



中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

中伦文德

法律
评论

2022年09月



中伦文德法律研究院

内部资料
免费交流



2022年6月16日北京市中伦文德(合肥)律师事务所(以下简称“中伦文德合肥分所”)揭牌、安徽大学高峰学科建设项目签约、安徽大学法学院实习基地、知识产权创新实践基地揭牌仪式在中伦文德合肥分所成功举办。



2022年7月21日下午,北京市中伦文德律师事务所(以下简称“中伦文德”)在北京总部多功能厅举办了2022年度上半年入伙签约及所徽授予仪式。会议由中伦文德北京总所执委会委员张海军律师主持。



2022年7月23日,由河南省高级人民法院、河南大学、河南省社会科学院、郑州市中级人民法院主办的“河南省法学会破产法学研究会2022年年会暨第六届中原破产法高峰论坛”在河南省郑州市成功举办。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刘培峰律师应邀出席本次论坛。



2022年7月25日,中伦文德律师集团副董事长、上海分所高级合伙人及中伦文德胡百全(前海)联营律师事务所主任林威律师莅临北京中伦文德(南昌)事务所指导交流,受到北京市中伦文德南昌律师事务所董事、北京中伦文德(南昌)事务所律师梁成意博士、管委会主任闵光柏律师、管委会副主任程锋律师、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。



2022年7月26日,北京市中伦文德(重庆)律师事务所党支部召开专题会议,深入学习贯彻市第六次党代会精神,会议由支部书记曾杰主持,全体党员同志参加会议。第六次党代会是在党的二十大即将召开,重庆市奋进社会主义现代化建设新征程关键时期召开的一次重要会议,是高举旗帜、维护核心、继往开来、昂扬奋进的大会,描绘了重庆今后五年的发展蓝图,也明确了具体目标任务。市委书记陈敏尔所作的党代会报告通篇体现坚决拥护“两个确立”、做到“两个维护”的鲜明态度,通篇贯穿把习近平总书记殷殷嘱托全面落实在重庆大地上这条主线,紧扣中央精神,符合重庆实际,顺应群众期盼,具有很强的政治性、时代性、实践性,对于动员和激励全市上下沿着习近平总书记指引的方向坚定前行,推动高质量发展、创造高品质生活,为书写重庆全面建设社会主义现代化新篇章而努力奋斗,具有十分重要的意义。



近日,由北京市中伦文德律师事务所(以下简称“中伦文德”)主办的“中伦文德碳达峰碳中和法治研究院揭牌暨首届碳达峰碳中和高端法律论坛”在北京成功举办。本次活动由中伦文德能源与环境委员会主任王向阳律师主持,参加本次活动的嘉宾有国家能源集团研究院高级研究员毕竞悦、中国石油大学(北京)经管学院院长唐旭、中国企业家博士俱乐部副主席杨运成、中国教育技术协会副秘书长、金融专委会秘书长巨强博士、世能氢电科技有限公司董事长杨列宁博士、南华期货股份有限公司北京分公司副总经理刘少杰、北京科技大学副教授高延子。中伦文德北京总所主任李铮律师、合伙人徐云飞律师、合伙人郝伟律师、合伙人贾立峰律师出席本次活动。

目录

CONTENTS

Zhonglun W&D
Law Firm

09/2022

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

中伦文德

Zhonglun W&D Law Firm 2022-09

事 务 所 文 化 论 坛

- 3 类比、中医、法律推理 娄耀雄

公 司 法 律

- 9 国有控股企业与国有实际控制企业辨析 刘玉红 冯 雪

刑 事 法 律

- 16 “刑民交叉”视野下见义勇为的法律适用
——以“唐山烧烤店打人案件”为例 许 波
22 高空抛物罪的司法适用难题与内在论证逻辑
——以《刑法修正案（十一）》生效后 110 份判决书为研究基础 王 泽
28 加油站员工擅自补卡销售行为的认定纠偏 娄 爽 郑 飞

保 险 法 律

- 32 以案说法 | 关于责任保险中第三者直接请求权的思考 李政明 刘佩茹
37 法规解读 | 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

劳 动 法 律

- 44 外籍员工在中国境内就业的路径选择与特殊注意事项 胡高崇 胡文杰 陈思楠

代 理 词 专 栏

- 51 北京某投资中心（有限合伙）与谢某、马某、郑某、易某
合同纠纷案马某、易某之共同代理词 方登发 张容棵



CONTENTS

金融法律

- 56 | 商业银行防范及化解烂尾楼断供的合规建议 姚正旺
60 | 数字人民币特征、优势、运营体系及法律问题厘清 姚正旺

新能源法律

- 64 | 关于油气探矿权转让的重要实务问题探析 方登发 宋晶晶
72 | 光伏电站项目投资并购中的耕地占用税问题 桂少华 周绍丰

法律评论

- 76 | 从网红奶茶品牌“益禾堂”商标被侵权一案
谈商标侵权损害赔偿金额的问题 于斐

医药法律专栏

- 80 | 从近八年九部委纠风文件变迁看医药营销合规发展 王志坚 程丽莉
84 | 专利的创造性判断
——以拜耳医药公司专利无效行政纠纷为例 陈禄堂
91 | 第三方平台处方药网络零售业务面临的法律问题 王志坚 谭光建 罗凯伦
94 | 药物临床试验中受试者健康权侵权的归责研究 王志坚 康琪 罗凯伦
98 | 医疗器械企业科创板第五套上市标准解读 何滔 穆佳
101 | 药品 License 交易的主要条款和法律风险点研究 李玲蕊

人文风采

- 105 | 游梵净山 陈文

事务所快讯

- 106 | 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。

类比、中医、法律推理

□ 娄耀雄/文

“既然一方面，类比推理与逻辑演绎和科学归纳有别，而另一方面类比又与遵循先例不同，我想问的仅仅是，类比推理是否值得法律职业界人士给予它那么多的赞美和敬意。”^[1]

——理查德·A·波斯纳



娄耀雄

类比是人类认识的初级阶段，靠已知推测类似事务的未知。从类比开始，认识开始了由抽象、归纳、定义、原理、学说的理性进路。在认识的高级阶段，似乎已不再需要类比。然而，归纳和演绎的基础仍是它。类比不仅是认识论的基础，也是被科学排斥的“伪科学”的基础。这一点从中医原理——人体和大自然的类比中可见一斑。类比在法庭辩论中有广泛的应用，它是律师和法官的基本技能；在事实查证和发现规则过程中，无处不见类比的身影。

一、认识论

这个世界可以认识吗？我们是如何认识世界的？认识的边界在哪里？这些宏大的问题引发无数哲学家的思考。世界当然是可以认识的，要不我们今天的文明从何建立？飞机、火箭、人工智能都是人类认识世界并试图改造它的例证。虽然我们搞不清脑细胞是如何认识事物的，但可以肯定的是，认识是有边界的。认识的边界是经验。经验之内可以认识，因为可以感知；经验之外则是广袤的未知，只能靠想象。无法感知，则无法认识，这是认识论的前提。望远镜的发明，把遥

远的不可感知的星体拉入了我们的感觉系统，现代天文学随之展开。随着技术发展，现在无法感知的，将来也许会被仪器拉进我们的感知系统，成为认识对象。

即使不断有新现象、新物质由经验之外进入经验之内，我们对世界的认识也只是沧海一粟。人类对于宇宙，就像蚂蚁对于一个城市，或我们脏器上的一个细菌对于整个人体。为了说明人类的渺小，我们用下面的类比描绘其处境：人类就像一个大型生物的肾结石上的一群细菌（长 $0.2\mu\text{m}$ — $5\mu\text{m}$ ），我们把这个结石称为“地球”；所谓“地球（直径1.2万公里）到火星”的距离（近距离5500万公里），对于细菌，就是这个大型生物的肾上两颗结石间的距离。渺小，导致我们对世界的认识不可能充分，更不可能穷尽。因为时空局限，人类的经验被限制在一个狭小的范围内。我们为解释现象而建构的理论——我们称之为“科学”的学说，仅在这个范围内有效。

然而，科学主义喜欢把科学神圣化，认为在某个范围内正确的学说放之四海而皆准且亘古不变。按照波普尔的说法，科学只是我们知觉的系统化表达，“科学只是试图分类和描述这种知觉知识，我们不能怀疑这些直接经验的真理性，科学是我们的直接确信的系统表述。”^[2]科学引以为豪的实证主义的自信——可感知、可实验、可重复，也是在这个范围内有效；当范围拓展后，所谓的“真理”也许就不可实验、不可重复，甚至连其研究的客体都不复存在，就像量子空间里找不到一个经典物理学所谓“静止的、可观测的”物体。UFO、黑洞现象、马航370的意外消失，不断提醒我们：有些领域在人类的认识之外，就像蚂蚁无法认识太空。科学的自负表现在，要么拒绝承认认识外现象的存在，就像我们对待人体的特异功能；要么就用神秘、灵异来神话它们，就像中世纪的人看见了飞机。

随着技术的进步，人类感知的领域在扩大，新现象不断出现。当新的“自在之物”进入人类的认识领域，就像肾结石上的细菌发现了膀胱——通向体外世界的“黑洞”，既有的学说就会受到冲击，因为其诞生在新现象之前的世界，是对不含该现象的其它现象的归纳，不能当然适用于新现象。换句话说，我们归纳了 $N-1$ 个现

象之后建构的“科学学说”并不一定能解释第 N 个现象。例如，当显微镜把我们带入一个全新的微观领域后，传统西医理论（希伯克拉底的“四液说”）就要修正或者被取代，因为其无法解释细菌、病毒引发的新现象。量子力学替代牛顿力学也是由于新技术把更多的现象拉入了我们的经验范围，这些现象是牛顿力学无法解释的。我们不知道随着现象世界的扩展，量子力学会被什么学说否定，但否定迟早会发生，因为没有一个理论可以解释一切现象。科学理论无非是一种学说，它能够解释迄今为止发现的各种现象；但当新现象出现后，它可能就要被修正、否定、迭代。

爱因斯坦和牛顿晚年都相信宗教，试图找到一个统一的、能解释一切现象的理论，最后都抱憾而去。科学一定是过程性的，所谓“真理”仅限于经验之内。夏虫不可能解释雪的形成；肾结石上的细菌，无论经过多少代努力，也不可能建构解释心跳的理论。按照库克的范式理论，科学范式只是共同体成员暂时达成的一种共识，“一种范式是、也仅仅是一个科学共同体成员共有的东西。反过来说，也正由于他们掌握了共有的范式才组成了这个科学共同体，尽管这些成员在其他方面并无任何共同之处。”^[3]这种被称为“范式”的科学共识会不断受到新发现的现象的挑战，刚开始修修补补还能对付，但当“违反常规”积累到一定程度，原来的范式就会被推翻，新的科学范式就会出现；然后，继续循环，等待更新的范式迭代。

二、类比

姑且不论经验外的世界，如死后、生前、外星人、银河系之外，即使在经验内，仍然存在大量理性无法解释的现象。理性的无能，不仅表现在无法解释和预测自身行为（索性将爱、恨、情、仇，统统归为非理性），还表现在对微观世界（细菌行为）和宏观世界（天体物理现象）的无知；即使在日常生活中，对于像UFO、特异功能等无法解释的现象，科学往往通过否定其存在，来掩盖既有理论的无能。

面对残酷、无奈、突变的自然界，寻求确定性是获得安全感的第一步。于是，我们寻找各种现象背后的原因，从而使自己处于可知的环境。



科学解释不了的，我们就通过哲学、宗教和“歪理邪说”来建构因果关系。这些非科学的解释经不起“科学”的检验——不能实验、不可重复、不能纳入既有范式，但因果关系的两端确实存在着两个接续发生的现象。你解释得了，或解释不了，它都在那里。

对理性无法解释的现象，我们的认知系统会启动类比，将无法理解的现象与已知现象作比较，用已有的认知解释未知，从而增加对环境的确定性理解，消灭不安全感。类比是渺小个体面对不可知世界的本能认知方式。比如，古代人没有细菌、病毒的概念，对疾病的解释只能与自然现象类比。流行了一千多年的传统西医的放血疗法，就源于对女性月经的类比，它认为月经是在排毒，当女性每月排出污秽的血液后，就会变得面色红润、焕然一新，于是病人也可以通过排除过多的血液来治病。这种方法一直流行到19世纪中期，拜伦、华盛顿、莫扎特、笛卡尔就是死于这种疗法。

面对无法解释的现象，我们用类比来快速应对。类比属于心理学的范畴化（categorization）。当无法解释某事物时，用感性的方式通过归类将其纳入已有的认知系统，将本质相似的事物归为一个范畴，就可以用该范畴里已知的事物来理解未知的事物。比如，当我们闻到一种气味，就会想起曾经这种气味所在的环境，从而对其出现会招致什么快速作出响应。范畴化与概念化（conceptualization）相对，后者是在已经充分理解了某一类事物后，通过定义内涵和外延来抽象它们的本质特征。

三、何为“正确”

即使在理性以为完全征服的领域，所谓“正确”也仅是在当前时空可被反复验证的“真理”；如果换个时空，“真理”可能就是谬误。毛毛虫生活在二维世界，不知道三维世界的存在，其对世界的解释是不包括高度的；同样，人类生活在三维世界，在这个空间建构的理论无法适应更多维的时空，正如《盗梦空间》和《星际穿越》里描述的。又如，蚂蚁归纳出其窝边何时下雨的规律，其能够根据湿度判断降雨的概率，但在自然环境下得到的这个“真理”并不适用于有空调的房间。人类无法预测何时、在什么情况下会置身

于一个“有空调的房间”，或者我们处于多维世界的什么位置，科学理论只是相对于眼前这个三维空间为真。

科学的“正确”仅停留在这个层面：在经验时空下，对前后两个现象的因果关系的解释，达到了从前一个现象可以准确、反复预测后一个现象的程度。“正确”不是绝对的，是现有范式对其解释的确信；当新现象出现，原来的解释也许就不正确了。

在生活中，我们确信某种事物的发生，不是理性推导所致，而是直觉。直觉保证了我们在危险面前快速作出反应。我们曾经见过类似的征兆引发过某种结果，所以我们确信这个征兆再次出现也会引发同样的结果。在我们建立体系化的学说之前，“正确”是建立在类比、猜测、试错基础上的“管用”的归纳，这是实用主义对任何一种学说的起码要求。因此，说一种学说“正确”，就是指根据其作出的预测可以被证实（实证主义），或者，根据其设计的技术手段可以解决现实中的问题——管用（实用主义）。

四、中医理论

中医理论由于不符合西方医学范式，被认为是伪科学。中医的“正确”基于实用主义的“管用”，而非实证主义下的解剖学和病理学（人体解剖学中找不到“阴阳”和“金木水火土”的物质）。中医原理是把人体和大自然进行类比，使用整体观念认识疾病的。经脉把人体的筋骨、皮肉、五脏六腑连成一个整体，某个零件的病变，是整体出问题的表象，所以，不能头痛医头、脚痛医脚，治病就是对人体整个系统进行调整，使之适应自然界的自然变化。四季轮回、气候变化、地理条件都对人体有影响，作为内系统的人体必需适应外系统；如果适应，内系统的自愈机制可以对抗外邪入侵，此所谓“人体有大药”，于是，人无病；不适应，人体内部的自愈机制则会紊乱，无法对抗外邪入侵，则有病。中医的治疗就是调理人体内系统，使之适应外系统，从而恢复自愈机制。从这个意义上说，中医不是治病的，而是调理人的，因为其相信，运转正常的人自己会把病治愈。

中医理论建立在类比基础上。精气学说、阴阳学说和五行学说都是人体和自然界类比的产

物。以精气学说为例，其认为宇宙万物都是精、气的同源异构体，人类也不例外，所谓“天人一体”，是说人体也是一个小小宇宙，依赖于精或气的升降聚散；人体的生命活动，由气的运化维系；气停了，生命就停止了。另外，中医还用类比思想创造了很多治疗方法。比如，受到炉火正旺时，釜底抽薪则火势自减的启示，对火热上炎采用寒凉攻下的方法治疗，病人的大便一通，火热下行，上部火热自然消除，这种方法就是“釜底抽薪法”。

由于中医理论中的阴阳五行不能通过解剖学实证，治疗方法不能通过实验重复，更重要的是，中医理论不符合西医范式（医学范式是被医学学术界、医生、医疗规程制定者等主流从业者接纳的医学理论），因此被认定为伪科学。然而，如果把不符合现代西医范式的医学理论都认为是伪科学，那么在现代西医出现之前的几千年里照顾人类健康的所有医学理论都是伪科学。现代医学也就 200 年的历史，其范式是从 19 世纪后期人类发明显微镜开始逐渐建立起来的。法国人巴斯德和德国人柯赫自此奠定了细菌学和免疫学的基础；20 世纪 30 年代抗生素和磺胺药的出现标志着现代医学范式的确立。此时，离人类广泛采用放血疗法还不到 100 年。19 世纪初，英国用于放血的水蛭就有数百万顿，而美国内战（1861-1865）中的水蛭放血疗法更是常用的治病方法。比起物理、化学的历史，现代医学范式的建立要晚很多，在此之前，并且现在也是，人类在对疾病的猜测、实验和试错中摸索。打鸡血也就是 50 年前的事，而以毒攻毒的化疗和放疗现在还在广泛使用。

中医理论是建立在人和自然界类比基础上的学说，其以实用（管用）证明“正确”；但不符合科学的基本特征——实证（可实验、可重复）。虽然中医对人体结构、致病、治疗的解释不符合现代医学范式，但“管用”让它流行了几千年；即使在西医范式具有绝对话语权的今天，中医也没有像放血疗法一样被自然淘汰掉。另一方面，医学范式也是发展的，是在科学技术提供的观测、实验设备的推动下不断被否定、创新、迭代的。就像显微镜出现之前，希伯克拉底的“四液说”是被广泛接纳的医学范式一样，现代西医范式也只是一百多年来被医学共同体接纳的主流范式而已，其被否定和超越只是时间问题。随着科技水

平的提高，人类对微生物的观测和实验手段在不断提高，也许当人类进入更微观的世界后，会发现在细菌和病毒背后，还有更潜在的致病因素，这种因素与中医的精、气也许有关联。

中医理论中人体的基本元素（阴阳五行）无法通过人体解剖学证实，是其被说成伪科学的主要原因。其实，实证依赖于技术手段，测不出不等于不存在。200 年前我们测不出电磁场，200 年后也许新的测量技术可以证明穴位、经络、元气的存在。在希伯克拉底“四液说”流行的年代，说感染源于一种看不见的“小虫子”（细菌），一定会被说成“伪科学”；同样，随着科技观测手段的进步和西医自身的完善，现有西医范式一定会被新的医学范式所迭代，下一个时代的西医范式也许就是建立在人和自然界类比基础上的中医理论的翻版。“正如爱因斯坦在相对性问题上给我们的启示，常识只不过是先前接受的训练在我们的大脑中层层累积下的成见而已；经过一段时间之后，新科学就会同旧科学一样为人们所熟悉。”^[4]在实用主义为价值取向的医学界，学说只是一种解释，“管用”才是治病的王道。

五、法律推理

类比在法律推理中应用得最多，尤其在判例法系。在法律文书中，三段论的应用场景很少。这倒不是说演绎推理不实用，而是因为绝大部分案件不能直接适用演绎推理。事实查证和涵摄论证（证明规则可以被触发）通常占了判决书的绝大部分，只有最后一段留给演绎推理。

1. 故事范式

事实查证和涵摄论证都与演绎推理无关。事实查证是对一个故事版本的内心确信过程。逻辑可否定一个事实，但不能确立这个事实。事实的确立来自说服，类似信仰的形成。不是逻辑让我们相信一个事实的存在，而是生活经验让我们确信。故事讲述者有能力说服我们其故事版本符合（可类比）我们的生活经验。符合逻辑是形成内心确认的必要条件，但不是充分条件。符合逻辑是故事真实的入门条件，但确信一个事实曾经发生过，不是因为它符合逻辑，而是因为它在与经验的类比中，可以满足我们对所有细节的期待。

(1) 故事范式的形成

对事实的内心确认是一个证伪的过程。在证据道具支持下，故事逐渐铺开，我们根据已有情节对故事的后续情节形成合理的预期。在想象力帮助下，我们脑子里建构的故事就是“故事范式”，即我们确信的故事版本。如果讲故事者的描述符合我们对后续情节的预期，我们就会继续听下去，对这个版本的确信逐渐加强，故事范式被印证、强化；如果不符合我们对故事情节的期待，故事范式则被挑战，我们就会详查有关这个情节的证据：

(a) 如果证据没有瑕疵，我们就会修正故事范式，甚至迭代它，用一个新的故事范式替换原来那个；

(b) 如果证据有瑕疵，则证据被否定，故事范式不变。

这个过程是一个经验类比的过程，我们形成故事范式、质疑证据、修订范式或进行范式更迭，都不是用逻辑推理，而是经验类比。

(2) 法律事实的诞生

故事范式是我们在脑子里建构的，而法律事实是陪审团民主选举的。故事范式形成后，我们通过聆听各方讲述的故事版本、融入新证据、与陪审团其他成员就事实问题进行讨论、论辩、妥协、表决，最终形成对事实的多数意见，这就是法律事实。

(3) 否定一个故事版本

法庭论辩中，我们这样否定一个故事版本：将这个版本中的每一个情节，与我们故事范式中的对等情节进行对比。一致，则放行；不一致，则以证据为道具，通过逻辑推理来说明其荒谬。这时，就用上了逻辑推理。

2. 类推的实现

严格说来，类推既不属于演绎，也不属于归纳，它包含了二者。类推时，我们对两类事务进行比较，如果二者本质相似（这属于归纳），则认为二者可以类比，于是，用已知事务的一个侧面推定未知事物的对等侧面。即，

当， $X(x_1, x_2, x_3, x_4, x_5)$ 与 $Y(y_1, y_2, y_3, y_4, y_5)$ 具有本质相似点($x_1 = y_1$)【注：这是归纳】；
则， X 可与 Y 类比；

因此，按照“类比”的定义， X 和 Y 的某些侧面都“应该”相同；

于是，($x_2=y_2, x_3=y_3, x_4=y_4$)【注：这是演绎】。

类推的流程图如下：

假设： X 具有特征 (x_1, x_2, x_3, x_4, x_5)， Y 具有特征 (y_1, y_2, y_3, y_4, y_5)，其中 x_1 和 y_1 为本质特征

则：

因为， $x_1=y_1$
所以， X 和 Y 可以类比 【说明：如果本质一致，则两个事物可以类比，这属于归纳推理。归纳源于经验，不是逻辑，在 $n-1$ 次经验归纳中，我们确信这样的认识大概率正确。】
进而， X 的某些特征 $= Y$ 的对应特征 【说明：(a) 这是“类比”的定义；(b) 只能是某些特征相同，而不能是全部特征相同，否则 $X=Y$ ，即二者是一个事务。】
因此， $x_2=y_2, x_3=y_3, x_4=y_4$ 【说明：这是演绎】

类比推理严格说不是推理，是猜测，因为其中多个环节不严谨，比如：

(1) 对于 X 和 Y ，在众多特征中，为何本质特征是 x_1, y_1 ？本质特征是 x_1 ，而不是 x_2-x_5 ，如何用理性论证？

(2) 如果本质特征相同 ($x_1=y_1$)，则 X 可以类比 Y （这是定义），为何当 X 和 Y 可以类比时，二者的某些特征相同？这里的某些特征为何是【 $x_2=y_2, x_3=y_3, x_4=y_4$ 】，而不包括【 x_5 和 y_5 】？如果说这来源于经验，其可靠性如何被理性论证？

(3) 可类比的两个事物中的相同特征为何恰巧包含了我们需要的特征 (x_2, x_3, x_4)？如果我们需要的是 x_5 ，那么，这个类比就白做了 ($x_5 \neq y_5$)，我们无法用 y_5 推出来 x_5 ，所以，我们需要重新为 X 找一个类比事务，那么，基于此，我们是如何判断我们找到的类比物 Y 可以提供我们需要的 X 的那个侧面 (x_5)？

回答上述问题，不属于理性的范畴，是我们在无数次同类经验中感性的自发归纳，即某种答案更可能与后来的事实相符，但理性上我们说不

出道理。

3. 法庭辩论中类推的应用场景

演绎和归纳都不是法庭立论常用的推理形式。演绎的准确率虽高，但像武术中的花拳绣腿，缺乏实用性；其一般用于否定对方的推理，而不适用于本方立论。归纳出现在立论中时，也只是作为类比的一个阶段，在证明本体和喻体本质特征一致时使用归纳推理。

法庭辩论中大量使用的是类比推理。可以说，法庭中有推理的地方就有类比。类比在法庭论辩中的应用场景如下：

(1) 事实查证

我们将本案证据与生活经验相类比，形成故事范式，并根据想象、新证据、故事的各方版本，对这个范式补强、修正、否定、迭代，最终通过民主投票，选举出法律事实。

(2) 规则发现

将本案事实与大量既有判例进行类比，找出与本案本质特征一致的那个判例，并抽象出其规则，适用于本案。

(3) 涵摄

在判例法系，涵摄是隐藏在规则发现中的，通过类比找到最相近的判例，从而将其规则适用于本案。在大陆法系，涵摄就是将本案事实与规则的假定部分进行类比，如果本质一致，则触发该规则。

(4) 自由裁量权的量化

在自由裁量空间，如何合理地适用裁量权也通过类比完成：我们把本案情形与经验中同类事件的处理及其影响相类比，从而在自由裁量空间找到符合个体公正观的裁量数值。对于自由裁量权的实施，没有逻辑，只有经验，经验在与本案的类比中发挥着先例的作用。

4. 法律推理

逻辑是绝对命令。符合逻辑的论证，无论听起来多么新奇、荒诞、不符合既有范式，比如，地心说占统治时期的日心说，我们都必须接受。然而，非逻辑推理是否可以被接受，就要看其说服力了。非逻辑推理的确信，类似于信仰的形成，二者都放弃了逻辑努力。你说服我相信张三杀了

人，与你说服我相信上帝存在，都不是靠逻辑。

法律推理是通过各种手段说服陪审团或法官确信的过程，包括逻辑的和非逻辑的方法，主要是后者。类比是最重要的非逻辑方法。除此之外，非逻辑方法还包括语义分析、权威引证、反正法、对规则的目的解释等。

法律推理主要靠律师的说服力。这就是为何法庭上诉讼律师的口才和表演相当重要，它们是打动陪审团的手段。同样，这也可以解释为何总统大多出自律师。二者都是讲故事的人 (storyteller)，都能让别人相信自己并不相信的故事；只是律师说服陪审团相信过去发生过的故事，总统说服选民相信将来会发生的故事。

无穷大的意义

蚂蚁奔波在二维世界，不知道鹰如何翱翔。

鹰掠过千山万水，不懂蚂蚁洞穴中的阶级压迫。

动物们自负地活在自己的故事里，不知道外面的世界。它们热情地活着、艰辛地奔波、懵懂地告别，搞不懂为何来过。

它们是 DNA 的载体。传递需要活着。

我们歌颂母亲的伟大，不如看看大马哈鱼如何历经千难万险，一生奔波在产卵的路上。伟大只是因为本能。

我们鞭挞父亲的本能，不如想想放在一个篮子里的鸡蛋如何脆弱；所以，宁可失去权力、财产和人设，也要实现本能。本能是基因里的使命。

伯格森是一位不负责任的哲学家，把工作推卸给后人，如果说繁衍就是意义，N 的意义是制造 N+1，那么，无穷大的意义在哪里？

注释：

- [1]【美】理查德·A·波斯纳著，苏力译：《法理学问题》，中国政法大学出版社，2002年1月第1版，第114页。
- [2]【英】卡尔·波普尔著，杏汝强等译：《科学发现的逻辑》，中国美术学院出版社，2008年10月第1版，第70页。
- [3]【美】托马斯·S·库恩著，纪树立等译：《必要的张力：科学的传统和变革论文选》，福建人民出版社1981年11月第1版，第291页。
- [4]【美】罗兰·斯特龙伯格著，刘北成等译：《西方现代思想史》，金城出版社，2012年7月第1版，第458页。



□ 刘玉红/文

刘玉红律师，北京市中伦文德（大连）律师事务所创始合伙人，执委会主任。刘玉红律师毕业于复旦大学法学院法律学专业，在法院工作11年，先后任法院系统业余大学教师、研究室研究人员、民事庭审判员。刘玉红律师做专职律师24年来，曾担任大连市审计局特邀仲裁员，现任大连国际仲裁院仲裁员。一直在商事法律服务领域深耕细作，担任多家大型国有企业、知名民营企业法律顾问，承接了多项大型非诉商事法律服务项目，并代理了大量民商事、刑事诉讼代理案件。



□ 冯 雪/文

冯雪，本科毕业于华东政法大学，后取得大连海事大学法律硕士。曾在国企、新三板公司、民营企业从事多年业务运营、合规管理及人力资源管理工作。2021年加入北京市中伦文德（大连）律师事务所，作为刘玉红律师团队律师助理，主要从事的业务领域包括政府投资、建设工程施工、房地产租赁、劳动争议以及企业法律顾问等。

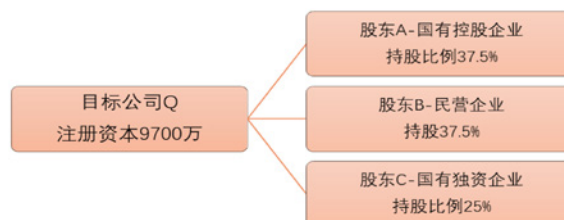
国有控股企业与国有实际控制企业辨析

引 言

商事律师团队在实务中，经常遇到国企混改、国有资产处置方面的法律咨询、非诉专项、争议解决的法律事务。涉及到国有资产（产权和实物资产等）处置，比较关键的问题包括：如何识别和认定国有企业的类型、国有企业对外投资、国有股权交易的关注事项等。我们注意到，前述问题的核心是国有企业类型的识别和认定问题，在相关法律法规规章中，规制国有企业、监管国有资产，是针对不同国企类型而设定的条款，这样才能在尊重市场经济规律前提下，达到对国有企业从管企业到管资本的转变，最终实现国有资产保值增值的目的。因此，厘清国有企业类型，也是进一步探讨国有企业相关法律问题的前提。

本律师团队近期在为国有股东通过股权转让方式从目标公司撤资的专项法律服务当中，就遇到了一个核心问题：目标公司是不是国有控股企业？

目标公司 Q 股权结构如下图所示



股东 A 和股东 B 持股比例相同，股东 C 是国有独资企业。对于目标公司 Q 的性质是否为“国有控股企业”，律师团队产生了分歧看法。

依据《企业国有资产法》第三十九条企业改制的相关规定：本法所称企业改制是指：...（三）国有资本控股公司改为非国有资本控股公司。

如果认定 Q 公司是国有资本控股公司，则此次股权转让交易将使国有资本失去对 Q 公司的控股地位，则需要依法走企业改制的法定程序，应当由履行出资人职责的机构决定或者由公司股东会、股东大会决定是否进行企业改制。同时，应当制定改制方案，载明改制后的企业组织形式、企业资产

和债权债务处理方案、股权变动方案、改制的操作程序、资产评估和财务审计等中介机构的选聘等事项；企业改制涉及重新安置企业职工的，还应当制定职工安置方案，并经职工代表大会或者职工大会审议通过，等等。而如果不是国有控股，仅仅是国有实际控制企业，则不需要走目标公司改制程序，二者区别巨大。

律师团队在检索的过程中，发现从不同的口径，对“国有企业”及相关概念有不同的定义，包括宪法角度、公司法角度、财政角度、国有资产监管角度、统计角度、刑法角度等等，针对不同部门工作重点，各有侧重。律师团队经过综合比较，结合非诉专项及争议解决法律服务的主要业务领域，选择了从国资监管、公司法以及财政角度识别和认定国有企业类型。下文将结合相关法律规定，对国有企业概念和分类进行简要分析。

一、现行法律法规中“国有企业”及相关概念

(一)《企业国有资产法》(以下简称《国有资产法》，2009年5月1日实施)

《国有资产法》使用的表述是“国家所出资企业”而非“国有企业”。根据该法，国家出资企业是指国家出资的国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。可见《国有资产法》并未明确采用国有企业的表述，并将国有资本参股公司归到了国家出资企业的范畴。故此，可以理解为，国家出资企业意指最广义概念上的国有企业。

自《公司法》颁布后，国有企业多进行公司制改革。在称谓上，从国有企业改为国家出资企业，这也是“国家出资企业”概念首次出现在正式的法律文件中。充分体现了政企分开、社会公共管理职能与国有资产出资人职能分开、不干预企业依法自主经营的原则。

但需注意的是，国家出资企业并不完全等同于国有企业。依据《国有资产法》第五条的规定：本法所称的国家出资企业，是指国家出资的国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。其中，前三类企业是《国有资

产法》主要规范的对象，国有资本参股按照《公司法》规定履行出资人职责。

(二)《企业国有资产监督管理暂行条例》(以下简称《国资监管条例》，2003年国务院令378号，分别于2011年、2019年两次修订，2019年3月2日实施)

根据《国资监管条例》第五条第三款规定：“国务院代表国家对关系国民经济命脉和国家安全的大型国有及国有控股、国有参股企业，重要基础设施和重要自然资源等领域的国有及国有控股、国有参股企业，履行出资人职责。国务院履行出资人职责的企业，由国务院确定、公布。

省、自治区、直辖市人民政府和设区的市、自治州级人民政府分别代表国家对由国务院履行出资人职责以外的国有及国有控股、国有参股企业，履行出资人职责。其中，省、自治区、直辖市人民政府履行出资人职责的国有及国有控股、国有参股企业，由省、自治区、直辖市人民政府确定、公布，并报国务院国有资产监督管理机构备案；其他由设区的市、自治州级人民政府履行出资人职责的国有及国有控股、国有参股企业，由设区的市、自治州级人民政府确定、公布，并报省、自治区、直辖市人民政府国有资产监督管理机构备案。

国务院，省、自治区、直辖市人民政府，设区的市、自治州级人民政府履行出资人职责的企业，以下统称所出资企业。”这个表述，并未揭示国有企业内涵。而是从国资监管行政主管部门履职角度所作的判断。

我们可以看到《国资监管条例》同样将“所出资的企业”分为三大类，“国有及国有控股、国有参股企业”，即国有企业、国有控股企业、国有参股企业。因此，此处“国有企业”的概念与控股、参股形式的国企不尽相同，应属于“国有独资企业(公司)”。

(三)《企业国有资产交易监督管理办法》(以下简称“32号令”，国资委和财政部联合发布，2016年6月24日实施)

32号令亦未单纯采用国有企业的表述。32号令适用范围包括：国有及国有控股、国有实际控制

企业。

根据 32 号令第四条的规定，国有及国有控股企业、国有实际控制企业包括：“（一）政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资企业（公司），以及上述单位、企业直接或间接合计持股为 100% 的国有全资企业；（二）第（一）款所列单位、企业单独或共同出资，合计拥有产（股）权比例超过 50%，且其中之一为最大股东的企业；（三）第（一）、（二）款所列企业对外出资，拥有股权比例超过 50% 的各级子企业；（四）政府部门、机构、事业单位、单一国有及国有控股企业直接或间接持股比例未超过 50%，但为第一大股东，并且通过股东协议、公司章程、董事会决议或者其他协议安排能够对其实际支配的企业”。

（四）《上市公司国有股权监督管理办法》（以下简称“36 号令”，国资委、财政部、证监会联合发布，2018 年 7 月 1 日实施）

根据 36 号令第三条规定：“本办法所称国有股东是指符合以下情形之一的企业和单位，其证券账户标注“SS”：

（一）政府部门、机构、事业单位、境内国有独资或全资企业；

（二）第一款中所述单位或企业独家持股比例超过 50%，或合计持股比例超过 50%，且其中之一为第一大股东的境内企业；

（三）第二款中所述企业直接或间接持股的各级境内独资或全资企业。”

（五）《关于国有企业认定问题有关意见的函》（财企函〔2003〕9 号，财政部发布，2003 年 4 月 23 日生效）

该函中对“国有企业、公司”的认定表述如下：

“三、对“国有公司、企业”的认定，应从以下角度加以分析：

1. 从企业资本构成的角度看，“国有公司、企业”应包括企业的所有者权益全部归国家所有、属《企业法》（编者按：此处《企业法》指《全民所有制工业企业法》）调整的各类全民所有制企业、公司（指《公司法》颁布前注册登记的非规范公司）以及《公司法》颁布后注册登记的国有独资公司、由多个国

有单位出资组建的有限责任公司和股份有限公司。

2 从企业控制力的角度看，“国有公司、企业”还应涵盖国有控股公司，其中，对国有股权超过 50% 的绝对控股企业，因国有股权处于绝对控制地位，应属“国有公司、企业”范畴；对国有股权处于相对控股的企业，因股权结构、控制力的组合情况相对复杂，如需纳入“国有公司、企业”范畴，须认真研究提出具体的判断标准。”

此函发布时间较早，与后续的 32 号令、36 号令对国有企业在表述上基本保持一致，这三个文件均有财政部参与，律师团队认为 32 号令及 36 号令是对此函的效力上升和内容细化。

（六）《国有企业境外投资财务管理办法》（财资〔2017〕24 号，以下简称《管理办法》，财政部颁布，2017 年 8 月 1 日实施）

根据《管理办法》第二条规定：“本办法所称国有企业，是指国务院和地方人民政府分别代表国家履行出资人职责的国有独资企业、国有独资公司以及国有资本控股公司，包括中央和地方国有资产监督管理机构和其他部门所监管的企业本级及其逐级投资形成的企业”。

《管理办法》对国有企业进行了较为明确的定义，国有企业主要包括国有独资企业、国有独资公司以及国有资本控股公司，以及这些公司再投资的公司。这里的国有企业将国有资本参股公司排除在外。

另外，2018 年国资委在《关于进一步明确非上市股份有限公司国有股权管理有关事项的通知》（国资厅产权〔2018〕760 号）规定：国有及国有控股、实际控制企业转让所持非上市股份有限公司股权，或者其控股、实际控制的非上市股份有限公司进行增资，按照 32 号令的规定执行。

整体上，我们可以看到，随着国有企业改革不断深入，对“国有企业”的概念进行笼统的概括已经不能满足现实的需要。通过上文对近年法律法规的分析也可以发现，相关规定也越来越少直接适用“国有企业”的叙述，而是将国有独资企业（公司）、国有控股企业、国有实际控制企业、国家参股企业等概念进行细分规定。

虽然涉及“国有企业”及相关联概念的法律

法规规章及规范性文件比较多，但在实践中，国有企业认定的依据通常援引 32 号令和 36 号令，32 号令和 36 号令在国有企业的认定标准上是一脉相承的。其中 32 号令适用于企业国有资产交易，36 号令适用于持有上市公司股份的国有企业标注国有股东标识以及对国有股东所持有上市公司股份变动行为的监督管理。尽管 36 号令是针对上市公司国有股的认定，但目前实务中，非上市公司的国有股认定也参照“36 号令”的相关规定执行。

二、国有企业的分类

1. 依据 32 号令第四条规定，国有企业被划分为四种类型（见表 1）

2. 依据 36 号令第三条规定，国有股东被划分为三种类型：

第一类：政府部门、机构、事业单位、境内国有独资或全资企业；

第二类：第一款中所述单位或企业独家持股比例超过 50%，或合计持有持股比例超过 50%，且其中之一为第一大股东的境内企业；

第三类：第二款中所述企业直接或间接持股的各级境内独资或全资企业。

因国有独资公司、国有全资公司股权结构清晰，易于理解，本文不再赘述。本文接下来将以 32 号令和 36 号令为依据，辨析国有控股企业和国有实际控制企业的概念。

3. 综合 32 号令和 36 号令的表述，律师团队梳理国有及国有控股企业、国有实际控制企业的类型如下：

类型一：100% 国有成分企业（国有独资或者国有全资）；

类型二：100% 国有成分企业单独对外出资，股权比例大于 50%；

类型三：100% 国有成分企业共同对外出资，股权比例合计大于 50% + 最大股东为 100% 国有成

表 1

序号	类别	含义	注意事项
第一类	国有独资企业（公司）	政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资企业（公司）	国有独资企业（公司）只有一个股东。其中，国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司；国有独资企业，是指企业全部资产归国家所有，国家依照所有权和经营权分离的原则授予企业经营管理，国有独资企业依法取得法人资格，实行自主经营、自负盈亏、独立核算，以国家授予其经营管理的财产承担民事责任。
第二类	国有全资企业	政府部门、机构、事业单位、国有独资企业（公司）直接或间接合计持股为 100% 的国有全资企业。	国有全资企业有多个股东
第三类	国有控股企业	第 1) 款所列单位、企业单独或共同出资，合计拥有产（股）权比例超过 50%，且其中之一为最大股东的企业 第 1)、2) 款所列企业对外出资，拥有股权比例超过 50% 的各级子企业	认定国有控股企业时，如其股东中存在国有控股企业，则该等国有控股企业不计入国有股权比例。 认定国有控股子企业时，其股东应为单一股东，不包括合计超过 50% 的情形。
第四类	国有实际控制企业	政府部门、机构、事业单位、单一国有及国有控股企业直接或间接持股比例未超过 50%，但为第一大股东，并且通过股东协议、公司章程、董事会决议或者其他协议安排能够对其实际支配的企业。	国有实际控制企业必须同时符合三个要件： 1. 单独持股比例未超过 50%； 2. 为第一大股东； 3. 能够实际支配企业。

分企业；

类型四：类型二单独对外出资，股权比例大于 50%；

类型五：类型三单独对外出资，股权比例大于 50%；

类型六：国有成分比例合计小于 50% + 第一大股东 + 实际控制；

其中：

国有企业：类型一

国有控股企业：类型二、类型三、类型四、类型五

国有实际控制企业：类型六

三、区分国有控股企业和国有实际控制企业的实际意义

作为以公有制经济为主体的社会主义国家，国有经济在我国长期占据主导地位，国有资产和国有企业遍布于我国的主要经济领域，是支撑国民经济发展的重要支柱。因此，国有资产运作与国有企业运营历来与民营企业不同。国有企业经营不仅要受到《公司法》的规制、符合市场规律，还要遵守《国有资产法》以及国有资产监管一系列相关规定，符合监管体系的要求，带有浓厚的行政管理色彩。32 号令中对国有控股企业、国有实际控制企业进行了详细的规范，实际上是扩大了监管的范围和权限，是防止国有资产流失的重要手段，也与《公司法》相关规定相互衔接。

1. 实际控制人及相关概念的法律规定

实际控制人概念在我国法律中已有明确界定。我国《公司法》《证券法》及《上市公司收购管理办法》在 2005 年-2006 年间做了相关修改，第一次在法律层面对公司实际控制人的有关内容进行了规定，特别是对那些在法律上不承担义务而事实上却享有权利的特殊主体加以法律的规制。

《公司法》“实际控制人”定义：是指虽然不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。

《公司法》“控股股东”定义：是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的

股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。

《上市公司收购管理办法》“实际控制”定义：... 有下列情形之一的，为拥有上市公司控制权：（一）投资者为公司持股 50% 以上的控股股东；（二）投资者可以实际支配上市公司股份表决权超过 30%；（三）投资者通过实际支配上市公司股份表决权能够决定公司董事会半数以上成员选任；（四）投资者依其可实际支配的上市公司股份表决权足以对公司股东大会的决议产生重大影响；（五）中国证监会认定的其他情形。

由此可见，在规制、处理公司纠纷方面，实际控制是一个非常重要的概念。《证券法》及《上市公司收购管理办法》对实际控制人在证券领域内的责任与义务都做了规定。明确了上市公司实际控制人的信息披露义务和申报义务，规定了上市公司实际控制人违反法定义务应当承担的法律责任，有利于对上市公司实质控制权进行确定，保护中小股东的合法权益。

2. 在实务中，区分国有控股和国有实际控制具有很重要的现实意义。

依据 32 号令的规定，区分国有控股和国有实际控制在国有股权交易方式上有重要的影响。对国有产权交易方式，依据是否在产权交易场所进行，区分为在产权交易场所进行的公开挂牌转让和按照国家规定的场外协议转让。

（1）国有产权公开转让程序（见表 2）

（2）国有产权非公开协议转让程序（见表 3）

此外，根据 2022 年 5 月国资委印发《关于企业国有资产交易流转有关事项的通知》（国资发产权规【2022】39 号，简称“39 号文”）的规定：“主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域（对于什么是“重要行业”和“关键领域”，2018 年 8 月 28 日国资委网站的问答选登中明确：命脉行业，包括军工国防科技、电网电力、石油石化、电信、煤炭、民航、航运、金融、文化 9 个行业；关键领域，包括重大装备制造、汽车、电子信息、建筑、钢铁、有色金属、化工、勘察设计、

表 2

序号	内容	备注
1	有权主体依权限审批产权转让事项	(1) 国资监管机构负责审核国家出资企业的产权转让事项。因产权转让致使国家不再拥有一级企业控股权的，由国资监管机构报本级人民政府批准；
		(2) 国家出资企业应当制定其子企业产权转让管理制度，确定审批管理权限。对主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域，主要承担重大专项任务子企业的产权转让，须由国家出资企业报同级国资监管机构批准。
2	转让方进行产权转让的可行性和方案论证	涉及债权债务处置事项的，应当符合国家相关法律法规的规定。
3	转让方按照公司章程和内部管理制度履行内部决策程序	/
4	产权转让涉及职工安置事项的，安置方案应当经职工代表大会或职工大会审议通过	/
5	转让方委托会计师事务所对转让标的企业进行审计	参股权转让可豁免专项审计，转让方取得转让标的企业最近一期年度审计报告替代。
6	转让方委托评估机构对转让标的进行资产评估，产权转让价格应以经核准或备案的评估结果为基础确定	/
7	设置受让方资格条件（如适用）	产权转让原则上不得针对受让方设置资格条件，确需设置的，不得有明确指向性或违反公平竞争原则，所设资格条件相关内容应当在信息披露前报同级国资监管机构备案，国资监管机构在 5 个工作日内未反馈意见的视为同意
8	选定产权交易所进行信息披露，公开征集受让方	(1) 转让方可根据企业实际情况、工作进度安排，采取信息预披露和正式披露相结合的方式，通过产权交易机构网站分阶段对外披露产权转让信息，公开征集受让方。
		(2) 正式披露信息时间不得少于 20 个工作日。
		(3) 因产权转让导致转让标的企业的实际控制权发生转移的，转让方应当在转让行为获批后 10 个工作日内，通过产权交易机构进行信息预披露，时间不得少于 20 个工作日。
9	未征集到合格意向受让方	未征集到意向受让方的，可以延期或在降低转让底价、变更受让条件后重新进行信息披露
10	征集到合格意向受让方，组织竞价	(1) 产权转让信息披露期满，产生符合条件的意向受让方的，按照披露的竞价方式组织竞价。
		(2) 竞价可以采取拍卖、招投标、网络竞价以及其他竞价方式，且不得违反国家法律法规的规定
11	确定受让方，签订产权交易合同	受让方确定后，转让方与受让方应当签订产权交易合同，交易双方不得以交易期间企业经营性损益等理由对已达成的交易条件和交易价格进行调整
12	交易合同生效，公告交易结果	产权交易合同生效后，产权交易机构应当将交易结果通过交易机构网站对外公告，公告期不少于 5 个工作日
12	取得交易凭证，办理产权过户	产权交易合同生效，并且受让方按照合同约定支付交易价款后，产权交易机构应当及时为交易双方出具交易凭证

