



中伦文德律师事务所  
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

# 中伦文德

法律  
评论

2023年09月



中伦文德法律研究院

内部资料  
免费交流



# 目录

## CONTENTS

Zhonglun W&D  
Law Firm

09/2023

主 编: 陈 文  
执行主编: 方登发  
编 委: 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: 陈 萌  
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 2023-09

### 事 务 所 文 化 论 坛

- 3 类比中的本质相似 娄耀雄  
10 律师职业: 少有人走的路 马 珂

### 公 司 法 律

- 14 原告苏州某投资有限公司诉被告吴某泉、第三人  
苏州某园艺有限公司增资纠纷一案代理词 廖振权  
17 企业发生经营困难时应如何妥善处理劳动用工关系 刘艳东

### 银 行 与 金 融 法 律

- 19 承兑银行不同阶段应支付(返还)票据利益分析  
姚正旺 沈德凤 魏思佳  
23 关于商业银行信用卡中心工会兴办企业规则厘清与分析  
姚正旺 田爱玲 丁星友  
27 关于债权投资计划与融资类信托的比较分析  
李 敏 张冰梅 徐乾宇

### 刑 事 法 律

- 35 谢某明涉嫌保险诈骗罪二审阶段辩护词 陈 建

### 民 事 法 律

- 49 关于代位权诉讼案件的管辖权问题 李 敏 牟双武

### 竞 争 与 反 垄 断 法 律

- 53 反垄断执法—燃气行业滥用市场支配地位法律分析(一)  
郝 伟 田卓亚  
57 反垄断执法—天然气企业的哪些行为构成垄断协议?  
郝 伟 田卓亚



# CONTENTS

## 医药健康法律

- 62 | 郭xx诉河南xxx药业有限公司技术合同纠纷一案代理词  
王志坚 谭光建
- 

## 劳动人事法律

- 65 | 工伤职工追索伤残补助金的几点法律实务  
佟建国 陈美杉 王兆龙
- 

## 能源环境法律

- 69 | 新能源电站项目预收购模式的主要法律风险及其防范  
桂少华 周绍丰
- 

## 人文风采

- 74 | 登磨山望东湖十一韵  
方登发
- 

## 事务所快讯

- 75 | 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。

## 类比中的本质相似

□ 娄耀雄/文

“……，因此将金鱼养在弯曲的缸里是残酷的。然而，我们何以得知我们拥有真正的没被歪曲的实在图像？难道我们自己不也可能处于某个大鱼缸之内，一个巨大的透镜扭曲我们的美景？金鱼的实在图像固然和我们的不同，然而我们能肯定它比我们的更不真实吗？”<sup>[1]</sup>

——史蒂芬·霍金



娄耀雄

类比在判例法系和法典法系都有广泛的用途。判例法寻找规则的模式是，通过事实类比，找到与本案本质相似的判例，从中抽象出规则并适用于本案。法典法适用规则的过程是，通过事实与规则假定部分的类比（涵摄），触发该规则，使之适用于本案。类比中的“本质相似”必须是“本质”上的。本文就谈谈这个问题。

### 一、引言

类比是归纳的一种。用已知的相似，推论未知的相似，是从特殊到特殊的论证。类比的基本理念是：两个本质相似的事物、人（以下称事物），在与本质相关的全部特征上都相似。举例来说：

假定，事物A具有本质特征a1和与本质相关的特征a2，事物B具有本质特征b1和与本质相关的特征b2。a2和b2称为附随特征。

如果， $a1 = b1$ ，即事物A和事物B本质相似；那么， $b2 = a2$ ，即二者的附随特征也相似。

上述推理的用途是：如果我们不知道B是否具有b2特征，但已知B和A本质相似，而A具有a2特征，那么，我们可以推定B也具有a2特征（定义为b2）。这样，我们对B的认识就前进了一步。举例来说，如果我们不知道小西红柿是

否含有番茄红素（化学特征），但发现其与大西红柿本质相似（形状、颜色、硬度等物理特征），就可以推论，其与大西红柿一样含有番茄红素。更复杂的类比推理是：类比-归类-适用“类特征”的演绎。这属于归纳+演绎的推理过程，归类属于归纳推理，适用“类特征”属于演绎推理。比如，在判断张三是否容易合作时，我们发现其乐于助人，而“乐于助人”是利他主义者的本质特征，故而张三属于利他主义者（归类），而利他主义者的一个附随特征是“容易合作”（类特征），因此，张三容易合作（演绎）。

在法典法系，类比出现在事实向规则假定部分的涵摄，以此判断是否触发该规则。比如，不经同意偷打别人电话，具有两个本质特征：秘密和让别人替自己支付电话费。这可以涵摄进盗窃罪的假定部分，从而触发该罪名。每一次规则适用，都需将事实与规则的假定部分进行类比，本质相似后才能触发该规则。在法律适用中，类比无时不在，尤其是，多个规则都可以规范一个事实的情况下，必须找到本质最相似的那个，从而确定最相近的规则。

## 二、何为“本质”

本质是无法把握的。我们无法给出算法，让AI能够理性地、按照既定程序发现事物的本质。本质的不可知，源于我们虽然可以发现自己认为的本质，但无法客观化地描述认知的过程，进而与别人探讨、比较，获得公认的方法论，并以此找到统一的本质。思维不可认识自己，就像山中的你不可认识山，海里的鱼不知道海。我们靠思维无法认识思维本身，就像眼睛无法看见自己。思维是工具。工具只能作客体，不能成为使用自身的主体，因而，思维不能使用自己认识自己。从这个意义上说，只有自己感觉到的“本质”，不存在客观的、独立于主体的“本质”；所以说，只有每个人眼中的“本质”，即特定视角、特定认知、特定场景下的本质。

类比中的“本质”，也一样。不同的视角、场景、使用目的、价值观下，类比的“本质”就不同。比如，从功能上看，辣椒可以类比妓女，都是为了满足感官刺激而存在；从方式上看，辣椒可以

类比蹦极、臭豆腐、虐恋，以自虐的方式获得快感。又如，从目的上看，饮酒可以类比行贿，通过打动对方来实现目的；从方式上看，饮酒可以类比自残，通过伤害自己的肝肾胃来表达归顺、忠诚和善意。

归类是类比常见的应用场景。由于不同的人发现的本质特征不同，归类并不客观。比如，法律适用中对概念的归类就是根据语义、原则、政策、价值观等公共理性以及个人经验、偏见、观念等裁判者感性进行的。举例来说，对电动自行车的归类，从控制速度、保护公共安全来看，电动是其本质特征，应归入机动车，适用无过错责任；从文意来看，又是自行车，“电动”仅是定语，应按照非机动车管理，适用过错责任。

一个事物具有多个特征，少一个都不是它自己，哪个特征才是“本质”？非学术场景下，本质通常异化为为解决特定问题或为得到特定结论的说辞，即实用主义语境下的本质。为捍卫某个结论，论证者会选择能得到该结论的“本质”。结论是复杂因素综合作用的结果，其中，既包含规则的直接作用，也包含政策、舆论、民族精神、传统和惯例的间接作用，还有法官的价值观、偏好或成见、个人经历等影响因子。在权力社会，“本质”会成为权力安排下解释权力博弈结果的说辞。聂树斌案、佘祥林案、赵作海案、念斌案的判决书写得头头是道，但法官当时或许就知道是一个冤案。法律运作中的“本质”通常不是学术上的，而是实用主义的，因为法律和整个司法体系都是政治的工具。研究被判枉法裁判罪的法官写就的判决书，可以发现，其对“本质问题”解释得天衣无缝，但产生结论的决定力量往往是不能说的，与问题的“本质”无关。

物的本质和人、事的本质不同，前者属于自然科学范畴，后者属于人文范畴。人文“科学”研究有意思自治能力、由欲望驱动、由利益连接的主体，其客观性只存在于大数据样本中。个体是易变的，人的“本质”是理性规划下的欲望的堆积，就像量子科学，只有统计意义上的可预测性。从这个意义上说，人文“科学”天生就是量子的，只在概率上可观测、可计算、可重复。大量争议性案件，缘于人们对行为、事件、主体意图、

目的、因果的“本质”的认识不同。比如，得克萨斯州诉约翰逊焚烧国旗案 (Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 109 S. Ct. 2533 (1989))，最高法院认定该案中的焚烧国旗行为只是为了表达对里根政府军备竞赛的不满，属于政治表达，受到捍卫言论自由权的宪法第一修正案的保护。<sup>[2]</sup> 焚烧国旗从现象上看是侮辱，从目的上看是表达。如何认定焚烧国旗的本质？本质是现象，还是现象背后的目的？这依赖于法官的个人理解。

### 三、类比中的本质相似

类比分为两类，形式的和意义的，前者靠感觉，后者靠思考。用成语举例比较通俗，形式的有，日月如梭、如坐针毡、肤如凝脂、挥汗如雨；意义的有，倾国倾城、侯门似海、投鼠忌器、飞蛾扑火。

#### (一) 形式类比

形式类比是从感官上可以感受到的，不需要借助推理和想象，仅凭感官就可以感知，比如发音（耳听）、形象或结构（眼看）、气味（鼻闻）、味道（口尝）、触感（手摸）的相似。形式的本质相似就是感觉的相似。对感觉的比拟，都属于形式类比。因为语言无法定量化描述感觉，对感觉程度的表达只能用类比。比如，甜的程度用“像蜜一样甜”表达，美的程度用“美若天仙”、“人间尤物”来表达。形式化类比可以是同一种感官的相似，也可以是不同感官向大脑发送的刺激的相似。尿骚味和氨水就属于前者，都是嗅觉相似；尿甜味（糖尿病患者）和糖甜味则属于后者，嗅觉和味觉相似，具有通感相似性。

#### (二) 意义类比

意义类比是经过想象后获得的一致性，是在效果、作用、目的、方式、意图等非感官层面上的印象的相似，其需要思维的作用，而不是纯粹感觉。比如，骚味和风骚女人的类比，就是效果上的相似，经过思维加工，二者在另类出众、强烈刺激、下半身味道的联想上一致。意义类比又可以分为一层本质相似和多层本质相似。

##### 1. 一层本质相似

一层本质相似指经过一次映射后的通感相似。与多层本质相比，一层本质的抽象程度更低，更容易被理解，故其广泛用于词法、句法、翻译中，人人都能懂。比如，象形文字使用的类比构词法(见 Figure 1)：



Figure 1

表音文字的构词也使用了一层本质相似的类比，比如 dragonfly (蜻蜓，像一条龙在飞)。很多词组用的也是这种类比，比如，bull and bear (牛市和熊市，牛气向上冲，狗熊形态沮丧)，as poor as a church mouse (赤贫的，像教堂的老鼠一样穷)。翻译也使用了这种类比，比如，把“吃了吗？”翻译成“how are you？”或者“good morning”（本质是见面时打的招呼，并不真想知道你吃饭了没有）。

体育图标也需要抓住特定体育活动的本质特征（动作的典型形态），让人一眼就可以识别出该运动（见 Figure 2）。



Figure 2

美术也要抓住事物的本质特征。照相机发明前，美术追求画得像；照相机发明后，画得像没有意义了，于是开始追求本质特征的抽象、夸大、变异性表达，这就是印象派，看着不如照片逼真，但神似。对本质特征的夸大或变异性表达的典型作品就是政治类漫画（见 Figure3 和 Figure4）。



Figure 3



Figure 4

舞蹈通过形体模仿事物的本质特征。比如，天鹅在形体上的本质特征是挺胸、抬头、舒展两个肩胛骨、高抬前翅（手臂）。舞蹈者必须模仿上述本质特征，看着才像天鹅。天鹅的这些特征不是动物学上的本质，却是形体上的本质，即一看见这种形体就让人联想到天鹅（见 Figure 5 和 Figure 6）。



Figure 5



Figure 6

## 2. 多层本质相似

多层本质相似，指经过多次映射后的通感一致。比如，“不能吃辣”可以类比“文盲”，这就是多层类比。大部分美味都靠辣做载体，不能吃辣，就不能享受绝大部分的美味；而不识字，就无法到达文字建构的美好世界；二者本质上都是缺乏享受美妙感觉所必须的能力，而这种能力是通过后天训练可以习得的。发觉多层本质不仅需要发散性思维和想象力，还需要经验和悟性，并非人人可以意会。比如，《道德经》所言，“江海所以能为百谷王者，以其善下之，故能为百谷王。”

这里面的类比不是人人能读懂的。

事实类比、日常说服、性幽默和性暗示、哲学和宗教、梦境、中医和玄学、诗歌、音乐和审美中的本质相似，都属于多层映射后的通感一致，以下分述之。

### (1) 事实类比

事实相似，是思维抽象后比较的结果，既要比较两个事实的意义、方式、作用，人物关系，也要比较发生这个事实的背景和其对未来的影响。我们说“老师等迟到者到了才开始上课”和“给集体土地上的小产权颁发产权证”本质相似，是由于他们都是对违反规则行为的认可，不仅没有惩罚违反规则者，反而赋予其与遵守规则者同样的权利，结果是鼓励人们违反规则。在上述类比中，两个事实在意义（违法无责任）、方式（赋予违法者同样权利）、人物关系（存在管理和被管理的层级关系，以及守法者和违法者的同阶关系）、背景（规则明确、违法事实清晰）、影响（鼓励违法）等诸方面，都高度相似。

相反，本质不同，指的是构成事实的六要件（时间、地点、起因、经过、结果）、行为定性、背景、因果关系等主要要素不同。到底哪个或哪几个要素是主要要素，其差异产生了本质不同，是非常主观的。法庭审理中，原被告可能对事实本身没有争议，但对事实的“本质”，观点相左。比如，奥利维亚诉全国广播公司案【Olivia N. v. Nat'l Broad. Co., 126 Cal. App. 3d 488, 178 Cal. Rptr. 888 (1981)】中，几个年轻人因受到被告播放的暴力电影的刺激，对受害人实施了攻击，受害人要求被告广播公司承担过失责任，理由是被告播放的暴力电影刺激了加害人行凶。该案件的焦点问题是被告播放的暴力电影与加害人行凶之间的关联性。原告提供的类比案例（下称“引述案件”）是【Weirum v. RKO Gen., Inc., 15 Cal. 3d 40, 123 Cal. Rptr. 468, 539 P.2d 36 (1975)】，这是一起广播电台组织的公路竞技驾驶比赛，电台反复要求参赛者加速、鼓励赛手第一个到达终点，以便获得奖金；有一个赛手车开得太快，撞死了人，死者家属要求电台承担责任，理由是电台的刺激引发了赛手的超速，法官认定电台过失成立。本案原告认为，这两个案例本质相似，都是被告

的刺激引发了加害人侵权，既然被引述案件的法官认定电台激励与侵权有关联，本案也应做如此认定。然而，本案法官认为，两个案件具有本质差异，本案加害人只是受到电视台播放电影的刺激（stimulus），而不是鼓励（encourage），而被引述案件中的电台不是刺激，而是鼓励，被引述案件与本案不具有本质相似。<sup>[3]</sup>

### （2）日常说服

日常说服中的类比，是用道理，而不是感觉的比拟达到说服效果，所以，也属于多层类比。比如，二战时，罗斯福试图说服国会通过租借法案，即在盟友未付款的情况下，先行租借战略物资供盟友作战，待战争结束后再索要货款。国会担心日后货款难追，不予批准。罗斯福打了一个比方：邻居家失火了，如果不及时扑灭，大火会烧到自家房子。邻居跑向你借消防龙头，你是先和他谈好租金并且收到钱才借给他，还是先借给他去灭火，等火灭了再索要租金？这两件事的本质相似在于，生命安全高于货款安全，为了保命，应承担无法偿还货款的风险。

### （3）性幽默和性暗示

性幽默是笑话的重要话题。这源于说出和听懂“不能说的”可以引发挑战的快感和意会的成就感；而说“不能说的”的方式，只能用影射、暗示、比拟、比喻等类比手段引起通感。性幽默的通感不是表象上的，比如发音、形状等物理特征或生理功能，而是深层次的。只有让听众开足了马力去想象，并从深处发觉类比的相似性，才能产生幽默效果。性幽默和脱口秀的构笑方法不同。由于时间限制，脱口秀很难靠故事制造笑点，大多通过快速制造简单的反转效果来构笑，即铺垫+脑筋急转弯，铺垫让你以为是A，结果却是B，而B细想也有道理。比如，问答类脱口秀，“如果杀人不犯法，你先杀谁？”答：“如果杀人不犯法，我先躲起来”。又如，“好男人的钱包里要不要放老婆的照片？”答：“好男人就不该有钱包”。

与脱口秀不同，性幽默的构笑通常使用深度类比。在“说”和“不说”之间，充分施展语言技巧；在“说的程度”上肆意开拓想象空间；在欲语还休的拿捏上，精妙把控撩拨的力道。尤其

是在类比的深度上，更需要控制好影射程度，让听众悟到本质相似，而不是构笑者说出来。往前走一步，就是庸俗、黄色、低级趣味，比如，“谜语：男人腿长，打一种点心。谜底：蛋糕。”又如，“谜语：女人腿长，打一种化妆品。谜底：唇膏。”往后一步，就是诙谐、机智、创意，比如，在一个近乎裸体的美女旁，有一则公益广告：“做一个器官捐赠者吧！这样你就可以进入她的体内！”

性暗示不仅是相声的惯用手法，也是广告创意吸引眼球的噱头。性暗示所用类比的深度与关联的程度成反比，越深层的类比关联性越差，两个事物之间看起来越风马牛不及。相反，浅层的类比关联性强，两个事物一听（一看）就是一回事，比如，相声里常用的双关、谐音、口误梗就是关联性强的浅层类比，其用菊花、黄瓜、牡蛎的形状，比喻人体器官；或者谐音梗，客人不小心把碗砸碎了，老板娘说：“老娘陪你一碗（晚）”。

是否涉嫌黄色，由类比的深度决定。更深层的类比，把性埋到联想深处，是安全的；浅层的类比，让人一看就想到性，容易被监管者认定黄色。比如，杜蕾斯与饿了么的合作广告“今夜，喂饱每一张嘴”，以及杜蕾斯和喜茶的合作广告“今夜，一滴都不许剩”，因为类比过于简单粗暴，被认定为黄色。优秀的性暗示广告，让思绪越过千山万水，才能发觉与性有关的类比标的，只有聪明人才能看懂其中的本质相似。比如，Gatorade 佳得乐功能饮料广告语“Is it in you?”（喝进去了吗？，另一层意思是，那玩意在身体里吗？），还有，庞蒂亚克有一则汽车广告，宣传后排腿部空间宽裕，广告词是“Spread Your Legs!”（“伸直你的腿”，另外一层意思“张开你的双腿”）。还有下面这则宝马二手车广告（见Figure7）。

这个广告的意思是，如果把一个美女给了你，你哪里还有时间考虑她的过去？本质类似于，只要能享受宝马的驾驶乐趣，管它之前是谁的二手车。

### （4）哲学和宗教

按照亚里士多德的四因说理论，物质都存在四个方面：内部组成（质料因），外在形状（形式因），来源（动力因）和意义（目的因）。化学



Figure 7

和物理科学已经搞明白了前两个方面，解释了物质的自然本质。而在来源和意义层面，即存在和价值层面，实证研究无法开展，科学无用武之地。于是，就有了各种猜测，形成了哲学和宗教的各种流派。既然不能进行实证研究，类比就成了哲学和宗教的主要推理方法，比如，地球动物园假说，就是通过类比推演出来的：如果一条鱼竭尽所能寻找不到同类，那么它不是在海洋里，而是在鱼缸中；同理，人类如果找不到外星文明，不是我们的认知能力不够，而是我们被困在了一个被我们称为“地球”的外星人的鱼缸里。

图说哲理以反应本质特征为基本表达方式。有些哲理，通过漫画类比更浅显易懂（见 Figure 8），这是由于人脑习惯于视觉的感性思维，对文字的抽象思维不感冒。当年蔡志忠的漫画书畅销，就是因为把晦涩的哲理改编成了漫画。漫画看着过瘾，因为对哲理的本质特征抽象得恰如其分。

#### (5) 梦境

梦境是睡着后思维自己启动的类比，反映了现实中的恐惧、压抑、期待、焦虑。弗洛伊德和

锋芒太露，  
就很容易折断。



Figure 8

周公都是按照这种套路解梦，他们用了反向推理，即从梦境开始，分析出做梦时的心境，是压抑、恐惧、焦虑、期待中的哪一种，然后，在个人经历中寻找产生同样心境的往事。弗洛伊德认为，梦中流露出的情感都与性有关，是性欲受压抑后的改装再现，本质特征是性的表达。《梦的解析》中有一个案例，一个年轻的少女梦见她姐姐的二儿子躺在棺材内，场景与当年她姐姐的大儿子死时一样。弗洛伊德问过这个女子的恋爱史后，了解到她之前有个喜欢的教授，但因姐姐反对而告吹，她和教授的最后一面是在姐姐大儿子的葬礼上。弗洛伊德解释道，如果姐姐二儿子也死了，教授会来吊丧，他们就能相见了。重逢的渴望是梦与现实共同的本质，由于现实中不敢表达，类比到了梦里。

#### (6) 中医和玄学

中医持有天人合一的哲学观，其基本理念就是类比：人体和宇宙本质相似，人体运行和宇宙的运行（比如四季、昼夜）本质相似，因此，日常起居应遵循宇宙运行的规律，比如，日出而作、日落而息，熬夜破坏了人体的运转规律，势必妨碍自身的修复。又如，人体的水火和自然界的水火本质相似，失眠是由于心火过旺，不能被肾水浇灭，所以要增肾水（滋阴）和降心火（养心）。

科学到最后都要面对终极问题。鱼缸里的鱼要认识鱼缸外的世界，只能借助玄学。爱因斯坦晚年就表现出这种倾向，开始信仰神学（西方称玄学为新道家，道与神同在，故东方的玄学就是西方的神学），因为科学无法解释意识、意志和

情感。科学试图实证地、数量化地精确解释世界，而神学、宗教、哲学则承认人的卑微和无知，不以自然界征服者的视角解读世界的规律，而是通过故事、常识、通感，借助本质相似的类比解释未知，这是谦卑者的视角。因为无法实证，只有依赖类比和通感，勉强把不能认识的领域纳入认知系统，从而消除不安全感。

自然科学以可重复、可测量为基本特征，其研究的客体存在于经验之内。玄学面对的是经验无法到达的领地，既不能将自己的学说证实，也不能将他人的学说证伪，因为玄学的客体超出了人的认识能力。我们无法用自然科学的方法研究经验之外的客体，只能凭经验确信“本质相似”（这属于信仰），然后，由已知类比未知。类比是玄学唯一可用的研究方法。比如，易经的核心就是类比，通过类比来解释宇宙、社会、生活、人、事、物等一切。《易经·系辞下》说，“易者，象也；象也者，像也”。

#### (7) 诗歌

诗歌要表达情感，而情感是没有对应词语的，只能通过类比来传达。比如，表达程度很高的快乐，用“像中了彩票一样”。可以说，诗歌是由类比堆砌出来的，既有形式的类比，也有意义的类比。前者用于描写，后者用于抒情或发表观点。有时，整个诗歌就为建构一个复杂的类比，其全部描写、抒情都是搭建某个意向的过程，而这个意向指向被类比的物、感觉、观点。读这种诗，必须高屋建瓴，在只言片语引导的想象中，感觉作者要渗透、暗示、意指的整体意向空间，寻找被类比的事物。比如，王维的《相思》“红豆生南国，春来发几枝？愿君多采撷，此物最相思。”用红豆类比爱情。

#### (8) 音乐和审美

音乐之所以动人，是由于旋律带给人的感受唤起了记忆中的感受。旋律唤起的感受与被表现事物给人的感受，或者经验后埋入心底的感受，甚至纯粹联想获得的感受，具有本质相似。感受的相似性，是审美的起点，或者说是移情的动因。缺乏相似感受，就不会移情，审美进程也无法启动。比如，俄国作曲家里姆斯基·柯萨科夫的《野蜂飞舞》模仿出与野蜂一样的声音，让人感受到

野蜂飞舞的场景。除去拟声的表现手法，音乐更高级的通感构造法需要故事、解说作为想象力的引导，比如《梁祝的化蝶》不是通过蝴蝶的声音模拟飞舞的蝴蝶，而是通过故事引导听众的想象力，获得看见两只蝴蝶飞舞的通感：雀跃悸动、祥和美满。

审美是由本质相似引发的移情。有时候，从来没有听过的歌，或者从来没见过的人，一眼就感觉似曾相识，因为我们心中埋着一段旋律，魂牵梦绕；或者脑海中刻着一张脸，神话似的清晰却无以名状。怎么来的已无从考证，但瞬间感到“就是它她”，现实中“这个”与脑海中的“那个”一样。脑海中的“那个”是谁植入的？就要听玄学讲起上辈子的故事……

#### 审美

虔诚地，把心灵腾空；  
曾经的过客，也都一一扫净。  
因为如来说，有人路过，只在此生。

就这样，守着心的空城；  
受活四季交替，静熬天黑天明。  
冥冥中感觉，  
不为等人的话，此生不值得来过。

突然，有人入城，身世朦胧。  
我们从未谋面，素昧平生；  
但一眼激起千层浪，地裂天崩。

我说，“我们仿佛在哪儿见过？”  
你说，“听说你在此世，我早了了上辈子的命。”

#### 注释：

- [1] 史蒂芬·霍金等著，吴忠超译：《大设计》，湖南科学技术出版社，2011年1月第1版，第31页。
- [2] petitioner's interest in preserving the flag as a symbol of nationhood did not justify a criminal conviction for engaging in political expression.
- [3] 判决原文：Appellant only alleges that the teenage viewers of "Born Innocent" acted on the stimulus of the broadcast rather than in response to encouragement of such conduct.??Weirum?does not control the present case.

中伦  
文德

马珂律师，中伦文德上海分所执业律师、高级企业合规师。毕业于上海交通大学，业务领域包括企业合规、建设工程、房地产以及公司业务相关的诉讼和非诉法律服务。

## 律师职业：少有人走的路

□马 珂/文



马 珂

律师行业的马太效应越来越严重：强者恒强，弱者越弱。

我记得 2015 年刚入行做实习生的时候，带教师傅曾说过说律师行业符合二八定律，20% 的律师占据了 80% 的市场，现在可能更严重，甚至一九。不光是收入严重分化，律师行业更面临着“僧多粥少”的严峻问题。根据律师行业统计数据，律师人数已从 2017 年的 30 多万增加至 75 万。即便在如此庞大的群体基数下，为什么我仍认为律师行业仍是“少数人的选择”，是因为律师这类群体，有自身执业的独特性：一方面要通过法律的运用和思辨能力做好案子，以形成自己的专业口碑；另一方面，又要懂得与各类层次、背景的人打交道，要想实现顺畅沟通，必须要掌握其他领域的“话语体系”，比如法院、检察院、不同知识背景的当事人等，对律师的考验极高。因此要做到“面面俱到”真的不是光靠专业技术就可以，还要懂财务、心理、营销、市场、社会等等。

回归律师的专业职能，律师的作用又无外乎以下两种：在法庭上，律师是代理人、辩护人，陈述己方观点，在审判中发挥着至关重要的作用，因为他代表当事人陈述事实、出示证据，直面法官，并监督法官重塑事实，以法律术语辨析案情并作出判决，即“断屈伸冤”；在法庭外，律师向当事人表达观点、提出建议，为客户商业行为出谋划策，以使市场行为符合法律规范，为企业合法合规经营提供助力。

当然，现代社会的法律和法律适用不再像古代社会“遥不可及”，律师行业也和其他市场主体一样，要经历市场淘汰、优化、革新等，以适应

社会发展的需要。面对来自同行的竞争压力，几乎每个律师都会思考自身长远发展问题：案源问题、专业方向问题、平台品牌影响力问题等等。

案源是每一个独立执业律师必须解决的终极问题，稳定的客源一方面解决律师的生存压力，另一方面更让律师在解决一个又一个法律难题之后，提升办案能力，丰富办案经验，形成良性循环。

专业方向问题就是律师自身的专业领域，擅长处理何种类型的法律问题。我国共制定过上千部法律，现行有效的 200 多部，还不包括部门规章、司法解释这些下位法及配套的最高法院出台的各种司法解释。大体按照法律类型划分，包括民事法律、刑事法律、行政法律；民事又细分为合同编、公司法、劳动合同法、婚姻家庭编、反垄断法相关法律等，以及仲裁法、诉讼法等程序性法律，浩如烟海，并且各类法律纠纷大相径庭，解决方案几乎不可复用，因此律师必须选择自己擅长的领域，精耕细作以实现专业化发展。毕竟万金油律师的市场认可度越来越低，且由于办案能力、办案质量等问题遭到越来越多的诟病。

平台品牌影响力问题就是回答哪个律所能给律师本人执业发展带来正面背书的问题，进而给律师的形象加分，且得到客户的信任。比如律所行业内有所谓的“红圈所”特指国内几所品牌影响力较大的律所、国外也有类似的“魔术圈”叫法。毕竟大部分的客户不熟悉律师专业能力，需要靠熟人推荐，或者市场上寻找适合自己的律师。当然，熟人推荐就可能不大涉及平台名气大小，跟律师专业实力、口碑直接相关，但是如果客户在市场上找很大程度上就会依赖律师或者律所网页推广或者其他媒体推广。

在如今后疫情时代且经济下行的情况下，受影响的不只有企业，还有律师行业，众所周知，律师业务与企业经营情况好坏直接相关。当然很多客户会认为律师行业是一个“旱涝保收”的职业，经济好的时候企业、个人法律需求旺盛，经济不好的时候企业或者个体之间的纠纷多，律师同样不缺业务。实际上并非如此，律师行业与市场发展状况正相关，并且律师的收入直接来源于企业或者个人，特别在企业缩减经营成本的情况下，除了考虑裁员外，首先会考虑的就是砍掉律师费用这类“成本性”支出，毕竟律师费用不是一个直接产生经济效益的项目。

那么，律师如何实现逆势翻盘，特别在现今

市场大环境不景气，以及律师行业内卷化严重的情况下，再次思考律师职业本质以及未来发展方向对于律师消除焦虑，突破内卷尤为必要。

## 一、律师行业的起源

在公元前六世纪的雅典共和国时期，就产生了律师的雏形——辩护士或保护人。雅典被称为“男性公民的俱乐部”，高度的民主自治并不向妇女、奴隶与异邦人敞开。因而，在古雅典，只有男性公民享有起诉权，异邦人的起诉只能通过其“保护人”来进行，而妇女和奴隶没有起诉权。这种制度一定程度上维护了雅典男性公民城邦主人的地位，对古罗马律师制度的诞生积累了经验。

古罗马律师制度的诞生以来，从事法律研究、代理诉讼的相关法律行业初见规模。公元前一世纪是罗马共和国向罗马帝国演变的时期。这一时期，由于罗马征服的土地日益扩大，人口不断增加，公民与异邦人的界限日益模糊，社会矛盾日益尖锐。在这种社会背景下，罗马法的诞生可以说是正符合罗马社会的需要。随着法律、法令和规定的日益完善，社会上出现了学习、研究法律的法学家阶层。他们时常就社会实践中的法律问题，向司法、行政官员提供意见，甚至有一些意见被统治者认可为法律。同时，他们也代替当事人参加诉讼，解决法律问题。这一阶层的出现顺应了时代的发展，公元前三世纪，罗马皇帝以诏令的形式确立了这一法律工作者——“大教侣”的合法地位。同时，还允许委托他人代理诉讼行为。至此，真正意义上的律师至此诞生。

在古代中国，春秋时期就产生了传授法律知识、助人诉讼的法律人才，同时也产生了可由下属或子弟代理诉讼的代理制度。同时，专门为他人写诉状的文人出现，但仅凭借识字以及见多识广的经验，不具有专业的法律知识。

然而清末至民国时期才真正引进律师制度，比如：1910 年清末著名法学家沈家本主持制定《大清刑事、民事诉讼法》但由于社会条件并未实行；1911 年，南京政府起草了第一部有关律师的成文法草案《律师法草案》但也未实行；1912 年，北洋军阀政府颁布《律师暂行章程》与《律师登记暂行章程》中国律师职业慢慢兴起。

国民党南京政府成立后，先后颁布《律师章程》《律师法》《律师法施行细则》《律师登录规则》《律师惩戒规则》等，使律师制度进一步规范化。

新中国成立后，1949年9月29日通过《中国人民政治协商会议共同纲领》废除了旧中国律师制度、解散旧律师组织，建立新型的人民律师制度。

1950年司法部草拟了《京、津、沪三市辩护人制度试行办法（草案）》并发出《关于取缔黑律师及讼棍事件的通报》由此开始了律师制度的除旧立新。同年7月颁布的《人民法院组织通则》规定被告人有辩护权。

1953年，上海市人民法院设立“公设辩护人室”，帮助刑事被告辩护；次年又改为“公设律师室”，职能扩大到为离婚妇女提供法律帮助。

……

1986年7月，第一次全国律师大会在北京召开，宣告成立中华全国律师协会，并通过了《中华全国律师协会章程》这意味着中国律师开始有了自己的组织，迈出了行业自治的第一步。同年，首次举办全国律师资格考试，共有2.9万人报名，通过考试并领取律师资格证共有1134人。

从上述中外律师及律师制度发展演变来看，律师并不是一开始就随着社会发展而出现的，也并不是一出现就被广泛应用，甚至当时只是“少部分人的特权”。律师及律师制度是随着社会、政治、经济发展到一定程度才逐步诞生、发展再被广泛认可、接受、普遍适用，最终形成能够广泛被应用的法律组织形式。

## 二、现代市场上的律师类型

随着市场化发展愈加成熟，为处理各类不同的社会问题、法律问题，以及市场需求问题，律师群体逐步形成专业化分工，比如按照专业化划分为公司律师、证券行业律师、刑事律师、劳动法律师、公司合规律师、知识产权律师等等，按照级别划分高级合伙人律师、合伙人律师、律师助理、秘书等，这几乎是所有律师事务所通用的内部设置。

当然，律所平台形式也跟传统的公司、合伙企业运营有所区别。按照运营模式划分，律师事务所又分为公司和合伙制律师事务所。公司制律师事务所很好理解，就是所有律师、助理等人员按照公司体系进行管理，包括绩效考核、晋升机制、劳动合同管理等，在此不做赘述。本文仅从合伙制律所下的独立律师涉及的业务承接、对外宣传、内部管理等方面展开探讨。

对于合伙制律所中的大部分独立执业律师来

说，律师事务所只是律师挂执业证的平台。律所除了提供办公空间、办理年审注册、进行执业监督管理并收取管理费之外，律所和律师之间并没有太紧密的关系，没有共同的目标，更没有共同愿景、使命和价值观。独立律师要完成市场营销、独立接案、独立办案、独立承担风险和收益等一系列流程，并以其经营的人脉圈子和个人声誉为基础发展业务。在这种模式下，独立律师个体的能动性发挥到极致，律师穷尽一切办法拓展人脉，开拓业务，积极营造个人声誉、口碑、影响力，当然也有不少律师罔顾职业规则，采取一些不正当的手段揽案。

在现今律师行业已经成熟的情况下，按照律师对外宣传，以及承接业务情况，市场上主要有以下几类律师：

1、万金油型律师。号称什么业务都能做，什么业务都接，主打一个来者不拒。优点是迅速提高律师收益，解决律师生存压力；缺点是很难把案子做细，毕竟不同类型的法律纠纷，所适用的法律条文不同，司法裁判尺度不同，律师在精力有限的情况下，很难把法律条文、同类案件的法律检索等研究透彻。

2、专业型律师。宣传擅长某个特定行业领域的律师，比如IPO律师、刑事辩护律师、婚姻家庭律师、知识产权律师等等，这些律师一般承办的是特定类型的案件或者项目。优点是长期在某一领域的研究、耕耘，容易形成律师的专业化口碑；缺点是必须“忍痛”割让一部分利益。

3、营销型律师。类似于销售，不承办具体业务，案件交给专业律师处理。优点是形成专业化分工，发挥专长，比如有的律师擅长跟客户沟通，促成委托，但是做案子能力，缺点就是很难形成专业的办案能力，客户粘性不强，毕竟客户找律师是为了解决特定的问题，而律师也只有通过认真的做事态度、专业的办案能力，才能赢得客户信任。

当然，以上并未涵盖市场上所有类型的律师，实际上，中国律师业在脱离曾经的国办体制之后飞速发展，律师各自独立发展后，律师行业可谓百花齐放。并且，由于律师制度的规范，律师并不能个体化存在，必须在律师事务所这个平台挂证，接受律所管理，通过律所平台接受客户委托，并且受到律师法、律师职业规范、职业道德等文件约束。

总而言之，在市场化路径之下，律师们八仙

过海、各显神通，拼资源、拼价格、拼专业，法律服务市场竞争日益白热化。而这种“独立作战”的发展模式优势是业务成本低、效率高，个人价值能够得到充分彰显，个人努力能够得到实时激励；其劣势是缺乏组织支撑和专业分工，过度依赖个人能力发挥，难以实现规模化和可持续发展，完全受制于律师个体能力、精力和心力的发挥，律师承担着销售、业务员、老板、财务、秘书等多重角色任务，压力和风险完全自行承担。一旦律师个人因家庭、身体等原因离开业务一线，业务便会迅速萎缩，其职业生涯也难以维系。即便律师为了扩大规模、分工合作，建立由律师、助理等小型团队，在团队内部也可能会由于律师助理不稳定性、薪酬体系设置、业务沟通不畅、相互配合等问题导致团队管理问题层出不穷。因此，探索一条可持续、稳定化的路径是解决律师生存、发展的核心问题。

