目标，5 月 13 日，衡阳师范学院校长皮修平、合作发展办主任陈梅香、校友办主任唐雪晖、经济与管理学院院长肖黎、教育科学学院院长郑志辉、原衡阳师范学院副校长廖北文、周南实验中学书记王东北、衡阳师范学院长沙校友会常务副会长兼秘书长唐琦、长沙校友会副秘书长洪波等一行到访中伦文德 • 长沙参观交流。律所主任田学军、管委会副主任李青、段优、魏旭兰、彭维汉以及合伙人王香港出席本次交流座谈会议。

▲ 中伦文德 • 长沙与长沙市检察院开展篮球友谊赛

5 月 19 日，北京中伦文德长沙律师事务所与长沙市检察院本着增进友谊，快乐生活的宗旨，相互切磋球技，在译星体育篮球馆举行了一场友谊赛。

▲ 中伦文德上海分所谢童心律师团队成功中标上海锦江航运（集团）有限公司的专项法律顾问

近日，中伦文德上海分所谢童心律师团队成功中标上海锦江航运（集团）有限公司（上海锦江）的专项法律顾问。此前，谢童心律师团队为上海锦江提供泰国业务的法律服务，受到高度评价。团队负责人谢律师在加入中伦文德之前，在泰国生活多年，曾工作于泰国 DTL 律师事务所，泰国 BlumenthalRichter & Sumet 律师事务所，独立负责中国企业在东南亚地区包括泰国、越南的投融资、并购、争议解决等工作。

▲ 中伦文德上海分所助力格林酒店集团拟收购大娘水饺及贝拉吉奥鹿港小镇的交易

5 月 16 日，格林豪泰酒店集团（GHG）宣布拟收购大娘水饺餐饮集团与贝拉吉奥集团。中伦文德上海分所担任收购方格林豪泰酒店集团的中国境内律师，为本次收购项目全程提供中国境内法律方面的支持，包括但不限于对交易所涉及到的中国境内主体开展尽职调查、并购路径的规划与为并购交易中涉及境内法律的事宜提供法律建议等。中伦文德本项目律师团队凭借在并购重组领域的丰富经验及对相关法律法规的深刻理解，为本项目提供了高度专业优质的法律服务。本项目由合伙人黄敏律师主导，白妮律师、刘珊珊律师、古衍玲实习律师共同参与，协助尽职调查及交易全程。

▲ 中伦文德多个业务领域、多位律师荣登《2022 年度 LEGALBAND 中国顶级律所排行榜以及中国顶级律师排行榜》榜单

2022 年 5 月 17 日，知名法律评级机构 LEGALBAND 发布了权威客户指南 -“2022 年度 LEGALBAND 中国顶级律所排行榜”以及“2022 年度 LEGALBAND 中国顶级律师排行榜”榜单。中伦文德凭借卓越的专业能力与优势团队，多项业务领域和多名律师荣登该榜单，显示了中伦文德进而有为的发展态势。中伦文德将进一步面向全世界客户，提供更全面、优质、高效的专业法律服务。

▲ 中伦文德上海分所邓瑜律师团队取得商事仲裁胜诉成果

近日，中国国际经济贸易仲裁委员会对邓瑜律师团队代理被申请人的某商事仲裁案件出具仲裁裁决书，该裁决仅支持仲裁申请人合计伍万余元人民币的仲裁请求，其余以美金、欧元等折合人民币捌百余万元的仲裁请求均被仲裁庭驳回，此裁决书的送达意味着邓瑜律师团队代理被申请人参与的本次商事仲裁，取得了令委托人满意的结果，使得困扰委托人多年的商事纠纷终于落下帷幕。

▲ 中伦文德上海分所助力上海新华发行集团成功发行 2022 年度第一期超短期融资券

根据上海新华发行集团有限公司（以下简称“新华发行”）做出的 2021 年第七届第二次董事会决议以及 2020 年第三次股东会决议，新华发行向中国银行间市场交易商协会申请注册人民币 15 亿元的超短期融资券。本次法律服务由上海分所合伙人黄敏律师负责，服务团队成员还包括刘珊珊律师和古衍玲实习律师。

▲ 中伦文德助力菱电电控（股票代码 688667）收购资产

武汉菱电汽车电控系统股份有限公司（“菱电电控”）（股票代码 688667）拟以现金形式取得 Vitesco Technologies GmbH 及其关联方所拥有的乘用车和轻型卡车用部分知识产权及专有技术在中国的非独家许可，并购买纬湃汽车电子（长春）有限公司的相关资产。中伦文德律师事务所作为菱电电控的常年法律顾问及本次收购的专项顾问，为本次收购提供全程、专业、高效的法律服务，服务内容包括全程收购谈判、文件拟定签署、收购交割等。提供本次专业服务的中伦文德团队包括合伙人曹阳律师、合伙人马小力律师、宋丽均律师。

▲ 中伦文德上海分所谢童心律师团队成功中标哈尔滨电气国际工程有限公司的越南项目专项法律顾问

中伦文德律师事务所上海分所谢童心律师团队成功中标哈尔滨电气国际工程有限公司的越南项目专项法律顾问。此前，谢童心律师团队也为哈尔滨电气国际的马来西亚 EPC 项目、海南光伏项目、江苏风电项目等业务提供了法律服务。

▲ 中伦文德天津律师事务所颁发首期山西运城盐化中学“中伦文德励志奖学金—新起点奖教奖学金”