表 3

序号	适用情形	审批机关	立法溯源及评析
1	涉及主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域企业的重组整合，对受让方有特殊要求，企业产权需要在国有及国有控股企业之间转让的	国资监管机构	(1) 关于适用情形：32 号令关于协议转让的适用情形与《关于企业国有产权转让有关事项的通知》（国资发产权[2006]306 号）、《关于促进企业国有产权流转有关事项的通知》（国资发产权[2014]95 号）已确立的协议转让适用情形基本一致
2	一级企业及其各级控股企业或实际控制企业之间因实施内部重组整合进行产权转让的	一级企业	(2) 关于审批机关：根据《关于企业国有产权转让有关事项的通知》，按照转让方的隶属关系，协议转让需经国务院国资委或省级国资监管机构批准。依据 32 号令，一级企业获得了审批内部协议转让事项的权限。 (3) 关于“进场不挂牌”：32 号令将“非公开协议转让”作为与公开转让并列的形式，表明认可符合法定条件的协议转让应可无需履行进场交易程序。

科技 9 个领域），主要承担重大专项任务的子企业，不得因产权转让、企业增资失去国有资本控股地位。”可知，国家对重要行业和关键领域国有控股的地位，把控越来越趋于严格，对于相关领域采用了“不得”的字样。

三、如何识别两个以上国有股东的目标公司是不是国有控股

根据 32 号令、36 号令，在判断一个兼有国有成分和民营成分（尤其是有“两个以上国有股东”时）的目标公司是否是国有控股企业时，并不是国有股占比的简单机械相加。律师团队结合实务，总结识别标准如下：

第一步：上溯查清股东性质，一直找到 100% 国有成分的企业股东（即“类型一”股东），此为“第一级企业”，第一级企业可能有数个。

第二步：从“第一级企业”往下一级看，“第一级企业”投资的子企业中的一个“类型一”股东股权占比是否超过 50%：

(1) 超过 50% 的，则是国有控股；

(2) 没有超过 50%，则继续看子企业中的数个“类型一”股东合计股权占比是否超过 50%：

① 合计超过 50%，并且第一大股东是“第一级企业”中的一个国有股东，则是国有控股；

② 合计超过 50%，但第一大股东不是“第一级企业”，则不是国有控股；

③ 合计未超过 50%，不是国有控股【但有可能是国有实际控制企业】。

不是国有控股的，再往下的孙企业也不是国

有控股。

第三步：确定“第一级企业”的子企业是国有控股的情况下，“第一级企业”的孙企业中子企业的股权比例超过 50% 以上的，是国有控股；子企业在孙企业中的股权比例未超过 50% 的，不是国有控股。

综上，如果是纯国有，没有民营成分加入的，则不管第几级都属于国有企业，100% 国有成分的企业称“第一级企业”的话，则“第一级企业”的子企业有两类（类型二和类型三），则“第一级企业”在子企业中的股权比例可能低于 50%，但是在孙企业中，子企业的股权比例肯定大于 50%。

不管在几级国企里，只有在纯国有的股东之间，才合并相加计算国有比例；纯国有企业在任何时候都不与国有控股中的国有比例合并相加计算国有成分；国有控股企业之间也不合并相加计算国有成分的比例。

结 论

通过上述分析，回到律师团队在开篇提到的案例，依据 Q 公司三个股东的情况，因为股东 A 与股东 B 的持股比例相同，所以不能认定为股东 A 是 Q 公司的第一大股东，股东 C 作为国有独资企业，只是 Q 公司的小股东。国有股东 A 与国有股东 C 之间隶属于不同的主管部门，没有关联关系。股东 A 不属于类型一的股东，其股份不能与股东 C 之间机械相加，因此，目标公司不能认定为国有控股企业。

中伦
文德



□许 波/文

许波律师，中伦文德高级合伙人，中伦文德刑事法研究院院长。
国际刑法学协会（AIDP）注册会员；人民大学“商事犯罪研究中心”委员；北京市律师协会商事犯罪辩护委员会委员。执业领域：刑事辩护与代理，民商事诉讼与仲裁，企业刑事合规体系建设。

“刑民交叉”视野下见义勇为的法律适用 ——以“唐山烧烤店打人案件”为例

《论语》云：“见义不为，无勇也。”我国古代早在先秦时期《效律》《秦律杂抄》《法律答问》就有记录见义勇为的案件，唐代时期制定的《唐律疏议》则对见义勇为做出更为具体详细的规定。可见，惩恶扬善、见义勇为自古以来都被视为中华民族的传统美德而广受赞颂。

近年来，现实生活中一些见义勇为者事后反遭索赔、追责的现象偶有发生，引发了人们对见义勇为的顾虑，诸如“扶不扶？”“劝不劝？”“救不救？”“为不为？”“管不管？”等“灵魂拷问”成为很多人心中的道德难题。

近日，“唐山打人案件”引发了社会各界的持续热议和关注，社会各界在谴责行凶者的同时，也有人未出手相助的“旁观者”提出质疑，“见义勇为”再次通过个案被推上风口浪尖。

为了鼓励见义勇为行为，我国在原有刑法及民法通则“正当防卫”“紧急避险”的基础上，通过《民法典》增设见义勇为补偿条款和免责条款，为见义勇为者撑起了法律“保护伞”，但难言尽如人意。在《民法典》实施与公、私法趋于融合的大背景下，笔者拟从民刑交叉视角浅析见义勇为条款。

一、见义勇为的法律含义和特征

所谓见义勇为，是指行为人在没有法定或约定义务的前提下，为保护他人的人身、财产权益，制止各种违法犯罪、侵权行为、意外事件的紧急救助行为。

《北京市见义勇为人员奖励和保护条例》第一条规定：本条例所称见义勇为，是指为保护国家、集体利益或者他人的人身、财产安全，不顾个人安危，与正在发生的违法犯罪作斗争或者抢险救灾的行为。

质言之，见义勇为并非严格的刑法用语，也



困惑

新华社发 王俊平 作

非准确的民法术语，它是指政府、社会对符合条件的相关人员进行推崇、表彰的一种道德性称谓。

无论在民法领域，抑或刑法范畴，见义勇为行为均具有以下特征：

1. 自愿性。即见义勇为者自愿对他人实施救助，而且强调非义务性，这不同于专业救助行为和职业行为。

2. 利他性。具体指见义勇为者必须是为了救助人的利益而紧急救助，为了自己利益所实施的紧急救助行为不能构成见义勇为。

3. 紧急性。行为人断然实施救助行为就可能导致难以挽回的损失或造成不可逆转的损害。时间、空间或者行为上缺乏紧急性不能构成见义勇为。

4. 社会救济性。见义勇为者的财产或人身损害在一定情况下可由国家和社会承担相应的救济责任，由国家和社会对见义勇为者予以补偿，见义勇为造成的后果应当由受益人和社会共同负担。

二、见义勇为的民、刑交叉定性及实体构成要件

“刑民交叉案”是指案件性质既涉及刑事法律关系，又涉及民事法律关系，两者之间存在交叉牵连、相互影响的案件。见义勇为所涉民刑交叉案件通常为民事侵权向刑事犯罪转化的案件。

《中华人民共和国刑法》（以下简称刑法）第20条第一款规定，为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。

刑法第20条第一款规定，紧急避险是为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。

《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）第181条第一款规定，因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。

因此，笔者认为从民刑交叉角度可将见义勇为定义为：行为人为了使国家、公共利益或者他

人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害或正在发生的危险而实施的正当防卫或紧急避险行为。

与传统的“经济纠纷涉及经济犯罪”类刑民交叉案件不同，民事侵权和刑事犯罪的差别仅在于后果是否严重，至于权利基础、侵害行为以及因果关系均一致。行为人须同时具备以下四个条件，才能构成刑法或民法上的见义勇为：

（一）“无险”则无以为“勇”

见义勇为行为是在情况紧急和危险的情况下做出的，行为人必须面对灾害、歹徒或意外事件，挺身而出以阻止不法行为与灾难的发生或损害的持续扩大，保护他人的人身或财产权利。在“唐山打人案件”中，嫌犯的手段极其恶劣，气焰极其嚣张，对他人实施随意无差别攻击，严重威胁到受害人生命安全，毫无疑问属于上述“情况紧急和危险”情形，符合见义勇为为实施的时空要件。

（二）行为人主观上出于“正义”而非“私利”

见义勇为行为人以保护国家、社会利益和他人的人身、财产安全为目的，即行为人出自内心的正义感和道义上的责任感，面对“义”与“利”的抉择时，勇敢选择了“义”而放弃了自己的“利”。为保护本人的人身、财产安全而与违法犯罪做斗争的行为，或制止民事侵权的行为，均不宜认定为见义勇为。在“唐山打人案件”中，如烧烤店里的旁观者出面制止施害者继续实施犯罪行为，构成刑法上的正当防卫，亦属于见义勇为行为，但该案中的受害女性用酒瓶还击施害者，仅系正当防卫，但不属于见义勇为。

（三）行为人对救助事项没有法定义务

负有法定职责的主体或者特殊关系人之间（如配偶、父母子女），在履行法定职责或者积极施救时，不能成为见义勇为的主体。如“唐山打人案件”中烧烤店附近巡逻安保工作人员正好前来制止施暴者则是其法定职责所在，不构成见义勇为；受害人的配偶或家属上前制止施害者，也不符合见义勇为构成要件。因此，见义勇为的主体只能是没有法定义务的“旁观者”。

（四）行为人在客观上实施了见义勇为

行为人具有不顾个人安危，实施了同违法犯罪做斗争或制止民事侵权行为或者抢险、救灾、救人的行为。我国刑法、民法典对见义勇为行为的倡导、鼓励，不能简单地理解为法律要求公民不考虑面临的危险程度和自身反击能力，一味地选择防卫，所以刑法、民法典对正当防卫和紧急避险也仅是授权性规定，而非强制性的规定。在“唐山打人案件”中，围观者如果有条件和能力，选择直接出面制止犯罪，属于见义勇为；同时，视频中的旁观女性站出来对施暴者口头劝说，以及旁观男性拍录视频将其发到网络上的行为等都是在以不同的方式与违法犯罪行为作斗争，也属于见义勇为的范畴。



三、见义勇为“刑民交叉”处理规则

（一）见义勇为“刑民交叉”适用规则

《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称民事诉讼法）第150条第1款第5项规定：“本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的，应该中止审理”。根据刑民交叉案件中刑、民诉讼发生的时间顺序，以及两者之间的审理是否存在依存关系，来确定两者之间的受理和审理：（1）当刑民交叉案件引起的民事诉讼与刑事诉讼的处理不会产生矛盾，两者也不存在相互依存关系的，可以“刑民并行”，各自分别进行或者并案审理。（2）当刑民交叉案件引发的民事诉讼和

刑事诉讼可能发生冲突，民事诉讼的进行需要以刑事诉讼的结果为前提时，应当“先刑后民”。（3）当刑民交叉案件引发的刑事诉讼需要以民事诉讼的结果为前提时，则应当“先民后刑”。（4）

民事案件涉及的责任人或责任方式需要经过刑事诉讼程序确定的，在此种情形下，应当采用刑事优先的审理方式。

我们再回到“唐山打人案件”。该案不仅有受害女性被殴打，烧烤店也同时遭到肆意破坏，围观者通过手机将现场视频发至网络后，持续发酵，涉案唐山烧烤店及周围的烧烤店的正常经营也受到严重影响。对于围观者是否存在见义勇为的适用空间，因涉案法律后果较为严重，其所造成的社会影响较为恶劣，对相关民事侵权的理解和判断，可能要充分考虑刑事责任的界定，故此类案件应当按照“先刑后民”的思路处理更合理。

（二）见义勇为行为的民、刑归责

犯罪行为与民事侵权的区别在于违法性程度上，在刑法学上影响行为违法性程度的是“罪量要素”。“不同行为因为量的差别而被人为地进行了质的区分，违法与犯罪在人为划定的量的两侧得以分野。”因此，竞合型民刑交叉案件的处理规则就是审查罪量要素（如数额、情节、后果等）是否符合刑法的规定，如果没有达到罪量要素的要求就是民事侵权，达到罪量要素的要求就是犯罪。例如：故意伤害罪要求伤害程度达到轻伤以上，如果只是轻微伤的话就不成立故意伤害罪。在竞合型民刑交叉案件的范围，民事侵权范畴应限定于一般民事侵权行为，以当事人存在过错为要件。然而，所有的犯罪均贯彻罪过原则，不管是故意还是过失，均是犯罪主观方面的必备要件。

1. 对见义勇为的侵权或犯罪规制应当限定于故意

一方面，不苟求见义勇为人为人尽到高度注意义务。见义勇为人为人明知危险存在，但还是选择将自身安危置之度外，其冒险行事目的并非为了自身利益，所以对于见义勇为人来说，并不存在进行自我保护、利益衡量的前提条件，也就不应当承担忽略自身安全的不利后果。如果我们既期待“唐山打人案件”见义勇为者挺身而出，又要求见义

勇为人对自己以及施暴者的人身财产安全，都要尽到高度注意义务，那么很多见义勇为的英雄之举将不会发生。

另一方面，不苛求见义勇为人在紧急情况下实施的救助行为达到专业救援人员的施救标准。现代社会，分工细化，各个行业都有其专业壁垒。非专业人员实施的救助行为，稍有不慎，不仅不能救人于危难之中，还有可能造成更大损害。民法典规定在情势急迫的情况下实施的救助行为一概免责，就是为了鼓励人们在紧急情况下施以援手，避免处于困境中的人错过黄金施救期。我们倡导科学合理地实施见义勇为行为，同时也应当容忍见义勇为中不尽如人意的结果。如此，方能让社会上点点滴滴的善意和正能量涌动成一股永不退潮的暖流。

根据民法典第184条规定，因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。

该条则明确了见义勇为者责任豁免规则，其背后是立法政策的考量，有助于杜绝“英雄流血又流泪”的现象，也有益于社会形成见义勇为的良好风尚，从而消除挺身而出时的顾虑、扶危济困后的麻烦，让善行得到奖赏，让善良得到弘扬。因此上述条款也被称为“好人条款”。“好人条款”回应了社会大众关切，顺应了社会对公平正义的期待，为见义勇为者吃了法律“定心丸”。

2. 合理分配见义勇为举证责任。

在刑民交叉案件中，某些证据可能同时被用于民事和刑事诉讼程序。根据民事诉讼法“谁主张、谁举证”的民事举证规则，由被救助人承担举证责任，即不管是被救助人主张其人身损害是由救助人造成的，还是被救助人主张救助人在救助过程中未尽合理限度注意义务加重其人身损害，并以此要求救助人承担侵权损害赔偿赔偿责任，那么被救助人应当提供证据予以证明，比如救助人存在侵权行为、造成的损害后果、侵权行为及损害后果之间是否存在因果关系等，这些事实都应该由被救助人举证加以证明。如果被救助人没有证据或者证据不足以证明其主张的，则依法应由被救助人承担举证不能的后果。上述举证规则的适用能够有效避免诬陷或错认情况的发生，防

止事实认定的扭曲，体现正确的价值导向，为见义勇为者保驾护航。

（三）刑事附带民事诉讼—见义勇为者利益保护优先

1. 刑民交叉案件的处理规则不应让见义勇为者受损。

根据2000年最高院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》刑事附带民事诉讼的范围只能是“因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失……对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理……被害人因犯罪行为遭受的物质损失，是指被害人因犯罪行为已经遭受的实际损失和必然遭受的损失。”2011年最高院《关于刑事附带民事诉讼赔偿范围问题的答复》规定：“附带民事诉讼案件依法只应赔偿直接物质损失，即按照犯罪行为给被害人造成的实际损害赔偿，一般不包括死亡赔偿金和残疾赔偿金……”现实生活中，犯罪行为对见义勇为者造成的伤害可能比纯粹的民事侵权造成的伤害更大。上述司法解释会导致见义勇为者遭受纯粹民事侵权行为的侵害得到的赔偿相对较多，而因遭受犯罪行为侵害得到的赔偿较少，这不能不说是现有法律制度的一大缺憾。

2. 受益人“适当补偿”法律规定的局限和不足

根据民法典第183条规定，因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任，受害人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。

该条款明确了侵权人和受益人各自的责任。当有侵权人承担责任时，受益人对见义勇为者的补偿仅是出于道德层面的考量，而当没有侵权人或侵权人无法承担责任时，受益人的补偿就会变为一种法定义务，见义勇为者的合法权益的确因此多了一层保障。但笔者认为，受益人“适当补偿”的法律规定，尚不足以对见义勇为行为形成强有力的法律保障和激励机制，尤其在受益人因遭受不法侵害而死亡、重伤等无力承担“适当补

偿”法定义务的情形下。因此，为了避免此种情形的尴尬，法律应当进一步有所作为。

四、关于见义勇为的立法建议

（一）国外见义勇为为相关法律规定

1. 美国：见危不救有可能构成犯罪但严格限定前提

美国的《救援责任法》《善行法》《好撒马利亚人法》鼓励人们见义勇为，助人为乐。《救援责任法》规定了消防、急救人员对于危境中的民众，配偶、父母子女之间等特殊关系人之间的责任。《善行法案》规定，如果施救人员在帮助他人时造成意外伤害，可以免除法律诉讼。明尼苏达州则将“见危不救罪”列入刑法典，如果在现场而不予合理的协助，以犯罪论处。在佛蒙特州也会处以100美元的罚款。《好撒马利亚人法》中规定，陌生人对受伤者进行紧急医疗抢救中出现的失误，给予法律责任上的赦免。这种情形必须是在紧急事件发生场合，而且这种救助是无偿的。

2. 欧洲：见死不救不得危害施救者安全

法国1994年修订的《法国刑法典》新增了“怠于给予救助罪”，具体条文是：“任何人对于危险中的他人，能够个人采取行动，或者能够唤起救助行动，且对其本人或第三人均无危险，而故意放弃给予救助的，处5年监禁并扣50万法郎罚金。”

在德国、挪威、瑞典、西班牙、意大利等欧洲国家的法律规定，任何具有责任能力的成年人具有营救危难的法律义务。如《德国刑法典》第323条c项规定：“意外事故、公共危险或困境发生时需要救助，根据行为人当时的情况急救有可能，尤其对自己无重大危险且又不违背其他重要义务而不进行急救的，处1年以下自由刑或罚金。”

3. 新加坡：被救反污蔑他人者，需“道歉+赔偿”

在新加坡，见义勇为已经实现道德的法律化上升为公民的一项基本法律义务。对于见义勇为，如被援助者事后污蔑救助者，须亲自上门向救助者赔礼道歉，并施以其本人医药费1至3倍处罚。影响恶劣、行为严重者，以污蔑罪论处。

该规定实施以来，新加坡再没有发生过类似的被救助反污蔑他人者的事情，使公民实施见义勇为为时不再有顾虑和担忧。

（二）我国见义勇为立法建议

综合其他国家关于见义勇为方面的成熟立法，笔者认为，对于见义勇为这一具有民刑交叉特征的法律问题，目前我国散见于刑法、民法典中的见义勇为条款，尚不足以打消公民实施见义勇为的后顾之忧，不足以弥足一些情形下施救者遭受的损失，不足以以为见义勇为者构筑有效、积极的法律保障和激励机制。笔者建议，中国应效仿其他国家的成熟立法经验，为见义勇为进行专门立法，该项立法工作至少应综合考量一下几种因素：

1. 打消见义勇为者的后顾之忧。对于被救助者反污蔑救助者的行为，制订具体的惩罚措施，轻者要求其公开致歉并予以经济处罚，情节严重者以刑罚措施予以惩戒，激浊扬清，以法律手段巩固道德精神，彻底打消见义勇为者“扶不扶？”“救不救？”“管不管？”等方面的担忧和顾虑。

2. 对于因见义勇为而遭伤残或经济损失的，应加大对见义勇为者进行褒扬和救助的力度。在侵权人补偿、被救助者“适当补偿”之外，强化国家对见义勇为者的经济补偿和精神褒奖，绝不让见义勇为者“流血又流泪”。现实生活中，相关公益性社团在这方面发挥了积极作用，应进一步鼓励倡导更多的组织和个人参与其中。如中华见义勇为基金会，以发扬中华民族传统美德，以德治国，倡导见义勇为，弘扬社会正气，传播社会正能量为宗旨，在表彰、奖励、抚恤、慰问、资助见义勇为人员方面开展了大量工作，大力弘扬了见义勇为精神，有力地促进了社会主义建设文明建设。

3. 对于任何处于危险境遇中的人，自己能够采取救助行动或者唤起救助行为，且对其本人或第三人均无危险的，法律应赋予其实施救助的法律义务，不履行救助义务的应给予经济处罚，情节严重者将面临刑事处罚。当然，在立法上应当慎之又慎，严格限制其法定适用条件。



笔者殷切期望,《中华人民共和国见义勇为法》能够尽快出台实施,为见义勇为撑起一片用于见义勇为、乐于见义勇为的“碧空蓝天”。

结语

见义勇为为本质上是刑法上和民法意义当的“正当防卫”和“紧急避险”。对类似“唐山打人案件”侵权竞合型民刑交叉案件的处理程序,根据其违法程度和后果的不同,通常是按照先刑后民的原则进行处理和认定。

见义勇为在刑法和民法上的具体适用中,应当严格、审慎把握归责原则,合理分配举证责任,不应当苛求见义勇为人为人尽到高度注意义务,贯彻对见义勇为补偿和免责规范,优先赋予见义勇为人为人提起刑事附带民事诉讼并得到充分赔偿的权利,创造更有利于见义勇为行为的法律环境。

民法典规定明确了侵权人和受益人的各自责任,同时也明确了见义勇为者依法不承担民事责

任。强化了对见义勇为行为的鼓励和保护,一定程度上消除了“扶不扶”“救不救”“管不管”的顾虑,有利于培育见义勇为的良好社会风尚,弘扬助人为乐的传统美德。但受益人的“适当补偿”义务,无法弥补受益人无力补偿情形下施救者所遭受的损失。故笔者建议见义勇为立法,鼓励个人或组织积极参加公益性社会团体,为见义勇为者提供立体化的保障和激励机制。

毋庸讳言,见义勇为在我们现实生活中是值得肯定、推崇以及发扬光大的,但也要提醒见义勇为者在施行紧急救助时需注意方式方法,在保护自身安全的同时,尽量减少给受助人或其他人造成伤害或不必要的损失。见义勇为既要有勇,又要有智,在紧急情况下实施救助行为时要保持冷静,根据周围环境和条件智慧施救,根据自肾能力采取合理施救措施。同时为了避免不必要的纠纷,在见义勇为过程中也要注意及时报警,做好现场保护及证据固定工作。

中伦
文德



□王 泽/文

王泽律师，北京中伦文德（天津）律师事务所律师，取得法律硕士学位，始终坚持“为客户提供高质量法律服务”的宗旨，深耕法学理论，丰富实践经验，具有较强的逻辑思维能力，工作认真负责。执业领域主要集中在房地产、建设工程、公司常年法律顾问、刑事辩护等。

高空抛物罪的司法适用难题与内在论证逻辑 ——以《刑法修正案（十一）》生效后 110 份判决书为研究基础

摘要：近年来高空抛物事件频发，造成人员伤亡、财产损失的数量陡然上升，严重威胁着人民群众的生命财产安全，高空抛物也被称为“悬在城市上空的痛”。2021 年 3 月 1 日《刑法修正案（十一）》正式生效，高空抛物罪在独立成罪的首日便在江苏省溧阳市法院被最先适用，该案亦成为高空抛物入刑后的全国首例判决。本文旨在以《刑法修正案（十一）》正式生效后关于“高空抛物罪”的 110 份判决书为研究基础，从法益保护、定罪、量刑三个层面探讨高空抛物罪的司法适用现状与难题，进一步规范解释高空抛物罪的构成要件，论证罪与非罪、此罪与彼罪之间的内在论证逻辑。

关键词：高空抛物罪；《刑法修正案（十一）》法律适用难题；内在论证逻辑

高空抛物伤人损物事件的频发，迫使近年来公众、学术界、实务界对“悬在城市上空的痛”格外关注，这也成为推动我国刑事立法的重要契机。2020 年 12 月 26 日全国人大常委会发布《中华人民共和国刑法修正案（十一）》以下简称《刑法修正案（十一）》，标志着高空抛物行为的司法犯罪化、立法犯罪化，这正是对最高法《关于

依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》（以下简称《高空抛物、坠物审理意见》）出台到《刑法修正案（十一）（草案）》一审稿，从高空抛物行为是否应独立成罪到法条竞合及其司法适用的有力呼应，对此学术界曾展开激烈的探讨。然而，学术界及实务界对高空抛物入罪后的案例分析并不深入。截止到 2022 年 3 月 15 日，以“威科先行法律信息库”为检索平台，以引用了“中华人民共和国刑法（2020 修正）第 291 条”为搜索条件，共检索出 132 篇裁判文书，经过筛选，以选出的 110 份判决书为研究样本。基于此，本文以《刑法修正案（十一）》正式生效后 110 份判决书为研究基础，通过真实的案例入手，对判决书中的法益保护、定罪、量刑层面进行考察，来窥测司法实践中高空抛物罪司法适用的不足与法官论证的缺陷，以期达到本罪司法适用的进一步完善的效果。

一、高空抛物罪增设的客观必要性

（一）二元处罚机制的缺陷

在我国司法实践中，往往运用民事侵权责任机制，对高空抛物行为采取民刑并行的二元处罚

机制。^[1]但民刑并行的二元处罚机制并未对高空抛物者起到应有的震慑作用，从近些年来日益陡增的高空抛物事件便可见一斑。这主要体现在两个方面：一方面，多数抛物者自以为“不会造成严重后果”，很多人甚至不知道造成了严重后果或者即便是抛物后知情也不承认，受害人往往在监控无法覆盖的时候难以取证，维权甚为困难，这也是客观上不能遏制高空抛物事件发生的原因之一；另一方面，在民刑并行的二元处罚机制的背景下，相同或类似高空抛物事件可能面临的处罚不尽相同，既有可能受到刑事处罚，亦有可能受到民事处罚。换言之，该处罚机制在一定程度上影响了高空抛物的民刑定性。从某种角度上说，民事责任的分担，导致刑事责任追究问题难以引起公安机关的高度重视，将其作为刑事案件立案侦查更是少之又少。

（二）定罪量刑的有失公允

在司法实践中，对高空抛物定性并不统一，“轻罪重判”的情况时有发生。首先，我国刑法理论通常认为，“以危险方法危害公共安全罪”属于“具体危险犯”，只有当危害公共安全的行为具有产生相应危险的紧迫危险状态时，才能达到入罪标准。^[2]在《刑法修正案（十一）》正式生效之前，“将空酒瓶扔到小区暂时无人的道路上”的类似案例，我国司法机关通常以“以危险

方法危害公共安全罪”予以定罪，^[3]即便是《刑法修正案（十一）》正式生效之后，仍存在类似案情，我国公安机关或检察机关以“以危险方法危害公共安全罪”拘留或提起公诉，^[4]但审判机关最终以“高空抛物罪”定罪。然而，此类扔酒瓶的行为并不当然造成法益侵害的紧迫危险，并未达到“以危险方法危害公共安全罪”的入罪标准。在《刑法修正案（十一）》正式生效之前的三年内，通过对高空抛物相关的刑事案例研究可得，司法机关往往将仅产生抽象危险的高空抛物行为以“以危险方法危害公共安全罪”予以定罪。^[5]也就是说，如果不将高空抛物行为单独设立较轻的罪名，抛物者很可能被判处较重的罪名，这显然违反我国的罪责刑相适应原则。就这一角度而言，增设高空抛物罪有其客观必然性。

（三）调查取证的困境

众所周知，在高空抛物案件中，最困难的就是调查取证，即查清事实、确定抛物者。受害人在受到侵害后凭借个人力量很难确定实施不法行为的人，受害人存在举证不能和调查无门的双重困难，这致使受害人提供的证据无法确定实际侵权人，最终维权失败。故此，《中华人民共和国民法典》第1254条作出专门规定，公安等机关应当依法及时调查，查清责任人。^[6]该规定已经进一步保证高空抛物案件中的调查取证力度，但

就实践而言，效果并不明显，公安机关的介入缺乏基础且具有被动性。但在高空抛物入罪后，调查高空抛物的犯罪事实是公安机关的法定义务，这将从根本上摆脱调查取证的困境。

即便有学者批评增设高空抛物罪并非基于刑事立法的理性思考，^[7]且会违反刑法的谦抑性和补充性原则。但笔者认为，高空抛物罪的增设有利于实现高空抛物行为定罪量刑的公平公正，也有利于完善我国的刑



法构建体系。因此，高空抛物罪的增设具有相当的客观必要性。

二、高空抛物罪司法适用的现状与难题

（一）法益保护层面

高空抛物罪被纳入刑法分则第六章妨害社会管理秩序罪的第一节扰乱公共秩序罪中，故高空抛物罪所要保护的法益为社会公共管理秩序。^[8]进一步讲，即维护社会公共生活所必需的秩序，若侵犯将导致社会公众心理紊乱和社会秩序管理混乱。而在《高空抛物、坠物审理意见》和《刑法修正案（十一）（草案）》一审稿中，均将高空抛物罪纳入刑法分则第二章危害公共安全罪中，其保护的法益为公共安全。由公共安全到公共秩序的法益保护转变，也可以看出法益保护的范畴更为宽泛，不可避免扩大高空抛物的行为范畴。不将高空抛物罪纳入在第二章亦有现实的立法考量，通常情况下高空抛物罪不具有防火、爆炸等行为的危害性和危险性，也难以造成足以危害公共安全的具体危险。也许正是立法层面上对法益保护的“摇摆不定”，间接造成司法实践中高空抛物罪法益保护不一致。

以朱宝民案的判决书为例^[9]，被告人向楼下扔玻璃杯、衣物等物。检察院以危险方法危害公共安全罪提起公诉，对定罪暂且不论，法院在判决中存在明显自相矛盾的地方，虽然法院没有采纳检察院罪名指控，并将罪名变更为高空抛物罪，但仍论述“向楼下扔玻璃杯、衣物等物，危害公共安全”，显然，既然法院认定被告人构成高空抛物罪，那么该罪侵犯的法益应为社会公共管理秩序，而非公共安全。此种情况在《刑事修正案（十一）》正式生效后，在司法实践中已得到很大程度地改观，但在个案中法官仍需对侵犯何种法益应受到怎样的刑事处罚进行论证，避免将轻行为适用重罪，重行为一律适用轻的新罪，实现妥当的处罚。^[10]

（二）定罪层面

根据《中华人民共和国刑法》（以下简称“刑法”）第二百九十一条之二规定，“从建筑物或者

其他高空抛掷物品，情节严重的，处一年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”从文义解释上，高空抛物罪的基本构成要件为“高空抛物+情节严重”，高空抛物行为必须满足上述要件方可定罪。《刑法修正案（十一）》增设了高空抛物罪，并不意味着所有的高空抛物行为都要被认定为高空抛物罪，还应当根据不同情形、不同客观行为、不同危害结果、不同主观故意、不同行为方式加以认定，严格依照罪刑法定原则，秉持刑法的谦抑性，而不因新罪名的设立而盲目定罪。^[11]

反观110份判决书，大多数判决书仅是提到“情节严重”，并没有着重论证，缺乏具有逻辑推导的法律论证。比如程某某案的判决书中，“被告人程某某高空抛掷物品，情节严重，其行为已构成高空抛物罪”。^[12]在该案中法官对“情节严重”一节并无进一步论述，究竟被告人何种行为造成何种结果便已构成“情节严重”了呢？这恰恰是认定罪与非罪、此罪与彼罪的关键所在。正因为“情节严重”是认定是否构成高空抛物罪的关键，法官更应在判决书中充分且严谨地论证。以110份判决书为例，有10份判决书在认定高空抛物罪时对“情节严重”进行了较为详尽地论证，仅占9.09%。逻辑是法官论证的灵魂所在，它确保判决书中的法官论证是理性和有说服力的。^[13]事实上，很多判决书中关于“情节严重”一节的论证是不足以服众的。当然，也不乏对“情节严重”一节论证颇为详尽且具有逻辑的判决书，以魏某某案的判决书为例，“本案案发地点系居民小区，案发时间为20时许，路面行人、车辆较多，被告人魏某某作为一名理智正常的成年人，明知高空抛物行为会损害楼下不特定人员的人身、财产安全，为发泄情绪，仍不计后果将一把金属材质菜刀从高空抛下，其危险程度可见一斑，所幸案件仅造成被害人车损三千余元，未造成更严重的后果”。^[14]上述法官论证堪称典范，既明确被告人的主观故意，又介绍抛物事件、地点，再结合行为的危害程度及造成的危害后果，最终认定被告人构成高空抛物罪。然而，像上述判决对定罪的论证技艺如此合乎刑法逻辑的，实属少见。

另外,在110份判决书中,因涉嫌以危险方法危害公共安全罪被刑事拘留或检察机关以危险方法危害公共安全提起公诉的判决书共10份,占比11%。这10份判决书中仅1份最终仍以危险方法危害公共安全罪予以定罪,其余均变更罪名为高空抛物罪。虽然所占比重并不算高,但可以看出在司法实践对此罪与彼罪的认定上并不统一,仍存在入罪思想严重、轻行为重罪化处理的情况。以审判阶段仍被定罪为以危险方法危害公共安全罪的案件为例,^[15]一审法院均认为被告人高空抛掷酒瓶造成一人轻伤一级,一车受损,尚未造成严重后果,其行为已构成以危险方法危害公共安全罪。在110份判决书中,与上述案件案情相似的有3个,系高空抛物分别造成被害人一人轻微伤、轻伤二级、轻微伤^[16],并未造成其他人受伤,最终均认定构成高空抛物罪。由此可见,该案件的定罪明显不当,显然违反了我国的刑法规定。

(三) 量刑层面

我国刑法第二百九十二条对高空抛物罪的量刑进行了明确,但在司法实践中同案不同判、量刑失衡的现象时有发生。仅就以《刑法修正案(十一)》正式生效后的110份判决书而言,量刑失衡的现象就异常明显,更不论《刑法修正案(十一)》正式生效之前了。在刘跃进案中,晚上21时50分许,被告人刘跃进将喝完的大理V8牌啤酒瓶从其住所五楼阳台抛出窗外,将正在行驶的被害人罗某某的轿车的后挡风玻璃击碎。经鉴定车辆损失为人民币906元,最终刘跃进犯高空抛物罪,判处有期徒刑二个月,缓刑三个月。^[17]类似案例还有一例。晚上19时50分许,被告人李家豹因嫌窗外人来车往声音嘈杂干扰,心情烦躁,连续将6个空玻璃啤酒瓶从三楼租房窗口抛掷于楼下的新城路上(系该农民新村主干道)。被告人李家豹犯高空抛物罪,判处有期徒刑七个月,并处罚金人民币三千元。^[18]对比两个案例,二者抛物时间、所抛物品非常接近,且前者还造成财产损失,但二者在量刑方面相差很大。此外,在适用缓刑上也不尽统一。在上述两个案件中,被告人能够意识到自己的抛掷酒瓶行为扰乱了小

区的公共秩序,都对可能造成的危害后果持放任态度,甚至造成的危害后果刘跃进案更严重,同样具有从轻处罚的情节,但被告人李家豹却不能适用缓刑。类似情况在110份判决中并不少见,由此可见,有些司法工作人员在处理高空抛物罪时,并无统一标准可循,其自由裁量权很大,这也间接造成司法实践中即便是相似度很高的案件,量刑也相差较大。

三、高空抛物罪构成要件的规范解释

增设高空抛物罪后可能带来的难题和影响,并不是反对高空抛物独立成罪的坚实理由,而是在对高空抛物罪构成要件规范解释时应遵循的逻辑起点。要想准确适用某个罪行规范,除了要知道解释的逻辑起点,还要确定该罪的罪行规范目的。^[19]高空抛物罪的增设,并非要将所有高空抛物行为全部收揽其中,从刑法第二百九十二条规定“情节严重”的入罪标准便可窥探。故此,对高空抛物罪构成要件的规范解释,就成为本罪在司法适用中的核心要义。

(一) 主观罪过的司法认定

我国刑法并未明文对行为人的主观心态予以明确,但结合《高空抛物、坠物审理意见》第5条规定“故意从高空抛弃物品”,以及司法实践中对该罪的主观认定,故而高空抛物罪是故意犯罪。故意分为直接故意和间接故意,就本文研究的110份判决书而言,行为人多为间接故意,行为人本能意识到高空抛物行为会扰乱公共秩序,仍对可能造成的危害后果持放任态度。虽然有学者认为,过失也能够构成高空抛物罪。从量刑层面上,过失犯罪的社会危害性比同性质的故意犯罪轻得多,相应地量刑也轻得多,从过失致人死亡罪和故意杀人罪之间便可窥探。^[20]以此类推,即便是存在过失高空抛物罪,其要比故意高空抛物罪的量刑还要轻。就现行高空抛物罪的量刑而言,已属轻罪,再轻似乎已无入刑处罚的必要性了。此外,如果过失坠物也须被认定为高空抛物罪,那么该罪的设定也可能有违刑法的谦抑性。

当然,高空抛物罪的量刑也应根据行为人的主观恶性予以适当区分。通过对110份判决书进

行分析，高空抛物行为的动机占比最多的就是发泄情绪，多为与他人争吵后发泄情绪或酒后情绪失控；也有高空抛物是为了自己的不法利益的。前者明显对危害后果持放任态度，其高空抛物具有不确定性；后者对危害后果持“模糊”态度，在司法实践中，应当对其量刑予以适当区分。

（二）“高空”、“抛掷物品”的司法认定

在司法实践中对“高空”的认定似乎并不存在太多障碍，通过对110份判决进行分析（有判决隐去被告人的基本信息的除外），被认定为高空抛物罪的行为人最低从3层楼抛物，最高从33层抛物，且判决书也未对高空做出相应论证。我国《高处作业分级》（GB3608-83）规定，“凡在坠落高度基准面2米以上（含2米）有可能坠落的高处进行的作业，均称为高处作业。这一高度符合我国建筑物层高的建筑高度，亦可作为高空抛物罪中“高空”的认定参考。笔者认为，“高空”的判断是一个具体的、与其他条件不可割裂的过程。“高空”的判断与“抛掷物品”的性质紧密相连，很难孤立地判断其中之一。总体而言，可以先行判断抛掷物品再判断抛掷高度。如果抛掷物品系酒瓶、玻璃、菜刀等极易致人伤残或财物损坏之物，对于抛掷高度就没有进行实质性判断的必要，从形式上参考垂直距离2米以上予以认定即可；如果仅从抛掷物品的性质上无法判断是否可能造成致人伤残或财物损坏时，再对抛掷高度加以判断，如实践中往往认定2层以上的楼层为“高空”。^[21]

需要注意的是，并非抛掷任何物品均能构成高空抛物罪。即便是行为人故意将一张白纸、一块毛巾从五楼抛下，也很难造成危害后果，故而很难构成高空抛物罪。当然，“坠物”完全不同于“抛物”，二者存在明显区别，“坠物”系被动的过失行为，甚至非人所为，也可能是建筑物的附着物脱落，而“抛”是主动行为，需要行为人主动实施“抛物”行为。

（三）“情节严重”的认定规则

根据刑法规定，高空抛物罪属于情节犯。“情节严重”是判断高空抛物行为是否构成犯罪的关

键，是高空抛物罪司法认定中的重要问题。在本文的第二部分中，对110份判决书中法官在认定高空抛物罪时对“情节严重”的论证程度，也可以看出在审判中对“情节严重”的重视程度。上述判决书中，多数判决对法定从轻情节，酌定从轻情节，认罪认罚从宽情况等量刑情节分别解释说明，但对高空抛物行为能否定罪的关键，即是否符合“情节严重”不做任何解释或很少论证。当然，情节的严重程度不仅与定罪有关，还与量刑有关。

在司法实践中，对高空抛物行为是否达到情节严重并无统一标准，也无相关司法解释，这也间接造成法官在判决书中论证说理不充分。正是如此，在110份判决书的基础上，对高空抛物罪“情节严重”的情形进行总结。在笔者看来，“情节严重”应重点结合行为人主观恶性、行为的危害程度及造成的危害后果等因素综合加以认定。第一，多次实施高空抛物行为的。行为人在不同时间段、不同地点多次实施高空抛物行为，足以证明行为人的主观恶性之大，对其实施的危害行为有明确的预知和期望，且潜在社会危害性很大。第二，抛掷严重危险性物品或一次性抛掷多个危险性物品的。根据上述案例，行为人抛掷物品种类多种多样，既有酒瓶、砖块、菜刀、铁架、铁锤等具有严重危险性的物品，也有衣服、纸箱、书本、路由器等危险性相对较弱的物品，毫无疑问，在小区内抛掷菜刀很可能构成高空抛物罪，但仅抛掷衣服、书本等物品且未造成危害后果，就很难构成该罪了。如果不仅抛掷衣服，还抛掷酒瓶，其危害性就不可估量了。第三，高空抛物行为发生地点属于人流密集区域的。根据上述案例，定罪的高空抛物行为多发生在居民小区或社区、商业写字楼、工地等公共区域，且抛物下落覆盖区域人流量相对较多、稳定。第四，高空抛物行为造成一定程度的危害后果。实践中危害后果主要体现为人员伤亡和财产损失，如果造成被害人轻微伤以上，将是达到“情节严重”的重要参考，将很大程度被认定为高空抛物罪，如果有实际财产损失，将根据鉴定结论进行赔偿。

“情节严重”认定的重要性系高空抛物罪属于情节犯所决定的，这也是高空抛物行为构成罪

与非罪、此罪与彼罪的核心。对于高空抛物行为，我们不宜怀有过深的入罪思维，对于“情节严重”的判断应限于客观构成要件，倘若行为人主观上具有巨大恶性，但没有付诸于客观违法行为之中，都不应认定有罪。^[23]对于情节显著轻微的高空抛物行为，可以通过行政手段进行处罚规制，对其造成的损失可以通过民事手段得到赔偿，刑事手段始终是最后一道防线。然而，在惯性入罪思维的影响下，仅以《刑法修正案（十一）》正式生效后的110份判决书为例，竟没有一例无罪判决。^[23]其中，笔者认为杨武一案的定罪就有待商榷，^[24]被告人因担心手机里的招嫖信息被民警查获，而将一部手机及一袋招嫖卡片从房间窗户扔出去，招嫖卡片掉在对面六楼平台，手机掉在楼下马路上。无论是从杨武的主观恶性，还是抛掷物品的危害性及造成的危害后果，都很难达到“情节严重”的标准，更难以构成高空抛物罪，更适宜行政手段进行处罚，但法院认为构成高空抛物罪。

四、结语

高空抛物罪的增设，无疑是我国刑事立法对社会发展和民众呼吁的积极呼应，亦是我国积极刑事立法观的又一实践。虽然增设高空抛物罪受到一些批判，且在实践中有“口袋罪”之嫌，但确实有其存在的客观必要性。本文旨在通过对《刑法修正案（十一）》正式生效后的11份判决书作为研究样本，对高空抛物罪在司法适用中的定罪、量刑、情节严重层面进行剖析，并对该罪的构成要件进行规范解释，指出高空抛物罪在《刑法修正案（十一）》正式生效后的司法适用问题，以期推动该罪在司法实践的进一步完善。我们可以看到，《刑法修正案（十一）》正式生效后，以往司法实践中扩张式以危险方法危害公共安全罪定罪的做法得到纠正，但并非不存在了。^[25]建议立法机关对高空抛物罪的“情节严重”尽快做出相关司法解释，严格限制高空抛物罪的定罪标准，转变犯罪规制理念，注重犯罪预防而非过于强调入罪思维，采取民事、行政、刑事交叉式解决机制，才能真正意义上解决高空抛物难题。

参考文献

1. 彭文华：《〈刑法修正案（十一）〉关于高空抛物规定的理解与适用》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2021年第1期。
2. 俞小海：《高空抛物犯罪的实践反思与司法判断规则》，载《法学》2021年第12期。
3. 周杰：《“高空抛物罪”立法评析与适用难题研究》，载《北方法学》2021年第6期。
4. 张明楷：《高空抛物案的刑法学分析》，载《法学评论》2020年第3期。
5. 徐莉：《高空抛物罪的司法认定——北京通州法院判决王某高空抛物案》，载《人民法院报》2021年6月10日。
6. 应文舒：《高空抛物罪司法适用偏差与匡正——基于实证分析视角》，载《湖北职业技术学院学报》2021年第3期。
7. 古瑞华，黄思谦：《高空抛物罪司法适用探析——基于中国裁判文书网96份文书的考察》，载《信阳师范学院学报（哲学社会科学版）》2021年第5期。
8. 熊明辉：《审判实践中法官的论证技艺》，载《法学》2012年第9期。
9. 刘艳红：《积极预防性刑法观的中国实践发展——以〈刑法修正案（十一）〉为视角的分析》，载《比较法研究》2021年第1期。
10. 周光权：《论通过增设轻罪实现妥当的处罚：积极刑法立法观的再阐释》，载《比较法研究》2020年第6期。