### 三、律师行业如何扛过经济周期

现今经济发展情况下，可以说没有哪个类型的律师业务不受影响。一方面人工智能法律服务工具已经初见规模，并已投向律师行业使用，各类法律服务工具、检索工具简单、便捷，当事人越来越少依靠律师处理问题；另一方面市场急剧发展，律师单纯探讨法律知识运用已经无法完全解决客户所有的问题，为了站在客户角度提出匹配的解决方案，还要求律师具备商业思维、以及对于某些特定行业的了解，以便和客户建立“同频”链接。当今复杂的社会背景下律师扮演的角色非常多元化，对于律师的行业要求不仅限于法律知识和专业能力，其行业知识、也必不可少。

到底哪种律师类型更符合如今的市场需求、客户需求，并且扛过行业寒冬期，是我们每个律师要思考的问题。但是毫无疑问，无论什么时候，律师靠专业“吃饭”，这个问题的答案要从律师职业本质寻找。对此，我想从以下几个方面提出自己的一些想法：

1、潮水有起有落，不妄想预测潮水的起落，只想着自己怎么游的安全、游的长远。这要求律师专业精深、深入行业，向行业学习，不仅要专注研究法律知识，运用专业知识、专业判断为当事人提供专业意见，还要对客户所在行业领域有一定的了解，否则专业意见仍然会浮于表面，很难切实解决客户问题。

2、不断学习、持续精进。逆水行舟，不进则退，不学习，就会被同行超越，被客户淘汰。高手过招，往往就是细节决定成败，比如国家政策、趋势、监管口径这些信息，它本身不是成文的法律条文规定，律师需要从新闻媒体、浩瀚的裁判文书中学习、提炼，最终形成自己的专业判断，这些是能够为客户带来“附加值”的专业信息。

3、学习运用工具解决问题，比如 Chatgpt 或者其他人工智能检索工具，如果能够减轻工作量、减少重复劳动，在确保正确的前提下，可以用来提高工作效率。

4、持之以恒地追求智慧，持之以恒地等待时机。法律是一门实践的科学，就是要求律师在经手的案子中总结经验 and 智慧，以及在新的、有争议的社会现象出现后，思考如何用法律手段提出解决思路，平衡各方利益，比如 AI 生成的图片、视频等知识产权保护、归属等。

《论语·为政》中提到“君子不器”，这句话对律师同样适用，当下的律师同事们，不再只是法律条文的“搬运工”，仅仅关注现有的法律、法规，而是要充分运用自己的法律思维、行业知识，为客户提出可落地的解决方案。诚然，一部分号称“保证胜诉率”、“低价竞争”等确实会在一定程度上“做坏”市场，导致企业和个人对律师行业产生误解，视律师为“讼棍”，但是仍有一部分律师孜孜不倦地思考着自己的出路，在夜深人静的时候发出“我们是谁？我们从何而来？”的哲理性反思。

总之，律师究竟是一种什么样的职业，或者律师应当是什么样的，似乎很难用一句话概括，但是历史告诉我们：律师不仅要拥有良善与公正的技艺、熟练修辞与辩论的技巧，而且遵守完善的道德与行为规范，更要有社会发展的大局观，以超越普通人的眼界和眼光，为复杂的社会问题、社会矛盾提出自己的远见卓识。因此，无论是“学者型”律师、还是“工匠型”律师，既要才高八斗，出口成章，理论扎实，不脱离实践，更要一丝不苟，一针见血，低调深刻，默默传承。在日理万机的执业生涯中，始终不放弃研究、及时总结、惜时如金，在“立功”中“立言”，又以“立言”而“立德”。

中伦  
文德



□ 廖振权/文

廖振权，北京中伦文德（苏州）律师事务所合伙人、执业律师，律师执业年限达14年。自执业以来，代理民商事案件达400余件，积累了丰富的诉讼经验和技巧。至今公开发表学术论文近20篇，擅长法律文书审查和制作、商务谈判等非诉讼法律实务。

## 原告苏州某投资有限公司诉被告吴某泉、第三人苏州某园艺有限公司增资纠纷一案代理词

2021 苏 0509 民初 839 号

### 苏州市吴江区人民法院：

就原告苏州某投资有限公司诉被告吴某泉、第三人苏州某园艺有限公司（下称“园艺公司”）公司增资纠纷一案，本律师受律所指派，担任原告苏州某投资有限公司一审期间的诉讼代理人，现代理人结合本案查明的事实、各方在庭审中提交的证据，并根据法律的相关规定提出如下代理意见，望合议庭予以采纳。

一、依照《增资协议》约定，原告享有“退出公司之请求权”。原告退出公司请求权是为了保护原告的投资利益而设立的，不因公司破产、注销等因素而受到影响，被告应如约以原告增资款 750 万元及利息损失向原告进行赔偿。

1.《增资协议》明确约定原告享有“退出公司请求权”。根据原、被告及园艺公司签订的《增资协议》第 7.18 条“若本条所列（第七条）的承诺事项与事实不符或甲方（即本案被告）、公司（即园艺公司）未实际履行该承诺的：原告有权要求

退出公司，退出方式包括但不限于公司减资、被告受让股权、新股东向第三方转让股权等”的约定，原告享有“退出公司的请求权”，即当出现合同约定情形时，原告有权要求“退出公司”。

2. 退出公司请求权是为了保护原告的投资利益，且经协议方一致同意设立的，应当依法给予保护。从基本法理来讲，民事权利本质上是指法律为了保障民事主体的特定利益而提供法律之力的保护，是法律之力与特定利益的结合。原告退出公司请求权保护的利益是原告的投资利益（实际就是“股权”对应的价值）。请求权本身是指权利人要求他人为特定行为（作为或不作为）的权利，因此“公司减资、被告受让股权、新股东向第三方转让股权”是原告请求权的客体行为（权利行使的方式），公司股权只是上述客体行为对应的“标的物”。依法理，权利自设立之后，除权利人主动放弃、“违法”致使权利无效或者被撤销外，权利一直存在。本案中，即便园艺公司已于 2020 年 6 月 29 日破产程序终结，公司（股权）实际已不存在，亦不影响原告依约向对应主体主张其相关合法正当权益，否则有违“利益衡

平”的基本法理。即原告请求权并未消灭，当合同约定的条件成就时，原告当然有权依约主张其权利而使其投资权益最终能获救济，只是因客体状态的变化而致原告主张的外在请求表现作相应变化而已。比如租赁合同中，出租人享有租赁物返还请求权，如果因租赁物灭失，导致租赁物实际无法返还，承租人返还（或者赔偿）的也是租赁物对应的价值。

3. 类案检索显示，目标公司破产清算不影响股东行使股权回购权。根据江苏省高级人民法院（2014）苏商初字第029号民事判决书，江苏省高院认为：在目标公司破产清算或重整的状态下，其股权价值严重贬损，股东的投资利益不能以持有目标公司股份或向他人转让目标公司股份实现，其依据《增资补充协议》主张目标公司实际控制人回购其股份，符合签订案涉《增资扩股协议》《增资补充协议》的合同目的（详见判决书第11页第2段）。根据该判决的法律逻辑及判决精神可知，目标公司进入破产重整程序并不影响投资公司向目标公司其他股东依合同约定主张回购其股份。即不论目标公司进入破产清算程序与否，投资人在回购条件触发的情况下，均有权要求回购人履行有效的回购协议。该判决书背后所体现的法理和逻辑，其实就是保护投资方的投资利益。

回归到本案，无论是园艺公司是在破产程序中还是公司已经注销，结果均是原告无法通过“公司减资、被告受让股权、新股东向第三方转让股权”等方式获得其股权价值，即原告已经无法实现当时订立合同之目的（无法实现其投资利益）。因此，本案原告诉讼请求的法理逻辑符合江苏省高院上述案例的判决精神。

4. 园艺公司破产清算后，原告股权价值已经为零，原告已经无法获得其投资利益，故原告要求被告按照增资款750万元及利息损失来进行赔偿，符合双方的合同目的。

根据《增资协议》第7.18.2条约定了“退出公司时，如原告所得股权转让款去除相应成本后，较之于增资款及增资款银行同期贷款利息之和，存在差额的，差额部分由被告或园艺公司另行补足”。现园艺公司破产程序已终结，原告公司股

权的价值已经为零。因此原告有权依照该约定，直接要求被告吴某泉承担原告出资及出资利息与股权现有价值之间差额的赔偿，即出资款750万元及从出资之日起产生的利息。

二、被告吴某泉及第三人园艺公司违反了《增资协议》第七条约定的承诺事项，原告退出公司的条件已经成就，原告有权依照依据协议7.18条约定行使“退出公司之请求权”。

原告认为被告及园艺公司存在以下违反《增资协议》第7条约定承诺的行为：

1. 被告违反协议7.9条约定，具体违约行为如下：（1）2012年5月到2013年7月期间，吴某泉将园艺公司资金转至美国某某公司共计1490982.51元，用于被告独资的境外公司美国某某公司经营使用（详见被告一审刑事判决书第15页）；（2）被告将园艺公司的机器设备、订单、业务转移给苏州某某公司有限公司（下称“苏州某某公司”，详见被告一审刑事判决书第11页，董某、李某丁、郭某乙的证言）；（3）李华仅是苏州某某公司的名义股东，实际出资人（控制人）是园艺公司，李华将股权转让给吴某泉，吴某泉并未支付李华对价。被告上述行为已经被认定为挪用资金罪，明显违反了协议7.9条约定的“股东不存在无偿占有、使用公司财产的情形，有偿使用公司财产的均已支付相当公允的对价”的约定。

2. 被告违反协议第7.8条约定，具体违约行为如下：（1）被告将园艺公司的机器设备、订单、业务转移给苏州某某公司（被告一审刑事判决书第11页，董某、李某丁、郭某乙的证言）；（2）2013年6月开始，园艺公司和被告独资的境外公司美国某某公司开展业务往来，在此之前园艺公司的出口都是直接卖给美国经销商（被告一审刑事判决书第13页、第十四页）。被告上述行为违反增资协议中关于“与关联公司交易的定价、履行应完全依据市场原则进行、公司与股东不存在除投资关系之外的交易行为”的约定。

3. 被告违反协议第7.7条约定，具体违约行为如下：被告作为园艺公司最大股东和实际控制人期间，同时系苏州某某公司的自然人独资股东



及法定代表人。园艺公司（经营范围：农业园艺材料生产、销售；自营和代理各类商品及技术的进出口业务）与苏州某某公司（经营范围蔬菜、花卉植物种植、销售；不再分装的包装种子的零售；种植容器、泥炭、肥料、园艺工具、园艺机械销售；自营和代理各类商品及技术的进出口业务）存在一定的同业竞争关系，且被告已利用苏州某某公司进行实际经营（被告一审刑事判决书第13页），明显违反增资协议约定的禁止同业竞争行为。

综上，被告吴某泉的上述多种行为，已经违反了增资协议第七条约定的承诺事项，原告请求退出公司的条件已经成就，即原告有权依据协议7.18.2条约定，要求被告赔偿增资款损失及利息

损失。

### 三、原告的诉讼请求未超过法律规定的诉讼时效

被告吴某泉违反《增资协议》第7条承诺的事实，直至苏州市中级人民法院2019年7月18日作出的（2019）苏05民终63号刑事判决书才得以确定，原告才真正知晓被告实际违约的行为，故原告诉讼时效的起算时间点应从2019年7月18日开始起算，故原告的诉请并未超过法律规定的诉讼时效。

代理人：廖振权

2021年2月18日



□刘艳东/文

刘艳东，北京市中伦文德（苏州）律师事务所律师，法律硕士研究生，专业领域：企业常年法律顾问服务、企业合规体系建设与管理、合同风险防范与管理、企业劳动用工规范。

## 企业发生经营困难时应如何妥善处理劳动用工关系

**前言：**当企业发生经营困难时，开源受阻，绝大多数企业不得不通过节流降低日常管理成本，尽力维持基本运营，以期渡过难关寻求重生。在压缩管理成本的过程中，会不可避免涉及暂缓发放员工工资、降低薪酬总额或调整薪酬结构、停工停产、甚至解除劳动合同。但是，无论企业如何应对，必须保证在《劳动合同法》及相关法律法规的规定下进行，避免矛盾突发，管理失序，只有积极稳妥的处理好过渡期内的劳动用工关系，才能维护住企业良好社会形象和雇主口碑，为未来恢复生产或转型发展奠定较好的基础。现就本人参与服务、协助处理该类事宜的相关经验，进行简要总结梳理，供大家参考。

### 一、及时分析经营动态

当下企业面临的经营环境复杂多变，对于内、外部影响因素的忽略、迟滞管理，往往会导致各种问题累计、叠加爆发，企业疲于应付，员工极端抱怨，双方沟通协商的基础无法有效建立。实行精细化管理的企业，其生产经营数据的及时、准确性往往也较高，有利于主要负责人透过数据看本质，提前筹划准备，对于人力、资金的分配有保有压，能够平滑处理经营困难产生的各种矛盾冲突。比如同样是经济性裁员，有的企业分批、分步骤实施，补偿待遇优厚，有的企业甚至连法

律最低要求都无法实现，而前者在艰难时期仍有可能留住核心员工，赢得市场口碑，后者则失信、失人，翻盘困难。因此，企业管理层应当及时分析自身经营状况、财务状况，做出合理预判，并通过高层集体决策，或者是中高层范围的事先沟通，就管理调整、成本压缩、人员分流、资源分配等问题统一思想、达成共识，确保后期各项政策、方案的顺利执行。此外，在政策、方案的制定过程中，需要企业法律顾问的全程参与，对政策、方案的合法合规性、可操作性、实施节点、步骤等给出明确的法律意见，协助起草、审核劳动关系处理过程中的各类文件材料，以最大限度降低企业法律风险。

### 二、尽早制定应对方案

通过全面分析测算，依据企业现有资源、条件，明晰取舍，统一处理口径，结合企业现状制定不同的应对方案。在困难的初期，企业可考虑先采取轮训、轮休的方式，给员工调整自身工作节奏、提升工作能力的机会，为将来恢复正常经营后的各项任务积蓄力量；在困难的中期，可以经过职工大会或职工代表大会等民主程序，采取降薪、调整薪酬结构、撤并部门、阶段性停工停产的方式最大限度压缩成本开支，减轻资金压力；在困难的后期，也即穷尽自救手段，同时也无法



获得外援的情况下，可以考虑采取解除合同、解散公司的方式，及时止损。所有方案都应按照法律规定的期限、时间，履行必要的程序再开始执行。

### 三、依法合规分类实施

1、如决定缩小企业规模，对部门、岗位裁撤、合并、调整岗位、调整薪酬的，本质上都属于劳动合同变更，企业不能单方强制执行，依法要与员工协商一致，且应至少提前一个月进行。在协商构成中，企业应当遵守“坦诚、合理”的原则，实事求是的说明困难情况，已经采取的应急措施，组织架构变动和岗位、薪酬调整的合理性，未来经营好转后对员工做出的补偿安排等，让员工产生共情，自主接受调整变更，避免引发群体性事件，给企业造成更大负面影响。

2、如选择停工停产，应当履行职工大会或职工代表大会等民主程序，企业应向职工说明停工停产原因、期限、停工停产期间拟安排的工作任务情况和拟执行的工资支付标准、停工停产期间公司值守部门、人员的安排等相关情况。实践中很多企业对于职工大会或职代会的召集召开都较为仓促，没有事先进行必要的沟通，企业负责人也较少出席会议直面员工阐述说明，最终导致会议气氛紧张，会议协商目的无法实现，民主协商程序无法完成，企业和管理层反而处于更加被动、尴尬的境地，因此做好职工大会的前期筹备也是企业行政部门或人力部门一项非常重要的工作。对于经营困难情形下的工资支付问题，若停

工停产时间不超过一个工资支付周期，则需按劳动合同标准支付工资；若停工停产时间超过一个工资支付周期的，则第一个工资支付周期应按照劳动合同标准支付工资，自第二个工资支付周期起按新约定的标准支付工资（员工提供了正常劳动）或支付基本生活费（未安排员工工作）。停工停产企业召开职工代表大会，职工代表的范围和人数、选举程序、会议的召集、召开、表决程序均需符合法律法规的各项规定，否则发生劳动争议，企业可能会因没有履行民主程序而无法得到仲裁委、法院的支持。

3、如决定与员工解除劳动合同的，应当先向员工充分说明企业情况，适当披露有关经营、财务数据，全面完整阐述解除政策，协商一致后解除。特别要注意：一是解除政策要统一透明，适用全体员工，不能背对背搞个例、特殊化；二是对于协商过程中可能出现的双方信息不对称、重大误解等问题，要注意做好全程留痕，一旦发生争议，企业能够提供充分、有力的证据支撑，避免企业发生违法解除的风险而增大解除成本；三是协商方式切忌简单粗暴，要坚持“高层参与、双向交流、寓情于理”的原则，尽量保证解除过程平稳顺利。

4、如决定解散公司，终止劳动合同的，要对员工安置做出全面安排，根据《公司法》《公司章程》的相关规定召开股东大会、审议通过解散实施方案、成立清算小组进行清算及履行其他必要的公司治理程序后终止合同。



□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。

魏思佳律师，主要从事国有企业合规、银行金融业务。

## 承兑银行不同阶段应支付（返还）票据利益分析

承兑银行在不同阶段应支付（返还）票据利益存在不同，本文将按照票据到期后两年内、票据权利消灭且诉讼时效届满前和诉讼时效届满后三个阶段分别予以分析。

### 一、票据到期后两年内，承兑银行（付款银行）应根据票面金额足额支付

《票据法》第四条规定：“本法所称票据权利，是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权。”

《票据法》第十七条规定：“票据权利在下列期限内不行使而消灭：

（一）持票人对票据的出票人和承兑人的权利，自票据到期日起二年。见票即付的汇票、本票，自出票日起二年；

（二）持票人对支票出票人的权利，自出票日起六个月；

（三）持票人对前手的追索权，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起六个月；

（四）持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起三个月。

票据的出票日、到期日由票据当事人依法确

定。”

《票据法》第十九条规定：“汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。”

《票据法》第四十四条规定：“付款人承兑汇票后，应当承担到期付款的责任。”

《支付结算办法》第九十条规定：“银行承兑汇票的出票人应于汇票到期前将票款足额交存其开户银行。承兑银行应在汇票到期日或到期日后的见票当日支付票款。

承兑银行存在合法抗辩事由拒绝支付的，应自接到商业汇票的次日起3日内，作成拒绝付款证明，连同商业银行承兑汇票邮寄持票人开户银行转交持票人。”

《支付结算办法》第九十一条规定：“银行承兑汇票的出票人于汇票到期日未能足额交存票款时，承兑银行除凭票向持票人无条件付款外，对出票人尚未支付的汇票金额按照每天万分之五计收利息。”

银行作为承兑银行，与出票人一般会签订《银行承兑协议》，约定出票人按汇票票面金额的一定比例的履约保证金存入承兑银行指定的保证金专户，作为汇票承兑保证金，在未付清票款前不得动

用；出票人于汇票到期前五个工作日将应付票款足额交存承兑银行，以备支付到期汇票；承兑汇票到期日前，承兑银行不能足额交付票款时，除法律法规规定可予以拒付的情形外，承兑银行凭票无条件向持票人支付票款；承兑银行所垫付票款自付款之日起转作出票人的逾期贷款，并按每日万分之五计收逾期利息，不需另签借款合同。

根据《票据法》《支付结算办法》上述规定，在票据权利尚未消灭前，合法持票人享有票据权利，有权请求付款人支付全部票据金额。由于票据的无因性，银行作为付款人在合法持票人请求付款时足额付款是法定义务，即使出票人提供的资金不足以覆盖付款金额，付款人也应当先行垫款，向合法持票人依据银行承兑汇票的票面金额足额支付，且付款人垫款部分可以向出票人追偿并按照一定标准收取利息。

## 二、票据权利消灭，诉讼时效届满前，承兑银行（付款银行）应返还与未支付的票据金额相当的利益

### 1. 法律法规规定

《中华人民共和国票据法》第十七条规定：“票据权利在下列期限内不行使而消灭：

（一）持票人对票据的出票人和承兑人的权利，自票据到期日起二年。见票即付的汇票、本票，自出票日起二年；

（二）持票人对支票出票人的权利，自出票日起六个月；

（三）持票人对前手的追索权，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起六个月；

（四）持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起三个月。

票据的出票日、到期日由票据当事人依法确定。”

《中华人民共和国票据法》第十八条规定：“持票人因超过票据权利时效或者因票据记载事项欠缺而丧失票据权利的，仍享有民事权利，可以请求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据金额相当的利益。”

《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问

题的规定（2020 修正）》第八条规定：“票据诉讼的举证责任由提出主张的一方当事人承担。

依照票据法第四条第二款、第十条、第十二条、第二十一条的规定，向人民法院提起诉讼的持票人有责任提供诉争票据。该票据的出票、承兑、交付、背书转让涉嫌欺诈、偷盗、胁迫、恐吓、暴力等非法行为的，持票人对持票的合法性应当负责举证。”

### 2. 司法实践案例

《山西智丰贸易有限责任公司与中国民生银行股份有限公司苏州分行、中国建设银行股份有限公司天津和平支行等票据利益返还请求权纠纷、返还原物纠纷申请再审民事裁定书》【(2015)民申字第1759号】中法院认为：“根据《中华人民共和国票据法》第十八条：“持票人因超过票据权利时效或者因票据记载事项欠缺而丧失票据权利的，仍享有民事权利，可以请求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据金额相当的利益”的规定，票据利益返还请求权是指，持票人请求出票人或者承兑人在其所受利益的限度内返还其利益的权利。”

《北京弘瑞信石油科技有限公司与北京奥瑞安能源技术开发有限公司等票据利益返还请求权纠纷一案民事判决书》【(2018)京0102民初756号】中法院认为：“弘瑞信公司系涉案银行承兑汇票的最后持票人，其主张的票据利益返还请求权，于法有据，本院予以支持。至于负有返还票据利益的义务主体，因奥瑞安公司已经将票据金额10万元付给中信银行，现受有涉案票据利益的主体为中信银行。故弘瑞信公司应向中信银行要求返还票据利益，其无权要求奥瑞安公司向其返还票据利益。”

《上海洛起起重设备销售处与中国光大银行股份有限公司上海普陀支行票据利益返还请求权纠纷一案民事判决书》【(2019)沪0107民初14216号】中法院认为：“持票人因超过票据权利时效而丧失票据权利的，仍享有民事权利，可以请求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据金额相当的利益。票据利益返还请求权的成立须具备三个要件：一是票据上的权利曾有效存在过，二是票据上的权利是因时效期满或手续的欠缺而消灭，三是出票人或承兑人受有利益。本案原告所持的涉案票据是经营活动中合法取得，故票据上的权利曾经有效存在过。

该票据到期日为 2016 年 2 月 27 日，至今已经超过两年票据权利时效，故票据上的权利是因时效期满而消灭。作为承兑人的被告收取了出票人提供的相应资金，但因票据权利消灭而未向原告付款，且未向出票人返还票据金额，故被告受有额外利益。综上，原告的票据利益返还请求权三个要件均成立，本院对原告要求被告返还票据款的诉讼请求予以支持。”

《惠而浦（中国）股份有限公司与上海浦东发展银行股份有限公司北京分行等票据利益返还请求权纠纷二审民事判决书》【(2021)京 74 民终 236 号】中法院认为：“票据利益返还请求权并非票据权利，系为了衡平持票人与受有利益的出票人与承兑人之间的利益而设。依据最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》(法释(2000)32 号)第十六条规定，利益返还请求权的行使有三要件：1. 票据上的权利曾经有效存在；2. 票据权利因时效超过或欠缺保全手续而丧失；3. 出票人或承兑人因此而获得额外利益。额外利益，是指取得对价或资金后本来需要付出的利益，由于持票人权利的丧失而无须付出，从而获益。如果出票人并没有取得开具票据应得的对价或承兑人并没有取得承兑所需的资金，则即使票据权利丧失，出票人或承兑人也不会因此取得额外利益，持票人无法主张票据利益返还请求权。本案中，案涉票据第一手背书人载明中太建设集团股份有限公司新疆分公司与收款人中太建设集团股份有限公司乌鲁木齐分公司不符，第四手背书人印章不清。在背书不连续情形下，因背书取得票据的惠而浦公司并不享有票据权利，亦未有证据证明出票人取得开具票据应得的对价或承兑人取得承兑所需的资金，并未有证据证明出票人或承兑人获得额外利益。”

### 3. 法律分析意见

(1)《票据法》第十八条规定的“与未支付的票据金额相当的利益”，通常有两种理解：

一是理解为出票人或承兑人的“既得利益”；

二是认为请求返还的利益范围通常为“票据金额”。

如采取第一种既得利益说，实践中，作为持票人，要举证证明义务人所受实际利益的大小存在

较大困难。若出票人与承兑人实际所受的利益有差异，则导致请求权人请求返还的利益无法明确。此外，出票人基于赠与出票或承兑人未实际收取资金时，请求权人将受到义务人的抗辩而无法实际享有权利。

如采取“票据金额”说，则简化了利益的计算和相关举证责任的承担，有利于持票人直接行使权利，确保票据交易安全。本文结合司法实践案例，倾向性持“票据金额”观点，即持票人主张票据利益返还请求权的范围为票据金额，而非出票人或承兑人的“既得利益”。

(2) 持票人以票据利益返还请求权主张利息能否得到支持，司法实践中也并无统一观点：

在北京市西城区人民法院(2019)京 0102 民初 38141 号民事判决书中，人民法院认为：“鉴于持票人取得案涉汇票时未严格审查票据背书的签章，且持票人向承兑行提示付款时，亦未按照承兑行要求提交形式完备的补正材料，银行作出的拒付决定并无过错，该拒付事项系因工程公司本身的过错造成，本案诉讼亦是由持票人的原因所致，据此，要求承兑行支付利息及诉讼费用的诉讼请求，无事实及法律依据，本院不予采信。”

在《南京仕方建设工程有限公司与被告交通银行股份有限公司南京迈皋桥支行票据利益返还请求权纠纷民事判决书》【(2014)栖商初字第 196 号】，人民法院认为：“因该本票权利的丧失系原告自身原因造成，而被告的行为在本案中并无过错，原告主张被告从 2009 年 3 月 9 日至今的本票金额的存款利息及案件受理费的诉讼请求不予支持。”

在《惠而浦（中国）股份有限公司、上海浦东发展银行股份有限公司聊城分行票据利益返还请求权纠纷民事判决书》【(2021)鲁 15 民终 477 号】，人民法院认为：“关于惠而浦公司主张的利息，涉案票据未能如期兑付，并非浦发银行的原因，而系票据记载的事项欠缺导致的，该利息损失应由惠而浦公司自行承担。”

在《哈尔滨华兴助磨剂制造有限公司与宝塔石化集团财务有限公司、宝塔盛华商贸集团有限公司票据利益返还请求权纠纷民事判决书》【(2021)宁 01 民初 391 号】，人民法院认为：“根据《中华人民共和国票据法》第十八条的规定，持票人仅可以请

求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据金额相当的利益，故对原告主张票据款本金的诉请，由被告宝塔财务公司、宝塔盛华公司承担支付责任。原告主张的利息，本院不予支持。”

在《佛山市顺德区江高服装有限公司与佛山市顺德区雅图印刷有限公司票据利益返还请求权纠纷案民事判决书》【(2014)佛中法民二终字第1262号】中，人民法院认为：“由于雅图公司未在法定期限内行权，致使前述曾经存在的票据追索权归于消灭，故雅图公司依法有权要求江高公司返还与案涉票据所载票面金额相当的利益并支付相应利息。”

结合判例，我们倾向性认为，人民法院会根据对该请求权的产生，出票人或者承兑人是否有过错而判决时是否应当支付利息。如涉案票据未能如期兑付，并非银行的原因，则该等该利息损失应由索赔人自行承担。

至于票据利益的返还则依据持票人的地位不同而具体问题具体分析。若票据利益返还请求权人是最后的被背书人，则其请求的金额等于票据金额与利息（或有）之和；若票据利益返还请求权人是因被追索而偿还了票据债务后取得票据的背书人、保证人，则其请求的金额等于已支付金额与利息（或有）之和。

### 三、诉讼时效届满后，承兑银行（付款银行）可提出抗辩拒绝付款或返还利益

《民法典》第一百九十二条规定：“诉讼时效期间届满的，义务人可以提出不履行义务的抗辩。”

诉讼时效期间届满后，义务人同意履行的，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩；义务人已经自愿履行的，不得请求返还。”

《民法典》第一百九十三条规定：“人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。”

《中国建设银行股份有限公司晋江分行、开氏集团有限公司票据利益返还请求权纠纷二审民事判决书》【(2019)闽05民终2993号】中法院认为：“开氏集团行使票据利益返还请求权是否已超过了诉讼时效期间，关键在于开氏集团诉讼时效期间的起算点认定。《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第六十三条规定：“人民法院审理票据纠纷案件，适用票据法的规定；票据法没有

规定的，适用《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国担保法》等民商事法律以及国务院制定的行政法规”。《中华人民共和国票据法》对票据利益返还请求权的诉讼时效未作规定。《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十五条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外”，第一百三十七条规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间”。本案中，涉案汇票出票日期为2011年3月28日，到期日为2011年9月28日，根据《中华人民共和国票据法》第十七条关于票据时效的规定，持票人的票据权利因自票据到期日起二年内不行使而消灭，票据权利于2013年9月28日消灭，此时开氏集团即应当知道其该票据项下的权利已受到了侵害，其自此可向建行晋江分行请求返还票据利益，诉讼时效期间开始起算，即诉讼时效期间起算点应自票据权利消灭之日起计算，开氏集团应在自2013年9月28日起二年内起诉，但开氏集团直至2019年2月19日才向一审法院起诉，已超过了二年的诉讼时效期间。若按开氏集团的主张，诉讼时效期间从其托收遭到拒绝之时起算，则意味着其可在票据权利消灭之后无期限任意时点主张权利，这显然与诉讼时效的立法目的相悖。故一审法院认定开氏集团起诉未超过诉讼时效不当，予以纠正，建行晋江分行提出的诉讼时效抗辩理由成立。”

结合《民法典》第一百九十二条、第一百九十三条规定，我们倾向性认为在诉讼时效届满后，银行作为付款义务人可以提出不履行义务的抗辩，持票人面临丧失胜诉权的风险。商业银行应注意，在票据权利（两年期限）届满后且票据利益返还请求权诉讼时效期间（三年期限）届满后，如果银行同意履行的，不得再以诉讼时效期间届满为由抗辩；银行已自愿履行的，也不得以诉讼时效期间届满为请求持票人返还票据金额。

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，北京市中伦文德律师事务所非权益合伙人，主要从事银行金融、建设工程与房地产业务。

丁星友律师，主要从事公司证券、银行金融业务。

## 关于商业银行信用卡中心工会兴办企业规则厘清与分析

### 一、商业银行信用卡中心工会是否可以对外投资设立企业？有哪些特别规定（如经营范围等）需要遵守？

《中华人民共和国工会法（2021修正）》（以下简称《工会法》）第十五条规定：“中华全国总工会、地方总工会、产业工会具有社会团体法人资格。

基层工会组织具备民法典规定的法人条件的，依法取得社会团体法人资格。”

《中华全国总工会、国家工商行政管理总局、国家税务总局关于工会兴办企业若干问题的规定》（以下简称《工会兴办企业规定》）第一条规定：“中华全国总工会、地方总工会、产业工会及具有社团法人资格的基层工会（以下简称“工会”），依据国家产业政策和国民经济发展的要求，可以兴办为职工生活服务的第三产业，也可以兴办国家政策允许、社会需要的其它企业。”

根据《工会兴办企业规定》第一条规定，能够兴办经济实体的，只有中华全国总工会、地方总工会、产业工会、具有社团法人资格的基层工会这

四类特定的主体。

因此，商业银行信用卡中心工会委员会依据国家产业政策和国民经济发展的要求，可以兴办为职工生活服务的第三产业，也可以兴办国家政策允许、社会需要的其它企业。

### 二、商业银行信用卡中心工会投资设立企业注册地是否可与商业银行信用卡中心一致？具体有什么规定需要遵守？

《中华人民共和国公司法（2018修正）》（以下简称《公司法》）第十条规定：“公司以其主要办事机构所在地为住所。”

《“十三五”市场监管规划》第三章第一条第二款第三段规定：“服务创业创新大潮。推进商事登记制度改革，支持创业创新发展。对民间投资进入自然资源开发、环境保护、能源、交通、市政公用事业等领域，除法律法规有明确规定的外，取消最低注册资本、股东结构、股份比例等限制。鼓励创新型公司的发展，在一些创业创新试点地区，在符合法律法规规定的前提下，探索灵活的登记模式。

顺应众创空间、创新工场等多样化创业创新孵化平台的发展，支持开展“一址多照”、“一照多址”、工位注册、集群注册、商务秘书公司等多样化改革探索。总结推广自由贸易试验区以及国家自主创新示范区的改革成果，允许具备条件的电商企业实行“一城一号”。对连锁企业设立非企业法人门店和配送中心，所在地政府及有关部门不得设置障碍。”

《关于做好新形势下企业登记注册工作有关问题的通知》第一条规定：“各地要积极履职，认真落实改革举措，让企业享受到改革成果。一是要认真落实“先照后证”改革举措，严格执行工商登记前置审批事项目录。对于属于工商登记前置审批事项的，要严格审查审批机关的批准文件，对于未取得审批机关的批准文件的，一律不予登记注册；对于不属于工商登记前置审批事项，申请材料齐全、符合法定形式的，应当依法及时予以登记注册。二是支持创新创业发展，积极解决制约企业发展难点问题。除法律法规明确规定外，不得限制企业依法注册登记，不得要求企业必须在某地登记注册，不得为企业自由迁移设置障碍。物流企业设立分支机构，不得擅自设置前置审批条件。三是支持地方政府进一步深化住所（经营场所）改革，便利大众创新创业。坚持便捷注册和有利于社会管理的原则，分地区、分行业继续开展“一照多址”“一址多照”集群注册等多样化改革探索，进一步释放住所资源。四是落实注册资本登记制度改革举措，对内外资企业实行统一的注册资本登记制度。除法律法规另有规定外，各地不得擅自提高外商投资企业注册资本最低限额、实收资本数额、外方出资比例等标准。”

《北京市市场监督管理局关于进一步推进市场主体登记便利化优化营商环境的实施办法》第二条第五款规定：“落实国务院、国家市场监管总局和北京市政府关于住所登记制度改革的要求，准确理解、依法执行住所登记政策，不得在登记注册环节增设审查条件。在法律、法规未做出禁止性和限制性规定的领域，允许多个市场主体可以使用同一地址作为登记住所。市场主体在本市设立分支机构，可以申请在市场主体的营业执照上注明分支机构住所，不需再单独申请营业执照。申请在营业执照上注明分支机构住所的，应提交变更登记申请书、指定（委托）书、营业执照正副本原件及分支机构住

所证明。”

《北京市市场主体登记告知承诺制度实施意见》第十三条规定：“多个市场主体可以使用同一地址作为登记住所。”

集群登记的具体办法由各区人民政府、中关村园区管委会、北京经济技术开发区管委会制定，建立健全总量控制、行业禁入、服务管理、信用约束、有序退出等方面的管理制度，强化托管服务机构的主体责任。

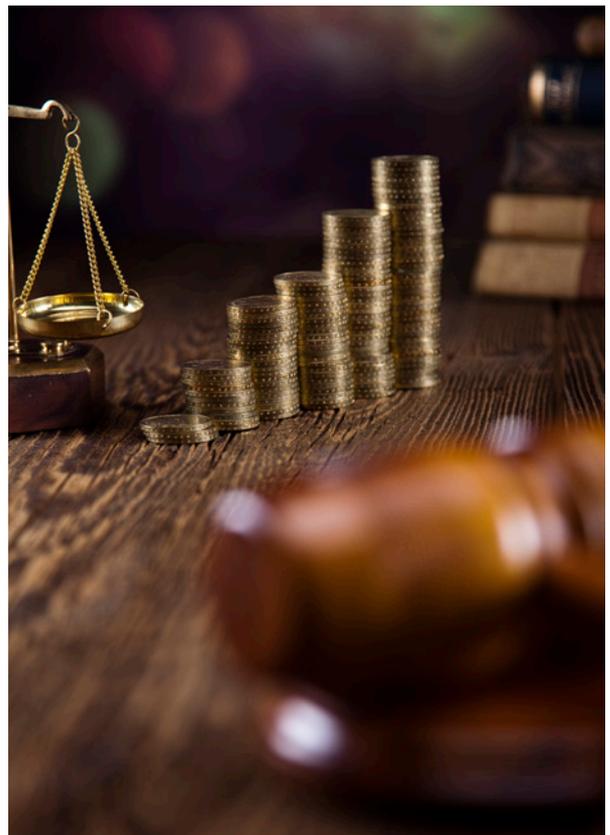
集群登记地址应向社会公示。使用集群登记住所的市场主体，营业执照住所栏内载明“集群注册”字样。”

《上海市企业住所登记管理办法》<sup>[1]</sup>第八条规定：“符合以下情形之一的，可以将同一地址的非居住用房登记为两个以上企业的住所：

（一）股权投资企业及承担对其管理责任的股权投资管理企业；

（二）企业之间有投资关系，使用相同住所办公。

以区（县）人民政府或者其授权单位指定的集中登记地作为住所的，适用前款规定。”