为了支持和促进教育事业的发展，鼓励优秀、积极向上的学生，同时感谢运城盐化中学对我所优秀员工南优敏律师的培养，经与运城盐化中学充分协商后，中伦文德天津律师事务所与盐化中学签署《“中伦文德励志奖教奖学金”捐赠协议书》设立“中伦文德励志奖学金——新起点奖教奖学金”，自 2022 年 1 月到 2024 年 12 月共 6 学期，每学期设置 1.5 万元人民币或等额物资，以奖励品学兼优的学生和在人才培养中有突出贡献的优秀教师。

5 月 25 日，盐化中学师生在校举办首届颁奖大会，中伦文德天津律师事务所创始合伙人肖青律师、高级合伙人吴惠方律师、非权益合伙人南优敏律师线上参加会议。

▲ 仙桃市自然资源和规划局李德武局长等一行莅临北京市中伦文德（南昌）律师事务所考察交流

2022 年 5 月 30 日，仙桃市自然资源和规划局局长李德武，仙桃市自然资源和规划局财务科科长王克文，仙桃市自然资源和规划局调查检测科科长李铭，江西湖北商会常委副会长、江西仙桃商会会长、江西迪安科技有限公司总经理罗双喜等一行莅临我所考察交流，北京市中伦文德南昌律师事务所董事、我所律师梁成意博士、管委会主任闵光柏律师、执行主任余春毛律师、管委会副主任肖文军律师热情接待了来访一行。

▲ 中伦文德（西安）律师事务所与西咸新区东方飞马企业管理咨询有限公司签订战略合作协议

5 月 30 日下午，中伦文德（西安）律师事务所与西咸新区东方飞马企业管理咨询有限公司战略合作协议签约仪式在中伦文德（西安）律师事务所成功举行。飞马旅集团党支部书记、飞马旅集团董事长特别助理、飞马旅西安 & 苏州总经理陈金星，飞马旅（西咸）副总经理应允强、副总经理孟凡辰，中伦文德（西安）律师事务所主任丁国昌律师，高级合伙人高媛律师，刘子豪律师参加了签约仪式。

中伦文德

2022 年 3 月 14 日，济南市司法局律师工作处处长盛连武、一级主任科员赵若霖、王宪占一行，莅临北京市中伦文德济南律师事务所检查指导工作。李晓宁、付春法律师向盛处长一行做了工作汇报，盛处长对律所的党建工作、专业化发展、规范化管理、青年律师培养、案卷整理、一村（社区）一法律顾问等工作进行了详细了解，肯定了律所在规范化管理、业务发展、社会公益等方面的成绩。

2022 年 3 月 17 日，中伦文德娱乐法律专业委员会举办了“文娱行业的合规与争议解决实务分享会”，本次活动邀请了北京市中伦文德律师事务所上海分所高级合伙人张岱元律师、北京市中伦文德律师事务所高级合伙人翟冰律师、高级合伙人赵冰凌律师、中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所高级合伙人沈天举律师进行主题分享，由中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所高级合伙人孙淘律师担任活动主持人。本次活动由 China Legal 同步转播。

2022 年 4 月 19 日，国家发展和改革委员会一带一路建设促进中心（以下简称“一带一路建设促进中心”）与中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）签署了《2022-2025 年法务合作协议》，由中伦文德陈文律师、李铮律师、付启珅实习律师、崔艺小律师、李莹律师和黎万奇律师负责提供法律服务。这是自 2019 年双方达成合作关系以来，一带一路建设促进中心对中伦文德过去三年间所提供法律服务成果的认可及肯定。

2022 年 4 月 22 日中午，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所和前海嘉里中心共同在十日谈咖啡举办“西班牙四月节”讲座活动。此次活动由中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所合伙人梁新越律师开场致辞。本次活动持续了一个多小时，活动氛围融洽、热烈，到场人员均表示此次活动促进了他们对于西语世界文化的了解，受益匪浅。

四川省公安厅食品药品环境犯罪侦查总队“外部律师专家库成员聘书发放仪式及座谈会”在四川省公安厅举行，总队领导和各支队负责人及 11 名受聘律师出席了会议。中伦文德医药健康专业委员会主任、成都分所主任王志坚律师结合公安部“严厉打击制售假药劣药犯罪重点攻坚专项工作”和国家药监局“深入开展药品安全专项整治行动”以及新近颁布的《关于办理危害药品安全刑事案件适用若干问题的解释》司法解释进行发言。

2022 年 5 月 30 日，由中伦文德律师事务所与 Lcouncil 机构共同组织的“RCEP 及日元空前贬值环境下的投资日本机遇”专场活动成功举办。此次活动由中伦文德北京、上海、深圳前海办公室共同参与组织。除高级合伙人林威律师、徐云飞律师、朱向鸣律师参与分享之外，还邀请到了日本桃尾 · 松尾 · 难波律师事务所主任难波修一律师与合伙人松尾刚行律师及专业机构海之信日本事业部总监陈泓先生共同参与分享。

主　　编：陈　文
执行主编：方登发
编 委 会：李　铮　李　刚　甄庆贵　夏欲钦　林　威　王志坚　陈云峰　温志胜　王爱国　刘银栋　朱代恒　洪国安　纪　斌　田学军

中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

北京•上海•成都•石家庄•天津•武汉•太原•济南•广州•深圳•南京•南昌•长沙•郑州•重庆•沈阳•杭州•大连•福州•西安•青岛•昆明•南昌•合肥•香港•伦敦•纽约

北京市朝阳区西坝河南路1号金泰大厦19层、10层、21层
19/10/21F, Golden Tower, No.1, Xibahe South Road, Chaoyang District, Beijing, 100028
总机(Tel): (010)64402232
传真(Fax): (010)64402915
www.zhonglunwende.com