注释

- [1] 参见彭文华：《〈刑法修正案（十一）〉关于高空抛物规定的理解与适用》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2021年第1期。
- [2] 参见张明楷：《刑法学》（下），法律出版社2016年版，第696页；陈兴良：《规范刑法学》（上册），中国人民大学出版社2013年版，第470页。
- [3] 参见（2020）津0103刑初420号刑事判决书、（2020）桂0204刑初79号刑事判决书等。
- [4] 参见（2021）京0114刑初72号刑事判决书、（2021）渝0105刑初320号刑事判决书等。
- [5] 参见周杰：《“高空抛物罪”立法评析与适用难题研究》，载《北方法学》2021年第6期。
- [6] 参见《中华人民共和国民法典》第1254条规定，禁止从建筑物中抛掷物品。从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的，由侵权人依法承担侵权责任；经调查难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。可能加害的建筑物使用人补偿后，有权向侵权人追偿。物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止前款规定情形的发生；未采取必要的安全保障措施的，应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任。发生本条第一款规定的情形，公安等机关应当依法及时调查，查清责任人。
- [7] 参见刘艳红：《积极预防性刑法观的中国实践发展——以〈刑法修正案（十一）〉为视角的分析》，载《比较法研究》2021年第1期。
- [8] 对于社会公共秩序一般概括为“统治阶级赖以存在的，并依靠制定或认可的法律制度、社会公共道德规则、风俗习惯来建立和维持的，有条理的正常的社会运行状态。（参见赵秉志，刘志伟：《论扰乱公共秩序罪的基本问题》，载《政法论丛》1999年第2期。
- [9] 参见（2021）京0114刑初72号刑事判决书。
- [10] 参见周光权：《论通过增设轻罪实现妥当的处罚：积极刑法立法观的再阐释》，载《比较法研究》2020年第6期。
- [11] 参见徐莉：《高空抛物罪的司法认定——北京通州法院判决王某高空抛物案》，载《人民法院报》2021年6月10日。
- [12] 参见（2022）沪0117刑初66号刑事判决书。
- [13] 参见：熊明辉：《审判实践中法官的论证技艺》，载《法学》2012年第9期。
- [14] 参见刑事判决书（2021）皖1124刑初144号。
- [15] 参见刑事判决书（2021）陕0113刑初272号、刑事裁定书（2021）陕01刑终561号。
- [16] 参见刑事判决书（2021）京0111刑初652号、（2021）粤0306刑初339号、（2021）沪0110刑初235号。
- [17] 参见刑事判决书（2021）云0112刑初612号。
- [18] 参见刑事判决书（2022）浙0503刑初33号。
- [19] 参见俞小海：《高空抛物犯罪的实践反思与司法判断规则》，载《法学》2021年第12期。
- [20] 参见彭文华：《〈刑法修正案（十一）〉关于高空抛物规定的理解与适用》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2021年第1期。
- [21] 应文舒：《高空抛物罪司法适用偏差与匡正——基于实证分析视角》，载《湖北职业技术学院学报》2021年第3期。
- [22] 应文舒：《高空抛物罪司法适用偏差与匡正——基于实证分析视角》，载《湖北职业技术学院学报》2021年第3期。
- [23] 古瑞华，黄思谦：《高空抛物罪司法适用探析——基于中国裁判文书网96份文书的考察》，载《信阳师范学院学报（哲学社会科学版）》2021年第5期。
- [24] 参见刑事判决书（2021）粤0306刑初1961号。
- [25] 参见刑事判决书（2021）陕0113刑初272号、刑事裁定书（2021）陕01刑终561号。



□ 晏 爽/文

晏爽律师，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。



□ 郑 飞/文

郑飞律师，北京市京师（上海）律师事务所刑事一部主任，吉林大学刑法学博士，中国社会科学院法学研究所商法学博士后，上海大学法学院副教授，山东省淄博市仲裁委仲裁员。

加油站员工擅自补卡销售行为的认定纠偏

案例简介：

青海省西宁市中级人民法院以（2020）青01刑终288号裁定书认同了西宁市城中区人民法院（2020）青0103刑初252号刑事判决。其基本事实为：2020年4月初，被告人李某甲（中石化分公司业务员）、车丙（中石化加油站站长）二人经商议后，由被告人李某甲提供长期未使用且存在余额的加油卡信息，后车丙授意被告人蔡某乙（加油员）负责通过公司系统以挂失补办新加油卡的方式，将被害人加油卡内的现金转移到新卡中，再由被告人车丙对外出售并从中获利。截至2020年5月12日，三被告人通过上述方法补办新加油卡1071张，涉及金额1,923,251.52元。后退还补办的加油卡360张，涉及金额共计622,266.86元，并主动退现金50万元；侦查机关扣押未出售加油卡45张，涉及金额79901.78元，公司冻结已出售的加油卡665张，涉及金额202,310.64元，侦查机关追赃15.8万元，三被告人家属退赔366,794.66元，已挽回全部损失。一审人民法院认定，三被告人以非法占有为目的，通过挂失补办他人加油卡的手段，秘密窃取他人加油卡内钱款192万余元，三人均构成盗窃罪，其中蔡某乙有

认罪认罚情节，李某甲、蔡某乙、车丙分别依盗窃罪判处有期徒刑11年、11年和10年。二审法院的裁定认可了上述判决。

综合研判，西宁市城中区人民法院（2020）青0103刑初252号刑事判决存在着若干不准确之处，如本案实行行为的认定、被害人的判定、本案的行为对象是财物还是债权凭证、行为对象性质对本案的影响、主犯的认定、具体数额的认定，均无不争议之处。本文择其具有共性的四个问题展开论述，以期与审判者研讨、与同仁们共商。

一、本案致害行为的判定

无论是在一审法院的判决书还是二审法院的裁定书中，均认定本案的实行行为为秘密窃取，窃取的对象是加油卡持卡人的财物，这本身就存在着认识的偏差。加油卡（亦可推广至企业会员储值卡）与信用卡中的借记卡都是一种债权凭证，取得其他权利人债权凭证的行为是否就构成对财物的转移占有，是一个值得深入研究的问题。通常情况下，以加油卡为手段的盗窃主要有两种表现：盗卡盗窃与补卡盗窃。

盗卡盗窃是指窃加油卡后，利用卡片转移卡内债权的行为。虽然盗窃的是债权凭证，但最终

通过该债权凭证获得了财产所有权，可以构成盗窃罪。本案中，李某甲、蔡某乙、车丙三个人不存在盗窃加油卡的情况，也不存在盗卡盗窃的事实。

补卡盗窃分两种情形：原始持卡人补卡盗窃与冒充他人补卡盗窃。前者是指行为人利用自己的加油卡或者银行卡、其他企业会员储值卡套取别人的存款，以银行卡为例，A 将自己的银行借记卡借给 B 存在放私房钱，某日 A 挂失补办借记卡并转走了卡中 B 存入的 20 万元。后者是指行为人利用自己所掌握的持卡人的身份证明材料，如其他人的公民身份证、企业营业执照副本及有效盖章等有效证件，到加油站进行加油卡的挂失、补办并取得他人的所存款额。冒充他人补卡盗窃在挂失、补卡的形式上与原始持卡人补卡盗窃十分相似，但因其不具备原始持卡人身份，故其行为方式与盗卡盗窃极为相似。

原始持卡人补卡与冒充他人补卡都存在着偶然性或者极为苛刻的条件，但是中石化加油站的工作人员或单独、或者联合外部人员实施的挂失、补卡行为则容易得多。在内部人员单独或者参与实施的补卡行为中，内部工作人员忽略身份证件要求或者拒不履行对申请补卡人的身份核对。即使该类行为中存在着外部人员冒充原始持卡人的场合，也根本上达不到以假乱真的程度，这是与冒充他人补卡诈骗的实质差别。

在单位内部人员参与或者单独实施的上述行为中，单位内部人员利用了工作上的便利还是职务上的便利，是本案的一个核心。本案在认定中，一审法院与二审法院均认定三人利用了“工作上的漏洞”，“工作上的漏洞”隐指的含义为工作上的方便，是一种在此工作的人均可得到的机会，如每个员工包括临时工均可利用工作方便到财务室拿走现金。然而，补办储值卡并不是每一个在加油卡工作的人均能得到的机会，显然不是工作上的方便，而是利用了职务上的便利。

职务便利是履行其职位义务时所具有的便利条件，在侵犯财产犯罪中

则是指“本人的职权范围内，或者因执行职务而产生主管、经手、管理单位的资金或者客户资金等权力。”本案中需要评价的核心是债权凭证的非法获得，他人非法获得债权凭证后的加油行为仅是危害实现的手段，显然蔡某乙的擅自挂失、补卡的行为是本案的致害行为，也是本案的实行行为，李某甲提供加油卡持卡人信息的行为是事前的预备行为，车丙向加油的车主兜售补办的加油卡的行为是事后的销赃行为。

我们不妨再重新理顺一下本案中的各种关系：中石化加油站系加盟中石化公司的独立经营企业，代理后者进行储值卡发行、补办、充值、注销事宜，所有储户的信息均由分公司管理。因此，加油站工作人员办理加油卡相关事宜，其权利来源于中石化公司的授权，系其职务行为，即使其擅自挂失、补办加油卡的行为对中石化公司构成了虚构事实的欺骗，但对外仍构成依据委托授权而形成的职务行为，该储值卡仍然为有效的债权凭证。

在原始持卡人补卡盗窃和冒充他人补卡盗窃中，中石化公司尽到了应尽的审查、核实义务而仍然不能发现其虚构或者隐瞒的事实，如非企业代表人冒充企业使用企业营业执照副本以及盖章的复印件申请补办储值卡，完全系债权人的过错造成，银行或者企业根本不需要承担相应的责任。在本案中，蔡某乙的行为直接导致了加油卡持卡人的油卡作废，债权凭证的失效与加油站工作人员恶意取得补办的新加油卡系中石化公司自身的



过错所造成，因此中石化公司需要对储值卡持有人承担相应的赔偿责任。

把本案的行为视为补卡盗窃，根本的问题在于混淆了挂失、补办储值卡的申请人、申请依据以及加油站员工在其所起的作用，混淆了工作上的方便与职务的便利，进而导致了行为性质的认定不清，同时，该司法附带产生了免除债务人履行合同的过错责任的效果。在相应的司法裁判中，（2013）惠东法刑二初字第150号判决书认定较为准确：加油站主管朱某利用相关信息自行进行挂失、补卡系利用了职务便利，构成职务侵占罪。

二、行为对象的实质影响

把加油卡内的存款额视为财物，是本案司法裁判认定的一个重要支点。其朴素的司法观念是把现金存入加油卡中，相当于把钱放在了盒子里。现在盒子被人转移走了，里面的钱自然也转移了占有。当行为人完成了财物占有的改变，就构成了盗窃的既遂。把加油卡内储存的钱视为把钱放在盒子里或者视为银行卡内的存款，都是本案认识错误的表现。

把加油卡中的金额视为把钱放在盒子里，彻底混淆了物与债权凭证的区别。放在盒子里的钱，直接拿出来就可以通过其使用价值满足人们的某种需求；加油卡里的金额只能通过加油卡来加油，并且只能在中石化的加油站实现，即要求他人实施特定行为满足人们的某种需求。同样，把加油卡里的金额视为银行卡的存款也有一定的错误，虽然二者均能够体现债权，但随着金融行业的发展，尤其微信、支付宝等支付平台推广使用，银行卡中的存款可以进行分割、使用，已经展现出了“债权物权化”的发展趋势。相反，加油卡中的金额只能在加油站使用，并不具有广泛的适用性。因此，取得加油卡的金额只能是取得了相应的债权，而不是取得了具体的物。

能否将加油卡视为提单并进而视为物？并不能。物灭失之后，不可能重新出现；债权凭证灭失后，通过其他关系进行证明后，仍然可以证明债权债务关系的存在。提单灭失后，可以用其他方式证明来人具有提取货物的权利，因此，提单也是债权凭证。此外，加油卡内存款数额虽然是

不变的，但其转化渠道是购买汽油加入汽车中。随着油价变化，汽油的数量也会发生变化。无论是从加油卡内的金额还是将来能购买的汽油数量来看，其变化性能表明其根本不可能是物。

没有特殊限定的情况下，债权与物权均可自由转让给他人，其具体转让即是物的交付或者债权凭证的交付。作为加油卡而言，单纯的卡片并没有任何价值，其价值的体现为所代表的持卡人与中石化公司之间的债权债务关系。因此，对于加油卡只能视为债权凭证，李某甲、蔡某乙和车丙的行为对象为加油卡，侵犯了他人的债权，并最终侵犯了他人的所有权。

除了银行卡存款这一针对银行的债权具有“债权物权化”的特征外，其他单位的债权均无法体现这一特性。除上述分类外，对本案具有差别价值的储值卡还有另外一种分类：记名会员卡与不记名会员卡，二者的区分标准为会员卡的发行企业是否将持卡人进行明确记录。不记名会员卡没有挂失、止付、补办功能，可以视同为货币的“占有即所有”模式，记名会员卡则具有此项功能，使债权凭证具有持卡人的身份属性。本案中，上述三人恰恰是利用了记名加油卡的挂失、补办功能，获得了对加油卡的占有。

三、本案中被害人的判定

把债权债务关系中的债权人直接判定为刑事案件的被害人，是本案司法认定又一个值得商榷之处。

众所周知，犯罪与被害之间是一种共生关系。犯罪行为发生后，认定真正的受害人具有十分重大的意义：首先，认定被害人是区分罪与非罪的前提。被害人作为犯罪侵害的直接对象，其损害程度将作为某些犯罪的构成要件，因此，如果要确认这些犯罪，就必须考虑到被害人的具体情况。比如，典型的过失犯罪，就要重点考量被害人受害的法定情况，如果没有发生法定危害结果，则不构成过失犯罪。其次，认定被害人是区分此罪与彼罪的关键。刑法的某些条文直接将被害人的不同身份和所受伤害的不同程度规定为不同的犯罪，认定被害人并确定被害人的身份或所受伤害程度就成了区分此罪与彼罪的关键，从而决定犯

罪人将承担不同的刑事责任。再次，认定被害人的受损害程度决定量刑情况。根据法律规定，量刑的根据包括犯罪事实、犯罪性质、犯罪情节和犯罪对社会的危害程度等。其中，犯罪情节就包含被害人的状况及其受到损害的情况。

李某甲提供加油卡信息，蔡某乙以挂失补办新卡的方式转移资金，车丙对外出售新卡并从中获利，那么该三人合谋共同犯罪的行为最终侵犯了谁的利益，即被害人到底是谁将是本案定性的关键。如前所述，加油卡与信用卡中的借记卡都是一种债权凭证，但取得其他权利人债权凭证的行为并不意味着构成对财物的转移占有。因为当原有加油卡的持卡人发现油卡作废后，势必要求中石化公司补办油卡并恢复原有卡内金额，而鉴于债权凭证的失效系中石化公司自身的过错所造成，中石化公司势必要对储值卡持有人承担相应的赔偿责任，因此储值卡持有人实际上并没有遭受损失，故其并非此案的被害人。在中石化公司承担赔偿责任后，其便有了财产损失，很显然成为了真正的被害人。

简言之，如果是因为债权人的自身的原因引起犯罪行为导致的债权受到损害，债权人则无权要求债务人履行一次债务后重新履行义务，则债权人是被害人；如果是因为债务人的过错引起犯罪行为导致债务被履行，则不构成对原债权人债务免除的理由，债务人仍然需要履行债务。其中，债权人的权利根本没有受到侵害，债务人是刑事案件被害人。本案中存在着引起犯罪行为过错的一方是债务人，所以中石化公司才是本案的被害人。

四、本案犯罪结果的计算

综上，本案系加油员利用职务便利骗取企业重新出具了债权凭证，并将该债权凭证予以出售的行为。如何评价加油站员工给中石化公司造成的损失？具体到本案中，根据判决显示，以下数字需要予以重点关注：（1）三名被告人共补办新加油卡 1071 张，涉及金额 1,923,251.52 元；（2）三名被告人退还补办的加油卡 360 张，涉及金额共计 622,266.86 元；（3）侦查机关扣押未出售加油卡 45 张，涉及金额 79901.78 元；（4）公司冻结已

出售的加油卡 665 张，涉及金额 202,310.64 元；（5）三名被告人主动退现金 50 万元，侦查机关追赃 15.8 万元，三被告人家属退赔 366,794.66 元。

本案的裁判者认定，三名被告人造成了原始持卡人的损失，损失的金额为 192 万元，且不存在犯罪未遂的数额。该判决至少可以看出有三处不妥：其一，本案的被害人系中石化公司而非；其二，192 万元是债权而非所有权；其三，债权并不以其转移作为犯罪的既遂点。因此，不能以加油卡所涉的全部金额认定为犯罪结果，故以全部 1071 张新加油卡（涉及金额 1,923,251.52 元）为犯罪结果不准确。即使是盗卡盗窃，也需要按照所使用的实际金额计算，按所涉的全额计算根本就是匪夷所思。

同样，三名被告人主动退现金 50 万元，侦查机关追赃 15.8 万元，三被告人家属退赔 366,794.66 元三个部分也不是中石化公司的实际损失。虽然本案判决书中并未提及，但司法实践中经常出现的以加油卡金额的九折或者八折销售记名加油卡的行为，因此会存在卡片记载金额与实际销售金额的差异。同样，侦查机关的追赃存在着向三人追缴卖卡所得、向购卡人追回卡片两种情况，所以退、追、赔部分也不能准确衡量被害人损失。

中石化的损失，主要是指三被告人给他人加油换取现金部分或者其他购卡人依据该卡加油部分，系由司法机关认定为犯罪后予以追缴的部分。根据全部的数额综合评判，三名被告人补卡 1071 张，公司及侦查机关共处理 1070 张。对于没有售出的加油卡，包括三名被告人退还的 360 张（涉及金额 622,266.86 元）和侦查机关扣押的 45 张（涉及金额 79901.78 元），由于尚未构成对中石化公司汽油的转移占有，因此不应认定为犯罪结果。再次，对于公司冻结已出售的加油卡 665 张（涉及金额 202,310.64 元），鉴于也未构成对中石化公司汽油的转移占有，因此也不应认定为犯罪结果。

综上，本案中中石化公司因三人的补卡并销售行为所导致的损失为 $1,923,251.52 - 622,266.86 - 79,901.78 - 202,310.64 - 158,000.00 = 860,772.24$ （元）。根据当时的刑法规定和司法解释，需要依职务侵占罪判处五年以下有期徒刑。



□ 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。



□ 刘佩茹/文

刘佩茹律师，华东政法大学学士，吉林大学法律硕士，中伦文德保险法团队资深律师，保险法律委员会副秘书长。主要从事金融保险、公司合规、争议解决等领域的法律事务，研究生期间研究方向为保险法学。

以案说法 | 关于责任保险中第三者直接请求权的思考

摘要：本文从中保法律师团队办理的有关案件出发，基于我国责任保险第三者直接请求权的立法现状，对实践中的法律适用进行分析，总结与分享类似案件处理中的诉讼策略选择。

关键词：责任保险 第三者直接请求权 主体资格

一、案件情况及焦点问题

（一）案件基本情况及裁决结果

自然人 A 某于 2020 年 5 月与中国某行业协会会员公司（以下简称“雇主公司”）签订书面《劳动雇佣合同》，劳务雇佣期限为 1 年，自 2020 年 5 月至 2021 年 5 月止。2020 年 6 月某日，投保人中国某行业协会以网上投保形式投保某财产保险公司（以下简称“保险公司”）雇主责任保险，被保险人为该雇主公司，保障项目为医疗费用责任及人身伤亡责任，保险期间为 2020 年 6 月某日至 2021 年 6 月某日止，且自然人 A 某列于保单后附雇员清单中。

2020 年 8 月某日中午，自然人 A 某与自然

人 B 某发生道路交通事故，自然人 A 某经抢救无效死亡。2020 年 9 月，当地公安局交通警察大队出具《道路交通事故认定书》认定自然人 A 某与自然人 B 某负此事故的同等责任。雇主公司于 2021 年 4 月某日向保险公司申请理赔，并提交了理赔材料。保险公司在核赔中，被自然人 A 某配偶及子女告知雇主公司提交的《收条》《一次性赔付协议》中家属签字系伪造。保险公司要求雇主公司补充提供真实的理赔材料，并提示自然人 A 某的配偶及子女可向雇主公司以诉讼形式主张权利。

2021 年 8 月，自然人 A 某的配偶及子女（原告）以保险公司至今拒绝赔付为理由，以财产保险合同纠纷为案由起诉保险公司，请求保险公司赔偿原告保险金，并承担诉讼费用。

一审法院认为，保险利益是指投保人或被保险人对保险标的具有的法律上承认的利益，自然人 A 某作为雇主公司的雇员，仅是该雇主责任保险的保险对象，不具有被保险人的身份。事故发生后，雇主公司已向被告申请理赔，并未怠于请求。原告不具有诉讼主体资格，据此依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条、第

一百五十四条第一款第（三）项），《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百零八条第三款之规定，裁定驳回自然人 A 某配偶及子女的起诉。原告不服一审裁决，提起上诉。

（二）案件争议焦点与引申问题

本案的争议焦点在于自然人 A 某的配偶及子女是否为适格的诉讼主体。一审中双方对自然人 A 某配偶及子女的身份没有异议，且对自然人 A 某非案涉保险合同的相对人的事实没有异议。然自然人 A 某配偶及子女方认为，其作为《中华人民共和国保险法》（2015 修正，以下简称“《保险法》”）第六十五条中规定的“第三者”，有权就应获赔偿部分向保险人请求赔偿保险金。而保险公司方主要以本案不满足保险人直接向责任保险第三者赔偿保险金的条件为由展开抗辩。双方的争议主要围绕着本案是否存在并适用责任保险第三者保险金直接请求权展开。

二、责任保险第三者直接请求权的法律适用

（一）责任保险与赔偿责任间的关系

责任保险是指保险人在被保险人依法应对第三者负赔偿民事责任，并被提出赔偿要求时，承担赔偿责任的财产保险形式。责任保险作为财产保险的重要类型，在分散责任风险、帮助受害人及时得到保险金赔付、保障法院判决执行兑现等方面发挥着积极作用。责任保险以被保险人对他人依法应负的民事赔偿责任为保险标的。责任保险涉及保险人、被保险人和第三者三方关系，其保险给付的目的在于弥补被保险人因向第三者履行赔偿责任而遭受的损失。

依据合同相对性原理，责任保险的保险人应当按照其与被保险人之间的责任保险合同承担保险金给付责任。无论是基于侵权、合同或者其他法律关系产生的被保险人向第三者的赔偿责任，责任保险的保险人均不是被保险人与第三者之间赔偿关系的主体。保险人与被保险人之间的责任保险合同关系与被保险人与第三者之间赔偿责任

关系是两个相互分离且独立的法律关系，但被保险人与第三者间赔偿责任的结果对保险人有法律上的利害关系。

根据《中华人民共和国民事诉讼法》（2021 修正，以下简称“《民事诉讼法》”）第 59 条，在第三者针对被保险人基于侵权、合同或者其他法律关系产生的民事法律纠纷中，保险人应当认定为无独立请求权的第三人，案件处理结果与保险人存在法律上的利害关系。保险人可以申请参加被保险人与第三者之间的赔偿责任诉讼，或者由人民法院依照职权通知保险人以无独立请求权第三人身份参加诉讼。保险人享有无独立请求权第三人的诉讼权利，同时需履行如实陈述等相应的诉讼义务。

（二）附条件的“责任保险第三者直接请求权”

由于保险人、被保险人、第三者间基于损失责任及保险合同产生的必然联系，责任保险相关的纠纷在实际处理中表现出一定的复杂性和综合性。所谓“责任保险第三者直接请求权”制度的立法设计变迁，一定程度上反映了司法实务的迫切需求与立法现实的严谨态度间的辩证关系。

1995 年我国首次出台的《保险法》第 49 条及 2002 年修正的《保险法》第 50 条均规定：“保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害，可以依照法律的规定或者合同的约定，直接向该第三者赔偿保险金。”上述条文明确了责任保险制度中在有法律规定或合同约定的条件下，保险人可直接向第三者支付保险金。上述条文意味着责任保险中保险人可依据法律规定或约定，创设直接向第三者赔偿保险金的义务，但这些条文并未涉及责任保险中第三者直接请求权的问题。

2009 年修正的《保险法》第 65 条对责任保险制度进行了立法补充（在之后 2014 及 2015 年关于《保险法》的修正未涉及第 65 条的任何修改），其中增加的第 2 款前半段规定保险人对第三者的直接给付义务的情形，即被保险人对第三者应付赔偿责任确定且被保险人请求时，保险人有对第三者直接给付的义务。增加的第 2 款后半段则规

定，在保险人存在对第三者直接给付义务情形下，而被保险人怠于请求的，第三者对保险金享有直接请求权。即在无法律明文规定及合同约定的情况下，责任保险事故中第三者直接向保险人请求索赔有三个并列的前提，一是被保险人对第三者承担的赔偿责任是确定的；二是被保险人对第三者承担的赔偿责任属于保险人的保险责任；三是被保险人怠于向保险人进行索赔。

可见，《保险法》第65条第2款不能简单地理解为责任保险制度中，通过立法手段突破合同相对性原理，已设置第三者直接请求权。现行《保险法》第65条的设置更倾向于在债关系相对性的框架下，类似对债的代为清偿与代为受领对保险金受领进行规定。就保险人与被保险人而言，保险人向第三者直接给付保险金类似第三人代为受领；就被保险人与被损害的第三者而言，保险人向该第三者直接给付保险金类似于第三人代为清偿。《保险法》第65条虽未完整设置第三者直接请求权，但也为尽快结束多方主体间不稳定的关系，降低履行成本，加速争议解决作出了努力。

2018年，为正确审理保险合同纠纷案件，切实维护当事人的合法权益，最高人民法院根据相关法律规定并结合审判实践，就保险法中财产保险合同部分有关法律适用问题发布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干

问题的解释（四）》（法释〔2018〕13号，以下简称《《保险法司法解释四》》）。其中的第14条及第15条对《保险法》第65条第二款中被保险人可请求保险人直接向第三者赔偿保险金的情形、以及被保险人怠于请求的情形认定进行解释，从不同角度强调了“被保险人对第三者所负赔偿责任确定”应当为《保险法》第65条第2款适用的前提。因此，在本文前述案件中，由于被保险人对第三者承担的赔偿责任尚未确定，自然人A某配偶及其子女无法适用《保险法》第65条，直接向保险人请求给付保险金。

（三）强制责任保险中的“责任保险第三者直接请求权”

然而，需要关注的是，与上述一般的责任保险不同，在特殊领域的强制责任保险法律制度中，针对“责任保险第三人直接请求权”作出了更具象的规定。

如《中华人民共和国民用航空法》（2021修正，以下简称《《民用航空法》》）第168条规定，仅在根据《民用航空法》第167条第（一）项及第（二）项向规定，保险继续有效或经营人破产的情况下，民用航空器受损的受害人可以直接对保险人提起诉讼，但不妨碍受害人根据相关保险合同的法律规定直接提起诉讼的权利，并在《民用

航空法》第167条和第168条规定了保险人的抗辩事由。

再如，我国关于机动车发生交通事故侵权案件涉及的机动车第三者责任强制保险（以下简称“交强险”）和第三者责任商业保险（以下简称“商业三者险”）争议解决中，单独赋予被侵权人即前述讨论的第三者直接向保险人请求给付保险金的权利。根据《中华人民共和



民法典》(以下简称“《民法典》”)第1213条以及《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2020修正,以下简称“《道路交通事故损害赔偿司法解释》”)第13条与第22条的规定,第三者在道路交通事故损害赔偿案件中可将交强险的保险人、商业三者险的保险人与被保险人列为共同被告,这在一定程度上突破了合同相对性,赋予了被侵权人直接向保险人请求给付保险金的权利。这一立法设计侧重实现法律对交通事故受害者的倾斜性保护,并回应了及时赔付交通事故受害者的现实需求。

三、案件处理中的策略选择

将视角回归到具体案件处理中,律师在具体代理相关责任保险案件时,除紧密围绕当事人诉求及案件事实展开证据收集整理、证据链条构建与法律分析论理之外,也应充分重视案件对于诉讼主体的确定及诉讼请求的设置,在明确各诉讼主体地位的前提下,梳理法律关系,慎重选择诉讼策略。

在民用航空器事故损害赔偿案件或道路交通事故损害赔偿案件中,作为受害者的第三者一方,在诉讼主体确定过程中可基于相关特殊规定,将案涉责任保险的保险人列为共同被告,直接向其提起诉讼。保险公司一方在抗辩时仅依附于被保险人或直接援引被保险人的抗辩存在一定的风险,建议保险公司一方积极抗辩,辩证考虑与被保险人间的利益关系,必要时需就赔偿责任相关事实进行充分的质证、举证,并精准适用相关法律法规进行答辩。

在一般责任保险纠纷或其他未见特殊规定的强制责任保险中,为降低前述案件出现的诉讼主体选择导致的诉讼风险,建议作为受害者的第三者一方慎重选择责任保险纠纷作为案由。考虑到《保险法司法解释四》第15条中提及第三者直接起诉保险人的前置条件,在无法保证前置条件全部满足的情况下,不建议第三者一方单独起诉保险人。建议第三者方基于侵权、合同或者其他法律关系产生的被保险人向第三者的赔偿责任,以被保险人为被告提起赔偿责任诉讼,保险人可作

为无独立请求权的第三人出现于庭审之中。如若被保险人若以原告对保险人提起责任保险诉讼,为查明案件事实,一般而言法院会追加第三者作为无独立请求权的第三人。

在司法实践中,常存在作为受害人的第三者方将被保险人及保险人同时列为被告进行起诉的做法,案由选择上可能涉及侵权责任纠纷、责任保险合同纠纷等等。部分法院基于提高解决纠纷效率、有利于保护受害人等方面的考虑,将保险人理解为案件适格的被告,庭审中侧重于事实的认定,将两层法律关系进行一并审理。此时保险公司抗辩时可根据案件的需要,首先对诉讼主体地位及法律适用问题进行抗辩,其次辩证考虑与被保险人间的利益关系,或依附于被保险人并援引被保险人的抗辩,或独立进行积极抗辩。

附:本文涉及到的法律规定及相关司法解释

1.《保险法》第六十五条第二款及第三款

责任保险的被保险人给第三者造成损害,被保险人对第三者应负的赔偿责任确定的,根据被保险人的请求,保险人应当直接向该第三者赔偿保险金。被保险人怠于请求的,第三者有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金。

责任保险的被保险人给第三者造成损害,被保险人未向该第三者赔偿的,保险人不得向被保险人赔偿保险金。

2.《民事诉讼法》第五十九条

对当事人双方的诉讼标的,第三人认为有独立请求权的,有权提起诉讼。

对当事人双方的诉讼标的,第三人虽然没有独立请求权,但案件处理结果同他有法律上的利害关系的,可以申请参加诉讼,或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人,有当事人的诉讼权利义务。

前两款规定的第三人,因不能归责于本人的事由未参加诉讼,但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误,

损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理，诉讼请求成立的，应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书；诉讼请求不成立的，驳回诉讼请求。

3.《保险法司法解释四》第十四条

具有下列情形之一的，被保险人可以依照保险法第六十五条第二款的规定请求保险人直接向第三者赔偿保险金：（一）被保险人对第三者所负的赔偿责任经人民法院生效裁判、仲裁裁决确认；（二）被保险人对第三者所负的赔偿责任经被保险人与第三者协商一致；（三）被保险人对第三者应负的赔偿责任能够确定的其他情形。前款规定的情形下，保险人主张按照保险合同确定保险赔偿责任的，人民法院应予支持。

4.《保险法司法解释四》第十五条

被保险人对第三者应负的赔偿责任确定后，被保险人不履行赔偿责任，且第三者以保险人为被告或者以保险人与被保险人为共同被告提起诉讼时，被保险人尚未向保险人提出直接向第三者赔偿保险金的请求的，可以认定为属于保险法第六十五条第二款规定的“被保险人怠于请求”的情形。

5.《民用航空法》第一百六十七条

保险人和担保人除享有与经营人相同的抗辩权，以及对伪造证件进行抗辩的权利外，对依照本章规定提出的赔偿请求只能进行下列抗辩：

（一）损害发生在保险或者担保终止有效后；然而保险或者担保在飞行中期满的，该项保险或者担保在飞行计划中所载下一次降落前继续有效，但是不得超过二十四小时；

（二）损害发生在保险或者担保所指定的地区范围外，除非飞行超出该范围是由于不可抗力、援助他人所必需，或者驾驶、航行或者领航上的差错造成的。

前款关于保险或者担保继续有效的规定，只在受害人有利益时适用。

6.《民用航空法》第一百六十八条

仅在下列情形下，受害人可以直接对保险人或者担保人提起诉讼，但是不妨碍受害人根据有关保险合同或者担保合同的法律规定提起直接诉讼的权利：

（一）根据本法第一百六十七条第（一）项、第（二）项规定，保险或者担保继续有效的；

（二）经营人破产的。

除本法第一百六十七条第一款规定的抗辩权，保险人或者担保人对受害人依照本章规定提起的直接诉讼不得以保险或者担保的无效或者追溯力终止为由进行抗辩。

7.《民法典》第一千二百一十三条

机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，先由承保机动车强制保险的保险人在强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足部分，由承保机动车商业保险的保险人按照保险合同的约定予以赔偿；仍然不足或者没有投保机动车商业保险的，由侵权人赔偿。

8.《道路交通事故损害赔偿司法解释》第十三条

同时投保机动车第三者责任强制保险（以下简称“交强险”）和第三者责任商业保险（以下简称“商业三者险”）的机动车发生交通事故造成损害，当事人同时起诉侵权人和保险公司的，人民法院应当依照民法典第一千二百一十三条的规定，确定赔偿责任。

9.《道路交通事故损害赔偿司法解释》第二十二条

人民法院审理道路交通事故损害赔偿案件，应当将承保交强险的保险公司列为共同被告。但该保险公司已经在交强险责任限额范围内予以赔偿且当事人无异议的除外。

人民法院审理道路交通事故损害赔偿案件，当事人请求将承保商业三者险的保险公司列为共同被告的，人民法院应予准许。



□ 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。

法规解读 | 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专项斗争法治化、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有一定规模，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专项斗争的重要举措”，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，保障扫黑除恶专项斗争常态化、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

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专项斗争有关工作的通知》（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专项斗争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。

以上海市浦东新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。上海市浦东新区人民法院认为，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 金融机构等相关部门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。



□ 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。



□ 陈思楠/文

陈思楠，现为中伦文德律师事务所北京总所律师助理，主要业务领域为劳动与雇佣争议解决、民商事争议解决等。

外籍员工在中国境内就业的路径选择与特殊注意事项

一、引言

随着我国经济的发展和对外交往的增多，外籍员工在我国境内就业的现象逐渐普遍。依据《外国人在中国就业管理规定》第二条的规定，“本规定所称外国人，指依照《中华人民共和国国籍法》规定不具有中国国籍的人员。本规定所称外国人在中国就业，指没有取得定居权的外国人在中国境内依法从事社会劳动并获取劳动报酬的行为。”

外籍员工在我国境内就业与我国劳动者相比具有诸多特殊之处，其在我国境内合法就业，需满足相关法律规定所要求的特殊条件，例如需取得就业许可证。相应地，其与我国用人单位的劳动关系认定与权利义务划分问题更加复杂，本文便是主要针对外籍员工在我国境内就业较受关注的法律问题作出的分析与梳理。

注：除另有说明外，本文中的外籍员工均指的是无外国人永久居留证的非中国（包括港澳台）国籍员工。本文中的境内特指中国大陆地区。

二、劳动关系的建立：外籍员工在华非法就业的情形认定与责任承担

相较于中国员工，外籍员工在中国就业受到更为严格的管理。外籍员工不仅需要办理就业许可证和工作类居留证件，同时，就业许可证所注明的单位与实际工作单位还必须保持一致。

具体而言：1、外籍员工在中国就业前，按照《出境入境管理法》第四十一条^[2]、第四十三条^[3]、《外国人在中国就业管理规定》第八条^[4]等规定，需办理就业许可证和工作类居留证件，否则属于非法就业。2、外籍员工在中国就业过程中，按照《外国人在中国就业管理规定》第二十三条规定：“外国人在中国就业的用人单位必须与其就

业证所注明的单位相一致。”；2014年上海市高级人民法院民一庭发布的《2013年劳动争议案件研讨会综述》（[2014]5号）对此作出更为清晰的解释，即“如外国人实际就业单位与就业证注明不一致的，违反了行政管理的强制性规定。故其与实际就业单位之间应认定不存在劳动关系。”

依据上述规定，外籍员工通过劳务派遣方式进行就业、不及时办理或注销就业许可证的，均可能构成非法就业，进而承担相应的法律责任。

（一）外籍员工在华构成非法就业的情形

1. 外籍员工在境内只能同时与一家用人单位建立劳动关系，不能通过劳务派遣方式进行就业，否则构成非法就业

这就意味着：外籍员工在中国境内就业只能选择与一家用人单位建立劳动关系。如中国企业通过劳务派遣等路径与外籍员工建立劳动关系的，将导致同时出现至少一家以上的就业单位，存在被视为非法就业/聘用的风险。依据《中华人民共和国出境入境管理法》第八十条^[1]的规定，如被认定为非法就业/聘用的，企业自身以及被聘用的外籍员工均有被处罚的法律风险（详见下文）。

此外，需要说明的是：外国企业设在中国的常驻代表机构并没有用人单位的主体资格，一般需要通过劳务派遣的方式实现用工。但在实操中，上述驻华代表机构的代表、自境外总部被派遣至境内机构的高级管理人员等提供聘用证明、派遣函等文件也可以申领就业许可证，但此时外籍员工与外国企业常驻代表机构一般不构成劳动关系。如外籍员工与外国企业驻华机构发生工资报酬等争议时，法院存在按照劳务关系处理（例如：（2018）京0105民初83718号）或直接认定驻华机构并非适格被申请人（被告）而驳回外籍员工请求的可能（例如：（2019）沪0101民初6162号）。

2. 外籍员工未及时办理或变更就业许可证的，构成非法就业

按照现有法律规定，外籍员工在中国就业未按规定取得或变更相关证件，属于非法就业/招聘，此类常见的情形主要有三种：

（1）入职以来均未办理/变更就业许可证的，属于非法就业

例如：在（2018）京03民终3654号案件中，法院认为，外籍员工到公司工作期间，公司未为其变更或重新办理就业许可证，属于未依法取得《外国人就业证》的情形，双方不存在劳动关系。（2017）京03民终4233号案件中，法院同样认为，我国对外籍员工在我国就业建立行政许可制度，公司未为外籍员工办理就业许可证变更手续或重新办理就业许可，属于违法用工，双方所签订的《劳动合同》无效，应按劳务关系处理。

（2）虽然签订有劳动合同、但工作单位未办理就业许可证的期间，亦难以被法院认定为劳动关系存续期间

例如在（2019）京0108民初52046号案件中，法院认为，公司与该外籍员工签订了期限自2018年5月8日起的劳动合同，但直至2018年6月28日方为其办理取得了在中国境内的就业许可，故对于双方所持2018年5月8日至2018年6月27日期间存在劳动关系的主张，因缺乏法律依据不予采纳，对于本案中存在的“先就业后审批”的情况，当事人应依法承担相应法律后果，并引以为戒。

（3）外籍员工未在发证机关规定的区域工作的，难以被法院认定构成劳动关系

司法实践中，即便在外籍员工已经取得就业许可证的情况下，若其实际工作单位的工作地点与就业许可证载明的不一致，法院也倾向于认定外籍员工与实际工作单位不构成劳动关系。如（2014）东民初字第15362号案件，法院便认为，外籍员工与工作单位签订的劳动合同中约定的及实际的工作地点均在北京，而其就业许可证是由上海市人力资源和社会保障局签发，依据《外国人在中国就业管理规定》第十六条规定，“就业证只在发证机关规定的区域内有效”，同时依据《出境入境管理法》第四十三条的规定，“外国人超出工作许可限定范围在中国境内工作的，属于非法就业。”故法院最终认定外籍员工与工作单位之间不构成劳动关系。

（二）外籍员工构成非法就业的法律责任承担

1. 民事责任：认定外籍员工与工作单位不成

立劳动关系，若发生纠纷法院一般按普通民事纠纷处理

正如前文所述，外籍员工在中国就业需办理就业许可证，若未按规定取得或变更相关证件，属于非法就业。此时该外籍员工与工作单位发生争议的，无法适用中国相关劳动法律法规，法院一般直接认定双方成立劳务关系，按普通民事纠纷处理。

2. 行政责任：工作单位可能会被处以罚款及没收违法所得；外籍员工可能会被处以罚款，并可能被遣送出境或行政拘留

《出境入境管理法》第六十二条规定，“外国人有下列情形之一的，可以遣送出境：（三）非法居留、非法就业的，”同时《出境入境管理法》第八十条也对外国人及聘用单位存在非法就业 / 聘用等情况规定了相应的处罚措施。

根据上述法律规定，若工作单位在外籍员工入职时未及时为其办理或变更就业许可证，除造成双方无法建立劳动关系的结果之外，该工作单位与被雇外籍员工均可能遭受罚款的行政处罚；若情节严重，该外籍员工可能会被遣送出境或被处以行政拘留。

三、劳动关系的履行：关于外籍员工享受社会保险、住房公积金、年休假的注意事项

（一）外籍员工的社会保险缴纳及生育津贴申领问题

1. 用人单位未给外籍员工缴纳社会保险的法律责任与除外情形

（1）法律责任

1) 法律责任一：用人单位应给外籍员工缴纳社会保险，否则应承担补缴义务（全额补缴社会保险费的最长期限自 2011 年 10 月 15 日起算）

依据现有法律法规^[5]：用人单位应为外籍员工缴纳社会保险，外籍员工社保参保缴费以员工实际入职时间为准，但全额补缴社会保险费的最长期限自 2011 年 10 月 15 日起算，即无需补缴 2011 年 10 月 14 日以前在职期间的社会保险费。

就上述问题，北京、上海等地均针对外籍

员工缴纳社会保险问题也都出台了具体的实施细则，且笔者在上海市人力资源和社会保障局官网中进行查询，咨询“外籍和港澳台等人员在本市用人单位就业期间未按规定参加职工社会保险，能否按规定补缴？”问题后，得到的回复为“外籍人员自 2011 年 10 月起，在本市用人单位就业而未参保，且存在社保争议的，应当按国家规定补缴相应的社会保险费。”

2) 法律责任二：就外籍员工是否能以用人单位未为其缴纳社会保险为由，提出解除劳动合同并要求补偿金的，北京法院倾向于支持员工关于经济补偿金的主张，但上海法院倾向于按照合同约定的违约责任处理

北京法院观点：外籍员工若与用人单位存在合法劳动关系，并以未缴纳社会保险为由提出解除劳动合同的，用人单位应支付经济补偿金

如(2016)京 03 民终 7978 号案件中，法院认为，外籍员工与用人单位存在合法劳动关系，在中国就业的外国人，其工作时间、休息休假、劳动安全卫生以及社会保险应按照中国有关规定执行，故用人单位应为其缴纳社会保险。外籍员工以用人单位未为其缴纳社会保险为由要求解除劳动合同理由正当，且用人单位应向其支付解除劳动合同经济补偿金。

上海部分法院观点：双方协议未约定外籍员工能以用人单位未为其缴纳社会保险为由，提出解除劳动合同并要求补偿金的，不支持外籍员工关于经济补偿金的请求

在(2020)沪 01 民终 12033 号案件中，一审法院认为，关于经济补偿金，双方签订的劳动合同或者其他协议中并未明确约定“用人单位未缴纳社会保险，劳动者以此为由解除劳动合同可获得经济补偿金”，故外籍员工要求用人单位支付解除劳动合同经济补偿金的请求缺乏依据。二审法院亦认可一审法院的说理。

（2）除外情形：部分国家与中国签订有双边社保互免协定等协议的，满足相关协定条件的外籍员工可在特定险种内免于缴纳社会保险

《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》第九条规定，“具有与中国签订社会保险双边或者多边协议国家国籍的人员在中国境内就业

的，其参加社会保险的办法按照协议规定办理。”人力资源和社会保障部在官网发布的社会保障协定统计显示，截至2022年1月24日，已有德国、韩国、丹麦、加拿大、芬兰、瑞士、荷兰、西班牙、卢森堡、日本、塞尔维亚11个国家与我国签订了社会保障协定，满足相关协定所规定条件的外籍员工可在特定险种内免于缴纳社会保险。

2. 外籍员工享有与中国劳动者相同的产假待遇，但部分省份对外籍员工生育保险待遇的申领次数设定有限制

若外籍员工在中国缴纳有生育保险的，即使其生育非中国国籍子女，其亦可参照《女职工劳动保护特别规定》享受98天产假（外加各地不同天数的生育奖励假），且不受生育次数限制。但就生育保险待遇而言，部分省份领取对外籍员工生育保险待遇的申领次数作出限制。如就北京地区而言，北京市人力资源和社会保障局、北京市人口和计划生育委员会发布的《关于调整本市职工生育保险相关政策的通知》（京人社医发[2012]176号）中规定，“各区县社会保险经办机构要对外籍职工申领生育保险相关待遇的信息进行登记，生育保险基金最多支付其两次分娩医疗费用（包括产前检查医疗费用）和生育津贴。”但经笔者咨询北京市12333服务，相关人员回复该规定发布较早，目前中国计划生育政策已经调整，但外籍员工领取生育保险待遇次数尚未有相关文件同步调整。笔者认为，在我国已全面放开三胎的政策背景下，外籍员工领取生育保险待遇次数可能也会作出调整。

（二）外籍员工的住房公积金缴纳问题：法律法规未强制用人单位为外籍员工（包括有永久居留证的）缴纳住房公积金

根据《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》第十条的规定，“凡持有中国《外国人永久居留证》的外籍人员可享有以下待遇：..十、可按照《住房公积金管理条例》等规定，在工作地缴存和使用住房公积金，离开该地区时，可按规定办理住房公积金的提取或转移手续。”《住房公积金管理条例》中并未有强制要求用人单位为外籍员工缴纳住房公积金的规定。故笔者认为，

不同于社会保险，法律法规并未强制用人单位为外籍员工缴纳住房公积金。

如在（2021）京02行初273号案件中，法院认为：因《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》对用人单位对于具有中华人民共和国外国人永久居留身份人员办理住房公积金并未作出强制性规定，用人单位承担此义务应以在职员工提出要求为其办理公积金的主张为前提。现有证据不能证实劳动关系存续期间，外籍员工向用人单位主张过依照相关规定为其办理住房公积金，故不支持其相关诉讼请求。

（三）外籍员工法定带薪年假天数的认定问题

根据《外国人在中国就业管理规定》第二十二条规定，“在中国就业的外国人的工作时间、休息休假、劳动安全卫生以及社会保险按国家有关规定执行。”若外籍员工与用人单位已建立合法的劳动关系，其与中国员工同样享有带薪年假。但因为外籍员工在国外的工作时间不在我国法律调整范围之内，故在实践中，其在国外的工作年限一般不计入计算法定带薪年假的累计工作时间。

四、劳动关系的解除与终止：外籍员工被违法解除/终止劳动合同的情形认定与责任承担

（一）上海地区的政策特殊性：允许外籍员工与用人单位在劳动合同中约定劳动合同解除条件、违约责任等内容

总的来说，北京法院对于用人单位与外籍员工约定劳动合同终止、解除条件、违约责任等的效力多数持否定态度（例如：（2019）京02民终9497号）。上海地区的司法尺度相对宽松一些，这主要是由于上海地区的政策本身允许用人单位与外籍员工自由约定部分劳动合同内容。具体而言：

例如：上海市劳动局关于贯彻《外国人在中国就业管理规定》的若干意见第16条规定：用人单位与获准聘雇的外国人之间有关聘雇期限、岗位、报酬、保险、工作时间、解除聘雇关系条

件、违约责任等双方的权利义务，通过劳动合同约定。再如：《上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答》第二条^[6]则明确：用人单位与外籍员工可就除最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、社会保险外的权利义务进行自由约定。

（二）就用人单位与外籍员工约定劳动合同终止、解除条件的效力问题：北京地区倾向于否定自由约定效力，但上海地区的司法实践则存在分歧

司法实践中，北京法院对于用人单位与外籍员工约定劳动合同终止、解除条件多数持否定态度，但上海地区关于用人单位能否与外籍员工约定解除条件的问题有不同的观点。需注意的是，从现有案例检索的情况来看，上海法院支持约定劳动合同解除条件的观点并非多数，上海地区与外籍员工任意约定解除条件的，存在被认定为无效的风险。具体司法观点详述如下：