《广州市商事登记制度改革方案》第四条第三款规定：“商事主体登记的住所是其主要办事机构（即总部）地址，商事登记住所应符合建设工程规划验收合格证或产权证载明的功能以及《物权法》的要求。营业执照住所是法律文件（包括司法和行政机关文书）送达地，起到确定商事主体的司法和行政管辖区域的作用。允许有投资关联关系的企业，将同一地址作为多家商事主体的住所。商事主体的住所和经营场所在本市同一行政辖区（区、县级市），允许商事主体的实际经营场所与住所分离，不需办理分支机构手续，仅办理备案手续。商事主体的实际经营场所与住所不在同一行政辖区，办理分支机构登记手续。”

《浙江省放宽企业住所（经营场所）登记条件的规定》第五条第一款规定：“推行‘一址多照’，允许同一地址登记为2个以上企业的住所（经营场所）。除商务秘书企业外，同一地址作为多个企业住所（经营场所）的，应当符合多个主要办事机构共同日常办公的合理需求。”

《关于进一步简化市场主体住所（经营场所）登记手续的暂行规定》【皖工商企注字（2017）138号】第四条规定：“允许‘一址多照’、‘一照多址’、集群注册、工位注册等登记。允许电子商务、软件开发、文化创意、创业投资等市场主体，使用律师事务所、众创空间（含创客工厂、创客空间、创业孵化器等等）、商务秘书企业的住所（经营场所）办理注册登记。鼓励和支持律师事务所、众创空间、商务秘书企业从事市场主体住所（经营场所）的日常办公托管业务。众创空间、商务秘书企业应当在其住所（经营场所）以及企业信用信息公示系统公示所托管企业的名录和联系方式，主动配合监管部门加强对所托管企业的日常监管，承担相应法律责任。”

《成都市工商登记制度改革实施方案》第十四条规定：“企业的住所和经营场所可以分离登记，允许允许‘一址多照’和‘一照多址’。同一地址可以申请登记为两家以上企业住所（经营场所）。企业在其登记住所所在地区（市）县内设立经营场所且无需办理前置许可（审批）的，可申请经营场所备案，不再办理分支机构登记。企业在其登记住所所在地区（市）县外设立经营场所的，应当依法

办理分支机构登记。”

《“十三五”市场监管规划》和《关于做好新形势下企业登记注册工作有关问题的通知》等文件大力倡导等级制度改革，为“一址多照”提供了政策性支持。此后，各地纷纷出台规定、办法，为“一址多照”开了一个口子。如北京地区，根据《北京市市场监督管理局关于进一步推进市场主体登记便利化优化营商环境的实施办法》和《北京市市场主体登记告知承诺制度实施意见》相关规定，多个市场主体可以使用同一地址作为登记住所；如浙江地区，根据《浙江省放宽企业住所（经营场所）登记条件的规定》该省推行‘一址多照’，允许同一地址登记为2个以上企业的住所（经营场所）；又如安徽地区，根据《关于进一步简化市场主体住所（经营场所）登记手续的暂行规定》该省允许‘一址多照’、‘一照多址’、集群注册、工位注册等登记；此外，根据《成都市工商登记制度改革实施方案》成都市企业的住所和经营场所可以分离登记，允许允许‘一址多照’和‘一照多址’。

但需要注意，“一址多照”在部分地区仍为有条件放开。根据《上海市企业住所登记管理办法》在上海地区，只有股权投资企业及承担对其管理责任的股权投资管理企业或企业之间有投资关系，使用相同住所办公可以将同一地址的非居住用房登记为两个以上企业的住所；根据《广州市商事登记制度改革方案》广州地区将“一址多照”适用范围明确限定为有投资关联关系的企业。

### 三、信用卡中心工会投资设立企业的高管、财务人员等可否由信用卡中心领导兼任？如可以，兼任人员需符合哪些要求？

#### 1. 兼任事宜

《中华人民共和国企业国有资产法》第五条规定：“本法所称国家出资企业，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。”

《中华人民共和国商业银行法（2015修正）》（以下简称《商业银行法》）第五十二条规定：“商业银行的工作人员应当遵守法律、行政法规和其他各

项业务管理的规定，不得有下列行为：

（一）利用职务上的便利，索取、收受贿赂或者违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费；

（二）利用职务上的便利，贪污、挪用、侵占本行或者客户的资金；

（三）违反规定徇私向亲属、朋友发放贷款或者提供担保；

（四）在其他经济组织兼职；

（五）违反法律、行政法规和业务管理规定的其他行为。”

《国务院国有资产监督管理委员会关于规范国有企业职工持股、投资的意见》第十一条规定：“国有企业中层以上管理人员，不得在职工或其他非国有投资者投资的非国有企业兼职；已经兼职的，自本意见印发后6个月内辞去所兼任职务。”

国有企业工会投资设立企业通常不属于传统意义上的国企或民营企业，它既有国有企业的政治属性，又有民营企业的灵活性和市场化特征。一般来说，工会控股企业的控制权归工会所有，但工会投资设立企业属于独立法人，享有市场化经营自主权。根据《中华人民共和国企业国有资产法》第五条关于国家出资企业的定义，国有企业的工会委员会所持股企业不属于国有企业。<sup>[2]</sup>

兼职与兼任并非严格法律术语，二者通常是指在本职工作之外兼负其他工作。国有企业管理人员兼职分为在国有企业内部兼任和在国有企业外部兼职。由于信用卡中心工会投资设立企业不属于国有企业，我们倾向性认为如若信用卡中心领导兼任信用卡中心工会投资设立企业高管、财务人员的，宜认定为在国有企业外部兼职。

企业中层以上管理人员是指国有企业的董事会成员、监事会成员、高级经营管理人员、党委（党组）领导班子成员以及企业职能部门正副职人员等。我们倾向性认为信用卡中心领导属于信用卡中心中层以上管理人员，根据《国务院国有资产监督管理委员会关于规范国有企业职工持股、投资的意见》第十一条规定，其不得在非国有企业（即信用卡中心工会投资设立企业）兼职。

需要注意的是，在《商业银行法》规定下，对于商业银行的工作人员在国有企业外部兼职更为严苛，其并未区分是否为中层以上管理人员，凡商

业银行的工作人员均禁止其他经济组织（即信用卡中心工会投资设立企业）兼职。

## 2. 兼任人员要求

《工会兴办企业规定》第五条规定：“工会兴办的企业，其从业人员主要是所在企事业单位的富余人员、停工待业人员、困难职工家属和社会待业人员，以及经劳动部门批准的其他人员。”

《公司法》第一百四十六条规定：“有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：

（一）无民事行为能力或者限制民事行为能力；

（二）因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年；

（三）担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；

（四）担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾三年；

（五）个人所负数额较大的债务到期未清偿。

公司违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。

董事、监事、高级管理人员在任职期间出现本条第一款所列情形的，公司应当解除其职务。”

根据《工会兴办企业规定》第五条规定，商业银行信用卡中心的工会兴办的企业，其从业人员主要是所在企事业单位的富余人员、停工待业人员、困难职工家属和社会待业人员，以及经劳动部门批准的其他人员。商业银行信用卡中心工会开办企业的高级管理人员（含财务负责人）应遵守《公司法》第一百四十六条规定的多项禁止性要求。

### 注释：

[1] 根据《上海市人民政府办公厅关于延长〈上海市企业住所登记管理办法〉有效期的通知》内容，2015年3月市政府办公厅印发的《上海市企业住所登记管理办法》（沪府办发〔2015〕15号）需继续实施，有效期延长至2024年12月31日。

[2] 参见自深圳市人民政府国有资产监督管理委员会于网站<http://www.sz.gov.cn/hdjpt/detail?pid=2584287>的回复。



□ 李 敏/文

李敏律师，毕业于清华大学建筑学院和清华大学法学院，具有建筑和法律的双重知识背景，从事律师职业近二十年，现为北京市中伦文德律师事务所副主任、高级合伙人、信托专业委员会主任。李敏律师在房地产、信托、保险资金投资、诉讼仲裁等领域具有丰富的经验和深入的研究。



□ 张冰梅/文

张冰梅，中伦文德律师事务所律师，毕业于对外经济贸易大学，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。



□ 徐乾宇/文

徐乾宇，中伦文德律师事务所律师助理，毕业于清华大学法学院，主要从事金融、房地产及诉讼业务。

## 关于债权投资计划与融资类信托的比较分析

**【前言】**随着我国资产管理业务的快速发展，资产管理产品的类型也日益丰富。在各类资产管理产品中，作为固定收益类产品的债权投资计划与融资类集合资金信托计划（以下简称“融资类信托”），其在交易结构以及产品性质等方面具有一定共性，但同时针对这二者的监管政策又存在较大差别。本文主要从产品概念、交易发展情况、交易结构以及监管政策层面对债权投资计划与融资类信托进行比较分析。

### 一、债权投资计划与信托计划概念之比较

#### （一）债权投资计划概念

##### 1、债权投资计划定义

根据《债权投资计划实施细则》第二条的规定，债权投资计划是指保险资产管理机构作为受托人面向委托人发行受益凭证，募集资金以债权方式主要投资基础设施、非基础设施类不动产等符合国家政策的项目，并按照约定条件和实际投资收益情况向投资者支付收益、不保证本金支付和收益水平的保险资产管理产品。其中，债权投

资计划项下的委托人是指符合《保险资产管理产品管理暂行办法》（中国银行保险监督管理委员会令2020年第5号）的合格机构投资者。

##### 2、债权投资计划分类

根据债权投资计划的上述定义，根据债权投资计划所投资的底层项目的不同，债权投资计划主要分为基础设施债权投资计划、非基础设施类不动产债权投资计划，其中：

（1）基础设施债权投资计划主要投向基础设施项目，根据《国家发展改革委关于切实做好传统基础设施领域政府和社会资本合作有关工作的通知》（发改投资【2016】1744号）、《国务院办公厅关于保持基础设施领域补短板力度的指导意见》（国办发【2018】101号）、《中国证监会、国家发展改革委关于推进基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）试点相关工作的通知》（证监发【2020】40号）等文件中关于基础设施项目的规定，债权投资计划可投资的基础设施项目包括但不限于符合国家政策的能源、水利、交通、环保、农业、林业、市政工程、园区基础设施项目等项目，但不包括商场、酒店、办公楼（写字楼）、公寓等具

有商业不动产属性的项目；

(2) 非基础设施类不动产债权投资计划主要投向符合《保险资金投资不动产暂行办法》(保监发【2010】80号)、《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》(保监发【2012】59号)等规定的不动产项目，项目类型主要包括商场、办公楼(写字楼)、公寓等具有商业不动产性质的项目以及廉租住房、公共租赁住房、纳入国家计划的棚户区改造项目等，但不包括商业住宅项目。

## (二) 信托计划概念

### 1、信托计划定义

根据《中华人民共和国信托法》第二条的规定，信托是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。

实践中被提及的“信托计划”通常指的是“集合资金信托计划”，根据《信托公司集合资金信托计划管理办法》第二条的规定，集合资金信托计划，是指在中华人民共和国境内设立的，由信托公司担任受托人，按照委托人意愿，为受益人的利益，将两个以上(含两个)委托人交付的资金进行集中管理、运用或处分的资金信托业务活动。

### 2、信托分类

最初，信托产品没有统一的标准化分类，根据不同的标准分为不同的类型，主要分类标准及对应的类型有：(1) 根据委托人的数量分为单一信托和集合信托计划：单一信托的委托人只有一个，而信托计划的委托人有两个或两个以上；(2) 根据信托财产的形式分为资金信托与财产信托：资金信托项下委托人向信托公司交付的财产均为货币资金，而财产信托项下委托人向信托公司交付的财产可以包括动产、不动产、股权、知识产权等非货币资产；(3) 根据信托财产运用领域的不同分为房地产信托、基础设施信托、证券投资信托、工商企业信托等。

2014年4月19日，当时信托业务的监管机构原中国银行业监督管理委员会(后与中国保险监督管理委员会整合为中国银行保险监督管理委员会(以下简称“银保监会”)，现已在其基础上

组建国家金融监督管理总局)下发《关于调整信托公司净资本计算标准有关事项的通知(征求意见稿)》。根据该通知，信托产品根据受托人职责的不同分为事务管理类(通道类)信托和非事务管理类(非通道类)信托，其中：(1) 受托人在事务管理类(通道类)信托项下不承担积极主动管理职责，仅负责账户管理、清算分配及提供或出具必要文件以配合委托人管理信托财产等事务；(2) 受托人在非事务管理类(非通道类)信托项下承担积极主动管理职责，非事务管理类信托根据信托财产运用方式不同又分为投资类信托、融资类信托，投资类信托主要包括证券投资、非公开市场金融产品投资和非上市公司股权投资，不设有预期收益率；融资类信托包括但不限于信托贷款、受让信托或票据资产、股权投资附加回购或回购选择权、股票质押融资、以融资为目的的财产与财产权信托(准资产证券化)、各类收益权信托和已开展的非标资金池等信托，通常设有预期收益率。虽然该通知仅为征求意见稿，但是根据信托公司反馈情况，该通知下发后，《中国银保监会关于规范信托公司信托业务分类的通知》施行前，信托公司在向监管机构报送信托产品信息时均按照该通知规定标准对信托产品进行分类。

2023年3月20日，银保监会发布《中国银保监会关于规范信托公司信托业务分类的通知》。综合上述通知，监管机构规定信托公司应当以信托目的、信托成立方式、信托财产管理内容作为分类维度，将信托业务分为资产服务信托、资产管理信托、公益慈善信托三大类，其中：(1) 资产服务信托是指信托公司依据信托法律关系，接受委托人委托，并根据委托人需求为其量身定制财富规划以及代际传承、托管、破产隔离和风险处置等专业信托服务，此类信托业务不涉及向投资者募集资金的行为，不适用规范资产管理业务的《中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(银发【2018】106号，以下简称“资管新规”)。资产服务信托按照服务内容和特点分为财富管理信托、行政管理服务信托、资产证券化服务信托、风险处置服务信托及新型资产服务信托五类、

共 19 个业务品种；(2) 资产管理信托是指信托公司依据信托法律关系，销售信托产品，并为信托产品投资者提供投资和管理金融服务的自益信托，属于私募资产管理业务。根据《资管新规》规定，资产管理信托分为固定收益类信托计划、权益类信托计划、商品及金融衍生品类信托计划和混合类信托计划共 4 个业务品种；(3) 公益慈善信托是指委托人基于公共利益目的，依法将其财产委托给信托公司，由信托公司按照委托人意愿以信托公司名义进行管理和处分，开展公益慈善活动的信托业务，其信托财产及收益不得用于非公益目的。公益慈善信托按照信托目的不同分为慈善信托和其他公益信托共 2 个业务品种。

### (三) 债权投资计划与融资类信托概念之比较

#### 1、融资类信托的概念

因信托的类型较多，本文主要论述与债权投资计划性质和特点更为接近的融资类信托，并将债权投资计划与融资类信托进行比较。

本文所称融资类信托，指的是设有预期收益率的、由信托公司承担积极主动管理职责的集合资金信托计划，业务形式包括信托贷款、受让信托或票据资产、股权投资附加回购或回购选择权、股票质押融资、以融资为目的的财产与财产权信托（准资产证券化）、各类收益权信托和非标资金池等。

#### 2、债权投资计划与融资类信托概念之比较

综合上述债权投资计划、融资类信托概念的论述，债权投资计划与融资类信托均属于资产管理产品，在概念方面的异同点如表 1。

## 二、债权投资计划与融资类信托交易发展之比较

近年来，融资类信托与债权投资计划的交易发展均受到较大的政策影响，资产规模此起彼伏的变化过程中体现出不同的政策导向。

融资类信托曾经作为多数信托公司重要的信托业务，长期保持较高的资产规模，并于 2020 年 2 季度资产规模达到顶峰为 6.45 万亿元。此后，受《资管新规》去通道、去嵌套、禁止刚性兑付等监管要求以及《关于信托公司风险资产处置相关工作的通知》要求信托公司压降违法违规严重、投向不合规的融资类信托业务等监管规定的影响，融资类信托资产规模开始不断被压缩，截至 2022 年 9 月，融资类信托资产规模已降至 3.08 万亿元，与 2020 年 2 季度峰值相比，约两年间资产规模已累计减少 3.37 万亿元，合计减少比例为 52.25%，且目前资产规模仍处于不断被压缩的趋势。

与融资类信托资产规模持续被压缩不同，债权投资计划规模近年来得到较快发展。2019 年 12 月，债权投资计划资产规模仅为 1.27 万亿元，2020 年 3 月至 9 月，《保险资产管理产品管理暂行办法》（中国银行保险监督管理委员会令 2020 年第 5 号）、《债权投资计划实施细则》以及《债权投资计划产品登记管理规则》相继出台，债权投资计划有了统一规范产品运作的专门法律文件，且登记制的推行有力提高了产品发行效率，债权投资计划自此进入快速发展时期。2020 年 9 月，债权投资计划资产规模为 3.13 万亿元，与 2019 年 12 月相比，不到一年间资产规模增长 1.86 万亿元，合计增长比例为 146.46%。截至 2022 年 9 月，债权投资计划资产规模为 5.04 万亿元，与 2019 年 12 月相比，约

表 1

比较项目 \ 产品类型	债权投资计划	融资类信托
受托人范围	仅限合格机构投资者	合格投资者，包括符合监管规定条件的自然人、法人或其他组织
受托人人数	一个或多个	两个及两个以上（但信托公司也可以发行单一信托，其委托人为一人，此项没有本质区别）
受托人	保险资产管理机构	信托公司
发行方式	非公开方式	
是否属于资产管理产品	是	

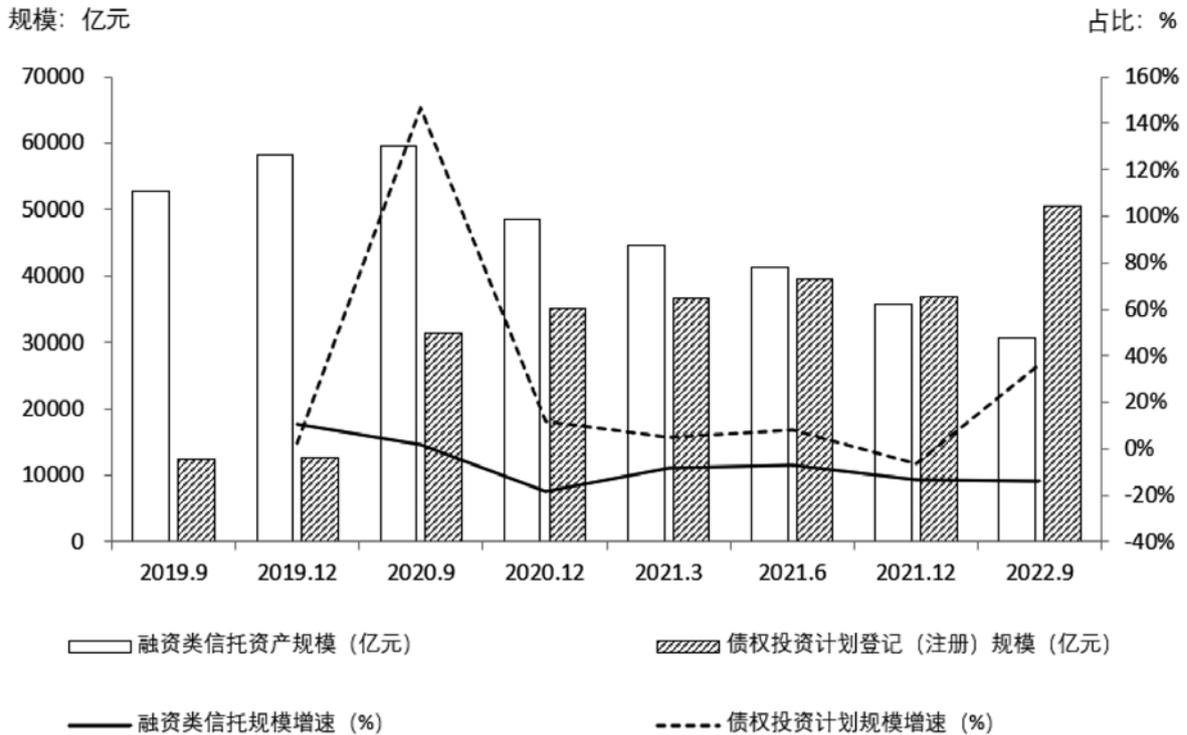


图1 融资类信托与债权投资计划规模及增速比较<sup>[1]</sup>

三年间资产规模累计增长 3.77 万亿元，合计增长比例为 296.85%，且目前资产规模仍为不断增长的趋势。

方的母公司（实际控制人）签署投资合同，约定投资资金、投资利率及投资期限等事项，由受托人将委托资金以债权方式提供予融资主体，用于

### 三、债权投资计划与融资类信托交易结构之比较

#### （一）债权投资计划的通常交易结构

1、通常情况下债权投资计划的基本交易结构以及资金流转过程如图 2。

2、简单而言，通常情况下债权投资计划的基本交易结构以及资金流转过程为：

（1）委托人与受托人签订受托合同，各委托人按约定缴纳委托资金，享有权利并承担义务；

（2）受托人与融资主体（融资主体可以是项目方，也可以是项目

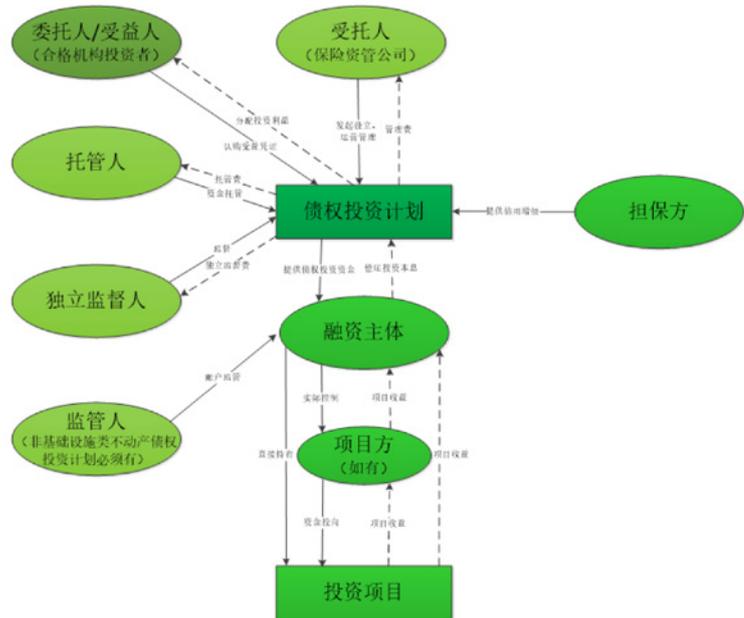


图 2

投资合同约定的投资项目及补充融资主体的营运资金（补充融资主体的营运资金仅适用于基础设施债权投资计划，且比例不得超过40%）；

受托人与担保方（如有）签署担保合同，担保方向受托人提供本息全额无条件不可撤销连带责任保证担保，或者担保方以其合法持有的担保财产向受托人提供抵押或质押担保，或者担保方向受托人提供监管机构认可的其他合法有效的信用增信措施；

（3）受托人与托管人（符合监管机构规定且已具备保险资产托管业务资格的商业银行或者其他金融机构）签署托管合同，由托管人为债权投资计划提供资产托管服务；

（4）受托人与独立监督人协商确定监督合同条款，并在召开受益人大会后根据受益人授权与独立监督人签署监督合同，由独立监督人为债权投资计划提供监督服务；

（5）受托人与融资主体、项目方（如有）、监管人签署监管协议，由监管人对投资资金使用进行监管（非基础设施类不动产债权投资计划必须设立监管措施）；

（6）融资主体向债权投资计划偿付投资收益及/或投资本金后，受托人根据受托合同的约定将收到的投资收益及/或投资本金扣除债权投资计划费用及应缴税款后的余额分配给各受益人。

## （二）融资类信托的通常交易结构

1、通常情况下融资类信托的基本交易结构以及资金流转过程如图3。

2、简单而言，通常情况下融资类信托的基本交易结构以及资金流转过程为：

（1）委托人与受托人签订信托合同、认购风险申明书等信托文件，各委托人按约定认购信托单位、交付信托资金，享有权利并承担义务；

（2）受托人与债务人签署相关债务合同，约定债务本金、利息及债务期限等事项，由受托人将信托资金划付/支付给债务人，

用于债务合同约定的用途（如有，如果债务人为房地产公司，则必须有对应用款项目）。根据债务关系的不同，债务合同可以是信托贷款合同、股权/应收账款/特定资产收益权转让及回购合同、股票质押式回购交易业务协议等；

受托人与担保方（如有）签署担保合同，担保方向受托人提供保证担保，或者担保方以其合法持有的担保财产向受托人提供抵押或质押担保，或者担保方向受托人提供其他合法有效真实的信用增信措施；

（3）受托人与保管人（经营稳健的商业银行）签署保管协议，由保管人为信托计划提供非现金类信托财产的保管服务；

（4）债务人向融资类信托偿付债务本金及/或利息后，受托人根据信托合同的约定向受益人分配信托利益，通常情况下受益人获分配的信托利益不会超过按照信托合同约定的预期收益率/业绩报酬率计算的金额。

## （三）债权投资计划与融资类信托交易结构比较

根据上述债权投资计划常用交易结构、融资类信托常用交易结构的论述，两者相较而言，债权投资计划的参与主体更多、采用的交易方式更单一，融资类信托的参与主体较少、采用的交易方式更灵活，交易结构主要差异如表2。

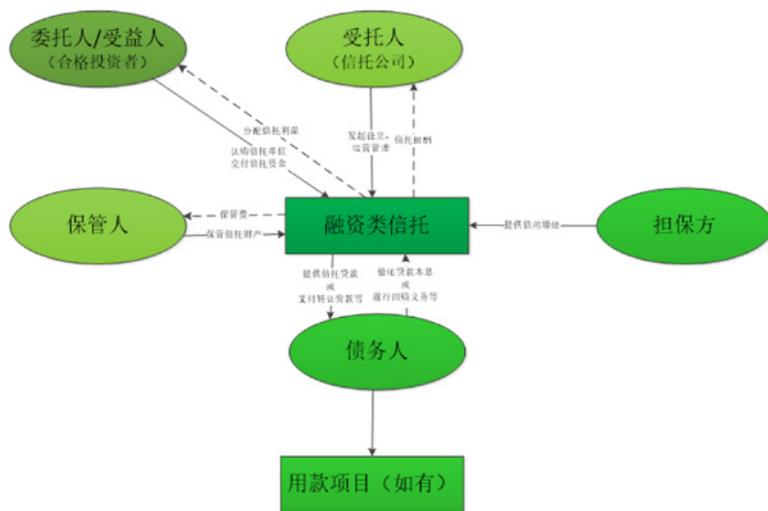


图3

表 2

比较项目	产品类型	债权投资计划	融资类信托
交易参与主体		委托人 / 受益人、受托人、托管人、独立监督人	委托人 / 受益人、受托人、保管人
主要交易文件		产品募集说明书、受托合同、受益人大会章程、托管合同、监督合同、投资合同、担保合同（如有）	信托计划说明书、信托合同、认购风险申明书、保管合同、相关债务合同、担保合同（如有）
托管人资格		符合监管机构规定且已具备保险资产托管业务资格的商业银行或者其他金融机构	经营稳健的商业银行
监督主体		独立监督人	通常不设
账户监管银行		不动产债权投资计划必须进行账户监管	监管无要求，根据交易需要自行决定是否设置
交易方式		债权投资方式	信托贷款、股权投资附加回购或回购选择权、股票质押式回购、各类收益权转让及回购等
是否必须设置增级安排		除融资主体信用等级为 AAA 级，且符合条件（融资主体上年末净资产不低于 150 亿元，或者融资主体最近三年连续盈利，或者投资项目为经国务院或国务院投资主管部门核准的重大工程）的基础设施债权投资计划可免于信用增级外，其余债权投资计划必须设置增级安排	除投向房地产的融资类信托需设增级安排外，其余融资类信托由信托公司根据交易情况自行决定

#### 四、债权投资计划与融资类信托相关监管政策之比较

债权投资计划与融资类信托均属于金融机构资产管理业务，都需要遵守《资管新规》的相关规定，另外，由于主管机构对于特定融资人（如涉及政府隐债的融资人）以及特定用款项目（如固定资产项目的资本金比例）的监管政策具有一定的普适性，故债权投资计划以及融资类信托均需遵守该等规定。但是，基于债权投资计划、融资类信托推出及发展背景等情况的不同，目前我国监管机构对于债权投资计划、融资类信托的监管政策又存在一定程度的差异，债权投资计划或者融资类信托的监管政策异同点主要体现在以下几个方面，如表 3。

#### 五、总结

1、从交易本质而言，债权投资计划与融资类信托的交易本质上是相同的，都要求融资主体还本付息，都属于债权投资。就总体的监管要求而言，按照我国目前的监管政策，债权投资计划与融资类信托的监管要求有一定相似之处，但在委托人范围、交易结构等方面存在较大差别，例如

债权投资计划的委托人范围限于合格机构投资者，融资类信托的委托人范围则包括符合监管规定条件的自然人、法人或其他组织；债权投资计划的参与主体更多、采用的交易方式更单一，融资类信托的参与主体较少、采用的交易方式更灵活。近几年来，特别是 2018 年 4 月《资管新规》发布后，融资类信托与债权投资计划的交易发展均受到较大的政策影响，但各自资产规模此起彼伏的变化过程体现出不同的政策导向；融资类信托资产规模近年来不断被压缩，2022 年 9 月相较于两年前信托公司所管理的融资类信托资产规模合计减少比例为 52.25%，且目前信托公司所管理的融资类信托资产规模仍处于被压缩的趋势中；而债权投资计划资产规模近年来得到较快增长，2022 年 9 月相较于 2019 年底，保险资管公司所管理的债权投资计划资产规模在约三年间合计增长比例为 296.85%，且目前保险资管公司所管理的债权投资计划资产规模仍在不断增长的趋势中。

2、就具体的监管政策而言，债权投资计划与融资类信托均属于金融机构资产管理业务，都需要遵守《资管新规》的监管规定，且由于监管机构对于特定融资人（如涉及政府隐债的融资人）以及特定用款项目（如固定资产项目的资本金比例）的监管政策具有一定的普适性，故债权投资

计划以及融资类信托均需遵守该等规定。但是，基于债权投资计划、融资类信托推出及发展背景等情况的不同，目前我国监管机构对于债权投资计划、融资类信托的监管政策又存在一定程度的差异，包括各自针对非房地产企业和房地产企业

的监管政策都有一定程度的差异。以融资主体为房地产企业为例，在项目方的资质方面，债权投资计划要求项目方获得的房地产开发资质等级与所从事开发建设项目相匹配，而融资类信托明确要求项目方或其控股股东具备二级资质；在项目

表 3

比较项目	非房地产企业		房地产企业	
	融资主体类型	产品类型	债权投资计划	融资类信托
融资主体与用款项目（如有）关系	项目方或者项目方的母公司（实际控制人）	——	①项目方或者项目方的母公司（实际控制人）； ②项目方获得的房地产开发资质等级与所从事开发建设项目相匹配	①项目方或者项目方的实际控制人； ②项目方或其控股股东具备二级资质
融资主体与受托人关联关系	不得有关联关系	不得直接或间接运用于受托人的股东及其关联方，但信托资金全部来源于股东或其关联方的除外	不得有关联关系	不得直接或间接运用于受托人的股东及其关联方，但信托资金全部来源于股东或其关联方的除外
用款项目	须有	非必须	须有	
用款项目类型	基础设施项目	——	①商场、办公楼（写字楼）、公寓等具有商业不动产性质的项目； ②廉租住房、公共租赁住房 and 纳入国家计划的棚户区改造项目等	符合“四三二” <sup>[2]</sup> 要求的房地产项目
资本金比例要求	符合国家有关资本金制度的规定		符合国家有关资本金制度的规定	
资本金的认定标准	对投资项目而言是非债务性资金		经审计的计入权益的注册资本、资本公积、未分配利润 <sup>[3]</sup> 或者经验的注册资本等符合法律法规规定条件的资金	对投资项目而言为非债务性资金（含股东承诺劣后于信托资金退出的股东借款 <sup>[4]</sup> ）
投资项目权证要求	符合法定程序规定		已经取得国有土地使用权证和建设用地区划许可的项目和已经取得国有土地使用权证、建设用地区划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证的在建项目	已取得四证（国有土地使用权证、建设用地区划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证）
是否可用于补流	在还款保障措施完善的前提下，不超过40%的资金可用于补充融资主体的营运资金	可全部用于补流	不可以	
信用增级安排	除符合免增信要求 <sup>[5]</sup> 的基础设施债权投资计划外，其余基础设施债权投资计划须确定有效的信用增级安排	——	必须有	必须有

<b>信用增级方式</b>	本息全额无条件不可撤销连带责任保证担保、抵押或质押担保（经评估的担保财产价值不低于待偿还本金和收益的1.5倍），或者监管机构认可的其他合法有效的信用增级方式	保证担保、抵押或质押担保，或者其他合法有效真实的信用增级方式	本息全额无条件不可撤销连带责任保证担保、抵押或质押担保（经评估的担保财产价值不低于待偿还本金和收益的1.5倍），或者监管机构认可的其他合法有效的信用增级方式	不可撤销连带责任保证担保、抵押或质押担保，或者其他合法有效真实的信用增级方式
<b>保证人要求</b>	保证人信用等级不低于被保证人信用等级，担保行为履行全部合法程序； 同一保证人全部对外担保金额占其净资产的比例不超过50%，中债信用增进投资股份有限公司除外； 由融资主体母公司或实际控制人提供担保的，保证人净资产不得低于融资主体净资产的1.5倍	---	保证人信用等级不低于被保证人信用等级，担保行为履行全部合法程序； 同一保证人全部对外担保金额占其净资产的比例不超过50%，中债信用增进投资股份有限公司除外； 由融资主体母公司或实际控制人提供担保的，保证人净资产不得低于融资主体净资产的1.5倍	---
<b>资金监管</b>	非必须	非必须	必须有	非必须
<b>是否录入征信系统</b>	不录入	录入	不录入	录入
<b>前置监管审批 / 备案</b>	设立前完成登记	设立前完成预登记	设立前完成登记	设立前完成预登记，部分监管机构要求信托公司事前备案

资本金的认定方面，债权投资计划要求经审计的计入权益的注册资本、资本公积、未分配利润或者经验资的注册资本等符合法律法规规定条件的资金可以计入资本金，而融资类信托则要求对投资项目而言为非债务性资金（含股东承诺劣后于信托资金退出的股东借款）都可以计入资本金。

3、由于债权投资计划的资金主要来源于保险资金（包括系统内保险资金、第三方保险资金）和养老金（包括基本养老金、企业年金、职业年金），按照我国法律法规规定以及监管政策要求，保险资金和养老金的运用须坚持稳健审慎和安全性原则，相较融资类信托而言，目前我国监管机构对债权投资计划的监管相对更为严格，债权投资计划的资金投向、信用增级措施以及投资项目等受到相对更严格的限制。

**注释：**

[1] 数据来源：中国信托业协会网站（[http://www.txhnet/txhx/statistics/index\\_2.htm](http://www.txhnet/txhx/statistics/index_2.htm)）、中国保险资产管理业协会网站（<https://www.iamac.org.cn/cpzc/zcsj/>）、《中国保险资产管理业发展报告（2022）》（中国保险资产管理业协会著，中国财政经济出版社出版，2022年8月第一版）、中国银保监会有关部门负责人

就《保险资产管理产品管理暂行办法（征求意见稿）》答记者问（<http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=855748&itemId=917&generalType=0>）、信达证券《2021年中国保险资管发展现状与海外经验分析报告》。

- [2] 《中国银保监会办公厅关于信托公司房地产信托业务风险提示的通知》（银监办发〔2010〕343号）第一条 各信托公司应立即对房地产信托业务进行合规性风险自查。逐笔分析业务合规性和风险状况，包括信托公司发放贷款的房地产开发项目是否满足“四证”齐全、开发商或其控股股东具备二级资质、项目资本金比例达到国家最低要求等条件。
- [3] 《债权投资计划登记业务指引（第1号）》第八条第（二）款规定，对于未分配利润作为项目资本金的，股东应出具在债权投资计划存续期内不分配利润的决议。
- [4] 《中国银保监会关于信托公司开展项目融资业务涉及项目资本金有关问题的通知》（银监发〔2009〕84号）第一条规定，对股东借款（股东承诺在项目公司偿还银行或信托公司贷款前放弃对该股东借款受偿权的情形除外）、银行贷款等债务性资金和除商业银行私人银行业务外的银行个人理财资金，不得充作项目资本金。
- [5] 《债权投资计划实施细则》第七条第（三）项 融资主体信用等级为AAA级，且符合下列条件之一的债权投资计划，可免于信用增级：融资主体上年末净资产不低于150亿元，或者融资主体最近三年连续盈利，或者投资项目为经国务院或国务院投资主管部门核准的重大工程。





□陈 建/文

陈建律师系北京市中伦文德律师事务所北京总所合伙人律师，毕业于北京师范大学刑事法律科学研究院法律硕士专业，现为中国廉政法制研究会理事、国际刑法学协会（AIDP）会员，并曾先后在司法部司法协助外事司、意大利锡拉库扎刑事司法与人权国际研究院等学习或实习。业务领域：刑事辩护与代理、刑事合规。