（1）司法观点1：部分上海法院（特别是上海一中院）认为用人单位可与外籍员工在合理范围内约定劳动合同解除条件

例如：在（2015）沪二中民三（民）终字第355号案件中，法院认为，《外国人在中国就业管理规定》对外国人在中国就业的相关权利义务都作出了规定，也对部分的劳动权利义务，明确双方可按双方劳动合同或其他协议予以确定。本案中，双方签订的劳动合同对解除劳动合同的权利义务作了“在合同期限内，渡边良平所在项目终止或解除，劳动合同也随之终止或解除，但需提前三十天书面通知”的规定，故外籍员工要求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金的主张缺乏依据，法院难以支持。

再如：（2016）沪01民终8350号案件中，法院认为根据双方签订的劳动合同，公司提前六十日以书面形式通知外籍劳动者本人，可以解除劳动合同，现公司据此解除劳动合同，并无不当，故外籍员工要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金的上诉请求，不予支持。

（2）司法观点2：上海二中院的部分案例认为，用人单位与外籍员工约定的劳动合同解除条件超

过法律规定范围的，不应发生效力

例如：在（2017）沪02民终1039号案件中，法院认为：双方虽然在劳动合同中约定了用人单位欲解除劳动合同，应提前一个月书面通知外籍员工。但该约定超出了劳动合同法规定的单位可以单方解除劳动合同的情形，也与劳动合同法保护劳动者合法权益的立法本意相违背。现用人单位在没有任何其他依据的情况下，仅凭该约定来解除劳动合同，于法有悖。

同样，（2013）沪二中民三（民）终字第1090号案件中，法院认为：非因法定事由用人单位不得随意解除劳动合同，这是任何一名劳动者的基本工作权利。用人单位利用用人单位优势地位既与外籍员工约定单位有权行使对劳动合同的任意解除权，同时又规定外籍员工违反法律法规、企业规章制度，造成不良影响的，用人单位可以解除劳动合同，上述双重规定加重外籍员工所承担的责任，排除外籍员工主要劳动权利，损害外籍员工的合法权益，故劳动合同约定用人单位可随意解除外籍员工劳动合同的内容，不能作为用人单位合法解除劳动合同的依据。

（三）用人单位违法解除或终止与外籍员工的劳动合同的法律后果

1. 经济补偿 / 赔偿层面：就用人单位违法解除或终止与外籍员工的劳动合同，是否需支付经济补偿 / 赔偿的问题：北京地区认为需要支付，但上海地区则认为需要根据双方约定确定

（1）北京法院认为：用人单位违法解除或终止与外籍员工的劳动合同，需支付经济赔偿金

在（2019）京0108民初52046号案件中，法院认为，本案中，用人单位所持外籍员工从事的业务线关停情形，属于用人单位主观层面上经营决策调整的范畴，并不属于《劳动合同法》规定的情形。故用人单位据此提出于2019年1月16日辞退外籍员工，构成违法解除劳动合同，应向外籍员工支付违法解除劳动合同赔偿金。

（2）上海部分法院认为：用人单位构成违法解除或终止与外籍员工的劳动合同，但双方未在劳动合同中约定违约责任、或约定无需承担违约责任的，用人单位仍无需支付经济补偿金

(2021)沪0105民初9651号案件中，法院同样认为，虽用人单位系违法解除劳动合同，但用人单位是否应支付外籍员工违法解除劳动合同赔偿金，应按双方书面劳动合同约定和实际履行的内容予以裁量。在案证据显示双方并未对支付违法解除劳动合同赔偿金的相关内容作出过约定，故外籍员工要求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金，缺乏依据。在(2011)长民一(民)初字第76号案件，法院也持有同样观点。

此外，(2019)沪民再6号案件中，上海市高级人民法院认定：因双方当事人已在劳动合同中约定无论何种原因解除或终止劳动合同，再审申请人均无需向被申请人支付任何经济补偿，故再审申请人诉请其无需向外籍员工支付经济补偿金有事实和法律依据。

2. 继续履行层面：用人单位违法解除或终止与外籍员工的劳动合同，外籍员工要求恢复并继续履行劳动合同，若用人单位不同意恢复，则外籍员工的主张较难得到支持

如前文所述，外籍员工在中国境内就业需办理就业许可证，而就业许可证则需由用人单位进行办理甚至保管，如果用人单位将外籍员工的就业许可证注销，该外籍员工则丧失在我国就业的资格，劳动合同便难以在实践中继续履行，故考

虑到实际可能存在的继续履行困难，若用人单位不同意恢复与外籍员工的劳动合同，则外籍员工的主张可能较难得到法院支持。

2014年上海市高级人民法院民一庭发布的《2013年劳动争议案件研讨会综述》([2014]15号)便是持此观点，认为“如用人单位同意恢复的，则可判决恢复劳动关系；如用人单位不同意恢复的，考虑到如判决恢复劳动关系可能面临二审或执行期间用人单位擅自注销就业许可证，导致外国劳动者无法合法就业的后果，故如用人单位违约解除劳动合同，外国人要求恢复劳动关系的，在向外国劳动者做好相关释明工作后，可判决不予支持。”

在(2011)沪二中民三(民)终字第1119号案件中，法院亦认为，基于用人单位于2010年4月19日申请注销了外籍员工《外国人就业证》的实际情况，外籍员工已经丧失在我国合法就业的资格，劳动合同实际不能继续履行，对外籍员工要求用人单位恢复劳动合同之请求，不予支持。

就笔者查询的信息显示，北京、上海地区的用人单位在申办注销外籍员工就业许可证时，需外籍员工本人在相关文件上签字，此种操作规范或在一定程度上避免了用人单位擅自注销就业许可证的情况发生；但实践中，若用人单位通过伪



造外籍员工签字的方式注销就业许可证的，外籍员工的维权难度也会增加。

五、结语

外籍员工与中国境内的用人单位建立劳动关系的，相较于中国劳动者而言，差异性较大且更为复杂。尤其需要注意的是，若外籍员工未及时办理就业许可证，其与中国境内的工作单位难以建立合法劳动关系，可能构成非法就业。此外，在劳动关系的具体履行、解除与终止的过程中，与中国劳动者所建立的劳动关系相比，具有更多尊重外籍员工与用人单位双方约定及意思自治的可能性，故外籍员工与用人单位签订相关合同或协议时，双方均应对约定内容给予更多的关注，以维护各自合法权益。

相关法律法规：

[1]《中华人民共和国出境入境管理法》第八十条 外国人非法就业的，处五千元以上二万元以下罚款；情节严重的，处五日以上十五日以下拘留，并处五千元以上二万元以下罚款。介绍外国人非法就业的，对个人处每非法介绍一人五千元，总额不超过五万元的罚款；对单位处每非法介绍一人五千元，总额不超过十万元的罚款；有违法所得的，没收违法所得。非法聘用外国人的，处每非法聘用一人一万元，总额不超过十万元的罚款；有违法所得的，没收违法所得。

[2]《出境入境管理法》第四十一条规定，“外国人在中国境内工作，应当按照规定取得工作许可和工作类居留证件。任何单位和个人不得聘用未取得工作许可和工作类居留证件的外国人。”

[3]《出境入境管理法》第四十三条规定，“外国人有下列行为之一的，属于非法就业：（一）未按规定取得工作许可和工作类居留证件在中国境内工作的……”

[4]《外国人在中国就业管理规定》第八条规定，“在中国就业的外国人应持 Z 字签证入境（有互免签证协议的，按协议办理），入境后取得《外国人就业证》和外国人居留证件，方可在中国境内就业。”

[5]《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》第三条规定：“在中国境内依法注册或者登记的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织（以下称用人单位）依法招用的外国人，应当依法参加职工基本养老保险、职工基本医疗保险、工伤保险、失业保险和生育保险，由用人单位和本人按照规定缴纳社会保险费。”

《人力资源和社会保障部关于做好在我国境内就业的外国人参加社会保险工作有关问题的通知》中规定：“各地要严格执行社会保险法和《暂行办法》于 2011 年 12 月 31 日前将符合条件的外国人纳入社会保险覆盖范围，督促用人单位和外国人按照现行法律法规参保并按时足额缴纳社会保险费。”

《人力资源社会保障部对十三届全国人大一次会议第 6083 号建议的答复》第一条规定：“... 2011 年 10 月 15 日之前已经在中国境内就业，且符合参保条件的外国人，统一从 2011 年 10 月 15 日起参保缴费。2011 年 10 月 15 日以后在中国境内就业的，从在中国境内就业开始之日起参保缴费。因此，按照现行政策规定，外籍人才不可以从工作之日起一次性补缴基本养老保险费；已达到或超过我国法定退休年龄的，不可以再办理社会保险参保手续。”

[6]《上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答》第二条：在国内就业的外国人适用中国劳动标准的问题：（一）原劳动部、公安部、外交部、原对外贸易经济合作部等四部门颁布的外国人在中国就业管理规定（劳部发（1996）29 号）第二十二条、第二十三条规定的最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、社会保险等方面的劳动标准，当事人要求适用的，劳动争议处理机构可予支持。（二）当事人之间在上述规定之外约定或履行的其他劳动权利义务，劳动争议处理机构可按当事人的书面劳动合同、单项协议、其他协议形式以及实际履行的内容予以确定。（三）当事人在上述（一）、（二）所列的依据之外，提出适用有关劳动标准和劳动待遇要求的，劳动争议处理机构不予支持。



□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。



□张容棵/文

张容棵律师，北京市中伦文德律师事务所律师，上海政法学院法律硕士，主要业务领域为民商事争议解决、企业法律顾问等。

北京某投资中心（有限合伙）与 谢某、马某、郑某、易某合同纠纷案 马某、易某之共同代理词

尊敬的审判员：

就北京某投资中心（有限合伙）与谢某、马某、郑某、易某合同纠纷一案，北京市中伦文德律师事务所接受马某、易某的共同委托，指派张容棵律师为其委托代理人。现根据本案的事实情况与相关法律规定，提出如下代理意见：

一、原告北京某投资中心（有限合伙）所主张股权回购权的行权基础已经丧失

原告北京某投资中心（有限合伙）（下称“原告”）当前主张行使回购权的依据，为《北京某投资中心和北京某文化传媒有限公司以及庄某、马某、谢某、郑某、易某、元某、高某、深圳市某资本管理有限公司、上海某投资管理中心关于北京某文化传媒有限公司之投资协议》（下称“《投资协议》”）第3.7款第b项的规定。该项约定实质上设置了两项行权条件，即：

【1】时间条件：原告实际全部支付投资款之日起36个月届满（即2019年07月27日已届满）；

【2】行权实质条件：未能实现“合格IPO”。

（一）在时间条件方面，原告对于迟延挂牌存在重要责任。退一步，即便无法直接证明原告对于迟延挂牌的责任，迟延挂牌此等瑕疵也已通过成功挂牌得以补正

1. 原告作为合格IPO方案的决定者，对于能否按期挂牌享有强大的“决定权”，是导致迟延挂牌结果出现的直接原因

（1）《投资协议》第6.1款、第6.2款赋予了原告在认定合格IPO方案的决定权

《投资协议》第6.1款【董事会成员】：公司董事会由【7】名董事组成，投资人有权提名并委派1名董事，原股东必须无条件选举通过投资人委派的董事。

《投资协议》第6.2款【保护性条款】：自本协议签署之日起，以下重大事项须征得投资人提名并委派之董事的同意：……（i）合格IPO的上市方案……

合格IPO上市方案，需要考虑包括但不限于选择何地的政策红利、公司的选址、公司的经营状况等多方面的因素。由前述约定可知，无论国

某（江苏）文化科技股份有限公司（曾用名：北京某文化传媒有限公司、国某（北京）文化科技股份有限公司、国某（山东）文化科技股份有限公司，以下连同现用名，均称“国某公司”）采用何种合格 IPO 的上市方案，均需要获取原告的同意。虽然约定国某公司需要在原告实际全部支付投资款之日起 36 个月内实现合格 IPO，但由于前述第 6.1 款、第 6.2 款的存在，原告只要提出所谓的“合理”的否决理由，即可推翻已经相关成熟的合格 IPO 方案。因此，原告实质上对于国某公司什么时间挂牌转让、以何种形式挂牌转让，享有强大的决定权。

(2) 国某公司实际控制人庄某曾就合格 IPO 方案重要事项之一，即公司注册地址事宜寻求原告同意，但原告拖延决定长达近 5 个月，对于迟延挂牌事实的出现存在重要责任

2021年11月26日，马某、易某就原告所提起本案诉讼之事宜，向庄某了解相关情况。彼时

马某、易某方才得知，为了享受山东地区的政策红利，庄某作为实际控制人曾在2018年底就与原告就变更国某公司注册地址事宜进行沟通，直至2019年05月06日召开国某（北京）文化科技有限公司2019年第二次股东会会议上，原告才正式同意国某（北京）文化科技有限公司迁址到山东。然而，此股东会决议通过，距离2019年07月27日已不足3个月，而根据跨省份办理工商变更的实务经验可知，公司迁址的办理一般需耗费3个月以上的时间。原告作为专业的投资者，不可能不知悉这一决定所可能产生的结果。

从2019年05月06日到2019年11月01日正式挂牌，间隔了近5个月时间。假使2018年年底原告即同意了公司注册地址变更之事宜，国某公司便能更早地享受当地政策福利，即使经过5个月的时间，依然能够在2019年07月27日之前实现挂牌。然而，为获取原告同意就耗费了将近5个月的时间，对于迟延挂牌的结果，原告负有不





可推卸的责任。

(3) 原告对于迟延挂牌的责任，还可通过本次诉讼过程中原告相关诉讼权利处分行为作出合理推断

为使贵院尽早、顺利地查清案情，易某在2022年03月09日提交了《追加被告申请书》申请追加国某公司实际控制人庄某，以及另一创始人股东元某作为本案被告。2022年03月21日，我们作为易某的代理人，接到贵院法官电话并被告知本案将于2022年04月18日开庭时，向贵院询问追加被告进展情况。贵院法官反馈原告拒绝追加庄某、元某。显而易见的是，庄某作为实际控制人，对于迁址事宜、挂牌前后的沟通过程必然知悉，也掌握与本案相关的所有材料。同时，如果能追加庄某作为被告，对于原告所实现其所谓“回购权”的目标，百利而无一害。但原告作出拒绝追加庄某的反常举动，令人匪夷所思。如此可以合理地推断出，一旦庄园进入本案诉讼程序，庄某所掌握的沟通过程材料等相关证据或可能对原告构成不利。因此，原告有意回避追究庄某相关责任，避免将庄某纳入被告的范围，其本质系在掩盖其迟迟不通过迁址决议的行为导致迟延挂牌的责任。原告代理人自述原告“不想因为投资方的身份影响整个公司发展”，完全是没有事实依据的，根本不能成立。

2. 退一步来讲，即使原告对于迟延挂牌的责任，无法通过当前被告所提交的证据以及原告拒绝追加庄某为被告的行为外观予以直接证明，然而，在时间条件方面的瑕疵（即迟延挂牌）已经通过成功挂牌予以补正，原告无合理理由再行主张

从表面上看，国某公司在2019年11月01日正式挂牌，晚于2019年07月27日约定挂牌转让的截止时间，但并不意味着当事人必然需要承担回购义务。

原告对于迟延挂牌并不敏感，并且原告所提交证据及庭审代理意见均未反映出延迟挂牌给其带来任何损失。

关于本类案件审判实践，我们曾向贵院提交了上海市高级人民法院作出的案号为（2020）沪民再29号的胡某、宋某与上海某股权投资基金

管理有限公司增资纠纷审判监督民事判决书。该案裁判要旨为：目标公司控股股东与投资方对赌约定“如若目标公司不能在某时间节点前于股转系统挂牌，投资方可要求控股股东进行股权回购”的，应认定投资方的股权回购请求权系附条件请求权，其行权条件包括“某时间节点”与“不能挂牌”两个要素。尽管目标公司延期挂牌，但因投资方未在“某时间节点”至“挂牌”期间行使股权回购请求权，至目标公司挂牌时，投资方的股权回购请求权已经丧失。关于行使股权回购请求权是否超过合理行权期限，裁判原文摘录如下：

“股权回购请求权源自各方当事人的合同约定，在合同对股权回购请求权的行权期限未予明确的情况下，股权回购请求权的行使是否应受合理行权期限限制需结合合同目的、回购条款的内容与性质、合同履行情况、市场变化与股价波动情况等因素进行综合判断与确定。”

该判决未在迟延挂牌情形下简单地推定为承担回购一方应承担，而是从投资人权利主张的过程，综合判断投资人对于迟延挂牌是否能够容忍、是否敏感，迟延挂牌是否导致投资人的损失。

回归到本案当中，国某公司挂牌较《投资协议》约定的挂牌时间迟延了约3个月。首先，原告不仅未在2019年07月27日提出回购，反而在2019年07月24日召开的董事会（原告派驻董事黄某参加并签字）以及2019年08月08日的股东大会上，均予以认可转用集合竞价的方式进行挂牌，明显反映出原告对于迟延挂牌并不敏感。

此等迟延挂牌情形出现后，单从时间条件来看，原告是否仍旧有权行使股权回购权，参考前述上海市高级人民法院判例作出判决的判断要点，其关键在于现实出现的迟延挂牌给原告带来的损失，与国某公司未及时挂牌在理论上给原告带来的损失是否相当，或者是否导致原告投资国某公司的合同目的不能实现。无论从原告提交的证据来看，还是从原告代理人参加庭审所发表的代理意见来看，原告无任何证据可证明因迟延挂牌给其带来任何损失。在原告的自主选择下，国某公司最终成功在新三板系统挂牌，迟延挂牌的履行瑕疵已经消除，行使股权回购权在时间条件方面的基础已经消失，原告的投资目的在实质上

已经实现。

(二) 在行权实质条件方面, 实际挂牌转让方式与《投资协议》约定的合格 IPO 条件下的挂牌转让方式存在偏离, 但此等偏离系原告主动选择所致。否则, 可视为其意图主动触发回购权条款, 更不应予以支持

1. 原告主动选择变更“合格 IPO”相关挂牌转让方式, 系其基于维护其利益的考虑所做出的现实选择

如果原告在 2019 年 07 月 27 日前未采取任何举动, 单纯等待该回购权触发时间届至, 自 2019 年 07 月 28 日起, 原告自然有权行使回购权。

但是, 2019 年 07 月 24 日, 即前述回购权触发时间节点到来之前, 原告派驻国某公司的董事黄某, 即在该日召开的国某(山东)文化科技股份有限公司第一届董事会第三次会议决议中签字, 在表决《关于同意公司在全国中小企业股份转让系统挂牌后采用集合竞价转让方式的议案》时投下同意票。此外, 原告亦在 2019 年 08 月 08 日召开的国某(山东)文化科技股份有限公司 2019 年第二次临时股东大会会议中, 对《关于同意公司在全国中小企业股份转让系统挂牌后采用集合竞价转让方式的议案》投下同意票, 并在决议当中盖章签字。该盖章的真实性业已在庭审时得到原告代理人的认可, 并且其代理人在庭上发表质证意见否定马某、易某所提交证据之证明目的时, 反而证明了前述决议内容的真实性。

《投资协议》从未禁止对“合格 IPO”作出变更, 原告也未与创始人股东就禁止变更“合格 IPO”达成任何协议。结合《投资协议》第 6.1 款、第 6.2 款的约定, 应视为各方默认最终的“合格 IPO”方案应建立在原告的认可之上。假使消极等待回购权触发时间节点的到来并直接行使回购权, 相比于原告改变合格 IPO 方案并选择集合竞价方式挂牌转让更符合其利益的话, 原告自然不可能在前述董事会审议议案以及股东会审议议案时投下同意票。原告先后两次以实际行为选择了不同于《投资协议》约定的转让方式, 应当视作其针对国某公司当时的情境作出的最优投资决策。

2. 若原告依旧认为前述董事会决议、股东会决议不构成对于“合格 IPO”约定转让方式的变更, 则原告(及其派驻董事黄某)在前述会议上投下相关同意票的行为, 应视为其为主动触发回购权条款作出准备, 是其故意制造所附条件之条件成就, 主张条件成就一方故意行为制造条件成就的, 应依法认定条件不成就。此举不仅对于原创始人股东不具有任何公平性, 而且从本质上就不应得到支持

原告选择变更“做市方式”公开转让的约定, 并选择“集合竞价方式”公开转让, 马某、易某作为创始人股东对此予以了充分的信任。即使基于一般人的判断, 也应认为原告对合格 IPO 方案作出了变更。然而, 原告代理人在庭审时表示, 前述决议的签署行为, 仅为“避免损失扩大, 履行了相应的股东职责, 为了公司当时的利益, 不能视为对合格 IPO 方式的变更”, “股东会决议与《投资协议》的主体不一致, 且股东会决议不符合补充协议要件, 不能视为原《投资协议》的补充协议”。很显然, 原告代理人的前述观点不具有任何的合理性, 也没有任何法律依据。

无论是股东会决议, 还是《投资协议》签署主体当中均包括了原告, 两份文件均反映了其对于追逐利益所作出的现实决策, 两份文件内容的实质变化也反映了原告对于其权益的实质性处分。假使原告依旧否定“变更”的认定, 那么“集合竞价”转让方式确认后, 无论如何都会触发回购权条款。原告在前述董事会、股东会投下同意票时, 就已经做好了日后通过主动触发回购权条款的方式, 追究创始人股东相关责任的准备。此举既破坏了原告与创始人股东之间的信任, 也从根本上违背了《投资协议》的目的, 既不公平也不合理; 而且, 原告此举显然是以其故意行为制造了行权所附条件之条件的成就, 所以在法律上当然没有任何理由再行支持其诉讼请求。



二、原告在提起诉讼的时间的选择，以及在被告人员的选择两方面，进一步证明了其诉讼请求缺乏合理性与正当性

（一）在提起诉讼的时间选择方面，原告在国某公司挂牌转让后将近2年才提起诉讼，该行为与其作为专业投资机构的能力水平并不相符，如其真有所谓“损失”，则均与马某、易某无关

虽然原告何时提起诉讼，属于其对于其自身权利处分的范畴，但是原告作为专业投资机构，对于新三板市场的变化应该更加敏感，对于投资风险也会相较于马某、易某等创始人股东具备更加专业的判断。如果原告认为基于《投资协议》产生了任何损失，按照其作为专业投资机构所应具备的专业能力，其自然在选择挂牌转让方式时妥善决策并及时行权，不会等到2021年才提起诉讼。如果真有损失，到底是挂牌方式变更的原因引起，还是挂牌近两年后控制挂牌企业的实控人经营管理失当引起，无论最终证明是何种原因，均与马某、易某无关。更何况，原告根本就证明不了其基于《投资协议》产生了任何损失。因此，无论原告近些年的整体投资出现了来自哪方面的何等“损失”，也不应从诚实履行合同义务的马某、易某等当事人身上意图获取任何没有依据的“弥补”。

（二）在被告人员的选择方面，原告仅选择抗风险能力弱且已不持股或仅持有极少股份的原创始人股东作为被告，并且在易某追加国某公司实际控制人且同为创始人股东的庄某作为被告时仍旧拒绝追加，对于马某、易某等本案当前被告而言不符合公平与诚实信用原则

根据原告提交的证据4：企业档案查询信息可知，马某自2016年即已不再国某公司担任任何职务。2016年底易某也不再参与国某公司的任何经营管理活动，仅在召开股东会时通过传签的方式在股东会决议上签字。至于2017年至2019年期间，国某公司如何制定合格IPO方案、如何就相关细节问题进行落实等各个方面，马某、易

某均不知悉。结合原告提交的证据4：企业档案查询信息以及马某、易某共同提交的证据1：北京德恒（济南）律师事务所关于国某（山东）文化科技股份有限公司申请股票在全国中小企业股份转让系统挂牌并公开转让的法律意见所载明信息可知，郑某、谢某在国某公司2019年挂牌时也已不再是公司股东。马某、易某以及我们未代理的郑某、谢某，受限与证据材料不足、缺乏事实情况了解等困境，抵抗本案诉讼风险能力十分弱小。另外，原告宁愿缩小被告范围也不追加国某公司实际控制人庄某作为被告，系显然让抵抗风险能力弱小的合同相对方承担全部投资风险，不符合公平与诚实信用原则。

综上所述，本案回购条款所涉股权回购权系附条件的请求权，其行权条件包括“原告实际全部支付投资款之日起36个月届满”与“未能实现合格IPO”。国某公司未能在原告实际全部支付投资款之日起36个月之内（即2019年07月27日前）挂牌，直至2019年11月01日才正式挂牌，未对原告造成任何实际损失，原告所提交证据也无法证明其遭受了任何损失，事实上其投资国某公司的合同目的已经实现。另外，原告在该届满之日前后分别针对变更合格IPO约定的挂牌转让方式的董事会议案与股东会议案投下同意票，“合格IPO”的认定相较于《投资协议》的约定已经发生了原告自己决定的实质性变更。自2019年11月01日起，国某公司已完全实现经过原告认可和决定的“合格IPO”。原告现在起诉和主张的所谓“未能实现合格IPO”的行权条件早已消失。因此，原告的股权回购权已经丧失，已无行使的基础。

现原告通过诉讼方式要求行使回购权，没有任何事实依据与法律依据。请贵院充分考虑前述代理意见，依法驳回原告的全部诉讼请求！

代理人：

年 月 日

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实务经验。

沈德凤律师，主要从事银行金融、公司证券业务。

卢鑫蕊律师，主要从事公司证券、民商事争议解决业务。

魏思佳律师，主要从事国有企业合规、银行金融业务。

商业银行防范及化解烂尾楼断供的合规建议

一、房屋断供及最高院判决引发关注

2022年6月底，景德镇恒大珑庭业主集体发声“一日不复工，一日不还贷”，并发表了强制停贷告知书。告知书称，因银行违规发放贷款，已售楼业主一致决定如2022年10月20日前无法全面复工，将强制停止还各违规发放银行贷款的银行月供直至全面复工之日。随后全国范围的恒大项目业主纷纷响应，涉及武汉、长沙、郑州、商丘、宿迁、沈阳等多个城市。断供潮继续向其他开发商的项目蔓延，涉事开发商包括世茂、富力、阳光城等。

部分银行认为：业主和银行之间签的是按揭贷款借款合同，这一合同的履行，与开发商能否顺利交房没有直接关系。在商品住房买卖过程中存在着两种法律关系：一种是购房者和开发商之间的买卖关系，另一层是购房者和银行之间的借款关系。按期交付房屋不是银行和购房者的约定，而是开发商和购房者的约定。并且购房者贸然停止还贷，还会使购房者面临较大的法律风险，很可能被银行起诉追究违约责任，还会影响征信记录。在社会各界仍对烂尾楼业主是否需要继

续还贷的问题保持持续关注时，最高法的一份“（2019）民再245号判决书”也因此刷屏。

最高法再审的一起烂尾楼案件中，经历一审判决购房者不用偿还、二审改判购房者继续偿还到最终由最高人民法院审委会定调，认定该案中开发商违约导致购房合同解除后，购房者不承担继续还贷的责任。

最高法在该案的判决中指出，审理案件时，必须充分考虑商品房按揭贷款商业模式下各合同之间的密切联系和各方权利义务关系的平衡问题，避免因强调单个合同的相对性而造成三方权利义务失衡。判决书中明确载明：因出卖人（开发商）未按照约定期限交付房屋，致使案涉《商品房预售合同》解除，《借款合同》《抵押合同》因合同目的无法实现亦被解除，应由出卖人将收取的购房贷款本金及利息返还担保权人（贷款银行）和买受人（购房者），而买受人不负有返还义务。案涉《借款合同》相关格式条款要求购房者在既未取得所购房屋亦未实际占有购房贷款的情况下归还贷款，明显不合理地加重了购房者的责任，该格式条款无效，对购房者不具有拘束力。本案涉及商品房买卖合同和商品房担保借款合同

双重法律关系，因开发商违约不能交房导致各方合同解除，但却实际占有使用购房者支付的首付款及银行的按揭贷款；银行依据合同约定既享有抵押权，又同时享有对开发商、购房者的债权；购房者未取得房屋，却既支付了首付款，又需偿还按揭贷款。若按合同约定的权利义务关系处理，则在购房者对合同解除无过错的情况下，仍要求其承担剩余贷款还款责任，明显不合理地加重了其负担，各方权利义务失衡，有违公平原则。

我国虽然并非判例法国家，但是（2019）最高法民再245号民事判决书对该类型纠纷有全国指导性的影响。意味着购房者买房烂尾后，其与开发商签订的预售房合同可以解除，相对应的《借款合同》《抵押合同》因合同目的无法实现亦被解除，应由出卖人（房地产开发企业）将收取的购房贷款本金及利息返还担保权人（贷款银行）和买受人（购房者），而购房者不负有返还义务。

值得一提的是，最高法2020年新修订的《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》（以下简称“《商品房买卖司法解释》”）第二十条规定：“因商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除，致使商品房担保贷款合同的目的无法实现，当事人请求解除商品房担保贷款合同的，应予支持。”《商品房买卖司法解释》第二十一条“以担保贷款为付款方式的商品房买卖合同的当事人一方请求确认商品房买卖合同无效或者撤销、解除合同的，如果担保权人作为有独立请求权第三人提出诉讼请求，应当与商品房担保贷款合同纠纷合并审理；未提出诉讼请求的，仅处理商品房买卖合同纠纷。担保权人就商品房担保贷款合同纠纷另行起诉的，可以与商品房买卖合同合并审理。商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后，商品房担保贷款合同也被解除的、出卖人应当将收取的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人。”

我们发现，这一新司法解释已经被运用于判决中。上海的许先生在嘉兴某楼盘买楼时向银行按揭贷款392万元，但是楼盘烂尾了，而且开发商也宣告破产了。许先生停止还贷，要求解除贷款合同。二审法院认为，开发商无法交付房屋致使商品房买卖合同解除，应该由开发商承担剩余

贷款还款责任。

从建设项目逾期甚至楼盘烂尾的原因来看，与开发商挪用预售资金有直接的关系，同时也存在着银行违规放贷以及地方相关部门不作为，监管不到位的问题。从近期公开的强制停贷告知书来看，主要内容是指出银行违规发放贷款；资金未转入开发商监管账户；未尽到专款资金监管的义务等。

近期10家商业银行披露涉“断供风波”逾期/不良房贷具体金额，合计已超21亿元。其中，农业银行、工商银行涉及逾期金额均在6亿元以上。具体看，农业银行初步认定存在“保交楼”风险的楼盘涉及逾期按揭贷款余额6.6亿元，占全行按揭贷款余额的0.012%，占一手楼按揭贷款余额的0.017%；工商银行经排查认定，目前停工项目涉及不良贷款余额6.37亿元，占全行按揭贷款余额的0.01%。上述银行普遍表示，将严格落实金融监管要求，配合地方政府做好客户服务。

二、商业银行风险防范及合规建议

据此前网上流出的《停贷告知书》来看，业主们申诉的重点是：商业银行存在违规放贷（即违规在项目主体结构未封顶前向开发商发放按揭贷款）、未按规定将资金打入项目监管账户（而是打入开发商其他账户）、违规划转监管账户资金至开发商一般账户（非监管账户）等问题，银行作为预售资金监管方之一，未积极有效履行资金监管义务，导致预售资金支出不明。据此，对于商业银行，我们提出如下风险防范及合规建议：

1. 商业银行只能对购买主体结构已封顶住房的个人发放住房贷款

不少商业银行房地产信贷相关法律法规及监管规定都对银行发放房贷的前提条件进行了限定。比如《中国人民银行关于进一步加强房地产信贷业务管理的通知》（银发[2003]121号）规定，为减轻借款人不必要的利息负担，商业银行只能对购买主体结构已封顶住房的个人发放个人住房贷款；《中国人民银行、中国银行业监督管理委员会关于加强商业性房地产信贷管理的通知》（银发[2007]359号）商业银行应重点

支持借款人购买首套中小户型自住住房的贷款需求，且只能对购买主体结构已封顶住房的个人发放住房贷款。

上述规定都要求是必须对主体结构已经封顶的住房方可发放贷款，之所以要求对结构封顶的住房房贷，就是因为结构封顶意味着房地产项目投资的主要部分已经完成，项目烂尾的风险相对降低，否则项目烂尾的风险相对升高。如果商业银行违规对不符合主体结构封顶的项目发放住房贷款的行为，司法实践中，则可以构成购房人停贷断供拒绝还款的有效抗辩理由。由于商业银行违规放贷，则其本身存在过错，则其主张购房人支付按揭贷款本息及赔偿损失的主张可能难以得到支持。

2. 商业银行应将按揭贷款悉数打入监管账户

《城市房地产管理法》第四十五条第三款规定：“商品房预售所得款项，必须用于有关的工程建设。”其次《城市商品房预售管理办法》（2004修正）第十一条第一款规定：“开发企业预售商品房所得款项应当用于有关的工程建设。”再次，《国务院办公厅关于继续做好房地产市场调控工作的通知》（国办发〔2013〕17号）第五条规定：“各地区要切实强化预售资金管理，完善监管制度；尚未实行预售资金监管的地区，要加快制定本地区商品房预售资金监管办法。”此外，地区政府亦根据上述规定制定了当地商品房预售资金监管细则，如《北京市商品房预售资金监督管理办法》《天津市新建商品房预售资金监管办法》《浙江省商品房预售资金监管暂行办法》等。

在（2018）粤民申7516号一案中，广东省高级人民法院认为招行惠州分行在知晓商品房按揭款专款专用要求、光耀公司开设的商品房预售款专用账户以及违规发放贷款可能引发不良后果的情况下，仍将案涉贷款支付至商品房预售款专用账户之外的银行账户，并出具与实际付款行为不符的具结书，其作为专业金融机构在签订和履行合同过程中存在过错，一、二审判决据此认定黄一婷从起诉之日起至案涉商品房具备交付条件之前无需向招行惠州分行履行《个人购房借款及担

保合同》中偿还本金及利息的义务，黄一婷已经向招行惠州分行偿还的本金及利息不予退回，在案涉商品房具备交付条件之时黄一婷仍应履行《个人购房借款及担保合同》中偿还本金及利息的义务，并无不当。现阶段由于市场经济的影响，断供潮会愈演愈烈，银行为防止风险，一定要严格执行将按揭贷款打入监管账户。

根据法律法规规定及司法实践，我们建议商业银行应切实履行预售资金监管主体责任，按公示的预售资金监管方案，加强监管账户出入账管理，落实专人负责制，完善授权审批等内部管理制度。按照商品房预售资金监管系统相关接口规定，准确、及时上传数据，定期核查预售资金审批支出等环节的制度执行情况等。

3. 注意避免将监管账户资金违规划转

2022年1月29日，住房和城乡建设部、人民银行和银保监会三部委联合印发了《关于规范商品房预售资金监管的意见》，明确对预售资金的规定进行了全国统一，进而有利于规范预售资金的使用，夯实地方相关部门的监管责任。

我国房地产住宅开发项目大部分实行预售制，为防止楼盘烂尾，诞生了商品房预售资金监管制度，即政府部门会同银行实施第三方监管，期房的购房款必须存入银行专用监管账户。具体监管政策方面，各地有自主权，各城资金监管强度并不相同。然而，在实际操作中，部分银行的预售资金被挪用、滥用等情况屡见不鲜。

对于商业银行而言，应严格落实拨付标准，对于进入监管账户的商品房预售资金（包括定金、首付款、购房贷款及其他形式的全部房款）应严格审核是否具备划转条件、是否超出划转比例等。根据《关于规范商品房预售资金监管的意见》规定，各城市根据工程进度控制重点监管资金最低留存比例或最高使用比例，各城市主体结构封顶最低留存比例在20%-55%之间，竣工验收期最低留存比例则在3%-20%之间。

商业银行还应加强与开发商及建设行政主管部门进行账务核对。资金监管银行应注意定期与开发商及辖区建设行政主管部门对账（如每月不少于一次），发现开发企业违规挪用重点监管资

金的，应当立即停止拨付并依法向行政主管部门报告。此外，商业银行应严格遵守预售资金监管协议约定。未经辖区建设行政主管部门核实同意，不得擅自向开发企业及其指定的第三方拨付监管资金，避免承担追回资金、赔偿损失等法律风险。

4. 完善按揭贷款合同文本，相关格式条款应充分提示

商业银行尽可能避免在《借款合同》等按揭贷款合同文本中以格式条款要求购房者在既未取得所购房屋亦未实际占有购房贷款的情况下归还贷款，明显不合理地加重了购房者的责任。建议商业银行通过加下划线、对相关条款内容加粗、加黑等形式进行特别提示、在按揭贷款合同文本末尾专条手抄声明进行确认，以确保格式条款合法有效，对购房者具有法律拘束力。

5. 对拟发放按揭贷款的合作项目进行充分尽职调查

在烂尾楼的项目中，其实银行也是受害者，甚至是最大的受害者，因为购房者支付的首付比例往往不会超过购房款的50%，其余资金均为银行抵押贷款资金。因此，当预售合同解除进而导致贷款合同解除时，银行只能向开发商主张返还相关贷款本金及利息。这对整个银行金融体系的稳定都会造成不利影响。因此，商业银行不能简单寄希望于在贷款合同中对购房者设定特别的义务进而保证其债权收回，还应考虑事前通过充分尽职调查优选合作按揭贷款项目，探索开发商对按揭人可能承担的偿还义务提供除阶段性保证外的其他担保形式。

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实务经验。

田爱玲律师，主要从事银行金融、建设工程与房地产业务。

沈德凤律师，主要从事银行金融、公司证券业务。

丁星友律师，主要从事银行金融、民商事争议解决业务。

数字人民币特征、优势、运营体系及法律问题厘清

目前，我国逐渐扩大数字人民币的试点范围，涉及多个省市批发零售、餐饮文旅、教育医疗、公共服务等多个领域。数字人民币的使用可以提高交易结算的效率、安全性以及防范金融风险，但也对传统的商业银行服务、金融技术和经营管理模式产生深远的影响。中国人民银行相关负责人表示，将研究出台数字人民币相关法律法规和行业配套政策，持续完善数字人民币技术标准，夯实数字人民币法治基础。

一、数字人民币的主要特征

2020年10月23日中国人民银行发布的《中华人民共和国中国人民银行法（修订草案征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”）第十九条规定：“人民币包括实物形式和数字形式。”《征求意见稿》完善了人民币管理规定，规定人民币包括实物形式和数字形式，为发行数字货币提供法律依据。

中国人民银行数字人民币研发工作组2021年7月发布的《中国数字人民币的研发进展白皮书》对数字人民币作出了以下定义：数字人民币是人民银行发行的数字形式的法定货币，由指定

运营机构参与运营，以广义账户体系^[1]为基础，支持银行账户松耦合^[2]功能，与实物人民币等价，具有价值特征和法偿性。其主要的特征是：

1. 数字人民币是央行发行的法定货币。一是数字人民币具备货币的价值尺度、交易媒介、价值储藏等基本功能，与现行的实物货币一样是我国的法定货币。二是数字人民币是法定货币的数字形式。数字人民币的发行、流通与实物人民币一致，但是以数字形式实现价值转移。三是数字人民币是央行对公众的负债，以国家信用为支撑，具有法偿性，数字人民币作为货币发展历程中的一种新型货币支付方式，依靠国家信用为保障并享有法律效力，是一种数字化的货币流通手段，同时具有主权垄断和立法基础。

2. 数字人民币采取中心化管理、双层运营。数字人民币的发行权属于国家，人民银行在数字人民币的运营体系中处于中心地位，人民银行负责向作为指定运营机构的商业银行发行数字人民币并进行全周期生命管理，指定运营机构向社会公众提供数字人民币兑换和流通服务。运营机构需向人民银行缴纳100%的准备金，也就是1:1的兑换过程。这种双层运营机制与现行纸钞发行基

本一样,因此不会对现有金融体系产生大的影响。

3. 数字人民币主要定位于现金类支付凭证(M0),与实物人民币长期共存。相比微信支付和支付宝等第三方互联网支付,数字人民币有明显不同。数字人民币定位于现金类支付凭证即M0,而微信支付、支付宝、使用是商业银行存款货币结算,属于M1和M2级别的数字化,不具有M0级别法律效力。通俗讲,数字人民币是“钱”,而微信支付宝属于“钱包”。此外,数字人民币还支持双离线交易,在弱网条件下有更好使用体验,使用场景更广。

4. 数字人民币是一种零售型央行数字货币,主要用于满足国内零售支付需求。央行数字货币根据用户和用途主要分为两类,一种是批发型央行数字货币,主要面向商业银行等机构类主体发行,多用于大额结算;另一种是零售型央行数字货币,面向社会公众发行并用于日常交易。

二、数字人民币的技术优势及运营体系

1. 数字人民币的技术优势

数字人民币设计兼顾实物人民币和电子支付工具的优势,其既具有实物人民币的支付即结算、匿名性的特点,又具有电子支付工具成本低、便携性强、效率高、不易伪造等特点。主要有以下技术优势:

(1) 兼具账户和价值特征。数字人民币兼容基于账户(account-based)、基于准账户(quasi-account-based)和基于价值(value-based)等三种方式,采用可变面额设计,以加密串形式实现价值转移。

(2) 支付即结算。从结算最终行的角度讲,数字人民币与银行账户松耦合,基于数字人民币钱包进行资金转移,可实现支付即结算。这种交易模式,不同于现有的金融支付平台的模式,消费者在使用数字人民币时无需在第三方支付平台实名身份确认、绑定商业银行卡、通过第三方支付平台与商业银行的链接进行支付交易,打破了现有支付平台C-B-C的模式,实现更加迅速便捷的C-C支付结算模式。

(3) 匿名性。数字人民币遵循“小额匿名、

大额依法可溯”的原则,高度重视个人信息与隐私保护,充分考虑现有电子支付体系下业务风险特征及信息处理逻辑,满足公众对小额匿名支付服务需求。同时,防范数字人民币被用于电信诈骗、网络赌博、洗钱、逃税等违法犯罪行为,确保相关交易遵守反洗钱、反恐怖融资等要求。数字人民币体系收集的交易信息少于传统电子支付模式,除法律法规有明确规定外,不提供给第三方或其他政府部门。人民银行内部对数字人民币相关信息设置“防火墙”,通过专人管理、业务隔离、分级授权、岗位制衡、内部审计等制度安排,严格落实信息安全及隐私保护管理,禁止任意查询、使用。

(4) 低成本。与实物人民币管理方式一致,人民银行不向指定运营机构收取兑换流通服务费用,指定运营机构也不向个人客户收取数字人民币的兑出、兑回服务费。

(5) 安全性。数字人民币综合使用数字证书体系、数字签名、安全加密存储等技术,实现不可重复花费、不可非法复制伪造、交易不可篡改及抗抵赖等特性,并已初步建成多层次安全防护体系,保障数字人民币全生命周期安全和风险可控。

2. 数字人民币双层运营体系

目前,数字人民币采取的是双层运营模式。人民银行负责数字人民币的发行、注销、跨机构互联互通和数字人民币钱包生态管理,同时审慎选择在资本和技术方面具备一定条件的商业银行作为指定运营机构,牵头提供数字人民币兑换服务。据此,商业银行可以承担数字人民币的流通并负责零售环节管理,实现数字人民币高效运行。

人民银行当前指定的运营机构包括工商银行、农业银行、中国银行、建设银行、交通银行、邮政储蓄银行、招商银行、兴业银行以及微众银行和网商银行等十家银行。对于非运营机构的商业银行,则可以作为“流通机构”,参与数字人民币的流通。例如,2021年3月,作为运营机构的交通银行与非运营机构的海南银行签订数字人民币合作协议,双方完成相关系统的对接开发,共同推进数字人民币2.5层体系应用。2022年1

月，中国银行河北雄安分行通过数字人民币银银合作，为中银富登村镇银行等非运营机构提供数字钱包开立、绑卡、转账、注销等全生命周期服务功能，展现了数字人民币服务的普适性和广泛性。2021年，邮政储蓄银行与平安银行实现业内首次以“直连”方式输出数字人民币服务，目前该行已与60余家银行签署数字人民币服务合作协议。

在未来的数字化零售支付体系中，数字人民币和指定的运营机构的电子账户资金具有通用性，共同构成现金类支付工具。商业银行和持牌非银行支付机构在全面遵守合规（包括反洗钱、反恐怖融资）及风险监管要求，且获得央行支持的情况下，可以参与数字人民币支付服务体系，并充分发挥现有支付等基础设施作用，为客户提供数字化零售支付服务。

从监管角度看，双层运营模式中交易双方的支付信息等支付末端更加透明，因此，在数字人民币不断扩大适用的同时，人民银行为主导的发行机构和以商业银行为主导的运营机构应当不断加强交易主体各类信息保护的技术支撑，避免因技术原因导致交易主体个人信息及其他信息的泄露引发的金融风险和其他法律风险。



三、数字人民币相关法律问题厘清

1. 数字人民币的归属问题

数字人民币归属于商业银行还是用户，可能存在两种不同的答案。回应此选项，须以商业银行是否已经向用户流通数字人民币为区分。在中国人民银行向商业银行发行数字人民币后，商业银行向用户流通前这一阶段，数字人民币理应归属商业银行。相反，在商业银行向用户流通后，数字钱包中的数字人民币即应归属用户。在经济意义层面数字人民币是银行体系外流通的现金，处于商业银行的资产负债表之外。另外，在规范层面商业银行只是提供了“保险箱”，便利用户存放数字人民币。用户作为数字人民币的权利人可以直接占有。

2. 数字人民币物权优先性问题

数字人民币的物权定性使其较其他权利尤其是债权具有优先地位。在商业银行破产的场合，储户对存款货币的权利并不具有优先权只能与其他债权人平等受偿。相反用户对于数字人民币享有优先权。用户只是将数字人民币交给商业银行

保管并持续享有所有权。此财产不属于商业银行也就不应纳入其破产财产的范围。所以用户不需要与其他债权人平等受偿，径行依据企业破产法第三十八条规定的破产取回权，取得数字人民币。此路径大大提升了用户抵御风险的能力。

3. 商业银行是否支付数字人民币利息问题

数字人民币没有利息。因为数字人民币定位于M0，与同属M0范畴的实物人民币一致，不对其计付利息。很多用户对此表示不理解，为什么称之为“钱包”，却不计息呢？

依据商业银行法第二十九

条第一款规定,商业银行办理个人储蓄存款业务,应遵循“存款有息”的原则。换言之,银行应当按照储蓄利率,付给储户存款利息。相反,针对数字人民币应否计息的议题,学者的共识是反对按储蓄利率予以计息,分歧是如何计息。一种观点主张,应以远低于储蓄利率计算数字人民币的利息。另一种观点直接否定计息的必要性。后种意见的理据也各有不同。部分学者认为数字人民币因其法定货币的性质而不会取得利息收益,另有部分学者从数字人民币不构成投资关系的角度,判定商业银行不应向用户支付利息。

我们倾向性认为利息支付取决于商业银行是否取得了资金的使用利益。根据数字人民币发行、流通的设计框架,用户直接支配数字钱包中的数字人民币,并对此实现直接占有。为了满足此支配性,商业银行根本无法使用数字人民币从事经营活动,更不可能获取相应的使用利益,也就无须向用户支付数字人民币的利息。