## 谢某明涉嫌保险诈骗罪案二审阶段辩护词

### 尊敬的审判长、审判员：

本所接受上诉人谢某明家属的委托，指派本所陈建律师担任上诉人谢某明的辩护人。接受委托后，辩护人多次会见了谢某明、认真研究了一审所有卷宗材料、二审阶段补充的情况说明、孟某军询问笔录、王某强调查笔录、马某泉询问笔录、丛某祥询问笔录、李某量询问笔录、周某询问笔录、办案说明、李某河询问笔录、马某泉询问笔录等卷宗材料后，认为山东省威海市环翠区人民法院一审判决认定谢某明构成保险诈骗罪事实不清、证据不足，上诉人谢某明不构成保险诈骗罪。

### 一、一审法院判决认定谢某明构成保险诈骗罪事实不清、证据不足

本案的争议主要是事实认定问题即是否存在投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因，具体而言，冀 D1816A 交通事故车辆是否存在驾驶员马某峰与谢某明掉包的事实。一审法院根据被告人供述与辩解、证人证言、辨认笔录、书证等证据来认定该事实，辩护人认为一审法院采信有关证据违反了刑事诉讼法及相关司法解释关于采信证据的相关规定，不同证据之间无法相互印证，无法形成一个完整闭合的证据链条，难以证实冀 D1816A 交通事故车辆存在

驾驶员马某峰与谢某明掉包的事实，判决上诉人谢某明构成保险诈骗罪达不到证据确实充分的标准，具体如下：

#### （一）关于辨认笔录的合法性、客观真实性问题

最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释（法释〔2012〕21号）（以下简称“解释”）第九十条规定：“对辨认笔录应当着重审查辨认的过程、方法，以及辨认笔录的制作是否符合有关规定。辨认笔录具有下列情形之一的，不得作为定案的根据：（一）辨认不是在侦查人员主持下进行的；（二）辨认前使辨认人见到辨认对象的；（三）辨认活动没有个别进行的；（四）辨认对象没有混杂在具有类似特征的其他对象中，或者供辨认的对象数量不符合规定的；（五）辨认中给辨认人明显暗示或者明显有指认嫌疑的；（六）违反有关规定、不能确定辨认笔录真实性的其他情形”。

《解释》第九十条中对辨认笔录的审查、认定与排除作出了详细的规定。该条解释确立了辨认笔录的证据能力规则：一是强调取证主体的合法性，即只能由侦查人员组织辨认；二是强调取证程序的正当性，即辨认前不得使辨认人见到辨认对象，应当进行混杂辨认并使辨认对象具有类

似特征和一定数量；三是强调取证方法的合法性，禁止以暗示或诱导的方式形成辨认笔录。以上规则从取证主体、取证程序和取证方法等对辨认笔录的证据能力作出了限制，凡是违反这些规则的辨认笔录，都不具有证据能力，都将被强制排除，不得作为认定案件事实的根据。

结合本案，辩护人认为应当将本案的辨认笔录排除于定案根据之外，主要有以下几个方面理由：

1. 侦查机关组织证人王某强对犯罪嫌疑人谢某明、马某峰辨认活动的次数不确定，客观真实性存疑

根据在案卷宗材料，侦查机关分别于2019年6月4日10时15分至10时45分、2019年7月18日8时55分至9时25分、2019年7月18日9时25分至2019年9月45分三次组织证人王某强对犯罪嫌疑人谢某明、马某峰进行辨认，结合证人王某强2020年7月7日的一审当庭供述，不难发现本案中辨认活动的次数不确定，根据王某强的庭审供述其在临港分局只参加过两次辨认活动，而卷宗中有三次辨认笔录，因辨认时未进行同步录音录像，所以具体哪一次的辨认活动是客观真实的，难以确定，三次辨认活动的客观真实性存疑。

2. 辨认笔录正文辨认结果部分与照片页相矛盾，无法证实冀D1816A交通事故车辆实际驾驶员为谢某明，且未对辨认过程进行录音录像，不能确定辨认活动的客观真实性

根据威海市公安局临港经济技术开发区分局经侦大队出具的关于马某峰保险诈骗案卷装订顺序错误的说明，证据材料卷66页、73页两张辨认笔录照片因工作人员工作失误造成顺序装订错误，66页、73页辨认照片对调后为正确顺序，因无同步录音录像，因此到底是工作人员故意对调辨认笔录照片顺序还是工作失误造成辨认笔录照片顺序对调我们无法确定。

此外，根据对调后的顺序，辨认笔录正文辨认结果部分与照片页无法一一对应，相互矛盾。具体而言，2019年6月4日10时15分至10时45分辨认笔录正文部分：“证人王某强将每张照片仔细审视了一遍，后指出：14张照片中4号照片上的人（谢某明）是交通事故时的小伙子驾驶员，14张照片中14号照片上的人（马某峰）是冒名顶

替处理事故驾驶员马某峰”。根据临港经侦出具的照片顺序对调说明，按照对调顺序后的照片中4号照片上的人并不是谢某明，14号照片上的人也不是马某峰。

2019年7月18日9时25分至2019年9月45分辨认笔录正文部分：“证人王某强将每张照片仔细审视了一遍，后指出：12张照片中7号照片上的人（谢某明）是交通事故时的小伙子驾驶员”。根据临港经侦出具的照片顺序对调说明，按照对调顺序后的照片中7号照片上的人并不是谢某明本人，且该次辨认活动中供辨认的对象照片总数是14张而不是12张。

关于2019年7月18日8时55分至9时25分的辨认笔录也同样存在此问题，辨认笔录正文部分：“证人王某强将每张照片仔细审视了一遍，因时间过长，王某强看照片后指出：14张照片中4号和13号照片上的人最像，经仔细回忆后确认13号照片上的人（马某峰）是冒名顶替处理事故驾驶员马某峰。”该份辨认笔录照片页显示被辨认对象只有12张照片，总数与正文部分不符，且照片中指认情况与正文部分记录也完全矛盾，正文部分记录是辨认出犯罪嫌疑人马某峰，而照片页辨认人指认情况为犯罪嫌疑人谢某明，该次辨认活动的客观真实性存疑，该份辨认笔录不能作为定案依据。

因此，卷宗中三次辨认笔录客观真实性存疑，辨认笔录内容无法证实2013年9月17日冀D1816A交通事故车辆实际驾驶员为谢某明，替换司机为马某峰。

3. 2019年6月4日10时15分至10时45分、2019年7月18日9时25分至2019年9月45分两次辨认笔录的制作违反了法律规定，辨认笔录不合法、客观真实性存疑

根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百六十二条规定，“对辨认经过和结果，应当制作辨认笔录，由侦查人员、辨认人、见证人签名。必要时，应当对辨认过程进行录音录像”。

结合本案，辨认笔录的照片页作为辨认笔录非常重要的一部分，两次辨认活动的照片页并没有辨认人王某强的签字、没有见证人签字、没有辨认人指认情况说明、未附上被辨认人身份情况说明、

未签辨认时间。因此，该两次辨认笔录不合法，难以确定这两次辨认活动的客观性和真实性。

4. 辨认笔录中供辨认对象照片数量不符合要求，辨认活动没有个别进行，辨认笔录不应作为定案根据

根据《解释》第九十条规定，“辨认活动没有个别进行的，辨认笔录不得作为定案根据；供辨认的对象数量不符合规定的，辨认笔录不得作为定案根据”。《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百六十条规定：“……对犯罪嫌疑人照片进行辨认的，不得少于十人的照片……”。

结合本案，2019年6月4日10时15分至2019年6月4日10时45分的辨认活动，侦查人员组织证人王某强进行辨认活动，对同案的两名犯罪嫌疑人未进行分组辨认而是同时对同案的两名犯罪嫌疑人进行辨认，不符合辨认活动应当个别进行的规定。该次辨认活动中供辨认的对象为14张照片，在供辨认的对象中存在两名犯罪嫌疑人，使犯罪嫌疑人被辨认出来的概率从法律规定的1/10提高到1/7，对同案两名犯罪嫌疑人同时进行辨认也存在提前暗示或者指认的嫌疑，因此该次辨认活动不合法、客观真实性存疑，辨认笔录不应作为定案根据。

5. 辨认笔录中目标辨认对象没有混杂在具有类似特征的其他对象中、存在明显暗示嫌疑、该三份辨认笔录不能作为定案根据

根据《解释》第九十条规定，“辨认笔录具有下列情形之一的，不得作为定案的根据：……（四）辨认对象没有混杂在具有类似特征的其他对象中……；（五）辨认中给辨认人明显暗示或者明显有指认嫌疑的……”。

结合本案，2019年6月4日10时15分至10时45分、2019年7月18日9时25分至2019年9月45分两次辨认活动进行了混杂辨认，但是供辨认的嫌疑人照片并不具有类似特征、存在明显暗示嫌疑。从辨认笔录所附的供辨认对象照片看，其他供辨认对象的照片均是从人口户籍信息网上下载的标准照且供辨认对象年龄大都在45岁左右甚至大于45岁，而犯罪嫌疑人谢某明的照片却是十六岁所拍的证件照片且并非是交通事故发生时所处年龄的照片，从年龄上看，谢某明照片上的

年龄明显小于其他供辨认对象，因此，从社会一般人的视角看来，极易从辨认对象中辨认出谢某明的照片。

关于2019年7月18日8时55分至9时25分的辨认活动，从辨认笔录所附的被辨认人身份情况说明显示，辨认对象分别出生于2003年、1988年、1990年、1989年、1991年、1989年、1994年、1982年、1991年、1990年、1990年、1967年，从这些被辨认对象来看，年龄跨度依然很大，被辨认对象不具有类似性且有暗示和指认嫌疑。此外，犯罪嫌疑人谢某明已经过2019年6月4日10时15分第一次的暗示性地被辨认后，对其再次辨认极易辨认出来，因此从这个角度来讲，该次辨认也存在明显暗示的嫌疑。而且，根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百六十二条规定：“对辨认经过和结果，应当制作辨认笔录，由侦查人员、辨认人、见证人签名。必要时，应当对辨认过程进行录音或者录像。”但在该案中，公安机关未对辨认过程进行录音录像，无法确定公安机关在辨认前是否询问证人被辨认的犯罪嫌疑人的特征等情况，从而无法排除本案存在公安机关给辨认人明显暗示的嫌疑。

6. 威海市公安局临港经济技术开发区分局经济犯罪侦查大队（以下简称“威海市公安局临港分局”）出具的关于证人王某强辨认笔录中见证人于某娜系侦查机关辅警的办案说明，充分证明侦查机关进行的三次辨认活动违反有关规定，辨认笔录不应作为定案根据。

根据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（法释〔2021〕1号）（以下简称“解释”）第八十条规定：“下列人员不得担任见证人：（一）生理上、精神上有缺陷或者年幼，不具有相应辨别能力或者不能正确表达的人；（二）与案件有利害关系，可能影响案件公正处理的人；（三）行使勘验、检查、搜查、扣押、组织辨认等监察调查、刑事诉讼职权的监察、公安、司法机关的工作人员或者其聘用的人员。……由于客观原因无法由符合条件的人员担任见证人的，应当在笔录材料中注明情况，并对相关活动进行全程录音录像”。根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第一百九十四条规定：“公安机关开展勘验、

检查、搜查、辨认、查封、扣押等侦查活动，应当邀请有关公民作为见证人。下列人员不得担任侦查活动的见证人：（一）生理上、精神上有缺陷或者年幼，不具有相应辨别能力或者不能正确表达的人；（二）与案件有利害关系，可能影响案件公正处理的人；（三）公安机关的工作人员或者其聘用的人员。确因客观原因无法由符合条件的人员担任见证人的，应当对有关侦查活动进行全程录音录像，并在笔录中注明有关情况”。另外，根据《解释》第一百零五条规定：“辨认笔录具有下列情形之一的，不得作为定案的根据：……（六）违反有关规定、不能确定辨认笔录真实性的其他情形”。

由于司法实践中担任见证人的人员形形色色，故《解释》第八十条只规定了何种人员不能担任见证人，其中明确规定行使勘验、检查、搜查、扣押、组织辨认等监察调查、刑事诉讼职权的监察、公安、司法机关的工作人员或者其聘用的人员不得担任见证人。同时允许一种例外，即存在无法由符合条件的人员担任见证人的客观原因，但是应在笔录中注明相关情况，且对相关活动进行全程录音录像。《公安机关办理刑事案件程序规定》第一百九十四条，也明确规定公安机关的工作人员或者其聘用的人员不得担任见证人，确因客观原因无法由符合条件的人员担任见证人的，应当对有关侦查活动进行全程录音录像，并在笔录中注明有关情况。

本案中，辨认笔录中记载的见证人于某娜系侦查机关威海市公安局临港分局的辅警，属于公安机关的聘用人员，因此不具有见证人资格。由公安机关聘用人员于某娜担任见证人并不存在客观原因，侦查机关组织辨认活动时，并未在笔录中注明相关情况，且未对三次辨认活动进行全程录音录像。因此，侦查机关组织的三次辨认活动违反了相关规定，三次辨认笔录不应作为定案根据。

7、威海市公安局临港分局出具的关于组织证人王某强进行的三次辨认活动，不存在任何暗示，均有辨认人王某强自主辨认，整个辨认过程符合相关法律规定的办案说明与客观事实严重不符，辨认笔录不应作为定案根据。

（1）、三次辨认活动中的见证人皆由不符合见

证人资格条件的侦查机关威海市公安局临港分局辅警于某娜担任，违反《解释》第八十条的规定，与法律规定严重不符，严重违法。

（2）、2019年6月4日10时15分至10时45分、2019年7月18日9时25分至2019年9月45分两次笔录照片页皆没有侦查人员、辨认人、见证人签名，违反有关规定。

（3）、辨认笔录正文辨认结果部分与照片页相矛盾，无法证实冀D1816A交通事故车辆实际驾驶员为谢某明，掉包司机为马某峰。

（4）、辨认笔录中目标辨认对象没有混杂在具有类似特征的其他对象中、存在明显暗示嫌疑、该三份辨认笔录不能作为定案根据。

8. 综合分析案发经过及在案证据，本案辨认笔录难以采信

本案的辨认笔录因违反《解释》及关于采信证据的相关规定针对辨认笔录所设置的证据能力规则，已经直接失去作为定案证据的资格，而不必再进入证明力层面的讨论。然而，通过综合分析案发经过与在案证据，可以有力增强不采信该辨认笔录的判断。

从案发经过分析，本案交通事故发生于2013年9月17日，公安机关于2018年5月23日以保险诈骗罪对同案犯罪嫌疑人马某峰立案侦查，犯罪嫌疑人谢某明于2019年7月13日归案。根据卷宗材料显示直至2019年6月4日10时15分至10时45分、2019年7月18日8时55分至9时25分、2019年7月18日9时25分至2019年9月45分侦查机关才组织对犯罪嫌疑人谢某明进行辨认，从交通事故发生之日至辨认之日历时近六年。按照一般人的记忆和认知，跨度那么长的时间能准确记住一个陌生人的面容显得非常的荒谬，不合常理，且根据证人王某强的一审庭审表现其记忆力并非超出常人许多即对辨认活动参加几次、有几个人在场、是否有女性在场以及是否对辨认笔录签字皆记不清，因此难以保证证人王自强辨认的客观真实性。

从在案证据分析，谢某明到案后，无论在侦查阶段，还是在审判阶段，自始至终否认自己是2013年9月17日交通事故中冀D1816A车辆的实际驾驶员；根据在案的证人证言，证言之间相互

矛盾抑或是证人猜测性、推断性或道听途说之言辞，且这些证人证言与案件待证事实之间缺乏关联性。因此，本案能够指证谢某明涉嫌保险诈骗的证据就只有证人王某强的证言与王某强对谢某明的辨认笔录，而王某强对谢某明的辨认笔录又依附于王某强的证言，由于没有其他证据予以印证，该证言显然系孤证，辨认笔录也就更难以被采信。

## （二）关于证人证言的合法性、客观真实性问题

本案的三名原审被告从归案后至今皆否认参与掉包驾驶员的事实，因此本案除了辨认笔录外，原审法院大量依赖证人证言等间接证据来认定谢某明构成保险诈骗罪，在一审判决中法院采纳的证人证言有：王某强、马某泉、丛某祥、孟某军、高某、李某河、常某生、王某、毕某、谢某莹、王某松、马某强、原某华、王某华、卢某弟、谢某明、王某清、柳某清的证人证言。

辩护人认为原审法院采纳有关证人证言违反了刑事诉讼法及相关司法解释关于采信证据的相关规定，相关的证人证言不应作为定案根据。具体如下：

1. 卢某弟并非交通事故现场的目击证人，其证言与待证事实之间不具有相关性，卢某弟部分证言系猜测性、评论性、推断性的证言，因此卢某弟的证人证言不应作为定案根据

根据卢某弟的证言内容：“问：当天出事车辆奔驰吉普是谁开的，你看见没有？答：我没看见”。从该证言中我们可以判断，卢某弟并非交通事故现场目击证人。

此外，根据办案机关的办案说明：“……联系到卢某弟（男，1957年12月14日生，汉族，住山东省青岛市市南区宁夏路127号甲1号楼502户，联系电话13791918928，时任威海云福房地产公司工作人员），该称不记得车祸一事，对此一无所知……。”（证据材料卷一P101）结合两份证据材料，辩护人认为卢某弟证言与待证事实即是否存在司机掉包事实之间不具有相关性，不应作为定案根据。

二审阶段第二次不补充侦查的卢某弟的证言：“问：当天出事这辆奔驰吉普是谁开的，你看见没

有？答：我没看见。”结合办案说明第1项，具体当时在现场的小弟兄们是否看到奔驰吉普车的实际驾驶员，无法核实，卢某弟对事故双方实际驾驶员的情况也并不知晓。

据《解释》第七十五条规定，“……证人的猜测性、评论性、推断性的证言，不得作为证据使用，但根据一般生活经验判断符合事实的除外”。卢某弟证言内容：“……问：你是否知道当时谢某明有没有驾驶证？答：我判断谢某明是没有驾驶证的，因为那辆奔驰车发生事故是在转弯，是对方车辆撞的奔驰车，虽然谢某明这方有责任，但毕竟是对方车撞的他，所以完全可以按照正常程序处理……。”辩护人认为，卢某弟并非事故现场的目击证人，其并没有看到事故现场奔驰吉普车实际驾驶人，该段证言系推断性证言，根据《解释》第七十五条规定，卢某弟的证言不应作为定案根据。

2. 证人孟某军与谢某顺因有工程款纠纷，系利害关系人，其证人证言内容无相关证据予以印证，客观真实性存疑，不应作为定案根据

《解释》第七十四条规定：“对证人证言应当着重审查以下内容：（三）证人与案件当事人、案件处理结果有无利害关系；（八）证言之间以及其他证据之间能否相互印证，有无矛盾。”第一百零九条：“下列证据应当慎重使用，有其他证据印证的，可以采信：……（二）与被告人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的有利被告人的证言，或者与被告人有利害冲突的证人所作的不利被告人的证言”。

本案中证人孟某军与原审被告谢某顺系利害关系人，根据其在2019年6月17日10:30-12:25询问笔录内容：“2013年9月17日，这天下午2点左右我到工地去看土方工程进度，在工地上看见了谢某顺的5-6个工人在说话，其中一个说：‘咱家谢老板的奔驰越野车在门口撞了，撞得挺厉害。’另一个工人接话说：‘……奔驰车管谁都开，不知道有证没有证，应该是没证。’其他工人都在议论纷纷，大意是谢某顺的奔驰越野车在工地门口和人撞了，没有驾驶证。我听说以后就走了……也没问谁撞的，具体什么事，接着就开车走了。……问：你是否和谢某顺提过他公司奔驰越野车出事可能没证的事（以此找谢某顺要钱）？答：没有，

我只是听见工人议论，没什么证据……。”

2020年7月4日16:06-17:30询问笔录内容：“问：2018年是否向交警队问过一起交通肇事案？答：有的。……我突然想起来以前听说过谢某顺的车发生了事故，好像是谢某顺的儿子谢同同没有驾驶证开的，我就把这个事告诉了交警六大队的高大队。我和他认识很多年了，我当时也就是这么一说，谁知道警察都这么较真，真的去查了，后来高大队说真有这么个事。问：当时这个事故你是怎么听说的？答：我应该是在谢某顺他们办公室听说的……我应该是当天在办公室听这个姓闫的工程师和办公室其他人议论说，谢某明开车发生事故了，谢某明还没有驾驶证。”根据办案说明内容：“我局经多方查找电话联系到闫某成（男，1954年4月20日生，汉族，住山东省青岛市市北区嘉定路40号乙1户，联系电话13969634555，时任威海云福房地产公司工程师），该称到过现场，知道出车祸这件事，但对事故当事人一无所知”。（证据材料卷一 P101）

另外，根据证人王某清证言：“……2018年三四月份的时候孟某军给我打电话，然后我去他家……我去了，他问我被撞的奔驰车牌号，我说我不知道，后来他就给高某打电话了……高某问怎么收拾他，孟某军说，我也不知道他当时是就酒驾了还是撞车了，收拾收拾他，把这一百多万要回来，到时候不会少了你的好处的。当时……他们通话的所有内容我都听得见……”。从王某清的证言中，我们不难发现孟某军因与谢某顺存在工程款纠纷利害关系，有打击报复的嫌疑，其证言的客观真实性存疑。

关于孟某军的第一次证言，辩护人认为信息来源不明，其具体从哪个工人处获取的信息，卷宗材料中无相关证据予以印证；关于第二次证言，孟某军声称信息来源于闫工程师，但是根据办案机关的办案说明，闫某成对事故当事人一无所知，因此第二次证言真实性存疑。结合两次的证言内容，我们不难发现内容自相矛盾。因此，孟某军的证言无相关证据予以印证、两次证言相互矛盾，不应作为定案根据。

证人孟某军的询问笔录证实孟某军与谢某顺之间因有工程款纠纷，存在重大的利益冲突，系

利害关系人，其证人证言内容无相关证据予以印证，客观真实性存疑，不应作为定案根据

根据二审阶段补充的孟某军的询问笔录内容，进一步证实了原审被告人谢某顺与孟某军之间有工程款纠纷，存在重大的利益冲突，系利害关系人，孟某军并非交通事故现场目击证人，其关于交通事故现场是否存在司机掉包的事实皆是道听途说之言辞且无法核实其真实性，真实性存疑。

根据孟某军在2019年6月17日10:30-12:25询问笔录内容：“2013年9月17日，这天下午2点左右我到工地去看土方工程进度，在工地上看见了谢某顺的5-6个工人在说话，其中一个说：‘咱家谢老板的奔驰越野车在门口撞了，撞得挺厉害。’另一个工人接话说：‘……奔驰车管谁都开，不知道有证没有证，应该是没证。’其他工人都在议论纷纷，大意是谢买顺的奔驰越野车在工地门口和人撞了，没有驾驶证。我听说以后就走了……也没问谁撞的，具体什么事，接着就开车走了。……问：你是否和谢某顺提过他公司奔驰越野车出事故可能没证的事（以此找谢某顺要钱）？答：没有，我只是听见工人议论，没什么证据……。”

2020年7月4日16:06-17:30询问笔录内容：“问：2018年是否向交警队问过一起交通肇事案？答：有的。……我突然想起来以前听说过谢某顺的车发生了事故，好像是谢某顺的儿子谢同同没有驾驶证开的，我就把这个事告诉了交警六大队的高大队。我和他认识很多年了，我当时也就是这么一说，谁知道警察都这么较真，真的去查了，后来高大队说真有这么个事。问：当时这个事故你是怎么听说的？答：我应该是在谢买顺他们办公室听说的……我应该是当天在办公室听这个姓闫的工程师和办公室其他人议论说，谢某明开车发生事故了，谢同明还没有驾驶证。”

根据二审阶段第二次补充侦查的办案说明内容：“我局经多方查找电话联系到闫某成（男，1954年4月20日生，汉族，住山东省青岛市市北区嘉定路40号乙1户，联系电话13969634555，时任威海云福房地产公司工程师），该称到过现场，知道出车祸这件事，但对事故当事人一无所知”。（证据材料卷一 P101）。因此，闫某成对事故双方当事人的情况也并不知晓，孟某军关于通过闫某

成获知交通事故存在司机掉包的情况与客观事实严重不符。

根据办案说明内容：“我局经多方查找电话联系到闫某成（男，1954年4月20日生，汉族，住山东省青岛市市北区嘉定路40号乙1户，联系电话13969634555，时任威海云福房地产公司工程师），该称到过现场，知道出车祸这件事，但对事故当事人一无所知”。（证据材料卷一 P101）

另外，根据证人王某清证言：“……2018年三四月份的时候孟某军给我打电话，然后我去他家……我去了，他问我被撞的奔驰车牌号，我说我不知道，后来他就给高某打电话了……高某问怎么收拾他，孟某军说，我也不知道他当时是就酒驾了还是撞车了，收拾收拾他，把这一百多万要回来，到时候不会少了你的好处的。当时……他们通话的所有内容我都听得见……”。从王某清的证言中，我们不难发现孟某军因与谢某顺存在工程款纠纷利害关系，二人之间存在重大利益冲突，孟某军有打击报复谢某顺的嫌疑，其证言的客观真实性存疑。

关于孟某军的第一次证言，辩护人认为信息来源不明，其具体从哪个工人处获取的信息，卷宗材料中无相关证据予以印证；关于第二次证言，孟某军声称信息来源于闫工程师，但是根据办案机关的办案说明，闫某成对事故当事人一无所知，因此第二次证言真实性存疑。结合两次的证言内容，无论孟某军关于其获取的是否存在交通事故车辆掉包驾驶员情况的相关信息来源于谁，我们皆无法去核实，因此其证言真实客观性存疑，不应作为定案根据。

3. 证人王某松、高某的证人证言信息来源于孟某军，因孟某军的证言缺乏客观真实性，因此王某松和高某的证人证言也缺乏客观真实性，不应作为定案的根据。

根据在案卷宗材料，王某松的2019年7月13日11:20-14:15证言内容：“……问：交通事故现场你是否看见谢某顺？答：没有。问：事故双方都是谁开的车？答：我没看见，交警在处理……问：当时在现场你是否看见马某锋和谢某明？答：没有。……接着孟某军对我讲：‘老谢不用不给我钱，他的奔驰车当时在昀卓酒店西的交通事故有问题，

不是酒后就是无证驾驶，我听谢某顺工地的工人讲了，他要去举报谢某顺，让谢某顺承担法律责任’……”。

根据在案卷宗材料，高某的证人证言内容：“……我马上联系孟某军，说有个姓谢的案子是不是，他说就是这起案子，我问他为什么说这起案子有问题，他说这个姓谢的开发商欠他工程款，这起交通事故他听别人讲驾驶员掉包了，开车的是谢某顺的双胞胎小儿子叫明明，当时没有驾驶证，当时处理事故的是谢某顺（谢某莹之父）找的人顶替……据孟某军反映的情况，当时开车的是谢某顺的小儿子谢某明。……期间孟某军向我了解这起案件情况，我把知道的情况告诉了他，他的意思是让我出面找谢某顺帮他要钱，我拒绝了，我说这起案子应该是刑事案件，我们整理材料需要移交刑警处理，孟某军还不高兴，他的意思他就是想要钱，最好别移交，我没答应……”。从王某松、高某的证人证言中，我们不难发现关于2013年9月17日下午交通肇事车辆驾驶员是否存在掉包事实的信息皆来自于孟某军，因孟某军的证人证言客观真实性存疑，因此王某松、高某的证言也不应作为定案根据。

4. 李某河、常某生并非交通事故目击证人，其证人证言系间接证据且无相关证据予以印证，客观真实性存疑，因此不能作为定案根据。

根据《解释》第一百零五条：“没有直接证据，但间接证据同时符合下列条件的，可以认定被告人有罪：（一）证据已经查证属实；（二）证据之间相互印证，不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问；（三）全案证据已经形成完整的证明体系；（四）根据证据认定案件事实足以排除合理怀疑，结论具有唯一性；（五）运用证据进行的推理符合逻辑和经验。”

结合在案卷宗材料，李某河2019年7月18日13:45-14:55证言内容：“……2018年3、4月左右，我在威海突然接到一个自称邯郸成安姓谢的老乡电话，说自己在邯郸成安，在临港区管委会附近买了一块地搞开发，前几年在领港区管委会附近有个醉驾车祸的交通事故，醉驾不赔钱，当时为了保险金赔付，换了其他人处理的保险公司赔了30-40万，现在被交警队知道，让我帮着打听一下。

开始我没想管，没记他的名字和电话，后来考虑到姓谢的搞开发不知能不能用到五金材料，根据他说交通事故的发生地，应该是交警六大队辖区，正好我认识六大队分管事故的副大队长高某，便直接打电话给高某，问他是不是在查一个河北邯郸成安一个姓谢的交通事故案子，他说是，称这个姓谢的车在临港区管委会附近出事故了，当时驾驶员没有驾驶证，换了个人处理的，找保险公司赔了40多万，现在被人举报了，他们准备移交刑警处理追究刑事责任，我接着问高某怎么处理好……。”

李某河 2020年7月1日 14:41-15:39 证言内容：“……2018年，2019年前后，有个自称是谢某顺的人给我打电话，他在电话里说他是河北邯郸成安的，在威海这边投资了工程，有人举报他骗保，他知道我是河北商会的副会长，他在电话里想让我帮忙打听一下。……我出于好心就给交警大队的高队长打了个电话问是不是有这么个事，高队长告诉我是有这么个事，我就想再找一找给我打电话的那个人，我想告诉他有这么个事，让他尽快处理……为了找他，我联系到了和他一个县的常某生，我让常会生找他，我联系了常某生后，这个事我也没再管……”。

根据公安机关2020年2月12日出具的补充侦查报告：“……关于调取谢某顺、马某峰、谢某明通话记录问题，在威海权限内只能调取六个月通话记录，经工作，已将查询话单手续发送山东省公安厅技侦总队，现暂未取得结果。”2020年2月12日出具的办案说明：“……关于调取谢某顺、马某峰、谢某明通话记录问题，在威海权限内只能调取六个月通话记录，经工作，已将查询话单手续发送山东省公安厅技侦总队，因新型肺炎疫情无法出差，现暂未取得结果……”。

因原被告人谢某顺的2018年、2019年的通话记录无法调取，且根据谢某顺二审庭审当庭供述其从来没有给李某河打过电话沟通交通事故驾驶员掉包骗取保险金的事实，因此李某河所称有个声称姓谢的人给其打过电话，沟通交通事故驾驶员掉包骗取保险金的事情这一事实，我们无法核实其真实性，本案在案卷宗中其他证据也无法印证其真实性，因此属于孤证且真实性存疑，不

能作为定案根据。

根据二审阶段第二次补充侦查的办案说明第3项：“李某贵称，确实给李某河打电话改证言，但是他是从老乡中听说谢某顺的情况和李某河去公安机关作证的情况，自称没有人让其打电话给李某河改证言，只是自己想帮谢某顺。”李某贵的证言无法证实存在司机掉包的情况，并没有任何人指使其联系李某河改证言。

常某生的2019年8月5日9:35-11:15证言内容：“……2018年3、4月左右，我在威海接到老乡威海邯郸商会会长李某河电话，说有人找他，成安县有没有个姓谢的，在临港区管委会附近买了一块地搞开发，前几年在领港区管委会附近有个交通事故，好像是醉驾什么的，当时为了保险金赔付，换了其他人处理的保险公司赔了30-40万，现在被交警队知道，让他帮着打听一下。他给我打电话的意思是有没有这个姓谢的，有没有这个事。……我一听他说的就是谢某顺……我接着打电话给谢某顺，谢某顺矢口否认，称没有这个事，我马上回复李某河说谢某顺说没有这个事。问：谢某顺奔驰吉普车2013年9月在临港区管委会附近发生过交通事故的事你是否知道？答：不知道。问：你在和李某河及谢某顺通话过程中是否谈及保险公司保险金退赔的事？答：没有。……”。从该份证言中我们可以发现，常某生关于交通事故司机掉包骗取保险金的信息来源于李某河，因李某河的证言无相关证据印证无法查证是否属实而真实性存疑，因此常会生的证言也无法核实其真实性，不能作为定案根据。

威海市公安局临港分局出具的关于调取马某峰、谢某明、谢某顺通话记录的办案说明，证明了证人李某河、常某生的证人证言无相关证据印证其真实性，其二人的证人证言不应作为定案根据。

2021年3月29日临港分局经侦大队出具的办案说明：“……办案民警于2020年3月，派员到省移动、联通、电信公司分别调取马某峰、谢某明、谢某顺的通话记录，但省移动、联通、电信公司的答复是只能提供查询日期的近六个月的通话记录信息……”。

结合在案卷宗材料，李某河2019年7月18日

13:45-14:55 证言内容：“……2018年3、4月左右，我在威海突然接到一个自称邯郸成安姓谢的老乡电话，说自己在邯郸成安，在临港区管委会附近买了一块地搞开发，前几年在领港区管委会附近有个醉驾车祸的交通事故，醉驾不赔钱，当时为了保险金赔付，换了其他人处理的保险公司赔了30-40万，现在被交警队知道，让我帮着打听一下。开始我没想管，没记他的名字和电话，后来考虑到姓谢的搞开发不知能不能用到五金材料，根据他说交通事故的发生地，应该是交警六大队辖区，正好我认识六大队分管事故的副大队长高某，便直接打电话给高某，问他是不是在查一个河北邯郸成安一个姓谢的交通事故案子，他说是，称这个姓谢的车在临港区管委会附近出事故了，当时驾驶员没有驾驶证，换了个人处理的，找保险公司赔了40多万，现在被人举报了，他们准备移交刑警处理追究刑事责任，我接着问高某怎么处理好……。”

李某河 2020年7月1日 14:41-15:39 证言内容：“……2018年，2019年前后，有个自称是谢某顺的人给我打电话，他在电话里说他是河北邯郸成安的，在威海这边投资了工程，有人举报他骗保，他知道我是河北商会的副会长，他在电话里想让我帮忙打听一下。……我出于好心就给交警大队的高队长打了个电话问是不是有这么个事，高队长告诉我是有这么个事，我就想再找一找给我打电话的那个人，我想告诉他有这么个事，让他尽快处理……为了找他，我联系到了和他一个县的常某生，我让常某生找他，我联系了常会后，这个事我也没再管……”。

因原审被告谢某顺的2018年、2019年的通话记录无法调取，且根据谢某顺二审第一次庭审当庭供述其从来没有给李某河打过电话沟通交通事故驾驶员掉包骗取保险金的情况，因此李某河所称有个声称姓谢的人给其打过电话，沟通交通事故驾驶员掉包骗取保险金的事情这一情况，我们无法核实其真实性，本案在案卷宗中其他证据也无法印证其信息来源的真实性，因此属于孤证且真实性存疑，不能作为定案根据。

常某生的2019年8月5日 9:35-11:15 证言内容：“……2018年3、4月左右，我在威海接到老乡威

海邯郸商会会长李某河电话，说有人找他，成安县有没有个姓谢的，在临港区管委会附近买了一块地搞开发，前几年在领港区管委会附近有个交通事故，好像是醉驾什么的，当时为了保险金赔付，换了其他人处理的保险公司赔了30-40万，现在被交警队知道，让他帮着打听一下。他给我打电话的意思是有没有这个姓谢的，有没有这个事。……我一听他说的就是谢买顺……我接着打电话给谢某顺，谢某顺矢口否认，称没有这个事，我马上回复李某河说谢某顺说没有这个事。问：谢某顺奔驰吉普车2013年9月在临港区管委会附近发生过交通事故的事你是否知道？答：不知道。问：你在和李某河及谢某顺通话过程中是否谈及保险公司保险金退赔的事？答：没有。……”。从该份证言中我们可以发现，常某生关于交通事故司机掉包骗取保险金的信息来源于李某河，因李艳河的证言无相关证据印证无法查证是否属实而真实性存疑，因此常某生的证言也无法核实其真实性，不能作为定案根据。

5. 马某泉、丛某祥关于交通事故车辆是否存在掉包驾驶员的事实相关证言之间相互矛盾，不应作为定案根据。

根据《解释》第一百零五条：“没有直接证据，但间接证据同时符合下列条件的，可以认定被告人有罪：……（二）证据之间相互印证，不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问……”。

一审判决中，关于马某泉的证言内容：“……在事故发生后一段时间就从丛某祥处知道了当时的事故存在调换驾驶员的情况……”，关于丛某祥的证言内容：“……另证实其后来听马某泉说起过谢某顺调换驾驶员的事……”。两位证人之间的证言相互矛盾，且根据马某泉、丛某祥在公安机关、检察机关的询问笔录内容，二人并非交通事故现场的目击证人，对于是否存在交通事故车辆掉包驾驶员的事实并不清楚，因此，两人的证言与待证事实无相关性，证言之间相互矛盾，不应作为定案根据。

二审阶段补充侦查的关于马某泉的证人证言，辩护人认为其证人证言内容无法证实存在交通事故车辆冀D1816A司机掉包的情况。

根据马某泉的证言内容：“问：丛某祥给你打

电话还提到对方司机的什么情况了吗？答：没有，只是说让我们别难为他们，具体情况我也不清楚。”