目前,数字人民币运营机构提供数字钱包余额自动兑回银行账户等服务(例如建设银行),解决数字人民币不计息问题,也可以将钱包余额嵌入银行理财或银行系货币基金等产品(例如工商银行),实现钱包余额资金的增值。

4. 客户身份识别与反洗钱合规管理问题

商业银行应严格遵守客户身份识别的法律监管规定,在为客户开立数字钱包、提供数字人民币产品或服务的过程中,应收集、核验、登记、留存客户身份信息资料,通过客户尽职调查,确认客户身份、了解客户交易目的和交易性质。

数字人民币主要定位为流通中的现金(M0),要按现金进行管理。商业银行要按照人民银行的监管要求,对涉及数字人民币的大额交易和可疑笔交易进行监测,并履行报告义务。例如,按照人民银行《关于开展大额现金管理试点的通知》为配合反洗钱相关工作,试点地区的数字人民币也要进行大额存取现登记,商业银行应就数字人民币的大额及可疑交易向人民银行报告。

另外,针对被银行认定为洗钱高风险的客户,应采取暂停或限制数字钱包交易(包括数字人民

币兑出、兑回及流通等)等控制措施。

5. 数字人民币的交易安全与个人信息保护问题

数字人民币综合使用数字证书体系、数字签名、安全加密存储等技术,实现不可重复花费、不可非法复制伪造、交易不可篡改及抗抵赖等特性,并已初步建成多层次安全防护体系,保障数字人民币全生命周期安全和风险可控。但是,商业银行仍需高度关注数字人民币的交易安全问题,特别是要关注数字钱包被盗或篡改以及欺诈和信息安全等风险。在提供数字人民币服务过程中,商业银行既要注重防范数字人民币被用于电信诈骗、网络赌博等违法犯罪行为,也要规范客户信息的使用,最大限度保护客户隐私,维护消费者合法权益。

此外,数字人民币钱包按照权限归属分为母钱包和子钱包,用户可以在母钱包下开通子钱包用于电商平台支付,数字人民币对于所有用户信息进行去标识化处理,除开通子钱包时用于关联电商平台账号的用户手机号码外,不会向电商平台提供其他信息,如银行卡号、银行卡有效期等信息,有效保护公众个人隐私。

数字人民币的“双层运营”体系,有利于保障非经依法授权不得查询、使用个人信息。在“双层运营”体系中,运营机构收集服务与运营所必需的个人信息,钱包服务产生的个人信息由运营机构收集和存储。人民银行为满足跨机构交易和对账等需要,仅处理经过互联互通平台转接的跨机构交易信息。同时,匿名数字人民币钱包之间用匿名化的技术处理,所有钱包之间有关个人信息的数据对交易对手和其他商业机构匿名。对于公众正常的交易和消费,上述主体均无法获取完整的交易信息和消费行为信息,以保护消费者的个人隐私。

目前数字人民币运行现状而言,数字人民币相关法律法规还未出台,建议立法机关应当尽快加强顶层设置,细化数字人民币的运行规范,确保能够应对数字人民币扩大应用的市场体系下的各类法律问题及风险。

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

宋晶晶律师，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。

关于油气探矿权转让的重要实务问题探析

引言

矿业权转让是我国矿业权流入市场实现其财产价值的方式之一。矿业权转让是指矿业权主体在矿业权满足一定条件后，将其依法转让给另一主体的行为。矿业权的流转还有出售、作价出资转让等方式。矿业权转让包括探矿权转让和采矿权转让两种类型。矿业权一方面可通过流转发挥其市场价值，一方面其流转要由国家强制力进行规范。因此，矿业权的转让受到严格控制，具体体现在主体资质、转让条件与审批程序等方面。

此外，若矿业权的主体为国有企业，那么国企在转让矿业权时不仅要受行业的主管的行政部门规范，还要遵守《企业国有资产交易监督管理办法》等国有企业在转让国有资产的相关规定。

基于以上考量，笔者结合最近的参与的某国有企业拟将其名下的油气探矿权转让的相关路径的研究，就油气探矿权转让的重要实务问题进行总结和归纳，与各位探讨，不揣浅陋，以见教于方家！

问题背景：某北京国有独资企业A拟将其名下的油气探矿权和其名下的全资子公司B一并处理并转让给同一受让方，为达到前述目标，就油气探矿权转让的可行性路径进行分析。

根据法律规定可知，一般情况下，矿业权指

探矿权和采矿权。基于问题背景，除相关法律法规名称外，本文中的矿业权仅指油气探矿权。

一、油气探矿权转让的程序

油气探矿权属于A公司的资产，A公司在转让探矿权的行为既要符合《企业国有资产交易监督管理办法》（国有资产监督管理委员会、财政部令第32号，下称“32号令”）关于国有资产转让要求，也要符合《中华人民共和国矿产资源法（2009修正）》《探矿权采矿权转让管理办法》等关于探矿权转让相关要求。

1. 国有资产转让流程

32号令第四十八条规定，“企业一定金额以上的生产设备、房产、在建工程以及土地使用权、债权、知识产权等资产对外转让，应当按照企业内部管理制度履行相应决策程序后，在产权交易机构公开进行。涉及国家出资企业内部或特定行业的资产转让，确需在国有及国有控股、国有实际控制企业之间非公开转让的，由转让方逐级报国家出资企业审核批准。”

若A公司将油气探矿权转给其B公司，既可以采用非公开转让方式，也可以采用在产权交易机构公开转让方式，但公开转让方式，可能存在第三方参与，是否最终转让至B公司存在不确



定性。若 A 公司将油气探矿权转让给外部其他公司或非特定行业的，可采取 32 号令规定的公开方式转让。

(1) 非公开转让

若 A 公司选择以非公开协议方式将探矿权转让给 B 公司，应按照如下流程进行：

第一，A 公司应进行探矿权转让的可行性和方案论证；

第二，A 公司和 B 公司应根据公司章程和内部管理制度决策形成书面决议；

第三，A 公司应根据上级国有资产管理单位制定的国有资产转让制度和探矿权金额，就探矿权协议转让至 B 公司事宜报请国家出资企业审批；

第四，对拟转让的探矿权进行财务审计和资产评估^[1]，转让价格可以资产评估报告或最近一期审计报告确认的净资产值为基础确定。

第五，A 公司和 B 公司签署探矿权转让协议、支付价款后，向自然资源部申请办理探矿权变更登记手续。

(2) 公开转让

根据 32 号令第七条至第十三条相关规定，A 公司对外公开转让探矿权应按照以下流程进行：

第一，A 公司应进行探矿权转让的可行性和方案论证；

第二，A 公司应根据公司章程和内部管理制度决策形成书面决议；

第三，A 公司应根据上级国有资产管理单位制定的国有资产转让制度及探矿权金额，就探矿权协议公开转让事宜取得上级主管部门（北京市国资委）意见；

第四，对拟转让的探矿权进行财务审计和资产评估；

第五，A 公司向北京产权交易所（下称“产交所”）提出转让申请，并发布探矿权转让公告进行信息披露，与最终受让方签署探矿权转让协议（该协议经自然资源部审批后才生效）、收取价款，向自然资源部申请办理探矿权变更登记手续。

2. 探矿权转让的条件和流程

现行法律法规关于探矿权的转让并未区分

“对内转让”和“对外转让”，探矿权转让均需依法办理转让的相关审批、登记等手续。

(1) 探矿权转让条件

第一，经过矿产主管部门审批。根据《中华人民共和国矿产资源法（2009 修正）》第六条《探矿权采矿权转让管理办法》第四条规定，转让国务院地质矿产主管部门审批发证探矿权必须经过其审批。

第二，满足转让的前提条件。根据《探矿权采矿权转让管理办法》第五条规定，转让探矿权应当满足以下条件：（1）自颁发勘查许可证之日起满 2 年，或者在勘查作业区内发现可供进一步勘查或者开采的矿产资源；（2）完成规定的最低勘查投入；（3）探矿权属无争议；（4）按照国家有关规定已经缴纳探矿权使用费、探矿权价款；（5）国务院地质矿产主管部门规定的其他条件。

第三，受让人符合探矿权申请人要求。根据《探矿权采矿权转让管理办法》第七条规定，受让人应当符合《矿产资源勘查区块登记管理办法（2014 修订）》（下称“《勘查登记办法》”）^[2]规定的有关探矿权申请人的条件。此外，根据《自然资源部关于推进矿产资源管理改革若干事项的意见》第五条规定，探矿权受让人需满足净资产不低于 3 亿元人民币的要求。

(2) 探矿权转让程序（见图 1）

二、油气探矿权转让能否通过公开或非公开方式

据前述关于国有资产转让的分析，转让国有资产可以公开的方式挂牌交易。《矿业权交易规则》第二条第一款规定：“本规则所称矿业权是指探矿权和采矿权，矿业权交易是指县级以上人民政府国土资源主管部门（以下简称国土资源主管部门）出让矿业权或者矿业权人转让矿业权的行为。”该规则第三条规定“矿业权出让适用本规则，矿业权转让可参照执行。”可知，探矿权转让可以参照适用《矿业权交易规则》中关于探矿权出让的相关规定。

1. 公开招拍挂交易

《矿业权交易规则》第五条规定：“矿业权交

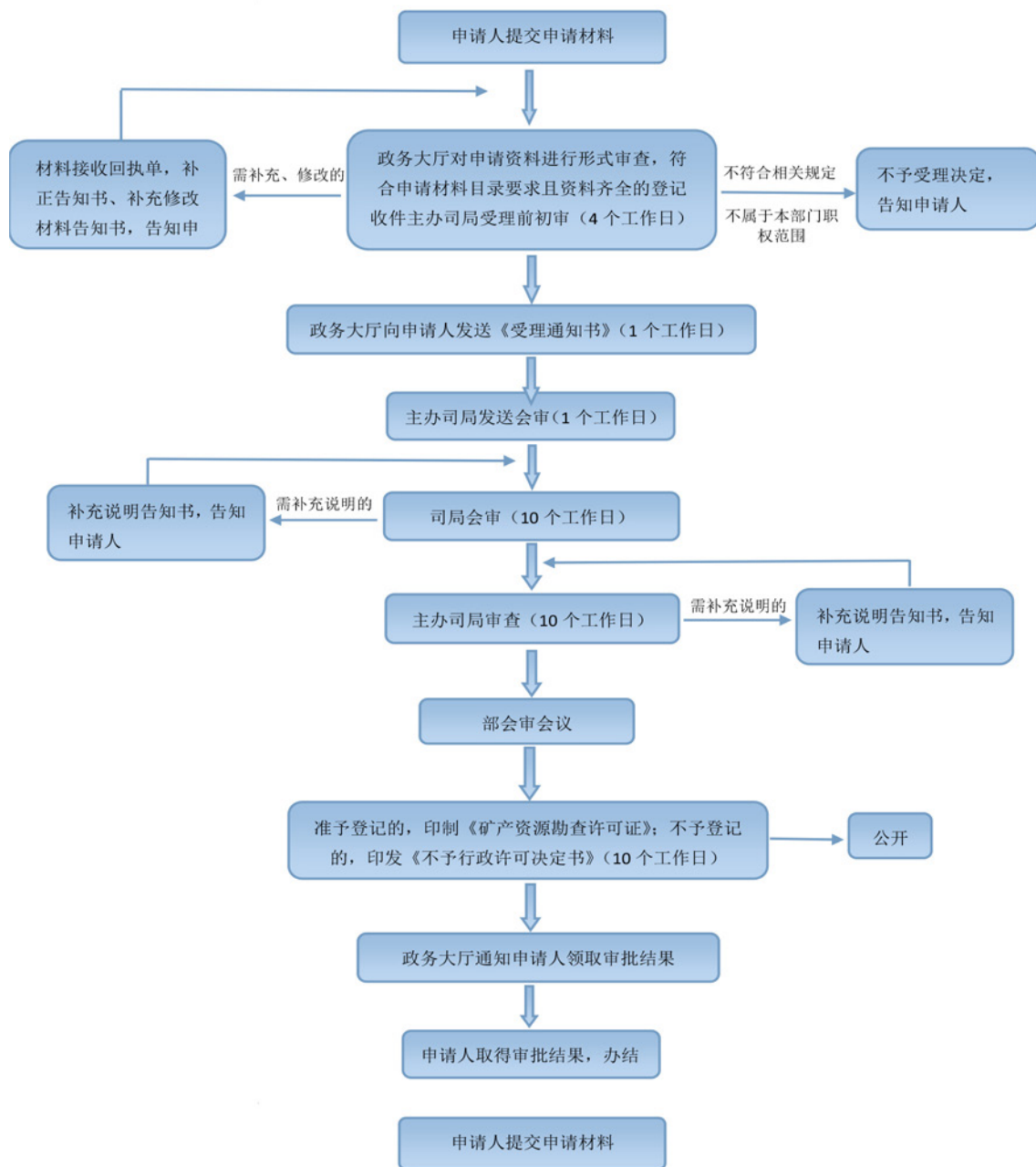


图1 探矿权转让程序

易平台是指依法设立的, 为矿业权出让、转让提供交易服务的机构。矿业权交易平台包括已将矿业权出让纳入的地方人民政府建立的公共资源交易平台、国土资源主管部门建立的矿业权交易机构等。”

根据《北京市国资委、北京市财政局关于贯彻落实〈企业国有资产交易监督管理办法〉的意见》第四条第一款、第五条第三款第一项规定,

北京市属国有的资产交易须在北京产权交易所进行。A公司可以委托产交所公开挂牌转让所持有的探矿权, 通过产交所寻找受让方, 与中标的受让方签订油气探矿权转让合同(该合同成立但未生效), 再依据前述探矿权转让程序向自然资源部提交申请资料, 由自然资源部对转让合同及申请资料进行审批。

2. 非公开协议交易

《矿业权交易规则》第二条第二款和第三款规定：“矿业权出让是指国土资源主管部门根据矿业权审批权限，以招标、拍卖、挂牌、申请在先、协议等方式依法向探矿权申请人授予探矿权和以招标、拍卖、挂牌、探矿权转采矿权、协议等方式依法向采矿权申请人授予采矿权的行为。矿业权转让是指矿业权人将矿业权依法转移给他人的行为。”可知，探权转让的交易方式，也可参照“以招标、拍卖、挂牌、申请在先、协议等方式”进行。

据此，从法律角度，A公司可与意向受让方签署探矿权转让合同（该合同成立但未生效），再依据前述探矿权转让程序向自然资源部提交申请资料，由自然资源部对转让合同及申请资料进行审批。

三、能否以股权的形式实现矿股转让？

1. 各地主管机构及法院对矿股转让认定存在差异

A公司将探矿权转让给B公司后，在不改变B公司为探矿权人的情况下，A公司拟通过转让B公司股权的方式，间接实现受让方控制探矿权和B公司股权的目的。对于该种矿股转让，各地矿业权主管部门^[3]在办理相关事项时判断标准与尺度存在差异，相关法院在处理因此引发的纠纷时，裁判尺度也因所属地域、级别、审判时间存在差异^[4]。

参见最高人民法院（2021）最高法民申4528号民事裁定书，法院认为，通过受让股权的形式，成为享有探矿权企业的股东，这一做法并不违反法律规定。因此，若A公司与受让方签订的股权转让协议并不涉及探矿权转让的问题，从目前司法观点，该行为并不违反法律规定。因为不涉及探矿权人变更，一般不需要再次办理探矿权转让手续。

2. 矿股转让的问题提示

根据《勘查登记办法》第二十二条、第二十三条规定，探矿权经批准转让后的勘察年度

可连续计算。若受让方受让B公司股权后，需要B公司再转让探矿权时，时间上已满足颁发探矿权证满2年的条件，但转让探矿权仍需满足《探矿权采矿权转让管理办法》第五条规定的其他转让条件并办理审批、登记手续。A公司若有意向受让方，受让方可能担心再次转让探矿权存在失败的风险，因而可能更希望直接从A公司取得探矿权。

笔者注意到，尚未生效的《中华人民共和国矿产资源法（修订草案）》第二十九条第二款规定^[5]，未来立法可能认为以股转形式变更探矿权人控股股东实为探矿权转让，如果A公司拟通过上述股转形式进行交易，不排除被认为实质在转让探矿权，仍应办理探矿权的审批登记手续。

四、若将油气探矿权和股权分开转让，能否保证受让方一致？

从法律角度，探矿权作为一项资产，能由探矿权人单独直接转让。故，采用公开形式对外转让时，A公司可以将其名下的探矿权和B公司股权分开转让。从商业角度，若将该探矿权和B公司的股权分开处置，需要考虑B公司股权转让的市场接受度。

1. 受让方一致的可行性分析

采用公开形式对外转让探矿权和B公司股权时，可以通过非公开方式或公开转让的方式。

（1）非公开转让

根据32号令31条和第48条规定，采用非公开转让，探矿权意向受让方应从事油气类特定行业，且为国有及国有控股或国有实际控制企业，并且非公开转让事宜经过国资监管机构的审核批准。若A公司能找到符合前述要求的受让方，则有可能实现分开转让时受让方一致的交易目的。

（2）公开转让

A公司若采用公开方式，可以选择将探矿权和B公司股权合并挂牌或分开挂牌。

· 合并挂牌

根据32号令第十四条规定，产权转让原则上不得对受让方设置资格条件限制。同时，《探矿权采矿权转让管理办法》第七条规定，探矿权

受让人应当符合《勘查登记办法》或者《矿产资源开采登记管理办法》规定的有关探矿权申请人或者采矿权申请人的条件。若 A 公司拟将 B 公司股权和探矿权合并挂牌出售，B 公司股权受让人则实际上被设置了探矿权受让人的资格条件限制，存在被认定为针对受让人变相设置资格条件的风险。

· 分开挂牌

根据 32 号令第十四条规定，产权转让原则上不得对受让方设置资格条件限制，若确需设置的，不得有明确指向性或违反公平竞争原则，且需报国资监管机构备案。根据 32 号令第五十条规定，除国家法律法规或相关规定另有要求的外，资产转让不得对受让方设置资格条件。若 A 公司拟将探矿权和 B 公司股权分开挂牌交易，原则上对于股权受让人不能设置资格条件限制，对于探矿权受让人不能设置的《勘查登记办法》要求以外的资格条件限制。

根据 32 号令第二条和《中华人民共和国企业国有资产法》（主席令第五号，下称“《国有资产法》”）第五十四条规定，国有资产转让应当遵循等价有偿和公开、公平、公正的原则。《国有资产法》第七十二条规定，在涉及关联方交易、国有资产转让等交易活动中，当事人恶意串通，损害国有资产权益的，该交易行为无效。据此，在分开挂牌时，要达到受让方合一的目的存在较大不确定性，若通过公开挂牌交易规则之外的方式达到受让方合一的目的，可能存在合规性风险。在实践中，存在通过恶意串通进行挂牌和摘牌达成股权协议，转让目标国有企业名下探矿权，最终被判定为无效的案例。^[6]

五、油气探矿权人的相关义务

1. 施工义务

根据《中华人民共和国矿产资源法实施细则》第十七条规定，A 公司通过公开招投标取得探矿权后应当履行以下义务：（1）在规定的期限内开始施工，并在勘查许可证规定的期限内完成勘查工作；（2）向勘查登记管理机关报告开工等情况；（3）按照探矿工程设计施工，不得擅自进行采矿

活动；（4）在查明主要矿种的同时，对共生、伴生矿产资源进行综合勘查、综合评价；（5）编写矿产资源勘查报告，提交有关部门审批；（6）按照国务院有关规定汇交矿产资源勘查成果档案资料；（7）遵守有关法律、法规关于劳动安全、土地复垦和环境保护的规定；（8）勘查作业完毕，及时封、填探矿作业遗留的井、硐或者采取其他措施，消除安全隐患。

2. 最低勘查投入义务

《勘查登记办法》第十七条规定，“探矿权人应当自领取勘查许可证之日起，按照下列规定完成最低勘查投入：（一）第一个勘查年度，每平方公里 2000 元；（二）第二个勘查年度，每平方公里 5000 元；（三）从第三个勘查年度起，每个勘查年度每平方公里 10000 元。探矿权人当年度的勘查投入高于最低勘查投入标准的，高于的部分可以计入下一个勘查年度的勘查投入。因自然灾害等不可抗力的原因，致使勘查工作不能正常进行的，探矿权人应当自恢复正常勘查工作之日起 30 日内，向登记管理机关提交申请核减相应的最低勘查投入的报告；登记管理机关应当自收到报告之日起 30 日内予以批复。”同时，该办法第十八条规定，“探矿权人应当自领取勘查许可证之日起 6 个月内开始施工；在开始勘查工作时，应当向勘查项目所在地的县级人民政府负责地质矿产管理工作的部门报告，并向登记管理机关报告开工情况。”

根据《矿产资源勘查区块登记管理办法》第十二条^[7]规定，在探矿权有效期内需缴纳探矿权使用费，每平方公里每年最高不超过 500 元。

六、油气探矿权转让是否需要评估

1. 对内无偿划转不需要评估

根据《企业国有资产评估管理暂行办法》（国务院国有资产监督管理委员会第 12 号令。下称“国资委 12 号令”）第七条^[8]规定，国有独资企业及其下属的独资企业之间的资产（产权）置换和无偿划转可以不进行资产评估，A 公司与 B 公司之间转让探矿权可以不进行资产评估。

2. 对外转让需要评估

根据《国有资产评估管理办法》第三条、第六条、第三十七条，以及《国有资产评估管理办法施行细则》第六条、第五十九规定，对外转让探矿权应当进行评估，且有关国有自然资源有偿使用、开采的评估办法由国资委同有关部门共同制定，报国务院批准执行。根据《勘查登记办法》第十三条规定，申请国家出资勘查并已经探明矿产地的区块的探矿权的，应当缴纳国家出资勘查形成的探矿权价款。《探矿权采矿权转让审批有关问题的规定》第二条第一款第（六）项^[9]、《勘查登记办法》第十三条^[10]、《探矿权采矿权转让管理办法》第九条规定，转让国家出资勘查所形成的探矿权必须进行评估，转让非国家出资的探矿权并不要求进行评估。可知，探矿权转让时是否需要评估与是否是国家出资有关，国家出资的，转让时需要评估；非国家出资的，转让时不需要评估。考虑到A公司属于国有企业，转让的探矿权无论是否由国家出资的，均需要进行评估，但是国有企业对外转让资产应当进行评估。

3. 评估的可能性

《矿业权评估管理办法（试行）》（国土资发〔2008〕174号）（下称“《评估试行办法》”）第四条规定：“国家实行矿业权评估师资格管理制度、矿业权评估机构资质管理制度。从事矿业权评估的个人、机构应当取得相应的资格、资质。”据此，从法律角度，探矿权可以进行评估，但是应委托具有相应的资格、资质的评估机构。

经查询了解，在矿业权评估的实践中，采矿权和高勘查程度的探矿权，基本上都可用折现现金流法进行评估。该方法较为成熟，评估结果可信度较高。而低勘查程度探矿权评估方法纷繁众多，若方法选择不当，则会造成评估值与探矿权实际价值出现较大偏离，进而不利于矿业权交易市场发展。而受资金实力和勘探风险的双重影响，低勘查程度探矿权交易占据矿业权交易市场中较大份额。因此，探矿权评估的重点和难点，在于低勘查程度探矿权的评估方法选择。如折现现金流法风险系数调整法、勘查成本效用法、地质要

素评序法、可比销售法、单位面积探矿权价值评判法、资源品级探矿权价值估算法等。

《石油天然气勘探规范》（GB/T39537—2020）4.2规定，油气勘探工作按区域勘探、圈闭预探、油气藏评价三个阶段依次进行，阶段不可逾越。参照油气勘探的不同阶段，A公司可与专业机构的评估师研究探矿权实际的勘探阶段与评估方法，以期指导和规范评估者的评估工作，做到公平公正地评估探矿权价值，为交易提供合理依据。

七、油气探矿权转成油气采矿权的程序

根据《中华人民共和国矿产资源法实施细则》第十六条第一款第六项、《矿业权出让转让管理暂行规定》第十六条规定，探矿权人有权将自身的探矿权转变为采矿权。投入要求和程序如下：

1. 转采矿权的投入

根据《自然资源部办公厅关于矿产资源储量评审备案管理若干事项的通知》第二条规定，申请探矿权转采矿权应当编制符合相关标准规范的矿产资源储量报告，并申请评审备案，且矿产资源储量报告要载明矿产资源储量的空间分布、质量、数量及其经济意义。尚未生效的《矿产资源法（修订草案）》（征求意见稿）第二十七条^[11]规定，在探矿权转为采矿权之前，探矿权人需探明可供开采的矿产资源、编制矿产资源储量报告，并对报告真实性负责。

根据《矿业权出让收益征收管理暂行办法》第十六条^[12]、《矿业权出让转让管理暂行规定》第十二条^[13]规定，贵司将探矿权转为采矿权，不需要另行交纳采矿权出让收益。根据《矿产资源开采登记管理办法》第九条规定，贵司将探矿权转成采矿权后，每平方公里每年需缴纳1000元采矿权使用费。根据《矿产资源勘查区块登记管理办法》第十二条规定，探矿权人在探矿权有效期内需缴纳每平方公里每年500元的探矿权使用费。探矿权转成采矿权后，缴纳的矿业权使用费将翻倍。

2. 转采矿权的程序

根据《矿产资源开采登记管理办法》第四条、

第五条^[14]，《土地复垦条例》第十三条，《矿山地质环境保护规定》第十二条^[15]，自然资源部《新设采矿权登记（油气类）服务指南》规定，贵司在办理探矿权转成采矿权手续前应当先在自然资源部办理矿产资源储量评审备案、油气矿产资源开发利用方案审查、矿山地质环境保护与土地复垦方案审查三项行政许可程序。

完成上述三项手续后，贵司需要向自然资源部提交以下材料，申请办理探矿权转采矿权手续：（1）采矿权申请登记书或申请书；（2）营业执照副本；（3）矿业权出让收益缴纳或有偿处置证明材料；（4）经评审备案的矿产资源储量评审意见书；（5）矿山地质环境保护与土地复垦方案评审意见及公告结果；（6）矿产资源开发利用方案；（7）勘查许可证；（8）对外合作合同副本等有关批准文件。

根据自然资源部官方网站公布的服务指南，在不考虑补充材料和依法需要专家评审等其他事项的情况下，办理以上手续至少需要花费6个月时间。据笔者查询，行业内存在其他企业办理探矿权转采矿权手续实际周期达到一年以上的情况。

八、小结

综上分析，基于A公司拟将探矿权和B公司股权一并处理并转让给同一个受让方的目标，总结如下几种路径，供参考：

1. 相关路径图（见图2）

2. 相关路径重点事项

（1）总路径一：A公司将探矿权转入B公司后，通过转让B公司股权的方式，进而实现矿股实际控制权得到转让的目的。由于自然资源部尚未明确规定，法院对矿股转让认定也有差异，结合尚未生效的《中华人民共和国矿产资源法（修订草案）》第二十九条第二款规定，该路径仍具有不确定性。

（2）总路径二之分路径3：A公司通过非公开方式将其所属的探矿权和B公司股权一并转让给受让方时，探矿权意向受让方应从事油气类特定行业，且为国有及国有控股或国有实际控制企业，并且非公开转让事宜经过国资监管机构的审核批准。

该路径下转让探矿权，需要对探矿权进行评估。

总路径二之分路径4：若采用合并挂牌，存在被认定为对受让人变相设置资格条件的风险；若采用分开挂牌，要达到受让方合一的目的存在较大不确定性，若通过公开挂牌交易规则之外的方式达到受让方合一的目的，可能存在合规性风险。

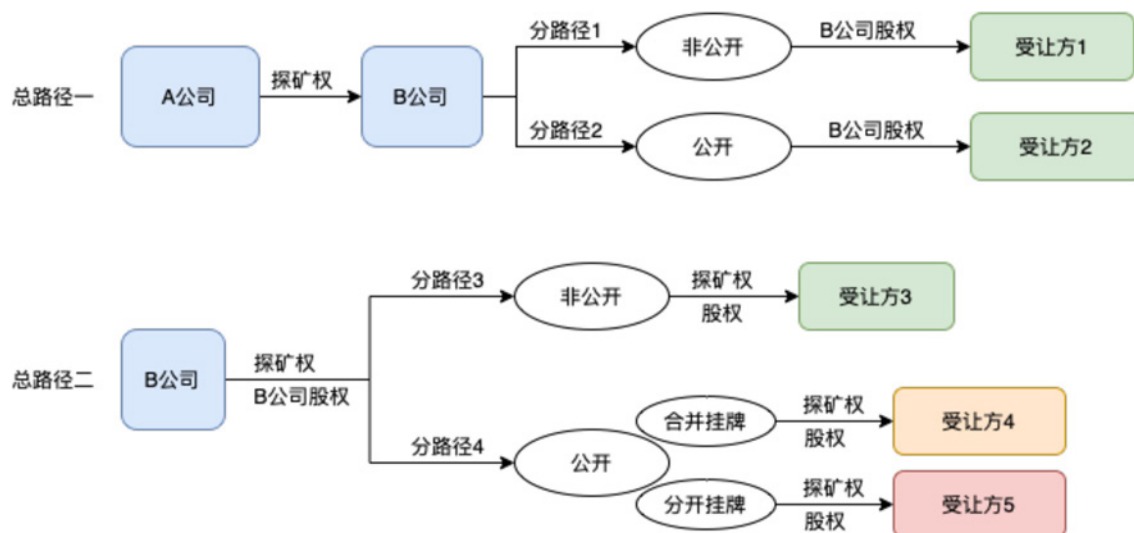


图2 相关路径图



注释：

- [1] 根据《企业国有资产评估管理暂行办法》(国务院国有资产监督管理委员会第12号令)第七条企业有下列行为之一的,可以不对相关国有资产进行评估:
(一)经各级人民政府或其国有资产监督管理机构批准,对企业整体或者部分资产实施无偿划转;
(二)国有独资企业与其下属独资企业(事业单位)之间或其下属独资企业(事业单位)之间的合并、资产(产权)置换和无偿划转。
- [2] 《勘查登记办法》(2014修订)第五条 勘查出资人为探矿权申请人;但是,国家出资勘查的,国家委托勘查的单位为探矿权申请人。
第六条 探矿权申请人申请探矿权时,应当向登记管理机关提交下列资料:
(一)申请登记书和申请的区块范围图;(二)勘查单位的资格证书复印件;(三)勘查工作计划、勘查合同或者委托勘查的证明文件;(四)勘查实施方案及附件;(五)勘查项目资金来源证明;(六)国务院地质矿产主管部门规定提交的其他资料。申请勘查石油、天然气的,还应当提交国务院批准设立石油公司或者同意进行石油、天然气勘查的批准文件以及勘查单位法人资格证明。
- [3] 贵州省国土资源厅2006年发布的《贵州省国土资源厅关于规范矿业权转让行为的通知》(黔国土资发〔2006〕46号)“对非法转让探矿权采矿权的认定”中,明确了各类型法人主体下的实际矿业权主体,如以有限责任公司名义申请采矿权的,该有限责任公司的全体股东为探矿权、采矿权主体;未经部、省两级国土部门批准,擅自变更探矿权主体属于非法转让。
青海省人民政府办公厅在2007年发布的《青海省矿业权转让管理办法》(青政办〔2007〕132号)中,明确“企业法人未发生变化,但原控股股东发生变化”的属于矿业权转让的情形,矿业权人必须向原发证机关提出申请,经审查批准后办理矿业权转让审批和变更手续。
甘肃省人民政府办公厅:在2014年发布的《甘肃省矿业权转让管理办法》中,明确“因股权结构发生变化,企业法人名称或法定代表人发生变化”,矿业权人必须提出矿业权转让申请,经审查批准后办理矿业权转让审批和变更登记手续。
- [4] 云南省高级人民法院:2009年发布的《关于审理涉及探矿权、采矿权相关纠纷案件会议纪要》(云高法〔2009〕98号)第五条规定,矿股转让中,若能确认实质是转让探矿权的,可以“合法形式掩盖非法目的”为由认定合同无效。
云南省高级人民法院2011年发布《关于审理涉及探矿权采矿权相关纠纷案件的指导意见》(云高法〔2011〕9266号),表明应依据交易双方签订转让合同是否经过审批,转让是否符合限制性条件(是否依已完成最低勘察投入,是否存在企业分立合并情形等)为由,认定合同属于有效、未生效或无效。
- [5] 《中华人民共和国矿产资源法(修订草案)》第二十九条第二款 矿业权人以股权转让等形式变更矿业权实际控制人的,视为矿业权转让,应当办理登记手续。
- [6] 参见新疆维吾尔自治区伊犁哈萨克自治州塔城地区中级人民法院(2021)新42民终1703号民事判决书。
- [7] 《勘查登记办法》第十二条 国家实行探矿权有偿取得的制度。探矿权使用费以勘查年度计算,逐年缴纳。
探矿权使用费标准:第一个勘查年度至第三个勘查年度,每平方公里每年缴纳100元;从第四个勘查年度起,每平方公里每年增加100元,但是最高不得超过每平方公里每年500元。
- [8] 《企业国有资产评估管理暂行办法》第七条 企业有下列行为之一的,可以不对相关国有资产进行评估:(一)经各级人民政府或其国有资产监督管理机构批准,对企业整体或者部分资产实施无偿划转;
(二)国有独资企业与其下属独资企业(事业单位)之间或其下属独资企业(事业单位)之间的合并、资产(产权)置换和无偿划转。
- [9] 《探矿权采矿权转让审批有关问题的规定》第二条第一款 转让属国家出资形成的探矿权,转让申请人须提交探矿权采矿权评估结果确认机关的评估结果确认书。转让属非国家出资的探矿权,须由转让申请人提交勘查出资证明。
- [10] 《勘查登记办法》第十三条 国家出资勘查形成的探矿权价款,由具有矿业权评估资质的评估机构进行评估;评估报告报登记管理机关备案。
- [11] 《矿产资源法(修订草案)》(征求意见稿)第二十七条【探矿权转为采矿权】探矿权人探明可供开采的矿产资源后申请转为采矿权前,应当如实编制矿产资源储量报告,并对报告的真实性负责。
- [12] 《矿业权出让收益征收管理暂行办法》十六条 探矿权转为采矿权的,不再另行缴纳采矿权出让收益。探矿权未转为采矿权的,剩余探矿权出让收益不再缴纳。
- [13] 《矿业权出让转让管理暂行规定》第十二条 探矿权人在其勘查作业区内申请采矿权的,矿业权可不评估,登记管理机关不收取价款。
- [14] 《矿产资源开采登记管理办法》第四条 采矿权申请人在提出采矿权申请前,应当根据经批准的地质勘查储量报告,向登记管理机关申请划定矿区范围。
需要申请立项,设立矿山企业的,应当根据划定的矿区范围,按照国家规定办理有关手续。
第五条 采矿权申请人申请办理采矿许可证时,应当向登记管理机关提交下列资料:
(一)申请登记书和矿区范围图;
(二)采矿权申请人资质条件的证明;
(三)矿产资源开发利用方案;
(四)依法设立矿山企业的批准文件;
(五)开采矿产资源的环境影响评价报告;
(六)国务院地质矿产主管部门规定提交的其他资料。
申请开采国家规划矿区或者对国民经济具有重要价值的矿区的矿产资源和国家实行保护性开采的特定矿种的,还应当提交国务院有关主管部门的批准文件。
申请开采石油、天然气的,还应当提交国务院批准设立石油公司或者同意进行石油、天然气开采的批准文件以及采矿企业法人资格证明。
- [15] 《矿山地质环境保护规定》第十二条 采矿权申请人申请办理采矿许可证时,应当编制矿山地质环境保护与土地复垦方案,报有批准权的自然资源主管部门批准。
矿山地质环境保护与土地复垦方案应当包括下列内容:
(一)矿山基本情况;(二)矿区基本信息;(三)矿山地质环境影响和土地损毁评估;(四)矿山地质环境治理与土地复垦可行性分析;(五)矿山地质环境治理与土地复垦工程;(六)矿山地质环境治理与土地复垦工作部署;(七)经费估算与进度安排;(八)保障措施与效益分析。



□ 桂少华/文

桂少华律师，中伦文德合伙人律师，
新能源法律专业委员会主任；中国政法大学法学学士，韩国国际法律经营大学国际法硕士；执业领域主要集中在与能源、环境保护、金融、建设工程等相关的投融资及争议解决法律服务。



□ 周绍丰/文

周绍丰律师，2019年加入中伦文德，中国政法大学法学学士，长期从事能源、自然资源与环境保护领域的投资并购法律服务。

光伏电站项目投资并购中的耕地占用税问题

我国现行《耕地占用税法》《耕地占用税法实施办法》等法律法规对光伏发电企业是否应以减征或免征耕地占用税并无明文规定，各地区对光伏电站的光伏场区用地是否征收耕地占用税、征收标准的规定也是不一样的。在财政补贴逐步退坡、光伏发电已全面步入平价上网时代的背景下，光伏场区因其占地面积大，一旦被征收耕地占用税，将给光伏发电企业带来巨大的税负压力；同时，对于光伏电站项目的收购方来说，光伏场区用地是否应缴纳耕地占用税，不仅影响项目的投资收益率，而且也是一个较大的税务风险，在股权交割后收购方、光伏发电企业因耕地占用税问题而与转让方发生诉讼纠纷的情况也时有发生。

在提供新能源法律服务的过程中，笔者注意到收购方几乎都咨询过有关光伏场区的耕地占用税问题。鉴于此，我们认为有必要全面梳理、分析光伏场区所涉及的耕地占用税问题以及目前各地区的政策规定，以便收购方、光伏发电企业更好地理解并防范相关税务风险。

一、现行法律法规中有关耕地占用税的具体规定

根据税收属性分类，耕地占用税属于行为税，是需要一次性缴纳的税负。现行法律法规对耕地

占用税的规定主要集中在《耕地占用税法》和《耕地占用税法实施办法》之中。

1. 纳税主体和适用地类

占用耕地建设建筑物、构筑物或者从事非农业建设的单位和个人，为耕地占用税的纳税人。具体来说：经批准占用耕地的，纳税人为农用地转用审批文件中标明的建设用地人；农用地转用审批文件中未标明建设用地人的，纳税人为用地申请人，其中用地申请人为各级人民政府的，由同级土地储备中心、自然资源主管部门或政府委托的其他部门、单位履行耕地占用税申报纳税义务；未经批准占用耕地的，纳税人为实际用地人。

“耕地占用税”中有“耕地”二字，一些人容易望文生义，认为只有在占地地类属于“耕地”的土地才需要缴纳耕地占用税。这种理解是片面的，占用园地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面、渔业水域滩涂以及其他农用地建设建筑物、构筑物或者从事非农业建设的，也需要缴纳耕地占用税；只是适用税额可以适当低于占用耕地的适用税额，但降低的部分不得超过50%。

2. 计税方式

耕地占用税以纳税人实际占用的耕地面积为计税依据，按照规定的适用税额一次性征收，具

体计算方式为：应纳税额 = 纳税人实际占用的耕地面积（平方米）× 适用税额。

在《耕地占用税法》中，按照人均耕地面积和经济发展水平不同，我国耕地占用税的税额划分为四个梯次：(1) 人均耕地不超过 1 亩的地区（以县、自治县、不设区的市、市辖区为单位），每平方米为 10 元至 50 元；(2) 人均耕地超过 1 亩但不超过 2 亩的地区，每平方米为 8 元至 40 元；(3) 人均耕地超过 2 亩但不超过 3 亩的地区，每平方米为 6 元至 30 元；(4) 人均耕地超过 3 亩的地区，每平方米为 5 元至 25 元。

具体某个地区（县、自治县、不设区的市、市辖区）的税额，由省、自治区、直辖市人民政府在上述梯次内划定，但不得低于《耕地占用税法》以附件形式列明的各省、自治区、直辖市耕地占用税的平均税额。

各省、自治区、直辖市耕地占用税平均税额表

序号	省、自治区、直辖市	平均税额 (元 / 平方米)
1	上海	45
2	北京	40
3	天津	35
4	江苏、浙江、福建、广东	30
5	辽宁、湖北、湖南	25
6	河北、安徽、江西、山东、河南、 重庆、四川	22.5
7	广西、海南、贵州、云南、 陕西	20
8	山西、吉林、黑龙江	17.5
9	内蒙古、西藏、甘肃、青海、 宁夏、新疆	12.5

3. 缴纳时间节点

用地人占用耕地，应当在耕地所在地申报耕地占用税，无论是否经过自然资源主管部门批准，用地人均负有纳税申报义务。

对于经批准占用耕地，耕地占用税的纳税义务发生时间为用地人收到自然资源主管部门办理占用耕地手续的书面通知的当日。用地人应当自纳税义务发生之日起 30 日内申报缴纳耕地占用税。自然资源主管部门凭耕地占用税完税凭证或者免税凭证和其他有关文件发放建设用地批准文件。

对于经批准临时占用耕地，仍应按照上述时间节点缴纳耕地占用税。用地人在批准的临时用

地期满后一年内复垦，恢复种植条件的，全额退还已经缴纳的耕地占用税。

对于未经批准占用耕地，用地人仍有纳税义务，耕地占用税纳税义务发生时间为自然资源主管部门认定的纳税人实际占用耕地的当日。

二、普通地面集中式光伏项目的光伏场区是否需要缴纳耕地占用税

根据光伏阵列是否占用土地，光伏项目可以分为地面光伏电站和屋顶光伏电站；地面光伏电站又可以分为普通地面集中式光伏项目和光伏复合项目。地面光伏电站项目用地主要由升压站和综合楼、光伏场区、进场道路和场内道路、集电线路和送出线路组成，其中光伏场区占地面积最大。那么，对于普通地面集中式光伏项目而言，其光伏场区用地是否应缴纳耕地占用税呢？

对于普通地面集中式光伏项目的光伏场区用地问题，《关于支持新产业新业态发展促进大众创业万众创新用地的意见》（国土资规〔2015〕5 号）作出了相应规定：光伏、风力发电等项目使用戈壁、荒漠、荒草地等未利用土地的，对不占压土地、不改变地表形态的用地部分，可按原地类认定，不改变土地用途，在年度土地变更调查时作出标注，用地允许以租赁等方式取得，双方签订好补偿协议，用地报当地县级国土资源部门备案。结合前文分析，我们可知，普通地面集中式光伏项目的光伏场区，因其应使用未利用地，而不在耕地占用税的征收范围之内。

需要注意的是，未利用地不在耕地占用税的征收范围之内，并不意味着普通地面集中式光伏项目就不会面临被征收耕地占用税的风险。一旦光伏场区土地的地类认定发生变化，则光伏企业将面临被征收耕地占用税的风险。

中国裁判文书网曾披露这样一个案例：A 公司于 2013 年与 B 公司签订一份股权转让协议，双方约定由 A 公司收购 B 公司所持有的 C 公司 70% 股权。C 公司投资建设了一个 20MW 的普通地面集中式光伏电站，项目开工建设时，经当地国土部门选址确认，光伏场区占用的是未利用地。2014 年，A 公司与 B 公司办理了股权交割手续。2016 年，当地税务主管部门向光伏企业下发税

务事项通知书，要求光伏企业补缴耕地占用税约1,000万元。税务主管部门之所以下发该通知书，是因为当地畜牧主管部门认为光伏场区用地属于温性荒漠类草原，并据此认为光伏场区用地属于草地，应缴纳耕地占用税。

三、光伏复合项目的光伏场区是否需要缴纳耕地占用税

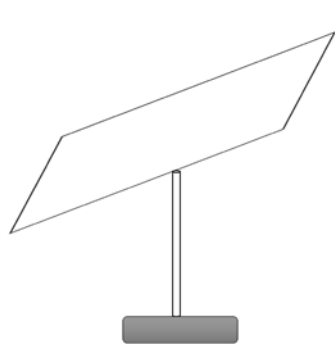
光伏复合项目采取“光伏+”的发展模式，在上层架设光伏板，在下层发展农业、林业、渔业等，光伏场区用地仍按原地类和用途管理。笔者曾就光伏场区所涉耕地占用税问题咨询过不同地方的税务主管部门。对于该问题，一些地区的税务主管部门答复称不征税，一些地区答复称按照光伏板支架基础接触地面所实际占用面积征税，一些地区答复称按照光伏板阴影（投影）面积征税，一些地区答复称按租赁合同全面积征税。可以说，在光伏场区耕地占用税问题上，目前并无统一标准。

2017年8月31日，国家能源局综合司公布《关于减轻可再生能源领域涉企税费负担的通知（征求意见稿）》。该征求意见稿中载明“光伏发电项目占用耕地，对光伏阵列不占压土地、不改变地表形态的部分，免征耕地占用税”，但在国家能源局于2018年4月2日正式发布的《关于减轻可再生能源领域企业负担有关事项的通知》（国能发新能【2018】34号）中则删除了相关表述。前述情形表明，目前对光伏场区是否应征收耕地占用税争议较大。

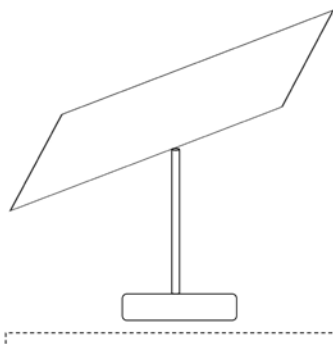
2015年7月13日，内蒙古自治区财政厅、内蒙古自治区地方税务局下发《关于明确光伏发电耕地占用税政策的通知》（内财税【2015】915号）。该通知指出“一、单位和个人从事集中式地面并网光伏电站建设占用耕地或其他农用地的，无论永久占地还是租赁占地，均形成了建房或从事非农业建设的事实，应当征收耕地占用税。但是，对于电站光伏板阵列之间没有改变土地性质且保持原状及原有农牧业功能的土地，不征收耕地占用税。二、设施农业光伏电站没有占用耕地或其他农用地，不征收耕地占用税。三、与上述光伏电站建设及运营直接相关的进场道路、逆变电站、办公楼等附属设施占用耕地或其他农用地的，应当征收耕地占用税。四、纳税人临时占用耕地或其他农用地的，按照税法规定征收耕地占用税。”从前述规定来看，内蒙古自治区对占用耕地或其他农用地的光伏场区征收耕地占用税，具体是按光伏板阴影（投影）面积计算。

2018年12月24日，青海省人民政府办公厅印发《青海省建设国家清洁能源示范省工作方案（2018-2020年）》（青政办【2018】181号）。该方案中指出，“对光伏发电项目按照永久性占地面积征收耕地占用税、水土保持费，其中对光伏发电项目临时占用耕地的，应当依照有关规定缴纳耕地占用税，在批准临时占用耕地的期限内恢复所占用耕地原状的，全额退还已经缴纳的耕地占用税。”按照该方案要求，青海省对占用耕地或其他农用地的光伏场区征收耕地占用税。

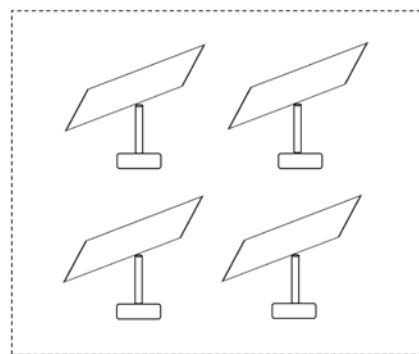
2020年5月12日，国家税务总局河南省税



点征（按光伏板支架基础接触地面计算）



面征（按光伏板投影面积计算）



全面积征收（按租赁面积计算）

务局在解答“关于耕地占用税事项”的提问时回复道：……目前，针对光伏发电企业提供农光互补项目没有特殊文件规定。如您公司占用耕地建设建筑物、构筑物或者从事非农业建设，需要缴纳耕地占用税。耕地占用税以纳税人实际占用的耕地面积为计税依据，按照规定的适用税额一次性征收。

2021年4月12日，《云南省贯彻落实耕地占用税法实施办法》颁布施行。该办法第十条规定，“对利用太阳能、地热能、风能等能源项目应税面积的确定，按以下方法进行确定：（一）对经自然资源主管部门批准占用的永久用地、临时用地部分，按照自然资源主管部门办理占用耕地手续书面通知中标明的面积确认。（二）对未经自然资源主管部门批准的临时进场道路、厂房、职工宿舍、变电站、光伏板等设施占地及其他设施占地按自然资源主管部门认定的实际占地面积确认。”从前述规定来看，云南省对占用耕地或其他农用地的光伏场区也征收耕地占用税。

除上述有明确政策规定的地区以外，实践中，对光伏场区征收耕地占用税的其他地区更多的是采取向光伏发电企业逐一下达催缴通知书的方式；而对光伏场区免征耕地占用税的一些地区，通常只是口头答复不予征收，很少以书面方式答复。这种口头答复方式给税务主管部门带来了一定的灵活性，但对光伏发电企业、收购方而言，却是一个很大的不确定性，一旦将来被征收或追缴耕地占用税，将产生巨额的成本支出。

四、收购方并购光伏电站项目时如何有效防范耕地占用税风险

光伏电站项目前期投资额大、投资回报周期长，若是还需要缴纳大额的耕地占用税，则项目的投资回报率或将无法满足收购方内部的财务要求，甚至出现接近融资利率的情形；若是不缴纳耕地占用税，则税务主管部门有权依据《税收征收管理法》的相关规定对光伏发电企业给予责令限期缴纳、加收滞纳金、罚款等行政处罚，构成

犯罪的，还将追究刑事责任。对于光伏电站项目的收购方，我们建议其从以下方面着手防范可能涉及的耕地占用税风险。

首先，充分利用《耕地占用税法》给予的免征、减征政策。根据《耕地占用税法》第十二条规定，“占用园地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面、渔业水域滩涂以及其他农用地建设建筑物、构筑物或者从事非农业建设的，依照本法的规定缴纳耕地占用税。占用前款规定的农用地的，适用税额可以适当低于本地区按照本法第四条第二款确定的适用税额，但降低的部分不得超过百分之五十。具体适用税额由省、自治区、直辖市人民政府提出，报同级人民代表大会常务委员会决定，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。占用本条第一款规定的农用地建设直接为农业生产服务的生产设施的，不缴纳耕地占用税。”一些光伏复合项目，如林光互补、渔光互补等光伏电站，其光伏场区占用的土地地类主要是林地、养殖水面、渔业水域滩涂等，光伏发电企业可以援引前述规定主张减征耕地占用税；若是光伏扶贫电站，还可以免征耕地占用税。

其次，收购方在对光伏电站项目开展收购调查时，应与当地自然资源主管部门、税务主管部门进行充分沟通，扎扎实实做好调查工作。一是需要与当地自然资源主管部门核实光伏场区所占土地的地类，在此基础上与税务主管部门核实相关地类是否属于耕地占用税的征收范围；二是核实光伏场区的具体占地面积，并向税务主管部门了解耕地占用税的计税标准，是“点征”还是“面征”，以便提前预估耕地占用税的金额。

再者，收购方可通过协议兜底方式将耕地占用税风险转嫁给出让方。比如，收购方可要求在股权转让协议中作出约定，若在股权交割后光伏发电企业收到税务主管部门作出的催缴或追缴耕地占用税的通知，转让方应承诺按照税务主管部门的要求，在规定期限内将等额资金支付给光伏发电企业，再由光伏发电企业向税务主管部门缴纳或补缴。

中伦
文德



□ 于 斐/文

于斐律师，中伦文德合伙人，北京市律师风险投资与私募专业委员会委员；内蒙古大学法学院硕士研究生毕业；擅长公司混合所有制改革、并购、分立、重组、国内外资本市场发行上市、中小微企业在全国中小企业股份转让系统挂牌（新三板）、并购、信托、外商投资等业务。

从网红奶茶品牌“益禾堂”商标被侵权一案 谈商标侵权损害赔偿金额的问题

案情简介

“益禾堂”为始创于 2012 年的网红奶茶品牌，在奶茶饮品具有一定的知名度。熠汇饮公司被授权独占许可使用“益禾堂”商标从事饮品经营及品牌的招商和加盟业务，

一诺公司以“益禾堂南湖诗”为标识，也从事奶茶饮品经营及品牌的招商和加盟业务。未经熠汇饮公司许可，擅自授权加盟商在店面装潢、价目表、员工工作服、产品外包装等大量突出使用与“益禾堂”注册商标近似的“益禾堂南湖诗”标识，并且在使用中将“益禾堂”注册商标突出使用，明显具有攀附“益禾堂”注册商标的恶意，构成商标侵权和不正当竞争。

本案一审法院判决一诺公司就其商标侵权及不正当竞争行为赔偿熠汇饮公司 300,000 元的经济损失；熠汇饮公司不服一审判决上诉，二审法院将赔偿金额提高为 1,000,000 元。

案件争议焦点

本案一审和二审核心的争议焦点为，一诺公司就其商标侵权及不正当竞争侵权行为应向熠汇饮公司支付的赔偿金额是多少。

裁判理由

熠汇饮公司主张一诺公司就其侵害商标权及不正当竞争行为应当赔偿 1,500,000 元的经济损失。

一审法院认为：熠汇饮公司主张根据一诺公司签订的特许经营加盟合同的实际收费情况确定一诺公司的违法所得。一审法院考虑到一诺公司与案外人签订的部分特许经营加盟合同确实存在未实际履行或解除的实际情况，熠汇饮公司因商标侵权行为以及不正当竞争行为所受损失及一诺公司的因商标侵权行为以及不正当竞争行为所获利情况均难以实际确认，故一审法院综合考虑熠汇饮公司涉案商标、店铺装潢的知名度、商标、装潢价值、考虑一诺公司的主观过错及纠错态度、侵权形式、期间、后果以及权利人为制止侵权行为所支付的合理开支等因素；参考熠汇饮公司的加盟费用、一诺公司加盟商数量、加盟费用，酌情认定一诺公司因商标侵权及不正当竞争行为的赔偿数额为 300,000 元（含合理支出费用）。熠汇饮公司主张超出部分，一审法院不予支持。

二审法院就一审法院确定的赔偿数额是否合理进行了重点审理并认为：首先，本案应当适用



法定赔偿。本案中，熠汇饮公司主张按一诺公司的侵权获利计算赔偿数额。熠汇饮公司主张，一诺公司的加盟商支付的投资费用为一诺公司侵权所获得的利益，但根据一诺公司与其加盟商在签订合同时约定的投资费用包含技术培训、生产设备及配件，相应的合作协议中也对上述合作费用作出进一步的约定，除商标授权使用费外，还包含有专业技术工业培训费、运营指导费、新品研发费及生产设备及配件费用等。根据加盟商微信聊天记录、《开店流程确认书》等证据显示，一诺公司在加盟商签订合作协议后实际履行了店铺选址、店面设计、技术培训等后续服务，可见，商标等经营资源仅是特许经营合作费用的一部分。此外，计算一诺公司获得的合作费用还应扣除其已经返还给加盟商的部分，并且熠汇饮公司并未举证证明涉案商标和有一定影响的装潢的市场价值以及所占合作费用的比例。基于上述事实，熠汇饮公司主张投资费用均属于商标授权费用，并以此作为一诺公司的侵权获益数额不能成立。鉴于本案一诺公司侵权获利的具体数额无法确定，一审法院适用法定赔偿确定赔偿数额并无不当。熠汇饮公司主张按一诺公司的侵权获利计算赔偿数额不能成立，法院不予支持。

至于熠汇饮公司主张适用惩罚性赔偿的问题，熠汇饮公司未在一审法庭辩论终结前提出，而二审中未能与一诺公司对赔偿数额达成调解，故法院对其该项主张不予支持，熠汇饮公司可另行起诉。

其次，关于本案适用法定赔偿时应考虑的因素。结合本案的具体情况，二审法院重点考虑以下几个因素：1. 涉案商标以及特有装潢的知名度。从本案查明的事实来看，益禾堂品牌始创于2012年，熠汇饮公司成立于2018年并经营益禾堂品牌招商加盟业务，结合熠汇饮公司一审提供的加盟商数量、媒体的宣传报道等证据，益禾堂品牌在茶饮品牌中具有较高的知名度。2. 一诺公司侵权的主观恶意。一诺公司在2019年注册申请被诉侵权标识，突出使用“益禾堂”字样，且在商标未通过注册申请时即开展招商加盟活动，加盟店的所使用物料的包装装潢均模仿熠汇饮公司已构成有一定影响的装潢。根据与一诺公司签订合同的

加盟商的陈述，一诺公司在与加盟商签订相关合同时，陈述其是熠汇饮公司在广东区域的代理商，其品牌系熠汇饮公司的子品牌。上述事实足以证明一诺公司存在攀附熠汇饮公司的益禾堂品牌商誉的恶意。3. 一诺公司的侵权情节。根据本案查明的事实，一诺公司的侵权行为包括商标侵权和擅自使用有一定影响的装潢的不正当竞争，并且通过授权加盟商在经营过程中使用被诉侵权标识以及特有装潢。这种许可使用的侵权行为为源头侵权，侵权行为造成的影响范围大、损失后果严重。4. 熠汇饮公司的益禾堂品牌的许可使用费。根据熠汇饮公司提供的与其加盟商之间的特许经营合同，熠汇饮公司授权加盟商加盟的品牌使用费及管理费为三年5万元，合同中明确约定该费用的核心内容为商标、专有技术质量标准及VI识别体系。5. 一诺公司的侵权规模。一诺公司使用被诉侵权标识以及特有装潢作为核心经营资源从事特许经营业务，现有证据证明至少已有44家加盟商，累计获取的投资费用及年度运营管理费高达3,516,200元，物料费用797,554.1元。即便扣除因违约返还的费用，剩余的收益仍有1,960,660元，物料费用630,838.1元。根据《商标法》第六十三条第二款的规定，人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。一诺公司在一审、二审法院责令其提交相关账簿、资料的情况下，仍拒不提供，二审法院在确定赔偿数额时着重参考上述查明的数额。6. 熠汇饮公司为维权支出的合理费。综合考虑上述事实，一审法院酌定的赔偿数额明显偏低，二审法院依法酌定一诺公司赔偿熠汇饮公司经济损失（包含合理支付费用）1,000,000元。本案中，法院责令一诺公司提交其控制的相应证据材料，一诺公司无正当理由拒不提供，导致本案判赔数额难以查清，故一、二审的诉讼费用均由一诺公司承担。

案例评析

商标侵权案件的赔偿数额一直以来都是司法

审判中的难点，也是《商标法》每次修订中的重点关注问题。商标作为一项无形资产，具有非常特殊的属性，商标价值的衡量是最大的难点，商标从创立到成为知名商标再到成为驰名商标，需要企业多年的培育，投入巨大的人力和物力，而商标培育为知名商标后，就不仅仅只是一个简单的商业标识，知名商标上面累积了一个企业的品牌价值、商誉等众多不可估量的价值，是企业的核心资产。就是由于商标的这些特殊属性，一旦商标小有名气后，就会被一些不法商家通过各种不法的手段搭便车、恶意攀附，借用商标的知名度实施侵权行为以谋取不法利益。商标侵权行为一方面侵害了商标权人的权益，另一方面也侵害了诚实信用的市场秩序，误导消费者造成混淆，损害消费者的权益。因此，对商标侵权行为应当予以严格遏制和打击。

《商标法》第六十三条规定：侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵

权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五百万元以下的赔偿。根据《商标法》的规定，商标侵权的损害赔偿金额可以分五个层级来确定：第一，根据权利人的受到的实际损失确定；第二，权利人实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所



获得的利益确定；第三，权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定；第四，对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额；第五，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五百万元以下的赔偿。前三个层级，需要商标权利人举证证明其受到的实际损失金额或侵权人获利金额，第四个层级是对恶意侵权人给予的惩罚性赔偿，但前提需要商标权利人举证证明其受到的实际损失金额或侵权人获利金额，商标权利人不能证明的话，加倍的惩罚性赔偿是无法被法院支持的；此外，商标权利人需要明确主张惩罚性赔偿，法院才会给予支持。如商标权利人没有明确主张惩罚性赔偿，法院不会主动适用惩罚性赔偿的规定。第五个层级为法定赔偿，在权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费均难以确定的情况下，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五百万元以下的赔偿。

本案二审判决值得称赞的亮点是适用了证据披露规定保护商标权利人权益，根据《商标法》第六十三条第二款的规定，法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。本案在审理中，法院责令一诺公司提交其财务账簿、资料，一诺公司始终拒不提供，二审法院在确定赔偿数额时，重点参考了已经查明的一诺公司获利数额的基数上，适用法定赔偿，将赔偿金额从300,000元提高为1,000,000元。

目前司法实践中，商标侵权案件判赔金额的多少，主要仍然取决于商标权利人举证证明其所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费；在商标权利人不能举证或举证不充分的情况下，法院则可能判决不予赔偿，或根据侵权行为的情节适用法定赔偿予以确

定赔偿金额，判赔的金额往往与商标权利人主张的赔偿金额还是有一定的差距。从本案来看，法院在适用法定赔偿时，还是要根据商标权利人举证证明的具体情况，并结合商标的知名度、侵权人的主观恶意、侵权的情节及规模等情况，综合裁量判定赔偿的金额。笔者认为，商标作为一种无形资产，其价值的衡量并没有统一的尺度或标准，因此，过度依赖由权利人举证证明其损失大小的来决定判赔金额的方式有待商榷。就本案来看，熠汇饮公司已经基本穷尽了其能够收集的证据来证明其损失及一诺公司的获利，二审法院也大大提升了判赔的金额。但从一诺公司始终拒绝提供财务资料的行为来看，其实质获利恐远高于判赔金额，即使仅就个案正义而言，也很难达到罪罚相当的尺度。同时笔者认为，我们必须认识到，法律的功能不仅仅是对当事人的补偿性保护和事后的强制力，而是要通过法律形成的约束为人们提供行为模式和行为规范，教育、指引人们自觉维护社会秩序。商标法的立法目的也就是要通过设立商标专用权保护制度促进社会主义市场经济建设的繁荣和发展，从这个角度看，侵权人不单单是侵犯了权利人的权益，更主要的是这种侵权行为是对社会主义市场经济秩序和基本商业信用制度、契约精神的破坏，应当依法予以严惩。公平正义是社会主义法治的基本价值取向，习近平总书记深刻指出“努力让人民群众在每一项法律制度、每一个执法决定、每一宗司法案件中都感受到公平正义”。笔者认为，商标侵权案件的赔偿金额应该不仅仅是弥补商标权利人受到的损失，同时还应当通过确定适当的赔偿金额，使不法商家不敢再通过利用商标侵权的方式谋取不正当利益，进而维护和创建良好的诚实信用的社会主义市场经济秩序。因此，笔者建议对于商标侵权案件，应当适当减低商标权利人的举证责任，在权利人尽力举证的前提下，进一步压实侵权人的举证责任，如侵权人不举证或不予配合举证的、甚至提交虚假证据的，可以考虑按权利人诉请或者适用最高的法定赔偿金额予以判赔，通过法律的强大威慑作用制止侵权人的不法行为，还给市场一片晴朗的天空，发挥立法根本应有之义。

中伦
文德



□王志坚/文

王志坚律师，并购交易师和数
据合规官，中伦文德医药健康专委会
主任、成都所主任。现为国家市监总
局、中国网络空间安全协会、四川省
市监局、四川省药监局和四川省公
安厅食药环侦总队法律顾问、四川省
人大常委会立法专家。连续十年被钱
伯斯、LEGALBAND评为医药健康领先
律师，2020、2021年度LEGALBAND客
户首选合规多面手15强。



□程丽莉/文

程丽莉律师，四川大学民
商法学硕士，曾参加四川大学
MOOC项目组、法律实验室项目
组的课题研究。有法律大数据
与药品、医疗器械生产企业的
合规建设经验，熟悉民法典、
公司法、药品类、医疗器械类
等相关法律法规，擅长合规体
系搭建、法律大数据领域的法
律业务。

从近八年九部委纠风文件变迁看医药营销合规发展

关于“纠正医药购销中不正之风”的专题文
件自1995年由国务院首次发布，至今已延续二十
多年。期间，有三次标志性事件推动医药营销合
规的进程，这三次标志性事件分别为：1996年国
家工商管理局发布的《关于禁止商业贿赂行为的
暂行规定》、2006年的美国德普案以及2013年的
葛兰素史克案。

从2015年起，国家卫生健康委员会、工业
和信息化部、公安部/国家发展和改革委员会、
财政部、商务部、国家税务总局、国家市场监
督管理总局、国家医疗保障局、国家中医药管理
局九部委每年都会联合印发“纠正医药购销（领
域）和医疗服务中不正之风（专项治理）工作要
点的通知”（以下简称“纠风文件”），这一方面
从国家层面彰显了对医药营销合规的高度重视，
另一方面也凸显出纠风工作的困难性。本文试图
从最近八年纠风文件内容的变与不变之中，梳
理出其对医药营销合规产生深刻影响的十大方
面。纠风文件的工作要点包括医疗、医药、医
保三方面，涉及医药企业的研发、生产、经营
和营销，但本文主要针对药品、医疗器械生产
、经营企业

品、医疗器械营销过程中的工作要点进行分析，
其余工作要点暂不在此赘述。

一、整治“挂靠走票”行为

“挂靠走票”是指一些没有药品经营资质，
但掌握较固定的销售渠道和药品来源的居间人，
通过挂靠合法药品经营企业，在支付一定额
度的税款或“管理费”之后，将自身药品经营
行为“正当化”的活动。2015年至2017年的
纠风文件中均体现了整治“挂靠走票”这一要
点，从内容上看，对该行为的整治力度在逐年
加大。自2018年起，整治“挂靠走票”取得
显著成绩，纠风文件中也不再对此进行强调。

二、实行两票制

“两票制”是指药品从药厂卖到一级经销
商开一次发票，经销商卖到医院再开一次发
票，以“两票”替代之前常见的七票、八票，
减少流通环节的层层盘剥，并且每个品种
的一级经销商不得超过2个。

2016年4月，国务院在发布的《深化医药卫



生体制改革 2016 年重点工作任务》中就提出综合医改试点省份要在全省范围内推行两票制，并积极鼓励公立医院综合改革试点城市推行两票制。2016 年至 2018 年的纠风文件中也体现了对两票制的重视，经历了从改革试点到全国范围的推行再到全面实施“两票制”。目前两票制已普遍实施，纠风文件中也未对此再进行强调。

三、推行药品和高值耗材集中采购制度

药品集中采购制度在我国经历了大致 4 个阶段：试点探索阶段、建立制度阶段、完善制度阶段与医保治理带量采购阶段。

从近八年九部委的纠风文件中，主要可以看出上述从制度完善阶段到医保治理带量采购阶段的发展：2017 年纠风文件提出“允许公立医院在省级药品集中采购平台或省级公共资源交易平台上联合带量、带预算采购”“加强省级药品集中采购平台的规范化建设”等正是制度完善阶段明确并坚持以省（区、市）为单位的网上药品集中采购方向的体现，2018 年之后的纠风文件中开始“深入推进药品耗材集中带量采购和保供稳价工作”，并在 2022 年“常态化制度化实施药品耗材集中带量采购”。至此，集中采购制度已在带量采购中平稳的发展。

9 月 3 日，医保局对外发布《国家医疗保障局对十三届全国人大五次会议第 4955 号建议的答复》。《答复》指出，在集中带量采购过程中，医疗机构根据历史使用量，结合临床使用情况和医疗技术进步确定采购量。由于创新医疗器械临床使用尚未成熟、使用量暂时难以预估，尚难以实施带量方式。在集中带量采购过程中，根据临床使用特征、市场竞争格局和中选企业数量等因素合理确定带量比例，在集中带量采购之外留出一定市场为创新产品开拓市场提供空间。这表明集采政策正向更为科学的道路迈进。

四、加强药品价格管理

近八年九部委的纠风文件中，均提到了对药品价格的管理，但随着常态化制度化实施药品耗材集中带量采购，以及开展医药价格和招采信用评价，价格管理也纳入了长效监管机制。特别是

在 2021 年，在对价格进行长效监管机制下，九部委的纠风文件中仅强调了与当前疫情形势下相适应的核酸检测价格的管理。

药品价格管理通常体现在严厉打击价格欺诈、价格垄断等违法违规行为，因不正当价格行为，企业会被医药价格主管部门函询、调查、约谈、告诫、检查，推诿、拒绝、不能充分说明原因或作出虚假承诺的，可能会被取消药品的挂网资格、列入失信等。

正如前所述，药品价格管理与常态化制度化实施药品耗材集中带量采购，以及开展医药价格和招采信用评价息息相关，而集中采购、开展医药购销领域和医疗服务行业的信用建设与诚信制度评价等内容均在近八年九部委的纠风文件中被重点提及。随着《药品管理法》八十四、八十五条药品价格条款的全面实施，价格管控应该会在纠纷中发挥独特的作用。

五、完善医保基金监管制度

近八年九部委的纠风文件中，均强调维护医保基金的安全，从 2015 年、2016 年的完善医保基金监管制度、加强基金监管，到 2017 年严厉打击骗保行为、2018 年探索医保监管创新模式，再到 2019 年至今持续打击骗保行为、规范使用医保基金与坚决维护医保基金安全，医保基金管理一直都被视为九部委的纠风文件中的重点。

除了从制度上完善医保基金监管之外，医保诈骗行为作为破坏医保基金安全的严重违法行为也多次被列为打击范畴。一方面针对医疗机构：对于公立医疗机构应当着重纠正超医保支付政策范围、无指征诊疗、高套病种、对临床药物试验项目纳入医保重复报销等行为；对非公立医疗机构应当着重处置虚假结算、人证不符、诱导住院、无指征住院等行为。另一方面针对医保诈骗的具体实施人员或企业也强调依法依规严肃查处。但重点仍然是对医保定点医疗机构、药店等行为的监管，同时，今年强调精准打击篡改肿瘤患者基因检测结果、串换高值医用耗材、血液透析骗取医保基金以及医保卡违规兑付现金等违法违规行为。

2022 年 2 月 10 日深圳医保局通报称，经缜密工作，成功打掉一个涉嫌篡改肿瘤患者基因检

测结果骗取医保基金的诈骗团伙，抓获涉案人员17名，全部依法采取刑事强制措施。国家医保局表示，下一步将联合其他部门，在全国范围内开展专项整治。这就是今年重点打击篡改肿瘤患者基因检测结果的起因，重点领域均呈现高价格、高频次使用医保资金的特点，可谓精准有效打击。

六、深入治理医药购销领域商业贿赂

近八年九部委的纠风文件中，治理医药购销领域的商业贿赂一直都是工作的重中之重，且历年（2019年除外）都用大篇幅从“产销用”各环节进行了明确且细致的规定与分工。2015年推动各部门之间的协调配合，2016年、2017年重点做好药品流通领域的商业贿赂专项整治，2018年对购销环节服务对象为公立医疗机构的生产经营企业、批发企业、零售企业及医疗服务环节均进行打击，2020年、2021年严肃查处收取企业回扣行为、保持打击“回扣”行为高压态势，2022年从“产销用”各环节共同发力打击违法行为。

商业贿赂主要指通过直接或间接给予、许诺给予交易相对方的工作人员、受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人，以及利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人财物或其他任何不正当利益等方式，以谋取交易机会或竞争优势的行为。医药购销领域的商业贿赂的目的通常为品种进入目录、入院、提高销量等。

治理医药购销领域的商业贿赂主要体现在集中采购、涉税违法问题、开展信用建设与诚信制度评价、骗保等环节中，而集中采购、涉税违法问题、开展信用建设与诚信制度评价、骗保等也均在近八年九部委的纠风文件中予以了规定。

2021年9月，中央纪委国家监委与中央组织部、中央统战部、中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院联合印发《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》《意见》强调，健全完善惩治行贿行为的制度规范，推进受贿行贿一起查规范化法治化。通过发布指导性文件或者案例等方式，指导纪检监察机关、审判机关和检察机关在办理行贿案件中准确适用法律、把握政策，做好同类案件的平衡。纪检监察机关要与人大机关、政协机关和组织人事部门、统战部门、执法机关等建

立对行贿人的联合惩戒机制，提高治理行贿的综合效能。要组织开展对行贿人作出市场准入、资质资格限制等问题进行研究，探索推行行贿人“黑名单”制度。要加大查处行贿的宣传力度，通报曝光典型案例，深入开展警示教育，彰显对贿赂零容忍的坚定决心，在全社会倡导廉洁守法理念。

七、加强药品、医疗器械生产经营单位涉税案件的查处

近八年九部委的纠风文件中，均提到了治理医药购销领域的涉税违法问题，这也反映了医药购销领域的涉税违法问题一直存在，且突出并亟待解决。

医药购销领域的涉税违法问题主要包括：药品、耗材生产经营单位在购销环节存在虚开发票、偷逃税款等违法犯罪行为。虚开发票具体又包括虚开普通发票、虚开增值税专用发票等行为，偷逃税款具体包括偷税、漏税、逃税等行为，虚开发票与偷逃税款通常为一系列的违法行为。并且，在2022年九部委的纠风文件中，进一步规定对涉税案件的违法线索要及时移交并严查快结。

另外，医药购销领域的涉税违法问题，通常是由医商勾结、利益输送、商业贿赂、洗钱等违法犯罪行为引起，因此，近八年九部委的纠风文件中也将治理医药购销领域商业贿赂等作为工作重点反复提及。

2022年的文件特别有新意的是提到“产销用”各环节共同发力打击违法行为。生产环节，严惩前置套取资金行为。加大对生产环节的财务监管力度，防范将“回扣”资金的套取从流通环节转移至生产环节，严厉打击套取资金用于药品耗材设备回扣、商业贿赂行为。流通环节，严惩套取资金行为。重点聚焦医药企业使用票据套取资金，虚构业务事项套取资金，利用医药推广公司空设、虚设活动等违规套取资金，账簿设置不规范，将套取资金用于“带金销售”、商业贿赂的违法违规行为。随后三家企业原料药采购环节虚开套现资金案件备查，对CSO虚开打击更趋严格。

八、规范学术交流、强化医药代表管理、规范医商关系

近七年九部委的纠风文件中，均规定了学术



交流活动的规范或医商关系的规范。2016 年强调对 HCO、HCP 学术交流活动的规范，2017 年、2018 年、2019 年强调对医药代表的管理，2020 年、2021 年、2022 年强调规范医商关系、完善医企合作管理规范。

从规范 HCO、HCP 到规范医药代表再到规范医商关系，体现了一个逐年完善规范的过程。持续规范医疗机构接受捐赠、临床科研、学术会议或开展项目等业务行为，推进建立违法违规企业重点关注名单，建议行业内单位审慎考虑与名单内企业开展合作将成为 2022 年规范学术推广、促进医企合作管理规范的重点。

另外，对医药代表备案的管理也将持续进行检查和规范。

9 月 2 日，湖北省黄冈市市场监督系统向全市医疗机构发放《药品购销领域不正之风治理工作提醒告诫书》，要求所有药品上市许可持有人、药品生产企业、药品经营企业的医药代表、购销人员都要按照《医药代表备案管理办法（试行）》的要求，在国家医药代表备案平台登记。本月底前不在网上登记备案，将无法进入湖北省内所有医院。

九、开展医药购销和医疗服务行业信用建设

近八年九部委的纠风文件中，均提到了在医药购销领域和医疗服务行业开展信用建设与诚信制度评价。医药购销领域和医疗服务行业的信用建设与诚信制度评价是一件具有长期性与连续性的工作制度，正如 2022 年九部委的纠风文件中所说需要“建立长效监管机制”。

开展医药购销和医疗服务行业信用建设，主要强调建立以药品采购机构（药品集中采购平台）为主体，各相关部门参与的信用信息记录、互通、公开机制；对查实的违法违规行为，计入药品采购不良记录、企事业单位信用记录和个人信用记录，依法公开参与招标的企事业单位资质信息及信用记录；同时，完善“黑名单”制度并予以公开。

医药购销领域和医疗服务行业的信用建设与诚信制度评价主要体现在药品集中采购 / 投标环节的违法行为，而药品集中采购 / 投标环节的违

法行为又主要体现为商业贿赂，以低于成本的报价竞标，以欺诈、串通投标、滥用市场支配地位等方式竞标，扰乱集中采购秩序等。前述违法行为在近八年九部委的纠风文件中均以集中采购、药品价格管理、治理医药购销领域的商业贿赂等内容被重点提及。

十、建立部际联席会议成员信息共享机制和信息披露制度

近八年九部委的纠风文件中，均规定了建立部际联席会议成员信息共享机制和信息披露制度。一方面，强调推动各地卫生健康部门和医疗机构加强与检察、公安、市监、药品监管等执纪执法机关的协调配合，另一方面，强调完善与纪检监察部门的衔接机制。特别是在 2022 年的纠风文件中，明确了各地卫生健康部门是落实纠风工作要点的牵头单位，并首次提出“有效提升纪检监察与主管部门间的协作效能。重视纪检监察部门在纠风工作中的协调组织作用，建立健全纠风机制成员单位与上级纪检监察部门间的定期会商机制，形成事前共同研究工作重点、事中及时提交问题线索、事后有效推进‘一案四改’的密切联席工作机制”。

建立部际联席会议成员信息共享机制和信息披露制度，要求建立案件线索通报协处机制，开展“一案多查”，既要处理本部门领域内的违规行为，又要向机制相关成员单位移交线索，完善纠风联合惩戒“黑名单”制度，实现“一处违规，处处受限”，同时，也要对出现问题的单位和地区要加大追责力度。

建立部际联席会议成员信息共享机制和信息披露制度贯穿于近八年九部委纠风文件强调的违法行为查处的始终，已经形成了长效机制。

千回百转，终将东流。在各行各业合规大趋势下，作为重点监管的医药行业，合规更是医药企业可持续发展的基石和业务发展的生命线。只要认清形势、从而守住底线、把合规成本作为业务持续发展的投入，就能在医药营销合规大变革中成就卓越！

中伦
文德



□陈禄堂/文

陈禄堂律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，人民大学法学硕士，中国政法大学法学研究生。曾在工商银行从事信贷工作，拥有工行信贷员资格，曾参与工商银行大量不良资产的清收和处理工作。主要从事领域为不良资产处置业务、商事诉讼仲裁业务、知识产权诉讼、破产清算业务以及公司常年法律顾问业务。

专利的创造性判断 ——以拜耳医药公司专利无效行政纠纷为例

知识产权保护制度致力于保护权利人在科技和文化领域的智力成果，促进社会资源的优化配置，并带动产业的进步与发展。但在国内的医疗行业中，也不乏个别大型医药公司通过申请专利的方式排除其他公司对于某项医疗器械产品的使用，从而获取高额利润，这无疑是在给普通医疗用户增添不必要的负担。我们在曾经做过的一起专利无效行政纠纷——即沈阳新智源医疗用品有限公司（下称“新智源公司”）、拜耳医药保健有限责任公司（下称“拜耳公司”）专利行政管理案中，就遇到了这样的情况。经过认真分析研究和各方努力，历经四年时间，从一审到二审再到最高院的再审，最终我方宣告拜耳公司专利无效的请求顺利得到支持。本次胜诉不仅仅对于我方当事人至关重要，使得新智源公司免于陷入侵权赔偿，同时由于新智源公司的同类医疗器械销售价格远远低于拜耳公司，因而为医疗用户降低了医疗成本，在国内医疗器械行业也具有重大意义。

专利作为知识产权中最重要的部分之一，其保护和判断标准有其特有的规定。若要宣告某项专利无效，就需要证明其不具有创造性。我国2010年实施的《专利法实施细则》和《专利审查

指南》以及2011年出台的《专利审查操作规程》对于创造性判断标准的改动和增补，使得中国的创造性判断标准与国际标准日趋接近。在判断一项专利是否具有创造性时，通常应当按照《专利审查指南》中规定的三步法进行判断，即首先确定最接近的现有技术，然后确定区别特征和发明实际解决的技术问题，最后判断要求保护的发明对于本领域技术人员是否显而易见。如果根据三步法可以判断出发明的技术方案对本领域的技术人员是非显而易见的，且能够产生有益的技术效果，就具有创造性。否则专利就会因不具有创造性而无效。那么在实务中如何确定某项专利是否具有创造性，如何证明“对本领域的技术人员是非显而易见的？”下面我们就以曾经代理的这起专利无效行政纠纷为例，就其中涉及的相关问题进行简要分析。

一、案情简介

2014年，新智源公司涉入拜耳公司的侵害发明专利权纠纷中，拜耳公司认为新智源公司生产的“一次性使用高压造影注射器及附件”中的针筒具备与诉争专利相同的技术特征，落入了诉争

专利权的保护范围,属于侵害诉争专利权的产品。新智源公司向国家知识产权局专利复审委员会(下称“专利复审委员会”)申请宣告诉争专利权无效;专利复审委员会作出第26992号无效宣告请求审查决定,宣告诉争专利的权利要求1以及引用权利要求1的从属权利要求3-13以及引用上述权利要求的权利要求14、15无效;在权利要求2以及引用权利要求2的从属权利要求3-13以及引用上述权利要求的权利要求14、15的基础上继续维持诉争专利权有效。

新智源公司不服第26992号决定,向北京知识产权法院提起行政诉讼。北京知识产权法院认为^[1],本专利权利要求2是权利要求1的从属权利要求,其附加技术特征为“电磁能是光能,且材料段用于沿平行于注射器的轴线的方向通过其间传播光能”。专利复审委员会在被告决定中认定,权利要求2的附加技术特征明确限定了光能在材料段中传播方向是平行于注射器的轴线的,结合本专利说明书及其附图10以及权利要求整体技术方案,对于权利要求2中光线平行于注射器轴线方向应解释为:“在整个材料段中,由于每个指示器凹槽的深度变化,光线在通过作为前一指示器的狭槽后,进入下一指示器的光线并不发生因折射产生的偏折,从而使得传播进材料段的最先指示器的光线与传播进材料段的最后指示器的光线的传播方向始终平行于注射器的轴线,而不发生偏折。”即使按照专利复审委员会对于权利要求2的上述附加技术特征解释,对比文件6在图7及相应的说明书中亦公开了来自输药泵中的光源44的光向外发光,该光接着被主棱镜45朝向沟槽棱镜46、47、48沿平行于盒体轴线的方向进行反射入输液泵,到达三个独立的光传感器49、50、51,且对比文件6说明书明确记载“沟槽棱镜46、47、48在长度和深度方向上彼此偏移地设置”,本领域技术人员根据上述记载无需创造性劳动即可得知,如果将沟槽棱镜46、47、48在长度和深度方向上彼此偏移地设置,能产生各沟槽棱镜独立地接收到沿轴线方向传播的光这一技术效果,不会产生后一沟槽棱镜接收的光必须是经过前面的沟槽棱镜折射而来的光的情况。在其引用的权利要求1不具备创造性的前提下,

权利要求2也不具备专利法第二十二条第三款规定的创造性。

拜耳公司不服,向北京市高级人民法院提出上诉。北京高院认为,本专利说明书第21页第1段中已经记载:“附图10中指示器狭槽1110a和1110b的基本平行的壁最好具有一锥度,以便在注塑模制注射器的情形中允许模制工件的拔出。大约2°的一小角就可能足够了,且不会明显影响指示器狭槽1110a和1110b的光学特性”。说明书中的上述描述是对产品制造工艺上的介绍,以便在注塑模制注射器的情形中允许模制工件的拔出。虽然权利要求限定“光能在材料段中传播方向是平行于注射器的轴线”,但是实际产品在生产、制造过程中,不可能出现绝对的光能平行于注射器的轴线的情况,必然基于加工条件的限制,存在一定的误差范围。通常而言,一般权利要求中类似于“平行”“垂直”“30度”这类的表述,均是从技术方案角度进行的描述,完全的、绝对的“平行”“垂直”“30度”,在实际生产过程中几乎不会出现,实际生产过程中,总会基于生产条件的限制,给出一定的误差范围。在加工困难时,做适量的妥协,是不脱离发明精神的,也是发明在实际生产过程中允许的。因此,本专利权利要求2的保护范围仍然是“光能平行于注射器的轴线”,一审法院理解为基本平行,与权利要求1没有区别是不正确的,应予纠正。

此外,关于本专利权利要求2的附加技术特征是否能够从对比文件6中得到技术启示^[2]。二审法院认为,本专利说明书附图9是本专利的背景技术,本专利说明书第17页第4段明确指出“在图9的实施例,难于保证通过折射离开一狭槽的内部反射光线和通过反射离开狭槽行进的光线,以相同的角度离开一狭槽。这个结果可容易地导致检测器-指示器对之间的交叉,其中,来自一个狭槽的光线到达多于上述的一个检测器”。本专利附图10是基于垂直的出射壁才能够实现经历前列指示器的光线,不被折射,能够继续平行于注射器轴向方向传播。在对比文件6中,由于首次接触光线的棱镜46不具备类似于图10的垂直的壁,因而,即便将“沟槽棱镜46、47、48在长度和深度方向上彼此偏移地设置”也根本无

法使得光线在经历棱镜 46、47 后，仍然沿平行于注射器轴线方向传播。新智源公司提交的对比文件 6 中仅披露了图 7 以及“沟槽棱镜 46、47、48 在长度和深度方向上彼此偏移地设置”，并没有提及沟槽棱镜为何彼此偏移地设置以及如何彼此偏移地设置，即所属领域技术人员在看到对比文件 6 披露的技术信息后，没有动机对沟槽棱镜进行彼此偏移设置以达到光线沿平行于注射器轴线方向传播的目的。沈阳新智源公司提交的其自行绘制的示意图是在看到本专利权利要求及说明书之后作出的，属于“事后诸葛亮”的作法，对比文件 6 中并没有给出足够的技术启示，本领域技术人员在看到对比文件 6 所披露的技术信息后无法获得如何偏移设置、为何设置的技术启示。本专利权利要求 2 的技术方案与现有技术相比，具有突出的实质性特点和显著的进步，符合专利法第二十二条第三款的规定。因此，一审法院关于本专利权利要求 2 不具备创造性的相关认定没有事实和法律依据，应予纠正，专利复审委员会在被告决定中的认定是正确的。在本专利权利要求 2 具备创造性的基础上，其从属权利要求同样具备创造性。

随后，新智源公司向中华人民共和国最高人民法院申请再审，最高院认为就“对比文件 6 是否公开权利要求 2 的附加技术特征”这一问题，二审判决作出的认定，即对比文件 6 “棱镜 46 不具备类似于图 10 的垂直的壁，因而，即便将‘沟槽棱镜 46、47、48 在长度和深度方向上彼此偏移地设置’也根本无法使得光线在经历棱镜 46、47 后，仍然沿平行于注射器轴线方向传播、”“对比文件 6 中仅披露了图 7 以及‘沟槽棱镜 46、47、48 在长度和深度方向上彼此偏移地设置，’并没有提及沟槽棱镜为何彼此偏移地设置以及如何彼此偏移地设置，即所属领域技术人员在看到对比文件 6 披露的技术信息后，没有动机对沟槽棱镜进行彼此偏移设置以达到光线沿平行于注射器轴线方向传播的目的，”缺乏事实和法律依据，应予纠正；并指令北京高院再审此案。

最终，北京高院再审判决维持北京知识产权法院（2015）京知行初字第 6511 号行政判决，即支持我方诉求，要求专利复审委员会就新智源公

司对拜耳公司“注射器信息的编码和检测”的发明专利所提无效宣告请求重新作出审查决定。其中，北京高院认为，本案争议焦点为权利要求 2 及其从属权利要求是否具有创造性，为了证明此问题，最重要的就是解释清楚如下两个方面：

（一）关于如何理解本专利权利要求 2 的附加技术特征^[3]

本专利权利要求 2 已将权利要求 1 中的“适于通过其间轴向传输电磁能，”进一步限定为“沿平行于注射器的轴线的方向通过其间传播光能。”被告决定对于该附加技术特征解释为：由于每个指示器凹槽的深度变化，光线在通过作为前一指示器的狭槽后，进入下一指示器的光线并不发生因折射产生的偏折，从而使得传播进材料段的最先指示器的光线的传播方向始终平行于注射器的轴线，而不发生偏折。该解释实质上是将权利要求 2 的保护范围限缩解释为说明书附图 10 中的技术方案。而根据权利要求 1、2 的限定，“狭槽包括一第二表面，能量通过该表面与第一表面接触。”本案中对比文件 6 中公开的沟槽棱镜具有一个垂直面（相当于第二表面）以及一个反射面（相当于第一表面），其结构、功能与权利要求 1、2 所限定的狭槽的具体结构及作用并无实质性差异。因此，被告决定关于权利要求 2 附加技术特征的解释缺乏事实和法律依据。二审判决关于“实际产品在生产、制作过程中，不可能出现绝对的光能平行于注射器的轴线的情况，必然基于加工条件限制，存在一定误差”的理由，缺乏事实和法律依据。

（二）关于对比文件 6 是否公开权利要求 2 的附加技术特征

对比文件 6 在附图 7 及相应说明书中公开了以下内容：“沟槽棱镜 46、47、48 的长度和深度方向上彼此偏移设置，”光源 44 经主棱镜 45 反射后，“沿平行于盒体轴线的方向传播，”从沟槽棱镜 46、47、48（相当于本专利中的狭槽）的垂直面（相当于本专利狭槽的第二表面）入射后，经反射面（相当于本专利狭槽的第一表面）反射，并由光传感器 49、50、51 接收。本领域专业技



术人员在看到对比文件6公开的“长度和深度方向上彼此偏移设置”时，很容易想到将沟槽棱镜46、47、48在长度方向（横向）和深度方向（纵向）上做出差异化的设置（偏移设置），以实现光线沿平行于轴线的方向传播。而且在对比文件6图7中，经主棱镜45反射至沟槽棱镜46、47、48的光线均为平行于轴线方向。特别是根据对上述第一个焦点问题的论述，在本专利权利要求1、2中，并未限定光线只能沿平行方向传播，而且根据本专利附图10所公开的实施例，光线在经过狭槽1115a后，在反射、透射的同时，也存在折射。因此本专利权利要求2的附加技术特征已被对比文件6公开。同时，权利要求2对权利要求1的光能传播方向的限定，与对比文件6图7的光学结构功能相同。相对于对比文件6而言，权利要求2并没有实现新的功能和效果。在专利复审委员会认定权利要求1不具有创造性的基础上，权利要求2也同样不具有创造性。在权利要求2不具有创造性的前提下，被诉决定关于引用权利要求2的从属权利要求3、5-13以及引用上述权利要求的权利要求14、15具备创造性的认定显属错误。

二、焦点问题分析

经过对案件的研究分析，我们认为本案需要关注的问题及办案思路如下：

（一）关于权利要求1是否有创造性的问题

无论是一审法院还是二审法院均认为权利要求1没有创造性，且一致认为拜耳公司失去诉权。而在再审时，拜耳公司没有提出再审申请，坚持认为二审判决正确，而二审判决已经明确说明权利要求1没有创造性。拜耳公司仅在再审答辩状中提出权利要求1的创造性问题，我们认为应当不予理会。

根据拜耳公司描述，没有对专利复审委员会的无效决定书提起诉讼是因为如果提起诉讼会导致民事案件中止审理。实际上因为拜耳公司没有提起行政诉讼，北京市第三中级人民法院已经做出申请民事案件败诉的判决。拜耳公司在诉讼策略上的取舍已经很明显，应当承担相应的法律

后果。如果法院重新认定权利要求1有效，那么民事案件的判决的依据就有明显问题。因此，我们认为法院不应当对权利要求1的有效性进行审查。

即使拜耳公司没有丧失诉权，权利要求1的效果图就是涉案专利图9，而对比文件6的图7明显比图9要先进，拜耳公司也多次以涉案专利图9对比图7，认为是相同效果。显然，与对比文件6相比，权利要求1没有创造性可言。

（二）关于对比文件6的沟槽棱镜偏移的目的和动机

对比文件6中描述：“来自输液泵中的光源44的光向外发光，并被主棱镜45朝向沟槽棱镜46、47、48反射，沟槽棱镜46、47、48在长度和深度方向上彼此偏移设置。光被沟槽棱镜46、47、48反射到输液泵，到达三个独立的光传感器49、50、51。”

首先，这段话的翻译各方在复审阶段已经完全认可了，请见无效决定书第10页第13行：“专利权利人认可对比文件1-6的真实性，对其译文准确性无异议。”拜耳公司在再审阶段才提出译文不准确，不应当得到支持。

其次，对比文件6的描述很清楚，偏移设置的目的就是让三条光线到达独立的传感器49、50、51。我们来看对比文件6中图7中的输液泵49、50、51，这三个输液泵全部是长条垂直的，三个输液泵都是平行排列，如果光线出来的方向不是垂直的，如何实现光线的射出的目的？所以设计者肯定考虑光线平行射出的效果更好。拜耳公司认为偏移目的不明确，没有任何依据。

再次，拜耳公司以涉案专利图9与对比文件6对比，认为是相同效果。认为对比文件6的图7会产生光线相互干扰的后果，既然如此，那本领域专业人员完全有动机去按照对比文件6的要求设置高低不同的棱镜以达到传感器独立接受光线的效果。这一点一审判决第34页第4行说的很清楚：“本领域技术人员根据记载无需创造性劳动即可得知，如果将沟槽棱镜46、47、48在长度和深度上彼此偏移设置，能产生各个沟槽棱镜独立的接收到沿轴线传播的光这一技术效果，

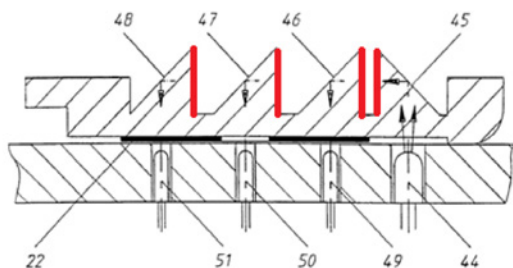
不会产生后一沟槽棱镜接收的光必须是经过前面的沟槽棱镜折射而来的光的情况。”