由马某泉的证言内容，我们可以获知丛某祥在事故发生后与其电话并没有提到过双方司机的情况，更没有提及交通事故车辆冀 D1816A 存在司机掉包的情况。

根据二审阶段第二次补充侦查的马某泉的证言：“问：你和王某强是否说过对方司机的相关情况？答：没有，我根本就不知道对方说自己的相关情况，所以我也不能和王某强说对方司机的情况。问：当时丛某祥给你打电话是否说过对方司机的相关情况？答：没有和我说对方司机的情况。”由此，辩护人认为证人马某泉的证言、丛某祥的证言皆无法证实存在司机掉包的情形，王某强关于存在对方司机掉包的情形与客观事实严重不符。

二审阶段补充侦查的关于丛某祥的证人证言，辩护人认为其证人证言内容无法证实存在交通事故车辆冀 D1816A 司机掉包的情况。

根据丛某祥的证言内容：“问：请你再回忆一下这起事故的经过？答：发生交通事故之后，谢某顺给我打电话说他的车和威海万丰集团马总的车相撞，问我认不认识马总，我说认识。他就让我给马总打个招呼，配合尽快处理事故。然后我就给万丰集团马某泉打电话说，我有个朋友在临港区和他的车相撞发生了车祸，希望马某泉那边不要提出额外的要求，配合处理一下。问：谢某顺当时是否告诉你是谁开的车？答：没有。就说是他公司的车。问：后续事故是如何处理的，谢某顺是否再跟你联系过？答：我不清楚事故如何处理的，之后谢某顺也没跟我联系过。问：在这件事发生以后，你是否听说过这件事？答：我记得有一次听马某泉说过谢某顺欠别人钱，这件事就被别人举报了。”

从丛某祥的证言内容，我们可以获知，谢某顺与其通话并没有提到双方司机的情况，也并没有提及交通事故车辆冀 D1816A 司机掉包的情况。

综合证人马某泉与证人丛某祥的证言来看，二人皆不是交通事故现场的目击证人，谢某顺也没有和丛某祥说过交通事故车辆冀 D1816A 司机掉包的情况，证人丛某祥没有和马某泉说过交通

事故车辆冀 D1816A 司机掉包的情况。

因此，一审判决中采信的关于马某泉在侦查阶段的证言：“在事故发生后一段时间就从丛某祥处知道了当时的事故存在调换驾驶员的情况，”与客观事实严重不符。一审判决中采信的关于丛某祥在侦查阶段的证言：“其后来听马某泉说起过谢某顺调换驾驶员的事，”与客观事实严重不符。二人的证言皆不能证实存在交通事故车辆冀 D1816A 司机掉包的情况。

6. 综合全案证据材料，王某强的证言系孤证，无其他相关证据印证其真实性，且其证言与客观事实不符，因此难以证实交通事故现场存在司机掉包的事实，因此不应作为定案根据。

根据王某强 2019 年 6 月 4 日 8:50-10:15 证言内容：“……问：对方奔驰吉普车上几个人？答：就一个人。驾驶员是个年轻小伙子，也就 20 多岁，看上去像个学生，细高个，穿什么衣服我现在想不起来了，但是一看就不是那种普通驾驶员穿着，像个富二代，头型和穿着都挺时尚的……”。

王某强 2020 年 7 月 7 日第一次庭审笔录相关证言内容：“……赵欢：当时你看到对方驾驶员的特征？答：就记得是一个小伙子，二十多岁，细高挑个……。”

根据王某强对交通事故现场冀 D1816A 实际驾驶员特征的描述，该驾驶员细高挑个，穿着和头型都很时尚。结合补侦证据材料中谢某明和马某峰 2013 年的照片我们不难发现谢某明体型属于臃肿肥胖型，发型和穿着很朴素普通，并非王某强供述的细高挑个、穿着和发型很时尚，而马某峰的照片中显示出来的身体特征刚好穿着和发型时尚，体型属于细高挑个。另外，根据谢某明和谢某顺的供述，谢某明在 2013 年体重在 180 斤左右，明显与王某强描述的细高挑个体型不符。

此外，根据诉讼文书卷中王某强、马某峰的交通事故当事人陈述材料以及补充侦查卷中 2013 年 9 月 17 日负责承办交通事故的于某警官、刘某林警官出具的《2013 年 9 月 17 日江苏路交通事故处理说明》皆证实双方当事人对驾驶车辆发生事故情况陈述一致，当时双方当事人都没有对对方的驾驶情况提出异议，双方当事人均对事故发生的经过、车辆情况、现场情况没有提出异议。

关于二审阶段补充的证人王某强的调查笔录，综合全案证据材料，王某强的证言系孤证，无其他相关证据印证其真实性，且其证言与客观事实不符，因此难以证实交通事故现场存在司机掉包的事实，因此不应作为定案根据。

二审法院 2021 年 4 月 7 日下午 14:10-15:22 的王某强调查笔录内容：“……问：你和肇事司机有没有过接触？答：事故发生后我的车撞的比较严重，对方驾驶员下车问我人有没有事。从那之后再没见过他，直到一审开庭的时候在法院庭审上看到他，就是被告人谢某明。问：你和马某峰什么时候接触过？答：事故当天对马某峰没印象，事故后马某峰给我打电话叫我去交警六大队处理事故，因为双方要同时到场。当时我注意到马某峰不是开车的小伙子，但是没有多想，因为马总让我什么也不用管，配合就行，而且当时事故比较重，胸口比较疼，做完笔录就去医院拍片了，和马某峰没有过多接触，事后也没见过他，直到一审庭审中看到他……。”

辩护人认为，证人王某强的该次证言与客观事实严重不符，其真实性严重存疑。

根据王某强 2019 年 6 月 4 日 8:50-10:15 证言内容：“……问：对方奔驰吉普车上几个人？答：就一个人。驾驶员是个年轻小伙子，也就 20 多岁，看上去像个学生，细高个，穿什么衣服我现在想不起来了，但是一看就不是那种普通驾驶员穿着，像个富二代，头型和穿着都挺时尚的……”。

王某强 2020 年 7 月 7 日第一次庭审笔录相关证言内容：“……赵欢：当时你看到对方驾驶员的特征？答：就记得是一个小伙子，二十多岁，细高挑个……。”

根据王某强对交通事故现场冀 D1816A 实际驾驶员特征的描述，该驾驶员细高挑个，穿着和头型都很时尚。结合补侦证据材料中谢某明和马某峰 2013 年的照片我么不难发现谢某明体型属于臃肿肥胖型，发型和穿着都很朴素，并非王某强供述的细高挑个、穿着和发型很时尚，而马某峰的照片中显示出来的身体特征刚好穿着和发型时尚，体型属于细高挑个。另外，根据谢某明和谢某顺的供述，谢某明在 2013 年体重在 180 斤左右，明显与王某强描述的细高挑个不符。

根据二审阶段第二次补充侦查的办案说明第 2 项：“王某强称：现在已经不记得了，当时证言中听说谢某明的相关情况也只能听马某泉说，他不认识对方。民警对马某泉进行再次询问，但马某泉说不了解谢某明的相关情况。”由此，我们可以得出证人王某强在之前的证言即对方司机存在掉包的情况与客观事实严重不符，事故现场第一时间只有双方司机，自己关于谢某明的信息又声称是听马某泉说的，显然谢某明并不是事故车辆的实际驾驶员。

另外，根据办案机关出具的证据卷二 66 页与 73 页对调后的正确顺序，2019 年 6 月 4 日 10 时 15 分至 10 时 45 分辨认笔录，证人王某强辨认出的交通事故车辆实际驾驶员 4 号照片人物并非谢某明，替换司机 14 号照片上的人物并非马某峰，因此无法证实交通事故车辆实际驾驶员为谢某明，掉包司机为马某峰。

2019 年 7 月 18 日 9 时 25 分至 9 时 45 分辨认笔录，证人王某强辨认出的交通事故车辆实际驾驶员 7 号照片上的人物与 2019 年 6 月 4 日 10 时 15 分至 10 时 45 分辨认笔录中的辨认出的交通事故车辆实际驾驶员 4 号照片人物系同一人，但并非谢某明，因此也无法证实交通事故车辆实际驾驶员为谢某明。经过侦查机关组织证人王某强进行多次辨认活动，证人王某强实际辨认出的交通事故车辆冀 D1816A 实际驾驶员并非谢某明，掉包司机也不是马某峰。从 2013 年 9 月 17 日至 2019 年 6 月、7 月两次辨认活动之日，时隔六年时间证人王某强均未辨认出交通事故实际驾驶员是谁，而在调查笔录中声称从事故之后再没见过事故车辆实际驾驶员，直到一审开庭的时候在法院庭审上看到他，就是被告人谢某明，从 2013 年 9 月 17 日至 2020 年 7 月一审开庭之日时隔近七年时间，证人王某强在时隔六年时间未辨认出事故车辆实际驾驶员是谁，竟然声称在时隔近七年后认出了交通事故车辆实际驾驶员，王某强这超强的记忆力显然违背常理，与客观事实严重不符。

此外，根据《解释》第七十五条：“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料，经法庭查证属实，且收集程序符合有关法律、行政法规规定的，

可以作为定案的根据。根据法律、行政法规规定行使国家行政管理职权的组织，在行政执法和查办案件过程中收集的证据材料，视为行政机关收集的证据材料”。结合诉讼文书卷中王某强、马某峰的交通事故当事人陈述材料以及补充侦查卷中2013年9月17日负责承办交通事故的于某警官、刘某林警官出具的《2013年9月17日江苏路交通事故处理说明》收集程序符合有关法律、行政法规规定，且客观真实，可以作为定案根据。该证明皆证实双方当事人对驾驶车辆发生事故情况陈述一致，当时双方当事人没有对对方的驾驶情况提出异议，双方当事人均对事故发生的经过、车辆情况、现场情况没有提出异议。

因此，辩护人认为证人王某强在二审阶段的调查笔录内容与客观事实严重不符，其证言无相关证据予以印证，真实客观性存疑，且与本案卷宗中的其他证据相互矛盾，不应作为定案根据。

综上，辩护人认为王某强的证言无相关证据予以印证，客观真实性存疑，且与本案卷宗中的其他证据相互矛盾，不应作为定案根据。

7. 王某、毕某、谢某莹、马某强、原某华、王某华等人证人证言与本案的待证事实不存在相关性，不应作为定案根据。

二审阶段补充侦查的关于李某量的证人证言，辩护人认为其证人证言内容无法证实存在交通事故车辆冀 D1816A 司机掉包的情况。

根据李某量的的证言内容：“问：你刚到现场时都看到了什么情况？答：我们到现场的时候，看见交警开的警车刚走，那辆奔驰事故车已经开始上拖车了，帕萨特好像还在边上，然后我就问了一下拖车司机，事故车辆准备拖到哪里等一些简单问题。因为现场围观了一些群众，而且当时交警已经处理完事故了，所以我也没有追问事故车的司机情况。我们对两辆车的内外部受损情况拍了照片后就走了。问：你们到现场时，还有其他人在场吗？答：有围观的人，有拖车司机，但是没见着双方司机。”

因此，李某量并没有见到交通事故双方实际驾驶员，李某量的证人证言无法证实存在交通事故车辆冀 D1816A 司机掉包的情况。

二审阶段补充侦查的关于周某的证人证言，

辩护人认为其证人证言内容也无法证实存在交通事故车辆冀 D1816A 司机掉包的情况。

根据周某的的证言内容：“问：你们到现场时，还有其他人在场吗？答：我们到达现场时，双方的司机和处理事故的交警已经走了，我们根本都没见到人，只有拖车司机在场。我们跟拖车司机说了几句话，具体说的什么我记不清了。”

因此，周某也并没有见到交通事故双方实际驾驶员，周某的证人证言无法证实存在交通事故车辆冀 D1816A 司机掉包的情况。

综合全案在案证据卷宗材料来看：（1）原审被告谢某顺、谢某明、马某峰皆否认存在交通事故车辆冀 D1816A 司机掉包的情况，三名原审被告皆对该情况予以否认；（2）证人马某泉、丛某祥并非交通事故现场的目击证人，关于二人获取的是否存在交通事故车辆掉包驾驶员情况的相关信息来源相互矛盾，与客观事实严重不符；（3）证人孟某军并非交通事故现场目击证人，关于其获取的是否存在交通事故车辆掉包驾驶员情况的相关信息来源相互矛盾，信息源头人员无法核实，其证言真实性也无法核实；（4）证人高某并非交通事故现场的目击证人，关于其获取的是否存在交通事故车辆掉包驾驶员情况的相关信息来源于孟某军，因孟某军的证言无法核实其真实性，因此高某的证言也缺乏真实性。（5）证人李某河并非交通事故现场的目击证人，关于是否存在交通事故车辆掉包驾驶员情况的相关信息通过一个声称姓谢的人电话沟通获取的，因办案机关无法调取相关的通话录音记录，因此其真实性无法核实；（6）证人常某生并非交通事故现场的目击证人，关于其获取的是否存在交通事故车辆掉包驾驶员情况的相关信息来源于李某河，因李某河的证言无法核实其真实性，因此常会生的证言也缺乏真实性。（7）证人李某量、周某、王某、毕某、谢某莹、王某松、马某强、原某华、王某华、卢某弟、谢某明、王某清等人皆不是交通事故现场的目击证人，其证言皆无法证实存在交通事故车辆掉包驾驶员的情况。（8）辨认活动违反法律规定，辨认笔录证据能力不规格，且辨认内容无法证实交通事故车辆冀 D1816A 存在司机掉包的情况即王某强辨认出的事故车辆实际驾驶员不是谢某明、

掉包司机不是马某峰；(9) 证人王某强的证言系孤证，漏洞百出，相互矛盾，无相关证据予以印证，真实性存疑。(10) 原审被告人马某峰供述其为肇事车辆冀 D1816A 实际驾驶员，办理该起交通事故的于某警官、刘某林警官出具的《关于 2013 年 9 月 17 日江苏路交通事故处理说明》皆证实马某峰为交通事故车辆 D1816A 的实际驾驶员。因此，辩护人认为一审法院采信有关证据违反了刑事诉讼法及相关法律、司法解释关于采信证据的相关规定，不同证据之间无法相互印证，无法形成一个完整闭合的证据链条，难以证实冀 D1816A 交通事故车辆存在驾驶员马某峰与谢某明掉包的事实，判决原审被告谢某明构成保险诈骗罪达不到证据确实充分的标准。

根据最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》(法发【2013】11号)内容：“人民法院审理刑事案件应当坚持证据裁判原则。认定案件事实，必须以证据为根据。应当依照法定程序审查、认定证据。认定被告人有罪，应当适用证据确实、充分的证明标准。定罪证据不足的案件，应当坚持疑罪从无原则，依法宣告被告人无罪，不得降格作出“留有余地”的判决。定罪证据确实、充分，但影响量刑的证据存疑的，应当在量刑时作出有利于被告人的处理”。

本案三名上诉人全部辩解无罪，根据我国《刑事诉讼法》第五十五条第一款的规定，没有被告人供述，证据确实、充分的，才可以认定被告人有罪和处以刑罚，而本案的证据并未达到该条第二款规定的“确实、充分”的条件。根据我国《刑事诉讼法》第五十五条第二款的规定，证据确实、充分，应当符合以下条件：(一) 定罪量刑的事实都有证据证明；(二) 据以定案的证据均经法定程序查证属实；(三) 结合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。在本案中，所谓的“掉包”有充分证据证明了吗？全案排除合理怀疑了吗？全案真的不会存在冤假错案了吗？

交通肇事现场无法还原，我们每一个人都无法穿梭时光掉头去窥视当时案发当天发生什么，到底开车司机是马某峰还是谢某明。我们没有任何一个人是当事人，我们无从判断，我们仅能回归证据、回归法律。而看本案的证据，无论是几

位辩护人的三次庭审的辩护、还是陪同当事人多次向贵院的情况反映，甚至当事人自己长久以来坚持向威海市各部门的情况反映，我们都不难发现，全案证据矛盾重重，没有任何一份证据没有直接证明驾驶员是谢某明。整个一审判决都是以来人们猜测性、评论性、主观臆断性的证据来定案。如果都无法证明谢某明是驾驶员，掉包事实从何而来？骗保事实从何而来呢？我们不能因为本案几个被告人的个别庭审表现不是一个精明人的表现或者突然出现一个所谓的有一点“不正常”的事情就硬贴本案就反推其可能确实存在掉包事实，这就犯了一个逻辑错误，因为被告人没有表现的确实没做过一件事情，我们就反推他确实做过这个事情了吗？被告人存在犯罪行为，不需要检方来直接举证证明吗？本案当中的马某峰、谢某明甚至包括谢某顺文化程序都非常有限，马某峰在私下里经常被亲人善意的嫌弃头脑憨厚，与其打过交道的家人朋友都知道他马大哈的个性以及不太能说清楚话的个人能力缺陷。而谢某明也是一个在生活中我们能遇到的少有的罕见内向的人，即便对自己的家人，一整天可能也不说一句话，要是普通人受到这种冤枉可能会大哭大喊，但是谢某明的性格只能在我们辩护律师去会见他的时候，他才表现出来他内心的悲伤，对自己刚 1 岁多的孩子的思念，以及自己的深切冤枉。我们应该对被告人这些表现予以宽厚的理解。在判断本案几个被告人是否存在犯罪这个问题上，要绝对回归到本案的“法律证据”上，在“法律证据”耐不住推敲，或者有重大可能存在冤假错案的时候，有一个问题特别引人深思，当将来有一个人宝贵的人生自由甚至生命攥在你手里时，你是否愿意独立思考，哪怕做一点点的怀疑呢？恳请尊敬的威海中院和本案尊敬的三位审判长审判员，能够对本案多一点点的怀疑，谨慎对待本案，本着“疑罪从无”和“无罪推定”的刑事诉讼精神，判决本案三被告无罪，还三个被告人清白和可贵的人身自由。

根据最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》(法发【2013】11号)内容：“人民法院审理刑事案件应当坚持证据裁判原则。认定案件事实，必须以证据为根据。应当

依照法定程序审查、认定证据。认定被告人有罪，应当适用证据确实、充分的证明标准。定罪证据不足的案件，应当坚持疑罪从无原则，依法宣告被告人无罪，不得降格作出“留有余地”的判决。定罪证据确实、充分，但影响量刑的证据存疑的，应当在量刑时作出有利于被告人的处理”。

根据刑诉法第五十五条规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。证据确实、充分，应当符合以下条件：（一）定罪量刑的事实都有证据证明；（二）据以定案的证据均经法定程序查证属实；（三）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。”

结合本案，辩护人认为本案中定罪量刑的事实无相关的直接证据和间接证据予以证实，定案的相关证据无法查证属实，难以排除合理怀疑，达不到“事实清楚，证据确实、充分”的标准。

因此，辩护人认为：“不能证明的事实就等于是不存在的”。这里的事实分为两个层面的“事实”：一是客观存在的事实，二是通过证据加以证实的事实。前者是一种脱离人们主观认识而存在的“先验事实”。承认这一事实的存在，是哲学上的“可知论”的内在应有之义，也是我们构建司法证明制度的逻辑前提。后者则是一种建立在证据基础上的事实，这一事实是人们可感知的事实，是经历过司法证明过程而得到验证的事实。在任何一项刑事诉讼活动中，以上两个层面的事实可能都是同时存在的。但是司法机关不能根据前一层面的事实来作出裁判结论。因为这一事实具有程度不同的不确定性，它有可能是真实存在的，也有可能是虚假的，还有可能只是一种被假设存在的事实。因此，为避免出现事实认定上的错误，司法机关不能将这一层面的事实作为裁判的依据。而后一层面的事实，则可以成为司法机关认定案件事实存在的根据。这是因为，这些事实都有查证事实的证据加以支持，并且经过了逻辑上和经验上的司法验证。因此，那些没有证据证明、未经司法验证的“事实”，即便有可能是真实的事实，也不应成为裁判案件的基础，而应被视为不存在

的事实。这里所说的“视为不存在的”，是指“被推定为不存在的”。

综上，辩护人认为一审法院判决认定谢某明构成保险诈骗罪事实不清、证据不足。

## 二、一审法院未采纳一审辩护律师关于谢某明涉嫌保险诈骗罪的定性辩护意见未说明理由，与法律规定不符

根据2015年9月16日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于依法保障律师执业权利的规定》第三十六条规定，人民法院适用普通程序审理案件，应当在裁判文书中写明律师依法提出的辩护、代理意见，以及是否采纳的情况，并说明理由。根据该规定，法院在裁判文书中不仅要对辩护律师的辩护意见作出是否采纳的情况说明，还需要说明理由，而不是一笔带过，一言以蔽之。

原审法院对于谢某明涉嫌保险诈骗罪案一审阶段辩护律师提出的关于本案定性的辩护意见不予采纳，未说明理由。辩护人认为原审法院该行为不符合《关于依法保障律师执业权利的规定》第三十六条规定的要求，与法律规定不符，侵犯了辩护律师正当行使辩护的权利，也同时侵犯了上诉人谢某明的正当合法权益。

综上，辩护人认为原审法院判决认定谢某明构成保险诈骗罪事实不清、证据不足，请求二审法院依法改判或撤销原判，发回重审。

以上辩护意见，供法庭审理本案时参考并采纳。

辩护人：陈建律师

年 月 日

### 注释：

本案辩护律师于二审阶段介入，经过数月辩护工作的开展，二审法院经多次公开审理后认为本案事实不清、证据不足，裁定撤销原判、发回重审。一审法院接到发回重审的裁定书后，收到某区人民检察院的撤诉申请，经审查后裁定准许某区人民检察院的撤诉申请。经某区人民检察院审查并退回补充侦查，仍然认为公安机关认定的犯罪事实不清、证据不足，不符合起诉条件，于2021年10月26日决定对谢某明不起诉。本案入围2021年度“全国十大无罪辩护经典案例”评选（西北政法大学刑事辩护高级研究院组织评选），并入选北京律协组织编写的《刑事二审再审改判案例：诉讼过程与争议焦点剖析（第二辑）》（法律出版社出版）。





□ 李敏/文

李敏律师，毕业于清华大学建筑学院和清华大学法学院，具有建筑和法律的双重知识背景，从事律师职业近二十年，现为北京市中伦文德律师事务所副主任、高级合伙人、信托专业委员会主任。李敏律师在房地产、信托、保险资金投资、诉讼仲裁等领域具有丰富的经验和深入的研究。



□ 牟双武/文

牟双武，北京市中伦文德律师事务所律师，毕业于北京师范大学法学院，主要从事金融、房地产及诉讼业务。

## 关于代位权诉讼案件的管辖权问题

**【前言】**管辖权问题往往是诉讼中双方争议的焦点问题，在代位权诉讼中亦是如此。但我国现行的《民事诉讼法》及相关司法解释中并未对代位权诉讼的管辖问题作出明确规定，不同情形下代位权诉讼的管辖法院应当如何确定，目前的司法实践中法院的处理方式并不完全一致，本文主要对此问题进行相应的简要研究。

### 一、问题的提出

当债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现时，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人（或称次债务人，以下统称为“次债务人”）的权利。但是，根据法律规定次债务人亦可以向债权人主张其对债务人的抗辩，实践中次债务人往往在代位权诉讼的初始阶段即提出管辖权异议进行抗辩，如主张应以债务人与次债务人之间的仲裁协议、约定管辖条款确定管辖法院或应按照专属管辖的法律规定确定管辖法院等。由于现行《民事诉讼法》及相关司法解释并未对代位权诉讼的管辖作出明确规定，且原先就此问题作出明确规定的《合同法司法解释（一）》

已经被废止，导致实践中对代位权诉讼的管辖问题存在一定争议，目前的司法实践中法院的处理方式也不完全一致。

以上情况不禁让我们思考下列问题：代位权诉讼案件的管辖法院应如何确定？代位权诉讼中，如债务人与次债务人之间存在仲裁协议或约定管辖条款时应如何确定管辖法院？代位权诉讼涉及专属管辖问题时应如何确定管辖法院？

### 二、不同情形下代位权诉讼管辖权的认定规则及司法实践中法院的裁判观点

（一）一般情况下，代位权诉讼案件以被告住所地人民法院管辖为原则

1、代位权诉讼案件以被告住所地人民法院管辖为一般原则具有相应的法律依据

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《合同法司法解释（一）》，2021年1月1日废止）第十四条的规定，“债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。”根据《最高人民法院关于印发〈全

国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》的通知》(以下简称“《通知》”)第12条的规定,“……上述司法解释中的程序性规定的精神,与民事诉讼法及相关法律不冲突的,如合同法解释一第十四条、第二十三条等,人民法院可以在办理程序性事项时作为参考。”

根据上述《通知》的规定,虽然《合同法司法解释(一)》目前已经废止,但其中第十四条关于代位权诉讼管辖的精神与民事诉讼法及相关法律并不冲突,人民法院处理代位权诉讼管辖权纠纷时可以参考。此外,即使不参考《合同法司法解释(一)》第十四条的相关规定,根据现行《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称“《民事诉讼法》”)第二十二条关于“原告就被告”的一般地域管辖原则,代位权诉讼案件一般情况下也应当由被告住所地人民法院管辖。因此,虽然《合同法司法解释(一)》目前已经废止,但代位权诉讼案件以被告住所地人民法院管辖为一般原则,仍具有相应的法律依据。

2、司法实践中,人民法院也普遍认为代位权诉讼案件以被告住所地人民法院管辖为一般原则

根据我们目前研究的情况,司法实践中,人民法院也普遍认为代位权诉讼案件应以被告住所地人民法院管辖为一般原则,但不同案件中法院援引的法律依据、论证理由存在一定差异:

(1)部分案件中法院直接引用上述《通知》及《合同法司法解释(一)》第十四条的规定,认为代位权诉讼案件应由被告住所地人民法院管辖。如贵州省盘州市人民法院(原贵州省盘县人民法院)于2022年1月4日作出的(2021)黔0281民初11350号《民事裁定书》中,法院认为该案属于债权人代位权纠纷,并根据《通知》及《合同法司法解释(一)》第十四条等相关规定,认为该案应由被告李豪住所地人民法院管辖,于是裁定将该案移送至被告李豪住所地的贵州省普安县人民法院处理。

(2)部分案件中法院直接依据《民事诉讼法》第二十二条关于“原告就被告”的规定,认为代位权诉讼案件应由被告住所地人民法院管辖。例如北京市第三中级人民法院于2023年3月28日

作出的(2023)京03民辖终141号《民事裁定书》北京市朝阳区人民法院于2022年12月23日作出的(2021)京0105民初85326号《民事判决书》等裁判文书中,法院均直接依据“原告就被告”的一般规定,认为相应代位权诉讼案件应由被告住所地人民法院管辖。

(3)部分案件中法院在裁判文书的说理部分直接认定“代位权诉讼案件应由被告住所地人民法院管辖”,但并不阐述具体理由及法律依据。例如,北京市海淀区人民法院于2022年4月13日作出的(2021)京0108民初23511号《民事裁定书》中载明“本院经审查认为,债权人提起代位权诉讼的,由被告住所地人民法院管辖”,但并未阐述该院作出上述认定的具体理由和法律依据。又如,北京市第二中级人民法院于2021年10月26日作出的(2021)京02民辖终712号《民事裁定书》中也载明“本院经审查认为……债权人提起代位权诉讼的,由被告住所地人民法院管辖”,同样未阐述该院作出上述认定的具体理由和法律依据。

(二)代位权诉讼案件管辖的一般原则同债务人与次债务人之间的仲裁协议或约定管辖条款发生冲突时,目前的司法实践中法院的处理方式并不统一

1、部分裁判观点认为代位权诉讼管辖的一般原则可以排除当事人之间的仲裁协议或协议管辖

在我们检索到的案例中,部分裁判观点认为代位权诉讼管辖的一般原则可以排除当事人之间的仲裁协议或协议管辖,即使债务人与次债务人之间存在仲裁协议或约定管辖条款,该等约定对债权人也不具有法律约束力,相关代位权诉讼案件仍应由被告住所地人民法院管辖。例如:(1)最高人民法院于2019年2月28日作出的(2019)最高法民辖终73号《民事裁定书》中,最高人民法院认为该案系债权人以自己的名义代位行使债务人对次债务人的债权而引起的诉讼,并非因债权转让而引起的诉讼。虽然该案中债务人与次债务人签订的协议中约定了仲裁条款,但债权人并非该仲裁条款所涉合同权利义务的当事人或权

利义务受让人，且该合同约定的仲裁协议与《合同法司法解释（一）》第十四条规定的债权人代位权诉讼特殊地域管辖规定相冲突，进而认定该案中债权人不受该仲裁条款的约束，该案应由被告住所地人民法院管辖。（2）最高人民法院于2018年4月26日作出的（2018）最高法民辖终107号《民事裁定书》中，最高人民法院同样认为关于债权人代位权之诉的法院管辖是由司法解释规定的一种特殊地域管辖，其效力高于当事人间的约定，并明确指出该案中债务人与次债务人之间约定管辖条款与《合同法司法解释（一）》第十四条规定相冲突，不能作为债权人对次债务人提起代位权诉讼的管辖依据。

2、部分裁判观点认为债务人与次债务人之间的仲裁协议或约定管辖条款对债权人具有约束力，即使在代位权诉讼中，也应以相应的仲裁协议或约定管辖条款确定管辖

与上述做法相反的是，也有部分裁判观点认为次债务人依法有权向债权人主张其对债务人的抗辩，其中应当包括管辖权异议等程序性方面的抗辩，因此债务人与次债务人之间的仲裁协议或约定管辖条款也应当对债权人具有约束力，进而支持次债务人依据仲裁协议或约定管辖条款提出的管辖权异议。例如：（1）北京市高级人民法院于2020年6月29日作出的（2020）京民终94号《民事裁定书》中，该院认为，代位权虽然是债权人自身的权利，但债权人依据代位权以自己的名义向次债务人所行使的权利却仍然是“债务人的债权”。《合同法司法解释（一）》第十八条第一款关于“在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张”，其中的“抗辩”不仅包括实体抗辩，还应当包括程序抗辩，如果债务人本人都无权对次债务人提起特定诉讼，则债权人也当然不得提起，否则，债务人与次债务人之间的管辖约定、仲裁条款等就会被轻易规避，这不仅对次债务人不公平，还可能滋生虚假诉讼。基于上述理由，该院支持了次债务人以其与债务人之间的仲裁协议提出的程序性抗辩，认为该案应通过仲裁解决，不属于人民法院受理民事诉讼的范围。（2）山东省高级人民法院于2019年6月23日作出的（2019）鲁民终597号《民事裁定书》

中认为：“在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。依据该规定，次债务人大唐公司对华创公司的抗辩权可以向债权人信达资产浙江分公司行使，信达资产浙江分公司虽然并非《采购合同》（即债务人华创公司与次债务人大唐公司之间债权债务关系所涉的合同）的当事人，但其系代华创公司提起本案诉讼，故仍应受该合同仲裁条款的约束。”

（三）代位权诉讼案件管辖的一般原则与专属管辖冲突时，人民法院普遍认为原则上应优先适用专属管辖的规定

根据我们目前研究的情况，代位权诉讼案件管辖的一般原则与专属管辖冲突时，人民法院倾向于认为应当优先适用专属管辖的相关规定。例如：（1）北京市第二中级人民法院于2022年3月25日作出的（2022）京02民辖12号《民事裁定书》中认为：“国电华夏公司以债权人代位权纠纷提起本案诉讼，依据代位权诉讼管辖的一般原则应由被告住所地人民法院管辖，但如果被告住所地管辖与法律规定的专属发生管辖冲突时，因专属管辖是强制性规定，则应按照专属管辖确定代位权诉讼的管辖……”（2）北京市朝阳区人民法院于2022年10月25日作出的（2022）京0105民初3995号《民事裁定书》中认为：“债权人提起代位权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖，不论债权人与债务人之间、债务人与次债务人之间的合同是否约定有协议管辖的内容，但依照法律规定债务人与次债务人之间的债权债务纠纷由人民法院专属管辖的除外。”

### 三、作者观点

我们认为，首先，代位权诉讼案件应以被告住所地人民法院管辖为一般原则。虽然《合同法司法解释（一）》已被废止，但根据上述《通知》的规定，原《合同法司法解释（一）》第十四条关于“代位权诉讼由被告住所地人民法院管辖”的特殊规定仍可以参照适用，且这一规定精神也符合现行《民事诉讼法》第二十二条关于“原告就被告”的一般地域管辖原则，因此代位权诉讼案件以被告住所地人民法院管辖为一般原则具有

相应的法律依据。同时，这一原则在司法实践中也得到了法院的普遍认可，应当继续坚持和贯彻。其次，代位权诉讼案件管辖的一般原则与专属管辖冲突时，原则上应优先适用专属管辖的规定。因为专属管辖是民事诉讼法关于案件地域管辖问题的强制性、特殊规定，应当优先于“原告就被告”的一般性规定，且这一处理原则也在司法实践中得到了法院的普遍认可，同样应当继续坚持和贯彻。

而司法实践中对于代位权诉讼管辖的一般原则能否排除当事人之间的仲裁协议或协议管辖这一问题，则尚未形成统一的裁判规则，仍存在一定争议。但是，我们认为“债务人与次债务人之间的仲裁协议或约定管辖条款对债权人不具有约束力”、“代位权诉讼管辖的一般原则应当能够排除当事人之间的仲裁协议或协议管辖”等裁判观点更具有合理性，主要原因如下：

(一) 根据合同的相对性原则，债务人与次债务人之间的协议不应对债权人具有约束力，因此代位权诉讼中不应根据债务人与次债务人之间的仲裁协议或约定管辖条款确定案件的管辖权

在代位权诉讼中，债权人系依据法律规定直接行使债务人对次债务人的债权，而非以债权受让的方式享有债务人对次债务人的债权，因此债权人提起代位权诉讼，并不意味着债权人成为了债务人与次债务人之间法律关系的当事人。根据合同的相对性原则，合同条款应仅对合同当事人发生法律效力。由于债权人并未成为债务人与次债务人之间法律关系的当事人，并非债务人与次债务人之间合同的签订主体，故不应受到债务人与次债务人之间合同的约束。因此，即使债务人与次债务人签订的合同中存在仲裁条款或约定管辖条款，该等约定都不应对债权人具有法律约束力，此时代位权诉讼案件的管辖仍应按照“以被告住所地人民法院管辖”的一般原则确定。

(二) 目前我国商事仲裁程序中不存在代位仲裁或仲裁第三人制度，提起代位权诉讼是债权人行使代位权的唯一法律途径，如支持次债务人以其与债务人之间的仲裁协议提出的

管辖异议进而驳回债权人的起诉，债权人此后亦无法通过仲裁行使代位权，这将导致代位权制度形同虚设，违背立法初衷，因此代位权诉讼中不应根据债务人与次债务人之间的仲裁协议确定案件的主管机关

根据《中华人民共和国仲裁法》第四条的规定，“当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。”根据上述相关规定，当事人之间存在合法有效的仲裁协议，是当事人可以提起仲裁申请的必要前提条件。由于我国目前的民商事仲裁程序中不存在代位仲裁或仲裁第三人制度，非仲裁协议的一方当事人无权提起仲裁，在这样的制度背景下，提起代位权诉讼是债权人行使代位权的唯一法律途径。如果认为债务人与次债务人之间的仲裁协议对债权人也具有约束力，进而支持次债务人依据该仲裁协议提出的管辖抗辩，驳回债权人的起诉，则债权人此后亦无法通过仲裁行使代位权，这将导致债权人陷入有代位权却无法行使权利的困境，使得代位权诉讼制度形同虚设，违背代位权制度设立的初衷。因此，我们认为代位权诉讼中债务人与次债务人之间的仲裁协议对债权人不应具有约束力，不应根据债务人与次债务人之间的仲裁协议确定案件的主管机关。

#### 四、总结

根据上述分析，我们认为，关于债权人代位权纠纷的管辖一般情况下应以被告住所地人民法院管辖为原则，且该管辖原则应当可以排除当事人之间的仲裁协议或协议管辖。但是，当债务人与次债务人之间的法律关系中存在应适用专属管辖的情形时，则应优先适用专属管辖的规定确定管辖法院。其中，代位权诉讼案件由被告住所地人民法院管辖的一般原则及专属管辖优先的处理方式在司法实践中已经得到了法院的普遍认可，但代位权诉讼的一般管辖原则能否排除债务人与次债务人之间关于仲裁协议或协议管辖的约定，司法实践中仍存在不同的处理意见。因此，我们在工作中需要关注各地法院的处理方式，才能更好地维护当事人的合法权益。





□ 郝 伟/文

郝伟律师，中伦文德高级合伙人，本所争议解决专业委员会主任、能源法律业务委员会副主任，商事犯罪研究中心主任，具有上市公司独立董事资格、企业法律顾问资格，并任北京市律师协会环境与资源保护委员会副秘书长，北京市朝阳区律师协会争议解决委员会委员。主要业务领域为争议解决（诉讼与仲裁）、公司/并购、国际投资与贸易。现担任多家大型能源企业常年法律顾问，为天然气等能源行业提供全方位法律服务。



□ 田卓亚/文

田卓亚律师，中伦文德执业律师，毕业于华东政法大学，熟悉国内民商法、经济法、知识产权法等相关法律。主要业务领域为争议解决、公司与投资并购、常年法律顾问业务。主要从事民商事诉讼，熟悉民商事相关法律以及天然气行业法规政策，在为能源企业提供法律服务上具有丰富经验，曾多次参与大型能源企业的法律尽职调查项目、央企合规审查项目等。

## 反垄断执法—燃气行业滥用市场支配地位法律分析（一）

**前言：**2023年6月9日，国家市场监督管理总局发布了《中国反垄断年度执法报告（2022）》。报告写明，反垄断执法机构查处燃气行业的垄断案件类别主要涉及滥用市场支配地位、滥用行政权力排除、限制竞争、经营者集中。其中，关于滥用市场支配地位的案件，反垄断执法机构组织开展公用事业行业集中执法，全年共办理案件27件，全面覆盖水电气热各领域，其中作出行政处罚9件，为2018年机构改革以来最多。本文将对滥用市场支配地位的违法行为类型及典型案例进行整理及法律分析。

### 一、滥用市场支配地位的定义

根据《中华人民共和国反垄断法（2022修订）》第22条及第23条的规定，市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

其中，上述其他交易条件是指除商品价格、

数量之外能够对市场交易产生实质影响的其他因素，包括商品品种、商品品质、付款条件、交付方式、售后服务、交易选择、技术约束等。能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场，包括排除其他经营者进入相关市场，或者延缓其他经营者在合理时间内进入相关市场，或者导致其他经营者虽能够进入该相关市场但进入成本大幅提高，无法与现有经营者开展有效竞争等情形。

我国对于滥用市场支配地位的规制，经历了从关注市场的结构到关注经营者的市场行为的转变。在早期，企业如果具备市场地位就被认定足以威胁市场，面临拆分危险。后期逐渐改变了仅仅依靠市场结构来认定垄断行为的判断方法。这种转变意味着企业拥有市场支配地位本身并不具有违法性，只有具有市场支配地位的企业实施限制竞争的滥用行为才构成违法，因此，反垄断法所规制的滥用市场支配地位必须同时具备“市场支配地位+滥用行为”两个条件。

## 二、滥用市场支配地位中关于相关市场的界定

相关市场的界定是判断是否滥用市场支配地位的前置条件。相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务（以下统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围，包括相关商品市场和相关地域市场。界定相关市场应当从需求者角度进行需求替代分析。当供给替代对经营者行为产生的竞争约束类似于需求替代时，也应当考虑供给替代。相关市场主要分为3种类型：

### 1、相关商品市场

相关商品市场是根据商品的特性、用途及价格等因素，由需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或一类商品所构成的市场。这些商品表现出较强的竞争关系，在反垄断执法中可以作为经营者进行竞争的商品范围。

界定相关商品市场，从需求替代角度，可以考虑需求者对商品价格等因素变化的反应、商品的特征与用途、销售渠道等因素。从供给替代角度，可以考虑其他经营者转产的难易程度、转产后所提供商品的市场竞争力等因素。

### 2、相关地域市场

相关地域市场是指需求者获取具有较为紧密替代关系的商品的地理区域。这些地域表现出较强的竞争关系，在反垄断执法中可以作为经营者进行竞争的地域范围。

界定相关地域市场，从需求替代角度，可以考虑商品的运输特征与成本、多数需求者选择商品的实际区域、地域间的贸易壁垒等因素。从供给替代角度，可以考虑其他地域经营者供应商品的及时性与可行性等因素。

### 3、平台经济领域相关商品市场

界定平台经济领域相关商品市场，可以根据平台一边的商品界定相关商品市场，也可以根据平台所涉及的多边商品，将平台整体界定为一个相关商品市场，或者分别界定多个相关商品市场，并考虑各相关商品市场之间的相互关系和影响。

## 三、滥用市场支配地位违法行为类型

根据《中华人民共和国反垄断法（2022修订）》第22条的规定，禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：

- 1、以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；
- 2、没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；
- 3、没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；
- 4、没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；
- 5、没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；
- 6、没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；
- 7、国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

## 四、燃气领域滥用市场支配地位违法行为一经典案例

### 1、利用市场支配地位，限定用户选择指定的工程施工单位

【典型案例】芜湖湾沚中燃城市燃气发展有限公司滥用市场支配地位案

基本案情：芜湖湾沚中燃城市燃气发展有限公司（以下简称“芜湖中燃公司”）向用户城市管道燃气供应服务，负责建设和经营芜湖市湾沚区城市天然气管网及相关设施，该区域内城市管道燃气供应服务由芜湖中燃公司独家提供，以管道形式输配、生产、销售和供应管道燃气。

芜湖市湾沚区新建住宅小区要实现管道燃气接驳通气，需按照芜湖中燃公司制定的管道燃气申请报装流程办理，作为客户的房地产开发企业与芜湖中燃公司签订的入户合同即《居民燃气入户合同》实质上为管道燃气工程安装建设合同，其中明确了管道燃气安装工程（包括设计、施工、监理）由芜湖中燃公司承建，房地产开发企业没有自主选择管道燃气安装工程施工单位的权利。房地产开发企业必须按照当事人制定的流程办理报装，签订上述《居民燃气入户合同》才能顺利接驳通气。

#### 违法行为认定：

- 1、相关市场认定：本案中，芜湖中燃公司向用户提供的商品（服务）主要是城市管道燃气供应服务，芜湖中燃公司负责建设和经营芜湖市湾沚区城市天然气管网及相关设施，以管道形式输

配、生产、销售和供应管道燃气。芜湖中燃公司提供城市管道燃气供应服务地域范围为芜湖市湾沚区，在芜湖市湾沚区具备唯一经营者地位，不存在同类经营的竞争关系，用户在所属地域内只能选择当事人提供的管道燃气的供应服务，不存在其他可替代的地域市场。故认定本案相关商品市场为管道燃气供应服务市场，地域市场为芜湖市湾沚区行政区域内。

2、具有市场支配地位的认定：在芜湖市湾沚区行政区域内只有芜湖中燃公司这一家城镇管道燃气企业，芜湖中燃公司在本案相关市场占有100%的市场份额且在相关市场上具有控制能力，导致其他经营者进入本案相关市场难度大，故认定芜湖中燃公司在芜湖市湾沚区行政区域的城市管道燃气供应服务市场具有市场支配地位。

3、实施了滥用市场支配地位的行为：芜湖中燃公司利用其市场支配地位限定房地产开发企业新建住宅小区管道燃气安装工程只能与其交易，才能顺利接驳通气，实施了滥用市场支配地位行为。

4、滥用市场支配地位行为对市场公平竞争及交易相对方权益造成了损害：

#### （1）剥夺了房地产开发企业的自主选择权

房地产开发企业可以根据公司发展的需要，自主选择具有相应资质的企业承建燃气管道安装工程。利用提供管道燃气供应服务的市场支配地位，要求房地产开发企业必须将新建住宅小区的燃气管道安装工程交由其承建，剥夺了房地产开发企业自主选择的权利。

（2）排除了其他经营者的交易机会，扰乱了市场公平竞争的秩序

新建住宅小区的燃气管道安装工程市场，应当是一个自由、充分竞争的市场，只要具备相应资质的企业，都可以凭借自己的信誉、实力，自由平等参与市场竞争。当事人利用提供管道燃气供应服务的市场支配地位，要求房地产开发企业必须将新建住宅小区的燃气管道安装工程交由其承建。导致其他具备相应资质的企业无法进入芜湖市湾沚区新建住宅小区的燃气管道安装工程市场，丧失了公平竞争的机会，剥夺了其他经营者公平竞争的权利，扰乱了市场公平竞争的秩序。

#### 违法情况：

安徽省市场监督管理局经调查认为，芜湖中

燃公司的行为违反了《中华人民共和国反垄断法》第22条第一款第四项“没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”的规定，构成滥用市场支配地位行为。

#### 处罚结果：

2022年7月5日，安徽省市场监督管理局依法对芜湖中燃公司作出以下行政处罚决定：

- 1、没收芜湖中燃公司违法所得5736265.12元；
- 2、处以芜湖中燃公司2020年度销售额2%的罚款3154455.46元。

#### 案件分析：

1、利用在特许经营区域内管道燃气供应服务市场的市场支配地位，实施了排除、限制市场竞争，损害消费者和其他经营者利益的行为。

2、通过签订《居民燃气入户合同》来掩盖其实质为管道燃气工程安装建设合同的行为，让对方失去了自主选择燃气安装企业的权利。

#### 经验教训：

燃气企业在企业经营时，应正确认识自身的市场地位，不能将其视为优势条件、谈判的筹码，而滥用市场支配地位，让交易相对方失去选择的权利，限定交易相对人只能与其进行交易。

#### 2、利用市场支配地位，强制搭售非必需产品

【典型案例】：宁夏长燃天然气有限公司滥用市场支配地位案

基本案情：2012年4月，宁夏回族自治区吴忠市红寺堡区政府与宁夏长燃天然气有限公司（以下简称“宁夏长燃公司”）签订了《城市燃气特许经营协议》，特许经营权地域范围为吴忠市红寺堡区行政管辖区域内，有效期限为30年。协议约定自2012年4月起30年内，宁夏长燃公司是红寺堡区唯一的城市管道燃气服务提供者。自2016年1月至2021年9月，宁夏长燃公司将购买报警器和波纹管设置为燃气开通流程中的必需环节，强制居民用户购买其销售的报警器和波纹管。居民申请开通燃气时，必须先购买报警器和波纹管，否则就会以存在安全隐患为由拒绝开通燃气。

#### 违法行为认定：

1、相关市场认定：宁夏地区燃气供应服务主要分为管道燃气供应和瓶装燃气供应，管道燃气主要是天然气，瓶装燃气主要是液化石油气。从需求替代看，管道燃气供应是居民的主要用气来

源，相比瓶装燃气而言，管道燃气具有价格低、覆盖广、使用方便等特点。从供给替代看，由于管道燃气政策、规划和管网布局等原因，其他供气服务企业很难转为提供管道燃气供应服务。故在本案中，相关市场界定为吴忠市红寺堡区管道燃气供应服务市场。红寺堡区政府于 2012 年 4 月与宁夏长燃公司签订《城市燃气特许经营协议》特许经营权地域范围为吴忠市红寺堡区行政管辖区域内，有效期限为 30 年。因此，其他同类经营者难以进入本地开展经营，本案相关地域市场界定为吴忠市红寺堡区。

2、具有市场支配地位的认定：根据上述《城市燃气特许经营协议》的规定，宁夏长燃公司是红寺堡区唯一的城市管道燃气服务提供者。因此，在特许经营期限内，当事人是吴忠市红寺堡区唯一提供管道燃气供应服务的经营者，具有 100% 的市场份额。当事人在吴忠市红寺堡区管道燃气供应服务市场具有支配地位。

3、实施了滥用市场支配地位没有正当理由搭售行为：宁夏长燃公司将购买报警器和波纹管设置为燃气开通流程中的必需环节，2016 年 1 月至 2021 年 9 月期间强制 2777 家居民用户购买其销售的报警器和波纹管。居民申请开通燃气时，必须先购买报警器和波纹管，签订《居民燃气入户及用气合同（个人）》并一次性缴纳全部费用后，才能启动安装流程，否则就会以存在安全隐患为由拒绝开通燃气。报警器和波纹管均属于不需要特定条件，可由居民在市场上自由购买的商品，报警器和波纹管与当事人提供燃气供应服务的安全性之间并无关联。故认定宁夏长燃公司实施了滥用市场支配地位行为。

4、实施的行为排除、限制了市场竞争：根据《中华人民共和国安全生产法》规定，餐饮等行业生产经营单位使用燃气的，应当安装可燃气体报警装置，但未要求使用燃气的居民安装报警装置。报警器和波纹管并非当事人提供燃气供应服务的必备条件，用户在使用燃气时可以根据自身需求，自主选择是否购买、向谁购买，而宁夏长燃公司的行为限制了居民自主安装的选择权。同时，报警器和波纹管销售市场本应是开放竞争的市场，只要符合国家、行业、地方标准规范的产品都可以进入市场公平竞争。宁夏长燃公司向居民用户搭售报警器和波纹管，实质上是借助在当地民用

管道燃气供应市场上的支配地位，将影响力延伸到报警器和波纹管销售市场，排除、限制了同类产品经营者的公平竞争。

#### 违法情况：

宁夏回族自治区市场监管厅经调查认为，宁夏长燃公司的行为违反了《中华人民共和国反垄断法》第 22 条第一款第五项“没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”的规定，构成滥用市场支配地位行为。

#### 处罚结果：

2022 年 4 月 26 日，宁夏回族自治区市场监管厅依法对宁夏长燃天然气有限公司作出以下行政处罚决定：

- 1、责令停止违法行为；
- 2、没收宁夏长燃公司违法所得 752,749.50 元；
- 3、对宁夏长燃公司处 2020 年度销售额 17,891,102.50 元 2% 的罚款，计 357,822.05 元。

在本案调查过程中，宁夏长燃天然气有限公司综合管理部负责人张凤兰拒不配合案件调查工作，故意隐瞒事实，提供虚假价格并指使相关人员出具虚假证据，直接影响、阻碍了案件调查工作。2022 年 5 月 7 日，宁夏市监厅对张凤兰作出罚款 5 万元的行政处罚决定。

#### 案件分析：

利用在吴忠市红寺堡区管道燃气供应市场的支配地位，在红寺堡新建小区居民用户申请用气时，无正当理由搭售报警器、波纹管等商品，居民用户没有自主选择权，只能被动接受从当事人购买相关附属产品。

#### 经验教训：

燃气企业在企业经营时，不能为交易附加限制性条件，比如只能从我们公司购买某种商品，才能给你通气，或者说只能购买我们公司的燃气设施，否则未来出现安全隐患或者事故，我们不作任何保障等，类似这种说辞都是燃气企业利用自身的优势地位同用户作出极为不公平的交易。

#### 相关法律法规：

《中华人民共和国反垄断法（2022 修订）》  
《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》

《禁止滥用市场支配地位行为规定》国家市场监督管理总局令 第 66 号



□ 郝 伟/文

郝伟律师，中伦文德高级合伙人，本所争议解决专业委员会主任、能源法律业务委员会副主任，商事犯罪研究中心主任，具有上市公司独立董事资格、企业法律顾问资格，并任北京市律师协会环境与资源保护委员会副秘书长，北京市朝阳区律师协会争议解决委员会委员。主要业务领域为争议解决（诉讼与仲裁）、公司/并购、国际投资与贸易。现担任多家大型能源企业常年法律顾问，为天然气等能源行业提供全方位法律服务。



□ 田卓亚/文

田卓亚律师，中伦文德执业律师，毕业于华东政法大学，熟悉国内民商法、经济法、知识产权法等相关法律。主要业务领域为争议解决、公司与投资并购、常年法律顾问业务。主要从事民商事诉讼，熟悉民商事相关法律以及天然气行业法规政策，在为能源企业提供法律服务上具有丰富经验，曾多次参与大型能源企业的法律尽职调查项目、央企合规审查项目等。

## 反垄断执法— 天然气企业的哪些行为构成垄断协议？

**前言：**自 2022 年新《反垄断法》实施以来，反垄断执法力度不断加强，天然气行业因垄断行为而受到行政处罚的案例频发。2022 年，天然气行业涉及到垄断协议案件为 11 起，处罚金额达 8726.84 万元<sup>[1]</sup>，可以看出，相比滥用市场支配地位的行政处罚案，天然气行业因垄断协议被处罚的情形相对较少，并且行政处罚案主要集中在 LPG（液化石油气）和 CNG（压缩天然气）领域，这在一定程度上导致天然气企业普遍对于垄断协议风险评估的重视度不够。然而，随着天然气企业日常业务的多元化，增值业务的开展等，垄断协议的出现概率逐渐增加。本文将对禁止垄断协议的行为及典型案例进行总结及分析。

### 一、什么是垄断协议？

根据《中华人民共和国反垄断法（2022 修订）》及《禁止垄断协议规定》的规定，垄断协议是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。

协议或者决定可以是书面、口头等形式。<sup>[2]</sup>其他协同行为是指经营者之间虽未明确订立协议或者决定，但实质上存在协调一致的行为，主要看经营者的市场行为是否具有一致性、经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流、经营者能否对行为的一致性作出合理解释及相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化等情况。其中，禁止的垄断协议中可分为横向垄断及纵向垄断。

#### 【横向垄断】

横向垄断协议是指两个或两个以上因生产或销售同一类产品、提供同一类服务，而处于竞争关系中的经营者，通过共谋而实施的限制竞争行为。横向垄断协议主要特征是当事人处于同一生产或流通环节：或同为生产者，或同为销售者，或同为购买者，经营者之间具有竞争关系。具有直接竞争关系的经营者所达成的协议或者协同行为，直接限制乃至排除了经营者之间的竞争，对市场竞争秩序的损害极大。<sup>[3]</sup>

达成横向垄断协议主要情形包括：固定或者变更商品价格；限制商品的生产数量或者销售数量；分割销售市场或者原材料采购市场；限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；联合抵制交易；国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

### 【纵向垄断】

纵向垄断协议是两个或两个以上在同一产业中处于不同阶段而有买卖关系的企业，通过共谋而实施的限制竞争行为。纵向垄断协议的主要特征是发生在不同流通环节的企业之间，如生产者与批发商、批发商与零售商之间等，经营者之间属于买卖关系。

达成纵向垄断协议的情形包括：固定向第三人转售商品的价格；限定向第三人转售商品的最低价格；国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

## 二、垄断协议中关于相关市场的界定

相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务（以下统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围，包括相关商品市场和地域市场。界定相关市场应当从需求者角度进行需求替代分析。当供给替代对经营者行为产生的竞争约束类似于需求替代时，也应当考虑供给替代。

界定相关商品市场，从需求替代角度，可以考虑需求者对商品价格等因素变化的反应、商品的特征与用途、销售渠道等因素。从供给替代角度，可以考虑其他经营者转产的难易程度、转产后所提供商品的市场竞争力等因素。

界定平台经济领域相关商品市场，可以根据平台一边的商品界定相关商品市场，也可以根据平台所涉及的多边商品，将平台整体界定为一个相关商品市场，或者分别界定多个相关商品市场，并考虑各相关商品市场之间的相互关系和影响。

界定相关地域市场，从需求替代角度，可以考虑商品的运输特征与成本、多数需求者选择商品的实际区域、地域间的贸易壁垒等因素。从供给替代角度，可以考虑其他地域经营者供应商品的及时性与可行性等因素。

## 三、垄断协议违法行为类型

2023年4月15日实施的《禁止垄断协议规定》对禁止经营者达成垄断协议的各类情形进行了详细的规定：

（一）禁止具有竞争关系的经营者就固定或者变更商品价格达成下列垄断协议的情形：

- 1、固定或者变更价格水平、价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用；
- 2、约定采用据以计算价格的标准公式、算法、平台规则等；
- 3、限制参与协议的经营者的自主定价权；
- 4、通过其他方式固定或者变更价格。

（二）禁止具有竞争关系的经营者就限制商品的生产数量或者销售数量达成下列垄断协议的情形：

- 1、以限制产量、固定产量、停止生产等方式限制商品的生产数量，或者限制特定品种、型号商品的生产数量；
- 2、以限制商品投放量等方式限制商品的销售数量，或者限制特定品种、型号商品的销售数量；
- 3、通过其他方式限制商品的生产数量或者销售数量。

（三）禁止具有竞争关系的经营者就分割销售市场或者原材料采购市场达成下列垄断协议的情形：

- 1、划分商品销售地域、市场份额、销售对象、销售收入、销售利润或者销售商品的种类、数量、时间；
- 2、划分原料、半成品、零部件、相关设备等原材料的采购区域、种类、数量、时间或者供应商；
- 3、通过其他方式分割销售市场或者原材料采购市场。

（四）禁止具有竞争关系的经营者就限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品达成下列垄断协议的情形：

- 1、限制购买、使用新技术、新工艺；

- 2、限制购买、租赁、使用新设备、新产品；
- 3、限制投资、研发新技术、新工艺、新产品；
- 4、拒绝使用新技术、新工艺、新设备、新产品；
- 5、通过其他方式限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品。

(五) 禁止具有竞争关系的经营者就联合抵制交易达成下列垄断协议的情形：

- 1、联合拒绝向特定经营者供应或者销售商品；
- 2、联合拒绝采购或者销售特定经营者的商品；
- 3、联合限定特定经营者不得与其具有竞争关系的经营者进行交易；
- 4、通过其他方式联合抵制交易。

(六) 禁止经营者与交易相对人就商品价格达成下列垄断协议的情形：

- 1、固定向第三人转售商品的价格水平、价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用；
- 2、限定向第三人转售商品的最低价格，或者通过限定价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用限定向第三人转售商品的最低价格；
- 3、通过其他方式固定转售商品价格或者限定转售商品最低价格。

#### 四、达成并实施垄断协议的法律责任

根据《禁止垄断协议规定》的规定，经营者

违反规定达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款，上一年度没有销售额的，处五百万元以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处三百万元以下的罚款。经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的，可以处一百万元以下的罚款。情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，市场监管总局可以在罚款数额的二倍以上五倍以下确定具体罚款数额。

《禁止垄断协议规定》增加了减轻处罚的情形：一是经营者达成或者组织其他经营者达成垄断协议，或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助，主动向反垄断执法机构报告有关情况并提供重要证据的，可以申请依法减轻或者免除处罚。二是经营者能够证明其受行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力强制或者变相强制达成垄断协议的，可以依法从轻或者减轻处罚。

#### 五、典型案例解析

(一) 遵义百江燃气有限公司等 8 家企业达成并实施垄断协议案（黔市监价处〔2022〕5号）<sup>[4]</sup>

【基本案情】：见下图。



**【违法行为认定】:**

1、当事人与具有竞争关系的经营者达成并实施了固定和变更价格的垄断协议。(1) 达成了固定和变更价格的协议。2014年1月25日,当事人等6家企业签订的《合作协议》,“为保证门店的经营利益,瓶批零价差暂定15元/瓶、运输价差3-4元/瓶执行,如有异议,可在整合运行后再行协商调整”。(2) 实施了固定和变更价格的协议。当事人与上述相关企业通过森海统一管理,对中心城区零售价格进行了固定统一。森海2019年10月注销后,各家企业持续固定和变更了价格。遵义市中心城区近几年零售价格有涨有跌,但涨跌均一致,同一时段价格具有唯一性。

2、当事人与具有竞争关系的经营者达成并实施了分割销售市场的垄断协议。

(1) 达成了分割销售市场的协议。2014年1月25日,当事人等6家企业签订的《合作协议》,约定“合作六方统一充装,统一生产管理,各方按以下比例进行利润分配:九洲21%,中石化20.7%,玉宇阳光12.7%,宏图14.9%,宏峰9%,百江21.7%”。(2) 实施了分割销售市场的协议。当事人与上述相关企业按约定轮流充装,2015-2016年百江、中石化;2017-2018年玉宇阳光、宏图;2019-2020年九洲、百江;2021年富利、九洲。充装营业额按约定由当年度负责充装的企业分配至其余各家企业。各家企业共同将遵义市中心城区路段划分至12家配送中心,呼叫中心接到客户电话后严格按照规定路段派单至配送中心,各配送中心不得超过规定的区域配送销售。各家企业通过以上方式分割了遵义市中心城区销售市场。

**【处罚结果】:** 由于当事人财务数据不完整,无法计算实施垄断行为存续期间因该行为多得的收入或减少的支出,因此该案无法计算违法所得。考虑到当事人执行了行政机关有关命令和要求,且当事人在调查过程中积极配合,如实供述事实并主动提供有关证据材料,以及当事人切实加强安全管理,落实企业钢瓶安全主体责任,起到了一定的社会效益,具有可以给予从轻处罚的情形。作出如下处理:(1) 责令停止违法行为;(2) 处2020年度销售额17,432,698.67元2%的罚款,计348,653.97元。

**【案件分析】:** 8家燃气企业是具有竞争关系的经营者,他们联合达成如下协议:(1) 达成并实施了固定和变更价格的协议(统一定价);(2) 达成并实施了分割销售市场的协议(约定了各个企业的市场份额)。

(二) 中石油天然气销售大庆分公司与哈尔滨、齐齐哈尔、大庆地区13家下游CNG(压缩天然气)母站经营者达成并实施垄断协议案(发改办价监处罚【2018】1号)<sup>[5]</sup>

**【基本案情】:**

2016年8月11日、8月25日,中石油大庆油田天然气分公司与中石油天然气销售大庆分公司相关负责人召集13家CNG母站开会,要求各家CNG母站向子站转售价格不得低于2.25元/立方,并从2016年9月1日起统一执行。上述会议后,中石油大庆油田天然气分公司与中石油天然气销售大庆分公司组织下游13家CNG母站于2016年8月29日共同签署了《哈大齐CNG市场销售协议》明确规定自2016年9月1日起CNG母站按照2.25元/立方最低销售价格对外销售CNG天然气,任何母站不得低于最低销售价格。2016年9月2日,中石油大庆油田天然气分公司与中石油天然气销售大庆分公司向13家CNG母站下发了《关于执行〈哈大齐CNG市场销售协议〉的补充通知》要求严格按照约定的最低限价对外销售,对于拒不执行的,威胁停气。

**【违法事实认定】:**

1、中石油大庆油田天然气分公司与中石油天然气销售大庆分公司限定下游CNG母站转售CNG天然气最低价格

- (1) 召开会议商定最低转售价格。
- (2) 组织签订《哈大齐CNG市场销售协议》
- (3) 下发《补充通知》推动最低限价付诸实施。

2、在中石油大庆油田天然气分公司监督下,下游CNG母站实施了价格垄断协议

(1) 下游CNG母站实施了最低限价。经查,从2016年9月日起哈大齐地区CNG母站即按照2.25元/立方最低限价对外销售。

(2) 要求CNG母站定期上报销售价格等数据,跟踪最低限价执行情况。《哈大齐CNG市场销售



协议》签订后，中石油大庆油田天然气分公司与中石油天然气销售大庆分公司要求CNG母站定期上报销售对象、销售气量、销售单价，跟踪最低销售限价执行情况；2017年4月19日，向CNG母站发放了《母站客户调查表》和《母站客户调查问卷》对《哈大齐CNG市场销售协议》签订后的“外销情况”“地板价执行情况”等进行了问卷调查，进一步跟踪监督限价执行情况。

(3) 成立监督小组，监督各CNG母站最低限价执行情况，对拒不执行的以削减计划、限气甚至停气相威胁。为监督下游CNG母站价格执行情况，中石油大庆油田天然气分公司与中石油天然气销售大庆分公司组织成立“监督小组”，通过现场检查的方式，重点监督各家CNG母站价格执行情况。

**【处罚结果】**：中石油大庆油田天然气分公司的行为违反了《中华人民共和国反垄断法》第十四条第(二)项的规定，属于达成并实施“限定向第三人转售商品的最低价格”垄断协议的违法行为，严重排除、限制了天然气产品的市场竞争，损害了终端客户和消费者的合法权益，破坏了公平竞争的市场环境。考虑到中石油大庆油田天然气分公司在调查过程中能够积极配合，如实陈述相关事实，及时自查自纠，撤销了《哈大齐CNG市场销售协议》并进行全面参改，依据《中华人民共和国反垄断法》第四十六条第一款、第四十九条规定，作出如下处理：

1、责令中国石油天然气股份有限公司大庆油田公司天然气分公司立即停止上述违法行为。2、

对中国石油天然气股份有限公司大庆油田公司天然气分公司处以2016年度CNG天然气销售收入六亿四千六百万百分之六的罚款，计38,760,000元。

**【案件分析】**：本案中，中石油大庆油田通过开会、签订协议及成立监督小组的方式，要求各CNG母站按照2.25元/立方最低销售价格对外销售CNG天然气，该行为属于限定向第三人转售商品的最低价格，已经构成纵向垄断。

通过以上两个经典案例，值得注意的是，天然气企业在与具有竞争关系的企业进行合作签署合同的时候要格外注意合同的内容，除了正常的业务往来外，避免出现《反垄断法》第17条规定的垄断协议的内容。同时在企业经营的过程中，要对常见的垄断协议及垄断行为有基础的认识，避免出现《反垄断法》第18条规定的达成并实施垄断协议的行为。在上述遵义百江燃气公司的案件中，有行政机关的组织 and 推动，促成8家企业达成并实施了垄断协议。若在未来经营中，存在行政机关参与组织类似达成合作的行为，天然气企业应当准确识别，有效避免类似的风险，为企业的经营保驾护航，规避风险。

#### 注释：

- [1] 国家反垄断局：《中国反垄断执法年度报告（2022）》
- [2] 《禁止垄断协议规定》（国家市场监督管理总局令第65号）2023.04.15
- [3] [https://mp.weixin.qq.com/s/uHjOfNudW\\_2HakmRnn2qgQ](https://mp.weixin.qq.com/s/uHjOfNudW_2HakmRnn2qgQ)《反垄断法中的垄断协议》2023.02.21
- [4] 《市场监管总局发布遵义市中心城区8家液化石油气经营企业达成并实施垄断协议案行政处罚决定书（黔市监价处〔2022〕5号）》
- [5] 《国家发展和改革委员会行政处罚决定书（发改办价监处罚〔2018〕1号）》



□王志坚/文

王志坚律师，北京市中伦文德律师事务所医药健康专委会主任、成都所主任。现为四川省人大常委会立法专家、四川省公安厅食药环侦总队外聘专家、四川省涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员；现为国家市场监督管理总局、中国网络空间安全协会、四川省药监局和成都市市监局执法总队常年法律顾问。22次被钱伯斯和Legalband评为医药健康领域领先律师和客户首选合规多面手15强、2022 ACE LEGAL TECH AWARDS数据隐私20强。



□谭光建/文

谭光建律师，成都所非权益合伙人，长期服务于药品、医疗器械研发、生产、销售企业及行业监管部门。专注于互联网医疗，药品、医疗器械全流程法律事务、公司法律事务和诉讼法律事务。谭光建律师正在服务与曾服务过的客户包括：四川省市场监督管理局、四川省药品监督管理局、四川省药检院、成都市药检院等多家行业监管部门以及扬子江药业集团、绿叶制药集团、天津医药集团、奥泰医疗、北京三快在线（美团）、科瑞德制药、华美牙科、诺和晟泰、医联APP、企鹅医生等单位提供常年法律顾问服务。

## 郭 XX 诉河南 XXX 药业有限公司技术合同纠纷一案 代理词

### 尊敬的审判长：

原告郭 XX（以下简称为“原告”）与被告河南 XXX 药业有限公司（以下简称“被告”）技术合同纠纷一案，本律师受原告的委托及北京市中伦文德（成都）律师事务所的指派参加一审。现根据事实情况和相关证据发表下述意见：

**一、本案的原被告通过通过签订《技术转让协议》及《生产销售〈某药品〉项目合作协议书》（以下简称《合作协议》）的形式实现药品的商业化，并不违反法律规定。**

1、原告与被告通过签订《技术转让协议》及《合作协议》的形式在郭 XX 不具有药品生产资质的情况下，其为达到实际控制相关药品的生

产、销售之目的，以被告的名义申请药品上市许可并进行生产，并通过《合作协议》实现由“隐名”持有人实际享有目标药品或其生产批准文号的“所有权”以及经销权。该种合作模式系我国药品行业发展的阶段性产物，也是药品上市许可管理法规更迭的阶段性产物。在市场经济的背景下，原告为将新药迅速产业化并占领市场获得投资回报，与被告集约配置资源，共同监督控制药品生产销售管理，并不为法律所禁止，符合市场经济发展要求及药品管理法相关要求。

2、在本案中，国家药监局批准了的涉案药品新药证书及生产批件及后续补充申请批件。批件注明：研究单位为郭 XX，生产单位为 XXX 公司。新药证书正本持有者为郭 XX，副本持有者为 XXX 公司。可见，药品监督管理部门对研究人与生产企业合作申请新药证书及生产批件的模式也予以



认可。研究人与生产企业的合作模式有利于研发成果的迅速转化，推动了新药的上市进程，亦符合科技创新的要求。

3、此种合作模式是在我国药品生产许可与药品上市许可绑定的模式下产生的，虽然初看可能存在规避国家关于药品批准文号报批相关规则的嫌疑，但其实质上并不违背前述规则的立法目的，且符合国家关于药品批准文号报批相关法律、行政法规的强制性规定。具体而言，“生产新药或者已有国家标准的药品的，须经国务院药品监督管理部门批准，并发给药品批准文号”、“仅有药品生产企业才能申请药品生产批准文号”的规定，乃是国家出于方便行业管理的需要所设，其最终目的在于通过管控药品的生产环节“保证药品质量，保障人体用药安全，维护人民身体健康和用药的合法权益”。本案涉案药品的实际生产者仍是生产批准文号名义持有人，药品的生产仍未脱离监管当局的监管范围，所不同的在于，药品生产和销售所产生的利益不再由生产批准文号名义持有人独享。因此，此种合作模式未违背《药品管理法》的立法目的，也不违反关于药品批准文号报批相关法律、行政法规的强制性规定，应当认定为有效。

4、新修订的《药品管理法》已于2019年8月26日发布并于2019年12月1日起正式施行，其第三章“药品上市许可持有人”的相关规定，也印证了认定《合作协议》有效，符合药品监管的发展趋势。

## 二、《合作协议》的内容系原被告真实意思表示，其内容并不违反法律、行政法规的禁止性规定，合法有效。

1、本案的《合作协议》以技术成果的转化与实施为目的，通过生产批件取得、委托生产、销售等多方面的技术合作，最终实现成果转化与利益实现。众所周知，一项新药研发和上市，研发人员通常需要投入大量的人力、物力和财力，并经过反复实验、临床试验等多道程序才能完成新药的研发。而且，在新药研发过程中，新药研发能否成功的不确定性非常高。原告作为研发人员通过与被告签订《合作协议》从知识产权、药

品生产环节、销售环节等全链条加以控制的方式来获得合同利益。系在符合旧的药品管理法规的要求下，原告唯一有效的控制药品实现自身利益保障的方式。

2、从生产环节来看，《合作协议》明确生产所需的原辅料、包材等均由原告负责，被告负责严格按照国家有关生产中药丸剂的规定进行生产，保证所生产的产品质量符合国家有关规定等内容，完全符合药品管理法的相关规定，同时根据庭审可知原被告在实际履行合作协议长达12年期间，并无证据证明约定的生产流程有违法现象，并受到药品监督管理部门的查处。虽然涉案产品的药品生产批件办理在xxx公司名下，但并未将案涉药品的专有技术和商标转让给xxx公司，从生产环节上加以控制，亦是原告保护知识产权的一种方式。

3、从销售环节来看，虽然《合作协议》约定被告不得私自销售药品，所有的销售必须经过原告同意。但在实际履行中，案涉药品销售均由被告负责的，并由被告负责签订销售合同，负责发货，出具发票，所得款项亦汇入被告的，并不违反《中华人民共和国药品管理法》的有关规定。

## 三、本案的合作模式及诉讼请求为最高院及医药行业发达地区司法判例所认可，原告的诉讼请求及理由应当得到支持。

鉴于本案的特殊性及专业性，代理人根据《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》的有关规定整理和摘录的最高院及医药行业发达地区法院对本案合作模式的认定及判决，以供贵院参考，详见附件1《类案检索报告》。

## 四、原被告之间因被告违法《合作协议》的约定私自生产销售涉案药品的再审案件，并不影响本案的审判。

1、该再审案件的诉讼请求及案由与本案无任何关系，涉案药品的知识产权归属于原告系不争的事实，且双方签订的合法有效的《合作协议》中对知识产权的归属亦明确。

2、被告提起的再审案件，目前仍在再审理



案审查中，并不影响本案的审判，退一万步讲即使再审案件进入再审，其审判结果也与本案的判决无关。

3、涉案药品某药品是原告郭 xx 九年磨一剑，经过潜心研制和临床实践取得的成果，于 2001 年取得国家《新药证书》。经全国多家临床实验基地验证，总有效率达 85.3%，疗效居国内治疗股骨头坏死的中成药首位，系造福民众的好药。被告申请再审和一系列不配合原告进行药品上市许可持有人变更的违约行为，即可能导致该药品 2025 年无法完成再注册，届时该药品将面临被注销的高风险，因此考虑的药品的特殊性，请求法院及时判决，确保该药品能在 2025 年前完成再注册。

综上，原被告签订的合法有效的《合作协议》

到期，被告应当配合原告完成涉案药品的上市许可持有人变更，系其应当履行的合同义务，同时，判决被告配合原告完成药品上市许可持有人变更也系顺应新《药品管理法》的基本立法精神，符合药品监管的发展趋势。最后，代理人请求贵院依法支持原告诉请或通过调解化解矛盾，使原告能够尽快重新生产某药品，重新上市，使此案尽快案结事了，以造福广大患者。

此致

郑州市管城区人民法院

代理人：王志坚、谭光建

2023 年 2 月 8 日

中伦  
文德



□ 佟建国/文

佟建国，毕业于中国政法大学，曾在北京市中伦律师事务所从业多年、现任北京市中论文德律师事务所顾问，家族信托专业委员会主任，擅长业务领域为信托、投资、并购重组、资产证券化、供应链金融；争议解决及风险处置、执行清收、不良资产处置等。



□ 陈美杉/文

陈美杉，北京市中论文德律师事务所律师，家族信托专业委员会委员，曾工作于国务院发展研究中心某研究所，参与水体污染控制与治理科技重大专项等多项国家重点项目，曾任职于北京市某基层人民法院，主要从事民商事诉讼、仲裁与争议解决。



□ 王兆龙/文

王兆龙，北京市中论文德律师事务所实习律师。曾就读于中国人民大学，后交换至加拿大。毕业后一直在加拿大创业，涉及零售业，餐饮业及电子商务。2017年获得加拿大地产从业资格证书，从事房地产的开发与销售及其相关的法律事务，2020年回国后获得法律职业资格证书。