综上，专利发明解决的都是目前急需解决的问题，对比文件6的描述足以让本领域技术人员有动机去改变光线相互干扰的问题，按照对比文件6描述深浅不同的设置棱镜来使三个传感器分别独立接收射进来的三条光线。所以权利要求2没有创造性。

(三) 对比文件6中有层次的论述足以得出反射光线平行于轴向的技术效果

对比文件6的有层次描述已经在申请书中阐述，这里阐述两个侧面的证据：

首先，传感器48、49、50是圆柱形的并且平行排列，光线要到达独立的传感器也只能是平行射出。这足以说明对比文件6的光线是平行射出的。其次，从下图可以看出，光线从44进入的时候是三条光线，而对应的传感器和沟槽棱镜都是三个，而且对比文件6明确描述了三个传感器“独立”接收光线，显然是指通过深浅不同设置后分别接受三个棱镜反射的三条光线。



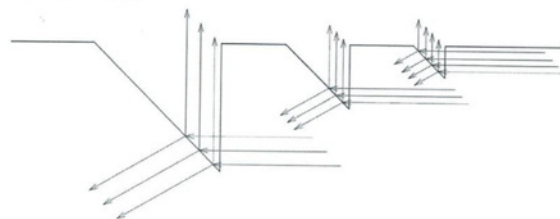
(四) 关于对比文件6公开了权利要求2的附加技术特征

对比文件6中明确记载：“沟槽棱镜46、47、48的长度和深度方向上彼此偏移设置”，光源44经主棱镜45反射后，沿平行于盒体轴线方向传播，从沟槽棱镜46、47、48（相当于本专利中的狭槽）的垂直面（相当于本专利狭槽的第二表面）入射后，经反射面（相当于本专利狭槽的第一表面）反射并由传感器49、50、51接收。本领域技术人员在看到对比文件6公开的“长度和深度方向上彼此偏移设置”时，很容易想到将46、47、48

在长度方向（横向）和深度方向（纵向）上作出差异化的设置（偏移设置），以实现光线沿平行于轴线方向传播。而且，对比文件6图7中，经主棱镜45反射至沟槽棱镜46、47、48的光线均平行于轴线方向。尤其需要指出的是，在涉案专利要求1、2中，并未限定光线只能沿轴线方向传播，而且根据涉案专利附图10所公开的实施例，光线在经过狭槽1115a后，光线在反射、透射的同时，也存在折射。

(五) 普通人通过对比文件6的描述能够得出涉案专利图10的效果。

首先，我们来看拜耳公司提交的《行政复审答辩状》第五页（见附件1）根据对比文件6所画的下图：



这个图是拜耳公司绘制的，我们来看图10

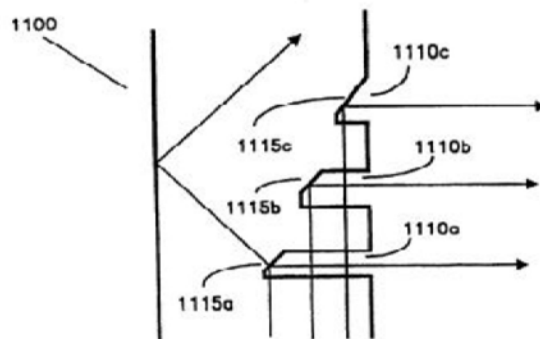


图10

这两个图本质上没有任何区别，反射出来的光线是平行的，同时都折射一部分光线。图10的1115a、1115b、1115c也是折射走的部分光线。可见，普通人通过对比文件6的描述得出的效果与涉案专利完全一致。

其次，我们在本所找了三个没有见过本专利的律师，通过对比文件6的图7及描述，都可以画出类似我们绘制的图8的技术效果图，出射的光线也是平行的，与涉案专利权利要求2一致。

因为本领域技术人员比普通人有更高的见识和迫切解决问题的需求，通过对比文件的清楚描述和调整方案，足以得出权利要求2所说的光线平行传播进独立传感器的技术效果。下面是图7和对比文件6的描述：

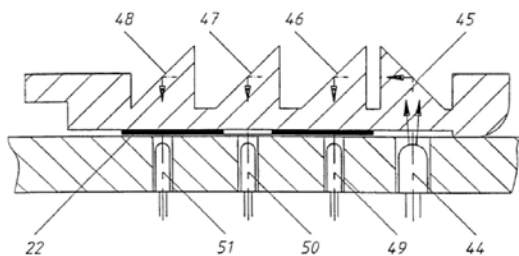


图 7

来自输液泵中的光源 44 的光向外发光，并被主棱镜 45 朝向沟槽棱镜 46、47、48 反射，沟槽棱镜 46、47、48 在长度和深度方向上彼此偏移设置。光被沟槽棱镜 46、47、48 反射到输液泵，到达三个独立的光传感器 49、50、51。”

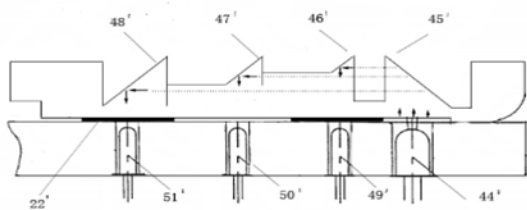


图 8

因此，权利要求 2 不具有创造性，其从属权利要求也不具有创造性。

三、办案总结

(一) 对于发明的创造性判断

确定某项发明是否有效，需要判断该发明是否具有创造性。那么是否具有创造性，最关键的问题就在于该发明对于本领域的技术人员是否显而易见。我国《专利法》第 22 条第 3 款规定：“创造性，是指与现有技术相比，该发明具有突出的实质性特点和显著的进步”，其中的“实质性特点”和“显著的进步”在《专利审查指南》中有清楚的定义：“发明有突出的实质性特点，是指对所属技术领域的技术人员来说，发明相对于现

有技术是非显而易见的”；“发明有显著的进步，是指发明与现有技术相比能够产生有益的技术效果”。

由于中国创造性判断包括非显而易见性和技术效果两方面，创造性判断步骤也分为两方面。《专利审查指南》对显著的进步进行了列举性定义，而对于非显而易见性的判断则要具体详细得多。《专利审查指南》规定的创造性判断方法有三个步骤：第一，确定最接近的现有技术；第二，确定发明的区别特征和发明实际解决的技术问题；第三，判断要求保护的发明对本领域的技术人员来说是否显而易见。第一步对于现有技术的评价，要求认定现有技术中与要求保护的发明最密切相关的一个技术方案。第三步的显而易见性判断要求审查员确定现有技术整体上是否存在某种技术启示，这种启示会使本领域的技术人员在面对所述技术问题，有动机改进该最接近的现有技术并获得要求保护的发明。如果现有技术存在这种启示，则该发明是显而易见的。《专利审查指南》列举了存在上述技术启示的三种情况：第一种即区别特征为公知常识；第二种，区别特征为与最接近的现有技术相关的技术手段；第三种，区别特征为另一方对比文件中披露的相关技术手段，该技术手段在该对比文件所起的作用与该区别特征在要求保护的发明中为接近该重新确定的技术问题所起的作用相同。

(二) 对于权利要求的解释规则

作为划定专利权权利边界的标尺，权利要求是专利法的核心概念。《专利法》第五十九条规定：发明和实用新型专利权的保护范围以其权利要求为准。该规定体现了权利要求的公示作用，即通过权利要求这一标尺向社会公众公示专利权垄断权利的边界，使得社会公众能够获得一明确稳定的预期，各安其位，从而形成良好的法律秩序。《专利审查指南》作为授权确权程序审查的部门规章，其中涉及权利要求中用语含义理解的规定：“一般情况下，权利要求中的用词应当理解为相关技术领域通常具有的含义。在特定情况下，如果说明书中指明了某词具有特定的含义，并且使用了该词的权利要求的保护范围由于说明书中对该词

的说明而被限定得足够清楚，这种情况也是允许的”^[4]。即对于权利要求中用语的理解，基于本领域技术人员而言，说明书如无特别界定，权利要求用语应按照所属领域通常含义理解，权利要求含义清楚明确无歧义，此时，按照其通常含义理解即可，而不宜以说明书和附图中的内容对其进行限定，以体现权利要求的公示作用。

《专利法实施细则》^[5]规定发明和实用新型专利申请的发明内容部分应写明发明或实用新型所要解决的技术问题——即发明目的。《专利审查指南》^[6]进一步规定，发明或者实用新型所要解决的技术问题，是指发明或者实用新型要解决的现有技术中存在的技术问题。应当说，发明所要解决的技术问题——即发明目的，既是一项发明创造的起点，也是发明创造完成所指向的终点，一项发明创造因现有技术中所存在的技术问题而起，随着技术方案的提出、技术问题的解决而终，其贯穿发明创造的整个过程。而权利要求作为发明创造技术方案的概括提炼，对其所作出的解释通常应当与发明创造的发明目的相符。当权利要求的技术特征的字面含义存在歧义，各种理解中既包含符合发明目的解释，又包含不符合发明目的的解释，则对于权利要求中该种技术特征的解释，通常应当结合说明书及其附图中的有关内容，符合专利的发明目的。但应注意，该种权利要求的解释须有专利权人的明确主张为前提，以防止专利权人在侵权程序中对权利要求范围作另外的解释，从而两头受益。

《专利法实施细则》^[7]规定：权利要求书应当有独立权利要求，也可以有从属权利要求。从属权利要求应当用附加的技术特征，对引用的权利要求作进一步限定。《专利审查指南》^[8]进一步规定：在一件专利申请的权利要求书中，独立权利要求所限定的一项发明或者实用新型的保护范围最宽。如果一项权利要求包含了另一项同类型权利要求中的所有技术特征，且对该另一项权利要求的技术方案作了进一步的限定，则该权利要求为从属权利要求。由于从属权利要求用附加的技术特征对所引用的权利要求作了进一步的限

定，所以其保护范围落在其所引用的权利要求的保护范围之内。即不同的权利要求通常界定不同的保护范围，从属权利要求通常是对其所引用权利要求的进一步限定。同样，在美国，有一种权利要求解释规则称之为“权利要求区别解释原则”。^[9]根据权利要求区别解释原则，如果可能，对于一项专利的多项权利要求，应当解释为每一项权利要求均有其不同的保护范围，每一项权利要求均不是多余的。因此，对权利要求进行解释时，应考虑权利要求之间的逻辑关系，对任一权利要求，通常不应以让该权利要求相对于其他权利要求成为多余的方式解释该权利要求。

四、心得与体会

权利要求的解释是专利法领域的一大难点，而专利无效程序由于其程序的特殊性和修改的严格限制，导致该程序中权利要求的解释更加复杂。实践中，往往并非上述某一单一情形的简单应用，而是多种情形的复合叠加，必须综合考量上述各种因素，最终做好社会公众和专利权人之间的利益平衡。

医疗用品与我们每个人都息息相关。在现代社会生活中，一些大型医药公司利用其行业优势地位，无视病人需求，只考虑商业利益，试图以低价成本获取高额利润。因此，本次胜诉不仅仅是我方当事人的胜利，在一定程度上对于普通医疗用户也很有意义。本案虽历经长达四年的诉讼过程，但若维护当事人正当权益，能为大众争取到些许利益，维护良好的医疗环境，也让作为律师以及作为社会成员之一的我们欣慰之至。

参考文献

- [1] 北京知识产权法院（2015）京知行初字第6511号判决书。
- [2] 北京市高级人民法院（2017）京行终893号判决书。
- [3] 北京市高级人民法院（2018）京行再11号判决书。
- [4] 《专利审查指南（2010）》第2部分第2章第3.2.2节147页。
- [5] 《专利法实施细则（2010）》第十七条。
- [6] 《专利审查指南（2010）》第2部分第2章第2.2.4节。
- [7] 《专利法实施细则（2010）》第二十条。
- [8] 《专利审查指南（2010）》第2部分第2章第3.1.2节。
- [9] 张晓都：《专利权利要求区别解释原则——以一起专利侵权纠纷案为例》，载《知识产权》2006年第6期。



□ 王志坚/文

王志坚律师，并购交易师和数据合规官，中伦文德医药健康专委会主任、成都所主任。现为国家市监总局、中国网络空间安全协会、四川省市监局、四川省药监局和四川省公安厅食药环侦总队法律顾问、四川省人大常委会立法专家。连续十年被钱伯斯、LEGALBAND评为医药健康领先律师，2020、2021年度LEGALBAND客户首选合规多面手15强。



□ 谭光建/文

谭光建律师，西南医科大学医事法学及管理学双学士学位，兼具医学、法学、管理学复合知识背景，专注于医疗、药品、医疗器械全流程法律服务、医药领域合规建设及互联网健康行业法律服务，受到客户好评。现为四川省律师协会医事专业委员会委员、四川省药学会药事专业委员会委员。



□ 罗凯伦/文

罗凯伦律师，滨州医学院预防医学专业医学学士，广西民族大学民商法方向法律硕士。兼有医学、法学双重专业背景，熟悉医疗卫生、药品、医疗器械相关法律法规，具有食品、药品、医疗器械企业及行业监管部门服务经验。曾参与国家市场监管总局2019年度政策研究课题：《保健市场综合治理思路研究》，四川省药品监督管理局2020年度研究课题：《药品类案件有关问题指导意见和自由裁量规则及基准研究》，并在《医药经济报》上发表相关文章。

第三方平台处方药网络零售业务面临的法律问题

导读：

随着互联网的兴起以及网络技术的不断发展，传统医药与先进互联网技术相结合的医药贸易活动全过程电子化在全球已经成为大势所趋。并且伴随着国家大力发展“互联网+”计划，药品网络销售逐渐成为药品零售的主要渠道之一。根据药品类别的不同，药品网络零售业务分为非处方药网络零售和处方药网络零售。本文重点针对系列已经出台的政策和征求意见的政策对第三方平台处方药网络零售业务的影响进行探讨。

一、第三方平台处方药网络零售业务

第三方平台处方药网络零售业务是指取得互联网药品服务资格的互联网第三方平台通过提供信息撮合服务，将处方药需求患者、互联网医院、零售药店进行有效链接，从而实现处方药网络零售，具体流程如图1。

通过上述流程展示，可以看出第三方平台处方药网络零售业务的开展存在必不可少的四大主体即处方药需求患者、互联网医院、第三方平台、零售药店。



图 1

二、系列文件的出台

2018 年 7 月 17 日，国家卫生健康委员会，国家中医药管理局发布《互联网诊疗管理办法（试行）》；2022 年 2 月 8 日，国家卫健委和国家中医药局联合发布《互联网诊疗监管细则（试行）》；2022 年 5 月 9 日，国家药监局发布《中华人民共和国药品管理法实施条例（修订草案征求意见稿）》（以下简称《药品管理法实施条例（征求意见稿）》）；2022 年 8 月 3 日，国家市场监督管理总局发布《药品网络销售监督管理办法》。

上述法规及规范性文件均对第三方平台处方药网络零售业务均产生了不同程度的影响，但如果将上述文件串联后分析会发现一个共同的特点即国家对第三方平台处方药网络零售业务管理已经趋向于全链条管理。

三、第三方平台处方药网络零售业务即将迎来全链条管理

（一）处方药需求患者端的管理

《互联网诊疗监管细则（试行）》第十七条“互联网诊疗实行实名制，患者有义务向医疗机构提

供真实的身份证明及基本信息，不得假冒他人就诊”及《药品网络销售监督管理办法》第九条“通过网络向个人销售处方药的，应当确保处方来源真实、可靠，并实行实名制”之规定，明确处方药需求患者通过第三方平台购买处方药过程中在进入互联网医院处方环节时必须实名。意味着国家已经从处方药需求患者端开始对第三方平台处方药网络零售业务进行管理。

同时，结合《互联网诊疗管理办法》（试行）的规定，第三方平台处方药需求患者应当为部分常见病、慢性病复诊患者。其中慢性病患者大多数为老年人，很难适应《互联网诊疗监管细则（试行）》要求的实名制，可能不得不选择放弃通过第三方平台购买处方药。

（二）互联网医院端的管理。

（1）《互联网诊疗监管细则（试行）》第十九条“医疗机构开展互联网诊疗过程中所产生的电子病历信息，应当与依托的实体医疗机构电子病历格式一致、系统共享，由依托的实体医疗机构开展线上线下一体化质控”以及第二十二条“医疗机构自行或委托第三方开展药品配送的，相关协议、处方流转信息应当可追溯，并向省级监管



平台开放数据接口”之规定，必将增加互联网医院的运营成本 and 业务复杂度，导致一些医疗管理能力欠缺的第三方平台互联网医院，难以开展业务，甚至可能直接申请注销。除此之外，《药品网络销售监督管理办法》第九条的规定下，只有与第三方平台签订协议的医疗机构才能在第三方平台处方药网络零售过程中提供处方。这必然导致大量互联网医院暂时无法从事上述业务，同时基于国家对第三方平台的监管加强，第三方平台势必会加强对互联网医院的合规管理，部分互联网医院可能将无法满足第三方平台要求，从而得不到签约。

高效、便捷的处方开具是大量患者愿意通过第三方平台购买处方药的重要因素之一，上述政策可能导致第三方平台服务的互联网医院数量减少，进而影响处方的开具。

(2)《互联网诊疗监管细则(试行)》第十三条“医师接诊前需进行实名认证，确保由本人提供诊疗服务。其他人员、人工智能软件等不得冒用、替代医师本人提供诊疗服务。各级卫生健康主管部门应当负责对在该医疗机构开展互联网诊疗的人员进行监管”以及第二十一条“医疗机构开展互联网诊疗活动应当严格遵守《处方管理办法》等规定，加强药品管理。处方应由接诊医师本人开具，严禁使用人工智能等自动生成处方。处方药应当凭医师处方销售、调剂和使用。严禁在处方开具前，向患者提供药品。严禁以商业目的进行统方”之规定，进一步从医生端去规范互联网医院业务的开展。

同时，基于线下实体医院对医生多点执业的限制以及对医师接诊实名认证的规定，导致之前一名医生挂靠多家互联网医院成为虚设，医生线上诊疗的一些“灰色”收入将被斩断。另外医生责任承担方面，也有所责任。以上种种，可能导致互联网医院名义上的医生数量将会逐渐减少，进一步影响线上处方量。

(三) 零售药店端的管理

《药品网络销售监督管理办法》第二章及《药品管理法实施条例(征求意见稿)》第八十二条、第八十四条、第一百五十三条之规定，明确了药

品网络销售者的责任、义务。部分从事药品网络零售业务的药店可能因合规性原因对线上零售业务持慎重态度。

(四) 第三方平台端的管理

根据《药品网络销售监督管理办法》第三章及《药品管理法实施条例》(征求意见稿)第八十三条规定，第三方平台提供者不得直接参与药品网络销售活动，要求药品网络交易第三方平台提供者备案制度，进一步明确了第三方平台提供者的义务，包括但不限于建立并实施药品质量安全、药品信息展示、处方审核、处方药实名购买、药品配送、交易记录保存、不良反应报告、投诉举报管理等制度，为平台规定关于药品展示、交易记录与投诉举报等的信息保存义务等，第三方平台责任加重。

同时，《药品管理法实施条例》(征求意见稿)第八十三条规定，第三方平台提供者不得直接参与药品网络销售活动。虽然《药品网络销售监督管理办法》未进一步明确，但何为直接参与？我们认为从立法目的角度来看，该规定在于保证第三方平台的中立性，第三方平台提供者应为独立的法律主体，提供信息撮合的联结服务，不应开展药品销售活动，从而遏制平台“既当裁判又当运动员”的局面，系延续国家对药品网络零售日益趋严的监管态度。至于第三方平台通过收购或控股/参股线上零售药店后又通过零售药店进行药品网络销售的情况，是否被认定为直接参与药品网络销售活动？这需要国家进一步明确。

综上，在国家对处方药网络零售业务全链条管控的大趋势之下，第三方平台必须加强对全链条的合规管理，且从《药品网络销售监督管理办法》的制定精神来看行政监管者鼓励第三方平台设置自己的内部控制和管理体系，由监管者对这种体系进行监督。因此，第三方平台应进一步落实了第三方平台管理责任，做好风险预判与评估，才能保证在国家系列文件对处方药网络零售业务全链条管控政策的正式实施后合法合规地开展处方药网络零售业务，在此基础上促进业务的发展。



□王志坚/文

王志坚律师，并购交易师和数据合规官，中伦文德医药健康专委会主任、成都所主任。现为国家市监总局、中国网络空间安全协会、四川省市监局、四川省药监督管理局和四川省公安厅食药环侦总队法律顾问、四川省人大常委会立法专家。连续十年被钱伯斯、LEGALBAND评为医药健康领先律师，2020、2021年度LEGALBAND客户首选合规多面手15强。



□康 琪/文

康琪顾问，药学学士、药事管理专业硕士、成都中医药大学在读博士研究生，同时具有执业律师、执业药师和专利代理人资格。先后参与承担国家知识产权局《我国高校院所知识产权转化模式与机制研究》、四川省科技厅重点项目《基于专利质量和专利转化的专利管理实效机制研究》等课题项目的研究。



□罗凯伦/文

罗凯伦律师，滨州医学院预防医学专业医学学士，广西民族大学民商法方向法律硕士。兼有医学、法学双重专业背景，熟悉医疗卫生、药品、医疗器械相关法律法规，具有食品、药品、医疗器械企业及行业监管部门服务经验。曾参与国家市场监管总局2019年度政策研究课题：《保健市场综合治理思路研究》，四川省药品监督管理局2020年度研究课题：《药品类案件有关问题指导意见和自由裁量规则及基准研究》，并在《医药经济报》上发表相关文章。

药物临床试验中受试者健康权侵权的归责研究

摘要：药物临床试验研究是以人体为研究对象的新药研发必不可少的步骤，但由于药物药理、毒理作用的诸多不确定性，受试者的健康权益容易受到损害。《民法典》将健康权作为一项重要的人格权予以保护，同时其首次规定了临床试验专门人格权，进一步加强药物临床试验中受试者健康权的保护，为临床试验侵权追责提供了明确的法律依据。本文在《民法典》视域下，根据药物临床试验研究的性质不同，分析药物临床试验中受试者健康权的侵权归责原则。考虑到药物临

床试验主体的复杂性、行为的多样性等因素，医疗伦理致损采用过错推定原则，非治疗性药物临床试验试验药物致损采用无过错责任，治疗性药物临床试验试验药物致损采用过错责任。

关键词：药物临床试验；受试者；健康权；侵权责任

药物临床试验是指以药品上市注册为目的，为确定药物安全性与有效性在人体开展的药物研究^[1]。药物临床试验作为直接以人体为试验对象的研究，试验药物的疗效与安全性待定，因而受



试者的健康权等人格权益的保障尤为重要。2020年版《药物临床试验质量管理规范》(以下简称GCP)强调受试者的权益和安全是临床试验考虑的首要因素,优于对科学和社会的获益。特别是在我国医药产业进入创新驱动发展的新阶段,在促进药品研发创新,加速药物临床试验审评和审评的背景下,保护受试者权益,严控临床试验风险尤其重要^[2]。但是,近年来在国家鼓励药物创新,药物临床试验数量急速增加之际,药物临床试验侵犯受试者健康权的侵权案件也逐年上升。梳理《药品管理法》《药品注册管理办法》《GCP》等一系列规制药物临床试验行为的法律法规及规范后发现,这些规定主要以行政监管为目的,并不能充分保护受试者以健康权为代表的民事权益。

《民法典》将健康权作为保护的对象,并在第七编专编规制了侵权责任,对一般的侵权行为进行了规制。同时,此次《民法典》在第一千零八条规定,“为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法,需要进行临床试验的,应当依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意,向受试者或者受试者的监护人告知试验目的、用途和可能产生的风险等详细情况,并经其书面同意。”这从私法领域为药物临床试验划定了行为边界,强调弱势受试者的权益,体现对人的价值尊重与终极关怀^[4]。但较为遗憾的是,《民法典》并未对药物临床试验侵权责任归责原则的相关内容予以明确,而药物临床试验侵权责任归责原则的确定是侵权责任研究的重要内容,直接影响后续因果关系的认定、举证责任的承担、赔偿损害方式等诸多方面。有鉴于此,本文透过民法思维,在受试者健康权利本位观念下,研究药物临床试验中的民事侵权责任的归责原则,以期为临床试验受试者健康权保障相关制度的建立提供借鉴与参考。

一、药物临床试验中受试者健康权保护的法律渊源

《民法典》从私法的角度明确自然人享有健康权,自然人的身心健康受法律保护^[5]。《基本医疗卫生与健康促进法》则从公法的角度,强调

国家和社会应当尊重、保护公民的健康权^[6]。但究竟什么是健康权,相关法律及各类规范并未做出界定。1948年《世界卫生组织组织法》将健康认定为^[7],不仅为疾病或羸弱之消除,而系体格,精神与社会之完全健康状态。因此,健康权应是公民享有和应当享有的保持其生理和精神完满的权利^[8],且在受到不法侵害时请求司法保护的一种主张,属于人格权的一种,包括健康维护权和社会适应能力维护权及心理健康维护权。

二、药物临床试验侵犯健康权的归责原则

在药物临床试验过程中,涉及的当事人主体包括:申办者、研究者、受试者。申办者发起的一项临床试验项目,研究者在申办方委托下在医疗机构中执行临床试验方案,受试者在充分知情和自愿的原则下参与试验^[9]。

药物临床试验侵权责任归责原则的确定是侵权责任研究的重要内容,直接影响后续因果关系的认定、举证责任的承担、赔偿损害方式等诸多方面。本文探讨的侵权行为主要是针对药物临床试验的申办方或研究者侵犯受试者的健康权的情况。对于药物临床试验的归责原则该如何选择,学界观点并不统一。程毅等^[9]指出无过错责任是药物临床试验的归责原则,因为其能最大程度地保护受试者权益。周晔等^[10]认为药物临床试验的侵权责任认定中适用过错责任(不包括过错推定原则)。朱炜^[11]认为无过错责任过于激进,不能适应利益关系复杂的人体医学试验活动的侵权案件,而过错责任过于保守,丧失了公平保护受试者的作用,唯有过错推定才是人体医学试验侵权责任的最优之选。考虑到药物临床试验主体的复杂性、行为的多样性等因素,笔者认为,药物临床试验侵权责任归责原则应当依据临床试验药物致损和医疗伦理行为致损的不同损害责任类型,在充分考虑是否是治疗性药物临床试验的基础上,分别适用过错推定原则、过错原则和无过错原则。

(一) 医疗伦理致损: 过错推定原则

药物临床试验中医疗伦理致损包括违反知情同意,违反GCP管理规范等内容,该类损害

责任应当借鉴法国医疗伦理过错的概念^[8]，适用《民法典》第一千一百六十五条第二款和第一千二百一十八条规定过错推定原则。过错推定原则即过失推定，在侵权行为上受害人在诉讼中，能证明违法行为与损害事实之间的因果关系的情况下，如果行为人不能证明损害的发生自己无过错，那么即从损害事实的本身推定被告行为人在致受害者损害的行为中有过错，并为此承担赔偿责任。

药物临床试验中医疗伦理致损适用过错推定原则的原因在于：其一，《民法典》规定了临床试验专门人格权，申办者和研究机构应当向临床试验的受试者告知相关信息，尤其是该临床试验可能产生的风险的详细情况。对于该项法定义务，申办者和研究机构有责任提供证据证明，通常可以通过提交“知情同意书”予以证明。其二，即使临床试验申办者和研究机构向受试者提供了“知情同意书”，但是也存在“知情同意书”内容未完全包含该临床试验可能产生的潜在风险。在临床试验过程中，若受试者的健康权被侵害时有证据证明其被侵权内容为“知情同意书”上未载明的内容，且此风险在临床试验申办者或研究机构在前期试验过程中有理由发现而未列入“知情同意书”中的，可推定申办者或研究机构存在过错。其三，受试者如果证明申办者或研究机构违反告知等义务，按照过错推定原则，可以推定申办者或研究机构存在过错。因此，药物临床试验中医疗伦理致损采用过错推定原则是客观的，并非是增加申办者和研究机构的举证负担，且一定程度还能规范申办者和研究机构在进行临床试验过程中的严谨性，不违反公平原则。

（二）临床试验药物致损：分别适用无过错责任和过错责任

临床试验药物导致侵犯受试者健康权时归责原则的确定，应参考《赫尔辛基宣言》对于药物临床试验的分类方式。根据《药品注册管理办法》药物临床试验分为I期临床试验、II期临床试验、III期临床试验、IV期临床试验以及生物等效性试验。IV期临床试验为新药上市后由申请人进行的应用研究试验，主要内容涉及考察在广泛使

用条件下的新药用药疗效和安全性，并评价在普通或者特殊人群中使用的效益与风险关系以及是否需要改进给药剂量等内容；生物等效性试验是基于生物利用度进行的研究，主要与仿制药相关。因此，本文所讨论的新药研发阶段的药物临床试验主要包括I期临床试验、II期临床试验和III期临床试验。I期临床试验^[13]是初步的临床药理学及人体安全性评价试验，受试者是健康志愿者，应属于《赫尔辛基宣言》非治疗性药物试验的范畴。II期与III期临床试验^[13]均是为了评价药物对目标适应症患者的治疗作用和安全性。因此，II期与III期临床试验属于治疗性药物试验。从事非治疗性药物试验和治疗性临床试验的受试者的利益出发点和本身身体健康状况均不同，理应对申办者与研究人员的主观过错要求不同。

1. 非治疗性药物临床试验试验药物致损的无过错责任

无过错责任原则是依照法律规定不以行为人的主观过错作为侵权行为的必需条件，即不考虑行为人是否有过错都需对损害后果承担责任的归责原则。《民法典》中将无过错责任界定为“行为人造成他人民事权益损害，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定”。

I期非治疗性药物试验的受试主体是身体健康的自愿者，此类受试主体除了获取少许的经济利益外更多的是为了医疗科学的进步而参加药物临床试验。因此，非治疗性药物临床试验试验药物致损采用无过错责任原则，以使受试主体的权益得到充分的保护。采用无过错责任原则时，受试者无需举证申办者和研究人员的过错或过失，只需要具备违法行为、身体健康损害和损害与违法行为之间存在因果关系三个要件，即构成侵权责任。所以在非治疗性药物试验中，适用无过错责任原则更有利于保护受试主体的合法权益，防止申办者和研究人员利用其自身的优势而规避其本应承担的责任，从而更全面的维护受试主体的利益免遭侵害。

2. 治疗性药物临床试验试验药物致损的过错责任

过错责任是《民法典》中侵权责任划分的主要原则。过错责任，也叫过失责任原则，它是以



行为人主观上的过错为承担民事责任的基本条件的认定责任的准则。按过错责任原则, 行为人仅在有过错的情况下, 才承担民事责任, 若没有过错, 就不承担民事责任。治疗性药物临床试验药物致损的归责, 应当适用过错原则确定侵权责任。因为, II 期和 III 期治疗性临床试验的受试主体是患目标适应症的患者, 此类受试主体更多的为了自身疾病的治愈等自身利益而参与临床试验。据此, 在治疗性药物临床试验中因试验药物导致受试者健康权受损, 申办者和研究机构确定承担侵权责任的, 应当具备侵权责任的一般构成要件, 即侵权行为, 主观过错或过失, 损害事实和因果关系。在举证责任上, 实行“谁主张, 谁举证”, 受试者应当承担举证责任。但是在具备《民法典》第一千二百二十二条所列举的违法法律法规、隐匿或修改病例等情况, 受试者在药物临床试验中受到损害, 推定研究机构有过错。

三、小结

与基础实验研究不同, 药物临床试验的试验对象为人, 临床试验的基本特征为试验和观察的对象首先都是人, 因此若在临床试验过程中出现受试者身体、心理健康遭受侵害时就难免会涉及伦理和法律问题。众所周知, 药物临床试验作为新药注册研究和申报的重要部分, 新版《药品注册管理办法》对关于药物临床试验的要求进行了专门规定, 其附件也对不同类型药物的临床试验做出了具体要求, 但这些规定主要以行政监督和行政规范为目的, 在受试者健康权等民事权益保障方面是存在局限的。《民法典》对一般侵权行为及药物临床试验行为的规制, 打破了民法基本价值理念与药物临床试验行政管理之间的鸿沟, 确保科学向善, 维护了弱势受试者生命权和健康权等基本民事权益。但较为遗憾的是《民法典》并未对药物临床试验侵权责任归责原则的相关内容予以明确。

基于上述, 本文透过民法思维, 在受试者健康权利本位观念下, 根据药物临床试验研究的性质不同, 分析药物临床试验中的侵权受试者健康权的归责原则, 在全面权衡药物临床试验的申办方或研究者以及受试者双边权益的基础上, 将在

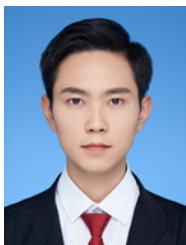
临床试验过程中出现侵害受试者健康权的情况进行分类处理。首先, 针对医疗伦理致损采取过错推定原则, 即若在药物临床试验中临床试验申办方或者研究者违反知情同意, 违反 GCP 管理规范等内容的, 有证据证明行为人存在过错的情况下, 应当对行为人, 即临床试验申办方或研究者应当为其过错承担赔偿责任。其次, 对于受试者是健康志愿者的 I 期临床试验, 受试者除了少许的经济补贴本身就是为医药科研做贡献, 因此只要临床试验申办方或者研究者存在侵权行为, 无论是否存在过错均需要承担赔偿责任。最后, 作为药物治疗性临床试验的药物 II 期和 III 期临床试验, 参与临床试验的受试者主要是患者, 如前述所说, 此类受试主体亦是为了自身利益参与的临床试验。因此, 若在这种情况下受试者的健康权益受到了损害, 而有证据证明临床试验申办方或研究者存在主观过错或过失的, 临床试验申办方或研究者需要为此承担赔偿责任。

注释:

- ①参见《药品注册管理办法》第二十条: 本办法所称药物临床试验是指以药品上市注册为目的, 为确定药物安全性与有效性在人体开展的药物研究。
- ②参见《民法典》第一千零八条: 为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法, 需要进行临床试验的, 应当依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意, 向受试者或者受试者的监护人告知试验目的、用途和可能产生的风险等详细情况, 并经其书面同意。
- ③参见《民法典》第一千零四条: 自然人享有健康权。自然人的身心健康受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的健康权。
- ④参见《基本医疗卫生与健康促进法》第四条: 国家和社会尊重、保护公民的健康权。

参考文献:

- [1] 国家市场监督管理总局令. 药品注册管理办法 (2020 年 1 月 22 日国家市场监督管理总局令第 27 号公布) [EB/OL]. [2020-03-30]. <https://www.nmpa.gov.cn/directory/web/nmpa/xxgk/xgkj/bmgzh/20200330180501220.html>
- [2] 周吉银. 2020 年版《药物临床试验质量管理规范》研究者和申办者保护受试者的要求 [J]. 中国医学伦理学, 2021, 34 (02): 205-210.
- [3] 吕翎. 民法典: 治理医疗科研确保科技向善 [N]. 2020-07-20 (15).
- [4] 世界卫生组织. 世界卫生组织组织法 [EB/OL]. (1946-07-22) [2021-4-09]. <https://www.who.int/zh/about/who-we-are/constitution>.
- [5] 全国人民代表大会. 民法典 (2020 年 5 月 28 日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过) [EB/OL]. [2020-06-02]. <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml>
- [6] 全国人民代表大会常务委员会. 基本医疗卫生与健康促进法 (2019 年 12 月 28 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过) [2019-12-28]. http://www.gov.cn/xinwen/2019-12/29/content_5464861.htm
- [7] 李继红, 刘福全. 临床科研项目受试者权益保护策略初探 [J]. 中国医学伦理学, 2019, 32 (02): 67-71.
- [8] 医院药物临床试验受试者权益保护及对策 [J]. 中国医学伦理学, 2019, 32 (01): 57-60.
- [9] 周晔. 宋民宪. 药物临床试验中侵权责任的规则原则探析 [J]. 中药与临床, 2014 (5): 34-45.
- [10] 朱炜. 我国人体医学试验的法律调控 [D]. 苏州: 苏州大学, 2010.
- [11] 杨立新. 医疗损害责任研究 [M]. 法律出版社, 2009: 67.
- [12] 孟锐. 药事管理学 (第 4 版) [M]. 科学出版社, 2016: 158.



□ 何 滔/文

何滔律师，理学与法学双学位。有为政府及其工作部门提供法律服务的工作经历，在相关法律领域积累了较为深厚的理论功底和较为丰富的实践经验。现专职从事于食品、药品、化妆品、医疗器械领域及政府法律服务。



□ 穆 佳/文

穆佳律师，研究生毕业于四川省社会科学院经济法专业。拥有证券从业资格、基金从业资格。有较为丰富的生物医药、大健康领域投资、收并购业务，私募基金产品端募投管退全流程法律及风控事务经验。主办了多个生物医药研发、生产企业的股权投资和收并购项目。

医疗器械企业科创板第五套上市标准解读

一、出台背景与意义

2018年4月，香港联交所修订主板上市规则，新增第18A章《生物科技公司》，允许未有收入、未有利润的生物科技企业提交上市申请，含核心产品为医疗器材（包括诊断器材）的生物科技企业。自此，香港联交所不仅是中国生物科技企业的上市首选地，也成为全球生物科技企业上市热门地。截止至2021年12月31日，已有48家生物科技企业在港上市，其中有13家以上为医疗器械企业。对A股市场而言，针对医疗器械企业的相关细化上市规则尚处于空白状态。

2020年12月31日，上海证券交易所（以下简称“上交所”）发布《上海证券交易所科创板股票上市规则（2020年12月修订）》（以下简称“科创板第五套上市标准”），其第2.1.2条对申请在科创板上市企业的市值及财务指标进行了详细规定。其中，第（五）项市值及财务指标为“预计市值不低于人民币40亿元，主要业务或产品需经国家有关部门批准，市场空间大，目前已取得阶段性成果。医药行业企业需至少有一项核心产品获准开展二期临床试验，其他符合科创板定位的企业需具备明显的技术优势并满足相应条件”。

但是，该项指标主要适用于医药行业企业，对医疗器械企业而言，仍尚无具体可适用的申报操作细则，这无疑给医疗器械企业申报和监管审核带来了一定的阻碍。截至2021年12月31日，适用科创板第五套上市标准过会的企业共17家，成功过会16家，均为创新药企业。2022年3月31日，上海微创电生理医疗科技股份有限公司成功过会，成为唯一一家适用科创板第五套上市标准的医疗器械企业。出台针对医疗器械企业的科创板第五套上市标准已迫在眉睫。

在此背景下，为了规范医疗器械企业适用科创板第五套上市标准，支持尚未形成一定收入规模的硬科技医疗器械企业在科创板发行上市，鼓励医疗器械企业开展关键核心技术产品研发创新，上交所于2022年6月10日针对医疗器械企业发布了《上海证券交易所科创板发行上市审核规则适用指引第7号——医疗器械企业适用第五套上市标准》（以下简称“医疗器械企业科创板第五套上市标准”）。医疗器械企业科创板第五套上市标准细化并明确了创新医疗器械企业适用科创板第五套上市标准的情形并提供详细的指导意见，支持尚未形成一定收入规模的“硬科技”医疗器械企业在科创板发行上市，将对整个医疗器械行业带来巨大的促进作用。

二、详细解读

医疗器械企业科创板第五套上市标准明确了创新医疗器械企业在科创板根据科创板第五套上市标准申报上市在核心技术产品范围、阶段性成果、技术优势、持续经营能力、市场空间、信息披露等方面更为细化的要求。

（一）关于核心技术产品范围。发行人的核心技术产品应当属于国家医疗器械科技创新战略和相关产业政策鼓励支持的范畴，主要包括先进的检验检测、诊断、治疗、监护、生命支持、中医诊疗、植入介入、健康康复设备产品及其关键零部件、元器件、配套件和基础材料等。

发行人应关注是否满足以下一项或者多项：发行人的核心技术产品是否入选《创新医疗器械产品目录（2018）》；是否属于国家药监局批准的创新医疗器械产品，是否属于《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》专栏四（制造业核心竞争力提升）07（高端医疗装备和创新药）所述有突破腔镜手

术机器人、体外膜肺氧合机等核心技术，研制高端影像、放射治疗等大型医疗设备及关键零部件。发展脑起搏器、全降解血管支架等植入介入产品，推动康复辅助器具提质升级所涉产品，是否属于《医疗装备产业发展规划（2021-2025年）》重点发展领域：（一）诊断检验装备；（二）治疗装备；（三）监护与生命支持装备；（四）中医诊疗装备；（五）妇幼健康装备；（六）保健康复装备；（七）有源植入器械，是否符合《“十四五”国家临床专科能力建设规划》要求等范畴。

（二）关于阶段性成果。发行人的核心技术产品研发应当取得阶段性成果，至少有一项核心技术产品已按照医疗器械相关法律法规要求完成产品检验和临床评价且结果满足要求，或已满足申报医疗器械注册的其他要求，不存在影响产品申报注册和注册上市的重大不利事项。

根据《医疗器械监督管理条例》《医疗器械注册与备案管理办法》的规定，申请人应当在完成支持医疗器械注册的安全性、有效性研究，做好接受质量管理体系核查的准备后，提出医疗器



械注册申请。而关于创新医疗器械企业阶段性成果的具体要求，核心技术产品即使未取得医疗器械注册证也可申报上市，但需符合医疗器械注册的基本要求（如相应资料要求见《关于公布医疗器械注册申报资料要求和批准证明文件格式的公告》之附件“5. 医疗器械注册申报资料要求及说明”），不应存在影响取证的重大不利事项。发行人可通过关注企业创新核心技术产品进入创新医疗器械审批程序数量及相关情况、注册证与备案证数量及相关情况、创新医疗器械产品上市数量及相关情况、创新医疗器械拟上市产品非临床研究、临床试验相关情况（应不存在影响取证的重大不利事项，如临床试验期间出现严重不良事件等）等。

（三）关于主要业务或产品市场空间大的标准。发行人应当结合核心技术产品的创新性、研发进度、与已上市或在研竞品的优劣势比较、临床需求和细分行业的市场格局、影响产品销售的有关因素等，审慎预测并披露是否满足主要业务或产品市场空间大的标准，相关预测应当充分、客观，具有合理的依据。

发行人需详细论证其主营业务所处行业市场空间非常大，替代空间非常大以及能够持续增加市场份额。但若发行人主要产品已上市较久但未实现较高收入，应说明原因并非产品本身所致。对于发展前景，发行人可根据第三方行业分析机构出具的行业分析报告（应客观、真实、完整描绘相关行业市场规模测算的具体方法与过程、参数选取以及数据来源），可参考发行人可比上市公司披露的同行业分析报告，以及各证券交易所等机构关于市场份额预测等进行说明满足上述情况。

（四）关于明显的技术优势。发行人应当具备明显的技术优势。发行人应当结合核心技术与核心产品的对应关系，核心技术获取方式，核心技术形成情况，核心技术先进性衡量指标，与境内外竞争对手比较情况，技术储备和持续研发能力，创业团队和核心技术人员学历背景、研发成果、加入发行人的时间、是否具有稳定性预期等

方面，披露是否具备明显的技术优势。

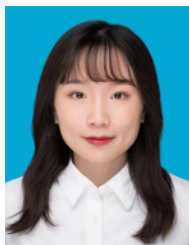
发行人需详细说明发行人具备明显的技术优势，正在或者有能力进一步占据市场份额。首先对于核心技术与核心产品的对应关系，发行人的核心产品应当体现出核心技术，核心技术应体现出技术的先进性，核心技术是核心产品的核心、关键因素。**可从**发行人主营业务收入来源、产品核心原材料采购与工艺外协情况、与竞品（包括在研与拟上市）技术指标对比情况、与同行业竞争对手进入创新医疗器械特别审批程序、竞品知识产权质量与数量、相关创新医疗器械产品经费投入等情况（如进入创新医疗器械特别审批程序的项目数量对比等）、创业团队和核心技术人员相关情况出发进行详细说明论证。

（五）关于持续经营能力。发行人应当不存在核心技术产品研发失败、主要业务或产品商业化生产销售预期明显不足等可能对企业持续经营能力产生重大不利影响的事项。

发行人可从主要在研产品项目相关情况，以及竞品相关情况（包括上市与在研竞品的数量、创新点与技术优势等）以及可参照《上海证券交易所科创板股票发行上市审核问答（二）》中列举的其他情形说明不存在影响企业持续经营能力产生重大不利影响的事项。若存在在研产品研发中的不利情况，应有原因分析与解决方法。

除上述几项具体标准之外，医疗器械企业科创板第五套上市标准还提出发行人的信息披露要求以及保荐机构、证券服务机构核查要求。发行人应当客观、准确披露研发的核心技术产品及其先进性、研发进展及其阶段性成果、审批注册情况、预计市场空间、未来生产销售的商业化安排等信息，并充分揭示可能面临的研发失败、未能如期获得注册、产品销售达不到预期等风险因素。

可以预见，医疗器械企业科创板第五套上市标准的出台将极大地增加医疗器械企业在科创板上市的积极性，标准的明确和细化将促使更多的医疗器械企业选择在科创板上市，这必将进一步促进多层次资本市场的健康发展。



□李玲蕊/文

李玲蕊律师，四川大学华西药学院天然药物化学硕士。有药理学、法学双重专业学习背景。有药企创新药立项、BD经验，擅长医药领域license in / license out交易模式、专利申请及专利权纠纷等知识产权相关工作。服务领域集中在医药研发生产企业合规制度建设、知识产权法律服务工作等。

药品 License 交易的主要条款和法律风险点研究

摘要：随着中国医药政策的改革，创新成为主旋律，国内创新药研发能力快速提升，药品 license 交易成为近年来制药领域非常流行的交易模式。其实质上就是技术许可交易，即把技术相关权利通过合同的方式，给到交易对方的一种模式。本文首先对药品 license 许可交易中常见交易架构进行分析；其次，对药品 license 许可交易中技术许可合同的主要条款法律风险点进行梳理；最后提出针对以上两点，在交易时应切实和全盘考虑交易的商业模式和诉求，并做好双方权利义务的分。

关键词：License 交易；交易架构设计；支付对价；知识产权；争议解决

近年来，随着生物医药创新企业崛起，市场不断开放，国内创新药企研发能力提升，国内外药企间 license 交易已逐渐迈入常态化，药品技术交易和合作开发是生物医药企业转型升级的重要途径。药品 License 交易系药品引进方通过向产品授权方支付一定首付款，并约定后续的里程碑款项及未来的销售提成，从而获得在某些特定国家地区的研发、生产和销售的商业化权利。其根据引入方向不同可分为 license in 和 license out。国内 license in 模式发展迅速，以再鼎医药、云顶新耀、百济神州等一系列创新药企为代表。

随着国家一系列鼓励药品创新相关政策的发布，国内创新药企研发能力逐步提高，license out 的交易数量也有所增长。根据医药魔方数据库^[1]，2022 年上半年共发生了 57 起创新药 license in 交易。其中 28 起交易的转让方是中国企业，15 起是美国企业，其他还包括瑞典、韩国、英国等地的企业，交易集中在 AI 制药产业、新冠及肿瘤领域。达成 license out 交易共 28 起，包括 20 项创新药 / 新技术交易项目，4 个生物类似药项目及 4 个仿制药 / 改良型新药项目。20 个 license out 创新药合作 / 授权项目交易总金额累计达 56.7 亿美元，其中首付款合计 2.08 亿美元，里程碑付款合计 54.6 亿美元，交易重点仍集中在肿瘤领域。由此可见 License 交易具有周期长、金额大、涉及权利义务关系复杂的特点，其面临的法律风险点较多，因此本文将对此展开研究。