## 工伤职工追索伤残补助金的几点法律实务

### 一、案情概要：

2020年，陈某与某市国有建筑公司（简称“用人单位”）签订了劳动合同，从事焊接工作，劳动合同期限5年，陈某在前一个工作单位长年从事井下矿工作业，有矽尘接触史，入职体检报告提示有陈旧性肺病，建议就医诊治，2021年新冠病毒疫情期间，陈某陈旧性肺病复发，2022年3月，陈某自行前往某三甲医院就诊，经医院诊断出具了职业病诊断书结论为“职业性矽肺叁期”，2022年9月，某区人力资源和社会保障局为陈某出具了编号为“京某人社工伤认（XX）号”《认

定工伤决定书》认定陈某为工伤，2023年1月，某区劳动能力鉴定委员会为陈某出具了编号为“北京市某区（2023年）劳鉴第XX号”《劳动能力鉴定、确认结论通知书》确认结论是：陈某已达到职工工伤与职业病致残等级标准贰级，无生活自理障碍。

陈某于2023年2月起诉至某基层法院，要求用人单位支付一次性伤残补助金、医疗费、停工留薪差额工资及配合办理领取伤残津贴手续。

用人单位收到起诉状及证据材料后，委托笔者代理案件，笔者再查阅案卷材料之后，系统归纳总结了用人单位的几点诉求：陈某的诉讼请求

是否具有合法性？用人单位有无法定义务应向陈某支付伤残补助金？如果陈某的诉讼请求合法，能否将用人单位的赔付金额降到最低？能否不出判决，争取和陈某达成庭外和解或调解结案？

笔者通过研究整理关于一次性伤残补助金等工伤保险类案的裁判案例，以及经过对于案件事实的细致讨论及研究，发现该类案件属于典型的工伤保险类案件，本文结合立法和司法审判实践，就工伤保险的争议焦点及法益等问题，探讨工伤职工办理职业病等级鉴定、工伤认定及劳动能力鉴定的流程、追索伤残补助金和申领伤残补助津贴等工伤保险类案件的法律救济途径及诉请劳动争议之诉案件的办案思路，正确适用法律法规，切实维护工伤职工和用人单位的合法权益。

## 二、陈某的诉讼请求是否具有合法性？

陈某诉请用人单位支付一次性伤残补助金的诉讼请求不符合法律规定，不具有合法性。

首先可以确定，基于陈某和用人单位之间签订有5年期的劳动合同，双方之间形成劳动合同法律关系。劳动合同存续期间，用人单位依法为陈某缴纳了“五险一金”，其中包括工伤保险，虽然，陈某在疫情期间复发了陈旧性肺病，但是用人单位仍然配合陈某先后办理了职业病鉴定、工伤认定和劳动能力鉴定，根据《工伤保险条例》的规定，陈某诉请的一次性伤残补助金和伤残补助津贴应由工伤保险基金支付。

2020年5月至2022年10月，用人单位依法为陈某缴纳了工伤保险，2022年3月，陈某陈旧性肺病复发自行前往医院诊治，2022年5月经某医院为陈某出具了职业病诊断书为“职业性矽肺叁期”，查明陈某职业病危害接触史为：“1983-1993年，在通化市某洗煤有限公司，从事矿工工作，接触矽尘。2017年5月-至今，在某市国有建筑公司，从事零工和焊工工作，无职业性危害因素接触。”2022年9月，某区人力资源和社会保障局出具了编号为“京某人社工伤认（XX）号”《认定工伤决定书》认定陈某为工伤。2023年1月，某区劳动能力鉴定委员会为陈某出具了编号为“北京市某区（2023年）劳鉴第XX号”《劳动能力鉴定、确认结论通知书》确认结论是：陈某

已达到职工工伤与职业病致残等级标准贰级，无生活自理障碍。

根据《工伤保险条例》第二条、第十二条、第三十五条之规定，用人单位已经为陈某缴纳了工伤保险，陈某经法定程序被某区人力资源和社会保障局认定为工伤之后，且，达到了职业病伤残等级二级，依法享有工伤保险待遇，从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，二级伤残为25个月的本人工资。陈某所主张的伤残补助金应向某区人力资源和社会保障局提出申请由工伤保险基金支付，因此，陈某向用人单位诉请支付伤残补助金的请求不符合法律规定，不具有合法性，依法应予驳回。

## 三、用人单位有无法定义务向陈某支付伤残补助金？

如前二所述，用人单位无法定义务向陈某支付一次性伤残补助金。

根据《工伤保险条例》的规定，用人单位依法为陈某缴纳了医疗保险和工伤保险，陈某在工伤认定期间所产生的医疗费用应按照规定向某区人力资源和社会保障局提出申请由工伤保险基金支付，在工伤认定之前产生的医疗费用应由基本医疗保险基金支付。

用人单位依法为陈某缴纳了医疗及工伤保险，陈某所主张的医疗费应由工伤保险基金和基本医疗保险基金报销，陈某向用人单位主张支付医疗费不符合法律规定，不具有合法性，依法应予驳回。

## 四、停工留薪工资是否应由用人单位支付？

新冠病毒疫情期间，用人单位按照规定已向陈某发放了病休假工资，陈某主张的停工留薪期间的工资差额于法无据，应依法予以驳回。

受新冠病毒疫情影响，用人单位从2022年1月15日至今处于停工停产状态，且，陈某自2022年3月份开始办理职业病鉴定和工伤认定手续，有医院开具的病休假条，用人单位根据《北京市人力资源和社会保障局关于调整北京市2021年最低工资标准的通知》之规定及《关于贯彻执

行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见》之规定，每个月按照北京市最低工资标准 2320 元 × 80% = 1856 元向陈某发放病休假工资，因此，陈某主张停工留薪的工资差额应予驳回。

### 五、如果工伤确实是在用工期间发生的，笔者建议用人单位配合工伤职工办理职业病鉴定、工伤认定、劳动能力鉴定等手续；工伤职工申领一次性伤残补助金和伤残补助津贴的申领流程。

如果工伤确实是在用工期间发生的，那么，笔者建议用人单位配合工伤职工办理职业病鉴定、工伤认定、劳动能力鉴定等手续，最后，由工伤职工及用人单位向公司所在地的人社局申领伤残补助金和伤残补助津贴，具体申领流程如下：

① 申领机关：用人单位即公司所在地的人力资源和社会保障局

北京市属各区县是该区域的人力资源和社会保障局以及医保局等多个部门的申请窗口一体化在该区的政务服务中心大厅办理。

② 申领所需置备的文件材料：

申领所需置备的文件材料包括：(1)北京市工伤保险待遇申请表；(2)工伤证；(3)劳动能力鉴定确认结论通知书。

③ 申领流程：

申请表同时需要公司的盖章以及申请人的签字，某区人力资源和社会保障局窗口审核时，同时由其官方系统根据社会保险缴纳工资基数的认定出具一至十级工伤职工待遇核准表以及市工伤保险待遇支付明细台帐一工补。主要分为申请与受理，审查与决定，颁证与送达。申报 / 收件的办理时限为 0 个工作日，办理人员为申请人，办理结果为提交申请；受理的办理时限为 0 个工作日，办理人员为综窗人员，办理结果为予以受理或不予受理；决定的办理时限为 0 个工作日，办理人员为首席代表或部门负责人，办理结果为审批通过的，本事项办理成功；审批不通过的，本事项办理不成功；发证的办理时限为

0 个工作日，办理人员为综窗人员，结果名称为伤残待遇申领（一次性伤残补助金、伤残津贴和生活护理费）完成。具体流程详见图 1。

④ 根据工伤职工的伤残等级，相应支付一次性伤残补助金和伤残补助津贴

根据市人力资源和社会保障局、北京市医疗保障局、国家税务总局市税务局联合发布的京人社发【2022】30 号《关于统一 2022 年度各项社会保险缴费基数上下限的通知》规定：“一、自 2022 年 7 月起，本市 2022 年度企业职工基本养老保险、失业保险、工伤保险、职工基本医疗保险（含生育）月缴费基数上限确定为 31884 元，月缴费基数下限为 5869 元。”以及市人力资源和社会保障局、市医疗保障局、国家税务总局市税务局联合发布的京人社发【2023】8 号《关于统一 2023 年度各项社会保险缴费基数上下限的通告》规定：“一、自 2023 年 7 月起，本市 2023 年度企业职工基本养老保险、失业保险、工伤保险、职工基本医疗保险（含生育）月缴费基数

图 1



数上限确定为 33891 元，月缴费基数下限为 6326 元。”《工伤保险条例》第三十五条规定：“职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，保留劳动关系，退出工作岗位，享受以下待遇：（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：一级伤残为 27 个月的本人工资，二级伤残为 25 个月的本人工资，三级伤残为 23 个月的本人工资，四级伤残为 21 个月的本人工资；（二）从工伤保险基金按月支付伤残津贴，标准为：一级伤残为本人工资的 90%，二级伤残为本人工资的 85%，三级伤残为本人工资的 80%，四级伤残为本人工资的 75%。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由工伤保险基金补足差额；（三）工伤职工达到退休年龄并办理退休手续后，停发伤残津贴，按照国家有关规定享受基本养老保险待遇。基本养老保险待遇低于伤残津贴的，由工伤保险基金补足差额。职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，由用人单位和职工个人以伤残津贴为基数，缴纳基本医疗保险费。”

本案中某区劳动能力鉴定委员会出具了编号为“北京市某区（2023 年）劳鉴第 XX 号”《劳动能力鉴定、确认结论通知书》。确认结论是：陈某已达到职工工伤与职业病致残等级标准贰级，无生活自理障碍。陈某应适用于《工伤保险条例》第三十五条第一款之规定，一次性伤残补助金标准二级伤残为 25 个月的本人工资；以及第三十五条第二款之规定，伤残津贴标准二级伤残为本人工资的 85%。并经过某区人力资源和社会保障局的系统核实确定陈某受伤前十二个月平均月缴费工资基数，最后核准工伤保险待遇给付标准。

## 六、工伤保险类案件的法律思考

妥善处理工伤保险类案件，笔者给用人单位和劳动者几点法律提示：第一，用人单位应当依法为劳动者缴纳社会保险；第二，及时为工伤职工申请职业病鉴定、工伤认定、劳动能力鉴定；第三，重视劳动者的劳动安全教育和劳动安全保护；第四，发生工伤事故之后，用人单位应及时给予工伤职工一个申领工伤保险的操作指引，让工伤职工了解工伤保险的法律法规，正确引导工

伤职工通过申领程序取得伤残补助金，而不是盲目的向用人单位提起诉讼，避免繁杂的诉累。而，劳动者应当定期查询社保缴纳情况，遵守劳动纪律和 workflows，做好自身劳动安全保护。

同时，笔者也检索了北京法院系统发布的其他几类容易引发工伤保险类纠纷的案件：第一，劳动者单方出具的放弃缴纳社会保险之类的承诺书无效；第二，工伤职工在停工留薪期间劳动能力鉴定结论作出之前，用人单位不得终止或解除劳动合同；第三，违法转包的用工单位虽与劳动者不存在劳动关系，但仍应承担相应工伤保险责任；第四，工伤保险赔偿与第三人侵权损害赔偿竞合时，劳动者除享受工伤保险待遇之外，仍然可以向第三人提起侵权损害赔偿之诉；第五，委托第三方代缴社保不合法，用人单位仍应承担工伤保险责任。

## 七、结束语

通过笔者持续有效的与承办法官和对方当事人沟通，且，用人单位同意协助陈某办理领取一次性伤残补助金及伤残津贴的手续，陈某欣然同意签署并向法院递交了撤诉申请书，而后，用人单位安排工作人员与陈某共同前往某区人力资源和社会保障局申领了陈某的一次性伤残补助金及伤残津贴，医疗费用的申请因已经超过法定期间，某区人力资源和社会保障局不予办理，后经双方协商，用人单位出于人道主义考虑，一次性补偿给陈某 2500 元的医疗费用，陈某考虑到自身所主张的停工留薪工资不合理，也自愿撤回该项诉讼请求。对于某区人力资源和社会保障局核准给予陈某发放的一次性伤残补助金及伤残津贴相比于陈某主张的诉讼请求给付的更高，本案最终以庭外和解，原告撤诉结案，各方皆大欢喜。笔者认为，工伤职工追索伤残补助金的工伤保险类案件具有社会普遍性和公益救济性，国家强制用人单位缴纳工伤保险是非常有必要的，彰显了社会主义法治环境之下，保护劳动者合法权益的正当性和必要性，维护社会稳定是法律的要义。



□ 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

周绍丰实习律师，中国政法大学法学学士；长期从事光伏、风电、水电、抽水蓄能、新型储能等清洁能源电站项目的投资并购与工程建设法律服务。

## 新能源电站项目预收购模式的主要法律风险及其防范

中电联发布的《2023年上半年全国电力供需形势分析预测报告》显示，2023年上半年，全国新增发电装机容量1.4亿千瓦，电力行业延续绿色低碳转型趋势，其中太阳能发电、风电投资同比分别增长113.6%、34.3%。新能源发电行业仍然处于快速发展轨道。目前，业内比较主流的新能源电站项目收购模式包括：直接收购、夹层收购、预收购、合作开发和委托开发模式。

### 一、新能源电站项目收购模式

#### （一）直接收购模式

直接收购模式，是指收购方从转让方收购新能源电站项目公司的股权，以直接取得项目公司的控制权。直接收购模式的最大特点，在于收购标的是已建成投产的电站项目。所谓“建成投产”是指电站项目已全容量并网。以项目全容量并网时间为分界线，出售方和项目公司负责完成项目并网前的项目立项和建设工作，收购方则负责项目公司股权交割后电站项目的运维工作。

由于直接收购模式是针对已建成投产的电站

项目，因而可以有效避免“倒卖路条”的法律风险。“倒卖路条”是指在电站项目投产前，项目投资方未经能源主管部门同意擅自发生变更的行为。更具体地说，就是项目公司的股东或股权结构在电站项目投产前未经能源主管部门同意擅自发生变更。

#### （二）夹层收购模式

由于在电站项目投产前直接收购项目公司股权，将构成“倒卖路条”，为规避该风险，转让方会在项目公司之上设立一个夹层公司，由收购方收购转让方所持有的夹层公司股权，收购方得以间接实现对项目公司的控制，这就是夹层收购模式。

夹层收购模式下，发生变更的是夹层公司的股东或股权结构，项目公司的股东或股权结构并未发生变更，加之法律法规和政策对投资人发生变更究竟是指项目公司层面还是夹层公司层面并无明文规定，因此在早期能源主管部门对夹层收购模式采取了默许态度，未将其认定为“倒卖路条”。但随着近年监管政策趋严，部分地区对投

资人是否发生变更向上溯源，从股权穿透的角度进行实质审查，在此情况下夹层收购模式将可能构成“倒卖路条”。例如，内蒙古自治区发展和改革委员会于2022年6月29日公布《关于废止部分可再生能源项目上网电价批复文件的通知》（内发改价费字【2022】1021号），其中有三个光伏电站项目的补贴资格被取消，理由是这三个光伏电站项目的夹层公司的股东在项目投产前擅自发生了变更。

### （三）预收购模式

预收购模式，是指收购方在电站项目取得核准（备案）文件后的前期阶段即介入，并与转让方签订预收购协议，在电站项目即将并网前签订股权转让合同，在电站项目全容量并网后进行股权交割的交易模式。在转让方履约能力相对有限的情况下，还应将转让方的实际控制人也作为合同相对方；在电站项目由EPC总承包方垫资建设的情况下，还应将EPC总承包方也作为合同相对方。

虽然预收购协议的签订时间是在项目前期阶段，但项目公司的股东（股权）变更是在电站项目全容量并网之后，因而可以有效规避“倒卖路条”的风险。实践中，预收购协议的重大条款一般包括：收购价格和调价机制、股权交割先决条件、陈述与保证、项目融资安排、收购方介入的事项、EPC承包事项、项目用地、过渡期安排、履约担保、项目运维、收购方式及退出机制等。这些重大条款，既是法律尽职调查和项目交易阶段应关注的要点，也是收购方与转让方产生纠纷的常见来源。

### （四）合作开发模式

合作开发模式，是指收购方与项目资源方、EPC总承包方合作，共同出资设立合资公司以开发建设电站项目，在电站项目全容量并网后由收购方收购项目资源方、EPC总承包方持有的合资公司股权。通常情况下，合资公司由项目资源方控股，收购方负责提供资金支持，EPC方负责项目建设。

合作开发模式下，由于收购方从一开始就成

为项目公司（即合资公司）的股东，在电站项目全容量并网前不会发生股东、股权结构变更的情形，因而可以有效规避“倒卖路条”的风险。收购方从一开始就参与合资公司治理、电站项目开发建设，因而能对合资公司和电站项目有比较全面的了解，有助于把控股股权收购时的法律风险。

### （五）委托开发模式

委托开发模式，是指收购方与资源方在项目申报阶段签订委托开发协议，双方约定由收购方委托资源方以自身名义设立项目公司，负责办理项目申报、备案等手续，在建设阶段由收购方以借款形式向项目公司提供资金支持，并对项目开发建设进行监督管理，在项目全容量并网后由收购方收购项目公司股权。

委托开发模式对资源方的资信能力提出了较高要求，这是由于项目公司的股东在形式上是资源方，收购方对项目公司的控制力较弱，只能通过委托开发协议约束资源方以间接控制电站项目。若资源方资信能力差，不排除资源方发生“中途跳票”的行为。

## 二、五种收购模式的优劣势比较

上述五种收购模式都是在行业发展过程中陆续出现的，适用于不同的项目情况，本身并无高低之分。经分析，我们将五种收购模式的优劣势对比如表1。

## 三、预收购模式的主要法律风险及防范措施

预收购模式下，收购方介入的时间节点是电站项目取得核准（备案）文件后的前期阶段，而项目公司股权交割的时间节点是电站项目全容量并网后且股权交割条件成就。这中间跨越的时间较长，不可控的因素较多，收购方在支付预付款后往往会发现项目交易会会出现不少问题，这已成为行业内的常态，可以说这是由预收购模式的主要特点决定的。

### （一）项目建设进度无法控制风险

预收购协议一般会对收购方、转让方和EPC

表 1

序号	收购模式	主要特点	收购方介入时间	项目公司股权交割时间	主要优势	主要劣势
1	直接收购模式	收购标的是已建成投产的电站项目	电站项目全容量并网后	满足股权交割条件	1) 不存在“倒卖路条”问题 2) 电站项目现状已经固定，减少收购方前期投入	1) 对项目公司、电站项目了解不全面 2) 转让方可寻找多个买家，迫使收购方提高报价
2	夹层收购模式	收购的目标公司是夹层公司，而非项目公司	不受时间限制	满足股权交割条件	1) 收购方可在任何时间收购夹层公司股权 2) 法律法规和政策对投资人发生变更究竟是指项目公司层面还是夹层公司层面并无明文规定，各地享有一定的自由裁量空间	1) 内蒙古等部分地区监管政策较严，对股权变更进行穿透核查，将夹层公司股权擅自变更认定为“倒卖路条” 2) 将来可能涉及压缩管理层级工作
3	预收购模式	在电站项目取得核准（备案）文件后的前期阶段签订预收购协议	取得核准（备案）文件后的前期阶段	电站项目全容量并网后且满足股权交割条件	1) 提前锁定项目资源 2) 有效规避“倒卖路条”风险	1) 转让方、EPC 总承包方控制项目建设进度，收购方无法把控项目投产时间 2) 转让方可能“中途跳票”
4	合作开发模式	收购方与项目资源方、EPC 总承包方共同出资设立合资公司以开发建设电站项目	项目申报阶段	电站项目全容量并网后且满足股权交割条件	1) 提前锁定项目资源 2) 有效规避“倒卖路条”风险 3) 充分发挥项目资源方、EPC 总承包方的优势 4) 对合资公司、电站项目能有比较全面的了解	1) 收购方资金损失风险 2) 各方意见不一致的情况下，可能发生“公司僵局” 3) 合作方表见代理风险
5	委托开发模式	收购方委托项目资源方设立项目公司以开发建设电站项目	项目申报阶段	电站项目全容量并网后且满足股权交割条件	1) 有效规避“倒卖路条”风险 2) 收购方以借款形式投资，降低资金损失风险	1) 收购方对项目公司控制力较弱 2) 资源方可能“中途跳票” 3) 国企内部审计巡视合规风险

总承包方的权利义务作出相应约定，转让方和 EPC 总承包方通常负责电站项目的建设，而收购方负责督促项目工程建设，本身并不能直接控制项目建设进度。正是这一特点，导致项目建设进度存在失控的风险，例如受土地征租占工作无法按期完成、电站设备采购工作滞后、施工方进场时间延后、村民阻工、政府部门临时管控措施、自然灾害等多因素影响，项目整体工期和分项工程工期都有可能滞后于预收购协议约定的时间。

由于收购方并不直接负责项目建设，收购方

能控制项目建设进度的措施并不多。实践中，收购方主要是从两个方面保障项目建设进度：一是在选择 EPC 总承包方时，收购方应要求转让方、项目公司事先征求收购方的意见，收购方对 EPC 总承包方进行适当审查，选择资质较好、施工能力较强、收购方较为熟悉的施工单位；二是在预收购协议中设定项目整体工期和分项工程工期，以及逾期并网的发电量损失补偿金、资金占用费或违约金，给转让方、EPC 总承包方增加项目工期压力，这一点是极有必要的。

## （二）转让方“中途跳票”风险

诚实信用是市场经济的基本原则之一，虽然现行民法典对违约行为设置了相应的违约责任，但若违约带来的经济利益高于守约所产生的收益，转让方便有足够的动力毁约。这就是转让“中途跳票”行为，即在签订预收购协议后、项目公司股权交割前，转让方选择与第三方接触，并将项目公司股权出售给第三方的行为。导致转让方“中途跳票”的原因，通常是因为第三方给出了更高的收购价格，转让方经权衡后认为违约所带来的收益高于风险。

对于转让方“中途跳票”问题，我们认为，收购方可从两个方面采取防范措施：一是在支付预付款时要求转让方将项目公司股权质押给收购方或收购方指定的主体；二是在预收购协议、股权转让协议中约定，在收购方作出放弃收购的书面通知之前，转让方不得与第三方接触、不得将项目公司股权出售给第三方，否则将承担高额违约金，例如收购方为本次交易所投入资金的30%。

## （三）项目合规性风险

基于从业经验，我们认为，项目合规性风险主要包括项目手续合规性风险和项目用地合规性风险。项目手续包括前期手续、建设期手续和验收期手续，其中用林用草手续是容易发生重大问题的风险点。项目用地包括升压站（开关站）和综合楼用地、光伏场区用地 / 风机及箱变基础用地、进场道路和场内道路用地、集电线路和送出线路用地，其中升压站（开关站）和综合楼未批先建、光伏场区违法用地是经常容易发生问题的地方。预收购模式下，项目手续尚未办理完毕，项目用地也未最终确定，收购方只能从可研报告、初设报告等文件初步判断项目的合规性，这就使得电站项目在项目手续、项目用地方面出现问题成为一个高概率的事件。

对于项目合规性问题，我们认为，收购方可从两个方面采取防范措施：一是在预收购协议、股权转让协议中列出合规性问题清单、责任主体、消缺安排、费用承担主体、风险与损失承担责任，

通过押款或履约保函形式控制风险；涉及生态红线、基本农田、基本草原、禁建区域、刑事责任等颠覆性法律风险的，还应设置相应的股权回购条款；二是积极行使监督权，现场查看实地走访了解项目一线情况，若仅根据转让方、EPC总承包方汇报的资料进行判断的话，不排除存在遗漏或隐匿的可能性。

## （四）EPC 合同履行风险

EPC 总承包方承担电站项目的建设，EPC 合同的签订与履行情况直接关系到电站项目建设的成功与否。EPC 合同的主要法律风险包括：（1）未公开招标问题；（2）EPC 合同约定的工程建设标准与收购方要求不一致，如光伏组件、风电机组、逆变器等重要设备的品牌、规格不符合收购方要求；（3）合同价款设置与调价机制问题；（4）设备、原材料、人工费上涨问题；（5）窝工、阻工问题；（6）停建缓建问题；（7）逾期竣工违约责任问题；（8）履约保函失效问题。

上述要点均是收购方需要重点关注的 EPC 合同条款，尤其是 EPC 合同先于预收购协议签订的情况下。若收购方发现 EPC 合同存在不符合收购方要求的条款，应要求转让方协调项目公司与 EPC 总承包方协商签订补充协议，确保 EPC 合同及其补充协议能否充分反映收购方的意志，符合收购方的内控要求。

## （五）发电量未达标风险

预收购模式下，电站项目尚未并网发电，收购方测算项目发电量通常是依据可研报告、初设报告或参照当地同类项目，而实践中影响电站项目发电量的因素较多，例如设备选型、电网调度、自然灾害、突发事件等。

对于发电量未达标问题，我们认为，收购方可从三个方面采取防范措施：一是要求在预收购协议、股权转让协议中设置保电量条款，由转让方对电站项目的发电量作出承诺担保，不足时进行兜底赔偿；二是要求在 EPC 合同设置保电量条款，由 EPC 总包方 / 设备供应商对设备性能参数作出保证，同时承诺项目发电量达到具体的数值标准；三是要求转让方、EPC 合同方提供

发电量履约保函。

#### (六) 上网电价不及预期风险

目前，电站项目的上网电价分为三种情形：一是带补贴项目，上网电价由燃煤标杆电价 + 电价补贴构成；二是平价项目，上网电价与燃煤标杆电价一致；三是竞价项目，上网电价通过竞价方式确定，通常会低于燃煤标杆电价。由于燃煤标杆电价由省级能源主管部门核定，一段时期内固定不变，因此上网电价不及预期风险主要是针对带补贴项目和竞价项目。预收购模式下，电站

项目尚未并网发电，项目公司未开展电费结算工作，上网电价还不能完全锁定，收购方主要是通过可研报告、初设报告或参照当地同类项目来评估项目上网电价。

对于上网电价不及预期问题，我们认为，收购方应在预收购协议、股权转让协议中给电站项目上网电价设定一个具体的数值，股权收购价款与该数值挂钩。例如发生带补贴项目未被纳入补贴清单、竞价项目低于双方约定的电价参数等情形，则股权收购价款应进行相应调减。

中伦  
文德



## 登磨山望东湖十一韵

方登发/文

序言：中秋国庆假期后，自汉返京。再游东湖，雨罢初晴，登东湖仙岛磨山回望，湖光山色尽收眼底，但见湖面浩瀚，波浪接天，人间城廓浮波摇荡。玉桥如虹跨碧水，绿道似龙戏清波。东湖汇聚荆楚文史才情，高校科研馆舍云集，且是湖水系东连吴会，西接巴蜀，北通江汉，南及潇湘，登临送目，能不有怀。正是：一年三游东湖景，此番寻访更有情。以《登磨山望东湖十一韵》记之。！



雨罢重云散，晴初晓雾开。  
湖光出浴幔，山色入襟怀。  
玉带连三海，青龙戏九垓。  
百花长日妍，千树应时栽。  
草碧辉红叶，枫丹映绿苔。  
波拥琼岛浦，浪涌楚宫台。  
泽畔多文史，荆湘有俊才。  
琴台歌寄远，黄鹤客归来。  
漫漫关河越，迢迢锦绣裁。  
寻仙游蜀道，问道访蓬莱。  
江海浮舟去，东方正欲白。

## 事务所快讯

### ▲ “传承红色基因 坚定理想信念”中伦文德西安分所举办七一主题党日活动

为庆祝中国共产党成立102周年，进一步弘扬伟大建党精神，增强党支部的凝聚力和战斗力，6月30日上午，北京市中伦文德（西安）律师事务所党支部委员会开展了“迎七一”系列主题党日活动，深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想和党的二十大精神。

### ▲ 中伦文德深圳分所2023年度年中总结大会圆满召开

2023年6月30日，为全面回顾北京市中伦文德（深圳）律师事务所2023年上半年律所建设情况，审视分析今年以来律所各项工作开展情况，全面总结成绩、发现不足，中伦文德深圳分所正式召开2023年度年中总结大会。

### ▲ 大连仲裁周系列活动之《海商法》实施三十周年纪念活动成功举办

大连仲裁周系列活动：“《海商法》实施三十周年纪念活动”于2023年7月1日成功在大连海事大学法学院中伦文德报告厅举行。本次活动由大连海事大学、大连国际仲裁院、大连市律师协会共同主办，由中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所、中伦文德（天津）律师事务所、中伦文德（大连）律师事务所、大连市律师协会仲裁与调解专业委员会共同协办，本活动得到了信德海事等各单位的支持和响应。

### ▲ 中伦文德深圳分所被指定为两宗个人破产重整案件管理人

2023年7月4日，深圳市中级人民法院指定北京市中伦文德（深圳）律师事务所作为两宗个人破产重整案件的管理人，这是中伦文德深圳分所入选个人破产管理名册后首次被指定。本所高级合伙人朱容梅律师担任两宗破产案件管理人的负责人，高级合伙人陈康康律师、高级合伙人易依妮律师分别担任主办律师。

### ▲ 中伦文德福州分所与上海街道签署党建共建合作协议

为了更好地发挥北京市中伦文德（福州）律师事务所法务人才服务基层、服务社区的专业优势作用，实现党组织优势互补，7月4日下午，北京市中伦文德（福州）律师事务所受邀参加上海街道举行的“党建+人才+法务”共建共享签约仪式，会议邀请了台江区司法局党组书记、局长江为民，区委宣传部党支部书记、社科联主席傅友辉等人参加签约仪式。

### ▲ 中伦文德太原分所举办“守初心，担使命，做党和人民满意的好律师”主题党日活动

2023年7月5日，为庆祝中国共产党成立102周年，传达学习司法部党组座谈会精神以及全国律协、山西省律协倡议，认真贯彻落实“五点希望”会议精神，北京中伦文德太原律师事务所党支部组织全体党员在本所会议室开展“守初心，担使命，做党和人民满意的好律师”主题党日活动。活动围绕“五点希望”交流心得体会，

并结合工作实际提出了贯彻落实的具体建议和措施。

### ▲ 中伦文德昆明分所马红征律师受邀到宣威市就“民营企业如何识别防范合规风险”主题开展培训

2023年7月7日，中伦文德昆明分所党支部书记、企业法治事务部主任马红征律师应曲靖市工商联的邀请，以《民营企业如何识别防范合规风险》为主题，在宣威滇能国际大酒店为当地150余户民营企业负责人员授课。

### ▲ 中伦文德太原分所合伙人赵峰律师为国有企业开展合同合规管理专题培训

近日，为深入学习贯彻习近平法治思想，全面贯彻党的二十大精神，特别是习近平总书记关于加强《民法典》学习宣传的重要指示精神，山西省建投集团晋中投资管理有限公司特邀北京中伦文德太原律师事务所执委会主任、高级合伙人赵峰律师开展民法典合同合规管理专题培训，以便进一步增强企业依法合规经营意识，实现国有企业“强内控、防风险、促合规”的经营战略目标。

### ▲ 中伦文德重庆分所开展2023年第五期业务培训与政治教育

为进一步提高律师专业水平和服务质量，加强律师职业道德与执业纪律建设，提高律师队伍的政治素质与风险防范意识，2023年7月7日，北京市中伦文德（重庆）律师事务所举办2023年第五期业务培训，本次培训主题为法律文书格式规范和律所归档要求、执业风险防范和警示教育及意识形态教育等内容，培训会由本所党支部书记、管委会副主任曾杰律师主讲，全所律师及实习人员参加培训。此次培训采取线上线下方式同步进行。

### ▲ 中伦文德福州分所举办“一带一路”中国企业海外投资并购法律风险防控讲座

为帮助我省“走出去”企业加强境外投资合作安全风险防范与应对，促进我省对外投资合作稳健发展，2023年7月11日，北京市中伦文德（福州）律师事务所和台江区宁化街道党工委联合主办的“一带一路”中国企业海外投资并购法律风险防控讲座在福州市台江区祥坂街357号阳光城时代广场20层成功举办。本次讲座采取线上报名线下开展的形式，来自福州各地的企业代表、投资服务机构代表、涉外律师等共50多人参加了线下讲座。

### ▲ 中伦文德高级合伙人张海军律师荣登《2023年度LEGALBAND中国律师特别推荐榜15强：房地产》

2023年7月14日，国际知名法律媒体LEGALBAND公布了《2023年度LEGALBAND中国律师特别推荐榜15强：房地产》榜单。LEGALBAND历经一个多月的调研期，最终呈现15位中国大陆地区最值得推荐的“房地产律师”。中伦文德律师事务所高级合伙人张海军律师凭借卓越的市场表现和专业的法律服务荣登该榜

单，充分彰显了中伦文德在相关法律服务市场的专业能力与影响力。

▲ 中伦文德高级合伙人李政明律师为中国保险业协会举办“强化合规经营 共建风控生态”公益培训

2023年7月14日，保险业协会办公益培训，邀请大家人寿保险股份有限公司合规负责人兼首席风险官刘清元，及北京市中伦文德律师事务所执委会委员、管理合伙人李政明以“强化合规经营 共建风控生态”为主题举办公益培训。

▲ 中伦文德天津分所高级顾问阎愚博士受中铁（天津）轨道交通投资建设有限公司邀请开展《企业合规：中央企业合规管理办法理解与适用》专题培训

2023年7月14日，中伦文德天津分所高级顾问阎愚博士受中铁（天津）轨道交通投资建设有限公司邀请，开展《企业合规：中央企业合规管理办法理解与适用》专题培训。

▲ 中伦文德上海分所“泰国投资交流会”圆满举办

2023年7月18日下午2:00-4:00在中伦文德律师事务所上海分所的大会议室圆满举办泰国投资交流会。本次会议同时共有线下51人及线上26人参会，中伦文德上海分所谢童心律师作为嘉宾兼主持人先做了开场致辞。

▲ 中伦文德重庆分所名誉主任朱代恒来访上海分所新址

2023年7月18日，中伦文德重庆分所名誉主任朱代恒来访上海分所新址，上海分所主任陈云峰，以及合伙人程晓鹏、范海涛、杨颖、计英、王祺、黄阳阳等律师共同接待了朱副董事长，共同探讨了中伦文德的品牌文化、合作共赢以及未来规划。

▲ 中伦文德天津分所高级合伙人娄爽律师受邀赴京录制企业合规管理专题讲座

自2022年中央企业“合规管理强化年”以来，企业合规管理工作成为贯彻习近平法治思想、落实全面依法治国战略和保障企业高质量发展的关键举措，成为企业管控风险的重要保障和经营发展的核心基础，更是法律服务行业新的前沿热点和未来趋势。日前，受无讼邀请，我所高级合伙人娄爽律师专程赴京，以《企业合规管理：国有企业违规经营投资责任追究》为题，录制专题讲座，该讲座将于7月18点播出。这也是继做客无讼直播晚8点，做题为《经济新常态下律师在国企混改领域的执业新机遇》讲座后，娄爽律师第二次受邀在无讼开展讲座。

▲ 中伦文德天津分所入围能源集团2023-2025年度外聘律师备选库“公司商事、建设工程与招投标、涉外事务”三个标段

继2017年至2019年入围天津能源投资集团有限公司境内法律服务机构资格预审项目，近期，中伦文德天津分所凭借在公司商事、建设工程与招投标、涉外法律服务领域丰富的法律服务经验，经过严格筛选，同时成功入围天津能源投资集团有限公司能源集团2023-2025年度外聘律师备选库“公司商事、建设工程与招投标、涉外事务”三个标段。

▲ 中伦文德南昌分所梁成意博士受省国资委邀请为省属国有企业做《国企合规及合规、法务、风控、内控一体化平台建设》讲座

为进一步推进国有企业的法治建设，7月19日由省国资委政策法规处主办的“省国资委出资监管企业深化法治国企建设培训班”顺利开班，省国资委相关领导、省属国有企业相关领导、负责法务、合规、风控、内控的部门负责人参加了本次培训。北京市中伦文德（南昌）律师事务所律师梁成意博士受邀做了《国企合规及合规、法务、风控、内控一体化平台建设》讲座。

▲ 中伦文德济南分所成为济南市涉税专业服务行业协会会员

2023年7月21日下午，以“服务民企·共赢未来”为主题的第二届济南市中小企业财税服务大会暨济南市涉税专业服务行业协会成立大会在奥体中路6号鸿腾国际大酒店隆重召开。会上，济南市涉税专业服务行业协会领导向中伦文德济南分所首席合伙人、付春法主任颁发《会员牌匾》。

▲ 中伦文德济南分所成为济南市涉税专业服务行业协会会员

2023年7月21日下午，以“服务民企·共赢未来”为主题的第二届济南市中小企业财税服务大会暨济南市涉税专业服务行业协会成立大会在奥体中路6号鸿腾国际大酒店隆重召开。济南市财政局一级调研员王灵、国家税务总局济南市税务局纳税服务处崔宏刚副处长、济南市民营经济发展局统计评价处、一级调研员裴伶处长、济南市社会组织管理局王龙海处长、授课专家王骏先生等领导 and 专家出席。会上，济南市涉税专业服务行业协会领导向中伦文德济南分所颁发《会员牌匾》本所主任付春法律师领奖。

▲ 中伦文德南昌分所陈刚律师受江西省赣财融资再担保有限责任公司邀请做《民法典时代担保人的追偿权》专题培训授课

7月24日至7月25日，国家融资担保基金有限责任公司、省财政厅金融监管处、省地方金融监管局监管一处、江西省融资担保集团有限责任公司、江西省赣财融资再担保有限责任公司以及全省九十多家融资担保合作机构的负责人和相关部门负责同志等140余人，参加了江西省融资担保集团有限责任公司2023年上半年合作机构业务座谈（培训）会。7月25日下午，中伦文德南昌分所陈刚律师受江西省赣财融资再担保有限责任公司邀请，为本次座谈（培训）会做《民法典时代担保人的追偿权》专题培训授课。

▲ 中伦文德大连律师事务所律师为大连时泰城市建设发展有限公司及其子公司开展法律讲座

2023年7月25日下午，中伦文德大连分所刘玉红律师受邀为大连时泰城市建设发展有限公司及其子公司开展题为“国有企业法人治理实务”的法律讲座。时泰公司及其子公司的部分领导及员工参加了本次讲座。

### ▲ 太行八泉峡追风记—北京中伦文德太原律所团建旅游圆满举行

炎炎夏日，北京中伦文德太原律师事务所全体律师及工作人员，暂时放下忙碌的工作，携亲带友，深入巍巍太行，领略国家级 5A 风景名胜太行山八泉峡的壮丽风景，伴随着绿水青山、清风美景开启了 2023 年度中伦文德太原律师事务所的团建之旅。

### ▲ 中伦文德济南分所开展贯彻“五点希望”争做党和人民满意的好律师座谈会

7 月 25 日，中共北京市中伦文德（济南）律师事务所党支部召开了学习“五点希望”争做党和人民满意的好律师的座谈会，会议由党支部书记李晓宁书记主持，律所党员及在济律师参与。

### ▲ 中伦文德长沙分所举办“党建交流开放日”活动

2023 年 7 月 27 日下午，由长沙市司法局、中共长沙市律师行业委员会、长沙市律师协会主办，北京中伦文德（长沙）律师事务所承办的长沙市律师行业“律所党建交流月”之“走进中伦文德·长沙”党建交流活动，在本所多功能会议厅成功举行。

### ▲ 中伦文德南昌分所律师梁成意博士受南昌市消防救援支队邀请为全市消防监督执法人员做《法治化营商环境与文明执法》专题讲座

2023 年 7 月 27 日上午，南昌市消防救援支队联合法律顾问团队分片区开展“优化执法营商环境，强化群众工作能力”专题培训活动，南昌市消防救援支队副支队长吕明泽、法制与社会消防工作处处长杨萌及全体干部，西湖大队、东湖大队、青云谱大队及水上大队等 30 余名一线执法人员参加此次培训座谈活动。我所律师梁成意博士受南昌市消防救援支队邀请为全市消防监督执法人员做《法治化营商环境与文明执法》专题讲座。

### ▲ 中伦文德太原分所王泽陆律师主讲《〈公司法〉修订视角下相关问题阐述》

2023 年 7 月 28 日下午，北京中伦文德太原律师事务所周周开讲进行时，本次周周开讲的主题为《〈公司法〉修订视角下相关问题阐述》，由本所王泽陆律师开展讲座，从不同角度分析《公司法》二审草案新变化的相关问题。

### ▲ 中伦文德天津分所举行本月生日会暨新人入职欢迎会，感谢有你，携手同行

2023 年 7 月 28 日，七月生日会如期举办，事务所为本月十四位寿星准备了写满祝福的生日卡片和鲜花，寿星们与前来祝贺的同事们一起唱生日歌、切生日蛋糕、合影留念，也对事务所精心准备的生日会表达了真挚的感谢，会场一片欢声笑语。

### ▲ 中伦文德深圳分所高级合伙人陈康康律师当选深圳市不良资产处置协会第二届理事会理事

2023 年 7 月 29 日，深圳市不良资产处置协会第二届第一次会员大会在深圳联合产权交易所顺利召开。会上，北京市中伦文德（深圳）律师事务所高级合伙人陈康康律师被选举为第二届理事会理事，本届理事任期五年，

自 2023 年至 2028 年。

### ▲ 中伦文德余泓洋律师接受《北京时间》记者采访，就“独家垄断小区电信业务，天价宽带现象”发表观点

近日，北京市房山区绿地诺亚方舟小区南区涉嫌联合独家电信运营商垄断宽带业务，居民只能办理天价宽带一事引起广泛的关注。北京市中伦文德律师事务所合伙人余泓洋律师接受《北京时间》记者采访时表示，根据《民法典》第二百七十一条规定，小区内的通信设施归业主共有，开发商或者物业无权将通信设施独家承包给某个电信运营商。小区开发商或物业联合电信运营商垄断宽带业务的做法是涉嫌违法违规的。

### ▲ 中共国家税务总局南昌市税务局货物和劳务税科支部委员会与中伦文德南昌分所党支部开展党建交流活动

2023 年 7 月 31 日，中共国家税务总局南昌市税务局货物和劳务税科支部委员会一行莅临北京市中伦文德（南昌）律师事务所开展党建交流活动。

### ▲ 中伦文德成都分所为四川通服 2023 年财务经理赋能培训圆满收官

2023 年 7 月下旬，中国通信服务四川公司组织召开 2023 年财务经理赋能培训。来自全省各专分公司财务经理、共享中心组长及本部财务人员共计 47 人参加了此次培训。北京市中伦文德（成都）律师事务所合伙人代渠阳作为中国通服四川公司的常年法律顾问应邀参加了本次培训，为全体参训人员进行了《合同审查中的财务视角》的专项培训。代渠阳律师结合自身多年的电信行业服务经验，在培训过程中引用众多亲身经历的行业案例与学员充分互动，启迪实务思维，取得了良好的培训效果。

### ▲ 中伦文德福州分所举办八一建军节走访慰问活动

八一建军节是中国人民解放军建军纪念日，在八一建军节来临之际，北京市中伦文德（福州）律师事务所党支部开展了系列慰问走访座谈活动，向军队官兵和现役军人表示节日的祝福和问候。

### ▲ 中伦文德南昌分所徐丹丹律师、周丽律师被评选为全省首届优秀青年律师

江西省律师协会 2023 年 8 月 1 日发布赣律协秘字【2023】30 号《关于通报表扬全省首届优秀青年律师的决定》文件，其中北京市中伦文德（南昌）律师事务所徐丹丹律师、周丽律师被评选为全省首届优秀青年律师，并被通报表扬。

### ▲ 中伦文德上海分所熊乔律师接受 CCTV2 记者采访，阐述“Citywalk 城市漫步”法律风险问题

对于 Citywalk 可能存在的消费陷阱、个人组织的收费式 Citywalk 需要哪些资质、消费者在购买此类服务过程中应注意什么等问题，中伦文德律师事务所上海分所熊乔律师接受央视财经频道 CCTV2 记者的采访。

### ▲ 中伦文德郑州分所《企业合规》专题座谈会成功举办

为提升北京市中伦文德（郑州）律师事务所律师在刑事、行政、民事等领域企业合规业务水平，中伦文德郑州分所于 2023 年 8 月 3 日举办《企业合规》专题座谈会，

本次座谈会特邀请时延安教授、黄晓亮教授等九位专家学者参加并作专题分享。中伦文德郑州分所全体律师以及其他受邀法律同行等 100 余人参加本次座谈会。

#### ▲ 中伦文德重庆分所党支部开展“不忘长征精神 走进遵义会议”党建活动

2023 年 8 月 4 至 6 日，北京市中伦文德（重庆）律师事务所党支部书记曾杰同志、副书记杜佳伦同志带领支部党员及入党积极分子走进遵义，开展了主题为“不忘长征精神 走进遵义会议”的党建活动。

#### ▲ 中伦文德苏州分所吴仲敏律师参加江苏青年律师涉外法律业务训练营

2023 年 8 月 4 日至 8 月 8 日，中伦文德苏州分所高级合伙人吴仲敏律师参加了由江苏省律师协会组织的“星火燎原计划”之青年律师训练营。这是一场充满活力、富有创意、具有国际视野的活动，这次训练营不仅是一次涉外法律领域的学习之旅，更是一次跨越国界、汇聚智慧的知识探索。

#### ▲ 中伦文德太原分所张保新律师分享《企业法律顾问服务的延伸》

2023 年 8 月 4 日下午，北京中伦文德太原律师事务所“周周开讲”进行时，本周由我所张保新律师开展讲座，主题为《企业法律顾问服务的延伸》。张律师结合自身多年服务企业的经验，从客户服务的体验感、服务成果、信任感三方面，对大家如何开拓做企业法律顾问业务提供了思路。

#### ▲ 中伦文德南京分所主任王长江律师一行莅临重庆分所交流座谈

2023 年 8 月 7 日，北京市中伦文德（南京）律师事务所主任王长江律师一行到访北京市中伦文德（重庆）律师事务所参观交流，重庆分所主任谢明华，中伦文德副董事长、重庆分所荣誉主任、执行监事朱代恒，管委会副主任刘娜及办公室主任李永锋热情接待，全体律师积极参加座谈交流。座谈会由重庆分所主任谢明华主持。

#### ▲ 中伦文德合肥分所成功中标招商银行合肥城区零售贷款诉讼法律服务批量外包律所选聘项目

2023 年 8 月 8 日，由北京中伦文德（合肥）律师事务所副主任、高级合伙人戴正有律师牵头，高级合伙人谢泽海、律师冯晓星、律师助理高鹏组成的律师团队，以其丰富的项目经验、突出的业绩成果、优秀的服务方案成功中标了招商银行合肥城区零售贷款诉讼法律服务批量外包律所选聘项目。

#### ▲ 中伦文德深圳分所发起募捐活动，支援涿州抗洪救灾

近日，受台风“杜苏芮”影响，京津冀多地遭遇持续强降雨，多区域受灾严重，暴雨引发的洪水，造成道路、电力、通讯中断，房屋被毁，给人民生命财产安全带来了巨大损失。获悉灾情后，北京市中伦文德（深圳）律师事务所党支部联合管委会，第一时间向全所同仁发出《为河北涿州受灾群众捐款的倡议书》，号召大家奉献力所能及的爱心，携手同心，助力抗洪救灾！

#### ▲ 中伦文德常州分所顾青团队律师与常州地铁集团有限公司举办法律顾问面对面座谈会

2023 年 8 月 10 日上午，我所顾青、林玲、沈牧黄、陈书君、谭斌组成律师团队与常州地铁集团有限公司举办了一场法律顾问单位“面对面”交流座谈会。

#### ▲ 中伦文德太原分所赵峰律师分享《国有企业合规管理要点及实务》

2023 年 8 月 11 日下午，北京中伦文德太原律师事务所周周开讲继续进行，本次周周开讲主题为《国有企业合规管理要点及实务》。由我所执行主任赵峰律师进行分享。

#### ▲ 北京中伦文德太原律师事务所党支部委员会换届选举大会顺利召开

8 月 11 日下午，北京中伦文德太原律师事务所党支部召开支部委员会换届选举大会，山西省律师行业党委办公室主任马素珍、山西省律师协会业务部副主任、党建指导员安志儒出席会议，共有 21 名党员律师参加了会议，会议由我所党支部副书记孟唐西律师主持。

#### ▲ 中伦文德天津分所高级顾问阎愚博士受邀为天津市交通运输综合服务中心开展《民法典·合同法律风险防范的基本问题》专题法治培训讲座

为进一步深入学习贯彻习近平法治思想，全面落实“八五”普法规划，持续推动民法典走到群众身边、走进群众心里，8 月 15 日下午，中伦文德天津分所高级顾问阎愚博士为天津市交通运输综合服务中心干部职工开展了《民法典·合同法律风险防范的基本问题》专题培训讲座。

#### ▲ 中伦文德航空专委会应邀参加第二届中国航空业多元纠纷解决机制沙龙

2023 年 8 月 16-17 日，北京市中伦文德律师事务所航空及通航产业法律专业委员会主任耿亚杰律师应邀参加第二届中国航空业多元纠纷解决机制沙龙会议，发表主题为《融资租赁法律纠纷中飞机取回权的障碍——留置权》的演讲。

#### ▲ 中伦文德武汉分所主任王爱国律师作为武汉市代表参加湖北省第九次律师代表大会

2023 年 8 月 16 日至 17 日，湖北省第九次律师代表大会在武汉召开，来自全省各市、州、直管市、林区的律师代表和特邀代表近 300 人齐聚武汉，共商律师事业发展大计。中伦文德高级合伙人、北京中伦文德（武汉）律师事务所主任王爱国律师作为武汉市代表参加了大会，本次大会武汉市律师行业代表仅 119 名。

#### ▲ 中伦文德常州分所卞赛律师应邀为长虹社区居民作未成年人权益保护专题讲座

2023 年 8 月 18 日，为加强未成年人思想道德建设，有效减少青少年违法犯罪，保护未成年人身心健康，保证未成年人合法权益，湖塘镇长虹社区开展了以未成年人保护法为主题的普法讲座。北京市中伦文德（常州）律师事务所卞赛律师应邀为湖塘镇长虹社区居民作未成年人保护法的宣传教育。

▲ **中伦文德常州分所姜伟文律师荣获常州市“优化营商环境工作”先进个人**

近日，中共常州市委、常州市人民政府表彰 2022 年度“常州市优化营商环境工作”先进集体和先进个人的决定，我所姜伟文律师荣获常州市“优化营商环境工作”先进个人。

▲ **中伦文德昆明分所严锦律师承办案件入选《党的十八大以来人民法院审判执行工作成果回顾——依法纠正和防范冤错案件篇》**

近日，最高人民法院《习近平法治思想指引下的司法为民公正司法实践丛书》出版发行。北京市中伦文德(昆明)律师事务所严锦律师承办的“曾某文合同诈骗驳回检察机关违法所得没收申请一案”，作为甄别纠正涉产权冤错案件的典型案例，入选丛书中的《党的十八大以来人民法院审判执行工作成果回顾——依法纠正和防范冤错案件篇》。

▲ **中伦文德西安分所高级合伙人周敏律师膺选为省律协第八届行业发展委员会秘书长**

为高度落实陕西省律师行业工作部署，统筹律师行业的发展建设。8月23日，陕西省律师协会第八届行业发展委员会第一次全体会议顺利召开。会议宣布了本届行业发展委员会领导班子组成人员，并决定由北京市中伦文德(西安)律师事务所高级合伙人周敏律师担任秘书长一职。

▲ **中伦文德李敏律师、刘培峰律师受邀参加 2023ALB 中国债务重组论坛**

2023年8月24日，由国际知名法律媒体《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business, ALB)主办的2023 ALB中国债务重组论坛在京成功举办。北京市中伦文德律师事务所高级合伙人李敏律师、破产重组法律专业委员会主任刘培峰律师受邀参会，分别带来了题为“国有企业参与债务重组合规问题”及“破产重整中共益债投资问题”的主题演讲。

▲ **中伦文德天津分所举办 2023 年度“同心协力 创新超越”年中总结会**

2023年8月26日上午，主题为“同心协力 创新超越”的中伦文德(天津)律师事务所年中总结会在天津市南开区金融街中心融汇广场负一层多功能厅举行。中伦文德天津分所创始合伙人、合伙人、律师、律师助理及行政人员出席会议，还特别邀请了中伦文德天津分所高级顾问天津大学余慧华老师参会，参会人员多达百余人。

▲ **中伦文德苏州分所吴仲敏律师参加“菁英领航”涉外律师贸大培训班**

8月27日至9月3日，苏州市律师协会在北京对外经济贸易大学举办第二期“菁英领航”涉外高端人才培训班，中伦文德苏州分所高级合伙人吴仲敏律师荣幸参加了本次培训!“菁英领航”培训班旨在进一步提升苏州涉外法律服务水平，培养一支高水平的涉外法律专业人才队伍，推动苏州法律事务的国际化发展。对外经济贸易大学在国际法领域具有卓越的声誉，其专业教授的

授课让参训律师受益匪浅。

▲ **中伦文德成都分所夏巍、巫贵江律师勤勉尽责，获客户赠送锦旗**

2023年8月28日，北京市中伦文德(成都)律师事务所收到当事人赠送的锦旗，感谢本所夏巍、巫贵江两位律师在办案过程中的尽职尽责和努力付出，对其专业水平和服务质量给予了充分肯定。

▲ **中伦文德高级合伙人李政明律师参加中国仲裁周之港仲 + 贸仲“面向未来”联合研讨会**

2023年9月1日，中国国际经济贸易仲裁委员会、香港国际仲裁中心在北京国贸大酒店举办了“面向未来”联合研讨会。贸仲委副主任兼秘书长王承杰，香港国际仲裁中心秘书长戴美琳、副秘书长杨玲以及国内外专业仲裁员参加研讨会。北京市中伦文德律师事务所执行委员会执委、仲裁委员会主管合伙人、保险研究院院长李政明律师受邀参加研讨会，并与各仲裁机构、相关单位和仲裁员沟通交流。

▲ **中伦文德合伙人王珂律师、汪艳祯律师受邀参加北京市工商联与建行北京分行主办的“专精特新”企业的财税与知识产权专题培训**

近日，北京市工商联和中国建设银行北京市分行共同主办的首期“金融下午茶”活动在北京顺利落下帷幕。本次活动主题为“专精特新”企业的财税与知识产权专题培训。数十家科创企业的代表、财税人员和科研人员等参加了本次活动。北京市中伦文德律师事务所王珂律师、汪艳祯律师受邀参加活动，王珂律师为参会企业开展了知识产权专题讲座。

▲ **9 月份中伦文德福州分所法律课堂进军营进校园**

2023年9月份，中伦文德福州分所吴士韬律师应某部队邀请，为其开展《军队人员刑事风险防范》专题讲座。吴士韬律师以案例分析、情景模拟等方式，先强调了刑事风险的普遍性，军队人员在日常生活及工作中应提高防范意识；随后讲解了常见的人身类、财产类的刑事法律风险；最后再重点讲解军队人员在日常工作中可能接触到的涉枪支弹药类、涉间谍保密类的刑事法律风险。

▲ **中伦文德天津分所吕宓儿律师参加天百·新经济基地入驻企业法律知识普及活动，分享“企业合规体系管理建设”核心内容**

为全面贯彻落实党的二十大精神 and 中央纪委二次全会精神，强化与地方检察机关联动，构建联合监督体系，2023年9月1日，天百·新经济基地与天津市人民检察院驻天津港保税区和天津滨海高新区检察室联合开展“齐心助力新发展，服务保障高质量”入驻企业法律知识普及活动。我所律师吕宓儿也参与了此次活动，为企业分享了“企业合规体系管理建设”相关知识。

▲ **企业、律所法律共建·中冶天工集团有限公司领导一行莅临中伦文德天津分所**

2023年9月1日，中冶天工集团有限公司法律事务部张小鹏经理、高铁钢科长、任琳以及公司某项目的项目经理晁毅一行四人莅临我所，就建设工程争议处理、

企业党建等与我所律师进行了深入且卓有成效的交流、研讨。中伦文德天津分所创始合伙人温志胜律师、创始合伙人肖青律师、高级合伙人吴惠方律师以及肖青律师团队的全体成员参与了交流、研讨活动。

#### ▲ 中伦文德高级合伙人许波律师应邀参加数创绿色发展高端论坛

2023年9月2日，由北京数字创意产业协会、中国政法大学刑事司法学院主办，中华文化促进会创投工委、商业认知研究院、亚信资本协办的“数创绿色发展 ESG 永续未来”主题论坛（以下简称：数创绿色发展论坛）于9月6日在首钢园召开。中伦文德高级合伙人许波律师应邀参加“数创绿色发展 ESG 永续未来”高端论坛

#### ▲ 中伦文德苏州分所禹雅婷律师参与社区调解

为积极调解居民与物业之间的矛盾，切实维护居民的切身利益，震泽镇麻漾新城社区于2023年9月4日下午组织召开悦未来朗庭小区业主物业沟通协调会。中伦文德苏州分所禹雅婷律师作为麻漾新城社区法律顾问应邀参加，积极发挥村社法律顾问服务作用，取得了良好的服务效果。

#### ▲ 重庆分所协办的渝中数字政法的创新与发展研讨会举行 以高水平数字政法建设赋能政法工作高质量发展

2023年9月5日，渝中区第二期法学沙龙暨“数字政法的创新与发展”研讨会在枇杷山书院举行，研讨会由渝中区法学会主办，渝中区人民检察院承办，北京市中伦文德（重庆）律师事务所协办。

#### ▲ “维权捍卫 精湛执业”中伦文德合肥分所韩宁宇律师获赠锦旗

2023年9月5日上午，北京中伦文德（合肥）律师事务所韩宁宇律师收到了委托人亲手赠送的锦旗和鲜花，锦旗上“尽心尽责暖人心，专业精湛好律师”字里行间体现了委托人对韩宁宇律师突出的专业能力以及良好的职业素养的高度认可与衷心感谢。

#### ▲ 中伦文德济南分所执行主任付春法律师受邀参加“党建引领·自律规范”加强财会监督主题沙龙活动

2023年9月6日，由国家税务总局济南市税务局、济南市财政局、济南市涉税行业协会、济南市代理记账行业协会主办的“党建引领·自律规范加强财会监督主题沙龙活动”在济南举行。市税务局党委委员、总经济师赵伟，市税务局纳税服务处副处长崔宏刚、吕慧，市财政局一级调研员王灵处长，市财政局监督处谭亚奇科长，市涉税行业协会党委书记杨旭东、会长苏剑，市代理记账行业协会会长曹务彪等相关领导参加本次活动，本所执行主任付春法受邀律师参加本次活动。

#### ▲ “文德飞扬，团建乐章”北京中伦文德（合肥）律师事务所桂林团建之旅圆满结束

北京中伦文德（合肥）律师事务所一直以来非常注重团队成员身心全面发展，为增强团队凝聚力，丰富团队的文化生活，2023年9月7日至10日，在律所的精心安排与组织下，执委会徐成军主任和胡清律师带领60余

名律师、实习律师、行辅团队奔赴广西桂林，亲近自然，放飞心灵，奔赴山海。

#### ▲ 中伦文德合伙人蒲攀宇律师受邀参加平安银行特管事业部主办的“非上市公司股权执行、处置实务要点”内部专题培训

2023年9月8日，平安银行特管事业部面向内部员工就特殊资产清收实务主办了“非上市公司股权执行、处置实务要点”专题培训，北京市中伦文德律师事务所蒲攀宇律师受邀参加、并进行线上分享。

#### ▲ 中伦文德受邀参加横琴粤澳深度合作区仲裁调解周并作主题分享

2023年9月11至15日，横琴粤澳深度合作区仲裁调解周成功举办，这次活动旨在宣传和推广仲裁和调解，健全多元化纠纷解决机制。中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所国际业务专委会主任林威博士、连捷律师、沈天举律师受邀参加。

#### ▲ 中伦文德成功召开合伙人会议，开启律所发展的2.0版本

2023年9月11日下午五点，北京市中伦文德律师事所在本所第八会议室召开本年度第五次合伙人会议，会议对本所管理交接等相关事宜作出了具体安排。会议伊始，本所创始合伙人陈文律师发表讲话，陈律师表达了他对以夏欲钦主任为首的执委会的充分信任与支持，并表示从即日起将本所的管理权全部交接给执委会；陈律师与执委会成员合影留念，与会合伙人热烈鼓掌祝贺。

#### ▲ 中伦文德高级合伙人许波律师被选举为中国和平统一促进会第十届理事会理事

2023年9月11日，中国和平统一促进会十届一次理事大会在北京召开。北京市中伦文德律师事务所高级合伙人、中伦文德刑事法研究院院长许波律师出席本次大会，并被选举为中国和平统一促进会第十届理事会理事。

#### ▲ 中伦文德大连分所刘玉红律师为辽宁控股（集团）有限责任公司开展合规体系建设专题培训

2023年9月12日，我所大连国际仲裁院资深仲裁员、中伦文德（大连）律师事务所创始人、执委会主任刘玉红律师与大连国际仲裁院受理部张枢部长受辽宁控股（集团）有限责任公司邀请参加合规体系建设专题培训会并为企业开展培训讲座。

#### ▲ 中伦文德深圳分所主任程海群律师受邀为2023（深圳）-北美经贸合作交流开展法律主题讲座

2023年9月13日，北京市中伦文德（深圳）律师事务所主任、高级合伙人程海群律师受邀参加“2023（深圳）-北美经贸合作交流”并开展主题为“美国投资法律实务”的讲座。

#### ▲ 中伦文德高级合伙人胡高崇律师受邀为 Legal Executive Board 开展法律主题讲座活动

2023年9月14日下午，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人胡高崇律师受邀参加了由 Legal Executive Board（LEB 法务平台）主办的“企业数字化转型热点场

景系列”法律主题讲座活动，并针对“数字经济时代劳动用工管理的机遇与挑战”这一主题进行了专项培训。

#### ▲ 中伦文德合伙人徐云飞律师受邀为中国铁塔股份有限公司开展网络安全与数据合规培训

2023年9月14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受邀为中国铁塔股份有限公司开展“网络安全及数据合规法律与实践”培训。徐云飞律师作为主讲人，围绕网络安全与数据合规的立法现状及趋势、执法案例和实务动态进行了专题讲座。

#### ▲ 中伦文德成都分所胡滨律师、罗凯伦律师受邀为成都市监局执法人员专题培训

2023年9月14日，北京市中伦文德（成都）律师事务所王志坚医药健康团队胡滨律师、罗凯伦律师受成都市市场监督管理局的邀请，为成都市市场监督管理局举办的2023年度市场监管系统法制工作暨行政执法实务培训班开展课程讲授。本次参会人员包括市局相关处室工作人员、市局执法总队相关工作人员、各区（市）县市场监管局分管执法或法制工作局领导、法规科（案件核审）人员、执法业务骨干等工作人员。

#### ▲ 中伦文德律师事务所成功举办以“创业投资与重整投资之法律实务要点”为主题的内部培训讲座

2023年9月15日中午，北京市中伦文德律师事务所以“创业投资与重整投资之法律实务要点”为主题开展了内部专题培训，本次讲座由胡崇高律师主持、蒲攀宇律师主讲，中伦文德总、分所部分合伙人及律师通过线上及线下的方式参加。

#### ▲ 中伦文德资深高级合伙人甄庆贵为金融街集团下属企业开展房地产法律知识培训

2023年9月15日下午，中伦文德资深高级合伙人甄庆贵律师为金融集团下属企业开展了房地产法律知识培训。内容包括：商品房买卖合同常见法律纠纷，包括商品房销售广告宣传，房屋产权登记，房屋二次交付，委托代办房产证，房屋设计变更以及物业公司义务（安全保障义务、配合安装新能源充电桩、隐私权保护）等。

#### ▲ 中伦文德杯2023年“学宪法 讲宪法”演讲比赛圆满落幕

为全面学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，引导学生深入了解宪法，尊崇宪法精神，进一步推动校园法治文化建设，太原理工大学文法学院于9月16日上午在文法学院报告厅举办中伦文德杯2023年“学宪法 讲宪法”演讲比赛。

#### ▲ 中伦文德高级合伙人胡崇高律师受邀为应急管理部机关服务中心开展劳动用工管理相关专项培训活动

2023年9月18日下午，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人胡崇高律师受邀为应急管理部机关服务中心开展劳动用工管理相关的专项培训活动，胡律师从劳动合同的订立、履行到劳动合同的解除、终止及争议应对等方面进行了全程梳理与系统化培训。

#### ▲ 中伦文德天津分所高级合伙人袁伟明律师参加全国律协海商委全体委员会议及2023全国海商海事业务交流会

9月16日下午，中华全国律师协会海商海事专业委员会全体委员会议于南京顺利召开，我所高级合伙人袁伟明律师作为新一届委员参会，与新老委员进行了充分交流。9月17日-18日，由中华全国律师协会海商海事专业委员会、中国海商法协会、江苏省律师协会主办，江苏省律师协会海事海商法律业务委员会、上海市锦天城律师事务所承办的2023全国海商海事业务交流会在南京顺利召开，袁伟明律师参加会议并撰写论文《租约条款并入提单在中国法下的实践观察》对相关领域的热点问题进行了研究。

#### ▲ 中伦文德高级合伙人李政明律师参加中国保险法学会之养老保险创新发展研讨会

2023年9月23日，中国法学会保险法学研究会在中国政法大学法学院明德楼举办“多层次全方位养老保险体系在中国的建设与创新创新发展研讨会”。北京市中伦文德律师事务所执委会执委、高级合伙人、保险研究院院长李政明律师和中保法团队律师应邀参加研讨会，并担任语评人。

#### ▲ 中伦文德合伙人刘晨律师受邀参加北京市扶贫济困领域基金会第一妇女工作委员会成立大会

为持续学习贯彻党的二十大精神，切实用二十大精神武装头脑、指导实践，提升社会组织群团工作水平，北京市扶贫济困领域基金会第一联合党委于2023年9月19日，深入开展学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想主题教育学习活动暨召开联合党委妇工委成立大会活动。北京市中伦文德律师事务所合伙人刘晨律师受邀参加联合党委妇工委成立大会。

#### ▲ 中伦文德合伙人王向阳律师为中国石化化工销售有限公司华北分公司开展法律讲堂

继2023年5月23日，中国石化化工销售有限公司华北分公司“以下简称化销华北分公司”邀请北京市中伦文德律师事务所合伙人王向阳律师开展普法讲座，公司员工获益良多，今再次邀请王向阳律师于2023年9月19日开展民法典法律讲堂，就当下与员工工作和生活息息相关的热点问题，对化销华北分公司员工关注的领域进行了重点讲述，并对员工提出的疑问一一进行了解答、一起讨论学习。

#### ▲ 中伦文德合伙人姚捷律师应邀参加“第十五届既有建筑改造大会”并作学术报告

2023年9月20日，由全国工商联房地产商会、中国建筑科学研究院主办的“第十五届既有建筑改造大会”隆重召开。北京市中伦文德律师事务所合伙人姚捷律师应邀出席会议并作《好城区建设—城市更新中各方主体权利保护研究》的学术报告。

▲ 中伦文德合伙人黎学宁律师受邀参加第七届法律资本高峰论坛

2023年9月21日，第七届法律资本高峰论坛在北京仲裁委员会17层国际会议厅成功举办。本次高峰论坛邀请了国内外各大仲裁机构、律所负责人和企业法总共话商事仲裁第三方资助的相关法律与实务以及发展新动向。中伦文德律师事务所合伙人、仲裁法律专委会主任黎学宁律师受邀参加了本届论坛并与各位专家学者进行了深度的探讨与交流。

▲ 中伦文德合伙人范君艳律师作为党员代表参加北京基金业协会联合党建活动

2023年9月21日，为进一步增强党员的政治责任感，加强爱国主义教育，弘扬中华民族传统美德，北京基金业协会联合怀柔区金融办、中关村并购发展促进会，共同组织金融机构等进行联合党建活动。北京市中伦文德律师事务所合伙人范君艳律师作为本所党员代表参加本次联合党建活动。

▲ 中伦文德姚捷律师专著《工程合同造价法律实务》(第三版)由法律出版社出版发行

近日，北京市中伦文德律师事务所执业律师、合伙人姚捷所著的《工程合同造价法律实务》第三版由法律出版社正式出版发行。《工程合同造价法律实务》是法律出版社“建筑房地产法实务指导丛书”的重要图书，主要解决建设工程实践中的造价及其他相关热点法律问题。本书第三版修订出版，距第一版创作已过去二十年，距第二版出版也已逾十年。

▲ 中伦文德济南分所合伙人曹素娟律师参加第四期济南市律师协会青年律师领军人才训练营

2023年9月20日至9月26日，济南市律师协会青年律师领军人才训练营第四期在济南市章丘区委党校隆重开营，我所合伙人曹素娟律师作为我市优秀青年律师代表，经过严格审查和选拔成为此次青训营六十名学员中的一员。

▲ 中国车企欧盟反补贴调查研讨会成功举办

2023年9月26日，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所联合德国 ADVANT Beiten（昂帆百达）律师事务所和意大利 ADVANT Nctm（昂帆安启建）律师事务所驻上海代表处一同举办本次研讨会，对本次欧洲反补贴调查对中国电动汽车行业的影响展开讨论。本所国际业务专委会主任林威博士、合伙人孙淘与沈天举律师，ADVANT Beiten 律师事务所布鲁塞尔和柏林办公室合伙人 Rainer M. Bierwagen、Gábor Báthory 律师及 ADVANT Nctm 律师事务所驻上海代表处合伙人 Hermes Pazzagliani 律师从不同角度带来解析和分享。

▲ 中国国际经济贸易仲裁委员会天津分会莅临中伦文德天津分所指导交流

2023年9月26日上午，中国国际经济贸易仲裁委员会天津分会周雯秘书长和赵英副秘书长莅临中伦文德天津分所，双方就进一步提升仲裁专业水平和推进仲裁法律服务等问题进行了深入讨论和交流。此次会议由创始合伙人温志胜律师主持，本所高级顾问何红锋教授、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、非权益合伙人林新华律师、吕宓儿律师和吴清霞律师等担任仲裁员或具有代理仲裁案件丰富经验的律师参与了此次会议。

▲ “情满中秋·手作团圆”-中伦文德合肥分所中秋活动圆满落幕

2023年9月27日下午，在中秋节即将到来之际，北京市中伦文德（合肥）律师事务所在律所休闲洽谈区开展了“情满中秋，手作月圆”的月饼制作活动，全体律师欢聚一堂，提前欢度中秋佳节。

▲ 中伦文德福州律所博饼活动圆满成功

今年中秋又恰逢国庆，北京市中伦文德（福州）律师事务所特举办了一场别开生面的中秋博饼活动，加强同事之间的情感交流，增进团队凝聚力。活动现场，同事们一边博饼一边交流，互相分享喜悦与收获。同时，大家还积极参与现场互动游戏，共同度过了一个欢乐的博饼活动。

中伦  
文德



在习近平总书记提出共建“一带一路”倡议十周年之际，首届中国—中亚峰会成功举办并取得丰硕成果的背景下，2023年9月22日至9月24日，第十届欧亚经济论坛—2023欧亚经济论坛在中国西安隆重召开。作为欧亚经济论坛的重要组成部分，2023欧亚经济论坛“一带一路”商事法律服务分论坛于9月22日在陕西省西安市曲江国际会议中心召开。北京市中伦文德律师事务所主任夏欲钦律师、中伦文德（西安）律师事务所主任丁国昌律师受邀出席论坛。



外卖在解决现在“打工人”快节奏生活需求的同时，也因为“包装刺客”问题广受诟病，如何规范外卖包装乱收费问题，遭遇“包装刺客”怎么解？为此，CCTV2央视财经频道特邀中伦文德律师事务所上海分所合伙人钱震律师，从法律层面剖析并发表了一系列专业意见。



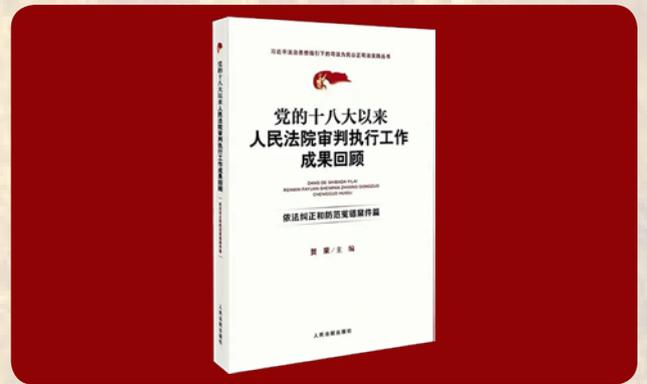
2023年9月21日，第七届法律资本高峰论坛在北京仲裁委员会17层国际会议厅成功举办。本次高峰论坛邀请了国内外各大仲裁机构、律所负责人和企业法务共话商事仲裁第三方资助的相关法律与实务以及发展新动向。中伦文德律师事务所合伙人、仲裁法律专委会主任黎学宁律师受邀参加了本届论坛并与各位专家学者进行了深度的探讨与交流。



2023年9月23日，中国法学会保险法学研究会在中国政法大学明德楼举办“多层次全方位养老保险体系在中国的建设与创新发展的研讨会”。北京市中伦文德律师事务所执委会执委、高级合伙人、保险研究院院长李政明律师和中保法团队律师应邀参加研讨会，李政明律师担任语评人。



2023年9月26日上午，中国国际经济贸易仲裁委员会天津分会周雯秘书长和赵英副秘书长莅临中伦文德天津分所，双方就进一步提升仲裁专业水平和推进仲裁法律服务等问题进行了深入讨论和交流。此次会议由创始合伙人温志胜律师主持，本所高级顾问何红锋教授、创始合伙人肖青律师、高级合伙人袁伟明律师、高级合伙人姜爽律师、非权益合伙人林新华律师、吕宓儿律师和吴清霞律师等担任仲裁员或具有代理仲裁案件丰富经验的律师参与了此次会议。



近日，最高人民法院《习近平法治思想指引下的司法为民公正司法实践丛书》出版发行。北京市中伦文德（昆明）律师事务所严锦律师承办的“曾某文合同诈骗驳回检察机关违法所得没收申请一案”，作为甄别纠正涉产权冤错案件的典型案例，入选丛书中的《党的十八大以来人民法院审判执行工作成果回顾—依法纠正和防范冤错案件篇》。

主 编：陈 文

执行主编：方登发

编 委 会：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·长春·济南·杭州·深圳·南京·长沙·烟台·厦门·福州·太原·大连·郑州·青岛·西安·昆明·海口·贵阳·福州·烟台·威海·临沂·德州

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](http://www.zhonglunwende.com)