1. 药品 license 许可交易常见架构设计

药品 license 许可交易常见的交易架构有协议合作模式、股权合作模式和协议合作与股权合作的综合模式。

1.1 协议合作模式：由交易双方直接签署技术许可协议，并对各方的权利义务、药品上市后的利润分配等进行约定；此种交易模式直接简单，由许可方直接向被许可方转让知识产权等研发技

术及药物候选物相关的数据、技术材料，并由此获得被许可方向其支付的许可交易的许可款项。此种交易模式常见于药物临床前开发阶段，此时拟开发药物已获得了较好的体内体外数据，且靶点新颖，机制明确，被许可方通过交易获得药物后期或临床批件可能性大。通过此类技术许可，被许可方可快速进入药品的某个细分领域。以新冠口服药为例，近日翰森制药与北京华益健康药物研究中心订立了独家许可与合作开发协议^[2]，翰森制药将获得 GDI-4405（口服小分子 3-CL 蛋白酶抑制剂）在全球临床开发、生产和商业化的独家权利，并将支付人民币 1,200 万元首付款，最多人民币 16.80 亿元的开发、注册及基于销售的分级特许权使用费。通过此次协议合作模式的 license 许可交易，翰森制药可快速布局新冠口服药市场。

1.2 股权合作模式：在该种模式下，许可方与被许可方通过在各自法律实体层面相互持股的方式，或者共同成立合资公司的形式，间接达到对标的产品的合作。通过该种模式，许可方和被许可方可实现对各自多个标的产品的全方位的合作，这种模式大多适用于综合实力相当，又在某些领域有相互补充作用的许可方与被许可方之间，选择此种交易模式可拓宽交易双方的管线布局，为后期管线中同系列药物开发打下基础。

1.3 协议合作与股权合作的综合模式：该种模式兼具协议合作和股权合作的优缺点。通常是双方相互持股，或者为某个或某些产品合资设立一个公司实体，然后许可方将其标的产品许可给合资公司进行进一步的研发、生产及商业化。在该种模式下，许可方和被许可方的权利义务的分配会通过授权许可交易协议以及合资公司层面的股东协议 / 合资协议的两种途径来实现。该种模式可快速孵化一家创新药企，并在短时间内获得融资，国内创新药企之间常选择此模式进行技术许可交易。据报道，2020 年 8 月，君实生物与英派药业达成战略合作协议成立主要从事 PARP 抑制剂小分子抗肿瘤药物的研发和商业化合资公司^[3]。根据双方合作协议，君实生物将以现金形式向合资公司注资总计不超过 3 亿元人民币，

英派药业将注入资产 PARP 抑制剂 Senaparib (IMP4297) 的合资区域内（中国内地及香港、澳门特别行政区）的权益，君实生物和英派药业将分别拥有合资公司的 50% 股权。双方将合作进行 IMP4297 项目在合资区域内的多种适应症的临床试验、生产、商业化准备等。

2. 药品 license 许可交易中技术许可合同的主要条款

以下将对药品 license 许可交易中许可技术 / 产品性质定义及许可范围、支付对价、知识产权、审计、上市许可（MAH）、供应与生产、争议解决、税务、合规、违约条款等。 本文将对许可技术 / 产品性质定义及许可范围、支付对价、知识产权及争议解决条款的法律风险点进行分析。

2.1 许可技术 / 产品性质定义及许可范围

无论是 licensor（许可方）或 licensee（被许可方）在签订协议时都首先需要明确技术许可的产品 / 技术的性质，包括但不限于对药物类别、药品研究阶段、适应症范围等。其次，双方在许可协议中还应明确许可交易各阶段双方的权利义务。研发阶段：一般情况下被许可方在许可区域内的研发活动承担主要责任，但被许可方也可以要求许可方提供一定的人员和技术的支持。尤其是在技术、材料和数据转移阶段，许可方的人员和技术支持必不可少。医药研发投入经费大且回报不定，因此对于被许可方来说需注意的是研发数据的可重复性及临床阶段的方案设计，特别是当药物进入临床阶段后，其方案设计是依赖于临床前获得的动物数据、同类药物调研数据以及适应症标准治疗方案等。生产阶段：对于实验性药品的供应一般会继续由许可方负责。而对于药品获批后商业化阶段的生产，如果被许可方具有相当的药品生产场地和能力，且被许可方所获得的许可区域所产生的商业化利润可能会占标的产品整个全球化商业利润绝大部分的情况下，被许可方可尝试要求主导药品的商业化生产。商业化阶段：在该阶段，许可方与被许可方核心关切点主要在于标的产品商业化的商标归属以及许可费用中的销售提成部分的确定。对于标的产品的商标，

以及该商标上所产生的商誉的增值，许可方一般都会坚持归其所有，被许可方可借此要求对许可费用进行一些调减。

2.2 支付对价条款

支付对价一般包括：入门费（Upfront Payment）：即 license 项目合同签署后短时间内的特定日期或许可方交付全部技术资料和数据后，由被许可方一次性支付一笔款项；里程碑费用（Milestone Payments）：里程碑费用是达到一系列合同约定条件后，被许可方向许可方支付的一系列款项。里程碑费用又分为研发里程碑费用（Development Milestone Payments）和商业里程碑费用（Commercial Milestone Payments）：研发里程碑费用：指与药品研发、注册相关的里程碑费用。由于许可产品在境内可能需要重新进行临床试验，根据药品注册步骤，双方会设定特定节点，如获得 IND 批件（临床 I、II 或 III 期）、提出药品注册申请获得药品上市许可等，支付特

定金额的里程碑费用。商业里程碑费用：这系列费用的支付条件一般与药品的销售情况挂钩，比如约定当药品在一个财年的净销售额达到某些特定金额时，被许可方向许可方支付一笔费用；或当药品历年的净销售总额达到某些特定金额时支付。销售分成：许可方要从许可产品实际销售业绩中进行提成，分享收益。针对许可方来说，此处需特别注意约定的销售额应为净销售额，即扣除折扣及一些手续费用后的销售额。

2.3 知识产权

根据知识产权许可授权的范围不同，可以分为独占许可、排他许可和普通许可。其中，独占许可指在约定的时间、地域内，知识产权只能由被许可人一人按照约定的方式使用，知识产权人本人依约定不能使用，也不得再许可给他人使用；排他许可指在约定时间、地域内，被许可人可以按照约定的方式使用知识产权，知识产权人本人也可以使用但是不能够再另行许可给他人使用；



普通许可指在约定的时间、地域内，不仅被许可人可以按照约定的方式使用知识产权，知识产权人自己也可以使用，还可以继续许可给其他人使用。知识产权条款为 License 交易中最为核心的条款。专利情况的分析包括但不限于：专利申请时间；进入国家情况；专利族情况；是否申请了用途、晶型专利等。对于已授权专利，需确认许可方在拟许可区域是否为经登记的有效专利的专利权人，即究竟是许可人所有、与他人共有还是第三方所有的问题；对于申请中专利，需确认：许可方的取得方式（自行研发、委托 / 受托研发、合作开发等），对于共有的技术和专利，共有各方就其中一方对外许可是否有特别约定；权属形成情况（时间线，所依据的资金、设备及物质技术条件等）；与第三方关系（是否就该技术有可主张权属和收益的其他方，是否包含第三方的权利，是否需要第三方额外授予许可），如果相关专利和技术是委托第三方研发的，是否书面约定了委托开发的技术和专利归属于许可人，保密及其他或有限制；许可方对于主力研发专利或技术的雇员，是否有相应的奖励制度、劳动合同相关条款是否完备等。笔者建议在前期 BD 尽职调查时即对该专利进行 FTO 分析，避免可能会遇到专利侵权纠纷的风险，如果被权利人起诉并被法院判定侵权成立的话，往往会面临着高额的赔偿。

2.4 争议解决

License 交易中往往会设立一个内部决策机构，被称作是联合指导委员会（Joint Steering Committee），其存在的意义是为了解决许可方和被许可方在后续医药研发合作中的重大事项的决策，以及对可能产生争议的解决。性质类似于合资公司中的董事会，由许可方和被许可方各委托一定数量的代表（一般为双方核心研发人员），

其职权一般设定为对影响医药研发重大事项进行决策。联合指导委员会的会议召开时间、地点及频率、表决机制以及发生僵局后的解决机制，都需要双方在许可协议中进行明确的约定。联合委员会有时还会下设联合研发委员会、联合临床开发小组委员会、联合商业化委员会等分支委员会，以决定医药研发、生产和商业化过程中的重大问题以及与之相关的争议解决。

3. 对策与建议

本文探讨了药品 license 交易中常见的交易架构及合同条款的法律风险点。交易架构包括协议合作模式、股权合作模式和协议合作与股权合作的综合模式，选择交易架构时应以企业战略规划为据并做好前期尽职调查；法律风险点包括许可技术 / 产品性质定义及许可范围、支付对价、知识产权及争议解决条款，在与交易对方谈判时应注意以上条款所包含的法律风险点，且应就协议的拟定咨询律师意见。

总体而言，药品许可协议中的与上述事项相关的条款，既要切实和全盘考虑交易的商业模式和诉求，又要注重细节、精准划分双方的权利、责任和义务，这样才能使交易顺利展开推进并使双方获益，在最大限度上避免纠纷的产生。

参考文献

- [1] 2022 年上半年创新药 license-in 交易盘点，医药魔方 info，[EB/OL]，https://mp.weixin.qq.com/s?src=11×tamp=1661761493&ver=4011&signature=xL17uM5CxdJiSF0lr-WUdMY8ks-WRTkvsWYqT*QRjilUw6qTAFpIPt9ljzE5HKF4PeBmGTCKYeom6xN5n10Ri4DL5Ku-FBXaN-Zdlt-qHzktyOWV0mwJ3QVWsZ4&new=1
- [2] 最高 16.8 亿元 翰森制药入局新冠口服药，《福布斯》官方帐号，[EB/OL]，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1741928533448613750&wfr=spider&for=pc>
- [3] 企讯 君实生物与英派药业宣布将成立合资公司共同开发 PARP 抑制剂抗肿瘤药物，新药创始人俱乐部，[EB/OL]，http://www.ndfdub.com/news_view.aspx?nid=2&typeid=179&id=1088



游梵净山

陈 文/文

山高千尺触云天
索道一牵万米连
云间山腰玉带束
台阶八千绕山环
花红叶绿群峰忙
蘑菇飞石卧山岗
千层书岩峰顶叠
万米卧佛天边歇
弥勒释迦佛缘显
黛瓦红墙寺飞来
碧空缭绕梵音沁
万千绿峰筑沟壑
红云金顶拔万丈
老金更是冲云霄
奇峰异彩世罕见
此景仅藏梵净山
而今吾辈临苍海
只叹盘古劈地玄

事务所快讯

▲ 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

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。整场活动介绍了在RCEP 及日本投资机会、企业对日投资基本流程及主要成本、赴日签证/居留许可类型及选择、境外投资外汇管理政策等四个领域的相关内容，并就与对日投资相关的话题与日本软银集团中国法律顾问杨得洲先生进行在线访谈交流。

▲ 李政明高级合伙人律师团队助力某私募基金管理人完成重大事项变更

中伦文德李政明律师团队作为某私募基金管理人重大事项变更的法律顾问，出具的专项法律意见书于2022年5月底通过中国证券投资基金业协会（下称“中基协”）审核，成功助力私募基金管理人完成重大事项变更。

李政明高级合伙人律师及其带领的项目组成员，在项目过程中提供了专业、及时、周全的法律服务；包括但不限于：协助基金管理人按照法律法规及相关合同约定，对外披露信息，起草、修改准备重大事项变更申报的相关材料，及进行系统申报等。

▲ 中伦文德（西安）律师事务所助力延安中果农业科技股份有限公司在陕西股权交易中心交易板挂牌转让

2022年5月31日，在中伦文德（西安）律师事务所的助力下，延安中果农业科技股份有限公司在陕西股权交易中心交易板挂牌转让成功，中伦文德（西安）律师事务所向延安中果农业科技股份有限公司表示祝贺，同时也希望能为其他企业提供更多专业法律服务。

▲ 中伦文德多位合伙人受聘为天津仲裁委员会成员

近日，天津仲裁委员会公布了“天津仲裁委员会2022年度仲裁员聘任名单”，中伦文德高级合伙人李政明律师、高级合伙人黎学宁律师，中伦文德天津分所高级合伙人袁伟明律师、高级合伙人娄爽律师受聘为天津仲裁委员会仲裁员，聘期三年，自2022年6月1日起至2025年5月31日止。

▲ 中伦文德助力深圳市人才安居集团成功发行10亿元公司债券

2022年6月1日，深圳市人才安居集团有限公司（以下简称“人才安居集团”）2022年面向专业投资者公开发行公司债券（第一期）成功发行，发行规模为10亿元，期限为3年，票面年利率2.88%，主体评级AAA，债项评级AAA，主承销商为国信证券股份有限公司、中信证券股份有限公司、中信建投证券股份有限公司、中国国际金融股份有限公司。

▲ 天津仲裁委员会仲裁员聘任名单正式发布—中伦文德天津律师事务所肖青、袁伟明、娄爽律师和杨海静顾问受聘担任仲裁员

近日，天津仲裁委员会发布公告，公布天津仲裁委员会2022年度仲裁员聘任名单。中伦文德天津律师事务所

所创始合伙人肖青律师、高级合伙人袁伟明律师、高级合伙人娄爽律师、高级顾问杨海静博士被聘任为天津仲裁委员会仲裁员，聘期三年，其中肖青律师、杨海静顾问已多次被聘为天津仲裁委员会仲裁员

▲ 北京市中伦文德济南律师事务所执行主任付春律师受邀参加山东广播电视台乡村广播《乡村法治带头人》栏目

2022年6月9日，北京市中伦文德济南律师事务所执行主任付春律师受邀参加《山东广播电视台乡村广播大型融媒体节目—乡村法治带头人》栏目，本栏目由中共山东省委全面依法治省委员会办公室、山东省司法厅、山东省农业农村厅、山东省乡村振兴局、山东广播电视台主办。

▲ 纳斯达克 SPAC 实务讲座成功举办

2022年6月10日，由北京市中伦文德（西安）律师事务所举办的SPAC主题分享会圆满结束。本次分享会特别邀请了香港上市公司中环控股集团有限公司（股票代码：1735）首席法务官秦宁先生，作为主讲嘉宾进行内容分享，本所律师参加了此次分享会。

▲ 中伦文德（南昌）律师事务所成功中标《江西省反不正当竞争条例（修订）》立法工作服务项目

2022年6月14日，北京市中伦文德（南昌）律师事务所与江西省市场监督管理局正式签订项目合同书。接下来，我所全体项目组成员将以现行《反不正当竞争法》等有关法律、法规为基础，同时适应机构改革后江西省反不正当竞争执法工作的新需求，坚决贯彻落实党中央、国务院和江西省委、省政府决策部署，遵循“促进社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，优化营商环境”的立法目的，为《江西省反不正当竞争条例》修订工作提供全程法律技术服务。

▲ 中伦文德合伙人赵冰凌律师受聘为北京市市场监督管理局反垄断专家库成员

2022年6月15日，北京市市场监督管理局官网发布《北京市市场监督管理局关于反垄断专家名单的公告》，北京市中伦文德律师事务所合伙人赵冰凌律师成功受聘为北京市市场监督管理局反垄断专家库成员，聘期3年。

▲ 中伦文德助力深圳市人才安居集团成功发行2022年度第四期超短期融资券

2022年6月15日，深圳市人才安居集团有限公司成功发行2022年度第四期超短期融资券，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。

▲ 诚挚祝贺杨振武律师加入中伦文德上海分所并担任合伙人

2022年7月，中伦文德上海分所迎来了一位新合伙人，杨振武律师加入了中伦文德上海分所担任合伙人。

▲ 诚挚祝贺曾佳律师加入中伦文德上海分所并担任合伙人

2022年6月，中伦文德上海分所又迎来了一位新合伙人，曾佳律师加入了中伦文德上海分所担任合伙人。

▲ 中伦文德（上海）助力芯擎科技完成近十亿元A轮融资

近日，中伦文德律师事务所上海分所协助湖北芯擎科技有限公司（“芯擎科技”）完成近十亿元A轮融资。继今年3月获得一汽集团的战略投资之后，芯擎科技此



轮融资由红杉资本领投，东软资本、博世旗下博原资本、中芯聚源、嘉御资本、国盛资本、弘卓资本、柏资本、越秀产业基金、工银国际等跟投参与。此轮融资是2022年上半年汽车芯片设计领域在国内最大的单笔融资。

▲ 北京市中伦文德（合肥）律师事务所揭牌暨安徽大学高峰学科建设项目签约仪式成功举办

2022年6月16日北京市中伦文德（合肥）律师事务所（以下简称“中伦文德合肥分所”）揭牌、安徽大学高峰学科建设项目签约、安徽大学法学院实习基地、知识产权创新实践基地揭牌仪式在中伦文德合肥分所成功举办。

▲ 中伦文德助力全市场首单“保障性租赁住房”主体标识公司债券成功发行

2022年6月17日，深圳市人才安居集团有限公司（以下简称“人才安居集团”）2022年面向专业投资者公开发行公司债券（保障性租赁住房）（第二期）成功发行，发行规模为10亿元，期限为3年，票面年利率2.98%，主体评级AAA，债项评级AAA，主承销商为国信证券股份有限公司、中信证券股份有限公司、海通证券股份有限公司、平安证券股份有限公司。本期债券为全市场首单“保障性租赁住房”主体标识公司债券。

▲ 江亮律师再次受邀参加中建五局2022年度法治工作会

2022年6月17日上午，北京中伦文德（合肥）律师事务所合伙人、副主任江亮律师受邀参加中建五局召开的《2022年度法治工作会暨“合规强化年”》启动会，公司党委副书记、总经理陈超平，副总经理、总经济师、总法律顾问（兼）邱决中，分公司领导班子成员、机关相关部门负责人及项目商务负责人等共计80余人参会。会议设一个主会场和两个视频分会场，由公司法律事务部经理赵源旭主持。启动会，对2021年法治工作及合规管理进行了总结，对2022年重点工作、“十四五”法治建设专项规划进行了部署与谋划。

▲ 中伦文德高级合伙人胡高崇律师受邀为ACI作专题法律讲座

2022年6月24日上午，中伦文德律师事务所高级合伙人胡高崇律师受邀为Association of Corporate Investigation（ACI）作劳动专题法律讲座。本次讲座在北京宝辰饭店举行，有多个知名企业的相关人员参加了此次讲座。本次讲座主题为《违纪员工合规调查、商业秘密保护及违规员工争议谈判》。胡高崇律师担任第一部分议题“员工违纪调查及企业危机应对”的主讲人。

▲ 北京市中伦文德济南律师事务所执行主任付春律师受邀参加“山东省乡村振兴普法宣传站”建设启动暨普法宣传培训活动

2022年6月24日，“山东省乡村振兴普法宣传站”济南市平阴县建设启动暨济南市乡村“法治带头人”“法律明白人”宣传培训活动在济南平阴县全福农庄举行。

▲ “凝心聚力·专精致远”2022年中大会暨专业部门设立研讨会圆满落幕

新征程，再出发。回顾过去，一家律所从无到有有靠适者生存，从弱到强靠优胜劣汰，而不断发展壮大靠的是文化底蕴和远见卓识。2022年6月25日，北京市中伦文德（昆明）律师事务所（以下简称“我所”）召开了“凝心聚力·专精致远”2022年中大会暨专业部门设立研讨会，总结成绩、部署工作，表彰先进、鼓舞士气，我所全员汇集一堂，共同出席了本次大会。

▲ 中伦文德权益合伙人孙浩和高建川律师被聘为首批常州市涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员

2022年6月27日，常州市涉案企业合规第三方监督

评估机制管委会发布《关于聘任首批常州市涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员的决定》。经个人申报、行业协会、主管部门推荐、资格审查，全市共遴选律师类专业人员28名。中伦文德常州律师事务所权益合伙人孙浩律师、高建川律师作为律师类专业人员被聘为首批涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员。

▲ 北京中伦文德太原律师事务所成功入围“晋能控股电力集团有限公司”律师事务所备选库

近日，北京中伦文德太原律师事务所成功入围晋能控股电力集团有限公司律师事务所备选库。

▲ 北京中伦文德太原律师事务所成功入选太原中级人民法院破产管理人名单

2022年6月29日，经太原市中级人民法院企业破产案件管理人评审委员会审核评定，发布了纳入太原市中级人民法院破产管理人名单的机构公示，北京中伦文德太原律师事务所成功入选律师事务所管理人名单。

▲ 北京市中伦文德（重庆）律师事务所荣获渝中区“爱国拥军企业”荣誉称号

双拥工作事关经济发展。支持军队、拥护军人、优待军属是政府和社会的共同责任。本所高度重视双拥工作，积极承担社会责任，全力推进军企融合发展。近日，北京市中伦文德（重庆）律师事务所（以下简称本所）荣获渝中区“爱国拥军企业”荣誉称号。

▲ 中伦文德·长沙成功中标2022-2025年度中国能建湖南院法律咨询服务框架项目！

近日，中国能源建设集团湖南院通过公开招标的方式确定了其2022-2025年度法律咨询服务单位。

中伦文德·长沙凭借卓越的业务能力以及资深经验，在多家律所的竞争中脱颖而出，成功中标2022-2025年度中国能建湖南院法律咨询服务项目。本次入库的业务范围包括国内总承包项目全过程法律服务，国内投资并购项目法律服务、国内法律纠纷委托代理服务、国内重大事项法律咨询服务。

▲ 中伦文德助力雄安新区成功发行2022年第二期10亿建设专项债券

河北省人民政府2022年雄安新区建设专项债券（二期）10亿债券公示发行，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。

▲ 中伦文德代理的案件入选北京知识产权法院计算机软件著作权十大案件

北京知识产权法院一审、最高人民法院二审的上海伊尔普信息技术有限公司与国家电投集团财务有限公司计算机软件开发合同纠纷一案于2021年12月27日经二审生效。该案入选北京知识产权法院计算机软件著作权十大案件。

▲ 中伦文德合伙人宋文魁律师受邀担任河北工业大学人文与法律学院兼职教授

近日，北京市中伦文德律师事务所收到聘书，宋文魁律师被河北工业大学人文与法律学院聘为兼职教授，聘期五年。宋律师表示，这份聘书沉甸甸、责任重大，代表了河北工业大学文法学院对自己的厚爱和信任，自己将竭诚努力为学院发展建言献策并提供绵薄之力，不负所托。

▲ 材雄德茂 亨嘉之会 北京中伦文德（合肥）律师事务所新晋多位高级合伙人

近日，北京中伦文德（合肥）律师事务所喜迎四位高级合伙人加盟，四位合伙人在建设工程、金融资本市场、

公司业务、争议解决等领域深耕多年，未来，他们将在彬彬济济的中伦文德舞台谱写人生新篇章。

▲ 诚挚祝贺方梦雅律师加入中伦文德上海分所并担任合伙人

2022年7月，中伦文德上海分所迎来了一位新合伙人，方梦雅律师加入了中伦文德上海分所担任合伙人。

▲ 北京市中伦文德济南律师事务所刘传亨律师受邀参加山东广播电视台乡村广播《乡村法治带头人》栏目

2022年7月1日，北京市中伦文德济南律师事务所刘传亨律师受邀参加《山东广播电视台乡村广播大型融媒体节目—乡村法治带头人》栏目，本栏目由中共山东省委全面依法治省委员会办公室、山东省司法厅、山东省农业农村厅、山东省乡村振兴局、山东广播电视台主办。

▲ 增强法律意识，确保投资安全——中伦文德为华侨城集团湾区公司组织城市更新法律培训

2022年7月8日上午，华侨城集团湾区公司组织城市更新项目常见法律风险防范培训，华侨城华南集团副总经理、湾区公司总经理吕涛，湾区公司副总经理何文捷以及相关部门负责人和员工代表共计30余人参加培训。本次培训由中伦文德律师事务所欧阳俊律师担任主讲人。

▲ 以法律赋能，助非遗腾飞——我所受聘担任乐器张世家常年法律顾问

近日，北京中伦文德（天津）律师事务所与天津乐器张商贸有限公司签署常年法律顾问合同，正式担任乐器张世家的常年法律顾问，我所高级合伙人娄爽律师出席签字仪式，并在“乐器张世家”第四代传人张雨先生的陪同下，参观了乐器张国乐美学空间。

▲ 中伦文德纽约分所三位律师分别被美国权威律师评选机构汤姆森路透社公司甄选为2022年度超级律师和明日之星

近日，中伦文德律师事务所纽约分所的三位律师分别被美国权威律师评选机构汤姆森路透社公司甄选为2022年度的超级律师（“Super Lawyer”）和明日之星（“Rising Star”）。其中，被评选为超级律师的是中伦文德纽约分所主任董克文律师，被评选为明日之星的是高级合伙人李戈律师和初级合伙人曹佳捷律师。

▲ 中伦文德朱传炉律师团队助力特大型央企取得最高人民法院胜诉判决

近期，朱传炉律师团队先后收到两份最高人民法院胜诉判决，为中国某特大型钢铁企业集团与山西某特大型煤炭企业集团之间的争议解决画上完美的句号。自2019年始，中国某特大型的钢铁企业集团与山西某特大型煤炭企业集团之间因煤炭大宗商品贸易以及大宗商品港口堆储等相关事宜产生争议，在双方长期和谈不成的情况下，最终只得通过诉讼方式解决。

▲ 中伦文德成功加入中国中信集团有限公司律师库

2022年7月15日，北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”或“本所”）与中国中信集团有限公司（以下简称“中信集团”）签署了《中信集团外聘律师库入库协议》。这标志着中伦文德正式加入中信集团律师库，入选类别为顾问类、争议解决类、境外类。未来中伦文德将为中信集团提供更全面的法律顾问、争议解决、境外法律服务。

▲ 北京中伦文德（合肥）律师事务所顺利召开2022年度第二次高级合伙人会议

2022年7月15日，北京中伦文德（合肥）律师事务所召开2022年度第二次高级合伙人会议。律所全体合伙人齐聚一堂，共同商议律所事宜。会议由律所主任徐成

军主持。

▲ 北京市中伦文德济南律师事务所刘传亨律师受邀参加山东广播电视台乡村广播《乡村法治带头人》栏目

2022年7月15日，北京市中伦文德济南律师事务所刘传亨律师受邀参加了《山东广播电视台乡村广播大型融媒体节目—乡村法治带头人》栏目，本栏目由中共山东省委全面依法治省委员会办公室、山东省司法厅、山东省农业农村厅、山东省乡村振兴局、山东广播电视台主办。

▲ 中伦文德助力深圳顺丰集团成功发行2022年度第六期超短期融资券

根据顺丰控股股份有限公司（以下简称“顺丰控股”）2021年年度股东大会的授权，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（以下简称“交易商协会”）申请注册多品种债务融资工具。2022年6月30日，顺丰泰森收到交易商协会颁发的《接受注册通知书》（中市协注[2022]DFI14号）。

▲ 中伦文德律师事务所航空专委会同深圳分所应邀参加北京大兴至鄂州机场飞机首航并接洽相关业务

2022年7月17日至18日，中伦文德律师事务所航空及通航产业法律专业委员会（简称航空委）会同深圳分所应邀参加北京大兴机场至鄂州花湖机场飞机首航活动，并与鄂州临空经济区相关领导初步接洽相关业务。

▲ 北京市中伦文德（西安）律师事务所助力 WeTrade Group 在 NASDAQ 成功上市

北京时间2022年7月19日晚间，悦商集团 WeTrade Group INC.（以下简称“悦商集团”）（NASDAQ 交易代码：WETG）成功在美国纳斯达克交易所挂牌上市。北京市中伦文德（西安）律师事务所全程参与协助悦商集团上市的法律事务。这也是近五年来，首支从 OTC 转板至纳斯达克交易所的中概股。

▲ 中伦文德（上海）助力芯擎科技完成近十亿元 A 轮融资

近日，中伦文德律师事务所上海分所协助湖北芯擎科技有限公司（“芯擎科技”）完成近十亿元 A 轮融资。继今年3月获得一汽集团的战略投资之后，芯擎科技此轮融资由红杉资本领投，东软资本、博世旗下博原资本、中芯聚源、嘉御资本、国盛资本、弘卓资本、柏资本、越秀产业基金、工银国际等跟投参与。此轮融资是2022年上半年汽车芯片设计领域在国内最大的单笔融资。

▲ 北京市中伦文德济南律师事务所执行主任付春法律师受邀参加“德州市德城区重点项目策划交流会”

2022年7月20日，德州市德城区财政局主办“德城区重点项目策划交流会”。2022年7月20日，德州市德城区财政局主办“德城区重点项目策划交流会”。和信会计师事务所（特殊普通合伙）济南分所副所长、注册会计师孟庆福和济南市律师行业首届“青年英才律师”、北京市中伦文德济南律师事务所执行主任付春法律师受邀参加。

▲ 北京中伦文德（合肥）律师事务所当选安徽司法职业教育集团理事单位

2022年7月20日上午，安徽司法职业教育集团2022年常务理事会议暨法治人才培养座谈会在安徽警官职业学院学术交流中心顺利召开。北京中伦文德（合肥）律师事务所当选安徽司法职业教育集团新理事单位，律所主任徐成军和胡清、陶承群、胡良毅、梁昇四位律师均获聘客座教授。



▲ 中伦文德圆满举办 2022 年度上半年合伙人入伙签约及所徽授予仪式

2022 年 7 月 21 日下午，北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）在北京总部多功能厅举办了 2022 年度上半年入伙签约及所徽授予仪式。会议由中伦文德北京总所执委会委员张海军律师主持。

▲ 北京中伦文德（合肥）律师事务所中标天津创业环保集团南部区域所属子公司章程范本制定及章程修订专项法律服务采购项目

2022 年 7 月，在天津创业环保集团股份有限公司就其南部区域所属子公司的公司章程范本制定及章程修订专项法律服务采购项目中，北京中伦文德（合肥）律师事务所江亮、徐成军、梁异、徐春燕四名律师组成的律师团队凭借突出的实力和综合优势，以及丰富的专项法律服务经验，在参与投标的多家律所中脱颖而出，成功中标。

▲ 中伦文德合伙人刘培峰律师应邀参加中原破产法高峰论坛 领奖并发表演讲

2022 年 7 月 23 日，由河南省高级人民法院、河南大学、河南省社会科学院、郑州市中级人民法院主办的“河南省法学会破产法学研究会 2022 年年会暨第六届中原破产法高峰论坛”在河南省郑州市成功举办。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刘培峰律师应邀出席本次论坛。

▲ 北京市中伦文德济南律师事务所执行主任付春律师参加山东财经大学“第八届 MBA 管理案例精英赛”获团体奖

2022 年 7 月 23 日，山东财经大学举办了“肆拾玖坊杯—第八届 MBA 管理案例精英赛”。本次赛事，由来自山东财经大学 MBA 学院 2021 级同学中的各界商业精英、单位高管组成的 30 支队伍进行比赛。首届“青年英才律师”、北京市中伦文德济南律师事务所执行主任付春律师作为本次参赛“龙腾队”队长与队员一同参赛，荣获“团体季军”奖项。

▲ 北京中伦文德（合肥）律师事务所成功举办 2022 年第 1 期案例研讨会

2022 年 7 月 28 日下午，北京中伦文德（合肥）律师事务所于会议室成功举办了 2022 年第 1 期案例研讨会。本次会议由律所主任徐成军主持，全体执业律师、实习律师共同参会。

▲ 中伦文德助力天安骏业成功发行 2022 年面向专业投资者非公开发行公司债券（第一期）

深圳天安骏业投资发展（集团）有限公司（简称“天安骏业”）2022 年面向专业投资者非公开发行公司债券（第一期）（简称“本项目”），北京市中伦文德律师事务所作为本项目专项法律顾问，助力天安骏业 2022 年面向专业投资者非公开发行公司债券首次在深交所成功挂牌，债券类别为私募，发行规模为 5 亿元。

▲ 中伦文德王媛媛律师对违法建设查处执法相关法律问题作专题讲座

近日，中伦文德律师事务所王媛媛律师参加北京市大兴区司法局与区域管局联合组织召开的违法建设查处执法专项培训会，针对违法建设查处中的相关实务和理论问题进行了专题讲座。

▲ 中伦文德碳达峰碳中和法治研究院揭牌暨首届碳达峰碳中和高端法律论坛成功举办

近日，由北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）主办的“中伦文德碳达峰碳中和法治研究院揭牌暨首届碳达峰碳中和高端法律论坛”在北京成功举办。

▲ 中伦文德西安律师事务所助力天安骏业成功发行 2022 年面向专业投资者非公开发行公司债券（第一期）

深圳天安骏业投资发展（集团）有限公司（简称“天安骏业”）2022 年面向专业投资者非公开发行公司债券（第一期）（简称“本项目”），北京市中伦文德西安律师事务所作为本项目专项法律顾问，助力天安骏业 2022 年面向专业投资者非公开发行公司债券首次在深交所成功挂牌，债券类别为私募，发行规模为 5 亿元。

▲ 中伦文德（上海）助力芯擎科技完成近十亿元 A 轮融资

近日，中伦文德律师事务所上海分所协助湖北芯擎科技有限公司（“芯擎科技”）完成近十亿元 A 轮融资。继今年 3 月获得一汽集团的战略投资之后，芯擎科技此轮融资由红杉资本领投，东软资本、博世旗下博原资本、中芯聚源、嘉御资本、国盛资本、弘卓资本、沅柏资本、越秀产业基金、工银国际等跟投参与。本轮融资是 2022 年上半年汽车芯片设计领域在国内最大的单笔融资。

▲ 中伦文德碳达峰碳中和法治研究院揭牌暨首届碳达峰碳中和高端法律论坛成功举办

近日，由北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）主办的“中伦文德碳达峰碳中和法治研究院揭牌暨首届碳达峰碳中和高端法律论坛”在北京成功举办。

▲ 李政明高级合伙人律师受聘为武汉仲裁委员会仲裁员

2022 年 7 月 28 日，武汉仲裁委员会发布了“关于增聘武汉仲裁委员会第五届仲裁员的通知”及增聘名单，中伦文德律师事务所高级合伙人、保险研究院院长、仲裁委员会主任李政明律师受聘为第五届武汉仲裁委员会仲裁员。

▲ 中伦文德合伙人艾文婧律师荣登 2022 年度 LEGALBAND 中国律界俊杰榜 30 强榜单

2022 年 8 月 4 日，《2022 年度 LEGALBAND 中国律界俊杰榜 30 强》榜单正式发布。经过 LEGALBAND 调研团队为期一个多月的调研，最终评选出了 30 位中国大陆地区最优秀的青年律师。北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）合伙人艾文婧律师凭借其卓越的业务能力荣登该榜单。

▲ 同助力航空金融，携手打造飞行未来—中伦文德航空与通航产业法律专业委员会成功举办航空金融论坛

2022 年 8 月 9 日，由北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）航空与通航产业法律专业委员会主办的“中伦文德航空金融论坛”在北京成功举办。这是本所航空及通航产业法律委员会组建后组织的第一个专业论坛，论坛主题为“共同助力航空金融，携手打造飞行未来”。

▲ 中伦文德数据合规专委会主任徐云飞律师应邀参加神州医疗“以数论道”线上论坛并做主题演讲

2022 年 7 月 24 日，中伦文德律师事务所合伙人、网络安全与数据合规专业委员会主任徐云飞律师应神州医疗科技股份有限公司（以下简称“神州医疗”）的邀请参与“以数论道 助推医院高质量发展”大数据探秘专场——数据安全与隐私保护线上论坛。徐云飞律师作为主讲人之一，围绕“健康医疗数据合规要点与对策”进行了专题讲座。

▲ 中伦文德高级合伙人李政明律师入选全国中小企业“八五”普法讲师团第一批成员名单

2022 年 7 月 24 日，中伦文德律师事务所合伙人、网络安全与数据合规专业委员会主任徐云飞律师应神州医疗科技股份有限公司（以下简称“神州医疗”）的邀请参与“以数论道 助推医院高质量发展”大数据探秘专场——

数据安全与隐私保护线上论坛。徐云飞律师作为主讲人之一，围绕“健康医疗数据合规要点与对策”进行了专题讲座。

▲ 中伦文德高级合伙人黎学宁律师再获“ALB China 客户首选律师”

近日，汤森路透旗下著名法律杂志《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business, ALB) 公布了“2022 ALB China 客户首选律师”榜单，中伦文德高级合伙人黎学宁律师继 2020 年登榜之后，凭借出色的专业水准与良好的客户口碑再度登榜。

▲ 北京市中伦文德（常州）律师事务所知产团队受邀石墨烯企业研讨会，胡孙全律师作专利维权风险防范专题发言

2022 年 8 月 5 日下午，我所顾青主任律师、知产团队律师受邀参加石墨烯企业研讨会。本次研讨会由常州西太湖科技产业园特色小镇办、江南石墨烯研究院联合承办，常州市武进区司法局、北京市中伦文德（常州）律师事务所知产团队、特色小镇建设办公室、江南石墨烯研究院、石墨烯科技企业等单位代表参加。本次研讨会议题为专利维权的风险及其防范，由我所知产团队负责人胡孙全律师作专题发言，与会企业代表参与、研讨、交流。

▲ 北京中伦文德（合肥）律师事务所房地产与建设工程法律事务部 2022 年度第一次部门会议顺利召开

2022 年 8 月 5 日下午，北京中伦文德（合肥）律师事务所房地产与建设工程法律事务部于会议室顺利召开了 2022 年度第一次部门会议，全体部门成员参加会议，本次会议由北京中伦文德（合肥）律师事务所副主任、房地产与建设工程法律事务部主任江亮律师主持。

▲ 北京中伦文德（合肥）律师事务所喜迎多位高级合伙人 / 律师加盟

近日，北京中伦文德（合肥）律师事务所喜迎多位高级合伙人 / 律师加盟。胡清、汪剑、卢俊泽、黄志远、夏春江、朱晓芳、张明智、王永亮、汪洋分别以高级合伙人 / 律师的身份加盟，执业范畴涵盖房地产、建设工程、刑事辩护、证券侵权诉讼、公司业务、民间借贷纠纷、合同纠纷、婚姻家庭纠纷等众多领域。他们的加入将进一步深化北京中伦文德（合肥）律师事务所在相关业务领域的精细化分工，加强律所的整体业务实力，使我所能为客户提供更为专业化、多元化的高端法律服务。

▲ 中伦文德天津律师事务所 高级顾问闫文博博士入选天津市人民政府第一届重大行政决策咨询论证专家库 - 社会治理专家组

为充分发挥各领域专家在重大行政决策工作中的作用，进一步推进重大行政决策工作科学化、民主化、法治化，根据《重大行政决策程序暂行条例》和《天津市重大行政决策程序规定》等有关规定，市人民政府聘任 136 人为天津市人民政府第一届重大行政决策咨询论证专家库专家，聘期五年。

▲ “法天使 - 中国合同库与中伦文德交流数字化与专业化建设” 分享会成功举办

2022 年 8 月 11 日，中伦文德法律科技中心与法天使共同组织的“法天使 - 中国合同库与中伦文德交流数字化与专业化建设”分享会成功举办。

▲ 北京中伦文德太原律师事务所闫艳军律师荣获“全国司法行政系统劳动模范”荣誉称号

日前，中华人民共和国人力资源和社会保障部、司法部联合印发《关于表彰全国司法行政系统先进集体先进工作者和劳动模范的决定》。对十九大以来，在全国司法行政工作中作出突出贡献的先进集体、先进个人进行表彰。

山西成诚律师事务所闫艳军等我省两位律师荣获“全国司法行政系统劳动模范”称号。

▲ 2022 ALB 上海企业法律顾问峰会于今日圆满举办

今日，2022 ALB 上海企业法律顾问峰会于上海静安香格里拉大酒店召开，中伦文德上海分所的高级合伙人张岱元律师和高级合伙人邓瑜律师出席了下午场的演讲。

▲ 中伦文德南昌律师事务所陈刚律师再次获聘西湖区人大政策法规专家

2022 年 8 月 18 日上午，中伦文德南昌律师事务所陈刚律师参加南昌市西湖区人大智慧专家颁发聘书会议。南昌市西湖区人大常委会主任亲自为 25 名专家颁发聘书，我所陈刚律师再次获聘西湖区人大政策法规专家，这是陈刚律师第二次获聘西湖区人大政策法规专家。

▲ 中伦文德高级合伙人李铮律师、夏欲钦律师入选北京市朝阳区律师协会第四届会员代表大会代表名单

近日，北京市朝阳区律师协会公布了北京市朝阳区律师协会第四届会员代表大会代表名单，根据《北京市朝阳区律师协会第四届会员代表大会代表产生办法》《北京市朝阳区律师协会第四届会员代表大会代表选举工作方案》产生 264 名代表。中伦文德高级合伙人李铮律师、高级合伙人夏欲钦律师成功入选该名单。

▲ 中伦文德律师事务所智慧司法培训宣讲会

2022 年 8 月 25 日，中伦文德律师事务所智慧司法培训宣讲会在中伦文德北京总所成功举办，本次会议由中伦文德法律研究院主办，中国司法大数据研究院、中经天平司法鉴定中心承办。

▲ 李政明律师受聘为全国中小企业“八五”普法讲师团成员

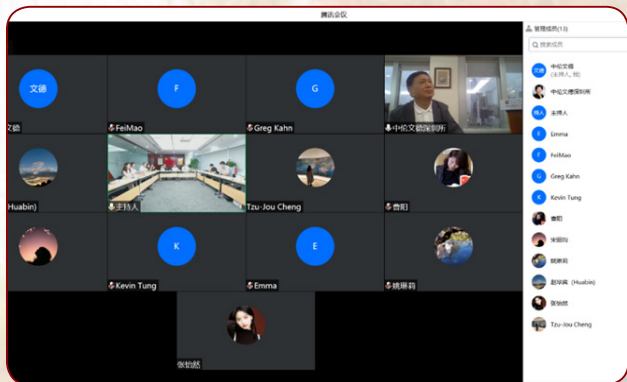
2022 年 8 月 20 日，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人、保险研究院院长、仲裁委员会和大案要案中心主管合伙人李政明律师受聘为全国中小企业“八五”普法讲师团成员，聘期至 2025 年 12 月 31 日。

▲ 中伦文德合伙人魏大忠律师受邀为中国地质科学院做专题讲座

2022 年 8 月 23 日下午，北京市中伦文德律师事务所合伙人魏大忠律师应邀为中国地质科学院做了题为《尊法学法守法用法，防范法律风险》的专题普法讲座。中国地质科学院副院长马岩主持讲座并做讲话。中国地质科学院领导班子成员、各部门和下属各单位负责人、科研人员在线上、线下听取了讲座。

▲ 中伦文德西安律师事务所张琛律师获聘西安仲裁委仲裁研究院研究员

仲裁研究院由西安仲裁委员会与西安交通大学法学院、西北政法大学国际法学院、西北大学法学院共建，经过联合工作组三轮遴选，增聘研究员工作顺利完成，本所张琛律师获聘西安仲裁委仲裁研究院研究员。



2022年8月9日，由北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）航空与通航产业法律专业委员会主办的“中伦文德航空金融论坛”在北京成功举办。这是本所航空及通航产业法律委员会组建后组织的第一个专业论坛，论坛主题为“共同助力航空金融，携手打造飞行未来”。



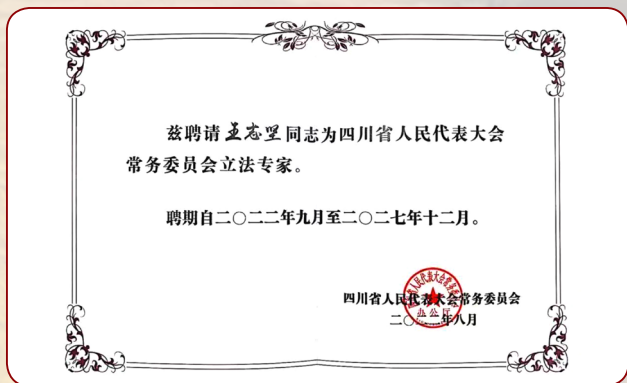
2022年8月25日，中伦文德律师事务所智慧司法培训宣讲会在中伦文德北京总所成功举办，本次会议由中伦文德法律研究院主办，中国司法大数据研究院、中经天平司法鉴定中心承办。会议旨在通过前沿司法科技系统与日常案件结合分享、最高人民法院一站式系统业务指导、通过信息化方式优化律师业务效率提升客源转化。本次会议由中伦文德高级合伙人、中伦文德法律研究院主任方登发律师主持。



今日，2022 ALB 上海企业法律顾问峰会于上海静安香格里拉大酒店召开，中伦文德上海分所的高级合伙人张岱元律师和高级合伙人邓瑜律师出席了下午场的演讲。张岱元律师的演讲题目是“品牌商标保护及维权攻略”，主要围绕5个要点：1. 品牌商标管理与维护 2. 商标维权相关法律规定 3. 行政执法程序 4. 行政程序与司法程序的对比 5. 行政程序与司法程序的衔接。



近日，知名法律评级机构 LEGALBAND 公布榜单。2022年8月4日，中伦文德合伙人艾文婧律师获得《2022年度LEGALBAND中国律师俊杰榜30强榜单》。2022年7月27日，王志坚律师荣登LEGALBAND《2022年度中国律师特别推荐榜15强：医疗健康与医药》榜单。2022年8月23日，2022 ALB China 客户首选律师榜单公布，中伦文德合伙人黎学宁律师荣登该榜单。



王志坚律师受聘为四川省人大常委会立法专家。近年来，四川省委坚决落实中央的重大决策，把完善立法机制作为依法治省的重要举措，建立了法学领域高层次人才组成的立法专家库，向社会公布立法专家的专业特长、研究方向等等。立法专家库由省人大常委会统一组织、统一管理，全省共享。2022年8月29日，四川省立法专家库立法专家聘任仪式在成都举行。省人大常委会党组书记、副主任王宁出席仪式并讲话，省人大常委会党组成员、副主任彭琳出席聘任仪式。



为庆祝中国共产党101岁华诞，喜迎党的二十大胜利召开，回顾党的光辉历程，讴歌党的丰功伟绩，省律师协会决定在“七一”到来之际，举办“庆七一·喜迎二十大”骑行活动，北京中伦文德（山西）事务所积极响应省律协举办的此次活动，北京中伦文德（山西）事务所主任刘银栋、副主任张秋峰、赵峰、孟唐西，合伙人李云照、霍喜军、张鲁震、张改云以及多名律师踊跃参与了此次活动。

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·杭州·长沙·重庆·沈阳·福州·大连·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